

德国基本法七十年

德国宪法及其法院

德国联邦宪政法院在基本权利领域的里程碑判例



70 YEARS GERMAN BASIC LAW
THE GERMAN CONSTITUTION AND ITS COURT

LANDMARK DECISIONS OF THE
FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY
IN THE AREA OF FUNDAMENTAL RIGHTS

中译本主编

张千帆、萨穆塞 (Stefan Samse)

译者

牟效波、程 迈、谢立斌、黄 韬、杨登杰

李昊林、娄 立、张永生、贺初澄、张亦弛

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院
德国联邦宪政法院在基本权利领域的里程碑判例

70 Years German Basic Law
The German Constitution and its Court
Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court
of Germany in the Area of Fundamental Rights

总 编

布罗默（Jürgen Bröhmer）

主 编

艾吉丝（Gisela Elsner）

席克劳（Clauspeter Hill，第一、二版）

史丕慈（Marc Spitzkatz，第二版）

中译本主编

张千帆、萨穆塞（Stefan Samse）

译 者

牟效波、程 迈、谢立斌、黄 韬、杨登杰

李昊林、娄 立、张永生、贺初澄、张亦弛

元照出版公司

2023 © Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Berlin / Germany.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any material form or by any means, including photocopying and recording, or storing in any medium by electronic means and whether or not transiently or incidentally to some other use of this publication, without the written permission of the copyright holder, application for which should be addressed to the publisher. Such written permission must also be obtained before any part of this publication is stored in a retrieval system of any nature.

The following parts have been published earlier under the copyright of:

©Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden / Germany

Cases no. V. 2.a) School Prayer, V.2.b) Classroom Crucifix, VI.3.c)aa) First Broadcasting Decision and XIX.1.a) and b) Solange I and II.

Published in: Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany, Vol. 1, 2 and 4, Baden-Baden 1993-2007.

©Donald P. Kommers

Case no. III.1. a) Elfes, published in: Donald P. Kommers, The Constitutional of the Federal Republic of Germany, 2nd ed. (1997) Durham NC.

© Sir Basil Markesinis

Cases no. VI. 1.a) Lüth and VI.4.a) Mephisto, published in: Basil Markesinis /Hannes Unberath, The German Law of Torts - A Comparative Treatise, 4th ed. (2002) Oxford and Portland, Oregon.

©Robert E. Jonas and John D. Gorby

Case III.2.a) Abortion I, published in: The John Marshall Journal of Practice and Procedure (Vol. 9:605).

**Cover photo: ©Sebastian Gollnow/dpa/IC photo. Licensed by
IMAGINECHINA LIMITED.**

月旦知识库



本书全文可至月旦知识库
免费下载 <http://qr.angle.tw/mgx>

国家图书馆出版品预行编目资料

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院：德国联邦宪政法院
在基本权利领域的里程碑判例 / 布罗默（Jürgen Bröhmer）总编；
牟效波，程迈，谢立斌，黄韬，杨登杰，李昊林，娄立，张永生，
贺初澄，张亦驰译。 -- 初版。 -- 臺北市：元照，2023.04

面：公分

正體題名：德國《基本法》七十年：德國憲法及其法院：德國聯邦
憲政法院在基本權利領域的里程碑判例

譯自：70 years German Basic Law : the German Constitution and its
court: landmark decisions of the Federal Constitutional Court of
Germany in the area of fundamental rights.

ISBN 978-957-511-976-8（精裝）

1.CST: 憲法 2.CST: 德國

581.43

112003066

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院 德国联邦宪政法院在基本权利领域的里程碑判例

总 编 布罗默（Jürgen Bröhmer）
主 编 艾吉丝（Gisela Elsner）
席克劳（Clauspeter Hill，第一、二版）
史丕慈（Marc Spitzkatz，第二版）
中译本主编 张千帆、萨穆塞（Stefan Samse）
译 者 牟效波、程 迈、谢立斌、黄 韬、杨登杰
李昊林、娄 立、张永生、贺初澄、张亦驰
出 版 元照出版有限公司
100 台北市馆前路 28 号 7 楼
网 址 www.angle.com.tw
专 线 (02)2375-6688
传 真 (02)2331-8496
出版年月 2023 年 4 月 初版第 1 刷
ISBN 978-957-511-976-8



元照网路书店

目 录

中文版主编前言	
萨穆塞 (Stefan Samse)、张千帆	i
Preface for the Chinese Translation	
Stefan Samse, Qianfan Zhang	v
英文第三版主编前言	
布罗默 (Jürgen Bröhmer)、艾吉丝 (Gisela Elsner)	ix
第一、二版主编前言	
布罗默 (J. Bröhmer)、席克劳 (C. Hill)	xi
联邦宪政法院现任院长序言	
哈尔巴特 (Stephan Harbarth) 教授—博士	xv
Vorwort	
Stephan Harbarth	xix
联邦宪政法院院长序言	
沃斯库勒 (Andreas Voßkuhle) 教授—博士	xxv
联邦德国《基本法》现行文本	
序言	1
第1部分：基本权利 (第1—19条)	1
第2部分：联邦与各州 (第20—37条)	7
第3部分：联邦众议院 (第38—49条)	12
第4部分：联邦参议院 (第50—53条)	14
第5部分：联邦总统 (第54—61条)	15
第6部分：联邦内阁 (第62—69条)	17
第7部分：联邦立法权 (第70—82条)	18
第8部分：联邦法律的执行和联邦行政 (第83—91b条)	25
第8a部分：联合作业	29
第9部分：司法管理 (第92—104条)	30
第10部分：财政与战备状态 (第104a—115条)	34

第10a部分：国防状态	41
第11部分：过渡和最后条款（第116—146条）	44
《基本法》附录	55
德国宪法与基本权利理论导论	
（一）介绍	57
（二）《基本法》的基本准则和国家目标	62
（三）《基本法》所保障的权利与自由	70
（四）《基本法》的解释和联邦宪政法院的作用	80
（五）《基本法》规定的基本权利保护的程序背景	83
（六）挑战与展望	85
联邦宪政法院基本判决选编	
一、一般原理	87
• 基本权利的直接或间接第三人效力？ 体育暴力禁令案 BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09	87
二、人的尊严——《基本法》第1条	98
• 终身监禁案 BVerfGE 45, 187	98
• 航空安全案 BVerfGE 115, 118	104
三、人格自由发展以及身体完整性与人身自由之保护 ——《基本法》第2条	123
（一）第2.1条：人格的自由发展	123
• 艾尔弗斯案 Elfes, BVerfGE 6, 32	123
• 森林骑马案 BVerfGE 80, 137	127
• 人口普查案 BVerfGE 65, 1	134
• 数据收集案 BVerfGE 120, 274	144
（二）第2.2条：生命、身体和自由	163
• 生命权——堕胎判决 BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203	163
• 堕胎第一案 BVerfGE 39, 1	165
• 堕胎第二案 BVerfGE 88, 203	184

目 录

• 患者人身限制案 BVerfG, 24.7.2018, 2 BvR; BVerfG, 24.7.2018, 2 BvR 309/15	199
• 限制人身自由的治疗措施法 BVerfG, 11.7.2013, 2 BvR 2302/11	216
四、平等与反歧视——《基本法》第3条	245
• 禁止夜间雇用案 BVerfGE 85, 191	245
• 碎石女退休金案 BVerfGE 87, 1	250
• 变性者改名案 BVerfGE 88, 87	261
• 残疾儿童接受全纳教育案 BVerfGE 96, 288	267
• 性别认同案 BVerfGE 10.10.2017, 1 BvR 2019/16	275
五、宗教（信仰）、良知和教义自由——《基本法》第4条	285
（一）宗教自由和良知自由的范围	285
• 宗教协会募捐宣传案 BVerfGE 24, 236	285
• 良知反战第二案 BVerfGE 69, 1	292
• 宗教屠宰案 BVerfGE 104, 337	302
（二）《基本法》之下的宗教与国家	311
• 学校祷告案 BVerfGE 52, 223	311
• 耶稣受难像案 BVerfGE 93, 1	323
（三）头巾与宪政法院（头巾禁令第一案和第二案）	340
• 头巾禁令第一案 BVerfGE 108, 282	342
• 头巾禁令第二案 BVerfG 27.1.2015, 1 BvR 471/10	370
六、表达、传播、艺术和研究的自由——《基本法》第5条	392
（一）第5.1条第1句——表达自由（“言论自由”）	392
• 吕特案 Lüth, BVerfGE 7, 198	392
• 莱比锡人民日报案 BVerfGE 27, 71	399
• 侮辱军人案 BVerfGE 93, 266	405
（二）大屠杀背景下的《基本法》第5.1条	420
• 奥斯维辛谎言案 BVerfG, 13.4.1994, 1 BvR 23/94	423
• 文西德尔集会——纪念赫斯案 BVerfG, 4.11.2009, 1 BvR 2150/08 ..	428
• 德国网络电台案 BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 2083/15	443
• 否认大屠杀案 BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 673/18	448

(三) 《基本法》第5.1条第2句——传媒自由	452
• 明镜周刊案 Spiegel, BerfGE 20, 162	452
• 夏洛琳公主案 BVerfGE 101, 361	460
• 索拉娅案 BVerfGE 34, 269	472
• 广播第一案 BVerfGE 12, 205	478
• 广播第六案 BVerfGE 83, 238	502
(四) 《基本法》第5.3条——艺术、研究和教学自由	516
• 魔菲斯特案 BVerfGE 30, 173	516
• 不合时宜游行案 BVerfGE 67, 213	522
七、婚姻、家庭与子女——《基本法》第6条	529
• 生活伴侣关系案 BVerfG, 17.7.2002, 1 BvF 1/01	529
• 父母接触义务案 BVerfGE 121, 69	551
• 哥尔圭案：《基本法》和《欧洲人权公约》下的基本权利保护 Görgülü Decision, BVerfGE 111, 307	562
八、集会自由——《基本法》第8条	575
• 反战示威案 BVerfGE 87, 399	575
• 反核电站建设示威案 BVerfGE 69, 315	581
九、结社 / 集体谈判 / 劳动者抗争活动的自由 ——《基本法》第8条	597
• 短时工作补助案 《劳动促进法》第116条 BVerfGE 92, 365	597
• 取缔违法社团案 BVerfG 13.7.2018, 1 BvR 1474/12	607
• 公务员罢工权案 BVerfG, 12.6.2018, 2 BvR 1738/12	629
十、《基本法》第21.2条：取缔政党	655
• 民族民主党取缔案 BVerfG, 17.1.2017, 2 BvB 1/13	655
十一、通信隐私——《基本法》第10条	702
• 窃听案 BVerfGE 30, 1	702
• 联邦情报局案 BVerfGE 100, 313	711

目 录

十二、联邦境内的迁徙自由——《基本法》第11条	735
· 褐煤露天采矿案 BVerfG, 17.12.2013, 1 BvR 3139/08	735
十三、职业自由——《基本法》第12条	742
· 药店案 BVerfGE 7, 377 - Pharmacy	742
· 非吸烟者保护案 BVerfGE 121, 317 - Non-Smoker Protection.....	752
· 乙二醇葡萄酒案 BVerfGE 105, 252	765
十四、住宅不可侵犯——《基本法》第13条	775
· 营业场所检查案 BVerfGE 32, 54	775
· 声学监控案 Acoustic Surveillance, BVerfGE 109, 279	782
· 秘密监视案 BVerfG, 20.4.2016, 1 BvR 966/09	798
十五、财产权之保护——《基本法》第14条	850
· 地下水案 BVerfGE 58, 300 - Groundwater.....	850
· 强制提交样书案 BVerfGE 58, 137 - Mandatory Deposit Copies.....	863
· 文物保护案 BVerfGE 100, 226 - Monument Protection Act.....	869
· 核能终止案 Nuclear Power - Termination BVerfG, 6.12.2016, 1 BvR 2821/11	876
十六、公民身份和引渡——《基本法》第16条	916
· 欧洲逮捕令案 BVerfGE 113, 273	916
十七、政治起诉和庇护——《基本法》第16a条	940
(一) 一般背景	940
· 泰米尔人避难案 BVerfGE 80, 315 - Tamils.....	940
(二) 庇护（第三国规则）	950
· 第三国入境案 BVerfGE 94, 49	950
十八、选举权——《基本法》第38条	958
一般评论	958
· 选举权排除案 BVerfG 29.1.2019, BvC 62/14.....	958

十九、德国与欧盟	979
(一) 德国与欧盟的基本权利保护	979
• 押金充公第一案 BVerfGE 37, 271	979
• 押金充公第二案 BVerfGE 73, 339	990
• 马斯特里赫特判决 BVerfGE 89, 155	1002
• 香蕉市场组织案 BVerfGE 102, 147	1003
(二) 身份审查	1007
• 里斯本条约案 BVerfG, 30.6.2009, 2 BvE 2/08	1008
• 身份审查——欧洲逮捕令 BVerfG, 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14	1026
索 引	1055
缩略语解释	1081

中文版主编前言

萨穆塞 (Stefan Samse)、张千帆

康拉德—阿登纳基金会 (KAS) 亚洲法治项目和北京大学法学院很高兴联合推出《德国联邦宪政法院在基本权利领域的里程碑判例》的中文版。本书的编辑们决定共同将德国宪法全集翻译成中文，目的是让中国的读者能够接触到德国最有影响力的文件之一。

自2009年以来，阿登纳基金会与北京大学建立了密切的合作关系，具体形式是每年举办暑期宪法讲习班，邀请世界各国的宪法专家为来自全国各地的学生和学者提供为期一周的系列讲座。这一合作延续了八年之久。本书的出版目的之一是进一步展现基金会和北京大学联合开展的合作研究之成果。

此外，基本权利和公民自由的讨论和交流在世界事务中发挥着至关重要的作用，特别是对于法律部门。然而，语言障碍阻碍了对另一个国家的最高法院的关键文章和里程碑判决之了解。

该翻译站在法律理论、语言理论和翻译理论的交汇点上。法律和语言有许多相似之处，包括对意义和解释的相互关注，以及作为知识系统和文化资源。在语言结构和书写形式方面，中文具有独特的特点。它也是一个强大的知识媒介，作为中国文化宝库和伟大文明的一部分，代表着过去和现在之间的持续联系。

德国和世界各地的宪法在一个日益生长的全球法律环境中运作，其中包括国际法、国际条约、人权法和在世界各地的主要宪政法院裁决中看到的司法意识。“宪政”一词充满了模糊性。格哈德·卡斯帕教授说，“它既没有明确的规定性，也没有明确的描述性；它的轮廓难以辨别，它的历史根源是多样而不确定的。”由于任何增加德国宪政的清晰度的努力都将是一项过分的任务，本书中的术语将限于从德国最高宪法审查法院解释的国家成文宪法中产生的原则和想法。

德国以前的宪法很容易修改，并不被认为在所有领域都有约束力，而《基本法》具有约束力，控制着整个法律秩序。它是一份非常详细和全面的文件，包括基本权利、联邦、各国家机关的作用等。第93条规定，联邦宪政法院 (Bundesverfassungsgericht) “应在发生争议时就本《基本法》的解释作出裁决”。最高法院还在一个重要案件中认为，德国的法律“还必须符合不成文的基本宪法原则以及《基本法》的基本决定，特别是法治和社会福利国家的原

则”。起草《基本法》的专家委员会认为，实现人的尊严的最佳方式是将关键的治理原则规定在宪法结构中。

德国的宪法法律也代表了与过去的区别，包括维护自由民主秩序，撤销任何破坏法治、安宁、联邦制和分权原则的条款，并确定法院作为宪法秩序保护者的特殊作用。联邦宪法法院是一个专门处理与宪法有关的案件的法院。该法院的案件对所有国家机关、所有法院和公职人员都有约束力，强化了其作为《基本法》监护人的作用。《基本法》授权任何声称其基本权利“受到公共当局侵犯”的人向宪法法院提起诉讼。

我们希望，翻译的法院案件将为亚洲和欧洲的法律专家之间加强接触、互动和交流创造条件。作为知识共享、转让和学习机制的一部分，关键文件的翻译在我们的多元文化现实中正变得越来越重要。它还使法院及其行政部门能够以更有效和更有组织的方式与对应方进行互动。新加坡作为国际法律中心和争端调解的领先优势，也可以为中国、德国和新加坡的律师就宪法问题进行多边交流创造条件。这个城市国家对法律人才的培训、一系列监管和法律改革以及为发挥领导作用所做的持续努力，使其法律专家进入公共视野，能够与本地区和其他地区的同行进行更多的交流。从长远来看，不同的利益相关者将从法律和学术方面的交流中受益。

我们感谢协助我们完成本书的合作伙伴，包括我们的专业翻译、法律专家、合作伙伴等。感谢阿登纳基金会亚洲法治项目的陈苏珊女士，她为阿登纳基金会与北京大学的长期合作提供了出色的支持。也很感谢元照出版公司及邱琇凌女士等出版、编辑团队提供了非常专业与细致的校读。我们付出了巨大的努力来翻译德国宪法的每一个技术性的和复杂的方面，以确保最高水平的准确性、组织和结构。我们的专家团队具有宪法领域的专业经验和专业培训，对法律术语和概念有深刻的理解，这些术语和概念不仅与法律有关，而且还与宪法适用的领域有关。他们一丝不苟而又不失批判性地研究这部文件，以保留文本在其原始语境中的含义，并以中文复制同样的含义。他们还了解上下文和文化的细微差别，以帮助讲中文的读者进入其中。最重要的是，他们通过遵守直译原则，确保翻译忠诚于原始文件。

本书的翻译由张千帆组织并最后校订、通稿，分工负责各部分的具体人员如下：

《基本法》全文、宪法法院院长序言：张千帆

主编前言、“德国宪法与基本权利理论导论”：贺初澄

第一章：张千帆

第二章“终身监禁案”：张千帆，“航空安全案”：张亦弛

中文版主编前言

第三章（一）“艾尔弗斯案”、“森林骑马案”：杨登杰，“人口普查案”、“数据收集案”：李昊林；（二）“堕胎案”：杨登杰，“患者人身限制案”：张亦弛，“限制人身自由的治疗方法”：程迈

第四、五章：牟效波

第六章：黄韬

第七章：张永生

第八至十章：程迈

第十一、十四章：李昊林

第十二章：张亦弛

第十三、十五章：谢立斌

第十六至十九章：娄立

本书翻译是一项逾百万字的浩大工程。虽然主编力求形式和术语统一，疏漏之处在所难免，还望诸位方家与读者不吝指正！

Preface for the Chinese Translation

Stefan Samse, Qianfan Zhang

Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS), Rule of Law Programme Asia and Peking University (PKU), Law Faculty are proud to jointly present the Chinese version of the collection of landmark decisions of the Federal Constitutional Court of Germany. The editors of this book decided to come together to translate the entire volume of German constitutional law into Chinese, with the aim of providing access to one of the most influential documents in Germany to Chinese-speaking readers.

KAS has been in close partnership with PKU since 2009 to host the summer lectures on Constitutional Law by inviting international constitutional law experts from the European Union to give a series of a week-long lecture for PKU's post graduates. Thus, one of its intents of publishing this Chinese volume is an outcome of the joint workshops carried out by KAS and PKU.

Moreover, the discourse and exchange of fundamental rights and civil liberties plays a critical role in world affairs particularly for the legal sector. However, language barriers hinder access to key articles and landmark decisions of another country's highest court.

The translation stands at the intersections of legal theory, language theory and translation theory. Law and language share many similarities including the mutual concern with meaning and interpretation along with being knowledge systems and cultural resources. The Chinese language has unique characteristics when it comes to linguistic structure and writing form. It is also a strong medium of knowledge and part of the Chinese cultural treasury and great civilisation, representing a constant link between the past and the present.

Constitutional law in Germany and around the world operates within a growing global legal environment comprising of international law, international treaties, human rights law and judicial awareness seen in key constitutional court decisions around the world. The term "constitutionalism" is riven with ambiguity. Professor Gerhard Casper has stated, "it is neither clearly prescriptive nor clearly descriptive, its contours are difficult to discern; its historical roots are diverse and uncertain." Since any effort to add more clarity on German constitutionalism would be an

overreaching task, the term in this book will be limited to principles and ideas emerging from the country's written constitution as interpreted by Germany's highest court of constitutional review.

While previous constitutions in Germany were easily modified and not perceived as bindings in all areas, the Basic Law is binding in nature and controls the whole legal order. It is a well detailed and comprehensive document encompassing basic rights, federation, role of the various organs of state etc. Article 93 stipulates that the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) "shall rule on the interpretation of this Basic Law in the event of disputes." The apex court has also held in one of its key cases that Germany's laws "must also conform to unwritten fundamental constitutional principles as well as to the fundamental decisions of the Basic Law, in particular the principles of the rule of law and the social welfare state." The committee of experts who drafted the Basic Law believed that the best way to achieve human dignity is by stipulating key principles of governance into the constitutional structure.

Germany's constitutional law also represents a key departure from its past including upholding the free democratic order, revoking any article that undermines principles of rule of law, serenity, federalism and separation of powers and defining the special role of the court as a protector of constitutional order. The Bundesverfassungsgericht is a court that focuses exclusively on constitutional-related cases. The court's cases are binding on all organs of state, all courts and public officials, underlining its role as the guardian of the Basic Law. The Basic Law empowers any person who claims his/her fundamental basic rights "has been violated by public authority" to lodge a case in the constitutional court.

We hope that the translated court cases will make way for increased engagement, interaction and exchange between legal experts in Asia and Europe. Translations of key documents are becoming increasingly important in our multicultural reality as part of knowledge sharing, transfer and learning mechanisms. It also allows courts and their administrations to interact with their counterparts in a more efficient and organised manner. Singapore's lead as an international legal hub and dispute arbitration could also make way for a multilateral exchange between Chinese, German and Singaporean lawyers on constitutional issues. The city-state's training of legal talent, series of regulatory and legal reforms and continuous effort to playing a leading role has brought its legal experts to the fore for greater interaction

Preface for the Chinese Translation

with their counterparts in the region and beyond. In the long run, the different stakeholders will benefit from this exchange in legal and academic aspects.

We are thankful to our partners who have assisted us with the book including our specialist translators, legal experts, partners etc. We thank Ms. Susan Chan, KAS Rule of Law Program Asia, for her long-time and remarkable support of the KAS-PKU cooperation. In addition, we are very grateful to Angle Publishing Co., Ltd. for their professional and exceptionally careful editing. Enormous efforts have been undertaken to translate every technical and complex aspect of the German constitution to ensure the highest level of accuracy, organisation and structure. Our team of experts, who have professional experience and specialised training in the area of constitutional law, have a deep and profound understanding of legal terminologies and concepts that are not just related to law but also pertaining to the area(s) where it is applied to. They have critically and meticulously studied the document to preserve the meaning in the text in its original context and produce equivalent meanings. They also have an understanding of the context and cultural nuances to help engage the Chinese-speaking reader. Mostly importantly they have ensured that the translation has done justice to the original document.

The translation of this book is organized, revised and finalized by Zhang Qianfan. The translators responsible for each part are as follows:

The Current Text of the Basic Law and the Forewords by the Presidents of Federal Constitutional Court: Zhang Qianfan

The Editors' Prefaces and the Introduction to German Constitutional Law and the Doctrine of Basic Rights: He Chucheng

Ch. I: Zhang Qianfan

Ch. II, Life Imprisonment Case: Zhang Qianfan; Aviation Security Case: Zhang Yichi

Ch. III, Elfes Case and Forest Riding Case: Yang Teng-Chieh; Census Case and Data Collection Case: Li Haolin; Abortion Cases: Yang Teng-Chieh; Physical Confinement Case: Zhang Yichi; Therapic Measure Case: Cheng Mai

Chs. IV-V: Mou Xiaobo

Ch. VI: Huang Tao

Ch. VII: Zhang Yongsheng

Chs. VIII-X: Cheng Mai

Chs. XI and XIV: Li Haolin

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

Ch. XII: Zhang Qianfan

Chs. XIII and XV: Xie Libin

Chs. XVI-XIX: Lou Li

This translation is an immense project containing one million Chinese characters. Although the Chief Editors have done their best to achieve formal and conceptual uniformity, imperfections are inevitable. We sincerely appreciate the readers' corrections, which will help us to improve the Chinese text.

英文第三版主编前言

布罗默（Jürgen Bröhmer）、艾吉丝（Gisela Elsner）

截至今年，《德国《基本法》》已诞生七十周年。得以推出《德国《基本法》七十年：德国宪法与法院》的全新版本，我们由衷喜悦。

世界在历经急剧改变。技术进步、气候变化、全球化、全球难民危机、中国崛起，加之社交媒体与相关现象（从“假新闻”到“回声室效应”）都促成了这样一种情形产生，即传统西方式的自由民主与法律规范受到深刻挑战。民族主义与独裁政府甚嚣尘上，西方领导人甚至大肆吹捧“不自由的民主”。

70年前，随当权者申明追求相似的目标并使用相似的语言散播仇恨、在民众中煽动起“我们反对他们”的想象而造成文明的全面崩坏，《基本法》作为其结果与应对措施于1949年生效。如今我们仍能听到相似的用语，来自各种信仰的宗教狂热者、白人至上主义者与其他种族主义者，来自民族主义者，亦来自试图从所有那些特征中提取毒汁的人士。

《基本法》已经成为、仍将作为法律性文件，定义在德国及其公民社会中可被接受的事物界限。它以所有形式适用于政府与权力部门实践，适用于最广泛语义上的政治活动家。联邦宪政法院两年后于1951年成立。其司法审查权与博大的司法体系使其能够决定经由个人直接提起的诉讼（宪法控告），以及其他宪法机构、联邦州、试图挑战州权力的议员群体发起的诉讼。经过多年卓绝的努力，联邦宪政法院造就了世界上其他司法机构少有能望其项背的权威性，成为《基本法》的捍卫者。鉴于我们和《基本法》所共同面临的挑战，要捍卫《基本法》所反映的基本共识，这种权威性是必要的，否则无论多么庄严的文书都无法实现它的承诺。

在2017年的决定中，联邦宪政法院回应了取缔极端右翼国家民主党（见本书第十章）的申请，重申其机构职责为最终寻求到在捍卫自由与允许自由捍卫自身之间的平衡。

宪法所面临的挑战和《基本法》一致，基于其既要反映所建立的政治体系基础性的长久共识，同时又必须对社会新发展和人口变化作出反应与调整。某些进展具有争议性，某些则异常迅疾。从同性联盟到跨性别人士权益，再到解决由德国日益增长的穆斯林人口所引发的本质上属文化范畴的冲突——在校佩戴头巾和公立义务教育学校有必要保持宗教中立性的矛盾——联邦宪政法院在这些境遇中始终占有一席之地。

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

由于科技和新媒体的飞速发展，司法系统作为宪法准则卫士的合法性在未来将面临更大压力。这些创新为宪政主义（constitutionalism）改变中无止的悖论增添了新的维度。而技术进步本身即拥有以多种方式考验我们自由民主政治秩序与基本人权的潜能。我们依赖于此的数字世界——互联网、社交网络、人工智能——创造信息收集、运动追踪的机会，也创造隐私入侵的例证。联邦宪政法院传达约二十项决定，质疑几乎所有在监管上使用监视技术的法规，正表明司法系统在维护安全与个人自由、隐私的平衡中所起的关键效用。

在此背景下，我们推出第三版《德国〈基本法〉：德国宪法与法院》，希望它能够使读者了解德国《基本法》的运作及联邦宪政法院对其的阐释，亦能够表明一个真正运行着的司法系统在社会急剧变化的时代何其重要。任何一个法律文件、任何一处宪法法庭皆无法独自创造一个秩序井然的联邦州与昌盛繁荣的公民社会。而能够凭借其论证的权威性说服民众的执行机构与宪法法庭至关重要，于德国而言，联邦宪政法院更因其驾驭上述挑战的能力而不可或缺。一切宪法植根于各自的历史、社会、经济、政治现实，仅凭照搬并非上好的方法。然而，宪法体系和宪法学途径，如比较宪法学，其相关知识的确是一个有待学习的领域，可以帮助我们发现应对挑战的方法，维持社会和谐并且尊重每个社会成员的自主性。愿此书能为达成这样的目标贡献微薄之力。

2019年10月于新加坡

第一、二版主编前言

布罗默 (J. Bröhmer)、席克劳 (C. Hill)

德国《基本法》现已实施六十余年，它是德意志民主国家的基础。《基本法》的核心是法治原则，正如德国流传更广的概念“法治国家原则” (Rechtsstaatsprinzip) 所表达的那样。保护个人基本权利是“法治国家原则”的重要基石。

《基本法》的成功可追溯至多个因素。《基本法》所规定的、统一后仍保留的德意志制度结构显然已证明其可靠性。然而，个人受到保障的基本权利（一些是对全人类，一些仅针对德国公民）及联邦宪政法院对其的阐释、执行在促成《基本法》从专门性文件到身份构造的国家文件这一转向上至关重要。

德国人已经理解，《基本法》是他们的宪法，在此受保护的基本权利是他们的个人权利。同样，他们已理解这并非理论空谈；他们可以求助于一般法院，特别是卡尔斯鲁厄的联邦宪政法院，并有效行使他们的权利，以防止政府立法、行政、司法部门的无理侵权。

宪政法院不仅在基本权利保护方面发挥了真正的“宪法卫士”的作用，而且赢得了德国人民的极大尊重。宪政法院非常成功地在个人权利与整个社会的利益之间取得了合理的平衡。达成这样的平衡从来并非易事，而在2001年9月11日美国袭击事件，以及个人权利与自由、个人权利与安全之间关系的重新争论之后变得更加困难。

联邦宪政法院的程序框架，尤其是宪法诉愿程序，使其能够在60年后发展出关于基本权利解释与应用的具体、持久、可靠的教科书式方法。这引起全世界对德国宪法理论和法理学的极大兴趣。拉丁美洲、东欧和亚洲国家在向基于法治的真正民主国家转型时，渴望更深入地了解这些方法。在某些情况下，德国与这些地区有着相似的法律传统。最重要的是，它们有着共同的价值体系和法律理想，例如德国法律体系遵循成文法的民法法系传统。

但对于普通法国家而言，德国对宪法和基本权利保护的态度也很有趣。成文宪法构成成文法，需要法定解释。但更为重要的是，普通法和民法法系的法律传统在宪法领域联系最为紧密。在宪法领域，宪政法院的判决即使不是法律上的，至少也是事实上的先例。就德国宪政法院而言，其判决具有法律效力，因此它可以承担与普通法国家最高法院类似的立法职能。

因此，德国宪法已成为全球参与国家改革的法律学者、从业人员和官员越

来越感兴趣的领域也就不足为奇了。美国学者Donald P. Kommers和Russell Miller的著作《德意志联邦共和国的宪政法理学》第三版（Durham, NC: Duke University Press, 2011）就是一个典型的例子，我们愿将它推荐给对这些事情感兴趣的任何人。我们收集的多数案例都在书中有所讨论。

注意到这一日益增长的需求，新加坡康拉德阿登纳基金会的“法治计划”发起该项目，旨在使不会讲德语的法官、律师、学者们得以接触德国宪政法院的一些核心决定，并将这些判决置于解释性的文本语境中。“法治方案”亚洲分部推动的重要目标之一是宪政概念，以及支持审查其他国家机关行为合宪性的机制。捍卫公民权利是此类体制的核心要素，因此对我们的方案而言也意义重大。

本书聚焦于德国宪政法院关于德国宪法中最重要的基本权利的判例法。对于《基本法》和基本权利学说的综合介绍力图提供语境背景，为读者能够更好理解全面的法理学。此外，每次判决或每组判决都有包含个别案例背景信息的特定的注释。同样，我们试着以英文推荐其他材料，其中不乏有益资源。

在本书判决的选择上，我们试图提供关联最紧密的案例。这时而意味着重复处理某些概念。通常，联邦宪政法院细致详尽阐明某一方面或另一方面，再具体问题具体分析，更精确地制定法律。为将书维持在有的放矢的体量，案例的选择在某种程度上也受到指导与限制。我们希望提供的不仅是每起判决的头条或简短摘录，也相信对于对德国宪法没有更广泛了解的读者而言，综合性的翻译更有用。因此，每个案例的事实都得到概括，只有像是可受理性这样的初步问题被放置一边。如有必要，这些已在每个案例或案例组的简短解释中提及。

所有案件都以原本的德文“BVerfGE”而被引用，宪政法院本身也以其指代判决。这个缩略词的字面意思是“联邦宪政法院判决”，后跟它们在联邦宪政法院官方案件集中出版的卷和页码（例如BVerfGE 45, 187中，45为官方集卷，187为案件开始的页面）。

大多数判决已由法学硕士Donna Elliott博士翻译。她是一位在德国工作多年的澳大利亚律师，经常被聘为联邦宪政法院和联邦政府的翻译。许多翻译是由宪政法院本身提供的，也可以在法院的网站（www.bverfg.de）上找到。

我们也非常感谢Donald P. Kommers、Basil Markesinis爵士、Robert E. Jonas和John D. Gorby，他们慷慨同意重印在自己版权下的早期出版物中所翻译的判决。最后但同样重要的是，我们感谢Nomos Verlag出版社慷慨允许使用其之前发表在《德意志联邦共和国联邦宪政法院判决》（Baden-Baden 1993-2007，第一、二、四卷）的译文。每当使用其他作者或出版商的翻译时，都已详细说明

第一、二版主编前言

出处。

特别感谢Miriam Söhne女士，她是新加坡康拉德·阿登纳基金会办事处的研究助理。她自行翻译了两个判决，并修改了他人的译文，这些译文之前没有翻译过标题注释或其他重要部分。米哈亚姆和助理陈珍妮女士在校对和编辑整个手稿方面也非常有帮助。来自肯尼亚的律师、新英格兰大学法学院博士生马丁·马塔西先生也帮助校对了引言和判决注释，并在初稿因“过于德国化”而对于非德国律师来说更难理解时，帮助指出改进之处。

“民主不仅仅是一种议会形式的政府，而是基于承认每个人的尊严、价值和不可剥夺之权利的一种生活哲学（Weltanschauung）。真正的民主必须在政治、经济和文化生活的各个方面，尊重每个人的这些权利和价值。”¹在1948-49年担任议会委员会主席期间，阿登纳（Konrad Adenauer）说的这段话激励了起草《基本法》的所有委员会成员，并已成为德国宪法判例的指导原则。

编者希望本书有助于更深入地了解德国在这方面的法律思想。与往常一样，任何错误和误解的原因都应归咎于我们。

我们将这本书献给那些在大小方面为德国《基本法》的成功做出贡献的人，他们帮助塑造了一个秉持民主、自由和人权理念的德国。

2010年10月于阿米代尔、新加坡

¹ 德文原文是：Demokratie ist mehr als eine parlamentarische Regierungsform, sie ist eine Weltanschauung, die wurzelt in der Auffassung von der Würde, dem Wert und den unveräußerlichen Rechten eines jeden einzelnen Menschen. Eine echte Demokratie muß diese unveräußerlichen Rechte und den Wert eines jeden einzelnen Menschen achten im staatlichen, im wirtschaftlichen und kulturellen Leben.

联邦宪政法院现任院长序言

哈尔巴特（Stephan Harbarth）教授—博士

这部判决文集是在1949年5月23日德国《基本法》颁布70周年之际创作的。在我们历史上，德国人在庆祝拿得出手的立宪纪念日方面并没有太多丰富经验。1849年的“保罗教堂”宪法是有史以来第一部全德意志民主宪法；但在德意志大州尤其是普鲁士国王拒绝承认之后，它仍然只是一个勇敢的承诺而已。第一次世界大战结束后，1919年的魏玛帝国宪法未能赢得民心和负责任的决策者支持。魏玛在纳粹和第二次世界大战的灾难中结束。《基本法》诞生之初，甚至连赞歌都没人唱。它被认为是一部过渡宪法、一个临时解决方案，甚至只是一座“临时避难建筑”——正如伟大的德国社会民主党人卡洛·施密德（Carlo Schmid）当时所说的那样，他与许多其他人一起参与了它的形成。只是在西方占领国敦促德国西部各州总理后，它才获得起草；对巩固东西分裂之考虑笼罩着一切，并导致议会委员会成员回避使用“宪法”一词。时至今日，我们的宪法仍冠以“基本法”这个不起眼的名称。直到后来的几十年，人们才意识到《基本法》对德国人来说是多么独特的幸运：它建立了一个“良好秩序”——无疑是德国有史以来最好、最有效的秩序。对西德来说，《基本法》的七十年意味着在一个统一的欧洲中实现自由、民主和法治的七十年。1990年10月3日，随着柏林墙的倒塌和德国统一的完成，《基本法》的这一伟大承诺终于对全体德国人民变成了现实。

归根结底，只有在魏玛共和国戏剧性失败的背景下，我们的《基本法》和其中设想的联邦宪政法院之作用才能得到充分理解。《基本法》的制定者对纳粹独裁统治表达了“永远不再！”的深刻感受，并找到了我们宪法之所以失败的主要答案。这里简要强调其中几点。

最重要的是，议会委员会将保护个人自由免受国家主权侵害的基本权利与不可侵犯的人格尊严放在首位。个人成为《基本法》的核心焦点。国家是从个人的视角，在其为人民服务的职能中来看的。所以海伦基姆湖宪法草案第1条写着：“国家为人民而存在，人民不为国家而存在。”即便没有写入《基本法》文本，这一句也反映了它的精神。这是德国宪法史上最精彩的句子之一。

国家统治的合法性来源于人民的自决权，这是《基本法》要求的民主自由理念；第20条第2款第1句规定：“一切国家权力来自人民。”人民通过其制宪权，为宪法组织和程序以及国家事务的实质性标准奠定基础。在宪法规定的框

架内，人民通过选举和投票表达自己的意愿。正如政治意愿的形成是从人民到政府，政府和下属行政部门将其行为与多数人的决定不断联系起来，进而获得其民主合法性。

虽然个人自由之实现首先是通过其参与民主过程，基本权利也确保了这种自由。它们还限制了获得民主合法化的国家权力，从而保护不可侵犯的个人自由领域：信仰自由、良心自由、宗教和意识形态信仰自由（《基本法》第4条第1款），以文字、写作和图像方式自由表达和传播个人意见，并不受阻碍地从普遍可获得的来源获取信息（第5条第1款第1句），或在未经注册或许可的情况下不携带武器和平集会（第8条第1款）。原则上，民主统治也是有限的；有了这个限制，它才获得了进一步的充分合法性：个人只是受制于民主合法化的国家权力，但反过来，这是个人也必须尊重的国家权力。

实现基本权利所保障的自由之前提是国家权力受到法律约束。因此，自由民主需要一个强大的宪政国家。《基本法》对法治赋予极高地位，这也是对纳粹时代权利遭到剥夺和缺失的一种特殊反应。没有法律及其监管要求、程序和形式，就没有自由。引用伟大的德国法律学者鲁道夫·冯·耶林的话：“形式是专断的死敌，是自由的孪生姐妹。”法律也保护弱者，法治有义务执行之。这创造了一个合法有序的空间，兼顾个人自己的利益和需求以及第三方的利益和需求，并使之达到平衡。国家的保护和保险及其对使用武力之垄断最终产生了宪政国家施加于公民之义务，那就是恪守和平并禁止私力救济。自由和安全并不相互排斥，也不能以牺牲一个为代价来实现另一个。恰好相反，保护免受暴力是自由生活的基本要求，并且一直在每一部自由宪法中都受到重视。

《基本法》的制定者最后建立了一个独立的宪法机构，并赋予其司法任务作为额外的保护机制，那就是联邦宪政法院。作为“宪法的监护人”，它有权承担国家法院的任务，主要监督其他宪法机构之间以及联邦与各州政府之间是否遵守宪法规定的权力。另一方面，联邦宪政法院作为公民的法院，也负责监督个人基本权利的履行情况。任何人都可以向联邦宪法法院提出宪法诉愿，主张他们的基本权利受到公共当局的侵犯。公民法院的职能延续了保障人的尊严之出发点，也就是从个人之视角构想的国家秩序。

联邦宪法法院的权力相当大，但它们的极限也是如此。联邦宪政法院由两个庭组成，每个庭各有8名成员。两庭相互独立，不能审查对方的判例法。每个庭代表其管辖范围内的“那个”联邦宪政法院。因此，人们也将其称为“双庭”。根据基本的立法思路，第二庭主要设计为国家法院；第一庭则主要处理基本权利问题，其关键词是“公民法院”。但由于工作量悬殊，这种分离无法维持。这就是为什么自1956年以来，第二庭也负责在某些事项上的基本权利之

联邦宪政法院现任院长序言

保护。

联席会议由法院的全体16名成员组成。它决定一个庭何时想要偏离另一个庭的法律先例，以及影响法院的基本组织决定。然而，解决两庭意见分歧的全体会议在判例法实践中很少见。两庭每年收到5,000-6,000件宪法诉愿，绝大多数都由每个庭3名成员组成的立案室（chamber）处理。各室都可以拒绝接受某个宪法诉愿。如果诉愿显然正当，且没有根本的宪法歧义，因为审判庭的决定已经阐明了基本标准，那么它也可以接受之。各室适用全体一致原则：如果立案室无法达成一致决定，程序将移交给其所在庭。

联邦宪政法院的法官由选举产生。选举每十二年举行一次，但法官任期不得超过68岁年龄限制。法官不得连任。这有助于保证司法独立，并确保法官在处理司法问题时不会为了获得连任而考虑选举机构的旨意。每个庭至少有3名法官由最高联邦法院（联邦最高法院、联邦行政法院、联邦财政法院、联邦劳工法院和联邦社会法院）提名，以利他们的特殊司法经验可以惠及联邦宪法法院的判例法。联邦宪政法院两个庭各有8名法官，其中一半由众议院选举产生，另一半由参议院选举产生。当选要求获得2/3多数。这确保了法官不仅具有民主合法性，而且在政治阵营中得到广泛认可。

自1949年5月23日颁布以来，联邦宪政法院一直根据其宪法授权执行《基本法》，并沿着法律路径谨慎发展之、保护之。它从未忘记保护公民基本权利的核心使命。这也尤其适用于欧洲一体化进程。联邦宪政法院从一开始就伴随着德意志民族国家融入欧盟，并帮助塑造了欧洲一体化，从而亲身经历了一个法律共同体的共同成长。

《基本法》施行七十年以来，光是基本权利保障就有相当多的决定。这个案例汇编展示了其中最重要的判决，并以一种即使不熟悉德国宪法的读者也能理解的方式对其进行分类。即使其英文版也一直受到人们的极大关注。因此，我很高兴它的中文版也将面世。我衷心感谢阿登纳基金会和参与此版创作的每个人，尤其是那些承担艰苦工作的译者。

预祝中文版获得圆满成功！

2023年1月于卡尔斯鲁厄

Vorwort

Vorwort

**des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts
für die chinesische Fassung der Entscheidungssammlung**

**70 YEARS GERMAN BASIC LAW
THE GERMAN CONSTITUTION AND ITS COURT
LANDMARK DECISIONS OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT
OF GERMANY IN THE AREA OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

herausgegeben im Rahmen des Rechtsstaatsprogramms
der Konrad-Adenauer-Stiftung

Die vorliegende Entscheidungssammlung ist aus Anlass des 70. Jahrestages der Verkündung des deutschen Grundgesetzes am 23. Mai 1949 entstanden. Wir Deutsche verfügen in unserer Geschichte nicht über den allergrößten Erfahrungsschatz an vorzeigbaren Verfassungsjubiläen. Die Paulskirchenverfassung des Jahres 1849, die erste gesamtdeutsche und demokratische Verfassung überhaupt, blieb kühne Verheißung, nachdem ihr vor allem die größeren deutschen Staaten ebenso wie der preußische König die Anerkennung versagten. Der Weimarer Reichsverfassung von 1919 gelang es nach dem Ende des Ersten Weltkriegs nicht, die Herzen des Volkes und der verantwortlichen Entscheidungsträger für sich zu gewinnen. Weimar endete in der Katastrophe des Nationalsozialismus und des Zweiten Weltkriegs. Und selbst dem Grundgesetz wurden an seiner Wiege keine Hymnen gesungen. Es galt als Übergangslösung, als Provisorium, als „Notbau“ gar, wie es der neben vielen anderen an seiner Ausarbeitung beteiligte große deutsche Sozialdemokrat Carlo Schmid seinerzeit formulierte. Erarbeitet erst auf maßgebliches Drängen der westlichen Besatzungsmächte gegenüber den Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder, schwebte die Sorge vor einer Verfestigung der deutschen Teilung über allem und ließ die Mitglieder des Parlamentarischen Rats selbst vor der Verwendung des Begriffs „Verfassung“ zurückschrecken. Bis heute trägt unsere Verfassung daher den bescheidenen Titel „Grundgesetz“. Erst in späteren Jahrzehnten reifte die Einsicht, welcher einzigartiger Glücksfall das Grundgesetz für die Deutschen war und ist: Es hat eine „gute Ordnung“ etabliert, zweifellos die beste

und die wirkmächtigste, die Deutschland je hatte. Sieben Jahrzehnte Grundgesetz, das bedeutet für den Westen Deutschlands sieben Jahrzehnte Freiheit, Demokratie und Rechtsstaat mitten in einem vereinten Europa. Nach dem Fall der Mauer und der Vollendung der Deutschen Einheit ist dieses im Grundgesetz angelegte großartige Versprechen am 3. Oktober 1990 schließlich für das gesamte deutsche Volk Wirklichkeit geworden.

Sowohl unser Grundgesetz als auch die darin vorgesehene Rolle des Bundesverfassungsgerichts lassen sich letztendlich nur vor dem Hintergrund des dramatischen Scheiterns der Weimarer Republik vollständig erfassen. Die Väter und Mütter des Grundgesetzes haben in dem tiefen Empfinden des im Bewusstsein der Nazi-Diktatur ausgesprochenen „Nie wieder!“ mit unserer Verfassung zentrale Antworten auf dieses Scheitern gefunden. Einige seien an dieser Stelle kurz herausgehoben.

Allem vorangestellt hat der Parlamentarische Rat die Grundrechte, die die Freiheit des Individuums gegenüber der Herrschaftsgewalt des Staates schützen, mit der unantastbaren Menschenwürde an ihrer Spitze. Das Individuum rückt in den zentralen Fokus des Grundgesetzes. Der Staat wird vom Individuum aus gedacht, in seiner dienenden Funktion gegenüber dem Menschen. Und so lautete Artikel 1 im Verfassungsentwurf von Herrenchiemsee: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ Auch wenn er keinen Eingang in den Text des Grundgesetzes fand, spiegelt er dessen Geist. Einer der wunderbarsten Sätze der deutschen Verfassungsgeschichte.

Staatliche Herrschaft findet ihre Legitimationsquelle im Selbstbestimmungsrecht des Volkes. Dies ist die demokratische Freiheitsidee, zu der auch das Grundgesetz verpflichtet: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, bestimmt Art. 20 Abs. 2 Satz 1. Kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt legt das Volk in seiner Verfassung die Grundlagen für die Organisation, das Verfahren und die inhaltlichen Maßstäbe staatlichen Handelns fest. Innerhalb des durch die Verfassung gezogenen Rahmens artikuliert das Volk seinen Willen in Wahlen und Abstimmungen. Ebenso wie sich die politische Willensbildung damit vom Volk zur Regierung hin vollzieht, erlangt die Regierung und mit ihr die nachgeordnete Verwaltung durch eine ununterbrochene Rückbindung ihres Handelns an die mehrheitlich getroffenen Entscheidungen demokratische Legitimität.

Während sich die Freiheit des Individuums hier zunächst durch seine Teilhabe

Vorwort

am demokratischen Prozess verwirklicht, sichern die Grundrechte diese Freiheit zusätzlich ab. Sie beschränken auch die demokratisch legitimierte Staatsgewalt und schützen so Domänen individueller Freiheit, in welche auch diese nicht eindringen darf: die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG), das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG), oder das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln (Art. 8 Abs. 1 GG). Auch demokratische Herrschaft ist somit prinzipiell begrenzt; sie erfährt mit dieser Begrenzung eine weitere, eine erst hinreichende Legitimität: Das Individuum ist der demokratisch legitimierte Staatsgewalt unterworfen, aber es ist eine Staatsgewalt, die umgekehrt auch das Individuum zu achten hat.

Die Verwirklichung der mit den Grundrechten garantierten Freiheit hat die Bindung der Staatsgewalt an das Recht zur Voraussetzung. Eine freiheitliche Demokratie braucht daher einen starken Rechtsstaat. Die starke Stellung, die im Grundgesetz der Rechtsstaatlichkeit zuteilwurde, war ebenfalls in besonderer Weise eine Reaktion auf die Entrechtung und Rechtlosigkeit in der Zeit des Nationalsozialismus. Ohne das Recht mit seinen ordnenden Vorgaben, Verfahren und Formalien gibt es keine Freiheit. Mit dem großen deutschen Rechtswissenschaftler Rudolf von Jhering gesprochen: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.“ Die grundrechtlich garantierte Freiheit des Individuums und die Bindung der Staatsgewalt an das Recht sind zwei Seiten einer Medaille. Das Recht schützt zudem den Schwächeren und der Rechtsstaat hat die Pflicht dieses durchzusetzen. So erwächst ein rechtlich geordneter Raum, der die eigenen Interessen und Bedürfnisse ebenso berücksichtigt wie die Dritter und in Ausgleich bringt. Dieser Schutz und die Sicherung durch den Staat, sein Gewaltmonopol, führen letztlich zur Friedenspflicht und dem Selbsthilfverbot, die der Rechtsstaat seinen Bürgerinnen und Bürgern auferlegt. Weder schließen sich Freiheit und Sicherheit aus, noch lässt sich das eine notwendig nur auf Kosten des anderen verwirklichen. Ganz im Gegenteil: Der Schutz vor Gewalt ist eine Grundvoraussetzung für das Leben in Freiheit und in jeder freiheitlichen Verfassung immer schon mitgedacht.

Mit dem Bundesverfassungsgericht haben die Väter und Mütter des

Grundgesetzes schließlich ein selbstständiges Verfassungsorgan mit Rechtsprechungsaufgaben als zusätzlichen Schutzmechanismus installiert. Als „Hüter der Verfassung“ stehen ihm einerseits die Aufgaben eines Staatsgerichtshofs zu, der maßgeblich die Einhaltung der verfassungsmäßigen Kompetenzen der übrigen Verfassungsorgane im Verhältnis zueinander und im Verhältnis zwischen Bund und Ländern kontrolliert. Andererseits wacht das Bundesverfassungsgericht als Bürgergericht auch über die Einhaltung der Grundrechte der Einzelnen. Jedermann kann sich im Wege einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht mit der Behauptung wenden, durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein. In der Funktion des Bürgergerichts setzt sich letztlich fort, was mit der Garantie der Menschenwürde seinen Anfang nimmt: die vom Individuum her gedachte staatliche Ordnung.

Die Machtfülle des Bundesverfassungsgerichts ist beachtlich. Deren Grenzen sind es aber auch. Das Bundesverfassungsgericht besteht aus zwei Senaten mit jeweils acht Mitgliedern. Beide Senate sind unabhängig voneinander und können die Rechtsprechung des jeweils anderen nicht überprüfen. Jeder Senat repräsentiert im Rahmen seiner Zuständigkeit „das“ Bundesverfassungsgericht. Man spricht daher auch von einem „Zwillingsgericht“. Nach der gesetzgeberischen Grundidee sollte sich der Erste Senat vor allem den Grundrechtsfragen widmen – Stichwort: „Bürgergericht“ –, während der Zweite Senat vorwiegend als Staatsgerichtshof konzipiert war. Diese Trennung war aber aufgrund der sich unterschiedlich entwickelnden Arbeitsbelastung nicht aufrechtzuerhalten, weshalb seit dem Jahr 1956 auch der Zweite Senat für den Grundrechtsschutz in bestimmten Materien zuständig ist.

Das Plenum besteht aus allen 16 Mitgliedern des Gerichts. Es entscheidet, wenn ein Senat von der Rechtsauffassung des anderen Senats abweichen will, und bei grundsätzlichen organisatorischen Entscheidungen, die das Gericht betreffen. Plenarentscheidungen zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Senaten sind in der Rechtsprechungspraxis allerdings selten. In beiden Senaten sind Kammern mit jeweils drei Mitgliedern gebildet. Die meisten der Verfassungsbeschwerden, von denen jährlich zwischen 5.000 und 6.000 eingehen, werden von den Kammern bearbeitet. Die Kammer kann die Annahme der Verfassungsbeschwerde ablehnen. Sie kann ihr auch stattgeben, wenn diese offensichtlich begründet ist und dieser keine grundsätzliche verfassungsrechtliche

Vorwort

Bedeutung zukommt, weil die zugrundeliegenden Maßstäbe bereits durch Senatsentscheidungen geklärt sind. In den Kammern gilt das Prinzip der Einstimmigkeit; können sich die Kammern nicht auf eine Entscheidung verständigen, wird das Verfahren an den Senat abgegeben.

Die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts werden gewählt. Die Wahl erfolgt einmalig für zwölf Jahre, längstens jedoch bis zur Altersgrenze von 68 Jahren. Eine Wiederwahl ist ausgeschlossen. Dies dient der richterlichen Unabhängigkeit und soll sicherstellen, dass bei der Bewältigung der richterlichen Aufgaben keine Rücksicht auf die Wahlorgane genommen wird, um wiedergewählt zu werden. Mindestens drei Richterinnen oder Richter eines Senats werden von den obersten Bundesgerichten (Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesfinanzhof, Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht) berufen, damit ihre besondere richterliche Erfahrung in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einfließen kann. Die jeweils acht Richterinnen und Richter der zwei Senate des Bundesverfassungsgerichts werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt. Um gewählt zu werden, ist eine 2/3-Mehrheit erforderlich. So ist sichergestellt, dass die Richterinnen und Richter nicht nur über demokratische Legitimation, sondern auch über breite Akzeptanz über Grenzen politischer Lager hinweg verfügen.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundgesetz seit seiner Verkündung am 23. Mai 1949 seinem verfassungsrechtlichen Auftrag entsprechend durchgesetzt, geschützt und in den Bahnen des Rechts behutsam fortentwickelt. Seinen ureigenen Auftrag, die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger zu schützen, hat es dabei nie aus den Augen verloren. Dies gilt auch und gerade im Hinblick auf den Prozess der europäischen Integration. Das Bundesverfassungsgericht hat die Einordnung des deutschen Nationalstaates in die Europäische Union von Beginn an begleitet und die als Zusammenwachsen einer Rechtsgemeinschaft zu begreifende europäische Integration mitgeprägt.

So ist in sieben Jahrzehnten Grundgesetz eine beachtliche Fülle an Entscheidungen allein zum Grundrechtsschutz entstanden. Diese Entscheidungssammlung stellt die wichtigsten von ihnen vor und ordnet sie in einer auch für den nicht mit dem deutschen Verfassungsrecht vertrauten Leser verständlichen Weise ein. Bereits in ihrer englischen Fassung erfreut sich diese Entscheidungssammlung eines großen und anhaltenden Interesses. Es ist mir daher eine große Freude, dass sie nunmehr

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

auch in einer chinesischen Fassung erscheinen kann. Mein herzlicher Dank hierfür gilt der Konrad-Adenauer-Stiftung und allen, die an der Entstehung dieser Ausgabe beteiligt waren, insbesondere denjenigen, die die mühevollen Übersetzungsarbeit auf sich genommen haben.

Ich wünsche dieser Ausgabe großen Erfolg!

Karlsruhe, im Januar 2023

Stephan Harbarth

联邦宪政法院院长序言

沃斯库勒（Andreas Voßkuhle）教授—博士

在过去数十年中，对德国联邦宪政法院的判例理论之兴趣在全世界的学术界和政界显著增加。这不仅对于欧洲大陆法国家是如此，对英美法传统的国家也一样。此外，在许多发展和转型国家——至少是把英语作为工作语言的国家——的法治改革过程中，对翻译德国联邦宪政法院判例的需求有所上升。因此，阿登纳基金会发表联邦宪政法院里程碑判决的英文版的动议一进入我的视野，我就非常欣赏。前两版的成功体现于对新版的高需求。现在，这个英译本和西班牙、葡萄牙及东南欧不同语言等12个译本在一起。译本聚焦于关于基本权利的判决，它构成了联邦宪政法院法学理论的基本领域，并界定了个人和社会及国家领域的边界。同时，基本权利对公民作为个人或以集体方式参与民主决策过程发挥重要作用。在我们庆祝其70周年的今年，《基本法》已成为“活的文本”，并体现于这里所选择的判决中。【vii】

和其他任何德国法领域相比，宪法受联邦宪政法院的法理影响最为深远。德国《基本法》的文本组织国家结构和社群生活，因而其措辞覆盖了无穷多样的案例。和案例相关的法理解释经常为抽象规范提供实质内涵。

联邦宪政法院判例的另一个鲜明特征是诉讼事务的范围。受制于宪法审查的不只是行政措施以及初审和上诉法院做出的判决，而且也包括议会立法和政府机构之间的争议。这种状况不可避免拉近了和政治舞台的距离，并对分权原则之下联邦宪政法院的管辖范围提出问题。不可忽视的是，联邦宪政法院对于行政和议会政治领袖的运行范围规定了基本条件。从其在宪法上肯定火否定议会立法的能力来看，确实可以说“联邦宪政法院参与了政府”。在分权体系之内，联邦宪政法院和其他政府分支的管辖之间存在的紧密联系时常受到批评。然而，联邦宪政法院是一个“真正”的法院。它不能自己动议，而只能应召而动。法律基本原则可被归结为德国版的“不告不理”，在此适用。另外，联邦宪政法院只能在立法事先决定的程序框架内做出判决。最重要的是，联邦宪政法院适用的标准永远只能在宪法里找，而非依据政治、社会或经济的便利考量。尤其是宪法规范旺旺相对开放，并允许一定的解释空间。尽管特定案件存在一定的模糊性，要想把线划得晶莹剔透有困难，但基本原则依然适用——宪法判决不是政治作文，而是遵循法学方法的法律实践。【viii】

联邦宪政法院的职能超越了针对立法的司法审查以及在最高宪法机构之间

调解冲突。实践中，针对行政行为和法院判决的个案审查尤其重要。这同时具有实体和程序原因。一方面，《基本法》的基本权利不只是对立法机构的指南，而且也直接适用于每一个行政行为和司法判决。它们基本上构成了针对国家干预的防卫性权利。另一方面，它们也构成司法解释和法律适用所必须考虑的客观价值体系。即便在调解公民之间争议的语境下，民事法院也必须遵循宪法价值。例如在家庭法的抚养权争议中，必须考虑家长看护以及保护孩子的权利（《基本法》第6条）。基本权利影响的极其重要方面确立于吕特决定（本书BVerfGE 7, 198）。在这一基本领域，联邦宪政法院的实际任务以不同凡响的方式显示出来。它为公民提供机会，以宪法诉愿（Verfassungsbeschwerde，见《基本法》第93.1条第4a句）的方式捍卫自己的基本权利不受法院判决侵犯。因此，联邦宪政法院不只是纯粹的“国家事务法院”（Staatsgerichtshof）。

因此，挑战初审和上诉法院判决的宪法诉愿形成了联邦宪政法院案件工作量的一大部分。除此之外，联邦宪政法院还有一系列其他权能（见《联邦宪政法院法》第13条连同《基本法》第93.1条）。在抽象司法审查程序（abstrakte Normenkontrolle，见《基本法》第93.1条第2句），法院应联邦内阁、州政府或1/3众议院成员请求，审查联邦和各州立法是否符合《基本法》。另外，联邦宪政法院还决定宪法机构之间的正义（Organstreitverfahren，见《基本法》第93.1条第1句）。最后，任何质疑任何适用立法之合宪性的任何初审或上诉法院都可请求联邦宪政法院进行具体司法审查（konkrete Normenkontrolle，见《基本法》第100.1条）。

【ix】 联邦宪政法院由两个庭（Senate）组成，每一个有8名宪政法院法官。两个庭的案件分配取决于诉讼事务的类型。在两庭的法律解释出现分歧的时候，由两庭大法官联席会议做出决定。并非所有决定都要求一个庭的全部8名大法官参与，每个庭形成3个室（Kammern）；只要所在庭已经决定了有关核心法律问题，每个室本身都能决定大量宪法诉愿。

成立70年后，德国联邦宪政法院现在已嵌入越来越多的国际法协议，尤其是《欧洲人权公约》和欧盟条约；前者由斯特拉斯堡的欧洲人权法院实施，后者则由欧盟最高法院监督施行。在基本权利保护领域，联邦宪政法院和欧盟最高法院在不同体系运行。因此，只要欧洲法律的基本权利标准和《基本法》标准实质性等同，那么欧洲次级法律行为（参见本书收集的BVerfGE 73, 339）。相比之下，《欧洲人权公约》保护则采取融合路径：《公约》表达的价值被融入德国法解释之中，包括宪法（参见本书收集的BVerfGE 111, 307）。不论是适用欧洲法还是融合《公约》所规定的人权，联邦宪政法院都寻求和斯特拉斯

联邦宪政法院院长序言

堡和卢森堡所在同道的密切对话。如联邦宪政法院最近的判决显示（参见本书收集的BVerfGE 140, 317和BVerfGE 148, 296），这种对话也为批评交流留下空间。

在上述国家和法院之间的组织框架中，已经对大量不同问题形成了巨量宪法判决。这是高强度争论的果实，更是诉讼当事人勇敢追求正义之结果。本书选编的判决为了解案例法覆盖的光谱提供了良好机会，有利于在联邦宪政法院的原始论证基础上形成意见，进而探讨其是否可移植于其他国家的宪法结构和问题。

为此，我希望本书新版获得极大成功！

卡尔鲁厄，2019年10月

联邦德国《基本法》

1949年5月23日通过，2022年12月19日最新修订

英文版由Christian Tomuschat、David P. Currie、Donald P. Kommers、Raymond Kerr教授与德国众议院语言服务处合作翻译。

《基本法》英文文本参见<https://www.bundestag.de/en/documents/legal>,

德文原文参见<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>,

或<https://www.btg-bestellservice.de/ebook/80201000.epub>。

译者注：关于《基本法》修订的最新德文信息，参见<https://www.buzer.de/gesetz/5041/1.htm>。

联邦德国《基本法》现行文本

2022年12月19日最新修订

序言

德国人民意识到在上帝和人类面前之责任，并为作为统一欧洲的平等一员【1】而促进世界和平的决定所激励，通过行使制宪权制定了这部《基本法》。在巴登—符腾堡、巴伐利亚、柏林、勃兰登堡、不莱梅、汉堡、黑塞、下萨克森、梅克伦堡—西波美拉尼亚、北莱茵—威斯特伐利亚、莱茵兰—普法尔茨、萨尔、萨克森、萨克森—安哈尔特、石勒苏益格—荷尔斯泰因和图林根各州，德国人民通过自由决定实现了德国统一和自由。因此，《基本法》适用于全体德国人民。

第1部分：基本权利（第1—19条）

第1条：人的尊严、人权、基本权利的法律约束力

- 人的尊严（Würde des Menschen）不可侵犯。一切国家权力均有责任尊重与保护之。
- 德国人民因此承认，不可侵犯与不可让渡之人权是每一个共同体的基础，也是世界和平与正义的基础。
- 下列基本权利应作为直接实施之法律，约束立法、行政与司法机构。

第2条：人身自由

- 只要不妨碍他人权利、不违反宪政秩序或道德律，每个人都有权自由发展其人格（Persönlichkeit）。
- 每个人都有生命和人身完整之权利。人身自由不可侵犯。这些权利只有依据法律才能受到限制。

第3条：法律面前平等

- 所有人在法律面前一律平等。
- 男女享有平等权利。国家应促进男女平权的实际贯彻，并采取步骤取消

【2】 目前存在的歧视。

- (3) 任何人都不得因其性别、出身、种族、语言、国籍、信仰、宗教或政治见解，而受到歧视或优待。任何人不得因残疾状态而受到不利待遇。

第4条：信仰与良知自由

- (1) 信仰与良知（Gewissens）自由以及宣称宗教或哲学教义的自由不可侵犯。
- (2) 不受干扰的宗教活动应获得保障。
- (3) 任何人皆不得被强迫违反其良知，为涉及使用武器的战争而服役。其细节由联邦法律规定。

第5条：表达、艺术与科学自由

- (1) 每个人都有权通过言论、文字和图像自由表达和传播其见解，并从通常可获得的来源中获取信息。通过广播与摄像的出版自由和报道自由必须受到保障，并禁止审查。
- (2) 根据一般法律条款、为保护青年的法律条款及尊重个人荣誉之权利，上述权利可受到限制。
- (3) 艺术与科学、研究与教学均享受自由。教学自由并不免除任何人对宪法的忠诚。

第7条：学校系统

- (1) 整个学校系统都处于国家监督之下。
- 【3】
- (2) 家长和监护人有权决定孩子是否接受宗教教育。
 - (3) 宗教教育构成州立学校日常课程的一部分，但无教派学校例外。在不影响州监督权的前提下，宗教教育的提供应符合有关宗教团体的宗旨。教员不得以违背其意志的方式，被强迫提供宗教教学。
 - (4) 建立私人学校的权利应受到保障。私立学校作为州立学校的替代，需要获得州的批准，并受制于州的法律规范。只要私立学校在其教育目标、设施及教务人员的职业训练方面并不逊色于州立学校，且不会造成因学生家境差异而加剧隔离（Sonderung），私立学校即应获得批准。不得因为教员的经济和法律地位没有得到适当保障而拒绝批准。
 - (5) 私立小学只有在教育机构认定它服务于特殊教育目的，或在家长或监护人申请时，它被认定为特定宗派或跨宗派学校或建立在特定哲学基础上的学校，而市内没有这类州立小学的情况下，才能获得批准。
 - (6) 预科学校应继续受到禁止。

第8条：集会自由

- (1) 无须事先通知或允许，全体德国人都享有举行和平与非武装集会。
- (2) 对于露天集会，本项权利可根据法律而受到限制。

第9条：结社自由

- (1) 所有德国人都享有形成企业及其他社团（Gesellschaften）。
- (2) 如果结社目的或行动违反了刑事法、抵抗宪政秩序或国际间相互理解的理念，那么协会即应受到禁止。
- (3) 每个人和所有职业都应被保证结社权利，以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效，为此目的采取的措施是非法的。依据第12a条、第35条第2、3款、第87a条第4款或第91条而采取的措施不得被适用于本款第1句意义上的协会所从事的工业争议，这类争议的目的是保护与促进工作和经济条件。

第10条：通信、邮政和通讯自由

【4】

- (1) 通信、邮政与通讯隐私不可侵犯。
- (2) 这项权利只有依据法律才能受到限制。如果有助于保护自由民主的基本秩序或联邦或一州的存在或安全，那么这类法律可规定所有受到影响的个人不被通告这类限制，且对法院之求助可被议会所任命的机构与辅助机构之个案审查所替代。

第11条：迁徙自由

- (1) 在联邦领土上，所有德国人都享有迁徙自由（Freizügigkeit）。
- (2) 只有经由或依据法律，且限于以下情形，这项权利才能受到限制：如果缺乏适当手段的支持，就会对共同体产生特别负担；或这类限制有所必要，以防止联邦或一州之存在或自由民主基本秩序的即刻危险、抵御流行疾病之危险、处理自然灾害或尤其严重的事故、保护青年人不受严重忽视或防止犯罪。

第12条：择业自由

- (1) 所有德国人都享有自由选择其职业（Beruf）、工作地点及学习或训练地点。职业实务（Berufsausübung）可依据法律而加以规制。
- (2) 除非是在普遍和平等适用于所有人的社区服务的传统义务框架内，任何人都不得被要求从事特别类型的劳动。
- (3) 强迫劳动只能强加于被法院判决剥夺自由的人。

第12a条：义务兵役和替代性公民服役

- (1) 年满18周岁的男性可被要求在武装部队、联邦边防警察或民兵组织服役。
- (2) 任何人因为良心的理由拒绝提供涉及使用武器的军事服务，可被要求从事替代性服役。替代性服役的期限不应超过兵役期限，其细节由法律规定；相关法律不得干预根据良心的命令做出决定的自由，并提供与武装部队和联邦边防警察无关的替代性服役的可能性。
- 【5】(3) 如果受制于强制性兵役的人没有依据本条第1或2款被应召服役，那么在国防状态（Verteidigungsfalle）期间可依法被安排去从事用于国防目的的民政服务工作，包括保护平民；他们也可以被安排从事公务工作，但只能是为了履行警察职能或其他只能由公务人员履行的公务主权职能之目的。本款第1句所指的工作可以包括在武装力量内部、提供军事设施或在公共行政机构的服务。只有为了满足平民基本需求或保障其安全，才能分配和提供服务相关的工作。
- (4) 在国防状态下，如果平民卫生系统或军队固定医院的平民服务需求在自愿基础上得不到满足，18-25岁之间的妇女可被依法征召，以提供这类服务。她们在任何情况下不得被要求提供涉及使用武器的服务。
- (5) 国防状态存在之前，本条第3款的任务分配只有满足在第80条第1款的要求之后才能进行。如果要为本条第3款提供需要特殊知识或服务做好准备，可以依法要求参加培训课程。在这种情况下，不应适用本款第1句。
- (6) 在国防状态期间，如果本条第3款第2句所规定的领域对自愿工人的需求得不到满足，德国公民放弃职业或就业场所的权利可为了满足此需求而依法受到限制。在国防状态之前，可比照适用本条第5款第1句。

第13条：住宅不可侵犯

- (1) 住宅不可侵犯。
- (2) 搜查必须获得法官授权，或如果时间紧迫，必须获得依法指定的其他官员授权，并只能以法律规定的方式执行。
- (3) 如果特定事实为怀疑任何人从事了法律特别定义的特别严重犯罪，如果调查犯罪的其他方法不成比例地困难或低效，可依照为了起诉犯罪而做出的司法决定，对犯罪嫌疑人的任何居所采取声学监控的技术手段。
- (4) 为了预防对公共安全的严重危险，尤其是对生命或公众的危险，可依据司法决定而对居所采取监控技术手段。如果时间紧迫，这类措施也可被

法律指定的其他机构所决定，之后必须在没有延误的情况下获得司法决定。【6】

- (5) 如果纯粹是为了保护官方部署在房屋里的人而采取技术手段，法律指定的机构即可决定有关措施。因此而获得的信息只能被另行用于刑事指控的目的，且有关措施的合法性必须事先已经为法官所确认；如果时间紧迫，之后应无延误地获得司法决定。
- (6) 联邦内阁（Bundesregierung）应每年向联邦众议院（Bundestag，“众议院”）报告依据本条第3款、在联邦管辖范围内依据第4款和在要求司法批准的情况下依据第7款使用技术手段的情况。众议院选举产生的委员会在该报告基础上实施议会监督。各州也应提供相应的议会监督。

第14条：财产、继承权及财产征收

- (1) 财产和继承权利应得到保障，其内容与限度应被法律所决定。
- (2) 财产产生责任。其使用亦应该为公共福利服务。
- (3) 只有为了公共福利（Wohle der Allgemeinheit），才能允许征收。只有依据决定补偿的性质与程度之法律，才能做出征收决定。补偿数额应通过建立公共利益和受影响利益之间的公正平衡来确定。如果对有关补偿数额发生争议，可求助于普通法院。

第15条：国有化

为了国有化（Vergesellschaftung）目的，土地、资源和生产手段可通过决定补偿性质与程度之法律，被转移到公有制或其他形式的集体企业。这类补偿应类推适用第14条第3款的第3和第4句。

第16条：公民权、引渡

- (1) 任何德国人都不得被剥夺公民权（Staatsangehörigkeit）。只有依据法律，才能发生公民权之丧失；如果它是以违背当事人意志的方式发生，只有在当事人不会因此成为无国籍者才能发生。
- (2) 任何德国人都不得被引渡到外国。对于引渡到欧洲联盟成员国或国际法院，法律可在遵守法治原则前提下另行规定。

第16a条：避难权

- (1) 受到政治迫害的人有权获得避难（Asylrecht）。
- (2) 本条第1款不适用于从欧洲联盟成员国或《关于避难者身份的公约》及《人权与基本自由保护公约》的应用得到保障的其他第三国进入联邦领土的人。本款第1句提到的条件所适用的欧盟以外的国家应为要求联邦参议院（Bundesrat，“参议院”）同意的法律所规定。对于本款第1句所规

【7】

定的情形，终止申请人居留的措施可获得实施，而无论任何针对它们发起的法律挑战。

- (3) 要求参议院同意的法律可根据相关国家的法律、实施实践和一般政治状况，指定可合理确定政治迫害、非人或有人格损害的惩罚或待遇都不存在的国家。
- (4) 在本条第3款指定的情形或其他明显没有根据或被认为没有根据的情形，法院只有在对其合法性存在严重怀疑的情况下才能中止实施取消申请人居留的措施；审查范围可受到限制，且可排除迟缓的反对意见。细节应由法律决定。
- (5) 本条第1至4款并不排除欧洲共同体成员国之间或和第三国之间达成的国际协议；这些缔约国在正当考虑其必须保证实施的《关于避难者身份的公约》和《人权与基本自由保护公约》所产生义务的基础上，制定规则授予决定避难适用的管辖权，包括避难决定的对等相互承认。

第17条：申诉权

每个人都有权个人或联同他人向有权能的机构和议会提出书面申请或诉愿（Beschwerden）。

第17a条：特例下对基本权利之限制

- (1) 关于军事和替代性服役的法律可以规定，在允许和他人联通提出申请或诉愿的前提下，武装力量和替代性服役成员的下列基本权利在其军事或替代性服役期间受到限制：通过言论、写作和图像自由表达并传播意见（第5条第1款第1句第1款）、基本集会权（第8条）和申诉权（第17条）。
- 【8】(2) 关于国防（包括保护平民在内）的法律可对迁徙自由（第11条）和住宅不可侵犯（第13条）规定限制。

第18条：基本权利之丧失

任何人为抵抗自由民主的基本秩序而滥用表达见解的自由，尤其是新闻出版自由（第5条第1段）、教学自由（第5条第3段）、集会自由（第8条）、结社自由（第9条），通信、邮政与通讯隐私（第10条），财产权（第14条）或避难权（第16a条），都将丧失这些基本权利。这些权利之丧失及其程度应受到联邦宪政法院的宣布。

第19条：基本权利之限制

- (1) 对于在本《基本法》之下，基本权利可根据法律而被限制，这类法律应受到普遍应用，而非仅针对个别情形。另外，这类法律应指明基本权利及有关条款。

联邦德国《基本法》

- (2) 在任何情形下，基本权利的本质皆不得受到侵犯。
- (3) 基本权利也应在这类权利的性质允许的程度，适用于国内法人。
- (4) 只要其权利受到公共权力之侵犯，任何人皆可求助于法院。如果没有设置其他管辖权，即应求助普通法院。第10条第2款第2句不受本款之影响。

第2部分：联邦与各州（第20—37条）

第20条：基本原则、抵制权

- (1) 德意志联邦共和国是民主与社会联邦国家。
- (2) 一切国家权力来自人民。它应通过人民的选举投票，及立法、执法与司法的具体机构得以实施。
- (3) 立法机构应受宪政秩序约束，执法和司法机构应为法律与正义所约束。
- (4) 如果不存在其他救济，全体德国人都有权抵制任何人寻求废除本宪政秩序。

第20a条：生命与动物的自然保护

国家亦应意识到对子孙后代的责任，通过立法以及符合法律与正义的行政与司法行为，在宪政秩序的框架内保护生命与动物的自然基础。

第21条：政党

【9】

- (1) 政党应参与人民的政治意愿之形成。它们可被自由建立。其内部结构应符合民主原则。它们对财源、资金使用及资产负有公共责任。
- (2) 如果出于其目的或追随者之行为，政党试图破坏或废弃自由民主的基本秩序，或危及联邦德国之生存，那么它就是违宪的。联邦宪政法院应决定违宪问题。
- (3) 如果出于其目的或追随者之行为，政党寻求削弱或废弃自由民主基本秩序，或危及联邦德国之生存，即不得获得国家财政资助。如果这类排除得到确认，即应停止对这类政党给予任何有利的财政待遇和付款。
- (4) 联邦宪政法院应决定本条第2款意义上的违宪性问题，以及第3款意义上的拒绝国家财政资助。

第22条：联邦首都、联邦国旗

- (1) 柏林是德意志联邦共和国首都。联邦在首都负责代表整个民族，具体细节由联邦法律规定。
- (2) 联邦国旗呈黑色、红色和金黄色。

第23条：欧洲联盟

- (1) 为了建立一个统一欧洲，联邦德国应参与符合民主、社会、联邦、法治与辅助原则并能保证对基本权利的保护水准和本《基本法》相当的欧洲联盟之发展。为了实现此目标，联邦可以在获得参议院同意的前提下，通过法律转移主权。欧盟的建立以及修订或补充本《基本法》或使这类修订或补充成为可能的条约依据以及相应规章变化受制于第79条第2、3款。
- 【10】 (1a) 众议院和参议院有权在欧洲最高法院挑战侵犯附属原则的欧洲联盟立法。如果有1/4成员提请，众议院有义务启动此类诉讼。为了行使在欧盟契约基础下授予参众两院的权利，要求参议院同意的立法可授权对第42条第2款和第52条第3款第1句的例外。
- (2) 众议院和各州通过参议院应参与欧盟相关事务。联邦内阁应全面并尽早就有关事务通告众议院。
- (3) 联邦内阁参与欧盟立法行为之前，应为众议院提供陈述立场的机会。联邦内阁在谈判时应充分考虑众议院的立场，具体细节由法律规定。
- (4) 参议院应在其有能力在相应国内事务参与或有关议题处于各州国内权限范围内的情况下，参与联邦的决策过程。
- (5) 在联邦专属权限领域中，在州的利益受到影响或联邦拥有立法权的情况下，联邦内阁应考虑参议院的立场。在各州立法权、各州权力结构或各州行政程序受到主要影响的程度上，参议院的立场应在形成联邦政治意志过程中受到主要考虑，而该过程应和联邦之于整个民族的责任相称。在可能增加联邦开支或削减联邦岁入的事务上，应获得联邦内阁的同意。
- (6) 如果有关学校教育、文化或广播领域的各州专属立法权受到主要影响，联邦应将属于联邦德国作为欧盟成员国的权利行使委托给参议院指定的州代表。这些权利的行使应获得联邦内阁的参与和协调，并符合联邦对于整个国家的责任。
- (7) 有关本条第4至6款的细节由要求参议院同意的法律规定。

第24条：主权转移、集体安全体系

- (1) 联邦可通过法律向国际组织转移主权。
- 【11】 (1a) 只要各州有能力行使国家权力并履行州的义务，它们可在联邦内阁同意的情况下向周边地区的跨国界组织转移主权。
- (2) 为了维持和平，联邦可加入互惠集体防御体系；如果带来并保障欧洲和

联邦德国《基本法》

世界各国的持久和平需要限制主权，它应对此类限制表示同意。

- (3) 为了解决国和国之间的争议，联邦应加入一般、全面和强制性国际仲裁协议。

第25条：国际法的优先地位

国际法的一般规则是联邦法律的完整组成部分。它们比法律优先，并直接对联邦领土的居民创设权利和义务。

第26条：保障国际和平

- (1) 任何倾向于并意图打破国际和平关系——尤其是准备侵略战争——的行为都是违宪的，并应作为刑事犯罪。
- (2) 为战争设计的武器只有获得联邦内阁同意之后，才能进行制造、运输或销售。具体细节由联邦法律规定。

第27条：商业船队

所有德国商船构成一个统一的商队。

第28条：各州宪法、地方自治

- (1) 在《基本法》的意义上，各州的宪政秩序应符合在法治（Rechtsstaat）下的共和、民主与社会国体之原则。在每个州（Land）、县（Kreise）和市（Gemeinden），人民应被由普遍、直接、自愿、平等和秘密选举产生的机构所代表。在县市选举中，任何人拥有欧洲共同体任何成员国的公民权，都根据欧洲共同体的法律享有选举和被选举权。在市区，地方议会可以取代由选举产生的机构。
- (2) 在法律所建立的极限范围内，市区应被保障自行负责以调节所有地方事务之权利。在法律职能的构架之内，市政联盟亦应具有这种可由法律提供的自治权利。自治保障应扩展到财政自主的基础，包括市政府根据经济能力决定税种和税率的权利。
- (3) 联邦应保证各州的宪政秩序符合基本权利及本条的第1款和第2款。

第29条：联邦领土的重新界定

【12】

- (1) 联邦领土划归为州的分界可被修正，以保证每个州具备有效履行职能的规模和能力。为此应充分考虑地区、历史和文化联系，以及经济效率和地方及区域规划之需求。
- (2) 修改现有的各州分界须经由联邦立法，并通过公投确认。受影响的州应被给予听证机会。
- (3) 受影响的州是指其领土或部分领土中拟建立新州或边界受到重新界定的

州，该州也应举行公投。公投针对的问题是受影响的州保持现状，还是应建立新州或领土受到重新界定的州（简称“新州”）。如果新州的未来领土的多数以及和新州关系以同样方式受到改变的受影响州的领土或部分领土之多数批准变更，那么建立新州的提议即生效。如果在任何受影响州的领土上多数否决了变更，那么提议不得生效；然而，如果和受影响州的关联将被改变的任何部分领土上达到2/3多数批准变更，那么前述否决无效，除非受影响州的领土整体以2/3多数否决。

(4) 如果在两个以上并拥有至少100万居民的州内清晰界定的居民和经济连续区域，有十分之一在众议院选举中有权投票的人请愿把该地区融入到一个州，联邦法律应在2年内规定是否可依据本条第2款作出变更，或是否在所影响的州内举行咨询性公投。

(5) 咨询性公投（Volksbefragung）应确认法律所提议的变更达到公投批准要求。法律可提议不超过2个供选民考虑的不同方案。如果多数批准了对现有各州边界的变更方案，联邦法律应在2年内规定是否应依据本条第2款作出变更。如果一句本条第3款第3和第4句批准了方案，联邦法律应在咨询性公投举行后2年内规定建立所提议的州，且不再要求公投确认。

(6) 公投或咨询性公投的多数应所投票的多数，前提是达到有权在众议院选举中投票之人数的1/4。联邦法律应规定关于公投、请愿和咨询性公投的具体细节，以及同样的请愿不得在5年内再次提出。

【13】

(7) 如果变更对象的领土上不超过5万居民，关于各州领土的其他变更可以通过相关州之间的协议或获得参议院同意的联邦法律实现。具体细节由要求参议院同意和众议院成员多数通过的联邦法律规定，法律必须为受影响的市县提供听证机会。

(8) 各州可通过协议修改其现有领土或部分领土的分界，而无视本条第2至7款。受影响的市县应获得听证机会。协议应要求获得每个相关州的公投确认。如果变更仅影响州的部分领土，公投可限于所影响的地区，不适用第5款第2句。在本款所规定的公投中，所投之票的多数应是决定性的，前提是它构成有权在众议院选举中投票人数的1/4。具体细节由联邦法律规定，协议应要求参议院的同意。

第30条：各州主权

除非本《基本法》规定或允许，政府权力之行使与政府职能之履行是属于各州的事务。

第31条：联邦法律的最高地位

联邦法律高于各州法律。

第32条：外交关系

- (1) 外交关系由联邦处理。
- (2) 如果条约影响了州的特殊情形，那么在达成之前须及时和该州商议，
- (3) 在各州立法权能范围内，它们在获得联邦内阁同意的前提下可与外国缔结条约。

第33条：平等公民权、公共服务

- (1) 在每个州，所有德国人都具有同样的政治权利与责任。
- (2) 每个德国人都应根据其能力、资格和职业成就，对每一项公共职位具有平等获选资格。
- (3) 无论是公民和政治权利的享受，还是获得公共职位的机会或公共服务的权利，都不得取决于其宗教隶属关系。任何人不得因为信奉或不信奉特定教派或哲学流派而受到不利待遇。
- (4) 作为永久职能的国家权力之行使，应按常规而被委托于公民服务；其地位、服务和忠诚，均受公法之管理。
- (5) 公民服务之法律应根据职业公务的传统原则而加以调整和发展。

【14】

第34条：违背政府义务的责任

如果任何人在行使委托于他的公共职务中违背了其对第三方的政府义务，责任主要在于雇用他的国家或公共机构。在故意过错或严重渎职的情况下，应保留针对官员个人的追偿权。普通法院应对补偿或赔偿主张保持开放。

第35条：法律和行政救助以及灾难救助

- (1) 联邦和各州所有政府部门都应为彼此提供法律和行政救助。
- (2) 为了维持或恢复公共安全或秩序，如果没有联邦救助，州警察即不能或有极大困难履行其职责，州在特别严重的情况下可请求联邦边防警察（Polizeikräfte）为其警察提供人员和设施援助。
- (3) 如果自然灾害或事故危及一个以上的州领土，联邦内阁在有必要抗击灾害风险的情况下，可指示州政府将其警力受其他州的指挥，并部署联邦边防警察或武装力量来支持警力。在任何时候应参议院要求，或一旦危险解除，联邦内阁依据本款第1句采取的措施即应取消。

第36条：联邦内阁部门人员

- (1) 最高联邦机构（obersten Bundesbehörden）雇用的公务员（Beamte）应按适当比例来自各州。作为规则，其他联邦机构雇用的人员应来自他们所服务的州。
- (2) 关于军事服役的法律还应考虑联邦分解为州及其人民的地方忠诚。

第37条：联邦执行

- (1) 如果州不能履行其在《基本法》或其他联邦法律下的义务，联邦内阁在参议院的同意下可采取适当步骤，迫使该州履行义务。
- (2) 为了实施这类强制措施，联邦内阁或其代表应有权对所有各州及其政府部门发布指示。

第3部分：联邦众议院（第38—49条）

第38条：选举

- (1) 德国众议院的代表由直接、自愿、平等与秘密选举产生。他们应是全体人民的代表，不受任何命令和指示约束，并只服从自己的良知。
- (2) 任何年满18岁的人都享有选举权。任何成年人都有被选举权。
- (3) 具体细节由联邦法律规定。

第39条：任期与开会

- (1) 众议院应通过选举产生，任期四年。在新的众议院开会之时，上一届任期即告结束。新一轮选举应在任期开始后46-48月之间进行。如果众议院被解散，新选举应在60天内举行。
- (2) 众议院应在选举之后不超过30日开会。
- (3) 众议院决定其会期何时结束和重新开始。众议院议长可在此之前即召集开会。如果1/3成员、联邦总统（Bundespräsident）或联邦总理（Bundeskanzler）如此要求，他即有义务这么做。

第40条：议长、程序规则

- (1) 众议院选举其议长、副议长和秘书，并制定程序规则。
- (2) 议长对众议院大楼行使财产权与治安权。没有他的准许，不得对众议院的场所进行搜查或占用。

第41条：选举监督

- (1) 选举监督是众议院职责。它还决定其成员是否失去席位。
- (2) 针对众议院的这类决定，可向联邦宪政法院提出诉愿。
- (3) 具体细节由联邦法律规定。

第42条：议会公开、多数决定

【16】

- (1) 众议院公开开会。如果1/10成员或联邦内阁提出动议，2/3多数可决定排除公众。该动议可在不对外公开的会议表决通过。
- (2) 众议院决定应要求表决多数，除非《基本法》另行规定。对于众议院举行的选举，程序规则可允许例外。
- (3) 众议院及其委员会公开开会的真实记录不应产生任何责任。

第43条：要求到场、列席和发表意见的权利

- (1) 众议院及其委员会可以要求联邦内阁的任何成员到场。
- (2) 参议员和内阁成员及其代表可以列席众议院及其委员会的所有开会，并有权在任何时间发表意见。

第44条：调查委员会

- (1) 众议院有权——并在1/4的成员提议时有义务——建立调查委员会，后者应在公共听证会上获得必要证据，并可排除公众。
- (2) 证据采集适用相应的刑事程序规则，不得影响通信、邮件和通讯隐私。
- (3) 法院和行政机构有义务提供法律与行政援助。
- (4) 调查委员会的决定不应受到司法审查。但法院应自由评审与判决调查所基于的事实。

第45条：欧盟委员会

众议院任命欧盟事务委员会，并可授权该委员会行使众议院依据第23条针对联邦内阁的权利，还可授权它行使众议院依据欧盟条约基础获得的权利。

第45a条：外事与国防委员会

【17】

- (1) 众议院任命外事委员会与国防委员会。
- (2) 国防委员会还有调查委员会的职权。应其1/4成员动议，它有义务使具体事务成为调查对象。
- (3) 第44条第1款不适用于国防事务。

第45b条：武装部队的议会代表

众议院应任命武装部队的议会代表，以保障基本权利并帮助众议院履行对武装部队的议会监督。具体细节由联邦法律规定。

第45c条：申诉委员会

- (1) 众议院任命申诉委员会，以处理依据第17条提交给众议院的申请和诉愿。

(2) 委员会考虑申诉的权力由联邦法律规定。

第45d条：议会监督小组

- (1) 众议院任命监督联邦情报部门行为的小组。
- (2) 细节由联邦法律规定。

第46条：议员豁免权

- (1) 议员在任何时候都不得因投票或在众议院或其任何委员会的任何讲话或辩论，而受制于法庭诉讼、制裁行为或以其他方式在众议院之外受到传唤。本条不适用于带有诽谤的侮辱言辞。
- (2) 在没有众议院批准的情况下，议员不得因犯罪而受到传唤或逮捕，除非他在犯罪时当场或在次日被抓获。
- (3) 对于议员人身自由或其他限制或依据第18条针对议员的诉讼，也要求获得众议院的批准。
- (4) 如果众议院要求，针对议员的任何刑事诉讼或依据第18条的诉讼以及任何拘留或对其人身的其他限制一律中止。

【18】 第47条：拒绝提供证据的权利

关于向众议院成员因其议员身份提供保密信息或议员以此身份对其提供保密信息的人，议员可拒绝提供针对此人或此信息本身的证据。在拒绝提供信息的权利所适用的范围内，不得占有相关文件。

第48条：候选资格、议员保护与待遇

- (1) 每一位众议院选举候选人都有权为竞选需要离开工作。
- (2) 任何人都不得被禁止接受或行使众议院成员的职权，也不得以此为由遭到解雇。
- (3) 议员有权获得对于保证其独立性而言合适的待遇，并有权免费使用所有公共交通设施。具体细节由联邦法律规定。

第49条：已废止

第4部分：联邦参议院（第50—53条）

第50条：职能

各州应通过参议院，参与联邦以及有关欧盟事务的立法和行政。

第51条：构成、权重投票

- (1) 参议院应由州政府任命与召回的成员所组成。州政府的其他成员可作为其替代。

联邦德国《基本法》

- (2) 每个州应有至少3票；超过200万居民的州应有4票，超过600万居民的州有5票，超过700万居民的州有6票。
- (3) 每个州可以派遣和它票数同样多的代表。每个州必须由在场成员或其替代投联票。

第52条：议长、决策、程序规则

- (1) 参议院选举产生议长，任期1年。
- (2) 议长召集参议院。如果至少2州代表或联邦内阁如此要求，他有义务这么做。
- (3) 参议院决策要求至少投票多数决定。它应制定程序规则。开会对公众公开，也可以排除公众。
- (3a) 对于欧盟相关事务，参议院可建立欧洲事务委员会，其决定即被认为是参议院决定；第51条第2款决定各州统一投票的数量。
- (4) 各州政府成员或代表可以在参议院委员会任职。

【19】

第53条：联邦内阁列席

联邦内阁成员有权并在被要求时有义务参与参议院及其委员会的会议，并有权在任何时候发表意见。联邦内阁应将事务进展随时通报参议院。

第53a条：组成、程序规则

- (1) 联席委员会由参众两院成员组成，众议院提供2/3、参议院1/3委员会成员。众议院按不同议会党团的相对力量比例指定成员，他们不得是联邦内阁成员。每个州都通过对参议院成员的选择获得代表，这些成员不受指令的约束。联席委员会的建立及其流程由众议院通过、参议院同意的程序规则规定。
- (2) 联邦内阁应向联系委员会汇报其国防状态计划。众议院及其委员会依据第43条第1款的权利并不受本款规定影响。

第5部分：联邦总统（第54—61条）

第54条：选举

- (1) 联邦总统由联邦大会（Bundesversammlung）不经辩论而选出。只要有资格选举众议院并达到40岁年龄，每个德国人均有权获选。
- (2) 联邦总统职位的任期为5年。连续连任仅可允许一次。
- (3) 联邦大会由联邦众议员以及由州议会根据比例代表原则所选出的同样数量之成员组成。
- (4) 联邦大会不迟于联邦总统任期结束前30天，或在提前结束的情况下不超

- 【20】 过提前结束日之后30天内开会，由众议院议长召集。
- (5) 总统任期结束后，本条第4款第1句规定的时间在众议院首度开会时开始。
 - (6) 得到联邦大会成员多数选票的当选。如果两轮投票之后，没有候选人获得多数选票，下一轮投票中获得最多选票者当选。
 - (7) 具体细节由联邦法律规定。

第55条：职务不兼容

- (1) 联邦总统不得是联邦或州的内阁或立法机构成员。
- (2) 联邦总统不得担任任何其他带薪职务，或从事任何贸易或职业，或属于任何赢利企业的管理或监理委员会。

第56条：就职宣誓

在就职时刻，联邦总统应在众议院与参议院集合成员，并宣读如下誓词：
我宣誓，我将把我的努力奉献给德国人民之幸福，为其争取利益，使其免受伤害，坚持与捍卫《基本法》和联邦法律，诚心诚意地履行我的责任，并对所有人秉持公正。请帮助我，上帝！
本宣誓也可以不宣读宗教誓词。

第57条：替代

如果联邦总统不能履职或其职位在期满前发生空缺，参议院议长应行使其权力。

第58条：副署

联邦总统的命令和指示须经联邦总理或有权能的联邦部长副署（Gegenzeichnung），方能生效。本条不适用于联邦总理的任免、依据第63条的众议院解散或依据第69条第3款提出的请求。

第59条：联邦的国际代表

- (1) 联邦总统在国际关系中代表联邦。他代表联邦和外国缔结条约，任命并接见使节。
- (2) 对于调节联邦的政治关系或有关联邦立法事务之条约，应以联邦法律之形式，要求在具体情形下有权立法之机构的同意或参与。对于行政协议，类推适用有关联邦行政的条款。

【21】 **第59a条：已废止**

第60条：公务员任命、赦免与豁免

- (1) 除非法律另行规定，联邦总统任命与罢免联邦法官、联邦公务人员、通

联邦德国《基本法》

过委任授予军阶的军官和其他军官。

- (2) 总统代表联邦，在具体个案中对犯人行使赦免权。
- (3) 他可将这些权力委托其他机构行使。
- (4) 第46条第2至4款类推适用于联邦总统。

第61条：在联邦宪政法院之弹劾

- (1) 众议院或参议院可因联邦总统故意违反本《基本法》或其他联邦法律，在联邦宪政法院弹劾联邦总统。弹劾提议应被至少众议院1/4成员或参议院1/4的表决所签署。弹劾决定应要求众议员的2/3或参议院表决的2/3多数。弹劾机构所委任一人，在联邦宪政法院提出弹劾。
- (2) 如发现联邦总统犯有故意违反本《基本法》或其他联邦法律，联邦宪政法院可宣布他丧失职位。弹劾之后，法院可颁发临时命令，禁止联邦总统行使其职权。

第6部分：联邦内阁（第62—69条）

第62条：组成

联邦内阁由联邦总理和联邦部长们组成。

第63条：联邦总理的提名与选举

- (1) 在联邦总统的提议下，联邦总理由众议院不经辩论选举产生。
- (2) 获得众议院多数成员之表决的人选赢得选举，获选人应得到联邦总统之任命。
- (3) 如果联邦总统提议的人选未能获得任命，众议院可在选举之日起14天内通过起成员半数以上投票选举产生联邦总理。
- (4) 如果在此期间未能选举产生联邦总理，应及时举行新选举，获得最多选票的人选获得胜选。如果该人选获得众议院成员多数选票，联邦总统必须在选举后7日内任命之。如果该人选未能获得多数选票，联邦总统应在7日内或者任命他为联邦总理，或者解散众议院。

【22】

第64条：联邦部长的任免、就职宣誓

- (1) 在联邦总理的提议下，联邦部长们由联邦总统任免。
- (2) 联邦总理和联邦部长们就职时，应按第56条在众议院就职宣誓。

第65条：决定政策方针的权力、部门和集体责任

联邦总理应确定普遍的政策纲领，并为之负责。在这些纲领的限制之内，每个联邦部长应独立处理本部门的事务，并自负其责。联邦内阁应决定联邦部长们之间的不同意见。联邦总理应根据其所采纳并受到联邦总统批准

的程序规则，处理联邦内阁的事务。

第65a条：武装力量指挥权

- (1) 指挥武装力量之权力应被授予联邦国防部长。
- (2) 已废止。

第66条：职务不兼容

联邦总理和联邦部长们均不得担任其他任何带薪职务，或从事任何贸易或职业，或参与管理，或在没有众议院同意的前提下参与赢利企业的监事会。

第67条：不信任表决

- (1) 众议院要表达其对联邦总理缺乏信任，只能通过其成员多数以选举总理继任，并要求联邦总统罢免联邦总理。联邦总统应同意其请求，并任命所选出的继任者。
- (2) 在动议与选举之间，应间隔48小时。

【23】第68条：信任表决

- (1) 如果对联邦总理的信任表决（Vertrauen auszusprechen）未获众议院之多数，那么联邦总统可在联邦总理提议下，在21天内解散众议院。一旦众议院以成员多数选举了另一位联邦总理，解散权即失效。
- (2) 在动议和表决之间，应间隔48小时。

第69条：联邦总理代理、职务任期

- (1) 联邦总理应在联邦部长中任命其代理（Stellvertreter）。
- (2) 在任何情况下，联邦总理或联邦部长的职位任期应在新的众议院集会时结束；在任何其他情况下，联邦部长的任期随着联邦总理不再任职而终止。
- (3) 应联邦总统提请，联邦总理有义务继续履行职务，直到继任者得到任命；应联邦总理或联邦总统提请，联邦部长也有同样义务。

第7部分：联邦立法权（第70—82条）

第70条：联邦与各州分权

- (1) 凡是《基本法》未授予联邦的立法权力，各州即有权立法。
- (2) 联邦和各州之间的权能分配由本《基本法》有关专有与共有立法权之条款规定。

第71条：联邦专有立法权

对于联邦专有立法权（*ausschließlichen Gesetzgebung*）事项，只有在联邦法律明确授权时，各州才能其授权范围内有权立法。

第72条：共有立法权

（1）对于共有立法权（*konkurrierenden Gesetzgebung*）之事项，只要联邦未通过制定法律行使立法权，各州即应有权立法。

（2）如果在整个联邦领土上建立平等生活条件或维持法律或经济统一使得联邦规制对于国家利益而言是必要的，那么联邦即对第74条第1款的第4、7、11、13、15、19a、20、22、25、26项范围内的事务有立法权。 【24】

（3）如果联邦行使其立法权，各州仍可对下列事项制定和该法不一致的法律：（1）打猎，关于打猎许可的法律除外；（2）自然保护和地表管理，自然保护的一般原则、植物与动物种类保护法或海洋生物保护法除外；（3）土地分配；（4）区域规划；（5）水资源管理，有关材料或设施的规制除外；（6）高等教育机构的录取及其毕业要求；（7）不动产税。对于这些事项，联邦法律不得早于颁布后6个月生效，除非在获得参议院同意的情况下另行规定。至于联邦法律和各州法律之间的关系，对于在第1句范围内的事务，后法优于先法。

（4）联邦法律可以规定，在本条第2段意义上不再有必要的联邦立法可为州法所取代。

第73条：联邦专有立法权事项

（1）联邦对于下列事项具有专有立法权：

- 1.外交与国防，包括对平民的保护；
- 2.联邦国籍；
- 3.迁徙自由、护照、户籍登记和身份证、移民和引渡；
- 4.现金、货币与铸币，度量衡与时间标准的确定；
- 5.关税与贸易区统一，商业与航运条约，物资运输自由，和外国的物资与偿付兑换，包括关税与边境保护；
- 5a.保护德国文化资产并禁止流失；
- 6.航空运输；
- 6a.全部或主要由联邦拥有的铁路（联邦铁路）运营，联邦铁路的线路维护与运营以及使用这些线路的收费；
- 7.邮政与电信服务；
- 8.联邦以及公法下的联邦企业所雇用人员的法律关系；

- 【25】**
- 9.工业产权、版权与出版；
 - 9a.在威胁超越一州边界，或责任不能清晰分配给任何特定州的警察机构，或一州最高权力部门（oberste Landesbehörde）请求联邦履行义务的情况下，针对国际恐怖主义威胁的联邦刑警办公室之保护；
 - 10.联邦和各州关于下列事项之合作：(a)刑警工作；(b)自由民主的基本秩序、联邦或各州的生存和安全之保护（宪法保护）；(c)如果在联邦领土范围内使用暴力或准备使用暴力危及联邦德国的外部利益，针对这些活动采取保护性措施，并建立联邦刑警办公室和采取打击犯罪的国际行动；
 - 11.联邦统计；
 - 12.关于武器和炸药的法律；
 - 13.对战争致残人员和战争受害的死亡人员亲属的福利，以及对先前战犯的救助；
 - 14.为和平目的的核能生产与利用，为此目的服务的设施建设与运营、针对核能或离子辐射产生的危害防护，以及放射性物质的处置；
- (2) 依据第1款第9a项制定的法律须获得参议院的同意。

第74条：共有立法权事项

- (1) 共有立法权包括下列事务：
- 1.民法、刑法、法院组织与程序（不包括关于审前拘留的法律）、法律职业、公证以及关于法律咨询的规定；
 - 2.出生、死亡和婚姻登记；
 - 3.结社法；
 - 4.有关居住和外国人落户的法律；
 - 4a.已废止；
 - 5.已废止；
 - 6.难民与被驱逐人员事务；
- 【26】**
- 7.公共福利，不包括关于社会福利院的法律；
 - 8.已废止；
 - 9.战争损害赔偿；
 - 10.战争公墓以及战争或独裁其他受害人的墓地；
 - 11.关于经济事务的法律，包括煤矿、工业、能源、手工业、商业、贸易、银行、股票交易和私人保险，不包括关于商店营业时间、饭店、娱乐场所、人物展示、贸易展览会、会展与集市的法律；

联邦德国《基本法》

12. 劳工法，包括企业组织、职业健康与雇用机构，以及包括失业保险在内的社会保障；
13. 对教育和培训的资助以及促进研究的规制；
14. 和第73、74条列举事项相关的征收法律；
15. 土地、自然资源和生资料向公有制或其他形式公有企业的转移；
16. 对经济权力滥用之防范；
17. 农业生产与林业之促进（不包括关于土地兼并的法律），以保证食品适当供应、农林产品的进出口、深海和沿海渔业与海岸维护；
18. 城市房产交易、土地法（不包括关于开发费用的法律），以及关于租房补贴、旧债补贴、建房贷款附加费、矿工建房和矿区村庄的法律；
19. 对危及公共健康或传染性的人类或畜类疾病的防治措施，医疗职业及其辅助职业的录用，以及关于医药、医疗产品、药品、毒品和毒药的
法律；
- 19a. 医院的经济生存能力和医院收费规制；
20. 食品法，包括制作过程中使用的动物，关于酒类和烟草、生活必需品和饲料的法律，以及有关农林种子和播种营销、植物针对疾病与害虫保护和动物保护的
保护性措施；
21. 海洋与海岸运输、航运援助、内陆航运、气象服务、用于一般交通的
海洋路线和内陆水路；
22. 公路交通、机动车运输、长途高速公路的建造与维修，以及车辆使用
高速公路收费和收入分配；
23. 非联邦铁路，不包括山区铁路；
24. 废物处理与大气污染控制、噪音减排，不包括和人类活动相联系的噪
音防控；
25. 国家责任；
26. 医学帮助下的人类生命生成、基因信息分析与改造以及对器官、组织
与细胞移植的规制；
27. 州、市政与依据公法建立的其他机构的公务员以及州法官的法律权利
与义务，不包括其职业规制、薪水和养老金；
28. 打猎；
29. 自然保护和地表管理；
30. 土地分配；
31. 区域规划；
32. 水资源管理；

【27】

33. 高等教育机构的录取及其毕业要求。

(2) 依据第1款第25、27项制定的法律须获得参议院的同意。

第74a条：已废止

第75条：已废止

第76条：法律提案

(1) 法律提案由联邦内阁、众议院或参议院成员引入众议院。

(2) 联邦内阁的法律提案应首先递交参议院。参议院有权在6周内对该法案陈述意见。如果出于重要原因，尤其是针对法案的范围，参议院要求延长期限，期限应延长到9周。如果在非常情况下，联邦内阁向参议院提交法案之后宣布其特别紧急，它可在3周之后，或如果参议院依据本款第3句要求延长，即便它还没有收到参议院的意见，在6周后将法案提交给众议院；一旦收到参议院意见，它应立即转交众议院。对于修改本《基本法》或依据第23、24条转移主权的法案，评论期为9周，且不适用本款第4句。

【28】

(3) 参议院的提案应在六周内由联邦内阁提交众议院。在此，联邦内阁应陈述其观点。如果出于重要原因，尤其是针对法案的范围，参议院要求延长期限，期限应延长到9周。如果在非常情况下，联邦内阁向参议院提交法案之后宣布其特别紧急，它可在3周之后，或如果参议院依据本款第3句要求延长，即便它还没有收到参议院的意见，在6周后将法案提交给众议院；一旦收到参议院意见，它应立即转交众议院。对于修改本《基本法》或依据第23、24条转移主权的法案，评论期为9周，且不适用本款第4句。众议院应在合理时间内考虑并对法案进行表决。

第77条：立法程序、协调委员会

(1) 联邦法律由众议院制定。被采纳后，法案应立即由众议院院长传送参议院。

(2) 在收到被采纳法案的3周内，参议院有权要求众议院和参议院成员组成委员会，联合考虑立法提案。该委员会的组成和程序由众议院通过并要求参议院同意的程序规则规定。参议院成员不受指令的约束。如果提案必须经过参议院的同意才能成为法律，那么众议院和联邦内阁亦可要求召集委员会。如果委员会对已经通过的法案提出任何修正案，众议院应对其进行再次表决。

(2a) 如果法案成为法律要求参议院同意，而依据本条第2款第1句的请求未被提出，或协调程序并未产生修法提议即已结束，参议院应在合理时间对

法案进行表决。

- (3) 如果提案成为法律并不要求参议院的同意，那么一旦本条第2款的程序结束，参议院可在2周内对众议院所采纳的提案提出反对。在本条第2款最后一句描述的情况下，提出反对的时间从接收众议院重新通过的法案开始，在所有其他情况下从收到本条第2款规定的委员会主席通知委员会程序已终结开始。
- (4) 如果反对意见被参议院的多数表决所通过，那么它可被众议院多数成员的决定所否决。如果参议院以至少2/3的多数表决通过了反对意见，那么众议院的否决亦要求2/3多数表决，并超过众议院的半数成员。

第78条：联邦法律之通过

【29】

如果参议院同意，或未能依据第77条第2款提出要求，或未能在第77条第3款规定的时间内提出反对，或撤回了其反对意见，或其反对为众议院所否定，那么众议院通过的法案即成为法律。

第79条：《基本法》之修正

- (1) 只有通过法律明确修正或补充原文，才能修正本《基本法》。对涉及和平协议及其准备、占领军撤离或促进联邦德国国防的国际条约，为了清晰表达本《基本法》条款并不禁止条约的达成和生效，在《基本法》中可加入仅表达这一澄清的措辞。
- (2) 任何这类法律均要求获得2/3众议院成员和2/3参议院表决的支持。
- (3) 如果对本《基本法》的修正将影响联邦分解为各州、各州原则上参与立法过程或影响第1条与第20条所规定的基本原则，则不得接受这类修正。

第80条：立法文件之颁布

- (1) 法律可授权联邦内阁、联邦部长或各州政府颁布法规（Rechtsverordnungen）。授权的内容、目的和范围由法律规定。法规应陈明法律依据。如果法律规定权力可被进一步委代，那么这类次级委代只有通过法规才能生效。
- (2) 除非联邦法律另行规定，联邦内阁或联邦部长发布的下列法规需要参议院的同意：使用邮政和电信设施的费用或基本原则、使用联邦铁路或建造运营铁路的收费基本原则、依据要求参议院同意或各州受联邦委托或自己有权执行的联邦法律而发布的法规。
- (3) 参议院可向联邦内阁提交要求其同意的法规草案。
- (4) 如果州政府依据联邦法律或得到其授权发布法规，各州即有权通过法律规制该事务。

【30】 第80a条：紧张状态

- (1) 如果本《基本法》或关于国防（包括平民保护）的联邦法律规定，法律规定须依据本条才能适用，那么只有在众议院认定紧张状态（Spannungsfalles）存在或特别批准其适用，才能适用这类规定。紧张状态的认定以及第12a条第5款第1句和第6款第2句提及的情形下的特别批准，须要求投票2/3多数通过。
- (2) 只要众议院要求，依据本条第1款意义上的法律规定采取的任何措施均必须撤销。
- (3) 尽管有本条第1款规定，如果依据在联邦内阁批准的同盟条约框架内的国际机构作出的决定，上述法律规定仍可适用。只要众议院成员多数表决如此要求，根据本款采取的任何措施均须撤销。

第81条：立法紧急状态

- (1) 如果在第68条的情形之下，众议院并未被解散，且尽管联邦内阁已宣布其迫切性，众议院仍然否决了法案，那么联邦总统可在联邦内阁提请、参议院同意之下，对该法案宣布立法紧急状态（Gesetzgebungsnotstand）。如果和联邦总理依据第68条提出的动议绑定在一起的法案受到否决，同样适用上述规定。
- (2) 在立法紧急状态被宣布后，如果众议院再次否决了法案，或以联邦内阁已声明不能接受的文本采纳了法案，那么法案应在参议院赞同的程度上，被认为成为法律。如果众议院在其引入的4周内仍未通过法案，同样适用以上规定。
- (3) 联邦总理在任期间，众议院否决的任何其他法案都可依据本条第1和2款，在立法紧急状态首次宣布后6个月内成为法律。这个阶段过期之后，同一位联邦总理任内不得再次宣布立法紧急状态。
- (4) 依据本条第2款制定的任何法律都不得全部或部分修改、废止或中止本《基本法》。

第82条：认证、颁布、生效

- (1) 依据本《基本法》规定制定的法律在获得副署之后，由联邦总统认证和《联邦法律公报》颁布。《联邦法律公报》可以电子形式保存。法规由其发布机构认证。法律与法规的颁布及其副署和执行之细节由联邦法律规定。

【31】

- (2) 每一部法律或法规都应说明生效日期。如果没有这样的规定，它应在发布它的那一期《联邦法律公报》发表14天后生效。

第8部分：联邦法律的执行和联邦行政（第83—91b条）

第83条：各州执行

只要本《基本法》未另行规定或允许，各州应执行关系到其自身事务的联邦法律。

第84条：各州行政、联邦监督

- （1）对于这些事务，除非参议院同意的法律另行规定，各州可建立有关权力机构并调控行政程序。如果联邦法律另行规定，各州可制定与之不一致的规章。如果一州依据第2句制定了不一致的规章，如果不存在获得参议院同意的其他认定，在其颁布6个月内不得制定规制其行政组织和行政程序的后续联邦法规。第72条第2款第3句以类推方式适用。在非常情况下，出于对统一联邦立法的特殊需要，联邦可规制单独的州立法不得规制的行政程序。这类法律需要参议院的同意。联邦法律不得授权地方政府及其联盟任何工作。
- （2）联邦内阁在获得参议院同意的情况下可发布一般行政规章。
- （3）联邦内阁应实行监督，以保证各州按照适用法律而执行联邦立法。为此，联邦内阁可以向各州的最高权力机关派遣专员，并在其同意下，或在其拒绝同意、但在参议院同意下，向下级权力机关派遣专员。
- （4）如果联邦内阁发现各州在执行联邦法律的过程中未能克服缺陷，那么在联邦内阁或有关州的请求下，参议院应决定该州是否违反了法律。参议院决定可在联邦宪法法院受到挑战。
- （5）对于联邦法律的执行，法律可授权联邦内阁在获得参议院同意时，对特定案情发布个别指令。除非联邦内阁认为事态紧急，这类指令应被发布到有关州的最高权力机关。

第85条：联邦委托各州执法

- （1）各州受联邦委托执行联邦法律时，除非经过参议院同意的法律另行规定，权力机构之建立仍属各州事务。
- （2）在参议院同意下，联邦内阁可以颁布一般行政规章。它可以调控公务员（Beamte）和其他带薪公共雇员（Angestellte）的统一训练。中层权力机关的领导人在其同意下得到任命。
- （3）各州权力部门应接受来自具有权能的联邦最高权力机关的指令。除非联邦那个认为事态紧急，这类指令应针对州的最高权力部门。各州最高权力部门应保障指示的执行。
- （4）联邦监督应包括执行的合法性与合适性。为此，联邦内阁可要求递交报

【32】

告与文件，并向所有权力机关派遣专员。

第86条：直接联邦行政

如通过直接联邦行政、或通过公法下的联邦机构，联邦内阁执行了法律，那么只要有关法律未曾特殊规定，联邦内阁即应颁布有关普遍的行政规章。只要有关法律未另行规定，联邦内阁可建立必需的权力机关。

第87条：事项

- (1) 外交、联邦财政以及依据第89条规定的联邦水路和运输行政由联邦行政部门亲自执行，具有自己的行政结构。联邦法律可建立联邦边防警察部门，以及警察信息与通讯、刑警和数据收集的中央办公室，目的是保护宪法并防范在联邦领土内使用或准备使用暴力以危及联邦德国外部利益的活动。
- (2) 管辖超越一州领土的社会保险机构是公法下的联邦企业。尽管有本款第1句的规定，如果有关各州特别说明哪个州行使监督权，管辖超越一州但未超越3州领土的社会保险机构仍作为公法下的州企业。
- (3) 另外，对于联邦具有立法权的事务，联邦法律可建立独立的联邦高级机构以及公法下新的联邦企业和机构。如果联邦对于具有立法权的事务面临新的义务，中下级联邦行政部门可在获得参议院同意后建立；在需求紧急的情况下，仅要求获得众议院成员多数同意。

【33】

第87a条：武装力量

- (1) 联邦内阁应为国防目的而建立武装力量，其数量和大致组织结构应展示在预算中。
- (1a) 为了加强其履行联合责任之能力及国防能力，联邦可一次性以自己的信用授权建立不超过1,000亿欧元的特别基金。该信用授权不适用第109条第3款和第115条第2款。细节由联邦法律规制。
- (2) 除了国防，只有在本《基本法》的明确准许下，才能运用武装力量。
- (3) 在国防状态或紧张状态下，武装力量有权在对于实现其国防使命而言必要的程度上，保护平民财产并履行交通控制职责，并有权未保护平民财产而支持警察措施；在这种情况下，武装力量应和有权能的部门合作。
- (4) 为了防止对联邦或各州之生存或自由民主的基本秩序造成任何迫切危险，如果第91条第2款提到的条件实现，而联邦边防警察力量不够，联邦内阁可以使用武装力量来维持警察和联邦国界警卫，以保护公民财产并反击有组织的军事武装暴动。一旦众议院或参议院要求，任何这类武装力量的使用必须停止。

第87b条：联邦国防管理局

- (1) 联邦国防管理局是具有自身行政结构的联邦行政部门。它对人事事务具有管辖权，并有直接责任满足武装力量的采购需求。只有要求参议院同意的联邦法律才能将有关伤残者养老金或建筑工作的责任分配给联邦国防管理局。任何授权联邦国防管理局干预第三人权利的法律也必须获得参议院同意，但这一要求不适用于关于人事事务的法律。
- (2) 另外，关于国防（包括兵役录用和平民保护）的联邦法律可在获得参议院同意下，规定它们全部或部分由自己具有行政结构的联邦行政部门或受联邦委托的各州执行。如果这类法律由各州受联邦委托执行，它们可在获得参议院同意下，可规定将联邦内阁或有权能的最高联邦权力部门依据第85条获得的授权全部或部分转移到联邦高等权力部门；在这种情况下，法律可规定这类权力部门依据第85条第2款第1句发布的一般行政法规无需参议院的同意。

第87c条：核能生产和利用

【34】

依据第73条第1款第14项制定的法律可在获得参议院同意的条件下，规定它们由各州受联邦委托执行。

第87d条：航空运输管理

- (1) 航空运输管理由联邦行政部门负责。空中运输控制服务也可以由依据欧洲共同体法律授权的外国空中交通控制组织提供。
- (2) 要求参议院同意的联邦法律可将航空运输管理的职责委托给受联邦委托的各州。

第87e条：铁路运输管理

- (1) 联邦铁路的铁路运输由联邦行政部门管理。联邦法律可将铁路运输管理的职责委托给各州自行行使。
- (2) 除了联邦铁路之外，联邦履行联邦法律分配给它的铁路运输管理职责。
- (3) 联邦铁路由私法下的企业运营。在其行为包括线路建造、维修和运营的范围内，它们仍属于联邦财产。联邦依法转让其在本款第2句意义上的企业股份，并应保留多数股权。细节由联邦法律规定。
- (4) 对于发展、维护除了地方客运服务之外的联邦铁路体系并对其提供服务，联邦保证充分考虑公共利益尤其是其交通需求。细节由联邦法律规定。
- (5) 依据本条第1至4款制定的法律须获得参议院同意。下列事项的法律也要求参议院同意，包括有关联邦铁路企业的解体、合并与分割，联邦铁路

线路对第三方的转移或这类线路的放弃，或影响地方客运服务的措施。

第87f条：邮政和电讯

- (1) 依据要求参议院同意的联邦法律，联邦应保证在全部联邦领土上提供适当的邮政和电讯服务。
- (2) 本条第1款意义上的服务由继承德意志联邦邮政特别信托的私人企业及其他私人企业提供。邮政与电讯领域的主权职能由联邦行政部门履行。
- 【35】 (3) 尽管本条第2款第2句已有规定，联邦通过公法下的联邦机构，依联邦法律履行有关继承德意志联邦邮政特殊信托的特定职能。

第88条：联邦银行、欧洲中央银行

联邦应建立票据发行和货币银行作为联邦银行。在欧洲联盟的框架内，其职权可被转移到独立并致力于保证价格稳定的重要目标的欧洲中央银行。

第89条：联邦水路、水路行政

- (1) 联邦是前帝国水路的所有者。
- (2) 联邦通过自己的权力部门管理联邦水路。它对超越一州领土的内陆运输以及法律授权的海洋运输行使职能。如果联邦水路处于一州领土之内，联邦可以在其申请的情况下将其行政权授予受联邦委托的州。如果水路涉及2个以上州领土，联邦可委托受影响各州所指定的州。
- (3) 在水路的管理、发展和新建领域，陆地改善和水路管理的要求应在和各州的协议中得到保障。

第90条：联邦道路与高速公路

- (1) 联邦是联邦高速公路和其他联邦主干道的所有者，其所有权不可转让。
- (2) 联邦高速公路管理是联邦行政部门的事务。联邦可利用私法下的企业履行职责，联邦对该公司应有不可让渡的所有权。对于包括联邦高速公路或一州内其他联邦主干道的网络全域的道路网络及其重要部分，其公私合伙框架内不得有第三方参股。
- (3) 各州或依据州法有权能的自治企业组织可对处于州内领土的其他联邦主干道行使行政管理权。
- (4) 应州的请求，联邦可对处于该州领土内的其他联邦主干道行使行政职责。

【36】 **第91条：内部紧急状态**

- (1) 为了防止对联邦或各州之生存或其自由民主的基本秩序造成任何迫切危险，一州可以请求调用其他州的警察力量，或其他行政权力与联邦国界

警卫的力量与设施。

- (2) 如果存在这类迫切危险的州不愿或不能自行反击，那么联邦内阁即可根据自行指示，调遣该州和其他州的警察，并使用联邦边防警卫。一旦这种危险被解除或应参议院之要求，这项命令就应立即被取消。如果危险扩展到大于一个州的地区，那么只要为有效反击这类危险所必需，联邦内阁就可以向州政府颁布指示。本款第1和第2句不受该规定影响。

第8a部分：联合作业

第91a条：联合作业、开支责任

- (1) 如果对于整个社会而言是重要的，并且联邦参与对生活条件之提高是必需的，那么联邦内阁应在下列部门参与各州责任之履行：
 - 1.改善地区经济结构；
 - 2.改善农业结构和海岸管理。
- (2) 联合作业（Gemeinschaftsaufgaben）应被要求参议院同意的法律所详细定义。这类立法应包括指导联合作业之履行的普遍原则。
- (3) 在本条第1款第1项适用的情况下，联邦应为每个州资助一半开支。在本条第1款第2项适用的情况下，联邦应资助至少一半的开支，资助比例应对所有州一样。细节由法律规定。资金的供给受制于联邦和各州的预算拨款程序。

第91b条：教育项目与促进研究

- (1) 对于超越地区影响的教育、科研、教学促进项目，联邦与各州可在协议基础上合作。主要影响高等教育机构的协议须获得所有州的同意。本条款并不适用于建造研究设施（包括大型科学设备）的协议。
- (2) 联邦和各州可相互达成协议，就评价教育系统的绩效进行合作，用以国际比较并起草相关报告和建议。
- (3) 费用分配由有关协议调整。

第91c条：信息技术系统

- (1) 对于其履行职责所需的信息技术系统，联邦和各州可就其计划、建造和运行进行合作。
- (2) 如果对于其信息技术系统之间的交流有所必要，联邦和各州可就标准和安全要求达成协议。对于其内容和范围所决定的个人责任，依据第1句的合作基础之协议可规定按其所规定的联邦与各州有条件多数（qualifizierten Mehrheit），制定详细规章。协议须获得众议院和参与州

【37】

议会的同意，且不得排除退出协议的权利。协议还应规定费用分担。

- (3) 各州还可就信息技术系统的联合运营及其设备安装达成协议。
- (4) 为连接联邦和各州的信息网络，联邦应建立一个联系网络。有关联系网络的建设运营的细节由要求获得参议院同意的联邦法律规定。
- (5) 通过信息技术手段对联邦和各州行政服务的全面访问（Zugang）由要求参议院同意的联邦法律规定。

第91d条：绩效比较

为探查并提高行政管理绩效，联邦和各州可进行比较研究并发表相应成果。

第91e条：对求职者的基本支持之合作

- (1) 在为了求职者提供基本支持领域的联邦法律过程中，联邦和依据州法的各州或地方政府及其联盟应原则上以联合机构的方式合作。
- (2) 联邦可在其请求并获得州最高权力部门同意的情况下，授权有限数量的地方政府及其联盟独立履行第1款规定的任务。在这种情况下，联邦应承担必要开支，包括本来由联邦依据第1)条执法所要履行的任务之行政开支。
- (3) 细节由要求获得参议院同意的联邦法律规定。

【38】 第9部分：司法管理（第92—104条）

第92条：法院组织

司法权应被赋予法官，由联邦宪政法院以及本《基本法》规定的联邦法院与各州法院所行使。

第93条：联邦宪政法院及其管辖

- (1) 联邦宪政法院（Bundesverfassungsgericht）应决定下列事项：
 1. 在最高联邦机构或本《基本法》或最高联邦机构的程序规则授予自身权利的其他当事方的有关权利和义务范围之争议中，对本《基本法》之解释；
 2. 应联邦内阁、州政府或众议院的1/4成员之提请，对有关联邦与各州法律是否在形式或实质上符合本《基本法》或州法是否符合联邦法律的不同意见或质疑；
 - 2a. 应参议院或内阁或州的内阁或立法机构之申请，关于法律是否符合第72条第2款的条件之分歧；
 3. 尤其是在各州执行联邦法律和联邦行使监督的案件中，对联邦和各州之

权利和责任的不同意见；

4.除非可诉诸于另一个法院，在联邦和各州、各州之间或一州之内涉及联邦法律的其他争议；

4a.任何人主张其基本权利或第20条第4款、第33、38、101、103、104条权利之一受到公权力之侵犯而提出的宪法诉愿；

4b.基于其第28条的自治权利，地方政府及其联盟受到除可诉诸本州宪法法院之外的法律侵犯而提出的宪法诉愿；

4c.团体对于众议院选举中未被承认为政党而提出的宪法诉愿；

5.本《基本法》所规定的其他案件。

- (2) 应参议院、州政府或州议会提请，联邦宪法法院还应在第72条第4款的情形下，决定联邦法律规制的必要性是否不再存在，或在第125a条第2款提到的情形下，决定是否不再能制定联邦法律。如果法院认定该需要不再存在或不再能制定联邦法律，这一裁定替代依据第72条第4款或第125a条第2款第2项制定的法律。只有在依据第72条第4款或第125a条第2款第2句提出的法案遭到德国众议院否决，或1年内尚未被讨论和决定或参议院已否决了一项类似法案，方可受理依据第1句提出的提请。【39】
- (3) 联邦宪法法院还应决定联邦法律分配给它的其他事务。

第94条：联邦宪法法院及其组成

- (1) 联邦宪法法院应由联邦法官和其他成员所组成。联邦宪法法院的一半成员应由众议院选举，另一半则由参议院选举。他们不得是众议院、参议院、联邦内阁成员，或任何相应的各州政府机构官员。
- (2) 联邦宪法法院的组织程序由联邦法律规定，法律还说明其决定在什么情形下具有法律效力。法律课要求在提出宪法诉愿之前穷尽所有其他法律救济，并规定由单独的程序来决定是否接受诉愿并进入判决。

第95条：联邦最高法院

- (1) 对于普通、行政、财政、劳动、和社会管辖，联邦应建立联邦普通法院、联邦行政法院、联邦财政法院、联邦劳动法院、和联邦社会法院，以作为其相应的最高法院。
- (2) 这些法院的法官由具有权能的联邦部长和法官选择委员会联合选举产生，该委员会由具有权能的各州部长和众议院选出的同样人数之成员组成。
- (3) 本条第1款中指明的法院应建立联合委员会（Gemeinsamer Senat），以维护判决的统一性。细节有了看榜法律规定。

第96条：其他联邦法院

- (1) 联邦可建立有关工业产权事务的联邦法院。
- (2) 联邦可为武装力量建立联邦军事刑事法院。只有在国防状态或针对在国外活战舰上服务的武装力量成员，这些法院才能行使刑事管辖权。这些法院处于联邦司法部长的保护之下，作为其首要职业在那里负责的法官应具备担任司法职务的资格。
- 【40】 (3) 本条第1、2款指定的法院中，最高审查法院是联邦普通法院。
- (4) 联邦应建立联邦法院，用于针对联邦公务人员的纪律检查程序并为之提供诉愿程序。
- (5) 要求获得参议院同意的联邦法律可规定，各州法院可对下列事务的刑事程序行使联邦管辖权：
1. 种族灭绝；
 2. 国际刑法规定的反人类罪；
 3. 战争罪；
 4. 第26条第1款规定的故意扰乱国际和平关系的其他行为；
 5. 国家安全。

第97条：司法独立

- (1) 法官应该独立，并仅服从法律。
- (2) 除非基于法律所规定的理由与形式，并通过司法决定，被任命为终身的专职法官不得违反其意愿，而被撤职、永久或暂时中止职位、给予不同职位或在职务限期终止前提早退休。立法可以对终身任命的法官规定退休的年龄限制。当法院结构或地区发生变化时，法官可被转移到另一个法院或调离职位，但他们应保持全薪。

第98条：法官的法律地位、弹劾

- (1) 联邦法官的法律地位由特别联邦法律规定。
- (2) 如果联邦法官的职务或非职务行为违反了本《基本法》或一州的宪政秩序原则，那么在众议院的提请下，联邦宪政法院可以2/3之多数，决定该法官被给予不同职位或退休。在故意违犯之情形下，可决定将他撤职。
- (3) 如果第74条第1款第27项未另行规定，各州法官的法律地位由州的特别法律规定。
- (4) 各州可规定州法院由州司法部长与法官选择委员会联合选择产生。
- (5) 各州可对州法官制定和本条第2款相应的法律，但不得影响现有的州宪法。司法弹劾（Richteranklage）的决定由联邦宪政法院作出。

第99条：州内宪法争议

【41】

州法可将州内宪法争议的裁决分配给联邦宪政法院，并将涉及州法适用事务的终极决定分配给第95条第1款指明的最高法院。

第100条：具体司法审查

- (1) 如果法院的决定取决于法律的有效性，且法院认为该法律违宪，那么它即应中止审判程序；且如果认为州法违反了本州宪法，那么法院应交由对宪法争议具有管辖权的州法院而获得决定；如果认为法律违反了《基本法》，那么它应交由联邦宪政法院以获得决定。在法院认定州法抵触了本《基本法》或联邦法律的案件中，本条亦同样适用。
- (2) 如果在诉讼过程中，对国际法规则是否联邦法律的组成部分或是否直接对个人创设权利和义务（第25条）存在疑问，法院应提请联邦最高法院作出决定。
- (3) 在解释本《基本法》过程中，如果一州的宪政法院要偏离联邦宪政法院或另一州的宪政法院之决定，应提请联邦宪政法院作出决定。

第101条：对非常法院之禁止

- (1) 非常法院应被禁止。任何人都不得被转移其法定法官的管辖权。
- (2) 只有法律才能建立用于特殊领域的法律之法院。

第102条：废除死刑

废除死刑。

第103条：公正审判

- (1) 人人都有权依法在法院获得听证。
- (2) 只有在行为之前所制定的法律下构成刑事犯罪，行为才能受到惩罚。
- (3) 对于同一个行为，任何人不得依据一般刑法受到一次以上惩罚。

第104条：自由之剥夺

- (1) 个人自由只能被正式法律所限制，且限制形式必须和法律规定相一致。受到拘留的人不得受到精神或肉体虐待。
- (2) 只有法官才能决定是否或继续允许对任何自由之剥夺。如果剥夺自由并非建立在司法命令之上，须立即获得司法决定。在逮捕第二天结束，警察不得继续以其自身的权力拘留任何人。细节由法律规定。
- (3) 因涉嫌犯罪而被暂时逮捕的任何人都应在不超过逮捕的第二天被送交法院。法官应告知逮捕理由，审查案件并给予其提出反驳的机会；然后或者发布说明理由的书面逮捕令，或者命令其无罪释放，不得延误。

【42】

- (4) 任何剥夺或继续剥夺自由的司法决定应尽快告知被拘留者的亲属或其信任的人。

第10部分：财政与战备状态（第104a—115条）

第104a条：开支分配、财政体系与责任

- (1) 除非《基本法》另行规定，联邦与各州应独自偿付因执行任务所引起的开支。
- (2) 如果各州作为联邦代理而行动，那么联邦应偿付其开支。
- (3) 关于由各州管理的经费资助的联邦法律可以规定，联邦全部或部分支付这类经费。如果任何这类法律规定联邦资助一半以上的开支，即应由各州作为联邦委托加以执行。对于为求职者在本国援助领域提供生活设施与取暖福利，如果联邦资助开支的3/4比例以上，那么应按联邦委托实施法律。
- (4) 如果联邦法律要求各州以其自身权利或依据第3款第2句受联邦委托，为第三方提供经费资助、实物福利或类似服务，而由此产生的开支由各州承担，那么这类法律须获得参议院的同意。
- (5) 联邦和各州应为各自相关机构产生的行政开支提供财政，并为保证适当行政向对方负责。具体细节由要求参议院同意的联邦法律规定。
- (6) 根据权责内部分配，联邦和各州应分担德国因违反超国家或国际法义务所产生的成本。如果欧盟财务更正产生的效应超越某特定州，联邦和各州分担这类成本的比例是15:85。在这种情况下，各州作为整体应团结一致承担按一般公式计算得出的总成本之35%；50%的总成本应由造成负担（Lasten）的各州承担，按其所接收的财政资源之数额大小进行调整。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。

【43】

第104b条：对投资的财政支持

- (1) 在本《基本法》授权立法的程度上，联邦可以为各州和地方政府特别重要并对实现以下目标有必要的投资提供财政支持：
1. 避免对整体经济均衡的干扰；
 2. 在联邦领土范围内均衡不同的经济能力；
 3. 促进经济增长。
- 即便在其立法权限范围之外，如果自然灾害或非常紧急状态超出政府控制并对州的财政能力产生实质危害，那么联邦仍然可以提供财政支持。
- (2) 细节尤其是关于所要促进的投资类型由要求参议院同意的联邦法律或依

据《联邦预算法》的行政协议规定。联邦法律或行政协议可规定如何塑造各州使用财政资助的有关项目。影响各州项目的标准应在和受影响各州的协议中加以说明。除了归属各州的资金，联邦还应提供额外资金。资助期限应受到限制，资助必须按其使用方式接受定期审查。财政资助须按年度捐献降序设计。

- (3) 如果发出提请，众议院、联邦内阁和参议院应被告知措施的实施及其取得的成就。

第104c条：对地方教育设施投资的财政资助

联邦可为各州提供财政资助，用于整个国家的重大投资，以及各州与地方政府及其联盟和改善地方教育基础设施的效率直接相关的有限期特别开支。第2款前3句和第5、6句以及第104b条第3款以类推方式适用。为保证资金用于其所被期望的目的，联邦内阁可要求提交报告和必要的文件。

第104d条：对社会福利住房投资的财政资助**

【44】

联邦可为各州提供财政资助，用于整个国家以及各州和地方政府及其联盟对社会福利住房的重大投资。第2款前5句和第104b条第3款以类推方式适用。

第105条：税法权限分配

- (1) 对于关税和财政垄断行业，联邦应享有专有立法权。
- (2) 对于其岁入全部或部分存入联邦或适用于第72（2）条所规定条件的所有其他税收，联邦应享有共有立法权。
- (2a) 对于地方消费税和开支税，只要它们和联邦法律规定的税收并无实质性类同之处，州应享有立法权。它们有权决定不动产购置的税率。
- (3) 对于岁入全部或部分存入州或市政（包括市政联盟）的税收，有关联邦法律应获得参议院的同意。

第106条：税收和财政垄断收入分配

- (1) 联邦应获得财政垄断收入和下列税收：
1. 关税
 2. 并非依据本条第2款属于各州、第3款属于联邦和各州共享或第6款属于地方政府的消费税
 3. 公路运货税、机动车辆税以及和机动车辆交易相关的其他税收
 4. 资本转移税（Kapitalverkehrssteuern）、保险费、汇票税（Wechselsteuer）
 5. 非周期性财产税和负担均等化收费
 6. 所得税和企业附加税

7. 欧洲共同体构架内的收费

(2) 各州应获得下列税收：

- 【45】
1. 财产税
 2. 遗产税
 3. 机动车辆税
 4. 并非依据本条第1款属于联邦或第3款属于联邦和各州共享的交易税
 5. 啤酒税
 6. 博彩税

(3) 对于本条第5、5a款未分配给地方社团的收入税和增值税，联邦和各州应共同享有收入税、企业税和增值税（Umsatzsteuer）。联邦和各州应平等分享收入税和企业税。联邦和各州对增值税的分配比例由要求参议院同意的联邦法律所认定。这类认定应基于下列原则：

1. 联邦和各州为弥补各自必要的开支对于收入享有平等权利。这类开支的幅度应在适当考虑多年财政规划后决定。
2. 联邦和各州的财政要求应根据建立公正平衡、避免对纳税人的过重负担并保证联邦领土范围内生活水平统一而得到协调。

联邦和各州的财政要求应根据建立公正平衡、避免对纳税人的过重负担并保证联邦领土范围内生活水平统一而得到协调。在决定联邦和各州增值税收入比例过程中，还应考虑各州从1996年1月1日起所得税法对儿童的规定造成的收入减少。细节由依据本款第3句制定的联邦法律规定。

(4) 一旦联邦的收入开支比例显著不同于各州，联邦和各州从增值税的收入比例即应重新调整；在此过程中，不应考虑在依据本条第3款第5句决定从增值税的相应收入比例过程中考虑的收入减少。如果联邦法律对各州增加开支或减少税收，如果额外负担限于短时间，额外负担可通过要求获得参议院同意的联邦法律所规定的联邦资助获得补偿。该法应确立计算这类资助并在各州之间分配的原则。

(5) 所得税收入的一部分应归属地方政府，由各州按照其居民缴纳的所得税分配给其地方政府。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。该法可规定，地方政府可对其税收比例增减税率。

【46】

(5a) 自1998年1月1日起，增值税收入归属地方政府，由各州按照反映地理经济因素的公式分发给起地方政府。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。

(6) 不动产税和贸易税收入归属地方政府，对消费和开支的地方税收入归属地方政府，或按州法规定归属地方政府联盟。地方政府应被授权在法律

框架内确定不动产税率和贸易税率。如果一州没有地方政府，不动产税、贸易税以及对消费和开支的地方税收入归属该州。联邦和各州应通过按比例分配，共享贸易税收入。关于按比例分配的细节由要求参议院同意的联邦法律规定。按照州法，不动产税、贸易税以及地方政府对所得税和增值的收入比例可作为计算分配数额的依据。

- (7) 根据州法律的决定，在联合税（Gemeinschaftsteuern）总收入的该州份额中，一定的百分比应给予该州的地方社团和社团联盟。对所有其他情形，州法应决定是否并在多大程度上，该州税收应被给予地方社团或社团联盟。
- (8) 如果联邦要求在州或市政及其联盟内建立特定设施，直接导致这些州或市政及其联盟开支增加或收入减少（特别负担），而不能合理预期州或市政及其联盟承受负担，联邦应给予必要补偿。在给予补偿过程中，应适当考虑建造这样的设施导致的第三方支付赔偿和有关州或市政及其联盟得到的财政收益。
- (9) 本条中市政及其联盟的收支也应被认定为州的收支。

第106a条：联邦对地方公共交通的资助

1996年1月1日起，各州有权为地方公共交通获得部分联邦税收。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。在决定第107条第2款中州的财政能力时，不应考虑依据本条第1句作出的税收分配。

第106b条：各州分享机动车辆税

【47】

2009年7月1日之前向联邦转移机动车辆税之后，各州有权获得一定数量的联邦税收。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。

第107条：税收分配、各州财政均衡、补充资助

- (1) 来自州税和州从所得税和企业税的收入分成应在这些税由州内财政部门征收的程度上归属各州（地方收入）。关于企业税和所得税的地方收入分配的限度、方式和范围由要求参议院同意的联邦法律规定。该法还可规定来自其他税收的地方收入之限度与分配。除非本条第2款另行规定，州从增值税的收入分成按人均归属各州。
- (2) 要求获得参议院同意的联邦法律应保障不同财政能力的各州之间的合理均衡，并适当考虑地方政府及其联盟的财政能力与要求。为此目的，对各州财政能力的增减应在其从增值税的收入分成中得到调整。法律应指明决定增减的条件以及确定增减数额的标准。为了衡量财政能力，可仅考虑来自采矿税的部分收入。法律还可规定联邦从联邦基金中拨款给财

政弱州，以补充其财政所需要的日常资金（补充资助）。不论本款第1与第3句规定的标准是什么，地方政府及其联盟产生税收的能力特别弱的财政弱州可获得资助（地方税收基础资助），根据第91b条获得资金支持的分成低于其人均分成的财政弱州也可获得资助。

第108条：联邦与各州的财政管理、财政法院

- 【48】
- (1) 联邦财政部门管理联邦法律调控的关税、财政垄断和消费税，包括进口增值税、机动车辆税、2009年7月1日起和机动车辆相关的其他交易税以及在欧洲共同体框架内征收的费用。这些部门的组织由联邦法律规定。如果建立中间部门，其领导的任命应和各州政府协商。
 - (2) 各州财政部门管理所有其他税收。这些部门的组织及其公务员的统一培训可由要求参议院同意的联邦法律规定。如果建立中间部门，其领导的任命应获得联邦内阁的同意。
 - (3) 如果全部或部分归属联邦的税收由各州税务部门管理，这些部门应受联邦委托行使权力，并适用第85条第3、4款，联邦财政部长代表联邦内阁行使权力。
 - (4) 如果税法执行能够得到实质性促进或改善，要求获得参议院同意的联邦法律可规定联邦和各州税务部门在税务管理上，就本条第1款列举的各州税务部门的税务管理或联邦税务部门管理的其他税收进行合作。各州税务部门对收入全部归属地方政府及其联盟的税务管理可被各州全部或部分委托给地方政府及其联盟。对于联邦与各州合作，本款第1句提到的联邦法律可规定，如果法律规定了多数同意，关于税法执行的规则对所有州具有约束力。
 - (4a) 对于第2款列举的税法执行，要求参议院同意的联邦法律可规定各州税务部门合作；如果税法执行确实会得到实质性促进或改善，还可规定相关各州通过协议将权能州际转移给一州或多州税务部门。成本的分配由联邦法律规定。
 - (5) 联邦税务部门遵循的程序由联邦法律规定。要求参议院同意的联邦法律可规定各州税务部门所遵循的程序，或本条第4款第2句规定的地方政府及其联盟所遵循的程序。
 - (6) 财政管辖权由联邦法律统一规定。
 - (7) 联邦内阁可发布一般行政规则。如果行政管理被委托给州税收部门或地方政府及其联盟，这类规则须获得参议院同意。

第109条：联邦和各州的预算管理

- (1) 在预算管理中，联邦和各州应彼此独立自主。
- (2) 为了依据《建立欧洲共同体条约》第104条维持预算平衡，联邦和各州应联合履行联邦德国在欧洲共同体法律行为中产生的责任，并在此框架下适当考虑经济整体平衡之需要。【49】
- (3) 联邦和各州预算原则上应在没有信贷收入的情况下维持平衡。联邦和各州可制定规则，考虑——尤其在市场上下波动时系统考虑——偏离正常状态的市场发展后果，以及自然灾害或超越政府控制并实质性损害国家财政能力的非常紧急状态等例外情况。遇到这样的非常状态，须采用相应的还款计划（Tilgungsregelung）。联邦预算的细节由第115条确定，条件是第1句应在信贷收入不超过正常国内总收入0.35%的情况下被认定得到满足。各州应在其宪法权限范围内规制预算细节，条件是第1句只是在没有接收信贷收入的情况下才被认定得到满足。
- (4) 要求获得参议院同意的联邦法律可建立同时适用于联邦和各州预算法、周期性合适的预算管理和长期财政计划之原则。
- (5) 如果欧洲共同体依据《建立欧洲共同体条约》第104条的规定，为了维持预算平衡而作出制裁，联邦和各州应以65%:35%的比例分担负担。各州整体应团结一致按其居民数量，承担35%的各州费用负担；剩下65%的各州费用应按因果程度由各州承担。细节由要求参议院同意的联邦法律规定。

第109a条：预算紧急状态

- (1) 为了避免出现预算紧急状态，要求获得参议院同意的联邦法律应规定：
 - 1.通过联合机构稳定委员会（Stabilitätsrat）持续监督联邦和各州预算管理；
 - 2.确定预算紧急状态威胁的条件和步骤；
 - 3.建立和管理预算紧急状态的处理项目之原则。
- (2) 从2020年起，联邦和各州依据第109条第3款的执法监督应委托给稳定委员会。这类监督应聚集于依据《欧盟职能运行条约》的法律行为所规定的预算纪律获得服从的规定和程序。【50】
- (3) 稳定委员会的决定及其附随文件应当公开。

第110条：联邦预算

- (1) 联邦预算必须包括所有收入和开支。对于联邦企业和特别信托，只需要包括它们的收支。预算收支必须平衡。

- (2) 一年以上的财政预算必须在第一年开始之前制定的法律中列出，其中每年预算均需单列。法律可规定，不同部分预算按财政年度适用于不同时期。
- (3) 适用本条第2款或修改《预算法》或预算本身的法案应同时提交参众两院，参议院有权在6周内提出意见；如果是修改法案，时间为3周内，
- (4) 《预算法》可仅包含在其制定目标期限内和联邦收支相关的条款。《预算法》可指明其条款仅在下一部预算法颁布后失效；在获得第115条授权的情况下，可延长有效期。

第111条：临时预算管理

- (1) 如果到财政年度结束仍没有以法律形式通过下年度预算，联邦内阁可在预算法生效前作出一切必要开支：
 1. 维持法律建立的机构并执行法律授权的措施；
 2. 履行联邦的法律责任；
 3. 继续建设项目、采购和其他利益的供给或服务，或如果数额已经在过去一年的预算中拨款，为此目的继续提供资助。
- (2) 如果基于特定法律和来自税收、收费、其他资源或正在运行的资本储备不足以偿付本条第1款提到的开支，联邦内阁可接待对于维持现行运营有所必要的资金，最多不超过去年预算总额的1/4。

【51】 第112条：预算外开支

超出预算或预算目的的开支须获得联邦财政部长的同意，并只有在不可预见和不可避免的必要时才能给予同意。细节由联邦法律规定。

第113条：预算增加

- (1) 联邦内阁提议预算开支增加、导致或将产生新开支的法律须获得联邦内阁的同意。这一要求也适用于导致或将产生收入减少的法律。联邦内阁可要求众议院推迟这类法案的表决。在这种情况下，联邦内阁应在6周内向众议院提交意见。
- (2) 众议院通过这类法律4周内，联邦内阁可要求它再次对法律进行表决。
- (3) 如果法案依据第78条成为法律，联邦内阁只有在6周内并启动本条第1款第三和第4句或第2款规定的程序后才能拒绝同意。这一期限过期后，即被视为给予同意。

第114条：账户提交和审计

- (1) 为了执行联邦内阁的任务，联邦财政部长应每年向参众两院提交过去财政年度的所有收支以及资产和债务的账户。

联邦德国《基本法》

- (2) 成员享有司法独立性的联邦审计法院应审计账户，并决定联邦是否适当并高效管理了公共财政。对于本款第1句意义上的审计，联邦审计法院还可对联邦行政之外的部门进行调查。这条也适用于联邦为履行交给各州的任务而分配给各州的围栏隔离融资（ring-fenced financing）。它应直接向参众两院以及联邦内阁提交年度报告。联邦审计法院其他方面的权力由联邦法律规定。

第115条：借贷限度

- (1) 资金借贷以及保证义务、担保或其他可能造成未来财政年度开支的承诺须获得联邦法律授权，该法应指明或准许相关数额之计算。 【52】
- (2) 收支原则上应在没有信贷收入的情况下保持平衡。在来自资金借贷的收入没有超过正常国内总收入0.35%的情况下，这一原则应得到满足。另外，如果经济发展偏离了正常状态，必须系统考虑市场上下波动的后果。如果实际借贷偏离了第一和第3句指明的信贷限度，应在对账本上记录之。如果借债超过正常国内总收入的1.5%，则应根据经济循环减少借贷。联邦法律规定其调控细节，尤其是对于金融交易的收支调整和净借债的年度限额的计算程序；这类调整和计算须按循环调整步骤以及对实际借贷偏离信贷限额的控制与平衡，考虑经济循环。如果自然灾害或非常紧急情况超越了政府控制并实质性损害国家财政能力，可依据众议院成员多数作出的决定超越信贷限度。这一决定必须和止损计划结合。第6句意义上的信用借贷须在适当期限内实现偿还。

第10a部分：国防状态

第115a条：国防状态之宣布

- (1) 联邦领土遭到武装力量攻击或处于这类攻击的紧迫威胁，须由众议院在参议院同意的情况下决定。这类决定应由联邦内阁提出申请，并要求至少包括众议院成员多数的2/3多数表决通过。
- (2) 如果情况迫切需要立即行动，而不可超越的障碍阻止了众议院及时开会或众议院不能获得有效多数，联合委员会应通过至少包含成员多数的2/3多数表决做出决定。
- (3) 该决定由联邦总统依据第82条在《联邦法律公报》上颁布。如果这不能及时做到，应以其他方式颁布之；一旦情况允许，这一决定即应在《联邦法律公报》上出版。
- (4) 如果联邦领土遭遇武力攻击，而有权能的联邦权力部门不能及时作出本

- 【53】 条第1款第1句规定的认定，那么攻击开始即应被视为认定已经作出。一旦情况允许，联邦总统应宣布这一时间。
- (5) 如果国防状态之认定得到颁布，且联邦领土受到武装攻击，联邦总统在众议院同意下可依据国际法发布关于国防状态存在的公告。按照本条第2款指明的条件，联合委员会应代替众议院行使权力。

第115b条：联邦总理的指挥权

在战备状态宣告后，武装力量的指挥权应移交联邦总理。

第115c条：联邦立法权之扩展

- (1) 即便在各州立法权领域，联邦有权就战备状态行使共有立法权。这类法律须获得参议院的同意。
- (2) 在战备状态下情形要求的程度上，有关战备状态的联邦法律可以
- 1.就征收补偿作出偏离第14条第3款第2句要求的规定；
 - 2.对不同于第104条第2款第3句和第3款第1句规定的自由之剥夺确定时间限制，但是在法官不能再正常时间限制行为的情况下不得超过4天。
- (3) 如果对于击退现存或急迫威胁的攻击有所必要，只要各州、地方政府及其联盟特别是对于财政事务的生存能力得到保证，要求参议院同意的联邦国防状态法可规定联邦和各州的行政与财政，而不论本《基本法》第8、第8a和第10部分如何规定。
- (4) 为了对其实施做好准备，依据本条第1款或第2款第1项制定的联邦法律基本看在国防状态发生之前也可适用。

第115d条：紧急法案

- (1) 在国防状态期间，联邦立法过程按本条第2、3款规定，而不论第76条第2款、第77条第1款第2句和第2至4款、第78条和第82条第1款如何规定。
- (2) 内阁指定为紧急的联邦内阁法案应被同事提交给参议院和众议院。众议院和参议院应尽快联合开会对此类法案展开辩论。如果参议院的同意对于这类法案成为法律是必要的，应获得其多数表决。具体细节由众议院采纳并要求参议院同意的程序规则规定。
- 【54】 (3) 第115a条第3款第2句类推适用于这类法律的颁布。

第115e条：联合委员会

- (1) 如果在国防状态期间，联合委员会以2/3多数表决及至少其成员多数认定，不可克服的障碍阻碍众议院及时召集会议，或众议院召集不到法定人数，那么联合委员会应占据参众两院的位置并作为单一机构行使它们的权力。

- (2) 联合委员会制定的法律不得全部或部分修改、废止或中止本《基本法》。联合委员会无权依据第23条第1款第2句、第24条第1款或第29条置项法律。

第115f条：联邦边防警察、指令权的扩展

- (1) 在战备状态期间，联邦内阁可以在情形需要的程度上
- 1.在联邦领土范围内部署联邦边防警察；
 - 2.不仅对联邦行政机构而且对各州政府发布指令；如果认为事态紧急，对各州有关部门发布指令，并可将此权力委托给它指定的州政府成员行使。
- (2) 根据本条第1段采取的措施应尽快告知众议院、参议院和联合委员会。

第115g条：联邦宪政法院

联邦宪政法院的宪法地位及其宪法职能之履行不得受到削弱。除非有必要维持法院的运行能力，且联邦宪政法院持同样意见，联邦宪政法院的组织法不得被联合委员会通过立法而加以修正。在制定这类法律的过程中，联邦宪政法院可采取必要措施，以维持法院落实工作之能力。联邦宪政法院对于本条第二与第3句的任何决定，均要求在场法官的2/3多数之同意。

第115h条：选举及任职之期满

- (1) 如果众议院或各州议会在国防状态期间选举期满，须在国防状态终止的6个月后结束任期。如果联邦总统任职在国防状态期间到期，或参议院议长【55】在总统职位提前空缺的情况下行使其职能，须在国防状态终止9个月后结束任期。如果联邦宪政法院成员任职在国防状态期间到期，须在国防状态终止6个月后结束任期。
- (2) 如果联合委员会有必要选举新的联邦总理，须以其成员多数表决产生，联邦总统向联合委员会提名候选人。联合委员会只有以2/3成员多数选举产生其继任，才能对联邦总理表达不信任。
- (3) 国防状态存在期间，不得解散众议院。

第115i条：各州政府的权力

- (1) 如果相关联邦机构不能对控制危险采取必要的措施，而情形迫切要求在联邦领土的特定领域立即采取独立行动，各州政府或其指定的部门或代表应被授权在其相应权能领域采取第115f条第1段规定的措施。
- (2) 联邦内阁可以在任何时候撤销根据第115f条第1段采取的任何措施。对于各州部门或下级联邦部门，各州州长（Ministerpräsidenten）也有同样权力。

第115k条：紧急状态规定的地位和期限

- (1) 依据第115c、115e和115g条置顶的法律以及依据这些法律发布的法规应中止仍然有效的与之冲突的法律。这一规定不适用于早先依据第115c、115e和115g条置顶的法律。
- (2) 国防状态终止6个月内，联合委员会通过的法律以及依据这些法律发布的法规应终止效力。
- (3) 如果法律中有条款背离了第91a、91b、104a、106和107条，须在国防状态终止后的第二个财政年度结束前停止适用。

第115l条：紧急措施之取消、和约之缔结

- (1) 在参议院同意的情况下，众议院可在任何时候撤销联合委员会制定的法律。参议院可以要求众议院对这个问题作出决定。众议院和参议院可以撤销联合委员会或联邦内阁为防控危险所采取的任何措施。
- 【56】(2) 在参议院同意的情况下，众议院可在任何时候通过联邦总统颁布的决定宣布终止战备状态。参议院可以要求众议院对这个问题作出决定。一旦决定战备状态的条件不再存在，战备状态即应被宣布立即终止。
- (3) 和约之缔结由联邦法律决定。

第11部分：过渡和最后条款（第116—146条）

第116条：“德国人”定义、公民权之恢复

- (1) 除非法律另行规定，本《基本法》意义上的德国人是指拥有德国公民权（Volkszugehörigkeit）的人，或在1937年12月31日的国界内被接受为难民或被驱逐者的德意志族人及其配偶或后代。
- (2) 1933年1月30日至1945年5月8日之间因政治、种族或宗教原因被剥夺公民权的前德国公民及其后代应在申请后被恢复公民权。如果1945年5月8日之后他们在德国建立居所且从未表达过相反的意愿，他们应被认为从未被剥夺过公民权。

第117条：两项基本权利的效力中止

- (1) 1953年3月31日之前，和本《基本法》第3条第2款相抵触的法律仍保留效力。
- (2) 为应对现行住房短缺而限制迁徙自由的法律仍然有效，直到被联邦法律废止之时。

第118条：巴登和符腾堡重新划界

包含巴登、符腾堡—巴登和符腾堡—霍亨索伦之领土划分为州的边界可通

过相关各州之协议而作出修改，而不论第29条如何规定。如果达不成协议，联邦法律应修改边界并规定咨询性公投。

第118a条：柏林和布兰登堡重新划界

包含柏林和布兰登堡之领土划分为州的边界可通过两州协议而作出修改，而不论第29条如何规定，其有权选举的居民应当参与。

第119条：难民与被驱逐者

在有关难民和被驱逐者尤其是其在各州分布的事务上，联邦内阁可在参议院同意下发布具有法律效力的法规，留待联邦法律解决这类事务。在特别个案中，联邦内阁可获得授权发布个案指令。除非时间紧迫，这类指令应被传达到州的最高权力机关。

【57】

第120条：盟军占领成本、战争造成的负担

- (1) 联邦应为占领的成本和战争产生的其他内外负担提供资金，具体细节由联邦法律规定。对于1969年10月1日之前的联邦法律规定的战争负担，联邦和各州应按联邦法律的比例分担这类开支。对于各州、地方政府及其联盟或履行各州和地方政府职能的实体尚未也不能在1965年10月1日之前偿付联邦法律规定的战争负担，联邦即便在这个日期之后也无义务为此提供资助。联邦有义务为包括失业保险和失业者公共救助提供在内的社会保障提供补贴。本款规定的联邦与各州战争负担之分配不应被解释为影响任何有关对战争后果提出补偿主张的法律。
- (2) 联邦对本条提到的开支履行义务之时，应获得岁入。

第120a条：负担均衡化

- (1) 在参议院同意下，实施负担均衡化的法律可规定，均衡化支付部分由联邦执行，部分由受联邦委托的各州执行；联邦内阁和第85条规定的有权能的联邦最高权力部门的相应权力全部或部分委托给联邦负担均衡办公室。在行使这一权力时，联邦负担均衡办公室无需征求参议院的同意；除非在紧急情况下，它的指示应送交州的最高相关权力部门（州负担均衡办公室）。
- (2) 第87条第3款第2句不受本规定影响。

第121条：“多数成员”之定义

在本《基本法》的意义上，众议院和联邦大会的成员多数是指法律规定的成员数量之多数。

第122条：立法权力移交之期限

- 【58】 (1) 从众议院首次开会之日起，法律只能由本《基本法》承认的立法机构制定。
- (2) 以顾问身份参与立法程序的立法组织和机构，其权限因本条第（1）款而届满的，应自该日起解散。

第123条：先前存在的法律继续适用

- (1) 只要不和本《基本法》相抵触，在众议院首次开会之前即有效的法律应仍然保持有效。
- (2) 受制于利害关系方的所有权利和反对，只要在一般法律原则下继续有效，德意志帝国就本《基本法》规定的各州立法权限范围内的事项缔结的条约应继续有效，直到新的条约由本《基本法》规定的主管机构缔结或根据其规定以其他方式终止。

第124条：专属立法权范围内的法律继续适用

有关联邦专有立法权事务的法律应在其所适用的领域内成为联邦法律。

第125条：共有立法权范围内的法律继续有效

有关联邦共有立法权事务的法律应在下列领域成为联邦法律：

- 1.如果它统一适用于一个或以上占领区；
- 2.如果它是1945年5月8日之后修订过前帝国法律的法律。

第125a条：联邦法律继续适用，为州法替代

- (1) 如果由于第74条第1款的修改，或因插入了第84条第1款第七句、第85条第1款第2句或第105条第2a款第2句，或因废止了第74a条、第75条或第98条第3款第2句，被制定为联邦法律的法律不能再被制定为联邦法律，那么这类法律应继续作为联邦法律而有效，但可被州法所替换。
- (2) 如果1994年11月15日之前依据第72条第2款制定的法律因该款之修改而不能再被制定为联邦法律，那么这类法律应作为联邦法律继续有效。联邦法律可规定，这类法律可被州法所替换。
- (3) 如果被制定为州法的法律因为第73条之修改而不得再被制定为州法，这类法律应作为州法继续有效，但可被联邦法律所替换。

【59】 **第125b条：框架法律继续适用，各州偏离的权力**

- (1) 2006年9月1日之前依据第75条制定以及之后仍可被制定为联邦法律的法律应仍然作为联邦法律有效。在这个意义上，各州立法的权力和义务保持不变。在第72条第3款第1句提到的领域内，各州可偏离该法制定规

联邦德国《基本法》

章。然而，在第72条第1句的第2、5、6项覆盖的领域，只有在联邦于2006年9月1日之后行使其立法权，各州才能这么做——在第2、5项涵盖的领域，最迟于2010年1月1日开始；在第6项涵盖的领域，最迟于2008年8月1日开始。

- (2) 各州可制定规章，偏离2006年9月1日之前依据第84条第1款制定的联邦规章；但截至2008年12月31日，只有在2006年9月1日之后，相关联邦法律的行政程序规章修改之后，各州规章才能偏离行政程序规章。
- (3) 在第72条第3款第1句第7项覆盖的领域，偏离（联邦法律）的州法可作为对不动产征税的依据，开始时间不早于2025年1月1日。

第125c条：联合作业领域内的法律继续有效

- (1) 2006年9月1日之前依据第91a条第2款和第1款第1项制定的法律至2006年12月31日之前仍然有效。
- (2) 2006年9月1日之前依据第104a条第4款在资助市政交通和促进社会住房领域制定的规则在2006年12月31日前继续有效。2006年9月1日之前依据《市政交通基础设施资助法》第6条第1款制定的关于资助市政交通特别项目的规则，以及依据本《基本法》第104a条第4款并通过2001年12月20日关于联邦资助不来梅、汉堡、梅克伦堡-西波美拉尼亚、下萨克森、石勒苏益格-荷尔斯泰因海港的法律制定的其他规则都在废止前继续有效，并允许修改《市政交通基础设施资助法》。第104b条第2款第4句以类推方式适用。只要未被决定要提前废止，2006年9月1日之前依据《基本法》第104a条第4款制定的其他规则在2019年12月31日之前保持有效。
- (3) 第104b条第2款第5句仅首次适用于2019年12月31日之后生效的规章。

第126条：关于联邦法律继续适用之决定

关于作为联邦法律之法律继续适用的争议由联邦宪政法院解决。

第127条：对法占区和柏林的法律扩展

【60】

本《基本法》颁布1年之内，只要依据第124或125条作为联邦法律仍然有效，联邦内阁在有关州同意的前提下，可将联合经济区管理的任何法律扩展到巴登州、大柏林、莱茵兰-普法尔茨和符腾堡-霍亨索伦州。

第128条：发布指示的权力继续有效

只要仍然有效的法律授权发布第84条第5款意义上的指示，该权力在法律另行规定之前仍然有效。

第129条：继续发布法律行为的权力

- (1) 如果仍然有效的联邦法律条款授权发布法规（Rechtsverordnungen）或一般行政规则或在个案中做出行政决定，这类授权应移交给之后对相关事务有权能的部门。如有疑问，联邦内阁应在获得参议院同意的情况下作出决定，并公布决定。
- (2) 如果仍然有效的州法如此授权，这类权力由依据州法有权能的部门行使。
- (3) 如果本条第1、2款意义上的法律条款授权修订或补充条款本身或发布具有法律约束力的法律规定，这类授权应被视为过期失效。
- (4) 本条第1、2款应类推适用于不再有效的法律条款或机构。

第130条：现有行政机构的移转

- (1) 置于联邦内阁控制之下的机构有为公共行政或并非依据州法或州际协议的司法行政服务的行政机构和其他机构，以及德国西南铁路行政联盟和法国占领区的邮政与电信服务行政委员会。联邦内阁应在获得参议院的同意下规定其移转、解散或冻结。
- (2) 有权能的联邦部长应作为这些行政组织和机构人事的最高纪检部门。
- (3) 非直接隶属于州或州际协议的公法企业和机构应接受有权能的最高联邦部门之监督。

【61】 第131条：前公务人员

对截止1945年5月8日受雇于公共服务而非因公务规定或集体谈判协议所承认的理由而离职，且未能复职或受雇于和其先前职位无关的职位之人，包括难民和被驱逐者，其法律关系由联邦法律规定。对截止1945年5月8日有权享受退休金和相关收益，而非因公务规定或集体谈判协议所承认的理由而不再接受任何这类退休金或相关利益的人，包括难民和被驱逐者，应类推适用同样规定。

第132条：公务员退休

- (1) 在本《基本法》生效之时享受终身制的公务员和法官如相对于目前职位欠缺个人或职业资质，可在众议院首次开会6个月之内被退休、停职或降级到工资更低的职位。这一规定类推适用于不是公务员或法官但其雇佣不能被随意终止的其他带薪公共雇员。对于雇佣关系可被随意终止的带薪雇员，可在同样期间取消比集体谈判协议规定得更长的通告期限。
- (2) 上述规定不适用于未受“从纳粹和军国主义获得解放”的有关条款影响的公务成员，以及被认定为纳粹受害者的人，有重要个人原因者除外。

联邦德国《基本法》

- (3) 受影响的个人可依据第19条第4款诉诸法院。
- (4) 细节由联邦内阁在获得参议院同意下发布的法律文书规定。

第133条：联合经济区管理之接管

联邦应接管联合经济区管理之权利和义务。

第134条：帝国资产之接管

- (1) 帝国资产原则上成为联邦资产。
- (2) 如果这类资产原先打算主要用于并非授权本《基本法》下联邦主管的行政任务，它们应在没有补偿的情况下被移交现在被授权这类任务的部门；如果这类资产正被使用于依据本《基本法》由各州履行的行政任务，而这种使用并非仅仅是临时性的，那么它们应被移交给各州。联邦还可转移其他资产给各州。【62】
- (3) 各州或市政或其联盟以无补偿形式交付帝国处置的资产应返还相应地州或市政及其联盟，联邦为了自身的行政目的而索取者除外。
- (4) 具体细节由要求参议院同意的联邦法律规定。

第135条：州际领土变化情况下的资产

- (1) 如果在1945年5月8日之后、本《基本法》生效之前，某领域从一州移转到另一州，后者有权获得前者在该领域的资产。
- (2) 如果建立各州或其他企业或机构的公法已经失效，而其资产原来打算或正在主要用于行政任务，而这种使用并非只是临时性的，它应移交给现在履行这些任务的州、企业或机构。
- (3) 如果州已不存在，其不动产及附着物应移交给不动产所在的州，除非它是本条第1款已经提及的资产。
- (4) 如果联邦的重大利益或某区域的特别利益要求，联邦法律可偏离本条第1-3款规定的规则。
- (5) 在所有其他方面，如果资产的接管和处置未通过公法建立的受影响各州或企业及机构的协议在1952年1月1日前生效，应由获得参议院同意的联邦法律规定。
- (6) 先前普鲁士州在私法建立的企业所持股份应移交联邦，具体细节由可偏离本款的联邦法律规定。
- (7) 如果在本《基本法》生效之日，资产本来应依据本条第1-3款下放给州或公法建立的企业或机构，却已经依据州法或以任何其他方式被如此获得授权的当事方处置，资产转移应被认定为在处置前即已发生。

第135a条：旧债

- 【63】 (1) 依据第134条第4款或第135条第5款制定的联邦立法还可规定，如下债务不应被解除，或只是部分被解除：
1. 帝国、前普鲁士州或公法建立但已不存在的其他企业或机构的债务；
 2. 联邦或公法建立的企业或机构的和依据第89、90、134、135条转移资产相联系的债务，以及这些机构因采取第1项指定的措施而产生的债务；
 3. 各州或市政及其联盟因在1945年8月1日前在帝国为了服从占领军命令或终止战争紧急状态而委托其行政职能的框架内采取措施产生的债务；
- (2) 本条第1款应类推适用于德意志民主共和国及其机构产生的债务，联邦或公法建立的其他企业和机构和德意志民主共和国向联邦转移资产相联系的债务，以及德意志民主共和国及其机构采取的措施所产生的债务；

第136条：参议院首次召集会议

- (1) 参议院应和众议院同一天首次召集会议。
- (2) 第一任联邦总统选举产生之前，总统权力由参议院议长行使，但无权解散众议院。

第137条：国家雇员作为候选人的权利

- (1) 法律可限制公务员、其他带薪公共雇员、武装力量职业或自愿成员、法官在联邦、各州或市政选举中作为候选人的权利。
- (2) 第一届众议院、第一届联邦大会和第一任联邦总统的选举由议会委员会（Parlamentarischen Rat）制定的选举法管理；
- (3) 联邦宪政法院建立之前，其依据第41条第2款的权力由联合经济区的德国高等法院行使，并依据其程序规则作出判决。

第138条：南部德国公证机构

要改变巴登、巴伐利亚、符腾堡—巴登、符腾堡—霍亨索伦州的公证机构职业规则，须经这些州的政府同意。

【64】 **第139条：去纳粹化条款继续适用**

本《基本法》规定并不影响“德国人民从纳粹和军国主义获得解放”而制定的法律条款。

第140条：宗教派别法

1919年8月11日的《德国宪法》第136-139及141条是本《基本法》的组成部分。

第141条：不莱梅条款

第7条第3款第5句不适用于1949年1月1日州法另行规定的任何州。

第142条：有利于州宪基本权利的保留

尽管有第31条的规定，只要州宪以符合本《基本法》第1-18条的方式保障基本权利，其条款仍然有效。

第142a条：已废止

第143条：允许背离《基本法》的期限

- (1) 如果特殊情况使完全服从不可能，《统一条约》第3条规定的领土内的法律可以在不迟于1992年12月31日的期间内背离本《基本法》规定。违背不得抵触第19条第2款，且须符合第79条第3款规定的原则。
- (2) 对第2、8、8a、9、10、11部分的违背可延迟至1995年12月31日。
- (3) 独立于本条第1、2款，如果《统一条约》第41条及其实施规则规定，干预条约第3款规定的领土内的财产权之行为是不可逆的，那么它们应保持有效。

第143a条：关于联邦铁路的专有立法权

- (1) 联邦对联邦管理的联邦铁路转化为商用企业所产生的一切事务享有专有立法权。第87e条第5款类推适用。法律可分配联邦铁路雇用的公务员为私法建立的联邦铁路提供服务，而不影响其法律地位或其雇主的责任。
- (2) 依据本条第1款制定的法律由联邦执行。
- (3) 截止1995年12月31日，联邦继续负责前联邦铁路的地方乘务，并负责铁路运输管理的相应职能。细节由需要参议院同意的联邦法律规定。

【65】

第143b条：德国联邦邮政的转型

- (1) 德国联邦邮政的特别信托应依照联邦法律转变为私法企业。联邦对起因于这一转变的一切事务享有专有立法权。
- (2) 转型之前已存在的联邦专有权利可按照联邦法律在过渡期转移到接管德意志联邦邮政服务和德意志联邦电信的企业。至少在法律生效5年内，联邦不得放弃其在接管德意志联邦邮政服务的公司之多数控股。放弃多数控股需要获得参议院同意的联邦法律。
- (3) 德意志联邦邮政雇用的联邦公务员应在接管的私人企业被给予职位，而不影响其法律地位或雇主责任。企业应行使雇主权力。细节由联邦法律规定。

第143c条：对停止联合作业的补偿

- (1) 2007年1月1日至2019年12月31日，各州有权从联邦预算中获得年度支付，作为对于因放弃扩展和建设高等教育（包括大学医院和教育规划）机构而失去联邦财政支持的补偿，以及对于失去为改善市政交通基础设施和促进社会化住房的联邦资助之补偿。
- (2) 截止2013年12月31日，根据第1款的支付应以如下方式在各州分配：
 1. 固定年度支付的数额按照2000-2003年期间每个州的平均份额确定；
 2. 对先前联合财政的职能领域制定用途的支付。
- (3) 截止2013年底，肩膀和各州应审查依据第1款分配给各州的财政是否仍然对其履行任务合适且必要。2014年1月1日起，停止对依据第1款的财政支持按照第2款第2项进行指定用途分配，对于用于投资目的的指定用途分配维持不变。《团结契约II》所产生的协议不受影响。
- (4) 细节由需要参议院同意的联邦法律规定。

【66】

第143d条：有关合并资助的临时条款

- (1) 截止2009年7月31日有效的第109、115条应最后一次适用于2010年预算。从2009年8月1日开始有效的第109、115条应首次适用于2011年预算，2010年12月31日存在的对已经确立的特别信托之债务授权不受影响。2011年1月1日至2019年12月31日，各州可根据其适用的法律规制，偏离第109条第3款的规定。各州预算规划须使2020年预算符合第109条第3款第5句的要求。2011年1月1日至2015年12月31日，联邦可背离第115条第2款第2句。减少现有赤字应从2011年预算开始。年度预算的计划应使2016年预算满足第115条第2款第2句的要求，具体细节由联邦法律规定。
- (2) 2020年1月1日之后，作为对遵守第109条第3款规定的资助，柏林、不莱梅、萨尔、萨克森—安哈尔特和石勒苏益格—荷尔斯泰因州可在2011-19年每年从联邦预算中接受总共8亿欧元的合并资助。相应数额是不莱梅3亿欧元、萨尔2.6亿欧元、柏林、萨克森—安哈尔特和石勒苏益格—荷尔斯泰因各8000万欧元。援助支付之分配应基于在要求参议院同意的联邦法律下达成的行政协议。这些资助要求在2020年底前完全减除财政赤字。尤其是关于为减少财政赤字采取的年度步骤、稳定委员会对减少财政赤字的监督以及未能按步骤实现减少赤字产生的后果，具体细节由需要参议院同意的联邦法律以及行政协议规定。合并资助不应和基于预算极端紧急状态的重建援助同时授予。
- (3) 授予合并资助造成的财政负担应由联邦和各州平等承担，并出自它们在

联邦德国《基本法》

流转税中的收入份额。具体细节由需要参议院同意的联邦法律规定。

- (4) 作为对未来自动遵守第109条第3款规定的资助，不莱梅和萨尔兰州可自2020年1月1日起每年从联邦预算中总共接受8亿欧元的重建援助。这些州应为此目的采取措施，减少过度债务并加强经济与财政能力。细节由需要参议院同意的联邦法律规定。这项重建援助不应和基于预算极端紧急状态的重建援助同时授予。【67】

第143e条：联邦高速公路、委托行政之转型

- (1) 无论第90条第2款如何规定，截止2020年12月31日，联邦高速公路由联邦委托各州或依据州法有权能的自治组织管理。联邦应通过需要参议院同意的联邦法律，依据第90条第2、4款规制从委托行政到联邦行政的转型。
- (2) 应州在2018年12月31日之前提出的请求，自2021年1月1日起，联邦应对州领土内的其他联邦主干道承担行政责任，而不论第90条第2款如何规定。
- (3) 要求参议院同意的联邦可规定，提出申请的州在联邦委托下可接管行政规划审批和规划许可职能，对象是联邦高速公路的建造和改建，以及联邦依据第90条第4款或第143e条第2款承担行政责任的其他联邦主干道，并规定这一职能可转移回来的条件。

第143f条：联邦体系政府内部财政关系

如果2030年12月31日之后，联邦内阁、众议院或至少三州联动提议对联邦体系政府内部的财政关系进行谈判，而在联邦总统通告了联邦内阁、众议院或三州申请的谈判之后已过5年，并无对联邦体系政府内部的财政关系之立法重组生效，那么第143d条、《调整联邦与各州分享岁入法》（“财政均衡法”）或依据2020年1月1日后生效的第107条第2款制定的其他法律应过期失效。过期日期应在《联邦法律公报》上发表。

第143g条：第107条持续适用

对于税收分配、各州之间财政均衡以及联邦补充性补助金的规制，现在至2017年7月13日《《基本法》修正案》生效之日的第107条应继续适用至2019年12月31日。

第144条：《基本法》的批准、柏林

- (1) 本《基本法》要求获得2/3其初始适用的德国各州议会之批准。【68】
- (2) 如果本《基本法》之适用在第23条所列的任何州或其任何部分受到限制，该州或其任何部分有权依据第38条向众议院并依据第50条向参议院

派送代表。

第145条：《基本法》之生效

- (1) 包含大柏林成员参与的议会委员会应在公开会议确认本《基本法》之批准，并认证与颁布之。
- (2) 本《基本法》在其颁布之日结束起生效。
- (3) 它应发表于《联邦法律公报》。

第146条：《基本法》之期限

自德国赢得统一和自由之后，本《基本法》适用于全体德国人民，直至德国人民自由通过的宪法生效之日停止适用。

《基本法》附录

选自1919年8月11日德国宪法（魏玛宪法）

宗教与宗教团体

第136条：

【69】

- (1) 公民与政治权利与义务既不应取决于宗教自由之行使，亦不得因此而受到限制。
- (2) 公民与政治权利之享有即公职之获得应独立于宗教隶属关系。
- (3) 任何人不得被要求披露其宗教信仰。只有在权利或义务取决于其信仰，或依法进行的统计调查如此要求的情况下，有关部门才有权查询个人的宗教团体会员情况。
- (4) 任何人不得被强迫履行任何宗教行为或仪式，或参与宗教活动或以宗教形式宣誓。

第137条：

- (1) 不得设立国教。
- (2) 形成宗教团体的自由必须受到保障。在帝国领土内的宗教团体联盟不得受到任何限制。
- (3) 宗教团体应在普适法律的边界内独立规制和管理自己的事务。它们应在没有国家或世俗团体参与下任命自己的职位。
- (4) 宗教团体应依据民法一般规定获得法律能力。
- (5) 如果宗教团体过去享有公法人团体之地位，应继续享有此地位。如果其他宗教团体的章程及其成员人数能保障其永久性，在申请后也应被赋予同样权利。如果两个或两个以上依据公法成立的宗教团体合并为一个组织，该组织也是公法人团体。
- (6) 作为公法人的宗教团体有权在依据州法的民事税务清单基础上征税。
- (7) 目的是促进哲学教义的协会和宗教团体具有同样地位。
- (8) 为实施上述规定而有必要的进一步规制属于州法事务。

第138条：

【70】

- (1) 宗教团体依据法律、契约或特别赠与而获得公共补贴的权利应按州法获得兑现。管辖这类兑现的原则由帝国规定。
- (2) 保障宗教团体或协会对于为礼拜、教育或慈善目的而设立的机构、基金会及其他资产的财产权和其他权利。

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

第139条：

国家承认的星期日和节假日应作为工作休息日和精神提升日，仍然受到法律保护。

第141条：

如果军队、医院、监狱或其他公共机构需要宗教礼拜和牧灵工作，宗教团体应被允许提供之，但不得以任何方式强迫。

德国宪法与基本权利理论导论

（一）介绍

1. 简要历史背景

【71】

1949年5月23日，新德意志联邦共和国的《基本法》实施时，这个新的国家仍是一片废墟。荒废的不仅是实体建筑，也许更为重要的是，1933至1945年间这个国家所经历的彻底道德崩坏。一个骄傲的国度，无数思想家、科学家、艺术家的家乡，拥有彼时最多受过教育的民众，如何可能成为世界不堪忍受的野蛮国度？创造一项政府法规，保护后代免受罪恶横行之害，是《基本法》61位父亲和4位母亲的主要目标。从随后的宪法改革到红军派的恐怖岁月，从德意志1990年的再统一到其参与欧盟的发展，从德意志的联邦结构到宪政法院的特殊角色，如果不是完全发生与已经发生在德国，这只有在1933-1945年间为自己和他人带去浩劫的历史背景下方能理解。《基本法》是灾难之子。

《基本法》也是协约国及其于1945年二战结束后对德行使占领权的产物。一边是美、英、法，一边是苏联，在西方势力之间出现的冷战此时明显不可能解决德国整体的问题。结果，西方势力和德国邻国比利时、尼德兰、卢森堡于1948年在伦敦举行会议。¹会议产生《法兰克福文件》，其中包含1949年成为西德的战后新宪法的一些基本规则，采用的体制框架包括关于制宪会议的规定以及即将成立的新国家与西方协约国之间关系的原则。

议会委员会是根据法兰克福文件所传达的联盟蓝图创立的制宪会议。它于1948年9月1日在莱茵河畔的旧波恩大学城首次会面。²由即将成为联邦共和国总

【72】

¹ 见国务院历史学家办公室提供的文件：Office of the Historian, Foreign Relations of the United States, 1948, Germany and Austria, Volume II, I; The London Conference on Germany, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1948v02/comp1> and II; Implementation of the Recommendations of the London Conference on Germany, <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1948v02/comp2>（最后访问于2019年9月15日）。

² 图像来自Erna Wagner-Hehmke，更多可见<https://www.parlamentarischerrat.de/>（最后访问于2019年9月15日）。

理并此后任职14年有余的阿登纳（Konrad Adenauer）³担任主席，11个州的议会选举61名男性和4名女性⁴一共65位成员进入委员会，在不到九个月内共同起草新《基本法》。这些州早已成立，将成为新西德联邦的一部分。委员们代表着从共产主义左翼到民族主义右翼的政治光谱，其中绝对多数是中左翼与中右翼。⁵《基本法》不是德国基层民主运动的结果。它是由一群政要和专家在西方盟国密切监督下起草的，彼时更广大公众关切甚少。⁶

起草者根本无意于这份文件的持久性。相反，他们不遗余力强调一个事实，即它只是为引导过渡；在此意义上，这是一个为克服德国因冷战而分裂的新兴地缘政治现实的意外体制。新宪法秩序缺乏直接民主合法性，其名称是《基本法》而非“宪法”，原序言⁷和第146条⁸明确规定了过渡性质——这一切都是为传达其临时性的刻意措施。

然而，文件虽意在临时性，它一开始即汲取了大量历史教训：一方面，德国第一部共和民主宪法即1919年魏玛宪法失败；另一方面，1933-45年这12年间，人类尊严、生命、自由遭到史无前例的漠视。起初，如一座光明与希望的灯塔伫立，《基本法》第1到19条囊括一系列基本自由权利，并为政府在权利与自由领域的干预限定了要素和边界。这受到如下条款的保护：第20.3条表达了法律与正义之间的基本区别，第79.3条禁止对《基本法》的基本核心原则作

³ 生于1876年1月5日，卒于1967年4月19日，1949年9月15日至1963年10月16日任（基金会）联邦总理。

⁴ 照片库和名单见https://www.parlamentarischerrat.de/mitglieder_891.html（最后访问于19年9月14日）。这四位女性是社会民主党的Frederike Nadig、Elisabeth Selbert、基督教民主党的Helene Weber和天主教Zentrum党的Helene Wessel。

⁵ 基督教民主联盟和社会民主党各占27个席位，在65个席位中合计占54个。这两个政党仍然是占主导地位的政治力量。然而，几年来，这两个政党的选举支持率有了明显下滑的趋势；对社会民主党来说，这种情况正在以戏剧性的方式发生，而且不仅仅是在德国。在撰写本报告时，即使这两个政党的力量加在一起也无法在议会中形成多数。

⁶ 新共和国成立之初，40%的人对《基本法》漠不关心，只有21%的人对新宪法感兴趣。1955年，超过一半的人不知道《基本法》，见Voränder, Hans, *Die Deutschen und ihre Verfassung*, *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)* 18-19/2009, p. 8 at 9, <http://www.bpb.de/apuz/32021/die-deutschen-und-ihre-verfassung>（最后访问于2019年9月15日）。

⁷ 序言的原话：“德国人民意识到在上帝和人类面前之责任，决心维护国家和政治统一……，德国各州人民制定这部《基本法》，为过渡时期提供一个新政府秩序。”（英译来自英文版作者）

⁸ 第146条的原话是：“本《基本法》至德国人民自由通过的宪法生效之日停止适用。”（英译来自英文版作者）

出任何改变，第20.4条则授予全体德国人抵制推翻宪政秩序的终极权利。

【73】

2. 《基本法》的主要结构

《基本法》的主要内容和结构大体上符合对宪法文件的预期。序言开启后，第1章“基本权利”从第1条一直延伸到第19条，并由第101条至第104条的程序性保障加以补充。

第1条是基础准则，因为所有的基本权利和自由都有一个核心，可以而且必须追溯到人的尊严，也就是先于法律的对人的理解：在它看来，个人权利不是其他人类仁慈地赐予男人和女人的东西，而是所有人类的固有品质。然而，它并没有对这种人类尊严的假设提出任何解释，而是让那些受《基本法》管辖的人自己得出结论，不论这种理解是以法律为导向，还是更技术化地约化为社会契约或类似想法。⁹

第2章（第20-37条）在“联邦和各州”这个有点误导性的标题下包含了一系列规范，涉及国家的基础、目标和宗旨、与国际法的关系、参与欧盟的发展和内部联邦结构。第20条是《基本法》的核心基础性规范之一。第21条描述了政党在民主进程中的作用。第22条规定了德国国旗的颜色，以及在最近的一次修订后规定，柏林是首都。第23条是在关于欧盟的《马斯特里赫特条约》之后提出的，涉及德国对欧盟发展的参与以及加入这个高度一体化的超国家组织所产生的一些内部联邦问题。第24条规定了主权权力向欧盟以外的国际组织的转移，例如，规定了德国在北约¹⁰和联合国¹¹等集体安全组织中的参与和合作。第25条规定，习惯国际法的规范优先于国内成文法——但不是宪法。第26条禁止任何参与或准备军事侵略或其他旨在扰乱国际和平的行动。第27条涉及商船队。第28条要求各组成国按照民主和法治的基本原则组织起来，并保证有意义的市政自治标准。第29条是《基本法》中最长的条款之一，它规定了内部领土重组的详细程序，如州的合并或内部边界的重新划分。第30条规定了权力列举的原则。联邦当局只能行使《基本法》明确赋予的权力，所有剩余的权力都属于各州。这一原则在第70条中被重复用于行使立法权。简洁明了的第31条规定，联邦法律优先于各州的法律。第32条涉及外交事务，将这方面的主要职能分配给中央，但也为各州留下了一些权力。第33条规定无论他们生活在哪个组

⁹ 关于人的尊严的法律概念的更深刻的研究，见Sourlas, Paul, *Human Dignity and the Constitution*, 7/1 *Jurisprudence* 2016, 30, <https://doi.org/10.1080/20403313.2015.1066556>（最后访问于2019年9月15日）。

¹⁰ 北大西洋公约组织，<https://www.nato.int/>（最后访问于2019年9月15日）。

¹¹ 见<https://www.un.org/en/>（最后访问于2019年9月15日）。

成州，所有德国公民享有平等的公民权利，要求所有公民有平等的机会担任公务员职务（应与第36条一起阅读），并保证公务员制度的独立和公正的功能。第34条涉及国家对不法行为的责任，第35条规定了在发生自然灾害或公共安全受到威胁时的法律和行政援助。该条款目前限制了军队对自然灾害的任何援助，这导致人们呼吁修改该条款，允许军队发挥更大的内部作用，例如在发生重大恐怖袭击时。第37条规定，如果一个州不遵守《基本法》，联邦有权在该州强制执行《基本法》。这一条款从未被使用过。

【74】

接下来的五章是关于国家机关、其组成、主要权力和任务以及与之相关的其他具体问题。第38至48条涉及联邦议会，即众议院。¹²第38条和第48条中规定了普遍、直接、自由、平等和秘密选举的选举原则，以及议员作为全体人民（而非其政党）的独立代表地位和他们的报酬；¹³选举期限由第39条规定，选举监督由第41条规定。一些条款涉及联邦议院的委员会结构和其他权力，如传唤政府成员的权力。联邦众议院制定了自己的议事规则，详细规定了其程序和个别议员、议会小组和派别、委员会的权利，以及听证会、辩论和提问时间的进行和其他相关问题。

第50至53条涉及联邦议院，即联邦参议院，¹⁴该机构允许各州在联邦立法过程中拥有高度的共同决策权（第50条）。各州由其行政部门（政府）的成员代表参加联邦参议院，并根据各州的规模进行加权投票（第52条）。

【75】

第53条a款规定联邦众议院和联邦参议院的一个会议委员会，即联合委员会，负责处理立法僵局，即在一院成功通过的法案，但在另一院无法赢得多数支持，因此需要进行妥协谈判。

第54至61条阐明了正式的国家元首，即联邦总统的地位和相对较小的权力。第62至69条对联邦政府的规定也是如此，联邦政府由联邦总理（2021年之前是基督教民主联盟的安格拉·默克尔）和各政府部长组成（第62条）。¹⁵德国

¹² 更多信息请见<https://www.bundestag.de/en/>（最后访问于2019年9月15日）。

¹³ 具体情况由《联邦选举法》（Bundeswahlgesetz），<https://www.gesetze-im-internet.de/bwahlg/BJNR003830956.html>（仅有德语版；不是最新但在某些方面也许仍然有用的英语旧版见<https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=228>，以及《德国联邦议院议员法律地位法》（Abgeordnetengesetz），<https://www.bundestag.de/resource/blob/189732/6e3095be7d1968201ca34bbca5c285d9/memlaw-data.pdf>规定（最后访问于2019年9月15日）。

¹⁴ 见<https://www.bundesrat.de/EN/homepage/homepage-node.html>（最后访问于2019年9月15日）。

¹⁵ 见 <https://www.bundesregierung.de/breg-en/federal-government/structure-and-tasks-470508>（最后访问于2019年9月15日）。

是一个议会民主制国家；因此，总理是由议会选举产生的（联邦众议院，第63条）。《基本法》规定，总理在决定联邦政府政治议程的原则方面具有宪法上的领导作用（第65条），但实际上这在很大程度上取决于政治舞台上各个参与者的政治实力。联邦议院可以在任何时候，通过建设性的不信任投票（第67条）¹⁶选出一个新的总理。解散联邦众议院和在正常选举期限之外进行新的选举的途径受到更大限制（第67和68条）。

《基本法》第7章涉及联邦议会的立法程序和立法权力。反映列举权力基本原则的主要规范在第70条中得到了重申。联邦和各组成州之间的立法权分配最近成为重大宪法改革和重新分配的主题。¹⁷《基本法》区分了联邦的专属立法权和共同立法权，其中立法权属于各组成州，直到这些权力被联邦采纳或已经被采纳。这两类权力都受到广泛的主题目录的制约，这些目录将特定的权力归属于联邦一级（第73条为专属权力，第74条为共同权力）。第76至82条规定了立法程序的细节，从提出法案（第76.1条）到联邦总统的最终签署（第82条）。

第8章第83至91条涉及联邦法律的管理和实施问题。在《基本法》中，立法权和行政权被区别对待。从联邦的角度来看，拥有立法权并不等同于拥有管理、实施和执行立法的权力。权力列举的原则也适用于这一领域，各州拥有所有的行政权力，除非《基本法》总体上，特别是第八章（第83条和例如第87至87f条）另有规定。

第9章（第92至104条）是关于联邦共和国的司法权。司法权属于独立的【76】（第97条）法官以及联邦和州法院（第92条）。第95条列出了负责一般民事和刑事、劳动、行政、福利和税收事务的五个最高联邦法院。第93、94条涉及联邦宪法法院的管辖权与组成。该法院对联邦共和国宪法现实的塑造程度怎么估计都不为过。尽管任何人类活动中都会有偶尔的反常甚至是根本性的错误，但

¹⁶ 与破坏性的不信任投票相对应。在建设性的不信任投票中，必须找到愿意选举新总理的多数人，而在破坏性的不信任投票中，多数人必须只同意推翻现任政府或政府首脑而不选举新的政府。

¹⁷ 作为联邦制改革努力第一阶段的结果，对《基本法》的修订于2006年生效。更多背景见Christian Stecker, *The effects of federalism reform on the legislative process in Germany*, 26/5 *Regional & Federal Studies* 2016, 603, <https://doi.org/10.1080/13597566.2016.1236334>; 另见http://webarchiv.bundestag.de/archive/2008/0506/htdocs_e/parliament/bodies/federalism1/index.html（第一阶段的改革）。宪法改革的第二阶段涉及联邦和各州之间的财政关系，见Dominic Heinz, *Federal Reform II in Germany*, 2/2 *Perspectives on Federalism* 2010 (Centro Studi Sul Federalismo), http://on-federalism.eu/attachments/071_download.pdf（最后访问于2019年9月15日）。

它作为《基本法》的监护人，捍卫基本权利和自由，只能被称作国家的福音。

第10章（第104a至115条）包含联邦共和国的财政宪法，即有关收入（税收和税收收入的分配）和支出（预算和债务）的规定。这些问题的复杂性及其政治意义表现在：这些条款非常长，非常复杂，起草不很精心，而且往往与宪法不相称。尽管如此，正是这些条款在很大程度上界定了德国联邦制的特殊部分，并确保各组成州及其独立作用不会像在其他大型联邦体制（如美国和澳大利亚）那样被联邦财政的权力所超越。这方面的一个重要问题是对公共债务的控制和限制。尽管在试图通过法律手段控制和限制公共债务方面相对缺乏成功，但德国宪法立法者最近刚刚修订了《基本法》的相关条款115条，旨在限制预算过程中的赤字支出数额。¹⁸

1968年，在经历了巨大的争议和学生起义之后，第10a章（第115a至115l条）被纳入《基本法》，以处理战争状态及其对政府运行的影响。

最后的第11章包含了各种过渡性和结论性条款，从德国公民身份的定义（第116条）到整合1919年《魏玛宪法》中关于国家和教会之间关系的一些规范。最后，第146条规定，《基本法》可以在任何时候被德国人民自由通过的新宪法取代。

（二）《基本法》的基本准则和国家目标

1. 《基本法》的序言

序言是《基本法》的一部分，因此可以进行修改，并在1990年进行了修改，以取代所有关于统一和1990年德国统一完成后《基本法》过渡性的提法。¹⁹它具有规范性，²⁰主要涉及国家目标的提名，成功实现德国的统一是其中之一。联邦共和国的另外两个关键的国家目标是“促进世界和平”，联邦共和国将作为“统一的欧洲的平等伙伴”参与其中，从而要求联邦共和国在这个统一的欧洲未定的发展中发挥积极作用。这两个目标都对《基本法》后续规范的解释曾经并仍然产生直接影响。²¹

¹⁸ 2009年7月29日《基本法》第57次修正案，《德意志联邦共和国公报》（BGBl.），第一部分，第2248页（2009年）。

¹⁹ 《德意志联邦共和国官方公报》（BGBl.），第二部分，第885页（1990年）。

²⁰ 得到宪政法院的认可，见BVerfG 36, 1 (17)。

²¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html, paras. 222及以下。

2. 《基本法》第1条——超越人的尊严

《基本法》第1条是整个《基本法》的基石，也是《基本法》基本权利保护体系的支柱性条款。它首先规定人的尊严不可侵犯，并要求国家权力机构积极保护人的尊严。与之截然对比的是纳粹政权的恐怖岁月，以及该政权之前的《魏玛宪法》——该宪法仅以相当次要的方式提及人的尊严，缺陷显而易见。

《基本法》的核心信息是个人优先于国家。作为人类社会的体现，国家是为了服务于社会的个体成员，从而服务于整个社会，而不是反过来。尽管作为最高概念的人的尊严在本质上是模糊的，连同提及“正义”的《基本法》第20.3条，从普通法的角度可被视为是在构成《基本法》的编纂中纳入了自然法。

尽管保护人的尊严作为基本权利保护的基础条款和支点具有重大意义，但其实际意义却被以下事实所削弱：对人的尊严的侵犯不可能不同时侵犯《基本法》中规定的更具体的基本权利之一。从这个意义上说，《基本法》第1条中对人的尊严的保护在法律上并不是实现全面的基本权利保护所必需的；《欧洲人权公约》中没有类似的条款，就很好地说明了这一点。然而，《欧洲人权公约》²²以及许多其他国内和国际条约的例子也深刻地说明，只有在对个人的作用和地位的具体理解的背景下，才能理解对基本权利的保护，而人的尊严的抽象概念就是这种理解的体现。

第1.2条增加了对尊严的保护。将其与纲领性宣言联系起来，承认人权保护【78】是任何人类社会的基础，也是和平与正义的基础。人权保护个人，并确保个人自治的范围，以对抗国家。尽管如此，《基本法》并没有将社群与国家人权对立起来。相反，人权保护被认为是社会和平与正义的一个不可缺少的固有前提条件。

第1.3条本身就是一个重要规范，因为它明确强调，《基本法》包含的所有基本权利对所有国家机关来说都是直接适用并可由法院裁决的“硬法”义务。

《基本法》的基本权利直接限制了行政、立法和司法权力的行使。对议会行为进行司法审查的可能性是一个间接结果，它在《基本法》第93条赋予宪法法院的作用中得到了直接体现。

²² 用欧洲人权法院的话来说，“公约的本质是尊重人的尊严和人的自由”，欧洲人权法院，Appl. No. 35968/97, 12.6.2003, van Kück/Germany, 第69段；另见第2346/02号申请，2002年4月29日，Pretty/UK, 第65段；Appl. Nos. 32541/08 and 43441/08, 17.7.2014, Svinarenko and Slyadnev/Russia, para. 118 [GC]; Appl. No. 46043/14, 5.6.2015, Lambert et al./France, para. 142 [GC]（欧洲人权法院的判决和决定在<https://hudoc.echr.coe.int>）。

规定立法、行政和司法部门是自由的基本权利所产生的义务之对象，也说明这些权利并不直接使私人承担义务。基本权利的主要功能是捍卫个人相对于国家的自主权，而不是限制个人相对于其他个人的自主权。然而，《基本法》的基本权利确实在私人当事方之间具有相当大的效力——所谓的间接第三方效力，因为它们的客观功能是对私法（民法）规范解释的决定性指导。尤其是例如在《德国民法典》中使用的通用法律术语，这些规范必须根据《基本法》的基本权利进行解释。例如这会在诽谤的损害赔偿案件中产生影响，因为被控告的言论可能受到言论自由保障的保护。

3. 《基本法》第20条——核心原则

第20条是界定德国联邦地位的核心基础性规范。第20.1条描述并规定了德国是什么样和必须是什么样的国家——一个民主、社会、联邦共和国。第20.3条将法治作为第四个属性，明确规定任何立法行为必须符合宪法，行政部门和司法部门的任何行为都受宪法和当时有效的成文法和其他法律的约束。

然而，同样作为纳粹独裁统治教训的直接结果，第20.3条也规定了国家行为不仅受实在法的约束和决定，而且也受作为元实证主义（meta-positivist）的正义概念之约束。并非所有合法的东西都是公正的，因为法律规范的起草可以允许甚至要求犯下最令人发指的罪行。合法性和正当性是不同的概念。就《基本法》确立的秩序而言，只有当极端力量成功地颠覆这一秩序，并至少在实际使其失去效力时，冲突才会发生。这必须包括例如削弱对法院特别是宪政法院的有效利用。如果发生这样的宪法危机，第20.4条明确规定了所有德国人的抵抗权，包括必要时的武装抵抗。

【79】 第20.2条阐述了德意志联邦共和国采用的民主原则。人民是主权者，但他们通过选举以间接议会民主的形式行使其主权，并将权力下放给国家的各个机关和机构，联邦众议院（Bundestag）是最重要的。所有的国家行为都必须追溯到作为主权者的人民，通过议会行事，其他所有人都直接或间接对议会负责，而议会又对人民负责。第2款还明确指出，《基本法》中的民主概念不是人民可以直接立法和绕过议会的直接民主。尽管在全世界范围内，至少在中央事务而非地方或地区事务方面，²³直接民主的要素几乎全不存在，但有人批评说这是《基本法》的弱点。然而，支持在《基本法》中加入更多直接民主元素的人

²³ 瑞士是一个明显的例外，见 https://www.eda.admin.ch/content/dam/PRS-Web/en/dokumente/Moderne_Direkte_Democratie_EN.pdf（最后访问于2019年9月15日）。

至今没有找到足够的支持。²⁴

第20.3条所述的法治²⁵是一个抽象的原则，有许多实际的派生规则。法律（和正义）以及《基本法》高于所有其他国内法只是其中之一，尽管是非常重要的。具有巨大实际意义的概念是，任何国家行为都必须由法律来决定，因此任何国家行为都必须在法律中具有可识别的基础。所有的人都必须能够诉诸法院，由独立的司法机构来评估他们的合法权利。这样做的一个结果是，公共当局限制个人权利的任何行动只有在法律规定的情况下才是合法的。从公民的角度来看，除非法律禁止，否则一切都是合法的。从国家当局的角度来看，除非法律特别授权，否则国家当局的任何行动都是非法的。

法治的另一个体现是，法律规范的制定必须足够清晰，以便其对象能够理解对他们的要求。当然，在复杂和高度抽象的税收和社会制度时代，这是一个困难的提议。应该牢记的是，从权力分立的角度来看，法律制定中的任何不精确性总是扩大了司法部门作为负责解释规范的政府部门的作用。充分的清晰度在刑法领域尤其重要，因为对违法行为的制裁本来就严厉（如罚款甚至剥夺自由）。法治的另一个方面是禁止追溯性法律。无论是刑法规范还是税法等规范，只有在人们能够知道这些规范的情况下才能得到遵守。因此，在有关行为发生时甚至尚未通过的规范不能适用于该行为。²⁶

在法治背景下，至关重要的是比例原则。该原则实际上主导了《基本法》【80】中的基本权利保护制度。比例原则包括对所有国家行为适用三方面的检验。首先，国家行为必须能够达到其采取的目的。其次，任何国家行动都不能超出有效实现这一目标所需的范围。最后，在第三个层面上，如果为实现这些目标而在权利限制方面付出的代价与所追求的目标不相称，那么国家当局甚至不得追求合法的目标。直截了当地说，警察决不能向小偷开枪，即使这意味着小偷会

²⁴ 欧盟的一些成员国至少有宪法上的可能性，或者被直接要求就某些问题进行公开的公民投票，通过新条约的方式发展欧洲一体化就是一个例子。一些成员国举行了这样的公投，例如关于《欧盟宪法条约草案》的公投，这也促使德国要求有这样的选择，因为目前的《基本法》不允许公投，必须进行相应的修改。英国脱欧公投后的最新进展表明，公投可以产生非常大的分裂效应。在欧盟成员国中，公投并不罕见，1972年至2017年期间有46次与欧盟有关的公投，见Derek Beach, *Referendums in the European Union*, Oxford Research Encyclopedia of Politics, 26.2.2018, <https://oxfordre.com/politics/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-503>（最后访问于2019年9月15日）。

²⁵ 英语中的“法治”一词只能粗略地表达德语Rechtsstaat一词的全部含义。

²⁶ 宪法法院对《基本法》第103.2条进行了限制性解释，禁止将刑事规范适用于没有直接涵盖但以类推形式适用的行为，见BVerfGE 92, 1（14及以下）。

逃走。

第20.1条中的社会国家原则要求政府努力实现公正的社会秩序，²⁷但并没有对什么是公正的社会秩序进行定义，甚至没有给出任何指导。因此，政府当局在追求这一目标时有很大的自由度。然而，国家必须为每个人提供最基本的必需品。²⁸这当然包括一个睡觉的地方、吃的东西，以及获得基本的医疗服务。在德国，无家可归者或其他贫困者的数量不断增加，尽管规模非常小，但这表明法律和现实可能而且确实发生了冲突。在法律上，不允许非自愿无家可归的空间。

“共和国”这一属性只要求德国不能是一个君主制国家，甚至不能是一个有宪法组织的民主君主制国家。共和国属性归功于第一次世界大战结束时和结束后的历史发展，在今天没有任何实际意义，因为在德国没有明显的或甚至不明显的君主主义倾向。

一个悬而未决的问题是，第20条是否只保护上述的国家属性？德意志联邦共和国本身的主权国家属性是否也受到保护？这个问题是相关的，因为德国参加了欧洲联盟。虽然欧盟还没有发展成一个对外和对内都拥有主权的联邦国家，但这种发展并非不可想象。如果第20条本身也保护主权国家的地位，那么以德国为构成要素的欧洲联邦国家就不可能通过修改《基本法》的方式来实现。因此，对德国来说，欧洲一体化的这一步需要启动“制宪权”，即德国人民的制宪权，而不是议会两院的修改权。²⁹

4. 《基本法》第23条——欧洲联盟

所谓的“欧洲条款”第23条是在1992年根据《马斯特里赫特条约》成立欧盟的背景下被引入《基本法》的，此前与此无关的第23条在德国统一后已经过时，被从《基本法》中删除。在新的第23条出台之前，德国对国际合作和一体化的参与，包括向国际和超国家机构（如欧洲共同体、联合国、北约）转移主权权力，都必须根据非常普遍的《基本法》第24条进行。通过第23条，欧盟这一非常特殊和独特的情况以及德国对这一超国家组织的融入在《基本法》中被赋予了特殊的基础，通过制定目标和限制以及以具有法律约束力的方式平衡所涉及的联邦利益，即联邦与各组成州之间的利益，为欧洲一体化的持续动态进

²⁷ BVerfGE 59, 231 (263); 100, 271 (284).

²⁸ 参见BVerfGE 82,60 (80); 110, 412 (445).

²⁹ BVerfG, 2 BvE 2/08 of 30.6.2009, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html, paras. 226-228（最后访问于2019年9月15日）。

程提供了一个宪法框架。

第23.1条将德国参与欧洲统一进程与德国国家的核心原则（《基本法》第20.1条）联系起来：民主、法治、联邦主义和社会福利，并在此基础上增加了辅助性原则，该原则谈到了欧盟和其成员国之间的权力划分，并限制行使归属于欧盟的权力，除非满足某些条件。³⁰这在欧洲一体化的国际法方面，及这个一体化进程创造了一个深度融合的法律联盟、国家主权的经典概念之间形成了一种微妙的关系。关于移交给欧盟的主权权力的范围和程度的最后决定权的潜在冲突——最后决定权仍然在成员国及其宪政法院，还是在欧盟和欧洲法院——仍然挥之不去，但至今没有导致欧盟和其成员国之间的直接冲突。

根据新的《里斯本条约》³¹和有关国家议会权利和辅助原则适用的议定书，国家议会享有直接参与欧盟决策过程的权利。《里斯本条约》还将触发新的第23.1a条的生效，该条授权议会两院、联邦议院和联邦参议院在卢森堡的欧洲法院提起诉讼，声称违反了辅助性原则。新的第23.1a条甚至规定，如果有25%的少数人希望以这种方式进行诉讼，联邦议院有义务这样做。第23条新增加的内容反映了（一些）成员国对欧盟管辖权的重大损失的担忧。这种损失对立法部门来说本质上更有意义，因为让给欧盟的基本上是立法权，而且行政部门通过在欧洲层面的部长理事会中的代表，至少保留了一些权力。

《基本法》第23.2至23.8条涉及议会两院于德国在欧洲层面位置形成的参与。【82】这些参与权包括政府提供的信息和咨询，以及在不同程度上必须考虑的意见，特别是议会联邦院、联邦参议院及其州代表的意见。其范围从仅仅注意到联邦众议院和 / 或联邦参议院的意见，一直到将德国在欧盟部长理事会的代表权从联邦政府转移到联邦议院、联邦参议院任命的代表，如果在欧盟有争议的立法事项属于内部构成各州专属权力的主题。

5.永久条款、结束和新的开始：《基本法》第79.3条和第146条

第79.3条中的“永久条款”和第146条中的“终止条款”是《基本法》中相当特殊的特征。宪法通常不包含定义其自身结束的条款，人们甚至可以说这样

³⁰ 欧洲联盟只能根据列举的权力原则行使相关条约中赋予它的权力。除此赋予，它还需确定立法措施所追求的目标不能在成员国一级更好地实现，因而需要在欧洲联盟一级采取行动，见《欧洲联盟条约》第5.1条，<https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.htm>.

³¹ 修订《欧洲联盟条约》和《建立欧洲共同体条约》的《里斯本条约》，2007年12月13日在里斯本签署，OJ C 306 (17.12.2007)。该条约于2009年12月1日开始生效。文本可见于<https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-overview.html>.

