德國聯邦憲法法院

裁判選輯（十三）

司　法　院　印行
中華民國一〇〇年五月

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，已出版十二輯，共計135篇裁判。

二、本次出版「德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）」，由許大法官宗力自德國聯邦憲法法院裁判中擇選十五篇裁判：1.「大學學費」裁判；2.「全球定位系統偵查方法案」判決；3.「巴伐利亞之廣播電視用戶費用」裁定；4.「多重意涵的言論表達及前邦總理名譽保護案」判決；5.「變性人改名」判決；6.「航空安全法」判決；7.「公務秘密案」判決；8.「政府舉辦運動博奕」判決；9.「企業暨營業秘密保護案」裁判；10.「Nordrhein-Westfalen邦警察法上之電子搜尋追緝是否侵犯資訊自決之基本權」裁定；11.「養老年金及信賴保護案」裁定；12.「政府採購違反平等原則案」裁判；13.「外國人變性」裁定；14.「遺產稅與平等原則」判決；15.「生態稅」判決，譯印之。

三、本書附錄之德意志聯邦共和國基本法，將2006年8月28日修正之第22、23、33、52、72、73、74、74a、75、84、85、87c、91a、91b、93、98、104a、104b、105、107、109、125a、125b、125c、143c等共25條條文(BGB1 I 2006, 2034)納入增修，併此誌明。

四、本選輯由許大法官宗力擔任召集人，敦請院外留學德國回國任教之法學博士：張錕盛、江嘉琪、陳淑芳、程明修、王韻茹、李建良、傅玲靜、詹鎮榮、楊子慧、陳怡凱、吳志光、張永明、張桐銳、高文琦、范文清（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯。其中李建良博士並擔任本書譯稿審查之工

作，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。

五、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）

王韻茹

德國法蘭克福大學法學博士
中正大學法律學系助理教授

江嘉琪

德國哥廷根大學法學博士
中正大學法律學系助理教授

吳志光

德國漢堡大學法學博士
輔仁大學法律學系副教授

李建良

德國哥廷根大學法學博士
中央研究院法律學研究所研究員

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

高文琦

德國慕尼黑大學法學博士
中正大學法律學系助理教授

張永明

德國波昂大學法學博士
高雄大學財經法律學系副教授

張桐銳

德國海德堡大學法學博士
中央大學法律與政府研究所副教授

張鋐盛

德國海德堡大學博士
東吳大學講師

陳怡凱

德國杜賓根大學法學博士
成功大學法律學系助理教授

陳淑芳

德國波昂大學法學博士
世新大學法律學系副教授

楊子慧

德國哥廷根大學法學博士
輔仁大學法律學系副教授

傅玲靜

德國慕尼黑大學法學博士
中原大學財經法律學系助理教授

詹鎮榮

德國科隆大學法學博士
政治大學法律學系副教授

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

德國聯邦憲法法院裁判選輯（十三）

目　次

1.「大學學費」判決－張鋸盛譯……1
2.「全球定位系統偵查方法案」判決－江嘉琪譯……19
3.「巴伐利亞之廣播電視用戶費用」裁定－陳淑芳譯……31
4.「多重意涵的言論表達及前邦總理名譽保護案」之判決－程明修譯……51
5.「變性人改名」判決－王韻茹譯……65
6.「航空安全法」判決－李建良譯……81
7.「公務秘密案」判決－傅玲靜譯……113
8.「政府舉辦運動博奕」判決－詹鎮榮譯……137
9.「企業暨營業秘密保護案」裁判－楊子慧譯……167
10.「Nordrhein-Westfalen 邦警察法上之電子搜尋追緝是否侵犯資訊自決之基本權」裁定－陳怡凱譯……203
11.「養老年金及信賴保護案」裁定－吳志光譯……247
12.「政府採購違反平等原則案」裁判－楊子慧譯……275
13.「外國人變性」裁定－張永明譯……295
14.「遺產稅與平等原則」判決－張桐銳、高文琦譯……315
15.「生態稅」判決－范文清譯……361

附錄

德意志聯邦共和國基本法……381
德中關鍵詞索引……437
中德關鍵詞索引……443

「大學學費」判決

BVerfGE 112, 226
德國聯邦憲法法院第二庭2005年1月26日之判決
－2 BvF 1/03－

張鋸盛 譯

要目

裁判要旨
裁判主文
理由
A.事實與爭點
I.系爭規定
II.訴訟聲請人之主張
1.訴之聲明
2.訴之理由
III.有關機關與關係人之主張
1.聯邦政府之主張
2.聯邦參議院、巴登符騰堡、巴伐利亞、圖林根等邦議會以及圖林根之邦政府之主張
3.高等學校校長會議之主張
4.德國學生福利機構之主張
5.自由組成學生會之主張
IV.言詞辯論的舉行
B.裁判理由
I.免學費之規定，聯邦欠缺立法權。
II.學生會設置之規定，欠缺立法權；設置了一個不可分割單位，無效。
III.同意義務的延伸與整部法律無效，不在規範審查程序之審查範圍。學生會設置之規定，並未有違反欠缺立法程序之情事。

關鍵詞

抽象法規審查(abstrakte Normenkontrolle)
高等教育事項一般原則(allgemeinen Grundsatz des Hochschulwesens)
聯邦立法權(Gesetzgebungsrecht des Bundes)
大學免學費原則(Grundsatz der Gebührenfreiheit des Studiums)
整體德國之同等生活水準的建立與維持(Herstellung und Wahrung

gleichwertiger Lebensverhältnisse im ganzen Bundesgebiet)
框架權限(Rahmenkompetenz)
框架規定(Rahmenvorschrift)
強制性學生會(verfasste Studierendenschaft)
整體國家利益之法律與經濟同一性之維持(Wahrung der Rechtsund Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse)

裁判要旨

聯邦依基本法第75條第1項第1句連結基本法第72條第2項之規定，不得以框架規定課予邦立法機關訂定有關大學免學費原則與高等學校設立強制性學生會之義務。

訴之聲明：請求確認2002年8月8日所制定之大學基準法第六次修正案(6. HRGÄndG)與基本法牴觸，無效。

聲請人：

1.巴登-弗騰堡邦政府，訴訟代理人：學術、研究與藝術部部長彼得福朗肯貝格博士教授，國王街46號，70173斯圖加特。

2.巴伐利亞邦自由國家政府，訴訟代理人：邦總統耶德蒙德史透伊柏博士，福朗茲-尤瑟夫-史特勞斯-環道1號，80539慕尼黑。

3.自由漢薩同盟城市漢堡市政府，由法務機關主席市政委員羅格庫許博士代理，德烈邦36號，20354漢堡。

4.薩藍德邦政府，由教育文化學術部長攸根許奈爾代理，荷恩仇樂恩街60號，66117薩布呂肯。

5.自由國家薩克森國家政府，由法務國家部長湯馬士德梅契勒博士代理，侯斯彼塔街7號，01097德列斯登。

6.薩克森-昂哈特邦邦政府，由文化部長揚漢德利克歐爾貝爾茲教授博士代理，圖爾杉乾街32號，39114瑪格德堡-授權代表：克裡斯妥夫德根哈特教授博士，史桐街3號，90491倫堡。

聯邦憲法法院第二庭副院長哈什默，晏曲，伯羅斯，歐司特羅，迪法彼歐，梅林霍夫，呂柏-沃夫，葛哈德特等法官，依2004年11月9日之言詞辯論合議以：

判決主文

2002年8月8日所制定之大學基準法第六次修正案第1條第3與第4款(聯邦立法公報第二部第3138頁)與基本法第l70條、第l75條第1項第1句連結

基本法第l72條第2項牴觸，無效。

理　由

A.事實與爭點

聲請人針對2002年8月8日所制定之大學基準法第六次修正案聲請規範審查。

I.系爭規定

在2002年8月15日生效之第六次修正案中，就大學基準法第18條和第19條所修訂之第1項第1款及第2款規定，將學士學程與碩士學程，由實驗階段轉為高等學校所提供之固定學程。大學基準法第六次修正案第1條第4a款包含一個定期勞動契約之補充規定（大學基準法第57f 條）。新規定的核心重點，在於其採納了取得第一個學程及延續到職業資格取得前之學程的免費原則(第1條第3款)，及高等學校有義務設立一個學生會(第1條第4款)。

1.a)過去在德國公立大學，曾以繳交學費或學分費提供教育的財政支出，來參與學習。在大學改革過程中，各邦首長在1970年4月16日決議，自1970/71年度冬季學期起，德國大學一律放棄收取學費。在1976年1月30日生效之大學基準法(BGBl I S. 185)並無學費相關之規定。在1998年8月20日第四次大學基準法修法的立法過程中，調解委員會曾建議，在大學基準法中明訂第一學程免學費之規定，但被眾議院所拒絕(請參閱，眾議院公報 438/98)。各邦的文化部長則在2000年5月25日合意，至第一職業教育結業前與第二個職業教育結業前之延續學程，維持免學費; 文化部長間所確立基本原則之邦際協定的簽署，在準備中，但最終並未能簽定之。

當前，有些邦對於長時間學習、第二個學程及進修學程收取學費。而有些邦則課予旁聽生要繳交學費的義務。此外，多數邦則大多有收取行政費用或回報登記費用。

b)在這樣的背景下，聯邦政府與社會民主黨黨團和聯盟90/綠黨黨團在眾議院共同提出一項，以排除在第一學程收取學費為目的之大學基準法第六次修正案（請參閱，眾議院公報14 / 8361 ; 14/8732)，其理由如下：

有關學費引進的辯論，對於那些下一學年度要進入學程的人，引發了一種根本上的不安定效應，這可能最終導致新生人數下降的後果。聯邦立法機關免學費的訂定產生了法的安定性，也因此支持了整體聯邦境內的入學。一個邦或高等學校對於第一學程及其銜接學程收取引人注意的高學費，不能排除大學申請人與在學學生轉到另一個未要求學費的其他邦或高等學校就讀。由此，也將會對這些邦產生嚴重的容量問題、財政負擔，以及

學習條件值得重視的下降結果。

該規定有基本原則的性質，而這也顯示出各邦就非銜接之學程以及進修的第二個學程，是否應該免費，以及要收取多少學費，得自由決定。邦法仍保有，是否針對特定群體（如旁聽生、超過一定年齡之學生、在進修架構下的參與者）為一部例外或全部免學費，或針對高等學校所為個別具體給付提供（如註冊費、考試費）徵收之確認。對於基礎及其銜接學程學費之收取，原則在聯邦法上是被排除的。也因此，基本法第72條第2款所設定之同等價值生活條件的目標，將藉此獲得實現。

2.a)早在大學基準法之最初版本，准許各邦設置強制性學生會。1998年8月20日大學基準法第四次修法(聯邦立法公報，第一部分，頁 2190)所稍作修改的大學基準法第41條規定，邦法得就在高等學校之在學學生之高校政策的、社會的與文化的利益之實現、跨區域與國際的學生關係之照顧，以有關高等學校任務之相關學習利益，設置強制性學生會。除了巴登-弗騰堡與巴伐利亞以外之其他各邦，皆決議設置強制性學生會。

b)由聯邦政府與社民黨和聯盟90/綠黨黨團所提出強制引進學生會之目的的理由如下：針對未來在各邦邦法對於所有高等學校應規定學生會之新增訂規定，有助於同等價值生活條件之建立。當前各邦得自由設置強制性學生會之規定，未能充分顧及運作中的學生自治行政的利益。又在各邦均設置強制性學生會，對於相關的高等學校與在學學生們有重大意義，因為，這是使得全國每天都有在學學生利益代表的前提要件。

聯邦政府當前以高等學校校長會議作為高等學校機構領域之有權諮商伙伴，但這未能涵蓋在聯邦層級之高等學校成員中最大的團體–在學學生。在未來幾年，高等教育事業，將會有深層的財政上與結構性的改變，而國家也需要一個在學生會方面一個具有代表性且權威的對話伙伴，並以類似的方式在所有各邦為之，這也是一個權威的全國學生代表所必要的先決條件。為求學生會任務描述之詳盡，應該給予更大程度的法安定性。此外，該規定並未就學生會組織、該組織的任務及其權限、組織組成的選舉程序，乃至於學生會的監督等事項有所規定，對此，邦立法機關仍保有重大的填補餘地。

3.a)聯邦參議院以法律草案已作了根本上的重訂為目的，要求就聯邦眾議院的立法，召開調解委員會（請參閱聯邦參議院公報356/02<裁決>）：基準法所確立之大學免學費，依基本法第75條第1項第1句第1a款連結基本法第72條，逾越了聯邦之立法權。一個學費收取之基準法上的禁止，無

法看出其對於整體德國之同等生活水準的建立與維持，或與整體國家利益之法律與經濟同一性之維持的必要性，這同樣也適用於強制性學生會在基準法上的擔保。法律草案為因應高等教育事業深層之財政上與結構性的改變，所須相對於國家在學生會方面有一個具有權威性對話伙伴的理由，並不足以提作為課予各邦設置強制性學生會的義務的正當化事由。而其他的學生代表組織，相對於國家也可以保障其作為一個權威的學生對話伙伴。最終而言，由於該法律規定了有關學生會義務設置之行政機關與行政程序的設置，依基本法第84條第1項須經聯邦參議院之同意。

b)調解委員會之一致的建議是應批准該法律草案(請參閱，聯邦參議院公報525/02)。聯邦參議院則不同意該法律；聯邦眾議院駁回聯邦參議院預先提出之異議(請參閱，聯邦眾議院公報14/9605) (請參閱，2002年7月4日之第十四屆聯邦眾議院院會記錄，頁25089A)。本法於2002年8月8日由聯邦總統簽署在聯邦立法公報頒布之。

4.聲請人系爭之規定為：

第1條第3款：

該法第27條第4項之規定如下：

(4)第一個職業教育之結業及與其銜接之進一步職業教育學程，免收學費。在特殊事件則得為例外規定。

第1條第4款：

第41條之內容如下：

第41條

學生會

(1)高等學校應設置學生會。其任務如下：

1.實現學生團體之意見形成；

2.在高等學校與社會實現會員之利益；

3.履行高等學校的任務（第2及3條），特別是以有關高等學校或科學政策等問之意見提供，以參與之；

4.基於合憲秩序之基礎，於國民的責任意識與會員的互助下，促使主動寬容與支持基本權利和人權等政策的形成；

5.會員之文化的、專業的、經濟的與社會的利益之實現；

6.促進外國學生之整合；

7.學生運動之倡導；

8.照護跨區域與國際學生關係。

為履行其任務，學生會亦得特別對於有關高等學校之社會責任定位、科學知識的運用，以及其對於社會與自然影響的評估此類問題提供意見。學生會及其組織得為履行任務，利用任何性質的媒體，且得與這些媒體就一般社會問題進行討論與出版。

(2)學生會在法律規定的框架內自治管理其事務。並得就任務之履行向會員收取費用。

(3)關於學生會組織之參與依第

37條第3項為之。

II.訴訟聲請人之主張

聲請人聲請規範審查，主張第六次修正案與基本法牴觸。聯邦欠缺立法權，且未得取得聯邦參議院必要的同意。

1.雖然有關高等教育就讀之學費收取問題，應依基本法第75條第1項第1a款意旨之高等教育事項分配權限。但由於不符合基本法第75條第1項結合基本法第72條第2項之要件，聯邦不得行使此一框架權限。

聯邦法律之學費收取的禁止，既在法律與經濟同一性之維持上，亦在同等價值生活條件之建立上，不具有必要性。其亦並未闡明，若欠缺聯邦法律之規制，將使得某些邦之高等學校教育條件與機會，明顯發展得較差，並因此將對聯邦國家之社會結構產生干擾。

雖然基於學費高低所生學生之社會淘汰，可能導致個別邦之高等學校入學機會的惡化，但這並不適用於以社會契約的、獎學金模式的，以及減免條件等，除了高等學校學習之其他費用外，不占有舉足輕重之彈性收費。與國際比較顯示，儘管在德國超過30年所適用之免學費，來自低收入和低教育水準階層的兒童，在高等學校僅佔少有。免學費與教育準備間並不存在一定之直接關聯性。奧地利在2001/2002年度冬季學期引進溫和的學費，一開始新生人數較前一年少了大約百分之十五；但2002/2003年冬季學期則又再度回升，到2003/2004年冬季學期則接近過去的水準。聯邦政府對於溫和的學費將導致在學學生人數持續下降所能提供的資料，與自七十年代初德意志共和國所提出之免學費所存在之正面影響一樣，實在太少了！

就聯邦立法機關所認為的學費一致性禁止的必要性而言，乃在於擔憂學習者預期地會湧入免學費之高等學校而引發容量瓶頸。然而，這樣的考慮並無法獲得支持，蓋學習者的流動性特別取決於高等學校各自的許可條件；此外，學習供給、課程設置、結業乃至於外在而為高等學校立法機關所無法操控的框架條件等可比較性均有其意義。而這部分卻欠缺一個可靠的預測。

此外，聯邦逾越了基本法第75條第2項對其所設下之框架立法的界限。邦立法機關並未保有填補框架規則的實質空間。邦法依大學基準法第27條第4項第2句，在特殊狀況得為例外規定，卻並不存在有其他種判斷可能。各邦保有就非接續、深造與進修學習的第二個學程決定自由。也因此，這將與基本法第75條第2項對框架立法事項所明訂之「原則—例外」關係相互錯置。而根本上的問題在於：聯邦立法機關完全自己決定，而沒有留

給邦立法機關決定的選擇，使其只有在邊緣地帶才留有一點自己補充的空間。

2.又對於學生會規定的頒布，聯邦亦無管轄權。學生會的設置涉及的是高等學校組織與高等學校自治的問題，這也是大學法的核心命題。也因此高等教育事項之權限內容，依基本法第75條第1項第1句第1a款分配之。聯邦卻並未陳明對此以聯邦法規制的必要性。強制整合的學生會在歐洲各國屬於例外情形，在其他歐洲國家存在的大多數是自由設置的學生組織。由此背景也難以看出，何以德意志共和國應該要急著，並且是由聯邦立法機關強制各邦與各高等學校，一點決定選擇也不給予地，提供一個這樣的公法強制社團。在立法理由所提及之一個涵蓋全國性學生代表以及一個與國家有權威及代表性的對話伙伴的必要性，以及特別是聯邦政府所基於的一個單純的公益利益，聯邦立法機關的此一行為在基本法第72條第2項的框架下並無正當性，蓋關於以誰作為相對於國家有代表性而權威的對話伙伴，這應該是在第一線之邦的事物。

依新規定的大學基準法第41條第1項第2至第4句之細部的任務分配，立法機關逾越了基本法第75條第2項之框架立法的容許界限。這是依基本法第75條第2項的意旨所制定之個別規制。從第六次修正案法的脈絡所呈現出，這些規制不再只是例外。一個由聯邦所為個別規制之特別強烈與正當利益的理由說明，看起來並不明顯。此外，就依基本法第75條第2項無法完全合理的學生會任務之細部規定，聯邦立法機關亦受到只能規制高等教育事項之一般原則的限制，而不被准許。

3.此外，第六次修正案欠缺聯邦參議院之同意而無效。依基本法第84條第1項之規定，由於大學基準法修法第1條第46款的規定，是要求各邦應在其高等學校設置特定機關，即學生會，此須經（聯邦參議院的）同意，而且是整部法律均有同意必要性。

III.有關機關與關係人之主張

聯邦參議院、聯邦政府、巴登符騰堡、巴伐利亞、圖林根等邦議會、圖林根之邦政府、高等學校校長會議、德國學生福利機構，以及自由組成之學生會等，對於本規範審查之聲請，提出意見。

1.聯邦政府認為第六次修正案合憲。

a)聯邦立法機關之學費禁止為高等教育事項一般原則的確認。此一規定符合基本法第72條第2項之規定，為整體國家利益所必要。

聯邦立法機關以其要不然將會對共和國內各邦的生活水準，即對於聯邦國家的社會結構，以妨礙的方式產生重大而分歧地發展，且此一發展現

已具體顯現，而認定其擁有干預之判斷與授權。對此，有關德國學習條件發展可能後果之評估，在沒有基本上免學費下，將有發生之概然率。

就奧地利的發展，在2001/2002學年度冬季學期引進每學期363歐元之溫和的學費，結果導致，整體在學學生數減少20%，新生人數減少15.8%。爾後，學生數或又有所提升，而此一學生數的上升則可歸功於奧地利整體的經濟發展。年輕人儘管學費的收取，仍強烈地傾向學習。從國外的數據顯示出，學費收取與進入學習之現實上的關聯性，這特別存在於出身社會弱勢家庭之人的學習意願。這如同在澳大利亞的學生人數，在實施「高等教育借款」計畫（HECS）後，自1989年以來，整體而言雖然是增加的，但來自低收入階層部分的學生，則是減少的。

而德國的情況由兩筆基本資料來描述，就不得不正視大學免學費或學習付費的決定了。其一，在國際比較上，同一年級的新生人數仍一直低於平均值。根據一項於2003年9月於經濟合作暨發展組織所發表的研究報告，高等教育新生的百分比（大學和技術學院），德國由1998年的28%上升到2001年的32%，但仍然遠遠低於47%的平均值，尤其是在明顯落後領先的紐西蘭（76%）、芬蘭（72%）或瑞典（69%）等國家。第二筆基本資料，將學生比下拉的是教育弱勢和低收入族群。在從1982年到2000年這個比率由23%下降至13%，在同一期間從高收入家庭出身的族群，學生比例則由17%上升到至33%。此一發展必須從較高等教育與職業培訓教育之入學機會平等的觀點上，視為對聯邦國家之社會結構的重大妨礙。在某些邦的大學法廢除基本上的大學免學費時，將使此一負面發展更為加劇的預測，看起來是可信的。一個以2000年5月25日文化部長會議協議為基礎所欲訂定的邦際協定落空後，巴登符騰堡、尼德薩克森與巴伐利亞等邦的政府代表，聲明要收取學費。其他邦則仍願意堅持原則上免學費。大學基準法第27條第4項之規定，乃試著進一步區隔出第一學程的免費問題，以避免對於在德國同等價值生活條件維持之法益的進一步危害。

一個可預見的後果也應該加以考慮：學習地的選擇和學習者的遷徙自由有隨著一個區域學費狀況之不同而發展的概然率。只在個別邦的學費引進將導致學習者的遷徙運動。連結到有些邦長期學習費用之收取，顯示出，即使在法律的框架條件內，看似輕微的差異，基於學習者的遷移，都會對於高等教育事項之扭曲與負擔產生困擾。對於出身社會弱勢家庭的學生而言，將對於他們的選擇可能性產生不利。因為基於財政上的理由，他們

只能繼續留在他父母的公寓。而比較富有的學習者則相反地有選擇學習地（在一個「免學費」的邦）來逃避學費的負擔。而這也會使得學習者所冀望的遷徙自由受到損害。學習地的選擇，或許會受到高等學校個別許可條件、可比較性的學習供給、課程設計與結業的影響；但這尚未提及到一個附加的影響因素「學費義務」。這即是一個，特別是對於來自所謂教育程度低的小康家庭學習者，限縮機會平等的作法。一個本質上「免費大學」學習名額需求的提高，也相應地導致該大學學習條件變差，有著概然性。

第一學程原則上免學費之全國一致性的確立，對於整體國家利益之經濟同一性的實現，亦有其必要。如同在職業教育領域一樣，在高等教育領域可能以不同的入學或許可要件來聚集或限作於特定地區。這將對於新生的機會及整體國家的職業狀況產生重大的不利。此一可預見對於危害整體國家利益之經濟同一性的發展，使得聯邦立法機關以課予各邦第一學程免學費原則之義務來與之對抗。這也同時預防了可能產生的法之分歧。

大學基準法第27條第4項之規定，不需要依基本法第75條第2項提出特殊的正當化事由，蓋其既不是一個完全規定，也不是一個直接生效或針對個案規定的陳述。大學基準法第27條第 4項之規定僅具有基本原則性格，並要求一個由邦立法機關從事形塑的填補。欠缺邦法的規定，即產生不了對於複雜的學費之具執行力的規範工作。該規定亦給予各邦，就第二學程與其他進一步的學習決定學費規則，以及學習帳戶與教育款項之採用，一個開放的空間。

b)關於學生會，聯邦立法機關訂定了一個高等教育事項上，組織性質基本原則決定之規定，其得以基本法第75條第1項第1句第1a款為依據。基於其開放性與填補必要性可知，此一基本規則規定的性質，僅是一個單純的框架規定，而有待邦法為個別規定。學生會的設置與任務規定，是整體德國之同等生活水準的建立與維持，同時也是必要的法同一性維持所不可或缺的。聯邦立法機關希望藉此能降低，由於各邦對於高等學校政策代表之學生會的許可之不同法律定義，所產生之全國法分歧的風險。此外，學生會的設置，不僅對外是學習者特殊利益的實現，也是在高等學校之個別諮詢所必要。

c)第六次修正案無須經聯邦參議院之同意。基本法第75條第1項第1句第1a款授予聯邦就邦機構之框架規則，即高等學校，訂定免經同意之法律。只有在基本法明文規定之法律，才須經聯邦參議院之同意。其依據基本法所為之決定，即依據基本法第75條第1項第1句第1a款所訂定之框架規則

，推導不出聯邦參議院之同意權，不得回歸基本法第84條第1項之一般性規定來阻卻之。另外，基本法第 84 條第1項的要件在此亦不被滿足，蓋其所攻擊之法律規則，仍須先由邦立法機關之立法行為來轉化。

2.聯邦參議院、巴登符騰堡、巴伐利亞、圖林根等邦議會以及圖林根之邦政府認為，原則上同意聲請之邦政府的主張：第六次修正案，違憲。

3.高等學校校長會議反對在大學基準法中採取學費禁止原則。一個框架的學費禁止原則，對於德國高等學校的進一步發展，並不必要。高等學校學程相對於其他（特別是職業的）教育途徑，優先採用免費：在高等學校佔多數是來自收入優勢階層的孩子，經由免費更享有額外的特權；又高等學校教育必要的品質提升，無法全部由公的手段來達成；此外，高等學校畢業生在他的職業生涯獲得重要個人金錢價值的利用，與教育財政支出的參與間並不存在可替代性的關係。在外國，就維持費用在社會性的彈性而言，學費的引進並不會影響學習參與的改變。

對於以聯邦法律規定設置強制性學生會的必要性，並不具有支撐點。以國家間與國際間的比較來看，自治行政即使沒有強制召集的學生會也可以運作。不同形式之利益代表，在那些國家也無法推導出，會產生必然較差的學習條件。此外，在學學生在高等學校自治行政機制的協力，就高等教育政策的觀點，協力需求也已有所考量。

4.德國學生福利機構認為學費收取禁止原則，合憲。欠缺一個聯邦一致的禁止，將會對於同等價值生活條件建立之法益產生具體不利的的威脅－可預見的是在娛樂法與教育補助法上會產生法的分岐。從第一學期收取學費，升高了當前既已存在之學習生活費的財政負擔，學習決定本質上會更強烈依賴於來自父母的財政可能。這特別對於教育弱勢與低收入的族群，將加劇學習路途上既已存在的社會淘汰。

5.自由組成之學生會認為第六次修正案，合憲。

就接受學習之決定，有學習意願者之財政狀況占有重大意義。依現行所討論的現實狀況，學費並非社會契約所能形成的，蓋所討論之進一步充實的獎學金體系與減免學費等模式，在當前實際上並不存在。學費也同時意味著一個顯著的機動性障礙，以及特別是對於出身經濟弱勢家庭的小孩，增加了其入學條件的困難度。此外，也同時對於不收學費之邦的高等學校會有產生衝擊的擔憂。

又一個關於學生會之聯邦法律的規定也是必要的，蓋關於教育補助、高等學校建設與高等學校財政等問題

，在學生方面應該要有對話伙伴。一個在學學生有效的利益代表，沒有一個強制性學生會是不可能。而且，沒有強制性學生會，在高等學校日常生活，對於在學學生所提供的諮詢與服務，非常有限或根本無法利用。

IV.言詞辯論的舉行

在2004年11月9日的言詞辯論中，聲請人與聯邦政府進一步闡明與深化其法律觀點。

B.裁判理由

依基本法第93條第1項第1句第2款、聯邦憲法法院法第13條第6款連結第76條第1項第1款所許可之規範審查聲請確認，2002年8月8日（聯邦立法公報第一部，頁3138)大學基準法第六次修正案(6. HRGÄndG)之第1條第3與第4款與基本法第70條、第75條第1項第1句連結基本法第72條第2項不符，該部分之規定，無效。

I.免學費之規定，聯邦欠缺立法權

大學基準法第六次修正案第1條第3款之規定，在第一次職業教育結業以及第二個職業教育結業前之延續學程，免學費。而邦法得於特殊情形，訂定例外規定(大學基準法第27條第4項)。此係一高等教育事項之一般基本原則，且屬於聯邦框架立法權限之對象(基本法第75條第1項第1a款)。但依聯邦依基本法第75條第1項第1句連結基本法第72條第2項之規定，聯邦–現在無論如何–欠缺立法權。

1.a)基本法第75條第1項第1a款之立法內容包含甚廣。高等教育事項之概念，並不允許從一開始就對於大學的特定事件予以封殺(高等學校的定義 BVerfGE 37, 314<321>;另外，參閱大學基準法第1條以下之規定)。又從發展史觀之，亦無從看出，修憲者對於聯邦之框架立法可規制對象在事實方面為所作限制的意志。聯邦規制權限之限制，或許在基本法第75條在其他方面獲得確認(請參閱，聯邦憲法法院2004年7月27日之判決，- 2 BvF 2/02 -, NJW 2004, S. 2803;關於發展史，頁2806)。高等教育事項的名義下，也包括非稅收公課之學費收取的規定(請參閱，BVerfGE 108, 1<13 f.>).

b)當然聯邦之規範權限僅涉及高等教育事項的「一般基本原則」。聯邦在高等教育領域，有義務作一個非常保守的立法機關。各邦則就高等教育事項領域，相較於框架立法之其他內容，必須保有更多自我規制的空間。這當然也並不排除，聯邦立法機關亦得例外地訂定接近到就特定事件或直接生效的規定(請參閱，個別的在聯邦憲法法院2004年7月27日之判決，前揭文，頁2806)。

關於是否對於在學學生不只是在特殊狀況，而是也可以考量到普遍地就高等學校財政之個別規費的問題，為高等教育事項的「一般基本原則」

。從在學學生的觀點，重視的是學習條件配置的問題；從高等學校及其國家主體的觀點，其所在意的的問題則是，其得追溯到那些收入來源？特別是在從1970年起，不收取一般學費的背景下，以決定確認，在此兩個觀點下，一般高等教育政策的基本原則被確立下來，為此，聯邦立法機關得使用基本法第75條第1項第1a款之權限名義。

2.依基本法第75條第1項連結基本法第72條第2項，聯邦僅得就整體德國之同等生活水準的建立與維持，或與整體國家利益之法律與經濟同一性的實現之必要性維持的部分，以框架規定，頒布必要之聯邦法的規則。此一要件的滿足，未有所敘明。

a)當在共和國內各邦之生活條件，顯著地以對於聯邦國家之社會結構有所侵犯方式，分岐地發展或者是這類性質發展具體展現時，有必要就同等價值生活條件的建立，制定一個聯邦法律的規制(vgl. BVerfGE 106, 62<144>)。

從立法程序所記載之考量與聯邦政府在規範審查程序所為之表述，並未顯示出，針對學費收取在同等價值生活條件的論點上，制定一個聯邦法律的規制之必要性。

aa)聯邦立法機關首先是以學費引進對於來年進入學習狀況將產生不安的討論為依據；這可由最後結論認為新生人數會下降獲得佐證。聯邦立法機關免學費之確立將有助於法安定性的產生，並正向的支持聯邦整體範圍之學習(請參閱，聯邦眾議院公報14/8361頁 4; 14/8732頁6)。聯邦政府所提出，在於教育弱勢族群在高等教育學程入學與引導學習之輔助利益，藉由免學費的第一學程來實現的立論，亦在聯邦憲法法院程序中有所深化。又就其擔憂學費所生之驚人的影響，並在外國經驗的指示下，更進一步地論理。

然而，有關普遍學費之收取及其所援引素材之教育政策的評估，在此並不必然。

一個由大學基準法第27條第4項所正當化之聯邦一致性規制的特殊利益，如同聯邦憲法法院對1994年憲法革新中，基本法第72條第2項修訂之發展(BVerfGE 106, 62<143ff.>)，並非既可以依社會國的訴求得出，盡可能廣泛族群範圍之高等學校入學的開放，以及減少或者根本就不設與之相關的障礙。此種特殊利益，只有當學費之收取，會導致在個別的邦與這些邦的住民產生與同等價值生活條件法益不相符的不利益存在，始屬之。不過，目前還沒有足夠的論點。

聯邦立法機關本身的出發點在於：申請入學者與在學學生已經有相當的規模，而已有以學習地與高等學校的選擇反映學費收取的狀況(請參閱

本文bb))。如在言詞辯論所證實，這些選擇–包括選擇在離家近的地方學習的決定–有許多的因素具有意義，而這些因素對於個人決定的重要性並非不具評價可能性，且從社會學研究的協助，仍無法完全推斷。就財政考量而言，學習地的選擇扮演著多重要的角色，值得觀察。在這迄今學費所討論的大方向是每學期500歐元，這與–每個地方有所不同–生活費相比，只是占有次要意義而已。尤其以此為出發點，各邦將以自己的責任履行其–跟聯邦並無不同–所應承當維持社會國家平等教育機會的任務(基本法第3條、第7條第4項第3句、第12條第1項、第13條第1項第1句、1966年12月19日經濟，社會和文化權利國際公約第C點第2句<聯邦立法公報，第二部份，1973年，頁1569>;請參閱BverwGE 102, 142<147>; 115, 32<37,49>)，審慎地，就學費引進的規定與低收入族群的利益作出適當的考量。而且就算是不能完全排除，但個人因為學費而產生之不可避免的與過高的負擔，若無法進一步量化這些案例，則至少現在並無法以基本法第72條第2項之建立整體德國之同等價值生活條件的觀點來正當化聯邦立法的介入。

bb)聯邦立法機關與聯邦政府，以第一學程及延續課程學費的排除，係實現基本法第72條第2項建立整體德國之同等價值生活條件之目的設置所必要。蓋無法排除的是，個別邦之學費的收取將導致在那些邦高等學校的申請入學者與在學學生轉到免收學費的高等學校；這將產生顯著的容量問題與財政負擔，以及因此導致這些邦的學習條件明顯變差的結果(請參閱聯邦眾議院公報14/8361頁4與14/8732頁6)。而這也正是聯邦立法規定必要性無法獲得支撐的地方。

(1)言詞辯論證實，這種性質的發展或許無法排除，但依當前的認識狀況也無法具體呈現。如前所述，其無法充分證明，在學學生基於可能的學費影響其學習地的選擇。如聯邦政府基本上承認，比起生活費，學費只扮演一個次要角色；在高等學校所討論的例子中也顯示出，儘管較低的生活費與可想像的其他優點，學校的容量仍未被充分利用。

這種評估並不會因為在黑森邦實施長期學習學費後，2004年夏季學期約1400名在學學生多半從黑森邦的大學轉學到美茵茨大學，而先前的人數只有約200至250人的事實而有所動搖。這種特定類型之逃避費用的特殊利益基礎其中的一部分人，有其在萊茵河–美茵地區及其基礎設施的特定空間關係。這也提供了一個合理的解釋，其所存在的並不是報告所示的其他決定性情況的問題。此外，一個一次性的事件並不足以對既存的假設做出反駁，即一所高等學校的超額所生的

品質流失影響著在學學生行為的管制。而且，只要不是高等學校不均衡的利用，一個內部緊縮的調整–無論如何從整個來看–是可容忍的。附帶一提的是，在預測學費影響在學學生轉學到免學費之高等學校的決定，可以有個期待：保留高等學校回復學費的提案，並藉此改善學習條件，以提高其吸引力，而不是一開始–基於對各邦預算的政策執行能力的質疑–就被排除在外。

(2)同等價值生活條件的建立，依聯邦憲法法院所發展的準則，如果能夠從邦之間的重大遷移行為，找出學費收取的差異性，也就不須要求一個聯邦法律規定。但此一問題，也並沒有被考慮在內。

個別高等學校學習條件的變差，並不限制教育場所的自由選擇(基本法第12條第1項第1句)。而其他作為學習許可問題所存在的關聯性在於：德國高等教育界並不具有一個聯盟系統的意義，而使得教育容量跨邦利用的利益必須要以一個全國性的規定為之(vgl. BVerfGE 33, 303 <352>)。就聯邦政府所關注之學費收取結果之財政原因，無法迴避地導致在學學生遷徙自由不平等的被侵犯而言，此即欠缺一個有關在學學生觀察數據的充分證明。

規範審查程序也並未指示，個別邦之高等學校與學習者之預測性負擔會超過基本法之聯邦國家秩序所關注的不同生活條件之頻寬。聯邦憲法體系的意義在於：各邦對於現實–分殊的規則有獨立的權限空間(BVerfGE 106, 62<150>)。此一體系包括，如以相關社群之高度靈活性所展現之高等教育的內容，可能經由有些邦的立法招致遷移行為。此所生之缺點，得以各邦–保留由其他邦主張違反相互照顧及義務(vgl. BVerfGE 43, 291 <348>)–而原則上自己負責的方式來克服。相關邦之民主正當化組織之事務，是處在一個，是否要忍受負面評價發展或採取什麼相反措施的狀態。一個聯邦法律規制的要件在於，對相關邦對於生活條件可預見的扭曲，以獨立的措施，或根本沒有或經由與其他邦所規定的規則來克服之。(vgl. BVerfGE 106, 62 <150>)這在本案這並沒有獲得確認。

其所擔心的容量不足，得在必要的範圍，以許可門檻的輔助來解決。那些有關學習條件之進一步的預測性後果，聯邦政府的陳明並無法推斷出，為什麼個別邦的形成可能性，應該會不足以擔保在該地區會有同等價值的生活條件？個別邦決定收取學費，會對其他邦–像是競爭原因–產生政治上的強制。相同地，學費的引進，看不出對於同等價值生活條件的危害，而也因此並不適宜作為以依基本法第72條第2項之觀點所採取該規定的正

當化事由。

b)基本法第72條第2項意義下之經濟同一性的維持，存在於：當邦的規制或各邦的不作為將帶來整體經濟的重大缺失，而為了維持聯邦共和國之經濟運作能力而制定全國統一的法規之整體國家利益(vgl. BVerfGE 106, 62<146 f>)。大學基準法第27條第4項之規定，並找不到與此一問題有關論點的正當化理由。

聯邦政府亦未提出，而也並無法明顯看出：不同邦之收取學費的規則，將會對於–包括在整體利益–盡可能引導很多有能力的人，進入學程學習，並使他獲得一個有專業能力的高等學校結業的目的，以顯著的方式產生侵犯。依聯邦法律，各邦被課予義務，以適當的方式讓任何人平等地適合其能力地進入高等學校課程(前揭a>aa>)。因此，以各邦對於教育政策決定基礎之整體國家目標設定，作為其出發點。只要相反地，無法具體指摘各邦對於整體經濟有何不利發展的話，並不需要一個聯邦法律之規定。

為維持經濟同一性，當職業教育的一致性能獲得擔保，或者是，當必須考慮到職業與營業在所有的邦都有相同的學習可能，一個聯邦法律便有其必要，這特別是在，當在德國的經濟領域之不同的教育與許可條件豎立起了干擾的界限，或在某些地區的集聚或定作的效應，而干預了教育水準，從而對於孩子的機會以及全國職業狀況產生顯著不利的影響時，有其理由(vgl. BVerfGE 106, 62 <147>)。實際上，收取學費可能導致這種性質的負面影響，是欠缺充分的概然率的。如聲請人在言詞辯論所指出的，一般學費的引進與形成，促進了各邦有機會提升高等學校的品質及對於教育給付有價值意識的利用之可能性，並以這樣的方式達成整體經濟的目標。聯邦立法機關忽略了聯邦國家秩序的這個觀點，其對於高等教育學費引進的風險，最終仍採取同樣的看法。

c)就基本法第72條第2項意義下之法同一性的維持(請參閱BVerfGE 106, 62<145 f.>)，大學基準法第27條第4項之規定同樣也是沒必要的。關於學費之不同的邦法，未直接侵犯到法安定性與聯邦國家之遷徙自由。德國學生福利機構所顧慮，學費的收取將對於家事法上的教養義務、教育補助之權利與在此產生法的分歧性，所涉及的不是，基本法第72條第2項的規制訴求，而是聯邦法的適用問題，以及某種程度上聯邦法所掌握事實改變的法政策結果。

3.聯邦之立法權不得由基本法第125a條第2項第1句導出。依此一–有關框架立法適用的–過渡規定，基於直到1994年11月15日仍有效之基本法第72條第2項的內涵，在不考慮是否符合基本法第72條第2項的要件下，

聯邦立法機關，就包括繼續存續之聯邦法所含規定之主要要素修改的保持，以及包括欠缺根本上新構想的範圍內，仍保有修改規定的管轄權；此一修改權應限縮解釋(請參閱，2004年7月27日之判決，前揭文，頁2809以下； 2004年6月9日第一庭之判決–1 BvR 636/02–, NJW 2004, S. 2363 <2364>)。1976年1月30日生效之大學基準法，包括直到本案所抨擊之第六次修正案，均未頒布有關學費的規定。依此修法，也因此事實上擴大了高等教育事項框架立法的範疇。這非依基本法第125a條第2項第1句所協調出之既存聯邦法修法權限，所涵蓋的範圍。

II.學生會設置之規定，欠缺立法權；設置了一個不可分割單位，無效

依大學基準法第41條第1項第1句，經第六次修正案第1條第4款所建立之各邦的義務，應依新修訂之大學基準法第41條進一步的規定，在高等學校設置學生會。此係高等學校憲法之基本規定，屬於高等教育事項之一般原則 (基本法第75條第1項第1a款)。由於，聯邦立法機關依基本法第75條第1項第1句連結基本法第72條第2項之規定，欠缺立法權，以及該規定設置了一個不可分割單位，故第1項第4款總體而言無效。

1.依聯邦立法機關的觀點，有關學生會規定之新內容，有助於基本法第72條第2項設定之建立同等價值生活條件目標的實現，這點不能被贊同。又維持法律或經濟同一性的正當化理由，還是不在考慮之列。

就立法理由的論理是，迄今由各邦自由決定設置強制性學生會的規定，未能充分顧及運作中之學生自治行政的利益。在各邦均設置強制性學生會，也是全國每天都有學生的利益代表的前提要件，其也是國家的對話伙伴(請參閱，聯邦眾議院公報14/8361頁4; 14/8732頁6)。聯邦政府在規範審查程序中補充指出：學生會之設置，對於在學學生之適當個別諮詢的保障有其必要的。

就此論述之目的在於，為在學學生有效參與高等學校之自治行政（大學基準法第36條以下）需要設置一個強制性學生會，這實際上亦無法獲得佐證。巴登–弗騰堡邦與自由國家巴伐利亞之高等學校憲法中，並未設有一個學生會，但也未被指出有什麼弊病或擔憂學生因此對於高等學校機制的參與不足。同樣地，針對在學學生的諮詢，亦然。

以作為聯邦政府在高等教育政策問題對話伙伴之全國學生利益代表的前提要件為目的，新修訂之大學基準法第41條無法提出正當化事由。依聯邦憲法法院之裁判，只有當在共和國內各邦之生活條件，顯著地，以對於

聯邦國家之社會結構有所侵犯的方式，分岐地發展，或者是這類性質發展具體展現時，才有必要就同等價值生活條件的建立制定一個聯邦法律的規制。其根本上並不需要就涉及到聯邦國家的社會結構，基於聯邦政府與聯邦立法機關範疇之意見形成，而在邦的權限範圍內之特定利益該怎麼配置，而作出決定。但無論如何也不能接受聯邦政府與聯邦立法機關所說，欠缺一個在整體國家的層面之全國性制度化的學生利益代表，所將會造成之不能容忍範圍的危害，以及將不能對於問題點與現實狀況作出適當地掌握與克服。相同的經驗或依其他國家的際遇所支撐的或選項的研究所推導出的預測，是無法由議會來提出的。

2.聯邦就此可能也沒有能依據基本法第125a條第2項第1句有修改聯邦法律的權限(上述 I. 3.)。新修的大學基準法第41條所生之大學基準法的補充規則，課予各邦義務，設置強制性學生會，提出了聯邦國家權限問題。聯邦之高等學校憲法的預先規定，在1998年8月20日第四次修正案時(聯邦立法公報，第一部分，頁2190)已作很大程度上地縮減了，而且最初並沒有個別針對學生參與的規定。與學生會之設置相符地，依大學基準法之舊法第41條，乃邦的裁量權。也因此，新的規定所納入的不只是補充的意義或者是不涉及到大學基準法修改的規制理念。而是，依此規定，聯邦更新，且依其所擴張的理解，將侵犯到各邦的規制權限。

3.聯邦立法機關不但是第一次建構學生會設置之邦的義務(新修訂之大學基準法第41條)，而且新修訂之大學基準法第41條第1項第2至4句的任務內容也是新的，並且是以一種任務擴張的意義，依據迄今憲法的基礎所規定之法律狀態來予以改寫(新修訂之大學基準法第41條第2項與第3項)。新修訂的大學基準法第41條第1項是取代舊大學基準法第41條第1項之規定，據此，邦法得就在高等學校之學生之高校政策的、社會的與文化的利益之實現、跨區域與國際的學生關係之照顧，以有關高等學校任務之相關學習利益，設置強制性學生會(大學基準法第2條與第3條)。不論在舊法或新修訂的大學基準法第41條第1項，皆有相同的規定，即一方面不就學生會的設置而為規定，他方面該任務亦可以被分割。假使學生會設置的義務(新修法之大學基準法第41條第1項)被認定為無效，則不得再以新的修訂規定，而對舊法得任意選擇設置學生會之任務，產生決定性的影響。這對新修法之大學基準法第41條第2項與第3項針對學生會之憲法，亦適用之。

若依新修法之大學基準法第41條第1項無效結果導致整個規定無效，

其進一步規制無須在作特別的憲法上的評價。

III. 同意義務的延伸與整部法律無效，不在規範審查程序之審查範圍。學生會設置之規定，並未有違反欠缺立法程序之情事

聯邦憲法法院審查與裁判，僅限於判決主文所示之規定。而有關同意義務以及牴觸基本法第84條第1項之無效法律效果延伸至整部法律(所謂的統一性命題; 請參閱 BVerfGE 8, 274 <294 f.>; 37, 363 <381>; 55, 274 <319>; 另外參閱 BVerfGE 105, 313 <339>)，並不意味著，其審查之範圍受於聯邦憲法法院所提出之規範審查聲明的拘束。大學基準法第六次修正案，所設置的不是一個不可分割的單位；而是該法在獨立於他人的規制事物只要修訂出有立法技術上的單位。抽象法規審查之對象，是所指被申訴之個別規定或規制整體，而非聲請人所期待之法律效果的確認(vgl. BVerfGE 73, 118 <151>; 97, 198 <213>)。被質疑的規範，將由聯邦憲法法院就所有的憲法觀點，但不受聲請人訴之聲明的拘束而審查 (vgl. BVerfGE 97, 198 <214> m.w.N.; s. auch BVerfGE 100, 249 <263>)。

依原則上立法權限優先審查得出，大學基準法第六次修正案第1條第3與第4款，聯邦欠缺立法權，無效。並非取決於：大學基準法第六次修正案第1條第4款之規定，即立法程序的疏失，所生牴觸基本法第84條第1項之進一步聲明。此一聲明也因此不再–或多或少的假設–進一步探究，蓋聲請人先撤回該聲明，且於其聲請亦為相同的陳述。也因此，聯邦憲法法院並未就第六次修正案之第1條第3款與第4款之確認予以審查，而僅就迄今對於違反基本法第84條第1項所為確認之裁判，預先推定法律效果。

法官：Hassemer　Jentsch
Broß　Osterloh
Di Fabio　Mellinghoff
Lübbe−Wolff　Gerhardt

「全球定位系統偵查方法案」判決

BVerfGE 112, 304-321
德國聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日判決
－ 2 BvR 581/01 －

江嘉琪　譯

要目
裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.本案事實與爭點
I.系爭法律規定
II.本案事實
1.邦高等法院之事實認定與法律見解
2.訴願人之上訴及其指摘
3.聯邦最高法院之法律見解
II.憲法訴願人之主張
1.刑事訴訟法之相關規定未足以做為GPS偵查之授權基礎
2.對秘密證人所為之訊問違背正當程序原則
III.相關機關之主張
1.聯邦司法部之主張
2.聯邦最高法院刑事庭之主張
3.聯邦最高法院檢察署之主張
4.言詞辯論程序中相關機關對各自論點再予深化
B.憲法訴願之合法性
I.合法部分
II.不合法部分
C.憲法訴願無理由
I.刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目合憲
1.該規定符合憲法明確性要求
2.該規定之其餘部分亦合憲
II.相關法院判決並無可議之處

關鍵詞
全球定位系統(Global Positioning System)
監視措施(Observationsmaßnahmen)
證據蒐集(Beweiserhebung)
偵查(Ermittlung)

監察(Überwachung)
基本權干預(Grundrechtseingriff)
個人生活隱私(Privatsphäre)
刑事訴追(Strafverfolgung)

裁判要旨

1.刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目做為運用全球定位系統蒐集證據以及後續對因此取得之證據加以採用之授權基礎，符合憲法要求。

2.使用現代的，尤其是為當事人所不察之偵查手段時，刑事訴追機關必須注意因此「附加」（additive）之基本權干預所隱藏的危險，而要特別重視程序上的要求。

3.有鑑於迅速、且對基本權保護具有風險性之資訊技術轉變，立法者對於技術面之發展，須審慎觀察，且必要時透過補充性立法加以修正。至於既有的程序法上措施在面對未來的發展時，是否能有效確保基本權保障並可靠地防止不同機關間未經協議（unkoordinierte）的偵查措施的問題，此項原則亦有適用。

案　由

本案係訴願人U先生委託訴訟代理人Dr. Heinrich Comes律師（地址：Boisseréesttraße 3，50674Köln）針對a)聯邦最高法院2001年1月24日之判決（案號：3 StR 324/00），b)杜賽多夫高等法院1999年9月1日之判決（案號：VI 1/97），c)聯邦刑事警察局與聯邦及北萊茵－西伐倫邦與漢堡邦憲法保護局於1995年10月至1996年2月間對憲法訴願人之監視（Observation）所提起之憲法訴願。本裁判係經聯邦憲法法院第二庭，由副院長Hassemer以及Jentsch, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt等法官參與審理，於2005年4月12日，基於2004年11月10日言詞審理所為之判決（案號：2 BvR 581/01）。

裁判主文

本件憲法訴願駁回。

理　由

A.本案事實與爭點

本件憲法訴願係針對刑事偵查程序中，除已實施之監視措施外，同時採用全球定位系統（Global Positioning System, GPS）一事而提起。此外，其亦反對就全球定位系統監視所得之事證之採用。本件憲法訴願指出刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目與基本法是否相符之問題。

I. 系爭法律規定

1992年7月15日之打擊非法毒品交易與其他組織犯罪行為法（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität, OrgKG, BGBl I S. 1302 ）第3條第6款於刑事訴訟法中加入刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目之規定。該規定規範為調查事實或發現行為人之所在、特別是為監視目的所為之科技工具之運用。依刑事訴訟法第100c條第2項第1句之規定，此種措施實施之對象係犯罪嫌疑人。針對其他人，僅在符合刑事訴訟法第100c條第2項第3句規定之要件時，方為合法。依據刑事訴訟法第101條第1項第1句之規定–本規定於解釋適用時須注意聯邦憲法法院2004年3月3日判決–1 BvR 2378/98 u.a. –(BVerfGE 109, 279 <363ff.>) 之意旨－必須將所採取之措施通知當事人。

刑事訴訟法第100c條之規定如下：

科技方法之實施

(1)毋須當事人知情(ohne Wissen des Betroffenen)

1.得

a)拍照及錄影，

b)運用特別為監視目的所設之科技工具以調查事實或發現行為人之所在，當偵查標的為重大犯罪，且以其他方式調查事實或發現行為人之所在較難收效（weniger erfolgversprechend）或有困難(erschwert)者。

2.…（略）

3.…（略）

(2)第1項之措施僅得針對犯罪嫌疑人實施。但事實之調查或行為人所在之發現以其他方式顯然難以收效(erheblich weniger erfolgversprechend)或有重大困難(wesentlich erschwert)者，第1項第1款第a目之措施得對第三人實施。第1項第1款第b目之措施僅在有事實足認為第三人與行為人有關聯或將產生關聯，而措施之實施有助於事實之調查或行為人所在地之發現，且以其他方式顯不可能（aussichtlos）或有重大困難者，始得對第三人實施。

(3)措施之實施無法避免涉及第三人時，得及於第三人。

II.本案事實

訴願人身為所謂反帝國主義基層組織(Antiimperialistische Zelle, AIZ)成員，於1995年繼續實施當時已為「赤軍聯」(Rote Armee Fraktion, RAF）所放棄之武裝戰鬥策略，而進行四起爆炸攻擊案。因此等行為，邦高等法院判處訴願人13年徒刑，因為此四件共同謀殺未遂案中，訴願人每次故意引發爆炸之行為與共同謀殺行為分別構成行為之單一性。

1.邦高等法院之心證(Beweiswür-

digung)主要來自於對原因程序(Ausgangsverfahren)中之訴願人與共同被告已實施之眾多監視措施所獲得之事證資料。

a)1995年10月至1996年2月間，訴願人與其母共同使用其母之住宅；該房屋入口以及住宅基地旁的聯結小徑都遭錄影監視。除此之外，聯邦刑事警察局之公務員也對訴願人進行監視。而北萊茵—西伐倫邦憲法保護局早在1993年初即實施長期的錄影監視。漢堡憲法保護局則是自1994年1月至1996年2月監視共同被告之住宅。1995年10月，聯邦刑事警察局在共同被告所有、訴願人也經常乘坐的轎車上裝設無線發報器，也監聽共同被告職業上使用之無線電報。除此之外，訴願人與其母共同使用之住宅、鄰近該住宅之電話亭以及共同被告住宅之電話線路均遭監聽，而以訴願人為收件人之郵件也都受到開封檢查。偵查法官(Ermittlungsrichter)准許對訴願人、共同被告以及其所使用之車輛進行警察的（polizeilich）監視。而偵查法官另一個允許對共同被告轎車與訴願人母親車輛中非公開談話進行監聽與錄音之裁定，則未再被執行。

b)訴願人與原因程序中的共同被告已預料到會有監查之情事，因此其行為是採取多樣化之密謀方式。由於擔心會遭監聽，因此訴願人與共同被告彼此不通電話；在開車的情況，其亦經常能夠成功地擺脫憲法保護局與聯邦刑事警察局人員之跟監。藉由掃描器與高頻偵測器，訴願人等發現裝置於車輛之無線發報器，亦使其喪失功能。

c)1995年12月，基於聯邦檢察總長之下命，於共同被告之車輛裝設GPS接收器，藉此能夠在50公尺之誤差範圍內確定車輛之空間位置。透過資料儲存之週期設定，裝設之接收器每分鐘會記錄日期、時間、地理經緯度以及車輛每次之行進速度。藉由設定為幾天時間間隔、定時啟動之傳輸程序，儲存之資料可被讀取(abgezogen)。經由對位置資訊之分析，可毫無漏洞地回溯車輛之行駛路徑、停留位置與停留時間。此項GPS監視一直進行至1996年2月25日訴願人遭逮捕為止。

d)訴願人於主要審理程序（Hauptverhandlung）中指摘這些同時施行之各種監察措施「欠缺法官對其整體之審查」(ohne eine richterliche Überprüfung ihrer Gesamtschau)，也對因運用GPS所取得之資料之採用聲明異議。

e)邦高等法院駁回異議(NStZ 1998, S. 268)，且以GPS監察獲得之資料作為判決訴願人有罪之基礎。

刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目的制定過程說明了為何GPS納入本規定之適用範圍。立法者當時正

擬允許無線電發報器一類之定位系統之運用。GPS之功能相較於此類發報器僅是有效範圍更廣、精確度更高，也較不容易被察覺。運用GPS，同時並實施其他就本身個別觀察具備容許性之監察措施，並未受到質疑。刑事訴訟法原則上保留予法官者，僅是干預性特別強烈之偵查手段，例如電話監聽（刑事訴訟法第100a條）。偵查手段之集合既未限縮對權利之保護，也未改變個別基本權干預之性質。

2.訴願人針對邦高等法院之判決提起上訴，於上訴中並指摘監視所獲致之資料之採用。

3.該上訴經聯邦最高法院第三刑事庭以判決駁回(BGHSt 46, 266)。

a)立法者於刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目選擇使用「其他科技方法」概念，顯然有意創設科技進展之空間，亦欲使法令頒布當時尚無法運用於犯罪偵查之系統將來具有運用可能性。GPS技術之運用，在本案中之法律要件業已滿足，因若非如此，訴願人與共同被告必定經常可以擺脫其他監察手段，而當時刑事調查之客體實為最嚴重之犯罪。

在此期間，立法者已於刑事訴訟法第163條第4項將任何為期逾一個月之監視之下命權限交予法官，藉此也已將對個人隱私干預之嚴重程度納入考量。不過，在此明文規定運用GPS為長期監察之法官保留，依據證據蒐集當時之法律狀態無疑不能自刑事訴訟法或歐洲人權公約(Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK)第8條或憲法導出。

b)訴願人主張不論個別監察措施是否滿足刑事訴訟法第344條第2項第2句之合法性要件，措施整體都應有特別授權，此種指摘並無理由。純粹因偵查手段之集合而使法官有「介入」(übergreifende)之權限，既無法自刑事訴訟法也不能自基本法導出。追求不同目的之多種偵查手段之聚合，毋寧是原則，而應要求者係進行干預時，須注意比例原則之審查。GPS科技之運用，若與其他單獨、個別觀察具有合法性之監察手段相結合，因此可能產生一個全面人格側寫(die Erstellung eines umfassenden Persönlichkeitsprofils)，如此一來，此等影響之數量固然有可能侵害當事人人格權，但對於在何種條件之下，對一個人的「完全監察」(Totalüberwachung)將違背比例原則、違背一般人格權或違背歐洲人權公約第8條，以及禁止採用透過此種監察所取得之資料之問題，本庭在此毋須為裁判。

III.憲法訴願人之主張

訴願人提起憲法訴願，對邦高等法院與聯邦最高法院的判決，以及聯邦刑事警察局與北萊茵－西伐倫邦與漢堡邦憲法保護局於1995年10月至1996年2月對其所為之監視表示不服

。訴願人主張其基本法第1條第1項及第2條第1項之基本權因該等偵查措施而受侵害。邦高等法院對因此取得之事證之採用以及聯邦最高法院對此表示支持之裁判，均違背正當程序原則。

1.a)刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目不能做為運用GPS系統之授權基礎。「科技方法」之概念可能被廣泛地解釋，而涵蓋不可預見之未來發展，因而偏離聯邦憲法法院與歐洲人權法院基於法律之干預授權明確性所確立之要求。同樣地，該規定也未能滿足源自基本法第1條第1項、第2條第1項受歐洲人權法院裁判中所遵循之合法干預之有效控制要求。GPS之運用在法庭上僅於刑事訴訟程序之範圍內受到審查，而即便在刑事程序中，也僅在監察獲得可採用之事證時才受審查。反之，若未進入訴訟程序則欠缺任何控制。

b)針對訴願人與原因程序中之共同被告同時實施之不同監視措施構成對基本法第1條第1項與第2條第1項所保護之個人隱私特別強烈之干預，因此其本身必須有獨立之法律授權。此點可以援引歐洲人權公約第8條第1項與第2項之規定做為解釋上之輔助而推導出來。依歐洲人權法院之裁判之見解，該規定乃是保護「意欲獨處」(Für-Sich-Sein-Wollen)之人格發展，在家庭或住所以外之範圍，亦包括在內。由衛星支援之GPS監視因為科技之故，乃是「無形」(substanzlos)地在運作；其在當事人所不察之情況下進行追蹤，可以長時間記錄當事人移動軌跡與停駐地點。有鑑於此，至少在其與其他額外觸及居住與通訊保護領域之監察措施相結合時，便需要有特別之法律基礎。

c)參酌歐洲人權法院關於歐洲人權公約第6條之裁判可知，邦高等法院對法律未明文規定之監視措施所獲致之事證加以採用，以及上訴審對此之肯認，違反正當程序原則。

2.此外，訴願人認為法院限縮其辯護權利，亦是違背前述正當程序原則。兩位秘密證人對訴願人有利之證詞僅僅是間接透過陳述權限有限之警察人員所為的訊問而加以採用，並未在證據評價上賦予其應有之份量。

IV.相關機關之主張

聯邦司法部、聯邦最高法院刑事庭與聯邦檢察總長關於本憲法訴願案亦表示意見。

1.依聯邦司法部之見解，刑事訴訟法不論是對GPS之使用或偵查措施之合併使用均已提供足夠且明確之授權基礎。

a)訴願人指摘刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目欠缺明確性，不具說服力。該規定中之授權–即便將科技發展納入–，也會因監視本身對於干預強度具有重要性之觀點而受有

限制。本案程序中措施，實施當時之司法實務認為刑事訴訟法第161條及第163條的一般條款–與刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目並列–均可認為係長期實施監察之適當授權基礎。2000年生效之刑事訴訟法第163f條之規定，對此不生影響。

b) 多種偵查措施之合併使用(Kumulierung)並毋須特別之法律授權。刑事訴訟法對於不同的基本權地位之干預均分別有特別授權基礎。以此等基礎為依據之刑事訴訟偵查措施，亦有比例原則之適用。多種偵查措施合併使用之問題也會經由多數法規中所包含之補充性條款獲得緩和。此外，可想像之合併使用五花八門，似乎不可能期待一個法律規定，能夠發揮超越再次宣示比例原則之功能。

2.聯邦最高法院刑事庭於其1998年1月29日判決–案號：1StR 511/97–（BGHSt 44, 13）中指出刑事訴訟法第100c條第1項第1款第a目之解釋，並補充說明在原因程序中實施之GPS監視同時具有壓制與預防之監察目的。有鑑於附加的預防功能，因此刑事庭認為緊密之監察非但不可或缺，亦符合比例原則。若透過監視，能夠對嚴重犯罪行為的計畫、準備與著手加以記錄甚至防止，則對隱私權保護可能退讓。

3.a)依聯邦最高法院檢察署之見解，GPS在原因程序中之運用係為刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目的授權基礎所涵蓋。該規定與憲法上規範明確性之要求相符合。「科技方法」可透過其定位功能及透過排除影像及聲音的錄製而有效界定其範圍。使用不確定法律概念的授權而保留對未來的開放性，乃是立法者裁量之範圍。訴願人主張，刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目對於該規定所容許之定位措施無法提供有效的權利保護，並無理由。因為依其陳述，針對其所實施的GPS監察所得之事證，該事證之取得與採用在原因程序中曾多次被審查。

b) 偵查措施「合併使用」(Kumilation)之概念，並不因其多面性與模糊性便產生與基本權的程序法上確保之適當聯結點。單純對於此等措施附加之一一列舉可能引發錯誤印象，認為這些措施同時且集體實施乃是為了要取得對訴願人的人格側寫。事實上，此等措施之所以被採用，乃是分別依據狀況、對訴願人陰謀且職業性之犯罪行為之反應。

就涉及的基本權重要性而言，法官之審查也並非必要。基本法第20條第3項使檢察機關特別受到比例原則之拘束，而此原則在監察措施是固定透過補充性條款被具體化。據此原則，當檢察機關聲請保留予法官之措施時，必須告知法官已進行與正在進行中之偵查措施。此在原因程序中亦已

履行。

4.言詞辯論程序中，訴願人、聯邦政府與聯邦最高法院檢察署均對其書面論點再予深化。此外，聯邦憲法法院對於使用GPS進行犯罪行為偵查一點，亦聽取專家之鑑定意見。

B.憲法訴願之合法性

I.合法部分

訴願人指摘，普通法庭採認運用GPS對其實施監視而獲致之資料，因此侵害其受憲法保障之公正程序請求權（基本法第2條第1項結合第20條第3項），在此範圍內，其憲法訴願程序上為合法。

訴願人針對法院採為證據之行為已分別聲明異議；因此符合憲法訴願之補充性(Subsidarität)原則（參照BverfGE, 16, 124 <127>; 78, 58 <68f.>;聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2000年3月1日之裁定–2 BvR 2017/94 u.a. –, NStZ 2000, S. 489 <490> ）。

因此，本件憲法訴願是否鑒於相關的、牽涉GPS運用之指摘而具備程序合法性問題，可以暫且不論。即便對運用GPS所取得之證據以及其與其他偵查方法之合併使用之指摘而使憲法訴願程序合法，就實際結果而言，訴願人也無法達到更深入之審查。因合法指摘而開啟之關於證據運用之審查，聯邦憲法法院對於基礎證據蒐集行為之合法性–包括其與相關刑事訴訟偵查干預之結合–亦皆可進行審查。

II.不合法部分

憲法訴願之其餘部分不合法。訴願人指摘邦高等法院與聯邦最高法院對於兩位秘密證人之訊問係以違背訴訟公平之方式所為，此種指摘並不合法，因為訴願人並未釋明其已窮盡法律救濟途徑（聯邦憲法法院法第90條第1項第1句）。未出示或告知上訴理由書中之主要內容或可能與此相關聯的聯邦檢察總長的意見，將無法審查訴願人於普通法庭程序中是否已合法地提出指摘（參照BVerfGE 95, 96 <127>）。

C.憲法訴願無理由

憲法訴願程序既為合法，則接下來要處理的問題便是運用GPS監視（I. 1.-2.）以及此外同時實施之監察措施（I. 3.）所獲致之資料之採用之憲法界限問題；此等界限在本案中已被遵守。邦高等法院與聯邦最高法院對刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目刑事訴訟上之授權基礎所為之解釋與適用，就憲法觀點並無可議之處。

I.刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目合憲

遭指摘之刑事庭判決係以刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目為使用GPS取得證據以及採用此等證據之授權基礎，此項見解應屬正確。該規定已滿足刑事訴訟干預規範的明確性

的憲法要求（1.），而且其餘部分亦屬合憲（2.）。

1.因基本法第103條第2項對於法律明確性的要求的嚴格規定，原則上對於刑事訴訟法並不適用（參照BVerfGE 25, 269 <286f.>; 63, 343 <359>），因而此處規範明晰性（Normenklarheit）與構成要件明確性（Tatbestandsbestimmtheit）的要求，是來自法治國原則（基本法第20條第3項，第28條第1項）。依此原則，一個規範於其要件與法律效果之描述，必須使利害關係人得以認知法律狀態，並依此來調整個人之行止（參照BVerfGE 21, 73 <79>; 25, 269 <285>; 87, 287 <317f.>; stRspr）。

a)立法者僅限於發動偵查的犯罪行為「重大」時，始容許運用刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目中之科技方法。至於進一步之具體化，例如透過表列犯罪行為之方式，立法者並未採用。聯邦憲法法院曾屢次確認，在刑事程序中對基本權干預「重大」之特徵，就已足以特定其界限（參照BVerfGE 103, 21 <34>；107, 299 <322>；109, 279 <344>）。此等犯罪必須至少屬於中等犯罪領域、明顯地破壞法律和平，並嚴重影響人民對於法安定性之感受。

b)在解釋刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目所使用的「特別為監視目的所設之科技工具」之特徵時，亦足以滿足憲法要求之具體化。

aa)受指摘之判決中隱約指出，GPS僅僅牽涉立法者舉例說明之科技方法無線發報器（參照BTDruck 12/989, S. 39）之繼續發展，如此之見解毋寧是過分低估GPS。無線發報器之有效運用是以至少大約知悉犯罪嫌疑人當前所在位置為前提。但GPS之使用在運用可能性上並不受到如此重大的侷限。

明確性原則要求立法者精確指稱技術上之干預工具，並藉此確保相對人總是能夠認知到規範內容（參照BVerfGE 87, 287 <317f.>）。但明確性原則並不是要求法律表達方式必須排除納入任何犯罪偵查技術之更新。由於迅速的、對基本權保護具有風險性的（參照BVerfGE 65, 1 <42f.>）資訊科技的變化，此種變化對於資訊自決權產生的危險，鑑定人G教授在言詞辯論中亦在本庭加以描述，立法者必須對科技的發展審慎觀察，而且對於刑事訴追機關與刑事法庭具體填充開放的法律概念時所產生之錯誤發展，必要時透過補充性立法加以修正式地干預（參照BVerfGE 90, 145 <191f.>）。

bb)「特別是為監視目的所設之科技方法」特徵的採用符合前述的要求。其所指涉之意涵，在其目標設定上容易理解，而且可透過普遍承認之法律解釋方法加以具體化。

透過一方面在刑事訴訟法第100c條第1項第1款第a目所稱的一般視覺上之監察活動方法，另方面在刑事訴訟法第100c條第1項第2、3款規範的聽覺上之監察與錄音技術之體系上區分，立法者已經對於以其他方式能夠進一步釐清事實或確定人員位置之現代犯罪偵查技術運用，足夠明確地限制在特定範圍內。此處所涉者係以科技方法觀察為定位或確定停留地點。GPS之運用並未逾越此一範圍。相對於追蹤器與夜視器（參照Mayer-Goßner, StPO, 47. Aufl., 2004, § 100 c Rn. 2），此一系統固然展現較佳之運用彈性以及結果上較高之準確度。但另一方面，GPS由於其技術上之特性，正如鑑定人T教授於言詞辯論程序中進一步闡明者，GPS的接收於封閉空間或城市高樓間隙中，便受有限制。在如此之事實基礎下，立法者毋須以GPS會成為方式特別而強度特殊之監察工具為出發點，而認為其運用基於憲法要求僅能在嚴格條件下方得許可。

2.刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目之規範，在其餘方面亦符合憲法的要求。

a)依聯邦憲法法院第一庭2004年3月3日之判決–1 BvR 2378/98 u.a.–(BVerfGE 109, 279 <363 ff., 381>)，刑事訴訟法第101條中關於通知利害關係人之規定，與基本法第19條第4項僅部分相符，立法者負有義務於2005年6月30日前應創設合憲之法律狀態。

b)因科技監察工具之運用而對一般人格權（基本法第2條第1項結合基本法第1條第1項）產生之干預，於範圍及強度均尚未達到典型不可侵犯之私人生活狀態之核心領域（對此問題可參照BVerfGE 80, 376 <375>; 109, 279 <319>）；此處亦是同等情況。立法者額外還可以注意，由於該方法之運用對於基本權之干預，在結果上也可能產生對當事人有利之效果。若透過技術支援而進行之監察，使得更深的、且對第三人產生干預效果之情形，例如根據刑事訴訟法第100c條第1項第2款結合第2項第3句，於犯罪嫌疑人所使用之汽車內非公開談話之監聽與錄音，因此而得以避免時。因此，立法者將監察措施之容許性僅繫於初始犯罪嫌疑(Anfangsverdacht)，並無可議之處。而立法者將此方法之運用與刑事訴訟法第100c條直接體系關聯中最低之補充性階層（「以其他方式調查事實或查明行為人居住地點較難收效或有困難者」）相聯結（此問題可參照BVerfGE 109, 279 <342 f.>），亦非不許。

c)當然立法者並非在刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目生效時，就已經因憲法之故，必須將長期持續之科技監察措施置於法官保留之下。

立法者可以先等待法律事實之發展。立法者藉由刑事程序法修正暨補充法(Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrens) –2000年8月2日1999刑事程序修正法(BGBl. S. 1253, 1255)–第1條第10款，加入2000年11月1日生效之刑事訴訟法第163f條第4項規定。該規定對刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目加以補充，其對犯罪嫌疑人長期之監察，不論是否運用特殊科技方法，定有附加之要件，而為期超過一個月之監察，則須由法官決定。

在最終導致現今規範結果之立法過程中，對於上述規範依聯邦憲法法院1983年12月15日裁判（BVerfGE 65, 1 <43 ff.>）中之指示，是否來自憲法層次之要求的問題，並未明確地回答（參照BTDruck 11/1878, S. 8; BTDruck 11/7663, S. 38以及Anlage 2, S. 39 f.）。結果看來，立法者是決定透過法官保留來額外地確保基本權保護（就此問題參照BVerfGE 42, 212 <220>; 103, 142 <151>）。刑事訴訟法第163f條第4項第2句所決定之規範，表達出立法者對於刑事訴訟法現代科技偵查干預領域在憲法上之確實要求（參閱前述C. I. 1. b）aa ）；此為立法決定之成果，而立法決定旨在進行長期監察時，對嫌疑人之基本權於程序上特別給予保障。

d)透過1999年刑事程序修正法，補充了刑事訴訟法中關於消息發布、卷宗閱覽以及其他關涉程序目的之資訊利用與資料規範之規定（刑事訴訟法第474條以下）。因此便產生特別為此領域而設之個人資料保護規範（參照BVerfGE 65, 1 <46>）。該規定之細節，此處不予深論。

3.與訴願人見解有間者在於，對於眾多偵查措施之同時運用，毋須特別之法律規範。立法者毋寧相信，絕對為憲法所不容許的、可能建構關係人全面人格側寫的「全面監察」（Rundum-überwachung ）（參閱BVerfGE 65, 1 <43>; 109, 279 <323>），透過一般程序法上之保障，即便沒有特別法律規制，原則上亦能夠加以排除。

a)刑事訴追機關在運用現代的、特別是當事人所不察之偵查手段時，必須考慮到因此產生對基本權「附加」之干預，包含危害的可能性，而特別注意程序之要求。

aa)聲請或下命進行偵查措施之檢察機關作為第一層負責決定者，必須確保能掌握偵查措施在聲請當時以及隨時間進展實施後對基本權主體造成之干預之全面訊息；否則便無法有效地審查及確認是否對當事人造成過分負擔。對此不僅–理所當然地（參閱刑事訴訟法第186b條第1項、第199條第2項第2句）–需要檔案中所有已實施或可實施之偵查干預之完整紀錄

（參閱BVerfG 63, 45 <64>）。除此之外–特別是透過跨邦之檢察機關程序記錄之使用（刑事訴訟法第492條以下），更要確保不同檢察機關間不因彼此不知而在雙重程序（Doppelverfahren）中干預基本權。

bb)針對在刑事訴追審級外，也有憲法保護局與情報機構下令並執行偵查性措施之情形，立法者在刑事訴訟法第492條第4項創造可能性，使聯邦及各邦憲法保護局、軍事反間諜情報局以及聯邦情報局亦可分享基本的、檢察機關可以接近使用之程序資料，只要這些機關相對於刑事訴追機關有資訊取得權（Auskunftsrecht）。此一規定首先應當是有助於程序簡化，但同時也創設了偵查活動必須合於確保基本權之前提要件。

b)除此之外，立法者亦須觀察，既有之程序法上措施，若慮及未來發展，是否尚能有效地確保基本權保護。立法者可能要衡量，是否透過對實務偵查活動之補充性規範–例如補充刑事程序以及罰鍰程序之準則–確實地防止不同機關間未經協議之偵查措施出現。

II.相關法院判決並無可議之處

以此標準加以衡量，邦高等法院與聯邦最高法院於其判決中對刑事訴訟法第100c條第1項第1款第b目所為之解釋與適用，並無可指摘之處。

1.普通法庭審查GPS之運用時已遵循透過比例原則所劃定之界限。有鑑於犯罪嫌疑人之陰謀行徑以及其被指控之行為之嚴重性，補充性條款之解釋與適用並無疑慮。

2.因完全監察之禁止（前述C. I. 3）而使現代刑事訴訟多種偵查手段合併使用時劃定之界限，在本案中已被遵守。普通法庭在比例原則審查範圍中所做為之利益衡量主要著眼於，本來也僅在使用共同被告之自用汽車時才實施之GPS監視，主要只在週末才透過其他監察措施加以補充，而且僅在有限範圍內針對特別敏感的談話的監聽。法庭的利益衡量，自憲法觀點看，並無可議之處。

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

「巴伐利亞之廣播電視用戶費用」裁定

BVerfGE 114, 371
德國聯邦憲法法院第一庭2005年10月26日裁定
－ 1 BvR 396/98 －

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.系爭規定
II.事實經過
III.憲法訴願人之主張
IV.相關意見
1.巴伐利亞國家秘書處秘書長、共和國聯邦事務及行政改革部部長與巴伐利亞邦議會之意見
2.巴伐利亞新媒體邦中心之意見
3.巴伐利亞廣播電視台之意見
B.憲法訴願程序上之審查－憲法訴願合法
C.憲法訴願實體上之審查－憲法訴願部分有理由
I.系爭規定之合憲性審查
1.基本權利之保障內涵與限制
2.限制基本權利憲法上合理化之理由
a)系爭規定立法權限之歸屬
aa)基本法第73條第7款之聯邦專屬立法權
bb)基本法第105條第2項之財政憲法立法權限
b)基本法第5條第1項第2句之作為憲法上合理化之理由
aa)意見均衡多元性之確保
bb)確保意見均衡多元性之措施
(1)邦中心之分配用戶費用收入之任務
(2)確保意見均衡多元性之規定的欠缺
(a)法規有關用戶費用收入分配之規

定
(b)法規對於受扶助節目多元性之特別要求的欠缺
3.系爭規定之不符基本法第2條第1項
4.系爭規定之定期失效
II.系爭地方法院裁判之合憲性審查
D.訴訟費用之負擔

關鍵詞

纜線接線持有人（用戶）(Inhaber des Kabelanschlusses〔Teilnehmer〕)
用戶費用(Teilnehmerentgelt)
廣播電視節目供應者(Anbieter der Rundfunkprogramme)
廣播電視提供者(Rundfunkveranstalter)
人格自由開展之基本權利
(Grundrecht für die freie Entfaltung der Persönlichkeit)
一般之行動自由
(allgemeine Handlungsfreiheit)
廣播電視自由(Rundfunkfreiheit)
意見之均衡多元性(gleichgewichtige Vielfalt der Meinungen)

裁判要旨

關於以巴伐利亞之用戶費用在財務上支援私人之廣播電視供應者(Rundfunkanbieter)*之憲法上的要求。

案　由

在2005年2月24日死亡之K先生，由其繼承人W女士(女兒)，K先生(兒子)承受，－代理人：Klaus Krings律師，Konrad-Adenauer-Allee 63, 86150 Augsburg－係1. 直接針對Augsburg地方法院－Schwabmünchen分院－1998年1月21日－1 C 0684/97－判決，2.間接針對1992年11月24日巴伐利亞媒體法(GVBl S. 584)第38條第2項及第3項提起本件之憲法訴願程序。

裁判主文

1.1992年11月24日在巴伐利亞發展、促進與籌設私人廣播電視供應與其他媒體服務法(Gesetz über die Entwicklung, Förderung und Veranstaltung privater Rundfunkangebote und anderer Mediendienste in Bayern)（巴伐利亞媒體法－BayMG)（巴伐利亞法律及命令公報第584頁）第38條第3項至第6項，及在2003年10月22日所公布條文之同法（巴伐利亞法律及命

* 譯注：本文之供應者(Anbieter)是指供應廣播電視節目者。

令公報第799頁）第33條第4項至第6項有關用戶費用之規定與基本法第2條第1項不符。

2.在所提及之規定仍然有效的範圍內，其最長可以一直適用到2008年12月31日為止。

3.本憲法訴願之其餘部分駁回。

4.巴伐利亞共和國必須償還訴願人之繼承人必要之費用。

理　由

A.事實與爭點

本憲法訴願所涉及的是依巴伐利亞媒體法所謂之用戶費用(Teilnehmerentgelt)的合憲性問題。

I.系爭規定

依照巴伐利亞共和國憲法第111條之1第2項第1句，在巴伐利亞廣播電視只准在公共責任之下，由公法主體經營。根據此一規定，1984年11月22日在巴伐利亞試驗與發展新的廣播電視供應與其他媒體服務法(Gesetz über die Erprobung und Entwicklung neuer Rundfunkangebote und anderer Mediendienste in Bayern)（媒體試驗及發展法－MEG)(GVBl S. 445)規定了新的廣播電視節目與其他媒體服務之實體上與組織上的要件。該法當時已被1992年11月24日在巴伐利亞發展、促進與籌設私人廣播電視供應與其他媒體服務法（巴伐利亞媒體法－BayMG)(GVBl S. 584；以下簡稱：1992年巴伐利亞媒體法)所取代，之後歷經多次之修正，目前適用的是2003年10月22日所公布之條文（GVBl S. 799；以下簡稱：2003年巴伐利亞媒體法）。

依照媒體法之規定，並不禁止私人在巴伐利亞廣播電視領域從事活動。廣播電視節目係由私法之供應者所提供之節目編排而成（1992 年巴伐利亞媒體法第 26 條、2003 年巴伐利亞媒體法第 24 條），甚且依照較早之法規係由–區域與跨區域之–媒體經營業者 (Medienbetriebsgesellschaften)(1992 年巴伐利亞媒體法第 23 條以下）。執掌廣播電視之主體過去為一今天依然是一組織型態是具有權利能力之公法機構的巴伐利亞新媒體邦中心(Bayerische Landeszentrale für neue Medien)（1992/2003 年巴伐利亞媒體法第 2 條；以下簡稱：邦中心）。

依照 1992 年巴伐利亞媒體法之規定，在此具有重要性者，係邦中心與其他參與者之關係如下的規定：廣播電視由邦中心以公共責任與公法主體之方式經營之。邦中心可以讓媒體經營業者由廣播電視供應者所製作之節目編排廣播電視節目。在纜線設備下之轉播廣播電視節目也由邦中心作規定（1992 年巴伐利亞媒體法第 2 條第 3 項）。有各種不同的主體加入

媒體經營業者，加入者特別是地方自治團體與文化及社會之設置目的的公益性組織，特定宗教團體與在各個營業範圍內從事活動之廣播電視播放的供應者，包括地方的出版社。有關應提供之供應的細節部分，媒體經營業者會與供應者簽訂一項協議。此一協議依照 1992 年巴伐利亞媒體法第 27 條第 2 項、第 9 項須經邦中心的核定。

只要廣播電視節目透過纜線設備播送者，則適用特別的規定。依 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項，接收特定以德意志聯邦郵政(die Deutsche Bundespost)–後來為德意志電信股份公司(die Deutsche Telekom AG)–之纜線設備提供或轉播之廣播電視節目的前提要件是，主管之媒體經營業者與纜線接線持有人（用戶）之間成立協議。依 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 3 項，由媒體經營業者根據該項協議收取用戶費用。由此所收取之費用，依照其任務分配給邦中心、具體相關之媒體經營業者與跨區域之媒體經營業者，以及分配給供應者就其各自所提供之節目部分（1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 4 項）。用戶費用之詳細規定，是規定在根據巴伐利亞媒體法第 38 條第 5 項，由邦中心所頒訂之 1995 年 9 月 29 日依巴伐利亞媒體法之用戶費用自治規章（用戶費用自治規章－TES）（StAnz Nr. 40；以下簡稱：1995 年用戶費用自治規章）中。依照 1995 年用戶費用自治規章第 4 條第 1 項第 2 句之規定，用戶費用每一接線住戶每個月的金額是 3,30 德國馬克；根據多方面的遞減可能性用戶費用可以低一點（參考 1995 年用戶費用自治規章第 4 條至第 6 條）。用戶費用收入分配的比例規定在 1995 年用戶費用自治規章第 9 條第 2 項。

1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項至第 6 項的規定為：

(2)在第 1 項所規範之纜線設備下，接收依第 27 條至第 29 條所提供與依第 40 條所轉播之廣播電視節目的前提要件，在德意志聯邦郵政之纜線設備下是主管之媒體經營業者與纜線接線持有人（用戶）之間的協議，在私人之纜線設備下是主管之媒體經營業者與經營者之間的協議。

(3)媒體經營業者根據依第 2 項之該項協議，對於在其營業範圍之纜線設備下所提供與轉播之廣播電視節目收取費用（用戶費用）。媒體經營業者得委託各個經營者或第三人，以其名義與用戶簽訂此項協議，與承接費用之收取。

(4)用戶費用依照其任務分配給邦中心、媒體經營業者與跨區域之媒體經營業者，以及分配給供應者就其各自所提供之節目部分。

(5)用戶費用之詳細規定，特別

是費用形式、金額、分配及分配程序，由邦中心以自治規章(Satzung)定之。

(6)在依第 4 項分配費用時，只有依第 27 條至第 29 條經核准且已經超過 6 個月在纜線設備下提供節目或節目一部分之此種供應者才列入考量。其節目有極大部分來自於德語與歐洲地區而自己製作以及委託與共同製作之供應者須優先列入考量。

1997 年 12 月 27 日巴伐利亞媒體法第二次修正法（GVBl S. 843）第 1 條對於巴伐利亞廣播電視模式之組織作了重大的改變。媒體法基本的修正（以下簡稱：1997 年巴伐利亞媒體法）涉及媒體經營業者之裁撤與分階段式繳還用戶費用。媒體經營業者，有關其權利與義務，隨著 1999 年 1 月 1 日之生效而解除。取代其地位者為媒體協會 (Medienvereine)（1997 年巴伐利亞媒體法第 23 條）。纜線接線持有人必須簽訂之協議自此之後與邦中心簽訂（1997 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 3 項）。當協議不成或用戶費用未繳納時，邦中心有權以給付裁決(Leistungsbescheid)請求用戶費用（1997 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 4 項第 7 句）。

依巴伐利亞媒體法第二次修正法第 2 條第 2 項，有關用戶費用的規定應於 2003 年 1 月 1 日失去效力。2001 年 12 月 24 日巴伐利亞媒體法修正法（GVBl S. 1006）第 2 條第 2 項卻延長用戶費用的收取直到 2008 年 12 月 31 日為止。依此法所公布條文之巴伐利亞媒體法第 33 條第 4 項第 2 句，用戶費用在時間上兩年為一個階段，就其金額依階段遞減，直到現在所定之終止日期 2008 年 12 月 31 日為止。用戶費用的基準目前是規定在 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條。該條從第 3 項起的規定為：

(3)如果至少有一個經邦中心依第 26 條第 1 項所核准之廣播電視節目在第 2 項規範下之纜線設備提供時，則在德意志電信股份公司之纜線設備下纜線接線持有人（用戶），在其他之纜線設備下經營者，必須與邦中心簽訂協議。

(4)邦中心根據依第 3 項之該項協議收取費用（用戶費用）。用戶費用的金額依照纜線接線持有人或纜線設備經營者所供應之住戶的數目計算，且每一住戶與每個月的金額最高是

1.至 2002 年 12 月 31 日是 1,00 歐元，用戶費用的金額同時不得逾越巴伐利亞媒體法第二次修正法生效前所規定之額度，

2.自 2003 年 1 月 1 日至 2004 年 12 月 31 日是 0,60 歐元，

3.自 2005 年 1 月 1 日至 2006 年 12 月 31 日是 0,45 歐元及

4.自 2007 年 1 月 1 日至 2008 年

12 月 31 日是 0,30 歐元。

每一個在第 3 項規範下之纜線設備的經營者提供邦中心為依法收取用戶費用所必要之資訊。在德意志電信股份公司之纜線設備下，該公司必須每年兩次將新客戶之姓名與地址以及其所供應之住戶的數目告知邦中心。邦中心得將用戶費用之收取委託經營者或第三人。在邦中心與經營者或第三人有關收取用戶費用之契約中，得就有關於依第 3 項之契約簽訂的執行與有關於應轉交給邦中心之用戶費用以每年總金額的方式結算為規定。當依第 3 項之協議沒有成立或用戶費用未繳納給邦中心或依第 5 句之受託收取者時，則邦中心有權以給付裁決(Leistungsbescheid)請求費用。

(5)供應者得分配來自於用戶費用之收入。此首要是用在為了達成地方性與區域性之電視供應者經濟上之自足能力，以及在巴伐利亞地方性與區域性之電視供應儘可能同等價格供應等措施上。邦中心依第 11 條第 2 句第 9 款及第 10 款之扶助者的任務並不受此之影響。

(6)用戶費用之詳細規定，特別是金額、付款日期、在個別情況下之免除、費用形式、分配及分配程序，由邦中心以自治規章(Satzung)定之。在運用用戶費用之收入時，尤其必須考量與播送地區相關所播放之節目的比重，特別是在各個廣播電視供應中來自於資訊與文化領域之節目的比重，以及各個播送地區的傳播潛力。如果供應者沒有以可期待之方式參與

1.促進經濟之合作措施，

2.邦中心依第 25 條第 3 項第 3 句之措施或

3.邦中心為改善各個播送地區之劃分的措施或

4.不採取為達到經濟上之自足能力，特別是提高廣告收入之可期待的措施時，

由邦中心相應地縮減依此所得出之供應者在用戶費用收入上的比重。

節目有極大部分來自於德語與歐洲地區而自己製作之供應者須優先列入考量。

(7)共和國政府(die Staatsregierung)在 2007 年 3 月 31 日之前提出有關於在巴伐利亞地方性與區域性電視之經濟情勢的報告。在報告中也應當說明可預見之未來的發展。

依 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 5 項，同樣依 2002 年 7 月 25 日依巴伐利亞媒體法之用戶費用自治規章（用戶費用自治規章－TES），最近一次透過 2005 年 7 月 28 日之自治規章加以修正（StAnz Nr. 31；以下簡稱：2005 年用戶費用自治規章），第 9 條第 1 項之規定，來自於用戶費用之收入，從現在起只分配給供應者。

在 2003 年時，有一購買者財團

將所有德國有線傳輸股份有限公司(Kabel Deutschland GmbH)及其區域公司的營業部分從德意志電信股份公司承接過來。從此以後在巴伐利亞，已不再存有 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 3 項規定意義下之德意志電信股份公司的纜線設備。此所造成的結果，根據 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 3 項第 2 種可能性的規定，就是從 2004 年 1 月 1 日起，用戶費用只能由纜線設備之經營者，亦即在實際上只能由德國有線傳輸股份有限公司收取。該公司對於纜線之接線所索取的價格，為提高至用戶費用的價格。

根據邦中心之說明，目前總共有 33 個廣播電視的供應是透過來自於用戶費用的補助款予以支援。扶助之受益人在 2004 年時，是 18 個在 15 個地方駐點的地方電視節目，8 個地方電視－專門性節目(Spartenprogramm)，2 個電視資訊頻道與電視服務頻道，以及 2 個邦幅員的電視節目，此外是 2 個地方的廣播供應與 1 個邦幅員的廣播供應。在地方電視方面，來自於用戶費用的經費部分占提供者(Veranstalter)* 所承擔費用的 28%。其他之資金挹注部分尤其是來自於廣告的收入，以及來自於委託製作與出售節目的進款。

地方之電視節目原則上也會透過 30 分鐘在 RTL 電視台節目（所謂之 RTL－窗台）中的電視供應同步地在地方的有線頻道播出。在有線播送時，這些節目將由其他地方所製作，大部分每天多次重播的節目所補充。在慕尼黑與紐倫堡地區之所謂人口稠密地區的供應，基於大都市的觀眾群，已發展出部分不一樣的結構。

II.事實經過

訴願人自 1992 年 7 月 1 日至 1996 年 7 月 31 日為止是有線寬頻接線持有人。原因程序(Ausgangsverfahren)中之原告－某一媒體經營業者－主管的業務是將依巴伐利亞媒體法的節目輸送到德意志電信股份公司的有線寬頻網路。對於接線到有線寬頻的期間，其向訴願人要求支付總共 152,70 德國馬克的費用。

地方法院判決訴願人須支付此項費用，並就此表示：1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項意義下之當事人之間的協議，無論如何透過有意的行為已經成立。訴願人就其住處曾經申請纜線接線之裝設，且因此推定其曾對於願意接受原告之供應要約作出意思表示。用戶費用，就其每個月 3,30 德國馬克之如此低的金額，並沒有違反善良風俗。1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項與第 3 項也是合憲的。巴伐利亞之邦立法者並沒有

* 譯注：本文之提供者(Veranstalter)是指提供廣播電視者，即廣播電視之電台。

逾越其立法權限。收取用戶費用之實質正當性特別存在於，費用有相當大的部分是運用在建設與扶助私人之廣播及電視供應上，甚至特別是地方性與區域性之廣播及電視供應上。

III.憲法訴願人之主張

訴願人以其憲法訴願主張基本法第 2 條第 1 項、第 3 條第 1 項、第 5 條第 1 項與第 20 條第 3 項的違反，並就此表示：邦之立法者對於用戶費用的規定並無權限。依基本法第 73 條第 7 款，該權限專屬於聯邦。1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項與第 3 項對於纜線接線持有人而言，創設了強制締約。其結果等同於強制會員資格，而強制會員資格僅有留給當事人適當的形成空間去自我開展時，才允許。強制加入必須是為實現公共任務所必要且適當者。但在此缺乏此一前提要件。用戶費用大部分運用在支援用戶所在地區內私人之廣播及電視的供應者。在此卻無法看出是在執行公共任務。在其他的邦都沒有這種類型的財務資助。此外，強制締約已違法限制訴願人受基本法所保障之資訊自由。

訴願人在這期間死亡。其女兒及其兒子，作為唯一之法定繼承人，聲明願意承受訴訟程序。

IV.相關意見

對於本憲法訴願，巴伐利亞國家秘書處(die Bayerische Staatskanzlei)、巴伐利亞邦議會(der Bayerische Landtag)、巴伐利亞新媒體邦中心與巴伐利亞廣播電視台(der Bayerische Rundfunk)，就內容部分皆有陳述意見。

1.巴伐利亞國家秘書處秘書長與共和國聯邦事務及行政改革部部長(Staatsminister für Bundesangelegenheiten und Verwaltungsreform)在其陳述意見時，巴伐利亞邦議會也加入此一意見，表示：

法律並沒有委託巴伐利亞廣播電視台提供相當之地方性或區域性節目。資訊自由並不保障無償取得資訊之請求權。用戶費用的性質是巴伐利亞廣播電視秩序之財務資助特殊任務的工具。它是想在巴伐利亞以經濟上自足之地方性與區域性之電視供應，達到儘可能同等價格供應的目的。就用戶費用之金額而言，財務上的負擔並沒有不成比例，特別是有鑒於法律所規定之階段性地取消費用之收取。無法確立已牴觸平等原則。雖然廣播電視的利用人會隨著每一種接收方式的不同而受到不同的對待。須負擔用戶費用者只有纜線接線持有人，而非透過衛星或以地面路徑收聽、收視廣播電視者。繳納用戶費用義務與有線收聽、收視相連接卻可透過正當的理由加以合理化。當某人想利用有線寬頻所提供之擴大節目供應時，其必須為此繳納特別之費用是合理的。

2.依邦中心的見解，本憲法訴願無理由。用戶費用的收取具有法律之基礎。立法者並沒有逾越其寬大的形成裁量。並不存在無償收聽、收視廣播電視節目之請求權。

用戶費用有很重要的一部分是在資助地方的有線廣播節目與地方性及區域性的電視節目。所有這些節目的特殊性就在於，其對於供應與意見的多元性具有重要的貢獻，但是卻無法從市場賺取足以維持其財政的資金。特別是在巴伐利亞以外之地方性或區域性之地區–如果不去看在 Nordrhein-Westfalen 因在那裡的媒體法所造成之特殊情況的話–，因為節省製作成本伴隨之相對低的品質水準與不高的新聞工作需求所顯示出來之電視的情況。相對地，在巴伐利亞之地方電視供應者，有很高的比例在節目中有提供資訊的節目形式。電視節目傳達了有關於地方自治政治、地方經濟，以及有關於社會及文化生活的資訊。在攝影棚、錄音室的談話主要目的並不是在於娛樂；更確切地說，其是在與地方的來賓或專家釐清一些即時的課題。傳統資訊節目的製作，與提供娛樂之製作相較，需要非常高的人事支出；其相對的費用比起其他之節目部分要來得高。

光是因為財政上的理由，巴伐利亞廣播電視台(der Bayerische Rundfunk)就已無法提供巴伐利亞地方電視的供應。若比較播放每分鐘的費用，公法之邦廣播電視機構與私人之供應者之製作，之間之經濟上的差異極為明顯。相較於在巴伐利亞地方電視每一分鐘播放的費用在所有供應者平均之下大約是 80 歐元，在巴伐利亞廣播電視台所完成之每一分鐘的播放，平均費用總計達 475 歐元。巴伐利亞廣播電視台在製作現存之私人之地方電視供應時，必須考量每一年額外之 2 億 2 千萬歐元的費用。這對於廣播及電視總預算大約 9 億可供使用之巴伐利亞廣播電視台而言，在財政上是無法支應的。

為了確保節目供應在目前情況下繼續維持的能力，總體財務有 25% 的財務部分需要由用戶費用支援(2003 年的情況)。在巴伐利亞地方電視台的總費用，包括技術性的轉播費用，在 2003 年時是 4 千 2 百 40 萬歐元。與之相對之進款的金額是 3 千 8 百 30 萬歐元。邦中心的計算與預估指出，若以目前的節目及其範疇，以及其技術上的播送作為基礎，則在巴伐利亞之地方廣播電視供應，若沒有補助款的話，是不可能繼續存在的。用戶費用的逐步取消將危害到經濟上之自足能力，尤其是在巴伐利亞地方電視之經濟自足能力。

3. 巴伐利亞廣播電視台(der Bayerische Rundfunk)指出，它並沒有提供純粹是巴伐利亞共和國境內之地

方及區域性的節目。然而在巴伐利亞廣播電視台的廣播節目中卻有依區域分配時段的播放。「巴伐利亞電視台(das Bayerische Fernsehen)」與「巴伐利亞廣播電視台－有線電視(BR-Alpha)」，每天都播放各式各樣具有區域特色的節目播放及來自於巴伐利亞七個行政區域的報導。這些播放有些同時包括全巴伐利亞境內部分與對於北或南巴伐利亞之分配時段部分，從而在那裡可以同時接收到各種不同、配合區域之內容的節目。除此之外，例如新聞報導，每天也都提供有關於在巴伐利亞區域內所發生之最重要事件的訊息。巴伐利亞廣播電視台節目額外的區域化需要相當的經費，以所供使用之財務資金並無法支應。因為基本供應委託所包含之教育、教學與娛樂的領域大部分必須由巴伐利亞廣播電視台來承擔。額外之分配時段的節目(Splittinprogramme)並不是如此有意義，諸如在 Nordrhein-Westfalen 一般。在 Nordrhein-Westfalen 較多之人口密集地區已發展出強烈的自我生活，由於各自可以達到之觀眾數而願意提供地方的報導。巴伐利亞只有 2 個人口密集的中心，即慕尼黑與紐倫堡。這兩個地區巴伐利亞廣播電視台也供應分配時段的節目。

B.憲法訴願程序上之審查

本憲法訴願合法。

提起本憲法訴願後才發生之訴願人的死亡並不會阻礙實體裁判之作成。繼承人得承受本憲法訴願，因為原因程序的標的涉及具有財產價值之請求權（參考 BVerfGE 94, 12〔30〕; 111, 191〔211〕）。

主張違反基本法第 20 條第 3 項部分不合法。這個法規無法在本憲法訴願範圍內單獨主張之（基本法第 93 條第 1 項第 4 款之 1）。一般平等原則（基本法第 3 條第 1 項）違反的主張同樣不合法。在聯邦憲法法院法第 23 條第 1 項第 2 句、第 92 條的意義下，其並不足以成立。訴願人至此只是概括地表示，一般平等原則的牴觸是由於只在巴伐利亞收取用戶費用。在其他邦沒有制定相同或制定有不同之邦法律的情況下，並不是一邦的邦民，因為邦法律而受到不同於其他邦邦民之差別對待時，即已違反平等原則（參考 BVerfGE 33, 224〔231〕; 93, 319〔351〕），然而針對這一點訴願人並沒有清楚地加以說明。

C.憲法訴願實體上之審查

本憲法訴願部分有理由。系爭有關於用戶費用的規定與基本法第 2 條第 1 項不符，因為其並沒有規定足夠的防範措施以確保在受扶助之節目內所存在意見的均衡多元性。然而該不符並不會影響以此一規定為基礎之地方法院判決的存續。

I.系爭規定之合憲性審查

系爭地方法院之裁判含有對於人

格自由開展之基本權利（基本法第 2 條第 1 項）的干預。

1.此一基本權利保障–在第二個半句，特別是合憲秩序界限範圍內–廣義之一般的行動自由（參考 BVerfGE 74, 129〔151 f.〕; 97, 332〔340〕；本院一貫之見解）。受到保障的，除其他者外，為締約的自由，惟還有不受到國家公權力所造成之財務上不利益負擔的請求權，只要此種不利益無法在合憲秩序下找到根據時（參考 BVerfGE 19, 206〔215 f.〕；本院一貫之見解）。在此兩個觀點之下，該裁判已涉及訴願人之行動自由。

訴願人繳納用戶費用給原因程序中之原告的義務是根據一項協議而來。這項協議依據地方法院的見解，在憲法上並無可指責之處，因為只要根據訴願人之申請而安裝纜線設備時，且透過此種纜線設備係提供 1992 年巴伐利亞媒體法第 27 條至第 29 條或轉播 1992 年巴伐利亞媒體法第 40 條之節目者，此項協議即已成立。此項協議的締結會產生繳納用戶費用義務的效果。用戶費用的金額由邦中心規定在根據 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 5 項所公布之用戶費用自治規章內。在利用纜線設備時，與費用義務相扣之簽訂協議之義務，已產生干預行動自由的效果。

訴願人反對收取用戶費用去資助私人之廣播電視。在由用戶費用所收取之款項–如同他當時的情況一般–不僅是供應者，而是在媒體經營業者與媒體之監督機關也受益的情況下，訴願人無論如何並不是單獨針對該項規定而加以攻擊。本憲法訴願並沒有包含特別針對此之實體的指責。更確切地說，本憲法訴願基本上所反對的，是會產生收取用戶費用去資助私人之廣播電視之效果的此種義務。憲法上的審理僅限於此。

2.為系爭裁判基礎的法規與憲法不符。

a)就立法權限之一點，系爭規定無論如何並無可指責之處。巴伐利亞之立法者有權制定 1992 年巴伐利亞媒體法，也包括有關於與媒體經營業者簽訂協議之義務與收取用戶費用之規定。間接被指責之系爭規定的制定，既不屬於基本法第 73 條第 7 款之聯邦專屬立法權，亦不屬於基本法第 105 條第 2 項之財政憲法立法權限。更確切地說，邦對於廣播電視有立法的權限。

aa)依基本法第 70 條第 1 項，只要沒有賦予聯邦立法權限時，各邦即有立法的權利。由基本法第 73 條第 7 款所得出之電信事務(Fernmeldewesen)–現在已被通訊(Telekommunikation)的概念所取代–的專屬立法權屬於聯邦，其所涉及的是通訊基礎設施之技術面事項及與借助通訊設備

以傳遞訊息相關的服務，而並不包含就傳遞內容或就其產生與利用所為之規定（參考聯邦憲法法院，2005 年 7 月 27 日第一庭的判決–1 BvR 668/04–, NJW 2005, S. 2603〔2605〕）。同樣地，雖然廣播電視播送之電信技術要件的規定是屬於聯邦的立法權限（參考 BVerfGE 12, 205〔226 f.〕），但是卻不是有關於廣播電視籌設與播送之節目內容、組織與財務方面的規定。因此依基本法第 70 條第 1 項，各邦特別是就所有有關於廣播電視之組織、所播送節目之內容、廣播電視事宜之資金挹注以及與廣播電視利用人之法律關係之規定，有立法權。在此廣播電視究以何種法規形式加以籌設，及與廣播電視利用人之法律關係究竟如何，在權限法規上並不具重要性。

與用戶費用相連接的，是在纜線設備下供使用、相對於地面路徑接收有所擴充、來自於巴伐利亞之私人廣播電視供應的頻譜（參考慕尼黑邦高等法院，ZUM-RD 1998, S. 319〔322〕; MMR 2001, S. 445）。依照 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 4 項，用戶費用在財務上資助廣播電視之作用分為三方面，即為籌措媒體經營業者為完成其任務的費用（參考 1995 年用戶費用自治規章第 11 條），以及為籌措資助特定電視及廣播節目（參考尤其是 1995 年用戶費用自治規章第 10 條第 3 項）與監督巴伐利亞媒體法所規範之廣播電視（參考 1995 年用戶費用自治規章第 11 條）的資金。即使是在費用義務的構成要件與可以利用作為通訊設備之纜線設備接收廣播電視相連接的情況下，此種財務資助的規定在權限法規上也不屬於通訊技術要件的領域。

繳納用戶費用之義務在法律上如何成立，在本案是關於 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 2 項所規定之產生繳納用戶費用義務之簽訂協議的義務，與該協議是否屬於私法–此如他那時有部分所採的見解（參考巴伐利亞行政法院，ZUM 1997, S. 571〔573〕; 慕尼黑邦高等法院，MMR 2001, S. 445〔446〕）–或公法（根據舊法即已採此一見解者，BayObLGZ 2001, 174〔179 ff.〕，與根據現行法採此一見解者，聯邦法院，NVwZ 2003, S. 506 f.; 慕尼黑行政法院，MMR 2005, S. 64〔66〕; Bornemann/Kraus/Lörz, Bayerisches Mediengesetz, Art. 33 Rn. 22 ff., 25〔Stand: 18. Erg.Lfg. 2004〕），對於立法權限同樣不是判斷的標準。

bb)該規定也沒有違反基本法有關於聯邦國家財政憲法之規定（基本法第 104 條之 1 以下，特別是基本法第 105 條）。繳納用戶費用的義務與用戶可以利用有線節目之供應連接在一起（參考巴伐利亞行政法院，

ZUM 1997, S. 571〔573 f.〕)。與租稅不同的是，對於此一義務有一相對應的對待給付。

b)在系爭規定內所規定之纜線接線持有人繳納用戶費用之義務，已產生干預其行動自由的效果。此種干預並無法透過基本法第 5 條第 1 項第 2 句予以合理化，因為對於均衡地表現出在受扶助之節目內意見之多元性，缺乏法律上的防範措施。

aa)系爭規定是針對基本法第 5 條第 1 項第 2 句規定意義下之廣播電視自由的保障而設。其係保障個人及公共意見的自由形成（參考 BVerfGE 57, 295〔319〕; 90, 60〔87〕；本院一貫之見解）。作為既是人格之開展，也是民主秩序之前提要件之意見的自由形成，係在意見交流的過程中予以實現的。而此意見交流的過程若沒有傳播訊息與意見及表達自己意見之媒體的話，是不可能維護的。因為廣播電視(Rundfunk)–用聽的廣播及用看的電視(Hör- und Fernsehfunk)–很廣的傳播效果、即時性與強烈的影響力，而使其在媒體之中具有特別的重要性（參考 BVerfGE 90, 60〔87〕)。廣播電視事宜需要一個透過廣播電視，保障自由與公共意見形成（參考 BVerfGE 57, 295〔319〕; 73, 118〔152 f.〕）的法律規範，且特別是確保以儘可能寬廣且完整的方式表現出在廣播電視內所存在意見之多元性的法律規範。

對於地方性及區域性之廣播電視所適用者，至此在基本上與對於邦幅員之廣播電視所適用者，並沒有什麼不同。前者也必須有能力，在各自較小的空間範圍內，致力完成自由、個人及公共意見形成的憲法目標（參考 BVerfGE 74, 297〔327〕)。基本上在播放地區整體供應內意見之均衡多元性，將符合此一目標，即使是在區域性或地方性的地區，在考慮到那裡所存在之可能性下，亦同（參考 BVerfGE 83, 238〔324〕)。立法者如何在各別的情況下，視每一個地區的特殊性，完成保障廣播電視自由之任務，是屬於其政治決定。當法律之規定忽視基本法第 5 條第 1 項第 2 句之強制要求時，則此時立法者已無形成自由可言。

當立法者對於廣播電視規定有私經濟之資金挹注時，就此其基本上已信任可確保廣播電視供應之多元性的市場機制。屬於此者，還有特別受到確保多元性要求之公法廣播電視提供者的節目（參考 BVerfGE 73, 118〔157 f.〕; 74, 297〔324 f.〕; 83, 238〔297 f.〕)。在此公法及私營廣播電視併存之雙軌秩序下，透過提供者不同的結構所可能帶來之不同的節目方向，整體而言將有助於節目供應的廣度與多元性，而透過此應該有助於廣播電視自由之確保。對於地方性與區

域性的地區，公法廣播電視提供者，如同私營廣播電視提供者，通常都沒有作特別之節目供應或僅有少數特別節目的供應。在這種地區立法者誠然只能保守地相信，還有不同的節目可供收聽、收視，與可透過競爭來確保多元性。

通常光是市場機制，如同媒體經濟學的知識所證實的（參考 Heinrich, Medienökonomie, Bd. 2, 1999, S. 125 ff., 430 f., 488），是不足以達成讓此類之節目供應久遠存在的目的。此種預測也符合聯邦憲法法院一再重複表達的觀點，即在私經濟資金挹注的廣播電視的供應中所觀察到之節目必然受到限制與多元性必然減少的結果（參考–一般性的–BVerfGE 83, 238〔311〕; 87, 181〔199〕; 90, 60〔91〕）。當由於節目的種類與播放地區的不夠大，而只能期待相對較少之聽眾與觀眾群時，此種市場機制所發揮的作用將更為強烈。