的条款是多余的，因为谁以及什么能够阻止制宪权——人民制定宪法的权力——用一部新的宪法取代现有的宪法呢？³²

就《基本法》而言，这样的条款之所以进入宪法并保留在宪法中，是有历史原因的。最初，第146条体现了《基本法》的过渡性特征，是在德国统一之前弥补空白的临时宪法秩序。当1989-90年统一的时间到来时，第146条及其在新宪法基础上建立新的统一德国的概念不得不与《基本法》最初的第23条³³规定的第二种选择竞争，后者允许德国的“其他地区”加入联邦共和国，从而扩大了现有《基本法》的领土范围。1990年德国的统一正是根据（旧的）第23条方案进行的。前德意志民主共和国加入了联邦共和国，同时被改组为五个新的州，成为联邦共和国的州。³⁴然而，辩论仍在继续：是否应该使宪法重新合法化，并为宪法纳入更多的东德历史——无论这在宪法上是什么——提供空间？一种意见是保留这一选择，另一种意见是放弃这一选择并删除第146条。达成的妥协是，《基本法》应基本保持不变，但第146条也被保留，以便在以后的阶段为更广泛的宪法改革辩论留出余地。³⁵

【83】 《基本法》第79条处理宪法的修改，规定了对宪法修改的要求。第79.2条要求议会两院即联邦众议院（下院）和联邦参议院（组成州的联邦委员会）获得2/3的有效多数。

第79.1条要求，对《基本法》的修改只能通过改变其措辞，通过改变一个或多个条款的语言，增加新的条款或删除现有的条款。相比之下，以有效多数（qualified majority）的方式修改普通成文法不能改变宪法秩序。这确保了宪法

³² 有一些宪法的例子虽然没有确定其结局，但相对于部分修订或修正而言，涉及了根本性修订的问题，例如见《奥地利联邦宪法法规》第44.3条，<http://www.verfassungen.at/indexheute.htm>；《瑞士联邦宪法》第193条，<http://www.verfassungen.ch/verf99-i.htm>（最后访问于2019年9月15日）。

³³ 第23条原文是：“《基本法》将暂时在巴登、拜仁、大柏林、不莱梅、汉堡—黑塞、下萨克森、北莱茵—威斯特伐利亚、莱茵兰—普法尔茨、萨克森—安哈尔特、石勒苏益格—荷尔斯泰因、符腾堡—巴登、符腾堡—霍亨佐伦各州领土生效。它将在兼并其他德国部分之后在其境生效。”（英译由英文版作者翻译）

³⁴ 见1990年8月31日德意志联邦共和国和德意志民主共和国之间关于建立德国统一体的条约（统一条约）第1条：“(1)依据《基本法》第23条，德意志联邦共和国对德意志民主共和国，1990年10月3日生效；勃兰登堡、梅克伦堡—西波美拉尼亚、萨克森、萨克森—安哈特和图林根州成为联邦德国的各州。”文本见http://ghdi.ghi-dc.org/sub_document.cfm?document_id=78（最后访问于2019年9月15日）。

³⁵ 见《统一条约》第5条“宪法的未来修正案”：“当事双方的政府向统一德国的立法机构建议，在两年内处理对《基本法》就德国统一提出修正或增补的相关问题……其是适用《基本法》第146条和在此背景下举行公投的问题。”

性法律集中在一份宪法性文件中，而不是分散在整个法律体系中，而且这种修正正是并保持透明。³⁶

第79.3条通常被称为“永久条款”，因为它规定了国家的联邦性质，包括各州对联邦立法程序的参与，以及第1和20条中规定的基本原则都是不可修改的；提到的原则是指《基本法》第1条中对人的尊严的保护，及第2到19条中所保护的基本权利中与尊严相关的核心。第20条规定的原则是根据《基本法》建立的德国国家的基本核心特征：

▶ 共和制的国家形式（相对于君主立宪制）；

▶ 一种民主的政府形式，所有国家权力的行使都与定期自由选举产生的代表相联系，并由他们赋予合法性；

【84】

▶ 德国作为一个社会（福利）国家的主要特征，确保获得最低限度的资源，以满足相对于一般生活标准的住房、衣服和食物的基本需求；³⁷以及

▶ 法治是一个广泛的概念，包括各种子概念，如宪法绝对至上，指导和限制政府的立法、行政和司法部门行使权力；议会法案至高无上，对行政和司法部门具有约束力；行使任何和所有政府权力必须有成文法基础，从而确保直接选举的议会参与，并使所有政府权力的行使具有民主的合法性。立法、行政和司法部门的主要分权，保证在行使任何和所有政府权力时都能得到独立法院的法律保护，以及有限政府的概念，即行使权力只有服从司法上可执行的基本权利和保障（如《基本法》1-19条所述），以保护个人并确保核心水平的个人自主权免受民主多数人的侵犯。

在其最近关于改革欧盟（德国是其成员国）《里斯本条约》合宪性的裁定中，德国宪政法院处理了《基本法》第146条和第79条之间的可能关系。在第79.3条中，问题在于德国的主权国家地位本身是否也是永恒条款的一部分，因此不受议会修改权的制约。如果是这样的话，议会就不能批准未来将欧盟发展为联邦国家的条约。关于146条，有人提出这样的问题：即使是制宪权（*pouvoir constituant*）是否也受制于79.3条的永恒条款。如果答案是肯定的，这将使德国在法律上无法参与欧洲联邦国家，实际上需要一个革命行为。德国宪政法院的裁决包含了附带意见，表明这样的发展确实会被第79.3条所禁止，

³⁶ 例如在奥地利，宪法没有被编入一个单一的文件，宪法修正案可以在许多其他法规中找到，而在德国，之前的1919年魏玛宪法也是如此。

³⁷ 社会国家原则在《普通社会法典》（*Sozialgesetzbuch*）第12章第1条中得到了法定表达：“社会救助(*Sozialhilfe*)的目标是使那些有权获得救助的人能够以符合人的尊严之方式生活。”（作者的翻译；德文版见http://bundesrecht.juris.de/sgb_12/，最后访问于2019年9月15日）。

但该条款可能不会延伸到第146条。因此，从德国宪法的角度来看，建立欧洲联邦国家在法律上仍然是可能的，尽管只能通过制定新的宪法而不是通过修改现有的《基本法》。³⁸

（三）《基本法》所保障的权利与自由

1. 引言与概述

【85】 《基本法》所保障和保护的基本权利是德国宪法秩序的核心支柱。它们对战后德国的发展具有重要意义，是1949年自由民主的德国之前的专制政权的直接结果，而当1989年前东德的共产主义独裁政权瓦解，1990年国家在《基本法》下实现统一时，这一意义得到了加强。

制订者有意将基本权利的目录放在《基本法》第1至19条的开头。这里所保护的權利包括与国际人权条约中类似的基本公民和政治权利的一般术语，包括第2条第2款中对生命、肢体和自由的保护，第4条中对宗教自由的保护，以及第5条第1款中对人权的保护。从第2条的保护生命、肢体和自由，第4条的宗教自由，第5条和第8条的言论自由和集会示威自由，第9条的结社自由和第14条的保护财产不被征用和其他形式的侵占，到更多面向环境的权利，如第12条的商业和职业自由、第7条的学校和教育、第6条的家庭和儿童、第3条的平等、第16条的庇护或第2.1条的人人可以做自己想做而不侵犯他人权利之事的特殊和附属的一般自由。

然而，基本权利不仅见于《基本法》第1至19条。其他更特殊的基本保障载于关于司法的章节，涉及第101.1条³⁹中的法律裁决的权利、第104条中的逮捕和拘留的具体程序保障，以及第103条中的公平审判保障。

《基本法》没有采用《经济、社会和文化权利国际公约》⁴⁰或《欧洲社会宪章》⁴¹中的社会、经济或文化权利概念。例如《基本法》没有保障工作权、

³⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, 30.6.2009, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208_en.html。另见Jürgen Bröhmer, Containment eines Leviathans - Anmerkungen zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, ZEuS 2009, pp. 543, 552 et seq.

³⁹ 获得合法法官的权利确保了将案件分配给法院、法庭和法官的方式必须是在引起案件的行为发生之前就已经有了相关的处理办法，这样就不可能有随后的干涉，例如将某些刑事案件分配给对谁“有利”的法官。

⁴⁰ 认证副本可见于https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/01/19760103%2009-57%20PM/Ch_IV_03.pdf（最后访问于2019年9月15日）。

⁴¹ 副本可见于<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>（最后

获得公平报酬的权利或获得适当生活水准的权利。其原因在于，这些权利很难执行。总的来说，政治和公民权利对政府权力的行使作出了限制；也就是说，它们命令政府不得以某种方式行事。如果它们超越了这一点，要求采取积极行动，那么所需的行动将相当容易确定。另一方面，对社会权利的保护要困难和复杂得多，因为人们往往不知道需要采取什么行动来实现目标。一个政府必须做什么来保证工作权，一般来说是有争议的，也是民主讨论的一部分。有些人认为这可能需要政府以更高的税收或监管的形式进行更多的干预，而其他人则认为情况恰恰相反。获得适当生活水平的权利需要一定的资源分配，但权利并没有告诉政府如何实现这一目标。因此，社会权利总是有可能成为或至少被视为纲领性的表达，而不是可执行的硬法律。社会正义的重要性并不亚于公民和政治自由，危险并不在于社会权利所追求的目标。然而，社会权利的相对性和复杂性有可能也被转移到政治权利领域，然后这些权利将因此而被淡化。

然而，《基本法》的基本权利一章确实包含了第15条；该条规定：“土地、自然资源和生【86】产资料为了社会化的目的，可以通过确定补偿性质和范围的法律，转让给公有制或其他形式的公共企业。”这一规范体现了《基本法》的经济中立性。1949年，社会主义市场经济是否会被证明是一个成功的方案，或者更多的社会主义甚至共产主义思想是否会占上风，这一点绝不清楚。就经济组织而言，与所提供的个人权利保护形成鲜明对比的是，《基本法》并不想以这种或那种方式决定这个问题。

最后，《基本法》第38条保障了任何年满18岁的公民⁴²参与普遍和自由选举的基本权利。这项权利获得了也许令人惊讶的意义，因为联邦宪政法院将这项权利解释为不仅保证了选举过程本身，而且保证了被选举的实体——在这种情况下是联邦众议院（Bundestag），实际上保留了足够的权力以确保选举具有民主的意义。法院利用对第38条的这一解释，对德国可以转移给欧盟的立法权的范围进行了限制。⁴³

访问于2019年9月15日）。

⁴² 只有公民才有权参加联邦和州的选举。外国人无论在德国生活了多长时间，也无论作为居民的具体法律地位如何，都没有选举权。联邦宪政法院认为，只有当选举权仅限于公民时，民主的合法性才能从选举中产生，BVerfGE 83, 60 (81)。这不适用于至少必须允许欧盟公民积极和消极参与的地方、市政选举，也不适用于欧洲议会的选举。见《欧洲联盟条约》第20.2(b)条，（<https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html>）。

⁴³ BVerfG, 2 BvE 2/08 of 30.6.2009, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html（最后访问于2019年9月15日）。

2.基本权利：它们是如何运作的？

【87】 《基本法》的基本权利不是绝对的。因此，对权利的限制和约束是可能的，也必须是可能的。事实上，在人权领域，只有一项保障是不存在法律例外的，那就是禁止酷刑⁴⁴。然而，禁止酷刑在《基本法》中并不存在。它是第2.2条的一部分，该条保护人的健康和身体完整。显然，构成酷刑的行为将属于这一条款的范畴，而且永远没有理由，但同样明显的是，一个人的健康和身体完整超越了酷刑行为，例如，当警察对一个人使用警棍，或使用枪支等时，也会产生影响，同样明显的是，这种行为在某些情况下必须是合法的。那么，如何由这些行为的责任人、行使裁决职能的法院以及最后由联邦宪政法院⁴⁵来确定是否违反了《基本法》的基本权利和保障？解决这个问题的主要教条式方法是“范围限制-反限制”的检验标准。

(1)确定一项基本权利的范围

这一检验方法的第一步是确定被质疑的活动可能属于哪种（些）权利或保障。因此，警察使用警棍表面上看属于第2.2条的范围，因为该规范涉及的是人的健康和身体完整性等。如果警棍是在示威或集会的情况下使用的，第8条也可能与此相关，因为该条款保护集会和示威的权利。根据《基本法》第5条的言论自由条款，甚至可能出现这个问题。在初步确定了对有关行为进行法律分析的相关议题之后，下一步就是要确定和界定所确定的权利和保障的确切范围。换句话说，现在要做的是法定解释行为，即确定《基本法》中确定的各种权利的抽象语言的具体含义。其结果将是对有关权利的“个人和对象”范围进行定义，因为它与有争议的案件链有关。

(2)对侵犯基本权利行为的认定

在这项工作之后，必须确定有争议的事实行为，例如对人使用警棍，是否侵犯了被确定为潜在相关的一项或多项权利。如果有关行动缩小了使用法定解释工具正确解释的有关权利的范围，就会出现这种情况。被警察的警棍打中必然会导致疼痛，从而影响个人的健康和身体的完整性。因此，在这个例子中，

⁴⁴ 例如见《欧洲人权公约》第3条，<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（CAT）第2.2条明确规定：“在任何非常情况下，无论是战争状态或其威胁、内部政治动乱或任何其他公共紧急状态，都不得作为酷刑的理由。”《禁止酷刑公约》文本见<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>（最后访问于2019年9月15日）。

⁴⁵ 而且正如下文所显示的那样，后来也许由斯特拉斯堡的欧洲人权法院（ECtHR）来确定。

打人构成了对第2.2条的侵犯。是否也能确定侵犯了示威自由（《基本法》第8条），将取决于当时的情况。如果受害者是一名示威者，答案是“是”；如果受害者是碰巧在现场的人，答案就必须是“否”。

【88】

(3) 界定可能的限制范围和基本权利侵犯的正当性

在确定了范围和侵权行为之后，下一步就是研究被侵权权利的可能限制。这里的问题是，这种限制是否有正当性。《基本法》中的大多数权利和保障都含有关于可能的限制的具体语言。这些对有关权利的可能限制的范围必须再次通过应用法定解释工具来确定。例如第2.2条规定，身体健全的权利不是绝对的，可以通过法律来规范和限制。从这一措辞可以看出，再拿上面的例子来说，对个人使用警棍必须有成文法的授权。联邦宪法法院一直认为，只有议会本身，而不是行政部门通过授权立法的方式，才可以而且必须制定必要的成文法；在此基础上，对权利的侵害才可能获得正当理由。

其他基本权利条款包含了更详细或更有限的限制条款。《基本法》第5.2条中关于可能限制言论自由的语言提供了一个说明性的例证。有些权利条款根本不包含任何限制性语言。《基本法》第4.1条中的宗教自由就是这样一个例子。然而，没有限制性语言并不意味着这些权利是绝对的或给予不受限制的自由。这将是无稽之谈。没有人有权利在交通高峰期，在四车道的高速公路中间祈祷；如果有人根据宗教自由条款要求这样做，那么这种自由可能会因为“固有的宪法限制”而受到限制，即来自《基本法》所保护的其他权利或法律地位的限制。

(4) 将反限制条款适用于基本权利的正当限制范围——比例原则

在确定潜在权利限制的合宪性的工作中，下一步也是最后一步是关于限制潜在权利限制的范围（反限制）。这项工作的核心而非唯一的工具是应用比例原则。比例原则基准本身包括三个次级基准。

第一个是实用性或有效性原则，即必须确定导致基本权利受到限制的政府权力之行使能够实现政府所设定的目标。虽然政府在确定哪些措施可能有助于实现某个目标方面有一定的判断余地，但这种自由裁量权的行使要受到司法审查。

第二个子基准是最小影响原则。它要求政府从潜在的可能的和有效的措施目录中选择一个虽然同样有效，但对受该措施影响者的个人权利影响最小的措施。例如，如果一次示威有可能导致与反示威者的暴力冲突，禁止示威就可以解决问题。然而，当局必须考虑，例如，在禁止示威之前，规定一个不同的地点，将各方分开，因为这对示威自由的影响较小，但仍能避免暴力。

【89】 第三个也是最后一个子基准是合理性或狭义上的比例原则。它规定，如果实现其他合法目标的唯一手段只能以过高的代价获得，那么就不能采取一些其他合法手段。警察不能通过射击来阻止偷窃者，即使这是阻止偷窃行为的唯一手段。

一般来说，法院特别是联邦宪政法院将在个人对其基本权利受到的限制提出异议的所有案件中适用这些测试。

3.基本权利的功能

《基本法》中的基本权利有几个功能，对这些功能的理解也会对基本权利的运作方式有所启发。

(1)传统的“防卫功能”——保护个人自主权

基本权利的传统功能也可以说是目前最重要的功能是“防卫功能”。基本权利可以抵御政府权力对其所保护的个人自治领域的侵犯。换句话说，基本权利在个人周围建立了一道保护墙，以确保个人自由的空间。这个空间是无定形的，其范围如上所述，是在个案的基础上确定的。基本权利的防卫功能控制着政府权力：国家权力可以走到这一步，但不能走远。

这有两个主要含义。首先，如果基本权利限制了政府权力的行使，那么它们就不能被用来对他人进行工具化。事实上，《基本法》的基本权利原则上只针对公共权力，而不是针对私人。个人可以援引他或她的自由言论权来反对政府，但不能反对邻居。政府必须容忍在公共街道上的示威，但房主不必容忍在他或她的前院的示威。

从防卫功能中得出的第二个含义是，基本权利是少数人的权利。然而，这不是针对种族或宗教或其他此类少数群体。它是关于政治意义上的任何少数群体。它是关于那些在政治争论中失败的人，保护他们不受多数人统治的影响。在所谓的“反恐战争”中，当时的政治多数可能倾向于安全而不是个人权利。然而，只有在对个人权利的限制在法律上可能的情况下，个人权利的拥护者将不得不屈服于大多数人。大多数人在法律上不能超越基本权利制度下个人自主权的任何定义范围。

基本权利是对民主的多数人统治的一种限制。正是由于这个原因，严重基于议会主权等概念的社会，或者民主概念主要被理解为民主合法化的多数人统治的社会，如英国、澳大利亚甚至美国⁴⁶往往难以接受基本权利保护的概念和

⁴⁶ 英国没有成文宪法，因此没有基本权利的宪法清单。然而，《欧洲人权公约》被1998年《人权法》纳入国内法后，在英国承担了类似的功能，<http://www.legislation.gov.uk>

强有力的法院在这方面的作用。然而，将民主的概念限制在多数人统治上是不够的。保护当时的少数群体（各种类型，政治、种族、宗教或其他）是民主统治的重要组成部分，因为基本权利制度对政府权力的内在限制是民主合法化的一个重要支柱，选举过程和多数统治是另一根支柱。这两根支柱对于支持《基本法》的民主政体都是必要的。⁴⁷

(2)客观功能

基本权利的客观功能解决了一个事实，即《基本法》的基本权利主要是针对政府侵犯的防卫性权利。这是否意味着基本权利在私人关系中不发挥任何作用？这个狭义的问题的答案是“不”，客观功能是将基本权利保护的效果输送到私人关系领域的工具。实现这一目标的主要工具是法定解释。私人关系受《民法典》管辖，其中包含了关于合同义务和来自例如侵权法或不当得利的法律责任的规定。《民法典》中的相关条款是以抽象的法律术语构成的，与所有法律规范一样需要法律解释。基本权利的客观功能要求基本权利的含义是该解释工作的构成部分，也就是说，这些为私人关系提供框架的私法规范必须根据基本权利来解释并与之相一致。换句话说，基本权利的客观功能是实现基本权利的间接第三方效力的工具。

【90】

宪政法院对吕特（Lüth）案的重要裁决⁴⁸充分说明了这种客观功能的运作。吕特先生以私人身份公开呼吁抵制一部在德国电影院上映的电影，原因是该电影导演过去曾为纳粹政权做过种族主义宣传。该电影的制作公司担心这一抵制电影的呼吁会带来经济损失，于是根据《民法典》中禁止故意和恶意给他人造成经济损失的规定，寻求并获得了禁止令。当然，恶意一词需要解释；宪政法院认为，这种解释必须考虑到《基本法》第5.1条中言论自由保障的巨大意义。关键在于一种争论，只要这种争论是通过发表意见和利用说服力进行的，而不是利用市场支配地位或其他敲诈手段，就会受到言论自由保障的保护。本案中援引的相关私法条款必须受到严格解释，才能符合《基本法》。

gov.uk/ukpga/1998/42/contents（最后访问于2019年9月15日）。澳大利亚有一部宪法和一个拥有司法审查权的法院，但没有权利清单。美国既有权利清单，又有行使司法审查权的最高法院。

⁴⁷ 对当时的少数人的保护是否一定需要像权利法案那样的宪法目录，则是另一个问题。这种保护也可以通过其他方式以一种相对充分的方式提供。澳大利亚就是这方面的一个例子。

⁴⁸ 本书中翻译的决定，BVerfGE 7, 198。

(3)保护的义务

【91】 基本权利的第三个功能是保护的义务。这意味着基本权利不仅告诉政府不能做什么；它们也可以构成政府采取行动的义务。生命权就是一个说明性的例子。该权利的防卫性功能限制了对个人生命构成威胁的政府行为。另一方面，保护的义务要求政府采取行动，保护个人免受威胁生命的行为。提供一个适当的法律秩序，对夺取生命的行为进行刑事制裁就是一个例子。虽然这听起来微不足道，因为所有的法律命令都会惩罚杀人和类似的罪行，但当涉及因疏忽而夺取生命，甚至保护未出生的生命时，它很可能会发挥作用。德国宪政法院对堕胎案的裁决就是最好的例子。⁴⁹法院规定，《基本法》第2.2条规定的保护义务将禁止政府将堕胎合法化，并要求建立一些保护制度，例如或能说服母亲选择保护生命的咨询和支持服务。

保护的义务在涉及两种相互冲突的权利和政府作为潜在调解人的三边组合中发挥作用。在堕胎的情况下，这通常是母亲的自决权和未出生婴儿的权利。保护的义务规定了政府必须为未出生的孩子提供的最低限度的法律保护。母亲自决权的防卫性功能描述了政府为保护未出生婴儿所能参与的法律上的最大值。最低限度和最高限度之间的空间界定了政府在这种平衡行为中的判断余地。

保护义务有潜在的问题，因为基本自由成为限制自由的法律基础。例如对人格权的保护可能会导致对言论自由的重大限制，将言论自由与诽谤划分开来的问题不仅在德国而且在许多司法管辖区都有争议。迄今为止，德国宪政法院已经成功地对政府的保护义务进行了制约。防卫性功能是也必须是基本权利的首要功能。

(4)参与性功能和权利

传统的自由防卫性权利和社会权利之间的主要区别，在于社会权利所固有的与资源的直接联系。政治权利的传统防卫功能是成本中立的。就它们禁止政府采取某些行动而言，它们甚至可能节省资金。对某些意见的起诉需要资源，而容忍意见则不需要任何成本。

然而，社会权利和传统自由权利之间的这种区别并不总是适用。有一些传统权利需要分配资源。诉诸法庭的权利和公平审判需要有一个正常运作的司法系统，有足够数量的法官和司法行政人员。禁止酷刑和非人道待遇要求对监狱和其他由政府看管的禁闭机构制定某些最低标准。

⁴⁹ 本书中翻译的决定，BverfGE 39, 1 and 88, 205.

其他权利与资源有间接联系。产权只与那些拥有财产的人有关。如果不考虑传单的可能性，新闻自由只与那些有资本经营报纸的人有关，而电子广播的自由通常也需要大量资源。《基本法》中的各项权利是否为政府创造了提供相应资源的义务？【92】

作为一个原则问题，《基本法》所保护的权利并非在狭义上赋予资格。没有人可以向政府要求提供办报的资金。然而，宪政法院将广播自由阐释为包含并保证公共广播系统的存在，而公共广播系统的资金来源必须使其能够履行其作为电子媒体部门多元性保障者的角色。⁵⁰根据第1.1条对人的尊严的保护，结合保护在德居住者健康的义务，以及《基本法》关于德国是一个社会福利国家的基本要求，必须提供生存最低限度的食物、衣服和住房。⁵¹

法院还认为，由于国家对大学教育的实际垄断，因此，如要满足教育要求、并仅受制于现有容量，那么根据《基本法》第12条的规定，进入大学必须有相应的平等参与权。⁵²

然而，直接或间接的权利（entitlements）仍然是一个例外。资源的分配不能受制于权利制度，除非人们愿意为这个制度的有效性冒险。经验表明，如果需要资源，权利的保护会变得非常困难。这不仅是因为资源可能无法获得，或者将资源分配给特定的事业可能不被接受，而且还因为任何投资都需要时间才能生效，使得对该权利的侵犯变得系统化。危险在于，权利成为非常相对的概念。正是由于这个原因，《基本法》一直不愿意将《基本法》中的基本权利解释为应得权利，而是将财政资源分配的决定权留给了民主进程。

4. 德国《基本法》和欧洲基本权利保护体系的关系

(1) 概述

在德国，基本人权的保护不仅仅是一个国家的事情，而且越来越成为一个国际甚至是超国家的问题。德国是构成国际“权利法案”的国际条约的签署国，其中最突出的是《公民权利和政治权利国际公约》（ICCPR）和《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》，该议定书规定了向人权委员会提出申诉的程序，从而将《公民权利和政治权利国际公约》的客观保障转化为任何个人可以追求的主体权利。⁵³然而，在整个欧洲，特别是在德国，基本权利保护的

⁵⁰ BVerfGE 90, 107.

⁵¹ 参见BVerfGE 91, 93 (115); 99, 216 (256 ff.).

⁵² BVerfGE 33, 303.

⁵³ 德国于1973年12月17日批准了《公民权利和政治权利国际公约》，并于1993年8月25日批准了《任择议定书》，见第四章人权下的<https://treaties.un.org/Pages/Participation>

国际嵌入要深入得多。

(2)《欧洲人权公约》

【93】 这尤其是因为德国与其他46个欧洲国家都是《欧洲人权公约》（ECHR）⁵⁴的成员。《欧洲人权公约》于1950年签署，1953年生效，1998年随着第11号议定书⁵⁵的生效，进行了一次重大改革。该议定书的主要影响是废除了以前的两级制度，即只具有准司法职能的人权委员会和具有任择管辖权的非常任法院，代之以具有强制管辖权的常设欧洲人权法院（ECtHR）。欧洲人权法院的唯一任务是对《欧洲人权公约》进行裁决和解释。《欧洲人权公约》第46条规定，欧洲人权法院的决定对成员国具有约束力，部长委员会负责监督其执行。⁵⁶欧洲人权法院只有在用尽所有国内补救措施后才能处理此事，按德国的情况，这意味着德国联邦宪政法院必须在欧洲人权法院处理此事之前作出决定。1959年至2018年期间，欧洲人权法院在涉及德国的案件中作出了340项判决，其中195项判决认定至少有一项违反了《欧洲人权公约》⁵⁷的规定——尽管所有这些案件都已经经过了包括联邦宪政法院在内的国内法院系统的审查。这表明了这一额外的国际人权保护层在德国和其他国家的重要性。

(3)欧盟

第一，欧盟法律的一般原则。

2009年12月1日新的《里斯本条约》的生效也对欧洲的人权保护产生了影响。欧洲共同体和欧洲联盟的最初基础条约并不包含基本权利的目录。位于卢森堡的欧洲最高法院（ECJ）的判例克服了这一缺陷，该法院根据欧洲联盟法律不成文的一般原则的概念发展了基本权利，其依据是这些权利是欧洲联盟所有成员国在其国内宪法和法律体系中所共有的，而且欧洲联盟的所有成员国也是《欧洲人权公约》的成员国。⁵⁸这种不成文的法律一般原则的概念现在已被

Status.aspx（最后访问于2019年9月14日）。

⁵⁴ 经第11号和第14号议定书修订的《保护人权与基本自由公约》，<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063765>（最后访问于2019年9月14日）。

⁵⁵ 《保护人权与基本自由公约第11号议定书》，重组由此建立的控制机制，1994年5月11日，<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cda9>（最后访问于2019年9月14日）。

⁵⁶ 见《欧洲委员会章程》第13条及以下条款，<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680935bd0>（最后访问于2019年9月14日）。

⁵⁷ 欧洲人权法院，按州统计，https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf（最后访问于2019年9月14日）。

⁵⁸ 更多信息见欧洲议会关于“欧盟基本权利的保护”的概况介绍，<http://www.europarl>。

载入《欧洲联盟条约》第6.3条中。

第二，《里斯本条约》和《欧洲联盟基本权利宪章》。

【94】

然而，除了法律的一般原则外，《里斯本条约》还制定了第6.1条，规定2000年12月7日的《欧洲联盟基本权利宪章》⁵⁹，当时只是作为“软法律”通过，现在将具有“与条约相同的价值”，因此将成为欧洲联盟主要法律的一部分。这为欧盟基本权利的对象以及如何将其范围与国内基本权利保护划分开来的问题提供了新的动力。该宪章第51条规定：

本宪章的规定是针对欧盟的机构、机关、办事处和部门的，并适当考虑到辅助性原则，只有在成员国执行欧盟法律时才针对它们。

这澄清了欧洲联盟的基本权利并不是指导和高于国内权利制度的重中之重的权利清单，而是欧洲联盟的权利旨在限制欧洲联盟权力的行使，并且只在成员国通过执行欧洲联盟法律而行使欧洲联盟权力的情况下才对其进行限制。

此外，《里斯本条约》第6.2条最终为欧洲联盟创造了“加入《欧洲保护人权和基本自由公约》”的权力。这为欧盟成为《欧洲人权公约》的成员提供了可能性。欧洲委员会方面也在《欧洲人权公约》的第14号议定书中创造了同样的可能性⁶⁰，该议定书特别规定欧洲联盟可以成为《欧洲人权公约》的成员⁶¹。然而，加入还没有实现。欧洲委员会47个成员国与欧盟之间的《欧盟加入欧洲人权公约》协议草案已于2013年4月5日定稿。然而，欧洲最高法院在2014年12月18日的意见中指出了加入协议草案的缺陷，尤其是其司法审查权与欧洲人权法院（ECtHR）⁶²的关系。加入程序正在继续，但可能需要一些时间才能完成。⁶³

europa.eu/factsheets/en/sheet/146/the-protection-of-fundamental-rights-in-the-eu（最后访问于2019年9月15日）。

⁵⁹ 文本可见于<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>（最后访问于2019年9月15日）。

⁶⁰ 见上文第62段。

⁶¹ 议定书第17条修改了《欧洲人权公约》第59条，增加了新的第2款，规定“欧洲联盟可以加入本公约”。

⁶² 欧盟法院，第2/13号意见，2014年12月18日，<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CV0002>（最后访问于2019年9月15日）。

⁶³ 更多信息可见<https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>（最后访问于2019年9月15日）。

【95】 第三，德国对基本权利的保护和欧盟法律的最高地位。

欧盟和德国之间的关系要复杂一些。欧盟的法律高于成员国的法律。欧盟法律的最高地位也延伸到了国内的宪法法律。欧洲最高法院一直认为，欧盟成员国不能援引其国内法律，无论是宪法还是其他，反对欧盟的法律规范，即反对在欧洲一级立法的所谓条例或指令中的法定条款或有关欧洲当局决定中的规范。因此，从欧盟的角度来看，成员国被禁止以侵犯其国内基本权利为由使欧盟法律无效。欧盟法律必须只符合欧盟基本权利和《欧洲人权公约》，而非国内基本权利。然而，德国宪政法院从未完全接受这种做法。它一直认为，保护基本权利的最终责任在于自己。这种潜在的管辖权冲突从未表现出来，因为德国宪政法院也一直认为，它将与欧洲法院合作行使这一职能，而且在实践中，如果德国法院要承担这一角色，就需要潜在的原告证明欧洲法院不再充分保护基本权利，而且这不仅要在有关的案件中证明，还要证明是一种“普遍和明显的”持续违法的趋势。⁶⁴

（四）《基本法》的解释和联邦宪政法院的作用

【96】 《基本法》的一般条款和基本权利条款并不能解释自身。像所有的规范一样，它们也许更需要解释，也就是说，要对其含义进行解释，使其适用于具体的案例组合或有争议的宪法问题。就基本权利而言，如上所述，这适用于自由范围的构建、可能限制的构建和可能反限制的构建。

1. 语法上的解释

《基本法》的解释大体上遵循了许多辖区都有的一般解释规则。解释的出发点是所用词语的客观含义，也被称为语法解释。然而，这通常不会产生决定性的结果，这就是为什么法律界不是由语言学家组成的。

2. 系统性的解释

语法解释之外的第二和第三步往往是阐明抽象的宪法规范的确切含义的决定性步骤。第二步被称为系统解释，要求为了确定一个（宪法）规范的具体含义，必须在阅读时考虑到其系统背景。这意味着要在《基本法》其他条款中的相邻章节、章节内和整个文本中寻找相同或类似的术语。

⁶⁴ 见BVerfG, 2 BvR 2253/06 vom 27.1.2010, http://www.bverfg.de/e/rk20100127_2bvr225306.html, 第19和20段（及其中更多文献，只有德语版本，最后访问时间：2019年9月15日）。

3.目的论解释

第三步被称为目的论解释，这意味着根据规范客观上所具有的目标或目的来解释该规范。“客观”这一属性表示了《基本法》的解释与其他司法管辖区（例如美国或澳大利亚）的宪法规范的解释之间的主要区别之一。在这项工作中，宪法起草人的主观意愿以及在随后的修正案中议会两院的主观意愿发挥的作用非常小。起草者主观意愿的意义仅在于确认其他解释手段所取得的结果，或解决运用其他解释手段后仍然存在的任何阐释困难。⁶⁵

4.“活的宪法”

解释方法的另一个主要区别在于，联邦宪政法院将《基本法》解释为“活的宪法”，而不是静态的文件。⁶⁶这一点在法律界和政治界没有争议。因此，不仅宪法起草人的意愿在确定规范性语言的实际含义方面作用不大，而且同一语言的含义会随着时间的推移而发生重大变化。【97】

《基本法》第3条中平等的含义生动地说明了这一点。非歧视规则的主要义务是平等对待所有平等的事物，并区别对待所有不平等的事物。因此，第3条的应用要求形成比较组，并确定区别对待比较组的客观理由。例如，儿童与成人不同，因此，对儿童的歧视不仅是可能的，而且实际上是必须的，因为儿童必须受到保护。因此，他们的就业机会受到严重限制，甚至根据年龄被禁止。他们可以做的工作类型受到限制，他们在去酒吧、饮酒或观看某些电影之类事情的自由也会受到限制。女性在某些方面也与男性不同。然而，在这两个例子中，对可以在宪法上证明的歧视范围的看法在过去几十年中发生了巨大的变化。特别是妇女今天的待遇比20、30或40年前要“平等得多”，尽管《基本法》第3.1条中的主要不歧视条款没有根本改变。然而，幸运的是，改变的是对比较群体的看法——男性和女性，以及对区分两性的客观标准的社会评价。⁶⁷

⁶⁵ 例如可见 BVerfG, 2 BvR 1520/01 of 30.3.2004, http://www.bverfg.de/e/rs20040330_2bvr152001.html, 第94段及以下（最后访问于2019年9月15日）。

⁶⁶ 欧洲人权法院（ECtHR）一贯以这种渐进的动态方式解释《欧洲人权公约》，例如见第18030/11号申请，2016年11月8日，Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary, 120-122, 138-148，以及非常有启发性的 Sicilianos 法官和 Raimondi 法官的赞同意见，hudoc.echr.coe.int/eng?i=001，<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167828>（最后访问于2019年9月15日）。这种宪法解释方法是非常有争议的，特别是在美国，已故大法官斯卡利亚是严格的原旨主义观点的有力支持者。

⁶⁷ 也许有两个最突出的领域，社会中的宪法变化导致了通常被认为是歧视的变化。一个是妇女服兵役的领域（在战斗单位），另一个是同性和异性伴侣之间的婚姻平等。

5. 规范的冲突

基本权利的保护往往涉及两项或多项基本权利之间的冲突。如上所示，基本权利的功能之一是国家有责任保护其管辖范围内的人们的法律领域。因此，行使一项自由，例如示威，可以而且会经常与其他人的权利发生冲突，例如在道路上自由行动或公开进入其商店。有时这种冲突会在一个人的生死问题上达到高潮。当生命权（如果根据《基本法》第2.2条延伸至未出生的胎儿）与母亲的自决权、隐私权、健康权甚至自己的生命权发生冲突时，就是这种情况。这种构架很常见，其特点是涉及三边构架，而不仅仅是国家和主体之间的双边关系。警察逮捕一个人，纯粹是政府和被逮捕者之间的双边问题，并受制于各自基本权利的防卫功能。当基本权利发生冲突时，总是至少有三方参与：通过行政、立法或司法部门行使国家权力的政府，主张权利的人以及主张行使该权利会不适当地侵犯其权利的人。

【98】 解决此类权利冲突所需的平衡工作由法院特别是联邦宪政法院负责。在这种平衡行为中使用的一个参数是“实际协调”的概念。这意味着，在这种情况下，法院将努力寻求对冲突中涉及的所有权利给予最大可能的影响的解决方案。⁶⁸

宪政法院对可能涉及一个以上的基本权利的组合采取了非常灵活的方法。确定衡量国家行为所依据的权利是很重要的，因为权利在可能的限制范围内有所不同。然而，法院在言论自由（《基本法》第5条）背景下形成的理论，即根据有关权利的重要性来解释权利的可能限制范围，在这方面导致了一种教条式的可悲但实际可接受的灵活性。例如，我们不能坚持这样的立场：根据宪法规定的限制理论，对不含限制条款的权利（如《基本法》第4条）的可能限制，本身一定比对含有限制条款的权利之限制更难或更受限制。

确定正确权利所起的作用的最重要组合是在言论自由（第5.1条）和《基本法》第5.3条的艺术自由方面。言论自由可以在第5.2条的范围内受到限制，尽管在宪政法院关于言论自由基本意义的一贯理论下必须非常谨慎，而艺术自由是那些不包含限制条款的权利之一，因此，如果出现冲突，只能对其进行限制以保障其他受宪法保护的法律利益。这种冲突的一个例子是魔菲斯特（Mephisto）案。在该案中，法院必须平衡一个演员死后的人格权，这个演员在纳粹政权期间无情地追求自己的事业；在他死后，这成为作家曼（Klaus Mann）的一本极具批判性的小说的蓝本。被描述演员的幸存的儿子试图阻止该

⁶⁸ “实际协调”的概念是由宪法学者Konrad Hesse提出的，见《联邦德国宪法大纲》第20版，海德堡1999年版，第317段及以下。

书的销售，并以侵犯其已故父亲的人格权为由获得成功。⁶⁹

【99】

（五）《基本法》规定的基本权利保护的程序背景

1.概述

在德国，根据《基本法》的基本权利保护不仅仅是联邦宪政法院或司法机构的任务。第1.3条明确指出，《基本法》中的基本权利“作为直接适用的法律对立法、行政和司法机构具有约束力”。因此，所有国家机关都有义务遵守《基本法》所提供的自由和保障。

然而，司法机构的作用更为突出，因为主要由司法机构来监督和控制其他两个部门的行为，特别是行政部门的行为。⁷⁰这一任务落在所有法院身上，但从本质上讲，普通和特别行政法院将处于这一领域的最前沿，而联邦宪政法院是这一领域的主要参与者。

2.程序框架——联邦宪政法院的管辖权

联邦宪政法院的管辖权列举在《基本法》第93条，并在《联邦宪政法院法》中作了更详细的规定。⁷¹有几个不同的程序具有不同的受理要求，特别是关于可以提交给联邦宪政法院的原告资格。⁷²

3.司法审查

联邦宪政法院拥有司法审查的全部权力。这意味着，法院有权以违宪为由撤销任何议会法规。司法审查程序可以作为主要或附带的司法审查提交给联邦议院。主要的司法审查是指抽象或具体的司法审查。⁷³

抽象审查是指没有一个具体的案件或争议，其中规范的合宪性作为一个附带问题出现。相反，立法以及立法中的一个或多个规范的合宪性是提交给法院

⁶⁹ BverfGE 30 (173) - Mephisto (德文见<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030173.html> (最后访问于2019年9月15日))。

⁷⁰ 主要但不完全是，例如如果议会发现行政部门过火，议会可以而且必须通过修改立法来行使监督权。

⁷¹ 《联邦宪政法院法》(Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfge/englisch_bverfge.html (最后访问于2019年9月15日))。

⁷² 总共有19种不同的程序可以提交给法院。所有都在《联邦宪政法院法》第13条中列举。

⁷³ 《基本法》第93条第1款第2项, ss. 13 No. 6, 76-79 BVerfGG.

的唯一司法事项。⁷⁴这种抽象的司法审查程序只能由联邦政府、州政府或由议会第一院（联邦众议院）1/4的代表共同提出。⁷⁵如果以联邦有立法权为由对某项规范的合宪性提出质疑，诉讼也可以由议会第二院、联邦参议院和一个州议会提出。⁷⁶

【100】 第二种司法审查的可能性被称为对规范合宪性的具体司法审查。⁷⁷具体性源于这样一个事实，即在這些程序中，规范的合宪性作为决定性的问题出现在普通法院的程序中。然而，普通法院并不拥有宣布议会行为违宪的权力⁷⁸。如果普通法院得出结论，认为存在这种违宪性，并且具体案件的裁决取决于这种违宪性，那么法院必须中断诉讼程序，准备一份意见以详细说明为什么它相信规范违宪，并将该意见提交给宪政法院，然后宪政法院将审查有关规范的合宪性。此后，普通法院将根据宪政法院作出的决定对其案件进行裁决。

4. 宪法诉愿程序

可以说，联邦宪政法院必须处理的最重要程序是宪法诉愿（Verfassungsbeschwerde）。⁷⁹宪法诉愿程序是迄今为止提交给法院的最多的程序类型。仅在2018年，就有5678起宪法诉愿被提交给法院。自1951年以来，有近23万份宪法诉愿向法院提出。宪法诉愿的成功率非常低。2018年，联邦宪政法院对5853起宪法诉愿作出了裁决。只有98人成功（1.67%）。在过去十年中，宪法诉愿的成功率一直低于3%。⁸⁰

只有在常规的司法补救措施用尽之后，才能向联邦宪政法院提出宪法诉愿⁸¹。这意味着，联邦宪政法院只有在“常规”法院通过所有可用的上诉，对

⁷⁴ 宪政法院的司法审查权不仅限于“主要规范控制”这两个程序，即规范的合宪性是案件的主题。宪法诉愿程序或任何其他程序也可能导致对议会法律的附带司法审查，即规范的合宪性似乎是附带问题。

⁷⁵ 《联邦宪政法院法》第76条，https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfsg/englisch_bverfsg.html（最后访问于2019年9月15日）。

⁷⁶ 见《联邦宪政法院法》第76.2条，同上。

⁷⁷ 《基本法》第100.1条，ss.13, 11号, 80-82 BVerfGG。

⁷⁸ 因此，普通法院的司法审查权仅限于“前宪法”规范，即在宪法生效和联邦议院开始运作之前通过的规范以及法规等非议会行政立法。

⁷⁹ 《基本法》第93.1条第4a项，ss. 13 No. 8a, 90-95 BVerfGG。

⁸⁰ 所有统计信息可从联邦宪政法院获得，Jahresstatistik 2018，https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/statistik_2018_node.html（最后访问于2019年9月15日）。

⁸¹ § 90.2 BVerfGG，https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfsg/englisch_bverfsg.html（最后访问于2019年9月15日）。

该事项作出决定后，才会处理宪法诉愿。这种所谓的宪法诉愿程序的辅助性的过滤作用，部分地解释了低成功率。

向联邦宪政法院提交此类案件也没有任何费用，因此当事人几乎没有任何损失；在最坏的情况下，只需承担相对较少的轻率（frivolous）程序费用。只有在有必要进行听证的情况下才需要律师代理，当事人也可以放弃律师。

（六）挑战与展望

德意志联邦共和国的《基本法》无疑是一个重要的成功案例。它引导共和国走上了从暴政到现代民主国家的艰难道路。一路走来，它经历了各种风暴，从50年代初的北约和重整军备的辩论，到60年代围绕越战的学生骚乱和将紧急状态条款纳入《基本法》，到70年代红军部分的恐怖分子试图专门打击《基本法》的核心，再到80年代的核导弹驻扎。而当德国统一成为现实，“《基本法》”这个临时名称的原因成为历史时，绝大多数德国人并不想参与通过一部新的宪法，因为第146条为这种情况设想了一个新的宪法，他们宁愿坚持使用曾为联邦共和国服务得如此之好的《基本法》。【101】

然而，任何语言文字，无论起草得多么仔细，本身都不能决定社会的形态。它需要正常运作的机构，而这些机构中的人必须根据宪法文本的精神，基于对个人解放与自由的普遍而深刻的信念来管理和执行宪法文本。这是一个由宪法文本、正常运作的机构和负责任的人组成的相互依赖的三方联盟，它们共同塑造了德国的国家和社会。机构和人民需要《基本法》的支架，正如《基本法》需要人民致力于其自由、宽容和责任的主要理念一样。今天，自由社会的这些支柱正受到攻击——不仅是在德国之外，在德国境内也是如此。民族主义、（宗教和其他）不宽容以及法西斯主义的祸害正变得越来越明显。自由的敌人正力争再次成为主流。

解放、自由、宽容是永远无法实现的，而是只能在一个持续的动态过程中得到积极捍卫。无论其原因是什么，全球恐怖活动带来的威胁都会对任何基于自由和宽容理念的社会造成持续的压力。社会和人口的变化、所感知的身份威胁、经济和社会压力、远景与机会的缺失，仍将是不断的挑战。《基本法》未来的成功将取决于宪法文本和支架、机构效能和基于自由与宽容的强大共识，以及三者之间的联盟如何共同应对这些挑战。

联邦宪政法院基本判决选编

一、一般原理

基本权利的直接或间接第三人效力？

“体育暴力禁令案”

BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09,

http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html

1. 译者注解

【103】

足球赛场上发生暴力是足球世界或多或少都会发生的常见问题。在德国和几乎所有其他地方，职业足球队以足球联盟和俱乐部的形式组织起来，它们都是私人协会或企业。观众在买票过程中和球赛组织者进入了合同关系。原则上，这类标准合同关系不受《基本法》基本权利的直接影响。换言之，私人个体并非基本权利直接针对的对象。然而，这并非是说个人和企业运营的私人或契约领域是完全不受基本权利影响的空间。合同关系受私法（民法）框架管辖，这个框架在德国主要但非完全由《德国民法典》（GCC）构成。¹《民法典》包含了使用很抽象语言的一般性条款，例如包括“善意”（§ 242 GCC）或“公共政策”这类概念作为决定对他人造成伤害的故意行为之责任（§ 826 GCC）。德国宪政法院一直判决，《基本法》的基本权利通过解释这些条款而进入私法关系的世界。²

在本案，拜仁慕尼黑足球俱乐部的一名青年球迷在赛后和对立的MSV杜伊斯堡足球俱乐部球迷发生争吵，造成人身伤害和财产损失。杜伊斯堡足球俱乐

¹ 《德国民法典》的英文版参见https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html（最后访问于2019年8月15日）。

² BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09, http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html。对于出现于《香港《基本法》》的同样问题之有趣视角，参见Hin Ting Liu/Joshua Chan, ‘Horizontal Effect’ Effect of the Hong Kong Basic Law, 45 (2/3) Common Law World Review 2016, 101, DOI: 10.1177/1473779516660486.

【104】部连同德国足球协会和德国足球联盟峰会，对全国体育场发布了针对慕尼黑青年球迷的禁令。德国权力部门单独对这名球迷进行刑事起诉，但依据《德国刑事程序法典》第153.1条对未成年人的轻罪不予追究。³然而，私法协会对全国体育场的禁令仍然成立。遭禁止的慕尼黑球迷挑战体育场禁令，但在所有场合下败诉，因而打开了宪政法院的宪法审查之门。

应该注意的是，宪政法院并非上诉法院，并不审查立法或其他非宪法性法律的解释。它的管辖限于保证《基本法》条款得到其他其他法院的适当考虑，譬如对GCC一般条款的解释。

申请人主张，鉴于刑事程序未对他的错误行为产生任何认定的事实，施加的禁令没有理由，因而必须被认定为任意。鉴于足球队社会生活的重要性，申请人宣称禁令侵犯了他受《基本法》第2.1条保障的一般行为自由，即在不侵犯他人权利或以其他其他方式被法律禁止的情况下自行其是。

宪政法院利用这个机会，对《基本法》保护的基本权利在私法关系背景下的横向效力之范围作出了一些有趣评论。足球俱乐部、足球协会和足球联盟出台的体育场禁令具有私法依据，并基于GCC对财产所有人实施主场规则赋予权利的一般规定。（§§ 862, 1004 GCC）这些财产权本质上是《基本法》第14条保护私人财产的基本权利所保护的具体法律立场和利益之私法表述。⁴换言之，

《基本法》保护的基本权利产生了横向或第三人效应，对主要受合同或财产法管辖的私法关系产生辐射。以此视角观察球迷和赛事组织者之间的关系，后者的财产权和球迷“自行其是”的潜在权利发生冲突。然而，需要澄清的重要一点是，宪政法院否定了“自行其是”的宽泛和辅助性自由（“一般行为自由”）可以构成足够精准和强烈的法律利益，以对抗俱乐部及其高端协调机构的财产权。自由个体和国家之间的不对等总是要求后者对限制自由提供理由，但这种不对等在对立双方作为法律平等主体的私法中并不存在。一般行为自由本质上不对等的法律基础和反映，但只有在非同一般的情形下才能被用于干预私法关系，而宪政法院并未发现本案有什么非同一般⁵——当然，这总是取决于法院的解释，因而为法院在必要时介入留了一个“后门”。

【105】宪政法院的第二点是针对《基本法》第3.1条的平等保障。作为宪法对歧视的禁止，宪法平等保护一直很有争议，因为传统的私法合同自由一直被认为是

³ 《德国刑法典》的英文版见 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html（最后访问于2019年8月16日）。

⁴ BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09, http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html, para. 35.

⁵ Id. at para. 38.

合同当事人之间的自由选择，无需披露为什么选择一个而不是另一个人签约。如果选择大众汽车而非丰田，或买了一张阿森纳足球队主场战热刺，即便这么选择的唯一理由是这个人不喜欢日本的任何东西（或在相反的情况下德国的任何东西），或这个人只是因为“仇恨”热刺而不会让一分钱流入热刺的腰包，这都完全有道理。即便这种憎恶是基于在其他其他场合下完全不可接受甚至法律上不可接受的理由，譬如因为特定汽车制造公司总裁是某个种族、族群或性别而不买它的汽车，也没有问题。说了这些，如果一家电力公司或银行只是因为一个人是黑人或妇女而不和她签约，那么性质就完全不同了。然而，这两种情形的法律差别究竟何在？为什么在一种情形下仇恨是可以的，但在另一种情形却不可接受？一个重要因素可能是当事人之间发生的权力矩阵（matrix）。如果一方是准垄断，另一方却有签约的生存需求，可以主张有干预契约自由的需要来保护制度上更弱的一方。但是像房东和租户关系之类的情况怎么办？如果房东原则上不租给黑人家庭，或不租给带孩子的家庭，而不论种族、宗教或族群，怎么办？法律秩序不能躲在潜在的证据困难背后，无动于衷。⁶

本案并不涉及特别敏感的种族、族群、宗教或性别问题，但宪法法院仍然以十分特别的方式讨论了《基本法》第3.1条的平等条款。首先，它指出《基本法》第3.1条原则上对于支持私法关系中的横向效应并无帮助。法院相当有力地声明：“原则上，所有人都有自由根据自己的个人偏好选择——什么时间和谁在什么场合下愿意形成契约，以及如何在此背景下利用其财产。”⁷然后，它接着指出，特殊情况可以不同，而本案就具有这种特殊情况。法院指出下列事实，即这类足球赛对于一般公众开放，而单方面对某个人的禁止对其参与社会生活的能力产生了相当影响。法院的结论是，赛事组织者不得没有理由即禁止某人入场。对社会生活能力的影响必须受到考虑以平衡当事人的权利和利益，其依据是《基本法》第14.2条限制财产保护的“公共利益”条款。宪法法院甚至指向《经济、社会与文化公约》（ICESCR）第15.1(a)条的参与文化生活权

【106】

⁶ 对于不同学者对某些这类问题的深入讨论，参见Schulze, Reiner, *non-Discrimination in European Private Law*, 2011。美国最高法院的结婚蛋糕判决背后的情形充分展示了这类潜在困难。该案的蛋糕店拒绝基于宗教理由拒绝和一对同性恋签约，为他们同性婚礼提供结婚蛋糕。参见Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al., 138 S. Ct. 1719, https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111new2_22p3.pdf。对于有教益的案件评论，参见Kendrick, Leslie/Schwartzman, Micah, *The Etiquette of Animus*, 132 *Harvard Law Review* (2018), 133, https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2018/11/133-170_Online.pdf (last accessed 17.8. 2019)。

⁷ BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09, http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html, para. 40.

利，⁸并解释了如此解读的首要程序后果。体育场经营者必须作出调查事实的合理努力，并在禁止入场之前给予听证。⁹法院最后判决，受挑战的法院决定尤其是德国最高法院（Bundesgerichtshof, BGH）维持禁令的最终上诉判决确实适当考虑了宪法框架，尽管完全没有提及《基本法》第3.1条的平等条款，但是相关考虑能从判决中推演出来。¹⁰宪政法院认为，依赖检方已经提起刑事调查的事实即已满足条件，因为刑事指控需要确凿的事实根据。法院强调，鉴于这类体育赛事的巨大吸引力，俱乐部和协会的责任不能负担过重。¹¹

人们确实可以提出疑问，宪政法院为何花费这么多努力写当事人并没有提出的横向效应，而其处理方式也没有产生当事人必须遵守的“过度严格标准”。答案可能在于更宽泛的案件背景之中。在2011年有关法兰克福机场的判决中，申请人在抗议引渡外国人过程中被机场安保和联邦警察禁止接近机场工作人员和访客，因而挑战他们遭受的“机场禁令”。¹²法兰克福机场由公开上市跨国企业法兰克福机场公司运营。针对一小组示威者的行动是基于有关财产所有人权利的私法规定。如以上解释，这些规定反映了《基本法》第14条保护的财产权。示威者从他们的视角则是行使《基本法》第5.1条和第8条保护的言论自由和集会与示威自由保障。然而，宪政法院没有接受法兰克福机场案的类比。理由是黑森州和一个作为私法实体为法兰克福市运营的公用事业单位拥有刚好50%多一点的法兰克福机场股份。¹³换言之，两个公共实体对法兰克福机场拥有多数控股。宪政法院再度强调，州政府不能通过利用私法主体的幌子转移职能，逃避《基本法》基本权利所产生的责任。对于完全由州拥有的企业，这一点已被接受；宪政法院现在明确将《基本法》基本权利的范围延伸到部分由州拥有且所有权超过50%的私人企业。需要强调的是，在这类案件中，《基本法》的基本权利不只是对作为股东的州主体施加责任，也对企业本身施加责任。¹⁴既已确立该案的股权结构要求法兰克福机场相对于基本权利来说必须作为州而不只是私人实

⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (16.12.1966), 1976年3月1日生效, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cescr.aspx> (最后访问于2019年8月17日)。

⁹ BVerfG, 11.4.2018, 1 BvR 3080/09, http://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html, para. 46.

¹⁰ Id. at para. 44.

¹¹ Id. at para. 52.

¹² BVerfG, 22.2.2011, 1 BvR 699/06, http://www.bverfg.de/e/rs20110222_1bvr069906en.html (Fraport).

¹³ Id. at para. 53 and 60.

¹⁴ Id. at 52.

体，权利的横向效力问题不再相关。值得注意的是，法院仍然强调指出，基本权利如何影响法律关系的不同——针对州行为主体是直接，针对私人当事人关系是间接或横向——并不意味着有关基本权利的广度和深度有所不同，也就是说在私法关系语境下影响会有所减弱。换言之，基本权利对于私人行为者和对于州行为者的影响可以同样显著。¹⁵这段附论只能被理解为宪法法院在传递自己的立场：公私是两回事，但是对于行使基本权利而言，焦点是平衡有关权利的行使和任何对立的法律利益，而这一平衡并不取决于或至少不以任何特别方式取决于行为者在其中运营的组织框架。¹⁶

2. 判决概要

(1)即便结合基本权利的间接横向效（mittelbare Drittwirkung）理论，《基本法》第3.1条也不产生客观宪法原则；依据此原则，私人行为者之间的法律关系将一般受制于平等保障。原则上，所有人都有按自己偏好选择的自由，什么时间和谁并在什么场合下愿意形成契约。

(2)然而，在特定情形下，《基本法》第3.1条可能产生针对私人行为者关系的平等要求。《基本法》第3.1条确实具有横向效力，包括私人行为者可依据私法并根据自己的意愿实施户主权（Hausrecht），从组织的大型赛事中排除个人，而这类排除对于相关人参与社会生活的能力造成显著影响，此时《基本法》要求入场对人不加区分都得允许。赛事组织者不得使用自由裁量权，在没有事实理由的情况下把特定人排出于活动之外。

【108】

(3)体育场禁令之下达并不需要证明相关人已经犯罪，证明事实迹象会产生受影响者将在未来造成混乱的考虑即已足够。施加禁令之前，有关当事人必须原则上被给予听证；他们可以请求对体育场禁令提供理由，以允许法律救济。

3. 案件事实

宪法诉愿涉及一个足球俱乐部（初始诉讼程序里的被告）对申诉人下达全国性体育场的禁令。

[1]

¹⁵ Id. at para. 59.

¹⁶ 私有财产和自由言论或集会问题出现于欧洲人权法院（ECtHR）的决定：Appleby and others v. the United Kingdom, Appl. No. 44306/ 98, 6.5.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61080>，其中人权法院否定了下列主张：《欧洲人权公约》第10条（自由言论）和第11条（集会和结社自由）保障的交流权只能在镇中心私人拥有的商场才能得到有效行使。欧洲人权法院频繁引用美国和加拿大在这个方面的判例法，参见第25-32段。

I.

（选自从2018年4月27日第29/2018号新闻稿）

2006年，16岁的申诉人是拜仁慕尼黑足球俱乐部，他在对立球队的体育场观看了一场慕尼黑对杜伊斯堡的足球赛。比赛结束后，一组拜仁慕尼黑球队的球迷和杜伊斯堡球队球迷卷入了口角和肢体冲突，其中包括申诉人，并造成人身伤害和财产损失。后来，包括申诉人在内的大约50人被警方拘留，以获得他们的身份。公诉机关对申诉人以涉嫌暴乱启动调查程序。之后，杜伊斯堡俱乐部根据地方警长的建议，对申诉人实施禁令，禁止他进入德国任何体育场，直到2008年6月。在这方面，杜伊斯堡俱乐部代表德国足球协会（Deutscher Fußball-Bund e.V. - DFB）、联盟协会（Ligaverband）以及所有德甲足球俱乐部，并作为其代理采取行动，因为俱乐部彼此授权作为代理，有权实施这类体育场禁令，以行使所有人的权利并实施户主规则，对进入其各自的足球场馆实施禁令。杜伊斯堡俱乐部在实施体育场禁令过程中，引用了其实施户主规则的权利和德国足协当时有效的“体育场禁令指南”。由于指控被归类为仅涉及次要个人过失的轻罪，刑事调查程序依据《刑事诉讼法典》（Strafprozessordnung - stop）第153.1条而终止。然而，杜伊斯堡俱乐部在没有给予申诉人听证的情况下决定保留体育场禁令。拜仁慕尼黑足球俱乐部接着把申诉人赶出俱乐部，并取消了他的年度会员证。

【109】 申诉人提出诉讼，请求撤销全国性体育场禁令。申请人提交的初步申请被判决超过时效之后，他在上诉程序中修改申请诉求，寻求宣示体育场禁令违法。对事实和法律的初审和上诉以及在联邦最高法院对法律主张的上诉都败诉。

(6)申诉人的宪法诉愿主张他的基本权利受到侵犯，并辩称他被禁止进入体育场的决定只是基于没有可靠理由的怀疑。申诉人主张，鉴于足球对社会生活的绝对重要意义和一般公众及社会对足球赋予的重要性，体育场禁令不仅违背了普通法律，而且侵犯了他的基本权利。在这个意义上，申诉人援引《基本法》第2.1条连同第20.3条，以及第2.1条连同第1.1条产生的一般人格权。 [19]

4.判决理由选译

B.

II.

宪法诉愿不能成立。被挑战的判决已充分考虑基本权利渗透私法（*Ausstrahlungswirkung*）的原则。 [30]

(1)依据宪法适用于受挑战决定的审查标准来自基本权利的间接横向效力理

论 (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*)。 [31]

a)受挑战的判决涉及财产权、占有权的范围相对于私法下第三人权利的私人之间的法律诉讼。根据本院确立的判例法，基本权利可能通过间接横向效力（确立的判例法参见BVerfGE 7, 198 <205 and 206>; 42, 143 <148>; 89, 214 <229>; 103, 89 <100>; 137, 273 <313 para. 109>）。

基本权利一般不在私人行为者之间创设直接义务。但是它们确实渗透私法关系，因而要求普通法院在解释一般法律的时候对基本权利赋予效力，尤其通过私法规定的一般条款和立法未能精准定义的法律概念。这类效力植根于对基本权利规定的宪法价值 (*verfassungsrechtliche Wertentscheidungen*) 之判决，它们以“指导原则”渗透私法（参见BVerfGE 73, 261 <269>; 81, 242 <254>; 89, 214 <229>; 112, 332 <352>）。因此，联邦宪法法院的判例法将基本权利作为“宪法价值的客观秩序”（参见BVerfGE 7, 198 <205 and 206>; 25, 256 <263>; 33, 1 <12>）。在此语境下，基本权利的目的并非将限制自由的干预限于最小程度，而是作为基本价值让同样有资格的权利持有者之间的自由达至平衡。一位权利持有人的自由必须和另一位的自由相妥协。为实现这个目的，有必要根据其交互作用的方式权衡相互冲突的基本权利立场，并按照实践和谐 (*praktische Konkordanz*) 原则达成平衡，实现所有相关人的基本权利在可能范围内被赋予最大程度的效力（确立的案例法参见BVerfGE 129, 78 <101 and 102>; 134, 204 <223 para. 68>; 142, 74 <101 para. 82>）。 [32]

在这个意义上，基本权利间接渗透私法的程度取决于个案情形。要充分赋予基本权利的宪法价值效力，必须在不同权利持有人的自由领域之间寻求平衡。决定性因素包括特定情形产生的不可避免之结果、对立当事人之间的差别、某些社会服务的重要性以及当事人之一所拥有的社会权力地位（参见BVerfGE 89, 214 <232 et seq.>; 128, 226 <249 and 250>）。 [33]

b)…… [34]

(2)受挑战的判决基于《民法典》 (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) 第862、1004条，决定体育场经营者依据私法实施户主规则相对于球迷寻求进入体育场的权利之范围。在此语境下，宪法考虑要求《基本法》第14.1条对私有财产的保障和第3.1条禁止不平等任意对待之保护。 [35]

a)被告在初审中引用了其作为体育场运营者实施户主规则的权利。该权利受《基本法》第14.1条对私有财产的保障之保护。《民法典》第862、1004条以及实施依据私法所有权和占有权产生的户主规则之权利确定了私法领域私有财产的宪法保护形态。在这方面，体育场经营者的权利在民事诉讼中的解释必须依据《基本法》第14.1条考虑财产自由的内容。 [36]

b) 本案原告不能引用《基本法》第2.1条保障的一般行为自由（*allgemeine Handlungsfreiheit*），以对抗被告在初审中主张的财产权。一般行为自由提供了针对国家的防御性权利，可针对任何无理禁止提出，尤其是基于其违反比例原则；在这个意义上，它还可适用于（国家施加的）足球赛期间限制进入体育场的禁令。这彰显了法治的非对称性，公民原则上是自由的，国家则受制于限制，并在干预自由时被要求承担责任。（参见BVerfGE 128, 226 <244 and 245>）然而，一般行为自由的宪法保障并不包括同样一般的宪法价值，在每一项私法争议中保证参与任何类型的自行其是的不确定自由可通过间接横向效力指导私法解释。为此目的，基于一般行为自由参与任何自己主观上喜欢的行为——在本案时观看足球赛——并不能在一般意义上被用来限制组织某类事件的私人行为者的财产权。 [37]

然而，在特定情形下，《基本法》第2.1条提供的保护可扩展到私法关系。【111】 例如它适用于某些类型的典型案例，其中施加的负担特别沉重，或当事方之一被置于结构性不利地位（参见BVerfGE 89, 214 <232>）。另外，《基本法》第2.1条可在个案中作为兜底基本权利（*Auffanggrundrecht*，参见BVerfGE 85, 214 <217 et seq.>）本案的宪法诉愿并不处于任何这类特定类型，其中一半行为自由必须被间接考虑为针对宪法价值的判决……本案诉讼的中心问题时申诉人和被允许进入体育场的人相比受到了不平等对待…… [38]

c) 本案必须考虑《基本法》第3.1条对平等待遇的一般要求，以及与此对立的《基本法》第14.1条的体育场运营者的财产权。 [39]

然而，《基本法》第3.1条并不产生客观宪法原则；根据后者，私人行为者之间的法律关系将在一般意义上受平等保障约束。间接横向效力理论也不能产生达到这一效果的要求。原则上，所有人都有根据自己偏好的选择自由，决定何时、和谁并在什么情境下形成契约关系，以及在这种情形下如何利用自己的财产。这种自由通过立法尤其是私法而受到进一步形塑与各种限制，并在这个意义上还可受到宪法产生的特定要求约束。相比之下，即便《基本法》第3.1条和间接横向效力理论联合解读，也产生不了私人行为者的法律关系在一般意义上受平等保障约束的一般原则。至于注入《基本法》第3.2与3.3条的具体平等权利能否产生更为严格的标准，则超越了本案的审查范围。 [40]

然而，在特定情形下，《基本法》第3.1条可产生和私人行为者之间的关系相关的平等要求。在此争议的全国体育场禁令即构成这种情形。平等对待要求的间接横向效力在此发挥作用，因为基于实施户主规则之权利的体育场禁令单方排除参与赛事；组织者自愿向大量观众开放，而对个人不加区分，但禁令对当事人参与社会生活的能力产生了相当影响。私人行为者通过组织赛事，也承

担了基于宪法的特殊法律责任。他们不得利用自由裁量权，在没有事实依据的情况下将特定个人排除于这类赛事之外——在本案，这种自由裁量产生于实施户主规则的权利；在其他其他情形，它可以潜在产生于垄断或结构性优势地位。本案必须平衡宪法承认的所有权作为法律上的绝对权利，以及由此产生的所有权人实施户主规则的单方面自由裁量权；而所要平衡的原则是《基本法》第14.2条的财产权对公共利益产生社会责任（Sozialbindung des Eigentums），以及对于普通法院有约束力的渗透私法的平等待遇保障。 [41]

在事实方面，这还赋予《经济、社会、文化权利国际公约》第15.1(a)条的参与文化生活权利赋予效力（1976年1月3日生效，UNTS vol. 993, p. 3, Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt - BGBl*] II p. 428；关于对每个人开放的体育赛事，参见Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 21 [2009], 43rd session, UN Doc E/C.12/GC/21, paras. 13 and 16）。 [42]

d)…… [43]

(3)在审查基于私法的实施户主规则权而发布的体育场禁令过程中，解决所有权和平等待遇原则之间冲突的主要责任在于民事法院。在这方面，法院享有广泛的权衡空间。只有在基于对相关基本权利的意义发生根本错误的理解而产生明显解释错误的情况下，联邦宪法法院才会干预。（确立的判例参见BVerfGE 34, 269 <279 and 280>; 85, 248 <257 and 258>; 110, 226 <270>）在这方面，民事法院是否在其判决中直接援引基本权利，还是通过基于普通法律的考虑连同私法解释的确立原则而对这些价值赋予效力，从而使法律秩序对进一步发展更为开放，在此并不相关。最终相关的是基本权利所体现的价值是否得到充分考虑。 [44]

a)因此，民事法院必须保证，以平等待遇原则为视角，体育场禁令并非任意施加，而是基于事实根据。法院尤其有义务进一步说明如何对以下因素实现必要的平衡：以实施体育场禁令的事实情形为视角的财产权、禁令想要实现的效果以及当事人的责任。如果对一个人产生未来扰乱的风险之考虑确有确凿依据，而法院已经认为其为体育场禁令提供了充分事实依据，那么这并不违宪。在此意义上，先前的刑事犯罪或违法行为并非必要条件，因为体育场的运营者有正当利益保证足球比赛不受干扰地进行，并为运动员和公众的安全承担责任。只要通过具体和已被证实的具有足够分量的事实，证明受措施影响的各人可能会产生未来扰乱的顾虑，即已足够。这也符合其他领域的私法：如有合理怀疑依据，即允许实施制裁…… [45]

b)要求体育场禁令基于事实理由产生了程序要求，尤其是体育场运营者必须作出合理努力，调查案件事实。至少在原则上，这包括在对当事人事实体育

场禁令之前给予听证。另外，如有请求，必须提供决定理由，允许当事人寻求法律救济。 [46]

【113】 承认这类程序保障和私法争议的性质并不矛盾。在当事人自由决定其相互合同义务的私法关系中，确实不存在承认这类保障的依据。如果从一开始就清楚的是，私法领域的判决并不和第三方受保护的权利发生冲突，且这些判决可不考虑其他人而作出，那么至少在一般意义上没有必要设置这类程序保障。然而，如果基本权利产生的平等待遇原则渗透了当事人之间的法律关系，而这要求对服务的剥夺基于正当化理由，那么情况就不同了。如果基于户主规则作出的决定事实上具有惩罚效果，因而要求当事人被提供有效理由，那么就必须符合某些基本标准：当事人必须被给予机会，对针对他们的指控发表看法，并在提交看法的时候及时行使他们的权利。在某些可提供理由的情形下，这并不排除一开始可不经听证而作出决定，当事人可事后被给予听证机会…… [47]

在这方面，相关要求的进一步具体化主要是普通法院的责任……在此过程中，法院必须考虑重大赛事的大规模性质、暴力球迷群体产生的具体威胁以及那些被禁止进入体育场的人之利益。 [48]

(4)基于这些考虑，普通法院受到挑战的判决并不违宪。相关的审查对象是联邦最高法院在上诉程序中对法律要点的判决，它作为终极判决维持了初审和上诉法院的先前决定。 [49]

a)联邦最高法院认定，体育场对申诉人的禁令基于事实依据，因而是合法的。相关考虑符合与《基本法》第3.1条横向效力相关的宪法要求。 [50]

aa)联邦最高法院在其推理部分并不支持下列观点，即赛事组织者可按其自由裁量决定是否实施体育场禁令；相反，联邦最高法院要求这类禁令必须基于事实依据。根据联邦最高法院的推理，在体育赛事上未来骚乱的可能风险构成了这类事实依据。它进一步声明，主张这类风险不得只是基于主观考虑，而必须基于客观事实。 [51]

这些考虑满足以上列出的宪法要求。联邦最高法院确认了申诉人不受任意决定的权利。这项权利来自《基本法》第3.1条体现的价值，并必须在本案的私法关系中被赋予效力；然后，它权衡了这项权利和体育场运营者在自己的体育场按自己的想法尤其是体育场运营者担责的安全措施组织足球比赛的权利。在这个问题上，联邦最高法院承认，在权衡骚乱风险考虑是否理由充分的时候，不能适用“过于严格的标准”；考虑到法院详细说出的重大体育赛事的特别性质，这一方法处于普通法院所享有的权衡边界（margin of appreciation）之内。 [52]

【114】

bb)受挑战的判决符合体育场运营者提出的论点，认定为体育场初始禁令提供理由的事实根据是公诉办公室启动的调查程序，当时还没有得出结论。依据

法律，只有在存在依据事实的初始怀疑（*Anfangsverdacht*）的情况下，才能启动调查程序。既然赛事组织者一般不拥有任何有效的取证手段，他们可在正在进行的调查中依赖安全部门的判断。在此语境下，联邦最高法院还确认了德国足协《体育场禁令指南》第4.3条合法，且作为联盟内部规制提供了合理的指导标准。 [53]

这一判断符合宪法。联邦最高法院明确指出，这并不解脱赛事组织者审查针对当事人的指控可靠性之义务，因而排除了以显然任意的方式或基于错误事实假定启动的刑事程序。然而，允许体育场运营者在调查程序尚在进行中依赖公诉机关或警察的判断，并非不合理。由于体育场运营者有合法利益为保证安全而尽早采取措施，不能要求他们等到调查结束再采取行动。 [54]

cc)另外，联邦最高法院判决，之后调查程序的终止并不撤销体育场禁令的事实根据。尽管在依据《刑事诉讼法典》第153条终止程序之后，并不能推定申诉人本人从事过任何刑事犯罪，当时的情形不仅引起了对刑事行为的初步怀疑并导致调查程序的启动，而且也产生了申诉人可能在未来造成更多扰乱考虑；尽管刑事调查终止了，这种担忧仍在持续。申诉人在知情的情况下经常和有暴力倾向并已从事若干暴力行为的群体混在一起…… [55]

联邦最高法院认为这是为体育场禁令提供理由的事实根据，而它并没有错。在这个问题上，法院并没有表面化地认为，即便调查程序终止，也能继续为体育场禁令提供理由。相反，法院是基于下列认定才维持了体育场禁令，而该认定本身足以证明申诉人将造成未来扰乱是有理由的考虑，而不论刑事调查程序是否终止。和旧版 § 6(1) SVRL的内部联盟规制不同，实施体育场禁令的判决既不以举证负担的倒置为先决条件，也不纯粹基于申诉人未能证明其无辜的主张。相反，体育场禁令是基于对情况的独立评估——当时的情况产生了申诉人可能进一步闹事的考量，而这似乎也是现在适用的德国足协《体育场禁令指南》（参见2014年7月版 § 7(2) SVRL）所规定的标准。至于其他，体育场运营者将其决定基于统一指南的事实更保证了体育场禁令符合统一标准并促进客观公正。 [56]

b)在程序要求上，宪法诉愿也不成立。 [57]

……至少对于未来，现在更新的《体育场禁令指南》规定，当事人有权活动听证，并作为常规，听证必须发生在体育场禁令实施之前。（参见 § 6(1) SVRL）同样根据对《指南》的合理解释，发布体育场禁令的决定必须提供理由，至少在决定受到审查的情况下（参见 § 7(2) SVRL）。对于本案现已过期的特定体育场禁令，申诉人确实有机会在民事诉讼程序中至少事后对体育场禁令发布的理由提出意见，并在这方面得到听证。 [58]

【115】

二、人的尊严——《基本法》第1条

“终身监禁案”

BVerfGE 45, 187

【116】 1. 译者注解

《基本法》第102条绝对禁止死刑，无论战争和平都不例外。《德国刑法典》最严厉的惩罚是终身监禁。¹⁷这一惩罚是针对最令人发指的犯罪，从不同形式的杀人（例如《刑法典》第211、212条定义的“谋杀”，以及致受害人死亡的其他罪行，见第176b、178、239a、251、306c、307、308、309、316a、316c条）到不同方式的叛国（第81、94、100条）。它也被用于惩罚某些国际犯罪，例如种族灭绝、反人类罪和2002年通过的《反国际法罪之法典》的某些战争罪。¹⁸

如其措辞表明，终身监禁可意味着监禁至死。这在人的尊严语境下产生了两个问题。一是和理解人的尊严相关。把人的尊严理解为从其推演出来的一系列特别指明的权利之核心，在本质上意味着《基本法》保障的所有权利都有一个尊严核心。这些权利之一是第2.2条规定的迁徙自由。如果人被判处监禁，这项权利显然受到严重限制。然而，如果一个人被判处终身监禁，且这确实意味着监禁至死，那么迁徙自由权将事实上荡然无存。这部符合《基本法》第1.1条的规定：每个人都分享人的尊严之保护，即便令人发指的罪犯也不例外；他的尊严必须受到保护，人的尊严不能荡然无存。

因此，宪政法院在这项判决中指出，终身监禁不得被解读为监禁至死。每个人必须保留重获自由的可能性，而这一“自由希望”不能只是对将来某个时间的大赦或行政赦免的模糊期望。在实践中，这意味着15年刑期之后，囚犯必须或者得到缓刑释放（《刑法典》第57a、57b条），或者设置审查过程，对囚犯状态及其获得缓刑释放的可能性进行周期性审查。

如果终身监禁被解读为监禁至死，产生的第二个问题和《基本法》第19.2条有关。它规定：“在任何情形下，基本权利的本质皆不得受到侵犯。”第

¹⁷ 德文版见 <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>，英文翻译见 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html。

¹⁸ 德文版见 <http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/BJNR225410002.html>，英文翻译见 <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/statutes.htm> (<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>)。

19.2条要求，如果对权利的某些限制可获得理由，权利的某些剩余部分必须永远保留，权利不得在整体上“被限制没了”。把终身监禁解释为监禁至死将完全消灭自由权。第19.2条和所有权利的尊严核心之间存在显而易见的联系。【117】

在一种情况下，“尊严核心”方法更难成立。毫无疑问，警察在某些情况下可以使用致命武力，例如在绑架人质情形下，杀死绑架者可能是解救人质的唯一途径。可以主张，这种措施必然剥夺了绑架者的生命权，这项权利荡然无存。然而，从尊严视角来看重要的是，行为者在这种情势下总是对情势具有某种控制。例如绑架者可以放弃并释放人质。是否停止并从犯罪行为中撤出，取决于他自己。绑架者是主角，是事件发展的主体，而不只是政府行为的客体，因而他的尊严没有受到影响。但是从生命权和第19.2条的角度看，事情更为复杂；或者只能把它被解释为“不可触碰的核心”原则之例外，或者必须把权利解释为超越个人组成部分，并主张杀死绑架者只影响了一个人，而未影响所有其他人的生命权。

2.判决概要

(1)对谋杀罪的终身监禁（《刑法典》第211条）在符合以下要点的前提下符合《基本法》。

(2)根据现有科学发现，并不能证明终身监禁之执行必然会对人的心理或生理健康产生不可修复的伤害，进而证明对人的尊严（《基本法》第1.1条）之侵犯。如果终身监禁的执行符合刑法并考虑目前的授予大赦实践，即构成侵犯尊严。

(3)只有被判决的罪犯总体上存在以后重获自由的可实现选项，才能保证终身监禁的执行符合人道主义。只是获得大赦的可能性是不够的。法治原则要求出台立法规定，以决定中止执行终身监禁的要求及其适用程序。

(4)如果“肆意残忍”的杀人和为了掩盖另一项犯罪而杀人被认定为《刑法典》第211.2条的谋杀，这并不违反《基本法》。但这一定性要求该条款受到严格解释并符合比例原则。

1977年6月21日第一庭判决，1 BvL 14/76.

【118】

3.案件事实

本案源自威尔登（Verden）城的地区法院案件。被告Detlev R.是一名警察和药贩。他的一个顾客是Guenter L.，一位勒索了被告并要求免费毒品的瘾君子。被告假装配合，并安排到访Guenter L.的住所。被告实际上给了他索求的毒品，但是在他忙着准备注射的时候，对其头部近距离连开三枪，致其不治身亡。

威尔登地区法院将本案提交到联邦宪政法院。提交理由是威尔登法院认为，《刑法典》第211、212条分别规定的谋杀和过失杀人不符合《基本法》第1.1条的人的尊严条款。对于为了满足性冲动的杀人、贪欲导致的杀人、为掩盖其他罪行的杀人以及一般意义的极端残忍杀人等，关于谋杀和过失杀人的法条都规定了终身监禁。威尔登法院具体主张，终身监禁可被证明在20年内摧毁一个人。地区法院概述了过长刑期如何把人变成一座精神和生理废墟，并得出结论：把罪犯永久性地排斥于社会之外将摧毁他的心理，因而立法者在通过《刑法典》第211、212条的时候违背了《基本法》第1.1条要求其尊重人的尊严之责任。问题是在某些极端杀人情形下允许终身监禁的立法是否符合《基本法》第1.1条，它要求国家有义务尊重与保护人的尊严。

4.判决理由选译

C.

I.

终身监禁的判决是对一个人基本权利的非同寻常的严厉剥夺。在处罚清单上，这一惩罚是对《基本法》第2.2条规定的不可侵犯的人身自由权最具有侵入性。

.....

在实施这一处罚过程中，国家不只是限制了《基本法》第2.2条保障的基本权利，而且牵涉到《基本法》保障的众多其他权利，具体取决于个案。因此，涉及的宪法问题相当重要。

事实上，《基本法》第2.2条规定的人身自由可被议会立法所限制。然而，议会制定立法的自由在诸多方面受宪法限制。

在行使其权力过程中，立法机构必须同时考虑作为宪法秩序最高价值的人的尊严不可侵犯（《基本法》第1.1条）和其他宪法原则，尤其是平等原则

【119】（《基本法》第3.1条）、法治和社会国体（《基本法》第20.1条）。

既然个人自由已经是法律保护的高度重要对象，只能基于确实令人信服的理由才能受到限制，任何终身剥夺自由都要求依据比例原则进行特别严格的审查。

.....

II.

(1)《基本法》的宪法原则包括对人的尊严之尊重与保护。自由人格及其尊严乃是宪法秩序的最高价值（参见BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 30, 173 [193]; 32, 98 [108]）。国家的所有形式都有责任尊重并保护之。

这基于如下观念：作为精神与道德存在，人被赋予自由决定与发展自身的权利。在《基本法》的意义上，这项自由并非是孤立与自我中心的个人自由，而是与社团相关并受其约束的个人自由。（参见BVerfGE 33, 303 [334]）在这种社团约束下，自由不能“在原则上无限”；然而，个人自主权必须获得保护（参见BVerfGE 30, 1 [20] - “Eavesdropping”）。这意味着国家必须原则上承认个人在社会中具备同等价值。在法律的所有领域，“人必须永远作为目的本身”这句话都有无限效力；永远不得剥夺的作为人的尊严尤其意味着，他必须被承认为对自己承担责任的人。

在维持正义要求最高的刑法领域，《基本法》第1.1条决定了对刑事制裁的性质以及罪和赎罪关系之理解。无罪不罚（*nulla poena sine culpa*）的基本原则具有宪法规范的地位（BVerfGE 20, 323 [331]）每一项刑罚必须和犯罪严重程度及罪犯的罪过成公平关系。（BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 seq.]）。尊重人的尊严之命令尤其意味着，不得允许残忍、非人和有损人格的惩罚（BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]）。罪犯不得被降格成仅仅是国家打击犯罪的对象，侵犯其受宪法保护的获得社会价值与尊重的权利（BVerfGE 28, 389 [391]）。必须保全人的个人和社会存在的基本前提。从《基本法》第1.1条及社会国体原则，可以推演出国家有义务允许每个人至少最低存在水准，以孕育人的尊严，而在执行刑事处罚时尤其如此。如果国家强制剥夺一个人的自由，而这个人连重新获得自由的可能性都没有，那就不符合以这种方式认知的尊严观。

在讨论过程中，我们永远不能无视这个原则：人的尊严并非可有可无。然而，对必须尊重人的尊严之承认不能割裂于它的历史发展。刑法的历史清楚表明，更轻的惩罚取代了在性质上更严酷的惩罚，且未来的潮流是从更野蛮走向更人道、从更简单走向更多元的惩罚形式。因此，对于什么是维持人的尊严必要条件之决定必须基于我们对它的现时理解，而非任何永恒有效的观念。

【120】

(2)如用这些标准来衡量终身监禁的性质和效果，那么第1.1条并未受到侵犯……

c)在这个事实背景基础上，宪法审查必须实施谦抑原则（BVerfGE 37, 104 [118]; 43, 291 [347]）。联邦宪政法院确实有义务保护基本权利不受立法者的侵犯。因此，本院在审查过程中不受立法者的法律理解之约束。然后，如果立法者的权衡和实际判断对于宪法审查而言具有重要性，那么本院作为原则仅撤销那些可能证伪的判断。但即便在审查严重干预基本权利的案件中也可以看到，解决事实权衡的不确定性之负担在于基本权利的持有者。在联邦宪政法院驳回《基本法》第1.1条保障的不可侵犯的人之尊严受到侵犯的主张时，这一决定主

要因为以下理由。

aa)终身监禁通过量刑的合理执行即获得宪法上必要的补充。即便对于终身监禁的个案，刑事制度仍有义务促进囚犯回归社会，维持其发挥作为人的功能之能力和意愿，并减少失去自由造成的伤害后果，尤其要防止人格的一切变态和扭曲。这些执行刑事制裁的责任是建立在宪法基础上的，直接来自《基本法》第1.1条保障的人的尊严之不可侵犯。如果刑事机构履行了这些义务，那么这些机构就会对防止威胁改变囚犯的人格作出实质性贡献。

今天，德意志联邦共和国对刑事处罚的执行已经不是简单的使之丧失能力。权力部门而是尝试以治疗实现执法，目标是让罪犯重新融入社会。这项政策符合本院的先前决定。本院数次坚持：我们把人的尊严确立为中心，并使自身诉诸于社会正义原则；在任何这类社团中，囚犯的回归乃是宪法要求。囚犯回归的权益来源于第1条和第2条第1款。在赎罪之后，受到惩罚的罪犯必须被给予机会以重返社会（BVerfGE 35, 202 [235 seq.] - Lebach; 36, 174 [188]）。国家有责任采取所有可能的必要措施，来实现这项目标。

如果假设即便被判处终身监禁的罪犯也必须原则上被给予重获自由的可能性，那么他还必须有权为重返社会做好准备，即便他只有在长期为自己的犯罪赎罪之后才有自由生活的可能（BVerfGE 40, 276 [284]）。即便在这种情形下，处罚的执行仍可确定日后获释的前提条件，并未囚犯重新融入社会提供便利。

.....

bb)经验数据表明，终身监禁的完全服刑是罕见例外。除了在重新融入社会的预期负面或判决的持续执行对于维护公共安全有所必要等少数情形，绝大多数被判处终身监禁的罪犯都获得假释。这种做法显著限制了囚犯人格发生严重变态的可能性。对各州假释管理的总结性研究表明，在过去30年，702名被释放的终身监禁的囚犯中，极少（48人）在10年内被释放，服刑30年的极长期刑后被释放的也极少（27人）。绝大多数假释发生在判决之后的15-25年之间。

III.

.....

(4) a)从第1条第1款的至高点和法治原则来衡量终身监禁的合宪性表明，囚犯必须被给予具体和现实的机会在以后重新获得自由；只有这样，才有可能人道地实施终身监禁。如果不考虑其个性发展来对待囚犯，并永远剥夺他获得自由的一切希望，那么国家就打击了人的尊严之核心。在未来某个时间点重新获得自由的希望是终身监禁在本院理解的人的尊严意义上可被承受之前提，惟其如此才符合宪法要求，而有关授予大赦的法律条款并不足以保障这一希望。

.....

b)司法部1974年对《刑法典》第15修正案的草案体现了本质上新的趋势。这部草案规定，终身监禁的刑事制裁之执行可以在判决的适当部分被执行之后——草案建议12-15年，在犯人的同意下以假释形式中止执行，以观后效并检验犯人是否会停止犯罪。审查委员会应决定是否释放犯人，这一决定受制于高等上诉法院的批准。草案的前沿声明，在某些条件下，仍有可能实施终身监禁。在目前的处罚清单中，终身监禁时最严厉的处罚，并在对于保护公共利益有必要的情况下仍应施加。只要对于保护公共利益有必要，国家理应不仅判处这一刑罚，而且执行之。但经验证明，全程执行终身监禁对于保护公共利益而言未必总有必要。对于最经常被判处终身监禁的谋杀，相当数量的罪犯很可能不会再犯杀人罪。在这种情况下，如果可以设立积极的社会矫治，终身监禁即难有正当理由。另外，长期连续的丧失自由是非同一般的生理和心理负担，会对囚犯的人格产生显著伤害，而这一事实为释放的可能性提供了良好理由。最后，如果囚犯一开始就被剥夺回归自由的一切机会，那么终身监禁的判决即不能以人道方式得到执行。事实上，目前的规则不再要求犯人全程服刑。然而，对于犯人能否获得假释的个案决定并非令人满意的解决方案。在其1972年3月16日的决议中，州的负责官员正确注意到，实施大赦的统一实践并非纠正现行法律的有效方案。【122】

IV.

如果议会决定对杀人这样的最严重犯罪施加终身监禁，那么它并未违背惩罚必须合理适当的宪法要求（BVerfGE 28, 386 [391]）。

.....

c)在授予大赦的实践和关于中止惩罚的现有立法之下，施加终身监禁和基于宪法的人性复原（rehabilitation）概念并不冲突。被判处终身监禁的杀人犯在服刑一段时间之后，通常有机会获得释放。

.....

但是对于对社会仍有威胁的罪犯，复原目标可能永远得不到实现。罪犯的特殊个人状态而非终身监禁判决本身，可能排除成功的人性复原。

.....

V.

第1.1条、第1.2条连同法治原则要求，犯罪要件及其后果必须以合理方式得到协调，以符合正义观念（参见BVerfGE 20, 323 [331]; 25, 269 [286]; 27, 18 [29]）。因此，拟施加的惩罚必须按正当考量，和罪犯的犯罪行为及其过错相称。【123】

.....

尤其在这个语境下，就产生了一个问题：比例原则是否可以要求对“极其残忍的杀人犯”或“为了掩盖其他罪行”而谋杀的案件判处除终身监禁之外的刑罚。这个问题在此特别相关，因为除去谋杀（《刑法典》第211条）和种族灭绝（《刑法典》第220a.1条第1款），议会通常授权受理法院判处一定范围的惩罚。在这个范围内，它可以根据《刑法典》第46条规定的量刑标准，确定具体案件的惩罚幅度。

.....

在特定情形下，《刑法典》第211条的适用确实可能对犯人产生过重负担。但本庭的意见是，本案所考虑的谋杀并不属于这类情形。然而，过重负担标准仍然可适用于犯罪行为并不特别严重的案件。

“航空安全案” BVerfGE 115, 118

1. 译者注解

关于《航空安全法》的决定是在2001年纽约和华盛顿的9/11袭击事件后，涉及致力于安全问题的立法工作的若干决定之一。根据《基本法》，只要行政行为可能潜在侵犯受《基本法》所保障的个人权利，任何这类行为都需要一个法定的法律依据。然而，如果击落这架飞机是防止它被用作武器攻击地面建筑、从而危及多人性命的唯一方法，当时并不存在授权这一措施的法定权力。新的《航空安全法》¹⁹旨在填补这个被发现的空白，但立即在宪政法院的宪法诉愿程序中受到挑战。法院基于两条主要理由撤销了该法令。

首先，法院认为，在共和国领土内动用武装力量没有宪法授权。武装力量——即军队——的动用受《基本法》严格管制，仅限于保护共和国免受武装袭击，以及作为北约或联合国这类集体自卫组织的一部分进行域外军事活动。国内进行部署和执行任务的唯一可能是依据《基本法》第35.2条和第35.3条，以协助国家警察部队应对“严重事故”以及“自然灾害”。法院将这种支援限制于警察部队可自行采取的措施，而飞机的击落并不属于该措施之一。

第二，抛开该法案已因缺乏宪法权威而违宪的事实，法院还提及到了基本权利方面。击落一架载有“无辜”乘客的飞机显然涉及了受《基本法》第1.1和第2.2条保证的生命权和人的尊严。击落一架客机会本质上将无辜的乘客单

¹⁹ Luftsicherheitsgesetz, BGBl I, 页78 (2003).

为该决策的物件，缺乏任何权利，无论程序性还是其他性质的。击落的命令将等同于命令他们牺牲自己的性命从而保护其他人的性命。这本质上将意味着国家机关认为某些性命——即地面上的性命——比飞机中的性命更加珍贵。

关于登机的乘客（在9/11之后）已熟悉这类风险并默许被击落的论点，法院并未被其说服，并视该论点为纯属虚构。法院还驳回了以下论点：即使飞机没有被击落，乘客们也依旧会在飞机撞击目标时死亡，所以飞机乘客无论如何都会死亡。在人的尊严的背景下，该论点的谬误是显而易见的，因为这会要求国家机关根据剩余寿命的估测作出作出决断，而这些决断又必须在很短的时间内、在具体事实本质上并不确凿的情况下作出。

顺理成章，这些考虑当然不适用于仅由恐怖分子占据的飞机。在这种情况下，飞机上的人员不是单无助的棋子，而是操控事件发展的主体。

2. 判决概要

(1) 《基本法》第35.2条第2句和第35.3条第1句直接授予联邦颁布条例的权利，以依法规定为控制自然灾害和在发生特别严重事故的情况下部署武装力量并与受影响的州合作之细节。《基本法》第35.2条第2句所指的“特别严重事故”的概念中还包含着预计会近乎肯定发生灾难的事件。

(2) 《基本法》第35.2条第2句和第35.3条第1句不准许联邦为控制自然灾害和发生特别严重事故的情况下命令武装部队使用军事武器执行任务。

(3) 《航空安全法》（Luftsicherheitsgesetz - LuftSiG）第14.3条授权武装部队直接动用武装力量，击落一架被意图用于危害人类生命的飞机；如果这会涉及机上并未参与犯罪的人员，这一授权不符合《基本法》第2.2条第2句所规定的生命权以及《基本法》第1.1条所保证的人的尊严。

【125】

3. 案件事实

《航空安全法》授权武装部队直接使用武装力量，击落一架被意图用作武器以危害人类生命犯罪的飞机。宪法诉愿挑战这一授权。

在2002年9月15日与2003年1月5日发生的事件导致议会采取大量措施，旨在防止对民用航空的非法干扰、整体加强民用航空的安保，并保护其免受以下迫切危险，即有些人为了达成与航空交通无关的目标而霸占并滥用飞机。

2002年12月16日，欧洲议会和欧盟理事会通过了第2320/2002号条例（经2004年4月29日第849/2004号条例修订）（Official Journal of the European Communities (OJ) L 158 of 30 April 2004, p. 1），第2320/2002号条例确立了民用航空安全领域的共同规则（OJ L 355 of 30 December 2002, p. 1）。德意志联邦

共和国已经采取了事实和法律措施，旨在加强空中交通的安全并保护其免受攻击。

自2003年10月1日起，在莱茵河下游建立的“国家航空安全中心”（Nationales Lage- und Führungszentrum “Sicherheit im Luftraum”）开始运作。该中心旨在作为中央信息枢纽，确保联邦和各州负责航空安全问题的所有当局进行协调、迅速的合作，以保障德国领空的安全。在国家航空安全中心，联邦武装部队、联邦警察和德国空中交通管制（Deutsche Flugsicherung）的成员对空域进行勘察。该中心的主要功能为解除来自所谓叛变飞机的危险，该类飞机是指被人控制并滥用作为武器针对特定对象进行坠机的民用飞机。一旦一架飞机被归类为叛变飞机——无论是被北约还是国家航空安全中心本身——在德国领空解除该危险的责任在于德意志共和国的主管当局。

【126】在其宪法诉愿中，申诉方直接挑战《航空安全法》，主张该法允许国家故意杀害在犯罪中是受害者而非罪犯的人。申诉方提出，在《航空安全法》所指定的条件下，第14.3条对击落飞机的授权侵犯了受害者受《基本法》第1.1条、第2.2条第1句和第19.2条所保障的权利。

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可被受理。

.....

C.

宪法诉愿根基确凿。《航空安全法》第14.3条与《基本法》第2.2条第1句、第87a.2条、第35.2条、第35.3条和第1.1条不合符，并无效。

I.

《基本法》第2.2条第1句保证作为自由权利的生命权（见BVerfGE 89, 120 [130]）。在此权利的保护下，每个人自出生至死亡，无论其生活状况、生理状态与精神状态如何，其生物性与物质性的存在免受国家的侵犯。由此而言，每个人的生命都具有相等的价值（见BVerfGE 39, 1 [59]）。虽然该权利构成了《基本法》中的一条终极价值（见BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 49, 24 [53]），但它仍受制于《基本法》第2.2条第3句下具体立法的宪法规定。因此，生命基本权可以根据议会正式法案被侵犯。然而，其前提是这一法案在各个方面上都符合《基本法》的要求。该法案必须根据立法权限通过；该法案必须根据《基本法》第19.2条，完好无缺地保留生命基本权的精髓，不可以在其他任何方面上与宪法的基本决定有所矛盾。

II.

被挑战的《航空安全法》第14.3条并不符合这些标准。

(1)它侵犯了《基本法》第2.2条第1句对下列人员保障的生命基本权利，即受《航空安全法》第14.3条运作之影响的飞机上的机组人员、乘客以及该规定意义上那些想利用飞机危害人民生命的人。根据《航空安全法》第14.3条而授权直接动用武装力量以击落飞机，几乎必然会导致飞机的坠毁，而坠毁的结果几乎必然是机上所有人的死亡，即生命之摧毁。

【127】

(2)这一侵犯生命基本权的行为缺乏任何宪法上的正当理由。从形式上看，《航空安全法》第14.3条无法以联邦的立法权为基础(a)。除此之外，在实体上，该条款违反《基本法》第2.2条第1句，因为它不仅影响到那些想滥用飞机作为武器的人，也影响到那些对造成条款所推定的重大空难并不负责的人(b)。

a)联邦缺乏颁布这条被挑战的法规的立法权限。

aa)《航空安全法》第14.3条属于《航空安全法》第三部分的法规之一。这一部分的标题为“武装部队的支援与行政援助”，由此表明《航空安全法》第13至15条所规定的武装部队的部署并非主要履行联邦的自主职能，而是在“行使警方力量”和“支援各州警察部队”（《航空安全法第13.1条》）的情况下提供援助，其职能由各州承担。这类支援的提供依照《基本法》第35.2条第2句和第35.3条的思路，规定于《航空安全法》第13条第1至3款。这些条款无可争议地属于《基本法》规制的一部分，在《基本法》第87a.2条意义上明确授权在国防之外动用武装力量（见Bundestag document V/2873, p. 2 under B in conjunction with pp. 9-10; 关于《基本法》第35.3条，见BVerfGE 90, 286 [386, 387]）。因此，在规定其相应权限的《基本法》第73条第1款意义上，《航空安全法》第14.3条和该法第三部分的其他规定一样，与国防无关（关于航空安全职能新规制的法案草案在其说理部分提出了不同的意见，参见Bundestag document 15/2361, p. 14; 另外参见例如《联邦行政法庭》，Die Öffentliche Verwaltung - DÖV 1973, p. 490 [492]）。另外，国民保护领域已涵盖于“国防”权能，因而并无相关性。

根据《基本法》第73条第6款，《航空安全法》第14.3条也无法以联邦对航空交通的立法权为依据。这里无需决定联邦是否可以在《基本法》第73条第6款的框架内，在比目前更大程度上接管警察权力领域的职能。依据《航空安全法》第13至15条的设计，该法涉及各州所提供的警方援助。该条例的目的是确定联邦地区的程序以及与各州的合作，并决定武装部队的作战装备，以便在武装部队受各州警察部队支配的情况下，支持他们化解重大空中事件造成的危险。因此，它们是在《基本法》第35.2条第2和第3款的框架下执行部署武装部

【128】 队的条例。联邦在这方面的立法权并不来自于《基本法》第73条第6款（联邦政府对该法案的理由也有说明；见Bundestag document 15/2361, p. 14）。反之，联邦与有关州合作，为处理地区性或地区间的紧急状况而决定其武装部队部署细节的法规权限，直接来自《基本法》本身的第35.2条第2和第3句。

bb)然而，因为《航空安全法》第14.3条不能与《基本法》规定的有关武装部队的宪法框架相协调，所以该条款不属于联邦的这一权限范围。

aaa)根据《基本法》第87a.1条第1款的规定，武装部队由联邦建立用于国防目的，其部署受《航空安全法》第13至15条的约束。根据《基本法》第87a.2条，他们只能在《基本法》明确允许的范围内被用于其他“除国防外”的目的。这一规定是在1968年6月24日《第十七项修改基本法的法案》（Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Federal Law Gazette I p. 709）将紧急宪法纳入《基本法》的过程中制定的，旨在防止部署武装部队成为行政权力的一种手段，“从事物的本性中”获得“不成文的……权限”（联邦议院法律事务委员会在其关于紧急宪法草案的书面报告的声明，Bundestag document V/2873, p. 13）。因此，对《基本法》第87a.2条的解读和实施具有决定性意义的是，通过严格遵守法规的措辞来限制联邦武装部队在国内领土上部署的可能性的目标（见BVerfGE 90, 286 [356, 357]）。

bbb)这一目标也决定了《基本法》第87a.2条意义上的规定之解释与适用，这些规定部署了《基本法》明确规定的国防以外目的的武装力量。如前所述，它们包括《基本法》第35.2条第2和第3句的授权；依据此授权，《航空安全法》第13至15条旨在服务于控制重大航空事故和与之相关的危险。根据《基本法》第35.2条第2句，在地区性紧急情况发生时，受影响的州可以请求武装部队进行部署并提供设施支援，以应对自然灾害或特别严重事故。根据《基本法》第35.3条第1句，若地区间的紧急情况危及到大于一个州的区域，各州无需提出这类请求。相反，在这种情况下，若该措施对于有效处理紧急情况不可或缺，联邦政府可以自行动用武装部队来支持各州的警察部队。该权利不包括联邦边防军的动用；

【129】 根据2005年6月21日的一项法案（Federal Law Gazette I p. 1818），联邦边防军已改名为联邦警察。

ccc)《航空安全法》第14.3条授权武装部队直接针对飞机使用武装力量，这不符合上述规章。

1)《基本法》第35.2条第2句禁止了在地区性紧急情况下武装力量的直接动用。

(a)然而，在宪法上无可争议的是，《航空安全法》第14.3条与《航空安全法》第13.1条和第14.1条相联，旨在通过动用警力，以防《基本法》第35.2条第

2款规定下特别严重事故的发生；该事故作为重大航空事故的后果，是迫在眉睫的现实危险。

(aa)《基本法》第35.2条第2款与第13至15条意义上的特别严重事故一般是指严重损害的发生，如严重的航空或铁路事故、影响到公众利益的基本服务部门的停电事故或核电站事故。该类事故因其重要性而格外影响到广大群体，并且是由人类的错误行为或技术缺陷而造成的（沿着这条路线，见1988年11月8日联邦国防部长关于德国武装部队在发生自然灾害或特别严重的事故以及在紧急援助的情况下，提供援助的准则的A部分第3条（Richtlinie des Bundesministers der Verteidigung über Hilfeleistungen der Bundeswehr bei Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen und im Rahmen der dringenden Nothilfe, Ministerialblatt des Bundesministers für Verteidigung - VMBI p. 279）。对于特别严重事故概念的这一理解在宪法上无可厚非，也包括了本案中所指的事件。

(bb)根据《航空安全法》第14.3条的措施所针对的飞机坠毁是有意造成之事实，并不违背《基本法》第35.2条第2句的适用。

根据通常的用法，人为事件也很容易被理解为意外事故。有观点认为《基本法》第35.2条第2句的规定与此背道相驰，意在将本概念限制于非故意或过失造成的事故，因此不包括人为引发的故意事件。该观点是无法从条款的措辞中或与该法有关材料中被推断出的（见Bundestag document V/1879, pp. 22 et seq.; V/2873, pp. 9-10）。《基本法》第35.2条第2款的含义和目的是使有效的灾害控制也能通过武装力量的部署来实现，并且支持对“事故”的概念进行广义的解读（参见Bundestag document V/1879, pp. 23-24）。因此，长期以来，国家实践一直正确地认为由第三方故意造成的损害发生也应被视为特别严重的事故（分别见1973年5月22日联邦国防部长关于德国武装部队在发生自然灾害或特别严重事故以及紧急援助情况下，提供援助的命令第3条；Erlass des Bundesministers der Verteidigung über Hilfeleistungen der Bundeswehr bei Naturkatastrophen bzw. besonders schweren Unglücksfällen und dringende Nothilfe, Ministerialblatt des Bundesministers für Verteidigung p. 313；以及1977年12月17日的相应指导方针，Ministerialblatt des Bundesministers für Verteidigung 1978 p. 86）。

【130】

(cc)根据《航空安全法》第14.3条采取的行动在《航空安全法》第13.1条意义上的重大空中事故已经发生时执行命令，但其后果——应直接使用武装力量防止的特别严重事故本身（见航空安全法第14.1条）——尚未发生，这在宪法上也并无不妥。《基本法》第35.2条第2句并不要求，需派遣武装部队而控制的

特别严重事故已经发生。相形之下，紧急事故这一概念包含了预计灾难几乎肯定会发生的事件。

从《基本法》第35条第2款第2句中无法推断出，在自然灾害和特别严重事故的情况下，武装部队的援助部署在开始部署时有所不同的旨意。然而，就自然灾害而言，根据联邦国防部长的援助准则（见1988年11月8日准则的A部分第2条），这一概念也涵盖了迫在眉睫的危险情况（例如见Bauer, in: Dreier, Grundgesetz, vol. II, 1998, Article 35, marginal no. 24; Gubelt, in: von Münch/Kunig, GrundgesetzKommentar, vol. 2, 4th/5th ed. 2001, Article 35, marginal no. 25; von Danwitz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 5th ed., vol. 2, 2005, Article 35, marginal no. 70）；这意味着该概念也包括了在危险没有被及时化解的情况下，迫在眉睫的危险会几乎肯定地造成伤害的危机情况。至于特别严重事故，这一概念的涵盖范围不可与自然灾害的涵盖范围有所分歧，因为特别严重事故和自然灾害之间不能时时刻刻都划分出一条明确的分界线；同时，临近的危险与已造成的伤害之间的过渡可能在每例情况下是不同的。《基本法》第35.2条第2款的含义和目的是使联邦能够在各州的活动范围内提供有效的援助，并允许在时间方面以同样的方式处理以上两种灾害，即在这两种情况下，不可以等到导致损害发生的危险的发展已圆满完毕时才进行处理。

根据《基本法》第35.2条第2款的规定，请求武装部队在发生自然灾害和特别严重事故情况下的部署旨在“提供援助”，而这一事实并不必然表明相关损害的发生必须已经发生。该条例措辞的含义同样可被理解为，若在考虑所有可能性后，损害的即将发生显而易见，即如果存在警察法意义上迫在眉睫的危险，那么请求并派出援助的条件已得到满足。这显然是根据《基本法》第35.3条第1款作出的假设，它追溯到《基本法》第35.2条第2款：在自然灾害或事故“危及”一个以上州的情况下，联邦政府的权限受到了扩大。如同这里的区域间紧急情况一样，根据《基本法》第35.2条第2句的规定，在地区紧急情况下，迫在眉睫的危险的存在也应该满足武装部队部署的条件。

因此，关于德国武装部队在发生自然灾害或特别严重事故时以及在紧急援助背景下提供援助的准则，联邦国防部长已经正确地假定，武装部队不仅可以根据《基本法》第35.3条“在区域间危险的情况下”部署，而且可以根据《基本法》第35.2条第2句“在区域危险的情况下”部署（因而有最近的1988年11月8日准则的A部分第4条）。这必然排除了特别严重事故必须已经发生的假设。

(b)然而，一个涉及直接动用武装力量针对飞机的任务之所以触犯了《基本法》第35.2条第2句之界限，原因在于该条款不允许武装部队为控制自然灾害或在特别严重的事故中使用军事武器执行任务。

(aa)《基本法》第35.2条第2句提及的“援助”之所以提供于各州，是为了使它们能够有效地履行其处理自然灾害或特别严重事故的职能和职责。《航空安全法》第13.1条也正确地假定了这一点。根据该条款规定，部署武装部队是为了支持各州在行使警察权力的情况下和有效处理这类危险必要的范围内，防止特别严重事故的发生。由于援助的目的是为了履行属于各州警察当局的职能，根据该法的推理，该职能不应受到《航空安全法》第13至15条的侵犯（见 Bundestag document 15/2361, p. 20 on s. 13），这也必然决定了在雇用武装部队提供援助时可以使用的资源种类。该资源的种类不能与州警察部队履行职责所需的原有资源种类完全不同。这意味着，当武装部队根据《基本法》第35.2条第2款呼应一个州的请求被派遣“提供协助”时，他们可以使用各州法律为其警察部队所规定的武器。相形之下，不得使用军事武器，例如根据《航空安全法》第14.3条采取措施所需的战斗机机载武器。【132】

(bb)对该条款的这种理解是《基本法》第35.2条第2句的措辞及含义与目的所塑造的，其法律体系中的地位及其立法历史也证实了这一点。根据联邦政府提出的紧急宪法草案，《基本法》第35.2条第2句意义上的地区紧急状态原本意图在《基本法》第91条中与所谓的国内紧急状态一起规定（见 Bundestag document V/1879, p. 3）。该提案的目的是在宪法上使武装部队在国内领土上对公民的部署合法化，并考虑到《基本法》对区域性灾难反应的权限分配（见 Bundestag document V/1879, p. 23 on Article 91.1）。然而，按照有关条例明确措辞的意图，武装部队只能“作为警察部队”使用。因此，联邦政府旨在确保武装部队只能用于履行警察职能，并且只能利用警察法所规定的针对公民的权限（见 Bundestag document V/1879, p. 23 on Article 91.2）。这包括在各州的活动范围内使用武装部队时，应当排除使用特定的军事武器的声明。

诚然，关于部署武装部队“作为警察部队”的限制性措辞并没有被纳入随后的宪法文本，而是根据联邦议院法律事务委员会的建议而被排除；新的文本在不同的事实场景下为了各州利益规制援助，包括《基本法》第35.2和35.3条中武装部队在灾难引起的紧急情况下对各州援助，以及《基本法》第87a.4条与91条中武装部队在处理境内紧急状况时对各州的援助（关于这一点，见 Bundestag document V/2873, p. 2 under B, p. 9 on s. 1 no. 2c）。然而，这并非旨在扩大武装部队可使用的装备的范围以包括典型的军事武器（另见 Cl. Arndt, Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl 1968, p. 729 [730]）。

与此相反，委员会提出的条款与政府提出的草案相比，意在提高军队作为武装力量部署的门槛，并根据《基本法》第87a.4条仅仅允许联邦武装部队以打击军事武装的叛乱分子的部署（见 Bundestag document V/2873, p. 2 under B）；【133】

之后，负责修宪的立法机构在这一领域将其作为自己的提议。这在以下事实中得到了明显的体现：关于在地区紧急情况下部署武装部队的规定被纳入了涉及联邦和各州的《基本法》第二部分，而该规定并没有被纳入涉及战争中武装部队部署规定的《基本法》第八部分。根据创制宪法的立法机构的想法，武装部队依据《基本法》第35.2条第2款为“援助”而进行部署，旨在被明确限定于使其能够履行警察职能的范围内行使授权，采取在处理地区紧急情况下所需的强制性警察措施，例如封锁濒危的设施和财产并进行交通管制（关于第35.2条以及1962年北德洪水灾害的宪法政策背景，见Bundestag document V/2873, p. 10；另见Ruhnau参议员（汉堡，社民党）在1967年11月30日德国第五届联邦议院法律事务委员会和内部事务委员会第三次新闻发布会上的发言，Minutes, p. 8，以及Schmidt议员（汉堡，社民党）在1968年5月16日德国第五届联邦议院第175次会议上的发言，Stenographic Record, p. 9444）。

2) 《航空安全法》第14.3条也与《基本法》第35.3条第1句中关于区域间紧急情况的规定不相容。

(a)然而，在这种情况下，根据《航空安全法》第14.3条和第13.1条对飞机直接使用武力，是用于针对那些想利用飞机危害性命的人故意发起的行动而采取的行为。这在宪法上也是没有异议的。根据《基本法》第35.2条第2句所提供的理由（见上文C.II.(2) a) bb) ccc) 1)(a)），这类故意造成的事故在《基本法》第35.3条第1句的意义上可被视为特别严重事故。由于“濒危”这一要素，该事故的后果尚未全部发生；相反，事件仍然在向灾难发展，因而也不排除《基本法》第35.3条第1句的适用。危险发生于何处以及是否因此满足了区域间危险情况的条件，是每个个案中的问题。如果《航空安全法》第14.3条的条件得到了满足，那这类危险情况涉及多个州的可能性无论如何都是存在的；根据立法机构对状况的评估（见Bundestag document 15/2361, pp. 20, 21, on s. 13），并根据联邦议院和联邦政府提交的意见，这其实是很常见的。

(b)然而，《航空安全法》第14.3条已经遭到宪法上的反对，因为根据《航空安全法》第13.3条，根据第14.3条允许部署的武装部队并不总是要求联邦政府在执行任务之前作出关于任务的决定。

【134】 根据《基本法》第35.3条第1句，只有联邦政府有权明确授权在区域间紧急情况下命令部署武装部队。根据《基本法》第62条，联邦政府是一个合议制的机构，由联邦总理和联邦各部部长组成。如果为区域间救灾目的而部署武装部队的决策权属于联邦政府，那么《基本法》第35.3条第1句便要求合议机构作出决定（见《基本法》第80.1条第1句，BVerfGE 91, 148 [165, 166]）。如果联邦政府作为一个整体拥有决策权，那也是一种对各州利益更有力的保障；如果武

装部队没有接收到受灾各州的请求便直接派遣于该州的权限领域，那么各州将深受影响（见BVerfGE 26, 338 [397]）。

《航空安全法》第13.3条仅在其第1句中体现了这一点。根据该条规定，联邦政府应在与受影响的各州协商后，作出关于《基本法》第35.3条所规定的任务的决定。然而，《航空安全法》第13.3条第2句和第3句规定，如果联邦政府无法及时作出决定，决定权将属于联邦国防部长，或在其需要代表的情况下，属于被授权代表国防部长的联邦政府成员；在这种情况下，立法机构认为这将成为规则常态（见Bundestag document 15/2361, p. 21 on s. 13），既而联邦政府的决定将雷厉风行地得到落实。根据这一规定，在决定区域间紧急情况下的武装部队部署时，联邦政府不但会在特殊情况下，而且会时常被个别政府部长所取代。鉴于《基本法》第35.3条第1句，这也无法以决定的特殊紧迫性为理由。与此相反，一般而言《航空安全法》第13.3条的适用时长仅有片刻。这一事实一目了然地表明，作为一般规则，依照《基本法》第35.3条第1句规定的方式而落实《航空安全法》第14.3条中规定的那类措施将是不可能的。

(c)此外，《基本法》第35.3条第1款规定的有关武装部队的宪法界限已被逾越，因为在区域间紧急情况下，武装部队携带典型军事武器的任务也已违宪。

《基本法》第35.3条第1句与《基本法》第35.2条第2句仅在两个方面有所不同。首先，《基本法》第35.3条第1句要求存在威胁到一个以上州的领土的危险。其次，关于紧急情况的区域间性质，有效处理这种情况的主动权转移到了联邦政府，其支持各州警察部队的权限也得到了扩展；除其他外，联邦政府还可以自行动用武装部队的单位。然而，该条款没有规定的是，武装部队在这种任务中可以使用《航空安全法》第14.3条中行动所需的军事武器。与此相反，

【135】

《基本法》第35.3条第1款的措辞只允许武装部队部署“辅助”各州的警察部队，即履行州的职能，目的是规定联邦对各州仅持有单纯辅助的功能。由此及彼，该条款排除了在处理区域间紧急情况下，动用鉴于《基本法》第87a.2条典型军事武器的任务。

这一点在《基本法》第35.3条第1款的立法历史中得到了证实：就这一条款而言，修宪的立法机构认为，没有任何理由以不同于《基本法》第35.2条第2款的方式来规范武装部队的部署及其装备。在立法机构针对这一条款明确表示，在为了各州利益而部署援助领域，也允许在这类任务中行使所需的警察职能之后，那么关于《基本法》第35.3条第1句的相应声明便是如此理所当然，以至于与该法有关材料可以不对此作任何评论（见Bundestag document V/2873, p. 10 on Article 35.2 and 35.3）。至于《基本法》第35.2条第2句中的“提供援助”和《基本法》第35.3条第1句中的“辅助”的部署目的，这一点是可以理解的，因

为在一般的用法中，它们的意义基本相同（关于这一点，也见Cl. Arndt, loc. cit.）。此外，联邦国防部长1988年11月8日的援助准则在A部分第5条和第4条以及C部分第16条中顺理成章地认为，联邦武装部队的部署在《基本法》第35.2条第2款与第35.3条第1款所分别规定的情况下，其援助权力、性质和范围并无区别。与此同时，该准则也没有为武装部队提供《航空安全法》第14.3条所规定的军事武器，以支持《基本法》第35.3条第1句所规定的各州的警方力量。

b)《航空安全法》第14.3条不但侵犯了铭刻于《基本法》第1.1条(aa)中关于人的尊严保障，除此之外，该条款实质上也与《基本法》第2.2条第1款不一致：它允许武装部队击落载有人类的飞机，使这些人沦为《航空安全法》第1条(bb)所规定的空中交通安全事故的受害者。然而，只有在《航空安全法》第14.3条规定的行动是针对无人驾驶的飞机或专门针对犯罪归咎人的情况下，该条款在实质上才是不违宪的(cc)。

aa)《基本法》第2.2条第1句所保障的基本生命权受制于《基本法》第2.2条第3句所规定的具体制定法规的要求（另见上文C.1）。然而，限制基本权利的法案必须反过来从基本权利和与之密切相关的《基本法》第1.1条规定的人的尊严保障之角度来看待。人类生命作为人类尊严不可或缺的构成原则和宪法上的终极价值，是人的尊严至关重要的根基（见BVerfGE 39, 1 [42]; 72, 105 [115]; 109, 279 [311]）。所有人都拥有这一作为人类的尊严，无论其人格素质、生理或精神状况、成就和社会地位如何（见BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [399]）。它不能从任何人的身上被剥夺。然而，可被侵犯的是尊重其衍生品之要求（见BVerfGE 87, 209 [228]）。这一点的适用无关个人生命的可能期限和除此之外的其他因素（关于人即使在死后也拥有对其尊严受到尊重的所有权，见BVerfGE 30, 173 [194]）。

鉴于生命权与人的尊严之间的这种关系，国家在一方面被禁止通过自行的措施侵犯基本生命权，从而违反对漠视人的尊严的禁令；另一方面，国家也有义务保护每个人的生命。这一保护义务要求国家及其机构守护并促进每个人的生命，这首先意味着保护生命免受第三方的非法攻击与干扰（见BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 56, 54 [73]）。这一保护义务之基础在于《基本法》第1.1条第2句，该条款明确要求国家尊重并且保护人的尊严（参见BVerfGE 46, 160 [164], 49, 89 [142]; 88, 203 [251]）。

这一义务对国家行动的具体含义无法一劳永逸地确定（见BVerfGE 45, 187 [229], 96, 375 [399, 400]）。《基本法》第1.1条不仅仅保护个人免受第三方或国家本身的羞辱、烙印、迫害、取缔和类似行为的影响（见BVerfGE 1, 97 [104]; 107, 275 [284]; 109, 279 [312]）。以创制宪法的立法机构的想法为出发点，即人

类在自由中行使自决权和自由发展自己是人类本性的一部分，个人原则上可以要求在社会中被承认为具有平等权利和自身价值的成员（见BVerfGE 45, 187 [227, 228]），而国家尊重和保护人的尊严的义务也通常排除将人类单单化为受国家摆布的物件（见BVerfGE 27, 1 [6]; 45, 187 [228]; 96, 375 [399]）。因此，公权力部门对待个人时，绝对不得不尊重每个人应得的、人之所以为人的价值（见BVerfGE 30, 1 [26]; 109, 279 [312, 313]），从根本上质疑个人的主体属性和个人作为法律实体的地位（见BVerfGE 30, 1 [26]; 87, 209 [228]; 96, 375 [399]）。当这类待遇发生时，必须根据可能发生冲突的具体情况，在个案中具体说明（见BVerfGE 30, 1 [25]; 109, 279 [311]）。

bb)根据这些标准，《航空安全法》第14.3条也不符合《基本法》第2.2条第1句和第1.1条的规定，原因在于飞机的击落影响到了机组人员和乘客，而他们对《航空安全法》第14.3条规定的非战争空中事件的发生没有施加任何影响。【137】

aaa)当这些人被卷入根据《航空安全法》第14.4条第1句发出对空中事件所涉飞机直接使用武力的命令时，根据《航空安全法》第14.3条，便可以肯定地假定该飞机被旨在用于危害人命。如该法的推理中所述，飞机必须已经被那些将其置于其指挥下的人改装成攻击性武器（关于Bundestag document 15/2361, p. 20 on s. 13.1）；飞机本身必须被犯罪者有针对性地用作犯罪的武器，而不仅仅是作为对那些停留在飞机坠毁目标地区的人的性命实施犯罪的辅助手段（见Bundestag document 15/2361, p. 21 on s. 14.3）。在这种极端情况下，飞机狭窄压抑的环境雪上加霜，乘客与机组人员通常处于绝望之境。他们不再能够以自我决定的方式，独立于他人而影响自己的生活处境。

这不单单使他们沦落为受罪犯摆布的物件。在这种情况下，国家采取根据《航空安全法》第14.3条的措施，也将他们化为拯救他人的任务中的部件。飞机上的人作为受害者，其绝望的困境犹如鸟入樊笼，有翅难飞——这对于那些命令和执行击落飞机的人来说也是如此。飞机上的机组人员和乘客由于身陷不受自身控制的困境中，无法逃脱国家的这一行动，并在其面前无能为力、毫无防备，直至他们与飞机一起被针对性地击落，而其结果是几乎肯定的死亡。这一处理方式漠视了受影响者作为主体所拥有的尊严和不可剥夺的权利之地位。由于他们的死亡被用作拯救他人的手段，他们沦为物，同时被剥夺了权利；由于他们的生命被国家单方面处置，飞机上的人作为本身需要保护的受害者，被剥夺了人类本身应有的价值。

bbb)此外，在这种情况下根据《航空安全法》第14.4条第1款作出关于《航空安全法》第14.3条规定的行动之决定时，对事实情况完整的了解以及对其正

【138】 确的评估是无法期待达成的。与此同时，也不可以排除事件发展而导致不再需要这一行动的可能性。根据参议院从诉讼程序中提交的书面意见和口头听证会上的陈述中得出的结论，命令和实施这类行动的事实先决条件不能被假定为总能获得它所要求的确定性。

1) 驾驶舱协会特别指出，根据情况，鉴别《航空安全法》第13.1条意义上的重大空中事故的发生以及该事故是否构成特别严重事故的危险，已经充满了巨大的不确定性。根据驾驶舱协会，很少能够准确地作出这类鉴别。协会称，评估情况的关键点在于可能受影响的飞机机组人员在多大程度上仍然能够向地面的决策者传达劫持飞机的企图或成功。如果这一点无法达成，协会认为事实依据从一开始便已沾上了错误解释的污点。

此外，驾驶舱协会认为，即使在理想的天气条件下，根据《航空安全法》第15.1条，从侦察措施和检查中得到的结论充其量也是模糊的。该协会认为，考虑到所涉及的危险，拦截人员接近已经变得很明显的飞机是有限度的。因此，根据驾驶舱协会的意见，了解这类飞机上的情况和事件即使在有目视接触的情况下，其可能性也是有限的，更何况这种接触往往很难建立。在这种情况下，驾驶舱协会认为根据已查明的事实对劫持飞机者的动机和目标进行的评估可能直到最终都是推测性的。因此，适用《航空安全法》第14.3条的危险被认为是在不确定的事实基础上过早下达了击落飞机的命令：如何在通常极为狭窄的可利用时间段内，在有成功的希望的条件下及时使用武装力量，而又不过度地危害没有参与犯罪的人。根据该协会所称，这类任务有效的前提是自从开始便接受根本不需要这项行动的可能性。换言之，反应可能往往是过度的。

2) 在诉讼过程中，没有任何迹象表明这一评估可能是基于不现实因而也是无根据的假设。反之，独立乘务员组织UFO言之成理地指出，联邦国防部长或部长代表根据《航空安全法》第14.4条第1句和第14.3条作出的决定只能基于很大程度上不确定的信息。该组织认为，由于在一个被卷入航空事故的飞机中，其机组成员与驾驶舱以及驾驶舱与地面决策者复杂又容易出错的沟通渠道，又鉴于机舱内的情况瞬息万变的事实，在如此燃眉之急的时间压力下，地面上的决策者几乎不可能可靠鉴别《航空安全法》第14.3条的条件是否得到满足。一般原则上，这一决策只能基于怀疑，而并非确凿的事实。

【139】 这一评价在参议院眼里是令人信服的，这主要是因为《航空安全法》第13至15条规定所导致的复杂的决策系统：在《航空安全法》第14.3条规定的行动可执行前，该决策必须先通过大量的决策者和相关人员，而这在紧急情况下需要大量的时间。鉴于德意志联邦共和国的飞越区域相对较小，这意味着决策方不仅需要承受巨大的时间压力，而且有过早作出决定的风险。

ccc)虽然在警察权力领域，有关预测的不确定因素往往不能完全避免，但是在《基本法》第1.1条的适用性下，根据一个在必要时甚至接受这类不确定因素的法定授权，故意杀害被劫持飞机上身处绝境的机组人员与乘客——这一行为是绝对不可思议的。关于如何根据刑法评估执行的击落以及与之相关的命令，这里无需作出判断（关于这一点，以及具有类似情况组合的案件，可以参见例如英国区最高法院关于刑事事项的决定（*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen - OGHSt*）1, 321 [331 et seq, 335 et seq.]; 2, 117 [120 et seq.]; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 3rd ed. 1997, pp. 888-889; Erb, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 1, 2003, s. 34, marginal nos. 117 et seq.; Rudolphi, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. I, Allgemeiner Teil, Vor s. 19, marginal no. 8 [as at April 2003]; Kühl, *Strafgesetzbuch*, 25th ed. 2004, Vor s. 32, marginal no. 31; Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch*, 52nd ed. 2004, Vor s. 32, marginal no. 15, s. 34, marginal no. 23; Hilgendorf, in: *Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt, Sicherheit statt Freiheit?*, 2005, p. 107 [130]）。对宪法评估具有决定性意义的是，立法机构不得通过建立法定的干预行动授权，授权对不参与犯罪的人实施《航空安全法》第14.3条规定的性质的行动，也不得以这种方式将这类行动界定为合法，从而允许这类行动。作为武装部队非战争性质的任务，它们与生命权以及国家尊重并保护人的尊严的义务水火不容。

1)因此，和有时被提出的主张不同，在飞机被卷入《航空安全法》第13.1条意义上的空中事故，导致根据《航空安全法》第14.3条采取化解危险之措施的情况下，不能假定作为机组成员或乘客登机的人已潜在同意飞机被击落，从而同意自己被杀害的论点。这种假设缺乏任何现实的依据，并且只不过是一种不切实际的虚构。

2)此外，关于乘坐《航空安全法》第14.3条意义上被旨在用于危害他人生命的飞机的乘客无论如何都注定身亡的的评估，不能抹除该行动对乘客尊严权的侵犯——根据该条款而采取的行动往往涉及到无辜者在绝望的境地上被杀害。人类生命和人的尊严享有相同的宪法保障，无论个人物质性存在的时间长短（见上文C.I, II.(2) b) aa)）。否定或质疑这一点的人正剥夺了那些身处绝境、别无选择的人——例如劫机受害者——其因为人的尊严而应得的尊重（见上文C.II.(2) b) aa), bb) aaa)）。

【140】

此外，这里也存在关于事实情况的不确定性。对于《航空安全法》第13至15条适用范围内情况的评估通常充满了不确定因素（见上文C.II.(2) b) bb) bbb)），而这些因素又必然影响到对被改装为攻击性武器的飞机上人员的存活

时间之估测，以及是否还存有获救机会的预测。因此，一般而言，不可能作出这些生命“反正已经失去”的可靠声明。

3)有人假设，若乘客被扣留在《航空安全法》第14.3条意义上滥用飞机作为犯罪武器、危害他人生命的人所控制的飞机，那他们便已经化为了武器的一部分，并必须忍受相应的待遇，但这并不能为不同的评估提供理由。这一观点几乎毫无掩饰地表达，这类事故的受害者不再被当作人，而是被当做物的一部分来看待；按照这种观点，他们自己也成了物。这一观点不符合《基本法》对于人的观念，以及人类作为一种本性是在自由中行使自决的造物（见BVerfGE 45, 187 [227]），因而不得沦为只是国家行为摆布的客体。

4)另有观点认为，如果牺牲个人的性命是保护合法构成的政治体免遭旨在破坏和毁灭的攻击之唯一可能方式（例如Enders, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, vol. 1, Article 1, marginal no. 93 (as of July 2005)），那么个人有义务在需要时为国家的整体利益而牺牲自己的生命，但这也不会产生不同结果。在这种情况下，本庭无需决定是否或必要时在哪些情况下可以从《基本法》中【141】引申出这种团结一致、超越宪法紧急状态规定的保护机制之责任。因为在《航空安全法》第14.3条的适用领域中，问题不在于避免旨在废除政治体并毁灭国家法律和宪法制度的攻击。

《航空安全法》第13至15条的目的是在警察权力范围内，防止发生《基本法》第35.2条第2和第3款意义上的特别严重事故。从该法的推理来看，这种事故确实可能出于政治动机，但也可能是由罪犯或精神错乱的人自行造成的（见Bundestag document 15/2361, p. 14）。正如依据《基本法》第35.2条第2和第3句将《航空安全法》第13条等条款纳入灾害控制体系所显示，即使在个别情况下事故是由政治动机所引起的，也可以假定事故的目的并非在于质疑国家及其持续存在。在这种情况下，没有在以上解释的意义范围内承担干预义务的空间。

5)最后，引用国家责任以保护生命不受《航空安全法》第14.3条意义上滥用飞机作为犯罪武器之侵害，也无法为该条款提供理由。

在履行这类保护义务时，国家及其机构拥有广泛的评估、评价和组织的余地（见BVerfGE 77, 170 [214]; 79, 174 [202]; 92, 26 [46]）。与基本权利作为针对国家的主观防御权的功能不同，由基本权利的客观内容而产生的国家保护义务原则上没有界定（见BVerfGE 96, 56 [64]）。国家机构如何履行这种保护义务在原则上由它们自己负责决定（见BVerfGE 46, 160 [164]; 96, 56 [64]）。这也适用于它们保护人类生命的义务。诚然，特别就这一受保护的利益而言，在有特殊情况组合的情况下，如果不能以其他方式实现对生命的有效保护，那么选择遵守保护义务的手段的可能性可以限制于一种特定手段的选择（见

BVerfGE 46, 160 [164, 165])。然而,选择只能是在其使用符合宪法的手段之间。

《航空安全法》第14.3条的情况并非如此。根据这一条款命令和实施对飞机直接使用武力的做法忽略了一点,那就是被困于飞机上的劫机受害者也有权得到国家对其生命之保护。他们不仅被国家剥夺了这种保护,国家本身甚至侵犯了这些无助者的生命。因此,如上文所释,根据《航空安全法》第14.3条制定的任何程序以不符合《基本法》第1.1条的方式,漠视这些人的主体地位以及由此产生的禁止国家杀人之禁令。这一程序的确旨在服务于保护和维护其他人的生命,但是这一事实并不改变结论。

cc)然而,如果直接使用武装力量针对的是无人驾驶飞机或专门针对意图滥用飞机作为犯罪武器、侵害地面人员生命的人,那么《航空安全法》第14.3条符合《基本法》第2.2条第1句和第1.1条的规定。

aaa)在此范围内,根据《航空安全法》第14.3条命令和实施的行动并不违背《基本法》第1.1条规定的对人的尊严的保障。这一点不但在针对无人驾驶飞机的行动中不言而喻,而且在另一个情况下也适用。任何人想滥用飞机作为泯灭生命的武器并非法攻击他人合法利益,都不会因为沦为只是国家行动的客体和对象,因而其作为主体的属性并未受到根本质疑(见上文C.II.(2) b) aa)——国家或履行其保护义务,保护自己不受非法攻击并试图阻遏之,或履行其保护义务,保护那些要被毁灭的生命。恰好相反,如果攻击者自行决定的行为后果归咎于他个人,并要对他自己引发的事件负责,那么这完全符合攻击者作为主体的地位。因此,攻击者本身固有的尊严受到尊重之权利并没有受到损害。

【142】

在审查根据《航空安全法》第14.3条下令和执行一项行动的前提条件是否确实得到满足过程中,可能出现不确定性,但并不改变以上结论(见上文C.II.(2) b) bb) bbb))。从这里讨论的案件性质来看,和飞机上除了罪犯之外还有机组人员和乘客的情况下作为一般规则必须设定的不确定因素相比,这些不确定因素不可同日而语。如果操控飞机的人员并不旨在将飞机用作武器,因而相应的怀疑是没有根据的,那么他们可受根据《航空安全法》第15.1条和第14.1条采取早期措施的影响,例如接到使用武力之威胁或警告射击时,通过例如改变航线或降落飞机的合作行为,轻松表明他们无意造成危险。关于潜在受到犯罪者威胁的机舱人员与驾驶舱以及驾驶舱与地面决策者之间的沟通问题,在此情境下并不存在。因此,在这种情况下,相对容易以足够的可靠性及时确定一架飞机是否会被滥用为目标坠机之武器。

若没有任何迹象表明在已经很显而易见的飞机上有犯罪的非参与者,关于

空中事件的基本动机等剩余的不确定性是指根据《航空安全法》第14.3条，采取避险措施所专门针对的人发动并可被避免的事件之过程。因此，这种情况下的不确定性可归于犯罪者的责任范围。

bbb)如果仅适用于针对飞机上企图滥用飞机作为武器来危害人类生命的人，那么《航空安全法》第14.3条的规定也符合比例原则的要求。

1)该条款服务于拯救人类生命的目的。鉴于人类生命在《基本法》的宪法秩序中持有终极价值（见上文C.I），这一目的所含的分量足以证明，对飞机上罪犯生命权的严重侵犯是合理的。

2)《航空安全法》第14.3条并非绝对不适合实现这一保护目的，因为在个别情况下，不能排除根据《航空安全法》第14.3条采取的措施会促进这一目的之可能（见BVerfGE 30, 292 [316]; 90, 145 [172]; 110, 141 [164]）。抛开关于评估和预测上述情况的不确定因素（见上文C.II.(2) bb) bbb)），以下情况并非假想：可以可靠鉴别被卷入空中事故的飞机中仅含有参与事故的罪犯之事实，并可依靠足够的确定性预判根据《航空安全法》第14.3条规定的任务不会对地面上人员的性命造成损伤。至于这类事实性的情况是否存在，取决于个例情况的评估。若该评估的结果是确凿地判定飞机上只有罪犯，并且预测飞机的击落可以有效化解受飞机威胁的地面人员之危险，那么《航空安全法》第14.3条旨在达成的效益便得到了推进。由此可见，不能一概否定该条款对达成其旨在达成的目标之适当性。

3)同样在这一情况下，该条款作为必要因素达成指定目标的条件得到了满足，因为并没有发现能够达成相同效益、同时完全不损害或较少损害罪犯生命权的其他手段（见BVerfGE 30, 292 [316]; 90, 145 [172]; 110, 141 [164]）。

尤其在《航空安全法》第5至12条中，立法机构采取了一整套措施，其中每条措施都旨在保护航空交通安全免受攻击，并特别针对《航空安全法》第1条意义上的劫机、破坏行为和恐怖袭击（更多细节，见上文A.I.(2) b) bb) aaa) 1)）。尽管如此，立法机构依然认为有必要在《航空安全法》第13至15条中制定享有特殊干预和保护授权的法规，以针对由重大空中事故引起的《基本法》第35.2条第2句或35.3条意义上的特别严重事故，其中甚至包括授权在《航空安全法》第14.3条规定的条件下，作为最后手段对飞机直接使用武力。以上顾虑和措施建立在一个无可辩驳的评估基础上：经验表明，根据《航空安全法》第5至11条采取的广泛预防措施以及《航空安全法》第12条对飞行员职能和权限的扩展，也不能为防止飞机被滥用于犯罪目的提供绝对可靠的保护。对于其他可想而知的保护措施来说，也没有不同之处。

4)最后，如果飞机仅承载《航空安全法》第14.3条意义上旨在滥用飞机的

人，那么授权对其直接使用武力也满足狭义的比例原则。根据从总体上权衡其所涉及的侵犯基本权利的严重性和所需保护的法律利益的重要性之结果（关于这一点，见BVerfGE 90, 145 [173]; 104, 337 [349]; 110, 141 [165]），如果犯罪因素是确定的，那么击落这类飞机便是避免危险的适当措施，并且对受影响的人也是合理的。【144】

(a)然而，基本权利受到的侵犯持有很大的分量，原因在于根据《航空安全法》第14.3条执行的行动几乎肯定会导致飞机上的人死亡。但是，在这里所假设的各种情况组合下，这些人正由于本身作为罪犯而因此带来了国家干预的必要性，并且他们可以通过终止其犯罪计划的实现以随时避免这类干预。这些飞机的操控者不仅决定飞机上的事情发展，而且还以决定性的方式决定地面上的事情发展。只有在能够确定他们将使用他们控制下的飞机杀害性命，并且即便在他们意识到他们生命受到威胁的情况下仍然坚持计划，他们的杀戮才能发生。这一事实减少了他们的基本权利受到侵犯的严重性。

另一方面，处于坠机目标区域内的人员一般来说无法避免或逃脱针对他们的计划攻击；《航空安全法》第14.3条规定的干预措施旨在保护这些人的生命，国家则通过这类措施履行其保护义务。

(b)另外必须牢记的是，《航空安全法》第14.3条的适用不仅可能影响到地面上极其危险的设施，而且还可能杀害那些很有可能被使用武力击落的飞机残骸砸到的人。国家出于宪法有义务保护这些人的生命和健康。在根据《航空安全法》第14.4条第1款作出的决定中，这一点也不容忽视。

然而，这一方面并不关乎《航空安全法》第14.3条规定在法律上是否继续存在，而是关乎该条款在个例中的适用。根据诉讼中提交的意见，如果必须确定地假设地面上的人员由于掉落在人员密集地区的飞机残骸会受到伤害或甚至失去性命，那么该条款的适用便本已应当避免。关于该条款是否满足宪法比例原则要求的问题，只需证明以下的情况组合是可以想象的：该行动仅动用武力针对乘载空中交通攻击者的飞机，由此可以化解飞机作为武器而威胁的那些人所面临的危险，而击落飞机同时也不会伤害其他人的性命。如前所述（见上文C.II.(2) b) cc) bbb) 2)），这里的情况正是如此。在《航空安全法》第14.3条仅允许对无人驾或只乘载攻击者的飞机直接使用武力的范围内，该条款也因此符合狭义的比例原则。

ccc)《基本法》第19.2条禁止影响基本权利的精髓，而此禁令也不排除对该群体的人采取这类措施。虽然《航空安全法》第14.3条涉及对于基本权利的侵犯，但是鉴于该条款所假定的极其特殊的情况，如果对于第三方的重要利益之保护可使对基本权利的侵犯合法化，并且宪法比例原则受到尊重，那么基本【145】

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

生命权的精髓在此假定的该条款对基本权利侵犯的情况下仍然不受影响（见 BVerfGE 22, 180 [219, 220]; 109, 133[156]）。根据上面的陈述，这两个条件都得到了满足（见 C.II.(2) b) cc) bbb)）。

III.

由于联邦首先缺乏对《航空安全法》第14.3条的立法权，因而即便对飞机直接使用武力可以在实体宪法上找到理由，该法规也不继续有效。该法规完全违宪，因而根据《联邦宪政法院法》（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*）第95.3条第1句是无效的。在这种情况下，没有余地仅仅声称受挑战的法规不符合《基本法》。

D.

关于费用的决定基于《联邦宪政法院》第34a.2条。

三、人格自由发展以及身体完整性与人身自由之保护——《基本法》第2条

(一) 第2.1条：人格的自由发展

“艾尔弗斯案”

Elfes, BVerfGE 6, 32

1. 译者注解

……此一判决是宪政法院的根本性判决之一，它塑造了《基本法》的自由特性。系争问题是拒绝颁发护照给一位直言不讳地批评政府当时政策的人，批评的政策是关于军队重组与德国统一问题。【146】

法院认为，出国旅行的自由不属于《基本法》第11条保障的迁徙自由的一部分，后者只限于在联邦共和国领土内的自由迁徙。这就带来了一个问题，即出国旅行的自由是否不受《基本法》保护，或者是否落入第2.1条及其有点隐晦不清的保障之范围；该保障言及“只要不侵犯他人权利，不违反合宪性秩序或道德法则，每个人都有自由发展其人格的权利。”对“人格自由发展”的字面解释可能导致对人格的狭义理解，将人格作为那些把人定义为精神——道德性存在的基本要素的概括统称。对该规范的这种狭义理解基本上会保护人的尊严核心。然而，此判决的意义就在于法院没有遵循这种狭义的解释。相反地，它选择了广义解释，此一解释基于《基本法》起草阶段对这一条款的最初表述，即“每个人都可以依其所愿自由地作为或不作为”（只要不侵犯他人权利或合宪性秩序）；这一表述并非因为其意义而被放弃，只是因为它被认为对这份文件来说是一个太普通的表达。

换句话说，第2.1条成为了一项包罗万象的“后备”权利，以防止任何侵犯个人领域的国家行为。其保护范围有多广，其可能的限制就有多广。任何有合比例的法律依据的国家行为都可以限制第2.1条的后备权利。

对该条款的广义解释引发了这样一个问题：为什么法院解释了一项其范围主要由立法者界定的权利。法院对这个问题的回答是本判决的另一个核心面向。法院认为，对广义下的第2.1条的限制只能立足于符合《基本法》每一面向的法律，包括形式面向，如立法程序、联邦或州立法机关的充分权力基础，以及实质面向，即主要是比例原则。

对第2.1条的这种解释的后果是巨大的：法院不仅创造了一个广泛的、对抗所有干预到个人的国家活动的后备权利。法院对限制条款的解释使个人有可能

【147】 在宪法诉愿程序中对干预个人自由的法律规定提出任何合法性问题。它增强了法院对所有国家行为进行宪法监督的权力——只要有人愿意提出宪法诉愿。最后，法院的判决强调了比例原则在《基本法》的基本权利保护体系中的关键重要性；该原则由法院解释与适用，并广泛允许法院行使其作为最终宪法仲裁者的角色。

2.判决概要

(1)《基本法》第11条不涉及出国自由。

(2)在合宪性秩序限制的范围内，《基本法》第2.1条保障了源自一般行为自由的出国自由。

(3)《基本法》第2.1条意义上的合宪性秩序是指合宪的法律秩序，亦即在形式上与实质上符合宪法的全部规范。

(4)每个人都可以通过宪法诉愿的途径，主张限制其行为自由的法律规范不属于合宪性秩序。

1957年1月16日第一庭判决，1 BvR 253/56.

3.案件事实

诉愿人是基督教民主联盟（CDU）的活跃成员，于1947年当选为北莱茵—威斯特法伦州议会议员。他也是一个激进的右翼组织的主要发言人，该组织强烈反对联邦共和国关于国防与德国统一的政策。他参加了一些国内外的会议与示威活动，在这些活动中他尖锐地批评了这些政策，并因此被拒发出国护照。他对支持拒发护照的法院判决提出了宪法诉愿，主张国家侵犯了他在基本法第11条下享有的迁徙自由。

4.判决理由选译

【148】 宪法诉愿予以驳回。

I.

(1)诉愿人认为，1952年3月4日的《护照法》第7.1条是无效的，因为它非法限制了《基本法》第11条所保障的自由出国的权利。此一主张是不正确的。该条款内容如下：“有事实足以认定有下列情事时，应拒绝发给护照：(a)申请人作为护照持有人，危害德意志联邦共和国或其某一州的内部或外部安全或其他重大利益……”

《基本法》第11.1条保障“在整个联邦领土内”的迁徙自由。其文义就已经不支持这也赋予了自由离开联邦领土的基本权利的主张。该条款的发生史也

没有为这一主张提供任何支持。……

只有在《基本法》第11.2条个别列举的特定条件下，才能依法律限制迁徙自由的基本权利。第11.2条规定：“这项权利只有在……或为了防御联邦或州的存在或自由民主基本秩序所面临的急迫危险，为了对抗流行病危险、自然灾害或特别重大事故，为了保护青少年免受遗弃或为了预防犯罪有必要时，才可通过法律或依据法律加以限制。”在表述限制的构成要件时，《基本法》制定者显然考虑到了对国内迁徙自由的限制；对出国自由的传统而适当的限制则未提及。长久以来，许多国家（包括自由民主国家）都以国家安全为由拒绝发放护照以限制离开国境。在德国，自第一次世界大战以来，相关规定的效力未曾中断；这些规定基本上没有改动地被纳入了1952年的《护照法》。不能认为《基本法》制定者若欲在第11条中纳入出国自由的基本权利，会忽略重要且长久以来就存在的国家安全的限制事由。更有可能的是，他们不打算在《基本法》第11.1条中保障出国自由。

……

然而，作为一般行为自由的衍生，出国自由并非没有适当的基本权利保护（《基本法》第2.1条）。

(2)在1954年7月20日的判决中（BVerfGE 4, 7 [15 et seq.]），联邦宪政法院没有决定人格自由发展的概念是否应理解为最广义的人的行为自由，或者《基本法》第2.1条是否仅限于保护这种行为自由的最低限度，若无此最低限度，人根本无法发展其作为精神——道德性的人之本质。

a) “人格的自由发展”一词不可能只指在人格核心领域内的发展，此核心领域构成人作为精神——道德性的人的本质。这是因为无法想象在此核心领域内的发展如何会触犯道德法则、他人的权利甚至自由民主的合宪性秩序。正是这些对作为共同体成员的个人施加的限制表明，《基本法》第2.1条是指全面意义上的行为自由。

【149】

当然，《基本法》第2.1条的庄严表述诱导人们从第1条的角度来理解它，并从中推出它也是用来体现《基本法》的人的形象。然而，这只说明《基本法》第1条确实是根本的宪法原则之一；它支配《基本法》的所有条款，也包括第2.1条。在法律上，它是一项独立的基本权利，保障人的一般行为自由。不是法律上的考虑，而是语言上的原因，促使制宪者用现在的版本取代原来的措辞，即“每个人都能依其所愿作为或不作为”（参见 v. Mangoldt, *Parlamentarischer Rat*, 42. session, p. 533）。在后半句所称对公民人格发展的限制中，也提到了合宪性秩序，这显然对主张《基本法》第2.1条只欲保护人格核心领域的理论起到了帮助作用。在力求以相同方式解释这个在《基本法》他处

也出现的概念时，人们最终将合宪性秩序视为一个比合宪性法律秩序更狭窄的概念。人们于是感到不得不得出这样的结论：宪法上应该受到保障的只是人格的核心领域，不是人的行为自由。

除了《基本法》第2.1条所保障的一般行为自由外，《基本法》还通过特别的基本权利规定，保护依历史经验特别易受到公权力干预的特定生活领域的人类活动自由；在这些特别的基本权利规定，宪法通过不同层次的法律保留，界定了各个基本权利领域可以被干预的范围。个人在面对公权力干预其自由时，只要不涉及这些受基本权利保护的特别生活领域，就可以诉诸《基本法》第2.1条。在此不需要法律保留，因为由合宪性秩序对人格自由发展的限制即可直接得出国家可得干预的范围。

在其他脉络中（如《基本法》第9条），可能要求将“合宪性秩序”的概念限于宪法的某些基本原则（参见BGHSt 7, 222 [227]; 9, 285 [286]）。

.....

【150】在《基本法》第2.1条的语境中，“合宪性秩序”指的是“一般法律秩序，即符合宪法的实体与程序规定的所有规范。”

c)在学说上经常有人提出反对意见，认为在此一见解之下，《基本法》第2.1条的基本权利就会落空，因为它会被置于一般法律保留之下。然而，这忽略了立法权在《基本法》下比在1919年《魏玛宪法》下受到更多的限制。当时，不只是合宪制定的法律就符合一般法律保留，许多基本权利因一般法律保留而事实上落空；立法者也能借由以修宪的多数制定的法律，在个案中随时摆脱宪法上对它的限制。

反之，《基本法》建立了一个限制公权力并受价值约束的秩序。通过这一秩序，人的独立性、自我负责与尊严应该在国家共同体中得到确保（BVerfGE 2, 1 [12 et seq.]; 5, 85 [204 et seq.]）。这一价值秩序的最高原则受到不得经由宪法修改予以改变的保护（《基本法》第1、20、79.3条）。

.....

法律之所以合乎宪法，并不仅仅是因为它们的形式上合乎规定。它们还必须在实质上与作为宪法价值秩序的自由民主的基本秩序的最高基本价值相一致，而且还要符合不成文的基本宪法原则以及《基本法》的根本决定，特别是法治国原则与社会国原则。因此，法律尤其不得侵犯作为《基本法》最高价值的人的尊严，也不得限制人的精神、政治与经济自由到触犯其本质内涵的程度。由此可见，宪法为每个公民保留了一个私人生活安排的领域，亦即存在一个不受所有公权力侵扰的、最终不可侵犯的人类自由领域。

.....

(3)即使出国自由不属于《基本法》第11.1条所保护的德国境内的迁徙自由，但作为一般行为自由的体现，仍然在合宪性秩序（即合宪的法律秩序）的界限内受到《基本法》第2.1条的保障。留下的问题是，《护照法》是否属于这个意义上的宪法秩序。答案是肯定的。

a)《护照法》要求，所有穿越外国边境的德国人都必须持有护照——这本身是对出境的一个相当大的形式限制。然而，根据一致的见解，由于该法只允许在具备特定要件时拒绝发放护照，从而赋予了要求发放护照的请求权，因此它维持了自由出国的原则，亦即考虑到了《基本法》第2.1条的原则上的自由推定。

b)拒发护照的理由分别列举于《护照法》第7条中。在此有关的条款规定，基于会危害德意志联邦共和国或一州的内部或外部安全的认定，可以拒发护照；这一规定是无可非议的。但就有危害“其他重要利益”之虞即足以拒发护照而言，可能存在疑虑。使用一个内容上如此不明确的概念，可能会有拒发护照实际上操之于护照机关的裁量而无法审查的危险。

【151】

.....

但这种情况在这里并没有发生。

“森林骑马案”

BVerfGE 80, 137

1.译者注解

在1989年的此一判决中，法院确认了它对人格自由发展权的广义解释，即只要他人的权利没有受到负面影响，就有依其所愿而行为的权利。争论的焦点是限制森林中骑马的规定，该规定将在森林中骑马限制在相应被标记的小径与道路上。Grimm大法官在一份有力的不同意见中主张，第2.1条不应被赋予在艾尔弗斯案中发展出来的广泛含义。艾尔弗斯案涉及重要的出国旅行自由，以及该自由是否应受到宪法保护的问题。本案不同意见认为，在本案中没有可与艾尔弗斯案相比拟的需要宪法监督介入的法律地位。基本权利不应该被平庸化，它们不应该为全面开放立法的司法审查提供途径；这种规范审查过去通常在程序上是有限的，原则上不对个人开放。然而，多数法官维持了法院在艾尔弗斯案中的决定；目前，关于第2.1条的范围的问题可以被视为在宪法上得到解决。²⁰

²⁰ 另参见BVerfGE 90, 145；对于使用毒品（大麻）的权利，德文版见<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html> and BVerfGE 54, 143；对于市政禁止喂养鸽子，参见

2. 判决概要

(1)如果在宪法诉愿程序中必须间接审查州法律的某项规定是否与（普通）联邦法律相一致，则联邦宪政法院必须自己解释联邦法律；在这方面，它不限于对专业法院的解释进行宪法审查。

(2)一项州法律规定，在森林中骑马原则上只允许在被标示为骑马道的私人道路与小径上；这项规定与1975年5月2日的《联邦森林法》第14条（BGBl. I p. 1037）相一致，且不违反《基本法》第2.1条。

【152】 1989年6月6日第一庭判决，1 BvR 921/85.

3. 案件事实

《联邦森林法》第14条允许每个人出于休闲目的进入森林。根据《联邦森林法》第14.1条第2句，在森林中只允许在道路与小径上骑马。细节交由各州规定（《联邦森林法》第14.2条第1句）；在某些情况下，各州可以限制进入森林或对森林的任何其他使用。《联邦自然保护法》第27条包含一个与农地的道路与小径有关的类似条款。经由1980年6月26日的《景观法》第50.2条第1句（GVBl. p. 734），北莱茵威斯特法伦州通过了一项规定，将在森林中骑马限制在根据《道路交通法》规定被标示为马道的私人道路与小径上。诉愿人向行政法院提出申诉，要求判定他作为骑马者可以不受《景观法》的约束，在特定林区使用系争小径，但没有成功。

驳回挑战法院判决与间接挑战《景观法》第50.2条第2句的宪法诉愿。

4. 判决理由选译

C.

I.

被质疑的法院判决及作为其基础的1980年《景观法》第50.2条第1句的规定，并未侵犯诉愿人根据《基本法》第2.1条所享有的基本权利。

(1) a)根据联邦宪政法院判决发展出的原则，《基本法》第2.1条保障全面意义的一般行为自由（自BVerfGE 6, 32 [36]以来的通行判例；最近例如：BVerfGE 74, 129 [151]; 75, 108 [154, 155]）。

因此，不仅人格发展的有限领域受到保护，而是人类行为的每一种形式都受到保护，无论该活动对人格发展的重要性如何（“喂鸽子案”中的决定，参

<http://www.servat.unibe.ch/df/bv054143.html>.

见如预审委员会在BVerfGE 54, 143 [146])。

然而，除了私人生活安排的核心领域受绝对保护、不受公权力影响外（BVerfGE 6, 32 [41]），一般行为自由只在《基本法》第2.1条后半句的限制下得到保障，亦即尤其受到合宪性（法律）秩序的制约（BVerfGE 6, 32 [37, 38]; 74, 129 [152]）。

如果影响行为自由的公权力行为是以法律规范为基础的，人们可以诉诸《基本法》第2.1条提出宪法诉愿，以寻求审查该规范是否属于合宪性秩序，亦即在形式上与实质上是否符合宪法的规范（自BVerfGE 6, 32以来的通行判例）。【153】

据此，对该规范不仅应根据第2.1条进行实质上的审查，而且应调查它在其他方面的合宪性。就此而言，尤其应审查该规定是否与宪法有关权限的规定相符（BVerfGE 11, 105 [110]; 29, 402 [408]; 75, 108 [146, 149]）。

只要涉及州法律规范，除了权限问题外，还得考虑到《基本法》第31条，额外审查州法律规范在内容上是否符合（自身合乎权限规定颁布的）联邦法律以及联邦框架法律（BVerfGE 51, 77 [89, 90, 95, 96]; 另参见BVerfGE 7, 111 [118, 119]）。

在实质方面，比例原则提供了可据以限制一般行为自由的标准（BVerfGE 17, 306 [314]; 55, 159 [165]; 75, 108 [154, 155]）。如果既有的权利后来被废除，法治国原则所要求的信赖保护必须得到维护（BVerfGE 74, 129 [152]）。

此外，必须满足自法律保留原则（BVerfGE 49, 89 [126, 127]）衍生出来的要求（另见BVerfGE 6, 32 [42]; 20, 150 [157, 158]）。

b) 针对联邦宪政法院上述判决，学界至今仍有疑虑（参见如Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16th ed., marginal nos. 426 et seq.; Scholz, *AöR* 100 [1975], pp. 80 et seq.）。疑虑尤其针对将每一种人类活动形式无限制地纳入基本权利的保护范围；与受基本权利保护的其他领域相比，这被认为会导致“价值体系上过度的”保护（参见Scholz, *op. cit.*, pp. 8283, 以及该处所引其他文献），但另一方面，由于与保护范围扩大相联系的广泛的限制可能性，被认为会架空基本权利保护（Hesse, *op. cit.*, marginal no. 426）。

这样的观点所主张的限缩《基本法》第2.1条的保护范围在本案中可能变得重要，因为是有疑义的是，在私人林间小径上骑马是否可归入狭义上的人格发展。

然而，没有理由偏离迄今判例而限缩《基本法》第2.1条的保护范围。这不

【154】 仅与基本权利规范的发生史相冲突（参见BVerfGE 6, 32 [39, 40]）。在特定的自由权之外，对人的行为自由的全面保护发挥了保障自由的宝贵功能；因此此一基本权利尽管有广泛的被限制可能性，但根据上述标准，仍然确保了具有实质意义的保护。因此，对保护范围予以评价性限制的任何尝试都会导致公民自由空间的损失；不能因为其他基本权利有较窄的、更突出清晰的保护范围，就说这种损失是必要的；而除此之外，也看不到其他令人信服的理由支持这种损失。限缩到保障较窄的、个人的生活领域——即便不限于纯粹的精神与道德发展，或根据类似标准限缩保障，还会带来困难的、在实践中难以获得满意解决的划界问题。

(2)骑马作为人类行为的一种形式，落入《基本法》第2.1条的保护范围，但不属于私人生活安排的核心领域。因此，它原则上不免于法律限制。被间接质疑的1980年《景观法》第50.2条第1句的规定以合宪的方式限制了在森林中骑马的权利。

该规定作为州法律规范，与《联邦森林法》第14条及《联邦自然保护法》第27条的联邦法律规定并不矛盾。

a)在决定这一问题时，联邦宪政法院审查专业法院在原始程序中对联邦法律规定的解释时，并不局限于根据那些为对法院判决中普通法律的适用进行合宪性审查所发展出来的原则（参见BVerfGE 18, 85 [92, 93]）。

这些原则会导致判决中必须间接进行的对州法律规范的有效性审查只能在有限的范围内进行：如果在随后的案件中，一个普通法院对联邦法律规范作出了不同的解释——只要联邦宪政法院自己未对解释作出决定，就不能禁止普通法院这么做，那么就必须根据这一解释重新审查州法律规范，由此可能会有不同的结果。这就不符合规范审查——即使只是间接审查——的目的。关于州法律规范是否有效的决定必须是终局的；因此，审查标准也必须确定下来——在本案即联邦法律规定的內容。因此，联邦宪政法院在《基本法》第100.1条第2句（第二选项）的框架内根据联邦法律的标准审查州法律时，总是自己解释联邦法律规范（BVerfGE 25, 142 [149 et seq.]; 66, 270 [282 et seq.]; 66, 291 [307 et seq.]）。在附带规范审查的情况下，没有明显的客观理由采取不同的做法。

【155】 因此，在宪法诉愿程序中，联邦宪政法院也必须自己对联邦法律规范进行解释，以便在间接审查州法律规范与联邦法律规范的相容性时确定审查标准（另参见BVerfGE 51, 77 [90 et seq., in particular p. 92]）。

b)《联邦森林法》第14条的文句可能被理解为，该条第1款第1句已原则上允许进入森林，且根据第2款，各州只有出于重要理由，才可以在规范上限制该原则。如果将骑马视为进入森林的一个子类，相同的规则必须适用于骑马。

但即使骑马被视为《联邦森林法》第14.2条第2句意义上的“其他利用方式”，结果原则上也不会改变。根据《联邦森林法》第14.2条第2句“同等对待”其他利用方式，这既指涉原则上允许，也指涉各州的例外权限。当涉及其他利用方式时，虽然合理的同等对待不能意味着，对所有使用方式的规定必须完全相同。但从规范体系的角度来看，关于进入行为的规定与关于其他使用方式的规定必须相互一致。

然而，鉴于《联邦森林法》第14条的框架法律性质及其发生史，可以排除对该条款的这种解释，因为这种解释不是该条款文义的必然要求。

aa) 《联邦森林法》第14条不包含对公民有直接约束力的法条。规范对象毋宁只是各州，各州有义务制定相应的外部法规范。

.....

这与以下这一点并不冲突，即《基本法》第75条中框架规定的概念不能在这种狭义的技术意义上理解；而之所以不能这样理解，是因为联邦立法者在行使该条赋予它的权限时，除了对州立法者的方针外，也可以制定个别直接适用的条款（参见BVerfGE 4, 115 [130]）。

《联邦森林法》第14.1条的规定本身也只是作为州立法者的方针，这一点也再次单独通过《联邦森林法》第14.2条第1句的文义得到强调；根据该条款，细节由各州规定。如果《联邦森林法》第14.1条的内容是直接适用的法律，那么措辞应该是：各州可以制定补充性规定。

.....

【156】

cc) 在有疑义的情况下，一项规范作为框架规定的性质支持以下观点，即该规范是为了留待填补而设，各州的立法权限因此受到的限制不应比框架规定的文义所必然要求的更多（参见BVerfGE 25, 142 [152]; 67, 1 [12]）。根据这一解释规则，《联邦森林法》第14.1条第2句与该条第2款第1句结合起来，应理解为在森林中，州立法者只可允许在道路与小径上骑马，但在此框架内，州立法者可自行规定细节。立法者在规定的框架内作出限制骑马的规定时，固然必须遵守《联邦森林法》第14.2条第2句为此而列举的考虑因素，因为此一规定也构成立法者在这方面的方针。然而，不能从框架规定中推出受特定规范体系的约束，特别是在规则与例外关系的意义上。因此，为了保护森林造访者，将骑马者与其他寻求休闲者的动线分开，并将骑马者引向特殊马道的规定，正如1980年《景观法》第50.2条第1句所规定的那样，并不与框架规定相冲突。

.....

(3)1980年《景观法》第50.2条第1句的规定也符合《基本法》第2.1条关于限制一般行为自由的、直接来自于宪法的标准。

a)被质疑的规定合乎比例原则。

该规定旨在彻底分隔森林中的“休闲交通”，方式是一方面为骑马者、另一方面为其他寻求休闲者（特别是徒步者与骑行者）分配各自区隔开来的路径。正如州政府所阐释的那样，立法者主要想借此避免寻求休闲的徒步者与骑行者因与马匹相遇，以及因骑马导致的森林地表松动而产生的危险及其他损害。他借此追求的目的不仅作为公共利益在宪法上是正当的，而且其合理性也可直接从《基本法》第2.1条中得出。通过将骑马者与其他寻求休闲者分开，试图使一般行为自由的各种活动形式有序共存，立法者承担了一项立足于基本权利规范本身并在《基本法》第2.1条通过提及他人的权利指定的任务。

没有证据表明立法者在设定目标时明显误判。它可以依靠在先前有效的规定下取得的经验。在这方面，州政府合理地说明了与马匹相遇在许多寻求休闲者身上产生了威胁感，行人可能会因骑马者而面临严重危险情况，特别是在较窄的林间小径上。当诉愿人称在人口密集区附近骑马者与其他寻求休闲者之间【157】存在利益冲突时，他自己最终也承认了这一点。他声称，大多数寻求休闲者乐于见到马匹在大自然中活动，此一主张绝对不适用于在狭窄空间中与马匹的相遇。

该规定显然适合于实现所追求的保护目的。通过将骑马者引向专门道路，从一开始就避免了徒步者与骑马者共同使用森林道路，从而避免了由此给徒步者带来的危险与不利。

在森林中将骑马与其他“休闲性交通”分开，也满足必要性要求。在这方面，联邦宪政法院可以限于诉愿人指出的以及专家圈内讨论的替代方案，审查它们是否能以更简单而同样有效并可感觉到对基本权利限制较少的方式达到所追求的目的（BVerfGE 77, 84 [109]）。

诉愿人既没有提出能以类似有效的方式实现所追求的双重目标（保护徒步者免受动物危险以及维持适合徒步的道路状态）的更温和手段，从他处也看不出存在这样的手段。

最后，该规定是狭义上合比例的。在这方面，特别重要的是，法律欲平衡其相互竞争的使用利益的两个群体，即徒步者与骑马者，都同样可以诉诸《基本法》第2.1条。在分隔休闲性交通时，立法者必须以合理对待所有相关方利益的方式，来安排对现有道路网相互竞争的使用要求。立法者通过从现有全部私人林间小径中划出骑马道，而不是反过来通过划出专门的步道来实现这种分隔，这一点是无可指责的。鉴于骑马者与徒步者相比数量较少，且前者对土地的使用强度更大，不能认为立法者在此未尽到合理利益平衡的职责。这从以下这一点更可得到证明，即1980年《景观法》第50.7条明确委托景观管理部门确

保有足够与合适的骑马路网。

b)被质疑的规定满足了法律保留原则所产生的要求。

根据行政合法性原则，限制行为自由的规定不得过于不明确，以致于对某项活动的禁止实际上落入无法审查的行政裁量中（参见BVerfGE 6, 32 [42 et seq.]）。

关于这一原则，联邦宪法法院在对《募捐法》的判决中（BVerfGE 20, 150）【158】指出，立法者固然可以通过附有许可保留的禁令来管制行为权限的行使（BVerfGE, op. cit., 154 et seq.）。

然而，它必须规定给予许可的条件，并在满足这些条件时承认基本权利主体拥有法律请求权；因为在行使基本权利的领域，它必须自己划定国家可能干预的法律领域，而不得任由行政机关裁量（BVerfGE, op. cit., 155 [157, 158]）。

这里涉及的是法律保留观点下的行政合法性原则（参见BVerfGE 49, 89 [126, 127]）。

被质疑的规定却与附许可保留的禁止之概念不相符合，至少在联邦宪法法院所发展出的意义上是如此；针对1980年《景观法》第50.2条第1句的规定，联邦行政法院在原始诉讼程序中也使用了附有许可保留的禁止之概念。然而，分隔休闲性交通的宪法上正当目的是无法通过附保留许可的禁止实现的。个别路径的分配总是以秩序政策的决定为前提，这种决定与具体的规范性预先规定不相容，与承认一种要求分配特定路径给骑马者的法律请求权也不相容。根据1980年《景观法》第50.2条第1句结合第50.7条第1句，关于具体哪些林间小径基于森林中所有休闲性交通的秩序应该作为骑马道使用的决定，最终是国家（道路）计划行为。因此，关于在森林中骑马，州立法者选择了在机动车交通等其他涉及行动自由的具体活动中已经常见的规范进路。这种计划行为不能通过条件式程式在规范上事先规定。但在这方面，计划上的衡量要求提供了一个适当的标准，能使具体情况下的公共利益与相关所有权人的私人利益得到合理的平衡。在这一点上，适用于公共道路等其他交通道路计划的，同样适用于此处涉及的骑马路网的计划与实现，后者在1980年《景观法》第50.7条第1句中被明确为景观管理部门的义务（参见BVerfGE 79, 174 [198, 199]）。

在决定哪些私人林间小径应被指定为骑马道，从而根据法律的构想不同时对徒步者开放时，主管机关必须处理众多正当的利益。通常，至少骑马者对尽可能有广泛骑马路网的利益与徒步者的相反利益，此外还有土地所有者在维护与不受干扰地使用自己道路方面的利益会受到影响，这些利益必须在当下进行衡量。各项利益的实质重要性可能因个案情况而有所不同。【159】

这些冲突的合理解决非法律详细规定所能完成。因此，从法律保留的角度来看，这样的法律详细规定亦非宪法所能要求。因为法律保留原则不得导致立法者必须放弃它认为（也可以认为）为实现宪法上的正当目的而应当采行的规定（另参见BVerfGE 58, 300 [346]）。

c)在信赖保护的观点下，被质疑的规定也没有宪法上的疑点。立法者在比例原则的框架内原则上也有权紧缩现有对一般行为自由的限制。1975年《景观法》先前原则上允许在森林道路与小径上骑马，此规定只实施了5年。在此之前，有一项规定，原则上禁止在森林中骑马（1969年《州森林法》第4.e条）。在更早的时期，法律既没有赋予在森林中骑马的权利，也无法确认有习惯法上的骑马权利——此外，联邦及州的立法者都可以在各自的权限范围内废除这种习惯法上的骑马权利（参见BayVfGH 28, 107 [120]以及其所引其他文献）。

由于将骑马者包括在内的混合式休闲性交通所带来的不利，立法者可能鉴于1975年的法律下得到的经验，再度对规定作出不利于骑马者的修改，这是之前可以预期的。仅着眼于对骑马者开放所有森林道路的法律只短暂有效这一点，骑马者就无法信赖这一规定会稳固持续存在。此外，支持被质疑的规定具有宪法上的正当性之理由也足以推翻任何可能被考虑的信赖保护。

“人口普查案”

BVerfGE 65, 1

1.译者注解

1983年进行人口普查的意图是本判决中的争议所在，该人口普查旨在为规划目的收集有关个人、工作和商业上的相关信息以及生活条件方面的基本数据（frameworkdata）。由于没有具体的基本权利可以为这种数据收集和使用行为提供保护，联邦宪政法院诉诸于艾尔弗斯案判决所确立的兜底性权利（《基本法》第2.1条）。

【160】

通过对人格自由发展权的广义解释，即任何通过限缩个人自由的范围而对个人产生消极影响的国家行为都必须根据《基本法》第2.1条加以衡量，联邦宪政法院进一步发展出个人信息自决权。法院认为个人信息自决权与《基本法》第1.1条人的尊严条款息息相关，根据个人信息自决权，个人与其个人数据紧密关联，因而传播和使用个人数据原则上必须得到个人的同意。法院认为，计算机技术时代的数据收集和使用具有一种不同以往的潜在威胁性，因为这些数据集可以在不受个人干扰的情况下被用于对个人行为进行全面的描绘。个人甚至不会知道他们的哪些数据被收集了，以及这些数据现在、未来或可能被如何

使用。

当然，政府可以对该权利进行干预。正如法院在艾尔弗斯案的判决中所述，干预范围事实上还很广。不过干预的基础必须是实定法所规定的权力，且为了防止数据被滥用，实定法规范必须遵守《基本法》各方面的要求，符合比例原则并包含组织性保障和程序性保障。1983年的《人口普查法》尽管得到了议会的一致通过，但未能满足这些要求。

这项新的权利在法院的其他诸多判决中发挥了关键作用，例如关于“基因指纹”（即为刑事诉讼中确认身份而分析、储存DNA信息）的判决，²¹和在有组织犯罪和恐怖主义情形下是否可采取GPS监控的判决。²²

2. 判决概要

(1)在现代化数据处理的背景下，保护个人数据不被无限制地收集、储存、使用和传输的权利，已被纳入《基本法》第2.1条与第1.1条所规定的一般人格权之下。这项基本权利原则上保证了个人在披露和使用其个人数据方面拥有自主决定权。

(2)只有存在更为重要的公共利益的情形下，才允许对个人信息自决权加以限制。这些限制必须具有宪法基础，符合法律确定性的法治要求。立法机关必须确保其所创立的法律规范符合比例原则，并包含组织性保障规范和程序性保障规范，以排除侵犯一般人格权的威胁。

(3)至于这些限制应满足何种宪法要求，有必要区分以个人化、非匿名形式收集和处理的个人数据和拟用于统计目的的数据。在为统计目的收集数据时，不可能要求此类数据的收集具有一个具体的、被精确界定的目的。但为弥补这种具体目的的缺失，在收集和处理信息时，必须在信息系统内部加以适当的限制。 【161】

(4)1983年《人口普查法》（Volkszählungsgesetz - VZG）所规定的调查方案（第2条第1至7项和第3至5条），并不涉及可能与人的尊严相冲突的，对个人数据的登记和分类。因此，它也满足了法律确定性和比例原则的要求。然而，为了保护个人信息自决权，政府在执行和组织数据收集时，应当采取程序性保障措施。

(5)1983年《人口普查法》第9.1至9.3条中对数据传输的规定（包括为与人口登记册进行交叉核对而进行的数据传输）侵犯了一般人格权。为科学目的转

²¹ BVerfGE 103, 21; 德文版见<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv103021.html>.

²² BVerfGE 112, 304; 德文版见<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv112304.html>.

移数据（1983年《人口普查法》第9.4条）则符合《基本法》。

第一庭于1983年12月15日基于1983年10月18日和19日的庭审而作出的判决。1 BvL 209, 269, 362, 420, 440 and 484/83：

3.案件事实

1983年《人口普查法》（Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt - BGBl.*] I p. 369）于1982年3月25日颁布，其中规定要在1983年春季为统计目的对人口、职业、住房和工作场所进行普查。该法宣称的目的是通过即将开展的调查，获取关于人口的最新状况、地理分布、组成情况（涉及人口结构和社会特征）以及人口的经济活动信息，这些信息是联邦、各州和市政当局在社会和经济政策领域作出决策所不可或缺的依据。上一次人口普查是在1970年进行的，1983年《人口普查法》对要收集的数据和调查对象进行了详细的界定，第9条规定，除非另有规定，可以为行政执法上的特定目的与市政、联邦及各州当局对收集的数据进行交叉核对。

为了回应众多直接针对1983年《人口普查法》提起的宪法诉讼，联邦宪政法院认定该法基本上符合《基本法》；但法院明确宣布，该法中有关与人口登记册进行交叉核对以及有权为行政执法目的传输数据的规定无效。

【162】

4.判决理由选译

B.

II.

就申诉人本人受到1983年《人口普查法》影响的程度而言，其担忧是紧迫且现时的。

然而，根据联邦宪政法院的判例法，如果受挑战的规定仍需由行政部门单独采取执法活动予以实施，就不存在紧迫的担忧。原因在于，这种执法活动通常会首先侵犯公民的合法权益，针对此类侵犯能够采取的法律救济也允许对所适用法律的合宪性进行审查（BVerfGE 58, 81 [104]；参见BVerfGE 59, 1 [17]；60, 360 [369 and 370]）。

1983年《人口普查法》的实施必然涉及提供信息的要求，只有此种要求才能影响到申请人的合法权益（参见1983年《人口普查法》第5.2条）。尽管可以针对这一执法措施向行政法院主张法律救济，但这并不构成受理宪法诉愿的障碍。

联邦宪政法院已在涉及特殊情况的案件中，例外地允许受理直接针对一项法律提起的宪法诉愿，只要该法可能迫使当事方作出事后无法矫正的决定，或

者在执法后会产生无可逆转的后果（参见BVerfGE 60, 360 [372]）。直接针对1983年《人口普查法》提出的宪法诉愿，也可以在該法被要求执行前例外地得到受理。

該法的执行将在短时间内影响到全部人口，调查问卷将于1983年4月18日开始发放，并于1983年5月初收回。因此，仅有约两周的时间可以向行政法院申请禁令救济，法院无法在这一有限时间内以一种联邦宪政法院所期望的、实质性初步审查的方式处理该问题。不过无论如何，针对依据《行政诉讼法》（Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO）第80.5条、第123条和第146.1条而作出的消极决定而提起的宪法诉愿都是可受理的（参见BVerfGE 51, 130 [138 et seq.]; 53, 30 [49, 52]; 54, 173 [190]）。本说根据《联邦宪政法院法》（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）第90.2条第2句的规定，在穷尽法律救济措施之前（如通过行政法院对提供信息的要求提出异议），应无法得到联邦宪政法院的判决（参见BVerfGE 59, 1 [19 and 20]）。然而，联邦宪政法院届时将不得不处理行政法院诸多可能相互矛盾的判决，部分法院给予当事人以禁令救济而另一部分没有的情况还可能导致法律的不确定性。在这种情况下，辅助性原则（即公众原则上应首先求助于专门法院）可能造成与其目标相背的结果：辅助性原则不但没有减轻联邦宪政法院的负担，反而会将其置于极大的及时作出判决的压力之下。在这种例外情况下，申请人有权直接通过宪法诉愿的方式挑战該法。

【163】

C.

该宪法诉愿在一些方面是有依据的。

.....

II.

受到《基本法》第2.1条和第1.1条保障的一般人格权是审查的主要依据。

(1) a)个人的价值和尊严是宪法秩序的核心所在，个人通过自由自决发挥自由社会成员的作用。《基本法》第2.1条与第1.1条共同保障的一般人格权，除了提供对自由的特殊保障外，也提供对这种价值和尊严的保护（参见BVerfGE 54, 148 [153]）。这一权利对于应对现代化发展和人格之上随之而来的新威胁也显得十分重要。以往判例法中的具体处理方式并没有对人格权的内容作出定论。这项权利也包括——正如BVerfGE 54, 148 [155]判决对既有判决（参见BVerfGE 27, 1 [6]; 27, 344 [350 and 351]; 32, 373 [379]; 35, 202 [229]; 44, 353 [372 and 373]）进行的延伸——根据这一自决的理念，个人原则上有权自行决定在何时和何种范围内披露个人事务（还可参见 BVerfGE 56, 37 [41 et seq.]; 63, 131 [142 and 143]）。

考虑到自动化数据处理现状和未来，这项权利应当得到特别的保护。鉴于已不再需要像从前那样为了决策过程之目的查阅人工编纂的文件和档案，相反，现有技术允许借助于自动化数据处理，对身份已知或可确定的个人具体的私人信息或重要情况进行无限制地存储，并随时、在数秒内、无距离限制地检索（个人数据见《联邦数据保护法》第2.1条）。这些信息也可以与其他数据集相结合（特别是在建立了综合信息系统的情况下），形成一个部分或基本完整的个人档案，而并未给当事人以充分的对该档案的准确性或使用进行控制的机会。由此，查询和处理上的可能性已经达到从前所无法预知的程度，个人的行为可能仅仅因为公众访问的心理压力而受到影响。

【164】

不过，即使在现代信息处理技术的范围内，个人自决也需要以其拥有决定是否从事或停止某些活动的自由为前提，包括有可能实际按照自己的决定行事。如果个人不能充分肯定在他们的社会环境的哪些领域里有他们的何种信息，并在一定程度上评估对方可能拥有的知识范围，那么其依靠个人自决权进行计划或决策的自由仍可能受到严重的抑制。若社会秩序中的个人已无法确定谁在何时知道了他们的哪些情况，那么无论是此种社会秩序还是使之成为可能的法律秩序均不符合信息自决权的要求。如果个人无法确定其异常行为是否随时会被注意，以及该等信息是否会被永久地储存、使用或传输给他人，他就会试图避免因这种行为而引人注目。举例而言，如果个人认为出席集会或参与公民利益团体会被正式记录并会使其面临风险，那么他就可能放弃行使相应的基本权利（《基本法》第8条和第9条）。这不仅会限制个人人格发展的可能性，还会有损于公共利益，因为自决是一个以行动自由和成员参与为基础的，自由民主社会运作的基本前提。

由此可见，在现代化数据处理的背景下，人格自由发展的前提，是保护个人数据不被无限制地收集、储存、使用和传输，这种保护已包含在《基本法》第2.1条和1.1条所载的基本权利之下，这一基本权利从原则上保证了个人有权自行决定个人数据的披露和使用。

b) 对此种信息自决权的保障并非完全不受限制。个人对其数据没有绝对的、不受限制的控制权，其毕竟是在社会群体中发展起来的人并依赖于交流。信息，即使与个人有关，也是对社会现实的反映，不应排他性地归属于当事人。正如联邦宪政法院的判例法中多次强调的，在平衡个人和群体之间的紧张关系时，《基本法》引导了有利于公民参与和公民责任的判决（参见BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 1 [7]; 27, 344 [351 and 352]; 33, 303 [334]; 50, 290 [353]; 56, 37 [49]）。

因此，个人原则上必须接受对其信息自决权的限制，以维护处于优位的公

共利益。

【165】

根据《基本法》第2.1条，该等限制须有（宪法上）的合法基础，即限制的前提条件和范围得到明确遵守，且能够被公众所认可，从而满足法律确定性并符合法治的要求（可进一步参考BVerfGE 45, 400 [420]）。这一点也被《联邦统计法》（Bundesstatistikgesetz - BstatG）第6.1条明确承认。立法机构必须在其法规中遵守比例原则，这一具有宪法地位的原则来自基本权利本身的性质。基本权利是公众不受国家干预的一般权利的体现，在任何给定情形下，基本权利只有在为保护公共利益所必要时才可受到公共权力的限制（BVerfGE 19, 342 [348]及既定判例法）。考虑到上述因自动化数据处理的应用而产生的威胁，立法机构必须比以往更多地采取组织和程序上的预防措施，以应对侵犯人格权的威胁（参见BVerfGE 53, 30 [65]; 63, 131 [143]）。

(2)宪法诉讼并未提供详尽讨论信息自决权的机会。唯一需要决定的问题是，在政府行为要求个人提供个人数据是，这项权利的范围如何。此时，不能仅考虑信息的性质，信息的可用性和潜在用途才是决定性因素。这一方面取决于调查的目的，另一方面取决于信息技术所固有的处理和整理信息的可能性。这可能赋予那些本身并不重要的数据以新的重要性，从这一角度，“不重要的”数据不再存在于在自动化数据处理的环境之中。

因此，信息的敏感程度不能仅仅取决于它是否涉及私密事项。事实上，要确定数据在人格权立法中的重要性，就必须了解数据的使用环境。只有在清楚地确定了要求提供数据的目的是什么，以及这些数据可能被如何整理和使用之后，才有可能处理有关是否允许限制信息自决权的问题。在此背景下，有必要区分以个人化、非匿名形式收集和处理的个人数据（见如下 a)项）和用于统计目的的数据（见如下 b)项）。

a)截至目前，人们已经认识到，不受限制地强制收集个人数据是不被允许的，尤其是若这些数据将被用于行政执法目的（例如与税收或社会福利分配相关）。立法机构已经为此规定了各种措施，按照《基本法》的规定对当事人进行保护（例如见联邦和各州数据保护法的规定；《财政法》（*Abgabenordnung* - AO）第30、31条；《社会法典》（*Sozialgesetzbuch I - SGB I*）第一卷第35条、以及第十卷第67至86条）。立法机构以宪法为据制定的这些规则，多大程度上来自于信息自决权、以及与之相关的比例原则和采取程序性预防措施义务的驱使，取决于所收集数据的性质、范围、预想的用途以及遭到滥用的危险（参见BVerfGE 49, 89 [142]; 53, 30 [61]）。

【166】

处于优位的公共利益通常只存在于与社会有关的数据中，而不包括不合理的、私密的信息及自证其罪。根据过去的知识和经验，下列措施似乎特别

重要：

强制披露个人数据的前提是，立法机构已经对拟使用的领域进行了具体和准确的界定，并且该等信息是对于这一目的而言是适合且必要的。没有目的或为了尚未明确的目的而收集并存储非匿名的数据是不符合这一前提的，所有为履行职责而收集个人数据的政府实体都必须把自己限定于实现具体目的所需的最低限度。

数据的使用仅限于法律规定的目的。如果仅仅是出于自动化数据处理相关的危险，则需要通过禁止传输和使用这些数据来防止未经授权（包括防止其他政府实体）的使用。强制要求的信息、披露和删除构成进一步的程序预防措施。

在自动化数据处理的情景下，独立数据保护官的参与对于有效保护信息自决权至关重要。这一方面是因为，在这些情境下，数据的储存和使用并不对公众透明；另一方面是因为独立数据保护官能够及时提供预防性的法律保护。

b)为统计目的而对数据进行收集和处理，在宪法审查的语境下具有不可忽视的独特意义。

aa)统计数据对于政府制定符合《基本法》原则和指引的政策具有重要意义。如果经济和社会进步不被视作命运所不可避免的结果，而是一个永久的目标，就必须全面、持续不断地更新有关经济、生态和社会发展的信息。只有在掌握相关数据，并有可能借助于自动化数据处理提供的机会将该等信息用于统计目的的情况下，才有可能为符合社会国家原则的政府政策建立必要的行动基础（参见BVerfGE 27, 1 [9]）。就为统计目的而进行的调查来说，不可能要求对收集数据的目的作出狭义、具体的界定，但仍有必要储存这些数据，因为统计的性质在于，数据在收集后拟用于各种各样不同的目的，而这些目的不可能从一开始就加以界定。

【167】

……

bb)在统计的情形下，由于其具有特殊的性质，无法事先确定使用和整理数据的各种可能性，那么在信息系统内收集和处理信息时，就必须附加适当的限制对此加以弥补。必须为数据处理设置明确的条件，以确保在自动收集和处理与个人有关的信息的情况下，个人不会仅仅成为数据主体。无法与一个随时可以识别和验证的特定目的建立关联，数据可能被用于多种功能，都加强了数据保护立法应加以审查和限制的趋势，这是宪法保障的信息自决权的具体体现。正是因为从一开始就缺乏对数据集在目的上的限制，人口普查很可能会引发微观普查案判决（Mikrozensus-Beschluß）中已强调的对个人进行侵犯性登记和分类的危险（参见BVerfGE 27, 1 [6]）。为此，为统计目的收集和数据处理数据必须

遵守旨在保护调查对象人格权的特别要求。

尽管以统计为目的的数据收集和处理具有跨国性质，但前提是，这样做必须完全是为了支持公共职责的履行，当然在此需要的可能不仅仅是任何信息。即使是统计目的而收集个人数据，立法机构在规定提供信息的义务时，也必须特别确定收集这些信息是否会对当事人造成社会分类的危险（例如在药物成瘾、犯罪记录、精神疾病或社会边缘性方面），以及调查的目的是否也无法通过匿名调查的方式实现。例如1983年《人口普查法》第2条第8款规定的的数据收集可能就符合此类，根据该条款，机构领域的人口和职业普查包括关于调查对象作为居民或雇员或雇员亲属的身份信息，收集这些数据的目的是为了提供有关机构人口的信息（Bundestag document (*Bundestagsdrucksache* - BTDrucks.), 9/451, p. 9)。除了有社会污名化的危险之外，实现这一目标也无需涉及具体个人，只需让机构负责人提供截至普查日期的人口数字，并按照1983年《人口普查法》第2条第8款所列的标准进行细分，而无需提及个人。因此，收集1983年《人口普查法》第2条第8款所规定的个人数据，从伊始就侵犯了《基本法》第2.1条和第1.1条所保障的人格权。在数据收集和处理的执行和组织方面，需要采取特别的预防措施以维护信息自决权，因为在收集阶段（并某种程度上也在储存阶段），信息会更易于与个人实现对应；与此同时，还需要制定规则，以删除次要目的（识别特征）所需的、可促成去匿名化的信息，例如姓名、地址、身份证号码和普查人员名单（另可参见《联邦统计法》第11.7条第1句）。

【168】

在为统计目的进行调查的情况下，确保有效防止外部访问的法规十分重要。就为统计目的而收集的个人信息进行严格保密对于保护信息自决权的目的而言是必要的，在收集过程中亦是如此，只要与个人的联系已经存在或可被建立（统计的保密性）；这同样适用于尽早进行（有效的）匿名化的必要性，以及防止去匿名化的预防措施。

只要数据仍然涉及个人，政府实体就只有在通过数据的匿名化和数据的保密处理从而与统计数据完全隔离的情况下，才可以获得规划目的所需的信息；这也是信息自决权所要求的，也必须得到法律的保障。只有这一条件得到满足，才能也可能期望公众提供被要求的信息。如果允许在违背当事人的意愿或在当事人不知情的情况下转移为统计目的而收集的个人信息，这不仅是对宪法保障的信息自决权的非法限制，还会损害官方统计，后者也被规定在《基本法》第73.1条第11款，因此值得保护。为确保官方统计的功能得以实现，收集的数据必须尽可能准确和真实，而这一点只有当调查对象对于为统计目的而收集的数据不被外界获取而进行的保护具有必要的信心时才能实现，否则，公众就不会有意愿提供真实的信息（联邦政府在1950年的《人口普查法》草案中就

已经对这一点进行了正确的论证，对第10条的评论参见Bundestag document I/982, p. 20)。

如果政府不努力通过公开数据处理程序和严格保护信息不被外界获取来培养这种信任，那么从长期来看，就会因信任的缺乏而导致合作意愿的降低。由于政府的强制力只能产生有限的效果，忽视公众利益的政府行为至多只能在短期内被证明是有效的；从长期来看，它将造成信息范围的减小和准确性的下降【169】（Bundestag document I/982, loc. cit.）。持续提升的环境复杂性是高度工业化社会的典型特点，所以政府只能通过可靠的统计数据加以理解并采取有针对性的措施，一旦对官方统计造成威胁，社会领域中政府政策的一个重要前提就岌岌可危。如果“规划”的责任因而只能通过与统计数据的完全隔离得到保证，那么尽早对数据进行保密和匿名化的原则不仅是《基本法》对保护个人信息自决权的要求，对于统计数据本身的构成也具有重要意义。

cc)如果以有效的方式考虑到上述要求，根据目前的知识和经验，就在宪法基础上收集完全用于统计目的的数据而言，是不应存在任何疑虑的。如果收集的数据在匿名化或为统计目的进行了处理后才提供给其他政府机构或其他机构，则不应认为个人的人格权会受到损害（参见《人口普查法》第11.5和第11.6条）。

任何未经匿名化或为统计用途处理就转移（披露）的数据将仍然属于个人数据，并会引发特殊的问题。为统计目的而进行的调查中也包括不为统计目的所需要的个别公民的个人信息，被调查的公众必须能够假设这些信息仅用于推进调查程序。可以肯定的是，所有这些信息都可以通过明确的法律授权提供给其他方，但仅限于其他公共机构为统计目的对其进行处理的情形，并且通过采取必要的预防措施，人格权已得到可靠的保护。特别是有关统计数据的保密性和预先匿名化的要求，以及通过组织和程序手段，正如联邦和各州统计局的做法。另一方面，将为统计目的而收集的数据，未经匿名化或统计处理即用于行政执法目的的行为，可能不当地侵犯信息自决权（另参见下文C.IV.(1)）。

III.

1983年《人口普查法》的调查方案基本上满足了上述宪法要求。此结论适用的审查内容包括《人口普查法》第2至第4部分以及第5.1条，但应排除作为机构的居民或机构人员的资格问题（第2条第8款与第5.1条第1款后半句）。这些规定符合《基本法》第2.1条与第1.1条规定的一般人格权，但前提是立法机构必须补充立法，以弥补迄今缺乏的组织性规范和程序性规范以保障这一基本权利，确保1983年人口普查性质下的全面调查能够满足宪法的要求。

.....

【170】

c)在本案所审查事项的范围内，1983年《人口普查法》的调查方案满足了比例原则的要求。因此，实现预期目的的措施必须是适当且必要的，后续行动力度不得与具体事项的重要程度和强加于公众的妥协不相匹配（参见BVerfGE 27, 344 [352 and 353]；既定判例法）。

1983年《人口普查法》旨在为国家未来的规划和行动提供所需的信息，1983年的人口普查作为一项使对政府活动进行规划变得可行的前提条件（参见BVerfGE 27, 1 [7]），其目的显然是为了履行国家的合法职责。

通过进行全面普查（详尽普查），并使用1983年《人口普查法》第2条第1至7款以及第3和第4部分的问题目录，德意志联邦共和国履行了1973年11月22日欧洲共同体理事会有关同步进行一般人口普查的指令（73/403/EWG, OJ no. L 347 of 17 December 1973, p. 50）所规定的义务。其调查的方法和方案对于拟实现的目的是合适且必要的，构成对调查对象的合理要求。

.....

IV.

(1)为统计目的收集但尚未进行匿名化处理的数据，仍然是个人化的，可以（如已在上文C.II.(2) b) cc)部分所述）通过明确的法律授权提供给其他各方，但仅限于其他公共机构为统计目的进行处理的情形，且人格权已通过采取必要的预防措施得到了可靠地保护，特别是有关统计数据的保密性及匿名化要求，正如联邦和各州统计局的做法。另一方面，如果出于行政执法的目的，依法将为统计目的、且法律规定应用于此种目的而收集的个人化、非匿名化的数据传输给其他方，这将构成对信息自决权的不当侵犯。一般而言，至于是否会有反对直接传输此类数据的意见，即使立法机构已经以不符合统计与执行分离原则为由，明确对此类传输作出规定，这类问题仍然可能存在。另外，对于如果采用不同的形式（合并调查），是否允许同时收集用于统计目的的个人数据（这本身是允许的）和用于行政执法目的的个人数据（这本身是允许的）而言，也无需进行讨论得出结论。无论是对为统计目的收集的数据的直接传输还是合并调查的运用都会生发疑虑，因为两种不同的目的与不同的要求的结合会给公众带来极大的不确定性，鉴于自动化数据处理所允许的可能性缺乏透明度，这会威胁到信息的可靠性及其对统计目的的适用性。还必须对需要满足的不同要求予以考量：例如，统计数据的保密性、匿名化的要求和禁止歧视，都适用于为统计目的对数据进行的收集和利用，但这并不适用于或不同等适用于为行政执法目的而收集数据的情形；而身份识别数据（例如姓名和地址）只是为了便于统计中的处理，它们通常构成为行政执法目的收集数据的基本要素。在这种情

【171】

况下，为统计目的收集数据而设计的调查组织也会出于其他目的收集数据，而这些数据本身很难证明该组织的合理性。还必须考虑到，根据所使用两种数据收集类型中的哪一种，司法程序会有所不同。

然而，一项旨在同时实现这两个目标的监管措施，如果涉及对本质上不兼容的方面的结合，则无论如何都无法达到意图实现的目的，因而构成对《基本法》的违反。在这种情况下，在人口普查中把统计目的和行政执法目的相结合，不仅可能造成法规的不明确与晦涩，而且也会使其违背比例原则。与完全出于统计目的收集数据的情况不同，此时必须为狭义且具体的目的传输数据（上文C.II.(2) a）。此外，法律确定性的要求也十分重要，公众必须能够从法律规定中清楚地认识到：哪些数据将并非专用于统计目的；当个人数据会被打算用于或被要求用于行政执法时，行政执法的具体目的是什么；对这些数据的使用是否将仅限于此类目的；是否有条款保护被调查者免于自证其罪。

(2)根据1983年《人口普查法》第9.1条，同时进行为统计目的进行的人口普查和与人口登记的交叉检查不符合宪法要求。

.....

“数据收集案”

BVerfGE 120, 274

【172】

1.译者注解

2008年，法院将第2.1条所包含的信息自决权扩展到包括信息技术系统的保密性和完整性。²³本案需要审查的问题是，“宪法保护机构”（本质上是具有较小管辖范围的国内秘密警察），是否以及在何种条件下有权秘密侵入嫌疑人的计算机系统以搜索和获取相关信息。法院在本案中构建了一些程序性与实质性的保障措施。秘密侵入行为具有秘密性，被侵入的主体无法察觉也无法寻求司法保护。因此，此类措施只有在得到法官批准的情况下才能进行，以此确保此类措施在实施前就受到司法的监督。此外，此类措施的授权法必须包含立即删除并禁止以任何方式使用不相关的个人数据的规定。

2.判决概要

(1)一般人格权（《基本法》（Grundgesetz - GG）第2.1条连同第1.1条）包

²³ BVerfGE 120, 274；英文版参见 http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007en.html.

含了保障信息技术系统的保密性和完整性的基本权利。

(2)秘密渗透信息技术系统以监控该系统或读取其存储介质中的数据，这类措施只有在有事实迹象表明存在对极其重要的法益具体的危险时才为宪法所允许。极其重要的法益指的是个人的生命、身体、自由，以及受到威胁时将动摇国家根基或影响国家持续存在或影响人类生存基础的公共利益。即使还不能充分确定危险会在不久的将来出现，只要某些事实表明特定个体在个案中创设了对极其重要的法益的危险，便可以采取这类措施。

(3)对信息技术系统的秘密渗透，原则上应在司法命令保留范围内。授权法必须包含保护私人生活核心领域的预防措施。

(4)若授权仅限于在计算机网络中收集正在进行的通信内容和情况，或评估与之相关的数据的国家措施，则应仅根据《基本法》第10.1条来衡量干预行为。【173】

(5)如果国家机构没有得到参与通信者的授权而通过技术上提供的渠道获知互联网通信的内容，这只构成对《基本法》第10.1条的侵犯。

(6)如果国家获知可在互联网上公开获取的通信内容，或参与可公开获取的通信过程，原则上不会侵犯基本权利。

第一庭于2008年2月27日基于2007年10月10日庭审所做的判决，1 BvR 370, 595/07.

3.案件事实

宪法诉愿主要涉及《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》（“州宪法保护法”）的规定。首先是与宪法保护机构在各种情况下收集数据，特别是收集来自信息技术系统的数据的权力有关的规定。其次是与如何处理收集到的数据有关的规定。

被质疑的条款主要是由2006年12月20日的《北莱茵—威斯特伐利亚宪法保护法修正案》（Law and Ordinance Gazette of North Rhine-Westphalia, p. 620）添加或修正的。

宪法诉愿都是针对《州宪法保护法》第5.2条第11款的违宪性提出的。该条款授权宪法保护机构实施两类调查措施：首先是对互联网进行秘密监测和其他侦探（第1项），其次是秘密访问信息技术系统（第2项）。

4.判决理由选译

B.

在宪法诉愿可以受理的程度上，它们基本上是有理有据的。(I)《州宪法

保护法》第5.2条第11款第2项是违宪且无效的。(II)该条款第1项也同样违宪且无效的。(III)由于无效，针对《州宪法保护法》第5.3条和第17条的申诉也得到了处理。(IV)相比之下，《州宪法保护法》第5a.1条则无违宪之虞。

I.

《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项所规定的对信息技术系统的秘密访问，侵犯了一般人格权（《基本法》第2.1条连同第1.1条）。具体而言，
【174】是违反了其中保障信息技术系统保密性和完整性的基本权利。

在没有得到其他基本权利（特别是《基本法》第10条或第13条以及信息自决权）保障时，一般人格权的这种表现形式可以保护信息技术系统不受侵犯(1)。在本案中，干预行为不具有宪法上的正当性：《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项不符合明确性原则(2a)，不符合比例原则的要求(2b)，并且没有包含任何足够的预防措施以保护私人生活的核心领域(2c)。被质疑的规定是无效的(2d)。没有必要针对其他基本权利进行额外审查(2e)。

(1)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项的授权侵犯了保障信息技术系统保密性和完整性的基本权利，后者是一般人格权的特殊表现形式；只要其他基本权利具体形式如信息自决权、《基本法》第10条和第13条所载的自由保障未能保证任何或足够保护，它就进入该范畴。

a)一般人格权所保护的人格要素虽然不是《基本法》规定的自由权所特别保护的對象，但其对人格形成的意义并不逊于这些对象（见BVerfGE 99, 185 [193]; 114, 339 [346]）。为应对在科技进步或环境变化过程中可能出现的新型危害，尤其需要这样的兜底性保障（见BVerfGE 54, 148 [153]; 65, 1 [41]; Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2465]）。关于人格权不同方面的具体法律保护主张之分类，首先应和造成人格侵害之风险的类型相一致（见BVerfGE 101, 361 [380]; 106, 28 [39]）。

b)信息技术的使用对个人的发展与人格形成具有无法预测的重要影响。现代信息技术为个人提供了新的可能性，同时也带来了新类型的人格侵害。……

cc)网络化信息技术系统的日益普及，除了为人格的发展提供了新的可能性外，也给个人带来了新的人格侵害。

1)这种侵害之所以出现，是因为个人计算机等复杂的信息技术系统开辟了广泛的使用可能性，所有这些可能性都与数据的产生、处理和存储有关。不仅仅是计算机用户有意产生或存储的数据。在数据处理过程中，信息技术系统自身也创造了大量的衍生数据（furtherdata），这些数据可以像用户存储的数据

一样对用户的行为及特征进行评估。因此，访问这类系统正在工作的内存或其他存储介质，可以获取与用户的个人情况、社会联系和活动有关的大量数据。【175】如果这些数据被第三方收集和评估，就会暴露出用户人格的许多方面，甚至有可能形成用户画像（关于这种结论导致的人格侵害，参见BVerfGE 65 [142]）。

2)在网络系统中，特别是与互联网连接的系统中，这些风险会以各种方式加剧。首先，与独立系统相比，接入互联网的设备会导致更多数量和种类的数据被产生、处理和储存。这包括通信内容以及与网络通信有关的数据。通过存储和评估用户在网络中行为的数据，可以获取广泛的与用户人格相关的信息。

然而，最重要的是，系统间的网络连接给第三方提供了一个可用于监控系统或操纵系统中保存的数据的技术访问窗口。在某些情况下，个人根本无法察觉到这种访问，或者只能在有限的程度上阻止它。信息技术系统已发展到一个相当复杂的程度，想要对其进行有效的社会保护或技术上的自我保护可能已经超过至少是普通用户的能力范围了。技术上的自我保护不仅需要相当大的投入，还可能导致被保护系统丧失部分功能。如果第三方能够渗透到存储数据的系统中，那么许多自我保护措施（如加密或隐藏敏感数据）也基本上是无效的。最后，鉴于信息技术的发展速度，不可能可靠地预测用户未来可能拥有的可用于自我保护的技术手段。

c)从基本权利的角度来看，对保护的需求来自于信息技术系统的使用对人格发展的重要性，以及与此种使用相关的对人格的危害性。个人仰仗国家对这些系统的完整性和保密性的期望的尊重，这对于人格不受障碍的发展来说是合理的。《基本法》第10条和第13条所载的基本全力保障，就像联邦宪政法院判例法先前发展的一般人格权表现形式一样，并未充分考虑到由于信息技术发展而产生的保护需求。

aa)《基本法》第10.1条所保护的通信保密，能够保护通过电子通信向个人接收者进行的非物理性信息传输（参见BVerfGE 67, 157 [172]; 106, 28 [35, 36]），但不保护信息技术系统的保密性和完整性。

1)《基本法》第10.1条的保护范围包括以各种传输方式（有线或广播，模拟或数字传输）、表达形式（言论、图片、声音、符号或其他数据）进行的通信（参见BVerfGE 106, 28 [36]; 115, 166 [182]）。因此，通信保密的保护范围【176】也包括互联网的通信服务（关于电子邮件，参见BVerfGE 113, 348 [383]）。更重要的是，通信秘密不仅保护通信内容也保护通信环境，具体包括哪些人通过何种通信设施，何时以何种频率是否进行或是否试图进行通信交流（参见BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]; 100, 313 [358]; 107, 299 [312, 313]）。由

于信息技术对于个人的发展越来越重要，因而通信秘密也需能不断回应新出现的人格侵害类型。

若授权仅限于在计算机网络中收集正在进行的通信内容和情况，或评估相关数据的国家措施，则应仅根据《基本法》第10.1条来评价干预行为。无论技术上该措施是针对传输通道还是通信终端，都落入通信秘密的保护范围（参见BVerfGE 106, 28 [37, 38]; 115, 166 [186, 187]）。原则上也包括终端是联网的复杂信息技术系统，且通信只是其几类用途中的一种的情况。

2)然而，只要用户能够自行采取保护性预防措施以抵御对其数据的秘密访问，《基本法》第10.1条规定的基本权利保护并不包括用户完成通信后存储的电信内容和情形。通过通信保密来避免的远程电信的具体危险，不再继续适用于这类数据（参见BVerfGE 115, 166 [183 et seq.]）。

3)同样，如果国家机构监测信息技术系统的使用或搜索该系统的存储介质，则通信保密的保护也不适用。至于收集正在进行的通行之外的内容或情况，即使使用电信连接将收集的数据传输给评估机构，也不构成对《基本法》第10.1条的侵犯，例如在线访问存储数据的情况（参见Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, 2000, p. 497; Rux, Juristenzeitung 2007, p. 285 [292]）。

4)只要对信息技术系统的秘密访问是为了收集数据，而《基本法》第10.1条并没有规定对访问的保护，就存在保护上的漏洞，而这个漏洞将被表现为对信息技术系统的保密性和完整性保护的一般人格权所弥补。

【177】如果通过渗透复杂信息技术系统的方式进行通信监视（“源通信监视”），那么这种监视就突破了对整个系统进行监控的关键障碍。由此带来的危害远超仅仅监控正在进行的通信。特别是，存储在个人计算机上与使用通信系统无关的数据也可以被获取。例如，可以发现为个人目的使用个人计算机的行为、访问特定服务的频率、特别是创建的文件内容——或者如果被渗透的信息技术系统也控制着家用电器，个人住宅中的行为。

此外，根据专家在庭审中提供的信息，在渗透后可能会无意间就收集到与正在进行的通信无关的数据。因此与传统的基于网络的通信监控通常情况不同的是，信息技术系统渗透总是存在着进一步收集（不限于通信内容或通信环境的）个人信息的风险，其所导致的人格损害并不总能通过《基本法》第10.1条应对。

相比之下，如果监控只限于来自正在进行的通信过程的数据，《基本法》第10.1条是评估授权从事“源通信监控”的唯一基本权利相关标准。这必须由技术预防措施和法律说明来确保。

bb)另外,《基本法》第13.1条赋予住宅不可侵犯的保障,保证了个人在人的尊严方面的基本空间,也有利于个人的人格发展。只有在《基本法》第13.2至13.7条的特殊前提条件下才能侵犯这一空间,但在访问信息技术系统方面却留下了漏洞。

这一基本权利所保护的利益由私人生活所处的空间领域构成(参见BVerfGE 89, 1 [12]; 103, 142 [150, 151])。除私人住宅外,公司和商业场所也在《基本法》第13条保护范围之内(参见BVerfGE 32, 54 [69 et seq.]; 44, 353 [371]; 76, 83 [88]; 96, 44 [51])。这里的基本权利保护并不限于防止住宅的物理渗透。如果国家机构利用特殊的辅助手段来窥知受保护区之外通过自然方式感知不到的室内行为,这类措施也被视为侵犯了《基本法》第13条。这不仅包括对住宅的声学或光学监测(参见BVerfGE 109, 279 [309, 327]),还包括测量电磁辐射,通过这种测量可以监测住宅内信息技术系统的使用。这也可能涉及脱机运行的系统。

此外,与秘密技术访问信息技术系统有关的国家措施可根据《基本法》第13.1条进行衡量,例如,如果调查机构的工作人员试图进入作为住宅保护的场所,以便实际操作那里的信息技术系统。适用《基本法》第13.1条的另一种情况是,渗透到住宅中的信息技术系统以便通过使用该系统监测住宅内的某些事件,例如使用连接到该系统的外围设备,如麦克风或摄像头。

【178】

然而,无论接入方式如何,《基本法》第13.1条都不能保证其信息技术系统不被渗透,因而该条并没有给个人提供全面的保护,即使该信息系统位于住宅中(例如见Beulke/Meininghaus, *Der Strafverteidiger - StV* 2007, p. 63 [64]; Gercke, *Computer und Recht* 2007, p. 245 [250]; Schlegel, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2007, p. 648 [654 et seq.]; 其他观点如Buermeyer, *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* 2007, p. 392 [395 et seq.]; Rux, *Juristenzeitung* 2007, p. 285 [292 et seq.]; Schaar/Landwehr, *Kommunikation & Recht* 2007, p. 202 [204])。侵害可能发生在任何地方,因而以空间为导向的保护无法避免信息技术系统的具体侵害。只要渗透仅涉及计算机间的网络,就会使由住宅划界所提供的空间隐私不受影响。在许多情况下,系统的位置对调查措施没有意义,甚至对当局来说也经常无法识别。这尤其适用于移动信息技术系统,如笔记本电脑、个人数字助理(PDA)或移动电话。

《基本法》第13.1条也没有防止通过系统渗透手段,收集位于住宅内的信息技术系统的正在工作的内存获其他存储介质中的数据的行为(关于搜查房屋和扣押之间的对应关系,参见BVerfGE 113, 29 [45])。

cc)先前联邦宪政法院判例法承认的一般人格权的表现形式,特别是保护隐

私和信息自决权的保障，也没有充分满足保护信息技术系统用户的特殊需要。

1)在其作为隐私保护的表现形式中，个人的一般人格权保护空间上和性质上的特定区域原则上不受不必要的检查（参见BVerfGE 27, 344 [350 et seq.]; 44, 353 [372, 373]; 90, 255 [260]; 101, 361 [382, 383]）。然而，信息技术系统用户所需要的保护并不仅仅局限于其隐私数据。某些数据究竟是不是用户的隐私数据，经常也取决于这些数据产生的背景，以及与其他数据的联系。在许多情况下，数据本身并没有揭示它对相关人员的意义，以及和其他背景信息结合后所可能具有的意义。在这种情况下，渗透信息系统不仅将不可避免地收集到私人数据，还可能通过访问所有数据而获得特定信息系统用户的完整画像。

2)个人信息自决权超越了对隐私的保护。它原则上赋予了个人自行决定如何披露和使用其个人数据的权力（参见BVerfGE 65, 1 [43]; 84, 192 [194]）。它已从人格侵害的层面开始支持并扩张基本权利对行为自由和隐私的保护。在特定法益受到具体威胁之前，这种侵害情况可能已经出现，特别是如果个人信息可以通过相关人员无法察觉或阻止的方式被使用或相互链接。个人信息自决权的保护范围并不局限于那些因其敏感性而已受到基本权利保护的信息。考虑到访问目的和现有的信息处理和链接设施，使用本身只有很少信息内容的个人数据，也会对相关人员的隐私和行为自由产生基本权利方面的影响（参见Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2466]）。

.....

然而，个人信息自决权并没有充分考虑到这样一些人格侵害的要素。这些要素是由于个人依靠使用信息技术系统来发展其人格而产生的。在这一过程中，一些个人数据不可避免地被交付给信息系统，或本就产生于对信息系统的使用。访问系统的第三方可能可以获得极其庞大且具有揭示性（revealing）的数据集，而不必依靠进一步的数据收集和数据处理措施。这种访问对相关人员的个人人格的影响，超过了那些受个人信息自决权控制的个人信息收集行为。

d)如果没有足够的保护来防止因个人依赖信息技术系统使用来发展其人格而产生的人格侵害，那么一般人格权便需衍生出一种新的表现形式——保障信息技术系统保密性和完整性的权利——来填补漏洞。与个人信息自决权一样，这项权利以《基本法》第2.1条和第1.1条为基础。它保护基本权利主体的私人生活免受国家在信息技术领域侵扰，无论国家想要访问的是个人通信事件或被存储的数据，还是整个信息技术系统。

aa)然而，并非所有能够产生、处理或存储个人数据的信息技术系统都需

要具体的人格权的特别保护。如果某个信息技术系统仅储存着与相关人员特定生活领域有部分关联的数据（例如未联网的家用电器电子控制系统），那么国家访问这类系统中的数据在性质上便与其他数据收集行为没有区别。在这种情况下，对个人信息自决权的保护足以保障当事人在保密方面的正当权益。【180】

相反，如果被授权侵入的系统所存储的个人数据，单独或结合与其联网的其他信息系统中的数据，可以在极大程度上揭示一个人生活的许多重要方面乃至提供其人格画像，那便需要适用保障信息技术系统完整性和保密性的基本权利。一个可能的例子是，在国家要访问个人计算机（无论是台式机还是手提电脑）时，该基本权利将对私用场景及包含个人特征或个人偏好的商用场景提供保护。类似的还包括具有多种功能，可以收集和储存许多种个人数据的移动电话或电子助手。

bb)保护信息技术系统保密性和完整性的基本权利首先保护的是用户的利益，即确保落入其保护范围的，由信息技术系统产生、处理和存储的数据处于保密状态。如果受保护的信息技术系统的完整性因系统被访问而受到影响，以至于其性能、功能和存储内容可被第三方使用，则可推定这一基本权利受到侵犯；此时，防止系统被监视（spying）、监控（surveillance）或操纵的关键技术措施可被视为已被攻破。

1)这里所涉及的一般人格权特别提供了对秘密访问的保护，秘密访问可以使系统中的数据全部或主要部分被窥探。与基本权利相关的保护既包括存储在正在运行的内存中的数据，也包括临时或永久保存在系统存储介质中的数据。如果数据采集使用的手段在技术上独立于有关信息技术系统的数据处理事件，但主题是这些数据处理事件，那么它仍然为基本权利保护所禁止。例如，这种情况包括使用所谓的硬件键盘记录器或测量显示器或键盘的电磁辐射。

2)无论访问信息系统是难是易，保护保密性与完整性期待的基本权利都始终存在。然而，基本权利所保护的保密性与完整性的期待，只存在于有关人员将信息技术系统作为自己的系统使用的情况下。在这些情况下，可以认为该个体单独或与有权使用该系统的其他人一起以自行决定的方式使用该信息技术系统。该基本权利所保护的保密性与完整性期待也包括借由受他人支配的信息技术系统使用个人信息技术系统的情况。【181】

(2)保障信息技术系统的保密性和完整性的基本权利并非不受限制。出于预防犯罪的目的，或者刑事追诉的目的，都有可能允许政府侵入信息技术系统。但是，个人的基本权利仅受到合宪的法律的限制。本案中授权宪法保护机构实施预防性措施的条款并不满足合宪性要求。

a)受到质疑的条款不符合规范的明确性和确定性原则。

aa)规范的确定性原则的基础是法治原则（《基本法》第20条和第28.1条）及各种表现形式的一般人格权（参见BVerfGE 110, 33 [53, 7057]; 112, 284 [301]; 113, 348 [375]; 115, 320 [365]）。这一原则旨在确保基本权利受到何种干预的决定是由具有民主合法性的议会通过立法作出的，使得政府和公共管理部门可以在法律中找到指导和限制其行动的标准，使得法院可以依据这样的法律实施司法审查。此外，规范的明确性和确定性还使得当事人能够了解法律状况，使得当事人可以针对那些可能给其造成不便的措施进行调整（参见BVerfGE 110, 33 [52 et seq.]; 113, 348 [375 et seq.]）。议会必须以足够具体、准确、明确的方式确定干预的场合、目的和限制（参见BVerfGE 100, 313 [359, 360, 372]; 110, 33 [53]; 113, 348 [375]; Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2466]）。

.....

bb)根据这些标准，《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项不符合规范的明确性和确定性原则，因为其所规定的措施的事实前提不明确。

1)根据《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项，采取其所规定的措施的前提条件可以通过其所援引的两个条文确定。首先，《州宪法保护法》第5.2条笼统地提到该法第7.1条，而后者又指向该法第3.1条。因此，如果和宪法保护相关的信息可以通过情报部门措施获得，那么这类措施的部署就是可被允许的。其次，如果根据《州宪法保护法》第5.2条第11款采取的措施侵犯了通信、邮政和通讯秘密，或在性质和严重程度等同于这种侵犯，那么《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句提到了该法关于《基本法》第10条的更严格的前提条件。

2)《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句规定，对《基本法》第10条的引用取决于一项措施是否侵犯了《基本法》第10条，这不符合规范的明确性和确定性原则。要回答宪法保护机构采取的调查措施侵犯了哪些基本权利的问题，可能需要进行复杂的评估和权衡。这首先且主要应当是立法机关的责任。立法机关不能只是通过提到一项可能相关的基本权利之事实，就把这项基本权利如何具体化和实施的决定权交给执行立法的行政机构，从而规避通过相应的法律预防措施以赋予相关基本权利以具体形式之任务。这种“规避条款”（escape clause）的立法技术不符合规范的确定性原则。为了应对最近的技术发展而规定新型调查措施的《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》的第5.2条第11款第1句第2项便是如此。

《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句补充规定，如果一项调查措施因其

“性质和严重性”等价于对《基本法》第10条的侵犯，则也适用该法对《基本法》第10条的引致规定。这一规定更加违反规范的明确性原则。《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》第5.2条第11款第2句没有为上述等价性判断提供任何标准。如果提及一项具体的基本权利尚不足以充分明确事实前提，那更不必说这种不提供任何比较标准的等价性判断规定了。

3)《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句中对《基本法》第10条的引用也不符合规范的明确性和确定性原则，因为参照范围没有得到足够程度的确定。

《州宪法保护法》的第5.2条第11款第2句仅是提到了《基本法》第10条的“前提条件”。因而，该条款其实并未明确它究竟援引了《基本法》第10条的哪些部分。它没有说明干预的先决条件仅指《基本法》第10条第3款的实质性侵害门槛，还是也包括其他条款。例如，正如北莱茵—威斯特伐利亚州政府所提出的那样，是否包含《基本法》第10条第9款及其后所规定的程序性规则？或者，是否包含《基本法》第10条第4款中关于处理收集到的数据的规定以第14款及以下关于议会控制的规定？尽管第10条第4款和第14款及以下主要是干预发生后才需遵守的规定，因此在文义上很难理解为是干预的先决条件。

【183】

条文的这种不确定性似乎也不是特殊的立法困难造成的，因为立法机构可以很容易地列出该法所意图援引的《基本法》第10条中的款项。

b)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项也不符合比例原则。后者要求对基本权利的干预应服务于合法的目的，并且实现这一目的的手段应当是适当的、必要的和相称的（对于确立的案例法，参见BVerfGE 109, 279 [335 et seq.]; 115, 320 [345]; Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2468]）。

aa)根据《州宪法保护法》第3.1条，受质疑条款中规定的的数据收集有助于宪法保护机构履行其任务，因此有助于在具体危险来临之前确保自由民主的基本秩序、联邦和各州的继续存在以及联邦共和国针对国际关系的某些利益。根据该法的修法理由，修订《州宪法保护法》特别追求的目标之一是确保宪法保护机构在新的风险下，特别是与互联网通信有关的风险下，有效地打击恐怖主义（见Landtag document 14/2211, p. 1）。然而，该条款的适用范围，基于文义解释或体系解释，都不限于打击恐怖主义。因而应当在全部适用情形下，论证该条款的正当性。

国家作为一个具有宪法结构的确保和平与秩序的力量，其安全以及它为人民提供的免受生命、身体和自由威胁的安全，是与其他高价值位阶利益同等重要的宪法价值（参见BVerfGE 49, 24 [5657]; 115, 320 [346]）。国家保护义务的基础是《基本法》第2.2条第1句和第1.1条第2款（见BVerfGE 115, 118

【184】 [152])。国家通过打击来自恐怖主义或其他活动的危险来履行其宪法任务。电子或数字通信手段的使用日益增多，并渗透到几乎所有生活领域，使得宪法保护机构更难有效地履行其任务。另外，现代信息技术为极端主义和恐怖组织提供了许多建立和保持联系，计划和准备，以及实施犯罪的机会。因此，评价允许国家使用信息技术手段侦查的立法，应考虑到传统通信形式向电子信息交流的大背景，以及当代加密或隐藏文件可能性（关于刑事起诉，参见BVerfGE 115, 166 [193]）。

bb)秘密访问信息技术系统适合于这些目的。它扩大了宪法保护机构对威胁情况进行侦查的可能性。立法机关在评估适当性方面被赋予了相当大的空间（见BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]; 109, 279 [336]）。本案中，立法机关并未超过这一空间。

.....

cc)秘密访问信息技术系统并不违反必要性原则。在立法机关评估权范围内，立法机构可以认为不存在同样有效但对有关人员来说负担较小的途径来收集这些系统中的数据。

.....

dd)然而，《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项并不符合狭义比例原则要求。

这一原则要求，在总体上，干预所造成的利益侵害不得与其利得不相称（对于确立的案例法，参见BVerfGE 90, 145 [173]; 109, 279 [349 et seq.]; 113, 348 [382]）。立法机关必须权衡干预基本权利所服务的公共利益与干预基本权利所侵犯的个人利益。根据这一标准进行审查可能会导致这样一种情况：不得使用某一手段以实现公共利益，因为这会导致更大比重的基本权利损害（参见BVerfGE 115, 320 [345, 346]; Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2469]）。

《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项并不符合狭义比例原则的要求。该规范中规定的措施涉及对基本权利的严重干预，干预措施的严重程度与所产生的公共调查利益不相称。此外，该法也缺乏保护相关人员受基本权利看护的利益的程序性要求。

【185】

.....

ee)只要收集的数据提供了相关人员与第三方通信的信息，由于公民在不受监视的情况下参与通信的可能性——这也在公共利益范围内——受到限制，对基本权利的干预就进一步加剧（关于收集连接数据（connection data），参见BVerfGE 115, 166 [187et seq.]）。收集这种数据间接损害了公民的自由，因为

他或她可能会因为害怕被监视而无法进行不受限制的个人交流，即使监视是在事后才发生的。更重要的是，这种数据收集方式明显更大的数据收集范围增加了干预的严重性，因为这种数据收集必然涉及目标人物的通信伙伴（即第三方），无论第三人是否满足适用该种措施的前提条件（关于电信监控，参见BVerfGE 113, 348 [382, 383]；此外参见，BVerfGE 34, 238 [247]；107, 299 [321]）。

(b)如果秘密技术渗透将促进对系统进行更长期的监控以及对有关数据的持续收集，也即像受质疑条款所规定的那样，那么其对基本权利干预的严重性将尤为严重。

.....

4)鉴于其对基本权利的干预强度，只有有事实表明个案中存在对极为重要的法益之威胁时（即使还不能充分确定这种危险会在不久的将来出现），出于预防目的秘密访问信息技术系统才符合狭义比例原则。更重要的是，作出授权的法律必须通过适当的程序性预防措施来确保对有关人员基本权利的保护。

(a)保护法益与保护个人受宪法基本权利保护的利益都是国家义不容辞的义务。在这两种利益相互冲突的情况下，立法机关需要以抽象的形式实现冲突利益之间的补偿（参见BVerfGE 109, 279 [350]）。这可能会导致这样一种情况，即某些对基本权利构成严重干预的措施只能是出于保护特定法益的目的，并且仅限于达到特定怀疑程度或危险程度的情况。国家所承担的保护其他法益的义务也受到禁止过度侵害基本权利的限制（参见BVerfGE 115, 320 [358]）。相应的实施干预的门槛将由法律加以规定（参见BVerfGE 100, 313 [383, 384]；109, 279 [350 et seq.]；115, 320 [346]）。【186】

(b)如果法律规定的干预基本权利的情形没有显示出足够的严重性，那么对基本权利的高强度干预就可能是不相称的。如果相关法规是为了避免某些危险，如《州宪法保护法》第1条规定的宪法保护法，那么评价情形的严重性应当考虑相关条款中提到的受保护利益的危险等级和性质（参见BVerfGE 115, 320 [360, 361]）。

如果干预所保护的利益足以证成其对基本权利的限制，那么比例原则就会要求干预的事实前提符合宪法的要求。此时，立法机构必须做好平衡（见BVerfGE 100, 313 [392 et seq.]）。允许采取措施的前提条件，必须在可能性方面以及事实依据方面与其侵害基本权利的性质和程度相称。即使是最为重大的法益收到威胁，也不能在威胁发生可能性很小的情况下就允许干预。与此同时，上述可能性推断的前提和结论都必须有明确的现实根据（见BVerfGE 113, 348 [386]；115, 320 [360, 361]）。

(c)对于授权实施秘密访问信息技术系统的立法规定而言，比例原则的初始限制在于这类侵权的情形须符合特殊要求，包括宪法保护机构在《州宪法保护法》第1条所规定的任务范围内的风险规避。

.....

(d)此外，授权秘密访问信息技术系统必须与适当的法定预防措施联系起来，以便根据程序法确保有关人员的利益。如果一个规范所规定的国家秘密调查活动影响到特别受保护的隐私区域或显示出特别高的干预强度，就如本案这样，那么授权法必须规定相应的程序性预防措施（见Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochenschrift 2007, p. 2464 [2471]，及其中更多参考文献）。尤其需要突出的是，这种访问原则上应置于司法命令的保留之下。

.....

【187】 5)根据这些标准，受质疑的条款不符合宪法要求。

(a)根据《州宪法保护法》第5.2条以及第7.1条第1款以及第3.1条的规定，只有在有事实依据表明可以通过情报获取手段获取到反宪法活动（anti-constitutional activities）的信息时，宪法保护机构才能使用情报获取手段。但是这种限定条件无论是在事实层面，还是在保护法益层面，都是不充分的。除此，也没有条款规定应由独立机构进行事先审查，因此宪法所要求的程序性保障也是缺乏的。

(b)即便认为《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句中确实援引了《基本法》第10条的详细前提条件，尽管这明显缺乏明确性，并且根据北莱茵—威斯特伐利亚州政府的广义解释，该条还援引了《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项中的各类形式或实质预防措施，也不足以克服上述缺陷。《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句2项并不限制秘密访问信息技术系统进行通信监控，其前提条件由该法第3.1条和《基本法》第10条规定，但原则上为这种进入提供便利，以获得所有可用数据。关于侵害门槛的规定，以及关于第3.1条和《基本法》第10条中规定的侵害要素的程序性要求，都不符合宪法要求。

.....

c)最后，没有足够的法定预防措施以避免根据《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项所采取的措施侵犯绝对受保护的私人生活核心区域。

aa)国家机构实施的秘密监视措施必须尊重私人生活中不可侵犯的核心领域，对该领域的保护源于《基本法》第1.1条（参见BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378, 379]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]; 109, 279 [313]; 113, 348 [390]）。即使是压倒性的公共利益也不能成为侵犯它的理由（参见BVerfGE

34, 238 [245]; 109, 279 [313])。私人生活核心领域的人格发展包括表达内在事件的可能性, 如感知和感受, 以及高度个人化的考虑、观点和经验, 而不必担心国家机构会接触到它们(参见BVerfGE 109, 279 [314])。

在秘密访问信息技术系统的情况下, 存在着国家机构可能收集归属于核心领域的个人数据的危险。例如, 有关人员可能使用该系统建立和存储具有高度个人内容的文件, 如类似日记的记录或私人电影或声音文件。这样的文件可以享有绝对的保护, 例如, 高度个人化经验的书面表达(关于这一点, 参见BVerfGE 80, 367 [373 et seq.]; 109, 279 [319])。其次, 只要是用于通信目的, 该系统就可用于传输同样属于核心领域的内容。这不仅适用于语音电话, 而且【188】还适用于使用电子邮件或其他互联网通信服务的通信(参见BVerfGE 113, 348 [390])。受绝对保护的数据可以通过不同类型的访问来收集, 例如通过检查存储介质, 就像监视正在进行的互联网通信一样, 或者通过对目标系统进行全面监视。

bb)如果秘密访问相关人员的信息技术系统, 则有必要采取特殊的法定预防措施, 保护私人生活的核心领域。

公民越来越多地使用复杂的信息技术系统管理个人事务, 与亲近的人进行通信联系。信息技术系统为公民在高度个人化的领域发展提供了可能性。像访问信息技术系统这样的调查措施可以全面收集目标系统上的数据, 因此与其他监视措施相比(如使用全球定位系统作为技术监控的工具(参见BVerfGE 112, 304 [318])), 其收集到高度私密数据的危险更高。

由于访问的保密性, 当事人自己没有机会在调查措施实施之前或期间努力确保调查的国家机构尊重其私人生活的核心领域。这种完全失去控制的情况应通过特别规定来解决, 这些规定通过适当的程序性预防措施提供保护, 防止侵犯核心领域的危险。

cc)关于宪法所要求的保护核心区域的具体框架, 可能因信息收集的性质及其所收集的信息而异。

对可能影响私人生活核心领域的监视措施的法定授权, 必须尽可能确保不收集与核心领域有关的数据。如果在对其与核心领域的关系进行评估之前, 实际上不可避免地要获取信息, 如对信息技术系统的秘密访问, 则必须在评估阶段确保充分的保护。特别是, 必须毫不拖延地删除发现和收集到的涉及核心领域的的数据, 并必须排除对其利用(参见BVerfGE 109, 279 [318]; 113, 348 [391, 392])。

.....

dd)宪法保护法不包含保护核心区域的必要条款。如果《州宪法保护法》第

5.2条第11款第2句中提到的该法对于《基本法》第10条的援引被纳入其中，就不会出现其他问题，尽管尚缺乏确定性。该法规也没有包含保护私人生活核心领域的预防措施。

【189】 如果真如北莱茵—威斯特伐利亚州政府的广义解释所言，那《州宪法保护法》第5.2条第11款第2句都不会提及援引《基本法》第10条的《州宪法保护法》第4.1条，但事实恰好相反。援引《基本法》第10条的《州宪法保护法》第4.1条仅规定要删除收集的不被需要或不再被需要的数据，因此规定了必要性的一般原则。相比之下，该条款并不包含任何关于收集、查看和删除与核心领域有关的数据的特殊标准。必要性原则不能等同于宪法规定的对私人生活核心领域的尊重。核心领域尤其不适合被相反的调查利益所限定，正如适用必要性原则所明确要求的那样（参见BVerfGE 109, 279 [314]）。

d)侵犯表现为保障信息技术系统完整性和保密性权利的一般人格权，（《基本法》第2.1条结合第1.1条），导致《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项无效。

e)有鉴于此，不再需要审查该条款所允许的措施在多大程度上也侵犯了其他基本权利，也不需要审查《基本法》第19.1条第2句中所载的具体说明受干预的基本权利的原则。

II.

《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项对互联网秘密侦查所作的授权违反了《基本法》第10.1条所保障的通信的保密性。根据该条款所采取的措施在某些情况下可能侵扰上述基本权利并违反宪法(1)；其同时也违反了《基本法》第19.1条第2句(2)。由于该条款违宪，故其应属无效(3)。然而，宪法保护机构可以在保障采取互联网侦查措施不侵扰基本权利的前提下，继续采取相关侦查措施(4)。

(1)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项所规定的互联网秘密侦查，包括宪法保护机构通过技术渠道了解互联网通信的内容，例如通过使用网络浏览器调阅万维网上的网站（见上文A.I.(1) a)）。在某些情况下，这可能会侵犯通信的保密性。被质疑的条款所规定的干预不具有宪法上的正当性。

a)《基本法》第10.1条所保护的领域包括通过已联网的信息技术系统所开展的、正在进行的通信（见上文I.(1) c) aa) 1)）。然而，这项基本权利只保护个人的信心，即他/她所参与的这项通信的信息不会被第三方获知。相比之下，通信参与者之间的信任并不是基本权利保护之目的所在。如果国家调查措施的重点不是未经授权的对通信的访问，而是对通信伙伴的个人信任的破灭，这并不构成对《基本法》第10.1条的侵犯（参见BVerfGE 106, 28 [37, 38]）。因

【190】

此，如果国家机构本身并不是通信接收方，而只是从通信外部来监测通信，那么其对通信内容的了解就必须与通信的保密性进行权衡。对比之下，如果国家机构自身与基本权利的主体建立了通信关系，那么基本权利在这种情形下无法提供保护。

如果国家机构试图依靠技术渠道获取通过互联网通信服务进行的通信内容，那么只有在国家机构没有得到参与通信者授权的情况下，其行为才构成对《基本法》第10.1条的限制。由于通信的保密性并不能保护参与通信者之间的个人互信，因此只要若干参与者中有一个人自愿允许国家机构访问他们的通信，国家机构就已经被授权收集通信内容了。

如果宪法保护机构使用未经授权或违背通信参与者意愿而收集的访问密钥来监控受保护的通信内容，那么该等互联网侦查行为就相应地侵犯了《基本法》第10.1条，例如使用通过密钥记录的方法（key-logging）所收集的密码来访问电子邮件收件箱或封闭的聊天室。

对比之下，如果封闭式聊天室的一名参与者自愿向宪法保护机构的人员提供聊天室的访问权限，而宪法保护机构因此使用了该等权限，则不存在对《基本法》第10.1条的限制。如果宪法保护机构收集互联网上普遍可访问的内容，例如查看没有密码保护的公开讨论区或公开网站，则同样也不存在对通信保密性的侵扰。

b)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项所导致的这种对《基本法》第10.1条的限制在宪法上是不正当的。受质疑的条款不符合宪法关于授权实施这种限制的要求。

aa)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项不符合明确性和确定性原则，因为由于第2分款的不确定性，对《基本法》第10.1条之限制的前提条件缺乏充分精确的规定（见上文C.I.(2) a) bb)）。

【191】

bb)此外，根据《基本法》第10.1条进行权衡，受质疑条款不符合狭义的比例原则。

对通信保密性的侵扰是非常严重的。根据受质疑的条款，宪法保护机构可以获取极其敏感的通信内容，基于这些内容可以深入了解相关人员的个人事务和习惯。另外，这不仅仅限于引起了监视措施的主体。而且由于侦查行为不仅仅涉及侦查措施所针对的主体，还涉及其通信相对方，因此这种侵扰呈现出一定的蔓延性。侦查行为的保密性增加了侵扰的强度。此外，根据《州宪法保护法》第7.1条第1款结合第3.1条，其所规定的侵扰行为的前提条件措辞宽泛，没有引起侵害的人也可能被监控。

这种对基本权利的严重限制，即使考虑到宪法保护目标的分量，原则上至

少也是以提供符合要求的实质性侵犯门槛为条件的（对于刑法调查，参见BVerfGE 107, 299 [321]）。然而本案情况并非如此。相反，根据《州宪法保护法》第7.1条第1款结合第3.1条，其允许情报部门在具体危害发生前夕采取相当程度的措施，而不考虑是否可能严重侵犯法益，也不考虑对第三方的危害。如此广泛地授权实施侵扰行为，不符合比例原则。

cc)当基于《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项对基本权利进行限制时，《州宪法保护法》不包含任何预防措施以保护相关的私人生活的核心领域。然而，只要国家机构被授权收集通信内容作为对《基本法》第10.1条的限制时，相关规定是必需的（参见BVerfGE 113, 348 [390 et seq.]）。

(2)最后，《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项授权实现对《基本法》第10.1条的限制，但是其并不符合《基本法》第19.1条第2句所规定的原则，即应当明确规定其试图限制何等基本权利。

根据《基本法》第19.1条第2句，法规必须明确说明本法规或本法所限制的基本权利，并说明相关条款。要求明确说明受限制的基本权利这一原则的作用是提供警醒和反思的机会（参见BVerfGE 64, 72 [79, 80]）。在法律规定的文本中对限制行为进行具体说明，意在确保立法机构只规定其明确意识到了的限制行为，并就其对基本权利的影响进行说明和解释（参见BVerfGE 5, 13 [16]; 85, 386 [404]）。明确说明受限制的基本权利这一事实也使得人们在公开辩论中更容易澄清意图限制基本权利的必要性和程度。对比之下，如果立法机构仅仅是意识到了对基本权利的限制，但其没有在立法文本中得到明确地反映，那么这是不够的（参见BVerfGE 113, 348 [366, 367]）。

【192】

考虑到《基本法》第10.1条，受质疑的条款不符合要求明确说明受限制的基本权利这一原则。与北莱茵—威斯特伐利亚州政府的观点相反，受质疑的条款不能仅仅因为《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第2项提及《基本法》第10条，就表明立法机构考虑到了侵犯通信保密性的可能性，进而符合上述原则。只有在法律文本明确指出了何等基本权利可能受到限制的情况下，才能认为其符合上述原则。此外，鉴于《州宪法保护法》第5.2条第11款包含两种不同的对限制权利的授权，从法规中根本无法清晰地看出，立法机构对其中哪一种可能侵害《基本法》第10条至少有一定的预估。

(3)《州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项对《基本法》第10.1条和第19.1条第2句的违反导致相关条款无效。

(4)然而，只要相关的互联网侦查措施不侵扰基本权利，上述授权无效并不会导致政府原则上不得采取任何互联网侦查措施。

尤其是只要不属于《基本法》第10.1条的范围，对互联网的秘密侦查并不

总是侵害《基本法》第2.1条结合第1.1条共同保障的一般人格权。

a)一般人格权所保障的信息技术系统的保密性和完整性不受互联网侦查措施的影响，因为根据《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》第5.2条第11款第1句第1项的规定，这些措施仅限于系统所有者（例如网络服务器的经营者）通过技术渠道为互联网通信提供的数据。如果相关人员自己已经通过技术条款为数据收集行为开放了自己的系统，那么他们不能指望数据收集行为不被执行。

b)至少从作为一项规则的角度来看，《基本法》第2.1条结合第1.1条表现为信息自决权时，并不存在对第2.1条结合第1.1条的限制。

【193】

III.

由于《州宪法保护法》第5.2条第11款整体无效，因而针对该法第5.3条和第17条提出的申诉应当予以处理。在申诉人的诉愿具有可诉性的程度上，受质疑条款违宪之主张仅限于针对依据无效条款所采取的措施。

IV.

《州宪法保护法》第5a.1条符合《基本法》，因为其适用范围被扩张以涵盖《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法保护法》第3.1条第1款意义上的活动。特别是，这项规定并不违反《基本法》第2.1条结合第1.1条。

(1)《州宪法保护法》第5a.1条规定的对账户内容和账户动向信息的收集侵扰了表现为信息自决权的一般人格权。

这些账户信息对保护相关人员的人格可能具有重要意义，并受到基本权利的保护。根据当下社会习俗，日常生活中现金交易之外的绝大多数支付交易都是通过账户进行的。如果特意对某一特定人的账户内容进行汇编，就有可能从财务层面查看相关人员的资产和社会联系，例如通过他们的订阅或维修付款信息。一些账户内容数据，例如与消费相关的经常性债务付款金额，也可以被用来对相关人员的行为得出进一步的结论（见Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochen-schrift 2007, p. 2464 [2466]）。

《州宪法保护法》第5a.1条规定的措施侵扰了信息自决权。这里的问题不在于受质疑条款的内容是否仅限于宪法保护机构向金融机构提出信息请求的权力，或者它是否隐含着要求各金融机构提供信息的义务。无论如何，该条款授权宪法保护机构进行数据收集工作，而这已经对基本权利造成了侵扰。

(2)然而，如果涉及《州宪法保护法》第3.1条第1款所规定的活动，《州宪法保护法》第5a.1条所规定的为进行调查而对基本权利的限制在宪法上是正当的。特别地，受质疑条款在这方面符合比例原则。

【194】

a)由于该条款适用范围的扩大，《州宪法保护法》第5a.1条规定的措施也

可用于侦查与《州宪法保护法》第3.1条第1款所指活动有关的融资渠道、财务状况及往来情况。这是保护宪法的合法目标。

该条款的扩展版本适合于实现这一目标。为了实现这一目标，它同时也是必要的。对于《州宪法保护法》第3.1条第1款意义范围内的活动，并不存在对于银行交易监控同样有效而对于当事人负担更小的手段。

b)《州宪法保护法》第5a.1条也满足狭义上的比例原则。

aa)该条款授权宪法保护机构实施对基本权利的侵犯。

关于账户内容和账户变动的信息可能是敏感数据。访问这些受基本权利保护的相关人员的数据会大大损害他们的利益。因此，一般来说，收集这类数据所造成的基本权利影响往往更大（参见Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochen-schrift 2007, p. 2464 [2470]）。侵扰行为的保密性同样增强了其侵扰的强度。根据《州宪法保护法》第5a.3条第11句，提供信息的金融机构可以不通知相关人员其收到了信息请求及其传输了哪些数据。最后，持有必要性账户的金融机构得知了信息收集行为之后，可能在此基础上得出对当事人不利的结论，进而导致当事人处于不利地位（参见Federal Constitutional Court, Order of 13 June 2007 - 1 BvR 1550/03 et al. -, Neue Juristische Wochen-schrift 2007, p. 2464 [2469]）。

bb)然而，《州宪法保护法》第5a.1条所追求的公共利益非常重要，与该条款所规定的对于基本权利的限制相比并不是不相称的。

1)法规将了解账户内容和账户变动与事实前提条件联系起来，这些条件充分考虑了侵犯相关人员基本权利的重要性。

【195】《州宪法保护法》第5a.1条规定，信息收集取决于危害因素，该因素既符合法益，又符合干预的事实基础。必须有事实表明《州宪法保护法》第3.1条所保护的利益受到严重危险。所谓“严重的危险”是指对法益更高严重程度的威胁，在《联邦宪法保护法》（Bundesverfassungsschutzgesetz - BVerfSchG）第8a.2条（参见Bundestag document, Bundestagsdrucksache – BTDrucks 16/2921, p. 14）中也有相同的措辞。干预的事实基础还受严重危险的事实迹象的要求限定。一般而言，数据收集对宪法保护机构执行任务有用处是不够的。相反，必须有迹象表明受保护的利益受到具体威胁，才能进行数据收集。

有了上述双重限定，干预的门槛符合一般人格权的要求。在宪法上不需要对干预的事实前提条件作进一步限制。

2)受质疑条款也通过适当的程序性预防措施，考虑到了对基本权利进行干预的严重性。

例如根据《州宪法保护法》第5a.3条第3句，数据收集需要内政部长的命

令，由宪法保护部门负责人或其副手申请。在收集账户内容和账户变动中对基本权利的侵犯并没有严重到在宪法本质上要求由一个中立机构进行事先控制的地步。然而，在数据收集的准备阶段，宪法保护机构的内部控制有助于保护有关人员的利益，因此有助于实现限制权利的相称性。此外，《州宪法保护法》第5a.3条第4至8句还规定了G 10委员会的额外事后控制，这同样有助于维护受基本权利保护的相关人员的利益。

《州宪法保护法》第5a.3条第9句与该法实施法第4条以及《基本法》第10条包含了处理和传输所收集数据的标准，特别是满足了必要性要求和目的限定要求。

最后，《州宪法保护法》第5a.3条第11句与该法实施法第5条以及《基本法》第10条规定，一旦可以排除干预目的的风险，就应立即通知相关人员。通过这些手段，相关人员在很大程度上至少能够在事后保护自己的利益。

（二）第2.2条：生命、身体和自由

生命权——堕胎判决

BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203

1. 译者注解

德国联邦宪法法院在两个根本性判决中两次处理了终止妊娠的问题。1974年第一次判决的主要问题是：相关刑法改革法案中规定的怀孕前12周堕胎的普遍合法化是否合宪。这个问题是在自由化改革的大背景下出现的。在德国，自由化改革是社会复杂的社会与政治变化的结果。反映这一趋势的例证有20世纪60年代后期的学生反抗运动、从保守派政府到社会民主党与自由民主党联合政府的转变。国际上类似的发展也提供了支持。美国最高法院在1973年“罗伊诉韦德”（Roe v Wade）案中作出的划时代决定就是一个最好的例子。【196】

1992年的第二次判决一方面可从1974年第一次判决以来的经验发展来看，它是严格反堕胎者与持较平衡观点者之间的旧有斗争之延续。另一方面，第二次判决也反映了1990年的德国统一以及两德关于堕胎问题的法律明显不同的事实。前共产主义东德实际上已经解除了对怀孕前12周堕胎的限制；而前西德则在由1974年第一次判决所导致的较复杂、较不自由的法律制度下运作。《统一条约》²⁴第31.4条要求立法机关在1992年底前处理堕胎问题。这一改革进程的

²⁴ 1990年8月31日的《统一条约》（Einigungsvertrag; EV）连同1990年9月23日的《统一条约法》（Statute on the Unification Treaty; BGBl. Part II p. 885）。德文版见

结果成为1992年第二次判决中合宪性审查的对象。

实质上，法院的两次判决依循了相同的红线。未出生的生命，即胎儿，享有《基本法》第2.2条所保障的生命权，并拥有第1.1条所保障的人的尊严。一旦认定《基本法》第2.2条意义上的生命始于怀孕（或更准确地说，始于受孕，即受精卵植入子宫内膜²⁵），则显然任何使这种生命取决于他人自由意志的立法解决方案都是不可能的，即便这个“他人”是“母亲”。结果是，对前12周堕胎的普遍自由化——就像西德1974年改革法所意图的和东德法律（以及许多其他法域）下的情形——是违宪的。

【197】西德1974年后的处理结果是通过新的立法原则上维持堕胎的违法性，但允许某些例外，即所谓的“指征”，如对母亲生命与健康的重大危险、强奸，但也包括优生学指征，即孩子的重大遗传缺陷或其他缺陷，以及最具争议性的“社会指征”，即如果母亲陷入“紧急情况”，因而无法应付怀孕与孩子，则可以终止妊娠。这些指征大体上造成了一种至少类似于怀孕初期堕胎普遍自由化的情况，因此引发了诸多争议。这些争议影响了统一后的改革立法，并导致了第二次判决。

两次判决的第二个支柱是大力强调国家对生命的保护义务。法院认为，国家不夺取或不干预生命是不够的，而是必须超越这一点，承担在其法律秩序中积极保护生命的义务。法院在第一次裁决中就已主张，这种保护不一定要求将堕胎行为犯罪化，刑法作为一种保护手段可以是最后的手段，但任何保护手段都必须是有效的。

在第二次判决中，法院必须审查1992年的改革法。该法用咨询方案取代“指征”方案，即堕胎前必须致力于明确的咨询工作，以此强化母亲生下孩子的意愿。法院明确指出，咨询框架必须能够为处于冲突情况中的孕妇提供应对怀孕与孩子的具体帮助，包括协助寻找住所、照顾儿童以及准母亲的继续求学。法院对咨询工作各要素的细节描述引人注目；从其他法域的视角来看，人们不禁要问：法院是否应该深入这些细节。法院还再次强调，即使选择不对堕胎进行刑事制裁，堕胎仍然必须保留违法行为的标签。因此，堕胎不能被公共医疗保险体系所覆盖，但对那些符合条件的人来说，可以被辅助性的一般福利计划所覆盖。

<http://www.gesetze-im-internet.de/einigtvtr/BJNR208890990.html>；英文版本见 https://www.cvce.eu/obj/the_unification_treaty_between_the_frg_and_the_gdr_berlin_31_august_1990-en-2c391661-db4e-42e5-84f7-bd86108c0b9c.html.

²⁵ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/nidation>.

两次判决充分说明了法院为寻求未出生胎儿的生命权与母亲的自决权之间的平衡所经历痛苦。有时，这些判决并不总是实用的，而是充满了象征意义，但其显然不同于美国最高法院在“罗伊诉韦德”案中找到的解决方案。美国宪法不包含生命权，但暗含隐私权，而且基本权利确立国家保护义务的功能对美国法律体系来说也相当陌生。不同的法律框架不一定会产生不同的结果，但在这一情况下确实产生了非常不同的结果。

“堕胎第一案”

【198】

BVerfGE 39, 1

2. 判决概要

(1)在母亲子宫内孕育的生命乃作为独立的法益受到宪法的保护（《基本法》第2.2条第1句，第1.1条）。国家的保护义务不仅禁止国家直接干预孕育中的生命，而且还要求国家保护与扶持这种生命。

(2)国家保护孕育中生命的义务也针对母亲。

(3)在整个怀孕期间，对胎儿生命的保护原则上优先于孕妇的自决权，不得针对某一特定时限对此予以质疑。

(4)立法机关可以通过刑罚威胁以外的手段，表达《基本法》所要求的对堕胎的法律非难。关键在于，为保护未出生的生命所采取的整体措施是否保证了与所要确保的法益之重要性相应的实际保护。在极端情况下，如果宪法所要求的保护不能以其他方式实现，立法者有义务使用刑法的手段来保障孕育中的生命。

(5)如果堕胎是避免孕妇的生命危险或健康严重损害的危险所必要的，则继续怀胎是过于苛求而不可期待的。此外，立法者可以自由地将其他对孕妇来说同样严重的特殊负担评价为不可期待的，让这些情况下的堕胎不受刑事处罚。

(6)1974年6月18日的《第五次刑法改革法》（Federal Law Reporter I, p. 1297）未尽合乎保护孕育中生命的宪法义务的要求。

1975年2月25日第一庭判决，1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74.

3. 案件事实

《第五次刑法改革法》的所谓时限规定是指在特定条件下，受孕起前12周内的终止妊娠免受刑事处罚。诉愿程序的对象是时限规定是否符合《基本法》。

【199】 1974年6月18日的《第五次刑法改革法》（Federal Law Reporter I, p. 1297）重新规范了堕胎的可罚性。与之前的法律状态相比，取代《刑法典》第218条至220条的规定主要包含以下变化：

原则上，任何在受孕起第13天后终止妊娠者都会受到刑事处罚（第218.1条）。然而，如果怀孕不超过12周，经孕妇同意且由医生实施的堕胎免受第218条规定的刑事处罚（第218a条：时限规定）。此外，在12周时期限满后，如果满足下列两个条件之一，由孕妇同意且由医生实施的堕胎亦免受第218条规定的刑事处罚。第一是根据医学知识的判断，堕胎是为了使孕妇免于生命危险或健康状态严重损害的危险，且这一危险无法通过其他可期待的方式避免（第218b条第1项：医学指征）。第二是有强烈的理由表明，孩子由于遗传因素或出生前的有害影响，健康状况会遭受无可补救的损害，且这一损害严重到无法期待孕妇继续怀孕，且怀孕未超过22周（第218b条第2项：优生学指征）。在孕妇尚未接受咨询中心或医生的社会及医疗咨询的情况下，任何终止妊娠者将受到刑事处罚（第218c条）。在受孕12周后，任何未经主管机构事先确认满足第218b条的条件（医学或优生学指征）而终止妊娠者，亦将受到处罚（第219条）。根据第218c条或第219条，孕妇本人不受处罚。

4. 判决理由选译

.....

B.

《第五次刑法改革法》不需要联邦参议院的同意。

(1) 该法第6条与第7条固然修改了自身经联邦参议院同意而颁布的《刑事程序法典》与《刑法典施行法》。但它不至于仅仅因此而需要联邦参议院的同意（BVerfGE 37, 363）。此外，该法也未修改任何自身需要联邦参议院同意的法律。

(2) 《第五次刑法改革法》本身不包含任何根据《基本法》第84.1条或其他条款需要联邦参议院同意的规定。新版《刑法典》第218c条与第219条皆未规定行政机关的设立或行政程序。相反地，它们只确立堕胎免受刑事处罚的实体法要件。就《刑法典》第218c.1条第1项而言，也是如此；该项规定要求孕妇在堕胎前与被授权的咨询中心联系，并确立了咨询的内容。咨询中心的建立与组织以及颁布这些中心所应遵循的行政程序，完全由各州负责。出于同样理由，

【200】 《刑法典》第219条要求在进行第218b条规定的堕胎之前由“主管机构”核验实质要件，该条并未触发需要联邦参议院同意的要求。

(3) 提出申诉的州政府在判断联邦参议院同意的必要性时，提及1974年6月

25日的判决中确立的法律原则；根据该原则，“如果通过修改实体法规范，未被明白修改的行政程序规定本身在意义导向的解释下取得了本质上不同的含义与范围”，则修改法律需要得到联邦参议院的同意（BVerfGE 37, 363, Fourth Guiding Principle and 383）。我们不能同意州政府提出申诉的观点。在这里，直接适用该项裁判要旨的事实要件无疑是不存在的。是否可能考虑在莱茵兰—普法尔茨州政府提议的意义上进一步发展该法律原则，尚无定论。即使按照此一法律观点，也无法得出《第五次刑法改革法》需要联邦参议院同意，因为根据实体法的规定，各州在负责制定行政规则上仍有很大的形塑空间。

(4)最后，从《第五次刑法改革法》与《刑法改革补充法》的密切联系也不能推断出需要联邦参议院同意之要求；后者的内容已由联邦议会决议通过，被认为还需要联邦参议院同意。姑且不谈《刑法改革补充法》尚未完成立法程序，立法者在行使其立法自由时，原则上可以将一项立法计划分割成几个单独的法律。迄今为止，联邦宪政法院一直根据允许这种分割的原则进行审理（参见BVerfGE 34, 9 [28]; 37, 363 [382]）。在“认证案”（BVerfGE 24, 184 [199 seq.]）的判决中，法院没有回答进行分割的职权是否有宪法界限以及这些界限何在的问题。无论如何，这里都没有逾越这种界限。《第五次刑法改革法》与预定生效的《刑法改革补充法》固然是相互匹配的，但它们不一定得结合成一个立法技术上的统一体。前者基本上只包含刑法与刑事诉讼法。与此相比，《刑法改革补充法》的内容包括社会法与劳动法措施。在内容上，《刑法改革补充法》相对于《第五次刑法改革法》的独立性从以下这一点就可明显得出：《刑法改革补充法》根据其文义可适用于为新的堕胎规定所提出的所有解决方案，即“期限方案”与三项“指征方案”。

C.

.....

【201】

I.

(1)《基本法》第2.2条第1句也将在子宫内发育的生命作为独立的法益来保护。

a)与《魏玛宪法》不同，《基本法》明文纳入了本身不言而喻的生命权；这主要可以解释为对纳粹政权的国家措施之反应，后者实施了“毁灭无生命价值的生命”之“最终解决方案”与“清除”。《基本法》第2.2条第1句与第102条对死刑的废除一样，包含了“对人的生命的根本价值的承诺以及一种国家观的宣言，这种国家观明显不同于另一种政权的观点；对后者来说，个人生命没有多大意义，它因而妄称对公民生死拥有权利并无限地滥用此权利”（BVerfGE 18, 112 [117]）。相较于《魏玛宪法》而言，将生命视为不言而喻

的权利纳入《基本法》的表述，可以原则性地被解释为从“毁灭不值得存在的生命”，到“最终解决”和“清除”，这是由纳粹政体所实施的。《基本法》第2.2条第1句包含第102条所规定的死刑废除，包括“人类生命基本价值与国家概念的宣言，与个人生命所暗含的政治体制哲学形成鲜明的对比，因此对公民的生死权造成无限制的滥用”。

b)在解释《基本法》第2.2条第1句时，应从其文义出发：“人人享有生命权。”根据可靠的生物生理学知识，在人类个体历史存在意义上的生命至少从受孕后第14天起就存在了（参见Hinrichsen在刑法改革特别委员会的解释，第六届选举期第74次会议，*Stenographic Reports*, p. 2142 seq.）。由此开始的发展过程是一个持续的过程，它没有明显的转折分界，它使得对人生命不同发展阶段进行准确划分成为不可能。这一过程也不会随着出生而结束，例如人格所特有的意识现象在出生后的较长时间才出现。因此，《基本法》第2.2条第1句的保护既不能限于出生后“完整”的人，也不能限于有独立生存能力的胎儿。任何“活着”的人的生命权都受到保障；这里不能区分出生前孕育中的生命的各个阶段，以及未出生的与已出生的生命。《基本法》第2.2条第1句意义上的“每个人”是指“每个活着的人”——换言之，每个拥有生命的人类个体；因此，“每个人”也包括仍未出生的人。

c)反对观点主张，无论在日常用语还是法律用语中，“每个人”通常都指“完整”的人。因此，纯粹的文义解释反对将未出生的生命纳入《基本法》第2.2条第1句的效力范围中；对此应该强调，至少《基本法》这一规定的意义与目的要求将生命的保护也延伸到孕育中的生命。若保障人的生存不受国家侵犯【202】不包括“完整的生命”的前一阶段，即未出生的生命，则保障就是不完整的。这种扩张解释符合联邦宪法法院判决中确立的原则，即“在有疑问的情况下，应选择能使基本权利规范发挥最大法律效力的解释”（BVerfGE 32, 54 [71]; 6, 55 [72]）。

d)《基本法》第2.2条第1句的起源史也可以用来证成这一结果。德意志党（DP）党团多次提案，要求在涉及生命与身体完整权时明文提及“孕育中的生命”（*Federal Council Press* 11.48 - 298 and 12.48 - 398）；之后，1949年1月11日，议会委员会在其原则问题委员会第32次会议上首次讨论了这个问题领域。在讨论是否应将禁止不以治疗为目的之医术干预的规定纳入《基本法》时，议员Heuss博士（自由民主党）在没有遭到反对的情况下解释说，这里所考虑的是强制绝育，在生命权的情况下就是堕胎。在1949年1月18日的第42次会议上，议会委员会的主要委员会对基本权利进行二读（议会委员会主要委员会会议，*Stenographic Reports*, p. 529 seq.），更深入地处理了将发展中的生命纳入宪

法保护的问题。议员Seebohm博士（德意志党）提议对当时的《基本法》第2.1条增加两句话：“孕育中的生命受到保护”与“废除死刑”。对此，Seebohm博士（同上，第533页以下）说道，生命与身体完整权可能不一定包括孕育中的生命。因此，它必须在此特别提及。如果存在不同的观点，则至少必须在记录中对此明确指出，生命与身体完整权明确包括孕育中的生命。议员Weber博士以基民盟/基社盟的名义表示，她的党团在主张生命权时是指生命本身，且对党团来说，也指孕育中的生命，尤其是对孕育中的生命的保护包含在其中。Heuss博士（自由民主党）同意Weber博士的观点，即生命的概念也包括孕育中的生命，但在宪法中不应放入刑法中规定的事物。因此，他认为，提及作为特别问题的孕育中的生命与死刑，都是多余的（bc. cit., p. 534）。在“生命与身体完整权包括孕育中的生命这样的声明无人反驳之后”，Seebohm博士想撤回他的提案。然而，议员Greve博士（德国社会民主党）宣称：“我必须在此明确声明，至少就我而言，我不把生命权理解为包含孕育中生命的权利。我也可以为我的朋友们，至少为他们中的绝大多数人，发表同样内容的声明，以便在会议记录中记录：议会委员会的主要委员会作为一个整体，并未采纳我的同事Seebohm博士刚刚表达的立场。”之后，Seebohm博士再提动议，该动议固然以11票对7票被否决（bc. cit., p. 535）。然而，在主要委员会的书面报告中（第7页），议员von Mangoldt博士（基民盟）针对《基本法》第2条说：“随着生命权的保障，孕育中的生命也应受到保护。德意志党在主要委员会中所提出的附加保护孕育中生命的特别句子的动议之所以未获多数，是因为根据委员会的主流意见，目前的版本已保障了要保护的法益。”1949年5月6日，议会委员会全体会议在对《基本法》第2.2条进行二读时，有两票反对。在1949年5月8日进行三读时，Seebohm博士与Weber博士均表示，根据他们的观点，《基本法》第2.2条也将孕育中的生命纳入这一基本权利的保护中。两位发言者的叙述未遭异议。因此，《基本法》第2.2条第1句的起源史表明，“人人享有生命权”这一表述也应包括“孕育中”的生命。至少从材料中更不可能得出相反的观点。另一方面，从起源史中找不到线索来回答未出生的生命是否必须通过刑法得到保护的问题。

【203】

e)此外，在《第五次刑法改革法》的审议过程中，虽然宪法问题没有得到最终解决，但大家对未出生的生命的保护价值达成了一致。刑法改革特别委员会关于社会民主党与自由民主党议会党团所提法案的报告在这方面指出：“未出生的生命是一项原则上应与出生的生命同等得到尊重的法益。对于未出生的生命在子宫外也有能力生存的阶段来说，此一论断是不言而喻的。然而，正如Hinrichsen等人在公开听证会上（AP, VI, p. 2142 et seq.）令人信服地说明的那

样，对于受孕后约第14天开始的较早发育阶段来说，该论断就已经是合理的……因此，从着床结束起就不允许否认未出生的生命，或者仅仅以无所谓的态度看待它。在此不需要回答文献中的争议性问题，即《基本法》是否将未出生的生命纳入其保护，以及如果纳入保护，在多大程度上纳入。无论如何，除了个别群体的极端观点外，将未出生的生命评价为高阶法益符合一般公众的法理解。这种法理解也是本草案的基础。”（Federal Parliamentary Press, 7/1981, new, p. 5）关于其他草案的委员会报告在这方面几乎有着相同的主旨（Federal Parliamentary Press, 7/1982, p. 5, Federal Parliamentary Press, 7/1983, p. 5, Federal Parliamentary Press, 7/1984, new, p. 4）。

【204】(2)因此，从《基本法》第2.2条第1句就已经可以直接推导出国家保护每个人生命的义务。此外，这项义务也来自《基本法》第1.1条第2句的明文规定，因为孕育中的生命也分享了《基本法》第1.1条所提供的对人的尊严之保护。凡是人的生命存在的地方，就有人的尊严；承载者是否意识到这种尊严，是否懂得自己维护它，并不是决定性的。人的存在从一开始就固有的潜在能力就足以确立人的尊严。

(3)反之，无需决定在本诉讼程序中以及在司法裁判与学术文献中有争议的问题，即胎儿自身是否是基本权利主体，还是由于缺乏权利能力与基本权利能力，他的生命权“仅”受到宪法客观规范的保护。根据联邦宪政法院的通行判例，基本权利规范不仅包含了个人对国家的主观防御权，而是同时体现了客观价值秩序；客观价值秩序作为宪法的根本决定适用于所有法律领域，并为立法、行政与司法提供方针与动力（更多文献参见Lueth, BVerfGE 7, 198 [205]; High School Decisions, BverfGE 35, 79 [114]）。因此，从基本权利规范的客观法内涵就已经可以推断出，国家根据宪法是否负有义务对发展中的生命进行法律保护，以及如果有的话，在什么范围内负有义务。

II.

(1)国家的保护义务是全面的。它不仅当然要禁止国家直接干预孕育中的生命，而且也要求国家保护与促进这种生命，这尤其意味着保护它不受他人的非法干预。法律秩序的各个领域必须各自根据其特殊任务对准此一要求。有关法益在《基本法》的价值秩序中的位阶愈高，国家保护义务就必须更加认真对待。人的生命在基本法的秩序中具有最高价值，这一点无需更详细论证；它是人的尊严的重要基础与所有其他基本权利的前提条件。

(2)国家保护发育中生命的义务原则上也针对母亲。毫无疑问，未出生的生命与母亲的生命之间的自然联系建立了一种在其他生活情状下无法相比的特殊关系。怀孕属于妇女的私密领域。通过《基本法》第2.1条结合第1.1条，私密

领域的保护获得宪法上的保障。如果胚胎只应被视为母亲生命机体的一部分，那么堕胎也将留在私人生活规划的范围内，立法者不得介入（BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]）。然而，由于胎儿是受宪法保护的独立的人，堕胎因此具有社会维度；这使其可以被国家所规范，且需要被国家所规范。女性自由发展其人格的权利以全面意义上的行为自由为内容，因而也包括妇女对决定不当母亲、不承担由此而来的义务的自我负责；这项权利固然也能要求得到承认与保护。然而，这项权利并不是毫无限制地得到保障的——他人的权利、宪法秩序、道德法则限制了它。从一开始，它就永远不可能包括在没有正当理由的情况下干预他人受保护的权力范围，甚至将该权利范围连同生命本身一起摧毁的权力；尤其当根据事物本质恰恰存在对这种生命的特殊责任时，更是如此。一种既保障胎儿的生命又让孕妇享有堕胎自由的平衡是不可能的，因为堕胎总是意味着未出生的生命的毁灭。在因此必要的衡量中，【205】“两项宪法价值都要从它们与人的尊严作为宪法价值体系的中心之关系来考察”（BVerfGE 35, 202 [225]）。在《基本法》第1.1条的指引下，必须作出支持胎儿生命保护优先于孕妇自决权的决定。孕妇人格发展的一些机会可能因怀孕、分娩和养育子女而受到损害。反之，未出生的生命则因堕胎而被毁灭。根据最谨慎地平衡相互竞争的受宪法保护的地位之原则，同时考虑《基本法》第19.2条的基本思想，必须因此给予胎儿的生命保护以优先地位。在联邦议会会对《刑法改革法》的第三次审议中所表达的意见，即要“突出源于人的尊严的女性自决权在一个特定时期内优先于其他一切，包括孩子的生命权”（German Federal Parliament, Seventh Election Period, 96th Session, Stenographic Reports, p. 6492），这不符合《基本法》的价值秩序。

(3)由此来看，宪法所要求的法律秩序对堕胎的基本立场就清楚了：法律秩序不得将女性的自决权作为其规则制定的唯一准绳。国家必须原则上从怀胎直至分娩的义务出发，也就是说，原则上将终止妊娠视为不法。在法律秩序中，对堕胎的非难必须得到明确表达。必须避免一种错误印象，即以为堕胎是与找医生治病等一样的社会过程，甚至是法律上无关紧要的避孕外的其他选择。国家也不得经由承认“法外空间”，通过放弃评价而将评价放任给个人自我负责的决定来逃避责任。

III.

国家如何履行其有效保护孕育中生命的义务，应该首要由立法者决定。立法者决定哪些保护措施是它认为为了确保有效的生命保护所适合与必要的。

(1)在此，预防优先于压制的指导思想也适用于且尤其适用于保护未出生的生命（参见BVerfGE 30, 336 [350]）。因此，国家的任务首先是运用社会政策

与福利手段来确保发展中的生命。在这里，可以做什么以及应该如何设计援助措施的细节主要由立法者决定，一般而言超出了宪政法院的判断范围。在此，主要是强化准母亲的意愿，让她愿意自我负责地接受怀孕并使胎儿发育为完整

【206】 首先是交给母亲来保护的。在母亲的保护意愿失去之处重新唤醒它并在必要时强化它，应该是国家致力于生命保护的首要目标。当然，立法者在此施加影响的可能性是有限的。立法者采取的措施常常只能通过全面的教育工作与由此实现的社会态度与观念改变，间接地、滞后地产生效果。

(2)国家在多大程度上在宪法上负有义务，运用刑法手段此一它所掌握的最锋利武器来保护未出生的生命？这个问题不能通过简化为国家是否必须处罚某些特定行为的问题来回答。必要的是一种整体考察，一方面考虑被侵害法益的价值与侵害行为的社会危害程度，并和其他同样受到刑法处罚且在社会伦理上获得类似评价的行为相比较；另一方面考虑此一生活领域的传统法律规范，以及关于现代社会中刑法的角色的观念发展。最后，不应忽视刑事处罚威胁的实际效果以及其运用由其他法律制裁替代的可能性。为保护未出生的生命，立法者原则上没有义务采取它认为对出生的生命适合与必要的同样的刑事措施。纵观法律史可以看出，在使用刑事制裁上从来不是如此，而且直到《第五次刑法改革法》为止的法律状态也不是如此。

a)刑法的任务一直是保护共同生活的基本价值。每个人的生命是最重要的法益之一，这一点在上文已经阐述。终止妊娠会不可逆转地毁灭已经出现的人的生命。堕胎是一种杀戮行为。最清楚地表明这一点的是，有关堕胎的刑罚威胁包含在“危害生命的重罪与轻罪”一节中；在《第五次刑法改革法》中也还是如此，并且在此前的刑法中被称为“杀害胎儿”。现在通用的称呼是“终止妊娠”，并不能掩盖这一事实。这一行为违反了《基本法》第2.2条第1句所保障的人的生命原则上不可侵犯与不可支配，任何法律规定都不能无视于此。由此可见，运用刑法来制裁“堕胎行为”无疑是正当的。在不同前提条件下，这在大多数文明国家都是有效的法律，尤其也符合德国的法律传统。由此也可得出，不能放弃在法律上明确规定这一过程为“非法”。

b)然而，刑罚永远不可能自身就是目的。原则上，刑罚的使用取决于立法者的决定。在注意到上述观点的条件下，立法者并非不能以刑罚威胁手段以外的其他方式，表达《基本法》所要求的对堕胎的法律非难。决定性的因素是，为保护未出生的生命而采取的全部措施，无论是民法、公法、特别是社会法还是刑法性质的措施，是否保证了与要确保的法益的重要性相称的实际保护。在

【207】 极端情况下，即如果宪法提供的保护不能以其他方式实现，立法者就可能

务采用刑法手段来保护孕育中的生命。刑法规范可以说代表了立法者工具库中的“最后手段”。根据适用于整个公法，包括宪法的法治国家比例原则，立法者只能谨慎而有节制地使用这一手段。然而，如果不能以其他方式实现有效的生命保护，也必须采取这一最后手段。要保护的法益的价值与重要性要求这么做。这并不涉及一种“绝对”的处罚义务，而是从认识到所有其他手段的不足中产生的刑罚威胁的“相对”义务。另一方面，一种反对意见认为，从保障自由的基本权利规范中永远无法推导出国家的刑事处罚义务，但这是不成立的。如果国家由于一项决定价值的原则性规范，而有义务有效保护一项特别重要的法益免受第三人的攻击，则影响其他基本权利主体自由领域之措施常常是不可避免的。在这方面，采用社会法或民法手段的法律状态与颁布刑事规范的法律状态原则上并无不同，最多是在必要的干预的强度方面存在差异。然而，立法者必须根据《基本法》的价值秩序，并遵循法治国家的比例原则，衡量双方相互对立的基本价值或自由领域，以解决在此出现的冲突。若一般性地否定采用刑法手段的义务，则应该保障的生命保护会受到很大的限制。有毁灭之虞的法益的价值应与吓阻毁灭行为的制裁的严厉性相称，人的生命的根本性价值应与毁灭生命的刑法惩处相称。

(3)如上所述，国家保护孕育中生命的义务对母亲也是存在的。但在这里，刑法的运用引起了特殊的问题，这些问题是由孕妇的独特情况造成的。怀孕对女性身体和精神状态的深刻影响是显而易见的，无需进一步阐述。这些影响常常意味着整个生活方式的巨大变化和个人发展机会的限制。这种负担并不总是也不完全能通过女性在其作为母亲的任务中找到新的满足，以及孕妇有权得到社会支持（《基本法》第6.4条）而获得弥补。这里在个别情况下，可能会出现严重甚至危及生命的冲突情况。未出生者的生命权可能导致妇女的负担大大超出通常与怀孕有关的程度。这里出现期待可能性的问题——换言之，在这种情况下，国家是否也可以用刑法手段强制怀胎到分娩？一方是对未出生的生命的尊重，另一方是女性不在超出可期待的范围外被迫为尊重这一法益而牺牲自己生命价值的权利，两方相互对撞。在这种冲突情况下，一般不可能作出明确的道德判断，且终止妊娠的决定可能具有值得尊重的良心决定之地位，立法者有义务特别克制。如果在这些情况下，立法者认为孕妇的行为不具应罚性而放弃刑罚手段，那么无论如何，这作为立法者所负责的衡量结果在宪法上是应该接受的。

【208】

然而，在界定无期待可能性标准的内容时，必须排除那些不会给义务方带来严重负担的情况，因为它们是每个人都必须应对的正常情况。相反地，必须有相当重要的情况，使涉事者特别难以履行其义务，以致不能合理地期望他履

行义务。这些情况尤其在涉事者因履行义务而陷入严重内心冲突时存在。通过刑罚威胁来解决这种冲突一般而言似乎不合适（参见BVerfGE 32, 98 [109] - *Gesundbeter*），因为在尊重人的人格领域要求充分的内在决定自由之处，它运用了外在强制。

尤其如果表明堕胎是为了避免孕妇的“生命危险或严重损害其健康状况的危险”所必要（《第五次刑法改革法》版本中的《刑法》第218b条第1项），继续怀孕便显得不可期待。在这种情况下，她自己的“生命与身体完整权”（《基本法》第2.2条第1句）受到威胁，不能期望她为未出生的生命作出牺牲。此外，当孕妇承受其他特殊负担，而这些负担在无期待可能性的观点下与《刑法典》第218b条第1项所列的负担一样重时，立法者可以自由决定让堕胎不受刑事处罚。尤其可算入这一范畴的是联邦政府在联邦议会第六届选举期提交的草案中所含的堕胎优生学指征（参见《刑法典》第218b条第2项）、伦理（犯罪学）指征与社会或困境指征的情况；这些情况在公共讨论中与立法程序的过程中都得到了讨论。在刑法改革特别委员会的讨论中（*Seventh Election Period, 25th Session, Stenographic Reports, p. 1470 et seq.*），联邦政府代表以令人信服的理由详细解释了为什么在这四种指征的情况下，怀孕直至分娩看起来是不可期待的。决定性的观点是，在所有这些情况下，另一项从宪法的角度看同样值得保护的利益如此迫切地凸显出来，以至国家法律秩序不可能要求孕妇于此必须在任何情况下都优先考虑未出生者的权利。一般困境的指征（社会指征）也可归类于此。因为孕妇和她家庭的一般社会状况可能会产生如此严重的冲突，以至于不能以刑法手段强迫孕妇为未出生的生命作出超过一定程度的牺牲。在规范这种指征情况时，立法者必须以这样的方式界定免除刑罚的构成要件，即在此预设的社会冲突的严重性是可以清楚地认识到的，并且从无期待可能性的角度来看，这种指征与其他指征情况的一致性仍然得到维持。如果立法者将这类真正的冲突情况从刑法保护中剔除，并不违反其保护生命的义务。即使在这些情况下，国家也不能满足于仅仅审查、并在必要时证明堕胎免刑的法律前提条件的存在。相反，在这里，国家也被期待提供咨询与协助，目的是提醒孕妇尊重未出生者生命权的基本义务，鼓励她继续怀孕，特别是在社会困境的情况下，通过实际援助措施支持她。在所有其他情况下，堕胎仍然是应罚的不法；因为在这里，对一项最高阶法益的毁灭取决于另一个人非由困境引起的自由决定。如果立法者想在这里也放弃刑法的制裁，则只有在以下条件才与《基本法》第2.2条第1句的保护要求相符，即有另一项同样有效的法律制裁可供他使用，且这项制裁能让人清楚辨识出该行为的违法性（法律秩序的非难），并像刑法规定一样有效地防止堕胎。

【209】

D.

如果根据这些标准来审查《第五次刑法改革法》中受到质疑的期限规定，就会得出该法没有在必要的范围内符合来自于《基本法》第2.2条第1句结合第1.1条的有效保护孕育中生命的义务。

I.

保护孕育中生命的宪法要求固然首先针对立法者。然而，联邦宪政法院在行使《基本法》赋予它的职能时，负有确认立法者是否满足此一要求的任务。诚然，本法院必须仔细注意立法者在评估作为规范基础的事实情况方面、在可能必要的预测方面以及在手段选择方面的决定空间。本法院不可将自己放在立法者的位置上；然而，审查立法者是否在其掌握的可能性范围内，为防止应保护的法益遭受危险做了必要的工作，这是本法院的任务。这原则上也适用于立法者是否有义务采用其最犀利的手段，即刑法的问题，尽管审查不能延伸到刑罚的个别形式。

II.

人们普遍承认，正是因为之前的《刑法典》第218条对几乎所有堕胎的情况都不加区分地以刑罚威吓，因而结果是仅仅不充分地保护了孕育中的生命。因为对有些案件的刑法制裁是不适当的，而认识到这一点最终导致了真正应罚的案件也不再以必要的力度被追究。此外，就这一罪行而言，根据事物的本质，事实常难以澄清。当然，关于堕胎黑数的统计数字差别很大，也几乎不可能通过对此的经验研究来查明可靠的数据。无论如何，在联邦共和国境内，非法堕胎数很高。一般刑事规范的存在也可能导致国家疏于采取其他保护孕育中生命的充分措施。在《第五次刑法改革法》的最终版本中，立法者从预防措施优先于压制性制裁的指导思想出发（参见联邦议会在通过《第五次刑法改革法》时所接受的社民党、自民党议会党团的决定动议——《联邦议会出版物》7/2042）。该法律是基于这样的想法：与刑罚威吓相比，对孕妇的个别咨询能更好地保护孕育中的生命；刑罚威吓会使决定堕胎者脱离可能的影响，在刑事政策上是错误的，且本来就证明是无效的。立法者由此得出结论：在特定前提条件下，完全放弃对怀孕前12周的刑罚威吓，以预防性咨询与告知取而代之（第218a条与第218c条）。如果立法者试图通过预防性措施，包括强化女性自我负责的咨询，来履行其更好地保护未出生的生命的义务，这在宪法上是没有问题的，应予认可。然而，所作出的规定在几个方面遭遇了宪法上的强烈疑虑。

【210】

(1)宪法所要求的对堕胎的法律非难也必须在宪法以下的法律秩序中明确体现出来。如上所述，这只能排除那些即使考虑到《基本法》第2.2条第1句所作

出的价值决定，女性的继续怀胎也是不可期待的情况。这种绝对意义上的非难在《第五次刑法改革法》关于前12周堕胎的规定中没有表达出来，因为法律没有明确表示，在《刑法典》第218a条取消刑罚威吓后，无“指征”的堕胎是合法还是不法。尽管《刑法典》第218a条在法律技术上表现为与《刑法典》第218条的一般刑事规定有关的例外规定，也无论人们对以下问题采取什么观点，即该规定是否在构成要件上限缩了《刑法典》第218条，或是否设立了一项阻却违法事由，或最终只是以阻却罪责或刑罚事由为内容，都不会改变以上判断。对该规定没有偏见的读者一定会有这样的印象：在不考虑理由的情况下，第218a条通过一般性取消可罚性，完全撤除了法律非难，而在法律上允许在其中所列条件下的堕胎。另一方面，既然根据经验，绝大多数堕胎——根据政府代表的说明（*bc. cit.*, p. 1472）：90%以上的堕胎——都是在前12周内进行的，《刑法典》第218条的构成要件因而更多地退居幕后。出现的几乎完全是在刑法上允许堕胎的景象（参见Roxin in: J. Baumann [Hrsg.], *Das Abtreibungsverbot des § 218*, S. 185）。在《第五次刑法改革法》中，也没有任何其他条款将前12周内无“指征”的堕胎在法律上继续不被认可表达出来。尤其根据该法第2条，原则上没有人有义务协助进行堕胎；该条未指出这种措施的合法性或非法性；此规定主要是为了考虑个人的良心自由，保护那些面临以下问题的人的伦理信念自由，即是否可以与应该以积极行为协助根据《刑法典》第218a条不受刑事处罚的堕胎。看一下《刑法改革补充法》为社会法领域作出的规定，也不得不得出这样的结论：前12周内的堕胎涉及一种在法律上不应受谴责，因而也可以在社会法下得到促进与帮助的过程。这是因为社会给付的法定请求权预设，提供社会给付所需满足的行为要件不是法律上禁止（不被许可）的行为。因此，所提出的整体规定只能被解释为医生在前12周内进行的堕胎不应是非法的，也就是说（根据法律）应是允许的。联邦政府在德国联邦议会第六届选举期提出的法案中也持此一观点，它在第1条的立法理由中指出（*Federal Parliamentary Press*, VI/3434, p. 9）：尽管立法者在其他领域可以信赖，废除刑法的禁令不会被理解为对此前应罚行为的法律认可，但在重新规范堕胎时应该注意到特殊的观点：只有在前三个月内的任何堕胎都被视为法律上得到认可，期限方案才能实现预期的公共卫生政策上的任务。手术必须在普通医疗的框架内进行。医疗合同必须是有效的。尤其是由于《民法典》第134至138条无法适用，这些和其他情况只能被解释为法律秩序承认在三个月期限届满前的手术在任何情况下都是正常的社会过程。政府代表在刑法改革特别委员会上表达了类似的观点（*Seventh Election Period, 25th Session, Stenographic Reports*, p. 1473）：重要的是记住这一点，即在时限规定的框架内，怀孕前1/3

时期内的医疗流产并不违法，而是允许的。只有这样，才能找到正当理由将即便共犯也免于处罚（紧急避险例外）纳入刑法体系；也只有这样，以下几点才能成立：民法上的推论，也就是尽管有《民法典》第134条，医疗合同仍是有效的；卫生法对堕胎过程的帮助，尤其是《刑法改革补充法》所计划的纳入社会保险。

(2)此外，对堕胎在形式上的法律非难是不够的，因为决定堕胎的妇女会无视它。《第五次刑法改革法》的立法者认识到，为了保护孕育中的生命，积极措施也是必要的；立法者出于这样的认识，针对医生在孕妇同意下实施的堕胎，在《刑法典》第218c条中用咨询制度取代了刑事规范。《第五次刑法改革法》的立法者认识到，为了保护孕育中的生命，积极措施也是必要的；立法者出于这样的认识，针对医生在孕妇同意下实施的堕胎，在《刑法典》第218c条中用咨询制度取代了刑事规范。然而，可罚性的完全废除造成了一个保护缺口，在不少情况下完全去除了对孕育中生命的保护，将这种生命交给了女性的完全自由的处置权。有许多女性从一开始就决定堕胎，且不愿接受第218c.1条规定的咨询，但没有一个根据宪法的价值秩序值得尊重的堕胎理由。这些女性既没有处于物质上的困境，也没有处于严重的心灵上的冲突情况。她们拒绝怀孕，是因为他们不愿意承担母亲的天然义务。他们对孕育中生命的态度也许有严肃的理由，但这些理由不能对抗保护人的生命之诫命。根据以上重申的原则，对这些女性而言，怀孕是有期待可能的。这群女性无法通过宪法上重要的堕胎动机取得法律上的正当性，她们的行为也被《第五次刑法改革法》第218a条完全涵盖。孕育中的生命在没有保护的情况下暴露在她们的恣意决定之下。对此，反对意见认为，从经验上说，无法被影响的妇女大多善于避免刑罚，因而刑罚威吓反正在很大程度上会落空。此外，立法者还面临着这样的两难困境，即预防性咨询与压制性刑罚威吓在其保护生命的效果上必然部分相互排斥：指征解决方案下的刑罚威吓固然能通过其威慑作用，在无法准确确定的范围内防止无理由的堕胎。然而，与此同时，刑罚威吓在其他情况妨碍了通过对能受影响的女性的咨询来挽救生命；因为恰恰是那些缺乏指征的前提条件的女性以及那些不信任指征确认程序的结果之女性，在面对刑罚威胁时会防患未然，保守怀孕的秘密，从而在很大程度上逃避周围环境与咨询中心的帮助性影响。基于此一认识，不可能为未出生的生命提供无漏洞保护。立法者别无选择，只能在生命与生命之间进行权衡，即在“通过对堕胎问题的特定规定大概可能拯救的生命”与“因同样的规定大概会牺牲的生命”之间进行权衡；因为刑罚威胁不仅保护了未出生的生命，而是同时摧毁了未出生的生命。由于没有任何解决方案能更好地保护个人生命，立法者的期限规定未逾越宪法为它设定

【212】

的界限。

a)首先，这种观点并未合理看待刑法的本质与功能。刑事规范原则上针对所有受法律约束者，并以同样的方式对他们施加义务。诚然，刑事追诉机关实际上办不到使所有违反刑法的罪犯都受到惩罚。各种刑事犯罪的黑数都不同程度地高。无可争辩的是，堕胎罪的黑数特别高。然而，不可以忘记刑法的一般预防功能。如果我们将保护特别重要的法律利益与共同体的根本价值视为刑法的任务，那么这种功能恰恰非常重要。与个案中可见的反应同样重要的是刑事规范的长远影响，其主要规范内容（“堕胎是应罚的”）已经存在了很长时间。仅仅是这种刑罚威胁的存在，就会对民众的价值观与行为方式产生影响（参见刑法改革特别委员会的报告，Federal Parliamentary Press, 7/1981 new p. 10）。对违法行为的法律后果的知悉构成了一道使人不敢逾越的门槛。如果通过普遍废除可罚性，毫无疑问应罚的行为也被宣布为在法律上无可指摘，则这种效果就会逆转。这必然混淆民众中关于“合法”与“不法”的主流观点。只要看不出有法律制裁可明确区分堕胎的正当情形与应受谴责的情形，则纯理论的宣布堕胎是被“容忍”但不被“认可”的，就必然没有效果。如果刑罚威慑完全消失，在公民的意识中必然会产生这样的印象：堕胎在所有情况下都是法律上允许的，因此在社会伦理上不再是应该非难的。“从无法律制裁到道德上允许的危险推论”（Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 104）太明显了，很多受法律约束者都会作出这样的推论。这也符合联邦政府在德国联邦议会第6届选举期提出的法案的立法理由中的观点（Federal Parliamentary Press, VI/3434, p. 9）：“期限解决方案会导致对未出生的生命之保护价值的普遍意识在怀孕前三个月内减弱。它会助长这样的观点，即至少在怀孕的早期阶段，堕胎与避孕一样，都要服从于孕妇的自由处置权。这样的观点与宪法的价值秩序不相容”。

【213】

b)在生命与生命之间笼统权衡，导致为了维系据说是较多的生命而允许毁灭假定中较少的生命，这与个别保护每个具体生命的义务是不一致的。在联邦宪政法院的判决中，已经发展出这样的原则：如果一项法律规定根据其结构与实际效果对某一特定人群不利，则不能通过指出该规定或法律的其他规定有利于另一人群来反驳其违宪性。为此而强调整个法律有利于权利保护的一般倾向更不够。这一原则尤其必须适用于“生命”这一最高的个人法律价值（参见BVerfGE 12, 151 [168]; 15, 328 [333]; 18, 97 [108]; 32, 260 [269]）。不可因为追求挽救其他生命这一本身值得尊重的目标，而放弃对个别生命的保护。每个人的生命——即使只是在孕育中的生命——本身都同样有价值，因此不能受到任何形式的不同评价，甚至是数字上的衡量。《第五次刑法改革法》的法政策基

本构想也揭示了一种不可被遵循的对法律功能的看法。宪法所要求的对具体的个人生命的法律保护被搁置一旁，以利于一种更“社会技术”性的法律运用，即立法者为达社会政策上预期的特定目标——“遏制堕胎流行”——所采取的一项有针对性的行动。然而，立法者不可只考虑目标，无论它多么值得追求；他必须注意，通往目标的每一步也必须在宪法与其不可或缺的要求下得到正当化。不可为整体规范的效率而牺牲个别的基本权利保护。法律不仅是根据社会学知识和预测调控社会进程的工具，它也是对人类行为的社会伦理评价和遵循此评价的法律评价的持续性表达；它应该指出对个人来说什么是对的，什么是错的。【214】

c)此外，原则上应该拒绝的“总核算”也缺乏可靠的事实基础。没有足够的线索表明，未来的堕胎数量会大大少于之前法律规定下的堕胎数量。相反，政府代表在刑法改革特别委员会上（第七届选举期，第25次会议，*Stenographic Reports*, p. 1451），在详细考虑与比较的基础上得出结论：在引入期限规定后，联邦共和国境内合法与非法堕胎的总数预计将增加40%。诚然，这一估算受到了在言词审理中被听取意见的Jürgens教授/博士的质疑。然而，从国外现有的数据材料，特别是来自英国1967年《堕胎法》生效后（参见《堕胎法工作委员会报告——Lane报告》中的陈述），以及来自民主德国1972年3月9日《终止妊娠法》颁布后（参见*Deutsches Ärzteblatt* 1974, S. 2/65）的数据材料，并不能对堕胎的大幅减少作出任何确定的结论。但鉴于应保护的法益的高价值，实验是不允许的。然而，参加刑法改革特别委员会的各党代表拒绝将外国的堕胎数据公式化地换算到德意志联邦共和国（第七届选举期，第20次会议，*Stenographic Reports*, p. 1286 et seq.），不同的社会结构、心理、宗教归属与行为方式的影响几乎无法估算。即使人们对德意志联邦共和国情况的所有特殊性只做有利于期限规定的考虑，堕胎的增加也是可以预期的，因为如上所述，仅仅是《刑法典》第218条刑事规范的存在就对民众的价值观与行为方式产生了影响。这里重要的是，由于应受刑事处罚，单纯获得堕胎甚至是合乎技术规范的机会迄今受到相当大的限制（也包括资金上的限制）。无论如何都看不出期限解决方案能导向生命保护的强化——即使只是在数量上强化。

(3)从它本身来看，《刑法典》第218c.1条规定的对孕妇的咨询与告知也不能被视为适合于促进继续怀孕。该条款规定的措施不如16位刑法学者的备选草案的设想，《第五次刑法改革法》的构想在其他方面主要基于该草案。那里（第105.1条第2项）规定的咨询中心应该有能力自己提供财政、社会与家庭援助。它们还应该通过合适的工作人员为孕妇及其亲属提供心理照护，并为实现继续怀孕而努力（详见以上p. 11 et seq.）。根据这些或类似的建议配备咨询中

心，使其能够提供直接帮助，这是人们更容易想到的方案，因为根据刑法改革特别委员会的报告（Printed Materials of the Federal Parliament, 7/1981, new, p. 7, 【215】有来自听证程序的证据），不利的住房状况、不可能在受教育或工作的同时照经济困境与其他物质原因，以及在未婚孕妇的情况下对社会制裁的恐惧，被认为是最经常提到的希望堕胎的原因与动机。与此相对，咨询中心应告知关于“为孕妇、母亲与儿童提供的公共与私人援助”，“特别是有利于继续怀胎与母亲及儿童处境的援助”。这可以解释为咨询中心应该只提供信息，而不对动机形成过程针对性地施加影响。对咨询中心任务的中性描述是否可归因于刑法改革特别委员会所主张的意见，即不应通过咨询来影响孕妇的决定（Von Schiler议员，自民党，第七届选举期，第25次会议，Stenographic Reports, p. 1473），这一点可以悬而不决。无论如何，如果咨询要产生有利于孕育中生命的保护作用，这种影响是至关重要的。当然，第218c.1条第1项和第2项也可以解释为咨询与告知是为了促使孕妇继续怀胎到分娩。特别委员会的报告（Printed Materials of the Federal Parliament, 7/1981 new, p. 16）大概可以在这个意义上理解。据此，咨询应考虑孕妇的全部生活情况，并与本人当面单独进行，而不是通过电话或分发印刷品（也参见上述邦议会的决议，Printed Materials of the Federal Parliament, 7/2042）。即使人们认为可以设想这样的咨询会在摒弃堕胎决定的意义上产生一定效果，但无论如何，它的具体设计存在缺陷，让人无法期待对孕育中生命的有效保护。

a)根据第218c.1条第1项进行的关于孕妇、母亲与儿童可获得的公共与私人援助的信息告知，也可以由任何医生承担。然而，社会法与社会福利事务对受过专业训练的人来说就已经难以全面掌握。不能指望从医生那里得到关于个案下存在的权利与机会的可靠信息告知，特别是由于这常常需要进行个别需求调查（例如在房租援助或社会援助方面）。根据他们的专业教育，医生没有从事这种咨询工作的合适资格，他们一般也没有从事个别咨询所需的时间。

b)特别值得商榷的是，有关社会援助的信息告知可以由实施堕胎的同一位医生来进行。这也会使第218c.1条第2项规定的本身属于医生任务范围的医生咨询贬值。根据刑法改革特别委员会的想法，医生的咨询应该如下设计：一方面，这意味着关于手术的性质及其可能的健康后果的咨询。然而，它不可以局限于这一纯粹的医学面向——这一点通过有意识地选择“医生的”这一概念得到表达。相反地，它必须在各自可能与适当的范围内扩展到孕妇目前与未来的【216】总体情况，只要这一情况可能受到堕胎的影响；同时，相应于医生的其他任务，它必须包括保护未出生的生命。因此，医生也必须向孕妇说明，人的生命会因手术而被毁灭，并说明生命处于哪个发展阶段。经验表明，如Pross（AP

VI S. 2255, 2256) 与 Rolinski (AP VI S. 2221) 在公开听证会上所证实的, 许多女性在这方面没有清晰的观念, 而且如果她们之后得知了这种情况, 往往是造成严重的怀疑与良心顾虑的原因。因此, 咨询也必须以防止这种冲突情况发生为取向。以这里所定的方式、带着宪法所要求的目标——致力于继续怀胎——所进行的澄清工作, 不能指望由孕妇为了从事堕胎的目的所找来的医生进行。根据迄今的意见调查结果与具有代表性的医生专业委员会的看法, 必须认定大多数医生拒绝进行无指征的堕胎, 因此主要是两类医生才会提供服务; 一类将堕胎视为有利可图的生意, 另一类则倾向于满足女性的每一个堕胎愿望, 因为他们认为这只是自决权的体现或女性解放的手段。在这两种情况下, 通过医生的影响使孕妇继续怀胎是非常不可能的。英国的经验表明了这一点。在那里, 界定非常宽泛的指征必须由任何两位医生确认。这导致了所有想要的堕胎实际上都是由专门从事这种活动的私人医生进行的。为了引导妇女到这些私人诊所, 出现了商业中介者, 这是一个特别令人不快但难以避免的附带现象 (参见 Lane Report, Vol. 1, No. 436 and 452)。

c)此外, 信息告知与咨询之后可以立即进行堕胎, 这对继续怀胎的成功前景也是不利的。在这种情况下, 不能指望孕妇与其亲属认真研究咨询中被提出来反驳她的论点。因此, 联邦司法部向刑法改革特别委员会提交的第218c条的替代性表述规定, 只有在告知可获得的援助 (第218.1条第1项) 至少三天后才能进行堕胎 (特别委员会, 第七届选举期, 第30次会议, 速记报告第1659页)。然而, 根据特别委员会的报告, “在咨询与手术之间的一个由刑法强制执行的等待期……被放弃了。在个别情况下, 这可能会因孕妇的居住地与个人情况给她带来不可期待能克服的困难, 最终导致孕妇放弃咨询。” (Printed Materials of Federal Parliament, 7/1981 new, p. 17) 于是, 对决定堕胎的女性来说, 重要的只是找到一位愿意配合的医生; 因为他既可以进行社会与医疗咨询, 最后还可以进行手术, 所以不能指望他认真地试图劝阻孕妇放弃她的决定。

III.

综上所述, 对《第五次刑法改革法》中期限规定的宪法判断, 可作出以下说明: 【217】

如果堕胎的理由在《基本法》的价值秩序前站不住脚, 却不受到法律上的非难与刑事处罚, 那么这与立法者所承担的保护生命的义务是不相符的。诚然, 如果限制可罚性与其他至少在效果上能弥补刑事保护消失的措施相结合, 则在宪法上就无可指责。但如上所述, 情况显非如此。议会关于堕胎法改革的论辩诚然加深了这样的认识: 国家最崇高的任务是一方面通过预防性避孕的教

育，另一方面通过有效的社会支持措施与社会观念的普遍改变，来防止杀害未出生的生命。然而，无论是目前提供与给予的这种帮助，还是《第五次刑法改革法》所规定的咨询，都无法取代刑法规范所提供的个人生命保护；即使在今天，根据《基本法》的价值秩序值得尊重的堕胎理由并不存在，原则上仍然在提供这种保护。如果立法者认为之前对堕胎的无差别刑罚威吓是保护生命的可疑手段，这并不能免除它以下的义务，即通过处罚那些宪法上应该非难的堕胎情况，从而通过较细致的刑法规定，来实现对生命的更好保护。明确区分这类案件与继续怀胎对女性无期待可能性的其他案件，将强化刑法规范形成法意识的力量。无论是谁，只要承认生命保护优先于女性自由生活规划的权利，就不能在这些不涉及任何特殊指征的情况下否认堕胎行为的非法内涵。如果国家不仅宣布这些情况应受刑事处罚，而且还在法律实践中予以追诉与惩罚，那么在一般公众的法意识中，这既不会被视作不公正，也不会被视为是反社会的。对堕胎问题的热烈讨论可能会让人担心，在一部分人中，未出生的生命价值不再被充分认识。然而，这并不意味着立法者有权放弃。相反，它必须作出认真的尝试，通过刑罚威吓的差别化，实现更有效的生命保护，并追求一种也得到一般法意识支持的规定。

IV.

在为《第五次刑法改革法》中的规定辩护时，有时会指出，在西方世界的其他民主国家，关于堕胎的刑法规定最近已经进行了类似甚至更大程度的“自由化”或“现代化”；这样的论点认为，这表明新规定无论如何都符合这一领域的一般观点发展，并且与根本的社会伦理原则及法律原则不相矛盾。这些考虑不能影响这里应该作出的决定。姑且不论所有这些外国规定在其本国都有很大争议，那里适用于立法者行为的法律标准与德意志联邦共和国的法律标准基本不同。《基本法》的基础是那些国家形塑原则，它只能由历史经验并从思想与道德上对抗过去的纳粹制度来解释。极权主义国家主张自己对社会生活所有领域的无限支配权。对它来说，在追求其国家目标时考虑个人生命原则并不重要；相反，《基本法》建立了一个受价值约束的秩序，这一秩序将个人及其尊严置于它所有规定的中心。正如联邦宪政法院很早就表明的那样（BVerfGE 2, 1 [12]），它的基础是这样的观念：人在万物秩序中有自己独立的价值，这无条件地要求无条件地尊重每一个人的生命，即使是表面上看起来在社会上“无价值”的生命，因而排除了无正当理由地毁灭这种生命。宪法的这一根本决定决定了整个法律秩序的设计与解释。即使立法者也受其约束；社会政策上的目的性考量甚至是国家政治上的必要性，都不能逾越这一宪法限制（BVerfGE 1, 14 [36]）。即使民众中对此占主导地位的观点有了普遍改变——如果这种改变能被

查明的话，也不会改变什么。联邦宪政法院受委托负责监督，并在必要时强制要求所有国家机关遵守宪法的根本原则；它只能根据这些原则作出决定，而它本身也在其判决中对这些原则的发展作出了决定性贡献。这并不构成对其他法律秩序的贬损性判断，“这些法律秩序没有这种面临不法体制的经验，而且基于不同的历史发展、不同的国家政治条件与国家哲学基本观点，它们没有为自己作出这样的决定”（BVerfGE 18, 112 [117]）。

E.

根据以上所述，《第五次刑法改革法》版本中的《刑法典》第218a条不符合《基本法》第2.2条第1句与第1.1条，因为即使前述在《基本法》的价值秩序面前站得住脚的理由不存在，它也免除了堕胎的刑事可罚性。在这一范围内，必须判决该规定无效。更详细地区分有指征与无指征堕胎的情况是立法者的职责。为了在法律规定生效前确保法律明确性，看来有必要根据《联邦宪政法院法》第35条发布一项命令，其内容可从判决主文中看出。

没有理由宣布《第五次刑法改革法》的其他规定无效。

Rupp von Brunneck法官与Simon博士 / 法官的不同意见摘录：

每个人的生命不言而喻是法律秩序的核心价值。毋庸置疑，保护这一生命的宪法义务也包括其出生前的阶段。在议会中与联邦宪政法院前的的争论不涉及“是否”保护，而是只涉及“如何”保护。这方面的决定属于立法者的责任。无论如何都不能从宪法中推导出国家有义务对怀孕每个阶段的堕胎进行刑事处罚。立法者可以决定支持咨询与期限规定，也可以决定采用指征解决方案。相反的宪法解释不符合基本权利规范的自由性质，并在具有严重后果的很大程度上将决定权转移到联邦宪政法院(A)。在评判《第五次刑法改革法》时，法院多数意见忽视了堕胎相对于其他生命危害的独特性(B.I.(1))。它没有充分评价立法者面对的社会问题与具有迫切性的改革的目标(B.I.(2))。就因为每一个解决方案都是不全面的，所以德国立法者与其他西方文明国家的改革一致(B.III)，优先考虑社会政策措施，而不是很大程度上无效的刑罚威吓——这在宪法上是无可指责的(B.I.(3)-(5))。宪法没有在任何地方规定，要在不考虑实际保护作用的情况下，对道德上不值得尊重的行为予以法律“非难”(B.II)。

【219】

“堕胎第二案”

BVerfGE 88, 203

2. 判决概要

(1)《基本法》课予国家保护人的生命，包括未出生的生命的义务。此项保护义务的基础在于《基本法》第1条第1款；其对象及——由该对象而来的——范围则由《基本法》第2条第2款进一步规定。未出生的人类生命已享有人的尊严。法律秩序必须在未出生者自身生命权的意义上，保障未出生生命的发展的法律前提条件。此一生命权不是通过母亲一方的接受才确立的。

(2)对未出生的生命的保护义务涉及个别生命，而不只是涉及一般意义的人的生命。

(3)未出生者也应获得对抗其母亲的法律保护。只有当立法者原则上禁止母亲堕胎，从而课予她怀胎直至分娩的原则性义务时，这种保护才有可能。在宪法所要求的保护中，堕胎的原则性禁止与怀胎直至分娩的原则性义务是两项不可分离地联系在一起的要害。

【220】

(4)堕胎必须在整个怀孕期间原则上被视为非法，因此在法律上予以禁止（经BVerfGE 39, 1 [44]确认）。即使只是在有限的时间内，未出生者的生命权也不可交给第三者自由的不受法律约束的决定，即使是母亲自身的决定。

(5)在确定未出生的人类生命的保护义务范围时，必须一方面着眼于应受保护法益的重要性与保护需要，另一方面着眼于相冲突法益的重要性与保护需要。关于受未出生者生命权影响的法益——从孕妇要求保护与尊重其人的尊严之权利（《基本法》第1条第1款）出发，主要应该考虑她的生命权与身体完整权（《基本法》第2条第2款）以及她的人格权（《基本法》第2条第1款）。反之，对于伴随堕胎而来的对未出生者的杀害，女性并不能主张《基本法》第4条第1款中基本权利所保护的法律地位。

(6)国家为履行其保护义务，必须采取充分的规范性与事实性措施，以在顾及相对立的法益前提下达到适当且有效的保护（不足禁止）。就此需要一个结合预防性与压制性保护要素的保护方案。

(7)女性的基本权利不足以支撑概括性的解除怀胎至分娩的法律义务，即使仅限于特定期限。然而，基于女性的基本权利地位，允许在例外情况下不施加这种法律义务，且在其中一些情况，不施加义务可能是必要的。根据无期待可能性的标准详细确定这些例外情况，是立法者的任务。于此，必须存在要求女性对自己的生命价值作出如此大的牺牲，以至于无法期待女性承受的负担（经BVerfGE 39, 1 [48 ff.]确认）。

(8)对不足手段之禁止不允许放弃使用刑法及其产生的对人的生命的保护作用。

(9)国家的保护义务也包括保护未出生的人类生命免受以下危险，包括不利于怀胎分娩的意愿、源于孕妇家庭或其他社会环境的影响或者源于女性与家庭的当前可预见的现实生活条件。

(10)保护委托还责成国家在一般意识中维持并唤起对未出生生命的法律上保护诉求。

(11)宪法原则上不阻止立法者转向另一种保护未出生生命的方案。此种方案在怀孕初期发生怀孕冲突情事时，将重点置于对孕妇的咨询，以说服她将孩子生下来，并同时放弃基于指征的刑罚威吓以及由第三者断定指征要件的做法。

(12)这样的咨询方案需要那些为女性作出有利于未出生生命的行为创造积极前提的框架条件。国家对咨询程序的实施承担全部责任。 【221】

(13)国家的保护义务要求，为了女性利益而必要的医生参与必须同时起到保护未出生生命的作用。

(14)基于宪法（《基本法》第1.1条），子女的存在不可能在法律上被定性为损害的来源。因此，抚养子女的义务不得被理解为损害。

(15)未依咨询规定断定指征存在之下进行的堕胎不得被宣告为正当（不违法）的。基于法治国家不可或缺的原则，例外情况须由国家负责确定其要件的存在，才能具有正当化的效果。

(16)对合法性未得到确认的堕胎行为，《基本法》不允许赋予法定医疗保险的给付请求权。反之，对那些根据咨询规定不受刑事处罚的堕胎行为，在有经济需要的情况下提供社会救助，在宪法上并无可指摘；继续支付劳动报酬亦同。

(17)若联邦法律仅规定应由各州履行的国家任务，但未作出可由行政机关执行的个别规定，则各州的组织权原则未受限制。

1993年5月28日第二庭判决，2 BvF 2/90; 4, 5/92.

3.案件事实

提交司法审查的事项主要是关于终止妊娠的几个不同的刑事、社会保险与组织规定是否符合宪法之下国家保护未出生的人类生命的义务。这些条款或者是《第十五次刑法修正法》与《刑法改革补充法》中新规定的一部分，或者是在德国统一后为全德国通过的关于孕妇福利与家庭福利之法律的一部分。《第十五次刑法修正法》与《刑法改革补充法》中的新规定是因联邦宪法法院1975

年2月25日的判决（BVerfGE 39, 1）而启动的。

根据1976年5月18日的《第十五次刑法修正法》，任何在受孕第13天后终止妊娠者都应受到处罚（旧版《刑法典》第218.1条，第218.3条第1句，第219d条）。

【222】 但在固定期限内，如果终止妊娠由医生在征得孕妇同意之下进行，且根据医学判断，显示是为了避免对孕妇造成特定的重大法律紧急情况（终止妊娠的医学指征），则免受处罚。

此外，即使没有终止妊娠的指征，如果在受孕22周内，并根据旧版《刑法典》第218b条（旧版《刑法典》第218.3条第2句）接受了咨询后才由医生实施堕胎，则孕妇不会受到处罚。

然而，如果不符合这些条件，只要女性在手术干预时处于特定困境，法院可以放弃对她的刑事处罚（旧版《刑法典》第218.3条第3句）。

在这样的情况下，只有被咨询的医生才会受到处罚。无论如何，对医生适用更严格的规则：如果医生实施堕胎时，未查明确定孕妇在至少三天前接受过咨询中心以及医生的社会与医疗咨询，则应受到处罚。即使存在堕胎的医学指征，他也会因在未经咨询下终止妊娠而受到处罚。此外，即使存在医学指征，若该指征未得到第二位医生的书面确认，任何人都会因终止妊娠而受到处罚（旧版《刑法典》第219条）。

社会与医疗咨询也可以由确认指征存在的医生进行；医疗咨询也可以由实施堕胎的医生进行。根据旧版《刑法典》第218b、219条，孕妇不会受到处罚。

1975年8月28日的《刑法改革补充法》（BGBl. I p. 2289）旨在通过配套的社会政策措施，支持《第五次刑法改革法》的改革努力（参见BTDrucks. 7/376 p. 1）。它是在社会民主党党团与自由民主党党团的倡议下（BTDrucks. 7/376），重启1972年的政府草案（BTDrucks. 104/72）。该草案规定，如果是由医生实施的妊娠终止，可从法定强制健康保险中获得经济补偿。

4. 判决理由选译

【223】

D.

I.

.....

第I节中的说明列出了“堕胎第一案”判决的核心论点（BVerfGE 39, 1）。详情可参阅该判决，第185-188页。

II.

根据以上所述，宪法原则上不禁止立法者对未出生生命的保护改采另一种保护方案；该方案在怀孕早期发生怀孕冲突时，将重点置于对孕妇的咨询，以说服她继续怀孕直到生下孩子，同时着眼于咨询所必要的开放性与效果，放弃基于指征的刑罚威吓以及由第三者确认指征要件是否存在。

《孕妇与家庭扶助法》的立法者在可支持的合理评估下，对保护方案作出了改变。

.....

(4)如果国家不是通过一般的刑罚威吓，而是通过个别咨询与呼吁其对未出生生命的责任，通过经济与社会支持以及与此相关的必要信息，来设法促使女性不要逃避作母亲的职责，则与女性及将为人母者所应得到的尊重是一致的。

立法者可以认定，若第三者必须审查与评估女性视怀孕生产为不可期待的理由，则这对说服女性继续怀孕没有帮助，反而是不利的。

(5)如果立法者让接受咨询的女性最终决定是否应该堕胎，并允许她们在必要时寻求医生实施堕胎，就有理由可以要求孕妇在发生冲突情况时接受咨询并披露其情况。

.....

III.

如果立法者在履行其保护义务时改采咨询方案，这意味着对未出生生命的保护作用将主要通过预防性地对考虑堕胎的女性提供咨询性影响来实现。

咨询方案旨在强化女性的责任感。这是因为最终是由女性决定是否终止妊娠，因此她是主要责任人（最终责任），尽管她的家庭与社会环境以及她的医生也负有一定责任。于此需要一个框架，为女性作出有利于未出生生命的行动创造积极前提条件。

【224】

唯有如此，才能在放弃以指征确认作为堕胎要件的同时，仍然认定咨询方案对未出生生命的保护效果(1)。然而，若女性在怀孕前12周内经咨询后请求医生实施的堕胎不具备指征要件，则不得宣告其为正当（不违法）(2)。此外，若为了咨询方案的有效性而必须有某些例外，立法者无需将原则性禁止堕胎所产生的要求扩及所有面向(3)。

.....

(2)与咨询方案相联系的目标是不以刑罚制裁那些在怀孕前12周内、经咨询后应孕妇要求，在未确认指征存在的情况下由医生实施的堕胎。立法者只能通过将这些堕胎排除在《刑法典》第218条的构成要件之外来实现这一目标，而不能宣告这些堕胎是可正当化（不违法）的。

a)如果宪法只在特定的例外情况下才允许堕胎，那么刑法就不能同时在其他较宽泛的条件下允许堕胎。法律秩序必须肯认并彰明宪法对堕胎的禁止。

b)例外情况若要具有正当化的效果，则其要件的存在必须经过确认；确认可由法院或第三者为之，该第三者必须是基于其特殊的义务地位而可得到国家信任者，且其决定不能免除任何国家审查。如此才符合不可或缺的法治国原则。在通常主张的一般困境下，鉴于查明指征要件的存在会妨碍咨询的有效性，咨询的保护方案无法容许这种指征规定存在；因此，如果立法者选择咨询的保护方案，它就必须在这方面放弃将堕胎宣告为可正当化的。

.....

cc)咨询规定的保护作用并不取决于女性在咨询后所表达的堕胎愿望是否能合法堕胎。没有线索表明，只有当女性能确信她在咨询程序后决定的堕胎会得到法律秩序的明确认可，咨询才会有效。

【225】 相反，如果法律秩序无条件地允许咨询后的任何堕胎要求，这对旨在保护未出生生命的咨询反而是有害的。这是因为如果女性在咨询后作出的堕胎决定无论如何都得到法律上的承认，咨询就无法强化女性的责任。

(3)将堕胎从刑法构成要件中剔除，可以预留空间，使法律秩序的其他领域仍可针对不属于合法化例外情况的堕胎，表彰原则上禁止堕胎的意旨。

咨询方案的特殊性于此要求创造若干条件，以免事先对女性接受旨在保护生命的咨询、披露自己的冲突并负责任地共谋冲突解决方案的意愿发挥不利作用。

因此，法律状态在整体上的设计应该使女性不至于根本不接受咨询而转向违法行为。除了使堕胎不再受到刑罚威吓外，还必须确保第三者提供的有利于未出生者的紧急援助不能对抗女性与医生的行为。女性也必须能够在有效的私法合同框架内，接受医生实施的堕胎（参见V.(6)）。她还必须得到保护，以免需向他人告知堕胎情事及其原因，从而损及其人格权（参见E.V.(3) b)与(4) b)）。

(4)综上所述，在咨询规定之下，经咨询后终止妊娠的女性是在从事一项法律秩序所不允许的行为。咨询方案不能承认女性具有一般困境的正当化事由并予以确认，因为这会抵触作为其基础的保护理念。咨询规定可以合理期待女性接受这一点，并不会将她贬抑为仅仅是保护方案的客体。咨询方案将女性作为一个行动的人认真对待，寻求赢得她作为保护未出生生命的盟友，并期望她负责任地合作。它还创造了尊重女性法律地位的条件（参见以上(3)），以避免那些可能使女性拒绝咨询程序及与医生交谈的法律劣势。只有在不涉及这些条件时，才必须彰显原则上禁止堕胎的意旨。这意味着例如在咨询规定框架下，堕

胎行为并非全都可以享受合法堕胎所能获得的所有法律利益。

IV.

如果立法者选择了咨询方案，保护未出生人类生命的义务也会在咨询程序的规范设计上对立法者施加一定的约束（参见以上III.(1) a）。随着提供保护的重点转向通过咨询实现的预防性保护，咨询程序对保护生命便具有核心的意义。因此，立法者必须在确定咨询的内容(1)、规范咨询的实施(2)与组织咨询、包括选择参与咨询的人员(3)等方面，受到禁止手段不足原则之约束，制定充分有效的规定，以说服正在考虑堕胎的女性继续怀胎至分娩。唯有如此，立法者关于咨询能有效保护生命的评估才是合理而可支持的。

【226】

(1)在确定咨询的内容方面，立法者可以从以下观点出发，即只有当咨询是开放而不预设结果的，才有机会真正保护未出生的人类生命。咨询为了能够成功，必须建立在女性参与寻求解决方案的基础上。由此也可见，不强迫女性如期待般具备对话与合作意愿，或免除其在咨询谈话中的人别辨识义务，皆有其合理性。

咨询应该鼓励，而不是恐吓；唤醒理解，而不是说教；强化女性的责任，而不是像对待未成年般予以管束。这对咨询的内容设计与实施咨询的人提出了高度要求。因此，这需要相应的法律规定。

a)如果孕妇对未出生生命的责任应该成为良心决定的基础，则女性必须意识到这一责任；根据咨询方案，她是以特定的方式承担这一责任。于此，她必须知道，未出生者享有自己的生命权，尤其也相对于她而言享有生命权，因此即使在怀孕早期阶段，也享有法律秩序的特别保护。因此，女性必须意识到，根据法律秩序，只有在例外情况下才可以考虑堕胎，即只有当女性遭受的负担非常重大而特殊，以致逾越了可期待的牺牲限度。咨询人员必须确知此点，并以寻求咨询者可以理解的方式纠正可能存在的错误观念。

b)科学已发展出能协助解决冲突的方法，这些方法已被付诸实践。如果一个方案要在怀孕前12周主要通过咨询来保障对未出生的人类生命之保护，就不能舍弃这些方法。因此，任何咨询都必须以进行对话为目标，并于对话中运用冲突咨询的方法。这一方面预设咨询人员具备相应的能力，并能为每个个别女性投入足够的时间。另一方面，从一开始，只有孕妇向咨询人员告知使其考虑终止妊娠的主要原因，开启冲突咨询才是可能的。

虽然咨询的性质排除了强迫孕妇的对话与合作意愿，但对于同时应履行保护生命任务的冲突咨询来说，告知考虑堕胎的原因仍是不可或缺的。

对女性提出这样的要求既不损害咨询程序的结果开放性，也不贬低女性应负的责任。在此关键的是，通过咨询提供生命保护的方案放弃了由第三者根据

【227】指征要件审查与评价女性的堕胎理由，并且在女性经咨询后作出不利孩子的决定时，放弃对此予以制裁。如果在这样的方案中，咨询应谋求使女性告知其堕胎理由，这恰恰与孕妇的责任以及她作出良知决定的能力联系在一起。

c)履行对未出生的人类生命的保护义务进一步要求，在咨询时向女性介绍国家采取的社会与其他支持措施，并在她申请这些给付时尽可能有效地予以支持。这也同样适用于教会或基金会等第三方为保护生命提供资金的情况。唯有如此，才能确保通常最需要帮助的女性获得所有这些援助，而促进其生育意愿。

d)如果咨询程序没有考虑到与孕妇关系密切的人——特别是未出生孩子的父亲与未成年孕妇的父母——对她的支持作用，并能影响她保留或不要孩子的决定，则咨询程序就不能充分完成其应有的任务。

因此，任何咨询都必须审酌，父亲、近亲或受其信赖者的参与是否合适，以及是否可说服孕妇同意他们的参与。

反之，如果孕妇一开始就有这样与她亲近的人陪同，就有必要审查这些人是否会产生有害于未出生生命的影响，以及是否因此应该要求孕妇在无人陪同时再进行一次咨询对话。

.....

e)堕胎不得紧接在咨询之后实施。孕妇常常无法立即对咨询予以消化处理，而是需要一段时间。如果要负责任地作出决定，女性还必须有机会与她信赖的人讨论她的决定（参见BVerfGE 39, 1 [64]）。

(3)如果国家想通过咨询程序实现它所应提供的对未出生人类生命的保护，它就对咨询程序的实施承担全部责任。它有责任确保适当的咨询服务供给，不可逃避责任，例如将咨询工作交给私人组织，任由它们按照各自的宗教、世界观或政治目标实施咨询。

【228】.....

V.

咨询规定的保护方案也涉及医生，他有责任从医生的角度为女性提供建议与协助。医生不得只是依请求执行堕胎，而是得对其医疗行为负责。他对健康与生命保护负有义务，因此不得未加思考就参与堕胎。

(1)详细来说，对医生于堕胎时所负义务的法律规定可以首先联系到医生在任何手术干预时应遵守的一般职业义务。然而，医生进行诊断、向患者解说与提供建议并制作记录等方面的一般义务应根据咨询方案，作出符合堕胎特殊性的调整。

另一方面，基于对未出生的生命的保护义务，医生的检查与信息提供必须

有所限制，以防止因宪法秩序所不容许的性别选择而堕胎之危险。因此，在怀孕初期，除了医生与他的工作人员之外，孩子的性别不得为他人所知悉，除非告知性别在医学上是有意义的。

.....

c)由于负责任的医生行为在规范上以保护未出生的生命为导向，所以医生必须考虑到，在什么前提条件下法律秩序将堕胎视为不违法。

为此，医生有必要对冲突情况作出合乎法律的判断，该判断可以作为与妇女谈话以及医生自己决定的基础。于此，医生应该告知妇女那些对他的决定具有决定性的观点。

.....

2b)若医生认为堕胎在医学上是可正当化的，则他必须能够在不受刑罚威吓之下协助堕胎。若他认为堕胎在医学上是不负责任的，则他固然有义务基于他的一般职业义务拒绝提供帮助。在法律实践中，对违反这种义务的制裁很难执行。保护未出生生命的宪法义务并不要求在刑法中规定对违反这种义务的制裁。

为履行保护义务，在医师职业法中规范上述医生的义务及其执行看来是充分的，但也是必要的。这类规范不应受刑法规定的影响。

.....

(6)就根据咨询方案不受刑罚制裁的堕胎而言，国家对未出生生命的保护义务并不要求将为实施这类堕胎而与医生及医院签订的合同视为法律上无效。相反，咨询方案要求医生与女性之间的给付交换被构造为一种法律关系，给付因此具有法律上的原因。因此，无论合同的具体法律后果如何判断，《民法典》第134、138条并不适用。医生与医院应该只基于有效的合同才参与堕胎，该合同保障他们的权利，特别是报酬请求权，但同时也规定他们的义务。尤其是医生对未出生的生命与女性健康所应提供的保护需要合同法上的保障。因此，咨询与诊治义务的不良履行原则上也必须能够引发合同法与侵权法上的制裁。

【229】

然而，这需要从宪法角度做区别性考察。原则上，对合同不良履行与对女性身体完整性的侵权损害的民法制裁是必要的；这不仅涉及返还已白白给付的价金之义务，而且还涉及损害赔偿，包括在《民法典》第823、847条的框架内，对女性因堕胎失败或生出残疾子女所造成的精神负担的衡平赔偿。反之，基于宪法（《基本法》第1.1条），子女的存在于法律上不能被定性为损害。所有国家权力有义务尊重每个人为其自身而存在（参见以上I.(1) a)），此项义务禁止将对子女的抚养义务理解为损害。鉴于此，需要重新考虑民事法院就医疗咨询错误或堕胎失败的责任所作成的裁判（关于堕胎参见BGHZ 86, 240 et seq.;

89, 95 et seq.; BGH NJW 1985, 671 et seq.; VersR 1985, 1068 et seq.; VersR 1986, 869 et seq.; VersR 1988, 155 et seq.; NJW 1992, 1556 et seq.; 关于绝育参见BGHZ 76, 249 et seq.; 76, 259 et seq.; BGH NJW 1984, 2625 et seq.)。但医生对孩子因技术不良、堕胎失败所受到伤害的损害赔偿义务不受此影响(参见BGHZ 58, 48 [49 et seq.]; BGH NJW 1989, 1538 [1539])。

VI.

国家对未出生生命的保护义务也包括保护其免受来自第三人的危险,特别是来自孕妇家庭环境或其他社会环境之人的危险(参见以上I.(2)与III.(1) b)。

在过渡到保护方案时,这一义务变得更加重要;保护方案在怀孕早期着重于对女性的咨询,以争取她保有孩子。

(1)此一保护方案的有效性特别要求,要保护女性免受任何会导致其因怀孕陷入困境或对她施以终止妊娠压力的不合理要求。当女性通过咨询感觉受到继续怀孕的鼓励时,如果她周围的人却更强烈地向她施压,指出堕胎的不罚性及其最后决定权,借以促其堕胎,同时回避自己的(共同)责任,则这种影响适足以破坏咨询的成功。

【230】

(2) a)因此,在为了保护未出生生命的咨询方案中,仅仅呼吁这些人应有责任意识是不够的;而是应该努力通过法律规定或通过适用现有的法律规定来创造条件,以使家庭责任以及在其他社会环境中应该尽到的考虑能够合乎要求(也参见以上I.(3) a)。

b)此外,在一定范围内,针对家庭环境中的人提出的以刑罚作为后盾的行为要求与禁止是不可或缺的。一方面,这些要求与禁止必须确保相关人不以应受谴责的方式拒绝向女性提供她因怀孕所需的合理协助;另一方面,必须致力于防止他们催迫女性堕胎。在这种情况下,可罚性可以将堕胎已经发生作为条件。这类规定与1962年《刑法改革草案》第201条所做的考量相关(参见BRDrucks. 200/62 p. 45)。

E.

根据这些标准来审查《孕妇与家庭扶助法》中受到质疑的条款,就会得出如下结论:该法对怀孕前12周改采咨询方案,这本身是允许的,但该法未完全合乎源于《基本法》第1.1条与第2.2条第1句的有效保护未出生生命的义务。反之,针对个别条款所提出的立法权限的质疑,则只在新版《第五次刑法改革法》第4条规定方面部分有理由。

I.

(1)新版《刑法典》第218a.1条规定,在怀孕前12周内,在接受新版《刑法

典》第219条规定的咨询后，根据孕妇请求而由医生实施的堕胎“不违法”；此规定不符合对未出生人类生命的保护义务（《基本法》第1.1条结合《基本法》第2.2条第1句），因而是无效的……

(2)若新版《刑法典》第218a.1条确立了堕胎的一般正当化事由，则其实质要件并不符合宪法要求（参见以上D.I.(2) c) bb)）。只有在出现可以查明确定的构成要件上详细规定的困境，且困境严重到与医学的、优生学的或犯罪学的指征相当，以致无法期待孕妇继续怀胎至分娩，堕胎的正当化才能列入考量。

（新版《刑法典》第218a.1）条并未预设这样的困境……

II.

新版《刑法典》第219条不合乎保护未出生人类生命的宪法要求（《基本法》第1.1条、第2.2条第1句）；因此，它与《基本法》不符而无效。

在作为该法律之基础的保护方案中，咨询具有核心重要性。立法者必须将这种咨询作为一项国家任务来设计，使国家能够对咨询的实施承担完全的责任（参见以上D.IV.(3)）。于此，立法者必须规范咨询目标与内容以及应遵循的程序，使与宪法发展出来的原则相一致（参见以上D.IV.(1)(2)）。鉴于这里要保护的法益之位阶，且鉴于孕妇在考虑终止妊娠并因此寻求咨询时该法益所遭遇的高度危险，立法者必须以明确且普遍可理解的方式规范咨询的任务与实施，使该法律无需借助阐释也能得到适用。

【231】

(1)关于对孕妇在困境与冲突情况下提供咨询的规定（新版《刑法典》第219条）在宪法上是有所不足的；这是因为并未针对咨询机构的组织与监督，赋予国家充分的职权与义务，以保障根据保护方案所必要的、旨在保护生命的咨询；在此规定的基础上，国家无法尽到责任，保障提供那些根据咨询的目标与内容可预期其效果合乎保护方案的咨询机构。

(2)在此背景下，没有必要最终决定新版《刑法典》第219条关于咨询的目的、内容与实施的规定是否经得起宪法审查。然而，在无论如何都必须制定的新法律中，这一规定必须本身就是明确的，并且是普遍可理解的，从而无需借助阐释即可予以适用，以便在实践中满足D.IV.(1)与(2)所述来自国家保护义务的所有宪法要求。

……

d)新版《刑法典》第219.1条第3句将女性在咨询后作出的决定称为“合乎良心的事情”。显然，立法者有意借此与联邦宪法法院的表述相挂钩（参见BVerfGE 39, 1 [48]）；根据该表述，终止妊娠的决定可能具有值得尊重的合乎良心决定之地位。然而，在咨询后决定堕胎的女性不能针对与此伴随的对未出生者的杀害，主张受《基本法》第4.1条的基本权利保护的法律地位。在宪法所

允许的范围内，法律能意指的只是认真负责地作出的、在这个意义上值得尊重的决定。这一点应以适当的方式加以澄清。

III.

不论新版《刑法典》第218a.1条与第219条是否存在宪法上的瑕疵，《孕妇与家庭扶助法》关于根据咨询方案堕胎的规定也不满足对未出生人类生命的保护义务；这是因为立法者没有在必要的范围内规定被女性请求堕胎的医生以及孕妇家庭环境中的人的特殊义务（参见D.VI.(2)），并且没有将违反义务的特定行为置于刑罚威吓之下。在新版《刑法典》第218a.1条与第219条被宣告无效后，立法者在进行必要的重新规定时，应该一并补上这些缺失的条款。

IV.

《孕妇与家庭扶助法》第15条第2项就其废止《第五次刑法改革法》第4条中有关联邦堕胎统计的规定而言，与《基本法》第1.1条以及第2.2条第1句不符而无效。

(1) a)立法者履行其保护未出生人类生命的义务并非通过以下方式就一劳永逸地完成，即制定旨在提供这种保护的法律规范堕胎，且该法律依其——宪法上无可疑虑的——评估，也适合于确保《基本法》所要求的保护程度。

相反，基于其保护义务，立法者仍然有责任继续确保法律实际上发挥适当且有效防制堕胎的效果，同时顾及相对立的法益……。

立法者必须在适当的时间间隔，以通过政府定期提交报告等适当方式，确认法律是否在实际上发挥预期的保护效果，或者其方案或方案的实际实施是否出现瑕疵，以至违反了禁止手段不足的原则（参见BVerfGE 56, 54 [82 ff.]）。这种观察义务在保护方案改变之后也存在，且更应存在。

……

(2)根据这一宪法标准，废止《第五次刑法改革法》第4条迄今关于联邦统计的规定不符合保护未出生人类生命的义务。

……

在宪法上，立法者虽不必维持迄今关于联邦统计的规定不变。然而，立法者不得毫无替代地予以删除。这样的删除是无效的。由于此项规定的适用范围不及于新的联邦州，在这些州中，此项规定迄今只基于本庭的暂时命令（BVerfGE 86, 390 ff.）而准用，因而为履行保护义务，自有制定新规定的必要。

V.

《社会法典》第五编第24b条的规定符合《基本法》（(1)与(2) a)）。然而，对于未以合乎上述宪法标准的方式确定其合法性的堕胎，如果给予法定医

疗保险的给付请求权，则不符合《基本法》(2 b)。反之，在经济需要的情况下，对根据咨询方案不受刑罚制裁的堕胎给予社会救助，则在宪法上无可指责；继续支付劳动报酬，也是如此(3)与(4)。根据现行法律，对基于一般困境指征的终止妊娠提供社会医疗保险的给付，并不抵触对未出生生命的宪法保护义务。至于对根据旧版《刑法典》第218a.2条第3项所为之堕胎仍提供社会保险给付，这种情形是否在其他观点下与《基本法》相符，无需作出决定(5)。

【233】

.....

b)对生命的宪法保护义务禁止对《社会法典》第五编第24b条作以下解释，即如果不能确认堕胎的合法性，可给予与不违法堕胎相同的社会保险给付。在法治国家中，只有当杀人行为是合法的，并经国家确认其合法性，且该确认具有法治国家的可信赖性时，该杀人行为才可成为国家资助的对象。

.....

cc)根据咨询规定的保护方案，接受社会咨询与医生咨询的女性有责任决定是否实施不受刑罚制裁的堕胎。然而，从咨询方案并未得出社会法上必须承认这种责任。对于在咨询规定的条件下实施不受刑罚制裁的堕胎的女性，它并不要求她们获得与那些被确认有医学、优生学或犯罪学指征，即有正当事由的女性相同的社会法给付。

.....

dd)至于对虽不受刑罚制裁、但其合法性未确定的堕胎给予社会保险法上的给付，其不符合国家对未出生人类生命的保护义务的另一个理由是，这将大大损伤民众的这一普遍意识：未出生者相对于母亲也有生命权，因而堕胎原则上是非法。

.....

c)据上所述，宪法禁止对医生所实施的不合法堕胎以及无并发症情况下的术后医疗照护给予社会保险法上的给付。

.....

(3) a)综上所述，宪法原则上禁止国家原则通过提供给付或立法授权第三人主张受益，来助长合法性未经确认的堕胎。如上所述，在宪法上，国家要突破这一原则，只有在为了使保护未出生人类生命的方案发挥其效用而有必要的情形，亦即当女性只接受由医生实施可能的堕胎时。

如果法律秩序一方面为了保护孕妇的健康，但另一方面也为了保护未出生者，而要求必须有医生的服务，则这不可因为女性没有必要的资金而失败。在这种情况下，国家不得不自己提供这些资金。

【234】

b)在咨询规定的保护方案需要的情况下，国家在女性有需要时应该如何以

及在什么条件下承担费用，对此予以规范属于立法者的事务……

(4)在工资继续支付法中，也没有必要将那些仅仅被排除在新版《刑法典》第218条构成要件之外的堕胎排除在给付义务之外。

……

若将这些劳动法原则如下解释与适用，即在基于咨询规定实施堕胎而导致丧失工作能力时，工资继续支付义务仍然存在，则这并不抵触宪法上对未出生人类生命的保护义务；在这些情况下根据《工资继续支付法》第1.2条将工作能力丧失视为不可归责，在宪法上并无可指责。

……

(5) a)宪法上对生命的保护义务并不妨碍立法者就不违法的妊娠终止规定提供社会医疗保险给付，如《社会法典》第五编第24b条以及《帝国保险法》第200f条规定的情形。这也适用于旧版《刑法典》第218a条以下的规定，它们在1993年6月15日之前仍得适用（参见判决主文II.(1)）。

……

副院长Mahrenholz法官与Sommer法官的不同意见摘录：

……

与本庭一样，对我们来说，国家对未出生人类生命的宪法上保护义务自该生命开始起就存在，这也是毫无疑问的。我们与本庭见解相同，认为保护义务并不禁止立法者转向另一种保护方案，即侧重于对孕妇的咨询，并放弃基于指征的刑罚威吓及指征要件的确认。

但我们认为，作为一种立法可能性，本庭所承认的女性在接受咨询后对早期堕胎的事实上之最终责任，是女性基本权利地位的要求；于此范围内，保护义务是受到限制的(I)。

此外，我们认为，有效保护未出生生命，咨询规定有必要对堕胎的允许与不允许作出规范性澄清；于此，根据《基本法》，至少经咨询后的堕胎是可以正当化的(II)。由此可推知，新版《刑法典》第218a.1条是合宪的，而且对咨询后堕胎的法定医疗保险给付不应被从《社会法典》第五编第24b条中剔除(III)。

依本庭多数之见解，在整个怀孕期间，女性负有将孩子生出的法律义务；即使在接受咨询后，只有存在法定的对无期待可能性标准予以明确化的例外情况，此项义务才会终止（参见判决D.I.(2) c)）。对此我们并不赞同。在宪法所定的女性、未出生的生命与国家之间的三角关系中，从《基本法》导出的对未出生生命的保护义务只是对国家的要求，而非直接针对女性。国家通过立法对女性课予保护未出生生命的义务，必须同时考虑她们的基本权利地位。

因此，任何关于堕胎的法律规定不仅必须符合由《基本法》第2.2条结合第1.1条而来的对未出生生命的保护义务，而且也必须符合女性要求保护与尊重其人的尊严之权利（《基本法》第1.1条）、其身体完整的权利（《基本法》第2.2条）以及其人格权（《基本法》第2.1条）（参见判决，D.I.(2) b）。

不论第I节的论述如何，我们认为，《基本法》并未要求，对于怀孕初期经咨询后由医生实施的堕胎，如未经第三人确认继续怀胎属于不可期待者，便不得将其视为（刑法上）正当的。

.....

本庭多数认为，新版《刑法典》第218a.1条的规定作为正当化事由是违宪的，因为它既未预设、也未进一步限定不可期待孕妇将孩子生下来的困境与冲突情况，而且也未使堕胎的正当化取决于第三人的相应确认（参见判决，E.I.(2)）。依照我们在第I节与第II节的阐述，我们认为新版《刑法典》第218a.1条在这方面是合宪的。

我们认为，对受孕后12周内经咨询后由医生实施的堕胎，给予社会保险给付并不抵触《基本法》。当然，我们不认为立法者在宪法上有必要在具有医学指征的堕胎之外，一般性地将由医生实施的不违法堕胎均纳入法定医疗保险的给付目录中。然而，如果它这样做，且鉴于保护女性健康而有充分理由这样做，则它在确定医疗保险机构中组织起来的团结共同体的法定给付义务时，不得进行实质上不正当的区分。

本庭多数意见认为，《社会法典》第五编第24b条不得适用于咨询后的堕胎，我们无法赞同此一见解，即使依判决所述，这些堕胎不得被宣告为正当的（不违法的）。就这点而言，我们同意我们的同事Böckenförde的不同意见。

针对本庭关于将医生纳入咨询规定的保护方案的主要陈述（参见判决，【236】D.V.），我们有两点质疑。

(1)与本庭见解不同，我们认为，如果医生违反与堕胎及之前对女性的咨询与告知有关的义务，宪法上的保护义务并不要求立法者必须对其处以刑事制裁。

(2)诉讼议题并没有为本庭的以下陈述提供理由，即子女的抚养义务绝不可能被认为是一种赔偿（参见判决，D.V.(6)）。这样的陈述是附带意见，而且缺乏对联邦最高法院第六民事庭的详细论述的必要讨论；藉由这些论述，该民事庭说明了在哪些有限的条件下可能存在赔偿义务（BGHZ 76, 249 [253 seq.]; BGH, NJW 1984, 2625 seq.）。

Böckenförde法官的不同意见摘录：

.....

我无法同意判决的以下论述（在E.V.(2) b），部分在D.III.(1) c)已先提及），即基于宪法，对这种堕胎（以下称咨询过的堕胎）的社会保险给付应予排除。对此作出决定是立法者的事务。

这里涉及的不是这种给付是宪法所要求的——它当然不是，而是这种给付是否自始为宪法所禁止。

.....

(2)对于本案中作为后续法的社会保险法来说，出现的问题是在保险给付的提供上如何处理不可分割的所有咨询过的堕胎。

.....

本庭认为，基于宪法上对未出生人类生命的保护义务的要求，由于这些堕胎的合法性未经确认，且因保护方案而无法确认，所有这些堕胎必须被视为不正当的，亦即被视为非法，因而必须被排除在社会保险给付之外。这种排除可能是立法规范的结果。然而，从对未出生人类生命的保护义务或其他宪法规定，都无法导出这种排除是宪法的强制性要求，或任何其他解决方案都违反宪法。

.....

(3)然而，对本庭见解所提出的质疑并不意味着基于宪法必须资助咨询过的堕胎。

这会抵触本庭正确指出的原则，即基于对未出生生命的保护效果与法治国秩序的要求，违法的堕胎不得由国家资助或由国家促成资助。

【237】

.....

(4).....从宪法上看，本庭的关键性步骤在于过渡到咨询规定的保护方案。在宪法要求保护未出生生命的意义上，这种过渡原则上看来是可能的；这是因为国家的保护义务旨在通过法律规定与实际措施实现对未出生生命的有效保护，因而如果在规范层面上存在一个旨在严密保护未出生生命的整全规定，但无论出于什么原因其未能或未转化为对个别生命的实际有效保护，则并未满足保护义务的要求。其中的原因在判决中已详细阐释。

但如果这一步骤被认为是履行国家对未出生生命的保护义务所允许的途径——不论其具体形态的必要要求，则一方面必须接受其必要性与有效性条件，但同时必须将其与其他法律地位与观点相联系并相平衡.....

“患者人身限制案”

BVerfG, 24.7.2018, 2 BvR; BVerfG, 24.7.2018, 2 BvR 309/15,

http://www.bverfg.de/e/rs20180724_2bvr030915en.html

1. 译者注解

宪法法院的这项判决处理《基本法》第2.2、104.1-2条所保障的人身自由权之范围。前面这条一般保障人身自由，也就是从现代所在地离开的移动自由。

《基本法》第104条旨在补充第2.2条，为剥夺自由所需要的程序提供了一个详细框架，譬如使“次日午夜”之后剥夺自由必须受制于法院指令（《基本法》第104.2条）。然而，这里的语境不是刑法或刑事程序，而是宪法法院合并在一起的两个案件的原告提出的人身保护问题；它们围绕精神病院依据有效的法院判决而限制的两个人，在此分别受到五点和七点人身限制。在其中一个案件中，这种限制具有立法依据，授权机构的医生在某些情况下责令这种限制。第二个申请人被警察发现高度醉酒并被诊断具有潜在自杀倾向后，双腿和手臂、胸、躯干和头被精神病院完全限制八小时。其法律依据是《德国刑法典》第34条的一般必要性条款。²⁶

宪法法院认定两案均违反了《基本法》第2.2条和第104.1、104.2条。认定的主要理由是，对病人超过短时间的人身限制构成了剥夺自由的单独行为，其量级不能被认为是法律授权精神病院采取手段的范围之内，因而这类限制必须具备特定的法律依据（《基本法》第104.1条）；相关法律必须以精准方式明确规定特定措施的条件，²⁷并符合第104.2条的规定：这类行为要求司法决定，即独立法官授权限制的决定。²⁸宪法法院对规制授权这类限制措施的法律以及相关司法决定规定规定了非常严格的程序框架。法院承认，在这类情况下的程序要求范围广泛，从有关措施的完整全面文件到保证后续法律保护和措施的合比例性，²⁹从医生的补充性授权和医护人员的一对一监督到司法人员的适当配

【238】

²⁶ 《德国刑法典》第34条规定：“如果一个人面临对生命、肢体、自由、荣誉、财产或其他合法利益，而在不可能以其他方式避免的情况下采取行动使自己或他人避免危险，那么如果在权衡相互冲突的利益尤其是受到影响的合法利益及其面临的危险程度之后，所保护的利益显著超过其所干扰的利益，行为并不违法。这仅在所采取的行为是避免危险的适当手段的程度上适用”。《德国刑法典》的英译可见 https://www.gesetzeim-internet.de/englisch_stgb/（最后访问于2019年8月20日）。

²⁷ BVerfG, 24.7.2018, 2 BvR 309/15, http://www.bverfg.de/e/rs20180724_2bvr030915en.html, para. 80.

²⁸ Id. at paras. 93 et seq.

²⁹ Id. at para. 84.

备，³⁰使法官能以有意义的方式行使司法监督；³¹由于这类情况的性质决定了其缺乏透明度，而受影响的个人与世隔绝并处于医疗机构的完全控制之下，这类程序要求是将如此严重的限制措施置于监督和保护之下的基石。宪政法院还极为仔细地保证，法院所定义的要求完全符合《欧洲人权公约》和《联合国残疾人权利公约》。³²

2. 判决概要

(1)(a)对病人使用的人身限制干扰了他们对人身自由的基本权利（《基本法》第2.2条第2句连同第104条）。

(b)只要超过短时间的应用，五点和七点限制都剥夺了《基本法》第104.2条意义上的自由，构成不在司法指令精神病院的范围之内之禁闭。如果可以预见措施不会持续超过大约半小时，一般可被推定为短时间的应用。

【239】(2)《基本法》第104.2条产生的规制责任要求立法机构指定法律，详细规定司法决定的程序要求，以考虑剥夺自由所适用的不同情形的具体特征。

(3)为了保证自由被人身限制剥夺的人受到保护，有必要安排法官在一周全天候从早晨六点到晚上九点随传随到。

(a)慕尼黑高等法院2016年2月4日的判决（1 U 2264/15）侵犯了第二位申诉人的基本权利，依据是《基本法》第2.2条第2-3句连同第104.1、104.2条。撤销这项判决，退回慕尼黑高等法院重审。

(b)……

(4)根据《联邦宪政法院法》（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*）第35条，判决如下：

(a)在巴登—符腾堡州，依据该州《精神病人援助和保护措施法》第25条，对依据公法限制于精神病院的人采取的人身限制措施截止2019年6月30日依然有效。

(b)在巴伐利亚自由州，在对于避免相关个人对自己或他人的重要法律利益造成即刻和严重危险必不可少的程度上，对依据公法限制于精神病院的人采取的人身限制措施截止2019年6月30日依然有效。

(c)以下同时适用于两州：五点或七点限制的应用受制于依据《基本法》第104.2条第1句获得司法决定之要求，除非措施仅在短时间应用，也就是可预见

³⁰ Id. at para. 83.

³¹ Id. at para. 96.

³² Id. at paras. 86-92.

措施不会持续超过大约半小时。任何这类人身限制措施结束后，相关个人必须总是被告知对措施寻求后续司法审查的可能性。

3.案件事实

为了联合决定而合并的宪法诉愿涉及对人使用人身限制的宪法要求，这些人依据公法被限制于精神病院。他们特别提出问题：人身限制的应用是否构成剥夺自由（*Freiheitsentziehung*），因而要求司法决定（*Richtervorbehalt*）？这类限制用特殊类型的吊带将相关个人绑在医院病床上，以完全或很大程度上限制他们的活动能力。 【240】 [1]

I.判决新闻稿摘要

(1)关于宪法诉愿2 BvR 309/15，相关人被限制于一个封闭的精神病院，并在数天内根据一生的反复命令受到五点限制，也就是被绑在医院病床上，所有肢体和胃都被牢固限制。申诉人是受限人的诉讼监护人（*Verfahrenspfleger*），他直接挑战地方法院授权使用人身限制的指令，并间接挑战作为法院指令依据的巴登—符腾堡州《精神病人援助与保护措施法》（*Baden-Württembergisches Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten - PsychKHG BW*）第25.3条。

(2)关于宪法诉愿2 BvR 502/16，申诉人受制于七点限制，也就是双臂和腿、胃、胸和前额都被绑在医院病床上；限制的应用是根据医生命令，持续8小时，并发生于申诉人被限制于精神病院总共大约12小时期间。作为临时限制申诉人的法律依据，《巴伐利亚人身限制法》（*Bayerisches Unterbringungsgesetz - BayUnterbrG*）并未包含特别条款，为命令使用人身限制提供法律授权。申诉人对巴伐利亚自由州提出法律诉讼，对人身限制措施造成的伤害寻求物质赔偿及个人伤害赔偿。败诉后，其宪法诉愿挑战针对州的赔偿诉讼（*Amtshaftungsverfahren*）所作出的判决。

.....

[2-13]

II.

(1)第一位申诉人以自己的名义和相关人的名义提出宪法诉愿，直接挑战卢德维格斯堡地方法院（*Amtsgericht*）2015年2月4日的判决，并间接挑战巴登—符腾堡州《精神病人援助与保护措施法》第25.3条。申诉人的基本主张是，《基本法》第2.2条第2句连同第104.1、104.2条及第3.1条受到侵犯。 [14]

.....

[15-16]

(2)第二位申诉人挑战慕尼黑第一地方法院（*Landgericht*）2015年5月27日的判决和慕尼黑高等法院（*Oberlandesgericht*）2016年2月4日的判决侵犯其依

【241】 据《基本法》第1.1和1.3条第2.1和2.2条第2句、第20.3条和第104.1、104.2条的基本权利及等同于基本权利之权利。 [17]

C.

关于慕尼黑第一地方法院的受挑战决定，第二位申诉人的宪法诉愿不可接受，其余宪法诉愿是可接受的。 [50]

I.

宪法诉愿2 BvR 309/15的程序是不可接受的，因为基于合理解释，第一位申诉人以自己的名义为相关人提出了宪法诉愿，或因为相关人在提出宪法诉愿之后已经出院。 [51]

(1)作为限制程序中的诉讼监护人，第一申诉人有权以其自己的名义行使第一相关人的权利，包括在宪法诉愿程序中因其职位作为程序当事人 (*Partei kraft Amtes*)。 [52]

a)原则上，宪法诉愿程序只有以申诉人自己的名义主张他们自己的权利才可以接受（比较联邦宪法法院决定BVerfGE 10, 229 <230>; 21, 139 <143>; 27, 326 <333>; 51, 405 <409>; 65, 182 <190>）。但确定的是，在非常情况下，也可以在宪法诉愿程序中以自己的名义代表别人主张权利（比较BVerfGE 10, 229 <230>; 21, 139 <143>; 27, 326 <333>; 51, 405 <409>; 65, 182 <190>）。如果存在司法决定可能永远不能通过宪法诉讼的方式受到挑战的风险，这一点尤其适用（比较BVerfGE 77, 263<269>）。 [53]

由于第一相关人换了严重的精神疾病，这个风险在这个案件中是确定的。

[54]

.....

[55-57]

(2)第一相关人出院的时候，授权使用人身限制的判决已经过时，但这一事实并未消除其受承认的提出宪法诉愿程序的合法利益 (*Rechtsschutzbedürfnis*)。

[58]

宪法诉愿的可审查性要求，存在受承认的合法利益以寻求推翻受挑战的公权力行为，至少是认定其违宪性（参见BVerfGE 81, 138 <140>）。受承认的合法利益必须在联邦宪法法院作出决定的时候仍然持续（参见BVerfGE 21, 139 <143>; 30, 54 <58>; 33, 247 <253>; 50, 244 <247>; 56, 99 <106>; 72, 1 <5>; 81, 138 <140>）。如果对基本权利的严重干扰产生了严重伤害，且受挑战的公权力行为的直接影响限于如此短的期间，以至在正常诉讼程序下几乎不可能从联邦宪法法院获得及时决定（确立的判例法参见BVerfGE 81, 138 <140 and 141>; 107, 299 <311>; 110, 77 <85 and 86>; 117, 244 <268>; 146, 294

<309 para. 24>），那么这种情况尤其成立。否则，相关人的基本权利保护将受到不合理的削弱（参见BVerfGE 34, 165 <180>; 41, 29 <43>; 49, 24 <51 and 52>; 81, 138 <141>）。对基本权利的严重干扰最显著的是本诉讼中所挑战的剥夺自由这类，《基本法》本身对这类干扰直接规定了司法决定要求，譬如本案的依据是《基本法》第104.2条（参见BVerfGE 96, 27 <40>; 104, 220 <233>）。在性质上，使用人身限制即构成对基本权利的严重干扰，但往往在司法审查发生之后即已终止。 [59]

4. 判决理由选译

宪法诉愿在可被受理的程度上成立。 [62]

受挑战的决定侵犯了第一相关人和第二申诉人依据《基本法》第2.2条第2和第3句连同第104.1、104.2条的基本权利。在诉讼2 BvR 309/15中，巴登—符腾堡州《精神病人援助与保护措施法》第25条不符合《基本法》第104.1条第1句，因为它没有规定告知相关人对人身限制措施寻求事后司法审查的可能性之义务。在诉讼2 BvR 502/16中，使用人身限制即功能等效措施的立法依据完全缺位，违背了《基本法》第104.1条的相关要求。另外，在两起诉讼中，相关的人身限制措施构成《基本法》第104.2条意义上的剥夺自由，而相应州法却未能要求宪法所要求的司法决定之获得。 [63]

I.

对病人使用人身限制干扰了其人身自由的基本权利（《基本法》第2.2条第2句连同第104条）。只要超过短时间，五点和七点限制措施都构成《基本法》第104.2条意义上的剥夺自由。这也适用于已经在精神病院受制于剥夺自由的相关人。 [64]

(1)《基本法》第2.2条规定，人身自由“不可侵犯”。这一基本宪法决定将自由权升格为特别高阶的合法利益，对其干扰必须具备重要理由才能被正当化（参见BVerfGE 10, 302 <322>; 29, 312 <316>; 105, 239 <247>）。这项权利在现行法律秩序中已有规定，它保护实际的人身活动自由不受国家干扰（参见BVerfGE 94, 166 <198>; 96, 10 <21>），包括逮捕、拘留或产生直接强制的类似措施（参见BVerfGE 22, 21 <26>; 105, 239 <247>）。 [65]

对人身自由的干扰仅取决于相关人的实际自然意志（参见BVerfGE 10, 302 <309 and 310>）。缺乏心智能力并不排除《基本法》第2.2条之保护（参见BVerfGE 58, 208 <224>; 128, 282 <301>）；这项保护还保障精神病人和缺乏完全法律能力的人（参见BVerfGE 10, 302 <309>; 58, 208 <224>）。由于不能告知其必要性，尤其是精神病人常常将其自由的限制看得特别有威胁（参见

BVerfG, 第二庭第二室2015年6月10日判决, 2 BvR 1967/12 -, juris, paras. 16 and 17) 。 [66]

【243】 (2) a) 《基本法》第2.2条第2句同时保护自由不受限制 (*freiheitsbeschränkende Maßnahme*, 《基本法》第104.1条) 和剥夺 (*freiheitsentziehende Maßnahme*, 《基本法》第104.2条)。联邦宪政法院的判例法根据干扰的强度, 区分两类措施 (参见BVerfGE 105, 239 <248>)。如果相关人被公权力以违背其意愿的方式禁止去或逗留某个他们本来在事实和法律上可去的地方, 即构成限制自由 (BVerfGE 94, 166 <198>; 105, 239 <248>)。如果一项行为取消了在相关事实和法律状态下一班存在的活动自由的所有方面 (BVerfGE 94, 166 <198>; 105, 239<248>), 它就构成剥夺自由——自由限制中最严重的形式 (BVerfGE 10, 302 <323>)。剥夺自由的特征是干扰的特别分量以及措施持续的时间, 后者超过了短时间应用 (参见BVerfG, 第二庭第三室2004年5月21日判决, BVerfGE 105, 239 <250>; 2 BvR 715/04 -, juris, para. 20; 第一庭第一室2011年3月8日判决, 1 BvR 47/05, juris, para. 26; …) 。 [67]

b) 五点或七点限制的使用将相关人员的肢体全部绑在床上, 至少这些措施构成《基本法》第104.2条意义上的剥夺自由, 除非它们只是短时间应用。如果可以预见措施不会超过大约半小时, 一般可推定为短时间应用。在相关人被五点或七点限制绑在床上的情况下, 活动自由被完全取消, 同时也取消了在封闭精神病院的活动自由, 至少是在相关病人病房里的自由, 而这项自由在他们被关在精神病院的时候还是有的。这类人身限制的应用将相关人固定在他们的病床上, 使之完全不能活动。 [68]

(3) 如果所有肢体都并非只是在短时间内受限, 这因为干扰的特别分量而构成单独的剥夺自由行为, 即便相关人已经受制于持续的剥夺自由, 因而这类限制依据《基本法》第104.2条第1句要求单独的司法决定。在实施限制的背景下, 授权以限制的形式剥夺自由的司法判决在原则上确实包括拘留之类的训诫措施 (比较BVerfG, 第二庭第二室1993年7月8日的判决, 2 BvR 213/93 -, juris, para. 10), 以及诸如在机构的更小受限区域的限制这类特别安全措施; 这些措施诉诸更严格的手段, 只是改变了业已实施的剥夺自由的方式 (参见BVerfGE 130, 76 <111>; 联邦宪政法院全体决定, *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 2, 318 <323>) 。 [69]

然而, 和这些措施相比, 五点和七点限制构成了如此分量的干扰, 以至并不能被限制的司法决定所涵盖, 因而有理由将其界定为单独的剥夺自由行为 (联邦最高法院2010年9月15日判决, *Bundesgerichtshof* - BGH, XII ZB 383/10, juris, para. 27; 2012年9月12日判决, XII ZB 543/11, juris, para. 14...)。在使用

这些类型的人身限制时，相关人的活动自由的每一个方面都被完全取消。结果，活动自由的限制超出了封闭在精神病院产生的限制程度，也就是相关人被限制于机构处所的活动限制。【244】 [70]

对于五点或七点限制，干扰的特别强度还来自以下事实，即相关人经历了对其活动自由更有威胁的人为限制，而相关情形使他们感到无助和无力（关于强制性医疗措施，参见BVerfGE 128, 282 <302 and 303>）。另外，限制期间发生的干扰将经常困扰他们；由于其心理结构，他们对无视其意愿的措施尤其敏感（参见BVerfGE 128, 282 <302 and 303>）。再有，相关人完全依赖医护人员提供的及时帮助来处理其身体需求。和其他强制措施相比，他们一般会把使用人身限制视为尤其有害……最后，即便限制被正确应用，也仍有风险相关人承受健康伤害，譬如因为长时间固定不动而形成血栓或肺栓塞…… [71]

II.

原则上，立法机构可允许对基本权利进行严重干涉，譬如使用人身限制。但人对自由的基本权利及比例原则对于这类干扰的正当性产生了严格要求：干扰的立法依据必须足够具体（《基本法》第104.1条），并满足相关实体和程序要求，以保护受限人的基本权利。这些要求和国际法的相关规定一致，尤其是《欧洲人权公约》。 [72]

(1) a)人的自由是如此高阶的合法利益，对自由的干扰只有具备特别有分量的理由才被允许（确立的案例法，参见BVerfGE 22, 180 <219>; 45,187 <223>; 130, 372 <388>）。对此自由的限制必须总是受制于基于比例原则的严格审查（参见BVerfGE 58, 208 <224>; 128, 326 <372>）。这尤其适用于并非在刑事正义中为了惩罚目的的预防性干预。这类干扰一般只有在其对于保护他人或一般公众有所必要的时候才被允许（参见BVerfGE 90, 145 <172>; 109, 133 <157>; 128, 326 <372 and 373>）。 [73]

b)然而，对相关人自己的保护也可能为限制自由提供理由。对生命和人身完整的基本权利不仅为个人提供了针对国家干预这些合法利益的主权权利，还对宪法规定的价值构成了客观决定，并对国家产生了保护义务。因此，国家有义务保护并促进个人的生命权（参见BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 90, 145 <195>; 115, 320 <346>; 142, 313 <337 para. 69>）。《基本法》第2.2条第1句还为防止伤害人身完整和健康提供了保护（参见BVerfGE 56, 54 <78>; 121, 317 <356>; 142, 313 <337 para. 69>）。保护的概念及其通过立法的实施是由立法机构决定的。即便立法机构有义务采取措施保护合法利益，它仍然在原则上享有估量和评价的自由裁量以及设计的回旋余地（参见BVerfGE 96, 56 <64>; 121, 317 <356>; 133, 59 <76 para. 45>; 142, 313 <337 para. 70>）。因此，国家和社会

的照顾义务可包括以违背其意愿的方式将精神病人限制于封闭机构，并且如果对于避免其健康的即刻与严重伤害有所必要的话限制其人身；如果其状态及其造成的丧失心智能力使之不能理解其病情的严重性和治疗的必要性，或其病情使之即便理解情况也不能接受治疗，那么这类措施即适用于精神病人（对于限制，参见BVerfGK 11, 323 <329>）。 [74]

c)根据这些标准，对受限人使用人身限制的正当理由是避免对相关人或护理人员或医生等其他人员的健康产生即刻和严重伤害。 [75]

(2)依据《基本法》第104.1条第1句，限制第2.2条第2句所保障的自由要求正式的立法条款，并必须符合其中规定的程序要求（参见BVerfGE 58, 208 <220>; 105, 239 <247>）。《基本法》第104条的程序保障和第2.2条第2句对自由的实体保障紧密联系（参见BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>; 105, 239 <247>）。 [76]

a)立法规定必须足够具体的一般法治要求（《基本法》第20.3条）意味着，立法机构必须对所规制的事务特别性质和所追求的立法目标尽可能具体规定（BVerfGE 49, 168 <181>; 59, 104 <114>; 78, 205 <212>; 103, 332 <384>; 134, 141 <184 para. 126>; 143, 38 <60 and 61 paras. 55 et seq.>）…… [77]

……

[78]

b)《基本法》第104.1条第1句对于来自法治原则的法律具体性要求规定了更为详细的标准，并增强了已经包含于《基本法》第2.2条第3句的立法条款要求（参见BVerfGE 29, 183 <195>; 134, 33 <81 para. 111>）。特别是宪法条款要求立法机构以足够清晰的方式，具体规定剥夺自由可被允许的情形。剥夺自由必须以可预见的方式受到规制，以允许评估和审查（参见BVerfGE 29, 183 <196>; 109, 133 <188>; 131, 268 <306>; 134, 33 <81 para. 111>）。在这方面，必须要考虑的是，对自由的预防性剥夺对第2.2条基本权利所产生的干扰和刑事判决产生的干扰同样严重（参见BVerfGE 134, 33 <81 para. 111>）。在此程度上，依据《基本法》第104.1条对具体性规定的要求和《基本法》第103.2条的要求一致（参见BVerfGE 29, 183 <196>; 78, 374 <383>; 96, 68 <97>; 131, 268 <306>; 134, 33 <81 para. 111>）。 [79]

【246】

(3)比例原则对相关法律依据的内容产生实体要求。在限制更小的手段不再奏效的情况下（对于强制性医疗措施，参见BVerfGE 128, 282 <309>及其中的更多文献），才能采取人身限制作为最终手段。在这方面，必须考虑的是，将相关人单独留置未必总能被认为是限制更小的手段，因为其效果在某些具体情况下的强度可以等同于五点或七点限制。如果被单独留置的人没有受到充分监控，留置也可能对其健康产生相当伤害的风险…… [80]

(4)基本权利保障连同比例原则还对权力部门与法院产生程序要求（确立的判例法参见BVerfGE 51, 150 <156>; 52, 380 <389>; 52, 391 <407>; 101, 106 <122>; 128, 282 <311>）。在这方面，联邦宪政法院对指令强制性医疗所发展的要求很大程度上适用于指令使用人身限制。 [81]

a)如果被限制于封闭机构的人还受制于人身限制，他们尤其对其人身自由权需要程序性保护。相关人被限制于封闭机构，且对涉及的所有当事人来说，依赖外部支持和援助的可能性很有限；这一事实制造了一个环境，其中相关人极为脆弱并需要特别保护。尤其是他们必须得到保护，使其免于基本权利仅受到不充分考虑之风险，譬如因为机构或工作人员的既得利益，尤其是在工作人员护理病人颇具挑战时顾此失彼的情况下，或因为没有适当人员完成手头工作，或因为相关机构的日常工作（关于强制性医疗，参见BVerfGE 128, 282 <311, 315>）。 [82]

b)为了保证符合比例原则，对限制在封闭精神病院的人使用人身限制必须在医生命令和监督下进行（关于强制性医疗，参见BVerfGE 128, 282 <313>; 129, 269 <283>; 133, 112 <138 para. 67>）。这对于满足国际法、国际人权标准和心理学职业标准也是必不可少的（参见部长委员会对成员国关于保护精神病人的人权和尊严的第R (2004)10号建议第27.2条，2004年9月22日；根据此建议，使用人身限制要求医生监督……）。至少，鉴于干预的分量及其健康风险，在住院状态下使用五点或七点限制一般要求医生或护理人员在措施的全过程给予一对一监督。作为避免相关人对自己或他人因其病情产生危险的特别安全措施，使用人身限制必须和对此病情在住院状态下提供的心理治疗紧密联系。使用这类措施的必要性必须在考虑心理治疗措施之后进行评估，譬如和病人成功交谈或提供药物治疗的可能性，且必须每隔一小段时间就进行审查。 [247]

[83]

c)为了先发制人地实现依据《基本法》第2.2条第2和第3句连同第104.1条第1句的有效法律保护，有必要对于在违背受限人自然意愿的情况下使用人身限制的指令记录信息，包括措施的相关理由、实施情况、期限以及提供的监督类型（关于在其他背景下基本权利对记录信息的要求，参见BVerfGE 65, 1 <70>; 103, 142 <160>; 128, 282 <313 and 314>及其中的更多文献）。一方面，信息记录有助于保证法律保护的有效性……另一方面，它还保证干扰符合比例原则。尤其是在对于措施负责的工作人员频繁变换的医院环境下，只有基于详细记录才能保证行为符合职业标准与比例原则（BVerfGE 128, 282 <314>）。这对于在长时间段里实施的措施尤其适用。只有在其效果受到严密监控且从所产生的观察中得出必要的结论，比例原则才能得到满足。另外，无论对系统性质量保

障还是为了改善而进行评估，信息记录都是必不可少的手段（参见BVerfGE 128, 282 <314>; 146, 294 <312 para. 33>及其中更多文献）。 [84]

d)另外，人身自由的基本权利（《基本法》第2.2条第2和第3句连同第104.1条第1句）产生了告知义务，相关人有权知道在措施结束后对可否使用人身限制获得法院审查的可能性。 [85]

(5)以上要求符合《欧洲人权公约》，后者是决定基本权利内容和范围的解释指南（参见BVerfGE 111, 307 <317 and 318>; 142, 313 <345 para. 88>）。联合国《残疾人权利公约》产生的结论并无不同。 [86]

a)欧洲人权法院依据《欧洲人权公约》第3条来衡量对精神病人使用人身限制（参见ECtHR <GC>, Jalloh v. Germany, Judgment of 11 July 2006, No. 54810/00, §§ 79, 106; ECtHR, Wiktorko v. Poland, Judgment of 31 March 2009, No. 14612/02, § 55），其中包括绝对禁止酷刑和非人道或有损人格的待遇（确立的判例法参见ECtHR <GC>, Labita v. Italy, Judgment of 6 April 2000, No. 26772/95, § 119; ECtHR <GC>, Kudla v. Poland, Judgment of 26 October 2000, No. 30210/96, § 90），无论相关人的行为如何（确立的判例法参见ECtHR, Raninen v. Finland, Judgment of 16 December 1997, No. 152/1996/771/972, § 55; ECtHR <GC>, Labita v. Italy, Judgment of 6 April 2000, No. 26772/95, § 119; ECtHR <GC>, Kudla v. Poland, Judgment of 26 October 2000, No. 30210/96, § 90; ECtHR, Nevmerzhiisky v. Ukraine, Judgment of 5 April 2005, No. 54825/00, § 79）。 [87]

【248】 要处于本条款保护的范围之内，不利对待必须维持在最低严重程度。在这方面，必须考虑本案的情形，尤其是措施的持续时间、其生理或精神后果以及相关人的性别、年龄和健康状态（确立的判例法参见ECtHR, Raninen v. Finland, Judgment of 16 December 1997, No. 152/1996/771/972, § 55; ECtHR <GC>, Labita v. Italy, Judgment of 6 April 2000, No. 26772/95, § 120; ECtHR <GC>, Kudla v. Poland, Judgment of 26 October 2000, No. 30210/96, § 91; ECtHR <GC>, Jalloh v. Germany, Judgment of 11 July 2006, No. 54810/00, § 67）。如果诱发相关人的恐惧、焦虑或低人一等的感觉，措施就是有损人格的，超越了合法措施或惩罚的既定形式所不可避免产生的伤害或屈辱；另一个要考虑的因素是，措施的目的是否羞辱或贬损相关人的人格（参见ECtHR <GC>, Labita v. Italy, Judgment of 6 April 2000, No. 26772/95, § 120; ECtHR <GC>, Kudla v. Poland, Judgment of 26 October 2000, No. 30210/96, § 92; EGMR, Keenan v. The United Kingdom, Judgment of 3 April 2001, No. 27229/95, § 110; ECtHR, Price v. The United Kingdom, Judgment of 10 July 2001, No. 33394/96, § 24; ECtHR, Mouisel v. France, Judgment of 14 November 2002, No. 67263/01, § 37）。 [88]

根据欧洲人权法院的判例法，对于被剥夺自由的人，如果不是因为他们自己的行为而诉诸并非严格必要的人身限制，即贬损了人的尊严（ECtHR <GC>, *Labita v. Italy*, Judgment of 6 April 2000, No. 26772/95, § 120; ECtHR, *Keenan v. The United Kingdom*, Judgment of 3 April 2001, No. 27229/95, § 113; ECtHR, *Bureš v. The Czech Republic*, Judgment of 18 October 2012, No. 37679/08, § 86）。在拘留的情况下，欧洲人权法院判决，公权力有义务为针对被拘留者使用限制提供理由。法院进一步判决，在相关人有进攻性行为的情况下，使用限制绑带要求对相关人的健康和状态进行周期性检查（ECtHR, *Wiktoro v. Poland*, Judgment of 31 March 2009, No. 14612/02, § 55; ECtHR, *Bureš v. The Czech Republic*, Judgment of 18 October 2012, No. 37679/08, § 86）。这些要求并不比《基本法》第2.2条第2句得出的标准更高。 [89]

b)联合国《残疾人权利公约》并不得出不同结论。首先，这些规定的层次只是联邦立法（参见《关于2006年12月13日联合国残疾人权利公约及其2008年12月21日选择性补充协议的法律》，*Federal Law Gazette, Bundesgesetzblatt - BGBl II* p. 1419）。其次，它们并不在实体上禁止超过短时间而使用人身限制。精神病人和吸毒者属于《残疾人权利公约》第1.2条意义上的残疾人……因此，针对它们的强制性措施处于《公约》适用的范围之内。然而，联邦宪法法院已经明确，《公约》条款尤其是旨在保护和加强残疾人自主性的第12条并不在一般意义上禁止以违背相关人自然意愿的方式采用措施，只要这些措施和他们因病情导致的有限自决能力相适应（关于强制性医疗措施，参见BVerfGE 128, 282 <306 and 307>; 142, 313 <345 para. 88>）。然而，《公约》要求成员国设置适当的保障，以保护相关人免于利益冲突以及对其权利的滥用和不尊重，并保证合比例性（BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 para. 88>）。根据《公约》第12.4条第2句，这些保障还包括强制性措施的“适用越短越好，并受制于有权能的独立公正权力部门或司法机构的常规性审查”。另外，根据《公约》15.2条，成员国必须采取一切有效的立法、行政、司法或其他措施，和对待其他人一样防止残疾人受制于酷刑或残忍、不人道或有损人格的对待或惩罚。 [90]

残疾人委员会在其对德国初步报告的结论性意见中建议，德国对正式取消被视为酷刑行为的一切措施之观点进行审查，禁止对机构内的残疾人使用物理和化学限制（UN document CRPD/C/DEU/CO/1 of 13 May 2015, p. 6 § 34）。在这方面，委员会引用了联合国对酷刑及其他残忍、非人道或有损人格的措施或惩罚的特别报告员Juan E. Mendéz；后者认为人身限制的任何使用都可被认为是酷刑和虐待，即便短时间内使用也不例外（参见联合国特别报告员2013年2月1

【249】

日的报告呼吁绝对禁止使用人身限制，UN Doc. A/HRC/22/53, p. 16, 26, available at www.ohchr.org）。然而，根据《残疾人权利公约》第34条以下，委员会无权对《公约》文本作出有约束力的解释，也无权进一步解释在条约成员国的协议和实践之外的国际公约（参见1969年5月23日《维也纳条约法公约》，UNTS 1155, 331 <340>, BGBl II 1985 p. 926, 肯定了国际习惯法……）尽管其声明具有显著分量，它们对国际审判机构或国内法院并无约束力（参见BVerfGE 142, 313 <346 para. 90>及其更多文献）。 [91]

【250】 对于精神病人对自己或第三方的生命和人身完整造成的即刻危险，把任何类型的人身限制界定为酷刑或有损尊严和非人道对待的包揽式假定似乎走得太远。所有在法院的口头听证会作证的医学实务人员都同意，不可能在某些存在即刻危险的情况下彻底放弃使用人身限制或功能等效的措施。委员会还排斥镇静和单独隔离等其他安全措施，不能基于对《公约》文本的解释对问题提供任何答案：如何处理不能或不再能交流并对自己或他人产生即刻危险的人？在这方面，委员会采取了和强制医疗一样的方法（参见BVerfGE 142, 313 <347 and 348 para. 91>）。不论如何，宪法关于对受限人使用人身限制规定了严格要求，包括充分具体的法律依据、程序保障和严格符合比例原则，足以保证联邦德国可以满足《残疾人权利公约》第12.4连同第15条规定的义务。 [92]

III.

(1)对于构成剥夺自由的措施，《基本法》第104.2条增加了必须获得司法决定的额外程序要求；这项要求并不受制于立法自由裁量，另外还适用于干扰《基本法》第2.2条第3句保护人的自由不受侵犯之基本权利的正式立法规定（参见BVerfGE 105, 239 <248>）。 [93]

《基本法》第104.2条第4句要求立法机构出台规定，详细说明司法决定的程序要求。在很大程度上，司法决定要求所保护的基本权利的有效性取决于对相应议题领域的程序规制……为了考量这类措施所适用的不同场合的具体特征，立法机构必须规定和剥夺自由的相应措施相适应的程序框架。它还必须保证，在实施剥夺自由之前，相关人获得司法程序所提供的一切法治保障（参见BVerfGE 83, 24 <32>）。 [94]

即便《基本法》第104.2条已经包含了直接适用的法律保障（参见BVerfGE 10, 302 <329>；对于《基本法》第13.2条，另参见BVerfGE 51, 97 <114>；57, 346 <355>），依据《基本法》第104.2条第4句规定司法决定的立法规制义务一点都不过时。为了保证法律确定性，这在有必要区分两种情形的时候尤其适用：一方面，只是限制自由或进一步加剧了已经存在的剥夺自由；另一方面，构成新的剥夺自由。如果法律规定没有细化这种区别，那么就把决定是否使用

人身限制要求司法判决的决定留给作为私人主体的现场医生。如果立法机构未能履行自己的宪法义务，结果立法的法律依据未能规定宪法所要求的司法决定要求，那么法律规定就违宪了（参见BVerfGE 141, 220 <294 para. 174>）。 [95] 【251】

(2)必须获得司法决定的要求服务于强化和保障《基本法》第2.2条第2句的基本权利（参见BVerfGE 105, 239 <248>）。它的目的是由独立和中立机构对有关措施进行预防性监督。《基本法》基于的假设是，法官是保证相关人权利在个案中得到尊重的最好和最可靠保障者，因为法官在个人和职业上是独立的，仅受法律约束（《基本法》第97条，参见BVerfGE 77, 1 <51>）。所有国家机构都有义务保证，作为保证基本权利手段的获得司法决定之要求在实践中生效（参见BVerfGE 103, 142 <151 and 152>; 105, 239 <248>）。因此，国家有宪法义务保障，有权能的法官至少在白天时间在场，并规定法官有条件适当行使他们在这方面的司法职能（BVerfGE 103, 142 <156>; 105, 239 <248>; 139, 245 <267 and 268 paras. 62 et seq.> …）。 [96]

依据《基本法》第104.2条第1句，只有法官才有权决定剥夺自由是否可被允许并持续下去。“决定”这一措辞表明，法官对措施承担全部责任（参见BVerfGE 10, 302 <310>; 22, 311 <317 and 318>）……这也适用于如本案这样由私人主体命令剥夺自由的情形。 [97]

(3)在原则上，剥夺自由必须获得司法命令的事先授权（例如参见BVerfGE 10, 302 <321>; 22, 311 <317>; 105, 239 <248> …）。只有在剥夺自由服务于首先获得司法决定不能实现的正当宪法目标的情况下，才允许在措施之后寻求司法决定（参见BVerfGE 22, 311 <317>; 105, 239 <248>及其中更多文献）。但是在使用五点或七点限制以避免相关人对自己或他人造成即刻危险的情况下，这可能经常发生。 [98]

(4)在这种情况下，《基本法》第104.2条第2句要求在没有不正当（unverzüglich）延误下获得司法决定（参见BVerfGE 10, 302 <321>; 105, 239 <249>…）。“没有不正当延误”的组成要素必须被解释为要求没有任何事实理由不能解释的情况下获得司法决定（参见BVerfGE 105, 239 <249>…）。不可避免的延误例如因距离、交通困难、履行必要的登记和记录要求或相关人的破坏行为造成的延误（参见BVerfGE 105, 239 <249>; BVerfGK 7, 87 <99>…）。 [99]

服务于保护相关人的必要程序保障也可能产生正当延误的事实理由。在限制自由程序中，必须现场听取相关人的意见（《家庭事务与非诉管辖事务程序法》第319条，*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten*

【252】 *der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FamFG*)。一般情况下, 诉讼监护人必须参与 (§ 315(2) FamFG)。为了相关人的利益, 家庭成员或其他亲近的人也可以参与 (§ 315(4) FamFG), 并听取程序中其他当事人的意见 (§ 319 and 320 FamFG)。在某些情况下, 可能有必要为听证提供翻译。在使用五点或七点限制使已经受限的人受制于额外剥夺自由的情况下, 这些程序要求必须相应适用。如果医生依据合法理由命令在夜间没有事先获得司法决定的情况下使用人身限制, 那么在一般情况下, 必须在次日清晨6点之后再没有不正当延误的情况下获得事后司法决定。在这种情况下, 法官在一周内全天候随叫随到履行职责对于保证相关人受到保护就至关重要; 在《民事程序法典》(*Zivilprozessordnung - ZPO*)第758a.4条第2句的指导, 随叫随到的司法义务必须覆盖早6点到晚9点的时间段(参见BVerfGE 105, 239 <248>; 139, 245 <267 and 268 para. 64>, 仍引用《刑事程序法典》第104.3条, *Strafprozessordnung - StPO*)。 [100]

(5)在措施一开始就可以预见不可能在措施的理由过时之前就及时获得决定的情况下, 司法决定就不再必要。同样的结论也适用于措施在获得决定之前即已终止且并不期望措施会重复的情况……在这种情况下, 服从《基本法》第104.2条规定的程序会让相关人处于更糟而非更好的状态, 因为不再具备事实理由的剥夺自由会因为要获得之后的司法决定而持续更久(参见BVerfGE 105, 239 <251>)。依据《基本法》第104.2条第2句的事后司法决定是针对剥夺自由能否继续的问题, 但不能只是为一个已经过时的剥夺自由的非司法命令提供事后审查…… [101]

因此, 在对病人超出短时间应用五点或七点限制的情况下(参见以上[68]段), 医院必须采取必要步骤在没有不正当延误的情况下获得司法决定, 除非可清楚预见限制之使用将在获得司法决定之前终止。如果医护人员在申请司法决定之后发现, 已无必要为了避免病人对自己或他人造成的危险而采取进一步限制, 因而终止了限制措施, 那么可撤回向法院的申请……《基本法》第104.2条第2句的目的是对正在发生的剥夺自由及时获得后续监督; 一旦措施因为其正当事实理由已不存在而终止, 司法决定已无法实现这类监督…… [102]

对《基本法》第104.2条的这一解释符合《欧洲人权公约》及欧洲人权法院的判例法。《公约》也不要求对剥夺自由必须提供事后法律保护。这体现于《公约》第5.4条只是依相关人主张, 才要求对剥夺自由的合法性进行司法审查

【253】 (参见ECtHR, *Shchebet v. Russia*, Judgment of 12 June 2008, No. 16074/07, § 77)。 [103]

(6)然而, 如果在基本权利受到严重干扰的案件中, 受承认的提出司法诉讼的法律利益持续存在, 那么不能排除相关人对措施合法性获得法院事后审查的

机会（参见以上[59]段）。相关人还必须被告知在措施结束后对使用人身限制的合法性获得司法审查的可能性（参见以上[85]段）。 **[104]**

IV.

根据上述标准，宪法诉愿显然成立。地方法院依据《精神病人援助与保护措施法》第25条的判决侵犯了第一位相关人源于《基本法》第2.2条第2、第3句连同第104.1条第1、第2句的基本权利。高等地方法院基于《巴伐利亚人身限制法》第12.1条连同第19条的判决则侵犯了第二位申诉人源于《基本法》同样条款赋予的基本权利。 **[105]**

(1)《精神病人援助与保护措施法》第25条绝大部分满足《基本法》第2.2条第2、第3句连同第104.1条第1句的要求。然而，它未能规定任何要求，让相关人在停止使用限制或功能等效措施之后被告知寻求对有关措施的合法性进行司法审查的可能性。另外，立法机构也没有履行其基于《基本法》第104.2条第4句的规制义务；即便对于五点或七点限制，《精神病人援助与保护措施法》第25.3条只是要求医生命令而非司法决定。地方法院的判决驳回了寻求宣告授权使用五点限制的医生命令违法的诉讼，侵犯了《基本法》第2.2条第2、第3句连同第104.1条第1、第2句的基本权利，因为对于相关人使用五点限制不存在宪法性立法依据。 **[106]**

a)《精神病人援助与保护措施法》第25条不完全满足源于《基本法》第2.2条第2、第3句连同第104.1条第1、第2句以及比例原则的形式和实体要求。 **[107]**

aa)第25条之所以适用于自由限制，是基于一个重要理由……如果医护人员不被允许在必要的情况下限制相关人的自由，就无法充分保障机构的安全尤其是对于相关人或第三人的生命和人身完整所要求的保护。 **[108]**

bb)另外，第25条对于即刻与严重危险之要求设定了很高的干预底线…… **[109]**

cc)《精神病人援助与保护措施法》第25.3和第25.4条的程序规定了若干要求，包括医生命令人身限制措施的要求、记录要求以及措施必须通过和相关人之间的视听接触伴随直接、个人和原则上不断的监控要求（参见Baden-Württemberg Landtag document, Landtagsdrucksache - LTDrucks 15/5521, p. 44）。这些规定符合比例原则之要求。 **【254】**

b)然而，和源自人身自由的基本权利之义务相反，《精神病人援助与保护措施法》第25条并未规定任何要求，让相关人在停止使用限制或功能等效措施之后被告知寻求对有关措施的合法性进行司法审查的可能性。在这个意义上，第25条不满足《基本法》第2.2条第2句和第3句连同第104.1条第1句的要求。 **[111]**

c)另外，巴登-符腾堡州议会未能履行依据《基本法》第104.2条第4句的

宪法规制义务，因为它未能对构成剥夺自由的人身限制之使用规定司法授权条款。即便……对构成《基本法》第104.2条第1句意义上的剥夺自由的五点和七点限制（参见以上[68]段），州议会也只是规定了医生命令要求，而不是司法决定要求。在这个意义上，第25条不符合《基本法》第2.2条第2和第3句连同第104.2条。

[112]

d)根据以上标准，在2 BvR 309/15诉讼程序中受挑战的卢德维格斯堡地方法院判决侵犯了第一位相关人依据《基本法》第2.2条第2、第3句连同第104.1和第104.2条，因为对其使用的法院确认合法的人身限制并非建立在宪法性立法授权基础上。常规法院有主要义务审查所引用的立法依据是否符合《基本法》，在必要的情况下给予初步法律保护，且如果合宪性审查的结果是否定的，通过申请对立法的具体司法审查将案件提交给联邦宪法法院（*konkrete Normenkontrolle*,《基本法》第100.1条）。

[113]

地方法院明确指出，巴登-符腾堡州议会已授权公认机构的医生命令特别安全措施，但是和《精神病人援助与保护措施法》第20条对强制性医疗的规定不同，它未能对特别安全措施规定司法决定要求。法院因而判决，它只能审查人身限制作为依据《家庭事务与非诉管辖事务程序法》第327.1条实施限制的措施，医生在命令有关措施时是否遵守了《精神病人援助与保护措施法》第25条。因此，它只是审查了使用限制的医生命令是否合法，而未因为立法未规定司法决定要求而质疑立法依据的合宪性。

[114]

【255】(2)慕尼黑高等地方法院依据《巴伐利亚人身限制法》第12.1条连同第19条的判决受到挑战，其侵犯了第二位申诉人源自《基本法》2.2条第2和第3句连同第104.1和104.2条的基本权利。和高等地方法院的观点相反，该法第12.1条连同第19条未能针对第二位申诉人使用人身限制提供充分的立法依据，因为这些条款既不满足《基本法》第104.1条对法律具体性的要求，也未对本案中使用的七点限制产生的剥夺自由要求司法决定。

[115]

……

[116-118]

E.

I.

《精神病人援助与保护措施法》第25条关于使用人身限制部分违宪，但这一事实并不导致该条款部分无效。根据《联邦宪法法院法》（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*）第95.3条第1句，法律违宪并不必然导致法律无效，而是允许只是宣示法律抵触了《基本法》（《联邦宪法法院法》第31.2条第3句）。在违宪条款的立即无效会消除保护重大公共利益或相关人或第三人受基本权利保护的利益之依据，且这些利益和受影响的基本权利相

权衡的结果表明应在过渡阶段容忍干预，那么可以考虑宣示抵触加上暂时继续适用违宪条款（参见BVerfGE 85, 386 <400 and 401>; 141, 220 <351 para. 355>）。

[119]

本案正是这种情况。使用人身限制一般是为了在非常情况下遏制对相关人或第三人的生命和人身完整的即刻和严重危险。为此目的，在相关人对自己活他人造成这类危险，且不可能不使用人身限制而处理这种情况时，可以允许人身限制。如果《精神病人援助与保护措施法》第25条关于命令人身限制的部分被宣布无效、立即生效，这将造成这类措施在巴登-符腾堡州任何情况下都不再能使用，直到出台符合宪法要求的法律依据，而立法机构和这一领域的职业人士将无法适应新情况，并发展出替代性手段以提供等效保护。这将造成保护缺位，进而危及受限人、医护人员和其他病人的基本权利，并可能在此期间伤害他们的权利。

[121]

权衡第25条的宪法缺陷和在受限人对自己或他人产生即刻危险却不能使用人身限制的情况下不能保护生命和人身完整的宪法缺陷，依据《基本法》第2.2条第1句的法律利益保护更为重要。巴登-符腾堡州《精神病人援助与保护措施法》第25条的缺陷是对于措施的程序要求，而这类措施的实体原则上是可被允许的。如果该条款被宣布部分无效，将削弱相关人和第三人的基本权利之实体保护。因此，在过渡阶段，只能容忍依据第25条使用人身限制的命令，受制于本院规定的过渡时期安排（参见[124]段以下）。

【256】

[121]

II.

没有依据撤销2015年2月4日路德维斯堡地方法院的判决。第一位相关人出院时，受挑战的判决即已过时……

[122]

撤销慕尼黑高等地方法院2016年2月4日判决，并驳回该院重审（§ 95(2) BverfGG）。

[123]

III.

(1)在截止2019年6月30日过渡期，必须在巴登-符腾堡州直接适用《基本法》第104.2条对司法决定的要求，至少适用于五点和七点限制。在此期间，可相应适用《家庭事务与非诉管辖事务程序法》第312条以下与第70条以下的程序规定……

[124]

另外，在过渡期，人身自由的基本权利（《基本法》第2.2条第2句连同第104条）对在场医生直接施加义务，以告知受限人在措施终止后寻求司法决定的可能性。

[125]

(2)在巴伐利亚自由州，对依据公法限制于精神病院的人使用人身限制目前没有任何合宪的立法依据。然而，截止2019年6月30日的过渡期可以使用这类

措施。 [126]

a) 联邦宪政法院可以暂时容忍违宪情形，以避免比现状更背离宪政秩序的状态（参见BVerfGE 33, 1 <12 and 13>; 33, 303 <347>; 41, 251 <267>; 45, 400 <420>; 48, 29 <37 and 38>; 85, 386 <401>）。 [127]

只要巴伐利亚州议会尚未决定如何纠正违宪状态及是否继续使用人身限制作为特别安全措施，那么在公法管辖下的限制机构使用措施的授权立法依据缺失意味着巴伐利亚自由州的保护缺位……（参见以上[120]段）在这个方面，也有必要权衡业已证明的宪法缺陷和立即禁止人身限制的后果：在这个意义上，为了保护《基本法》第2.2条第1句的法律利益而暂时允许使用人身限制的利益更胜一筹…… [128]

【257】 b) 然而，这并不意味着巴伐利亚自由州可以在过渡时期对受限人随意使用人身限制。相反，既然人身自由的基本权利被赋予很高的价值，那么要使用人身限制，必须严密监控措施是否必要，以及必须使用多久才能避免相关人对自己或他人的重要法律利益造成即刻和严重危险。另外，至少对于使用五点或七点限制，如以上对巴登-符腾堡州规定的（参见以上[124]段），《基本法》第104.2条对于获得司法决定的要求直接适用。相关人还必须被告知在措施终止之后对其寻求司法审查的可能性（参见以上[125]段）。 [129]

“限制人身自由的治疗措施法”

BVerfG, 11.7.2013, 2 BvR 2302/11,

http://www.bverfg.de/e/rs20130711_2bvr230211en.html

1. 译者注解

在2013年的另一份涉及《基本法》第2.2条规定的人身保护令保障的判决中，宪政法院需要处理2010年的《限制人身自由的治疗措施法》。³³此前，欧洲人权法院的一份判决认定，德国对一些被认为具有持续危险性的犯人的预防性监禁制度，违反了《欧洲人权公约》的第5.1条（人身保护令）与第7.1条（溯及既往的惩罚）。当时德国的这项制度允许在特定的条件下，突破刑事法院最初作出的判决中规定的监禁时间范围，继续执行预防性监禁措施。《限制人身自由的治疗措施法》是应对欧洲人权法院的此份判决之产物。³⁴虽然在

³³ BVerfG, 11.7.2013, 2 BvR 2302/11, http://www.bverfg.de/e/rs20130711_2bvr230211en.html.

³⁴ ECtHR, Appl. No. 19359/04, 17.12.2009, M. v. Germany, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96389>（最后访问于2019年8月21日）。

2004年的判决中，宪法法院曾经判定这种在特定的条件下可以溯及既往延长预防性监禁措施的制度是合宪的，³⁵但是作为欧洲人权法院此项判决的一个后果，这一次宪法法院宣布了此项制度是违宪的。³⁶

本案涉及的当事人具有从事一系列具有暴力性质的刑事违法行为的倾向，但是因为欧洲人权法院的此项判决，需要从预防性监禁措施中释放，不过其后按照新制定的法律，这名当事人处于限制人身自由的监禁措施之中。宪法法院判定这部新法是合宪的，但是规定了许多限制条件，其中包括应当以严格的方式作出解释，以保证这种事后的预防性限制措施，只会适用于那些“其行为表明他/她将从事最严重的暴力犯罪或者性侵行为”的当事人，³⁷换句话说，该当事人应当是对其他人的身体完整或者甚至是生命造成了严重的威胁。

欧洲人权法院围绕着德国的预防性监禁措施概念的冲突，显示出为了实现某一特定的政治目标、以相同的标准将不同的制度和整合在一起时的困难。一般来说，对一些暴力犯罪的监禁判决通常会在许多其他国家被认为是相当宽大的。宪法法院的判例法实际上也降低了作出终身监禁的可能性。但是，目前新的制度是对既有制度更宽大的补充措施，前者针对那些对外部世界构成威胁的当事人，规定了一些施加并延长预防性个人监禁的措施，此时既不需要考虑与犯罪行为的关联性也不需要考虑到刑事责任与主观恶意方面的问题。

【258】

《限制人身自由的治疗措施法》就是为了消解宪法义务和《欧洲人权公约》之间裂痕的努力的体现。

2.案件事实

诉愿人对根据《限制人身自由的治疗措施法》向其宣判的监禁措施直接提出了质疑。间接的，他质疑了《限制人身自由的治疗措施法》的各种规定本身。

【1】

I.

(1)2010年12月22日的《改革预防性监禁法以及相关立法的改革法》引入了《对具有暴力倾向精神病人的治疗与限制自由法》，并在2011年1月1日生效，即该法公布后的第二天（Federal Law Gazette - Bundesgesetzblatt - BGBl I p. 2300 <2305>）。该法的制定目的，是为了处理过去的预防性监禁制度中的“保

³⁵ BVerfG, 5.2.2004, 2 BvR 2029/01, http://www.bverfg.de/e/rs20040205_2bvr202901.html (仅有德语版)。

³⁶ BVerfG, 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, http://www.bverfg.de/e/rs20110504_2bvr236509en.html.

³⁷ BVerfG, 11.7.2013, 2 BvR 2302/11, http://www.bverfg.de/e/rs20130711_2bvr230211en.html, 第69段。

护漏洞”，这一漏洞来自于欧洲人权法院对穆克诉德国案的判决（Mücke v. Germany，欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决）。该法的目的，是为了使得当局可以通过可靠安全的方式限制可疑的刑事犯罪分子的自由，与此同时又不会违反《欧洲人权公约》的规定（BTDrucks 17/3403, p. 14）。这就“要求将新法的适用范围限制在那些有危险性的刑事犯人之上，且这些犯人将从针对精神失常的预防性监禁状态中被释放或者已经被释放。”

（BTDrucks 17/3403, p. 14）。通过要求存在精神失常的状况，立法机关对欧洲人权法院的判决作出了回应，后者曾经认为存在着违反《欧洲人权公约》第5条第1款的情况（BTDrucks 17/3403, pp. 14, 53, 54）至于对监禁措施的焦点置于治疗目的上的进一步的规定，这是为了回应欧洲人权法院认为存在着违反《欧洲人权公约》第7条第1款第2句的决定，以处理具有溯及既往效果的延长预防性监禁措施的决定（BTDrucks 17/3403, pp. 14, 54, 55）。 [2]

【259】 2012年12月颁布的《联邦实施预防性监禁法中关于距离规定的法律》对《限制人身自由的治疗措施法》第2条增加了第2款；该修正案在2013年6月1日生效（BGBl I p. 2425 <2430>）。 [3]

(2)《限制人身自由的治疗措施法》第1条是该法的核心条款，它规定了该法的适用范围，包含着施加监禁措施的实质性要求。在该法生效实施后，其相关规定如下： [4]

第1条：出于治疗目的的监禁措施

(1)如果法院的一项最终生效判决认定，一名当事人犯下了《德国刑法典》第66条第3款第1句的罪行，但是由于禁止规定预防性监禁措施的法律溯及既往地增加判决的严重程度，此时有权的法院可以要求该当事人被监禁于一个恰当的封闭设施内，如果：

- 1.该当事人有精神不正常现象，并且考虑到他或者她的个人情况，过去的生活方式以及整体状况后，可以认为他或者她很有可能，作为精神失常现象的结果，会对他人的生命、身体完整、个人自由或者性生活方面的自主决定造成实质性的伤害，并且
- 2.根据上述第1段描述的理由，为了保护普通公众采取监禁措施具有必要性。

(2)在适用第1款时不应当考虑被定罪的当事人是处于预防性监禁状态还是已经被释放。 [5]

《限制人身自由的治疗措施法》的第2条定义了上述“恰当的封闭设施”。根据该法被修订并在2013年6月1日生效的版本（在修订前，本法第2条

只有一款），《限制人身自由的治疗措施法》第2条的规定如下： [6]

第2条：恰当的封闭设施

(1)只有如下封闭设施才符合《限制人身自由的治疗措施法》第1条规定的用于治疗目的的监禁措施的要求：

- 1.鉴于该设施以医学治疗为主要目的的情况，该设施能够为相应的精神失常现象提供充分的治疗方案，而且该治疗方案是建立在针对个人制定的治疗计划并以施加尽可能短的监禁时间长度为目的；
- 2.考虑到治疗目的，以及普通公众的安全利益，允许对被限制自由的当事人提供会对其造成最小不便的住宿；
- 3.从空间与组织上与惩戒机构保持分离状态。

【260】

(2)《德国刑法典》第66c条第1款意义上的各种机构如果满足了第1款第1、2项的要求，也是恰当的限制人身自由的治疗设施。 [7]

在针对恰当机构的问题上，新的第2款提及了《德国刑法典》第66c条，该条款同样是由2012年12月5日的《联邦实施预防性监禁法中关于距离规定的法律》引入（BGBl I, p. 2425）；这些规定的目的是保证预防性监禁制度设计，满足宪法上要求刑事监禁与预防性监禁措施存在明显区别的要求。

在这些核心条款之外，《限制人身自由的治疗措施法》还包含着有关程序问题（第3、4条），法律救济（第16、17、18条）、医学评估（第9条）、初步禁令（第14条）、限制措施的时长与范围（第12条）以及撤销限制人身自由的治疗决定（第13条）等规定。

(3)通过2012年12月20日的《德国刑法典导论法第二修正案》（2012年12月28日生效）第316e条第4款（BGBl I p. 2756），立法机关明确将《限制人身自由的治疗措施法》适用范围，包含了那些过去只是初步被置于预防性监禁措施之中的当事人。该修正案第316e条第4款的规定如下：

4)2010年12月22日《限制人身自由的治疗措施法》（BGBl. I p. 2300, 2305）第1条同样适用于前述情形。在这些情形中，存在问题的当事人还没有被置于预防性监禁措施之中，但是一审法院已经对其作出了施加预防性监禁措施的判决，而且在2011年5月4日前作出的上诉判决认定，该当事人只是因为预防性监禁法律制度中禁止溯及既往加重处罚的原则，才被禁止作出这一最终判决，并且没有被置于预防性的监禁措施之中，而且上诉法院需要尊重该原则规定的要求，此时将不考虑存在问题的当事人对普通公众有可能会造成的威胁的程度。 [11]

II.

最初的诉讼过程中的背景如下：

[12]

（以下事实概要主要摘自2013年8月8日宪政法院第50/2013号新闻通报稿。）

（申诉人）曾经从事多项暴力犯罪活动，其中大部分活动都具有性侵因素，并且是在酗酒的状态下发生。1989年，地区法院（判定当事人在完全失去意识的醉酒状态下从事了多项犯罪活动，判处其监禁并）要求将其监禁在一所精神病医院中，因为法院无法排除其刑事上的无能力情况。2005年，地区法院宣布，他不能再被监禁；尽管他还是具有危险性，他的刑事责任能力已经不再处于明显的受损害状态。2007年4月，在诉愿人结束其监禁期之前，地区法院第一次宣布了对其接下来施加的预防性监禁措施。2010年5月，考虑到欧洲人权法院的判例法，联邦最高法院要求立即释放诉愿人。在该判决作出，S市对该当事人申请了限制人身自由的治疗措施。

【261】

2 BvR 2302/11案件诉讼过程中的争议对象，是针对诉愿人作出的为期3个月的临时限制人身自由的治疗措施判决，该判决由地区法院在2011年9月2日、地区高等法院在2011年9月30日作出。2 BvR 1279/12案件诉讼过程的争议对象，是地区法院（2012年2月17日）和地区高等法院（2012年5月14日）作出的判决，这些判决处理了诉愿人在主诉讼程序中提到的在2013年3月1日前受到人身自由限制的情况。

（摘要结束）

[13-30]

.....

3.判决理由选译

III.

在这两个诉讼程序上，诉愿人提出的宪法诉愿的用语基本上相同，(1)都提出联邦无权根据《基本法》第74条第1款制定相应的联邦法律，(2)相应的联邦法律违反了禁止溯及既往原则，(3)法律明确性原则，这些规定都来自于《基本法》第103条第2款。诉愿人进一步提出，(4)因为对其作出的限制人身自由的措施没有法律依据，《基本法》第2条第2款第2句以及第104条都被违反。 [31]

(1)在诉愿人看来，联邦没有立法权力去制定《限制人身自由的治疗措施法》，因为该法的一些概念基于立法过程中提出的理由，完全可以被确定为不属于“刑事法律”的组成部分，因此不能基于《基本法》第74条第1款第1项的规定，被认为是属于制定“刑事法律”权能的体现…… [32]

(2)但是，即使联邦基于其刑事立法权有权制定相应的法律，《限制人身自

由的治疗措施法》以及规定溯及既往的预防性监禁措施的相关条款，也依然违反了《基本法》第103条第2款规定的禁止溯及既往原则…… [33]

(3) 诉愿人进一步提出，《基本法》第103条第2款要求的法律明确性要求也被违反，因为《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项的规定，没有以足够精确的方式规定“精神失常”的标准。在诉愿人看来，该用语太过宽泛，因为它的适用条件已经超出了《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定的，可以作出监禁措施的理由，后一条款只包含了那些有着精神疾病以及无法从法律上对其行为负责的人。诉愿人尤其提出，考虑到他在一所精神病院被限制自由状况的结束，他被认为他不再属于刑事责任能力严重受到限制，或者甚至免于刑事责任的情况，因此他不能再被视作《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定意义上的“精神不健全”的人。诉愿人提出，对《刑法典》第66条第3款列举的各种犯罪（类别行为）的引用同样存在着过于模糊的情况，因为没有各种指导性意见说，是否存在着此类犯罪就足够了，还是说这些犯罪【262】还需要满足一定的条件，才可以作出预防性监禁措施。 [34]

(4) 最后，诉愿人提出《限制人身自由的治疗措施法》不可以对其适用，因为他此前没有被置于预防性监禁状态下。因此，诉愿人宣称，他还被置于限制人身自由的治疗状态的情况，同时违反了《基本法》第2条第2款第2句以及第104条，因为没有正式的法律为这种剥夺自由的情况提供法律理由…… [35]

III.