此外也促使傳送容量擴大之新科技的發展–特別是在節目製作與節目傳送上的數位化–，並沒有根本的改變此種情勢。此種新科技之發展所帶來之改變，使得新供應形式及供應者的產生，即使是在地方性或區域性的地區，與節目供應數目的倍增成為可能。但是其卻沒有辦法確保，到處產生也在財務上可以自足之地方性與區域性之供應，及地方性與區域性之供應如此有競爭力的出現，以至於在這些地區帶來新聞工作的多元性。給弱勢或不特別有支付能力之少數的節目–諸如在巴伐利亞為身心障礙者所提供之專門性節目–，或優先與資訊相關之地方性或區域性之專門性的節目是否得以實現，也是不能確定的。

bb)如果在光靠市場機制無法確保的情況下，巴伐利亞的立法者還是想要努力促使廣播及電視節目成為可能時，則此符合基本法第 5 條第 1 項第 2 句之保障多元廣播電視秩序的委託。在如此的情況下，立法者有權將透過市場無法完成或無法在值得期待的品質之下完成之節目的提供，委由公法之廣播電視來承擔（參考 BVerfGE 74, 297〔327〕）。之後立法者也必須為此制定財務上及其他之前提要件。當立法者捨棄此一在此雙軌之廣播電視秩序下容易理解的變通方案，且其反而透過對於相應之節目供應將給予法律準備提供之財務上扶助的期待，鼓舞私經濟資金挹注的提供者時，對於建立在經濟競爭基礎之上的私營廣播電視的運作方式而言，已有風險產生。

對於此項風險立法者必須採取對策。立法者必須在不危害提供者廣播電視自由的情況下讓被視為是對於繳納費用之「對待給付」而由廣播電視供應者所準備提供的節目，基本上是為所有繳納義務人意見交流的利益而

服務。避免因為新聞工作力量集中的結果而片面影響公共意見的形成，也是屬於多元性的確保（參考–一般性的–BVerfGE 57, 295〔323〕; 73, 118〔160〕; 83, 238〔324〕; 95, 163〔172〕; 97, 228〔258〕）。

(1)將用戶費用的收入分配給供應者的任務賦予邦中心，並不會危害廣播電視自由。

依巴伐利亞媒體法規之節目供應者(Programmanbieter)是廣播電視自由之基本權利主體，即使其在法規上不被視為提供者 (Veranstalter)（參考BVerfGE 97, 298〔311 f.〕）。廣播電視自由的核心是節目自由。節目自由旨在使廣播電視可以免於外來的影響，而自由決定如何履行其新聞工作的任務（參考 BVerfGE 59, 231〔258〕; 87, 181〔201〕; 90, 60〔87〕; 97, 298〔310〕）。立法者必須透過監督確保廣播電視秩序之運作能力（參考BVerfGE 57, 295〔326, 333 f.〕; 73, 118〔153, 164 f.〕）。相對應地，在私人廣播電視的領域，促進雙軌廣播電視秩序之私營廣播電視此一支柱之運作能力，與藉此保障提供者之廣播電視自由，以及對每一個人之保障自由與公共意見形成的任務，應由邦媒體機構(Landesmedienanstalt)來承擔。監督的責任在巴伐利亞是落在邦中心。透過 1992/2003 年巴伐利亞媒體法第 2 條的規定，邦中心擁有提供廣播電視之公法人的地位。而邦中心是在其此一地位範疇內來執行監督。2003 年巴伐利亞媒體法第 2 條第 2 項第 2 句強調，邦中心在賦予其之編排由廣播電視供應者所製作之節目的任務中，必須促進「高品質的節目製作」。

賦予邦中心分配來自於用戶費用之補助款於個別供應者之法律權力，是為了促進廣播電視自由之行使。由此並不會對於供應者之節目行為造成牴觸基本法第 5 條第 1 項第 2 句之影響。邦中心之用戶費用自治規章對於分配的決定不是取決於所播送節目的具體內容，在播送節目中所傳遞的訊息與意見，或甚至是供應者或各別節目之政治或其他之傾向，而是扶助主要是針對特定類型的節目與播放；補助的金額是依照播放時間的長短（參考 1995 年用戶費用自治規章第 10 條第 4 項及相關之附件一）。現行有效的用戶費用自治規章規定了收入在促進技術性之基礎建設，以及廣播電視之革新發展上的運用（2005 年用戶費用自治規章第 90 條第 1 項），並在 2005 年用戶費用自治規章第 10 條第 1 項第 1 句第 1 款及第 2 款補充規定，「促進節目之補助款」，其特別是在考量「有受補助能力之播放時間」–即為資訊與文化節目所播放的時間（2005 年用戶費用自治規章第 10 條第 3 項）–下所給予的。

(2)然而只有當法律足夠具體地規定，在怎樣的條件下供應者可以成為來自於用戶費用進款的受益人，且同時確保，在其節目內均衡地表現出所存在之意見多元性時，費用義務才是符合合憲秩序之對於繳納義務人行動自由之限制。這個要求巴伐利亞媒體法規並沒有完全滿足。

(a)1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 5 項規定，來自於用戶費用的部分分配給「供應者就其各自所提供之節目部分」；此依 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 6 項第 1 句，是所有依 1992 年巴伐利亞媒體法第 27 條至第 29 條經核准之供應者，只要其已超過 6 個月在纜線設備下提供節目或節目一部分。沒有特別要求多元性。依 1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 6 項第 2 句，必然應當優先考量的供應者，是其節目有極大部分來自於德語與歐洲地區而自己製作以及委託與共同製作之供應者。此一優先考量應如何呈現，法律並沒有作任何說明。1992 年巴伐利亞媒體法第 38 條第 5 項授權頒訂用戶費用自治規章，且同時規定，「用戶費用之詳細規定，特別是費用形式、金額、分配及分配程序」，由邦中心定之。根據此一基礎所頒訂之自治規章具體化受益人的範圍，與指明地方及跨地方之供應者是有權的（1995 年用戶費用自治規章第 9 條第 2 項第 2 句）；在 1995 年用戶費用自治規章第 10 條第 3 項內所指明之具有受補助能力者為「地方及跨地方之有線廣播節目，地方之電視及電視窗台節目，跨地方之電視窗台節目以及衛星廣播節目」。

2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 5 項第 1 句從現在起規定，來自於用戶費用的收入分配給「供應者」，而沒有限定受益人的範圍限於特定的供應者與照顧到受扶助之節目供應的多元性。在 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 5 項的第 2 句有補充說明，用戶費用應當「首要(in erster Linie)」是用在為了達成地方性與區域性之電視供應者經濟上之自足能力，以及在巴伐利亞地方性與區域性之電視供應儘可能同等價格供應等措施上。2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 6 項第 2 句補充規定，在運用用戶費用之收入時，「尤其(vor allem)」必須考量與播送地區相關所播放之節目的比重，特別是在各個廣播電視之供應中來自於資訊與文化領域之節目的比重，以及各個播送地區的傳播潛力。據此，顯然其他卻沒有被提及的著眼點，也可以是重要的著眼點。

(b)在受扶助之供應者的節目內，均衡地表現出–在地方性與區域性之節目於各自較小的空間範圍內–所存在之意見多元性之一點，既未在源自於 1992 年之巴伐利亞媒體法內，亦未在現行有效之媒體法內獲得

有效的確保。只要透過補助款而受益之節目供應，符合在巴伐利亞媒體法規一般所包含之指標，且與私經濟資助製作之節目的提供及播送相關時，或許立法者就滿足了。

此還不足以合理化透過用戶費用之收取對於行動自由所造成的限制。如果不去看 1992/2003 年巴伐利亞媒體法第 2 條所規定之以邦中心為主體時（就此參考 BVerfGE 97, 298〔311 f.〕），對於私人廣播電視之籌設一般的指標是朝期待有較多私經濟資金挹注的節目供應互相競爭去設計，與為依巴伐利亞媒體法規在播送地區所提供之節目之整體供應的平衡而設（1992/2003 年巴伐利亞媒體法第 4 條）。還有與公法之節目供應之新聞工作的競爭。然而在受到扶助之地方性與區域性的節目以及專門性的節目，卻遠遠缺乏此種較多私經濟資金挹注節目的相互競爭或與公法之節目的競爭。當立法者設法資助否則無法完成的節目供應，而課予利用人，例如本案之纜線接線持有人，負有繳納用戶費用之義務時，此須有獨立之合理化理由。基本上必須以均衡地表現出在節目供應內所存在意見之多元性的方式，來考量所有繳納義務人意見交流的利益。此之前提是立法者一些相對應的確保措施及邦中心重視此的行動。但在本案之情形卻缺乏之。

巴伐利亞媒體法捨棄為確保所扶助節目之均衡多元性的特別要求。依巴伐利亞媒體法之廣播頻率利用自治規章（廣播自治規章－HFS）–目前所適用的是 2004 年 5 月 11 日所公布之條文(StAnz Nr. 20)–及 2003 年 12 月 18 日依巴伐利亞媒體法之電視頻道利用自治規章（電視自治規章－FSS）(StAnz Nr. 1/2004)同樣沒有包括對於透過用戶費用受扶助之供應者其節目的特別規定，諸如為阻止主流意見勢力之防範措施。對於受扶助之供應者而言，也沒有採用現行巴伐利亞媒體法所給與之可能性，設定特定的要求，諸如要求供應者之公司法上複合決策的組成方式，或規定節目諮詢委員會的設置（參考 2003 年巴伐利亞媒體法第 25 條第 5 項）。用戶費用自治規章同樣地捨棄此種或其他有效確保多元性之給予補助款的要件。

如邦中心在陳述意見時所言，其雖然在利用法律或廣播與電視自治規章所包含之可能性下，努力達成多元之節目供應。然而在作為基礎的法規中，卻沒有規定對於受扶助之供應者其節目多元性的特別要求。相對地，補助款是給予所有按照類型受益的供應者。在這種方式下，在受扶助之節目供應內均衡之多元性並沒有被預先考慮到。

3.由於對於基本法第 5 條第 1 項第 2 句之廣播電視自由的保障在憲法上有所不足，所以 1992 年巴伐利亞

媒體法第 38 條的第 3 項，以及在內容上與此相關之第 4 項至第 6 項，與基本法第 2 條第 1 項不符。在 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 4 項至第 6 項內之接續的規定，在確保透過來自於用戶費用之補助款而受益之供應者之均衡多元性上，也存有憲法上的落差。在類推適用聯邦憲法法院法第 78 條第 2 句之下，為了法律明確性之利益（參考 BVerfGE 8, 51〔71〕），因此應該同時宣告此等規定與基本法第 2 條第 1 項不符。還有當依 2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 3 項，用戶費用不再向纜線接線持有人、用戶，而是向纜線設備經營者收取時，用戶已間接地受到經濟上的負擔，因為經營者會讓用戶償還他應該繳納之用戶費用。

4.該所提及的規定無論如何在直至 2008 年 12 月 31 日為止之此一過渡期間仍可以適用。

2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 7 項規定，巴伐利亞共和國政府在 2007 年 3 月 31 日之前提出有關於在巴伐利亞地方性與區域性電視之經濟情勢的報告。在報告中也應當說明可預見之未來的發展。顯然在準備與用戶費用之經驗相關，等待由報告提起之評鑑(Evaluation)的期間，邦中心也在忙於提出報告。上一次邦中心有針對在巴伐利亞地方電視之發展提出一份報告（版本：2004 年 8 月）。其在報告中所得出的結論，如同其向聯邦憲法法院所陳述的意見一般，是用戶費用的逐步取消將危害到經濟上之自足能力，無論如何是在巴伐利亞地方電視之經濟自足能力。完全取消用戶費用將來所產生的效果，就是目前巴伐利亞地方電視的節目供應與品質內容進一步地—因其金額降低的結果而可以觀察得到的—縮減，除非供應者有辦法由廣告增加其目前的收入到一倍。但鑑於目前在各個交易與在地方廣告市場的危機，此幾乎無法達成。

2003 年巴伐利亞媒體法第 33 條第 4 項第 2 句第 4 款所規定之用戶費用收取的期限係於 2008 年 12 月 31 日屆滿，據此可以期待，立法者會事先對於用戶費用之未來作出決定。根據用戶費用階段性降低的結果，其每一住戶及每月的金額目前尚只有 0,45 歐元，自 2007 年 1 月 1 日至 2008 年 12 月 31 日尚只有 0,30 歐元。所規定之用戶費用的降低，使得有機會去收集扶助與其逐漸地取消對於相關之供應有何影響的經驗。藉此也有機會去驗證邦中心多次所表達之憂心，即沒有來自於用戶費用之足夠的進款，受扶助之節目供應將大量減少或在其專業性的品質上將受到相當大的折損。立法的決定將根據所贏得的經驗，與鑑於由基本法第 5 條第 1 項第 2 句所得出之對於保障廣播電視自由之要求來作成。

如果用戶費用規定之違憲導致其無效，或導致其無法在過渡時期還繼續被適用時，將失去徹底評鑑的機會。目前財務上的負擔對於用戶而言，相對輕微。維持繼續繳納至立法者對於用戶費用的未來，作出已計畫作出之決定為止，對於用戶而言是可以期待的。在這期間邦中心有任務，在其可能的範圍內，照顧到在相關之節目供應均衡的多元性。

II.系爭地方法院裁判之合憲性審查

因為間接被指責之系爭的規定，雖然其違憲，最長可以繼續適用到 2008 年 12 月 31 日為止，因此地方法院根據此一基礎所作成之裁判在憲法上無須加以指責。在此範圍內，本憲法訴願應予以駁回。

D.訴訟費用之負擔

因為本憲法訴願有關於作為地方法院裁判基礎之法律規定部分有理由，顯示完全償還訴願人之必要費用是恰當的（聯邦憲法法院法第 34 條第 2 項及第 3 項）。

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

「多重意涵的言論表達及前邦總理名譽保護案」之判決

BVerfGE 114, 339
德國聯邦憲法法院第一庭2005年10月25日之判決
－ 1 BvR 1696/98 －

程明修 譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.憲法訴願之標的
I.事實與各級法院見解
II.憲法訴願人之主張
III.相關機關團體之意見
B.憲法訴願有理由
I.聯邦最高法院之判決侵害訴願人之一般人格權
II.訴願人進一步訴訟主張為無理由
III.廢棄聯邦最高法院之判決並發回重審

關鍵詞
意見表達自由(Meinungsfreiheit)
多重意涵的言論(mehrdeutige Meinungsäußerung)
誹謗性事實陳述(herabsetzende Tatsachenbehauptungen)
一般人格權(allgemeine Persönlichkeitsrecht)
不作為請求權(Unterlassungsansprüche)
個人名譽(persönliche Ehre)

裁判要旨

一個多重意涵的言論表達若損及其他人之人格權時，不能僅因該言論

之其中一種意涵在解釋上容許導出人格權不受影響的結論，即排除受損害人－異於因過往發表之言論而衍生之制裁，例如課予刑責、要求給付損害賠償或要求撤回－將來不作為之請求權。

案　由

2005年10月25日第一庭之判決
－1 BvR 1696/98－

於訴願人S博士先生－委託代理律師 Konrad Redeker博士與Koll博士，地址為：Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn–提起的憲法訴願程序中，聯邦憲法法院–第一庭–由Papier主席、Haas法官、Hömig法官、Steiner法官、Hohmann-Dennhardt法官、Hoffmann-Riem法官、Bryde法官與Gaier法官，針對1998年6月16日聯邦最高法院之裁判–VI ZR 205/97–合議作成判決主文如下：

裁判主文

1998年6月16日聯邦最高法院之裁判－VI ZR 205/97－侵害訴願人受基本法第2條第1項連結第1條第1項所保障之基本權。該判決應予撤銷並發回聯邦最高法院重新審理。

德意志聯邦共和國應償還訴願人因此而支出之必要費用。

理　由

A.憲法訴願之標的

本憲法訴願涉及因散佈誹謗性事實陳述所生之不作為請求權。

I.事實與各級法院見解

訴願人於德意志民主共和國（譯按：即前東德）時期任柏林－布蘭登堡地區天主教教會主教，其後則任布蘭登堡邦之邦總理。因其作為教會代表的特殊性，他於1969年至1989年持續地與國家安全部的主要負責工作人保持接觸。而國家安全部在這個秘密合作的過程中則是將訴願人登錄為扮演非正式工作者（以下同）（inoffizieller Mitarbeiter）的「IM－秘書」。

第一審程序中的被告（以下稱：被告）則是律師，同時也是公證人，在當時並且也是柏林邦議會中基督教民主聯盟（CDU）黨團的主席。在柏林邦與布蘭登堡邦的合併公投前階段，他在 1996 年 4 月 2 日德意志電台第二台的節目中，針對訴願人表達他的看法：

事實就是，S 先生……，如我們大家所知，IM－秘書，超過 20 年的時間從事國家安全特務的工作。他因此有機會得以於 1999 年在柏林此地，並且成為柏林之邦總理。換言之，讓我成為他的邦子民，而這些都引發我劇烈的頭痛。訴願人要求不得為此一言論，同時主張說他過去超過 20 年的時間從事國家安全特務工作

的這種事實宣稱，是對他個人的一種污衊。因為他從來就沒有以秘密工作者的身分從事過國家安全部的勤務。此一事實宣稱－強調之處在於「事實」與「如我們大家所知」的表達方式－已足以在公共意見中對他產生貶抑與鄙視的影響。

邦地方法院駁回訴願人不作為請求之訴訟，而其主要之理由在於被告之言論表達受到意見表達自由基本權之保護。

高等法院則廢棄地方法院之判決，同時不課予罰金而是判決被告不應且不得再持續重複散播訴願人「是一個過去超過 20 年的時間從事國家安全特務工作的 IM－秘書」的這種說法。

判決的理由在於，被告所宣稱與傳播的是一個使訴願人受到誹謗與鄙視的事實。根據一般日常用語的使用慣例，本案受到攻擊的言論意指，某個人曾以明示或默示的方式提出承擔義務聲明（以下同）(Verpflichtungserklärung)（譯按：「承擔義務聲明」多用於外國人法與關稅法中，是一種類似「切結」的聲明，承諾將來履行一定之法律上義務。），在此基礎上受到國家安全部的指示而收集或取得其他第三人的資料，並且進一步交付給他的「勤務主(Dienstherrn)」（譯按：「Dienstherrn」在此不易直譯。他表面上是指公務員的「勤務上的雇主」，當然也就受其指揮監督。譯作「勤務主」或「機關首長」均有非漢文普遍表意與僅傳達部分意旨之憾。）以供其使用。

根據民法典第 823 條第 2 項與刑法典第 186 條之規定，被告對於該項宣稱的真實性應負舉證責任。但是這點被告卻沒有做到。即使訴願人在國家安全部被登錄為「IM－秘書」的事實也不足以證明他有執行有關國家安全的勤務。本案中也未發現有任何書面的承擔義務聲明。國家安全部填列有關訴願人的檔案也已滅失。法院從被告進一步所提出的證據中也無法充分確信，是否訴願人為了致力於人道協助與擴展教會的活動空間，而與國家安全部進行接觸時，即使仍然看似教會的一份子但卻「走得太遠」；同時也無法充分確信，是否他有變節而為了國家安全部而臥底於教會之中，以開展或擴大德意志民主共和國的國家領導在教會之中的活動空間。再者，被告的言論也無法躲在意見表達自由基本權之保護傘下或受到刑法典第 193 條之正當化。在報導中附帶地對於訴願人進行責難，用報導去喚醒大家的記憶，或者刻意地標誌成為大家共同的意見而加以評價，可能都只是為了實現背後蘊含的政治利益。

聯邦最高法院則透過系爭判決（BGHZ 139, 95）而於被告所提起的上訴第三審程序中，廢棄高等法院的

判決，並且駁回訴願人針對地方法院判決而提起的上訴。高等法院對於訴願人不作為請求的回應係屬不法。

（譯註：以下為聯邦最高法院之判決理由）系爭言論顯示，它是一種可以透過舉證方式而被檢驗其內容正確性的事實內容。高等法院對此一陳述的內容錯誤地僅作唯一一種絕對特定意涵的詮釋，而卻未探討也有其他的理解可能性。所謂從事國家安全特務的「勤務(in Dienst)」的表示，並不必然可以主張說它是指：訴願人已經在一個將國家安全特務單位視為其勤務主的宣誓聲明基礎上執行其工作。這個有爭議的文句段落毋寧可以不用太費勁地就可以被進一步地理解為，本案中由檔案資料顯示，被國家安全部以「IM－秘書」指揮的訴願人已經在為國家安全部工作－而不必然立於宣誓聲明的基礎上－，亦即，他在與國家安全特務機構－是否頻繁仍有爭議－的接觸的範圍內，已經傳遞了明知符合對方期待－甚至基於何種動機也都清楚－，且為對方所欲取得之有關第三人或特定流程的資料；而在此，他也清楚，這些資訊對於國家安全特務機構是可用，而且也真的會被運用的資料。而根據這種事物本質，他就好像在作一個代理人的工作。至少，我們不能排除有這種理解的可能性。若言論之內容果真存在多種彼此並非絕對對立的意涵，則必須以對於請求不作為者有利，以及對於當事人較少侵害的解讀方式作為法律上判斷之基礎。而在此恐怕應該取決於後者。

再者，於系爭文句作如上理解時，涉及到其真實性恐仍未被證明之事實內容的宣稱。然而這並不能反而成為被告之負擔。某一種針對涉及公共性之事物而提出，而不能證明影響名譽的宣稱，若宣稱者主張這種言論對於實現其正當利益而言是必要者，就應該可以繼續存在而不需要被排除（參照 BGHZ 132, 13 <23>）。在此進行必要的利益衡量後可得知，被告為此言論之利益應該較為重要。至於結合調查義務的要求則不應該被過度誇大。在有關訴願人角色之不同調查後，被告明顯地不存在有其他進一步的可能性，再去探求訴願人在與國家安全特務機構接觸時所扮演角色可能另有實質新的內涵。

對於言論之容許性而言，訴說的是要讓言論可以進入重大涉及公共性議題之政治的意見抗爭中，以及因此有利於被告而擬制其自由為意見表達的許可性。這也導致訴願人自己自發地加入政治上的論辯，以及基於自我決定而出現在公開討論的舞台之上。對這項討論而言，設定的議題自始就離不開訴願人長年來與國家安全特務機構接觸時的角色扮演。最後，被告的言論並非全然未提出任何的論據，

本案毋寧可受支持之處在於，仍存有不利於訴願人的憑據。

聯邦最高法院並未受到訴願人首次在上訴程序中提出的舉證要求而影響其針對事實所作的決定。亦即，前西德聯邦總理 Helmut Schmidt 於其任期內有請求訴願人與東德的國家安全特務機構進行接觸。姑且不論被告具體宣稱內容之真實性可能仍未被證實，但在此並不能同意訴願人在上訴審的舉證責任要求。除此之外，從高等法院的立場而言，它也沒有任何理由要去處理訴願人補充的陳述或舉證要求。

II.憲法訴願人之主張

訴願人主張其人格權（基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項）與程序基本權（基本法第 2 條第 1 項連結第 20 條第 3 項與第 103 條第 1 項）受到侵害。

訴願人認為聯邦最高法院欠缺任何論據而對被告之對外言論意涵加以曲解（Umdeutung），其判決已侵害了他的人格權。將「從事國家安全之勤務」轉換意涵為交付國家安全特務機構可用，且也真的會被運用之資料的說法，其實跟被告宣稱的文義與內容毫不相關。當聯邦最高法院將訴願人從事的工作描述成「工作性質如同一個代理人」或「提供類似代理人的服務」等語，正是意指這種工作與國家安全特務機構間處於一種上下服從或者下達指令的關係。

聯邦最高法院認為這是一個重大涉及公共性的事件，並因此得出舉證責任應予倒置的結論。基於這個觀點，聯邦最高法院認為基本法第 5 條第 1 項保障的意見表達自由應該較為優位。被告所言之正確性在訴願人與被告之間存有爭議。但是證據調查的結果顯示卻無法證明被告所言之真實性。因此客觀上應該可以確認，並無法證明被告所言之正確性。如果事實調查的結果實際上無法採認時，聯邦最高法院所採取有利於自由表達意見的擬制規則應該無法發生作用。如果誹謗者除此之外另有主張，則應該承擔舉證責任分派之風險。

訴願人進一步主張其法律上之聽審權利受到侵害（基本法第 103 條第 1 項），連結到牴觸其正當法律程序之基本權與受到有效權利保障的基本權（基本法第 2 條第 1 項連結第 20 條第 3 項）。因為聯邦最高法院轉換被告攻擊言論內容的意義並加上舉證責任的轉換，因而據以駁回訴訟。由於聯邦最高法院與高等法院之法律見解歧異，因此必須發回高院審理，使得事實審法院有機會可以在聯邦最高法院形成新的事實與法律判斷基礎上重新審理此案，特別是採行新的舉證要求。而這確也屬於必要，因為在上訴程序中的舉證請求並未獲得同意。但是聯邦最高法院的作法卻剝奪了訴

願人法律上聽審的權利。特別是，訴願人請求對聯邦總理 Helmut Schmidt 就被告所宣稱之內容，亦即，Helmut Schmidt 有請求訴願人與東德的國家安全特務機構進行接觸這點，進行審訊的要求並無法實現。

III.相關機關團體之意見

1.原審被告主張其所發表之言論應受容許。這是他憂心訴願人－依他自己的看法－不夠資格擔任邦總理的意見表達，並且主張這早已是眾所皆知之事。其對外宣稱訴願人曾為國家安全特務機構工作之事實的真實性並不容反駁，同時也經新的媒體報導所確認。據此更可知，在國家安全特務機構的檔案中有證據證明訴願人一直從事類似的工作外，並證實對於訴願人是一個有成果的招募。

2.聯邦最高法院民事第五庭與第六庭亦針對本憲法訴願提出看法。

聯邦最高法院民事第六庭指出，在它的判決中所存在的言論自由與一般人格權的衡量，早就是許多裁判的標的，而這部分它也在系爭的裁判中加以引用。

聯邦最高法院民事第五庭則認為訴願人主張其法律上之聽審權利受侵害部分，似乎並無理由。根據判決衡量的內容顯示，聯邦最高法院民事第六庭並沒有處理可能的發回移送以針對事實作最後釐清，因為它認為事實已夠清楚，同時舉證的要求似乎也顯得並不重要。如果這點屬實，同時訴願人也沒有再提出其他對他造成名譽損傷的事實主張時，應該就沒有發回移送的必要。

B.憲法訴願有理由

本件合法提起的憲法訴願為有理由。

I.聯邦最高法院之判決侵害訴願人之一般人格權

聯邦最高法院的判決侵害了訴願人受基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項保障之一般人格權。

1.該判決涉及訴願人一般人格權的保護領域。

a)以基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項作為基礎的一般人格權補充了基本法上列舉的自由權，同時保障了自己私人的生活領域以及維持其基本條件（參考 BVerfGE 54, 148 <153>）。此一權利之內涵並無法作一般性或者單義性地描述。包括對個人進行描述的處分權、社會上的肯定以及個人名譽等等都是屬於該基本權被承認的內涵（參考 BVerfGE 54, 148 <153>; 99, 185 <193>）。其中一項重要的保障內容則是用以防禦那些足以損及其個人，特別是足以影響其在公眾中形象的言論。換言之，一般人格權保障個人免於受到扭曲性或誹謗性，且對於其人格的發展尚非全然毫無意義的描述（參考 BVerfGE 97, 125 <148 f.>; 99, 185 <193 f.>）。

b)在基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項保障一般人格權的基本權作用在於，國家必須隨時確保個人的此一權利免於受到第三人之危害。在適用那些提供此項保障的民法規範時，法院應該注意到基本權上的標準。如果法院對此有所疏忽，那就不只是違反客觀的憲法而已，而是同時也牴觸了當事人的基本權。那些容許嚴重影響個人人格權之言論－儘管當事人抗拒，並主張其為虛偽不實－的法院判決也因此觸及到一般人格權（參考 BVerfGE 99, 185 <194>）。

本案正是如此。聯邦最高法院否定訴願人針對「他是一個過去超過 20 年的時間從事國家安全特務工作的 IM－秘書」的說法而主張的不作為請求。而這項言論卻正足以損及訴願人之社會與政治形象。聯邦最高法院的判決也因此觸及訴願人之一般人格權。

2.聯邦最高法院的判決侵害了訴願人的一般人格權。被告對於訴願人造成負面影響的言論並無法透過基本法第 5 條第 1 項保障的意見表達自由加以正當化。

a)透過針對傷害性言論之不作為請求以實現一般人格權之民法上基礎乃是民法典第 1004 條第 1 項與第 823 條第 2 項連結刑法典第 186 條。相對地，言論自由主要則是刑法典第 193 條明確要保護之法益，但是它排除那些為了實現背後蘊含之利益但卻因為發表損及他人名譽之言論而受有利裁判者；同時－藉由民法典第 823 條第 2 項，否則也可根據一般的法律思維－亦可將此適用在民法當中（參考 BVerfGE 99, 185 <195 f.>）。這些條文考慮到的狀況是，一般人格權並非無保留地受到保障。根據基本法第 2 條第 1 項之規定，一般人格權也可以受到合憲秩序與第三人之權利之限制。屬於這些權利者也包括源自基本法第 5 條第 1 項第 1 句之意見表達自由。同時此一基本權亦非無保留地受到保障。根據基本法第 5 條第 2 項，除其他要件外，意見表達自由亦可於一般法律與人格權上發現限制。

有管轄權的法院在解釋或適用民法條文時，必須考慮到引導解釋的相關基本權。藉此，各該基本權之價值設定內涵也可以維持在法律適用的層面受到保障（參考 BVerfGE 7, 198 <205 ff.>; 85, 1 <13>; stRspr）。民事法院採取憲法上無異議的方式理解一般人格權是一種開放構成要件的規定，於確定違法侵害時首先必須進行合秩序的衡量（參考 BGHZ 45, 296 <307 f.>; 50, 133 <143 f.>; 73, 120 <124>）。在前揭引用判決的案例中，都是在人格權受一方之言論損害與他方請求制止言論而對言論自由損害的嚴重程度之間進行衡量。在這個衡量的機制中必須要考量基本權的要

求。這裡的標準則是一系列的審查觀點與優先規則，而這些審查觀點與優先原則則是由審判言論表達案件之法院，為了可以最大可能地實現雙方基本權地位與利益，而於裁判中所發展出來的標準（參考 BVerfGE 61, 1 <8 ff.>; 85, 1 <14>; 93, 266 <293 ff.>; 99, 185 <196 ff.>）。這種衡量的結果因為取決於個案的不同狀況，所以無法抽象與一般地事先就確定。

b)對於基本權侵害審查而言，另有不同觀點認為應該去理解言論表達，特別是對外宣稱的內容，究竟根據其客觀的意義，它是以何種觀點損害訴願人的人格權。對於這種解釋而言，重要的既非發表言論者自己的主觀觀點，亦非該言論所指涉者的主觀理解；毋寧應該根據不會先入為主與獨立的平均閱聽大眾理解下所具有的意涵（參考 BVerfGE 93, 266 <295>; BGHZ 95, 212 <215>; 132, 13 <19>）。至於其它的解釋則應該排除（參考 BVerfGE 93, 266 <296>）。如果在這個標準的基礎下，該意涵是明確的，就可以將此一意涵作為進一步審查時的基礎。但是如果最後顯示，不會先入為主與獨立的閱聽大眾都會將系爭發表之言論看作具有多重意義的內容，或者閱聽大眾的大部分人解釋其內容時均人言言殊，則在進行下一步的審查時便必須由此多重意義的內容著手。

aa)(1)聯邦憲法法院在面對是否對於一個過去發表的言論給予刑事或民事制裁的審查時，主要是基於以下的原則，亦即，若法院針對多重意義的言論而以對請求權人作出有利判決之解釋為基礎，但卻未以合理的理由事先排除某種解釋，且這種解釋可能無法正當化對於言論表達者之制裁時，言論自由即會受到侵害（參考 BVerfGE 82, 43 <52>; 93, 266 <295 ff.>; 94, 1 <9>）。如果言論的表達字句或者情境被容許解釋為不會造成人格權之侵害時，根據實務裁判的見解，刑事判決或者民事上作成要求應給予損害賠償、撤回言論或更正言論的判決將會牴觸基本法第 5 條第 1 項第 1 句（參考 BVerfGE 43, 130 <136>; 93, 266 <296>－針對刑事判決－; BVerfGE 85, 1 <18>; 86, 1 <11 f.>; 94, 1 <9>－針對民事判決）。若是發表言論者自己會恐懼，因為那種非屬其本意的解釋而必須受到國家制裁，除了可能損及個人之言論自由外，將可能發生言論自由基本權普遍性行使的負面效應。在這種情況下，國家的制裁將會因其威嚇效應而敏感地涉及自由談論、自由交換資訊與自由的意見形成，並因此觸及言論自由的核心部分（參考 BVerfGE 43, 130 <136>; 54, 129 <136>; 94, 1 <9>）。

(2)反之，在法院對於將來言論的不作為請求而進行判決時，個人的

基本權行使與意見形成過程的功能性並不存在著相同的保障需求。在此必須於言論自由與人格權保障之法律上分配（Zuordnung）範圍內考量，表達言論者有無可能自己在將來明確地表達同時據以澄清，何種言論內涵可以作為法律上審查人格權受侵害之基礎。在這個內涵上再去建立於衡量人格權是否受到價值判斷或事實宣稱侵害時，由法院裁判所發展出來的審查標準與衡量基準。如果涉及的言論是一種事實宣稱時，則應該判斷這項宣稱是否可以證明屬實。如果是價值判斷時，重要的判定標準則在於該項價值判斷的言論是否可以視為誹謗、表面上即屬辱罵或者侵害人性尊嚴而因此應予制止；或者是否在衡量的範圍內，並因較為優先於人格權保障而應該予以拒絕（參考 BVerfGE 90, 241 <248 f.>; 93, 266 <293 f.>）。

如果表達言論者並未賦予其所發表之言論一個明確的內涵，就不存在憲法上可以被接受的理由，可以略而不作成不作為的裁判，因為該項言論存有多重意涵的解釋可能，其中也包括絕對無法或者只會輕微導致人格權侵害的解釋。在與人格權進行衡量時毋寧應該以所有相距不遠，但均會損及人格權的解釋可能作為基礎。表達言論者仍有自由可以在將來明確地表達與－如果可能會侵害人格權的解釋可能並不符合其預想的意義時 － 澄清，他是如何理解他所為之言論表達。根據法院裁判之見解，若發表言論者可以提出嚴肅與內容充分的聲明，指出此一可能被攻訐具有侵害名譽內涵之多重意涵的言論，不會重複或者只會在適當的澄清後才會重複時，民事法院應該可以避免對他作成目的在要求其不作為的判決（反對作成不作為判決的一般性見解，參考 BGHZ 14, 163 <167>; 78, 9 <20>; BGH, NJW 1994, 1281 <1283>; Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., Kap. 12 Rn. 20 f.）。

不同於事後對過去已發表之言論進行刑事或民事制裁，我們並無法透過對發表言論者之此類要求，而期待一個會對言論自由發表與意見形成過程造成傷害的之威嚇效果。發表言論者對於他所發表之言論內容的自我決定權仍應受到保障。但是受到傷害之當事人的人格權也同時受到保護。發表言論者僅可以以一種不會損害人格權的方式或形式繼續連結其自由自我決定意識的言論。如果不是這種情形，發表言論者之言論表達自由即應在人格權保護的理由下受到限制。

(3)聯邦最高法院採取了作為訴願人與高等法院主張基礎的其中一種意涵以外的認定，同時僅依此而作成人格權是否受侵害的法律上判斷。藉此，聯邦最高法院即未根據那些依附

於不作為請求權之上的重要基本原則而作成其判決。

訴願人與高等法院視被告之陳述是在宣稱如下的內容，亦即他是在某個明示或暗示的承擔義務聲明（Verpflichtungserklärung）基礎上，受到國家安全部的委託而工作，並且進一步將有關第三人的資訊交付給他視為「勤務主（Dienstherrn）」之國家安全部以供其利用。聯邦最高法院雖視此一解釋可言之成理，但它卻採取其他可能的解釋方式，認為該言論所表達的是，訴願人為國家安全特務機構提供服務，其方式則是於其與國家安全機構的接觸範圍內，符合國家安全機構之期待而向它傳遞有關第三人或特定流程的資訊；而在此，他也很清楚，這些對於國家安全特務機構而言，都是可用，而且也真的會被運用的資訊，而根據這種事物本質，他其實就好像在作一個代理人的工作。至少，對該言論的這種理解方式絕對無法自始排除。

聯邦最高法院在適用由聯邦憲法法院針對刑事或民事制裁而發展出的判決，並且也將之用於系爭標的之不作為請求權時，是以這種解釋可能性作為立論基礎。在此，聯邦最高法院並不考量針對將來言論的民事不作為請求與對於過去已發表之言論進行刑事或民事制裁間的區別。聯邦最高法院的審查可能必須以比較嚴重侵害人格權的解釋可能性作為基礎。然而在此已經因為不適當而選取的觀點，使得一些重要的憲法上要求有所欠缺。

bb)這種審查時所選取的不適當觀點，已經在衡量相關法益時，造成訴願人不利益的影響。除此之外，這也無法在每一個觀點上都符合憲法上的要求。

(1)指出訴願人成為服國家安全特務勤務工作的「IM−秘書」的這種說法，−同時也如聯邦最高法院所確認者−已經是一種對於人格權的嚴重侵害。因為這涉及到一種事實陳述，所以其真實性的舉證要求也是適當的。

根據普通法院（以下同）之判決，涉及侵害人格權之事實宣稱是否屬實的舉證負擔應該由發表言論者來承擔（參考 BGHZ 132, 13 <23>）。這也符合刑法典第 186 條的法律思維，於憲法上，該理論並不會被指責有礙於言論表達權利之運用。傳播不真實的事實宣稱，原則上並無可資正當化的理由（參考 BVerfGE 61, 1 <8>; 94, 1 <8>; 99, 185 <197>）。因此，已知為不真實或者多少知道錯誤之事實宣稱時的意見表達自由，基本上應該退讓於人格權之後（參考 BVerfGE 85, 1 <17>）。

根據高等法院的認定，以對於被告較為不利的解釋方式作為判斷之基礎，該言論之真實或不真實並無法被

確定。根據聯邦最高法院的見解，以對於被告較為有利的方式解釋其言論內容，也同樣很少可以證明其真實性。因此必須將每一種解釋的可能都視為「真偽不明（non liquet）」。

對於傳播內容之真實性無法明確地被確認的事實宣稱而言，民事法院的裁判在比較言論自由的要求與人格權保護的利益時，審查的重心在於發表言論者是否符合以下的要求，亦即內容是否真實尚未釐清之事實宣稱的傳播，僅得因為正當利益之實現（刑法典第 193 條）而加以正當化（參考 BGH, NJW 1987, S. 2225 <2226> 有進一步的說明）。但是無論如何，根據上述之裁判見解，在一些本質上涉及公共性的事物上，所提出或傳播的宣稱即使可能為不真實，但是在提出或傳播之前，對其內容之真實性已盡相當謹慎充分的調查時，也不應該被禁止（參考 BGH, 132, 13 <23 f.>）。

如果該審慎義務的範圍可以在符合基本法的要求下由專業法院進行衡量，對於這種義務的發展，在憲法上並無異議（參考 BVerfGE 99, 185 <198>）。因此，專業法院一方面在言論自由的利益上不能要求真實的義務，因為這個義務要求會貶抑吾人利用基本權的意願，同時總體來說也可能緊縮影響了言論自由的行使（參考 BVerfGE 54, 208 <219 f.>; 85, 1 <17>）。但是它另一方面也必須注意，真實之義務是源自於一般人格權之保護義務的一種表達方式（參考 BVerfGE 12, 113 <130>; 99, 185 <198>）。如果造成了比較嚴重的人格權干預，則因此必須要對於此一審慎義務之滿足，提出高度的要求（參考 BGHZ 95, 212 <220>; 132, 13 <24>）。如果發表言論者只是選擇性地想處於對相對人造成負面影響，而非讓公眾可以知悉的觀點，但卻對於那些駁斥其言論正確性之處表示沈默時，人格權即可能受到侵害（參考 BVerfGE 12, 113 <130 f.>; BGHZ 31, 308 <318>）。

(2) 對於聯邦最高法院而言，在衡量被告的真實義務與審慎義務的範圍時，從未自被告自己的觀點出發，而對有爭議的言論作成具有較少干預強度的解釋，這種對於一般人格權之要求即屬適當。更何況，在存有各種重要的解釋可能性前提下，這種要求並未滿足。

若聯邦最高法院僅因為言論之立場重大涉及公共事務，而認為訴願人必須在將來也接受那些無法被證實的宣稱，聯邦最高法院顯然是不法地引用了聯邦憲法法院的判決。在這類的言論上，為了確保基本權的保護請求，也應該遵守前述的審慎義務要求。但在本案中，此一要求並不因為被告無法進一步探究調查那些已經被普遍知悉之事務以外的情事，而即認

為滿足。

聯邦憲法法院雖然承認，那些課予發表言論者對於事涉名譽之宣稱，除了有真實與審慎之義務以外，尚因此有藉助不相牴觸之媒體報導的證明，進一步的說明解釋負擔（參考 BVerfGE 85, 1 <21 ff.>）。但是這也僅適用於該媒體報導對於所提之言論的支持是適當的前提（參考 BVerfGE 99, 185 <199>）。如果發表言論者已經知道，其所傳播宣稱之內容的真實性存有疑義，他就不能再主張以這個媒體報導作為基礎（參考聯邦憲法法院第一庭於 2000 年 2 月 23 日的判決 −1 BvR 456/ 95−, NJW-RR 2000, S. 1209 <1211>）。因此發表言論者之真實義務其實是超過經常對他要求應盡調查可能性之義務之外。如果發表言論者所傳播的言論內容經其調查之結果仍不相符時，他就必須作此指明。如果根據他自己的認知，這是有爭議或者有疑問的事實，就不能當作他有所確信（參考 BVerfGE 12, 113 <130 f.>; 聯邦憲法法院第一庭於 2000 年 2 月 23 日的判決−1 BvR 456/ 95−, NJW-RR 2000, S. 1209 <1211>; BGHZ 132, 13 <24>）。

本案系爭訴願人過去與國家安全特務機構接觸的活動形式，即使根據聯邦最高法院所採認的較少干預強度的解釋可能性，也是具有爭議的。在此，由公部門傳播的言論就如同媒體報導一般具有爭論。應加以判斷者並非基於在媒體上不互相衝突而傳播的報導，所作的具體事實陳述的傳播；而是面臨到針對一個已知的事實，而僅依某一特定觀點的選擇性描述。但其真實性其實極具有爭議。

基於人格權保護之利益而對於發表言論者的要求在於，如果在已知的事實上，他掌握了某一種具體侵害人格權的觀點，那他就必須表示這個觀點是有爭議的，同時系爭的事實部分並未實際上經過釐清。如果無法確認其真實性，同時也無法透過充分的審慎態度加以調查時，則表達言論者一定必須審慎地將他的認知內容還原。進而，被告並不因為由聯邦最高法院所進行的衡量而被免除此一義務。訴願人已經基於自己的決意而置身於公開的政治舞台之上，同時被告在他對外的宣稱中並非全無提出任何觀點，亦即如同吾人已知有關訴願人與國家安全特務機構接觸的證據所指出的內容一般。如果說被告將來想提出新的觀點，必須公開指出他所提出的宣稱內容缺乏被證明真實的事實基礎，而這並不會導致與自由發表言論的許可性應受推定的原則不相符合，而有過度誇大被告之真實義務的結果。

II. 訴願人進一步訴訟主張為無理由

訴願人進一步的訴訟主張為無理

由。

法律上聽審的請求權（基本法第 103 條第 1 項）以及有效的權利保護與正當平等程序的請求權（基本法第 2 條第 1 項連結第 20 條第 3 項）並未因為聯邦最高法院未將本案發回事實審法院而讓訴願人有機會可以針對聯邦最高法院為裁判基礎的言論解釋意涵提出舉證的要求而受到侵害。特別是訴願人的程序基本權並不因為沒有針對該言論內容，訊問其個人對於訴願人要求要與國家安全特務機構進行接觸的前聯邦總理 Helmut Schmidt，而受到侵害。再者，尚無可知者為，這種訊問或者類似的舉證要求終究可以充分地釐清國家安全特務機構與訴願人間的關係。

III.廢棄聯邦最高法院之判決並發回重審

在此不能排除的是，如果聯邦最高法院的審查是以對於訴願人會造成比較強烈負擔的方式解釋該言論內容，以及為了保障訴願人的人格權而對被告提出之真實義務要求，聯邦最高法院可能會有不同的結論。因此系爭判決應予廢棄，並將本案發回聯邦最高法院重新審理（聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項）。

訴訟費用的裁判之法律根據係聯邦憲法法院法第 34a 條第 2 項。

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

「變性人改名」判決

BVerfGE 115, 1-25
德國聯邦憲法法院第一庭2005年12月6日之判決
－ 1 BvL 3/03 －

王韻茹　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
1.關於變性人法第7條第1項第3款規定違憲宣告
2.關於違憲效果之宣告
理由
A.事實與爭點
I.系爭規定
II.新的性學研究
III.憲法訴願人之主張
IV.相關意見
B.理由
I.變性人法第7條第1項第3款牴觸基本法第2條第1項以及第1條第1項
1.基本法保障姓名權及其合憲限制
2.姓名權人非出於自願放棄更名，當其締結婚姻時
3.變性人法第7條第1項第3款侵害姓名權之立法假設，依據目前之性科學知識非有理由
4.變性人法第7條第1項第3款所欲追求立法目的正當
5.變性人法第7條第1項第3款之侵害手段適當且必要
6.變性人法第7條第1項第3款的規定違憲
II.違憲效果宣告
1.修法建議
2.在尚未修法之前，變性人法第7條第1項第3款應不予適用

關鍵詞

變性人法（Transsexuellengesetz-TSG）
同性戀傾向之變性人（homosexuell orientierten Transsexuellen）
性別重置

（Geschlechtsumwandlung）
性別傾向(sexuelle Orientierung)
受男人吸引（男性性傾向）
(androphil)
受女人吸引（女性性傾向）
(gynäphile)
家庭狀態法(Personenstandsrecht)
生活同居伴侶法
(Lebenspartnerschaftsgesetz)

裁判要旨

變性人法第7條第1項第3款於其規定變性人必須喪失符合自己所接受性別之改名結果，才享有受法律確保之伴侶關係之範圍內，牴觸基本法第2條第1項以及第1條第1項保障之同性戀傾向之變性人的改名權與隱私權。

案　由

本案係2005年12月6日德國聯邦憲法法院第一庭，依據聯邦憲法法院法第35條所為之判決。本案原係2003年3月26日，由Itzehoe高等法院裁定暫時處分並停止訴訟程序，聲請釋憲，請求審查1980年9月10日生效之變性人法[1]（以下稱之）第7條第1項第3款的合憲性。

裁判主文

1.關於變性人法第7條第1項第3款規定違憲宣告

變性人法第7條第1項第3款牴觸基本法第2條第1項以及第1條第1項，對於未施行性別重置手術而具同性戀傾向之變性人，由於其必須喪失依據變性人法第1條之改名，並回復先前之名字後，才享有法律確保之伴侶關係。

2.關於違憲效果之宣告

變性人法第7條第1項第3款應不予適用，直至法律修改，使未施行性別重置手術之同性戀變性人，即使未喪失改名，仍得享有法律上確保之伴侶關係。

理　由

A.事實與爭點

本案所涉及者，係因結婚而必須喪失先前之更名，而該更名卻是符合自己認同之性別。

I.系爭規定

1980年9月10日生效之變性人法是依據1978年10月11日聯邦憲法法院第一庭所為之重要判決，而加以制定的法律，該判決雖僅涉及施行性別重

[1]必須說明者，該法律正式名稱為：更名與特殊情況下確認性別法

置手術變更性別者（所謂的大解決），所為之更名，但（變性人法）法律仍規定，變性人均得申請更名，即使並未施行性別重置手術者（所謂的小解決）。

1.變性人法第1條係於未變更（實際）性別時，變性人得更名之要件規定，聯邦憲法法院亦曾於1993年1月26日判決中，宣告第1項第3款無效，而修改如下：

§1

前提

(1)基於性別倒錯理由而不願意維持原出生之名字，並認為自己屬於另一個性別者，且至少三年應以符合自己觀念而生活者，於具備以下要件，得向法院申請更名：

1. 符合基本法定義之德國人、無國籍或者無祖國之外國人而有長期居留權、難民或者外國難民，且在本法適用範圍內有住所者。

2.認同自己屬於另一個性別，而具高度可能性不會變更者。

(2)聲請時，必須提出未來所要使用之名字。

為符合變性人法第1條第1項規定之醫學前提，必須向管轄法院提出兩份專業鑑定報告，根據教育以及職業經驗理由，確信有性別倒錯之特殊問題，而且兩個專業鑑定者必須彼此相互獨立（參照變性人法第4條第3項）。以此方式所為之更名，依據變性人法第6條，當事人得提出撤銷，當其再度覺得自己認同出生時之性別時。此外，更名之裁判在特定情況下，仍可能無效。因而，變性人法第7條在1998年5月4日的修正，對此種更名之裁判具有重要性：

§7

無效

第1項　更改聲請人名字之裁判，有下列各款情形之一者，無效：

1.在（更名）裁判確定後三百天內，聲請人之子女出生者，自該子女出生之日，或

2.……或者

3.聲請人結婚，自其提交民法第1310條第1項之聲明時。

第2項　聲請人未來再度使用更名裁判前之先前名字。此所稱之名字，

1.……

2.於第1項第3款之情形，應於結婚之後記載於所提交之家族族譜之中。

第3項　於第1項第1款之情形，法院得依當事人之聲請，再度更改聲請人於更名裁判無效前所使用之名字，如確定出生之子女非其親生子女，或基於其他重大理由足認聲請人往後仍無法接受其原出生之性別者……

聯邦政府的立法理由認為，上述情況均指出當事人已再度接受其天生性別（參照聯邦立法公報8/2947，頁14）。而變性人法第7條第3項，在子女出生情況下，即使結婚，也未反對在前述要件下再次回復更名前的名字。立法理由認為這個規定已經緩和目前的棘手案例（參照聯邦立法公報8/4120，頁16）。根據變性人法第1條，已婚變性人仍構成得更名要件，當更名不影響婚姻時。而立法者對於其他想維持婚姻，以及因變性人法第8條第1項第2款原因，在無法改變性別認同時，至少可以使用符合其性別認同的適當名字（參照聯邦立法公報8/2947，頁25；8/4120，頁14）。

2.變性人法第8條規範對象為所謂大解決之變性人，要求卻嚴於變性人法第1條所規定之更名要件，聲請人必須未結婚，且透過侵入手術改變外在性狀而擁有他性別之外在。依據變性人法第9條之聲請，依循法定程序由法院加以裁判，而依據變性人法第10條，自裁判確定之日起，聲請人被視為他性別者，因此聲請人依其性別而來之權利與義務，原則上以此性別為準。

II.新的性學研究

自變性人法生效後，關於性別倒錯之新知越來越多。1992年時，聯邦共和國估計有6000位變性人（參照Eicher，Transsexualismus，二版，頁9）。而在1981年到1990年間的東德地區，法律上共有1047位變性人受到承認（參照Osburg/Weitze，R&P，1993，頁94（97））。但約莫僅20%到30%的變性人選擇小解決（參照德國性別研究協會，性別研究期刊（ZfS），2001，頁258（264））；Osburg/Weitze，R&P，1993，頁94與頁102）。

現今專業知識認為以侵入性手術作為改變性別認同歸屬之前提實屬有爭議，更精確地說，根本不足採（參照上述德國性別研究協會，頁261）。超過30年，在不同層面研究變性人之德國性別研究協會評估研究指出，無法從普遍穩定之「性別倒錯」診斷中，導出採取身體措施與其範圍及時間點之結論。此類身體措施的徵向，只能個別地在診斷過程範圍之中被提出（參照德國性別研究協會，頁261）。要求性別重置手術在以往導致手術的情形的確多於個別診斷結果（參照德國性別研究協會，頁266）。

關於變性人性別傾向問題的新知識已經出現。2002年時，一篇關於「性別認同之干擾」研究報告中，研究對象為（施行性別重置手術）病患，其中45位生物上原為男人者（亦即男變女的變性人），有23位被評估為受男人吸引(androphil)，也就是說他們在性傾向上還是男性，而有22位被評估為受女人吸引(gynäphile)，也就是性傾向上為女性（參照Hartmann/

Becker，性別認同之干擾，頁116）。男性性傾向(Androphil)之男人當中有19.1%會改變其家庭婚姻狀態，而只有10.5%女性性傾向之男人(gynäphile)會這樣做（參照Hartmann/Becker，性別認同之干擾，頁162，表格 34）。另外作者也認為－不取決於個人認定－有越來越多性別認同干擾的人，承認其有不同之性傾向（Hartmann/Becker，性別認同之干擾，頁65）。在1981年追蹤研究男變女之性別重置手術病患的報告中也指出，被研究者中有相當大的部分有術後「同性戀」，亦即女性性傾向(gynäphile)（Hartmann/Becker，性別認同之干擾，頁98，轉引Kröhn報告）。另外1997年一份研究17位男變女之變性人的報告中，約有一半的人為男性性傾向(Androphil)，三分之二的人認為自己是雙性戀，以及五分之一覺得自己是女性性傾向（參照Hartmann/Becker，性別認同之干擾，頁98，轉引Schroder/Carrol報告）。依據Eicher（同前註，頁171）研究，變性人的同性戀比例跟一般人民同性戀比例相當。根據Sigusch（ZfS，1991，頁309（322））的說明，變性人選擇性別客體（性傾向）並無法完全地被描述為異性戀。在今天，想要的性別角色以及想要的性別客體選擇（性傾向）有不同的方向，正如前述研究觀察。也有因變性而有男性身體之女人，認為自己是女同性戀，而有女性身體的男人也可能被認為同性戀或者男同性戀。

III.憲法訴願人之主張

本案聲請人原為男性。根據變性人法第1條第1項，1997年7月9日漢堡地方法院裁定，他之前的名字「凱」（Kai）改成「凱琳 尼可勒」（Karin Nicole）。根據變性人法第8條與第10條的性別變動之前提是必須另外為性別重置手術者，而聲請人並沒有進行該手術。2002年4月5日聲請人與一位女性結婚時，依照其觀點，認為自己與這位女性屬於相同性別，但公證人卻在2002年9月19日公證結婚時，在其出生證明上記載，依據變性人第7條第1項第3款，聲請人現在再度回復成「凱」。

聲請人為保有其原被承認的女性名字，而尋求兩個救濟途徑。之一，他援引變性人法規範。請求回復更名的聲請決定，同樣也是聲請人所提起的憲法訴願 1 BvR 2201/02的審查客體，在所有審級均敗訴。之二，聲請人依據身分法第47條，要求在其出生證明註記，2002年9月19日漢堡法院公證人所為之記載無效。Itzehoe地方法院於2002年10月28日駁回聲請。原因在於，聲請人締結結婚顯示出，其並未想要改變性別。這是依據變性人法第8條第1項第2款必要前提為不存在婚姻關係。因而，聲請人只可能重

新聲請變性人法第1條意義下之更名。聲請人據此所聲請之更名卻在2003年2月6日被Oldenburg地方法院附理由駁回，係根據立法者制定變性人法第7條第1項第3款所欲之結果，倘若允許聲請人於一個新程序中更新更名，但事實上卻無關係改變。

Itzehoe高等法院對於聲請人針對Itzehoe地方法院裁定所提起之立即抗告，於2003年3月26日以裁定停止審理程序，並就變性人法第7條第1項第3款是否違憲，向聯邦憲法法院聲請釋憲。根據承審法院觀點，變性人法第7條第1項第3款牴觸基本法第1條第1項與第2條第1項、第3條第1項以及第6條第1項。同時，也高度懷疑是否這個條款與基本法第2條第2項第1句相符。

（譯註：以下是法院聲請解釋之理由）更名等於是性別轉變的一種可能性，而不只是一個過渡階段。可以想見之明顯（更名）動機是，變性人害怕進行性別重置手術。聯邦憲法法院曾經明白宣示，經由名字所產生的先作用亦屬於基本法第2條第1項以及第1條第1項的隱私領域。強迫更名應視為不具正當化的侵害。更名是基於一個假定之基礎，而在變性人法第1條第1項之情況下的這個假定卻又因此受到撼動。在變性人之間仍舊出現所有性傾向的可能性，即使締結婚姻仍無法反駁兩份專業鑑定的說法。即使是婚姻與家庭保護－立法者未在立法理由中如此宣稱－，亦無法正當化這項侵害。此外，無論如何，變性人法第7條第1項第3款都無法達到阻礙同性戀婚姻之目的，因根據變性人法第1條，即使存在有婚姻情況下，變性人還是可以更名。對變性人而言，承受與自我認知違反之名字對其造成特殊負擔。因而，受審查之規範與基本法第6條第1項之婚姻自由顯然有牴觸，且違反平等原則。變性人法第7條第1項第3款歧視自願結婚之變性人。

IV.相關意見

聯邦內政部、德國家事法協會(deutsche Familiengerichtstag)、德國性別研究協會、女同性戀與男同性戀協會、同性戀全基督教工作小組與教會、德國變性人與半陰陽人協會以及星期天俱樂部都表達對本憲法訴願之立場。

1.內政部

內政部表示，變性人法第7條第1項第3款與基本法並無牴觸。本案中，干預當事人一般人格權實屬正當。不同於高等法院意見，內政部認為該侵害並未觸及基本法第1條第1項不可碰觸（核心）條款。聯邦憲法法院將變性人法第1條的先作用認為屬於基本法第2條第1項以及第1條第1項基本權保障之隱私領域，以該先作用，個人的（性別）角色理解符合其所接受

之性別。但從該決定之中並無法導出變性人新名字之保障毫無限制。

同時這個規定也符合比例原則。為有利於變性人之生活，使其得更名，因而，立法者在德國姓名法所確立之兩項原則也做了兩次讓步，以名字放棄辨識性別歸屬，以及在特殊情況下放棄姓名連續性。當初屬於男性性別的人，由於當時變性觀點理由而更名，在與一個女性結婚後，而被認為其再度認同自己為男性，這是合乎邏輯的。倘若為另一種判斷，則會使人以為在此種情況下－考量到被接受之性別－法律允許同性戀婚姻。

變性人法第7條第1項第3款並未侵害當事人依據基本法第6條第1項的婚姻締結自由。這個規定既沒有阻礙結婚，也沒有限制當事人締結婚姻自由。最後，這個規定也未違反基本法第3條第1項一般平等原則。變性人法第7條第1項第3款規範的情形與單身變性人無法相提並論。在維持婚姻而更名的情況，已婚變性人都未受到不受憲法允許的不平等待遇，變性人於更名後，決定進入婚姻，因而再度失去其更名。這次所涉及的是同意結婚，而另一次則是為保護現存婚姻。

2.德國家事法協會

德國家事法協會表示受審查之規範合憲。不同於高等法院觀點，家事法協會認為變性人因自己行為或者等同暗示行為而有效放棄「女性名字的保護」。法律區分小解決與大解決之決定並未違憲。

當－基於某些理由－拒絕性別重置手術之變性人沒有「權利」，與一個實施性別重置手術之變性人被相同對待。假使給予不想實施手術之變性人機會與保留名字與他人結婚，在此種情況下，則同性婚姻仍有可能，但這卻非基本法所欲規範保障者。變性人之間出現性傾向的整個光譜是正確的。但這不意指立法者－根據基本法第6條－必須全面保障所有性傾向。為了使一個選擇小解決，且先前已結婚之變性人不喪失「婚姻－事實」地位，立法者的解決之道是從保護婚姻與兒童觀點而來，卻也可能得出在人的一生中接受他性別的歸屬感。即使變性人出於可理解之理由，而無法想像大解決之案例，這個同樣也被法律以典型化規定加以納入。從平等對待之理由而言，憲法並未要求保障主觀歸屬感優先於現存客觀物理狀態；事實狀態間也不盡相同。

3.德國性別研究協會

根據德國性別研究協會觀點則認為，從性別學角度而言，目前受審查之規範完全不具意義。認為成功更名之變性人締結婚姻，是對其長期性別歸屬感不再存在的象徵，而這個觀點卻與科學醫學知識不相符合。

制定變性人法後，變性人的醫學圖像已經分化，社會發展與科學發展

均有助於此。聲請人未施行性別重置手術的事實並無法正當化質疑變性的診斷，亦即，持續其對女性的歸屬感。對部分變性人而言，這些不是「真」的變性人，不是「顛倒」性別的變性人－依據變性人法第1條所為之更名，對其卻是適當「完全」解決之道，可減輕社會對其性別轉變帶來的壓力。主要屬於這類的變性人，多數是在診斷－醫療過程中產生，因為他們不具有身體措施之徵向（賀爾蒙與性別重置手術）或只是考慮以賀爾蒙治療。

在此脈絡下，德國性別研究協會認為，性別重置手術不再具有指標性（參照ZfS 2001，頁258以下）。絕大多數女人變男人的案例中，性傾向還是傾向女性，而在男人變女人的案例中，卻出現在歧異的性傾向光譜：傾向男性（androphil）、傾向女性（gynäphil）、以及/或者自己認為傾向女性（autogynäphil），研究結果並未認為，從性傾向可以導出真正顛倒或者不真正-顛倒性別之區別，或者徵向與不徵向身體措施。

想要保持婚姻狀態之男變女變性人，與成功更名後結婚且傾向女性的男變女變性人，兩者在醫學－診斷上並無重大區別。因此，變性人法對此兩團體之婚姻為不同之評價並無法被加以正當化。法律要求兩份專業鑑定書，診斷證明聲請人變性傾向之不可回復性。良好鑑定書來自於個別診斷過程以及科學－醫學知識狀態。然而依據目前之知識狀態，性傾向以及希望結婚與否，都不是能夠論證變性傾向之不可回復性的指標。

4.女同性戀與男同性戀協會與同性戀全基督教工作小組與教會

女同性戀與男同性戀協會以及同性戀全基督教工作小組與教會均主張，變性人法第7條第1項第3款違憲。相反於立法者之假定，變性人並非毫無例外地都是同性戀者。從本案聲請人所提出的兩份專業心理鑑定意見可得知，當事人仍覺得自己屬於女性性別。

立法者很可能無法避免同性結婚的表象，因而，相同性別之名字的戀人結婚是可能的，即使結婚後更名。此外，也會出現相同的表象，當結婚伴侶兩人的表象圖像是同一種性別。當變性人因小孩出生而喪失更名，但為何依據變性人法第7條第3項之更名喪失卻只能被修正，並無合理的理由。當事人應可提出新的更名聲請。

同樣也牴觸基本法第6條第1項。有女性名字之男變女的變性人得與他女子結婚，但卻必須喪失其女性名字作為代價，即使她可以採用女性名字的權利係受到基本法第1條第1項加上第2條第1項之保障。這是對於結婚自由的限制，卻無合理理由。

5.德國跨性別認同與半陰陽人協

會

德國跨性別認同與半陰陽人協會主張，變性人法的整體架構與普遍人權及基本法不符。在本裁判中提出的問題是，「我們社會領域、司法領域與醫學領域處於兩難，因其不存在與人權相符之性別定義」。必須存在排他地選擇一個中性名字之可能性。依據基本法第2條第2項第1句，根本不允許為了徵向性別而為不可回復之外科以及醫學侵入手術，因為這是一個蓄意傷害以及重傷。

6.星期天俱樂部

星期天俱樂部主張變性人法第7條第1項第3款違憲。更名等於是改變家庭狀況之一種可能性，法律肯認個人得以想要之性別生活。然而，本案聲請人事實上不可能進入婚姻或者同居關係，亦即存在著不正當之不平等待遇與歧視。對於許多跨性別者（變性人另一種稱呼）而言，基於不同理由而為一個外科（性別重置）手術並不是問題。但在現下這個案例中，聲請人原則上必須在兩個選擇中決定，身體的不受侵害以及進入婚姻或同居關係之可能性。國家加諸於聲請人的巨大壓力是要求放棄身體不受傷害權以及生殖能力，而這是對基本權利的重大侵害。依據目前科學知識與從實務上所得之經驗，變性人之間存在性傾向的所有類型。變性人的特殊問題是性別認同，而不是想要性伴侶的問題。許多案例中，跨性別者在出櫃及跨到「新」性別後，仍維持目前性傾向，這是指，一個先前是以男性異性戀生活者，如今偏好以女性與女同性戀而生活。

B.理由

變性人法牴觸基本法第2條第1項以及第1條第1項，當依據該法第7條第1項第3款，將使得無施行性別重置手術之同性戀的變性人必須喪失符合自己所接受性別之改名結果，才享有受法律確保之伴侶關係。

I.變性人法第7條第1項第3款牴觸基本法第2條第1項以及第1條第1項

1.基本法保障姓名權及其合憲限制

a)基本法第2條第1項加上第1條第1項保障姓名權

基本法第1條第1項保障人性尊嚴，據此，人們得掌握自己個人性格以及自我認知（參照BVerfGE 49, 286以下(289)）。且基本法第2條第1項保障人格自由開展之基本權利，以及第1條第1項保障接近個人生活領域者，如隱密的性領域（參照BVerfGE 96, 56以下(61)），包含性自主決定、個人性別認同之發現與認知以及性傾向。

在此關連性之中，基本法第2條第1項以及第1條第1項保障姓名權，一方面，姓名權是作為有利於發現認

同與發展個人性格之工具（參照BVerfGE 104,373以下(385)），另一方面姓名權是為了個人之經歷或者獲得性別認同（參照BVerfGE 49, 286以下(289); BVerfGE 109, 256以下(266)）。個人得要求法律秩序尊重其姓名，因姓名隱含認同與彰顯功能。因此，一般人格權保障姓名權人免於受到剝奪，以及強制改變其已擁有之姓名（參照BVerfGE 109, 256(267)）。

b)姓名權之限制

然而，姓名權保護並非毫無限制。姓名權必須符合社會功能，也就是姓名須滿足區別特徵（參照BVerfGE 78, 38以下（49））。這也適用於名字，在我們法律領域之中，名字係表示姓名權人之性別。一個人的性別歸屬與名字表徵性別應重合，這也符合於受一般人格權保障而希望由名字表彰性別，以及在名字選擇中也為確保兒童福利。

c)侵害姓名權須基於特別重要之公益理由

性別歸屬無法單單依據物理性別性狀而決定。性別歸屬主要取決於一個人的物理整體狀態，以及個人持續自我的性別認同。變性人法第1條須斟酌今日理性之科學知識。由於跨性別的作用，覺得自己不再屬於天生性別，而是他性別歸屬者，變性人法得在法律上規定更進一步更名之要件，但必須是為了建立性別歸屬與名字之間的同一性。選擇以及採用的名字反映性別，屬於個人的人格隱密領域，原則上不允許國家介入。表徵姓名權人之自我性別認同結果的名字權，只有在存在特別重要的公益理由時，才允許國家干預（參照BverfGE 49, 286(298)）。

2.姓名權人非出於自願放棄更名，當其締結婚姻時

變性人法第7條第1項第3款干預受基本法第2條第1項以及第1條第1項所保障之權利，亦即，根據變性人法第1條要件，獲得表彰姓名人的性別歸屬之更名。這項規範於姓名權人結婚時，剝奪已經獲得的更名，且強迫他接受與他性別認同牴觸之前名字。剝奪名字係屬侵害姓名權，亦即受基本權保障之隱私範圍：因喪失更名以及回復先前名字，使姓名權人的性別認同與其想要名字表彰的性別相牴觸，這個（侵害）事實相當明顯。

這項干預基於法律而採用之名字與隱私範圍，但並未得到姓名權人同意。依據變性人法第7條第1項第3款，剝奪名字的條件僅在當事人締結婚姻。因決定結婚就使姓名權人喪失其名字。出於希望獲得法律上保障之伴侶關係，卻是在沈默，非自願放棄目前可表彰性別認同所獲得之名字。

如本案當事人的前審程序，由於法律上並不確保其關係等同於婚姻之可能性。聲請人感受自己是個女性的

變性人，即使沒有施行性別重置手術改變外在性狀。但同時在其性傾向上卻是（女）同性戀。根據變性人法第1條，其得更名為其性別認同之女性名字，但依據身分法，他卻又是個男性。當其想要與一個女性有女同性戀關係之法律保障時，可以選擇生活同居伴侶關係，根據生活伴侶關係法第1條第1項第1句，以兩個同性之間締結契約為前提。而該法卻以身分法所決定的性別為根據，而非是伴侶之性傾向。如本案聲請人一樣，沒有施行性別重置手術之同性戀傾向的變性人，想要獲得法律保障其伴侶關係，只能透過結婚，如同男人與女人結合一樣，也就是異性戀婚姻。現行法律給予聲請人的選擇有二，不是放棄締結法律所保障之伴侶關係，就是進入婚姻，但必須放棄表徵性別認同之更名。他決定選擇後者，但卻是非自願地放棄其名字。

3.變性人法第7條第1項第3款侵害姓名權之立法假設，依據目前之性科學知識非有理由

以下的假定並無法正當化上述干預，立法者假定，締結婚姻的變性人顯示出他想回復出生時的原始性別，因而依據變性人法第7條第1項第3款，得剝奪更名，使其再次回復之性別而與先前名字相一致。立法者論證剝奪更名的假定，依據今天的性科學知識並無理由。已經受到證實，在男變女之變性人情況中，有相當高的比例為女性性傾向(gynäphil)，也就是有同性戀傾向，而非取決於是否有施行性別重置手術（參照Hartmann/Becker，如前註，頁98、116、161以下）。一個人的性傾向無法連結到他自己認知的性別，更無法因此推出他再度想回復成符合他性狀之性別的這個結論。

因此立法者想要透過剝奪更名，以及強迫採用先前名字達成性別歸屬與名字相一致的立法目的，並不是較為重要的公益，因此無法正當化牴觸基本法第2條第1項加上第1條第1項保障名字權之這項干預。

4.變性人法第7條第1項第3款所欲追求立法目的正當

變性人法第7條第1項第3款剝奪更名所欲追求之公益目的，是為避免同性戀者進入婚姻。

a)變性人法第7條第1項第3款之立法理由，在於避免同性戀者締結婚姻

立法者並未將避免同性戀締結婚姻之目的，明顯表達於立法理由之中。一方面，立法者在變性人法第6條第1項規定，依據該法第1條所為之更名，得在當事人重新回復前性別歸屬時，隨時請求法院再度撤銷更名。另一方面，立法者又以變性人法第7條第1項第3款，以結婚作為同法第1條更名無效的事由－這不同於小孩出生

的情況－，但卻未給予當事人得再度依據變性人法第1條，聲請要求符合其認同性別之名字。這無法推斷出，立法者以結婚剝奪更名，是為了使當事人的保護優先於性別認同與名字不一致之情況，但卻可以推斷出保障避免同性戀者進入婚姻之表象。

有立法資料作為證明。立法過程當時的想法是，在小解決情況下，更名與婚姻的法律制度（男人與女人結合）緊密相關，同性戀者也可能會結婚（參照BTDrucks 8/4120，頁15）。這個想法認為，變性人必須接受變性人法第7條第1項第3款之結論，而這個結論是以婚姻制度優先於變性人從「小解決」所獲得之權利。一旦變性人締結婚姻，其所依據變性人法第1條所為之更名就無效（參照BTDrucks 8/4120，頁14）。由此可知，依據變性人法第7條第1項第3款剝奪同性戀伴侶之更名，其理由在於避免婚姻流於表象。

b)阻礙同性戀者締結婚姻之立法目的係正當

阻礙同性戀者締結婚姻之錯誤表象也是立法者所追求的正當理由之一。

立法者型塑婚姻制度必須遵守重要之結構原則，而這些原則從基本法第6條第1項，並連結到先前已存在之生活形式，加上基本權原始自由性格以及其他憲法規範可得出（參照BverfGE 31, 58以下(69)；105, 313以下(345)）。未顧及社會變遷以及伴隨相關之法律修改，立法者保持並基於基本法所獲得之型塑內容，婚姻內涵是一個男人與一個女人願意長期組成生活共同體，也論證在國家合作下的自由決定（參照BverfGE 10, 56以下(66)；29, 166以下(176)；62, 323以下(330)；105, 313以下(345)）。必須與依據基本法第6條第1項所得出的內容相一致，當立法者阻礙同性戀者締結婚姻，與立法者在身分法中判定伴侶性別歸屬所為一樣。為了強調以及將婚姻與其他法制度分開，當立法者試圖避免婚姻流於表象，小解決之變性人締結婚姻時，透過剝奪更名且回復成與家庭狀況法相符之性別的先前名字，而使得在這個情況下的婚姻，係由不同性別之人所締結，該法律規定具有正當化理由。

5.變性人法第7條第1項第3款之干預手段適當且必要

依據變性人法第7條第1項第3款剝奪名字係屬適當且必要，為了防止婚姻對同性者開放之錯誤表象。由於一個已婚變性人之外部圖像顯示出似乎可締結一個同性之婚姻，因此，剝奪更名的效力是為了澄清以不同名字之異性戀結婚，這正是立法者致力追求之目標。法律規定的適當性未有改變，立法者已給予已婚變性人可根據變性人法第1條，保持符合他自己接

受之性別的名字，並未對其婚姻產生效果。但在此情況下，無法避免產生立法者所不欲出現的表象。然而，變性人法第7條第1項第3款，原則上卻仍無法避免同性伴侶締結婚姻。一個為保護婚姻而避免同性伴侶得結婚之錯誤表象的較輕微方法，並不明顯，立法規定必須達成目的之必要。

6.變性人法第7條第1項第3款的規定違憲

變性人法第7條第1項第3款，侵害變性人受基本法第2條第1項以及第1條第1項所保障之姓名權以及隱私領域保障之權利，因變性人法、身分法、婚姻法以及生活同居伴侶法之規定，其共同作用而對當事人造成苛求之情況。對未施行性別重置手術之同性戀傾向的變性人，只要法規範沒有給予在不喪失與性別歸屬相符之名字情形下，亦可以進入法律所保障之生活伴侶關係，則變性人法第7條第1項第3款因結婚而喪失更名之效果，因此違憲。

a)立法目的之假定在科學上已無法受到支持

變性人法所假定之變性人觀點，已經在目前之科學上無法證明。

1980年制定之變性人法係依據1978年10月11日聯邦憲法法院裁判而來（BVerfGE 49, 286）。在此裁判中，聯邦憲法法院認為，基本法第2條第1項以及第1條第1項，一個變性之男性有權要求在其出生證明上更改性別，當依據醫學知識認為屬於不可回復之變性案例，由於當事人已施行性別重置手術。當時，立法者在變性人法第8條到第12條規範「大解決」，不只使成功轉換性別之變性人得採用符合其接受之性別的名字，進一步細節規定，則是在身分法中也被視為屬於自己所認可之性別。然而，立法者在變性人法第1條以下，也引入「小解決」，使沒有施行性別重置手術之變性人亦得更名，但這卻與家庭狀況更改無關。

aa)性別重置手術非變性指標

依據當時之科學知識，「小解決」是一個通往「大解決」之過渡階段，當事人依據立法理由得更名，以利早期扮演符合他認知的性別角色（參照BTDrucks 8/2947，頁12）。依據當時聯邦憲法法院所援引的假定為，變性人將不符合他所認同之性別的性器官或者性狀當作是自然錯誤，因此必須以各種方式致力改變性別，修正這個錯誤（參照BVerfGE 49, 286以下（287））。基於這個觀點，意即在改變性別之前，當事人處於尚未確定之變性狀態，也因此變性人法第7條第1項第3款論證，未施行性別重置手術之當事人認同自己還是屬於符合他性狀之性別，尤其當他決定結婚時（參照BTDrucks 8/2947，14頁）。

由於此期間之所獲得之新科學認

知，變性人法所依據之變性人假定已經無法繼續受到支持。專業世界在較為準確診斷「變性」之廣泛案例研究中，上述假定不再被認為正確，因此也無法導出性別重置措施得作為變性指標。甚且，在診斷過程範疇中，判斷個別當事人必須個別地加以確認是否有必要為性別重置。同時，在被承認為變性人的總數之中，約有20％到30％沒有實施性別重置手術（參照DGfS，同上註，頁264），假定變性人致力於以所有方式改變性別，並不符合事實。變性人處於「小解決」到「大解決」過渡階段的這個命題不再有效。身分法對於有無改變性別之作法而不同對待，也無可依據之理由（參照DGfS，同上註，頁261以下）。

bb)變性人的同性戀傾向與性別認同無涉

今日研究顯示，男變女的變性人當中有相當高比例之同性戀傾向的狀況（參照Hartmann/Becler，同上註，頁116以下），而這結果在制定變性人法當時並不重要。由於當時沒有此一相關性學知識，聯邦憲法法院在1978年10月11日判決中的論證，只能依據當時的科學認知，男性變性人不希望同性戀關係，而只尋找異性戀伴侶（參照BVerfGE 49, 286以下(287,300)）。但之後，不只在變性人間有同性戀者出現，同時也證明實施性別重置之變性人有相當大一部分的人具有同性戀傾向。因此，也無法得出懷疑變性人轉向同性戀的結論。

b)同性戀傾向之變性人被迫放棄與性別認同同一之更名

而立法者依據當時，在目前已經過時的科學認知狀態，導出變性人的家庭狀況，以及進入法律保障之伴侶關係可能性的結論，但在今日由於新科學知識而無法再被正當化。這個結論就是強迫同性戀傾向的變性人，在進入法律確保之伴侶關係時，必須放棄與他性別歸屬相符的名字。

aa)變性人法與家庭狀態法之性別歸屬標準不一

在變性人法之中，立法者認知到，變性人必須採用與其接受之性別一致的名字，以及得開展姓名權人的認同作用。然而，立法者卻錯認家庭狀況法之更名的不同結論，以變性人之前是否有為性別重置手術為準。只有在前案例（有性別重置手術）立法者才准許更名，且於法律上承認認同之性別歸屬。因而一因性別重置手術而受到承認之變性人，在法律被視為是屬於所接受之性別，而未為性別重置手術之變性人，即使更名為符合自己性別認同後，卻仍不等同於家庭狀態法中性別歸屬的劃歸。因此一個男變女的變性人，得以女性名字被稱呼，但在家庭狀態法中卻被當作是男性。

bb)生活伴侶關係法之性別歸屬

基本法第6條第1項保護之婚姻法

律制度以及立法者創設的同居伴侶關係制度，必須考量法律上彼此相結合的是伴侶間的性別，而不是性傾向。婚姻是男人與女人的結合，而依據生活同居伴侶法第1條第1項，兩個同性之間締結契約所成立的是生活伴侶關係。立法者基於性別，區分受法律上拘束之伴侶關係，原則上，依據憲法對此無法加以指摘。但這個區分會導致違憲的結果，當一個人性別歸屬的法律規定單單依據其性狀，而不是依據個人感受與專業鑑定書確認之性別，且家庭狀況法的性別歸屬與所接受性別間的差異，以及當事人只有在喪失在更名的同時，才能進入法律拘束之伴侶關係。

cc)相異法律間性別歸屬標準不一的適用結果，侵害同性戀傾向的變性人的人格權與姓名表彰之自我性別認同

一方面，身分法固守以外部性狀決定性別歸屬，另一方面，法律制度連結到性別歸屬產生問題，一個沒有施行性別重置手術之同性戀傾向的男變女變性人，欲與一位女性結婚，卻無法成為生活伴侶，因為他在身分法上被認為是男性。一個持續有效之法律上結合的可能性，只有進入婚姻。但是，他又處於立法者所不希望之同性婚姻的表象，同時也被強迫地喪失表彰自我性別認同之更名，因配偶名字所可能造成（同性婚姻）表象。即使，當事人可以採取法律上生活伴侶之結合，他將為此受到制裁，他之前透過合法過程被承認與他接受之性別認同的名字，卻因此再度喪失。這些法律結合之結果，侵害基本法第2條第1項加上第1條第1項所保障變性人擁有隱私領域，以及名字所展現之自我性別認同的權利。

II.違憲效果宣告

1.修法建議

此項違憲並未使變性人法的其他規定當然無效。但立法者必須謹慎地對待無施行性別重置手術之同性戀傾向的變性人，使其得在不喪失名字情況下，仍可進入法律上伴侶關係，因而新規定有許多規範可能性。立法者可刪除變性人法第7條第1項第3款。假使想繼續防止同性婚姻表象，立法者不願意刪除變性人法第 7條第1項第3款，則立法者不是修改身分法，就是依據變性人法第1條，由法院再次承認未施行性別重置手術之變性人，將他歸類成他所接受之性別，因此他得以同性戀傾向，而與生活同居者進入法律確保之關係。又或者立法者可以透過生活同居伴侶法，補充同性戀傾向之變性人得建立同居生活伴侶關係。

2.在尚未修法之前，變性人法第7條第1項第3款應不予適用

在立法者未以任何規範，使未施行性別重置手術之同性戀傾向的變性

人得在不喪失名字情況下，並得保有法律保障之伴侶關係，依據聯邦憲法法院法第35條，變性人法第7條第1項第3款應不予適用。

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

「航空安全法」判決

BVerfGE 115, 118 –
德國聯邦憲法法院第一庭2006年2月15日判決
– 1 BvR 357/05 –

李建良 譯

要目

判決要旨
判決主文
判決理由
A.本案爭點
I.事實背景及系爭法規
II.訴願理由
III.相關機關及組織之意見
IV.言詞辯論程序
B.關於是否受理部分之法院見解
I.程序不合法部分
II.程序合法部分
C.關於有無理由之法院見解：訴願有理由
I.憲法基礎
II.系爭規定不符憲法保障生命權之意旨
III.判決論結
D.訴訟費用

關鍵詞

人性尊嚴(Menschenwürde)
生命權(Recht auf Leben)
憲法之基本決定
(Grundentscheidungen der Verfassung)
比例原則
(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
蓋然性(Wahrscheinlichkeit)
軍隊(Streitkräfte)
警力(Polizeikräfte)
航空安全(Luftsicherheit)

裁判要旨

1.聯邦直接依據基本法第35條第2項第2句及第3項第1句之規定，享有規範如何依此等規定動用軍隊防制天

然災害及特殊重大事故及聯邦與參與其事各邦間之合作關係等細部事項之立法權。特殊重大事故之概念(Begriff des besonders schweren Unglücksfalls)亦包含具有瀕臨安全界限之蓋然性(mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)而可預期將發生災害之事件。

2.基本法第35條第2項第2句及第3項第1句不允許聯邦於動用軍隊防制天然災害及特殊重大事故時，使用特殊之軍事武器。

3.航空安全法(Luftsicherheitsgesetz)第14條第3項有關授權軍隊於航空器可能被用來危害人之生命時，得直接以武器擊落該航空器之規定，與基本法第2條第2項第1句生命權保障暨基本法第1條第1項人性尊嚴保障並不相符，如果該攻擊可能波及航空器上未參與其事之人員的話。

第一庭根據2005年11月9日之言詞辯論於2006年2月15日所為之判決

-- 1 BvR 357/05 --

由1.H博士、2.B先生、3.F博士、4.H博士、5.T先生、6.A先生等針對2005年1月11日公布(BGBl. I S. 78)之航空安全法第14條第3項所提起之憲法訴願程序，第2至第6位憲法訴願人由律師Burkhard Hirsch博士，住Rheinallee 120, 40545 Düsseldorf，擔任其訴訟代理人。

判決主文

1.2005年1月11日之航空安全法第14條第3項（聯邦公報I第78頁）規定與基本法第2條第2項第1句暨第87條之1第2項及第35條第2項、第3項之意旨不符，無效。

2.德意志聯邦共和國應支付訴願人所支出之必要費用。

判決理由

A.本案爭點

本件憲法訴願係針對航空安全法有關授權軍隊於航空器可能被用來危害人之生命時，得直接以武器擊落該航空器之規定。

I.事實背景及系爭法規

1.2001年9月11日，在美國有四架載有乘客之美國航空公司之飛機遭一個國際恐怖組織劫持，並墜毀。其中兩架飛機撞擊紐約世界貿易中心(World Trade Center)，一架於五角大廈(Pentagon)旁墜毀，即美國國防部。第四架飛機可能因機上乘客採取行動而轉向，並墜毀於美國賓夕尼亞州匹茲堡(Pittsburgh)的東南方。在這次攻擊行動中，總計於機上、世界貿易中心及匹茲堡共有逾3000人死亡。

2003年1月5日，一名武裝男子截獲一架滑翔機，飛越法蘭克福銀行聚集區，並威脅如果不讓他和美國進行電話通話的話，將以飛機撞擊歐洲中

央銀行大樓(das Hochhaus der Europäischen Zentralbank)。警方直昇機及兩架空軍的噴射式戰鬥機隨即升空，並環繞該滑翔機。警察發出緊急警報，疏散法蘭克福市中心，該大樓的人員亦被撤離。挾機事件持續整整半小時之後，證實該挾持者只是一個精神異常之人。在他的要求被滿足之後，他隨即將飛機降落在萊茵緬因機場，並且毫不抵抗地接受逮捕。

2.以上兩件事故促使各國採取各項防制措施，其目標在防止民航受到不法侵害，改善民航之整體安全，以及防止航空器（航空器之概念，參照1999年3月27日航空法第1條第2項規定，刊於聯邦公報I，第550頁）遭人以暴力挾持，進而被濫用在航空用途以外之目的所生之危險。

a)2002年12月16日，歐洲議會及歐盟理事會通過2320/2002號規則(Verordnung (EG) Nr. 2320/2002)－嗣經2004年4月29日849/2004號命令修改（刊於歐體公報L 158號，2004年4月30日，第1頁）－以確立民航安全之共通規定（刊於歐體公報L 335號，2002年12月30日，第1頁）。該規則規定，在歐洲共同體會員國領土之機場，應採取嚴密之航空安全措施。其中包括對內國機場之計畫設定各種要求、關於所有公眾得出入之機場區域的監視規定、關於航空器、人員及其所攜帶物品之搜查規定、關於乘客及其行李之檢查規定，以及關於僱用及訓練飛行機員及空服人員之內國計畫的要求等。

b)在德國，無論在事實層面或是法律方面，亦均採取足以強化飛航安全及防止飛航遭受攻擊的各項措施。

aa)自2003年10月1日起，設在下萊茵區Kalkar的「航空安全」國家基地及指揮中心即進入隨時動員狀態。該中心作為確保德國航空安全之中央資訊樞紐，旨在確保聯邦及各邦負責航空安全機關間之相互協調及快速的合作。於該中心，聯邦軍隊成員、聯邦警察及聯邦飛航安全人員監控航空區域。該中心的任務特別是防止來自所謂變節的航空器(Renegade-Flugzeugen)之危險；此乃指受人為武力控制之民用航空器，控制者欲以之作為攻擊特定目標之武器。某一航空器一旦被認定為變節的航空器—不管是來自北大西洋公約組織(NATO)，或是由國家基地及指揮中心之認定—於德國領空部分，採取必要防衛措施之責任即落在德國各主管機關身上。

bb)上開防衛措施之法律基礎規定在2005年1月11日之航空安全任務調整法(Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben)（刊於聯邦公報I，第78頁)。

aaa)經由本法將目前航空法(Luftverkehrsgesetz)中有關防衛航空外在危險之規定及其他相關規定予以

整合，並調整配合前揭歐洲議會及歐盟理事會2002年12月16日通過之2320/2002 號規則（參見聯邦眾議院公報5/2361，第14頁），聯邦參議院認為本法為須經其同意之法律，但其不表同意（參見聯邦參議院公報716/04 [決議]，關於聯邦參議院公報716/04 [決議]）。本法第一條包含整部航空安全法(Luftsicherheitsgesetz, LuftSiG)，為這項包裹立法之核心部分。

(1)依航空安全法第1條規定，本法旨在防止航空安全遭受侵害，特別是防止劫機、破壞行動及恐怖攻擊。依航空安全法第2條規定，航空安全主管機關(Luftsicherheitsbehörde)負有防制危害航空安全之任務。依航空安全法第3條規定，除同法第5條另特別授予之權限外，航空安全主管機關應採取必要措施，以排除航空安全上所存在之個別危險。

上開規定授予航空安全主管機關為確保機場中非公眾得出入場所之安全，對於人員及物品享有廣泛之檢查及搜索權。航空安全法第7條授予航空安全主管機關得審查飛航及機場工作相關人員可信度之權限(Befugnisse zur Zuverlässigkeitsüberprüfung)。航空安全法第8條及第9條課予機場經營者及航空業者維護航空安全之特殊義務。航空安全法第11條禁止可攜帶上航空器之特定物品。最後，航空安全法第12條授予負責駕駛航空器之人員在其所駕駛之航空器上有維持機上安全及秩序之任務及權限。

依航空安全法第26條第2項之規定，航空安全主管機關之任務原則上由各邦在聯邦委辦下(im Auftrage des Bundes)執行之。反之，根據航空安全法第5條規定，防止航空安全遭受侵害之任務，於航空安全法第16條第3項第2句及第3句所定要件存在時，得由聯邦警察依聯邦警察法(Bundespolizeigesetz)第4條為之。依上開航空安全法之規定，除同法第9條第1項規定外，航空安全主管機關之任務，得由聯邦內政部指定之聯邦機關以聯邦自己行政執行之，如為確保安全措施之全國統一執行所必要者。

(2)航空安全法第13條至第15條以「軍隊支援及職務協助」(Unterstützung und Amtshilfe durch die Streitkräfte)之章名構成本法特殊之第三章。依航空安全法第13條第1項規定，基於某一重大之航空事故(auf Grund eines erheblichen Luftzwischenfalls)而有事實存在，在危險防制(Gefahrenabwehr)之框架下足以認定即將發生基本法第35條第2項第2句或第3項所定之特殊重大事故(ein besonders schwerer Unglücksfall)，於有效防制之必要範圍內，得動用軍隊支援各邦警力，以便在空中阻止該事故之發生。於發生基本法第35條第2

項第2句所定所謂地區性災害緊急事故(regionaler Katastrop-hennotstand)時，聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員得基於受事故影響之邦之請求，決定動用軍隊（航空安全法第13條第2項），如發生基本法第35條第3項所定跨地區之災害緊急事故(überregionaler Katastrophennotstand)者，聯邦政府得會商受事故影響之邦，決定動用軍隊（航空安全法第13條第3項第1句）。聯邦政府如無法及時作成決定者，由聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員會商聯邦內政部部長決定之（航空安全法第13條第3項第2句）。依航空安全法第13條第4項第2句規定，軍隊支援所得採取之措施以航空安全法規定之容許範圍為準。

上述之容許行動措施及選用之原則，規定於航空安全法第14條及第15條。依航空安全法第15條第1項規定，為阻止航空安全法第14條第1項及第3項所稱特殊重大事故之行動措施，僅於產生該意外事故危險之航空器，先由軍隊於空中偵測，再嘗試予以警告及命轉向而無效後，始得為之。上述要件該當時，依航空安全法第14條第1項規定，軍隊得於空中迫使該航空器轉向、強制其降落、發出將動用武器之警告或發射警告彈。此等措施之選用應符合比例原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)（航空安全法第14條第2項）。唯有當此等措施均無法阻止特殊重大事故之發生時，始得依航空安全法第14條第3項規定，以武器直接攻擊該航空器。然亦僅於依當時之情況，可以推定該航空器被用於危及人類生命，且以武器直接干預是防止該當前危險之唯一手段時，始得為之。依航空安全法第14條第4項第1句規定，此項行動措施之下命權專屬聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員。

bbb)於上述規定之立法程序中，－除關於航空安全法第14條第3項規定之實質合憲性所提出之質疑外－尤具爭議者，乃航空安全法第13條至第15條規定是否遵守基本法第35條第2項第2句及第3項所定之憲法框架。於聯邦眾議院中，此點為聯邦政府及執政黨之國會議員所肯認（參見聯邦眾議院大會議事錄15/89，第7882頁以下、第7886 [A]頁、第7900 [C]頁），然遭反對黨之代表所否定（參見聯邦眾議院大會議事錄15/89，第7884頁、第7890頁以下）。另外，於聯邦眾議院內政委員會所舉行之專家公聽會中，針對此一問題所提出之意見，也相當分歧（參見委員會紀錄第15/35號關於2004年4月26日會議之紀錄）。於聯邦參議院之討論，亦復如此（關於委員會多數意見，參見聯邦參議院公報827/1/03，第1頁以下及聯邦參議院公報509/1/04，第13頁以

下所載之建議意見）。

此外，從各邦（尤其參見聯邦參議院公報181/04）及聯邦眾議院CDU/CSU黨團（參見聯邦眾議院公報15/2649；15/4658）一再提出修改基本法第35條及第87條之1之法律草案，亦可顯示出對當時憲法狀態之歧異評估。不過，基本法之規定最後並未修改（參見聯邦眾議院大會議事錄15/115，第10545頁）。

ccc)航空安全法第13條至第15條關於軍隊支援及職務協助之規定，其文字如下：

第13條

聯邦政府之決定(Entscheidung der Bundesregierung)

(1)基於某一重大之航空事故(auf Grund eines erheblichen Luftzwischenfalls)而有事實存在，在危險防制(Gefahrenabwehr)之框架下足以認定即將發生基本法第35條第2項第2句或第3項所定之特殊重大事故(ein besonders schwerer Unglücksfall)，於有效防制之必要範圍內，得動用軍隊支援各邦警力以資在空中阻止該事故之發生。

(2)關於基本法第35條第2項第2句所定行動之決定，經受事故影響之邦之請求，由聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員會商聯邦內政部長為之。如須即時行動者，應於決定後立即通知聯邦內政部。

(3)關於基本法第35條第3項所定行動之決定，由聯邦政府會商受影響之邦為之。聯邦政府無法及時作出決定者，由聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員會商聯邦內政部長決定之。並應立即取得聯邦政府之決定。如須即時行動者，應於決定後立即通知受影響之邦及聯邦內政部。

(4)細節部分由聯邦與各邦會商定之。軍隊之支援，依本法之規定為之。

第14條

行動措施，下命權

(1)為阻止特殊重大事故之發生，軍隊得於空中迫使航空器轉向、強制其降落、發出將使用武器之警告或發射警告彈。

(2)於多種可能之措施中，應選擇對個人及公眾預期侵害最小之措施。該措施實施之時間及範圍，僅能於達其目的所必要者內為之。該措施所產生之不利，不得與其所欲達成之目標間有顯失均衡之關係。

(3)以武器直接攻擊(unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt)航空器，僅於依當時之情況可推定該航空器將被用於危及人類生命，且以武器直接攻擊為防止該當前危險之唯一手段時，始得為之。

(4)第3項之措施，僅得由聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員下命之……

第15條

其他措施(Sonstige Maßnahmen)

(1)依第14條第1項及第3項之措施，須先經審查並嘗試警告或促使轉向而無結果後，始得為之。為達前述之目的，軍隊得依飛航安全主管機關之請求，於空中對航空器進行審查、促使轉向或發出警告……

(2)空軍武器之……檢查員(Inspekteur der Luftwaffe)應將可能導致採取第14條第1項及第3項措施之情況，立即向國防部長提出報告。

(3)其他規定及職務協助之原則，不受影響。

II.訴願理由

訴願人直接針對航空安全法提起憲法訴願，蓋該法允許國家故意殺害非犯罪之行為人，而是犯罪之被害人。航空安全法第14條第3項有關於符合法定要件下得擊落航空器之授權規定，牴觸其於基本法第1條第1項、第2條第2項第1句暨第19條第2項所保障之權利。

1.本憲法訴願符合程序要件。訴願人之基本權利因系爭規定而直接受到侵害。蓋基於私人及職業上之原因，訴願人經常搭乘飛機，其可能受到航空安全法第14條第3項規定措施之影響，並非僅具有理論上之可能性。

2.本憲法訴願亦實體有理由。航空安全法牴觸訴願人依基本法第1條第1項及第2條第2項第1句之人性尊嚴及生命之基本權利。該法使上述基本權利成為國家行為之單純客體(zum bloßen Objekt staatlichen Handelns)。訴願人生命之價值及延續，在多重觀點下及渠等「依情況」可推定之壽命，被置於聯邦國防部長的裁量之下。於嚴重之情況下，訴願人可能被犧牲而遭殺害，如果國防部長基於其所取得之資訊，判定訴願人之生命僅短暫尚存，而與其他可能產生之損害相較之下，不再具有價值，或無論如何價值甚微。

國家不得透過故意殺害少數人民－此處指飛機上的機員及乘客－以保護其多數之人民。以一方有多少人可能受到影響相較於另一方有多少人受到影響的標準下，對於生命與生命進行衡量，不被容許。國家不能只因為要被殺害的人少於所欲營救的人，就可以殺人。

乘客生命權之相對化，亦不能因其生命被視為飛機武器的一部分而被證立。凡採取此種立論者，使乘客生命成為國家行為之單純客體，並剝奪乘客作為人之性質及尊嚴。

基本法第2條第2項第3句之法律保留(Gesetzesvorbehalt)同樣亦得不出其他之結論。基本法第19條第2項之本質內涵保障(Wesensgehaltsgarantie)禁止以故意之物理性滅絕作為干預生命權之方式。

此外，訴願人之生命權及人性尊

嚴之基本權利，亦因航空安全法及其有關國內動用聯邦軍隊之規定牴觸基本法第87條之1而違憲，而受到侵害。蓋基本法第87條之1第2項之要件並未具備。航空安全法第13條至第15條之規定無法藉基本法第35條第2項及第3項予以正當化。蓋上開憲法規定乃為解決極端之困境而容許採取部分之戰爭權(partielles Kriegsrecht)。然聯邦軍隊於國內以軍事手段採取有如戰爭之戰鬥行動，並不符合基本法第35條之規定。

軍隊之動用，不在各該邦政府之責任範圍，且無須有邦警察法上之基礎，而僅依聯邦法之新規定為之，亦不符基本法第35條第2項及第3項規定。依照所有邦警察法之規定，對於在警察法上非屬行為人之人，不得以故意之方式致其死亡。針對前述法律規定之情況，聯邦立法者不得透過如下之方式規避之，也就是將航空安全法第13條第1項動用軍隊，稱之為職務協助(Amtshilfe)， 並依據航空安全法第13條第2項賦予國防部長平時之命令權，然後再又透過航空安全法第13條第4項第2句，以航空安全法之規定取代各邦之警察法。

此外，航空安全法第13條第4項之規定，亦因航空安全法未經聯邦參議院之同意而已然違憲。依基本法第87條之4第2項規定，本法為須經聯邦參議院同意之法律，蓋其所修改之規定，將航空行政權(Luftverkehrsverwaltung)移轉於各邦。而且，該法包含須經同意之部分，故須經同意之處非僅止於個別之規定，而是整部法律。

III.相關機關及組織之意見

針對本件憲法訴願案，德國聯邦眾議院、聯邦政府、巴伐利亞邦政府、黑森邦政府、德國聯邦軍隊聯盟(der Deutsche BundeswehrVerband)、航機員協會(die Vereinigung Cockpit)及空服員獨立組織(die Unabhängige Flugbegleiter Organisation UFO)提出書面意見。

1.德國聯邦眾議院主張系爭規定合憲。

a)聯邦眾議院所根據之憲法上基礎為基本法第35條第3項第1句。該規定所稱特殊重大事故之概念，亦包括經由人為引起之事故，且意外事故並不以業已發生為必要，只要直接即將發生，即為已足。航空安全法所規範之事件，非僅危及一邦。聯邦領域係以相當小的單位予以劃分，故任何一架以飛航速度飛行之航空器，必然會飛越數邦。

基本法第1條未被牴觸。在依航空安全法第13條至第15條規定所為之措施中，剝奪機上人員之尊嚴，並使之成為客體者，並不是－只是被動反應－國家，而是以暴力挾持該航空器之人，其不僅要殺害機上人員，且將

之工具化，藉由他們的死亡來消滅其他人類。如果國家不顧被危及人類的主體性(Subjektqualität)，並且表現出國家漠視因人之存在而擁有之價值，反而才會近乎牴觸基本法第1條之意旨。就航空安全法而言，則非如此。於本法之情形，涉及的是立法者即使對於危疑之情境，仍設法採取法律上之行動。

基本法第2條第2項第1句亦未受牴觸。固然，被劫持之航空器的空服員、乘客及機員，其生命極其可能受到干預。然此點仍合乎憲法。基本法第2條第2項第3句明文允許殺害人類。如果立法者著眼於某一希望永不發生、但仍有可能發生之危險，而制定規範，允許以軍隊殺害相當少數之人類，用以阻止更大量之死亡，則從基本法第2條第2項第1句之觀點以言，其關鍵實在於該法律是否確保此種情形僅能在極端之緊急事件下才會發生。此一問題於此應予肯定。就居住密度極高而幅員相對狹小之德國來說，事實上幾乎難以想像不會發生航空安全法第14條第3項所定之選項。

本法亦不違反基本法第19條第2項之本質內涵保障。航空安全法對於可能發生之最嚴重干預，設定了極高門檻。據以確保，只有在被害人之人數至少可以相當蓋然程度地侷限在機上乘客時，才能採取擊落民航機之措施。

立法者只能選擇無所作為，或是在規範可能之範圍內制定規範。2001年9月11日模式之恐怖主義，基本上不同於刑法上正當防衛及緊急避難之情形。面對此種情況，法律應合法化負責人員之行動，其結果是，此等人員以合法之行為造成不法，用以對抗更大之不法。據此，航空安全法第14條第3項為聯邦國防部長及負責執行之軍人，建構出一種屬人性、與職務相連結之合法化事由(persönlicher, an das Amt anknüpfender Rechtfertigungsgrund)。

b)聯盟90暨綠黨之聯邦眾議院黨團在一份補充意見書中指出，其基於下述之前提同意航空安全法第14條第3項，即擊落民航客機若同時殺害未參與者，不得為之。系爭規定並未增加新的原則性合法化要件。否則，關於生命基本權之法意識將被大大地削弱。

航空安全法第14條第3項並未規定人類生命間之量或質的衡量。航空器中如僅有「干擾者」(Störer)在機內，而該干擾者以其行為引發某一特殊重大事故者，則擊落該航空器無論如何均為憲法所許。反之，對於未參與者有目的地殺害，則為基本法第2條第2項第1句暨基本法第1條第1項所禁止。即使當國家存在及公共福祉受到危害時，個人亦不負有犧牲小我以維繫國家存在及公共福祉之義務。當

一架民航客機被用來當作武器時，乘客及飛航人員請求國家不得干預其生命之權利，不應遜於從其生命權所導出國家對因航空器被擊落而危及地面人員之保護義務(Schutzpflicht)。

2.聯邦政府亦認為，系爭規定符合憲法意旨。

藉由航空安全法之制定，國家履行其對所有人類生命之保護義務。一人之生命權與他人之生命權－如本案情形－相互衝突時，規定保護生命之方式及範圍，乃立法者之任務。關於具體之措施，應由主管機關依合目的之裁量(nach pflichtgemäßem Ermessen)決定之。在作此決定時，對機上乘客之基本權利進行積極性之干預，固然應給予特殊分量之考量。然而，當另一方之相同生命法益受到威脅時，此種情形並不必然構成國家對第三人保護義務之違反。於此並不存在（基本權之）防禦功能(Abwehrfunktion)與保護功能(Schutzfunktion)間之優位關係。因此，在履行基本權利之保護功能時，立法者得排除對人類生命之現時侵犯，即使會致他人於死或－例如因墜落的飛機殘骸－危及他人生命。就此而言，並不存在生命與生命相互權衡之問題。

基本法第2條第2項第1句之本質內涵(Wesensgehalt)未被侵犯，比例原則亦未遭違反。特別是航空安全法第14條之嚴格要件，在考量所有可能情況之基礎下，排除對機上有未參與其事者之航空器採取直接之武器攻擊。此乃因該規定對於特殊重大事故之立即發生，設有高度之規範上確定性。其規定在人口居住密集之德國，避免更嚴重損害之發生，即屬之。

此外，應予注意者，於航空安全法第14條第3項規定之情形，航空器被利用作為武器，而機上人員同屬該武器之一部。鑑於當前之航空受到威脅，當機上人員乘坐飛機時，必然對其自陷之危害有所認識。唯有當國家依照航空安全法第14條第3項有所行動時，至少還可以解救部分受威脅之生命。在此種特殊之情況下，即使犧牲一些與武器不可分割且終究無法被解救之人，亦得採取行動。

航空安全法亦維護人性尊嚴。遭攻擊之航空器，其機上人員之人性尊嚴受到尊重。此等人員構成威脅他人生命之武器的一部，即使非出於自願。唯因欠缺阻止攻擊之其他可能性，國家始對其採取措施。縱使可能危及第三人，其人性尊嚴亦未受侵犯。本法之所有規定均旨在保護人性尊嚴。

再者，航空安全法遵守基本法所定之權限秩序。於涉及動用軍隊之部分，聯邦之立法權係基於基本法第73條第1款及第6款。聯邦並擁有對航空安全之行政權。基本法第87條之4第1項及第2項所定之聯邦航空行政(bundeseigene Luftverkehrsverwaltung)

，包括以聯邦機關維護航空安全之權限。另從基本法第87條之1第1項及第2項暨第35條第2項及第3項亦可得出此部分之行政權。在基本法第35條第2項及第3項之框架下，航空安全法中有關動用軍隊之規定，係為防制緊急災害事故(Abwehr eines Katastrophen-otstands)。

動用軍隊之功能在支援各邦警察之危險防制，但由此功能無法推論出，軍隊之動用恆須依邦法為之。軍隊支援而為必要之武器使用，並不使該支援落入基本法第87條之1第1項之規範範疇。

依航空安全法第13條至第15條之使用軍隊，旨在防制基本法第35條第2項及第3項所定之特別嚴重之災害。使用航空器以危及人類生命，可能導致此種特別之意外事故。此種行為縱係出於故意，亦屬之。而且，意外事故亦無須業已發生。

航空安全法無須經聯邦參議院之同意。關於航空安全任務調整法之其他規定，亦同。

3.巴伐利亞邦政府及黑森邦政府共同提出一份意見書，依其觀點，本件之憲法訴願為有理由。系爭規定牴觸基本法第87條之1第2項暨35條第2項第2句及第3項之規定。

系爭規定不符合基本法第35條第2項第2句及第3項所定之聯邦立法權。據此規定，軍隊僅能用於支援邦警察任務之履行，且僅能行使邦法所賦予之職權。因此，航空安全法關於聯邦得依聯邦法動用聯邦軍隊之授權規定，與上開規定之意旨不符。聯邦依基本法第73條第1款及第6款之專屬立法權(ausschließliche Gesetzgebungs-kompetenz)，因基本法第87條之1第2項之規定，不得違反上述之規定。

再者，航空安全法第13條至第15條容許軍隊亦得用於預防性目的(zu präventiven Zwecken)，與基本法第35條第2項及第3項規定之意旨不符。憲法僅允許軍隊支援用於已發生之特殊重大事故上。此外，航空安全法第14條第4項規定之下命權，不符以下之情形，即基本法第35條第3項所定事故發生時，係由聯邦政府以合議機關(Kollegialorgan)作出決定。

航空安全法第13條以下規定，如已因聯邦違反基本法第87條之1第2項暨第35條第2項第2句及第3項之規範而構成違憲者，則基本權利是否因而受到侵害，可暫置不論。惟謹慎起見，應予指出者，訴願人認為基本法第2條第2項第1句暨第1條第1項無論如何均禁止為阻止特殊重大事故之發生而對被劫持民航機使用武器，此項見解不予贊同。

4.德國聯邦軍隊聯盟對於系爭規定之合憲性提出質疑。航空安全法第13條以下規定之任務，並非涉及軍事上之國防事項，而是屬於警察防制危

險之任務。對於此種任務之履行，聯邦軍隊欠缺必要之授權基礎。本件憲法訴願正確地指出，軍隊在國內以軍事手段為有如戰爭之戰鬥行動，不符合基本法第35條第2項之規定。

此外，航空安全法第14條第3項存有違反憲法上明確性原則(verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz)之疑慮。該規範對其所定生命與生命之權衡，並未設有詳細之準據。此點將使須採取行動之軍人陷入服從義務與個人良心決定間之嚴重衝突。於此欠缺規定，足使軍人免於受到－包括在外國法院－刑法上之犯罪偵查程序及民事責任之訴訟。

5. 航機員協會(die Vereinigung Cockpit)認為本件憲法訴願為有理由。航空安全法第14條第3項容許對未參與其事者亦可採取致命性武力之規定，其妥適性(Geeignetheit)及必要性(Erforderlichkeit)值得懷疑。恐怖份子採取變節式攻擊(Renegade-Angriff)能否成功，繫於多種無法正確估量之因素。光是航空安全法第13條第1項所稱重大航空事故之確認，若從航空飛行之實際過程以觀，便是極為困難，且只有在少數情形有可能確定。而依航空安全法第15條對航空器進行偵查所獲致之認知，即使是在天候極佳的情況，亦是相當模糊。航空器飛行員可能之動向及飛航之目標，一直到最後也都只停留在預測階段。由於可資運用之時間相當有限，在有懷疑時，要依航空安全法第14條第3項規定，作成一項基於確切事實的動用軍隊決定，業已太遲。因此，航空安全法第13條至第15條之構想，只有在一開始即作過度反應，始能奏效。

6. 空服員獨立組織(die Unabhngige Flugbegleiter Organisation UFO)贊同憲法訴願所提出之質疑。將民航機擊落，無論從何種法律上之觀點，皆無法獲得正當性。航空安全法之目標，即提高航空交通之安全及強化居民免於恐怖攻擊之保護，固然應予支持。然而，為達此目標，截至目前為止，尚未用盡其他所有之可能途徑。

再者，存有如下之危險，即從地面上對於機上之情況作出錯誤的估斷。事實上，從地面無法判斷航空安全法第14條第3項之要件是否該當。聯邦國防部長對其下令擊落航空器所需之資訊，並非來自機上之直接危險區域。而只是導航人員從機艙人員所獲取的間接資訊，而該機艙人員可能正受到恐怖份子的挾持。況且，機上的情況分秒變化，以如此長距離之通聯途徑，恐怕無法快速地將機上情況傳達至地面。