以符合宪法的方式来阐释，根据《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款作出的限制人身自由的措施，是符合《基本法》第2条第2款第2句以及第20条第3款共同规定的法治原则提出的对正当期待的保护要求的。 [66]

(1) a) 对《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款的宪法审查标准是《基本法》第2条第2款第2句，以及保护正当期待原则（参见BVerfGE 72, 200 <242>; 128, 326 <390>）。当立法机关出于保护公共利益的目的行使立法权时，这些规定对该立法权规定了限制（参见BVerfGE 14, 288 <300>; 25, 142 <154>; 43, 242 <286>; 43, 291 <391>; 75, 246 <280>; 109, 133 <182>; 128, 326 <390>）。当受到影响的基本权利被蚕食的程度越严重时，相应的正当期待的重要性也会愈加上升（可以参见一个早期判决，BVerfGE 109, 133 <186, 187>; 128, 326 <390>）。 [67]

由于根据《限制人身自由的治疗措施法》有可能会作出无限期监禁的命令，根据《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款作出的监禁决定，是对基本自由权最严重的一种侵犯形式（《基本法》第2条第2款第2句），即使满足了将其与刑事监禁措施区分开来的要求时，也是如此。因此，这一规定蚕食的

是在各种基本权利中具有特殊份量的一种权利（参见BVerfGE 128, 326 <390>）。 [68]

b)在这一背景下，并考虑到《欧洲人权公约》（参见BVerfGE 111, 307 <315 et seq.>; 128, 326 <366 et seq.>; 131, 268 <295 et seq.>）的要求，其中后者通过第5条、第7条第1款，限制溯及既往的施加或者延长剥夺自由的预防性措施（参见BVerfGE 128, 326 <391 et seq.>，以及其他的参考文献），限制人身自由的治疗措施对自由权的干涉，在考虑到对正当期待的保护要求时，这种干涉带来的侵犯后果会更加严重。此时，只有满足了将采取限制人身自由的治疗措施的条件，同刑事监禁措施区分开来的要求时，这种特殊条件与被限制自由的当事人的行为直接相关，他或她的行为表明存在着非常大的风险，将从事最严重的刑事犯罪活动或者性侵活动，并且符合《欧洲人权公约》第5条第1款第2句e项的规定（参见联邦宪政法院对预防性监禁措施的判决BVerfGE 128, 326 <399>; 129, 37 <46, 47>; BVerfG, 第二庭2013年2月6日判决，2 BvR 2122/11 et al. -, juris, para. 27），只有满足以下两方面的要求，才有可能符合比例原则的要求。 [69]

【263】 (2)针对预防性监禁法律制度发展出来了各种适用标准，(a)当限制人身自由的治疗措施属于溯及既往的措施时，这些标准也将适用。(b)根据《限制人身自由的治疗措施法》作出的限制自由的措施，是与《基本法》第2条第2款第2句以及第20条第3款的要求相一致的，只有证明存在非常大的风险，会发生最严重的刑事犯罪活动或者性侵活动，根据《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项的要求进行的风险评估才能满足宪法标准的要求。以符合宪法的方式来阐释该规定可以获得这一结果。(c)《限制人身自由的治疗措施法》第2条考虑到了《欧洲人权公约》第7条第1款的的价值精神，描述前者了与刑事监禁措施的必要差别。(d)在考虑到欧洲人权法院的判例法以及赋予成员国的裁量空间后我们认为，《限制人身自由的治疗措施法》第1句第1款中的“精神失常”一词含义是与《欧洲人权公约》第5条第1款的要求相一致的。 [70]

a)限制人身自由的治疗措施是以溯及既往的方式作出的限制自由的决定。对基本权利的干涉程度强度是与相应的预防性监禁措施的强度成正比的。

虽然《限制人身自由的治疗措施法》的目的，是建立在对危险性的预判上，其目的是保护公众的合法利益，免受有精神疾病的当事人的严重暴力刑事活动以及性侵活动的危害，所以该法是以未来为导向的（参见BTDrucks 17/3403, p. 53），但是这一立法目的还是没有改变限制人身自由的治疗措施是与过去相联系的事实，也没有否定保护由这些与过往的联系形成的正当期待的必要性（参见BVerfGE 109, 133 <184>中有关预防性监禁措施的部分）。但是

《限制人身自由的治疗措施法》的第1条第1款没有规定法律后果的追溯性（即所谓的真实追溯性）。它只是以一种与过去的事实联系（即所谓的准追溯性，对于这些术语的用法，参见BVerfGE 127, 1 <16, 17>; 131, 20 <36, 37>），限制了牵涉其中的当事人的期待。虽然监禁措施造成的严重的法律后果，只在相应的法律被颁布后才存在，但是这些法律后果实际上是由一些在法律颁布前就已经存在的具有法律意义行为触发的。 [72]

根据《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款作出监禁措施允许无限期的剥夺自由，考虑到这种措施对自由的剥夺情况，它已经与刑事监禁或者预防性监禁措施具有可比性。该法的立法说明中提到“限制人身自由的治疗措施从本质上是与刑罚与预防性监禁措施不同的”（BTDrucks 17/3403, pp. 20, 21），它明确提及了预防性监禁措施类似于刑罚的情况，这种类似性也已经被欧洲人权法院指出（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, paras. 127 et seq.）。只要将限制人身自由的环境同监狱监禁区分开来的宪法要求得到了满足，根据《限制人身自由的治疗措施法》作出的限制人身自由与预防性监禁措施就没有本质区别。 [73]

这种措施对基本权利的干涉强度与预防性监禁措施是相同的，因为《限制人身自由的治疗措施法》第2条规定限制措施需要在一个恰当的具有治疗功能的机构进行，并且是以恢复自由为目的的导向。有关预防性监禁措施法律制度的执行也需要满足相应的要求（“距离要求”，参见BVerfGE 128, 326 <374 et seq.>），因为刑事监禁的目的是为了对某种刑事犯罪提供救济，而预防性监禁措施是以预防性的方式剥夺自由，不需要考虑到个人的主观过错（参见BVerfGE 128, 326 <376, 377>），两者之间在其目的与目标上存在着不同。虽然预防性监禁制度在法律概念上存在着缺陷，但是该制度在过去还是得到了执行（参见BVerfGE 128, 326 <382 et seq.>），其中自然也包含它在执行过程中的问题（参见BVerfGE 128, 326 <384 et seq.>；另见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, paras. 127 et seq.）。因此，与在监狱中的监禁措施形成鲜明对比，在预防性监禁状态中限制人身自由的限制应当是以剥夺自由为目的，并且具有明确的治疗维度在内，以最小化被拘束者有可能造成的危险，并将剥夺自由的时间长度严格限制到以必要为限（BVerfGE 128, 326 <374, 375>）。因为在执行预防性监禁措施时，其整体思想是以剥夺自由为导向，基于这一要求以及在该制度在建立之后，进一步被明确的规定（BVerfGE 128, 326 <378 et seq.>），人们没有充分的理由认为，在一个《限制人身自由的治疗措施法》第2条意义上的恰当设施中施加的限制人身自由的措施，会看起来相对于预防性监禁措施，会对基本自由权干涉程度更小。 [74]

【264】

b)考虑到《欧洲人权公约》的要求，当作出限制人身自由的治疗决定时，比例原则要求，在平衡各方面的利益时，要充分考虑保护受影响的当事人的正当期待，只有在考虑将受到限制的当事人相关的背景情况后，或者该当事人的行为表明，存在着最严重暴力刑事犯罪或者性侵行为的高风险，才可以作出限制人身自由的治疗决定。 [75]

《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项的用语本身没有在危险性预判上规定如此严格的定义，只是简单地要求需要从整体上评估当事人的人格、先前的生活、生活条件，以此得出结论，认定该当事人很有可能会对其他人的生命、人身完整性、个人自由或者性自决权造成不容忽视的影响。但是在本案中，还是有可能作出与宪法相一致的限制性解释。 [76]

aa)在宪法相一致的解释方法要求，当对某条款存在着不同的解释可能时，如果有的解释会带来合宪的结果，其他解释会带来违宪的结果，那么应当优先考虑与宪法相一致的解释结果（参见BVerfGE 119, 247 <274>，以及过去各种获得确立的判例法）。因此，只有不存在其他可以符合解释原则且与宪法相一致的解释结论时，人们才可以宣布相应的条款违宪。出于对立法权的尊重，在不超出宪法的限制范围时，立法机关的意图应当获得最大程度的维护【265】（参见BVerfGE 86, 288 <320>）。与宪法相一致的解释，在与相应条文的用语以及立法机关的明确意图发生冲突时，就将面对自己的限制了（参见BVerfGE 110, 226 <267>，以及其他的参考文献）。 [77]

bb)按照上述这些标准，还是有可能获得对《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项符合宪法的——严格——解释结论，即在预判危险性后，只有与将受到限制的当事人相关的背景情况，或者该当事人的行为表明，存在着最严重暴力刑事犯罪或者性侵行为的高风险时，才会作出限制决定。 [78]

1)该条款的用语没有抵触该解释结论。《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款要求，他人的生命、身体完整、个人自由或者性自决权会很有可能受到严重伤害。本院不需要判断，在“很高的可能性”与“很高的风险”之间有什么本质的区别，因为在任何情况下，该条款的用语都涉及对“很高的风险”的限制标准问题。虽然《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项要求对在该条款列举的法律利益存在“无法忽视”的干涉情况，但是此类情况的存在，不会排除以上述方式来作出符合宪法的解释。因为在存在严重的暴力或性侵行为的情况下，《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项规定的各种法律利益总是会受到严重影响，立法意图显然覆盖了这些情况。 [79]

2)该法的立法目的没有同这种与宪法相一致的解釋方式产生冲突。按照该法的立法解释备忘录，限制人身自由的治疗措施的目的，是为了“尽可能有效

地保护公众的合法利益，免受精神病人重大暴力犯罪活动和性侵犯行为的严重侵犯”（BTDrucks 17/3403, p. 53）。与此同时，该立法解释备忘录也承认，立法机关的行为“范围是非常有限的，一方面要求与刑事犯罪活动相联系，并且具有预防性的目的，另一方面《基本法》和《欧洲人权公约》也规定了非常严重的限制”（BTDrucks 17/3403, p. 19）。如果立法机关明确承认《基本法》和《欧洲人权公约》对其立法目的的限制，那么通过符合宪法的解释方式，该法以有效地保护公众的合法利益、免受精神病人重大暴力犯罪活动和性侵犯行为的严重侵犯为立法目的，这一立法目的是可以尽可能有效地与《基本法》保持一致的。 [80]

即使是以符合宪法的方式来解释，并且在解释时考虑了联邦宪政法院对于溯及既往地发布或者延长的预防性监禁措施的严格标准，人们也不可以得出结论说，《限制人身自由的治疗措施法》已经没有任何适用空间。在严格适用比例原则时，《限制人身自由的治疗措施法》会面临在何种程度上还可以被适用的问题，但是目前关于该法的适用问题已经与本案无关了，因为联邦宪政法院有关溯及既往地发布或者延长的预防性监禁措施的各种标准，已经通过2012年12月5日的《联邦实施预防性监禁法中关于距离规定的法律》（BGBl I, p. 2425），被《德国刑法典导论法》第316f条第2款第2句吸收，成为了一项过渡条款。按照《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款的用语以及立法机关的目的（BTDrucks 17/3403, p. 53），限制人身自由的治疗措施是对预防性监禁措施的补充，这意味着法律本身规定了预防性监禁措施要优先于限制人身自由的治疗措施。而且人们还需要考虑到《限制人身自由的治疗措施法》的立法历史背景：当时，在欧洲人权法院作出判决后（欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*），联邦宪政法院还没有以判例法的方式，决定是否可以对受保护的正当期待发布预防性监禁命令，以及如果可以的话，又应当在怎样的条件下发布这种命令……当时，联邦宪政法院也没有针对该问题表达自己的看法。因此，立法机关当时的主要考虑是通过《限制人身自由的治疗措施法》，创制一种会被狭义定义的过渡性制度安排，直到新的预防性监禁措施规定生效（BTDrucks 17/3403, p. 19）。在考虑到这一系列理由后，人们已经不再需要考虑《限制人身自由的治疗措施法》的各种问题了，因为接下来的制度发展，已经向人们提供了各种可能，以在宪法和《欧洲人权公约》的范围内，通过预防性监禁法来保护公众免受危险的暴力罪犯或者性侵犯行为人的威胁。如果预防性监禁法限制了《限制人身自由的治疗措施法》的适用范围，这也不会与立法机关的意图发生冲突。 [81]

c) 《限制人身自由的治疗措施法》第2条包含了从宪法上要求的，与监狱监

【266】

禁措施不同的制度安排。

aa)2013年6月1日生效的《限制人身自由的治疗措施法》第2条第1款第3项，明确规定与刑罚措施在空间上和组织上的分离要求。按照《限制人身自由的治疗措施法》第2条第1款第1项的规定，该法涉及的监禁措施应当发生在特定的机构内，该机构因为主要服务于医学治疗目的，将有保障地为各种精神失常情况提供充分的治疗方案，而且这些治疗方案是建立个案评估的基础上，并以最短化可能采取的限制措施时间长度为目的。另外，在考虑到治疗需要以及保护普通公众安全利益这两方面的要求后，对受到限制的当事人施加的负担应当越小越好（《限制人身自由的治疗措施法》第2条第1款第3项）。 [83]

bb)通过这些法律规定，该法保证了监狱监禁和限制人身自由的治疗措施之间明显的区别，这种区别不仅对预防性监禁措施，也对限制人身自由的治疗措施适用，因为后者同样是一种预防性措施，它在没有考虑到当事人的个人主观过错的情况下延长了剥夺自由的状态（参见BVerfGE 128, 326 <374 et seq.>）。因此，该法同时也对限制人身自由的治疗措施增加了一种必要内容，使得它不会归类为《欧洲人权公约》第7条第1款意义上的刑罚措施。 [84]

1)欧洲人权法院对于刑罚的概念有着自己独立的定义，不会受到个别国家国内法归类方式的影响。欧洲人权法院评判的起点，是存在疑问的措施是否是刑事判决的结果，或者伴随着刑事判决产生。其他相关因素包括，根据该国的国内法这些措施是怎样被定义的，这些措施的性质与目的，规定并执行这些措施的程序，以及这些措施的严重性（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 120）。利用在穆克诉德国案中提出的标准，欧洲人权法院认定预防性监禁措施，应当被认为属于《欧洲人权公约》第7条第1款意义上的刑罚措施。在提到相应的符合条件的违法行为之外，欧洲人权法院进一步强调，这些预防性监禁措施在实践中被执行的情况，是对其分类具有决定作用的。这种监禁制度与普通犯人服刑时的情况相比较时，两者之间相对不是那么明显的差别，例如，穿戴自己的服饰、布置自己的牢室使得其更舒服的权利等等，这些差别，还不足以掩盖在监狱监禁与预防性监禁措施之间，不存在着本质不同的事实。不存在着具体的措施、手段或者机构，以专门处置处于预防性监禁措施中的当事人，减少这些当事人会引发的威胁，并将对其的监禁时间缩短到严格必要的程度，又防止这些当事人继续从事违法行为。而且欧洲人权法院还特别指出，预防性监禁措施是在刑事诉讼程序中作出的，考虑到它可能剥夺自由的时间长度，它是对个人权利最严厉的侵犯形式之一（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, paras. 124 et seq.; 参见欧洲人权法院，2011年1月13日，第20008/07号判决，

Mautes./Germany, para. 55; 2011年1月13日, 第27360/04、42225/07号判决, *Schummer./Germany*, para. 67; 2011年1月13日, 第17792/07号判决, *Kallweit./Germany*, para. 68)。[85]

2)在这一背景下, 联邦宪政法院第二庭, 对于那些不需要考虑到个人主观恶意且与刑罚具有本质差别、预防性的剥夺个人自由的措施, 明确了宪法上的要求 (BVerfGE 128, 326 <374>)。不过欧洲人权法院对《欧洲人权公约》第7条第1款的解释结论, 没有要求将《基本法》第103条第2款中的“刑罚”概念, 调整到符合《欧洲人权公约》第7条第1款的“刑罚概念”上来, 只是要求对“距离要求”有着更明确的规定 (BVerfGE 128, 326 <392, 393>)。[86]

3)在接下来的判决中, 欧洲人权法院重复了它在穆克诉德国判决中的标准, 指出它在该案判决中的作出的结论, 即认定预防性监禁从其性质上说是《欧洲人权公约》意义上的刑罚措施 (参见欧洲人权法院, 2011年11月24日, 第4646/08号判决, *O.H./Germany*, paras. 103 et seq.)。与此同时, 欧洲人权法院还对它认为存在争议的监禁措施属于刑罚的理由提供了明确的说明, 因为最重要的方面在于, 欧洲人权法院认为存在争议的预防性监禁措施的执行环境, 在过去, 基本上与一名刑事犯人在服刑时需要面对的环境是相同的, 在现在, 这种执行环境也没有发生变化 (参见欧洲人权法院, 2011年11月24日, 第4646/08号判决, *O.H./Germany*, para. 106; 有关欧洲人权法院最新的判决, 见2012年6月7日, 第61827/09号判决, *K./Germany*, paras. 82 and 83; 2012年6月7日, 第65210/09号判决, *G./Germany*, paras. 73 and 74)。对执行中的各种不足现象的关注立场, 是与欧洲人权法院接下来的推理相吻合的, 因为这些执行中的不足现象在过去是存在着的, 再结合《欧洲人权公约》第46条和它在2011年5月4日作出的判决, 欧洲人权法院指出, 联邦宪政法院已经执行了上述欧洲人权法院有关德国国内法制度中的预防性监禁制度的各种判决, 相应地, 德国也履行了其义务要求 (参见欧洲人权法院, 2011年11月24日, 第4646/08号判决, *O.H./Germany*, paras. 117 and 118; 还可参见欧洲人权法院在其后做出的判决中使用的基本相同的用语, 2012年1月19日, 第21906/09号判决, *Kronfeldner./Germany*, paras. 101 and 102)。考虑到这些判决作出的时间背景, 这些判决进一步表明联邦宪政法院已经寻找到了充分的手段, 以结束目前还存在的违反《欧洲人权公约》的情况 (参见欧洲人权法院, 2011年11月24日, 第4646/08号判决, *O.H./Germany*, para. 118; 欧洲人权法院, 2012年1月19日, 第21906/09号判决, *Kronfeldner./Germany*, para. 102)。[87]

d)《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款意义上的“精神失常”的标准, 没有与《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定的价值发生

冲突。

[88]

aa)《限制人身自由的治疗措施法》本身没有对该法第1条第1款第1项使用的“精神失常”一词给出定义。但是，该词的含义以及该法的制定历史已经为人们如何理解该词的含义提供了足够清晰的指示。

[89]

按照该法的立法解释备忘录，“精神失常”一词遵照了欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项建立的判例法，后者明确允许因为“个人不健全的心智”而剥夺其自由（法语：aliéné）。这种定义也包括了没有达到精神疾病程度的一些不正常的个人性格特征。如果被定罪的罪犯持续存在的非正常暴力行为和严重不负责任的行为，他将满足这一要求。相应的当事人的个人刑事责任能力状况也不会成为阻止根据《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项作出监禁决定的理由（参见BTDrucks 17/3403, pp. 53 and 54, 第53、54页；引用了欧洲人权委员会以及欧洲人权法院的相关判例法）。“精神失常”一词同样遵循了ICD-10（世界卫生组织：《疾病与相关健康问题统计分类》第10版，第5章）、DSM-IV（《美国心理学协会精神失常诊断与统计手册》第4版）这些诊断分类系统的要求，目前也被使用在精神疾病治疗的过程中（参见BTDrucks 17/ 3403, p. 54）。

[90]

该法的立法解释备忘录进一步提出，这种失常现象不需要达到排除行为人为刑事责任的程度，也不需要法庭的精神评估过程中被当作精神疾病对待。但是，在个案层面上，需要存在临床上可被确认的各种症状的整体表现情况，或者因为压力或损伤而产生的受干扰的行为，以及在群体或者社会生活层面上不一定存在却出现频率较高的这些现象。如果只是一些社会反常行为或者社会冲突现象，还不会在个人层面上影响到相关当事人，因此不属于该法的适用范围内。个人人格、行为、性倾向或者自我冲动控制方面的失常现象，可以构成精神失常现象；这种认定结论尤其适用于反社会的人格以及其他性倾向上的各种非正常现象，例如恋童癖或施虐受虐狂（参见BTDrucks 17/3403, p. 54）。

[91]

以上事实本身就证明，《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项范围内的有关精神失常的立法规定，其目的是与《欧洲人权公约》第5条第2款第e项允许剥夺自由的理由保持一致。在个案中适用《限制人身自由的治疗措施法》时，保证两者一致性的责任主要落在了普通法院的身上。

[92]

bb)尽量有以上诸多考虑，但是从法律系统化的视角出发，人们还是会看到，限制人身自由的治疗措施还是与过去的双轨制的监禁制度存在着不同，在过去的双轨制的监禁制度中，一方面是精神病院的监禁制度（《刑法典》第63条），另一方面是预防性监禁措施（《刑法典》第66条）。立法机关现在创设了“第三条道路”，这种新制度不能根据刑事责任来区分（《刑法典》第20、

21条)。在采取限制人身自由的治疗措施时不要求缺乏刑事责任能力的情况，这一点没有与《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的要求，或者欧洲人权法院的相应判例法发生冲突。 [93]

1)按照欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项建立的各种判例法，在解释适用该条款时，应当存在相应的事实认定，这种事实认定是建立在客观医学评估的基础上，确定涉及的当事人遭受着“现实”或“真实”的精神失常问题，而且基于这种失常现象的“类别或程度”，为了该当事人自身的利益或者公共利益的需要，应当对其强制接受治疗。剥夺自由的措施，将根据相应的情况，在精神病院或者其他恰当的设施中进行（对于该问题最新的欧洲人权法院的判决，见2019年4月19日，第61272/09号判决，*B./Germany*, para. 69，以及其他的引用文献），而且应当存在着持续不断的精神失常现象（参见欧洲人权法院，1979年10月24日，第6301/73号判决 **【270】** *Winterwerp./Netherlands*, paras. 37 et seq.; 以及其他的判例）。因此，在精神失常与某种威胁之间应当存在着一定的联系，如果对自由的剥夺措施是在恰当的心理治疗设施中进行的话，就可以预防这种威胁作为采取此类措施的理由（参见Schöch, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* - GA 2012, p. 14 <28>; Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention - EMRK*, 3rd ed. 2011, Art. 5 para. 45）。在判断根据《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的规定，是否可以认定已经存在精神失常现象，以及是否需要根据该条款的要求认定这种失常现象持续存在时，相应的公约成员国能够具有一定的裁量空间（对于欧洲人权法院在该问题上最新的判决，见2012年1月19日，第21906/09号判决，*Kronfeldner./Germany*, para. 71）。 [94]

通过要求剥夺自由的行为应当是“合法的”而且“与法律规定的程序相一致”，《欧洲人权公约》第5条第1款从本质上说是以国内法为参考标准，并且要求剥夺自由的决定应当与国内法上的实体和程序规则相一致（参见欧洲人权法院，1979年10月24日，第6301/73号判决，*Winterwerp./Netherlands*, paras. 39, 45; 1996年6月25日，第19776/92号判决，*Amuur./France*, para. 50; 2009年7月9日，第11364/03号判决，*Mooren./Germany*, para. 72）。在各种规定和要求中，它特别要求任何逮捕或者监禁决定在国内法上都具有合法性基础（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 90，以及其他的引用文献）。 [95]

但仅仅符合国内法的事实，还不足以完全满足合法性原则的一般要求。任何剥夺自由的情况都需要与《欧洲人权公约》第5条第1款的目的相一致，即保护个人免受任意裁判之害（参见欧洲人权法院，2009年7月9日，第11364/03号

判决, *Mooren./Germany*, para. 72, 以及其他引用文献)。相应的, 国内法需要具有特定的“属性”, 尤其是应当“在其适用过程中具有足够的可理解性、精确性以及预见性, 以避免所有任意裁判的风险”(参见欧洲人权法院, 2009年7月9日, 第11364/03号判决, *Mooren./Germany*, para. 76; 欧洲人权法院, 2009年12月17日, 第19359/04号判决, *Mücke./Germany*, para. 90, 以及其他引用文献)。另外, 国内法还需要提供“充足的法律保护”以及“公正与恰当的程序”(欧洲人权法院, 1979年10月24日, 第6301/73号判决, *Winterwerp./Netherlands*, para. 45; 1996年6月25日, 第19776/92号判决, *Amuur./France*, para. 53; 2004年10月5日, 第45508/99号判决, *H.L./United Kingdom*, para. 115) 最后, 如果一种剥夺自由的方式要与《欧洲人权公约》的规定相一致, 在剥夺自由的前因与监禁措施的场所和环境这一后果间, 需要有着一定的联系。因此, 如果要因为某人的精神疾病而剥夺其自由的话, 那么这些剥夺自由的措施应当是在一家医院、诊所或者其他恰当的机构中执行, 这样

【271】 才会从原则上满足《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的“合法”要求(有关这一要求欧洲人权法院的最新判决, 参见2012年4月19日, 第61272/09号判决, *B./Germany*, para. 69, 以及其他引用文献)。

[96]

2)按照上述诸项标准, 《限制人身自由的治疗措施法》第97条第1款第1项中对“精神失常”的立法要求, 没有与《欧洲人权公约》的价值相冲突。在满足该公约的各种法律要求的过程中, (a)尤其没有必要要求精神失常的程度达到《刑法典》第20、21条规定的程度。(b)可预见性的标准已经得到了满足, (c)其他要求也得到了满足。

[97]

(a)(aa)欧洲人权法院1976年7月12日作出的判决已经澄清, 对“精神失常”一词应当作出广义的理解, 其中包括还没有达到精神疾病程度不正常的人格特性。该判决中引用的案件的事实使得人们清楚地看到, 相关的各国法院将涉案当事人定义为不具有刑事责任能力的当事人(参见欧洲人权法院, 1976年7月12日, 第7493/76号判决, *X./Germany*, *Decisions and Reports*, volume 6, pp. 182 and 183), 在其后作出的两个判决中, 欧洲人权法院允许将至少具有部分刑事责任能力的当事人, 根据《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的规定, 置于监禁状态中。虽然其中的一个判决提出, 因为“精神疾病”的存在, 相应的受到质疑的监禁措施是合法的, 但是需要指出的是, 该案件涉及一位受到英国刑事法律管辖的当事人——按照英国刑事法律, 除了谋杀案件, 只区分(完全)责任能力与疯癫状态, 并且只在宣判阶段根据有对主观过错的可能分类结论作出此项区别(参见Albrecht, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass, *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, volume 1 (2007), p. 547), 本案中的当事人被认为具有

刑事责任能力，在被置于监禁状态时已经执行了对其的监禁刑罚（参见欧洲人权法院，2003年2月20日，第50272/99号判决，*Hutchinson Reid./United Kingdom*, paras. 14, 50）。第二个案件同样涉及对一名（只）具有部分刑事责任能力当事人的监禁措施，该当事人同时被判处刑事监禁和限制人身自由的心理治疗措施（参见欧洲人权法院，2004年5月11日，第48865/99号判决，*Morsink./Netherlands*, paras. 9, 62）。 [98]

(bb)在关于预防性监禁措施的判决中，欧洲人权法院没有排除将某些违法当事人置于预防性监禁措施中，依然会满足欧洲人权公约第5条第1款第2句第e项要求的可能性（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 103,）。欧洲人权法院的这种态度非常重要，因为被置于预防性监禁措施中的当事人通常不会具有明显的刑事责任能力被限制的情况。如果涉案当事人因为精神失常现象，导致其刑事责任能力出现了严重受限的情况，那么无论是预防性监禁措施（《刑法典》第66条），还是在精神医院中的限制人身自由的措施（《刑法典》第63条），采取这些措施的前提条件，都将得到满足。如果因为心理上的缺陷会带来从事某些犯罪活动的可能性，相应需要针对这些犯罪活动将当事人置于预防性监禁状态下，那么在心理治疗医院中的限制措施应当是首选（参见联邦最高法院，1997年8月6日，2 StR 1999/97 -, *Neue Zeitschrift für Strafrecht - NStZ* 1998, p. 35 <36>; 联邦最高法院，2002年2月20日，2 StR 486/ 01 - juris, para. 15; 类似地，最高法院提及了预防性监禁措施的最后通牒的性质，2011年9月20日，1 StR 71/11 -, juris, para. 21）。 [99]

【272】

当欧洲人权法院在作出针对预防性监禁措施的一系列判决时，它拒绝接受一项根据《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项提出的理由。当时有观点认为，该条款意义上的精神失常应当至少有导致刑事责任能力受损的情况，但是法院没有将自己的判决建立在该观点的基础上。在一些案件中，欧洲人权法院认为不存在精神失常的情况（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 103），在其他的案件中，法院又对是否存在精神失常现象提出了质疑（参见欧洲人权法院，2011年1月13日，第17792/07号判决，*Kallweit./Germany*, para. 55; 2011年11月24日，第4646/08号判决，*O.H./Germany*, para. 86; 2012年1月19日，第21906/09号判决，*Kronfeldner./Germany*, para. 79）。在作出这些决定的时候，欧洲人权法院遵循了当时德国国内的法律制度中各种区分标准，即区分了因为具有危险性而被置于预防性监禁措施中的违法当事人，与因为具有精神疾病被置于精神病医院中的当事人（参见欧洲人权法院，2011年1月13日，第17792/07号判决，*Kallweit./Germany*, para. 55）。此时，欧洲人权法院将自己的判决建立在德国国内法院作出的各种决定的基础上，在这些

判决中，法院拒绝按照《刑法典》第63条的规定，判决将涉案当事人置于精神病医院中（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, paras. 22, 103; 2011年1月13日，第17792/07号判决，*Kallweit./Germany*, para. 55; 2011年1月13日，第6587/04号判决，*Haidn./Germany*, para. 92, 以及相应的联邦各州的法律规定）。

[100]

【273】 在不会总是对精神失常问题给出最终决定的同时，欧洲人权法院也会考虑到，德国的国内法院无权审核是否存在精神失常现象，而且德国的国内法院也不是将其判决建立在涉案当事人是否具有健全心智这一判断的基础上（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 103; 2011年1月13日，第17792/07号判决，*Kallweit./Germany*, para. 56; 2011年1月13日，第6587/04号判决，*Haidn./Germany*, para. 93; 2011年11月24日，第4646/08号判决，*O.H./Germany*, para. 86; 2012年1月19日，第21906/09号判决，*Kronfeldner./Germany*, para. 79）。在此之外——而且同样与是否存在精神失常的现象无关，同样会发生不具有《欧洲人权公约》第5和第1款第2句第e项规定的理由的情况，因为相应的监禁措施没有在一个适于处置具有精神疾病的当事人的设施中执行（参见欧洲人权法院，2011年1月13日，第17792/07号判决，*Kallweit./Germany*, para. 57; 2011年1月13日，第6587/04号判决，*Haidn./Germany*, para. 94; 2011年11月24日，第4646/08号判决，*O.H./Germany*, paras. 87 et seq.; 2012年1月19日，第21906/09号判决，*Kronfeldner./Germany*, paras. 80 et seq.）

[101]

符合该公约要求的监禁措施需要在剥夺当事人自由的理由、场所和环境间存在相关性。在这一背景下，欧洲人权法院考察了以下事实，即国内法院没有利用法律赋予其的可能性，以在一个精神病医院中执行预防性监禁措施（《刑法典》第67a条第2款）。《刑法典》第67a条第2款暗示可以通过转换成其他措施以更好地实现让当事人康复的目的，在分析这一存在不同的德国国内法律规范时，欧洲人权法院认定，为了满足《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的要求，即使对于那些不想接受治疗但是因为其精神疾病而被剥夺自由的当事人来说，他们也应当被安置在符合其情况的医疗设施中（参见欧洲人权法院，2011年11月24日，第4646/08号判决，*O.H./Germany*, para. 89; 2012年1月19日，第21906/09号判决，*Kronfeldner./Germany*, para. 82）。但是，人们不可以简单地根据某位当事人没有被转移到精神病医院这一事实本身，就得出是否存在精神失常现象的结论。

[102]

(cc)因此，人们在解读欧洲人权法院这些关于预防性监禁措施的判决时，

需要认识到欧洲人权法院会遵循国内法院对于精神失常严重程度的事实认定，【274】而国内法院在作出这些事实认定时，是从这些成员国各自的国内法律制度的规定出发的。在《限制人身自由的治疗措施法》生效实施以前，在判定一名具有危险性的罪犯是否要被置于预防性监禁状态时，只有在需要区分完全刑事责任能力、部分刑事责任能力和无刑事责任能力时，当事人的精神状态才具有相关性（《刑法典》第20条、第21条）。如果罪犯是具有完全刑事责任能力，他/她可以被施加预防性监禁措施，如果不具有完全刑事责任能力，那么他/她就只能被限制于精神病医院中。在判断是否存在精神失常的问题时，欧洲人权法院必须借助于德国法院的认定，而后的认定是建立在前述各种区别的基础上。【103】

但是这些情况的存在并不意味着，各国国内的立法机构不可以修改本国的法律制度，在《限制人身自由的治疗措施法》的问题上就出现了这种修改法律的情况。在制定《限制人身自由的治疗措施法》时，立法机关引入了“精神失常”的判断标准，以作为与刑事责任能力严重受损这一情况不同的“第三条道路”，该标准也成为了将当事人置于以治疗为主要目的的监禁状态下的立法要求。相应的，欧洲人权法院在最近的判决中也不断强调，当各国的国内法院针对那些处于预防性监禁状态下的当事人——因此不属于《刑法典》第63条的适用范围——决定是否要延长其监禁时间时，这些法院不需要决定这些当事人是否存在精神失常的问题。这是《限制人身自由的治疗措施法》发挥作用的地方。这也是精神失常现象的存在第一次成为了立法上规定的，判处采取监禁措施需要满足的前提要求——作为针对会发生的威胁的其他规定的补充，相应地使得法院有义务在独立于《刑法典》第20、21条规定的情况下，审查相应的决定。【104】

(b)欧洲人权法院对于合法剥夺自由的方式，对各国的国内法规定了一些本质属性上的要求，《限制人身自由的治疗措施法》满足了这些要求，尤其是在可预期性方面。欧洲人权法院要求所有的法律都应当足够“精确”，这种要求与国内法上的法律明确性要求没有多少差别（对该问题的讨论，参见本判决接下来的第IV部分）。欧洲人权法院还要求对法律采取“有可预见性”适用方式，它要求受质疑的法律规定应当在相应的时间点是生效的，以避免任何任意裁判的风险（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 90, 以及其他引用文献）。【105】

到目前为止，欧洲人权法院还没有对《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定的可预期性在相应时间方面的要求作出明确的决定。《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定的、针对剥夺自由的具有决定意义时间点，与【275】

《欧洲人权公约》第7条和第5条第1款第2句第a项的规定不同，前者没有涉及因为过去的行为以及随后作出的刑事判决而造成的剥夺自由的情况，相反，只涉及因为当前的状态导致自由被剥夺的问题（此时，精神失常以及对公众的威胁导致了这种状态的产生，参见BVerfGE 128, 326 <398>），其具有决定意义的时间点是发布命令的时间（参见欧洲人权法院，1984年2月23日，第9019/80号判决，*Luberti./Italy*, para. 28; 2019年4月19日，第61272/09号判决，*B./Germany*, para. 68）。

[106]

在这一背景下，本审判庭没忽视在穆克诉德国判决以及与《欧洲人权公约》第5条第1款相关时，欧洲人权法院在可预期性问题上以比较宽泛的方式表达了它的“重大疑问”。在判断犯罪发生的相应时间点问题上，欧洲人权法院也表达了这一想法（参见欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，*Mücke./Germany*, para. 104）。但是，欧洲人权法院在该案件中作出的判决，不能被概括为，按照《欧洲人权公约》第5条的要求剥夺自由时，人们需要始终要关注相应的时间点。从系统论的视角出发，这种观点同样会有问题，因为对《欧洲人权公约》第5条第1款整体上的这种概括性看法，最终将意味着，《欧洲人权公约》第7条第1款规定的在刑事案件中禁止溯及既往的特别要求，将适用于《欧洲人权公约》第5条第1款的所有理由。而且这种解释结论将与欧洲人权法院大审判庭的判决立场相一致，在大审判庭看来，可预期性与各种有关重要时间点的规定，是为了防止出现任意裁量的现象，在分析这两者时需要与作出监禁决定的具体原因及其目标结合起来考虑（参见欧洲人权法院判决，2009年7月9日，第11364/03号判决，*Mooren./Germany*, para. 77; 2008年1月29日，第13229/03号判决，*Saadi./United Kingdom*, para. 68）。如果人们认为，根据《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的规定作出的监禁决定，是基于目前的情况而剥夺当事人的自由，旨在保护普通公众（参见欧洲人权法院判决，2000年4月4日，第26629/95号判决，*Litwa./Poland*, para. 60），其主要目的不是为了对过去的行为作出应对，考虑到这些条款的制定目的并且尊重各国的裁量空间，人们需要将监禁决定作出的时间视作具有决定意义的时间点，在尊重绝对禁止溯及既往原则的前提下，不能将该时间视作过去的时间点。

【276】

[107]

(c)《限制人身自由的治疗措施法》同样满足了《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项有关合法监禁措施的要求。存在精神失常现象的判断应当是通过专业评估的方式作出（《限制人身自由的治疗措施法》第9条）。对强制性监禁措施施加的各种限制性规定（《限制人身自由的治疗措施法》第12条第1款）、在延长监禁期限时需要作出新的评估（《限制人身自由的治疗措施法》第12条第2款，并结合该法第9条的相应规定），这些规定都是在保证，只有当

存在精神失常现象时才能延长对自由的剥夺期限。《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项规定了施加强制性监禁措施的必要前提条件，其中不仅当一个人需要心理治病、医学治疗或者其他临床诊治时应当采取这种强制性监禁措施，当该当事人需要监管，以防止其对自身或者其他个人造成伤害时，也需要对该当事人采取此类措施（参见欧洲人权法院，2003年2月20日，第50272/99号判决，*Hutchison Reid./United Kingdom*, para. 52）。通过与《基本法》相一致的方式解释，《限制人身自由的治疗措施法》要求的是最严重的犯罪或者性侵活动，这些活动有很大的风险即将发生，相应地会实质性地干涉第三方的高位阶合法利益。对适当机构的描述（《限制人身自由的治疗措施法》第2条）保证了剥夺自由的原因与采取监禁措施的地点与环境之间存在联系，而这种联系是《欧洲人权公约》所要求的。最后，为了保护审判的公正性，涉案当事人必须获得律师以协助其诉讼（《限制人身自由的治疗措施法》第7条），该当事人应当能以亲身参与的方式获得单独审判（《限制人身自由的治疗措施法》第8条第2款）。地区法院（《限制人身自由的治疗措施法》第4条，“州法院”）以判决的方式作出监禁决定（《限制人身自由的治疗措施法》第10条，“决定”），可以通过诉愿的方式置疑该决定（《限制人身自由的治疗措施法》第1条，“诉愿”）。

[108]

IV.

考虑到保护正当预期的需要，对法律的解释需要与《基本法》相一致（见前文的相关论述），此时按照《限制人身自由的治疗措施法》作出的监禁决定，不会因为《基本法》第2条第2款第2句并结合第104条第1款的规定，出现因为其他原因干涉了自由权的情况；特别需要指出的时，法律明确性的要求也获得了满足。

[109]

(1)《基本法》第103条第2款不适用于限制人身自由的治疗措施，因为就像预防性监禁措施一样，此类监禁措施不构成《基本法》第103条第2款意义上的刑罚措施（参见BVerfGE 109, 133 <187, 188>; 128, 326 <376, 377, 392, 393>; 所有这些判决都涉及预防性监禁措施）。按照《基本法》第103条第2款作出的刑罚决定，都要求被施加的负担来自于对某种具有可谴责性的行为的反对态度，该负担的设定目标（至少在一定程度上）具有补偿刑事过错的目的在内（BVerfGE 109, 133 <172 et seq.>; 128, 326 <376, 377, 392, 393>）。但是限制人身自由的治疗措施，其目的完全是为了在将来保护社会及其成员，免受特定个人的行为侵犯，后者因为其过去的行为被认定具有高度的危险性。[110]

在我们目前处理的案件中，有关法律明确性的标准规定在了《基本法》第

【277】 104条第1款第1句中。该条款要求立法机关需要在允许剥夺自由的案件中，明确说明剥夺自由的条件。对自由的剥夺应当是以可预期、可评估且可被审查的方式作出。从这一方面说，《基本法》第104条第1款第1句具体展开了法治原则规定的法律明确性要求（参见BVerfGE 29, 183 <195, 196>; 76, 363 <387>; 109, 133 <188>）。对基本权利的干涉越严重、法律条款规定的后果越严重，立法机关设定的要求就应当越明确（参见BVerfGE 86, 288 <311>; 93, 213 <238>; 109, 133 <188>，以及其他引用文献）。因为以预防性的方式剥夺当事人自由，该措施对《基本法》第2条第2款第2句规定的基本权利的干涉程度，就像刑事监禁一样严厉，所以《基本法》第104条第1款在法律明确性方面，作出了《基本法》第103条第2款一样的要求（BVerfGE 29, 183 <196>; 78, 374 <383>; 96, 68 <97>; 131, 268 <306>）。 [111]

法律明确性原则不排除使用一些需要进一步澄清的术语（参见BVerfGE 11, 234 <237>; 28, 175 <183>; 48, 48 <56>; 92, 1 <12>; 126, 170 <196>）。立法机关需要始终处于可以掌握生活中的多样性的位置上（有关《基本法》第103条第2款的判决，可以参见BVerfGE 28, 175 <183>; 47, 109 <120, 121>, 126, 170 <195>）。对特定条款的明确性程度无法以一种抽象概括的方式来定义，特定条款的明确性取决于特定的事实背景，其中包括导致相应的立法规定被适用的具体环境（BVerfGE 28, 175 <183>; 86, 288 <311>; 126, 170 <196>）。如果在解释适用相应法律规定的过程中，可以借助通常的解释方法，尤其是引用相同法律的其他条款、考虑相应条款的立法背景、既有判例法的结论，就可以获得可靠的规范基础的话，那么人们就不用担心使用含糊法律术语会带来什么问题（BVerfGE 45, 363 <371, 372>; 86, 288 <311>）。另外，通过尽可能好地解释相应的法律条款，使得这些条款更加精确和具体，相应地排除在法律适用范围问题上的各种不明确现象，这也是法院的责任（参见BVerfGE 126, 170 <198>判决中有关《基本法》第103条第2款对法院规定了明确化法律规定的义务的意见）。 [112]

(2)从这些标准出发判断，对于《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款人们不需要抱有这些担忧。《限制人身自由的治疗措施法》的立法解释备忘录中提供了各种线索（参见BTDrucks 17/3403, pp. 53, 54），提到了按照《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项规定背景发展出来各种要求、当代心理学的各种诊断分类标准的用语，基于这些解释线索，看起来有些含糊的法律术语“精神失常”（参见BVerfG, order of the Third Chamber of the Second Senate of 15 September 2011 - 2 BvR 1516/11 -, juris, para. 39），已经——同时借助于其他法律标准——明确到了可以清楚地解释其内容、满足法律明确性

要求的程度。

[113]

a) aa)即使没有最终的明确定义，欧洲人权法院针对《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的判例法，也已经确定了一种限制性的解释方法，使得对“精神失常”的判定至少需要满足一些本质属性上的要求。这些要求包括需要有客观的医学判断意见、确定相关当事人存在着“真实的精神失常”现象，这种现象的“种类或者程度”要求在机构中开展非自愿的治疗，这些治疗的目的或是为了该当事人、或是为了公共利益的需要。对自由的剥夺时间必须取决于此种失常现象的持续存在，相应的限制自由的措施——按照作出该措施的理由——应当是在一所精神病医院或者机构中执行（参见欧洲人权法院，1979年10月24日，第6301/73号判决，*Winterwerp./Netherlands*, paras. 37 et seq.; 以及欧洲人权法院其他的判例法）。在一些程序化的要求之外，例如相应的诊断应当是建立在客观医学意见的基础上，还存在着实体性的要求，即应当存在着“真实”的精神失常现象，并且基于这种失常现象的表现形式，需要采取强制监禁的手段。因此，《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项与《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款一样（关于该问题，参见下文(b)节以下对此的讨论），将精神失常与采取的监禁措施的目的联系在了一起，并对精神失常的严重程度作出了相应的规定（参见Schöch, GA 2012, p. 14 <28>; Meyer-Ladewig, ECHR, 3rd ed. 2011, Art. 5 para. 45），因为精神失常现象的存在需要反映在剥夺自由的理由中。为了满足该目的，相应的监禁措施也必须发生在一些恰当的机构中，这一事实再次证实以上的立法考虑。

【278】

[114]

bb)另外，在决定是否存在着精神失常现象时，该立法解释备忘录采用了ICD-10（世界卫生组织：《疾病与相关健康问题统计分类》（第10版），第5章）、DSM-IV（《美国心理学协会精神失常诊断与统计手册》第4版）这两个标准，这两个标准在心理学领域都获得了认可（参见BTDrucks 17/3403, p. 54）。

[115]

1)按照DSM-IV的标准，只要有反复违反规则和个人行为方面的问题，即使没有精神病方面的症状，就可以诊断认定存在着“反社会的人格失常现象”。针对这种诊断标准是存在着争议的，在现实中也存在着批评意见（参见statement of the DGPPN of 6 March 2012, p. 4）。针对这些批评意见，本院指出，至少按照《限制人身自由的治疗措施法》的立法解释备忘录（BTDrucks 17/3403, p. 54），并借鉴同样是人为创造的ICD-10的分类体系，人们无法怀疑说，仅仅存在社会反常或者社会冲突行为还不足以认定《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款意义上的精神失常现象存在。

[116]

2)涉案当事人存在着主观上的焦虑情况，这是否是按照《限制人身自由的

治疗措施法》第1条第1款的规定采取监禁措施前提条件，通过普通的法律解释方法就可以回答该问题。针对该问题存在的各种不同意见，也不会对该条款带来明确性不够的问题。

[117]

.....

[118]

至于主观上焦虑状况与精神上的失常现象之间，在实证研究中存在着心理学上的关联性，但是在概念上两者是不相关的。虽然有观点认为，感到痛苦的情况通常或者总是表明存在精神失常现象的证据（参见Merkel, *Betrifft Justiz* 2011, p. 202 <205>; Morgenstern, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik - ZIS* 2011, p. 974 <977>），但是同样有观点承认，换个说法，只要是存在着客观上的重要功能受限的情况就够了（Mahler/Pfäfflin, *Recht und Psychiatrie - R&P* 2012, p. 130 <131>; 或许还可以参见Morgenstern, *ZIS* 2011, p. 974 <978>）。相应的，虽然主观上的焦虑状态是精神失常现象比较常见或者典型的副作用，但是前者不是定义后者存在的前提条件。为了体现这种看法的要求，ICD-10标准中关于人格和行为失常部分的前言（F60-F69）提到，这些失常现象经常——因此不是总是——与不同程度的个人焦虑或者社会功能受损现象联系在一起（参见：*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems of the WHO, 10th revision, version 2013, chapter V, personality and behavioural disorders (F60-F69)*, p. 297）。

[119]

此外，虽然《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款有关精神失常的概念是根据心理学领域中的诊断分类标准制度构造的，但是在解释一个法律概念时不能无视相关法律条款的制定目的。法学视角与医学视角不同的，后者将焦虑现象视作治疗干涉的动因（参见Kröber, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie - FPPK* 2012 p. 60 <61>）。按照《欧洲人权公约》第5条第1款第2句第e项的要求，《限制人身自由的治疗措施法》的目的是为了尽可能有效地保护公众，免受有精神疾病的当事人的暴力犯罪或者性侵的危害，不会因此承受合法利益严重受损的情况（参见BTDrucks 17/3403, p. 53）。如果人们将关注点聚焦在个人的主观焦虑状态上，相应地，当涉及的当事人从其主观感受出发，认为自己不存在着心理上的不正常状况——正是这种情况的存在才会使得他们从事一些严重的暴力和 / 或者性侵活动——相应地就排除将其监禁的可能，当这种情况发生时，就会与立法理念相冲突的情况（Merkel, *Betrifft Justiz* 2011, p. 202 <206>）。

[120]

《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项规定，只有在当事人“受到精神失常折磨”时才可以发布对其的监禁命令，该条款的用语也不会赞同上述的不恰当解释结论。“受到……折磨”一词可以只是对该词语的使用者

来说具有负面评价含义，但是对于被描述的当事人来说却不一定如此（参见 Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5th ed. 2003, p. 1008）。[……]而且该词语通常是使用在个人化，尤其是具有医学含义的语境中，与涉及的当事人的主观感觉无关，相应地也不需要对该当事人的主观感觉作出判断（例如参见《医疗制品法》第21条第2款第6项）。《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项正是以此种方式使用该词语的一个例子（另可参见 Nußstein, Strafverteidiger - StV 2011, p. 633 <634>）。

[121]

b)在需要存在精神失常现象这一前提之外，该法同样要求在精神失常现象与相应的威胁之间存在着因果联系，这一事实的存在，也限制了采取限制人身自由的治疗措施的可能性。按照《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款第1项的规定，如果一名当事人存在着精神失常现象，在从整体上评估了其个人情况、过去的生活经历和目前的生活状况之后，其被认定作为这种精神失常现象的结果，很有可能会对他人的生命、身体完整、个人自由或者性自决权造成显著的伤害，此时，相应有权的法院可以发布命令监禁该当事人。在解释这种因果关系时，该法的立法解释备忘录评论说，要求对未来的危险性作出事先预估的规定也在要求存在很大的产生此种危险的可能性，这些规定的存在，使得只有当这种失常现象很有可能会对第三方的合法利益造成相当严重的威胁时，才会让监禁措施成为一种选项（参见 BTDrucks 17/3403, p. 54）。当《欧洲人权公约》规定，失常的类型与程度必须能够为非自愿的监禁措施提供理由时，这种因果关系规定满足了公约的这种法律要求（参见欧洲人权法院，2019年4月19日，第61272/09号判决，*B././Germany*, para. 69, 以及其他的引用文献；再参见欧洲人权法院长期以来的判例法）。

【280】

[122]

根据实践中的各种诊断手册，“精神失常”一词涵盖了多种多样的失常现象，这些不同的失常现象会有不同的后果，这种具有多样性的规定就会使得一些很少会造成威胁的人也被纳入到考虑范围，更不用说那些会造成实质威胁的人。但是这种情况的存在也不会带来什么问题。该条款的规定包含了精神失常的内容，但是这种规定事实的存在不会带来污名化的后果，使得承受精神失常之苦的当事人自动具有危险性，相应的就会被处以监禁的决定。相反，当该条款进一步规定了会导致特定级别危险性的精神失常现象存在时，这种规定方式就在暗示，相应的威胁不应当被认为与特定的精神失常现象有自动关联性。通过要求精神失常现象与进一步的危险性间存在着因果关系，立法机关满足了《欧洲人权公约》规定，即要求在失常的类型与程度能够为非自愿的监禁措施提供理由（参见欧洲人权法院，2019年4月19日，第61272/09号判决，*B././Germany*, para. 69, 以及其他的引用文献；再参见欧洲人权法院长期以来的判

例法)。

[123]

c)在此基础上，对限制人身自由的治疗措施各种形式上的要求，也进一步限制了该具有干涉性的条款的适用范围，而且前者是具有足够的明确性的。这种情况尤其适用于对《刑法典》第66条第3款列举的各种罪行的定罪要求。按照立法解释备忘录的内容，该条款规定的各种罪行是肯定不需要属于适用预防性监禁措施的违法行为（参见BTDrucks 17/3403, p. 53）。这种情况也同样适用于过去的预防性监禁措施。

[124]

最后，《限制人身自由的治疗措施法》也满足了对预告性判决在法律明确性上的各种特别要求。如果被审查的是对自由预防性的剥夺措施，此时人们就会要求立法机关不仅要从立法上规定监管措施的各种要求，还需要在考虑到作出预告时存在的不可预期性时，决定这些预告性判决在多长的时间内能够有效、何时需要重新评估这些判决（参见BVerfGE 109, 133 <188>）。在《限制人身自由的治疗措施法》第12条第1款中，立法机关将预告性判决的有效期限限制在不超过18个月，在《限制人身自由的治疗措施法》第12条第2款第1句中，立法机关宣布，适用于第一次监禁判决的法律条款，也在（根据医学评估的结果作出相应调整后）延长该判决后继续适用（《限制人身自由的治疗措施法》第12条第2款第2至4句）。

[125]

V.

【281】对于适用于本案的版本，《限制人身自由的治疗措施法》没有违反《基本法》和19条第1款第1句的禁止性规定，即法律不得只适用于个别案件。

[126]

(1)在《基本法》第19条第1款在本案可以适用的范围内（关于该条款的适用范围问题，参见BVerfGE 24, 367 <396>; 83, 130 <154>; 95, 1 <17>），禁止法律以非普遍适用、只适用于个案的方式限制基本权利。当一部法律因为其概括性的规定内容，使得人们无法确定该条款可以适用多少案件、哪些案件，那么这些的法律就满足了“普遍性的”要求（BVerfGE 121, 30 <49>，以及其他引用文献）。

[127]

但是这种《基本法》的规定，没有排除相应的法律在实践中只适用于唯一一件案件情况的发生，如果事实表明，在法律规定的案件类型上只存在着一个案件，而且客观上的确有理由要去规制该个别案件的话（参见BVerfGE 25, 371 <399>; 85, 360 <374>）。《基本法》第19条第1款第1句最终包含着对平等这一普遍性原则的具体化要求（参见BVerfGE 25, 371 <399>; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12th ed. 2012, Art. 19 para. 2; Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, 2nd ed. 2004, volume I, Art. 19 I para. 16（“强化还是具体化”）；Hufeld, in: Bonner Kommentar, Art. 19 sec. 1 sentence 1 para. 8 (156th shipment 2012)（“强

化”))，《基本法》的这一条款禁止立法机关从一些类似的案件中挑选出个别案件，然后针对该案件作出规定，结果使得该案件成为例外情况（参见BverfGE 25, 371 <399>; 85, 360 <374>）。禁止法律针对个案作出规定的要求，其目的是为了保证平等。如果人们将对于法律规定的这种禁令解读成，将对具体个案的决定权保留给行政机关，将作出普通抽象规定的权力保留给立法机关，那么该禁令同样起到了保障分权原则的作用（参见Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 6th ed. 2011, Art. 19 para. 20）。此时，分权原则尤其发挥出了其保护平等的功能。 [128]

从《基本法》第19条第1款第1句的制定目的出发，如果具有充足的理由，法律还是可以适用于个别个案，因为如果没有这些限制性规定，那么《基本法》的这一条款就有可能与其他宪法原则相冲突。因为立法机关只能以正式法律的形式立法，《基本法》第19条第1款第1句的要求，尤其适用于法律保留（Vorbehalt des Gesetzes）和议会保留（Parlamentarvorbehalt）这两条原则，后两者来自于《基本法》第20条第1款和第2款规定的民主原则，以及第20条第3款的法治原则（参见Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 sec. 1 para. 15 (66th shipment 2012); Krebs, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, 6th ed. 2012, Art. 19 paras. 8 et seq.）。解决这些宪法原则之间的紧张关系是立法机关的任务。正是有这种例如规定情况的存在，当某种个别事件需要立法规定的时候，政府机关不会处于只得无所作为的境地。 [129]

(2)按照以上标准，《限制人身自由的治疗措施法》并未违反《基本法》第19条第1款第1句。 [130]

在用语上，《限制人身自由的治疗措施法》行文抽象，因而满足《基本法》第19条第1款第1句的普遍性要求。该法的适用范围的确只是限制在了一个非常紧密的小圈子群体上，因为从一开始，该法影响到的，就是一些处于预防性监禁措施中的当事人，这些当事人因为欧洲人权法院2009年12月17日的判决，需要被从预防性监禁措施中释放，或者已经被释放（参见BTDrucks 17/3403, p. 19）。但是这种抽象性的限制没有以个别化的方式针对受到影响的当事人。在该法还处于立法进程中时，立法机关不知道当时受到《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款影响的当事人的具体数量。而且立法机关也不知道究竟有哪些具体的个人会被影响。在那以后，普通法院从没有澄清过，如何在国内法的语境下（参见联邦最高法院，2010年5月12日，4 StR 577/09 -, juris; 与此形成对照的另一判决，见联邦最高法院，2010年7月21日，5 StR 60/10 -, BGHSt 55, 234）考虑欧洲人权法院的判决（欧洲人权法院，2009年12月17日，第19359/04号判决，Mücke./Germany），也没有决定过，出于保护合理预期的 [282]

目的，哪些处于预防性监禁措施中的群体将被停止他们的监禁状态，相应地对其适用《限制人身自由的治疗措施法》。另外，《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款也没有建立一种自动释放机制，使得那些还处于预防性监禁状态且被认为具有危险性的当事人，可以根据欧洲人权法院2009年12月17日的判决，被释放或将被释放，并转换到限制人身自由的治疗状态中。 [131]

VI.

被宪法诉愿人提出质疑的普通法院的判决，不符合《基本法》对于适用《限制人身自由的治疗措施法》提出的要求。该判决侵犯了《基本法》第2条第2款第2句以及第20条第3款赋予诉愿人的基本权利，因为普通法院没有将其判决建立在宪法规定的比例原则的各种标准的基础上。在决定是否存在着侵犯基本权利的现象时，起决定作用的是当联邦宪法法院作出判决时，受到质疑的普通法院的判决中是否存在着客观上的违宪性的问题，而且仅仅是这种违宪性的存在就够了；这些普通法院本身是否可以被指责存在侵犯基本权利的情况并不重要（参见BVerfGE 128, 326 <407, 408>）。 [132]

(1) a)2011年9月30日，萨尔州高等地区法院作出在本院第2 BvR 2302/11号诉讼程序中受到质疑的判决。该判决不满足保护正当预期的要求。 [133]

在引用了相应的法律规定后，作为审查标准并听取了专家意见，高等地区法院评估了是否存在着“发生其他严重的（性）侵犯行为的可能”，并且提到了在欧洲人权法院2011年5月4日的判决中涉及的“对危险性判断的更高标准”。这种更高标准要求有极高的风险，会出现最严重的暴力犯罪或者性侵权行为，但是法院没有适用这部分更高标准（参见BVerfGE 128, 326 <332>）。相反，高等地区法院只提到了“严重的（性）侵权行为”。联邦宪法法院对于溯及既往的判决或者延长预防性监禁措施的决定规定了非常严格的标准，但是从高等地区法院的表述来看，人们也无法认为该法院适用了这些严格标准。尤其值得注意的是，当人们说道“人们必须假定，对于已经发生的整体类别上的行为，有很高的可能会重新出现违法活动”。这种“整体类别”不是只包括那些“最严重”的暴力犯罪活动或者性侵犯活动。 [134]

b)萨尔布吕肯地区法院2011年9月2日的判决作出在本宪法诉愿之前，该判决也没有使用从保护正当预期推导出来的各种标准。相反，按照在本案中提交的专家意见，该院将自己的判决建立在其判断的基础上，即“涉及的当事人还有以从事最严重的暴力犯罪以及 / 或者性侵犯行为继续造成风险的情况，此类行为规定在《刑法典》第66条第3款第1句中”，但是在作出该判断时，该院没有说明其选择此项审查标准的理由。这种情况的存在，就使得该判决没有满足相应的宪法要求，因为《刑法典》第66条第3款第1句中提到的各种（宽泛）的

犯罪行为类型，不是都属于最严重的暴力犯罪或者性侵犯行为这一行为类别，而且从事此类犯罪行为的可能性也没有被讨论。 [135]

(2) a) 萨尔高等地区法院在2012年5月14日作出的判决，在本院第2 BvR 1279/12号程序中受到了质疑，该判决分析了相应的医学评估的结论，它宣布使用联邦宪政法院在关于延长有效性判决中提出的标准以外的其他标准，并针对本案的事实适用了相关法律，综合考虑这些因素后，本院无法确定该高等地区法院是否适用了比例原则，而在采取限制人身自由的治疗措施时是需要适用该原则的。按照《限制人身自由的治疗措施法》第1条第1款的用语，该高等地区法院提出，《限制人身自由的治疗措施法》中提出的“很高的可能性”，与“有很高从事最严重暴力犯罪或者性侵犯行为的风险”含义不同，后者是在溯及既往的判决或者延长预防性监禁措施中需要满足的要求。 [136]

目前本院不需要解决，该高等地区法院关于可能性的恰当标准，在何种程度上从本质上说与宪法要求相一致，因为该高等地区法院的标准从宪法出发来看没有什么可反驳之处。按照该标准，在决定是否满足了被要求的标准时没有什么固定的比例；相反，人们应当考虑的是将会发生的违法活动的重要性。两者之间联系的存在原因，是涉案当事人的正当预期需要获得保护，前述各种严格要求就是对这种保护承认的体现。在适用比例原则标准时，这种正当预期需要获得考虑，并与普通公众的安全利益进行平衡。确定公众利益的重要性时，有两条起决定作用的标准——被预期的违法活动的严重性、这些违法活动将实际发生的可能性。相应的，在判断普通公众利益的重要性时，在比较严格的限制范围内，一个不大被关注的标准可能会被另一条受到更多关注的标准抵销。在这一背景下，如果违法行为没有达到“最严重的暴力犯罪或者性侵犯行为”的程度，那么这种违法行为就不能被纳入到考虑范围。按照上述规范意义上的联系，在确定存在着“高风险”时，这种风险程度可以在同一类违法活动中表现出程度上的不同，但是对于那些最严重的暴力犯罪或者性侵犯行为，也始终会要求这些行为会有实质发生的显著可能性。 [137]

受到质疑的萨尔州高等地区法院的判决不满足这些宪法要求，因为该判决没有说明其作出预期的标准，只是提到了“最严重的暴力犯罪或性侵犯行为”，并在本案背景中只考虑了后者。无论是在本案诉讼程序开始前还是在诉讼过程中作出的医学评估，在对相应可能性的评估中，都没有提及“最严重的暴力犯罪或性侵犯行为”；相反，提及的都是“针对女性的暴力违法活动”、“进一步的性侵犯或者暴力违法活动”、“属于相同普通类别的犯罪”、“进一步的犯罪”或者“突发的具有攻击性的行为”这些更概括的行为种类。这些用语描述违法行为类型，会将一些不属于“最严重的暴力犯罪或者性侵犯行为”的违法

【284】

行为类别包含在内。该高等地区法院认为，有“很高的可能”会发生“最严重的罪行”，但是其引用的医学评估报告却没有为法院的这一结论提供基础，因而仅仅有这一结论是不够的。在这种情况下，人们尤其不能只是引用过去发生的违法活动。虽然在过去发生的各种违法行为中，无疑有一些属于“最严重”的类型，但是该高等地区法院没有具体指出，哪些违法行为属于“最严重”的犯罪类型，再从事此类活动的具体可能性有多高，而这些都是需要在个案中被分析的。

[138]

b)萨尔布吕肯地区法院此前在2012年2月17日作出的判决，同样违反了《基本法》第2条第2款第2句与第20条第3款的共同要求，因为该判决同样没有建立在宪法规定的各种标准的基础上。相反，在作出实体判断时，该判决（只）提到了“严重”的暴力犯罪，并且在涉及正当期待的问题时，明确拒绝适用规定预防性监禁措施的相关法律中更明确的标准。

[139]

(3)此外，在本案中没有必要决定，受质疑的判决是否违反了《基本法》第2条第2款第3句与第104条第1款的共同要求。因为在诉愿人的案件中，《限制人身自由的治疗措施法》的适用方式，即使是以解释的方式，也没有对该诉愿人的预防性监禁判决给出最后的决定；相应的，该诉愿人也还没有处于预防性监禁状态。针对该当事人执行监禁决定的法律基础，是《刑事诉讼法典》第275a条第5款（未修订的版本）规定的暂时监禁措施。因为前述存在的违反《基本法》第2条第2款第2句以及第20条第3款的情况存在，在本案中受质疑的判决已经违宪了。

[140]

(4)根据《联邦宪政法院法》第95条第1款，有充足的理由宣布本案中受质疑的判决是违宪的。由于本判决不再是目前执行的监禁措施的理由，对诉愿人也没有影响，因而没有必要撤销受质疑的判决（参见BVerfG, order of the Third Chamber of the Second Senate of 17 April 2012 - 2 BvR 1762/10 -, juris, para. 18）。

[141]

四、平等与反歧视——《基本法》第3条

“禁止夜间雇用案”

BVerfGE 85, 191

1. 译者注解

性别歧视是本案中的议题。在该案中，申请人控诉一项禁止在晚上10点至早上6点之间雇用女性的立法。该立法的目标和目的是保护女性免受夜间工作之害，因为工作且往往照顾家务和家庭这一实际现实，使得妇女特别容易受到与夜间工作相关的健康风险的影响。第3.1条规定，法律面前人人平等。这在本质上意味着，两个对照群体（如男性和女性）之间的区分需要一个合理的正当理由。本案中讨论的立法区分了女性工人（workers）和女性受薪雇员（salaried employees），只有前者被禁止在夜间工作。这两个对照群体是工人和办公室雇员，但是没有合理的论证为区分这两个群体提供正当理由。【285】

第3.2条使政府有责任去主动提升性别平等。

第3.3条禁止基于明确列出的一些理由进行歧视，性别就是其中之一。本院已将这项规定解释为超越了第3.1条，并且原则上禁止任何基于第3.3条列出的特征对人们进行的区别对待。然而，第3.3条并不绝对禁止在性别之间的区分。如果一项区分设法解决一个与性别有内在关联的问题，以及如果这项区别对待是解决该问题所绝对必需的，那么这项区别对待仍然是可接受的。例如，怀孕期间的保护措施无疑就是这种情况。另一方面，禁止夜间工作明显通不过这一门槛。在夜间工作给男性和女性造成同样的健康风险，并且没有令人信服的理由仅将女性排除在夜间工作之外并因此剥夺她们的工作机会。

2. 判决概要

(1)根据《基本法》第100.1条第1句，如果一项法律与欧洲共同体法律冲突，那么它不得被用作一项判决的基础。

(2)只有在解决那些因其性质只发生在男性或女性身上的问题所绝对必要时，基于性别的不平等对待才符合《基本法》第3.3条。【286】

(3)《基本法》第3.2条超越了《基本法》第3.3条禁止歧视的范围，其规制意义在于，它确立了一项平等原则，并且要将其转变为社会现实。

(4)相较于男性钟点工雇员（hourly employees）和女性受薪雇员，根据《工作时间条例》第19条对夜间雇用的禁止歧视女性钟点工雇员；因此，它违反了《基本法》第3.1和3.2条。

1992年1月28日第二庭根据1991年10月1日的口头听证作出的判决，1 BvL 1025/82, 1 BvL 16/83 and 10/91.

3.案件事实

最近由1975年3月10日的法案（Federal Law Gazette I, p. 685）修正的1938年《工作时间条例》第19.1条，（除其他外）禁止晚上8点至早上6点之间的夜间有偿雇用。一系列经济部门特别是农业和林业部门，豁免于这项规定。《工作时间条例》第19.2条包含针对多班制企业的一些特别规定；《工作时间条例》第19.3条规定了更多禁止夜间雇用的一般例外，例如在运输企业和饮食服务机构。

申诉人以管理人员的身份受雇于一家烘焙食品工厂，她因在她的企业里夜间有偿雇用他人而被罚款。

应她的宪法诉愿，联邦宪政法院撤销了确认这项罚款的法院判决，并且发现《工作时间条例》第19.1条不符合《基本法》第3.1条和第3条。

4.判决理由选译

.....

B.

II.

宪法诉愿可予接受。

根据这项宪法诉愿的提交，她的基本权利可能受到了侵犯。这项仅适用于有偿雇员的夜间雇用禁令肯定不是歧视她本人。因此，问题不是她基于《基本法》第3条的基本权利受到了侵犯。然而，如果相较于其他雇员，《工作时间条例》第19.1条规定的夜间雇用禁令在没有充分理由的情况下歧视了有偿雇员，因而违反了《基本法》第3.1条和第3条，那么她的一般行为自由这一基本权利就可能受到了侵犯。无论如何，如果一项规定强制一位公民以歧视的方式对待他人，那么这项规定就直接违背了这个人的一般行为自由。由于BVerfGE 77, 84 (101)这项判决另有结论，它不能被依赖。

C.

【287】 这项宪法诉愿成立。受到挑战的这些判决是根据《工作时间条例》第19.1条禁止夜间有偿雇用的规定而作出的。然而，这项禁止并不符合《基本法》第3.1条及第3条。在此违宪的基础上处罚款，侵犯了申诉人的一般行动自由这一基本权利（《基本法》第2.1条）。

I.

禁止女性钟点工雇员在夜间受雇（《工作时间条例》第19.1条第1项）违反《基本法》第3.3条。

(1)根据《基本法》的这条规定，任何人都不得基于性别受到歧视或享有特权。它通过缩小立法机关享有的行动自由，加强了《基本法》第3.1条规定的平等的一般原则。与第3款提到的其他属性一样，性别在原则上不得作为法律上不平等对待的基础。当一项规定并非意在制造《基本法》第3.3条所禁止的那种不平等对待的效果，而是追求其他目标时，上述原则同样适用（BVerfGE 75, 40 [70]的阐述）。

关于一个法律条款是否错误地基于性别歧视妇女，《基本法》第3.2条并没有更详尽或更具体的要求。《基本法》第3.2条超越了《基本法》第3.3条禁止歧视的范围，其规制意义在于，它确立了一项平等原则，并且要将其转变为社会现实。“男女应享有平等权利”这句话的目的，不仅是为了废除那些基于与性别相关的属性歧视或偏袒个人的法律，而且也是为了在未来实现两性的平等权利（参见BVerfGE 15, 337 [345]; 48, 327 [340]; 57, 335 [345, 346]）。

它旨在实现生活条件的平等，例如女性必须拥有与男性同样的就业机会（见BVerfGE 6, 55 [82]）。

那些导致女性承受更大负担或其他劣势的传统角色模式，不得通过政府的措施而得到加强（参见BVerfGE 15, 337 [345]; 52, 369 [376, 377]; 57, 335 [344]）。由于体现在《基本法》第3.2条中的平等权利原则，女性通常经历的实际劣势可以通过法律上的优惠待遇而得到弥补（BVerfGE 74, 163 [180]）。

眼前的这个案件不涉及条件的平等化，而是涉及消除法律上现有的不平等对待。《工作时间条例》第19.1条“因为”她们的性别而不平等对待受雇者。这一规定诚然是向雇主提出的。然而，禁止夜间工作的作用直接影响到受雇者。不像男性雇员，她们被剥夺了夜间工作的可能性。这构成了源头上与她们的性别归属有关的法律上的不平等对待。

【288】

(2)然而，并非每一种基于性别的不平等对待的情形都违反《基本法》第3.3条。相反，如果制造区别的法律规定是解决那些在性质上只发生在男性或女性身上的问题所迫切需要的，它们可能就是可允许的。这里不涉及这种情形。

a)夜间雇用禁令背后的最初假定是，与男性雇员相比，女性钟点工雇员因其体质原因受夜间工作的危害更大，但是职业医学领域的研究尚未对这一假定提供可靠的基础。夜间雇用原则上对所有人有害。

.....

女性体质中所固有的特有健康风险未得到充分肯定的承认。

b)在调查所显示的范围内，女性更多受到夜间雇用的不利影响，这通常是由于额外的家务与照顾孩子的负担。

.....

这不能用来支持禁止所有女性钟点工雇员夜间受雇的规定，因为家务和照顾孩子的额外负担不是一个充分与性别有关的特征。诚然，对男女角色的传统认识是女性管理家务和照看孩子，而且无可争辩的事实是那种角色经常由女性承担，即便她们像其男性伴侣一样受雇于人。然而，这种双重负担的全部影响仅及于这样的女性，即有孩子需要照顾，并且单身或者有男性伴侣但其伴侣不顾她们夜间工作仍然将照看孩子和从事家务的责任留给她们。它也以同样的方式影响单身男性父亲，在较小程度上也影响那些分担家务和照看孩子的负担的男性和女性。

不论受到影响的人数的准确数量如何，这种社会调查结果不足以使基于性别的不平等对待正当化。不可否认，夜间工作且同时需要照看孩子和管理多人家庭家务的女性和男性钟点工雇员需要受到保护，但是这种需要可以通过将这些状况考虑进去的法律规定而得到更适当的解决。

c)为了支持对夜间雇用的禁止，也有人提出了以下理由，即妇女在夜晚往返于她们的工作场所尤其容易遇到危险。在许多情形中，这无疑是正确的。然而，这也不能证明禁止所有女性钟点工雇员夜间工作是正当的。政府不得通过限制她们的工作自由来阻止她们在夜间离开家而免除自己在公共街道上保护妇女不受人身攻击的责任（类似的判决还有ECJ, EuGRZ 1991, p. 421 [422]）。此外，这项理由也不适用于整个女性钟点工雇员群体，在某种程度上，那将允许歧视所有女性钟点工雇员。例如，为雇员通勤提供公司巴士可以排除过度的危险。

(3)违反禁止性别歧视的规定（《基本法》第3.3条）不能通过《基本法》第3.2条包含的平等权利原则而获得正当性。《工作时间条例》第19.1条对夜间雇用的禁止无助于促进《基本法》第3.2条的目的。它当然保护许多除了负责照看孩子和管理家务之外还要工作的妇女不受夜间雇用的有害影响。然而，这种保护伴随着重大不利因素：妇女在找工作时受到歧视。她们不能接受也会偶尔夜间工作的受雇机会。在一些产业中，这已经导致了女性工人培训和雇用数量的显著减少。此外，女性钟点工雇员还被阻止自由选择她们的工作时间。她们无法挣到与夜间工作有关的补充收入。这可能导致女性继续在工作之余比男性承受更多照看孩子和处理家务的负担，这将加强传统的性别角色的分配。因此，禁止夜间雇用会阻止妇女的社会劣势的缓和。

II.

《工作时间条例》第19.1条也违反了《基本法》第3.1条，因为这项规定在没有充分理由的情况下区别对待女性钟点工雇员和女性受薪雇员。

(1)根据《基本法》第3.1条中平等的一般原则，立法机构不得在缺乏任何具有能够证成某种不平等对待的性质和权重的区别时，在处理不同人群的法律地位时作出区分（参见BVerfGE 55, 72 [88]; 68, 287 [301]; 81, 156 [205]; 81, 228 [236]; 82, 126 [146]）。在夜间雇用方面，区别对待女性钟点工雇员和女性受薪雇员不符合这项标准。

(2)只有与女性钟点工雇员相比，女性受薪雇员更少受到夜间雇用的有害影响时，不平等对待这两个女性雇员群体才能被证明是正当的，但是没有这方面的证据。另外，在职业医学领域的相关调查显示，两个群体同等程度地遭受这种有害影响（参见Rutenfranz, op. cit. p. 31; Rutenfranz/Beermann/Löwenthal, op. cit. p. 59）。至于这是因为伴随技术的进步，女性钟点工雇员和女性受薪雇员的职业活动愈加相似，还是这些职业活动对夜间工作的有害影响根本没有作用，可以不予理会。无论如何，考虑到《基本法》第3.1条规定的平等的一般原则，在保护女性钟点工雇员和女性受薪雇员的需要上，没有证据证明存在任何区别能够独自证成在规制夜间雇用时作出区分。

III.

违反宪法使《工作时间条例》第19.1条第1项不符合《基本法》。这项判决【290】对于上述条款的其余规定（《工作时间条例》第19.1条第2项第2和3分款）也有效。它们是第1段第1项所表达的女性钟点工雇员夜间受雇一般禁止的非独立补充，因此分享它的法律命运。同样的判决适用于《工作时间条例》第25条，因为它包含提及《工作时间条例》第19条的规定。

(1)如果一项法律不符合《基本法》，它必须在原则上被宣告无效（《联邦宪法法院法》第82.1条结合第78.1条）。然而，考虑到立法机关运作的自由度，如果纠正违宪的方式存在几种可能性，我们就会避免宣布法律无效（参见BVerfGE 28, 324 [362]; 52, 369 [379]; 55, 100 [113]; 77, 308 [337]）。这经常发生在违反《基本法》第3条的情形中（参见BVerfGE 22, 349 [361]）。在这种情形中，只有在我们可以确定无疑地认为在无效宣告作出后，立法机关会基于《基本法》第3条选择剩余的法律时，一个条款才必须被宣布无效。在本案中，这就意味着完全放弃对夜间雇用的任何禁止（BVerfGE 27, 391 [399]）。

.....

(3)从这项认定违宪的判决中可以直接推出，违反《工作时间条例》第19条的行为不得被起诉。立法机关必须为保护雇员不受夜间雇用之害制定一条新的

规定。这样的一项规定对于满足基本权利的实质性内容是必要的，尤其是人身完整之权利的实质性内容（《基本法》第2.2条第1句）。政府有一项特别义务去提供与这项基本权利有关的保护（已确立的判例法，见BVerfGE 77, 170 [214]及其中更多文献）。

在履行这项职责时，立法机关当然有广泛的评估、评价和操作空间，这一空间也为考虑相互竞争的公共和私人利益留下了余地。然而，立法机关采取的措施不得完全不适合于确保基本权利的保护（参见BVerfGE 77, 170 [214, 215]）。

保护雇员免受夜间雇用之害的新规定也必须满足这项标准。

我们不能因为夜间雇用通常是基于自愿协议而进行的就认为法律的特别保护就是可有可无的。只有当自由自决的条件存在时，合同法背后的个人自治原则才能提供足够的保护。当相关当事人的地位并非大致平等时，合同法的规定凭自己的力量无法保证公平的利益平衡。当雇用合同终止时，情况通常如此。在这种情况下，《基本法》专门规定基本权利的部分中的那些客观基本决定和社会福利国家的要求，就要由反对社会和经济不平等的法律规定来贯彻（参见BVerfGE 81, 242 [214, 215]）。

“碎石女退休金案”

BVerfGE 87, 1

1. 译者注解

【291】 根据强制性的德国公共养老金计划，退休金取决于参加工作的年数和在那期间的收入水平。那些选择留在家里陪伴孩子的父母——在绝大多数情形中都是母亲——就相应减少了取得在职收入（active income）的年数，并因而领取更低的退休金。这曾被认为是不公平的，并且在1986年立法获得通过，承认在计算退休金时将抚养子女的时间视为在职收入时间。这项福利仅限于1920年以后出生的女性享有。1987年，另一项立法获得通过，其目的在于为1921年之前出生的女性提供类似的福利。由于二战后她们在清理德国城市遭受轰炸后留下的废墟碎石的工作中所发挥的作用，她们通常被作为一个整体称为“碎石女”。“碎石女”的这项福利以不同的方式被计算为一种直接养老津贴，在数额上略少于按照为1920年以后出生的女性选择的计算方式得出的结果，而且只在1987年以后给付。政府以预算限制为由为此辩护。宪政法院认为这种方案原则上符合《基本法》。然而它认为，为减轻在选择抚养子女的妇女和选择创收活动的妇女之间的区别对待所采取的措施不够充分，并且指出，可以在这项制

度内采取措施来减轻这种不平等，例如通过缩减某些养老津贴或者为其附加更严格的条件，例如缩减依然健在的当时没有孩子却居家不外出工作的夫妇的津贴。

这项判决显示了在财政津贴领域适用平等保护 / 反歧视条款的困难。在像养老金福利这样的领域，潜在巨大的财政后果是明显的。宪法法院在这方面一直采取一种谨慎的方法。不给予某些境况（比如本案中的孩子抚养）以任何承认也能创造平等。宪法法院还援引了《基本法》第6.1条的家庭保护保障，来论证必须给予孩子抚养以某些形式的承认。然而，它把以下任务留给了政府，即找到“系统内”的解决方案，该方案不一定增加应给付的津贴总量，而是重新分配可动用的资金。政府起初本来可以避免引入孩子抚养福利，但是它一旦选择那样做，就必须选择一种系统的连贯方案，给予《基本法》第3条的平等条款和第6.1条的家庭保护条款以应有的尊重。

【292】

2. 判决概要

(1) 联邦政府在法定养老金保险事务上承认孩子抚养时间的立法权源自《基本法》第74条第12项。根据《基本法》第74条第7项，联邦政府被授权制定《子女抚养福利法案》。

(2) 《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》和《子女抚养福利法案》虽然在总体上未能平衡子女抚养时间和法定养老保险制度的缴费期限，但是并不违反《基本法》。然而，立法机关必须按照《基本法》第3.1条结合《基本法》第6.1条，在比过去更大的程度上，弥补养老保险制度中的缺陷。该缺陷在于，在因抚养子女应获得的养老金福利方面存在不利对待。

(3) 借助《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》，将在1921年之前出生的母亲排除在法定养老保险制度中规定的因子女抚养时间所获补助的范围之外，符合《基本法》第3.1条。就《基本法》第3.1条来说，在1921年之前出生的母亲因抚养子女而获得福利的权利（虽然只是逐渐增加），以及同时借助《子女抚养福利法案》将父亲排除在有资格领取福利的范围之外，也因一些客观原因而有正当理由。

1992年7月7日第一庭根据1992年4月28日的口头听证作出的判决，1 BvL 51/86, 50/87 and 1 BvL 873/90, 761/91.

3. 案件事实

这项判决涉及几个请求具体司法审查的宪法诉愿和请愿，它们质疑一项法律规定的合宪性，该法律规定规范着法定养老保险制度下对子女抚养时间的承

认。自1957年养老保险改革以来，政府已经根据基于动态收入的退休福利原则，为工薪阶层和受薪雇员提供了法定养老保险，这项保险由人们所称的代际契约提供资金。那意味着养老保险制度的支出原则上由同一日历年的财政收入支付。这些财政收入通过联邦补贴以及被保险人及其雇主基于薪水的缴费获得。因此，在一个特定时段内发放的养老金，是由每个受雇一代通过以预付费的方式在同一时段内缴费来提供的。

【293】 1985年7月11日通过的《寡妇和遗属养老金改革和在法定养老保险制度中承认子女抚养时间的法案》（Federal Law Gazette I, p. 1450）于1986年1月1日开始生效，不仅引入了一项遗属福利方面的根本改革，而且在确定养老福利的领取资格和增加方面承认了子女抚养的年数。在这部法律之下，子女抚养时间影响了工薪阶层和受薪雇员的养老保险制度，因为在子女出生当月结束后的12个自然月被计算为强制保险所覆盖的时间。根据这部规范养老保险的法律，1986年1月1日之前的子女抚养时间也就变得很重要，因为立法机关使子女出生当月结束后抚养子女的12个自然月成为被保险期间的一部分，具有特别地位。这得到了1987年7月12日通过（Federal Law Gazette I, p. 1585）、1987年7月17日开始生效的《法定养老保险制度下1921年之前出生的母亲享有子女抚养福利的法案》的补充。该立法为1921年之前出生的母亲提供了单独的子女抚养津贴，她们常常被称为“碎石女”，不在《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》的覆盖范围之内。根据《子女抚养福利法案》，福利由联邦资金提供，不考虑规范养老保险的立法所规定的前提条件是否得到满足，而且在数额上等同于根据《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》向更年轻的母亲提供的福利。为年纪更大的母亲支付的子女抚养福利自1987年10月1日开始生效，然后每次以一年为单位递增，逐渐扩展到包括1920年之前出生的所有母亲。《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》的上述规定被1992年1月1日生效的《社会法典第六部》连同《德国保险法典》和《受薪雇员保险法案》中的相应规范所取代。

请求具体司法审查的宪法诉愿和几项请愿与《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》和《子女抚养福利法案》的适用期间有关；它们从整体上挑战这项立法对子女抚养时间的承认，因为它未能考虑以下事实：子女抚养代表一种形式的出资，这种出资等同于金钱出资，因为在法定养老保险制度方面，它对于人们所称的代际契约来说很重要。申诉人辩称，无论如何，在法定养老保险制度中，那些出生于1921年之前的母亲的子女抚养时间也应该得到考虑，并且后者至少也应该得到相应的福利。

在这件事上，联邦宪政法院的确发现，在养老制度中，实际上存在立法机

关必须消除的对有子女家庭的歧视；然而，宪法诉愿本身被驳回了，而且联邦宪法法院还发现受到挑战的那些法律规定符合《基本法》。

4. 判决理由选译

.....

C.

II.

《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》和《子女抚养福利法案》虽然在总体上未能平衡子女抚养时间和法定养老保险制度的缴费期限，但是并不违反《基本法》。然而，立法机关必须在比过去更大的程度上，弥补养老保险制度中的缺陷。该缺陷在于，在因抚养子女应获得的养老金福利方面存在不利对待。【294】

(1)不可能从《基本法》第6.1条得出如下推论，即立法机关有责任为子女抚养规定比《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》和《子女抚养福利法案》所规定的更多的退休福利。

《基本法》第6.1条确立了一种自由权，该权利迫使政府避免干涉家庭事务（参见BVerfGE 6, 55 [76]; 80, 81 [92]）。《基本法》第6.1条还包含一种“根本的价值导向的决断”，该决断确立了政府保护和促进家庭发展的责任（已确立的判例法，参见BVerfGE 6, 55 [76]; 82, 60 [81]）。

然而，政府没有义务去补偿影响家庭的每一种负担或者减轻每一个有赡养义务的人的负担（参见BVerfGE 82, 60 [81]及其中更多文献）。

从《基本法》第6.1条同样不可能推论出一种责任，即政府必须在不顾及其他公共利益的情况下促进家庭的发展。政府通过经济福利对家庭的促进取决于在个人能够合理地期望从社会得到什么这一问题上的可行性。立法机关为了公共利益，在其预算之内还必须考虑促进家庭发展之外的其他社会需要，并且那样做时尤其要尊重总体的可行性和公平性。只有当这些原则都被考虑进去了，才有可能确定政府对家庭发展的促进是否明显不适当，并且不再满足《基本法》第6.1条的促进条件（参见BVerfG, op. cit., 8182）。因此，的确有可能从《基本法》第6.1条中的价值导向的决断连同社会福利国家背后的原则中推论出政府补偿家庭负担的一般责任，但是推论不出一个关于此种社会补偿的范围和它必须采取的方式的决定。关于向家庭提供救济的具体法律领域和子系统的具体含义，无法从宪法命令中推论出来。事实上，立法机构在那一方面有“原则上”的操作空间（参见BVerfGE 39, 316 [326]; 82, 60 [81]及其中更多文献）。

(2)此外，无论如何也必须和《基本法》第6.1条一起考虑的《基本法》第3.1条，必须被认为是审查的首要标准。

【295】 a)《基本法》第3.1条规定了所有人在法律面前一律平等。然而，这并不完全阻止立法机关作出区分。的确，平等原则的目的是禁止一部法律在根据某种性质和权重划定一类人和其他人之后，不顾这两类人之间并不存在能够证成不平等对待他们的不同而区别对待他们（BVerfGE 55, 72 [88]）。因此，法律区分也必须得到客观区别的充分支持。这项原则的适用需要比较个人情况，这些个人情况在某些方面是完全相同的，但决不是在所有方面。在这种情况下，以下事项原则上是立法机构的任务，即决定它认为这些属性中的哪些对于规定平等或不平等对待来说是决定性的（参见BVerfGE 83, 395 [401]）。《基本法》第3.1条只禁止立法机构不适当地忽视实际区别的性质和权重。它可以在这些限制范围内自由作出决定。然而，《基本法》的其他条款可能产生更多限制。如果立法机关作出了对家庭不利的区分，那么就有必要将《基本法》第6.1条之下政府向家庭提供的特别保护考虑在内（参见BVerfGE 18, 257 [269]; 67, 186 [195, 196]）。

b)现有的老年保险制度使得那些致力于在家抚养子女的人与通常可以追求工作的无子女人士相比处于劣势。养老金法律的确没有在有家庭的人士和无家庭的人士之间作出任何区分。而且养老福利的支付独立于家庭状况，仅仅取决于之前来自工作收入的缴费情况。这是决定领取养老金资格的因素。离职以及因而未能缴付这种费用的原因不重要。根据养老金法律，因与抚养子女有关的原因而离职的人士与无业人士受到相同的对待。

然而，与可能以其他方式导致失业并因此不能缴费的原因不同，子女抚养对于保护养老金制度的存在来说很重要。因为如果没有后来的一代，表现为代际契约形式的养老保险制度就无法维持。这是将来为现在工作的这代人的养老福利提供资金的一代。如果没有随后的一代，当前这一代诚然已经向养老保险缴交了费用，但是无法期望能从那个保险体系中得到福利。由于养老保险制度的基础雄厚，不是每个孩子最后将成为缴费者这一事实在这个背景下可以忽略不计。

截至目前，养老保险的性质一直如此：它实际上导致了对家庭的歧视，尤其是有几个孩子的家庭。父母一方为了抚养子女而离职的那些家庭，不仅与无孩人士相比获得更少的收入，而且在事实上还必须与几个人共用那项被缩减的收入。当他们的孩子就业后并且通过缴费帮助维持他们的父母这一代人的养老保障时，这些父母自己只能指望得到更低的养老金。

【296】

c)父母一方承担子女抚养责任的家庭受到的歧视，不能通过现有的政府福

利或任何其他方式得到补偿。

在引入养老保险之前，老年供养过去由子女提供，恰恰是强制保险制度导致这种形式的老年供养显著减少。缴交保险费用的义务减少了子女的经济来源。如果不是为了支付强制性缴费，他们本来可以在其父母不再工作时用那些钱供养父母，但是现在政府从他们那里拿走了这些钱，转移到了共享的风险池中，这个风险池用这些资金向作为一个整体的受保群体支付养老福利。

在过去妇女通常不工作时，寡妇和遗属的养老金用来弥补妇女，在一定程度上是因为妇女因抚养子女而没有自己的退休福利。现在寡妇和遗属的养老金在很大程度上丧失了这个功能，因为夫妻双方受雇工作已经变得更普遍，而且孩子的数量已经减少。现有与均衡家庭负担有关的各种补助（子女抚养补助、家庭补助、因有受抚养子女的免税以及教育援助）也没有弥补父母在养老保障方面与无子女夫妇相比所遭受的不足。同样的情况也适用于《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》和《子女抚养福利法案》中的“婴儿年”条款。它们也仅在相对不大的程度上弥补了对家庭的歧视性影响。

这其实意味着，虽然政府努力均衡家庭负担，但是子女抚养被视为一种私人事务，而养老保障被视为社会的责任。申诉人提出，在关于社会转移的立法中存在对家庭的歧视。这一主张在口头听证期间也没有“在原则上”被驳倒。

d)根据《基本法》第6.1条要求提供保护的规定（该规定限制了《基本法》第3.1条之下的操作范围），现有立法对家庭的歧视缺乏充分理由。特别是，养老保险制度的当前性质并不构成最终显著歧视抚养子女之人（与一直无子女的人相比）的充分理由。养老保险制度的基础是保障原则以及养老金作为工资的一种替代的功能，这一制度为以现收现付方式付出的福利提供资金。正如《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》所说明的那样，有办法将对儿童抚养行为的承认纳入养老保险制度的结构中。然而，这项判决并不导致基于宪法理由反对在宪法诉愿中提交审查和受到挑战的、与养老保险有关的可适用立法中的规定，而是仅仅使立法机关有了一种比以前更大程度上逐渐消除歧视的责任。

查明的这些不利对待不仅源于养老金法律，因此还不能仅在那里消除这种不利对待。申诉人提出的事实，即法律现状导致的从有几个子女的家庭向有一个子女的家庭（这一点无论如何已经改善了）和无子女家庭的社会转移，不仅与养老金法律有关，而且与在总体上均衡家庭负担有关。这的确使我们有可能得出以下结论，即到目前为止，立法机关仅仅不完全地履行了其在《基本法》第6.1条之下的保护责任。然而，我们不可能从中得出关于法定养老保险制度的具体结论。另外，立法机关原则上自由在它认为合适的情况下消除对家庭的歧视。

【297】

由于歧视特别体现在那些承担子女抚养责任的家庭成员的老年福利方面，因此，它必须主要通过养老金法律的规定来弥补。这里也一样，立法机关的操作空间并非无关紧要。尤其是从《基本法》第3.1条结合第6.1条无法得出，立法机关有任何义务为了确立领取养老金的资格，将子女抚养和缴交养老保险费用等同起来。在养老保险制度从1957年开始使用的现收现付制度（这不能基于宪法理由受到反对）下，子女抚养和缴交养老保险费并不类似。与受雇人口的货币缴费不同，以抚养子女的形式向养老保险制度作出的贡献不能立刻以发放养老金的形式重新分配给更老一代。在确定领取养老金福利的资格问题上，对养老金制度来说这两种贡献形式所具有的不同功能，也为区别对待提供了正当理由。

另一方面，在养老金法律之下将子女抚养考虑在内，的确代表一种适当且与该制度相容的弥补养老保障层面的歧视的方式。通过《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》，在确定领取养老金资格和决定增加养老金数额时承认子女抚养的时间，立法机关已经在法定养老保险制度下，在改善子女抚养者的养老保障的方向上迈出了第一步，尽管没有直接明显的理由将数额限制在等同于平均收入的75%。1992年《养老金改革法案》增加了子女抚养的期间，这一点受到称赞，也代表着更进了一步。直到更遥远的将来的某个时间，这项改革才能带来更高额的养老金，其目的并非要结束争取实现进一步补偿的努力。正如基民盟 / 基社盟（CDU/CSU）、社民党（SPD）和自民党（FDP）等诸党派于1991年6月21日提交（Bundestag document 12/837）并由联邦众议院采纳的动议所表明的那样，在《养老金过渡法案》中的保障条款到期前的期间内，这项改革将在基于绩效的养老保险制度下，被特别用来改善妇女的养老保障。这是为了特别要将对子女抚养时间的更广泛承认包括进来。

【298】

e)立法机关有权拥有一个充分的过渡期间来履行其宪法职责（参见BverfGE 54, 11 [37]; 80, 1 [26]）。这尤其适用于这样的改革，即需要在各种法律领域作出相当多的立法努力且需要采取实质性财政手段的改革，就像本案中的情况一样。如果妨碍立法机关去实行一个复杂的改革，譬如在养老保险问题上，为了限制调控效应和财政影响，利用在改革过程中获得的经验，分几个阶段评估子女抚养的时间，那么立法机关的操作自由就受到了不容许可的限制（参见BverfG, Order of 5 November 1991 1 BvR 1256/89, *FamRZ* 1992, p. 157 [160]）。

在规划这项改革的不同阶段时，立法机关可以考虑当前的预算情况和法定养老保险体系的财政情况。然而，联邦政府和立法机构必须考虑与养老保险体系的将来发展和中长期财政计划都有关联的宪法要求。在这种背景下，《基本法》不限制它们在补偿问题上仅仅使用联邦资金。《基本法》第14.1条对人们

自己挣得的养老金福利的保护，并不妨碍在法定养老保险体系中以牺牲无子女或少子女的人的利益进行适度的再分配。为了在寡鳏人士的养老金上对婚姻持续时间附加更大的权重，以及考虑到夫妇存世一方是否因在家庭中抚养或看护子女而无法获得独立的领取退休福利资格，《基本法》也为遗属福利改革留下了空间。除了补偿性规定所需资金获得的方式外，无论如何都有必要确保这项改革的每一步都实际上减少对家庭的歧视。受其宪法职责约束的立法机关必须以一种可识别的方式将这一要求考虑在内。

(3)《基本法》第6.4条没有作为一个审查标准成为讨论的事项。以下问题不需要处理，即这个条款是否使母亲有权得到怀孕和分娩之后最初几个月之外的保护？无论如何，没有特别的权利能够从这个并不仅仅与母亲有关的条款中推论出来。对《基本法》第6.4条的以下解释，即对子女抚养行为的补偿只能向母亲提供，也与《基本法》第3.2条相矛盾，后者禁止强化传统的性别角色（参见BVerfGE, Judgment of 28 January 1992 - 1 BvR 1025/82 *inter alia*, EuGRZ 1992, p. 17 [21]）。

然而，子女抚养在法定养老保险体系中并未得到充分考虑这一事实，事实上主要是对母亲不利，因为她们直到今天仍然承担着抚养子女的大部分责任，并因此限制、打断或完全放弃了她们的工作。然而，这并不影响《基本法》第6.4条所提供的保护。此外，由于明显更多的妇女受到影响，这就为立法机关提供了理由去履行其在《基本法》第3.2条之下提升男女平等的职责（参见BVerfG, 在上述引文中）。

立法机关还必须将此考虑在内。

【299】

(4)受到挑战的规定并未构成立法机关对《基本法》第14.1条所保护的法律权利的侵犯。对财产的保护以存在制定法承认的法律权利为前提（参见BVerfGE 83, 201 [208, 209]）。

然而，在通过《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》之前，在对子女抚养时间的补助方面，不存在可以成为立法机关侵犯对象的个人法律权利。正是《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》首先创造了这些权利。同样的情况也适用于《子女抚养福利法案》规定的子女抚养福利。

(5)在这里没有必要就《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》中并不影响《子女抚养福利法案》的那些规定的细节作出任何决定，例如关于子女抚养时间和缴费期间并存的规定。在具体司法审查的最初程序中，申诉人和请愿人被合宪地排除于《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》适用的范围。只有《子女抚养福利法案》适用于他们。

III.

在计算1921年之前出生的母亲领取的养老福利时，由于她们已年满65岁，子女抚养时间就没有被考虑在内，而且也没有法律规定因抚养子女为这类人提供普遍福利。因此，《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》的规定也符合《基本法》。直到1986年1月1日以后，《子女抚养福利法案》才向上述人群提供子女抚养福利；就这一点来说，该法案符合《基本法》。不平等对待1921年之前出生和1921年之后出生的母亲，不能基于宪法理由受到反对。

(1)在这方面被审查的《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》的规定（《德国保险法典》第1a.1条和《受薪雇员保险法案》第28a.1条），是基于一个切断的日期。根据这项规定，在法定养老保险体系下，对子女抚养时间的补助仅仅向1920年12月31日之后出生的父母提供。在这种背景下，《受薪雇员养老保险（改革）法案》第2.5c条和第2.6c条规定，只在1985年12月30日之后发生的保险索赔中，才把1986年1月1日之前的子女抚养时间考虑在内。

虽然任何切断的日期都将不可避免地导致某种生活上的艰难，但是《基本法》第3.1条原则上并不禁止立法机关为了规制某些影响个人生活的情形而引入切断的日期。

然而，对时间点的选择必须建立在给定的事实上（BVerfGE 75, 108【300】 [157]），这里的情况就是如此。

a)由于立法机关想逐步消除法定养老保险体系中的缺陷，因此，在养老保险领域采取这项措施是自然的且具有客观合理性。这样做时，有必要将养老保险体系的结构考虑在内。这是通过以下方式实现的，即将《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》限制在新的养老金上，因而也就限制在1921年以后出生的人，另一方面不再重新开启已经完结的养老金记录。由于传统的男女性别角色，在1921年之前出生的母亲在许多情形下也没有受雇工作，因而没有得到领取养老金的资格（参见Bundestag document 60/87, p. 20）。

可能只能在不令人满意的程度上实现立法机构的以下目标，即以《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》规定的确定领取养老金的资格和增加退休福利的解决方案——如上所述，这本身被证明是合理的——向她们提供子女抚养福利。在某些情形下，1921年以后出生的妇女诚然也无资格领取养老金，但是她们能够通过自愿缴费来消除其养老金记录中的缺口（参见《帝国保险法典》第1233条和《带薪雇员保险法》第10条，现在《社会法典》第六章第7条），并且如果提出保险诉求，能够根据《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》以这种方式获得福利。对1921年之前出生、已经到了退休年龄的母亲来说，这种可能性就被排除了。

如果不采用立法机关所采纳的切断性规定，那么养老保险提供者也会面临几乎无法克服的实际困难。当《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》于1986年1月1日生效时，1921年之前出生的父母的养老金记录已经完结了。根据德国养老金提供者协会的专家意见，1989年9月，对1907年至且包含1911年出生的人进行了统计，共有162.47万宗涉及子女抚养福利发放的个案。如果将此后至1920年底出生的那些人考虑在内，可能有370万这样的个案。就所需要的人力资源来说，养老保险提供者不可能重新处理已经完结的如此巨大数量的养老金档案，将子女抚养时间考虑在内重新计算养老金，或者为之前在法定养老保险体系下没有受保的母亲确定新的养老金。

b)虽然《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》这一养老金保险法律选择了一项解决方案，但是立法机关凭借其自由裁量特权所认为的财政短缺这一事实，也反映了根据这项规定不将1921年之前出生的母亲包括进来的一种客观理由。财政考虑是可允许的，特别是在立法涉及津贴时（参见BVerfGE 75, 40 [72]及其中更多文献）。

仅适用于还不领养老金（新养老金）的人的一项规定只能逐步发挥作用。直到一项保险索求发生了（通常是一到65岁），这样一项规定才直接影响一个人。因此，所提供的福利只能是逐渐到达支付期。如果另一方面养老福利（当前的养老金）的领受人也能被这项规定覆盖，那么这项立法一生效，这类人的福利就会到达支付期。这样的话，成本就会远远高于一项规定仅限于新养老金的情形。这也为以下事实作出辩护，即《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》没有规定向1921年之前出生的人提供普遍的子女抚养福利。后来，《子女抚养福利法案》这样做了。

【301】

(2)《子女抚养福利法案》引入的关于子女抚养的规定赋予在规定年代出生的母亲一种领取福利的权利，领取福利的金额和《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》规定的根据子女抚养时间提供的福利相当。然而，与1986年1月1日生效的《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》不同，《子女抚养福利法案》规定，1987年10月1日才开始发放福利。结果，受到影响的这类人的福利就被打断至少21个月。此外，由于立法机关已经为那些在《子女抚养福利法案》规定有资格领取养老金的年代中出生的人规定了分阶段开始发放福利的时间，从1987年10月1日开始，只有那些1907年之前出生的母亲才开始基于子女抚养行为领取福利。另一方面，在随后年代出生的母亲只能在那之后开始领取基于子女抚养行为的福利。因此，在根据年龄开始发放福利方面，立法机关对受益于《子女抚养法案》的这类人作出了区分。这些区分也具有客观合理性。

有必要根据立法机关的估计行事。按照立法机关的估计，只有估计60.5亿

马克的有限资金可供1991年前这段时间使用。通过采纳一个分阶段的方法，立法机关特别优待了在受到影响的年代中出生的人中更早出生的那些人。结果，这对那些1917年至1920年间出生的人特别不利。虽然降低支出的财政努力本身不能作为一项普遍规则为不平等对待不同人群提供充足的理由（参见BVerfGE 19, 76 [84]），但是在本案中必须接受这项解决方案，因为显然没有其他可行的解决方案。立法机关可用的唯一其他可能性是根据“洒水壶”原则分配有限的公共资金（参见BVerfGE 75, 40 [72]及其中更多文献）。

【302】 在这样一项规定下，抚养一个子女可能领到的福利就会大大少于根据《子女抚养福利法案》确定的数额。正如联邦劳工和社会事务部长在其观点中所阐述的那样，从1986年1月1日起，基于子女抚养为所有相关母亲发放福利，将会导致在1986年每个月仅发放1.13马克。在随后几年里，福利数额也只会略微增加，并且直到1990年才会达到《子女抚养福利法案》生效时所计划的数额。如果从1987年10月1日开始，基于子女抚养使所有母亲统一取得领取福利的资格，情况也类似。

最后，向所有在规定年代出生的母亲统一分配在1986年至1989年间可用于执行《子女抚养福利法案》的资金，不会产生可与《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》规定的子女抚养时间补助相媲美的情况，因为这些福利就会在很长一段时期内大幅降低。在这种分配方式下，与更年轻的母亲相比，在1907年之前出生的母亲预计存活时间更短，因而她们实际上处于一种显著不利的地位。除了仅仅财政上的考虑外，立法机关还鉴于她们的高龄，有意使用可利用的资金向在相关年代出生的人中最老的那些人给予时间顺序上的优待。对此，没有什么可反对的。

《子女抚养福利法案》所采用的分阶段方法当然使得在1920年出生的母亲与在1921年出生的母亲相比，处于特别不利的地位。后者已经受益于《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》。然而，这是一种在任何涉及切断性日期的管理中所必然固有的困难，因此我们必须接受（参见BVerfGE 3, 58 [148]; 49, 260 [275]; 80, 297 [311]）。

然而，有必要考虑立法机关是否以一种适当的方式使用了其被授予的操作自由，它是否充分权衡了在使用年代顺序标准中所涉及的因素，以及鉴于事实情况和这项规定所嵌入的整个体系，所得出的解决方案是否能够基于客观理由得到辩护，或者它是否显得任意（参见BVerfGE 44, 1 [21, 22]; 80, 297 [311]）。

然而，即便就1917年至1920年间出生的母亲来说，根据这些标准，这项规定也能经得起检验。在通过这项法律时，立法机关的以下考虑是合理的，即这

类人很可能在更长的期间内领取子女抚养福利，而对于在更早年代出生的母亲来说，由于她们的一般预期寿命，这样的设想无法在相同程度上得出。

IV.

最后，这项规定也不因以下事实而违反《基本法》第3.1条和第3.3条，即在1921年之前出生的父亲无权领取《子女抚养福利法案》规定的福利，而在那些年代出生的母亲却可以领取子女抚养福利，并且更年轻的父亲被纳入了《寡妇和遗属养老金和子女抚养期间法案》的范围。

当通过包含这些区分的规定时，立法机关是基于以下假定，即父亲通常没有承担《子女抚养福利法案》所规定的情形中抚养子女的责任，因而就子女抚养退休福利来说，没有遭受不利影响；在立法机关看来，这反映了当时家庭中的典型角色（Bundestag document 60/87, pp. 20 et seq.）。【303】

不可能确定在这个评估中有任何错误（又见BVerfGE 39, 169 [187, 188]）。

尤其是考虑到立法机关的目标，即以一种会涉及尽可能少的行政工作的方式执行这项法律，上述评估为将父亲排除在《子女抚养福利法案》规定的子女抚养福利范围之外提供了正当理由。

V.

虽然宪法诉愿被驳回了，但是申诉人的确成功地迫使立法机关在将来更大程度地在法定养老体系下考虑到作为生活一部分的子女抚养问题。因此，判令补偿他们一半所发生的必要费用是适当的（《联邦宪政法院法》第34a.3条）。

“变性者改名案”

BVerfGE 88, 87

1. 译者注解

本案中争议的立法允许还未经历变性手术的变性者改名，但条件是这个人已经过了25岁。宪政法院认为，这违反了《基本法》第3.1条中的平等条款。有趣的是，宪政法院超越了对第3.1条的传统解释。根据传统解释，如果基于合理理由，对两个群体——本案中是25岁以下的变性者和25岁以上的变性者——的区分是可能且正当的。宪政法院认为，基于年龄的区别对待和基于第3.3条列举的特征的区别对待类似。年龄没有被包括在那个清单里，但是宪政法院利用了以下事实，即作为区分标准的年龄和第3.3条列举的标准都是基于人身的标准。此外，对于《基本法》第2.1条所保护的他们的人格权来说，区别对待25岁以下的变性者具有严重后果。据此，宪政法院依靠了在第3.3条之下使用的更严格的

“令人信服的理由”标准，而不是通常在第3.1条之下使用的更宽松的“合理理由”标准。这种基于年龄区别对待的辩护理由是，容许足够的时间，以充分的自信决定将变性反映在即将确定的名字中。这种辩护可能满足更宽松的基本标准，但是它不能通过更严格的标准，因为宪政法院没有看到这项区别对待具备令人信服的理由。

2. 判决概要

- 【304】 根据《变性者法案》第1条拒绝给予25岁以下变性者更改其名字的权利，却将这项权利授予更年长的变性者，不符合《基本法》第3.1条。
1993年1月26日第一庭的命令，1 BvL 38, 40, 43/92.

3. 案件事实

这些请愿涉及以下问题：根据《变性者法案》第1条，禁止在25岁之前改名是否符合《基本法》？

根据1978年10月11日联邦宪政法院要求考虑到变性者的特殊情况之命令（BVerfGE 49, 286），1980年9月10日立法机关制定了《在特殊情形中名字更改和性别认同确立法案》（《变性者法案》）（Federal Law Gazette I, p. 1645）。

除了允许在性再造手术之后随着性别归属变更的确立而更改名字的程序（“主要解决方案”）外，这项法律还规定了未经先前手术干预的变性者更改名字的可能性（“次要解决方案”）。

(a)次要解决方案的条件、程序和法律后果由《变性者法案》第1至7条加以规范。第1条表述如下：

(1)如果有人因为他们的变性本质而不再认同在其出生登记时指定的性别，而是认同相反的性别，而且至少有3年感到不得不根据他们的偏好生活，那么这些人的名字必须由法院根据申请加以变更，如果：

1.他们是《基本法》意义范围内的德国人，或者无国籍人，或者其经常住所在本法案管辖范围内的无家可归的外国人，或者有权居住在避难所的人，或者其住所在本法案管辖范围内的外国难民，

2.可以带着很大的可能性推测，他们对相反性别的归属感不再改变，以及

- 【305】 3.他们至少25岁。

(2)申请者希望将来使用的名字必须在申请中写明。

最初的诉讼程序涉及两位女变男的变性者和一位男变女的变性者。请愿人是德国公民，年龄在22岁至24岁之间，他们根据《变性者法案》第1条寻求更改名字。在每个案件中，地方法院从两位专家处获得的意见认为，请愿者已经至少3年感到不得不作为相反性别的人生活，并且这种变性极有可能不再是可逆的。

地方法院中止了审理程序，将以下问题提交到联邦宪政法院裁决：《变性者法案》第1.1条第3项是否符合《基本法》？

4. 判决理由选译

B.

《变性者法案》第1.1条第3项不符合《基本法》第3.1条，因而无效。

I.

(1)取决于规制对象和所涉及的区分特征，平等的一般原则向立法机关施加的限制有所变化，从仅仅禁止任意，到严格遵守比例原则的要求。这些要求的渐变性产生于《基本法》第3.1条的表述和意思及其与《基本法》的其他规定相结合的上下文中。

由于所有人在法律面前人人平等这项原则的主要目的是阻止对待个人时的不合理区分，因此，当涉及不平等对待不同类别的人时，立法机关通常必须严格遵守这项原则（参见BVerfGE 55, 72 [88]）。个人特征与《基本法》第3.3条列举的那些特征之间的关系越密切，对立法机关的限制就变得越严格。然而，更严格的遵守并不限于与人有关的区分。事实上，如果对各种情况的不平等对待间接导致了不平等对待不同类别的人时，它同样适用。在专门基于行为作出区分时，对立法机关施加限制的程度，随着受影响者能够通过其行为影响立法区分所依据的属性的程度而变化（参见BVerfGE 55, 72 [89]）。另外，对个人或处境的不平等对待对宪法所保护的自由权利行使的影响越有害，立法机关的操作自由就变得越狭窄（参见BVerfGE 60, 123 [134]; 82, 126 [146]）。

立法机关操作自由范围的变化反映在宪法审查控制强度的渐变性上。如果禁止任意对待是所涉及的唯一标准，那么只有在所作的区分中明显缺乏客观性时，才能确定《基本法》第3.1条受到违反（参见BVerfGE 55, 72 [90]）。

另一方面，如果法律条款针对不同类别的人规定了区别对待，或者对基本权利的行使产生了不利影响，联邦宪政法院就会详细检查是否存在能够证成这些不平等法律后果的重要理由来作出这些区分（参见BVerfGE 82, 126 [146]）。

在以下问题上，这种渐变方法背后的考虑也很重要，即在评估最初情况和

【306】

它所采纳的规定的可能影响时，立法机关在何种程度上可以行使其裁量特权。审查这种预后性评估的标准也很多样，从仅仅审查证据到严格的实质控制。尤其是，在这种情况下，必须考虑到系争事实各自的具体性质和相关法律利益的重要性；此外，预后的自由随着立法机关在做决定时形成充分确定的判断的可能性而变化（参见BVerfGE 50, 290 [332, 333]）。

(2)这些标准要求对《变性者法案》第1.1条第3项进行严格审查。更改名字的年龄限制涉及根据人身特征作出一项区分，并且对一般人格权利具有重大影响。结合《基本法》第1.1条，《基本法》第2.1条保护更狭窄的个人生活领域，尤其包括亲密关系和性行为领域（参见BVerfGE 47, 46 [73]; 60, 123 [134]），并且保障人们原则上决定自己何时以及何种程度上透露个人信息的权利（参见BVerfGE 65, 1 [41, 42]; 84, 192 [194]）。

《变性者法案》有助于保护这些法律权利。次要解决方案旨在考虑到性再造手术前或者放弃手术干预的变性者的特殊情况，并使他们能够在日常生活中不为第三方和公共机构所知的情况下，生活在他们感到的性角色中。因此，只有存在能够证成不平等对待的重要理由来禁止25岁以下有变性倾向的人仅仅变更他们的名字时，提交审查的这项规定才符合《基本法》第3.1条。然而，事实并非如此。

a)这项年龄限制导致了对以下人士的严重歧视，即25岁以下且被两位专家认为很可能是不可逆的变性者。在这个法案生效后，这些人在25岁之前完全没有途径将他们的名字改成与其感觉和外貌相一致的名字了。按照联邦宪法法院1982年3月16日的命令（参见BVerfGE 60, 123），根据有关民事身份的立法，他们可以诉诸宣告程序，并且作为结果，所必需的手术干预一旦完成，他们就可以根据《变性者法案》第8条更改他们的姓名。不像已年满25岁的变性者，他们被剥夺了以下可能性，即在性再造手术之前以其他性别角色生活，且不必一直使自己在工作、学校、与公共机构打交道时以及在一般的日常生活中处于负担沉重状态。

考虑到次要解决方案的目的，这种不平等对待尤其严重。规范更改名字的这项规定的目的在于，为能够使变性者早些时候跨性生活创造一般法律前提，
【307】 从而在手术干预之前给他们提供帮助，并且显著减轻他们遭受的情感压力。此外，法律确认这种角色转变的目的在于，使他们能够在决定接受多半不可逆的医疗措施之前经历更长时间相反性别角色的生活，使他们能够确定无疑地弄清这种生活是否真正适合他们的感觉，以及他们是否能够应对。因此，这不仅是为了在判断方面获得额外的确定性，而且也是为了帮助他们在重大手术干预之前习惯于新的角色。

对于更年轻的变性者来说，剥夺这些可能性可能具有特别严重的后果。一方面，他们处在一个通常必须为他们的将来职业生活做计划、完成他们的教育以及常常是第一次找工作的年龄。因此，对他们来说特别重要的是，与他们的感觉相一致的角色建立自信，摆脱因其身份证明中的名字与其外貌不一致而可能造成的尴尬境地。次要解决方案的目的是帮助避免日常生活中特别是与雇主关系方面的困难，这对他们来说是相当重要的。另一方面，更年轻的变性者在以下方面尤其有一种利益，即在使自己经历多半不可逆的手术之前跨性生活，而不是相反，被法律形势所迫，匆忙决定经历这种措施。因此，立法的一个主要考虑也是防止未经充分考虑的决定，尤其是就更年轻的人而言。

b)没有明显的理由能证明如此严重歧视更年轻的变性者是正当的。

这里没有必要处理以下问题：在法律被通过时，以下担心是否在立法机关的裁量特权范围内，即如果更容易更改名字，有点跨性倾向的更年轻者可能会过早地把这种倾向固定下来。同样没有必要更仔细地审查以下问题：根据当时的知识状况，将更改名字的最低年龄设置为25岁是否已经似乎构成了一种合适措施，来劝阻未经考虑的决定以及基于不够确定的诊断而作出的决定？以下假定在今天无论如何都不能被证明是合理的，即对于保护更年轻的人避免过于草率的角色转变和在预后方面可能错误的后果来说，《变性者法案》第1.1条第3项规定的年龄限制是必要的。而且根据目前的法律，在面临一种错误风险时，更年轻的人不是受到更好而是相反受到更差的保护。

《变性者法案》第8条中规范民事身份的立法规定了宣告程序的最低年龄。在联邦宪政法院的判决宣布这项最低年龄规定无效后，立法机关没找到理由对性再造手术作出年龄限制（参阅A.I.(3)）。因此，无疑是考虑到所获得的专家意见，它并不认为有必要去保护以下这类更年轻的人避免因在预后方面犯

【308】

错的可能性而产生未经考虑的决定，即被诊断为极可能是不可逆的变性者，并且对他们来说，手术干预被认为在医学上是必要的。

在这些情况下，没有明显的理由去保护同一类人免受一个远没有那么厉害而且在个别情况下如果诊断偶然出错（尽管《变性者法案》第1至4条规定了保护性程序）还可撤销的决定之害。另外，改变名字的年龄限制更可能使得在手术之前以其他性别角色生活更长时间，以及因此更加确认诊断的准确性变得更加困难，并且鼓励更年轻的变性者去选择尽早实施性改造手术，因为这是他们唯一可以满足在主要解决方案之下改变名字所需条件的途径。因此，以下主张也不能用来为剥夺具有变性倾向的更年轻的人改变名字的权利提供辩护，即误诊的风险比原先预想的更大，并且在今天人们对变性总体上的看法已经不同了。对不可逆的变性之诊断可能面临困难，但是这并不阻碍更年轻的变性者可

以使用次要解决方案；相反，它有利于让他们在采取不可逆的措施之前更容易获得跨性生活的体验。从一个对变性者更具区分性的观点也不可能作出以下推断，即更年轻的变性者应当被剥夺改变名字的可能性。因为次要解决方案正是鉴于以下事实创造出来的，即医生和心理学家认为，在不可逆的手术之前有更多的处理和决定空间是必要的（参见Pfäfflin, *StAZ* 1986, p. 199 [201]; 又见Ehrhardt, in *Festschrift für Volrad Deneke*, 1985, p. 272 [280, 281]; Sigusch, *Zeitschrift für Sexualforschung* 1991, p. 309 [p. 337, fn. 5]）。

(3)由于《变性者法案》第1.1条第3项已经因违反了《基本法》第3.1条而违宪，从《基本法》第2.1条结合第1.1条来看，这项规定是否存在疑问就没必要解决了。

II.

如果一项法律不符合基本法，那么它必须在原则上被宣布无效（《联邦宪政法院法》第82.1条结合第78条第1句）。由于立法机关的操作空间，如果对《基本法》第3.1条的违反可以通过不同方式消除，情况就有所不同了。然而，如果可以确切肯定，在无效宣布之后，立法机关会考虑到平等的一般原则，选择剩余的条款，那么联邦宪政法院就可以宣布一个不符合《基本法》第3.1条的条款无效（参见BverfGE 27, 391 [399]）。

【309】这里不是这种情况。因为在获得专家意见之后，立法机关没有为性再造手术规定年龄限制，我们就不能假定它将为改变名字引入新的年龄限制。因此，没有必要审查以下问题，即一个比《变性者法案》第1.1条第3项目前规定的明显更低的年龄限制是否符合平等原则。

以下可能性也可以被排除，即立法机关会选择通过彻底消除规范改变姓名的规定来消除违宪规定，并且将《变性者法案》限制于主要解决方案；因此，在这个背景下，也没有必要澄清上述这样的决定是否足够尊重一般人格权。在主要解决方案之外规定一种次要解决方案的决定，是在全面辩论之后的1980年作出的。我们看不出有理由显示这项规定尚未证明其价值，或者导致了滥用。联邦医学协会和德国性研究学会在1983年至1984年间的意见否定了这样的假定，联邦内政部长在其关于此程序的发言中也没有提到次要解决方案显示出了不利影响。相反，与这种解决方案有关的预期似乎已经得到证实，即改变名字的便利本身能够显著改善变性者在手术之前的境况，并且给予医生和变性者自己更大的决定空间（参见Cabanis, in *Festschrift für Horst Leithoff*, 1985, p. 487 [491]; Pfäfflin, *StAZ* 1986, p. 190 [201, 202]）。立法机关很明显也是根据一种正面评估行事的，因为它在1986年修改《护照法》时再次确认了次要解决方案。根据《护照法》第4.1条第3句，临时护照构成《护照法》第4.1条第2句第6项规

定的例外，因为不包含性别信息；其目的在于改善以下这些变性者的处境，即他们已经改变名字，但尚未按照《变性者法案》第8条的规定，提起民事身份立法所规定的宣告程序（参见Bundestag document 10/5128, p. 5）。

“残疾儿童接受全纳教育案”

BVerfGE 96, 288

1. 译者注解

《基本法》第3.3条规定，任何人不得因残疾状态而受到不利待遇。本案中的问题是，违背一个残疾孩子及其父母的意愿，拒绝向她提供全纳教育(inclusive education)，将其转到一所专门的残疾儿童学校，是否构成这种不利待遇？相关政府当局以普通学校缺乏支持性资源（如几个小时的个人教学和特别支持人员）为由，证明了这项拒绝以及转学要求是合理的。核心问题是，《基本法》第3.3条的特别反歧视条款是否以及在多大程度上要求政府不仅不得有歧视行为，而且要积极分配重要资源去创造一种境况，在其中可以避免一些潜在的不利措施，如将残疾者转到一所特殊学校而不是让其参与普通学校？

基本权利能否被用来创造与资源相关的权利这一问题极其重要。肯定回答会对民主过程产生严重后果，因为可得资源及其分配（因资源有限）将变成一个司法决定的事务，而不是议会的分配事务。主要因为这个原因，法院极不愿意以这种方式解释基本权利。应该注意的是，在国际层面，例如在考虑到执行问题时，经济和社会权利一直受到不同对待，不同于传统自由原则中的那些权利，例如在《公民权利和政治权利国际公约》和包括《基本法》在内的许多宪法中的那些权利。然而，还应该注意的，即使是传统的自由权利有时也包含与资源相关的含义。例如，《基本法》在第1.1条（人的尊严）结合第2.2条（生命和健康）所处理的对非人道和有辱人格待遇的禁止，要求监狱设施必须满足某些最低标准。向法院申诉或公正审判的保障要求政府必须提供必要的司法制度设置。这说明，尽管法院不情愿根据基本权利授予与财政相关的权利，但是类似的效果本身并不是不可能的。

【310】

然而，在本案中，这种不情愿占了上风。宪政法院认为，只有当儿童在教学法上的需要能够在具有可得资源的普通学校得到满足时，将其转到特殊学校才构成《基本法》第3.3条意义上的不利待遇。因此，宪政法院将不利待遇的标准与相关资源的可获得性联系起来。问题不是在特殊学校的教育与在普通学校的教育相比是否构成一种不利待遇。很可能是这样的。对宪政法院来说，问题是政府是否通过剥夺本来可以借助可得资源向儿童提供的东西导致了这种不利

待遇。在本案中，这个问题的答案必须是否定的。

2. 判决概要

(1)关于在教育领域禁止歧视残疾人（《基本法》第3.1条第2句）的判决。

(2)违背一名残疾学生以及他或她父母的意愿并将其转学至一所特殊学校，本身并不构成《基本法》第3.1条第2句含义中被禁止的歧视。然而，如果不顾以下事实，即在补充教育的支持下在主流学校的教育是可能的，必需的人力物力资源可由可获得的人力资源和途径提供，并且组织上的困难和第三方的合法利益也不妨碍全纳教育，那么这种歧视就是存在的。

1997年10月8日第一庭的命令，1 BvR 9/97.

3. 案件事实

【311】 在下萨克森州，1993年的《下萨克森州学校法案》规定，如果在本州差异化学校体系内的学生——他们因身体、智力或心理缺陷或其社会行为缺陷而需要补充性教育支持——与所有学校中的其他学生一起接受教育和指导，能够满足他们对个别支持的需要，并且只要组织、人员和物理环境允许，那么政府就应当为他们提供这样的教育和指导。因此，只有当需要特殊教育的学生在其他类型的学校不能获得必要的支持时，他们才必须上一所特殊学校。在人们所称的一个融合班级中提供全纳性的目标差异化教育也可以被认为是一种替代性支持形式。

在这位残疾申诉人在一所主流学校完成了小学教育，并且转到一所全纳性综合学校的五年级之后，学校当局违背其父母的意愿，将她分配到一所为身体残疾者开设的学校，因为对这个年级的评估确定，申诉人具有特殊教育需要，而这一需要无法在综合性学校得到满足。为获得禁止立即执行这项措施的禁止令救济，申诉人在行政法院发起诉讼程序，但没有成功。在联邦宪政法院接受了临时救济的请愿之后，学校当局放弃了立即执行。

针对高等行政法院驳回临时救济请愿的命令，申诉人提起这项宪法诉愿，但最终没有成功。

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可予接受。

考虑到她的诉讼可能持续的时间，我们不能合理地期待申诉人在寻求联邦宪政法院的判决之前穷尽所有法律救济（参见BverfGE 86, 15 [22]）。

她在司法救济方面的利益也不因以下事实而停止存在，即在本宪法申诉程序进行中，地方政府解除了这项立即生效的将申诉人转移至残疾人学校的行政命令，并且申诉人目前就读于一所普通学校的七年级。虽然起初通过宪法申诉寻求的救济已被处理，但是在司法救济方面的利益仍然是完整的，因为如果不如此，具有根本重要性的宪法问题就无法获得澄清，而且受到挑战的是对一项基本权利的特别严重的侵犯（已确立的判例法，参见BverfGE 91, 125 [133]及其中更多文献）。这里的情况就是如此。以下问题具有相当大的宪法重要性，即是否必须在涉及这里争议的学校法律的案件中将《基本法》第3.3条第2句考虑进来，以及考虑进来会有何种后果？联邦宪法法院尚未就此作出决定。

C.

然而，这项宪法诉愿是没有根据的。因此，我们不能基于宪法理由反对这项受到挑战的命令。 【312】

I.

(1)根据1994年10月27日的《基本法修正法案》（Federal Law Gazette I, p. 3146）的新近创造，《基本法》第3.3条第2句规定，人不得因残疾状态而受到歧视。

a)什么条件符合残疾状态，不能直接从立法材料中直接推断出来（参见Bundestag document 12/6000, pp. 5253; 12/6323, pp. 1112; 12/8165, pp. 2829）。

然而，采纳这项宪法修正的立法机关明显是从《基本法》被修正时对这个术语的普遍理解出发的。这尤其在《严重残疾人法案》第3.3条第1句中获得了证实。根据上述条款，残疾不仅仅是因不正常的身体、智力或情感状况而产生的暂时功能性缺陷。对残疾的相同理解为《联邦政府关于残疾人状况和康复发展的第三份报告》中残疾的定义提供了依据，这个定义反过来与国际上使用的这个术语的通常界定相一致（参见Bundestag document 12/7148, p. 2）。

另一方面，也没有人反对原则上从这个定义出发解释《基本法》第3.3条第2句（又见Osterloh in Sachs, *Grundgesetz, Kommentar*, 1996, Article 3 marginal no. 309310; Rübner in *Bonner Kommentar*, Article 3 marginal no. 870 [May 1996]）。

这里没有必要决定这是否代表了残疾状态的结论性定义。申诉人的这个案件没有为此提供适当的时机。

b)《基本法》第3.3条第2句中的歧视这个术语的意思以及禁止歧视的重要性和范围，也只能从其历史发展中被不完全推断出来。然而，它们可以从《基本法》第3.3条的整体实质内容中被推断出来。

aa)《基本法》第3.3条第2句肯定是有意与《基本法》原第3.3条和当前的第3.3条第1句对歧视的禁止匹配的。这被以下事实所证实，即和第1句一样，第2

【313】句意图加强为特定类别的人提供《基本法》第3.1条中的平等的一般原则的保护，并因此有意规定对政府当局的更精确限制，从而使残疾不得作为一个歧视性不平等对待的理由（参见BVerfGE 85, 191 [206]以及尤其是之后的Bundestag document 12/6323, p. 12）。但是，采纳这项宪法修正的立法机关也有意避免仅仅将《基本法》第3.3条提及的特征扩展至包括残疾人。这表明，《基本法》第3.3条第2句也有自己独立的重要性。这很明显与残疾人的特殊性质有关。就像《基本法》第3.3条第1句已经包含的性别、出身、种族和语言等特征一样，残疾是一项人身特征；其存在与否，个人或者完全无法施加影响，或者仅能在有限程度上施加影响。然而，残疾不仅仅只是代表一种不同状态，这种状态常常因残疾人所处社会环境中的态度和偏见而对受到影响的人不利。如果这种态度变化了，这种不利影响也能消失。此外，残疾还是一种特征，若不是在社会态度上有任何这种变化，这种特征原则上会使受到影响之人的生活相较于那些没有残疾的人变得更加困难。正是立法机关的意志，使这种特殊情况不会导致社会和法律的排斥性。相反，这种排斥性将会被阻止或克服（参见Bundestag document 12/8165, p. 28）。这解释了以下事实，即与《基本法》第3.3条第1句不同，第2句不是简单地禁止歧视。修改后的条款只禁止基于残疾状态的不利歧视。另一方面，旨在使残疾人和非残疾人的境况平等化的优待是受到允许的，虽然未必是宪法所要求的。

bb)在这种背景下，歧视只存在于以下情形中，即法律的规定和措施使残疾人的境况因其残疾而恶化，例如限制本来实际上可以使用公共设施的机会，或者拒绝提供原则上每个人都可获得的服务。此外，如果不通过与残疾人相配的支持性措施提供充分的弥补，公共当局将残疾人排除在个人发展和活动的机会之外也可构成歧视。不可能笼统且抽象地确定这种排斥何时已经通过支持性措施得到了这种程度的弥补。拒绝向一位残疾人提供其渴望的补偿性服务，而是提供其他替代性的个人发展的可能性是否被认为具有歧视性，通常取决于评估、科学发现和预后估计。在个案中，仅仅根据这种评估的总体结论来决定一项措施是否具有歧视性是可能的。

(2)原则上，同样的原则适用于教育领域。

a) aa)根据这项关于政府监督学校的规定，《基本法》第7.1条诚然授予政府以下权力，即为了维持向所有年轻人提供能够反映现代社会需要、与他们的能力相匹配的教育机会的学校系统而计划和组织教育。因此，例如学校的组织结构、决定教育系统形式上的性质以及对教学课程和教育目标的选择，都是国家的事务（参见BVerfGE 34, 165 [182]; 45, 400 [415]; 53, 185 [196]）。在这种背景下，负责学校教育的国家有广泛的裁量自由度（参见BVerfGE 59, 360

[377]及其中更多文献)。然而,这种自由度受制于《基本法》中最重要的规范施加限制的程度(参见BVerfGE 6, 309 [354]; 34, 165 [181]; 59, 360 [377])。这不仅通过以下权利来实现,即《基本法》第2.1条规定的学生在受到干预尽可能少的情况下发展其人格、天资和能力的权利(这种权利也可能受到限制)(关于这一点,参见BVerfGE 45, 400 [417]及其中更多文献),以及源自《基本法》第6.2条第1句的父母抚养其子女的权利。后一种权利伴随着《基本法》第7.1条之下国家在教育上的责任,并且与此责任具有同等地位(已确立的判例法,参见BVerfGE 52, 223 [236])。另外,《基本法》第3.3条第2句新近创造的禁止歧视也设置了限制。

且不说是否可能从这项基本权利中得出任何固有的获得服务之权利(研究文献一直有争论,例如参见Osterloh, loc. cit., Article 3 marginal no. 305; Scholz in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, Article 3.3 marginal no. 174 [October 1996]),我们的确应该认为,特别是结合上面提到的源自《基本法》第2.1条和第6.2条第1句的自由,对教育负责的国家和国家的立法机关对残疾学生的确有一种特别责任。关于他们在学校层面的教育和指导,国家至少还有一种建设性的垄断;像非残疾学生一样,他们在原则上被迫就读于公立学校。考虑到这一点,根据《基本法》第2.1条和第6.2条第1句结合第3.3条第2句,国家原则上义务使残疾儿童和青年获得教育设施,这些教育设施也使他们能够通过上学获得适当的教育、指导和培养。残疾的性质和程度以及学校类型和指导程度的要求,必须在这种背景下获得考虑,科学的教学法知识也必须获得如此考虑。

bb)在现有的教学法知识之下,普遍排除残疾学生和非残疾学生一起接受教育和指导的可能性在《基本法》之下似乎无法证明是合理的。虽然存在批评性意见,但正如在A.I.1和2部分引用的陈述所记录的,全纳教育也被相关政治机构以及教育科学认为在大多数情况下是正面的,并且被提倡作为特殊和矫正学校中的教育和教学的一种值得实施的替代性方案。下萨克森州的立法机关考虑到了此种情况,他们的做法是,在特殊学校(《下萨克森州学校法案》第14条)之外,创造了以下可供选择的方法:“在所有学校”为具有特殊教育需要的学生提供教育和指导(《下萨克森州学校法案》第4条),以及在融合班级中提供目标差异化教育(《下萨克森州学校法案》第23.4条)。根据《下萨克森州学校法案》第4条结合第68.1条,如果可能,教学将是全纳性的,为所有学生追求相同的目标;如果有必要,只要组织、人员和物力条件允许,就提供补充性教育支持(尤其参阅《下萨克森州学校法案》第14.4条第2句),来容纳需要支持的学生的个别需要。这些规定使具有特殊教育需要的儿童和青年及其监护人能够在法律规定的条件下,或者选择一种形式的全纳教育,或者选择特别

【315】

学校中的教学。因此，后者作为国家差异化教育体系中一种独立学校类型的持续存在，可能理所应当不会受到质疑。

我们没有宪法理由反对以下事实，即在这种路径下，无论以个体融合形式还是融合班级形式，全纳性教育和教学都受制于在组织、人员和物力条件方面可行性的限制（见《下萨克森州学校法案》第4条和第23.4条以及第23.5条）。这项限制性条件暗示了以下事实，即国家从一开始就只能在其财政和组织资源所限的范围内履行其责任，提供一个能容纳能力差异的学校体系（参见BVerfGE 34, 165 [183, 184]），并且解释了为什么立法机关在其决定中必须将社会的其他需要考虑在内，以及在它认为必要时，保持利用有限的可得公共资金满足这些其他利益的可能性（参见BVerfGE 40, 121 [133]; 75, 40 [68]; 90, 107 [116]）。如果立法机关决定在其全纳教育调控计划中同时提供个体融合和融合班级，那么《基本法》允许它实际实施这些依赖此处讨论的限制性条件的融合形式。然而，在立法机关执行调控计划方面，也存在裁量自由度以及实际可行性与合理财政方面的可能限制。《基本法》第2.1条、第6.2条第1句和第3.3条第2句并不要求每个州的立法机关都在本州提供各种形式的全纳教育。此外，如果不仅基于教学法上的理由，而且由于组织、人员和财政原因，某种形式的融合似乎不值得执行，那么立法机关在其裁量自由度范围内，可以放弃引入这种形式的融合。这要以下述情况为前提，即全纳教育和教学的剩余机会充分考虑到残疾儿童和青年的利益。

b)教育立法的解释和适用受制于《基本法》第3.3条第2句包含的禁止歧视的规定。

aa)学校当局选取了一些学校，令其教育、指导残疾儿童和青年以及为他们将来在社会上与非残疾儿童和青年一起生活做准备。学校当局在作出这种选

【316】取决定时必须是在每一个个别情形中考虑到的因素，不仅包括学生有权接受与他们的天资和能力在最大程度上相称的训练（《基本法》第2.1条），而且包括根据《基本法》第6.2条第1句父母有权根据其孩子的天资为他们自由选择在学校中接受教育的途径（参见BVerfGE 34, 165 [184]）。此外，也有必要考虑到《基本法》第3.3条第2句对学校当局的额外限制。

然而，由于如上文第C.I.(1) b) bb)部分所述，在评估一项措施的歧视性质时必须考虑所伴随的具体支持，包含在这项规定中的禁止歧视并不意味着将一名残疾学生转至一所特别学校本身就构成被禁止的歧视。如果学校当局的这项决定是在违背残疾儿童和青年或其监护人意愿的情况下作出的，上述说法也适用。只有当这样的转学决定明显未能公平地处理所考虑的个别情形所涉及的情况和条件时，这种决定才受到《基本法》第3.3条第2句的禁止。不仅在以下情

形中必须推定这样一种决定是存在的，即尽管在主流学校的教育和教学适合一名儿童或青年的能力，并且在没有任何特别资源的情况下也是可能的，但仍然因其残疾将他或她安排到一所特殊学校。事实上，在以下情形中，《基本法》第3.3条第2句所禁止的歧视也可能存在，即尽管通过合理使用补充性教育支持使得一名残疾学生就读于一所主流学校是可能的，却仍然将其转至一所特殊学校。

情况是否如此——例如额外分配一名特殊教育教师或者在法律规定的范围内创造一个融合班级，是否可能实现残疾儿童可以和成功指标相隔离的全纳教育，必须根据个别情形中的整体评估来确定；既要考虑到在一所普通学校提供全纳教育和教学以及就读于一所特殊学校或矫正学校的各自利弊，还要考虑到特定残疾状态的性质和严重性。在这种背景下，在全纳教育评估方面的整体比较，必须不仅要考虑到残疾儿童或青年为其教育和未来的成年生活可以获得的机会，而且还要考虑到可能与这样一项措施有关的任何负担。这适用于特别是在个人融合情形中将面临更高表现水平要求的残疾儿童，但是这还不是仅有的考虑。此外，整体评估还必须考虑到学校班级或课程中通常开展的普通教学的性质，以及对同学们和教员带来的可预想到的负担。最后，还有必要考虑到政府弥补残疾人的措施可能只能在可得的财政、人员、物力和组织可能性的范围内接受申请和给予（参见BVerfGE 40, 121 [133]）。在主流学校提供全纳教育所需资源的可获得性，不能以牺牲以下这些儿童的利益而实现：他们因其残疾状态的性质和程度而被排除于普通教学之外，或者他们对普通教学的参与似乎因教学法上的原因而不可取，因而依靠特殊的补习学校以及为完成其特殊教育任务所需要的适当人员和物质手段。

【317】

全纳教育或分开教育各自的优缺点既不能只从残疾学生及其父母的立场，也不能只从学校管理当局的立场进行评估。然而，鉴于《基本法》第6.2条第1句和第2.1条所保障的基本权利，就其正规教育和教学的性质以及他们开始或追求这种教育和教学所在的学校来说，父母及儿童和青年的偏好在宪法上是相当重要的。当父母从他们的角度为了其子女的利益，决定与非残疾孩子在一起接受教育时，学校当局不能简单地忽视这种要求，例如未经进一步证明就声称，将孩子分配到一所特殊学校以及这样一所学校的教学，事实上能更好地服务于得到周密考虑的残疾儿童利益。相反，有必要全面检查父母的意愿，并且考虑体现在这些意愿中的父母的教育计划。

例如1994年11月16日的《下萨克森州为有特殊需要的儿童提供补充教育服务的法令》规定，在就一份请求认可补充性教育支持需要的申请作出裁决之前，学校当局必须让一名教过或者有可能教这名儿童的教师准备一份报告，让

一名特殊教育教师提供一份咨询性意见（《法令》第2条）。该法令还规定，基于监护人的申请，任命一个包括监护人在内的特殊需要委员会，令其基于上述报告和咨询性意见，就认可补充性教育支持的需要和将来的上学提交正式建议，并且在无法达成一致意见时，告知学校当局各种观点（《法令》第3条）。在就补充性教育支持作出决定时，学校当局必须考虑到上述报告、咨询性意见以及（如适用）正式建议或者特殊需要委员会的各种观点。

【318】这个程序一方面是为了使官方决定程序尽可能客观，另一方面让监护人参与到决定程序中来，明显是为了想作出一个他们也接受的决定。此程序充分考虑到了父母及其子女与学校管理当局之间的潜在冲突。它不仅创造了一个外部框架，其中残疾学生及其父母可以适当地提出关于《基本法》第2.1条和第6.2条第1句规定的基本权利的观点；另外，在执行《基本法》第3.3条第2句所包含的在教育领域禁止歧视残疾人的规定方面，它似乎还是一个基本上适当的程序性和组织性手段（关于通过程序性操作对基本权利的保护，例如参见BVerfGE 53, 30 [65]; 84, 34 [45, 46]）。

然而，学校当局决定是否认可补充性教育支持的需要以及决定具有特殊需要的儿童和青年就学方式的最终责任，不受这些《法令》规定的影响。学校当局不受关于一名个别学生的报告和咨询意见之内容和结论的约束，并且这同样适用于特别需要委员会的正式建议。因此，在《基本法》之下，即使在个案中，这些决策辅助意见支持（排他性的或可选择性的）全纳形式的教育，学校当局也可以命令将一名学生转学至一所特殊学校。然而，根据《基本法》第3.3条第2句，学校当局要承担更大的责任去证明其观点是合理的。

禁止歧视残疾人的规定要求，就其合宪性来说，涉及残疾人并且可能构成歧视残疾人的决定必须有正当理由。在一名残疾儿童或青年对全纳教育感兴趣的情况下，这意味着这些理由必须能用来详细识别学校当局在将学生转入一所特殊学校时所基于的考虑。这使得学校当局必须详细阐述根据《基本法》第3.3条第2句而必须考虑到的那些方面。取决于个案中的情况，除了可能使学校当局断定一名残疾儿童的教育和教学似乎在一所特殊学校能够得到最好保障的原因外，残疾的性质和严重性也必须注明。如适用，在具体情形中，组织、人员和物质上的困难以及无法克服这些困难的原因也必须被阐明。最后，无论何种情况，对残疾儿童及其监护人的相反教育意愿的考虑，都是充分证明决定在一所特殊学校或矫正学校提供教学具有正当性的前提。必须把它们与学校当局的考虑并列起来，并且必须权衡它们与学校当局的意见，从而使政府的措施变得可被理解，因而也能被法院检验。

bb)如果行政法院的判决认为学校当局的一项转学命令满足这些要求，那么

它仅受制于有限程度的宪法控制。对州的学校法律中相关规定的解释和适用，以及与这项判决有关的事实决定和评估，是行政法院的责任，并且在原则上不受联邦宪政法院的审查（参见BVerfGE 18, 85 [92, 93]; 86, 122 [128, 129]）。联邦宪政法院也不负责控制法院如何使基本权利（除《基本法》第2.1条和第6.2条第1句之外，在此背景下尤其是《基本法》第3.3条第2句）向法律争议各方提供的保护具体化以及如何根据普通法律具体执行这些保护，以及这样做时最大可能的保护是否得以实现（参见BVerfGE 89, 276 [286]; 92, 140 [153]）。相反，只有当受到争议的判决出现以下情况时，联邦宪政法院才能矫正性地干预，即违反了体现在《基本法》第3.1条中的平等的一般原则（就其在禁止专断方面的重要性而言）（关于此点，参见BVerfGE 89, 1 [13, 14]），或者显示出一些错误，而这些错误是基于一个关于一项基本权利的重要性和范围特别是保护领域范围的根本错误观点而产生的，并且这些错误对于这个具体法律案件来说具有某种实际重要性（参见BVerfGE 89, 1 [910]及其中更多文献）。【319】

II.

在这个背景下，受到挑战的这项命令最终不能基于宪法理由受到反对。它的确没有在所有方面恰当处理C.I.(1)部分阐述的宪法标准。然而，这并不影响高等行政法院的判决，其大意是说，鉴于申诉人的这个案件的具体实际情况，更多理由支持以下结论：这项起诉所质疑的转学命令是合法的。

“性别认同案”

BVerfGE 10.10.2017, 1 BvR 2019/16,

http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html

1.译者注解

这项判决涉及既不认同自己是男性也不认同自己是女性的人能够将其性别登记为不同类别的权利。它已经说明了一切。然而，值得注意的是，宪政法院的这项判决不仅仅明确指出，只虑及男性或女性（或者完全没有）的多元法律框架违反了《基本法》第3.3条对性别歧视的禁止。宪政法院还认为，性别认同是一项单独的权利，它源自与《基本法》第1.1条中人的尊严条款结合解读的第2.1条中的一般人格权。这是很重要的一点，因为它从一般反歧视法律中提出了性别认同的诸多问题，并且为将来可能产生的性别认同争议创造了一个独立的宪法权利靠山。因此，这项判决完全可以放在《基本法》第2.1条之下来讲述。【320】

2. 判决概要

(1) 一般人格权（《基本法》第2.1条结合第1.1条）保护性别认同。它也保护那些不能被永久确定为“男”性或“女”性的人的性别认同。

(2) 《基本法》第3.3条第1句也保护那些不永久认同自己是男性或女性的人不受性别歧视。

(3) 如果民事身份法律要求性别登记，但是除了男性或女性外不容许更多的正面登记（positive entry），那么不永久认同自己是男性或女性的人的上述两种基本权利就都受到侵犯。

3. 案件事实

[摘自2018年4月27日第29/2018号新闻稿]

申诉人向主管登记办公室提交了一项请求，要求纠正申诉人的出生登记，即删除原来的性别登记“女性”，并代之以“跨性别（inter）/ 多样（diverse）”，或者仅仅使用“多样”。登记办公室拒绝了这项请求，并且指出，根据德国民事身份法律，在出生登记中，一个孩子需要被归为女性或男性，并且强调，如果这不可能的话，就不登记性别（《民事身份法》第21.1条第3项，第22.3条）。随即向地方法院提交的纠正请求被驳回；针对这项决定提出的申诉没有成功。

4. 判决理由选译

I.

(1) a)……间接受到挑战的《民事身份法》中的两个条款规定如下： [2]

§ 21 出生登记中的项目

(1) 下列信息记载于出生登记中：

3. 孩子的性别

§ 22 缺失资料

(3) 如果孩子既不能归为女性，也不能归为男性，那么此人的民事身份应当以不显示其性别的方式记载于出生登记中。

b) 《民事身份法》第22.3条是在2013年民事身份法律改革时被引入的。之前，自1875年以来，没有法律条款就性别不明显是女性或男性的人作出规定。1794年的《普鲁士各州统一州法》还规定了两性人的性别归类：“如果两性人出生，他们的父母决定以何种性别抚养他们”（《普鲁士各州统一州法》第19(I)条第1句）。“然而，在满十八岁以后，这些人自由选择他们想归属于何

种性别”（《普鲁士各州统一州法》第20(I)条第1句）。当1875年2月6日的《记载民事身份及婚姻法》（《帝国法律公报》第23页）引入登记办公室和出生登记时，上述规定被删除了，没有替代性规定。一种规制空隙由此产生，并且最终持续到2013年的民事身份法律改革（参见Wacke, in: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, pp. 861, 868 et seq.; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, p. 81; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität, 2015, p. 6）。 [3]

c)《民事身份法》第22.3条的新规定出台之前，消除歧视妇女委员会于2009年2月10日发布过一份结论性观察报告，其中该委员会请求德意志联邦共和国“与两性人和变性人的非政府组织开展对话，以更好地理解他们的诉求，并且采取有效行动保护他们的人权”（CEDAW/C/DEU/CO/6 para. 62）。 [4]

2010年，联邦教育与研究部和联邦健康部指示德国伦理委员会与关心两性人的人士开展对话，并准备一份关于在德国的两性人境况的意见。2012年2月，德国伦理委员会提交了其意见。该意见的概要如下（Bundestag document, BTDrucks 17/9088, p. 59 [德国伦理委员会的翻译]）： [5]

德国伦理委员会认为，如果有些人的身体状况使他们不能被归为女性或男性，法律却强制他们在民事登记中被归入这些类别中的一种，那么他们的人权和应得到平等对待的权利就受到了不当侵犯。

1.应当制定法律规定，无法清楚确定性别的人士不仅可以登记为“女性”或“男性”，也可以登记为“其他”。

还应当制定法律规定，在他们自己决定之前，个人的性别暂不登记。受到影响的人作出决定的最大年龄应当规定在法律中。

2.除了《民事身份法》第47.2条规定的现有修改个人性别登记的可能性外，应当制定法律规定，如果原有登记被证明是错误的，那么受到影响的个人可以请求修改他们的性别登记。

4.作为将来立法决定的基础，现有法律规定的强制登记的目的应当受到评估。应当开展一次审视，来决定民事登记中个人的性别记录在事实上是否仍然是必要的。 [322]

d)2012年5月25日，政府的《民事身份法修正草案》没有听从德国伦理委员会的建议（Bundesrat document - BRDrucks 304/12; BTDrucks 17/10489, pp. 5 et seq.）。在2012年7月6日的一份声明中，参议院呼吁联邦政府在法律草案问题上，仔细考虑参议院公开支持的德国伦理委员会关于两性人的建议（BTDrucks

17/10489, p. 56)。在回应中，联邦政府确认，它非常认真地对待相关人士的问题以及伦理委员会的意见。然而，按照联邦政府的说法，在立法程序的这个非常晚期的阶段，尤其是当考虑到医学方面时，这些复杂的难题不能在短期内获得解决。联邦政府争辩说，在制定新规定之前，必须全面咨询相关人士和专家。在这方面，也有必要审视需要对其他法律作出哪些修正（BTDrucks 17/10489, p. 72；联邦众议院全体会议记录，*BT-Plenarprotokoll* 17/219, p. 27222）。联邦众议院内部事务委员会建议采纳当前的《民事身份法》第22.3条（BTDrucks 17/12192, pp. 3, 11）。在第二次和第三次审议时，该委员会的建议获得全体一致采纳（参阅联邦众议院全体会议记录，*BT-Plenarprotokoll* 17/219, p. 27217 et seq.）。目前，进一步的规定应当经过专家委员会的更多讨论（参阅联邦众议院全体会议记录，17/219, p. 27222）。 [6]

e)在2013年11月27日第18届立法会期达成的联合协议中，联合政府各党派承诺要为两性人评估和扩展在此期间已经通过的民事身份法律中的一些变化。他们还承诺“关注变性人和两性人的特殊境况”（参阅coalition agreement among CDU, CSU and SPD, 18th legislative term, p. 105）。为此目的，一个跨部的工作小组“两性/变性”成立了，该小组应当在2017年上半年提交其报告。这至今还未发生（参阅联邦政府给议会党团BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN的轻微质询的回复，BTDrucks 18/7310, p. 14）。 [7]

(2)…… [8]

(3)从医学角度看，排他性的二元性别分类并未得到维持。2015年，根据其科学咨询委员会的建议，德国医学协会提交了其意见《性别发育特殊/紊乱的儿童、青年和成年人的卫生保健》。在其意见中，该学会指出，性别发育的紊乱是性别确定或区分中异质性偏离常规的现象。在性别发育方面偏离常规包括在个人的基因、荷尔蒙、性腺和生殖器等方面的先天性变异。由于这些变异，一个人的性别不明确符合生物学上的“男性”或“女性”类别。该学会认为，将此等同于畸形或者疾病是不合适的。2016年《德国泌尿学会、德国小儿外科学会、德国小儿内分泌和糖尿病学会的指引》提到，由于偏离常规性别发育的人士的生物背景和经历，为了确保在心理和医疗上适当地照料和对待他们，对男人和女人的传统规定需要被重新考虑。偏离常规性别发育不是一种疾病。该指引坚持认为，不可能考虑它的“可治愈性”。医学或心理学上的干预不会改变这种不明确的状态本身。人们如何处理偏离常规性别发育的情形原则上是一个社会政治问题，必须在社会作为一个整体的背景下得到考虑……。此外，根据这项意见，医学和心理科学基本上同意，仅仅基因、解剖学和染色体的特征不能确定性别，更不用说创造了，性别也依靠社会和心理因素……。 [9]

【323】

.....

[10-14]

III.

在宪法诉愿中，申诉人宣称他们在《基本法》第2.1条和第1.1条之下的一般人格权受到侵犯，存在《基本法》第3.3条所指的性别歧视，并且《基本法》第3.1条规定的平等对待原则受到侵犯。

[15]

.....

[16-17]

B.

这项可接受的宪法诉愿是有充分根据的。由于《民事身份法》第21.1条第3项要求根据民事身份法律登记性别，而《民事身份法》第22.3条却没有为那些性别发育偏离了女性或男性以及永久性地既不认同男性也不认同女性的人士考虑另外一种正面性别登记，因而它们是违宪的。在宪法诉愿中受到挑战的这些判决就是基于这些规定。它们侵犯了申诉人的一般人格权（《基本法》第2.1条结合第1.1条），并且违反了禁止因性别而冷待一个人的规定（《基本法》第3.3条第1句）。

[35]

I.

《民事身份法》第21.1条第3项结合第22.3条违反了一般人格权（《基本法》第2.1条结合第1.1条）在保护性别认同方面的含义。一般人格权也保护既不能归入男性也不能归入女性之人士的性别认同(1)。因为当前的民事身份法律要求性别必须登记，但不容许女性或男性之外的性别登记，因而他们的基本权利受到了干涉(2)。对基本权利的这种干涉没有正当理由(3)。

【324】

[36]

(1)一般人格权保护申诉人的性别认同。

[37]

a)《基本法》第2.1条授予每个人自由发展其人格的权利。除了一般行动自由外，这项基本权利还包括一般人格权（《基本法》第2.1条结合第1.1条）。作为一项所谓“未明确规定”的基本自由，后一项权利补充那些特别的（“明确规定的”）自由，它还保护人格的构成要素（参阅Decisions of the Federal Constitutional Court, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGE 54, 148 <153>）。一般人格权的一个目的是保障使个人能够以一种自决的方式发展和保护其个性的基本条件（参阅BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225>）。然而，一般人格权只保护那些个人人格发展的基本要素，就其对于人格具有基本重要性来说，这些基本要素（尚未被《基本法》明确保障的自由所包含）等同于《基本法》明确保障的这些自由（已确立的判例法，参阅BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303>）。因此，它并不保障抵御可能以任何一种方式损害个人人格自决发展的所有行为；不管怎样，没有人能够独立于外部的条件和从属关系而发展其个性。然而，当人格的

自决发展和保护受到具体威胁时，它被一般人格权的保护所覆盖，一般人格权能够弥补法律的漏洞（BVerfGE 141, 186 <201 and 202 para. 32>）。 [38]

b)因此，一般人格权也保护性别认同，后者通常是个人人格的一个构成要素（参阅BVerfGE 115, 1 <14 et seq.>; 116, 243 <259 et seq.>; 121, 175 <190 et seq.>; 128, 109 <123 et seq.>）。在既定条件下，对个人认同来说，性别分配至关重要；在一个人的自我形象和这个人被他人看待的方式上，它通常都占据一个关键位置。在日常生活中，性别认同扮演着重要角色：在一定程度上，性别决定着法律规定的权利和义务；而且它通常构成一个人的身份之基础，并在与法律规定无关的日常生活中，性别认同也很重要。例如在很大程度上，它决定着人们如何被称呼，或者人们在外貌、教养或行为方面对一个人的期待。 [39]

既不能被归入男性也不能被归入女性的人士的性别认同也受到保护。如果性别分配总体上没那么重要，这些人士就能够更自由地发展其个性。然而，在既定条件下，对于人们如何被他人看待以及他们如何看待自己的人格来说，性别分配是一个特别相关的因素。申诉人也强调性别分配的实际重要性，而且认为在这些条件下，性别认同是其人格的基本要素。 [40]

(2)结合《民事身份法》第22.3条，《民事身份法》第21.1条的这项规定妨碍了一般人格权作为性别认同保护的面向(a)，并且尤其威胁到申诉人在其性别认同上的人格的发展和保护(b)。 [41]

a)间接受到挑战的这些规定妨碍了一般人格权作为性别认同保护的面向。民事身份法律要求性别必须登记，但是不允许申诉人在民事身份法律上拥有一项符合其性别认同的性别登记；他们的性别发育偏离了女性或男性，并且他们永久性地既不认同男性，也不认同女性（关于一种妨碍的存在，参见BVerfGE 49, 286 <289>; 60, 123 <132 et seq.>; 116, 243 <259 et seq.>; 121, 175 <190 et seq.>; 128, 109 <124>）。根据民事身份法律，一个人的性别需要根据《民事身份法》第21.1条第3项记载于出生登记中。在此方面，仅有的正面选项是“女性”和“男性”；然而，没有其他性别登记选项了。这是根据《民事身份法》第22.3条（“缺失资料”）得出的推论。根据该条款，如果孩子既不能被归入女性，也不能被归入男性，其出生登记中的性别登记应当保持空白。因此，申诉人必须容忍一种不符合其受宪法保护的性别认同的登记。 [42]

根据《民事身份法》第22.3条，申诉人可以选择在其出生登记中删除已登记的女性性别。然而，这并未消除对基本权利的妨碍：申诉人的性别认同不仅因其被错误地归入女性性别而受到伤害，而且被目前规定的法定选项“缺失资料”（《民事身份法》第22.3条）所伤害。缺失的性别登记并不表明申诉人承认自己不属于两种性别中的任何一种，并认为自己拥有一种男性或女性之外的

性别，尽管申诉人确实没有承认自己是一个男人或女人。“缺失资料”选项没有改变仅有的二元性别认同模式；它给人这样的印象：法律不考虑承认另一种性别认同，性别登记根本尚未被澄清或发现解决方案，甚至它已经被遗忘了。这不等于承认申诉人的性别感知。在申诉人看来，登记仍然不准确，因为它仅仅删除一种二元性别登记制造了一种没有性别的印象（参阅Althoff/Schabram/Follmar-Otto, loc. cit., pp. 24, 44；又见Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat, 2011, p. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, p. 1180 <1181>; Gössl, NZFam 2016, 1122 <1123>）。

[43]

b)如果民事身份法律要求性别登记，但同时拒绝承认人们的性别认同，那么它就特别威胁到了这些人的人格之自决发展和保护：

[44]

aa)在现有给定条件下，根据民事身份法律对性别的承认具有身份构建和表达的效果。民事身份不是一个边缘性问题；相反，正如法律（《民事身份法》第1.1条第1句）所述，它是“一个人在法律体系中所处的地位”。在民事身份方面，一个人根据法律规定的标准受到评判，它界定一个人与法律相关的身份之核心方面。因此，根据民事身份法律拒绝承认性别身份本身（即不计在民事身份法律之外与性别登记有关的后果），特别威胁到了个人人格的自决发展和保护。

【326】

[45]

只是因为民事身份法律首先要求在身份登记中必须写明性别，民事身份法律本身所要求的登记对于性别身份来说才具有独特的重要性。如果它不要求性别登记，它就不会特别威胁人格的发展和保护，因为一个人的具体性别身份就不会根据民事身份法律获得记录……。

[46]

然而，根据《民事身份法》第21.1条第3项，民事身份目前也包括一个人的性别。虽然民事身份法律经过几次改革，但是立法机构仍然在民事身份法律中维持了性别登记，将性别当作一项识别特征。因为立法机构通过民事身份法律，认为性别对于描述一个人和他们的法律地位来说如此至关重要，根据民事身份法律承认一个人的具体性别身份本身就具有身份构建和表达的效果。在这方面，民事身份法律之外的民事身份登记的实际和法律后果并不相关（关于变性情形中登记条目的独立的基本权利意义，参见BVerfGE 49, 286 <297 and 298>; 关于取名，又见BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266 >; 115, 1 <14>）。如果在这些条件下，根据民事身份法律，一个人的性别身份得不到承认，那么它就特别威胁到了人格的自决发展和保护。

[47]

bb)特别是民事身份法律所要求的性别登记与有限的登记选项一起，使得那些相关人士很难公开活动，并且在性别方面很难被他人如实看待。然而，一个

人在公开场所被他人描述和看待的方式对其人格的自由发展来说很重要，并且可能导致对基本权利的具体威胁（参阅BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>）。民事身份法律要求性别登记，却不允许那些相关人士在出生登记中拥有一个符合其自我形象的性别登记。这导致以下事实：与女性或男性人士相比，他们的个人身份没有以相同方式以及同样自然地获得看待和承认。申诉人合理地主张，当出现在公共场合时，一个人常常无法简单回避他们根据民事身份法律所作的性别登记。 [48]

【327】 (3)这项妨碍没有正当理由。这些法院判决是基于一项违宪的法律规定，因为强迫人们根据民事身份法律拥有一种性别登记，同时除了“女性”和“男性”以外拒绝为他们提供另外的正面条目，并非基于一种使得该规定具有适当性、必要性和相称性的合法目的。 [49]

a)《基本法》不要求民事身份在性别方面仅仅是二元的。它既不要求将性别作为民事身份的一部分而加以管理，也不反对在民事身份上承认男性和女性之外的第三种性别认同。确实，《基本法》第3.2条第1句提及“男人”和“女人”。然而，由此措词并不能产生以下结论，即“性别”这个术语仅指男人和女人。由《基本法》第3.2条规定的平等权要求可知，现有的男人和女人之间的社会差异需要被消除。这项规定的目的主要是消除基于性别对妇女的歧视（参阅BVerfGE 85, 191 <207>），但是它的目标不是强化民事身份法律中的性别身份，或者阻止在“男性”和“女性”之外引入另一种性别种类…… [50]

b)第三方的利益不能证明，《民事身份法》第22.3条不提供第三种选项容许出生登记中的一个正面登记是合理的。引入另外的登记选项并不影响在民事身份法律之下男人和女人的身份。这也同样适用于偏离常规性别发展但仍然认同男性或女性并且作了相应登记和想作相应登记的人士……在一个需要性别信息的管理体制中，现有选项需要得到维持，使偏离常规性别发展的人士可以登记为男性或女性，或者完全省略性别登记。 [51]

c)引入第三种正面登记在转型期间可能与官僚和财政成本有关，但是这不能证明拒绝另一种性别登记选项是合理的。首先，登记另一种性别所必需的形式和技术条件当然需要创建。然而，如果在一个人的性别身份上因法律的忽视而导致妨碍了基本权利，那么我们就必须接受这种额外努力，容许一个标准化的第三种性别名称。然而，一般人格权并不授予一项权利，将任意与性别有关的身分特征登记为民事身份信息。此外，立法机构有自由在民事身份法律之下的事务上完全放弃性别登记。 [52]

d)国家的组织利益也不能证明拒绝第三种标准化的正面登记选项是合理的。只要人们的法律身份是根据其性别获得执行的实在法，并且个人的法律义

务和权利是根据现有法律基于性别而被赋予，根据民事身份法律进行的性别登记就促成了一种准确且清楚的身份和属性（参阅BVerfGE 128, 109 <129 and 130>）。然而，这并不能证成根据《民事身份法》第22.3条在民事登记中不能引入男性和女性之外的性别。 [53]

以一个标准化的第三种名称为第三种性别设置一个正面登记（关于建议，参见德国伦理委员会的意见，BTDrucks 17/9088, p. 59），并不会导致至少根据现行法律不存在的任何分配困难。当民事身份法律之外的一项规定与性别有联系，并且推定一个人或是女性或是男性时，不确定性可能会发生。在那种情形中，的确不清楚应当如何对待一个被归入第三种性别的人。然而，如果根据《民事身份法》第22.3条性别登记留空，那么在现有法律之下同样的问题已经存在。在这种情形中，将一个人归入男性或女性都是不可能的：在这方面，实体法既不明确规定适用哪些基于性别的条款，立法机关也没有为无性别登记的人士制定特别条款。如果容许另一种正面性别登记，需要澄清的问题就和选择不作性别登记时已经产生的问题是相同的，而后者在法律上是可以的。事实上，第三种性别的正面登记能够提供更大的明确性，因为与被永久留空的性别登记不同，它不会传达登记被无意中留空这种错误的印象。 [54]

【328】

民事身份的永久性质也不受第三种性别登记选项的影响，因为仅仅创造另一种登记选项并不是一种要求改变民事身份的表达。 [55]

II.

由于《民事身份法》第21.1条第3项结合第22.3条排除了“男性”和“女性”之外的一种性别登记，它也违反了《基本法》第3.3条第1句对歧视的禁止。这些间接受到挑战的规定使那些既不是男性也不是女性且永久认同另一种性别的人处于不利地位(1)。《基本法》第3.3条第1句不仅保护男人和女人不受性别歧视，而且保护不永久认同这两种类别的人(2)。这种不利对待没有正当理由(3)。 [56]

(1)《民事身份法》第21.1条第3项结合第22.3条基于他们的性别，使那些既不是男性也不是女性并且永久认同另一种性别的人处于不利地位。根据《基本法》第3.3条第1句，性别一般不得成为不平等法律对待的基础。在以下情形中，这也是适用的，即一项规定的目的实际上并不是造成《基本法》第3.3条禁止的不平等对待，而主要是追求其他目标（已确立的判例法，参见BVerfGE 85, 191 <206>）。由于既不是男性也不是女性的人士不能像男人和女人一样按照他们的性别获得登记，《民事身份法》第21.1条第3项结合第22.3条不平等对待了他们，并且基于其性别使他们处于不利地位。《民事身份法》第22.3条明确只允许登记为女性或男性。根据目前的民事身份法律，其他人必须接受他们要么被错误地归入上述两种性别之一，要么拥有一种登记，该登记能够制造他们根

据没有性别的印象。 [57]

(2)《基本法》第3.3条第1句不仅保护男人和女人不受性别歧视；它还保护不永久认同这两种类别的人士不受基于其性别的歧视，其性别既不仅仅是男性也不仅仅是女性…… [58]

【329】 《基本法》第3.3条第1句的目的在于保护属于在结构上易受歧视的群体的人不受冷遇（参阅BVerfGE 88, 87 <96>等）。在一个主要根据二元性别模式组织的社会中，那些既非女性也非男性的人特别容易受到伤害。《基本法》第3.3条第1句的措词欣然允许他们受其保护。《基本法》第3.3条第1句笼统提及“性别”，在那方面没有规定任何限制；因此，提及“性别”也可以指男性或女性之外的一种性别。 [59]

这与《基本法》第3.2条中的平等权利要求并不存在系统性矛盾，该条仅仅提及男人和女人……与《基本法》第3.2条不同，《基本法》第3.3条的措词并未提及男人和女人，而是总体上提到性别。首先，《基本法》第3.2条具有不同的相关性，并且独立于《基本法》第3.3条第1句，这解释了《基本法》第3.2条更狭窄的措词。《基本法》第3.2条的调控内容超出了《基本法》第3.3条对歧视的禁止；它阐述了性别平等的要求，并且将其适用于社会现实（BVerfGE 85, 191 <206 and 207>）。自1994年以来，《基本法》第3.2条第2句强调了性别之间平等权利的实际执行。 [60]

这个条款的立法史也不违反以下设想，即《基本法》第3.3条第1句也包含禁止基于其他性别的歧视。虽然在1949年起草《基本法》第3.3条第1句时，制宪机关在头脑里没有另一种性别的人，但是鉴于今天关于其他性别特征的知识，这并不排除以这样一种方式解释宪法，即这些人被包括在免受歧视的保护范围之内。 [61]

宪法修改机关决定不将“性身份”（sexual identity）因素纳入《基本法》第3.3条中，这与宽泛地解释“性别”（gender）因素并不冲突，即不考虑性别身份（gender identity）和性身份之间的含义差别。最近，并不是因为与保护性身份不受歧视的内容相关的考虑，性身份因素的插入被拒绝了。相反，有人主张，这项保护已经成为一种法律现实。有人进一步声称，根据联邦宪政法院的判例法，根据《基本法》第3.1条保护人们不受基于性身份的歧视，目前相当于《基本法》第3.3条提供的保护（参阅BTDrucks 17/4775, p. 5）。 [62]

另外，欧盟法院也宽泛地界定了针对性别歧视的保护，将与一个人的性别重新确定有关的歧视纳入其中（主要参见ECJ, Judgment of 30 April 1996, P v S and Cornwall County Council, C-13/94, ECR 1996, I-2143, para. 20）。 [63]

(3)这种不利对待没有正当理由。如上所示，没有合法理由支持它（参见以上I.(3)部分）。 [64]

五、宗教（信仰）、良知和教义自由 ——《基本法》第4条

1. 总体评论

对信仰、良知和教义自由的保护包括两个主要方面。首先，这个条款保障【330】选择和宣称任何宗教或哲学教义的个人自由，以及追求自己良知的自由。这主要涉及这些自由的范围及其与其他权利之区分。

其次，它还包括起因于在信仰和良知方面个人和政府或社会之间关系的问题。例如，在几个高关注度的案件中，宪法必须处理公立学校中的宗教自由问题。在德国，各种教会和政府之间的关系明显不同于美国宪法之下采取的政教分离，以及法国宪法之下的宗教无权主义策略。以下事实证明了这一点，即《基本法》的起草者将之前1919年《魏玛宪法》中的政教条款吸收进了《基本法》。³⁸这些差异很明显。例如《魏玛宪法》第137.5条规定了宗教社团（教会）在公法之下维持和申请法人地位的可能性，使之可以利用政府的税收部门向其成员征收“教会税”。第138条包含一种从政府获得补贴的权利，并且仍然非常重要，第139条要求，“星期日和政府认可的假期应当作为休息日和灵性改善的日子受到法律的保护”。时至今日，这项规定仍然使人们很难甚至不可能把星期和其他宗教假期当作正常工作日，让商店和企业按正常营业时间开业。在非常晚近的一个判决中，宪政法院认为在圣诞节前的四个星期日在柏林允许商店开业的规定违宪。³⁹

（一）宗教自由和良知自由的范围

“宗教协会募捐宣传案”

BVerfGE 24, 236

1. 译者注解

在这个1965年的案件中，宪政法院必须决定宗教自由的范围。问题起因于【331】一个普通法院的判决。在这个判决中，申请人是一个实际上存在的与天主教会

³⁸ 参见提及《魏玛宪法》第136至139条和第141条的《基本法》第140条。

³⁹ BVerfGE, 1 BvR 2857/07 of 1.12.2009 at: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091201_1bvr285707.html; 英文新闻稿见以下网址：<http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2009/bvg09-134.html>（最后访问于2019年10月21日）。

有紧密联系但独立于天主教会的天主教青年协会。⁴⁰它被命令停止为了帮助穷人收集破旧衣服的计划。这项募捐活动是由教会的神职人员宣布的（用被告的语言来说是“做广告”）。这个案件是由一家商业性破旧衣物收集者提起的，它认为该协会在天主教会帮助下的这种竞争违反了德国的公平贸易活动立法，指出了以下事实：该协会基本上通过夺走它的生意，赚取了几百万德国马克（按照当时的货币计算）。

宪政法院必须决定这个实际上存在的协会是否在个人的宗教自由范围内，以及这种募捐行为的组织和实施是否是一种宗教活动。只有当这些问题获得了肯定回答时，宪政法院才能审查这个普通法院的判决对贸易活动立法中相关规定的解释是否确实考虑到了《基本法》第4条的宗教自由保障。

宪政法院指出，实际上存在的协会可以援引宗教自由条款，不仅仅成员个人才能援引，但是未作进一步解释。宗教自由很明显可以被组织援引，因为否则教会就不能援引这项自由。如果该协会的组织程度足以创造一个独立于其成员的意志而存在的实体，那么此处该协会是一个实际上存在的协会这一事实就无关紧要。更重要的是，宪政法院认为，开展这种帮助穷人的募捐活动是任何基督教宗教活动的精髓部分，人们不能将这种活动的开展与教会的宣告区分开来。宗教自由不局限于教会服务和宗教仪式，它还包括将信息传达给世界，例如通过援助项目。宪政法院还界定了这种基督教“博爱”活动的外部界限。这些募捐活动必须是免费的，即不得向捐助者支付金钱。宗教动机必须得到表达和传达，而且被捐献物品的使用或者来自这些物品之收益的使用必须公开透明。

【332】

2. 判决概要

(1) 《基本法》将其第4.1条和第4.2条规定的基本权利不仅赋予教会、宗教和拥有其他信念的团体，而且赋予将其目标（只是部分而非完全地）设定为培养一种宗教生活或者一种基于其他信念的生活之协会。

(2) 《基本法》第4.2条也保障为了教会或宗教目的而募捐的权利。这也适用于与通常宗教生活有关的支持性活动，如布道坛的宣传。

1968年10月16日第一庭的命令，1 BvR 241/66.

3. 案件事实

申诉人是德国天主教乡村青年运动，一个没有法律人格的全国性协会。1965年，天主教乡村青年运动在全国范围内发起了一场“杂物室运动”；它收

⁴⁰ 而不是在法律上注册因而具有法人地位的协会。

集旧衣物、服装和废纸，并将这些东西买给大经销商。它拟将几百万马克的收益给予不发达国家的乡村青年。申诉人以各种方式宣传了这项独特的活动，包括在天主教教堂讲道坛上的宣告。在诺德林根有一家收集废品的商业企业，它的运营因这项运动的开展有时几乎陷入停顿。在这家企业提起的一项诉讼中，地区法院命令申诉人停止在原告运营的区域通过在天主教教堂的讲道坛上做宣传为收集废品所做的准备工作。地区法院的判决是基于以下事实，即原告与申诉人正在竞争，并且既然这样，在讲道坛上的宣传就构成了一种实际上违反公共政策的广告行为。

应这项宪法诉愿的请求，这项判决被撤销，并且这项事务被送交给地区法院。

4. 判决理由选译

III.

申诉人的宪法诉愿是有基础的。受到挑战的判决违反了申诉人不受干扰地从事宗教活动的基本权利（《基本法》第4.2条），因为其中对“公共政策”这个术语的解释和适用未能充分考虑到这项基本权利的性质和范围。

【333】

(1)地区法院的评估认为，申诉人的募捐行为和随后售卖其所收集物品的行为构成一种商业竞争行为。决定这项评估是否正确不是联邦宪政法院的任务。根据联邦宪政法院已确立的判例法，在其作为该判决基础的范围内，对《不公平竞争法》第1条的解释是对普通法律的一种解释，并且只要普通法院没有不承认《基本法》之规定的效力和范围，并且这样做时没有侵犯相关当事人的基本权利，上述解释本身就是专属于普通法院的事务（BVerfGE 18, 85 [9293]）。

仅仅将这种募捐活动界定为一种构成商业竞争的行为，并没有任何侵犯申诉人的基本权利之处，因为地区法院基本上认为这些募捐活动是可允许的。然而，由于受到挑战的判决认为，禁止讲道坛上的宣告仅仅涉及与商业贸易有关的方面，因而这种观点未能考虑到不受干扰从事宗教活动的权利所施加的影响。作为一个从事了一项慈善事业的宗教协会的申诉人能够从这种权利中受益。

(2) a)不受干扰从事宗教活动的基本权利（《基本法》第4.2条）实际上被包括在信仰和良知自由中（基本法）第4.1条）。因为不论适用于一种宗教信仰（faith）还是宗教或非宗教信仰（belief），这个术语不仅包含个人信或不信的自由，即宣称一种信仰、秘密信奉一种信仰或者宣布放弃之前的信仰而改信另一种信仰的自由，而且也同样包含敬奉、劝诱改宗和传播信仰的自由（BVerfGE 12, 1 [34]）。

在这一点上，不受干扰地从事宗教活动只是个人以及宗教协会或其他信念协会所享有的信仰和良知自由的一部分（BVerfGE 19, 129 [132]）。

至少自《魏玛宪法》以来，从事宗教活动的自由实际上被包括在良知自由之中（参见Hamel in: BettermannNipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, vol. IV 1, 1960, pp. 62, 54）。《基本法》第4.2条保护宗教活动不受政府侵犯和干预的特别保障可以通过“宗教活动”（*exercitium religionis*）这个特别概念获得历史上的解释，但是尤其可以通过国家社会党人统治之下拒绝干预宗教活动的政策获得解释。鉴于这种发展，《基本法》第4.2条的目的特别是澄清基本权利的享有者也可以是一个群体。只要这个群体保持在现代文明民族的某种基本共同道德观念的范围内，其宗教存在和活动的权利在参与形式和内容以及行使性质（在家里和在公共场所）方面就受到保护。

【334】由于“宗教活动”对于每一种信仰和信念具有核心重要性，这个术语的内容必须根据其历史背景获得详尽解释。这得到以下事实的支持，即宗教自由不再受到《魏玛帝国宪法》第135条包含的这种明确的立法权力保留的限制，不再与规范政教关系的其他规定联系在一起（BVerfGE 19, 206 [219, 220]），不能根据《基本法》第18条被剥夺，也受到《基本法》中一些特别规定的保护（参见《基本法》第3.3条、第33.3条，《基本法》第140条结合《魏玛帝国宪法》第136.3条第1句；《魏玛帝国宪法》第136.4条，《基本法》第7.3条第3句和《基本法》第7.2条）。这项宗教活动自由还不仅扩展到基督教会，而且扩展到拥有其他信仰的其他宗教和团体。这源自政府在信仰和宗教方面保持中立的义务（BVerfGE 18, 385 [386]; 19, 206 [216]）以及平等对待教会和信仰的原则（BVerfGE 19, 1 [8]）。

因此，不可能有正当理由对敬奉自由（*freedom of worship*）作出比信仰和良知自由更狭窄的解释。

相应地，宗教活动不仅包括敬奉行为和对宗教习惯的实践和遵守，譬如礼拜服务、教会募捐、祷告、接受圣礼、列队行进、展示教会旗帜和敲响教堂的钟声，还包括宗教教育、非宗教和无神论的庆典以及其他表达宗教生活和基于其他信念之生活的方式。

b)《基本法》将其第4.1条和第4.2条规定的基本权利不仅赋予教会、宗教和拥有其他信念的团体，而且赋予那些将自己的目标（部分而非完全地）设定为培养一种宗教生活或基于其他信念的生活的协会。然而，其前提是任何这类协会的目的是特别致力于这些目标的实现。这毫无保留地适用于那些在组织上隶属于教会的协会，譬如修道会，它们存在的目的包括更集中地追求教会的总体目标。然而，它还适用于其他独立或非独立的协会，只要它们的目的是培养或

促进一种宗教信仰或宣扬其成员的信念。组织上隶属于一种宗教的程度或者通过该协会所追求目标的性质能够构成一种标准，来确定这些前提条件是否存在。

申诉人无疑在组织上并不是天主教会的一部分。然而，它在组织上和天主教会有关：天主教神职人员凭借其教会职位参与到其所有管理机构中，而且能够凭借其权威影响教区的规章制度。申诉人的目标也具有教会性质。它的规章制度明确指出，其目的是在世界范围内做新生教会的工作，并为减轻世界的精神和肉体欲望提供物质支持。因此，申诉人必须被赋予不受干扰从事宗教活动的基本权利。【335】

c)申诉人为了宗教上的慈善目的而组织的募捐活动，以及奉申诉人之命在讲道坛上所作的宣告，属于《基本法》第4.2条保护的宗教实践活动。

当评估在任何个案中何者被认为构成宗教和信仰活动时，宗教或信徒团体的自我认同也不能被忽视。在宗教上中立的政府无疑必须在原则上根据普遍可适用的中立标准来解释宪法术语，这种标准与一种特定教派或信仰没有关系（BVerfGE 10, 59 [84, 85]; 12, 45 [54]; 19, 226 [238 et seq.]; 19, 268 [278 et seq.]）。

然而，准确地说，如果一个多元化社会的法律秩序是建立在宗教或信仰以及敬奉自由方面的自我认同基础上的，那么如果政府在解释教会、宗教和信徒团体的信仰或信念实践时，没有考虑到一种特定信仰或信念追随者的自我认同，那么政府就违反了他们受到《基本法》保障的在其自己的领域内自治和独立的权利（BVerfGE 18, 385 [386, 387]）。

天主教和新教教会的自我认同是这样的：他们认为宗教活动不仅包含信仰和宗教服务，而且包括在外部世界中，以符合其宗教和仁慈义务的方式，根据他们的信仰生活和行动的自由。根据《新约》，积极地爱邻人是基督教的一项重要义务，并且被天主教和新教教会都理解为一项基本的教会活动（Pastoral Constitution on the Church in the Modern World of the Second Vatican Council, Article 88, Rahner Vorgrimler, Kleines Konzilskompodium, 1966, pp. 547548, and Article 15.1 of the Basic Order of the Protestant Church in Germany of 13 July 1948 - Abl. EKD 1948, p. 233）。

尤其是出于慈善目的的募捐，慈善活动在二战以后也被政府政策承认为一种合法角色，而且在与教会达成的一些协议和协定中，教会从事这些活动的权利得到了保障（参见1955年4月18日《下萨克森新教教会协议》第14.1条（Lower Saxony Law Gazette p. 159）；1965年2月26日《下萨克森协定》第1.1条（Lower Saxony Law Gazette p. 192）；1957年4月23日《石勒苏益格—荷尔

斯泰因新教教会协议》第16条（Schlesw.Holst. Law Gazette p. 73）和1960年2月18日《黑森州新教教会协议》（Hess. Law Gazette p. 54））。

【336】 在一个多元化社会中，无论是基于容忍和平等的原则或者基本权利的精髓所保护或保障的核心领域，还是基于《基本法》中所描述的政教关系，还是基于个人的人格尊严或者考虑到基本权利中的某些固有限制，如何限定宗教自由尤其是不受干扰地实践宗教的基本权利的边界在此并不重要。无论如何，出于必须作出决定的目的，我们从总体上考虑此处所想的宗教自由的本质可以得出以下结论，即慈善募捐具有宗教性质，可以只在某种条件下享有《基本法》第4.2条的保护。

捐赠不得接受报酬。它们必须受到捐赠者某种宗教精神或态度的驱动，无论它是同情还是兄弟般的关爱，或者是个人因宗教信仰而支持一种公正和正当理由的表达。因此，根据基督教教会的自我认同，基督教之爱和限于关心穷人、受苦者和贫困者的社会活动不是一回事，后者源于一种对邻人的责任感，其目的是促进国内的和平共处，并且仅仅基于社会原因为他人提供最低限度的生活保障，从而使他们在共同体中可能过上一种具有人格尊严的生活。仅从这种描述可知，基督教之爱必须涉及习惯性关怀，这种关怀是照例且在一般宗教意识的脉络中提供的。所募集物品的预期目的和使用必须向捐献者公开，从而使他们不会基于错误的想法作出决定，公众也不会为募捐的目的上被欺骗。在此背景下，捐献物是否直接到达贫困者或者他们是否从这些物品的收益中收到某种形式的资助无关紧要，因为界定一种慈善宗教募捐活动的决定性标准是某种捐助是出于慈善目的而提供的。当这种售卖的计划和宣告从一开始就作出时，情况更是如此。

d)由申诉人实施的“杂物室运动”募捐活动仍在这些一般前提条件的框架内，讲道坛上的宣传也是如此。

以实物捐献来支持穷人的募捐活动是与教堂有关的组织从事的慈善活动的传统形式之一。售卖这些捐赠物品的性质是适当的，并且符合这种境况的特殊情形。既然这些捐献的目的是帮助国外的穷人，那么援助的最大功效可以通过售卖募集的物资而不是费钱的运输可用衣物来更有目的地达到。基于对发展中国家需求程度的总体认识，将募捐的范围扩展到不仅包括可用衣物，还总体上包括破布和废纸也是合理的。与申诉人的意见相反，这些捐献也具有宗教慈善活动所应有的慈善性质。以下情况很可能是事实，即除破布的情形外，商业性破烂收集者通常也不付钱。然而，申诉人自己提出，慈善组织收集的物品比商业性经销商收集的物品包含更高比例的可用衣物。由此可知，鉴于此募捐活动

的目的是帮助穷人，捐献者给予了更有价值的物品，而他们不会在相同程度上将这些物品给予商业性破烂经销商。受到挑战的判决没有包含任何关于申诉人未按原有目的使用收益，或者捐献者在所募集物品的使用性质上受到欺骗的调查结果。【337】

在评估“杂物室运动”是否是一种宗教实践活动方面，申诉人的以下陈述无关紧要，即90%的破烂收集者因这些慈善性募捐活动而不得不暂停他们的运营。

且不说以下事实，即根据在这方面对联邦宪政法院来说很重要的地区法院的意见，申诉人实施募捐活动的规模也是可允许的，并且不确定破烂收集生意的减少是否不是因为整体经济性质的结构性变化，即便慈善募捐活动使这个领域的商业结构产生变化，这也是必须被接受的。在一个自由市场经济中，个体商人没有一种宪法上固定的权利拥有任何特定的业务量和更多的商业机会。

e)由于申诉人的募集活动因此是《基本法》第4.2条所保护的宗教实践活动的一部分，地区法院在将讲道坛上的宣传评估为“违反公共政策的竞争行为”时，也应当考虑到这项基本权利所施加的影响。

如果收集行为本身享有特别保护，恰恰是因为其作为宗教慈善活动的性质和目的，那么就与通常宗教生活有关的支持性活动而言，譬如讲道坛上的宣传，这种特别保护也必须成立。唯一有关的问题是，具体到申诉人，它是否有权利发起这种讲道坛上的宣告。鉴于收集行为处于宗教领域内，这是毫无疑问的。因此，当地区法院解释适用于竞争者行为的“违反公共政策”这个术语时，它应当评估商人和在宗教实践范围内行为的“竞争者”之间竞争的特殊性质，后者的行为是根据法律保护的不受干扰从事宗教活动的权利，享有优先权，并且根据已确定的事实，不违背公共政策。

在地区法院作出不利于申诉人的判决的范围内，该判决必须被推翻（《联邦宪政法院法》第95.2条）。【338】

(3)由于申诉人行为的宪法正当性可以特别从《基本法》第4条中推论出来，毫无疑问可能存在侵犯申诉人一般行为自由《基本法》第2.1条的情况（BVerfGE 6, 32 [37]; 10, 55 [58]; 17, 302 [306]）。

出于当前程序进行的目的，有必要忽视以下问题，即不受益于《基本法》第4.2条保护的慈善组织的收集活动在多大程度上受到《基本法》第2.1条的保护。

“良知反战第二案”

BVerfGE 69, 1

1. 译者注解

时至今日，德国是一个强制要求年轻男性服兵役的国家。《基本法》第12a.1条规定，这样的义务兵役或替代性公民服役可以施加于年满18岁的年轻男性。第12a.2要求，因为良心的理由拒绝服兵役的人必须提供不超过兵役期限的替代性公民服役。这项规定建立在第4.3条基础上，后者保证任何人皆不得被强迫违反其良知提供武装军事服务。经过1983年修正的规范细节的法律规定，良知反战者提供替代性非军事服务的时间比基本兵役时间长1/3。宪政法院必须决定，对服役年限的这种偏离是否违反了良知反战的权利。良知反对服兵役的权利是一种绝对权利，不仅在和平时期有效，在战争时期也有效。然而，这是有限制的，因为它不是一项基于任何理由而反对的权利。只有那些因良心的理由而无法服兵役的人才受到保护。延长非军事性的替代性服役时间只在以下基础上才是正当的，即愿意在额外时间服役能够表明良知反战的可信性。

宪政法院通过以下论证解决了表面上与《基本法》第12a.2条的冲突：由于应征者可能被召集起来开展周期性的军事演习，或者因危机时期的额外服务，兵役可以并且在某些但不是所有情形中将超过基本兵役的时间框架。因此，第12a.2条不能被解释为要求两个完全相同的时间段，因为这是不可能的。相反，这些规定力图用以下方式平衡这两种强制服役的方式，即因为良心的理由而从事替代性非军事服役时所施加的负担，总体上不高于对服兵役之人施加的负担。

2. 判决概要

(1) 规范良知反战的法律之规定必须尊重《基本法》第4.3条保障的基本权利，并且同时要考虑到根据宪法所作出的提供有效国家军事防御的基本决定。

(2) 根据《基本法》第12a.2条提供的替代性服役，保留给需要服兵役但基于良心的理由拒绝提供涉及使用武器的军事服务的人。由此，立法机关有义务保证，只有以下人士才被承认为良知反战者，即那些有义务服兵役且有足够的确定性能够被认为满足《基本法》第4.3条第1句包含的条件的人（BVerfGE 48, 127的确认）。《良知反战改革法案》满足这些要求。

(3) 根据《基本法》第12a.2条第2句，替代性服役的时限不得超过法律允许的服兵役时限。《基本法》第12a.2条第2句的规范目标是保证服兵役者的负担和从事替代性服役者的负担之间的平衡。因此，立法机关为了确定替代性服役

的时限，可以在《基本法》第12a.2条第2句规定的限制内，考虑到兵役和替代性服役之间的区别。

(4)~(7)……

(8)《基本法》要求《良知反战法案》第1.8条第2句（若在紧急状态和防卫状态下征兵）应被解释为，受制于兵役的人可以被征召来仅从事不涉及使用武器的服务，直到识别程序最终作出有法律效力的结论。根据这种解释，这项规定不影响《基本法》第4.3条第1句规定的基本权利所保护的领域。它仅保护相关人士不从事直接与使用军事武器相关的活动，而军事武器的界定根据各种武器技术的状况进行。

1985年4月24日第二庭根据1985年1月30日的口头听审作出的判决，2 BvL 2, 3 and 4/83 BvR 2/84.

3.案件事实

在几个抽象司法审查的程序中接受宪法审查的事务涉及1983年2月28日【340】《良知反战的权利和公民服役改革法案》（Federal Law Gazette I, p. 203）中的许多规定。

《良知反战改革法案》是立法机构对BverfGE 48, 127这项判决的回应。在这项判决中，联邦宪法法院宣布被称为《义务兵役法》的“明信片修正案”无效。

《良知反战改革法案》首先在第1.1条中包含一条取代《义务兵役法》（旧版本）第25条的规定。根据该规定，只有确定无疑的良知反战才能被认为受到《基本法》第4.3条的保护。就识别程序而言，与拒绝提供涉及使用武器的军事服务的权利有关的决定只能根据申请作出（《良知反战法案》第2.1条）。申请必须附带一份完整的个人简历和一份全面的关于良心决定理由的个人陈述以及一份行为端正证明（《良知反战法案》第2.2条第3句）。在识别程序进行过程中，申请者原则上可以不被应召服役，除非他在提交申请前已经被征召或者收到相应的书面通知（《良知反战法案》第3.2条）。这项豁免规定不适用于紧急状态和防卫状态的情形中（《良知反战法案》第8.2条）。联邦机构根据档案认可申请人的申请，除非所提出的理由似乎不合作为良知反战的权利的辩护。在这些情形中，联邦机构将申请转交给良知反战者委员会，后者对良知进行一种实质性审查。同样的程序也被用于已经被征召或已经是士兵的个人提出的申请上。

平民服务的时限由《良知反战法案》第2条规定，它总是超过兵役时限1/3的时间。

在其决定中，联邦宪政法院认定受挑战的规定符合《基本法》。

4. 判决理由选译

B. ……

I.

【341】关于良知反战的权利的所有法律规定必须一方面尊重《基本法》第4.3条保障的基本权利，它规定任何人皆不得被强迫违反其良知，为涉及使用武器的战争而服役。另一方面，它们还必须考虑到《基本法》的制定者决定为正常运转的军事国防做好准备，并由此在《基本法》第12a.1条中授权立法机关引入普遍军事服务。其实施必须满足普遍的军事服务标准（《基本法》第3.1条）。《基本法》第12a.2条规定了替代性服役，它被保留给那些受制于军事服务但因为良心的理由拒绝提供涉及使用武器的军事服务的人。由此，立法机关有义务保证，只有以下人士才被承认为良知反战者，即那些受制于兵役且有足够的确定性能够被认为满足《基本法》第4.3条第1句包含的条件的人。参议院支持联邦宪政法院在以前的判例法中发展出的那些原则（参见BVerfGE 12, 45; 28, 243; 32, 40; 38, 154; 48, 127）。

(1) 通过后来被并入《基本法》的规范国防问题的宪法规定，尤其是被包含在《基本法》第12a条、第73条第1项、第87a条和第115b条中的当前有效的那些规定，《基本法》的制定者作出了一个基本宪法决定，来提供有效的军事国防。联邦军队的建立和正常运转享有宪法地位。与已经被纳入《基本法》第26.1条的禁止侵略战争相一致，上述条款包含《基本法》制定者明确且确定无疑的表达，即军队服务于抵御武装侵略（参见BVerfGE 48, 127 [159, 128]）。

通过1983年5月6日公布的（Federal Law Gazette I p. 529）修订后的1956年7月21日《义务兵役法》（Federal Law Gazette I p. 651），立法机关根据《基本法》第12a.1条的授权，本着一种可追溯到1789年法国革命和19世纪早期德国改革期间的自由、民主的传统精神，决定引入普遍军事服务。在《基本法》的民主宪政秩序下，个人受到保护的基本权利和公民对社会所具有的协助维持这个宪法秩序的义务携手并进（参见BVerfGE 48, 127 [161]）。普遍军事服务是对一般平等概念的一种表达。它的实施受制于《基本法》第3.1条（BVerfGE 48, 127 [162]）；其履行是民主的常态。

(2) 《基本法》第4.3条明确保障，因为良心的理由拒绝提供涉及使用武器的军事服务的权利是一项基本权利。《基本法》的出发点是自由、独立之人的尊严，这是一项最高法律价值（《基本法》第1.1和2.1条）。在第4.1条中，它保障良知和相应的不被强迫违背良知而行为的自由不受侵犯，良知的命令对个人

来说是有约束力和绝对的。然后,《基本法》第4.3条更进一步,即使在国家对其公民提出特殊要求的严重冲突的情形中,也优先保护个人良知自由的行使。与其他建立在法治基础上的民主宪法相比,其保护程度引人注目。在执行宪法上为国家的武装防御贡献力量的义务,从而在保障国家的存续时,良知反战的基本权利代表一种不可逾越的障碍。在根据《基本法》第4.3条第2句制定的法律规定中,立法机关也不得限制这项基本权利的实质内容,只能颁布《基本法》第4.3条第1句本身使用的术语中已经包含的那些限制(已确立的判例法,参见BVerfGE 48, 127 [163])。《基本法》第4.3条和《基本法》第12a.2条第1句规定的良心理由中都有“良心”这个术语。就其实质内容来说,仅根据一种具体情况,也将良心决定纳入上述“良心”术语之下,必然会产生以下效果:只要具体情况还没有成为现实——具体的战争或者具体类型的战争没有发生,或者正当或不正当理由的动机无法识别,以及个人的良心将禁止涉及使用武器的军事服务,尤其是在和平时,那么凭借《基本法》中的这些条款,在此基础上拒绝提供军事服务将是不可能的(参见BVerfGE 12, 45 [56, 57])。不可能从《基本法》第4.3条规定的基本权利或《基本法》第12a.2条第1句,得出这种预先的保护。【342】

有些人认为自己因为良心的理由,不能提供涉及使用武器的军事服务;对于这些人,《基本法》的制定者授予并保留拒绝提供此类服务之权利。《基本法》第12a.2条授权立法机关要求良知反战者按照该条第2和第3句规定的形式,提供替代性服务。由此可知,《基本法》没有以任何手段授权立法机关,为普遍利益规定所有公民的义务兵役(《基本法》第12.2条)——按照《基本法》第3.2条,其中也包括女性人口。另外,鉴于在当前的实质背景下作出的宪法决定,《基本法》(《基本法》第12a.1条)规定了在武装部队、联邦边防警察或民兵组织中服役的义务,作为军事国防仅有的首要的义务兵役形式。《基本法》第12a.2条规定的替代性服役限于良知反战者。正如已经暗含在术语(替代性服役、强制替代性服役)选择中的那样,它的目的仅仅是替代一个人拒绝提供的军事服务。的确,强制替代性服役的内在理由仅来自以下事实,即《基本法》第12a.2条允许因为《基本法》第4.3条包含的理由拒绝提供军事服务;虽然在行为领域的性质上存在区别,但是平民服务是替代军事服务(BverfGE 48, 127 [165])。

就提供普遍军事服务的公民义务而言,宪法所要求的平等产生了立法机关的一项义务,即保证只有那些根据《基本法》第4.3条第1句规定的良知理由,已经决定拒绝提供涉及使用武器的军事服务的人豁免于军事服务;这项义务代表着一种对社会的高阶义务。这一方面意味着,虽然即便在其存在受到威胁的

情况下，国家仍然给予拒绝提供涉及使用武器的军事服务的决定以优先权，但是它必须受到保护，防止这种基本权利受到滥用。另一方面，还有必要保护良知自由本身，它恰恰是在它可以被用来避免履行普遍公民义务时容易受到威胁。

【343】 因此，如果立法机关引入普遍军事服务，它就必须同时保证负责机构能够充分地确定以下情况，即良知反战是根据《基本法》第4.3条含义范围内的一个良知决定提出的。根据宪法，这一方面是因为它有责任向基本权利的享有者提供《基本法》第4.3条之下的保护，另一方面是因为它有义务在国境之内维持普遍的军事服务，并且为保卫保障这项基本权利的国家做好准备。这并不限制《基本法》第4.3条保障的基本权利。此外，它只是使得一种程序成为可能，这种程序被用来查明以下情况，即一个受制于兵役且援引了这项基本权利的人是否事实上也满足这些前提条件。在这方面，而且仅在这方面，良知反战的基本权利受制于程序要求。《基本法》第4.3条第2句明确授权立法机关“规制”而非“限制”良知反战的权利，或更准确地说，“规制”行使这项权利的方式。这个程序必须在宪法上是客观、适当而合理的（关于政治庇护的权利，参见BVerfGE 60, 253 [295]）。只有当它未能满足这些要求时，它才违反《基本法》第4.3条。

(3)在这方面，立法机关有自由选择用来确定一项良心决定的要素是否存在的方式（参见BVerfGE 48, 127 [169]）。它没有义务保持习惯上的识别程序（BVerfGE 28, 243 [259]; 48, 127 [166, 167]）。它可以使用它认为更适合于实现其目的的办法代替习惯上的程序（BVerfGE 48, 127 [167]）。立法机关也可以利用其他合适手段代替一种特别识别程序（参见BVerfGE 48, 127 [169]）。

(4)立法机关想用《良知反战法案》中受到挑战的条款代替之前检验良心的程序，后者的特征是对申请者举行口头听证，特别是包括关于其决定动机的彻底询问，还有方法来核实所宣称的良心决定：在明知的情况下接受比积极军事服务长5个月的平民服务，将被认为是存在良心决定的支持性证据。之因而更加费力地规制平民服务，主要是为了是保证《基本法》第4.3条第1句规定的基本权利仅被真实的良心反对者援引。它无疑的确构成能够贯彻立法机关意志的实际的“良心检验”，但不是唯一的。它得到一种识别程序的补充，这一程序可能根据各种情况而变化：

受制于兵役且未在《良知反战法案》第4.1条含义范围内服役的人，必须在联邦机构经历这项程序；最近几年中，这样的人大约占申请者的85%。正如从其方法以及尤其是《良知反战改革法案》的历史发

展所能得知的那样，它不构成传统意义上的识别程序（参见Bundestag document 9/2124, p. 9）：对申请者的识别不再依靠口头听证的结果，口头听证是传统程序的特征；除了在必必要时要求申请者提供更多信息外，联邦机构不得关注事实的证实；只能进行“形式检查”（参见Bundestag document 9/2124, p. 11）；没有必要提出支持或者否定一项良心决定的决定性证据；相反，这项程序的唯一目的是不经口头听证消除那些因非常明显缺乏相关的良心决定而明显不满足条件的申请。【344】

如果在立法机关看来，大致有理由认为平民服务以其目前的形式，不能独自实现其作为存在良心决定的支持性证据的功能，那么根据《良知反战法案》第9条及其后规定和第18.1条第2句，就适用良知反战委员会和议事会的程序。它在一些重要方面相当于习惯上的识别程序：与以前的法律相比，识别的实质标准保持不变。然而，《良知反战法案》第14.1条第1句并不要求这项程序决定性地确定良心决定是否存在，而是甚至允许一个足够确定的假设，作为这种存在的证据。如果《良知反战法案》第14.3条规定的前提条件存在，委员会举行的个人听证就可以免除。

II.

《良知反战法案》在宪法要求的程度上保障，只有以下人士才能被识别为良知反战者，即那些受制于兵役，且能够以足够的确定性被认为满足《基本法》第4.3条第1句规定的条件的个人；可以假定，只有那些实际上已经做了一个良心上的决定，反对涉及使用武器的军事服务的人，才会接受平民服务。平民服务给了良知反战者一种替代军事服务的服役方式，该替代方式的繁重程度无论如何并不明显更小。《替代性平民服务法案》第24.2条第1句规定，平民服务比积极军事服务的时限长1/3。由于目前可得的平民服务职位多于有义务从事这种服务的人能够担任的职位，而且将来会创造出更多平民服务职位，与1978年时不同（参见BVerfGE 48, 127 [171 et seq.]），今天良知反战者有更大的可能性可预期被征召从事平民服务。同时，某些更不合适的职位将被废除，尤其是在行政和护理领域。当新的工作职位得到认可时，有必要保证这些可得的职位不会导致明显不平等对待从事平民服务的人和从事这种服务的其他人或者那些提供军事服务的人（参见Bundestag document 9/2124, p. 10）。平民服务中的固有负担本身已经变得更明显，尤其是因为《替代性平民服务法案》第6.1条第1句和第25a.4条中的规定。

以这种方式组织平民服务（无论如何连同附随的识别程序）使得足够可靠

地确定存在良心决定成为可能。在良心反对委员会和议事会举行识别程序的情况下，这源于以下事实，即它类似于以前的核实程序，该程序符合《基本法》（参见BVerfGE 28, 243 [259-260]; 18, 127 [166]）。至于联邦机构举行的程序，必须承认的是，它的确仅具有提供证据的有限价值；同时，它具有一种专门的补充性功能，因为平民服务作为良心的实际考验，旨在和对个案的最低限度的制度化程序检验结合在一起。它能以一种客观方式实现这种有限功能。宪法并不要求联邦机构进行更彻底的检验，因为平民服务以其当前的形式，似乎总体上适合于阻止虚假的良心反对者滥用《基本法》第4.3条第1句规定的基本权利去逃避军事服务。

【345】

III.

受到挑战的《良知反战法案》的规定在其他方面也符合《基本法》。

(1)《替代性平民服务法案》第24.2条第1句规定的平民服务的时限超过积极军事服务的时限1/3，这并不违反《基本法》第12a.2条第2句。

a)根据《基本法》第12a.2条第2句，军事服务的时限代表了替代性服役的一种独立的时间上限。根据规范军事服务的立法，在和平时期提供军事服务的时限包括目前为15个月的积极军事服务（《义务兵役法》第5.1条第2句）、后备军事服务和军事演习（《义务兵役法》第4.1条）。后备军事服务被归入军事演习的全部时限中（《义务兵役法》第5a.3条）。关于这种服务的时限，服役士兵（enlisted personnel）不得超过最长9个月，未授军衔的军官最长15个月，军官最长18个月（《义务兵役法》第6.2条）。因此，士兵的军事服务时限可能延长到24个月。因此，鉴于当时生效的立法，参议院也认为将平民服务延长至24个月也可以讨论（BVerfGE 49, 127 [170-171]）。如此解释《基本法》第12a.2条第2句符合该规定的措词。

无论如何，修宪资料并不否认这一点（参见议会成员Dr. Arndt和Dr. Schwarzhaupt的评论，Proceedings of the German Federal Assembly, 2nd legislative period, record of the 110th session of the committee for Legal Affairs and Constitutional Law of 20 February 1956, pp. 9-10, and its 111th session of 21 February 1956, pp. 12 and 14 et seq., as well as the Second Written Report of the Committee for Legal Affairs and Constitutional Law, Proceedings of the German Federal Assembly, 2nd legislative period, stenographic report p. 6857）。他们说得很清楚，积极军事服务和军事演习一起构成确定替代性服役时限的基础。因此，采纳了这项宪法修正案的立法机关不可能假定，对于提供军事服务的人和从事替代性服役的人来说，时间负担完成等同；因为当时已经确定的是，不可能知道那些从事军事服务的人在完成积极军事服务后，是否以及在何种程度上

将被征召去参加军事演习。

因此，《基本法》第12a.2条第2句禁止任何法律规定在任何情形下要求平民服务超过法律允许的最长军事服务期间。这项条款并未使立法机关有义务规定不超过法律允许的最长军事服务时限的平民服务，以及完全等同于实际军事服务期间的平民服务。它也不禁止立法机关规定超过实际平均军事服务期间的平民服务。另外，立法机关可以将平民服务的期间确定为它抽象估量的一个时间段的函数，即根据法律允许的军事服务期间和单独根据军事服务的实际期间来计算平民服务的期间。由这些考虑可知：【346】

《基本法》第12a.2条第2句的规范性目标，是在提供军事服务的人的负担和从事平民服务的人的负担之间实现一种平衡；与那些提供军事服务的人相比，从事替代性服役的人不得享有特权或者被置于不利境地。这排除了以下可能性：使军事服务的实际期间和替代性服役的期间完全且在本质上相同。鉴于军事服务和替代性服役之间的现有区别，只有当立法机关有某种自由确定替代性服役的期间时，它才能使平民服务的负担等同于军事服务的负担（参见BVerfGE 48, 127 [173]）。只有向替代性服役添加“人为制造”而不是来自实际情形（即来自这种服务的性质）的困难，才能为提供军事服务的人和从事替代性服役的人施加同等负担。

.....

c)在利用《替代性平民服务法案》第24.2条第1句包含的规定来确定平民服务期间方面，立法机关没有超越它因此拥有的行为自由界限：平民服务期间将被确定，从而使它一方面不超过被允许的最大期限，目前是24个月，另一方面适合于发挥其作为存在良心决定的支持性证据的预期功能。尤其是这也不违反《基本法》第12a.2条第3句。《基本法》的这一条款禁止立法规定阻碍良知反战者利用其在《基本法》第4.3条第1句中的基本权利，并因此对良心决定施加不适当的压力。那些因为良心的理由拒绝提供涉及使用武器的军事服务的人作出良心决定的自由，并未因以下事实而受到损害，即除了在识别程序中提供作出这一决定的理由外，他们必须从事20个月的平民服务。另一方面，这里也必须考虑到军事服务和平民服务之间的现有区别。在从事平民服务的情形中，这种服务是在不被打断的情况下履行的，最后是在一个特定的时间结束；它通常涉及更不严格的工作，并通常与更不繁重的生活条件相关。【347】

(1)根据宪法所要求的解释，《良知反战法案》第8条第2句符合《基本法》。

a)根据《良知反战法案》第8条第2句，在紧急状态或防卫状态中，如果他们已经作为良知反战者提交了识别申请，受制于兵役、尚未在军队中服役且尚

未被征召或收到预先通知的人，在识别程序进行中也可以被征召从事军事服务。如果按照它的措词，把这项规定解释为它允许不受限制的军事服务征募，那么它就违背了《基本法》第4.3条第1句。即使在国家对其公民提出特殊要求的严重冲突的情形中，良知反战的基本权利也给予良心保护以优先地位，使之优先于宪法中规定的参与武装国防从而保护国家存续的义务（BVerfGE 12, 45 [54]; 28, 243 [260]; 48, 127 [163]）。

它的核心范围是，保护良知反战者不被强迫违反他们的良心在与战争有关的情形中杀死其他人，他们的良心原则上且毫无例外地绝对禁止杀戮（BVerfGE 12, 45 [56-57]; 23, 191 [205]; 23, 191 [205]; 28, 243 [262]; 32, 40 [46-47]; 48, 127 [163-164]）。如果受制于不受限制的服役义务，良知反战者就直接面临这样的强迫，尤其是在紧急状态和防卫状态的情形中。它不能在从属于宪法的法律之下获得正当性（BVerfGE 12, 45 [53]; 28, 243 [259]）。即使是与之对立的其他当事人基本权利和宪法价值等级中的其他法律价值，也只能限制个人无条件和不受限制的良知反战的权利，但不能限制其核心范围（BVerfGE 28, 243 [261]）。

b) 只有当根据被认可的符合《基本法》的解释原则不可能作出可接受的解释时，一项法律才可以被宣布无效（BVerfGE 49, 148 [157]）。如果相关规定的措词、历史发展和整体上下文以及它们的目的和意图容许几种意思，而其中至少有一种意思能够产生一个符合《基本法》的结果，那么符合《基本法》的一种解释就是可获得的（参见BVerfGE 19, 1 [5]; 30, 129 [148] 32, 373 [383-384]; 49, 148 [157]）。

《良知反战法案》第8条第2句必须被解释为，受制于兵役的人可以被征召仅从事不涉及使用武器的服务。

【348】 这与《良知反战法案》第8条第2句的措词并不矛盾。该条款仅明确规定，“征兵”或者根据具体情况“征召进入军事服务”是可能的（参见《良知反战法案》第3.2条）。它没有决定性地规定申请者可以被征召从事服务的类型，即从事不受限制的服务还是仅仅从事不涉及使用武器的服务。

《良知反战法案》第8条第2句的发展史以及意图和目的也不否定一种限制性解释。为了维持一项法律（在有疑问时，这需要有一种符合《基本法》的解释），如果一种解释超越了符合基本法的范围，那么这种解释是否更好地反映立法机关的主观意志不能被认为具有决定性的重要性（BVerfGE 49, 148 [157]）。唯一重要的是，一种解释与立法机关的意志不冲突。这里的情况就不存在这种冲突。事实上，如果可以解释为征召一位申请者仅从事不涉及使用武器的服务，那么这种解释基本上与立法机关的意志一致。后者的目的是最大程

度地保证联邦武装部队的备战状态和防御能力，特别是在紧急状态和防卫状态下。为了这个目的，立法机关想阻止以下情况，即大量受制于兵役且尚未服役的人将在军事服务更加危险的印象中提交申请，请求被识别为良知反战者，至少为了暂时逃避被征召从事军事服务而滥用法律。征召仅从事不涉及使用武器的服务的政策也在相当程度上将这些目标考虑在内。

尤其不能从《良知反战的权利和平民服务改革法案》的第3条第4项和第7项得出，这种解释违反立法机关的意志。通过删除之前的《义务兵役法》第27条，以及从《义务兵役法》第48.2条第2项中删除“或者根据从事不涉及使用武器的服务之申请”这些措词，立法机关仅仅在暗示，没有（不再有）任何意图组织任何特殊形式的不涉及使用武器的服务。这并不意味着目前排除了以下可能性，即征召受制于兵役的人，但不强迫他们提供涉及使用武器的服务，更何况这个决定可以被撤销。

c)如果受制于兵役、尚未服役且已经申请了被识别为良知反战者，而这个人被征召在紧急状态和防卫状态中在联邦武装部队里从事不涉及使用武器的服务，例如在军事管理或者医疗队里服役，那么这并不侵犯《基本法》第4.3条第1句所保护的领域。这项规定仅保护相关人士不从事直接与使用军事武器有关的活动，军事武器是由各种武器技术状况界定的（Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz*, October 1984, Article 4 Marginal no. 171-172）。它没有使拒绝提供任何军事服务的行为合法化，而是仅使拒绝提供涉及使用武器的军事服务的行为合法化了（参见BverfGE 12, 45 [56]; 32, 40 [45]）。

【349】

d)在受制于兵役的人被正式识别为良知反战者之前，征兵从事不涉及使用武器的服务是可允许的。在紧急状态和防卫状态中，国家被迫利用所有可用资源去保护其存续。在这种情形中，在决定性地确定相关人员可以正当宣称《基本法》第4.3条第1句中的基本权利保护之前，国家能够在联邦武装部队中使用受制于兵役的人具有迫切的必要性。在这样的情况下，受制于兵役的人的一种同样合法的利益，即出于预防的考虑而豁免于军事服务，不能与之等量对抗，因为这样的人士在提供不涉及使用武器的服务过程中，不能发现自己处在这样的境况中，即《基本法》第4.3条第1句规定的基本权利意图抵御的强制境况……。

“宗教屠宰案”
BVerfGE 104, 337

1.译者注解

伊斯兰教和犹太教都要求屠宰动物时不能事先使动物昏迷，而是通过割断某些主要血管使血流干。这种方法存在争议，因为据称这会导致动物不必要的痛苦，并且这可能违反动物福利法。在德国，屠宰动物的这种方法一直被视为合法，直到纳粹政权因为与动物保护无关而与种族主义和偏执态度有很大关联的理由改变了这种状况。1945年以后，宗教屠宰变成一种被容忍的活动。1986年通过的动物福利立法规定，禁止不经事先使动物昏迷的屠宰，但是为“强制性”宗教规则要求宗教屠宰的情形设置了一个例外程序。一位逊尼派穆斯林屠夫没有获得这项必要的例外授权，理由是他的宗教本身并不禁止食用不按照伊斯兰教习俗屠宰的动物的肉。宪政法院反对这种对动物福利立法中相关规范的狭隘解释。问题不是宗教作为一个整体即逊尼派或什叶派伊斯兰教通常对这个问题可能会说什么。只要可以证明这种习俗是一个具体宗教团体的一部分，并且具有足够的宗教含义使这一团体的成员有必要遵守就足够了。

【350】 这个判决是在2002年1月作出的，就在《基本法》的一项修正案通过之前。在这项修正案中，动物福利成为一种受到宪法保护的法律利益，被纳入《基本法》第20a条的“国家目标条款”中。⁴¹然而，这不会改变这个判决的结果。不管怎样，这个问题都是宗教自由和动物福利之间的一种冲突。只有通过平衡两种权利，从而使两种权利的最大可能范围都得以实现（“实际的协调”），即两种被平衡权利的总和必须大于因一种权利获得绝对优先地位而实现的利益，才可能解决这种冲突。⁴²动物福利的绝对优先地位不能实现那项目标。⁴³

2.判决概要

(1)如果一位非德国屠宰商是一位虔诚的穆斯林，他为了使其顾客便于消费

⁴¹ Official Gazette of the Federal republic of Germany (BGB1.), Part I, p. 2862.

⁴² See introduction at p. 67-72.

⁴³ 应当注意的是，宪政法院的判决主要根据《基本法》第2.1条的辅助自由，仅略微考虑到了第4.1条的宗教自由，因为它是从土耳其屠宰商向其顾客提供商品的商业利益而不是他自己的宗教信仰中看到了本案的要点。这可以论证是一种教义上的错误方法，这一点也被宪政法院主要进行了宗教自由角度的论证这一事实所证明。正是基于这个理由，这个判决在宗教自由的标题之下处理。

按照宗教仪式屠宰的动物的肉，以符合他们的宗教信仰，想不经事先使动物昏迷而屠宰动物（宗教屠宰），那么这种行为的合宪性就会根据《基本法》第2.1条结合第4.1条和第4.2条受到审查。

(2)根据这些宪法规范，《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分应当以这样的方式获得解释，即可以授予穆斯林屠宰商宗教屠宰的例外许可。

2002年1月15日第一庭的判决，1 BvR 1783/99.

3.案件事实

这项宪法诉愿涉及授予所谓的宗教屠宰（即未事先使动物昏迷而屠宰温血动物）例外许可。

(1)第二次世界大战结束后，在大多数情形中，宗教屠宰受到默许（参阅Andelshäuser, Schlachten im Einklang mit der Scharia, 1996, pp. 140-141）。然而，直到关于屠宰的规定修正了《动物保护法》时，才引入了在整个德国具有法律效力并对出于宗教动机未使动物昏迷而屠宰的首次规制。自从1986年12月12日《动物保护法》的第一次修正法律生效以来（Federal Law Gazette I, p. 1309; 该法最近的一次修正颁布于1998年5月25日，参阅Federal Law Gazette I, p. 1105），《动物保护法》第4a条第1款规定了对未事先使动物昏迷而屠宰温血动物的一般禁止。然而，第4a.2条第2项规定了因为宗教理由而授予例外许可的可能性。在立法程序中，《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分中的规制是在伊斯兰教和犹太教饮食戒律的背景中被看待的（参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 38）。

【351】

目前，《动物保护法》第4a条的措词表述如下：

(1)在屠宰一个温血动物时，必须使它昏迷之后才能对它放血。

(2)尽管有第1款的规定，但是下列情形中不要求使动物昏迷：

.....

2.如果负责机构已经授予了一项未使动物昏迷而屠宰（宗教屠宰）的例外许可；负责机构只能在该法律可适用的领域内，在满足具体宗教团体之成员的需要所必要时，才能授予这种例外许可。这些成员是指，他们的宗教团体的强制性规定针对他们规定了宗教屠宰或者禁止他们消费非经宗教屠宰的动物的肉；或者

3.如果根据第4b条第3项制定的一项法令已经将此确定为一种例外。

(2)根据联邦行政法院1995年6月15日的这个判决（Decisions of the Federal

Administrative Court 99, p. 1) , 该条款的第2款第2项要求, 为了授予一项例外许可, 必须客观上证实一个宗教团体有强制性规定, 禁止在屠宰动物之前使其昏迷。根据该法院的说法, 必须(1)存在相应的宗教团体发布的明确规范; 以及(2)在该团体自身的国家可以评估的观念中, 这些规范被认为是强制性的。该法院认为, 这种个体视角仅关注一个宗教团体的成员的主观宗教信仰, 不符合该法的措词、目的和历史起源。即使他们认为这种信念是强制性的, 也是如此(参阅loc. cit., pp. 4 et seq.)。

申诉人是一位土耳其公民, 并且是一位虔诚的逊尼派穆斯林。他已经住在德意志联邦共和国20年了, 经营一家从其父亲那里接管下来的肉铺。直到1995年9月, 根据《动物保护法》第4a.2条第2项, 他被授予例外许可, 从事未事先使动物昏迷的屠宰行为, 以满足他的穆斯林顾客……后来, 申诉人又提交了这种许可的申请。由于联邦行政法院1995年6月15日的上述判决, 这些申请没有获得批准。针对这项拒绝命令以及就申诉人针对这项拒绝命令提出的异议所作的决定, 申诉人在最初程序中提起了诉讼, 但被行政法院驳回; 在理由中, 行政法院也参考了上述判决, 除此之外还参考了这些诉讼程序中的上诉判决。

4. 判决理由选译

B.

这项宪法诉愿有充分根据。的确, 《动物保护法》第4a.1条结合第4a.2条第2项第二部分符合《基本法》。然而, 根据这项规制作出的这些受到挑战的判决经不起宪政法院的审查。

I.

(1)联邦宪政法院审查的基础首先且首要地是《基本法》第2.1条。在初步程序中, 为了借助其作为屠宰商的职业使其顾客便于消费到根据宗教仪式屠宰的动物的肉, 申诉人作为一位虔诚的逊尼派穆斯林, 寻求豁免于《动物保护法》第4a.1条规定的昏迷屠宰方式。与此相比, 申诉人自身消费这类肉品居第二位。因此, 在审查申诉人的申诉时, 行政机构和行政法院所根据的《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分, 首要影响申诉人作为屠宰商的职业行为。

因为申诉人不是一位德国人, 而是一位土耳其公民, 这种行为不受《基本法》第12.1条的保护。在此情形中提供保护的相关法律是《基本法》第2.1条。这是由《基本法》第12.1条和《基本法》第2.1条之间的特别联系造成的。前者仅适用于德国人, 后者对外国人仅具有辅助效力(关于这一点, 参阅BVerfGE 78, 179 [196-197])。然而, 对申诉人来说, 宗教屠宰不仅是为其穆斯林顾客获得和准备肉品的手段。根据其未受到被挑战的判决质疑之陈述, 那也是一种基

本宗教态度的表达。对作为逊尼派穆斯林的申诉人来说，这种宗教态度包括根据其认为有约束力的宗教规则从事屠宰业的义务（关于这一点，参阅以下文献中的概述：Andelshäuser, loc. cit., pp. 39 et seq.; Jentsch, Das rituelle Schlachten von Haustieren in Deutschland ab 1933, 1998, pp. 28 et seq.; Mousa, Schächten im Islam, in: Potz/Schinkele/Wieshaider, Schächten. Religionsfreiheit und Tierschutz, 2001, pp. 16 et seq.）。即使宗教屠宰本身不被视为一种宗教实践活动，上述陈述也应当通过以下途径获得适当考虑，即借助《基本法》第4.1条和第4.2条规定的宗教自由这项基本权利中的特别自由权利，提高申诉人根据《基本法》第2.1条所享有的职业自由的保护。

【353】

(2)然而，为了从事其作为屠宰商的职业行为，根据《基本法》第2.1条，申诉人享有的法律地位仅仅在宪法秩序框架中受到保障。这个宪法秩序包括在形式上和实质上符合《基本法》的所有法律规范（前后一致判例法，参阅BVerfGE 6, 32 [36 et seq.]; 96, 375 [397-398]）。就实质而言，这首先以比例原则的保障为前提条件，并且在此背景下，以遵守宗教自由为前提条件。

II.