IV.言詞辯論程序

在言詞辯論程序中，訴願人、聯邦眾議院、聯邦政府、巴伐利亞邦政府、黑森邦政府、德國聯邦軍隊聯盟、航機員協會及空服員獨立組織補充

並深化其書面意見。聯邦內政部長及聯邦眾議院之各黨團代表，對於航空安全法第14條第3項之適用範圍提出部分不同之意見。此外，德國飛航安全局及德國聯邦軍隊噴射戰鬥機機員協會(der Verband der Besatzungen strahlgetriebener Kampfflugzeuge der Deutschen Bundeswehr)，針對系爭規定，特別是該規定適用之事實問題，提出看法。

B.關於是否受理部分之法院見解

本憲法訴願符合程序要件。

I.程序不合法部分

不過，關於系爭規定已因航空安全法須經聯邦參議院同意但未獲同意而牴觸基本法之指摘，不合程序要件。

訴願人此項指摘係基於基本法第87條之4第2項規定。據此規定，航空交通行政(Luftverkehrsverwaltung)，得基於聯邦法律以委辦行政(Auftragsverwaltung)方式委由各邦辦理，但該法律須經聯邦參議院之同意。訴願人之重點並非，航空安全法或航空安全任務調整法之其他規定本身已經導致上開之任務移轉。訴願人毋寧只是主張，本法修改了須經聯邦參議院同意之規定，亦即將航空交通行政委由各邦辦理之規定，因此該法須經聯邦參議院之同意。然訴願人並未具體指述，何等規定在內容上因系爭新法之修正而須經聯邦參議院同意，以及在何等範圍內，可以依照聯邦憲法法院對此規定之裁判（參見BVerfGE 97, 198 [226 f.]）證立系爭新法為須經聯邦參議院同意之法律。就此而言，系爭憲法訴願之主張不符合聯邦憲法法院法第92條暨第23條第1項第2句前段關於憲法訴願理由之法定要求（參見BVerfGE 99, 84 [87]; 109, 279 [305]）。

II.程序合法部分

反之，訴願人指摘其受基本法第1條第1項及第2條第2項第1句保障之權利受到侵害，因為航空安全法第14條第3項於其所定之要件下，並依同法第13條至第15條其他規定之準據，容許軍隊以武器攻擊航空器，即使該航空器中載有被暴力逼迫用以危害他人生命之人員，此項指摘符合程序要件。

1.訴願人之指摘僅針對系爭規定之構成要件。至於航空安全法第14條第1項、第2項、第4項及第15條以及其中所定之措施，訴願人並未提出獨立之質疑。於訴願主張中，僅如此地被述及，亦即此等規定－以及航空安全法第13條之規定及其主要之程序規定－係航空安全法第14條第3項行動措施之必要前置程序，且係針對此等行動措施。

2.揆諸以此方式指摘之規定，訴願人尤具有訴願權能(beschwerdebefugt)。

a)憲法訴願如係直接針對法律－如本案－，則具備訴願權能之前提要件是，訴願人之基本權利因系爭規定而受到切身、現時且直接(selbst, gegenwärtig und unmittelbar) 之影響（參見BVerfGE 1, 97 [101 ff.]; 109, 279 [305]; 本院歷來見解）。切身及現時受影響性之要件原則上該當，如訴願人釋明其基本權利可能(mit einiger Wahrscheinlichkeit)因基於系爭規定所為之措施而受到影響（參見BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [307 f.]）。直接之受影響性則於系爭規定無待其他執行行為，即改變訴願人之法律地位時存在（參見BVerfGE 97, 157 [164]; 102, 197 [207]）。另，訴願人若無法對執行行為表示不服，或不可期待其為之者，亦屬之（參見BVerfGE 100, 313 [354]; 109, 279 [306 f.]）。

b)據上原則，訴願人具有訴願權能。訴願人業已釋明，其基於私人及職業上之原因經常搭乘民用航空器。

aa) 因此，訴願人之基本權利因系爭航空安全法第14條第3項之規定相當有可能(hinreichend wahrscheinlich)受到自身及現時之影響。而系爭規定所稱直接以武器攻擊航空器，如果比較同法第14條第1項所定之措施及第15條第1項所稱之其他措施，係指一種攻擊，其目的是必要時將該航空器擊落。

於本憲法訴願程序中，有如下見解之提出，當機上載有如空服員及乘客之人員，其對系爭規定所稱危險狀態之發生無須負責者，航空安全法第14條第3項不適用之。此項見解並未改變訴願人受系爭規定之影響。蓋此種法律適用範圍上之限縮，並未表現在航空安全法第14條第3項之字義中。反而從立法理由中可以看出，依航空安全法第14條第3項直接以武器攻擊航空器之情形，亦可能及於未引起特殊重大事故危險之人。立法理由中明白提及，對航空器之攻擊所生之機上人員生命威脅，至於機上人員為犯罪行為人或被害人，則非所問（參見聯邦眾議院公報15/2361，第21頁關於第14條部分）。由此可知，航空安全法第14條第3項之適用對象包括航空器上無辜之人。

此外，於聯邦眾議院討論航空安全任務調整法之草案時，亦是基於相同之觀點（詳見眾議員Burgbacher [FDP]、Hofmann [SPD]於2004年1月30日第15屆聯邦眾議院第89次會議之發言，聯邦眾議院大會議事錄15/89，第7887頁以下、第7889頁，以及眾議員Pau [fraktionslos] 於2004年1月30日第15屆聯邦眾議院第115次會議之發言，聯邦眾議院大會議事錄15/115，第10545頁以下；不同看法，眾議員Ströbele [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]，聯邦眾議院大會議事錄

15/89，第7893頁以下；關於聯邦眾議院內政委員會公聽會之發言，參見2004年4月26日委員會記錄15/35，第11頁以下、第22頁、第33頁、第43頁、第44頁、第57頁以下、第66頁以下、第85頁以下、第94頁以下、第111頁以下）。於聯邦憲法法院之言詞審理程序中，聯邦眾議院之代表亦特別強調，航空安全法第14條第3項不僅涉及只是由犯罪行為人劫持之航空器可能被用來危及人類生命之情況。該規定－至少在理論上－含括載有無辜之機上人員的飛航事故。

bb) 在上述之情形下，訴願人之直接受影響性亦屬存在。對於訴願人而言，不可期待其必須等到成為航空安全法第14條第3項所定措施之犧牲者。

C.關於有無理由部分之法院見解：訴願有理由

本憲法訴願亦實體有理由。航空安全法第14條第3項不符基本法第2條第2項第1句暨第87條之1第2項及第35條第2項、第3項暨第1條第1項之意旨，無效。

I.憲法基礎

基本法第2條第2項第1句保障生命權作為一種自由權（參見BVerfGE 89, 120 [130]）。據此權利，任何人之生物暨生理上之存在，從發生時點起至死亡為止，均受到免於國家干預之保護，不管個人之生命情況如何，亦不問是身體上或是精神上之狀態，均屬之。任何人類之生命本身均具有同等價值（參見BVerfGE 39, 1 [59]）。儘管在基本法之秩序中，生命具有最高價值(Höchstwert)（參見BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 49, 24 [53]），依基本法第2條第2項第3句，生命權仍被置於法律保留之下。因此，生命之基本權亦得基於形式之國會法律（參見BVerfGE 22, 180 [219]）予以干預。然其前提是，系爭法律須在任何方面均符合基本法之要求。該法律須由有權機關(kompetenzgemäß)制定、依基本法第19條第2項不得侵犯該基本權利之本質內涵，以及該法律不得違背憲法之基本決定(Grundentscheidungen der Verfassung)。

II.系爭規定不符憲法保障生命權之意旨

系爭航空安全法第14條第3項不符合上開憲法上之準據。

1.系爭規定干預到基本法第2條第2項第1句所保障生命基本權利之保護領域(Schutzbereich)，不僅干預到依航空安全法第14條第3項行動措施所及航空器之機員及乘客的生命權，同時亦干預到該規定所稱欲以航空器危害他人生命之人的生命權。依航空安全法第14條第3項規定之授權，使用武器直接攻擊航空器，實際上通常會導致該航空器墜毀。而航空器墜毀

後，又會以極高之可能性導致死亡之結果，亦即機上之全部人員盡數罹難。

2.上述之干預，欠缺憲法上之正當化事由。從形式之觀點而言，航空安全法第14條第3項欠缺聯邦之立法權限（以下a）。其次，航空安全法第14條第3項所及之對象，不僅是濫用航空器作為武器之人，尚包括非肇致該項所稱飛航事故之機上人員，就此部分，系爭規定在實際上牴觸基本法第2條第2項第1句之意旨（以下b）。

a)關於系爭規定，聯邦欠缺立法權限。

aa)航空安全法第14條第3項為航空安全法第三章之一部。本章之標題為「軍隊支援及職務協助」，由此明顯可知，同法第13條至第15條所定之動用軍隊，主要並非涉及聯邦自己任務之履行，而是在「危險防制」(Gefahrenabwehr)及「支援邦警力」(Unterstützung der Polizeikräfte der Länder)之框架下（航空安全法第13條第1項），涉及遂行邦任務之協助。如航空安全法第13條第1項至第3項所示，此種協助一方面在基本法第35條第2項第2句，另方面在基本法第35條第3項之軌道上進行。由於上開規定無疑屬於基本法第87條之1第2項明文容許動用軍隊在國防以外事務之規定（參見聯邦眾議院公報V/2873，第2頁，B 及第9頁以下；關於基本法第35條第3項，另參BVerfGE 90, 286 [386 f.]），因此，航空安全法第14條第3項與同法第三章其他規定，即使屬基本法第73條第1款所稱之權限規範，亦非涉及國防事務（不同見解，航空安全任務調整法草案之立法理由，參見聯邦眾議院公報15/2361，第14頁，另參BVerwG, DÖV 1973, S. 490 [492]）。至於被納入權限標題「國防」之保護居民部分，與本案無涉。

航空安全法第14條第3項之立法，亦不能基於基本法第73條第6款有關航空交通之聯邦立法權限規定。於基本法第73條第6款之範圍內，聯邦能否遂行較目前之範圍為廣之危險防制任務，於此無須決定。蓋依照航空安全法之立法構想，其第13條至第15條之規定係涉及各邦危險防制之支援。系爭條文旨在確立聯邦範圍之程序流程及聯邦與邦之合作關係，並規定發生重大飛航事故時，為支援邦警力防制危險而動用軍隊之手段方式。換言之，於此涉及基本法第35條第2項第2句及第3項所定動用軍隊情況之執行規範(Ausführungsregelungen)。因此，聯邦之立法權限並非源自基本法第73條第6款（聯邦政府之立法理由亦同此見解，參見聯邦眾議院公報15/2361，第14頁）。關於在聯邦與邦合作之下動用軍隊，以處理地區性

及跨地區性之天然緊急事故等之細節規定，聯邦之立法權限毋寧直接來自基本法第35條第2項第2句及第3項本身。

bb)航空安全法第14條第3項並非屬上開聯邦之立法權限範圍，蓋系爭規定未能符合基本法有關軍事憲法之規定(wehrverfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes)。

aaa)航空安全法第13條至第15條規定動用之軍隊，係由聯邦依基本法第87條之1第1項第1句為國防之任務組織而成。依基本法第87條之1第2項規定，軍隊僅能於基本法明文容許之範圍內從事其他（「國防以外(außer zur Verteidigung)」）之任務。此一規定係在基本法納入緊急憲法(Notstandsverfassung)之同時於1968年6月24日第十七次基本法補充法所增訂（聯邦公報I，第709頁），其目的在防止「從事物本質(aus der Natur der Sache)」導出軍隊作為行政權手段之「不成文……權限」（參見聯邦眾議院法制委員會之有關緊急憲法草案書面報告，聯邦眾議院公報V/2873，第13頁）。因此，此項透過嚴格忠於文義之要求，以限制聯邦軍隊用於內政可能性之立法（修憲）目的，乃是解釋、適用基本法第87條之1第2項之重要準據（參見BVerfGE 90, 286 [356 f.]）。

bbb)上述立法（修憲）目的同時也限定了系爭基本法規定之解釋與適用，即在基本法第87條之1第2項之規範意義下，基本法容許軍隊用於國防以外之明文規定。如前所述，基本法第35條第2項第2句及第3項之授權，即屬之，基於此等規定，航空安全法第13條至第15條得用於對抗重大之飛航事故及其所衍生之危險。於基本法第35條第2項第2句所稱地區性之緊急災害事故之情形，受影響之邦得於發生天然災害或特殊重大事故時請求其他之協助及配置軍力。如果發生危及一個邦以上的跨區域性災害，依照基本法第35條第3項第1句規定，不需要此種請求。於此情形，聯邦政府得自行決定採取行動，除得動用聯邦邊境保護警察－經2005年6月21日之法律（聯邦公報I，第1818頁）改稱為聯邦警察(Bundespolizei)－外，於有效對抗災害之必要範圍內，亦得動用軍隊，以支援邦之警力。

ccc)航空安全法第14條第3項有關授權軍隊以武器直接攻擊航空器之規定，與上開基本法之規定不符。

(1)於地區性天然災害之情形，基本法第35條第2項第2句之規範內容不包括此種攻擊行動。

(a)不過，在憲法上無可訾議的是，航空安全法第14條第3項所欲追求之目的，與同法第13條第1項及第14條第1項綜合觀之，其旨在危險防制之框架下，阻止基本法第35條第2

項第2句所定特殊重大事故之發生，此種事故源於重大飛航事故成為當前之危險而即將發生。

(aa)一般而言，基本法第35條第2項第2句－暨航空安全法第13條至第15條－所稱之特殊重大事故，係指具有重大程度之損害事件(ein Schadensereignis von großem Ausmaß)，其－例如飛機失事或火車失事、停電而影響到生存照顧上之生命攸關領域、核能電廠之意外事故－，因具有重要性而對大眾造成特別重大之影響，其可能出於人為之疏失或技術上之故障（聯邦國防部長於1988年11月8日頒訂之聯邦軍隊於天然災害或特殊重大事故提供協助及緊急協助範圍準則第A章第3點，即採此定義，國防部公報，第279頁）。此一憲法上無可訾議之概念理解，亦包含本案所涉及之事件。

(bb)依航空安全法第14條第3項之措施所針對之航空器，其墜毀係由人為故意為之乙節，與基本法第35條第2項第2句之適用並不衝突。

按照一般之語言用法，意外事故(Unglücksfall)不難被理解包括因人為故意而肇致發生之事故。反之，若認為基本法第35條第2項第2句應僅限於非有意引起或因過失所而致之意外事故，亦即不包括基於故意之事件，此項立論觀點既無法從法條規範文義，亦不能從立法相關資料（參見聯邦眾議院公報V/1879，第22頁以下；V/2873，第9頁以下）得出。基本法第35條第2項第2句容許動用軍隊以有效防制災害（參見聯邦眾議院公報V/1879，第23頁以下），由此項規範宗旨亦可支持對意外事故概念作較廣之解釋。因此，在國家實踐上長期以來即正確地將由第三人故意引起之損害事件視為特別嚴重之災害（分別參見1973年5月22日國防部長為聯邦軍隊協助天然災害暨特殊重大事故及緊急事故所發布之命令第3點，國防部公報，第313頁，及1977年12月17日所發布之相關準則，國防部公報，1978年，第86頁）。

(cc)另外，當發生航空安全法第13條第1項所稱之重大飛航事故，但其後果，即得直接以武器攻擊組織之特殊重大事故（參見航空安全法第14條第1項）尚未發生時，依航空安全法第14條第3項下命並執行其所定之行動措施，在憲法上亦不存疑義。基本法第35條第2項第2句並未要求，得動用軍隊防制之特殊重大事故必須業已發生。災害緊急事件之概念亦包含具有相當高之可能性而可預期其發生之災害。

基本法第35條第2項第2句規定雖未明定，在天然災害及特殊重大事故發生之初，動用軍隊投入協助得有各種不同之情形。惟就天然災害而言，在合於國防部長所發布之協助準則下

（參見1988年11月8日之準則第A章第2點），一般認為，天然災害之概念亦包括直接受威脅之危險狀態（參見如Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, Bd.II, 1998, Art. 35 Rn. 24; Gubelt, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 4./5.Aufl. 2001, Art. 35 Rn. 25; von Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5.Aufl., Bd. 2, 2005, Art. 35 Rn. 70），亦即如果沒有及時阻止，即有可能發生損害結果的危險狀態，亦屬天然災害之概念範圍所及。就特別嚴重之災害而言，亦應作相同之理解，蓋此一概念通常無法與天然災害嚴格區分。抑且，本案所涉及之受威脅情狀與業已發生損害之間，在個案上可能是一種流動關係。此外，基本法第35條第2項第2句讓聯邦取得有效協助各邦任務之能力的立法宗旨，亦足以支持將此二種災害之發生原因在時間上作相同之處理，在此二種情形，不必等到已終局地發生預期損害之危險時才提供聯邦之協助。

依基本法第35條第2項第2句請求軍隊及依該規定動用軍隊「於」(bei)天然災害及「於」(bei)特殊重大事故時「提供協助」(zur Hilfe)，不必然可以推導出，各該損害之結果必須業已發生。上開規定之字義同樣亦可得出如下之解釋，當可認知到，危險狀況在短期間極有可能發生時，亦即發生警察法意義上之損害時，即可請求軍隊協助並動用之。若與基本法第35條第2項第2句合併觀之，同法第35條第3項第1句之規範意旨顯然亦是聯邦政府之職權擴展到天然災害或特殊重大事故「危害到」(gefährdet)一個邦以上之領域的情形。因此，如本案所涉及之跨地域災害情況，於存在有當前危險時(das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr)，即可認為其要件業已該當於基本法第35條第2項第2句動用軍隊之要件。

準此以言，聯邦國防部長須訂之聯邦軍隊於天然災害或特殊重大事故提供協助及緊急協助範圍準則，長期以來，即正確地規定，動用軍隊不僅可以依據基本法第35條第3項第2句用於「發生跨地域之危害」，亦可依基本法第35條第2項第2句用於「發生地區性之危害」（最近規定，1988年12月8日準則第A章第4點）。此點通常即可排除特別嚴重之災害須已發生之看法。

(b)不過，依照航空安全法第14條第3項規定動用軍隊直接攻擊航空器，不符基本法第35條第2項第2句之規範意旨，蓋此一憲法規定不允許軍隊在防制天然災害及特殊重大事故時從事使用特定軍事武器之戰鬥行動。

(aa)基本法第35條第2項第2句規定給予各邦「協助」(Hilfe)，使各邦得以有效履行其防制天然災害及特殊

重大事故之法定義務。航空安全法第13條第1項規定亦同此意旨，據此規定，於有效防制之必要範圍內，得動用軍隊支援邦警力，以在危險防制之框架下阻止特殊重大事故之發生。此項規定係針對各邦危險防制機關權限範圍之任務，根據立法理由，此一領域不受航空安全法第13條至第15條之影響（參見聯邦眾議院公報15/2361，第20頁關於第13條部分），故其必然同時規定基於提供協助目的而得動用軍隊之協助手段的種類方式。此等協助手段在性質上不能異於邦警察為履行其任務原本可運用之手段。此點意味了，當軍隊依照基本法第35條第2項第2句應邦之請求而提供「協助」時，雖然可以使用各該邦法允許警察使用之武器。然卻不包括軍事上之戰鬥武器，例如航空安全法第14條第3項規定措施所需之戰鬥機上武器。

(bb)上述關於基本法第35條第2項第2句之字義及立法宗旨的規範意旨，可以從該規定之體系位置及立法資料獲得證實。基本法第35條第2項第2句所稱之地域性災害緊急情況，依照聯邦政府所提之緊急憲法草案，原本－與所謂的國內之緊急情況一起－規定在第91條（參見聯邦眾議院公報V/1879，第3頁）。此項草案規定旨在使軍隊用於內國人民，以及著眼於基本法之權限分配而將軍隊用於地域性之災害防救，獲得憲法上之正當性（參見聯邦眾議院公報V/1879，第23頁關於第91條第1項部分）。不過，依照原本規定之文義，軍隊僅得「作為警力」(als Polizeikräfte)運用之。聯邦政府原本欲以此確定軍隊僅能用於警察任務，並只能在警察法所定之權限範圍內對國民採取措施（參見聯邦眾議院公報V/1879，第23頁關於第91條第2項部分）。此項意旨包含了於邦任務領域內，軍隊不得使用特定之軍事武器。

軍隊僅能「作為警力」使用之限縮性用語雖未見諸於嗣後之憲法條文中，蓋當時聯邦眾議院法制委員會建議，基本法第35條第2項及第3項有關因災害緊急情況而對邦之協助，與基本法第87條之1第4項及第91條有關為防制內國緊急情況而對邦提供支援，應依各該不同情況作分別規定（參見聯邦眾議院公報V/2873，第2頁B，第9頁有關第1條第2c款部分），故上開用語亦隨之捨棄。不過，此一修正並無意使軍隊可容許使用之措施擴及至軍事武器之使用（另參Cl. Arndt, DVBl 1968, S. 729 [730]）。

正好相反，委員會欲以其所建議－嗣後亦為修憲機關所接受－之條文，相對於聯邦政府草案，提高動用武裝軍隊的門檻，僅容許聯邦軍隊之武裝軍力用於依基本法第87條之1第4項對抗軍事武裝之叛亂團體（參見聯邦眾議院公報V/2873，第2頁B）。此

點明顯見諸於，關於地域性災害之動用軍隊規定置於基本法第二章聯邦與邦之關係，而非第八章，於該章中亦規定軍隊之軍事武力使用。依照修憲者之想法，基本法第35條第2項第2句規定之提供「協助」，明顯僅容許聯邦軍隊在地域性救災時從事警察之任務及強制權，例如封鎖受危之土地及發布交通規則（參見聯邦眾議院公報V/2873，第10頁關於第35條第2項部分；關於1962年北德水患之憲法政策上之背景，參見Ruhnau [Hamburg, SPD] 議員於1967年11月30日第五屆聯邦眾議院法制及內政委員會之公聽會上之發言，議事錄，第8頁，及Schmidt [Hamburg, SPD]議員於1968年5月16日第五屆聯邦眾議院第175次會議之發言，議事錄第9444頁）。

(2)航空安全法第14條第3項亦與基本法第35條第3項第1句關於跨地域性之災害防救規定之意旨不符。

(a)同樣地，在憲法上無可訾議的是，依據航空安全法第14條第3項暨同法第13條第1項而以武器直接攻擊航空器，係針對該航空器故意被利用來危害人類生命而引起之危險。依前述關於基本法第35條第2項第2句之理由（參見前述C II 2 a bb ccc [1] [a]），此種因故意引起之事故，亦可看作是基本法第35條第3項第1句所稱之一種特別嚴重之災害。此種事故之結果尚未全部發生，而諸多要素仍在形成之中，如同其構成要件要素「危害」所示，並不排除基本法第35條第3項第1句之適用。危害發生於何處，亦即跨地域危害之要件是否成就，乃屬個案之問題。於航空安全法第14條第3項之構成要件該當時，其危害狀況之範圍及於一個邦以上，不僅有其可能，依立法者對情況之設想（參見聯邦眾議院公報15/2361，第20、21頁，關於第13條部分）及聯邦眾議院及聯邦政府之意見，甚至是原則狀況。

(b)然則，航空安全法第14條第3項存有違憲之疑義，蓋依航空安全法第13條第3項所容許之動用軍隊完全不以聯邦政府之事前決定為前提。

基本法第35條第3項第1句明文僅授權聯邦決定動用軍隊為跨地域之災害防救。而依基本法第62條之規定，聯邦政府係由聯邦總理及聯邦各部所組成。聯邦政府係合議機關(Kollegialorgan)。關於動用軍隊以提供跨地域性災害防救協助之決定權限，若僅保留給聯邦政府，則基本法第35條第3項第1句所定之決定應為合議機關之決議(Beschluss des Kollegiums)（參見--關於基本法第80條第1項第1句--BVerfGE 91, 148 [165 f.]）。按聯邦於其權限範圍內毋須經由受危邦之事前請求即可決定動用軍隊，對邦之利益將產生深遠影響，故聯邦政府集體而為之決定權亦較能確保各該邦

之利益（參見BVerfGE 26, 338 [397 f.]）。

航空安全法第13條之規定只有第1句符合上述之規範意旨，蓋該句規定，關於依基本法第35條第3項之動用軍隊，由聯邦政府會商受影響之邦決定之。反之，同條項第2句及第3句規定，聯邦政府如無法及時作成決定者，由聯邦國防部長或有權代理其職務之聯邦政府成員會商聯邦內政部部長決定之；此種情況立法者認為屬通常情形（參見聯邦眾議院公報15/2361，第21頁關於第13條部分），於此情況下所為之決定應立即由聯邦政府補行決定。據上規定，關於動用軍隊進行跨地域災害防救之決定，不僅是例外情形，甚至是通常情形，係由個別之部長取代聯邦政府為之。若著眼於基本法第35條第3項第1句之規定，上述規定亦無法以特別之緊急需求(mit einer besonderen Eilbedürftigkeit)為由獲得正當性。蓋於航空安全法第13條第3項之適用領域內可供運用之時間，通常極其緊迫，正因如此，更可證實航空安全法第14條第3項所定之措施，於通常情形無法以基本法第35條第3項第1句所定之程序為之。

(c)此外，基本法第35條第3項第1句所設定之緊急憲法上之框架，尤因以下理由而遭逾越，即於跨地域之災變緊急情況，基於憲法之要求，不得動用軍隊以典型之軍事武器處理之。

基本法第35條第3項第1句與同法第35條第2項第2句之差別，僅在兩種面向。一則，基本法第35條第3項第1句規定須有跨越邦界之危險狀態存在。另則，鑑於緊急狀態之跨地域性，故有效防制此種狀況之主動權移轉到聯邦政府身上，而其權限並擴大至各邦警力之支援，於一定條件下，聯邦政府得自行決定動用軍隊。不過，於此種情況動用軍隊，並得依航空安全法第14條第3項規定使用特定之軍事武器，並未明定於基本法。按基本法第35條第3項第1句之文義，其僅容許動用軍隊「支援」(zur Unterstützung)各邦之警力，亦即只能履行邦之任務，由此明顯可知本句之規範目的為聯邦對邦之單純支援，若著眼於基本法第87條之1第2項之規範意旨，應排除在地域性之緊急災變防救時，使用軍事上典型之武器。

此點可藉基本法第35條第3項第1句之立法經過予以證實，蓋關於軍隊之動用及其方式手段，修憲者並無必要作不同於基本法第35條第2項第2句的規定。當此一規定業已明白彰顯出，對於邦提供協助時，容許從事當中所生之警察任務，則想當然爾的是，於基本法第35條第3項第1句無須再作贅述（參見聯邦眾議院公報V/2873，第10頁關於第35條第2項及第3項部分

）。若著眼於一般之語言用法，基本法第35條第2項第2句之「協助」與基本法第35條第3項第1句之「支援」，基本上可以作內容相同之理解（另參Cl. Arndt，前揭文）。是以，於聯邦國防部長於1988年11月8日頒訂之聯邦軍隊於天然災害或特殊重大事故提供協助及緊急協助範圍準則第A章第5點暨第4點及第C章第16點之規定中，聯邦軍隊提供支援之權限、方式及範圍，於基本法第35條第2項第2句之情形與基本法第35條第3項第1句之情形，自然並無不同。關於依基本法第35條第3項第1句之支援警力部分，上開準則並未規定航空安全法第14條第3項所定得動用備有軍事武器之軍隊。

b)此外，航空安全法第14條第3項，著眼於基本法第1條第1項第1句之人性尊嚴保障（以下aa），在實體上與基本法第2條第2項之保障意旨不符，蓋其容許軍隊將航空器擊落，而該航空器上所載之人類是危害航空安全法第1條所稱航空安全之受害人（以下bb）。唯有當航空安全法第14條第3項之行動措施係針對不知名之航空器或針對引起該攻擊行動者，該規定始不存有實體上之違憲疑義（以下cc）。

aa)基本法第2條第2項第1句所保障之生命基本權，依同法第2條第2項第3句之規定，受法律保留之限制（參見上述C I）。不過，限制生命權之法律本身必須在此基本權及其緊密關聯之基本法第1條第1項人性尊嚴保障之觀點下予以檢視。人的生命是人性尊嚴的生命基礎，而人性尊嚴則為根本性之建構原則(tragendes Konstitutionsprinzip)及最高之憲法價值(oberster Verfassungswert)（參見BVerfGE 39, 1 [42]; 72, 105 [115]; 109, 279 [311]）。任何人身為人，均享有尊嚴，不問其屬性(Eigenschaften)、身體或精神狀態、其貢獻或其社會地位（參見BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [399]）。沒有人的尊嚴可以被剝奪。不過，來自尊嚴本身之尊重請求權(Achtungsanspruch)卻有可能被侵犯（參見BVerfGE 87, 209 [228]）。人性尊嚴之保障亦不問個別生命可預期之長短而有不同（參見BVerfGE 30, 173 [194] 即使死亡後亦享有尊重其尊嚴之請求權）。

著眼於生命權與人性尊嚴之關係，一方面，國家不得以其措施在違反蔑視人性尊嚴之禁止下干預生命基本權。另方面，國家應保護任何一個人的生命。此項保護義務要求國家及其機關應傾力保護並助長個人的生命；尤其是維護個人生命免於遭受第三人的違法攻擊及干預（參見BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 56, 54 [73]）。此項保護義務之基礎係在於基本法第1條第1項第1句，其明文課予國家

尊重及保護人性尊嚴之義務（參見BVerfGE 46, 160 [164]; 49, 89 [142]; 88, 203 [251]）。

此項義務對國家而言，國家應為何種具體行動，無法作全然終局之確定（參見BVerfGE 45, 187 [229]; 96, 375 [399 f.]）。基本法第1條第1項不僅保護個人免於受到第三人或國家之貶抑、烙印、迫害、排斥及類似之行為（參見BVerfGE 1, 97 [104]; 107, 275 [284]; 109, 279 [312]）。若從基本法之制定者的觀點出發，亦即自由的自我決定及自由的自我發展屬於人的本質，個人可以要求在社會上被承認其原則上作為具有自我價值之同等權利成員（參見BVerfGE 45, 187 [227 f.]），則尊重及保護人性尊嚴之義務更進一步一般性地禁止使人類淪為國家單純的客體（參見BVerfGE 27, 1 [6]; 45, 187 [228]; 96, 375 [399]）。質言之，公權力對於人的任何處置，原則上若使其喪失主體性(Subjektqualität)，及作為權利主體之地位(Status als Rechtssubjekt)，一概禁止（參見BVerfGE 30, 1 [26]; 87, 209 [228]; 96, 375 [399]），尤其是該等處置不尊重人之所以為人的價值（參見BVerfGE 30, 1 [26]; 109, 279 [312 f.]）。何時存有此種處置，於個案中依可能發生衝突情況之個別情境具體認定之（參見BVerfGE 30, 1 [25]; 109, 279 [311]）。

bb)依上開準據，航空安全法第14條第3項與基本法第2條第2項第1句暨同法第1條第1項規定之意旨不符，蓋擊落航空器所及之人，包括對航空安全法第14條第3項所定非戰爭飛航事故的發生無影響力之機員及乘客。

aaa)當依據航空安全法第14條第4項第1句下令直接以武器攻擊被捲入飛航事故之航空器時，此一時刻機上人員所面臨的處境，依航空安全法第14條第3項規定，必須可以認定該航空器被用來危害人類的生命。如立法理由所示，該航空器必須遭暴力所挾持，並轉換成攻擊武器（參見聯邦眾議院公報15/2361，第20頁關於第13條第1項部分），亦即，該航空器本身必須被犯罪行為人用來作為殺人的犯罪武器，而非僅是犯罪之輔助工具（參見聯邦眾議院公報15/2361，第21頁關於第14條第3項部分），同時可能之被害人位於該航空器行將墜毀的範圍之內。在此種極端之情境下，特別是在飛航中航空器所形成之狹窄空間中，機上乘客及機員通常處於一種毫無生路的處境。此等人員對其生命處境除了他人之外，已經無法自己決定。

此種情境不僅使機上人員成為犯罪行為人的客體。同樣地，國家在此情境下，採取航空安全法第14條第3項之防衛措施時，亦將機上人員當作國家為保護他人所為解救行動之單純

客體。將成為犧牲者的機上乘客，其同樣亦面對下令及執行擊落航空器的人員，而陷於毫無生路及聽任擺佈的處境。機上航員及乘客基於其完全無法支配的理由無所遁逃於國家行動，只能毫無抵抗且無助地聽任其與該航空器一起被擊落，並承受極其可能的死亡後果。如此之處置完全漠視該當人員作為擁有尊嚴且享有不可捨棄權利之主體。此等機上人員因其死亡被用以作為解救他人的工具，既被物化(verdinglicht)，同時亦被除權(entrechtlicht)；蓋其生命被國家單方的支配，原本須被保護之乘客，卻被當作犧牲品，而剝奪其之所以為人所應享有的價值。

bbb)尤有甚者，在依據航空安全法第14條第4項第1句決定是否採取同法第14條第3項之行動措施的時刻，無法預期當時之事實狀況皆在完全掌握且正確評估之中。而且亦不能排除可能發生無須再行動的情形。本庭根據審理程序中之書面意見及言詞辯論程序之陳述所獲得之認知，無法肯認下令及執行此種措施之事實要件恆可在必要程度之確定性下予以確認。

(1)特別是，航機員協會指出，單是確認航空安全法第13條第1項所稱重大飛航事故之存否及其是否構成特殊重大事故之危險，即因個別之事物情況而具有高度之不確定性。此種確認只有在極少數之情況下始能確切為之。情況判斷之困難點在於，可能被擊落的航空器，其機上航員對於該航空器是否被劫持乙節，究竟可以為地面上作決定的人員提供多少資訊。如果無法為之，則作出決定之事實基礎自始即存有錯誤解讀之瑕疵。

而且，依照航空安全法第15條第1項之調查及審查措施所得獲取之認知，根據航機員協會之看法，即使是在極佳的天候狀況仍是相當模糊。截擊機要想接近引起注意的航空器，若顧及可能發生之危險，其可能性相當有限。是以，要認知此種航空器之狀態及機上情形，即使在--通常很難做到--視界所及範圍，其可能性亦受到限制。就劫機者的動機及目的而言，基於此種事實所作成的評估，充其量只是出於臆測。適用航空安全法第14條第3項時所存在之危險是，由於可供運用之時間通常極其緊迫，即使動用武器尚能及時達成目標且不會嚴重危及不相干之第三人，仍會在不確定的事實基礎下而過早作出擊落航空器的命令。因此，若要讓此種行動有效發揮功能，則在一開始便須假定，縱使該措施可能毫無必要亦在所不惜。換言之，其通常必然會是過度反應。

(2)關於上述航機員協會所為之評估，在本案審理程序中並未出現其係基於不切實際且不適當之認定的立論點。相反地，空服員獨立組織亦提

出具有說服力之指述，認為聯邦國防部長或其代理人依據航空安全法第14條第4項第1句暨同條第3項所為之決定，必然是基於相當不確定之資訊。蓋在一架被捲入飛航事故之航空器上，不論是機艙人員與航機員之間，或是航機員與地面上負責決定人員之間，其通訊管道相當複雜而常有錯誤，再顧念到機上情況分秒變化，故對於要在極端時間壓力下作出決定的人來說，事實上不可能準確地判斷航空安全法第14條第3項之要件是否存在。因此，於通常情形，此種決定只能基於懷疑，而無法根據確切的認知為之。

此項評斷對於本庭而言，特別具有說服力，蓋依據航空安全法第13條至第15條所必須進行以迄作成同法第14條第3項之措施的程序，乃是一種複雜、多階段且須仰賴多數決定者及參與者之程序，此種程序若嚴格執行必須花費相當時間。由於德國只有相當小的飛航領空，因此，不僅存在相當大的決定時間壓力，而且也因此併生過早作出決定之危險。

ccc)在危險防制的領域，縱使無法完全避免預測上不確定性，然在基本法第1條第1項之規範效力下，全然不能想像，可以基於法律的授權，對於無辜之人，例如一架被劫航空器上處於無望處境之機員及乘客，在必要的情況甚至不顧其不確定性而故意予以擊殺之。於此無須決定者，乃此種斷然所實施的射擊及其所依據的命令在刑法上如何評價（相同之情境，參見OGHSt 1, 321 [331 ff., 335 ff.]; 2, 117 [120 ff.]; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.I, 3.Aufl. 1997, S. 888 f.; Erb, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 117 ff.; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, Vor § 19 Rn. 8 [Stand: April 2003]; Kühl, Strafgesetzbuch, 25.Aufl. 2004, Vor § 32 Rn. 31; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 52.Aufl. 2004, Vor § 32 Rn. 15, § 34 Rn. 23; Hilgendorf, in: Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt, Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 107 [130]）。在憲法上具決定性者，僅立法者不得藉由創設法律上之干預權限，授權將航空安全法第14條第3項之措施用於未參與其事之無辜者身上，此種措施不能以此方式被視為合法而被容許。此等非戰爭性質之軍隊行動措施，與生命權及國家尊重及保護人性尊嚴之義務不符。

(1)因此，不能假定－－不同於偶而提出之論點－－，搭乘航空器的機員及乘客可能同意此種擊落及殺害行動，一旦其所搭乘的航空器被捲入航空安全法第14條第1項所稱之飛航事故而可能引發採取同法第14條第3項

之防衛措施時。此種假定毫無事實上的根據，不過是一種與現實脫節之虛構。

(2)此外，預期身在航空安全法第14條第3項所稱被用來作為殺人武器的航空器上的人員，無論如何都將死亡，此種觀點無法使依系爭規定而對處於無望情境的無辜者予以殺害之行為，解免其牴觸這些人之尊嚴請求的違憲性。人之生命與人性尊嚴，不問個人存在之久暫，均享有相同之憲法保護（參見上述C I, II 2 b aa）。凡是否認或質疑此點之人，無異否定處於絕境之劫機被害人擁有人性尊嚴所應享有之尊重（參見上述C II 2 b aa, bb aaa）。

此外，亦須考慮到事實上的不確定性。在適用航空安全法第13條至第15條時，對於情況之判斷通常具有不確定性（參見前述C II 2 b bb bbb），此種不確定性必然也會影響到對機上人員存活時間及是否尚有解救機會的評估。因此，在正常的狀況下，都無法確切的聲稱，機上人員的生命「無論如何皆已喪失」。

(3)另一種假定亦不能獲得正當化，即凡是遭他人以暴力強置於航空安全法第14條第3項所稱被用來作為殺人犯罪武器的航空機上者，其本身亦為武器的一部分，因此亦應被當作是武器予以處置。此一觀點恰恰毫無掩飾地表達出，此等事故之被害人不再被當人看待，而是物的一部分，也就是將被害人予以物化。此點與基本法的人類圖像(Menschenbild)與人類作為一種價值的觀念，均有未符，即此一價值之所在，為自由地自我決定（參見BVerfGE 45, 187 [227]），以及人類不得成為國家行為的客體。

(4)個人在必要時基於國家整體之利益負有犧牲個人生命的義務，如果唯有如此才能使法律上所建立的公共事務免於受到摧毀性及破壞性之侵擾（此種見解例如Enders, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Art. 1 Rn. 93 [Stand: Juli 2005]），此種思想同樣亦不能得出異於前述之結論。在此本庭無須決定，在緊急憲法(Notstandsverfassung)所架構的保護機制之外，能否從基本法導出上開具團結互助思想的承擔義務(solidarische Einstandspflicht)，若有，其要件又如何。蓋在航空安全法第14條第3項之適用範圍內，其所涉及防衛行動對象，並非以排除公共事務及毀滅國家之法律及自由秩序為目的之攻擊。

航空安全法第13條至第15條旨在危險防制的框架下，阻止基本法第35條第2項第2句及第3項所稱特殊重大事故之發生。根據立法理由，此種意外事故不僅有政治上的動機，亦有不具政治意圖的犯罪動機，或出於精神異常行為的個別事件（參見聯邦眾議院公報15/2361，第14頁）。即使在

個案中可以追溯其政治上的動機，然此種事件之前提要件，如航空安全法第13條以下被置於基本法第35條第2項第2句及第3項之災害防救體系所示，須非以危及國家自身及其存續為目的。就此意義而言，上述承擔義務的看法於此無用武之地。

(5)最後，航空安全法第14條第3項亦不能以國家對於航空安全法第14條第3項所稱被作為犯罪工具之航空器所危及之人負有保護義務而獲得正當性。

國家及其機關於履行上述之保護義務時，享有廣泛之評估、評價及形成空間(ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich)（參見BVerfGE 77, 170 [214]; 79, 174 [202]; 92, 26 [46]）。不同於基本權利作為主觀防禦權之功能，從基本權利之客觀意涵所導出之國家保護義務，原則上並不確定(unbestimmt)（參見BVerfGE 96, 56 [64]）。國家機關如何履行此種保護義務，原則上得由國家機關在自己責任下決定之（參見BVerfGE 46, 160 [164]; 96, 56 [64]）。此點亦適用於對人類生命之保護義務上。固然，若顧及此一保護法益，於無法以其他方法為有效生命保護之特殊情況中，履行保護義務之手段的選擇可能被限縮至某特定手段（參見BVerfGE 46, 160 [164 f.]）。然而，此種手段之選擇，其動用恆須符合憲法之意旨。

於航空安全法第14條第3項之情形，則欠缺此種合憲性。依此規定，直接以武器攻擊航空器之命令及執行，未能考慮到，受攻擊之機上犧牲者亦享有請求國家保護其生命之權利。國家不僅未給予保護，甚至還自行干預這些未受保護人之生命。由此可知，依航空安全法第14條第3項所為之任何行動，如上所述，均以不符基本法第1條第1項之方式蔑視這些人之主體地位，同時違反由此衍生之國家不得殺人之禁令。即使此等行動之目的在於解救並維持其他人之生命，亦無不同。

cc)反之，航空安全法第14條第3項於如下之情形，與基本法第2條第2項第2句及第1條第1項之意旨相符，若直接以武器攻擊之對象是不知名之航空器，或僅針對欲利用航空器作為犯罪武器殺害地面人類之人員。

aaa)於上述之情形，依據航空安全法第14條第3項下命並執行之行動措施，與基本法第1條第1項之人性尊嚴保障並無牴觸。此點適用於針對不知名之航空器所為之措施，自不待言，其亦適用於其他情形。凡是對他人之法益以違法手段加以侵犯之人，例如濫用航空器作為危害他人生命之武器者，原則上不會被當作國家行為之客體而致其主體性受到影響（參見上述C II 2 b aa），如果國家為防止該

違法行為而採取防衛措施，並且為履行國家對生命受危者之保護義務而試圖阻止該侵犯行為者。於此情形恰正符合該侵犯者之主體地位，如果侵犯者自我決定之行為後果可歸咎於其個人，且應對有意發生之行為負其責任者。該侵犯者自己之尊嚴受尊重之請求權，並未受到侵害。

於審查航空安全法第14條第3項命令及執行行動措施之要件是否該當時，所可能存在之不確定性（參見上述C II 2 b bb bbb），並不影響上述之評斷。於此情形之不確定性與通常情形之不確定性，亦即機上除了有犯罪行為人外，尚有機員及乘客之情形，二者不能相提並論。以暴力挾持航空器之人，如果無意以之作為武器，亦即尚無以航空器作為犯罪武器之嫌疑時，可藉由實施航空安全法第15條第1項及第14條第1項所定前置措施之機會，例如對之發出將使用武器之警告或發射警告彈，不難透過合作方式，例如迫其轉向或落地，進而得知該人不具危險性。於此情形亦不存在因犯罪行為人之威脅而產生機艙人員與航機員之間，以及航機員與地面決定人員之間溝通上之特殊困難。因此，更有可能及時確認，該航空器是否被利用作為有目的墜毀的武器。

如果無跡象顯示在引起注意之航空器上載有其他不相干之人者，則剩餘之不確定性--例如該飛航事件之動機何在--所牽涉之事件後續演變，仍是該劫持人之行為所引發且得予阻止之事件，而該劫持人則是航空安全法第14條第3項之防衛措施最終所要對抗之人。於此所伴生之不確定性，仍可歸入犯罪行為人之責任範圍。

bbb)航空安全法第14條第3項規定，於其僅針對將航空器當作殺人犯罪武器之機上人員部分，亦符合比例原 則 (Verhältnismäßigkeits-grundsatz) 之要求。

(1)上開規定旨在解救人類的生命。鑑於人類生命在基本法之憲法秩序上所具有之最高價值（參見上述C I），此點在規範目的上所具有之份量，足以正當化對機上犯罪行為人之生命基本權所為之重大干預。

(2)航空安全法第14條第3項對於上開保護目的之達成，並非完全不適當(ungeeignet)，蓋不能排除此一保護目的於個案情形可藉由航空安全法第14條第3項之措施達成之（參見BVerfGE 30, 292 [316]; 90, 145 [172]; 110, 141 [164]）。姑不論前述之評估及預測之不可確定性（參見上述C II 2 b bb bbb），可以想像之情況是，以可靠之方式確認，在捲入飛航事故之航空器上只有犯罪行為人存在，而且亦可充分確切地認定，若採取航空安全法第14條第3項之措施，對於地面人員之生命將不會產生不利之後果。是否有此事實情況之存在，繫於個

案之情況判斷。此一判斷若得出確切的評估，於航空器上僅有犯罪行為人，且可預測出，透過將航空器擊落可以解除地面上人類受該航空器威脅之危險，即已達成航空安全法第14條第3項所欲達成之目的。是以，此一規定之性質與其所欲達成之目的間，並非處於相斥之關係。

(3)再者，為達上開目的之系爭規定，於所述情形亦有其必要性(Erforderlichkeit)，蓋並不存在相同有效、但又不損及犯罪行為人生命權或損害較小之手段（參見BVerfGE 30, 292 [316]; 90, 145 [172]; 110, 141 [164]）。

立法者於航空安全法第5條至第12條設有諸多措施，其均在航空安全法第1條之意義下，旨在維護飛航安全，特別是免於遭劫持、破壞及恐怖攻擊（詳參上述A I 2 b bb aaa [1]）。儘管如此，立法者仍認為在一次的重大飛航事故之下，可能發生基本法第35條第2項第2句或第3項意義下之特殊重大事故，因此有必要以航空安全法第13條至第15條規定特別之干預權限及保護措施，包括授權在航空安全法第14條第3項之構成要件下，得直接以武器攻擊航空器，作為最後手段(ultima ratio)。此點係基於無可反駁之評估，蓋儘管航空安全法第5條至第11條設有廣泛的預防措施及同法第12條擴大飛航人員之任務及職權，但根據經驗，凡此仍無法提供絕對安全的保護，使航空器免於受到犯罪目的的濫用。因此，可能之防護措施，除了上述以武器攻擊防空器外，別無他法。

(4)最後，航空器上若僅載有濫用航空安全法第14條第3項所稱航空器之人員，而直接以武器攻擊此種航空器之授權，亦符合狹義之比例原則(verhältnismäßig im engeren Sinne)。將此種航空器予以擊落，就其所生對基本權干預之程度與其所欲保護法益之份量作整體權衡之結果（參見BVerfGE 90, 145 [173]; 104, 337 [349]; 110, 141 [165]），仍屬一項合理(angemessen)、對於受干預者可資期待之防衛措施，如果構成要件確切存在的話。

(a)不過，系爭對基本權之干預其程度甚鉅，該航空安全法第14條第3項所定行動措施之執行，極其可能導致機上人員死亡之結果。然而，此等人員所處之情境本身，係由其作為犯罪行為人而引致國家必須採取干預措施，而此種結果隨時可以因該犯罪行為人放棄其犯罪計畫而改變。以暴力挾持航空器之人，既是決定機上事件演變，同時也是決定地面事件演變之關鍵人物。唯有當確切可認定該等人員將其所劫持之航空器用於殺害他人，並且在明知自己亦身陷生命危險之下仍堅持為之時，方能對其採取致

死措施。基於此點，對該等人員所為基本權干預之嚴重程度因而減低。

另一方面，因航空安全法第14條第3項之干預措施而在國家履行其保護義務下生命受到保護之人，當其處在航空器預定墜毀的目標區域內時，通常毫無機會防範此種有計畫之攻擊，特別是脫免於受到攻擊。

(b)另應予注意者，於適用航空安全法第14條第3項之規定時，因直接以武器攻擊航空器而墜落之機身殘骸，在其可預期墜落之地區範圍內，不僅可能擊中具高度危險性之設施，亦可能擊斃所在區域內之人民。因此，保護此等人民之生命--及其健康--，亦屬國家憲法上之義務。此點在依航空安全法第14條第4項第1句作成決定時，不能不予注意。

不過，此項觀點並不影響航空安全法第14條第3項之規定本身，而是涉及該規定於個案之適用。然而，依據本案審理程序中所提出之意見，如果必然可以預見，在高度密集居住之區域內，人類會受到墜落機身殘骸之損害或甚至失去生命，則上述規定無論如何都不宜適用。至於上開規定是否亦滿足憲法上合理性(Angemessenheit)之要求乙節，可以想像會有諸多的個案情況，若直接攻擊機上只有犯罪行為人之航空器，可以解除可能受該航空器攻擊之人的生命危險，而不會同時危及其他人之生命，單是確認此點，即足以滿足合理性之要求。如前所述（參見前述C II 2 b cc bbb [2]），本案滿足此一要求。航空安全法第14條第3項之規定，於其容許以武器直接擊落未載人或僅載有攻擊者之航空器部分，亦合乎狹義比例原則。

ccc)基本法第19條第2項之本質內涵侵害禁止(Wesensgehalts-sperre)同樣亦不容許對於此等範圍之人採取如此之措施。鑑於航空安全法第14條第3項所示之特殊緊急狀態，生命基本權之本質內涵，在本案所涉及之情形下，唯有在如下之範圍內，始不受系爭規定所生基本權干預之侵犯，即第三人之重要保護利益須能正當化該種干預，並合乎比例原則（參見BVerfGE 22, 180 [219 f.]; 109, 133 [156]）。依照前之所述，以上兩項要件均已滿足（參C II 2 b cc bbb）。

III.判決論結

由於聯邦對於航空安全法第14條第3項業已欠缺立法權限，故上開關於直接武器攻擊航空器之規定於其實體上合乎憲法之部分，亦失所附麗。系爭規定全部違憲，且依聯邦憲法法院法第95條第3項第1句規定，無效。至於單純確認系爭規定與基本法之意旨不符，於此情形下，已無必要。

D.訴訟費用

訴訟費用之裁判依聯邦憲法法院法第34條之1第2項定之。

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

「公務秘密案」判決

BVerfGE 115,166-204
德國聯邦憲法法院第二庭2006年3月2日判決
– 2 BvR 2099/04 –

傅玲靜　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.事實與爭點
I.刑事訴訟法相關規定
II.基礎事實及系爭裁定
1.相關犯罪案件
2.通信紀錄之調查
3.搜索及系爭裁定
4.聯邦憲法法院之見解
5.系爭裁定
III.憲法訴願人之主張
1.聽審權受侵害
2.住宅不可侵犯性、一般人格權及訴訟權受侵害
3.秘密通訊自由受侵害
IV.其他關係人之見解
1.聯邦政府、各邦政府、聯邦檢察總長及聯邦調查局之見解
2.聯邦資訊保護政務委員、聯邦律師公會及德國律師協會之見解
B.憲法訴願之合法性
I.主張違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定部分不合法
1.聯邦憲法法院法第23條第1項及第92條規定之要件
2.憲法訴願人之主張與要件不符
II.權利保護必要性
C.憲法訴願有理由
I.本案不涉及秘密通訊自由
1.憲法訴願人之主張
2.秘密通訊自由之保障範圍
II.系爭裁定為對於資訊自決權之限制
1.基本法第2條第1項規定仍有其適用

2.資訊自決權之保障範圍及功能
3.通信紀錄與資訊自決權之保障
4.搜索為對於資訊自決權之限制
5.刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定符合法律明確性原則及比例原則
III.系爭裁定為對於住宅不可侵犯性之限制
IV.對於資訊自決權及住宅不可侵犯性之限制與比例原則之關係
V.系爭之地方法院裁定違憲
1.系爭裁定未侵害秘密通訊自由
2.系爭裁定違反比例原則，侵害住宅不可侵犯性及資訊自決權
VI.結論
D.法官評議過程

關鍵詞
通信紀錄(Verbindungsdaten)
搜索(Durchsuchung)
扣押(Beschlagnahme)
秘密通訊自由(Fernmeldegeheimnis)
資訊自決權(Recht auf informationelle Selbstbetimmung)
住宅不可侵犯性
(Unverletzlichkeit der Wohnung)
比例原則
(Verhältnismäßigkeitsprinzip)

裁判要旨

1.於通訊過程終結後儲存於參與通訊者管領範圍內之通信紀錄，並非受基本法第10條第1項規定之保障，而為受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項），並視其情形受基本法第13條第1項規定之保障。

2.刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定，於資訊儲存設備及儲存於其中之資訊進行保全及扣押部分，符合憲法之要求，亦符合適用於資訊自決權之要求，即立法者就取得資訊之使用目的所為之規定，應限定其範圍、且規範明確、並為相對人可預見；將所有措施皆嚴格限於調查之目的，此要求即獲滿足。（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -）。

3.取得儲存於當事人處之通信紀錄時，須考量該資訊具有較高之保護價值。為比例原則之審查時，須注意此時涉及之資訊，區分為於當事人私人領域外而受秘密通訊自由保障之資訊，及於當事人管領範圍內而補充受

到資訊自決權保障之資訊。

案　由

B女士不服Karlsruhe地方法院2004年10月12日裁定−2 Qs 114/02−及2003年1月28日裁定−2 Qs 114/02−提起憲法訴願，由Jens Klein律師(Vangerowstraße 33, 69115 Heidelberg)及Alexander Keller律師與其合夥人(Friedrich-Ebert-Anlage 35, 69117 Heidelberg)為訴訟代理人。

判決主文

1.Karlsruhe地方法院2003年1月28日裁定−2 Qs 114/02−及2004年10月12日裁定−2 Qs 114/02−侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項、第2項及第2條第1項規定保障之基本權利。原裁定廢棄，本案及訴訟費用之裁判發回Karlsruhe地方法院。

2.巴登符騰堡邦應返還憲法訴願人所支出之必要費用。

理　由

A.事實與爭點

本件係由簡易法院一女法官針對因涉及洩漏公務秘密而對其住宅進行搜索之命令提出之憲法訴願。其搜索係為調查憲法訴願人儲存於個人電腦及手機中之通信紀錄，以證明其與一名記者有所聯繫。

I.刑事訴訟法相關規定

刑事訴訟法第102條為對於犯罪嫌疑人進行搜索之規定。本條規定如下：

刑事訴訟法第102條

為進行逮捕或有理由相信搜索有助於發現證據方法時，對於有正犯、共犯、或幫助犯之嫌疑之人、或對於有犯妨害司法罪或贓物罪嫌疑之人，得對其住宅或其他處所、身體及其所有之物件搜索之。

對於在搜索範圍內進一步具體獲得之證據，刑事訴訟法第94條則規定其保全及扣押之實質要件。

本條規定如下：

刑事訴訟法第94條

（1）對於調查證據方法具有重要性之物體，得予以留置或以其他方式保全之。

（2）如該物體處於私人之實力管領下而不願任意交付時，得扣押之。

（3）（以下略）

依刑事訴訟法第100g條及第100h條之規定，偵查機關得要求電信通訊服務業者提供特定通信紀錄之資訊。於個別案件中究涉及何種通信紀錄，應依刑事訴訟法第100g條第3項之規定判斷。刑事訴訟法第100g條第1項規定將得促使採取法定措施之犯罪行為之範圍，限定在重大犯罪行為，例

如第100a條所稱之犯罪行為，或藉由電信終端設備而進行之犯罪行為。原則上，取得資訊須有法院之命令；於急迫情形下亦得由檢察官為命令（刑事訴訟法第100h條第1項第3句及第100b條第1項）。檢察機關內之調查人員（法院組織法第152條）本身並無緊急權限，此與搜索（刑事訴訟法第105條第1項第1句）及扣押（刑事訴訟法第98條第1項第1句）之情形不同。刑事訴訟法第100g條之規定如下：

刑事訴訟法第100g條

（1）依特定事實足以認定犯罪行為人或共犯有著手或準備為重大犯罪行為之犯罪嫌疑，例如第100a條第1句所稱之犯罪行為，或藉由終端設備（電信法第3條第3款）所為之犯罪行為，且其未遂犯亦受處罰者，而第3項所稱之電信通信紀錄之資訊為進行調查所必要時，得命業務上提供電信服務之人或提供相關協助之人，應立即提供相關通信紀錄之資訊。上述情形，僅於通信紀錄涉及犯罪嫌疑人或第100a條第2句所稱之其他人時，始得為之。亦得命提供未來之電信通信紀錄資訊。

（2）命提供資訊，以說明向第1項第2句所稱之人所為之電信通訊是否由電信通訊連線所產生，僅於以其他方式無法偵查犯罪事實或調查犯罪嫌疑人停留處所，或有重大困難時，始得為之。

（3）電信通信紀錄，係指：

1.通信之權限帳號、卡片號碼、所在地識別碼及通信號碼或發信及受信方線路或終端設備之識別碼。

2.通信起迄之日期及時間。

3.客戶個別要求之電信通信服務。

4.市話通信之終端處所，通信起迄之日期及時間。

刑事訴訟法第100a條規定於更嚴格之要件下，如為調查重大且為法條中所列舉之犯罪行為時，始得監督及記錄通訊之內容及通訊時之情狀。

II.基礎事實及系爭裁定

1.自2002年7月中旬開始，H地區警察局即與邦刑事警察局、聯邦刑事警察局及美國警察機關合作，對於P.及E.進行調查，基於一證人證詞，此二人對於美國在H.地區或其市中心的美國建築有計畫進行攻擊之嫌疑。

對於P.及E.調查之所有資訊皆散布各處：行動組之公務員向邦刑事警察局呈報，邦刑事警察局向邦內政部呈報，邦內政部向其他各邦內政部組成之聯席報告會議及聯邦之各國家安全機關呈報。於行動組中執行任務之聯邦刑事調查局公務員，則向其所屬機關呈報，該機關則向聯邦內政部呈報。相關報告及所謂之引導資訊皆每日多次呈報。美國之安全單位亦參與調查。

2002年9月5日搜查二位犯罪嫌疑

人之住宅時，發現可供製造鋼管炸彈之化學物品及相關零件、一張歐薩瑪賓拉登照片、與伊斯蘭教及所謂聖戰有關之書籍。犯罪嫌疑人即被暫時拘禁，E.並由警察H.及N.進行訊問。

調查卷宗於2002年9月6日上午被提交予憲法訴願人，即H.簡易法院之調查法官，並聲請簽發押票。約11時左右，P.之辯護人F.律師致電N.律師，請其受委任為犯罪嫌疑人E.之辯護人。12時左右，於警察H.及N.將犯罪嫌疑人E.提審至憲法訴願人前，由法院開始對E.女士進行訊問時，N.律師未經事先登記即出庭。憲法訴願人對二位犯罪嫌疑人皆簽發押票，訊問約於12時30分結束。

於13時30分至14時30分間，Spiegel雜誌記者K.致電至N.律師之事務所，詢問偵查程序相關事項，N.當時尚未返抵事務所。而不同之證人證詞則指出，不久之後抑或數天之後，亦有Focus雜誌記者致電並有相同之請求。AP通訊社及Bild報社之記者則於16時至16時30分間，向巴登符騰堡邦刑事警察局新聞發布處提出相同請求，而當時刑事警察局並未提供任何消息。18時，德國廣播電台之報導則引用Bild報社關於調查程序之報導，18時15分AP通訊社亦引述Bild報社之報導，n-tv電台亦同。

2.檢察官認為有洩漏公務秘密（刑法第353b條第1項）之嫌疑而著手調查。於獲知憲法訴願人與記者K.私下彼此認識後，檢察官即以憲法訴願人為犯罪嫌疑人而進行調查。檢查憲法訴願人在H.簡易法院中使用之電信通訊連線之通信紀錄及其他資料，並無與該記者通訊之紀錄。對進行調查之警察人員工作地點所在之H.地區警察局中之電信通訊連線之通信紀錄，以及憲法訴願人私人市話連線之通信紀錄進行分析，同樣亦無證據顯示有與該記者通話之紀錄。對於憲法訴願人手機中通信紀錄進行檢查，則因其間資訊已刪除而無所獲。訊問相關公務人員、H.簡易法院另一位法官、提審之警察及N. 律師之秘書，皆無所獲。所有以證人身分受訊問之人皆否認知悉或傳遞相關消息，因此皆排除具有犯罪嫌疑。憲法訴願人則未受訊問。

3.a)2002年12月2日簡易法院就檢察官聲請對於憲法訴願人之住宅及辦公室進行搜索作成駁回之裁定。法院認為，基於憲法訴願人之犯罪嫌疑，故允許由其使用之電信設備中取得通信紀錄，因其對於權利限制之強度較輕微。然而可能向媒體提供資訊之線民實在為數眾多，實難以正當化為了認定憲法訴願人有具體之犯罪嫌疑，而搜索其住宅或辦公室此一較重大之基本權限制。

b)檢察官提出抗告，於犯罪案件發生近五個月之後，地方法院作成

2003年1月28日系爭裁定，命搜索憲法訴願人之住宅及辦公室，扣押其電腦、調查卷宗內之文件影本及手機內個別通信紀錄。

法院認為，憲法訴願人明顯有洩漏公務上秘密之嫌疑，且因此危害重大公共利益。向媒體透露對於P.及E.偵查程序之細節已對偵查造成重大影響：預計對於犯罪嫌疑人P.之密友進行之跟監必須中斷，因其已主動向警察求助，以避開媒體。

可能為線民者，僅為知悉調查卷宗之細節、且於2002年9月6日12時30分及14時30分間已得知N.律師為犯罪嫌疑人E.之辯護人之人。因此可能列入考慮者為二位辯護人、承辦檢察官、理論上不應知悉卷宗內容而負責提審之警察H.及N.、簡易法院之書記官及憲法訴願人。其中，因憲法訴願人認識該名致電至N.事務所之記者，故憲法訴願人具有嫌疑。進行搜索，可能在電腦儲存設備或手機個別通信紀錄中，發現其以電子郵件或電話與該名記者聯絡之證據。因其他調查結果皆無所獲，衡諸涉及犯罪嫌疑之程度，搜索並未違反比例原則。

c)2003年2月5日即對於憲法訴願人之私人住宅及辦公室進行搜索。於手機個別通信紀錄、調查卷宗影本及其他文件中搜尋與該名記者通訊之聯絡紀錄。為對於手機之記憶體進行分析，並留置其手機，然記憶體分析結果顯示，於涉及本案之重要時段內並無任何通話紀錄。

d)進行搜索後，憲法訴願人對於該裁定提起抗告，最後被以聲請補行法律上聽審處理之。憲法訴願人指摘對其有犯罪嫌疑之認定，並主張依媒體報導對於犯罪嫌疑人P.之友已中斷之跟監，實際上根本未曾有此計畫。聯邦刑事警察局之公務員本即欲不經任何掩飾而探訪其友，其友亦未曾為避開媒體而求助。此外，與Spiegel雜誌之記者K.認識，並無法證明憲法訴願人為線民。Focus雜誌之記者亦曾致電至N.之事務所。此外，AP通訊社與Bild報社之記者於內政部之記者會前，即已報導羈押之消息，早於Spiegel雜誌，可知並非由競爭對手Spiegel雜誌記者處得知此消息。媒體報導中包含若干資訊，如關於130公斤化學物品之報導，並非源自憲法訴願人之調查卷宗。2002年9月8日Handelsblatt之一篇報導，其中包括調查程序開始之細節，報導指出有一名證人曾寄電子郵件至美國聯邦調查局以及其他資訊流出之情形。相關情事皆於訊問犯罪嫌疑人後始列入調查卷宗內，地方法院如調閱前審程序之卷宗即可知悉。而本裁定亦不具有急迫性，因對於憲法訴願人已進行二個月之調查，且由同事及法院中雇員受訊問之情形，憲法訴願人亦已知悉調查行動。此裁定破壞與檢察官間之信

任關係，已嚴重影響憲法訴願人工作之執行。

e)地方法院於2003年8月8日作成裁定，駁回請求撤銷搜索命令之聲請。憲法訴願人陳述之事實是否足以祛除其犯罪嫌疑，仍有待釐清。其陳述之情事並無法得出搜索之違法性。合議庭無庸於作成搜索命令前或當下進行深入之調查，此與採取措施之急迫性要求不合。

4.聯邦憲法法院第二庭第三預審庭於2004年2月5日認為此裁定違反聽審權之保障（基本法第103條第1項）而廢棄之，並將本案發回地方法院（- 2 BvR 1621/03 -, BVerfGK 2, 290 ff.）。

5.地方法院於2004年10月12日作成系爭裁定，再一次駁回請求確認該搜索命令違法之聲請。法院僅依作成搜索命令時之事實狀態為認定，該命令應為合法。地方法院於作成搜索裁定前未調閱對P.及E.所行程序之調查卷宗，係因於相關資料看來並無任何矛盾之處，而可懷疑犯罪嫌疑之存在。由警方之中間報告中可明確得知，未經授權之資訊洩漏已嚴重影響必要之調查。由資料內容看來，並非如憲法訴願人所言，無任何對於犯罪嫌疑人P.之友進行跟監之計畫。不同報導內容細節至少亦無法消除憲法訴願人之犯罪嫌疑。至於另有透露消息之管道，就如同由憲法訴願人處獲得消息一般，皆屬臆測。

III.憲法訴願人之主張

憲法訴願人提起憲法訴願，主張其受基本法第13條第1項及第2項、第2條第1項、第3條第1項、第10條第1項、第103條第1項及第19條第4項規定保障之基本權利受侵害。

1.地方法院2004年10月12日作成之最新裁定亦違反基本法第103條第1項及第19條第4項之規定，對於憲法訴願人絕大部分之陳述，並未給予其表示意見之機會，以致其權利保障落空。地方法院對於重大公益之構成要件要素及對於有另一位線民存在之可能性皆未為進一步說明。對於未調閱前審程序卷宗，亦未提出有力之理由。

2.此外憲法訴願人亦主張地方法院2003年1月28日裁定所為之搜索命令，侵害其基本法第13條第1項、第2項、第2條第1項及第19條第4項保障之基本權利。搜索命令不符合搜索要件中法官審查及說明決定理由等基本要求。依基本權利之精神，應調閱憲法訴願人為受命調查法官之前審程序之卷宗，則可查出對於犯罪嫌疑人P.之友未曾有進行跟監之計畫，此外媒體報導亦未阻礙任何調查行動。如地方法院已仔細查閱卷宗，亦必然可發現媒體公開之資訊與調查卷宗中之內容亦有部分不同之處。相同者則多為警方筆錄內容而由憲法訴願人研讀後

成為卷宗之部分。而地方法院對於憲法訴願人有利之情事亦未討論，即Bild報社與AP通訊社於簽發押票當天即有關於偵查之報導。

此外，搜索命令亦不合比例原則，因於所指稱之行為及其間於憲法訴願人同事間公開進行調查之後已歷時五個月，實無法預期仍會進行證據之調查。地方法院違法且未說明任何理由即認定刑法第353b條之構成要件成立，違反基本法第3條第1項之規定。

3.系爭裁定亦侵害基本法第10條第1項保障之秘密通訊自由。

秘密通訊自由所提供之保障並非終結於參與通訊者之終端設備。許多現今常見之終端設備所提供之服務並非完全處於使用者之實力管領範圍內，儲存於終端設備之通信紀錄，往往並未因民眾無法確切知悉個別通訊紀錄是否被儲存、以何種形式儲存、儲存於何處，而因此喪失應受保護之價值。如認為儲存於網路提供者郵件匣內之訊息受基本法第10條第1項規定之保障，儲存於當事人終端設備而往往為其所不知之資訊卻不受保障，此見解即相互矛盾。秘密通訊自由之保障範圍應純粹取決於科技運用之事實及情事，此由民眾之角度而言僅為隨機情況，非可由其意志決定。因對於科技運作過程不同的可控制性，對於取得位在郵件信箱內之郵件及對於取得儲存於個人電腦或手機內之數位資訊，可能有不同評價，後者在科技上多已不可能完全刪除。藉由啟動使用限制機制（個人身分確認碼及密碼）即可明確得知，當事人欲確保於其領域內通訊行為之隱密性。由此即可看出儲存於終端設備之資訊與在住宅中隨處放置之書信或列印之電子郵件之不同。

雖然即使擴張解釋亦無法類推適用刑事訴訟法第100a條、第100b條、第100g條及第100h條之規定，仍無法排除刑事訴訟法第94條及第98條之適用，而認為僅於刑事訴訟法第100a條、第100b條、第100g條及第100h條規定許可之嚴格要件下，始得取得通信紀錄。

此時並無過度妨礙刑事訴追之情事。基本權利保障範圍之解釋應與限制手段是否為必要之認定無涉。

IV.其他關係人之見解

聯邦政府、巴登符騰堡邦、巴伐利亞邦、下薩克森邦及北萊茵－威斯伐倫邦之邦政府、聯邦最高法院院長及聯邦最高法院之聯邦檢察總長就此憲法訴願皆表示意見。此外，聯邦調查局、聯邦律師公會、德國律師協會及聯邦資訊保護政務委員就此憲法訴願出庭提出言詞意見。

1.聯邦政府、各邦政府、聯邦檢察總長及聯邦調查局認為，儲存於終端設備之通信紀錄及個別通訊資訊並不受基本法第10條第1項規定之保障

。受基本法第10條第1項規定保障之形式秘密範圍，應具體視於傳播過程中可能使用其管線通路之網路架設者的管領範圍而定。國家取得處於接收者領域內之資訊及內容，屬於其他基本權利之保障範圍，如基本法第13條或第2條第1項之規定。對相關當事人管領範圍之搜索，並非通訊過程中出現之典型風險。使用者有自行處理或刪除資訊之可能性，以避免或排除第三人未經許可而取得資訊。此外，與網路架設者之使用不同的是，公開的扣押缺乏權利限制之秘密性。於基本法第10條第1項保障之範圍內，將電信通訊過程及郵遞過程分別判斷，亦欠缺具說服力之理由。於電信通訊過程中，資訊到達收受者時基本權保障之效力亦即終結。

維持以管領範圍為區分標準之見解符合實際情形，否則，欲就儲存於形形色色終端設備之資訊與其他關於通訊內容及情狀之紀錄為區分，將產生區分上之困難。

將基本法第10條第1項規定之保障範圍擴張至儲存於終端設備之通信資訊將嚴重妨礙刑事訴追。調閱儲存於該處之通訊內容並非屬於該基本權利之保障範圍。考量目前訊息之交換由書面通訊形式，如信件及傳真，逐漸轉換為電子資訊傳輸，則就電子資訊交換，如收受及寄出之電子郵件，進行內容上分析運用之可能性，即逐漸具有重要性。

2.反之，聯邦資訊保護政務委員、聯邦律師公會及德國律師協會則認為，即便儲存於使用者處之通信紀錄亦受基本法第10條規定之保障。當通信紀錄儲存於當事人之終端設備時，因於通訊過程中有第三者之介入，通信紀錄始因之出現，且其與第三人具有直接之事物及空間關聯性。移置於檔案記憶體中之收受電子郵件，包含無數關於資訊通路的電信通訊專門資訊，特別是關於發送資訊之電腦及中間使用之電腦，故與置於信箱中之書信無法相比擬。

當事人對於出現之資訊數量，實際上僅具有限之影響可能性。對於個人而言，視選擇之電信媒介及於該處儲存資訊之形式，並無法完全、永久且徹底刪除資訊，抑或須以不合比例之花費始得達成，而對於門外漢而言則往往不具備相關之知識。況且並非所有現代通訊媒介之使用者皆具備通信紀錄儲存於其終端設備之知識。基本權之保障範圍亦不得視個人保護可能性而定，因其將導致間接壓力之產生而採取自我保護措施，例如刪除通信紀錄。

將儲存於當事人處之通信紀錄與於業者處客戶郵件匣中所存之資訊為不同之處理，並不合理。尚未開啟之電子郵件中之資訊是否可於收件人電腦硬碟中發現或仍存在於業者處，以

及可發現何種資訊，往往皆隨機而定。

此外，通信紀錄通常亦包括關於通訊相對人之資訊。如同通訊之一方當事人並不得對於國家主張拋棄秘密通訊之保障而對他方當事人產生有利及不利之效力（參照BVerfGE 85, 386＜399＞），將通訊當事人管領範圍內之通信紀錄予以儲存，亦不得導致他方當事人喪失基本法第10條第1項規定之保障。

此等類型之權利限制無法依據刑事訴訟法第94條、第98條規定為之，惟有於刑事訴訟法第100g條、第100h條規定之加重要件存在時始得為之。刑事訴訟法第100g條、第100h條中具有限制作用之法定加重要件及適用之儲存期限，不得以較易取得於當事人處資訊之方式而被規避。

聯邦律師公會及德國律師協會於其意見中表示基本法第13條及第103條第1項規定保障之權利亦受侵害。地方法院不得本於多多少少為隨機組成之調查卷宗，僅為犯罪嫌疑可信度之調查，尚應包括為調查犯罪嫌疑而調查所有已存在之資訊來源；尤其於裁判當時實際上已不再是簡易裁判的問題時，更應如此。

B.憲法訴願之合法性

本憲法訴願大部分為合法。

I.主張違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定部分不合法

1.關於基本權利受基本法第103條第1項及第19條第4項規定之保障而受侵害部分，並不符合提起憲法訴願之要件（聯邦憲法法院法第23條第1項、第92條）。

依聯邦憲法法院法第92條及第23條第1項之規定，除須敘明系爭之高權行為外，尚須說明主張受侵害之權利。雖然憲法訴願人無須明白指出所有可能受侵害之權利（參照BVerfGE 47, 182＜187＞；59, 98＜101＞），然由其陳述中須可得出主張系爭高權行為侵害其權利之範圍（參照BVerfGE 23, 242＜250＞；79, 203＜209＞；99, 84＜87＞；108, 370＜386＞），不得留待由聯邦憲法法院於某種程度下依職權「毫無方向地」調查事實（參照Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl.＜2005＞, §92 Rn.42 ff.）。於指摘受基本法第103條第1項規定保障之聽審權受侵害時，須由憲法訴願人之陳述中可明確得知法院違反本項規定之處（參閱BVerfGE 24, 203＜213＞；聯邦憲法法院第二庭第二預審庭1999年2月6日裁定 - 2 BvR 1502/98 - ＜juris＞; 聯邦憲法法院第二庭第二預審庭1999年4月13日裁定 - 2 BvR 501/99 - ＜juris＞）。如僅表明法院之裁判與當事人之主張不合，於其裁判理由中未就所有提出之主張為說明，尚嫌不足。基本法第103條第1項規定保障之基

本權並未包括可請求法院應依照當事人之主張為決定，亦未課予法院應就所有主張明確說明之義務（參閱BVerfGE 54, 86＜91 f.＞；69, 141＜143 f.＞）。

2.憲法訴願人主張系爭裁定侵害其受基本法第103條第1項及第19條第4項規定保障之權利，其主張欠缺必要之實質要件。地方法院2004年10月12日裁定係依聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日廢棄原審裁判之判決意旨 - 2 BvR 1621/03 - （BVerfGK 2, 290 ff.）而作成。

憲法訴願人主張違反基本法第103條第1項之規定，僅援引裁定中特定段落而與其自身之主張相連結，如此尚嫌不足。此外，憲法訴願人亦未指明地方法院2004年10月12日裁定未考量其陳述之處。憲法訴願人僅著重其主張於實體上之判斷，而未指出違反基本法第103條第1項及第19條第4項規定之處。

II.權利保護必要性

雖然系爭之搜索命令因執行完畢已消滅，憲法訴願人仍有權利保護之必要。於嚴重限制基本權利之情形，尤其是基本法已將其列為法官保留之事項，如於一般程序進行後，高權行為所生之直接不利益存於當事人幾乎無法取得法院裁判之期間內，則仍具有權利保護之必要性。住宅之搜索即為此情形（參照BVerfGE 96, 27＜38 ff.＞；104, 220＜233＞）。

C.憲法訴願有理由

地方法院於2003年1月28日及2004年10月12日作成之系爭裁定侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項及第2條第1項規定保障之基本權利。

憲法訴願人受基本法第10條第1項規定保障之基本權利雖未受侵害（I.）；然而本案相關之措施則須依基本法第13條第1項（III.）及第2條第1項（II.）之規定加以審查。而地方法院於搜索及扣押之部分，對於應遵守之比例原則（IV.）並未遵守（V.）。

I.本案不涉及秘密通訊自由

系爭裁定並未侵害基本法第10條第1項保障之秘密通訊自由。

1.憲法訴願人並非僅指摘於其居住空間進行搜索，更另主張搜索目的在於取得儲存於其電信通訊終端設備之通信紀錄，認為空間上具有距離之通訊的私密性應受保障之權利受到侵害。

2.經由私人間不為公眾知悉之資訊交換，書信、郵件及電信通訊秘密保障人格之自由發展，並同時保障了人性尊嚴（參照BVerfGE 67, 157＜171＞；106, 28＜35＞；110, 33＜53＞；Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt ＜Stand: Dezember 1973＞, Art.10 Rn.1）。

基本法第10條之規定保障私人之通訊。當通訊因當事人空間上距離而

有賴第三人之傳輸，而第三人，包括國家機關，因此可以特別之方式取得其通訊資料時，書信、郵件及電信通訊秘密自由即保障個人通訊之私密性。書信、郵件及電信通訊秘密自由為保護隱私範圍之重要型態；其保障資訊不致不受期待地而被取得，並保障距離上之個人私密（參照Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.＜2005＞, Art.10 Rn.19）。

秘密通訊自由保障資訊以非形體之形式，藉由電信通訊之協助，傳輸至個別收受者（參照BVerfGE 67, 157＜172＞; 106, 28＜35 f.＞），此時應盡量想像通訊當事人如同一般在場之情形進行通訊行為。

基本權利的發展是開放的，不僅包括於立法時已知之資訊傳輸的形式，亦包括新形態之傳播科技（參照BVerfGE 46, 120＜144＞）。因此基本權利之範圍不限於以往德國聯邦郵政局提供之通訊服務，亦擴張至藉由可使用之電信傳播科技所為之各種資訊傳遞。至於其具體之傳遞方式（有線電視或廣播、類比或數位訊號傳播）及表達形式（語言、圖畫、聲音、符號或其他資訊），在所不論（參照BVerfGE 106, 28＜36＞）。

秘密通訊自由之保障範圍包含電信通訊之內容以及通訊過程中詳細之情狀（a）。於通訊過程進行外，已儲存於參與通訊者管領範圍內之通訊內容及情狀則不受基本法第10條第1項規定之保障（b）。

a)秘密通訊自由首要保障資訊交換之私密性，進而使通訊內容不受第三人未經授權而獲知。

數位化之後果往往致使每次使用電信皆留下與個人相關而可被儲存及分析運用之資訊線索。取得這些資訊屬於基本法第10條規定之保障範圍，基本權利亦保障電信通訊過程中詳細情狀之私密性（參照BVerfGE 67, 157＜172＞；85, 386＜396＞；110, 33＜53＞；聯邦憲法法院第一庭2005年7月27日判決 - 1BvR 668/04 -, NJW 2005, S.2603＜2604＞）。

例如是否、何時、多久與何人或何終端設備進行或嘗試進行電信通訊，即屬之。若非如此，基本權利之保障即不完備，因為通信紀錄本身包含一定之說明內容，於個別案件中可提供關於通訊及行動模式之重要線索。通訊之頻率、持續期間及時點提供可判斷彼此關係的類型及親密度之提示，而可得出與內容有關之結論（參照BVerfGE 107, 299＜320＞）。

b)然於傳播過程結束後，儲存於參與通訊者管領範圍內之通信紀錄則非受基本法第10條第1項規定之保障，而係受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項），並視情形受基本法第13條第1項規定之保障。

於資訊達到收受人後而傳播過程

結束時，秘密通訊自由之保障即隨之終結（參照Hermes, in: Dreier, Grungesetz, 2. Aufl.＜2004＞, Art.10 Rn.42; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.＜2005＞, Art.10 Rn.24; Bizer, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz, Loseblatt ＜Stand: 2001＞, Art.10 Rn.67; Lührs, wistra 1995, S.19＜20＞; Welp, NStZ 1994, S.295; Götz, Kriminalistik 2005, S.300＜301＞; Hauschild, NStZ 2005, S.339 f.; Bär, MMR 2005, S.523＜524＞; Thiede, Kriminalistik 2005, S.346＜347＞; Günther, NStZ 2005, S.485＜489＞）。收受人於其管領範圍內，可自行採取保護措施以防範未經授權而獲取資訊，因空間上具有距離之通訊而所有之特殊風險，此時即不存在。

郵件及電信提供非處於同一處所之個人間秘密通訊之可能，並因此開創了一個私密範圍之全新領域（參照Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.＜2005＞, Art.10 Rn.18 f.）。然而因此即導致個人隱私之喪失，因為通訊者必須採用通訊媒介提供之特殊科技，並信任參與之通訊媒介，傳播訊息之內容及情狀即因此較易由第三人取得。當事人藉由科技輔助方式之協助，利用外界之通訊傳播管道，進行遠距離之通訊，即無確保通訊私密之可能性。

因科技之限制而喪失私密性，基本法第10條第1項之規定提供一定平衡，並欲應付由通訊過程中因第三人介入而產生之風險（參照BVerfGE 85, 386＜396＞; 106, 28＜36＞; 107, 299＜313＞），秘密通訊自由即與通訊媒介相連結（參照BVerfGE 100, 313＜363＞; Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.＜2005＞, Art.10 Rn.32 und 40; Hermes, in: Dreier, Grungesetz, 2. Aufl.＜2004＞, Art.10 Rn.25）。

資訊於達到收受人時即不再可能易由第三人－包括國家－取得，易於取得係源於參與通訊者欠缺對於傳播過程之管領力及監控可能性。已儲存之內容及通信紀錄即與使用者自行儲存之資料並無不同。

參與通訊者在技術上已不可能阻止由通訊媒介產生及儲存通信紀錄，或僅能產生一定影響，然而一旦資訊處於參與者自身管領範圍內時，影響之可能性即改變。首先，通常第三人即不可能於參與通訊者無認識之情形下，不受任何注意取得已儲存之資訊，此時即欠缺建構秘密通訊自由範圍內特別保護必要性之重要特徵。此外，當事人於重要範圍內可自行決定是否要持續保存其所有之資訊。

雖然須考慮的是，通常並非於個別機器中執行刪除功能，即可完全刪除以電子形式儲存之資訊；依於言詞辯論中表示意見之專家鑑定人之陳述

，往往須透過特殊軟體之應用始可能完全刪除於電腦硬碟中之資訊。於此姑且不論刪除已儲存之數位資訊的可回復性細節，只要資訊處於傳播管道或通信紀錄儲存於通訊媒介處，使用者於其管領範圍內，即使以物理方式毀損資訊儲存設備，皆無處理及刪除資訊之可能。然而使用者得以各種方式保障處於其管領力下之設備，不使第三人未經授權而取得資訊，例如設定密語，或其他進入帳號之密碼，以及於使用個人電腦時安裝鎖碼安全程式與刪除資料之特別軟體。一方面值得注意者，機械功能逐漸複雜為媒介與終端設備趨於一致的後果，而另一方面此實係隨著終端設備基本構造及使用性能之改善而出現。依電信法第102條第1項第1句之規定，服務業者應使顧客得持續地或於個別情形中，不顯示詳細通話之發話號碼。

就基本法第10條第1項規定之保護範圍而言，特別須與基本法第2條第1項之規定區分，最重要地並非使用人是否無論如何皆可確實刪除儲存於其管領範圍內之通信紀錄，更重要地在於此時與於其私密範圍內儲存之其他資料相較具有類似性，如自行儲存於電話機內之電話簿目錄或儲存於電腦硬碟之資料。在傳播過程中參與者缺乏監督及影響可能性而生之特殊風險，則不再存在。

對於在科技條件上，因使用第三人之設備而無法避免地對於私人領域喪失控制性，基本法第10條關於秘密通訊自由之特別保障即提供一平衡，並設置特別屏障，以防止因使用通訊科技而較容易取得通信紀錄。反之，人民可自行管領之私密領域則係受其他基本權利之保障，如基本法第13條第1項及資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）。

c)基本權利保障之範圍絕非止於電信通訊設備之終端設備（參照BVerfGE 106, 28＜37＞）。對於基本法第10條規定保障電信通訊私密性之限制亦可以取得終端設備內資訊之方式出現。至於基本法第10條第1項之規定是否保障不得以此種方式取得資訊，應視自由權之保障目的並考量特殊之風險狀況而定（參照BVerfGE 106, 28＜37＞）。如對於正在進行之通訊過程進行監聽，而取得於終端設備處之資訊內容，則亦為對於秘密通訊自由之限制。此時，傳播過程之一貫性即與純就技術定義上之區分不同（參照BVerfGE 106, 28＜38＞）。當資訊傳播過程結束後，就儲存於參與者處之通訊內容及通訊情狀而言，即不再處於如同使用電信設備作為通訊媒介一般相同之特殊風險中。

II. 系爭裁定為對於資訊自決權之限制

系爭裁定侵害憲法訴願人受基本法第2條第1項規定保障之資訊自決權

。

1.此時資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）並未因同時有基本法第13條規定之適用而無適用餘地（參照以下III.）。雖然通常基本法第13條為特別之自由權規定，優先於基本法第2條第1項之規定（參照BVerfGE 51, 97＜105＞; Hermes, in: Dreier, Grungesetz, 2. Aufl.＜2004＞, Art.13 Rn.119; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 5. Aufl.＜2005＞, Art.2 Rn.73），但如一般人格權及其衍生出之資訊自決權，其基本權利之保障範圍與特別自由權之保障範圍僅部分重疊，或一獨立而具有明確輪廓之自由權領域已成形時，即未受排斥而不適用（參照Scholz, AöR 100＜1975＞, S.80＜116 ff.＞; Murswiek, in: Sachs＜Hrsg.＞, Grundgesetz, 3. Aufl.＜2003＞, Art.2 Rn.138）。

此時即為上述情形。命令搜索住宅，目的在於保全儲存電信通信紀錄之資訊儲存設備或手機，故此措施並非僅限於突破私人領域上空間的界限。基本權之限制對於基本權而言，更因此具有附加之重要特質，此應就通訊過程加以說明。基本法第2條第1項及第1條第1項規定具有之特殊內涵，例外地使其未受基本法第13條規定排斥而不適用，根源於通信紀錄之特性及保障空間上具有距離之通訊之完整性，而對於基本法第10條規定而言具有補充功能。

2.於現代資訊處理之情形下，人格自由發展之前提為保護個人資料不被無限制取得、儲存、使用及傳送，此係受基本法第2條第1項及第1條第1項規定導出之基本權保障。此時基本權利保障個人原則上可自行決定個人資料之放棄及使用之權限（參照BVerfGE 65, 1＜43＞）。

當個人無法知道何人、何時、於何種場合知悉自己何種資料時，此基本權利亦具有保障不致心生恐懼之效果，而致行使其他基本權利時受影響，否則個人基於自我決定為計畫及抉擇之自由即可能因此嚴重受阻礙。

不僅基於相關個人之利益，應避免因他人知悉秘密所生對於行使基本權利之嚇阻效果。公共利益亦因此而受影響，蓋於以人民行為及合作能力為基礎而建立之自由民主社會中，自我決定為一重要之功能要件（參照BVerfGE 65, 1＜43＞）。

3.a)當涉及電信通信紀錄時，秘密通訊自由及資訊自決權處於互補之關係。就電信通訊過程而言，基本法第10條之規定於其適用範圍內包含特別保障，優先於資訊自決權之一般保障（參照BVerfGE 67, 157＜171＞; 100, 313＜358＞; 107, 299＜312＞; 110, 33＜53＞;聯邦憲法法院第一庭2005年7月25日判決 - 1 BvR 668/04 -,

NJW 2005, S.2603＜2604＞）。如對於秘密通訊自由之限制涉及取得與個人相關之資料時，則聯邦憲法法院於人口普查判決中本於基本法第2條第1項及第1條第1項規定所發展出之標準（參照BVerfGE 65, 1＜44 ff.＞），原則上即應套用於基本法第10條第1項規定之特別保障（參照BVerfGE 100, 313＜359＞; 110, 33＜53＞）。

如無基本法第10條規定之適用，則儲存於當事人管領範圍內與個人有關之通信紀錄係受基本法第2條第1項及第1條第1項規定導出之資訊自決權之保障。電信通訊情狀之特別保護價值應予考量，空間上具有距離之通訊私密性於傳播過程結束後亦應受保障。

b)所謂通信紀錄係指與個人有關而可能具有重要說明內容之資訊，故應受資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）之保障。

隨著數位傳送設備之運用，電信通訊已無所遁形，而持續留下蹤跡。經由數位化，不僅於服務業者處，更於使用者之終端設備處，無須其協助即留下各種通信紀錄，提供其參與之通訊連線、資訊傳送之時點及持續期間、有時並及於參與者所在之地點等一定資訊，且除個別通訊過程外，往往此資訊亦會被儲存。由所留下通信紀錄之數量及其說明之內容，經常可得出參與通訊者的鮮明形象。而因為傳播管道、服務業者及終端設備間的一致性，於電信通訊中逐漸出現強迫性的資訊流通。終端設備，尤其是手機及個人電腦，不再僅使用於個人資訊交換，亦逐漸使用於日常生活行為，如購物、支付帳單、資訊之取得及傳播與其他各種服務之運用。愈來愈多的生活領域係由現代通訊媒介予以架構形塑，因此不僅出現之通信紀錄數量增多，其說明之內容亦復如此。這些資訊愈來愈可提供關於彼此關係之類型及親密度、興趣、習慣、喜好及個別通訊內容之線索，並依留下之資訊種類及範圍，提供可描繪出性格特徵之知識。

4.資訊自決權保障不得以任何方式取得與個人有關之資訊（參照BVerfGE 65, 1＜43＞; 67, 100＜143＞）。如同本案中搜索裁定具有目的性，且明白以保全可能儲存電信通信紀錄之資料儲存設備為目的者，係對基本法第2條第1項及第1條第1項規定保障之基本權所為之限制（參照BVerfGE 107, 299＜314＞中關於基本法第10條規定之部分）。

5.對於基本法第2條第1項規定之限制應有法律依據，且須明確規定限制之要件及範圍，且其規定須為相對人可認識，以符合法治國之法律明確性原則（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02-, NJW 2005, S.1917＜1919＞）。刑事

訴訟法第94條以下及第102條以下之規定符合憲法之要求（a）；就其他限制之限制要件而言，亦符合比例原則之要求（b）。

a)依本庭之一貫見解，刑事訴訟法第94條以下之規定，如就保全及扣押資訊儲存設備及儲存於其中之資料而言，已符合憲法之要求（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917＜1919 f.＞）。相關規定符合特別針對資訊自決權所為之要求，即立法者就取得資訊之使用目的所為之規定，應限定其範圍、且規範明確、並為相對人可預見；將所有措施皆嚴格限於調查之目的，尤其為查明犯罪行為，此要求即獲滿足（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02-, NJW 2005, S.1917＜1920＞）。

此亦適用於刑事訴訟法第102條以下授權採取搜索措施及就其要件所為之詳細規定。刑事訴訟法第94條原則上係就保全或扣押資訊儲存設備或相關資訊之備份所為之規定，為此亦可命為必要之搜索並實施之。

b)考量儲存於當事人終端設備之通信紀錄的特別值得保護之價值，及因此產生基本法第10條及第2條第1項規定間之互補關係，除刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定外，比例原則亦不要求其他特別的限制之限制。如刑事訴訟法第100g條所規定之通常情形，以調查極重要之犯罪行為（參照聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2000年12月14日裁定 - 2 BvR 1741/99, 276, 2061/00 -, BVerfGE 103, 21＜33 f.＞; Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl.＜2005＞, §98a Rn.5）或刑事訴訟法第100a條第1句規定之犯罪行為類型為目的，即非取得儲存於當事人處通信紀錄之前提。

aa)比例原則要求任何手段須遵守合憲之目的，且為達此目的其手段係適當、必要及合乎狹義比例性。基本權利之限制對於當事人而言不得過度不利，且須為當事人得預期者（參照BVerfGE 63, 131＜144＞）。

bb)有效之刑事訴追為限制資訊自決權之合法目的。藉由刑事法規以保障法律秩序向來為國家公權力之重要任務，而查明犯罪行為、調查犯罪行為人、確立其罪責並予以處罰、及釋放無罪之人，為刑事制度之重要任務，且為保護人民，此任務應於以司法形式且以調查真實為目的之程序中，以相同形式之方式為之，以貫徹國家刑事任務之需求。刑事法規及其於法治國程序中之適用為憲法之任務（參照BVerfGE 107, 104＜118 f.＞之詳細說明），犯罪行為之防制及調查在基本法上具有重要意義（參照BVerfGE 100, 313＜388＞）。

cc)為達成上述任務，依刑事訴

訟法第94條以下及第102條以下之規定而取得儲存於當事人管領範圍內之通信紀錄，不僅為適當、必要，亦為合比例。尤其依通信紀錄之特別值得保護之價值及因此與基本法第10條規定所生之互補關係，即與對於重要之犯罪行為進行訴追時允許對資訊自決權所為之限制，所要求之保障標準不同。

(1)於利益衡量之範圍內，一方面須考量電信通信紀錄具有特別值得保護之說明內容，於個別案件中可提供關於通訊及行動方式之重要線索。電信通訊之頻率、持續期間及時點提供關於彼此關係之類型及親密度之線索，並依取得資訊語句之精確度、數量及種類，提供可描繪出性格特徵及可得出通訊內容之推論（參照BVerfGE 107, 299＜320＞以及前述C.I.2.a）及C.II.3.b）。如涉及未參與待證犯罪行為而與受調查之當事人進行通訊者的資訊自決權時，基本權利之限制益發具有重要性。

另一方面須考量使用電子或數位通訊媒介之情形日增，且幾乎運用於所有生活領域中，加深了刑事訴追之困難度。現代電信科技逐漸運用於不同的犯罪行為中，並助長犯罪行為之效率（參照Hofmann, NStZ 2005, S.121）。

因此，刑事訴追機關須跟上科技進步之腳步，並非僅可視為刑事調查技巧重點之重要修正，以有效補強傳統調查手段，更應認為係由傳統犯罪形態之背景轉變至電子資訊交換以及其數位化之處理及儲存。

在此情形下，基於比例原則之要求，並不限於一般僅限於調查極重要之犯罪行為所需者，始可扣押儲存於當事人處之通信紀錄，否則對於刑事訴追將造成不當之影響。於調查工作實務中獲知之線民已於言詞辯論及書面意見中有力地說明，對於依現行刑罰範圍無法明確歸屬於上述類型之犯罪行為之訴追而言，取得儲存於當事人處之通信紀錄即具有高度之必要性，例如散布色情刊物，包括暴力色情刊物或人獸色情刊物（刑法第184條及第184a條），外國人居留之刑事法規（外國人居留法第95條）及經濟犯罪等領域之行為，皆屬之。

(2)聯邦憲法法院就涉及為取得儲存於電信媒介中之通信紀錄而採取之個別措施為比例原則之檢視時，曾認為限於以調查極重要之犯罪行為始為必要（參照BVerfGE 107, 299＜321＞），然如考量資訊取得之特殊性，此見解並不必然亦可適用於儲存於當事人處之通信紀錄。

因取得資訊係公開而非秘密進行，並未建立行動方針，並無取得未參與通訊之第三人－如電信通訊業者－之資訊之必要，且當事人就其所有之資訊狀態有影響之可能性，故可明確

得知就資訊取得本身而言，此時考量之手段具有較低之基本權利限制密度。

與另一方參與通訊者相較，取得儲存於當事人處之通信紀錄欠缺手段之秘密性，此對於是否屬於基本法第10條規定之保障範圍雖非必要之重要要件，但卻為限制秘密通訊自由之典型情形，基本權利限制之程度亦明顯提高。公開採取之措施使當事人除於進行監控時可調整其通訊行為外，當欠缺法定要件時，原則上可阻止相關措施之進行，必要時可請律師到場，或至少監督是否遵守搜索裁定中所定之限制，例如對於進行扣押時所定之原則本身，或可阻止浮濫執行法官之命令。

刑事訴訟法就此有特別規定，刑事訴訟法第106條第1項第1句明文規定搜索時當事人須在場。當事人如不在場，依刑事訴訟法第106條第1項第2句規定可由家族或鄰居中選定之代理人在場，以保障措施之公開性。刑事訴訟法第105條第2項規定要求於法官或檢察官不在場而進行搜索時，應視情形命進行搜索地區內地方自治團體公務員一名或地方自治團體之居民二名在場。

此外，因搜索措施公開進行，對於當事人而言，即可避免因本身不明瞭國家公權力之限制，進而事實上無法在事前採行權利保護手段之風險。

另外，此時並未取得處於未參與通訊之第三人之資訊，亦即電信通訊媒介之資訊。該第三人在技術及組織上無法採行預防措施，亦未因具體措施之執行而涉及其人或其物之資源，或因此面臨與客戶間之利益衝突。同樣情形可見刑事訴訟法第102條之規定，與對第三人進行搜索相較（刑事訴訟法第103條），對於搜索犯罪嫌疑人僅有較低之要求。

最後須注意，欲取得之資訊已處於當事人之管領範圍內，其擁有處理資料、保全資料及刪除資料之事實可能性（參閱前述C.I.2.b）。

對於當事人而言，如搜索或扣押之措施具有公開之特性，或大規模之住宅搜索對於私人領域具有廣泛層面之影響，並非限制資訊自決權之特殊情形，刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定即為對此種基本權利限制所為之規範。於進行比例原則之檢視時，須視情形考量基本權利限制之特別程度。

(3)基於上述所列之區分，就儲存於當事人處之通信紀錄為評價時，依憲法之角度即無須引用於刑事訴訟法第100a條及第100b條中所規定對於基本權利限制之特定要件。如同其他情形，例如檔案中包含之資訊而可作為證據方法者，刑事訴訟法第94條以下及第102條以下之規定即已為必要之搜索及保全措施提供足夠之授權基

礎。

III.系爭裁定為對於住宅不可侵犯性之限制

系爭之裁定應依基本法第13條第1項及第2項之規定為審查。

基本法第13條第1項規定住宅之不可侵犯性，本於人性尊嚴及人格之自由發展，以保障個人基本之生活空間（參照BVerfGE 42, 212＜219＞; 103, 142＜150＞）。於其住宅內，個人皆有不受干擾之權利（參照BverfGE 51, 97＜107＞; 103, 142＜150＞）。基本法第13條第1項之規定為保障空間上私人領域之防禦權，使私人生活不受干擾（參照BVerfGE 89, 1＜12＞）。

依基本法第13條第2項之意旨，搜索僅得依法官之命令為之，於急迫情形亦得由法律規定之其他機關為之，且僅得依法律所規定之方式為之，藉此強化基本權利之保障。法官保留之目的，在於以獨立且中立之機關就採取之措施為事前之監督（參照BVerfGE 57, 346＜355 f.＞; 76, 83＜91＞; 103, 142＜151＞）。依基本法之意旨，法官本於其人與事之獨立性及受法律之嚴格拘束（基本法第97條），於個別案件中得以最佳及最安全之方式保障當事人之權利（參照BVerfGE 77, 1＜51＞; 103, 142＜151＞）。法官應審查欲採取之措施並自行負責，並應注意確實遵守憲法及法律所定之搜索要件（參照BVerfGE 9, 89＜97＞; 57, 346＜355 f.＞; 103, 142＜151＞）。法官負有一定義務，應適當地作成搜索裁定，於可能手段及可預期之範圍內，確保對於基本權利限制之可預測性及可控制性（參照BVerfGE 103, 142＜151＞）。

IV.對於資訊自決權及住宅不可侵犯性之限制與比例原則之關係

1.於個別案件中，對於資訊自決權及住宅不可侵犯之重大限制，須以比例原則為合憲性事由（參照BVerfGE 20, 162＜186 f.＞; 96, 44＜51＞;聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917＜1920＞）。

a)搜索尤其須與犯罪行為之嚴重性及犯罪行為嫌疑之強度具有合比例關係（參照BVerfGE 20, 162＜186 f.＞; 59, 95＜97＞; 96, 44＜51＞;聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917＜1922＞）。此時須考量者並不限於刑事訴訟中潛在之證據方法的重要性，亦包括與程序上重要事物或資訊有關而可發現犯罪嫌疑之程度（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定 - 2 BvR 1027/02 -, NJW 2005, S.1917＜1922＞）。為進行刑事調查，僅於對犯罪嫌疑人有具體描繪之行為指控，亦即非僅有模糊之論點或單純之臆測時，始得進入其住宅（參照

BVerfGE 44, 353＜371 f.＞;聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日裁定−2 BvR 1621/03−, BVerfGK 2, 290＜295＞）。此外，配合命令所欲達到之目的，搜索必須有所獲之可能（參照BVerfGE 42, 212＜220＞; 96, 44＜51＞）。

b)取得儲存於當事人處之通信紀錄時，須考量該資訊具有較高之特別值得保護之價值（參照前述C.I.2.a及C.II.5.b）cc)(1)）。為比例原則之審查時，須注意此時涉及之資訊，區分為於當事人領域外受秘密通訊自由保障之資訊，及於當事人管領範圍內而受資訊自決權補充保障之資訊。此時亦須考量於刑事訴訟中須掌握之通信紀錄的重要性，以及與通信紀錄有關而可發現犯罪嫌疑之程度（參照聯邦憲法法院第二庭2005年4月12日裁定−2 BvR 1027/02−, NJW 2005, S.1917＜1921＞）。

於個別案件中，可能待調查之犯罪行為係微不足道，須扣押之通信紀錄僅具有些微的證據重要性，且發現犯罪嫌疑係不確定，此即與採取之措施相違背。

只要依具體情狀，未危及調查目的而可允許時，於搜索命令中應明定限於事實上必要範圍內之證據資料，以保障通信紀錄。尤其於當事人其他終端設備內發現程序上具有重要性之資訊而非自始即列入考量者，即須考量欲搜尋之通信紀錄在時間上之限制，或應限於特定之通訊媒介。

c)於執行搜索及扣押時，尤其是取得大量以電子化儲存之資訊時，須遵守聯邦憲法法院於2005年4月12日裁定−2 BvR 1027/02−中所發展出之憲法原則（參照NJW 2005, S.1917＜1921 f.＞）。此時尤其須注意，應盡可能避免過度取得對於程序不重要之資訊。僅為取得通信紀錄之目的，例如電子郵件之收發，通常並不須要扣押所有儲存於電腦硬碟中之資訊或全部資訊處理設備；因自始即為受有限制之搜索目的，於通常情形往往僅須當場檢閱終端設備即已足夠。

V.系爭之地方法院裁定違憲

系爭之地方法院裁定與憲法意旨有違。

聯邦憲法法院不得全面審查系爭裁定之合法性，僅得針對基本權利之意義，尤其是其保障範圍，審查是否有因基本上不正確之認識而致生明顯之瑕疵，或審查適用法律而對於基本法之基礎觀念為合理評價時，是否有未充分理解之情形（參照BVerfGE 18, 85＜92 f.＞; 95, 96＜127 f.＞）。

系爭之地方法院裁定侵害憲法訴願人受基本法第13條第1項及第2條第1項規定保障之權利。

1.系爭裁定並未侵害基本法第10條第1項規定保障之範圍。雖然搜索命令係以確認電信通訊之情狀為目的

，亦即確認通訊時點、參與通訊者之電話號碼及連線帳號，但僅涉及於憲法訴願人私人領域內，就已終結之通訊過程所儲存之資訊，此資訊非秘密通訊自由之保障範圍所及。

2.然而系爭裁定因未充分考量比例原則，侵害憲法訴願人受基本法第13條規定保障之住宅不可侵犯性以及資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）。

雖然地方法院作成之搜索命令已充分明確，並正確地僅檢閱可能之行為時點中之通信紀錄。而可能仍未確定者，僅為已知之事實是否真的構成具有犯罪行為之嫌疑。然而此犯罪嫌疑可認為幾乎不成立，且考慮中間已經過一定時間及因此極度有限之發現可能性，此犯罪嫌疑亦絕對無法合理化對於憲法訴願人基本權利已為之嚴重侵害。

a)考量在資訊傳播過程中有多數人介入，即可得出極不可能成立之犯罪嫌疑。其中有些人單純基於自己陳述即被排除為犯罪嫌疑人；但憲法訴願人卻無此機會，因其從未曾受訊問。其他人，如F.律師，則完全未被質疑。而對於憲法訴願人則逕以犯罪嫌疑人之身分進行調查，僅因其於其他場合表示認識該名Spiegel雜誌記者。

基於聯邦憲法法院第二庭第三預審庭2004年2月5日裁定－2 BvR 1621/03－（參照BVerfGK 2, 290＜297＞）之意旨，是否極不可能非由長期關切機密保護之週刊代表人為資訊之散布，應先予以說明，而本案中地方法院在實質內容上則完全未說明。反之，地方法院卻毫無疑慮地確信，並無經驗法則可證明媒體工作人員僅為媒體本身服務，並不會將所知資訊告知同事。

地方法院反而採信律師事務所職員S.於2002年10月28日受訊問時之證詞，於開庭當日並非「百分之分百」確定Focus雜誌編輯之來電。而對於N. 律師之前相反之陳述（2002年10月23日之警方筆錄），表示其於2002年9月6日下午發現曾有二新聞雜誌來電之通知留言，地方法院本應不可避免地為詳盡探究，取而代之者卻推測此可能為律師之記憶有誤。然而矛盾的是，職員S.於之前多次訊問中，甚至可以一再說出Focus雜誌編輯於2002年9月6日來電之大約時點，並可與後續數週內其他記者之來電區分（2002年10月23日之警方筆錄）。

地方法院卻認為前述事實仍無法排除憲法訴願人之犯罪嫌疑，明顯無法說服何以可確信具有犯罪嫌疑之可能性。

b)此外，地方法院未充分考量刑法第353b條第1項規定（洩露公務秘密罪）中所稱對於重大公益之危害，此於本案中仍有疑義。

2004年10月12日之系爭裁定對於

明顯之問題仍未見任何說明，如於2002年9月6日警方紀錄中對於其他部分皆詳細說明，何以對於據稱原計畫進行之重要跟監措施卻隻字未提。因此即更有理由相信，地方法院之見解毫無意識到，犯罪嫌疑人P.之友之「澄清」及二次於其住宅內與其會面之嘗試，即為「中斷」之跟監行為之部分。凡此種種皆同憲法訴願人提出之異議，未掩飾之措施即係為與該人取得聯繫。審酌上述情形，不禁可懷疑，警方對憲法訴願人進行調查得出之概括說明，即使於其提出異議後，亦未進一步具體化其說明，地方法院依自身心證而未調閱前審程序之卷宗，未經審查即認定有「中斷」「原計畫」之跟監行為。

雖然依通說，對於影響重要公共利益之具體危害亦可為間接的，例如可能動搖社會大眾對於公行政政黨中立、清廉及功能性之信任（參照BGHSt 11, 401＜404＞; 46, 339＜340 f.＞; BGH, NStZ 2000, S.596＜598＞; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, S.169＜170＞; OLG Köln, NJW 1988, S.2489＜2490＞; BayObLG, NStZ 1999, S.568＜569＞; Tröndle/Fischer, StGB, 53. Aufl.＜2006＞, §353b Rn.13a m.w.N.; Lackner/Kühl, StGB. 25. Aufl.＜2004＞, §353b Rn.11; 不同意見參照 Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl.＜2001＞, §353b Rn.6a und 9; Hoyer, in: Sysematischer Kommentar zum StGB, Loseblatt＜Stand: November 1997＞, §353b Rn.8）。然而地方法院對基於個別案件之整體評價所生必要且與之相關之特別的確信（參照BGH, NStZ 2000, S.596＜598＞; Tröndle/Fischer, 前揭書），皆毫無說明。

c)對於未調閱前審程序卷宗，地方法院之理由為依現有文件無法得出任何矛盾之處，然考量犯罪嫌疑之薄弱程度而促使地方法院仍命為後續調查，其理由即不具有說服力。面對充其量僅存在薄弱的犯罪嫌疑以及因此須進一步為事實之調查，並考量相關基本權利之重要性及憲法訴願人之職務，對於何以不調閱卷宗之問題，地方法院仍欠缺具有說服力之答案。且因程序已持續數月之內，並不存在特別之急迫性。將憲法訴願人知悉之檔案內容與媒體報導相比較，特別是2002年9月8日Handelsblatt之報導，即可得知，報導之內容包括無法由卷宗獲知，亦為憲法訴願人所無法知悉之內容，然而此報導內容卻為其間呈送於地方法院之警方內部機密報告內容部分（參照2002年9月6日由法蘭克福FBI在場對N.及其他人所為之筆錄）。

d)為發現證據方法而進行搜索之適當性，自始即有疑義。於作成搜索命令時距此重大犯罪行為發生已五個

月，其間刑事訴追機關已對直接與憲法訴願人職務上有關之範圍進行大規模調查。即使僅有憲法訴願人未就此事件受訊問，亦可預期憲法訴願人應可知已對其產生之犯罪嫌疑。因此，地方法院應說明，如已將憲法訴願人視為犯罪嫌疑人，是否無法預期憲法訴願人已消滅或刪除與記者聯絡之證據。

e)反之，考量憲法訴願人之職務身分，即已嚴重侵入空間上之私人領域。雖然憲法訴願人於依刑事訴訟法第33a條進行之程序中已強調，搜索其住宅嚴重影響其身為受命調查法官之職務身分，然而於地方法院後續之裁定理由中，未經詳盡說明即認為，並無明顯理由可認為搜索不符合憲法之要求。因此，地方法院忽略於基本權利嚴重受限制時，對於該限制應進行比例原則之審查。具有受命調查法官之特殊身分卻被指控洩漏公務秘密，一般即已提醒指控其具有犯罪嫌疑時應謹慎為之。如偵查機關及法院於搜索後維持犯罪嫌疑之認定，並可獲確認，更加強犯罪嫌疑指控之影響。然而，如系爭之調查手段並不具有急迫之需要時，則就犯罪嫌疑更須有特別詳盡之調查。

f)此外，地方法院於其決定中，對於資訊自決權（基本法第2條第1項及第1條第1項）之意義認識有誤，於命令進行搜索以查明電信通訊之情狀時，在利益衡量上未考量取得具有特殊基本權保障性質之通信紀錄資訊之重要性。

g)仍未確定之犯罪嫌疑及對於搜索之適當性之重大疑義，與對於住宅不可侵犯性及憲法訴願人資訊自決權之限制相較，未合乎比例原則。基於憲法之意旨，地方法院應不得作成搜索之命令 。