《动物保护法》第4a.1条结合第4a.2条第2项第二部分符合这些标准。

(1)的确，这项规制侵犯了《基本法》第2.1条结合第4.1和4.2条之下的基本权利，因为它仅仅在《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分规定的限制性前提条件之下，作为《动物保护法》第4a.1条规定的强制昏迷屠宰方式的一种例外，在穆斯林屠宰商的职业行为框架中，允许未事先使动物昏迷的屠宰行为。然而，这种侵犯并非令人不能接受，因为它在宪法之下能够得到充分辩护。

a)《动物保护法》的目的是保护动物的生命和幸福，这是出于对作为人类同伴生物的责任。任何人不得在没有合理原因的情况下，使一个动物遭受疼痛、痛苦和损害（《动物保护法》第1条）。《动物保护法》第4a.1条和第4a.2条第2项第二部分的规制也有助于实现基于道德原则保护动物的目的（参阅BVerfGE 36, 47 [56-57]; 48, 376 [389]; 101, 1 [36]）。通过在《动物保护法》中纳入给温血动物放血之前使其昏迷的原则，议会意图将《动物保护法》第1条界定的基本概念扩展到屠宰领域（参阅Records of the Bundestag 10/3158, p. 16）。这是一个合法的规制目标，也考虑到了广大民众的感受（参阅BVerfGE 36, 47 [57-58]，特别是关于宗教屠宰，参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 32, under I 2a, no. 3）。

b)《动物保护法》第4a.1条和第4a.2条第2项第二部分遵守了比例原则的要求。

aa)这项规制对于实现规制目的来说是适当且必要的，其规制目的在于将根

据道德原则对动物的保护也扩展到屠宰温血动物上。

在评估议会为执行规制的立法目的而选择的手段之适当性和必要性方面，
【354】 宪法授予议会某种裁量权。这也适用于对立法规制之事实根据的评估。在这方面，我们不能认为这里发生了错误的评估。的确有观点怀疑，与未经昏迷的屠宰相比，使动物昏迷后的屠宰大大减少动物的痛苦和疼痛（关于羊和小牛，例如参见以下论文提供的综述，Schulze/Schultze-Petzold/Hazem/Groß, *Deutsche Tierärztliche Wochenschrift* 85 [1978], pp. 62 et seq.）。然而，迄今这个问题似乎仍没有最终的科学答案。出于保护动物的原因，其他观点明确偏好事先使动物昏迷的屠宰，例如在口头辩论中德国保护动物协会表达的观点。1979年5月10日《欧洲保护屠宰动物公约》（Federal Law Gazette 1983 II, p. 771）第12条和1993年12月22日欧盟理事会关于在屠宰时保护动物的第93/119/EC号《指令指令c》（Official Journal L 340/21）第5.1条，是根据以下假定行事，即如果在给动物放血之前使它们昏迷，屠宰就会给它们带来更少痛苦和疼痛。在这些情况下，德国议会同意这一观点的评估以及议会的以下假定至少是无可非议的，即对于实现《动物保护法》第1条规定的目标来说，《动物保护法》第4a.1条规定的强制昏迷是适当的，并且由于缺少同样有效的替代手段，因而也是必要的。

这也同样适用于《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分规定的豁免条款的评估。议会在这个法律条款中为《动物保护法》第4a.1条规定的强制昏迷设置了豁免。该条款要求设置一种例外许可，因为它想使宗教屠宰接受国家更高强度的监管。尤其是除了检查申请者的专门技能和个人天资外，议会意图创造这样一种可能性，即通过例外许可的附属条款，保证被送去屠宰的动物在运输、固定和宗教屠杀期间免于任何可避免的疼痛和痛苦。这应该可以通过诸如关于适当经营场所、装备和其他装置的命令来实现（参阅Records of the Bundestag 10/3158, p. 20 on no. 5）。因此，这项规制的意图是在任何可能的地方预防出现这样的家庭或其他私人屠宰行为，即常常不保证适当的宗教屠宰，并因此能够导致相关动物遭受特别令人难过的痛苦；另一方面，它想促进在获批准的屠宰场内的屠宰（参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 39 on Article 1, no. 5）。

除此之外，根据《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分授予一项例外许可的前提条件是，在具体情形中，一个宗教团体的信徒的需要将得到满足，他们因其宗教团体的强制性规定，不得消费非经宗教屠宰的动物的肉。只有在满足这些前提条件时，法律才允许《动物保护法》规定的强制昏迷的例外。这一事实必然导致可能的豁免减少。在伊斯兰教的情形中，还必须考虑到，正如德国穆斯林中央委员会在其意见中表达的那样，这一宗教本身要求应当尽可能温柔地杀害动物（又见Andelshauer loc. cit., pp. 35, 62, 79-80）。符合伊斯兰教规的
【355】

宗教屠宰必须以这样一种方式进行，即动物的死亡尽可能迅速地完成，并且动物的痛苦被限制在最小程度，避免以任何种类的残忍手段对待动物（又见 Austrian Constitutional Court, EuGRZ 1999, p. 600 [at p. 603]）。也是在此基础上，议会可以根据以下假定行事，即对于保证基于道德原则的保护动物来说，《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分规定一项豁免构成一项适当并且也是必要的手段。

bb)这里讨论的这项法律规制也符合狭义上的比例原则。在全面衡量与《动物保护法》第4a.1条结合第4a.2条第2项第二部分有关的对基本权利侵犯的严重程度和支持这项侵犯的理由的重要性和迫切性后，可以合理地要求相关人士在议会规定的条件下（参阅BVerfGE 90, 145 [173]; 101, 331 [350]），根据一项例外许可，才能从事未使温血动物昏迷就实施屠宰的行为。

1)然而，对穆斯林屠宰商的职业自由这一基本权利的侵犯承载着很大的重量。如果没有保留一项豁免，像申诉人这样的虔诚穆斯林将不再可能在德意志联邦共和国从事屠宰商职业。如果他们想至少作为销售点维持生意，而不是如申诉人就其自身所表达的那样，放弃他们的生意，去以不同方式谋生，他们将不得不把自己限制在要么销售进口的经过宗教屠宰的动物的肉，要么销售不是经过宗教屠宰的动物的肉，也就是使动物昏迷后再屠宰的动物的肉。这两种决定都将对相关人士产生深远影响。决定作为售货员仅仅销售经过宗教屠宰的动物的肉，不仅意味着放弃屠宰商的生意，而且也将在以下问题上导致不确定性，即他提供的肉是否真正来自经过宗教屠宰的动物，因而适合与这位肉贩自己及其顾客的信仰相符合的消费？决定将这位屠宰商的生意转变为销售不是经过宗教屠宰的动物的肉，将意味着生意的所有人将不得不去赢得新顾客。最后，职业上的彻底重新定位（如果这在相关个人的具体情形中仍然是可能的）将意味着这个人将不得不完全重新开始。

这项禁止不仅涉及穆斯林屠宰商，而且涉及他的顾客。当他们需要经过宗教屠宰的动物的肉时，这很明显是基于以下事实，即他们确信他们的信仰以一种有约束力的方式禁止他们吃其他肉。如果要求他们基本上放弃消费肉类，这就没有充分考虑到德意志联邦国内的饮食习惯。在德国，肉是一种常用食品，并且非自愿地放弃消费肉类几乎不能被认为是合理的。的确，消费进口肉类使这种放弃变得不必要；然而，由于在这种情形下，个人与屠宰商的联系以及与这种联系相伴随的信任不存在了，对进口肉类的消费在这些肉类是否真正遵守了伊斯兰教的戒律这一问题上就充满了不安全感。

【356】

2)给虔诚的穆斯林屠宰商和他们的虔诚顾客带来的这些后果，必须与以下事实一起进行权衡，即对动物的保护构成一种公共利益，这种公共利益在民众

中被高度重视。议会已经将此考虑在内，不把动物视为物体而是同样感到疼痛的同伴生物，并且意图借助特别法律来保护它们（参阅s. 90a, sentences 1 and 2 of the Civil Code, s. 1 of the Animal Protection Act）。这种保护首先被庄严载入了《动物保护法》。

然而，《动物保护法》提供的这种保护并不意味着动物借助法律一定能够免于对其安乐的任何损伤。相反，这项法律的基本想法仅仅是“在没有合理原因的情况下，使一个动物遭受疼痛、痛苦和损害”（参阅s. 1 of the Animal Protection Act and BVerfGE 36, 47 [57]; 48, 376 [389]）。

因此，《动物保护法》（不仅在第4a.2条第2项中）为只能事先使动物昏迷后再屠宰动物的义务规定了豁免。只要使动物昏迷在具体条件下是不可能的，强制昏迷的豁免也存在于紧急屠宰的情形中（参阅s. 4a.2, no. 1 of the Animal Protection Act），而且根据《动物保护法》第4a.2条第3项结合第4b.1条第3项作出的一项命令，也可以为屠宰家禽授予豁免。此外，《动物保护法》第4.1条第1句一般允许不使其昏迷即可屠宰脊椎动物，只要在实际情形中这种屠宰是合理的，并且只要能够避免痛苦。如果在猎人般狩猎行为的框架中或者由于其他法律规定，未经昏迷即杀害脊椎动物是可允许的，或者如果这发生在可允许的害虫防治措施的框架中，那么这种杀害可以根据《动物保护法》第4.1条第2句的规定进行，只要它不引起不必要的痛苦。特别是最后提及的这些例外表明，议会已经认为，在传统和社会接受的实际考虑或理由建议豁免的情形中，偏离强制性昏迷的杀害与基于道德原则对动物的保护并不矛盾。

3)在这些情况下，如果对温血动物放血之前必须使其昏迷这一强制性规定的豁免的目的是，一方面促进一种受到基本权利保护的具有宗教特征的职业活动，另一方面促进从事这种职业的人士的顾客遵守宗教饮食戒律，那么这项豁免就不能被排除。如果没有这样的豁免，想从事不经昏迷的屠宰职业的人士的基本权利就会受到不合理的限制，并且保护动物的利益就会在没有充分宪法理由的情况下被赋予片面的优先权。有必要的是以一种平衡方式考虑到以下因素之规制：(1)受到影响的基本权利；以及(2)基于道德原则保护动物的目标。

(a)《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分基本上遵守了这些要求。这项规制考虑到尤其是在犹太教和伊斯兰教信仰范围内有效的饮食戒律（参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 38），意图促进因宗教动机根据例外许可从事的宗教屠宰（参阅Records of the Bundestag 10/3158, p. 20, on no. 5）。这种例外许可手段被期望开辟一条道路，消解公众对基于宗教动机的屠宰的批评，尤其是如果这种屠宰是由所谓的家庭和私人屠宰商进行的（参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 32, under I 2a, no. 3）。正如已经提及的那样，例外许可（尤其是通

过附属条款）能够使送去屠宰的动物免于任何可避免的疼痛和痛苦（参阅Records of the Bundestag 10/3158, p. 20, on no. 5；另参见Records of the Bundestag 10/5259, p. 39, on Article 1, no. 5）。这表明，这项规制的目标是在不放弃根据道德原则保护动物的原则和义务的情况下，保障虔诚穆斯林的基本权利受到保护。因此，申诉人的权利也获得了适当考虑。

(b)然而，如果《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分被理解为联邦行政法院在其1995年6月15日的判决中所解释的意思（BVerwGE 99, 1），情况就不同了。联邦行政法院认为，手头的这个案件没有提供这项法律所要求的法律元素，因为申诉人所信仰的逊尼派伊斯兰教就像整体上的伊斯兰教一样，没有强行禁止消费非经宗教屠宰的动物的肉（参阅loc. cit., p. 9）。行政法院认为，《动物保护法》第4a.2条第2项要求，必须明确存在一个宗教团体发布的关于禁止在屠宰之前使动物昏迷的强制性规定。行政法院得出结论认为，仅关注这样一个团体之成员的主观宗教信仰的个体视角，不符合该法的规制范围，尽管他们认为这种信念是强制性的（参阅loc. cit., pp. 4 et seq.）。

这种解释不符合《基本法》第2.1条结合第4.1和4.2条规定的基本权利的含义和范围。这项解释的结果是，《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分对穆斯林来说变得不起作用，不顾及他们的宗教信仰。这种解释阻止一位想从事宗教屠宰的屠宰商开展他的职业。他之因而想从事宗教屠宰，是因为他考虑到他及其顾客所追随的信仰，想保证他们得到未经昏迷而被屠宰的动物的肉的供给。对于相关人士来说，这是一种不合理的负担，这种负担以片面的方式，仅仅考虑到了保护动物的利益。如果以这种方式来解释《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分，那么它就是违宪的。

【358】

(c)然而，这种结果可以通过解释“宗教团体”和“强制性规定”这些法律元素得以避免，解释时将《基本法》第2.1条结合第4.1和4.2条规定的基本权利考虑在内。

正如联邦行政法院本身在此期间在其2000年11月23日的判决（BVerwGE 112, 227）中所决定的那样，《动物保护法》第4a.2.2条中的“宗教团体”这个概念并不要求这样一个团体：(1)满足在公法之下根据《魏玛宪法》（1919年8月11日《德意志帝国宪法》）第137.5条被承认为一个宗教团体的前提条件；或者(2)根据《基本法》第7.3条有权告知宗教指示。该法院认为，为了根据《动物保护法》第4a.2条第2项授予一项豁免，申请人属于一个许多人因共同宗教信仰组织起来的团体就足够了（参阅loc.cit., pp. 234-235）。这意味着伊斯兰教内部其信仰不同于其他伊斯兰教团体的团体也可以在《动物保护法》第4a.2条第2项的术语之下，被认为是宗教团体（参阅loc. cit., p. 236）。这样解释“宗教团

体”这一概念符合宪法，尤其是考虑到了《基本法》第4.1和4.2条。这种解释也符合上述条款的文字，并且符合议会的意图，即将《动物保护法》第4a.2条第2项的适用范围不仅扩展到犹太教信仰的成员，而且扩展到伊斯兰教及其不同教派的成员（参阅Records of the Bundestag 10/5259, p. 38）。

间接地，当处理“强制性规定”这个概念时，这种解释也有一些影响。此概念禁止被讨论的宗教团体之成员消费不是经过宗教屠宰的动物的肉。有权机构和法院（在发生争议时）将检验和决定被讨论的宗教团体是否遵守了这项前提，因为这是在授予被申请的例外许可时必须满足的法律要素。如果在强制性宗教屠宰问题上，一个宗教内部存在不同观点，就像伊斯兰教那样，那么这种检验的参考标准未必就是作为一个整体的伊斯兰教或者这个宗教的逊尼教派或什叶教派。回答强制性规定是否存在这个问题，要考虑到被讨论的特定宗教团体，它也可能存在于这样一个教派内部（另参见BVerwGE 112, 227 [236]）。

在这种背景下，如果一个人为了满足一个宗教团体之成员的消费需求，需要《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分规定的例外许可，那么他只要以一种被证实和可理解的方式，说明这个宗教团体的共同宗教信仰强制要求消费不经昏迷即屠宰的动物的肉就足够了（参阅BVerwGE 94, 82 [87-88]）。如果已经作出了这样的陈述，政府不能不考虑这个宗教团体自身所持有的这样一种观念（参阅BVerfGE 24, 236 [247-248]），避免对这种信仰作出一种价值判断（参阅BVerfGE 33, 23 [30]）。根据《基本法》第4条，政府不能仅仅基于以下原因就否认一项宗教规范的“强制”性质，即个别宗教也有一些规则，而这些规则也考虑到其信徒的良心压力，承认一些例外，例如考虑到其信徒所处的当前环境以及在那里流行的饮食习惯。当一位申请者寻求一项例外许可时，只要这项许可的授予不因其他原因被排除，他就应该获得这样的许可。在这种背景下，(1) 这项许可的附属条款，(2) 对遵守此种条款的控制，以及(3) 还因考虑到宗教屠宰中所需要的特殊技术而对申请者的专门技能和个人天资的检验，将保证保护动物的利益受到尽可能全面的保护（另参见BVerwGE 112, 227 [236]）。

(2) 如果最后提到的规定所规制的豁免的可能性得到上述意义上的解释，那么《动物保护法》第4a.1条结合第4a.2条第2项第二部分就符合《基本法》，在它的其他方面也是如此。特别是，不能认为这违反了《基本法》第3.1条保护的平等原则，或者违反了《基本法》第3.3(1)条禁止歧视的规定；根据这种解释，穆斯林也可以被授予《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分规定的例外许可。他们作为屠宰商，想给他们的顾客提供经过宗教屠宰的动物的肉；这些顾客因其宗教团体的强制性规定，不得消费未经宗教屠宰的动物的肉。

III.

(1)行政机构和法院发布的受挑战的决定侵犯了申诉人在《基本法》第2.1条连同第4.1和4.2条之下的基本权利。行政机构和行政法院误判了合宪地解释《动物保护法》第4a.2条第2项第二部分的必要性和可能性；因此，它们在对宗教屠宰适用这种禁止的豁免规制时，以不合比例的方式限制了上述基本权利。无论是拒绝申诉人申请的例外许可，还是在异议处理程序和行政法院的诉讼程序中确认这项决定，都是基于这种情形。不能否认，就像申诉人自己一样，申诉人的顾客是上述意义上的一个宗教团体的成员，而该宗教团体强制要求他们遵守宗教屠宰，并且如果这项决定根据了这一事实，申诉人就已经获得了这种例外许可，为其顾客和他自己消费经过宗教屠宰的动物之肉提供便利。

【360】

(2)关于这些受到挑战的决定，根据《联邦宪政法院法》第95.2条，几家行政法院的判决被撤销。这项事务发回最高行政法院，因为可以期待，这项关于行政法中一个问题的争议将在那里根据本判决而获得最终处理……

(二) 《基本法》之下的宗教与国家

“学校祷告案”

BVerfGE 52, 223

1.译者注解

公立学校中的集体学校祷告议题不仅出现在德国。与美国最高法院不同，德国宪政法院已根据《基本法》之下不那么严格的政教分离原则判决，这种学校祷告根据《基本法》未必受到禁止。对于那些想祷告来表现其信仰的人来说，这当然不违反他们的积极宗教自由。然而，根据那些不想祷告的学生（可能还有老师）的消极宗教自由，这种祷告可能有问题。因此，宪政法院指示，学校祷告必须以任何人都自由决定是否参加祷告的方式开展，不得有任何压力甚至强制。换句话说，宪政法院要求那些做祷告的人持宽容态度，并且要有一定程度的空间去容忍可能伴随的例外，即不想祷告的人不参与祷告。只有当逐案确定的例外情形显示没有提供这种宽容，或者那些不想参与的人的压力过大，因而事实上那些不想祷告的人很难行使其权利时，学校祷告才是违宪的。

2.判决概要

(1)在《基本法》第7.1条保障的在学校事务上的最高权力框架中，由州决定是否允许在跨教派学校中，在宗教教育之外开展自愿、跨教派的学校祷告。

(2)即使一名学生或其父母反对举行学校祷告，这种祷告在原则上也是宪法

【361】 所允许的：如果他们可以自由选择是否参与祷告而未被强制，他们信奉一种信仰的消极自由的基本权利就没有受到侵犯。

(3)在宽容规则得到坚持的地方，自愿性作为一项规则可以被推定存在。如果因为个案中的情形，学生没有得到合理的避免参与的机会，那么这种自愿性就例外地没有得到保障。

1979年10月16日第一庭的命令，1 BvR 647/70 and 7/74.

3.案件事实

这些宪法诉愿涉及以下问题：如果一名学生的父母反对在国家义务教育阶段的学校中举行宗教教育之外的学校祷告，这种祷告是否可被允许？

这些宪法诉愿追求截然相反的目标。1 BvR 647/70案的申诉人反对官方禁止学校祷告，与此同时，1 BvR 7/74案的申诉人抱怨他的基本权利受到了侵犯，恰恰是因为举行学校祷告，并且据其所述他被剥夺了针对此种祷告的法律保护。

I.宪法诉愿程序（1 BvR 647/70）

申诉人（以下称为“申诉人甲”）是学龄儿童的父母。在提起这些宪法诉愿时，他们的孩子就读于艾兴多夫学校的3b班和5班。该学校是黑森州Bergstraße地区基施豪森的一所乡村小学。在这所学校里，当时通常在每天开始上课时举行跨教派的学校祷告。一对父母的孩子就读于这些班级。这对父母反对并且申请禁止学校祷告。有权能的学校督察员随即命令将来在这些班级中不得举行祷告。在校长的指示下，3b班和5班停止了学校祷告。

申诉人甲针对这位学校督察员的禁令提交了异议。这项禁令被行政区域总管否决了。该禁令表述的理由如下：黑森州宪政法院在1965年10月27日的判决中认为，如果不顾一名学生的反对举行学校祷告，他或她在《黑森州宪法》第48.2条和第9条之下的基本权利就受到了侵犯。申诉人甲提起了一项撤销之诉，法院对此尚未作出判决。

申诉人甲针对学校督察员和校长的命令提起了宪法诉愿。该诉愿涉及以下问题，即上述命令是否违反了《基本法》第3、4、6、7和33条以及《基本法》第140条结合《魏玛宪法》第136.2条？

II.宪法诉愿程序（1 BvR 7/74）

申诉人（以下称为“申诉人乙”）是一名学生的父亲。这名学生一开始在亚琛市的一所福音派教会小学上学。这名父亲申请停止在其女儿的班级举行学校祷告。教育当局没有依从他的要求，因为这是一所教派学校，根据他们的信仰，学校祷告是儿童教育的一个主要元素。申诉人的异议没有成功。后来，这

所福音派教会学校分立了。分立后的两所学校都继续作为跨教派小学而运行。【362】
申诉人的女儿现在就读于其中一所学校，而学校祷告继续在开始上课和下课时举行。

在这所学校转变之前，申诉人已经向行政法院提起了诉讼。该诉讼的目标是禁止在这所福音派教会学校举行学校祷告；在这所学校转变之后，他请求禁止在这所跨教派学校举行学校祷告。

行政法院援引消极宣称信仰的自由（保持沉默的权利），基本上支持了这项起诉的主要观点。法院命令被告城镇，在这间跨教派小学这名学生出席的课堂上禁止在宗教教育之外举行学校祷告，并禁止教师在申诉人乙的女儿就读的班级中召集祷告。

高等行政法院驳回了教育当局在事实和法律问题上的上诉，理由如下：在北莱茵—威斯特伐利亚州的跨教派学校中，孩子们据称在是基督教的教育和文化价值观基础上被一起教育和养育的。这些价值观包括《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法》中“尊重上帝”一词所描述的价值观，它们对跨教派学校的教学所具有的约束性质无论如何主张，都不意味着在宗教教育之外可以不顾一名儿童或其父母的反对，允许在课堂上举行学校祷告。

应教育当局在法律问题上的上诉，联邦行政法院通过这项受到质疑的判决（Decisions of the Federal Administrative Court - BverwGE 44, 196），推翻了高等行政法院的判决，并且驳回了申诉人的起诉。

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可予接受。

I.

申诉人甲提出宪法诉愿时，尚未穷尽针对学校当局禁止学校祷告之命令的上诉。一项撤销之诉已经被提交到行政法院，但根据双方当事人的协议，这些诉讼程序已经被中止，等候联邦宪政法院的判决。他们符合条件在穷尽上诉之前获得一项判决。

II.

即使所有申诉人的孩子现在已经离开了相关学校，在确定基本权利是否受到任何侵犯时，他们受保护的利益并没有停止适用，特别是在宗教—意识形态领域。由于他们无法左右时间的流逝，这一领域对违宪行为特别敏感。在这种情形下，如果有人否认法律保护的需要，那么对申诉人的基本权利保护就会受到不合理的缩减（参见联邦宪政法院判决，BverfGE 34, 165 (180) …; 41, 88 【363】

(105) ……

C.

申诉人甲的宪法诉愿导致受质疑的行政行为被撤销。相比之下，申诉人乙的宪法诉愿不能成功。

I.

(1)对起因于学校祷告的宪法问题作出的判决，审查标准主要是《基本法》第6.2条第1句（父母养育其孩子的权利）、《基本法》第4.1和4.2条（信仰自由和不受干扰从事宗教活动的权利）以及《基本法》第7.1条（国家的教育使命）。

《基本法》第6.2条第1句授予父母根据自己的想法，自由地计划监护和养育其子女的权利和义务，并且根据《基本法》第7条，这种权利和义务具有超越其他教育工作者的优先权（参见BVerfGE 24, 119 [138, 143-144]; 47, 46 [69-70]）。这也包括以他们认为正确的宗教和意识形态信仰教育其子女的权利（BVerfGE 41, 29 [47-48]）。

另一方面，《基本法》第7.1条授予国家举办学校教育的宪法使命（BVerfGE 34, 165 [181-182]）。被分配给各州的在学校系统上的国家裁量权不仅包括学校的组织结构（参见BVerfGE 6, 309 [355]），还包括界定课程和教育目标的内容。因此，国家原则上可以独立于父母在学校里追求它自己的目标（BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71-72]）。国家的教育使命是独立的，并且与父母养育其子女的权利平等。父母的权利和国家的教育使命都没有绝对的优先权（BVerfGE 41, 29 [44]; 47, 46 [72]）。

(2)学校祷告问题最初出现在更大的框架中，即在义务教育阶段的公立跨教派学校里是否允许宗教因素（religious references），或者国家在组织学校教育时，除了《基本法》第7.3条明确保障的宗教教育之外，在那些非教派学校里是否必须避免任何宗教和意识形态因素。

【364】 在1975年12月17日就巴登州传统中的跨教派学校（BVerfGE 41, 29 [44 et seq.]）和巴伐利亚州跨教派学校所作出的决议中，联邦宪法法院极详尽地处理了这个问题（BVerfGE 41, 65 [77 et seq.]）。

……

因此，即使少数具有父母权利、在其子女的教育上无法避开这些学校的人不想让其子女接受一种宗教教育，在组织公立学校时引入基督教因素也不是绝对受到禁止的。然而，学校不得是一所传教学校，并且不得宣称基督教信条为独有的真理，它必须也对意识形态和宗教价值观持开放态度。除了任何人都不得被强迫参加的宗教教育之外，这样一所学校的教育目标不得被捆绑于一种基

督教教派。在世俗社会中，对基督教的肯定主要是指它被认可为其在西方历史中已经形成的具有持续重大影响的文化和教育因素，而不是指其信仰的真实性。因此，由于历史环境的延续性，这种肯定对于非基督徒来说也是合法的。最后，这种因素包括容忍持有不同观点的人这一观念。

在涉及公立学校的宗教一意识形态性质时，宪法对各州组织学校教育有一些具体要求。与这些具体要求相比，《基本法》表达的关于政教关系的制度原则可能没有确立一个基本标准。由于这些教会政策条款形成了一项保持距离原则（principle of non-identification），如果这相当于根据明确的宪法规定提出的具体要求，那么这当然不能决定学校教育的组织工作。

根据这些考虑，联邦宪政法院认为巴登州和巴伐利亚州引入的这些基督教跨教派学校是合宪的；宪法上也没有反对北莱茵—威斯特伐利亚跨教派学校的理由（BVerfGE 41, 88）。

(3)如果考虑到联邦宪政法院发展出来的这些原则，在义务教育阶段的公立学校里，宗教因素不受禁止，只要学校祷告的执行仍然处在《基本法》第7.1条授权各州组织学校教育的框架内，并且只要其他宪法原则（尤其是参与者在《基本法》第4条之下的基本权利）没有因此被违反，那么原则上举行学校祷告在宪法上是可以接受的。在申诉人乙质疑的判决中，联邦行政法院在肯定祷告是可允许的判决中参考了《基本法》第7条，而在学校的宗教因素问题上依据了《基本法》第7.3和7.5条。这些考虑在宪法上是可以接受的。

a)学校祷告作为当前宪法申诉程序的主题，构成跨教派的（全基督教）呼唤上帝，是根据基督教信仰举行的。尤其是因为这种形式的学校祷告应当得到两个主要基督教教派的共同接受，它并不是一个特定教派在其相应界定的信条框架内的信仰表达；因此，它不属于这名学生所属的教派的实际宗教教义的实践活动。

然而，这种一般祷告仍然是一种宗教宣称行为，因为它的形式是根据基督教信仰呼唤上帝。在这方面，祷告是一种宗教行为（关于此点，参见BVerfGE 24, 236 [246]）。根据《魏玛宪法》第136.4条，没有人必须参加这种行为。

学校祷告作为宗教教学之外的宗教宣称行为，不是国家教育使命框架中的一般学校教育的一部分。它不是以课程本身为特征的教学，它不是向学生传递知识，它也不是致力于通过学校和老师向孩子们施加教育影响，而是一种通常与老师一起完成的宗教行为。在这个意义上，学校祷告也不是教授基督教文化和教育价值观的一部分。联邦宪政法院认为，在基督教跨教派学校中的一般课程框架中，教授基督教文化和教育价值观是可允许的（BVerfGE 41, 29 [52]）。准许开办这样的学校本身并不意味着宪法准许学校祷告。

【365】

b)由于学校祷告不是学校教学含义范围内课程的一部分，它也不能成为约束性课程的一个要素。它的实施必须完全是自愿的；根据《基本法》第4.1和4.2条以及《基本法》第140条结合《魏玛宪法》第136.4条的规定，这个因素一般也无可争辩。这不仅适用于学生，而且适用于举行学校祷告的每一个班级的老师。

因此，学校祷告的举行不能根据命令，只能根据最终没有约束力的建议；后者可以来自国家的学校行政管理部门、校长、相关班级的教师，也可以来自学生自己或者具有父母权利的人士。学校祷告可以发生在计划好的课堂上，例如在第一节课刚刚开始之后或最后一节课结束之前，也能在课堂时间之外进行。它可以发生在教室里，或者几个班级或整个学校一起进行；教师可以发起祷告，可以和学生一起祷告，或者可以全部留给学生去做。手头的这些案件涉及上课时间在教室里举行的、有教师参与的学校祷告。它显然是在这些学校的所有班级里进行的一种正常事件。

即使学校祷告不是也不能成为有约束力的课程的一部分，但是它仍然以上述每种形式被认为是国家所为的一种学校活动。如果学校祷告在老师的建议下发生在上课时间，这当然适用。然而，国家的角色限于为学校祷告创造组织框架，以及批准父母或学生所要求的祷告，或者自己建议举行。国家不命令举行学校祷告，它提供学校班级可以选择接受的提议。

c)然而，如果国家在上述意义上批准宗教教育之外的学校祷告作为一种宗教行为和一种“学校活动”，那么它就在学校里促进了基督教的观点，并因此促进了一种超越宗教因素的宗教因素，宗教因素则是源自对基督教作为文化和教育因素之特征的认可（BVerfGE 41, 29 [52]）。祷告以其跨教派的形式还联系到一种基于信仰的真理，即联系到上帝能赐予人们之所求这种信仰。尽管如此，如果坚持了自愿参与原则，在义务教育阶段的跨教派学校中许可这种宗教因素，仍然在各州作为《基本法》第7.1条规定的学校事务上的最高权力享有者所拥有的自由裁量范围内，即使根据《基本法》第4条，反对者的基本权利也被包括进来，以实现评估的一致性：

《基本法》第4条不仅授予信仰自由，还授予外部的公开宣称信仰的自由（BVerfGE 32, 98 [106]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]）。

在这个意义上，《基本法》第4.1和4.2条保证积极行使宗教信仰的机会。如果国家允许跨教派学校举行学校祷告，那么它所做的正是行使《基本法》第7.1条授予它的组织学校教育的权利，从而使那些有如此意愿的学生可以为其宗教信仰作证——尽管只能以有限的形式从事概括的跨教派祈祷上帝。在这里，

国家是在一个它完全负责维护且在其中宗教和意识形态思想一直相关的领域中，给予机会行使宣称信仰的积极自由（BVerfGE 41, 29 [49]）。

然而，从一开始，国家必须在以下两者之间找到一种平衡，即通过允许学校祷告所给予的积极宣称信仰的机会，以及拒绝学校祷告的其他父母和学生的消极宣称信仰的自由。这里，原则上通过保障学生和教师参与的自愿性质来实现这种平衡。一所学校的基督教宗教因素决定着其总体特征，并且由于它们是课程的一部分，这种宗教因素全面影响它的教育目标，因此也全面影响约束所有学生的课程。与基督教宗教因素相比，学校祷告不在强制性教学的范围内，而是在此之外受到允许的一种学校活动，以自愿选择为特征。如果学校祷告有一种目的的话，即使学校祷告假定有一个基于信仰的真理，这种情形中的学校也没有为基督教信仰宣称绝对真理；它仅仅使那些想宣称这样一种信仰的人能够这样做。因此，受制于参与的完全自愿性质，各州许可在由其组织的并非没有宗教因素的义务教育阶段跨教派学校举行“学校祷告”，原则上是宪法可以接受的。

(4)如果各州可以为了组织学校教育而允许上述意义上的学校祷告，那么另一方面，它们也不是必须总是允许在跨教派学校举行学校祷告。

在宪法上，各州仅仅有义务在教派学校中提供宗教教育作为一种标准科目（《基本法》第7.3条第1句）。父母有要求国家建立具有一种特定宗教或意识形态倾向的学校的权利，除此之外，他们没有更多的决定引入学校祷告的积极权利。他们也没有权利让他们的孩子在他们希望的意识形态中被养育长大（BVerfGE 41, 29 [46, 48]）。学生不受干扰实践宗教的权利不意味着国家必须在学校里向他们提供除宗教教育之外的学校祷告。国家在符合宪法价值的含义内设计宗教领域的学校教育时，必须在各种基本权利之间实现一种平衡——包括从事宗教行为的权利和反对者不受干扰的权利之间。根据《基本法》第7条，国家在学校事务上具有最高权力。在这个背景下，国家实现上述平衡的方式原则上留给其自由裁量权决定：它可以允许跨教派学校的宗教因素，或者可以放弃它们。它可以批准它在可允许的范围内为之提供宗教因素的那些跨教派学校举行学校祷告（BVerfGE 41, 29 [52]）；然而，它也可以选择整体上不实施学校祷告，不管它是否以其他方式给学校配备了宗教因素。

【367】

(5)正如联邦行政法院在申诉人乙质疑的判决中正确认为的那样，对于在宗教教育之外是否允许举行学校祷告这个问题，个别州对学校的组织也很重要；在义务教育阶段的学校中，除宪法要求提供的宗教教育之外，关于各州是否愿意普遍允许宗教因素，各州有作出基本决定的优先权。如果州立法机关断然反对在其设立的学校中存在宗教因素，那么禁止在一所跨教派学校举行学校祷告

的法律规定当然可能存在。然而，在黑森州和北莱茵—威斯特伐利亚州，都没有这种情况。在这两个州，学校都不会被调整为《基本法》第7.3条含义内的非教派学校，或者绝对不受基督教束缚的学校；相反，两个州都已决定在跨教派学校维持宗教因素。

a)在北莱茵—威斯特伐利亚州（关于此点，参见BVerfGE 41, 88），根据州宪法第12.3条，小学是跨教派学校、教派学校或意识形态学校。根据州宪法第12.6条，在跨教派学校中，孩子们根据基督教的教育和文化价值观一起接受教育和培养，对基督教的教义和其他宗教和意识形态信仰持开放态度。根据《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法》第7.1条，教育的目标也是唤醒对上帝的尊重。根据州宪法第14条，宗教教育在跨教派学校是一门标准的教育科目。

《关于北莱茵—威斯特伐利亚州学校系统的命令第一法案》第19条包含一条符合州宪法第12.6条的规定……以下一般共识已经达成，即跨教派学校不是价值中立的学校。相反，在这些学校，基督教的教育和文化价值观不仅仅是在

【368】基督教作为含糊不清的文化意义上具有其地位……

b)在黑森州，根据《黑森州宪法》第56.2条，所有宗教教派和意识形态的孩子们通常在一起上学。根据《黑森州宪法》第56.3条，应当考虑所有学生的宗教和意识形态观念。《黑森州宪法》第56.7条规定，必须采取措施，防止学校违反享有父母权利的人在设法使他们的孩子接受教育时所依照的宗教和意识形态原则，细节由法律规定。根据黑森州《维持和管理公立学校和学校监督法案》第1.1条，学生能够根据基督教和人文主义的传统行动，并且尊重宗教和文化价值观。在1860年2月18日签订的黑森州和黑森州福音派州教会之间的协定第15.1条中，公立学校被称为以基督教为基础的跨教派学校。根据这些法律规定，黑森州的学校基本上被视为基督教的跨教派学校。

……

II.

虽然针对学校祷告没有根本的宪法反对理由，但是如果在具体案件中一名学生或其父母反对举行祷告，对此可能有不同的判断。黑森州宪政法院在1965年10月27日的判决中提出了这一观点，并且明斯特高等行政法院在1972年4月28日的判决中，以不同的推理，也提出了这一观点。我们不可能赞同两个法院的考虑。

(1)黑森州宪政法院认为，如果一名学生拒绝学校祷告，学校祷告就必须被禁止，因为这名学生不得被置于这样一种境地，即不得不通过不参与，表达其在宗教和意识形态上对学校祷告的反对。虽然这种保持沉默的权利之扩展，不仅因被迫透露一个人自己相信或认为什么，而且已经通过宣布对其他人的教派

行为的肯定或否定态度而受到侵犯，但是它并不受消极的宣称信仰的自由这一基本权利之保护……基于宪法系统分类学（constitutional systematics）的考虑已经表明了这一点：自己决定是否参与一种宗教活动的自由完全取决于所开展的宗教活动。通过行使不参与的基本权利，相关人士通过那种行动透露了他或她不同意这一信仰是行使拒绝权利的前提条件，就像不参与宗教教育（《基本法》第7.2条）或者拒绝提供涉及使用武器的战争服务（《基本法》第4.3条）。

这与黑森州宪政法院的法律观点密切相关，它认为消极的宣称信仰的自由在适用时不受限制且没有例外，即不受也不能受到限制，因为它不侵犯第三人的法律权利范围；相比之下，积极的宣称信仰的自由据称受制于《基本法》第2.1条的边界。事实并非如此。《基本法》第4.1条授予一种特别的基本权利，它不受制于《基本法》第2.1条的边界（BVerfGE 23, 50 [55-56]; 32, 98 [107]）；另一方面，如果一项政府措施符合《基本法》第4条，那么它可能会影响《基本法》第2.1条规定的基本权利（BVerfGE 6, 32 [37]; 17, 302 [306]; 28, 243 [264]）。尽管如此，《基本法》第4.1和4.2条之下的基本权利并非没有限制，但这同时适用于积极的和消极的宣称信仰的自由。然而，这种基本权利不受制于具体立法这一宪法要求。但根据宪法统一的原则，《基本法》的其他条款可以对《基本法》第4条的自由施加边界（BVerfGE 28, 243 [260-261]; 32, 98 [108]; 41, 29 [50]）。作为基于基本权利的价值体系的一部分，宣称信仰的自由与人的尊严有关，人的尊严又反过来受到《基本法》第1.1条的保护，作为最高价值凌驾于整个基本权利价值体系（BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 98 [108]）。因此，宣称信仰的自由归因于宽容准则。消极和积极的宣称信仰的自由有时发生冲突，尤其是在学校里，具有大不相同的意识形态和信仰倾向的学生在一起接受教育，这种冲突最后无法避免（参见BVerfGE 41, 29 [50]）。每当这时，必须考虑到宽容准则以寻求一种平衡。相比之下，不能使一种被误解的保持沉默的权利获得超越他人之宗教活动的绝对优先权，而黑森州宪政法院却是这样做的。

【369】

(2)明斯特高等行政法院在其1972年4月28日的判决中，将在课堂上所作的学校祷告称为学校的一种教学和教育行为，以强制参与的方式实施，持异议或表示反对的孩子不能让自己离开，因为具有必须上学的一般义务。联邦行政法院已经在受到这个宪法诉愿质疑的判决中驳斥了这种主张。当涉及参与宗教活动时，《基本法》第4.1条规定的能够自由决定参与这种宗教活动的基本权利与必须上学的一般义务重叠……此外，作为一种宗教宣称行为，学校祷告是一种学校活动，而不是旨在教育和指导学生的课程的一部分。

(3)只有当偏离常规的学生不被强制地自由决定是否参与学校祷告的权利不受保障时，持异议的学生或者具有父母权利之人的反对才能使学校祷告不被允许。然而，一名学生通常能够合理地回避参与，因而他或她可以完全自由决定不参与祷告。

a)避开的可能途径是：这名学生可以在祷告期间离开教室，例如祷告结束后，他或她才能进入教室，或者可以在课堂结束时，最后的祷告举行前离开教室。然而，持异议的学生也可以在祷告期间留在教室里，但是不说祷词；这样做时，他或她可以留在座位上，不像祷告的同学们。

b)必须承认，这些每一种回避的可能性总是在举行学校祷告时凸显避开学生之行为，与祷告的学生形成对照。这尤其适用于只有一名持异议的学生时，他或她的行为明显不同于所有其他同学。如果这种凸显必定将他或她置于局外人的角色，或者他或她与班上其他同学相比受到歧视，那么这种凸显对于相关人员来说可能是不可接受的。事实上，与通过不参与某些活动公开透露其不同信仰的成年公民的处境相比，这名学生在一个班级里的处境很不相同，要困难得多。这尤其适用于更年轻的学龄儿童，他们面对他们所处的环境，还几乎不能批判性地宣称他们自己的立场；一般来说，在学校祷告事务上，这名儿童被置于一种冲突中，不是被他或她自己，而是一方面被具有父母权利的人，另一方面被其他学生的父母或者教师们。

(4)尽管如此，人们不能认为回避学校祷告通常或者甚至仅在相当多的情形中，将持异议的学生推入被描述的不合理的局外人处境。对祷告发生的规则条件、教师在这种背景下必须执行的任务以及学校中实际情况的评估，可以确定人们通常不必担心不参加祷告的学生受到歧视。

a)联邦行政法院在受到申诉人乙质疑的判决中已经为有组织地举行学校祷告设定了条件，这些条件将防止对持异议的学生产生不适当的负担。首先，学校祷告的持续时间和频率应当在适当的限制内；例如不能在每节课的开始和结束时举行。的确，比方说，如果一种简短的祷告只在每个上课日的一开始举行，那么它看上去对不参与者来说没那么负担沉重，这很明显是这里要判决的案件中的做法。其次，如果学生还没达到自己决定宗教事务的年龄，正如这里的学生，那么所有具有父母权利的人必须被告知关于组织学校祷告的事实以及不参与的可能性。这项要求也是合理的，其目的是使得参与真正是自愿的。在必要时可以告知具有父母权利的人，在一个自由的法律和社会秩序中，完全自由决定参与一种宗教活动是每个人的自然权利，参与和不参与都不会以任何方式被评价。

b)除了这些外部的和组织上的措施外，教师通常能够根据学校的教育目

标，鼓励所有学生坚持尊重他人信仰、宽容和容忍的原则，以此来阻止对不参与学校祷告的学生的歧视发生。在北莱茵—威斯特伐利亚州和黑森州，教师们都有义务这样做。

根据《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法》第7.2条，年轻人都被教导本着自由的精神，表现出宽容并且尊重他人信仰。根据《北莱茵—威斯特伐利亚州宪法》第7.2条，要教育和培养孩子向基督教信仰和其他宗教和意识形态信念持开放态度。这些教育目标再次规定在第1.2条中，……而《关于北莱茵—威斯特伐利亚州学校系统的命令第一法案》第19条进一步规定，在教育和课程方面应当避免对持异议者的感觉造成任何可能的伤害。

【371】

《黑森州宪法》第56.3条规定如下：所有教学工作必须根据的原则是宽容。教师应当在每一个话题上尊重所有学生的宗教和意识形态敏感性，并且应当根据事实陈述宗教和意识形态观点。根据《黑森州宪法》第56.4条，年轻人尤其要被教导尊重和宽容。根据《黑森州维持和管理公立学校和学校监督法案》第1.1条，学校还应当使学生能够使基本权利对他们自己和其他人变得有效，并且根据宽容、正义和团结等原则与他人建立关系。

如果一个班级中的一名或几名同学不像他们的同学，不参与学校祷告，那么宽容精神这一具有约束力的教育目标必须促使这个班级的教师们在教导学生时，以适当的形式进行，并且在教学法上对每个人的信仰自由和参与或不参与宗教活动的自由权利进行必要的强调；教师必须在班级中努力创造这样一种环境，即祷告的学生将他们持异议的同学的不同行为视为是自然的，不把他或她看作局外人。如果有学生的父母根据自己不宽容的宗教态度，不赞成其子女的同学不参与祷告的不同行为，那么在适当的时候，教师必须试图说服这些父母。

另一方面，不想参加或者根据其父母的指示不参加祷告的学生，必须学会对同学及其父母在举行学校祷告和他们不受干扰从事宗教活动方面的利益表示宽容。他们不能因为他们的同学信奉一种他们想或者应该把自己排除在外的信仰，而感到被忽视。

在这种背景下，以下事实就有了特别意义，即积极的和消极的宣称信仰的自由这一基本权利与宽容准则联系在一起（关于此点，参见BVerfGE 32, 98 [109-110]; 41, 29 [51]; 47, 46 [77]）。如果不考虑行使基本权利的两种情况相互冲突，而这种冲突只能在《基本法》的宽容准则受到尊重时才能消除，那么对持异议者来说，不参与学校祷告是否合理的问题就无法得到解决。对于所有相关人士——主要是教师们和一个班级中所有学生的父母，以及学生们本身，对这一原则的尊重会使他们努力尽可能少地伤害持异议者的权利和情感。这种努

【372】 力通常会防止使一名不参加祷告的学生处于边缘位置。

c)持异议的学生将不得不并且的确也能够承受他们的不参与行为导致的特殊处境所遗留的任何要素。在某种程度上，宪法也没有明确规定，使她或他在其他情形中免遭这种处境：不参与学校祷告的学生通常也将不参加宗教教育。在这种情形中，《基本法》在第7.2条中明确要求，根据宽容准则，不得存在歧视。

d)除此之外，还不能忽视的是，现今几乎不可能说在大量学校班级中，学生及其父母持有一种封闭的基督教立场，而这种立场会使一名持异议的学生处在被歧视的孤立地位。在一个多元社会，并在一个人们放弃教会成员身份不再是一种例外的时代，许多学生已经不参与宗教教育或者他们的父母让他们不参与宗教教育，这时外在表现出拒绝宗教和教会的一种立场也不再与众不同了。当然，在城市、小城镇和农村地区的情形之间将存在不同，在不同类型的学校之间，以及不同年龄群体之间、一个学校与另一个学校之间也可能存在不同。然而，大体上，以下趋势可能是没有疑问的，即拒绝宗教束缚的立场越来越不被理解为一种偏离“正常”行为的特质，即使在学校里也是如此。

(5)考虑到所有这些因素，一般来说就可能防止形成一种边缘角色，从而避免这种角色导致不参加学校祷告的学生受到歧视。无疑，人们不能推定，避开学校祷告是不切实际的，并且对持异议的学生具有歧视性。这种推定既没有事实前提，也没有法律前提。恰恰相反，人们可以推定，对持异议的学生来说，导致伤害基本权利的不合理处境不会发生。

另一方面，也不可能完全排除以下情况，即可能有一些例外情形，其中持异议的学生可能遭受巨大的精神伤害。如果一个情绪上特别多变的学生身处一个充满固执偏见的学校氛围中，而教师们也无力使这种偏见朝着宽容的方向转变，那么可以想象，这位学生将被推入一种异常处境；在这种具体情形中，这种异常处境就没有留下其他选项，我们只能选择去除这种异常处境发生的机会，也就是完全去除学校祷告。如果存在产生这种处境的事实前提，那么在继续允许学校祷告的情况下，它们将导致基本权利受到侵犯。这些事实前提是否存在，必须在个案中作出决定。

除了这种异常情形外，持异议的学生或者其父母的反对不能使其同学或他们的父母希望举行的学校祷告受到禁止。

III.

【373】 用这些原则的标准来衡量，受到申诉人乙质疑的联邦行政法院的判决在宪法上是可以接受的。相比之下，受到申诉人甲质疑的行政行为侵犯了这些申诉人的基本权利。

(1)联邦行政法院在申诉人乙的诉讼程序中认为，虽然申诉人反对，但是举行学校祷告是可允许的。没有宪法规定否定联邦行政法院得出这一结论时所根据的考虑。申诉人乙的基本权利没有受到侵犯。他的孩子们可以自由地不参加学校祷告。在这个案件中，参与或不参与完全可以自由决定，没有任何强制。申诉人乙没有提交任何证据证明不参与学校祷告不切实际，没有证据是明显的。相反，正如联邦行政法院明确指出的，在上诉法院就法律问题举行的口头听证中，他的律师明确否定了存在这种不切实际的处境。因此，申诉人乙的宪法诉愿没有根据。

(2)相比之下，在宪法诉愿程序1 BvR 647/70中，学校督察员、校长和在异议程序中作出决定的行政地区官员的通知侵犯了申诉人甲根据《基本法》第4.1和4.2条所享有的基本权利。《基本法》并不保障这些具有父母权利的人有权要求黑森州的公立学校，在他们的孩子就读的班级中举行学校祷告。然而，如果国家普遍允许学校祷告，并且迄今已经举行过祷告，那么如果没有正当理由禁止在特定班级中举行祷告，这就侵犯了具有父母权利的相关人士的上述基本权利。这里的情形正是如此。

这种禁令既没有根据通常合法的事实考虑，也没有根据以下考虑，即由于此个案的具体情形，持反对立场的学生不参加学校祷告是不切实际的；没有明显的证据表明，存在异常处境导致这种不切实际。相反，这种禁止仅仅根据黑森州宪政法院在1965年10月27日作出的判决。根据此项判决，在一名学生或者对其有父母权利的人提出反对时，学校祷告据说本身就不受允许。行政当局认为他们自己受到该宪政法院这项判决的约束，没有自己开展对个案情形的事实审查。因此，这些禁令没有站得住脚的法律基础。黑森州宪政法院的这项判决不符合联邦宪法。因此，这项判决就其约束力而言无法律效力（参见BVerfGE 24, 289 [289]）。对学校祷告的禁止基于上述推理，且未审查个案情形，侵犯了《基本法》第6.2条和第4.1和4.2条保护的申诉人甲的基本权利。因此，撤销这项受到质疑的行政行为。

“耶稣受难像案”

BVerfGE 93, 1

1. 译者注解

在无疑是宪政法院更具甚至最具争议性的其中一个判决中，宪政法院禁止没有宗教隶属关系的强制性公立学校在教室里悬挂基督教十字架。巴伐利亚州为那些提供基本的九年最低限度教育的学校制定的学校规章要求，在每一间教

【374】

室里都必须悬挂一个十字架。⁴⁴宪政法院认为，这侵犯了那些不想“在十字架之下”学习的孩子们的消极宗教自由。⁴⁵这里的议题还是平衡积极自由和消极自由：有些人根本不介意甚至希望存在基督教标志，有些人则感到它具有侵犯性。和“学校祷告案”的不同之处在于，学生们无法回避教室里的十字架，也正是这一点促使宪政法院在这个案件中采取了一种更断然的立场。在这个意义上，宪政法院的这个判决完全是自然而然的結果。一般层面的基本权利和特定层面的宗教自由是保护少数人的权利，尤其是那些可能在多数人眼里被认为令人讨厌的人。人们想知道，如果德国的一所学校里穆斯林学生占多数——这在更大的城市中并不罕见，并且这所学校要求在教室里悬挂伊斯兰教的标志，基督教孩子们只能不加理睬，因为这不适合他们，那么针对这项判决的严厉批评者们将会说些什么？

有趣的是，巴伐利亚州的立法者对这项判决作出反应的方式更加类似于宪政法院在“学校祷告案”中的方法。放置十字架仍然是强制性的，但是现在如果一位学生对此提出异议，并且没有其他的解决方案可用，就可以根据个案情况去除十字架。⁴⁶

2. 判决概要

(1) 在一所并非教派学校的国家义务教育学校的教室里放置一个十字架或者耶稣受难像，违反了《基本法》第4.1条。

(2) 《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第3句不符合《基本法》第4.1条，因而无效。

1995年5月16日第一庭的命令，1 BvR 1087/91.

3. 案件事实

【375】 这项宪法诉愿涉及在学校教室里放置十字架或者耶稣受难像。

根据1983年6月21日《巴伐利亚州小学学校规章》（“学校规章”）第13.1条第3句（GVBl. p. 597），在公立小学的每一间教室里将放置一个十字架。

⁴⁴ 有趣的是，巴伐利亚州的管理者看到了在这种低年级学校的教室里使用十字架的必要性，而不是在那些为孩子们准备接受高等教育的学校，虽然9年级的孩子将达到相同的年龄。

⁴⁵ BVerfGE 91, 1 (18), see <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093001.html> (last accessed on 21.10.2019).

⁴⁶ 参阅BVerfG, 1 BvR 1604/97 of 27.10.1997, para. 4, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk19971027_1bvr160497.html.

《学校规章》是巴伐利亚州教育和文化事务部根据《巴伐利亚州教育和公共指导法》以及（后来被废除的）《小学法》的授权颁布的一部法律条例。《学校规章》第13.1条写道：

学校应当支持那些在孩子的宗教教育上拥有父母权力的人。就这种支持来说，学校祷告、学校服务和学校礼拜是可能的选项。在每一间教室中应放置一个十字架。老师和学生有义务尊重所有人的宗教感情。

申诉人(3)至(5)是申诉人(1)和(2)的学龄未成年子女。后者是鲁道夫·斯坦纳传授的人智学生命哲学的信徒，并且据此教育他们的孩子。自从他们最大的女儿申诉人(3)上学以来，他们一直在反对以下事实，即在他们的孩子所在的教室里，一开始放置了耶稣受难像，后来又放置了没有身体的十字架。他们宣称，通过这种标志，尤其是通过一个“垂死的男性身体”的雕像，他们的孩子正在基督教的方向上受到影响；这违背了他们的教育理念，尤其是他们的生命哲学。

1991年2月，申诉人(1)和(2)以他们自己及其孩子的名义在行政法院提起了一项针对巴伐利亚自由州的起诉，目的是从他们的孩子常去或者将要常去的所有教室中去除十字架。同时，他们申请发布一项暂时命令，等待请求去除耶稣受难像的这场诉讼的判决结果。行政法院拒绝了这项紧急请求。对此的上诉被高等行政法院驳回。由于行政法院驳回了这项诉讼，这个主要案件正在上诉法院待决。这项宪法诉愿直接针对简易程序（summary proceedings）中发布的命令，并且间接针对《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第3句。申诉人反对侵犯他们在《基本法》第4.1条、6.2条、2.1条和19.4条之下的基本权利。

4.判决理由选译

B.

宪法诉愿可予接受。

申诉人已经穷尽了法律救济（《联邦宪法法院法》第90.2条第1句）。随着高等行政法院这项命令的发布，一个终审判决产生了，终止了临时保护权利的程序。的确，如果被抱怨的宪法侵犯并非特别与紧急程序有关，而是提出了在主要程序中同样出现的问题，因而主要程序能够为所宣称的宪法不满提供救济，那么在这种情况下，辅助原则可能反对这项宪法诉愿的可受理性（参见BVerfGE 77, 381 [401]; 80, 40 [45]）。另一方面，如果对基本权利的侵犯是由紧急决定本身引起的，或者如果判决不再依靠任何关于事实或者非宪法问题的

【376】

进一步澄清，而且根据《联邦宪政法院法》第90.2条第2句，可以忽视穷尽法律救济的要求，因而具备了先决条件，那么申诉人就可以不被发回到主要程序（参见BVerfGE 79, 275 [279]）。

在这里，这些先决条件是存在的。由于申诉人宣称，因拒绝提供临时法律保护，《基本法》第19.4条遭到违反，他们正在提出一项专门针对紧急程序的基本权利诉愿。关于其他（实质性）基本权利的诉愿不需要对关于事实或者非宪法问题作出进一步澄清，特别是那些专门法院已经在受到挑战的判决中全面处理了相关的法律问题。预计主要程序不会再有进一步的答复。考虑到时间的推移以及学校教育的继续，期望申诉人被发回到主要程序中是不合理的。

就这项宪法诉愿的可接受性来说，这些儿童申诉人是否仍然就读于小学无关紧要（参见BVerfGE 41, 29 [43]）。

C.

这项宪法诉愿有正当理由。

由于高等行政法院拒绝了申请一项命令的理由，其判决违反了《基本法》第19.4条(I)。对申请一项命令的诉求之拒绝不符合《基本法》第4.1条和第6.2条第1句(II)。

I.

(1)《基本法》第19.4条使人们能够诉诸法律，宣称公权力行为侵犯了主观权利。它不仅保障了诉诸法院的形式权利，而且保障了法律保护的有效性（参阅BVerfGE 35, 263 [274]; 35, 382 [401 seq.]及其中更多文献）。有效的法律保护还意味着在一个合理时间内的法律保护。因此，司法的法律保护，尤其是在紧急程序中，必须尽可能避免造成以下结果：即便一项措施在（最终的）司法审查中被证明是非法的，也无法再逆转已造成的既成事实（参阅BVerfGE 37, 150 [153]; 65, 1 [70]）。由此，法院必须解释和适用各种关于紧急法律保护的法律规定（参阅BVerfGE 49, 220 [226]; 77, 275 [284]）。因此，如果原告面临相当大的侵权威胁，这种侵权超越了边缘区域，并且不再能够被主要案件的判决所消除，那么专门法院在比如解释和适用《行政法院程序法典》第123条时，必须给予临时法律保护，除非在例外情况下，占优势的特别重要的理由反对这一点（参阅BVerfGE 79, 69 [74 seq.]）。

【377】

(2)高等行政法院的命令不满足这些要求。它否定了命令行政法院按照申诉人的请求发布一项临时命令的必要理由，并且因此否定了事务的紧急性，因为申诉人犹豫了好几年才求助于法院，并且在那期间至少忍受了代替最初耶稣受难像的十字架的安装。过去他们的目标是继续与学校当局一起寻找对他们来说可接受的一种过渡方案。

基于这种理由，高等行政法院既没有公平处理事件的实际经过，也没有公平处理申诉人所考虑的问题的重要性。事实上，自从他们最大的孩子上学开始，申诉人就向从地方到部级的所有层级的学校当局提出了他们的要求。他们最初希望达成一个司法之外的共识，并且时间因此而流逝。这一事实不应该成为他们的劣势；恰恰相反，最初想避免冲突的这种行为是一个理性当事人的行为。另外，申诉人已经同意了一种妥协方案。然而，在这些孩子们换了教室或学校后，这种方案却被学校当局反复破坏。在这个意义上，学校当局一直没有作出最终让步。

由于这个原因，高等行政法院认为申诉人应当继续争取妥协这一点，也未能正当履行保障有效法律保护的义务。去探寻学校当局是否已经准备好按照妥协方案给予一种保证，从而使得一个临时命令成为多余，毋宁是法院应该做的事。

在回答请求发布一项命令的理由是否存在这一问题时，高等行政法院又未能充分考虑到以下事实，即在申诉人当前在学这一背景下，这是一个需要临时安排的事务；也就是说，仅仅是时间流逝，学业即将结束（申诉人3现在已经16岁），就使得司法性的法律保护特别紧急。特别是学校事务上的法律争议，常常仅在临时法律保护的层面获得解决，因为随着时间的流逝，当事人常常不再能够在主要程序中主张他们的诉求。专门法院不应当在审查申请一项命令的理由是否存在时施加过分的要求，来逃避提供有效法律保护的责任。

II.

被挑战的这些判决还侵犯了申诉人(1)和(2)在《基本法》第4.1条和第6.2条第1句之下的基本权利，以及申诉人(3)至(5)在《基本法》第4.1条之下的基本权利。它们是根据《学校规章》第13.1条第3句作出的，这一条款本身不符合《基本法》，因而无效。

(1)《基本法》第4.1条保护宗教自由。根据该条款，支持和反对一种信仰的决定是个人事务，而非国家事务。国家既不能规定也不能禁止一种信仰或宗教。然而，宗教自由并不仅仅意味着拥有一种信仰的自由，而且还意味着根据一个人自己的宗教信仰生活和行为的自由（参阅BVerfGE 32, 98 [106]）。特别是，宗教自由保障对一种信仰规定的或者一种信仰在其中获得表达的礼拜行为的参与。反过来说，这暗含着远离自己不认同的一种信仰的礼拜行为的自由。这项自由同样涉及能够体现一种信仰或宗教的标志。《基本法》第4.1条让个人决定认可和崇敬以及拒绝何种宗教标志。的确，在一个为所有不同宗教信仰留有空间的社会里，个人没有权利避免他人表现信仰、做礼拜或使用宗教标志的行为。然而，这区别于国家创造的一种境况，即个人无法逃避地受到一种特定

【378】

信仰、能够表现这种信仰的礼拜行为和标志的影响。因此，《基本法》第4.1条正是在没有留给社会的自发组织而是由国家掌控的生活领域中，发挥其保障自由的作用（参阅BVerfGE 41, 29 [49]）。《基本法》第140条结合《魏玛宪法》第136.4条通过明确禁止强迫任何人参与宗教活动，将这一点考虑在内。

然而，《基本法》第4.1条并不局限于禁止国家干预个人或宗教团体的宗教信仰、行动和宗教仪式。相反，它还进一步给国家施加了一种义务，为这些行为的开展保障空间，在其中人格能够在哲学和宗教领域得到发展（参阅BVerfGE 41, 29 [49]），并且保护它们免受具有其他宗教倾向的信徒或者竞争性宗教团体的攻击或妨碍。然而，《基本法》第4.1条并不授予个人或宗教团体原则上在国家支持下表达其宗教信仰的任何权利。相反，《基本法》第4.1条的宗教自由暗含着国家对各种宗教和教派的中立原则。在这个国家中，不同甚至相反的宗教和哲学信念的拥护者生活在一起。只有国家自己在信仰问题上保持中立，它才能保障和平共存。因此，它本身不得危及一个社会的宗教和平。这项准则的基础不仅在于《基本法》的第4.1条，还在于《基本法》第3.3条、第33.1条和第140条，以及《魏玛宪法》第136.1条、第136.4条和第137.1条。这些都禁止引入法律上的立教行为，并且禁止优待特定教派或者排除持有其他信仰的教派（前后一致的案例法，参阅BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]）。人数上的优势或社会重要性都无关紧要（参阅BVerfGE 32, 98 [106]）。相反，国家必须保证平等对待各种宗教和哲学团体（参阅BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]）。即使当它与它们合作或者促进它们的时候，这也不得导致对特定宗教团体的认同（参阅BVerfGE 30, 415 [422]）。

《基本法》第6.2条第1句将其作为一项自然权利保障父母对其子女的照顾和教育。与该条款一起，《基本法》第4.1条也包括在宗教和哲学方面教育子女的权利。向他们的子女传达在信仰和哲学生活中他们认为正确的信念，是父母的事务（参阅BVerfGE 41, 29 [44, 47 seq.]）。这暗含着使其子女远离对这些父母来说似乎错误或有害的宗教信仰的权利。

【379】(2)这项基本权利受到了《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第3句以及基于该条款作出的受到挑战的这些判决的侵犯。

a)《学校规章》第13.1条第3句规定，在巴伐利亚州的小学所有教室里都安装十字架。根据法院在初始案件（initial case）中的解释，十字架这个术语包括有身体和没有身体的十字架。相应的，在审查这项规范时，两个意思也都被包括在内。的确，在申请临时法律保护时，申诉人根据这个措辞，仅仅要求去除耶稣受难像。高等行政法院却明确推定这也可以意味着有身体的十字架，并且也在此更宽泛的意义上驳回了这项申请。

与普遍的义务教育合在一起，教室里的十字架意味着在国家的赞助下，学生在上课期间要面对这个标志，并被迫“在十字架下”学习，没有逃避的可能性。这就使得在教室中安装十字架区别于经常面对日常生活中出现的非常多样的宗教派别的宗教标志。首先，后者不是来自国家，而是社会上各种宗教信仰或宗教团体传播的结果。其次，它没有相同程度的不可逃避性。的确，个人无法控制在街道、公共交通工具上以及进入建筑物时遭遇宗教标志或宗教表达。然而，一般说来，这些是短暂的遭遇，即使在更长时间遭遇的情形中，这也不是建立在必要时可通过制裁强制实施的基础上的。

在持续时间和强度上，教室里的十字架的影响比法庭上的十字架的影响更大。然而，联邦宪法法院认为，如果违背一个人自己的宗教或哲学信仰并强制在十字架下参与法律诉讼，就侵犯了一位犹太教诉讼当事人的宗教自由，因为他认为这构成了国家对基督教信仰的认同（参阅BVerfGE 35, 366 [375]）。

遭遇教室里的十字架的不可逃避性也没有因为《基本法》允许设立私立学校而消除。首先，私立小学的设立在《基本法》第7.5条中依赖非常严格的条件。其次，由于这些学校的资金通常来自学生父母支付的费用，人口中的很大一部分缺乏依赖它们的可能性。这也是本案申诉人的情况。

b)十字架是一种特定宗教信仰的标志，而不仅仅是部分带有基督教印记的西方文化的一种表达。

无疑，经过几个世纪，许多基督教传统被吸收进了社会的一般文化基础中，而且即使是基督教的反对者及其历史遗产的批评者也无法逃避它们。然而，我们必须将这些传统区别于基督教信仰的特定内容，更要区别于一种特定的宣称行为，包括其仪式的举行和标志的展示。国家对这些信仰内容的公开宣示使与国家接触的第三方也遭遇到这种宣示，影响了宗教自由。在就巴登州传统上存在的具有基督教特征的非教派学校之合宪性所作的判决中，联邦宪法法院以此为基础认为，可容许的对基督教的肯定主要与承认它在西方历史上构成的主要文化和教育因素有关，而不是与基督教的信仰真理有关。由于通过历史事实的持续运作，这种肯定也涉及非基督徒，因而只有在上述那种限制下，这种肯定才是正当的（参阅BVerfGE 41, 29 [52]）。

【380】

十字架仍然是基督教特有的一种信仰标志。事实上，它本身就是信仰的象征。它象征着通过基督的牺牲将人们从原罪中拯救出来，但同时也象征着基督对撒旦和死亡的胜利以及他对世界的权威：受难与胜利并存（参见以下著作中的“Kreuz”词条：Höfer/Rahner [eds.], *Lexikon für Theologie und Kirche*, 2nd ed. 1961, vol. 6, col. 605 et seq.; Fahlbusch et al. [eds.], *Evangelisches Kirchenlexikon*, 3rd ed. 1989, vol. 2 col. 1462 et seq.）。因此，对基督徒来说，它在很多方面是

尊敬和虔信的对象。在一个建筑物或一间房屋里配备一个十字架，在今天仍然被理解为主人对基督教信仰的一种强化宣示。对非基督徒或无神论者来说，仅仅因为基督教附加于它的重要性以及它在历史上已经具有的重要性，十字架变成了特定宗教信仰的一种象征性表达以及宗教传播的一个标志。违反基督教的这种自我认知或像被挑战的这些判决所做的那样，认为基督教会将其视为仅仅是对西方传统的表达或者与信仰没有具体关系的崇拜标志，将是对十字架的一种亵渎。十字架具有一种宗教意义，这一点在《学校规章》第13.1条的上下文中也体现得很清楚。

c)也不能像受到挑战的这些判决所做的那样否认十字架对学生的影响。

诚然，在教室里加装十字架与强制认同无关，也与崇敬或行为模式的特定表现形式无关。我们也同样不能由此得出，在世俗学科上的专门教学带有十字架的标志，或者面向基督教信仰和十字架所象征的行为要求。但是，这并没有穷尽十字架影响的可能性。学校教育不仅仅为了学习基本的文化技能，发展认知能力。它还旨在带给学生在情绪和情感方面的发展倾向。学校教育的目的是鼓励他们的人格全面发展，尤其是影响他们的社会行为。正是在这个背景下，教室里的十字架才显示出它的重要性。它具有精神激励特征（*appellant character*），并认同它所象征的信仰内容为典范且值得遵循。另外，这种情况发生在那些由于年轻而尚无固定看法、仍然必须学习批判能力和形成自己的观点并因而特别容易受到心理影响的人身上（参阅BVerfGE 52, 223 [249]）。

受到挑战的这些判决也没有完全否认十字架的精神激励特征。它们的确否认十字架对于具有其他信念的学生具有特殊的基督教意义。然而，对基督教学生来说，它们从中看到了其宗教信仰的至关重要的表达。同样，巴伐利亚州的首席部长（*Minister-President*）认为，在一般教学中，十字架只具有非特定的象征价值，而在学校祷告和宗教教育中，它就变成了一种特定的信仰标志。

(3)宗教信仰自由的基本权利得到毫无保留的保障。然而，这并不意味着它可以不受某种限制。然而，这些限制必须源自宪法本身。设立宪法中尚未规定的限制不是立法机关可以做的事。这里无论如何都不存在可以为干预提供理由的宪法依据。

a)从《基本法》第7.1条中得不出这样的理由。

《基本法》第7.1条的确赋予了国家一种教育任务（参阅BVerfGE 34, 165 [181]）。它不仅组织学校教育和自己设立学校，还可以确定教育目标和培训课程。在这一点上，它独立于父母（参阅BVerfGE 34, 165 [182]; 47, 46 [71 seq.]）。因此，不仅学校教育和家庭教育会发生冲突，甚至不可避免的是，在学校里学生和家长的宗教和哲学信念会发生特别强烈的相互冲突。

这种毫无保留得到保障的各种基本权利享有者之间的冲突，以及这种基本权利与其他受宪法保护的主体之间的冲突，应根据务实协调（*practical concordancy*）原则加以解决，这种原则要求不得偏爱和最大限度地主张任何一种相互冲突的法律立场，而是对所有相互冲突的立场给予尽可能保护性的安排（参阅BVerfGE 28, 243 [260 seq.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]）。

这种安排并不要求国家在执行《基本法》第7.1条所赋予的教育任务时，完全放弃宗教或哲学方面的参照。即使一个全面保障宗教自由并因此致力于保持宗教和哲学中立的国家，也不能迫使自己放弃文化上传达的历史上根深蒂固的价值观、信念和态度，社会的凝聚力正是以这些价值观、信念和态度为基础，其自身任务的履行也依赖它们。无论今天人们希望怎样评估它们的遗产，基督教信仰和基督教教会在这方面都具有占绝对优势的的决定性力量。国家不能对源自它们的思想传统、心理经验和行为模式漠不关心。对于学校来说尤其如此，因为社会的文化基础主要是在学校里传承和更新的。此外，责成父母将子女送进公立学校的国家可以考虑到那些希望自己的孩子接受宗教教养的父母的宗教自由。《基本法》已经认可了这一点，在第7.5条中准许成立公立教派学校或以哲学为基础的学校，规定宗教教育为一般教学科目（《基本法》第7.3条）；除此之外，它还积极为积极践行宗教信仰的活动留出了空间（参阅BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [240 seq.]）。

诚然，在一个多元化的社会中，在设计公立小学时不可能充分考虑到所有的教育理念。特别是，宗教自由的消极和积极方面在同一个国家机构中的实现是不可能没有问题的。因此，在学校环境中，个人不能不受限制地诉诸《基本法》第4.1条。【382】

在考虑到容忍原则的同时，解决消极和积极宗教自由之间不可避免的紧张关系是州立法机关的事务，它必须通过公共决策过程寻求一种所有人都能接受的妥协方案。在其安排中，它可将以下事实作为指导：一方面，《基本法》第7条允许宗教和哲学影响学校教育；另一方面，《基本法》第4条要求在选择一种特定的学校形式时，应尽可能排除宗教和哲学方面的强制要求。这两项规定必须被放在一起看，并通过解释使它们相互协调，因为只有使这两个条款之下的法律保护对象之间达成和谐，才能使《基本法》所包含的决定之价值得到充分实现（参阅BVerfGE 41, 29 [50 seq.]）。

联邦宪政法院已经得出了以下结论，即在设计公立小学时，州立法机关并非完全不能引入基督教因素——即使那些在子女教育中无法避开这些学校，拥有父母权力的人可能不希望自己的孩子受到任何宗教教育。然而，必须满足一个要求，即这只能与必要的最低限度的强制因素联系在一起。这特别意味着，

学校不能以传教士的方式对待其在宗教和哲学领域的任务，也不能为基督教信仰的内容声称任何具有约束力的正确性。因此，对基督教的肯定是承认一个决定性的文化和教育因素，而不是特定的信仰真理。相反，基督教作为一种文化因素，包含宽容其他思想的理念。根据《基本法》第4条的基本决定，至少只要目标不是传达信仰，而是在宗教和哲学领域努力实现自主人格，那么它们与带有基督教印记的世界形象的冲突，就不会涉及对非基督教生活哲学的歧视性贬损（参阅BVerfGE 41, 29 [51 seq.]; 41, 65 [85 seq.]）。联邦宪政法院已经相应宣布，《巴伐利亚州宪法》第135条第2句中关于基督教非教派学校的规定，只有在得到符合宪法的解释时才符合《基本法》（参阅BVerfGE 41, 65 [66 and 79 et seq.]），并且在涉及巴登州传统意义上具有基督教特征的非教派学校时，联邦宪政法院已经强调，这不是一所双教派学校（bi-denominational school）（参阅BVerfGE 41, 29 [62]）。

因此，在教室里设置十字架超越了学校的宗教和哲学定位。正如已经确定的那样，十字架不能被剥离它与基督教信仰的特有联系，变成西方文化传统的一般标志。它象征着基督教信仰的基本内核，这一内核无疑在许多方面尤其塑造了西方世界，但肯定不是由所有社会成员共享，而且的确许多人行使其《基本法》第4.1条所规定的基本权利，并不接受这一内核。因此，由于这些公立小学并非基督教的非教派学校，在这些小学设置十字架不符合《基本法》第4.1条。

b)设置十字架也不能从具有基督教信仰的父母和学生的积极宗教自由那里获得正当性。积极宗教自由平等地归于所有的家长和学生，而不仅仅是信仰基督教的家长和学生。所产生的冲突不能根据多数原则加以解决，因为宗教自由这一基本权利的特别目的在于在一种特殊程度上保护少数人。此外，《基本法》第4.1条并未赋予基本权利的享有者一种不受限制的权利，在国家机构中激活其宗教信仰。如果学校在符合宪法的情况下允许这样做，就像宗教教育、学校祈祷和其他宗教表达一样，那么这必须明确基于自愿原则，并且使具有其他思想的人具备可以接受的非歧视性的可能性来避开它们。如果在教室里设置十字架，具有其他思想的人就无法逃避其存在和要求，因而就不符合以上原则了。最后，如果为了使具有基督教信仰的学生在宗教教育和自愿祈祷之外，也能够在其信仰的标志之下学习世俗科目，使具有其他思想的人的情感完全受到压制，那么这将不符合务实协调原则。

D.

因此，引发争议的《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第1句不符合上述基本权利，应被宣告无效。在审查临时权利保护的诉讼中所作出的受挑战判决

将被撤销。由于主要案件的诉讼程序目前在巴伐利亚州高等行政法院待决，案件返回该法院（《联邦宪法法院法》第95.2条）。报销费用的命令是根据《联邦宪法法院法》第34a.2条作出的。

Seidl、Söllner和Haas法官的反对意见：

法庭多数意见认为，在每一间教室里设置一个十字架所依据的《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第3句违反了《基本法》。我们不同意这个观点。在此宪法诉愿中受到挑战的这些法院判决并未侵犯申诉人在《基本法》第4.1条和第6.2条第1句之下的基本权利。

I.

(1)根据《基本法》第7.1条，整个学校系统都在国家的监督之下。从《基本法》第7.5条推断，小学的设立和运作原则上是国家本身的事务，该条将成立私立小学的许可与特别严格的要求联系在一起。在这个意义上，国家有自己的教育任务，因此也有权力制定教育目标（参阅BVerfGE 52, 223 [236]）。

【384】

然而，《基本法》将教育法排他性地分配到了州的主权范围内。教育法没有出现在《基本法》第73条及其后几条规定的权限目录中。魏玛共和国的宪法秩序通过《魏玛宪法》第10.2条，在学校教育领域原则上将立法权利赋予德意志帝国；相比之下，联邦政府在这个领域没有任何立法权力（《基本法》第70条及以下）或行政主权（《基本法》第30条）。《基本法》第7条的起源表明，立宪者是有意在公立学校的哲学和宗教性质方面赋予州广泛的自治权。在这里，联邦主义原则占了上风。在初步讨论《基本法》第7条时，有的提议旨在争取更广泛的家长权利（“与信仰有关的家长权利”）以及与信仰有关的学校在《基本法》中的牢固地位，但是已经被否决了。以下观点受到反复强调，即州管理教育政策问题的权力不受限制（详见BVerfGE 6, 309 [356]及其中更多文献；又见BVerfGE 41, 29 [45]）。

(2)因此，对宪法诉愿中提出的问题的宪法评估，必须从巴伐利亚自由州的现有情况出发，不得将在联邦共和国其他州可能适用的条件当作起点。

1946年12月2日的《巴伐利亚自由州宪法》在关于教育和学校的章节中，载有关于所有学校应追求的教育目标的以下规定：第131条

(1)……

(2)教育的首要目标是敬畏上帝、尊重宗教信仰和人的尊严、自我控制、责任感和愿意承担责任、乐于助人、对一切真、善、美的事物持开放态度，并意识到对自然和环境的责任。

(3-4)……

尽管“意识到对自然和环境的责任”这一教育目标是1984年6月20日的《巴伐利亚自由州宪法第五修正案》(GVBl p. 223)才增加的,但是其他教育目标自从《巴伐利亚州宪法》生效以来一直未变。

【385】就小学而言,《巴伐利亚自由州宪法》第135条最初规定了教派学校或非教派学校,并且偏爱教派学校。随着学校政策方面的发展(关于此点,参见BVerfGE 41, 65 [79 seq.]),通过1968年7月22日的《修正〈巴伐利亚自由州宪法〉第135条的法案》(GVBl p. 238),这一宪法规定由公民投票得以修正。其内容如下:

公立小学应为所有小学学龄儿童共同的学校。在其中,学生应按照基督教信仰的原则得到教育和培养。细则应由《小学法》规定。

在当前版本的《巴伐利亚州宪法》第135条第2句中,基督教不能从与信仰有关的意义上被理解。相反,在这一条款的含义范围内,基督教各教派的信条包含基督教各教派共有的价值观念以及源自它们的道德规范(参阅BVerfGE 41, 65 [84])。这些价值观念和规范性地具有基督教的烙印,在很大程度上已成为西方文化领域的共同财产。运用这些信条,学生们将被导向《巴伐利亚自由州宪法》第131.2条所描述的教育目标。相比之下,具有独特的基督教信仰烙印的教育目标并没有体现在《巴伐利亚州宪法》中(参阅BVerfG, loc. cit. p. 84 seq.)。对基督教的肯定并不涉及信仰的内容,而是涉及对决定性的文化和教育因素的承认。因此,也涉及非基督徒时,对基督教的这种肯定也因西方文化领域的历史而获得了正当性(参阅BVerfGE 41, 29 [64])。

根据这些考虑,宪法并不反对根据《巴伐利亚自由州宪法》第135条第2句设立基督教无教派学校的学校类型(BVerfGE 41, 65 [79 et seq.])。

(3)根据《基本法》第7.1条和第5条,联邦的州作为负责小学系统的机构,有责任就小学的组织制定必要的规定。情况各异的州的立法者在此有广泛的自由裁量权。根据《学校规章》第13.1条第3句的规定,每个教室都要设置一个十字架。该条款没有超过这种自由裁量权的限度。由于州立法机关可以通过不受宪法反对的方式引入基督教无教派学校的学校类型,因而它不能被禁止在教室里用十字架象征那些学校所特有的价值观念。

a)《学校规章》第13.1条第3句的规定,是基督教非教派学校组织设计的一部分。教室里的十字架将这种学校形式所传达的超教派基督教的西方价值观念和道德标准以象征的形式呈现在老师和学生面前。在制定这一规定时,州立法机关有权考虑到以下事实,即居住在其辖区内的大多数公民属于基督教会(参

看BVerfGE 41, 29 [50 seq., 60])。我们还可以进一步认为, 由于对超越信仰意义的基督教的西方价值观念和道德标准来说, 十字架具有象征性质, 在教室里设置十字架也会受到不在教会中的大部分人的欢迎或至少尊重。这一观点尤其受到以下事实的支持, 即《巴伐利亚州宪法》中关于基督教非教派学校的规定得到了大多数人口的批准(参阅BVerfGE 41, 65 [67])。

国家通过义务教育深入参与父母家庭对儿童的培养, 它在很大程度上依靠家长对其组织的学校系统的接受。因此, 它不被禁止在价值观上尽可能维持学校和父母家庭的一致意见(BVerfGE 41, 29 [60]; 41, 65 [87])。在教室里设置十字架可能也有助于这一点; 此外, 它也符合巴伐利亚州的一个悠久传统, 这个传统仅在国家社会主义时期才遭遇过阻力。【386】

(4)在教室里设置十字架并不违反国家保持哲学和宗教中立的义务。在《基本法》的效力范围内, 哲学和宗教中立的原则不应被理解为国家有义务保持冷漠或者奉行世俗主义。《基本法》第140条对《魏玛宪法》中教会条款的提及, 使中立原则具有了国家与教会和宗教团体合作的意义, 也包括国家对它们的促进。

在就宪法上基督教非教派学校的可接受性问题所作的判决中, 在与中立原则有关的方面, 联邦宪政法院说过, 由于学校可能影响孩子的信仰和良心决定, 学校只能采取最低限度的强制。此外, 它不得是一所传教学校, 也不能为基督教信仰宣称任何有约束力的正确性; 它还必须对其他哲学和宗教的内容和价值观念持开放态度(参见BVerfGE 41, 29 [51]; 41, 65 [78])。

被本庭多数意见裁定为违宪的《巴伐利亚州小学学校规章》第13.1条第3句的规定, 符合所有这些要求。仅仅在教室里出现一个十字架, 并不会强迫学生遵守特定的行为模式, 也不会使学校变成一个传教组织。十字架也不会改变基督教非教派学校的性质; 相反, 它作为基督教各教派的一个共同象征, 特别适合充当宪法接受的那种学校的教育内容的一种象征。在教室里设置十字架并不排除在教育上对其他哲学和宗教内容和价值的考虑。此外, 教学形式还受到《巴伐利亚自由州宪法》第136.1条规定的限制, 根据该规定, 在所有学校, 其他人的宗教情感都应受到尊重。

II.

与本庭多数意见相反, 在教室内设置十字架并没有侵犯申诉人的宗教自由(《基本法》第4.1条以及《基本法》第4.1条结合《基本法》第6.2条第1句)。

(1)通过义务教育和自身承担小学教育的责任, 国家控制了一个生活领域, 它对于在其全面照顾下培养年轻人具有决定性意义。这就产生了一个结果, 即这里必须有行使自由的空间。根据学校等机构的合法目的, 这些自由当然可以

受到限制，但不得被悬置。公立学校是国家行动和公民自由相互交叉的一个生活领域，国家已经将公立学校纳入其组织设计，在很大程度上也负责其实质性设计。在这样一个领域中，国家还可以按照相关州的普遍做法，提供可见的价值符号，借此创造一个组织框架，使大部分学生及其父母的宗教信仰在其中能够同时得到发展（参阅Higher Administrative Court for the State of North Rhine Westphalia, NVwZ 1994, p. 597）。相比之下，在法庭上设置十字架处于原始的国家主权职能范围内；这可能侵犯诉讼当事人根据《基本法》第4.1条所享有的基本权利（参阅BVerfGE 35, 366），因而与在公立学校的教室里设置十字架相比，受到不同的宪法限制（详情参阅Böckenförde, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht Vol. 20 [1975], p. 119 [127 seq., 134]）。

《基本法》第4.2条对不受干扰从事宗教活动的保障，进一步加强和强调了《基本法》第4.1条规定的宗教自由。这是本庭多数意见根本没有看到的（参阅BVerfGE 24, 236 [245 f]）。《基本法》第4.1条和第4.2条共同保障积极从事宗教信仰活动的个人空间。因此，如果一个自愿的超越教派的学校祷告在原则上是宪法可接受的（参阅BVerfGE 52, 223），那么这同样适用于教室里的十字架。因此，国家是在一个完全受其保护、宗教和哲学立场始终相关的领域，赋予积极宗教自由的空间（参阅BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]）。

(2)因此，申诉人的宗教自由没有受到侵犯。

a)申诉人并没有诉诸《基本法》第4.2条之下的宗教信仰自由。他们亦不宣称他们源于《基本法》第4.1条的积极宗教自由受到了任何侵犯，而只反对其同样受到《基本法》第4.1条保护的消极宗教自由受到的侵犯。因为他们并不要求在教室里与十字架并列或在十字架的位置设置象征他们自己的人生哲学的一种标志，而是仅仅去除耶稣受难像；他们认为这些耶稣受难像是他们并不共享的一种宗教信仰的标志，他们不愿容忍。1991年11月5日的命令（BVerfGE 85, 94）拒绝了申诉人请求发出一项临时命令的申请。在这项命令中，本庭在决定主要案件时陈述的宪法问题比现在更加准确：“在学校里使用宗教标志是否以及在何种情况下会影响消极宗教自由，以及由于少数人必须体谅多数人的积极宗教自由，他们要在多大程度上容忍对这些宗教标志的使用”（BVerfG, loc. cit. p. 96）。

诚然，这不是一个多数人和少数人之间关系的问题，而是一个在国家义务教育领域如何使学生及其父母的积极和消极宗教自由在总体上达到和谐的问题。解决这种在学校教育领域不可避免的消极和积极宗教自由之间的紧张关系是民主国家立法机构的事务，它必须在公共决策过程中考虑到各种意见，寻求一种所有人都能接受的妥协方案（参看BVerfGE 41, 29 [50]; 52, 223 [247]）。

在这里，消极宗教自由不是在其与宗教自由的积极表达一起出现时取代后者的某种更高级的基本权利。宗教自由权利不是一种妨碍宗教的权利。宗教自由的两种表现形式之间的必要调整，必须通过宽容来实现（参阅Schlaich, in Kirche und Staat in der neueren Entwicklung, 1980, p. 427 [439]; Starck, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Article 4.1 Rdnr. 17及其中更多文献）。

【388】

b)在巴伐利亚州立法机关制定《学校规章》第13.1条第3句时，这些原则已经得到了适当处理。与非信仰者和具有不同信仰者进行必要的利益平衡并没有违反宪法。

aa)在评估这些利益时，不能像本庭多数意见那样，把基督教神学观点当作十字架标志之重要性和含义的一般基础。相反，关键的事情是，看到十字架会对个体学生产生何种影响，尤其是看到十字架可能会使具有其他思想的人产生何种情感（关于此点，也可参阅BVerfGE 35, 366 [375 seq.]）。可能是这样的，对一个有基督教信仰的学生来说，看到教室里的十字架可以在一定程度上会唤醒本庭多数意见所说的十字架含义的那些观念（关于理由，见C.II.(2) b)部分）。相比之下，对没有这种信仰的学生来说，不能如此假设。从他的视角看，教室里的十字架不可能具有一个基督教信仰标志的含义，而只是一个体现着基督教非教派学校的目标的标志，即传达着具有基督教烙印的西方文化的价值观。与之不同的是他不共享、反对且可能抵制的一种宗教信仰的标志。

bb)鉴于教室里的十字架对非基督教学生来说所具有的这种意义，他们和他们的父母不得不忍受十字架的存在。宽容原则让他们必须那样做。因此，这不会对他们产生不能接受的负担。

非基督教学生在课堂上不得不忍受被迫看到十字架所带来的精神障碍和精神负担，这只是相当轻的负担，并未超越学生及其家长在这方面可接受的强制因素的最低限度（参阅BVerfGE 41, 29 [51]）。学生们并非必须在十字架前遵守特定的行为模式或宗教活动。因此，与学校祷告相比（参阅BVerfGE 52, 223 [245 et seq.]），他们不会因为不参与而被迫表现出他们不同的哲学或宗教信仰。因此，他们受到歧视的危险从一开始就不存在。

教室里的十字架也没有以传教的方式对学生们产生宪法上不可接受的影响（参阅BVerfGE 41, 29 [51]）。教室里的十字架没有在宣传基督教信仰的意义上，对教学内容或教育目标产生直接影响。此外，巴伐利亚州的特殊情况必须被当作一个出发点。即使在更有限的教会范围之外，那里的学生也会在许多其他生活领域看到十字架。作为例子，我们只会提到在巴伐利亚州经常会遇到路边的十字架，世俗建筑（如医院和养老院，还有酒店和餐馆）中的许多十字

架，最后还有私人住宅中的十字架。在这样的情形下，教室里的十字架也仍然保持在一般标准内，没有传教的特征依附于它。

III.

【389】 因此，巴伐利亚州立法机关在小学的教室里设置十字架的做法，以宪法可接受的方式利用了其在小学教育组织中应有的自由裁量权，未超出其自由裁量权的限度。受到挑战的行政法院的决定在这方面没有遇到任何宪法上不可接受的问题。

Haas法官的反对意见：

我更进一步，既不同意本庭多数意见就宪法诉愿可予受理提出的辩护，也不同意它就该命令的理由所作的论证。

(1)对宪法诉愿的可受理性可能存在疑问，因为在此期间，申诉人的申诉理由已经失效，例如由于申诉人(3)至(5)换了学校或者教室里剩余的十字架被移除了——这是申诉人在保护权利的紧急程序中提到的所有诉求。这一点不需要深入探讨。然而，宪法诉愿的可受理性在这里不能根据与主要诉讼程序中诉因失效的相同理由予以确定（参阅BVerfGE 41, 29 [43]）。因为假定一个判决中存在一种持续利益，并没有充分考虑到权利的临时保护程序的特点。仅仅解决一种临时情况并未穷尽这一程序的重要性。然而，鉴于这里提出的法律观点，即宪法诉愿无正当理由，这个问题就不必进一步探讨了。

(2)在否认存在发布一项命令的理由这一点上，受到挑战的巴伐利亚高等行政法院的决定在宪法上也是无可非议的；特别是，《基本法》第19.4条并没有被违反。行政法院尤其根据《行政法院程序法典》第123条批准对权利的临时保护。《基本法》第19.4条要求，在涉及执行一种行为的诉讼程序中，只要不提供对权利的临时保护就会产生不可接受的与不可避免的严重损害，并且在主要案件中的判决随后不再能够消除这样的损害，那么也要批准这种临时保护（参阅BVerfGE 46, 166 [179]; 51, 268 [284]）。

这也是巴伐利亚高等行政法院的出发点。在检验是否存在作出命令的理由所需要的条件时，该法院考虑到关于批准有效法律保护的宪法原则，正确地以下问题出发，即如果不发出临时命令，是否会对申诉人造成不可接受和无法弥补的损害。

在检验这种损害时，它在宪法上无可争议地检验了这项诉求的紧迫性和重要性。因此，似乎很值得怀疑的是，能否孤立地看待该法院以一句话概括的对时间推移的考虑，并由此得出以下评估结果，即该法院否定了申诉人之担忧的紧迫性。相反，必须从整体上看待和理解关于所抱怨的处境之持续时间的主

张。然而，作为该法院对损害之评估的一部分，这种处境的持续时间还特别具有表明损害严重程度的意义。该法院的以下考虑在宪法上是可以接受的，即在大约五年的时间里忍受一种特定处境，可能有助于得出这样的评估结果，即一种损害是可以接受的。无论如何，以下做法并非不合理，即通过考察对他们来说这种状况在过去是如何形成以及如何处理的，来评估对有关人士损害的可接受性。从申诉人并未挑战的高等行政法院的表述中得不出以下结论，即仅仅随着时间的推移，因申诉人看到十字架而产生的损害就变得不可接受。申诉人也没有提出任何证据证明高等行政法院的理由中具有任何这类陈述。此外，该法院在评估损害时还从法律上评估了其他方面。它认为，在没有作出他们希望得到的临时命令的情况下，申诉人(1)和(2)根据家长责任，仍有足够的养育子女的自由，而且在教室里看到十字架对申诉人(3)至(5)来说只是一种相当轻微负担，因为在别处他们也会看到十字架。因此，如果巴伐利亚高等行政法院认定，如果不作出临时安排，并不会对申诉人造成不可接受的、无法弥补的损害，那么可能没有宪法上的反对理由。此外，在其自己拒绝发出申诉人申请的临时命令时，本裁决庭也明显认同巴伐利亚高等行政法院的这一评估，因为在权衡这些结果时，无法确定对申诉人造成的损害是明显的（参阅BVerfGE 85, 94 [96 f]）。在这一点上，本裁决庭不得不考虑到这样一个事实，即鉴于宪法申诉程序需要数年时间，宪法申诉人不得不再忍受数年他们所抱怨的情况。

【390】

鉴于高等行政法院认为这种损害很轻微，它也不必进一步检验以下问题，即是否不这样做申诉人将会遭受不可接受的、无法弥补的损害，因而发出一项临时命令是必要的（参阅BVerfGE 46, 166 [179 f]）。该法院的以下假定在宪法上也是可以接受的，即在行政当局愿意妥协的背景下，今后也可以达成与现有妥协方案类似的司法程序以外的妥协方案。

保障权利得到有效保护的原则也没有要求该法院为了使一项临时命令变得“多余”，去“探询”一种借助友好和解的临时解决方案的可能性。已经令人怀疑的是，为了使该法院作出的一项决定变得多余而采取一系列行为，是否符合保障权利得到有效保护这一原则的实质精髓。然而，仅在普通法律中，没有必要在寻求暂时权利保护的诉讼程序中进行调解谈判，因为当有人申请法律保护时，如果发出一项临时命令的条件得到满足，具体作出什么安排在该法院的自由裁量权范围内（常见的判例法和文献，见Kopp, VwGO, 1994, s. 123 no. 17 及其中的文献）。然而，如果像这里的情形一样，法院认为不具备发出一项临时命令的条件，以至该事项已适于作出决定，并且该申请将被驳回，那么无论如何，从保障对权利的有效保护的角度来看，不能要求通过传统的调解谈判去寻求各方当事人达成协议，取得通过所寻求的补救办法无法达到的结果。

（三）头巾与宪政法院（头巾禁令第一案和第二案）

【391】

1. 译者注解

伊斯兰头巾一直是几个司法管辖区内几个备受瞩目的法院判决中的一个议题。⁴⁷欧洲人权法院不得不对几个有关伊斯兰服装的案件作出裁决，首先是它对土耳其的一个案件之裁决；在该案中，它认为禁止在土耳其的大学里戴头巾并不违反《欧洲人权公约》对宗教自由的保障（《欧洲人权公约》第9条）。⁴⁸

所有这些类似案件的根本问题是，一般层面的伊斯兰服饰或特定层面的伊斯兰头巾在多大程度上仅仅是宗教信仰的一种象征和表达，以及/或者在多大程度上这种服饰也是一种压制妇女和使妇女服从的手段。而前者通常没有问题，仅在有关学校或其他公立机构的背景下提出问题；在这些地方，宗教甚至政治符号的问题已经成为许多判决的主题。后者是完全令人不可接受的，并提出了一个问题，即国家是否以及如何有义务介入，以保护妇女的平等权，并对抗一半人口被视为二等公民的二元社会（parallel societies）的出现。问题是，这种区分是如此困难，甚至可能是不可能的。人们当然不能否认，许多穆斯林妇女完全自愿地穿着这样的衣服，并作为她们信仰的自豪表达。同时也很明显的是，存在对妇女的强烈歧视因素；把这种服装的更极端样式说成是“移动监狱”，充分说明了这个问题。寻求公平和公正的解决办法，以尊重宗教感情和信仰并且营造平等和反歧视的气氛，确实是一项艰巨的任务。

这一问题的难处也突出体现在宪政法院的以下两个关于头巾问题的判决中。在第一个案件中，⁴⁹一名德国公民且具有阿富汗血统的穆斯林曾经想在德

⁴⁷ 关于欧洲法院的判决，参见Case C-157/15 [GC], 14.3.2017, EU:C:2017:203, Achbita; Case C-188/15, 14.3.2017, EU:C:2017:204, Bougnaoui; 又见Cloots, Elke, Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui, 55-2 Common Market Law Review 2018, 589 et seq.

⁴⁸ ECHR [GC], Appl. No. 44774/98, 10.11.2005, Leyla Sahin/Turkey, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>. 关于欧洲人权法院在宗教标志和服装方面的法律理论的简要而全面的综述，参见ECtHR, Factsheet - Religious Symbols and Clothing, December 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Religious_Symbols_ENG.pdf (last accessed on 4.9.2019). 在各国限制服装方面，欧洲人权法院常常跟随各国的脚步。然而，在最近的一个判决中，欧洲人权法院认为，要求一名妇女摘掉头巾以出席一场司法听证会的做法不符合《公约》第9条对宗教自由的保障，ECtHR, Appl. No. 3413/09, 18.12.2018, Lachiri v. Belgium, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186245> (last accessed 3.9.2019).

⁴⁹ BVerfG, 24.9.2003, BvR 1436/02, http://www.bverfg.de/e/rs20030924_2bvr143602.html (仅限于德文，最后访问于2019年9月4日)。

国的公共服务部门谋求一份教职，但遭到拒绝，因为她表示不愿意在公立学校履行其职责时不戴伊斯兰头巾。有人认为，这违反了公立学校在宗教事务上必须中立的义务，特别是考虑到头巾作为“文化分裂”（cultural disintegration）的一种政治象征所具有的政治含义。

宪法法院在判决支持申请人时，事实上把这个问题交回到了该案件的发生地巴登—符腾堡州的立法机构，并且相当于交回到了所有州的立法机构，因为管理学校事务的权力属于州，而非联邦政府。法院认为，因申请人拒绝不戴头巾而不雇用她的决定在制定法中没有充分的根据。这一要求回到了这项首要的宪法要求，即对权利的所有“重大”限制都需要有制定法基础，而没有这种基础的限制本身是不正当的。法院认为，禁止在公立学校教学时戴头巾是这样的一种“重大”限制，因而需要制定法的规范。【392】

然而，法院没有处理在这种情况下法律禁止戴伊斯兰头巾是否符合宪法的问题。尽管如此，在这个判决中几乎没有暗示法律禁止可能不合宪。在某种意义上，这一判决可以被视为司法节制或对问题采取谨慎态度的一个例子，如果立法机关试图以适当的方式考虑问题的所有方面和所有相关的权利，以达成一项平衡的决定，那么这时法院并不比立法机关更有智慧。

在一份强烈的反对意见中，宪法法院的三名大法官批评了多数意见的观点，因为后者认为该禁令是对申请人宗教自由权利的“重大”侵犯。他们认为，要求在学校履职时不戴头巾，只是对申请人在工作情境中根据其自由意志履行工作职责的一种修正。这又提出了另一个难题：契约关系能在多大程度上限制自由——这里指的是宗教自由？或者换句话说，一个人通过签订合同，可以在多大程度上隐含地（或明确地）同意这种限制？

2015年作出的第二个判决⁵⁰处理了北莱茵—威斯特伐利亚州的一项立法，它在某种程度上全面禁止在学校对任何宗教、政治或意识形态的展示（服装、标志等），这些展示可能被视为破坏了学校的中立地位。在只能被描述为一种对现实的奇怪扭曲中，这项立法还包含一项为“基督教的西方教育和文化价值观念或传统”设置的全面的反面例外。⁵¹

申请人挑战了根据该项立法作出的法院判决，这些判决支持了两名穆斯林因分别戴头巾和作为替代的羊毛帽子而遭受的劳动法后果。宪法法院判决，不能想当然地认为，穿这样的衣服就会影响学校的中立性，而必须以上述认识为【393】

⁵⁰ BVerfG, 27.1.2015, 1 BvR 471/10, http://www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110en.html（最后访问于2019年9月4日）。

⁵¹ Id. at para. 78.

基础，对相关立法进行限制性解释。更确切地说，必须拿出一些具体证据，证明存在着“足够具体的风险，对学校和平或国家的中立性构成危险或损害”。⁵²毫不令人吃惊的是，宪政法院还在这项立法所包含的反面例外中发现了违反禁止基于宗教理由进行歧视的情况。人们不禁要问，立法者是如何以及为什么会通过这种有问题的立法的？这项反面例外身上已经写满了“违宪”。

关于这两个判决是否一致有过一些讨论。有人将第一个判决（由宪政法院第二庭作出）解释为赋予州立法者在允许或禁止此类着装时的一种自由权力。根据这样的解读，第二个判决（由宪政法院第一庭作出）可以被视为偏离了第一个判决。它现在施加了限制，要求对此类着装之禁止必须是因为这种着装对学校和平或学校的中立性造成了具体风险，因而是必要的。根据《联邦宪政法院法》第16条，⁵³这样的偏离将需要宪政法院全体会议的一个决定。然而，以下问题是值得让人怀疑的：要求对立法作出限制性解释能否被视为偏离了这样一个判决，即要求通过这种立法作为规范宗教服装的法律基础？⁵⁴宪政法院自己也认为没有理由作出一个全体决定。

“头巾禁令第一案”

BVerfGE 108, 282

2. 判决概要

(1) 在巴登-符腾堡州的现行法律中，禁止教师在学校和课堂上戴头巾没有足够明确的法律依据。

(2) 与日益增加的宗教多元化相关的社会变革，可能为立法机关提供了时机，来重新定义在学校受到允许的宗教因素的可接受程度。

3. 案件事实

【394】 申诉人1972年出生在阿富汗喀布尔。自1987年以来，她一直生活在德意志联邦共和国，1995年获得德国国籍。她信奉伊斯兰教。在通过第一次国家考试

⁵² Id. headnote 3 and para. 113.

⁵³ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bverfgeg/englisch_bverfgeg.html#p0105（最后访问于2019年9月4日）。

⁵⁴ 更多细节参见Leiss, Johann Ruben, One Court, Two Voices: Case Note on the First Senate's Order on the Ban on Headscarves for Teachers from 27 January 2015: Case No. 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 16/4 German Law Journal 2015, 901-915, <https://doi.org/10.1017/S2071832200019945>（最后访问于2019年9月4日）。

并从事教学实践之后，申诉人于1998年通过了第二次国家小学和非选择性中学教师职业考试，主要侧重于中学以及德语、英语和社会研究 / 经济学科目。

斯图加特高等学校当局以缺乏个人能力为由，拒绝了申诉人到巴登-符腾堡州的英语小学和非选择性中学担任教师的申请。其中一个理由是，申诉人不准备放弃在上课时戴头巾。政府当局说，头巾是文化隔离的一种表达，因而不仅是一个宗教符号，也是一个政治符号。据说，与头巾有关的文化分裂的客观影响不符合国家中立的要求。行政法院确认了当局的决定。

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可予受理且有充足理由。受到挑战的判决违反了《基本法》第33.2条结合《基本法》第4.1条和第4.2条以及《基本法》第33.3条。在这里即将被评估的背景下，戴头巾表明申诉人属于伊斯兰教，并且认为自己是一名穆斯林。将这种行为定义为缺乏在小学和非选择性中学担任教职的能力，侵犯原告在《基本法》第33.2之下有平等机会获选每个公职的权利和《基本法》第4.1条和第4.2条保障的信仰自由这一基本权利，但目前缺乏必要与足够明确的法律基础支撑这种侵犯。就这样，以宪法上不可接受的方式，申诉人被剥夺获选公职的资格。

I.

与涉及一个判决的宪法诉愿有关的宪法审查通常限于审查被挑战的判决在解释和适用宪法层面下的法律时，在所依据的基本权利的含义和范围上是否基于一种根本错误的观点，或者是否是任意的（关于此点，参阅联邦宪法法院已确立的判例法，BVerfGE 18, 85 [93]）。然而，如果其裁决受到宪法诉愿挑战的法院直接解释和适用了基本权利条款本身，那么联邦宪法法院就有责任确定这些基本权利的范围和限度，并确定基本权利在其程度和分量方面都获得了考虑，没有出现任何宪法性错误。这就是目前这个案件中的情况。联邦行政法院以及下级法院的判决是根据对《基本法》第33.2条结合《基本法》第4.1条和第4.2条的一种特别解释作出的。根据其维护、发展和扩展宪法的职责，特别是解释一个基本权利条款的各种功能的职责（参阅BVerfGE 6, 55 [72]; 7, 377 [410]），联邦宪法法院在与非宪法法院的关系中，不限于审查非宪法法院是否以非任意的方式适用了宪法，而必须自己就宪法的解释和适用作出最终且不可上诉的判决。

【395】

II.

(1) 《基本法》第33.2条授予每一个德国人根据其能力、资格和职业成就，

有平等机会获选每一个公职的权利。

《基本法》第33.2条中的权利相当于一项基本权利，保障自由选择工作或职业的程度（《基本法》第12.1条）。由于公共部门中的职位数量众多，这种自由选择是可能的。这受到也允许受到每个情形中相关负责公共机构的限制（参阅BVerfGE 7, 377 [397, 398]; 39, 334 [369]）。《基本法》第33.2条没有赋予人们被任命到公职的权利（参阅BVerfGE 39, 334 [354]; *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*, BVerwGE 68, 109 [110]）。进入公共机构从事活动（获得一份工作，也与自由选择职业有关）尤其不得受到主观录用条件的限制（参阅BVerfGE 39, 334 [370]）。这是根据该州公务员法中的1999年3月31日《公务员法律框架法案》第7条（《Federal Law Gazette, Bundesgesetzblatt, BGBl, I p. 654》），通过规定被任命为公务员者所必须具备的个人条件实现的。适用于当前案件的1996年3月19日修订的《Baden-Württemberg Law Gazette, Gesetzblatt, GBl, p. 286》第11.1条规定，职位任命应根据能力、资格和职业成就，不考虑性别、血统、种族、信仰、宗教或政治信仰、出身或人际关系。

b)在为有关职位制定能力标准时，以及在界定借以评估公共职位申请人能力的公共职责时，立法机关一般有广泛的立法裁量权。对这种立法裁量权的限制源自其他宪法规范中的价值决定，特别是基本权利对立法机关的立法裁量权施加了限制。甚至对于那些具有公务员身份的人也适用基本权利，尽管根据《基本法》第33.5条制定的公务员职责范围限制了公务员依赖基本权利的法律可能性（参阅BVerfGE 39, 334 [366, 367]）：公务员在任职期间对基本权利的行使可以受到限制；这些限制源自规范公务员的一般标准，或者源自对相关公共职位的特别要求（参阅BVerfGE 56, 227 [228, 229]）。然而，即使申请人被拒绝获得公职是因为其未来行为，而这种未来行为是作为一种基本权利受到保护的，那么出于这个原因而假定申请人缺乏能力，从受到影响的基本权利角度看也必须是无可非议的。

c)雇主对申请人是否具备担任其所申请公职的能力之评价，关系到申请人的未来职业，同时也包含了一种预测，该预测需要根据个案情况具体评估申请人的整个人格（参阅BVerfGE 39, 334 [353]; 92, 140 [155]）。这还包括一项对以下未来问题的评估，即有关人员是否将在其申请的职位上根据约束他或她的公务员法履行职责。在此项有关未来的评估中，雇主有广泛的裁量权范围；非宪政法院的审查基本上限于确定雇主是否根据了不正确的事实行事，误判了公务员法和宪法语境，忽视了一般有效的价值标准，或者考虑了不相关的事项（参阅BVerfGE 39, 334 [354]; BVerwGE 61, 176 [186]; 68, 109 [110]; 86, 244 [246]）。雇主必须根据公务员岗位的职责预测申请人是否具备胜任某个特定职

位的能力（《公务员法律框架法案》第35条及以下；《巴登—符腾堡州公务员法》第70条及以下）。期望申请人履行的公务职责必须在法律中有充分明确的规定，并且必须尊重申请人的基本权利所施加的限制。

(2)如果强加给公务员以下职责，即在学校和课堂上，教师不得通过遵守具有宗教基础的着装规则而向外展示其与一个宗教团体的联系，那么这项职责就侵犯《基本法》第4.1条和第4.2条保障的个人信仰自由。它使那些受影响的人面临选择，或者行使他们正在申请的公职，或者遵守他们认为有约束力的着装方面的宗教要求。

《基本法》第4.1条保障信仰、良心以及宗教和思想信仰自由，第4.2条保障不受干扰从事宗教活动的权利。《基本法》第4条的这两款包含一项统一的基本权利，必须被全面理解（参阅BVerfGE 24, 236 [245, 246]; 32, 98 [106]; 44, 37 [49]; 83, 341 [354]）。它不仅扩展到信仰或不信仰的内在自由，也延伸到表达和传播信仰的外在自由（参阅BVerfGE 24, 236 [245]）。这包括个人有权利使他或她的整个行为遵守其信仰之教义，并且有权利按照他或她内在的宗教信仰行事。这不仅与命令式的宗教教义有关，也与宗教信仰有关，它认为特定行为方式是处理生活中特定处境的正确方式（参阅BVerfGE 32, 98 [106, 107]; 33, 23 [28]; 41, 29 [49]）。

《基本法》第4.1条和第4.2条所保障的信仰自由是无条件得到保障的。因此，限制必须包含在宪法本身中。这包括第三方的基本权利和具有宪法地位的共同体价值观（参阅BVerfGE 28, 243 [260, 261]; 41, 29 [50, 51]; 41, 88 [107]; 44, 37 [49, 50, 53]; 52, 223 [247]; 93, 1 [21]）。此外，信仰自由是无条件得到保障的，限制信仰自由必须有充分明确的制定法依据（参阅BVerfGE 83, 130 [142]）。【397】

(3)《基本法》第33.3条也受到影响。它规定，公共职位的录用独立于宗教信仰（第1句）；任何人都不得因为信奉或不信奉一种信仰或一种意识形态而受到不利待遇（第2句）。因此，公职的录用和宗教信仰之间的联系是不可能的。《基本法》第33.3条首先反对直接与职业相联系的对一种特定宗教的不平等对待。此外，该条文无论如何也禁止以不符合《基本法》第4.1条和第4.2条所保护的信仰自由之理由，拒绝录用公职申请者（参阅BVerfGE 79, 69 [75]）。这并不排除以下措施，即设立公职义务，限制公职人员和公职申请者的信仰自由，从而使具有宗教信仰的申请者更难或不可能进入公共部门，但是它的确使这些措施受制于严格的论证要求，后者适用于无条件受到保障的宗教自由受到限制的情况；此外，在设立和执行这种公职义务时，必须遵守严格平等对待各种宗教的要求。

(4) a) 申诉人在学校及校外戴头巾，均受《基本法》第4.1条和第4.2条所保护的信仰自由的保护。根据非宪政法院作出且在与宪法诉愿有关的程序中没有受到争议的事实调查结果，申诉人认为戴头巾是她的宗教规则对她的约束；对她来说，遵守这一着装规则是其宗教信仰的表达。关于伊斯兰教的规则是否以及在多大程度上规定妇女必须遮盖头部这一有争议的问题，答案无关紧要。诚然，并非一个人的每一种行为都能纯粹根据其主观意图，被视为享有特别保护的信仰自由的一种表达；相反，在评估一个人作出的被宣称是表达其信仰自由的行为时，不得忽视他或她的特定宗教团体的自我认识（参阅BVerfGE 24, 236 [247, 248]）。作为立足于伊斯兰教的一条信仰规则，女性在公共场合戴头巾的义务凭其内容和外观，可以充分合理地归入《基本法》第4.1条和第4.2条保护的范围之内（关于此点，又见BVerfGE 83, 341 [353]）。这是由非宪政法院以一种在宪法上不能反对的方式完成的。

b) 如果有意行使信仰自由的行为与具有宪法地位的法律保护的目的是相冲突，并且对宗教自由的这种限制是依据一项足够明确的制定法基础，而如果申诉人违背现有的公职义务，想在学校和课堂上戴头巾，且此头巾清楚地表明她是伊斯兰宗教团体的一员，那么由此推定她缺乏在小学和非选择性中学履行教师职责的必要能力并据此拒绝让她担任公职，即符合《基本法》第4.1条和第4.2条。这里受到宪法保护且与信仰自由相冲突的利益可能是国家提供教育的职责（《基本法》第7.1条，其履行须顾及保持意识形态和宗教中立的义务）、家长的教育权利（《基本法》第6.2条）以及在学儿童的消极信仰自由（《基本法》第4.1条）。

aa) 在《基本法》第4.1条、第3.3条第1句和第33.3条，以及《魏玛宪法》第136.1条、第136.4条和第137.1条结合《基本法》第140条中，《基本法》规定了国家作为所有公民的家园，有义务在宗教和意识形态上保持中立。它禁止引入具有国教性质的法律结构，禁止给予特定信仰以特权待遇和排除具有不同信仰的人（参阅BVerfGE 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 33, 23 [28]; 93, 1 [17]）。就平等原则来说，国家必须谨慎对待各种宗教和意识形态团体（参阅BVerfGE 19, 1 [8]; 19, 206 [216]; 24, 236 [246]; 93, 1 [17]），并且不得认同一个特定的宗教团体（参阅BVerfGE 30, 415 [422]; 93, 1 [17]）。《基本法》之下的自由国家的特征是对各种意识形态和宗教信仰持开放态度，并以一种人类映像为基础，后者以人的尊严以及在自我决定和个人责任方面的人格自由发展为特征（参阅BVerfGE 41, 29 [50]）。

然而，要求国家在宗教和意识形态上保持中立，不应被理解为一种严格政教分离意义上的疏远态度，而应被理解为一种开放和全面的态度，鼓励所有信

仰平等地享有信仰自由。《基本法》第4.1条和第4.2条还包含一项积极要求，即保障在意识形态和宗教方面积极行使宗教信仰和实现自主人格的空间（参阅BVerfGE 41, 29 [49]; 93, 1 [16]）。国家仅仅被禁止施加故意的影响，服务于一个特定的政治或意识形态倾向，或者借助它始创或者可归因于它的措施，明确或隐含地使自己认同一种特定的信仰或一种特定的意识形态，并且其本身以这种方式在社会中危害宗教和平（参阅BVerfGE 93, 1 [16, 17]）。宗教和意识形态中立的原则也禁止国家评价一个宗教团体本身的信仰和教义（参阅BVerfGE 33, 23 [29]）。

迄今为止，正如反映在联邦宪政法院的判例法中的那样，对国家和宗教之间的关系的这种理解首先适用于国家负责的义务教育领域，其性质意味着宗教和意识形态信念一直与其紧密相关（参阅BVerfGE 41, 29 [49]; 52, 223 [241]）【399】。这样看来，在公立学校的组织中，基督教因素（Christian references）并非受到绝对禁止；然而，学校也必须对其他意识形态和宗教的内容和价值观持开放态度（BVerfGE 41, 29 [51]; 52, 223 [236, 237]）。在这种开放中，《基本法》之下的自由国家保持了其宗教和意识形态的中立（BVerfGE 41, 29 [50]）。由于不同意识形态和宗教信仰的孩子在一起接受教育，矛盾是不可避免的，因而考虑到宽容要求作为人的尊严之表达（《基本法》第1.1条），有必要去寻求一种平衡（参阅BVerfGE 41, 29 [63]; 52, 223 [247, 251]; 93, 1 [21 seq.]; 更多细节见以下 dd)部分）。

bb)《基本法》第6.2条第1句将其作为一项自然权利保障父母对其子女的照顾和教育，并且与《基本法》第4.1条一起，它也包括在宗教和意识形态方面教育子女的权利；因此，向子女传达他们认为在宗教和意识形态上正确的信念，首先是父母的责任（参阅BVerfGE 41, 29 [44, 47, 48]; 52, 223 [236]; 93, 1 [17]）。与此相对应的，是让孩子远离那些在父母看来是错误的或有害的宗教信仰的权利（参阅BVerfGE 93, 1 [17]）。然而，《基本法》第6.2条并没有包含一种父母的排他性教育权利。根据《基本法》第7.1条，国家被授予监督所有教育的权力，在其获得了与父母同等权利的范围内，国家单独行使其提供教育的义务（参阅BVerfGE 34, 165 [183]; 41, 29 [44]）。在《基本法》规定的限制范围内（首先是在《基本法》第4.1条和第4.2条中），这种义务具体如何履行，特别是在何种程度上宗教因素在学校具有它们的地位，受制于州的组织工作的自由（参阅BVerfGE 41, 29 [44, 47, 48]; 52, 223 [242, 243]; 详情见以下 dd)部分）。

cc)最后，就申诉人在学校和课堂上戴头巾来说，她所依赖的行使宗教信仰的自由与学生的消极信仰自由相冲突。同等保护信仰自由的消极和积极表现的

《基本法》第4.1条和第4.2条，也保障不共享一种宗教的人士躲避该宗教之崇拜行为的自由；这也适用于一种信仰或宗教用来自我展示的偶像和标志。《基本法》第4条授权个人去决定他或她认可和崇拜哪些宗教象征，拒绝哪些宗教象征。诚然，在一个为不同宗教信仰提供了空间的社会中，他或她没有权利免受其他信仰的崇拜行为、宗教标志和宣称行为之影响。但是这必须与国家所创造的一种情境区别开来，在其中个人没有其他选择地暴露于一种特定信仰的影响之下，暴露于该信仰表现自己的行动以及该信仰借以展现自己的标志之下（参阅BVerfGE 93, 1 [15, 16]）。就这一点来说，《基本法》第4.1条和第4.2条具有保障一种自由的效果；这种自由恰恰不在社会自行组织的生活领域中，
【400】而是在国家承担责任的生活领域中（参阅BVerfGE 41, 29 [49]）；《基本法》第140条结合《魏玛宪法》第136.4条确认了这一点，它们禁止强迫任何人参加宗教活动。

dd)《基本法》赋予州在教育方面广泛的组织自由；在涉及公立学校的意识形态和宗教性质时，《基本法》第7条也考虑到以下事实，即州在很大程度上是独立的，并且在其主权范围内，在教育事务上，原则上可以自由组织义务教育学校（BVerfGE 41, 29 [44, 45]; 52, 223 [242, 243]）。考虑到宽容要求，一方面老师的积极信仰自由与另一方面国家保持宗教和意识形态中立的义务、父母的教育权利以及学生的消极信仰自由之间，有时不可避免存在紧张关系，而且解决这种紧张关系是民主的州立法机关的职责；在形成一种明智意见的公共程序中，立法机关必须寻求一种每个人都能理性接受的妥协。在立法时，立法机关必须认识到，一方面，《基本法》第7条允许在教育领域存在意识形态和宗教的影响，但父母的教育权利必须得到维护；另一方面，《基本法》第4条要求，在作出支持某一特定学校形式的决定时，必须尽所有可能排除意识形态和宗教方面的约束。这些规定必须被放在一起看，而且它们的解释和影响范围必须相互协调。这包括各州可能制定不同规定的可能性，因为需要找到的中间道路也可能考虑到学校传统、宗教方面的人口构成，以及它是否在一定程度上深深植根于宗教中（BVerfGE 41, 29 [50, 51]; 93, 1 [22, 23]）。

这些原则也适用于以下问题的答案，即教师可以在多大程度上受制于他们在学校时在外表和行为方面的义务，这些义务限制着他们个人的信仰自由这一基本权利，并且与维持政府在意识形态和宗教上的中立性有关。

(5)如果教师在学校引入宗教或意识形态因素，这可能会对国家以中立地位实施的提供教育义务、父母的教育权利和学生的消极信仰自由产生不利影响。它至少开启了影响学生以及与家长发生冲突的可能性，而这种可能性可能导致扰乱学校和平，并且可能危及学校提供教育职责的履行。受到宗教驱使且将被

解释为宣称宗教信仰的教师之着装，可能也有这些影响。但这些只是抽象的危险。如果教师的外表导致的只不过是危害或冲突的可能性，而不是试图影响教师为之负责的学生甚至向他们传教这样的具体行为，而连这都被认为违反了公务员法规定的职责，或者缺乏能力因而不能被任命为一名公务员，那么由于这导致了《基本法》第4.1条和第4.2条无条件授予的基本权利受到限制，它需要充分明确的法律依据允许它这样做。这在本案中是缺乏的。

【401】

a)在考虑一种特定形式的服装或其他外在标志在象征的性质上是否具有宗教或意识形态意义这一问题时，必须注意所使用的表达手段之效果以及所有可能的解释。与基督教的十字架不同（BVerfGE 93, 1 [19, 20]），头巾本身并不是一个宗教标志。只有与戴它的人以及这个人在其他方面的行为相联系，它才能具有这样的效果。穆斯林妇女戴的头巾被认为是一种对非常不同的表达和道德观念之宣示（reference）：

除了表现出希望遵守被认为具有约束力和宗教基础的着装规则外，它还可以被解释为一种标志，标志着维护穿着者出身的那个社会之传统。在最近的年代，它越来越被视为伊斯兰原教旨主义的一种政治标志，这种标志表达了与西方社会价值观——如个人自决，特别是妇女解放——之分离。然而，根据在口头听证中也得到证实的非宪政法院的事实调查结果，这不是申诉人希望通过戴头巾来传达的信息。

在口头听证中作证的专家证人Karakasoglu博士对多个教育学院的25名穆斯林学生（其中12人戴着头巾）进行了一项调查，并且根据这项调查指出，年轻女性也戴头巾，目的是保持自己的身份，同时也为了在流散状况下表示对其父母的传统之关心；此外，被提到的戴头巾的另一个原因是，希望通过表明她们不会提供性机会以及使自己以一种自决的方式融入社会来获得更独立的保护。诚然，戴头巾的目的是在公众面前证明一个人在自己的生活中对宗教取向的重视，但是它被理解为对一种个人决定的表达，并且与现代生活方式并不冲突。正如被询问的妇女所理解的那样，保持她们的差异是她们融合的先决条件。根据专家证人开展和评价的访谈，不可能作出任何能够代表住在德国的所有穆斯林妇女的陈述，而研究表明，鉴于动机的多样性，对头巾的解释不能被简化为社会压迫妇女的象征。相反，对于年轻的穆斯林妇女来说，头巾也可以是一种自由选择的手段；借此手段，在不抛弃她们的原文化的情况下过一种自我决定的生活。在此背景下，没有证据表明，仅仅因为她戴头巾，申诉人就可能使作为其学

生的穆斯林女孩更难发展一种符合《基本法》价值的女性形象，或者更难在她们自己的生活中将此形象付诸实施。

【402】

要评估一位老师在学校和课堂上戴头巾的意图是否构成能力之缺乏，决定性的问题是头巾会对看到它的人产生什么影响（旁观者的客观立场）；因此，在评估时必须考虑到所有可以想到的关于如何看待戴头巾的可能性。然而，这对以下事实没有影响，即申诉人看似合理地声称，她决定总是在公共场合戴头巾是出于宗教原因；她为此行为可以依靠《基本法》第4.1条和第4.2条的保护，这种保护与人的尊严这一最高宪法价值密切相关（《基本法》第1.1条；参阅BVerfGE 52, 223 [247]）。

b)就宗教表达方式的效果而言，有必要区分所涉及的标志是在学校当局的鼓动下使用的，还是根据某一位教师的个人决定使用的；该教师可以依赖《基本法》第4.1条和第4.2条中的个人自由权利。如果国家允许教师在学校基于个人决定而穿戴服装，并且这种服装可以被解释为具有宗教性，那么这就不能与国家命令在学校佩戴宗教标志受到相同的对待（关于此点，参阅BVerfGE 93, 1 [18]）。如果国家接受与戴头巾有关的个别教师的宗教声明，那么它在这样做时，并没有使这一声明变成它自己的，也没有义务按其意图将这种声明归因于它。然而，由于学生在学校里的全部时间都要面对作为课堂焦点的教师，没有逃避的可能性；因此，这位教师因宗教原因而戴头巾的影响可能会变得特别强烈。另一方面，教师在向学生解释一件服装所表达的宗教意义时，可能会做一些区分，这种方式可能会削弱服装的效果。

c)没有确凿的经验依据可以假定，申诉人会因其头巾对学生的宗教取向产生可怕的控制性影响而违反其公务职责。

在口头听证会上，专家证人Bliesener教授在这一点上发表了观点：从发展心理学的角度来看，目前还没有确凿的知识证明儿童，仅仅因为每天在学校和课堂上遇到戴头巾的老师而受到影响。只有当家长和老师之间也有可能因为老师的头巾而产生冲突时，才能预期产生令人担心的影响，尤其是对年龄更小的学生。法庭还听取了另外两名专家证人的陈述，他们是心理学系主任Leinenbach女士和Riedesser教授。他们没有提供与此相矛盾的信息。知识的这种未经确认状态不足以成为正式适用“能力”这一不确定法律概念的基础，否则将严重侵犯申诉人根据《基本法》第4.1条和第4.2条所享有的基本权利。

d)无论如何，仅因为申诉人拒绝在学校和课堂上摘除头巾，就以缺乏能力为由拒绝她，并无充分明确的法律依据。

学校当局和非宪政法院认为，申诉人作为一名教师戴头巾的意图构成能力之缺乏，因为应采取预先行动，以防止对学生可能产生的影响，并且教师和学生或其家长之间无法避免的冲突应当提前避免；目前，这一观点并不能为侵犯申诉人根据《基本法》第33.2条所享有的权利（相当于一项基本权利）提供正当理由，也不能为随之而来的限制其信仰自由提供正当理由。在非宪政法院的诉讼程序中，没有看到任何清晰明确的证据证明，申诉人戴着头巾的外表给学校和平造成了具体危害。有人担心，戴头巾的教师与某些家长之间可能会发生冲突，因为这些家长反对让一位戴头巾的老师教他们的孩子，但是申诉人以前作为实习教师的教学经验并不能证实这种担心。巴登—符腾堡州现行的公务员和学校立法，不足以允许以抽象危害为由禁止教师在学校和课堂上戴头巾。在缺乏专为此目的而设计的法律依据的情况下，仅仅是无法排除将来会发生冲突这一事实，不能为学校当局提供正当理由，从一般公务员法的能力要求中得出一项公职义务，要求申诉人放弃通过戴头巾实践其宗教信仰。【403】

根据公务员法，鉴于上文B.II.(4) b) aa)部分所述的国家在学校保持宗教和意识形态中立的义务，《巴登—符腾堡州公务员法》第11.1条包含的能力概念和在评估申请公职者的能力时应考虑在内的州公务员法第70条及其后几条所规定的公务员职责，都不能作为对教师设立这样一项义务之依据，即不得使他们与一种特定宗教或意识形态的隶属关系可以从表面上被识别出来，从而以这种方式预先应对潜在的危险。

根据州公务员法第70.1条第1句，公务员为所有人服务，并且根据第70.1条第2句，公务员必须公正且公平地履行他或她的职责，而且实施他或她的职责时必须考虑到公众的福祉。根据州公务员法第70.2条，公务员必须承认《基本法》的自由民主基本秩序，并在其一切行为中维护该秩序。并不明显的是，申诉人戴头巾会妨碍她这样做。州公务员法第72条中的节制要求也不包括因宗教原因戴头巾的情形。该条款规定，一位参与政治的公务员应当保持节制和克制，这一要求源自他或她（与整个社会相对的意义上的）职位以及对其公务职责的考虑。这同样适用于公务员的以下义务，即全身心投入到工作中（州公务员法第73.1条），并尽他们最大的信念无私地行使其职责（州公务员法第73.2条），以及无论上班还是下班，都要将他们的行为建立在恰当对待他们的职业所要求的尊重和信任基础上（州公务员法第73.3条）。禁止公立小学和非选择性中学的教师因宗教原因戴头巾以及限制基本权利的禁令，不能从公务员法规定的这些一般义务中得出来。最后，州公务员法第94条没有对教师工作服装的特定形式作出任何规定。【404】

1953年11月11日生效的《巴登—符腾堡州宪法》（Baden-Württemberg Law

Gazette p. 173) 第11至22条中关于教育和教学的规定，以及1983年8月1日修订的《巴登-符腾堡州教育法》(Baden-Württemberg Law Gazette p. 397)，尤其是其中的第1条和第38条，也不包含任何这样的规定，即依据它们可以在具体条款中，将教师保持节制和克制这项一般公务员法上的义务解释成意味着他们不得在学校穿戴某种服装，或者其他表明其属于一个特定宗教团体的标志。因此，目前还没有必要的足够明确的法律依据，来决定信仰伊斯兰教的教师因其所宣称的在学校戴头巾的意图，而缺乏在小学和非选择性中学任职的能力，并因此限制他们根据《基本法》第4.1条和第4.2条所享有的基本权利。

(6)然而，有责任的州立法机关有自由创设到目前为止一直缺乏的法律基础，例如在宪法要求的限制范围内，重新规定在学校里允许使用宗教因素的程度。这样做时，立法机关必须合理地考虑到教师和受影响学生的信仰自由、父母的教育权利以及国家在意识形态和宗教上保持中立的义务。

a)联邦行政法院在受到挑战的判决中特别强调，随着文化和宗教多样化的发展，在越来越大比例的学童不信奉任何宗教派别的情况下，中立要求正在变得越来越大，而且它不应当因为例如以下状况而得以放松，即目前在德国，文化、种族和宗教的多样性也成了学校生活的特征。在口头听证会上，斯图加特高等教育局的代表F. Kirchhof教授认为，鉴于已经变化的情况，现在必须更严格地对待国家在学校中保持意识形态和宗教中立的义务。

【405】与日益增加的宗教多元性有关的社会变革可能提供了时机，来重新定义在学校受到允许的宗教因素的可接受程度。因此，《教育法》中有关这方面的一项规定可能会对公务员法之下教师的一般职责作出具体界定，包括关于其外表的义务，只要其外表显示着其与特定宗教信仰或意识形态的联系。因此可以想象，在符合宪法要求的情况下，也可能有对信仰自由的法律限制。如果从一开始就很明显，某申请人不会遵守这样的行为规则，那么这就可以被认定为申请人缺乏能力。

禁止教师通过外部标志持续表明其特定宗教团体的成员资格或信仰的规定，是确定学校中政教关系的法律的一部分。社会上逐渐演变的宗教多样性在这里得到了特别清楚的反映。学校是不同宗教观点不可避免相互碰撞的地方，并且是这种并存具有特别重大影响的地方。在这里，与其他信仰的人宽容并存可以得到实践，并通过教育具有最持久的影响。这不必意味着否认一个人自己的信念。相反，它会给我们一个深入了解的机会、加强个人自身观点的机会以及并不会将所有信仰降到相同水平的相互宽容的机会(参阅BVerfGE 41, 29 [64])。因此，可以给出理由，在学校里接受宗教的日益多样化，并且利用它作为一种实践相互宽容的手段，并以这种方式为实现融合的努力作出贡献。另

一方面，上述发展也与在学校里更可能发生冲突有关联。因此，也有正当理由更严格地重视国家在学校中保持中立的义务，使政教关系比以前更加疏远，因而作为一个原则问题，为了避免与学生、家长或其他教师之间的冲突，使一位教师的外表传达的宗教因素远离学生。

b)决定以下事项不是行政分支的责任，即如何应对变化后的情况，特别是在着装和面对学童的其他行为方面应当对教师施加何种行为规则，以更具体地界定他们在公务员法之下的一般义务和维持学校里的宗教和平，以及因此何种要求是一个教师职位所要求的能力的一部分。相反，有必要由具有民主正当性的州立法机关在这方面作出规定。只有立法机关才有评估实际发展状况的特权。这取决于以下评估：对于向所有宗教的教师在使用具有宗教因素性质的标志方面施加极端约束的立法，学生和家长的^{基本权利}或者具有宪法地位的其他价值是否可以提供正当理由？行政当局和法院自己不能行使这种评估特权（参阅BVerfGE 50, 290 [332, 333]; 99, 367 [389, 390]）。以下假定也符合《欧洲保护人权和基本自由公约》第9条，即禁止在公立学校戴头巾可以成为对信仰自由的一种可允许的限制，作为教育系统中政教关系方面立法决定的一个要素（参阅European Court of Human Rights, decision of 15 February 2001, Neue Juristische Wochenschrift 2001, pp. 2871 et seq.）。

【406】

aa)立法的宪法必要性源自要求议会同意的原则。宪政国家的原则和民主的要求使立法机关有义务通过对基本权利本身的实现来说至关重要的法律规定（参阅BVerfGE 49, 89 [126]; 61, 260 [275]; 83, 130 [142]）。立法机关必须自己在多大程度上确定相关生活领域的必要指导方针，取决于这一指导方针与基本权利的关系。如果相互对立的基本公民权利彼此相互冲突，而且每一种权利的界限是不固定的，并且很难确定，那么立法机关确实有这样一种义务。这首先适用于以下情形：根据宪法的措辞，受影响的基本权利（如本案中的积极和消极信仰自由以及父母的教育权利）在没有宪法要求具体立法的情况下受到保障，以及意图组织这个生活领域的一项规定必须确定和规定其在《基本法》中的固有界限。在这里，至少在确定相互冲突的自由保障的界限对于行使这些公民权利和自由来说必不可少时，立法机关无论如何都有责任作出这样的确定（参阅BVerfGE 83, 130 [142]）。

议会何时有必要通过立法，只能根据相关宪法界定的主题领域和对象的性质来决定。这里的宪法评价标准源自《基本法》中的基本原则，特别是《基本法》所保障的基本权利（BVerfGE 98, 218 [251]）。诚然，一条法律规定在政治上有争议这一简单事实，并不意味着它必须被视为是基本的（BVerfGE 98, 218 [251]）。然而，根据宪法，限制基本自由和平衡相互冲突的基本权利的职

责保留给议会，目的是确保具有如此影响的决定是由一种使公众有机会提出和表达意见，并要求议会在公共辩论中澄清限制基本权利的必要性和程度的程序中产生（参阅BVerfGE 85, 386 [403, 404]）。

特别是在教育制度方面，《基本法》的宪政国家要求和民主原则责成立法机关必须自己作出基本决定，而不能把这些决定交给教育委员会（参阅BVerfGE 40, 237 [249]; 58, 257 [268, 269]）。这也适用于且尤其适用于以下情形，即在应对变化后的社会环境和学校里日益多样化的意识形态和宗教时，立法机关意图对所有宗教因素施加更严格的限制，从而在宪法规定的范围内重新界定国家的中立义务。这样一种分权对于在教师、家长、儿童还有国家之间的关系中实现基本权利具有相当重要的意义。

bb)在关于议会同意要求的判例法的含义中，如果某条款规定教师的义务之一是在课堂上不戴头巾或者任何其他宗教信仰标志，那么这个条款就是一项基本规定。它严重限制受影响者的信仰自由。它也不同程度地影响信仰各种宗教的人，影响的程度取决于他们是否将遵守特定服饰习俗视为其宗教活动的一部分。结果，它对特定团体具有特殊的排除效果。因为与各种团体的这种关系，除了它对于行使个人基本权利所具有的意义外，为教师创造这样一种公职义务对于信仰自由中固有的社会组织功能来说具有重要意义。

最后，引入一种公职义务并禁止教师通过其外表显示其宗教信仰，必须由法律明确规定，其中一个原因是，只有不同宗教团体的成员得到它的平等对待，这样的公职义务才能以符合宪法特别是《基本法》第33.3条的方式获得辩护和执行。如果让行政机构和法院逐案决定这样一种公职义务是否存在及其范围是什么，而这种决定又取决于它们的预测，即相关教师的外表显示出宗教归属特征将产生影响和冲突的可能性，那么这就得不到相同程度的保障。

III.

只要没有法律依据足够明确地规定，小学和非选择性中学的教师有一种公职义务，避免在学校和课堂上显示出其宗教归属特征，那么根据现行法律，认为申诉人缺乏能力就不符合《基本法》第33.2条结合第4.1条和第4.2条以及《基本法》第33.3条。因此，这项宪法诉愿所挑战的判决侵犯了这些条款所保障的申诉人的法律地位。我们撤销联邦行政法院的判决，并将该案发回联邦行政法院（《联邦宪政法院法》第95.2条）。我们期望，这项诉讼在那里可以根据《巴登—符腾堡州公务员法》第11.1条被审结；根据《公务员法律框架法案》第127条第2项，该条款接受对法律问题提出的上诉）。在这些诉讼程序中，能力这一决定性概念必须根据该州学校教育法律中（如果适用，经过修订）的规定获得解释和适用。

Jentsch, Di Fabio和Mellinghoff法官的反对意见摘录：

本庭多数意见认为，一名公务员的特定公职义务如果与这名公务员的宗教或意识形态自由有关，就只能由议会通过的法律创设。到目前为止，这一观点既没有在判例法中得到阐述，也没有在文献中得到阐述，申诉人本人也没有提出这种观点。如果这一观点被采纳，不仅提交给法院的关于国家在学校培训和教育领域保持中立的基本宪法问题仍然悬而未决，而且这一观点还导致以下后果，即在分权体制中以及在理解与获得公职有关的基本权利的规范性力量时，不以《基本法》为依据而作出错误的衡量。该决定忽视了巴登—符腾堡州议会明确表达的意图，即它不会因为申诉人的这个案件而通过一部正式的法律；此外，它使议会不确定如何才能制定一个合宪的规定。最后，本庭多数意见使得州立立法机关不可能根据宪法为本庭认为将会存在的新情况做好准备，并且未能告知司法机关和行政机关，在州的法律通过之前它们该如何行事。

I.

为了证明必须具体制定一部法律这一宪法要求的合理性，本庭多数意见错误地认为，申诉人的宗教和意识形态自由受到了严重限制。在这一点上，他们未能理解就公务员来说基本权利保护的功能限制。在获取公职的情形中，不存在需要权衡具有同等价值的法律利益的余地；对于在学校里基本权利的实现来说非常重要的法律关系，首先要受到学生和家长基本权利之保护的影响。

(1)那些成为公务员的人凭自由意志行为站在国家一边。因此，公务员不能以同样的方式，像不属于国家组织的人那样依靠基本权利保障自由的功能。因此，公务员在履行其公职时，仅在以下前提下，受到基本权利保障的自由不受国家侵犯的承诺之保护，即对公务员行使主权权力的特别授权不产生对国家权力的任何限制。即使在其个人教学职责范围内，具有公务员地位的教师也不是按照他们自己的自由教学，而是按照一般公众的指示并带着对国家的责任教学。因此，作为公务员的教师从一开始就不享有与家长和学生一样的基本权利保护：相反，教师受到基本权利的约束，因为他们分享着国家权力之行使。

国家行政机关在制定公职义务时，也要履行其在《基本法》第1.3条之下的义务；公务员的公职义务是公民自由的反面，公民面对的是官员所代表的国家权力。因此，如果教师因履行其职务而被施加公职义务，这就不是一个对国家控制范围之外的社会的侵犯问题，也不是一个后续需要议会通过法律去保护公民的情形。国家依靠公职义务来确保在其内部按照法律和宪法进行统一管理。

本庭多数意见没有充分考虑到这种结构上的差异。因此，一方面教师的情况和另一方面学生与家长的情况在基本权利方面存在差异，而这没有得到正确的理解。特别是由于申请人没有法律权利按照自己的意愿进入国家控制的领

域，他或她的法律地位不能被看作是一个保护自己不受国家侵害的基本权利问题。自愿成为公务员是申请人在自由状态下作出的决定，她选择为公共利益尽责，并忠诚于一个在民主体制下为人民办事并受人民监督的雇主。因此，无论在一般层面，还是在可以预先识别的特定公务或私人安排方面，希望成为公务员的人不得拒绝节制和职业中立的要求。无论如何，如果公务员在那个公共部门范围内，明显利用其工作作为一个表达信仰的空间，进而有效地利用其工作作为一个发展其自身基本权利的舞台，那么这就不能与这些义务相协调。公务员的职责在于熟练、客观、冷静且中立地协助实现民主的意图，即立法和责任政府的意图，并且当公务员实现其个性的要求可能与其工作产生冲突，并因而阻碍民主意志的实现时，公务员的职责就要求他们作为个人屈居第二位了。

(2) 公务员在根本上有别于这样的公民：他们受制于公共机构的措施所创造的特别身份关系，但在这一点上并未进入国家的范围，仅仅是一种特别法律关系，例如强制性公立学校中的学生和有权利教育他们的家长（BVerfGE 34, 165 [192, 193]; 41, 251 [259, 260]; 45, 400 [417, 418]; 47, 46 [78 seq.]），或者监狱里的囚犯（BVerfGE 33, 1 [11]）。因此，以下观点是错误的，即在开展斗争反对了特别从属关系制度（*besonderes Gewaltverhältnis*）之后，通过在公共部门内部强调基本权利的观点，有可能为《基本法》的自由理念再打一场战争。事实恰恰相反。如果有人认为受基本权利约束的教师首先是基本权利的主体，因而认为教师的个人自由权利与学生和家长的个人自由权利相对，那么他就减少了实质性理论（*Wesentlichkeitstheorie*）所要保护的那些人的自由。根据该理论，实质性决定必须由立法机构而非行政机构作出；在学校教育法领域，它扩大了这一宪法要求，即事务应当由法律具体规定。

公务员与国家的关系是一种特殊的亲密关系，有其自身固有的规则。这些规则为宪法所承认，并被认为值得维护。在《基本法》的平衡概念之下，公务员当然想成为具有自由意识的公民——如果不是，忠于自由宪法就只是口头上应酬话；但与此同时，他们要遵守公职义务的根本优先性和体现于其中的民主机构的意图。作为一个人，即使他或她决定为公益事业工作，公务员也不仅仅是一个“执行工具”。然而，那些希望成为公务员的人必须在重要的基本问题上以及在遵守他们的公职义务时，必须忠实地认同这个宪政国家，因为反过来，国家是由其公共部门所代表，并被视为等同于具体的公务员。一直存在的政府部门的所有这些原则都受到这种互惠和亲密理念的支配。

因此，一位公务员或一位正在申请公职的人有基本个人自由权利，但从一开始就只在它们符合公务员制度所固有的这些法律的范围内受到保障。如果不担心对日常工作构成障碍，它们就构成公务员制度的这些必要性的一部分。就

在职公务员的基本权利来说，这样一种主权权力行使的优先性之外的任何其他办法都不符合务实协调这一宪法要求。如果做不到这一点，对宪法的解释就会引发《基本法》本身并不包含的矛盾。这些基本权利的目的是保证政治权力和国家控制之外的社会之间的距离，它们并不想在宪法希望有一种特别亲密关系因而排除相互疏远的关系时起作用。

基本权利维持公民和国家权力之间的距离，正是为了限制国家统治（Loschelder, in: Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 2nd ed., 2000, s. 123, marginal number 16; Di Fabio, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, VVDStRL, 56, p. 235 [253, 254]）。然而，当这种距离被特意通过并入国家而被消除，因而宪法不想让这种距离存在时，基本权利的这种非常崇高的功能就不能不受限制地发展。因此，在宪法希望存在的一种亲密关系中；如果未能成功质疑这种亲密关系，也未能成功质疑支持政府部门应受民主指引的宪法决定，那么就不能主张一项基本权利的最基本功能。

(3)与《基本法》第33.2条所规定的特别平等权有关的能力评估，不得被误认为侵犯了《基本法》第4.1条规定的自由。

传统公民权利和自由的要求及其通常情形是国家权力侵犯公民的领域。公民靠近国家，从一般公众那里索要利益，或者向一般公众提供服务，这一系列行为偏离了这种通常情形。在这里，国家权力不侵入社会；相反，基本权利的主体寻求靠近国家组织，希望国家采取行动，寻求建立一种法律关系。

这项宪法诉愿挑战的是违反《基本法》第33.2条和第33.3条的行为，因此是依靠一项特别平等权。然而，如果平等权利是被单独宣称的，或者与一项履行诉求相联系，那么我们就不能依赖宪法上的具体立法要求。对平等的侵犯并不会导致对一项自由权之侵犯，而后者才可能触发具体立法要求。这种侵犯周围的情境非同寻常：任命一位不能保证他或她将在课堂上中立地履行其职责的教师，就会间接影响学生及其家长的基本权利；因此，充其量可以讨论在保护学生和家长的自由方面，是否有必要制定一部法律。

【411】

如果国家禁止一个人在公共场所至少部分受到宗教信仰的驱动而戴头巾，那么这无疑侵犯了宗教自由这项基本权利。另一方面，如果公务员想在宪法已经界定为中立的场所——在本案中是在一所强制性公立学校教学，并且作为一般公众的代表，展示被理解为具有宗教性质的标志，那么这位公务员就不是在社会领域行使一项他或她作为个人有权享有的自由。公务员工作时对自由的行使从一开始就受到必要性以及尤其是宪法对该职位界定的限制。如果不是这样，人民意志的实现就会因国家代表们过度行使个人自由权利而落空。在履行他或

她的公职义务时，教师必须尊重学生和家长的^{基本权利}；教师不仅站在国家一边，国家也通过教师而行动。有人认为，除了身份问题外，在与公务员的雇主相对的意义上，公务员具有不受限制的基本权利。他们抹去了为了给孩子和家长创造自由而划定的国家和社会之间的界线。这样一来，他们就接受了这样一种风险，即以民主方式形成明智意见将变得更加困难；取而代之的是，他们为法院权衡教师、家长和学生的基本权利准备了道路，而这种权衡是一个难以监督的过程。

(4)最后，不需要制定一部法律的另一个原因是，在一种对基本权利来说很重要的法律关系中，对公务员能力的评估具有间接影响。不可否认的是，在过去，为了家长和学生的利益而不是为了保护作为公务员的教师，具体立法这一宪法要求在教育法中的适用范围扩大了。作为公民和国家之间一种特别密切的关系，公务员的情况尤其不能被理解为一种受到公务员的基本权利主张形塑的法律关系。这一点与教育法不同，后者的特点是具有向外指向的利益，且影响家长的权利（参阅Oppermann, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages 1976, vol. I, part C, reports, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?, C 46-47）。

因此，从实质性理论的角度来看，只有在一州允许在课堂上戴头巾或者其他可能导致冲突的宗教或意识形态标志时，它才有意义。因为那时，即使没有已经明确宣称的影响学生和^{家长权利}的侵犯基本权利之情形，从基本权利的角度来看，也会出现一种需要立法解决的危险情况。另一方面，还没有人根据实质性立法理论提倡，将具体立法这一宪法要求扩展至包括教师在履行其公职义务时所具有的公民权利和自由。

II.

【412】 公务员的中立义务源于宪法本身，它不需要州法的进一步支持。公务员如果不能保证在其整体行为上中立，且以合乎特定职业要求的方式履行其职责，则缺乏《基本法》第33.2条所指的能力（参阅BVerfGE 92, 140 [151]; 96, 189 [197]）。

本庭多数意见给出的理由将宪法上的个人自由权利远远地推入公务员法中，没有给予《基本法》第33条作出的结构性决定以适当的分量。因此，这些理由不符合宪法关于社会和国家之间关系的基本陈述。特别是，他们错误判断了行政部门在实现民主意愿方面的地位。

(1)那些渴望担任公职的人通过参与民主国家的权利寻求接近公共权力，并且像申诉人一样，希望与国家建立一种特殊的服务和忠诚关系。在宪法上受到

《基本法》第33.5条保护的这一特殊职责地位优先于对基本权利的保护（参阅BVerfGE 39, 334 [366, 367]），后者在公职的职责和目的如此要求的范围内也适用于公务员。因此，只有当申请人满足《基本法》第33.2条规定的公民权利（相当于一项基本权利）的实际要求——能力、资格和职业成就，这项权利才授予平等获得公职的机会。雇主得到授权并在宪法上有义务确定一位申请人是否适合担任某个公职（《基本法》第33.2条）。

在这个自由裁量决定中，有必要评估能力、资格和职业成就；这是一种评估决策行为，并且法院只在有限程度上对其进行审查，来确定行政部门是否基于错误的事实作出了评估，以及它是否误判了公务员法和它可在其中不受限制地行动的宪法框架。除此之外，由于没有人有被接受为公务员之权利，这项审查只限于检查任意性（参阅BVerfGE 39, 334 [354]）。对不确定的法律概念“能力”之解释需要一个预测性决定，其中雇主必须全面评估相关职位要求其持有者具备的所有特征（参阅BVerfGE 4, 294 [296, 297]; BVerwGE 11, 139 [141]）。

在这里，雇主还必须预测申请人将来在其所寻求的职位上是否会履行其职业义务。能力不仅包括保证公务员胜任职业任务，而且还包括公务员个人满足行使其被授予的公职所必需的基本要求。其中一项要求受到《基本法》第33.5条的保护具有宪法地位，它保障公务员中立地遵守其公职义务。在个案中，不仅根据一般原则，而且根据相关职位的具体要求来确定可要求公务员在何种程度上保持克制和中立。

(2)为了使人民的意志产生实效，这个以《基本法》为宪法的国家需要行政【413】部门。行政部门实现议会和责任政府的决定，并将民主和宪政国家的原则具体化（《基本法》第20.1条）。设计这部宪法的目的是实现合法形式的民主统治。因此，无论是议会通过的立法还是政府给予的政治领导，都需要具有专业知识的中立行政部门（参阅BVerfGE 7, 155 [163]）。制定法和法律是对受国家权力制约的公民的一种承诺，即通过立法规制一种事实情况的形式将是抽象和普遍的，并对个人一视同仁。与此相一致，被要求执行法律以及以合法形式实现政府之政治意愿的公务员，也作为与公民相对的中立受托人而行为。

这项支持宪政国家的决定要求公务员受到制定法约束，以制衡政府的政治领导。他或她使民主意志变为现实。根据《基本法》的设计，主权职责通常被分配给公务员（《基本法》第33.4条）。永久存在的行政部门以事实知识、专业绩效和忠实履行职责为基础，意在确保一套稳定的行政管理，并因此在面对影响国民生活的各种政治力量时扮演一种平衡因素（参阅BVerfGE 7, 155 [162]; 11, 203 [216, 217]）。公务员必须中立且公正地执行他们的任务。在履行其公

务时，他们必须考虑公共福利、忠于国家，并且无论在其职务内外行为，都要恰当对待其职位所要求的尊重和信任。（参见《公务员法律框架法案》第35.1条；《巴登—符腾堡州公务员法》第73条）。他们的职务行为必须仅仅以事实正确、忠于法律、公正、客观和公共利益为导向。这些义务是公民相信民主宪政国家的职责将得到履行的根本基础。

(3)源于此的公务员的中立和节制要求是永久性行政部门的传统基本原则之一（《基本法》第33.5条）；它已经被规定在了以下非宪法性法律中：《公务员法律框架法案》第35.1条、第35.2条和第36条以及该州的诸多公务员法案（参阅《巴登—符腾堡州公务员法》第72条；BVerfGE 7, 155 [162]; Battis in: Sachs, Grundgesetz 3rd ed., Article 33, marginal number 71; Lübbe-Wolff in: Dreier, Grundgesetz, vol. II, 1998, Article 33, marginal number 78）。这对应于国家中立之基本义务，也适用于宗教和意识形态领域；它正是来自《基本法》第4条结合《基本法》第3.3条、第33.3条规定的信仰自由，以及《基本法》第140条连同《魏玛宪法》第136.1条、第136.4条和第137.1条（参阅BVerfGE 19, 206 [216]; 93, 1 [16, 17]; 105, 279 [294]）。在这个程度上，《基本法》第33.5条规定的永久性行政部门的那些原则创立了一项直接的宪法保留，该宪法保留事先限制公务员行使其基本权利的范围，以保护那些未加入国家组织的那些人的基本权利。

【414】 联邦宪政法院以前的判例法直接从《基本法》第33.5条得出公务员的权利和义务。规范公务员权利和义务的非宪法性规定是可能存在的，并且在某种程度上也是可取的，但是它们并不是宪法要求必须制定的（BVerfGE 43, 154 [169, 170]）。《基本法》第33.5条直接创立的公务员义务包括节制和克制，特别是在执行公务时。如果在职公务员的行为在政治、意识形态或宗教上不中立，如果这种行为客观上很可能导致冲突或者妨碍遵守公共职责，那么他或她就违反了其公职义务（BVerfGE 39, 334 [347]）。特别是在宗教和意识形态事务上，公务员必须受到约束，因为这是为了公民的自由对公务员为之服务的国家之要求。

根据《基本法》第4.1条以及根据《基本法》第3.3条第1句、第33.3条和第140条结合《魏玛宪法》第136.1条、第136.4条和第137.1条，国家及其机构有义务在宗教和意识形态信仰问题上保持中立，不危及社会中的宗教和平（BVerfGE 105, 279 [294]）。同样出于这个原因，当公务员最初加入行政部门时，他或她必须根据宪法事先保证，在履行其未来职责时既不挑衅也不挑战行为中立原则（《基本法》第33.5条）。

(4)至于可要求公务员在个别情况下保持多大程度的克制和中立，不仅取决

于这些一般原则，也取决于该职位的具体且不断变化之要求。这些要求也不需要由法律单独规定为公职义务，因为永久性行政部門的一个独特特征是，公职义务并不被理解为是对公务员自由的限制，而是由雇主按照合宪且实际有效的行政管理的相关需要制定的。在中立和节制原则方面，《基本法》第33.5条也在行政当局的基本方针中为其划定了评估能力的标准。这些原则在宪法上直接适用，不需要进一步的法律界定，即使涉及学校时也如此。在这个意义上，非宪法性法律要求公务员有义务保持政治上的中立是宣告性的，而不是对《基本法》第33.2条和第33.5条所指的获得公职的能力进行评估所必需的。

对于在公立学校担任教师职务的公务员来说，一般的中立义务在一定程度上适用。教师履行国家提供教育和培训的职责（《基本法》第7.1条）。在这方面，他们有直接责任授课和教育学生。他们的职责使他们能够以一种可与学生家长相近的方式，影响托付给他们的学生的发展。与此相关的是对家长教育权利的限制，这项权利作为一项基本权利受到保障（《基本法》第6.2条第1句）；只有在学校不仅在政治领域，而且在宗教和意识形态问题上努力做到客观和中立，上述限制才能被接受。之因而如此的原因之一是，根据《基本法》第6.2条第1句，父母也有权利在宗教和意识形态方面教育子女，而且他们原则上可以使他们认为错误的信念远离其子女（参阅BVerfGE 41, 29 [48]; 41, 88 [107]）。遵守这些权利是《基本法》本身所要求的学校的基本义务之一。同时，它们也是教师应遵守的公职义务的一个镜像。

【415】

III.

如果一所小学或非选择性中学的一名教师在课堂上使用一些标志作为其服装一部分，而这种标志在客观上可能会在学校造成障碍，甚至可能会导致与学校有关的宪法上的重大冲突，那么她就违反了公职义务。申诉人所要求的坚持戴头巾上课的做法，与公务员必须保持克制和中立的要求不符。

(1)当公务员行使一项公职时，即使他们是现代、开放和勇敢的，也只有在以下前提下，基本权利才受到宪法的保障，即没有人怀疑保障基本权利将与雇主对明智政治意见之形成明显冲突，也不妨碍行使所授予的公职。当本庭多数意见认为只有存在“具体危害学校和平”的真实证据，才足以否定一个公务员职位申请人的能力时，他们误判了能力评估的标准。

本庭多数意见本身也承认，有宗教动机的教师着装可能会影响学生，导致与家长的冲突，从而破坏学校和平。他们指出，特别是在冲突的情况下，还必须预料到，年龄更小的学生将会受到重大影响。然而，这种潜在的危险情况不能在“抽象危险”阶段被引用来回应一位未来的教师，而只能在学校和平受到危害的真实证据出现时才可以引用。根据这一观点，如果冲突尚未具体化，作

出任命决定的行政当局就不能再认为缺乏能力。

根据这一观点，本庭多数意见误判了评估《基本法》第33.2条规定的能力的标准。因为根据永久性行政部门的传统原则，只能在有限程度上且通过正式的纪律处分程序，才有可能因违反公职义务而解除一个终身保留公务员身份的人之公职，因而雇主必须事先确保，任何不能保证遵守《基本法》第33.5条规定的公职义务之人不得成为公务员。对此，在宪法上合法的手段是考虑和决定申请人是否具备其所申请的职位所必需的能力。如果关于这一点的怀疑无法消除，那么这种怀疑就允许任命当局作出一种否定性预测，因为在这里不可能从正面确定具备能力（参阅BVerfGE 39, 334 [352, 353]）。此外，保护儿童和家长教育权利的预防性措施，原则上并不要求一种危险情况在科学和经验上得到了证实（BVerfGE 83, 130 [140]）。

【416】 因此，援用取自警察法的“抽象危险”这个概念不能适当解决能力评估中的冲突。相反，按照危险这个概念的含义，自由宪政国家被禁止推迟到公务员在任职中的可预见行为很可能损害特定的法律保护对象时，才否认他们具备必要的能力。因此，具体危险与抽象危险之间的区分可以被用来描述在公民与国家的关系中施加干涉的传统门槛，而不是用来描述任命国家行政任职者的自由裁量权的标准。如果宪政国家为了控制自己的公务员之任职行为——他们代表国家并且国家通过他们而行为，而必须对他们使用警察法之下的危险门槛，那么这就不符合公务员法授权公务员行使主权利力的规定。由于申诉人希望在一所公立义务教育学校教小学和非选择性中学的学生——也就是说，在一个从基本权利角度看对学生和家长来说很敏感的领域，这一点就更加适用。因此，在这方面，这不是一个警察法之下的潜在危险或者危险形态的问题，而仅仅是以下问题，即学校当局在具体适用州法规定和《基本法》第33.5条所指的那些有关永久性行政部门的原则时，是否根据可推断出来的基础推定了存在违反职责的风险。事实显然如此。

(2)根据涉及能力的谈话记录，并根据联邦宪法法院口头听证会上的陈述，教育委员会的确表示了对申诉人宗教信仰的理解；然而，相反，申诉人显然不理解雇主希望显示中立的愿望。除了在极端情况下，譬如即刻发生的暴力威胁，她认为自己在教学时不能不戴一个具有强烈宗教和意识形态表现力的标志。这样一来，且不说这种顽固性让人怀疑申诉人是否会优先忠诚于其雇主的政治目标以及《基本法》中的价值秩序，尤其是在这些目标和价值与伊斯兰教的宗教信仰可能存在冲突的情况下；即使在能力评估的早期阶段，有些境况也已为人所知，这些境况会使行政当局更难在学校的每一种功能上使用申请者，并且将使州的权力陷入与学生及其家长乃至其他教师的冲突中。这些情形甚至

在今天都可被预见。

在这里，我们不是抽象地或从申诉人的角度来评价她戴的头巾，而是在她与学校的具体关系中来评价。担任小学和非选择性中学教师的条件包括以下义务，即他或她本人避免使用在客观上具有表达性的政治、意识形态或宗教标志。在教学职业中，教师必须避免使用这种有意义的标志，否则很可能唤醒其能否在有政治争议或者宗教或文化争议的话题上保持中立和职业距离的质疑。在这里，作为公务员的教师将何种主观意义与他或她使用的标志联系起来是无关紧要的。关键因素是这个标志的客观影响。

在不断发生具体变化的境况中评估这样一种影响基本上是雇主的责任，法院只能在有限范围内对其合理性和决定性进行审查。有专业能力的行政部门最适合从事这种评估；传统上，将公职义务具体化是雇主的职责。这样做时，雇主必须对不断变化的情况作出反应。标志的功能随着时间的推移而变化，它们所产生的共鸣之激烈性也是如此：有时政治徽章上的标语（例如“阻止Strauß”；“核能——不，谢谢！”）最引人注目，有时是来自宗教的标志，例如薄伽梵（奥修）追随者的橙色服装（BVerwG, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, NVwZ 1988, p. 937）。雇主必须在每一种情况下，评估公务员对标志的何种使用符合一般层面的公务员法之要求以及在教学职业中的特别要求，或者应当受到禁止；最后由州具有议会和政治责任的有权能的部长决定，他在学校领域内的职责要求问题上具有特殊的专门知识。

【417】

(3)本庭多数意见认为，抽象危险和具体危险之间的区分很重要，但在这里其实并不重要。因此，到目前为止，我们还没有依靠它来确定公职义务，或者将其与关于能力的决定联系起来。如果在一个非宪政法院的诉讼程序中，有人挑战关于能力的决定，那么唯一重要的问题是，如果评估认为特定标志不符合行政部门保持中立的要求，那么这一评估是否基于一种明显错误的事实基础，或者基于不能被理解的结论。

受到挑战的这些判决所依赖的假定是，如果申诉人受雇于巴登—符腾堡州的一所普通小学或非选择性中学，有人就会担心这可能会干扰学校和平。这一假定是可以理解的。本庭多数意见也认为，教师在课堂上一直戴着作为伊斯兰教标志的头巾至少会造成“抽象危险”。就在当下，这位教师所戴的标志具有表达性且具有客观的宗教、政治和文化意义。这种标志确实有可能侵犯学生和家长的消极宗教自由和家的教育权利（《基本法》第6.2条）。特别是如果一件衣服能明确表明公立学校一位教师的一种特定的宗教或意识形态信念，那么穿着这件衣服可能得不到持有不同信仰的学生或有权利教育他们的人的理解，或者受到他们的反对，并且可能影响这类人的消极信仰自由这一基本权利，因

为学生无法躲避这样的宗教信仰展示。

公立学校的教学和教育是国家提供的福利，接受这些福利已经成为孩子们的法定义务。因此，对于孩子们及其父母来说，参加学校课程无论从什么意义上来说都是不可避免的。此外，孩子们在生活中的机会，在很大程度上取决于他们的成绩水平和学校机构的能力，及其在适当支持和教育方面的实践。因此，如果在求职面试时，未来可能发生冲突的情形变得明显，那么家长和国家都不能被合理地期待去等待并看到冲突是如何在个案中发生的。此外，似乎有些家长很可能不会提出抗议，因为他们担心这样做可能会给孩子带来不利。【418】除此之外，在申诉人的这个案件中，学校和平可能被破坏的可能性已经表现出具体的形式，教学实践中的经验和其他教师的负面反应表明了这一点。

(4)本庭多数意见假定，教室门上的十字架和老师在课堂上戴的头巾没有可比性，这种对比有利于申诉人。这一假定误判了受影响的学生和家长的基本权利观点。这里的关键因素是在强制性公立学校和在国家责任之下的个体学生所受到的影响。如果在具有基督教影响的环境中，校门上方挂着一个十字架——而不是教师后面的一个大耶稣受难像（参阅BverfGE 93, 1 [18]），这几乎不能再被视为对消极的宗教自由或父母之教育权利的侵犯。孩子们很少与只是墙上的日常物品有联系，这种物品与具体的人或现实世界的事实情况没有直接联系。除了它的宗教意义外，十字架在太大程度上是一种普遍文化符号。这个文化符号由犹太教和基督教的资源所孕育，受到价值观的束缚但又是开放的，并且由于广泛的历史经验（有些是痛苦的历史经验）而变得宽容。

相比之下，教师作为人和有名望的人，对儿童具有重要的塑造作用，特别是在小学和班主任的作用方面。如果一个老师穿着不寻常的服装，这就会给人留下印象，引发问题并鼓励模仿。在口头听证会上，专家证人Bliesener教授就这一点指出，教师的行为鼓励学生去模仿：这是因为小学的学生通常有一种亲密的情感关系，并且基于教育学上的理由，老师也被期望以此为目标，而且因为儿童的注意力显然是指向老师的，老师在学校里的权威也能被感知到。

申诉人声称，如果遇到关于头巾的问题，她会不如实回答，并且以违背其宗教信仰的方式回答这些问题，说它只是一种时尚装饰品。这一声明并不适合于避免基本权利的冲突。因为孩子们也知道一直（也就是即便在室内）戴头巾的宗教意义。此外，学龄儿童不仅与老师互动，也与他们的父母和更广泛的社会环境互动。家长在根据他们自己对教育的理解如实回答孩子的问题时，将不可避免地解释说，老师之因而戴头巾，是因为只有这样，她才能在公共场合保持她作为一个女人的尊严。但这时对于父母是非伊斯兰教的孩子来说，这里埋下了道德观念冲突的种子；即使孩子的父母信仰伊斯兰教，但如果不相信女性

在公共场合必须遮盖自己这一要求，情况可能也是如此。通过其所在社会环境中人们的各种反应，一个具有政治和文化意义的标志的客观刺激效应可以很容易影响孩子，并且可能很容易让孩子询问，在他不能判断的价值观冲突中，他应该站在老师一边，还是站在其所在的断然拒绝头巾并且可能包括其家长的社会环境一边。在口头听证会上，专家证人Bliesener教授在这方面提到这样一种可能性，即如果教师与家长或个别家长之间产生一种长期冲突，小学学龄儿童可能会在情绪上负担过重。

(5)为了使一种旨在要求公务员的穿着保持节制的公职义务能够被雇主合法地具体化，“危险情形”的经验证据是不必要的，更没有必要由州立法机关为了确定“危害”而开展科学调查。如果仅仅为了将公职义务具体化并命令它们获得适用，就要求具体立法并要求立法机关提供证据，那么这种宪法要求不仅对我们的制度来说是陌生的，而且也使自由的宪政国家进一步陷入僵化，从而阻碍其有效性。对于能力评估来说，如果使用有意义的标志作为服装的一部分，冲突的出现就具有合理甚至相当大的可能性就完全足够了。【419】

本案情况就是这样，因为头巾作为政治伊斯兰主义的一种标志，很明显（至少部分地）承载着沉重的象征意义——甚至申诉人发起的这场法庭诉讼引发的公众反应也表明了这一点，并且可以预料会有相应的防御性反应。这种客观内容还包括对道德上区分男性和女性之强调，进而可能会与一些人产生冲突，这些人支持平等、平等价值以及在社会上平等对待女性和男性（《基本法》第3.2条）作为崇高的伦理价值。

所有三个行政法院的判决都有说服力地认定以下评估没有错误，即在课堂上一直戴头巾不符合公务员保持意识形态和宗教中立的义务。无论如何，头巾作为一种认为女性有必要在公共场所遮盖自己的宗教和意识形态之标志，目前在客观上很可能引起矛盾和两极分化。

(6)申诉人说，如果她在公共场合露出头发，她就感到她的尊严受到了侵犯。即使申诉人没有明确地专门说出来，这也暗示了以下反面结论，即一位不遮盖头部的女人放弃了她的尊严。这种区分在客观上会引起学校里的价值观冲突。这甚至适用于教师之间的关系，但尤其适用于与家长的关系；经验表明，特别是在小学，他们的孩子会与其老师培养出一种特殊的关系。

有人或许认为，有必要尽快使孩子们面对其他价值标准或者一种基于对妇女尊严的不同于其家长的理解的生活；不论在政治或教育上是正确还是错误，这在法律上都是无关紧要的。唯一重要的因素是，当任命当局认为学校里有可能产生冲突，而如果教师在这方面显示出节制，就能完全避免这种可能性时，它的这项评估是否是可以理解的。负责此事的教育委员会正确地认为，情况就

是如此。

申诉人认为，伊斯兰教中有一种让女性遮盖自己的要求。目前对伊斯兰宗教团体内外的许多人来说，因坚定遵守这项要求而佩戴的头巾代表了一种具有宗教基础的文化和政治表达，这种表达尤其与两性之间的关系有关（例如参阅 Nilüfer Göle, *Republik und Schleier*, 1995, pp. 104 et seq.; Erdmute Heller/Hassouna Mosbahi, *Hinter den Schleiern des Islam*, 1993, pp. 108 et seq.; Rita Breuer, *Familienleben im Islam* 2nd ed. 1998, pp. 81 et seq.; Tariq Ali, *Fundamentalismus im Kampf um die Weltordnung*, 2002, pp. 97 et seq.）。本庭多数意见对这一情况没有给予足够重视。结果，他们也没有考虑以下问题：在德国的伊斯兰教信徒中，是否有一个不是无关紧要甚至人数越来越多的人群，把头巾和面纱视为对一个他们拒绝其价值观的社群的一种文化挑战；最重要的是，是否可以预期在持有不同信仰的大多数公民中会产生防御性反应，而如果是这样，这些反应可能采取什么形式。无论如何，《古兰经》的重要评论者也认为，要求妇女遮盖头部是基于使妇女保持其服务于男子的角色的必要性，不管为此目的而设置的严格要求是否存在。男女之间的这种区分与《基本法》第3.2条的价值相去甚远。

因此，以下问题并不重要：这样一种观点是伊斯兰社会中唯一被认可的观点，还是仅仅是主流观点，或者是否很多人持有申诉人在诉讼程序中提出的这个相反观点，即头巾显示着信仰伊斯兰教的妇女越来越自信以及她们的解放。如果数量上并非微不足道的伊斯兰教信徒明确认为，妇女遮盖头部就保证了她们从属于男性，并且因此这种观点很可能与《基本法》中得到大力强调的男女平等权利相冲突，那么这就足够了。

(7)在申诉人声称的有权戴着头巾作为一名学校教师工作的诉求中，她进入了一个在文化和法律上都存在问题且充满紧张的灰色地带。伊斯兰社群中，有的做法是更进一步完全遮住她的脸；但根据对德国宪法的一种理解，这可能被认为与人的尊严不符：自由的人会向别人露出他们的脸。

诚然，在社会领域内，《基本法》也尊重一些宗教和意识形态观点；尽管这些观点所认为的不同性别之间的关系很难与《基本法》中的价值秩序相协调，只要它们不逾越国家的和平与法律秩序的界限即可。《基本法》的价值体系包括其对男女平等的理解，不会封闭自己不作任何改变；它面对挑战，作出反应，并在变化中保持其特性。

然而，这种开放和宽容还没有走到允许挑战现有价值标准并因而可能导致冲突的标志进入行政部门的地步。社会中的基本开放和宽容态度，不得被转移到国家的内部关系中。恰恰相反，为了在具体情形中使学校的课程和教育可以

不受干扰地进行，并且在一般层面，因为国家必须保持行动的能力，而且必须能够在自己的行为上保持最低程度的统一，宪法要求保持国家行政的内部组织必须避免发生这种严重冲突的明显可能性。

IV.

本庭多数意见将具体立法这一宪法要求扩展到一个领域，而因为这个领域【421】
依赖个别情形并且受制于现有的宪法义务，它实际上无法通过法律加以控制（参阅BVerfGE 105, 279 [304]）。

(1)巴登—符腾堡州议会明确并有充分理由拒绝通过一项由本案中的能力评估引起的正式法律规定。在与本诉讼有关的期间内，州议会两次处理了希望在课堂上戴头巾的教师的问题（Minutes of plenary proceedings (PlenarProt.), 12/23 of 20 March 1997, pp. 1629 et seq.; Minutes of plenary proceedings 12/51 of 15 July 1998, pp. 3977 et seq.）。1998年7月15日的全体会议辩论详细讨论了申诉人的具体案件（1998年7月15日第12/51号全体会议会议记录），并且根据议会中的共和党提出的立法动议通过了一项决议（Land parliament document, LTDrucks, 12/2931 of 9 June 1998）。议会大多数投票否决了涉及在课堂上佩戴宗教标志的能力评估问题的立法，只有共和党的投票相反。据说作出这项决定是因为更广泛和更详细的立法是不必要的；法律规定将使得根据个别情况对能力作出适当评估变得更加困难，从而也将使得授予公职时的法律解释变得更加困难，同样也将使恰当处理个人自由更得更加困难。

根据联邦宪法，从实质性理论的角度来看，要求制定一项正式法律对于一个行政决定的民主基础来说不会产生任何好处。在对公职申请人进行个别评估的复杂问题上，一项原则上鼓励自由的正式法律可能产生缩减自由的相反效果，因为这样会使得为个别情况设计的措施制定起来更加困难。如果一项普遍法律规定无论如何都不符合公务员法中规定公职义务和能力评估的体制，那么它在个案中就不会创造更多正义，反而会减损正义。根据州政府和州议会的学校政策方案，如果能够看到一位戴着头巾的教师已准备好不仅在极端情况下不戴头巾——如申诉人在口头听证中所说的那样，而且在一所小学里的日常教学中也不戴头巾，那么当然可能在个案中任命一位戴着头巾的教师到教学职位上。

然而，学校当局、部长和州议会特别对以下事实感到生气：申诉人断然拒绝在更灵活地对待头巾的方向上迈进一步。据此，负责评估其能力的部门有权得出结论认为，在与家长和孩子的消极宗教自由发生冲突的情况下，在宗教多元学校中找到适合于该个案的解决方案要困难得多（参阅《巴登—符腾堡州宪法》第15.1条、第16条）。它也有权得出结论认为，申请人坚持拒绝的行为可

能引起对其中立和节制的怀疑——尽管这似乎并没有超出客观理由的范围，也没有任意性。

【422】 (2)本庭多数意见要求州立法机关将《基本法》中固有的宪法限制具体化，尽管这些限制可以从《基本法》中足够具体地得以确定。因此，除了宣布确认或阐明这些固有的限制外，州立法机关是否有权将这些限制具体化，都是令人怀疑的。

联邦宪政法院必须就基本权利固有限制的程度和范围作出最终且不可上诉的决定。在一项宣告中重复直接来自宪法的限制，并非一个州立法机关的任务。如果强迫州议会通过一种法律措辞，而这种法律措辞一方面是它明确且经过深思熟虑之后不想采纳的，并且另一方面，在本庭多数意见看来，这种法律措辞以具体形式表达直接的宪法限制，而这种表达将在之后的诉讼程序中再次受到联邦宪政法院的审查，那么这也不是对州议会的适当尊重。如果一个合格的法院在这样一个有争议的基本宪法问题上要求立法机关采取行动，那么它必须至少告知立法机关，后者如何执行交给它的任务，也就是将直接的宪法限制具体化。

然而在本案中，关于以下问题的所有疑问仍然悬而未决，即立法机关应如何起草立法，吸纳它已在州议会公开宣布的政治意愿？如果立法机关规定，教师有公职义务避免很可能对学校安宁产生负面影响的宗教和意识形态服装标志，这是否足够？是否可以禁止在教学职业中使用这种可能危及男女平等及其实际执行的宗教、意识形态或政治标志（《基本法》第3.2条）？与教师有关的公务员法可否以当时州议会中的共和党党团在其1998年6月9日的动议中（Land parliament document 12/2931）所要求的方式获得界定，即“在课堂上戴着作为伊斯兰教标志的头巾是否代表一种不可接受的片面意识形态和政治表达”？州立法机关必须对可能出现的干扰进行经验研究吗？本庭多数意见说这是《基本法》所要求的。如果是，需要进行多大程度的实证研究？或者它必须根据宪法并且出于平等的理由，毫无例外地在教师穿着上禁止所有宗教标志，即使像一个很小的装饰性十字架那样，它们没有任何意义重大的表达，因而从一开始就不太可能导致学校中的价值冲突？在没有任何客观的挑衅性内容的情况下，这种对服饰标志的禁止究竟是否合理？

(3)尽管该案件的判决时机已经成熟，但是本庭多数意见并没有适当完成回答一个基本宪法问题的任务。结果，州议会现在必须通过一项法律（根据反对意见，这种法律甚至是没有必要的），而且竟然由于这种令人吃惊的必要性，法院判决没有给予一个过渡期。此外，如果按照本庭多数意见的提议，仅在《教育法》中而不是普遍在《州公务员法》中，为普遍禁止在任职中使用有特

殊意义的宗教或意识形态标志引入一项法律基础，这根本不符合平等原则；相关的冲突情况也可能发生在公务的其他领域，例如在青年福利服务、社会工作、公共安全或司法行政方面。

(4)本庭多数意见至少应该给立法机关一个过渡期。考虑到联邦宪政法院以前就具体立法的宪法要求所作的判决，这样做是适当的，并且会减少一个意外判决的影响。

【423】

a)联邦宪政法院从《基本法》第103.1条中的“公正审理”要求，得出了禁止意外判决的原则。不能使诉讼当事人因司法判决本身（BVerfGE 34, 1 [78]），或者其事实（BVerfGE 84, 188 [190, 191]）或法律（BVerfGE 86, 133 [144, 145]）内容而感到惊讶。司法判决只能根据当事各方能够回应的证据所证明的事实和结果作出。仅仅通知诉讼当事人是不够的；他们还必须有具体机会对事实表达一种反应（BVerfGE 59, 330 [333]）。关于情况和事实的陈述被认为满足《基本法》第103.1条含义内的“公正审理”要求，而可以就法律情况作出陈述，被认为等同于此（BVerfGE 60, 175 [210]; 64, 125 [134]; 86, 133 [144]; 98, 218 [263]）。在诉讼程序中，当事人必须有机会通过论证事实和法律问题主张其观点。在特殊案件中，在这一点上，可能有必要提请各方当事人注意法院判决想依据的一种法律意见。以满足宪法权利的方式提供一场公正审理，要使当事人利用他们所应有的谨慎，能够认识到这项判决可能依据的方面。如果法院依靠一个没有事先提及的法律观点，并且如果一位认真且明智的诉讼当事人即便考虑到法院可能支持的法律意见的多样性，也不能预期法院会依赖这种法律观点，那么这种结果就相当于妨碍了就法律情况提出意见。这特别适用于以下情形，即法院对法律的解释迄今尚未在判例法或文献中得到论证，尽管原则上没有获得司法对话或引用法院的法律观点的权利（BVerfGE 86, 133 [144, 145]; 96, 189 [204]; 98, 218 [263]）。

本庭多数意见未能充分考虑到作为诉讼一方当事人的国家也应该享有的公正审理这项程序性权利，因为本庭多数意见要求具体制定一项议会法律，以创制与公务员的宗教和意识形态自由有关的公职义务，而迄今判例法和文献以及申诉人本人都未提出这样的要求，并且这也没有成为在本庭举行的口头听证会上司法对话的一个严肃主题。巴登-符腾堡州既没有场合也没有机会就这个法律观点表达其意见，而这种法律观点使所有各方当事人都感到惊讶，并且是判决中的一个主要因素。应当给该州一个机会，就这方面表达意见。本庭多数意见指责该州有疏忽。他们指出，对于限制申诉人根据《基本法》第33.2条结合《基本法》第4.1条和第4.2条所享有的权利，它还没有创造足够明确的法律依据。由于该州不知道这一指控，也不必知道，因此，它无法对这一指控作出

反应。

【424】 b)鉴于这个程序缺失，本庭多数意见至少应该为该州立法机关规定一个合理期间，在其中立法机关能够考虑到具体立法这一要求，创制一项在本庭多数意见看来根据宪法恰当处理相关情况的法律规定。在较早的判决中，联邦宪法法院认识到了这个问题，而且当它提出具体立法的新要求时，它使行政部门有可能在过渡期间，在没有相应法律规定的情况下，作出限制基本权利的决定。例如为了监狱和学校的利益，以这种方式宣布暂时允许对囚犯的信件进行监控，尽管在法律层面以下没有足够的授权（参阅BVerfGE 33, 1 [12, 13]; 40, 276 [283]），在没有议会法律规范的情况下被学校开除也是如此（参阅BVerfGE 58, 257 [280, 281]）。

(5)合理的过渡期间不仅出于对立法机构的尊重是必要的，而且也是认真对待本庭多数意见所主张的具体立法这一要求，并使该州立法机关有可能为当前情形创立一个有效的法律基础。本庭多数意见的推理方式也存在宪法问题，在被发回的诉讼未来将如何进行下去的问题上，使联邦行政法院陷入一种不确定状态。因为如果如本庭多数意见所假定的那样，申诉人所挑战的判决是违宪的，那么目前联邦行政法院应作出有利于原告的判决。因此，由于争端只涉及宗教标志问题，巴登-符腾堡州必须任命申诉人为一名公务员。这样，根据公务员法，就会创造一个立法机关几乎无法纠正的既成事实。替代性方案是中止行政法院诉讼程序，直到州议会在关于作为公务员的教师的法律中创制一个法律基础；即便本庭多数意见的判决理由中的个别因素也没有排除这一替代方案，而这应当得到明确表达。

“头巾禁令第二案”

BVerfG 27.1.2015, 1 BvR 471/10

2.判决概要

(1)信仰自由和宣称信仰的自由所提供的保护（《基本法》第4条第1句和第2句），保障跨教派公立学校的教育职员按照一条被认为因宗教而具有强制性的规则遮盖头部的自由。伊斯兰教的头巾即可属于这种情况。

(2)在州层面，如果纯粹基于危及学校和平或国家中立的抽象危险，法律禁止在一所跨教派综合性公立学校通过外表表达宗教信仰（在本案中，根据《北莱茵-威斯特伐利亚州教育法》第57条第4款），而且如果这种表达行为可以合理地归因于被认为具有强制性的宗教义务，那么上述法律禁止就是不成比例的。讨论涉及各种宪法利益——教育职员的宗教自由、学生和家长的消极宗教

自由、家长的基本权利以及国家的教育权力，它们之间的适当平衡只能通过对禁止性规定的限制性解释才能达到，即受保护的利益必须至少面临足够具体的危险。【425】

(3)如果由于在特定领域就何为正确的宗教行为存在相当大的冲突，在某些学校或学区中，学校和平或国家中立面临足够具体的危险或者损害，那么可能就有了宪法认可的一种需要，即在某些学校或学区的一段时间内，普遍而非仅在具体的个别情形中禁止通过外表表达宗教信仰的行为。

(4)如果为了保护学校和平与国家中立，法律禁止在跨教派综合性公立学校的教育工作者通过外表表达宗教信仰，那么原则上，这必须不加区别地适用于所有宗教和意识形态。

3.案件事实

A.

这些宪法诉愿涉及法院根据劳动法对申诉人的雇主北莱茵—威斯特伐利亚州对申诉人发出的制裁（警告通知和解雇）所作的判决，制裁的原因是申诉人作为公立学校的雇员，拒绝在上班时摘下被称为“伊斯兰头巾”或代替那种头巾的羊毛帽。两位申诉人都是穆斯林。申诉人一被聘为社会教育工作者（social educator），申诉人二被聘为教师，他们的受聘都是根据私法之下的雇佣合同。这些宪法诉愿也间接挑战一项立法规定，它是一条关于允许和限制受雇于学校系统的个人表达宗教信仰的规则，紧随联邦宪法法院第二庭于2003年9月24日的判决（Decisions of the Federal Constitutional Court Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 108, 282）之后，由北莱茵—威斯特伐利亚州采纳。这项规定是普通法院在最初的诉讼程序中审查劳动法措施之依据。【1】

I.

……

【2-6】

II.

节选自2015年3月13日新闻公报第14/2015号：

这些宪法诉愿直接针对劳动法院认可的那些制裁，在申诉人基于宗教理由而拒绝在学校摘掉所戴的头巾或者作为替代品所戴的羊毛帽子之后施加于他们。他们还间接挑战了2006年6月13日版本的《北莱茵—威斯特伐利亚州教育法》第57条第4款和第58条第2句。

根据《州教育法》第57条第4款第1句，老师在学校里不得公开表达具有政治、宗教、意识形态或类似性质的观点；这些观点很可能危及或干扰州相对于学生和家的中立性，或者干扰学校里政治、宗教和意识形态方面的和平。第【426】

2句禁止可能在学生或家长中造成以下印象的行为，即教师提倡反对人的尊严、平等对待原则、基本自由或自由民主秩序。根据第3句，依据州宪执行教育任务并相应阐述基督教的西方教育和文化价值观念或传统，并不违反第1句所述的禁止。根据《州教育法》第58条第2句，这些规定适用于州雇用的其他教育职员，包括社会教育职员。

两名申诉人都是有德国国籍的穆斯林。在1 BvR 471/10案诉讼中，申诉人自1997年以来一直受雇于北莱茵—威斯特伐利亚州的一所公立综合学校，担任社会教育工作者。她遵照校方要求在上班时摘掉头巾的规定，但作为替代，她戴了一顶带有针织带的粉色贝雷帽，并用一件同样颜色的高翻领套头衫来遮住脖子。随后，学校当局发出了一个警告。她向劳动法院提起的诉讼在各级劳动法院都没有成功。在1 BvR 1181/10案诉讼中，申诉人在2001年作为一名教师与北莱茵—威斯特伐利亚州签订了一份私人雇佣合同。她在几所学校为说母语的人士教授土耳其语。在申诉人拒绝在上班时摘掉头巾后，州首先发出一个警告，然后将她解雇。她在劳动法院就这些措施提起的诉讼没有成功。

.....

[7-37]

III.

申诉人将其宪法诉愿指向劳动法院作出的对他们不利的判决，并间接指向背后《州教育法》的规定。

[38]

(1)1 BvR 471/10案的诉讼（申诉人一）

申诉人一声称，间接受到挑战的州法条款违反了《基本法》第3条第1款和第3款以及第33条第2款，连同《欧洲人权公约》第9条和第14条。此外，她声称，受到挑战的法院判决违反了《基本法》第4条第1款和第2款连同第12条第1款、第33条第2款和第3款，以及她的一般人格权。她还反对联邦劳动法院的判决，声称联邦劳动法院没有请求欧盟法院作出一个初步裁决，因此侵犯了她得到合法法官审判的权利（《基本法》第101条第1款第2句）.....

【427】

[39]

.....

[40-48]

(2)1 BvR 1181/10案的诉讼（申诉人二）

申诉人二的诉愿是，受到间接挑战的条款和受到挑战的法院判决违反了《基本法》第2条第1款结合第1条第1款、第3条第1款和第3款、第4条第1款和第2款结合第12条第1款，以及第33条第2款和第3款和《欧洲人权公约》第9条和第14条。此外，她宣称，联邦劳动法院的判决违反了《基本法》第101条第1款第2句。

[49]

.....

[50-55]

IV.

北莱茵—威斯特伐利亚州学校和继续教育部代表州政府、下萨克森州总理府代表州政府、联邦行政法院，以及独立意识形态共同体总会、穆斯林妇女联盟、德国阿拉维派教会、培训及教育协会、国际非宗教人士和无神论者联盟、土耳其—伊斯兰宗教事务联盟和德国犹太人中央委员会，就这些宪法诉愿提交了声明。

[56]

……

[57-76]

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可予接受，并且大部分有充分理由。

[77]

在教育职员通过外表和行为表达宗教信仰的情形中，只有在以符合宗教和信仰自由的方式得到限制性解释，包括信仰自由和宣称信仰的自由（《基本法》第4条第1款和第2款），《北莱茵—威斯特伐利亚州教育法》第57条第4款第1句和第2句以及第58条第2句才符合《基本法》。申诉人挑战的劳动法院判决不符合这些要求，因此侵犯了申诉人的基本信仰自由和宣称信仰的自由。

《州教育法》第57条第4款第3句旨在特别优待基督教的西方教育和文化价值观念或传统，不符合禁止基于宗教理由使人们受到不利待遇的规定（《基本法》第3条第3款第1句和第33条第3款）。然而，这并不损害该条款其余部分的有效性，也不影响以符合宪法的方式对《州教育法》第57条第4款第1句和第2句进行解释的可能性。

[78]

I.

本案的宪法审查涉及受到挑战的劳动法院的判决，并且由于这些判决与教育职员通过外表表达宗教信仰的行为有关，宪法审查还涉及这些判决所根据的《州教育法》第57条第4款第1句规定的禁令。宪法审查还必须延伸到《州教育法》第57条第4款第2句和第3句，尽管劳动法院的判决明确仅基于第1句禁止表达信仰的规定。这项规定建立在一个单一而统一的概念之上……

【428】

[79]

II.

劳动法院在最初的诉讼程序中是根据法律规定作出的判决，而这些法律规定需要根据宪法作出限制性解释。这些判决不符合这样一种解释的要求。仅仅根据学校和平或国家中立面临的抽象危险就禁止通过外表表达宗教信仰，无论如何都是不适当的；考虑到教育职员的信仰自由和宣称信仰的自由，即便这种信仰的表达能被合理地追溯到一种被认为具有强制性的宗教义务，上述禁止也是不成比例的。相反，必须证明一种足够具体的危险。根据宪法，就跨教派公

立学校来说，只有在上述禁止所适用的整个区域内，上述法律利益面临足够具体的危险时，才有可能在一个地区甚至整个州实施这种禁止。 [80]

在两个最初的诉讼程序中，和下级法院之前的判决一样，联邦劳动法院判决，在《州教育法》第57条第4款第1句的含义范围内，申诉人的行为有可能危害国家相对于学生和家长的**中立性**，以及学校里的宗教和平。这些法院认为，这项禁止不仅涵盖具体危及甚至干扰国家的**中立性**或学校里宗教和平的表达方式；它的目的是避免哪怕是抽象的危险，从而防止具体危险出现。 [81]

在目前这种情形中，对该规定的这种宽泛理解严重干扰了教育职员的信仰自由和宣称信仰的自由这一基本权利。这种干扰不能以这种笼统的形式在宪法上被证明是正当的，因为它是**不成比例**的。 [82]

(1)对信仰自由和宣称信仰的自由这项基本权利之保护（《基本法》第4条第1款和第2款），也保障跨教派公立学校的教育职员遵守其信仰中要求他们遮盖自己的规则的自由，例如如果基于充分合理的理由，可以通过戴伊斯兰头巾这样做。 [83]

【429】 a)作为行政部门的雇员，申诉人也可以援引《基本法》第4条第1款和第2款所规定的基本权利（对公务员来说也是如此，BVerfGE 108, 282 <297 and 298>）。申诉人作为基本权利享有者的地位，不能因为他们成为国家执行其教育任务的一部分而自动地或普遍地受到质疑。此外，即使国家在执行一项任务时利用了私法手段，正如这里与它雇用来执行其教育任务的教育职员根据私法签订雇用合同那样，它仍然受到基本权利的约束（《基本法》第1条第3款；参阅BVerfGE 128, 226 <245>）。 [84]

b)在其第1款中，《基本法》第4条保障信仰和良心自由，以及宣称宗教或意识形态信仰的自由；在第2款中，它保障宗教活动不受干扰的权利。《基本法》第4条的这两个条款包含一项应被理解为总括性的基本权利（参阅BVerfGE 24, 236 <245 and 246>; 32, 98 <106>; 44, 37 <49>; 83, 341 <354>; 108, 282 <297>; 125, 39 <79>; German Federal Constitutional Court, *Bundesverfassungsgericht - BVerfG*, Order of the Second Senate of 22 October 2014 - 2 BvR 661/12 -, juris, para. 98）。它不仅扩展到内心信仰或不信仰的自由，即有一个信仰、为此保密、放弃以前的信仰以及转向一种新的信仰的自由，而且扩展到外部活动和传播自己的信仰、促进个人信仰以及传教的自由（参阅BVerfGE 12, 1 <4>; 24, 236 <245>; 105, 279 <294>; 123, 148 <177>）。因此，它不仅包括宗教礼拜行为和宗教习俗的实践和遵守，而且还包括宗教教育和表达宗教与意识形态生活的其他形式（参阅BVerfGE 24, 236 <245 and 246>; 93, 1 <17>）。这还包括个人使其全部行为与其信仰的教义相一致、按照这种信念行为并因而在信仰的指引下

生活之权利，且这不仅适用于强制性的宗教教义（参阅BVerfGE 108, 282 <297>及其中更多文献；BVerfG, Order of the Second Senate of 22 October 2014 - 2 BvR 661/12 -, juris, para. 88）。

[85]

在评估某一特定情况下什么行为才是实践一种宗教或意识形态信仰时，我们不应忽视有关宗教或意识形态团体以及基本权利的个人享有者本身所持有的观念（参阅BVerfGE 24, 236 <247 and 248>; 108, 282 <298 and 299>）。然而，这并不意味着一个人的所有行为都必须以此人主观看待的相同方式被视为信仰自由之表达。行政当局可以分析并决定，在精神内容和外表方面是否已经充分证实，该行为事实上可以合理地被归于《基本法》第4条的适用范围；换句话说，它事实上的确有一种被视为宗教性的动机。然而，国家不得判断公民的宗教信仰，更不用说将它们界定为“对”或“错”。当一种宗教内部在这些问题上产生不同观点时，情况尤其如此（参阅BVerfGE 24, 236 <247 and 248>; 33, 23 <29 and 30>; 83, 341 <353>; 337 <354 and 355>; 108, 282 <298 and 299>）。

[86]

c)《基本法》第4条第1款和第2款保护信仰自由和宣称信仰的自由，可以被穆斯林妇女援引来支持自己以其信仰的典型方式佩系头巾之行为，包括她们在跨教派公立学校工作时如此行为；还可以被援引来支持佩戴其他遮盖头发和颈部的衣服，只要这样做是出于合理的宗教理由（参阅BVerfGE 108, 282 <298>）。

[87]

在其宪法诉愿中，两位申诉人都为其穿戴头部遮盖物的行为宣称了宗教原因。他们声称穿戴它们是一种强制性的宗教义务，是伊斯兰教生活方式的基本组成部分。

【430】

[88]

即使在伊斯兰教中对在公共场合遮盖自己的要求存在不同解释，这种选择服装的宗教基础在精神内容和外表方面也都是足够合理的。在伊斯兰学者中，女性着装规则的确切内容确实存在争议，但这并不重要。在伊斯兰教的不同流派中存在这种解释就足够了，而且特别是这种解释可以追溯到《古兰经》中的两个章节（Sura 24, verse 31; Sura 33, verse 59, 参阅Asad, Die Botschaft des Koran - Übersetzung und Kommentar, 2009, pp. 676 and 677, 810; 又见Heine, Kleiderordnung, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, 2000, pp. 184 <186 and 187>）。在一些伊斯兰教学校中，遮盖自己的要求也被列为一种强制性义务（参阅Khoury, Das Islamische Rechtssystem, in: Handbuch Recht und Kultur des Islams in der deutschen Gesellschaft, 2000, p. 37 <52>）。在这些情况下，其他伊斯兰教学校并不认为妇女必须在公共场合遮盖自己也没关系（参阅BVerfGE 108, 282 <298 and 299>）。

[89]

(2)本案讨论的对穿戴头部遮盖物的禁止是根据《州教育法》第57条第4款（在申诉人一的案件中，结合第58节第2句）作出的，并得到了受到挑战的法院判决之维持。鉴于申诉人认为这项遮盖自己的宗教要求具有强制性，上述禁止被证明严重干扰了他们的信仰自由和宣称信仰的自由这一基本权利。 [90]

a)将穿戴衣物归类为《州教育法》第57条第4款第1句含义范围内的一种通过外表或行为对宗教信仰之表达，首先是根据普通法院对普通法律的一种解释，而根据宪法，这种解释本身是无可非议的。 [91]

《州教育法》第57条第4款第1句含义范围内的“通过外表或行为对宗教信仰之表达”（“外在表达”）不限于口头表达。在这方面，联邦劳动法院合理地认为，有点“向外部世界故意宣称一种宗教信仰”就足够了；并且在确定一种表达的宣称价值时，联邦劳动法院依赖了那些相当数量的观察者们能够立即想到的可能解释。对该规范的这种理解聚焦于《州教育法》第57条第4款第1句含义范围内的“通过外表或行为对宗教信仰之表达”的交流性质，以及一位客观观察者的视角。这种理解与该条款所假设的影响链条是一致的，后者发生于上述外在表达作为一方面与它们影响的法律利益（即国家中立与学校和平）作为另一方面之间。 [92]

【431】然而，头部遮盖物和其他衣物并不自动具有在《州教育法》第57条第4款第1句含义范围内的非语言交流方式之含义。相反，根据客观观察者的视角，只有在以下情形中才是这种情况，即根据其性质，衣物本身就是对一种政治、意识形态、宗教或类似信仰的典型表达，或者经过对具体相关情况的总体评估，一种本质上中立的衣物在没有合理怀疑的情况下可以被理解为这样一种外在表达。 [93]

具体说来，头巾本身并不是这样一种宗教标志。只有与其他因素相结合，它才产生一种类似效果（参阅BVerfGE 108, 282 <304>）。例如在这个程度上，它不同于基督教的十字架（关于这一点，参阅BVerfGE 93, 1 <19 and 20>）。即使伊斯兰头巾只用于满足宗教要求，并且穿戴者没有赋予它标志意义，而只将其视为其宗教规定的一种衣物，这也并不改变一个事实，即根据社会背景，它被普遍解释为穿戴者坚守穆斯林信仰的一种标志。在这个意义上，它是一件带有宗教内涵的衣物。如果它被理解为宗教身份的一种外在显示，那么它就具有表达宗教信仰之效果，而完全不需要一种明确的意图使这一点为人所知，也不需要任何额外的行为来加强这种效果。以典型方式戴头巾的人通常也会意识到这一点。取决于个案中的情况，对于其他形式的头部和颈部遮盖物来说，这种影响也可能发生。 [94]

b)同禁止为满足宗教要求而穿戴伊斯兰头巾或其他头部和颈部遮盖物的规

定不可分割地联系在一起，这种干扰是很严重的。 [95]

申诉人不是仅仅援引了该信仰的个体信徒可以免除或推迟服从的宗教建议。相反，在他们的情形中，根据一些伊斯兰思想学派的自我认知（关于此点，参见North Rhine-Westphalia Ministry for Employment, Integration and Social Affairs, *Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen* <ed.>, *Muslimisches Leben in Nordrhein-Westfalen*, 2010, pp. 95 et seq.），在公共场合遮盖自己构成一种强制性的宗教义务，而且他们已令人可信地证明，这项宗教义务还触及他们的人格认同（《基本法》第2条第1款连同第1条第1款）。因此，禁止公立学校的教育工作者在教书或工作时遮盖头部，甚至可能阻碍他们进入这一职业（《基本法》第12条第1款）。同时，目前这实际上意味着主要是穆斯林妇女无法获得其胜任的教师或其他教育职员职业；这与在现实中实现真正的女性平等这一要求之间存在一种矛盾状态（《基本法》第3条第2款），而这种矛盾是需要正当理由的。在这种背景下（尽管在时间和空间上局限于学校环境），与没有合理宣称一种宗教习俗具有强制性的情况相比，禁止表达其信仰的法律对申诉人的信仰自由和宣称信仰的自由构成了严重得多的干扰。 [96]

(3)基于劳动法院对这项法律规范的解释，这种对申诉人信仰自由和宣称信仰的自由的干涉被证明是不成比例的，因而是没有正当理由的。 [97]

a)因为《基本法》第4条第1款和第2款不包含具体立法要求，因而对这项基本权利的限制只能来自宪法本身。《基本法》中这种内在限制包括第三人的基本权利，以及那些具有宪法地位的共同体价值（参阅BVerfGE 28, 243 <260 and 261>; 41, 29 <50 and 51>; 41, 88 <107>; 44, 37 <49 and 50, 53>; 52, 223 <247>; 93, 1 <21>; 108, 282 <297>）。在受到宪法保护的利益中，在此可能与信仰自由发生冲突的不仅是国家的教育任务（《基本法》第7条第1款，国家在履行这项任务时必须遵守意识形态和宗教中立的义务），还有家长教育其子女的权利（《基本法》第6条第2款），以及学生的消极信仰自由（《基本法》第4条第1款）（参阅BVerfGE 108, 282 <299>）。考虑到宽容原则的前提下解决这些受宪法保护的利益之间的规范冲突是民主立法机关的一项任务，它必须在制定政策的公共程序中寻求一种妥协方案，使所有人都能被合理预期遵守之。《基本法》的上述要求必须被放在一起看，而且它们的解释和适用领域两者之间必须相互协调（参阅BVerfGE 108, 282 <302-303>）。 [98]

b)在通过引入《北莱茵—威斯特伐利亚州教育法》第57条第4款第1句来禁止通过外表或行为的宗教表达时，制定《州教育法》的立法机关是在追求合法目标。这也适用于立法机关的以下意图，即包括具有宗教内涵的衣服以及特别

【432】

是以典型方式穿戴的伊斯兰头巾。其目标是维持学校里的和平和国家的中立性，并因此保障国家的教育使命，保护处于对立面的学生和家长的^{基本权利}，从而在立法机关的责任之下，一开始就防止在公立学校内发生冲突（参阅Landtag document, *Landtagsdrucksache* - LTDrucks 14/569, pp. 7 et seq.）。根据宪法，这些目标显然都是无可非议的。它们无疑可能涉及国家的教育使命、中立原则、学生的消极信仰自由和家长教育孩子的权利，并因而涉及对宪法中固有的教育职员的信仰自由和宣称信仰的自由的限制。 [99]

【433】 c)似乎已经令人怀疑的是，《州教育法》第57条第4款第1句中的禁止是否是必要的。之所以有人认为是必要的，是因为按照普通法院对该禁止的解释，仅仅是外在宗教表达（形式是穿戴具有宗教意义的头部遮盖物）的抽象功能，就足以危及法律保护的利益。然而，鉴于伊斯兰头巾目前在德国社会中普遍程度，以及人们对其含义的普遍理解，也鉴于对妇女为何受到驱使戴头巾存在非常不同的可能解释，尤其是在北莱茵-威斯特伐利亚这样一个广阔且人口稠密的州，这里没必要决定是否必须在所有跨教派公立学校以及在所有年龄段的学生中，毫无例外地阻止法律所保护的学校和平与国家中立利益仅面临的抽象危险，以便从一开始就阻止危害这些受保护利益的具体危险发生。这是因为一项法律规定毕竟必须在严格意义上符合比例原则这一要求，因而需要限制性地理解这部法律所要求的“危害受法律保护的利益之后果”这一要素。 [100]

d)无论如何，仅仅基于这样的理由，即宗教的外在表达具有危及学校和平或者跨教派学校中国家中立的抽象功能，就在全州范围内禁止通过外表特别是通过穿戴具有宗教意义的衣服来表达宗教之行为，而如果这种行为可以合理归因于可被理解为具有强制性的宗教要求，那么上述禁止就被证明在严格意义上不成比例。在目前的情况下，充分考虑到援引宗教要求在公共场合遮盖自己的教育职员的信仰自由，为了适当平衡宪法所保护的相互冲突的各种利益，需要限制性解释旨在维持学校和平和国家中立的禁令，从而至少必须要求这些受保护的利益面临足够具体的危险。 [101]

aa)立法机关拥有对事实和新的发展进行评估的特权，以便决定处于对立面的学生和家长的^{基本权利}或者具有宪法地位的其他价值是否可证明以下这样的规定是合理的，即要求所有信仰的教育职员在使用带有宗教因素的标志时要保持极端克制（参阅BVerfGE 108, 282 <310-311>）。然而，特别是在主要是预防性地禁止外在宗教表达的情况下，立法机关必须找到一种合理的平衡，将教育职员基本的信仰自由和宣称信仰的自由的^{分量}和重要性考虑在内，并且在总体衡量干扰造成损害和证成该干扰的理由时，必须尊重合理性所施加的限制（参阅BVerfGE 83, 1 <19>; 90, 145 <173>; 102, 197 <220>; 104, 337 <349>）。 [102]

bb)如果教育职员将宗教或意识形态因素带入学校和课堂，这可能会干扰国家教育任务所必需的中立性、家长教育孩子的权利以及学生的消极信仰自由。它至少开启了影响儿童和与家长发生冲突的可能性，有可能扰乱学校和平并危及学校履行其教育任务的工作。教育职员所穿戴的带有宗教动机、意在表达宗教信仰的服装也可能有这些影响（参阅BVerfGE 108, 282 <303>）。然而，如果另一方面，穿戴具有宗教内涵的服装或标志被合理地证明可归因于一种被认为具有强制性的宗教要求，那么宪法中规定的任何对立利益都没有如此重要，以至于仅仅是可能干扰它们的抽象危险就能证明禁止有正当理由。【103】 【434】

1)学生有消极信仰自由（《基本法》第4条第1款和第2款），保障他们对自己不信仰的宗教远离敬拜行为之自由。这也适用于一种信仰或宗教用来展示自己的仪式和标志。然而，在一个为不同宗教信仰提供空间的社会中，个人没有权利免于面对与他们格格不入的信仰之表达、仪式和宗教标志。但这必须区别于国家制造的一种情形，其中个人不可能躲避以下因素之影响，即一种特定信仰、其表现自己的行为及其用来展现自己的标志（参阅BVerfGE 93, 1 <15 and 16>）。的确，由于普遍的义务教育要求，学生们可能在课堂上面对一个国家雇用的戴着伊斯兰头巾的教师，这时他们也发现自己处于一种无法躲避的境况中。然而，考虑到宗教表达手段的影响，这里必须区分有关标志究竟是根据学校当局的倡导而使用的，还是根据个别教育职员的个人决定。后者在这方面可以援引《基本法》第4条第2款规定的个人自由。如果一州允许一位教师或教育职员穿戴头巾以表达自己的宗教信仰，那么它并不因为只是允许那样做就将那种表达变成自己的，也不必接受将这项表达归因于它，好像它有意为之（参阅BVerfGE 108, 282 <305 and 306>）。【104】

的确，为了在学校戴伊斯兰头巾而援引的教师的信仰自由，确实影响了学生的消极信仰自由（参阅BVerfGE 108, 282 [301-302]）。然而，穿戴伊斯兰头巾、类似的头颈遮盖物或者其他带有宗教含义的衣服，本身并不会妨碍学生的消极信仰自由和宣称信仰的自由。只要教师和教育职员仅仅展示出这样的外表，没有在口头上提倡他们的观点或信仰，或者除其外表之外还试图影响学生，那么学生的消极信仰自由通常就不会受到损害。学生只是面对教育职员以穿戴符合其信仰的衣服这种形式行使的积极信仰自由，而且这种行使积极信仰自由的行为通常会被拥护其他信仰或意识形态的其他职员行为所中和与抵消。在这方面，宗教多元化的社会反映在跨教派学校里。【105】 【435】

2)父母的基本权利也不能衍生出任何其他东西。《基本法》第6条第2款第1句保障父母照顾和抚养子女的自然权利，并且结合《基本法》第4条第1款和第2款，上述条款也包括宗教或信仰方面的教育；因此，向孩子传达在信仰方面

他们认为正确的信念首先是家长的事务（参阅BVerfGE 41, 29 <44, 47 and 48>; 52, 223 <236>; 93, 1 <17>）。这与使孩子远离家长认为是错误或有害的宗教信仰的权利相一致（参阅BVerfGE 93, 1 <17>）。然而，《基本法》第6条第2款并不包括父母养育子女的排他性权利。根据《基本法》第7条第1款，国家被赋予了监督整个学校系统的责任，在其责任范围内独立地在学校中执行教育任务，与家长处于同等地位（参阅BVerfGE 34, 165 <183>; 41, 29 <44>; 108, 282 <301>）。

[106]

因此，父母的基本权利并不意味着有权不让学生受到因遵循普遍宗教规则而遮盖头部的教育职员之影响，只要这不损害学生的消极信仰自由和宣称信仰的自由即可。结合父母养育子女的权利，在这种语境下可能有影响的父母之消极信仰自由也不保障免于面对教育职员所穿戴的带有宗教含义之服装；这些服装可能只是让人得出那些人信奉另一种宗教或信仰之结论，而并不产生蓄意影响之效果。在目前这类情形中，这恰恰适用，因为这些情况并不涉及可归因于国家的信仰行为，而是可识别为个人对一项基本权利之行使。

[107]

3)此外，必须根据国家保持宗教和意识形态中立的义务来执行的国家教育任务本身（《基本法》第7条第1款），与女性教育职员通过戴伊斯兰头巾行使其积极信仰自由的行为并不冲突。如果这样的行为已经被合理证明是根据被认为具有强制性的宗教义务，那么只有在对于实现教育任务来说必要的学校和平或国家中立面临足够具体的危险时，国家的任务才能为一种禁止性规定提供正当理由。

[108]

【436】《基本法》规定，作为所有公民之家园的国家必须遵守《基本法》第4条第1款、第3条第3款第1句、第33条第3款，以及《魏玛宪法》第136条第1款与第4款和第137条第1款连同《基本法》第140条的规定，保持宗教和意识形态上的中立性。它禁止引入任何具有国家教会性质的法律实体，并且禁止优待任何特定教派或者排除持有其他信仰的人（参阅BVerfGE 19, 206 <216>; 24, 236 <246>; 33, 23 <28>; 93, 1 <17>）。国家必须确保根据平等原则对待各种宗教和意识形态群体（参阅BVerfGE 19, 1 <8>; 19, 206 <216>; 24, 236 <246>; 93, 1 <17>; 108, 282 <299-300>），并且本身不得认同任何特定宗教群体（参阅BVerfGE 30, 415 <422>; 93, 1 <17>; 108, 282 <300>）。《基本法》之下的自由国家之特征是对多元宗教和意识形态信念保持开放，并且将这种开放性建基于一性观念之上，而这种人性观念又以人的尊严和在自我负责、自我决定的状态下自由发展人格为特征（参阅BVerfGE 41, 29 <50>; 108, 282 <300-301>）。

[109]

要求国家在宗教和意识形态上保持中立，不应被理解为严格政教分离意义

上的疏远态度，而应被理解作为一种开放和全面的态度，鼓励所有信仰平等地享有信仰自由。《基本法》第4条第1款和第2款还要求国家在积极意义上，确保在宗教和意识形态领域有积极实践宗教信念和实现个人自主人格的空间（参阅BVerfGE 41, 29 <49>; 93, 1 <16>）。国家仅仅被禁止在服务于特定的政治、意识形态或哲学方向时施加有针对性的影响，或者通过源自国家或归因于国家的措施，使自己认同一种特定的信仰或特定的意识形态，从而在其自身主导下危害社会的宗教和平（参阅BVerfGE 93, 1 <16 and 17>; 108, 282 <300>）。宗教和意识形态中立的原则也禁止国家对一个宗教群体的信仰和教义本身进行评判（参阅BVerfGE 33, 23 <29>; BVerfG, Order of the Second Senate of 22 October 2014 - 2 BvR 661/12 - juris, para. 88）。

[110]

这也适用于国家负责的学校领域。正是由于学校的性质，宗教和意识形态观念始终具有相关性（参阅BVerfGE 41, 29 <49>; 52, 223 <241>）。因此，例如容许或允许公立学校中存在基督教因素是可以的；然而，学校也必须对其他宗教和意识形态的内容和价值观念保持开放（参阅BVerfGE 41, 29 <51>; 52, 223 <236 and 237>）。由于在组织管理一所公立学校的过程中可能涉及各种宗教和意识形态因素，因而不论具体情形中涉及什么宗教或意识形态，国家在宗教和意识形态问题上必须保持中立并不意味着杜绝以下可能性，即通过明显的外表，仅仅可以看出个体教职员的宗教或意识形态归属。正是通过这种开放性，《基本法》之下的自由国家才得以保持其在宗教和意识形态上的中立（参阅BVerfGE 41, 29 <50>）。

[111]

【437】

4)(a)在此基础上，没有合理理由在全州范围内严格禁止基本权利的享有者通过外表或行为表达宗教信仰，至少在只有抽象危险的情形中是这样。根据劳动法院在受到挑战的判决中所作的解释，为了实施上述严格禁止，《州教育法》第57条第4款第1句所提及的法律利益仅面临抽象危险就被认为足够了。它以一种不适当的方式，压制了他们的信仰自由这项基本权利。如果个别教育职员戴头巾，那么完全不同于国家行政部门在教室里安装十字架或耶稣受难像的情况，这并不导致国家认同一种特定信仰（参阅BVerfGE 93, 1 <15 et seq.>）。雇主宽容教育职员基于信仰的行为，也不意味着学校认可这种行为是典范，学校和平或国家中立仅仅因此就可能受到威胁或干扰。此外，申诉人遵循了一种信仰戒律，而他们已经合理证明，这一戒律被认为具有强制性。因此，在学校环境中，在宗教和意识形态上中立的国家必须保护学生和家长的 basic 权利；在这种基本权利和申诉人的信仰自由的过程中，如果实际情况并非仅涉及非强制性规则，而是涉及强制性规则，那么后者的分量要大得多。

[112]

(b)如果教育职员的外观对学校和平或国家中立构成足够具体的危险或损

害，或者在很大程度上有助于促成这种危险或损害，情况就不同了。例如在下述情况下，这是可以想象的：如果宗教信念和着装行为的可见性引发或加剧宗教冲突，那么就正确的宗教行为这一问题存在的非常具有争议性的各种观点就会以严重干扰学校运转和国家教育任务之履行的方式，受到助长并被尤其是更年长的学生或家长引入学校。如果在这些事实基础上存在足够具体的危险，那么考虑到所有被涉及且可能相互冲突的受宪法保护的利益，我们就可以合理地期待，教育职员作为基本权利的享有者将不得遵守他们合理认为具有强制性的遮盖头部规则，以确保国家保持中立并有序履行其教育任务，特别是保护学生和家长的的基本权利。但是即使在这种情况下，为了保护有关人员的基本权利，雇主也必须首先考虑是否有可能在其他教育环境中雇用有关人员。 [113]

【438】 (c)此外，如果由于某些学校或学区中关于何为正确的宗教行为存在相当多的冲突，并在一个特定地区的大量事件中已经达到了对学校和平或国家中立构成足够具体的危险程度，那么可能有一种宪法上相关的法律利益，需要禁止通过外表或行为表达宗教信仰之行为。这些禁止不仅在具体个案中实施，而且在一段时间内以一种更普遍的方式在某些学校或学区中实施。在这方面，立法机关也可以预防性地适当考虑这种情况（参阅BVerfGE 108, 282 <306 and 307>），并采用具有区域特色的解决方案。尤其是在大州，立法机关必须规定具有差异性的解决方案，例如在地点和时间上是有限的，可能需要有足够具体的授权来发布行政立法。也是在如此规制的情况下，为了有关人员的基本权利，首先必须考虑是否有可能在其他教育环境中雇用有关人员。 [114]

只要立法机关还没有建立一个更具差异性的制度，限制教育职员的信仰自由就只能是一个平衡相关的受宪法保护之法律利益的适当结果，而且前提是可以证明至少存在一种对国家中立或学校和平的足够具体之危险。考虑到“跨教派”学校的任务正是向学生传达也要对其他宗教和意识形态持宽容理念，这一点尤其正确，因为学校必须向基督教、伊斯兰教和其他宗教和意识形态的内容和价值观念保持开放。为了在跨教派学校中平衡和有效地行使基本权利，还必须能够过一种符合这一理念之生活。通过逻辑延伸，这也适合于穿戴具有宗教内涵的衣服，除头巾外，例如犹太教的卡巴（kipah）、修女的道袍或者佩戴可为他人所见的十字架这样的标志。 [115]

(4)由于教育职员的信仰自由和在跨教派学校宣称信仰的自由的重要性，在法律规定禁止通过外表或行为表达宗教信仰的范围内，需要根据《基本法》对《州教育法》第57条第4款第1句作出限制性解释，至少在这里所涉及的情形中是这样。既然对《州教育法》第57条第4款第1句所提及的受法律保护的利益来说，这种通过外表或行为表达宗教信仰的行为已不仅仅是一种抽象危险，而是

一种足够具体的危险，那么为此目的，能够危害或损害学校和平或国家中立的特征必须受到限制性解释。具体危险之存在必须得到证明和证实。一般来说，戴伊斯兰头巾并不能证实存在一种足够具体的危险。戴着这样的头巾本身不会具有促进一种信仰的效果，更不会有使一个人改变信仰的效果。即使大多数穆斯林妇女不戴伊斯兰头巾，在德国戴头巾也并不罕见（参阅Federal Office for Migration and Refugees <ed.>, *Muslimisches Leben in Deutschland - im Auftrag der Deutschen Islam Konferenz*, 2009, pp. 194 and 195; North Rhine-Westphalia Ministry of Labour, *Integration and Social Affairs <ed.>, Muslimisches Leben in Nordrhein-Westfalen*, 2010, p. 93）。它经常出现在日常社会生活和学生群体中。作为个人行使基本权利的结果，它仅仅在视觉上可被感知；这一点在学校里必须被接受，因为人们通常没有可以免于接触其他宗教或意识形态信念的宪法权利。 [116]

对《州教育法》第57条第4款第1句作出限制性解释是可能的，并且是宪法所要求的。它有助于防止宣布法律无效，因而从尽可能维持立法的角度来看，它是必要的。它尊重这样一个事实，即该规范还有不同于本案的其他适用方式，例如可能涉及口头表达或公开推广的行为。在这些情形下，即便采取一种包含抽象危险的解释，禁止性规定也可能具有重要意义。在立法史上，立法机关考虑到了禁止戴头巾作为该条款的一种典型适用方式。这并不妨碍上述限制性解释。该规范只是被赋予了一种影响更不深远的适用方式。 [117]

(5)这些解释标准也相应适用于《州教育法》第57条第4款第2句。只有当从客观观察者的角度看，足够具体的理由被证实存在时，我们才能在仅涉及外表的情形中认可以下假定，即外在行为能够给学生和家长产生这样的印象：一位教育工作者提倡反对人的尊严、《基本法》第3条之下的平等对待原则、基本自由或自由民主秩序。然而，就《基本法》第4条第1款和第2款规定的基本权利保障来说，作出以下假定是错误的，即仅仅穿戴表明信仰归属的伊斯兰头巾或另一种头部遮盖物本身，已经是一种很容易在学生或家长中制造《州教育法》第57条第4款第2句所指的那种印象，即穿戴它的人主张反对人的尊严、《基本法》第3条规定的平等对待原则、基本自由或自由民主的基本秩序。这种一概而论是不可允许的。例如如果戴着头巾能够表达一个人的着装决定、传统或身份（参阅BverfGE 108, 282 <303 et seq.>），或者人们能借此将这位戴头巾者识别为一位严格遵守其信仰教规（尤其是她认为具有强制性的遮盖自己之要求）的穆斯林，那么这就不能被解释为违背了《州教育法》第57条第4款第2句所提及的宪法原则，除非存在更多情况。也不能假定，那些要求戴头巾以满足遮盖自己之要求，且认为这就足够的伊斯兰教学校是在要求、期待或者哪怕

只是希望信徒提倡反对人的尊严、《基本法》第3条规定的平等对待原则、基本自由或者自由和民主的基本秩序。 [118]

(6)由于根据《州教育法》第58节第2句，《州教育法》第57条第4款第1句和第2句也相应适用于其他教育职员，包括社会教育职员，因此也需要对它们作出限制性解释。因为其他教育职员和社会教育职员类似于日常学校生活中的教师，也同样参与国家履行教育任务的工作，因而这里没有其他解释可以适用。 [119]

【440】 (7)受到挑战的普通法院判决，尤其是联邦劳动法院的判决，未能满足遵照宪法作出必要的限制性解释之要求；在它们看来，这样的解释是不必要的。联邦劳动法院的法律评估是根据以下假定，即根据《州教育法》第57条第4款第1句对宗教信仰表达的禁止已经适用于抽象危险的情形中。该法院假定，即便家长对其孩子会受到不良宗教影响的“合理担心”也危及学校和平，这种假定并没有适当考虑到教育职员的信仰自由和在一所跨教派学校宣称信仰的自由。它忽视了教育职员的积极信仰自由的重要性，这里的积极信仰自由与一项得到合理解释的遮盖自己的强制性宗教要求有关。此外，迄今为止调查结果没有表明，申诉人在其学校里的外表对学校和平或国家中立构成了足够具体的危险。 [120]

在两个最初的诉讼程序中，普通法院都没有充分考虑到申诉人的基本信仰自由，因而没有采纳对该法律条款的一种正确理解。无论劳动法院在审理事实问题的诉讼程序中的调查结果，还是联邦劳动法院对法律问题的评估，都没有揭示任何情形可以对该规范所保护的法律利益构成足够具体的危险。相反，申诉人二甚至使用一张她戴着头巾的照片申请了她的职位。她的雇佣合同最初约定了一个固定期限，后来变为一个永久性职位。根据她尚未受到反驳的陈述，她一直戴着能够盖住其头发的头巾工作，没有引起任何反对。在这些情况下，劳动法院维持警告通知以及根据所声称的理由对申诉人二之解雇，与其背后对《州教育法》第57条第4款的理解一起，都是在宪法上站不住脚的。同样，在申诉人一的最初诉讼程序中，也没有丝毫证据显示戴一顶羊毛帽子和一件圆高翻领毛衣能够构成对学校和平或国家中立的足够具体之危险。 [121]

因此，受到挑战的这些判决侵犯了申诉人在《基本法》第4条第1款和第2款之下的基本权利。 [122]

III.

申诉人针对《州教育法》第57条第4款第3句提出的进一步宪法异议是有充分理由的。该条款第3句规定了偏袒性要求，构成了基于信念和宗教信仰的不利对待，违背了平等对待原则（《基本法》第3条第3款第1句、第33条第3

款)。立法机关制定此要求的目的是赋予特权，以展示基督教的西方教育和文化价值观念或传统的行为。这种违宪反映在受到挑战的判决中。的确，这些判决不是根据《州教育法》第57条第4款第3句作出的，因为第3句不适用于两位穆斯林申诉人。然而，正是第3句中的特权排除性规定导致这里被审查的两个判决作出了对申诉人的违宪不利对待。如果申诉人享有这项特权，她们就不会受到《州教育法》第57条第4款第1句和第2句规定的劳动法制裁。然而，《州教育法》第57条第4款第1句和第2句的规定以及受到挑战的判决并没有受此影响。按照符合宪法的解释，《州教育法》第57条第4款作为一个整体并不违宪。

【441】

[123]

(1)《州教育法》第57条第4款第3句导致基督教和犹太教信仰之外的宗教信徒受到了根据宪法无法证成的不利待遇。

[124]

a)《基本法》第3条第3款第1句要求，任何人都不得因其信仰或宗教见解被置于不利或优待地位。该规范加强了《基本法》第3条第1款规定的一般平等原则和第4条第1款和第2款规定的信仰自由。

[125]

根据《基本法》第33条第3款第2句，任何公共雇员都不得因拥护或不拥护一种特定宗教教派或意识形态信条而受到不利待遇。《基本法》第33条第3款使用的公职概念必须在与《基本法》第33条第2款使用的这个概念相同的意义上获得理解；因此，它也包括受雇于公共机构的非公务员身份的人。该条款对行政部门中的不利对待之禁止不限于公共职位的录用问题（关于此点，参阅《州教育法》第57条第6款），这一点反映在该条款的第1句中。该条款禁止根据不符合《基本法》第4条第1款和第2款所保护的信仰自由之理由，不准人们进入公共职位（参阅BVerfGE 79, 69 <75>）。这并不排除设立一些公职义务，使之能够干预雇员和公职申请者的信仰自由，并且因此妨碍甚至排除持有某种信仰的申请者获得公职之机会。然而，任何这种义务都受制于一种严格证明要求，适用于限制毫无保留地受到保障的信仰自由；此外，在设立和实施这种公职义务中必须遵守严格平等对待不同信仰之要求（参阅BVerfGE 108, 282 <298>）。

[126]

b)按照这些在立法过程中已经很明显的意图（参阅LTDrucks 13/4564, p. 8; 14/569, p. 9），《州教育法》第57条第4款的总体设计是想在第3句中规定一项豁免，即免受第1句禁止通过外表或行为表达宗教信仰的约束，从而制造基于宗教原因的直接不平等对待。申诉人合理地主张，《州教育法》第57条第4款的目的是区别对待穆斯林妇女出于宗教原因戴头巾和基督教与犹太教信徒穿戴具有宗教含义的衣服。这种评价得到了立法过程中的前述背景材料的支持（参阅以下 d)部分）。

[127]

【442】 c)根据宪法，这种不平等对待没有正当理由。如果禁止学校教育职员通过外表或行为表达宗教信仰，那么作为一般规则，这种禁止不得有区别对待。

[128]

没有明显且合理的理由来证成以下政策，即不利对待那些不能追溯到基督教的西方文化价值观念和传统的通过外表或行为表达宗教信仰的行为。如果某种外表或行为特别具有一种教化性的暗示力量，那么按照对其所作的符合宪法要求的限制性解释，《州教育法》第57条第4款第1句规定的禁止很容易考虑到这一点。如果一些法律学者争辩说，一位客观的观察者会认为戴着伊斯兰头巾的妇女是对影响深远的男女不平等的支持者，包括在法律领域，因而这种行为会令人怀疑这样的人是否适合从事教育职业（例如参阅Bertrams, *Deutsches Verwaltungsblatt - DVBl* 2003, pp. 1225 <1232 et seq.>; Hufen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - NVwZ* 2004, p. 575 <576>; Kokott, *Der Staat*, 2005, pp. 343 <355 et seq.>; Rademacher, *Das Kreuz mit dem Kopftuch*, 2005, p. 24），那么这种一般假定是不被允许的（见上文B.II.(5)部分）。此外，这种辩护注定失败，因为在一个概括性视角下，它不可能提供一个理由来区别对待所有非基督教—西方文化价值观念和传统。

[129]

同样，偏袒与基督教或犹太教信仰有关的表达也没有站得住脚的理由。《北莱茵—威斯特伐利亚宪法》第7条第1款和第12条第3款规定了国家的教育任务，但不能被用来证明在设定公职义务时偏袒某一教派的公职人员是正当的。如果该州宪法的这类条款可以被解释为包含于公立学校系统中提及基督教的价值观念，那么这应该是指被世俗化的基督教价值观念。此外，根据可能是最主流的解释，《北莱茵—威斯特伐利亚宪法》第7条第1款所表述的教育目标（“尊重上帝”）并不仅仅指基督教信仰；它必须对个人对上帝的理解保持开放，因此必须不仅包括基督教的理解，而且包括伊斯兰教的理解以及多神教或非人格性的上帝概念（参阅Ennuschat, in: Löwer/Tettinger, *Kommentar zur Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, 2002, Art. 7 para. 23 with further references, Art. 12 para. 22; Dästner, *Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen*, 2nd ed. 2002, Art. 7 para. 3; Söbbeke, in: Heusch/Schönenbroicher, *Die Landesverfassung Nordrhein-Westfalen*, 2010, Art. 12 para. 10; Häberle, in: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, 1987, p. 3 <14>）。毕竟，《州教育法》第57条第4款第3句提到的该州宪法的这些条款主要涉及教学的组织及其总体框架，并不构成区别管理教育职员公职义务的可行基础。因此，在这种情况下无关紧要的是，《基本法》第31条同样对各州宪法限制《基本法》所保障的宗教平等

权利设置了限制（又见Art. 142 GG; BVerfGE 96, 345 <364 and 365>）。 [130]

d)按照联邦劳动法院在其判决中的解释方式，不可能为了避免基于宗教理由的违宪不利对待而对《州教育法》第57条第4款第3句作出符合宪法的限制性解释。这将超出根据宪法解释法律的程度，并且不符合司法机关受法律约束的原则（《基本法》第20条第3款）。 [131] 【443】

合宪性解释的限度在于解释与法律措辞和明确可识别的立法意图开始产生矛盾。对具有民主合法性的立法机关之尊重禁止对目的和措词都很明确的法律赋予相反的意义，或从根本上重新定义一项规定的规范性内容（参阅BVerfGE 90, 263 <274 and 275>; 119, 247 <274>; 128, 193 <209 et seq.>; 132, 99 <127 et seq.>）。 [132]

联邦劳动法院认为，第3句意义上的“展现”基督教的西方教育和文化价值观念，不能被认为等同于第1句意义上的“表达”一种个别信仰。此外，它还认为，“基督教的”一词是指一套脱离于基督教信仰的价值观念，它源于基督教的西方文化传统；《基本法》显然也是以这套价值观念为基础的，并且不论其宗教基础如何，这套价值观念都是有效的。 [133]

的确，第1句（“表达”）和第3句（“展现”）之间语言上的差异为联邦劳动法院的解释提供了一个立足点。在该立法项目的后续进程中，该州立法机关也意识到可能在这个意义上存在一种限制性解释：甚至在州议会对这项立法进行最终投票之前，联邦行政法院已经就巴登—符腾堡州一个类似的立法规定（《巴登—符腾堡州教育法》第38条第2款）得出了类似的解释结果（参阅Decisions of the Federal Administrative Court, *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* - BVerwGE 121, 140 [147, 150]）。在提交给州议会的一份声明中，北莱茵—威斯特伐利亚州政府当时辩称，联邦行政法院的判决不应被理解为如下含义，即对整个法律草案的合宪性存在怀疑。唯一的问题是如何以符合宪法的方式解释这项条款（*Landtag Bill - LT-Vorlage* 14/463, p. 2）。 [134]

然而，就像起草该法律草案时一样，以下意图在接下来的立法过程中得到了维持，即不是通过一部将会禁止教师按照宗教习惯教学或者戴一顶犹太帽的法律（LTDrucks 14/569, p. 9）。与这一意义相一致，《州教育法》第57条第4款第3句明确提到第1句规定的禁止“表达”，并且在立法技术方面被构建为一种例外。以下事实进一步强化这一点，即虽然第3句的措辞的确提到该州宪法整体规定的教育任务，但是它接着仅仅使相应的“展现”基督教的西方教育和文化价值观念或传统之行为豁免于第1句规定的行为禁令。同时，忽视和省略了《北莱茵—威斯特伐利亚宪法》第12条第3节第1句的措词格外明确提到的 【444】

对其他宗教和意识形态信念的开放态度。所有这些都清楚地表明，联邦劳动法院对该条款的限制性解释实际上重新定义了其规范性内容，因而也不再符合在立法过程中变得很明显的立法意图。在立法程序结束之前讨论一种可能的不同解释并没有改变这一意图；这种讨论仅仅表明，州议会意识到了该法案与宪法相抵触的风险。

[135]

根据联邦劳动法院选择的解释，《州教育法》第57条第4款第3句的规定最多承担了一种澄清功能。在这种解释中，展现基督教的西方文化价值观念已经与第1句所禁止的个别宗教观点的外在表达有着内在不同。但是假如这种解释是正确的，就没有必要在第3句中提出例外情况，即这样一种展现与第1句规定的行为禁令不相抵触。法律设定的许可允许这种纯粹“展现”脱离于信仰相关内容的教学内容，并不能系统地融入第1句规定的上下文。在联邦劳动法院的解释中，第3句似乎在既定的规范性上下文中不再具有任何有意义的规范性内容。即使不考虑这一方面，这种解释也允许一项法律规定继续有效，而如果对其措词作可能的宽泛解读，这项法律可被理解为给歧视性行政行为留下了余地，并且在这方面，立法过程故意保留了它的模糊性。

[136]

但是如果联邦劳动法院的解释方法因此未能遵守符合宪法的解释限度，那么《州教育法》第57条第4款第3句看来导致了基于宗教理由的不利对待；这种结果与平等对待原则相背，因而不可能是合理的。

[137]

(2)因此，《州教育法》第57条第4款第3句因不符合《基本法》第3条第3款第1句和第33条第3款，被宣布无效。这些受到挑战的判决是根据该条款作出的（参见第III部分，(1)之前的内容）。

[138]

IV.

在可适用的情况下连同《州教育法》第58条第2句，《州教育法》第57条第4款的规定涉及教育职员通过外表或行为表达宗教信仰；根据宪法在这里所要求的解释，该规定在此问题上并未违反其他基本权利或其他联邦法律（《基本法》第31条）；特别是，它符合《一般平等待遇法案》和《欧洲人权公约》的相关条款。

[139]

【445】(1)如果在解释禁止通过外表或行为表达宗教信仰的规定时，根据需要考虑到教育职员的信仰自由和宣称信仰的自由，那么间接受到审查的《州教育法》第57条第4款、第58条第2句就不会再引起实际的宪法问题。

[140]

a)与《基本法》第4条第1款和第2款以及《基本法》第3条第3款第1句和第33条第3款相比，这里的其他基本权利没有授予更多保护。即使假定如果涉及一项被认为具有强制性的宗教要求，选择职业的自由（《基本法》第12条第1款）在具体情形中可能会受到影响，州立法机关通过禁令限制在学校和和平国

家中立面临的足够具体的危险，其所追求的目标也会构成特别重要的公共利益，从而为这项禁令提供正当理由（参阅BVerfGE 119, 59 <83>）。 [141]

b)根据必要的限制性解释，《州教育法》第57条第4款第1句并不违反基于性别的平等待遇原则。然而，按照受到挑战的联邦劳动法院的解释，如果这项规定影响了通过外表或行为表达宗教信仰的行为，而这也是决定立法机关之选择的意图，那么这项规定就不符合平等待遇要求。 [142]

在受到挑战的联邦劳动法院的解释中，《州教育法》第57条第4款第1句已经禁止在学校上班的教育工作者通过外表或行为表达宗教信仰，而不考虑是否有任何具体危险。在这个意义上，这项规定使妇女受到了不利对待，因为它使学校的教育活动取决于妇女实际上基本无法做到的要求。虽然该条款的措辞确实是性别中立的，《州教育法》第57条第4款第3句的本意是使符合基督教的西方教育文化价值观念或传统的着装豁免于这项表达禁令，但在此基础上，如果这项表达禁令之适用不顾是否具有任何具体危险，那么目前它只影响到数量极少的男性，比如戴头巾的锡克教徒。在此基础上，目前在德国，这项受到挑战的规定实际上主要影响出于宗教原因戴头巾的穆斯林妇女。 [143]

《基本法》也提供保护，禁止基于性别理由实行实际上的不利对待（参阅BVerfGE 97, 35 <43>; 104, 373 <393>; 113, 1 <15>; 121, 241 <254-255>; 126, 29 <53>; 132, 72 <97 and 98, para. 57>）。诚然，事实上的不利对待通常可以被证明是合理的。但是就这项受到挑战的规定来说，如果按照也是立法机关意指的解释（参阅LTDruks 13/4564, p. 8; 14/569, p. 9; 参阅以上C.III.部分），这里明显没有充分的正当理由。考虑到保护人们免受实际上不利对待的规定和教育职员的宗教自由（前文B.II.(3) d)部分），为一项表达禁令所提供的那些理由（前文B.II.(3) a)部分）并不能为不论是否存在任何具体危险都适用之禁令提供正当理由。以下主张也经不住推敲，即禁止戴头巾保护妇女免受遮盖自己的宗教要求中已经固有的歧视之害，因为事实上这种保护被证明使相关人员处于不利地位（参阅BVerfGE 85, 191 <209>）。同样，以下主张也不能证成这种不利对待，即头巾标志着对平等对待男女的拒绝，因为事实并非必然如此，也非一贯如此（关于此点，参见上文B. II.(5)部分）。 [144]

【446】

相比之下，即使按照宪法所要求的限制性解读，该规范确实使妇女实际上处于不利地位，并证成干扰《基本法》第4条所规定之权利的理由（上文B.II.(3) d) bb) 4)部分）也能为这种实际上的不利待遇提供正当理由。 [145]

c)……

[146]

d)根据这里宪法所要求的解释，《州教育法》第57条第4款在可适用的情况下结合第58节第2句，作为州法条款与其他联邦法律是相容的，因而从这个角

度来看，在宪法上也不是不可接受的（《基本法》第31条，参阅BVerfGE 80, 137 <153>）。因此，在那方面，申诉人的基本权利就没有受到更多侵犯。根据这种解释，该条款符合《欧洲人权公约》第9条和第14条以及《一般平等待遇法案》第7条第1款和第8条第1款。 [147]

aa)州法没有违反《欧洲人权公约》保障的权利。 [148]

1)在德国的法律体系内，《欧洲人权公约》及其《议定书》就其在德意志联邦共和国已经生效而言，具有联邦法律的效力位阶（参阅BVerfGE 74, 358 <370>; 120, 180 <200>; 128, 326 <367>）。这种效力位阶意味着，如果这种解释在方法上站得住脚，那么德国的法院必须像适用其他联邦法律一样遵守和适用《公约》。而且只要在方法上站得住脚，在根据《基本法》解释基本权利和法治原则时，《公约》也必须作为一种解释指南而获得考虑（参阅BVerfGE 111, 307 <315 et seq.>; 128, 326 <366 et seq.>; 131, 268 <295 and 296>; BVerfG, Order of the Second Senate of 22 October 2014 - 2 BvR 661/12 - juris, paras. 128 and 129）。法律也必须根据《公约》中的国际法义务获得解释和适用（参阅BVerfGE 74, 358 <370>; 127, 132 <164>）。然而，在德国的法律体系中，《欧洲人权公约》及其《议定书》所规定的保障并不构成宪法审查的直接适用标准（参阅《基本法》第93条第1款第4a项、《联邦宪政法院法》第90条第1款）。因此，在向联邦宪政法院提出的一项宪法诉愿中，申诉人不能直接宣称《欧洲人权公约》规定的人权受到了侵犯（参阅BVerfGE 74, 102 <128>; 74, 358 <370>; 82, 106 [120]; 111, 307 <317>）。然而，如果宪法诉愿也间接挑战了州法，情况就不同了。由于《公约》的效力位阶与联邦法律相同，它的效力优于州法。因此，通过《基本法》第31条，它被列入了审查标准中（参阅联邦宪政法院分室判决，*Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 10, 234 <239>）。 [149]

2)按照欧洲人权法院相关判例法的解释，《公约》保障的宗教自由（第9条）和禁止歧视的规定（第14条）显然没有受到侵犯。该法院认为，在特定国家适用的意识形态和宗教中立原则以及对第三方消极宗教自由的保护是维护公共安全和公共秩序的一部分（《公约》第9条第2款）；鉴于此，在教育职员的着装规则方面，特别是关于禁止穿戴伊斯兰头巾方面，欧洲人权法院已经给各缔约国留下了相当大的判断空间（参阅ECtHR, *Dahlab v. Switzerland*, decision of 15 February 2001, no. 42393/98, *Neue Juristische Wochenschrift* - NJW 2001, p. 2871 <2873>; ECtHR <Grand Chamber>, *Sahin v. Turkey*, judgment of 10 November 2005, no. 44774/98, *NVwZ* 2006, pp. 1389 <1392 et seq.>, § 107 et seq.; ECtHR, *Kurtulmus v. Turkey*, decision of 24 January 2006, no. 65500/01; 关于这

种裁量空间的限制，参见ECtHR, *Eweida et al. v. UK*, judgment of 15 January 2013, no. 48420/10 et al., NJW 2014, p. 1935 <1940 para. 95>）。该法院还强调了各缔约国在可能禁止“头巾替代品”（*Kopftuchsurrogate*）方面的判断空间，以包含它所称的规避这项禁令之企图（参阅ECtHR, *Aktas v. France*, decision of 30 June 2009, no. 43563/08）。 [150]

根据《欧洲人权公约》第14条禁止歧视的规定，如果一项禁止宗教标志的规定不是专门针对一种特定宗教，那么这种禁止也是可以接受的，至少根据那些也能为干扰《公约》第9条提供辩护的理由就是如此（参阅ECtHR <Grand Chamber>, *Sahin v. Turkey*, judgment of 10 November 2005, no. 44774/98, NVwZ 2006, p. 1389 <1396>, § 165）。这里的情况就是如此，因为这项禁止平等适用于所有宗教表达，并且远远超越了那些通过外表或行为的表达，尤其是还包括口头表达。 [151]

人权法院的这项判例法必须成为此处评估的出发点（参阅BVerfGE 111, 307 <319>; 128, 326 <368 et seq.>）。据此判例法，我们必须认为，根据宪法所要求的上述限制性解释，作为受到挑战的判决之依据的《州教育法》条款并没有引起任何更多来自《欧洲人权公约》的关切。 [152] 【448】

……

[153-155]

(2) 无需更详细地处理以下问题，即联邦劳动法院作为最后的普通上诉法院，是否因未能根据《欧洲联盟运作条约》第267条第3款请求欧洲联盟法院作出一项初步裁决，而剥夺了申诉人获得合法法官审理的权利（《基本法》第101条第1款第2句）。基于其他理由，联邦劳动法院的判决已被证明不符合《基本法》。 [156]

V.

因此，《北莱茵-威斯特伐利亚州教育法》第57条第4款第3句无效，因为它不符合《基本法》第3条第3款和第33条第3款（《联邦宪政法院法》第95条第3款）。受到挑战的劳动法院判决侵犯了各位申诉人在《基本法》第4条第1款和第2款之下的基本权利。高等劳动法院和联邦劳动法院的判决必须被撤销。本庭将案件发回相关的高等劳动法院（《联邦宪政法院法》第95条第2款）。这将允许审理事实问题的法官认定更多事实，以供之后普通法院依据《州教育法》第57条第4款的合宪解释对其进行重新评估。 [157]

六、表达、传播、艺术和研究的自由 ——《基本法》第5条

一般性评注：

【449】 《基本法》第5条在广泛意义上保护言论自由，并且区分了几个重要的方面：个人自由发表其言论和观点的权利、从所有通常可用的渠道获取信息的自由（尽管《基本法》并未创设一个关于信息权利的自由，近些年来德国和其他很多法域都确立了此项自由，且冠之以“信息自由”的术语）、新闻出版的自由及其独立性、广播的自由及其制度重要性（包括一项对公共广播的特殊保障，以确保意见的多样性），再加上艺术、研究和教学的自由。宪政法院一贯强调，这些通信的自由是《基本法》确立的自由民主秩序的组成部分。⁵⁵

（一）第5.1条第1句——表达自由（“言论自由”）

“吕特案”

Lüth, BVerfGE 7, 198

1. 译者注解

吕特案判决是宪政法院非常基础性的判决之一，对通信自由在德国的后续发展有重大的影响。本书导论部分已经提到过此案，并强调了《基本法》中基本权利的客观功能。⁵⁶

吕特先生以一个公民的私人身份，公开号召抵制一部在德国上映的电影，因为该电影的导演过去曾为纳粹政权做过种族主义宣传工作。电影制片公司害怕这次抵制电影的号召会带来经济损失，便提出申请并成功获得法院的禁令，该禁令基于民法典中的一项规则，意在禁止对他人实施有意和恶意的经济损害。当然，恶意这个词需要解释，宪政法院认为对它的解释必须考虑到《基本法》第5.1条规定的言论自由的根本重要性。法院认为此案属于正当的争议，另外，只要该争议是基于发表观点和说理的力量，而非诸如利用市场支配地位或其他勒索的方式⁵⁷，它就受言论自由的保护，并且，该案中援引的相关私法条

【450】

⁵⁵ 例如参见宪政法院“吕特案”判决，BVerfGE 7, 198.

⁵⁶ 参见本书“导论”部分。

⁵⁷ 参见宪政法院在Blinkfuer案中的判决，可用来对比BVerfGE 25, 256，德语版可见于<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025256.html>。在该案中，一个大型出版社威胁它的批发机构，如果他们继续售卖一个刊登东德电视节目单的杂志（Blinkfuer），就收回它的

款也必须进行限缩解释，以符合《基本法》。

这种“客观功能”的发展，即法院有义务依据《基本法》中基本权利保障的重要性来解释所有法律规范，无疑非常重要。它将《基本法》中的基本权利拉进法院审判的所有领域，命令它们执行这些权利，而且将执行置于宪政法院的监督之下。这很重要，因为随着各领域法律被“部门化”为独立子系统的趋势，德国法律体系演变成了一个更加实证的（positivist）系统。因此，这并不是一个显而易见的概念；它后来也被严厉批评，即《基本法》的基本权利应当在解释民法或类似“技术化领域”（例如民事诉讼或冲突法（国际私法））规则时扮演角色。⁵⁸历史悠久的普通法传统是普通法应当以个人权利受到侵犯尽可能少的方式进行解释，但从未在德国民法传统中找到一席之地。基本权利对整个法律体系的渗透，是吕特案判决的一个重要产物。

该判决的另一个同样重要的产物，是宪政法院对《基本法》第5.1条通信自由的至高重要性的强调。在判决下达的1958年，法院实质上将新生的共和国放入通往民主的唯一可能轨道——思想的自由流通，即使某思想可能干扰或冒犯一些人、甚至大多数人。法院的方式是通过如此解释比例原则：任何政府权力对通信自由的限制——根据《基本法》第5.2条原则上是可能的——其本身都必须依据言论自由对民主社会的根本重要性来进行审查。这种依据权利本身来限缩对权利的可能限制，对德国的言论自由而言是一项福祉，尽管它在教义上并不纯正。

2. 判决概要

【451】

(1)基本权利主要是保护公民对抗国家的威胁，但作为宪法问题，如同宪法所规定的，它们还包含一个客观的价值尺度，适用于整个法律体系。

(2)基本权利的本质通过私法规则间接的表达出来，在其强制性条款中最为明显，而且在法官适用一般性条款时得到最佳体现。

(3)忽视基本权利对私法的效应的司法判决会侵犯基本权利（《联邦宪法法

全部报纸和杂志，包括一些全国领先的刊物。

⁵⁸ 例如参见法院在BVerfGE 31, 58中的判决，德语版见<http://www.servat.unibe.ch/df/bv031058.html>；该案中宪政法院判决，德国国际私法和冲突法中的条文必须符合基本权利保障；如果德国冲突规范所指向的解决冲突的外国法并不符合《基本法》中的基本权利，可能会要求修正规则。同样可参见法院关于担保合同的判决，BVerfGE 89, 214，德语版可见于<http://www.servat.unibe.ch/df/bv089214.html>；该案中法院判决，《基本法》中的基本权利要求常规法院审查私人合同，以保护较弱的契约方免受不公正的损失。

院法》第90条 — BVerfGG)。关于私法的司法判决应受到宪政法院的审查——只针对其对基本权利的侵犯，而不是一般意义上的法律错误。

(4)私法规则可以成为《基本法》第5.2条中的限制基本表达自由权利的“一般性法律”。

(5)这类“一般性法律”必须依据表达自由的基本权利在一个自由民主国家的特殊重要性来进行解释。

(6)《基本法》第5条的基本权利不只保护观点的表达本身，还保护它对他人产生的影响。

(7)表达对抵制的支持并不必然违反《民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch - BGB）第826条的善良风俗（boni mores）；依据所有的情形，这样的表达在宪法上可能会被证明是正当的。

第一庭于1958年1月15日的判决，1 BvR 400/51.

3.案例事实

1950年9月20日，在“德国电影周”的开幕式上，申诉人时任自由汉萨同盟城市汉堡市议员和新闻办公室负责人；他以汉堡新闻出版业俱乐部主席的身份，向在座的电影发行人和制片人，发表了一个讲话。除了其他的以外，他还提到：

【452】 有一个人最不可能恢复当初被第三帝国毁掉的德国电影的道德声誉，他就是执导《犹太人苏斯》（Jud Süß）并为之撰写剧本的人。如果恰恰这个人被选为德国电影业的代表，谁知道会给我们整个世界带来什么样的损失？没错，形式意义上，他在汉堡被无罪释放了，但实质上，那份判决是对他的一种道德谴责。我们必须号召发行人和影院老板们展现出风骨——这代价不低，但却值得付出。我还希望德国电影也能展现出风骨。如果德国电影能在想象上、视觉的大胆上、以及精湛的技艺上展现出风骨，那么它将会有资格获得各种帮助，并取得其生存所必需的成功——在德国和国外公众中成功。

多姆尼克（Domnick）电影制作公司立刻反驳了申诉人对维特·哈兰（Veit Harlan）的指控。当时，该公司正在制作由他执导和编剧的电影《不朽的爱人》（Unsterbliche Geliebte）。

1950年10月27日，申诉人向新闻界发出一封“公开信”作为回应。信中说：

法院并未反对这个事实：在希特勒时代的很长一段时期内，维特·

哈兰都是“纳粹第一电影导演”，另外，《犹太人苏斯》这部电影说明了他是一个纳粹谋杀清洗犹太人的坚定支持者。国内外的某些商界人士可能并不反对维特·哈兰的复出，但德国的道德情操不能被这些冷面的生意人玷污。哈兰的回归只会重新撕开尚未愈合的伤口，并重燃那已经在消退的、对德国重建有致命伤害的不信任。基于这些理由，所有正直的德国人都既有权利也有义务去抗议甚至抵制这位德国电影业的耻辱代表。

多姆尼克电影制作公司和赫尔佐格电影公司（《不朽的爱人》在联邦共和国的发行商）从汉堡州地区法院（Landgericht）那里拿到一纸临时禁令……随后州高等法院（Oberlandesgericht）驳回了申诉人的申诉。在申诉人的请求下，两家电影公司被要求在特定时间内提起诉讼。它们照做了，汉堡州地区法院于1951年11月22日下达了下述判决：

命令被告人(1)不得号召剧院经理和电影发行商停止排映《不朽的爱人》这部电影，以及(2)不得号召德国民众抵制观看此影片，违反此命令会受到法院的罚金或监禁处罚。

4.判决理由选译

……

B.

I.

本申诉准予受理，因为它符合联邦宪政法院法第90.2条第2句的适用条件（申诉前穷尽法律救济）。

II.

申诉人声称，州地区法院的判决侵犯了他自由表达观点的权利，该权利规定于《基本法》第5.1条第1句。

只要法院应当考虑到申诉人的基本权利，地区法院判决（属于对司法公权力的行使）的内容就可能会侵犯申诉人的基本权利。

该判决禁止申诉人发表特定的言论（这些言论会引导他人赞同其关于哈兰复出的看法、以及追随他一起歧视哈兰的电影），该判决显然限制了申诉人表达观点的自由。地区法院基于申诉人的言论属于《民法典》第826条的侵权行为，发布了作为私法命令的禁令。因此，公共权力基于原告的私法主张，限制了申诉人的表达自由。只有当可适用的私法规则受到基本权利如此实质性的影响，以至于它们已不再能支撑判决时，这种限制才构成对申诉人受《基本法》

【453】

第5.1条第1句保护的基本权利的侵犯。

基本权利是否影响私法、以及如果是的话如何影响，是一个备受争议的问题。有的极端观点认为，基本权利只约束国家；另一些极端观点认为，基本权利（或者至少是最重要的那些）在私人法律关系中可以压倒所有人。本院之前的判决并不支持这些极端的观点，联邦劳动法院在其1957年5月10日的判决（NJW 1957, 1688）中，对本院1957年1月17日和23日判决（BVerfGE 6, 55 and 6, 84）所做的推论并不准确。今天也没有必要讨论基本权利“第三方效应”（Drittwirkung）问题的所有方面。本案的争议通过考虑以下因素便可解决：

(1)毫无疑问，基本权利的主要目的是保护个体的自由空间免受公共权力的侵扰：它们是公民对抗国家的堡垒。这既源自它们在思想史上的发展，也源自它们在政治史上被写入多国宪法的事实：《基本法》中的基本权利也是如此，它强调人的尊严优于国家权力的地位，把基本权利的章节放在《基本法》的开头部分，并且规定，宪法诉愿（Verfassungsbeschwerde）作为维护这些权利的特殊法律手段，只针对公权力的行使。

但是宪法远非一个价值中立的系统：它在其基本权利部分确立了一个客观的价值体系，并因此表达并巩固了基本权利的效力。这个以人在社会中发展的自由为中心的价值体系，必须被当作一个宪法上的公理，适用于整个法律体系：它必须指引和启发立法、行政和司法判决。它同样会自然地影响到私法：没有任何私法规则可以同它冲突，并且所有规则都必须依据它的精神来解释。

作为客观规范，基本权利的法律内容通过直接控制某法律领域的规则来指引私法。正如新立的规则必须符合基本权利的价值体系，现存的和旧的规则也从该体系中获得一种确定的宪法内容，用于指明它们的解释。从实体法和程序法的角度，私人之间由行为规则引发且受基本权利影响的权利义务纠纷，则仍然属于私法纠纷。即使解释者必须依据宪法这样的公法来解释，解释和适用的仍然是私法。

【454】 在构成广义上公共秩序的强制性私法规则（*zwingendes Recht*）中，基本权利价值体系的影响最为明显，例如那些无论当事人是否选择、为了公共利益都适用于私法关系的规则。这些条文在功能上关联并补充公法，它们尤其容易受到宪法的影响。“一般性条款”如《民法典》第826条用“适当行为”（*gute Sitten*）等法律之外的标准，来衡量人的行为；这让法院得以回应这种影响，因为在判断这类社会需求在特定案件中的要求时，法院必须从社会在该文化和精神发展阶段于其宪法中确立的价值体系出发。一般性条款也因此被正确地描述为基本权利进入私法的“入口”。

法官有宪法义务去探明适用的实体性私法规则是否被基本权利以如上描述

的方式影响；如果有，他必须以如此修正的方式解释和适用这些规则。这就是民事法官也受基本权利约束（《基本法》第1.3条）的含义所在。如果他发布了一项判决，忽略了宪法对私法规则的影响，他就不仅因为误解了《基本法》背后的客观规范内容而违反了客观宪法，而且还由于他的判决和他作为公共官员的职能而违反了宪法本身，公民则依据宪法有权要求司法机关尊重宪法。除了通过私法法院来获得纠正这类错误的救济之外，公民还可以通过宪法诉愿（Verfas-sungsbeschwerde）提请联邦宪政法院进行审查。

宪政法院必须判定，普通法院是否正确地探明基本权利在私法中的范围和效力。这同时也是它审查的边界所在：宪政法院并不审查民事法院一般意义上的法律错误，而只是判断基本权利对于私法的“辐射效应”，并实施蕴含于宪法规范中的价值。宪法诉愿的功能在于测试所有行为——无论是立法机关还是行政机关或司法机关作出的——“与宪法的兼容性”（《联邦宪政法院法》第90条 - BVerfGG）。联邦宪政法院当然不是一个审查民事法院的法院，更谈不上进行过度审查；但它也不会对民事法院的判决完全放任不管，或者对它所注意到的错误适用基本权利的情形不加纠正。

(2)自由表达观点的基本权利（《基本法》第5条）在处理基本权利与私法的关系时，似乎会产生特殊问题。如同魏玛宪法（第118条）一样，这项受宪法保护的权利只受到“一般性法律”的限制（《基本法》第5.2条）。在探讨什么样的法律是这里的“一般性法律”之前，人们可能会认为，宪法提到的这类法律是由司法来解释的，而且司法对这类限制基本权利的法律的解释，都不能被看作是对基本权利的“侵犯”。

然而，这并不是《基本法》规定“一般性法律”的意义所在。作为社会中人格的最直接方面，表达自由的基本权利是人最珍贵的权利之一（1789年《人与公民权利宣言》第11条）。它对于一个自由民主的国家来说是至关重要的，因为它允许的持续精神交流和观点碰撞，是自由民主的关键成分。毫无疑问，它是自由本身的基础，是“几乎所有其他形式自由的母体和不可或缺的条件”（卡多佐）。

【455】

鉴于观点表达自由对于自由民主国家的根本重要性，宪法将其实际范围仅仅由普通法律（以及必然会解释它们的法院判决）来决定是不合逻辑的。先前提到的基本权利和私法的关系在此同样适用：限制某项基本权利的一般性法律必须根据它的重要性来解读，并且始终被这样解释，以保护该权利的特殊价值，并且一个自由民主国家假定，言论自由在所有领域、尤其是公共生活中受到优先保护。我们在对待基本权利和“一般性法律”的关系时，不能认为“一般性法律”概念本身给基本权利设限，两者的关系必须要根据该基本权利在一

个自由民主国家的特殊重要性来解释，从而“一般性法律”对基本权利的限制效应本身也是受到限制的。

在通过宪法诉愿行使其基本权利的最终守护者职能时，联邦宪政法院因此必须有权监督其他法院的决定：这些法院在个案中适用一般性法律时可能会不当地限制基本权利的范围。本院必须有能力和包括民事法院之类的所有公权力部门面前，维护它所代表的自由民主的特殊价值，并根据宪法来调和基本权利和“一般性法律”之间相互冲突的限制性趋势。

(3)一般性法律的概念一直以来都有争议。抛开此概念是否出自1919年宪法第118条起草时的错误这一问题不谈，我们注意到它那时被解释为包含所有“不禁止某观点也不预设某观点的表达”、但“在不涉及特定观点的情况下致力于保护一项值得保护的利益”以及保护“一项优于表达意见自由的社区价值”之法律。《基本法》的拥护者们赞同此观点（“不限制单纯观点表达的智识效果的法律”）。

如果“一般性法律”这个词被如此理解，我们可以将基本权利的保护作如下阐述：

如果认为宪法只保护观点的表达，而不保护其对他人的内在或预期效果，那是不可接受的，因为观点表达的全部意义都在于其对“观点的环境有所影响”。价值判断总是有智识上的目标，即说服他人，因而受到《基本法》第5.1条的保护；发言者在价值判断中体现的希望影响他人的立场，是该基本权利主要保护的對象。保护表达而不保护其效果是毫无意义的。

在此意义上，观点表达在其对思想产生影响的层面上是自由的；但这并不意味着，当一个人表达观点时，他就有权侵犯他人同样受保护的利益。这里必须【456】必须进行“利益平衡”；当被侵犯的他人利益有更重要的保护价值时，表达观点的权利就必须让步。这项利益在个案中是否存在要依据所有的具体条件来判断。

(4)依此观点，私法完全可以被列为《基本法》第5.2条意义上的“一般性法律”。如果迄今为止评论者们仍然没想到这一点，那仅仅是因为基本权利被认为是针对国家的，所以人们很自然地会将含有限制效果的“一般性法律”等同于那些规制针对个人的国家行为的法律，也就是具有公法性质的法律。但如果自由表达观点的基本权利同样影响私法关系、并同样保护观点表达免受其他公民的干涉，我们就必须考虑到，保护更高法律利益的私法规则同样可能限制基本权利。毕竟，如果保护名誉和其他基本人格利益的刑法条文可以给表达自由

的基本权利设限，很难理解为什么类似的私法条文不可以。

“莱比锡人民日报案”

BVerfGE 27, 71

1. 译者注解

本判决让人回忆起冷战时期的荒唐往事，当时苏联领导共产主义阵营，西方民主国家内部也针锋相对，这其中包括前西德和前共产主义东德。本案争论的事实是：一些人订阅的东德共产主义报纸被没收——因为它们在西德煽动法律所禁止的共产党活动。⁵⁹法院在其较为弱势的一个时刻批准了没收，只要报纸煽动的是被禁的政党，即德国共产党。然而，法院这么做只是因为它继续论证道，对东德该报纸的没收违反了《基本法》第5.1条通信自由的另一个组成部分——信息自由。

【457】

法院判决，信息自由保护从一切普遍可及的来源接受信息的权利。什么是普遍可及（generally accessible）的，不能由规制此问题的立法来决定，否则信息自由将失去作用。尽管所涉及的信息来源在另一个情境下会违反刑事规范，例如煽动被禁的政党，但这并不意味着信息自由需要让步，因为仅仅想要阅读报纸并不构成该犯罪行为。

本案更广意义上的重要性在于它阐释了信息自由，而且该解释至今仍然有效。需要注意的是，《基本法》第5.1条的信息自由不能同许多国家的信息自由作法相同的理解。这些“信息自由法”通常赋予主动获取特定信息（例如文件

⁵⁹ 在德国，禁止政党可以依据《基本法》第21.2条：“如果出于其目的或追随者之行为，政党试图破坏或废弃自由民主的基本秩序，或危及联邦德国之生存，那么它就是违宪的。联邦宪政法院应决定违宪问题。”只有宪政法院可以宣布某个政党违宪，而且这在共和国历史上只发生过两次。第一次发生于1952年，法院宣布德国纳粹工人党（所谓的纳粹）的一个继承者，“社会主义帝国党（SRP）”违宪，见BVerfGE 2, 1；第二次是关于当时西德境内的几个共产主义政党之一，德国共产党（KPD）。要被宣布违宪，政党的政治目标必须包括推翻德国的民主和权利本位秩序，而且（原文如此）它们必须被证明是愿意使用暴力来达成此目标。如果仅仅要求修改《基本法》，只要修改按合法程序进行，是不足以被宣布违宪的，也就是说，不被《基本法》第79.3条的永久性条款所禁止。如果政党号召废除《基本法》，但仅限于和平手段，也不足以让其违宪。欧洲人权法院也采用了这种关于政党合法性和可能的封禁的路径，参见ECtHR (Grand Chamber), Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13/2/2003, Refah Partisi (The Welfare Party)/Turkey (available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60936> (last accessed on 21.10.2019)).

等)的权利,并规定一些例外。《基本法》第5.1条的信息自由仅限于公开可得的信息,而且是一种防御性权利,用于对抗限制这类通常可得的信息的政府行为。它不是针对通常不可得信息的积极权利,也不赋予个体获取这些信息的权利。⁶⁰

2. 判决概要

(1)公民不受阻碍的从普遍可及来源获取信息的权利受到《基本法》第5.1条第1句(信息自由)的保护,这是一项地位等同于表达自由和出版自由的独立基本权利。

(2)当某个信息来源在技术上适宜于并被有意用于为一般大众提供信息时,它就是普遍可及的。阻止流通的法律措施并不使该来源失去此特征。

(3)《基本法》第5.1条第1句不仅保护对信息的获取,还同等地保护对信息的实际接受。

【458】 (4)此没收案的决定是关于两类利益的冲突:信息自由和刑法中的相关条款(它们构成了《基本法》第5.2条意义上的、意在抵御威胁宪法秩序行为的一般性法律)。

第一庭于1969年10月3日的判决, 1 BvR 46/65.

3. 案件事实

依据1962年5月24日《联邦法律公报》(*Bundesgesetzblatt - BGBl*)第一卷第607页的监视刑事和其他交通禁令法案,当材料(例如除其他以外,报纸和杂志)的进口和散布由于国家安全原因被禁时,邮政和海关部门有义务确保这些材料不被带入此法案适用的领土范围内。1964年,申诉人收到熟人从东德(DDR)寄给他位于威斯特伐利亚明斯特的住址的一些日报(为了提供参考讯息),其中一个包裹是一份1964年5月8号版的《莱比锡人民日报》。申诉人并未收到这份报纸,因为吕纳堡地区法院命令这份“莱比锡人民日报”退出流通——除了别的原因之外,该报纸违反了数项国家安全条文(《刑法》第90a、第

⁶⁰ 对《基本法》第5.1条信息自由的如此解释是否需要改变,是有争议的。参见Jürgen Bröhmer, *Transparenz als Verfassungsprinzip - Grundgesetz und Europäische Union*, 2004. 赋予信息渠道以及管理该渠道和相关例外情形的信息自由立法,于2005年在联邦层面通过,参见Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz) of 5/9/2005, Official Gazette (BGBl.), Part I, p. 2722, 德语版见<http://bundesrecht.juris.de/ifg/>. 此联邦立法之前就有数个州通过了相关立法。此外还有一些法律是关于环境信息公开的。相应的联邦立法,见http://bundesrecht.juris.de/uig_2005/.

94和第97条)，然后它被海关部门没收了。地区法院决定的理由是，这份出版物来自东德的社会主义统一党（Sozialistische Einheitspartei Deutschlands - SED）。法院认为，邮寄此包裹是为了支持德国共产党（Kommunistische Partei Deutschlands - KPD）的行动；该党受社会主义统一党控制且行为违法，以便将东德盛行的暴力统治和任意专断引入联邦德国。

申诉人直接挑战吕纳堡地区法院于客观诉讼程序中颁发的命令，该宪法诉愿成功。

4. 判决理由选译

C.

I.

宪法诉愿成立。

(1)地区法院发现该报纸的出版和发行违反了命令中提到的法律，并命令没收报纸时，并没有明确考虑到报纸出版者和发行者的表达自由或出版自由。这在宪法上无可厚非。尽管很难从命令中判断该报纸文章中的哪些评论违反了《基本法》，但从说理的语境中可以推断出，地区法院认定该报纸的出版和发行是为了支持德国共产党的行动，该党受控于社会主义统一党，并且行动非法——违反了《联邦宪法法院法》第42和第47条，以及《刑法典》第128、94和90a条。鉴于存在对被禁的德国共产党的组织凝聚力的直接支持，限制表达自由和出版自由是被允许的，因为这样的支持是对该组织的鼓励；在此意义上，宪法并不禁止相关刑法条款的适用（参见BVerfGE 25, 44 [55 et seq.]）。

【459】

假如地区法院将其命令的说理部分而非有法律效力的部分基于《刑法典》第97条（对政府机构的诽谤），这将是无可厚非的。尽管公共意见领域允许一定的尖酸刻薄，但这种性质的攻击所产生的后果可能是无法容忍的（也可参见对保护政治人物免受诽谤的《刑法典》第187a条的合宪性审查，BVerfGE 4, 352 [355 et seq.]）。

(2)然而，地区法院在命令没收时并未考虑到《基本法》第5.1条第1句保护的一项权利的影响：报纸接受者或读者不受阻碍地从普遍可及来源接受信息的权利（信息自由）。依据刑法没收报纸的决定侵犯了这个基本权利，因为它阻断了获取报纸的渠道，而这是最重要的信息来源之一。

当第八次刑法修正案（Strafrechtsänderungsgesetz）起草的时候，有些人认为阻挠公民获取东德报纸的做法并不侵犯他们基本权利（参见Bundestag Dr. Gradl, Stenographic Record of the 177th session of the Bundestag of 29 May 1968, p. 9527; Members of the Bundestag Dr. Güde and Dr. Schwarzhaupt at the 85th

session of the Special Committee of the Bundestag for the Criminal Law Reform of 8 November 1967, Minutes pp. 1698 and 1701)。他们没有认识到，获取报纸是一个双向的交流过程；它受宪法保护不只是因为表达和传播观点的自由，而且还因为信息自由。因此，对该交流过程的侵犯会影响这两个领域。

地区法院援引为判决基础的刑法条款（《刑法典》第86、98.2条）并没有规定强制没收，而是赋予了法院裁量权。这些条款属于《基本法》第5.2条意义上的限制基本权利的一般性法律，根据联邦宪法的判例法，它们必须依据信息自由这项基本权利的重要性来解读，并且要在确保该基本权利蕴含的特殊价值得到保护的前提下来解释（参见BVerfGE 7, 198 [208 et seq.]）。在行使这项裁量权时，地区法院理应在信息自由基本权利所保护的利益和刑法条款所保护的利益之间维持平衡。这需要首先对这项基本权利的内容和范围作出更精准的界定。

II.

(1)1945年以前，德国宪法史上并没有一项独立的基本权利，让公民可以不受阻碍地从普遍可及来源获取信息。这种信息自由首先被规定于数个州宪法之中（例如可参见1946年11月28日的前《巴登—符腾堡州宪法》第11条，1946年12月1日的《黑森州宪法》第13条，二战后1946年12月2日的《巴伐利亚州宪法》第112.2条，以及随后的《基本法》）。《基本法》之所以单独保护信息自由，是因为纳粹政权时代对信息进行限制的经历，包括政府对意见的控制、政府对外国电台广播的禁止以及对文学艺术的封禁。

(2) a)在宪法秩序中，信息自由的地位等同于表达自由和出版自由。它不仅仅是表达和传播观点自由的内在组成部分。这项权利当然也包含对接受观点者的保护。然而，这种保护只以表达自由的形式赋予了表达观点的人。接受者在此只是一个消极的角色。信息自由则不同，它是实实在在地获取信息的权利。此外，信息自由是观点形成的前提，而观点形成是先于观点表达的。只有通过由充分信息源得来的广泛信息，个体和社会才能自由地形成和表达观点。最后，自由的出版业也通过提供广泛信息，让公民可以更便捷地形成观点并作出政治决定。

因此，《基本法》第5.1条第1句规定的信息自由的本质由两个因素界定。其一，是《基本法》第20.1条的民主原则：若没有自由的公共意见和一个尽可能结构良好的公众，民主国家便不会存在。再者，信息自由还关乎《基本法》第1和第2.1条所包含的一个个人因素。从尽可能多的来源获取信息、扩展知识并发展人格，是人类最基本的需求之一。而且对信息的占有对于现代工业社会中个体的社会地位也至关重要。如同自由表达观点的基本权利一样，自由获取

信息的基本权利也是一个自由民主社会的最重要前提之一（参见BVerfGE 7, 198 [208]）。只有通过这项权利，公民才能自主的获取信息这项必要前提，来行使他们的个人和政治义务，从而作出有益于民主的负责任的行动。当公民被信息武装之后，他们就能够认识到政治交流及其对他们生存的重要性，并得出自己的判断；他们分享责任和表达批评的自由也会增长。同样重要的是，信息能让个体熟悉他人的不同观点、进行权衡比较、消除偏见、并增进对他人观点的理解。【461】

国际社会同样重视信息自由，从1945年以来国际上努力推进该自由成为一项独立权利便能看出来。继联合国大会1946年12月14日决议中将信息自由理解为一项甚至包含表达自由的广义权利之后，1948年12月10日的联合国大会将这项原则写入《世界人权宣言》第19条：

人人有权享有主张和发表意见的自由。此项权利包括持有主张而不受干涉的自由，以及通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消息和思想的自由。

1950年11月4日的《欧洲人权公约》第10.1条的第1和第2句话也使用了类似的表述：

人人享有表达自由的权利。此项权利包括持有主张的自由，以及在不受公共机构干预和不分国界的情况下，接受和传播信息和思想的自由。

b)《基本法》第5.1条第1句保护的不只是获取信息的自由，它还同等程度地保护接受信息的自由。《基本法》意在保障个体能够尽最大可能获取信息。个体同样可能不自主地、不经主观行动地从一些来源获取信息。只有拥有信息，才能作出独立选择。这种独立选择的能力是任何获取信息行为的基本组成部分。如果信息自由不能保障信息源起初就对个体开放，这同样会阻碍他们主动作出选择。“自我求知”的行为因此也包含获取信息的纯粹智识过程。当信息通过邮件传递给一个人时，他就已经通过这种方式在“求知”了。倘若此渠道被阻断，辩称由于印刷品从未被收到、从而求知自由没有被侵犯是无法反驳信息自由的诉求的。只有接受到邮件送来的东西之后，一个人求知的欲望才能彰显——这是该权利的本质要求。

c)宪法保护的信息自由仅限于信息来源是普遍可及的情形。【462】

一般来说，信息来源如果在技术上适合也被有意提供给一般大众（未特别指定的一群人）的话，就属于普遍可及来源。因此，报纸和其他大众媒体在本

质上就属于普遍可及的信息来源。即使获取它们的可能性被一些政府措施限制（诸如没收、禁止或进口管制），也不影响它们的普遍可及性。对一个信息来源无障碍获取的限制并不否定它的普遍可及性（同样可参见 Herzog in MaunzDürigHerzog, Kommentar zum Grundgesetz, Article 5 marginal notes 89 et seq.; Lerche, entry under “*Informationsfreiheit*” [“Freedom of information”] in Evangelisches Staatslexikon, 1966, column 785 [786]）。

传播的实质是唯一的标准，而非任何政府规定或命令。

有人认为，普遍可及性可受到政府行为严重影响（Hamann, Das Grundgesetz, 2nd ed., 1961, note B 5 on Article 5; Dürig, AöR, vol. 81, p. 117 [139]; 另参见 Bundestag document [*Drucksache des Deutschen Bundestages - BTDrucks*] IV/2476 p. 34 and Bundestag document V/1319 p. 75）。这种观点同宪法保护信息自由的目标相悖。个体必须能够基于广泛的信息材料形成自己的观点。对这些材料的选择不受政府的影响。信息自由因其与民主原则的关联，还特别允许公民对他们的政府制度形成自己的判断；该基本权利必须受到广泛的保护，以抵抗这些制度的限制。

历史发展对于信息自由这样一个新兴的基本权利来说尤其重要。它同样表明，普遍可及性必须只能凭借客观标准作出判断。《基本法》之所以特别保护信息自由，是鉴于纳粹时期对信息的封禁和限制，是为了保障个体能够从联邦共和国的政府管辖范围以外的来源获取信息。如果一个信息源是普遍可及的，即使它在联邦共和国之外，其普遍可及性也无法被一个合法执行的没收命令所剥夺。

从《基本法》第5条的结构也可得出相同的结论。《基本法》第5.2条“一般性法律”的限制适用于第1款中所有的基本权利。如果政府可以定义普遍可及性并任意限制基本权利的范围，那么第2款规定的限制对于信息自由来说就失去了意义。

【463】 一个普遍可及的信息来源也不因其属于邮件内容的一部分而失去其普遍可及性。在解决普遍可及性的问题时，出版物的整个流通情况而非其单个的一份才是关键。这就是《基本法》第5.1条第1句所说的来源的含义。获得单个一份报纸只是自由获取信息的一种具体表现。

III.

(1)因此，1964年5月8日第126期的《莱比锡人民日报》被地区法院命令没收，但它必须被看成是一个《基本法》第5.1条第1句意义上的普遍可及信息来源。没收限制了申诉人的信息自由。没收令必须被撤销，因为地区法院没有考虑到信息自由的影响。

(2)地区法院必须基于此处阐述的信息自由的意义来作出平衡，并尤其需要考虑以下因素：

a)尽管宪法并不否定一个被没收的出版物违反了刑法条文，但这本身并不意味着信息权利一定要让步。对出版商和发行商的表达和出版自由以及刑法条文所保护的法律利益之间的平衡，涉及对产生危险的行为的判断。另一方面，除非已经提供了信息的普遍可及来源，否则信息自由在这类出版物的案件中也不适用。公民寻求信息的基本权利需要一种特殊的利益权衡，只有信息过程中产生的危险才能证成对个体的限制。从《基本法》的角度看，个体有权形成自己的观点并积极参与公共决策过程。

.....

(3)由于没收令适用的实体法有缺陷，基于《基本法》第5.1条第1句的申诉成立，此案中的没收决定被撤销。此外，《基本法》第2.1条作为审查标准并无疑问（参见BVerfGE 11, 234 [238]）。

这里不需要讨论信息自由基本权利是否需要一种特殊的程序行使，例如提供针对没收令的进一步法律救济与新程序的可能性，或者和当前主流观点认为的可从相关法律条文中推断出来的没收程序相比更广泛征求利益相关者意见之程序。

“侮辱军人案”

BVerfGE 93, 266

1. 译者注解

【464】

宪法法院的这一判决极富争议，也引发了激烈的讨论。此案是一系列案件的集中判决，争议的事实是：一些申请者在公共场合表达他们和平的信仰时，将军人、尤其是德国军人称为“杀人犯”或“潜在的杀人犯”。“杀人犯”（Mörder）在德语中还用于形容触犯德国刑法典中最严重的罪行之一的人。⁶¹被贴上如此标签的现役军人们依据德国《刑法典》第185条（侮辱他人需要受到惩罚）对他们提起刑事诉讼。常规刑事法院认为，将他人称为“杀人犯”

⁶¹ 参见德国《刑法典》第211条：“(1)任何触犯此条规定的谋杀者须被终身监禁。(2)此条规定的谋杀者是指任何基于嗜好、性欲、贪财或其他卑劣动机，以阴险、残忍或危害公共安全的方法或为了实现或掩盖其他犯罪行为而杀人的人”，参见http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html.

（一种极其邪恶的罪人）构成侮辱，并判处了罚金。

法院的论证非常仔细，它承认当某人被称为杀人犯时会感到受到侮辱。然而，法院强调了《基本法》第5.1条的典型重要性，认为需要依据言论自由的重要性来考察那些言论是否可能有不同的理解。这些案子中，所有的军人都被笼统地冠以这样的称号，德国军人只是这个不特定大群体中的一部分：这一事实会降低单个军人受到侮辱的可能。因此，法院基于《基本法》第5.1条的言论自由，推翻了常规法院的所有判决，认为它们违宪。

本判决遭到了很严厉的批评，甚至有人说，由于外国军人被称为杀人犯，此判决违反了国际公法。言论自由同人格权（例如个人荣誉和品行）保护之间的平衡当然是个问题，这占据了很多宪政法院和其他法院工作的一大部分，也产生了很多争议。一个简单的检验就能说明宪政法院的判决是对的。和平主义信仰已经存在数个世纪，而且基于这样一种信念：杀人在道德上是错误的，即使在战争甚至出于自卫的战争时，杀人也不正当。不正当的杀人等同于严重犯罪。如果该前提成立，除非冒着指责他人为罪犯的风险，否则一个和平主义者永远不能表达他的观点。言论自由在这里必须占优，因为限制这样的基本讨论对一个自由的言论自由条款来说是不可接受的。

【465】 1995年10月10日判决，1 BvR 1476, 1980/91 and 102, 221/92.

2.案件事实

这些宪法诉愿涉及刑事法院依据刑法典进行的相关指控，这是由于联邦军队和个体军人受到如下言论的“侮辱”：“军人是杀人犯”以及“军人是潜在的杀人犯”。第一位申诉人（1 BvR 1476/91）在北约军事演习进行的交叉路口，展示了一个写有红色（英文）字样“军人是杀人犯”的横幅。

第二位申诉人（1 BvR 1980/91）在他家乡一所大学举办的联邦军队展览上，散发他撰写的传单。传单写道：

军人难道不是潜在的杀人犯吗？显而易见，军人们是训练有素的杀人犯。“你不能杀人”被改成了“你必须杀人”。全世界都是，联邦军队中也是如此。大规模消灭、谋杀、毁灭、残忍、酷刑、无情、恐怖、威胁、非人道、复仇、报复在和平时期得到练习，在战争中完美实现。这就是军人的行当。全世界都是，联邦军队中也是如此。如果军人履行“他们的职责”，发布命令、服从命令，那么平民将为此买单。军国主义充满杀戮，即使没有武器、也并非战时。这只有一种解决办法：为了和平、裁军和人性，拒绝兵役！抵制军国主义！

一位叫R的军人和联邦国防部长基于此提起了刑事诉讼。地区法院判决申诉人罚金，因为他侮辱了军人和联邦军队。上诉和随后的法律上诉都没有成功。第三位申诉人（1 BvR 102/92）在A博士被“法兰克福军人审判”宣布无罪后写了一封信，登在了报纸上。信中反复引用库尔特·图霍夫斯基1931年说的那句话“军人是杀人犯”。第三申诉人后来说，国防决策和军队总是倾向于战争和被国家合法化的大规模屠杀。他最后宣布与A博士保持一致，并宣称“所有的军人都是潜在的杀人犯”。地区法院和州法院在联邦军人提起的数起刑事指控中对第三申诉人处以罚金，因为他侮辱了每个联邦军人（因而也包括起诉者）。州高等法院驳回了他的法律上诉。第四位申诉人（1 BvR 221/92）与五个其他人一起，出现在一个摩托车展的联邦军队信息看台上。他们中有些人散发传单；第四申诉人和另一个人举起一个横幅，写道“军人是潜在的杀人犯”。还有“良心的抗议者”这几个字在杀人犯这个词的第三个小写字母上穿过。传单痛惜的写道，联邦军队只展现技术的魅力，却对战争的真相保持沉默。传单的另两面有一些武器和战争受害者的照片。

联邦宪政法院推翻了这些刑事指控，并将案件发回刑事法院。判决理由仅包含针对第二和第三申诉人的案件。哈斯法官的部分反对意见也一并收录于此。

【466】

3.判决理由选译

在其被受理的范围内，此案的宪法诉愿是成立的。被挑战的下级法院判决并没有充分考虑到申诉人所享有的《基本法》第5.1条第1句的基本权利。

I.

(1)申诉人发表的那些被认为是侮辱而受罚的言论，受到《基本法》第5.1条第1句的保护。

这条宪法规范赋予每个人使用语言、书写和图像来表达和传播其观点的权利。和事实不同，观点是表达者针对言论对象抒发的主观态度（参见BVerfGE 90, 241 [247 et seq.]）。观点包含了对事实、意见或他人的判断。表达自由的基本权利保护这种个人态度。它独立存在，无论言论是理性的还是情绪化的、是有道理的还是没道理的、是被他人看作有用的还是有害的、有价值的还是没价值的（参见BVerfGE 30, 336 [347 et seq.]）。保护还不止于言论的内容，而是包括其形式。言论以挑唆或有害的方式被表达，并不会将其移出此基本权利的保护范围（参见BVerfGE 54, 129 [138 et seq.]; 61, 1 [7 f.]）。另外，对言论地点和时间的选择也受到保护。一个表达者不只在一般意义上有权让他的观点被知晓，还可以选择特定场合来使他的观点得到最广泛的传播或以最有效的方式被

他人知晓。

申诉人的被认为是侮辱并受罚的言论就属于这种意义上的观点，一直受到[表达自由]基本权利的保护。声称军人是杀人犯或潜在杀人犯的申诉人，并没有说特定的军人曾经杀过人。他们只是表达了一种对军人或者军人这种职业的判断，认为他们在特定情形下迫使他人死亡。刑事法院也认为这是一种价值判断，而非事实声明。

(2)对这些言论的惩罚侵犯了观点自由基本权利所保护的领域。

(3)观点自由基本权利当然不是毫无保留的被保护。依据《基本法》第5.2条，它受到一般性法律条文、保护青年的法律条文以及个人荣誉权利的限制。本案中挑战的判决所依据的《刑法典》第185条，就属于这一类。要支持定罪，该条文必须符合《基本法》并以合宪的方式进行解释和适用（常见的判例法，参见BVerfGE 7, 198 [208 et seq.]）。

【467】

II.

对于《刑法典》第185条，并没有宪法上的有效异议存在。

(1)此刑法条文符合《基本法》第5.1条第1句。

a)该条文主要保护个人荣誉。依据《基本法》第2.1条和第1.1条推导出的一般人格权框架，荣誉本身就享有基本权利的保护。它主要受到观点表达的伤害。因此，《基本法》第5.2条明确规定它可以作为限制观点自由的一个正当理由。这当然不意味着立法机关可以为了个人荣誉利益随意限制观点自由（参见BVerfGE 7, 198 [208]）。在使用《基本法》第5.2条的授权时，需要考虑到这项被限制的基本权利，防止对观点自由过度约束。然而，《刑法典》第193条考虑到了这一要求：它规定为了保护正当利益的言论免受处罚。这一条款在任何依据《刑法典》第185条进行指控时都必须考虑，并已被广泛论述。它因此以一种特殊的方式接受观点自由的影响，并允许对相互冲突的法律利益进行仔细权衡（参见BVerfGE 12, 113 [125 et seq.]）。

b)从《刑法典》第194.3条第2句可以推断，《刑法典》第185条保护的不只是个人。它还适用于执行公共管理职能的机构和部门。此规范不能从个人荣誉的角度来证成，因为国家机构并没有个人荣誉和一般意义上的人格权。然而，《刑法典》第185条保护国家机构的规范依然属于《基本法》第5.2条意义上的一般性法律。这里的一般性法律本身并不禁止某种观点或针对某种观点的表达，只是单纯为了保护某一法律利益而去保护该利益，而并不涉及特定观点（确立的判例法，参见BVerfGE 7, 198 [209]）。这就是《刑法典》第185条的性质。如果缺乏最低程度的社会接纳，国家机构将难以运作。因此，它们原则上必须被保护，使其免于言语攻击对此前提的侵蚀（参见BVerfGE 81, 278 [292

et seq.]）。然而，刑法保护不应使得国家机构免于公共批评——尽管批评可能很尖锐。这是观点自由基本权利所特别保护的。但《刑法典》第193条已经充分考虑到了这个要求，它给了《基本法》第5.1条第1句充分的影响空间。如果《刑法典》第185条被用于保护公共机构而非个人荣誉，它就获得了更高的重要性。

(2)《刑法典》第185条也并非模糊不清，因而不违反《基本法》第103.2条。

III.

【468】

解释和适用刑法是刑事法院的任务。但当刑事法律限制观点自由时，根据联邦宪政法院确立的判例法，必须同时考虑被限制的基本权利，以确保基本权利所保障的价值在适用法律时不被损害（参见BVerfGE 7, 198 [208 et seq.]）。

(1)在规范解释层面，《基本法》第5.1条第1句要求在观点自由的重要性的限制它的法律所要保护的利益之间达到平衡。这要在该法律所定义的框架内去完成。因此，如果对《刑法典》第185条的解释使得它大大扩张了侮辱的概念，以至于超过了保护荣誉或机构的要求（参见BVerfGE 71, 162 [181]），或者没有给观点自由留下足够多的空间，那么它就无法与宪法兼容。类似地，《基本法》第5.1条也禁止对《刑法典》第185条及以下诸条作如此的解释，使得人们不敢使用该基本权利——因为畏惧惩罚而连合法的批评都不敢表达。

尤其当涉及《刑法典》第193条的解释时，必须考虑到观点自由是自由民主秩序的基石（参见BVerfGE 7, 198 [208]）。因此，不仅个人自身发表言论或由于受到攻击而自我辩护时，而且当他参与社会或政治问题的公共辩论时，正当利益都存在。当《刑法典》第185条及以下诸条关于荣誉保护的条款被适用于国家机构而非个人时，这一点就更应被特别考虑到。它们保护的不是个人荣誉，而是确保国家机构拥有公众的认可，以履行它们的职责。如果此目标同观点自由冲突，观点自由的重要性需要被特别重视，因为该权利恰恰源自保护对当局的批评之特殊需要，而且一直非常重要。

(2)对于《刑法典》第185条及以下诸条适用于个人的情况，《基本法》第5.1条第1句要求一方面衡量个人荣誉受到的伤害，另一方面衡量观点自由。在此处，所有关键因素都要被考量（确立的判例法，参见BVerfGE 7, 198 [212]）。这种衡量的结果不能以一般抽象的方式提前决定，因为它与个案的事实有关。但是，判例法中发展出了一系列方法可以为实际中的平衡提供标准。

如果言论侵犯了他人的人格尊严，那么观点自由必须要作出让步。这一艺术自由领域的原则同样适用于观点自由，因为人格尊严是所有基本权利的根基，不能与任何个人基本权利进行权衡。但由于不仅个人基本权利、而且基本

权利作为一个整体都是人格尊严原则的具体体现，因此，当我们说某个基本权利影响了不可侵犯的人格尊严时，需要小心论证。

【469】

同样地，当所涉的贬低性言论在形式上看起来属于侮辱或辱骂时，观点自由的规则要让步于荣誉的保护（参见BVerfGE 61, 1 [12]）。但出于其压制观点自由的效果，联邦宪政法院对专门法院阐释的侮辱性批评进行了限缩。基于此，夸张的甚至粗鲁的批评并不必然使言论变成侮辱。侮辱的主要特征是言论是在诽谤他人，而非争论问题。它必须是对个人的贬低，而不仅仅是争论或夸张的批评。在此基础上，侮辱性批评只有在例外情况下才存在于对公共问题有实质影响的言论，而且更多地出现在所谓的私仇领域。如果一个法院错误地认为一种言论属于形式上的侮辱或辱骂，结果便是放弃了对个案中所有因素进行平衡考虑。这便构成了一个宪法上的实质性错误，并导致其所依据的判决被推翻（参见BVerfGE 82, 272 [281]）。

如果言论既不是对人格尊严的攻击，也不是形式上的侮辱或辱骂，在平衡标准检验之下，这就是一个妨碍受影响的法律利益的严重性问题。但在这里，和主张事实的情况不同，批评是否合理以及价值判断是否“正确”在原则上没有任何影响（参见BVerfGE 66, 116 [151]）。另一方面，必须考虑意见自由是用在了为追求个人利益的私人争辩上，还是用于实质性影响公众的问题上。如果涉及的言论是公共意见的一部分，那么根据联邦宪政法院确立的判例法，言论自由将被预设为受到优先保护（参见BVerfGE 7, 198 [208, 212]）。对此原则的背离需要考虑到意见自由对民主的重要性——这也是此原则的根基。

(3)对言论进行法律评价的一个前提是准确理解言论的含义。如果涉及某言论的犯罪指控没做到这一点，就会导致对合法言论的压制。除此之外，还有一种危险：这样的指控会在一般意义上不利于观点自由基本权利的行使，因为想要表达的人会承担因其言论受到牵强的或站不住脚的解读而蒙受惩罚的危险（参见BVerfGE 43, 130 [136]）。在这些情况下，对于言论合法与否，首先需要确定其含义为何。因此，《基本法》第5.1条第1句不仅要求解释和适用限制基本权利的法律，还要求探究案件中言论的含义。

含义的目的在于交流言论所拥有的客观内涵。这里起决定作用的既不是发言人的主观意图，也不是被言论影响的听者的主观判断，而是无偏见的理性公众对该言论的理解。因此，我们首先要看言论的字面意思。但不止于此。我们还要探究言论的语境，以及它在听众可以知晓的范围内被表达时的具体情形。因此，一般说来，孤立地研究某言论并不满足准确推断其含义的要求（参见BVerfGE 82, 43 [52]）。

【470】

如果明显忽视案件中言论的含义并据此进行法律评价的判决，即违反了观

点自由的基本权利。当法院遇到不止一种含义的言论时，没有确定排除其他含义就采用了支持指控的那个含义，也同样违反了该基本权利。当然，法院不需要去考虑那些既无字面意思支撑也没有语境支撑的牵强含义；也不需要去阐释没有任何现实语境基础的抽象可能含义。然而，倘若言论的字面和语境都没有诽谤的含义，忽视了此事实的刑事指控就违反了《基本法》第5.1条第1句。同样需要考虑的是，许多词语和概念在不同的交流语境下有不同的含义。除了其他的之外，有一种情况是，有的概念在法律特殊术语中和在口语交流中有着不同内涵。因此，如果某言论是在口语环境下说的，却在指控时被解读为它在某特殊专业中的含义，就犯了宪法上的实质性错误（参见BVerfGE 7, 198 [227]）。

尤其在基本权利可能受到严重侵犯（例如刑事判决）时，《基本法》第5.1条第1句对探究言论含义的要求受到联邦宪政法院的审查。联邦宪政法院一直以来都强调了这一点（参见BVerfGE 43, 130 [136 et seq.]; 54, 129 [136 et seq.]; 61, 1 [6, 9 et seq.]; 82, 43 [50]; 82, 272 [280]; 85, 1 [13 f.]）。联邦宪政法院审查的权力并不违背确立的判例法。这是因为，即使在指控言论为犯罪的案件中，联邦宪政法院也只是审查其他法院是否误解了观点自由基本权利的意义和范围。其他事项的处理仍然是专门法院专属的职权。在遇到与言论有关的犯罪时，法院主要审查[被指控者]是否真的表达了相关言论，并审查它的字面意思是什么、是谁说的、以及在什么语境下说的，尤其要审查常规法院的调查是否基于口头审理的整体印象（参见BVerfGE 43, 130 [137]）。少数派判决的内容背离了确立的判例法，无法为放弃长期以来的实践和限制表达观点的基本权利提供正当理由。

IV.

【471】

本案中被挑战的判决并不完全符合这些要求。

(1)没有人会反对法院将描述军人为杀人犯看成是对其荣誉的严重攻击。即使没说某个人确实实施了谋杀，将他与杀人犯相提并论仍然是一种深深的侮辱。如果这样的表达是基于刑法意义上的（也就是使用了《刑法典》第211条关于谋杀的主观要件），就更是如此。如果是口语表达意义上的，也是如此，因为这同样将一个人描述为以道德不正确的方式毁灭（或打算毁灭）他人的生命。这是一种谴责，贬低了那个人在周围人眼中的地位。如果指责不是形容偶尔的行为、而是指向整个职业，就更是如此。

但法院并未充分证明其惩罚所依据的言论确实有这个含义。法院必须调查这些言论是否有其他含义，即其他刑事责任更轻的含义。否则，发言者就要承担其言论中并不含侮辱但却受到惩罚的危险。法院不能只考虑言论中被刑法认

定有罪的部分，而对其他可能的含义视而不见。法院必须同时考虑到具体情境，即言论所面向的听众的理解。这首先包括言论的语境，还包括言论的外部情况。

在当前的案件中，除了法院认定的理解（即联邦军队的军人等于刑法上或口语意义上的谋杀者，这意味着他们可以对他人作出特别卑劣的行为），还有其他可能的含义。这主要是源自两种情况。

首先，根据字面意思，申诉人的言论描述的是一般意义上的军人，毫无例外，而不是指单个军人或者联邦军队的军人。即使联邦军队偶尔被提到，这也是为了说明这种关于所有军人的言论同样适用于联邦军队的军人。这样的情况让人思考，是否该言论只是反对军旅生活或军事生涯；而且谴责它们是因为它们涉及残酷的杀戮、并影响到平民。从其本意来看，申诉人主要使用人格化的“杀人犯”、而非去人格化的“杀人”这样的词句，并不能排除这种含义。这是因为，即使用了“杀人犯”这个词，也不必然是在指责某个具体的军人犯了严重罪行或有严重犯罪意图。发言者或许只是以一种特别挑衅的方式，呼吁大家关注这样的事实：战争中的杀戮并不是非人格的事件、而是人的双手执行的。因此，我们并不能在一开始就排除这种可能：该言论的用词是为了唤醒服兵役者和军人对这些被谴责事件整体的个人责任感，并呼吁他们成为有良心的反对者。

【472】

其次，正如第二、第三和第四申诉人的情况那样，声称军人是杀人犯或潜在杀人犯的言论是在一个宽泛的语境下说的：第二申诉人用的是传单，第三申诉人用的是读者来信，第四申诉人用的是传单、横幅并同时联邦军队站台散发。它们主要关心的是对军人和平民的生活的毁灭，并将此看作是维系军队和准备战争（无论是侵略还是防御）的公认结果。另一方面，这里的批评并不是针对特别可谴责的个人行为或军人的道德缺陷。从被定罪的言论的语境看，没理由认为那些言论将军人等同于满足《刑法典》第211条意义上主观要件的谋杀者。

(2)再者，法院在特定情形下，即使贬低性言论既没有指名道姓也看不出是在说特定的人，却在不针对个人的情况下描述了一个集体，将其看作是对集体中成员的个人荣誉的攻击也不违反宪法。

《刑法典》第185条保护免受攻击的个人荣誉，并不能从纯粹个人的角度去理解，从而脱离了他所处的集体关系。一个个体处在超越他个体性的多重关系之中，有些是他自由选择的，有些是他并未参与却必须要接受的。基于此，他必须面对那些对于他的角色和行为的期待。他也或多或少地被周围人用他所属的集体或他所扮演的社会角色来认识他。在这些情况下，他的社会声誉不只

取决于他的个人品质或行为，还取决于他所处的群体或所供职的机构的特性或行动。因此，对集体的贬低性言论同样会影响其成员的荣誉。

在针对集体的贬低性言论的案例中，有两件事之间的界限很难划清。一个是对个人荣誉的攻击——个人荣誉受《基本法》第2.1条和第1.1条的保护，因而也属于《基本法》第5.2条可以正当限制观点自由的事由。另一个是对社会现象、国家或社会制度以及社会角色或角色预期的批评——《基本法》第5.1条第1句保障其自由行使。因此，惩罚此类言论必然包含过度限制观点自由的风险。因此，有些国外法律体系，尤其是盎格鲁萨克逊国家的法律，完全不承认集体侮辱，只惩罚有意或明确针对个人的荣誉伤害（例如可参见Robertson/Nicol, *Media Law*, 3rd edition (1992), p. 57）。

这里不需要决定《刑法典》第185条是否可以如此解释，《基本法》并不要求对荣誉保护条款作如此限缩的解释。但当《刑法典》第185条适用于针对集体的贬低性言论时，必须查明这些言论是否真的贬低了群体中个体成员的“个人”荣誉。尤其必须注意该条不能被扩大适用，以至于压制了观点自由特别保护的、针对政治社会现象或制度的批评言论。刑法学理论也同样强调这一点。【473】

法院依据了联邦最高法院（Bundesgerichtshof）关于贬低军人言论的一个判决（参见BGHSt 36, 83）。在该案中，联邦最高法院论证，帝国最高法院（Reichsgericht）关于集体侮辱的定罪要求是集体必须界限清晰且容易被识别，这并不满足法治对定罪的限制要求。因此，联邦最高法院还要求贬低性言论必须指向一个集体中所有成员都共享的特征。根据此判例法，如果是部分成员拥有、但其他成员没有的品质，对其攻击并不会减损每个个体成员的个人荣誉。对于每个听众来说都很清楚的一点是，当某（针对集体的）言论并未有意针对每个成员、某些个体也没有被提到时，就不会有人受到该言论的侮辱。

联邦最高法院显然认为，即使界限清楚了，仍然会有一些大型集体的成员会被认为受到了贬低集体的言论的侮辱。为了防止此事，联邦最高法院坚持这样的观点：当贬低性言论针对的集体是如此之大，以至于个体难以被识别的时候（例如所有天主教徒或新教徒、所有工会成员、或所有女人），它并不影响集体中每个个体成员的个人荣誉。刑法理论也这么认为，否则对刑事犯罪的必要限制就会被牺牲。

该解释考虑到了观点自由。《基本法》第2.1条、第1.1条和第5.2条保护个人荣誉。被贬低性言论针对的集体越大，其个体成员被影响的程度就越轻。这是因为，针对大型集体的指责，往往并不是因为其个体成员不适当的个人行为或品质，而是由于在发言者看来，该集体及其社会功能存在过错，并且对其成

员的行为要求不当。因此，天平的一端是指名道姓的（或者可以被识别到个人的）侮辱一个人，另一端是针对人的品行的指责，或者对社会制度或现象的批评——这些言论并不能够影响到个体的个人荣誉。

【474】当贬低军人的言论针对世界上所有的军人时，这些考虑同样适用。另外，宪法允许刑事法院将联邦军队的（现役）军人看作一个足够容易被识别的集体。因此，当某言论针对的是联邦军队中每个成员都明显具有或通常具有的特性时，它就会对其每个个体成员构成侮辱。

没有对作为言论客体的军人进行界定，仅仅因为联邦军队的军人是军人这个整体的一部分，就将贬低性言论特别适用于他们，是前后矛盾的。由于所有大型集体都可以被分为小的群体，适用该理论甚至会让完全不特定的无辜言论变成针对个人的有罪侮辱。此时，联邦最高法院基于法治对定罪的限制实际上再一次被废除。

这种矛盾也与宪法相关。观点自由只有为了保护个人荣誉的必要才能被限制，针对无法轻易识别的大型集体的贬低性言论并不能影响它。因此，依据刑事法院的观点（在宪法上并无不妥），针对此言论的惩罚构成了对《基本法》第5.1条第1句的不当限制。如果有人贬低一般的军人、却因为侮辱联邦军队的军人而受到惩罚，仅仅证明联邦军队的军人属于军人是不够的。还必须证明，即使言论提到的是军人，但实际指的却是联邦军队的军人。这种对语言形式和客观含义的偏离并非完全不可能。但法院必须指出这种理解在哪些情况下会出现，即使它无法从言论的字面意思中辨别。如果没有的话，这种惩罚就违反了《基本法》第5.1条第1句。

(3)最后，法院在平衡观点自由和荣誉保护时，倘若案件所涉的言论并没有对问题讨论有广义上的贡献、而是主要在诽谤他人，那么宪法允许法院在此时偏向荣誉保护。这符合联邦宪政法院关于辱骂性批评的判例法。

但这里的前提是言论确实属于辱骂性批评。法院主要参考了一个巴伐利亚州最高法院的判决（NJW 1991, p. 1943）来作出预判，该判决涉及一个非常类似的关于军人的言论。诚然，该判决准确地再现了宪法判例法中的辱骂性批评原则；但它并未充分依据此原则来指导法律的适用。宪法判例法所阐释的狭义的辱骂概念（考虑到观点自由）同样不能支持少数派法官的判断。

【475】辱骂的特点是对个人的侮辱，并迫使客观问题完全被搁置。然而，对于申诉人们来说，其言论显然是在争论一个问题，即战争、兵役和其相伴随的杀人是否是道德正当的。这从第二、第三和第四申诉人被定罪的言论的语境中可以看出——法院在判断它们是否属于辱骂性批评时必须考虑这些语境。对于第一申诉人来说，他使用的“谋杀”（而非“谋杀者”）一词以及相应的语境至

少也指向了这一点。备战和和平的冲突是一个影响公众的重要问题，以至于言论自由被推定为优先受保护。在此情况下，法院需要论证，在实际言论中，即使考虑到具体语境，对问题的争论也被诽谤他人所淹没。

但这一问题没有疑问，因为根据字面意思，那些言论并没有提到特定的人，而是无差别地描述所有军人。当然，即使是针对大型集体的贬低性言论，并非不可能的是，有时它的主要特征也是诽谤个人。这尤其在这种情况下成立：当言论从一些民族、种族、生理或智力特征中，推导出某一群人以及其中的每个成员都是低贱的。但通常来说，只有关于特定的人或人的集合的言论才会被认为是辱骂性批评。在联邦宪政法院和联邦最高法院的判例法中，这个概念只有在这个意义上被使用过。另一方面，假如问题是关于一群由某个特定社会职能结合在一起的人，那么就要假定言论并不具备诽谤他人的特点，而是关于那群人所从事的活动。这种言论会伤害荣誉，但它不属于辱骂性批评的范畴，这样一来，考虑案件各种因素、与观点自由的利益进行实际权衡就变得多余。

我们不同意少数意见，不能因为只要言论涉及军人就需要不同的衡量。特别是军人服兵役、受到国家征召并因此必须服从，但这些特性并不使他们的个人荣誉比平民的更值得保护。没有哪条宪法原则要求服从义务要受到荣誉加强保护的补偿。被辱骂者有权要求国家对其荣誉提供保护是宪法保护人格的产物，而这是所有人同等享有的权利。当然，这种保护并非意味着证明相关言论伤害了荣誉或具有辱骂性是不必要的，而是以此证明为前提。

V.

【476】

以下内容适用于那些被挑战的个案判决：

.....

(2)案件1 BvR 1980/91

a)根据地区法院的判决，申诉人的言论表达了这样的观点：“每个军人都是训练有素的杀人犯，丧心病狂的去杀人”。法院除了考虑了传单的可能解读之外，没有进一步解释这样的解读是基于什么。相反，它表示申诉人自己的解读是“无关紧要的”，因为除了法院理解的以外，该言论不会有其他意思。然而，申诉人写的传单本身为其他解释提供了线索。它确实在形容军队的训练目标时使用了“杀人犯”这个名词，但在形容军人的行动时，立马用回了“杀”这个动词——德语中并没有一个对应它的名词。因此，杀人犯这个概念在口语中很常用，甚至可以用来指代不满足《刑法典》第211条谋杀罪要件而杀人的人。后面的文字提到了“军人行当”和“军国主义”，也表明申诉人有可能并未指责军人在丧心病狂的杀人，而是揭露军事训练和战争行为的可能

后果。

法院没有解释，此言论在何种程度上指向了军人R（提起刑事指控的人）——作为联邦军队的一员，而非只是关于所有军人（这样的集体难以被识别，因而不影响他的个人荣誉）。

主张申诉人的言论贬低人的尊严并逾越严厉批评和言语诽谤之间的界限，就剥夺了对其正当利益之保护。这两个主张都没有理由。法院因此规避了对观点自由和荣誉保护的必要权衡。

对于此言论不仅侮辱个体军人而且侮辱整个联邦军队的假设，法院仅仅在论证中承认了联邦军队具有被侮辱的资格。但它并未解释联邦军队实际在多大程度上被侮辱，也没有论证为什么其声誉受到的损害比观点自由受到的压制更严重。

【477】 b)州法院同样不关心对该言论的解释，而是满足于以下认定，即申诉人对他自己提出的问题——军人是否是潜在杀人犯——给出了肯定的回答。州法院确实在细节上重复了申诉人对自己言论的理解，但并未深入探究之。

与地区法院不同的是，州法院确实解释了该贬低性言论是如何提到联邦军队军人以及提起刑事指控的军人R的。这可从如下事实推断：在传单的文字中，联邦军队在短语“在联邦军队中”两次被明确提及。但传单的文字并不支持这种解读。州法院忽视了这样的事实：这两次被提及都是关于军人和军人行当的一般性言论。这些言论的普遍适用性可以从申诉人两次在“也在联邦军队中”后面紧接着使用“世界范围内”看出来。因此，法院需要解释为什么这些言论不是指世界上的所有军人、而是指联邦军队的那些军人。

州法院拒绝保护正当利益，因为它在认定言论构成侮辱时始终将观点自由屈从于人格保护。在它的说理中，对军人声誉的保护占据了主导地位，因为谋杀被认为是丧心病狂的杀人。因此，将军人等同于谋杀者的言论，并不会因为言论扩张到世界上所有的军人、以及添加了“潜在”这个词，而得到实质性的责任减轻。然而，传单的全部内容及其传播的动机使我们必须考虑，它是否包含对个人的诽谤，抑或是仅仅参与了广义的公共讨论（一般来说，这种情况就排除了辱骂性批评的假设）。

州法院认定联邦军队整体受到侮辱的判决缺乏根据。

c)受理法律上诉的法院判决有着和上诉法院判决一样的缺陷。

(3)案件1 BvR 102/92

a)州法院的判决中没有解释案件所涉言论的含义。州法院仅仅假定了这属于对荣誉的侮辱。

另一方面，法院明显在法律上重视并调查了申诉人的这项抗辩：他的言论

提到的是世界上的所有军人，这个群体由于难以被轻易识别、从而无法被侮辱。但法院反驳了这个观点，因为申诉人在读者来信中宣称与法兰克福军人审判中被指控的A博士站在一起，而此人在言论中说每个军人都是潜在杀人犯时，也提到了W上尉（当时在场），因为W也是个军人。申诉人针对联邦军队军人的言论并非从此而来。除了这一事实之外，其他方面的理由也不能支持州法院的论断。如果某贬低性言论提到了世界上所有的军人，而且只是由于个体军人是前者的一部分才提到他们，这些个体军人就不能被更准确地识别。假定该言论不是覆盖世界上所有的军人、而是特指联邦军队的军人，同读者来信的文本不符，因此需要额外的证据。【478】

州法院忽略了观点自由和荣誉保护之间的平衡，而是断定这属于辱骂性批评问题。它的判决没有对此单独说明理由。相反，它只是重复了巴伐利亚州最高法院的考虑，并且表示无需更多解释。州法院对它阐释的原则也未作细化。但是由于案件所涉言论的语境，辱骂性批评的假设在此案中并不成立。显然，对发言者来说，问题在于对军队的支持和对战争杀人的积极准备。他在表达时是否考虑到荣誉保护的要求，必须要在实际案件中通过平衡来加以阐明。

州高等法院的判决同上诉判决有着相同的缺陷。

VI.

如果法院在四个案件中的任何一个考虑到言论的其他可能和自然的解释，考虑到针对世界上所有军人和针对联邦军队军人的贬低性言论的区别，并合宪地使用辱骂性批评的概念，它就会得出不同的结论。被挑战的判决必须都被推翻并发回。但这不等于宣布申诉人无罪，也不等于宣布对个体军人或特定军队成员的侮辱（例如“军人是杀人犯”的言论）是被允许的。我们要求的是，实际言论必须被重新审查，并考虑前面解释过的《基本法》第5.1条第1句的要求。

针对第一、第三和第四号宪法诉愿，本院以5比3作出判决；针对第二号宪法诉愿，本院以全票作出判决。

哈斯法官的异议：

【479】

我不同意审议庭多数意见，不认为巴伐利亚和科布伦茨州最高法院以及州地区法院（最后一级审查事实的法院）的判决是违宪的。申诉人享有的《基本法》第5.1条的基本权利并没有受到侵犯，观点表达的自由需要受到个人荣誉权的限制。

(1)初级诉讼程序的法院根据其调查，对事实作出了正确的法律衡量。也就是说，“军人是杀人犯”或“军人是潜在杀人犯”的言论包含了对联邦军队军

人的负面价值判断；考虑到口语表达的内容，该言论没有其他解释。这在宪法上并没有问题。

原则上来说，立场是这样的：阐明和衡量案件的事实是专门法院的职责。根据确立的判例法，联邦宪政法院在宪法诉愿程序中，只是在很窄的范围内审查其他法院的判决。尤其要考虑到，一个案件事实的查明、衡量以及对常规法律的解释和适用属于享有一般管辖权的法院的职责，联邦宪政法院无权审查（参见BVerfGE 18, 85 [92 et seq.]; 22, 93 [99 et seq.]; 30, 173 [196 et seq.]; 42, 143 [148]; 76, 143 [161]; 82, 6 [11]; 89, 276 [285]）。联邦宪政法院强调过它相对于其他司法机关的特殊职能和地位。宪政法院一直强调，当案件事实的衡量对宪法判决起决定性作用时，它不能像一个上诉法院那样，用自己个案事实的衡量代替适格的[常规法院]法官的判断。

我无法认同审议庭用另一个标准来审查对言论的解释，以及它有时对案件进行的“全面”宪法审查。我同样不能认同它要求事实裁判的法官必须从数个可能的解释中，挑选出一个最“确信”和“毫无疑问”的。“确信”（谁的确信？）不是一个宪法标准；“毫无疑问”也不能作为衡量言论的要求，因为对言论的理解有其自己的规律，不只是基于逻辑。最后，如此宽泛的审查标准使得联邦宪政法院获得了如同事实裁判法官一般的广泛解释权力。它还干涉了保留给特别管辖[法院]的决策领域：这些法院由于拥有特别的解释机会尤其是口头庭审中的调查，从而与具体案件更加接近。这种做法受到越来越多的批评（参见Bertrams, DVBl. 1991, p. 1226; Herdegen, NJW 1994, p. 2934; OLG Mamborg, NStZ 1994, p. 406）。我们并不清楚什么样的特殊条件才能证成甚至要求更仔细的审查。《基本法》第5.1条的宪法审查依赖案件事实结果的审查这个理由并不充分，它对其他基本权利也同样适用。这里如同其他地方一样，宪政法院的审查必须仅限于对具体宪法条文的违反。诚然，专门法院是否注意到对解释事实来说很重要的情形、是否依据宪法的指引进行了考虑和权衡，在宪法诉愿中是可以受到联邦宪政法院的审查的。然而，专门法院的法官是否在各个方面都准确解释了一个模糊的言论，并不是宪法的问题。因此，我不认同审议庭多数的这一观点：联邦宪政法院可以审查专门法院是否考虑到了它所想到的所有可能解释。

【480】

(2)专门法院在考虑了他们查明的事实之后，认为“杀人犯”的概念含有极其负面的价值判断，这完全可以理解。即使基于审议庭多数的观点，这种解释也无可厚非。在口语中，“杀人犯”这个词通常指一种有着特别负面形象的罪犯。杀人犯是最令人厌恶的罪犯。并没有明确的其他解释可以减轻杀人犯这一指控给荣誉带来的深深伤害。即使是审议庭多数也无法给出一个足以打动无偏

见的客观观察者的解释。案件1 BvR 1476/91中的“杀人犯”一词传递着这样的信息：军人既是行凶者又同时是受害人——这种解释看起来很难成立；不过这并不重要，因为无论如何，该解释也将军人等同于杀人犯。最后，言论在每个案件中的整体语境也不允许有其他解释。对1 BvR 221/92案件中的申诉人来说，很多人都能看到的横幅上的歧视性信息并没有针对传单读者作出语气上的缓和。无论如何，传单内容都不应在此被考虑。这是因为专门法院并没有认定（而且根据所有生活经验也无法认定），所有的横幅读者都知道传单的内容。专门法院不能根据没有被认定的事实来作出解释。

如果言论中没有表达出来，发言者内心的想法对于解释“杀人犯”概念来说便不重要。首先，我们讨论的是他实际说了什么；这里的决定性因素是其客观含义：一个普通观察者，作为言论的听众，在他听到的那个时间点是如何理解该言论的。因此，不像审议庭多数所认为的那样，申诉人想要通过语言来唤醒个人责任的良心这一可能意图并不能影响言论的真实内容。这是因为这种意图并不能改变他所选择的语言的内容和含义。除此之外，对该意图的考虑必须建立在专门法院相关调查的基础上；比如说，案件1 BvR 102/92便缺乏这种调查。

(3)法院查明了如下事实：伤害荣誉的言论明确（或根据整体语境来看显然）提到了联邦军队的军人。基于此，法院同样可以断定，联邦军队的军人（因此也包括部队中的每个成员）都是该言论的对象。审议庭多数关于集体诽谤的论点在多大程度上成立，这里不需讨论。无论如何，审议庭多数对联邦最高法院判决（以赞成的方式引用，BGHSt 36, 83 [87]）之理解是，除了集体需要被轻易识别外，还必须有一个特性是该集体中所有成员都具备的，但是这一理解存在质疑。

【481】

(4)申诉人的言论表达并不属于自由表达观点权利的范围（《基本法》第5.1条），该权利受到个人荣誉权之限制。受到挑战的法院判决并没有明显误判该基本权利的意义和范围。

专门法院判断，把军人比作杀人犯的贬低性言论侵犯了一般人格权（《基本法》第1.1和第2.1条），而非人的尊严（《基本法》第1.1条）。我们或许需要考虑，指责某人为杀人犯是否质疑了他的道德价值，并因此实际上影响了他人的人格本质。无论如何，专门法院解决观点自由和荣誉保护的方式并不违宪。依据联邦宪政法院的判例法，在辱骂性批评的情况下，观点自由通常要让步于荣誉保护（BVerfGE 82, 43 [51]及其中更多文献）。当贬低性言论占据主导时，我们总是假定辱骂性批评是存在的。据此，仅仅提到一个有争议的问题（并可以被听众识别）并不能排除辱骂性批评的存在。专门法院权衡了个案的

各种事实情形——这是它们的职责，并得出这样的结论：辱骂军人压倒了其他的事实，以至于对客观争论的同时关切居于次要地位。假如像申诉人在案件1 BvR 1476/91中那样，除了横幅的字面诽谤意义之外没有其他因素，路过的观察者便看不出对客观问题争论的确定或唯一可确定的关切，这就显然成立，无需任何特殊理由来支持它。同样，根据此观点，专门法院在另外两个案件中的权衡也无可厚非。

《基本法》明确将个人荣誉作为观点自由的一项限制，并非偶然。即使没有这样特别的强调，作为人格的表达和人的尊严（依据《基本法》第1.1条，所有国家权力都必须保护和尊重）的结果，个人荣誉权是如此的重要，它尤其给公共言论设定了界限。对于制宪者来说，这还不够。通过《基本法》中对观点自由的限制，制宪者还强调要防止政治观点的冲突溢入私人领域。由于直到制宪时，各方都认为对荣誉的保护仍然不够（考虑到魏玛共和时期的经历），个人荣誉权被作为观点自由的明确限制写入1949年的《基本法》。一种名副其实的荣誉保护基础自此建立了。在国会委员会（Parliamentary Council）审议的自始至终，荣誉保护都没有争议。当年不证自明的东西直至今今天仍然值得注意。在政治意见形成过程中放弃个人诽谤只会促进该过程，因为它提升了政治讨论的文化。

这一点对于提到德国军队成员的公共言论更加适用，因为这些军人履行的是宪法规定的义务：尽其所能保卫国家。他们冒着生命危险，替平民承担战争的残酷，并保卫平民的生命——同样也保卫那些贬低他们的行动并在公众面前丑化他们的人。法律在要求年轻人履行兵役、服从指挥的同时，必须在这些履行义务的人因为军人身份而受到侮辱并被当众称为杀人犯的时候，为他们提供保护。这里的问题并不是构建一种特殊的“军人荣誉”。问题在于一个不证自明的简单事实：如果宪法不想失去其信誉的话，就不应对那些遵从其命令并仅因此而被攻击的人置之不理。保护和服从之间的关系属于法律秩序的基本原则。我们不能也不应不考虑这一点。

（二）大屠杀背景下的《基本法》第5.1条

1. 译者注解

文明整体性崩溃的历史创伤记忆是大屠杀（Shoa），即针对犹太人口的有意灭绝，以及针对其他少数群体的有意灭绝，无论是民族的或其他的（例如罗姆人、同性恋、残疾人、共产党员以及德国境内的其他反对者）。这个问题在言论自由领域持续产生争议。《基本法》是一部创设于纳粹极权恐怖统治阴影

之下的宪法，“言论自由”条款成为主要争议领域并不奇怪。下面列出的四个判决面对的是相同问题的几个不同方面。人们如何充分调和言论自由保护和残酷历史事实赋予的德国《基本法》上的特殊责任呢？

在奥斯维辛谎言（Auschwitz-Lie）判决中，法院处理的是言论自由在这一情形下的范围：有人否认大屠杀的发生，尤其是认为与无辜的波兰小镇奥斯维辛相关的集中营根本没有对犹太人为主的囚犯实施工业式屠杀。某些修正主义“史学家”支持这类观点，最有名和最臭名昭著的或许是英国史学家大卫欧文。德国刑法禁止所谓的“奥斯维辛谎言”，并给予大屠杀否认者最高五年的监禁或罚金的处罚。

【483】

此案涉及一次英国史学家欧文的室内见面会，极右翼组织者违反了相关法律要求。慕尼黑市要求组织者确保德国刑法典（尤其是《刑法典》第130条）规定的犯罪活动不会发生，而且在发生时采取积极行动。除其他的以外，组织者还被告知，否认大屠杀是刑法所禁止的。⁶²

宪法法院认为这是对言论自由的正当限制。法院注意到，言论自由的范围主要包括观点，而非事实。难点在于观点和事实的区分，因为观点通常是基于事实判断的。对于否认大屠杀本身，法院将其看作是对事实的否认，而事实判断不属于《基本法》第5.1条的保护对象。只有在该否认是属于广义的表达观点的情形下，才有可能受到保护。法院还认为，这种否认侵犯了大屠杀受害者的人格权，而人格权保护是《基本法》第5.2条明确提到的对通信自由的可能限制。

各种形式的“仇恨言论”是否以及如何与言论自由保护共存产生了许多争议——不只在德国，⁶³而且在其他欧洲国家，似乎可以作为和美国的自由放任原则的一个对比。斯特拉斯堡的欧洲人权法院（ECtHR）的司法哲学是欧洲通信自由法律框架的一个重要基石，它一贯认为，其成员国没有依据《欧洲人权公约》（ECHR）第10条接受这类言论的义务。⁶⁴

⁶² 《刑法典》第130条（煽动仇恨）笼统地禁止各种形式的“仇恨言论”，规定于第130.3条，可参见（德国）《国际刑法典》（非官方英文翻译见<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>）以及尤其是第6节，在“纳粹规则”下规定了种族灭绝、否认或轻视种族灭绝行为的犯罪，见第130条，http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1246（最后访问于2019年8月27日）。

⁶³ 参见 Winfried Brugger 的介绍性文章，The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part I), 3(12) German Law Journal 2002, E10, doi:10.1017/S2071832200015698 and Part II, The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law (Part II), 4(1) German Law Journal 2003, 23-44, doi:10.1017/S2071832200015728.

⁶⁴ 例如可参见 ECtHR [GC], Appl. No. 64569/09, 16.6.2015, Delfi AS v. Estonia, <http://hudoc>.

【484】 区分不受保护的煽动性“仇恨言论”和受保护的言论是困难的，其他三个案件展现了这种困难。本质上，宪政法院想要确保，不会有对于右翼极端言论的全面禁止，从而使整个信仰结构变得非法。在最近的判决中，法院强调了《刑法典》第130.3条的标准：言论必须“能够扰乱公共治安”。这可以联系到宪政法院的文西德尔 / 赫斯（Wunsiedel/Hess）案判决。在该案中，法院仔细分析了《刑法典》第130条的本质，以及它如何同正当限制言论自由的法律术语相匹配。⁶⁵下级法院在适用刑事处罚时，必须确保并证明，被处罚的并非言论本身，而是言论对公共治安的负面影响。⁶⁶在Netzradio-Germania案的判决中，宪政法院无法找到与扰乱公共治安之间的联系，因而宪法诉愿成功了。在同日发布的否认大屠杀案的判决中，宪政法院承认了扰乱公共治安的可能，因为这种否认被直接和有意地与对犹太人群和机构修正“错误”历史的号召结合在一起，因此间接地以常用形式指责和控诉了受害者。⁶⁷

德国宪政法院和欧洲人权法院的路径是正确的。言论自由从来都不是绝对的。诽谤、污蔑和中伤一直被认为是对它的限制，唯一的问题是如何平衡这些例外和言论自由保护——这对于任何民主制度都至关重要。对于公共治安来说，很难发现有比此更严重的冒犯和攻击：告诉那些失去家人、亲戚和朋友以及亲身在集中营受苦并幸存的人（尽管现在能亲述自身经历的已经不多了），他们的苦难是想象出来的、从未发生的。

echr.coe.int/eng?i=001-155105, 第136段：“再者，本院曾判决，依据公约第17条，不符合公约宣称和保护的价值言论，不受第10条的保护。法院审查过的此类言论包括否认大屠杀、为亲纳粹政策辩护、将所有穆斯林同严重恐怖活动联系在一起以及将犹太人看作俄国罪恶之源的言论……”。

⁶⁵ 尤其是《刑法典》第130条是否是《基本法》第5.2条意义上的“一般性法律”，参见 Wunsiedel Assembly/Hess Memorial - BVerfG, 4.11.2009, 1 BvR 2150/08, http://www.bverfg.de/e/rs20091104_1bvr215008en.html, paras. 30 et seq.

⁶⁶ Netzradio Germania - BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 2083/15, http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr208315en.html, paras. 17, 23.

⁶⁷ “否认大屠杀案”，BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 673/18, http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr067318en.html, para. 35.

“奥斯维辛谎言案”

BVerfG, 13.4.1994, 1 BvR 23/94

http://www.bverfg.de/e/rs19940413_1bvr002394.html (德语版)
(BVerfGE 90, 241)

【485】

2. 判决概要

本案的核心争议如下：将《集会法》（Versammlungsgesetz - VersG）第5条第4款适用于否认犹太人被迫害的集会，是否违反了《基本法》第5.1条第1句。

依据联邦宪法法院法24条，第一庭于1994年4月13日作出判决 - BvR 1 23/94.

3. 案件事实

申诉人是一个NPD的地方组织，他邀请了大卫欧文（被广泛认为是极右翼修正主义史学家）出席一个研讨会；对申诉人拥有管辖权的地方有关部门援引《集会法》第5条第4款，批准了这个活动，但有一个条件：必须采取适当措施，确保讨论中不得否认或质疑第三帝国时期犹太人被迫害的事实。有关部门要求活动一开始就要宣布，这种讨论是违法的，并会被立即禁止；必要时，会议将被终止，或者户主权利（householder's right）将被援用于终止该活动。有关部门觉得有必要采取这些措施，因为有理由相信活动中会发生《刑法典》第130/185/189和194条禁止的犯罪行为。针对这些条件的行政上诉被驳回。

联邦宪法法院认为本案的宪法诉愿显然不成立，将其驳回。

4. 判决理由选译

B.

II.

被挑战的判决并不违反《基本法》第5.3条第1句。

(1) 《基本法》第5.1条第1句保护每个人自由表达和传播其观点的权利。

a) 这些判决必须主要依据该基本权利进行审查。申诉人挑战的有关部门规定的条件当然同某个公共集会有关。然而，这里的问题在于申诉人作为活动发起人，可能既未表达也不容忍的具体言论。对这些条件的宪法审查主要取决于这些言论是否合法。宪法上不禁止的言论也不会构成《集会法》第5.4条上限制集会措施的理由。但解决此问题的标准不是来自集会自由的基本权利（《基本法》第8条），而是来自表达自由。

【486】

b)《基本法》第5.1条第1句保护的基本权利适用于观点。表达和传播自由与观点有关。观点反映了一个人同她/他言论之间的主观联系（参见BVerfGE 33, 1 [14]）。观点的一个标志性要素是采取和持有某种立场（参见BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]）。在此意义上，观点不能被证实或证伪。无论这些言论是成立的还是不成立的、情绪化的还是理性的、有价值的还是无价值的、危险的还是无害的，都受到基本权利的保护（参见BVerfGE 33, 1 [14-15]）。基本权利的保护还延伸到言论的形式。观点的表达不因为其形式是刻薄的或伤人的就失去其基本权利的保护（参见BVerfGE 54, 129 [136 et seq.]; 61, 1 [7]）。

因此，唯一的问题在于，表达自由是否以及在何种程度上被《基本法》第5.2条限制。

另一方面，事实陈述并不属于严格意义上的观点表达。与观点不同，事实陈述中处于突出地位的是言论和现实之间的客观联系。在此意义上，其内容的真实性可以被验证。不过这并不意味着事实陈述会被自动排除在《基本法》第5.1条第1句的保护范围之外。由于观点通常建立在事实上或者是对事实情况采取的立场，事实陈述也受到该基本权利的保护；至少当它们是观点形成的前提的时候，《基本法》第5.1条作为一个整体保护它们（参见BVerfGE 61, 1 [8]）。

结果便是，当事实陈述不再对观点形成作出宪法所要求的贡献时，就不再受到保护。基于此，不实的信息不含有值得被保护的利益。联邦宪政法院在其确立的判例法中一贯认为，被证明为不实的、有意作出的虚假事实陈述不受表达自由保护（参见BVerfGE 54, 208 [219]; 61, 1 [8]）。然而，在确立何为真实这一标准时不能牺牲表达自由、使得合法言论也因畏惧惩罚而受到压制（参见BVerfGE 54, 208 [219-220]; 61, 1 [8]; 85, 1 [22]）。

【487】当然，要区分事实陈述和观点表达是困难的，因为两者经常互相联系，而且只有放在一起才能形成有意义的言论。在这些情况下，只有当含义不被曲解时，才允许将言论的事实部分和主观部分分开。当这不可能做到时，整个言论必须被认为是在表达观点、并受到表达自由的保护；这是基于该基本权利所有有效保护的利益，否则就会有严重削弱该基本权利保护的危险（参见BVerfGE 61, 1 [9]; 85, 1 [15-16]）。

c)然而，表达自由的保护并不是毫无保留的。依据《基本法》第5.2条，它受到一般性法律条款和保护青年及个人荣誉法律条款的限制。但是，在解释和适用那些限制表达自由的法律时，必须考虑到表达自由的重要性（BVerfGE 7, 198 [208-209]）。一般来说，有必要在限制该基本权利和限制它的法律所要保护的利益之间（保护该利益是这些法律的主要功能之一）找到平衡。

联邦宪政法院在平衡这些利益方面发展出了一些规则。根据这些规则，表达自由并不总是优先于人格保护（像申诉人争辩的那样）。事实上，在观点表达被认为构成形式上的侮辱或谩骂时，人格保护通常优先于表达自由（参见BVerfGE 66, 116 [151]; 82, 272 [281, 283 et seq.]）。在事实陈述伴随观点表达的情况下，保护的程序取决于其背后的事实前提的真实性。如果这些事实被证明不实，表达自由通常要让步于人格保护（参见BVerfGE 61, 1 [8-9]; 1 [17]）。

此外，还需要考虑个案中值得优先保护的是哪种法律利益。然而，需要注意，在[言论是关于]重大公共利益的情况下，言论自由将受到优先保护（参见BVerfGE 7, 198 [212]）。

在平衡双方的法律利益时，这一点必须一直铭记于心。

(2)基于此，我们在本案中无法发现任何对《基本法》第5.3条第1句的明显违反。对申诉人这样的集会发起者施加条件，以确保第三帝国时期犹太人受迫害的事实不被否认或质疑，与该基本权利是兼容的。

a)申诉人并不否认批准会议的部门作出且被行政法院确认的事实前提：会议中存在这种言论被表达的危险。事实上，申诉人还辩称他有权表达该言论。

【488】

b)被禁止的言论（第三帝国时期不存在对犹太人的迫害）属于事实陈述，而且被无数目击报告和记录、诸多刑事诉讼中的法院裁决以及历史研究所证伪。从它本身来看，这种内容的言论并不享有表达自由的保护。否认第三帝国时期犹太人受到迫害，和否认德国对二战爆发负有责任（联邦宪政法院在1994年1月11日的BVerfGE 90, 1判决中讨论了此问题）之间，有着重大区别。

对于罪行分配和历史事件责任的言论，总是需要复杂的考量，不能简单被归结为事实陈述；但否认某个事件的发生本身，通常在本质上属于事实陈述。

c)然而，即使我们不考虑有关部门设定的条件所针对的言论本身，而是将其放在会议主题的语境中，将其看成是德国政治容易“强夺”这种观点形成的前提，被挑战的判决也不违宪。当然，被禁止的言论享受《基本法》第5.1条第1句的保护。但是对该权利的限制也不违背宪法。

aa)这种限制的法律基础符合《基本法》。

公共部门和行政法院依据《集会法》第5.4条设定了限制观点表达的条件。依据该条，若有事实证明室内集会的发起人或参加者宣扬或容忍的言论构成了可诉的犯罪或依职权可诉的即决犯罪，该集会就应被禁止。这一条文符合《基本法》。

尤其是，它并不违反《基本法》第8.1条。诚然，室内集会的自由是无保留地受到保护的。但这并不意味着会议上的观点表达可以受到超越《基本法》第5.1和第5.2条的保护。符合《基本法》第5.2条的法律所禁止的表达，在集会时

也同样被禁止。依据《基本法》第8.1条，它在原则上并不阻止立法机关在犯罪行为实际发生前禁止该行为，如果此行为有很高的可能性会在集会时发生的话。要保护集会自由免受过分限制，须将禁止的理由限定为可诉犯罪和依职权可诉的简易犯罪，以及在所有限制集会自由的场合都应被尊重的比例原则。

【489】 同样，也没有证据表明这违反了《基本法》第5.1条第1句。《集会法》第5.4条本身并未规定对表达自由的限制，而是依赖刑法典中的限制。只有当集会中的言论有犯罪或者被依职权控诉的危险时，《集会法》第5.4条中限制集会自由的措施才能被使用。然而，该条款只包括有关部门的预防性禁止，不包括法院随后的制裁。但是对表达自由的相应威胁却得到了补偿，因为对言论所致的危险发生之可能性有严格的要求，而且言论的犯罪本质必须在现有判例法下是确凿无疑的。

毫无疑问，施加于集会发起人的条件背后的刑事条文是合宪的。诽谤犯罪的存在是为了保护个人荣誉，这是《基本法》第5.2条明确列为可以限制表达自由的法律利益之一。《刑法典》第130条属于《基本法》第5.2条意义上的一般性法律，它是为了保护人格（参见Bundestag document [*Drucksache des Deutschen Bundestages - BTDrucks.*] III/1746, p. 3），并且可以在《基本法》第1.1条中找到最终的宪法依据。

bb)被挑战的判决对集会法5.4条和《刑法典》第185条的解释和适用，也符合《基本法》第5.1条第1句。

1)行政机关和行政法院所作的决定，依据的是普通法院对刑法的解释。根据该解释，因为犹太人在纳粹统治下遭受的命运，居住在德国的犹太人构成了一个可能被侮辱的阶层；否认犹太人遭到迫害被认为是对这个阶层的侮辱。联邦最高法院如此评论此事：

依据所谓的纽伦堡法令，以血统为标准对人进行放逐，并且以种族消灭为目的剥夺他们的个性——这些历史事实使居住在联邦共和国的犹太人同他们的公民同胞之间有一层特殊的个人关系；过去发生的事，今天依然伴随着我们。在犹太人的自我认知中，他们将自己看作一群被命运选中的人（其他所有人都对这种命运负有道德义务），而且这是他们尊严的一部分。对他们每个人来说，尊重这种自我认知都是防止类似歧视不再发生的保障之一，而且是生活在联邦共和国的一个基本前提。任何试图否认这些史实的人都剥夺了他们每个人所享有的自尊。对那些受影响的人来说，这相当于继续歧视他们这个阶层并同时歧视他们每个人（联邦最高法院民事判决，BGHZ 75, 160 [162-

163])。

依据此判例法，立法机关在《刑法典》第194.1条第2句中，给被害人主张侮辱成立的要求加上了一条例外（参见Bundestag document 10/3242, p. 9）。【490】

当然，联邦最高法院的意见在刑法学界受到了争议。有学者认为，诽谤犯罪要件的定义太宽泛（Schönke/Schröder-Lenckner, StGB, 24th ed., s. 185 marginal note 3; Dreher/Tröndle, StGB, 46th ed., s. 194 marginal note 1; Köhler, NJW 1985, p. 2390 fn. 11）。然而，判断常规法律层面对刑法典的某种解释是否正确以及其他意见是否合理，并非联邦宪法法院的职责。至于宪法层面的审查，唯一需要考虑的是该解释是否忽视了基本权利。这里并没有这种情况。

基于此判例法，毫无疑问，被挑战的判决将否认犹太人被迫害的言论视为对人格权的严重侵犯。联邦最高法院认定，在否认第三帝国时期对犹太人发动的积极种族灭绝和攻击今日犹太人的自尊和尊严之间存在逻辑联系。这在宪法上也无懈可击。在这里，否认犹太人被迫害不同于否认德国对战争负有责任（参见Federal Constitutional Court, Order of 11 January 1994 - BVerfGE 90, 1 et seq.）。后一种观点尽管在历史准确性上有疑问，但却不损害任何其他人的法律利益。

申诉人抗辩说，集会的条件是基于对《刑法典》第185条的理解，而该条款源自第21刑法修正案中的《刑法典》第140条（Strafrechtsänderungsgesetz, Bundestag document 10/1286, p. 4）；该条款未能在德国众议院通过，也不能使该解释违宪。尽管立法机关没有将否认犹太人被迫害设定为一种新的犯罪类别并受到更严重的处罚，但这并不意味着此行为不受到《刑法典》第185条中更一般条款的处罚；这尤其是因为如前所述，立法机关所依据的判例法将否认严重迫害解释为侮辱。

2)在名誉损失和表达自由限制的平衡方面，我们也无法发现宪法上的缺陷。在这种平衡中，各自损害的严重程度是主要决定因素。遇到含有事实陈述的贬低性言论时，被陈述的事实真伪很重要。被证伪的事实陈述不是值得保护的利益。当这些事实陈述与观点分不开时，它们确实从《基本法》第5.1条第1句的保护中获益，但任何对表达自由的限制从一开始就不如限制未被证伪的事实那样严重。【491】

这里的情况就是如此。即使申诉人在会上被禁止的言论在会议主题的语境下被认为是观点表达，这也无法改变这样的事实：该言论的内容被证明是不实的。因而对该言论的表达自由的侵犯并不特别严重。考虑到名誉损害的重要性，在被挑战的判决中，人格保护毫无疑问要优于表达自由。

德国对于其纳粹历史和相应政治影响的态度——这也是集会的主题——具

有重大公共利益，但这一事实无法改变上述结论。在这种情况下，当然可以存在优先保护言论自由的假设。但是，这并不适用于那些基于被证伪的事实并已构成正式侮辱或谩骂冒犯的言论。

没有理由担心这里的利益权衡会导致对言论事实核心的真实性要求过高，从而违反《基本法》第5.1条第1句。联邦宪法法院为了通信自由利益和媒体的批评和控制功能所要求的审慎义务，适用于言论在表达时事实真实性还不确定并难以立即核实的情况。但是，它不适用于某言论已经被证明为不实的情况，而本案即是如此。

3)由于有关部门设定的（被挑战的）条件并未不符合《刑法典》第185条和194.1条第2句，它是否符合《刑法典》第130条和189条的定罪标准已不重要。

III.

至于对被挑战的判决在《基本法》第8.1条标准下的审查，也适用同样的考虑。我们无法从该基本权利中得出其他的结论。

“文西德尔集会——纪念赫斯案”

BVerfG, 4.11.2009, 1 BvR 2150/08

http://www.bverfg.de/e/rs20091104_1bvr215008en.html (BVerfGE 124, 300)

【492】

1.译者注解

(1)即使不属于一般性法律，《刑法典》第130.4条也符合《基本法》第5.1和第5.2条。考虑到纳粹统治对于欧洲和世界很多地区带来的其影响难以用一般的类别进行概括的不正义和恐怖，以及德意志联邦共和国的建立被认为是对此历史的反思，《基本法》第5.1和第5.2条隐含了一个禁止特别针对观点进行立法的例外：给宣传宽恕纳粹专制统治设限的法律条款。

(2)《基本法》第5.1和第5.2条对这种特殊条款的兼容并不会废除观点自由的实质内容。考虑到其观点内容的智识影响，《基本法》不允许对右翼极端思想或纳粹思想进行笼统的封禁。

2.判决概要

宪法诉愿不成立，予以驳回。

3.案件事实

申诉人提起宪法诉愿，反对联邦行政法院在一个法律上诉审中的判决，该判决的主题是一个法律禁令，禁止2005年8月20日于文西德尔举办的纪念鲁道夫赫

斯的集会游行。该命令基于《集会游行法》第15.1条（*Gesetz über Versammlungen und Aufzüge*，见于15 November 1978, Federal Law Gazette (*Bundesgesetzblatt - BGBl*) I p. 1789 <1791> - Assemblies Act (*Versammlungsgesetz - VersG*))和《刑法典》第130.4条。申诉人既反对《刑法典》第130.4条本身，也反对其在该个案中的解释。 [1]

4.判决理由选译

I.

《刑法典》第130.4条的条文与《集会法》修正案和2005年3月24日的《刑法典》修正案一起被写入《刑法典》，并于2005年4月1日起生效（联邦法律公报 I, 第969页）。它的规定如下： [2]

4)任何人公开地或在集会中以认同、赞扬或为纳粹专制统治辩护的方式侵犯受害者的尊严，并因此扰乱社会治安的，处以三年以内监禁或罚金。 [3]

就集会方面的法律而言，《刑法典》第130.4条由于《集会法》第15.1条而变得重要。它这样规定： [4]

1)当集会或游行的进行可能直接威胁公共安全或秩序时，有关部门可以禁止或者给其施加特定的条件；该命令要根据命令发布时可认知的具体情形作出。 [5] 【493】

除其他以外，如果集会或游行有触犯刑法条文的风险，就假定它们会威胁到公共安全（联邦宪法法院判决，BVerfGE 69, 315 <352>）。 [6]

.....

C.

宪法诉愿不成立。《刑法典》第130.4条符合《基本法》，且联邦行政法院对其的适用也不违宪。 [24]

I.

《刑法典》第130.4条侵犯了《基本法》第5.1条第1句保护的领域。 [25]

《基本法》第5.1条第1句保护每个人自由地表达和传播其观点。观点的特征在于个体和其言论内容之间的主观联系（参见BVerfGE 7, 198 <210>）。典型的例子包括持有一个立场或者赞同/采取某种思维方式（参见BVerfGE 7, 198 <210>; 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。就这一点来说，它们不能被证明或证伪。无论言论有没有根据、是情绪化的还是理性的、有价值的还是无价值的、危险的还是无害的，都享有基本权利的保护（参见BVerfGE 90, 241 <247>）。公民也没有认同宪法基本价值的法律义务。《基本法》建立在这样的基础上：它期待公民接受和实现宪法的基本价值，但不用强力实现对其价值的忠诚（参见联

邦宪法法院第一庭第一室2001年3月24日的判决，1 BvQ 13/01 -, *Neue Juristische Wochenschrift* - NJW 2001, p. 2069 <2070>以及2008年9月15日，1 BvR 1565/05 -, NJW 2009, p. 908 <909>）。 [26]

因此，无论它在《基本法》的体系下是否以及在多大程度上能实现，意图从根本上改变政治统治的观点也受到《基本法》第5.1条的保护。《基本法》相信自由讨论的力量，它是对抗极权和不人道意识形态传播的最有效武器。因此，即使是传播那些极端质疑合法统治的纳粹思想，也并非从一开始就脱离《基本法》第5.1条的保护。在《基本法》的自由体系之下，担负抵御这些潜在风险之使命的主要是公民对自由政治讨论的投入，以及《基本法》第7条规定的国家教育和学校培养。 [27]

【494】 由于《刑法典》第130.4条涉及对纳粹专制统治的认同、赞同或辩护，并对此主题施加条件和惩罚，该条款侵犯了观点自由保护的领域。 [28]

II.

这种对观点自由的侵扰是有正当理由的。《刑法典》第130.4条构成了一个法律基础，可以宪法允许的方式正当地限制观点自由。该刑法条文不属于《基本法》第5.2条第1项意义上的一般性法律。作为一种特别立法，它也不能基于《基本法》第5.2条第3项的个人荣誉保护。然而，鉴于1933年至1945年之间的纳粹统治历史，《基本法》第5.1和第5.2条还允许不满足一般性法律要求的条文限制观点自由。考虑到德国负有责任的统治对欧洲和世界很多地区带来的不正义和恐怖，以及这段历史的重要性——这是德意志联邦共和国的身份特征，认可此历史的言论所产生的影响难以用一般的类别进行概括。 [29]

(1)《刑法典》第130.4条不属于《基本法》第5.2条第1项意义上的一般性法律。 [30]

a)根据《基本法》第5.2条第1项，观点自由可被一般性法律条文限制。这被理解为包括那些本身不禁止某种观点或针对某种观点的表达、只是单纯为了保护某一法律利益而去保护该利益、并不涉及特定观点的法律（确立的判例法，参见BVerfGE 7, 198 <209-210>; 28, 282 <292>; 71, 162 <175-176>; 93, 266 <291>）。 [31]

这里的法律利益必须被法律体系以一般的方式保护，因而与它是否能被观点表达或其他方式侵犯无关（参见BVerfGE 111, 147 <155>; 117, 244 <260>）。 [32]

aa)要检验某法律是否是一般性的，第一步是看该法律条文是否与观点的内容有关。如果它规制的行为独立于观点表达的内容，该法律无疑是一般性的。相反，如果它与观点表达的内容相关，我们必须审查该条文是否是为了保护法律体

系另行保护的某种法律利益。如果是的话，一般来说，我们假定该法律并不针对特定观点，而是以观点中性的方式、一般性的防止法律利益受到侵犯。在此意义上，并非所有指向观点内容的法律都不是一般性法律。如果指向观点内容的法律被认为是针对特定法律利益的保护而非特定观点，它们就仍然属于一般性法律。【495】

基于此假定，联邦宪政法院在处理《基本法》第5.2条的案件时，将以下法律都看作一般性法律：军人和公务员政治观点温和义务的条文（参见BVerfGE 28, 282 <292>; 39, 334 <367>）、《刑法典》第90a条处罚诽谤国家及其象征的条文（参见BVerfGE 47, 198 <232>; 69, 257 <268-269>）、《刑法典》第185条关于侮辱的条文（参见BVerfGE 93, 266 <291>; 联邦宪政法院分室判决，*Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 8, 89 <96>; Federal Constitutional Court, order of the First Chamber of the First Senate of 12 May 2009 - 1 BvR 2272/04, NJW 2009, p. 3016 <3017>），或旧《刑法典》第130条规定的煽动仇恨犯罪的前身的条文（参见BVerfGE 90, 241 <251>; 111, 147 <155>）。【32】

即便这样，我们也不能从判例法中反向推出这样的结论：只要某条文保护一个公认的法律利益，它的一般性就因此毫无疑问了（参见Enders, *Juristenzeitung* - JZ 2008, p. 1092 <1094>）。某限制观点的法律保护了公认的法律利益，并不能在每种情况下都能确保它的一般性，而只是表明它在法治层面守护了正当的距离、遵守了观点中立的原则。联邦宪政法院一贯强调，一般性法律必须保护法律利益本身，不能涉及特别观点（参见BVerfGE 111, 147 <155>; 117, 244 <260>），而且与内容的关联必须对各种政治思想和意识形态保持中立。因此，《刑法典》第90a条符合一般性法律的一个关键条件是，此条款惩罚贬低德意志联邦共和国的行为，“无论出于何种政治信仰”（参见BVerfGE 47, 198 <232>）。被联邦宪政法院判定为一般性法律的《刑法典》第86和86a条也是如此（参见BVerfGE 111, 147 <155>）。《刑法典》第86.1条第4款和86a.1第1款与纳粹组织明确相关。然而，基于《刑法典》第86.1条整体条文的语境，这并非特别立法。该条款并没有针对纳粹思想的传播，而是设立了一种事实上受限的权利，来惩罚被正式禁止的结社和政党继续进行组织相关的活动，并且对所有受其影响的组织同等适用。【33】

bb)如果某个限制观点内容的法律并没有使用足够开放的语言，而且从一开始就只针对特别的信仰、立场或意识形态，那么该法律就不是一般性的。【34】

在必要的整体视野下，那些保护法律利益的法律只有在确实是始终如一地抽象代表此利益，并与特定情形下的观点无关时，才是一般性法律。这包括对违反该法律的行为和被保护的利益进行足够概括的语言描述，以确保该条文在政治权力领域适用于各种群体；而且重要的是，被处罚或被禁止的观点能

【496】

够从各种基本政治、宗教或意识形态立场中浮现出来。这里需要的是这样一种条文：它与政治或其他法治所必需的讨论中的具体争论保持距离，从而确保它对于最终被适用对象的严格“无知”。它或许只面向它所保护的法律利益，但不能面向涉及具体态度或立场的价值判断或谴责。 [35]

因此，与禁止基于政治观点的歧视或优待（《基本法》第3.3条第1句第9项）相对应，法律的一般性给侵犯观点自由的规定施加了一个特别的且严格的禁令：不允许歧视特定观点。如果法律关乎观点表达的内容，并禁止或制裁该内容侵犯法律利益，那么它只有在严格中立和平等对待的条件下才正当。 [36]

依据这些原则，某条文是一般性法律还是特别立法，无法简单地给出答案。这个问题需要整体考察。这尤其取决于某条文在何种程度上被抽象的内容相关标准所限制，这种标准或者对各种立场都开放，或者将关于具体观点的区别作为其基础——尤其是诸如意识形态相关的区别（类似的讨论见BVerfGE 47, 198 <232>）。特别立法主要只在这些情况下才适用：当它被认为是对当前讨论中既有冲突的回应，该讨论在公共意见中进行，或者同个人或组织的立场有关。这同样适用于对源自具体心理态度或特定意识形态的政治或历史解释行为进行的制裁，或者只针对以这类态度为基本特征的组织之条文。某条文越可能被解释为只影响特定政治、宗教或意识形态观点的支持者，并因此对公共意见的讨论有所影响，就越符合特别立法的条件。如果某限制观点的法律是关于对事件的特定历史解释，或者仅限于保护一个不再开放、已经成型的群体利益，特别立法的标准同样适用。总之，问题的关键在于，限制观点的条文是否同各种政治和意识形态争论的具体观点保持了足够距离。 [37]

【497】 b)基于此，《刑法典》第130.4条不是一般性法律。该条文服务于公共安全，因而它保护的法律利益也被其他法律以多种形式保护。然而，《刑法典》第130.4条并非以内容开放的一般方式进行保护，而是只涉及某种针对纳粹特定观点的表达。这一条并不是在一般意义上保护暴力的受害者，也有意没有在整体上针对认同、赞扬和辩护极权专制统治的言论，而是仅限于纳粹言论。而且从其产生的方式看，该条款被认为是主要应对同纳粹时期有关的极端右翼集会和游行，特别是针对一年一度的鲁道夫赫斯纪念活动（参见minutes of the session (*Sitzungsprotokoll*) of the German Bundestag 15/158 of 18 February 2005, pp. 14818 and 14820; minutes of the Committee on Internal Affairs 15/56 of 7 March 2005, pp. 11 and 22 et seq., 44, 45, 53-54 and 57; *Bundestag printed paper (Bundestagsdrucksache - BTDrucks)* 15/5051, p. 6; minutes of the session of the German Bundestag 15/164 of 11 March 2005, p. 15352)。因此，该条文是立法机关对具体政治观点的回应，它认为该观点对于公共意见的讨论特别危险。此条

文惩罚的是这样的观点表达：它只源于对历史的特定解释和相应的立场。它因而对现有的基本立场并非无知，而是已经在它的犯罪要件中提供了针对特别观点的标准。因此，它并非一般性法律，而是专门防止法律利益被某种特定观点表达（即宽恕纳粹专制统治）所侵犯的特别立法。 [38]

(2)作为特别立法，《刑法典》第130.4条同样不能基于《基本法》第5.2条第3项的个人荣誉权，这里关系到受害者的尊严。《基本法》第5.2条第1项对限制观点的法律的一般性要求同样包括保护荣誉的法律。 [39]

《基本法》第5.2条基于一般性法律这样的术语。据此，如果某个限制观点的法律一般性地涉及观点内容，它就不满足特别立法的条件；只有当其规定的犯罪包含了特定的观点，且该条文的形式也对观点不中立时，才属于特别立法。根据此观点，一般性法律的要求保护了特定的观点和政治立场不受歧视，这类似于《基本法》第3.3条第1句第9项的规定（“政治见解”），而且因此确保了与观点自由保护之间的距离（这是法治所要求的）。依据这种理解，对特别立法的禁止必须全面适用，并且必须覆盖所有限制观点的法律。如同保护其他法律利益的条文一样，保护青年和个人荣誉的法律条文同样适用此标准。因此，联邦宪政法院也将诸如侮辱犯罪的条文看作一般性法律（参见BVerfGE 69, 257 <268-269>; 93, 266 <291>; BVerfGK 1, 289 <291>）。这种理解同样得到了观点自由的历史的支持。观点自由在德意志帝国宪法（魏玛帝国宪法）第118条中就受到一般性法律的限制。除了为保护青年和荣誉而禁止审查的个别条款之外，该条款不包含其他的例外。这些条文被认为是原则上属于一般性法律，无论关于一般性法律的标准是如何解释的；不同的解释包括特别立法原则（Häntzschel, *Archiv des öffentlichen Rechts* - AöR, Vol. 10, 1926, p. 228 <232>; Häntzschel, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. 29, 1932, 651 <657 et seq.>; Rothenbücher, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* - VVDStRL Vol. 4 1928, p. 6 <20>），以及斯门德的学说（参见VVDStRL Vol. 4, 1928, p. 44 <52>）。并不清楚的是，立法机关在制定《基本法》时，是否在此作出关于第5.1和第5.2条的其他重要决定。在《基本法》第5.2条中明确包含青年和荣誉保护，只是为了保证这些条款继续有效。它并非废除了对所有法律的这项要求：依据法治，法律需要对各种观点保持中立和距离。 [40]

(3)虽然不是一般性法律，《刑法典》第130.4条仍然符合《基本法》第5.1和第5.2条。考虑到纳粹统治对于欧洲和世界很多地区带来的不正义和恐怖（难以用一般的类别进行概括），以及德意志联邦共和国的建立被认为是这段经历的反思，《基本法》第5.1和第5.2条隐含了一个禁止特别针对观点立法的例

【498】

外，即给宽恕1933至1945年间纳粹专制统治的宣传设限的法律条文。 [41]

a)关于《基本法》第5.2条对限制观点的法律施加的一般性要求，有一个例外：即那些禁止积极宣传1933至1945年间纳粹专制统治的条文。这段时期的不人道统治给欧洲和世界带来了难以估量的痛苦、死亡和压迫，它的反面重要性塑造了德意志联邦共和国的独特宪法身份，并难以被一般法律条文所涵盖。有意摒弃纳粹的极权统治，在历史上是所有参与制定和通过《基本法》的权力部门的核心关切（参见西德军占区部长—总统级会议宪法委员会，海伦基姆湖宫制宪会议报告，1948年8月10日至23，pp. 18, 20, 22 and 56); 以及国会委员会关于联邦德国《基本法》起草的书面报告，国会委员会第九次会议速记记录附件，1949年5月6日，pp. 5, 6 and 9），并且构成了《基本法》秩序的内在结构（参见《基本法》第1、第20和第79.3条）。《基本法》可以被主要解释为是纳粹极权统治的对立面，并且从其结构到许多细节都试图汲取历史教训、彻底杜绝这种不公正历史的重复。最终推翻纳粹体制和防止极权民族主义在德国复辟，是盟军重建德国的主要动机，其例证可见于1941年8月14日的《大西洋宪章》、1945年8月2日的《波茨坦协定》，以及1945年10月10日盟军纳粹组织解散和清算控制委员会第2号公报（*Kontrollratsgesetz Nr. 2 zur Auflösung und Liquidierung der Naziorganisationen*）；后者也是1948年7月1日法兰克福文件的主要概念基础，军事长官们在该文件中委托占领区的首席部长们创设一部新的宪法。纳粹摧毁所有文明成果的经历为欧洲共同体和许多国际协议（尤其是《欧洲人权公约》）的创设提供了强烈动力。直到今天，它都为塑造整个战后体系以及国际社会对德国的接纳作出了主要贡献。 [42]

【499】

在这样的背景下，宣传对纳粹专制统治历史的宽恕（以及它为之负责的所有残暴事实）所产生的影响，远远超出公共意见讨论中的常见冲突，并且难以被限制观点自由的一般规则所涵盖。在德国，赞成这种统治是对整个共同体内在认同的攻击，而且可能威胁和平。因此，它不能与其他观点表达相提并论，而且也最终会引发外国的深深不安。《基本法》第5.2条并不禁止一些特殊条款来处理这类根植于历史的特殊情况。《基本法》第5.2条要求立法机关在限制观点时制定一般性法律。这一要求有着悠久的传统，目的是为了保障法律利益免受观点表达的侵犯，并且不区分特定的信仰、立场和意识形态。但这一点不能被要求适用于本案的独特情况：它关乎历史影响下的德意志联邦共和国的认同，其他冲突中没有这种情况。因此，《刑法典》第130.4条并不违宪，因为它是一条特殊的条文，其主题是关于对纳粹专制统治的评价。 [43]

b)《基本法》第5.1和第5.2条对关于1933至1945年间纳粹言论的特殊条款的宽容，并没有废除观点自由的实质内容。尤其是《基本法》并没有一个一般性

的反纳粹基本原则（但参见Battis/Grigoleit, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* - NVwZ 2001, p. 121 <123 et seq.>; Münster Higher Administrative Court, order of 23 March 2001 - 5 B 395/01 -, NJW 2001, p. 2111），允许国家禁止极端右翼甚至纳粹思想的传播（考虑到其内容的智识影响）。尤其是该基本原则既无法从《基本法》第79.3条，也无法从第139条找到依据——基于审慎考虑，只有这些条款才免受宪法约束。更进一步地说，《基本法》还在原则上将观点自由赋予自由的敌人，相信自由公共讨论的力量。国会委员会同样承认对纳粹的这种[态度]，而该主义的统治只是最近才被推翻。根据《基本法》第9.2条，第18条和第21.2条，单纯传播这类反宪法的思想并不越出自由政治讨论的边界，而只是针对自由民主基本秩序的一种积极好战和侵略性的立场（参见BVerfGE 5, 85 <141>）。因此，《基本法》第5.1和第5.2条将观点自由作为思想自由进行保护，无论思想的内容是否正确、是否可执行、以及是否危险（参见BVerfGE 90, 241 <247>）。《基本法》第5.1和第5.2条不允许国家侵入思想的领域，只有当观点表达离开纯粹思想领域、并体现为侵犯法律利益或被认为造成危险状况时，才可以进行干涉。 [44] 【500】

另外，由于历史上纳粹专制统治罪行的特殊性和由此产生的德意志联邦共和国的义务，《基本法》第5.1和第5.2条承认对于限制观点的法律一般性之例外，但并不会给这一点开口子，而是将压制这类危险思想的责任赋予自由的批判和讨论。它只允许立法机关单独通过法律，以针对主题对象是对纳粹统治的历史现实进行积极评价的观点表达；这类条款与这种言论的特殊影响相关联，并考虑到这些因素。即使这些法律也必须遵守比例原则，而且必须严格符合保护外部法律利益的目的，而不是对相应言论的内容进行评价。 [45]

III.

《刑法典》第130.4条符合比例原则的要求。该条文追求保护公共治安的正当目的，且使用了适宜、必要和恰当的手段。 [46]

(1)《刑法典》第130.4条旨在保护公共治安。这属于正当目的，依据适当的理解，在《基本法》第5.1条的限制下，可以用来证成对观点自由的侵犯。 [47] 【501】

a)对正当目的进行判断是侵犯《基本法》第5.1条的前提，且对其合比例性至关重要（参见BVerfGE 80, 137 <159>; 104, 337 <347>; 107, 299 <316>）。原则上说，任何没有被宪法排除在外的公共利益都是正当的。何种目的是正当的，同样取决于相应被侵犯的基本权利。尤其是，废除相应基本权利所包含的自由原则是不正当的。对观点自由来说，这尤其体现在交互理论上：交互发生在基本权利保护和其边界之间；一般性法律设定边界，但这些边界必须再次考虑到基本权利的保护（参见BVerfGE 7, 198 <208-209>; 94, 1 <8>; 107, 299

<331>)。观点自由的边界不能动摇其实质内容。这适用于对限制该自由的法律及其追求的目的之解释(参见BVerfGE 77, 65 <75>)。 [48]

对于《基本法》第5.1条所受到的侵犯,该条确保这些侵犯的目的并非利用保护措施来针对只有智识影响的特定观点表达。试图阻止言论含有哪些概念上有害或危险的内容,是对观点自由原则本身的破坏,因而是不正当的(参见Häntzschel, in: *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Vol. 29, 1932, pp. 651 et seq.; Rothenbücher, in: *VVDStRL Vol. 4 1928*, pp. 6 et seq.)。尽管有《基本法》第9.2条、第18条和第21.2条,这同样适用于对传播反宪法观点的禁止。仅仅由于观点缺乏价值或具有危险性,并不是限制它们的理由(参见BVerfGE 90, 241 <247>)。《基本法》第5.1条不允许将意见自由受制于一般的利害权衡。 [49]

相反,防止侵犯法律利益的目的则是正当的。当立法机关限制观点表达的原因是因为它们越过边界,并有可识别、具体与可界定的侵权危险,该目的就是正当的。因此,立法机关可以特别针对那些观点表达——它们在信仰形成之外,还间接试图发挥实际影响和直接导致威胁法律利益之后果,形式包括煽动违法行为、攻击性的煽情或放松自我约束。 [50]

对于实质法律利益的保护来说,这里形成了一种为抵御危险进行干涉的门槛要求:仅仅观点本身产生的风险太过抽象,并不足以证成国家的禁令。只要危险仅存在于抽象的观点及其交流,负责抵御危险的就应当是社会不同思潮之间的自由争论。当观点被认为威胁到受保护的利益或一般公共利益时,限制观点内容的措施便是合法的。因此,抵御法律利益受到的危险属于立法机关的正当目的。国家因而受到法治的限制,只能为了保护外在法律利益而侵犯[观点自由]。相反,它无权侵犯个体的主观内在信仰和立场,以及依据《基本法》第5.1条传授和传播它们的权利。 [51]

观点表达的纯粹智识影响和侵权影响并非严格互相对立。它们并不是在单纯形式意义上被定义,而是可能会重叠。在此,立法机关在设计限制观点的法律时有一些选择的余地。但它从一开始就必须严格遵从该边界所限定的保护目的,并且不能废除自由的智识讨论原则。设定边界之后,还要进行比例审查。被观点表达所威胁的法律利益越具体、越直接,对侵犯观点自由的要求就越宽松;对法律利益的威胁越间接、越遥远,相应的要求就越高。相应地,当对观点自由的侵犯仅限于外部世界中某个观点的表达形式和情形时,该侵犯就更容易被接受。相反,当它们属于针对观点本身的与其内容相关的压制时,对法律利益的具体威胁的要求就更高。 [52]

b)立法机关制定《刑法典》第130.4条是为了保护公共治安(参见*Bundestag printed paper 15/4832*, p. 3; printed paper of the Committee on Internal Affairs

15(4)191, p. 5; *Bundestag printed paper 15/5051, p. 5*)。这符合宪法。话虽如此, 依据上述标准, 公共治安这个术语需要被限缩解释。 [53]

aa)将公共治安理解为保护公民免受煽动观点和意识形态带来的主观不安, 或者是为了维护被视为根本的社会或伦理观点, 并不能证成对观点自由的侵犯。这种不安源自意见形成过程中的智识争论, 且只源自观点的内容和概念后果: 它是硬币的另一面——如果我们想要观点自由, 它就不可避免。这不是限制此自由的正当目的。即使在概念后果上, 这些令人不安的观点是危险的, 甚至试图彻底改变现有秩序, 但同它们进行可能的对抗也是基于自由国家的一部分。防止伤害“一般的治安感觉”或“毒害知识氛围”并不是侵犯[观点自由]的正当理由, 并不比极权意识形态或用明显错误的历史解释保护人民的善恶观免受冒犯更正当。在人民中树立人权法律意识的目的也不能压制相反观点。宪法相信社会能够处理批评甚至论战, 它们将在公民热情的讨论中被反驳; 最终, 公民通过拒绝服从这些观点实现自由。相反, 仅仅基于观点本身, 就用公共治安来界定哪些思想可以接受、哪些不可以, 会废除《基本法》第5.1条保护的自由原则。 [54]

【503】

bb)然而, 公共治安(对安宁的保护)是立法机关限制有公共影响的观点表达所依据的一项正当目的。这里的目的是防止言论(在内容方面)意图引发威胁法律利益的行为, 也就是导致侵权或违法行为。维护公共治安涉及观点表达的外部影响, 例如通过诉诸情绪、煽动听众行动、放松自我约束, 或直接威胁第三方。这里, 对观点自由的侵犯可能涉及观点表达的内容。但公共治安保护旨在维护安宁的共处。这是对法律利益的上游保护, 针对的是现实中有具体形式的紧迫危险。因此, 公共治安是多个刑法条文多年来一直保护的利益, 例如禁止公开煽动犯罪的条文(《刑法典》第111条)、威胁实施犯罪的条文(《刑法典》第126条)、奖励和赞同犯罪的条文(《刑法典》第140条)以及煽动仇恨一节中的其他犯罪(《刑法典》第130.1条至第130.3条)。 [55]

c)从法律的逻辑来看, 立法机关将《刑法典》第130.4条单独并牢固地建立在公共治安保护之上。该条文是否以及在何种理解上同样可基于保护纳粹专制统治受害者的尊严, 并不重要。 [56]

(2)基于其对公共讨论和平本质的理解, 《刑法典》第130.4条的设计对公共治安保护来说是适当的。 [57]

《刑法典》第130.4条将认同、赞扬和辩护纳粹专制统治的行为定义为可惩罚的。因此, 惩罚的不是对观点的宽恕, 而是对真实罪行的宽恕: 这种罪行在历史上独一无二, 其不人道再怎么夸张都不过分。该法律禁止唤醒和赞同这个政权的罪行, 后者试图抹杀整个族群, 其难以估量的兽行如同噩梦一般融入了

当下的社会意识。立法机关作出这样的评价是合宪的：对于今天的人们来说，宽恕这个时期的专制统治就是一种挑衅和冒犯，人们会认为他们的价值和权利再次受到质疑；而且从历史事实的角度看，这比反民主自由的意识形态有着更大的影响。这不仅仅是一种冒犯性的针对禁止暴力的智识相对主义。宣传对该极权统治的积极评价会首先导致反抗和威胁，其次还对该观点的支持者产生影响，让他们放松自我约束。 [58]

对历史上纳粹专制统治的认同、赞扬和辩护，同样足以威胁到政治讨论的平和。该条文并不惩罚对纳粹意识形态的贬低或对这段历史的冒犯性解读，但惩罚对纳粹专制统治的真实历史进行外在可见的宽恕。不考虑立法机关另外加入的受害者尊严受侵犯的情形，这已经符合安宁意义下的公共治安保护。根据立法机关的判断，该条文在这方面类似于之前的《刑法典》第140条，它惩罚对特定、特别、确实发生过的严重犯罪给予奖励或赞同的行为。 [59]

《刑法典》第130.4条不只惩罚公共言论，还惩罚封闭集会上的言论：这种规定并无不妥。立法机关可以认定，在封闭集会上宽恕这种专制统治同样会引发外部反应。当这一点在个案中不适用时，可以用扰乱公共治安罪的其他要素来处理（参见下文C.V.(2) b)部分）。 [60]

(3)另外，《刑法典》第130.4条对于立法机关旨在保护的公共治安是必要的。并不存在同等有效的手段以保护公共治安，而对观点自由权利的侵犯更少。 [61]

《刑法典》第130.4条的设计同样在狭义上合比例。通过合理解释《基本法》第5.1条，《刑法典》第130.4条在观点自由和公共治安保护之间达成平衡。尤其是它并非过分宽泛：它并不惩罚极端右翼观点的传播以及那些内容上与纳粹相关的意识形态。它既不笼统地禁止对纳粹统治措施的积极评价，也不禁止在时间、地点和方式上让人想起那段时期并充满象征意义的语义内容。惩罚的威胁仅针对宽恕纳粹专制统治的真实历史——德国对此历史负有长期的责任，而且有着特殊的历史基础。此外，正如一般所预料的那样，该犯罪的定义要求这种被禁的宽恕所采用的方式侵犯了受害者的尊严并扰乱了公共治安。该罪也可以应对个案中不应限制观点自由的非典型情形（参见下文C.V.(2) b)部分）。总之，《刑法典》第130.4条的设计同样符合狭义的比例原则。 [62]

【505】 IV.

《刑法典》第130.4条同样不违反《基本法》第3.3条第1句（禁止基于政治观点的歧视），该条保护对某政治立场的单纯“持有”不受侵犯。相反，原则上，侵犯这种观点的表达和行动之比例性取决于相应的基本权利（参见BVerfGE 39, 334 <368>）。这至少适用于基本权利中含有特殊平等保护的情

形，例如《基本法》第5.1和第5.2条。这里不会违反《基本法》第3.3条。尤其是《基本法》第3.1条并没有提出比第5.1和第5.2条更多的要求。 [63]

V.

《刑法典》第130.4条同样符合《基本法》第103.2条。 [64]

(1)《基本法》第103.2条要求立法机关对犯罪的要件进行具体规定：犯罪的范围和领域必须可被识别，而且能通过解释来认定。这一要求有两大目的。一方面，它保护了刑法的适用对象和法治：每个人都应该可以预测什么行为是被禁止的和应受惩罚的。另一方面，必须确保只有立法机关才有权对行为的可罚性作出决定。基于此，《基本法》第103.2条规定了严格的法律保留，禁止行政和立法部门自行决定犯罪的要件（参见BVerfGE 71, 108 <114>）。 [65]

这并不排除使用尤其需要法官进行解释的术语。即使在刑法中，立法机关也需要面临生活的复杂性问题。由于刑法条文的概括性和抽象性，法院难免会在一些模糊案件中无法确定行为是否已经或仍然构成犯罪。在标准案件中，借助常用解释手段能够确定它的含义就足够了；在模棱两可的案件中，当事人不管怎样也能预见到犯罪的风险（参见BVerfGE 41, 314 <320>; 71, 108 <114-115>; 73, 206 <235>; 85, 69 <73>; 87, 209 <223-224>; 92, 1 <12>）。 [66]

(2)《刑法典》第130.4条的设计符合这些要求。 [67]

a)条文中提到的术语“认同”、“赞扬”和“辩护”纳粹专制统治，以及犯罪构成要件中的“公开或在集会中”、“以侵犯受害者尊严的方式”，并不存在《基本法》第103.2条意义上的确定性不足的问题。该犯罪中的每个要素都足够清晰，并且仅限于其语言学含义，以便在判例法要求的意义下进行解释。这些术语在具体语境中应该被解释地多宽或多窄，属于适用的问题。基于这些特性，该条文本身并没有开放到这种程度，以至于使之在缺乏具体规定的情况下便将其可罚性置于刑事司法机关之手。 [68] 【506】

b)在《刑法典》第130.4条的语境下，扰乱公共治安犯罪同样符合法律确定性原则。 [69]

aa)话虽如此，立法机关制定刑法并以“公共治安”作为犯罪要件，本身并非没有宪法上的问题。在充分限定的意义下，公共治安可以构成刑法保护的利益，但这并不意味着我们可以轻易使用这个术语作为犯罪要件。相反，作为一个可以单独构成可罚性的犯罪要件，公共治安这个词是否符合法律确定性是存疑的。它在许多方面都可以被不同地解释，这些解释依据对不安宁形成的无形、主观和集体的感觉，并且它们可能没有充分考虑到《基本法》体系下基本权利的重要性。而且在缺乏解读的情况下，它还无法同《基本法》之前的规制传统联系起来。因此，学界一直批判在刑法中诉诸公共治安（参见Fischer,

Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung, 1986, pp. 630 et seq.; Enders/Lange, JZ 2006, pp. 105 <108>; Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, pp. 90 et seq., 282 et seq.; Junge, *Das Schutzgut des § 130 StGB*, pp. 26 et seq.)。作为一个独立拥有可罚性的犯罪要件，或者在那些由于其他要件成立而没有充分限制其范围的犯罪中作为补充要件，公共治安与《基本法》第103.2条的兼容性可以有所保留。

[70]

相反，如果被立法机关认定为可罚的其他犯罪对公共治安的扰乱是被其他犯罪以具体术语描述的，而且那些犯罪是被充分界定的——至少基本上满足可罚性标准，那么这种作为犯罪要件的公共治安就不存在保留。在这种情况下，如果公共治安属于犯罪的一个附加要件，它的内容就可以更清楚地从具体语境中界定。因此，公共治安可以被理解为犯罪的一个要件，其内容需要从相关条文的语境中被单独确定。这里它只有纠正的功能。根本上说，犯罪其他要件的实现就已经导致行为可罚了；当满足可罚性时，扰乱公共治安（及其成立的适当性）也被假定得到满足。只有在非典型情况下，由于特殊情形的出现，这个假定才不成立，公共治安才具有单独的重要性（参见下文D.I.(1) b)部分）。因此，公共治安并非导致可罚性的犯罪要件，而是一个“排除不必要惩罚的评价公式”（参见Fischer, *StGB*, 56th ed. 2009, § 130, marginal no. 14b）。它因

【507】

[71]

而是一个纠正要素，尤其可以在个案中有助于基本权利的衡量。

bb)根据这些标准，并没有针对《刑法典》第130.4条确定性的宪法保留。立法机关有权认为，公开或集会中认同、赞扬或辩护历史上纳粹的专制统治属于或至少基本属于充分确定的扰乱公共治安的可罚行为。在此语境下，扰乱公共治安同样可以被认为是犯罪要件之一：基于该言论在德国历史上的特殊背景，它通常包括降低暴力倾向的门槛以及产生威胁的效应。对于该犯罪其他要件的实现来说，这种效应可以基本上被推定存在。然而，依据《刑法典》第130.4条，公共治安的犯罪要件可以应对观点自由所包含的非典型情况。

[72]

D.

被挑战的判决同样在法律适用的层面合宪。联邦宪政法院对《集会法》第15.1条和《刑法典》第130.4条的解释符合《基本法》第8.1和第5.1条。

[73]

I.

(1) a)从根本上来说，解释和适用刑法并非宪政法院的职责。然而，侵扰观点自由的法律必须做这样的解释，以使该权利的基本内容在各种情形下都能得到维护：在以自由为基础的民主社会，表达自由在所有领域（即公共生活中）必须被优先保护。法律可以依据该基本权利的字面意思给其设定边界，但这种限制必须依据该基本权利在自由民主国家的根本重要性来进行解释，因而其自

身在限制基本权利的效果方面就受到限制（确立的判例法，参见BVerfGE 7, 198 <208-209>）。

[74]

基于此，检验《刑法典》第130.4条是否符合《基本法》第5.1条的宪法标准同时也指引该条款的解释。因此，该犯罪要件需要被解释为：保护的主张只适用于对前述安宁意义上的公共治安的危害（参见前文C.III.(1) b) bb)部分）。

[75]

这里的关键问题在于观点的表达是仅仅存在于智识层面，还是越过界限并构成对法律利益的威胁：此问题尤其取决于观点表达产生的危险是仅仅对未来的信仰形成产生遥远的影响，还是随着言论的表达它已经开始实现。某种意识形态宣传的观点越是只产生理论构想的抽象影响，它们就越属于单纯智识领域，原则上就受到保护。然而，它们越通过言论的具体和直接表达变得真实有形，就越对具体的人、组织或真实情境造成内在威胁。相较于权利侵犯是在历史事件中以具体、直接的方式被积极评价，仅仅象征性地表达信仰、教义或获得拯救的方式更可能被划分到智识的领域。

[76]

b)根据这些原则，适用《刑法典》第130.4条时，必须要求该条文所惩罚的宽恕是特别关于纳粹这个历史上的真实专制统治。由于纳粹时期人权灾难的普遍存在（参见Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof* - BGH), judgment of 28 July 2005 - 3 StR 60/05 -, NStZ 2006, p. 335 <337>），并且代表了历史上真实发生的专制罪行，公开或在集会中对其进行积极评价会有让历史重复的危险，而且会威胁政治讨论的和平性。相反，仅仅认同该时期的事件或宽恕一般意义上的纳粹思想，并不足以构成此犯罪。例如对历史的不正确解释或对纳粹意识形态的肯定并不会被《刑法典》第130.4条惩罚。

[77]

认同、赞扬和辩护的犯罪构成要件同样需要依据《基本法》第5.1条来解释。即使并未明确认同，但从语境中能推断出来隐形认同，这种理解也不违宪。话虽如此，这里必须要有外部表现。因此，必须要有一个自身含义清晰的可辨别的积极认同（同样可参见Decisions of the Federal Court of Justice in Criminal Cases (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt) 22, 282 <286>）。另一方面，同样是单方面歪曲历史，仅仅表现为疏忽形式的认同在，譬如提到纳粹时期时遗漏了该时期的暴力事件，原则上并未越过放松约束和美化暴力的界限。相反，如果在具体情形中美化和致敬某个历史人物，而这个人则是纳粹专制统治的象征人物，则会构成认同的犯罪要件。

[78]

根据上述标准，如果认同、赞扬和辩护纳粹专制统治成立，那样据此推断受害者的尊严同样被这些言论侵犯，是不违宪的。立法机关将《刑法典》第130.4条主要基于公共治安保护（这本身是站得住脚的），并且限制性地附加了

【508】

【509】

“以侵犯受害者尊严的方式”这一犯罪要件作为形式补充。不论保护受害者尊严是否及在多大程度上与《基本法》第1.1条的人格尊严保护相一致，这都不违宪。因此，在解释《刑法典》第130.4条时，并不需要适用侵犯人格尊严的严格标准。 [79]

因此，通过“宽恕纳粹专制统治”的犯罪要件，我们就能基本推断扰乱公共治安的成立。扰乱公共治安的要件主要适用于一些非典型情形——当扰乱治安的假定因特殊情况而不成立，从而观点自由必须占优的时候（参见上文C.V.(2) b部分）。如果不存在具体个案中煽动暴力、恐吓或威胁的效果，就需要适用这一要件了：例如当言论在小型封闭集会中表达，且不会产生显著或宽泛影响，或者影响只是附随的，或者在特定情形下该言论不会被人当真。 [80]

(2)此外，对于《刑法典》第130.4条的解释来说，其解释规则由联邦宪法法院关于《基本法》第5.1条第1句的一般判例法发展而来。因此，对任何观点表达进行法律评价的前提是正确理解它们的含义。这里的关键是观点在客观理性公众眼中的理解。在此，我们必须从言论的字面出发，但字面并不能最终决定其含义。言论的最终含义取决于其所处的语境以及其他的附属情形（在听众能够认识的范围内）。明显忽略言论的含义并依此进行法律评价的判决会侵犯观点自由的基本权利。这同样适用于以下情况，即法院对某模糊言论采取了一种理解，却没有充分理由排除其他可能的解释（确立的判例法，参见BVerfGE 93, 266 <295-296>）。 [81]

II.

依据这些标准，被挑战的判决并不违宪。 [82]

【510】 联邦行政法院对《刑法典》第130.4条的解释符合《基本法》第5.1条第1句。它正确地依据《基本法》第5.1条来理解《刑法典》第130.4条：并非是宽恕纳粹统治下的政策本身满足犯罪要件，而是只有特别指向纳粹专制统治（被理解为系统侵犯人权的历史事实）才构成犯罪。联邦行政法院明确指出，考虑到观点自由，如果仅仅对该时期的国家和社会秩序的单方面进行积极评价，而并没有涉及纳粹专制统治及其人权灾难，那么并不足以构成《刑法典》第130.4条的犯罪。 [83]

如果联邦行政法院认为，公然致敬该统治下有责任的象征人物意味着认同纳粹专制统治，那也是合宪的。其判决在这方面基于一个微妙的观点，并考虑到了观点自由：只有当被致敬的人在现有情形下属于纳粹统治的象征性人物时，才能假定这种认同成立；但如果积极评价甚至淡化其统治后果的言论只是指向作为个人的纳粹支持者乃至领导者，就不能假定存在此认同。在此情况下，如果认为对代表整个纳粹统治的象征性人物的无条件赞扬构成了对该专制

统治的认同，那么此判断并不违宪。对于无偏见的观察者来说，如果无保留认同整个1933至1945年间的纳粹统治，那么毫无疑问可被理解为对该时期人权灾难的认同。 [84]

非宪法法院对本案的判断认为，申诉人组织的“纪念鲁道夫赫斯”集会表明了对纳粹专制统治的认同，这一评判并不产生任何违宪。联邦行政法院正确地依据此规则来解释《基本法》第5.1条的观点表达自由，并正当地得出判断：在该具体语境中，对于无偏见的理性公众，对鲁道夫赫斯的无保留赞扬只能被理解为对纳粹统治的整体无保留认同，尤其是对该时期的人权灾难之认同。它的判断主要基于这样的事实：通过对所组织的集会的整体衡量，而不考虑单独拿出来可以有其他解释的个别言论，该集会向鲁道夫赫斯这位“元首的副手”致敬，而此人对于[人权灾难]事件和纳粹统治都负有很大的责任。考虑到阿道夫希特勒和鲁道夫赫斯的长期关系和某个时期特别亲密的关系，这种关系也反映于鲁道夫赫斯作为“元首副手”在各种党务的显要职责，以及他对大规模人权灾难的个人责任，专门法院有权认为，对这场集会只能作这样的解释。 [85]

相关地，联邦行政法院在解释《刑法典》第130.4条这条非宪法条文时，从无保留地认同纳粹统治推断出对受害者尊严的侵犯，也是不违宪的。正如联邦行政法院假定的那样，侵犯人格尊严是否同时属于《基本法》第1.1条规定的含义在此并不重要。 [86]

推断该集会扰乱公共治安也符合宪法。这里并无明显迹象要求我们审查以下问题：在当前的案件中，是否应当在特殊情形中排除以认同纳粹专制统治的方式扰乱公共治安。 [87]

“德国网络电台案”

BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 2083/15

http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr208315en.html

1.案件事实

申诉人提起的宪法诉愿针对的是刑事法院判决。依据《刑法典》第130.3条第3(5)项，以及申诉人在其YouTube频道和个人网站发布的言论，他被指控对部分人群煽动仇恨和暴力。 [1]

2.判决理由选译

I.

摘自2018年8月3日新闻稿 66/2018:

申诉人在他的个人网站和YouTube频道上发布了一条音频，其中另一个人批评若干年前在德国巡回展出的“国防军（Wehrmacht）展览”，认为展览中国防军军人的部分照片不准确。音频指责展览负责人伪造和操控材料、针对部分人群煽动仇恨和暴力，并且称盟军进行了“虚假宣传”。它声称对历史真相的传播遭到了指控和惩罚，而且人们是自愿追随纳粹党卫军（Nazi-Schutzstaffel）去集中营的。音频还指责大屠杀幸存者从宣讲大屠杀中获利，此外还宣称，反抗纳粹政权并在涉及纳粹犯罪的庭审中作证的人作的是伪证。

地方法院判处申诉人针对部分人群煽动仇恨和暴力，并对其处以每日30欧元、一共70天的罚金。地区法院在法律和事实上驳回了申诉人的上诉，并判处其针对部分人群煽动仇恨和暴力，罚以每日30欧元、一共100天的罚金。向高等地区法院的法律上诉并未成功。

【512】 [2-7]

(5)在宪法诉愿中，申诉人挑战地区法院和高等地区法院的判决；他相应声称，其基于《基本法》第5.1条的表达自由等权利受到了侵犯。 [8]

..... [9]

II.

(1)申诉人声称，地区法院的判决和高等地区法院的命令违反了其基于《基本法》第5.1条第1句的权利，本庭受理了该申诉，因为依据联邦宪政法院法第90.1条，实施申诉人的权利是合适的。 [10]

地区法院的判决和高等地区法院的命令违反了申诉人基于《基本法》第5.1条的基本权利。 [11]

a)此案适用的标准是《基本法》第5.1条第1句的表达自由。 [12]

aa)《基本法》第5.1条第1句保护的對象是观点，也就是持有立场或含有个人判断的言论（参见BVerfGE 7, 198 <210>; 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。无论它们是对是错、合理还是不合理、情绪化还是理性的、有价值还是无价值、危险还是无害，都受到《基本法》第5.1条第1句的保护（参见BVerfGE 90, 241 <247>; 124, 300 <320>）。 [13]

除了观点以外，《基本法》第5.1条第1句还保护事实陈述，基于并仅限于它们是或可以是观点形成的前提（参见BVerfGE 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。然而，有意的虚假事实陈述或者被证明为不实的言论不受《基本法》第5.1条第1句的保护，因为它们对宪法保护的观点形成过程并无贡献（参见BVerfGE 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。

bb)然而，表达自由的基本权利并非无保留的受到保护。根据《基本法》第5.2条，它明确受到一般性法律的限制。形式上，限制表达自由权必须基于不针

对特定观点的一般性法律；实体上，该限制还必须符合比例原则，因为表达自由权是基本的通信权利，对于民主秩序至关重要。 [15]

但是，对于限制表达自由权必须基于一般性法律的形式要求，联邦宪政法院认可一项例外：即禁止积极宣传1933至1945年间纳粹暴力和独裁统治的法律。法院在这里考虑到了德国历史对于国家认同的关键影响，并依此解释《基本法》（参见BVerfGE 124, 300 <328 et seq.>）。 [16] 【513】

然而，表达自由的实体内容并不受该例外的影响。尤其是《基本法》并没有在一般原则上允许法律仅仅因为极端右翼或纳粹思想会影响人们的内心，就禁止它们的传播。《基本法》第5.1和5.2条保护作为思想自由的表达自由，无论对其内容、正确性、法律可实施性和危险性的评判如何。《基本法》第5.1和5.2条不允许国家干涉公民的思想，仅仅在观点表达离开了个人对错判断的单纯智识领域，并侵犯法律利益或构成明显威胁时，才有权干涉（BVerfGE 124, 300 <330>）。当观点表达威胁和平公共讨论的公共治安，并因此侵犯利益或违反法律时，就属于这种情况（参见BVerfGE 124, 300 <335>）。 [17]

cc)普通法院在解释和适用限制表达自由的法律时，同样需要考虑到这些要求，以使该自由在定义价值方面的角色也能在法律适用层面得到保障。基本权利保护和基本权利限制之间相互影响：这些限制会划定基本权利的边界，但相应地，这些限制也必须依据基本权利对于自由民主国家的根本重要性来进行解释，从而其对基本权利的限制效应本身也应受到限制（参见BVerfGE 7, 198 <208 and 209>; 124, 300 <332, 342>）。 [18]

b)作为终审法院的地区法院的判决并不符合这些标准。在适用《刑法典》第130.3条时，地区法院并没有以可信的方式证明申诉人的言论能够威胁宪法意义上的公共治安，也就是公共讨论的和平性。 [19]

aa)[本案中]引发刑事指控的言论处于表达自由基本权利的保护范围之内，因为它们属于模糊的事实表述，同价值判断有着内在关联。地区法院认为，申诉人应当对第三方在其个人网站上发布的言论负责，这一判断并不违宪。 [20]

bb)针对本案中言论的传播进行刑事处罚，构成了对此基本权利的侵犯。地区法院依据《刑法典》第130.3和130.5条进行处罚：它们是干涉表达自由的法律基础。《刑法典》第130.3条并非一般性法律，而是特别处罚与纳粹政权相关的言论，但这一事实并不能否定基于前述标准的定罪之成立。一般性法律的形式要求适用于涉及《基本法》第5.2条的侵犯的其他场合，但是该法律条文获得豁免，因为它意在防止对1933至1945年间纳粹暴力和极权统治的积极宣传。 [21] 【514】

cc)[本案的处罚]对言论自由的侵犯并不满足实质要求。刑事法院并未充分

考虑《基本法》第5.1条的要求。 [22]

1) 《刑法典》第130.3条关注公共治安之维护。从条文的表述可以看出，只有当某言论能够扰乱公共治安时，它才符合该条文的构成要件。至于《基本法》第103.2条要求的明确性，言论能够扰乱公共治安的构成要件还要求它在其他构成要件的基础上具有明确性；在其他构成要件得到满足之后，一般就可认定扰乱公共治安的成立（参见BVerfGE 124, 300 <339 et seq.>）。然而，这要求依据“扰乱治安”的概念来解释其他构成要件。因此，基于《刑法典》第130.3条各种形式的刑事指控——包括诸如淡化大屠杀等行为——只能针对能够威胁公共治安的言论，并建立在符合《基本法》第5.1条的基础上。当这一点依据其他构成要件不能确定时，言论能够威胁公共治安的要件必须能单独成立。与一般会扰乱公共治安的否定或认同行为不同，对于淡化的行为似乎需要单独判断。 [23]

2) 《基本法》第5.1条对判断某言论是否能够威胁公共治安提出了额外的要求。 [24]

首先，必须考虑到，表达自由的基础是思想自由。对《基本法》第5.1条的侵犯不能针对特定观点的单纯智识后果。无论是阻止反宪法观点的传播，还是认定特定观点是无价值甚至危险的，都无法构成限制观点的充分理由。然而，阻止对法律利益的侵犯却是正当的（参见BVerfGE 124, 300 <332 and 333>）

[25]

【515】 基于这些标准，公共治安的概念必须要严格解释。不能将公共治安理解为保护公民免受煽动意见和意识形态的主观困扰。面对各种不同观点是在自由国家生活的一部分，其中包括有危险智识后果的观点，甚至试图根本改变现行国家体制的观点。试图阻止“对大众心智的毒害”，或者保护他们免受极权意识形态或明显错误的历史解释对共有法律价值的冒犯，都不是侵犯表达自由的理由（BVerfGE 124, 300 <334>）。淡化纳粹意识形态或者对这一时期的历史进行冒犯性解释，并不足以产生刑事责任（参见BVerfGE 124, 300 <336>）。 [26]

然而，被理解为和平性的公共治安构成了一种正当的法律利益。这种情况下，针对的目标是那些实质上清楚地威胁受保护法律利益的言论。在此，保护公共治安指向的是特定观点表达的外部效果，例如通过号召行动、煽动听众行动或放松他们的自我约束，或直接威胁第三方的情绪化言论（参见BVerfGE 124, 300 <335>）。如果某观点的表达已经超越了单纯对观点的影响，而是间接地试图产生现实后果并直接威胁被认可的法律利益，例如号召非法行动、诉诸煽动性的情绪化言论或放松听众的自我约束，就足以对其进行刑事指控（参见BVerfGE 124, 300 <333>）。 [27]

3)被挑战的判决不满足这些要求。地区法院认为，这些言论能够威胁公共治安；这一判断主要基于这样的考虑：该言论削弱了公众对法律确定性的信心，并且表达了一种让人无法接受的轻蔑。事实上，这一发现仅仅表明该言论毒害了大众的心智，冒犯了一般大众共有的法律价值，但它并未越过威胁治安的门槛。这同样适用于这一未经证实的论断，它完全基于言论的右翼内容：该言论能够危害不同族群的和平共处。本案中网站的目标听众是政治谱系中的极右翼这一事实，本身不足以证明作为公共讨论的和平性的公共治安受到了威胁。 [28]

常规法院对该言论的判断也无法间接证明这些言论扰乱了公共治安。在此，地区法院发现这些言论掩饰并淡化了纳粹政权的暴力行动。但是法院并没有指控申诉人的煽动挑衅行为，也没有发现该言论否认或认同纳粹的反人类犯罪。法院认为这些言论对纳粹时期提供了一种片面与委婉的描述。它认定，通过指责当代历史记录集体指责德国人的纳粹罪行并散布谎言，这些言论既未提到也不承认纳粹时期的受害者，暗指奥斯维辛和其他地方的大屠杀并没有历史所描述的那样大的规模。如同美化暴力、针对特定人群煽动仇恨和暴力或情绪化表述那样，这不足以证明言论能够扰乱公共治安（威胁和平讨论）的门槛已被越过。一种言论不因为其没有充分考虑到被普遍接受的历史记录或受害人记录，就被表达自由排除在外。表达自由也包括那些明显带有冒犯性、令人反感和有意挑衅的言论，尽管它们在科学上不成立，并试图诋毁我们社会的基本价值。 [29]

然而，这些言论受到表达自由的保护，并不意味着它们的内容必须被接受，或在公共讨论中等闲视之。相反，《基本法》的自由秩序规定，这些难以被民主国家的公众容忍的言论需要被抵制——原则上不是通过禁令，而是通过公共讨论。只有在言论本质上不再是非暴力的时候，才可以使用限制表达自由的刑事处罚。在此方面，被挑战的法院判决并没有充分的依据。 [30]

c)…… [31]

d)地区法院的判决和高等地区法院驳回上诉的命令，没有认识到《基本法》第5.1条第1句规定的表达自由基本权利的重要性和范围。如果法院考虑到基本权利的要求，就会得出不一样的结论。 [32]

(2)因此，依据《基本法》第93c(2)和95(2)条，撤销地区法院的判决和高等地区法院的命令。此案发回地区法院重审。 [33] 【517】

“否认大屠杀案”

BVerfG, 22.6.2018, 1 BvR 673/18

1. 案件事实

申诉人被指控数次针对部分人群煽动仇恨和暴力，她因为否认纳粹迫害犹太人，被依据《刑法典》第130.3条多次指控；她对此提出挑战。 [1]

2. 判决理由选译

I.

摘自2018年8月3日新闻稿 67/2018:

89岁的申诉人发表了一些文章，她在其中声称，纳粹针对犹太人的大规模屠杀并未发生，尤其是奥斯维辛比克瑙集中营不可能使用大规模毒气来杀人。其中一些文章声称此事实是基于新的证据，包括一些书面命令，用于表明奥斯维辛比克瑙集中营的唯一目的是为了确在那里关押的人适合从事军工业劳动。此外，文章还引用了奥斯维辛比克瑙纪念博物馆管委会、一些历史学家、报纸采访和一些目击证人的陈述；这些人有名有姓，曾经被揭露为骗子。

基于文章中的这些言论，地方法院指控申诉人犯有七项煽动罪名和一项意图煽动罪名，一共判处其两年零六个月的监禁。在申诉人关于事实和法律的上诉中，费尔登地区法院将刑期减为两年，不得假释，并驳回了其余的上诉。随后的法律上诉也没有成功。

(5)2018年3月12日，申诉人在她的宪法诉愿中挑战这些判决。她声称，这些判决侵犯了她基于《基本法》第5.1和5.3条的表达自由、研究与教学自由的基本权利，以及她接受公正审判的权利。此外，她还指出，她被指控的犯罪的构成要件违反了《基本法》第103.2条对刑法提出的明确性原则。申诉人已经超过80岁，基于其言论而对其处以两年监禁且不得假释，这违反了法治原则下的罪刑相适应原则。申诉人还说，基于联邦宪政法院的文西德尔案判决，《刑法典》第130.3条不属于一般性法律。该判决中认可的对于一般性法律要求的例外，仅包括《刑法典》第130.4条，且不能适用于第三段。在申诉人看来，该判决还认为不符合主流意见的历史事实解释受到表达自由权的保护，不能作为不实陈述被排除在保护范围之外。至少该原则应当适用于申诉人所实施的研究活动。另外，适用文西德尔案判决的原则会直接对否认大屠杀免除责任。根据此判决，如果国家为了维护大众的安宁感、保护多数人免受善恶观被冒犯或保护历史不被明显错误地解释而进行干涉，那么将构成违宪。 [16]

II.

此宪法诉愿不被受理，因为不满足《联邦宪政法院法》第93a(2)条的受理条件。此宪法诉愿并没有一般的宪法重要性。受理它对于实施《基本法》第90.1条的权利来说也是不合适的（参见BVerfGE 90, 22 <24 et seq.>; 96, 245 <248 et seq.>）。由于被挑战的判决并未违反申诉人的基本权利，此宪法诉愿不能成立。 [17]

(1)联邦宪政法院已经解答过与本案相关的问题：关于《基本法》第5.1条的保护范围，以及《刑法典》第130条下否认犹太人被迫害的可罚性问题。 [18]

a)《基本法》第5.1条第1句保护的對象是观点，也就是持有立场或者含有个人评价的言论（参见BVerfGE 7, 198 <210>; 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。它们始终受到《基本法》第5.1条第1句的保护，无论其是真是假、是有道理的还是没有道理的、是情绪化的还是理性的、是有价值的还是无价值的、危险的还是无害的（参见BVerfGE 90, 241 <247>; 124, 300 <320>）。 [19]

除了观点以外，《基本法》第5.1条第1句还保护事实陈述，这基于并仅限于它们构成观点形成的前提之上（参见BVerfGE 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。然而，有意的虚假事实陈述如被证明为不实言论，将被排除在《基本法》第5.1条第1句的保护范围之外，因为它们对宪法保护的观点形成过程没有贡献（参见BVerfGE 54, 208 <219>; 61, 1 <8>; 90, 241 <247>）。 [20]

某言论究竟主要是事实还是价值判断，要通过该言论所在的整体语境来解释（参见BVerfGE 93, 266 <295>; BVerfG, Order of the Third Chamber of the First Senate of 16 March 2017 - 1 BvR 3085/15 -, www.bverfg.de, para. 13）。在此，必须确保对言论事实部分和价值部分的分离不会扭曲其含义（参见BVerfGE 90, 241 <248>）。对于无法分离的情形，言论必须作为一个整体被看成是观点，并且被表达自由所涵盖，以确保对此基本权利的有效保护（参见BVerfGE 90, 241 <248>）。 [21]

【519】

b)根据这些要求，即使某言论受到《基本法》第5.1条第1句的保护，表达自由的基本权利也并非受到无保留的保护。依据《基本法》第5.2条，它明确受到一般性法律的限制。形式上，对表达自由权的限制必须基于针对特定观点的一般性法律；实体上，限制必须符合比例原则，因为表达自由属于民主秩序所必要的基本通信权利。 [22]

但是，针对一般性法律的形式要求，联邦宪政法院认可一种例外，即禁止对1933至1945年间纳粹暴力和独裁统治进行积极宣传的法律。在此，法院考虑到了德国历史对国家认同的关键影响，并依此解释《基本法》（参见BVerfGE 124, 300 <328 et seq.>）。 [23]

然而，表达自由的实体内容并不受该例外的影响。尤其是《基本法》并没

有在一般原则上允许法律仅仅因为极端右翼或纳粹思想会影响人们的内心，就禁止它们的传播。《基本法》第5.1和5.2条保护作为思想自由的表达自由，无论对其内容、正确性、法律可实施性和危险性的评判如何。《基本法》第5.1和5.2条不允许国家干涉公民的思想。仅仅在观点表达脱离了个人关于对错判断的单纯智识领域，并侵犯法律利益或成为明显威胁时，才有权干涉（BVerfGE 124, 300 <330>）。当观点的表达威胁和平公共讨论的公共治安，并因此侵犯利益或违反法律时，就属于这种情况（参见BVerfGE 124, 300 <335>）。 [24]

普通法院在解释和适用限制表达自由的法律时，同样需要考虑到这些要求，以使该自由在定义价值方面的角色也能在法律适用层面得到保障。基本权利保护和基本权利限制之间相互影响：这些限制会划定基本权利的边界；但相应地，这些限制也必须依据基本权利对于自由民主国家的根本重要性来进行解释，因而其对基本权利的限制效应也应受到限制（参见BVerfGE 7, 198 <208 and 209>; 124, 300 <332, 342>）。 [25]

【520】 c) 《刑法典》第130.3条关注公共治安的维护。从条文的表述可以看出，只有当某言论能够扰乱公共治安时，它才符合该条文的构成要件。至于《基本法》第103.2条要求的明确性，言论能够扰乱公共治安的构成要件还要求它在其他构成要件的基础上具有明确性；当其他构成要件满足时，一般就可认定扰乱公共治安的成立（参见BVerfGE 124, 300 <339 et seq.>）。然而，这要求依据“扰乱治安”的概念来解释其他构成要件。 [26]

(2)依据这些原则来衡量，申诉人的言论大多不在《基本法》第5.1条第1句的保护范围内。至于其余部分，被挑战的判决也同样不违宪。 [27]

a)申诉人的言论主要是事实陈述，它们本身并不属于《基本法》第5.1条第1句的保护范围。依据常规法院的发现，这些事实陈述明显不实且有意造假，对宪法保护的观点形成过程没有贡献，其传播也不属于表达自由的范围。事实陈述与观点一同被表达的事实也不会改变此结论。在这类情况下，不同于基于事实的价值判断，不实的事实陈述被排除出《基本法》第5.1条的保护范围。 [28]

申诉人在言论中反驳奥斯维辛比克瑙集中营是用于系统的大规模屠杀的地方；她否认纳粹德国对犹太人的系统屠杀、尤其是发生在奥斯维辛比克瑙集中营的屠杀，并且声称有新证据表明奥斯维辛并没有使用齐克隆B进行大规模毒气杀人。无数目击报告和文件、历史发现和法院在众多刑事庭审中的发现表明，这些言论是不实的（参见BVerfGE 90, 241 <249>; 关于奥斯维辛比克瑙集中营，同样可比较法兰克福地区法院于1965年8月19日和20日的奥斯维辛审判中的认定，4 Ks 2/63, p. 37 to 44）。 [29]

b)除了传播不实事实，申诉人还基于其主观判断和评价来否认暴行（根据《国际刑法典》第6条），并援引《基本法》第5.1条第1句的表达自由，但是对申诉人的该刑事指控并不违反其基本权利。刑事法院解释和适用《刑法典》第130.3条，并适用此犯罪构建要件；其方式满足《基本法》第5.1条第1句的要求，因而符合此基本权利。尤其是刑事法院的指控考虑到了《基本法》第5.1条第1句的这一要求：对表达自由的侵犯不能直接针对特定观点的单纯智识后果，而是必须为了保护法律认可的利益。基于被挑战的判决认定，地区法院可以合理地判断，基于此案中对大屠杀的“否认”，申诉人的言论能够威胁公共治安。 [30]

aa)基于前述原则，可以假定，认同纳粹政权和否认大屠杀的犯罪构成要件一般可以表明，扰乱公共治安的罪名成立。 [31] 【521】

对于“认同”的情况，此构成要件的特征和《刑法典》第130.4条的相关要件，就可说明这一点。根据刑法典第六章，公开认同纳粹政权构成了对纳粹暴力和极权统治的认同；这越过了和平公共讨论的界限，扰乱了公共治安（参见BVerfGE 124, 300 <344>）。 [32]

对于这些犯罪中“否认”的构成要件，也是如此。这一行为越过了和平的界限，因为考虑到德国的历史背景，以质疑这些公认事件发生的方式否认纳粹大屠杀，只能被理解为是对这些罪行的淡化，这就是对其进行辩护和认同。因此，否认这些罪行就类似于认同它们，一般来说都可依据《刑法典》第140条来处罚（参见BVerfGE 124, 300 <335>）；另外，依据《刑法典》第130.4条，这也等同于赞扬纳粹暴力极权统治。从德国的历史背景来看，否认纳粹屠杀罪行能够在认同发言者的听众中激发攻击行为，并煽动听众采取行动，来针对那些被他们认为歪曲了历史“真相”的作者，而这类“真相”则隐含于对大屠杀的否认之中。因此，它隐含着使政治讨论走向敌对和暴力的危险。否认纳粹大屠杀罪行尤其威胁和平的政治讨论，因为这些罪行针对特定人群，而且否认这些事实能够并曾经被用于公开或秘密地煽动针对这些人群的敌对行动。基于此背景，立法草案的解释性备忘录一贯将《刑法典》第130.3条作为传统刑法认定的煽动犯罪的一种特殊形式。因此，常规法院同样可以假定，此案中的否认纳粹罪行就是对公共治安的扰乱。一些特殊情况，例如从一开始这种效应就不可能、因此扰乱公共治安的可能性能够被排除的情况，可以通过充分解释此犯罪的构成要件进行处理（参见BVerfGE 124, 300 <339 et seq.>）。 [33]

bb)根据这些标准，地区法院的认定为申诉人的刑事指控提供了充分依据。依据这些认定，申诉人多次公开质疑纳粹德国的系统性大规模屠杀，特别是针对犹太人的种族灭绝。尤其在這些案件中，这些发现和申诉人的陈词都无

【522】法表明，为什么否认这些以满足犯罪要件的行为不足以扰乱社会治安（即公共讨论和公共生活的和平性），尽管满足此犯罪构成要件的事实已表明扰乱之成立。 [34]

事实上，在申诉人的文章中，对大屠杀的否认被包含于针对德国犹太人中央理事会（*Zentralrat der Juden*）的多次请求之中，她要求纠正公认的关于奥斯维辛事件之表述；文章因此代表了立法机关所认定的典型危险，即否认大屠杀会有意煽动针对大屠杀受害者人群的敌对行动。申诉人只向犹太人及其在德国的代表不停地敦促，要求他们纠正错误，并声称那些错误是为了他们的利益才传播的。她说，不纠正这些历史表述就会导致“犹太人的厄运”。对犹太人大屠杀之否认被用于刻意煽动舆论，来针对犹太人及其代表。这是可以被惩罚的，因为它满足针对特定人群煽动仇恨和暴力的构成要件。 [35]

cc)在此案中，判处申诉人一共两年的刑期并禁止假释，同样符合比例原则。 [36]

.....

（三）《基本法》第5.1条第2句——传媒自由

“明镜周刊案”

Spiegel, BerfGE 20, 162

1. 译者注解

明镜周刊（*Der Spiegel*）是德国领先的新闻杂志和德国政治过程的一个组成部分，甚至可能是第四权力（媒体和出版业）的最重要代表。德国宪政法院1966年判决的此案相当于后来美国最高法院的“纽约时报案”（*New York Times v. United States of America*），最高法院在该案中维护了《纽约时报》报道机密信息的权利。⁶⁸

【523】在德国法院的判决中，争议的焦点是一次对于明镜周刊编辑室的搜查，试图查出该杂志刊登的机密信息（关于西德国防力量的准备不足）是如何被泄露给杂志的。根据德国刑法，泄露此机密信息构成叛国罪。尽管杂志在争议的4比4判决中输掉了申诉，⁶⁹此判决实际上包含了关于出版自由的重要附属意见。

⁶⁸ *New York Times Co. v. United States*, 403 US 713 (1971), 可见于<https://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep403/usrep403713/usrep403713.pdf> (last accessed on 21.10.2019)。尼克松总统曾试图阻止《纽约时报》刊登涉密材料，并主张总统权力，但最高法院判决出版自由优先。

⁶⁹ 违宪判决需要过半数投票才能成立。因此，宪政法院合议庭中八名法官的平票结果意

法院认为调查叛国罪的搜查是合宪的，但同时又说，仅仅出版政府归为机密的信息并不是叛国，因为收集和出版信息是出版社的任务。尽管媒体并非不可能犯有叛国罪，但评价出版行为必须要考虑到《基本法》第5.1条保护的通讯自由的重要性。此判决触发了一系列保护媒体工作的法律，尤其是赋予记者在被盘问信息来源时保持沉默的权利，即使该来源本身已经明显违法。

2. 判决概要

本判决涉及对编辑室的搜查是否符合《基本法》。

基于1966年1月25-27日的口头审理，第一庭于1996年8月5日作出部分判决。

3. 案件事实

《明镜周刊》出版社鲁道夫奥格斯坦有限合伙公司提起宪法诉愿。除其他事项外，它针对的是调查法官发布并由联邦最高法院确认的搜查令，后者是《明镜周刊》位于汉堡的办公室和位于波恩的编辑办公室在1962年10月和11月被搜查的依据。该搜查和随后对大量材料的没收是因为《明镜周刊》在1962年10月10日刊登的一篇文章：“有条件的国防备战”（Bedingt abwehrbereit）。文章讨论了德国和北约的军事情况，以及军事和战略方面的问题和未来的计划。之所以搜查鲁道夫奥格斯坦出版社和并逮捕其责任编辑，是基于他们有《刑法典》第100.1条规定的叛国罪的嫌疑（本判决引用的刑法典条文依据的是1953年8月25日公布的修订通告（联邦法律公报（*Bundesgesetzblatt* - BGBl.）I p. 1083）以及随后的修改，还有1877年2月1日的刑事诉讼法典（帝国法律公报（*Reichsgesetzblatt* - RGBl.）p. 253）；在搜查发生时，最近一次的修改发生于1957年7月26日（联邦法律公报 I, p. 861））。

【524】

审议庭对等分裂。特别针对由调查法院发布并由联邦最高法院确认的搜查令和没收令的宪法诉愿并不成功。

4. 判决理由选译

.....

C.

I.

(1) 一个既不受公权力控制也不受审查的自由出版业是自由政府的标志性组

味着相关行为合宪。

成部分。尤其是，一个自由且定期发行的政治出版社对现代民主来说是不可或缺的。公民若要胜任政治决策，不仅需要获取信息，还要熟悉他人的观点并能够对比衡量这些观点。出版业激活了这种持续的讨论。它提供信息、表达立场，并因此成为公共讨论的参考框架。它是公共意见的媒介。在论证和反驳的过程中，立场得到阐述并展现出清晰的轮廓，以便公众能够更便捷地获取信息并作出决策。在代议制民主中，出版业同时还充当了人民和他们在议会及政府中的代表之间的永久交流和控制渠道。它对社会和各种群体中不断演变的意见和紧急情况进行概括，将它们提交讨论并引起政府各部门中政治行动者们的注意，这些行动者因此能够一直将他们的决策（包括那些关于日常政治事务的决策）与公众的意见进行对照。

出版业这种“公共职责”的重要性使之不宜由政府权力来履行。出版企业必须要在社会中自由的形成。它们基于私有企业的原则来运营，并依据私法来组织。它们之间在智识上和商业上互相竞争，公权力原则上不得干涉此过程。

(2)自由出版业在民主国家的功能反映在其《基本法》规定的法律地位上。

【525】《基本法》第5条保护出版自由。尽管根据该条款在法律系统中的地位和对它的传统理解，这首先意味着一种个人基本权利，保护涉及出版自由的个人和企业免受政府强制，而且在特定条件下赋予它们法律特权，但该条款同时还有一个客观的法律层面。它确保“自由出版业”作为一项制度而存在。当某个法律条款的运作影响到出版业时，国家除了保护个人权利外，还有义务尊重法律系统中的出版自由原则。自由创办出版物、自由选择记者行业以及公权力机构披露信息的义务等原则都源自于此。另一方面，我们还可以构想出其他义务，例如国家有义务防止出于垄断观点的目的而威胁出版自由。

《基本法》第5条保护的出版独立，包括了从信息的获取到新闻和观点的传播（BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]）。因此，出版自由还包括对出版社和告密人之间秘密关系的保护。这不可或缺，因为如果没有来自私人消息源的信息，出版社便无法运转；只有告密人原则上确定“编辑特权”被保护时，这种消息才能持续自由的流通。

(3)出版自由可能与《基本法》保护的其他价值发生冲突。这或许涉及他人、组织甚至社会自身的权利或利益。《基本法》提到用于解决这类冲突的一般性法律，同样制约着出版自由。出版业必须尊重那些与出版自由同等重要的他人或公众的法律利益。出版从业者之所以享有这种地位（在某些方面属于特权），是因为并仅仅是因为他们的这种责任。这不是一种个人特权，对一般性法律的豁免必须能够基于当前事项的性质和范围被证成。

《基本法》第5.2条提到了一般性法律，据此出版自由可以被一般性法律条

款限制。在其1958年1月15日的判决中，联邦宪政法院阐述了表达自由和一般性法律的关系（BVerfGE 7, 198 [208 et seq.]）。根据此判决，表达自由当然可以被一般性法律所限制；但这些法律必须依据表达自由来解释，而且在适当情况下，它们对表达自由的限制效应反过来也应受到限制。这些原则同样适用于出版自由。事实上，它们在这里更加重要，因为出版社的言论通常是为了塑造公共意见；这意味着，即使这种言论影响了他人的法律领域，也被假定为是合法的（*op. cit.* page 212）。对于出版自由来说，此判断的目的就是防止该自由被一般性法律（以及适用它们的法院）所稀释，而且通过迫使对一般性法律的解释与出版自由的基本价值保持一致，确保了合适的自由空间，并防止对出版自由的限制超出尊重同等重要法益的必要限度。这里特别强调了出版自由客观的法律和制度层面，并且其作为解释标准和原则对一般性法律的影响。

(4)规定叛国的规定（《刑法典》第99和100条）属于《基本法》第5.2条意义上的“一般性法律”。没有理由认为它们与《基本法》冲突。尤其是，有关犯罪要件缺乏足够明确表述（《基本法》第103.2条）的个别保留是非强制性的。该条款包含以出版的方式泄露国家机密（即“叛国出版”）。通过解释该条款，并未发现其违反《基本法》。

【526】

规定叛国罪的刑法条文所保护的是德意志联邦共和国的持续存在并免受外敌侵略。当出版社出版的事实、主题或知识涉及与国防利益有关的秘密时，出版自由就会与之冲突。这种冲突不能通过论证德国的存在是出版自由的必要前提以及前者的毁灭必然导致后者的丧失，以牺牲出版自由的方式被笼统地和一般性地解决。这是因为，显然需要被保护和维护的德意志联邦共和国不只包括其组织结构的存续，而且包括其基本的自由民主秩序。该秩序的一个内在特点是，尽管国家事务（包括军事事务）是由相关负责的政府部门运作的，它们也必须受到人民的持续批评和批准。

在此，国家安全利益下军事机密的必要性和出版自由之间并非互相排斥。它们互相补充，共同服务于更高的目标：守卫德意志联邦共和国在适当意义上的存在。基于该目标，这两种必要条件之间的冲突必须被调和。在此，个案中必须考虑到被披露信息不只对于潜在敌人，而且对于政治议题公共意见的形成来说的重要性；国家安全由于该出版所受的威胁，必须与公民获取国家重要发展信息（包括国防政策领域）之间的需求进行权衡。因此，《基本法》第5.1条原则上限制对上述刑法条文的解释。

D.

依据《联邦宪政法院法》第15.2条第4句，并基于上述宪法标准对本案中的搜查令进行审查后，我们并未发现对实体刑法的适用违反了《基本法》第5.1条

第2句。

E.

在解释和适用一般性法律时，需要考虑出版自由及其对基本自由民主秩序的重要性；这同样适用于刑事诉讼法典，特别是在刑事程序中，因出版引起对出版社或其成员采取诸如搜查和没收等强制措施的时候。

【527】 就其本质而言，这些由法官或其他有权部门裁量发布的强制措施构成了对基本权利的严重侵犯，尤其是对《基本法》第2和第13条中的基本权利所保护的生活领域的严重侵犯。因此，这些措施的使用从一开始就必须符合比例原则（BVerfGE 19, 342 [348-349]; 17, 108 [117]; 16, 194 [202]）。强制措施必须同犯罪的严重性和现有的嫌疑程度成比例。此外，特定措施还必须对调查和指控犯罪来说是必要的；如果存在其他更轻的手段，则不能称之为必要。最后，搜查必须有可能获得合适的证据。

对于出版社的搜查和没收必须考虑对出版自由的可能侵犯。这首先涉及对此基本权利行使的可能阻碍，例如查封必要的工作区域或剥夺现有工作所需的材料，尤其涉及对编辑特权的侵犯，这在此类强制措施中很常见。由于出版社及其雇员与告密人之间的私密关系是出版机构功能运转的核心前提，对此私密关系的危害会超越相应个案，进而对其他出版机构和出版自由产生负面影响；这必然会在指控刑事犯罪的利益和保护出版自由之间产生冲突，这种冲突需要依靠上述联邦宪政法院判例法中阐述的利益平衡来解决。

原则上，平衡这些利益是立法机关的职责。《刑事诉讼法典》只在有限程度上考虑到了这一要求：相关条款（第53.1条第5项和第97.5条）只包括以出版非法内容为基础指控作者、投稿人或告密人的情形。它们基于所谓保证人义务的假定：当至少一名出版物的编辑受到或可能受到处罚时，为了告密人和出版从业者之间私密关系的利益，刑事犯罪的指控会遇到更高的门槛。这里需要考虑到规制出版业的法律条文。根据这些条文，在周期性出版物出现非法内容的情形下，“责任编辑”以及特定情形下参与相应出版物制作和发行的其他出版从业者需要满足更高的责任标准。如果满足了这些保证人义务的条件，责任编辑和其他相关的出版从业者就可以享有《刑事诉讼法典》第53.1条第5项规定的拒绝作证的权利，以及为避免对此拒绝作证权之规避，依据《刑事诉讼法典》第97.5条不被没收且依据判例法免于被搜查的权利。根据1953年8月4日《第三刑法修正案》（联邦法律公报 I, 第735页）对上述条文的修正，禁止没

【528】 收仅适用于对非法出版物的作者、投稿人和告密人的调查，不适用于所有享有拒绝作证权的出版从业者之间的文字通信，也不适用于所有告密人或出版从业者对其被委托的信息所作的记录。

当调查是针对并不违法的消息源、或作为嫌疑人的责任编辑或其他出版从业者时，并无法律条文规定编辑特权。这些出版从业者当然可以拒绝作证，但是他们无法免于被搜查和没收，即使这些措施可能获取含有告密人姓名的资料。

所有的州都在出版业法律中制定了新的条文。尽管细节有差异，它们都强调了对编辑特权的保护，但同时背离了保证人义务，而且某种程度上将禁止搜查没收同拒绝作证权分开。州立法机关是否有权制定这些条文，本案无需讨论，因为刑事诉讼法典是适时发布搜查令的唯一法律依据。

无论如何，由于刑事诉讼法典的上述条文部分服务于对编辑特权的保护，它们符合《基本法》第5.1条第2句。这些条文并非穷尽对此事项的规制。它们并不排除以下可能：法院在裁量某个搜查或没收令是否以及在何种程度上可以发布时，对编辑特权的保护给予更多的考虑。在法律没有改革之前，法官有职责去进行必要的权衡，并考虑到出版自由基本权利的重要性这一标准。

.....

G.

通过进一步审查搜查令，依据E.部分提到的宪法标准及《联邦宪政法院法》第15.2条第4句，我们无法认定搜查令对刑事诉讼法典的适用违反了《基本法》第5.1条第2句。

四位异议法官的意见总结如下，他们认为搜查令侵犯了出版自由的基本权利：

(3)总之，当法院发布搜查令时，忽略了比例原则要求的利益权衡和《基本法》第5.1条第2句要求的价值判断。在此案的法律适用中，如果考虑到这些要求，那么很明显，如此广泛的搜查属于对出版自由不合比例的侵犯。

【529】

叛国罪的严重性和泄露军事机密对国家安全的潜在威胁本身并不足以在原则上压制对出版自由的保护，并证成法律程序作出的每一种强制措施。这会忽略出版业对于自由政府的重要性，并将编辑叛国与叛国重罪等同起来。另外，这会使我们意识不到，关键问题不在于是否应该宽恕对非法内容的出版或笼统赋予这种出版免于指控的特权，而是仅仅在于在个案的情形下，使用该特定刑事程序是否合适。依据此观点，出版自由也不能被用作实施危害国家安全犯罪的借口。然而，此案并未证明被各州关于叛国的法律所保护的最高法律利益已经被侵犯。我们需要判断的是，这种侵犯是否已经发生；如果是的话，在何种程度上发生。如果仅仅因为叛国罪在诉讼的当前阶段成为被调查对象这一事实，就足以回避必要的利益权衡过程，或者在利益权衡时适用更宽松的标准，那么自由的公共讨论将会在一个重要的公共生活领域受到不当限制；根据《欧

洲人权公约》第6.2条，此处适用无罪推定。

仅仅基于此理由，援引《刑法典》第138条报告犯罪的义务即难以使人信服，更不用说法院并未基于刑事诉讼法典中赋予编辑特权的有限保护而认识到不同犯罪之间的性质差别。另外，此刑法条文的目的是为了防止死罪的发生，这在此案并未发生；它并不当然适用于涉及出版内容的犯罪。

除了《巴登—符腾堡出版法》这一个例外，德国其他所有州的出版法都赋予记者和其他出版业从业人员拒绝作证的权利，无论被指控罪名的性质和可罚性如何。该条文在巴伐利亚已经存在了17年，且没有任何异议。如果比较其他民主国家的法律体系，那么仅限于观察该特定的单独法律条款存在与否，并且既不将相应法律体系作为整体进行考察——例如英格兰和美国联邦法律就没有赋予任何职业拒绝作证权，也不考虑相应社会的法律实践和民主意识的话，我们同样找不到反对此观点的可信理由。

出版自由的重要性要求刑事犯罪指控中使用的强制措施需符合严格的要件，同时通过联邦宪政法院在个案中对其程序的广泛审查。出于保护基本权利的目的，有效程序措施的一些本身重要的方面必须被牺牲，而且造成的程序不便必须被接受（参见BVerfGE 17, 108 [118]）。此处无需讨论，由于紧急立法中的国防状态或其他危机之出现，在何种程度上需要适用不同的情况……

【530】（另一个意见认为搜查令符合《基本法》，而《基本法》也为依据《联邦宪政法院法》第15.2条第4句作出的判决提供了基础；除其他论点之外，它还受到以下论点支持：）

通过持续将诉讼称为“无意义”的，申诉人夸大了国家的正当要求。这里的问题在于是否指控某个嫌疑。我们不能指望指控或无罪的决定是完全明白无误的。如果对出版社的搜查没有在一开始就被禁止，那么起初就不可能将完全明白无误作为搜查的条件，该条件只有经过搜查之后才能确立。

出版社在刑事诉讼中不享受特权。如同任何通过行为引发严重犯罪嫌疑的公民一样，出版社必须忍受控方的调查措施。出版自由指向的是一个工作负责的出版业（BVerfGE 12, 113 [130]）。尤其是，出版自由受益于出版社在自由民主国家中肩负的国家安全义务。出版业的各种机构都可以给自己设定不同的目标，并使用不同的手段和报道方法去实现之。但无论如何，都不能接受这样的“假定”，使得某出版机构在受到质疑时，由于其负责任的工作而从一开始就免于犯罪的嫌疑。

(2)联邦检察院和调查法官的任务就是为了澄清事实，并在考虑事件性质的

情况下，判断为获取作为行动方案的证据而对申诉人商业场所进行的搜查是否合法。

在其本质上，为获取证据采取的搜查和没收措施构成了对公民基本权利的严重侵犯。然而，因为它们在特定情形下对于犯罪的有效指控是必不可少的，被怀疑的无辜公民必须在一定程度上忍受这类措施。当这类措施针对的是出版机构时，与出版自由基本权利的冲突要求我们特别谨慎，并仔细权衡这些程序措施的利弊。这样做的结果便是依据法治，在个案中要求该措施符合比例原则。这类案件中需要与出版自由进行权衡的要素已经在前文列出了：强制措施保护的利益的一般地位、调查针对的具体行为对该利益的威胁、犯罪嫌疑的程度，以及计划采取的程序措施的适当性和必要性。

我们已经说过这一点，而且申诉人也同意：出版社并不能完全免于刑事诉讼中关于搜查没收条文的适用。个案中需要对价值进行客观权衡，而非承认出版社由于“公共职责”等原因而享有永久的特权。

此案中强制手段的适当性无需再证明。案件调查者认为，对明镜周刊场所的搜查有很大的概率能够发现证据（《刑事诉讼法典》第102条）。那些可确定已经存在于编辑室的已出版（以及某些情形下将要出版）的新闻纪录不只能说明各种事实的机密本质及其与国防部告密者串通的性质，而且可能说明《明镜周刊》编辑部人员的叛国罪嫌疑。主要参与的联邦检察官Wa博士和K博士就是基于这样的想法而行动的：编辑室中一定有某种“记录”、“材料”或“秘密”，一旦拿到就有助于快速和彻底地完成整个案件及其衍生程序。

【531】

在审查强制措施的必要性时，我们推定出版社的工作不受任何非绝对必要的公权力之干涉；这尤其是联邦检察院的观点，它在其1962年10月22日的会议上向调查法官明确强调了这一点，并作为一般方针传达给了其执行官员。另一方面，也需要考虑到某犯罪行为危害国家安全的严重嫌疑，这意味着可能威胁了某种法律利益，而该利益无论如何都不低于出版自由。我们需要衡量嫌疑是否足够严重、犯罪是否足够危险、案件中探明的公共利益是否足够重要，以至于可以接受以不影响其存在和继续发行的方式对出版自由进行限制。联邦检察院和调查法官认定这些成立。他们的决定并不意味着他们没有进行必要的平衡，或者他们原则上误读了《基本法》的标准。当出版社进入涉及军事技术的领域时，天平就会倾斜；公众对此类信息的需求相对不那么重要，首先是因为读者由于缺乏足够的技术知识而难以形成独立的意见，其次是因为他们不需要这类知识来形成政治观点。然而，另一方面，对本国公众来说相对不重要的出版内容可能在具有相关知识的外国情报人员眼中很有价值。因此，在这类出版情形中，出版社必须权衡信息需求和政府利益，不能依赖“出版自由”规避此

义务。

叛国是对国家存续的潜在威胁，而且原则上为国家的暴力制裁提供正当理由。《基本法》第21.2条和第91条说明，面对威胁德意志联邦共和国存续的情形，《基本法》同样要求进行毫不妥协的干涉。具体来说，考虑到当时的政治情况，危险尤其显著（“古巴导弹危机”）；似乎存在对德意志联邦共和国在北约中的可靠性的一些质疑。如果我们同时考虑到，从文章中可以推断，出版社存在与联邦军队（Bundeswehr）中高级军官进行非法合作的嫌疑，就不能否认公共利益要求对整个事件进行快速和彻底的澄清。联邦检察院和调查法官可以认定，只有通过搜查编辑室后获取的具体文件证据，才有可能完全澄清这一点。这种证据远比证人证词更有价值。只有通过这种手段，才能了解文章中使用的文件的准确信息、其作为国家机密的本质（例如一个重要的标志就是被正式列为机密）、任何即将准备出版的机密材料之存在，尤其是这些文件是如何被明镜周刊获取、该周刊相关责任人构成的叛国罪要件，以及联邦国防部（Bundesverteidigungsministerium）相关告密人介入犯罪活动的程度。这些都很难从审讯中获取，因为审讯获得的信息必然是随机的。第一次审讯就会惊动涉案人员，随后的搜查就不会再发现罪证材料了。

(3)申诉人的异议基于出版自由对出版社告密人的保护，主张搜查编辑室是非法的，并且违反了《基本法》。这一主张不能成立。

毫无疑问，基本权利给编辑特权和出版社告密人提供了一定的保护。但是立法机关对于该保护有很大的立法空间。宪法并不要求立法机关对告密人提供特殊的保护。

（根据后面的多数意见，按照此标准，案发时有效的刑事诉讼条文符合《基本法》。最后，同样基于《联邦宪政法院法》第15.2条第4句，法院也无法认定搜查令违反了法治的要求（关于搜查令的宪法要求，参见BVerfGE 42, 212））。

.....