VI.結論

1.地方法院之裁定牴觸基本法第13條第1項、第2項及第2條第1項之規定，應予廢棄（聯邦憲法法院法第95條第2項）。本案及憲法訴願程序費用之裁判發回Karlsruhe地方法院（聯邦憲法法院法第95條第2項）。

2.關於返還必要費用之裁判依聯邦憲法法院法第34a條第2項之規定為之。

D.法官評議過程

本判決一致通過。

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

「政府舉辦運動博奕」判決

BVerfGE 115, 276
德國聯邦憲法法院第一庭2006年3月28日判決
– 1 BvR 1054/01 –

詹鎮榮　譯

要目

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

關鍵詞

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

裁判要旨

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

案　由

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

裁判主文

1.根據1999年4月29日巴伐利亞自由邦舉辦彩券及博奕條例（邦彩券條例：Staatslotteriegesetz）（Bayerisches Gesetz- und Verordnungs-blatt Seite 226）規定，巴伐利亞邦境內之運動博奕，唯有巴伐利亞自由邦始得舉辦，並且從事商業性之銷售。然而此等獨占規定，並非始終以對抗賭癮危害之目標為取向，故根據判決理由，乃與基本法第12條第1項規定不符。

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

3.新規定公布前，邦彩券條例得在符合理由所揭意旨之情形下，繼續適用之。

4.憲法訴願其餘部分駁回。

5.巴伐利亞自由邦應返還憲法訴願人所為之必要墊款。

理　由

A.憲法訴願之標的

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

I.運動博奕之種類與發展

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

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

II.相關法律規定

1.聯邦法律透過刑法第284條規定，將未經許可之公開博彩，科以刑罰制裁。根據該條第1項規定，「未有官署之許可，公開舉辦或從事博奕，或提供博奕之機具者」，處二年以下有期徒刑，或併科罰金。此外，根據刑法第284條第4項規定，從事公開博彩之廣告者，處一年以下有期徒刑，或併科罰金。

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

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

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

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

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

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

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

2.防止過度之博奕誘惑；

3.排除賭性遭到私人或商業營利意圖之濫用；

4.確保博彩得以合秩序，且有所據地實施；

5.確保博彩收入之大部分，用以促進稅捐法意義下之公共或稅捐優惠目的。

為達上述目的，彩券邦際協定第4條規定：

一般規定

(1)公開博彩之發行、辦理與商業銷售，應符合第1條所規定之目的。

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

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

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

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

III.事實與爭點

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

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

2.行政法院認為，確認之聲請不合法，應予駁回。然而，在課予被告顧及法院法律見解下，對於核發許可之申請負有重新裁決義務之範圍內，則認為課予義務之聲請為有理由（SpuRt 2001, S. 208）。本質上，法院係立基於如下之思考而為判決：被告應本於基本法第12條第1項之規定，依合義務性之裁量，對於憲法訴願人之申請作出決定。蓋有關運動博奕企業主之此類職業－邦法上－規定，並不存在。在憲法訴願人具有可信賴性，以及應由被告加以確認之活動不具危害性之前提要件下，被告應核發無疑慮之證明。

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

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

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

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

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

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

另一方面，立法者亦明知賭性不可能完全地受到抑制。是以，刑法第284條第1項透過足以阻卻刑罰之行政機關許可方式，為賭性提供了一項疏導機制。對刑法享有立法權之聯邦立法者而言，乃有義務在合比例之範圍內，決定將何種行為評估為是具危害性的，並將其置於刑罰威脅之下而禁止之。倘某一行為原則上被評價為應受到刑罰之制裁，則此等評估乃是根植於該行為對於所欲保護之法益，構成了一般性之危害。從而，若吾人對於刑法第284條第1項作如下理解，則將與發行博彩具有危害性之法律上評估，有所未合：亦即唯有當博彩在違反現行有關許可必要性規定之情形下，未經許可而發行或銷售時，刑法始應予以介入。在聯邦憲法法院2000年7月19日之賭場裁定(Spielbankenbeschluss)－ 1 BvR 539/96－（BVerfGE 102, 197 <223 f.>）中，亦同樣是建立在將刑法第284條第1項理解為抑制性禁止規定之基礎上。

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

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

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

有鑑於公開博彩將威脅到人民以及博彩業者之危害防禦觀點，限制職業進入若是為了保護特別重大公益所需要者，則其本身即是被容許的。此等前提要件，在此業已滿足。經由公開之博彩，人民受到危害之威脅。此乃涉及到個別投注者及其家屬之財產；且在財產損失之情形，則間接涉及到公預算之支付能力。就賭癮而言，則涉及到投注者之健康。刑法則是根植在將上述所稱法益評價為特別重大公共利益之的基礎上，就如同透過第六次刑法改革法，將刑法第284條以下規定予以加重化一般。立法者透過抑制性禁止之規定，認定可防止或減少因參與博彩所預計帶來危害，係根植於其對於此等危害所作之評價。

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

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

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

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

在邦彩券條例之制定過程中，同樣地受到強調：國家之彩券行政確保非自為追求獲利之博彩，及其辦理不受操控，且可受到信賴。發行人自我獲利之欠缺，可有助於賭性之防堵。此外，高等行政法院乃正確地指出，固定勝率制博奕之特性，不僅在於有特別保護簽賭者個人免於受到博彩一般性危害之必要，更進一步涉及到個別契約之履行（einzelvertragliche Abwicklung）。蓋在此，並不存有一對於所有簽賭者皆具有拘束力之投注方案。於此情形下，基於重大公共福祉之理由而禁止固定勝率制博奕，對於私人之發行者或經銷商而言，亦屬期待可能。

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

從歐盟法之規範中，並無法導出其他之評價。縱此，根據歐洲法院之

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

IV.憲法訴願人之主張

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

a)與系爭裁判之見解不同者，固定勝率之運動博奕並不涉及到刑法第284條第1項意義下之博彩，蓋此種類型之博奕，並非偶然（Zufall），毋寧是投注者之專業知識，決定博奕之輸贏。運動博奕與博彩亦不屬於不被期待之活動，蓋巴伐利亞自由邦透過運動博奕ODDSET之強勢供給，已使得運動博奕成為普遍存在之日常事件。基於相同理由，為正當化博奕獨占所提出之對人民有害說詞，亦同受質疑。準此，立法者在未充分調查堅實基礎之前，即草率地運用其預測及判斷餘地。同樣地，聯邦行政法院亦忽視了在賽馬博彩條例之基礎上，已形塑了商業賭馬仲介業者，及其受國家監督之長年正面經驗；而且，憲法訴願人之請求，基本上亦僅是希望將博奕仲介業之活動，擴及至其他運動類型而已。相同之經驗，自1990年起事實上亦已存在於德國。若干尚握有德意志民主共和國許可之私人企業，仍提供商業性運動博彩。最後，在歐洲之其他國家，尤其是奧地利，商業性博奕企業亦受到許可。無論如何，博奕之龐大需要，在德國係屬存在。

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

基於相同理由，基本法第3條第1

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

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

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

2.在聯邦憲法法院之要求下，憲法訴願人補充性地對於彩券邦際協定之效力表達意見，並且確認其截至目前為止所提出之主張。憲法訴願人主張，彩券邦際協定並不排除對刑法第284條第1項規定之憲法疑義，尤其是不排除對於系爭裁判所為解釋之質疑。蓋如同邦彩券條例一般，刑法第284條第1項本身並不禁止博奕之發行與銷售。對此，該條項亦從未明文提及。根據彩券邦際協定之規範狀況，憲法訴願人遭受到違憲地拒發許可，並且在無聯邦行政法院所要求之批判性審查情形下，現行體系仍持續適用之。

V.相關機關團體之意見

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

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

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

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

刑法第284條第1項之原則性禁止，對於防止保護健康之特別重大公益遭受嚴重危害而言，乃屬絕對必要。此乃涉及到保護人民免於遭受到毫無控制，以及過多博彩供給所造成之損害結果。在聯邦藥品受託人（Drogenbeauftragte）之行動綱領中，已認知到越來越多病態博彩行為之問題，並且要求應更明確地向提供者以及公眾指出博彩之危害潛在性。在此情形下，透過禁止所能達成之供給減少，對於降低未經許可博彩所帶來之危害而言，乃屬妥適。聯邦由於欠缺權限，故無法規定較之於原則性禁止更為輕微之手段。禁止之適宜性，乃源自於投注者之自我保護並未受到充分保障之現象。此外，運動博奕正因為是一種情緒性之參與活動，並且係以體育知識作為基礎之幻想式掌控確信，故具有特別之成癮潛在性。準此，運動博奕無論如何不應被排除於刑法第284條適用範圍之外；即使是不面對目前國家運動博奕供給之情形，亦然。禁止之正當性，亦足以支撐刑罰科處對於基本法第2條第2項第2句規定所造成之侵害。

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

2.巴伐利亞邦政府主張憲法訴願為無理由，並認為侵犯歐盟法之異議為不合法。

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

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

範及形塑餘地（Regelungsund Gestaltungsspielraum）。

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

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

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

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

b)在內容上至今仍對巴伐利亞自

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.德國博奕仲介業協會認為，排除商業性運動博奕之發行，係屬違憲。既存之獨占，無論如何皆屬不適宜。蓋據稱與其相連結之優點，並無法獲得確保。毋寧，在一方面，私人營利被評價為不道德；但在另一方面，卻於獨占體系中，呈現出國家吸收營利與追求營利之現象。此兩者之間，理應是相互矛盾。同樣地，即使國家自行發行博奕，仍欠缺內容管制，而且立法者仍依舊維持獨占化之單純事實，此皆與所號稱之獨占化必要性有所扞格。介於監督與國家供給者兩者間所欠缺之距離保持，阻礙了對國家供給為有效之控制。此亦顯示出，已被提出之限制政策，乃與作業實務產生衝突。抑有進者，未被思考者，乃博奕之危險源根本並非來自於為獲取經濟上之自我利益，對於維持營運感到興趣之發行人。毋寧，乃存在於同遭國家及商業性發行人所唾棄之第三人對博奕事件所為之操控。最後，勝率之估算，應完全視為是具有典型風險之企業活動。

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

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

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

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

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

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

VI.言詞辯論中之陳述

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

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

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

德國足球聯盟則在國家博奕獨占之現行規定關聯性下，指出體育之特殊財政關涉性。

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

B.憲法訴願部分合法

憲法訴願為合法。

然而，就違背歐盟法之聲明部分，則不合法。以歐盟法為基礎之權利，並不屬於得根據聯邦憲法法院法第93條第1項第4a款規定提起憲法訴願以資救濟之受侵害基本權利，或是類似基本權之權利（vgl. BVerfGE 110, 141 <154 f.>）。違反歐盟法之可能性，亦不得以下列理由，而加以責斥。亦即：有鑑於歐盟法之優先適用性，必要時得無須有一可適用的，並用以填補基本權法律保留之法律。從而，不存在有對基本權保障之限制。蓋對於國內單純法規範與歐盟法之規定是否相一致之決定性問題，聯邦憲法法院並不具有審判權（vgl. BVerfGE 31, 145 <174 f.>; 82, 159 <191>）。

C.憲法訴願部分有理由

憲法訴願部分有理由。

I.巴伐利亞邦彩券條例違反基本法第12條第1項之規定

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

1.首要之憲法審查基準，為基本法第12條第1項之職業自由基本權。

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

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

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

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

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

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

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

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

公共任務之義務。

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

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

2.憲法審查之標的，應以專業法院透過解釋所已知悉之重要規範內容為基礎。聯邦憲法法院不得全面審查行政法院對法規範之解釋與適用，毋寧僅得以在侵犯憲法基礎之上為之（vgl. BVerfGE 18, 85 <92>; 106, 28 <45>; stRspr）。在此，憲法審查尤其乃針對如下之問題為之：是否所適用之法規範與系爭專業法院之裁判賴以為據之上位法規內容相一致？以及在有此等情形下，是否對基本法之尊重提供了一項合憲性之解釋可能性（vgl. BVerfGE 32, 319 <325 f.>; 75, 302 <313>）。

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

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

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

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

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

b)限制職業自由基本權之規定，與聯邦與邦立法權限之分配相符。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

有利之方式操控結果。準此，運動博奕對於運動事件之誠實性，亦構成危險。

dd)相反地，國家之國庫利益本身，並無法成為建制獨占之正當化事由。

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

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

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

d)國家博奕獨占之法律上建制，原則上係屬達成正當目的之一種適宜手段。

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

aa)根據此等基準，立法者假設國家博奕獨占之建制，係屬一種得對

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

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

e)立法者亦可認定博奕獨占之必要性。

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

bb)根據此等基準，立法者對於博奕獨占必要性之判斷，憲法上應無可異議。

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

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

然而，在博奕獨占框架下提供運動博奕之ODDSET，並非始終以限制

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

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

bb)對於實現博奕獨占所欲達成之重要公益而言，此等規定未盡充分。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

動為取向。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

在博奕獨占之框架下，國家彩券行政優先限縮在一種間接的、對於－潛在－投注者不主動溝通的預防措施上。對個人及公眾造成損害之過度參與博奕，應透過即便是有限制的，但卻具備充分吸引力之公開博奕供給，以及進而將博奕衝動導入正規且穩定途徑之方式避免之。從成癮醫學之觀點出發，此等構想雖然為以預防問題博奕行為為取向之博奕供給提供了妥適之結構性立足基礎（vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293 <302>）。然而，在現今之國家博奕供給範圍內，並不存在除此之外之其他重要主動成癮預防措施。毋寧，國家彩券行政僅限縮在彩券邦際協定第4條第4項所規定義務之遵守而已，亦即備妥有關賭癮、防治，以及治療可能性之資訊。在國家彩券行政之網頁中，以鮮受矚目之位置，對過度參與博奕之危害作極為有限之警示，並且連結可個別被讀取之簡短訊息。在實體銷售部分，在國家彩券行政於言詞辯論中陳述意見後，投注站提出了夾頁摺冊（Faltblatt）。然而，網頁資訊以及夾頁摺冊僅列舉出問題博奕行為之徵兆，以及指引聯邦健康宣導中心（Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung）之諮詢服務可能性而已。

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

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

揭之正當目的為取向時，尤其是對抗賭癮以及限制博奕衝動，始具有正當性。

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

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

II. 系爭法規範違憲之效果與立法者之改善義務

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

某一法律規定與基本法不相一致時，立法者擁有諸多排除違憲狀態之可能性；聯邦憲法法院通常僅會考慮將該規範宣告與基本法不符而已（vgl. BVerfGE 99, 280 <298>; 104, 74 <91>; 105, 73 <133>）。在本案中，此方式亦被採行。

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

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

關於運動博奕方式及類型之實質基準，以及限制其市場化之規範，乃屬必要之規定。

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

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

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

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

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

b)在2007年12月31日期限屆至之前，應制定新的相關規定。

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

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

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

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

III.系爭行政法院裁判效力之存續

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

以，憲法訴願針對不服該裁判之部分，為無理由。

D.墊款償還

關於墊款償還（Auslagenerstattung）之決定，應根據聯邦憲法法院法第34a條第2項及第3項規定為之。

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

「企業暨營業秘密保護案」裁判

BVerfGE 115, 205
德國聯邦憲法法院第一庭2006年3月14日之裁判
－ 1 BvR 2087, 2111/03 －

楊子慧　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.事實與爭點
I.本案爭點涉及之法規條文
II.相關事實與行政訴訟程序
III.本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）
IV.提起訴訟人（憲法訴願人）聲請之暫時處分
V.本案關係人陳述之意見
B.程序審查
I.程序不受理部分
II.程序受理事由
C.實體審查
I.要求公開企業暨營業秘密而受指摘之裁判侵害提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由
II.提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由受到違憲之侵害
III.企業暨營業秘密不受基本法第14條第1項之保護
IV.指摘中間程序之執行方式侵害法律上聽審權及訴訟上武器對等原則於實體上無理由
D.裁判及表決結果
不同意見書

關鍵詞

企業暨營業秘密保護（Schutz von Betriebsund Geschäftsgeheimnissen）
有效權利保護之保障（Sicherung effektiven Rechtsschutzes）
主導市場的企業（ein marktbeherrschendes Unternehemen）
資費確定程序（Entgeltfestsetzungsverfahren）
資費審查（Entgeltkontrolle）
用戶管線通路

（Teilnehmeranschlussleitung）
中間程序（Zwischenverfahren）
本案訴訟程序（Hauptsacheverfahren）
職權調查原則形塑的行政訴訟（vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägter Verwaltungsprozess）
提交文書資料之義務
（Vorlageund Auskunfspflicht）
閱覽卷宗之權利（Akteneinsichtsrecht）
行政程序之卷宗資料
（Verwaltungsvorgänge）
秘密之公開
（Offenlegung der Geheimnisse）
公開之利益（Offenlegungsinteresse）
自由心證原則（Grundsatz der freien Beweiswürdigung）
密室程序（“in camera“-Verfahren）
舉證負擔分配（Beweislastverteilung）
比較市場程序
（Vergleichsmarktverfahren）
相衝突的職業自由之侵害
（Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit）
持續的甚或危及生存的損害
（nachhaltige oder gar existenzbedrohende Nachteile）
多方法律關係
（mehrpoliges Rechtsverhältnis）
事實情況調查（Sachverhaltsaufklärung）
法律上聽審權保障
（Gewährung rechtlichen Gehörs）
訴訟上武器對等原則（Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit）
侵害的合比例性之判斷
（Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs）
立法者的評價暨形成餘地
（Einschätzungsund Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers）
相衝突法益的合憲分配
（der Verfassung entsprechende Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter）
實際的協調之建立
（Herstellung praktischer Konkordanz）
衡量標準（Abwägungskriterien）
具體化衡量方針（Konkretisierung des Abwägungsprogramms）
理性化衡量過程（Rationalisierung des Abwägungsvorgangs）

裁判要旨

就主導市場的企業向進入其電信網路之第三人索取資費之許可的行政法爭議，依行政法院法第99條第2項的中間裁判範圍內，一方面係企業暨營業秘密保護之關係，另一方面係有

效權利保護之保障。

案 由

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

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

II. –1 BvR 2111/03–（案號）1. 直接針對a）聯邦行政法院2003年8月14日裁定－BVerwG 20 F 1.03－，b）北萊因－威斯伐倫邦高等行政法院2002年7月9日裁定－13a D 53/02 －，c）聯邦經濟暨工業部2002年2月13日之決定－VII A 3-160803/5－，d）聯邦行政法院2003年8月15日裁定－BVerwG 20 F 8.03－，e）北萊因－威斯伐倫邦高等行政法院2002年10月2日裁定－13a D 80/02－，f）電信暨郵政管制署2002年6月11日之決定－03d B 1961–；2.間接針對行政法院法第99條第2項、第100條第1項、第108條第2項作成裁判。

裁判主文

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

2.聯邦行政法院之（前開）裁定應予撤銷，並發回聯邦行政法院更審。

3.其餘爭點於實體上無理由。

4.德國必須償還提起訴訟人（憲法訴願人）本項程序的必要費用。

理 由

A.事實與爭點

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

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

I.本案爭點涉及之法規條文

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

第99條

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

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

抗告，由聯邦行政法院裁判之。抗告程序適用第4句至第11句。

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

第1項　訴訟當事人得閱覽法院卷宗及已提交給法院之檔案。

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

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

第108條規定

第1項　法院應基於訴訟程序之最終結果所得之自由心證為裁判。判決應載明主要構成法官心證之理由。

第2項　判決應以當事人可對之陳述意見的事實及證據調查結果為基礎。

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

舊電信法第75條之1有如下規定：

營業或企業秘密

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

第2項　行政法院訴訟程序中當管制署替代為最高行政監督機關

時，適用行政法院法第99條規定。

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

新電信法第138條規定如下：

管制署之提交與提供資訊之義務

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

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

第3項　聲請應在法院通知當事人管制署對於文件提交之決定後一個月內提出。管制署基於法院要求必須提交文件；不適用行政法院法第100條。法院成員有保密之義務；於裁判理由中不得公開應保密文件之種類與內容。反對法院就文件應提交或得提交之裁判，得向聯邦行政法院提起抗告。抗告由本案管轄之法律審上訴庭裁判。抗告程序適用第2句及第3句規定。

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

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

於本法生效前依行政法院法第99條第2項提出之聲請適用至今之規定。

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

II.相關事實與行政訴訟程序

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

政電信之法律上承繼者。

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

於許可程序中，提起訴訟人（憲法訴願人）必須提交企業管理上的文件；特別是詳細與全面的費用之證明屬之（參閱對此作為基準的時刻，電信資費管制條例第2條）。在法院原因案件訴訟程序之前，提起訴訟人（憲法訴願人）聲請有關容許進入用戶管線通路之資費許可的行政程序，於已進行的該程序的檔案中出現許多塗黑處。其係由提起訴訟人（憲法訴願人）視為企業或營業秘密之各該資料所標示之記號。

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

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

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

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

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

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

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

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

III.本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）

針對聯邦行政法院之（前揭）裁定提起訴訟人（憲法訴願人）提起人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序），此外於1 BvR 2111/03之程序提起針對高等法院、聯邦部及管制署之決定的人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）。提起訴訟人（憲法訴願人）指摘基本法第3條第1項、第12條第1項、第14條第1項、第19條第4項及第103條第1項受到侵害，其扼要陳述如下理由：

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

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

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

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

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

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

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

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

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

在相關利益的實質衡量上（前揭）裁定根本上未達到由基本法第14條第1項而來的基本權利之要求。其單方面將有效的權利保護置於與提起訴訟人（憲法訴願人）處於競爭的企業。提起訴訟人（憲法訴願人）就其企業暨營業秘密為有效的權利保護之要求甚至沒有被提到，亦未被列入考量中。

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

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

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

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

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

IV.提起訴訟人（憲法訴願人）聲請之暫時處分

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

在1 BvR 2111/03憲法訴訟程序（憲法訴願程序）提出須布暫時處分係針對為提交行政程序之卷宗資料的法院裁判而聲請，在這些裁判中於原因案件訴訟程序之原告撤銷的確定裁決中包含了資料數據。此外其包含專家鑑定書之陳述。按照提起訴訟人（憲法訴願人）、訴訟當事人之機關和專業法院一致的見解，這些文件亦含有提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密。審查庭已將其結果考量作為聯邦部及管制署評價之基礎，使得關於個別用戶管線通路、其之變賣及至事實上費用的詳細資訊未被列入，並且相關的說明根本上都是過時陳舊者。與此相應的反對須布暫時處分之理由佔上風。

V.本案關係人陳述之意見

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

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

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

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

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

提起訴訟人（憲法訴願人）之見－其基於基本法第19條第4項第1句對於有效權利保護之請求受到阻礙，蓋專業法庭僅給予本案行政法院裁判哪一文件具有裁判重要關聯性並且為專業調查所需者之權限－沒有說服力。基本法第19條第4項第1句保障經由法官之保護，並非反對保護。相對於管制署依據行政法院法第99條第1項第2句的決定提起訴訟人（憲法訴願人）有適當的權利保護。

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

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

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

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

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

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

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

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

訟人（憲法訴願人）在私人化之前已發現的結構為限。

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

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

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

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

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

99條第2項而失效。訴訟上武器平等的法治國的原則亦未受到侵害。

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

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

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

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

B.程序審查

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

I.程序不受理部分

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

II.程序受理事由

1.本案除前開不受理部分於程序上合法而受理。特別是提起訴訟人（憲法訴願人）具有訴請能力。依據基本法第93條第1項第4款之1、聯邦憲法法院法第90條第1項人民得提起基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）。對此人民之意涵，係指基本權利與準基本權利主體，亦即基本權權利能力（參閱聯邦憲法法院裁判全集39, 302〈312〉有詳細說明）。於本國私法人提起之憲法訴訟（憲法訴願），適用有利於其之基本權，但以依其本質得適用於法人者為限（基本法第19條第3項）；此等係為了肯定提起訴訟人（憲法訴願人）受侵害而指摘的憲法權利。

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

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

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

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

C.實體審查

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

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

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

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

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

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

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

2.職業自由之基本權利亦保障企業暨營業秘密。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

依此於原因案件訴訟程序中的當事人－提起訴訟人（憲法訴願人）之競爭者即有於其閱覽卷宗權利之範圍內獲悉提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密之可能性（參閱行政法院法第100條第1項），其中至少可能有重要的個別競爭策略和個別措施。法院開啟經由競爭者的企業暨營業秘密之獲悉和因此使之在競業中受到利用之可能已侵害了在職業活動的範圍內對於自己之營業的相關知識之使用的獨一性。在此構成基本權利之干預。

II.提起訴訟人（憲法訴願人）之職業自由受到違憲之侵害

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

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

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

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

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

就互有衝突的法益在適當性與必要性之審查未獲得正面之結論而顯然並無解答之情況下，應進行相當性階段之審查，以決定其於憲法上是否可接受。最後此等闡明須以衡量進行，並且須在整體上在實現所涉不同法益時將各種利弊列入考量。同時應審查，為保護其他法益而因此引起的可能性，在扣除相衝突法益之適合性與必要性之審查時，已具備相當性之關係，特別是有期待可能的，或謂相當性是否於下列情況較可能達成：倘鑑於其他法益之故可接受降低適合性與必要性審查之要求。如果有這種情況則須審查不同的解決可能性，即兩種角度中之何者對於相衝突法益之保護得以獲致最大可能保障之結果。

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

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

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

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

就這方面立法者沒有提供在此等多方法律關係中始終確保相對立之利益的實現之解決途徑。作成之決定總是若非有損於有效的權利保護，就是有損於保密之利益。僅當受託付適用法律之機關有可能以現行法為基礎獲得一項相衝突法益的合憲分配時，此等始滿足建立實際的協調之要求。

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

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

a）聯邦行政法院於其中間決定內由下列考量出發：

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

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

按照以此等考量為依據的聯邦行政法院裁判實務，全部文件之提交為法律上原意之原則，需要理由的秘密保護的拒絕提交為例外。爰此，聯邦行政法院在其對於進入提起訴訟人（憲法訴願人）之網絡之資費的法院審查的裁判中以主導市場的提起訴訟人（憲法訴願人）之企業暨營業秘密之保護原則上須讓步為出發點（不同見解，但係對於終止顧客契約之許可的審查BVerwG, ZUM-RD 2005, 頁244〈246〉）。否則聯邦行政法院以對於保密利益的嚴格要求將面臨法院審查可能性的威脅之限制。僅當對於市場強大的企業有持續的甚或危及生存的損害有發生之虞時，原則上公開義務的例外始有適用。

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

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

此外訴訟當事人之法律上聽審權

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

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

cc）於本案不能確定由提起訴訟人（憲法訴願人）視為選擇而以適當的方式指定的比較市場程序是否有助於資費數額的調查。總之在本案受指摘的裁判作成之時點，依據管制署之見對於相關電信服務業的可比較的市場不存在。現今比較市場程序在法律上就特別情況視為額外的審查工具而預先規定，申請的資費是否按照有效率的提供服務之費用而定（參閱第3條第3項電信資費條例TentgV，至2004年6月25日有效，以及目前的新電信法第35條第1項第1句第1款）。

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

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

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

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

c）然而此亦未排除在間接受指摘的行政法院法第99條第2項、第100條第1項及第108條第2項之規定的基礎上介於相衝突法益間透過衡量能建立實際的協調。例如倘保密利益並非重要至鉅，則其在有效權利保護之利益之後的讓步有正當理由。從而，鑑於有效權利保護之利益，特別是法律上聽審權之利益是否應給予秘密保護，始終需要衡量。

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

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

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

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

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

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

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

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

透過資費管制所追求之目標，並

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

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

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

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

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

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

倘持續的損害已足為秘密保護之理由，則不可能再達到存在之損害的更廣泛的界限。

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

聯邦行政法院並未進一步的闡明其如何理解持續性之概念。其僅僅提及「持續的損害」以及「對於訴訟參加人（即本案的提起訴訟人）（憲法訴願人）持續的損害」。假使持續性之概念倘應認如係合於對於提起訴訟人（憲法訴願人）作為企業的損害之嚴重及持續性，則在始終僅與一項特定電信服務－本案為進入網路－相關的一個資費決定實際上幾乎不可能出現例外情況。與此相反的僅合於特定的損害者，如在市場部分發生的損害，受保護之秘密涉及此部分者，無從由聯邦行政法院之闡釋推知，不過亦將導致重大的證明力的實際問題。此外持續損害的標準亦遭遇如下困境：在也許可能發生的僅微不足道的對於競爭者有效權利保護之損害的考量之下沒有預先規定一項有區別的衡量。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.企業暨營業秘密不受基本法第14條第1項之保護

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

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

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

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

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

D.裁判及表決結果

聯邦行政法院之裁定應予撤銷，本案發回該法院更審。

關於必要的款項償還之裁判以聯邦憲法法院法第34條之1第2項為依據。

本裁判以六比二之票數通過。

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

不同意見書

Gaier法官針對第一庭2006年3月14日之裁判所提
－1 BvR 2087, 2111/03－

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

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

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

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

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

b）此等在法律中規制的，介於在保密時事實資料的排除及其僅於欠缺保密需要時予以考量的二擇一，至少阻礙了在多方的法律情況與純粹資料訴訟之外（就此參閱 Mayen, NVwZ 2003, 頁537以下）一種（參閱如聯邦憲法法院裁判全集89, 214〈232〉）介於相衝突基本權地位之間的必要的實際協調的建立。一則裁判之作成總是若非不利於有效權利保護就是不利於秘密保護之利益。此等錯誤的二擇一使專業法院於其法適用之範圍內，無法既給予權利保護之請求亦給予保密利益之效力。因此無可避免的正是專業法院－如同受指摘裁判中的聯邦行政法院－力圖避免其審查權限於事實面向對於秘密保護利益太嚴格的要求之限制。

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

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

b）於本案多方的（法律）情況中透過專業法院之裁判實務哪一當事

人負擔舉證責任（的問題）看來尚未最終的被澄清。

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

bb）反之倘舉證責任負擔分派予機關，則想要單獨要求其營業暨企業秘密保護的當事人，在本案即提起訴訟人（憲法訴願人），忍受在司法救濟的空缺。此處同樣的－但不過是一位且相同的基本權主體－有效權利保護與秘密保護利益相衝突：蓋以所有具有裁判重要關聯性之事實為基礎作成的一則法院裁判，提起訴訟人（憲法訴願人）僅能以公開其營業暨企業秘密之代價而達成。另一方面實際的協調性問題沒有被解決，毋寧，裁判始終有利於一方法律地位同時不利於他方而作成。

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

1）目標為須達成司法救濟與秘密保護的效力最佳的分配。

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

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

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

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

b）所以由於秘密保護之故，於此等解決時無法避免提供法律上聽審權（基本法第103條第1項）之限制。在此期間此等不會碰到連貫的憲法上之疑慮。聯邦憲法法院已於其對於行政法院法第99條的第一次裁判中指出，有效權利保護與法律上聽審權之提供不得相反的互相挪動位置，而聽審權能加以限制，當此等經由實質的理由有充分的正當性時（合憲）（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈129〉）。此外其已闡明此等法律上聽審權之限制是可能的，當受限的放棄提供聽審導致相關尋求法律救濟者之權利保護的改善時（參閱聯邦憲法法院裁判全集101, 106〈130〉）。已改善的權利保護透過在本案訴訟中的密室程序卻是有目共睹的，倘其透過法律適用產生權利保護的空缺由於不考慮受保密的資料內容相對的被提出。此等使人想起把小孩連同洗澡水一起倒掉的景象（不加分析地一概否定），亦即鑑於基本法第103條第1項提出反對在本案訴訟中的密室程序的疑慮（如Ohlenburg, NVwZ 2005, 頁15〈19〉）：提供聽審的問題將不假思索地透過訴訟資料的完全排除被騰空，而關係人對於這些訴訟資料是能陳述意見的。

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

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

此外依據現行法亦已說明了更加困難的法律救濟程序的問題。在－如通案（行政法院法第99條第2項第1、2句）－高等行政法院應裁判關於拒絕提交檔案的合法性，其依行政法院法第99條第2項第10句維持，於其裁判理由中對於受保密的檔案之形式與內容不作任何指示。請求提交檔案的當事人因而同樣面臨對其而言有損害的裁定必須審查其正確性的困難，儘管此等受限制的裁判理由係因抗告的提出（行政法院法第99條第2項第12句）。此等額外負擔絕不受限於中間程序繼續存在並且因此有重要影響。中間程序的結果確切地說對於本案裁判法律爭議的結果有決定性的意義，因其決定了裁判是否在所有關係重大的事實資料之基礎上或僅是依據舉證負擔原則而作成。

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

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

b）不過本案訴訟中的密室程序亦須要求相關的基本權利地位的衡量

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

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

法官：Gaier

「Nordrhein-Westfalen邦警察法上之電子搜尋追緝是否侵犯資訊自決之基本權」裁定

BVerfGE 115, 320
德國聯邦憲法法院2006年4月4日第一庭裁定
– BvR 518/02 –

陳怡凱　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.憲法訴願之標的以及當事人、區法院、邦法院、相關機關之見解
I.電子搜尋追緝之意義、沿革與規範基礎
II.Nordrhein-Westfalen區法院、邦資料保護官與邦警察總署之見解
III.Nordrhein-Westfalen邦法院之見解
IV.訴願人之見解
V.Nordrhein-Westfalen邦之司法部，Nordrhein-Westfalen邦之資料保護官，聯邦刑事警察署，以及聯邦資料保護官對於該憲法訴願之意見
B.聯邦憲法法院之裁定：憲法訴願合法且有理由
I.規範電子搜尋追緝之邦警察法本身合憲
II.受指摘之裁定因侵害了訴願人依基本法第2條第1項加上第1條第1項之資訊自決之基本權而違憲
III.其他基本法之基本權規範無庸審查，因為訴願人已經由於其資訊自決權被侵害而獲

得勝訴

IV.邦法院之裁定以及邦高等法院之裁定撤銷，本案發回到Düsseldorf邦法院

C.聯邦憲法法院女法官Haas之不同意見書

關鍵詞

電子搜尋追緝(Rasterfahndung)
資訊自主決定權(Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)
現時危險(gegenwärtige Gefahr)
損害發生之機率(Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts)
基本權干預(Grundrechtseingriff)
比例原則
(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
規範明確性之命令
(Gebot der Normenklarheit)
國家之法益保護義務(die Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz)
危險防禦(Abwehr einer Gefahr)
具體危險之存在(Vorliegen einer konkreten Gefahr)

裁判要旨

只有當對於高位階法益有具體危險存在時，則根據1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條所規定之這種類型之預防性警察上電子搜尋追緝才會符合資訊自決之基本權。

案　由

2006年4月4日聯邦憲法法院第一庭在院長Papier、女法官Haas、法官Hömig、Steiner、女法官Hohmann-Dennhardt、以及法官Hoffmann-Riem、Gaier，共同審理下，以人民之名義，就A先生（訴訟代理人：Bernd Meisterernst與 Koll律師，地址：Geiststraße 2, 48151 Münster）之憲法訴願程序，對於訴願所指摘之(a)2002年2月8日邦高等法院裁定–3 Wx 356/01–，(b)2001年10月29日邦法院裁定–25 T 873/01–，(c)2001年10月2日區法院裁定–151 Gs 4092/01–，作成如下之裁定：

2002年2月8日邦高等法院裁定–3 Wx 356/01–，2001年10月29日邦法院裁定–25 T 873/01–，2001年10月2日區法院裁定–151 Gs 4092/01–，侵害了訴願人基本法第2條第1項加上第1條第1項之基本權。上開邦高等法院與邦法院之裁定均撤銷，本案發回邦法院審理。

Nordrhein-Westfalen 邦應對於訴願人償還必要之費用。

裁判主文

1.除非就較高之法益，比如：聯邦或邦之生存與安全，或個人之身體生命或自由有具體之危險存在，否則1990年北萊茵西伐利亞邦警察法第31條所規定這種類型之預防性警察法上的電子搜尋追緝（以下同），即與資訊自決之基本權(基本法第2條第1項加上第1條第1項)不符。在危險防禦之前階段，無法成立此種電子搜尋追緝。

2.一般性之威脅情況，比如自2001年9月11日之恐怖攻擊以來一直存在之一般性威脅情況，或外交政策之上緊張情況，並不足以令人下達此種電子搜尋追緝。其發動毋寧尚須有其他產生具體危險之事實存在，比如：有恐怖攻擊之預備或實行。

理　由

A.憲法訴願之標的以及當事人、區法院、邦法院、相關機關之見解

I.電子搜尋追緝之意義、沿革與規範基礎

1.電子搜尋追緝是一種使用電子資料處理之特別的警察追緝方法。警察官署可以從其他之公家機關或私營機關調用私人資料，以便與其他資料進行自動化之比對。透過此種比對來調查一個人之特定面向，該面向係合乎某些被預先設定，就進一步調查被視為重要之特徵。

在德國電子搜尋追緝最初是於1970年代為了對付恐怖活動之領域所發展出來的。根據聯邦刑事警察署之說法，利用此一電子搜尋追緝在1970年代末於Frankfurt am Main破獲了赤軍連(RAF)之巢穴，並逮捕了一名在該巢穴中之赤軍連成員（Klever, Die Rasterfahndung nach §98a StPO, 2003, S. 13f.; Kube, Rasterfahndung Kriminologische und rechtliche Aspekte, in: Cassani/Dittmann/Maag/ Steiner <Hrsg.>, Mehr Sicherheit weniger Freiheit?, 2003, S. 49 <51ff.>）。不過，在此事之後，此一追緝措施之公開卻導致了犯罪行為人勢將對之有所因應。

關於電子搜尋追緝在刑事訴訟上之專門之法基礎，是由1992年7月15日防制非法煙毒販賣法與防制其他之組織犯罪態樣法(OrgKG)而以刑事訴訟法第98a條所創設的(BGBl I S. 1302)。不過，根據聯邦刑事警察署自己之說法，在2001年9月11日之前已經有數年之久聯邦刑事警察署未使用此種追緝措施(關於刑事訴訟法第98a條適用於各邦層級上之案件試比較Klever, a.a.O., S. 19 ff.)。

於各邦之領域，電子搜尋追緝被視為是預防性之追緝手段。早在2001年9月11日美國遭受恐怖攻擊之前，大部分之各邦警察法就已經含有此種追緝手段之授權。2001年才首度創設

此種授權的是Schleswig-Holstein邦與Niedersachsen邦。於Bremen邦，不久前才被廢止之法律權限，於該恐怖攻擊之後又再度回復。能夠實施電子搜尋追緝之法律要件，於過去數年被改變了。本來大部分之規定是以對於聯邦或各邦之存續或安全之現時危險，或對於個人之生命身體或自由之現時為顯為要件(試比較：Koch, Datenerhebung undverarbeitung in den Polizeigesetzen der Länder, 1999, S. 187 ff.)。即使是一項由聯邦政府所起草，迄今尚未被審議之提案，以便能進行全歐性之電子搜尋追緝，該提案也同樣顯示出：在德國電子搜尋追緝之使用只能用來防禦上述保護利益之現時危險才行(試比較：Rat der Europäischen Union, 2002年3月8日德國代表在委員會中對第36條之附註 6403/02 ENFOPOL 27)。

有一些邦之立法依然堅持上述此種要件，反之，大部分之其他各邦既降低了危險門檻之要求，又降低了被危害之保護利益之要求。意即，有一些規定只是放棄了危險之現時性之要求。反之，絕大多數之邦立法者整個去除了危險存在之要件。意即，將電子搜尋追緝之授權改為警察法上之前階權限。依此，則比如說，電子搜尋追緝如為防制某種大犯罪行為所必要，則亦可使用之。不過這裡有一些法律會要求：須有正當化採用此一措施之事實存在，或有基於該事實之線索存在。

2.在2001年9月11日恐怖攻擊事件之後，由於後來大家知道了，其中之某幾位恐怖份子以前住在德國，所以邦警察官署在聯邦刑事警察署之參與下，進行一種追捕回教恐怖份子之全國性協調之電子搜尋追緝(關於德國對於恐怖攻擊之準備問題請比較BGHSt 49, 112<112 ff.,116ff.>; BGH, NJW 2005, S. 2322 <2324f.>)。此種做法之目的特別是要抓住那些所謂之潛伏者（Schläfer），這種人是有堅定意志為恐怖行為之人，不過他們長期小心地為合法且盡可能不引人注目之行為，以便能在關鍵之時點上，出人意表地而且特別有效地遂行其犯罪計畫。

2001年9月18日，常設之邦內政部長與邦內政委員會議中之國內安全工作小組設立了一個國際恐怖主義之協調小組，以聯邦刑事警察署為主席。在該協調小組中，有聯邦邊境警察局，聯邦國家安全局，以及聯邦情報局等單位之代表(試比較BTDrucks 14/7206, S. 1 f.)。根據聯邦資料保護監察人之說法，全國性之電子搜尋追緝標準，被上述之協調小組發展成為發掘潛伏在德國之回教恐怖份子。然後邦刑事警察官署向大學，戶政登記局，以及外籍人中央登記局提取資料，並且根據下面之標準來過濾該資料

：男性，年齡介於18歲到40歲之間，大學生或前曾為大學生者，回教徒，出生地或國籍是在那些一一被列舉以回教徒為主要人口之國家(關於該標準也請參照AG Wiesbaden, DuD 2001, S. 752<753 f.>)。

然後，在各邦之層級上，根據上述標準之資料比對所獲得之資料被轉到聯邦刑事警察署。在該官署中，該資料被送到全國性之「潛伏者」聯繫資料中。根據聯邦刑事警察署之說法，從各邦轉傳過來之資料一共有31,988筆。然後，這些資料又與更大的被聯邦刑事警察署所提取之資料進行比對。根據Düsseldorf警察總局對於Nordrhein-Westfalen邦之資料保護與資訊自由之邦監察人之說法，屬於此種對比資料的比如說：飛機駕照擁有人之資料，以及那種根據和平使用核能與核安法第12a條(§12a AtG)需要做可靠性審查之人之資料。根據聯邦資料保護監察人之估計，後來這段期間被存入此種對比資料的有20萬人到30萬人之資料。它說：「在比對時，被視為命中的是：如果潛伏者資料中之某一項資料，與對比資料中某一項資料，各有兩個分項資料重合，即為命中。比如姓名與出生日期，或姓名與出生地。比對之結果被總集到結果資料中，而供各該邦刑事警察官署使用」。無論是潛伏者之聯繫資料，或對比資料，根據聯邦資料保護監察人之說法，一直到年之前均被儲存到聯邦刑事警察署。之後，在2003年6月30日才消除聯繫資料，而對比資料是到2003年7月30日才消除。

電子搜尋追緝顯然絕不會導至潛伏者竟真的被發掘出來，或根據已取得之資訊就真的能對被該資訊所掌握之人提起訴訟－比如由於該人具有恐怖組織之成員身分，或由於其支助恐怖組織－（請比較§§129a, 129b StGB）。

II.Nordrhein-Westfalen 區法院、邦資料保護官與邦警察總署之見解

1.Nordrhein-Westfalen 邦也參與了全國性協調之電子搜尋追緝。

a)2001年10月2日，區法院因Düsseldorf警察總局之聲請，以裁定下達電子搜尋追緝之命令，該裁定後來被以憲法訴願所指摘。Nordrhein-Westfalen邦所有之戶政登記局，在Köln之外籍人中央登記局，Nordrhein-Westfalen邦之大學、學院、技職專科皆被課以義務，要將介於1960年10月1日與1983年10月1日之間出生之男性之資料轉傳上去。在細節上，該個人資料之轉傳，被命令必須要按照下述之原則為之：

1.Nordrhein-Westfalen邦之戶政登記局	
相對人：	所有在Nordrhein-Westfalen邦之戶政登記局。
人員篩選之標準：	男性；出生日期介於1960年10月1日與1983年10月1日之間。
應交出之資料：	姓(婚後)；出生姓(婚前)；名；出生日期；出生地；出生國；國籍；住所；路名；門號；第二住所；宗教；家庭成員；子女；主管之財稅官署；遷入；遷出。
2.外籍人中央登記局	
相對人：	Köln之外籍人中央登記局
人員篩選之標準：	男性；出生日期介於1960年10月1日與1983年10月1日之間。
應交出之資料：	姓(婚後)；出生姓(婚前)；名；出生日期；出生地；出生國；主管之外事局；入境日期；身分；其他之名；外籍姓名。
3.Nordrhein-Westfalen邦之大學學院技職專科	
相對人：	在Nordrhein-Westfalen邦之所有大學／學院／技職專科，或在Nordrhein-Westfalen邦中設有大專分校者。
人員篩選之標準：	男性；出生日期介於1960年10月1日與1983年10月1日之間；註冊日期介於1996年1月1日與2001年10月1日之間。
應交出之資料：	姓(婚後)；出生姓(婚前)；名；出生日期；出生地；出生國；國籍；住所；路名；門號；第二住所；宗教研究方向；註冊日期；退學日期。

b) 該命令係根據Nordrhein-Westfalen邦1990年2月24日公布版本之警察法第31條所下達的(GVBl S. 70；下面所引之條文請參照： PolG NW 1990)。該條規定表示：

電子搜尋追緝

(1)警察為了與其他資料進行自動化比對，可要求公機關與公部門以外之機關轉傳特定人員團體之個人資料，但以其轉傳係為防禦聯邦或邦之生存與安全之現時危險所必要，或為防禦個人之生命身體或自由之現時危險所必要者為限（電子搜尋追緝）。

(2)轉傳資料之請求應限於姓名、住址、出生日與出生地，以及其他個案所需要之資料；該請求不得延伸及於受到職業機密或特別之公務機密保障之個人資料。不被轉傳請求所涵蓋之資料，如由於重大之技術困難或由於時間與成本之花費使得限於上開列舉之資料為不可能者，則仍得轉傳之；前項資料不得由警察使用。

(3)如措施之目的已達成，或顯然該目的無法達成，則轉傳之資料以及在該措施之脈絡下額外投入之資料，均應於資料載具上刪除，以及檔案應予以銷毀，除非該檔案就與案件有關之程序仍為必要。關於已作成之措施應附上一篇記錄。該紀錄應分別保存，並應以技術上與組織上之措施加以確保，並應於依第1句刪除資料或消滅檔案之年之次一年年底，加以銷毀。

(4)該措施只得由法官依官署長官之聲請下命為之。對之係以警察官署住所所在地地之區法院管轄。就本程序準用關於合意審判權事件之法律規定。

(5)在電子搜尋追緝裁定之後，措施所對付之人應由警察告知該措施，除非該告知有害於資料使用之目的。如因同一案件對關係人已發動刑法上之偵查程序，則警察不得為上述之告知。

上述規定於2003年被修改。2003年7月25日公布版本之警察法第31條（GVBl S. 441；下面之規定請參照：PolG NRW 2003）於第1項放棄了危險之現時性這個要件。該條文現在規定如下：

警察為了與其他資料進行機械化比對，可要求公機關與公部門以外之機關轉傳不特定數目人員之個人資料，只要該人員滿足被推定為合乎第4條意義下之引起危險者之審查要件即可，但以其轉傳係為防禦聯邦或邦之生存與安全之現時危險所必要，或為防禦個人之生命身體或自由之現時危險所必要者為限（電子搜尋追緝）。資料比對係以排除嫌疑人員之目的。該比對亦可用來偵查被懷疑為可能之危險引起者之嫌疑人，以及也可用來確認該嫌疑人之危險增強屬性。警察為了補充轉傳過來之不完整之資料，

也可以於其他機關進行必要之資料提取，並在技術上備置轉傳之資料載具，以便能夠完成機械化之比對。

c)區法院為了對其在2001年10月2日所下達之電子搜尋追緝命令作理由說明而表示：「目前就聯邦或邦之生存或安全，或就個人之生命身體或自由，有現時之危險存在，而其形式是回教極端團體之恐怖暴力行為。該團體，根據警察之認知，係要對發生在2001年9月11日美國之恐怖攻擊事件負責之團體。可以被視為確定不移的是，該極端團體在國際上進行活動。其成員與支持者受到軍事與意識形態之訓練，並且隨時均願意進行最殘酷之恐怖攻擊」。

區法院說：「該危險係現時地存在。雖然目前無法確切預測有一直接即將發生之攻擊。不過，根據既已發動之行為，以及根據中東局勢之尖銳化，可預期不久美國與其盟國將會有軍事攻擊，所以必須隨時預料會有恐怖份子之報復攻擊。最後，就此一預測性決定還應考慮到：凡是所擔心之損害規模越大，則對於損害發生機率之要求就應越小。如同2001年9月11日之結果所顯示地，此一極端團體之攻擊行動之行為人不惜以數千人之人命為代價」。

「該危險亦對於Nordrhein-Westfalen邦之領域存在。根據警方之認知，在這裡已知有42人被懷疑為Osama Bin Laden 網絡下之支持者與聯絡人，他們現在或過去住在Nordrhein-Westfalen邦。因此可以認為，在Nordrhein-Westfalen邦也有一部分之國際恐怖份子之網絡存在，而且其具有行動能力。此外，2001年9月11日之攻擊行動嫌疑人中有數人居住在Bochum、Duisburg與Aachen等地」。

「電子搜索追緝之命令是合比例的。其對於揭發潛在中之極端回教恐怖分子具有適合性。根據警方之資料，從這些攻擊行動者中可辨識出一些共通性。潛伏者涉及男性大學生，年齡介於18歲到41歲之間，宗教信仰是回教，以及在德國有合法之居留。此外，強烈嫌疑之標準是：國籍，或出生國。電子搜尋追緝具必要性，因為以相類似之花費而達到相同結果之手段中，沒有更溫和之手段存在了。若要保護所有被危害之機構，一方面已有局部不可行，另一方面又會導致不合比例之花費。由於潛伏者在日常生活中係不引人注意地活動，所以電子搜尋追緝係作為有成功希望之唯一具預防性之行為可能性。鑒於對人民之生命身體具有威脅性之危險存在，所以對關係人之資訊自主決定權之干預，亦合乎狹義之比例原則」。

2.以被指摘之Nordrhein-Westfalen邦區法院之裁定為基礎所實施之電子搜尋追緝之進一步施行歷程如下：

首先，差不多有520萬筆資料被那種被指為裁定相對人之機關所轉傳，這些資料係依照該處所適用之人員篩選標準所總合起來的。在細節上，根據Nordrhein-Westfalen邦之司法部之說法，其中有4,669,222筆資料係由Nordrhein-Westfalen邦396個戶政登記局所提出，有474,517筆資料被61所大學與大專院校所提出，以及有89,980筆資料係由外籍人中央登記局所提出，總共有5,233,721筆資料。

然後，從這麼多資料中，透過自動化之資料對比，來過濾出那種合乎更大的全國性之電子搜尋標準之資料。此時，根據邦司法部之說法，還剩下11,004筆資料。其他剩餘之5,222,717筆資料，根據Nordrhein-Westfalen邦資訊自由與資料保護官之說法，一直到2001年12月10日才刪除，而被轉傳機關所送至之資料載具則加以銷毀。

根據邦資料保護官之說法，這裡是指Düsseldorf警察總局之說法：「有11,004筆如此取得之資料，於2001年10月5日由專差轉送到聯邦刑事警察署。在進一步調查時，警察總局發現：為轉傳之單位所送過來之資料當中，有1,185個案件不符合Düsseldorf區法院裁定之指示，因為比如說涉及女性，或宗教被登錄為不明或被登錄為基督徒。聯邦刑事警察署被指示，要將上述這幾筆資料從聯繫資料中刪除。後來還有其他兩筆德國籍人之資料，向聯邦刑事警察署指示亦應加以刪除。在邦之層級上，該1,187筆個人資料最初被移轉到一個只能由官署內部名為〔放大鏡〕之工作小組之領導份子才能接觸之領域。該資料後來在2002年7月4日才被刪除。因此最初，在聯邦刑事警察署之聯繫資料中的，還剩下9,817筆資料。由於還有所謂之〔邊界浪蕩大學生〕，他們住在某一邦，但念大學在另一邦中唸，這些〔邊界浪蕩大學生〕之資料被轉傳上來與被儲存，所以還要再增加165筆資料。因此在結果上，到了2003年1月31日總共有9,982筆資料來自Nordrhein-Westfalen邦，而被放在聯繫資料中」。

在聯邦刑事警察署，這些資料與其他資料比對，係以比對系列來進行的。來自於潛伏者之聯繫資料之資料與來自於比對資料之資料分項，至少必須有局部相符合。這就是所謂可能之命中案件。該可能之命中案件就通知Düsseldorf之警察總局。該資料係用人工之方式，透過電腦螢幕上之資料分項比對，而來審查：到底是否有一真正之人之識別（人之同一性）存在。這一點要在816個案件中確定出來。接著從中所取得之資訊，比如某一人是飛機駕照之擁有者，就通知聯邦刑事警察署，並由該署將此一資訊添加到〔潛伏者〕這個聯繫資料中之

個人資料項下，以作為所謂之〔標示〕。根據內政部之說法，在這時有72個案件受到更深入之審查（請比較Nordrhein-Westfalen邦之邦議會，內部行政與行政結構改革之委員會，委員會備忘錄13/525, S. 6）。在聯邦刑事警察署完成比對之前，對於刪除其他已儲存之資料檔案一事，還有得等（請比較：同上， S. 8）。

根據邦資料保護官之資料保護報告，差不多有95,000人之資料於2003年6月前銷毀，其餘之資料於2004年春之前銷毀。(請比較：Sokol，Nordrhein-Westfalen邦之資料保護與資訊自由之邦監察人第十七冊，對於2003年1月1日到2004年12月31日之間之資料保護與資訊自由之報告)。所有(差不多有11,000人)在電子搜尋追緝中被審查過之人，在Düsseldorf警察總局結束審查之後，將被以書面告知其資料被提取，以及該資料預定銷毀之時刻。

根據Nordrhein-Westfalen邦司法部之說法：「邦警察官署基於電子搜尋追緝與資料比對之結果，有時會依該邦警察法之規定，對8個人全部施以刑事追訴以外之進一步之措施」。

III.Nordrhein-Westfalen邦法院之見解

1.1978年出生之訴願人是信仰回教之摩洛哥國民。在本案，抗告所指摘之電子搜尋命令下達之時，他還是Duisburg大學之學生。他對區法院之裁定提起抗告。他說：「1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項對於下達電子搜尋追緝命令所規定之要件並不具備。尤其是欠缺[現時之危險]這個要件之存在」。

邦法院以抗告無理由之裁定駁回該抗告。該裁定亦同樣被指摘。邦法院以上開受指摘之裁定而採用區法院之論述。尤其是認為：「根據1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之規定，下達電子搜尋追緝命令之要件已具備」。

邦法院說：「1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項意義下之對聯邦或邦之安全之現時危險確係存在。依照該條之規定，所謂危險具現時性是指：損害性之事件已經開始，或干擾即將以幾近確定之可能性發生。該危險現時性之肯認係基於2001年9月11日紐約之恐怖攻擊，與因此所生之反應而被正當化。從聯邦政府宣稱其與美國之行動無限團結，以及最慢自美國宣布針對阿富汗採取軍事行動，因為阿富汗對參與軍事行動之各國採取報復攻擊，光是從此二事實就可得出該危險之現時性之肯認。除此之外，根據2001年9月11日紐約之恐怖攻擊所造成之後果之規模，有特別嚴重之損害發生之可能性並不能排除。這一點導致關於危險狀況判斷上之機率判斷被相對化」

。

鑑於上述之危險狀況，因電子搜尋追緝所生之對於基本法第2條第1項之所導出來之資訊自主決定權之干預，亦合乎比例。尤其是所取得之資料，要嘛根據1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第3項而銷毀，要不然便是關係人根據1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第5項而被告知其資料還未銷毀。

2.憲法訴願人對於邦法院駁回抗告之裁定提起再抗告。邦高等法院以裁定駁回再抗告，該裁定同樣被憲法訴願所指摘。邦高等法院認為：「邦法院之裁定並非以法律瑕疵為基礎」。

a)訴願人認為：「抗告係容許的，即使說訴願人之個人資料可能已經刪除了，亦同。訴願人之法律保護利益之所以繼續存在是在於：現在抗告變成是在確認所下之措施具違法性」。

b)邦法院認為其係無法律瑕疵地確定：由區法院所下令之對訴願人進行電子搜尋追緝是合法的。

aa)邦法院之理由如下：「危險之現時性是存在的。如果可預期之損害非常巨大，則對於損害發生之機率應只作低度要求。如所生之損害將會特別重大時，則只要有損害發生之些微可能性存在，該危險就已經是具有充分之機率了。基於聯邦憲法法院之數則判決，有一個連學界也承認之鐵律被發展出來了：凡是可預期之損害越大，以及凡是保護利益之位階越高，則對損害發生之機率應作較低之要求」。

「依照這個鐵律，則危險之現時性可予以肯認。有充分的事實被舉出來印證在德國遭到恐怖攻擊會造成無法想像之人員傷亡與財物損害。在該抗告被裁判之時點－2001年10月29日－美國偏偏就發動了其所宣布之軍事反擊。美國要求北約國家之支持，而德國聯邦政府也已對該要求作了同意。阿富汗大使迂迴地威脅也要對參與美國軍事行動之國家為報復攻擊。此種威脅不可能將之視若無睹，即使在德國尚無具體跡象顯示會有恐怖攻擊」。

「至少在此種情況下，德國也受到此種攻擊之可能性是存在的。警察總局在其聲請書中表示：警方知道於Nordrhein-Westfalen邦中有42人是作為Usama Bin Laden網絡下之支持者與連絡人而為活動。此外，警察總局還列舉了在Nordrhein-Westfalen邦中之數個標的物，其可能被考慮為恐怖攻擊之可能之目標物的。倘若有回教極端團體之成員為恐怖攻擊，則可預計會產生重大之損害，2001年9月11日之攻擊就已經顯示出這一點了。此種損害既不可預見，其規模亦不可計

算。就此種嚴重之損害，不得對於損害發生之機率做太高之要求。總之，根據以這些事實為基礎所作之機率預測，可以肯認有1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項意義下之[現時危險]存在」。

bb)邦法院說：「警方所聲請之電子搜尋追緝亦合乎比例」。(邦法院之理由如下：)

(1)電子搜尋追緝是用來挖掘出潛伏之極端回教恐怖份子。該措施之採取並沒有要求：所有以電子搜尋追緝所過濾出來之人均可以被視為破壞者才行。毋寧是說，即使只有辨識行為人之可能性，或其他通常之偵查方法似乎是值得的，就足已採用了。鑑於所擔心之犯罪之嚴重性，所以即使只有少許之破案可能性，也足已採用。若以此為標準，則上開之電子搜尋追緝措施便具有適當性。

(2)電子搜尋追緝亦具有必要性，因為為了達到相同之目的並無其他較小侵害之措施可供使用。不同於傳統之犯罪行為，在組織犯罪之領域之偵查工作原則上是針對[犯罪行為之嫌疑]之工作，而不是針對某一[犯罪嫌疑人]之工作。偏偏在那些對其周遭均小心不引人注意之犯罪行為人，使用通常之偵查方式，比如搜索、扣押與訊問，根本就不合適。鑑於關係人為數眾多，所以一個一個監督既無意義，亦非較小之負擔。

(3)所下令之電子搜尋追緝亦非與所追求之成果不成比例。對於資訊自主決定權之限制，在重大之公共利益之下應可以被接受。這一點在這裡是從所有其他之人民有要求安全與保護之請求權中所導引出來的。

不過為了危險預防與危險調查之目的，此種權限之賦予不再取決於具體危險之防禦與干擾者原則，而是涉及警察之前階段權限：可針對每一個人開啟潛在性之干預可能性。因此，在衡量相衝突之利益時，應特別要考慮到：電子搜尋追緝將干預基本權所保護之非干擾者之資訊自主決定權。不過，這一點後來也於別的領域受到承認，比如根據航空交通法（LuftVG）第29c條之飛機旅客控制。關係人基於其與警察情況有特別之時間上或空間上之接近，而被認為具有社會義務。

對於未參與之第三人作要求時，必須要特別嚴格地遵守過度禁止原則。本案訴願人未過度地被所下令之措施所侵害。這裡有一種類似緊急避難之情狀之存在。訴願人作為非干擾者而處於此種情狀之關係中－即使是一微弱關係－，因為訴願人擁有那種在聲請狀附件中被列為〔有嫌疑〕之國籍。如果警察基於對恐怖主義危險之認知，而將某特定國籍定位為〔有嫌疑〕，則這是以偵查所建立之事實為基礎所致。電子搜尋追緝所要求之關

於訴願人之資訊，亦非不具可期待性之隱私資訊，所以在這裡並未涉及到被聯邦憲法法院認為不可觸犯之私生活經營之領域。

IV.訴願人之見解

1.訴願人認為其自己因法院之裁判，而使其基本法第2條第1項加上第1條第1項之資訊自主決定之基本權受到侵害。（訴願人之理由如下：）

「電子搜尋追緝在兩個不同之面向上干預了資訊自主決定之權利。一方面，資料比對之前提在於：擁有資料之人之局部資料被要求交出。另一方面，資料比對作為對已提取之資料之使用，其本身構成一獨立之干預」。

「電子搜尋追緝涉及嚴重之基本權干預。雖然電子搜尋追緝不一定觸及敏感之資料，不過光是從該追緝係在未告知當事人底下來進行，就已得出其嚴重性了。國家這種暗中蒐集資料正是會引發人民之不確定性與不安。其對基本權干預之嚴重性尤其來自於其非常高度之散佈規模。電子搜尋追緝必然之前提在於：它掌握了無計其數沒有一點點嫌疑存在之未參與之人之資料。電子搜尋追緝是一種大量人數之基本權干預，此種干預效果之大，絕非任何其他之刑事訴訟措施或警察措施所能類比」。

「此一干預並不被憲法所正當化，因為它欠缺合憲之法基礎。此種大量人數之基本權干預頂多只有在國家緊急情狀下才可能被許可。在Nordrhein-Westfalen邦的這個電子搜尋追緝案件證明：『在比對之後留存之資料觸及11,000名阿拉伯裔之大學生』。這些資料先落入警察手中，然後被轉傳到邦刑事警察署與聯邦刑事警察署之電腦網絡中，也可能被輸入到外事局之電腦網絡中。此種干預只有當聯邦或邦之生存有現時之危險時，始能為之。值得注意的是邦高等法院表示一種見解：『於2001年10月於德國或至少於Nordrhein-Westfalen邦有一類似緊急情狀存在』。即使是為聲請之警察總局亦不以此見解為出發點」。

「邦立法者並未成功地履行其下述之義務：『為了維護比例原則，在法律層面上，就要使電子搜尋追緝取決於限縮之要件』。刑事訴訟上之電子搜尋追緝至少是以一個已作成之嚴重犯罪行為之初始嫌疑為要件，反之警察上之電子搜尋追緝單獨只植基於未來危險之推測。為了防止該推測之危險就可以捕抓人員之資料，而該人員無庸顯示出其與所擔憂之危險有任何專門之接近。比例原則要求立法者去規定，在何種條件存在下電子搜尋追緝是合比例的。在此種背景下，那種只將電子搜尋追緝取決於有無公共安全之危險存在之法律規定，既不合乎比例且亦違憲。雖然Nordrhein-

Westfalen邦之電子搜尋追緝仰賴現時危險之存在，不過條文文義所要求之損害發生之機率程度，如訴願所指摘之法院裁判所顯示出來的那樣，被毫不費勁地相對化了。因此即使是危險研究之干預，亦被正當化」。

「無論如何，當時並無現時之危險存在。法院之裁判在此限度內是恣意的，因為該裁判在無指陳具體事實以及違反邦內政部長之公開宣布之下，逕以Nordrhein-Westfalen邦有受到恐怖攻擊之現時危險為出發點。對於所謂42名連絡人根本沒有任何進一步之說明。針對這些人所採取之警察行為並未公開」。

2.除此之外，訴願人還指摘其他之基本權與類似基本權之權利受到侵害。其表示：「訴願所指摘之裁判違反基本法第3條第1項與第3項。光是訴願人是信回教之摩洛哥國民並不能正當化將訴願人納入警察措施。這裡不只存在著相較於德國國民受到差別待遇，而是也相較於有時真的存在之恐怖主義網絡之成員而受到差別待遇。此外，以回教信仰為聯繫因素，構成對基本法第4條第1項之基本權之侵害。訴願人由於其宗教屬性而被歧視。此外，訴願所指摘之裁判還違反了基本法第103條第1項與第19條第4項，因為訴願人並未被給予機會，就區法院命令所以之為根據之警察總局之聲請表示意見」。

V.Nordrhein-Westfalen邦之司法部，Nordrhein-Westfalen邦之資料保護官，聯邦刑事警察署，以及聯邦資料保護官對於該憲法訴願之意見

Nordrhein-Westfalen邦之司法部，Nordrhein-Westfalen邦之資料保護官，聯邦刑事警察署，以及聯邦資料保護官對於該憲法訴願表示意見。

1.邦司法部限於對事實為陳述。它表示：「就Nordrhein-Westfalen邦之領域，首度基於區法院之裁定，執行1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條之預防性警察法上之電子搜尋追緝。在聯邦刑事警察署所作之資料比對係於2003年3月結束」。

2. Nordrhein-Westfalen邦之資料保護官表示：「它事先並未被告知有關電子搜尋追緝一事。Nordrhein-Westfalen邦之邦警察法並無規定此種事先之參與。聯邦刑事警察署之行為，違反其自己之立場，並沒有限於只去做單純之支助功能與集中功能。它（邦資料保護官）與其他各邦之資料保護官一樣，無法合乎事理地執行其控制權限，因為聯邦刑事警察署自認為其不能對邦資料保護官之提問作出答覆，而在此限度內只指出控制在邦官署」。

邦資料保護官繼續說：「1990年版本之Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條以及法官所下命之電子搜尋追

緝有違憲之嫌。首先，電子搜尋追緝是否適合於防禦現時之危險，是大有疑問的。如果有此種危險存在，則以一種耗日費時之電子搜尋追緝之形式所為之干預幾乎是沒有意義的。過去在文獻中曾被討論過之案例，比如調查可能之殺人被害者以便保護他們，綁架，或人質勒贖，相當地虛構。不過，亦不能完全排除可能有一種情況存在，而在該情況中可以肯認電子搜尋追緝具適當性，因此法律之憲法界限並未被逾越。不過如果該法律之適用之要件用一種方式來解釋，以至於拿掉了電子搜尋追緝之例外性格，則該法律之適當性可能就不一樣。抓捕及於每一個人之可能性限於類似緊急狀態之情況，只有當對下命之要件尤其是對現時危險之概念作狹窄與嚴格之解釋才是合憲的。損害必須是立即與幾乎明確地發生。在此限度內，含糊之推測，或混亂之危險狀況，在地球上之某一地方發生，均不足夠。

違憲嫌疑因本案中之規範適用而被證實。到底在2001年10月下達電子搜尋追緝命令之時，是否有一迫切之緊急狀態存在？該緊急狀態是否存在之所以也值得懷疑，特別是因為根據當時之公開報導來看，德國並沒有遭受恐怖攻擊之迫切危險存在。如從今日之觀點來看，是可以明顯看出來，則這一點亦合乎事實，而不能被貶為只是單純之安撫人民而已。此外，電子搜尋標準之實質正義性與合比例性是大有疑問的。本來轉傳過去之資料數目，以及往[聯繫資料]繼續傳遞之剩餘資料之數目，既是絕對的高，亦是與其他邦相比具相對地高。可以很有把握地推測：自從電子搜尋追緝以來，非德裔之男性大學生在日常生活上會一般性地遭遇到更強大之偏見，例如在找住屋，或求職時。聯邦刑事警察署在電子搜尋追緝上之參與方式，亦非毫無問題。在當時之時點上，聯邦刑事警察署為電子搜尋追緝之權限並未存在，即使後來透過聯邦刑事警察署法第7條第2項之修改，亦非毫無疑問地可創設出該權限」。

3.聯邦刑事警察署說：「在2001年9月11日之恐怖攻擊之後，各邦之警察出於危險防禦之理由各自進行自己之電子搜尋追緝。聯邦刑事警察署於其根據聯邦刑事警察署法第2條第1項與第2項中央集中功能之框架內，進行資訊之擴充，作為16個邦之電子搜尋追緝之輔助措施。在這裡，〔潛伏者〕這個聯繫資料被用來與其他犯罪相關之資料進行比對。雖然無法指望有高數額可能的犯人被指認出來，不過只有少許的行為人被指認出來，以及可避免嚴重之恐怖攻擊，這兩種機會正當化了比較高額之資源投入」。

聯邦刑事警察署說：「在結果上，各邦之電子搜尋追緝以及聯邦刑事

警察署之資訊擴充已經開創了一些〔有品質之偵查辦法〕，利用電子搜尋追緝來對嫌疑人加以比對之後，就可能採取適當之警察措施，外國人法或行政法上之措施，來干擾或阻止在德國所為之行刺準備。除此之外，有許多在各邦中所發動之偵查程序，要嘛是採用了電子搜尋追緝所得之資訊，要不然便是根據電子搜尋追緝所得之資訊而發動的。在一些用警察措施居然仍無法清除回教背景的案子中，上開資訊就被移交到各該邦級的安全局的職掌了。結果各邦與聯邦之警察官署就成功地從眾多資料當中，過濾出一些可被貼上伊斯蘭主義標籤之人物出來」。從上述之意見表示中，無法得出：所採用之措施是為了發掘出隱藏之回教恐怖份子。

4.聯邦資料保護官限於去描述聯邦刑事警察局於其控制功能之框架中所作之確定與評價這種輔助工作之範圍。有疑問的是，立法者之真意是否當真要用聯邦警察刑事警察局法第7條第2項來賦予聯邦刑事警察局一種權限：「按照各邦之電子搜尋追緝之模式來大規模地提取犯罪嫌疑人之個人資料」。聯邦資料保護官不同於聯邦內政部之見解，而認為：聯邦刑事警察局此種大規模地提取個人資料是不可容許的，而且未來在法無明文底下，不得再為此種行為。

B.聯邦憲法法院之裁定：憲法訴願合法且有理由

受指摘之裁定侵害了訴願人依基本法第2條第1項，加上第1條第1項之資訊自決之基本權。該裁定雖是以合憲之干預基礎為依據，不過其透過解釋賦予該干預基礎一種立法者在不牴觸基本權底下所未決定之內容。在具體案件中法規之適用係植基於此種解釋。

Ⅰ.規範電子搜尋追緝之邦警察法本身合憲

電子搜尋追緝命令所根據之1990年版Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項，無論在形式上或實質上均合憲。

1.1990年版Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項授權去干預基本法第2條第1項，加上第1條第1項所保障之資訊自決基本權之保護領域。

a)該權利(資訊自主決定權)保障從自決原則導引出來之個人下述之權限：原則上自己去決定，何時以及在何種界線之內，去透露其個人之生活資料(試比較BVerfGE 65, 1 <43>; 78, 77 <84>; 84, 192 <194>; 96, 171 <181>; 103, 21 <32f.>; 113, 29 <46>)。特別是該權利確保其主體擁有一種保護，以對抗無限制地提取、儲存、使用、與轉寄那些與其有關之專屬個人的資料，或可被專屬個人化之資料（試比較BVerfGE 65, 1 <43>; 67, 100 <143>; 84, 239 <279>; 103, 21 <33>;

BVerfG, NJW 2006, S. 976<979>)。因為個人之自決，即使在現代資訊處理之條件底下，也有個前提要件：個人被賦予決定其應作為或不作為之決定自由，以及真的依照該決定而為行為之可能性。任何人若未能充分把握地看出，在某一特定領域涉及其個人之資訊，可被其周遭之人所得知，以及任何人若無法某程度地預料，可能與其往來之人所知之事，則他的那種出於自己之自決而為計畫與作決定之自由便可能受到重大妨礙了(試比較BVerfGE 65, 1<42 f.>)。

警方之觀察或監視行為可能觸犯基本權之保護領域，以及取得基本權干預之法性質(試比較BVerfGE-110,33<56>)。這尤其是指：為了電子資料處理之目的而提取與儲存與個人有關之資訊，結果這些資料不只隨時無遠弗屆地在數秒之間就可被提取，而且還可以超出此之外－尤其是在建立整合性資訊體系時－與別的資料收集滙聚在一起，而因此產生了各種各樣之利用可能性與連結可能性(試比較BVerfGE65,1<42>)。相關之基本權保護必須因應在現代資料處理條件下，因上述此種科技可能性所生之增高之危害局面，而作相應之調整(試比較BVerfGE65,1<42>;113,29<45 f.>)。

b)資訊自我決定權之保護領域被Nordrhein-Westfalen邦之警察法第31條之授權所觸及。

法定權限涉及帶有與人格權不同強烈聯繫度之資訊，到底資訊自我決定權是否有保護每一筆各別資料皆免於被警方提取？這個問題可以置諸不論，因為任何一筆資料之得知，若放到與其他資料之脈絡下，均使人們能夠獨立地透視他人之人格領域。1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第2項明文列舉之資料－姓名、地址、出生地－若與其他資料串連起來，如本案中之國籍、宗教屬性或大學科系，則能夠且應可推結出行為方式與犯罪嫌疑元素，尤其是－如同2003年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所明示的－推結出該人物有強烈危險之屬性。資訊自決基本權還是保護免於受到此種目的方向之資料提取，與資料處理。

c)1990 年 Nordrhein-Westfalen 邦警察法第31條第1項之規定，授權給警察來干預那些轉傳資料所涉及之人之資訊自決基本權。

aa)轉傳命令是一種干預，因為它對於掌握與儲存資料，以及將之與其他資料進行比對一事，建立了基礎。該命令之干預屬性顯示在：該命令影響到關係人之個人自決權。該命令使資料可被官署使用，以及建立了後續利用搜尋概念(搜尋關鍵字)來比對之基礎。只有當資料被無目的取向地、而且只是純技術性地、附隨地掌握

，以及直接在掌握之後，在技術上又再匿名地、無痕跡地、以及官署無探查利益地被整理，則就不具備干預屬性（比較 BVerfGE100,313 <366>; 107,299 <328>）。即使使用較大之資料量單純只是作為縮小目標物數量之手段，則此種資料提取就可能已經構成干預了（請比較BVerfGE100, 313 <366與337, 380>）。關鍵在於：從整體來看，透過監視目的與使用目的所決定之關聯性中，到底官署對於系爭資料之興趣是否已經被如此地擴充，以致於可以肯認有關係人之基本權被干預之屬性存在。

這一點（基本權干預）在1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所為之電子搜尋追緝中，正是如此。無論如何，基本權被干預之人是那種其資料在第一次資料比對之後，仍成為其他後續措施，尤其是進行更進一步資料比對之客體之人。轉傳命令構成了對此種人之資訊自決權之干預。資料轉傳之要求雖然並不直接針對此種人，不過其目的是要掌握該等人之資料，以及將之納入國家監視行為之中。

例如在本案中，透過轉傳資料所構成之基本權干預，無論如何對下述之人存在：這些人是被邦官署，根據全國性議定之標準，從全體轉傳資料命題中所過濾出來的。最初差不多有11,000人。這些轉傳資料命題，據稱是進一步處理措施之客體。這些轉傳資料因此又再被傳送到聯邦刑事警察局，以便在該處被輸入到全國性之檔案「潛伏者」，以及與其他資料進行比對。除此之外，大部分之資料數據，在資料轉傳到聯邦刑事警察局之後，亦供邦官署使用。

在上述這些情況，獨立的官署調查利益仍還是存在，這不只是考慮到：在執行所有之局部步驟之後還殘存著剩餘之資料，而是也考慮到：在作第一個局部步驟時就已存在著該調查利益了，如果該步驟還必須有後續之其他措施，使得轉傳之總體資料量逐漸減少的話。

bb)受領與保有轉傳資料之機關，以及進行資料比對之機關，儲存轉傳過來之資料－即使只是暫時地儲存－也已經干預了那些其資料被比對之後變成為後續措施之客體之人之資訊自決權了（請比較BVerfGE100, 313 <366>）。

cc)最後一點，資料比對作為決定後續利用之挑選行為本身，就已具有對該人之干預性格了（請比較BVerfGE100, 313, <366>）。

2.1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所含有之基本權干預之授權，滿足了憲法之要求。

a)資訊自主決定之基本權並非毫無限制地受到保障，而是說個人必須忍受其權利(資訊自主決定權)受到那

種被重大公益所正當化之限制(請比較BVerfGE65, 1, <43f.>)。不過，此種限制需要有合憲之法律基礎，其尤其必須合乎比例原則，與規範明確性之命令(請比較BVerfGE65, 1 <44>)。

b)1990年 Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條之限制基本權之規定合乎比例原則。比例原則要求：國家為基本權干預是以適合性、必要性、及適當性之手段來追求正當之目的(請比較BVerfGE109, 279 <335ff.>)。

aa)該規定(限制基本權之規定)是以防禦聯邦或邦之存續危險或安全或為了人之身體，生命或自由而來追求正當之目的。

bb)電子搜尋追緝之手段也適合於去追求該目的。

如果藉著該法律之幫助可以促進所追求之成果，則該法律便適合於目的之達成(請比較BVerfGE67, 157 <173,175>;90, 145 <172>; 100, 313 <373>; 109, 279 <336>)。這在本案中是存在的。該適合性並不因為所掌握之資料散佈廣泛，卻只在相對較少之案件才能取得線索而就變成不適合(請比較BVerfGE100, 313 <373>)。

cc)干預對於追求立法者之目的亦具有必要性，該目的無法透過較輕微之手段而亦同樣有效地達成。

dd)法律之授權也還保持在狹義比例原則之界限之內。

狹義比例原則之命令要求：在作總體衡量時，干預之嚴重度，不得與對該干預為正當化之理由之份量不成比例(持續之判決：請比較BVerfGE90, 145 <173>; 92,277 <327>; 109, 279 <349ff.>)。根據此種標準所為之審查可能導致：本來具適當性與必要性之法益保護手段不得被適用，因為由該手段所產生之基本權干預嚴重於法益保護之增加。因此，保護手段之使用被視為不適當(請比較BVerfGE90, 145 <173>)。在國家之法益保護義務與個人具有維護其憲法所保障之權利之利益之間之緊張關係上，以抽象之方式來達到相衝突利益之間之均衡，首先是立法者之任務 (請比較BVerfGE109, 279 <305>)。這一點可能導致：某些強烈之基本權干預，只有自某特定之嫌疑階段或危險階段起，才得加以規定。相應之干預門檻可以被法律規定所保障(請比較BVerfGE100, 313 <383ff.>; 109, 279 <350ff.>; Bay VerfGH, 2006年2月7日之判決－Vf.69－VI－04－)。

在電子搜尋追緝上，如果立法者將基本權干預取決於：就被危害之法益是否有具體危險存在，則上述之要件就被維護住了。這一點，在本案這裡所關鍵之Nordrhein-Westfalen 1990年邦警察法第31條第1項之規定上，就是如此。

(1)1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條授權去為之干預係用來

保護具高位階之憲法法益。

由於聯邦與邦之存續與安全，以及個人之身體，生命與自由皆應被保護免於受到危險，彰顯出這些法益具有高度之憲法份量。國家安全作為被憲法所制定之和平與秩序之權力以及由國家－在尊重個人之尊嚴與自我價值之下－所應保障之人民安全皆是憲法價值，其與其他高價值之憲法價值處於相同位階(請比較:BVerfGE49, 24 <56f.>)。

基本法第2條第2項第1句連接上基本法第1條第1項第2句課國家以義務，去保護個人之生命與身體不可侵害性。這意思特別是說：保護免於受到其他各方之違法干預(持續判決：請比較BVerfG; NJW2006, S.751 <757>)。此種國家之保護義務具有高度之憲法份量。基本法第2條第2項第2句意義下之人身自由之法益亦同。

(2)關於這些法益之保護，1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條授權去干預那種具有重大份量之資訊自決權。

(a)要對於透過法律授權所為之干預是屬於何種類型作法律判斷，重要的有很多，其中一個關鍵之處在於：有多少個基本權主體，及有多麼強烈地遭受到干預，以及這在何種要件底下發生，尤其是，這些人是否理當受到此種干預(請比較BVerfGE100, 313 <376>; 107, 299 <318ff.>; 109, 279 <353>)。亦即關鍵在於：干預門檻之設計，關係人之數目，以及個人被干預之強烈度(請比較BVerfGE100, 313 <376>)。就個人被干預之嚴重度高低而言，重要的是：到底關係人作為人，是否仍匿名地被保持下去，有哪些與人格有關之資訊被掌握了，以及基本權主體因措施(公權力措施)而有遭到哪些不利之危害，或非無理由地恐懼該公權力措施(請比較BVerfGE 100, 313 <376>; 109, 279, <353>)。

聯邦憲法法院到目前為止，特別是於關於基本法第10條第1項通訊秘密之判決以及關於基本法第13條第1項之住所不可侵害性之基本權之判決中發展出：測量與資訊有關之基本權干預之干預強度之標準。由於這些基本權構成了資訊自決基本權之專門形態(請比較BVerfGE51, 97 <105>; 100, 313 <358>; 109, 279 <325f.>)，所以，除非這些標準具有那種適用於專門性保障之特殊性，否則這些標準亦可適用於較一般性之基本權。

(b)即使被電子搜尋追緝所涉及之資訊本身在正常情形下，比在干預基本法第10條第1項與第13條第1項之基本權保護領域時所存在之資訊，具有較少之人格關聯性。不過因電子搜尋追緝所生之干預，鑑於其權限之內容寬度，以及因該干預所開啟之資料串連之可能性，因此即使它只涉及資訊自決之一般基本權，亦具有重大之

份量。

(aa)干預資訊自決權之份量大小，特別取決於：有哪些內容被干預所掌握，尤其是，被涉及之資訊各自以及在其與其他資訊串連下具有何種人格關聯性程度，以及該內容被用何種方式取得(請比較：BVerfGE100, 313 <376>; 107, 299 <319f.>; 109, 279 <353>)。

因此，如果資訊在取得時侵害了保密之期待，尤其是那些受到特別之基本權保護之資訊，比如在干預基本法第13條之住所不可侵害性之基本權時之資訊，或在干預基本法第10條之通訊秘密時之資訊，則該干預強度就提高(請比較BVerfGE109, 279 <313f., 325, 327f.>; 113, 348<364f. ,383,391>)。

全部被電子搜尋追緝所涉及之資訊皆具有人格關聯性，以及當其與其他資訊串連在一起時，可使人們透視該人格關聯性之資訊，以及具有特別人格關聯性的資訊。尤其是那種涉及到其他的被憲法所保護之領域之資訊，比如涉及到基本法第3條第3項，或基本法第140條連接到威瑪憲法第136條第3項之領域。在普通法律之層面上，這一點表現在比如聯邦資料保護法第3條第9項之「與人格有關之資料之特別類型」之範疇中，依該條規定，被列為此一範疇的資料包括：種族、血統、政治見解、宗教信念或哲學信念、工會會籍、健康、或性生活。

(bb)透過電子搜尋追緝之授權所能作之基本權干預，原則上具有重要份量，看一下轉傳資料之內容，或被轉傳去進行比對之資料之內容就可知道這一點。那種可以從不同資料之滙聚與比對中得出來之被繼續傳遞之資訊，亦是如此。

應予以轉傳之資料可能就已經具有高度之人格關聯性了，雖然從立法沿革來看，上述所列舉之供核對之資料，亦即姓名、地址、出生日與出生地，位居於電子搜尋追緝之前矛。不過法律之權限並不限於此。而是說，所有其他就個案上所需要之資料也都可以被納入追緝當中(1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第2項第1句後段)。此外，被法律權限所掌握之資料並無種類上或內容上之限制。因此—如本案所發生的—該資料轉傳之請求可延伸及於其他關於宗教屬性、國籍、家庭狀況及大學科系之記載。依此，法律權限也包括那種對之個人可能擁有高度隱私性以及立基於其受到保密性之與人格有關之資料，比如個人之宗教信仰。這一點也可以適用於那種被用來與轉傳之資料相比對之「其他之資料」。再加上，從轉傳之資料與其他資料之串連，以及從其相互之比對中可以取得各種各樣之新的資訊。這些資訊在種類上與內容上皆可能具有特別強烈之人格關聯性

。

(c)如果資料轉傳之權限，如同1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所規定的那樣，幾乎涵蓋了所有存在於公機關或非公機關中之與人格有關之資料，則基於所被涵蓋之資料之多樣性與規模，而因此被授權去作出具有高強烈度之干預。

Nordrhein-Westfalen邦警察法除了規定一般皆應加以遵守之比例原則(請比較1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第2條)之外，並未規定被掌握之資料之範圍限定。該範圍限定既無法從被掌握之資料種類之限定中，亦無法從相對人範圍之限定中間接地導引出來，因為根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之文義可以向所有之公機關及公部門以外之機關要求資料轉傳。因此，除非適用於這些機關之專門領域之法規中有完整之資料轉傳禁止，否則凡有個人資料存在之機關皆被包括在內。此種管轄權限之大，也是配合電子搜尋追緝之目的設定所使然。由於電子搜尋追緝之切入點於任何可能之方向中均可能發見，因此原則上幾乎任何資料均可能變成是相關的。

因此，除了1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第2項之限制，以及比例原則之一般界限之外，要求轉傳資料之權限，使人在有需要時便可以將所有存在於任何公機關或私機關之關於任何人之資料皆集中到某一機關，以及將之互相進行比對。資訊科技所擁有之加工處理之可能性與串連之可能性，即使那種本身看起來無用處之資料，經過此種加工、串連之後也可能獲取新的價值(請比較BVerfGE65, 1, <45>)。此種加工與串連之可能性用此種方式而被盡情使用了。

這因此產生了一種風險：在統計目的之外所存在之嚴格的對庫存之個人資料集中之禁止就被規避了(請比較BVerfGE65, 1 <47>)。因為此種目的變更之權限在結果上可以將所有於某一特定時點存放在公機關或私機關之資料變更作用，充當為1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條之目的之用之總體資料。這在結果上可能取代了原本存放在任何其他機關自己所作之資料儲備儲存。

1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條之資料掌握權限，鑑於與個人有關之資料之數量與多樣性－它們在今日是被存放在公機關或私機關，全部加總起來幾乎是關於所有每一個人之資料－因此該權限至少瀕臨了憲法所不容許之可能性：資料與其他之資料收集被集中滙成為一局部或全部完整之人格圖像(請比較BVerfGE 65, 1 <42>)。尤其是連私機關(公部門外之機關)之全部資料也被涵蓋在內，絕大部分之所有被儲存之與個人有

關之資料均被存放在私機關。因此，例如許多百貨公司均使用之顧客卡片體系導致關於此種卡片持有人之私人購物行為之細節資訊－均被儲存到非公家機關中。即使1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條之資料掌握權限出於憲法上之理由可如此地被解釋，以致於該權限並不容許透過各個生活資料與個人資料之匯集來對人物加以登記與分類，以建立人民之某些人格側面－真如此做的話，其本身勢將因統計登錄之匿名性而不被容許－(請比較BVerfGE65, 1<53>)，即使如此，相應資料之提取與串連也可能接近人格側面之建立了，而因此可能形成了特別強烈之基本權干預。

(d)此外，從電子搜尋追緝所導引出來之對關係人之其他可能的後果，也影響到干預之強烈度。

與資訊有關之基本權干預之輕重也取決於：關係人因該干預而有受到何種不利之虞，或有理由對該干預感到恐懼(請比較BVerfGE 100, 313 <376>; 107, 299<320>)。因此資料之轉傳與使用可能對因之所及之關係人帶來了風險，其變成為國家調查措施之客體。這超乎於一般風險之外，而使人遭受到不當之犯罪嫌疑(試比較BVerfGE 107, 299<321>)。與資訊有關之調查措施，在其被為人所知之情形，可能會對關係人產生汙名化效果，如此將間接地提高了該關係人在日常生活或在職業生活中被歧視之風險。

這兩者皆適用於因電子搜尋追緝所生之基本權干預。

(aa)電子搜尋追緝對於被該追緝所加諸之基本權干預之人提高了其變成為其他官署調查措施之目標之風險。比如在2001年9月11日之後所採行之電子搜尋追緝之過程就顯示出這一點。根據一則媒體報導，基於此一電子搜尋追緝之結果在漢堡就有140名外國大學生被警方約談（試比較2002年1月22日之法蘭克福環視報(Frankfurter Rundschau)）。漢堡警方之1名發言人證實：此一行動並非意味著：這些人有罪或他們是犯罪嫌疑人，該行動係針對在漢堡念大學之某特定出身與年齡群之男性大學生。被約談者被要求到警察總局談話時要一併攜帶身份證明文件、所有讀過之大學之學生證件、租賃契約、工作證與工作實習文件、旅行文件。關係人雖然大可不必應邀去約談，不過，如果他們不去，則他們將被以他種方式而被審查(請比較上述報紙；也參見Hamburgischer Datenschutzbeauftragter <Hrsg.>, 19. Tätigkeitsbericht 2002/2003, 2004, S.64, 依照該工作會報，邦刑事警察局利用通常之偵查方法處理了被電子搜尋追緝命中之三位數字之案子－例如對關係人之詢問，以及向其周遭打聽)。

(bb)此外，警方依某些標準所實施之電子搜尋追緝之事實－如果被大家所知－則可能會對滿足標準之人具有污名化效果(stigmatisierende Wirkung)，尤其是如果電子搜尋追緝連接上基本法第3條第3項或第140條加上威瑪憲法第136條第3項那種特別與個人有關之特徵的話，則就可能構成上述之情形(污名化效果)－這根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項原則上是可能的。即使沒有基本法第3條第3項所列舉之要素存在，則凡是國家措施所以之為區分基準之要素越是趨近基本法第3條第3項所列之要素，則不只是平等原則之憲法拘束越緊，而且因差別待遇所生之基本權干預之強烈度－在這裡是對資訊自決之基本權之干預－就越高(持續判決；請比較BVerfGE 92, 26 <51>)。

因此，對於在2001年9月11日之後所實施之電子搜尋追緝而言，關於該手段所為之干預強烈度具有重要性的是：該電子搜尋追緝係針對特定出身之外國人以及回教信仰者，這一來始終帶有一個風險：偏見之再製造，以及在公共觀感上對該族群加以污名化(試比較Limbach著：集體安全是個人自由之敵人嗎？(Ist die kollektive Sicherheit Feind der individuellen Freiheit?), 2002, S.10)。尤其是那種依宗教屬性而為區分，幾乎無法避免會有副作用。以及所有此一宗教之信徒皆一網打盡地受到電子搜尋追緝，這些都提高了因該追緝所生之基本權干預之份量，以及提高了憲法為了對該干預正當化所提出之要求之份量。這一點影響到1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項法律授權之干預強烈度，有了該授權才可能實施依上述標準來作區分之電子搜尋追緝。

(e)此外，還會影響干預之強烈度的是：法規規定只對於一部分之關係人為各別之告知，而且該告知是在電子搜尋追緝結果之後才為之。國家干預措施之暗中為之，導致該干預之強烈度提高(請比較BVerfGE 107, 299 <321>; BverfG, NJW 2006, S.976 <981>)。1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第5項第1句規定在電子搜尋追緝結束之後，對於關係人之各別告知只對於那些對之繼續進行措施之人為之，而即使是對此種人為告知，也是只有當該告知不會危害到資料繼續利用之目的才行。根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第5項第2句，如果因同一事件對關係人已有刑法上之偵察程序發動的話，則不得為告知。

1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第4項第1句所規定之法官之處分令雖然降低了措施之暗中性(隱藏性)，只要該命令－如同本案－

以文書發布的話(請比較AG Düsseldorf, DuD 2001, S.754)。用此種方式使潛在中之關係人可以知道，他屬於被電子搜尋追緝所掌握之人，以及在必要時－如同本案中之訴願人一樣－可以請求法律保護。不過，此種書面化並未被法律所規定，如果與本案不同，並未導致書面化，則在沒有個別告知底下該措施仍是對個人隱藏著。

(f).同樣具有重要性的是：被電子搜索追緝所及之關係人並未徹底地保持匿名性(請比較BVerfGE 100, 313 <381> ; 107, 299 <320f.>)。無論如何，如果某人之資料在全部措施結束之後，仍被包含在結果資料群當中，則該人就不具匿名性可言。就此種人而言，資料之人之關聯性偏偏正是為了達到一個目的而保存著：針對該人能夠作其他進一步之偵察措施。

(g).最後還具有重要性的是：1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項規定散布廣闊之無犯罪嫌疑之人之基本權干預。

(aa)此種基本權之干預有兩個特徵：一個是被干預者不具犯罪嫌疑性，另一個是被干預者分布廣大－亦即有為數眾多之一群人被納入干預措施之作用領域內，而這些人與具體之錯誤行為毫無關係，而其行為又不至於引發干預－此種基本權干預原則上具有高度之干預強度(請比較BVerfGE 100, 313<376, 392>; 107, 299<320f.>; 109, 279 <353>; 113, 29<53>; 113, 348 <383>)。因為凡是個人越沒有引發國家干預之理由，則該個人之基本權自由就越強烈地被干預。此外，從此種干預中可能產生出一些嚇唬效果，其可能導致在基本權行使上之自我節制(請比較BVerfGE 65, 1 <42>; 113, 29 <46>)。一種會對基本權行使產生嚇唬之效果必須要加以避免，這不只是為了保護關係人之主觀權利而已。而且公共福祉也因該嚇唬效果而受到侵害，因為自決是一種立基於其人民之行為能力與參與能力之自由民主共同體之基本功能條件(請比較BVerfGE 113, 29 <46>)。如果偵察措施之打擊範圍散佈廣泛，助長了濫用之風險產生與被監視之感覺產生，則這危害了行為之無顧忌性(請比較BVerfGE 107, 299 <328>)。

(bb) 1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之電子搜尋追緝涉及對無犯罪嫌疑人之干預，本條規定建立了針對所謂非干擾者之干預權限，亦即該權限並不以「干預措施之相對人對危險負有責任」為前提。根據該條文之規定，所有滿足該選擇標準之人均可被納入干預措施，而沒有要求該人須接近該危險或該人須與犯罪嫌疑人接近。那些在根據其他標準進行電子搜尋之後所剩餘之人仍不必符合具體之干擾者嫌疑。到底關係

人是犯罪嫌疑人或干擾者，在此種情況毋寧還是應加以發現出來，而不論是透過依其他標準所為之電子搜尋方式，或是一直等到後續使用傳統的與個人有關之偵察措施之方式，皆是如此。

電子搜尋追緝是犯罪嫌疑取得之干預，或嫌犯取得之干預(請比較Gusy, Krit V 2002, S. 474 <483>; Brugger, Freiheit Und Sicherheit, 2004, S. 98f.)。尤其是如果該追緝－如同在本案中那樣－應導致發現所謂恐怖份子之「潛伏者」，則更是如此。由於此種「潛伏者」之特點是：其行為完全與環境調適，以及因此不會惹人注意。所以這些人之行為，本來就欠缺具體之線索可以引導到其可能之干擾者之屬性。因此用電子搜尋追緝來發現此種人，必須發展出關於行為人剖面之相對不專門之設定，以及因此使用不專門性之搜尋標準，其結果是：該搜尋與傳統之警察法結構相反，被遠遠地移到具體干擾者嫌疑之前階段。在此限度內，此種情況重大地有別於那種追緝原則上已知之行為人。具有特定的反常行為之特徵，比如：電費用現金支付，在追緝被通緝之赤軍連恐怖份子時，就是以此為根據而抓到的(關於當時所使用之電子搜尋追緝，請比較Herold, RuP 1985, S.84 <91, 93>)。

不同於過去之電子搜尋追緝所典型之情況，如果正是行為之不惹人注意性與環境調適性被提升為搜尋之關鍵標準的話，則措施之無犯罪嫌疑性還要更高。這一點證諸於本案所實施之全國性協調之電子搜尋追緝，就會變得很清楚。差不多有520萬人之資料被轉傳給Düsseldorf之警察總局。有32,000人之資料，根據聯邦資料保護監察人之說法，全部被納入全國性之資料「潛伏者」中。無論是520萬人之資料，或32000人之資料，皆沒有具體之線索顯示：這些人可能涉及所謂之「潛伏者」，或是顯示：這些人與潛伏者有所接觸。在聯邦刑事警察局依規定比對資料之後所剩餘之人，這些人之資料同時也在比對之資料中，光是基於這一點，並不能說這些人有具體的干擾之嫌疑，毋寧應該說，關於這些人，電子搜尋追緝只是用來縮小圈子來確定出哪些人可能要繼續調查，然後才可能導致確立此種犯罪嫌疑。

(cc)電子搜尋追緝，如同本案被它所掌握之人之數目所顯示的那樣，其有一個特徵是：具有非常高度之散佈廣度。

(α)電子搜尋追緝作為一種追緝之方法具有之優點在於：自動化，由計算機所支持之運作係一般性地自動產生。亦即電子搜尋追緝能非常迅速地處理幾乎任何龐大與複雜之資訊。傳統之程序，偵查活動係根據層層節

制之資訊保密等級模式而為之，現在透過電子搜尋追緝而被附上了一種前所未有之貫徹力(試比較Rogall in: Duttge u.a. <Hrsg.>, Gedächt-nisschrift Schlüchter, 2002, S.611 <617>; Welp, in: Erichsen u.a. <Hrsg.>, Recht der Persönlichkeit, 1996, S.389f.)。在基本權方面，此種新質量之警察偵查措施導致了干預強度之增高。

(β)就適當性之判斷而言，具有重要性的是，不只要考慮那種被電子搜尋追緝以基本權干預之方式所及之人之數目，而是也應考慮－基於基本權之客觀意義－被掌握之人之總數目(試比較BVerfGE 107, 299 <328>)。

如果資料根據相對不專門之標準而被集中在一起，則可能有非常龐大數量之人，從事前之觀點來看，不是犯罪嫌疑人或干擾者，在事前就被電子搜尋追緝所納入了。在第一次比對之後所剩餘之具搜尋特徵之人－如同本案那樣－也涵蓋非常多的人，這些人無論如何絕大多數即使從事後之觀點來看也是非干擾者。

(3)在此限度內，因電子搜尋追緝所生之干預，鑑於1990年Nordr-hein-Westfalen邦警察法第31條第1項所要保護之高位階之憲法法益，因此雖然還不能說是不合比例。不過該干預是只有當立法者維護住了法治國家之要求，才具有適當性，其方式是：立法者從被危害之法益具有充分之具體危險之門檻出發來規範該干預。

(a)國家得以而且必須用必要之法治國手段，來有效地對付那種以破壞自由民主基本秩序為目的，以及以有計畫性地消滅人命為手段，以實現其上述目的之恐怖主義活動（請比較BVerfGE49, 24<56>）。不過，國家在基本法底下也必須限於使用法治國之手段。

基本法含有一委託：在遵守法治國規則底下防禦自由民主秩序之基礎被侵害(請比較BVerfGE 111, 147 <158>; BVerfGK2, 1<5>)。此種法治國之力量偏偏正顯現在：法治國即使是在與其敵人相周旋的時候，亦臣服於一般有效之原則(請比較BVerfG, 2001年5月1日第一庭之裁定－1BvQ22/01-, NJW2001, S.2076-<2077>)。

為追求安全與保護人民之基本的國家目的，亦同。憲法向立法者要求：要對於自由與安全之間建立－適當之平衡。這不只是排除絕對安全目的之追求，這反正事實上幾乎不可能，不過無論如何倒是可能以消滅自由之代價來達成絕對安全之目的。而是說基本法也須追求一個目的：根據實際之情況來建立最大可能之安全。而且基本法也受到法治國之拘束，尤其是禁止不當地干預基本權作為防禦國家干預之權利，即屬於此種法治國之拘束。

在此種禁止中亦存有國家保護義務之界限，基本權即係用來確保個人之自由領域免於受到公權力之干預；基本權是人民對抗國家之防禦權(請比較BVerfGE 7, 198<204f.>)。基本權作為客觀原則之功能以及由之所生之保護義務之功能（請比較BVerfGE 96, 56<64>），便是在於：其原則上強化了基本權之效力。不過基本權之根本仍然是在於此種主要之意義上(防禦權之意義)(請比較BVerfGE 50, 290<337>)。

因此，當國家要選擇手段以履行其保護義務時，國家限於採用那種合乎憲法之手段(請比較BverfG, NJW 2006, S.751 <760>)。國家干預那種受到絕對保護之個人要求維護其尊嚴之尊重請求權(請比較BVerfGE 109, 279 <313>)，不管所涉及之憲法利益之份量有多重，都是始終受到禁止的（請比較BVerfG, NJW 2006, S.751 <757ff.>）。不過，即使在根據狹義比例原則而為衡量之下，國家之保護義務亦不得導致：原本不適當之基本權干預被禁止，卻由於在引用基本權之保護義務底下，而變成有名無實，以致於結果頂多是不適當或不需要之干預才可能被防禦。

(b)從狹義比例原則之命令中，在某特定要件底下，甚至可以導引出：完全不容許去做某特定之基本權干預，以追求內部安全領域中之與人有關之偵察之目的。因此聯邦情報局行使權限，為了所謂策略性控制而來監視無犯罪嫌疑之通訊交流，以及透過搜尋概念之比對而來充分行使該權限，無論如何在內部安全之領域就與個人有關之危險防禦之目的而言，此種權限之行使是不合乎比例性的，以及因此違憲(請比較BVerfGE 67, 157 <157,180f.>; 100n 313 <389>)。只有在嗣後目的變更之框架內，於最嚴密之合比例性要件底下，才可能規定可以使用隨機篩檢之偵查方式(請比較BVerfGE 100, 313 <389ff.>)。

(c)就1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所規定之電子搜尋追緝而言，從比例原則中並未導引出一項禁止：毫無例外地排除以對人偵查為目的所為之基本權干預。不過，電子搜尋追緝之權限有一點是同於為了策略性控制之目的所為之對通訊秘密之干預：該電子搜尋追緝亦非單純只是涉及授權去事後目的變更地去利用偶發之發現。於電子搜尋追緝毋寧是倒過來，資訊自始就是為了一個目的才被集中起來及才被使用，該目的是：去決定潛在嫌疑人之範圍，以便對他們可以進行其他之與人有關之偵查措施。此種資料轉傳、集中、以及比對，各皆構成獨立之干預。該干預－不同於策略性監視之案件－自始就是為了對人偵查之目的而作成。

(d)因電子搜尋追緝之實施所產

生之基本權干預，其干預之前提要件在法律上並未作密切地規定，因此該基本權干預之份量是如此地高，以致於立法者只有在有具體危險存在時，才得以規定1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之為保護高位階法益所為之措施。

立法者在規範干預權限時，並不一定受到因傳統危險概念所生之警察法上之干預界限之拘束。不過，立法者在處理本案這種強度之干預時，只有在維護合比例性之特別要求底下才是沒有超過該干預之界限。當電子搜尋追緝之種類是對於完全無犯罪之人進行基本權干預時，前述之合比例性之要求就並未被滿足。因此，電子搜尋追緝，根據憲法，只有當有具體之危險存在時，才得加以使用。

(aa)憲法原則上並不阻止立法者，基於其特權去認定危害情況與威脅情況有新種類存在或已變更，而在此基礎上去續行發展警察法領域中傳統的法治國之拘束。立法者得重新調整自由與安全之間之平衡，不過立法者基本上不得不做衡量。

關於狹義比例原則，立法者必須維護兩方面之間之均衡：一方面是基本權侵害之種類與強烈度。另一方面是得作成干預之構成要素，比如介入之門檻、所要求之事實基礎以及所保護之法益之份量(請比較BVerfGE 100, 313 <392ff.>)。凡是所涉及的是，法益被威脅或被侵害越嚴重，以及凡是基本權之被干預越不重要，則可以推論出法益被威脅或被侵害所需具備之蓋然性就越低，以及在必要時犯罪嫌疑所根據之事實就可以越不重要(請比較BverfGE 100, 313 <392>; 110, 33<60>; 113, 348<386>)。不過，蓋然性程度之要求以及預測事實之基礎不得任意地減降，而是也必須與基本權侵害之種類與嚴重度呈一適當之比例，而且也須與所追求之法益保護是否成功之展望呈一適當之比例。即使被威脅之法益侵害具有最高之份量，也不可以放棄需有充分的蓋然性之要求。作為嚴重基本權干預之前提要件而也必須加以保障的是：前提之假設與推論擁有事實面上之具體界定之出發點(請比較BverfGE 113,348 <386>)。尤其是憲法不容許「漫無目的」地進行基本權干預之偵查(請比較BVerfGE 112, 284<297>; 聯邦憲法法院1989年4月6日第一庭裁定－1BvR 33/87-, NJW 1990, S. 701 <702>)。

比例原則導致立法者只有從特定之嫌疑階段或危險階段出發，才可以規定強烈地基本權干預(請比較BVerfGE 100, 313 <383f.>; 109, 279 <350ff.>)。例如只有當從可知之情況中直接導引出有受保護之法益被危害存在時，則去規定集會之禁止或解散之法律權限才具有合比例性(請比較BVerfGE 69, 315 <353f.>)。到底為了

防禦未來可能有的法益侵害之危險，而在具體危險存在之前階段就採取基本權之干預，此種做法是否可以合乎比例，並非只是取決於是否有充分之展望能夠期待該干預保證能夠成功(關於成功適格之要求，請參考BVerfGE 42, 212 <220>; 96, 44<51>; BVerfG, NJW 2006, S. 976<982>)，而是也取決於干預之規範關於所涉及之人與系爭之法益威脅之接近，規定了哪些要求(請比較BVerfGE 100, 313, <395>;107, 299 <322f., 329>; 110, 33 <60f.>; 113, 348<385ff., 389>)。如果立法者放棄有限地要求：須有危險發生之蓋然性，以及關係人必須與所應防禦之威脅相接近，而且儘管如此，立法者還是規定重大干預之權限，則這就不合乎憲法了。

(bb)根據此種標準，不得在具體危險之前階段就採用電子搜尋追緝，因為電子搜尋追緝勢將導致：對完全無犯罪嫌疑之人以及大規模地進行基本權干預，此種基本權干預是可以掌握帶有強烈人格關聯性之資訊。

根據Nordrhein-Westfalen邦警察法所進行的電子搜尋追緝，其不同於在具體危險之前階段就採取其他之對人偵查措施(聯邦憲法法院並非自始就將該措施視為不容許)，二者之所以不同是因為：電子搜尋追緝所以之為要件的是，毫無事實根據地連接上那種要具體地為威脅情況負責之人，而就可以對該人進行偵查。為了取得犯罪嫌疑人，所使用之措施既無法用來對於具體罪責者進行進一步之偵察(請比較BVerfGE 107, 299<314ff., 326ff.>)，亦無法用來對於原本已用其他之方式鎖定特定人之危險嫌疑進行進一步之擴充(關於這一點請比較BVerfGE 100, 313 <395>, 110, 33 <58ff., 61>; 113, 348 <375 ff. , 378 ff., 383>)。

在電子搜尋追緝上，聯邦憲法法院強調之法治國標準毋寧是流失了。依該標準，即使在欠缺警察法上之干擾者嫌疑，或刑事訴訟法上之犯罪嫌疑時，也必須要有那種以充分之事實基礎為根據而與未來之法益侵害有處於接近之關係存在。因為在電子搜尋追緝上並不存在任何事實鎖鏈，能夠牽扯到用任何一種觀點所具體化之對人之嫌疑。電子搜尋追緝之典型特徵是：放棄了介於被危害之法益與基本權被干預之關係人之間之接近關係，因此所生之法治國欠缺必須要用別種方式加以補償，以便排除無邊無際之授權。在本案，立法者並未選擇下述之途徑：為了保護法益，所使用之措施做如此地界定，以致於可能之干預並不會產生對關係人有值得一提之侵害。干預之權限亦未做嚴密之限定，這種做法只有當授權無論如何是以對法益有具體危險存在為前提時，才會滿足憲法之要求。

(cc)不過，根據憲法，適用於電子搜尋追緝之干預門檻並不一定是要有傳統意義下之現時危險存在。不過，不可以(危險程度)連具體危險都還達不到(就要使用電子搜尋追緝之偵查手段了)。

(α)1990 年 Nordrhein-Westfalen 邦警察法第31條植基於傳統的構成要件要素，而對於向非干擾者為要求時，作法治國之限制，此種依法治國限制之傳統構成要件要素就是現時之危險。所謂危險具現時性是指：損害事件之發生要嘛是已經開始，要不然就是有幾乎確切之機率直接或即將面臨該發生(請比較比如說Ninedersachen邦公共安全與秩序法第2條第1b款<Nds. SOG>)。這才滿足憲法對於電子搜尋追緝授權之要求。

不過，在這種意義下之現時危險之存在並未被憲法所要求。即使無法自始就排除：「在個案中電子搜尋追緝於極短之時間內就有成果」。即便如此，法律所要求之損害發生必須是：「該損害即將來到」，以及「該發生須有接近確切之機率」。由於電子搜尋追緝原則上會有時間之花費，所以此一法律要求導致：在大部分滿足此一要件情況之電子搜尋追緝都太晚發動，以致於無法發揮作用。此種對於追緝手段之重大限制，鑑於1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所列舉之法益具有高度的位階，所以並未被要求，以維護合比例性。