“卡洛琳公主案”

BVerfGE 101, 361

【533】

1. 译者注解

索拉娅案是一系列判例法的核心，多年后被摩纳哥公主卡洛琳提起的数个

案件所推进。这些案件聚焦于所谓的狗仔队（paparazzi）拍摄的照片。⁷⁰

索拉娅案的争议焦点是，彩虹出版社（rainbow press）在报道名人及他们的私生活时是否受到限制。这个1973年案件中的名人索拉娅是前伊朗国王的妻子，也是当时社会新闻业的偶像。一家大型德国出版社的彩虹杂志（rainbow magazine）刊登了一篇完全虚构的索拉娅“专访”，内容是关于她与国王的离婚。采访从未发生过，内容也没有得到授权。索拉娅起诉成功，并基于其人格权受侵犯而蒙受的非物质损失而获得了小额赔偿。出版社在宪政法院面前辩称，联邦最高法院的判决侵犯了其受《基本法》第5.1条保护的出版自由，但并未成功。宪政法院认为，联邦最高法院对《民法典》中非物质赔偿规定的解释并无不妥。然而，法院强调了一点：索拉娅的人格权保护之所以胜出，仅仅是因为其请求并获得的赔偿数额不大，而且该出版行为只受商业利益的驱动。法院暗示，如果数额更大，权衡的天平可能就会偏向出版自由。

联邦最高法院和宪政法院的夏洛琳案不仅极大地扩张了非物质金钱赔偿的边界，而且宪政法院还澄清了其他一些重要问题。法院试图区分名人（无论是娱乐明星还是政治人物）的私人领域和公共领域：后者对报道公开，前者则属于个人的隐私和人格权并受到保护。法院明确提到，这里并没有针对所有案件的一般划分标准，每个案件都必须单独判断。家庭住宅的隐私就是一个无论居住者是何身份都受到保护的领域。然而，法院认为，私人领域可以超出个人住所的范围。这种被保护领域的界定取决于具体情况。这不包括个人与很多人在一起的公共场合，也不包括个人同意其私人事务被公众知晓的情形。法院特别说明，隐私保护并不包括商业利益。因此，宪法对隐私的保护不适用于基于合同独家报道的私密事件对第三方的侵犯。法院还认为孩子需要特殊的保护。因此，父母与其孩子的互动原则上受到隐私保护，除非名人有意引起公众的关注。

【534】

宪政法院还维持了联邦最高法院对使用个人照片权利的解释，该权利由某部特别法律规制。依据该部法律，出版照片需要征得被拍者的同意。然而，这里有一个例外，即关于“当代历史”的照片；还有一个反例外，即当被拍者有正当利益时除外。宪政法院权衡了出版自由和夏洛琳对其照片的隐私利益，并偏向了出版自由。案件随后被诉至欧洲人权法院，法院得出了不同的结论，因为夏洛琳在摩纳哥并没有官方或政治身份，因此她对其照片的隐私权胜出。⁷¹

⁷⁰ 例如可参见BGH 160, 298；该案中，初审地区法院在2001年判决赔偿15万德国马克。联邦最高法院判决，金钱赔偿是针对隐私和人格权被照片侵犯的唯一法律救济。

⁷¹ 参见BVerfG, 1 BvR 653/96 of 15.12.1999, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19991215_

2. 判决概要

(1) 受《基本法》第2.1条和第1.1条保护的隐私权并不局限于家庭领域。原则上，个人必须能够移动到其他地方；在这些地方，他们也能保持隐秘，不被拍照的记者打扰。

(2) 一般人格权并不服务于将个体人格商业化的利益。当个体明确表示，她/他同意其某项通常被认作隐私的事务被公开时，隐私保护就需要让步。

(3) 当出版的照片涉及父母对其孩子的特别照顾时，父母的一般人格权受到《基本法》第6.1和6.2条的扩张保护。

(4) 《基本法》第5.1条第2项的出版自由同样包括娱乐业出版，以及其含有的文章和图片。原则上，这也适用于对日常公共生活或私人领域中个人照片的出版。

基于1999年11月9日的口头庭审，第一庭于1999年12月15日作出判决 - 1 BvR 653/96.

【535】 3. 案件事实

本宪法诉讼涉及对名人日常私生活照片的出版。原审中的被告布尔达公司（Burda GmbH）出版发行了“休闲时光”（Freizeit Revue）和“缤纷”（Bunte）杂志。申诉人摩纳哥公主夏洛琳的照片作为数篇文章的配图在这些杂志登出。这些照片引发了意图阻止它们出版的原审诉讼。

民事法院主要依据《视觉艺术和摄影作品版权法》（Reichsgesetzblatt [RGBI]，帝国法律公报 p. 7，后文简称为《艺术版权法》[KUG]）第22和23条来审查这些照片。这些法规有如下表述：

照片只有在其主体同意后，才能向公众公开散布或展示。若有疑问，如果照片主体在拍摄时接受酬金，可以认为该同意存在。在主体死后的十年内，需要征得主体亲属的同意。

.....

第23条规定：

(1) 以下照片可以不经22条规定之同意而散布或展示：

1. 当代历史领域的照片；

2. 照片中主体仅作为景物或其他地点的背景的一部分而出现；

1bvr065396en.html，以及ECtHR, Appl. No. 59320/00, 24.6.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>（最后访问于2019年10月21日）。

3.关于集会、游行或类似活动的照片，主体是参加的一员；

4.即使没有应邀制作，但散布或展示服务于更高艺术利益的照片。

(2)当照片的散布或展示损害主体（或者在其死后的亲属）的正当利益时，上述权利不再适用。

4.判决理由选译

B.

此宪法诉愿部分成立。

I.

被挑战的判决影响了申诉人基于《基本法》第2.1和1.1条的一般人格权。

(1)宪法对一般人格权的保护包括第三方拍摄的个人照片。

【536】

a)保护一般人格权的基本权利旨在保护个体人格中那些不属于《基本法》特别保障的自由、但从属于这些自由并对人格形成至关重要的要素（参见BVerfGE 54, 148 [153]; BVerfGE 99, 185 [193]）。利用这种保护填补立法空缺是必要的，这尤其因为科技进步给个体人格的自由发展带来了新的威胁（参见BVerfGE 54, 148 [153]; BVerfGE 65, 1 [41]）。判断具体法律诉讼中一般人格权是否受到影响，以及如有影响的话具体表现如何，首先要看人格受到的威胁是什么。这必须从具体情形中推断。

b)对展示个人私生活或日常生活的照片进行出版的权利，取决于个人的肖像权和隐私保护，这属于典型的个人人格发展权。

aa)不同于申诉人所认为的，《基本法》第2.1和1.1条并没有赋予个体决定其如何被刻画的一般性和综合性权利。至于申诉人试图从联邦宪政法院的先前判决中推导出这样一种权利（参见BVerfGE 35, 202 [220]; BVerfGE 54, 148 [155-156]; BVerfGE 63, 131 [142]），这是对法院在具体案件中阐述的该基本权利之范围的错误总结。联邦宪政法院已经在多个场合强调，一般人格权并不赋予个体完全按照其意愿被刻画的权利（参见BVerfGE 82, 236 [269]; BVerfGE 97, 125 [149]; BVerfGE 97, 391 [403]; BVerfGE 99, 185 [194]）。如此宽泛的保护不仅超越了保护此权利的目的，即抵御个人人格发展遭遇的危险，而且侵入了第三方的自由领域。

此案中，申诉人并不反对她在照片中的形象，处理此案的民事法院也认为该形象是正面的。她关心的问题是，如果她没有以官方身份出现在公共场合，而是以私人身份出现或者现身于日常生活场景中，她的这些照片是否还可以被拍摄并出版。我们可以从保护个人控制其肖像和隐私的一般人格权出发，回答此问题。

【537】 bb)控制自我肖像的权利（参见BVerfGE 34, 238 [246]; BVerfGE 35, 202 [220]; BVerfGE 87, 334 [340]; BVerfGE 97, 228 [268-269]）确保个人有机会影响和决定自己的照片和录像如何被拍摄和使用。原则上说，照片和录像展现的个人是在私人场合还是公共场合并不重要。保护控制自我肖像的权利类似于保护控制自我言论的权利，而且前者是在后者之后发展起来的。这两种权利都得到宪法判例的支持（参见BVerfGE 34, 238 [246]）。保护控制自我肖像权利的需求源自这样的事实：在特定情形下，某人的肖像可以和其本人分开，并将其存储在某种数据载体中，面向不定量观众随时复制。录像技术的进步实现了远距离摄像（最近甚至可以用卫星摄像，或在光线不好的条件下摄像），大大提升了这种可能性。

现有的影音复制技术可以改变(1)一个人所在的公共环境(2)能观察到他的公众范围。尤其是一个人正常情况下所面对的公众可以被媒体塑造的公众所取代。例如庭审现场的观众就是区分庭审公众与电视塑造的公众之关键，因为庭审现场的公众目睹了事件本身，而且反过来也能够被诉讼参与人观察和评判（参见BVerfGE, 3rd Chamber of the First Senate, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 1996, 581 [583]）。除此之外，照片复制环境的变化同样能够有意或无意地改变照片承载的信息。

在此情况下，在对控制自我肖像权进行保护的诸多方面中，只有特定照片的制作和面向更广泛公众进行的传播才具有重要性。本案并不涉及肖像权保护尤其关注的篡改照片或由情景改变带来的扭曲。相反，申诉人承认，诉讼和相应文书中涉及的照片以及照片承载的信息正确地描绘了她的生活；如果观察者在照片拍摄时也在场的话，他们也会看到这些画面。申诉人只是不愿意这些场景被拍成照片并向更多的公众展示，因为她认为这些场景属于她的隐私。

【538】 cc)与控制自我肖像的权利不同，同样源自一般人格权的隐私保护并不特别指向肖像，而是取决于肖像的主体及其被拍摄的地点。一方面，隐私保护包括因其承载的信息而通常被视为“私密”的事项，因为对它们的公开讨论或展示被认为是不得体的，这种公开会令人尴尬或者引起观众的不利反应。例如这适用于日记中的自我反思（BVerfGE 80, 367）、夫妻之间的私密对话（BVerfGE 27, 344）、性关系领域（BVerfGE 47, 46）、社会变态行为（BVerfGE 44, 353）以及疾病（BVerfGE 32, 373）等场合。如果这些事项不被保护以免受他人的观察注意，那么自我反思、关系亲密者之间的畅所欲言、性关系的发展以及医疗求助就会受到阻碍，甚至变得不可能，即使这些行为本身受到基本权利的保护。

另一方面，这种保护还延伸到个体可以恢复、休憩和放松的物理空间（参

见BVerfGE 27, 1 [6])。毫无疑问,在这类空间中,个体的行为可以不同于他们在公开场合所表现的那样,外部观察者观察和展示这类行为对他们而言意味着尴尬和伤害。实际上,该空间让个体可以摆脱公共观察,因而摆脱公众面前的自我束缚,即使个体的行为并非一定和其在公众面前表现的不一样。如果这种退隐的可能性不复存在,个体的身体就会过度紧张,因为他或她将时刻留心自己对别人的影响,并时刻考虑自己的行为是否得当。这会剥夺个体独处和自我恢复的阶段,而这对个体人格的发展是必要的;没有它,人格发展会严重受损。对这种保护的需求同样存在于有地位、声望或影响力的人,以及其能力或行为受到公众特别关注的人。某人成为了公众关注的人物,无论其是否自愿,都不意味着此人因此失去了免于公众观察的隐私领域。这同样适用于民选的公职人员。他们履行公职当然要对公众负责,并因此要忍受公众的关注。但是,他们并不需要忍受公众对其私生活投入同等的关注,如果私生活不影响其履行公职的话。

众所周知,家庭领域构成这样一个受保护的领域。由于退隐同人格自由发展的联系,退隐的领域从一开始就不应仅限于家庭。只要退隐的功能并不止步于一个人居所的四壁和财产的范围,这就是成立的。如果一个人只能在自己的家中躲避公众的好奇心,那么其人格的自由发展将会受到严重损害。在很多情况下,一个人只能退隐到诸如度假景点的自然环境中才能从公共生活中恢复过来;在公共生活中,个人不得以特定的方式行动,而且媒体的注视一直存在。这也是为什么原则上个人必须能够移居到开阔但与世隔绝的乡下,或隔绝于广大公众并免于公众观察的地方。这一点由于如下拍摄技术的应用变得尤其重要:这些技术可以克服物理隔绝的限制,在个人意识不到的情况下对其进行拍摄。

【539】

家庭之外的隐私的物理界限难以被一般和抽象地定义。它们只能从个人造访的地点所具有的具体特征来判断。关键标准是个人是否找到或创造一个环境,在其中他/她可以合理地期待、同时他人也可以预料他/她不会被暴露于公众的观察。

退隐的前提是否满足,要在每个特定情形中判断。在同一个地点,某个人可能在某个时间有充分理由感到他/她不受观察,但在其他时间就未必如此。某人待在封闭的房间也不总意味着他/她是退隐的。关键在于,个人是否有充分理由期待他/她是不被观察的,以及他/她所造访的地点是否正处在公众的视野之下。因此,退隐这个家庭之外隐私保护的前提,在封闭房间中同样可能不存在。

个人与许多人共处的地方,从一开始就缺乏《基本法》第2.1和1.1条意义

上隐私保护的前提。这类地方无法满足个人退隐的需求，因此也无法获得基于人格自由发展需求的基本权利的保护。个人无法通过在这类地方展示一种不常在公众面前展示的行为，就将它们变成他/她隐私领域的一部分。构成隐私领域的不是个体的行为，无论行为是单独的还是与他人一起作出的，而是该地点在当时的客观特征。因此，如果一个人在没有退隐特征的地点，以为自己不受观察并依此行为，此人便排除了对这类他/她认为不受公众关注的行为之保护需求。

如果某人同意一些通常被视为私密的事务向大众公开，例如签订对其私生活进行媒体独家报道的合同，那么免于公众观察的隐私保护也会被排除。《基本法》第2.1和第1.1条规定的隐私保护并不服务于个体人格的商业化利益。当然，人们都能以这种方式公开其私生活。但当他/她这么做的时候，就不能主张隐私保护了，因为隐私是避开公众观察的状态。因此，如果某人期待其他人对其通常用于躲避公众观察的领域内的行为少观察或不观察，他/她必须持续表达出这种期待，而不是仅在特定情形下表达。这同样适用于某人撤回其同意或忍受对其私生活特定事务进行报道的情况。

dd)联邦宪政法院先前并无判例法涉及家庭关系，尤其是父母和子女之间隐私保护的义务。然而，法院承认孩子需要特别的保护，因为他们仍然需要发展成为负责任的人（参见BVerfGE 24, 119 [144]; BVerfGE 57, 361 [383]）。这同样需要保护孩子免受来自媒体利益和儿童照片消费者的威胁。这类利益对孩子人格发展的侵扰更甚于其对成人人格发展的侵扰。孩子免于公众观察并自由发展的领域，因此要比成人受到更加全面的保护。

负责孩子人格发展的是父母。由于教育取决于父母和其子女之间不受干扰的关系，对孩子基本权利的特殊保护并不只有自动支持父亲或母亲的效果（另参见BVerfGE 76, 1 [44 et seq.]; BVerfGE 80, 81 [91-92]）。原则上，父母对其子女的特别照顾同样属于《基本法》第2.1条和第1.1条的保护领域。在此，一般人格权的保护范围被《基本法》第6.1和第6.2条增强了：该条文要求国家保障孩子健康成长所必需的生活条件。父母的照顾对这些条件来说至关重要（参见BVerfGE 56, 363 [384]; BVerfGE 57, 361 [382-383]; BVerfGE 80, 81 [90 et seq.]）。

【541】因此，《基本法》第6条加强了孩子为享有一般人格权而受到的保护。在具体个案中这种加强的效果如何，无法一般和抽象地判断。一般来说，当父母有意带着孩子一起面向公众，例如一起参与公共职能甚至处于该职能的核心位置时，就没有保护的必要。在这种情况下，他们同意向公众露面。在其他情况下，被父母子女特殊关系所加强的一般人格权保护就要在原则上适用，哪怕退

隐的前提在这些情况下并不满足。

(3)被挑战的判决侵犯了申诉人的一般人格权，照片拍摄的场所受到此基本权利的保护；法院认为，它们可以在违背申诉人意愿的情况下出版。这降低了对该权利的必要保护，而民事诉讼中的法院也有义务对申诉人提供这样的保护（参见BVerfGE 7, 198）。

II.

被挑战的判决并不完全符合《基本法》第2.1和第1.1条的要求。

(1)然而，民事法院判决依据的《艺术版权法》第22和23条符合《基本法》。

依据《基本法》第2.1条，一般人格权只在宪法秩序的框架下受保护。这同样包括艺术版权法第22和23条关于出版个人照片的条款。该条款可追溯至一起冒犯事件（俾斯麦的临终照片，[RGZ, 德意志帝国最高法院判决] 45, 170）和随后关于法律政策的讨论（参见Verhandlungen des 27. DJT, 1904, 4th volume, pp. 27 et seq.）。此条款试图在个人人格权和公众知情权之间达成公正的平衡（参见Verhandlungen des Reichstages, 11. Legislaturperiode, II. Session, 1. Sessionsabschnitt 1905/1906, No. 30 p. 1526 [at pp. 1540-1541]）。

根据《艺术版权法》第22.1条，只有取得主体同意之后，才能向公众散布或展示其照片。除其他以外，《艺术版权法》第23.1条将当代历史领域的照片从此原则中豁免。但依据《艺术版权法》第23.1条，此豁免不适用于照片主体的正当利益受损的情况。由于该保护的概念包含多个阶段，此条文充分考虑了照片主体的保护需求和公众的知情愿望，以及媒体实现该愿望的利益。联邦宪法法院在之前的案例中已经论证了这一点（参见BVerfGE 35, 202 [224-225]）。

答辩人认为该条款违反了出版自由，因为它属于对出版的禁止，即要求出版事先获得许可。该观点不会使本院得出不同的结论。这种禁止并不存在，因为该条款只是在法律保护的不同利益之间进行调和。它并未一边倒的偏向个人人格权的保护。诚然，在第一和第三阶段（《艺术版权法》第22.1和第23.2条），条文主要关注照片主体的保护需求。但是在第二阶段（《艺术版权法》第23.1条），出版自由以及作为其基础的形成观点的自由受到了充分的考虑。同时，条文的开放字眼给依据此基本权利进行解释和适用提供了足够空间。【542】

(2)然而，对这些条文的解释和适用并不完全符合基本权利的要求。

a)解释和适用宪法性民法条文是民事法院的任务。在此过程中，民事法院必须注意到受其判决影响的基本权利的含义和范围，以确保它们的规范内容在司法适用层面也得到维护（确立的判例法参见BVerfGE 7, 198 [205 et seq.]）。这需要对基本权利保护的不同利益进行权衡。这种权衡在需要解释的民事法律

条文的框架下进行，而且必须考虑到具体案件的特殊情况（确立的判例法参见BVerfGE 99, 185 [196]）。尽管受到基本权利的影响，该诉讼仍然属于私法诉讼，需要由私法来解决，而对私法的解释要受基本权利的指引。因此，联邦宪政法院的任务是审查民事法院是否充分考虑到了基本权利的影响（参见BVerfGE 18, 85 [92-93]）。但是，命令民事法院对案件作出某种具体判决，并非联邦宪政法院的职责（参见BVerfGE 94, 1 [9-10]）。

只有在以下情况下，侵犯基本权利并因而受到挑战的判决之推翻才能成立：(1)在解释和适用宪法性私法条文时，忽视了对基本权利的尊重；(2)没有正确或完整地认定应被尊重的基本权利的保护范围；(3)错误估计了应被尊重的基本权利的权重，导致对私法争议解决中各方法律立场的权衡发生错误（参见BVerfGE 95, 28 [37]; BVerfGE 97, 391 [401]），而且判决也建立在此错误之上。

b)在本案中，解释和适用《艺术版权法》第22和23条不仅要考虑一般人格权，还要考虑到出版自由，该自由也受到这些条文之影响。

【543】 出版自由的基本权利保护之核心是自由决定出版机构的性质、倾向、内容和形式的权利（参见BVerfGE 20, 162 [174 et seq.]; BVerfGE 52, 283 [296]; BVerfGE 66, 116 [133]; BVerfGE 80, 124 [133-134]; BVerfGE 95, 28 [35]）。除其他以外，这包括是否以及如何刻画某个出版机构的决定。这种保护不限于对特定主题的刻画。它还包括对人的描绘。这种保护并不依赖于出版机构的性质或级别（BVerfGE 34, 269 [283]; BVerfGE 50, 234 [240]）。任何此类区分最终都会让公权力来评判和控制出版业，这显然违背了此基本权利（BVerfGE 35, 202 [222]）。

出版自由旨在促进个人和公众自由地形成观点（参见BVerfGE 57, 295 [319]）。这种观点形成只有在自由报道，即报道的主题和方式不受任何限定或禁止的条件下，才能成功。尤其是观点之形成并不局限于政治领域。出于民主运行的利益，政治领域的观点形成当然特别重要。然而，政治领域的观点形成根植于一种高度关联的全面的交流过程中，无论是从个人人格发展的角度还是从民主治理的角度，都很难把该过程分为相关的和不相关的领域（参见BVerfGE 97, 228 [257]）。出版社必须能够依据其自身的出版标准，来决定哪些内容具有、哪些不具有公共利益。

出版社有促进观点形成之任务，并不意味着娱乐就不受宪法上出版自由的保护。观点形成并不与娱乐对立。娱乐文章同样可以有助于观点的形成。在特定情形下，比起单纯的事实信息，这类文章能够更持续地刺激或影响观点的形成。此外，在媒体业，无论在具体出版机构的整体还是个别文章中都能见到一

种越来越流行的趋势，即以娱乐的方式传播信息或者将信息和娱乐混杂（“信息娱乐”），要求我们摒弃信息和娱乐之间的界限。这意味着许多读者会从娱乐文章中获取他们认为重要或有趣的信息（参见 Berg/Kiefer [eds.], *Massenkommunikation*, volume V, 1996）。

我们同样不能从一开始就否认单纯的娱乐也能影响观点形成。如果认为娱乐只能满足休闲、放松、消遣和逃离现实的愿望，那是一种狭隘的看法。娱乐同样可以传递现实图景、提供交流话题，然后进入讨论和整合的过程，并指向生活意见、关于价值和行为方式的观点，因而履行重要的社会功能（参见 BVerfGE 97, 228 [257]；另参见 Pürer/Raabe, *Medien in Deutschland*, volume 1, 2nd edition 1996, pp. 309-310）。基于此，出版业中的娱乐不能被忽略、也不能在宪法保护的出版自由领域被认为是不重要的。娱乐同样受到此基本权利的保护（参见 BVerfGE 35, 202, [222]）。【544】

这同样适用于对个人的报道。将主题个人化是一种重要的吸引注意的报道手段。主题个人化通常会最先唤起对特定问题的兴趣，并构成对事实信息渴望的基础。对事件和情景的同情也是由主题个人化来传递的，而且名人也会代表特定的道德立场和人生观。因此，名人为许多人提供了人生观念的指引。名人是效仿或摒弃的焦点，履行着人生榜样或生活方式反面教材的功能。这也是为什么名人生活的诸方面蕴含了公共利益。

至于政治生活的人物，从民主透明和控制的角度，他们所涉及的公共利益一直被认为是正当的。然而，原则上，我们无法否认这种利益也存在于其他有公共角色的人身上。基于此，对特定功能或事件以外的人之描述也符合出版社的职责，因此属于出版自由保护的范畴。只有当出版自由需要同与之冲突的人格权权衡时，这类问题才是重要的：公众关注的问题是以与事实相关的严肃方式被讨论，还是仅仅是满足公众好奇心的私事而被泄露了（参见 BVerfGE 34, 269 [283]）。

c) 联邦最高法院的判决基本通过合宪审查。

aa) 为判断《艺术版权法》第23.1(1)条的要素，联邦最高法院以一般公众的知情利益作为决定性标准，并因此认为，出版照片展示申诉人履行摩纳哥公国典型职能以外的生活；这是合法的，这一判断从宪法上来说无可厚非。

《艺术版权法》第23.1(1)条规定，出版当代历史领域的照片无需像该法第22条规定的那样征得主体同意。从议会制定此条款的意图（参见 *Verhandlungen des Reichstages*, loc. cit., pp. 1540-1541）以及此条的立法目标来看，这同时考虑到了一般公众的知情利益和出版自由。因此，尤其当解释“当代历史领域的照

【545】片”这一要素时，需要考虑公众利益：公众不能自由获取对当代历史领域不重要的人的照片，发表这些照片需要主体的同意。《艺术版权法》中另一个受基本权利影响的要素是第23.2条中的“正当利益”：它从一开始就仅指向当代历史领域中重要的人。因此，如果在界定哪些人属于当代历史领域的重要人物时忽略了这类利益，就没有充分考虑到出版自由的利益。

《艺术版权法》第23.3(1)条的当代历史概念并非一个由司法来定义其内容的但书，例如将其定义为仅限于历史或政治上重要的事件。它由公众的知情利益来决定（参见RGZ 125, p. 80 [at p. 82]）。这考虑到了出版自由的重要性和范围，同时也没有过分限制对一般人格权的保护。出版自由和观点自由的内核包括，出版社在法律的界限内有充分操作的空间；它能够依据它的出版标准决定哪些事实具有公共利益，而且在公共意见的形成过程中，哪些事项具有公共利益是显而易见的。如前所述，娱乐文章不能被排除在此之外。再者，联邦最高法院认为，如果某人没有在一个特定时间通过与当代历史具体事件的联系吸引公众注意，而是没有与具体事件产生关联、仅依靠其自身的地位或重要性吸引了一般公众的注意，那么该人的照片也属于《艺术版权法》第23.1(1)条的“当代历史领域”，该判断并无不妥。在此，同艺术版权法制定时相比，照片报道在今天越来越重要，这一事实也需要被考虑。当然，学术界和司法界经常提及的“当代历史的绝对人物”概念，在此并非法律或宪法的必然之义。如果像高等地区法院和联邦最高法院认为的那样，将此概念理解为在有限意义上描述这样一类人，其照片因自身缘故值得公众关注，这种理解并不违反宪法。然而，重要的是在每个个案中权衡公众的知情权和被拍摄者的正当利益。一般人格权并不要求未经同意出版当代历史重要人物的照片，仅限于那些表现他们履行社会职能的照片。这些人所涉及的公共利益不只体现在狭义上公共职能的行使。基于这类人的外在职能及其效果，这种公共利益还包括他们在公共场合如何进行一般行动，而非行使相应公共职能的信息。公众有正当利益去了解通常被视为榜样或模范的这类人，在公共职能中表现的行为是否同其私下的行为一致。

【546】如果认为出版照片仅限于和当代历史重要人物的职能相关的内容，这就没有充分考虑到这些人物合法激起的公众兴趣。而且这会鼓励一种有选择的展示，让公众失去对这些人物的社会生活和政治生活进行衡量、并对他们作为榜样的功能和影响力进行批判的机会。这并不是允许出版社无限制拍摄当代历史人物的照片。《艺术版权法》第23.2条给了法院足够的空间，来施加《基本法》第2.1和1.1条的保护要求（参见BVerfGE 35, 202 [225]）。

bb)原则上，联邦最高法院在解释《艺术版权法》第23.2条的“正当利益”时发展的标准，从宪法上来看并无不妥。

依据被挑战的判决，所谓当代历史的绝对人物也同样享有的值得保护的隐私要求：(1)一个供某人独处的局部退隐之处；(2)这种独处的愿望能够被一个客观的观察者识别；(3)该人在退隐之处的行为与其在公共场合的行为不一样。联邦最高法院认为，如果某人的照片是被秘密拍摄，且被拍时并不知情，那么出版该照片就违反了《艺术版权法》第22和23条。

一方面，这种身体退隐的标准考虑到了一般隐私权，即确保个体在其住所之外有个领域，在其中个体知道他们没有处在持续的公众关注之下，因此不必由于这种关注而控制自己的行为，而是可以进行放松和恢复。另一方面，这种身体退隐标准并没有过分地限制出版自由，因为它没有将当代历史人物隔绝于照片报道之外，而是允许在公共场合对其进行拍摄报道。根据这些判决，当存在公众知情的重大利益时，出版自由可以优于隐私保护（参见BGH, JZ [Juristenzeitung] 1965, 411 [413]; Oberlandesgericht [OLG, Higher Regional Court] Hamburg, Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht [UFITA, Archive of Copyright, Film, Broadcasting and Theatre Law] 1977, p. 252 [at p. 257]; OLG Munich, UFITA 1964, p. 322 [at p. 324]）。

【547】

同样并无不妥的是，联邦最高法院将个体在特定场合下的行为看作他 / 她处在退隐状态的标志。然而，并非只有处在该领域的人展示出想要避开公众目光的行为，免受拍摄展示的保护才会启动。只有当退隐能够确保个人有放松的空间，而不必一直担心摄影师或拍摄团队的出现，无论其在特定时刻他 / 她的行为如何，这种退隐才能实现对个人人格发展的保护。然而，这不是本案的决定性问题，因为根据联邦最高法院的发现，隐私保护的首要前提自一开始就不存在。

最后，在平衡公众知情利益和隐私保护时，获取信息的手段很重要。这一观点也符合宪法（参见BVerfGE 66, 116 [136]）。但有疑问的是，对于秘密地或在主体不知情的情况下拍摄的照片是否侵犯了其住所之外的隐私权。考虑到宪法赋予此领域的功能，以及一个人经常难以判断照片是否是在秘密或不知情的状态下拍摄的，无论如何，对隐私的不当侵犯不能仅在[主体知晓其被拍摄]这些特征具备时才成立。考虑到本案诉讼中的照片，由于联邦最高法院一开始就否认了照片拍摄的领域构成退隐，对于照片拍摄手段之疑问并不影响判决的结果。

cc)然而，被挑战的判决忽视了申诉人在照顾孩子时、其人格权被《基本法》第6条加强保护这一法律立场，这种忽视并不符合宪法的要求。

dd)至于不同的照片，我们可以得出以下结论：

【548】

关于展示申诉人在一位保镖的陪伴下去商场，以及与一位同伴现身一家常去的酒店的照片，联邦最高法院的判决从宪法角度来看没有问题。在前两张照片中，被展示的地点并非退隐的，而是公众可以涉足的。当然，第三张照片的地点是一个有界限的场所，但申诉人发现自己当时正处在周围公众的目光之下。因此，联邦最高法院判决允许出版这些照片，这和禁止在花园餐厅拍摄的判决并不矛盾。该禁止是被挑战判决的主题，但并没有在此宪法诉愿中被提出。申诉人与其同伴在花园餐厅就坐的座位符合退隐的所有特征。花园餐厅的照片明显从远处拍摄的事实，进一步说明申诉人当时认为她并没有暴露在公众的观察之下。

判决中对申诉人独自骑马和骑自行车的照片的处理也并无不妥。根据联邦最高法院的观点，它不认为这些照片展示了身体退隐领域，而是属于公共领域。这在宪法上无可厚非。申诉人自己认为它们属于隐私的退隐领域，仅仅是因为在她的看来，这些照片表明她想要独处。然而，根据前面解释过的标准，单纯的主观愿望在此并非决定性的。与此不同，展示申诉人与其孩子在一起的三张照片需要根据前述的宪法标准重新审查。根据这些标准审查之后，不能排除会对部分或全部照片得出不同的结论。因此，联邦最高法院的这部分判决被推翻并发回重审。

d)至于被挑战的地区法院和高等地区法院的判决，它们虽然符合当时的判例法，但限制了《基本法》第2.1和1.1条保护的家庭领域的隐私，因此侵犯了基本权利。但是这里并不需要推翻这些判决，因为其对基本权利的侵犯已经被联邦最高法院纠正；至于其他方面，案件也已被发回重审。

【549】 III.
.....

“索拉娅案”

BVerfGE 34, 269

1.判决概要

民事法院的判例法认为，在严重侵犯一般人格权的场合，受害人可以基于非物质损害请求金钱赔偿。这符合《基本法》。

第一庭于1973年2月14日的判决，1 BvR 112/65.

2. 案件事实

德国某插画周刊于1962年4月刊登了一则对伊朗国王离异的妻子索拉娅王妃的采访。这则包含王妃私生活自述的采访是完全捏造的。在她起诉后，民事法院裁决出版社和杂志主编侵犯了索拉娅王妃的人格权，并赔偿她1.5万德国马克。基于其先前的判例法，联邦最高法院认定该虚假采访是对王妃人格权的严重侵犯。法院判决她可以基于其非物质损害索取金钱赔偿。

针对民事法院判决的宪法诉愿并不成立。

3. 判决理由选译

C.

I.

(1)被挑战的判决属于民事纠纷，应在私法体系的基础上进行判定。联邦宪政法院不能审查常规法院对民法的解释和适用。但是《基本法》基本权利条款中蕴含的客观价值系统却同样影响着私法。它构成了一种宪法下的基础决定，适用于所有法律领域。联邦宪政法院有责任确保《基本法》能够实施这种影响。因此，它判断民事法院的判决是否基于对基本权利的范围和作用的一种完全错误之理解，以及判决结果本身是否违反了一方的基本权利（一般可参见BVerfGE 7, 198 [205 et seq.]; 18, 85 [92, 93]; 30, 173 [187, 188, 196, 197]; 32, 311 [316]）。

在本案中，申诉人不仅挑战民事法院的判决结果，他们还特别质疑法院得出这些结果的方式。申诉人对法官有权在此类案件中授予金钱赔偿提出了质疑，因为这类赔偿是由法律规定的。这让人思考《基本法》下司法活动的性质和界限。这里要审查的问题是，法院是否可以对这类实质问题作出判决。法官们不得在判决中任意主张《基本法》的价值体系。如果他们的判决结果符合《基本法》的价值系统，但使用的方法没有尊重法官在裁决时应遵守的界限，也会违反宪法。联邦宪政法院同样会推翻这类判决。

【550】

(2)当前民事案件中的主张基于《民法典》第823.1条。援引1954年5月25日判决（Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* - BGHZ] 13, 334）中阐明的现有判例法，联邦最高法院认为该条提到的权利同样包含“一般人格权”；法院判定，申诉人的行为违反了该权利。判断该判决在民法教义领域的基础和发展是否正确，并非联邦宪政法院的职责。但它有权判断，一般人格权在数十载的讨论中已经成为法律理论中的一项既定事实，而且在其被上述联邦最高法院的判决所承认

之后，已经成为我们私法体系的一个必要组成部分，尽管这仍然被通过德国《民法典》的立法机关所拒斥（除其他以外，参见以上提到的众议院法律草案文件，*Drucksache des Deutschen Bundestages* - BTDrucks, III/1237, grounds pp. 67; Nipperdey in “*Die Grundrechte*” handbook, vol. IV, book 2, 1962, p. 830; Hubmann, *Die Persönlichkeitsrecht*, 2nd ed., 1967, pp. 5 et seq.; MaunzDürigHerzog, *Grundgesetz*, Article 1.1 marginal no. 38）。

联邦宪政法院并不在宪法上反对联邦最高法院的这一判决。基本权利所体现的价值系统是社会共同体中个人人格和尊严自由发展的核心（BVerfGE 6, 32 [41]; 7, 198 [205]）。它值得所有国家机构的尊重和保护（《基本法》第1和第2.1条）。这种保护尤其适用于人类的私领域，在其中他们希望可以独处并独自担当，不受任何干扰（BVerfGE 27, 1 [6]）。一般人格权的法律概念同样有私法领域的保护作用。尽管随着时间的流逝，对个人人格权之承认基于各种原因已经越来越明显，但它弥补了人格权保护层面仍然存在的不足。因此，联邦宪政法院从未反对过民事法院在判例法中承认一般人格权（尤其参见BVerfGE 30, 173 [194 et seq.]; 34, 118 [135, 136]; 以及1973年1月31日的判决 - 2 BvR 454/71 - B.II.2）。

【551】 (3) 《民法典》第823.1条属于《基本法》第5.2条意义上的“一般性法律”（BVerfGE 7, 198 [211]; 25, 256 [263 et seq.]）。根据对该条款的解释，由于一般人格权属于该条款列举的权利之一（这并不违宪），从《基本法》的意图来看，它确实限制了申诉人主张的出版自由基本权利。

如前所述，一般性法律在宪法下的潜在作用被《基本法》第1条和第2.1条的保护性命令加强了。另一方面，出版自由对自由民主秩序的基本重要性也不能被忽视。当民法纠纷的各方涉及宪法所保护的利益时，必须要进行这种权衡；在权衡利益的过程中，这种重要性一直存在（BVerfGE 25, 256 [263]; 30, 173 [196, 197]）。在权衡时，一般人格权不能简单被优先考虑；根据具体案件中的情况，出版自由可以限制基于人格权的主张（BVerfGE 7, 198 [208, 209]）。

(4) 在原审中，被挑战的判决给予原告的私人空间相对于出版自由的优先保护。基于该案的事实，对这些判决没有理由持有宪法上的保留。根据这些事实，申诉人在某娱乐出版机构刊登了一则针对原告的虚假访谈，其中展示了她的私生活，好像原告自己在讲述一样。法院认为，这属于对原告私人领域未经许可的侵犯，而原告有权独自决定她的私生活是否以及以何种方式被公众知晓。

实际上，根据此事实，申诉人无法援引出版自由来为其行为辩护。如果我

们完全否认娱乐和耸人听闻类出版社受此基本权利保护，如同地区法院依据一些学界观点所认为的那样，则过于极端。“出版”这个词必须从广义和形式上来解释。无论用何种标准，它不能依据单个出版物来解释。出版自由不局限于“严肃”的出版社（MaunzDürigHerzog, *Grundgesetz*, Article 5 marginal no. 128129；另参见BVerfGE 25, 296 [397]；对于无线电广播，参见BVerfGE 12, 205 [260]）。然而，这并不意味着此基本权利在每种法律情形下对每个出版机构和所有出版内容都提供同等保护。在权衡出版自由和宪法保护的其他法律利益时，可以在个案中考虑该出版社是否认真和客观地对待了某个涉及公共利益的事项，以满足读者知情的需求，并为公共意见的形成作出贡献，抑或是仅仅为了满足或多或少的读者们浅薄的娱乐需求。

在本案中，原告私人领域受保护的需求，并没有被一个更强的利益（关于访谈中所涉事项的公共讨论）抵消。读者并没有通过虚假访谈了解一个人私生活的“知情”权。即使我们认可它在此领域有某种正当利益，一个捏造的访谈对真正的公共意见形成也没有贡献。私人领域的保护完全优于出版社的此种言论。

II.

【552】

当某个“一般性法律”可能限制出版自由时，其限制的方式完全取决于该法律的实体内容。这尤其意味着，只有法律授权的制裁才可以施加于出版机构并有效限制其自由。这就是申诉人挑战的基础；申诉人认为并没有“一般性法律”规定，一般人格权受侵犯而导致的非物质损害可以要求金钱赔偿，而且《民法典》第253条事实上明确排除了这种主张。因此，他们认为，法院认可这种赔偿的判决，越过了宪法允许其限制出版自由的界限；他们还认为，法院的这种制裁构成了对出版自由的实质侵犯，因为它只针对出版社，并且给出版社带来了难以估量的风险，最终会威胁其生存。在他们看来，这样做的结果便是，一个自由民主的政府体系中出版自由的本质和重要性被完全忽视。

对于此论点，同样有必要从一开始就强调一点：判断联邦最高法院作出的侵犯一般人格权的判决是否可以被民法教义证成，或者换句话说，民法是否允许和要求承认一种一般人格权，并将《民法典》第847条对其的保护在相关案件中扩展到包括这种索求赔偿的权利，这类问题之决定并不在联邦宪政法院的职权范围内。

同样，联邦宪政法院在本案中必须克制自己，只审查此判例法中关于宪法的部分。这涉及以下问题：一方面，判决的实体结果是否一开始就违反了出版自由的基本权利，以及在缺乏明确成文法基础的情况下，通过判决得出此结果是否符合《基本法》。

通过对这两个问题的检验，我们发现，被挑战的判决所基于的联邦最高法院判例法并没有违反宪法。

III.

从事物的本质来看，出版机构尤其可能侵犯一般人格权，因为它们拥有获取和传播信息的技术手段，因此能相对更容易地侵入公民的私领域。然而，判例法显示，民事法院将一般人格权保护的规则同样适用于出版领域之外（例如可参见Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* BGHZ] 26, 349; 30, 7; 35, 363）。仅仅基于此原因，一种“特别针对出版社的权利”并不存在。

【553】 但是如果对出版社施加过度苛刻的惩罚，包括特定情况下难以预料的高额赔偿，就会侵犯出版自由并违反宪法，尤其是当这类请求的法律标准不够清晰的时候。但这种情况在本案中并不存在。基于非物质损害的金钱赔偿对我们的法律体系来说并不陌生，也许《民法典》第253条本身就承认了这一点。在《民法典》第847条中，对于第823条或一些特定法律所认定的其他法益的侵犯，就规定了这一点。在判例法的发展过程中，必须赔偿非物质损害的案件类型有着清晰的轮廓。赔偿请求具有从属性；只有当诸如不可能通过颁发禁止或撤销命令恢复原状，或者由于案件性质不足够时，法院才允许金钱赔偿。关于“名誉商业化”概念，不可能进行严肃讨论。严重侵犯私领域和严重过失是必要的前提，这确保了注意义务标准不会对负责的出版社过分适用，而且不是每次不准确的或客观错误的信息都会导致责任。最后，观察判例法可以发现，法院允许的赔偿都在合理的区间内，尤其是考虑到引发赔偿的出版社本身也是受经济利益驱动的。本案也是如此。因此，该判例法对出版社带来的风险并未超出合理限度。在本案中，这尤其明显，防止虚假访谈被传播的注意义务并非不合理。

IV.

(1)传统上法官向法律负责的原则是分权，因而也是法治原则的一个核心要素：无论如何，该表述都被《基本法》所修正，以使司法机关能够受到“法律和正义”（第20.3条）之约束。根据主流观点，这构成了对狭义法律实证主义之拒斥。该表述承认这样的事实：法律和正义当然在一般情况下是等同的，但不必也不总是如此。正义并不等于所有成文法的总和。在特定情况下，或许存在一些法律，它们超出了国家实定法的范围，只能从宪法下作为一个整体概念的法律秩序中找到源头，并且可以纠正成文法；法院在判决中，有义务发现并实施这类法律。在个案中适用立法机关的指令时，《基本法》并不要求法官受其字面含义的约束。这种理解必须基于国家实定法体系没有任何漏洞这一前

提：这一点从法律确定性的基本要求来看是正当的，但现实中却是无法实现的。司法活动不只包括对立法机关决策的确认和宣示。司法机关尤其需要将宪法法律体系中隐藏但成文法中尚未或没有完全体现的价值体现出来，并展示在判决中；该过程是一种价值判断，需要意志决断的因素。在此过程中，法官必须避免任意专断。它们的决定必须基于理性的论证。法官必须证明，成文法未能为某个法律问题提供公平的解决方案。因此，司法判决基于实践理性标准和“社区既定的一般正义观念”（BVerfGE 9, 338 [349]）来弥补这种漏洞。

【554】

在原则上——无论如何，在《基本法》上，法官“创造性判决”的义务和权力从未产生过争议（例如可参见R. Fischer, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe*, vol. 100 (1971), and on that Redeker, *NJW* 1972, pp. 409 et seq.）。

最高级别的法院从一开始就主张过该权利（例如可参见Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen - BGHZ*] 3, 308 [315], 4; 153 [158]; Federal Labour Court [*Bundesarbeitsgericht - BAG*] 1, 279 [280, 281]）。

联邦宪政法院一直承认这一点（例如可参见BVerfGE 3, 225 [243, 244]; 13, 153 [164]; 18, 224 [237 et seq.]; 25, 167 [183]）。立法机关自己也明确赋予联邦最高法院的大合议庭“继续发展法律”的职责（例如可参见《司法法》[GVG]第137条）。在某些法律领域（例如劳动法），这一点非常重要，因为立法机关未能跟上社会的发展。

唯一需要注意的问题是，考虑到作为法治基本前提的司法受法律约束原则，它应当如何限制这种创造性判决。这种限制无法以一套公式的形式，对它产生或适用的所有法律领域或所有法律情形都同等适用。

(2)对于本案来说，问题仅限于私法领域。本案中，法官们面对的是由大量实定法构成的德国《民法典》，它已经生效超过70年。这具有双重重要性：第一，法官创造性发展法律的自由必然随着“法典的老化”（Kübler, *JZ* 1969, p. 645）而增加，也就是同原始法律规定和现时司法判决的个案之间的时间长度成正比。对某个法律条文的解释，不能一直无限期地保留其制定时的含义。法官在适用时有必要考虑它所服务的合理目的。法律始终处在社会条件和社会政治态度的语境中，它们的实体内容可以而且必须在必要时作出相应的演变。正如本世纪所发生的，当生活条件和法律态度在法律制定到适用这段时间发生如此深刻的变化时，就尤其如此。法官不能依据不变的法律文本，对法律与变化社会中正义的实体概念之间的冲突视而不见；为避免放弃他们主持“正义”的职责，他们必须自由地处理法律规范。另一方面，经验告诉我们，当立法改革

试图对整个法律体系中标志性的主体法律（例如德国《民法典》所编纂的私法）进行更改时，会遭遇特别的困难和阻力。

【555】

然而，至少可以从民法角度讨论反正不与民法解释规则相冲突的判决结果；如果它旨在主张并有效保护处在《基本法》价值系统核心的法律利益，我们就无法从宪法角度去反驳它。这种判决构成了《基本法》第20.3条意义上的“正义”。这并非违反成文法，而是对成文法的补充和扩展。

我们也同样无法在宪法上反对联邦最高法院的判决方式，因为它对成文法的偏离仅仅是为了实现个案的正义。联邦最高法院既没有认为《民法典》第253条整体不再有效，也没有认为其违宪——法院可以这样做，因为该法律诞生于《基本法》之前。法院并没有改变条文中的列举原则，而只是在立法机关已经规定的对于非物质损害的赔偿之上增加了一种情形：不仅生活条件的变化，而且更高层次的强制性法律（《基本法》第1和第2.1条）也让此判决看起来非常必要。因此，联邦最高法院和遵循其论证的其他法院并没有偏离法律的体系，它们没有主张自己对于法律教义的理解，而是仅仅使用系统的方法阐述了《基本法》秩序背后的基本理念。

.....

“广播第一案”

BVerfGE 12, 205

1. 译者注解

德国的广播系统（无线电和电视）一直受到更大强度的单独规制。例如政府从未对报纸规定许可的要求，但广播业却必须取得许可。对报纸，除了一般性地适用关于淫秽内容或烟酒广告的规则之外，很少有准入和内容限制，⁷²但在广播领域，一直存在准入的规制和确保内容多样性的规则。原因在于出版业和广播业之间的结构差异。传统上，出版业无论从出版数量还是其代表的意见观点的广度来看，都比广播业更多元，后者频道有限且需要高额的资本投入。与此同时，广播作为一种大众传媒，其效率远胜于报纸。⁷³

【556】 在定义德国广播业的生态方面，宪政法院发挥了重要如果不是首要作用。⁷⁴

⁷² 法院判决，政府规制出版业原则上是违宪的，因为这干涉了其制度独立性，参见 BVerfGE 12, 205 (260).

⁷³ 参见 BVerfGE 12, 205 (261).

法院判例法的结果是德国特殊的“二元”广播体系：受广泛资助的大型公共（但并非由政府控制）⁷⁵广播作为支柱，加上与之并行的受商业资助的私人广播。这一结果主要基于《基本法》第5.1条中的一句话：“通过广播和摄像进行报道的自由必须受到保障。”《基本法》中的寥寥数语对于整个广播业的形态产生了可能令人吃惊的影响，这不仅是法院权力的充分证明，而且说明法律解释和立法之间的界限至少是难以区分的，尤其在宪法领域。

这里翻译的第一个判例（BVerfGE 12, 205）的重要性体现在两个不同方面。第一是关于德国的联邦制结构。联邦政府需要建立一个由联邦控制的电视网。法院否定了联邦政府的此项权力，因为无法从《基本法》中推断出这一权力的法律基础，因而根据《基本法》第30条的一般保留条款，任何这类权力都必须属于各州而非联邦政府。联邦层面仅有的权力是关于广播技术方面的权力，也就是为了广播传输而对技术基础设施进行规制的必要权力；该权力当时被德国邮政垄断，但后来私有化了。⁷⁶但是作为广播业的组织以及任何与节目有关的事项，广播本身都属于文化政策的一部分，因而属于各州的权力范围。结果是，联邦政府必须完全退出广播领域，而且此事的影响甚至超出了德国。宪法法院⁷⁷以及随后修改的《基本法》第23条明确提出，对于欧盟层面的广播业规制来说，德国将不会派出联邦政府代表，而是由联邦参议院选定的州代表去参加欧盟的部长理事会。

法院在“第一广播案”中论证的第二项原则是广播独立原则。无论国家（政府）还是社会的特定组织，都不能对广播机构施加不当的影响。广播的结构和组织必须保证“内部多元性”，它们需要由社会所有相关群体来合作管理，通过治理委员会（“广播委员会”）的形式来控制管理，该委员会由政党、工会、各类教会和其他群体的成员组成。该体系最近遇到了压力，因为有批评者认为，尽管管理机构具有表面的多样性，但实际上政党和国家的代表施加了过大的影响。

【557】

⁷⁴ 据统计，宪法法院约有12起判决处理了各类广播问题。一个最近的英文总结，参见 Chris Wittman, *Constitutionalizing Communications: The German Constitutional Court's Jurisprudence of Communications Freedom* (January 22, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1540906>（最后访问于2019年10月21日）。

⁷⁵ 公法上，以这种方式运作的两个最有名的领域是广播业和公共福利部门，它们有着多元的治理机构，并基于广义的规制权力进行运作。

⁷⁶ 另一个联邦权力对广播业间接影响的例子是版权法领域。

⁷⁷ BVerfGE 92, 203 - <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv092203.html>.

这里摘选的第二个判决又被称为“第四广播案”。⁷⁸ 在该案中，宪政法院发展出了一个对现在的德国广播体系来说非常重要的概念：“基本供给”（*Grundversorgung*），也就是公共广播有宪法义务为公众提供基本或初级的广播服务，其制度和财政受到《基本法》第5.1条广播自由的保障，而且也是允许私人广播运行的前提。这种基本供给不只包括为民主过程提供广义上的相关信息，而且涵盖文化生活的所有方面，包括娱乐和体育。经济上，这意味着公共广播必须得到资助，以保证公共广播的基本供给能够全面实现。实现它的主要方式是向每位电视机或收音机的拥有者收取每月约18欧元的广播费，无论它们是否选择收看公共广播。这一费用由一个独立的委员会依据公共广播有效提供基本服务的需要来决定，而且该委员会对相关费用的决定只受州政府的有限审查，而州议会必须对此费用进行立法。⁷⁹

2. 判决概要

(1) 抽象规范控制诉讼中的宪法审查（抽象司法审查）同样可以针对德国各州间的条约（“条约法”）。

(2) 当某个联邦机构“忽视”了一个州法时，它便没有在联邦宪政法院法第76条第2项的意义上适用该州法。

【558】 (3)(a) 《基本法》第73条第7项意义上的邮政和电信系统除了广播的接收外，只包括广播中与传输相关的领域，不包括所谓的工作室技术。

(b) 《基本法》第73条第7项并没有赋予联邦规制广播组织和广播者的权力。

(4) 联邦对于电信系统的立法权力（《基本法》第73条第7项）同样包括这类法律：为了广播的目的，它们将建立和运行传输设施的专属权力保留给联邦。

(5) 依据《基本法》的体系，联邦的立法权界定了其行政权的最大界限。因此，《基本法》第87.1条的“联邦邮政”只包含《基本法》第73条第7项的“邮政和电信系统”。

(6) 在授权建立和运行广播设施（《电信设施法》第2条）和签订关于使用这类设施的合约时，联邦邮政只能规制其传输的方面。任何超出此领域的“条款”都是不允许的。

⁷⁸ BVerfGE 73, 118.

⁷⁹ 参见法院2007年的判决，BVerfGE 119, 181，德语版见<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv119181.html>.

(7)(a)从德国法的发展来看，广播是一个公共职能。当国家以某种方式行使该职能时（包括某些情况下利用私法的形式），它就成为《基本法》第30条意义上的“国家职能”。

(b)不能通过辩称广播是一种“跨区域的职能”，或者《基本法》允许联邦广播一些节目，以体现国家象征并有助于维持“传统的延续”，就依据《基本法》第30条和第83条为联邦的广播权辩护。从此事的性质来看，联邦对此没有任何权力。

(8)(a)《基本法》第30条同时适用于依据法律和法律之外的公共职能之行使。

(b)《基本法》第30条意义上的“另有规定”可见于《基本法》第VIII部分，这同时适用于依据法律的和法律之外的行政执法。

(9)联邦和其组成部分之间以及各州之间在宪法上必要的谈判程序和方式必须遵守如下原则，即各方的行动要为联邦利益服务。

(10)《基本法》第5条要求法律对广播的组织进行规定，以使相关各方都能影响广播机构，而且对整体的节目编排也都有发言权；这类法律同样需要制定有约束力的规则，指导整体的节目内容，以确保最低程度的内容均衡、客观和相互尊重。

1961年2月28日，第二合议庭基于1960年10月28-30日的口头庭审作出判决（2 BvG 1, 2/60 - 1955年2月16日）。关于德国北部广播的州际条约第3条提起的宪法审查诉讼，申诉人如下：对于德国政府成立德国电视有限公司以及在电视领域的其他行动是否违反了《基本法》第5条、第30条和第87.3条，以及是否为联邦利益服务之义务的宪法争议问题，申诉人有自由汉莎同盟城市汉堡议会，由主席代表并作为其代理人。其他申请人还有自由汉莎同盟城市汉堡，由参议院主席代表参议院作为其代理人……黑森州，由州长代表的州政府作为其代理人……对方当事人由德意志联邦共和国，由联邦内政部长代表联邦政府作为其代理人；其他参与人有下萨克森州，由州长代表州政府作为代理人……自由汉莎同盟城市不莱梅，由主席代表的议会作为其代理人。

【559】

第二庭于1961年2月28日的判决，2 BvG 1,2/60.

3.案件事实

二战刚结束时，德国是被禁止使用广播设施的。被没收的广播站由占领军运行，随后逐渐交还给德国控制。西部占领军试图消除国家对广播的一切形式的影响。根据军政府的命令和国家的法律（根本上也受占领军的影响），公共广播公司在三个西部军占区设立起来了。它们获得了自我管理的权利，并且在

某些领域受到特定的法律监管。

这些公共广播公司联合组建了“德意志联邦共和国公共广播公司工作组”（ARD）。它们在电视领域的合作是基于1953年3月27日签订的“州际电视条约”，其1956年3月24日的版本现在仍然有效。各州于1959年4月17日签订“关于第一电视频道的合作协议”，旨在为公司的联合广播活动提供法律基础。

随着《基本法》的生效，各方努力对广播系统进行重组，有些是通过联邦立法，另一些则是通过各州之间或州与联邦之间的协议。

1960年7月25日，德国电视公司（Deutschland-Fernsehen-GmbH）成立。该公司的宗旨是“传播广播电视节目，为所有德国和外国观众展示德国的完整面貌”（章程第2条）。公司为所有节目独立承担责任；它或者自己制作节目，或者在其请求下由第三方制作，并由该公司自己负责（章程第4条）。

自由汉莎城市汉堡和黑森州认为，联邦成立该公司的行为侵犯了它们的宪法权利。

【560】 4.判决理由选译

.....

C.

I.

这些申请属于第二庭管辖，它们可被受理。

D.

《州际条约》第3.1条将在下萨克森州、荷尔斯泰因和自由汉莎城市汉堡（传输领域）的广播节目（垄断广播节目）专属权保留给了德国北部广播，其中包括以文字、声音和图像等方式广播一般公共新闻和报道。该条文还赋予德国北部广播在其传输领域内建立和运行广播节目所需的无线电和电视广播设施的专属权利（对于建立和运行传输设施的垄断）。

《德国北部广播州际条约》的第3.1条规定了德国北部广播对于建立和运行传输设施的垄断。由于其提到了条约第3.1条，与该条约相关的《汉堡法案》违反了《基本法》，因而无效。条款的其他方面符合《基本法》。

I.

(1)在联邦政府看来，《州际条约》第3.1条全部无效。它认为，该条款抵触了联邦对电信系统规制方面的专属立法权（《基本法》第73条第7项）。

联邦政府声称，“邮政和电信系统”这一术语是历史发展的结果。它对应的是《魏玛宪法》第6条第7项和第88.1条中的“邮政和电报系统”，包括无线电和自其诞生时起的广播。在帝国邮政时期，它在给节目公司颁发娱乐广播所

使用的无线电设施“许可”时，附有“大量的条件，以确保广播节目的政治中立性和广播公司的组织中立性”。联邦政府认为，许可的措辞清晰地表明，“帝国邮政控制了技术和组织两个方面”，并且“基于它在电报业的主权，主张其可以决定广播领域的所有事项”（Scheuner, Expert Opinion, pp. 45 seq.）。据说1928年的《电信设施法》确认了这一观点，并且在其法律规制中包含了帝国影响广播的能力（Scheuner, Expert Opinion, p. 46）。

联邦政府还认为，“电信系统”这一术语在其广播方面，难以被分成技术、组织和节目这几个方面，因为从立法机关的角度来看，广播构成了一个紧密联系的整体。它声称，对许可的合理规制离不开对广播组织和节目施加条件的权力。【561】

因此，在联邦政府看来，《基本法》第73条第7项的立法权力包括广播这个整体。基于此，联邦也有权发布依据《基本法》第5条的指导原则来发布规则，以保障广播自由。因此，赋予德国北部广播在广播节目方面的垄断权便与《基本法》第5条相冲突。

(2)倘若像联邦政府说的那样，将“电信系统”理解为一个整体，那么授权给德国北部广播的州际条约第3.1条便整体违反了《基本法》第73条第7项。根据联邦政府的观点，依据《基本法》第73条第7项，不仅《州际条约》第3.1条保留给德国北部广播的建立和运行广播设施的专属权利，而且其对于广播节目的垄断，都属于联邦的专属规制领域。

II.

(1)联邦政府对《基本法》第73条第7项的解释并不正确。“邮政和电信系统”只包括广播中与传输有关的方面，而非整个广播，并不包括所谓的工作室技术。尤其是《基本法》第73条第7项并没有授权联邦来规制广播的组织和广播者的内部结构，或者制定关于节目的规则。《基本法》第5条要求立法细化广播的指导原则、以保障广播自由；从实体法和组织的角度来看（参见下文E.III部分），这都属于各州的立法权力，联邦只有在特殊场合才有权进行特殊性质的节目广播（参见下文E.III.(2)部分和E.I.(5)部分）。

(2) a)根据《基本法》第73条第7项，联邦对于“邮政和电信系统”有专属立法权。广播只能被归为此条中的电信系统。《基本法》第73条第7项的措辞可以追溯到更早的表述，当时除了邮政服务外，还涉及传统的电报系统（比较1849年《帝国宪法》第41条；1867年《北日耳曼邦联宪法》和1871年《帝国宪法》第4条第10项；《魏玛宪法》第6条第7项）。换句话说，《基本法》第73条第7项的“邮政系统”指的是“传统”邮政服务分支，与“电信系统”的“新”领域形成对比。两者都是《基本法》第87.1条意义上“联邦邮政”的一

部分。

【562】 b)广播（在此处及后文中均包括无线电广播和电视广播）利用发射台发出的电波，进行节目的无线传播。这些广播发射台就是无线电设施，也就是电信设施（《电信设施法》第1条）。它们属于《基本法》第73条第7项意义上的电信系统的一部分。

根据语言的通常含义和日常用法，电信系统只包括广播传输中的技术方面。电信系统是一个指向传输信号过程的技术术语。电信系统使用电信设施（即电信装备），并在后者的辅助下发送和“远程”传输信号。这一点也被1928年的电信设施法所确认。从该法与此相关的条款之含义和措辞来看，仅包括对无线电设施的建立和运行的规制，即技术过程的规制。大众传播媒体“广播”的政治和文化重要性难以被高估，它们并不是电信系统设施的一部分，而是设施的“使用者”（参见Moser, DÖV 1954, 389 [390]; Lademann, JIR 8 [1957/1958] p. 307 [310]; 另参见Haenel, Deutsches Staatsrecht, 1892, vol. 1, p. 415）。在广播的早期，电信的技术方面或许是最重要的方面，而且也标志了其发展。但从广播的整体来看，技术电信设施数十年来只起到了次要的和辅助性的作用。

c)依据语言的通常用法，如果电信系统只包括传输信号的技术过程，那么所谓的工作室技术就不属于电信系统。电信系统首先是广播工作室将可传输的声音和图像信号传送给一个或多个发射台（由电缆或无线电波传送）。它还包括节目的输出，以及与节目接收相关的技术过程。

依据《基本法》第73条第7项的含义，电信系统包含技术要求：这种规制对于广播者的有序运行和节目的接受来说不可或缺。发射台必须被分到特定的与其他台协调的频率。为了避免频率互串和干扰，发射台的位置和发射功率必须依据无线电技术标准来确定。对频率和功率要求之遵守必须受到监督。还必须保证输出和接收节目不被其他电信设施和电磁设备干扰，以及它们不会对一般无线电通信进行干扰。对于将声音和图像信号从工作室传送到发射台的电缆和无线电通信来说，这同样适用。

这些事项属于电信系统的一部分。只有联邦有权制定法律来规制它们。

【563】 (3)从《基本法》第73条第7项同《基本法》其他条文的关系来看，电信系统只包括广播的传输技术。

a)《基本法》第5.1条第2句使用了“广播”这一术语，广播在此被视为一种制度。尽管这并不排除《基本法》其他条款使用其他更具体的术语来规制广播的细分领域，《基本法》第5.1条第2句提到的“广播”并不允许“电信系统”这个词被解释为包括整个广播。如果“电信系统”只意味着广播的细分领

域，那么它只能包括那些服务于节目传输的领域，即传播技术。

作为一种大众传媒，广播与出版和电影并肩共存。《基本法》第5.1条第2句在同一句话中提到了这三种媒介。联邦的立法权仅在出版和电影的一般法律事务上被规定（《基本法》第75条第2项）。《基本法》第75条第2项并未提到广播。通过解释《基本法》不同条文之间的关系可以看出，联邦并不拥有对整个广播的专属立法权，而是只能对出版和电影的一般法律事务制定框架性条款。

b)对于联邦和各州立法权的结构，《基本法》坚持的原则是，各州优先享有立法权（BVerfGE 10, 89 [101]）。联邦只有在《基本法》授予的情况下才享有立法权（《基本法》第70.1条）。因此，联邦的立法权只有在《基本法》明确授权的情况下才成立。当联邦的权力存疑的时候，并不能假定它存在。《基本法》的系统结构要求对第73条进行严格解释。

此外，无论如何，广播也是一种文化现象。由于各州可以管理和规制文化事务（参见BVerfGE 10, 20 [36 et seq.]），根据《基本法》的基础性决定（第30条、70条和83条），这些属于各州的管辖范围（BVerfGE 6, 309 [354]）——如果没有《基本法》的特定条文对此加以限制或者规定联邦优先的话。宪法的这一基础性决定尤其是为了有效分权，因而在联邦结构中偏向各州：它特别禁止在文化事务领域，在缺乏足够清楚的例外规定的情况下就假定联邦拥有管辖权。本案中，这种例外规定并不存在。

c)《基本法》第87.1条规定联邦邮政归属联邦直接管理。这里不允许任何对联邦立法权的推理。根据德国宪法的一项原则，联邦立法权的范围大于其行政权（比较Scheuner, Expert Opinion, p. 48）。根据《基本法》的系统结构，联邦的立法权勾勒了其行政权的最外围界线（参见Krüger, Der Rundfunk im Verfassungsgefüge und in der Verwaltungsordnung von Bund und Ländern, 1960, p. 78; Zeidler, DVBl. 1960, 573 [579 et seq.]）。但这意味着联邦的行政权追随其立法权，而不是相反。因此，不能从《基本法》第87.1条的联邦邮政权力中推导出联邦在此的立法权。再者，《基本法》第73.7条第7项的“邮政和电信系统”与《基本法》第87.1条的“联邦邮政”指的是同一领域。“联邦邮政”的范围源自对“邮政和电信系统”的理解。将广播看成联邦邮政的一部分同样是不对的。联邦政府决定，除了技术问题以外的广播事务并不由联邦邮政和电信部处理，而是由联邦内政部处理。因此，联邦政府承认，它自己也认为这里的广播并不涉及电信系统的事务（参见s. 1 of the Postal Administration Act of 24 July 1953, BGBl. I, p. 676）。

【564】

(4)公共利益要求无线电通信的有序进行，这只有通过联邦规制才能有效实

现。这同样适用于广播。如果要避免无线电通信混乱的话，必须依据其特性对下列事项进行统一规制：分配和指定发射台的频率、根据无线电技术确定它们的位置和功率、所谓的电缆技术、对无线电通信的监管、保护其免受大规模和本地的干扰，以及国际协议的执行。

《基本法》第73条第7项旨在确保它们及类似的事项得到必不可少的统一规制。但是这一目的并不要求除了无线电（尤其是与传输相关的事项）之外，对节目的广播也需要交由联邦规制。换句话说，《基本法》第73条第7项的目的仅限于广播中与传输相关的事项。

(5)对“电信系统”这一术语的历史解释不会得出不同的结论。尽管从1926至1933年初，帝国国家机构通过帝国邮政服务的行政管理，确实对广播的组织 and 节目的框架施加了不小的影响（其描述参见Bausch, *Der Rundfunk im politischen Kräftefeld der Weimar Republik*, 1956, pp. 11 et seq.; Pohle, *Der Rundfunk als Instrument der Politik*, 1955, pp. 27 et seq.），但不能据此推断，《基本法》第73条第7项的电信系统包括整个广播。

【565】 a)1933年之前，规制广播的法律还没有制定。1924年3月8日的《无线电通信保护条例》（RGBl. I, p. 273, “无线电条例”）和1927年12月3日的《电报法修正案》（RGBl. I, p. 331, 后改用“电信设施法”这一名称并修正了《电报法》）都没有使用“广播”这个词。此修正案的立法理由（RT III/1924 Drucks. No. 3682）仅在对广播接受设施的建立和运行进行收费的语境下提到了广播。根据立法理由，电报法修正案的目的是在无线电技术进步的背景下，巩固国家的无线电主权（id. at p. 5）。该法案在帝国议会上未经讨论便三读通过（RT III/1924, Negotiations vol. 394, p. 11719 and 11732; Stenographic Report of the 346th Session on 24 November 1927）。

客观解读电信设施法的措辞可以看出，它只规制无线电技术方面的事项；不能从中推断出，整个广播都属于《魏玛宪法》第6条第7项和第88.1条意义上的邮政和电报系统。这对于该法草案背后的立法理由来说同样适用。在1919年《魏玛宪法》的评注中，第6条第7项和第88.1条都没有提到广播，更不用说将其纳入邮政和电报系统了。

b)因此，由于“电信系统”一词的历史发展，联邦政府不能依据立法，而是只能依据直到1933年为止的帝国邮政服务和帝国内政部的管理实践。它尤其需要依据此实践来支持它的这一立场：其规制电信系统的权力同样包括将《基本法》第5条的指导原则进行细化的权力。

帝国和各州对广播节目施加影响的主要工具是“许可”，自1926年开始普遍使用并附有条件。为进行娱乐广播而使用帝国邮政服务的无线电传输设施必

须取得许可（《条件》），并且附有新闻和信息服务的指南（《指南》）以及监督委员会和理事会的条款（《条款》）。

有人认为，帝国和各州对节目广播的影响是为了“政治中立”、“传输公司的组织中立”以及保护广播中的表达自由权（《魏玛宪法》第118条）。这一观点之正确是有条件的。对于这一主张，只有指南第一条可作为支撑：“广播不得服务于某个党派。因此，它的整体新闻和信息服务应当以超越党派的形式组织”（同样可参见1926年理事会《条款》第10条和1932年《修正广播条例指南》第1条(c)，重印于Pohle, *supra* at pp. 124 et seq.）。然而，在所有其他方面，国家的影响和监督都在“条件”的辅助下建立，类似于审查。

节目公司只允许传播从“书籍和出版无线服务公司”（*Drahtloser Dienst AG für Buch und Presse*）的一个新闻机构那里获取的政治新闻，该公司51%的股份由帝国持有（《指南》第2条）。只有非政治的和地方的新闻才允许从其他机构那里获取。该新闻机构和负责的州政府认定的“重要新闻”（*Auflagenachrichten*）或“重要信息”（*AuflageVorträge*）需要被立刻传播，不受阻碍和更改（《指南》第3、5、7条）。公司必须一直对新闻机构提供的新闻和信息的“处理”保持知情（《指南》第8条）。新闻和信息服务监督委员会通常由来自帝国的一名代表和来自责任州的两名代表组成，“决定关于节目的所有政治事项”（《条件》第3.1条）。节目公司有义务“在广播的所有政治事项方面与监督委员会取得联系并等待其决定”（委员会《条款》第3条）。节目必须被提交给委员会的成员，而且他们必须了解节目的重大更改。最后，当问题不只涉及艺术、科学和公共教育时，委员会对于节目的所有方面都有否决权（《条款》第5和第6条）。理事会也拥有类似的权力，其成员由广播公司和责任州及帝国内政部协商后任命。理事会负责“参与艺术、科学和公共教育领域广播的组织”（《条件》第3.2条）。理事会还有反对广播的权利（理事会《条款》第7条）。

【566】

监督委员会和理事会最早于1927年就被称为“审查机构”（*Dencker, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, vol. 2, 1927, p. 547 [550 et seq.]*）。有人质疑这种管理实践是否符合魏玛宪法第118条保护的表达自由权。汉茨谢尔（*HdbDStR II, 651 [668]*）只考虑到监督委员会的审查是符合魏玛宪法第118条的，因为他认为广播设施的运行并非主权，而只是邮政机关获取收入的财政部门。他说，如果广播的运行属于国家的主权行为，那么广播审查就“毫无疑问是违宪的”（*id. at p. 668, n. 38*）。但与此同时，1926年帝国邮政服务和广播公司之间的法律关系属于公法领域——这一点一直以来都没有疑问。

（比较帝国内政部对帝国议会一项决议的书面回复，RT III/1924 *Drucks.*

no. 2776; Neugebauer, *Archiv für Post und Telegraphie* 53 (1925) p. 46 [47]; id., *Fernmelderecht mit Rundfunkrecht*, 3d ed. 1929, pp. 699 seq.; id., *Archiv für Funkrecht* 3 (1930) pp. 155 [166, 203], 627 [628]; Bredow, *Vier Jahre deutscher Rundfunk*, 1927, p. 20; Freund, *Der deutsche Rundfunk*, 1933, p. 54; Schuster, *Archiv für das Post- und Fernmeldewesen* 1 (1949) p. 309 [314]; Lüders, *Die Zuständigkeit zur Rundfunkgesetzgebung*, 1953, pp. 12 seq.; Peters, *Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunkwesen*, 1954, pp. 6 seq.; Steinmetz, *Bundespost und Rundfunk*, 1959, pp. 11 et seq.)。

【567】 这样看来，这些公法关系的基础究竟是有条件（《条件》）允许共同运行传播设施（例如帝国内政部长，参见Neugebauer, Bredow, Freund and Schuster, *supra*；另参见《条件》第4.3条）的“许可”或“授权”（1924年《无线电条例》第1条；《电信设施法》第2条），还是规制这些设施使用的另一种公法关系（例如参见Dencker, *supra*；Peters and Steinmetz, *supra*），在此无关紧要。

无论帝国邮政服务和帝国内政部的管理实践是否符合《魏玛宪法》第118条，至少宽泛地考虑到宪法帮助实现的“维持广播领域的官方影响”（Bredow, *id. at p. 20*），都无法断定这种影响是为了在广播领域保护表达自由的基本权利，包括禁止审查。这对于那些由帝国通过帝国广播公司（比较Bredow, *supra.*, p. 41 et seq.）建立的广播公司来说同样适用。广播领域的政党中立在某种程度上得到实现的事实不能反驳这一点。

因此，联邦政府声称，规制电信系统的权力让联邦可以在广播领域对《基本法》第5条的指导原则进行细化立法。这一观点不适当地依据了直至1933年的管理实践。

帝国邮政服务和帝国内政部在广播领域管理实践的合宪性在其他方面也受到了争议。1925至1926年广播的重组以及1932年改革是帝国和各州通过帝国议会及其委员会长期谈判的结果（参见Bausch, *supra.*, pp. 40 et seq., 91 et seq.）。在谈判中，各州与帝国就后者规制广播系统的权力展开争论，它们尤其反对在节目中施加政治影响的尝试；这并非由帝国邮政服务提出，而是由帝国内政部提出。帝国和各州的意见分歧并未持续。双方达成了妥协的协议：各州获得了广播节目领域不小的影响力。但是各州于1926和1932年对帝国的巨大权力提出抗议，它们强调自己有权基于其治安和文化主权独自规制广播（比较Bausch, *supra.*, pp. 55, 102 et seq., 199 et seq.）。考虑到帝国和各州之间的根本分歧，我们不可能在帝国权力这一点上依靠“惯例来补充宪法”（例如参见Scheuner, *Expert Opinion*, p. 47）。

最后必须补充一点：“对广播节目的官方影响”（Bredow, *supra.*）并非来

自帝国邮政部和帝国邮政服务，而是来自帝国内政部和各州政府。舒斯特尔（*supra.*, p. 320）正确地强调，1933年前后，“帝国邮政服务从未染指节目领域，而是……只限于规制广播的技术方面。”这一点被这一事实证实：“广播法”在规制广播的技术方面时，只属于电信法的领域（参见Krause, *Die Zuständigkeit zur Ordnung des Rundfunkwesens in der Bundesrepublik Deutschland*, 1960, p. 80 et seq., 尤其是援引的帝国邮政部部长顾问Neugebauer博士的言论）。【568】

总之，不能认为帝国邮政服务、帝国内政部和各州政府至1933年的管理实践能够表明，“电信系统”这一法律术语包括整个广播；如果真是这样的话，《基本法》的起草者们当时就会采纳此观点。

c)1933至1945年这段时期必须被排除出考虑范围之外。1945至1949年间广播的发展不能证明“电信系统”这一术语包含整个广播。

d)《基本法》第73条第7项的历史背景证实，电信系统并不包括整个广播。从国会委员会（Parliamentary Council）的谈判中，我们只能清晰地得出这样的结论：一方面，不同于海伦基姆制宪会议的提议（报告，描述部分，p. 32），广播的技术部分被归入电信系统；另一方面，作为节目的内容，其“文化部分”则属于各州的事务。广播系统的组织是否也属于电信系统，这个问题尚无定论，而且大家也没有在传输过程相关组织和节目广播组织之间作出区分。历史材料没有对此问题作出任何回应。

（关于历史背景，参见JÖR 1 (1951), pp. 476 et seq.; ParlRat, Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung, Wortprotokoll über die 2. Sitzung am 22. September 1948, pp. 48, 4452; Wortprotokoll über die 8. Sitzung am 6. Oktober 1948, pp. 3033; Wortprotokoll über die 12. Sitzung am 14. Oktober 1948, pp. 37-40; Verhandlungen des Hauptausschusses, 29. Sitzung am 5. Januar 1949, pp. 351 et seq.）。

由于国会委员会没有将“文化部分”（即节目）归入电信系统，而是将其看作各州的事务，它在《基本法》中使用“电信系统”这一术语时，就不会让其包含整个广播。《基本法》第5条允许或要求的法律规制主要是关于广播的内容方面——用国会委员会的话来说，也就是广播的“文化方面”。根据此处明白无误的立法原意，这类法律规制并不属于电信系统。

(6)因此，规制《基本法》第73条第7项中的电信系统的权力仅限于传输方面的事项。

a)即使从被规制对象的具体情况来看，联邦也没有资格在广播领域行使过宽的立法权（参见BVerfGE 3, 407 [421]; BVerfGE 8, 143 [149]）。无论是工作室技术还是广播内容方面的规制，都不是广播传输领域规制的不可或缺之前【569】

提。这既不可能也无必要（BVerfGE 3, 407 [421]）。传输技术和节目广播是可以分开并分别规制的领域。基于此，“广播”并非一个只能被联邦统一有效规制的整体。

b)由于联邦可以规制《基本法》第73条第7项授权的广播事务，它也可以制定关于其“组织”的规则。换句话说，联邦有权制定广播传输设施组织（运营者）的规则。此处不讨论联邦的这一立法权是直接来自《基本法》第73条第7项还是基于互相关联的情境，抑或是因为管理也与此相关而来自《基本法》第83条及以下条款。例如联邦或许可以依法设立有法人资格的公法机构，并将其拥有的广播设施建设和传输方面的运营转移给该机构（《基本法》第87.3条）。

然而，联邦只能在传输设施的建立和技术运营方面制定组织规则（但参见下文III.(1)和E.I.(5)部分）。广播者和广播节目的组织规则属于州立法机关的权限。基于《基本法》第5条，这类规则比传输设施的建立和技术运营方面的组织规则要重要的多。当组织规则必然同时涉及负责广播节目和传输设施运营的机构时，传输方面的立法事务也属于州立法机关，因为具体情境中两者是相互关联的。

c)为了符合《基本法》第5条和1.3条的要求，《电信设施法》第2条“授权”建立和运营的无线电设施和使用这类设施的合约必须受到广播节目的组织和节目内容方面的条件限制，但超出传输相关的事务之外对广播进行规制的权力并不仅仅因此就归属《基本法》第73条第7项中的联邦（参见政府起草的广播法草案中的立法理由，BT III/1957 Drucks. 1434）。如果电信系统中与广播相关的立法权仅限于涉及传输的事项，那么联邦邮政在授权和签订合同时只能考虑到与传输相关的方面（参见下文E.I.(4)部分）。超出此领域的“条款”是无效的。

【570】 (7) a)联邦对于电信系统的立法权同样允许法律授予联邦专属的权力，以建立和运营用于广播的无线电设施。1928年电信设施法规定的帝国对无线电的垄断可以追溯至其对电报的垄断，并最终追溯到其对邮政服务的垄断。

（比较1892年4月6日的德意志帝国《电报系统法》第1条[RGBl., p. 467]，和1908年3月7日的修正案[RGBl., p. 79]，以及1924年的《无线电条例》；同样可比较Krüger, supra pp. 5 et seq.）。

基于此，《基本法》并没有改变帝国的传统权力。因此，在其规制的相关范围内，《电信设施法》第1条成为了联邦法律。

《基本法》第5条并不否定这一点，因为同申请人的主张相反，它并不要求节目的广播者也控制传输相关的设施，并且自己运营这些设施（参见下文

E.III.部分)。

b)然而，联邦必须遵守为联邦服务的原则（参见BVerfGE 4, 115 [140]; BVerfGE 6, 309 [361 et seq.]; BVerfGE 8, 122 [138 et seq.]; infra E.II.）。如果联邦利用其对无线电的垄断行使规制电信系统的权力，从而剥夺了现有的公共广播公司对其拥有和运营的传输设施的控制权，那么就违反了该原则。如果联邦通过法律剥夺了它们使用的频率，并且在分配现有和未来的频率时没有依据州对节目广播的规制给予它们足够的重视，也是同样结论。

(8)因此，根据《基本法》第73条第7项，联邦有权规制广播传输设施的建立和运营。《州际条约》第3.1条侵犯了联邦的这一专属立法权，因为它将建立和运营传输设施的专属权利预留给了德国北部广播。在这一方面，《州际条约》第3.1条不符合《基本法》第73条第7项和第71条，因而无效。《州际条约》第3.1条将广播节目的专属权利预留给德国北部广播，符合《基本法》第73条第7项。

《州际条约》第3.1条只规制传输设施的建立和运营以及节目的广播，不包括对广播的接收。因此，这里无需讨论联邦是否以及在何种程度上可以立法规制广播的接收设施、此类设施的运营费用以及这些费用如何达到法律标准等问题。

III.

【571】

赋予德国北部广播在节目广播方面的专属权利，并不与《基本法》第73条第7项以外的条款授予联邦的立法权相冲突。

(1)例如这类条款可能包括《基本法》第21.3条（政党权利）、《基本法》第73条第1项（守卫和保护平民）、《基本法》第73条第9项（工业财产权）、《基本法》第73条第10项（对犯罪的国际控制等事项），以及《基本法》第74条第21项（海洋与海岸运输、内陆航运、内陆水路、气象服务等事项）和《基本法》第74条第22项（公路交通）。这些联邦权力只允许规制节目的部分方面（尤其是对各政党广播时间的分配和特定公告的广播）或者广播的一些法律问题（例如版权）。其他一些联邦权力可以从这些职责的相关情境中推导出，例如国防、关税和联邦犯罪调查局的工作。但是所有的这些联邦权力即使被看成一个整体，也无法催生出规制节目广播的立法权。换句话说，它们不影响州法赋予德国北部广播的垄断权（尽管它需要遵守个别联邦法律规定的义务）。基于此，这里不讨论这些联邦权力在何种程度上是专属的，以及在何种程度上联邦在与各州的共同立法领域行使了其权力。

(2)这里不讨论联邦在外交和泛德国事务上的职责究竟是只允许其规制节目的部分方面和广播的个别事项，还是允许其规制更广的范围、为外国或德国域

外领土上的德国居民的广播节目进行立法。同样，不讨论联邦的外交和泛德国事务职责是否可以让其依法建立一个超级联邦机构或公法机构来广播节目，以及依据《基本法》第5条为该机构制定广播和节目广播者的指导原则。本案无需决定，这种广泛的联邦权力是否只涉及仅针对或主要针对外国或本土外德国人的广播或节目广播者。

基于《州际条约》第3.1条，德国北部广播拥有了“向一般公众”广播节目的专属权利。这里是指德意志联邦共和国的“一般公众”——如果不是专门针对，那也至少是主要针对他们。因此，赋予德国北部广播的垄断权并不与联邦特别规制对外或针对非本土德国人广播的权力相冲突。

(3)联邦无法从《基本法》第5条中获得任何职责。《基本法》第5条并不是一条授权规范，而是一条约束权力（规制节目广播的权力）的规范。

【572】 IV.

和联邦政府所认为的不同，联邦并没有任何基于事务性质而规制广播节目的权力，以履行跨区域展现国家的职能，即面向德国人民对国家进行自我描述的职能。联邦只拥有少量的行政权力。我们同样无法从《基本法》第87.3条中推导出联邦可以为了该目的，依法建立一个超级联邦机构或公法机构（参见下文E.I.(6)部分）。因此，我们无需审查这是否涉及联邦的专属立法权，以及赋予德国北部广播节目广播垄断权的《州际条约》第3.1条是否与该联邦权力兼容。

V.

德国北部广播对节目广播的专属权利也不违反《基本法》第5条（参见下文E.III.部分）。

VI.

因此，与《德国北部广播州际条约》相关的《汉堡法案》（提到《州际条约》第3.1条的部分）只在这一方面违反《基本法》并无效：它赋予德国北部广播建立和运营无线电及电视传输设施的专属权利。

在所有其他方面，该法案提到《州际条约》第3.1条的部分符合《基本法》。

E.

I.

联邦成立德国电视公司的行为违反了《基本法》第30条和第83条及以下条文。从德国法的发展来看，广播是一个公共职能。当国家以某种方式履行该职能，这就属于“国家职能”；根据《基本法》第30条，这种职能都由各州来行使，除非《基本法》另有规定或许可。《基本法》并没有在广播节目领域作出

要求，或允许联邦管辖的另行规定（参见下文V.部分）。

(1) a)这里无需讨论《基本法》第30条是否包括每一种国家行为，此条对我们宪政秩序中的联邦结构来说非常重要。无论如何，这一赋权条款包括履行公共职能的国家行为，不管其采用公法还是私法的方式。尤其考虑到非干涉公共行政的扩张，任何其他解释都无法正确理解《基本法》第30条的含义，而且也与此条的历史背景不符（参见JÖR 1 (1951) p. 295 et seq.; 代表Laforet博士的评论参见Parl.Rat., Ausschuß für Zuständigkeitsabgrenzung, Wortprotokoll über die 5. Sitzung am 29. September 1948, pp. 124, 127 et seq., 135; 代表Hoch博士的评论参见, id. at pp. 129, 138, 145; 另参见Parl.Rat. Verhandlungen des Hauptausschusses, 48. Sitzung am 9. Februar 1949, p. 626)。

【573】

b)在德国，自1926年起，节目广播就属于公共管理职能。将广播纳入公共管理领域的决定性因素是：“广播一直以来都是出版的一种方式，是首要的新闻和信息载体”，而且它“归政治部门运营”（参见Hans Schneider, Expert Opinion, p. 8）。自那时起，有些被称为“自由个人行为”的广播节目就在国家和广播之间的法律关系中扮演很小的角色，它们不具备“任何同公共职能的内在关系”（参见Scheuner, Expert Opinion, p. 21）。自广播诞生时起，最广义的新闻传播（参见Hans Schneider, supra.）就促进并证成了广播节目的公共职能定位。

这个结论不能被这一事实反驳：根据魏玛宪法，节目由私法下的公司进行广播。这么做的原因并非广播节目属于私人商业行为，而是除其他以外，帝国邮政服务由于通货膨胀，缺乏履行该职能所需的资源（参见Bredow, supra. pp. 12, 19; Bausch, supra., p. 19）。然而，帝国邮政服务在放弃资金投入的同时，曾努力获得广播公司的投票多数。它于1926年实现了这一目标（参见Bredow, pp. 29 et seq.; Pohle, supra. pp. 39 et seq., p. 48 et seq.; Bausch, supra., p. 31 et seq., p. 58）。经过1932年的改革，私有资本被完全驱逐，所有帝国广播公司和地区广播公司的私有份额都被转让给了帝国和各州（参见Pohle, supra., p. 124 et seq.; Bausch, supra., pp. 90 et seq.）。

在这种情况下，帝国的职责是否符合帝国与各州的权力分配，以及帝国和各州对广播的影响（参见上文D.II.(5)部分）是否符合表达自由权和禁止审查的规定（《魏玛宪法》第118条），便无关紧要了。这里唯一重要的是，这种影响只能被理解为是如下观点的结果：节目广播不只属于公共部门，而且是一种公共职能。

1933至1945年之间也必须被排除出我们的考虑范围。自1945年以来，广播属于公共职能的观点更加根深蒂固，节目广播者以公法机构的形式被建立。此

外，1960年11月29日的联邦法成立了两个公共机构，该法草案也为第二电视频道设立了一个这样的机构。公法广播机构履行的职能属于公共管理职能（BVerfGE 7, 99 [104]）。

【574】 c)总之，我们可以认为，广播在德国已经成为一项公共职能下的公共服务。当国家以某种形式参与广播时，它就在行使公共管理职能。

以下判决作出了类似的结论：Superior Administrative Court of Hamburg, Decision of 10 July 1956, III 11/56 - DVBl. 1957, 67 [68]; Ipsen, Die Rundfunkgebühr, 2d ed. 1958, pp. 40 et seq.; Krause, supra, pp. 106 et seq.; Krüger, supra, pp. 16, 78; Maunz, BayVwBl. 1957, 4 [5]; Quaritsch, JIR 8 (1957/1958) p. 339 [341 et seq.]; Weber, in Der Rundfunk im politischen und geistigen Raum des Volkes, p. 67; Ridder, Kirche, Staat, Rundfunk, 1958, pp. 42 et seq.; 但参见Superior State Court of Munich, Decision of 24 October 1957 - 6 U 1010/57 - NJW 1958, 1298 [1299 seq.]; Aspelt, Festschrift für Nawiasky, 1956, p. 375 [381]; Peters, supra, p. 33.

因此，与联邦政府的观点不同，作为公共管理职能的节目广播受到联邦和各州之间分权的约束（《基本法》第30条），即使在某些情况下国家使用了私法的方式进行规制。

(2)联邦政府认为，只有当涉及法律实施时，使用私法方式履行公共管理职能的行为才受《基本法》第30条的约束；由于成立德国电视公司并没有涉及法律的实施，因此《基本法》第30条在此并不适用。

然而，《基本法》第30条既适用于依法履行的公共职能，也适用于法律之外履行的公共职能。这是由于《基本法》第30条同《基本法》第VIII部分（《基本法》第83至91条）之间的关系，该部分规定的联邦管理权正是处在法律之外。

《基本法》第83至86条规定了基于德国联邦制下立法和执法的分权原则对联邦法律的实施。如果后续条款仅包括依法律管理的话，“实施联邦法律”和第VIII部分标题中的“联邦管理”之间的区别就会难以理解。《基本法》第87至90条列举的联邦管理领域（尤其是《基本法》第87.1条）很大程度上是法律之外的管理。这适用于外交、联邦铁路、联邦邮政以及联邦高速公路、道路和水路的管理。《基本法》第87.1条、89条和90条不只授予联邦实施法律的权力，还授权其维持联邦的管理机构（尤其比较《基本法》第89.2条第2句和第87b.1条第2句，这两句详细描述了联邦管理职能）。因此，《基本法》第83条及以下条款也包含除法律实施以外的联邦管理职能（参见Laforet, DÖV 1949, 221 et seq.; Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, 1950, p. 122; Peters, Festschrift für Erich Kaufmann, 1950, p. 281 [290]; Hans Schneider, Expert Opinion,

pp. 18 et seq., 36; 但参见Köttgen, JÖR 3 [1954], p. 67 [73, 78, 80])。

但如果《基本法》第VIII部分也包括法律之外的联邦管理行为，这意味着正如联邦政府所正确理解的那样，《基本法》第30条背后的原则同样适用于这种管理。因此，成立德国电视公司的行为即便没有实施法律，也需要依据《基本法》第30条来评判。【575】

(3)联邦政府声称，《基本法》第30条背后的原则（各州主权）只在《基本法》第VIII部分的第83条被再次强调，而且那一条只涉及法律实施方面的管理；在它看来，这一点说明了各州的优先管辖权（《基本法》第30条）并不适用于法律之外的管理。《基本法》第VIII部分中涉及的这种管理，就是《基本法》第30条意义上的“另行”规定。

然而，我们在评判《基本法》第VIII部分和《基本法》第30条之间的关系时，不能只看《基本法》第83条。第VIII部分不只规制了法律实施方面的联邦管理，而且如前所述还涉及法律之外的管理。对于后者，该部分也作出了《基本法》第30条意义上的“另行”规定。因此，第VIII部分并没有在一般意义上对法律之外的管理作出“另行规定”，以使其免于《基本法》第30条中州权优先原则的约束。

(4) a)《基本法》第73条第7项的“邮政和电信系统”和《基本法》第87.1条的“联邦邮政”描述的是同一个领域（参见上文D.II.(3) c)部分）。根据《基本法》第73条第7项，联邦可以规制广播传输设施的建立和技术运营（参见上文D.II.(2), (3), (4), (6), (7), (8)部分）。类似地，根据《基本法》第87.1条，联邦邮政也可以自行建立和运营这类设施。因此，联邦为了广播第二电视频道建立属于邮政所有的发射台，这一行为并不违反《基本法》第30条和第83条及后续条文（参见上文A.III.(1)部分）。

b)另一方面，对节目的广播并不属于《基本法》第73条第7项意义上的“邮政和电信系统”（参见上文D.II.部分）。尽管《基本法》第87.1条规定“联邦邮政”可以被联邦管理，但《基本法》并没有作出第30条意义上的“另行”规定。因此，德国电视公司的成立既不直接属于也无法基于相互关联的具体情境，而属于《基本法》第87.1条的对象（比较上文D.II.(6)部分）。

c)规制邮政和电信系统的权力并不包括从实体或组织的角度规制广播或节目广播者，并细化《基本法》第5条要求或允许的指导原则的权力（参见上文D.II.部分，尤其是(3), (5), (6)部分；D.III.部分）。这意味着联邦不得依据《电信设施法》第2条或相关合约，对联邦所有的广播设施作出除传输事项以外的使用授权。

联邦政府所坚持的观点不同，联邦也无法从《基本法》第1.3条获得广泛的【576】

规制权力。这一条同《基本法》第5条一样，无法成为授权条款。依据《基本法》规定的职责，联邦和各州必须保护这些基本权利。各州有义务确保“广播自由”。基于此，只有在某州未能遵守《基本法》的情况下，联邦才能根据《基本法》的有限授权进行适当的行动。

d)因此，节目广播方面的立法和管理权属于各州。广播节目所需的传输设施则由联邦来立法规制（但参见上文D.II.(6), (7)部分）。根据《基本法》第87.1条，联邦同样被授予相应的管理权，尤其是要负责向各个发射台分配频率；但是它只能在涉及传输的领域，对联邦拥有的传输设施的使用进行频率分配和合约订立。对于联邦和各州之间必要的合作来说，必须遵守服务联邦利益的行动原则。这同样适用于所谓的“电缆技术”领域。

如果联邦剥夺了广播公司使用的频率，并且在为当下和未来分配频率时没有依据州对节目广播的规制给予它们适当的考虑，这就违反了服务联邦利益的行动原则（比较下文II.部分）。如果联邦依据其对无线电的垄断，利用其管理权剥夺了公司对其自己拥有和运营的传输设施的控制权，也同样违反了该原则。

(5)成立德国电视公司的行为并不仅仅因为《基本法》第87.1条要求或允许了联邦在外交或泛德国事务方面的管理权，就符合《基本法》第30条和第83条及后续的条文。

这里不讨论联邦基于这一条在节目广播方面拥有何种程度的管理权。这些权力不能超过其立法权（参见上文D.III.(2)部分）。它们最多允许联邦成立机构只为或主要为外国或非本土德国居民广播节目。德国电视公司并非只服务于或主要服务于该目的，这一点无需解释。

(6) a)最后，以下观点也不能论证德国电视公司的成立符合《基本法》第30条和第83条及后续条文：节目广播是一种“跨区域”职能，或者《基本法》允许联邦通过广播来展示国家形象。从事物的性质来看，联邦并没有针对该领域的管理或立法权。

【577】 b)依事物性质享有的权力来自一种“不成文的原则：某些领域可以且只能由帝国来规制，因为它们本质上代表着一些帝国独有的东西，先天地不属于特别立法权的领域：这依据的是事物的性质，从而不需要帝国宪法的明确承认”

（Anschütz, HdbDStR I, 367；参见BVerfGE 11, 89 [98 et seq.], BVerfGE 11, 6 [17]）。这种对联邦天然权力的承认直到今天仍然适用。依据事物性质得出的结论必须符合此条件，并且明确无误地排除其他可能（BVerfGE 11, 89 [99]）。

本案不符合此条件。

c)广播频率不受州界的约束。从这一点来看，节目广播的效果也许可以被称为是“跨区域”的。但是，这种物理层面的“跨区域”并不能推导出天然的联邦职责。

节目的广播尤其是电视节目的广播需要大量的资金投入。因此，第一电视频道从其现在的播送来看，主要是一个合作的频道，由所有广播公司共同参与。制作全套电视节目的高额成本超出了单个公司的财政能力。因此，我们可以认为电视节目的广播具有财政上的“跨区域”。然而，财政资源上的跨区域不能证明从事物的性质来看，联邦有规制的职责（Köttgen, *Die Kulturpflege und der Bund*, in: *Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge*, 1957, p. 183 [191]）。

我们同样不能从如下事实推导出联邦的天然管辖权：某职能（例如电视节目广播）并非由某州（单个的广播公司）单独行使，而是由各州（广播公司们）联合行使或通过具体的协议来行使。各州（广播公司们）联合或合作行使某职能的事实，无论其合作的动机如何其本身并不足以证成联邦的天然管辖权。对一个联邦制国家来说，决定性的区别在于，是各州同意[方可规制]、还是联邦可以不经各州同意便依法规制和管理。

d)代表国家（即面向德国人民对国家进行自我描述）的需要同守护传统的需要一样，都无法证明联邦在节目广播方面拥有天然的权利。

国家当然需要支持这些事务。但同样正确的是，这些功能难以被更具体地界定。有很多具有文化特性的机构和形象都代表了国家，尤其是整个教育体系都可以被理解为是在守护传统。

通过广播实现这些功能，重要的是依据《基本法》来划分联邦和各州的权利。从事物的性质来看，只有当广播涉及联邦的事务、并且从一开始就不属于各州管辖而是只能由联邦来处理时，联邦才有权进行广播。本案并非如此。从“代表国家”和“守护传统”的功能本质中，并不能推导出服务这些功能的节目必须由联邦来广播（参见BVerfGE 11, 89 [98 et seq.]）。考虑到如下事实就更是如此：《基本法》第5条给联邦对节目内容施加的影响设定了一个较窄的范围；没有该影响，“代表国家”和支持传统就无法实现。【578】

e)《基本法》第135.4条规定，在遇到“联邦的重大利益”时，可以偏离《基本法》第135.1-3条规定的资产转移规则（参见BVerfGE 10, 20 [36 et seq.]）：此条无法用来支持联邦政府的立场。《基本法》第135.4条包含一个“特别权力”，允许联邦不受《基本法》第87.3条第1句（联邦立法权）的约束，对事务进行直接联邦管理（BVerfGE 10, 20 [45]）。该条款是为了让联邦可以恢复“被战争毁灭了的具有全国重要性的收藏品和图书馆的有机框架”

(BVerfGE 10, 20 [47])。例如只有基于《基本法》第135.4条的授权，联邦立法机关才能将普鲁士文化产业的未来管理转移给“普鲁士文化产业”基金会（1957年7月25日法案，BGBl. I, p. 841）(BVerfGE 10, 20 [45 et seq.])。《基本法》第135.4条是一个特殊的条款。如果《基本法》的其他条款授权联邦在代表国家和守护传统方面履行职责，这一条便是多余的了。

因此，德国电视公司的成立受《基本法》第30条的约束。《基本法》在这一条并没有“另行”要求或允许联邦的这一行为。因此，德国电视公司的成立违反了《基本法》第30条和第83条及后续条文。

II.

在德意志联邦中，整个国家和其各个组成部分以及各组成部分之间的宪法关系都受到一个不成文宪法原则的约束：联邦和各州应相互合作，共同服务于整个联邦的利益（参见Smend, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, Festgabe für Otto Mayer, 1916, pp. 247 et seq.）。联邦宪法法院从此原则中发展出一系列具体的法律义务。在考虑所谓的财政负担横向均衡的合宪性问题时，法院说道：“联邦原则的核心并非只在于赋予权利，它同时也在于确立义务。其中一个义务便是经济较发达的州在某种程度上需要给经济较弱的州提供帮助”（BVerfGE 1, 117 [131]）。当法律要求联邦和州开展合作时，该宪法原则还会给合作的参与者施加一种更强的参与义务；此时，当某参与者提出的非实质性抗议与普遍合作目标冲突时，该抗议便在法律上不重要（BVerfGE 1, 299 [315 et seq.]）。在作出给公共雇员分发圣诞奖金的决定时，各州必须对联邦保持忠诚，并且考虑到联邦与各州的整体财政结构（BVerfGE 3, 52 [57]）。这一源自效忠联邦概念的法律要求在立法权领域更加明显：“如果某一法律规则的效应不只局限于某个州的领土，该州的立法机关必须考虑到联邦和其他州的利益”（BVerfGE 4, 115 [140]）。服务联邦利益的宪法原则同样要求各州有义务遵守联邦加入的国际条约（BVerfGE 6, 309 [328, 361 et seq.]）。最后，在特定情况下，基于效忠联邦原则，一州还有义务在市政的监督下，对于干涉联邦专属权力的群体采取措施（BVerfGE 8, 122 [138 et seq.]）。类似地，对广播领域联邦权力的行使来说；如前所述（比较上文I.(4) d)和D.II.(7) b)部分），服务联邦利益原则也非常重要。

之前的判决清楚地表明，这一原则既给了各州除宪法明确规定外对联邦负有的其他特定义务，也给了联邦针对各州的附加义务，并且对《基本法》中规定的联邦和各州的权力行使施加了限制。

本案要求我们在另一个方向发展服务联邦利益的宪法原则：联邦和各州以及各州之间的一些谈判在宪法上是必要的，这些谈判的程序和方式也受到服务

联邦利益原则的约束。在德意志联邦共和国，所有的州都享有同等的宪法地位，各州在与联邦交往时应受到平等的对待。当联邦依据宪法，试图订立一个与宪法相关的协议并涉及各州利益时，服务联邦利益的义务禁止联邦按照分而治之（*divide et impera*，即试图分裂各州）的原则行事，也禁止联邦只同部分州订立协议并迫使其他州遵守。这一原则同样禁止联邦政府在涉及各州的谈判时，依据各州政府的政治成分对它们区别对待；尤其是在政治上具有决定性的会谈中，联邦政府不得只邀请与其政治观点类似的州政府代表，而将与其反对者站在一边的州政府排除在外。在此类情况下，联邦和州层面任何政党的政客都有权在政治会谈中，就涉及联邦和各州利益的问题进行澄清和协调，并且对进一步的联合行动展开谈判。联邦和各州之间（即各政府及其发言人之间）的必要谈判也必须遵守上述原则。

协商制定广播系统领域新法律的长期努力在1958年初进入了一个新阶段：【580】联邦政府提议由联邦来规制该领域。1959年，经过各州代表对一个联邦法案草案的反复讨论，各州于1960年1月同意设立一个四人的委员会；该委员会由来自州政府的两名基督教民主同盟成员和两名社会民主党成员组成，代表各州政府与联邦展开谈判。然而，联邦政府从未邀请该委员会参与谈判。只有一名委员会的成员（属于基督教民主同盟的莱茵兰—普法尔茨州长）参加了一些基督教民主同盟和基督教社会主义同盟之间的讨论——不是以委员会成员的身份，而是代表他的党派。参与讨论者也包括联邦政府的成员（比较莱茵兰—普法尔茨州长1960年11月17日写给联邦总理施罗德的信）。当这些讨论的参与者达成相关协议后，他自己通知了委员会和其余的州。这些会议推动并拟定了提案和计划，但它们并非由联邦政府同州政府的谈判作出，也没有经过由它们设立的委员会。这尤其适用于1960年7月8日的讨论中提出的这一想法：联邦和各州为了第二电视频道的广播，建立一个有限责任公司，起草一个公司注册条例并于1960年7月25日签署，该条例同样在1960年7月15日仅由基督教民主同盟和基督教社会主义同盟的政客们参加的会议上讨论通过。莱茵兰—普法尔茨州长于1960年7月15日通过信函，邀请社会民主党州长们领导的诸州在1960年7月22日与其他州长们一起讨论该计划，但这一事实并不能减轻联邦政府与各州政府就其提出的计划进行直接谈判的义务。如果不这么做，便违反了服务联邦利益的义务。

然而，在该公司成立前夕，联邦政府对待各州的方式也不符合此义务。联邦政府知道，各州州长们于1960年7月22日第一次获得正式机会，来讨论设立一个由联邦和各州组成的公司以进行第二电视频道的广播的机会。州长们包括一些属于基督教民主同盟和基督教社会主义同盟的成员，他们并没有无保留地

接受联邦政府的提议，而是提出了反对的意见。这些会议的结果于1960年7月22日以信函的方式被告知联邦政府。然而，联邦政府坚持要在1960年7月25日以其提议的形式签署注册条例。联邦政府落款日期为1960年7月23日的信函，于1960年7月24日下午5点从波恩邮出，然后收件人莱茵兰—普法尔茨州长于1960年7月25日下午4点15分签收；也就是说，签收时，注册条例已经被签署和公证了（比较莱茵兰—普法尔茨州长于1960年11月17日的信函）。尽管联邦政府有理由被各州或部分州政府的持续反对所惹怒，这些程序的确不符合服务联邦利益的义务。至于联邦政府是否认为其与各州的谈判已经失败，以及它是否可以如其所辩称的那样在没有各州参与的情况下合宪地成立该公司，在此都无关紧要；重要的是，每个州政府作为德国的组成部分的宪法机构，都可以期待联邦政府不会在一个不合理的极短时间内，以一个既成事实来回应各州的反对意见，而这些意见可被视为是一个新的计划。

最后，该公司成立的方式也违反了服务联邦利益的义务。同样地，联邦政府认为它实施其成立公司的计划并不违宪，但其是否可以这样做，在此并不相关。我们可以设想一种情况：联邦为了各州的利益成立一个公司，其股东除联邦外，还包括各州的受托人。然而，如同本案的情况，如果各州并不愿意参加联邦计划的有限责任公司，而联邦仍然为各州选择一位受托人，并不顾各州的反对成立了该公司，那么它就违反了服务联邦利益的义务。

联邦政府的行为在公司正式成立时达到了顶峰，公司成立的程序严重违宪；基于此原因以及它造成的结果，成立程序无法成为公司章程规定的合宪活动的起点。因此，公司的成立违反了服务联邦利益的宪法要求。

III.

这里无需讨论依据服务联邦利益原则，某州是否以及在何种程度上同样有权要求联邦以不侵犯作为联邦国家组成部分的各州利益的方式，尊重其与各州的互助宪法秩序。无论如何，《基本法》第5条的本质（至此尚未论述）和其中规定的广播自由宪法权利对于各州的公共、政治和宪法生活是如此重要，以至于各州可以要求联邦在广播领域不侵犯它们受《基本法》保护的自由。各州可以依据《基本法》第93.1条第3项和联邦宪政法院法第68条及以下条款，对联邦提起宪法诉讼，以维护这种宪法地位。因此，各州在本案中也可以主张联邦成立公司的行为违反了《基本法》第5条。

《基本法》第5条不只包括公民对抗国家的基本权利，要求后者尊重其表达观点的自由且不得加以限制。尤其通过第5.1条第2句，《基本法》还保护出版社从获取信息到传播新闻和观点的制度上的自主权（BVerfGE 10, 118

[121])。如果国家直接或间接地规制或控制出版社或其一部分，便违反了此宪法权利。只有当国家与独立的报纸杂志进行竞争时没有实质性改变出版自由的概念，国家施加的影响才符合出版自由的宪法保护。【582】

意识不到上述《基本法》第5条的本质，就无法判断第5条对广播的重要性。不论广播系统有何特殊地位（后文将谈到），广播如同出版一样，都是现代大众交流的必要方式，也是影响和塑造公共意见的重要方式。广播不只是公共意见形成的一种“媒介”，它还是影响公共意见形成的一个“因素”。这种对公共意见形成的参与不仅限于新闻节目、政治评论或涉及现在、过去和将来的政治问题的系列节目，公共意见同样形成于戏剧、音乐节目和喜剧节目广播之中（包括节目的表现形式在内）。通过节目的挑选和组织，每个广播者的节目都呈现出一种特定的趋势，它们尤其要决定不广播哪些节目、哪些不符合观众或听众的兴趣、忽视哪些内容不会影响公共意见的形成以及如何对内容进行组织和广播。这样看来，广播的制度自由并不低于出版社，因为广播同样是必不可少的现代大众交流方式和公共意见形成因素，至少和出版社同等重要。这一点清楚地体现在《基本法》第5条中：在第一段的第2句，“通过广播和影像的报道自由”和出版自由并列，一同受到保护。

然而，只根据这一点，我们还无法知道应当如何保护广播自由，尤其是通过广播进行报道的自由，以满足《基本法》第5条的要求。广播的特殊地位在此变得重要，这让它区别于出版。我们当然不能说报纸出版商、印刷厂和报社可以以任意的数量设立并运营。然而，出版业和广播业的区别在于：在整个德国出版业内有相当多的独立出版物，它们因刊物定位、政治立场和宗教观点的不同而相互竞争；但是在广播领域，由于技术原因和广播所需的巨额资金投入，广播者的数量一直较少。广播系统领域的这一特殊情况要求对其采取特殊的政策，以实现和保护《基本法》第5条规定的广播自由。服务该目标的手段之一是现有广播公司成立的原则：为了节目的广播，法律创设一个公法人，让其免于国家的影响或最多受国家的有限监督；它的组织机构事实上由来自各个重要的政治、宗教和社会团体的代表组成；它有权控制负责节目构成的各方力量并纠正这些力量，以符合法律规定的这一原则：各方利益都能在广播中得到合比例的合理体现。如果符合该要求的某个机构在当前技术条件下被赋予在州层面广播节目的垄断权，这并不与《基本法》第5条冲突，但《基本法》第5条并不认为赋予某州内机构垄断权是必要的。

然而，为了保护广播领域的自由，《基本法》第5条并不要求采取州广播法规定的那种形式，并用于联邦法律之下的广播公司。尤其是联邦宪法并不要求节目广播者必须是公共公司。私有企业也可以成为这种类型的广播运营者，【583】

只要其组织形式能够确保各方社会力量都能像在公共公司中那样拥有话语权，且报道自由不被干涉。如果法律成立一种特殊的企业来确保广播的具体目标，尤其是其制度自由的实现，并且像银行业或保险业的监管那样，让其符合要求的广播节目都受到国家的监督，那么这样做并不违反宪法。

《基本法》第5条至少要求，广播这一公共意见形成的现代工具不受国家或某一特定社会组织的支配。因此，节目广播者必须以特定的方式组织，以使所有能想到的群体都能够对其施加影响，并对其整体节目拥有发言权，而且对整体节目的内容来说，必须有相关指导原则来约束它，以确保最低限度的内容均衡、客观和相互尊重。只有当法律赋予这种关于组织和内容的原则以强制力的时候，这些目标才能实现。因此，《基本法》第5条要求制定这类法律。

《基本法》并不要求广播者必须是传输设施的拥有者或控制者，或广播者必须有权运营这些设施。《基本法》第5条也不禁止国家的代表持有“中立”广播者的适当股份。另一方面，《基本法》第5条禁止国家直接或间接地主导广播节目的公共或私人企业。

德国电视公司于1960年7月25日经公证的契约成立，其目标是“为全德国和国外广播电视节目，展示德国的完整面貌”；它最初的股东是德意志联邦共和国和联邦部长沙弗尔（Schäffer），他“代表德国各州”出资；自股东沙弗尔辞职之后，德意志联邦共和国成为了唯一的股东。因此，公司便完全由国家掌控。这是联邦的一个工具，由联邦政府和联邦总理依据其宪法权力进行控制。这一决定无法根据注册条例和公司章程的内容来反驳，后者只是前者的组成部分之一。尽管我们可以认为，公司机构尤其是监督理事会和董事长相对独立地开展工作，而且章程中确立的广播原则考虑到了《基本法》第5条的要求——广播在制度上的自由，但关键问题是，法律和公司章程并没有保证公司的现有组织不会被改变。正如章程随着股东沙弗尔的辞职而被更改一样，它未来还会随时改变。“股东大会”可以作出任何更改，甚至可以最终决定解散公司并与新的机构进行重组（包括相应的人事变动）。前述为保护广播自由而必需的组织措施和内容原则究竟是写在法律中，还是写在注册条例中，有着天壤之别。

【584】

因此，德国电视公司的成立和存续违反了《基本法》第5条。

“广播第六案”

BVerfGE 83, 238

1. 判决概要

(1)(a) 《基本法》第5.1条第2句要求国家在二元广播体系下能够确保公共广

播提供基本的服务。

(b)对公共广播的存在和持续发展的保护受到限制，因为它的实现必须同时考虑到《基本法》第5.1条保护的交流过程。

(c)对公共广播的存在和持续发展的保护也包括那些使用新技术并将将来会履行传统广播职能的新服务。

(2)(a)在一个二元广播体系下，宪法并不要求立法机关将公共和私人广播者严格区分开。《基本法》并没有规定坚持“一贯模式”的义务。

(b)如果立法机关允许合作广播或其他形式的联合责任广播，它必须确保公共广播提供基本服务的职能不被削弱。这尤其要求广播的内容可以被识别并归责。

(c)立法机关必须自己决定广播模式的选择。它不得将此选择交给广播者。这就是对法律允许的公私合作广播的限制。

(d)如果某印刷物的内容主要是关于广播节目，且它的出版可以被认为是广播活动领域内的边缘侧面活动，就可以认为其受广播自由的保护。

【585】

(3)(a)在二元广播体系下，《基本法》允许但不要求私人广播在节目的广度和平衡的多样性方面采用比公共广播更低的标准。

(b)遴选和批准私人广播者的客观标准之一是观点的多样性。在此情况下，立法机关有权考虑广播编辑团队对节目的选择和责任（《北莱茵—威斯特伐利亚州广播法》第7.2条第3句 - LRG NW）。

(c)立法机关必须为公共广播和私人广播之间传输频率的分配提供适当的标准。

(4)(a)北莱茵—威斯特伐利亚州地方广播的“双栏模式”并不违宪。该模式原则上对于确保地方层面的广播自由来说是合适的。

(b)如果私人广播的内部结构本质上是多元的，立法机关就要判断哪些社会力量和组织可能参与到广播中来。法律可以给出一个社会相关组织的名单。只要该名单在保证平衡多样性方面是客观的，就符合宪法。

(c)北莱茵—威斯特伐利亚州的市政部门参与了合作广播企业和负责地方广播的运营机构，这并没有侵犯免受政府控制的广播自由。

(5)(a)监督广播的监管部门并不是为了代表组织化的利益或观点，而是为了确保广播领域观点的多样性。

(b)立法机关对这些监管部门的组成有着很大的选择空间。《基本法》第5.1条第2句只要求监管部门的组成适合于广播自由的保护。

基于1990年10月30日的口头庭审，第一庭于1991年2月5日作出判决 - 1 BvL 1/85 and 1/88.

2.案件事实

提交抽象司法审查的是《西德广播公司法》（Westdeutscher Rundfunk Köln, WDR, 1985年公布的版本）和1988年《北莱茵—威斯特伐利亚州广播法》（Landesrundfunkgesetz - LRG）的条文，它们在州和地方层面对私人广播进行规制。一方面，北莱茵—威斯特伐利亚州通过此法建立二元广播体系，确保了西德广播公司相对较强的竞争力；另一方面，私人广播在多样性和节目方面受到的要求与公共广播类似。通过所谓的“双栏模式”，立法机关为地方广播选择了一个独特的结构，一方面确保地方出版社的生存能力，另一方面防止对广播和出版业的双重新闻垄断。这一结构包括一个与出版业相关的运营实体，以确保市政对商业和技术方面的参与，以及一个由公众和新闻组织代表控制的联合广播企业，后者只根据合作协议进行地方广播。西德广播公司的广播委员会的组成被彻底改变了，尤其是来自社会组织的代表数量提高了，而来自政府部门的代表则减少了。而且来自文化和社会事务领域的代表也进入了广播委员会，并拥有投票权。州广播局（Landesanstalt für Rundfunk - LfR, 北莱茵—威斯特伐利亚州私人广播的伞形组织）的广播委员会之构成也采用了相同的模式。

联邦宪政法院判决，被挑战的法律基本符合《基本法》。

3.判决理由选译

B.

被挑战的《西德广播公司法》和《州广播法》的条文基本符合《基本法》，尽管有少数条文是通过解释才符合《基本法》的。只有《州广播法》的第3.1条违反了《基本法》第5.1条第2句。

I.

正如联邦宪政法院在其判例法中阐明的，《基本法》第5.1条第2句的广播自由是一种工具性自由。它旨在保护个人和公共意见的自由形成。这当然是广义上的，不只限于对政治观点的报道或传递。意见的自由形成需要经过交流的过程。它一方面需要表达和传播观点的自由，另一方面需要认识观点和获取信息的自由。通过对表达观点、传播观点和获取信息的自由以基本权利的方式进行保护，《基本法》第5.1条同时将宪法保护赋予了这种交流过程（参见BVerfGE 57, 295 [319-320]）。广播是一个意见得以形成的“媒介和因素”，该过程享受宪法保护（参见BVerfGE 12, 205 [260]）。考虑到它对交流的重要性，意见的自由形成只有在广播可以自由提供全面和真实的信息时才有可能实

现。由于广播是一种现代大众交流方式，赋予这种媒介基本权利的地位并对之加以保护便是实现《基本法》第5.1条立法目的的必要前提。

如果将《基本法》第5.1条第2句理解为只防止国家的干涉，从而将广播置于社会力量的控制之下，就没有正确理解广播自由的工具性特征。广播自由的基本权利当然包括并且主要是针对国家干涉提供保护。但除此以外，我们还需要明确的规制，以确保广播如同国家一样不被个别社会群体所控制，而是代表并宣传整个社会中的各种事件和观点。因此，对于实现广播自由的功能和《基本法》第5.1条作为一个整体所要达到的目标来说，物质上、组织上和程序上的规制是必要的（参见BVerfGE 57, 295 [320]）。这类规制的具体形式是立法机关决定的事项。《基本法》不对具体规制模式提出要求，也不要求必须持续实施一种模式。事实上，《基本法》只要求自由和全面的报道得到保障。

【587】

如果立法机关决定建立一个公共和私人广播者并存的二元广播体系，它就必须确保这些广播者的节目报道能够满足《基本法》要求的均衡多样性。在二元体系下，《基本法》不允许由于公共广播者有提供均衡报道的义务，就不对私人广播者作此项要求。因为鉴于对公共广播者负担的均衡报道义务，私人广播的任何狭隘性或片面性都会导致整体广播内容缺乏均衡，从而破坏《基本法》第5.1条的目的（参见BVerfGE 57, 295 [324]）。

立法机关可以对私人广播施加准入条件，这并不违宪，但是这些条件不能严重妨碍甚至阻止私人广播的运营（参见BVerfGE 73, 118 [157]）。在此，立法机关同样需要考虑到关于节目挑选的这一事实：私人广播的资金来自广告，公共广播的资金主要来自收费；如果对两者的要求一样严格，私人广播者们便难以遵守《基本法》第5.1条第2句的要求。由于这一区别，立法机关可以在节目广度和均衡多样性方面，对私人广播规定低于公共广播的要求。然而，这种让步是可以接受的，而且只要确保公共广播为公众提供了足够的基本服务，《基本法》第5.1条第2句的立法目的就不会受到威胁（参见BVerfGE 73, 118 [157 et seq.]）。

在这里，“基本服务”这个词既不是指公共广播有义务提供的最低服务或者同私人广播义务无关的服务，也不是在公共和私人广播者之间划一条界限，例如前者负责信息和教育节目、后者负责娱乐节目。事实上，我们有必要确保公共广播者为整个公众提供全面的信息、覆盖传统广播的完整领域，而且这种节目广播以符合《基本法》的方式为公众提供多样的观点（参见BVerfGE 74, 297 [325-326]）。

考虑到私人广播依然有限的广播范围、种类和领域，如果立法机关决定建立二元广播体系，它必须确保公共广播能够获得必要的技术、组织、人力和财

【588】 政资源，以使公众能够接受到基本的广播服务（参见BVerfGE 73, 118 [158]）。如果将公共广播限制在其当前的节目、资金和技术水平，就违反了这一义务。事实上，履行二元广播体系下提供基本服务的义务，不仅需要保护公共广播在当前状态下的存续，还要促进其未来的发展（BVerfGE 74, 297 [350-351]）。

II.

《西德广播法》中保护西德广播公司存续和发展的条款（第3.3条、3.7至3.9条，以及第33.2、47条）符合《基本法》。《州广播法》第6.2条经过限缩解释后也符合《基本法》。

(1) a)对于《西德广播法》第3.3条第1句中的一般条款进行必要的狭义解释，宪法上并无保留。

规制广播自由的立法权是否也包括允许西德广播公司进行一切类型的经济活动之权力？这个问题尚无定论，因为法律并没有规定这种权力。事实上，该条款是保护西德广播公司存续和发展的法律基础，该法的其他条款对其进行了落实和细化。宪法上对此保护并无保留，这种保护也可见于1987年4月1/3日《广播改革州际协议》（Rundfunkstaatsvertrag）的序言中。相反，只要私人广播者没有完全履行《基本法》第5.1条第2句规定的传统广播职责，这种保护在二元广播体系下就是必要的（参见BVerfGE 73, 118 [155 et seq.]）。在这种情况下，公共广播者有职责为公众提供基本即全面的服务，申请人对此也无异议。保护公共广播的存续和发展，恰恰意味着提供[必要的]条件，让公共广播可以为公众提供基本服务。

考虑到广播领域尤其是技术领域的快速发展，基于现状的保护不足以保证提供基本服务的职责得到履行。因此，保护不应限于传统的地面传输技术。如果其他类型的传输出现或取代了地面传输，基本服务的保护也包括这些新的类型。这对于公共广播者提供的节目也同样适用：它必须对公众的新需求或新的形式和内容保持开放。“基本服务”一词在内容和时间方面是开放和动态的，它只要求广播履行《基本法》第5.1条保护的交流过程这一功能。因此，对保护基本服务的存续和发展方面的限制只来自广播的功能。无论如何，只要对公共广播存续和发展的法律保护是基于其在二元体系下的职责，它就有《基本法》上的基础。

被挑战的法律正在这一框架下运作。《西德广播法》第3.3条第1句的一般条款规定，该法提及的西德广播公司的可能活动必须基于“其职责的履行”。因此，这些职责便是其存续和发展的前提和限制。

该法对西德广播公司的职责进行了清晰和准确地界定。《西德广播法》第

3.3条提到的职责的定义主要来自该法第3.1条。这一条规定是西德广播公司的广播职责来自关于费用的立法中对广播的传统形式之定义，但是《西德广播法》第4条、5.4条和5.5条又对该职责的内容作了具体规定。这里，《西德广播法》第4.1条第1句提供了决定性的标准。它包含了规范的要求，对广播的职责进行了归纳和定义；西德广播公司在采取任何措施、作出任何决策时，都必须遵守这些要求。

因此，西德广播公司在意见的自由形成过程中，以媒介和因素的方式制作和传输广播，并服务于一般公众的利益。基于这种借鉴自联邦宪法法院判例法的解释，立法机关强调了适用于广播自由作为一种促进意见形成的自由的特殊条件。于是，立法机关清楚地表示，广播自由的行使必须始终为了保护意见的自由和全面形成。它对于一般公众有这样的职责。这里为公共广播者的自身利益留下了余地，包括保障其自身的存续和发展；只有当这种利益致力于服务一般公众的利益时，它才是正当的。

服务一般公众利益的义务还体现在《西德广播法》第4.1条第2句中，该条款在传输领域将这项义务分配给政治和智识上重要的社会力量和群体。但与此同时，它还确保广播职责由广播者来实际履行，而不是转移到相关社会力量和群体的手上。事实上，恰恰相反，社会监督的目的在于给广播者赋能，让它们能够为了意见的自由形成独立履行其职责。

《西德广播法》第4.2条对此义务进行了更加具体的定义。这里强调了西德广播公司提供信息的职责：它的广播必须对所有重要生活领域中的国际和国内事件提供全面的介绍。但节目并不限于此：它的内容还必须包括教育和娱乐方面的信息。它必须提供文化、艺术和实用建议方面的节目。最后，根据《西德广播法》第4.3条，西德广播公司必须考虑到传输领域的地区结构和文化多样性。例如出于成本的增加和同私人广播的竞争而停止提供某些领域的节目，或者忽略、偏爱特定领域，就违反了这一条款。

【590】

《西德广播法》第5.4条和5.5条扩展了这种节目广播的广义义务，使之包括内容和观点的多样性。另一方面，这些基于联邦宪法法院判例法的解释旨在确保广播不会通过片面的节目，来扭曲意见形成的过程、或者忽视少数群体的利益。

《西德广播法》第4条、5.4条和5.5条作为一个整体反映了这样的要求：在二元体系下，公共广播必须满足《基本法》要求的基本服务义务。这些条款给西德广播公司施加了功能上的义务；而《西德广播法》第3.3条则规定了其权力的行使。因此，《西德广播法》第3.3条对公司存续和发展的保护，同公司提供基本服务的义务是互相伴随的，且后者为前者提供了证成和限制。这一点抵御

了申请人声称的那种危险：西德广播公司会依据《西德广播法》第3.3条演化为一个巨大的准私人公司，只追求经济利益，从而破坏二元广播体系。

b)《西德广播法》第3.3条第2句规定西德广播公司可以利用新技术来提供新服务，宪法对此也没有保留。

.....

(2)《西德广播法》第3.8条、第3.9条和第47条，以及《广播法》第6.2条赋予西德广播公司与第三方合作的可能性，这也符合《基本法》。

.....

c)关于对《州广播法》第6.2条进行必要的限缩解释，宪法对此并无保留。

《基本法》第5.1条也不禁止立法机关规定兼有公共和私人广播的混合形式。立法机关的规制权力并不限于在不同的广播模式中进行选择。实际上，它还可以混合不同模式或将某个模式中的元素引入另一模式，只要它遵守了意见形成自由的要求。

【591】 从联邦宪政法院的第五广播案判决中，我们无法得出其他的结论（BVerfGE 74, 297）。该案并不涉及《州广播法》第6.2条授权的那种合作。相反，联邦宪政法院认为，巴登—符腾堡立法机关可以立法对公共广播和私人广播进行实质性分离，从而《基本法》不再要求其作为二元体系中的公私合作提供可能（参见BVerfGE 74, 297 [349]）。

然而，我们也无法从中得出相反的结论，即公私合作是违宪的。事实上，立法机关在这一点上有选择的空间。

西德广播公司与私人广播企业的合作并不会将其广播置于国家的控制之下，因为西德广播公司在组织上必须独立于国家，而且参与合作的企业也不会让其放弃这种组织形式。这种参与也不会导致来自某个特定社会群体的片面影响，因为西德广播公司的内部结构是多元的，而且参与合作的企业也不会抛弃这种结构。

州广播法允许合作企业的规定同样没有对私人广播施加严苛的条件，使其境况艰难或无法生存。公私合作广播企业的成立需要双方自愿达成协议。法律并不强制签署这样的协议，也不存在任何需要强制的事实情况。尤其是私人合作广播企业的开播并不依赖于公共广播的参与。实际上，与西德广播公司合作的私人广播者在没有西德广播公司的时候，也必须在经济上和组织上都能提供符合新闻标准的广播（《州广播法》第5.1条）。显然，从来没有人对私人广播者提出这样的想法：它们必须与公共广播者合作才符合被批准的条件。

《州广播法》第6.2条赋予了西德广播公司一个持续合作中的次要角色。这进一步印证了州广播法第6.1条第2句，该句禁止任何一方对节目施加决定性的

影响。《西德广播法》第47.2条要求西德广播公司对其他公司的管理施加必要影响，其一般条款被《州广播法》第6.2条关于私人合作广播企业的特别条款所取代。考虑到这些保护措施，西德广播公司事实上保留的任何优势都不足以让其压制私人广播。

立法机关在《州广播法》第6.2条中，通过援引适用于西德广播公司的法律条文，预防了该公司通过与私人广播企业合作而逃避其提供公共服务义务的风险。但是只有在公私两部门的节目能够互相分开、单个节目能够被归责到其中一个部门的时候，才能确保和证实公共广播的合规。因此，这种分离是宪法要求的，正如同《西德广播法》第3.9条利用了《州广播法》第6.2条规定的合作广播的可能性一样。【592】

然而，《州广播法》第6.2条规定的可能性并不允许公共广播者和私人合作广播企业通过协议，将二元模式转化为合作模式，使得两者虽然能够被区分开、但只采用联合广播节目的形式。广播模式的选择是非常重要的事项，涉及基本权利的行使，立法机关不能放弃该选择并将其交由广播者之间的协议来决定（参见BVerfGE 57, 295 [324]）。

这就是《州广播法》第6.2条中合作广播的可能性所受到的限制。

.....

III.

《州广播法》在其第11条、12.3条和7.2条第3句中对私人广播企业批准和运营的要求符合《基本法》。另一方面，《州广播法》第3条对频率分配的规制违反了《基本法》第5.1条第2句。

(1)《州广播法》第11条和12.3条对私人广播的节目要求并不违宪。《基本法》第5.1条第2句的广播自由权并不意味着该权利的享有者可以随意使用之。作为一种工具性自由，该权利并非服务于广播利益本身，而是为了个人和公众意见得以自由的形成。因此，立法机关有义务以此为目标来构建广播体系。至于节目的法律层面，这一点要求内容和观点的多样性都能在整体节目中得到适当的体现。无论立法机关决定设立公共还是私人广播体系，这种对整体节目的要求都同样适用。

从申请人主张的“一贯模式”原则中，也无法得出其他结论。《基本法》并没有为广播体系规定一种模式，而只是规定了一个目标——广播自由。广播体系必须要服务于个人和公众意见的自由形成。无论采用哪种模式，这一义务都存在。任何考虑到这一义务的组织形式都符合《基本法》。立法机关的选择空间不限于对广播模式的选择，以及随后对模式一贯性的坚持。事实上，立法机关可以选择任何模式的组合，只要它没有忽略《基本法》第5.1条的目标。因【593】

此，联邦宪政法院明确表示，立法机关也可以规定私人广播者使用多元的内部结构（参见BVerfGE 57, 295 [325]; 73, 118 [171]）。

然而，这一目标可以在各种体系下以不同的方式得到实现。在一个公共广播者和私人广播者互相竞争的二元广播体系下，对私人广播在节目广度和均衡多样性方面的要求低于对公共广播的要求；只要能够确保后者完全履行了其广播职责，这是符合宪法的。即使是这样，缺乏均衡只有在不严重的情况下才能被接受（参见BVerfGE 73, 118 [158-159]）。

但是这些原则并不能说明，立法机关必须降低对私人广播者在内容和观点多样性方面的要求。尤其是我们不能从下萨克森州的判决中推断出，私人广播者只需要满足均衡多样性方面的“基本标准”即可。事实上，根据该判决，这种基本标准只能适用于对私人广播者的监督，而不能适用于对其开播的批准（参见BVerfGE 73, 118 [158-159]）。

事实上，考虑到对公共广播部门无保留地适用均衡多样性的要求，如果对私人广播者放松该要求，可能会在整体上扭曲节目的均衡；出于《基本法》第5.1条的立法目标，这种放松要求的做法只能在有限程度上合法。立法机关不得对私人广播部门施加过于严苛的要求，使它们运营艰难甚至无法运营——这一点既是宪法上的基础，同时也是限制（参见BVerfGE 73, 118 [157]）。只要不超过这一限制，立法机关就可以自由地对私人广播者提出节目方面的要求。

没有理由认为北莱茵-威斯特伐利亚州立法机关越过了这些限制。当然，该州立法机关对私人广播者施加的节目要求比其他州更严格，但并没有西德广播公司受到的要求严格。在《西德广播法》第4条和州广播法第11条中，立法机关的原意是，无论其法律形式和提供者的性质如何，广播在意见的自由形成和一般公众的事务领域既是一种媒介，也是一个影响因素（《西德广播法》第4.1条第1句和《州广播法》第11条第1句）。对西德广播公司来说，这意味着它有义务在生活的各个领域对国际和国内事件进行全面介绍，利用其节目内容对公众提供信息、教育和娱乐，并且提供文化、艺术和实用建议方面的节目（《西德广播法》第4.2条）。另一方面，私人合作广播企业只在各自的节目种类之内有义务提供全面的信息，并服务于个人和公众意见的自由形成，教育、建议和娱乐大众，并且在文化领域履行广播职责（《州广播法》第11条第2句）。此外，西德广播公司还必须考虑到传输领域的地区差异和文化多样性，但私人广播者只需在所有的完全服务站广播北莱茵-威斯特伐利亚州的公共事务（《西德广播法》第4.3条、《州广播法》第11条第3句）。

这对于《西德广播法》第5条和《州广播法》第12条的节目原则同样适用。西德广播公司必须以最大可能的节目广度和完整度，反映主流意见以及知

识、科学和艺术潮流方面的多样性，而私人的完全服务站则只需要确保观点的多样性即可（《西德广播法》第5.4条、《州广播法》第12.3条）。西德广播公司必须确保重要的社会力量能够对传播领域施加影响，州广播法则将此扩展为包括重要的政治、知识及社会力量与组织（《西德广播法》第5.4条第2项、《州广播法》第12.3条第2句）。公私两种广播都必须投入适当的时间，报道具有一般重要性的争议事件（《西德广播法》第5.4条第2句、《州广播法》第12.3条第3句）。

我们不能认为，这些施加于私人广播的条件会让其难以甚至不可能进行广播的制作和传输。如遵守《州广播法》第11条和第12.3条的要求，确实会让它们在某种程度上放弃一些大众喜欢的节目。由于广告收入来自收视率，因而这些要求确实有可能会降低它们的收入。但是这些限制并不至于让私人广播完全无利可图。法律给了广播者足够的自由，让它们决定如何遵守法律对节目的要求。法律并没有指定一个节目的计划或类别。事实上，广播者可以自由的分配时间，安排公众喜欢的节目以及它们认为合适的其他节目。因此，法律只是要求完全服务站的运营者放弃纯粹的娱乐节目和片面的信息或教育类节目。但这些站点可以自己估算价格和成本以便继续盈利。

(2)《州广播法》第7.2条第3句中的第二个半句对广播批准的规制并不违反《基本法》。立法机关有权根据各项标准，包括编辑参与的程度（“内部广播自由”），来筛选广播申请者。

如果符合批准要求的申请者数量超过可用的传输容量，州广播部门在作出批准决定时必须适用《州广播法》第7条规定的标准。根据宪法判例法，这类决定属于对广播的明确规制，立法机关要对此负责。根据第三广播案判决阐明的原则，私人广播的准入资格既不能随机决定或由各方力量自由博弈，也不能完全由执行部门自由裁量。我们可以考虑平等原则，利用一个分配广播时间、或者在必要时按比例减少广播时间的系统。如果这还不够，或者立法机关选择只将完全服务站许可颁发给个人广播者，那么立法机关就必须制定筛选的标准，以确保每个申请者都有同样的成功机会。这种机会实现的可能性必须取决于申请者可以满足的合理客观标准（参见BVerfGE 57, 295 [327]）。

【595】

北莱茵—威斯特伐利亚州的规制程序符合这些要求，但这并非只因为法律没有对私人广播者施加义务。申请者当然可以选择它们的行动而不受法律限制，且可以自主决定它们的编辑是否以及如何参与到节目过程中。然而，这一条款是对州广播部门筛选申请者的约束，并且在此方面可以影响私人广播者的行动。因此，它必须受到《基本法》第5.1条第2句的检验。

该条款充分符合《基本法》第5.1条第2句的标准。本案中的申请者认为唯

一违宪的标准（“内部广播自由”）是一系列递进标准中的最后一个。只有当依据前面的标准无法作出决定时，才适用它。根据联邦宪法法院确立的筛选原则，法律首先致力于在申请之间达成协议（《州广播法》第7.1条）。只有在州广播部门的协助下该协议仍然无法达成的情况下，《州广播法》第7.2条规定的优先级才适用。在这里，观点多样性是立法机关的指导原则：完全服务站优于特别类节目（第1句）；如果有多个申请者都属于完全服务站，可能在节目上具有最大观点多样性的申请者会被优先批准（第2句）。法律提到，以下因素可以反映多样性：节目安排、合作广播企业的构成以及其他服务于观点多样性的组织措施（第3句第一半句）。只有在这时，编辑参与的程度才是考虑因素之一（第3句第二半句）。

在宪法判例法的意义上，观点的多样性是一个客观的筛选标准。广播自由服务于观点的自由和全面形成。广播领域是信息的最重要来源之一和观点形成的一个重要因素，只有最大程度地考虑到广播领域观点的多样性，观点的自由和全面形成才能成功实现。如果立法机关在颁发许可时，基于的是申请者节目的多样性程度，这就符合私人广播和公共广播领域均衡多样性的立法目标。

立法机关同样有权考虑将编辑人员在节目选择和责任方面的参与，作为满足多样性要求的一种适当方式。基于立法机关的原意，这种参与既不是为了促进共同决策或民主决策，也不是为了提升任何社会群体对广播节目的影响力。

【596】 本案的申诉人没有意识到这一点。立法机关依法决定私人广播和公共广播采取多元的内部模式。这一立法概念不同于出版业的情况，它没有给宣传类广播留下空间。相反，广播提供者原则上必须在节目中给所有当前重要的派别同等的发言权。在法律组织的层面上，这一要求反映在如下事实中：只有《州广播法》第6.1条第1句规定的合作广播企业才会被批准。必须排除对于合作广播企业中任何一个成员施加的支配影响（《州广播法》第6.1条第2句）。根据《州广播法》第5.1条第3句，合作广播企业提供的广播必须符合公认的新闻原则。

《州广播法》第13条保障编辑人员在广播者的整体责任，以及雇佣合同之下独立履行新闻职责之权利。

编辑人员对节目选择和责任进一步参与是为了加强该职业群体的地位：它们基于劳动分工，直接参与履行广播作为意见形成媒介和因素的职责。因此，编辑参与并不是屈服于外部影响，而是一种关于如何行使《基本法》第5.1条第2句保护的功能得到内部咨询之权利。同样，该权利不是为了让编辑们实现其自身的职业利益或者宣扬自己的主观看法，而是让他们可以履行其媒介职能。

根据这种理解，我们同样不能提出这样的反对意见：由于该条款内在的扩

张潜质，它会威胁而非有利于广播自由。编辑参与仍然要满足多样性的要求。因此，它不会扩张到威胁广播自由的地步，而是会以合适的限度促进该自由。如果共同决策机制不服务于客观的广播自由，而是只满足编辑人员的个人利益，就不能被州广播部门用于确立优先级，因而也不会提高申请者获得批准的可能性。基于此原因，申请者之间为了获得广播许可的竞争程度也不会无限加剧。在广播者没有选择节目自由的内部多元私人广播模式下，同样可以考虑这种共同决策的可能性，只要选择标准是为了确保多样性而非编辑人员的个人利益。

该条款也不缺乏对法治要求的确定性原则的尊重，因为它不是强制性的，而且编辑参与也会受到内部限制。当然，它确实让许可的申请者不确定它们应当允许多大程度的编辑参与，以提高它们获得批准的概率。但这一结果源自申请者所处的竞争环境。必须接受这种不确定性，因为无论如何，我们都可以从《州广播法》第7.2条第3句中推断出均衡多样性利益所允许的编辑参与程度的最高上限。

(3)州广播法第3.1条第1句对传输功率分配的规制不符合《基本法》。它违反了《基本法》第5.1条第2句规定的免于政府干涉的自由。【597】

联邦宪政法院从一开始便在其判例法中强调，《基本法》第5.1条第2句意义上的广播自由主要指的是免于政府干涉的报道自由（参见BVerfGE 12, 205 [262-263]）。此要求同广播作为意见形成的媒介和因素这一功能有关。这种自由必须可以在没有政府干涉的情况下行使。另一方面，《基本法》第5.1条第2句并不禁止国家对广播功能的行使设定整体的条件。相反，《基本法》要求国家进行规制，并以适当的方式保护广播自由（参见BVerfGE 57, 295 [320]）。

这就要求，国家除其他事项外，还要规制广播的批准及对私人申请者的筛选标准（参见BVerfGE 57, 295 [326-327]; 73, 118 [153-154]）。但是立法机关不得允许政府对节目的选择、内容和制作施加影响（参见BVerfGE 73, 118 [182-183]）。

《州广播法》第3.1条第1句的规制条款违反了这些要求。传输功率的分配当然不会对节目有直接的影响，但它决定了公共和私人广播节目总量的相对份额。广播自由不仅保护节目免受政府的直接影响，同时也抵制间接的影响（参见BVerfGE 73, 118 [183]）。不能依据《州广播法》第3.1条第1句，就排除这种影响带来的危险。这一危险来自传输功率的持续短缺。因此，州政府在分配广播功率时，没有太多的频率可供其分配。一般来说，需要对单个可用的频率进行分配。在这些情况下，州政府不只抽象地决定公共或私人公司对某频率或频道的使用，同时还在具体申请者中、对它们广播的可能性和计划的节目进行选

择。事实上，这通常需要在西德广播公司的其他节目和私人公司的节目之间进行选择。在作出这类决定时，州政府只受《州广播法》第3.2条的约束，该条规定了应分配给私人广播者的最低传输功率。在此之外，州政府拥有完全的裁量权。这无法排除政府对节目施加影响的危险。

【598】 要求州议会主要委员会的批准无法打消宪法上的顾虑。《基本法》第5.1条第2句规定的免于政府干涉的广播自由不只约束执行机关，还约束立法机关（参见BVerfGE 73, 118 [182]）。立法机关也属于政府的一个部门，也要受到公众的批评和监督。另一方面，由于这种批评和监督在很大程度上取决于媒体自由，议会及其组成部门不得对节目广播施加任何影响。因此，《州广播法》第3条是否同时违反了立法权保留的原则便无关紧要了。

然而，这并不意味着州议会完全不能插手此领域。宪法允许、事实上也要求州政府或州广播部门在符合立法权保留的情况下，为传输功率分配这类具体的决定制定一般标准。

IV.

北莱茵—威斯特伐利亚州对地方广播的规制（《州广播法》第23至30条）符合《基本法》。

.....

V.

规制西德广播公司和私人广播公司监督机构组成的条文（《西德广播法》第15条、《州广播法》第55条）符合《基本法》。

(1) 监督机构的组成满足《基本法》第5.1条第2句的要求。

《基本法》要求的立法机关对广播系统的明确规制，包括与规制模式相关的组织上的保护措施；它是为了确保广播不会落入某个社会群体之手，而且各种相关的社会声音都能在整体节目得到体现（参见BVerfGE 57, 295 [325]）。联邦宪政法院从一开始就在其关于广播的判例法中明确，公共广播者中由相关社会群体代表组成的监督机构是保护《基本法》规定的广播自由的一种组织形式（参见BVerfGE 12, 205 [261 et esq.]）。私人广播者的外部监督机构也是如此，它们的构成与公共广播者的监督机构类似（参见BVerfGE 73, 118 [171]）。

然而，之所以成立由相关社会群体代表组成并通常采用组织的形式的监督机构，目的并不是赋予它们广播的职责，也当然不是让它们成为广播自由的享有者（但参见BVerfGE 31, 314 [337]——反对意见）。

事实上，由社会代表组成的监督机构是一般公众利益的监护人。它们的角色是监督负责广播的个体和机构，以确保所有主要的政治和知识力量以及社会

群体都能在整个广播中充分发声，确保广播并不服务于单个党派、群体、利益集团、职业或知识流派，以及广播报道充分并公平地考虑到各种相关个体、群体或机构的观点（参见BVerfGE 60, 53 [65-66]）。【599】

因此，尽管监督机构中的大多数成员都代表了特殊利益，但其职责并非代表这些利益，也当然不是通过广播来宣扬它们背后的组织利益。事实上，各种组织利益的参与只是为了吸引一般公众利益的监护人，他们独立于政府部门并贡献来自社会各个领域的经验。因此，任命监督机构的成员不是让他们在节目中宣扬特定的观点或者他们所代表的组织目标，以服务于后者的利益。相反，监督机构的多元组成恰恰是为了抵抗节目受到片面影响的危险，以确保所有生活领域中的各种观点和行为都能反映在节目中（参见BverfGE, op. cit., p. 66）。

这一功能要求对社会相关力量进行客观筛选和平衡，在原则上考虑到现有的多样性，并保障代表这些力量的组织能有效地施加影响（参见BVerfGE 57, 295 [325]）。我们无法从《基本法》第5.1条第2句中推出哪些社会力量尤其与此相关。因此，原则上应由立法机关来决定这些监督机构如何组成。立法机关在这方面有很大的操作空间。这包括制定社会相关性的具体标准、依据此标准来决定考虑哪些社会力量、选择代表这些力量的组织，以及选择和评估那些有权指派代表的人。《基本法》第5.1条第2句在此只要求，立法机关对监督机构组成的选择对广播自由保护来说是适当的。在这些限度内，立法机关的决定权不受广播自由以外的其他限制。

然而，立法机关的决定权并不像州政府所说的那样，仅受《基本法》第3.1条禁止任意专断之限制。通过利用社会相关力量来监督广播，立法机关就得接受组织利益代表的内在条件，而不能通过让监督机构的成员代表一般公众利益来避免此义务。招募这些成员的原则和他们的官方职责之间很可能有冲突。被选入监督机构的人需要代表他们各自的利益群体，但在这些机构中要避免主张任何特殊利益；他们必须在这两重角色中作出艰难的区别，法律对此最多只能促进，但难以作出保证。

由于法律规定，广播理事会和广播委员会的成员不受任何指令或义务的约束，那些不顾其所代表的利益而独立决策的成员目前来说是不容置疑的。但是这种独立并不排除对特殊利益的自愿宣传，当然也不排除对一般公众利益的有限评价。由于广播理事会在这些情况下作出的行动通常都至少部分受到特殊利益的驱动，一个严重片面的监督机构并不能确保广播领域观点的多样性，因而也无法满足《基本法》第5.1条第2句的要求。另一方面，只要没有越过严重扭曲的限度，对相关群体代表过度或代表不足也都无可厚非。【600】

组织利益的代表还具有这一特性，即一般公众利益并不等于各种组织利益

的总和。事实上，有些利益难以或者根本无法被组织。因此，组织化的代表只是保护一般公众利益的一个不完整的方式。如果立法机关选择利用社会相关力量来监督广播，那么《基本法》第5.1条第2句就不要要求它忽视那些不那么相关的力量或者难以被组织的利益。相反，这些不代表组织利益或者影响力较弱的人如能参与，即能对抗多样性受到的限制以及使用组织利益代表时固有的监督机构按党派划分之倾向。

《西德广播法》第15条和《州广播法》第55条符合这些要求。

北莱茵—威斯特伐利亚州立法机关从社会相关群体代表中遴选广播理事会和广播委员会成员时，并没有以抽象的方式进行。事实上，这些代表只占四种席位中最大的一个（“组织席位”）。州议会选择一些成员（“政府席位”），其他则来自不同的文化领域（“文化席位”），还有一些是代表组织性较弱的老人、残疾人和外国人等群体（“公民席位”）。立法机关特意采用这一混合原则，以防止完全由组织利益代表所蕴含的危险。法律草案之所以规定一种单独的“文化席位”，是因为该席位包含的领域同广播的目的之间具有相似性。不同于“组织席位”的成员，“文化席位”之所以成员加入广播理事会，并不是因为他们代表某些组织或机构，而是因为他们特定领域中的投入。但同样地，组织或群体有权指派他们。

如同对雇主和劳工组织的重视一样，对报纸出版社、难民和妇女组织的忽视也没有违反《基本法》第5.1条第2句。这样做并不会产生广播落入单个社会群体之手的危险。这同样适用于妇女组织。立法机关确实没有考虑到妇女组织，但它要求在选择和指派监督机构成员时适当地考虑妇女。《基本法》第5.1条第2句没有提出更多的要求，联邦宪政法院无需决定其他代表形式能否更有效地实现其立法目标。

(2)也没有违反《基本法》第3条。

【601】（四）《基本法》第5.3条——艺术、研究和教学自由

“魔菲斯特案”

BVerfGE 30, 173

1. 译者注解

在此案中，法院需要平衡艺术自由和一位已故演员的人格权：该演员的儿子发现某小说对其父进行了不利的描述，并成功申请禁令、禁止小说的出版。小说的作者写道，这名演员为了演艺生涯的飞黄腾达而果断投靠纳粹。法院认

为，艺术自由不仅保护艺术家本人，还保护出版商，因为它是将艺术带给大众的要素之一。法院还表示，《基本法》第5.3条没有提到可正当限制此权利的情形，这会产生一定的后果。法院没有诉诸第5.2条对第5.1条中言论自由的限制，也没有诉诸第2.1条对补充权利的宽泛限制，而是提出一个概念——宪法隐含的权利限制，它适用于所有《基本法》中没有提到正当限制情形的权利。宪法隐含的限制源自某个基本权利（本案中是第5.3条）和宪法保护的其他权利和利益之间的冲突。本案中与之冲突的权利是已故演员的人格权。法院解释道，虽然第2.1条规定的人格权只保护活着的人，但第1.1条保护的人格权的核心尊严并不随着个体的去世而终止。因此，艺术自由必须同死者人格权的核心尊严进行平衡。

自此，宪政法院需要明确它与常规法院的关系，后者基于《民法典》颁发了禁令。宪政法院强调，它不是一个上诉法院，不会推翻其他法院的判决，除非它们未能考虑到《基本法》的基本权利或者明显错误地解释了这些权利。在本案中，常规法院详细地考虑了相关的基本权利。常规法院在平衡中偏向于演员而非出版商，或许宪政法院会得出不同的结果。然而，尽管上诉法院可以其对法律的解释“更好”为由，推翻下级法院的判决，宪政法院却只能在下级法院对法律的解释存在宪法“错误”的时候，才能推翻其判决。这种对常规法律的“更好解释”和“宪法上错误”的解释之间的区别非常微妙；很多观察者都批评宪政法院表现地过于草率和频繁，就像一个上诉法院那样，因而干涉了常规法院的管辖权。然而，此案中的宪政法院却表现得过于谨慎，因为禁止出版书籍是一个非常严重的事情。

2.判决概要

【602】

- (1)《基本法》第5条第3句第一分句是一个客观的、价值导向的基本规范，规制的是艺术和国家的关系。它同时保护艺术家的个人自由。
 - (2)艺术自由不只保护对作品的艺术创作，还保护作品的展示和传播。
 - (3)一部小说的出版商也可以主张艺术自由的基本权利。
 - (4)艺术自由不受《基本法》第5.2条的限制。《基本法》第2.1条第二半句在此也不适用。
 - (5)要解决艺术自由权和人格权保护之间的冲突，必须考虑到宪法的价值系统；因此特别重要的是，需要考虑《基本法》第1.1条保护的人的尊严。
- 第一庭于1971年2月24日的判决，1 BvR 435/68.

3.案件事实

演员和戏剧导演古斯塔夫格朗根斯（Gustaf Gründgens）的养子和唯一继承人获取了一个禁令，禁止印刷、分发和出版克劳斯曼恩（Klaus Mann）写的小说《魔菲斯特》（Mephisto）（又名《如何在这个世界飞黄腾达》）。申诉人要求对该禁令进行宪法审查。

小说描写了一个天才演员亨德里克霍夫根（Hendrik Höfgen）的崛起，为了自己的艺术家事业与纳粹政权勾结，他背叛了自己的真实政治立场，蔑视一切人道和伦理原则。书中还描写了催生这种生涯背后的心理、知识和社会因素。

亨德里克霍夫根的原型就是古斯塔夫格朗根斯：1920年汉堡剧院的成员，当时他是克劳斯曼恩的朋友并且与其妹妹艾瑞卡（Erika）有过短暂的婚姻。格朗根斯和他的生涯反映在亨德里克霍夫根的多个特点之中，包括他的外表、他参演的戏剧及其作为州议员和普鲁士州剧院总导演的身份。

1963年8月，申诉人出版了《魔菲斯特》，随后古斯塔夫格朗根斯（于1963年10月去世）的养子和唯一继承人提起了诉讼。他在诉讼中主张，任何熟悉1920至1930年代德国戏剧的人都会将霍夫根同格朗根斯联系起来；而且除了一些可辨认的事实外，该小说还含有大量伤人的虚构情节，对格朗根斯的形象进行了不实和严重贬低的描绘。它不是一部艺术作品，而是一部影射小说，目的是为了报复格朗根斯娶了曼恩的妹妹艾瑞卡；曼恩认为，这场婚姻很不光彩。

【603】 4.判决理由选译

III.

《基本法》第5.3条第1句宣布，除了科学、研究和教学外，艺术也是自由的。从字面和立法原意来看，第5.3条第1句是一个客观的价值导向的基本规范，规制的是艺术和国家之间的关系。它还保护艺术家的个人自由。

(1)“艺术”领域必须由艺术事业独特的结构特征来界定。艺术事业的本质在于自由的创作过程，在此过程中，艺术家利用其选择的交流媒介，赋予他感受、学习或经历过的事物以直接可感知的形式。艺术活动既包括有意识的也包括无意识的活动，两者难以合理地分开。直觉、想象和艺术知识都在艺术创作中占有一席之地。它与其说是交流，不如说是表达——实际上是艺术家个性的最直接表达。

该自由保护艺术创作，它既包括创作出来的作品，也包括该作品产生的效

果。两者构成一个难以分割的整体。作品的展示和传播同其创作对艺术（作为具体的艺术事业）来说同等重要。事实上，作为公众对艺术作品的获取渠道，“效果领域”是《基本法》第5.3条的基础。简要回顾纳粹政权的艺术政策就能发现，仅仅保护艺术家的个人权利难以实现艺术自由；除非该基本权利从艺术家的个人领域扩展到其作品的效果领域，否则它就是无用的。

(2)我们在此无法对宪法上艺术自由在其各种形式下的范围作出完整的定义。这对本案来说也不必要，因为在下级法院的审判中，各方和所有专家都同意本案涉及的小说属于艺术作品。因此，我们可以关注与评价与这一叙事艺术相关的因素：该艺术在处理真实事件时，导致了与描述对象的权利和利益产生冲突的危险。

在将真实事件放入艺术作品中时，艺术家对它们进行了“再造”，因为他把这些事件与实际场景切割，再将其放入小说的语境中；在这样的语境中，艺术家关注的是戏剧化的展示，而非事件的真实性。艺术的整体性可以超过、有时候必须超过事件的真实性。

《基本法》第5.3条第1句的角色和目标首先是保护所有具体的艺术事业、活动和决定免受公权力的侵犯。我们无法在不阻碍创造性艺术事业的自由发展的情况下，规定艺术家应当如何回应现实或者如何再现他的回应。艺术家是他的回应是否“正确”的唯一评判者。在此意义上，艺术自由之保护意味着，我们不得试图影响艺术家创作的形式、对材料的选择或者他对待材料的方式，而且显然不得试图限缩他创作的领域或者对其创作过程制定一般性规则。对叙事艺术作品来说，宪法的保护意味着艺术家必须能够自由选择和处理他的主题，国家不得通过规则或有约束力的价值判断来限制艺术家的具体艺术判断。这同样——实际上尤其——适用于艺术家处理真实事件的情况：“写实艺术”（committed art）并没有被排除在宪法保护之外。

(3)《基本法》第5.3条第1句对艺术活动自由提供了全面的保护。因此，如果媒介对于建立艺术家和公众之间的关系是必要的话，媒介也受到宪法的保护。作为叙事的产物，艺术需要被复制、传播和出版才能影响公众，出版商作为媒介的作用不可或缺，因而宪法同样保护出版商的活动。因此，作为小说的出版商，申诉人可以主张其受《基本法》第5.3条第1句保护的基本权利（关于出版自由的表述，参见BVerfGE 10, 118, [121]; 12, 205 [260]）。【604】

(4)艺术有其特殊的性质和规则，《基本法》第5.3条第1句对它的保护是绝对的。从该条款的措词来看，任何试图限制艺术的尝试，无论是依据某人的价值判断限缩艺术的概念，还是延伸或援引适用于其他宪法条文的限制，都注定是无效的。

联邦最高法院非常正确地指出，《基本法》第5.2条对第5.1条基本权利的限制在此并不适用。《基本法》第5条的不同权利在条理上是分开的，这说明第5.2条的限制不适用于第5.3条，因为第5.3条对第5.1条来说是特别法。我们也不能将叙事艺术作品的一部分剥离出来，称其为第5.1条意义上的观点表达，然后将第5.2条的限制适用于它们。第5.3条的立法历史同样不能说明制宪者将艺术自由看作表达或意见自由的一个分支。

.....

我们同样不能认为艺术自由受到《基本法》第2.1条第2句中的他人权利、宪法秩序和道德律的限制。这种观点不符合本院一直以来的判决，即《基本法》第2.1条是附属性的，个人自由具有特殊性，它禁止使用《基本法》第2.1条对其第2句中的群体优先性进行扩张。这些限制也不适用于艺术作品的效果领域。

(5)但艺术自由也是受到限制的。如同所有基本权利一样，《基本法》第5.3条第1句保护的自由都根植于这样的宪法概念：自主的人可以在社会中自由发展。艺术自由的绝对性意味着它的限制只存在于宪法内部。艺术自由不受单纯法律的限制，不能被一般法律体系限制，也不受任何关于国家和社会根本利益的模糊条款的支配：这些条款缺乏宪法基础，也不受法治约束。如果艺术自由引发了与其他基本权利或利益之冲突，就必须通过解释《基本法》的价值秩序及其背后的统一价值系统来解决该冲突。作为基本权利体系的一部分，艺术自由与《基本法》第1条的人的尊严协调共存，后者是整个基本权利体系的最高和主导价值（BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]）。由于艺术作品可能对社会领域产生影响，艺术自由会与宪法同等保护的人格权领域发生冲突。

【605】 艺术家对人们真实个性和生涯的细节的使用会影响他们对尊严和价值的主张，因为艺术作品除了在艺术上刻画现实之外，还存在于社会事实领域之中，而且其对社会的影 响并不会因为其被艺术化处理而淡化。这种社会影响尽管不属于作品的艺术效果，但必须被《基本法》第5.3条第1句保护，因为在艺术作品中，“真实”世界和“艺术”世界是一体的。

(6)下级法院正确地援引了《基本法》第1.1条，且正确评判了该条款对已故演员古斯塔夫格朗根斯人格权的保护效应。如果一个人在死后可以被贬低和污蔑，那么这就不符合宪法规定的人的尊严不可侵犯，而尊严是所有基本权利的基础。因此，一个人的死亡并不意味着国家从此不再负有《基本法》第1.1条规定的保护个人尊严不受侵犯之义务。

此外，联邦最高法院和州高等法院认为，《基本法》第2.1条对于格朗根斯同样有私法上的辐射保护效应，尽管他的死亡部分稀释了该效应。但是只有活

着的人才享有人格权，该权利并不存续到死亡之后。《基本法》第2.1条规定的基本权利的一个基本前提是至少存在一个潜在或未来的人。一个人在生前可能受到他死后的法律情形的影响，但这无关紧要，尽管联邦最高法院考虑到了这一点。判决人格权保护在死亡后终止，并不减损《基本法》第2.1条保护的行动自由和自决。

(7)解决人格保护和艺术自由之间的冲突时，不能只看到艺术作品的“社会”效果，还应考虑具体的艺术效果。《基本法》第1.1条背后关于人的概念浸透到了《基本法》第5.3条第1句的自由之中，因为后者受到《基本法》第1.1条的内在价值的影响。个人对社会尊重和价值的主张不应高于艺术自由，但艺术也不能忽视个人追求适当尊重的权利。

只有权衡个案中的各种因素，我们才能判断，出版一部艺术化使用某真实人物的真实细节的作品是否对他受保护的人格领域构成了严重侵犯。其中一个必须要考虑到的因素是，作为一个有机整体，作品对材料的艺术化处理和吸收是否通过将个性、个人、私密的东西转换成客观、象征、比喻的，从而使该“复制件”独立于“原件”而存在。如果通过艺术评判，发现艺术家确实制作甚至有意制作了一幅“原件”的“写真”，那么结果就取决于艺术的加工程度，以及这种“虚构”对主体的名誉或记忆的伤害程度。

IV.

因此，本院必须评判，下级法院在权衡《基本法》第1.1条赋予已故的古斯塔夫格朗根斯及其养子的人格权以及《基本法》第5.3条第1句保护的艺术自由时，是否遵守了上述原则。但本院在此问题上的意见均等地分裂了，因此我们【606】无法认定被挑战的判决违宪（《联邦宪政法院法》第15.2条第4句）。

.....

(3)本院一直以来都认为，宪法诉愿赋予我们的司法审查权非常有限，尤其是我们不能审查已经被发现和衡量过的事实、单纯对法律的解释以及个案中法律的适用，这些属于常规法院的职责。当我们审查民事诉讼中常规法院对各方基于《基本法》第1.1条和第5.3条第1句的权利之权衡时，这些原则也同样适用。

.....

本院不是上诉法院，不能用自己对案件的看法代替其他专门法官的看法。在这类案件中，本院只有在如下情况才能推翻其他法院的判决：或者常规法院法官没有认识到案件中需要权衡相互冲突的基本权利，或者判决是基于对这些权利的重要性特别是其范围的严重误解，因此导致败诉方的基本权利被侵犯。

当我们依照此原则审查本案中被挑战的判决时，发现州高等法院和联邦最高法院认识到了必须要通过权衡来解决《基本法》第1.1条的权利和第5.3条第1

句的权利之间的冲突，而且其整体判断看起来并没有基于对这两项基本权利的重要性或范围的严重误理。

.....

“不合时宜游行案”

BVerfGE 67, 213

1. 译者注解

《基本法》第5.1条保护言论、出版、影像和广播自由以及信息自由。《基本法》第5.3条保护艺术和科学自由，因而也保护艺术表达自由。这两个条款之间的区别就是位于它们之间的条款：《基本法》第5.2条。第5.2条包括对通信自由的可能限制，它只适用于第5.1条，并不适用于第5.3条：第5.3条也是《基本法》中少数没有规定具体限制的权利。这并不意味着这些权利是绝对的。相反，它们属于基本权利，也只能在保护其他宪法权利和利益时被限制。⁸⁰如何理解这一点具有争议，但主流观点是，这些“无条件”的权利应当比《基本法》中规定了具体范围限制的权利更难被限制，而且这些“无条件”的权利本质上不应受到《基本法》第2.1条或第5.2条的同等限制。这样一来，某个事物是常规通信还是艺术就具有了法律意义。然而，我们必须注意到，宪政法院自著名的吕特案（*Lüth*）以来就一直强调言论自由对民主社会的“基本重要性”，并且基于这种基本重要性，对《基本法》第5.2条中的限制条款进行了限缩解释。因此，鉴于对《基本法》第5.1条的这种解释，适用第5.3条不太可能会真的会提高保护强度。

不管怎么说，街头政治剧场构成了本案的背景；它可以一直追溯到珀西·比希·雪莱在1819至1820年间写的诗“无政府主义的面具——写于曼彻斯特大屠杀之际”，以及贝托尔特·布莱希特基于雪莱作品写的一首诗。剧场发生了一起针对已故巴伐利亚政客弗朗茨—约瑟夫施特劳斯参选1980年总理（最终失败）的抗议。施特劳斯是德国政坛一位极端的人物，针对他的抗议很激烈。街头剧场用纳粹标识描绘他，展现关于第三次世界大战、腐败和其他令人不快的图片。施特劳斯作出反击，他以德国《刑法典》第185条的侮辱条款提起刑事诉讼，抗议的组织者被处罚金。

宪政法院不同意普通法院的判决。在它看来，将街头剧场的个别元素解释成侮辱是一个错误的路径。在评判任何侮辱性内容时，艺术作品必须从它们的

⁸⁰ 即所谓的“宪法内在”的限制。

整体来考察，因而必须从各个角度进行解释。宪政法院认为，这一路径给其他解释留下了空间，根据那些解释，抗议并不完全是侮辱性的。

虽然这个1984年的案件作出了正确的判决，但遗憾的是，宪政法院没有将街头剧场置于更广的政治争议和政治竞选的语境中来分析。一直以来，法院的一般路径都是：被定罪的言论离广义的政治言论越近，它就受到越多的保护。相反，被定罪的言论离政治言论越远，并且主要用于诽谤或伤害一个私人主体，它受到的保护就越少。此案涉及政治竞选，而且抗议的是一个高级别公职的候选人。言论自由在此必须占优，而那些如何理解特定艺术表达的技术问题则不是本案的重点。

2. 判决概要

【608】

为衡量刑法在街头政治剧场的适用，对艺术自由保护的范围（《基本法》第5.3条第1句）作出判决。

第一庭于1984年6月17日的判决，1 BvR 816/82。

3. 案件事实

在1980年联邦众议院选举中，基督教民主同盟 / 基督教社会主义同盟的总理候选人、巴伐利亚州长弗朗茨约瑟夫施特劳斯的政敌们在德国不同的城市和社区组建了街头政治剧场，发起了由车辆和行人组成的游行。这种街头剧场的灵感来自贝托尔特·布莱希特的一首诗：“不合时宜的游行或自由和民主”。除其他东西以外，演员扮演的诗中某个人物还戴着一个弗朗茨约瑟夫施特劳斯的的面具，与多个“纳粹大人物”一起坐在马车上。

申诉人是街头剧场的演员。在巴伐利亚州长提起刑事诉讼后，他被地方法院处罚金。地方法院认为，筹备游行的活动构成对巴伐利亚州长的诽谤。向巴伐利亚高等地区法院的法律上诉并未成功。

联邦宪政法院在审查了申诉人的宪法诉愿之后，撤销了刑事指控。

4. 判决理由选译

C.

本宪法诉愿成立。被挑战的判决违反了申诉人受《基本法》第5.3条第1句保护的基本权利。

I.

本宪法诉愿针对的是刑事指控。对这类案件来说，普通法院对事实的认定和对刑法的解释适用原则上不受联邦宪政法院的审查。但是宪政法院必须确保

普通法院尊重了基本权利且适用了相应的标准。在此，宪政法院干涉的界限尤其取决于基本权利被侵犯的严重程度：当刑事法院的判决在事实认定和法律实施上有错误，其错误是基于对基本权利的重要性的严重误判，尤其是对于该权利的保护范围的误判，而且这种错误在具体个案中有相当的实体重要性时，联邦宪政法院才有必要对这种违反客观宪法的判决进行纠正（参见BVerfGE 66, 116 [131]; 另可参见对艺术自由保护的更早论述，BVerfGE 30, 173 [188, 196-197]）。

此外，一项指控对被指控者的基本权利的最终影响越持久，证成这种侵犯的要求就越严格，联邦宪政法院进行审查的可能性就越大（参见BVerfGE 42, 143 [148-149]）。

刑事犯罪指控本身就比民事指控更严重，后者可能涉及禁止令、赔礼道歉或赔偿（见“政治传单案”，BVerfGE 43, 130 [136]）。在刑事处罚可能涉及艺术自由的保护时，还存在这样一种危险：这项自由因其特殊重要性而受到保护且未授权立法干预，对于行使这项自由的负面效应可能超出具体个案。在这种情况下，联邦宪政法院不能只审查被挑战的判决是否基于对《基本法》第5.3条第1句的重要性尤其是其保护范围的严重误判。法律解释的个别错误也同样不能被忽视（参见BVerfGE 42, 163 [169]; 43, 130 [136-137]; 54, 129 [136]; 66, 116 [131]）。

II.

“不合时宜的游行”属于艺术自由基本权利（《基本法》第5.3条第1句）保护的领域。如下所述，被挑战的判决必须依据此权利进行审查。

(1)从其字面和内涵来看，艺术自由首先包括一个基本的客观标准，用于调节“艺术”领域的生活和国家之间的关系。与此同时，此条款保护每个活跃于此领域的人的个人自由。它同等适用于艺术活动的“创作阶段”和“效果阶段”，后者包括对艺术作品的展示和传播，这是让公众接触艺术作品的阶段（BVerfGE 30, 173 [188-189]）。

此项自由被写入《基本法》的背景是，艺术家被迫忍受纳粹政权专制统治的悲惨历史记忆。这一点对于解释《基本法》第5.3条第1句来说同样重要：我们不能通过适用艺术作品的质量标准来限缩艺术的定义，或者对适用于《基本法》其他条款的限制进行扩大解释或类比，以达到限制艺术自由的目的（BVerfGE, loc. cit., [191]）。

(2)我们称为“艺术”的生活领域，必须依据由艺术的本质所决定且为艺术所独有的结构特性来定义。我们不可能用一个词来形容《基本法》保护的艺术

自由的范围及其包含的细节，且这个词对所有形式的艺术活动表达和所有类别的艺术事业都同等适用（参见BverfGE, op. cit. [183-184]）。【610】

a)我们无法在艺术理论领域的现有成果（包括对实践艺术家的艺术活动的思考）中找到一个充分的定义，以清晰界定艺术的本质，所以从司法之外的领域出发来定义艺术是不可能的。艺术理论中缺乏对艺术客观标准的共识，还与这一事实有关：“先锋”艺术的明确目标就是拓宽艺术的边界。这一点以及部分艺术家和艺术理论家对刚性形式和严格规范的不信任，是我们称为艺术的生活领域的基本特征；这些特性必须被尊重，而且它们本身表明，只有对艺术的广义定义才能合适地解决问题。

b)无法从一般意义上定义艺术，并不意味着我们只能放弃保护艺术生活领域的宪法职责，也就是在具体法律适用中，判断《基本法》第5.3条第1句的前提是否满足。

学术界和判例法已经发展出一些程式和标准，用于在实践中处理涉及“艺术”这一构成要素的法律，但这对于解释艺术自由的宪法保护来说是不够的，因为普通法律之下的解释是针对那些普通法律条文之目的。

目前可以确定的是，定义宪法上的艺术自由的进一步努力都只涉及个别方面，仅适用于艺术活动的个别领域（详细文献参见例如Ropertz, *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, Diss. Heidelberg 1963; Erbel, *Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie*, 1966; Knies, *Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem*, 1967; von Noorden, *The Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz [Article 5.3 sentence 1 of the Basic Law] und die Strafbarkeit der Verbreitung unzüchtiger Darstellungen [s. 184.1 no. 1 of the Criminal Code]*, Diss. Cologne 1969; Müller, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, 1969; Vogt, *Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, Diss. Zurich 1975, 及其中更多文献）。

然而，这些努力包含了可行的部分；它们作为一个整体能够帮助我们判断，具体个案所争论的主题是否属于《基本法》第5.3条第1句（艺术自由）保护的领域。

(3) a)联邦宪政法院强调，“自由的创造性表达”是艺术活动的本质；在这种表达中，艺术家的印象、感知和经验通过一种特定的视觉语言媒介得以展现。法院表示，所有的艺术活动都包括有意识和无意识过程的交织，难以理性地分开。法院继续说道，直觉、幻想和艺术理解在艺术创作的过程中共同作用；艺术主要不是交流，而是表达，而且毫无疑问，它是艺术家独特个性的最【611】

直接表达（BVerfGE 30, 173 [189]）。学术界中对艺术的实质和价值的描述同样强调其创造的特性、对个体经验的表达、形象化以及对意义的交流和传播（参见Scholz, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Article 5.3, marginal notes 24 and 29; Scheuner, Die Bundesrepublik als Kulturstaat, in Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1977-1978, p. 113 [126]; Würtenberger, Vom strafrechtlichen Kunstbegriff, in Festschrift für Eduard Dreher, 1977, p. 79 [89]; Geiger, Zur Diskussion über die Freiheit der Kunst, in Festschrift für Gerhard Leibholz, 1966, p. 187 [191]）。

“不合时宜的游行”的视觉展示符合上述标准。创造性元素不只体现在布莱希特的诗歌中，还体现在其被视觉转换的方式上。这里的诗歌及其展示可以被认为是充分“形式化”的。其目的是在当前的政治背景下，表达并立即展示一般的和个人的历史体验。

b)即使我们从类型学的形式角度，将艺术作品的本质看作是符合某特定体裁的要求，也就是基于艺术的更形式化定义，仅从诸如绘画、雕塑或文学的活动和结果来定义艺术（参见Müller, *op. cit.*, in particular pp. 41-42; Knies, *op. cit.*, p. 219），我们同样无法否认“不合时宜的游行”具有艺术作品的特征。作为该表演基础的诗歌，如同演员基于具体剧本在剧场的演出（加上面具和道具）一样，都是艺术表达的经典形式。演出以“街头剧场”这一特殊形式呈现的事实并不会改变这一点。永久固定的舞台并不比移动的舞台更优越，后者这种形式的剧场有着悠久的传统。

c)即使我们认为艺术表达的标志性特征在于：由于其实体内容的多元，我们可以从它的展示中通过进一步的解释反复提炼出意义、使它呈现出一种几乎无穷无尽的信息传播（参见von Noorden, *op. cit.*, p. 82 et seq.），“不合时宜的游行”也符合这项特征。上述的街头剧场这种特殊形式会产生一种距离感，让观众在观看时意识到，正在上演的是一出“戏剧”。这首诗歌的要旨本来就可以对其进行多种解读，它当然不会因为其以新的方式被呈现并指向当代人物和事件而变得清晰直白；它的表达依然模糊，尤其是它不是被直接表达的，而是通过多种元素被间接表达的，例如引人深思的文本、木偶、穿上表演服装的人以及人群。

d)因此，“不合时宜的游行”演出属于《基本法》第5.3条第1句保护的【612】艺术领域，制作者的浅薄和明显政治化的动机并不能改变这一点。当艺术家处理的是当代事件时，同样不能将规则和价值强加在这种艺术活动之上。“写实艺术”并不被排除在艺术自由的保护之外（BVerfGE 30, 173 [190-191]）。

III.

(1)出于其独立性和自身的规律，艺术受到《基本法》第5.3条第1句的无保

留保护；无论是《基本法》第2.1条中的“三重约束”还是《基本法》第5.2条规定的限制，都无法直接或通过类比适用于艺术（BVerfGE 30, 173 [191-192]）。另一方面，《基本法》其他条款保护了一些宪法秩序中的其他重要法律利益，那些条款的限制也可以直接适用于艺术自由。这尤其适用于人格权的案件中，该权利受到《基本法》第2.1条和第1.1条的保护。但艺术自由也反过来限制人格权。因此，在具体案件中界定这些限制时，如果不考虑艺术自由，而是只通过诸如本案中诽谤的司法程序确定侵犯人格权行为之存在，那是不够的：我们必须查明，这种侵犯是否严重到足以让艺术自由让步的程度；考虑到艺术自由的重要性，轻微的侵犯或者只有严重侵犯的可能性并不足以限制艺术自由。当然，如果严重侵犯人格权的事实确凿无疑，艺术自由则无法为之辩护。

(2)宪法因此有着相应的要求，而地方法院并没有认识到这些要求：

a)艺术表达受制于解释并需要进行解释，其必不可少的部分是对作品的整体观察。因此，我们不能将艺术作品的各个部分从其情境中剥离，然后进行单独检验，以判断它们是否构成刑事犯罪。如果地方法院假定被定罪的行为发生在具体表演的情境之外，并依此判断《基本法》第5.3条第1句在此不适用，这在宪法上是有问题的。与此同时，仅从现实来看，进行可见的准备（游行组织）或重组（卡塞尔的事件）也是必要的，但地方法院甚至也没有意识到这一点。这里同样需要考虑到，在现代剧场中，那些可见的准备完全可能构成整体艺术概念的一部分。

当然，利用木偶和横幅进行的象征性展示也存在表演之外的宣示性价值。但是，制作者们实际上在全国游行时通过遮挡避免了这一点。松特霍芬的游行演出无法立刻开始的事实也完全无法改变这一判断。申诉人和制作者都没有责任；这是出于管理部门的命令。申诉人和制作者也无法对警察拍摄的用于证据的照片负责。记者拍摄的照片属于一种促销广告，相当于永久固定剧场中常用的预演照片。

类似地，据上所述，如果诽谤的成立不是依据（《基本法》第5.3条第1句所要求的）对作品整体的判断，而是只根据那辆令人不快的马车，这是不符合宪法的。【613】

b)地方法院同样没有意识到，从这种整体的视角来看，对本案中的游行会得出多种可能的解释，这样看才是合适的。

我们在此并不需要得出一个艺术表达的刑事责任标准，尤其因为这是不可能的，无论是一般标准还是针对所有艺术形式的标准。如果一个人在理解艺术时对艺术的表现形式完全不熟悉，就肯定无法制定这样的标准；另一方面，我们同样无法参考一个受过完整艺术教育的人的意见。毕竟，有些时候，艺术表

达的对象是公共街道上的随机观众，本案即是如此。在这种情况下，只需要去问一个打算观察整个游行和诗歌表演的路人，他是否注意到了那辆令人不快的马车。

即使这样，人们同样可能认为，共同原告和那些纳粹大人物坐在同一辆马车上，因而与他们同伙并支持他们的政治目标。考虑到这首诗的具体内容，人们可能产生这样的印象：游行的意图显然是为了表现对这些纳粹大人物的抗争，但这一点就如同布莱希特诗歌中描述的与纳粹历史的决裂一样，是个虚伪的谎言。

另一位路人观察者可能认为，共同原告是在抗议（尽管没有成功）纳粹的展示。一个间接或直接优先考虑剧本原意的观众会看到类似的斗争，但他还会想到，作为一个倾向于右翼的著名政客，共同原告尤其需要这种距离，因而旧的纳粹想法会再次占据上风。

无论如何，如果只借助“深思的路人”进行判断，并采纳地方法院判决中对刑法相关事实之描述（其他可能性无法被排除），并且只假定一个随机且天真的观察者（忽视了与木偶的“斗争”）之存在，那是不合适的。这同样违反了《基本法》第5.3条第1句。

(3)被挑战的判决正是建立在这些错误之上。不能排除法院根据上述宪法要求作出其他判断的可能性。因此，这些判决必须被推翻，该案被发回地方法院。法院在新的诉讼和判决中处理艺术自由和一般人格权的关系时，必须尊重上述原则。

七、婚姻、家庭与子女——《基本法》第6条

“生活伴侣关系案”

BVerfG, 17.7.2002, 1 BvF 1/01

http://www.bverfg.de/e/fs20020717_1bvfg000101en.html (BVerfGE 105, 313)

【614】

1. 译者注解

如今，关于同性伴侣关系（同性结合、同性婚姻或同性民事结合）的往往颇有争议的法律承认问题之辩论，在一些国家已经持续了相当长一段时间。2015年，美国最高法院作出了一项著名的判决，各州必须许可同性别的两个人之间的婚姻，并认可在州外获得许可的这类婚姻。⁸¹在爱尔兰，民众在一次公投中以超过60%的支持率支持同性婚姻⁸²，导致爱尔兰通过了一项宪法修正案，允许同性伙伴结婚。⁸³在澳大利亚，澳大利亚统计局以邮寄投票的形式举行全民公决，将这一问题交付人民表决，投票支持率也超过了60%。⁸⁴台湾自2017⁸⁵年实施了宪政法院的一项判决并克服了社会上的强烈反对后，成为最新也是亚洲第一个通过立法的方式⁸⁶规定同性婚姻的司法管辖区。目前，大约有30个国家和司法管辖区允许同性婚姻，更多的国家和司法管辖区承认同性伴侣关系是一种不同于婚姻的制度。⁸⁷同性关系的法律和实践一直是并将继续是一个在相对较短的时间内发生巨大变化的领域。与此同时，这是一个在这个星球上仍处于明显分裂状态的领域，而这种分裂并不限于各大洲之间。实质上，迄今为止同性婚姻只在北美、南美的大部分地区、西欧、澳大利亚和新西兰具有

⁸¹ Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf（最近访问于2019年9月1日）。

⁸² 参见 <https://www.refcom.ie/previous-referendums/marriage-presidential-age/> and <https://www.rte.ie/news/results/2015/referendum/ssm/>（最近访问于2019年9月1日）。

⁸³ 宪法第34修正案（2015）<http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/ca/34/enacted/en/print.html>（最近访问于2019年9月1日）。

⁸⁴ 参见<https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/1800.0>（最近访问于2019年9月1日）。

⁸⁵ 参见Judicial Yuan Interpretation No. 748, 24.5.2017, <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>。

⁸⁶ 参见Act for Implementation of J.Y. Interpretation No. 748, 22.5.2019, <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/en-us/jep03/show?expno=748>（最近访问于2019年10月21日）。

⁸⁷ 参见Felter, Claire/Renwick, Danielle, Same Sex Marriage - Global Comparisons, Council on Foreign Relations, last updated 27 June 2019, <https://www.cfr.org/backgrounders/same-sex-marriage-global-comparisons>（最近访问于2019年9月1日）。

吸引力。⁸⁸相反，所有亚洲和非洲国家（南非和台湾是明显的例外）以及所有东欧国家，都没有在这方面修改他们的法律框架。例如俄罗斯更倾向于将这一问题视为“文化战争”而非人权问题，并于2013年通过了禁止“非传统性关系宣传”的立法。⁸⁹

【615】或许令人惊讶的是，在德国同性婚姻问题迄今尚未提交宪政法院。它仍然处于立法领域。2017年6月，议会通过了《同性别人士婚姻权施行法》，该法案于2018年10月1日生效。⁹⁰这项法案取代了《经注册的生活伴侣关系法》，后者为同性伴侣创立了组成民事结合的机会，这种结合在很大程度上并不完全是一种冠以不同名字的婚姻。⁹¹

有人在宪政法

院对《生活伴侣关系法》提出了挑战。⁹²这项立法的宪法背景是《基本法》第6.1条，该条为婚姻和家庭提供了特殊的法律保护。宪政法院十分清楚地表明，虽然《基本法》没有解释什么是婚姻，但婚姻本质上是一个男性和一个女性之间的结合。正是由于这个原因，法院毫不费力地避开了关于同性民事结合可能侵犯了被赋予传统婚姻之保护的论点。传统婚姻仍然向任何希望利用这一传统工具的人开放，而同性伴侣被排除在婚姻之外。法院认为，传统婚姻和同性结合是相互排斥的，因此已婚人士不可能进行平行的民事结合，反之亦然。实质上，关于这两项制度，法院遵循了“分离但平等”原则。他们被视为不同的制度，受到不同的对待，且相互排斥。因此，同性伴侣不能进入“婚姻”（*Ehe*），异性伴侣则不能进行民事结合。关于其他没有性背景的相互抚养的伴侣关系，例如兄弟姐妹之间的关系，法院认为区别标准在于这种伴侣关系不是排他性的；因此，禁止这种伴侣关系成为民事结合并不构成歧视。

该决定与德国联邦性质背景下出现的另一个宪法问题有关。很显然，这项

⁸⁸ 参见Id., see Interactive Map “Expanding LGBT Rights and Protections”.

⁸⁹ 参见Human Rights Watch, Russia: Anti-LGBT Law a Tool for Discrimination - An Anniversary Assessment, 29.6.2014, <https://www.hrw.org/news/2014/06/29/russia-anti-lgbt-law-tool-discrimination> (最近访问于2019年9月1日)。

⁹⁰ 参见Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 20.7.2017, BGBl. I-2787, German text available via <http://https://dejure.org/2017, 26444> (最近访问于2019年9月1日)。

⁹¹ 参见Act on Registered Life Partnerships, 16.2.2001, BGBl. I-266 last amended by Act of 18.12.2018, BGBl. I-2639, English text available at http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpartg/index.html (最近访问于2019年9月1日)。

⁹² 参见BVerfG, 17.7.2002, 1 BvF 1/01, http://www.bverfg.de/e/fs20020717_1bvff000101en.html (最近访问于2019年9月1日)。

立法通过时，并不会在联邦参议院获得多数。因此，这项立法被分为两部分，一部分涉及民事结合的实质问题，另一部分涉及实施程序，例如确定相关的州行政管理机构实施民事结合。只有后者提出了有必要经由联邦参议院同意的立法。法院认为，以这种方式分割立法没有错；它缩小了州在联邦立法过程中的权力范围，引领了州与中央之间重新平衡权力和财政分配的趋势，而这种趋势成为2006年和2009年《基本法》宪法联邦制改革修正案的主题。⁹³

2017年规定婚姻完全平等的这个新法案并未受到挑战。巴伐利亚州考虑过这一挑战，但因为在宪法法院没有足够的成功机会而决定终止。反对者的论点主要围绕以下问题展开：一项法规的修改足以引入同性婚姻，还是需要《基本法》第6条进行修正，对婚姻进行重新定义。第6条只是简单地使用婚姻一词，没有任何解释或定义，也没有要求对婚姻制度给予保护。人们可以有把握地认为，第6条的起草者在起草《基本法》时，甚至没有想过同性婚姻。尽管历史解释方法是德国宪法解释的标准程序的一部分，但在美国宪法解释中所谓的“原旨主义”⁹⁴并不是一个有说服力的工具。宪法法院的主要任务并不是确定死者要生者怎么做。因此，可以想象宪法法院会审视婚姻（*Ehe*）的概念，并根据当前条件动态解释这一概念。但即使它不想这样做，对传统异性婚姻的保护也并不要求禁止同性婚姻。

【616】

还应当指出，生活伴侣关系立法和随后的同性婚姻立法也对其他各种领域产生了影响；在这些领域中，婚姻（及以前的生活伴侣关系）享有非婚姻（或以前的伴侣关系）不享有的特权。例如法院认为，剥夺民事伴侣领养另一民事伴侣的领养子女（连续领养）的权利，而允许领养配偶的领养子女和收养民事伴侣的亲生子女（继子女领养），是违反宪法的。⁹⁵在税收方面，法院认为同性生活伴侣没有享受相同水平的遗产税免税阈值，是违反宪法的。⁹⁶法院对关

⁹³ 有关这些改革的更多背景信息，参见Benz, Arthur/Sonnicksen, Jared, *Advancing Backwards: Why Institutional Reform of German Federalism Reinforced Joint Decision-Making*, 48/1 *Publius: The Journal of Federalism*, 2018, 134 et seq., <https://doi.org/10.1093/publius/pjx055>; For a critical assessment of the first reform package of 2006 see Scharpf, Fritz, *German Federalism: A Reform that Misses the Mark*, *Max Planck Research* 2/2007, <https://www.mpg.de/207429/federalism>（最近访问于2019年9月1日）。

⁹⁴ 对于最近在美国关于这场争论的全面审视，参见Solum, Lawrence B. *Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, 113/6 *Northwestern University Law Review* 2019, pp 1243 et seq.

⁹⁵ 参见BVerfG, 19.2.2013, 1 BvL 1/11, http://www.bverfg.de/e/ls20130219_1bv1000111en.html（最近访问于2019年9月1日）。

⁹⁶ 参见BVerfG, 21.7.2010, 1 BvR 611/07, http://www.bverfg.de/e/rs20100721_1bvr061107

于公务员遗属的养老金的类似歧视表示遗憾。⁹⁷

2. 判决概要

【617】(1) 一项法规已经通过却需要更正，在特殊情况下是可以接受的，但必须是该法规明显不正确。这种不正确性不仅可能体现在法规的文本之中，尤其可能体现在该法规的议会背景材料之中。

(2) 如果联邦政府或联邦众议院（德国议会下院）将一个主题划分为若干法规，以防止联邦参议院（德国议会上院）阻止本身不被其同意的条款通过，这并不与宪法相抵触。

(3) 为同性伴侣引入经注册的民事伴侣关系的法律制度，并不违反《基本法》第6.1条。《基本法》第6.1条对婚姻的特殊保护，并不妨碍立法机关为同性民事伴侣关系规定与婚姻同等或类似的权利和义务。如果一种制度指向不能相互结婚的人，那么婚姻制度不受这种制度所带来的任何风险的威胁。

(4) 不同性别的人相互同居以及互为亲属关系并共同生活的群体不可能成为经注册的民事伴侣，这并不违反《基本法》第3.1条。

3. 判决理由选译

A.

这些司法审查申请涉及2001年2月16日生效的《终止对同性伴侣歧视法——民事伴侣关系》（以下简称《民事伴侣关系法》，LPartDisBG, Federal Law Gazette I p. 266）与《基本法》的兼容性问题。 [1]

I.

该法案的目的是减少对同性伴侣的歧视，并让他们有机会将其伴侣关系纳入法律框架。为此目的，经注册的民事伴侣关系是为长期同性伴侣关系而创立的一种家庭法律制度，具有大量的法律后果。 [2]

(1) 2000年，至少有4.7万对同性伴侣在德意志联邦共和国同居（参见Eggen, *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften*, 2nd part, in: *Baden-Württemberg in Wort und Zahl* 12/2001, pp. 579 ff.）。德国联邦司法部委托布巴（Buba）和瓦斯科维奇（Vaskovics）于2000年进行了一项研究，其中发现，在对伴侣关系的期望、伴侣关系的持久性、相互扶养的意愿和相互承担责任方面，同性伴侣与异

en.html（最近访问于2019年9月1日）。

⁹⁷ BVerfG, 7.7.2009, 1 BvR 1164/07, http://www.bverfg.de/e/rs20090707_1bvr116407en.html（最近访问于2019年9月1日）。

性伴侣没有本质上的区别。一半以上生活在同性伴侣关系中的受访者表示，希望生活在有法律约束力的伴侣关系中（参见德国联邦司法部委托的研究，Buba/Vaskovics, *Benachteiligung gleichgeschlechtlichorientierter Personen und Paare*, 2000, pp. 75 ff., 117 ff.）。同性伴侣禁止结婚。 [3]

(2)德意志联邦共和国第一次为同性伴侣关系立法的议会倡议，可以追溯到德国联邦众议院第11届议会的任期内（参见1990年5月18日德国议会众议院绿党党团提出的决议，*Bundestag document, Bundestagsdrucksache - BTDrucks 11/7197*）。1994年，欧洲议会在一项决议中，呼吁欧洲联盟成员国在各自的法律和行政规定中避免对同性取向者的不平等待遇，并呼吁委员会允许同性结婚或建立相应的法律制度（参见Official Journal of the European Communities C 61 of 28 February 1994, 40-41; *Bundestag document 12/7069*, p. 4）。现在，一些欧洲国家已经对同性伴侣关系作出了规定（参见马克斯普朗克外国与国际私法研究所的研究，von Basedow *et al. ed., Die Rechtsstellung Gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, 2000）。这些规定从北欧国家在其效力范围内视为等同于婚姻的伴侣关系，延伸到可以登记同性和异性伙伴关系的法国《公民权利公约》（PACS）；这种登记的法律效力比婚姻低，且更容易解除。在荷兰，同性伴侣现在可以结婚。 [4]

2000年7月，德国社民党（*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*）和绿党90联盟（*Bündnis 90/Die Grünen*）组成的议会党团提出了一项法案，旨在终止对同性伴侣的歧视，从而将民事伴侣关系纳入立法程序（*Bundestag document 14/3751*）。自由民主党（*Freie Demokratische Partei*）的议员们也提出了一项法案（*Bundestag document 14/1259*）。在对这两项法案进行一读，提交委员会审议阶段和对专家证人进行审查之后，负总责的联邦议院法律事务委员会于2000年11月8日建议，拒绝自由民主党的法案，接受执政议会党团的法案，但其版本分为两个法规：第一是《终止对同性伴侣关系的歧视法案——民事伙伴关系》，其中包含关于经注册的民事伙伴关系和与之相关的基本法律后果的条款（*Civil Partnerships Act, LPartDisBG*）；第二是《民事伙伴关系法》和其他法案的补充法案（*Gesetz zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze, Lebenspartnerschaftsgesetz, Civil Partnerships Act Supplementary Act, LPartGErgG*），其中特别包含了程序法实施条例（*Bundestag document 14/4545*及其附录）。其原因是，执政的议会党团打算将原始法案分为两部分：不需要德国联邦参议院（德国议会上院）批准的法案和需要德国联邦参议院批准的法案。因此，《民事伙伴关系法》的文本没有指定负责注册民事伙伴关系的机构（*Committee document (Ausschuss-Drucksache) 14/508 [Committee on*

Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth (Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend)] and 14/944 [Committee on Labour and Social Affairs (Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung)]。这一点得到了咨询委员会多数成员的批准，并在2000年11月9日法律事务委员会的报告（*Bundestag* document 14/4550）中表达了这一点。然而，在法律事务委员会建议的民事伴侣关系法草案决议所附案文中，并非所有条款都按照这一点进行了修订。《民事伴侣关系法》以这样的措辞被联邦院所接受（Minutes of plenary proceedings (Plenarprotokoll) 14/131, p. 12629 D），并由联邦参议院原封不动地通过；联邦参议院没有向协调委员会（Vermittlungsausschuss）提出申请，也没有确定该法规是否需要批准（Bundesrat, Minutes of plenary proceedings, 757th session, p. 551 C, D）。

[5]

【619】当联邦司法部指出《民事伴侣关系法》第1条第3款和第4款中的两个明显错误时，联邦众议院院长和联邦参议院院长同意更正那些被视为不正确的条款。该法案于2001年2月16日签署和颁布（*Federal Law Gazette I* p. 266），并附随修正后的条款。巴伐利亚自由州（*Freistaat*）和萨克森自由州地方政府在联邦宪政法院（*Bundesverfassungsgericht*）（参见Judgment of 18 July 2001 - 1 BvQ 23/01 and 1 BvQ 26/01 -, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 2457）提出的不予生效的临时禁令申请未能获得成功。

[6]

现在，所有州都有《民事伴侣关系法》的实施条例，确立了民事伴侣关系事项的管辖权和相关的程序规则。

[7]

另一方面，《民事伴侣关系法补充法》已获联邦众议院批准，但尚未获得联邦参议院的批准（*Bundestag* document 14/4875）。联邦众议院提出了申请，但协调委员会（*Bundestag* document 14/4878）尚未就此作出决议。

[8]

(3)这个在司法审查申请中受到挑战的法案规定了同性伙伴之间经注册的民事伴侣关系之建立和解除。民事伴侣关系是由两个同性之间的合同建立的，为此目的所需的声明必须在主管机构面前作出（第1条第1.1款）。订立民事伴侣关系的另一项要求是，双方都必须声明其财产状况（第1条第1.1款第4句）。应一名或两名伙伴的申请，民事伴侣关系将通过撤销令予以终止（第1条第15款）。

[9]

伴侣在照顾和扶养方面相互约束，并致力于共同规划他们的生活。他们相互负责（第1条第2款）。该法令不要求有性交关系。经注册的伴侣关系的法律后果部分以婚姻的法律后果为基础，但也与后者有所不同。因此，伴侣应该相互扶养。这在修正后的范围内也适用于分居的人和终止伴侣关系的人（第1条第5款、第12款和第16款）。伴侣必须就其财务状况发表声明，他们可以在平

衡盈余的财产制度和管理其财务关系的合同之间进行选择（第1条第6款和第7款）。他们可以选择联合姓名（第1条第3款）。与子女长期生活在家庭共同体中的父母一方的民事伴侣或前伴侣有权接触子女（第2条第12款，《德国民法典》第1685.2条）。伴侣的一方被视为另一方的家庭成员（第1条第11款）。与配偶的无遗嘱继承权相应的民事伴侣的无遗嘱继承权已被引入（第1条第10款）。在社会保障法中，结成民事伴侣关系也具有法律后果（第3条第52款、第54款和第56款）。因此，例如在法定的健康保险计划中，民事伴侣由家庭保险覆盖（第3条第52款和第4条）。在有关外国人的法律中，适用于婚姻关系的外国家庭入境权的相关规定相应地延伸至同性伴侣关系（第3条第11款）。此外，《民事伴侣关系法》授予父母一方的伴侣在获得后者同意的情况下，有权对孩子的日常生活作出共同决定。这被称为“有限监护”（第1条第9款）。

[10]

这个受到挑战的法规和尚未生效的补充法规没有规定，他们的关系被解除时如何调整民事伴侣之间的养老金权利，也没有规定死亡时的养老金规则。同样，未成年人的共同收养也不包含在内。补充法规包含税法和国家福利法的规定，但《民事伴侣关系法》中并不包含这些内容。

[11] 【620】

B.

该申请缺乏根据。《民事伴侣关系法》符合《基本法》。

[45]

I.