(譯者按：這整段是指：如果要求必須要有現時危險存在，才能使用電子搜尋追緝，則由於該危險必須在極短之時間內而且幾乎百分之八九十會發生，而電子搜尋追緝之偵查手段通常很花時間，所以當滿足此一現時危險之要求時，必然會導致：危險都已經發生了，但電子搜尋結果還沒出來。由於保護之法益具有高位階，所以並未要求電子搜尋追緝之使用限於現時危險，以合乎比例。)

(β)毋寧是說立法者將電子搜尋追緝之可容許性附加上一個要求：對於系爭之法益需有具體危險存在，則這樣就夠了。依此，被以之為前提要件的事實情況是：在具體情況中有充分之機率存在，與可預見之時間內會產生該法益之損害(試比較Niedersachsen邦公共安全與秩序法第2條第1a款<Nds. SOG>)。不過，被委託去適用此種授權之機關，根據憲法不得在取消此種要求底下，來解釋警察法之危險概念，而因此將危險門檻降低到低於憲法對電子搜尋追緝所要求之標準。

具體危險之認定所必要之機率預測，必須植基於事實才行。含糊之支撐點，或是沒有確實地指涉個案之理由所為之單純推測並不足夠(試比較BVerfGE 44, 353 <381f.>; 69, 315

<353f.>)。

(γ)在這個意義下，具體之危險也有可能是繼續性之危險，此種繼續性之危險是對於每一個時刻有超乎於較長的期間之外仍存在著損害之發生機率。不過，對於此種繼續性之危險之確定，同樣也要適用具體危險所要求之損害發生需具有充分之機率，以及機率預測需具有具體的事實基礎。

因此，比如：從所謂的恐怖主義潛伏者所生之具體繼續性危險之認定，必須要有充分根據之具體事實存在。恐怖主義團體為了發動攻擊所可能挑選出來之外交政策上的緊張局勢，是一而再地存在，而且此種局勢可能長期繼續下去。在此限度內事實上絕無法排除：恐怖主義之行動也可能及於德國，或可能在德國做準備。亦即此種一般性之威脅狀態，如同最慢自2001年以來的威脅狀態一樣，自現在起已經超過了4年，實際上是沒有中斷地繼續著。或外交政策上之緊張狀態並不足以下令去進行電子搜尋追緝。透過電子搜尋追緝所產生之對資訊自決權之干預，毋寧是以另一個會產生具體危險之事實之存在為前提，亦即從該事實中產生出具體之危險。比如就準備恐怖主義攻擊活動有事實上之支撐點存在，或者是有證據顯示在德國有人在準備恐怖攻擊活動，而該活動在可見之時間之內將於德國本土進行，或在別的地方進行。

(δ)除此之外，將措施限定在具體之危險，係作為決定電子搜尋追緝於個案中合乎比例之基礎，以及作為施行該措施之程序上與組織上要件之進一步具體化之基礎。若沒有此種限定的話，將不可能去對於進一步之要求做如此之具體化，以致於法治國之明確性原則受到維護。

c)1990 年 Nordrhein-Westfalen 邦警察法第31條第1項之授權，如其適用領域於上述之意義下被理解時，則滿足憲法規範明確性與規範清楚性之命令。

aa)對於基本權干預之授權需要有那種合乎法治國規範明確性與規範清楚性之命令之法律基礎(請比較 BVerfGE 110,33 <53>)。尤其是立法者於干預資訊自決基本權時－包括干預基本法第10條與第13條之專門基本權時－必須專門領域性與精確性地決定資料之使用目的(BVerfGE 65,1 <46>; 110,33 <70>; 113, 29 <51>)。根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之規定，資料轉傳如係為防禦特定之危險所必要，亦即係為聯邦或邦之存續與安全或為個人之身體、生命、自由所必要，則該資料轉傳有助於自動化地與其他資料互相比對之目的。因此轉傳之資料與其他資料進行自動化之比對作為使用之目的是被規定為防衛1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所列

舉之危險，這一點是充分的。

只有當危險之概念可被使用來作為授權之限制時，才會滿足那種使用轉傳規定之命令：「資料受領官署需有充分確切可得而知之標示」，再加上另一個規則：「轉傳須集中於受領官署之各該專門之任務領域」(請比較BVerfGE 110, 33 <70>)。警察被列為是轉傳資料之受領官署。適用之目的是限於防禦一一被列舉之具有高價值之公共安全保護利益之危險，亦即，該目的是限於去追求被列為屬於警察官署之專門任務領域(請比較1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項第1句)。

1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條在上述之條件底下也具有充分明確性之處是在於：其不只是明文地列舉資料之類型，而且根據第2項可以被要求及被處理的還包括其他就個案所需要之資料。在此限度內，明確性之要求被維護住了，因為所謂其他就個案所需要之資料這個概念，在考慮到危險防禦之規範目的下，以及也包括去考慮為什麼有資料被需要之認定，該概念可以被如此地具體化，以致於比例原則被維護住。

bb)反之，若沒有限定在須有具體危險存在的話，則要對於被掌握之資料做一目的性確定，勢將欠缺充分之支撐點。尤其是如果所涉及的是其他就個案所需之資料的話，更是如此。如果欠缺具體之危險，則無法在憲法上充份明確地得知：在何種條件底下有個案之資料被需要。如果電子搜尋追緝之聯繫因素真的是一般性之恐怖主義危險，以及如果該危險因此變成為警察所需要之資料之類型之具體化，則勢將有幾乎無止無境之資料授權被創設出來了。在這裡就欠缺了任何支撐點去審查：是否就個案有應予以提取之資料被需要。這一點勢將違反了憲法上之明確性要求了。

Ⅱ.受指摘之裁定因侵害了訴願人依基本法第2條第1項加上第1條第1項之資訊自決之基本權而違憲

被指摘之裁定並未滿足憲法之要求。該裁定係植基於對於1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所謂現時危險之概念作出違反上述原則之寬鬆解釋，以及在結果上是植基於將授權轉型成為前階段之權限。用此種方式使得該規定取得一種立法者不可能規定的內容，除非違反基本法第2條第1項加上第1條第1項之資訊自決基本權。

1.對於普通法律之解釋，以及將之適用於具體之案件，是對之有管轄權之普通法院之事務，而且聯邦憲法法院原則上不得對之加以審查(持續之判決；請比較BVerfGE 18, 85 <92f.>)。不過聯邦憲法法院必須引導解釋性地考慮被普通法院之判決所涉

及之基本權之射程，以便使得基本權之價值設定之意義也在法律適用之層次上被維護(持續判決；請比較BVerfGE 7, 198 <205ff.>; 101,361 <388>)。如果普通法院透過對規範之適用領域作寬鬆之解釋，來賦予規範一種內容，該內容是立法者若非牴觸基本權，就無法獲得的，以及規範在具體案件中之適用係植基於此種之解釋的話，則基本權之意義與射程就沒有被正確地把握住了(請比較BVerfGE 81,29 <31f.>; 82, 6 <15f.>)。

2.本案就是如此。被指摘之裁定對於1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所規定之現時危險之概念賦予一種內容，使得該概念無法滿足基本權對於電子搜尋追緝之授權所做之要求，該要求是無論如何需要有具體危險之存在。

a)在2001年9月11日之後所作之全國性協調之電子搜尋追緝要求法院在新種類之危險情況作成判決。這一點在處理授權基礎上產生了不安定性。有各別之普通法院在對電子搜尋追緝作判斷時，緊守住傳統對現時危險這個概念之理解，並否定有該現時危險之存在(請比較OLG Frankfurt, NVwZ 2002, S. 626 <626f.>; LG Wiesbaden, DuD 2002, S.240 <241>; LG Berlin, DuD 2002, S. 175 <176f.>)。反之，其他之法院在引用所可能產生之損害之嚴重性底下而降低了對損害機率之要求，並以此為出發點，而肯認有現時之危險(請比較OLG Düsseldorf, DuD 2002, S. 241 ff.; DuD 2002, S. 244 f.; KG Berlin, MMR 2002, S. 616 <617>; OVG Koblenz, NVwZ 2002, S. 1528; VG Mainz, DuD 2002, S. 303 <305>; AG Wiesbaden, DuD 2001, S. 752 <753>; AG Tiergarten, DuD 2001, S. 691 <692>)。因此，也有法院作成上述被指摘之裁定。他們所根據之1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之解釋並不符合憲法之標準。

b)被指摘之裁定忽略了：電子搜尋追緝命令之合憲性乃繫諸於至少須有具體之危險存在，而且所要求之法益侵害之機率程度之決定，不只要考慮可能發生損害之大小，而是也要考慮為危險防禦所使用之干預之嚴重度，以及其成果之展望。從上述此種憲法理由，只有當無論如何有一建立在事實上之危險存在，使人有理由去認定：基於對某特定團體之資料之調查可以採用有助於此種危險防禦之手段的話，則那種因電子搜尋追緝所生之對於完全無犯罪嫌疑之人之資訊自決基本權之干預，才得以為之。

反之，比如說邦法院認為：「當無法排除有特別嚴重之損害發生之可能性」，則這就已經充分了（現時危險之概念）。而邦高等法院想要將有「損害發生之遠的可能性」存在，就

認為已充分了（現時危險之概念）。如果－如同邦高等法院對當時之情況所說的，在德國並沒有恐怖攻擊之具體的跡象，而是單純只有植基於推測有此種攻擊之可能性存在，則縱然如此仍採取電子搜尋追緝就是一種在危險防禦之前階段所下之措施。而非防禦具體之危險，因此，邦高等法院在其關於比例原則之其他論述中將針對非干擾者之電子搜尋追緝明白認定為是警察之前階段權限，該權限不再繫諸於防禦具體之危險，以及干擾者原則。

在本案中，為了說明此種下降之機率所需要引用之事實基礎是太混亂了，以致於無法去肯認有具體危險存在。例如有的去引用外交政策與安全政策之出發事實，雖然－如同美國出兵阿富汗以及美國之大使館恐怕有受到報復式攻擊之危險－軍事衝突之擴張有時也可能會導致恐怖攻擊，不過，關於具體之危害或是關於在德國本土之攻擊或攻擊準備皆沒有超出此種一般局勢之外之證據。無論是無法進一步具體化地指稱在Nordrhein-Westfalen邦有42名警察所已知之人他們被視為是賓拉登網絡下之支持者或接觸人，或者是在Nordrhein-Westfalen邦之可能的攻擊目標，這些都同樣只能強調恐怖攻擊之一般可能性而已。這裡並沒有充分具體之事實存在，使人可以推論出：這些被歸類為恐怖份子之潛伏者準備恐怖攻擊之機率以某種方式擴大了，而因此透過電子搜尋追緝可以將之找出來。

法院利用將(危險發生)機率門檻下降到只有「恐怖攻擊之單純可能性」上，而做了憲法所不容許地放棄須有「具體之危險情況存在」之要件，亦即，(放棄了)在個案中須有充分之事實可證明有危險情況之存在。法院辦到這一點的方式是：縱然只是有危險發生之虞之(抽象危險)情況，法院仍將之劃歸為危險這個概念，以便賦予該概念一種內容：「其實出於憲法上之理由本來根本就不足以有權限去採用電子搜尋追緝之措施(現在也有權採取該措施了)」。

3.被指摘之裁定係植基於此種憲法上之瑕疵，因為很顯然地，法院如果有遵守憲法對於1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所規定之現時危險這個概念解釋之憲法要求時，其實可能就會導出別種結論(與原裁定不同之結論)。

Ⅲ.其他基本法之基本權規範無庸審查，因為訴願人已經由於其資訊自決權被侵害而獲得勝訴

是否被指摘之裁定除此之外還牴觸了訴願人出於基本法第3條第1項、第3條第3項、第4條第1項、第19條第4項以及第103條第1項之權利。這個問題不需要下裁判，因為訴願人已經由於其資訊自決權被侵害而獲得勝訴

。

Ⅳ.邦法院之裁定以及邦高等法院之裁定撤銷，本案發回到Düsseodorf邦法院

邦法院之裁定以及邦高等法院之裁定，由於其牴觸了資訊自決基本權，所以應根據聯邦憲法法院法第95條第2項而加以撤銷。本案發回到Düsseldorf邦法院。

關於費用償還之裁判係根據聯邦憲法法院法第34a條第2項。

關於本案BⅡ這個部分之決定是以6票對2票通過，其他的部分是一致同意通過。

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

女法官Haas對於2006年4月4日聯邦憲法法院第一庭之裁定
－ 1 BvR 518/02 －
所發表之不同意見書

我不贊成本庭多數意見之處在於：多數見解將邦高等法院之裁定當作違憲而撤銷。邦高等法院對於1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項之解釋與適用在憲法上無可挑剔。因為邦高等法院廣泛地審查事實狀態與法律狀態，所以不需要去討論在這之前之區法院與邦法院之判決。我贊同多數見解，認為1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項是合憲，即使說我是出於不同的理由。

1.多數見解以及被指摘之邦高等法院之判決均認為：1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項干預了基本法第2條第1項加上第1條第1項之保護領域。不過，這只是指那種根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所實施之資料掌握而其又不馬上以自動化之程序加以銷毀之部分(請比較BVerfGE 100, 313 <366>; 107, 299<328>)。這意味著：極大部分被電子搜尋追緝所掌握之人，其基本權並未被涉及到。

對於其他被資料掌握以及被資料比對所涉及之人而言－如同本案所顯示的那樣－，干預也只具有輕微之強烈度(關於這一點柏林憲法法院已經提到過了，請參見2004年5月28日之裁定－VerfGH 81/02-)。如果多數意見廣泛地認為：必須引用眾多各別資料使用之情況以便去說明干預具有特別之強烈性，則這一點勢將使人可以推論出，即使是多數見解也無法令人信賴各個論證之說服力。因為如果干預真的如同多數見解所認為的那樣，具有很高度的強烈性，則這一點勢將會明顯地顯露出來，而不需要用很多句子來說明了。我在此限度內不想要對

各個論證一一加以討論，否則勢將爆破了這份不同意見書的框架了。不過，不可忽略的是，多數意見之衡量有局部是互相矛盾的。一方面將干預之特別強烈性用此種電子追緝措施之嚇唬效果來說明，另一方面又將關係人不知道有該電子追緝，於是將之評價為負擔。亦即，不知跟知一樣，都提升了干預之強度。多數見解並未指出國家為保護關係人所採用之第三條路，除此之外，與實務互相符合的是關係人並未被告知其有被進行電子搜尋追緝措施而無結果－而且這也是本案所存在之情形－，比起當事人最初在不知情的情況下而被納入資料，相形之下要更好的是：去比對當事人在知情下所賦予的資料，而這種情形也幾乎沒有被處理。

我認為就干預強烈度之判斷具有關鍵性的是：根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項可以加以掌握以及加以比對的，只是那種已向關係人透露而被儲存在檔案中之資料。此時應加以考慮的是：干預之份量由於所受威脅情況差異性，所以只有在考慮被具體之搜尋追緝所根據之標準底下，才有可能加以判斷。再加上，舉凡關於性別、住所、父母親、大學科系這些特徵，反正都可以對每一個人透露。每一個人都可以透過觀察或者是向周遭詢問，就可以得知上述這些特徵以及生活情況。同樣地，國家也可以得知這些特徵以及使用它們，而毋庸將之視為是一種對個人人格權之特別嚴重之干預。尤其是，如果所涉及之資料如同本案這裡一樣，偏偏是國家機關也已經透露給關係人了或者是他們在正常情況已經被國家－為關係人－所掌握住了，則更是如此。

這一點也適用於個人之宗教屬性這個特徵，而且正是回教徒原則上也是公開的過其宗教生活，而這一點在我們這種自由國家中也可以在毫無不利之情況下為之。根據基本法第3條第3項，任何人皆不得依其宗教歸屬性而被歧視。這在這個脈絡下並未賦予宗教屬性更大之份量，或比語言、性別更高之敏感性。亦即這些特徵都是不得連接上不利之效果的。在本案這裡反正不涉及歧視。基本法第13條第1項之住所保護，在本案這個脈絡下，亦同樣無法正當化地將住所或住所地這個特徵判斷為特別敏感。這之所以不是特別敏感，是因為並非地址（亦即地址之得知），而是住所不可侵害性，才受到基本權之保護。本案這裡很顯然不涉及這種住所不可侵害性，因為無論是住所或是關係人之宗教信仰，原則上都可以公開地為之。因此，與多數見解相反地，不可能去說：關係人在這裡特別植基於私有性與秘密性。多數見解所強調之對於宗教屬性之資料比對會有污名化效果，

此一效果之所以並不存在是因為電子搜尋追緝並非公然地實施，亦即原則上它並不可能使公眾知悉。除此之外，如果人們假定人民會對警察措施有此種理解的話，則這應是低估了人民。人民會了解，在調查極端宗教基本教義派的時候，宗教歸屬性必定是記載之標的，就如同在尋找女性行為人的時候，性別必定是記載之標的，任何人皆不可能當真地認為，因此就會將女性污名化了。

干預也應該不因為有眾多人之資料被掌握與被比對就變成特別強烈。干預始終只涉及個人，因此具有決定性的只是：措施如何為個人量身打造。究竟被措施所涉及的，是否含有其他人，並未降低或提高各個關係人之負擔門檻。此外，與多數見解相反地，有巨大數量應予以比對之資料，對於其基本權被涉及到之關係人而言，毋寧反而是起著正面之作用。關係人縱然被記名式地掌握，不過其個體性事實上仍保持匿名。因為正是由於其規模之大，所以總體資料之數量是多到無法一目了然，這將導致每一個被電子搜尋追緝所掌握之人，其個體性並不突出，亦即，匿名性事實上受到保障。只有當關係人之數量稀少時(在本案中是指二位數)，則個人在具體審查時，其個體性才會被感覺到。不過，就干預強烈度之問題而言，這一點是關鍵，亦即，只要電子搜尋追緝之分布廣度特別大的話，則自始就不可能有所謂特別強烈之干預。

2.無論是多數意見所引用之各個干預之情況，或是所有此種情況之全部，皆無法令人信服地去建立出有高度強烈之干預存在。姑不論這一點，我認為多數意見忽略了根據1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項所容許之電子搜尋追緝之一個非常關鍵之面向，亦即：國家只是再度掌握那種已經被提取，而因此是國家可以直接接觸到的資料，用這種方式國家正是也對於那些被資料比對所涉及之人確保並增益其自由，因此這主要是涉及自由之保護或自由之增益。

自由之基本權要求國家保障安全，如果沒有安全的話則基本法之自由保障就不可能被賦予生命。安全是基礎，自由以之為基礎才有可能自由地發展。因此，介於自由與安全之間存有一種不可分之事理關聯性與意義關聯性。因此所有保障安全之措施亦可同時被理解為保障與促進自由發展之措施。在民主法治國家中，安全之增益強化了自由，因此就是自由之增益。而且也包括下述這種人民之安全：該人民之自由被觸犯，亦即其得以決定與其有關之資料如何利用與使用之權利，被國家之預防性之保護措施所觸犯，而自己本身不會引起人們認為他想要侵害或毀滅其同胞之生活基礎

。即使是他也分享自由之增益，就跟所有其他並未被電子搜尋追緝措施所及之同胞一樣。就強化其自由權而言，亦即，強化其可以不受妨礙地移動之權利，而不必同時去害怕別人對其生命或其健康為攻擊，個人必須忍受與之相比較起來相對較小之侵害。

國家被要求：要對於人民恐懼失去其生命與失去其健康之這種恐懼認真加以對待。如果人民此種基本之法益被威脅、被侵害或甚至被消滅，則憲法所保障之個人可以根據自己之希望而為行為之自由就不再有意義了。在這裡實際上這導致了多數見解在討論國家干預之強烈度時所說之嚇唬效果。人民本來為了國家保護之緣故，為了保障其基本生活基礎不受侵害之緣故，才結合成為國家團體，以及才放棄從自由導出之自力救濟之可能性。國家滿足了人民所託付之保護委託，國家用這種方式而不限縮人民之自由，而是向人民強化與保障其自由權。

個人從免於恐懼之自由中產生出可以自決為行為之自由、可以發展其人格之自由、以及可以發展其能力之自由。與多數見解相反地，我認為以幾秒瞬間速度之資料比對，並不具有行為操控或行為限制之意義，因此關係人並不改變其行為，一方面個人在事件之始點原則上並不知道有資料之比對，另一方面無法得知－即使是多數見解對之亦無任何表示－：在何種限度內資料特徵之掌握（如本案中所顯示的特徵，如關於屬性之性別或老早已做成之決定，如大學之科系、住所等）可能會影響行為？就電信監視所發展出來的論證不可移用到電子搜尋追緝上。這之所以更加不能移用，是因為在電子搜尋追緝上所作成之資料比對，由於資料之類型，所以該比對不是每天或是每個禮拜地重覆；與電信監視之情況不同地，這裡並不是涉及一種超出某時期而持續下去之措施。該措施取得中間溝通之內容以及取得秘密領域之內容，而從中可以取得新的到目前為止所不知之資訊。

個人因全球活動之恐怖份子之威脅所導致之恐懼，而使其行為受到影響，亦即受到嚇唬，此一恐懼應認真加以對待。先是威脅，然後緊接著是行為，其所產生之後果之大是前所未經歷之規模（紐約、倫敦、馬德里），而且之後可能還會有行為再接續著。對於此種恐怖之畏懼，此種殘忍性促使個人在未來避免去人所聚集之處，到餐飲店，到公共交通工具去，正是此種威脅情況導致了行為之改變。我又可以同意多數意見之處在於：多數見解強調此種行為之影響亦侵害了公共福祉，因為自決是那種以其人民之行為能力與參與能力為基礎所建立之自由民主共同體之基本功能條件(請比較BVerfG, NJW 2005, S. 1917)。

對此種恐怖威脅應加以操控，其手段是可能之干預或攻擊受到預防，這比起資料比對之干預要具有更高之份量。因此判決也必須合乎下述之標準：基本法不只給予破案高度之意義，而是也給予犯罪之防止高度之意義(請比較BVerfGE 100,313 <388>; 最近一次判決是BVerfG, NJW 2006, S. 976<980>)。

3.違憲之嫌疑無法被消除之處在於：1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項連接上機率之公式，作為適用電子搜尋追緝之法基礎。該條文是以現時危險之存在為前提。不過，光是現時危險這個特徵恐怕不是發動電子搜尋追緝之適當的聯繫標準。如果只有當危險已經具現時性時，才能發動電子搜尋追緝的話，則電子搜尋追緝就壓根兒不適於充當偵察方法。因為如此一來，從實際之觀點來看，此種偵察方法似乎就不再能夠保證成功。如果損害之發生直接瀕臨，亦即該發生可以立即以及幾乎確定地被預期，或損害事件已經開始被實現，則就有德國警察法上之現時危險之存在(請比較BVerwGE 121, 297)。在此限度內所謂現時之危險，在時間要素上就不同於所謂具體之危險，所謂具體之危險損害是將於可預見之時間內發生，如同在本裁定中所說的那樣。電子搜尋追緝，鑑於其方法及鑑於其資料之龐大，所以是一種麻煩之程序，該程序到結束需要花費很多時間，在本案中花費20個月。此種非常耗時之電子搜尋追緝類型可以肯定不在所謂「現時危險」之時間框架中。在具體危險之時間框架中，此種電子搜尋追緝有非常大的機率無法完成。像多數見解所認為的，此種在非常短的時間內可以完成之電子搜尋追緝，在本案程序中並未出現。

如果人們根據判決與文獻之見解在解釋規範的時候，同時一起考慮到相反之機率之公式，則以現時危險為前提之1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項就會合憲。依此在判斷損害發生所必要之預測，應在考慮比例原則底下來建立，而因此要根據可能發生損害之規模來作區分(BVerwGE 45,51 <61>; 47, 31<40>; 57, 61; 62, 36; 88, 348 <351>; 96,200; 166, 347 <356>; 121, 297; OVG Bremen, Urteil vom 27. März 1990-1BA 18/89-, Juris; Schenke, POR, 4. Aufl., Rz. 77; Wolffgang/Hendricks/Merz, PoR NRW, 2. Aufl. 2004, Rz. 270; Haurand, Allgemeines POR in NRW, 4. Aufl., S. 52; Gusy, Polizeirecht, 5. Aufl. 2003, §3 Rz. 115; Schoch in: Schmidt-Aβmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, 2. Kap. Rz. 89; Pieroth/ Schlink/ Kniesel, POR, 3. Aufl. 2005, 2. Teil §4 Rz.7)。亦即凡是所擔憂之損害越大

，則對損害發生之機率所作的要求就可能越少，以便警方得以為行為。因此，損害發生機率之相對化，也可能是指損害發生之時間面向。因此，凡是損害發生之機率越低，則損害發生之時點就越不確定。這產生了一種時間通道，該時間通道即使在以現時危險之存在為前提要件之情況也能夠去發動追緝行為，而毋庸危險已經被實現或危險已經具體直接地瀕臨。也因此使得警方在犯罪行為之前階段就可以採取行為來阻止該犯罪行為，以及來預防危險。而這一點偏偏也是被基本法賦予高度之意義（請比較BVerfGE 100, 313, <388>; 最近的判決BVerfG, NJW 2006, S. 976<980>）。

反之，憲法法院多數見解現在去對於數十年來被審判實務（包括聯邦憲法法院之判決）所使用之公式增添上所謂之「關係人與威脅有接近關係」。此一增添既無憲法依據，亦不合乎體系。就損害發生機率較高或較低之問題，係取決於損害規模之大小。被電子搜尋追緝措施所涉及之人與可能發生之危險，二者是否具有接近關係，這個標準並沒有什麼貢獻。在與電子搜尋追緝所以之為前提之危險共同作用底下來適用此種公式，似乎連在切入點上也並不正確。如果可能之行為人還不知道是誰的時候，則正是就會採用電子搜尋追緝。借助於電子搜尋追緝才會清楚：到底關係人與威脅、或與可能之行為人之間，是否具有接近關係。

4.邦高等法院在受指摘之判決中基於實際存在之支撐點，正確地肯認有恐怖主義之威脅存在，該威脅正當化了電子搜尋追緝之實施。憲法法院之多數意見，對於此種情況並未給予其所具有的意義。邦高等法院正確地強調：2001年9月11日之攻擊活動，有兩位參與者其住所在Nordrhein-Westfalen邦。這一點在憲法法院之判決之事實欄中並未被提到。除此之外，警方還知道賓拉登之國際網絡中還有其他42個人做為接觸人或支持者，他們在Nordrhein-Westfalen邦出現。在本案前審期間，美國開始做他們所宣布之軍事反擊。北約會員國，包括德國在內，被要求支持美國之行動，而且德國政府也已表示同意，因此北約理事會訂定了同盟案件(BTDrucks 14/7296)。因此連德國也被要求在集體自我防衛之框架中，對於對抗恐怖主義之措施作出貢獻。阿富汗之大使迂迴地對於參與美國軍事行動之國家，威脅要採取報復性攻擊。接著在馬德里與倫敦之地鐵與火車上有炸彈攻擊，這證實了：即使在歐洲也應擔憂恐怖主義之攻擊。基於此種情況，邦高等法院可以認為有危險情況之充分事實基礎存在。基於對眾多無辜之人有威脅之情況存在，所以訴願人之利益，以及可被評價為不嚴重之對於其

資訊自決權之干預，此二者可以劣後於所有人民之安全利益，以及劣後於國家之保護委託。被電子搜尋所涉及之人，作為共同體相關性與共同體拘束性之人民，在公共利益底下必須忍受系爭較低份量之干預。

5.憲法訴願之客體是要去決定邦高等法院解釋與適用1990年Nordrhein-Westfalen邦警察法第31條第1項是否合憲。在此限度內不需要去談到：到底憲法是否要求在使用電子搜尋追緝時以具體危險之存在作為前提要件。因此，多數見解斷定具體危險之存在作為憲法所要求之介入門檻，其實已超乎於本案所要求之審查範圍之外了。

a)普通立法者並未被阻止，鑑於威脅情況以及威脅質量之改變，於其風險預防義務之框架內，重新決定與重新定義介入門檻與較小侵害之所謂危險研究干預之前提要件，以達到風險操控之目的。今日在某些領域，犯罪預防，如果對於人民基本權之保護應具有有效性的話，則其需要多階層之行動。所謂多階層之行動包括那種在未來具體危險之前階段所為之危險預防，以及防止具體危險發生或在該具體危險後來發生時，用來對付該危險之危險預防。不過，此種所謂前階段作業需要一種有道理之原因，在遵守過度禁止之下應該提出判斷之基礎以決定是否有那種與人有關之具體危險存在(請比較 Brugger, FS Jayme, 2004, Band 2, S. 1037 <1048>; Schenk, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2003, Rz. 86)。這一點即使是在其他法領域也受到承認(關於土地保護法中對環境危險之研究，請參考聯邦土地保護法第9條第2項第2句)；根據航空交通法第29c條所做之對於無犯罪嫌疑之旅客管制，或在大型活動之前對於無犯罪嫌疑之人員管制，其相較於其他已被儲存之「軟性資料」之比對，更令人感覺所受到之干預更嚴重。

b)根據我的理解，憲法留給立法者空間去做此種風險預防，以便以直接民主正當性來反應新的情況，而各依其情況之發展又可以用普通立法者之多數對之再加以修正。若基於憲法而將具體危險之傳統警察法之概念規定為是危險研究與風險預防之介入門檻，在本案特別將之當作電子搜尋追緝之介入門檻，如同憲法法庭多數見解所想要的那樣，則這將使國家與共同體在基本權保護這個重要領域，變得大為沒輒。因為在具體危險門檻之下，連普通立法者也不再能去規定前置作業措施，以保護既存之基本權。依我的見解，聯邦憲法法院對於立法權必須要有法官之節制(司法自我節制)才對。在基本法之權力分立國家中以及在權力制衡之考慮底下，憲法審判必須要去顧及具有普通直接民主

正當化之立法者所為之較具有彈性之塑造可能性。憲法法庭多數見解忽略了這一點。

法官：Haas

「養老年金及信賴保護案」裁定

BverfGE 116, 96-135
德國聯邦憲法法院第一庭2006年6月13日裁定
－ 1 BvL 9/00 vom 13.6.2006 －

吳志光 譯

要目

裁判要旨
裁判主文
裁判理由
A.本案爭點
I.系爭規定
II.原審理程序之事實及聯邦社會法院釋憲聲請之理由
III.有關機關對本件釋憲聲請案之意見
B.本件釋憲聲請案應予以受理
C.本件釋憲聲請案系爭法規除欠缺當時接近退休年齡者之過渡條款外，其餘部分與基本法相符
I.1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項原則上與基本法相符
II.1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定，對於其中接近退休年齡者無過渡條款之設計，與基本法第2條第1項連結法治國信賴保護原則不符。
D．本裁定之效力
I.系爭法規違憲部分，宣告其與基本法不相符，立法者應於2007年12月31日前制定一個合憲之法規範
II.尚未判決確定之訴訟程序，或尚未產生行政處分存續力之行政程序之處理方式

關鍵詞

養老年金期待權(Rentenanwartschaft)
遭驅離者（Vertriebene）
法定養老年金保險
（gesetzliche Rentenversicherung）
信賴保護原則
(Vertrauensschutzprinzip)
過渡條款(Übergangsregelung)

裁判要旨

1.依「自國外移居者養老年金法」（Fremdrentengesetz）規範之養老年金期待權(Rentenanwartschaft)，若其完全基於在外國之繳納保費及工作年資所生者，即不受基本法第14條第1項第1句規定之保障。

2.因1996年9月25日公布之經濟成長暨就業促進法（載於聯邦法律公報第一卷第1461頁）而一併修正之自國外移居者養老年金法第22條第4項，將自國外移居者養老年金法中的年金給付基數（Entgeltpunkte）調降40%之規定，在有權領取養老年金者，其養老年金年資之計算包括其在外國及德國之工作期間者且受基本法第14條第1項規定保障的前提下，前述規定尚不違憲。

3.1996年修正之自國外移居者養老年金法第22條第4項規定之過渡條款(Übergangsregelung)，應以當時接近退休年齡者考量其在憲法上之必要性。

以人民為名進行以下之違憲審查程序，1996年9月25日公布之經濟成長暨就業促進法於第3章第4款第b目修正之自國外移居者養老年金法第22條第4項，連結經濟成長暨就業促進法第4章第4款之自國外移居者養老年金及旅外國人養老年金修正法（Fremdrenten-und Auslandsrenten-Neuregelungsgesetzes）第6章第4c條規定，是否與基本法相符，依據

- 1999年12月16日聯邦社會法院停止訴訟及聲請釋憲裁定（案號：B4 RA 18/99 R-1 BvL 9/00-）

- 1999年12月16日聯邦社會法院停止訴訟及聲請釋憲裁定（案號：B4 RA 49/99 R-1 BvL 11/00-）

- 1999年12月16日聯邦社會法院停止訴訟及聲請釋憲裁定（案號：B4 RA 49/98 R-1 BvL 12/00-）

- 2000年11月16日聯邦社會法院停止訴訟及聲請釋憲裁定（案號：B4 RA 3/00 R-1 BvL 5/01-）

- 2004年3月30日聯邦社會法院停止訴訟及聲請釋憲裁定（案號：B4 RA 24/02 R-1 BvL 10/04-）

聯邦憲法法院第一庭由Papier院長、Hass、Steiner、Hohmann-Dennhardt、Hoffmann-Riem、Bryde、Gaier及Eichberger等法官，於2006年6月13日作成以下裁定：1996年9月25日公布之經濟成長暨就業促進法於第3章第4條第b款修正之自國外移居者養老年金法第22條第4項規定，養老年金請領者於1991年1月1日前定居於德國境內，且於1996年9月30日之後退休者，而無任何接近退休年齡過渡條款之適用，此一規定與基本法第2條第1項規定及其所連結之法治國家之信賴保護原則(Vertrauensschutzprinzip)不符。

裁判理由

A.本案爭點

前述聲請釋憲之裁判涉及以下之問題，即海外歸僑（Aussiedlern）及近期海外歸僑（Spätaussiedlern）依自國外移居者養老年金法所規範的繳費及工作期間，其年金給付基數因乘上0.6個基數而減少，此一規定是否合憲。

I.系爭規定

1.所謂自國外移居者養老年金制度係源自1960年代的理念，亦即將第二次世界大戰後所產生之遭驅離者（Vertriebene）及一般難民（Flüchtlinge），透過法定養老年金保險制度，將其整合進入德國的經濟與社會體系。這些人在移居德國後，在養老年金的法律原則適用方面，首須探究其目前之工作是否適用德國之養老年金保險法制（即納保原則Eingliederungsprinzip）。之前基於負擔衡平理念所形成之補償原則，在國內的被保險人須為原始保險義務人之前提下，已不合時宜。自外國移居者及旅外國人養老年金修正法，勞工養老年金法中的柏林帝國保險調整條款，以及自國外移居者養老年金法第1章所包括的1960年2月25日制定之職工保險修正法（載於聯邦法律公報第1卷第93頁），皆以納保原則取代補償原則（參見聯邦憲法法院裁判集第29卷第22頁以下（第24頁））。遭驅離者原定居國之保險期間具有虛擬之全額工資，以便作為其年金給付基數之基礎（至1992年為止：單一計算標準），如同其原本之保險期間係在德國國內般。年金給付基數主要是反映投保工資或勞動收入與被保險人平均工資間之比例。工資或勞動收入之保費計算係以全年平均工資作為年金給付基數（社會法典第六篇第63條第2項）。並乘上退休年齡之基數（社會法典第六篇第67條第1款），而養老年金之價值則以退休前當月之投保工資作為計算標準（社會法典第六篇第64條）。

2.1989年12月18日公布，1992年1月1日生效之養老年金改革法（Rentenreformgesetz，載於聯邦法律公報第1卷第2261頁），同時修改了自國外移居者養老年金法。其特別是要修正因矛盾之處而遭到批評的補償原則，並減少概括條款之規範（參見聯邦眾議院公報第11卷第4124期，第217頁）。前東歐共產國家在政治上的改變，以及前東德的變化自然使得立法者有此動機，在1992年養老年金改革法生效前，將自國外移居者養老年金法加以修正。

a）1990年5月18日所簽訂之兩德創立貨幣、經濟及社會同盟條約（載於聯邦法律公報第2卷第537頁；下稱：國家條約），其固定住所於1990年5月18日以後在西德境內時，即不適用

自國外移居者養老年金法（國家條約第20條第7項）。當然在國家條約法第22條及第23條，政府對於納保原則之適用基本上已提出質疑。此一質疑有其二次大戰即戰爭結果之歷史背景，亦即導因於數以萬計的德國人的流亡或遭到驅趕。有鑑於東歐地區當時所產生之政治上、法律上及事實上之變化，使得兩者須平等對待之正當化事由已不復存在，自國外移居者養老年金法的優惠規定自亦無法維持（參見聯邦眾議院公報第11卷第7171期，第39頁）。

b）1991年7月25日公布之重整及統一法定養老年金及意外保險法（Das Gesetz zur Herstellng der Rechtseinheit in der gesetzlichen Renten und Unfallversicherung），簡稱養老年金過渡法（Renten-Überleitungsgesetz-RÜG）（載於聯邦法律公報第1卷第1606頁）確認自國外移居者養老年金法仍採納保原則，但自1991年8月1日起（參見養老年金過渡法第42條第8項），依自國外移居者養老年金法第15、16條所定之年金給付基數刪減30%計算之（1991年8月1日至1991年12月31日適用之自國外移居者養老年金法第22條第3項，規範於養老年金過渡法第14條第20款第b目，自1992年1月1日生效之自國外移居者養老年金過渡法則係第22條第4項，並規範於養老年金過渡法第14條第20款第b目；參見養老年金過渡法第42條第1項；下稱：1991年自國外移居者養老年金法）。養老年金過渡法草案起初僅規定年金給付基數乘以0.8個基數（即減少20%）。因此立法者原本考量不僅是前東德地區與西德地區在經濟上有重大落差，而且在西德地區各邦之間的生活條件亦不相同。海外歸僑在西德地區者，因此所得之給付，應符合該地區之收入水準（參見聯邦眾議院公報第12卷第405期，第115頁）。然而基於聯邦參議院之建議，最後自國外移居者養老年金法之給付係以減少30%計算。

基於信賴保護原則，有下列三類規範於自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第5項之人員，不適用上述養老年金減少之規定。此一條文之規定如下：

第5項　至1991年12月31日適用之自國外移居者養老年金法第22條第3項，以及自1992年1月1日起適用之自國外移居者養老年金法第22條第4項不適用下列權利人：

a)於1991年1月1日前居住於西德地區者。

b)以1975年10月9日德國及波蘭有關養老年金及意外保險之協定為基礎，於1990年12月8日兩國簽訂有關社會安全請求權及期待權協定所規範之權利人，或是

c)於1991年8月1日前請求養老年金給付者。

此外，依1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第6項規定居住於生活水準支出較低的東德地區之權利人，並未受到前述養老年金給付減少30%之影響。依1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第7項第1句規定，東德地區年金給付基數應依自國外移居者養老年金法第22條第1項規定為之，直到東德地區可支配平均養老年金（verfügbare Standardrente，社會法典第六篇第68條第3項）達到西德地區可支配平均養老年金七成之水準為止；自此時起，前述之年金給付基數則應依1991年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定為之，亦即依據西德地區之標準，但須減少30%計算。這是1993年7月1日養老年金改革法生效時之情形。

3.重新回歸自國外移居者養老年金法之給付水準的做法，於1996年9月25日制定之經濟成長及就業促進法（Wachstums-und Beschäftigungsförderungsgesetz-WFG）（載於聯邦法律公報第1卷第1461頁）中繼續維持。此一新規定之核心精神即應回歸納保原則。

為達此一目的，須將前述養老年金過渡法所實施之養老年金減少30%之規定，提高為減少40%，並因此導致大幅增加受影響之養老年金請求權人。於經濟成長及就業促進法第三章第4款第b目規範之自國外移居者養老年金法第22條第4項（下稱：1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項）之規定如下：

第4項　依第1項及第3項規定年金給付基數應乘以0.6個基數。

自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第5項之過渡條款（下稱：1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法），因經濟成長及就業促進法之制定，而於該法第四章第2款第b目修正如下：

第5項　自1991年12月31日適用之自國外移居者養老年金法第22條第3項、自1992年1月1日適用之自國外移居者養老年金法第22條第4項，及其1996年5月7日適用之條文，對於以1975年10月9日德國及波蘭有關養老年金及意外保險之協定為基礎，於1990年12月8日兩國簽訂有關社會安全請求權及期待權協定所規範之權利人不適用之。

上述例外對於依東德地區養老年金給付標準而請領養老年金者不適用之。1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第7項規定刪除之（規範於經濟成長及就業促進法第四章第4款）；故自國外移居者

養老年金法第22條第4項即無適用對象之限制。

經濟成長及就業促進法第四章第4款同時規範了一個過渡條款。自國外移居者及旅外國人養老年金法第六章第4c條（下稱：1996年自國外移居者及旅外國人養老年金法）之規定如下：

第4c條　於1996年5月7日前固定居住於德國境內，且於1996年10月1日前退休之權利人，其養老年金之計算應依1996年5月6日公布之自國外移居者養老年金法以及自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章之規定為之。

至於養老年金減少40%計算之規定，對於所有於1996年5月6日後移居德國者，以及不分其移居德國的時間，只要係依自國外移居者養老年金法自1996年10月1日起請領養老年金者適用之，但適用1975年10月9日德國與波蘭所簽訂養老年金及意外保險協定（載於聯邦法律公報1976年第二卷第393頁以下（第396頁）；下稱：德波社會保險協定）者不在此限。

依經濟成長及就業促進法第十二章第2項之規定，該法第三章第4款第b目及第四章第4款已於1996年5月7日生效，亦即聯邦內閣決議提交經濟成長及就業促進法的那一天。

於1996年5月6日之後移居德國之近期海外歸僑，立法者則依規範於經濟成長及就業促進法第三章第5款的自國外移居者養老年金法第22b條–亦為1996年5月7日起生效（參見經濟成長及就業促進法第十二章第2項之規定）–確認其請領養老年金之年金給付基數應依自國外移居者養老年金法之上限為之。此一上限對於單身者為年金給付基數之25%，對於有配偶及與婚姻類似之同居關係者則最高為年金給付基數之40%。規範於經濟成長及就業促進法第四章第4款的自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4b條之過渡條款，對於1996年5月7日前定居德國，依自國外移居者養老年金法第22b條之請領養老年金者不適用之。

4.1997年12月16日公布之法定養老年金保險改革法第十三章（1999年養老年金改革法–RRG 1999），對於1996年5月7日生效之自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條則有以下之過渡條款：

第4c條　於1996年5月7日前定居於德國，並於1996年10月1日前退休之養老年金請求權人，其養老年金之計算應依至1991年12月31日適用之自國外移居者養老年金法第22條第3項、自1992年1月1日適用之自國外移居者養老年金法第22條第4項，以及自

1996年5月6日適用之第4條第5項及第7項之規定為之。

II.原審理程序之事實及聯邦社會法院釋憲聲請之理由

原審理程序所依據之事實如下：

1.a)編號1 BvL 9/00違憲聲請案之原審理程序中之原告，係1936年生於羅馬尼亞，並於1983年10月移居德國。其被承認為遭驅離者。於德國境內，原告於1986年2月9日，以及1987年3月至1996年11月期間，均曾以法定養老年金保險之保險義務人身分繳納保費，亦繳納因此所生之健康及失業保險保費。

在原審查程序中之被告機關，聯邦職員保險署（Bundesversicherungsanstalt für Angestellte，現已改稱德意志養老年金保險聯盟Deutsche Rentenversicherng Bund）在數個處分書（Herstellungsbescheiden原始處分）中，承認原告於羅馬尼亞之工作年資（1955年7月15日至1983年8月25日），視同依自國外移居者養老年金法所定之養老年金保險年資，並因此定一個擬制的稅前工資（Bruttoarbeitsentgelte）。此外於處分書中附記因就業訓練及其他因素而計入年資計算之期間。

b)因原告之申請，於1997年2月作成行政處分，准其自1996年12月起領取婦女之老年養老年金。在此一處分書中，聯邦保險署對於原告之養老年金計算不再擬制原告的工資，而是依據1991年自國外移居者養老年金法第22條第1項第1句及第2句連結社會法典第六篇第256b條及第六篇之附錄13及14之規定，重新計算之。此一金額減少了40%。最低工資基數由於工資計算的減少（社會法典第六篇第262條）的因素，亦減少了8,2477個基數。總計原告之個人年金給付基數為31,9130個基數。每月稅前養老年金額為1489.38馬克。

c)原告在提起訴願無結果後，遂向法院提起訴訟。社會法院及邦高等社會法院皆駁回原告之訴。在第三審訴訟中，聯邦社會法院裁定聯邦保險署一部敗訴，對於原告自1996年12月起領取之養老年金至少應依據原始處分中，依自國外移居者養老年金法所承認之保險工資，以及據此所認定之金額給付之。此一原始處分仍具有存續力(Bestandskraft)，亦應維持其存續力；被告機關因此在養老年金核准程序前即已受到此一原始處分所承認工資計算之拘束，不得依1991年自國外移居者養老年金法第22條第1項規定擬制一個全然低於原認定之工資計算。此外，聯邦社會法院尚停止訴訟程序，並向聯邦憲法法院提出以下釋憲聲請案。

1996年9月25日公布，1996年5月7日生效之經濟成長及就業促進法（載於聯邦法律公報1996年第1卷第

1461頁）第三章第4款第b目所規範之自國外移居者養老年金法第22條第4項，連結1996年5月7日生效之經濟成長及就業促進法第四章第4款中規範之自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條，就養老年金權利人之期待權之位階而言，自國外移居者養老年金法中之年金給付基數乘以0.6個基數，以至於減少40%之給付，是否與基本法第14條第1項連結第3條第1項規定及法治國原則相符。

1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項連結1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條是否有效，係本案裁判之重點。若前揭法律有效，本案原告自無權領取較高之養老年金，直到被告機關自1996年12月起所承諾之計算標準為止。因為1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項之新規定已將年金給付基數所衡量之期待權利價值，於養老年金保險給付前，於法律中直接予以打折計算。前揭規定並未有其他例外規定，亦無合憲解釋之空間。

聲請釋憲的法院確信1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項連結1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條之過渡條款違憲，其違反基本法第14條第1項規定對於依自國外移居者養老年金法取得權利者之保障，這些權利人於新規範生效前已滿足一般的等待期間，並已滿55歲。這些人的法律地位連同其未來之養老年金請求權已存在一個具有財產保障（Eigentumsgarantie）的期待權。此一期待權標的之最低價值是當時基於保險年資及視同保險年資，以及權利人於所有被保險人中明定之養老年金給付基數。聯邦社會法院則直接將2003年12月31日前有效之1992年養老年金改革法中所規範之社會法典第六篇第109條第1項第1句規定年滿55歲者，作為取得期待權之依據。被保險人依此一規定，於年滿55歲後，會依職權獲得其可期待有權領取多少養老年金之訊息。此一養老年金訊息之目的在於提供被保險人規劃其退休生活照顧足夠之信賴及計算基礎。因此此一法律規定無須其他依實體法基礎作成之決定協力，即足以作為自當時起養老年金期待權之依據。

此一情形亦適用於自國外移居者養老年金法中被保險人之權利。對於在國外保險體系之保險期間與在德國境內依自國外移居者養老年金取得保險年資相同待遇，係自該法於1960年首次設計時之做法，其不僅是單方面的「國家照顧」（staatliche Fürsorge）行動而已。雖然立法者最初並未設定之目的係基於遭驅離者之年齡，其傷殘或因親人死亡而透過融入法定養老年金體系確保其生活，並基於此一體系之設計之核心目的在於國家照顧責任之承擔，故因此不認為其創設了

典型之公權利。惟立法者透過整合原則之決定，對於自國外移居者養老年金法之權利人採取與本國被保險人同樣之做法，並因此創設其財產價值。此一同等待遇之做法使得自國外移居者養老年金法之權利人之整體法律地位，亦受到基本法第14條第1項規定對於所有權保障之規範。

此一受到所有權保障之期待權同樣亦受到經濟成長及就業促進法違反比例原則及平等原則的干涉。雖然此一法律追求之目標，諸如加強經濟成長，創造更多就業機會，並因此確保社會國之經濟基礎等，並不違憲。但對期待權之干涉仍不符比例原則，因為此法以過度且無法預見之方式造成原告之負擔。現存的立法資料並未發現其有充分考量前述之因素；其欠缺可以理解之資訊，以便於審查其他之替代措施。立法者對於財產權內容及限制有所規範時，應考量使用此一財產標的人民之利益。此種考量對原告具有決定性的具體效力。她的年金給付基數因此減少四個等級以上。依據社會法典第六篇第269條規定得到更多保險給付的可能性，其保險費並非彈性調整，以至於無法對於年金給付基數較低者為財務上之衡平。以公共福祉為由，認為此種干涉有其足夠之正當性基礎是站不住腳的。對於一個在法定養老年金保險體系中，基於同樣的保險年資而有同樣情形者亦同。故此種情形已達到最低限度的社會拘束性。被保險人就保險所生之機會及風險應足以反映以基本經濟狀況及養老年金保險費收入為基礎之現存養老年金價值（參見社會法典第六篇第68條）。此一基礎立法者亦優先擁有足夠之手段，足以承擔就此一問題之根源，及其對社會全體成員之效應，以及對於個別權利人之影響。

對於自國外移居者養老年金法的權利人彼此間為差別待遇，亦與基本法第3條第1項規定不符。對原告而言，其他亦同樣於1996年5月7日前移居德國者，僅因其退休時間與原告於1996年10月1日前之退休時間不同，使得原告因此受到不合理的差別待遇。而原告相對於經濟成長及就業促進法生效時已完全取得權利者，亦存在著差別待遇。立法者對於基於信賴保護原則，而例外排除1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項適用的範圍過於狹隘。任何人於經濟成長及就業促進法生效時至少年滿55歲而有期待權者，皆可如同期待法定養老年金保險給付般地規劃其生活。基準日條款之制定並不合乎事理。反之，若原告於系爭規定生效時尚不具有財產權保障之法律地位，或在此之後方移居德國者，即得以給予差別待遇。聯邦社會法院尚補充說明本案關係人於1996年5月6日前所享有之法律地位，亦即於1991年1月1日前移居德國者之

給付不得減少，亦即應享有不得予以減少給付之信賴保護。

2.a)編號1 BvL 12/00釋憲聲請案原審理程序的原告於1934年生於羅馬尼亞，除1956年4月至1958年4月因服役因素外，原告於1952年8月至1988年1月，在羅馬尼亞從事各種不同但均有養老年金保險繳費義務之工作。1988年2月原告與其配偶，即編號1 BvL 10/04釋憲聲請案原審理程序的原告，一起移居至德國。隨後原告自1989年2月起至1998年1月底皆從事有養老年金保險繳費義務之工作。原告被認定為遭驅離者。

b)對於原告之養老年金申請，聯邦保險署於1997年11月做成行政處分，同意自1998年2月給付原告每月1888.75馬克（稅前）的養老年金。聯邦保險署依據自國外移居者養老年金法之規定，對於原告養老年金計算所認定之稅前工資係乘以0.6個基數，並據此作為其年金給付基數。總計聯邦保險署核定其工資計算為39,8134點。

c)原告提起訴願無結果後，亦提起訴訟及上訴。聯邦社會法院依基本法第100條第1項規定裁定停止原告之第三審上訴程序，並如同編號1 BvL 9/00釋憲聲請案般，向聯邦憲法法院提出同樣的問題。聯邦社會法院就本案法律基礎所認定之裁判重要性，以及相關法規違憲確信之理由，皆與編號1 BvL 9/00釋憲聲請案相同。

3.a)編號1 BvL 12/00釋憲聲請案原審理程序中之原告於1937年生於羅馬尼亞，自1955年9月至1990年5月底，原告於羅馬尼亞曾從事各種不同但有養老年金保險繳費義務之工作。隨後原告請領養老年金。其於1990年8月移居德國。並被認定為遭驅離者。1990年12月原告於德國開始從事有養老年金保險繳費義務之工作，直到1997年4月其屆齡退休為止。

b)基於原告之退休申請，聯邦保險署於1997年2月作成行政處分，核准其自1997年5月起領取婦女養老年金。原告之工資計算係依自國外移居者養老年金法所承認之保險期間為之，聯邦保險署在認定年金給付基數前，先直接乘以0.6個基數。總計原告之工資計算為32,9127點；每月可領稅前養老年金1536.04馬克。

c)原告提起訴願並無結果。社會法院及邦高等社會法院亦駁回其訴訟。聯邦社會法院依據基本法第100條第1項規定裁定停止原告之第三審上訴程序，並如同編號1 BvL 9/00釋憲聲請案般，向聯邦憲法法院提出同樣的問題。在此聯邦社會法院就本案法律基礎所認定之裁判重要性，以及相關法規違憲確信之理由，皆與編號1 BvL 9/00釋憲聲請案相同。

4.a)編號1 BvL 5/01釋憲聲請案原審理程序中之原告於1936年生於羅

馬尼亞。於職業學校畢業後，原告於1954年8月至1973年10月，除服役期間外，原告亦曾從事各種不同但有養老年金保險繳費義務的工作。原告被認定為遭驅離者。1973年10月原告移居至德國，除失業期間外，原告亦曾從事各種不同但有養老年金保險繳費義務之工作。原告被認定為遭驅離者。

b)基於原告之申請，聯邦保險署於1996年11月作成行政處分，因其失業之故，核准原告自1996年10月起請領養老年金。工資計算依自國外移居者養老年金法規定，其年金給付基數減少40%計算。總計原告養老年金計算之工資為45,5394點。其每月可領之養老年金稅前為2125.32馬克。

c)原告提起法律救濟並無結果。社會法院及邦高等社會法院皆駁回原告之訴。聯邦社會法院依基本法第100條第1項規定裁定停止原告第三審上訴程序，並如同編號1 BvL 9/00釋憲聲請案般，向聯邦憲法法院提出同樣的問題。在此聯邦社會法院就本案法律基礎所認定之裁判重要性，以及1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項連結1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條之違憲理由，與編號1 BvL 9/00釋憲聲請案所持之理由大致相同。但聯邦社會法院對於系爭法規之必要性在此又多所著墨。利益均衡原則（Das Gebot der Abwägung）之要求在此不僅是考量所有可能的手段，尚須考量立法程序中利益均衡之因素。在立法資料中無法提出在立法程序中有替代措施之考量，其對於欲達成之目標可形成較少之不利影響。就此而言，無法確定立法者有無進行利益衡量並在其制定之法律中選擇對相對人侵害最少之手段。聯邦社會法院因此認為立法者未合理地行使其立法之裁量；立法程序及後續制定之法律本身均有瑕疵。

5.a)編號1 BvL 10/04 釋憲聲請案原審理程序中之原告於1937年生於羅馬尼亞。原告於1955年9月至1987年底在羅馬尼亞從事具有養老年金保險繳費義務之工作。原告及其配偶於1988年2月移居至德國。原告被認定為歸鄉難民。原告自1990年8月至1998年1月底從事具有養老年金保險繳費義務之工作（但曾經中斷）。而自1990年4月至同年6月為止，原告曾自願繳納養老年金保險費。

b)基於原告之申請，聯邦保險署於1998年1月作成行政處分，核准原告自1998年2月起領取婦女養老年金。原告之工資計算係依自國外移居者養老年金所承認之保險期間為之，並乘以0.6個基數。總計原告之工資計算為33,3962點。每月可領取稅前養老年金1584.32馬克。

c)原告提出訴願並無結果。社會

法院及邦高等社會法院亦駁回原告之訴。聯邦社會法院依基本法第100條第1項規定裁定停止原告之第三審上訴程序，並向聯邦憲法法院聲請解釋以下之問題。

1996年9月25日公布，1996年5月7日生效（載於聯邦法律公報第一卷第1461頁）之經濟成長及就業促進法第三章第4款第6目所規範之自國外移居者養老年金法第22條第4項規定，連結經濟成長及就業促進法第四章第4款規範之自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條規定對於1996年5月7日已擁有期待權者，儘管此類期待權人基於自國外移居者養老年金法的規定，其保險工資所生之繳費及工作年資應同等待遇，惟對其年資計算標準仍減少40%的數額，其是否與基本法第14條第1項連結第3條第1項規定及法治國原則相符。

而本案法律基礎所認定之裁判重要性，以及1996年自外國移居者養老年金法第22條第4項連結1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條之違憲理由，與前述釋憲聲請書所持之理由大致相同。惟聯邦社會法院在此又有以下之理由補充，依社會法典第六篇第109條所規定之法定養老年金價值不得因下列法規而有所改變，即法定養老年金保險改革法（Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvermögens，簡稱老年財產法 Altersvermögensgesetz-AVmG）（2001年6月26日公布，載於聯邦法律公報第1卷第1310頁，2001年1月1日該法生效）所增訂之規定，其除了養老年金訊息外，尚增列規定養老年金保險人年滿27歲後應提供給保險人之訊息（規範於老人財產法中之社會法典第六篇第109條第1項第1句規定）。此一法律區別了兩種不同形式關於法定養老年金保險的訊息通知。相對於養老年金保險人於年滿54歲所提出關於養老年金之訊息（Rentenauskunft）以及依據新法保險人可獲得之，對於年輕保險人所提供之養老年金訊息僅有一個「於正常退休年齡可期待領取養老年金之預測」（Prognose über die Aöhe der zu erwartenden Regalaltersrente）。針對採取侵害較少手段的要求，聯邦社會法院再次強調，合憲的利益衡量之前提係無論如何應於利益衡量中指出衡量之事實基礎、資訊資料及其核心重點所在。

III.有關機關對本件釋憲聲請案之意見

對於上述釋憲聲請案，聯邦勞工及社會部以聯邦政府之名義，梅克倫堡佛普曼邦（Mecklenburg-Vorpommern）社會部，聯邦職員保險署，以及德意志養老年金保險人聯盟（最後兩者現為：德意志養老年金保險聯

盟Deutsche Rentenversicherung Bund）均提出意見。

1.聯邦勞工及社會部認為系爭法規與基本法相符。

a)系爭法規並未侵害基本法第14條規定財產權之保障範圍。若要主張養老年金保險金給付的期待權，僅有在被保險人並非不可或缺的個人給付受到影響時，方得享有前述之期待權。此一個別給付（Eigenleistung）不是透過具有義務的公權力機關為之，就是至少在具有義務的互助團體（Solidargemeinschaft）內為之。惟依據自國外移居者養老年金法所賦予之權利地位並非此種情形。在前東德所取得之養老年金請求權及期待權亦係在德國統一後，並透過統一條約予以規範後，方屬於基本法第14條之保障範圍。統一條約與關於遭驅離者及近期海外歸僑之條約，兩者間無法相提並論，故將依自國外移居者養老年金法所取得之權利地位與前東德所取得之養老年金期待權予以同等待遇，自缺乏其正當性。前東德人民不僅得支付西德地區老年照顧體系之保險支出，或依西德地區法律提供老年照顧所需之勞動給付。不同於依自國外移居者養老年金法之權利人相對於其原定居國人民者，前東德人民已喪失對於前東德可主張之請求權及期待權。

依自國外移居者養老年金法所定之養老年金年資計算，無法與其他未繳養老年金保險費之期間同等待遇，此等期間諸如服役期間、子女照顧假期期間及喪失工作能力期間等，此等期間依聯邦憲法法院之裁判應具有養老年金保險法上之期待權，並因此享有財產權保障（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁）。而這類期間的納入保障主要是基於受益者取得期待權時所繳納的養老年金保險費，係同時作為當時已退休者養老年金給付之來源，此種間接的保費給付自得作為享有期待權之基礎；這亦反映保險繳納期間計算應採取之整體思維。而依據自國外移居者養老年金法之規定，此類期間之考慮係採取特別之方式，一開始即視為特別的戰爭後果負擔（Kriegsfolgenlast），並由聯邦政府補貼之；其費用依社會法典第六篇第291b條規定係特別予以編列，並納入保險基金。此外，在國外工作期間年資亦不同於純粹未繳或少繳養老年金保險費之期間，得獨立於純粹繳納養老年金保險費期間之外各自計算。

立法者將遭驅離者整合至養老年金保險體系之決定，並未因此創設基本法第14條所保障之權利地位。單純在國外工作期間之年資在此不足以將其在國外取得之法律地位，自動轉換成為德國養老年金保險體系中之法律地位。最後，依社會法典第六篇第109條第1項規定所提供養老年金資訊，或年滿55歲所取得之請求權，並未

享有財產權之保障。養老年金資訊僅告知現有之狀況，若法律有所變更則不在此限；因此社會法典第六篇第109條第4項第2句亦明文規定，養老年金資訊並無「法律拘束力」（nicht rechtsverbindlich）。

b)即使自國外移居者養老年金法取得權利者之期待權可具有財產權保障，亦得依基本法第14條第1項第2句規定，有合理限制其權利內容之空間。1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項之修正乃基於維持養老年金保險之功能及給付能力，並具有重大之公益。當時顯而易見的經濟衰退造成勞動市場的重大影響，並對於養老年金保險形成僧多粥少不尋常的沉重負擔。因此種經濟狀況不允許僅以提高養老年金保險費，以及提高聯邦政府補貼之方式為之，尚必須就支出面採取立即措施。

為此立法者決定減少特定受益群體之給付，以避免針對所有退休者及接近退休年齡者之養老年金保障為概括性之負擔。而依據領取養老年金者之統計數字顯示，依自國外移居者養老年金法領取養老年金者，其養老年金打七折計算後與其他一般退休者相較，仍領取較高之養老年金。立法者因此認為其有義務將自國外移居者養老年金法的保險期間再減少10%計算，以便於與所有養老年金領取者取得平衡。只有如此方能使得此類退休者與西德發展較落後地區退休者間之不同待遇予以排除，且至2000年為止，對於自國外移居者之給付金給付可至少節省23億馬克。

c)經濟成長及就業促進法的新規定並未侵害關係人所應保障之信賴。

上述法律對於就其工作對德國養老年金保險機構繳納保險者所造成之負擔措施，不得作為免除減縮自國外移居者不合理養老年金給付之正當性基礎。

為此實施一個面面俱到的過渡條款是不可能的。此種條款之必要性並不存在，且當時尚有無法期待且迅速惡化的經濟狀況及勞動市場。即使是最低限度的過渡條款亦應顧及經濟成長及就業促進法中所定其他措施之平等待遇，且將導致所需要節省支出之數額無法如期達成。

依自國外移居者養老年金法已於1991年1月1日前移居德國且於1996年9月30日後退休者，依養老年金過渡法規定之養老年金減少對其並無影響，其亦無信賴保護可言。惟當時減少養老年金之舉，對於依自國外移居者養老年金所取得權利者整體而言，自有敏感度，亦即前揭法律對養老年金給付之限制可能對其造成影響。亦即當事人在其信賴保護之範圍內，對於因重大公益而有所減少給付的法定養老年金保險體系感到失望。在此亦應注意時間因素－第二次世界大戰已結

束50年以上－以及德國統一後所變動的法律基礎。因此關於養老年金減少之規定亦應維持自國外移居者養老年金法所可以接受的養老年金給付。

d)減少依自國外移居者養老年金法所為養老年金給付，並未違反基本法第3條第1項之規定。立法者對此之立法形成空間特別廣泛，因為此種養老年金給付與德意志帝國的瓦解及戰爭的後果有關。對於自國外移居者養老年金法於1996年9月30日前退休之權利人，以及自1996年10月1日起退休之權利人為差別待遇，此係一個合法的基準日規範，其係基於已退休者及退休狀況之差異而為之。

2.梅克倫堡佛普曼邦社會部對於系爭規定合憲性之判斷係依據Podlech教授、Azzola博士及Diener律師所提之鑑定意見書。基於依自國外移居者養老年金法請領養老年金者其來源國政經的情勢的變化，立法者已於1992年透過聯邦遭驅離者法（Bundesvertriebenengesetz）的修正，在程序法上及實體法規範了適當且足夠的配套措施。於基本法第116條第1項所規範的接納及融合的承諾，若未合理地與社會安全體系相連結，則將淪為空談。養老年金保險就整合的意義而言，特別是著重於世代契約的參與負擔（Teilbabe am Generationen-vertrag）。

3.聯邦職員保險署及德意志養老年金保險人聯盟認為系爭規定完全合憲。

a)基本法第14條關於財產權保障的保護範圍並未受到影響。特別是依據自國外移居者養老年金法所賦予之權利地位並非基於個人之給付，而是來自國家的擔保。這些依自國外移居者養老年金法取得權利者個人在國外的勞動成果，若無諸如德國統一條約般的轉換規範，自無法享有財產權保障，按聯邦憲法法院於1999年4月28日之裁判（聯邦憲法法院裁判集第100卷第1頁），對於前東德所取得之養老年金請求權及期待即有此明示。雖然保費給付之唯一可能形式僅得基於個人之勞動成果。但其餘具有財產權價值之給付至少應於具有給付義務的互動團體與以評價之。

尚值得一提的是，原審理程序中之原告除了其養老年金保險年資除在國外工作的計算外，亦有計入在德國境內工作者。依據聯邦憲法法院之裁判，雖然期待本身亦受到財產權之保障（聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁）。然若因此意謂著僅因在德國境內有工作之養老年金保險年資，而將在國外工作者之養老年金保險年資亦納入基本法第14條之保護範圍。此一結果是令人無法接受的。

b)即使其受到財產權之保障，上述之修正規定亦不違憲。因履行一般的等待期間及年滿55歲所生之期待並

未因此產生一個受到完整權利保護的期待權。法定養老年金保險之請求權係一種未來取向，且具有適應社會關係變動之必要性，聯邦社會法院對於期待權所為定義在此是不被承認的。個別的社會法上之財產權人權利無論是在當下或是未來，皆無法與其他被保險人之權利與義務脫鉤。接近退休年齡者不適用必要之加強措施，且立法者之形成自由特別是對於短期及中期的節約措施有其嚴格之限制。社會法典第六章並未完全規範，此種期待係何時及以何種內容予以確認之。特別是立法者此一基本決定並無涉及社會法典第六篇第109條第1項第1句之規定。此一規定亦不包括直接明定養老年金期待受到憲法保障之態度。此外依社會法典第六篇第109條第1項第1句規定所為之養老年金資訊亦不具有法律拘束力。

依自國外移居者養老年金法取得權利者之法律地位其實並無定論，亦即不得以其個別可分離之工作期間觀察之，因為此種養老年金年資計算之個人勞動成果在基本權之審查中已無加以衡量之意義。在國外之工作年資與在國內之工作年資在利益上不得相提並論，而是應透過特別規定處理之，例如制定有關勞動成果承認之規定。

c)此外對於財產權之干涉合乎比例原則。其亦未違反法治國原則（基本法第20條）所保障之信賴保護原則。前述修正規定所欲維護之公益大於當事人所欲維護在國外工作年資優惠計算之利益。

經濟成長及就業促進法之目的係為了確保社會國的經濟基礎，同時維護養老年金制度中工資及養老年金保費關聯性之基本原則，此一原則係養老年金保險之構成要素，在此係特別是避免因法定養老年金保險費的大幅增加而導致工資附加成本費用的增加。故系爭規定基本上係適當且必要的。在手段選擇之上利益衡量瑕疵並不存在。係為強化保險原則整體措施之一部分，自國外移居者養老年金法的修正係不可或缺的。以立法者之角度觀之，其僅是處理一個原本難以理解的優惠措施。因此並未明顯存在同樣可達成目的，但侵害較少之手段。

對於依自國外移居者養老年金法取得權利者所形成之負擔，此一規定所追求之利益亦呈現一個適當之均衡。基於相較於1996年財政收入減少之不穩定性，自有採取因應措施之必要性，亦即在短期內，及1997年應採取行動。僅針對接近退休年齡者減少養老年金自不可取。相對而言，本案當事人之信賴保護具有十分有限之意義，因為其在國外工作期間並未繳納養老年金保險費。其自不得因此主張信賴立法者應維持其優惠措施。此外，在國外工作年資之計算在過去不斷成

為改革理念及改革計畫之目標。此次改革亦是讓已移居者德國之權利人認清一個事實，即立法者已不再堅持自國外移居者養老年金法所採取之納保原則。

d)亦不存在違反一般平等原則之情事。已退休者及即將退休者之區別，另一方面是依自國外移居者養老年金法取得權利者，立法者所擇定之基準因在考量立法目的下係一合理之舉。相對而言，前東德人民及自前東德移居西德者間之差別待遇，立法者則係基於德國統一後重建之考量而決定是否將前東德地區或其他國家之工作年資納入養老年金年資。

B.本件憲聲請案應予以受理

此一釋憲聲請案應予以受理。惟釋憲聲請之範圍應有所限制。其僅限於1991年1月1日已定居德國境內，且於1996年9月30日後退休，而依自國外移居者養老年金法取得期待權者。此類退休人員依1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條之規定，其養老年金應乘以0.6個基數計算；1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第5項尚規定其依1991年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定，養老年金係乘以0.7個基數計算。只有上述範圍方予以審查其於原審程序所適用之法規之有效性。（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第300頁（第317頁以下）；向來之實務見解皆係如此）。

C.本件釋憲聲請案系爭法規除欠缺當時接近退休年齡者之過渡條款外，其餘部分與基本法相符

1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定依同條第1項及第3項所定之年金給付基數，應乘以0.6個基數計算，與基本法相符。惟此一規定牴觸基本法第2條第1句連結法治國的信賴保護原則，因為1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項關於1991年1月1日前定居德國，且於1996年9月30日以後退休之權利人，欠缺對於當時接近退休年齡者過渡條款之規定。

I.1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項原則上與基本法相符

1、1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項之規定，就其養老年金之基礎僅係基於在德國法定養老年金保險體系以外之保險及工資年資者，不受基本法第14條之保障。

a）自國外移居者養老年金法之當事人依該法規定取得對於德國的養老年金保險機構具財產價值之請求權，此一請求權最早係始於其移居德國之日（自國外移居者養老年金法第30條）。故自國外移居者於定居德國後取得之養老年金請求權，自不得侵害其依基本法第14條第1項第1句規定所

享有之財產權。因為此法對於此一權利之所以予以保障，乃是基於其應受到基本法第14條之保障，此一基本權利不得予以侵害（參見聯邦憲法法院裁判集第29卷第22頁（第33頁以下）；第53卷第164頁（第176頁））。

b）但依自國外移居者休金法所生之養老年金期待權，若其完全係基於在國外之保險及工作年資者，則不受基本法第14條第1項第1句規定之保障。雖然依據聯邦憲法法院之裁判，養老年金期待權亦得享有財產權之保障（參見聯邦憲法法院裁判集第53卷第257頁（第289頁以下）；第55卷第114頁（第131頁）；第69卷第272頁（第298頁）；第100卷第1頁（第32頁））。但其前提自然是在基本法之適用領域內。依自國外移居者休金法所創設之此等權利欠缺在德國境內於任一保險機構予以保費繳納之必要性（參見聯邦憲法法院裁判集第29卷第22頁（第34頁）），這是一個社會保險法上之權利地位欲符合基本法第14條第1項第1句有關財產權定義時不可或缺者。僅有透過一個重要的且等價的個別給付，方具有特別的理由去承認其具有財產權地位，而此種養老年金保險法上之期待權方能受到基本法第14條第1項第1句規定之保障。（參見聯邦憲法法院裁判集第53卷第257頁（第291頁以下）；第58卷第81頁（第109頁）；第100卷第1頁（第33頁））；關於公法上一般的權利地位參見聯邦憲法法院裁判集第18卷第392頁（第397頁）；第22卷第241頁（第253頁）；第24卷第220頁（第225頁以下）；第48卷第403頁（第412頁以下）。

aa）養老年金保險法上之個別給付特別是以與工資所得有關之保費繳納為表徵（參見聯邦憲法法院裁判集第53卷第257頁（第291頁）；第58卷第81頁（第112頁）；第69卷第272頁（第301頁）；第100卷第1頁（第33頁））。與未透過繳納保費創設之養老年金法上權利地位相較，其自享有更高之保障以對抗國家之干涉（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第112頁以下））。而養老年金之多寡亦與保險期間因投保工資計算而繳納之保費多寡有關（社會法典第六篇第63條第1項第1款）。但雇主所繳納之保費亦與勞工之勞動給付有關；其亦可視為被保險人具有財產權保障價值之個別給付（參見聯邦憲法法院裁判集第69卷第272頁（第302頁）；第72卷第9頁（第19頁））。尤其是個別給付之認定標準可協助區別養老年金保險法上之法定請求權及期待權，是否僅係國家基於照顧義務而生，缺乏受益者之給付，從而不受財產權之保障（參見聯邦憲法法院裁判集第100卷第1頁（第33頁））。

bb）當立法者決定將在國外之保險及工作年資視同德國法定養老年金

保險體系中之保險及工作年資對待，自屬一種國家照顧之行為。立法者所因此追求之立法目的，係特別針對移居德國的遭驅離者，海外歸僑，透過此種協助整合進入社會保險體系，且因此顧及基本法第116條及憲法上社會國原則之義務（亦參見聯邦憲法法院裁判集第43卷第213頁（第226頁））。但依自國外移居者養老年金法所取得權利者欠缺個別給付時，自無法享有依基本法第14條第1項第1句規定財產權保障之法律地位。亦即依自國外移居者養老年金金法取得權利者在國外所繳納之養老年金保險費，其並未流入德國之養老年金保險機構，而前述機構之法定任務係對於已不再工作之世代予以養老年金給付。享有財產權保障所必要之個別給付亦不得由權利人於國外所為之個人勞動所生，因為此一勞動給付係在不同於德國的法律、經濟及社會體系所產生。其價值創造並非在一個具有義務的互助團體內所為之，其亦非因此而受益。而立法者亦無明顯之意圖，在其養老年金保險法的納保原則基礎上創設一個具有基本法第14條第1項第1句財產權保障意義之法定請求權。

cc）另當別論的是，依據聯邦憲法法院之裁判，於前東德因額外及特別照顧體系（Zusatzund Sonderversorgungssystem）所取得之請求權及期待權享有基本法第14條第1項第1句規定之保障（參見聯邦憲法法院裁判集第100卷第1頁（第32頁以下））。因為依據1990年8月31日兩德統一條約（載於聯邦法律公報第2卷第889頁），承認其於德國統一後之法秩序具有權利地位（聯邦憲法法院，前揭裁判，第33頁）。前東德所創設之養老年金之權利地位，於德國統一及獲得統一條約承認後，如因其他具有財產權價值之權利地位，均屬基本法第14條第1項第1句規定之保障範圍（參見聯邦憲法法院裁判集第91卷第214頁（第307頁以下）；第100卷第1頁（第33頁））。德國基本上亦將額外及特別照顧體系所創設給付關係予以整合（參見聯邦憲法法院裁判集第100卷第1頁（第34頁））。自國外移居者養老年金法欠缺創設財產權之特別轉換過程。於統一前，自前東德移居西德者之法定請求權原本亦由自國外移居者養老年金法所規範。直到國家條約第20條之規定，將前東德所取得之權利地位及在統一條約附件二第八章第H部份第3節第9款第b目所承認者予以繼受為止。

2、釋憲聲請並未對下列問題要求予以裁判，亦即依自國外移居者養老年金法取得權利者，其連同在德國法定養老年金保險體系所取得之養老年金期待權，作為一個養老年金法上之整體之權利地位，是否亦受到基本法上第14條第1項第1句規定關於財產

權之保障。特別在此尚須探究的是，財產權保障之切入點是否因此為下列之區別，亦即以在德國法定養老年金保險體系所取得之養老年金期待權在整體權利地位中之分量而定。即使所取得之期待權整體視為單一之養老年金權利，而受到基本法第14條第1項規定財產權之保障（亦參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第109頁）），立法者亦得行使其憲法上之權限，透過1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項之規定對財產權之內容及其限制予以規範（基本法第14條第1項第2句規定），但前提是尚須審查其是否侵害信賴保護原則（參見下述c II）。此一結論前述情形並無不同，亦即養老年金之權利地位得享有財產權保障者，應限於在德國境內之保險之工作年資。

a)對於養老年金之期待權亦有所適用的是，其財產權存續保障（Bestandsgarantie）之具體範圍已視其財產權內容及其限制之規範而定，依基本法第14條第1項第2句規定，此乃立法者之權限（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第109頁）；第100卷第1頁（第37頁））。對於現存之期待權予以干涉，應予以考量的是，變更其保障範圍可能性之界限。不可變更性係違反養老年金保險之存在本質，這是其與私人保險自始不同之處，即其並非基於純粹之保險原則，而主要是依據團結互助及社會衡平之理念。

b)立法者就1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項之立法規範而言，－若以基本法第14條第1項規定衡量之一，係在其權限範圍內，對於財產權之內容及其限制為規範（基本法第14條第1項第2句）。對於依自國外移居者養老年金法取得權利者地位所為之立法干涉，係有一般公眾福祉（Allgemeinwohl）上之正當化事由，並符合比例原則（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第121頁）；第100卷第1頁（第40頁））。

aa)立法者就現狀規範之首要目標在於改善法定養老年金保險的財務狀況。養老年金保險機構的經濟狀況在1990年代前5年的寫照是支出急速增加，但收入並未相應增加。這其中有諸多原因。提前退休者之增加。海外歸僑及近期海外歸僑係於1990年代前5年移居德國之數量增亦達到高峯。前東德地區之養老年金亦構成養老年金給付之沉重負擔。聯邦政府僅承受部分之前東德地區養老年金（參見法第15條第1項）。而前東德地區之經濟狀況亦比預期還惡劣（參見聯邦憲法法院小法庭裁定第2卷第266頁（274頁以下））。由於進入1995年的下半年，德國的經濟狀況仍不景氣。為確保1997年以後法定養老年金保險能獲得必要之收入，並填補1996年的額

外支出，但又不得以大幅提高保費為因應手段（參見聯邦眾議院公報第13卷第4610期，AII 1，第18頁）。此種對於繳納保費者，經濟及勞動市場的不利結果，立法者自應予以重視，並採取必要措施，對於法定養老年金保險之支出總額予以限制。系爭規定旨在為了所有人的利益而維持及改善法定養老年金保險體系之功能及給付能力，以因應經濟條件之變遷（有關此一目標之正當性，參見聯邦憲法法院裁判集第53卷第257頁（第293頁）；第58卷第81頁（第110頁）；第97卷第271頁（第286頁））。

系爭法律所須衡量之財政狀況，已足以構成權利干涉之事由，在此尚須探討的是，是否尚有其他立法者應尋求之目的，有助於系爭規定之正當化。立法者在此所持的觀點是此等措施能強化保險原則，以及養老年金給付中工資與保費之關聯性等原因（參見前揭聯邦眾議院公報，AIV 1C，第19頁）。

bb)1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定符合基本法第14條第1項之審查標準，以及比例原則。

(1)此一規定有助於達成立法目的。立法者預期自1996年至2000年為止，透過相關措施可減少支出法定養老年金保險給付27億1,500萬馬克（參見前揭聯邦眾議院公報，C1，第30頁）。於原審社會法院程序中，聯邦勞動及社會部所提出之統計數字顯示，1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定對於1991年以前及以後移居德國者，於1996年當年尚無養老年金減少之效應，但之後幾年之影響如下：1997年減少支出7,200萬馬克，1998年2億1,700萬馬克，1999年3億6,100萬馬克，2000年5億3,800萬馬克。聯邦勞動及社會部指出據此每人平均每月減少160馬克之養老年金。雖然依據聯邦憲法法院及聯邦勞動及社會部之統計資料，減少支出之金額不符立法者之預期。上述統計顯示自1996年至2000年減少支出2億3,800萬馬克，連同2001年至2004年減少之支出共計為4億3,900萬馬克。但立法者在此一修正之期待下，仍可透過1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項大量減少養老年金給付之支出（亦可參見聯邦憲法法院裁判集第76卷第220頁（第241頁）），以維持法定養老年金保險財務之穩定發展。

(2)因自國外移居者養老年金法第22條第4項規定所導致養老年金期待權之價值減損亦具有其必要性。立法者並無其他可達到同樣目標，但對於相對人損害較為輕微之手段可供選擇。立法者不得以減少其他與系爭法律無關領域之支出作為替代手段（參見聯邦憲法法院裁判集第75卷第78頁

（第101頁以下）；第76卷第220頁（第241頁）；第103卷第172頁（第189頁））。立法者基於必要性原則並無義務採取特別是調高保費、減少已退休者之給付、或放棄隨工資成長而調整養老年金－在合憲之範圍內－等措施，以作為替代措施（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第119頁））。立法者亦無義務為了顧及必要性原則，而提高聯邦對於養老年金保險之補貼，甚或為此目的徵稅或加稅。因此立法者亦無憲法上之義務–此點與聯邦社會法院之觀點不同–說明其為何未採取其他曾考量及放棄之措施。

(3)相對人養老年金期待權所計估之價值減損其是無法特定的。其主要是取決於在何時移居德國，在國外保險年資之狀況，以及是否在移居德國後，尚有法定養老年金保險體系之養老年金期待權等因素。然而在有關狹義比例原則之審查過程中，許多因素皆可造成重大之價值減損（參見Dominok，養老年金保險Die Rentenversicherung 1997，第121頁（第123頁）；Fabritius,養老年金保險 1998，第21頁（第23頁））。原審程序中之原告之個別狀況亦呈現出此一問題。養老年金之基數打六折計算，對其影響之程度介於11%到超過30%之間。

另一方面養老年金期待權基於取得及實現養老年金請求權間的漫長期間，原本即應受制於養老年金保險關係之改變（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第110頁））。特別是一個對於基本法第14條第1項規定所為之法律干涉，憲法上之判斷應考量原審程序所主張之養老年金請求權依自國外移居者養老年金法所為之年金給付基數為何。即使依自國外移居者養老年金法取得權利者之養老年金期待權，連同在德國法定養老年金保險體系下取得之養老年金期待權視為一個權利地位，而受到基本法第14條第1項第1句規定之財產權保障，立法者亦得考量，期待權之一部分並非基於養老年金保險法上之團結互助團體原則而以繳納保費之方式所產生。為維護法定養老年金保險之財政基礎，養老年金保險之狀態有所改變，立法者即有廣泛之形成空間採取干涉措施，以因應此種社會因素，亦即立法者有權在被保險人之給付與團結互助團體之負擔間為利益衡量，尤其是減少特別優惠之給付（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第111頁））。保險及工作年資在德國法定保險範圍外所生之期待權正是此類情形。

立法者為實現減少養老年金保險之目標，其亦可採取其他干涉期待權人權利地位之手段。例如經濟成長及就業促進法第一章第10款連結社會法典第六篇附件20有關婦女退休年齡由60歲逐步提高至65歲（參見聯邦憲法法院小法庭裁定第2卷第266頁），以

及因失業而提前或加速提高其退休年齡（參見社會法典第六篇第41條第1a項，規範於1996年7月23日公布之促進過渡至退休法（Gesetz zur Förderung eines gleitenden Übergangs in den Ruhestand），載於聯邦法律公報第1卷第1078頁；亦可參見經濟成長及就業促進法第一章第10款）。

3.系爭規定亦未違反基本法第3條第1項之規定。系爭規定所涉及之當事人，其因1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項連結1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條規定，而須減少40%年金給付基數者，相較其他受不利益者，此種差別待遇有其充足之正當化事由。

a)對於依自國外移居者養老年金法取得權利者與德國法定養老年金保險之被保險人為差別待遇，聯邦憲法法院已明示自國外移居者養老年金法所保障之優惠無法作為與德國養老年金保險機構締結一個完全平等之保險關係的請求權基礎（參見聯邦憲法法院裁判集第29卷第22頁（第33頁））。對於依自國外移居者養老年金法取得權利者，採取與前東德社會安全體系取得期待權者之不同待遇，有其正當性之基礎，蓋兩德在社會保險領域應力求統一並已合意為之（參見上述CI1bcc）。德國統一的中心思想即在於衡平兩德的生活水準。其中亦包括統一的養老年金法制（參見聯邦眾議院公報第12卷第405期，第108頁；聯邦憲法法院裁判集第112卷第368頁（第373頁））。

b)依1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第5項規定，亦對於德波社會保險協定之請求權及期待權人，基於充分之正當事由排除1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定之適用。此係基於國際法上之互惠原則（völkerrechtlicher Grundsatz der Gegenseitigkeit）（參見1990年12月8日簽訂之德國與波蘭有關社會安全之協定第27條第2項至第4項，載於聯邦法律公報1991年第2卷第741頁（第743頁））。

4.1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定亦未違反基本法第3條第3項之規定。上述規定並未因自國外移居者養老年金法取得權利者之出身或母國而予以不利待遇。對此類權利人之養老年金待遇係基於其在國外之保險年資，而非在德國之年資；因為其保費及工作係基於其他的經濟及社會體系所生（亦參見聯邦憲法法院裁判集第29卷第22頁（第33頁））。差別待遇僅係因為不同之保險年資所生，非基於基本法第3條第3項所規範之因素。而予以歧視性待遇。

II.1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定，對於其中

接近退休年齡者無過渡條款之設計，與基本法第2條第1項連結法治國信賴保護原則不符

然而1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定於1991年1月1日前移居德國，而於1996年9月30日以後退休之權利人，對於其中接近退休年齡者無過渡條款之設計，與基本法第2條第1項連結法治國信賴保護原則不符。

1.1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條有關過渡條款之規定，對於依1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項於1991年1月1日前移居德國而取得權利者，並非採取憲法上所允許之方式。縱使依基本法第14條作為法規溯及效力之審查基準，結果亦無不同。亦即須在新規定立即生效所代表之公共利益，以及維繫相對人與現存有利其權利之狀態間為利益衡量（參見聯邦憲法法院裁判集第58卷第81頁（第121頁以下）；第76卷第220頁（第244頁以下）；第97卷第378頁（第388頁以下））。

a)有關此一規定之合憲性並非以下列特別之要求作為審查基準，亦即立法者對於受信賴保護者未設有過渡期間，以致於其在原法定期間屆至時受到損害（參見聯邦憲法法院裁判集第102卷第68頁（第97頁））。本案並不存在此種情形。其毋寧是一般性地保障人民對於1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4條第5項所定基準日規定之信賴。

b)1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條基本上符合憲法上對於法治國信賴保護原則之要求。

aa)立法者於上述規定中決定將1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項中養老年金乘以0.6個基數之規定，亦對於1991年1月1日前移居德國，且於1996年9月30日以後退休者予以適用。其因此對於尚在進行而未終結之養老年金法律關係向未來予以產生規制效果，並嗣後地損及相對人之權利地位。此種不真正的溯及既往（unechte Rückwirkung）在憲法上原則是合法的。惟基於信賴保護原則及比例原則，此一合法性仍應有其界限。當立法者採取不真正溯及既往不適合達成立法目標，或非必要之手段，或－僅考量上述C Ⅰ 2所確認之議題－相對人之現存利益議題大於立法者予以變更所欲追求之利益時，自然就逾越了合法性之界限（參見聯邦憲法法院第95卷第64頁（第86頁）；第96卷第330頁（第340頁）；第101卷第239頁（第263頁）；向來如此之裁判見解）。

bb)於1996年9月30日以後退休之權利人，其依據1991年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第

4條第5項規定所規範之權利狀態，與立法者決定將其亦適用於1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定所基於之一般福祉相較，後者顯然較前者更為重要。對於1990年12月31日以後移居德國者而言，其無法期待其退休關係至退休開始，養老年金不被減少。法定養老年金保險－如同已提及者（參見上述C I 2 b aa）－之財務狀況，自從養老年金過渡法生效後有了重大的變化。相對人必須清楚，其不可能自外於社會保險機構支出及收入變化所生影響。因此其應可預見立法者為因應此種狀況而修改法定養老年金保險法制，亦可能對其造成負擔。對於1991年1月1日之後移居德國，而依自國外移居者養老年金法取得權利者因改革法定養老年金保險機構而造成之負擔，尚無值得保護之信賴可言。

另一方面，立法者對於養老年金保險機構在財務上之利益亦得作為立法考量之事由（參見上述C I 2 b bb(1)）。當立法者規範1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條之過渡條款時，認為養老年金保險機構之財務利益應優先於相對人之期待而為考量，故養老年金基數之減少－先是打七折（1991年自國外移居者養老年金法第22條第4項），然後是打六折（1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項）－未納入過渡條款之適用，此點在憲法上並無可以非難之處。立法者對此所為之利益衡量，基於其立法形成自由對信賴保護原則而言，並未逾越憲法上之界限。

2.然而立法者在法治國信賴保護原則的觀點下，對於因過渡條款而於當時接近退休年齡者之正當利益應予以考量，意即並非所有自1996年10月1日起退休者皆須立即適用1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定。

此一重新考量之規定將使得相對人有適當期間的適應基礎。立法者於1996年自國外移居者旅外國人養老年金修正法第22條第4項適用於所有於1996年9月30日以後退休者，對於接近退休年齡者而言，在短期內適用新的規定，自對於期待權形成重大之損害。就原審理程序之原告而言，部分原告在1996年7月7日聯邦眾議院通過系爭法律至其退休為止，僅有數週期間之間隔；而多數情形則僅有5至10個月。

雖然不以過渡條款為必要，方能使因1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項減少養老年金規定影響之權利人採取額外措施，特別是私法上老年照顧以平衡其損失。多數情形下並不存在此種可能性。然而過渡條款對於權利人如何規劃其生活，以因應顯然低於其所得養老年金資訊之養

老年金，自應有所考量。年金給付基數的逐步打折計算即可提供對於中期及長期財務規劃之預見可能性，或是因此得以因應養老年金之減少。1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項規定所欲追求減少養老年金支出之範圍將因過渡條款之制定而無法完全達成。在何種範圍內，一個適當的過渡條款將導致養老年金減少支出之目標縮水是難以確定的；這原本即繫於立法者如何進一步規範過渡條款之內容。刪減支出之目標在此已屬次要考量。因為依自國外移居者養老年金法取得權利，而於1991年1月1日前移居德國者之養老年金給付基數在中長期之後固定打六折計算，並不會因過渡條款之施行而被排除適用。因此立法者仍可透過過渡條款之實施達到財務改革之主要目標。

如何進一步規範過渡條款之內容乃立法者之裁量範圍。立法者得因為簡化行政之事由，將接近退休年齡者較現行規定更為廣泛地排除於1996年自國外移居者養老年金法之適用。立法者若決定採取階段性之過渡條款，其亦有權限規範在何種時間範圍及時程予以過渡，俾足以維護相對人之合法利益。而如何界定接近退休年齡之範圍亦繫於立法者合乎事理之裁量。

3.因缺乏適當之過渡條款而違反基本法第2條第1項連結法治國信賴保護原則之規定，故在此已無須審查1996年自國外移居者及旅外國人養老年金修正法第六章第4c條基準日規定是否違憲。

D.本裁定之效力

I.系爭法規違憲部分，宣告其與基本法不相符，立法者應於2007年12月31日前制定一個合憲之法規範

因立法者於本案係因不作為之方式導致一個法規範違憲，在此僅考慮宣告其與基本法不相符（Unvereinbarkeitserklärung）。

立法者應於2007年12月31日前制定一個合憲之法規範。

II.尚未判決確定之訴訟程序，或尚未產生行政處分存續力之行政程序之處理方式

於尚未判決確定之訴訟程序中，或尚未產生行政處分存續力之行政程序中，於1991年1月1日前移居德國，而於1996年9月30日之後退休之權利人，若不服1996年自國外移居者養老年金法第22條第4項減少養老年金規定而主張違憲者，應繼續停止或予以停止相關程序，以便當事人有機會適用立法者對上述規定之重新規範。於本裁判公布前已確定之行政處分不受影響。立法者可自行決定本裁判之效力是否對於已確定之行政處分亦產生效力；惟在此並無在憲法上之義務可言（參見聯邦憲法法院裁判集第104卷第126頁（第150頁））。

法官：Papier　Haas　Steiner
Hohmam-Dennhardt
Hoffmann-Riem
Bryde　Gaier　Eichberger

「政府採購違反平等原則案」裁判

BVerfGE 116, 135
德國聯邦憲法法院第一庭2006年6月13日之裁判
－ 1 BvR 1160/03 －

楊子慧　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.程序審查
I.政府採購法之沿革與現今之規範狀況
II.本案事實與爭點
III.本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）
IV.本案關係人陳述之意見
B.實體審查：程序上受理之本案於實體上無理由
I.採購決定不構成基本法第19條第4項之行使公權力，本條項未受侵害
II.提起訴訟人（憲法訴願人）得請求司法救濟之權利保護已滿足憲法上要求
III.採購金額高於最低金額的採購決定之權利保護有別於低於最低金額者之形塑並未違反基本法第3條第1項

關鍵詞

政府採購法(Vergaberecht)
政府採購(Vergabe öffentlicher Aufträge)
公行政主體
(Träger öffentlicher Verwaltung)
履行行政任務
(Erfüllung von Verwaltungsaufgaben)
政府採購機關
(öffentlicher Auftraggeber)
採購程序(Vergabeverfahren)
程序選擇(Verfahrenswahl)
公告(Bekanntmachung)
資格審查(Eignungsprüfung)
公開招標(die öffentliche Ausschreibung)
招標文件(Verdingungsunterlage)
得標（決標結果）(Zuschlag)

採購決定(Vergabeentscheidung)
採購金額(Auftragssummen)
採購總額(Auftragsvolumen)
未得標之競爭者（廠商）
(die übergangenen/unterlegenen Konkurrenten（Bieter）)
採購之審查(Vergabenachprüfung)
司法救濟請求權
(Justizgewährungsanspruch)
高於/低於最低金額之採購決定
(Vergabeentscheidungen oberhalb/unterhalb der Schwellenwerte)
暫時權利救濟之保障(Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz)
違法採購決定之撤銷(Aufhebung rechtswidriger Vergabeentscheidungen)
損害賠償之救濟(Gewährung von Schadensersatz)
權利保護之保障(Rechtsschutzgarantie)
第一次權利保護(Primärrechtsschutz)
有效權利保護之請求(Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)
法治國原則(Rechtsstaatsprinzip)
行使公權力
(Ausübung öffentlicher Gewalt)
典型的從屬與服從關係
(Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung)
與職業有關的行為
(das berufsbezogene Verhalten)
採購競爭(Vergabewettbewerb)
行政耗費(Verwaltungsaufwand)

裁判要旨

1.國家機關單位於政府採購時應受基本法第3條第1項平等原則之拘束。

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

3.立法者針對低於最低金額之採購決定的權利保護之形塑有別於針對超過最低金額之採購決定的權利保護，並未違反平等原則（基本法第3條第1項）。

案　由

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

裁判主文

本案於實體上無理由。

理　由

A.程序審查

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

I.政府採購法之沿革與現今之規範狀況

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

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

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

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

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

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

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

共同體法的採購法在此期間也已修改。2004年3月底有二部新的配合準則通過（2004年3月31日歐洲國會及議會準則2004/17/EG與2004/18/EG，2004年4月30日Abl Nr. L 134 頁1；2004年4月30日ABl Nr. L 134，頁114），其乃規範採購程序的部分新規定。而法律救濟準則則繼續有效。

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

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

為貫徹此等主觀權利營業競爭限

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

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

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

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

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

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

邊碼89）。徒勞的競標者多半在決標同時或決標後得知其之未得標結果。

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

II.本案事實與爭點

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

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

提起訴訟人（憲法訴願人）於2002年8月23日收到通知，因其投標未滿足招標文件規定之條件而未得標（被排除）：蓋從標或修改建議必須以特別規劃為之並且以此等形式明確的標明出來。如投標的從標或修改建議不符此等條件者，投標將被評定為不合格。同樣地在2002年8月23日邦道路交通管理局以口頭告知其他一家投標廠商得標結果，並於2002年8月29日以書面確認之。

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

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

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

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

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

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

基本法第19條第4項未受到侵害。該規定以主觀權利為要件。由營業競爭限制防止法第97條第7項之規定無法導出提起訴訟人（憲法訴願人）有此等權利，蓋該規定依營業競爭限制防止法第100條第1項僅適用於達到或超過最低金額之採購。對於小額採購之採購立法者已有意不予考慮給予請求遵守採購規定之主觀權利。類此的政府採購命令沒有法規範的此等性質，以致排除其作為一項主觀權利之基礎。提起訴訟人（憲法訴願人）並未主張其他公權利之侵害，比如由基本法第3條第1項而來的基本權利。因此仍然沒有解決者，係立法者是否經由基本法第19條第4項維持在採購程序的基本權利侵害之情況在低於最低金額時亦有第一次權利保護。

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

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

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

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

III.本案人民基本權利受侵害之憲法訴訟程序（憲法訴願程序）

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

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

德國採購法上權利保護的二分化乃未經考慮即由憲法上採納歐洲準則法的採購最低金額轉化於內國法而產生。差別待遇的比較屬於公權力主體，即國內立法者的權限範圍。歐洲法層級的（轉化調整內國法）以適應歐洲法之權限的存在並非是討論關於低於最低金額的第一次權利保護之客體，而是德國立法者在歐體法和在透過國內憲法而來的範圍之雙重拘束。

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

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

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

之採購法的工具化，此等已非原來之採購行為所及。

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

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

行政的功能性雖然可能是權利救濟之保障的憲法上內在的界限。然而不得沒有期待可能的增加法院救濟之困難甚或被排除在法院救濟之外。目前取決於最低金額而排除權利保護的體系不符此等要求。此外如給予沒有最低金額限制的採購法保護時，公共採購市場始能有效的起作用，此等在奧地利顯示了一種依據奧地利憲法法院裁判的新的正常的經濟條件。彼國現在在每一政府採購上皆提供法院在採購法上之保護。

IV.本案關係人陳述之意見

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

1.聯邦政府認本案無論如何於實體上無理由。

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

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

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

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

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

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

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

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

4.德國工商業代表大會支持本案訴訟程序。

B.實體審查：程序上受理之本案於實體上無理由

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

I.採購決定不構成基本法第19條第4項之行使公權力，本條項未受侵害

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

權力。

1.並非每一國家行為皆開啟基本法第19條第4項的權利救濟之保障。

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

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

II.提起訴訟人（憲法訴願人）得請求司法救濟之權利保護已滿足憲法上要求

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

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

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

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

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

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

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

以私法上的行為形式與私人在同一等級行為之國家機關是否並且到何種程度依據基本法第3條受到職業自由之基本權利的拘束，在本案毋須裁判。縱使從事政府採購的國家機關應受基本法第12條第1項的原則上之拘束，此等基本權利拘束的射程範圍亦決定性的取決於基本權利的保護方向與保護內容。得標廠商獲得之政府採購原則上沒有觸及未得標廠商之職業自由的保護領域。

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

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

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

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

bb)由於特別的情況提起訴訟人（憲法訴願人）在有爭議的政府採購被排除，儘管可能在職業自由予以衡量，因為其按目標與影響作用乃被評定為基本權利之侵害的替代國家措施（參閱聯邦憲法法院裁判全集105, 252【273】; 105, 279【303】），然提起訴訟人（憲法訴願人）並沒有說明而且此亦非明顯的。單僅提起訴訟人（憲法訴願人）自限於獨獨以建造交通安全領域措施為競業項目，且於此範圍實際上僅有國家作為採購機關列入考慮之情況，則採購決定亦沒有構成功能上等價之侵害。

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

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

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

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

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

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

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

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

b)依照此等標準以下之見在憲法上無可指摘，即提起訴訟人（憲法訴

[1] 前揭 Nr. 1，頁 1（11 以下）。

[2] 前揭 Nr. 1，頁 1（21 以下）。

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

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

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

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

(1)法院對於採購決定的審查必須解決在一種法律關係的衝突情況，

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

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

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

(2)在本案應審查的採購法上權利保護之規範，立法者已遵守其形成餘地的界限。其得以對未得標廠商特別在第一次權利保護之利益和其他涉及的利益之關係為較不重要的評價。

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

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

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

方面觸及的私人與公共利益如得被評價為較重要，則憲法上無可指摘者，係立法者已認為在一般法規範中具有的第二次權利保護已足而且沒有特別應採取的、為得以實現第一次權利保護之特別防護措施，例如課予在給予得標之前通知未得標廠商之義務。

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

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

採購金額高於最低金額的採購決定之權利保護有別於低於最低金額的採購決定之形塑並未違反基本法第3條第1項。立法者對此已有特別的規定，同時亦規定了在歐洲法準則的相關預先規定轉化到對於高於最低金額的採購決定的權利保護可能性（見前述ＡＩ1）。在本案不須裁決的是，基本法第3條第1項是否能要求對於沒有由此等準則涵括的事實情況之創設，如同歐洲法上預為規定的相同規定，或是否基本法第3條第1項就此而言不適用（見解爭議參閱如Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995, 頁426以下；Osterloh, in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 3 Rn. 71; Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 11；全部詳細說明亦參閱奧地利憲法法院2000年11月30日之判決−G 110/99 u. a. −, VfSlg. 16027/2000）。即使基本法第3條第1項作為適用的準則，亦不存在基本權利之侵害，蓋本案之差別待遇（以下1）實質上有充足合理的理由（以下2）。

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

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

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

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

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

依據此等標準於本案並未顯示比恣意之禁止更嚴格的基準為審查之依據。針對採購決定在權利保護之區別不是與特定規範對象類型的歸屬性連結，而是與應行的採購的經濟上金額高低連結。此等是一項純粹的涉及事實情況的標準。規範對象類型的間接的差別待遇亦非明顯。再者，高於和低於最低金額的政府採購的差別待遇沒有對於基本權利保護的自由之行使發生影響。此等政府採購應僅僅以一般平等原則為衡量（參閱前述II 1 c）。於政府採購時的被排除（不受考慮）原則上不涉及自由權的保護領域，特別是基本法第12條第1項的職業自由（參閱前述II 1 b）。

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

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

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

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

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

bb)立法者於按照最低金額決定採購法的二分化時已堅守此等餘地。

依據立法者的解決辦法，一般法上的主觀權利是否存在並且是否得以開啟營業競爭限制防止法第102條以下規定的特別審查程序，係取決於政府採購的價額規定。當法律的出發點是在此等程序可能帶來的經濟性之可能利潤因採購的數額而提高時，以及高於最低金額之採購決定的利益不因與營業競爭限制防止法第102條之審查連結的費用而消失時，在憲法上乃無可指摘。

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

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

「外國人變性」裁定

BVerfGE 116, 243
德國聯邦憲法法院第一庭2006年7月18日裁定
– 1 BvL 1/04 - - 1BvL 12/04 –

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.德國變性人法之規定
II.歐洲各國實務
III.案例事實
IV.政府部門與民間社團之見解
B.理由
I.人格基本權受侵害
1.立法者為侵害基本權之不平等處置需具正當化理由
2.變性人法之規定造成不平等處置
3.欠缺不平等處置之正當化理由
II.牴觸一般平等原則
1.侵害一般平等原則與人格權
2.違憲但未失效
3.合憲新規定生效前繼續適用與限時立法

關鍵詞

變更名字(Änderung des Vornamens)
性別歸屬(Geschlechtszugehörigkeit)
平等處置原則(Gleichbehandlungsgebot)
生活伴侶關係(Lebenspartnerschaft)
身分狀態法(Personenstandsrecht)
人格權保護(Schutz der Persönlichkeit)
國籍原則(Staatsangehörigkeitsprinzip)
變性人(Transsexuelle)

裁判要旨

變性人法第1條第1項第1款之規定，對於合法居住且不僅是短暫居留

於德國境內之外國變性人，如該外國變性人之本國未訂定類似（該法第8條）的規定時，即排除其依據該法第8條第1項第1款申請變更名字以及確認性別歸屬之權利，牴觸平等處置原則（基本法第3條第1項）結合保護人格之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項）。

案　由

本裁定由聯邦憲法法院第一庭於2006年7月18日在院長Papier、女法官Haas、法官Steiner、女法官Hohmann-Dennhardt，以及法官Hoffmann-Riem, Bryde, Gaier, Eichberger等參與下作成，審理的對象是兩項由法院提出的違憲審查案：案號–1 BvL 1/04–係針對巴伐利亞邦最高法院於2003年12月8日作成停止訴訟程序進行與聲請憲法法院裁判之裁定（案號1Z BR 52/03）。本案應進行違憲審查者，乃當一位經常居住於德國之外國籍變性人提出確認其性別屬性之申請，而其本國的法律並未有相當的程序規定時，變性人法限制只有德國人以及擁有德國國籍地位之人，始有權利依據該法第8條第1項第1款連結該法第1條第1項第1款之規定申請確認性別屬性，是否牴觸基本法第3條第1項與第3項之規定。

案號–1 BvL 12/04–則係針對位於美茵茲的法蘭克福邦高等法院於2004年11月12日作成停止訴訟程序進行與聲請憲法法院裁判之裁定（案號20 W 452/02）。本案應進行違憲審查者，乃當一位經常居住於德國之外國籍變性人提出變更名字之申請，而其本國的法律並未有變更姓名之法律規定時，變性人法限制只有德國人以及擁有德國國籍地位之人，始有權利依據該法第1條第1項第1款之規定申請變更名字，是否牴觸基本法第3條第1項與第3項之規定。

裁判主文

1.1980年9月10日於聯邦法規彙編第1輯第1654頁公布之在特別情況下變更名字與確定性別屬性法（簡稱變性人法）第1條第1項第1款之規定，當其將合法居住且不僅是暫時性居留於德國境內之外國變性人，排除其依據該法第8條第1項第1款申請變更名字以及確認性別屬性之權利，而該外國變性人之本國未訂定類似的規定時，即牴觸基本法第3條第1項連結人格權保護之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項之規定）。

2.變性人法第1條第1項第1款之規定，迄新法規定生效時為止，得繼續適用。

3.立法者應至遲於2007年6月30日制定合乎憲法要求之新規定。

理　由

A.事實與爭點

兩件法官聲請憲法解釋案涉及排除外國籍的變性人援引德國變性人法所開啟之機會，去更改名字或者被確認其經更改的性別屬性，尤其是當該外國人之本國法律未規定有此類的機會，在這種情況下，將之排除在外是否合憲之問題。

I.德國變性人法之相關規定

1980年9月10日於聯邦法規彙編第1輯第1654頁公布之關於在特別案例中變更名字以及確認性別屬性法（簡稱變性人法），開啟變性人申請變更名字之機會，即使該變性人未在此之前歷經變性手術（即所謂的小的解決方案），亦得享有此項權利。然而該申請權卻僅侷限於基本法意義中之德國人、無國籍之人，或者沒有本國但在德國有經常性居留事實之外國人以及申請政治庇護之人，或者在本法效力範圍內有住所之外國籍難民等人。以上係依據變性人法第1條第1項第1款之規定，該條之第1項第3款曾被聯邦憲法法院1993年1月26日之裁定（BVerfGE 88, 87）宣告無效，現行之規定內容如下：

第1條（要件）

第1項　當一個人由於變性緣故，感覺其名字不再與其出生時所登記者相符，而認為應歸屬於另外一個性別，且至少已有三年時間，生活在這種與認知有差距的壓力下，則在符合下列各款條件時，得申請法院變更名字：

第1款　其為基本法意義下之德國人，或者當其為無國籍者或者沒有本國的外國人，但經常居留在本法的效力範圍內，或者其為有權申請政治庇護之人，或為外國籍的難民而在本法的效力範圍內有住所地。

第2款　具有高度的可能性足以推測，其歸屬於另一個性別之感覺不會再變更。

第2項　在聲請書中應載明申請人將來想要使用之名字。

經歷變性手術方得被確認性別屬性已變更者（所謂大的解決方案），此類申請權亦侷限在與上述相同之人士範圍內。上述情形由變性人法第8條援引該法第1條第1項第1款加以規定，其內容如下：

第8條（要件）

第1項　當一個人由於其變性後身體特徵，不再感覺歸屬於出生時所登記之性別，而歸屬於另一個性別，且已經有至少三年的時間，為維持與其認知相當之生活，而處於壓力之下時，法院基於其申請，

在符合下列條件下去確認，該人是否應歸屬於另一個性別：

1.符合第1條第1項第1至3款之要件。

2.尚未結婚。

3.持續無生育能力。

4.已經進行一項改變其外部性別特徵之外科手術，以致於明顯地接近另一個性別顯現出來的圖像。

然而，本條文規定中所包含之援引變性人法第1條第1項第3款規定之要件，業已被聯邦憲法法院於1982年3月16日作成之裁定（BVerfGE 60, 123）宣告為無效。

就限制申請權人之範圍，聯邦政府所持之理由依據為，關於外國變性人變更其名字與性別之屬性，應該保留給當事人之本國去決定（參考聯邦議會出版品BTDrucks 8/2947, S. 13）。如此見解與民法施行法第10條第1項之規定相符，即關於一個人的名字，應受其所歸屬之國家的法律之拘束。

II.歐洲各國實務

1.依據馬克斯布朗克外國法與國際私法研究所對於1BvL 1/04案的專業鑑定意見書，一些歐洲國家在這當中已制定承認變性之法律。除了瑞典只允許自己的國民享有這種變性之機會外，芬蘭、荷蘭、丹麥與英國亦已賦予現正在該國居住，或已歷經一段時間被允許在該地居留之外國人，得享有被承認之權利。義大利性別屬性更正法雖然未有對於外國人是否適用之規定，然而米蘭的憲法法院在2000年作成判決，認為該法在適用義大利之公共秩序法理下，當外國人之本國法律與義大利法的價值牴觸，或者甚至沒有相關之規定存在時，外國人亦得援引適用該法。法國由於並未有任何關於變性的相關法律規定，因此巴黎的憲法法院在1994年作成判決，認為依據在法國具有法律效力，而且得以直接適用的歐洲人權與基本自由權保護公約（歐洲人權公約EMRK）第1條連結第14條之規定，外國人亦得享有歐洲人權公約第8條所建立之請求承認改變性別之權利。鑑定意見書之見解顯示，凡適用未規定變性現象之外國法律，其結果勢將侵害一項對相對人受歐洲人權公約保障之人權。同樣地，奧地利最高行政法院於1997年在某件泰國變性人案件中，亦作成同樣之裁判；此乃慮及歐洲保障人權與基本自由之人權公約在奧地利具有憲法位階，且要求在奧地利身分法領域內，將變性人視為是與其外部顯現圖像相符的性別之成員。在瑞士則依據當地國際私法之規定，關於身分權利之關係，管轄機關為適用當地法律之瑞士法院與住所地之主管機關。瑞士聯邦法院據此認為，外國變性人亦有獲得法院承認性別改變之機會。

2.a)就（英格蘭與威爾斯）上訴法院之提案，歐洲法院於2004年1月7日作成判決（載於NJW 2004, S. 1440），宣判一項規定牴觸歐洲共同體法第141條，因為其在違反歐洲人權公約保護人權與基本自由下，不准許變性人與其進行變性手術之前的性別之人結婚。在此判決作成之前，依據英國法之規定，變性人之性別變更不可能在法律上被承認。

b)歐洲人權法院（EGMR）於1992年3月25日（案號13343/87−B./Frankreich）宣判，認為歐洲人權公約第8條之規定，係要求承認變性人之變性行為。當一項規定禁止變性人在變性之後與其原來性別之人結婚時，即牴觸歐洲人權公約第12條之規定(2002年7月11日判決，案號28957/97−Goodwin./.Vereinigtes Konigreich, 載於NJW-RR 2004, S. 289)。依據歐洲人權法院的裁判，所有生活在締約國國家領土範圍之人，均受公約第1條之保護（2001年12月12日判決，案號52207/99−Bankovic u.a. ./. Belgien u.a.，載於NJW 2003, S. 413）。

III.案例事實

1.1BvL 1/04提案

a)前審程序之當事人（以下同）為具泰國國籍之人，出生時擁有男性之性別，但於1999年進行變更成為女性之變性外科手術。自2002年4月開始與一位擁有德國國籍之德國人居住在德國，兩人計畫結婚。由於泰國的法律規定不承認性別轉變，其於是依據民法第1309條第2項規定，申請免除檢附具有結婚能力之證明文件，但其申請案因不符變性人法之規定而被否准。在此之間，參加人與其伴侶業已登記為生活伴侶關係，但繼續爭取結婚登記。

因此其依據變性人法第8條規定，向地方法院申請確認其歸屬於女性之性別。就此其提出兩份由不同的專家於2002年作成之鑑定報告。該兩份見解一致之鑑定報告，均確認參加人至少在最近之三年內，自認歸屬於女性之性別，而且至少從這個時間開始，其即處於在一種應該與如此見解相符地生活的壓力之中，而其歸屬於女性性別之觀感，高度明顯地不會再改變。本案參加人持續地無生育能力，透過外科手術之進行，業已高程度地具備女性特徵之外觀。

b)地方法院援引變性人法第1條第1項第1款之規定，於2003年1月2日以裁定駁回該申請案。參加人不服此裁定而提起抗告，但亦無效果。邦法院在其2003年1月5日駁回抗告之裁定中稱，立法者係有意識地不將外國籍人士納入變性人法之規範之下。此處所採之差別待遇符合德國國際私法領域的優勢見解，即自然人的身分法關係，以其所屬國家的法律為準據法。蓋擴大人的適用範圍的結果，將對於

其他國家的身分法形成不可被忍受之干預，縱使此項規定對於參加人意味著一種嚴苛的現象，亦不至於導致平等原則受侵害，因為這項規定可以回溯到一項理智的理由基礎。

參加人不服繼續提起抗告之後，巴伐利亞邦最高法院於2003年12月8日作成裁定停止訴訟程序進行，提案聯邦憲法法院就如下先決問題作成裁判：

當僅限於德國人以及擁有德國身分法地位之人，於變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定之確認性別屬性程序中，始具有申請權之規定，對於在德國有經常性居留事實的外國籍變性人提出此種確認申請，而其本國法律並無相當程序規定之案件，是否符合基本法第3條第1項與第3項之規定？

關於提案聲請聯邦憲法法院裁判之理由，該法院稱合法提起之抗告是否有理由，繫諸變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款在此處所述之案例情況中是否與憲法相符。除了在基本法意義下的德國人之外，得提起確認性別屬性之憲法訴願者，乃無國籍者或沒有本國之外國人，而其在德國有經常性之居留處所，或者身為已受政治庇護者或外國籍難民，而在德意志聯邦共和國有住所者。據此，參加人雖然符合變性人法第8條第1項連結第1條第1項規定之其餘要件，且在本法施行範圍內有住所，但因為具有泰國國籍，故其申請承認已改變之性別屬性即被拒絕。在援引上述法律規定下，進一步提起之抗告即應該必須因此被駁回。

當在德國有住所或經常性居留之外國變性人，其本國未具備變性人法第8條之相關規定或者機關實務，則變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定，勢將牴觸基本法第3條第1項與第3項。此問題具有決定之重要性，蓋在被引述的條文規定無效的情況下，進一步提起之抗告即應該必須被受理。

這些規定僅有在如下情況下，方符合基本法第3條第1項之規定，即其排除外國變性人依據變性人法第8條規定申請確認程序之理由，其種類與重要性足以構成差別對待之正當化依據。倘若這些人在進行變性之外科手術之後，仍無法獲得其本國法對其已改變之性別屬性加以承認，則差別待遇之正當化理由無論如何均不具備。相較於依據變性人法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定有權提出申請者，以上所舉之族群將有明顯被歧視的感受，因為他在變性人法有效施行之區域內有合法之居留，卻無法取得身分狀態法的承認。

本案牴觸比例原則。蓋將外國籍變性人改變性別屬性之事項交由外國人之本國法律去規定，此等立法動機

與決定之份量，尚不足以作為對德國人與在德國合法生活的外國籍變性人不同處置之正當化理由。雖然基本法之保護就涉外之案例事實得被限制，但德國國際私法在個案中，仍須以基本權為衡量之準據。有關性別屬性的問題，基本上類推適用民法施行法第7條之規定，以本國法為準據。但倘若在基本法以及變性人法施行區域內合法生活之外國籍變性人，其本國法律不承認身分法上的變更性別，則牴觸自基本法第2條第1項連結第1條第1項所導引出，應尊重個人就自己性別屬性所作決定之憲法要求。因為前揭法律只能在當事人生活的社群領域內被實現，而對於合法在本國居留的外國人而言，此社群領域即為德意志聯邦共和國。因此在如此的案例中，基於憲法規定之緣故，在面對外國人受基本法保護得請求承認變更的性別屬性之權利時，對於其本國法的考慮，即必須讓步。

此外亦不存在其他理由，得以作為對外國籍變性人不利處置之正當化理由。立法者在類似的領域，亦未規定對於性別特徵的保護，應以德國人或者具有德國國籍地位之人為限。例如依據生活伴侶關係法建立的生活伴侶關係，雖然在此類案例亦涉及身分地位，但既不以有德國國籍或者德國身分地位，更不用說必須在德國境內有住所或經常性居留等為前條要件。

由於變性人法第1條第1項第1款之文義規定無被誤解之空間存在，因此應無法作成合憲性之解釋。立法者在立法程序中亦已明瞭，在多數歐洲以及歐洲以外的國家，並未訂有承認變性人享有改變性別屬性權利之法律規定。

2.1BvL 12/04提案

a)前審程序中之參加人擁有埃塞俄比亞之國籍，出生時的性別為女性。依據在前審程序中所提出的專業精神醫師鑑定意見，其自從早期的孩童時期開始，即有變性人的特徵，而其自己感覺歸屬於男性。該人於1996年入境德國，成年之後即進行變性手術。行政法院以在這之間已確定生效之判決，要求聯邦外國難民認定局確認，對於參加人個人是否因為其身分為埃塞俄比亞人，而有遣送障礙。由於在埃塞俄比亞人的社會中不認同變性人的外顯形式，因此在其融入當地時，在經濟方面將面臨重大困難，以致無法在該地獲得進行尚未完成之變性手術所必要之醫療上支援。

b)依據參加人所提出變更其名字以符合其感覺，以及透過變性所顯示性別之申請，地方法院在聽取專業精神醫師的鑑定後，於2002年3月21日作成裁定，確認參加人為變性人法第1條意義下所指有權提出申請之人，因為其在居留法上的地位，符合變性人法第1條所指之外國難民。邦法院

則依據公益代表人對該裁定所提起的抗告，於2002年10月15日以裁定駁回地方法院之裁判。該院認為，參加人既不是外國難民，亦非處於與此類似之地位，因此並不生地位轉換之問題。限制變性人法之適用範圍，僅及於擁有德國國籍者，以及有德國身分地位之外國人，並未牴觸基本法，蓋其僅僅是反映出國際私法中德國的衝突法規定而已。

參加人繼續提起抗告後，審理該案之邦高等法院於2004年11月12日，以裁定停止訴訟程序進行，聲請聯邦憲法法院審理如下之先決問題：

就一位在德國有經常性居留的外國籍變性人提出變更名字之申請，當在其本國法未有此種更名規定之案件中，限制只有德國人或者擁有德國身分地位之人，始得享有變性人法第1條第1項第1款申請變更名字程序之申請權時，是否與基本法第3條第1項與第3項相符？

該院就聲請釋憲之理由釋明如下：參加人不在變性人法第1條第1項第1款所規定有申請權人之列，其身為埃塞俄比亞國之國民，既不被承認為享有申請庇護權之人，亦未享有日內瓦難民公約所規定之難民的法律地位，蓋缺乏充分的理由證據，顯示其確有所據地畏懼國家的迫害。然而判決審議委員會以及巴伐利亞邦最高法院則認為，當在德意志聯邦共和國境內有住所以及經常性居留之申請權人，其本國不允許變更名字時，變性人法第1條第1項第1款之規定與基本法第3條第1項及第3項第1句之規定不符。

本問題為裁判之關鍵，因為前揭之規定若有效，則接續的抗告將被駁回。然而，倘若這些規定被宣告為違憲，則判決審議委員會將廢棄被提起上訴的邦法院裁判，而將案件發回地方法院，命其特別是在聽取第二份目前尚未出現的鑑定報告下，進行進一步之審理與裁判。

限制變更名字之申請權，於具有德國國籍之人或者具有德國身分地位之人，意味著一項差別對待，即經常居留在德意志聯邦共和國境內之外國人，不得享有變性人法所規定之優惠。由於其與身分有關的特徵聯結，而對於自由發展人格的基本權與人性尊嚴，產生重大之影響，因此變性人法第1條第1項第1款之規定，只有在對於變性的外國人拒絕其享有變更名字之權利，而該情況具有如此之重要性，以致得為差別對待取得正當化基礎時，始得被認為與基本法第3條第1項之規定不相牴觸。但這種情形無論如何均不存在，尤其是當合法生活在德國的外國籍變性人，在其歷經外科的性別轉換手術後，因為其本國的法律規定，而沒有任何機會讓名字與性別相符合時。蓋其將因申請的權利被限制，以致其個人在整體的社會領域中

，決定個人性別的屬性時，所應獲得的承認與尊重均被拒絕，而此對於其個人的繼續生活發生重大的影響。在這之中存在一項不符合比例的不平等處置。

德國立法者在變性人法第1條第1項第1款之規定中，欲承認各該本國對於應遵守其法律規定之國民，就名字以及性別屬性享有立法高權，則其界限，乃當該本國法對於在德國境內有合法的經常居留的變性外國人，長期性就其個人性別屬性所作決定，拒絕給予法律承認。蓋在這種情況下，個人的基本權保護，應該被歸類為比對外國人的本國法與國家立法高權的考慮來得地位崇高，而應該被優先遵守。

立法者在變性人法第1條第1項第1款規定中，有意識且明確地限制變性人法之適用者範圍，當此等規定被類推適用或擴張適用於未具備這些特殊要件之外國人時，普通法院在法律適用之框架下，並無法加以突破。原因是其間缺乏違反立法計畫的法律漏洞之要件，而藉由合憲解釋之方式擴大適用範圍，亦因變性人法第1條第1項第1款規定，係採用明確與為有意識選擇之用語，以致沒有可能。

IV.政府部門與民間社團之見解

就此二件法官聲請解釋提案，聯邦內政部代表聯邦政府、聯邦最高法院第12民事庭、馬克斯布朗克外國私法與國際私法研究所、德國家事法院協會、女性及男性同性戀協會、德國變換認同與中間性別協會，以及星期日俱樂部與柏林轉換性別網絡等社團，均表示意見。

1.聯邦內政部之見解為，限制變性人法之適用，以德國人以及擁有德國身分地位之外國人為限，並未侵害外國變性人受基本法第2條第1條連結基本法第1條第1項保障之一般人格權。該限制雖然對一般人格權形成干預，但得被正當化。其間存在一項立法者得拒絕外國人改變其身分狀態的公共利益，此即立法者明確表示其目的在尊重外國法律秩序。若由法院確認性別屬性乙事，亦適用於外國人，則當事人與性別有關之所有權利與義務，將由新的性別決定。此等裁判改變的將是，介於市民與本國間交織存在，代表身分高權的權利與義務。由於此舉對於主權國家權力形成重大的干預，基於對外國法律秩序的尊重，原則上應以當事人之本國法為準據。

再者，當外國人身分之改變不為其本國熟知時，將在實務上引發無法克服的困難，此點具有特別之重要性。一項在德意志聯邦共和國境內身分的改變，意味者該外國人雖然在德國成為其所認同的性別的成員，但在其擁有國籍之國家內，卻被當作另外一個性別的成員看待，如此形成領土決定性別屬性的特殊現象，而無法再以

明確的性別屬性作為認定一個人的準據。單單就避免這種法律的不安定性，就足以作為限制變性人法適用範圍之正當化理由。

當事人依據基本法第3條第1項之平等處置權亦未被侵害。雖然在外國籍與德國籍的變性人，以及具有德國身分地位之變性人間，存在有不同處置，但此項不同處置得基於如同干預人格權相同的理由，而被正當化。

排除不適用變性人法第1條第1項第1款規定之外國人申請變更名字，既未牴觸基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項，亦未違反基本法第3條第1項與第3項之規定。尊重當事人本國法之規定，以及將姓名法上之問題連結在該法上，早在作為實現變性人法第1條第1項第1款規定之民法施行法第10條第1項完成立法前，已在習慣法上被承認。基此認知，違反民法施行法第6條之保留條款，原則上並不被認為，即會導致外國規定之不被適用。當立法者在國際姓名權領域將當事人有關之法律安定與法律清晰利益的確保亦視為目標，且將之評價為比幫助外國人違背對其具有權威性之本國法律，而去追求完全的人格發展利益較為重要時，並不牴觸基本法第3條之規定。雖然如此對於一般人格權將形成一項干預，但這種干預是可以被正當化的。該規定亦特別具有保護當事人自己之功能，因此具有適當性。對於一個本身不允許改變名字的外國，無人能期待如此的德國裁判將會被承認。該等作法將造成當事人在其本國辦理簽發或延長旅行文件時，或者在其本國實現權利與義務時遭遇重大之問題。避免這種困難具有相當之重要性，得以成為限制變性人法適用範圍之正當理由。

2.依據聯邦最高法院第12庭之見解，限制變性人法第1條第1項第1款之適用範圍，並不牴觸基本法第3條第1項之規定，自本條款所導引出的不平等處置已被正當化。依據變性人法第1條第1項第1款進行之變更名字，將導致德國法凌駕申請人之本國法之現象，如此情形對於當事人而言，產生一種「搖擺不定的名字使用」，因為當事人依據德國法與依據其本國法，將有不同之名字。避免這種法律關係之發生，乃德國國際私法一貫的願望，而此作法最終亦以保護當事人為目的。當改變歷來使用之名字，但不為自己的本國法所承認時，隱藏著一項危險，即其本國將因為該國民依據德國法進行之名字更換所引發之同一性問題，而不再簽發或延長任何旅行文件，剝奪當事人外交領事的保護，以及採取其他對其不利之措施，甚至於在其返回本國時給予困難或者加以拒絕。

3.馬克斯布朗克外國私法與國際私法研究所認為法官聲請解釋之裁定

，為有理由。該所認為，變性人法第1條第1項第1款規定中所隱含之排除外國人申請權，牴觸基本法3條第1項之規定，蓋以今日之觀點而言，其至少是一項無法被合理化的歧視待遇。其認為將外國籍變性人改變性別歸屬或變更名字之決定權，保留給其本國，並以此必要性作為不同處置之理由，已不再是充分的正當性理由。國籍原則在國際間已被理解為退步的象徵，而此原則在德國法上亦已多次被突破。

立法者應該可以藉由創設一個源自本國法的全面性衝突規範，以較緩和的手段去尊重當事人本國的法律。在該被援引的法律與德國法的重要原則，尤其是與基本權的規定不相符合的案例中，如此的解決方式，有可能透過民法施行法第6條公共秩序保留的規定，不去適用該被援引之法律規定，而達到合憲的結果。由於變性人法第1條第1項第1款並未援引任何的外國實體法，因而不屬於任何的衝突法，而僅是規定申請的權限，因此不生適用民法施行法第6條之問題。然而在人權的國際發展以及歐洲法院的裁判背景前，較有意義者，應該是進一步地將申請權與經常性的居留相連結在一起，在必要的時候以最低居留期間的要件補充，而不去創設一個全面性的衝突法。藉此亦可根絕一種變性旅遊現象（Transsexuellen-Tourismus）之發生。

4.德國家事法院協會贊成巴伐利亞邦最高法院的見解，而另指出，與合法的經常性居留連結在一起的作法，亦符合國際私法的一般趨勢。

5.女性及男性同性戀協會所持之見解為，變性人法相關的規定不僅牴觸基本法第3條第1項，亦牴觸基本法第2條第1項連結第1條第1項以及第6條第1項之規定。參加人的情況與依據該規定如同德國人般被相同處理之人之處境，可以互相比較，兩者均擁有持續性的居留法上的地位，唯一的不同僅在於，參加人的身分地位不依德國法，而依其本國法決定，但這種不同還未達如此的重要性，得以替不同的差別待遇取得正當化之理由。就此，立法者已將國籍原則的適用相對化，民法施行法第17b條第1項第1句規定，生活夥伴關係的建立與解除，以登記國家的法律為準。立法者考量到當連結到本國法時，將有一大群的外國國籍之人無法建立生活夥伴關係，則同樣的情況對於持續在德國生活，且其本國法在身分法上不承認性別變更之變性人亦有適用。在此之中，參加人受基本法第2條第1項連結第1條第1項保護之承認其自我感受的性別屬性，具有特別的重要性。

6.德國變換認同與中間性別協會認為變性人法第1條第1項第1款之規定違憲，其特別指出歐洲議會關於歧

視變性人的一項決議，依據該決議，基於人類的尊嚴與人格權利，必須讓個人有可能過一個符合其性別認同的生活。此外，歐洲議會亦要求部長聯席會與各會員國，在統一庇護法之規定時，將對於變性的迫害承認為得申請庇護之理由。

7.星期日俱樂部與柏林轉換性別網絡認為系爭規定牴觸基本法第3條。為何一位其變性行為經鑑定證實構成遣送障礙的外國籍轉換性別的個人，與一位變性人法第1條意義下的外國籍難民，應該被不同的對待，其間的理由實在令人無法理解。在這兩種案例中，當事人的本國顯然均不可能提供其一個安全與自主決定性別生活的機會。重要的是，其間亦無法看出有讓不平等處置正當化的理由。

B.理由

當合法且非暫時性居留在德國的外國籍變性人，被排除得依據變性人法規定申請變更名字之權利，以及享有依據該法第8條第1項第1款規定確定性別歸屬之申請權，而其本國法未訂定類似之規定時，則變性人法第1條第1項第1款之規定，即牴觸平等對待原則（基本法第3條第1項規定）連結保護人格之基本權（基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項規定）。

I.人格基本權受侵害

在依據變性人法第1條第1項第1款規定進行名字變更之程序，以及依據該法第8條第1項第1款連結第1條第1項第1款規定確認性別歸屬之程序中，限制德國人以及擁有德國身分地位之人始有申請權時，造成對於德國人與有德國身分地位之人，以及合法且非暫時性居留在德國，而其本國法律未訂有類似規定之外國籍變性人不平等的處置，而此不平等的處置無法在實質上被正當化。

1.一般平等原則（基本法第3條第1項）要求在法律之前，平等對待所有人，但立法者當然亦未被禁止作成任何的不同處理，尤其是未被禁止依據國籍作成不同之決定。然而立法者的形成空間卻隨著其對人或對案例事實的不平等處置所造成受基本權保護的自由權利之行使不利影響強度之增加而被限縮（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 88, 87＜96＞）。當對於特定族群的不平等處置，已提升成為對人格權之侵害時，則需要一個與侵害的嚴重性相稱的正當化理由。

2.變性人法以該法第1條第1項第1款以及第8條第1項第1款規定作為申請的要件規定，僅開啟德國人以及擁有德國身分地位之人，申請從事一項與自己感受相符的名字變更，或者變更性別歸屬的可能性，而非對於所有其他擁有外國國籍之人均有適用。當這些外國人具備了變性人法第1條與第8條規定關於其想要變更之其他要件，且其係合法地，非僅僅是短暫地

在德意志聯邦共和國居留時，亦同。此項適用上的排除造成外國籍的變性人在實現其願望時，必須間接地以其本國的法律以及在該地的申請為準據。當本國法或者依據該本國法所作成之司法裁判，尚未有可以相比擬的規定，得以讓一項與當事人自己認同的性別相符合的名字變更，或者性別歸屬之變更實現時，則變性人法第1條第1項第1款排除其適用之規定，對其而言，即是將一項在法律上承認其認同的性別歸屬之可能性長期地排除掉。其間將出現一項對兩個族群的不平等處置，因為該規定將人區分為，一邊是德國人及擁有德國身分地位之人，另一邊為非德國人。此種不平等的處置於如下之情況具有特別之重要地位，即以變性人法第1條第1項第1款規定為依據之排除適用，對於其本國未允許此類法律上變更之外國人而言，乃禁絕其任何變更名字或者變更性別歸屬之可能性。

3.此項不利處置造成對於外國籍變性人受基本法第2條第1項結合第1條第1項所建立之人格保護之重大侵害，因為這些外國籍的變性人其本國法缺乏此類規定，以致被變性人法第1條第1項第1款排除任何讓其所認同之性別可以得到法律上承認之機會。當在德國合法居住而非僅暫時居留之人，因不能援引適用此項規定，致權益受損時，立法者就此種不平等處置所提出的理由，即不足將此項侵害合理正當化。

a)然而，立法者藉由限制申請權人之族群範圍僅及於德國人以及擁有德國身分地位之人時，乃是追尋一個遵循國籍原則的合法目的。其將對於名字與性別歸屬的決定權，保留給各該外國籍變性人的本國。此項決定植基於尊重當事人所屬國家之法律秩序，具有避免當事人之本國以及其所居留之國家，因為就性別歸屬與命名的不同法律規定，而可能對於同一個人造成法律不安定性之功能。德國國際私法原則上亦遵守國籍原則，其植基在尊重其他法律秩序的獨特性，認為個人的事務依據當事人之本國法進行判斷，符合外國人的利益。蓋依據一般性之觀察，國籍乃個人與本國持續性連結在一起的文件記載，而自己國家的法律最具有被信賴性。如此的考慮，原則上可以作為命名權以及性別歸屬之確認以外國人的本國法為準據之正當性理由（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58＜79＞）。據此，民法施行法第10條規定，個人之名字依據該人所屬國家之法律決定之，而依據巴伐利亞邦最高法院在其提案聲請釋憲之裁定中所引據之優勢見解，藉由類推適用民法施行法第7條之規定，在決定性別歸屬時，外國人的本國法亦有適用。

變性人法第1條第1項第1款之規

定，亦為達成立法者所追求目標之適當與必要手段。該規定雖然排除外國人申請的權利，但並未明確地規定，就其名字與性別歸屬變更之案件，應適用那一個國家的法律。因此對其而言，德國法並不適用，其所歸屬國家之法律才是唯一可以適用之法律。在有意地嚴格以外國籍變性人的本國法法律秩序為準據法下，立法者遂採取此種法律規定架構，在申請權限階段，即限制僅德國人以及擁有德國國籍身分地位之人始得有之，而不去創設衝突準則，因為若定有衝突準則，則在申請階段即有適用本國法的可能性，而在依據德國國際私法之規則進行判斷時，德國的公共秩序概念亦有可能被適用。聯邦政府在其意見陳述中再次強調上述看法，其指出，尊重本國法律規定，在命名與性別歸屬案件中具有原則重要性，以致不應該考慮去侵害民法施行法第6條的保留條款。以此目標設定作為準據時，變性人法第1條第1項第1款之規定，乃一項適當且必要之措施，排除德國法院在德國國際私法之範圍內，於申請變更名字以及變更性別歸屬場合，適用外國之法律規定。

b)要求在德國境內合法且非暫時性居留之外國籍變性人，毫無例外地應適用其所屬國家的法律，此在與德國人以及擁有德國身分地位之人比較時，傷害那些其本國法對於命名之變更以及性別歸屬之變更未有類似規定之人。而此種不利情形相當嚴重，因為其同時侵害當事人受基本法第2條第1項連結第1條第1項規定確保之人格權保障。

aa)基本法第2條第1項連結第1條第1項規定保護個人的名字，一方面作為其發現個人同一性與發展個人同一性的方法，另一方面作為個人所經歷或所獲得之性別同一性之表徵。其間決定一個人歸屬於某一個性別的因素，不單獨是其身體上的性別特徵，而更重要的亦是其心理的狀況，以及其持續性自我認知的性別（參閱聯邦憲法法院第一庭2005年12月6日裁定−1 BvL 3/03−, FamRZ 2006, S. 182＜184＞）。在名字上表達自己性別的願望，係受人格權之保護，而此保護亦包含在其所認同的性別裏，用名字表彰出來且被承認，而不需要在日常生活中面對第三人或官署的時候，特別公開昭示自己的性別（參閱聯邦憲法法院裁判BVerfGE 88, 87＜97 f.＞）。

變性人法第1條具有實現受基本法第2條第1項連結第1條第1項規定所要求保護之作用，藉由該法條之規定，當事人可以在該法進一步規定之條件下，獲得一個經改變之名字，以符合其自我的歸屬感所認同的性別，而不論其是否已進行了一項改變外部性別特徵之外科手術，然而變性人法第1條第1項第1款卻拒絕外國人這種可

能性。在與那些可以在德國法院獲得名字變更之申請權人相較時，對於那些其本國法亦同樣規定可以透過名字變更，而達成法律上承認已改變性別之人而言，其間出現的不利處置即未導致任何重大之侵害，其僅是必須向其本國提出申請，並在當地進行相關的程序而已。但對於那些其本國未容許以對於另一個性別有歸屬感覺為由，而提出名字更改之人而言，拒絕其享有德國變性人法第1條第1項第1款規定所賦予的申請權，卻將有極為嚴重之後果：其將必須繼續被他人以其歷來的、與其個人的性別同一性相反的名字稱呼，而當其想要避免因此造成之錯誤時，則必須被迫向大眾公開其變性之情形。如此情況，將對其人格上的性別同一性以及其私密領域，造成一項嚴重的傷害。

bb)自基本法第2條第1項結合第1條第1項規定產生之保護人格基本權，亦要求一個人的身分狀態，應歸屬於依據其個人生理與心理狀態所屬之性別而決定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 49, 286＜298＞）。

私密性領域的基本人權保障，亦包括個人就性的自主決定權，以及藉此發現與認同自己在性別上的同一性。此項保障要求個人所持續感受的性別上同一性，應該在法律上被承認，藉此讓該人有可能以符合其所感受性別的方式生活，而不至於因為與其感受的性別相符的外在表現，以及其在法律上地位之衝突，而使其私密領域成為被犧牲之對象。無論如何，對於那些為了更接近其所感受性別之外顯形象，而去進行外科侵入性手術的變性人，可以從此推論出，其經變更後的性別亦應該在身分法上被承認。

變性人法第8條開啟一道程序，讓變性人在符合該條文所規定之條件時，得以獲得法庭的確認，其得被視為是歸屬於另一個性別，此即符合以上所述。然而，藉由變性人法第8條第1項第1款規定指引適用變性人法第1條第1項第1款下，該等未具備德國身分地位之外國籍變性人，其利用法庭程序確認其身分狀態變更之可能性，仍毫無例外地不被允許。當其本國依據自己的法律規定未准許此類的身分狀態變更，則其必須繼續生活在這衝突中，即一方面是其所感受的性別，以及其表現在外的顯現形象，另一方面為其在官方文件，以及在與官方往來時，可以被看得出來的另一個法律上的性別。對於此類族群而言，當其與依據變性人法第1條第1項第1款規定為有權申請人互相比較時，此種情形即是一項嚴重的不利益，因為其對於當事人，亦同樣是以可以被感受得到的方式，侵害其受基本法第2條第1項連結第1條第1項保障之自由發展人格以及維護私密領域之權利。

c)對於在德國境內合法且非僅暫

時性居留之變性人，當其本國未規定有任何在法律上承認其所感受之性別之類似機會時，即給予不同的處置待遇，如此作法並不存在任何的正當化理由。在名字與性別歸屬變更場合，藉由在變性人法第1條第1項第1款規定將外國人排除在外，以實現國籍原則之不受限制之效力，並非一項充分的重要性理由。

aa)承認其他國家之主權

如同在尊重其他法律秩序之獨立自主性般，原則上具有正當性者，乃在自己的法律領域遵守國籍原則，對於外國人的特定法律關係，原則上不從德國而從各該國家的法律推演出適用的準據規定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58＜79＞）。由於國籍原則亦規定在德國國際私法，因此對於外國人之命名與性別權亦有適用，就此而言，此見解在憲法上並無可責難之處。

然而，不僅是國際法，憲法亦不要求在國際私法領域必須適用國籍原則，反而允許以住所或經常性居留地點作為連結。在這之間，立法者本身亦在國際私法領域，訂有貫徹國籍原則之例外規定。比如對於在德國生活伴侶關係之建立與解散，以及在民法施行法第17b條關於生活伴侶之財產法上效力以及彼此間之權利等事項，立法者規定外國人亦適用德國法，且要求當其本國法未有相當的規定時，亦有本項規定之適用。就此指引立法者作成決議者，乃如下之考量，即多數在德意志聯邦共和國境內生活之外國國籍人士，若以其本國法為連結之準據時，則其將無法建立生活伴侶關係（參考聯邦議會出版品BTDrucks 14/3751, S. 60）。

立法者已經注意到，在特定的法律關係上，有理由要求偏離國籍原則。這種情形主要是當以德國憲法的觀點觀察，各該外國法有不承認具有基本權重要性之權利，或者規定了一項侵害當事人基本權之條文等時。就一項此類對於生活在德國之外國人基本權侵害，並無法以避免「搖擺不定的法律關係」為由，而取得正當合理化之基礎，因為對此種情形經常發生的涉外案例事實而言，該國之國際私法絕對不會遵守同樣之規定（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58＜83＞）。

民法施行法第6條規定，已將基本權之保護在德國國際私法中加以考慮，該條文之規定乃表徵公共秩序，且要求在適用本國法之案例中，當適用該國法律可能導致之結果，將與德國法的重要原則顯然不相符時，則其他國家的法律規定即不被適用。尤其是當適用外國法律牴觸基本權時，則該外國法律不應被適用（民法施行法第6條第2段）。藉此規定，只要當適用外國法造成基本權侵害時，即可以

回頭適用德國法，以避免此類侵害之發生。在作為基礎的案例事實具有充分的國內關聯性時，即原則上當事人在國內有一個經常性居留處所之案件，公共秩序保留之條款即得被適用（參閱德國聯邦議會出版品BTDrucks 10/504, S. 43）。就此，依據司法裁判之見解，當外國法牴觸本國根本的正義概念時，其必須具備內國關聯性之要求就越低（參閱德國聯邦最高法院民事裁判BGHZ 118, 312＜349＞）。

bb)變性人法第1條第1項第1款之規定依循國籍原則。為達此目的，此規定在申請權之階段，即排除未擁有德國身分地位之外國人，利用法庭程序達成名字之變更或者確認歸屬於另外一個性別。故此規定自始即剝奪外國人透過德國法院就其請求案件，進行實體法上審查之機會。蓋其一方面已明文規定，變性人法第1條與第8條所包含之權利，對於外國人並不適用；另一方面，不同於民法施行法第10條關於命名權之規定，或者民法施行法第7條類推適用於身份狀態權之情形，就當事人各該本國法之適用，亦未含有任何法律適用之命令，要求應該如同德國法院所適用者般。如此導致法院在外國籍申請人案件，既不能判給其德國變性人法所規定之權利，亦不能適用相關的外國法律，藉此去審查適用各該本國法之結果是否牴觸公共利益。如此一來，則依據民法施行法第6條規定，適用德國法之可能性，亦被排除在外。變性人法第1條第1項第1款藉由不給予在有管轄權的德國法院提出名字變更之申請權，或者確認歸屬於另一個性別之提出權之方式，違反德國國際私法貫徹國籍原則之規定，容忍生活在德國之外國人之基本權受侵害，而不給予法院阻止此項侵害發生之可能性。依據變性人法第1條第1項第1款規定，排除未具有德國身分地位之外國籍變性人申請權，由於條文規定係如此之明確，可確認其係符合立法者之意圖，因此亦不可能對其採取合憲性之解釋。

cc)此項被提出進行違憲審查之條文，其作用遠在德國國際私法領域貫徹國籍原則之外，而絕對性地禁絕該本國法未規定名字或性別歸屬變更之外國籍變性人，適用民法施行法第6條所賦予之基本權保障。如此之結果，乃導致當事人源自基本法第2條第1項連結第1條第1項規定所擁有之自由發展人格以及維護私密領域之權利，受到嚴重之侵害。

對於那些僅短期地或預期將僅暫時性地在德國居留之人而言，立法者有正當性之合理訴求，可以作為此種侵害之理由，即避免外國人只為了能夠依據變性人法第1條與第8條規定提出申請而入境德國。但對於合法且非僅暫時性生活在德國之人而言，此種訴求即不適用。蓋對其而言，不給予

其源自變性人法第1條與第8條規定之權利，意味者一項長期的不利益，同時對於其人格權亦造成持續性之侵害。此種嚴重且影響深遠之侵害，無法以貫徹國籍原則之論點加以正當化，尤其是當如同德國國際私法所顯示，事實上仍存在有堅守此原則，但無須容忍基本權受侵害之可能性存在。此外，基於基本人權保障之要求，特別是在對基本權造成嚴重侵害之情形，存在有充足的理由去排除此種現象（參閱德國聯邦憲法法院裁判BVerfGE 31, 58＜83＞）。

至於其他在簽發文件時，若因德國賦予其變更名字或者性別歸屬之權利，但其本國不承認時，因為這種情況而產生「搖擺不定法律關係」的危險，或者為保護當事人避免遭遇因此而生困難等執行上的問題，亦均不足以為如此重大侵害基本權之行為，提供正當化之理由。

觀察別的國家的做法可以發現，對於此類的行政執行仍存在有其他具實施可能性的解決方式。蓋「搖擺不定的法律關係」雖然無法避免，但如同馬克斯普朗克外國私法與國際私法研究所的陳述所稱，已有越來越多的國家對於國籍原則的嚴格適用，採取保持距離之態度。最後，保護當事人免因德國與其本國不同之處置，比如在經過邊境時所遭遇的困難，亦非可支持之論點，而得用以拒絕被涉及之外國人以提出名字或其性別歸屬變更之程序形式，實現其源自基本法第2條第1項連結基本法第1條第1項規定之基本權保護。當事人有權自由決定採取那一種方式對其是比較重要：究竟是要在德國以其所認知的性別，且獲得法律上承認之方式生活，或者放棄這種承認，以免受被其本國以不同的處置帶來困難。

II.牴觸一般平等原則

1.由於變性人法第1條第1項第1款之規定，基於上述之理由，業已侵害基本法第3條第1項連結人格權保護（基本法第2條第1項連結第1條第1項）之一般平等原則，既已屬違憲，因此無需任何進一步之判斷，去確認本項規定是否尚牴觸其他被提案法院認為受侵害之基本權。

2.變性人法第1條第1項第1款之規定違憲，但並不導致其無效，但被要求應去釐清其與基本法第3條第1項結合保護人格基本權（基本法第2條第1項連結第1條第1項）間是否欠缺協調一致性。蓋立法者擁有許多排除牴觸平等的可能方法供選擇。

因此立法者可以藉由預先規定，就變更名字權利以及變更性別歸屬權利，得適用申請人所屬之國家法律之方式，將變性人法第1條之規定，轉變成為一項衝突法規，或者一項融入在國際私法條文中的衝突規範。如此一來，立法者將能一方面堅持國籍原

則之遵守，另一方面又對於本國未有類似權利規定的外國籍變性申請人，開啟了一道適用民法施行法第6條之門徑。當然，在這些具有充分的國內關聯性案件中，與聯邦政府的意見相左地，公共秩序之理由將永遠導致應適用德國變性人法之規定，以避免除此之外對於當事人產生嚴格的人格權侵害（參閱民法施行法第6條第2句規定）。

立法者可以將變性人法規定之權利延伸適用到外國人，在前揭憲法界限的範圍內，立法者有權決定在何種條件下，對外國籍的變性人開放享有此項權利。除了在居留的合法性之外，尤其是可以預先規定，外國人應在德國歷經一段特定的居留期間，才可以進入變性人法第1條與第8條所規定之程序，藉由此項時間間隔的規定，確認不是在德國境內僅有短暫性的居留，即可以享有申請的權利。

3.由於立法者享有法律上形成之必要性，本院認為在合憲的新規定公布之前的過渡期間，應該要有一項暫時性的規定，因此在這種條件下，變性人法第1條第1項第1款之規定直到該時點之前均得適用，而立法者有義務在2007年6月30日之前制定出合憲的新規定。

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

「遺產稅與平等原則」判決

BVerfGE 117, 1
德國聯邦憲法法院第一庭2006年11月7日判決
－ 1 BvL 10/02 －

張桐銳　高文琦 譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.憲法訴願之標的
I.遺產與贈與稅課稅客體之估價規定
II.本案事實
III.聯邦財稅法院之聲請釋憲理由
IV.相關機關團體之意見
B.本件聲請程序合法
I.聲請釋憲之必要性
II.違憲性之確信
C.遺產與贈與稅法第19條第1項牴觸基本法第3條第1項之平等原則
I.遺產稅之課徵與平等原則
II.課稅客體之估價與租稅負擔平等
III.遺產與贈與稅法所規定之統一稅率違反平等原則
D.違憲宣告方式
I.單純違憲宣告
II.違憲宣告之效力

關鍵詞

遺產與贈與稅法(das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz)
平等原則(der allgemeine Gleichheitssatz)
估價法(das Bewertungsgesetz)
租稅正義原則(der Grundsatz der Steuergerechtigkeit)
交易價值(Verkehrswert)
扣除額(Bewertungsabschläge)
免稅額(Freibeträge)
類型化(Typisierung)
定額化(Pauschalierung)
租稅決算值(Steuerbilanzwerte)

裁判要旨

1.遺產與贈與稅法第19條第1項所課徵之遺產稅，係以統一之稅率適用於所得之價值，此與基本法之規定不符，因為遺產稅之課徵繫於所得之租稅價值，而對於重要之財產標的類別（營業財產、不動產、資合公司之股份，以及農林牧業），其租稅價值之調查估定，無法滿足基本法第3條第1項平等原則之要求。

2.a)於調查遺產稅之衡量基礎時，對繼承開始時之財產估價，因現行之遺產稅法，立法者對於因繼承或贈與而增益之財產，必須予以課稅，因此統一以一般價值(gemeiner Wert)作為具決定性的估價指標。而估價方法必須保障對所有的財產標的之估價，能夠趨近於一般價值。

b)在其它用以確定租稅負擔之進一步估價步驟中，立法者得以如此所調查出之所得價值為基礎，並且例如得以目標明確且規範清楚之租稅上優惠規定，來安排其引導目的。

案　由

在遺產與贈與稅法第19條第1項，連帶同法第10條第1項第1句及第2句，同法第12條，連帶與上述條文相關之估價法(Bewertungsgesetz)，以及於1996年1月1日開始生效之新修正遺產與贈與稅法，其第13a條與19a條，是否違反基本法第3條第1項之憲法審查程序中，－聯邦財政法院2002年5月22日停止訴訟與聲請違憲審查裁定（II R 61 / 99）－，聯邦憲法法院－第一庭－在主席Papier、法官Steiner、法官 Hohmann-Dennhardt 、 Bryde 、 Gaier、Eichberger、Schluckebier之參與下，於2006年11月7日判決。

裁判主文

1.1974年4月17日之遺產與贈與稅法第19條第1項（聯邦法律公報Ⅰ第933頁），於其1997年2月27日公布之條文（聯邦法律公報Ⅰ第378頁），就其針對依遺產與贈與稅法第10條第1項第1句前段、第2句，以及第12條，連同與同法第12條相關之估價法之規定（1999年2月1日公布之條文，刊於聯邦法律公報Ⅰ第230頁，於2001年12月20日為最後之變更，聯邦法律公報Ⅰ第3794頁），所估價財產之取得，不考慮個別財產之種類，而以統一之稅率加以課稅，與基本法第3條第1項之規定有所不符。

2.目前之法律於新法制定前仍繼續適用，立法者至遲應於2008年12月31日前制定新規定。

理　由

A.憲法訴願之標的

本案聲請判決之標的為遺產與贈與稅法，其所涉及者，為依遺產與贈與稅法第19條第1項，對所有獲取財產之型態皆適用統一之稅率，因對於不同的財產種類未區分其租稅核定基礎，故違反憲法之規定。

I.遺產與贈與稅課稅客體之估價規定

1.依1974年4月17日遺產與贈與稅法（聯邦法律公報Ⅰ第933頁）第1、3、7、8條，於其1997年2月27日所公布之條文（聯邦法律公報Ⅰ第378頁）規定，因死亡、生前贈與(Schenkung unter Lebenden)、目的性財產給與、以及家族基金(Familienstiftung)而有所獲益者，課徵遺產稅及贈與稅。依同法第10條第1項第1句，除可獲得免稅之利益外，任何獲得之利益皆有納稅義務。遺產債務則依同法第10條第5項之規定，原則上是可由遺產中扣除的（參照BVerfGE 93, 165<167>)。

遺產與贈與稅法第19條第1項，並未區分遺產或贈與係由何種財產形式而構成，而對於所有具納稅義務之利得，皆依其取得之價值，以累進、依親等關係遠近分為三個層級，以所得之百分比作為稅率而統一地課徵稅賦。

2.而為藉由訂定稅率之方式，而收到所課徵之租稅金額，必須將應稅之財產標的以一定之金額表示。對於無法以金錢數額呈現之課稅客體，因而有必要藉由估價的方法將其換算成金錢價值，以獲得租稅債務之課稅基礎。遺產與贈與稅法第12條第1項規定，財產之估價，除第12條第2項至第6項之特別規定外，應依1991年2月1日之公布之估價法（聯邦法律公報Ⅰ第230頁）之規定為之。

個別財產之標的，其價值於遺產稅法中是不統一的，而是依不同的方式予以估算核定。透過遺產與贈與稅法第12條之指示，應適用之估價法第9條第1項，以一般價值(gemeiner Wert)為通常情形，亦即以交易價值(Verkehr-wert)為準。估價法第9條第2項第1句定有價格標準，此乃於通常之商業交易，依經濟商品之特性於移轉之過程中所得之金額。除此之外，一般價值尚有以修正及類型化之形式出現，如條文中所稱之部分價值（估價法第10條）、市場價值（估價法第11條第1項）、撤銷價格（估價法第11條第4項）、名義價值（估價法第12條第1項）、買回價值（估價法第12條第4項）、年度價值（估價法第13條以下）或是持分價值（估價法第11條第2項）。於估價國內之不動產時，於一些特別的部分領域適用收益價值程序（Ertrags-wertverfahren），用以確定所稱之不動產價值（參照遺產與贈與稅法第12條第3項，連帶估價法第138條第3項）。農林牧業之收益價值，則

依其收益價值定之（參照估價法第142條）。除此之外，於估價營業財產時，遺產稅法也使用租稅決算值（Steuerbilanzwert）之模式（參照遺產與贈與稅法第12第5項第2句，連同估價法第109條第1項）。

3.對於法官聲請釋憲問題關係重大之財產標的類型，分別適用以下有關調查課稅基礎之規定、稅率之特別規定、以及租稅債務清償期之寬限。

a)營業財產

aa)不同於估價法第2條第1項第2句所定之全體估價原則，營業財產之估價，依遺產與贈與稅法第12條第5項及其相關之估價規定，並非作為經濟上的總體單位而受估價，毋寧係將包含於其中的經濟財貨個別地調查確定、加總，並且最後減去其債務而得（參照估價法第98a條第1句）。在此，個別之價值並不是個別部分之價值，即全部企業之取得者於全體價格之範圍內對個別經濟財貨所投入之價額（參照估價法第10條第2項），因為依據1992年2月25日公布（聯邦法律公報Ⅰ第297頁）為減輕家庭負擔，以及改善投資與工作職位環境之法律（租稅變更法 Steueränderungsgesetz 1992），立法者於估價法第109條第1項中，採取了廣泛的租稅決算價值，但企業之土地、有價證券、 對資合公司及外國營業財產之持分與受益憑證（Genussscheine）為例外之情形（對此請參照遺產與贈與稅法第12條第5項第1句及第3句，以及Seer, StuW 1997, 第283頁＜293＞）。另外，不適用資產負債表決算之企業當然也屬此例外情形，因為對於耗損之固定資產，其課稅價值之衡量，以及其依照資產負債表所得出之應稅價值，係規定於估價法第109條第2項之中。

bb)同樣地，透過1992年之租稅修正法，遺產與贈與稅法第28條之規定也可以適用到營業財產。在此之前，只有農林牧業經濟之財產，於為維持營業之必要範圍內，有權申請遺產稅債務之延展（最長7年），於因死亡而獲得之財產，且可額外減免利息（參照遺產與贈與稅法第28條第1項第2句後段）。根據1996年10月11日之年度稅法（Jahressteuergesetz，聯邦法律公報Ⅰ第1250頁），最長之延展期限為10年。

cc)依據1993年9月13日之為改善租稅條件確保德國在歐洲境內市場之經濟地位法（Standortsicherngsgesetz-StandOG-，聯邦法律公報Ⅰ第1569頁），立法者以50萬馬克作為免稅額（自2002年1月1日起為25萬6千歐元；2004年1月1日起為22萬5千歐元，參照遺產與贈與稅法第13條第2a項第2句當時之條文；目前為同法第13a條第1項）。根據此項規定，立法者將因繼承或透過先取繼承（vorweggenommene Erbfolge，自2001年12月23

日起，一般係透過生前贈與；參照2001年12月20日之租稅變更法第16條，聯邦法律公報Ⅰ第3794頁)而取得之營業財產，其移轉於此限度內不予課稅。此項金額對於生前贈與之情形，不能於10年之閉鎖期間(Sperrfrist)內重複使用（參照遺產與贈與稅法第13條第2a項第2句當時之條文；目前為同法第13a條第1項第2句）。此外，此項金額還限制了5年的保持期限，若於此期限內結束營業或將受優惠之財產移轉他人，應補繳稅金（參照遺產與贈與稅法第13條第2a項第3句及第4句當時之條文；目前為同法第13a條第5項）。

dd)最後，立法者依據1996年12月20日之年度稅法（聯邦法律公報Ⅰ第2049條），在扣除了免稅額之後，就剩餘之營業財產，規定予以40%（自2004年1月1日起35%）的估價減免（參照遺產與贈與稅法第13a條第2項）。於不主張適用免稅之情形，例如因為贈與人生前移轉時未為主張，或是移轉之進行係於10年之閉鎖之期間為之者，對於「第一個」25萬6千歐元，也可適用上述之減免（參照Meincke, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 13a Rn. 13.)。如同免稅額之規定，估價減免亦有5年期間之規定，不符規定者應補繳稅金，但在此並沒有禁止10年移轉之閉鎖規定。

同時，立法者於遺產與贈與稅法第19條定有稅率限制，原本營業財產之取得者依第15條第1項與第1a項之規定，應以較不利之稅率級距II及III課稅，於遺產稅之情形則適用稅率級距I。

b)不動產

依1995年聯邦憲法法院對財產以及對遺產稅之判決，現行法放棄了對不動產於遺產與贈與課稅時採統一性之估價標準。在此牽涉到的是價值比例(Wertverhältnis)之基準如何適用，並以此而對整體土地之預先估價(Vorratsbewertung)。原先西德所適用的是1964年1月1日之基準，而東德則為1935年1月1日之基準。對於其上無建物之土地（unbebaute Gründstücke）主要是適用一般價值；而對於有建物之土地，原則上依個別土地之特性，而以不同的方法確定其收益之價值。

而依照新的法律規定，土地之課稅值不能依「預估」(auf Vorrat）之方式核定，而必須依需求之情況（Bedarfsfall）決定（需求估價，估價法第138條第5項第1句）。按照遺產與贈與稅法第12條第3項、估價法第138條第3項第1句、第145條至150條之規定，土地之課稅值不以統一之方法，而是依個別土地之種類，以不同的方法調查核定。

aa)無建物之土地

按照估價法第145條第3項第1句

，無建物之土地，其課稅值係由當地之鑑定委員會(Gutachterausschuß)依建築法典之規定所估定之標準地價（Bodenrichtwert），乘以80%而得（建設法典第196條），在此情形下，按照估價法第138條第1項第2句、第4項、145條第3項第2句，直至2006年底，皆以1996年1月1日所定之價值比例作為衡量評據。土地基準價值是一種平均的區段地價（Lagewert），係對於區域內本質上相同之區段以及相同之利用狀況劃分而得（參照Kreutziger/Schafner, BewG, 2002, § 145 Rn. 9）。納稅義務人依估價法第145條第3項第3句之開放補充條款（Öffnungsklausel），得證明其土地之一般價值，較估價法第145條第3項第1句所得出之價值為低。

bb)有建物之土地

有建物在其上之土地，其價值之計算，依估價法第146條第2項第1句，以實際平均租金（不計水電等雜項，參照第2項第3句），－若無此租金，則以通常租金為準－，乘以12.5倍之年度價值（估價法第146條第3項）。因屋齡之年限而減損建物之價值，其計算為上述價值乘以每年0.5%，最多為25%為限，於課稅時予以扣除（細節參照估價法第146條第4項）。於一戶一幢房屋或兩戶一幢房屋之情形，其應稅額較一般情形多20%（估價法第146條第5項）。

若依此條文規定而得出之應稅額，低於單純土地之價值，即按照估價法第145條第3項所指之無建物之土地價值時，則該土地價值依估價法146條第6項之規定，為土地之價值（即所謂最低價值）。相反地，納稅義務人透過估價法第146條第7項之開放補充條款，得證明其一般價值較土地之價值為低。

cc)對有建物之土地之特別估價

若對於有建物在其上，而非出租之土地，無法查明其通常之租金時，此時不同於收益價值模式（Ertragwertverfahren），而依估價法第147條第1項第1句之規定，適用所謂的租稅決算模式（Steuerbilanzverfahren）。尤其是針對實施特定完工程序（Fertigungsverfahren）之附建物土地、具特殊用途或是有特定技術性之建築、或是該土地之特性，在聯邦德國境內甚難出租，並且對於區域性之市場沒有通常之租金可供調查時，皆適用上述之租稅決算模式。

不動產之價值，其總額之計算係以土地之價值加上建物之價值定之。土地部分一如無建物之土地，依估價法第145條按土地基準價值定之，而總額扣除則由20%調為30%（估價法第147條第2項第1句）。建物價值依估價法第147條第2項第2句之規定，按照收益稅之估價模式定之。因此決算人應估算租稅決算價值；以收入－盈

餘計算獲利時估算剩餘之帳面價值；私人財產應扣除折舊之後估算進貨成本或是製造成本。不過在此並沒有規定可以提出證明，證明有一較低之一般價值，而僅對於土地部分依估價法第145條第3項第3句，有開放補充條款之適用。

dd)地上權（Erbbaurecht）

依估價法第148條第1項第1句，設定地上權負擔之土地，其價值係以契約所定，以每年課稅時點應繳之租金乘以18.6倍而得。地上權之存續期間，其時間長短並不重要，地上權之租金是否依土地之交易價值而調整，不管高於或低於市價，也同樣並不重要（參照Albrecht, DStR 1998, S. 147<148>）。若依契約之約定，於租稅產生之時點（遺產與贈與稅法第9條）毋庸支付租金，則不動產之價值為零。

地上權之價值，與房屋不動產之課稅價值有直接關係，應適用估價法第145條第3項、第146條、第147條時所得出之金額，扣除依同法第148條第1項第1句，設定地上權之土地價值而得（估價法第148條第1項第2句）。法條中並沒有規定，設定負擔之土地或地上權之權利人，可證明其土地或地上權之一般價值，較上述方法所得出之金額為低，而適用較低之價值。

ee)建造中之土地

最後，對於建造中之土地，有關其價值之計算，於該法第149條有特別之估價規定。只要在土地上之某一幢建物或許多建物尚未達可完工之階段，則此一無建物土地或建造中之土地之價值（依估價法第145條第3項、第146及第147條估定），其計算應加計尚未完工之建物價值，或依其完工之程度，加計已部分完工之建物價值（細節參照估價法第149條第1項第3句及第4句）。

c)資合公司之持分(Anteile an Kapitalgesellschaften)

aa)對資合公司持分之估價，按照立法者之意思，應係指向一般價值。估價法第11條定有三種方式，以固定之次序依序確定其一般之價值。對於有票券面額之持分，依估價法第11條第1項之規定，依交易之市價（Kurswert）定其價值。對於沒有在交易市場交易的的持分，其一般價值之計算，應由課稅基準日(Besteuerungsstichtag)回溯一年內，其持分出售之價格決定之（估價法第11條第2項第2句第1款）。若仍無法以此得出結果，則依同法第11條第2項第2句第2款之規定，考量資合公司之財產與收益狀況而估算之，在此，財產之調查估算，應適用前述營業財產之原則方法（遺產與贈與稅法第12條第2項第2句、第5項第2句）。於此情形，也接受同法第109條所定對租稅決算與收益稅價值模式之認定，畢竟對此之估算已

隱含收益之成分，故營業或公司之價值，依法律明文之表示，不再計入財產價值（遺產與贈與稅法第12條第2項第3句）。

一般價值的估算方法是在實務上最常使用的估價模式，因為有限公司(Gesellschaft mit beschränkter Haftung)的數量，已經數倍於上市之股份有限公司(Aktiengesellschaft)，並且有限公司持分之價值，很少是因出售持分而得。（參照Moench, Erbschaftund Schenkungsteuer, Stand Mai 2006, § 12 ErbStG, Abschnitt II. 4Rn. 5.)

bb)對國內公司之持分，依上述三種方式之一所查得之一般價值，在某些情形下也依遺產與贈與稅法第13a條及19a條之規定，享有營業財產之優惠，此項優惠即與事物有關之免稅額(sachbezogener Freibetrag)、估價減免以及稅率限制。但其前提條件，依同法第13a條第4項第3款及第19a條第2項第1句第3款，被繼承人或贈與人於構成租稅義務時，其對公司之登記資本，必須直接擁有超過四分之一以上。對於繼受人所得之持分，不論其移轉之範圍或是數量之多寡，則無關緊要（參照Moench/Weinmann, Erbschaftund Schenkungssteuer, a.a.O., § 13a Rn. 42; Jülicher, in: Troll/ Gebel/ Jülicher, ErbStG, Stand März 2006, § 13a Rn. 235; Christoffel, in: Christoffel/ Geckle/Pahlke, ErbStG, 1998, § 13a Rn. 75.)。

d)農林牧業之財產

aa)屬農林牧業之財產者，謂所有供農林牧業長期營業之經濟性財貨（估價法第140條第1項第1句，連同第33條第1項第1句）。特別是指土地、供居住或生產營利之建築物、供長期營業之固定性營業工具、以及正常之存貨，用以支應經常性的，特定的營業工具之使用或銷售，但不包括金錢等支付工具、金錢債權、社員股金、有價證券、金錢債務、超過正常營業所需之超額存貨，與超出特定界限之飼養動物、以及與此有關之經濟財貨。

對於居住部分（其概念參照估價法第141條第4項，第34條第3項）、營業住所（估價法第141條第3項）與營業部分（估價法第141條第2項、第34條第2項），其構成農林牧業土地價值之部分，應查明其個別價值。（估價法第144條）

依估價法第143條第1項，有關農林牧業營業住所（Betriebwohnung）之價值，以及部分住所之價值，於不動產之情形適用對房屋之估價（估價法第146條至150條）。與此不同的是，按照估價法第143條第2項有關適用146條第6項最低估價之情形，最高僅以建造面積5倍為計算基礎。依估價法第143條第3項，若營業住所或是居住之部分與農場有空間上之相連部分

，則其價值可扣除15%。

營業部分之價值，應適用估價法第142條，以收益價值決定之。此一收益價值依農林牧業最重要之利用或是部分利用，原則上以類型標準化以及法定之收益價值為準（細節請參照估價法第142條第2項第1至第6款），所有其它可供農業利用之經濟財貨也計入僅由土地所得之收益，而不考慮個別情形之價值，特別是對動物而畜養而沒有超過估價法第51條之情形。

按照估價法第142條第3項第1句，納稅義務人可以申請依個別營利之部分核算價值，而非以固定的收益價值方式設算。依同法第142條第1項第1句及第2句，連帶同法第36條第2項，所謂收益價值，係以長期獲得之純利乘以18.6倍計算之；而個別收益價值則以各個單獨可收益之營利為計算基礎（參照Moench, Erbschaft- und Schenkungssteuer, a.a.O., § 12 Abschnitt II. 2 Rn. 26; 參照Engel所著查核模型，載於Leingärtner, Besteuerung der Landwirte, Stand Dezember 2005, 第96章 Rn. 66f.）。

bb)除此之外，農林牧業之營利所得，適用前述與營業財產有關之與事物有關之免稅額、估價減免、稅率限制、以及清償期延展之規定（遺產與贈與稅法第13a條、第19a條和第28條）。但與營業財產之處理不同，於主張第13a條之優惠時，依遺產與贈與稅法第10條第6項第5句，有減少債務扣除之規定。該規定僅於一定之關係下方能主張，即財產適用第13a條所估算之價值，與適用該法前之價值相符。納稅義務人如按照遺產與贈與稅法第13a條第6項，放棄第13a條之免稅規定，則仍可享有債務扣除之優惠。

4.自1990年以來，每年遺產稅與贈與稅之稅收總額，約15億歐元(至1993年止)，90年代中期(1996與1997)，約20億歐元，2000年左右(1999到2002年)，約30億歐元，2004年則上升到43億歐元。1997年，遺產與贈與稅佔整體稅收在0.5%以下，2004年持續上升到約略少於1%。2005年稍為下降到不足41億歐元。儘管在總體稅收上的比重上微不足道，但遺產與贈與稅作為一種地方稅，對於各邦之財政營收具有相當的重要性。2005年約佔各邦總體稅收比重的20%（參照聯邦財政部國庫依稅收種類所作之稅收圖表，下載自www.bundesfinanzministerium.de）。

II.本案事實

當事人於前審訴訟中所爭執者，係在因死亡而取得之情形，對於房屋所有權之產權移轉請求權應如何估價之問題。

原告係1997年7月23日死亡之被繼承人之姪女，及其唯一繼承人，被繼承人於1994年底，以343,000馬克

之價格購買一尚在建造中之房屋。該房屋在契約締結之後完工，並且移轉予被繼承人。當被繼承人於1996年底將買賣價金完全清償，於1997年6月初公證。1997年7月中，向地政事務所申請土地登記簿之所有權變更。1997年8月初，在被繼承人死亡後不久，於土地登記簿中被登記為所有權人。除有關房屋之權利外，被繼承人在銀行帳戶中留有134,150馬克之存款，以及退稅請求權673馬克。

被告財稅局(Finanzamt)以1998年7月7日之裁決，核定原告之遺產稅額為74,494馬克。財稅局認定原告所取得之標的並非房屋住宅之所有權，而係對其之取得請求權，因而依買賣價金之名義價值（343,000馬克）作為一般價值而課徵。對於歸屬於遺產之其它金錢債權，財稅局也同樣以名義價值為準。原告針對此項處分提起異議，並要求以所在地稽徵機關(Lagefinanzamt)所核定之不動產價值127,000馬克作為所有權住宅(Eigentumswohnung)之課徵額，因為此一住宅所有權在被繼承人死亡前尚在移轉之中。財稅局以無理由駁回其異議。

財稅法院(Finanzgericht)依原告之請求，調降了遺產稅額，並且以所有權住宅之需求價值作為課稅基準（參照1999年5月10日公布之判決，卷號– 9K 317/98，刊於2000年EFG 第1019頁)。財稅法院認為，原告除基於契約得請求取得所有權住宅之所有權外，也取得了被繼承人與此相當之期待權。而於遺產稅課徵之範圍內，期待權之移轉是原告重要之所得，相反地，請求交付所有權則較不具重要性。

針對財稅法院之判決，財稅局提起上訴，請求駁回原告之訴。據其理由，謂被繼承人於其死亡時尚非為房屋之所有權人，期待權不能與土地所有權同等看待。聯邦財政部依聯邦財稅法院(Bundesfinanzhof)之要求，參加本訴訟。

III.聯邦財稅法院之聲請釋憲理由

聯邦財稅法院依2002年5月22日之裁定，卷號−II R 61/99−(刊於NJW 2002年第3197頁)，停止訴訟，並依基本法第100條第1項之規定，聲請聯邦憲法法院就以下之問題判決：

是否1996年1月1日之遺產與贈與稅法第19條第1項，及其連帶之第10條第1項第1及第2句、第6項第4句，第12條以及第13a條與第19a條，在此遺產與贈與稅法第12條及其連帶之1996年1月1日之估價法相關條文，因違反基本法第3條第1項之平等原則而違憲。（譯註：以下為聲請釋憲理由）

1.遺產與贈與稅法中個別之優惠要件，不能單獨觀察，毋寧重要的是，透過遺產與贈與稅法第19條之稅率規定，觀察各條文所開展出來的效果

。第19條定有統一的稅率，只有依照親等遠近以及得利之金額而劃分等級，因此必然對於課稅基礎之查核，導致有違反平等之稅率級距之結果；並且對於適用遺產與贈與稅法之估價法，其規定在許多部分也有違反平等原則之情形。

2.對營業財產之估價，以及在此基本上係依遺產與贈與稅法第12條第5項所定之租稅決算價值模式，其有違憲之虞，更是明顯。相對於其它財產種類，上述條文將導致有特別優惠之情形，而違反基本法第3條第1項之規定。立法者之課稅決定，即對於因發生繼承而依獲益者之給付能力予以課稅，並不合理。因營利收益稅之計算基準，通常不能反映經濟財貨之真正價值，而只是適用買賣法與稅法扣除規定之結果。此外，採用租稅決算價值模式，產生了偶然的、不可控制的、以及恣意的優惠效果，因為被減免的額度係繫於企業之靜態準備金之多寡。尤其是收益大的企業將由此獲得更大的利益，因為他們可以廣泛地使用決算選擇權（Bilanzierungswahlecht）或特別扣除額（Sonderabschreibung）。最後，減免的效果也繫於被認列於負債欄中，依遺產與贈與稅法第10條第6項第4句以名義價值計入之債務，如此將導致通常被以交易價值計入的資產，獲得不合比例的補償。

租稅決算價值之計算，無法以移轉之營業財產具有潛在的所得稅收作為合理化的理由，也無法以其作為憲法上允許的定額化（Pauschalierung）或類型化（Typisierung）作為核定稅額之正當化依據。於遺產及贈與稅之課徵，租稅決算價值模式毋寧是一種不適當的工具。

基於租稅決算價值模式之計算，低估企業財產之價值；適用遺產與贈與稅法第13a條第1項第1款可主張與事物有關之免稅額；以及適用同法第13a條第2項之規定有估價扣減之利益，其累計的效果將會導致：較小與中等之營業財產在相當大的程度內可以免於遺產稅之課徵，並且相較於其它財產，較大的營業財產卻僅在極小的範圍內負有租稅負擔。此一總量定額的優惠，無法在憲法上取得正當性的基礎。或許有人認為，遺產稅與贈與稅的課徵，是對企業持續經營典型的危害，但此看法欠缺具體的論點，尤其遺產與贈與稅法並不是針對企業本身，而是針對企業之取得者即可明白。除此之外，遺產與贈與稅法第28條已有延展清償之規定，可供當事人利用，並不會危害企業之營運。總之，對於企業財產之各項優惠措施，於其全體之效果上相當廣泛，已非單以「對企業之保護」(Schutz der Betriebe)即可作為合理之差別基準，而符合基本法之規定。

3.而對於資合公司無票券面額之持分，其估價亦因同樣採取租稅決算價值模式，而與立法者對於租稅負擔之決定不相一致。其餘條文，則就其立法目的，無法明確得知立法者所欲優惠之方向。若可在證券市場交易之持分，或其價值偶然地可在基準日（Stichtag）附近之交易得出者，法律規定其價值之估算應與其交易價值相當，然若無法依上述條件核算價值者，則不生依法律所定採取租稅決算價值，而以交易價值為估算基礎之問題。

然而應再進一步質疑的是，依遺產與贈與稅法第13a條第4項第3款所定之與事物有關之免稅額與估價減免，僅當被繼承或贈與人於公司登記資本(Nennkapital)有超過四分之一之直接持分時方有適用，此項優惠因此繫於被繼承人或贈與人持有股份之多寡，而非如一般繼承或贈與稅之情形，繫於與繼承人或受贈人之關係。除此之外，如同於營業財產之情形，基於無面額持分之估價過低、免稅額、減少價值計算，因此對得利者產生總額的減免效果，在此並無充分的正當理由。

4.於不動產估價之情形，對無建物之土地，其估價模式在憲法上並無疑義，相反地，對於其上有建物之土地，單純地以12.5倍作為統一的收益價值，則可能違反平等處遇之憲法原則。

對不動產而言，並沒有絕對恰當的市場價值，至多僅有市場價值水準（Marktwertniveau）可言，在不動產市場上可得而確定的價值幅度，可能與計算上的平均值有上下20%之價差，或者也可能更大。在此幅度內的所有價值，都有可能被視為是土地的一般價值。然而對於估價法第146條以下所稱有建物之土地，其價值在大多數的情形是落於不動產交易市場可得之行情底下，許多案例很明顯地甚至連一半的價值都不到，有些只有平均值的20%至30%。相較於無建物之土地以及其它財產種類，在估價的層次上，立法者對於有建物之土地顯然給予更多優惠。

然而立法者卻欠缺充分的正當化理由，依總額及類型化的收益價值而估算不動產之價值。立法者假定在遺產及贈與之案件中，其所移轉之不動產不能再讓與，但無法證成附建物之土地享有較低之估價，因為一般價值是客觀的價值，重要的僅是在通常交易的過程中，於讓與時可以獲得多少價金（估價法第9條第2項第1句)。不尋常的交易或是個人身分上的關係，按估價法第9條第2項第3句，在此並不予考慮。

不能因為在立法理由書中稱房屋不動產之特性，如較低的交換性、較高的社會義務、承租人保護規定、公

法上負擔、或者是其它土地稅法上額外的不利益，即可以此作為不採用市場價值之理由。上述的負擔會壓低市場交易價格，因土地的取得者會將之列入如何計算買賣價格的因素之中。在立法理由書中稱估價水準會影響租金的高低，但這點也無法作為房屋不動產之取得者，可以享有較低稅賦之理由。

同樣的在立法理由書也舉出財政政策、國民經濟與社會政策的觀點，這些觀點雖然原則上可以正當化對房屋不動產之取得者可享有優惠，但是並沒有落實到被簡化的收益估價中。此外，透過此項收益估價程序，並不能或僅能極少部分達到趨近相同租稅水準的目的，以致於附建物之土地取得者被課以負擔，或是享有優惠，有著極大的差異。在人口稠密地區，實施收益估價模式之結果，對於有建物與無建物之單純土地之間，並沒有很大的差異；因為對於有建物之土地而言，其價值甚低，甚至連估價法第146條第6項，及連帶之同法第145條第3項所定之最低價值都不到（即所謂最低價值區）。

依估價法第146條所為之土地估價，於大多數之情形中被嚴重低估，大多低於市價的40%，有些甚至更低。先前聯邦憲法法院對於房屋不動產所享有之優惠，已於1995年6月2日之判決（BVerfGE 93, 165)中表示與憲法之意旨不符，但此情形於重要的部分領域仍依舊不曾改變。

5.對農林牧業之財產估價，聯邦憲法法院給予市價10%的有利條件，然而卻沒有以與事物有關免稅額(sachbezogener Freibetrag)以及估價減免而給予超出此項範圍之其它優惠，因為幾乎所有取得農林牧業財產者，都將因而免除遺產稅之課徵。此外，若法律無規定，於合乎實際情況之財產讓與應依市價課稅，則此為違憲之超額優惠(Begünstigungsüberhang)。

6.再者，此亦違反立法者前後一致地貫徹其設定負擔之誡命，亦即，儘管人合公司（Personengesellschaft）所持有之財產並非營業財產，但依遺產與贈與稅法第13a條第4項第1款所定之免稅額以及估價減免，對之亦應有所適用。而在一般常見的實務上，此項鉅大的利益經常被利用。

7.最後，由於經評定的債務，與市價衡量相差無幾，因而此一被低估的財產於估價時即產生很大的優惠效果，導致無法以比較價值的方式進行結算。同樣地，當取得者應履行遺贈請求權或應承擔部分義務，而此權利義務通常係依票面價值估算時，也可見此財產之取得，受到租稅的優惠。

8.上述規範之違憲性，無法透過合憲的解釋予以避免，法條之文意相當明確而不存在有解釋的空間。

對於本案爭議案件之裁判，取決

於遺產與贈與稅法第19條第1項之效力，若此條文合於憲法，則訴訟應予駁回，而原告所獲得之法律地位（所有權移轉請求權、期待權），則依遺產與贈與稅法第12條第1項，連帶估價法第9條第1項之規定，應按照一般價值予以估價。聯邦財稅法院於其判決中並不適用遺產與贈與稅法第12條第3項之規定，將房屋不動產依估價法第138條以下之規定予以估價。 由於聯邦財稅法院在早期的判決中，見解相互歧異，而無法對現在類似的案件，對買受人或出賣人提供恰當的答案，所以聯邦財稅法院放棄了這些裁判見解，因為它們僅是將課稅的結果，推到一個尚未結算的交易時點。但是這樣的推移並無法排除因租稅價值與一般價值適用不同的估價標準而生的估價予盾，反而只是予以轉移，並且帶來新的困難與界定的難題。

相反地，若遺產與贈與稅法第19條第1項違憲，則聯邦憲法法院應以判決決定本案訴訟全部有理由，或是依財稅法院程序法(FGO)第74條之規定，擱置原判決，直到立法者重新制定稅率為止，此項判決不同於對法效力的判斷，而是另一項判決。

IV.相關機關團體之意見

代表聯邦政府之聯邦財政部、納稅人聯盟、德國房屋、住宅與土地所有人中央聯合會、德國不動產協會、德國工業總會、德國工業與商業行會、德國手工業中央聯合會、德國農人聯合會、以及前審原告，對本案皆以書面陳述意見。除德國不動產協會及德國農人聯合會外，其他皆認為本案之聲請為不合法，且無理由，但前審原告認為本案之聲請並非無理由，並促請憲法法院為警告性裁判(Apellentscheidung)，要求依憲法之規定適用遺產與贈與稅法以及重新規範遺產與贈與稅法。此外，在柏林之德國經濟研究所、在埃森(Essen)之萊茵－西法蘭經濟研究所、以及哈勒（Halle）之經濟研究所皆表達其意見。

1.聯邦財政部認為本案之聲請為不合法，因為聲請之結果與所欲判決之具體案件幾乎完全無關，並且原審訴訟中重要規範的解釋，也可能與財稅法院所為之解釋相同。又本案之聲請為無理由，因為現行法對營業財產以及農林牧業財產之處理，係依據1995年聯邦憲法法院判決對遺產與贈與稅法所設定之條件為之。對於房屋不動產，有許多的專業討論顯示，即使嘗試以新的法規規範估價程序，爭議不必然就會減少。此外，房屋不動產之價值，非是全國一致性之發展，因而亦無法予以全面性的優惠。鑑於全球競爭力的考量，立法者可以自由地創造投資誘因。

2.納稅人聯盟認為本案之聲請為不合法，因為即使肯認其違憲性，但

新的規定也不會使原告享有較低的租稅負擔，另外，現行受批判的法律條文是合憲的，且其依此而建立對房屋不動產之估價，係合乎1995年聯邦憲法法院對遺產稅所為之判決要旨，因為係以目前之價值為準。取得房屋不動產時，因不動產之管理與維護成本支出、不動產利用在時間上的侷限、估價的風險、以及不動產資產之公益負擔不斷增加的情形下，也限制了房屋不動產的經濟作用能力。在實務上尤其對單戶與雙戶家庭房屋，以及住宅所有權之使用，有顯著的影響，此外，並不存在其它的估價方式可以同時滿足聯邦財稅法院之要求，並且合乎憲法意旨。與聯邦財稅法院之見解不同，納稅人聯盟認為，遺產稅賦可能基於遺產稅之轉嫁而直接影響租金水準，或是因為私人房屋出租收益減少，因而造成房屋出租市場的供給短缺，也會間接影響租金水準。如何估價營業財產，主要是遵照聯邦憲法法院對遺產稅所為之判決而制定的規定而來，因此對租稅決算價值之模式採取批判的立場，並不值得贊同，蓋此種方式有助於稅務之簡化。

3.德國房屋、住宅與土地所有人中央聯合會同樣認為本案之聲請不合法且無理由，上訴審所採認之事實，對有關估價營業財產、農林牧業財產、以及對資合公司持分之規範，並不足以構成重新廣泛審查之理由。估價法第146條所規定的收益估價，並沒有違反量能課稅的原則，因為房屋不動產之繼承人，其與股票存保之繼承相較，租稅之負擔能力較低。因此，12.5倍的倍率是適當且務實的，而市場交易價值則不適宜引用作為基準。

4.德國不動產協會質疑聲請書中所述之事實基礎，其贊同以收益價值作為衡量房屋不動產之基準，因於遺產繼承與贈與之時，並無交易移轉之情形。

5.依德國工業與商業行會之意見，認為本案之聲請不合法，因期待權對房屋不動產而言，等同是損失，故應依房屋之價值估定其價值。財稅法院認為本案有憲法上之疑義，實際上並非如此，對營業財產、資合公司之持分、以及房屋不動產之估價予以優惠，其理由乃在於個別財產類別之特性，尤其是上述財產有高度的社會義務，且較無替代性。事實上遺產稅通常是向企業課取，並且抽走原本用來投資的流動性資金。遺產與贈與稅法第28條所定清償延展之可能性，在實務運作上其實是空的，因為為了證明企業有生存的危險，以此作為申請展延的條件，因而需要有銀行的報告，但銀行於獲知企業有流動性不足之情形時，可能取消對企業之信用貸款。

租稅決算價值模式是實用的，並且也不必耗費太多的課徵費用，除此之外並無「較佳」之稽徵方法。事實

上是否可以精確地查明企業真實之交易價值，是有疑問的，對於獲利能力較佳之企業給予優惠，其正當化的理由，在於這些企業可以創造更多的就業機會，也負有較高之法律責任。其它給予營業財產之優惠，尤其是遺產與贈與稅法第13a條之規定，與對於資合公司之持分，以及房屋不動產之估價相同，並無可訾議之處。房屋不動產之估價，依市場上可得之一定乘數計算之；而聯邦財稅法院所採用的數字，既不合於目前的實際數字，也無說服力。對於土地之估價，目前並無較為適當的方法。惟聯邦財稅法院之意見中，認為依遺產與贈與稅法第13條，對資合公司之持分享有租稅優惠者，必須必須超過25%，這點限制並不合理，此項見解可資贊同。

6.德國手工業中央聯合會認為本案之聲請不合法，因為對於被繼承的期待權估價，與其它財產種類的估價及課稅，其間之關聯並非前審案件之核心問題。且承審法院應優先以合乎憲法的方法解釋法律，而目前適用的估價原則是符合憲法規定的，因為租稅決算價值的估算，可以避免價值鑑定時費用的增加以及引起爭議。之所以不將庫存計入，其理由在於其與所得稅之成立基礎有關，相反地，遺產與贈與稅法第13a條與第19a條之優惠規定，乃是因為營業之財產具有公益之負擔。因無法期待納稅義務人花費較高的費用，以取得交易價值鑑定報告，故而應以類型化及單純化之方式估價土地不動產。

7.德國工業總會認為本案之聲請為不合法，因為聯邦財稅法院所認定之繼承標的，不是請求讓與所有權房屋的權利，而是實際已發生之期待權，而期待權以房屋不動產價值估定，並無任何問題，本案之聲請就此點而言非無理由。租稅決算價值的估算方法是一個適當的工具，可以用來衡量企業財產潛在的所得稅價值。此外，立法者應按照聯邦憲法法院的判決，避免因為遺產稅而危害中小企業的生存，現行遺產與贈與稅法第28條並無法達此目的，因財政機關將延長清償之要件，規定得過於嚴格。

承審法院於考量房屋不動產時，欠缺充分之資訊，房屋不動產所具有的諸般特性，如替代性極低、較高的社會責任、適用保護承租人之規定、公法上的負擔及土地稅特，皆可作為理由，為何其可享有較低之估價。租稅決算價值模式估算資合公司持分，是基於實用性之理由，以及避免雙重課稅。反對將營業與不動產之債務予以扣除者，也同樣應反對依遺產與贈與稅法第13條及第19條所定之優惠。若有人僅為節稅（Steuersparnis）之目的而成立人合公司，以致濫用施予之優惠，則此項擔心顯屬過慮，因設立公司亦有其連帶之不利益，如營利

事業稅、決算義務、以及無上限之所得增值稅等。

8.德國農人聯合會認為，本案聲請文中對農林牧業之財產估價所表達的疑慮，並無理由。營業之部分應以收益之價值估價，乃是因為企業之所以能存在，其租稅之負擔係以收益支付。免稅額與估價扣除也非意謂著過度優惠，如聯邦憲法法院對遺產稅所為之判決所示，而是減緩所得稅與遺產稅雙重負擔之必要性而來。最後，聯邦財稅法院所批評的，依遺產與贈與稅法第10條第6項，因不以之為債務而予以扣除，導致在稅法上獲有利益，此種情形應屬例外。

9.前審原告認為，本案之聲請因欠缺對聲請之問題有為裁判之必要性，故為無理由。聯邦財稅法院畢竟延續憲法法院之指示，若依財稅法院之想法而重新制定規範，也將不會因此而減輕原告之負擔。此外，對此作成合憲性的解釋也是有可能的。雖說如此，原告仍請求憲法法院作成警告性裁判，解釋是否所有獲得價值者，其應稅之能力必然增加，以及在如何之範圍內，立法者得考慮公益作為估價或是確定給付能力的依據。

10.位於Halle之經濟研究所，其主要之立論在於過高之土地遺產稅對經濟可能的後果。

11.位於柏林的經濟研究所認為，土地不動產之應稅價值鉅大浮動，是實施總額或類型化估價的必然結果。估價越趨近在不動產經濟中常用的，以及在查價規則明定之方法，則因此所生的費用也就越大。對營業財產給予優惠違反平等原則，並且在經濟政策上也無法找到正當化的理由，與其還要擴大優惠，不如考慮改善延展清償之規定。

12.與上述見解相反，位於埃森之萊茵－西法蘭經濟研究所認為，給予營業財產較低的估價，其正當化的理由在於不易正確地估算交易價值，同時也可能因為錯誤的估算遺產稅而導致營業的風險。租稅決算價值之模式是適當的，並且需要透過其它的優惠，特別是遺產與贈與稅法第13a條之規定配合，以避免過度估價。

對於資合公司之持分，其評量基礎的查核，因有最低持分必須超過25%的限制，並不合理。對房屋不動產之估價也依然違反平等原則，尤其是立法者所稱，因房屋不動產之特性所以享有優惠之理由，並無正當化之基礎，因其事實上已低於交易價值。即使將遺產稅之負擔轉嫁到租金上面，也只具有邊際效果，因為只能一次性地增加2%的租金，轉移的目的依然不能正當化目前優惠的估價。

相反地，對農林牧業財產的規範，在憲法上並無可非議，可以作為補貼政策的一部分而予以正當化。不需要保留日後重新課稅的可能，因為此

將妨礙農業必要的現代化。遺產與贈與稅法第13a條及第19a條之優惠規定，非以實際的估價為基礎，但是以低估的財產和以票面上的債務進行決算，在憲法上卻無疑義，因為不同的財產設備有不同的風險，並且立法者也希望優先維持營業財產，因而有其正當化的基礎。

B.本件聲請程序合法

本件聲請程序合法。

I.聲請釋憲之必要性

聲請法院關於其裁判取決於遺產與贈與稅法第19條第1項之有效性－亦由聲請之範圍來看－之說明，滿足基本法第100條第1項第1句以及聯邦憲法法院法第80條第2項第1句之要求。

1.如果遺產與贈與稅法第19條第1項合憲，依財政法院法第126條第3項第1句之規定，此一訴訟在前決定撤銷下，必須予以駁回。那麼原告所取得之財產取得請求權即應以一般價值為基礎，且財政局對於租稅之核定即為適切。聯邦財政總署（Bundesfinanzhof）所憑藉而對此提出說理之普通法律上之衡量，並非顯然不可維持，從而對聯邦憲法法院有拘束力（一貫之判決，參閱如BVerfGE 2, 181 <190 ff.>; 105, 61 <67>; 110, 94 <110 f.>; 111, 115 <136>）。以繼承方式移轉之財產取得請求權，依據最近最高審級法院判決之見解，不為遺產與贈與稅法第12條第3項所涵蓋，這已為聲請法院可執行地且以普通法律上可支持之考慮而予以闡明。對於聲請裁定中之敘述，即亦不因被繼承人已對於住宅所有權擁有期待權，而因此在出發程序中作法律上不同之安排，也一樣適用。

如果與此相反，遺產與贈與稅法第19條第1項與憲法不相符合，則如果不是原告於全部範圍有理由，而上訴依財稅法院法第126條第2項之規定應予駁回，蓋確定稅率規定之欠缺將不允許核定遺產稅，那麼就是此一程序必須依財稅法院法第74條之規定而停止，直到立法者制定出新規定。這樣之停止也是在法律有效情形下之一種其他決定。

最後，決定之重要性並不阻礙聯邦憲法法院，於違憲宣告中命令現行法律之繼續適用（參閱BVerfGE 87, 153 <180>; 93, 121 <131>），如果在此一情形法律爭議案件應與規定合憲情形並無不同地加以決定，亦然。

2.遺產與贈與稅法第19條第1項之規定，於聲請之範圍內亦具有決定之重要性（另參閱BVerfGE 93, 121 <130 f.>）。

雖然聯邦財政總署在申請中將營業財產、農林業企業以及資合公司股份，亦即將在原因案件事實中看不到之財產總類在遺產稅上之估價拉進來。不過，依據聲請法院對於聯邦憲法

法院亦有拘束力之普通法律上之評估，在原因案件事實中所涉及者亦非遺產稅法上之不動產，而是僅涉及應以一般價值予以估價之債權財產（Forderungsvermögen）。在申請之合法性審查上，將所主張之違反平等侷限在與特定財產種類之比較上，這在憲法上並無理由。

聲請法院以憲法上無可非難之方式，將遺產與贈與稅法第19條第1項理解為「括弧規範」（Klammer-norm），在估價規定中所存在對於平等原則之違反蔓延其上。在此，聲請法院並非在個別估價規定中之不平等待遇看到違憲性。其毋寧乃持以下之見解，即整個估價體系顯示出此等斷裂，以致於將統一之稅率適用到所有種類財產之取得，不再與基本法第3條第1項相符合。事實上，在綜合之規定集合中之違反平等性，經常要從規定以及其效果之總體觀察才能推導出（參閱BVerfGE 89, 329 <337>）。同樣地，在遺產與贈與稅法中對於平等原則之違反可能在於，切合平等且一貫之估價體系，在統一的稅率底下並不存在。蓋此種租稅之負擔效果，要由租稅費率與分化之估價法的共同作用才會產生。

II.違憲性之確信

聲請法院對於遺產與贈與稅法第19條第1項之違憲性，已經充分地說明了其確信以及理由，並且探討了相關普通法律上規定之合憲解釋的可能性。其認為無解釋餘地，蓋相關規定依其文字與意義來看相當明確，且與其相連結的優惠效果顯然為立法者所意欲。此一理由亦非顯然不可維持，因此應為聯邦憲法法院所接受（參閱BVerfGE 87, 114 <133>; 88, 187 <194, 197>; 96, 315 <324 f.>）。此外，聲請裁定中所假設之涉及整體遺產稅法上估價體系之平等違反性，並非顯然能透過個別估價規定之合憲解釋來加以排除。尤其不能以聲請法院對於原因案件中原告之財產取得請求權與期待權，應以法律之合憲解釋而將之與已有建物之土地作相同處理，來對其有所異議。蓋此與適用依其見解乃違反平等之遺產與贈與稅法第19條第1項，並無不同。

C.遺產與贈與稅法第19條第1項牴觸基本法第3條第1項之平等原則

遺產與贈與稅法第19條第1項，對於收益價值以統一稅率課徵遺產稅之規定，與基本法有所違背。在遺產稅課徵上，重要財產標的群之價值調查估定與基本法第3條第1項平等原則之要求有所不符。

I.遺產稅之課徵與平等原則

1.基本法第3條第1項所規定之一般平等原則，要求本質相同者做相同處理，本質不同者做不同處理（參閱BVerfGE 112, 268<279>；一貫之判決）。由此推導出對於立法者依其規

制對象與區分特徵之不同界限，包括從單純之恣意禁止到嚴格之比例原則拘束。

2.在稅法領域，立法者對於課稅標的的選擇以及稅率之決定，擁有廣泛之決定餘地（參閱BVerfGE 93, 121<135>; 107, 27 <47>）。立法者原則上得將一定事實在構成要件上加以決定，並連結以同一之法律效果，從而在法律上定位為相同，此一自由在稅法上受到兩個相互緊密關聯之指導原則所限制：租稅負擔應依照財政上給付能力（譯註：即量能課稅原則）與一貫性之原則，來加以決定（參閱BVerfGE 105, 73 <125>; 107, 27 <46 f.>）。

a)平等原則在稅法領域之特殊表現形式為租稅正義原則，依據此一原則，原則上應依照經濟上之給付能力來課稅（參閱BVerfGE 68, 287, <310>; 74, 182 <199 f.>）。對於納稅義務人，原則上應經由稅法之規定，在法律上及事實上給予相同之負擔。依此所要求之均衡 – 除憲法上允許之區分外 – 實現於稅法適用於個別納稅義務人所產生之負擔結果（參閱BVerfGE 84, 239 <268>; 93, 121 <134>）。

然而，所有人在法律之前的平等（基本法第3條第1項），並不要求每一個本國國民對於共同負擔的財政基礎提供相同的貢獻，而是要求每一個本國國民依其財政上之給付能力對於一般之國家任務的財政有所付出（參閱BVerfGE 93, 121 <135>）。在此必須考慮到，稅法通常涉及經濟生活中之大量過程。基於可行性的考慮，稅法必須將連結到稅法上法律效果之構成要件事實類型化，並且因此在相當的範圍內，不僅對於個案之特殊性，在有些情形甚至對於整群案型的特殊性，都必須加以忽視。惟對於納稅者之經濟上不平等效果不得過分超過一定限度。類型化所帶來在租稅上之好處，毋寧應該與類型化所必然連結之租稅負擔上的不平等，處於適當的比例（參閱BVerfGE 110, 274 <292>）。此外，法律上之類型化不得挑選另類的案例作為典範，而必須貼近現實地取向於典型的案例（參閱BVerfGE 27, 142 <150>; 112, 268 <280 f.>）。

b)在稅法上開端構成要件（Ausgangstatbestand）的安排上，立法者對其之前作成之負擔決定，在負擔平等之意義上，應一以貫之貫徹。對於如此之一貫性實現創設例外，需要特殊的客觀理由（參閱BVerfGE 99, 88 <95>; 99, 280 <290>; 107, 27 <47>）。

這並不妨礙立法者追求國庫外之促進與引導目標（一貫之判決；參閱BVerfGE 93, 121 <147>; 99, 280 <296>; 105, 73 <112>; 110, 274 <292>）。其不僅可經由命令與禁止，也可

以透過間接的行為管制，而對於經濟與社會給予形成性的影響。在此情形則人民並非在法律上受拘束地有從事一定行為的義務，而是經由對不受歡迎行為之特殊負擔或受歡迎行為之租稅優惠，獲得經濟上動機，以決定採取一定之作為或不作為（參閱98, 106 <117>具進一步說明）。如果一稅法規定導致租稅優惠，而與同一稅目內各個租稅標的之平等負擔有所違背，而立法者乃基於公益之理由，擬藉此促進或引導納稅義務人之行為，則此等之免除租稅負擔在平等原則上能被正當化（參閱BVerfGE 93, 121 <147>）。如有足夠之公益理由，在例外情形，此等減輕負擔甚至可以合憲地使特定租稅標的完全免除課稅。

借助稅法而進行行為引導，並未要求在每一案例都達成引導目標。其乃一項趨近目標之手段（參閱BVerfGE 98, 106 <121>）。在決定何人或哪些企業應受補助，立法者仍有自由（參閱BVerfGE 17, 210 <216>; 93, 319 <350>; 110, 274 <293>）。儘管其在此亦受平等原則所拘束。這只意味著立法者分配其給付不得基於非客觀之理由，亦即不得恣意。只要相關規定並非以對於各個生活事實之違反生活經驗的估價為基礎，特別是因相關措施而受益之人的範圍，適切地加以劃定，則立法者在廣泛範圍內有具事物關聯的觀點供其運用（參閱BVerfGE 17, 210 <216>涉及BVerfGE 12, 354 <367 f.>; 110, 274 <293>）。

此外，引導之目的必須由可辨識出之立法決定顯示出來（參閱BVerfGE 93, 121 <147 f.>; 99, 280 <296>; 105, 73 <112>; 110, 274 <293>），且此也須合乎平等地加以形成（參閱BVerfGE 93, 121 <148>; 110, 274 <293>）。因此，受益之效果必須在受益者之間盡可能相同地實現。其不得取決於偶然性而因此恣意地發生，而應可直接由立法者之免除負擔決定導出。最後，受益之構成要件應達到合乎目的地加以形成之最低限度，此亦屬必要（參閱BVerfGE 105, 73 <113>）。

3.a)遺產稅為繼承稅（Erbanfallsteuer）；因此被課稅者並非遺產本身，而是各個接受遺產者因繼承開始所受之利益（BVerfGE 93, 165 <167>）。立法者以目前型態之遺產稅所擬實現之目標，乃對於因繼承或贈與所發生之財產增加各依其價值予以掌握，並對於由此所導致經濟上給付能力之增加（因繼承或贈與所獲得之利益）－儘管是依照親等與收益之價值所定之不同稅率－予以課稅（遺產與贈與稅法第10條第1項）。

b)遺產稅計算基礎調查之第一步為對於所涉及財產之估價，立法者以遺產稅對於財產之轉移所作之一次性負擔決定，鑒於平等原則之考慮，－

除對於家庭基金或家庭團體定期性課稅之特殊例子外－對於此一估價有其作用。

aa)租稅義務之平等負擔取決於，對於個人就屬於遺產之經濟單位或經濟財貨，找到對其價值，在其比例上貼近事實之計算基礎（參閱BverfGE 23, 242 <257>; 25, 216 <226>; 30, 129 <143 f.>; 41, 269 <280, 282 f.>; 93, 165 <172 f.>）。

只有當法律在估價層面取向於作為決定性估價目標之一般價值，才能因立法者所定下之負擔決定而確保遺產與贈與稅滿足此一要求。按繼承人因財產之增加所形成之財政上給付能力存在於，其基於財產的轉移而能支配金錢或具一定金錢價值之經濟上財貨。此一金錢價值可經由經濟財貨之出售而獲得實現。經由繼承非以金錢形式存在之經濟財貨，所獲得之財政上給付能力，因此可透過在客觀條件下出售之可能價格，亦即透過估價法第9條第2項意義下之一般價值來加以計算。只有這樣才適當地反映因物資取得所導致之給付能力增加，並且使合乎平等地形成負擔決定成為可能。

甚至在經濟財貨，其價值原則上經由其通常產生之收益而獲得實現，在財產增加之決定上也未必以收益價值作為唯一「真實」的價值，蓋在此等財貨，也不排除經由出售而實現交易價值。因此，在一般指向物資取得之遺產與贈與稅體系中，儘管在此等經濟財貨，為了確定課稅之平等負擔，也必須回溯到交易價值，就算此一交易價值，乃是就經濟財貨在一定時間單位內可預期收益之總額來加以計算，仍無不同。聯邦憲法法院已於1976年針對課徵遺產稅時之土地單位估價所作成之決議中，大致上與此相一致地指出，遺產稅乃是針對財產實體，而非針對受贈利得之收益所課徵之稅，因此土地不應以其收益之價值來估價(參閱BVerfGE 41, 269 <281>)。

在為確定租稅負擔所進行之與此一估價相連結的進一步步驟，立法者可以以如此方式而適切計算出之所得利益價值為基礎，並且將所擬引導之目的，例如以租稅減免規範（steuerliche Verschonungsnormen）之形式，目標準確且規範清楚地加以形成。如果針對非以金錢數額存在之課稅對象，所必須之以一定金錢價值加以估價，立法者與此相反地以其他估價準則為基礎，則其脫離了其負擔基本決定，並且因此在結構上造成斷裂以及整體規則體系之價值矛盾。此一在估價階段所受到必定與平等原則相衝突之責難，並無法看出可在確定租稅負擔的進一步步驟中被修正。不僅在租稅減免規定，例如在課稅基礎調查第二層次之扣除額（Bewertungsabschläge）或免稅額（Freibeträge），也包括

關於稅率之規定，皆以此一估價層次為基礎，並且在該情形之規定將與價值比例應貼近事實之要求相違背。

因此，此一估價層次基於憲法上之理由，就已不適合作為追求遺產稅法上國庫外促進與引導目標之切入點。立法者借助於對特定財產標的估價準則之區分而採取之規制性干預，乃違反平等而不列入考慮。蓋其與合乎平等地形成引導目標之要求不相符合（參閱BVerfGE 93, 121 <140>; 110, 274 <293>）。在估價層次所嘗試採取之引導，導致不平等地與一般價值相悖離之估價結果，且因此導致在租稅負擔調查之第一步驟，就放棄了使優惠的效果在優惠對象之間儘可能相同地發生。經由此等方式，在結構上就已有相當規模之偶然而恣意出現之減輕負擔。

遺產與贈與稅法第12條第1項連結估價法第9條第1項規定一般價值為常規性估價準則（Regel-Bewertungsmaßstab），且立法者，除在農林牧業企業之營運部分於估價法第142條規定以收益值作為估價準則外，儘管採取不同的價值調查方法，徹底地取向一般價值，甚至將之視為最高之價值準則（參閱BRDruck 390/96, S. 62），就此而論，現行遺產稅法之基本觀念乃與此一給定原則相符合。

bb)相反地，立法者為確定一般價值所得使用之價值調查方法，原則上有其選擇自由。對於個別類別財產標的之不同價值調查方法，在以合乎平等、取向於交易價值之估價作為其基礎上，實際上的實現在何等範圍內是可能的，這還不是憲法問題，而是在立法程序中應予解決之租稅技術問題。去審查立法者在個案中是否已尋得最合乎目的、最理性與最適當的解決方案，並非聯邦憲法法院之工作（參閱BVerfGE 1, 14 <52>; 81, 108 <117 f.>）。

其尤其可以考慮租稅徵收程序上可行性的要求，以及法律體系上必要之類型化與定額化（Pauschalierung），以建構價值調查規定。然而，如果遺產稅法中之估價方法，無法使所有財產標的以達到一般價值之趨近值來加以計算，則其不符合基本法第3條第1項之要求。蓋如果立法者，例如在遺產稅之情形，對於應課稅之財貨決定依照財產標的之不同類別而有不同之價值調查，則其必須就其早先作成之負擔決定一貫地予以貫徹，並且對於納稅義務人 – 除憲法上允許之區分外 – 公平地課以負擔（參閱BVerfGE 23, 242 <256>; 84, 239 <271>; 93, 165 <172>）。

c)以依照立法者負擔決定之給定規則所相應調查出之價值為基礎，對於在計算基礎調查之第二階段實現引導目標，即使在遺產稅法也是任由立法者決定。在具有足夠之正當化基礎

的情形下，立法者可以依憑合乎以上於C. I. 2. b) 所列對於引導規範之要求的負擔與減免規定，目標明確地修正計算基礎。這樣之規定在現行之遺產稅法中，可在例如遺產與贈與稅法第13a條看得到。如果在個案中未達成引導目的，則可考慮例如遺產與贈與稅法第13a條第5項所規定之補課稅保留（Nachversteuerungsvorbehalte），並且取消此一不再能經由稅法上之引導而正當化之不平等待遇。建構這樣之矯正機制，於在估價層次就進行租稅引導之情形，將與此相反地只會導致難以處理之問題。

d)最後，立法者在憲法允許之範圍內，也可區分不同之稅率。在現行遺產稅法中，其不僅在遺產與贈與稅法第19條第1項所規定之等級表利用了此一可能性，也以遺產與贈與稅法第19a條所規定之費率界限（Tarifbegrenzung），運用為租稅引導之手段。在有足夠之正當化基礎的情形下，對此同樣沒有憲法上之疑慮。

II.課稅客體之估價與租稅負擔平等

現行之遺產與贈與稅法不符合前述基本法第3條第1項。在重要類別之財產標的上，遺產稅法上之估價規定並未導向與一般價值接近之租稅價值。從而其並未充分一貫地建構與實現負擔平等。在調查計算基礎之第一層次所發生違反平等原則之非難，涉及大量案件，且如此地嚴重，以致將統一之稅率適用到所有之遺產與贈與取得人，乃屬違憲。

1.就營業財產，立法者在估價層次所作之負擔決定即欠缺一貫性地貫徹。租稅決算值（Steuerbilanzwerte）之廣泛採用，對於接近一般價值造成結構上之阻礙。這導致了違反基本法第3條第1項之課稅結果。

a)營業財產之一般價值可使用不同方法來加以調查。依照民事法院之判決與文獻，考慮到財產實體價值（尤其是非營運必需之財產，蓋其並無法創造收益）之收益值方法（Ertragswertmethode）應對此居於支配地位（參閱BGH, 1993, S. 2101 <2103>; Spitzbart, Das Betriebsver-mögen im Erbschaftsteuerrecht, 2000, S. 49 ff. 具進一步指引; Staudinger / Habermeier, BGB, 2003, § 738 Rn. 18; MünchKomm-BGB / Hopt, 4. Aufl. 2004, § 738 Rn. 35; Palandt / Sprau, BGB, 65. Aufl. 2006, § 738 Rn. 5; Baumbach / Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, Einl v § 1 Rn. 36）。在此，營業財產之整體價值，乃是就在估價期日依據資本化利率（Kapitalisierung-szinssatz）經預測可獲得之收益來加以計算，在此利率乃依照相比較之資本設施（Vergleichskapitalanlage）來加以決定。此一方法之出發點即在於，潛在之購買者對於購買價格之估算，乃依據

其為賺取與此相同之收益，在其他情形必須投入多少資本。

在企業經濟學文獻上廣為流傳之所謂現金流量折現程序（Discounted Cach Flow-Verfahren）並未遵循有重大不同之切入點。在此等程序，價值之調查同樣以營運所必要之財產估計於未來可獲得收益之現金值為基礎（參閱MünchKomm-BGB / Ulmer, a. a. O., Rn. 36）。這兩種調查方法因此符合整體估價之原則。原則上並非取決於個別於營業財產所涵蓋經濟財貨之價值。

b)立法者視為營業財產交易價值調查困難之解決方案（參閱BTD-rucks 13 / 4839, S. 64），而經由估價法第109條第1項所採用之租稅決算值，與此相反地以個別估價之原則為基礎。屬於營業財產之經濟財貨，乃是以其僅於例外情形符合各個部分值之租稅決算值來加以計算（估價法第10條第2項）。即可以透過決算政策上之措施，例如選擇折舊之遞減或線性扣除（Abschreibung）、立即扣除（Sofortabschreibung）、或提高扣除（erhöhten Absetzung）與特別扣除（Sonderabschreibung）（參閱 Seer, GmbHR 1999, S. 64 <65>），或者也可透過後來之升值，而形成所謂之靜態儲備金（stille Reserve）－亦即（簡化來說）經濟財貨交易價值與其較低帳面價值之差額，後者在估計營業財產時並不予以考慮。金錢債務則與此相反地扣除與票面數額相當之繳回數額。

除此以外，進行決算之企業經營者擁有將營業財產在廣泛範圍內任意處置之可能性，亦即對於非直接用於營運，而僅適於客觀強化之經濟財貨，也可納入營業財產（參閱BFHE 182, 567 <573>）。

此外所得稅法第5條第1項、營業稅法第248條第2項以及所得稅法第5條第2項規定，無體經濟財貨如非支付對價取得，禁止列入資產。因此其不會流入遺產稅之估價內（參閱Herzip / Kessler, DStR 1994, Beihefter zu Heft 12, S. 8）。屬於無體財貨者，尤其是指企業之交易或公司價值（Geschäfts- oder Firmenwert），亦即一個工商企業，超過個別有體與無體經濟財貨扣除負債後之資產價值，所得出之多餘價值（參閱營業稅法第255條第4項第1句）。此等價值之原因與高低乃由預期之獲利所決定，而此一預期乃與企業的人員相脫離地，依據企業固有之特殊優勢（例如聲譽、顧客範圍或組織），比其他具有相當經濟財貨之企業顯得更高或更確實之獲利預期（參閱BFHE 185, 230 <234>）。

c)由此通常導致一項後果，即正好是高獲利企業之租稅價值遠低於一般價值，蓋獲利之決定價值因素沒有

受到考慮（參閱Spitzbart, a. A. O., S. 79）。營業財產的取得者，另外視企業在轉讓之前於何等範圍內可以在經濟與事實上利用決算政策上之可能性而定，而在完全不同的範圍內從租稅決算值方案（Steuerbilanzwertansatz）獲得利益。此外，一項在實際上還有價值之經濟財貨，能視其購置或生產以來已流逝時間，而在或多或少之大範圍內被扣除。

aa)在趨勢上具有特別強烈之減少價值效果者，乃是將租稅決算值適用到設備集中（anlageintensiv）之企業（特別是那些具高度老舊設備之企業）、具有高度潛在準備金（Rückstellungspotenzial）之企業、致力研究之企業、在新加入各邦中有積極活動之企業（參閱Rödder, DB 1993, S. 237 <2139>）以及適用到高獲利之企業，相反地一個最低限度之財產報告（Vermögenausweis）對於低獲利企業通常不被考慮。新興或處於經濟危機企業也受到相對上較差之影響（參閱Spitzbart, a. a. O., S. 85 ff., 102, 218 f.; Gebel, Betriebsvermögensnachfolge, 2. Aufl., 2002, S. 22; ders., in: Troll / Gebel / Jülicher, a. a. O., § 12 Rn. 703; Drosdzol, DStZ 1995, S. 353 <358>; Trompeter, DB 1993, S. 1047 <1050>）。經由租稅決算而對於獲利狀況不予考慮，另外可能在企業之不獲利性（關於此一概念，參閱Piltz, STbJb 1991 / 1992, S. 147 <157 f.>）達一定程度以上時，導致比一般價值更高之價值（參閱Spitzbart, a. a. O., S. 78 f.）。

此一區別的幅度能夠達到相當大（參閱例如Spitzbart a. a. O., S. 82; Rödder, DB 1993, S. 2137 <2139>）。準確基準之具體確定，依照聲請案件當事人、陳述意見權利人與專業第三人之意見以及文獻之利用，對於本庭來說雖屬不可能。惟即使沒有實證調查之資訊基礎，租稅決算值之估價必定會導致租稅價值不一致地與一般價值相背離，此一狀況由租稅決算值在系統上所具有之，依個別企業及其決算之特殊性而發生之交替作用，已足以斷定（參閱BverfGE 110, 94 <116 ff.>）。

相反地未決算之個人或企業，顯然於較少之範圍內從此一優惠效果獲得利益（參閱Meincke, ErbStG, a. A. O., § 12 Rn. 133; Birk / Richter, FR 2001, S. 764 <765>; Spitzbart, a. A. O., S. 86, 102, 219）。屬於此類者，除在商業法與稅法上皆無記帳義務之工商業者外，還包括所得稅法第18條所規定，所得來自獨立工作－例如自由業之營業活動－之納稅義務人。

bb)對於營業財產來說，採用租稅決算值因此具有高度之可能性－即使不是總是如此－將導致顯然低於一般價值之租稅價值。儘管對於以租稅

決算值為基礎之平均減輕負擔效果之範圍，缺乏經驗上確實之資料素材，此一斷言單單基於交易價值調查方法與租稅決算值方法之結構上差異，即為可能。此外其亦獲得文獻上一致之評估（參閱 Moench / Weinmann, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 13a EstG Rn. 5; Meincke, DStR 1996, S. 1305 <1309>; Hübner, DStR 1993, S. 1656 ）以及聲請法院之支持，依其見解，自1993年1月1日開始，營業財產基於租稅決算值之採用，僅被估計為約其實體價值（Substanzwert）之45％（在營運不動產的單位估價不予計算之情形約為58％）。聯邦財政部長於聲請法院之言詞審理以及在提出於聯邦憲法法院之書面意見中，也確認了此一效果。

d)由租稅決算值方法所達成之優惠效果，並未導致目標取向與相同程度之減輕租稅負擔，而是不相等並從而恣意，並且因此導致違憲之課稅結果（此一見解，除聲請法院外，另參閱 Hübner, DStR 1995, S. 1 <7>; Meincke, ZEV 2002, S. 493 <495>; Christoffel, in: Christoffel / Geckle / Pahlke, a. a. O., § 12 Rn. 583; Becker / Horn, DB 2005, S. 1081 <1082>）。

aa)立法者打算採用租稅決算值以公開地特別針對中產的個人企業（Personenunternehmen），減輕其遺產與贈與稅負擔。依其見解，正是中小企業會因為扣減與扣除之優惠（Abschreibungs- und Rückstellungsvergünstigungen）而在決算上獲得好處。為了確保營運，應避免為清償租稅債務，而過分地從這些企業取走可供必要性投資與確保勞動職缺之資金。整體來說，考慮到歐體的內部市場，租稅上之週邊條件應為了投資與勞動職缺而加以改善（參閱BTDrucks 12 / 1108, S. 35; 13 / 4839, S. 64）。

此外，對於租稅決算值之幾乎完全採用，其目的亦在於使獨立之價值調查成為多餘，並且因此明顯有助於租稅法之簡單化；為了避免對於營業財產進行非常耗費費用且容易引發爭論之個別估價，乃要求採取一種類型式的估價（參閱BTDrucks 12 / 1108, S. 72; 13 / 4839, S. 64）。

bb) 但租稅決算值只能偶然地貼近事實而切中個別經濟財貨之一般價值（參閱 Seer, in: Tipke / Lang, Steuerrecht, 18. Aufl., 2005, S. 458; Moench / Höll, Die neue Erbschaftsteuer, 1997, S. 80; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12, Abschnitt II. 3, Rn. 2; Drosdzol, DStZ 1995, S. 353 <358>; Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, ErbStG, BewG, 2. Aufl., 2004, Vor § 12 ErbStG Rn. 19）。其乃收益稅上之計算單位（Rechengrößen），僅僅用於不同計算

時期相互間之區分，而不是在一定期日資產價值調查之適當基礎（參閱 Viskorf, a. a. O.; Hübner, DStR 1995, S. 1; Drosdzol, a. a. O.）。透過租稅決算值方法會使得遺產稅上之計算基礎取決於，被繼承人或贈與人是否以及在何等範圍內採取決算政策上之措施（參閱 Rödder, DB 1993, S. 2137 <2139>; Seer, GmbHR 1999, S. 64 <65>; Gebel, DStR 1996, S. 1385 <1389>）。在決算政策上對於遺產稅之價值方法加以影響之多樣可能性（Gebel, DStR 1996, S. 1385 ff.; Mellinghoff, DStJG Band 22, 1999, S. 127 <147>），對於營業財產之所有權人相當不同。結果，營業財產之購得者會由此規定，視在企業中所累積的無體經濟財貨以及秘密儲備金多有價值而定，而有完全不同程度的好處。

cc)另外，從立法者所謂之引導目標來看，也欠缺足夠之目標取向安排。潛在地可能正好使最不需要減輕負擔企業所作的營業財產轉移，反而獲得補助。蓋尤其會獲得優惠的是獲利良好的企業，而在這些企業提出款項來清償遺產稅債務是最有可能的。補課稅保留之欠缺，將另外導致營業財產之取得者中無心繼續經營企業者，也能享有租稅優惠，而在此等情形引導目標從一開始就不可能達成。

此外，租稅決算值之優惠效果－如果有發生的話－乃是超出比例的，並且因此將進一步強化不同營業財產取得人群體間之不平等對待，蓋債務不同於資產而以交易價值來加以考慮。依據估價法第98 a條之規定，這可能導致，儘管營業財產之一般價值為正值，但租稅價值為負值之情況（債務傾斜【Schuldenüberhang】），並從而導致其他財產標的部分或完全地，同樣能不課徵遺產稅而被取得，且在獲益者範圍的劃定上，構成嚴重瑕疵。

e)對於一般價值之結構性違反，遠遠超過在估價層次以類型化與定額化方法來調查對於一般價值之趨近值，或基於行政簡化之需求，所能正當化之限度。

以租稅決算值方法所達成類型化的好處，與類型化所必定連結之租稅負擔的不平等性，並不處於正當的比例（參閱BVerfGE 110, 274 <292>）。此外，立法者並未取向於典型的情形，而是以一個非典型的情形作為典範而為基礎（參閱 BverfGE 27, 142 <150>; 112, 268 <280 f.>）。其指出了營業財產在交易價值調查上之困難，並且連結到租稅決算值而選擇了一個簡化之類型化程序，來作為對此之解決方案（參閱BTDrucks 13 / 4839, S. 64）。然而租稅決算值只會偶然地，且只在很少的例外情形會反映交易價值，並且在總額上導致與營業財產之一般價值並無內在關聯之估價結果。

行政簡化之利益也不能正當化此一由租稅決算值方法所引起之粗糙扭曲。此外，在當時之規制想法中，特別是依據遺產與贈與稅法第13a條所規定優惠的配合下，遺產稅由於中小企業之個人免稅額（Freibeträgen），終究是明顯，且即使在以共通財產為基礎的情形下，也是沒有進一步的價值調查就不會發生（參閱BTDrucks 12 / 4158, S. 47; 13 / 4839, S. 64; BR Drucks 1 / 93, S. 49; 390 / 96, S. 64）。在其餘相較下較為大型營業財產之情形，並無法看出對於共通財產之調查費用不成比例之情形。尤其當聯邦統計署對於2002年所作之遺產與贈與稅2002年統計，指出具有正值營運財產之遺產只有1419筆，更是如此（參閱Lehmann / Treptow, Wirtschaft und Statistik【WiSta】 2006, S. 952 <962, 972>）。

f)由於在估價層次所確定之規制瑕疵已導致在營業財產之取得上違憲之課稅結果，因此無須進一步研究，遺產與贈與稅法第13a條在計算基礎調查之第二階段對於營業財產所規定之優惠構成要件，以及遺產與贈與稅法第19a條所規定之稅率優惠，就其本身來看是否合乎憲法上之要求。

此外，由於估價與基本法第3條第1項不相符合，因此也無須考慮，聲請法院認為，營業財產由估價以及其他優惠構成要件所導出之整體性減輕負擔乃違反平等原則之見解。營業財產取得者如此之特權化，在何等範圍內可以經由立法者所提出之引導目標而正當化，因此也無須加以決定。

2.在不動產上之遺產稅法上計算基礎調查，同樣在估價層次已不符合平等原則之要求，並因此導致違反基本法第3條第1項之要求的課稅結果。

a)如聲請法院所適切指出的，不動產並無絕對的、可確定實現之市場價值，而是頂多只有市場價值水準，在此一水準上有或多或少有所偏差之合理交易價值存在。在此可以從對同一客體出售價格之正負20%的散布寬度出發，在此一範圍內所確定之交易價格都還可以被認為合理（參閱Seer, StuW 1997, S. 283 <289>; Moenchen, Erbstschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 Abschnitt I Rn. 6; Wolf, DStR 1997, S. 349<354>; Jakob, Möglichkeiten einer Vereinfachung der Bewertung des Grundbesitzes, 1992, S. 126; Gürsching / Stenger, Bewertungsrecht, Stand April 2006, § 146 BewG Rn. 52; Loritz, DStR 1995, Beihefter zu Heft 8, S. 3）。依照遺產稅法上之估價規定所調查出之地產價值因此只能審查，其是否還在合理交易價值的走廊活動，或立於此一範圍之外。然而只要買賣發生了，那麼在實際上售價作為合理交易價值以及不動產之租稅價值間之「單點精確」比較，往往是可能的

。聲請法院以及文獻所引用之研究大致上以此等比較為基礎。

b)在建築之不動產情形經由估價法第146條第2項第1句所規定之簡化收益值程序（Ertragswertverfahren），而使用一個固定的倍數單位（Einheitsvervielfätiger）12.5，一個針對在此一意義下所理解一般價值之調查通常欠缺。因此，在計算基礎的調查上同樣也在估價層次就已不符合平等原則之要求。

aa)儘管立法者採取收益值方法，其在建築之不動產本身乃取向於一般價值而作為價值準則。這在立法資料上已可看出。在該處明白表示，由財政委員會所建議之收益值程序乃指向於，平均可以達到買賣價格 – 即一般價值 – 的50%（參閱BTDrucks 13 / 5952, S. 28）。進一步來看也顯示於，估價法第146條第5項對於一棟一戶或二戶之房屋規定了一個附加費，此乃基於以下的想法，即在此等標的之交易價值在收益關係上較其他標的為高（參閱BTDrucks 13 / 5952, S. 41）。此外，估價法第146條第6項對於建築之不動產規定了一個最低值，而其乃藉由描繪土地一般價值之標準地價（Bodenrichtwerte）而加以確定。最後，依照估價法第146條第7項之規定，納稅義務人保有證明不動產之一般價值低於租稅價值的可能性。

bb)不過，想要對於這一部分之不動產，反映為合乎平等地趨近一般價值，這些所選擇的方法在結構上就不合適。目前對於有建物之土地之估價，在計算之平均值上－合乎立法者想法－不只導致約達一般價值50%之地產價值，以至於對於一般價值之接近並未發生。個別之結果毋寧在相當明顯的數量上，在少於一般價值20%或超過100%之間而有所不同。

(1)有建物之土地依據估價法第146條之規定在相當多的數量上顯然會被估得低於一般價值，此一認定雖沒有實證上之研究，但從與交易價值之調查程序相比較，即已明顯看得出來（相同見解：Knobel, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor §§ 138 ff. BewG Rn. 35）。由於立法者在確定估價法第146條第2項第1句之倍數時，對於數量上最常見之私有住房以及一棟一戶或二戶之房屋，規定年利率5%（參閱BTDrucks 13 / 5952, S. 40），乃是從一個與實際比例相較在一般情形而言屬太高之資本利率出發（參閱Kleiber, in: Kleiber / Simon / Weyers, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 4. Aufl. 2002, § 11 WertV Rn. 14 ff.; Moench / Höll, a. a. O., S. 56; Christoffel, in: Christoffel / Geckle / Pahlke, a. a. O., § 12 Rn. 440），其方法平均而言將導致低於交易值之價值。

此一結果可以從現存之數據資料

獲得堅實的論據。一個在1998年作成之售價研究證實了，遺產稅上之地產值與實際上所支付售價之比例平均為51 %（參閱Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., Abschnitt I Rn. 7 a; Drosdzol, DStZ 2001, S. 689 <691>; Bericht der vom Bundesministerium der Finanzen eingesetzten Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung vom 29. Mai 2000, abzurufen unter www.bundesfinanzministerium.de, S. 11; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 138 BewG Rn. 27）。此外，其他在文獻上所提到的價值也都在此一量級範圍內移動（參閱Thiel, DB 1997, S. 64 <66>: 53 %; Christoffel, in: Christoffel / Geckle / Pahlke, a. a. O., § 12 Rn. 202: 50 %; Drosdzol / Drews, Handbuch für die Bewertung der Grundstück und der land- und fortwirtschaftlichen Betriebe, 2. Aufl., 2001, S. 14: ca. 50 %; Kreutziger / Schaffner, a. a. O., § 146 Rn. 1: 51 %; Felix, ZEV 1996, S. 410 <411>: 48 %; Halaczinsky, in: Simon / Cors / Halaczinsky / Teß, Handbuch der Grundstückswertermittelung, 5. Aufl., 2003, J. 4 Rn. 43: 通常50 %吧; ders., in: Rössler / Trol, BewG, Stand Dezember 2005, § 146 Rn. 9: 52 %,在此於遺產稅之情形價值可能更高些; Haegert / Maiterth, StuW 2002, S. 248 ff.對於Berlin則達到更高之價值）。

(2)以下之斷定，亦即有建物之土地依據估價法第146條之估價結果，會導致相較於一般價值有一個大的散布幅度，即使沒有數據資料，從規制想法的分析就可以推導出來（參閱Knobel, a. a. O., Vor § 138 ff. BewG Rn. 35; Drosdzol / Drews, a. a. O., § 146 Rn. 49）。其依據對於法律規制與公認之交易價值調查程序之比較，就已可以推導出來，且其理由在於對所有有建物之土地都選擇一個統一的倍數12.5。此一價值僅僅透過因老舊價值降低（Alterswertminderung）以及對於一棟一戶或二戶之房屋之附加費而有所改變，由此在計算上導出一個介於9.375到15之頻寬（參閱Weinmann, ZEV 1997, S. 41 <46 f.>）。

與此相反，所謂之房屋仲介業方法（Maklermethode）作為一種簡化的收益價值程序，已經證實出租標的視其狀況與年數，倍數在8到22之間，較好地段者可以到24（參閱Halaczinsky, in: Simon / Cors / Halaczinsky / Teß, a. a. O., J. 4 Rn. 25; Meincke, ErbStG, a. a. O., § 12 Rn. 119; Weinmann, a. a. O.; 關於所謂之毛租金程序【Rohmietenverfahren】, Höll, DB 1993, S. 2053 <2056>）。價值調查命令（Wertermittlungsverordnung【WertV】）第15條以下所規定之

收益值程序則採取更進一步之區分措施，其基本原則於依估價法第146條第7項進行證實時應予尊重（參閱Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 145 Rn. 24 a）。這顯示出法律上之規定是多麼粗糙地簡化，特別是其幾乎完全未考慮不同的不動產類別，而且不動產市場在不同區域之差異完全不在考慮之列（參閱Wolf, DStR 1997, S. 349 <352>; Sproß, DStZ 1997, S. 525 <528>; Seer, StuW 1997, S. 283<290>; Noll, DStR 2002, S. 1699 <1702>; Weinmann, Das neue Erbschaftsteuerrecht 1997, Rn. 116; ders., ZEV 1997, S. 41 <47>; Christoffel, in: Christoffel / Geckle / Pahlke, a. a. O., § 12 Rn. 439; Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung, a. a. O., S. 10）。因此，對於有建物之土地未考慮不動產類別與狀況而採取統一之倍數，必定導致對於一般價值關係上之顯然估價差別，此乃顯而易見。

此一散布－與平均價值水準無關－範圍廣泛之情形，在文獻上並無爭論（參閱Bach / Bartholmai, Perspektiven der Vermögensbest-euerung in Deutschland, 2002, S. 45; Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 13; Christoffel, in: Christoffel / Geckle / Pahlke, a. a. O., § 12 Rn. 202; Drosdzol / Drews, a. a. O., § 146 BewG Rn. 49; Sachver-ständigenkommission Vermögensbest-euerung, a. a. O., S. 10; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 138 BewG Rn. 27 und § 146 BewG Rn. 54），且由現存之實證研究獲得確認。前揭售價研究已顯示出，首先平均值視有建物之土地之類別已會有所改變。其次由其導出，導向此一平均值之個別值又已證實有寬廣之散布幅度，此一幅度達到共通值低20％到超過100％（參閱1998年售價研究之結果Moench, a. a. O.）。大範圍之散布也反映在1996到1999年限定在柏林不動產市場，對於出租房屋與一棟一戶或二戶之房屋之研究上（參閱Haeger / Meiterth, StuW 2002, S. 248 <252, 255>; 進一步對於Hamburg，參閱Strahl, Kölner Steuerdialog 1997, 11253 <11258 f.>之實證報告）。

此一結果此外也獲得巴伐利亞財政行政調查之支持（參閱Bayerischer Oberster Rechnungshof, Jahresbericht 1999, S. 125, Fußnote 5）。依據此一調查，平均值之頻寬依其地區從下巴伐利亞（Niederbayern）之50％到慕尼黑（München）捷運範圍（不計入慕尼黑市與慕尼黑縣）內之75％。

(3)再者，估價規定在不動產價格高的區域－尤其是在人口稠密區域－在相當大的範圍內會導致，建築物本身通常對於租稅價值沒有影響。蓋

單單土地價值在此就超過（可獲得）年租金之12.5倍，以至於要適用估價法第146條第6項之最低值規定，依其規定地產值最多只能依標準地價之80％來計算（參閱估價法第145條第3項）。就此人們稱之為「最低值領域」（參閱 Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 17 und 29; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., Abschnitt II. 1 Rn. 31; Wolf, DStR 1997, S. 349 <350>; Sproß, DStZ 1997, S. 525 <528 f.>; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 146 Rn. 56. 2; Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 146 Rn. 9; Meincke, ErbStG, a. a. O., § 12 Rn. 119; Wolf, DStR 1997, S. 349 <350>）。在實證上這可由對於柏林之數據資料而獲得確認，由此得知，在西柏林較大不動產如可居住一與二家庭房屋，遠超過90％的案例都是以最低值估價（參閱Haegert / Meiterth, a. a. O., S. 255）。

cc)如同在營業財產之情形，在有建物之土地也顯示出，立法者此一在租稅引導上之企圖，在估價層次上，與由平等原則所導出之憲法上要求處於不可解之矛盾中。

(1)連結到聯邦憲法法院之遺產稅裁定（BVerfGE 93, 165），立法者原先想要從統一估價轉向居住/使用面積程序（Wohn-/ Nutzflächenverfahren）。蓋依照財政部學術諮詢委員會之意見，收益值程序只在具有四或更多租用住宅之租賃標的還能導致一些令人滿意的結果（參閱BRDrucks 390 / 96, S. 44 f.）。然而立法者最終與此偏離而採取簡化之收益值程序。

藉此其亦謀求引導目的之達成，蓋其打算透過低遺產稅而對於不動產創造投資吸引力，並給予建築/住宅經濟以正面之影響。否則為了確保對於人民居住空間之基本供應而欠缺之私人投資，將必須以公家財源來支應。此外也應阻止，不動產之抵押放款由於高額之遺產稅而被放到一個新的估價基礎上。因此收益值程序的目標是達到平均買賣價格的50％（參閱BTDrucks 13 / 5952, S. 27 f.）。

(2)透過12.5這個統一倍數所產生在估價結果上之重大的散布幅度，以及由此導出之在遺產稅上處理之差異，卻顯示出與立法者以此一規定所考慮之明白想要對於不動產整體予以優惠的引導目標並無關聯。

在並非少數的情形，此一簡化之收益值程序的結果反與此一引導目標相反，而超過交易值之價值。儘管法律規定之目標據宣稱乃位於交易值之50％，利害關係人依據估價法第146條第7項之規定，則僅僅能要求降低到交易值的100％，而這還連結到並非微不足道之相應的交易值鑑定費用

（相同見解Jüptner, StuW 2005, S. 126 <135>）。

除此之外，在經濟上與有建物之土地有關聯之債務，依據遺產稅法第10條第5項第1款、第1項第2句、第12條第1項，連結估價法第12條第1項第1句，在通常情形乃是以其名義價值來計算。在經常出現之一方面低估價值，以及另一方面在不動產之外來資金（Fremdfinanzierung）上考慮交易價值之共同作用下，導致超越比例之減輕負擔（參閱Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 28）；儘管在不動產之交易價值與債務間比較之結餘為正，租稅上之結餘可能甚至為負，以至於未為優惠引導目標所涵蓋之財產標的能夠免稅地取得。

經由取得所促成給付能力之合乎比例的反映，因此不會在簡化之收益估價上發生。此一估價毋寧也是無法擺脫偶然與恣意（參閱Seer, DStjG Band 22, 1999, S. 191 <206>; Wolf, DStR 1997, S. 349 <354>; Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 138 Rn. 7; Meincke, ErbStG, a. a. O., § 12 Rn. 119）。在保留收益值程序的情形下，在何等範圍內可以透過對於倍數之足夠的區分體系來應付此一弊端，這並不在本庭之決定範圍內。

dd)最後，此一在趨近一般價值上之嚴重不足，也不能作為合法之類型化的結果而在憲法上成為可予忍受（其他觀點，Vorwold, BB 1999, S. 1300 <1302 f.>）。不動產交易值調查雖然從一開始，就只能達到反正無法精確決定之一般價值的趨近值。然而，首先立法者採取之簡化的收益值方法僅以一般價值之50%為目標。其次，在如此大量之案例中未切中此一估價目標，以至於類型化的好處不再佔有優勢。作為估價法第146條基礎之預設，即存在著典型的有建物之土地（在建築物的老舊情形以及在一棟一戶或二戶房屋之情形，有點偏離），與房地產市場上關聯到不動產之種類、地段、狀況以及建築物之剩餘使用期間而來的多樣情況有所不符。立法者因此並未取向於典型之生活事實。

ee)立法者對於在估價層次所追求之目標，即對於有建物之土地之取得僅在交易值之半數的基礎課以負擔，是否能夠在計算基礎調查的第二層次－例如，採取規定有建物之土地僅以其一般價值之50%來估價這種明確的優惠規定－合憲地達成，此一問題因此無須最終的審查與決定。

依照立法者之觀點，在對於不動產課稅時，應對於其特殊性減輕負擔地加以考慮，例如低替代性、較高之社會聯繫、承租人保障規定、公法上負擔、經由土地稅之額外負擔以及估價水準對於租金數額的影響（參閱BTDrucks 13 / 5952, S. 27 f.）。無論

如何，只要這些特殊性通常也會反映在市場價格上，其在切入點上就已被排除作為優惠規定之正當化理由（參閱BVerfGE 41, 269 <283>; Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 13; 對於營業財產，參閱Bareis, DB 1996, S. 1153 <1157>; Seer, DStJG Band 22, 1999, S. 191 <212>）。

與此相反地，立法者舉出建築以及尤其是住宅經濟之利益這種夠份量的公共福祉理由。特別是在足夠住宅空間之供應上，涉及重大的公共福祉利益，就此確實是提到一個生存上之基本需求。因此，此一理由原則上顯得適合去正當化對於因繼承或贈與而取得不動產給予租稅優惠之規定；不過，在何等範圍內由其所支持之減輕負擔在憲法上是容許的，此一問題在此能保持開放。

c)在有建物之土地中，無法調查出普遍性租金而適用特別估價（估價法第147條）之情形，租稅決算值之採用，對於建築物本身同樣在估價層次就導致對於基本法第3條第1項之違反。此一方法將導致違憲之課稅結果，立法者在一開始就已看到，而且也對於建築物拒絕採用租稅決算值方法，蓋其以過去之購置費用為基礎，而未將升值納入考慮。租稅決算值與以類型化之估價程序所計算出之價值相比，是較高或較低，這在有建物之土地大多取決於建築物的屋齡。對於其他財產的價值比例，並沒有貼近事實地反映出來。在私人地產依照不動產之類型化價值，對於記帳之商人與自由業者則依照所得稅上之簿記價值來課稅，這也違反平等（參閱BRD-rucks 390 / 96, S. 45 f.）。

儘管有作了此一適當衡量，立法者仍然決定採用租稅決算值方法。惟其從一開始就放棄了對於平等地分配負擔所適當之價值探尋（參閱Thiel, DB 1997, S. 64 <67>），並且對於建築物導致非透過類型化與定額化而正當化之單純偶然值（參閱Seer, DStJG Band 22, 1999, S. 191 <206>; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 Abschnitt II. 1 Rn. 83; Wolf, DStR 1997, S. 349 <353>; Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung, a. a. O., S. 11 f.; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 146 BewG Rn. 54 und § 147 BewG Rn. 30. 15; Kreutziger / Schaffner, a. a. O., § 147 Rn. 1; Halaczinsky, in: Simon / Cors / Halaczinsky / Teß, a. a. O., J. 5 Rn. 7; Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., 2003, S. 892; 其他觀點，Vorwold, a. a. O., S. 1303）。

d)對於估價法第149條之規定（建造中之土地），準用對於有建物之土地以及特別建築之論述。就此範圍而言，遺產稅上之估價同樣欠缺合乎

一貫性要求之安排。

e)聲請問題所提到遺產與贈與稅法第12條第3項所指出之，估價法第148條所規定地上權以及附有地上權負擔不動產之估價，同樣與估價之要求，即其在比例上應貼近事實地反映價值比例，不相符合。

附有負擔不動產之地產值，乃是千篇一律僵硬地以課稅時點契約上所規定應繳納地上權年租金之統一倍數，以因數18.6來加以決定，而沒考慮地上權之剩餘存續期間或權利返還補償（Heimfallentschädigung）之欠缺，也不問地上權租金之高低（參閱Bauer, INF 1998, S. 353 <354>）。這導致在很多情形，不僅在不動產，也在地上權之估價上，部分有利於取得者，部分對其造成負擔，顯然偏離一般價值（參閱Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 148 Rn. 5; Kreutziger / Schaffner, a. a. O., § 148 Rn. 2; Drosdzol, DStZ 2001, S. 689 <692>）。在地上權權利人與義務人間在租稅上之負擔分配，乃屬失衡（參閱Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., Abschnitt II. 1 Rn. 98 a; Albrecht, DStR 1998, S. 147 <150>; Halaczinsky, in: Simon / Cors / Halaczinsky / Teß, a. a. O., J. 6 Rn. 6; Fromm, DStR 2000, S. 1002 f.; Heidemann / Ostertun, ZEV 2002, S. 335; 另參閱BRDrucks 229 / 01, S. 15）。

對此立法者亦有認識到。蓋於2006年9月25日所提出對於2007年租稅法之聯邦政府草案中即謂，現行規定特別是在短暫剩餘存續期間之情形，會導致不合理之估價結果（參閱BTDrucks 16 / 2712, S. 87）。對此應以方法來予以補救，即從2007年1月1日開始，原則上土地之價值應算到地上權義務人身上，而建築物之價值則算到地上權權利人身上；在剩餘存續期間低於40年，以及欠缺權利返還補償之情形則規定，建築物之價值取決於剩餘存續期間而按比例地分攤到地上權權利人與義務人身上（參閱BTDrucks 16 / 2712, S. 34 f., 87）。

即僅將地上權與附負擔不動產之價值相加，而相應地求得有建物之土地之價值，此一適用到2006年底之立法者想法，乃屬謬誤。地上權與不動產所有權在典型之狀況乃是相互分離，以至於在繼承或贈與之情形，只有在例外情形才會兩者都移轉。因此必要之估價，乃是將這兩個財產地位之每一個都納入觀察，並且在其與其他財產標的之價值比例中盡可能貼近事實地予以反映。估價法第148條到目前為止之文本都未滿足此一要求，以致於此一估價規定亦導致違憲之課稅結果。

f)最後，對於未有建物之土地之價值調查（估價法第145條），至少現

在也不再符合在比例上貼近事實地反映價值比例之要求。

aa)其具有對於標準地價之一般性的百分比而直接取向於一般價值，這雖然在憲法上是無疑慮的，蓋計算基礎之切合比例之調查經由這種方式而成為可能。此一由於標準地價謹慎之切入點而平均達到約為交易值70%之估價水準（參閱Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 Abschnitt I Rn. 7 a und Abschnitt II. 1 Rn. 31; Drosdzol, DStZ 2001, S. 689 <691>; Sachverständigenkommission Vermögensbesteuerung, a. a. O., S. 9 und 11; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 138 Rn. 27 und § 145 BewG Rn. 8; Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 145 Rn. 22; Kreutziger / Schaffner, a. a. O., § 145 Rn. 19），也是作為類型化估價之結果而出現，並且考慮到在地產所存在，於前揭C. II. 2. a)所描述之價值走廊，而在憲法上乃可予忍受。

bb)然而，依據估價法第138條第1項第2句、第4項，第145條第3項第2句所規定，於1996年1月1日所發布而適用到2006年底之價值比例核定（Festschreibung），此一估價至少當下不再符合基本法第3條第1項之規定。蓋立法者因此未達到由平等原則所推導出之憲法委託，即對於財產標的掌握其現在之價值，或者對於涉及過去之價值伴隨發展地予以更新，以確保一個在財產價值比例上貼近事實之估價（參閱BVerfGE 93, 165 <173, 176 f.>）。從平等的觀點來看，甚麼樣的核定期限還可認為是可接受到，這在此無須加以決定。無論如何，一個在將近11年前所確定之地產價值，乃是超出限度的，直到一個在結構上足夠切合平等的安排能夠出發為止。蓋在不動產市場上之價格發展，導致涉及過去之價值不僅在其比例上不再反映未有建物之土地團體內之價值比例，也不再符合其他財產標的之現在價值。

對於不動產市場來說，土地價格典型地在近年來面臨一個並非不顯著的、在地區上不同的改變（參閱BRDrucks 229 / 01, S. 15; Eisele, INF 2002, S. 1 <2>; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 Abschnitt II. 1 Rn. 4 a; Drosdzol, DStZ 2001, S. 689 <695>; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 145 BewG Rn. 8）。這也可從財政部長於本程序所表示之意見導出，依其見解不動產價格在很多地方都跌。未有建物之土地之取得者，因此不再是符合其因取得而促成之給付能力來課稅，而是經由遺產稅，視其所取得之不動產自1996年1月1日以來之發展如何，而在完全不同的範圍內受有負擔。

因此此一價值估算導致違憲之課

稅結果（參閱Heidemann / Ostertun, ZEV 2002, S. 335 <336>; Drosdzol, DStZ 2001, S. 689 <695>; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 Abschnitt II. 1 Rn. 4 a; Eisele, INF 2002, S. 1 <2>; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 145 BewG Rn. 8）。較低一般價值之證明可能性並無法予以補救。一方面，其排除了對於價格之低估，另一方面，其只阻止了估價超過一般價值，但只將租稅值僅僅限縮到交易價值之100%，而不是限縮到平均所達到之約交易價值70%之估價水準。

對於估價法第138條第1項第2句、第4項、第145條第3項第2句所規定價值比例之多年核定的實際需求，並不明顯，蓋鑑定人委員會（Gutachterausschüsse）每一兩年週期就會調查標準地價（另參閱建築法第196條第1項第3句）。因此其能夠輕而易舉地回溯到現實價值（參閱Halaczinsky, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 145 Rn. 23）。此外此亦符合立法者最近之估計，其自2007年1月1日開始放棄核定，並且打算依照課稅時點之價值比例來確定地產值（參閱聯邦政府2007年租稅法律草案，BTDrucks 16 / 2712, S. 34 f., 86 f.）。

g)無論如何目前對於不動產之估價規定，因此於所有部分領域都不符合平等原則之規定，所以在估價層次就已導致違憲之課稅結果。對於取得不動產者之課徵遺產稅，從而也是以與基本法第3條第1項不相符合之方式而加以安排。

3.這同樣適用於對資合公司股份取得者之課徵遺產稅。此同樣導出自立法者在遺產與贈與稅法第12條第2項第2句、第5項第2句以及估價法第109條第1項，對於應依估價法第11條第2項第2句後段估計之未上市股份，規定其採用租稅決算值，由此錯過了對於立法者之課稅區分，在估價層次之有計畫的構成要件安排。

a)在此一應予估計之股份，租稅決算值方法所導致之租稅值，在通常情形顯然會落到以往適用到1992年底之部分值估價後面。此一認定足夠清楚地由估價想法的分析顯示出來，以至於不需要以實證調查之資料作進一步之證實。

雖然依照遺產與贈與稅法第12條第2項第1句之規定－與在營業財產之情形不同－應考慮企業之獲利能力。此於財政機關之實務上透過所謂斯圖嘉特程序（das so genannte Stuttgarter Verfahren）而達成，在此一程序中企業的實體價值，以一個表達企業獲利能力之獲利百分比的「多餘盈餘方法」（Übergewinnmethode）而加以修正（參閱Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 ErdStG Abschnitt II. 4 Rn. 6）。

不過，此一非回溯到直接之立法者決定的行政程序，依其想法僅僅只是對於作為估價出發點之實體價值之修正（參閱Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 ErdStG Abschnitt II. 4 Rn. 6; Eisele, in: Rössler / Troll, a. a. O., § 11 Rn. 49; Moench / Höll, a. a. O., S. 192），且其因租稅決算值方法之緣故，平均而言顯然在低於交易價值之範圍內流動。雖然有此一對於獲利能力之考慮，儘管如此立法者所規定之租稅決算值方法，仍然對於此資合公司應行估價股份，達成一個平均而言顯然低於一般價值之租稅值。這與文獻上廣泛達成一致之估計相符合（參閱Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., § 11 BewG Rn. 32; Christoffel, GmnHR 1993, S. 205 <206>; Rödder, DB 1993, S. 2137 <2143>; Rid, in: Festschrift für Hans Flick, 1997, S. 531 <534 f.>; Hübner, DStR 1993, S. 1656 <1657>; Seer, GmbHR 1999, S. 64 <68>; Becker / Horn, DB 2005, S. 1081; Hülsmann, INF 2001, S. 467 <470>; Jahndorf, StuW 1999, S. 271 <273>; Bippus, DStZ 1998, S. 225 <229>）。

b)此外，租稅決算值之採用－又是與營業財產並行地－，對於資合公司之股份以完全不同之種類與方式而有所影響。此一結果同樣在估價想法上就已清楚，而因此沒有經實證上調查之資料基礎也可以確定。

以法律上所規定之獲利能力之考慮，以及斯圖嘉特程序規定之安排，在獲利特別強之資合公司，能夠達到顯然較在營業財產為高之租稅價值（參閱Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 42），在極端情形，其甚至超過交易價值意義下之一般價值（參閱Jülicher, in: Troll / Gebel / Jülicher, a. a. O., § 12 Rn. 308; Göllert / Ringling, DB 1999, S. 516 <518>）。相對地，高設備但獲利弱之企業，甚至能夠更強烈地經由租稅決算值之採用而獲得利益（參閱Herzig / Kessler, DStR 1994, Beihefter zu Heft 12, S. 13; Christoffel, GmbHR 1993, S. 205 <207>; Noll, DStR 2002, S. 1699 <1702>; Jülicher, a. a. O., § 12 Rn. 469）。

不考慮此一回溯到遺產與贈與稅法第12條第2項第1句之行政上實現所導致之特殊性，在資合公司之股份也適用者，乃這些公司在不同的限度上有能力利用結算可能性。這必定導致租稅值在其與交易價值關係上之寬廣散布幅度；就此可參閱對於營業財產之論述。也看不出來此一散布幅度可以透過法律估價規定在行政技術上的實現而予以平衡。例如斯圖嘉特程序，乃建築在對於財產價值相較於一般

價值在結構上不統一之調查上，且因此予以更新。

此外，由租稅決算值方法所引起的不同，不僅存在於其一般價值必須以估計加以調查的非上市股份範圍內。對其所規定之採用租稅決算值，也會導致相對於其餘資合公司股份之大縫隙（參閱Seer, GmbHR 1999, S. 64 <68>; Meincke, ErbStG a. a. O., § 12 Rn. 4），其估價乃是依照證券行情價值而作成，更確地說乃是由時間上接近的買賣所導出，且依照相關文獻上一致之估計，其通常導致顯然較高之價值（參閱Viskorf, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., Vor § 12 ErbStG Rn. 42 f.; Becker / Horn, DB 2005, S. 1081; Moench, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 ErbStG Abschnitt II. 4 Rn. 28; Jülicher, a. a. O., § 12 Rn. 306; Binz / Sorg, DStR 1994, S. 993; Flick, DB 1997, S. 844 <845>; Hülsmann, INF 2001, S. 467 <470>; Jahndorf, StuW 1999, S. 271 <273>; Moench / Höll, a. a. O., S. 190; Piltz, ZEV 1997, S. 61）。

c)此一在結構上不足以切合平等地趨近一般價值之估價，無法經由簡化之衡量而正當化（對此參閱BTDrucks 12 / 1108, S. 36; BRDrucks 522 / 91, S. 36）。蓋負擔決定在法律上之實現，基於結果上之散布幅度，不僅未瞄準租稅上之給付能力，也欠缺一貫性。就此可連結到對於營業財產之相關論述。

類型化之衡量同樣不足以正當化租稅決算值方法。當立法者對於資合公司股份自己決定一般價值之估價目標，而其達成在典型之通常情形卻因租稅決算值之採用而被阻止時，尤其如此。蓋租稅決算值之結構具有建立隱性庫存的可能性，而導致財產實體的交易價值只在例外情形才會反映出來。這構成對於切合事物與體系之估價準則的放棄（參閱Hübner, DStR 1993, S. 1656 <1657>）；蓋此一估價以遠離事實之出發參數為基礎（參閱Hübner, ZEV 1998, S. 83 <84>; Moench, Erbscgaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 ErbStG Abschnitt II. 4 Rn. 6），估價目標因此在體系條件上通常無法達成（參閱Moench, Erbscgaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 12 ErbStG Abschnitt II. 4 Rn. 28; Bippus, DStZ 1998, S. 225 <229>; Hülsmann, INF 2001, S. 467 <470>）。

此一斷定乃是直接歸因到法律上所規定之租稅決算值準則，而不是僅因對於法律規定在行政上之錯誤實現（維持此一見解者，Daragan, Zerb 2003, S. 11 <12>）。蓋看不出來由租稅決算值所引起之錯置，可以借助於類型化，並從而務實之行政程序，例如斯圖嘉特程序，而予以矯正。

d)由於一般價值之估計乃是在實務上居於支配地位之估價程序，所以由租稅決算值方法所產生之違憲性，同樣在資合公司股份也貫穿整個估價結構。跟在營業財產之情形相同，此一估價無法擺脫偶然性與恣意。一個在比例上貼近事實地反映價值比例之價值調查並不存在（參閱Hübner, DStR 2001, S. 2193 <2195>; Bippus, DStZ 1998, S. 225 <229>; Hülsmann, INF 2001, S. 467 <470>; Moench / Höll, a. a. O., S. 190）。

對於資合公司股份之估價，因此單獨就導致違憲之課稅結果。因此，就基於在計算基礎調查的第二層次之優惠規範考慮（遺產與贈與稅法第13a條）以及在稅率上（遺產與贈與稅法第19a條），所產生之整體減輕負擔，是否由於減輕負擔之範圍，而導致此等享有所有優惠之資合公司股份的取得人，具有相對於未受優惠財產之取得人之違憲的較佳地位，可置而不論。

法律上對於遺產與贈與稅法第13a條、第19a條所規定優惠之適用，要求被繼承人或贈與人多於25%之持股額（遺產與贈與稅法第13a條第4項第3款、第19a條第2項第1句第3款），這在憲法上是否－如聲請法院所主張（相同見解Spitzbart, a. a. O., S. 196, 202 f.; Meincke, ZEV 2002, S. 493 <495>; Hübner, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., § 13 a ErbStG Rn. 62）－應予責難，此一問題亦無須加以決定。立法者乃持以下之見解，即以此一持股額界限能夠對抗類型化之濫用安排，蓋一個這樣之最低參與顯示出，此等股份所有人在企業上與一個公司結合，而不只是證券交易上之資本購買者（參閱BRD-rucks 171 / 95, S. 157 f.）。這顯得並非無說服力。蓋依據股份公司法與有限公司法之規定（股份公司法第179條第2項第1句，有限公司法第53條第2項），只有超過四分之一持股額之參與才能在章程變更上，保障阻礙的少數。

當立法者僅僅揭示被繼承人或贈與人之參與，其並未使此一聯結點從其視野喪失。他總是在營業財產以及與其受相同對待之資合公司股份間建立同時性，惟在營業財產之情形，是否因繼承或贈與而分割到數所有權人－在有些情形因此導致較低之分配額－，這對於遺產與贈與稅法第13a條、第19a條之優惠，同樣並不重要。優惠的理由是，認定營業財產在被繼承人或贈與人手上，而其目標在於使營運之繼續進行可能以及創造投資誘因。企業上對於資合公司股份之影響狀況可能並無重大不同；甚至如果由於繼承或贈與方式之移轉而產生分裂，尤其是存有遺產與贈與稅法第13a條第5項、第19a條第5項之補課稅保

留，這仍有其適用。

4.最後，農林牧業上財產之估價，也違反由平等原則所導出之要求，且因此導致與基本法第3條第1項不相符合之課稅結果。

a)農林牧業企業之住所部分以及工廠住宅之估價，依估價法第143條第1項之規定，乃適用估價法第146條到第150條對於不動產之估價規定，其取向於一般價值作為價值範疇，對於營運部分則規定以收益值為估價目標。對於此一以往作為營運部分單位估價基礎的想法（參閱BVerfGE 41, 269 <280>; 93, 165 <176>），立法者在1996年之新規定亦無任何改變（參閱BTDrucks 390 / 96, S. 44）。所以估價法第142條於其第1項，明確地指出估價法第36條這一個對於以往的法律狀況具決定性之估價規定，而且規定營運部分之價值如果不是第2項之標準化的收益值，就是第3項之個別收益值，其依據估價法第142條第1項第2句之規定，由營運純收益之18.6倍得出。

營運部分之估價並非指向一般價值之價值準則，而是指向收益值，這違反立法者對於負擔決定作一貫性安排之義務，並因此與基本法第3條第1項不相符合。蓋估價目標上以收益值作為一般價值以外之獨立價值範疇，在結構上就無法掌握到繼承人或受贈人因財產增加而提高之給付能力，此一給付能力依照作為遺產稅基礎之立法者想法，正是應該依據在客觀條件下出售所可達到之價格，而不是僅依據由財產實體所能獲得之收益來加以估量（參閱前揭C. I. 3.）。與此應加區分－且於農林牧業財產之營運部分並未規定－者，乃單純的收益值方法，其對於特定之財產種類，有時可以拉近到對於一般價值之類型化調查。惟選擇收益值作為價值準則，來作為遺產稅上之優惠措施，並不合適，蓋其於估價層次就已發生，且因此從一開始就阻止了對於財產價值在其比例上之貼近事實掌握。

b)對於農林牧業財產之住所部分與工廠住宅之估價，類推適用對於估價法第146條、第147條所規定不動產之說明。在該處所確定之憲法上缺失，在此同樣在估價層次就已導致對於平等原則之違反。

c)此外，與營運處於經濟上關聯之債務值並不會在相應之範圍內減少，儘管由營運部分、住所部分以及工廠住宅所組成之農林牧業企業的地產值（估價法第144條），平均僅及於交易價值約10%。此一比例已經財政部長於聲請法院之言詞審理中予以確認，且於其提出於聯邦憲法法院之補充意見中，依據聯邦政府2001年農業政策報告中所述之調查，提供了堅實之論據。文獻上－就顯然一致者而言－也以其為出發點（參閱Moench /

Weinmann, Erbschaft- und Schenkungsteuer, a. a. O., § 13 a Rn. 30; Engel, DStZ 2003, S. 75; ders., in: Leingärter, a. a. O., Kap. 96, Rn. 11）。依據遺產與贈與稅法第10條第6項第5句之規定，只有當取得者在農林牧業經濟上低地產值外，還享有遺產與贈與稅法第13 a條所規定之優惠（免稅額以及估價扣除額），債務之減少才會納入考慮。然而，他可以經由依據遺產與贈與稅法第13 a條第6項之規定放棄此一優惠，而得以保持此一未減少之債務扣除。

債務以其交易價值予以扣除，將導致超出比例之結算或優惠效果，經由此一效果，農林牧業經濟上財產之「淨值」與以一般價值估價之財產相較，將會進一步下降。此外可能導致債務傾斜。在農業經濟上之財產被估價為交易值10%之情形，考慮到其淨值之債務往往超過農林牧業經濟上之地產值，因此在遺產稅上形成一個負值，而在觀察企業的交易價值與債務時，會產生正值（參閱Bundesministerium für Verbraucher-schutz, Ernähnung und Landwirtschaft, Ernährungs- und agrarpolitischer Ber-icht der Bundesregierung 2003, S. 127, Tabelle 38,依此，金錢債務平均約為農業經濟上主要取得企業之積極結算財產的16%），這些乃顯而易見。然而，其他財產標的將可能全部或部分免遺產稅地取得，而其未為法律規定之優惠目的所涵蓋，而且其減輕負擔並非以立法者可認知之決定為基礎。

d)依據此一在估價層次之廣泛瑕疵，以下問題可置而不論，亦即現行對於農林牧業經濟上企業之營運部分的估價規定，是否由於在估價法第142條第2項之通常情形所獲致之標準化收益值，在舊各邦中與跟農林牧業經濟上之地產值一樣，總計平均僅約達一般價值之10%（參閱Engel, DStR 2003, S. 75 <76>; Gürsching / Stenger, a. a. O., § 142 Rn. 20; 對於新的各邦，此二者都指出顯然較高之比例值，從平均約25%或40%到50%），而因此亦與基本法第3條第1項不相符合。

甚至當立法者規定了一個在憲法上無可非難之估價，且營運部分僅能以極小部分之一般價值予以考慮之此一結果，在計算基礎調查之第二層次可經由特別之優惠規定而達成，一個可透過目前可看出之引導目標而來的正當化，仍然是可疑的。立法者在估價法第138條、第140條到第144條，對於農林牧業經濟上之地產值所作的法律規定，乃想要避免高估且考慮到收益之不確定性（參閱BRDrucks 390 / 96, S. 44, 49; BTDrucks 13 / 5952, S. 27 f.）。高估的危險在目前之規定想法中，特別是會因此而出現，即儘管有收益之不確定性，仍然對於未來包括數年之期間規定固定之收益值。不

過這反正廣泛地以一個趨近一般價值的估價來予以補救。只要在立法理由中是以農林牧業經濟財產之公共福祉關聯為基礎，那麼就已看不出來，在何等範圍內這已在一般價值中反映出來。

其次，估價規定與遺產與贈與稅法第13a條、第19a條之租稅優惠規定間之犬牙交錯，無須深入之審查。遺產與贈與稅法第12條第3項所規定農林牧業地產值之估計，連結估價法第138條第2項、第140到第144條之規定，以及遺產與贈與稅法第13a條之特權化（涉及事物之免稅額與估價扣除額），就已共同導致，農林牧業經濟財產以繼承或贈與方式之取得，通常不再引發租稅。聯邦財政部長於其補充意見中稱，根據聯邦政府於2001年農業政策報告，關於試驗企業之敘述所作之審查得出，在只移轉農林牧業經濟之企業的情形，不再得出可確定之遺產稅。這也符合文獻上之估計（參閱Moench / Weinheim, Erbschaft- und Schenkung-steuer, a. a. O., § 13 a Rn. 30; Engel, DStZ 2003, S. 75 <76>; Hübner, in: Viskorf / Glier / Hübner / Knobel / Schuck, a. a. O., § 13 a Rn. 57; Moench / Höll, a. a. O., S. 175）。

依據立法者的想法，透過遺產與贈與稅法第13a條所規定優惠之延伸到農林牧業經濟上之企業，應可以使世代交替較為容易，並且確保小型企業以及農村之家庭企業原則上不會因遺產與贈與稅而受到負擔，且較大型之企業能感受到租稅負擔之明顯降低（參閱BRDrucks 390 / 96, S. 44）。從聯邦財政部對於聯邦政府農業政策報告之分析得出，甚至在取得年收入超過10萬歐元，使用農地140公頃且交易價值2,700萬歐元之企業時，仍不附帶發生遺產稅。一個這麼廣泛之減輕負擔，是否仍為立法者之決定所涵蓋，而且以必要之方式而被正當化，在此可置而不論。這也同樣適用於，在債務傾斜與放棄遺產與贈與稅法第13a條之特權化時，完全或部分免除遺產稅而取得進一步財產的可能性。

III.遺產與贈與稅法所規定之統一稅率違反平等原則

遺產與贈與稅法第19條第1項因此與基本法第3條第1項不相符合。蓋儘管關於對附租稅義務之財產取得的價值調查規定，未滿足平等原則之要求，其仍對於因死亡或贈與而取得財產的所有情形，規定了統一之稅率。在從涉及之納稅義務人以及從其經濟意義來看，皆屬遺產與贈與稅法之重要部分領域中，移轉之財產價值並未趨近一般價值予以掌握，此外不僅在個別財產種類之內，也在與其他種類財產相比較下，其在相互比例上並沒有貼近事實地在租稅計算基礎上反映出來。對於納稅義務人因取得所提高之財政上給付能力，課以租稅負擔，

此一立法者決定因此並未負擔公平地，且非一貫性地予以貫徹。

D.違憲宣告方式

I.單純違憲宣告

有多種可能性可供立法者使用，以排除違憲狀態，以致於審查之規定不應宣告為無效，而只應宣告為與基本法第3條第1項不相符合（參閱BVerfGE 114, 1 <70>; 一貫之判決）。

只要立法者保留目前之負擔基本決定，其於憲法上雖然必須遵守，在估價層次統一地取向一般價值作為決定性之估價目標。但是在對於個別種類之財產標的的價值調查方法的選擇上，其原則上仍為自由；僅僅必須保證，所有財產標的都以一個對於一般價值之趨近值來予以掌握。

再者，立法者可以任意決定，在存在足夠之公共福祉理由時，在計算基礎調查之第二層次，憑藉優惠規定而對於特定財產標的之取得－也許會相當廣泛－給予利益。惟此等規範必須符合一般對於國庫外引導或補助規定所適用之憲法上要求。尤其是引導之目的必須由立法者可看出之決定所支撐，受益者之範圍必須切合事物地加以劃定，且引導之目的必須合乎平等地加以安排。因此所必要的是，授益的作用足夠目標清楚地，且在受益人之範圍內盡可能平等地發生。

最後，立法者也可以藉由稅率上之區分而謀求租稅上之引導，對此同樣適用對於國庫外引導與補助規範之憲法上規定。

II.違憲宣告之效力

此一違憲性宣告原則上導致相關規範在主文所導出範圍內不得再予適用。惟於本案中應要求，例外地允許現行遺產與贈與稅法之繼續適用直到有法律上新規定為止。對於過去而言，這由可靠的財政與預算計畫之需要，以及對於廣泛已作成稅金估定期間之平等行政執行的需求，而導出（參閱BVerfGE 93, 121 <148>）。聲請法院因此可以現行之遺產與贈與稅法作為其對於原因案件作成決定之基礎。為了在過渡期間避免法律不安定的狀態，這尤其使此一期間內生前財產接替（die lebzeitige Vermögensnachfolge）之規定變得困難，直到新規定之繼續適用是必要的（參閱BVerfGE 61, 319 <356>; 92, 53 <74>; 107, 133 <149>）。

立法者有義務，至遲於2008年12月31日前制定新規定。

法官：Papier　Steiner
Hohmann-Dennhardt
Hoffmann-Riem
Bryde　Gaier
Eichberger　Schluckebier

「生態稅」判決

BVerfGE 110, 274
德國聯邦憲法法院第一庭2004年4月20日判決
－ 1 BvR 1748/99, 1 BvR 905/00 －

范文清　譯

要目

裁判要旨
案由
裁判主文
理由
A.事實
I.相關法規
II.案件事實
III.憲法訴願人之主張
IV.相關機關的意見
V.言詞辯論程序
B.憲法訴願程序合法
C.憲法訴願實體無理由
I.平等原則與租稅法
II.生態稅法違背平等原則

關鍵詞

租稅優惠(Steuervergünstigung)
生態稅(Ökosteuer)
生態稅改革(ökologische Steuerreform)
電力稅(Stromsteuer)
石油稅(Mineralölsteuer)
尖峰平衡(Spietzenausgleich)
平等原則(Gleichheitsprinzip)
法定養老年金保險
(gesetzliche Rentenversicherung)

裁判要旨

1.電力稅與石油稅是基本法第106條第1項第2款意義下之消費稅。於生態性租稅改革的範圍中引入電力稅與提高石油稅，並不涉及消費者的職業自由基本權。

2.在製造業與服務業的企業之間，依照電力稅法第9條第3項、第10條第1項與同條第2項以及依照石油稅法第25條、第25a條，就租稅優惠所為之區別對待，並不牴觸基本法第3條第1項之一般平等權。

3.從對一個團體所為之租稅優惠，依據基本法第3條第1項並不能導出另一團體亦有一個租稅優惠的請求權，請求經濟上相對等的減免負擔。

案　由

在憲法訴願人：

I.

1.M有限公司，代理人為負責人W。

2.T有限公司，代理人為負責人P博士。

上列訴願人之代理人：Norton Rose Vieregge律師，址設：Theodor-Heuss-Ring 19-21, 50668 Köln。

針對1999年5月24日之生態租稅改革引入法第1條（das Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24. März 1999，聯邦法律公報第1卷，第378頁以下，簡稱電力稅法）、第3條、第5條第1項、第9條第3項與第10條第1、2項提起憲法訴願。

案號：1 BvR 1748/99

II.

1.H運送無限公司。

2.K國際運送。

3.M國際運送有限公司。

4.K運送業與建材回收有限公司。

5.M運送。

上列訴願人代理人：

1.Matthias Herdegen博士教授，址設：Friedrich-Wilhelm-Straße 35, 53113 Bonn。

2.Wolfgang Schön博士教授，址設：Zugspitzring 22, 85646 Anzing。

針對被規定在1999年5月24日之生態租稅改革引入法第2條（Art. 2 des Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24. März 1999，聯邦法律公報第1卷，第378頁）、1999年12月16日生態租稅改革繼續法第1條（Art. 1 des Gesetzes zur Fortführung der ökologischen Steuerreform vom 16. Dezember 1999，聯邦法律公報第1卷，第2432頁）與2002年12月23日生態租稅改革繼續發展法第1條（Art. 1 des Gesetzes zur Fortentwicklung der ökologischen Steuerreform vom 23. Dezember 2002，聯邦法律公報第1卷，第4602頁）中之石油稅法第2條、第25條與第25a條提起憲法訴願。

案號：1 BvR 905/00

聯邦憲法法院第一庭法官：院長Papier，法官Jaeger、Haas、Hömig、Steiner、Hohmann-Dennhardt、Hoffmann-Riem與Bryde，對上開憲法訴願，基於2003年12月2日之言詞辯論程序，作成判決。

裁判主文

憲法訴願駁回。

理　由

A.事實

本憲法訴願涉及所謂生態稅（Ökosteuer）之合憲性。

案號1 BvR 1748/99的憲法訴願直接指涉作為1999年5月24日之生態租稅改革引入法第1條（聯邦法律公報第1卷，第378頁以下）而通過的電力稅法第3條、第5條第1項、第9條第3項與第10條第1、2項。

在1 BvR 905/00的程序中，憲法訴願人們則針對被規定在生態租稅改革引入法第2條、1999年12月16日生態租稅改革繼續法第1條（聯邦法律公報第1卷，第2432頁）與2002年12月23日生態租稅改革繼續發展法第1條（聯邦法律公報第1卷，第4602頁）中之石油稅法第2條、第25條與第25a條提起憲法訴願。

I.相關法規

1.生態租稅改革引入法中與本案相關聯的規定，乃於1999年4月1日生效。該法所根據之概念為，藉著首次對電力課稅以及提高石油之稅率使能源消費變昂貴，同時透過提高租稅收入可降低薪資的附加支出（Lohnnebenkosten）（參照BTDrucks 14/40, S. 9 und 10）。藉著能源消費的課稅應可促進充分利用現存的節約能源潛能、發展可更新能源以及發展節約能源和愛惜資源的產品與生產程序（參照BTDrucks 14/40, S. 1）。藉著提高租稅收入，應可平衡因1999年制定之保費費率法將法定養老年金保險的費率降低0.8%而來的財政需求（參照BTDrucks 14/40, S. 1）。就降低退休金費率的財政需求，聯邦就退休金保險而支出的補助，相較於聯邦從生態稅所得之稅收，已被提高（首次藉由社會法典第四編，第213條第4項被規定、並以1999年12月22日之聯邦預算整頓法第22條第3c款[聯邦法律公報第1冊，第2534頁{第2542及下頁}]加以補充）。

2. 在引入生態性租稅改革法第1條之中，首次規定電力消費之課稅。就消費者由電力供應商經由輸電網絡所得到的電力，依電力稅法第5條第1項，成立一項由電力供應商（電力稅法第2條第1款）應負責繳納之電力稅。其稅率依據電力稅法第3條之規定，通常為20馬克／兆瓦小時。然而，依據電力稅法第9條第3項之規定，倘若製造業或農業以營業之目的，經由輸電網絡每曆年獲取逾50兆瓦小時之電力者，上述電力稅可獲得較低的稅率，當時為每兆瓦小時4馬克，只要該企業具有取得優惠電價的相關許可（電力稅法第9條第4項）。此等製造業的分級乃是依照聯邦統計局的經濟單位依照礦產、加工企業、建築業、

電力、瓦斯、遠距供應暖氣或水供應經濟的不同領域（電力稅法第2條第3款）的分類。

此外，電力稅法亦規定對製造業的所謂尖峰平衡（Spietzenausgleich）。依照電力稅法第10條之規定，企業－其基本費（Sockelbetrag）在當時為1000馬克者－的電力稅將被免除、退還或補償，只要該企業是為營業目的而獲取電力，並且透過課徵電力稅所課予的負擔大於透過1999年4月1日之1999年退休金保險費率法－所涉及者為1998年－降低之法定養老年金保險的保險費而減少之負擔。

3.透過生態租稅改革引入法第2條、生態租稅改革繼續法第1條與生態租稅改革繼續發展法第1條之規定，至2003年1月1日為止，燃料油之課稅將逐步提高2.05歐分／公升，在天然氣為0.36歐分／千瓦小時，在車輛燃料用油為15.35歐分／公升（石油法第2條）。對於製造業和農業所需的燃料油，則由納稅義務人，亦即應稅倉庫（Steuerlager）的擁有者，至2002年12月31日止，－當時的基本費為800馬克或409歐元－只需繳納一個燃料油的打折的生態稅稅額（石油稅法第25條第1項第1句第5款），稅額為通常稅率的20%（石油法第25條第3a項）。從2003年1月1日開始，基本費將依據石油稅法第25條第4項之規定降低為205歐元，但打折的稅率則被提高為石油的生態稅額的60%。何謂製造業，應依照聯邦統計局的經濟單位的分類化為標準以決（石油稅法第25條第1項第5a款連結電力稅法第2條第3款）。

此外，對製造業，從開始即成立一個額外的退稅請求權（尖鋒平衡）。依據在生態租稅改革繼續法第1條範圍中的石油稅法第25a條之規定，生態稅的多種負擔可依申請而部分退稅，當根據電力稅和（生態）石油稅對燃料用油所規定的租稅負擔，大於在申請年份中－所涉及者為1998年－降低退休金保險的保險金所減輕的負擔。可獲退稅者為稅額逾越基本費205歐元（石油稅法第25條第4項）部分之95%（石油稅法第25a條第3項）。製造業依據石油稅法第25條第4項應負擔－額外的－512.5歐元（1000馬克）的基本費（石油稅法第25a條第2項）。計算石油稅尖鋒平衡的最高負擔時，電力稅的基本費並不能作為除去負擔項目（石油稅法第25a條第3項），而發生事實上的負擔效果。

對製造業的燃料的租稅減免，在石油稅法中並無規定。

II.案件事實

1.在1 BvR 1748/99的程序中，憲法訴願人們開設－皆以有限公司（GmbH）的法律型式－冷凍庫。他們為內外國需要冷凍貨物的企業提供冷凍庫的服務。

憲法訴願人1在同一聯邦區域內的17個地點經營20座冷凍庫。他提供總共1439083立方公尺的倉庫面積，其中低溫冷凍庫共占158676立方公尺。所貯存貨物主要來自加工低溫食品，即肉品、水果工業和牛乳的企業。憲法訴願人1每年共使用6,600萬千瓦小時的電力，並僱用425位從業人員。憲法訴願人2在T的4個座落地點經營冷凍庫。他提供總共119300立方公尺的倉儲面積，其中低溫冷凍庫占約72600立方公尺。所貯存貨物特別為肉品與肉製品、水果和低溫食品。憲法訴願人2年電力消耗為大約650萬千瓦小時的電力。他僱用47位員工。

2.在1 BvR 905/00的程序中，憲法訴願人們是5位提供涵括全歐範圍運送的運輸企業。他們－憲法訴願人3除外－在提起憲法訴願時有15至20輛車輛供營業使用，並僱用相應數量的駕駛。憲法訴願人3則曾擁有34輛車輛所組成的車隊。該車隊在訴訟期間縮編，工作人員亦被遣散。此外，提起憲法訴願之企業的營業結構、資本資產、營利能力與放諸國際上的經營壓力皆有不同。

憲法訴願人1以新的車隊主要經營法國運輸，其運量的85%為化學工業的大客戶所托運。憲法訴願人2的經營重點則在貨櫃卡車。憲法訴願人3則經營貨物的近程與遠程運輸、貨物仲介、貨車修理場、舊木材的使用與清理以及一切型式的利用。座落於距離捷克邊境約6公里處的憲法訴願人4，為一個運送運輸公司，並為回收專業公司。憲法訴願人5經營建材、飼料、過濾器材與煤的運輸與買賣。該運送業者的營業活動有相當大部分集中在奧地利。

III.憲法訴願人之主張

1.在1 BvR 1748/99的程序中，憲法訴願人們認為其基於基本法第3條第1項、第12條第1項與第14條第1項的基本權被侵害。

憲法訴願人的主張如下。其主張其憲法訴願程序合法。其主張，其基本權已受電力稅法本身、直接且現時地侵害。他們雖然不是電力稅法的相對人，但卻是經濟上和法律上的利害關係人。蓋不能夠假定，電力供應商會對電力稅法提起憲法訴願。面對稅務機關以及把稅捐負擔轉嫁出去的電力供應商，憲法訴願人皆求助無門。這個基於法律而生的負擔，未經正式的執行行為，卻透過電費帳單直接成為支出要素而附加於憲法訴願人身上。他們對此也沒有任何的法律救濟管道。因此，並不存在憲法訴願的程序合法要件中的窮盡救濟途徑原則。倘若要求他們先提出申請，請求給予其許可去受領依據電力稅法第9條第3項與第4項已被優惠課稅的電力，並無意義。關稅總局依其法律地位亦不能符合於如此的申請。

電力使用在稅捐上針對營利性冷凍庫（gewerbliche Kühlhäuse）與製造業或農業的營業用冷凍庫（betriebliche Kühlhäuse）所作的分別對待，牴觸了基本法第3條第1項。這種侵害規定導致明顯的競爭扭曲。對製造業的租稅減免，將可期待日用品製造業對於其相應需要的貨物冷藏設備，不再尋求冷凍業者為其服務，反而會自行建立或擴增自己的冷凍設備。現時已可發現有一系列的營業用冷凍庫正在興建中。此外，營業用冷凍庫，只要它們還有空間，提供－電力稅優惠性的－在自由市場上的冷凍倉儲空間。在此產生一個排斥性競爭，服務業企業會自行設置冷凍倉儲設備（Outsourcing），而不再對外向冷凍服務企業尋求此一服務。依據聯邦統計局的經濟單位的分類化而來的法定區別對待（電力稅法第2條第3款和第5款）是不正當的。特別是電力稅法的生態目的，並不能合理化營利性和營業用冷凍庫之間的區別待遇，因為二者在電力消耗上並無區別，而且立於相同的競爭壓力之下。此等不平等待遇亦不能以國際競爭地位來合理化。憲法訴願人們皆同樣立於國際競爭中。若歐洲共同體的進口商們把他們的貨物儲藏在其他成員國的冷凍庫中，是令人擔憂的。

不平等地扭曲競爭，更侵害了基本法第12條第1項的基本權。由於引入電力稅法之故，憲法訴願人1每年必需多負擔1212900馬克的電力稅。憲法訴願人2則必需多負擔104000馬克的電力稅。對營利性冷凍庫的歧視，侵害了職業行使的自由。其次，這個電力稅將導致向外尋求冷凍服務完全被禁止。蓋營利性的冷凍庫若仍想要有營業發展一定要得到並保有以下的經濟基礎，亦即他們可以向內外國的製造性或農業企業證明，把貨物儲存在他們的冷凍庫中，較之自行建造或擴增冷凍庫而言比較節省花費。最後，憲法訴願人們亦認為他們的基本法第14條第1項的基本權被侵害了。引入電力稅，將逐步對現存的營利性冷凍庫的經濟生存打上問號，並且藉此侵害他們設立與營運企業的權利。

2.在1 BvR 905/00的程序裡，憲法訴願人們指責法律違反了財政憲法與法治國原則的諸多一般原則。此外，他們也指出，他們來自基本法第3條第1項、第12條第1項與第14條第1項的權利被侵害。

憲法訴願人們的主張如下。他們認為憲法訴願程序合法。他們認為，石油稅法的相關規定已自我、現時且直接侵害了他們的權利。提高消耗石油的稅負，現在即已經侵害他們的權利，而毋需等到以後。提高石油稅也讓企業增加負擔，而毫無執行行為。此外，他們在計算時必須首先把稅負提高列為支出要素，並納入企業的安

排裡。因為不充足的獲利能力與國際競爭壓力，租稅負擔已強迫造成不可逆轉的安排。憲法訴願的程序合法亦不違反補充性原則。意欲在專業法院對提高石油稅尋求法律救濟，是不可能的。

在形成生態性租稅改革裡的石油稅－在仍由憲法訴願人所負擔的範圍裡－並非基本法第106條意義下的消費稅。藉著提高石油稅，毋寧是－在消費稅的外衣之下－引入一個不能許可的環境負擔公課。因為將稅負轉嫁於私人消費者基本上落空，該稅負反倒成為憲法訴願人們的製造工具稅或原料消費稅。如此的稅捐在財政憲法上並未規定。除此之外，提高生態稅的稅捐收入在規範上是目的拘束的，而非用供支應共同的財政負擔。承擔法定養老年金保險，而為降低保費費率來服務，並非國家的一般任務。

此外，石油稅法的相關規定，牴觸了作為租稅法核心保證的基本法第3條第1項的平等原則。交通事業構成－不同於整體製造業和其他交通承擔者－獨特的能源密集的經濟領域，這個領域中因為國際競爭情形而無從減免稅捐負擔，儘管在此可以發現減免負擔的明顯理由：一方面是他們也是能源密集的產業，另一方面是國際的競爭壓力。準此，對製造業存在的特別優惠，將導致對交通業的歧視，而這個特別優惠又違反了其本身的立法目的：透過引入電力稅和提高石油稅的方法來降低能源消耗。

把貨物運輸業自石油稅法第25條和第25a條中排除，亦不能透過環境保護的觀點來正當化。交通事業由於動力車輛技術的現實與石油的成分，還有在現有的市場條件下，不可能自願的去作環境友善的行為。當支出上升時會發生失去委託的危險。而這將會由其他的，或者（從外國）能夠提供較廉價的能源支出的提供者或是（從內國）在相同的燃料消耗時只需支出較少的工資或行政支出的提供者來填補。在上述二種情形，石油稅的引導目的皆不能達成。

此外，憲法訴願人們亦主張他們的基本法第12條第1項的基本權被侵害。提高石油稅侵害了營利性貨物運輸企業的競爭能力。外國的運輸企業幾乎都跟租稅上的加重負擔無關，因為他們無庸在內國加油。因此他們可以提供較廉價的服務，而且對於德國的企業而言，他們可以進一步擴展他們的競爭地位。對所有的憲法訴願人們而言，在可預見的時間裡，生態性租稅改革將催毀他們的獲利基礎。準此，他們的基本法第14條第1項的基本權亦被侵害。

透過歐洲共同體的法律發展，憲法訴願人們的上述基本權遭侵害進一步擴大。聯邦內閣負有義務，在歐盟參議院（Rat der Europäischen Union

）裡致力於基本權的保障。但是這個越來越適用於法律行為的義務，而該法律行為－如同依據歐洲共同體條約第93條所作成的關於柴油課稅的指令一般－須遵守一致性原則（Einstimmtigkeitprinzip）者，卻未被聯邦內閣所遵守。聯邦內閣毋寧是在歐洲的層面上，多次同意歐盟就外國交通企業相對於德國企業的競爭地位戲劇性地作改善的規定。這些聯邦內閣在歐洲市場內部亦應共同負責的競爭扭曲，強制聯邦立法者去特別注意德國運輸企業的基本權之利益。然而，立法者並未採納運輸業的競爭弱勢為動機去減少其租稅負擔，反而更進一步增加了這個領域裡的租稅負擔。在此持續地違反了建構基本權的注意義務。

IV.相關機關的意見

針對此憲法訴願程序，代表聯邦內閣的聯邦財政部、巴伐利亞邦內閣、聯邦財務法院、許多協會和工業與商業公會都表達意見。

1.聯邦財政部的意見如下。其認為這二個憲法訴願程序上不合法。其程序合法性牴觸了補充性原則，易言之，憲法訴願所爭議的問題，應先循專業法院的途徑而求解決。此外，這些憲法訴願亦無理由。

a)電力稅法中的區別規定，並未牴觸基本法第3條第1項。在製造業和農業企業，以及其他的經濟領域的企業之間的區別，可藉立法者所追求的目的來正當化：想避免劣化那些在德國製造，而得在國際上交易的貨物的國際的競爭地位，以及藉此避免透過電力稅而危及德國的經濟水準。那些並非生產國際上得交易的實體貨物的企業，通常與製造業不同，而與來自外國的競爭無關。對這些企業來說，他們必須在德國境內直接從事經濟活動，以服務銷售市場，這是很典型的。「在德國國內的冷凍設備」的服務，只有內國冷凍企業才能提拱。

電力稅法中的相關規定，亦未侵害憲法訴願人們的基本法第12條第1項與第14條第1項的基本權。

b)提高石油稅亦符合財政憲法的要求。企業使用石油，並不會挑戰石油的消費稅性質，因為運輸企業可以把石油稅的稅負轉嫁予終局的消費者，使其成為獨自的租稅承擔人。此等稅負無論如何將轉嫁到終局消費者身上。石油稅的收入，有助於一般國家任務的財政基礎，而且並沒有追求憲法上不許可的財政目的。規範上的目的拘束亦不存在，因為在法律本身裡並未規定目的拘束。

對運輸企業課稅亦與基本法第3條第1項相符合。在製造業和農業企業，以及其他的經濟領域的企業之間作不同待遇，可藉立法者的目的設定來正當化：想避免劣化那些在德國製造而在國際上得交易的貨物在國際上的競爭地位，以及藉此避免透過能源

課稅而危及德國的經濟地位。

石油稅法中的相關規定，既不侵害憲法訴願人們的基本法第12條第1項的職業自由，也不侵害其基本法第14條第1項的財產權。憲法訴願人們所主張因提高石油稅而來的生存威脅，並未提出實質上的解釋。

至於憲法訴願人所主張的，聯邦內閣在歐洲層次上的行為已違背其注意義務一節，並無理由。聯邦內閣已始終盡力謀求在歐洲的石油稅的稅率的最大可能的和諧。德國的主談者乃是以在歐洲層次上，在可預見的時間範圍裡，廢除特別規定為目的。

2.巴伐利亞邦內閣則認為本案的憲法訴願為有理由。其認為，系爭電力稅法與石油稅法的規定皆違背平等原則。立法者以不能容許的方式歧視整個職業族群和經濟單位。租稅上的不平等對待，最後將成為對一個特定營業行為的事實上許可障礙。對這種不平等對待，亦無正當化理由去正當化系爭規定違反基本法第12條第1項。

3.聯邦財務法院認為1 BvR 1748/99的憲法訴願為有理由（見下述a），但相反的1 BvR 905/00的憲法訴願則為無理由（見下述b）。

a)對營利性冷凍庫的經營者，課予其通常電力稅稅率之負擔，相較於給予製造業中的營業用冷凍庫的經營者以優惠的電力稅稅率，與基本法第3條第1項不符。電力稅法上的區別對待，並無任何適當類型或足夠分量的理由，可以正當化這個不平等的法律效果。

b)提高石油稅所涉及者為消費稅，而其在現今的法體系觀點下，在憲法上無可指摘。憲法訴願人們無視於，他們不能找出可供比較的人群或事實，而該等人群或事實是生態稅不能或不能完全適用於其上者。依據石油稅法第25條與第25a條之規定只提供給製造業的除去負擔可能性，其理由在於，立法者有意識地希望，僅有在燃料油用供機動車輛使用時，始課予完全稅率的負擔。僅有當石油用於其他用途時，對製造企業主要用來取暖，才給予優惠。但是，石油的取暖和動力用途是二種不同的課稅客體，其相互之間不可相互比較。

4.在本案程序中，尚有德國工會聯合會、德國工商業大會、德國工業聯邦協會、德國自營商主要聯合會、工業能源與動力經濟協會、電力經濟協會、納稅人聯盟、萊茵西法倫經濟研究所、化學工業協會、烏普塔氣侯、環境與能源研究所、經濟中產階級行動聯盟、德國交通企業協會與汽車工業協會等，對生態租稅改革提出了擲地有聲的法律政治的意見。此外，尚有諸多的工業與手工業公會從事實的角度提出論述。

V.言詞辯論程序

在言詞辯論程序中，有聯邦內閣、德國工業聯邦協會、納稅人聯盟、萊茵西法倫經濟研究所、德國經濟研究所、烏普塔氣侯、環境與能源研究所、德國工商業公會大會、ifo經濟研究所、德國冷凍庫與冷凍企業聯合會、貨物運輸與清運聯邦協會與街道運輸合作社－聯邦中央合作社－等機關陳述意見。

B.憲法訴願程序合法

憲法訴願程序合法。

1.起訴指責依據電力稅法第3條、第5條第1項與石油稅法第2條之規定所課徵電力稅與石油稅侵害憲法訴願人們的基本法第12條第1項與第14條第1項的基本權的部分，是程序不合法的。上開主張欠缺憲法訴願人們的基本權相關性。課徵電力稅與石油稅，既與職業自由基本權（基本法第12條第1項）的保護範圍無關，亦與財產權保障（基本法第14條第1項）無涉。

a)基本法第12條第1項的職業自由，原則上不保護市場資訊的變動與企業決定的框架條件。在現有的經濟秩序中，基本法第12條第1項的自由權所涉者為企業在市場上依據諸般競爭原則的職業相關行為。但是市場參與者並無基本權的請求權去請求競爭條件為自己保持平等。基本權特別不保障一個有效市場參與或未來盈利可能的請求權。毋寧，競爭地位和藉此可獲得的盈利，總是伴隨著依市場關係與藉此依功能條件的尺度的持續變化的風險（參照BVerfGE 105, 252 [262]; 106, 275 [298 f.]）。

然而，基本法第12條第1項的保護範圍會被觸及，當一個本身雖未涉及職業行為，但職業履行的框架條件卻被其改變的規範，由於其形成與職業履行有緊密關係，而且其客觀上有規範職業的傾向（參照BVerfGE 13, 181 [186]; 37, 1 [18]; 95, 267 [302]; 98, 218 [258]）。在租稅和職業行為之間卻不存在此種緊密關係，而電力稅和石油稅亦不存在規範職業的傾向。這些稅所涉者，毋寧是所有的消費者，而與其職業行為無關。

憲法訴願人們自己亦非電力稅法與石油稅法的納稅義務人。納稅義務人毋寧是電力供應商（電力稅法第5條第2項）和應稅倉庫的擁有者，石油從該倉庫中被提領出來而進入自由市場（石油稅法第9條第1項）。憲法訴願人們亦非以法律上重要的方式處於納稅義務人與國家間的租稅債務關係中。因為欠缺權利相關性，因此憲法訴願人們在財務法院的訴訟程序裡亦缺乏當事人適格（參照FG Hamburg, DStRE 2000, S. 604 [605 f.]）。在憲法訴願程序裡，權利相關性亦無不同。憲法訴願人們本身依據電力稅法與石油稅法之規定，既未被課予法律上的義務亦未以其他法律方式課予

負擔。

提出憲法訴願的企業，只有在當供電企業和運輸業嘗試將租稅負擔透過雙方約定的電力與石油價格轉嫁予憲法訴願人負擔的情形下，才會透過電力稅法與石油稅法被侵害。然而，租稅負擔是否事實上真的由憲法訴願人所承擔，並不確定。租稅負擔若欲轉嫁予任何消費者，取決於該現存的經濟框架秩序，特別是一般景氣狀況、具體經營狀況、競爭狀況、金融市場發展和薪資發展、其他的支出原因以及國際上提高租稅的整體情形（參照Schmölders, Zur Begriffsbstimmung der Verbrauchsteuern, 1955, S. 87 f.）。價格的設定首先由原物料與工資支出，－特別是石油－由政治情勢與外匯匯率所決定。依照供應者與顧客的需求強度，以及不同的時間，價格也相對應地會顯著變動，如同言詞辯論程序中所已顯示的。

同樣不清楚的是，憲法訴願人－只要他們被該租稅負擔所轉嫁－是否事實上仍然因電力稅與石油稅而被課予負擔，或者他們是否把租稅負擔加入自己的價格結構裡，並且藉此可以把此租稅負擔轉嫁予其顧客。最後，憲法訴願人們上開電力稅與石油稅的事實上的負擔仍未被確定，因為市場以其轉嫁或再轉嫁的可能性，使確定租稅負擔的「最後負擔之處（final resting place）」，實際上並不可能（參照BFHE 141, 369 [375]; 另參照Schmölders/Hansmeyer, Allgemeine Steuerlehre, 5. Aufl. 1980, S. 222）。

b)侵害基本法第14條第1項的可能性，同樣是被排除的。財產權保障並不保障由於新開徵或提高租稅而被提高的價格。企業期待將來仍然可以有利可圖地經營，並不屬於基本法第14條第1項的保護範圍（參照BVerfGE 68, 193 [222 f.]; 77, 84 [118]; 81, 208 [227 f.]; 105, 252 [278]）。除此之外，憲法訴願人並未說明，引入電力稅與提高石油稅正是對企業一般性地課予負擔，而不只在個案中不合比例地課予負擔，這將會強迫導致動用其資本基礎來支付其營業支出。

c)指責聯邦內閣亦須共同負責的，在歐洲內部市場裡的，使聯邦立法者有義務去特別照顧德國運輸企業的基本權保障的經營利益的競爭扭曲，同樣是不許可的。對此，基本法第12條第1項與第14條第1項並非基礎。

2.相反的，因為憲法訴願人未被納入電力稅法第9條第3項、第10條第1項與第2項，和石油稅法第25條與第25a條的租稅優惠裡，而指責基本法第3條第1項被侵害，則是合法的。

a)在1 BvR 1748/99的程序中，憲法訴願人們的表達，已達到法定說明理由的要求，質言之，自電力稅法第9條第3項、第10條第1項與第2項之規定而來的不同的負擔，導致在市場上

競爭的營利性和營業用的冷凍庫之間的競爭扭曲。對製造業減免其通常的租稅負擔，對被優惠的企業的價格設定有所影響，藉此對冷凍貨物的市場條件有所影響，進而劣化了憲法訴願人們的市場機會，是有可能的。

指責在營利性和營業用的冷凍庫之間的違反平等的競爭扭曲也侵害了憲法訴願人們的基本法第12條第1項的職業自由的程序合法性，則尚未肯定，蓋基本法第12條第1項的保護範圍並不如基本法第3條第1項的適用範圍來的寬廣。

b)在1 BvR 905/00的程序裡，指責石油稅法第25條、第25a條侵害了基本法第3條第1項，同樣是合法的，儘管憲法訴願人們並未說明他們和製造業直接處於競爭關係。但是，其已指出了德國的運輸業如同被優惠的經濟單位一般遭受相同的外國競爭壓力，而且他們因為國際競爭地位在同樣的範圍如同製造業一般都需要被補貼，此等說明則已足夠。由是，憲法訴願人們最後指責立法者並未一貫地貫徹其經濟扶助的引導目的，反而在可相比較的出發點上，對其企業作不平等的對待，並對優惠的範疇作不平等的決定。

C.憲法訴願實體無理由

憲法訴願無理由。

I.平等原則與租稅法

1.從基本法第3條第1項的一般平等原則，依規範對象和區別標準之不同，對立法者產生從單純的恣意禁止一直到嚴格的比例原則要求的拘束等寬嚴不同的界限。對人群之間作不同對待時，立法者常被嚴格地拘束。這在當對事物作不同對待時會間接造成對人群的不同對待時，亦適用之。聯邦憲法法院在此詳細地審查，是否對系爭的不同對待存在著適當類型和足夠分量的理由，可以正當化其不平等法律效果（參照BVerfGE 88, 87 [96 f.]; 95, 267 [316 f.]; 101, 54 [101]）。

2.對租稅法的事務領域，一般平等原則保證立法者平等分配租稅負擔（參照BVerfGE 35, 324 [335]; stRspr）。租稅負擔的界限，既不與課稅的目的，亦即以財政手段供應國家預算以支應一般國家任務的財務，亦非來自於租稅收入的使用有所連結。對課稅平等而言，取決於各個租稅的個別特性。在間接稅，並不只自限於藉著負擔基礎的平等公正的要求去使租稅債務人盡可能平等負擔的思想（參照BVerfGE 21, 12 [27]）。毋寧也在於，將那些最後－經過一層或多層的交易轉介之後－應負擔間接稅的終端消費者，亦列入考量。

在此，亦需考量租稅法通常會涉及經濟生活的大量事件。為求切實可行，它必需把那些會得到同一租稅法上效果的事實類型化，而且藉此在廣泛的範圍裡忽略那些不只是個案中，

有時甚至是整個團體的特殊性。當然，對納稅人而言，在經濟上不平等的效果不允許過分提高。毋寧，租稅類型化的好處必須與因類型化所必然帶來的租稅負擔之不平等，立於正當的關係（參照BVerfGE 21, 12 [27]）。

3.立法者原則上亦得運用其租稅立法的權限，以達引導之效果。他不只可以採取要求與禁止的手段，也可以透過間接的行為引導而對經濟或社會有所影響。立法者以無法律拘束的方式要求人民為特定的行為，質言之，透過對不欲發生的行為課予特別的負擔，或透過對一個期待發生的行為給予租稅減免，給予人民以動機，使其自己決定採取特定的作為或不作為（參照BVerfGE 98, 106 [117] m.w.N）。在此租稅引導容忍其引導目的未必能有效達成，而只是一個接近目的的機制（參照BVerfGE 98, 106 [121]）。

租稅法律若亦得以容許之方式謀求引導目的者，該引導目的必須被一個可認可的立法者決定所承擔（參照BVerfGE 105, 73 [112 f.]），而且要平等正當地形成（參照BVerfGE 93, 121 [148]; 99, 280 [296]; stRspr）。在此，犧牲環境公共利益求取企業在德國營業，這種在生態上令人憂慮的好處不必持續地保持著。倘立法者透過所期望的租稅消費構成要件的較高負擔去創造一個激勵，以限制生態上不欲發生的行為者，基本法第3條並不禁止立法者去顧及特別艱困的競爭地位而補貼那些相關的企業（參照BVerfGE 93, 319 [349 f.]）。

4.若立法者希望扶助獎掖人民一個特定的，基於經濟的、社會的、環境的或社會政策的原因而被期待的行為時，他有很大的形成自由。立法者可以廣泛自由地決定，那些人或那些企業應該被透過國家的財政資助而被獎掖（參照BVerfGE 17, 210 [216]; 93, 319 [350]）。雖然立法者在此被平等原則所拘束。但這僅僅意謂著，立法者不允許依照非事理的觀點，亦即非恣意地分配其給付。取向於事理的觀點對立法者提出的要求甚為廣泛，只要該規則並未取向於各該生活事實中違背生活經驗的價值，此尤以因該措施而獲優惠之人的範圍已被事務正當地限制時，更是如此（參照BVerfGE 17, 210 [216]; 亦涉及BVerfGE 12, 354 [367 f.]）。如果立法者不用直接財政資助的方式，而代之以租稅法的補貼時，這個考量亦有適用（並參照Starck, in: v. Mangoldt/lein/tarck, Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 187; Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, § 19 Rn. 74）。

II.生態稅法違背平等原則

依前文提出之標準，電力稅法第9條第3項、第10條第1項與第2項，以及石油稅法第25條、第25a條並未違

反基本法第3條第1項之規定。立法者並非不得基於確保德國經濟地位的利益而以優惠構成要件保障製造業免於因從1999年4月1日起開徵電力稅和提高燃料油的石油稅而被引起的競爭劣勢。

1.系爭電力稅法與石油稅法的公課是－與1 BvR 905/00程序裡憲法訴願人的觀點適相反對－基本法意義下的租稅。這些租稅建立一項對所有符合稅法構成要件的所有人的共同負擔。課徵租稅與個人的對待給付無關，它帶來收入以支應國家任務的財政需求(參照BVerfGE 98, 106 [123])。

連接租稅收入與降低退休保險保險費二者，並不違背將電力稅與石油稅歸類為租稅。在生態租稅改革引入法草案提案說明裡所提及的（參照BTDrucks 14/40, S. 2; 並參照BTDrucks 14/1524, S. 1 及BTDrucks 14/1668, S. 1）並且在社會法第六篇第213條第4項之中再次規定的收入使用連結，並無任何憲法上的疑慮。雖然生態租稅改革引入法，建立一個在租稅優惠（電力稅法第10條第2項，石油稅法第25a條第3項與第4項）與以降低退休保險保險費的方式對被電力稅與石油稅優惠的企業減免負擔之間的關聯。但是收入的目的拘束在憲法上卻無疑慮。總的來說，預算完全涵蓋原則不具憲法位階。本原則是否毫無限制地適用，尚未確定。最多只有在目的拘束已達不可接受的程度時，才可以接受－可能違憲的－限制預算立法者的處置安排自由（參照BverfGE 93, 319 [348]）。對此，目前尚未形成一致之意見。

2.電力稅與石油稅是基本法第106條第1項第2款意義下的消費稅。它們連結電力與石油的消費，而且會轉嫁出去。

電力稅的成立要件－依據電力稅法第5條第1項之規定，從供電網路獲得電力者，課徵電力稅－和石油稅的成立要件－依據石油稅法第9條第1項之規定，在自由市場中運送或提領石油，應課徵石油稅－都指出，並不是企業生產電力與石油的活動要被課稅，而是消費此等經濟財貨的活動才被課稅。這個稅對電力供應商或石油倉庫的擁有者課徵，而此等人是為了一般的需求而提供此等財貨的；他們是租稅債務人。但這個稅捐卻會轉嫁到消費者身上（參照BVerfGE 98, 106 [124]）。在此，有會計計算上的轉嫁可能性，亦即租稅債務人可以把他已支出的稅額列為自己支出的會計計算，並且可以採取適當的措施－提高價格、提高營業額或降低其他支出－以維持其企業的經濟性，即已足夠（參照BVerfGE 31, 8 [20]）。對租稅債務人而言，提供讓他有從依據立法者的設想最後應負擔該租稅的人那裡取得自己已繳納的稅額的法律保障，並非

必要（參照BVerfGE 14, 76 [96]; 27, 375 [384]; 31, 8 [20]）。當租稅被設計為從納稅義務人轉嫁到租稅承擔人的租稅負擔轉嫁，就已足夠，即使該租稅轉嫁並未在一切個案中都切實發生，亦然。

倘若應納消費稅的貨物用供製造消費財，或是－如憲法訴願人們一般－用供提供服務，即已滿足消費稅典型轉嫁可能性，當首先被課予負擔的企業消費者未被禁止，把消費稅的負擔列入其所製造產品的價格裡，並且把租稅負擔作為價格的一部經過一層或多層的交易層次轉嫁予終局消費者。在此，對企業性消費者的消費稅負擔的經濟上轉嫁可能性，事實上是否真能徹底地實現，亦非所問。特別並不要求，消費稅的負擔透過貨物價格或服務的對價能夠被轉嫁。消費稅的概念，在傳統德國稅法的意義裡，不只僅指涉對「最後」消費者的貨物而課稅，易言之，僅對私人領域的消費課稅，同時也涉及製造的領域。並不存在禁止把消費稅連結在製造工具上的法律原則（參照BFHE 141, 369 [372 f.]; 並參照BVerfG, Beschlüsse des Vorprüfungsausschusses vom 17. September 1985 - 1 BvR 1261/84 -, Information StW 1985, S. 575, und vom 17. September 1985 - 1 BvR 1260/84 -, DStZ/E 1985, S. 334; 亦請參照BFHE 164, 148 [151] sowie Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags zum Entwurf eines Mineralöl- und Branntweinsteuer-Änderungsgesetzes 1981, BTDrucks 9/167, S. 6）。毋寧，德國稅法向來就有對原料課徵消費稅，例如19世紀時所課徵的麥芽漲價（Malzaufschlag）或是麥芽糖漿稅（參照Deutsches Staats-Wörterbuch, 6. Band, 1861, S. 3 f.）。

3.立法者藉著引入電力稅和提高石油稅來謀求引導目的，並未違背任何憲法的考量。有意識的對特定的消費稅構成要件提高負擔，也可以透過特別是環境目的來正當化。

在吾人面前的引導目的是一個立法者可辨識的決定。從電力稅與石油稅的規定的整體觀之，生態動機的引導目的顯示著，透過使能源使用變得昂貴而提供一個節省能源的動機，藉此來謀求一個較好的環境效果。從立法資料，特別是從生態租稅改革引入法草案的立法理由（參照BTDrucks 14/40, S. 1, 9）、決議建議（Beschlussempfehlung，BTDrucks 14/40, S. 1, 2）和德國聯邦眾議院財政委員會報告（參照BTDrucks 14/440, S. 9 ff.）可知，立法者的目的非常清楚，要讓使用環境財變得昂貴，並減輕工作因素的負擔。透過生態租稅改革繼續發展法，立法者已確認生態租稅改革的原則，質言之，立法者在特定的範圍

裡，已確認石油稅法第25條與第25a條對製造業以及對農業企業的優惠（參照BTDrucks 15/21, S. 1）。

謀求這個目的是正當的。它屬於立法者環境與工作市場政治決定自由的範圍。

4.電力稅與石油稅法不只依照消費財的類型，而且也依照被要求的企業的類型來作區別規定。在此，依照電力稅法第9條第3項、第10條第1項與第2項，與石油稅法第25條、第25a條與其他規定，相較於其他經濟單位，被優惠的是製造業。這個不同對待是租稅優惠。

a)消費稅所處理的是消費者在使用所得與使用財產中所彰顯的消費者的租稅納稅能力（參照BVerfGE 98, 106[124]）。作為間接稅，其所重者並非消費者的人格特徵，而是保持在市場上匿名的消費者，因為課予負擔的決定並非依據消費者來決定，而是依據應稅貨物。當消費稅負擔透過價格－可能經過多層交易層次－被轉嫁出去，而且在實際上，該租稅負擔是否確實由終局消費者來負擔一節並不明確時，這一規則仍有適用。因為消費稅依其本質可將納稅義務人之租稅負擔轉嫁予終局消費者（參照BVerfGE 14, 76 [95 f.]; 27, 375 [384]; 31, 8 [20]）。這種稅捐只是為了簡便的緣故，始向應稅貨物的分配者或製造人課徵。但是它在經濟上並不應由納稅義務人，而應由消費者來承擔。

電力稅與石油稅亦以此設計為基礎。至少在一般的情形下，立法者乃是設定著，電力稅與石油稅的租稅負擔會成功地轉嫁予消費者。否則在此藉著開徵電力稅與提高石油稅所想謀求的引導目的，亦即藉著對能源課稅鼓勵消費者去作有環境意識的行為，將不能達到相對人，而只能空轉。

b)藉著生態稅，立法者不僅想針對企業消費者，也想針對私人消費者。特別是立法者對製造要素，亦即能源，有利於工作要素而課稅的觀點，可以證明此點。立法者藉著開徵電力稅與提高石油稅所想謀求的要求，亦即希望節約有價值的能源並且藉此愛護環境，當消費有相同的環境傷害時，符合原則上合乎平等的負擔。

c)電力稅法第9條第3項和第10條第1項與第2項之規定，並非連結著消費，而是連結著消費者，而且並不承擔生態目的。這是一個隱身於租稅裡的補貼。製造業為了營業目的而獲得有租稅優惠的電力（電力稅法第9條第3項）和藉由尖鋒平衡進一步減少已打折的電力稅率（電力稅法第10第1項與第2項）的可能性，作為企業的補貼，基於一般平等原則的觀點，在憲法上並無可指摘。

aa)決定那些人或那些企業應被扶助時，立法者有廣泛的自由。當然因為平等的要求，補貼也必需有助於

公益（參照BVerfGE 78, 249 [277 f.]）。國家提供其給付，不得依據不合事理的標準。合乎事理的區別觀點，在廣泛的範圍內仍給予立法者以要求；只要規則未取向於那些與各該生活事實中違背生活經驗的評價，特別是因該措施而獲優惠之人的範圍已被事務正當地限制時尤甚，即不能指摘其違背憲法（參照BVerfGE 17, 210 [216]; 93, 319 [350]）。

bb)立法者嘗試以電力稅的優惠構成要件去排除對受優惠的企業或營業的國際競爭能力的傷害（參照BTDrucks 14/40, S. 12; BTDrucks 14/440, S. 17; BTDrucks 15/21, S. 1）。在德國製造並且可在國際上交易的貨物的國際競爭地位的劣化應該被避免，危及德國經濟地位應該被阻止，工作機會外移到國外亦應被抵抗。

藉此，立法者停留在他現有的形成空間的範圍裡。他可以追求多種公益目的，並且自事理的觀點，把不同的目的視為對不同團體的行為而言的重要之點。他可以基於經濟的、社會政策的和生態的考量作區別待遇，而不違反一般平等原則，只要其那些區別對待具有所聲稱的理由。在此，立法者已經以可允許的方式把一些重要的經濟重要性認為較－藉生態稅所想追求的－一般環境政策的事件為優先。

cc)同樣電力稅法第9條第3項在選擇被優惠的企業時，亦不得指摘其違背憲法。立法者已經合事理地限縮了被優惠人的範圍了。

被優惠和未被優惠的行業，乃依國際競爭的類型、架構、創造價值程序和出發地位明顯地區分。製造業和農業的特徵乃在於製造與銷售貨物（實體貨物）。於此，相關的行業由於所製造之貨物具有世界性的交易可能性，特別置身於外國的競爭裡。未被優惠的經濟單位本質上屬於服務業的專業範圍。服務業的一個典型特徵是「製造」與「消費」的同時性。「製造」的直接的、高度屬人性的工作給付描繪了服務業的本質內容（Gabler, Wirtschaftslexikon, 15. Aufl. 2000, Band 1, S. 725 Stichwort: Dienstleistngen）。因此服務業作為無體財，而與實體貨物的高度位置拘束有所區別（參照Corsten, Dienstleistungproduktion, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 5. Aufl. 1993, Teilband 1, Sp. 765 [775]）。

以上，服務行業並非如同製造業立於相同程度的國際競爭中。雖然在現代的經濟中，已經注意到服務業的「製造」與「消費」二者在時間和空間的不連結（Entkoppelung）。所謂無拘束的服務，特別是產品和企業相關的服務，大致上是財務服務和技術服務，例如研究和發展、資訊處理、技術計劃與建議均屬之，越來越重要

。然而，對服務業的專業範圍而言，現在這個發展並未導致一個與任何一個製造業相同的國際競爭地位。因此立法者可以接受，與貨物適相反對，服務業並不是以相同的方式可以從事國際交易的。憲法訴願人們由於溫度敏感的貨物的運輸能力，而在特定的範圍裡與外國的業者立於國際競爭地位一節，立法者可以忽略不計。

根據相同的理由，限制製造業的租稅補償的請求權，亦即尖鋒平衡，在憲法上並無疑慮。藉著引入補償請求權，立法者嘗試去確保，因為引入電力稅法而被影響重大的能源密集的企業，不會在可負擔的自付稅額之外更被加諸負擔（參照 BTDrucks 14/440, S. 16）。立法者這樣僅僅把製造業由於其國際競爭地位以及－典型的－通常高能源需求而認為其特別需要補貼的情況，並未違反該經濟單位裡經濟出發點的違背生活經驗的評價。

dd)同樣也基於這個冷凍服務的供給與需求的競爭的觀點，也沒有違背平等原則可言。

(1)倘若憲法訴願人們認為他們在和製造業的冷凍庫的競爭中，與和相同市場層次的企業的競爭中被歧視，因為這個－電力稅被優惠的－自由冷凍設備提供到市場上而且儲藏了他人的貨物，憲法訴願人們這樣的看法是法律上不適當的。電力稅法並不容許此等製造業的優惠。依據電力稅法第9條第3項和第10條之規定，這個經濟單位只可以為了自己營業的需要而獲得租稅優惠的電力。因此，有害於服務業競爭的他人服務，自然不得得到租稅優惠的電力。藉此可避免製造業依恃其租稅優惠的電力而在自己的營業用冷凍庫中對陌生第三人提供冷凍服務，而與憲法訴願人在電力稅優惠上有所競合。這是行政機關的任務，透過適當的措施去避免製造業不正當地獲得優惠的電力。

(2)同樣的，去指責電力消費的不同的租稅負擔會致生扭曲競爭而不利於營利性冷凍庫經營者，因為製造業大幅建造自己的冷凍庫，也是錯誤的。製造業決定建造自己的冷凍設備，是基於一個沒有法律意義的觀點，只要該設備並不供儲藏他人的貨物的話。製造業為儲藏自己的貨物而建造自己的冷凍設備，僅僅表示返回製造鏈上先前透過向外尋求冷凍倉儲設備而委託予冷凍業者的部分而已，而該部分－質言之，重新進入製造程序－本身並不會與營業冷凍業者相互競爭。此外，憲法訴願人們並未能證明，營利性冷凍庫的倉儲程度有所減少。在對德國冷凍庫協會的聽審以及聯邦憲法法院詢問工商業公會時，憲法訴願人們的上述表達亦未能被證明。上開公會曾指出，營利性冷凍庫的倉儲容量－雖然倉儲較少滿載－在最近6年

的時間裡並未減少，反而有增加的趨勢。依照這個答覆，營業性冷凍的部門並無值得一提的擴大。營利性冷凍庫的倉儲設備－其倉儲滿載程度部分減少，但部分卻有所改善－，在引入電力稅以來，並未本質地改變。

d)在石油稅法第25條與第25a條中的石油稅的優惠構成要件，與上述相同，區別－被優惠的－製造業與－未被優惠的－經濟單位。這個區分也導致一個製造業關於石油作為燃料的租稅帶來的優惠，而且藉此導致一個由租稅帶來的補貼。

製造業為營業目的而得到租稅優惠的石油作為燃料（石油稅法第25條），以及在尖鋒平衡之外更進一步獲得打折的石油稅負擔（石油稅法第25a條）的可能性，從憲法的角度而言無可指摘。

aa)立法者對石油作為燃料與作為機械動力使用課予不同租稅負擔的情形，並未違反平等原則。石油作為燃料使用，和作為機械動力使用，有基本的不同，因此其區別課稅是沒有問題的。這二種類型的使用不能要求平等待遇。毋寧，這裡涉及－對此，聯邦財務法院在其意見書中亦指出此點－二種租稅對象，其不同性可以獲得對不同租稅負擔的理由和尺度。

bb)若憲法訴願人們指摘該不平等待遇是以補貼目的之觀點，質言之，立法者稱之為為了平衡國際競爭劣勢而補貼，依據事理這將意味著，機械動力燃料對運輸業而言具有如同石油作為燃料油對製造業相同的營業經濟意義，藉著這個目的，憲法訴願人們關於國際競爭也擁有法律上重要的公共性。以上也未違反一般平等原則。從對一個團體的租稅優惠，根據基本法第3條第1項，並不能導出對另一個團體請求另外一個租稅優惠之權利，而該租稅優惠其經濟上會致生足以相提並論的減免負擔。在此，是否會有例外，仍不確定。因為在此無論如何並無足以規定例外之根據。在消費一個和同一個經濟財，如同電力稅的情形裡，會發現在服務業與製造業之間所作出的區別與平等原則相符（C. II. 4. c） cc））。

本判決就B. 1. a)的部分，以7比1通過，其餘部分則為一致通過。

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

附錄

德意志聯邦共和國基本法

1945.5.23 公布
1955.3.15 施行
1994.10 最新修訂
1995.11.3 修訂
1997.10.20 修訂
1998.3.26 修訂
1998.7.16 修訂
2000.11.29 修訂
2000.12.19 修訂
2001.11.26 修訂
2002.7.26 修訂
2006.8.28 修訂
2010.7.21 修訂
朱建民原譯
陳沖增譯
張桐銳增譯
林子平增譯
李震山增修
楊子慧增譯

（資料來源
Quelle: http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/gg）
李建良部分增修（序言、1, 2, 3, 4, 5, 6, 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c）

序 言

我德意志人民，認識到對上帝與人類所負之責任，願以身為聯合歐洲中平

等之一員致力於世界和平，依其制憲權力制定本基本法。

巴登－符騰堡（Baden-Württemberg）、巴伐利亞（Bayern）、柏林（Berlin）、布蘭登堡（Brandenburg）、布萊梅（Bremen）、漢堡（Hamburg）、黑森（Hessen）、梅克倫堡－前波莫瑞（Mecklenburg-Vorpommern）、下薩克森（Niedersachsen）、北萊茵－威斯伐倫（Nordrhein-Westfalen）、萊茵蘭－伐爾茲（Rheinland-Pfalz）、薩爾蘭（Sarrland）、薩克森（Sachsen）、薩克森－安哈特（Sachsen-Anhalt）、什勒斯維希－霍爾斯坦（Schleswig-Holstein）及圖林根（Thüringen）各邦之德意志人民在其自由之自主決定下，已完成德國之統一與自由。因此，本基本法適用於全體德意志人民。

第一章　基本權利

第　一　條　一、人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家權力之義務。

二、德意志人民承認不可侵犯與不可讓與之人權，為一切人類社會以及世界和平與正義之基礎。

三、以下基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利。

第　二　條　一、人人於不侵害他人之權利或不牴觸憲政秩序或道德規範(Sittengesetz)之範圍內，享有自由發展其人格之權利。

二、人人享有生命權及身體不受侵犯之權利。人身自由不可侵犯。此等權利僅得基於法律干預之。

第　三　條　一、法律之前人人平等。

二、男女平等。國家應促進男女平等之實際貫徹，並致力消除現存之歧視。

三、任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰、宗教或政治觀而受歧視或享特權。任何人不得因其身心障礙而受歧視。

第　四　條　一、信仰與良心之自由及宗教與世界觀表達之自由不可侵犯。

二、不受妨礙之宗教儀式應受保障。

三、任何人不得被迫違背其良心，服持武器之兵役。其細則由聯邦法律定之。

第　五　條　一、人人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，

並有自一般公開之來源接受資訊而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。事前檢查制度不得設置。

二、前項權利之界限在一般法律之規定、保護青少年之法律規定及個人名譽之權利。

三、藝術與學術、研究及講學均屬自由。講學自由不得免除對憲法之忠誠。

第 六 條 一、婚姻與家庭應受國家之特別保護。

二、撫養與教育子女為父母之自然權利，亦為其至高義務，其行使應受國家監督。

三、於養育權利人不能盡其養育義務，或因其他原因子女有被棄養之虞時，始得基於法律違反養育權利人之意志，使子女與家庭分離。

四、凡母親均有請求受國家保護及照顧之權利。

五、非婚生子女之身體與精神發展及社會地位，應由立法給予與婚生子女同等之條件。

第 七 條 一、整個教育制度應受國家之監督。

二、子女教育權利人有權決定其子女是否接受宗教教育。

三、宗教教育為公立學校課程之一部分，惟無宗教信仰之學校不在此限。宗教教育在不妨害國家監督權之限度內，得依宗教團體之教義施教，教師不得違反其意志而負宗教教育義務。

四、設立私立學校之權利應保障之。私立學校代替公立學校者，應經國家之許可並服從各邦法律。私立學校如其教育目的與設備及教導人員之學術訓練不遜於公立學校，並對於學生不因其父母之財產情況而加以區別者，應許可其設立。如其教導人員之經濟上與法律上地位無充分保障者，不得許可。

五、私立國民學校唯有教育行政機關認其設立具有特殊教學利益時，或經兒童教育權利人之請求以之作為鄉鎮公學（Gemeinschaftsschule）、宗教潛修或理想實踐學校（Bekenntnis-oder Weltanschauungsschule）時，而該鄉鎮（Gemeinde）又無此類公立國民學校時，始得准其設立。

六、先修學校（Vorschule）禁止設立。

第 八 條 一、所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。

二、露天集會之權利得以立法或根據法律限制之。

第 九 條 一、所有德國人均有結社之權利。

二、結社之目的或其活動與刑法牴觸或違反憲法秩序或國際諒解之思想者，應禁止之。

三、保護並促進勞動與經濟條件之結社權利，應保障任何人及任何職業均得享有。凡限制或妨礙此項權利為目的之約定均屬無效；為此而採取之措施均屬違法。依第十二條之一、第三十五條第二、三項、第八十七條之一第四項，以及第九十一條所採之措施，其主旨不得違反本項所稱結社保護並促進勞動與經濟條件所為之勞工運動。

第 十 條 一、書信秘密、郵件與電訊之秘密不可侵犯。

二、前項之限制唯依法始得為之。如限制係為保護自由民主之基本原則，或為保護聯邦或各邦之存在或安全，則法律得規定該等限制不須通知有關人士，並由國會指定或輔助機關所為之核定代替爭訟。

第 十一 條 一、所有德國人在聯邦領土內均享有遷徙之自由。

二、此項權利唯在因缺乏充分生存基礎而致公眾遭受特別負擔時，或為防止對聯邦或各邦之存在或自由民主基本原則所構成之危險，或為防止疫疾、天然災害或重大不幸事件，或為保護少年免受遺棄，或為預防犯罪而有必要時，始得依法律限制之。

第 十二 條 一、所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得依法律管理之。

二、任何人不得被強制為特定之工作，但習慣上一般性而所有人均平等參加之強制性公共服務，不在此限。

三、強迫勞動僅於受法院判決剝奪自由時，始得准許。

第十二條之一 一、男性自年滿十八歲起，有在軍隊、聯邦邊境防衛隊或民防組織服事勤務之義務。

二、任何人基於良心理由而拒絕武裝之戰爭勤務者，得服代替勤務。其期限不得逾兵役期限，其細則以法律定之，該法律不

得有礙良心判斷之自由，並應規定與軍隊及聯邦邊境防衛隊無關之代替勤務之機會。

三、應服兵役而未受徵服第一、二項所稱之任何一項勤務者，得於防衛情況時依法服事以防衛為目的之民事勤務，包括保護平民；至於公法上之勤務，則僅限於為警察之警戒勤務或僅能藉公法勤務始能完成之公共行政事務。本項第一段所稱之工作，得為武裝部隊中類同公共行政之補給事務；至於被指派擔任補給平民之工作，僅於生活上急切需要或為保障其安全時，始得允許。

四、在防衛事件中，民事衛生及醫療事務，以及固定地點之軍事醫護組織中民事勤務之需要，如無從以自願方式支應時，則十八足歲至五十五足歲之婦女得依法受徵服事該項勤務，（但）絕對不得課予其從事武裝勤務之義務。

五、防衛事件發生前，第三項所稱之勤務僅得依第八十條之一第一項之標準為之。為準備第三項所稱之勤務而有特別知識及技能之需要時，得依法強制參加訓練活動，但本項第一段之規定不適用之。

六、防衛事件發生時，第三項第二段所稱範圍之勞動力如不能以自願方式支應時，則為確保該項需要，得依法限制德國人民之自由、業務執行或工作地點。防衛事件發生前，適用第五項第一段之規定。

第 十三 條　一、住所不得侵犯。

二、搜索唯法官命令，或遇有緊急危險時，由其他法定機關命令始得為之，其執行並須依法定程序。

三、根據事實懷疑有人犯法律列舉規定之特定重罪，而不能或難以其他方法查明事實者，為訴追犯罪，得根據法院之命令，以設備對該疑有犯罪嫌疑人在內之住所進行監聽。前開監聽措施應定有期限。前述法院之命令應由三名法官組成合議庭（Spruchkörper）裁定之。遇有急迫情形（bei Gefahr im Verzuge），亦得由一名法官裁定之。

四、為防止公共安全之緊急（dringend）危險，特別是公共危險或生命危險，唯有根據法院之命令，始得以設備對住所進行

監察。遇有急迫情形，亦得依其他法定機關之命令為之；但應立即補正法院之裁定。

五、僅計畫用以保護派至住所內執行任務之人而為監察者，得依法定機關命令為之。除此之外，由此獲得之資料，只准許作為刑事訴追或防止危險之目的使用，唯須先經法院確認監察之合法性；遇有急迫情形，應立即補正法院之裁定。

六、聯邦政府應按年度向聯邦議會報告有關依前三項規定執行監察之情形。由聯邦議會選出委員會根據該報告進行議會監督。各邦應為同樣的議會監督。

七、除上述情形外，除為防止公共危險或個人生命危險，或根據法律為防止公共安全與秩序之緊急危險，尤其為解除房荒、撲滅傳染疾病或保護遭受危險之少年，不得干預與限制之。

第 十四 條　一、財產權及繼承權應予保障，其內容與限制由法律規定之。

二、財產權負有義務。財產權之行使應同時有益於公共福利。

三、財產之徵收，必須為公共福利始得為之。其執行，必須根據法律始得為之，此項法律應規定賠償之性質與範圍。賠償之決定應公平衡量公共利益與關係人之利益。賠償範圍如有爭執，得向普通法院提起訴訟。

第 十五 條　土地與地產、天然資源與生產工具，為達成社會化之目的，得由法律規定轉移為公有財產或其他形式之公營經濟，此項法律應規定賠償之性質與範圍。關於賠償，適用本基本法第十四條第三項第三、四兩段。

第 十六 條　一、德國人民之國籍不得剝奪之。國籍之喪失須根據法律，如係違反當事人之意願時，並以其不因此而變為無國籍者為限。

二、德國人民不得引渡於外國，在符合法治國原則的情況下，得以法律就引渡至歐盟會員國或國際法庭為其他規定。

第十六條之一　一、受政治迫害者，享有庇護權。

二、由歐洲共同體之成員國或由一個保障關於難民法律地位之協約或歐洲人權公約有其適用之第三國入境者，不得主張第一項所定之權利。歐洲共同體成員國以外，符合第一句所定要件之國家，以須經聯邦參議院同意之法律定之。在第一句所定之情形，終結居留之措施不因對其提起法律定之。在第一

句所定之情形，終結居留之措施不因對其提起法律救濟而停止執行。

三、基於法律狀況、法律適用及一般的政治關係，而顯示出有保障人民不受政治迫害及非人道或侮辱性處罰或處置之國家，得以須經聯邦參議院同意之法律規定之。由此等國家入境之外國人，除其舉出確受政治迫害之事實外，推定為未受迫害。

四、在第三項所定情形及申請庇護為顯無理由可視為顯無理由者，終結居留措施之執行僅於對此等措施之合法性有顯著之懷疑時，始得經由法院中止之；審查範圍得受限制且事後之請求應不予考慮。其細節以法律定之。

五、歐洲共同體成員國相互間之其與第三國所締結之國際條約，係尊重於締約國內應予適用之有關難民法律之協約與歐洲人權公約，而所締結之國際條約中規定審查庇護申請之管轄與庇護決定之相互承認者，第一項至第四項之規定不得與之牴觸。

第 十七 條　人民有個別或聯合他人之書面向該管機關及民意代表機關提出請願或訴願之權利。

第十七條之一　一、有關兵役及代替勤務之法律得規定，對於軍隊及代替勤務之服役人員於服役或從事代替勤務之期間，限制其以語言、文字及圖畫自由表示及傳布意見之基本權利（第五條第一項）、集會自由之基本權利（第八條）及請願之權利（第十七條），但得規定許其聯合他人提出請願及訴願。

二、有關國防及保護平民之法律得規定限制遷徙之基本權利（第十一條）及住宅不可侵犯權（第十三條）。

第 十八 條　凡濫用言論自由，尤其是出版自由（第五條第一項）、講學自由（第五條第三項）、集會自由（第八條）、結社自由（第九條）、書信、郵件與電訊秘密（第十條）、財產權（第十四條）、或庇護權（第十六條之一），以攻擊自由、民主之基本秩序者，應剝奪此等基本權利。此等權利之剝奪及其範圍由聯邦憲法法院宣告之。

第 十九 條　一、凡基本權利依本基本法規定得以法律限制者，該法律應具有

一般性，且不得僅適用於特定事件，除此該法律並應具體列舉其條文指出其所限制之基本權利。

二、基本權利之實質內容絕不能受侵害。

三、基本權利亦適用於國內法人，但以依其性質得適用者為限。

四、任何人之權利受官署侵害時，得提起訴訟。如別無其他管轄機關時，得向普通法院起訴，但第十條第二項後段之規定不因此而受影響。

第二章　聯邦與各邦

第 二十 條　一、德意志聯邦共和國（Bundesrepublik Deutschland）為民主、社會之聯邦國家。

二、所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。

三、立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。

四、凡從事排除上述秩序者，如別無其他救濟方法，任何德國人皆有權反抗之。

第二十條之一　國家為將來之世世代代，負有責任以立法，及根據法律與法之規定經由行政與司法，於合憲秩序範圍內保障自然之生活環境及動物。

第二十一條　一、政黨應參與人民政見之形成。政黨得自由組成。其內部組織須符合民主原則。政黨應公開說明其經費與財產之來源與使用。

二、政黨依其目的及其黨員之行為，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲。至是否違憲，由聯邦憲法法院決定之。

三、其細則由聯邦立法規定之。

第二十二條　一、德意志聯邦共和國之首都為柏林。首都之整體國家代表性，為聯邦之任務。其細節由聯邦法律定之。

二、聯邦國旗為黑、紅、金三色。

第二十三條　一、為實現歐洲之聯合，德意志聯邦共和國參與歐洲聯盟之發

展，該歐洲聯盟遵從民主、法治國、社會及聯邦原則與補充性原則，且提供與本基本法相當之基本權利保障。為此目的，聯邦得經聯邦參議院之同意，依據法律將高權移轉行使。歐洲聯盟之成立及其基礎條約與相關規定之修改，致基本法之內容應予修改或補充，或可能修改或補充者，準用第七十九條第二項及第三項之規定。

一之一、歐洲聯盟之立法行為牴觸補充性原則時，聯邦議會與聯邦參議院有權向歐洲聯盟法院提起訴訟。經聯邦議會四分之一議員之請求，聯邦議會有提起訴訟之義務。為行使歐洲聯盟基礎條約賦予聯邦議會與聯邦參議院之權利，得依據法律並經聯邦參議院之同意，規定第四十二條第二項及第五十二條第三項第一句之例外情形。

二、聯邦議會參與歐洲聯盟事務；各邦經由聯邦參議院參與歐洲聯盟事務。聯邦政府應廣泛且儘速向聯邦議會與聯邦參議院提出報告。

三、聯邦政府於其參與歐洲聯盟立法之前，應予聯邦議會有表示意見之機會。聯邦政府於進行協商時應考慮聯邦議會之意見。其細節以法律定之。

四、相關之內國措施，聯邦參議院應予參與或各邦對其有管轄權者，於此範圍內，聯邦意思之形成應有聯邦參議院之參與。

五、在聯邦專屬立法權之領域，如涉及各邦之利益者，或於其他領域聯邦有立法權之情形，聯邦政府應參酌聯邦參議院之意見。立法之重點如涉及各邦之立法權、邦機關之設置或其行政程序者，於此範圍內，聯邦意思之形成應以聯邦參議院之意見為準；於此聯邦之國家整體責任應予維護。將導致聯邦支出增加、收入減少之事務，應經聯邦政府之同意。

六、立法事項之重點如涉及教育、文化或廣播電視領域之各邦專屬立法權者，屬於德意志聯邦共和國基於歐洲聯盟成員國地位之權利，應由聯邦移轉予聯邦參議院指定之各邦代表行使之。此等權利之行使應與聯邦政府共同參與及決定之；於此聯邦之國家整體責任應予維護。

七、第四項至第六項之細節以法律定之，該法律須經聯邦參議院

同意。

第二十四條　一、聯邦得以立法將主權轉讓於國際組織。

一之一、各邦於其行使國家權能與履行國家任務之權限範圍內，經聯邦政府之同意，得將主權托付於周邊國際組織。

二、為維護和平，聯邦得加入互保之集體安全體系；為此，聯邦得同意限制其主權，以建立並確保歐洲及世界各國間之持久和平秩序。

三、為解決國際爭端，聯邦得加入普遍性、概括性、強制性國際公斷協定。

第二十五條　國際法之一般規則構成聯邦法律之一部分。此等規定之效力在法律上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務。

第二十六條　一、擾亂國際和平共同生活之行為，或以擾亂國際和平共同生活為目的之行為，尤其是發動侵略戰爭之準備行為，均屬違憲。此等行為應處以刑罰。

二、供戰爭使用之武器，其製造、運輸或交易均須經聯邦政府之許可。其細則由聯邦法律定之。

第二十七條　所有德國商船形成統一商船隊。

第二十八條　一、各邦之憲法秩序應符合本基本法所定之共和、民主及社會法治國原則。各邦、縣市及鄉鎮人民應各有其經由普通、直接、自由、平等及秘密選舉而產生之代表機關。於縣市與鄉鎮之選舉，具有歐洲共同體成員國國籍之人，依歐洲共同體法之規定，亦享有選舉權與被選舉權。在鄉鎮得以鄉鎮民大會代替代表機關。

二、各鄉鎮在法定限度內自行負責處理地方團體一切事務之權利，應予保障。各鄉鎮聯合區在其法定職權內依法應享有自治之權。自治權之保障應包含財政自主之基礎；各鄉鎮就具有經濟效力的稅源有稅率權（Hebesatzrecht）即屬前開財政自主之基礎。

三、聯邦有義務使各邦之憲法秩序符合基本權及第一項、第二項之規定。

第二十九條　一、為保障各邦得依其面積與產能有效履行其任務，聯邦領土得重新調整。聯邦領土之重新調整應斟酌地方團結性、歷史文

化關聯、經濟上之合目的性以及國土規劃上之需求。

二、發布重新調整聯邦領域之措施應依據須經公民複決之聯邦法律。相關各邦得陳述意見。

三、各邦中由其分出領域或部分領域而組成新邦或組成重新劃定領域之邦者，公民投票於此等各邦舉行（相關各邦）。公民投票應對於相關各邦是否維持現狀或組成新邦或重新劃定領域之問題進行表決。公民投票於將來之領域或其邦籍會隨之改變之相關各邦領域或部分領域全部，皆以多數贊成改變者，為通過組成新邦或組成重新劃定領域之邦。相關各邦有一邦之領域以多數反對改變，為不通過；但其一部分領域以三分之二之多數決定改變邦籍者除此等領域全體以三分之二之多數反對其改變外，原反對改變之公民投票對其無拘束力。

四、在一領域散及數邦且擁有超過一百萬人口之相關聯而有一定範圍之移民與經濟區域中，經其聯邦議會選舉權人十分之一之公民表決要求整體區域應有統一之邦籍者，應以聯邦法律於兩年內決定是否依第二項之規定改變邦籍，或於相關各邦舉行民意測驗。

五、此民意測驗應針對是否同意於該法中所提議之改變邦籍。該法得提出不同，但不超過兩項之民意測驗提議。多數贊成改變邦籍者，應於兩年內以聯邦法律規定是否依第二項改變邦籍。民意測驗所提出之提議獲得符合第三項第三句及第四句規定之同意者，應於民意測驗後兩年內頒布建立所提議新邦之聯邦法律，此聯邦法律不須經公民複決。

六、公民投票及民意測驗以投票數之多數為多數，但須達聯邦議會選舉權人四分之一。關於公民投票、公民表決及民意測驗之其餘細節，以聯邦法律定之；此法律得規定公民表決於五年內不得重複舉行。

七、各邦領域之其他改變得由相關各邦以國家邦約為之，或改變邦籍之領域其人口不超過五萬人者，得依須經聯邦參議院同意之聯邦法律為之。細節以須聯邦參議院及聯邦議會多數議員同意之聯邦法律定之。該法律應規定須經相關鄉鎮及縣市

陳述意見。

八、各邦對於其領域或部分領域之重新調整得不依第二項至第七項之規定，而以國家邦約規定之。相關鄉鎮及縣市得陳述意見。國家契約應於任一相關各邦經公民複決。國家契約涉及各邦之部分領域者，公民複決得僅限於此部分領域內舉行；第五句下半句之規定不適用之。公民投票以投票數之多數決定之，但須達聯邦議會選舉權人四分之一；細節以聯邦法律定之。國家契約須經聯邦議會同意。

第 三十 條　國家權力之行使及國家職責之履行，為各邦之事，但以本基本法未另有規定或許可者為限。

第三十一條　聯邦法律優於各邦法律。

第三十二條　一、對外關係之維持為聯邦之事務。

二、涉及某邦特殊情況之條約，應於締結前儘早諮商該邦。

三、各邦在其立法權限內，經聯邦政府之核可，得與外國締結條約。

第三十三條　一、所有德國人在各邦均享有同等之公民權利與義務。

二、所有德國人依其特性、能力及專業表現，享有同等服公職之權利。

三、市民權（bürgerliche Rechte）與公民權（staatsbürgerliche Rechte）之享有，服公職之權利及因服公職而取得之權利，不受宗教信仰之影響。任何人不得因其信仰或不信仰某種宗教或世界觀而受有不利。

四、公權力之行使，原則上應作為持續之任務交由具有公法上勤務及忠誠關係之公務員為之。

五、公務人員之權利應考量職業文官（Berufsbeamtentum）制度之傳統原則予以規範，並繼續發展之。

第三十四條　任何人執行交付擔任之公職職務，如違反對第三者應負之職務上之義務時，原則上其責任應由國家或其任職機關負之。遇有故意或重大過失，應保留補償請求權。關於損害賠償及補償請求，得向普通法院提起訴訟。

第三十五條　一、聯邦及各邦之機關應相互提供法律上及職務上之協助。

二、為維護或恢復公共安全或秩序，遇有重大事件，如一邦之警

察無協助即不能或甚難完成其任務時，得請求聯邦邊境防衛隊人員或設備之協助。遇有天然災害或重大不幸事件，一邦得請求他邦警力、其他行政機關、聯邦邊境防衛隊或軍隊人員或設備之協助。

三、天然災害或重大不幸事件如危及一邦以上之地區時，如為有效處理所必要，聯邦政府得指示邦政府利用他邦之警力，或指揮聯邦邊境防衛隊或軍隊單位支持警力。聯邦政府依本項前段所採之措施應隨依聯邦參議院之要求或於危險排除後迅即取消。

第三十六條　一、聯邦最高機關之公務員（Beamte）應以適當比例選自各邦。聯邦其他機關之公務員，原則上應選自其任職之聯邦。

二、軍事法律應對聯邦之區分為邦及各邦之特殊地方環境，加以注意。

第三十七條　一、邦如未履行其依本基本法或其他聯邦法律對聯邦所負之義務，聯邦政府得經聯邦參議院之同意，採取必要措施，以聯邦強制之法，強令該邦履行其義務。

二、為執行聯邦強制，聯邦政府或其委任機關有對各邦及其機關發布命令之權。

第三章　聯邦議會

第三十八條　一、德意志聯邦議會（Bundestag）議員依普通、直接、自由、平等及秘密選舉法選舉之。議員為全體人民之代表，不受命令與訓令之拘束，只服從其良心。

二、凡年滿十八歲者有選舉權，成年者有被選舉權。

三、其細則由聯邦法律規定之。

第三十九條　一、聯邦議會依下述規定選出，任期四年。其任期至新聯邦議會集會時為止。新選舉應於任期開始後四十六至四十八個月間舉行。

二、聯邦議會應於選舉後三十日內集會。

三、聯邦議會議決其會議之結束與再開。議長得提前召開會議。有議員三分之一或聯邦總統或聯邦總理要求時，議長有義務

提前召開會議。

第 四十 條　一、聯邦議會選舉議長、副議長及書記。聯邦議會自行制定議事規則。

二、議長管轄議會大廈並在大廈內執行警察權。在聯邦議會大廈範圍內，非經議長許可，不得搜索或扣押。

第四十一條　一、審查選舉為聯邦議會之責。聯邦議會並決定其議員是否喪失議員資格。

二、不服聯邦議會之決定，得向聯邦憲法法院提出抗告。

三、其細則由聯邦法律規定之。

第四十二條　一、聯邦議會應公開舉行會議。但經議員十分之一之建議或經聯邦政府之請求，得以三分之二多數決議舉行秘密會議。此項建議之決議應以秘密會議為之。

二、聯邦議會之決議，除本基本法另有規定外，以投票之過半數決定之。聯邦議會內之選舉，議事規則得另為規定。

三、聯邦議會及其委員會公開會議之詳實報告，對外不負責任。

第四十三條　一、聯邦議會及其委員會得要求聯邦政府任何人員列席。

二、聯邦參議院議員、聯邦政府總理與閣員及其委派之人員，均得列席聯邦議會及其委員會之一切會議。上述各人有隨時陳述之權。

第四十四條　一、聯邦議會有設置調查委員會之權利，經議員四分之一建議，並有設置之義務，調查委員會應舉行公開會議聆取必要證據。會議得不公開。

二、證據調查準用刑事訴訟程序之規定。書信、郵政及電訊秘密不受影響。

三、法院及行政機關有給予法律及職務協助之義務。

四、調查委員會之決議不受司法審查。但法院對調查所根據之事實得自由評價及定斷。

第四十五條　聯邦議會應設一委員會，掌理歐洲聯盟事務，聯邦議會得授權該委員會執行聯邦議會依本法第二十三條相對於聯邦政府之權利。

第四十五條之一　一、聯邦議會應設一外交委員會及一個國防委員會。

二、國防委員會並應享有調查委員會之權利。如經其委員四分之一之建議，有對特定事項進行調查之義務。

三、第四十四條第一項，於國防事項不適用之。

第四十五條之二　聯邦議會應委派一防衛專員，以確保人民之基本權利，並協助聯邦議會施行議會監督權。其細則由聯邦法律規定之。

第四十五條之三　一、聯邦議會應設一請願委員會，掌理人民依本法第十七條向聯邦議會所提出請求與訴願之處理。

二、關於審查訴願之委員會權限以聯邦法律定之。

第四十六條　一、議員不得因其在聯邦議會投票或發言，對之採取法律或懲戒行為，亦不對聯邦議會以外負責。但誹謗不在此限。

二、非經聯邦議會之許可，議員不得因犯罪行為而被訴追或逮捕，但在犯罪當場或次日被逮捕者不在此限。

三、此外，非經聯邦議會之許可，不得對議員之個人自由加以其他限制或根據本基本法第十八條對之採取行為。

四、對議員採取任何刑事訴訟程序及本基本法第十八條所定之任何行為，任何逮捕拘禁及對其個人自由之任何其他限制，如經聯邦議會要求，應即停止。

第四十七條　議員對其以議員資格交付事實之人，或以議員資格承受事實之人，及其事實本身，有拒絕作證之權。在此拒絕作證權限內，並不得扣押文件。

第四十八條　一、競選聯邦議會議員之人，有請求給予競選必要假期之權。

二、任何人不得妨礙其就任或執行議員之職務。並不得因此預告解職或免職。

三、議員有要求適當報酬以維持其獨立之權，議員有搭乘國家交通工具免費旅行之權。其細則由聯邦法律規定之。

第四十九條　（一九七六年八月二十三日廢止。）

第四章　聯邦參議院

第 五十 條　各邦經由聯邦參議院參與聯邦立法、行政及歐洲聯合事務。

第五十一條　一、聯邦參議院由各邦政府任命及徵召之各該邦政府委員組織之，此等參議員得由各該邦政府之其他委員代表之。

二、每一邦至少應有三個投票權；人口超過二百萬之邦應有四個投票權；人口超過六百萬之邦應有五個投票權；人口超過七

百萬之邦應有六個投票權。

三、每邦得派與其投票權相同之參議員。各邦之票只能集體投之，並只能由出席之參議員或其代表投之。

第五十二條 一、聯邦參議院自行選舉議長，任期一年。

二、聯邦參議院由議長召集之。二邦以上代表或聯邦政府請求召集時，議長應召集之。

三、聯邦參議院以過半數投票決議之。聯邦參議院自訂議事規則，並以公開方式議事，但得不公開之。

三之一、為歐盟事務聯邦，參議院得成立歐洲議院，其決議視為聯邦參議院之決議；各邦應統一之投票權數依本法第五十一條第二項之規定。

四、各邦政府之其他成員或受託者得參加聯邦參議院各委員會。

第五十三條 聯邦政府總理及閣員有參加聯邦參議院及其委員會辯論之權利，如經要求，並有參加之義務。聯邦總理及閣員有隨時陳述之權利。聯邦政府應隨時向聯邦參議院報告聯邦事務之處理。

第四章之一 聯席委員會

第五十三條之一 一、聯席委員會由三分之二聯邦議會議員，及三分之一聯邦參議院參議員組織之。聯邦議會議員之選任應依各黨派之比例定之，且不得隸屬於聯邦政府。每一邦由其所指定之參議院議員一人為代表；此等參議員並不受任何指示之拘束。聯席委員會之設立及其程序由議事規則定之，該議事規則須經聯邦議會議決，並須參議院之同意。

二、聯邦政府就其國防事件之計畫應通知聯席委員會。聯邦議會及其委員會依第四十三條第一項之權利不受影響。

第五章 聯邦總統

第五十四條 一、聯邦總統（Bundespräsident）由聯邦大會（Bundesversammlung）不經討論選舉之。德國人民凡具有聯邦議會選舉而年滿四十歲者，均有被選舉權。

二、聯邦總統任期五年，連選以一次為限。

三、聯邦大會由聯邦議會議員及各邦民意代表機關依比例代表制原則選舉與聯邦議會議員同數之代表組織之。

四、聯邦大會至遲應於聯邦總統任期屆滿前三十日，遇有聯邦總統於任期屆滿前缺位，至遲應於缺位後三十日集會。聯邦大會由聯邦議會議長召集。

五、聯邦議會任期屆滿後，本條第四項第一段之限期，應自聯邦議會第一次集會起算。

六、得聯邦大會代表過半數票者，當選為聯邦總統。如兩次投票無人獲得過半數票，第三次投票得票最多者當選。

七、其細則由聯邦法律規定之。

第五十五條　一、聯邦總統不得兼任政府官吏，並不得為聯邦或各邦立法機關議員。

二、聯邦總統不得從事任何其他有給職務、經營商業或執行業務，並不得為營利事業之董監事。

第五十六條　聯邦總統就職時，應於聯邦議會及聯邦參議院議員集合之前宣誓，誓詞如下：

「余謹宣誓：願全力促進德國人民幸福，增進德國人民利益，排除德國人民災害，維護基本法及聯邦法律，盡忠職守，公平待人。願神保庇。謹誓」

宣誓得免除宗教誓詞。

第五十七條　聯邦總統因故不能視事或任期未滿缺位時，由聯邦參議院議長代行其職權。

第五十八條　聯邦總統之命令須經聯邦總理或聯邦主管部長副署始生效力。本規定不適用於聯邦總理之任免、本法第六十三條所定聯邦議會之解散及第六十九條第三項所定之要求。

第五十九條　一、聯邦總統在聯邦國際關係上代表聯邦。聯邦總統代表聯邦與外國締結條約。聯邦總統派遣並接受使節。

二、凡規律聯邦政治關係或涉及聯邦立法事項之條約，應以聯邦法律形式，經是時聯邦立法之主管機關同意或參與。行政協定適用有關聯邦行政之規定。

第五十九條之一　（一九六八年六月二十四日廢除）

第　六十　條　一、除法律另有規定外，聯邦總統任免聯邦法官及聯邦文武官

員。

二、聯邦總統代表聯邦就個別案件行使赦免權。

三、聯邦總統得以此等權力委託其他機關行使。

四、本基本法第四十六條第二項至第四項之規定，適用於聯邦總統。

第六十一條　一、聯邦議會、聯邦參議院得以聯邦總統故意違反本基本法或任何其他聯邦法律向聯邦憲法法院提出彈劾。彈劾案之動議至少須聯邦議會議員四分之一或聯邦參議院投票權四分之一之贊同，始得提出。彈劾案之決議以聯邦議會議員三分之二或聯邦參議院投票權三分之二之多數決定之。

彈劾公訴由彈劾機關委託一人行之。

二、聯邦憲法法院如認定聯邦總統故意違反本基本法或任何其他聯邦法律，得宣告其解職。彈劾程序開始後，聯邦憲法法院得以臨時命令決定停止其行使職權。

第六章　聯邦政府

第六十二條　聯邦政府（Bundesregierung）由聯邦內閣總理（Bundeskanzler）及聯邦內閣閣員（Bundesminister）組織之。

第六十三條　一、聯邦總理經聯邦總統提名由聯邦議會不經討論選舉之。

二、得聯邦議會議員過半數票者為當選。當選之人由聯邦總統任命之。

三、提名之人未能當選時，聯邦議會得於投票後十四日內以議員過半數選舉一人為聯邦總理。

四、聯邦總理如在限期內未能選出時，應立即重行投票，以得票最多者為當選。當選之人如獲得聯邦議會議員過半數之票，聯邦總統應於選舉後七日內任命為聯邦總理。當選之人如未得此過半數票，聯邦總統應於七日內任命為聯邦總理或解散聯邦議會。

第六十四條　一、聯邦內閣閣員經聯邦總理提名由聯邦總統任免之。

二、聯邦總理及聯邦內閣閣員就職時應於聯邦議會之前為本基本法第五十六條所定之宣誓。

第六十五條　聯邦總理應決定政策方針並負其責任。在此政策方針範圍內，聯邦閣員應各自指揮專管之部而負其責任。聯邦閣員意見發生爭執，由聯邦政府解決之。聯邦總理應照聯邦政府所定而經聯邦總統核可之處務規程處理政務。

第六十五條之一　國防部長對武裝部隊有命令指揮之權。

第六十六條　聯邦總理及聯邦閣員不得從事任何其他有給職務、經營商業或執行業務，未經聯邦議會之同意並不得為營利事業之董監事。

第六十七條　一、聯邦議會僅得以議會過半數選舉一聯邦總理繼任人並要求聯邦總統免除現任聯邦總理職務，而對聯邦總理表示其不信任。聯邦總統應接受其要求並任命當選之人。

二、動議提出與選舉，須間隔四十八小時。

第六十八條　一、聯邦總理要求信任投票之動議，如未獲得聯邦議會議員過半數之支持時，聯邦總統得經聯邦總理之請求，於二十一日內解散聯邦議會。聯邦議會如以其議員過半數選舉另一聯邦總理時，此項解散權應即消滅。

二、動議提出與選舉，須間隔四十八小時。

第六十九條　一、聯邦總理任命聯邦閣員一人為副總理。

二、聯邦總理或聯邦閣員之職位，在任何情形下，應隨新聯邦議會之集會而終止，聯邦閣員之職位亦隨聯邦總理之職位因其他原因終止而終止。

三、聯邦總理經聯邦總統之要求，聯邦閣員經聯邦總理或聯邦總統之要求，應繼續執行其職務至繼任人任命時為止。

第七章　聯邦立法

第 七十 條　一、本基本法未賦予聯邦立法之事項，各邦有立法之權。

二、聯邦與各邦管轄權之劃分應依本基本法有關專屬立法（ausschliessliche Gesetzgebung）與共同立法（konkurrierende Gesetzgebung）之規定決定之。

第七十一條　聯邦專屬立法事項，各邦惟經聯邦法律明白授權並在其授權範圍內，始有立法權。

第七十二條　一、於競合立法權之事項，各邦僅於聯邦未制定法律行使其立法

權時，且於範圍內，始有立法權。

二、在聯邦領域內為建立同質之生活關係，或基於整體國家之利益，為維護法律及經濟之統一性，而有以聯邦法律規範之必要者，聯邦於第七十四條第一項第四、第七、第十一、第十三、第十五、第十九之一、第二十、第二十二、第二十五及第二十六款規定之事項領域有立法權。

三、聯邦行使其立法權者，各邦得以法律就下列事項為不同之規定：

(一)狩獵事項（但不含狩獵執照法）。

(二)自然保護及景觀維護（但不含自然景觀保護之一般原則、物種保護法或海洋自然保護法）。

(三)土地分配。

(四)區域計畫。

(五)水利（但不含與產品或設施相關之規定）。

(六)大學院校入學許可及大學院校結業事項。

前句事項之聯邦法律，除須聯邦參議院同意另為規定者外，最早於公布六個月後生效。於第一句之事項，聯邦法與邦法之關係，後法優於前法。

四、聯邦法律得規定，第二項所定之必要性不存在時，聯邦法律之規定得以邦法代替之。

第七十三條　一、聯邦對於下列事項有專屬立法權：

(一)外交及國防，包括平民保護。

(二)聯邦國籍。

(三)遷徙、護照、戶籍登記與身分證照事項、入國與移民及引渡。

(四)通貨、貨幣及鑄幣、度量衡及時間與曆法之規定。

(五)關稅與通商區域之劃一、通商與航海協定、貨物之自由流通及與國外之貨品貿易及金錢交易，包括關稅保護與邊界保護。

(五)之一　保護德國文化資產免於外流。

(六)航空運輸。

(六)之一　全部或大部分屬聯邦所有財產之鐵路（聯邦鐵

路）交通、聯邦鐵路之鋪設、養護或經營，以及使用聯邦鐵路費用之徵收。

(七)郵政及電訊。

(八)聯邦與聯邦直轄公法社團法人服務人員之法律關係。

(九)營業權利保護、著作權及出版權。

(九)之一　由聯邦刑事警察機關從事之下列國際恐怖主義危險防禦案件，即存有跨邦之危險、邦警察機關顯無管轄權或邦最高官署請求接管之案件。

(十)聯邦與各邦於下列事項之合作：

1.刑事警察事項。

2.保護自由民主之基本秩序、聯邦或各邦之存續與安全（憲法保護）。

3.防制在聯邦境內使用暴力或預備使用暴力而危及德意志聯邦共和國外交利益之行為。

以及聯邦刑事警察機關之設置及國際犯罪之防制。

(十一)為聯邦目的之統計。

(十二)武器及爆裂物法。

(十三)戰爭傷患及戰爭遺族之撫卹及前戰俘之濟助。

(十四)為和平目的之核能製造及利用、為滿足上述目的之設施興建及營運，因核能或放射線外洩之危險防制，以及放射性廢料之處理。

二、依前項第九款之一制定之法律，須經聯邦參議院之同意。

第七十四條　一、下列事項屬於共同立法範圍：

(一)民法、刑法、法院組織、訴訟程序（但不含羈押執行法）、律師、公證及法律諮詢。

(二)戶籍事項。

(三)社團法。

(四)外國人停留及居留法。

(四)之一（二００六年八月二十八日廢止）。

(五)（一九九四年十月二十七日廢止）

(六)難民及被逐人之事項。

(七)公共福利（但不含養育療養院法）。

(八)（一九九四年十月二十七日廢止）
(九)戰爭損害及回復。
(十)軍人墓地、其他戰爭受害者及暴政受害者之墓地。
(十一)經濟（礦業、工業、能源、手工業、貿易、商業、銀行與證券交易、私法上保險）法。但不包括商店營業時間法、餐館旅店法、遊戲場法、真人展演法、商展法、展覽法及市場法。
(十一)之一（二００六年八月二十八日廢止）。
(十二)勞動法，包括企業組織、勞工保護與職業介紹，及社會保險，包括失業保險。
(十三)教育補助及科學研究促進之規範。
(十四)有關本基本法第七十三、七十四條規定事項範圍之公用徵收法。
(十五)土地、地產、天然資源與生產工具之轉移公有或其他形式之公營。
(十六)經濟權力濫用之防止。
(十七)農林生產之促進（但不含土地重劃法）、糧食供應之保障、農林產品之輸出輸入、遠洋與海洋漁業及海岸防禦。
(十八)都市土地交易、土地法（但不含開發受益費法）與住宅津貼法、債務清償法、住宅建築津貼法、礦工住宅建築法與礦工安置定居法。
(十九)防止有害公眾或對人畜有傳染性之疾病之措施，醫師、其他醫事職業及醫療業之許可，藥局法、藥品法、醫學產品法、醫療藥物法、麻醉藥品法與毒藥管理法。
(十九)之一　確保醫療院所之經濟狀態及醫療院所看護規則之規範。
(二十)食品（包含供作食品之動物）法、刺激性食品法、生活必需品法、飼料法、農林苗種交易保護法、植物病蟲害防制及動物保護法。
(二一)公海與沿海航運、航運標示、內陸航運、氣象服務、

海洋航道及供一般運輸之內陸水道。

(二二)陸路交通、汽車運輸事項、長程運輸道路之修建與養護、汽車用路使用規費之徵收與分配。

(二三)非屬聯邦鐵路之軌道，但不包括山嶽鐵路。

(二四)廢棄物處理、空氣污染防制與噪音防制（但不含與行為有關之噪音防制）。

(二五)國家賠償責任。

(二六)醫學上之人工生殖、遺傳訊息之研究與人為改變，以及器官、組織與細胞移植之規範。

(二七)各邦、鄉鎮及其他公法社團法人之公務員及各邦法官之權利與義務，但不包括資歷、薪俸、撫卹。

(二八)狩獵事項。

(二九)自然保護及景觀維護。

(三〇)土地分配。

(三一)區域計畫。

(三二)水利事項。

(三三)大學院校入學許可及大學院校結業。

二、依前項第二十五款及第二十七款制定之法律，經須聯邦參議院之同意。

第七十四條之一 （二〇〇六年八月二十八日廢止）

第七十五條 （二〇〇六年八月二十八日廢止）

第七十六條 一、法案應由聯邦政府、聯邦議會議員或聯邦參議院提出於聯邦議會。

二、聯邦政府之議案應先提交聯邦參議院。聯邦參議院有權於六週內對此議案表示意見。聯邦參議院如基於重大理由，特別是考慮到範圍而要求延期者，期間最長為九週。聯邦政府如認為其提交聯邦參議院之議案係例外特別緊急事件，則於三週後，或如聯邦參議院依第三句提出延期之要求，則於六週後，縱聯邦參議院之意見尚未送達；但於收受聯邦參議院之意見後，應即轉送聯邦議會。關於修改基本法之草案與依本基本法第二十三條或第二十四條之托付主權，表示意見之期間為九週；第四句之規定不適用之。

三、聯邦參議院之議案應由聯邦政府於六週內提出於聯邦議會。聯邦政府於提出時應附具其見解。聯邦政府如基於重大理由，特別是考慮到範圍而要求延期者，期間最長為九週。聯邦參議院如認為其議案係例外特別緊急事件，期間為三週，或如聯邦政府依第三句提出延期之要求，則為六週。關於修改基本法之草案與依本基本法第二十三條或第二十四條之托付主權，此期間為九週；第四句之規定不適用之。聯邦議會應於相當期間內審查此議案並作成決議。

第七十七條　一、聯邦法律應由聯邦議會通過。聯邦議會通過後應立即由聯邦議會議長提交聯邦參議院。

二、聯邦參議院得於收到法律決議三週內，請求召開聯邦議會議員與聯邦參議院參議員所組成之委員會，聯席審查該議案。此項委員會之組織與程序，由議事規則規定之，議事規則由聯邦議會議決並經聯邦參議院同意。奉派參加此項委員會之聯邦參議院參議員不受指示之拘束。如某一法律需要聯邦參議院之同意，聯邦議會與聯邦政府均得請求召開委員會。如委員會建議修改聯邦議會通過之法律決議，聯邦議會應重新決議。

二之一、法律須經聯邦參議院同意者，如未依第二項第一句請求召開聯席委員會，或調停程序並未建議修改法律決議即告終結，聯邦參議院應於相當期間內為同意之決議。

三、遇有法律不須聯邦參議院同意之情形，如本條第二項所定程序業經完成，聯邦參議院得於二週內對聯邦議會所通過之法律提出異議。異議期限之起算，在第二項末段之場合，自接到聯邦議會重新通過之決議時開始；在所有其他情形，則自收到第二項所謂委員會之主席通知，謂委員會之程序已告完結時開始。

四、聯邦參議院之異議，如係其投票權過半數通過，聯邦議會得以其議員過半數之決議拒絕之。聯邦參議院之異議如係其投票權至少三分之二多數通過，聯邦議會之拒絕需要其議員三分之二多數或至少過半數之決議。

第七十八條　聯邦議會通過之法律如經聯邦參議院同意，或不依第七十七條第

二項行事，或不於第七十七條第三項限期內提出異議或撤銷其異議，或其異議為聯邦議會所拒絕，即為成立。

第七十九條 一、本基本法之修正應以法律為之，此項法律應明文表示修正或增補本基本法之文句。國際條約其主題為和平解決、準備和平解決、或取消占領體制或其宗旨在增強聯邦共和國防務者，為闡明本基本法之規定不與此等條約之締結及生效相牴觸起見，僅須對本基本法原文就該項闡明解釋作一補充規定已足。

二、此項法律需要聯邦議會議員三分之二及聯邦參議院投票權三分之二之同意。

三、本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦共同參與立法或第一條與第二十條之基本原則者，不得成立。

第 八十 條 一、聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得根據法律發布命令（Rechtsverordnungen）。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之。所發命令，應引證法律根據。如法律規定授權得再移轉，授權之移轉需要以命令為之。

二、除聯邦法律另有規定外，聯邦政府或部長關於利用聯邦郵政與電訊設施之原則與費用、利用聯邦鐵路設施之費用之徵收原則及關於鐵路之建設與經營等，所發布之命令，以及根據聯邦法律所發布之命令，而該法律須經聯邦參議院之同意，或該法律為各邦受聯邦之委託而執行，或其執行屬各邦本身之職務者，應經聯邦參議院之同意。

三、聯邦參議院對於須經其同意之命令，有提案權。

四、邦政府基於聯邦法律之授權而得發布命令者，各邦亦得基於法律頒布邦法規。

第八十條之一 一、有關國防包括平民保護，在本基本法或一聯邦法律中規定，僅得依本條之規定發布命令時，則除防衛情形外，僅得於聯邦議會確認已進入緊急情況，或其特別允許時，始得為之。遇有第十二條之一第五項前段及第六項二段場合，緊急情況之確認及特別允許需要所投票數三分之二之多數。

二、基於第一項命令所為之措施，如經聯邦議會要求，應予撤銷。

三、違反第一項所為之命令，如係基於並依照國際機關經聯邦政府同意在條約之範圍內所為之決定，亦得允許。依本項所採之措施，如經聯邦議會議員多數要求，應予撤銷。

第八十一條 一、遇有本基本法第六十八條場合，聯邦議會未被解散，如其不顧聯邦政府業經宣布某一法案為緊急議案而拒絕通知，聯邦總統得以聯邦政府之請求，並經聯邦參議院之同意，宣布該議案為立法緊急狀態（Gesetzgebungsnotstand）。某一法案如經聯邦總理連同第六十八條所定信任動議一併提出而聯邦議會拒絕者，亦同。

二、聯邦議會如於立法緊急狀態宣布後再度拒絕該法案或雖通過而其措辭為聯邦政府宣布不能接受者，該法案如經聯邦參議院同意應視為已成立。聯邦議會如於該議案重行提出後四週內不予通過，亦同。

三、聯邦總理任期內，凡經聯邦議會拒絕之任何其他法案，均得於立法緊急狀態最初宣布後六個月內，依本條第一、二兩項通過之。上項期間屆滿後，在同一聯邦總理任期內，不得再宣布立法緊急狀態。

四、本基本法不得以根據本條第二項所制定之法律予以修正或全部或局部廢止或停止。

第八十二條 一、依本基本法規定所制定之法律，經副署後，應由聯邦總統繕成正本，並公布於聯邦公報（Bundesgesetzblatt）。命令由發布機關簽署，除法律另有規定外，應公布於聯邦公報。

二、法律與命令均應明定生效日期。如無此項規定，應於聯邦公報刊行之日終了後第十四日生效。

第八章 聯邦法律之執行與聯邦行政

第八十三條 除本基本法另有規定或許可外，各邦應以執行聯邦法律為其本身職務。

第八十四條 一、各邦以自身事務而執行聯邦法律時，由各邦規定機關之設立及行政程序。如聯邦法律另有規定者，各邦得為不同之規定。各邦依第二句為不同之規定時，其後聯邦法律有關設立

機關與行政程序之規定，如有不同規定、且經聯邦參議院同意者，最早於公布六個月後生效。本法第七十二條第三項第三句準用之。基於聯邦統一規範之特殊需求，聯邦得例外規範各邦一致性之行政程序。上述法律須經聯邦參議院之同意。聯邦不得以法律將任務移轉予鄉鎮及鄉鎮聯合。

二、經聯邦參議院之同意，聯邦政府得發布一般性之行政規則（allgemeine Verwaltungsvorschriften）。

三、聯邦政府監督各邦依現行法執行聯邦法律。為此目的，聯邦政府得經各邦最高機關之同意，派駐專員於各邦最高機關；各邦最高機關不予同意者，得經聯邦參議院之同意，派駐專員於各下級機關。

四、聯邦政府確認邦執行聯邦法律存有瑕疵而未予排除者，依聯邦政府或該邦之請求，由聯邦參議院決議該邦是否違法。不服聯邦參議院之決議，得向聯邦憲法法院提起訴訟。

五、為執行聯邦法律，聯邦法律得授權聯邦政府於特殊情況得發布個別指令（Einzelweisungen），此項聯邦法律須經聯邦參議院之同意。除聯邦政府認為該情況急迫者外，指令應以各邦最高機關為對象。

第八十五條 一、聯邦法律之執行係由聯邦委託各邦為之者，設立機關仍為各邦之事項，但聯邦法律另有規定，且經聯邦參議院同意者，不在此限。前述任務不得以聯邦法律移轉予鄉鎮及鄉鎮聯合。

二、經聯邦參議院之同意，聯邦政府得發布一般性之行政規則。聯邦政府得規定公務員及雇員之統一訓練。中級機關首長之任命，應經聯邦政府之同意。

三、各邦機關受聯邦最高主管機關指令之拘束。除聯邦政府認為情況急迫者外，指令應以各邦最高機關為對象。各邦最高機關應確保指令之執行。

四、聯邦監督之範圍及於執行之適法性及合目的性。為此目的，聯邦政府得要求提出報告與文件，並得派駐專員於各機關。

第八十六條 聯邦如由聯邦自設行政官署或由聯邦直屬之公法團體或機構執行法律，除法律有詳細規定外，聯邦政府應發布一般性行政規

程。除法律另有規定外，聯邦政府應規定設立機關。

第八十七條 一、外交事務、聯邦財務行政及本基本法第八十九條所定之聯邦水路與航運行政，屬聯邦直接行政事務，由聯邦政府下級行政機關執行。依聯邦法律得設置聯邦邊境防衛官署、警務新聞中心、刑事警察局，為維護憲法並防免在聯邦領域內使用暴力企圖傷害德意志聯邦共和國外交利益之行為或其預備行為，並得設置聯邦調查局。

二、社會保險主體，其管轄範圍超過一邦之領域者，為直屬聯邦之公法團體。社會保險主體，其管轄範圍超過一邦，而未超過三邦之領域，如對其監督之邦由有關各邦自行決定者，為直屬邦之公法團體。

三、此外，凡聯邦有立法權之事項，均得依聯邦立法，設立獨立之聯邦中央機關及聯邦直屬之新公法團體與機構。聯邦有立法權之事項如獲得新職權，遇有迫切需要場合，經聯邦參議院及聯邦議會過半數之同意，得自設聯邦中下級機關。

第八十七條之一 一、聯邦為國防而建立軍隊。軍隊之兵力數量及編制原則應表現於預算案。

二、除本基本法明文規定外，不得動用軍隊於國防以外之目的。

三、於防衛事件及緊急狀況時，為履行防衛任務之必要，軍隊有保護平民財物及執行交通管制任務之職權。此外，於防衛事件及緊急狀況時，軍隊亦得受託為平民財物之保護，以支援警察之措施；在此情形，軍隊應與該管機關共同為之。

四、為防止危及聯邦或邦存在或自由民主基本秩序之急迫危險，如第九十一條第二項之要件該當，而警力及聯邦邊境防衛力不足以應付時，聯邦政府得動用軍隊，支援警察及邊境防衛，以保護平民財物並對抗組織武裝叛亂分子。經聯邦議會或聯邦參議院之請求，應即停止軍隊之動用。

第八十七條之二 一、聯邦國防部隊行政，應由其本身具有下級行政機構之聯邦自設行政機關掌管之，其職權為管理關於人事及武裝部隊物質需要之直接供應事項，但有關傷病官兵之救濟或營建工程等事項，除經聯邦參議院同意之聯邦立法規定者外，不得交由聯邦國防部隊行政機關管理之。授權國防部隊行政機關干預

第三人之權利之立法，亦須獲得聯邦參議院之同意,但有關人事之法律，不在此限。

二、有關國防，包括徵兵及保護平民聯邦法律，經聯邦參議院之同意，得規定其全部或一部由本身具有下級行政機構之聯邦自設行政機關執行之，或由各邦以聯邦代理機關之資格執行之。如此類法律係由各邦以聯邦代理機關之資格執行，經聯邦參議院之同意，得規定依第八十五條授與聯邦政府及聯邦最高主管機關之權力全部或一部移交聯邦高級機關行使之；遇此情形，並得規定各該機關依第八十五條第二項第一段發布一般性行政規程，無須聯邦參議院之同意。

第八十七條之三　依第七十三條第一項第十四款公布之法律，經聯邦參議院之同意得規定該等法律由聯邦委託各邦執行。

第八十七條之四　一、空運行政屬聯邦直接行政。關於採行公法或私法之組織形式，由聯邦法律定之。

二、經聯邦參議院同意之法律，得將空運行政之職權委託各邦代管之。

第八十七條之五　一、聯邦鐵路之鐵路運輸行政屬聯邦直接行政。鐵路運輸行政之任務得以聯邦法律轉讓予各邦成為其固有事務。

二、超過聯邦鐵路範圍之鐵路運輸行政任務而由聯邦法律轉讓予聯邦者，由聯邦履行之。

三、聯邦鐵路以私法形式之經濟企業營運。此經濟企業之活動包含鐵路之鋪設、保養與經營者，屬聯邦財產。聯邦轉讓依第二句對此企業之股份者，應依據法律為之。聯邦應保留此企業之多數股份。細節以聯邦法律定之。

四、聯邦應保障於建構及維持聯邦鐵路法律以及不涉及鐵路旅客運送之鐵路網運輸服務時，考慮公眾福祉，尤其運輸之需要。細節以聯邦法律定之。

五、第一項至第四項所定之法律，需經聯邦參議院同意。關於聯邦鐵路企業之解散、合併與分裂，聯邦鐵路轉讓予第三人以及聯邦鐵路之停止營運或有鐵路旅客運送效果之法律規定，須經聯邦參議院之同意。

第八十七條之六　一、聯邦應依須經聯邦參議院同意之聯邦法律，保障郵政與電訊

勤務之適當與充分。

二、前項所定之勤務為私經濟活動者，應由以德國聯邦郵政之特別財產成立之企業，以及其他私人業者提供之。郵政與電訊領域內之高權任務，應由聯邦直接行政履行。

三、涉及以德國聯邦郵政之特別財產所成立企業之個別任務，聯邦得不依第二項第二句之規定，而根據聯邦法律，以直屬聯邦之公法團體的法律形式履行。

第八十八條　聯邦應設置一貨幣及發行幣券之銀行為聯邦銀行。其權限與任務於歐洲聯合之範圍內，得托付於具獨立性，且以確保價格穩定為其優先目標之歐洲中央銀行。

第八十九條　一、聯邦為前德國國有水路(Reichswasserstrassen)之所有人。

二、聯邦應由其自設之機關管理聯邦水路。凡超過一邦領域之內河運輸職務及法律賦予聯邦之海洋運輸職務，均由聯邦行使。聯邦得應要求將一邦領域內之聯邦水路，以委任行政委託該邦代為管理。水路如經過數邦，聯邦得將其管理委託有關各邦同意之一邦。

三、聯邦管理、修建及新建水路時，應與各邦共同確保農田水利之需要。

第 九十 條　一、聯邦為前德國國有高速汽車道路（Reichsautobahnen）及前德國國有公路（Reichsstrasssen）之所有人。

二、各邦或依各邦法律有管轄權之自治團體，應代聯邦管理聯邦高速汽車道路及其他長途運輸之聯邦公路。

三、聯邦應各邦之請求，得自行接管各該領域內之聯邦高速汽車道路及其他長途運輸之聯邦公路。

第九十一條　一、為避免威脅聯邦或一邦自由基本秩序或存在之緊急危險，一邦得要求他邦警力及其他行政機關或聯邦邊境保衛隊之人力設備協助。

二、遭受緊急危險威脅之邦，如本身不擬或不能制止危險時，聯邦政府得將該邦之警察及他邦警力置於其指揮下並得指派聯邦邊境保衛隊單位。此種指揮於危險排除後應即撤銷或應聯邦參議院之請求而隨時撤銷。該種危險如擴及一邦以上，為有效制止而有必要時，聯邦政府得指揮邦政府，在此情形，

本項前段不受影響。

第八章之一　共同任務

第九十一條之一　一、各邦於以下領域執行其任務時，如該任務具有整體性之重要性且聯邦之參與對於改善生活水準有其必要者，由聯邦參與決定之（聯邦與邦共同任務）：

(一)地區經濟結構之改善。

(二)農業結構與海岸防禦之改善。

二、共同任務及應互相配合之細節事項，由聯邦法律定之，該法律須經聯邦參議院之同意。

三、於第一項第一款之情形，聯邦應負擔各該邦支出之半數。於第一項第二款之情形，聯邦至少應負擔半數；該負擔應對各邦統一確定之。細節以法律定之。其資金之籌措於聯邦與各邦預算案中確認之。

四、（二〇〇六年八月二十八日廢止）

五、（二〇〇六年八月二十八日廢止）

第九十一條之二　一、聯邦及各邦於促進以下事項時，得基於協議就跨地區性之重要事項共同合作之：

(一)大學院校以外之學術研究機構與計畫。

(二)大學院校之學術與研究計畫。

(三)大學院校內之研究建物，包含大型技術設備。

基於本項第一句第二款之協議，須經各邦之同意。

二、為確認教育事務在國際比較上之能力及與此有關之報告及建議，聯邦及各邦得基於協議共同合作之。

三、費用負擔於協議中定之。

第九章　司法

第九十二條　司法權付託於法官；由聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）、本基本法所規定之各聯邦法院（Bundesgerichte）及各邦法院（Gerichte der Länder）分別行使之。

第九十三條　一、聯邦憲法法院審理下列案件：

(一)關於本基本法之解釋，案由是聯邦最高機關之權利義務範圍發生爭議，或本基本法或聯邦最高機關處務規程賦予權利之其他成員之權利義務範圍發生爭議。

(二)關於聯邦法或邦法是否與本基本法形式及實質相符，或邦法是否與基本法以外之其他聯邦法相符，發生歧見或疑義，經聯邦政府、邦政府或聯邦議會議員四分之一提出聲請之案件。

(二)之一　關於法律是否符合本基本法第七十二條第二項之要件發生歧見，經聯邦參議院、邦政府或邦議會提起聲請之案件。

(三)關於聯邦與各邦之權利義務，尤其關於各邦執行聯邦法律及聯邦對各邦行使監督，發生歧見之案件。

(四)關於聯邦與各邦間、邦與邦間或一邦內之其他公法上爭議，而無其他法律救濟途徑之案件。

(四)之一　關於任何人主張其基本權利或其依第二十條第四項、第三十三、三十八、一百零一、一百零三及一百零四條所享之權利遭公權力侵害而所提起之憲法訴願。

(四)之二　關於鄉鎮及鄉鎮聯合因其依第二十八條之自治權遭法律侵害而提起之憲法訴願，該法律如係邦法者，以不得於邦憲法法院提起者為限。

(五)本基本法規定之其他案件。

二、除上述規定外，聯邦憲法法院依聯邦參議院、邦政府或邦議會之聲請，審理下列案件：於第七十二條第四項之情形，依第七十二條第二項以聯邦法律規定之必要性是否已不存在，或於第一百二十五條之一第二項第一句之情形，聯邦法之制定是否已無可能。必要性不存在或制定聯邦法已無可能之確認，取代依第七十二條第四項或依第一百二十五條之一第二項第二句制定之聯邦法律。依第一句之聲請於以下情形始得受理，依第七十二條第四項或依第一百二十五條之一第二項第二句之法律提案經聯邦議會否決，或未於一年內審議並為決議，或內容相當之法案經聯邦參議院否決者。

三、聯邦法律規定應由聯邦憲法法院審理之其他案件。

第九十四條　一、聯邦憲法法院由聯邦法官及其他法官組織之。聯邦憲法法院法官半數由聯邦議會、半數由聯邦參議院選舉之。此等法官不得為隸屬於議會、聯邦參議院、聯邦政府或各邦類似機關之人員。

二、聯邦憲法法院之組織與程序及在何種情形其判決具有法律效力，應由聯邦法律規定之。該法律得規定提起違憲訴願以先進行其他法律程序而無從救濟為前提，並得規定一特別受理程序。

第九十五條　一、為一般法律事件、行政、財務、勞工、社會法律事件，聯邦設立聯邦最高法院、聯邦行政法院、聯邦財務法院、聯邦勞工法院及聯邦社會法院為最高之法院。

二、該等法院法官之選任，依事務性質，由該管聯邦部長會同法官選任委員會決定之，該委員會由各邦之該管部長與聯邦議會選舉同額之委員組織之。

三、為維護司法統一，第一項所稱之各法院應組成一聯席會議，其細節以聯邦法律定之。

第九十六條　一、聯邦為工商業法律保護事件，得設置一聯邦法院。

二、聯邦得設置管轄武裝部隊之軍事法院為聯邦法院，此等法院僅於防衛事件或對派駐國外或在戰艦上服役之武裝部隊成員，行使刑事管轄權，其細節由聯邦法律定之。此等法院業務範圍屬聯邦司法部長監督，其專任法官應具有充任法官之資格。

三、第一、二項所稱法院之最高法院為聯邦最高法院。

四、對服事公法勤務之人員，聯邦得設置聯邦法院以處理懲戒程序及訴願程序。

五、下列之刑事程序，得以經聯邦參議院同意之聯邦法律規定，將聯邦管轄權委由邦法院行使之。

(一)滅絕種族（殘害人群）。

(二)違反人道之國際犯罪。

(三)戰爭罪。

(四)其他以擾亂國際和平共同生活之行為，或以擾亂國際和平共同生活為目的之行為（第二十六條第一項）。

(五)顛覆國家。

第九十七條　一、法官應獨立行使職權，並只服從法律。

二、正式任用之法官非經法院判決，並根據法定理由、依照法定程序，在其任期屆滿前，不得違反其意志予以免職，或永久或暫時予以停職或轉任，或令其退休。法律得規定終身職法官退休之年齡。遇有法院之組織或其管轄區域有變更時，法官得轉調其他法院或停職，但須保留全薪。

第九十八條　一、聯邦法官之法律地位，應由聯邦特別法律規定之。

二、聯邦法官於職務上或職務外違反本基本法之基本原則或邦憲法秩序時，經聯邦議會之聲請，聯邦憲法法院得以三分之二之多數決，判令該法官轉任或退休。違反出於故意者，得予以免職。

三、除第七十四條第一項第二十七款另有規定外，各邦法官之法律地位應由特別之邦法律規定之。

四、各邦得規定邦法官之任命應由邦司法部部長會同法官選任委員會決定之。

五、各邦得就邦法官訂定相當於第二項之規定。現行之各邦憲法不受影響。法官之彈劾案件由聯邦憲法法院審判之。

第九十九條　邦內之憲法爭議，得由各邦立法交由聯邦憲法法院審理，而關於各邦法律適用之終級審判，亦得藉此由第九十五條一項所稱之各最高法院審理。

第 一百 條　一、法院如認為某一法律違憲，而該法律之效力與其審判有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院審判之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院審判之。各邦法律違反本基本法或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。

二、訴訟進行中如關於國際法規則是否構成聯邦法律一部分及其是否對個人產生直接權利義務（本基本法第二十五條）發生疑義時，法院應請聯邦憲法法院審判之。

三、某一邦憲法法院解釋本基本法時，如違背聯邦憲法法院或他邦憲法法院原有之判決，該憲法法院應請聯邦憲法法院審判之。

第一百零一條　一、非常法院（Ausnahmegerichte）不得設置。不得禁止任何人受其法定法官之審理。

二、處理特別事件之法院，惟根據法律始得設置。

第一百零二條　死刑應予廢止。

第一百零三條　一、在法院被控告之人，有請求公平審判之權。

二、行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限。

三、任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰。

第一百零四條　一、個人自由非根據正式法律並依其所定程序，不得限制之。被拘禁之人，不應使之受精神上或身體上之虐待。

二、惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力拘留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。

三、任何人因犯有應受處罰行為之嫌疑，暫時被拘禁者，至遲應於被捕之次日提交法官，法官應告以逮捕理由，加以訊問，並予以提出異議之機會。法官應即時填發逮捕狀，敘明逮捕理由，或命令釋放。

四、法官命令剝奪自由或延續剝奪期間時，應即時通知被拘禁人之親屬或其信任之人。

第十章　財政

第一百零四條之一　一、除本基本法另有規定外，聯邦及各邦各自負擔執行其任務所生之支出。

二、各邦受託辦理聯邦之事務時，由聯邦負擔因此所生之支出。

三、提供金錢給付並由各邦執行之聯邦法律，得規定由聯邦負擔全部或一部之金錢給付。法律如規定聯邦負擔半數或半數以上之支出者，該法律係基於聯邦之委託而執行之。

四、聯邦法律規定各邦對第三人負有給付金錢、具財產價值之實物或同等服務之義務，且作為各邦之自治事項或依第三項第二句之聯邦委託事項而為執行，如因此產生應由各邦負擔之支出者，該法律須經聯邦參議院之同意。

五、聯邦與各邦負擔其機關內產生之行政支出，並彼此相互負責使行政合於秩序。其細節由經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

六、德國因違反超國家或國際法上義務所生之負擔，由聯邦與各邦依本國管轄權及任務分配分擔之。因歐盟跨國性財務調整所生之負擔，由聯邦與各邦依十五比八十五之比例分擔之。於前述情形，總負擔之百分之三十五由各邦按一般分配比例共同分擔；總負擔之百分之五十由引起負擔之邦按所得資金數額比例分擔之。其細節由須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

第一百零四條之二　一、聯邦於本基本法授予其邦立法權之範圍內，得對各邦、鄉鎮（鄉鎮聯合）之重大投資提供財務協助，該投資須：

(一)為防止對整體經濟均勢之干擾或；

(二)為平衡聯邦領域內不同之經濟力量或；

(三)為促進經濟成長；

所必要者。於發生天然災變或特殊緊急事故，而國家無法控制且對國家財政上造成重大影響時，聯邦亦得在無立法權限之下提供財務協助。

二、前項細節，特別是促進投資之種類，由須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之，或透過行政協定而以聯邦預算法律規範之。資金之給予應訂有期限，其使用應定期審核。財務協助應於期滿時以屆期之年度款項定之。

三、依聯邦議會、聯邦政府及聯邦參議院之請求，應向其報告上述措施之執行與改善成效。

第一百零五條　一、聯邦對關稅及獨佔事業有專屬之立法權。

二、其餘之稅捐，其稅收之全部或一部歸屬聯邦或符合本基本法第七十二條第二項所定之要件者，聯邦對該稅捐有競合立法權。

二之一、地方性之消費稅與花費稅[1]，於聯邦法律未定有同類稅

[1] 譯註：花費稅（Aufwandsteuer），係以個人花費其所得之事實為課稅基準，亦即以個人生活需求支出之多寡作為經濟能力之指標，並據以課稅。典型的花費稅為「第

捐之範圍內，各邦有立法權。各邦得規定土地取得稅之稅額。

三、關於稅收之全部或一部歸於各邦或鄉鎮（鄉鎮聯合）之聯邦法律，須經聯邦參議院之同意。

第一百零六條　一、專賣收入及下列稅收應歸聯邦：

(一)關稅。

(二)未依第二項劃歸各邦、未依第三項劃歸聯邦與各邦共有或未依第六條劃歸鄉鎮之消費稅。

(三)運輸稅。

(四)資本交易稅、保險稅及匯票稅。

(五)一次財產稅及為平衡財政負擔而課徵之平衡稅。

(六)所得稅與法人稅之附加稅捐。

(七)歐洲共同市場範圍內之稅捐。

二、下列稅收應歸各邦：

(一)財產稅。

(二)遺產稅。

(三)動力車輛稅。

(四)未依第一項劃歸聯邦或未依第三項劃歸聯邦與各邦共有之交易稅。

(五)啤酒稅。

(六)賭場稅。

三、所得稅、法人稅及加值型營業稅（Umsatzsteuer）歸聯邦與各邦共有（共有稅），但以所得稅之稅收未依第五項、加值型營業稅之稅收未依第五項之一劃歸鄉鎮者為限。所得稅與法人稅之收入由聯邦與各邦各分得二分之一。營業稅應由經聯邦參議院同意之聯邦法律規定聯邦與各邦劃分之比例。此種劃分並應遵循後列原則。決定聯邦與各邦就加值型營業稅之分配時，應對各邦自一九九六年一月一日起，因所得稅法對兒童之照顧導致稅收減少之情形，併予考量。其細節以聯邦法律依第三句定之。

二住宅稅」(Zweitwohnungsteuer)。

(一)在經常收入之範圍內，聯邦與各邦均有同等之請求權以支應必要之支出。至於支出之界限，應斟酌一多年之財政計畫予以定斷。

(二)聯邦及各邦之預算需要應予協調，以達成合理之平衡，避免過重之稅負並確保聯邦境內一致之生活水準。

四、如聯邦與各邦之收支關係發生重大變化，則聯邦與各邦對營業稅之劃分比例應重新調整；依第三項第五句於決定聯邦與各邦就加值型營業稅之分配時應考量之稅收減少，就此毋庸斟酌。如各邦因聯邦法律而增加支出或減少收入，則此增加之負擔，可依經參議院同意之聯邦法律以財政津貼予以平衡，但以短期者為限，在該法律中應規定此項財政津貼之估計原則及分貼各邦之原則。

五、鄉鎮獲得所得稅收入之部分，其比例由各邦依各鄉鎮居民繳納所得稅成績之原則予以分配。其細節由經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。（該聯邦法律）得規定由各鄉鎮決定鄉鎮分得部分之稅率。

五之一、鄉鎮自一九九八年一月一日起獲得加值型營業稅收入之部分，由各邦根據地方與經濟需求分配予其鄉鎮。其細節由經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

六、土地稅與非加值型營業稅（Gewerbesteuer）之收入歸屬鄉鎮，地方性之消費稅與花費稅（Aufwandsteuer）之收入歸屬鄉鎮或依邦立法所定之標準歸屬鄉鎮聯合區。鄉鎮有權於法定範圍內決定土地稅與非加值型營業稅之稅率。邦無鄉鎮者，土地稅、非加值型營業稅及地方性之消費稅與奢侈稅之收入歸屬邦。聯邦及各邦得藉徵收而分得營業稅之收入。徵收之細節由經聯邦參議院同意之法律定之。依邦立法所定之標準，土地稅和非加值型營業稅，以及鄉鎮就所得稅與加值型營業稅收入分得部分，得作為徵收之估計基礎。

七、共同稅之總收入中各邦分得部分，應由邦立法決定一定百分比用以挹注鄉鎮及鄉鎮聯合區。其餘則由邦立法決定邦稅收入是否以及在何種程度內挹注鄉鎮（鄉鎮聯合區）。

八、聯邦如在各別邦內或鄉鎮（鄉鎮聯合區）內籌辦特別事業，

引起超額支出或減少收入（特別負擔），而不能期待各邦或鄉鎮承受此一特別負擔時，應由聯邦作必要之調整，斟酌此項調整時，並應考慮邦或鄉鎮因籌辦此種事業所生對第三人之補償支付及財政上之利益。

九、本條所稱各邦之收支亦適用於鄉鎮（鄉鎮聯合區）之收支。

第一百零六條之一　各邦自一九九六年起，為公共旅客運送之需要，得自聯邦租稅收入獲得一筆款項。其細節以須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。本款項於依本基本法第一百零七條第二項測定財力時，應不予考慮。

第一百零七條　一、邦稅之收入及所得稅、法人稅收入之各邦分配額，於稅捐稽徵機關在各該領域所收取之範圍內（地方稅收），歸屬於各該邦。聯邦法律應就法人稅與薪資稅之區分及地方稅收劃分之種類與範圍為詳細之規定，該聯邦法律須經聯邦參議院之同意。該法律並得規定其他稅捐所生地方稅收之劃分與範圍。各邦對營業稅之分配額，依各邦人口數比例歸屬於各該邦；對於邦稅收入、所得稅收入、法人稅收入及依第一百零六條之一規定之稅收以每一居民計低於各邦平均數之邦，得經聯邦法律之規定，額外獲得邦分配額中之一部分，但至多為邦分配額之四分之一，該聯邦法律須經聯邦參議院之同意；於土地取得稅之情形，應將稅收能力納入計算。

二、各邦間財政能力之差異性，應以法律使其達到合理之平衡；在此應同時注意鄉鎮（鄉鎮聯合）之財政能力與財政需求。該法律應明定享有平衡權利之邦及其財政平衡請求權與負有平衡義務之邦及其財政平衡義務之要件，以及平衡給付數額之標準。該法律亦得規定，聯邦應從自有經費中撥款補助財政能力較弱之邦，以填補該邦一般財政需要之不足（額外補助款）。

第一百零八條　一、關稅、財政專賣、聯邦法律所定之消費稅包括輸入營業稅以及歐洲共同市場內之稅捐，應由聯邦財政機關管理之。此等機關之組織應由聯邦法律定之，如設置中級機關，其首長之任命應諮詢各邦政府。

二、其餘各稅由各邦財政機關管理之，此等機關之組織、人員之

訓練等由經參議院同意之聯邦法律定之，如設置中級機關，其首長之任命應得聯邦政府同意。

三、各邦財政機關處理劃歸聯邦收入之稅，係受聯邦委託而為，並適用第八十五條第三、四項之規定，但該條中之聯邦政府於此應以聯邦財政部長代替之。

四、經聯邦參議院同意之聯邦法律得就稅務管理規定聯邦與各邦之合作，就第一項所稱之稅規定邦財政機關之管理，就其餘之稅規定聯邦財政機關之管理，藉使稅法之執行得以改善或減輕。至僅挹注鄉鎮（鄉鎮聯合區）之稅，其原係邦財政機關之管理權，得由各邦將全部或一部交由鄉鎮行使。

五、聯邦財政機關所採用之程序由聯邦法律定之。至邦財政機關或第四項後段情形各鄉鎮所採之程序，則由經參議院同意之聯邦法律定之。

六、財政管轄區域由聯邦法律統一定之。

七、聯邦政府得頒布一般性管理規則，如各邦財政機關或鄉鎮亦負有管理義務，並應經聯邦參議院之同意。

第一百零九條　一、聯邦與各邦之財政收支管理各自獨立，互不依賴。

二、聯邦與各邦共同履行歐洲共同體基於創立歐洲共同體條約第一百零四條為確保財政收支穩定所規定德意志聯邦共和國之義務，於此範圍內並應考量整體經濟均勢之需要。

三、聯邦與各邦之財政收支，原則上不得以貸款收入平衡之。聯邦與各邦得就非正常經濟發展所生之影響，為均衡兼顧景氣枯榮之規範，並得就國家無法控制且對國家財政上造成重大影響之天然災變或特殊緊急事故，為例外之規範。於例外規定中應明定相應之償付規範。於聯邦財政收支部分，依第一百十五條為詳細規定，如貸款收入不超過正常國民生產總值百分之零點三五者，即符合第一句之規定。於各邦財政收支部分，由各邦於其憲法權限範圍內為詳細之規定，但不得允許貸款收入，始符合第一句之規定。

四、聯邦法律得規定聯邦與各邦之預算法共同原則、因應經濟景氣之財政收支管理及多年期之財政計畫，該聯邦法律須經聯邦參議院之同意。

五、歐洲共同體基於創立歐洲共同體條約第一百零四條為確保財政收支穩定所為之制裁措施，由聯邦及各邦以六十五對三十五之比例負擔之。各邦負擔部分之百分之三十五，由各邦按其人口數比例共同分擔之；各邦負擔部分之百分之六十五，由引起該負擔之各邦依比例承擔之。其細節由須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

第一百十條 一、聯邦之一切收支應編入預算案，聯邦企業及特別財產僅須列其收入或支出，預算案應收支平衡。

二、預算案應為一會計年度或依年別分數會計年度，於第一會計年度開始前以預算法訂定之。預算案之某些部分，亦得規定係就年別而適用於不同時間。

三、前項第一段之法律案，以及預算法及預算案之修正案，由聯邦議會送交聯邦參議院；參議院有權於六週內（修正案則於三週內）表示其意見。

四、預算法中僅能容納與聯邦收支及該法當時之有關規定。預算法得規定其條款於次一預算法公布時或依第一百十五條之授權於較晚之時始告失效。

第一百十一條 一、會計年度終了，如下年度預算案尚未以法律確定，聯邦政府在此項法律生效前，有權為下列之必要支出：

(一)維持合法成立之機關並執行合法決定之措施。

(二)履行合法成立之聯邦債務。

(三)在上年度預算核定之經費範圍內，繼續營建工程、購置及其他工作，或為此繼續給與補助。

二、如特別立法所定稅收、輸入及其他來源之收入或流動資金準備金，不敷本條第一項支出，聯邦政府得以信用借款方式籌募上年度預算最後總額四分之一之必要經費，以處理當前政務。

第一百十二條 超過預算或預算外之支出，應得聯邦財政部部長之同意。此項同意，惟有在不可預料且屬不可避免之必要情形下，始得給予。其細則由聯邦法律定之。

第一百十三條 一、法律如增加聯邦政府所提預算案中之支出或增列新支出或將來不免有新支出時，應得聯邦政府之同意。此於減少收入

或將來不免減少收入之法律亦適用之。聯邦政府得請求聯邦議會決議廢止該等法律。在此情形，聯邦政府應於六週內向聯邦議會表示意見。

二、聯邦政府得於聯邦議會議決法律後四週內請求聯邦議會重新決議。

三、法律依第七十八條業已成立，聯邦政府曾於事先著手第一項三、四句或第二項之程序時，始得於六週內表示拒絕同意，逾期視為業已同意。

第一百十四條 一、聯邦財政部長應於次一會計年度中，為免除聯邦政府責任，將收支及資產負債提於聯邦議會及聯邦參議院。

二、聯邦審計局，其成員享有法律上之獨立性，審查帳目及預算執行與資產管轄之經濟性與正確性。除聯邦政府外，審計局應每年直接向聯邦議會及聯邦參議院報告。其餘聯邦審計局之職權由聯邦法律定之。

第一百十五條 一、信用貸款及為未來會計年度之支出而為之保證或其他擔保，須具有依數額而定之聯邦法律授權。信用貸款不得超過預算案中所估投資支出之數額；例外情形僅限於為消除整體經濟均勢之障礙時，始得准許，其細節由聯邦法律定之。

二、關於聯邦之特別財產得依聯邦法律排除第一項之適用。

第十章之一 防衛事件（防衛情況）

第一百十五條之一 一、聯邦領域遭受武裝力量攻擊或此種攻擊迫切威脅，此種防衛狀況之確定，由聯邦議會經聯邦參議院之同意決之。此種確定係基於聯邦政府之請求，並應有三分之二之投票數，其中並至少應包括聯邦議會議員過半數。

二、如情勢急迫須採取立即行動，而聯邦議會因不可克服之困難而無法適時集會或未達法定人數時，則由聯席委員會以三分之二之投票數決定之，其中至少應包括該委員會成員過半數。

三、該項確定應由聯邦總統依第八十二條於聯邦公報中公布之。如此一作法不能及時完成，則以其他方式公布，但嗣後如情

勢許可應補載於聯邦公報。

四、如聯邦領域遭受武裝力量攻擊，而該管聯邦機關無法立即依第一項前段予以確定，則該確定視為已決定並自攻擊時生效。聯邦總統應於情勢許可時立即公布此一時間。

五、如防衛情況確定業經公布而聯邦領域已遭受武裝力量攻擊，聯邦總統得經聯邦議會同意就此狀況之存在作國際法之宣告。在第二項之情形，則以聯席委員會之同意代之。

第一百十五條之二　防衛情況一經宣布，武裝部隊之命令指揮權移歸聯邦總理。

第一百十五條之三　一、防衛情況發生時，屬於各邦立法管轄範圍之事件，聯邦亦有共同立法權。

二、防衛情況期間，如情形有必要，聯邦法律得就防衛情況：

(一)暫行規定不依第十四條第三項第二段徵收之賠償。

(二)法官如未能於正常有效期間內行使職權，則就剝奪自由決定違反第一百零四條第二項第三段及第三項前段之時限，但最高不得逾四日。

三、如為防止當前或迫切攻擊所必要，防衛情況發生時藉經參議院同意之聯邦法律，得就聯邦及各邦之行政與財政事務違反第八章、第八章之一及第十章而作規定，藉以保障各邦、鄉鎮及鄉鎮聯合區之生存能力，尤其是有關財政事務。

四、依第一項及第二項第一款所定之聯邦法律，為執行準備，甚至得於防衛情況發生前適用之。

第一百十五條之四　一、防衛情況時之聯邦立法，第二、三項之規定得違反第七十六條第二項、第七十七條第一項第二段及第二至第四項、第七十八條以及第八十二條第一項而適用。

二、聯邦政府認為緊急之法律案，應於送交聯邦議會之同時送交聯邦參議院。聯邦議會及聯邦參議院應即共同討論該項議案。如一法律以聯邦參議院之同意為必要，則該法律之成立須經其多數之同意。其細則以聯邦議會通過並經參議院同意之議事規則定之。

三、此等法律公布適用第一百十五條之一第三項後段之規定。

第一百十五條之五　一、防衛情況發生，如聯席委員會以至少過半數成員投票數之三分之二決定，聯邦議會因不可克服之困難而無法適時集會或

表決，則由聯席委員會取代聯邦議會及聯邦參議院之地位，並統一行使其權利。

二、聯席委員會不得立法修改本基本法或使本基本法全部或一部失效或排除適用。聯席委員會不得依本基本法第二十三條第一項第二句、第二十三條第一項或第二十九條制頒法律。

第一百十五條之六 一、防衛情況發生時，如情勢有必要，聯邦政府得：

(一)指派邊境防衛隊至整個聯邦領域。

(二)對聯邦行政機關及邦政府發布命令，如其認為緊急，並得直接對各邦官署發令，聯邦政府得將此項權力轉交其所指定之邦政府成員。

二、依第一項所採之措施應即通知聯邦議會、聯邦參議院及聯席委員會。

第一百十五條之七 聯邦憲法法院及其法官之憲法地位及憲法職權之行使不得侵害。如聯邦憲法法院之意見亦認為保全其職權能力有必要時，聯席委員會始得立法修改有關聯邦憲法法院之法律。此項法律制頒前，聯邦憲法法院得採取保全其運作能力之必要措施。就前二段所為決議須經聯邦憲法法院多數出席法官之同意。

第一百十五條之八 一、防衛情況期間屆滿任期之聯邦議會或各邦人民代表會，應於防衛情況結束後六個月始告任滿。防衛情況期間任滿之聯邦總統或其提前缺位而由參議院議長代行職務時，應於防衛情況結束後九個月始告任滿。防衛情況期間任滿之聯邦憲法法院成員，應於防衛情況結束後六個月始告任滿。

二、如有必要由聯席委員會選舉新聯邦總理，則由其成員以多數選舉之；聯邦總統並得推薦人選。聯席委員會僅得以三分之二多數選出繼任之方式對聯邦總理提出不信任案。

三、在防衛情況存續下，聯邦議會不得解散。

第一百十五條之九 一、如聯邦主管機關不能採取排除危險之必要措施，而依情勢不得不在聯邦之部分領域內採取立即獨立之行動，則各邦政府或由其指定之官署或其委任人有權於其該管範圍內採取第一百十五條之六第一項之措施。

二、依第一項所採措施得隨時由聯邦政府廢止之，其由各邦官署及下級聯邦官署採取者，各邦總理亦得隨時廢止之。

第一百十五條之十 一、依第一百十五條之三、第一百十五條之五及第一百十五條之七所制頒之法律，以及依該等法律所發之命令，於其適用期間使相對之法律失其效力，但不得對抗依前開各條早先所制頒之法律。

二、聯席委員會制頒之法律及依該等法律所發之命令，至遲於防衛情況結束後六個月失其效力。

三、含有違反第九十一條之一、第九十一條之二、第一百零四條之一、第一百零六條及第一百零七條規定之法律，至遲於防衛情況結束後第二會計年度終了時失效。此等法律於防衛情況結束後得由經聯邦參議院同意之聯邦法律予以修正，藉以配合第八章之一及第十章之各項規定。

第一百十五條之十一 一、聯邦議會得隨時經聯邦參議院同意廢止聯席委員會之立法。聯邦參議院亦得要求聯邦議會作此決議。聯席委員會或聯邦政府為排除危險所採之措施，得經聯邦議會及聯邦參議院之同意予以廢止。

二、聯邦議會經聯邦參議院之同意得隨時以由聯邦總統公布之決議宣告防衛情況結束。聯邦參議院亦得要求聯邦議會作此決議。防衛情況如其確定之前提要件已不存在，應即宣告其結束。

三、和平條約之締結由聯邦法律決定之。

第十一章　過渡及最後條款

第一百十六條 一、除法律另有規定外，本基本法所稱德國人，係指具有德國國籍之人，或於一九三七年十二月三十一日以後，以難民或被放逐者而具有德國血統之資格，或以其配偶或後裔之資格准許進入前德國（Reich）領土之人。

二、前德國國民一九三三年一月三十日至一九四五年五月八日期間，因政治、種族或宗教理由，被剝奪國籍者及其後裔，得申請恢復其國籍。此等人如一九四五年五月八日以後在德國設有住所並未表示相反意思者，視為未喪失其國籍。

第一百十七條 一、法律與本基本法第三條第二項牴觸者，在未經依照本基本法

該項規定調整以前，仍繼續有效，但不得超過一九五三年三月三十一日。

二、由於目前房荒而限制遷徙自由之法律，未經聯邦法律廢止前，仍繼續有效。

第一百十八條　巴登、烏爾騰堡—巴登、烏爾騰堡—霍亨左倫各邦領域之重新調整，得不照本基本法第二十九條之規定，而依有關各邦之協議為之。倘協議不克成立，該項調整應由聯邦法律規定之，此項法律須規定人民複決。

第一百十八條之一　柏林與布蘭登堡領域之重新調整，得不依本基本法第二十九條之規定，而由此二邦經由其選舉權之參與，以協議為之。

第一百十九條　關於難民及被逐者事項，尤其關於彼等分配於各邦事項，在聯邦立法有所規定前，聯邦政府經聯邦參議院之同意，得發布具有法律效力之命令（Verordnungen）。遇有特殊場合，聯邦政府得發布個別指令（Einzelweisungen）。除迫切危險外，此項指令應對各邦最高機關發出。

第一百二十條　一、聯邦應負擔占領費用，並依聯邦法律細則規定負擔因戰爭而引起之其他國內外費用，如此等戰爭後延費用迄至一九六九年十月一日已由聯邦法律規定者，則由聯邦及各邦共同依該聯邦法律規定之戰爭後延費用，迄至一九六五年十月一日已由各邦、鄉鎮（鄉鎮聯合區）或其他代行邦及鄉鎮功能之團體所付出，則聯邦對於此等費用，縱係在前開時間以後者，亦不負責。聯邦負擔社會保險補助費，包括失業保險及失業救濟。本項關於聯邦與各邦就戰爭後延費用分攤之規定並不影響有關戰爭賠償請求權之法律規定。

二、聯邦承擔支出之同時，應撥給收入。

第一百二十條之一　一、實施平衡負擔之法律，經聯邦參議院之同意，得規定在平衡受益方面一部分應由聯邦執行，一部分應由各邦受聯邦之委託執行；依第八十五條授與聯邦政府及聯邦最高該管機關之權力，應全部或部分委任聯邦平衡局（Bundesausgleichsamt）行使。聯邦平衡局在行使該項權力時，無須聯邦參議院之同意；除緊急情形外，聯邦平衡局之指令應對各邦最高機關（邦平衡局）發出。

二、第八十七條第三項第二段之規定，不受本條規定之影響。

第一百二十一條　本基本法所稱聯邦議會議員及聯邦大會議員之多數，為其法定議員名額之多數。

第一百二十二條　一、聯邦議會集會後，法律應專由本基本法所承認之立法機關議決通過。

二、立法機關，及備立法諮詢之機關，其職權因本條第一項而終止，應隨時解散。

第一百二十三條　一、聯邦議會集會前業已存在之法律，如不牴觸本基本法，應繼續有效。

二、前德意志帝國（das Deutsche Reich）締結之條約，其規定事項。依本基本法屬於邦立法職權者，如仍有效並不違背一般法律基本原則，在新條約由本基本法認定有權締約之機關締結前或在該條約由本基本法所定理由另行廢止前，仍繼續有效，但保留利害關係人之權利與異議。

第一百二十四條　有關聯邦專屬立法事項之法律，在其適用範圍內為聯邦法律。

第一百二十五條　有關聯邦共同立法事項之法律，如有左列情形，在其適用範圍內為聯邦法律：

(一)如一法律適用於一個或兩個以上占領區。

(二)如涉及一九四五年五月八日以後修改前帝國法律（Reichsrecht）之法律。

第一百二十五條之一　一、因基本法第七十四條第一項之修改，第八十四條第一項第七句、第八十五條第一項第二句或第一百零五條第二項之一第二句之增訂，或因第七十四條之一、第七十五條或第九十八條第三項第二句之廢止，而使聯邦對該事項已不得再頒訂聯邦法者，原已頒訂之聯邦法仍為聯邦法而繼續有效。此等規定得以邦法取代之。

二、依據至一九九四年十一月十五日仍為有效之本基本法第七十二條第二項所頒布之法律，因基本法第七十二條第二項之修改，而使聯邦對該事項已不得再頒訂聯邦法者，仍為聯邦法而繼續有效。聯邦法律得規定，此等規定得以邦法取代之。

三、因基本法第七十三條之修改，而使邦對該事項已不得再頒訂邦法者，原已頒訂之邦法仍為邦法而繼續有效。此等規定得

以聯邦法取代之。

第一百二十五條之二　一、依據至二００六年九月一日仍為有效之本基本法第七十五條所須訂之法規，且在此一時點後聯邦對該事項亦得須訂聯邦法者，仍為聯邦法而繼續有效。就此之各邦立法權限及義務繼續有效。各邦於基本法第七十二條第三項第一句所規定之領域得須訂不同之規定。但基本法第七十二條第三項第一句第二款、第五款及第六款所規定之領域，以聯邦從二００六年九月一日曾行使其立法權限者為限；於第二款及第五款之情況至遲從二０一０年一月一日起，於第六款之情況至遲從二００八年八月一日起。

二、依據至二００六年九月一日之前仍為有效之本基本法第八十四條第一項所須訂之聯邦法，各邦得須訂不同之規定。但至二００八年十二月三十一日有關行政程序之規定，以從二００六年九月一日起各該聯邦法律已修改行政程序之規定者為限。

第一百二十五條之三　一、依據至二００六年九月一日仍為有效之本基本法第九十一條之一第二項連結第一項第一款所須訂之法規，至二００六年十二月三十一日繼續有效。

二、依據至二００六年九月一日仍為有效之本基本法第一百零四條之一第四項於鄉鎮運輸資助及社會住宅資助之範圍內所須訂之法規至二００六年十二月三十一日繼續有效。在鄉鎮運輸資助範圍內對於依據鄉鎮運輸資助法第六條第一項之特別方針規定以及其他依據至二００六年九月一日仍為有效之本基本法第一百零四條之一第四項所制定之法律至二０一九年十二月三十一日仍繼續有效，但已有或將有較早失效之時點規定者，不在此限。

第一百二十六條　法律是否繼續以聯邦法律施行，發生歧見，由聯邦憲法法院判決之。

第一百二十七條　本基本法公布後一年內，（美英）聯合區經濟管理局法律，如依第一百二十四條或第一百二十五條繼續以聯邦法律施行，聯邦政府得經有關各邦政府之同意，將其推行於巴登、大柏林、萊茵蘭—伐爾茲、烏爾騰堡—霍亨倫各邦。

第一百二十八條　本基本法第八十四條第五項所稱發布指令之權，如根據現行有效法律仍然存在，在法律另有規定前，此等指令權繼續有效。

第一百二十九條　一、法規（Rechtsvorschriften）如繼續以聯邦法律施行，其定有發布法規命令（Rechtsverordnungen）或一般性行政規程及採取行政行為之授權者，此項授權應移歸目前主管該事項之機關。如有疑義，聯邦政府應以聯邦參議院之同意決定之；此項決定應予公布。

二、法規如繼續以各邦法律施行，其定有此項授權者，應由各邦法律所定主管機關行使之。

三、上述第一、二兩項所稱，如授權修改或補充法規或授權發布法規代替法律者，其授權應失效。

四、法規所指規程如已失效或所指機關如不復存在，應適用上述第一、二兩項規定。

第一百三十條　一、行政機關及其他公共行政機關或司法機關，未依各邦法律或邦際條約設立者，應屬於聯邦政府；西南德國鐵路聯營處及法國占領區郵電管理委員會亦同。聯邦政府經聯邦參議院之同意，應規定上述各機關之移轉、解散或清理。

二、上述各機關人員之最高懲戒官署，為聯邦主管部部長。

三、公法團體不直接受邦之監督，且非根據邦際條約而設立者，應受聯邦最高主管機關之監督。

第一百三十一條　凡於一九四五年五月八日任公職之人，包括難民及被放逐者，因公務員規程或俸給規程以外之原因離職，迄今未任職或未就任與其以往地位相當之職位者，其法律地位由聯邦立法規定之。凡於一九四五年五月八日有權領退休金或受其他救濟之人，包括難民及被逐者，因公務員規程或俸給規程以外之原因未再領此項退休金、救濟金或相等之物者，亦同。除各邦法律另有規定外，在聯邦法律施行前，不得提出法律上之請求權。

第一百三十二條　一、本基本法施行時，業經任為終身職之公務員（Beamte）及法官，如其個人資歷或專門技能，不適於所任職務，得於聯邦議會第一次集會後六個月內，令其退休或另候任用或轉任俸給較低之其他職位。雇員（Angestellte）勿須預算而解僱者，亦適用此項規定。雇員依其服務條件，須預告

始得解僱者，如其預告期限超過俸給規程所定者，得於上述同一期間內廢止之。

二、前項規定，對於不受「肅清納粹主義與肅清黷武主義」法律影響之公務人員或公然反對納粹主義之公務人員，不適用之。

三、受上述影響之人，得依本基本法第十九條第四項採取法律途徑。

四、其細則由聯邦政府以命令規定之，此項命令應經聯邦參議院之同意。

第一百三十三條　聯邦繼承（美英）聯合區經濟管理局之權利義務。

第一百三十四條　一、前德意志國家之財產，原則上屬於聯邦所有。

二、此項財產，如原係主要用於行政職務，此項行政職務，依本基本法不屬於聯邦之行政職務，應無償移交今後執行該項職務之主管機關；如依其現在之用途，係用於依本基本法今後應由各邦履行之職務，而其用途且非屬於暫時性質，應無償移交各邦。聯邦亦得將其他財產移交各邦。

三、以往由各邦及各鄉鎮（鄉鎮聯合區）交由前德意志國家使用之財產，如聯邦不需要作為自己行政職務之用，應無償交還各邦及各鄉鎮（鄉鎮聯合區）。

四、其細則由聯邦法律規定之，此項聯邦法律應經聯邦參議院之同意。

第一百三十五條　一、一九四五年五月八日至本基本法生效之日，某一領域如由一邦轉為另一邦，原屬於該邦領域內之財產，應移交該領域現在所屬之邦。

二、現已不復存在之邦及其他公法團體之財產，如原係主要用於行政職務或現在主要用於行政職務，而其用途且非屬於暫時性質者，應移交現在執行此項職務之邦或公法團體。

三、現已不復存在之邦不動產連同附屬物，應移交該不動產現在座落所在地之邦，但已屬於本條第一項所指之不動產者，不在此限。

四、聯邦之重大利益或某一地域之特別利益有所需要時，聯邦立法得另行規定而不受本條第一項至第三項之限制。

五、此外，財產之合法繼承與清理，如在一九五二年一月一日以前未能依照有關各邦或公法團體協議解決者，應由聯邦立法規定之，此項立法應經聯邦參議院之同意。

六、前普魯士邦參與之私法企業，應移轉於聯邦。其細則由聯邦法律規定之，此項聯邦法律得另行規定。

七、依本條第一項至第三項應歸屬於某一邦或某一公法團體之財產，如在本基本法施行時，業經有權處分者依邦法律或基於邦法律或以其他方法處分者，該項財產之轉移應視為在處分之前業已完成。

第一百三十五條之一　第一百三十四條第四項及第一百三十五條第五項所保留之聯邦立法，得同時規定下列債務全部或一部不予履行：

(一)前德意志國家前普魯士邦及其他已不存在之公法團體之債務。

(二)聯邦及其他公法團體因依第八十九條、第九十條、第一百三十四條及第一百三十五條移轉財產所生之債務，以及上述權利主體因第一項所述權利主體所採措施所負之債務。

(三)各邦及鄉（鄉鎮聯合區）於一九四五年八月一日以前，為執行占領國家之規定或為排除因戰爭而生之危急狀態，在其為前德意志國家所托付之行政職權範圍內所採措施而生之債務。

第一百三十六條　一、聯邦參議院應於聯邦議會第一次集會之日舉行第一次會議。

二、第一任聯邦總統選舉前，其職權應由聯邦參議院議長行使之。行使聯邦總統職權之聯邦參議院議長，無解散聯邦議會之權。

第一百三十七條　一、公務員、公務機關雇員、職業軍人、暫時性之志願軍人及法官，於聯邦、各邦及各鄉鎮中之被選舉權，得由立法予以限制。

二、德意志聯邦共和國第一屆聯邦議會，第一屆聯邦大會及第一任聯邦總統之選舉，應適用制憲會議所通過之選舉法。

三、聯邦憲法法院設立前，本基本法第四十一條第二項所賦予職權，由聯合經濟區德國高等法院行使之，此一高等法院，依其訴訟規則審判。

第一百三十八條　巴登、巴彥、烏爾騰堡—巴登及烏爾騰堡—霍亨左倫各邦公證現有體制之變更，應得各該邦政府之同意。

第一百三十九條　為「解救德國人民肅清國社主義及黷武主義」制定之法規，不受本基本法規定之影響。

第一百四十條　一九一九年八月十一日德國憲法第一百三十六條、第一百三十七條、第一百三十八條、第一百三十九條及一百四十一條之規定，為本基本法之構成部分。

第一百四十一條　本基本法第七條第三項第一段，不適於一九四九年一月一日邦法規已另有規定之邦。

第一百四十二條　在不違反本基本法第三十一條之原則下，邦憲法之規定如符合本基本法第一條至第十八條保障基本權利者，仍繼續有效。

第一百四十二條之一　（一九六八年六月二十四日廢止）

第一百四十三條　一、統一條約第三條所定領域內施行之法律，由於情況之不同而無法完全符合基本法秩序，至一九九二年十二月三十一日，得與本基本法之規定相違反。於此等違反，不得有牴觸本基本法第十九條第二項之情形，且應符合本基本法第七十九條第三項所揭示之原則。

二、與第二章、第八章、第八章之一、第九章、第十章及第十一章相違反之規定，至一九九五年十二月三十一日仍為合法。

三、除前二項之規定外，統一條約第四十一條及其執行規定，於其規定在統一條約第三項所定領域內對財產權之干預已不得被撤銷時，得持續有效。

第一百四十三條之一　聯邦對於聯邦鐵路由聯邦直接行政轉變為私經濟企業所生之一切事務，有專屬立法權。本基本法第八十七條之五第五項之規定，準用之。

第一百四十三條之二　一、德國聯邦郵政之特別財產依聯邦法律之規定改組為私企業之法律形式。聯邦對於一切因此所生之事務有專屬立法權。

二、聯邦於改組前既得之專屬權，得依聯邦法律之規定於過渡期間授與由德國聯邦郵政局與德國聯邦電訊局所成立之企業。聯邦於法律生效後五年得將其對德國聯邦郵政局之衍生企業所持之多數資本釋出。細節由須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

三、在德國聯邦郵政服務之聯邦公務員，應保障其法律地位與雇主之責任而於私企業繼續工作。雇主之權能由此企業實施。細節以聯邦法律定之。

第一百四十三條之三

一、從二００七年一月一日起至二０一九年十二月三十一日止，對於因廢除共同任務所生之大學院校改（擴）建與重建，包括大學附屬醫院及教育計畫，以及對於經由為改善鄉鎮運輸關係而廢除之財務協助，以及以社會住宅資助為條件而廢除聯邦資助款，每年由聯邦預算撥款予各邦。至二０一三年十二月三十一日之前，此等款項以二０００年至二００八年之參考時間內聯邦資助款之平均值計算之。

二、至二０一三年十二月三十一日之前，第一項之款項依以下方式分配予各邦：

(一)作為每年固定款，其數額按每一邦在二０００年至二００三年之平均份額計算；

(二)就迄今實施之混合資助，依其任務領域內之各該目的為準。

三、至二０一三年之前，聯邦與各邦應審核依據第一項分配予各邦之資助款，其數額對於邦任務之履行是否相當且必要。自二０一四年一月一日起，不再適用第二項第二款就第一項資助款分配所規定之目的限制；資金總額之投資目的限制繼續有效。基於共同協定 II 之協議，不受影響。

四、細節由須經聯邦參議院同意之聯邦法律定之。

第一百四十四條

一、本基本法應經本法初期施行之德意志各邦之民意代表機關三分之二之認可。

二、本基本法遇有第二十三條第一項所列舉各邦中任一邦或各該邦中任一邦之一部分，受有限制不克適用時，該邦或該邦之一部分，有依照第三十八條派遣代表出席聯邦議會及依照第五十條派遣代表出席聯邦參議院之權。

第一百四十五條

一、制憲會議應在大柏林代表之參加下舉行公開會議，通過本基本法，簽署並公布之。

二、本基本法自公布期滿時生效。

三、本基本法應刊登聯邦公報。

第一百四十六條　在完成德國之統一與自由後適用於全體德意志人民之本基本法，於德意志人民依其自由決定制定之憲法生效時失其效力。

（一九一九年德國憲法之下列條文，依本基本法第一百四十條規定，構成本基本法之一部分）

第一百三十六條　一、人民及公民之權利義務不得因信仰自由之行使，而附條件或或受限制。

二、人民及公民權利之享有，以及服公職之權，不受宗教信仰之影響。

三、任何人皆無義務告白其宗教信仰。政府機關唯在人民之權利義務與其所屬宗教團體有關時，或為法定之統計調查有所需要時，有權詢問人民屬於何種宗教團體。

四、任何人不得被迫採取任何宗教行為或儀式，或參加宗教活動或採用宗教上之宣誓方式。

第一百三十七條　一、國教（Staatskirche）不許存在。

二、宗教結社之自由應受保障。宗教團體之聯合在國內不受任何限制。

三、各宗教團體在一般適用之法律範圍內，獨立規定並管理其事務。宗教團體任命職員無須國家或地方公共團體之參與。

四、宗教團體依民法之一般規定，取得權利能力。

五、宗教團體原為公法團體者，仍繼續為公法團體。其他宗教團體，如由其組織及其團員人數，能提供永續性之保證者，得依申請享有同樣權利。數個公法宗教團體聯合時，此聯合亦為公法團體。

六、公法團體之宗教團體，得依邦法規定，根據人民徵稅名冊有徵稅之權利。

七、以培養共同世界觀為任務之結社，視為宗教團體。

八、本條施行所需要之必要規範，由各邦立法。

第一百三十八條　一、國家依法律、契約或特別權利名義，對宗教團體所為之給付，由邦法取代之。相關之原則由聯邦規定之。

二、宗教團體及宗教聯合關於供為禮拜、教育及慈善目的而設置之機構、基金及其他財產之所有權及其他權利，應保障之。

第一百三十九條　星期日及國家所承認之節日為安息日及精神修養日，受法律之保

護。

第一百四十一條　在軍隊、醫院、監獄或其他公共設施，需要祈禱及精神安慰時，得允許宗教團體為宗教行為，但不得用任何強制手段。

德中關鍵詞索引

A

Abstrakte Normenkontrolle（抽象法規審查） 1
Abwägungskriterien（衡量標準） 168
Abwehr einer Gefahr（危險防禦） 204
Akteneinsichtsrecht（閱覽卷宗之權利） 168
Allgemeine Handlungsfreiheit（一般之行動自由） 32
Allgemeine Persönlichkeitsrecht（一般人格權） 51
Allgemeinen Grundsatz des Hochschulwesens（高等教育事項一般原則） 1
Anbieter der Rundfunkprogramme（廣播電視節目供應者） 32
Änderung des Vornamens（變更名字） 295
Androphil（受男人吸引男性性傾向） 66
Anspruch auf effektiven Rechtsschutz（有效權利保護之請求） 276
Aufhebung rechtswidriger Vergabeentscheidungen（違法採購決定之撤銷） 276
Auftragssummen（採購金額） 276
Auftragsvolumen（採購總額） 276
Ausübung öffentlicher Gewalt（行使公權力） 276

B

Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit（相衝突的職業自由之侵害） 168
Bekämpfung von Wettsucht（賭癮之對抗） 137
Bekanntmachung（公告） 275
Berufsfreiheit（職業自由） 137
Beschlagnahme（扣押） 114
Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs（侵害的合比例性之判斷） 168
Beweiserhebung（證據蒐集） 19
Beweislastverteilung（舉證負擔分配） 168
Bewertungsabschläge（扣除額） 315

D

Das berufsbezogene Verhalten（與職業有關的行爲） 276
Das Bewertungsgesetz（估價法） 315
Das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz（遺產與贈與稅法） 315
Das Recht auf infor-mationelle Selbstbestimmung（資訊自主決定權） 204
Der allgemeine Gleichheitssatz（平等原則） 315

Der Grundsatz der Steuergerechtigkeit（租稅正義原則） 315
Der Verfassung entsprechende Zuordn-ung der kollidierenden Rechtsgüter（相衝突法益的合憲分配） 168
Die öffentliche Ausschreibung（公開招標） 275
Die Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz（國家之法益保護義務） 204
Die übergangenen/unterlegenen KonkurrentenBieter（未得標之競爭者廠商） 276
Durchsuchung（搜索） 114

E

Eignungsprüfung（資格審查） 275
Ein marktbeherrs-chendes Unternehemen（主導市場的企業） 167
Einschätzungs- und Prognosespielraum（評估及預測餘地） 137
Einschätzungsund Gestaltungsspie-lraum des Gesetzgebers（立法者的評價暨形成餘地） 168
Entgeltfestsetzungsverfahren（資費確定程序） 167
Entgeltkontrolle（資費審查） 167
Erfüllung von Verwaltungsaufgaben（履行行政任務） 275
Ermittlung（偵查） 19

F

Fernmeldegeheimnis（秘密通訊自由） 114
Freibeträge（免稅額） 315

G

Gebot der Normenklarheit（規範明確性之命令） 204
Gegenwärtige Gefahr（現時危險） 204
Geschlechtsumwandlung（性別重置） 65
Geschlechtszugehörigkeit（性別歸屬） 295
Gesetzgebungsrecht des Bundes（聯邦立法權） 1
Gesetzliche Rentenversicherung（法定養老年金保險） 247、361
Gewährung rechtlichen Gehörs（法律上聽審權保障） 168
Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz（暫時權利救濟之保障） 276
Gewährung von Schadensersatz（損害賠償之救濟） 276
Gleichbehandlungsgebot（平等處置原則） 295
Gleichgewichtige Vielfalt der Meinungen（意見之均衡多元性） 32
Gleichheitsprinzip（平等原則） 361
Global Positioning System（全球定位系統） 19
Grundentscheidungen der Verfassung（憲法之基本決定） 81
Grundrecht für die freie Entfaltung der Persönlichkeit（人格自由開展之基本權利） 32

Grundrechtseingriff（基本權干預） 20、204
Grundsatz der freien Beweiswürdigung
（自由心證原則） 168
Grundsatz der Gebührenfreiheit des Studiums
（大學免學費原則） 1
Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit
（訴訟上武器對等原則） 168
Gynäphile（受女人吸引女性性傾向） 66
H
Hauptsacheverfahren（本案訴訟程序） 168
Herabsetzende Tatsachenbehauptungen
（誹謗性事實陳述） 51
Herstellung praktischer Konkordanz
（實際的協調之建立） 168
Herstellung und Wahrung gleichwertiger
Lebensverhältnisse im ganzen Bundesgebiet
（整體德國之同等生活水準的建立與維持） 1
Homosexuell orientierten Transsexuellen
（同性戀傾向之變性人） 65
I
In camera-Verfahren（密室程序） 168
Inhaber des Kabelanschlusses〔Teilnehmer〕
（纜線接線持有人用戶） 32
J
Justizgewährungsanspruch
（司法救濟請求權） 276
K
Konkretisierung des Abwägungsprogramms
（具體化衡量方針） 168
L
Lebenspartnerschaft（生活伴侶關係） 295
Lebenspartnerschaftsgesetz
（生活同居伴侶法） 66
Lotteriestaatsvertrag（彩券邦際協定） 137
Luftsicherheit（航空安全） 81
M
Mehrdeutige Meinungsäußerung
（多重意涵的言論） 51
Mehrpoliges Rechtsverhältnis
（多方法律關係） 168
Meinungsfreiheit（意見表達自由） 51
Menschenwürde（人性尊嚴） 81
Mineralölsteuer（石油稅） 361
N
Nachhaltige oder gar existenzbe-drohende
Nachteile（持續的甚或危及生存的損害） 168
O
Observationsmaßnahmen（監視措施） 19
Oddset-Wette（固定勝率制之博奕） 137
Offenlegung der Geheimnisse
（秘密之公開） 168
Offenlegungsinteresse（公開之利益） 168
öffentlicher Auftraggeber
（政府採購機關） 275
öffentliches Glücksspiel（公開博彩） 137
ökologische Steuerreform（生態稅改革） 361

Ökosteuer（生態稅） 361

P

Pauschalierung（定額化） 315
Personenstandsrecht（身分狀態法） 295
Personenstandsrecht（家庭狀態法） 66
Persönliche Ehre（個人名譽） 51
Polizeikräfte（警力） 81
Primärrechtsschutz（第一次權利保護） 276
Private Wettunternehmen
（私人博奕企業） 137
Privatsphäre（個人生活隱私） 20

R

Rahmenkompetenz（框架權限） 2
Rahmenvorschrift（框架規定） 2
Rasterfahndung（電子搜尋追緝） 204
Rationalisierung des Abwägungsvorgangs
（理性化衡量過程） 168
Recht auf informationelle Selbstbetimmung
（資訊自決權） 114
Recht auf Leben（生命權） 81
Rechtsschutzgarantie（權利保護之保障） 276
Rechtsstaatsprinzip（法治國原則） 276
Rentenanwartschaft（養老年金期待權） 247
Rundfunkfreiheit（廣播電視自由） 32
Rundfunkveranstalter（廣播電視提供者） 32

S

Sachverhaltsaufklärung（事實情況調查） 168
Schutz der Persönlichkeit（人格權保護） 295
Schutz von Betriebsund Geschäftsgeheimnissen
（企業暨營業秘密保護） 167
Sexuelle Orientierung（性別傾向） 66
Sicherung effektiven Rechtsschutzes
（有效權利保護之保障） 167
Spietzenausgleich（尖峰平衡） 361
Sportwette（運動博奕） 137
Staatliches Wettmonopol
（國家之博奕獨占） 137
Staatsangehörigkeitsprinzip（國籍原則） 295
Steuerbilanzwerte（租稅決算值） 315
Steuervergünstigung（租稅優惠） 361
Strafverfolgung（刑事訴追） 20
Streitkräfte（軍隊） 81
Stromsteuer（電力稅） 361

T

Teilnehmeranschlussleitung
（用戶管線通路） 167
Teilnehmerentgelt（用戶費用） 32
Totalisationsprinzip（彩池均分制） 137
Träger öffentlicher Verwaltung
（公行政主體） 275
Transsexuelle（變性人） 295
Transsexuellengesetz-TSG（變性人法） 65
Typisierung（類型化） 315

U

Übergangsregelung（過渡條款） 247
Überwachung（監察） 20
Unterlassungsansprüche（不作爲請求權） 51
Unverletzlichkeit der Wohnung

（住宅不可侵犯性） 114

V

Verbindungsdaten（通信紀錄） 114
Verdingungsunterlage（招標文件） 275
Verfahrenswahl（程序選擇） 275
Verfasste Studierendenschaft
（強制性學生會） 2
Vergabe öffentlicher Aufträge（政府採購） 275
Vergabeentscheidung（採購決定） 276
Vergabeentscheidungen oberhalb/ unterhalb der Schwellenwerte
（高於/低於最低金額之採購決定） 276
Vergabenachprüfung（採購之審查） 276
Vergaberecht（政府採購法） 275
Vergabeverfahren（採購程序） 275
Vergabewettbewerb（採購競爭） 276
Vergleichsmarktverfahren
（比較市場程序） 168
Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung（典型的從屬與服從關係） 276
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
（比例原則） 81、114、137、204
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
Verkehrswert（交易價值） 315
Vertrauensschutzprinzip（信賴保護原則） 247
Vertriebene（遭驅離者） 247
Verwaltungsaufwand（行政耗費） 276
Verwaltungsvorgänge
（行政程序之卷宗資料） 168
Vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägter Verwaltungsprozess
（職權調查原則形塑的行政訴訟） 168
Vorlageund Auskunfspflicht
（提交文書資料之義務） 168
Vorliegen einer konkreten Gefahr
（具體危險之存在） 204

W

Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts
（損害發生之機率） 204
Wahrscheinlichkeit（蓋然性） 81
Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse（整體國家利益之法律與經濟同一性之維持） 2

Z

Zuschlag（得標決標結果） 275
Zwischenverfahren（中間程序） 168

中德關鍵詞索引

一劃

一般人格權
（Allgemeine Persönlichkeitsrecht） 51

一般之行動自由
（Allgemeine Handlungsfreiheit） 32

二劃

人性尊嚴（Menschenwürde） 81

人格自由開展之基本權利（Grundrecht für die freie Entfaltung der Persönlichkeit） 32

人格權保護（Schutz der Persönlichkeit） 295

三劃

大學免學費原則（Grundsatz der Gebührenfreiheit des Studiums） 1

四劃

不作爲請求權（Unterlassungsansprüche） 51

中間程序（Zwischenverfahren） 168

公行政主體
（Träger öffentlicher Verwaltung） 275

公告（Bekanntmachung） 275

公開之利益（Offenlegungsinteresse） 168

公開招標
（Die öffentliche Ausschreibung） 275

公開博彩（öffentliches Glücksspiel） 137

比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz） 81、114、137、204

比較市場程序
（Vergleichsmarktverfahren） 168

五劃

主導市場的企業
（Ein marktbeherrs-chendes Unternehemen） 167

司法救濟請求權
（Justizgewährungsanspruch） 276

平等原則
（Der allgemeine Gleichheitssatz） 315

平等原則（Gleichheitsprinzip） 361

平等處置原則（Gleichbehandlungsgebot） 295

本案訴訟程序（Hauptsacheverfahren） 168

未得標之競爭者（廠商）
（Die übergangenen/unterlegenen Konkurrenten（Bieter）） 276

生命權（Recht auf Leben） 81

生活同居伴侶法
（Lebenspartnerschaftsgesetz） 66

生活伴侶關係（Lebenspartnerschaft） 295

生態稅（Ökosteuer） 361

生態稅改革（ökologische Steuerreform） 361

用戶費用（Teilnehmerentgelt） 32

用戶管線通路
（Teilnehmeranschlussleitung） 167
石油稅（Mineralölsteuer） 361
立法者的評價暨形成餘地（Einschätzungsund Gestaltungsspie-lraum des Gesetzgebers） 168

六劃

交易價值（Verkehrswert） 315
企業暨營業秘密保護（Schutz von Betriebsund Geschäftsgeheimnissen） 167
全球定位系統
（Global Positioning System） 19
刑事訴追（Strafverfolgung） 20
危險防禦（Abwehr einer Gefahr） 204
同性戀傾向之變性人
（Homosexuell orientierten Transsexuellen） 65
多方法律關係
（Mehrpoliges Rechtsverhältnis） 168
多重意涵的言論
（Mehrdeutige Meinungsäußerung） 51
尖峰平衡（Spietzenausgleich） 361
扣押（Beschlagnahme） 114
扣除額（Bewertungsabschläge） 315
有效權利保護之保障
（Sicherung effektiven Rechtsschutzes） 167
有效權利保護之請求
（Anspruch auf effektiven Rechtsschutz） 276
自由心證原則
（Grundsatz der freien Beweiswürdigung） 168
行使公權力
（Ausübung öffentlicher Gewalt） 276
行政耗費（Verwaltungsaufwand） 276
行政程序之卷宗資料
（Verwaltungsvorgänge） 168

七劃

住宅不可侵犯性
（Unverletzlichkeit der Wohnung） 114
估價法（Das Bewertungsgesetz） 315
免稅額（Freibeträge） 315
私人博奕企業
（Private Wettunternehmen） 137
身分狀態法（Personenstandsrecht） 295

八劃

事實情況調查（Sachverhaltsaufklärung） 168
具體化衡量方針（Konkretisierung des Abwägungsprogramms） 168
具體危險之存在
（Vorliegen einer konkreten Gefahr） 204
典型的從屬與服從關係（Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung） 276
受女人吸引（女性性傾向）（Gynäphile） 66
受男人吸引（男性性傾向）（Androphil） 66
固定勝率制之博奕（Oddset-Wette） 137
定額化（Pauschalierung） 315
性別重置（Geschlechtsumwandlung） 65
性別傾向（Sexuelle Orientierung） 66
性別歸屬（Geschlechtszugehörigkeit） 295

招標文件（Verdingungsunterlage） 275
抽象法規審查
（Abstrakte Normenkontrolle） 1
法定養老年金保險
（Gesetzliche Rentenversicherung） 247、361
法治國原則（Rechtsstaatsprinzip） 276
法律上聽審權保障
（Gewährung rechtlichen Gehörs） 68

九劃

信賴保護原則（Vertrauensschutzprinzip） 247
侵害的合比例性之判斷（Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs） 168
持續的甚或危及生存的損害（Nachhaltige oder gar existenzbe-drohende Nachteile） 168
政府採購（Vergabe öffentlicher Aufträge） 275
政府採購法（Vergaberecht） 275
政府採購機關
（öffentlicher Auftraggeber） 275
相衝突法益的合憲分配（Der Verfassung entsprechende Zuordn-ung der kollidierenden Rechtsgüter） 168
相衝突的職業自由之侵害（Beeinträchtigung der kollidierenden Berufsfreiheit） 168
軍隊（Streitkräfte） 81

十劃

個人生活隱私（Privatsphäre） 20
個人名譽（Persönliche Ehre） 51
家庭狀態法（Personenstandsrecht） 66
框架規定（Rahmenvorschrift） 2
框架權限（Rahmenkompetenz） 2
租稅正義原則
（Der Grundsatz der Steuergerechtigkeit） 315
租稅決算值（Steuerbilanzwerte） 315
租稅優惠（Steuervergünstigung） 361
秘密之公開
（Offenlegung der Geheimnisse） 168
秘密通訊自由（Fernmeldegeheimnis） 114
航空安全（Luftsicherheit） 81
高於/低於最低金額之採購決定
（Vergabeentscheidungen oberhalb/ unterhalb der Schwellenwerte） 276
高等教育事項一般原則（Allgemeinen Grundsatz des Hochschulwesens） 1

十一劃

偵查（Ermittlung） 19
國家之法益保護義務（Die Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz） 204
國家之博奕獨占
（Staatliches Wettmonopol） 137
國籍原則（Staatsangehörigkeitsprinzip） 295
基本權干預（Grundrechtseingriff） 20、204
密室程序（“In camera“-Verfahren） 168
強制性學生會
（Verfasste Studierendenschaft） 2
彩池均分制（Totalisationsprinzip） 137
彩券邦際協定（Lotteriestaatsvertrag） 137

得標（決標結果）（Zuschlag） 275
採購之審查（Vergabenachprüfung） 276
採購決定（Vergabeentscheidung） 276
採購金額（Auftragssummen） 276
採購程序（Vergabeverfahren） 275
採購總額（Auftragsvolumen） 276
採購競爭（Vergabewettbewerb） 276
理性化衡量過程（Rationalisierung des Abwägungsvorgangs） 168
現時危險（Gegenwärtige Gefahr） 204

十二劃

第一次權利保護（Primärrechtsschutz） 276
規範明確性之命令（Gebot der Normenklarheit） 204
通信紀錄（Verbindungsdaten） 114
提交文書資料之義務（Vorlageund Auskunfspflicht） 168
程序選擇（Verfahrenswahl） 275
評估及預測餘地（Einschätzungs- und Prognosespielraum） 137
訴訟上武器對等原則（Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit） 168
意見之均衡多元性（Gleichgewichtige Vielfalt der Meinungen） 32
意見表達自由（Meinungsfreiheit） 51
搜索（Durchsuchung） 114

十三劃

損害發生之機率（Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts） 204
損害賠償之救濟（Gewährung von Schadensersatz） 276
誹謗性事實陳述（Herabsetzende Tatsachenbehauptungen） 51
資格審查（Eignungsprüfung） 275
資訊自主決定權（Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung） 204
資訊自決權（Recht auf informationelle Selbstbetimmung） 114
資費審查（Entgeltkontrolle） 167
資費確定程序（Entgeltfestsetzungsverfahren） 167
運動博奕（Sportwette） 137

十四劃

違法採購決定之撤銷（Aufhebung rechtswidriger Vergabeentscheidungen） 276
過渡條款（Übergangsregelung） 247
電力稅（Stromsteuer） 361
電子搜尋追緝（Rasterfahndung） 204
實際的協調之建立（Herstellung praktischer Konkordanz） 168
監視措施（Observationsmaßnahmen） 19
監察（Überwachung） 20
與職業有關的行爲（Das berufsbezogene Verhalten） 276
蓋然性（Wahrscheinlichkeit） 81

十五劃

履行行政任務（Erfüllung von Verwaltungsaufgaben） 275
廣播電視自由（Rundfunkfreiheit） 32
廣播電視提供者（Rundfunkveranstalter） 32
廣播電視節目供應者（Anbieter der Rundfunkprogramme） 32
暫時權利救濟之保障（Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz） 276
賭癮之對抗（Bekämpfung von Wettsucht） 137
遭驅離者（Vertriebene） 247
閱覽卷宗之權利（Akteneinsichtsrecht） 168
養老年金期待權（Rentenanwartschaft） 247

十六劃

憲法之基本決定（Grundentscheidungen der Verfassung） 81
整體國家利益之法律與經濟同一性之維持（Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse） 2
整體德國之同等生活水準的建立與維持（Herstellung und Wahrung gleichwertiger Lebensverhältnisse im ganzen Bundesgebiet） 1
衡量標準（Abwägungskriterien） 168
遺產與贈與稅法（Das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz） 315

十七劃

聯邦立法權（Gesetzgebungsrecht des Bundes） 1

十八劃

舉證負擔分配（Beweislastverteilung） 168
職業自由（Berufsfreiheit） 137
職權調查原則形塑的行政訴訟（Vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägter Verwaltungsprozess） 168

十九劃

證據蒐集（Beweiserhebung） 19
類型化（Typisierung） 315

二十劃

警力（Polizeikräfte） 81

二十二劃

權利保護之保障（Rechtsschutzgarantie） 276

二十三劃

變更名字（Änderung des Vornamens） 295
變性人（Transsexuelle） 295
變性人法（Transsexuellengesetz-TSG） 65

二十七劃

纜線接線持有人（用戶）（Inhaber des Kabelanschlusses〔Teilnehmer〕） 32