《民事伴侣关系法》符合《基本法》，且不需要联邦参议院的批准。

[46]

(1)该法案不包含根据《基本法》第84.1条需要批准的条款。

[47]

a)《基本法》第84.1条之所以规定了批准要求，旨在保护宪法关于各州在行政事务管辖权方面的基本决定权及该州的联邦结构，并防止以低于宪法级别的立法方式绕过联邦议会的反对，而对联邦结构进行修改（参见BVerfGE 37, 363 (379 ff.); 55, 274 (319); 75, 108 (150)）。根据《基本法》第84.1条的这一目的，一项法规不需要批准，仅仅是因为它通过促使各州在某一特定领域采取或停止行政行动，影响了各州执行该法规的管辖权。相反，联邦参议院的批准要求，来自于建立州行政机构或管理其程序的联邦法律的规定（参见BVerfGE 75, 108 (150)）。设立新的州行政机构的规定，不仅指规定新的州行政机构的联邦法规，还指详细规定一个州行政机构职责的联邦法规。相比之下，如果该法规对联邦法规的执行方式和形式具有约束力，则该法规将会控制地方机构的程序。这包括这样一种情况，条例的实质性法律规定不仅要求行政机构采取行动，而且同时规定了在行政事项上采取行动的具体的程序性方法（参见BVerfGE 55, 274 (321); 75 (152)）。

[48]

b) 据此衡量，申请人引用的《民事伴侣关系法》的条款中不包含《基本法》第84.1条所指的行政程序规则。 [49]

【621】 aa) 《民事伴侣关系法》第1条第1.1款仅适用于设立经注册的伴侣关系的实体法要求。该法案并未包含在民事伴侣关系注册时管理行政程序的联邦法律条款之中。它确实要求，建立民事伴侣关系所需的声明必须向一个行政机构作出，但没有规定哪一个行政机构有权接收声明。它也没有对当事各方作出相互声明时的程序作出规定，既没有规定具体的注册程序，也没有规定建立民事伴侣关系时主管机构的合作方式。例如根据《民事伴侣关系法》第1条第1.1款第1句的规定，对私人个体作出意向声明的正式要求并非《基本法》第84.1条意义上的行政程序规定。各州利用了他们被赋予的机会，已在他们通过的实施条款中设立了州行政管理机构的不同管辖权；这些管理机构必须根据相关州法的规则，在注册民事合伙关系方面实施行政活动。 [50]

bb) 《民事伙伴关系法》第3条第25款并未设立地方行政机构的管辖权。诚然，《德国民法典引入法》第17a条（现为《德国民法典引入法》第17b条）是由本法新规引入的，它决定了相关法律对经注册的民事伴侣关系的适用；其中第17a.2第1句规定，《德国民法典引入法》第10.2条的规则在进行必要修改后适用。根据其中第1句的规定，结婚时或结婚后，配偶双方可通过向出生、死亡和婚姻登记官申报来选择其未来的姓名。然而，这一规定并不意味着，注册官也具有接收民事伴侣姓名声明的强制性管辖权。《民事伴侣关系法》本身对于哪个行政机构对经注册的民事伴侣关系之设立拥有管辖权，仍悬而未决；在此背景下，《德国民法典引入法》第10.2条仅在进行必要修改后适用的规定，应理解为这一规定是针对《德国民法典引入法》第10.2条第1句的实体法内容，而并不意味着作为管辖权的条款是以这种方式制定的。 [51]

cc) 同样，为了补充《少数民族姓名变更法》（*Minderheiten Namensänderungsgesetz*）第2款第1句，《民事伴侣关系法》第3条第6款扩展了该法第1条规定的出生姓名权的改变，即通过向出生、死亡和婚姻登记官发出声明，不但在配偶对这一效力作出声明的情况下延伸家庭姓名，还延伸到伴侣关系的姓名，只要民事伴侣的一方同意通过向登记官声明的方式更改姓名，此时，《民事伴侣关系法》第3条第6款并未赋予注册处新的管辖权，而是将他们现有的管辖权适用于另一组人。这并不意味着注册官职责的内容发生了变化（参见BVerfGE 75, 108 (151)）。 [52]

dd) 《民事伴侣关系法》第3条第11款涉及《外国人法》（*Ausländergesetz*）第27a条、第29.4条和第31.1条。按照第3条第11款的规定，外国人管理局现在也可以颁发基本居留许可证（*Aufenthaltserlaubnis*），向一个外国人的外国民事

伴侣发放特定目的居留许可 (*Aufenthaltsbeulligung*) 或特殊目的居留许可 (*Aufenthaltsbefugnis*)，以建立和维持民事伴侣关系。这一事实只是扩大了居留身份可被确立的实际情况。因此，外国人管理局的职责在数量上有所增加，但其内容没有改变。批准的要求当然不能源于这样一个事实，即外国人管理局现在不是像婚姻一样根据《基本法》第6.1条，而是有义务根据《基本法》第2.1条连同第1.1条，对民事伴侣关系行使裁量权。在行使授予他们的裁量权时，行政机构必须始终考虑受影响者的基本权利，无论他们可能依赖什么基本权利。

【622】

[53]

ee)最后，《民事伴侣关系法》第3条第16款第10项也未规定该法案须根据《基本法》第84.1条进行批准。由于修订了《民事诉讼法》(*Zivilprozessordnung*)第661.3条第1款b项，德国法院在《民事诉讼法》第606a条下的国际管辖权，现在包括在德国出生、死亡和婚姻登记官面前成立民事伴侣关系的情况。这项规定没有对登记员规定义务，但其措辞将德国法院在民事伴侣关系事项上的管辖权与在民事伴侣关系成立时涉及的德国出生、死亡和婚姻登记员的要求联系起来。这一条款处理不可适用的《基本法》第84.1条的司法程序(参见BVerfGE 14, 197 (219))。可想而知，由于各州管辖权规定的不同，民事伴侣关系不是在出生、死亡和婚姻登记官面前建立的，而是在另一主管当局面前建立的，因此可能存在客观上不合理的平等待遇；但如果按照《基本法》解释《民事诉讼法》第661.3条第1款b项，就可以避免这一结果。

[54]

(2)第1条第3.3款和第3.4款中，出生、死亡和婚姻登记官的权限是在《民事伴侣关系法》最终获得同意和宣布之前确定的，这一事实也不会导致该法规需要批准。该法规的这一版本以不与宪法相抵触的方式进行了修改。

[55]

a)即使《基本法》中没有关于更正已通过法案的规定，一个正常运作的立法机构之要求也证明，按照传统的政府惯例能够更正法案中的印刷错误和其他明显错误，而不必再次让立法机构参与，如《联邦各部联合议事规则》(*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, GGO*)第61条和《联邦议院议事规则》(*Geschäftsordnung des Bundestage*, 参见BVerfGE 48, 1 (18))第122.3条所规定的那样。

[56]

诚然，只有在《基本法》第76条ff项规定的处置程序之外的非常狭窄的范围内，才允许对通过的法案进行更正，因为立法机构有被尊重和保留其决定立法内容的专属权限的权利。在对已被采用的法案予以更正的特殊情况下，详细界定此类限制并予以承认的标准是，该法案明显不正确。明显的错误不仅可能在法规文本中显示出来，而且特别可能在考虑其在上下文中的含义以及法规的

议会背景材料显现出来。决定性因素是，更正不影响法规法律意义上的实质性重要内容，也不影响法规的同一性（参见BVerfGE 48, 1 (18-19)）。 [57]

b)根据这些标准，对《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款所作的更正没有超过宪法上允许的限度。 [58]

aa)立法机构通过的《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款的版本显而易见的错误在于存在着明显的矛盾，一方面与法规的上下文存在矛盾；这一法规由于法律事务委员会2000年11月8日的决议之推荐（*Bundestag document 14/4545*），在联邦议院通过法案二读和三读决议时已提交联邦议院，而联邦参议院的诉讼程序正是基于此。另一方面，则与法律事务委员会在其2000年11月9日的报告（*Bundestag document 14/4550*）中提出的这项法规的正当理由存在矛盾，这两项理由同等地构成了立法机构协商和颁布的基础。 [59]

2000年11月初，社民党和德国绿党组成的议会党团在负责法律事务的委员会和家庭事务、老年公民、妇女和青年委员会（*Committee document, AusschussDrucks 14/508*）以及劳动和社会事务委员会（*Committee document 14/944*）中，经共同协商提出了一项修改法案的动议；该条款像对其他条款一样，特别是特别是和对法案第1条第1款一样，也对第1条第3款的所有段落作出规定，出生、死亡和婚姻登记官应不再作为有权接收声明之机构，而伴侣关系声明的有效性应取决于在负责机构面前作出声明。这项动议是各委员会决议的基础，并在那里获得了多数赞成票。然而，当时法律事务委员会向联邦众议院提交的决议建议，仅对法案第1条第3款第1段和第2段进行了修改，而第3段和第4段则建议接受之前未作修改的版本，其中仍然包含提及出生、死亡和婚姻登记官的内容。法律事务委员会的这份报告也被提交给了联邦众议院，其中提到了推荐的决议；相比之下，该报告关于整个第1条第3款表述为，此处建议的修改是《民事伴侣关系法》第1条第1.1款修改后的条款。报告明确提到它的推理，其中包括一项声明，即法案没有指定负责注册民事伴侣关系的机构。 [60]

《民事伴侣关系法》第1条第3款的这一推理与其第3款和第4款的文本表述相矛盾，并且当一并考虑其产生的记录时，可以看出这些条款的措辞是不正确的。文本和推理之间的矛盾也出现在联邦众议院和联邦参议院批准的法案中。二者都是根据联邦议院法律事务委员会推荐的决议，以《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款的不变文本为基础。但是，该决议的通过是以修正法案第1条第1款为前提的，其意图是法案中不应提及任何主管机构的名称。 [61]

bb)根据《联邦各部联合议事规则》第61.2款规定的程序，《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款的版本进行了更正，并以这种形式宣布符合该法规中表达的立法机关的意图。 [62]

《民事伴侣关系法》第1条第1款创立经注册的民事伴侣关系制度，并规定了创建这一人的共同体的基本要求；如果在该条款的措辞和推理中没有规定负责注册经注册的民事伴侣关系的权限，如果没有提及该机构是前后一致的——不仅在后续的法定条款中，而且在《民事伴侣关系法》第1条第3款的前两段中都未提及，而仅提及负责的机构，那么这就清楚地表明，立法机构希望将由哪个机构负责民事关系伴侣事务的决定权留给各州。《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款的更正和公布版本，取代了法律事务委员会通过之决议所依据的文本；如果现在这一版本中，没有任何试图就民事伴侣依据姓名法声明的权限作出表述，那么其与上文就是一致的。 [63]

cc)此外，关于更正程序的意见也证实了这一点。这些意见一致指出，该法规的目的不是就某一特定机构在民事伴侣关系事务中的管辖权作出决定。法律事务委员会办公室提出了修改《民事伴侣关系法》第1条第3.3款和第3.4款的建议，其中提到了在起草建议的决议时出现的复制错误。因此，联邦司法部向联邦众议院议长和联邦参议院议长，通报了将法律事务委员会的决议草案复制到建议决议时出现的错误，而将其定义为明显错误，并根据《联邦各部联合议事规则》第61.2条启动了纠正程序。在这一程序过程中，法律事务委员会中各议会政党的代表参与了这一事项。在口头听证会上，联邦众议院议员贝克（德国绿党）没有与在场的议员冯·雷内斯（社民党）、盖斯（基民盟/基社盟）和布劳恩（自由民主党）发生矛盾，他认为所有议会党派的代表都同意更正。在2000年12月7日和12日的信中，联邦众议院和联邦参议院议长批准了这一更正。 [64]

(3)政府议会党团首先提出了《终止对同性伴侣歧视法案——民事伴侣关系》（*Gesetzentwurf zur Beendigung der Diskriminierung Gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, Bundestag document 14/3751*）。在立法过程中，根据联邦众议院法律事务委员会的建议，该法案被拆分后融入了将在本诉讼程序中进行审查的同名法案，其中包含关于经注册的民事伴侣关系的实质性规定和一项以程序性实施条例为主的法案（*Bundestag documents 14/4545 and 14/4550及其附录*）。这种拆分并不违反宪法。最重要的是，所进行的拆分并未使《民事伴侣关系法》需要参议院批准。 [65]

a)联邦众议院在行使立法自由的过程中，宪法上并不阻止其在若干法规中处理一个立法项目。在这样做的过程中，就像在本案中一样，即使在立法过程中，它也可以将其想要的实质性条款汇集到一个联邦参议院只有反对权的法规中，而对于旨在管理州行政程序的条款，它可以设计另一个需要批准的法规；在实践中，这种情况经常发生（参见BVerfGE 34, 9 (28); 37, 363 (382)）。 [66]

【625】

联邦众议院通过将一项法规的内容分为两项或两项以上法规，将联邦参议院的批准权限制在预期立法的一部分，这一可能性源于联邦议众院的立法权。这种划分不允许限制各州在联邦政府立法中的合作权利，也不允许联邦参众两院在立法中的宪法分配权重发生变化（参见BVerfGE 37, 363 (379-80); 55, 274 (319); 75, 108 (150)）。 [67]

aa)根据《基本法》第72.1条，《基本法》第74.1条第2款规定的并行立法权还包括民事地位问题，从而将经注册的民事伴侣关系作为一种新的民事身份加以引入，在这一立法领域，只要联邦政府没有通过法规行使过其立法权，各州就有权进行立法。在联邦立法机构尚未通过立法之处，这在质和量两方面保证了各州的原始立法权。但是，如果联邦立法机关根据《基本法》第72.2条的规定行使其立法权，联邦参议院只会根据《基本法》第50条在联邦立法方面进行合作。在这里，要求联邦参议院根据《基本法》批准一项法规，是该规则的例外（参见BVerfGE 37, 363 (381)）。除此之外，如果该法规专门或与其他立法一起包含关于设立行政机构或行政程序的规定，从而侵犯了《基本法》第83条规定的权能——各州根据其自身关注的事项执行联邦法规，并为此目的通过必要的州法，那么根据《基本法》第84.1条，这一要求是存在的。联邦参议院批准这样一项法规的目的是确保州在行政程序中的立法权限，使其不会在违背参议院多数议员之意愿的情况下，被宪法级别以下的联邦法规剥夺。这种阻断效应保证了各州对整个联邦立法的内容拥有影响力。根据联邦宪政法院的判例法，联邦宪政法院批准的要求延伸到作为立法单元的整个法规——也就是说，也延伸到本身不需要批准的条款（参见BVerfGE 8, 274 (294); 37, 363 (381); 55, 274 (319)）。在本案中，鉴于文献中的考证（例如Lücke in Sachs, *Grundgesetz, Kommentar*, 2nd ed. 1999, Article 77 marginal number 15; Maurer, *Staatsrecht I*, 2nd ed. 2001, § 17 marginal numbers 74 ff.），无需决定是否应继续遵循这一判例法，因为在本案中，立法机关没有选择这一方法。 [68]

相反，如果联邦立法机构在法规中删除了与行政程序有关的规定，这就符合《基本法》第83条和第84条规定的联邦政府与各州之间权限的宪法分配模式。根据《基本法》第77.3条，只有联邦参议院有权反对这样的法规；根据《基本法》第77.4条，联邦参议院可以不予反对。 [69]

bb)对下列情况同样适用，联邦立法机构不仅打算根据实体法通过立法，而且还打算在州行政程序中实施立法，并且不是将这两套规定都纳入一个法规，而是将每一套规定都纳入一个单独的法规。因此，如果联邦参议院批准的要求仅涉及包含程序部分的法规，这并不构成对《基本法》规定的州权限的不利转变。因为联邦参议会只有在联邦立法侵犯了第83条等条款规定的州权限的情况

下，才有权批准实体法联邦立法——《基本法》规定的特殊情况除外。然而，这种侵犯只受程序性法规的影响，而程序性法规与立法的实体法内容是相分离的。 [70]

由于将实体法和程序法条款一并处理，这种划分也阻止了联邦参议院获得实体法条款的批准权。同时，它确保联邦众议院可以就分配给它的不需要批准的事项立法，而不依赖于联邦参议院的批准。如果联邦众议院选择这样做，它的立法结构将完全以联邦政府和地方政府之间的宪法权限划分为基础。如本案所示，各州没有因此而丧失权限。现在，他们自己基于自己的责任通过了实施《民事伴侣关系法》的必要程序条例。 [71]

b)联邦众议院在将法律材料划分为若干立法方面的处置权，是否在个别情况下受宪法限制，以及这些限制（如果存在的话）何时被超越时，也都无需在此作出决定（参见BVerfGE 24, 184 (199-200); 77, 84 (103)）。联邦立法机构将根据经注册的民事伴侣关系这一新制度不需要批准的条款汇集在一个法规中，并将其中需要批准的条款作为一个单独州的立法内容，这一决定并不具有任意性。 [72]

【627】

aa)如果推定联邦众议院将法规的内容一分为二的动机只是为了以这种方式，剥夺联邦参议院以拒绝批准来阻止前者想要的实体法条款和程序性条款通过的可能性，那么这种方式似乎并非任意。根据迄今为止的假设，如果整个法规只包含一个需要批准的条款，则整个法规就需要批准（参见BVerfGE 8, 274 (294); 55, 274 (319)），这样的划分是一种防止延长立法批准要求的做法，并使议会将其颁布成为可能。如果从立法机关的这种动机即得出结论，认为它是在滥用程序，那么最终将会导致向联邦众议院施加义务，使其总是要在通过实体法时连带通过程序立法。这一方面将使联邦参议院有可能也对实体法施加更大的影响，但另一方面也将逐渐剥夺各州根据宪法拥有原始管辖权的立法权限。这种做法可能导致宪法权限的总体转变，而这正是《基本法》第84.1条旨在防止的；相比之下，将法律材料分为两个立法不会产生这种结果。 [73]

bb)与申请人的意见相反，《民事伴侣关系法》中的实体法规定也不是“立法主体”。它们本身是可以理解的，并且足够明确。它们以这样的方式构建法律地位，即受影响的人可以允许他们的行为受到其指导。立法机构尤其没有必要在同一个立法中，就民事伴侣的扶养权和扶养费的税务处理进行立法。立法机构在税收法规中也始终将配偶的扶养权与他们的税收待遇分开定义。 [74]

最后，该法案也是可执行的。各州的各种实施条例明确证实了这一点。

[75]

II.

《民事伴侣关系法》从实质角度看也是符合宪法的。 [76]

(1)对于同性伙伴的经登记的民事伴侣关系这一新制度及其法律结构，既没有侵犯《基本法》第6.1条保障的婚姻自由，也没有侵犯该条规定的制度保障。经注册的民事伴侣关系符合《基本法》第6.1条，后者在性质上是作为价值基础的基本原则。 [77]

a)作为一项基本权利，《基本法》第6.1条保护与自己选择的伴侣结婚的自由（参见BVerfGE 31, 58 (67); 76, 1 (42)）。这一不受阻碍的婚姻权利不受《民事伴侣关系法》的影响。 [78]

aa)即使在《民事伴侣关系法》引入了经注册的民事伴侣关系之后，婚姻之路仍然对每一个有结婚能力的人开放。然而，结婚只有对另一性别的伴侣才是可能的，因为配偶是异性这一事实是婚姻的固有特征（参见BVerfGE 10, 59 (66)），而结婚自由权仅与此相关。即使在《民事伴侣关系法》出台后，同性伴侣仍然无法结婚。唯一对他们开放的长期承诺的法律制度是经注册的民事伴侣关系。 [79]

同样，该法案既不直接也不间接影响异性伴侣的结婚自由。由于他们无法建立经注册的民事伴侣关系，该制度不能阻止他们结婚。 [80]

bb)婚姻不受《民事伴侣关系法》的限制。根据该法规，已经缔结的民事伴侣关系并不妨碍结婚。在这种情况下，《民事伴侣关系法》并没有对婚姻构成明确的障碍。然而，在这一系列情况下，出生、死亡和婚姻登记官必须审查，作为婚姻的一种要求，伴侣是否有结婚的严肃意图；如果没有这种意图，登记官必须拒绝参加婚礼（《德国民法典》第1310.1条第2句以及第1314.2条第5款）。 [81]

然而，注册的民事关系已经存在的情况下，缔结的婚姻是否会对民事合伙关系的继续存在产生法律后果？如果是，这些后果会是什么？立法机关持开放态度。因此，这些问题的答案最后留给了判例法来解决。 [82]

只有考虑到《基本法》第6.1条对婚姻的保护，才能从宪法上弥合法规中的这一差距。在这里，重要的是要考虑到，婚姻作为男女之间密切的两人关系的形式，具有人格排他性的特点。如果仍然允许配偶一方或双方与第三方保持也意欲是永久性的民事伴侣关系，那么婚姻可能会失去这一特征。《基本法》第6.1条规定的婚姻保护，要求在结婚的同时配偶之间不得有其他具有法律约束力的伴侣关系，而在《民事伴侣关系法》第1条第1.2款中，立法机关本身就是基于这一假设进行的。 [83]

因此，法律学术文献表明，在存在民事伴侣关系时，《民事伴侣关系法》

并不排除缔结婚姻的可能性；这与婚姻通过法律运作解除民事伴侣关系产生的法律后果有关，以至于其不再合法存在（参见Schwab, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 2001, p. 385 (389)）。这将是一种弥补现有成文法空白的方式，符合《基本法》第6.1条的规定。诚然，与《民事伴侣关系法》第1条第15款规定的废除相比，这一解决方案对另一伴侣更为不利，但鉴于《基本法》第6.1条的保证，这是可以接受的。 [84]

【629】

然而，如果结婚必须符合没有民事伴侣关系或不再是民事伴侣关系的要求，那么作为男女之间的一种生活方式的婚姻的受保护的要求也可以得到公正对待。这种婚姻障碍不能不可接受地限制《基本法》第6.1条对自由的保障，因为其事实上的理由恰恰在于婚姻的性质和形式（参见BVerfGE 36, 146 (163)）。正如存续中的婚姻阻止缔结新婚姻（《民法典》第1306条）一样，为了不危及婚姻中的两人关系，只向那些尚未在另一伴侣关系中合法约束自己的人开放婚姻，符合婚姻保护。此外，立法机构现在使经注册的民事伴侣可以形成具有法律约束力的永久性责任共同体；对于那些在此关系中选择了这种生活方式的人来说，这种给予婚姻必要保护的可能性将提供值得信赖的保护。他们得到的保证是，他们的伙伴关系不能仅仅因为另一方单方面决定结婚而解除。诚然，作为一般规则，在民事伴侣关系存在的情况下禁止结婚在客观上是合理的。然而，这将限制结婚的自由。现有的法规是否也有可能通过判例法填补这方面的空白，无需在此作出决定。经注册的民事伴侣关系之终止或解散对受影响之人的个人生活和财务状况产生深远影响，而根据为了排除婚姻和民事伴侣关系并存而选择什么样的法律建构，这类影响在性质上可能非常不同；如果考虑到此深远影响，那么现有的民事伴侣关系究竟是阻止婚姻之发生还是导致现有民事伴侣关系之解除？这个问题由立法机关自己来决定似乎是适当的。 [85]

b) 当立法机关在《民事伴侣关系法》中引入经注册的民事伴侣关系时，并未违反《基本法》第6.1条规定的允许婚姻作为一种生活方式并予以保护的宪法要求（关于制度保障，参见BVerfGE 10, 59 (66-67); 31, 58 (69-70); 80, 81 (92)）。该法案的立法对象不是婚姻。 [86]

aa) 《基本法》本身没有定义婚姻，但婚姻是以人类同居的特殊形式为前提的。因此，要实现宪法对婚姻的保护，就需要有一项法律条款，规定并限制何种形式的伴侣关系受到宪法的保护。在这里，立法机关在决定婚姻的形式和内容方面有很大的起草自由（参见BVerfGE 31, 58 (70); 36, 146 (162); 81, 1 (6-7)）。《基本法》对婚姻制度的保障不是抽象的，而是要符合现行的主流意见，这些意见在法定条文中得到了明确表达（参见BVerfGE 31, 58 (82-83)）。

【630】然而，在塑造婚姻时，立法机关必须考虑到《基本法》第6.1条适用于婚姻所遵循的基本结构原则，因为这实际上与作为自由得到保障的基本权利之性质相关，也与其他宪法规范相关（参见BVerfGE 31, 58 (69)）。尽管社会发生了变化，而其法律结构也随之发生了变化，但婚姻经受住了时间的考验而且也受到《基本法》的影响；婚姻的部分内容是一男一女在自由决定的基础上，在国家的支持下结合而成的永久性的伴侣关系（参见BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 62, 323 (330)），其中男女是平等的伴侣关系（参见BVerfGE 37, 217 (249 ff.); 103, 89 (101)），并可自由决定其同居的组织形式（参见BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338); 66, 84 (94)）。 [87]

bb)这种保护不包括经注册的民事伴侣关系制度。伴侣是同性这一事实将其与婚姻区分开来，同时这一事实也构成了民事伴侣关系。经注册的民事伴侣关系并非《基本法》第6.1条所指的婚姻。它赋予同性伴侣权利。以这种方式，立法机关依据帮助这些人更好地发展个性以及减少歧视来理解《基本法》第2.1条、第3.1条和第3.3条。 [88]

cc)在其宪法的结构原则之中和立法机构所规定的组织形式中，婚姻作为一种制度不受《民事伴侣关系法》本身的影响。其法律基础没有改变。所有赋予婚姻法律框架并赋予婚姻制度法律后果的规定继续存在（参见Federal Constitutional Court, judgment of 18 July 2001 - 1 BvQ 23/01 and 1 BvQ 26/ 01 -, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 2457-2458）。对于同性伙伴获得在法律结构上相似的伴侣关系的可能性不予禁止，从而使其获得制度性保障，完全是因为它只涉及到婚姻。 [89]

c)《基本法》第6.1条不仅保证婚姻的基本结构，而且作为一项具有约束力的价值决定，要求国家秩序对与婚姻和家庭有关的整个私法和公法领域给予特别保护（参见BVerfGE 6, 55 (72); 55, 114 (126)）。为了满足保护的要求，国家尤其有义务一方面避免一切损害婚姻或以其他方式对婚姻产生不利影响的事情，另一方面采取适当措施促进婚姻（参见BVerfGE 6, 55 (76); 28, 104 (113); 53, 224 (248); 76, 1 (41); 80, 81 (92-93); 99, 216 (231-232)）。立法机关在《民事伴侣关系法》中没有违反这一规定。 [90]

aa)《民事伴侣关系法》既没有对婚姻造成损害，也没有以其他方式对婚姻造成不利影响。 [91]

《基本法》第6.1条对婚姻给予的特殊保护，禁止对婚姻的待遇低于其他生活方式（参见BVerfGE 6, 55 (76); 13, 290 (298-299); 28, 324 (356); 67, 186 (195-196); 87234 (256 ff.); 99, 216 (232-233)）。 [92]

【631】1)如果《民事伴侣关系法》允许同性伴侣以接近婚姻的权利和义务，建立

经注册的民事伴侣关系，则不存在这种不利待遇。 [93]

的确，在很大程度上，立法机关根据婚姻法的规定，模拟了经注册的民事伴侣关系新制度的法律后果。但通过这种方式，婚姻或配偶的待遇不会低于以前，也不会相对于民事伴侣关系或民事伙伴处于不利地位。婚姻制度不受针对不能结婚的人的制度的任何风险的威胁。 [94]

2)《民事伴侣关系法》也没有违反禁止歧视的规定，因为立法机构在该法中避免同时在《联邦国家福利法》（*Bundessozialhilfegesetz*）中增加这样的规定，即在结成民事伴侣的情况下，在收入调查中对于双方的收入和财产予以考虑，而收入调查是给予国家福利待遇的一项要求。 [95]

因此，目前在国家福利法中，已婚夫妇被视为一个经济单位，但民事伴侣并没有明确被如此看待。就配偶而言，由于必须对收入进行合计，这可能导致国家福利权利的减少或取消，而没有合计收入的民事伙伴可能会获得未减少的国家福利。然而，在这一程序中对已婚人士的任何不利待遇都不是《民事伴侣关系法》的结果，而是《联邦国家福利法》中缺乏对此进行补救的规定。《民事伴侣关系法》在相互扶养的义务方面，没有赋予民事伙伴相对于配偶的特权。如果没有从《国家福利法》中得出适当的法律结论，那么可能违反《基本法》第6.1条禁止歧视的规定，但这不是《民事伴侣关系法》规定的结果，对于法规的抽象审查而言这些规定本身就是这些程序的主题。 [96]

bb)在引入新的经注册的民事伴侣关系制度时，立法机构也没有违反促进作为一种生活方式的婚姻的要求。该法案并没有剥夺婚姻之前享有的对其进行的任何促进。它只是为另一种伴侣关系提供法律保护，并赋予其权利和义务。 [97]

cc)鉴于《基本法》第6.1条对婚姻的宪法保护，不应禁止立法机关以比其他生活方式更有利的方式对待婚姻（参见BVerfGE 6, 55 (76)）。但是在满足和构建促进婚姻的要求时，允许给予婚姻比其他生活方式更有利的待遇，并不会导致《基本法》第6.1条中的要求使得其他生活方式与婚姻相比处于不利地位。哈斯法官在她的反对意见中没有意识到这一点，因为她将《基本法》第6.1条中促进婚姻的要求理解为对婚姻以外的生活方式不利的要求。《基本法》第6.1条在仅授予婚姻的宪法保护中给予婚姻优惠待遇，并向立法机关施加了一项义务，要以适合婚姻的方法促进之，但是不能因此而要求对其他生活方式不利。如果不能与作为异性伙伴结成共同体的婚姻相竞争的其他生活方式也得到法律制度承认，那么对婚姻的法律保护和促进的程度绝不会减少。宪法上也没有理由从婚姻的特别保护中得出这样一条规则，即这种伴侣关系应被塑造的远离婚姻，并给予较少的权利。然而，立法机构保护和促进婚姻的义务确实要求其保

【632】

证，婚姻能够实现宪法赋予它的功能。

[98]

1)如果《基本法》第6.1条规定婚姻受到特别保护，那么特别的因素是除家庭外，只有婚姻作为一种制度享有这种宪法保护，而没有其他生活方式享有这种保护。不经宪法修正，婚姻制度既不能废除也不能改变其基本的结构性原则（冯·曼戈尔特已经在议会基本问题委员会中指出了这一点，参见*Ausschuss für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rates*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, vol. 5/II, 1993, edited by Pikart/Werner, p. 826）。宪法的促进义务只针对婚姻。在保护的特殊性上附加一个超越于此的含义，使其达到婚姻必须始终比其他伴侣关系受到更大保护的效果，即使在婚姻限度内（这是巴杜拉得出的结论，参见Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Article 6.1 marginal number 56 (date: August 2000); Burgi, in: *Der Staat*, vol. 39, 2000, pp. 487 ff.; Krings, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2000, pp. 409 ff.; Pauly, *Neue Juristische Wochenschrift* 1997, pp. 1955-1956; Scholz/Uhle, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pp. 393-394; Tettinger, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, vol. 35, 2001, p. 140），在基本权利的措辞或其起源方面也找不到依据。 [99]

在议会的审议过程中，对《基本法》第6.1条的文本进行了大量修改，措辞经常在婚姻保护和婚姻特别保护之间交替（参见*Parlamentarischer Rat, Hauptausschuss, 21. Sitzung, Protokoll*, p. 239; *Protokoll der 32. Sitzung des Grundsatzausschusses*, in: *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, loc. cit., vol. 5/II, 1993, p. 910 (935); *Protokoll der 43. Sitzung des Hauptausschusses*, p. 545 (554-555); *Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses zur Fassung der 2. Lesung des Hauptausschusses*, p. 121; *Parlamentarischer Rat, Hauptausschuss, Protokoll der 57. Sitzung*, pp. 743-744）。从这些辩论中无法推断，对措辞的这些修改是因为婚姻和家庭将得到更多或更少的保护。相反，有明确的迹象表明，这些变化完全是由于有关人员对语言的感觉引起的。例如当德语俱乐部（*Deutscher Sprachverein*）建议删除“特殊”（*besonderen*）一词并选择“婚姻和家庭……受宪法保护”的措辞时，冯·芒戈尔德说，这在内容上完全相同，但措辞更好（参见*Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, vol.5/II, loc. cit.）。

【633】

[100]

在关于《基本法》第6.1条的辩论中，保护新的生活方式的问题也发挥了重要作用（在这方面，参见阅海伦·韦伯的贡献：*Protokoll der 21. Sitzung des Hauptausschusses*, p. 240, and Elisabeth Selbert, in: *Protokoll der 43. Sitzung des Hauptausschusses*, pp. 552-553）。在此尤其需要注意的是，有人提出《基本法》第6.5条中对家庭的特别保护不包括对私生子的平等待遇，但这一论点未获

得成功（参见 Weber and Süsterhenn in: *Protokoll der 21. Sitzung des Hauptausschusses*, 242-243）。作为报告员，如果曼戈尔特（Mangoldt）在其关于《基本法》第6.1条的书面报告中最终指出，在作为可以直接适用的法律具有什么效力并不明显的情况下，这项基本权利仅仅是一项声明而已（*Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates*, p. 6），那么这表明虽然就婚姻和家庭受宪法保护达成了协议，但并没有澄清对于婚姻和家庭与其他生活方式的关系具体意味着什么。无论如何，差别待遇的必要条件不能以此为基础。 [101]

2) 《基本法》第6.1条保护由立法机关不时塑造的婚姻，保留其基本原则（参见《基本法》第31、58（82-83）条）。作为人类生活的伙伴关系，它既是一个自由的领域，同时也是社会的一部分，不能被排除于社会变化之外。立法机构可以对此作出反应，并根据变化的需求调整婚姻结构。这样，婚姻与其他形式的人类同居的关系也就发生了变化。如果立法机关没有通过法规调整婚姻结构，但规定了其他伙伴关系，则同样适用。因此，生活方式彼此之间的距离并不是固定不变的，而是相对的关系。同时，由于其既定结构的原因，不仅在分配给它们的权利和义务方面，而且在它们的职能和找到机会组建它们的人方面，它们可能彼此不同或相似。因此，对婚姻作为一种制度的保护不能与该条款所涉及的人分开；对他们来说，婚姻是一种受保护的生活方式。 [102]

3) 国家促进婚姻的义务必须面向《基本法》第6.1条的保护目的。如果立法机关本身在制定规范时导致婚姻失去其功能，这将违反《基本法》第6.1条规定的促进要求。如果立法机关设立另一个与婚姻竞争的制度具有同样的功能，并赋予它同样的权利和较少的义务，从而使这两个制度可以互换，则可能存在这种危险。然而，这种可互换性与经注册的民事伴侣关系无关。如果没有造成该制度所针对的人群与已婚人群不重叠的其他原因，则经注册的民事伴侣关系不能与婚姻相竞争。由于这一差异，经注册的民事伴侣关系不像在两次获得少数同意的投票中所认定的那样，是贴有错误标签的婚姻，而是与婚姻不同的东西。它的不同性质并非源于它的名字，而是源于这样一种情况，即不是男人和女人，而是两个同性可以在经注册的民事伴侣关系中建立一种结合。总体而言，使其具有婚姻特征的结构原则赋予婚姻这种形式，其中它作为一种制度享有宪法保护。然而，《基本法》第6.1条并没有将这一群体的个别结构要素单独保留给婚姻。它并不禁止立法机关为男女结合以外的其他群体提供永久同居的法律形式。永久性的特点并不能使这种法律关系成为结婚。在其他方面也看不出它们会损害该制度的结构。 [103]

(2) 《基本法》第3.3条第1句关于特别禁止歧视的规定，也没有违反《基本

【634】

法》第3.1条关于平等的一般原则。 [104]

a)该法规只对同性伴侣开放经注册的民事伴侣关系（《民事伴侣关系法》第1条第1.1款），这一事实并不代表根据《基本法》第3.3条第1句，异性伴侣因其性别而受到不利待遇。 [105]

该法不将权利和义务与人的性别相联系，而是以一个群体的性别组合为出发点，并向这个群体提供结成经注册的伴侣关系的机会。然后，它将权利和义务分配给这个共同体的人。正如婚姻仅限于男女之间的两人关系，不会因性别而歧视同性伴侣一样，民事伴侣关系也不会因性别而歧视异性伴侣。男人和女人总是受到平等对待。他们可以与异性结婚，但不能与同性结婚。他们可以与自己性别相同的人建立民事伴侣关系，但不能与其他性别的人建立民事伙伴关系。 [106]

b)这并不违反《基本法》第3.1条的规定，即不同性别的人相互同居，以及 [107]

【635】 互为亲属并共同生活的群体不可能成为经注册的民事伴侣。

《基本法》第3.1条禁止将立法所针对的一个群体与该法所针对的其他群体区别对待，如果在性质上和份量上，这两个群体之间没有任何差异足以证明不平等对待的合理性（确立的判例法参见BVerfGE 55, 72 (88); 84, 348 (359); 101, 239 (269)）。然而，同性伴侣和其他社会共同体之间确实存在这种差异。 [108]

aa)经登记的民事伴侣关系使同性伴侣有可能在法律承认的基础上建立伴侣关系，并将他们自己负责任地永久结合在一起；这在以前是不可能的，因为他们不可能结婚。相反，据相关人士估计，对异性伴侣来说，有约束力的永久结合之愿望与同性伴侣的愿望一样重要，而且本质上也是相似的（参见Buba/Vaskovics, *loc. cit.*, 16, 245 ff.）。但与同性伴侣相比，他们可以通过婚姻制度来达到这一目的。不同之处在于，配偶双方的子女可以在男女之间的永久性两人关系中出生，但不能在同性伴侣关系中出生；因此，如果异性伴侣希望使他们的关系具有永久性的法律约束力，那么指导他们结婚就有正当理由。他们不会因此而处于不利地位。 [109]

bb)与兄弟姐妹或其他亲属之间相互扶养的共同体之间的关系相比，同性伴侣关系也存在差异，进而证明了不同待遇的合理性。这甚至涉及经注册的民事伴侣关系的排他性，它不允许再有同类关系；兄弟姐妹和其他亲属之间相互扶养的共同体往往是更加类似的关系的一部分，而且也与通过婚姻或伴侣形成的另一种关系并存。此外，即使根据现行法律，亲属之间相互扶养的共同体也会得到一定的支持，这种支持最初是以民事伴侣关系的形式给予同性伴侣的。因此，与亲属关系相联系，还存在拒绝提供证据的权利和继承权，还有获得义务供养并为此获得优惠税收待遇的部分权利。 [110]

cc)诚然，立法机构通常可以为异性伴侣或其他互助抚养的共同体创设新的可能性，并将其关系置于法律形式之中——如果这么做并不要求既定的法律结构可与婚姻互换的话。然而，宪法并不要求创制这种可能性。 [111]

(3)从宪法角度来看，也不能反对立法中关于民事伴侣监护权和继承权以及扶养法的规定。 [112]

a) aa)根据《民事法伴侣关系法》第1条第9款，如果子女与父母共同生活，则拥有唯一监护权的父母一方的民事伴侣经后者同意，有权共同作出有关子女日常生活事项的决定。与此同时，他或她在应对迫在眉睫的危险以及有必要为儿童的福祉采取行动的情况下，已被赋予了紧急监护权。现在，这同样适用于有监护权的父母一方的配偶，即使他或她自己并不是父母一方（《民事伴侣关系法》第2条第13款；《德国民法典》第1687b条）。立法机关为民事伴侣设立这种“有限监护权”，并不侵犯《基本法》第6.2条规定的未监护的父母一方的父母权利。 [113]

【636】

《基本法》第6.2条第1句保护儿童的照看和抚养，这是父母的一项自然权利，也是父母首先应尽的义务。在这方面，父母权利的保护范围基本上还包括决定谁与儿童有接触，以及允许谁因决策权的转移影响儿童的教育。诚然，立法机构需要进一步完善父母权利（参见BVerfGE 84, 168 (180)）。如果缺乏共同行使父母责任的条件，立法机构有义务向父母一方分配特定的权利和义务（参见BVerfGE 92, 158 (178-179)），或者将有关在个别案件中将父母监护权移交给谁的决定交给法院。 [114]

《民事伴侣关系法》第1条第9款规定了父母一方拥有唯一监护权的情况。“有限监护权”以生活在民事伴侣关系中的父母一方的唯一监护权为基础的，它并没有剥夺无监护权的父母监护权；而是家庭法的规定没有给予父母监护权，或者家庭法院的判决没有将唯一监护权判给父或母中的一方，而是判给了另一方。如果孩子一起生活的第三方与拥有单独监护权的父母那一方达成协议，具有一些共同的父母责任，那么反正没有监护权的父母那一方之权利不会受到影响。 [115]

bb)在“有限监护权”中，立法机关为有监护权的父母一方的配偶和民事伴侣设立了新的监护权，而这些人本身不是作为婚姻或经注册的民事伴侣等具有法律约束力的永久性伙伴关系一部分的孩子的父母；这并不构成违反《基本法》第3.1条规定的法律面前人人平等的原则。这项规定不会对没有监护权的父母造成不公平的不利影响，因为他们与有监护权的父母一方并不一起生活在法律确认的共同体中。无论是单独或与父母的另一方一起，他们被赋予了获得子女监护权的其他法律可能性。没有监护权的父母是否应该出于其他原因给予

“有限监护权”，不需要在这里决定。 [116]

b) aa)《民事伴侣关系法》第1条第10.6款规定了健在的伴侣获得义务抚养费，该条款并未违反《基本法》第14.1条所保护的遗嘱自由。 [117]

【637】 遗嘱自由是立遗嘱人在他或她的一生中有权规定其财产以不同于无遗嘱继承规则的方式转移（参见BVerfGE 58, 377 (398); 99, 341 (350-351)）。在这里，立法机关可以自由决定继承权的内容和限制。在具体起草本法规时，立法机关必须维护《基本法》第14.1条规定的宪法保障的基本内容，并符合所有其他宪法规范尤其是比例原则和法律面前人人平等原则（参见BVerfGE 67, 329 (340)）。尽管普遍澄清了义务抚养费受制于什么样的宪法障碍，但关于健在的伴侣获得义务供养权利的法定条款显然没有超出这一限制。 [118]

民事伴侣的继承权和获得义务供养的权利是经注册的民事伴侣关系法律制度的一部分，后者是在终身承诺中赋予伴侣相互的权利和义务。民事伴侣在其打算加入民事伴侣关系的声明中承诺相互关心、相互扶养并提供抚养费。与配偶一样，这种全面互助的义务证明，即使在去世后，也有理由从已故伴侣的财产中获得义务供养，从而为伴侣的另一方提供经济基础。 [119]

bb)伴侣的法定继承权和强制继承权减少了其他有权继承的人的继承权，但这并未违反《基本法》第14.1条。即使《基本法》第6.1条载有一项宪法的禁止性规定，禁止给予近亲属合理的最低经济份额，而且根据《基本法》第14.1条，如果在这方面以这种方式受惠的家庭成员作为继承人受到宪法保护——这在此可暂不讨论（参见BVerfGE 91, 346 (359-360)），但这并不说明继承人从遗产中获得多少数额或份额。这完全是由法定分配条款决定的。为了与继承权的保障相协调，这些条款必须有适当的结构（参见BVerfGE 91, 346 (360, 362)）。 [120]

健在的民事伴侣享有继承权和获得义务供养的权利，这并不使已经有权继承的已故民事伴侣的其他亲属丧失继承权。另一个有权继承的人只是加入有权继承的人组成的在分配遗产时将予以考虑的群体。这样，对于拥有继承权的死者的亲属而言，这种情况与立遗嘱人靠配偶或丈夫而非民事伴侣生活没有什么不同。这种结构不构成对有权继承遗产的其他人的不当对待。 [121]

c)按立法意图，所得税法应考虑《民事伴侣关系法》第1条第5款、第12条和第16条规定的民事伴侣抚养费的负担，但由于该规定是《民事伴侣关系法补充法》草案的一部分，其尚未通过，因此无法做到这一点。这并不意味着《民事伴侣关系法》的抚养费条款违反宪法。 [122]

【638】

诚然，抚养费造成的经济负担是纳税人无法避免的特殊负担，这种情况会降低纳税人的经济能力；如果不考虑到这一点，可能会违反《基本法》第3.1条

（参见BVerfGE 68, 143 (152-153); 82, 60 (86-87)）。但从所得税角度，对民事伴侣扶养义务的引入并没有造成忽视这一负担的法律情势。根据《所得税法》（*Einkommensteuergesetz*）第33a条，申请时所得税会被削减，方法是从纳税人的总收入中，扣除该纳税人为抚养一个有法定权利获得纳税人扶养的人而产生的费用，金额为所涉日历年的评估金额。由于民事伴侣的扶养权是由法律规定的，因而根据《所得税法》第33a条的规定，应将其视为非常规费用。与配偶的税收待遇相比，这种形式的考虑是否足够，这个问题与《民事伴侣关系法》无关。这必须通过对所得税条款的宪法审查来澄清，而司法审查申请不包括这个问题。 [123]

C.

关于《民事伴侣法》是否符合《基本法》第6.1条，判决以5票对3票获得通过；关于其是否符合《基本法》第3.1条，以7票对1票通过；在其他方面，获得一致通过。 [124]

“父母接触义务案”

BVerfGE 121, 69

1. 译者注解

这项判决⁹⁸说明了宪法规定与常规成文法规定之间的关系。它涉及法律的一个方面，即值得怀疑像以往那样通过法律途径解决现有争端的必要性。一位有两个孩子的已婚父亲还有一名婚外非婚生子女，他被该非婚生子女的母亲起诉；她想迫使父亲与其子女接触，但父亲拒绝了，因为这会对他的家庭产生负面影响。《德国民法典》第1684.1条（家庭法部分）规定，儿童有权与其父母接触，父母也有义务进行此类接触。下级法院虽然承认，强迫父母与孩子接触很困难，但根据心理专家的意见作出判决，父亲的这一义务可以被强制执行，并命令父亲每三个月进行一次此类接触；同时威胁，如果父亲不遵守这项判决，将处以相当高的罚款。

宪法法院认为普通法院的判决违宪。宪法法院的判决是根据《基本法》第2.1条规定的保障附属人格权。然而，这与《基本法》第6.2条有着密切的联系。⁹⁹采取这种做法的原因在于程序安排：父亲援引了一项权利来对抗《基本

【639】

⁹⁸ 官方发布的英文版参见 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2008/bvg08-044.html>（最近访问于2019年10月21日）。

⁹⁹ 参见《基本法》第6.2条：“孩子的照顾和养育是家长的自然权利，也是主要在他们身上的义务。在履行这一义务过程中，国家应实施监督。”

法》第6.2条规定的义务，这种“反对权”只能来自第2.1条。宪政法院认为，《民法典》第s.1684.1条并不存在原则性问题；如果被视为有利于儿童的福祉，则有可能强制接触。然而，这种强制接触必然会妨碍《基本法》第2.1条所保护的按一个人的喜好作为或者不作为的权利，因而这里唯一的问题是儿童作为第三人的福祉问题。因此，检验的标准不应该是这种接触是否可能对儿童有益，而应该是这种接触是否会对儿童造成损害。如果确定了可能的风险，则执行接触义务是违宪的。由于本案中的心理学家已经确定，这种接触可能对孩子有益，因而他们还提出，如果父亲不妥协，可能会有损害的风险。

该案表明，法律无法选择自己会遇到哪些争议。根据《基本法》第2.1条，德国宪政法院也是如此，该条倾向于将任何情况转化为宪法权利争端，从而将其提升到宪法层面。宪法申诉程序赋予个人向宪政法院提出此类申诉的权利，法院必须结合宪法申诉程序处理此类问题，例如在美国，这些问题很可能成为调卷程序的牺牲品，不会被最高法院接受，因而只能交由普通法院处理。

2. 判决概要

(1)法律规定的父母照顾和抚养子女的义务不仅是对国家应尽的义务，也是对子女应尽的义务。《基本法》第6.2条第1句规定的儿童受父母照顾和抚养的权利，与父母的这项义务相一致。立法机构有义务详细说明该权利和义务。

(2)《基本法》第2.1条和第1.1条所载的人格受保护的基本权利之侵扰与父母有义务接触其子女有关，并因以下权利而获得正当理由，即《基本法》第6.2条第1句规定的父母对其子女的责任，以及子女受父母照顾和抚养的权利。如果符合孩子的最大利益，父母与孩子接触的义务就是合理的。

(3)如果有必要采取强制措施迫使不情愿的父母一方与孩子接触，这种接触通常不符合孩子的最佳利益。在这种情况下，对父母的人格权受保护的基本权利之侵扰源于威胁采取强制措施；这种侵犯没有正当理由，除非有充分的迹象表明，在个别情况下，强制接触将符合儿童的最大利益。

第一庭判决 2008年4月1日 - 1 BvR 1620/04.

3. 案例事实

宪法申诉涉及的问题是，根据《民法典》（Bürgerliches Gesetzbuch - BGB）第1684.1条的规定，针对拒绝与其子女接触的父母一方的接触义务是否可以强制执行，可借助《非争议管辖权法案》第33.1条和第33.3条规定的威胁实施和实际实施强制措施（Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit - FGG）来强制执行。

申诉人目前的婚姻中有两个孩子，都是未成年人。申诉人还有一个非婚生儿子，出生于1999年2月。申诉人承认其父亲身份，并为其子女支付了子女抚养费。然而，申诉人拒绝与他的私生子接触。

高等地区法院（Oberlandesgericht）判决，申诉人应每三个月在社会工作者在场的情况下，与儿童接触两个小时。法院威胁说，如果他不遵守，将对他处以高达2.5万欧元的罚款。

申诉人的宪法申诉主张，他根据《基本法》第2.1条、第1.1条和第6.1条享有的基本权利受到了侵犯；这一申诉直接针对的是高级地区法院于2004年1月21日下令处以罚款的威胁，间接针对的是授权法院作出此类命令的《非诉讼管辖权事项法》第33.1条第1款和第33.3条。

4.判决理由选译

.....

C.

宪法申诉成立。

地方高等法院的判决侵犯了申诉人根据《基本法》第2.1条和第1.1条享有的人格受保护的基本权利，因为该判决包含了如果申诉人拒绝与其子女接触将处以罚款的威胁(I.)。《民法典》第1684.1条规定了父母与子女接触的法定义务，以不与宪法相抵触的方式，将《基本法》第6.2条第1句规定的父母责任具体化。根据《基本法》第6.2条第1句的规定，儿童有权得到父母的照顾和抚养，这与父母的责任相一致；立法机构也在《民法典》第1684.1条中，具体规定了儿童有权与父母接触。立法机关在规规定父母不愿意与其子女接触时，以可能处以罚款相威胁，这是在追求一种正当目的(II.)。然而，威胁对拒绝与子女接触的父母处以罚款，以强制其履行接触义务，通常不符合子女的最佳利益，因而也不构成侵犯父母一方人格权的正当理由(III.)。因此，《无争议事项管辖权法》第33.1第1句和第33.3条应根据《宪法》解释为，必须避免强制执行拒绝与子女接触的父母一方的接触义务，除非在具体案件中有充分的迹象表明，强制执行符合子女的最佳利益(IV.)。高等地区法院在其判决中没有充分考虑到这一点(V.)。

【641】

I.

根据《无争议事项管辖权法》第33.1条第1款以及第33.3条第1款，威胁处以罚款强制申诉人履行义务，以促使其违背其意愿与其子女接触，侵犯了申诉人的人格权受保护的基本权利。

(1)这项基本权利保护较为狭窄的个人领域及其先决条件。这包括家庭领域

以及与其他家庭成员的个人关系（参见BVerfGE 96, 56 [61]）。这同样适用于父母与其子女之间的关系。他们之间的关系采取何种形式，将取决于他们各自相互影响的个人感受、态度和经历。与子女接触或拒绝接触的决定表达了父母一方对父母身份及其与子女的情感关系的个人理解。尽管如此，它并没有被纳入私人生活行为不可侵犯的核心领域，因为它与相关儿童有着重要的社会关系，而这些儿童的利益和个人领域受到这一决定的影响（参见BVerfGE 96, 56 [61]）。

(2)如果胁迫性措施威胁要强迫一个人违背自己的意愿与其子女接触，即构成对其私人领域受到尊重的权利之侵犯。他被迫与孩子见面并与孩子建立个人接触，这违背了他自己的意愿。这会影响到他与孩子的个人关系，并使他面临压力，强迫他以自己不希望的方式对待孩子。

(3)然而，在私人生活行为这一不可侵犯的核心领域之外，保护隐私的基本权利并没有得到无限制的保障。这项基本权利依照《基本法》第2.1条的规定，以宪法秩序和其他人的权利对其加以限制（见BVerfGE 99, 185 [195]）。此类限制需要有法定依据，以确定其前提条件和范围。个人必须接受压倒性的总体福利之限制，或在遵守比例原则的条件下受宪法保护的第三方利益之限制（见BVerfGE 96, 56 [61]）。

【642】 第33.1条第1句连同《无争议事项管辖权法》第33.3条是高级地区法院作出决定时的法定依据：如果申诉人不履行其接触义务，则威胁对其进行罚款。这侵犯了申诉人的人格受保护的基本权利。然而，这项规定本身只是对法院规定的作为义务作了一般性描述，这种义务取决于与罚款相威胁的先决条件相关的人员之意愿；此外，该条款指出，以罚款相威胁的目的是使有关人员遵守法院判决所规定的作为义务。因此，在对第33.1条第1句与《非争议事项管辖权法》第3.3条所追求的目的是否合理的审查过程中，也必须包括《民法典》第1684.1条。法院根据《民法典》中父母有义务与子女接触的规定，命令申诉人与其子女接触；这一规定表明，《无争议事项管辖权法》第33.1条第1句中提及的作为义务是正当的。罚款威胁对侵犯基本权利的侵犯是否正当合理，必须根据这种接触义务来衡量。

II.

立法机关为了追求正当目的，在《无争议事项管辖权法》第33.1条第1句以及第33.3条中，赋予了法院对父母处以罚款的可能性，以强制执行法院规定的与子女接触的义务。

(1)《民法典》第1684条规定了父母与子女接触的法定义务，它是对《基本法》赋予父母责任的可允许的具体化。

a) 《基本法》第6.2条第1款保障父母有权照顾和抚养子女，但同时也将这项任务作为父母的首要义务。在这方面，父母原则上可以根据自己的想法作出决定而不受国家的影响，并可以希望履行作为父母的责任（参见BVerfGE 107, 104 [117]）。然而，他们的行动必须以儿童的最大利益为指导，因为父母权是为了儿童的利益而行使的权利（参见BVerfGE 103, 89 [107]）。为了孩子，才保障他们的父母权。父母照顾和抚养子女的义务不仅仅是对国家的责任，即国家必须保护父母权威的行使，但如果父母不履行这一责任，国家有义务进行干预以保护儿童（参见BVerfGE 60, 79 [88]; 107, 104 [117]）。父母也直接负有照顾和抚养孩子的责任。

儿童有自己的尊严和权利。作为基本权利的主体，它有权得到国家的保护，并有权使宪法规定的权利获得保障。在规范人际关系时，宪法以人的尊严为其价值体系中心，原则上不得将任何人的权利授予另一个不对其承担义务又不尊重其人的尊严的人。这同样适用于父母与其子女之间的关系。孩子需要得到保护和帮助，以使之符合《基本法》对人的映像发展成为负责任的社会成员。这一事实为父母对孩子的权利提供了正当理由（参见BVerfGE 24, 119 [144]）。

【643】

因此，这项权利不能与父母为儿童的福祉提供这种保护和帮助的义务相分离。在这方面，这项义务不仅与儿童有关，而且还对儿童负有责任，因为儿童不是父母行使权利的主体；它是一个法人和基本权利主体，父母有义务为其最大利益行事。

b) 《基本法》第6.2条第1款规定的儿童受父母照顾和抚养的权利，与《基本法》第6.2条第1款规定的父母照顾和抚养儿童的义务相一致。如果一个人承担的义务与另一个人有关，同时与影响另一个人的权利、为另一个人作出决定的权利、代表另一个人利益的权利以及对另一个人的人格发展具有重大和主导影响的权利有关，这将影响这一个人生命发展的核心，限制他自由意志的行使。让父母对孩子的生活产生如此深远影响的唯一理由是，孩子不能为自己承担责任；如果得不到任何帮助，就会受到伤害。如果儿童需要父母的这种支持，因此其父母有责任只为儿童的最大利益行事，则儿童也有权期望其父母首先照顾儿童，并有权让其父母履行与其父母权利分不开的义务。因此，儿童的权利基于父母的责任，受到《基本法》第6.2条第1句的保护。它与《基本法》第2.1条和第1.1条规定的儿童受人格保护的基本权利密切相关，因为它保障了对其人格发展至关重要的儿童家庭关系。与父母的个人关系及其关心、帮助、温暖和关爱，大大有助于儿童成长为一个知道自己受到尊重、学会尊重自己并尊重他人的人。

c)然而，父母的权利及其同时承担的义务需要法律的规定，正如《基本法》第6.2条第1句规定的儿童受父母照顾和抚养的权利一样。这尤其适用于父母权利，因为父母共同享有这一权利。如果父母无法就如何行使父母责任达成一致，则必须制定规则，分配他们对子女的权利和义务（参见BVerfGE 92, 158 [61]）。

此外，法定规则是必要的，因为与儿童有关的法律权威是照顾和抚养儿童的先决条件，也是对第三方的先决条件（见BVerfGE 84, 168 [180]），并且因为《基本法》第6.2条第2句为其确立了监督地位，国家必须确保行使父母权利以儿童的最大利益为指导，并确保儿童权利得到尊重。因此，它必须规定，一方面如何保障儿童根据其最大利益得到父母照顾和抚养的权利，另一方面将在何时与何种情况下限制为儿童自由行使父母权利。

d)父母与子女的接触不仅是父母对子女教养的可能表现，也是父母一子女关系的根本基础，因此是《基本法》第6.2条第1句的重要组成部分。尤其是对于不与子女生活在一起的父母而言，接近子女是与子女进行个人接触的重要先决条件，这将使父母能够与子女建立或保持更密切的关系。接触可以保证他或她能够全身心地投入到孩子身上，并参与到孩子的成长之中。它也确保支付抚养费不是父母行使其父母责任的唯一方式。这符合《民法典》第1684.1条中立法机构授予父母接触权的决定，而无论他们是否拥有监护权。特别是对于非监护父母，根据《基本法》第6.2条第1句行使其父母权是接触权的主要依据。

另一方面，《基本法》第6.2条第1句保护父母抚养子女的权利，它是为了儿童的利益而享有的一项权利（参见BVerfGE 75, 201 [218]; 103, 89 [107]），其目的是为了儿童的福祉。然而，原则上如果通过与父母的接触，孩子有机会了解父亲和母亲并与他们保持密切关系，进而在这种接触的帮助下能够继续与他们保持个人关系。这符合孩子的最大利益。通过与父母的沟通，孩子可以感受到爱，可以学习，可以得到启发和建议；父母从而可以为孩子指明方向，帮助孩子形成意见并成长为一个独立负责的人。就儿童及其发展而言，拒绝与之接触并因此与之断绝个人关系，意味着父母权威的重大衰退；同时，这也构成对《基本法》第6.2条第1句规定的父母抚养责任的一个重要部分之忽视。《基本法》第6.2条第2句规定，国家有义务监督父母为儿童的最大利益履行责任，父母接触是这方面的重要先决条件；因此，在履行这一职责时，立法机构在《民法典》第1684.1条中规定，父母有义务与子女接触，并敦促他们履行对子女的责任。在这方面，它同时赋予儿童与父母接触的权利，从而具体化了《基本法》第6.2条第1句规定的儿童由父母照料和抚养的权利。

(2)通过对维护他们的隐私和他们的个人关系之权利的规制，父母与子女接

触的义务确实侵扰了他们的人格权受保护的基本权利，因为这迫使他们与子女建立个人关系，即使他们不想开始或继续这种关系。然而，这种侵扰是正当的，特别是因为《基本法》第6.2条第1句保证并强加给父母的对其子女的责任，以及儿童受父母照顾和抚养的权利，这项权利也受到这项基本权利之保护。【645】

父母的接触义务符合《民法典》第1684.1条中立法机关所追求的目标，即通过对父母施加相应的义务，加强儿童与父母接触的被法律认可的權利，使儿童有机会与其父母会面。这种接触对儿童的发展具有突出的意义。当立法机关将这一义务强加给父母时，认为父母与子女之间持续的个人接触将对儿童的发展产生积极影响，原则上符合儿童的最大利益。这一假设得到了科学发现的支持，因而在这方面不能提出反对意见。接触义务也是促进儿童与其父母之间关系的适当手段。无法排除的可能性是，受接触义务约束的父母可能会受到《民法典》第1684.1条规定的子女接触义务或使该义务具体化的司法命令之影响，父母一方可以允许他或她自己被说服为了孩子的利益去履行这一义务，从而允许孩子建立或继续与他或她的关系，即使父母最初对与孩子的定期会面不感兴趣，也没有主动寻求与孩子的个人接触。由于显然没有更加仁爱的手段来加强儿童为自身利益而享有的接触权并协助执行这些权利，也有必要规定父母有义务进行接触。

毕竟，敦促父母与孩子进行接触也是合理的。父母与接触义务相关的人格权受保护的基本权利确实受到了侵扰，而且这种侵扰并不算轻微。一般来说，父母不仅要忍受与孩子的会面。相反，父母应该给孩子温暖和关爱，并与孩子沟通，建立或继续与孩子的个人关系。这会给不准备这样做的父母带来不小的心理压力。然而，我们必须考虑到，根据《基本法》第6.2条第1句，父母不仅有权利，而且有义务照顾和抚养子女。的确，父母可以通过将孩子交给他人照顾来履行这一义务。然而，父母并没有通过将孩子的抚养权委托给他人来解除他们对孩子的责任。如果不与孩子接触，父母几乎不可能施加对孩子最大利益和个人发展有帮助的影响。在这方面，与儿童接触是为儿童利益行使父母权利的重要先决条件和基础。

如果立法机关将《基本法》第6.2条第1句规定的父母抚养责任具体化，将子女接触提高到父母的责任，那么立法机关就明确指出，在抚养子女的过程中，父母与子女之间的接触应受到重视。从这个角度来看，因施加接触义务而侵犯父母的人格权似乎并不特别严重。此外，父母的接触义务与立法机构在《民法典》第1684.1条中授予儿童的与父母接触的权利相对应。立法机关根据《基本法》第6.2条第1句，考虑到儿童受父母照顾和抚养的权利，将普通法律【646】

中的一个重要观点具体化并加以保障，使其能够对儿童的抚养施加影响。如果一个人权衡孩子与父母双方保持稳定接触的兴趣与父母不想与之个人接触的兴趣，那么应该给予孩子的愿望比父母的愿望更大的份量。这是因为，作为发展和维持家庭关系以及接受父母支持和抚养的重要基础，儿童与其父母的接触对其个性的发展至关重要，原则上有助于其福祉。

因此，要求父母与其子女接触是合理的——如果这符合儿童的最大利益，哪怕这会侵扰父母的个人领域。因此，立法机关遵循了《基本法》所支持的合法目的，通过第33.1条第1句以及《非争议事项管辖权法》第33.3条，可以在其没有履行与自己孩子接触的法定义务的情况下威胁父母，将处以罚款并可通过法院命令他们这样做。

III.

然而，作为一项规则，以罚款相威胁来强制父母违背其明示意图履行接触义务，并不适合实现所寻求的目的——让儿童能以有利于其个性发展的方式与其父母进行接触，并协助儿童行使其权利，让父母以儿童的最大利益履行其责任。如果有必要采取强制措施迫使不愿意的父母与孩子接触，这种接触通常不符合孩子的最佳利益。在这种情况下，法院威胁采取强制措施构成对父母保护其人格的基本权利的无理侵犯。

(1)罚款威胁的效果很可能是迫使实际上不愿意与他或她的孩子接触的父母违背自己的意愿与孩子会面。通过罚款威胁施加的心理和经济压力可能会扭曲父母的意愿，强迫其行使接触权。

司法接触义务最初只敦促有关父母履行其父母责任，并以具体命令澄清其法律责任，从而使其可以选择重新考虑并遵循命令与儿童进行接触，而不必缴纳罚款；与此不同，罚款的威胁迫使他或她与儿童见面，并违背自己的意愿面对孩子。然而，通过施加压力来迫使父母这样做的目的不仅仅与父母的意愿相冲突。强制执行接触义务不仅要求他或她在场，而且需要他或她对儿童的情感温暖，这与父母对儿童的感情相冲突。如果父母拒绝以这种方式声明和证明与儿童的任何接触，那么最终与儿童的任何接触都不能不影响儿童，仅对父母施加的压力就足以对儿童产生影响。如果父母在与儿童的强制会面中没有改变他或她对儿童的不友好态度，儿童就会面临这样一种情况，即儿童不会感受到作为接触目标的父母的温暖和爱意，而是会感受到个人的拒绝；这不是来自别人，而是来自自己的父母。这就造成了儿童自尊受损的巨大风险。因为他几乎无法理解为什么父母不想认他，为什么他们以如此不友好的方式行事，因此他可能会自责。这通常对儿童没有好处，反而会损害儿童的身心健康。

当然，也不能排除强迫与儿童会面可能导致父母向儿童敞开心扉，并且这

不会对孩子的福祉造成任何值得一提的损害。然而，如果父母不表示合作，即使法院命令说他或她有义务这样做，他或她仍然顽固地拒绝与孩子会面，那么强制接触是否能使他或她对孩子形成积极的态度是值得怀疑的。因此，有很多证据表明，通过强制措施实施接触，儿童的最大利益至少会受到严重损害。然而，很难确切预测这种情况是否会在个别案件中，以及儿童是否会受到伤害，因为这取决于父母的感受及其当时的反应，而这几乎是不可预见的。

(2) a)在父母不想与子女接触的情况下，决定是否适合采取强制措施强迫父母与子女接触，关键不在于这种接触是否会危及儿童的最大利益，而在于这种接触是否符合儿童的最大利益。立法机关规定父母有义务与子女接触，以加强儿童与父母接触的权利。这项权利被赋予儿童，因为这符合其众所周知的最佳利益。立法机构认为，儿童与其父母的接触对其发展具有显著意义。这表达了它的观点，即接触可以建立或维持儿童与其父母之间的情感关系，父母在接触过程中的温暖和爱意有利于儿童的发展，从而使接触符合儿童的最大利益。这种与儿童最大利益相关的利益证明，父母有责任与子女接触，尽管这侵犯了他们保护其人格权的基本权利。然而，只有当与父母的接触真正符合孩子的最大利益时，这才是正确的。如果不能通过法定手段实现这一目的，那么这一目的就不能成为侵犯父母人格权的正当理由。这不仅适用于强加给父母的接触义务，而且特别适用于法律提供的通过威胁采取强制措施，违背父母声明的意愿强制履行接触义务的可能性。要确定通过胁迫实现的接触是否合适，适当标准是接触是否符合儿童的最佳利益。

《民法典》第1684.4条仅允许在儿童的最大利益受到威胁的情况下，限制和排除接触权。这一事实并不妨碍上述行为。这项规定涉及对父母接触权的限制，而不是接触义务的执行。因此，它不适用于有接触义务的父母与其有接触权利的子女之间的关系。

如果父母希望行使其接触权，则根据《民法典》第1684.4条的规定，只有在儿童的最大利益受到威胁的情况下，才可以限制其在较长时期内或永久性地行使联系权。立法机构将儿童福祉面临的危险作为标准，考虑到了父母的权利，并试图为其提供尽可能多的发展空间。因此，在行使接触权可能与儿童的最大利益发生重大冲突的情况下，对父母的接触权加以限制。

【648】

然而，在违背受此义务约束的父母的意愿强制执行接触义务方面，情况有所不同。在这种情况下，强制执行的功能不是实现父母的接触权；相反，这是对父母人格权的侵犯。然而，只有当意图以这种方式实现的儿童与父母接触的权利，并达到了为儿童最大利益服务之目标时，这种侵犯才有正当理由。如果存在这样一种风险，即儿童接触权达不到本来的效果，而是可能产生相反的效

果，那么行使这种权利对儿童没有任何用处，反而会对儿童造成伤害。在这种情况下，父母应根据自己的意愿和需要与子女建立关系，限制这种权利的理由就消失了。因此，在违背父母有义务进行接触的意愿强制执行接触的情况下，标准只能是这种接触是否有利于儿童的福祉。

c)既然孩子在与拒绝会面而只是在胁迫下参加会面的父母一方会面时可能会面临情绪和心理压力，不能作为规则一开始就假设在这种情况下的接触符合孩子的最佳利益。当然，就目前所见，关于父母因强制措施而被迫与孩子接触时对他或她的孩子所采取的反应和态度，以及与拒绝和孩子接触的父母一方进行强迫会面对孩子的影响，没有任何这类社会科学研究表明，可以将此作为评估的基础，以评估是否或在何种情况下这种接触会对儿童最有利，尽管发生这种接触的条件对儿童不利。其原因可能是，迄今为止，通过强制措施进行接触的案件很少发生或很少为人所知。因为提交法院审理的大多数接触纠纷都涉及这样的情况，即父母中的一方违反另一方的意愿，他或她与孩子接触的权利提出控诉。另一方面，原因可能是此类会面的过程以及它们如何影响儿童的心理取决于相关人员当时的心理状态，因此很难根据个案的结果进行概括。然而，即使没有关于强迫接触对儿童依赖的影响的有效科学发现，显然的是，如果父母明显不想与其子女接触，并且不允许法院的判决澄清他或她的义务，以影响或改变其对子女的不友好态度，那么他们将在强迫会面中表现出对子女的不情愿和不友好的态度。德国青年研究所（Deutsches Jugendinstitut）证实了这一点，该研究所根据其研究结果认为，父母的不友好态度是儿童接触困难或有害的一个预测因素。因为如果孩子自己的父母真的表现出拒绝，那么这很可能会在孩子的心理上留下印记；尤其是因为第一次见面或更长时间时候的会面会是一个特别情绪化的事件，会引发孩子的恐惧和期望。如果孩子不仅感到失望，而且觉得自己不被接受，那么孩子很可能会遭受情感上的伤害。在此期间可能会对儿童造成损害的与父母的接触，不符合儿童的最大利益。

然而，我们不能排除这样一种可能性，即在某些情况下，孩子在陌生人面前并不局促和而且心理状态稳定，从而因其开放而友好的行为，孩子有可能能够克服想避开他的父母的阻力，以至于最初的强制的接触终究会符合孩子的最大利益。在某些情况下，孩子与其父母之间的强迫接触可能符合孩子的利益，即使父母表示反对会面。正如德国青年援助和家庭法研究所（Deutsches Institute für Jugendhilfe und Familienrecht）以及德国青年研究所（German Institute for Youth Assistance and Family Law）指出的那样，在孩子的成长过程中，通常是在青春期或成年早期，会产生与不认识的父母会面的兴趣。如果一个儿童或青少年已经形成了这种强烈的兴趣，并且如果他或她主要关心与父母

会面以便和他或她结为朋友，即使这只是一次会面，那么对孩子来说，满足这种需要可能比发现父母不想与之有任何关系的可能相关的经历更为重要。如有必要，应在专家的帮助下对此进行澄清。在这种情况下，即使是与父母的强制会面也可能符合孩子的最大利益。孩子越大，自己的个性越发达，就越可以认为，即使强制执行自己明确和显著的与父母接触的愿望，也会符合孩子的最大利益。在这种情况下，与强迫接触有关的侵犯有关父母隐私权的行为不仅适合实现所寻求的目的，即允许儿童进行符合其最大利益的接触，而且也是合理的。应该更加重视确保儿童的最大利益得到满足，而不是家长不必与孩子接触的利益。在这种情况下，有理由期望父母与其子女接触，并在必要时使用强制措施迫使其接触。

另一方面，对于尚未形成稳定人格的儿童，人们通常可以首先假设，除非在具体案例中有足够的相反迹象，否则与不情愿的父母进行强迫接触并不会有助于实现为儿童的最大利益。如果为了强制接触，而使不愿与其子女接触的父母一方受到强制措施的威胁，而这些措施未能达到目的，那么侵犯拒绝接触的父母一方的基本人格受保护的权利是没有道理的，除非这种强制措施适合实现符合儿童最大利益的接触（参见BVerfGE 99, 145 [164]）。

【650】

IV.

根据《非争议性事项管辖权》第33.1条和第33.3条，不愿意与其子女接触的父母可能会受到罚款的威胁，即使这侵犯了父母保护其人格的基本权利，也不会导致这些规定违反《基本法》。因此，这项规定应根据《宪法》进行解释，对于拒绝与子女接触的父母接触义务必须避免强制执行，除非在具体案件中有充分迹象表明，强制接触符合子女的最佳利益。

《非争议性事项管辖权》第33条是关于非争议性诉讼事项强制执行的一般性规定，这些事项涵盖了大量与取决于义务人意愿的行为相关的法院所强加的义务。这些规定允许法院通过威胁和处以罚款来强化此类义务。例如这也适用于与子女共同生活的父母有义务将子女移交给有接触权的另一方，以便允许在法院规定的时间进行接触。该条款具有可裁量性。它将不遵守强加义务是否应导致强制执行的决定留给法院裁量。因此，它允许法院避免强制执行该义务。因此，在法院对父母一方施加接触义务的情况下，该规定也可以解释为符合《基本法》。这导致了一个结论，即应避免对顽固拒绝接触的父母采取强制措施，除非在具体案例中有足够的迹象表明，强迫接触将符合儿童的最大利益，因为通常这种接触不符合儿童的最大利益。在这方面，《基本法》第33.1条第1句授予法院的关于无争议事项管辖权的裁量权受到《基本法》的限制。

V.

地方高等法院受到挑战的判决不符合宪法的要求，侵犯了申诉人根据《基本法》第2.1条和第1.1条享有的人格权受保护的基本权利，因为该决定以罚款相威胁。

【651】 当《非争议事项管辖权法》第33.1条第1句授予法院行使自由裁量权，以采取强制措施迫使父母进行接触时，该法院没有考虑到，它本应审查违背申诉人意愿的强迫接触是否符合儿童的最佳利益。相反，它用于检查的标准是，强迫接触是否会危及儿童的最大利益，并对此问题作出了否定性的回答。法院根据专家意见认为，如果儿童在社会工作者的陪同下与申诉人接触，则不存在对儿童造成严重长期损害的风险。在这个意义上，它并不排除对儿童可能产生有害影响，但认为这些影响是可以接受的，目的是通过威胁采取强制措施鼓励申诉人遵守其接触义务，从而使他与儿童接触。然而，这不足以证明侵犯申诉人的人格权是正当的，因为法院没有充分考虑儿童的最大利益或申诉人的人格权的保护问题。它没有认识到，只有当这种接触达到为儿童的最大利益服务的目标时，才可以对有义务进行接触的父母强制进行接触。

哥尔圭案：《基本法》和《欧洲人权公约》下的基本权利保护
Görgülü Decision, BVerfGE 111, 307

1. 译者注解

要在德国《基本法》规范的文本中找到解释哥尔圭（Görgülü）判决的正确位置，并不那么容易。德国联邦宪政法院提到了第6条，因为这关系到父亲的权利。因此，本判决在这里是作为《基本法》第六条的事项予以报告的。然而，根据德国宪法，格尔居里判决还有至关重要的另一个层面。判决涉及《基本法》的基本权利和宪政法院对其保护与《欧洲人权公约》的基本权利，以及欧洲人权法院对其解释和保护之间的关系问题。

《基本法》和《欧洲人权公约》之间的这种关系必须区别于德国法律，特别是《基本法》和欧洲联盟（EU）法律之间的关系。欧盟是一个超国家机构，成员国已将列举的权力移交给该机构，欧盟的法律优先于其成员国的法律，原则上甚至优先于其宪法。

《欧洲人权与基本自由公约》（ECHR）及其后的议定书¹⁰⁰是在欧洲理事

¹⁰⁰ 有关公约和议定书的超链接列表参见<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>.

会框架内，根据国际法缔结的条约。¹⁰¹根据《基本法》第59.2条，某些国际条约要求“以联邦法律……的形式获得议会的同意或参与”。因此，《欧洲人权公约》在德国法律体系中具有联邦法律的地位。由此可见，《公约》的条款在等级上较低，不具有宪法规范的地位。尽管如此，《欧洲人权公约》的规范与国内成文法的规范有很大不同。国内成文法规范之间的冲突通常通过适用冲突规则来解决，例如“后法减损先法”（*lex posterior derogat legi priori*）中所表达的原则，即后一种规范优先于前一种规范。然而，就《欧洲公约》而言，这一冲突规则不适用。宪法法院始终坚持并在此处再现的判决中确认，所有法院都必须按照公约法适用和解释国内法。法院在一项早期判决中更明确地指出，这也适用于在《公约》及其议定书生效后生效的国内规范：¹⁰²换言之，当德国国内法作为次公约规范与《欧洲人权公约》的规范相冲突时，后法减损先法规则不适用。

【652】

争议案件涉及申请人与申请人儿子的养父母之间的纠纷。申请人声称有权抚养与他没有接触的儿子，因为孩子的母亲在孩子一出生后就因收养而放弃了孩子，而申请人只是在后来才知道孩子的出生。申请人在德国的法律诉讼一直没有成功，但欧洲人权法院（ECtHR）进行了干预，发现违反了《公约》第8条。¹⁰³这件事回到了德国法院，下级法院根据《欧洲人权法案》作出了反应。然而，上诉法院驳回了这一裁定，认为欧洲人权法院的裁决仅对德意志联邦共和国具有约束力，而对其法院和其他机关不具有约束力。宪法法院断然拒绝了上诉法院这一真正荒谬的论点。然而，宪法法院也借此机会解释了其对于欧洲人权法院的法律与国内宪法之间关系的看法。法院主要对已经清楚的情况进行了确认，认为必须根据《公约》及其保证，并根据欧洲人权法院判例法中制定的这些保证的具体内容，适用国内成文法。《欧洲人权公约》是德国国内法的一部分，因而是法治的一部分。因此，所有其他规范必须根据欧洲人权公约规范的要求进行解释，如上所示，后于《欧洲人权公约》的国内规范也是如此。在这项判决中，法院处理了《欧洲人权公约》规范与国内宪法规范冲突的一系列假设。法院认为，如果这种冲突不能通过解释宪法规范来解决，则必须以《基本法》的规定为准，而这两套规范之间的冲突只能通过修改《基本法》来

¹⁰¹ 有关公约和议定书的超链接列表参见<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?MA=3&CM=7&CL=ENG>.

¹⁰² BVerfGE 74, 358 (370), <http://www.servat.unibe.ch/fallrecht/bv074358.html>.

¹⁰³ 参见第8条：“每个人都有权对其私人和家庭生活及其住宅和通讯之尊重。” ECtHR, Appl. No. 74969/01, Judgment of 26.2.2004, Görgülü, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61646>（最后访问于2019年10月21日）。

解决。

这一发现一点也不奇怪，而且在法律上是绝对正确的。令人奇怪的是，法院对这一“伪问题”的处理时间如此之长，因为事实上，在这些规范和《基本法》和《欧洲人权公约》保护的基本权利一样抽象的情况下，即便不是完全不可能，也很难想象会出现无法通过解释解决的规范冲突。

【653】

2.判决概要

(1)法官受法规和法律约束的原则（《基本法》第20.3条）包括将《欧洲保护人权和基本自由公约》的保障以及欧洲人权法院（ECHR）的裁决，视为对法律进行方法上合理解释的一部分。无论是未考虑欧洲人权法院的判决，还是以一种僵化的方式“执行”这一判决，都违反了先前的法律，都可能侵犯与法治原则相关的基本权利。

(2)在考虑《欧洲人权公约》的决定时，国家机构必须在适用法律时考虑对国家法律制度的影响。当相关的全国性法律是一个旨在实现不同基本权利之间均衡的平衡的国内部门法体系的一部分时，这一点尤其适用。

第二庭2004年10月14日判决，2 BvR 1481/04.

3.案件事实

在其宪法申诉中，申诉人除其他之外，还质疑欧洲人权法院2004年2月26日对其案件所作判决的令其不满的执行，以及瑙姆堡高等地区法院无视国际法的行为。

申诉人是1999年8月25日出生的私生子Christofer的父亲。孩子的母亲起初没有将申诉人称为孩子的父亲，但在孩子出生一天后就因为领养而放弃了孩子，并在1999年11月1日的公证书中首先声明她事先同意由养父母领养；2002年9月24日，她再次表示同意。该男孩自1999年8月29日以来一直与养父母住在一起。

1999年10月，申诉人获悉该儿童的出生并被他人收养；1999年7月，他与孩子母亲的联系中断。于是，他开始收养他的儿子；起初，他遇到了一些困难，因为他的父亲身份没有得到承认。2000年6月20日，维滕贝格地方法院（Amtsgericht）的一项判决最终确定了他的父子关系。

在2001年3月9日的一项判决中，维滕伯格地方法院根据申诉人的申请，将克里斯托弗（Christofer）的唯一父母监护权移交给了申诉人。在养父母和出生后被任命为官方监护人的Wittenberg青年福利办公室（Jugendamt）提出上诉后，当地法院的监护决定被瑙姆堡高等地区法院2001年6月20日的判决推翻，

申诉人转移监护权的申请根据案情被驳回。与此同时，地区高等法院以儿童的最大利益为由，主动排除申诉人与男童之间的探视权，直至2002年6月30日。【654】

2001年7月31日，联邦宪政法院第一庭第三室通过一项不说明理由的判决（1 BvR 1174/01），拒绝受理申诉人对高等地区法院命令的宪法申诉。

2001年9月，申诉人根据《欧洲保护人权和基本自由公约》第34条向欧洲人权法院提出了个人申请。

在2004年2月26日的一项判决中，欧洲人权法院第三庭的一个院一致宣布，监护权和排除探视权的决定违反了《公约》第8条。根据《公约》第41条，欧洲人权法院裁定申诉人赔偿1.5万欧元，并赔偿1500欧元的费用和开支（参见ECHR, No. 74969/01, Judgment of 26 February 2004 - Görgülü）。

因此，在关于监护权的平行诉讼中，维滕伯格地方法院根据申诉人的申请，于2004年3月19日发布命令，将单亲监护权移交给申诉人。此外，当地法院根据同日的一项命令并参照这一监护决定，主动发布了一项关于申诉人接触其儿子的权利的临时强制令。从2004年4月3日起，他有权每周六探望儿子两个小时，直到在监护程序中作出最终且不可上诉的决定。

b)官方监护人和儿童监护人对地方法院关于访问权的决定提出上诉。瑙姆堡高等地区法院首先于2004年3月30日发布命令，暂停执行临时强制令，并于2004年6月30日发布进一步命令，取消临时强制令。

在宪法申诉中，申诉人对《基本法》第1条、第3条和第6条规定的基本权利以及公平审判权受到侵犯提出质疑。同时，他申请签发一个可以接触他儿子的临时强制令。

4.判决理由选译

.....

C.

宪法申诉是有充分理由的。在2004年6月30日的命令中，地区高等法院违反了《基本法》第6条和法治原则。

德意志联邦共和国行政机构和法院在作出决定时，在某些条件下有义务考虑欧洲人权委员会解释的《欧洲人权公约》(I)。高等地区法院被质疑的判决并未公正地履行这一义务，因为法院没有充分注意欧洲人权法院2004年2月26日对申诉人案的判决(II)。【655】

I.

在德国法律体系中，《欧洲人权公约》具有联邦法律的地位；在解释国内法，包括基本权利和宪法保障时，必须考虑到这一点(1)。《欧洲人权公约》决

定的约束力延伸至所有国家机构，原则上规定这些国家机构有义务，在其管辖范围内以及在不违反法规和法律（基本法第20.3条）约束效力的情况下，终止继续违反《公约》的行为，并创造符合《公约》的情况(2)。约束力的性质取决于国家机构的责任范围，以及优先排名法所规定的纬度。如果法院以程序上可接受的方式主持重审，并且能够在不违反实体法的情况下考虑判决，则法院在任何情况下都有义务考虑与其已经决定的案件有关的判决(3)。申诉人可以对无视这一考虑义务的行为提出挑战，认为这是对其保护范围受到法治原则影响的基本权利之侵犯(4)。

(1) a) 《欧洲人权公约》及其议定书是根据国际公法达成的协议。《公约》将决定缔约国以何种方式履行其遵守《公约》规定的义务留给了缔约国（参见ECHR, Judgment of 6 February 1976, Series A20, no. 50 - Swedish Engine Drivers Union; ECHR, Judgment of 21 February 1986, Series A98, no. 84 - James and Others; 参见Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3rd ed. 2002, 405; Ehlers, in idem (ed.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, s. 2 marginal nos. 2-3）。联邦立法机构根据《基本法》第59.2条通过了一部正式的成文法，同意上述条约（参见Act on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten of 7 August 1952, Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt - BGBl) II, p. 685; by the proclamation of 15 December 1953, Federal Law Gazette 1954 II p. 14, the Convention entered into force for the Federal Republic of Germany on 3 September 1953; 经第11协定修正，新的《公约》声明见Federal Law Gazette 2002 II p. 1054）。在这样做的过程中，联邦立法机构将《公约》转化为德国法律，并就此颁布了法律适用令。在德国法律体系内，《欧洲人权公约》及其议定书在对德意志联邦共和国生效范围内具有联邦法规的地位（参见BVerfGE 74, 358 [370]; 82, 106 [120]）。

这一分类意味着德国法院必须在合理解释的限度内遵守和适用《公约》，就像联邦政府的其他成文法一样。但由于《欧洲人权公约》及其议定书在规范层次中的这种地位，《公约》及其议定书的保障并不是德国法律体系中直接的宪法审查标准（参见《基本法》第93.1条第4.a款、《联邦宪政法院法》第90.1条）。因此，申诉人不能直接向联邦宪政法院提出宪法申诉，对《欧洲人权公约》所载的侵犯人权行为提出质疑（更多文献参见联邦宪政法院第二庭第一室2004年3月1日的命令，BVerfGE 74, 102 [128] - 2 BvR 1570/03 -, Europäische Grundrechte-Zeitschrift - EuGRZ2004, p. 317 [318]）。然而，《公约》的保障影响到对《基本法》基本权利和宪法原则的解释。在宪法层面上，《公约》文本

和欧洲人权法院的判例法为确定《基本法》的基本权利和宪法原则的内容和范围提供了解释指南，但这不会导致限制或减少《基本法》对个人基本权利的保护，而且《公约》本身也不希望这样做（关于《公约》第53条，参见BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 [128]; 联邦宪法法院第二庭第三室2000年12月20日命令，2 BvR 591/00, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 2001, pp. 2245 et seq.）。

b)根据国际法达成的旨在对人权进行区域性保护的协议的宪法意义，体现了《基本法》对国际法的承诺（Völkerrechtsfreundlichkeit）；《基本法》鼓励通过国际协定法和国际合作法行使国家主权，并纳入国际公法的一般规则，因而在可能的情况下，应以不与德意志联邦共和国根据国际公法承担的义务发生冲突的方式对其进行解释。《基本法》在其方案中规定，德国政府致力于国际合作（《基本法》第24条）和欧洲一体化（《基本法》第23条）。《基本法》赋予国际公法的一般规则优先于普通成文法（《基本法》第25条第二句），并根据《基本法》第59.2条将国际协定法纳入三权分立制度。此外，它还为加入共同集体安全体系开辟了可能性（《基本法》第24.2条），规定了确保通过仲裁和平解决国际争端的义务（《基本法》第24.3条），并宣布扰乱和平特别是准备侵略战争是违宪的（《基本法》第26条）。在这一复杂的规范中，正如其序言所示，德国宪法旨在将德意志联邦共和国作为和平成员纳入国家共同体，在为和平服务的国际公法体系中享有平等权利（另见BVerfGE 63, 343 [370]）。

然而，《基本法》没有采取尽可能大的步骤，开放与国际法的联系。在国内层面，未经《基本法》第59.2条规定的德国议会同意，不得将国际协定法直接视为可适用的法律，而且像国际习惯法一样（参见《基本法》第25条），不得赋予宪法地位。《基本法》显然基于这样一个经典理念，即国际公法和国内法的关系是两个不同法律领域之间的关系，这种关系的性质只能由国内法本身从国内法的角度来确定。《基本法》第25条和第59.2条的存在和措辞就表明了这一点。对国际法的承诺只有在《基本法》的民主和宪政制度下才能生效。

【657】

《基本法》旨在将德国纳入和平与自由国家的法律共同体，但并未放弃德国宪法最后一条所载的主权。因此，如果立法机关在例外情况下不遵守国际协定法，只要这是避免违反宪法基本原则的唯一途径，则与承诺遵守国际法的目标并不矛盾。

在一个由民主法治国家组成的逐步发展的国际社会，中，《基本法》旨在实现对国际法、跨境合作和政治一体化的全面承诺。然而，它并不寻求服从被从宪法的所有限制和控制中移除的非德国主权行为。欧洲的超国家一体化影响深远，接受了源于共同体法律并具有直接国内效力的规范适用秩序，但即便如此

也仍然受主权保留之约束，尽管主权保留已大大减少（见《基本法》第23.1条）。国际协定的法律只有以适当纳入国内法律体系的形式，并符合宪法实体法时，才能在国内层面适用。

c)在此基础上，根据国际协定作出的国际法院裁决的法律效力，将根据纳入国际协定的内容和《基本法》关于其适用性的相关规定来确定。如果《欧洲人权公约》的公约法及联邦立法机构基于《基本法》第59.2条规定，法律决定可以直接适用，那么这些决定的效力低于宪法。根据国内法，确立这种法律效力首先是主管非宪政法院的责任。

(2) a)《欧洲人权公约》的决定对作为国际协定法的公约法具有特别重要的意义，因为它们反映了《公约》及其议定书目前的发展状况。公约法本身赋予欧洲人权法院基于是非曲直的判决以不同的法律效力。根据《公约》第42条和第44条，欧洲人权法院的判决为最终判决，因此形式上不可上诉。在《公约》第46条中，缔约国同意，在其加入的所有法律事项中，它们将遵守欧洲人权法院的最终判决。根据这一规定，欧洲人权法院的判决对诉讼各方具有约束力，因此实质性既判力有限（更多文献参见H.-J.Cremer, in Grote/Marauhn (eds.), Konkordanzkommentar, 2004, Entscheidung und Entscheidungswirkung, marginal nos. 56-57）。

《公约》第34条规定了个人申请程序中的实质性既判力（*res judicata*），它受到争议事项的个人、物质和时间的限制（参见Order of the Second Senate of the Federal Constitutional Court (preliminary examination committee) of 11 October 1985 - 2 BvR 336/85 - Pakelli, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1985, p. 654 [656]; 另参见E. Klein, Bindingeffect of ECHR judgments, Festschrift für Ryssdal, 【658】 2000, p. 705 (pp. 706 et seq.))。《欧洲人权公约》在针对其他缔约国的诉讼中所作的决定，只不过是给那些没有参与的国家一个机会，来审查其国内法律制度并决定是否有必要进行修正，以使自己适应欧洲人权法院的相关判例法（参见Ress, Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1996, p. 350）。在这方面，公约法没有可与《联邦宪政法院法》第31.1条相比拟的规定；根据该条，所有联邦和地方宪法机构以及所有法院和行政机构都受联邦宪政法院裁决的约束。《公约》第46.1条仅规定，所涉缔约国受关于具体争议事项（既判力）的最终判决的约束。

b)在事实问题上，欧洲人权法院宣布了一个宣示性判决；该判决确定，就争端的具体事项而言，有关缔约国遵守了《公约》或采取了与《公约》相抵触的行动。然而，没有任何终审判决会直接撤销缔约国受到质疑的措施（参见

Ehlers, loc. cit., s. 2 marginal no. 52; Polakiewicz, Die Verpflichtungender Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, pp. 217 et seq.; Steinberger, Human Rights Law Journal 1985, p. 402 [407]）。

如果宣布存在违反《公约》的情况，那么第一个后果是，缔约国可能不再认为其行为符合《公约》（参见Frowein, in Isensee/Kirchhof (eds.), Handbuchdes Staatsrechts, vol. VII, 1992, s. 180 marginal no. 14）。原则上，该决定还要求受争议事项影响的缔约国在可能的情况下，恢复未宣布违反《公约》的情况（参见Polakiewicz, loc. cit., pp. 97 et seq.; 关于获得完全归还（*restitution in integrum*），参见Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe No. R (2000) 2 of 19 January 2000）。如果发现的违法行为仍在继续，例如违反《公约》第5条继续逮捕或违反《公约》第8条侵犯私人和家庭生活，缔约国有义务结束这一状态（参见最新的《欧洲人权公约》，No. 71503/01, Judgment of 8 April 2004, no. 198 - Assanidze, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, p. 268 [275]; 另参见Breuer, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, p. 257 [259]; Grabenwarter, European Convention on Human Rights, 2003, s. 16 marginal no. 3; Polakiewicz, loc. cit., pp. 63 et seq.; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1999, s. 13 marginal no. 233）。因此，如果缔约国未能终止或重复其被确定为违反《欧洲人权公约》的行为，它将再次违反《欧洲人权公约》（参见E. Klein, Binding Effect of ECHR Judgments, Festschrift für Ryssdal, 2000, p. 705 [708]）。然而，应当考虑到，该决定的效力只涉及既判力，而且在申诉人作为当事方的新的国内诉讼之前，事实和法律立场可能会发生变化。

c)如果所涉缔约国的国内法只允许不充分的赔偿，欧洲人权法院可以以金钱的形式给予申诉人“公正的赔偿”（参见《公约》第41条）；这一事实表明，《公约》允许所涉缔约国在纠正已经作出且不可上诉的决定方面有一定的自由。【659】

然而，欧洲人权委员会在其最近有关《公约》第41条的判例法中指出，缔约国在批准《公约》时，同意确保其国内法律制度符合《公约》（第1条）。因此，根据欧洲人权法院的判决，被告国应消除国内法中阻碍申诉人情况得到纠正的所有障碍（参见ECHR, loc. cit., Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, p. 268 [275] with reference to ECHR, No. 39748/98, Judgment of 17 February 2004, no. 47 - Maestri）。

如果受影响的缔约国根据《公约》第41条被责令向胜诉的申诉人支付赔偿，欧洲人权法院的这一判决规定了履行的义务（参见Stöcker, Wirkungen der

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Bundesrepublik, Neue Juristische Wochenschrift 1982, p. 1905 (1908))。给予赔偿不一定是主要诉讼中判决的一部分，但可以在以后作出，以便使双方有机会达成友好协议。这样，《公约》承认，一般来说，只有受影响的缔约国才能评估在国家法律体系中为执行该决定而采取法律行动的可能性。

d)《欧洲人权公约》根据国际公法原则作出的决定的法律效力，首先针对缔约国本身。原则上，《公约》对国内法律制度采取中立态度；与超国家组织的法律不同，它无意直接干预国内法律制度。在国内层面，适当的公约条款以及同意法和宪法要求（《基本法》第20.3条、第59.2条以及《基本法》第19.4条），原则上约束所有负责德国公共权力的组织，使其遵守欧洲人权委员会的决定。

【660】 这一法律立场符合《欧洲人权公约》作为保护和执行特定人权的文书的概念。缔约国有义务通过同意法纳入联邦法律，创造一个国内实例，使受影响的人可以对国家的特定行为获得“有效补救”（《公约》第13条）。这一义务已经延伸到国家系统的国内结构，而限于有权对外采取行动的行政部门。此外，缔约国必须保证在其国内法中“有效执行《欧洲人权公约》的任何规定”（见《公约》第52条），在一个受分权原则管辖的法治国家中，只有在所有负责主权的组织都受《公约》的保障约束的情况下，才有可能实现这一点（关于这一点，参见Order of the Second Senate of the Federal Constitutional Court (preliminary examination committee) of 11 October 1985 - 2 BvR 336/85 - Pakelli, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1985, p. 654 [656]）。因此，德国法院也有义务考虑欧洲人权法院的裁决。

(3)《欧洲人权公约》各项决定的约束力取决于国家机构的权限范围和相关法律。行政机构和法院不得依靠欧洲人权法院的决定，而摆脱宪法规定的权限体系以及法规和法律的约束力（《基本法》第20.3条）。但是法规和法律的约束力还包括有义务考虑到《公约》的保障和欧洲人权法院的决定，后者作为对法律进行方法上合理解释的一部分。因此，无论是不考虑欧洲人权法院的决定，还是以图解方式“执行”这一决定，都违反了先前的法律并可能侵犯与法治原则相结合的基本权利。

a)同意立法规定的考虑《欧洲人权公约》的保障和欧洲人权法院的决定之义务至少要求，关注相关文本和判例法，并将其作为被指定的作出判决的法院、主管行政机构或立法机构形成的知情意见程序的一部分。如果可能，国内法的解释必须与国际公法相协调，无论其生效日期如何（参见BVerfGE 74, 358 (370)）。

如果欧洲人权委员会的决定与一系列事实的评估有关，那么原则上，当从宪法的角度考虑问题时，特别是在审查合比例性时，不仅必须考虑欧洲人权委员会在审议案件时考虑的方面，而且必须考虑欧洲人权法院在权衡各方权利后作出的调查结果（参见Order of the First Chamber of the Second Senate of the Federal Constitutional Court of 1 March 2004 - 2 BvR 1570/03 -, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004 p. 317 [319]）。

如果在德意志联邦共和国参与的具体申请程序中，《欧洲人权公约》确定存在违反《公约》的情况，如果这是一种持续的违反，则必须在国内考虑《欧洲人权公约》的决定，即主管当局或法院必须明确考虑该决定，且如有必要，以可理解的方式说明为什么他们不遵守国际法对法律的解释。准确地说，在一些案件中，全国法院如在私法中一样必须构建多极基本权利的局面，必须始终敏感地权衡各种主观性的法律立场，而且如果争端所涉人员发生变化或者事实或法律情况发生变化，这种权衡可能会导致不同的结果。因此，如果一项基本权利与另一项基本权利冲突的问题获得了欧洲人权法院对德国有利的判决，并且德国法院示意性地将该判决适用于私法关系，则可能存在宪法问题；因此，在本案中“失去”且可能未参与欧洲人权法院诉讼的基本权利持有者将不再能够作为一方有效参与诉讼。

【661】

b) aa)如果《欧洲人权公约》宣布某一国内条款违反《公约》，则在实际应用时，该条款可按照国际公法进行解释，或者立法机构有可能修改与《公约》不符的该国内条款。如果违反《公约》的行为包括实施一项具体的行政行为，则负责的行政机构有可能根据《行政程序法》（Verwaltungsverfahrensgesetz - VVFFG）第48条的规定撤销该行为。违反《公约》的行政惯例可以修改，法院可以规定这样做的义务。

bb)如果司法判决违反公约，《欧洲人权公约》和《基本法》都没有规定有义务接受欧洲人权法院的判决；该判决确定德国法院的判决违反了《欧洲人权公约》，从而否定了该判决的不可上诉性（参见Federal Constitutional Court, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1985, p. 654）。诚然，从这一点不能得出以下结论，德国法院无需考虑欧洲人权法院的裁决。

根据《基本法》第20.3条，司法判决受法规和法律的约束。受法律约束的法官受宪法保障的独立性不受这一承诺的影响，这一承诺源于法治原则（《基本法》第97.1条，参见BVerfGE 18, 52 [59]; 19, 17 [31-32]）。无论是对法律的承诺还是对法规的承诺，都将赋予法官的司法权加以了具体化（《基本法》第9条）。由于欧洲人权委员会解释的《欧洲人权公约》具有正式联邦法规的地位，它具有成文法的首要地位，因而必须得到司法部门的遵守。

关于法律确定性原则，必须指出的是，1998年联邦立法机构在《刑事程序法典》（Strafprozessordnung - StPO）第359条第6款中，在刑事诉讼程序中引入了重新启动刑事诉讼的新理由（《重新启动刑事程序改革法》，Gesetz zur Reform des Strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts of 9 July 1998, Federal Law Gazette I p. 1802）。它规定，如果欧洲人权法院认定存在违反《欧洲人权公约》或其议定书的行为，并且德国的判决是基于这种违反行为，则可以重新启动以不可上诉判决结束的程序。这项法律修正案所依据的理念是，无论在任何情况下，如果违反《公约》的行为在具体个案中继续有效，则应终止该行为，因为刑法是人权方面特别敏感的领域，即使该行为已经不可上诉（参见《联邦宪政法院法》第79.1条），即使欧洲人权法院的判决与国家诉讼相关。这样，主管法院就有机会根据申请再次审理实际结案的案件，并将新的法律事实纳入其形成知情意见的过程中。在这方面，该法规表达了一种基本的期望，法院将根据违反《公约》的程度，改变违反《公约》的原有判决。

【662】

在其他诉讼规则中，对于德意志联邦共和国在《欧洲人权公约》对其不利的情况下，如果国家法院诉讼程序已经完成且不可上诉，该国将如何作出反应的问题，并没有最终答案。在某些事实和情况下，德国法院可能会作出新的决定，但不是关于既判力，而是关于欧洲人权法院确定德意志联邦共和国违反《公约》的事项。例如当法院打算根据新的申请或改变的情况再次审议该事项，或者另一个情况下的法院仍在处理该事项时，可能会出现这种情况。在最后一种情况下，决定性的是法院是否有可能在适用程序法的范围内作出新的判决，以考虑欧洲人权法院的相关决定。在这种情况下，仅将申诉人提交金钱赔偿是不可接受的，尽管无论是出于事实原因还是法律原因，恢复都不会失败。

c)在考虑《欧洲人权公约》的决定时，国家机构必须在适用法律时考虑对国家法律制度的影响。这尤其适用于法律后果被平衡的部分国内法体系，其目的是实现不同基本权利之间的平衡。根据《公约》第34条向欧洲人权法院提起个人申请程序，旨在根据《欧洲人权公约》及其议定书的措施，对申诉人与缔约国之间的双方关系中的具体个案作出裁决。欧洲人权法院的裁决可能会遇到由复杂的判例法体系形成的国家部分法律体系。在德国法律体系中，这种情况尤其可能发生在《家庭法》和《外国人法》中，也可能发生在《人格保护法》中（关于这一点，最近参见ECHR, No. 59320/00, Judgment of 24 June 2004 - von Hannover v. Germany, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2004, pp. 404 ff.）。在这种情况下，法院通过创建案例组和分级法律后果来平衡相互冲突的基本权利。国内法院的任务是将欧洲人权法院的裁决纳入国家法律体系的相关的部门

法律领域，因为这不是国际法基础的预期结果，也不能表达欧洲人权法院的意愿，因为欧洲人权法院通过其裁决本身，直接在国内部门法律体系内进行任何必要的调整。

在这方面，国家法院有必要在考虑决定时对其进行评估；在这一过程中，还可以考虑到这样一个事实，即在欧洲人权法院之前的个人申请程序，特别是在原始程序属于民法的情况下，可能无法完整描述所涉及的法律立场和利益。除申诉人外，欧洲人权法院审理的诉讼的唯一一方是受影响的缔约国；和程序当事人或参与原始国家程序的另一人的权利和义务相比，第三方参与申请程序的可能性（见《欧洲人权公约》第36.2条）并非其制度等价物。【663】

(4)根据已由国内成文法赋予国内法效力的国际法对协议的解释和适用进行宪法审查，所遵循的原则要与其他情况下规定联邦宪政法院审查司法判决的权力相同。普通法院根据国际法对协议的解释和适用，原则上只能进行审查，以评估这些协议是武断的，还是基于对基本权利的含义的根本错误观点达成的，还是与其他宪法规定不符（参见BVerfGE 18, 441 [450]; 94, 315 [328]）。

诚然，作为其权限的一部分，联邦宪政法院也有权在可能的情况下防止和消除违反国际公法的行为，表现为德国法院不正确地适用或不遵守国际法义务，并可能导致德国承担国际法责任（参见BVerfGE 58, 1 [34]; 59, 63 [89]; 109, 13 [23]）。在这方面，联邦宪政法院间接地为执行国际法服务，从而减少了不遵守国际法的风险。因此，可能有必要偏离习惯标准，审查普通法院对国际法条约的适用和解释。

在这种背景下，无论如何都必须能够根据相关的基本权利，在联邦宪政法院的诉讼中对州机构无视或没有考虑欧洲人权法院的决定提出反对意见。在这一过程中，基本权利与法治原则中体现的法规优先权密切相关，根据这一原则，所有国家机构在其职权范围内都受法规和法律的约束（参见BVerfGE 6, 32 [41]）。

II.

诺姆堡高等地区法院2004年6月30日作出受到挑战的判决，违反了《基本法》第6条和法治原则。高等地区法院在作出决定时，有义务充分考虑欧洲人权法院2004年2月26日的判决，却没有这样做。

(1)受挑战的判决没有说明，高等地区法院是否以及在多大程度上认为申诉人所主张的探视权原则上受到《基本法》第6条的保护。看待这种宪法保护的背景是，法院对《公约》第8条中关于补充保障的评论。高等地区法院本应以一种可以理解的方式，考虑如何以符合德意志联邦共和国国际法义务的方式解释《基本法》第6条。

【664】 (2)尤其是高级地区法院以宪法所不能接受的方式假定，欧洲人权法院的判决仅对德意志联邦共和国作为国际公法主体具有约束力，但对德国法院不具有约束力。在上文C.I.规定的范围内，德国所有国家机构受《公约》和在德国生效的议定书在其管辖范围内实施的法律的约束。在解释基本权利和宪法保障时，它们必须考虑《公约》的保障和欧洲人权法院的判例法。

在本案中，由于欧洲人权法院2004年2月26日的判决，高等地区法院有特殊原因去考虑该判决的理由，因为该判决确定德意志联邦共和国违反了《公约》，处理了高等地区法院再次关注的事项。考虑该决定的义务既不会对高等地区法院的宪法保障的独立性产生不利影响，也不会迫使法院在未经考虑的情况下执行欧洲人权法院的决定。然而，高级地区法院受法规和法律的约束，其中不仅包括民法和相关程序法，而且还包括具有普通联邦法规地位的《欧洲人权公约》。

在特别是对新事实的法律分析中，在权衡诸如寄养家庭的基本权利等相互冲突的基本权利时，以及在将个别案件纳入与探视权有关的家庭法案件的总体背景中时，地区高等法院不受其特定结论的约束。然而，受到挑战的判决缺乏对上述联系的讨论。

(3)无需决定高等地区法院是否以宪法上不可接受的方式假定，临时强制令只能根据申请发出，而不是如本案这样由法院主动发出，因而申诉是可以受理的（例如见Saarbrücken Higher Regional Court, OLG-Report 2001, p. 269; Brandenburg Higher Regional Court, OLG-Rechtsprechung Neue Länder - OLG-NL 1994, p. 159; Naumburg Higher Regional Court, OLG Naumburg, Justiz-Ministerialblatt für Sachsen-Anhalt 2003, p. 346）。无论如何，地区高等法院也在没有正确考虑欧洲人权法院2004年2月26日的判决的情况下，发表了程序性意见。然而，这对于以下问题是很重要的，即地方法院是否有义务或有权主动审查探视权的授予，以及是否符合通过临时禁止令使接触成为可能的事实要求。

D.

在主要诉讼程序中对宪法申诉的决定作出后，临时强制令的申请也会得到处理。

八、集会自由——《基本法》第8条

“反战示威案”

BVerfGE 87, 399

1. 译者注解

【665】

《基本法》第8条保障和平集会与示威的权利。具体情况由联邦法律规定，该联邦法律规定了在什么情况下警察可以干涉示威活动。最严厉的干涉形式是解散示威活动，即当示威活动开始暴力化，或者存在其他违反公共安全的情况时停止该示威活动。公共安全是一个有着固定含义的法律用语，它的定义是指任何违反法律，尤其是刑事法律的活动。当已经签发了解散令后，该联邦法律要求所有的示威参与人都应该立即离开示威现场。没有这样做的行为将构成刑事犯罪，通常将受到罚金的处分。

本案中，两位申诉人被判处以80和60马克的罚金（相当于目前的40和30欧元）。作为一个争取和平运动的抗议活动的组成部分，这两名当事人参与了对德国境内的一处军事设施的静坐封锁活动。该静坐示威活动干涉了他人的权利，使得其他人无法通过特定的道路进入或离开被静坐封锁的这一设施。这一行为从原则上说会构成刑事违法行为。基于这些原因，警察签发了解散令，但是本案申诉人拒绝服从。

但是宪政法院撤销了罚金判决。宪政法院认定，普通法院不能只是基于当事人是否遵守了解散令的情况作出决定，还需要考虑该解散令是否真的符合该联邦集会法的规定。本案中有明显的证据证明事实并非如此。本案中，示威者已经表示他们的目的是利用封锁活动作为示威的手段，相关政府机关也在正确的适用了比例原则后，只规定了一些前提条件，而这些条件也得到了满足。例如，对于进入该兵营的三处入口，示威者只封锁了一个入口。

当没有时间分析法律问题积分，在特定现场作出行政决定是一件很棘手的事情，本案就揭示出了这一困难所在。非常清楚的一点是，人们需要遵守警察的命令，受到该命令影响的当事人在事中无法自由地去对该命令的合法性作出个人判断并采取相应的行动。因此，如果一个“生效”的警察命令存在着充足的理由，判断该命令合法性的通常标准是，在现场的执法人员可以利用的事实基础，并且还要考虑到实施行政决定的背景环境。因此，当存在可信的炸弹威胁而签发了解散示威的命令时，该解散令的合法性不能取决于是否真的找到了炸弹，该解散令需要立刻被执行，此时，受到该解散令影响的当事人对危险范

围的个人看法是不需要被考虑的。与此同时，示威自由是交流自由的核心组成部分之一，如果一名当事人没有服从相应的解散令而被处罚款、事后证明该命令是以违法方式作出的，当出现这种情况时将危及此项自由。政府机关至少在干涉基本权利时需要承担这种违法性的风险。

【666】

2. 判决概要

当一场集会活动根据《集会法》第29.1条第2项被解散后，刑事法院针对拒绝离开集会现场的行为作出的刑事判决，如果该刑事判决没有考虑到解散令的合法性，该判决将与《基本法》第8条的规定不符。

第一庭1992年12月1日判决，1 BvR 88, 576/91.

3. 案件事实

《集会法》第15.2条允许解散户外的集会活动，尤其是在有偏离该集会登记信息的情况，违反了允许举行该集会的条件，或者可以确认的环境情况表明举行该集会将对公共安全或秩序造成直接的威胁时。按照《集会法》29.1条第2项的规定，当有权机关作出了解散该集会的决定，如果当事人没有立即离开该公共集会或者游行活动，就将构成一般违法活动。

1989年5月7日和9日，申诉人在一处联邦武装力量基地前参与了静坐封锁活动。对该集会活动有管辖权的政府机关此前已经为限制该封锁活动规定了一些条件。当警察执法人员来到现场清理相应的封锁活动后，申诉人没有离开现场，结果被警察带离了街道。地方法院因为违反了《集会法》第29.1条第2项对这些申诉人判处了低额罚金。地方法院在作出该判决时，没有深入分析解散该集会的命令的合法性。申诉人向地区高等法院上诉败诉。在回应申诉人的宪法诉愿时，联邦宪政法院撤销了地方法院的判决，宣布地区高等法院的判决无效，将该案件发回地方法院重审。

4. 判决理由选译

.....

B.

宪法诉愿成立。被质疑的判决侵犯了申诉人根据《基本法》第8.1条和第103条享有的基本权利。

【667】

I.

(1)刑事法院根据《集会法》第29.1条第2项处罚款时，如果法院不考虑解散集会的命令的合法性，将违反《基本法》第8条。

a)《基本法》第8.1条保护所有德国人和平与非武装的集会权。该权利也涵盖选择集会地点、时间、性质和活动内容。不仅一些以口头的方式表达或者交换自己观点的活动会获得保护，当集会参与人用其他方式表达他们的观点时，这些活动也会获得保护（参见BVerfGE 69, 315 [343]）。

静坐封锁活动同样享受集会自由的保护。无论这些静坐封锁活动是否被认为属于《刑法典》第240条规定的使用武力的情况，它们都不包含《基本法》第8.1条指称的非和平的违法行为因素，当存在这些因素时，将使得集会活动被剥夺基本权利的保护。实际上，只有当相应的行为造成了特定的危险，例如存在暴力活动、针对人身与财产的过激行为，这样的集会才是非和平的，但是不能仅仅因为对第三方造成了不便就称集会活动是非和平的，即使这样的不便是有意识造成且无法被简单地容忍（参见BVerfGE 73, 206 [248]）。

但是集会自由也不是获得绝对保护的。在户外集会的情况下，根据《基本法》第8.2条的规定，可以通过或者依据法律来干涉基本权利。对这些集会活动有必要设置一些事先预防措施，以一方面规定行使基本权利的条件，另一方面又能考虑第三方与之冲突的利益——《基本法》考虑了这一事实（参见BVerfGE 69, 315 [348]）。然而，限制集会自由的法律需要与《基本法》保持一致，并且以完全符合《基本法》的情况来适用。政府单位在解释限制基本权利的法律时，必须要考虑《基本法》第8.1条的基本重要性，并且将采用的措施限制在为保护其他具有相同重要性的法律利益的必要的范围内（参见BVerfGE 69, 315 [349]）。

b)如果以如下方式来解释，《集会法》第29.1条第2项与《基本法》第8.1条是一致的。

aa)如果《集会法》第15.2条规定的条件存在（参见BVerfGE 69, 315 [352]），那么解散一场集会不会引发比例原则上的质疑；与此类似，如果在解散一场集会后，有人拒绝离开集会现场，结果该当事人依照《集会法》第29.1条第2项被认定有治安违法行为，也没有人能提出异议。对于引用《集会法》第15.2条的各种行政法上规定的作法，也没有宪法上的理由提出不同意见。为了鼓励守法行为，立法机关可以对违反行政法或者行政命令设定的义务的行为，规定刑罚和罚金措施。立法机关在这样做时，是否采取特定立法的方式，即究竟是采取专门刑事立法还是规定在刑法典中，这些都是由立法机关自己决定的事项（参见BVerfGE 75, 329 [343]）。

【668】

过去的判例显示，对于一揽子违法行为，如果只是通过行政法规来定义，如果足够具体明确，也是与《基本法》一致的（确立的判例法参见BVerfGE 14, 245 [252]）。

然而，这种规定方法就使得行政法与规定刑事与治安违法行为的法律之间的互动显得必要。这种情况的存在，使得刑事法院的法官一方面需要受到行政决定的约束，但是另一方面又可以在不破坏分权原则的情况下，借助这些决定来行使自己的裁判权（参见BVerfGE 75, 329 [346]; 80, 244 [256]）。

从《基本法》中，推导不出关于这些限制与裁判权的一般结论。违反行政命令的行为的可惩罚性或者可指控性是否要取决于这些行政命令的合法性——对于该问题的回答主要是立法机关的工作。当然，立法机关受到《基本法》要求的约束，尤其是那些被限制的基本权利的要求。

bb) 《集会法》第29.1条第2项究竟是涉及对法律利益的保护，因而只有当解散集会的命令是合法的情况下才可以判处罚金，还是可以在不考虑解散集会的命令的合法性的情况下作出处罚？对于这些问题没有清楚的答案。在判例法和法学文献中，对该问题有着不同的回答（例如参见Dusseldorf Higher Regional Court, NStZ 1984, p. 513, and Ott, Gesetz über Versammlungen and Aufzüge, 5th ed., 1987, s. 29 marginal note 9; Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations und Versammlungsfreiheit, 10th ed., 1991, s. 29 marginal note 7; Offczors, in: Ridder *inter alia*, Versammlungsrecht, 1992, s. 29 marginal notes 24 et seq., in particular 28; on the other hand, for example, Stuttgart Higher Regional Court, NJW 1989, p. 1870, and Meyer/Köhler, Das neue Demonstrations und Versammlungsrecht, 3rd ed., 1990, s. 29 note 4b）。

法律文本和立法资料都不允许存在一个含糊其辞的结论。

《集会法》第29.2条第2项没有提及可执行性的问题（这一点是与《集会法》第23条，第26条第1项，第29.1条第1、3项不同的），这种情况的存在也使得人们无法得出可靠的结论，因为材料显示，因为其他考虑才使得立法包含了这些内容（见联邦众议院文档，*Drucksache des Deutschen Bundestages - BTDrucks VII/550*, p. 375）。

【669】由于可起诉性将取决于是否明确提及了可执行性，这也会进一步造成自相矛盾的结果。例如，按照《集会法》第29.1条第3项的规定，参加一场集会的当事人，会违反一个不合法但是可执行性的法律规定，相应地构成一般违法情况，因为在1978年罚金决定中包括“可执行”这一补充规定，但是集会的组织者在相同的情况下却可以免受处罚，因为《集会法》第25条没有这一补充规定。

cc)在这种情况下，根据《基本法》第8.1条解读《集会法》第29.1条第2项，在没有考虑解散集会的命令的合法性的情况下，违反解散集会命令的行为不应被起诉。

与言论自由一样，集会自由对于个人人格的和民主秩序的发展，都具有基

础性的重要意义（参见BVerfGE 69, 315 [343 to 347]）。禁止和解散一场集会代表着对基本权利最极端的干涉形式。因此，这些干涉需要服从于严格的限制条件，只有在保护具有相同重要性的法律利益，且需要立即避免公共安全和秩序面对的即刻危险时，才可以采取这些干涉措施（参见BVerfGE 69, 315 [353]）。

这些禁止和解散的决定应当建立在具体的事实上，猜疑与臆测本身是不够的（参见BVerfGE 69, 353-354）。

在没有满足这些要求时解散一场集会违反了《基本法》第8条。但是集会的参与者首先需要接受这些命令的要求。离开一场已经被解散的集会的义务，不能依赖于该解散令的违法性。因为人们总是在事后才可以确定解散令的违法性，在发布解散令后，如果有某位集会的参加者提出了解散令的合法性问题时，就没有办法解散任何集会了。当集会的参与人不服从警察的命令时，从原则上说，可以使用政府的强制手段（《行政法院法》第80.2条第2项）。集会的参加人只能在事后在法院确认警察的决定的违法性，以及在恰当的情况下该决定的违宪性。此时自然无法通过这种方式，来对被违法的解散集会决定侵犯的基本权利提供救济。但是对集会自由这种基本权利的侵犯情况的发生是不可避免的，除非人们想将那些应当获得保护的其他法律利益置于次要地位，而这些其他法律利益只有通过限制集会自由才能实现。

按照行政法的要求执行解散集会的命令，这些命令的执行方式与刑法或者治安违法活动发生时的起诉方式不同。有必要对两者作出区分。在执行解散集会的命令时，人们不需要考虑该解散令的合法性，这种现象的产生是与解散令的背景有关，而且不能将解散令推迟到法律问题已经得到确定或者甚至暂时的解决之后再执行。对于不遵守解散令的情况施加处罚时，会缺乏这样的理由。只有在各种事件已经发生，相应地对法律问题有了确定的回答，才能获得这样的理由。不过如果完全不考虑解散令的合法性，对集会自由不可避免的损害就会以不合理的必然性一直存在，使得那些合法主张集会自由权的当事人一直受到这些伤害，就像本判决书在下文中提到的那些当事人一样，而一份违法的解散令不可避免地会损害集会自由。

【670】

是否应当允许立法机关去指控不遵守命令的行为，这是一个开放性的问题。人们无法从法律规定本身中推导出立法机关的目的。是否有理由允许从《基本法》看来干涉范围过宽的干涉活动，人们从法律中也无法发现进行此种审查的场合。在这种背景条件下，也许只有当《集会法》第29.1条第2项规定的惩罚措施，只限制适用于那些合法的解散集会的命令时，人们才可以要求集会自由权作出让步。在刑事法院的法官作出判处罚金前，先要确定合法性问题。

在当事人提出要根据行政法的规定澄清合法性的问题，刑事法院的法官是否要先等待该合法性问题的解决并受到该问题的决定之约束，我们在此不需要处理这两个问题。因为根据《集会法》第15.2条的规定，当事人无法在行政法院针对解散集会的命令提出事先救济申请。在事后的治安处罚决定程序中，涉案的当事人一般也无法享受这样的救济渠道；此时，如果行政法院本身没有对解散集会的命令的合法性给出明确判断，刑事法院的法官自己在任何案件中都需要对该合法性问题给出回答，否则就无法满足《基本法》第8条的要求。

(2)在不考虑解散集会命令的合法性的情况下，对于那些违反《集会法》第29.1条第2项的行为可以提出指控，这种观点也违反了《基本法》第103.2条。

按照《基本法》这一条款的规定，只有当该行为被作出以前，法律就规定了该行为的可惩罚性时，该行为才能被惩罚。这种保护性规定也延伸到了对治安违法行为的处罚上（确立的判例法参见BVerfGE 81, 132 [135]）。

该条款的目的有两方面，一方面可以让受影响的普通公众可以预见到，哪些行为会受到刑罚或者罚金的处罚；另一方面，又可以保证立法机关会对相应行为的可惩罚性与可指控性作出决定，而不是留给法院去决定。《基本法》第103.2条因此禁止适用任何规定了法律制裁措施以外的实质内容的法律（参见BVerfGE 47, 109 [120]; 82, 236 [269]）。

立法机构当然可以一开始就对不服从行政命令的行为施加处罚或者罚金，而不要求该命令作为施加处罚的前提（参见BVerfGE 80, 244 [256]）。但是正如已经指出的，即使考虑立法资料的情况，人们也无法从目前的法律中明白无误地得出以下结论，即立法机关已经决定，在没有考虑到解散集会的命令的合法性的情况下，就可以起诉不服从该命令的行为。在这种情况下，起诉活动不能被解释为可以扩张到涉及违法的解散令的案件中；相反，只能限于违反合法的解散令的案件。

II.

被申诉的判决没有满足这些审查标准的要求。

(1)在结合《集会法》第15.2条解释适用本法第29.1条第2项时，地方法院必须同时考虑《基本法》第8条。《基本法》第8.1条的保护范围包含了申诉人参与的静坐示威活动。在当事人没有离开受保护的集会活动时对其施加罚金，即属于对基本权利之干涉。按照前文提出的各项标准，只有当解散集会的命令合法时，这种干涉才与《基本法》第8条的规定相一致。地方法院忽视了审查这方面的问题。

处理申诉人二的审判程序没有确认解散集会命令的合法性。在处理申诉人一二的程序过程中，法院判决没有理由认定，解散集会的命令是违法的。但是法

院的判决理由显示，地方法院只考虑了作出解散令时外观程序形式的正确性。对该命令的口头复述，以及该命令当时只发布过两次且获得了记录，仅此而已，这些情况的存在都在支持本院以上的认定。地方法院没有分析，该解散令是否是由《集会法》第29.1条第2项要求的主管机关发布。在处理申诉人二请求的审判程序中，法院甚至都没有明确说明是谁发布了该命令。法院只是认定，执法警官宣布了解散集会的命令。

处理申诉人一审判程序的确明确认定，对现场执法警察有领导权的警官根据《巴登—符腾堡警察法》第46.2条第2项的规定发布了解散令，因为当时无法联系上负责集会的政府机关。但是按照本条规定的前提条件，在警察执法人员干涉之前，应当存在着紧迫的危险，在本案中却不存在着这样的事实认定。作出的判决没有包括任何事实认定，证明具体的事件对公共安全造成了任何具体的危险。从这一意义上说，法院的判决不过是重复了解散令宣称的内容，即根据解散令认定存在着即刻的有暴力成份的危险。对于作出该评估的事实基础，例如是否有车辆正在接近大门、是否已经不再存在进入或离开基地领地范围的可能性，从被申诉的判决中都无法获得这些问题的答案。

审查解散令的合法性本是恰当的作法。集会活动的主管当局没有禁止静坐示威活动，而只是对集会的组织者在明确引用比例原则的情况下规定了一些条件。申诉人一提出，集会活动满足了这些条件，基地的三个大门中只有一个大门被堵塞了。在这种情况下，必须提出明确的事实认定，以证明负责集会活动的政府机关对避免危险发生所选择的手段是不够的，警察部门的执法人员因此必须进一步解散该集会。

对申诉人的定罪判决是建立在对《基本法》第8条错误理解的基础上。如果地方法院充分考虑了集会自由这一基本权利，无法排除地方法院会得出不同结论的可能。【672】

(2)除去解散令的合法性的问题，因为两位申诉人被判处了罚金，但是对于《集会法》第29.1条第2项是否规定了这种处罚，并没有明确的结论，因而被申诉的判决也违反了《基本法》第103.2条。

“反核电站建设示威案”

BVerfGE 69, 315

1. 译者注解

布诺克多夫是在汉堡北部易北河畔的一个小镇。它也是一个核电站所在地。该核电站在其规划和建设期间，一直是各方人士广泛关注、反对和抗议的焦点，

这些人包括从公民倡议团体到政治组织、环保人士、反核能活动分子以及其他更激进的组织。本案涉及对一个预计有5万人参加的大型示威活动发布的禁令，禁令作出的原因是担心示威引发的暴力活动有可能失控。宪政法院在考虑到《基本法》第8.1条保护的示威自由后，认定该禁令是违宪的。

该判决基于许多原因具有重要意义。它澄清了《基本法》第8条与联邦关于集会和示威立法的关系。第8.1条明确规定，集会¹⁰⁴可以在没有获得官方同意、甚至不需要通知主管当局的情况下就举行。但是关于集会的联邦立法却要求提供这样的通知，并且至少要在活动举行前48小时通知。宪政法院判定，只有在适用非常严格的解释方法的情况下，这种普通的制定法条款才能免遭被判定违宪的命运。只有当通知活动不会干涉示威的目的，并仅有服务于便利示威或集会本身的目的，并能减少它对第三方影响时，才能要求提供通知。因此，通知的目的限于让政府当局进行各种准备工作，例如通过公众有可能会存在的交通堵塞等，并为集会和示威活动提供必要的安全保卫工作。如果是一场临时起意的集会，因此无法提供事先的通知，那些就不能要求这样的通知。

本案的第二个重要意义在于利用程序规定以保护基本权利。法院判定，行政机关与大型示威活动的组织者应当相互合作以保证集会活动的安全进行。组织者的合作态度越强，为禁令辩护时要求提出的风险预判标准就越高。

【673】 最后，法院还宣布，不能仅仅因为有一些人的采取暴力行为的现实风险，甚至当该暴力行为的确已经发生时，就禁止或解散一场集会活动。如果允许在这种情况下就禁止或解散集会，那么任何其他大型集会或示威活动都将面临着被解散的危险，因为几乎可以肯定的是，在大型集会与示威活动场合，至少总会有人利用这些场合实现其非和平目的的企图。大多数和平参加者的集会权依然存在，只有在所有其他手段都失败了，例如预防措施、与组织者的合作、保护集会活动的和平内容部分的联合措施、部署防暴警察等，面对已经确认其级别的风险时，没有办法去保护大多数和平参与者的基本权利，此时政府机关才能以作为最后通牒的方式，禁止整个集会活动。

2.判决概要

(1)公民通过行使集会自由，以积极参与政治意见与意志的形成过程；这项权利是一个民主社会中不可或缺的基本功能元素。无论是立法机关制定限制基本权利的法律条款，还是行政机关和法院在解释和适用该法律条款时，它们都需要考虑到这一自由的重要意义。

¹⁰⁴ 此处的“集会”一词可以同时适用于位于固定场所的集会和行进状态的示威活动。

(2)如果通过以下方式来解释和适用《集会法》中规定户外集会活动的登记，以及解散或禁止这些活动的规定（第14条与第15条），将满足宪法上的要求：

a)强制登记的规定不适用于临时起意的示威活动，存在不遵守强制登记规定的情况不能无条件地成为解散或禁止集会活动的理由。

b)只有在保护同等重要的法律利益、严格满足了比例原则的要求，并通过可以确定的背景情况确认存在对这些法律利益即刻威胁的情况下，才能作出解散或者禁止令。

(3)政府机关受到限制，需要对示威活动以友好的方式行事，认定这些示威活动都是典型的和平大型示威活动，而不能在没有充足理由的情况下，忽视过去的一些已经被证明的行之有效的经验。如果组织者从其立场出发，愿意采取一些建立信任或者采取有利于示威活动进行的合作措施，那么组织者越是这样，政府以公共安全受到的威胁为由干涉示威活动的门槛就越高。

(4)除非有理由相信，整个示威活动都会变得不再和平，或者组织者以及组织者的支持者将促成或者至少放任示威活动和平性质发生变化，那么甚至在预期有个别或者少数参与者会有过激行为的情况下，《基本法》赋予每位公民的对集会和和平参加者的集会自由保护依然存在。在这些情况下，在对整个集会活动发布预防性的禁令前，需要对危机进行满足严格标准的事前评估，并且要穷尽所有可以合理适用的手段，以保证和平的示威者可以行使其基本权利。 【674】

(5)行政法院在提供临时法律救济的程序中，需要在深入分析背景情况的前提下，就已经意识到禁止一场示威活动会对基本权利的行使造成无法弥补的伤害。

.....

第一庭1985年5月14日判决，1 BvR 233, 341/81.

3.案件事实

1981年初，许多公民活动组织号召在1981年2月28日，针对在布诺克多夫建造的一家核电站举行大规模示威活动。在该集会活动甚至还没有登记前，当地县的主管委员就发布了全面禁令，禁止在建设地点周围大约210平方公里的范围内举行集会，并且要求该禁令立即被执行。当地警方据称获得了情报，称在预期将参加该示威活动的5万名示威者中，有很多成员具有暴力目的，他们打算使用武力去占领并破坏建设工地，并且从事其他暴力活动，该禁令就是建立在这一情报的基础上。当示威活动的组织者准备进行登记时，该县的主管委

员就援引了已经被发布的这一示威禁令。一些组织对县主管委员的决定和这一示威禁令提起了诉讼，其中包括向联邦宪政法院提出申诉的申诉人，要求法院恢复诉讼的中止作用。在二审中，吕内堡高等行政法院驳回了当事人的申请。在裁判理由中，法院提出了示威登记超过期限的情况以及预期会发生的破坏活动。作为适当平衡各方利益的结果，法院决定拒绝当事人提出的提供暂时救济的申请。

申诉人提出的针对该禁令被立即执行的情况以及吕内堡高等行政法院判决的宪法诉愿获得了部分成功。

【675】 4.判决理由选译

.....

B.

可以接受被提出的宪法诉愿。

.....

本案涉及的禁止令被立即执行并且得到法院确认的事实，使得申诉人无法在向主管政府当局指明的场所、在计划的时间举行一场被批准的示威活动。在申诉人看来，政府权力机关的这些行为构成了对申诉人获得《基本法》保护的法律地位的侵犯情况。因为涉案行为已经在其他法院被质疑，所有的法律救济手段也已经被穷尽，该宪法诉愿的提出也符合相关诉讼时效的规定（见《基本法》第93.1条第4a项、第94.2条、《联邦宪政法院法》第90条以下各条），提出宪法诉愿的法律条件已经得到了满足。按照本院判例法的规定，不能在主要程序中没有穷尽所有的法律救济途径为由，否定宪法诉愿的可接受性，因为按照《行政法院法》第80.5条的规定，暂时性的救济程序独立于其他的先前程序（更多文献参见BVerfGE 53, 30 [52]; 59, 63 [82]）。

(2)宪法申诉人也不缺乏被要求的法律利益。虽然示威日期已过，该禁令被立即执行的情况已经不再有现实意义，但是这种法律利益不会因此不复存在。按照本院确定的判例法，即使宪法申诉人曾经寻求的救济已经不再有现实意义了，如果具有重要意义的宪法问题将无法得到澄清且被干涉的是一项重要的基本权利，那么申诉人的法律利益依然不受影响地存在（更多文献参见BVerfGE 53, 30 [52]; 59, 63 [82]）。

在前文的讨论中我们已经看到，这些条件已经得到了满足。

虽然申诉人在他们的上诉被驳回后，没有在其主诉事项中提出相应的诉讼请求，但是在申诉人一一的案件中，我们还是可以肯定这一合法利益之存在。因为在计划中的示威日期的前夜，相应的宪法诉愿请求已经被提出，因而从一开

始就不存在什么针对这些宪法诉愿之可接受性的保留意见（参见针对暂时性行政命令的判决，BVerfGE 56, 244 [246]）。

因此，只能通过事后的情势来决定，提供司法救济的法律利益是否已经不复存在。但是在申诉人二的审判程序中，在任何情况下本院都需要考虑与其宪法诉愿相关的救济请求；因此，在有关申诉人一寻求司法救济的法律利益是否继续存在的问题上，本院在分析诉愿是否具有可接受性时，没有理由适用严格审查标准作为前提条件（参见BVerfGE 50, 290 [320]; 62, 117 [144]）。

因此，正如本院已经在前文提及的，既然就宪法审查而言《行政法院法》第80.5条规定的程序必须被认为在法律上独立，而第一位宪法申诉人对澄清如下问题有利益，即宪法在何种情况下允许立即执行针对一场示威活动的禁令，那么虽然当事人在示威日期过去后没有在主诉事项中提出宪法诉愿，这并不必然得出以下结论，即当初存在的司法救济利益已经消失。

【676】

C.

在收到当事人联合上诉后，高等行政法院维持了原审判决，允许立即执行超出行政法院批准范围的示威活动之禁令。各位宪法申诉人针对该事实提出了诉愿，他们的诉愿是具有理由的。《集会法》中受到间接挑战并和受质疑判决相关的规定通过了宪法审查。

I.

有关集会自由的基本权利（《基本法》第8条）是宪法审查的标准。

(1)最初的审判程序中被质疑之措施以及作为这些措施法律基础的立法规定，限制了申诉人从事计划中的示威活动的自由。《基本法》第8条保护这一自由，保护各种集会与游行活动；这些集会与游行活动区别于各种事实上的聚集活动或者大众娱乐活动，前者服务于交流的目的，是集体人格发展的表现形式。这些保护不仅限于那些包含讨论与争论的活动，也包含集体活动的多种表现形式，其中包括非口头的表达形式。具有示威性质的活动也包含在这些表达形式中，集会自由在此将用于对观点采取一些惊人和具有轰动效果的表达方式。因为在最初的审判程序中，没有证据证明需要阻止某些观点的表达——例如在演讲、歌曲或者横幅中的言论，本院在此没有必要证明表达自由的基本权利是否要与《基本法》第8条结合起来适用，以作为宪法审查的标准来判断针对示威活动采取的措施。

(2)《基本法》第8条是一项防卫性权利，并且主要使得那些拥有不同观点的少数人受益；这一条保障那些基本权利享有者的自我决定自由，例如决定一场集会活动的时间、地点、性质和活动的內容，并且禁止政府强迫人们去参与或者不参与某场公开的集会。仅从这一意义上说，在一个自由国家的组织制度

中，基本权利享有特殊的地位。在不需要获得特别许可情况下，就可以自由地与他人集会的权利，这是自由、独立以及负责任的自信公民之象征。不过当适用于政治活动的时候，对自由的保护同时也反映出了一项具有重大意义的基本决定；这一决定的重要意义已经不再仅仅是为了实现人格的充分发展，去阻止政府的蚕食活动。在英美法治文化圈中，集会自由植根于自然法的概念；很早【677】以来，它就被视作是人民主权和公民积极参与政治过程的民主权利的体现（见 Quilisch, *Die demokratische Versammlung*, 1970, pp. 36 et seq.; Schwäble, *Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit*, 1975, pp. 17 et seq.）。

联邦内政部长、警察工会和保护自然环境公民倡议联邦协会也通过各种宣言和声明，强调这一自由的重要性，并且在各种学术文献中得到了一致的肯定。

.....

a)在宪法判例法中，表达自由长期以来被视作一个民主社会不可或缺的具有基本功能的元素，但是直到目前，表达自由还没有处理过集会自由的问题。它被认为是对人类人格最直接的表达方式，也是组成一个自由民主的政府秩序的最重要人权之一；因为这一权利使得理性的不断讨论和观点的不断碰撞成为可能，而这对构造自由民主的政府形式是必不可少的组成元素（参见BVerfGE 7, 198 [208]; 12, 113 [125]; 20, 56 [97]; 42, 163 [169]）。如果将集会自由视作表达观点的集体自由，那么从原则上说不能区别对待两者。人们在行使表达自由时会重视提出理由的活动，但是在一些特定的示威活动中，这种提出理由的活动特征会不大明显，但是这不会影响到示威活动获得平等待遇的地位。通过在完全公开的场合、以亲身在场的方式、不需要借助媒体中介帮助就表达自己的观点，示威者同样以一种直接的方式在发展他们的人格。在最理想的形式中，示威活动是某些信念的集体亲身表达方式。示威活动的参加者一方面可以体会到以共同体的方式，共同肯定他们的信念；另一方面，仅仅是通过他们在这场这一事实、他们参与示威活动的行为方式、示威者相互之间的交流方式以及对示威地点的选择，示威者就可以对外传递出示威活动实际想表达的话语，以及支持他们的观点的证据。这些观点的表达方式有可能会被各种煽动性的目的利用，并以一种有问题的方式情绪化；就像在考虑表达和出版自由时基本上不会考虑这些危险一样，在分析集会自由的问题时也基本上不需要重点考虑这些危险。

b)考虑到民主社会中观点形成过程的独特之处，人们会更加明确集会自由的重要意义。针对德国共产党的判决已经指出，自由民主的秩序建立在一定的政府与社会背景条件的基础上；这些背景条件是在历史演变中发展而来，能够也需要自我革新。这种革新的需要就创造了一种永不会消失的挑战。只有通过

不断的更新决定意志的过程，才可以回应这一挑战。（BVerfGE 5, 85 [197]）。形成这些决定意志的道路被描述成了一种“试错”的过程。通过不断的理性辩论、相互控制与批判，这一过程为寻找到一个（相对）正确的政治路线、国家内部不同政治势力间的平衡，提供了一个最佳的保障机制（BVerfGE 5, 85 [135]，另参见BVerfGE 12, 113 [125]）。在共产党判决之后，有关政党资助的判决就是建立在以上思想基础上；这一判决强调，在民主政体中意志的形成过程应当是从人民流向政府机关，而不是反向流动。公民参与政治意志形成过程的权利不仅体现在选举活动中的投票行为上，还体现对于不断形成各种政治观点的过程，公民同样可以施加自己影响力。在一个民主的国家中，这种政治观点的形成过程必须是自由、开放、不受管控并且从原则上说“无国家”的（BVerfGE 20, 56 [98-99]）。【678】

不同公民参与这一过程的程度是不同的。大型社团、财大气粗的捐款人以及大众媒体会施加引人注目的影响力，而公民相对来说会体会到一种无力感。如果在一个社会中，只有少数人才有直接接触媒体并通过媒体表达自己观点的机会，那么对于个人来说，除了在政党与社团中有组织的参与活动，他们只有通过利用集会自由举行示威活动，才能够施加集体意义上的影响力。能够不受阻碍地行使这一自由之事实一方面可以抵销政治无力感，以及对冷漠政府的危险倾向；另一方面，考虑到在政治意志的形成过程中，只有所有维度都获得了相对发达的发展后，在这一过程中存在的各方政治势力才会达成一个相对正确的结果，以最终服务于获得深思熟虑的公共利益。

此外，在学术文献中，集会活动都被认为是民主开放性的基本组成元素。这种观点是正确的：“它们……为公众影响政治过程、发展多元化的倡议或者替代方案，其中也包括批评与抗议活动提供了可能；它们代表了某种自发的不受限制的直接民主形式，使得政治事业不会堕入按部就班的停滞状态（Hesse, *op. cit.*, p. 157; in agreement Blumenwitz, *op. cit.* [132-133]）。

在代议制民主政体中，公民没有多少直接投票的权利，因而集会自由就具有非常重要的意义，成为了不可或缺的功能元素。此时，即使是对于那些会对所有人都带来重大影响，而且不能因为掌权者的变化就改变的决定，也需要适用多数决原则。另一方面，即使是选举活动中的多数在选举之间的影响力也是非常有限的。特殊的政府机关和具有主导地位的官僚机器行使着政府权力。一般来说，对少数的保护越有效，这些政府机关基于多数决原则作出的决定就合法程度越高。对这些决定的接受程度会受到少数在事先的观点与意志的形成过程中，能否施加足够影响力这一情况之影响（参见BVerfGE 5, 85 [198-199]）。如果代议机关没有发现可能存在的权力滥用和不受欢迎的事态发展情况，或者

【679】它没有及时发现这些情况，或者基于其他的利益考虑而纵容了这些情况的发生，示威性质的抗议活动将显得尤其必要（参见BVerfGE 28, 191 [202]）。各种学术文献正确地描述了代议制政体中集会自由的稳定作用，集会自由让那些心怀芥蒂的人们可以公开地表达他们的想法、抒发他们的不满和批评意见。此时，集会自由会发挥一种政治预警系统必要前提条件的功能，以提示一些潜在的破坏活动、显示整合过程的不足之处，并指出官方政策的可能调整方向（Blanke/Sterzel, op. cit. [69]）。

II.

如果在最初的法庭程序中，在解释和适用涉案的各种《集会法》的规定时，集会自由的基本重要性得到了考虑，那么《集会法》的这些规定就满足了宪法要求。

(1)虽然地位较高，但是集会自由可以获得的保护范围也不是没有保留的。《基本法》第8条只保护“和平与非武装的集会权”（见本判决书III(3) a)以下，官方汇编[Amtliche Sammlung]第359-360页）。第8条还指出，举行这些户外活动的权利可以受到特别法的限制。户外集会活动会接触外部世界，相应地就产生了从组织上和程序上规制这些集会活动的特殊需要，以便一方面为人们行使这些权利创造物理上的条件，另一方面又充分保护各种存在冲突的利益。《基本法》考虑到了这一事实情况。

虽然《魏玛宪法》第123条特别规定，户外集会活动可以“受到帝国法律规定的登记要求之约束，在对公共安全造成即刻的威胁时可被禁止”，《基本法》的规定却较为简单，看起来规定了特别法律规定的限制范围是没有限制的。但是这并不意味着，基本权利的保护能力仅限于立法机关根据其立法内容规定的范围。事实上，正如联邦内政部长正确指出的，相同的逻辑也可以适用在表达自由的场合。根据《基本法》的用语，表达自由会受制于被普适法律规定的限制。但是这些普通法律规定的限制范围不能被普通法任意规定（在这些重要性问题上，可以参见奠基性的判决BVerfGE 7, 198 [207-208]; 另参见BVerfGE 7, 377 [404]）。

在任何情况下，立法机关在规定任何限制措施时，都需要尊重前文提及的《基本法》第8条体现的各种宪法基本决定；只有在保护其他具有同等分量的法律利益并且严格遵守比例原则的情况下，立法机关才可以限制行使集会自由的活动。

当公共权力机关和法院在解释和适用立法机关制定的限制基本权利的法律时，它们同样要适用解释限制表达自由的法律规定时的要求（BVerfGE 7, 198 [208]; 60, 234 [240]; 联邦行政法院关于集会法的判决，BVerwGE 26, 135

[137])。

如果一位示威者行使其基本权利的活动干涉了其他人的法律地位，此时在这一范围内限制集会自由的措施可能是有必要的。在需要干涉的场合，政府机关应当以始终一致的方式来解读限制基本权利的法律，考虑到此项基本权利在一个自由民主的国家中的基本重要意义，并将限制措施限制在保护同等重要的法律利益必要的范围内。如果政府措施超出了法律适用范围，例如通过阻断参加示威活动的路线使得当事人很难参与示威活动，并执行一些繁琐恼人的预防性控制措施，那么各种过度的监视和登记规定就改变了示威活动免受政府规制的属性，这些政府措施都会与前文提出的各种要求更难保持一致（参见 BVerfGE 65, 1 [43]）。

【680】

(2)根据《基本法》第8.2条保留给立法机关的权力，立法机关制定了《集会法》；在该法的各项条款中，只有第14.1条中对强制登记的规定，以及第15条对作出解散和禁止决定的前提条件规定，对此前审判程序中的判决具有相关性。本院不需要审查《集会法》中对登记期限以及提供对活动负责的领导人信息之规定，行政机关和此前的审判法院也不是基于这些法律规定作出决定的。

a)《集会法》第14.1条对于强制登记的规定，在《魏玛宪法》中是被明确认为是对集会自由的一种可被接受的限制。按照联邦行政法院的意见，登记规定通常只构成了对基本权利不大严重的限制方式（BVerwGE 26, 135 [137-138]）。

和绝大多数法学学者一样，联邦最高法院也认为这种规定是与《基本法》相一致的（见联邦最高法院关于刑事事项的判决，BGHSt 23, 46 [58-59]）。再考虑到强制登记的规定存在例外情况，违反强制登记的规定也不会自动为禁令或者解散一场集会活动的决定提供理由，因此本院也能支持该观点。

强制登记的规定只适用于户外的集会活动，因为考虑到这些户外集会活动对其集会周边环境的影响，需要对集会活动采取一些特殊措施。登记时，登记人需要向政府机关提供一些细节信息；这些信息的目的是为了政府机关可以计划交通管制和其他措施，一方面以保证集会活动遭遇尽可能少的干扰，另一方面又可以充分考虑到他人和社区的利益，并尽可能将两者调和起来（见 Bundestag document 8/1845, p. 10）。按照普遍的观点，对于临时起意的示威活动，因为它是在特定的时间基于特殊原因发生，这些示威活动不受及时登记要求的限制（例如参见 BVerwGE 26, 135 [138]；巴伐利亚州最高法院，[Bayerisches Oberstes Landesgericht - BayObLG], NJW 1970, p. 479; Dietel/Gintzel, op. cit., marginal notes 23 on s. 1 and marginal note 18 et seq. on s. 14 of the Assembly Act; Herzog, op. cit., marginal notes 48, 82 and 95 on Article 8 of

the Basic Law; v. Münch, op. cit., marginal note 10 on Article 8 of the Basic Law; Hoffmann-Riem, op. cit., marginal note 47 on Article 8 of the Basic Law; Frowein, op. cit. [1085-1086]; Ossenbühl, op. cit. [65 et seq.]; P. Schneider, op. cit. [264-265]）。

【681】 这些临时起意的示威活动获得的保护包含于《基本法》第8条规定的各种保护中；如果适用规制集会的法律规定会使得一场临时起意的示威活动无法实现其示威目的，那么这些法律规定将不适用。按照《基本法》第8条第1款的规定，集会自由原则上“不需要事先的通知与批准”，因此尽管临时起意的示威活动没有满足这些法律规定，但是人们依然有理由承认这些示威活动。虽然按照第2款的规定，如果集会是在户外举行的话，制定法自然可以对这些集会活动作出一些限制性规定，但是这些限制性规定不能将第一款包含的对某些特定集会活动的保护置于一边；这些保护使得这些特定的集会活动在前述条件下，可以免除强制登记的要求。

对集会活动的管制要求必须考虑到集会自由的基本重要性。在特定的情况下，甚至要对这些自由作出让步。对临时起意的示威活动的特殊评价就是建立在这一事实的基础上。是基本权利而非《集会法》保护着集会和游行活动的可被允许性，集会法只是规定了一些必要的限制措施。因此，如果没有满足强制登记的要求，并不会自动带来禁止或者解散一场活动的后果——得出这一结论也是逻辑上前后一致的。需要注意的是，如果“推动”了一次没有登记的集会活动，任何活动的组织者或者领导者都将会承担刑事责任（《集会法》第26条）。但是《集会法》第15.2条仅仅是规定，如果一场户外集会活动没有登记的话，那么主管当局“可以”解散活动。如果作为可能的强制手段，预防性的禁令会比法律中明确规定的解散命令更人性化，那么联邦内政部长也会在这种更人性化的范围内选择预防性的禁令。不过在任何情况下，作出解散和禁令都不是主管机关的法律义务；相反，法律只是授权主管机关在考虑到集会自由的普遍重要性时，如果作出进一步干涉的前提条件已经成立，则可进行干涉。如果发生没有登记以及随之而来的信息不全的情况，只是进一步便利了这些干涉决定的作出。

因为强制登记的规定存在着例外，没有满足强制登记的要求也不会自动导致解散或者禁止活动的情况；当有关登记义务的规定是建立在对公共利益的重视基础上时，人们很难想象，在通常情况下登记义务会具有不成比例的重要意义。对于大规模的示威活动是否具有一些特殊情况以及这种特殊情况的存在程度，就像在分析临时起意的示威活动时的情况一样，对这些问题之考虑会对人们的判断产生一定的影响，本判决在其他部分也讨论了这些问题（见本判决

III.2部分以下，官方汇编[Amtliche Sammlung]第357页以下）。

b) 《集会法》第15条规定，相关主管机关可以要求集会活动满足某些条件，或者“在发布命令的时候，相应的背景环境表明，如果举行该集会或者游行活动会对公共安全和秩序造成即刻威胁”，主管机关即可禁止或者解散一场集会活动。如果以符合宪法要求的方式来解释，《集会法》的第15条也可以通过宪法审查。

申诉人和保护自然环境公民倡议联邦协会质疑政府可以干涉的前提条件不明确，即“对公共安全或者秩序的威胁”。在他们眼中，由于这些决定是由基层行政机关或现场执法的警察做出的，这就使得这些对干涉的前提条件之规定更加有问题。对于《集会法》的这些用语，正如联邦内政部长正确地指出的，在此期间《警察法》对其内涵作出了足够明确的阐述（例如参见Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8th ed, 1977, vol. 2, pp. 117-118 and 130-131）。

【682】

按照警察法的规定，“公共安全”一词包含了对一些核心法律利益的保护，例如生命、健康、自由、荣誉、个人财产以及法律秩序和政府组织机构的完整性；如果存在对这些法律利益需要负刑事责任的侵犯行为，那么一般就可以认定已经构成了对公共安全的威胁。按照通行的社会和伦理观念，在特定的社会生活领域人们要和谐相处，就需要满足一些前提条件，其中包括遵守一些不成文的规则，而“公共秩序”就是对这些不成文规则的整体体现。

然而，这些定义本身不能保证这些法律会以符合《基本法》的方式得到适用。对于宪法审查来说，有两个非常重要的限制条件，法律本身也规定了这两个条件及其相应的法律后果，即禁止和解散集会的命令从本质上说是要服务于重要的法律利益，且不能仅仅是因为会对公共秩序造成一定危险就发布这些命令。

禁止和解散命令只能是最后的手段。在发布这些命令时，需要满足一些前提条件，如需要借助特定条件的一些更人性化的手段已经被穷尽（见BVerwGE 64, 55）。此项要求是建立在比例原则的基础上的。这种要求不仅限制了选择手段时的裁量自由，还限制了主管机关作出决定时的裁量权。只有在需要保护其他具有同等价值的法律利益，考虑了集会自由的重要性，并对这两者作出权衡之后，才可以要求获得基本权利保护的集会自由作出让步。因此，不是说任何一项利益都可以随时为限制此项自由的措施辩护；其他人通常需要忍受规模庞大的人群在行使自己的基本权利时必然会造成的不便，而且这种不便在不危及活动目的时是必然会存在的。因为一般来说，示威者和其他交通活动在规定了一定条件的情况下，可以同时使用相应的道路，因而只考虑到交通问题就禁止示威活动的作法，一般都被排除出了考虑范围。

只有当示威活动对公共安全或者公安秩序造成了“即刻威胁”的情况下，

才可以禁止或者解散这些示威活动，政府机关对示威活动的干涉权也受到了该事实的限制。相对于普通治安法律的规定，即刻性的要求也代表了对干涉前提条件提出的更强限制性要求。在任何场合，人们都有必要评估相应的危险。需要明确的是，在进行这种评估时总会牵扯到对可能性的判断，但是最终作出的对可能性的判断的基础依据可以也必须公开。法律相应地也规定，这一判断需要建立在“可识别的环境”的基础上，即这一判断需要建立在对背景条件、事实和其他细节的基础上，只是一些猜测或者推断是不够的。考虑到集会自由的基本重要性，如果政府机关打算发布一项预防性禁令，那么它在评估危险时的门槛就不能太低，因为如果事态发展显示此前对危险的评估是错误的话，还总是存在着解散集会的可能性。此外，专业法院会首先判断什么样的要求是恰当（例如参见Dietel/Gintzel, op. cit., marginal note 12 on s. 15 of the Assembly Act with reference to BVerwGE 45, 51 [61]；与此不同的观点，见Ott, op. cit., marginal note 5 on s. 15 of the Assembly Act and Werbke, NJW 1970, p. 1 [2]；类似的观点见布莱梅高等行政法院（*Oberverwaltungsgericht*），DÖV 1972, p. 101 (102)；萨尔州高等行政法院，DÖV 1973, p. 863 [864]；以及1978年法律修改委员会的报告[*Bericht des Rechtsausschusses zur Gesetzesnovelle*] 1978, Bundestag document 8/1845, p. 11）。

《基本法》很难在脱离具体情境的情况下规定这些判断标准，例如在大众示威活动中，作出判断需要根据示威活动组织者在活动准备阶段表现出的配合态度，以及究竟是第三方还是一小部分人对破坏活动心存担忧等情况（见本判决书第III.1以及3.III以下部分对此的论述；官方汇编第355页及以下，第359-360页）。

总之，如果《集会法》第15条的解释和适用方式是保证发布禁止或者解散集会的命令之目的是为了为了保护相同重要的法律利益，因而符合比例原则的要求，并且从显明的背景环境中可以识别出对这些法律利益的即刻威胁，那么这一条都将符合《基本法》第8条的要求。

III.

如果前文讨论的规制集会活动法律也适用于大众示威活动，没有什么宪法理由对这些法律提出质疑。不过在适用这些法律规定的时候，人们同样有必要借助于实践中获得的各种经验的指引，以利用这些获得检验的经验来保护这些示威活动可以和平进行。

(1)根据在最初的审判程序中获得的对过去经验的报告以及斯图加特对话的结果（见本判决书前文A.I.2部分，官方汇编第319-320页），像1979年戈勒本大游行、1981年波恩争取和平示威活动、1983年南德人链接力活动等，这些活动

的经验都表明各种背景环境条件都可以有助于和平示威活动的产生。除了要对法律问题作出及时的澄清，这些经验也表明，示威活动的双方都需要避免一些具有挑衅意味或者煽动性的举动。示威活动的组织者需要向示威活动的参加者施加影响，鼓励示威者以和平方式行事，并将那些暴力活动分子隔绝开来。政府机关则需要保持克制、避免作出过激反应，在某些情况下还建立一些没有警察介入的地区。在此基础上，双方尤其要保持及时的沟通，以使得相方可以互相熟悉、交换信息；如有可能的话，更要在相互信任的基础构建合作基础，为应对不可预见的冲突场景创造有利的管理措施。

按照警察工会的意见，就像涉及其他获得《基本法》保护的地位崇高的基本权利的案件一样，有关《基本法》第8条的各种宪法判决指明了政府机关的一种义务。此种义务的目的是为了让集会和游行活动可以顺利举行，保护人们在行使自己的基本权利时可以免遭第三方的破坏和骚扰。在此，本院还没有必要决定，如果将过去应对各种示威活动的经验考虑在内，是否即足以从政府的这些保护职责中推导出该义务。不过在任何情况下，人们都需要注意最近作出的各种具有判例法地位的宪法判决；按照这些判决的观点，基本权利不仅会影响到实体法律的形成，还会成为各种组织和程序手段的本质属性的标杆，这些手段的目的是促进对基本权利之保护。在此基础上，基本权利对既有的程序性规定的适用方式也具有指导标准的作用，使得这些程序规定也会以促进基本权利保护的方式被执行（见BVerfGE 53, 30 [pp. 65-66 and 72-73]中提到的各种佐证材料；在该判决之后作出的判决参见，BVerfGE 56, 216 [236] and 65, 76 [94]; 63, 131 [143]; 65, 1 [44, 49]）。

【684】

这一判例法也可以适用于集会自由，尤其考虑到该基本权利对各种规制国家程序和组织事务的法律有着实质性影响力，便更是如此。没有什么理由反对此适用效力。作为一项自由，它本身没有对集会和游行活动的实质形式给出定义，而是将其留给集会和游行活动的组织者自行决定。而且这些对活动形式的要求仅限于举行这些集会与游行活动在组织上的前提条件。政府机关需要考虑以往的一些大型和平示威活动，将其视作模范以吸取经验，并以有利于示威活动的方式来对待示威活动；在没有充足理由的情况下，不能忽视过去的积极经验。对政府机关的这些要求反映出在程序法的层面上，也存在实现该自由的各种权利之努力。政府机关不仅要考虑这些经验，还要实际去运用这些经验；从宪法上，也可以证明政府机关有这样的义务，因为事实证明这是相对于禁止或者解散更人性化的决定方式。政府机关越是以这种方式认真支持大众示威活动的和平进行，接下来在其他努力都无效的情况下作出禁止或者解散示威活动的命令时，就越有可能通过行政法院的审查。

在面对国家机关时，前文提及的各种程序法上的要求不能过于扩张，以至使得警察预防危险的职责特征发生本质改变，或者无法使用一些更灵活的执法手段。与此类似，甚至更重要的是，对于示威活动的组织者和参与者提出的要求，不可以扭曲示威活动从原则上免受国家干涉和规制的特征，或者掏空示威活动组织者自行决定示威活动性质和内容的权利内涵。如果示威活动的组织者或参加者只是被要求不作出一些非法举动，或者将对他人利益造成的损害降低到最低程度，那就不属于这种情况。行政机关的这一义务直接来自于对基本权利的保护，以及该权利与其他当事人的基本权利应当和谐相处的需要。因为在行使此项基本权利时会影响到更大的社区的利益，当大众示威活动对这些利益造成了不利影响时，示威活动的发起人也应当分担部分责任；在这种情况下，对示威活动进一步规定程序法上的义务也是合理的。然而，只有立法机关才能在其权力的具体范围和限制中，以特别法的方式对这些义务给出明确的定义以限制基本权利；与此同时，还需要在普通法的层面上考虑到前述的各种经验。

【685】甚至在立法者没有给出这一明确定义时，示威活动的组织者和参加者完全可以借助过去的可行经验为大众示威活动主动提供一些建议。在行政实践和法院的裁判过程中，出于宪法理由应当始终鼓励赞扬这样的主动性；当一场大众示威活动获得登记后，示威活动的组织者越是准备好了主动采取各种建立信任的措施，甚至以一种有利于示威活动的合作方式行事，那么政府机关以对公共安全或者秩序的威胁为由介入干涉的门槛就越高。

(2)与保护自然环境公民倡议联邦协会的看法不同，《基本法》没有规定大众示威活动可以像临时起意的示威活动一样，免除《集会法》第14条的登记要求。

.....

因为这些大型活动的组织者众多，因而将《集会法》第14条与第15.2条结合起来解读，我们有理由认为，个别组织或者个人无法承担起登记该活动的责任，这种解读与《基本法》的要求相吻合。即使有关登记与组织的责任只在比较小的范围内被分配，表现出对话或接受责任的意愿范围也很有限，但是在考虑没有及时登记时将要面临处罚措施时，人们也需要考虑到对这两个条文的解读结果。如果不存在某位对整个示威活动可以承担责任的登记人，那么在发生破坏活动时，就像在临时起意的示威活动的场合，如果政府机关已经在其权力范围内尽其所能履行了各种程序义务，例如表现出公正合作的态度以促成示威活动的和平进行，那么政府机关介入干涉的门槛就会变低。

(3)尤其是在大众示威活动的情况下，按照《集会法》第15条的规定，当个人或者一小部分人的行为对公共生活造成了扰乱，其对公共安全和秩序带来的

即刻威胁是否可以为禁止或者解散一场示威活动提供理由？在处理此类案件中，就像本案在先的审判程序一样，人们经常会面临这一问题。

a) 《基本法》仅仅保障“和平与非武装的集会权利”。《圣保罗教堂宪法》和《魏玛宪法》中都已经包含了这些对集会和平性的要求，它体现了集会自由法律本质的题中应有之意，因为集会自由被认为是展开理性辩论并对政治意志的形成过程施加影响力之手段（见联邦最高法院判决 [*Bundesgerichtshof - BGH*], NJW 1972, p. 1571 [1573]）。

在先前的审判程序中涉及的示威活动的确导致了一些暴力活动，但是这种情况并没有要求人们必须在可接受的影响形式和违法的行为方式间划出一条更明确的界线。在任何情况下，某位当事人对其他个人或者财产采取的暴力活动都属于违法情形。为了保护弱者的利益，在扬弃了中世纪暴力政府形式后，国家垄断掌握了暴力之使用，以保护地位相对弱势的少数群体的利益，坚持避免此类暴力活动之产生。防止暴力的发生也是兑现对集会自由保障的前提条件，因为集会自由在自由民主政体是积极参与政治过程的一种手段，魏玛共和时期的街头战斗经历也证实了这一点，而防止暴力发生的手段就会涉及一些限制自由的举措。如果存在暴力冲突，示威者最终需要服从政府执法力量的要求，结果就会无法充分实现自己的集会目的；考虑到这种不利的结局，人们更有理由要求示威者们去采取和平的示威方式。

【686】

b) 如果大众示威活动中，人们预料到活动的组织者和追随者很有可能在计划从事暴力活动，或者至少容忍其他人从事暴力活动，那么针对该集会活动发布禁止令在宪法层面上不会引发太大问题。由于这些示威活动已经不再和平，从一开始此类示威活动就不在《基本法》第8条的保护范围内，解散或者禁止此类示威活动也不能被解读成违反基本权利的情况。相反，如果示威活动的组织者和追随者举止和平，破坏只是由外人（针锋相对的示威活动、破坏群体）造成的，那么涉及的法律背景环境也很明晰。学术文献在涉及此类问题时，都正确地要求政府机关采取的行为，应当直接针对那些造成破坏的当事人；只有在存在着治安紧急状态这种特殊场合，才可以针对整个集会活动采取措施（*Hoffmann-Riem*, op. cit., marginal notes 23 and 53 on Article 8 of the Basic Law; *Dietel/Gintzel*, op. cit., marginal note 14 on s. 15 of the Assembly Act; see *v. Münch*, op. cit., marginal note 39 on Article 8 of the Basic Law; *Drosdzol*, *Grundprobleme des Demonstrationsrechts*, JuS 1983, p. 409 [414]; *Frowein*, op. cit. [1084]）。

如果人们不担心存在整体上的不和平状况，也就是说，如果不认为示威活动会从整体上转变为具有暴力性或者破坏性（见《集会法》第13.1条第2项），或示威活动的组织者及其追随者（见《集会法》第5条第3项）在促进或者容忍这种转向的发生，那么和平示威者的集会自由还是可以享受《基本法》赋予每

位公民的保障，即使个别或者一小部分示威者的确有这些破坏行为（见v. Münch, op. cit., marginal note 18 on Article 8 of the Basic Law; Herzog, op. cit., marginal notes 59 and 60, 89 and 90 on Article 8 of the Basic Law; Hoffmann-Riem, op. cit., marginal note 23 on Article 8 of the Basic Law; Blanke/Sterzel, op. cit. [76]; Schwäble, op. cit., pp. 229 and 234; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 6th ed., 1983, marginal note 4 on Article 8）。

如果个别人的破坏活动就可以取缔整个示威活动，而不只是剥夺这些暴力行动者可以通过基本权利获得的保护，这就可以让这些个别人“颠覆”整个示威活动，以非法方式反对其他示威参与者的意志（见前引萨尔州高等行政法院的判决，DÖV 1973, p. 863 [864-865]）；实际上，这样一来，任何示威活动都有可能被禁止，因为总是有可能在部分参加者的身上找到一些从事破坏活动的意图“证据”。

【687】 《基本法》第8条的保护依然有效，这一事实会影响到那些限制《基本法》的法律规定（关于部分非和平的示威活动涉及的刑事法律和刑事责任之讨论，可以参见BGHSt 32, 165 [169]; BGHZ 89, 383 [395]; 另见欧洲人权委员会的决定，EuGRZ 1981, p. 216 [217]）。

对基本权利的保护可以通过制定特别法进行限制，而且这些保护也不会阻止政府机关发布一些限制性措施，甚至可以根据《集会法》第15条之规定，为了保护公共安全禁止整个示威活动。然而，更可取的方式是在事后考虑解散示威活动，因为这样一来，就不会从一开始就剥夺那些和平的示威参加者行使基本权利的机会，并让示威活动组织者承担主要责任，以隔绝那些不守规矩的参加者。只有在非常严格的情况下，才可以按照《集会法》第15条的规定，出于对少部分人的过度暴力倾向的担忧，才可以在符合《基本法》的情况下针对整个活动发布具有预防性的禁令，因为政府机关有义务按照相应的程序法要求保护集会自由得到最大程度之实现。条件是存在着非常高的发生危险之可能（见萨尔州高等行政法院判决，DÖV 1973, p. 863 [864]; 巴伐利亚州行政法院，DÖV 1979, p. 569 [570]; 类似的观点见Schwäble, op. cit., p. 229 and Drosdzol, op. cit. [415]），并且为了保证和平示威者可以行使自己的基本权利已经穷尽了所有合理的可行手段（例如将禁令在特定的地理范围内）。尤其需要注意的是，针对整个示威活动的禁令必须是别无选择的结果，因为更人性化的与和平示威者合作以防止危险发生的各种手段已经失败，或者因为示威者的自身原因使得双方无法展开合作。如果特定情境之存在需要针对一场示威活动发布全面禁令，那么在一场大众示威活动中，对于那些基本上态度和乎的示威者，一般来说需要提前告知这一非同寻常且严厉的措施，以便为这些示威者留下足够时间，来讨论各种被担忧的危险以及可以采取的恰当应对措施……

九、结社 / 集体谈判 / 劳动者抗争活动的自由 ——《基本法》第8条

“短时工作补助案” 《劳动促进法》第116条 BVerfGE 92, 365

1. 译者注解

【688】

《基本法》第9条保护的结社自由具有两个基本组成元素。第一个元素是第9.1条为德国公民提供的普通结社自由，即组建商业和非商业社团，并通过这些社团采取行动的自由。第9.2条则为禁止和解散一些从事刑事犯罪活动或者旨在破坏宪法秩序的社团提供了宪法依据。¹⁰⁵

第二个元素是《基本法》第9.3条规定的特别权利，以组成保护和改进工作与生活条件之社团，即组建工会以及补充性的雇主社团的权利。《基本法》第9.3条不仅保护组建工会和雇主社团并通过这些社团行动的权利，而且还为这些社团保留了协商谈判企业劳资合同的权利。政府规定工作条件的作用也随之被削减，仅限于在所有的经济部门间规定相应的工作条件。从原则上说，政府无权规制通常包含在企业劳资协议中的事项。如果立法规定了冻结或者增加工资的内容，那么这样的规定违宪。¹⁰⁶

在本书此处讨论的案件中，宪法法院维持了一项立法修正案，它使得那些受到罢工活动间接影响的雇员更难获得联邦劳动署提供的失业补助，或者说被称之为“短时工作补助”的补助。近年来，德国的一些工会开始采取新的罢工策略；他们以最小规模的罢工活动瞄准了供应链上一些薄弱环节，使得许多行业陷入瘫痪。这一新策略产生了新问题。没有参与罢工的雇员也会受到该策略的

¹⁰⁵ 《基本法》第9.2条不适用于政党，因为《基本法》第21.2条是针对政党的一个特别条款。至于第9.2条是否适用于宗教社团，这个问题存在着争议。直到2001年，《社团法》都将宗教社团排除出了其适用范围。但是在经历2001年9月11日的恐怖袭击之后，立法决定取消这一豁免。不过对于某些组织，普通法律也没有处理对这些组织适用宪法规范的问题。许多人认为，《基本法》第4条有关宗教自由的规定属于针对宗教社团的特别条款。当然，这并不意味着，宗教社团从事犯罪活动可以免受规制，而只是如果这些社团的确具有宗教性质，那么在不说明取缔的细节问题以作为法律依据的话，就不可以取缔。

¹⁰⁶ 参见BVerfGE 94, 268 (284-5)，德语版网址<http://www.servat.unibe.ch/fallrecht/bv094268.html>。

间接影响，在缺乏产品供给的情况下被解雇或者只能从事短时工作，因此相应地可以申请失业补助。新的立法限制了获得这些补助的可能性，规定联邦劳动局有义务在这些劳资纠纷中保持中立，不得间接资助工会的罢工活动。法院认为新立法的理由位于立法者的裁量范围内，因为没有证据显示，它提高了人们获得社会福利难度的立法，破坏工会与雇主协会关系中的实力平衡，因而不会侵犯这些社团受到保护的谈判企业集体劳资协议的权利。

【689】

2. 判决概要

(1) 《劳动促进法》第116.3条第1句与《基本法》相符。如果该法律规定导致了不同当事方在谈判集体劳资协议时的制度性不平衡，使得关于雇佣和经济生活条件的平等协商已经不再可能进行，而判例法并不允许这种不平衡存在的话，那么立法机关必须采取措施以保证劳资谈判的自治性。

(2) 对于存在利益冲突关系不同当事方，它们组建社团的自由这种基本权利需要由法律制度来规制。此时，立法机关具有很宽广的操作空间。集体劳资协议的各当事方间的平等地位是否受到了损害？法律修改对于这种力量平衡会有怎样的后果？在这些问题上，立法机关具有判断特权。

第一庭基于1995年4月4日的口头听证，在1995年7月4日作出的判决；1 BvF 2/86 and 1, 2, 3 and 4/87 and 1 BvR 1421/86.

3. 案件事实

本案中提请联邦宪法法院司法审查并成为宪法诉愿对象的法律条款，规定了因为劳动者抗争活动引发的替代收入利益（通常被称为短时工作补助）问题。这些劳动者的抗争活动与限制在部分地区的劳动争议有关。在其他也存在着集体劳资协议地区的相同工业部门中，那些暂时失业的雇员也可以获得这些利益。

《劳动促进法》第116.3条规定，如果评估显示，这些雇员的需要在类型和范围上有相似性，相应的劳动者抗争活动的结果也很有可能会扩散到这些雇员所在的地区，那么这些利益将被暂停发放（参与原则）。《劳动促进法》第116条以及相应的补充性的程序规则包括被组建的“中立委员会”，它们都起源于1986年5月15日对《劳动促进法》的修正案，即《中立法》（《联邦法律公报》[*Bundesgesetzblatt - BGBl.*] I, p. 740）。《中立法》的立法缘起是立法机关认定，过去的法律安排让那些没有卷入劳资争议的地区可以不中断地享受短时工作补助的利益，这是对联邦劳动署在劳资争议中应当持有的中立立场之破坏。

一些州政府和联邦议院中社会民主党党团的一些成员对这些规定提出了抽象性审查申请。在审查这些申请的过程中，联邦宪政法院认定这些被质疑的法律规定符合《基本法》，并在其判决书中说明了理由。联邦宪政法院驳回了冶金工业工会直接针对《劳动促进法》第116条提出的宪法诉愿。【690】

4.判决理由选译

.....

C.

规范审查和宪法诉愿都不成立。被提请审查的法律条款目前在任何方面都没有侵犯申诉人的结社自由，该条款也与《基本法》相一致；但是只有在该条款以符合《基本法》的方式被解读的情况下，才可以适用这一判决结果。

I.

《中立法》修改了《劳动促进法》第116.3条第1句第2项，被修改后的条款与《基本法》第9.3条不抵触。这一条款的确限制了工会的结社自由，但已考虑立法机关规制权力的宪法限制。

(1) a) 《基本法》第9.3条规定的基本权利首先是一种自由权。它保障了个人组建社团的自由，目的是使得个人可以改善个人劳动和经济条件，并以集体行动的方式实现之。从原则上说，牵涉其中的各方当事人应当免受政府影响、独立、自决地实现其目的。然而，社团本身追求《基本法》第9.3条包含的各种目的之权利也应当获得保护，其中包括建立具有特别属性的社团的权利（参见BVerfGE 50, 290 [367]以及其他注释）。《基本法》第9.3条原则上将选择手段的自由交给了社团本身，由其来决定实现这些目的的恰当手段。这一基本权利也保护为缔结集体劳资协议时采取的劳动者抗争活动，将其视作这些社团的活动。在这些活动对保护集体劳资谈判自治制度的运作是必要的范围内，社团自由会把这些活动涵盖在内（参见BVerfGE 84, 212 [224-225]）。这些活动也包括罢工活动（参见BVerfGE 88, 103 [114]）。

b)在处理存在利益冲突的两方关系时，需要借助法律制度来规制结社自由的基本权利。集体劳资协议谈判的双方都将获得《基本法》第9.3条的平等保护，尽管双方以互相冲突的方式行使自己的权利。当双方为了解决相互之间存在的利益冲突而采取手段，并对对方甚至普通公众造成实质影响时，它们还可以获得保护以免受政府的影响。为了使得双方的基本权利在面对两者的利益冲突时尚能共存，来自《基本法》的保护需要从规则层面上进行协调。在双方会使用一些具有冲突性手段的情况下，人们就需要事先建立一种法律框架，以保【691】

证该自由的目的能够得以实现，这项自由也能够和谐地镶嵌入宪法秩序中。¹⁰⁷

在创造这一法律框架时，立法机关享有着宽松的操作空间。《基本法》没有从细节上规定，立法机关应当怎样从基本权利上定义这两种相互对立的法律地位。《基本法》也没有要求双方博弈的环境应当最优化。当背景环境发生变化时，《基本法》原则上允许集体劳资协议的争议双方自行选择它们将采取的博弈手段，以利与对方保持平等地位，并获得公平的集体劳资协议结果。与此同时，出于公共利益要求或为了恢复两者之间的平等地位，《基本法》也不禁止立法机关调整和修正解决劳动争议的整体制度框架（参见BVerfGE 84, 212 [228-229]）。

c) 《基本法》第9.3条的客观内容定义了立法机关权力的边界。在集体劳资协议领域，各当事方从原则上有权以集体劳资协议的方式，自行决定其事务安排，并免受政府的影响（参见BVerfGE 50, 290 [367]）。这种自治功能不应被损害。社团应当能够实现它们获得宪法承认的各种目的，即保护并改善其成员的工作和经济条件，尤其是以缔结集体劳资协议的方式实现这些目的。作为个人的雇员处于制度上的弱势地位，集体劳资协议制度的设计目的就是在缔结劳动协议的过程中通过集体行动来提高雇员的地位，使得在谈判确定工资和劳动条件的过程中，各方的利益能够获得公正的平衡。只有在集体劳资协议谈判的双方力量对比存在着大致的平衡即平等状态时，才有可能保证集体劳资协议制度自治功能之存续（参见BVerfGE 84, 212 [229]）。

如果某项法律规定的存在使得集体劳资协议的一方参与谈判的能力不再获得保护，其中包括有效推动劳动争议活动的能力，并且当这一方作为社团的活动范围也被过度限制，以至超出了保护双方基本权利平等地位要作出平衡的程度，那么该法律规定就与《基本法》第9.3条存在着抵触（参见BVerfGE 84, 212 [228-229]）。

从《基本法》第9.3条中，推导不出评估集体劳资协议双方的力量是否处于平衡状态的具体标准。劳动法领域的专业文献对这些标准的细节问题存在着严重分歧。在关于劳动争议的判例法中，联邦劳动法院考虑了对立双方在谈判制定集体劳资协议时的谈判能力差异，以及这种差异会怎样受到博弈手段的影响（联邦劳动法院关于《基本法》第9条劳动争议问题的第64号工作文件）。

这种立场有很好的支持理由。它使得各专业法院可以基于比例原则，在处理存在争议的劳动者抗争活动案件时发展出恰当的标准。基于宪法理由，对此提不出什么保留意见（参见BVerfGE 84, 212 [229] et seq.）。但是立法机关在规

¹⁰⁷ BVerfGE 88, 103 (115).

制结社自由时却不会受到这种立场的限制。立法机关可以规定其他规则，以防止集体劳资协议的一方在谈判缔结集体劳资协议的过程中具有不平衡的优势地位。只有当这些规则从一开始就不可能实现这一平衡目的时，立法机关的手段才是违宪的。

但是对于那些不是因为制度结构原因，而且因为社团内部缺陷形成的不平等状况，立法机关没有义务去纠正这些不平等。一个社团的内部组织程度、其吸引和动员成员的能力以及其他因素，都位于立法机关的责任范围之外。立法机关没有义务保证，那些能力弱的社团在协商集体劳资协议的过程中有能力主张其意愿。

d)某条法律规定是否剥夺了工会组织有效从事劳动者抗争活动的的能力？对这一问题的回答需要留给立法机关的裁量判断。在劳资争议中，一个雇员社团采取抗争活动的的能力取决于错综复杂的因素，其实际作用在个案中是很难评估判断的。面对情势的变化，一个工会组织会如何利用特殊的抗争手段调整自身，该工会组织这样做的可能性也很难被确定清楚。在这种情况下，立法机关有政治责任对相关因素作出正确的认识与评估。联邦宪政法院不能用自己的判断来代表立法机关的判断。只有存在明确的证据证明，一项制定法中包含着错误的判断，或者受质疑的措施从一开始就破坏了各方力量平衡，或者强化了既有的不平衡状态，这一制定法才是违宪的。

e)对于自己制定的规则，立法机关最初可能认为不会引发什么不同意见，但是事态的发展却有可能显示这种判断是错误的。最初看起来合情合理的假设会被其后的事态发展推翻，曾经看起来理由充分的对因果关系之预期也许会落空。例如一项规则最初看起来可以是宪法允许的，事后却可能对劳资协议制度的自治功能形成持续的干扰。如果有证据表明，结构上的不平衡状态已经形成，使得双方无法再以平等的地位谈判工作与经济条件，而且这些不平衡无法在判例法建立的制度框架内获得补偿，那么面对此情此景，事态的发展就需要获得纠正。此时，立法机关有义务采取措施去保护结社自由（参见BVerfGE 25, 1 [13]; 49, 89 [130]; 50, 290 [335]）。

【693】

(2)按照前述标准，在本案中被质疑的制定法可以通过宪法审查。

a)立法机关选择的规制原则与《基本法》第9.3条相一致。

立法机关通过了本案中的制定法，这是因为它认为，支付短时工作补助的作法会构成在劳资争议中有利于工会的干涉行为，相应地以不公平的方式强化了工会组织的地位。当一些雇员身处受到劳资争议影响的地区以外的地点时，如果这些雇员有可能从其期待的劳资争议处理结果中获益，向这些雇员支付短时工作补助，这种作法被认为会损害联邦劳动署的中立性。修改制定法的思想

是，如果有些雇员本人没有卷入一项劳资争议活动，但是在该争议中，这些雇员与那些参与罢工活动的雇员在取得成功的罢工结果时的利益是（几乎）相同的，因为这些没有卷入罢工活动的雇员也会从罢工成功中获益，那么前一类雇员也要承担收入下降的风险。这种考虑在宪法上没有什么问题。当一些雇员的利益与他们那些直接卷入劳动争议的同事的利益重叠时，是否存在参与其中的情况是决定究竟是由失业保险制度，还是由雇员本身来承担失业风险的显而易见的判断标准。以利益重合为由暂停发放短时失业补助，这是很正常的做法。

b)冶金工业行业的生产综合化程度非常高，在某个地区的罢工活动会对其他地区的生产活动造成实质性的冲击；本案中的申诉人很有可能非常容易就做到这一点，本案中的立法机关也是基于这一假设采取了行动。申诉人没有对该假设提出不同意见，发生在1984年的劳动争议活动也肯定了这一点。如果某次劳动争议活动的确是以这种方式进行的话，这会在雇主一方形成非常强的压力。受到其他地区罢工活动远程影响的雇主因为生产的停滞，将面临着经济上的压力；这些雇主和雇主协会就会尝试说服那些受到罢工活动直接影响的雇主和雇主协会，作出妥协和让步。当雇员面对被“雪藏”的境地时，他们会对工会形成内部压力；短时工作补助会减轻工会面对的这种压力，对此效果的看法也是合理的。

c)基于劳动法院针对工资收入下降风险的判例法，社会法院的判例法在解读《劳动促进法》第116条原来的版本时，已经改变了劳资双方的平等地位——对于立法机关作出的这种价值判断，提不出什么反对意见。立法机关具有保护公共利益的政治责任，它基于各方面的复杂事实作出这一判断时也是履行其政治职责的表现。

没有充足的证据表明，被审查的法律规定会损害集体劳资谈判制度的自治功能，因此申诉人和申请人没有理由提出宪法上的反对意见。

【694】

aa)如果这种损害的确存在的话，它最有可能会从对申诉人从事此类劳动争议活动能力的影响上表现出来，人们也一般认为申诉人的这种能力的确最有可能被该制定法影响。申诉人长期以来都在各种各样的地区发起各类集体劳资争议活动，而且按照它自己的说法，它一直是以本案中涉及的方式从事此类争议活动，对此人们也看不出什么矛盾之处。面对着冶金行业生产活动的高度综合化程度，在一个地区之外的发生的工人行动经常会干扰本地的生产活动。

现实清楚地证明，通过在发生劳资争议以外的地区主张从原则上说具有本质差异的要求，申诉人可以避免短时工作补助被停发情况的发生。申诉人提出，在像联邦德国这种经济活动存在着高度同质性的地区中，在不同的集体劳资谈判地区，针对报酬与工作时间问题几乎是不可能提出什么具有本质差异的

不同要求，申诉人提交的请求类别情况也证实了这种现象的存在。

最后，被审查的制定法限制了申诉人采用各种抗争手段的能力，这一点也是很明确的。1994/95年间发生在巴伐利亚州的集体劳资争议尤其证明了这种现象的存在。申诉人有选择地攻击那些制造终端产品的企业，这些企业相应地在技术层面上只是比较有限地与其他企业整合。事态发展证明，申诉人是被迫采取这种抗争策略，以规避该制定法的法律后果，以及来自于其他地区的社团组织内部的压力，这一点甚至连雇主单位们都不否认。因为雇员的生计依赖于稳定的收入来源，因而在没有支持的情况下，在一个时间跨度较长的劳资争议事件中，雇员很难坚持下来。对申诉人来说，对整个德国范围内受到罢工活动间接影响的社团成员提供罢工补助，这显然是一个极大的负担。

总之，被质疑的制定法限制了申诉人从事劳资争议活动的能力。人们无法忽视这一事实的存在。申诉人不仅被阻止采取一种具有强制力的罢工战略，其目的是通过在其他地区选择性地引发停产后果，以对申诉人所在地区的雇主施加压力。相反，面对该制定法的规定，罢工者需要将劳资争议活动的影响限制在他们采取活动的地区，否则在其他地区的雇员就会承受这些争议活动远程影响的全部压力；在没有短时工资补助支撑的情况下，后一类雇员坚持不了多久。该制定法声称其目的是为了阻止代理罢工现象的发生，但是根据以上分析，这一法律规定的效果已经不仅限于此了：如果工会希望将其发动的工人行动之范围限制在存在劳动争议的地区，那么工会采取此类行动时的能力也会受到极大的限制。从该法律的实践效果来看，当一个企业的生产活动与其他地区相同工业部门整合在一起时，如果在其他地区中也存在着集体劳资协议，工会已经无法再针对本地区的企业发动罢工活动了。

【695】

bb)虽然存在着对申诉人从事劳资争议活动能力的限制，但是本院没有发现对集体劳资谈判制度自治功能的违宪干涉情况。

.....

cc)另一方面，本次劳资争议也揭示出集体劳资谈判制度自治功能面临着进一步被削弱的风险。如果被雇主停工，发生在其他地区的失业现象会严重削弱申诉人采取具有强制手段的能力。申诉人提出，这种对其不利的后果几乎是注定会发生的，因为如果那些没有参与罢工活动的企业与其他地区的冶金行业存在着高度的整合度，那么只有这些企业才有可能面临被停工的命运。不论如何，雇主自身总能够通过有选择地封锁部分企业的做法，故意引发其他地区的远程影响效应。假定立法确实会造成中止相应雇员的短时工作补助之后果，如果雇主确实以这种方式解决争议，那么立法将在事实上破坏劳资双方的平等地位。

然而，这些风险的存在并没有达到可以否定被质疑的制定法的合宪性的程度。而且目前人们也不确定，雇主是否的确会采取这种封锁策略，以通过这种远程影响效应，在劳资争议中制造劳资双方在集体谈判过程中结构上的不平等地位。如果雇主在其他地区也引发了生产停滞现象，雇主本身也会面临着内部压力。雇主之间的团结将因此会受到冲击，而且因为雇主本身相互之间存在着竞争关系，这已经削弱了雇主之间的团结。而且在劳资争议过程中因为这些行为引发的法律问题也没有被充分澄清。冶金工业联合会的代表（德国冶金与电力工业各地区雇主协会联合组织）以及联邦劳动部长都提到，联邦劳动法院处理工人行动的判例法讨论了防御性封锁活动的比例原则问题。到目前为止，联邦劳动法院在处理此类劳资争议问题时只考虑了封锁决定，且没有考虑受到间接影响的雇员（见联邦劳动法院关于《基本法》第9条有关劳动争议的工作文件第64号与第84号）。然而，这些与劳资争议相关的判例法涉及的还是针对工作行动的《劳动促进法》第116条的老版本。联邦劳动法院当时作出这些判决时假定，短时劳动补助在那些没有受到劳资争议影响地区还可以有规律地发放。然而，虽然当时的联邦劳动法院认为防御性封锁行为不会不成比例地限制雇员的抗争能力，但是按照新法的规定，这些封锁行为还是会对这些抗争行为产生间接的限制性影响。而且联邦劳动法院也一直没有机会在雇员受到封锁活动的远程影响而无法工作的案件中，处理《劳动促进法》第116.3条的适用问题。【696】在本案中被质疑的法律条款也没有区分罢工和封锁活动的间接效应，但是人们无法排除需要对两者之间的区分作出解释的情况。如果在劳资争议中，雇主会形成不成比例的结构上的优势地位，那么人们就可以要求保证集体劳资谈判制度的自治功能不被破坏。

因此，无论是从事实上还是法律上说，本院无法确定，被质疑的制定法规定是否会在未来的劳资争议中，对集体劳资谈判双方的博弈能力造成不平衡的情况，使得双方无法再在一个大致平等的地位上协商。如果这种不平衡状况的确发生了，人们可以要求立法机关采取措施去保证集体劳资谈判的自治性。但是如果这种不平衡状况没有发生，那么根据《基本法》第9.3条的精神来解释和适用相关法律就是法院应当做的事了。

II.

《劳动促进法》第116.3条第2句第2项规定，如果根据集体劳资谈判中一方的行为，以及双方追求的集体谈判协议的目的，可以认定一方当事人已经提出了自己的诉求，那么就可以从法律上认定这一诉求已被提出。根据本判决书接下来的理由，《劳动促进法》的这些规定与《基本法》第9.3条是相一致的。

(1)在保护社团的自我决定权时，结社自由将保护社团的自我组织形式、决

定的作出程序以及处理各种事务的活动（BVerfGE 50, 290 [373-374]）。政府必须为社团提供恰当的法律制度手段，以使得社团有充分的采取法律行动以享受这些保护的可能性。这些要求不仅适用于社团的内部组织结构，也适用于社团的外部行动能力。与此同时，政府只有在保护其他人的基本权利或者受宪法保护的法律利益时，才能对社团的自我决定权规定一些限制措施。

(2)在《劳动促进法》第116.3条第1句的含义范围内，如果该制定法条款的目的是禁止一方以权利滥用的方式阻止另一方提出自己的诉求，这种制定法的规定并没有侵蚀社团的自我决定权。

但是任何对《劳动促进法》第116.3条超出这些要求范围之外的解释都会侵蚀社团的自我决定权，并相应地属于违宪的情况。

.....

【697】

III.

修改后的《劳动促进法》第116.3条没有违反《基本法》第14.1条。即使该条款的确侵蚀了获得保护的财产权，这种侵蚀现象的产生也具有理由。

(1)《基本法》第14.1条保护的财产权同样包括社会保障利益方面的权利，这些权利从本质上说是服务于权利人私人目的排他性权利。如果这些社会保障利益来自于被保障人具有实质意义的缴纳活动，并且具有保障被保障人生计的作用，那么被保障人对这些社会保障利益的权利可以享受与财产权相同的保护（参见BVerfGE 53, 257 [289] et seq.; 72, 9 [18-19]; 74, 203 [213]）。如果雇员在法定等待期内通过缴纳保障金已经获得了充分的保障权，那么这些权利也包含在任何情况下获得失业补助的权利（BVerfGE 72, 9 [18-19]）。

任何基于失业保险获得的进一步权利是否也在财产权的保护范围内？联邦宪政法院的判例法还没有澄清这一疑问。《劳动促进法》第116.3条第1句主要考虑了短时工作补助问题，尤其存在疑问的是短时工作补助是否可以为被保障人用于私人目的。在被保障人因为工作时间缩短时出现了收入下降的情况时，短时工作补助将维持被保障人的生计，它建立在被保障人缴费情况的基础上。但是与失业补助不同，短时工作补助不需要直到等待期的结束。而且短时工作补助的主要目的是帮助受工作时间缩短影响的企业留住那些有工作经验的员工。因此，在短时间的失业情境中，短时失业补助的权利不是自动被适用的。实践中，只有在雇主或者雇员代表而非雇员宣布的停止工作的情境中，才可以利用短时失业补助（《劳动促进法》第72.1条）。虽然是由缴纳的费用来支撑，短时失业补助却代表着基于团结原则的补助，对雇主与雇员都有利。

(2)短时工作补助中包含的哪些权利应当被视作受到保护的财产权？在此我们不需要对这一问题给出定论。即使短时工作补助中包括的一些权利的确属于

应当获得保护的财产权，在本案中被质疑的制定法也没有以一种违宪的方式侵蚀这些权利。

新法案究竟是以被保险人的损失为代价，破坏了过去法律制度并有可能侵蚀了被保险人受到保护的保险利益，还是只是澄清了《劳动促进法》1969年版本已经期待追求的立法目的？在此我们也不需要回答这个问题。申诉人提出，自己的保险利益范围缩小了，但是立法机关追求的立法目的可以为这种利益减损提供辩护理由。

《劳动促进法》第116.3条第1句的目的是为了在劳资争议中保持联邦劳动署的中立性。这是一个正当的理由。如果立法机关担心，在支付短时工作补助时，联邦劳动署的这种中立性将不复存在，那么从宪法上说，人们找不到什么理由对立法机关可能存在的这种担忧提出反对意见。我们可以通过对《基本法》第9.3条的评论，来证明这种观点的合理性。

【698】 在存在远程影响效应的劳资争议中，从保证联邦劳动署的中立性之目的出发，该制定法也是合适的。为了实现该立法目的而制定的各种分类标准将被补助人分成了不同的类别，参与的概念也使得这些分类成为可能。目前人们也无法找到效果相同但是更少侵蚀雇员保险利益的其他手段。

从狭义上说，对雇员保险利益的侵蚀效果也不属于不成比例的情况。一方面，被保险人出于私人目的利用保险利益的范围是非常有限的，被侵蚀的也正是这种非常有限的权利。在此基础上，该制定法的目的是在发生劳资争议时，激励工会——或许也包括雇主——以能够防止在其他地区带来工作时间缩短情况发生的方式行事。而且只有那些会从成功的劳资争议解决结果中分享利益的雇员，才会面临其相应权利被侵蚀的局面。

另一方面，保护联邦劳动署的中立性是一个非常重要的目的，立法机关有权将对这一目的考虑置于其他权利之上。

IV.

该制定法没有违反一般平等原则条款（《基本法》第3.1条）。在因为罢工而导致生产停滞的情况下，人们的确可以肯定，在那些没有卷入劳资争议的地区中，相对于那些没有卷入争议的行业工作的雇员，在其他地区发生劳资争议的行业工作的雇员会受到不平等对待。但是这种不平等对待具有客观上的理由。

(1)根据具体情境下规制措施涉及的领域以及不同情况的不同特征，从简单的禁止任意处置到需要严格满足比例原则的要求，立法机关受到一般平等原则的约束程度将表现出不同的要求。这种立法机关享有宽松程度不同的处理空

间，也通过宪法审查过程中不同的控制强度表现出来（见BVerfGE 88, 87 [96 et seq.]）。因此，在此我们适用了相对更严格的审查标准。被质疑的制定法导致了对不同类别群体的区别对待，这些不同群体的成员事实上是无法回避不平等的法律后果的。

(2)因此，针对在相同工业部门中工作的雇员的暂停性条款是恰当的。

.....

“取缔违法社团案”

BVerfG 13.7.2018, 1 BvR 1474/12,

http://www.bverfg.de/e/rs20180713_1bvr147412en.html

1.译者注解

《基本法》第9.1、9.2条处理了社团自由问题，即人民将自己组织起来以追求他们自己定义的目标。¹⁰⁸《基本法》中的结社自由还以另外两种更特别的形式表现出来。《基本法》9.3条处理了形成“联盟”的自由，即从事集体劳资谈判的自由（见本章接下来的部分）。《基本法》第21条专门处理了政党的问题，将其视作一种在联邦共和国的民主过程中具有特殊责任的社团。对于普通社团和政党来说，有一个都需要考虑的问题是，如果这些社团被发现在追求一些违宪的目标时，国家是否可以干涉这些社团的活动，以至禁止和解散这些社团。虽然标准有些许不同，《基本法》第9.2条和21.2条都承认了这种可能性。两个条款规定的标准都非常严格，涉及政党问题的标准更严格。本书接下来讨论的几个案例涉及三种非常不同的社团。第一个案例涉及对一个以“国际人道主义救援组织”的形式运作的社团，第二个与“支持国内政治犯及其家人组织”有关，第三个则涉及对地狱天使摩托车俱乐部法兰克福分会的禁令。【699】

《基本法》第9.1条是一个只有德国公民才能享受《基本法》保护其权利的例子。非德国公民无法获得该规则的保护，只能诉诸于《基本法》第2.1条，以一项附属兜底权利的方式获得保护。不过《公法社团法》同样规制了结社自由，¹⁰⁹该法没有将结社自由的权利主体限于德国公民。非德国公民同样可以享受结社自由，但是这种自由基本上只是一种来自于制定法的权利。德国公民可

¹⁰⁸ BVerfG, 12.7.2017, 1 BvR 2222/12, http://www.bverfg.de/e/rs20170712_1bvr222212.html, para. 78（判决书仅有德文版）。

¹⁰⁹ 《公法社团法》，德语版见 <https://www.gesetze-im-internet.de/vereinsg/BJNR005930964.html>（最后访问于2019年10月21日）。

以进一步获得来自于《基本法》的保护，相应的具有对抗制定法修改的效果。

《基本法》第9.2条的规定具有一定的误导性。从文字上看，它似乎表示违宪的社团几乎会自动从法律上被取缔。¹¹⁰但事实并非如此。取缔社团的决定需要通过行政行为作出，该行政行为受到《结社法》第3条（及其下条款）的规制，这些条款进一步规定了可以根据《基本法》第9.2条的规定作出取缔决定的理由，而《基本法》第9.2条规定，如果社团“违反刑事法律”、“反对宪法秩序”或者“国际民族间互相理解之观念”，《基本法》就允许取缔这样的社团。¹¹¹与政党不同，取缔社团不是宪政法院的特权。¹¹²不过如果相关政府机关作出了判定某一社团违宪的宣告，相应的案件以某种方式触发了宪政法院的审查权，那么宪政法院有权审理相应的宪法诉愿。宪政法院在解释这些标准时的态度是非常慎重的。¹¹³

2. 判决概要

(1)《基本法》第9.1条保护社团的组建与存续。《基本法》9.2条在表达了多元主义思想的同时，也反映了自卫宪法民主的思想，并相应地对社团自由设定了界限。

(2)任何对结社自由的干涉需要符合比例原则的要求。如果满足了《基本法》第9.2条禁止性规定的要求，那么社团必须被取缔；然而，为了保护《基本法》第9.2条特别说明的法律利益，如果存在着限制性更小但是同样有效的手段时，应当优先利用这些手段。

(3)应严格解释依据《基本法》第9.2条的规定去取缔一个社团的权力。

a.如果一个社团的目标或者活动在本质上是在煽动、鼓励或者帮助其成员或者第三方去从事刑事犯罪活动，或者通过支持性活动使得这些犯罪活动得以实现，或者以明显的方式从事这些犯罪活动，这样的社团就满足了《基本法》第9.2条第1项的取缔要求。

¹¹⁰本条款的英文版是“shall be prohibited”（应被取缔），https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0057（最后访问于2019年10月21日），德文版则是“sind verboten”（被取缔）。

¹¹¹《结社法》第3.2条规定了可以做出取缔决定的相关政府机关。对于在整个国家范围内活动的社团，有权做出取缔决定的政府机关是联邦内政部。州需要对在其管辖范围内活动的社团指定一个相应有权做出取缔决定的州政府机关。

¹¹²BVerfG, 13.7.2018, 1 BvR 1474/12, http://www.bverfg.de/e/rs20180713_1bvr147412en.html, para. 122.

¹¹³Id. at paras. 105-114; 125 et seq.

b.如果一个社团公开采取针对宪法原则的积极敌对立场以反对宪法秩序，这样的社团就满足了《基本法》第9.2条第2项的取缔要求。

c.如果一个社团积极倡导和煽动暴力活动，或者有其他类似的严重违反国际法的行径，例如在国际关系或者不同民族不同群体之间的恐怖主义活动，这样的社团就满足了《基本法》第9.2条第3项的取缔要求。如果一个社团支持第三方的活动，这种支持行为从客观上看会严重损害国际生活中不同民族之间相互理解之观念，而且该社团知道这一事实的存在，或者至少赞同这一事实，那么这样的社团同样满足了被取缔的要求。但是在这一领域，不能因为在存在危机之地区的人道主义救援行动，也许会有间接的促进恐怖主义活动之效果，就以取缔社团的方式禁止任何形式的人道主义救援行动之决定。【701】

(4)如果根据《基本法》第9.2条作出的取缔社团之决定会触及受基本权利保护的行为，或者损害其他基本权利，在分析对《基本法》第9.1条的各种干涉措施的理由时，需要将这些基本权利考虑在内。取缔社团时不能否定其他基本自由的保护内容，不得歧视特定的政治观点。

3.案件事实

从第69/2018号判决新闻报道稿中摘录：

基于《结社法》，本案中涉及的三个社团遭到取缔。“国际人道主义救援组织”被控以输送财政捐助的方式，间接支持了某恐怖组织，相应地属于积极反对国际生活中不同民族之间相互理解思想的情况。“支持国内政治犯及其家人组织”被控鼓励在其社团杂志上，鼓励被监禁的右翼极端主义分子，以其立场来反对德意志联邦共和国的宪法秩序，因此属于积极且有敌意地反对宪法秩序并违反刑事法律的情况。地狱天使摩托车俱乐部法兰克福分会被指控支持其成员从事的犯罪活动。当联邦内政部和黑森州内政部对这三家社团作出了取缔决定后，这三家社团在行政法院寻求法律救济的努力无果。它们的宪法诉愿直接针对的是取缔决定以及行政法院的判决，间接针对的是《结社法》中允许取缔这些社团的条款。

.....

4.判决理由选译

I.

(1)在德国宪法制度中，“组建社团或各种组织”的权利最先由魏玛宪法确定。魏玛宪法第124.1条第1句保护所有德国人基于任何目的的此项权利，第130.2条对公务员的此项权利、第137.2条对于宗教目的、第159条对于工会又提

【702】 供了特别保护。在魏玛宪法中没有对政党的特殊规定，这一点是与目前《基本法》第21条的规定不同的。与此同时，立法机关本身被授权去决定结社自由的范围；立法机关的决定最终表现为以刑事法律的形式针对社团问题作出了规定，以满足宪法对结社自由限制的要求。在魏玛共和时期存在着许多攻击政治家的现象，尤其是对瓦尔特·拉特瑙、马蒂亚斯·埃茨贝格尔的暗杀事件，为了应对这种现象，在1929年以前，根据1922年7月21日颁布的《保卫共和法》，许多社团因为试图破坏帝国或者一个州的共和政府的形式而被取缔。1922年以保护共和国为己任的国事法院成立，但国事法院通常会以严格的方式解释取缔规定；例如为了证明一项取缔决定的合理性，国事法院会要求已经存在着事先计划且系统化的活动……其后，在许多场合许多社团因为帝国总统颁布的紧急状态令，按照魏玛宪法第48.2条的规定被取缔，或者至少被置于监视状态下。当时，州在是否取缔社团的问题上负有主要责任，同时也具有裁量权，这一事实对于魏玛共和具有决定性的影响。在一个州被取缔的社团可以转移到其他州继续存在，而且取缔社团的决定也会面临各种特殊的政治压力；这两种情况的存在，最终使得那些明确针对积极反对民主制的社团之努力无法实现其目的…… [2]

(2)1946年巴伐利亚自由共和国宪法（GVBl, p. 333）在《基本法》颁布以前就生效实施，该州宪法第114.2条同样将取缔社团的决定权留给了相应的政府机关。解读该条款将得出的一个结论是，针对社团的决定只能以取缔的形式作出。因为“按照该条款的规定，只能适用最严格的手段，即使那些限制性不那么强的手段也可以成功，甚至更成功”，这就会带来问题。（比较 Nawiasky/Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, p. 129, 原文引用的是德语版。） [3]

(3)与魏玛宪法不同，《基本法》第9.1条第一次以不提及制定法规定的方式对结社自由提供了保护。在此基础上，工会自由（《基本法》第9.3条）、政党自由（《基本法》第21条）、宗教组织自由（《基本法》第140条并结合魏玛宪法第137.2条）都在《基本法》中获得了明确的规定。《基本法》第9.2条现在为在整个德国范围内取缔社团提出了一个统一的法律制度框架。 [4]

《基本法》第9.2条的取缔条款不是在制宪国会（Parlamentarischer Rat）的审议过程中经过细致审议或者实质讨论的话题。海伦基姆湖的制宪会议采纳了关于基本政策问题的第一委员会的建议案，该建议案在设计结社自由权的“同时，禁止具有非法目标和不道德目的，以及危及民主制和国家间的互相理解之活动。”（Der Parlamentarische Rat 1948-1949, vol. 5/I, p. 25）贝格施特雷瑟是制宪国会对该问题的报告人，他提交的草案也成为了审议对象的组成部分。按

照该草案，如果某些社团“从事非法活动，反对民主制或者国家间的互相理解，或者不反对使用武力以实现自己的目标”，这样的社团将被取缔。（Der Parlamentarische Rat 1948-1949, vol. 5/I, p. 25）。特别需要注意的是，关于基本政策问题的委员会还提议，可以根据一个社团的目标和活动作出取缔决定。【703】

（Der Parlamentarische Rat 1948-1949, vol. 5/II, pp. 685, 703 and 704）最终人们接受了《基本法》第9.2条的以下版本，并且适用至今：“如果社团的目的或行动违反了刑事法律、反对宪法秩序或国际生活中不同人民之间相互理解之观念，那么该社团应被取缔。” [5]

a)在《基本法》实施的最初岁月中，人们假定一旦满足了《基本法》第9.2条规定的取缔要求，取缔社团的决定就能够立即生效（参见《联邦众议院文件》，*Bundestagsdrucksacke - BTDrucks 4/430*, p. 12）。最开始的时候，法院对于认定取缔理由成立的门槛是比较低的（参见联邦行政法院判决BVerwGE 1, 184）。但是在1956年，联邦行政法院作出判决，要求只有在政府机关已经确定《基本法》第9.2条的要求被满足后，相关社团才可以被取缔（BVerwGE 4, 188）。1964年《结社法》生效，它从此为取缔决定提供了制定法上的基础。该法的目的之一是为政府机关取缔社团提供程序规定（参见BTDrucks 4/430, pp. 8 and 9），并相应地使得调控社团问题的法律能够与《基本法》、联邦行政法院的判例法以及其他变化和发展保持一致。 [6]

b)为了应对2001年9月11日发生的恐怖袭击活动，2001年12月4日通过了《结社法》的第一条修正案（《联邦法律公报》，*Bundesgesetzblatt - BGBl I*, p. 3319）。它将取缔社团的规定扩大适用于宗教社团，取消了所谓的“宗教特权”（参见BTDrucks 14/7026, p. 6）。2001年以来，被取缔的社团数量出现了明显上升，已经超过了60个。这一数量比在1964年《社团法》颁布实施到2001年9月11日间取缔的社团数量总量都多。 [7]

(4)1964年8月5日通过，目前在2017年3月10日适用的《社团法》版本，为取缔社团提供了制定法上的基础。它的立法目的是为了执行《基本法》第9.2条的规定……按照该法第1.1条的规定，该法的目的是在保护结社自由的同时，防止结社自由的滥用，以维护公共安全和秩序（《结社法》第1.2条）。按照《结社法》第3条的规定，“只有在有权作出取缔决定的政府机关通过命令认定，社团的目标或者活动违反刑事法律，或直接反对宪法秩序，或反对国际间相互理解之观念，该社团才可以被视作（《基本法》第9.2条）规定的被取缔社团。有权发布取缔命令的机关也必须作出解散该社团的决定（取缔）。” [8]

a)根据第3.1条第1句前半句的规定作出的取缔某社团的命令，已经认定作出取缔决定的前提条件获得了满足，并且已经命令解散该社团。接下来，该社

团能够做的只有在法院程序中尝试撤销该取缔命令…… [9]

……

【704】 C.

宪法诉愿成立。 [96]

I.

(1)《基本法》第9.1条规定的结社自由保护个人联合起来并以社团方式存续存在的权利（参见BVerfGE 13, 174 <175>; 84, 372 <378>），因此也保障由个人倡议并独立于国家的社会组织自由建立之原则（参见BVerfGE 146, 164 <193 and 194, para. 78>; BVerfGE 38, 281 <302 and 303>; 80, 244 <252 and 253>）。一个社团的法律能力依赖于立法机关规定的某些特征，但是这种能力对宪法来说是没有相关性的（参见BVerfGE 13, 174 <175>; 84, 372 <378>）。然而，《基本法》赋予特殊地位的某些社团享受着特殊的宪法保护，例如政党和宗教组织（参见BVerfGE 107, 339 <358>; 144, 20 <194 para. 512>）。 [97]

无论是对其成员还是社团本身来说，《基本法》第9.1条规定的基本权利都包含着建立社团，并对社团内部组织结构、决策程序及其管理方式的自我决定自由之保护（参见BVerfGE 50, 290 <354>），即建立并以其选择的组织方式存续之权利（参见BVerfGE 13, 174 <175>; 80, 244 <253>）。与此形成对照，不在《基本法》第9.1条保护范围内的与社团组建和存续有关的活动，将无法获得《基本法》第9.1条的保护（参见BVerfGE 70, 1 <25>）。相反，这些保护将落在相应的其他基本权利和类似保障的保护范围内。组建社团之事实不会扩大成员在其个人活动中可以享受的基本权利的保护范围（参见BVerfGE 54, 237 <251>），但是在社团内活动的事实也不会降低这些成员个人可以获得的基本权利保护之范围。如果一个社团的活动处于其他基本权利的保护范围内，从原则上说，任何对这些活动的干涉都需要以这些基本权利为标准作出权衡；但是即使在影响到其他基本权利的情况下，取缔社团的决定也可以适用《基本法》第9.2条的特别规定…… [98]

(2)对结社自由的干涉应当根据比例原则被权衡。制宪机关明确表示将取缔决定作为《基本法》第9.2条规定的最有限制性的手段。 [99]

a)在《基本法》第9.2条中，制宪机关（参见……前注第5段）从一开始就没有限制社团自由的保护范围（联邦行政法院也依然是采用这一思想，参见BVerwGE 134, 275 <306 and 307>, para. 86）；相反，它只是对社团存续这项集体权利根据《基本法》第9.1条的规定规定了一项明确的限制（参见BVerfGE 80, 244 <253>; 另见BVerfGE 30, 227 <243>; 84, 372 <379>……）。在这一方面，《基本法》在基本权利问题上的用语与州宪法的用语是不同的，后者只保

护社团从事宪法保护的自由（莱茵兰—法耳茨宪法第13.1条，VOBl p. 209；前巴登州宪法第19.1条，1947年5月18日版）。与这些条款不同，《基本法》第9.2条尤其是作为《基本法》第9条一个特殊的分段，与本条规定保护范围的其他内容不同；它规定了何时可以从整体上取缔一个社团，即在何种场合对一个社团基本权利最严厉的干涉可以在宪法上有理由。 [100]

【705】

即使考虑到根据《基本法》第9.2条的规定存在着限制结社自由之可能，结社自由依然是一项获得保护的自由。人们应当基于当时极权体制的兴起这一历史背景分析取缔条款（参见BVerfGE 5, 85 <138>; paras. 2 et seq. above）。这是对“宪法秩序的预防性保护”机制（Stern, Staatsrecht, vol. 1, 2nd ed. 1984, p. 183。判决书中引用了德文原版）。从这一方面说，《基本法》第9.2条、第21.2条和第18条，都是《基本法》致力于“自卫民主”思想的体现（参见BVerfGE 5, 85 <139>; 25, 88 <100>; 80, 244 <253>）。因此，《基本法》没有对取缔一个社团的决定规定任何裁量权……如果一个社团被认定已经满足了《基本法》第9.2条规定的各种取缔要求中的一项，该社团就必须被取缔。当时的制宪机关没有对法律后果规定不同程度的情况。这一观点也得到了该条款制定历史的肯定。从这一方面说，该条款与魏玛共和时期被适用的规定不同（见本判决书第2段以上的部分），但是与《基本法》第21.2条关于政党取缔的规定类似，尽管其中存在着是否需要启动取缔程序的问题（参见BVerfGE 144, 20 <231 and 232, paras. 600 and 601>; 关于不同之处，参见<228 and 229, para. 595>）。制宪国会决定根据《基本法》第9.2条作出的取缔决定不具有裁量性，这种规定是与1946年12月2日巴伐利亚自由共和国宪法第114.2条的规定不同的，而后者是先于《基本法》出台的。《基本法》中的强制性取缔规定也考虑到，有必要预防出于政治偏见行使取缔权力的情况发生。从这一意义上说，《基本法》第9.2条是多元主义与自卫宪法民主共存的表现。 [101]

b) 取缔社团就像其他任何对社团基本权利的干涉一样，需要受到比例原则之约束。比例原则来源于法治的要求，它在支持获得基本权利保护的自由之同时，限制政府机关的行为。比例原则要求，为了调和正当的公共利益的需求，在针对社团时应当采取限制性最小但是同样有效之手段（类似的观点参见BVerwGE 61, 218 <220 et seq.>，例外情况见BVerwGE 134, 275 <306 et seq.>, paras. 86 and 87; 参见BVerwGE 153, 211 <232 and 233>, 48, 49及进一步的注解）。《基本法》第9.2条也不排除相对于取缔措施限制性更小的其他干涉措施，例如禁止社团的某些活动，或者直接针对个别成员之措施…… [102]

在实现《基本法》第9.2条中取缔条款服务的目的时，只有在其他限制性更小且同样有效的手段无法充分实现这一目的时，才可以采取最严重的干涉形式

【706】 并作出取缔社团之决定。因此，一个社团尤其不能因为其成员的孤立活动而被取缔；相反，这些活动应当具有定义社团的作用，并且可以被归因于社团。社团的机关本身、社团的大部分成员或者受到社团控制的第三方这三者的活动越没有达到取缔的要求，就越需要确定，该社团意识到、批准并且支持了这些活动（参见联邦行政法院2004年12月3日的判决，6 A 10.02, paras. 62 et seq.），而且此时只有通过取缔该社团才能实现《基本法》第9.2条的目标。从这一意义上说，《基本法》第9.2条的取缔规定是比例原则之体现，而非比例原则之例外。 [103]

(3)《基本法》第9.2条规定，作为对结社自由的限制，当一个社团直接反对或者破坏以下具有重大意义的法律利益时，即可取缔该社团：刑事法律、宪法秩序以及国际生活中不同人民之间相互理解之观念。只有这些得到明确规定的情况，才可以为对社团的基本权利最严重的干涉方式提供理由；按照比例原则的要求，取缔决定必须是在经过严格分析后还是必要的。如果与某个社团有关的活动直接反对《基本法》第9.2条保护的利益，但是这些活动只发生在过去，并且是孤立的个案，那么不能因为这些活动的存在，就断定该社团在追求着受禁的目标。相反，取缔社团的目的是为了预防将来破坏受到保护的利益的情况发生，尤其是预防那些来自社团组织本身的破坏活动，此时的社团将表现为追求着共同目的的一群人（参见BVerfGE 80, 244 <253>）。基于这些考虑，《基本法》第9.2条规定的取缔社团之权力也应当获得严格解释。 [104]

a)按照《基本法》第9.2条第1项的规定，如果一个社团的目标或者活动违反刑事法律，就有理由取缔这一社团。这些刑事法律只涵盖了一些具有普遍适用的可被处罚的行为。在此我们不会考虑专门针对社团的刑事法律规定，否则结社自由将最终受制于立法机关的裁量权……取缔决定同样不能以治安违法行为为基础。 [105]

如果一个社团的领导机关、成员甚至是第三方的活动违反刑事法律，而且这些违法行为可以归因于社团，例如因为这些违法当事人可以代表社团而且该社团至少批准了这些活动，或者该社团有意煽动、鼓励、帮助或者促使这些刑事违法活动的实现，那么该社团的目标或者活动将违反刑事法律的规定。如果一个社团在事后赞同或者推广此类活动，因此表现出对此类活动的认同态度，或者虽然在最初的情况下只有部分活动与刑法相抵触，但是在该社团的有意支持下，这些刑事违法行为一直持续存在，那么将同样存在着刑事违法情况。然而，作为宪法秩序中一项独立的预防机制，取缔社团的决定不会受到刑事定罪决定的约束（参见BVerwGE 80, 299 <305 and 306>; BVerwGE 134, 275 <280, 281>, paras. 17 and 18）。此时，一项从刑法上说具有可惩罚性的行为应当是在

一个社团的组织内部策划和从事的，即该组织带上了强烈的刑事违法色彩，因而在作出取缔社团的决定时，针对单个刑事违法活动作出的决定将无法满足比例原则的要求（见前案判决书第102、103段）。如果只是个别社团成员的活动针对着这些被保护的法律利益，或者社团主要从事的依然是合法的目的，那么就不属于可被取缔的情况。 [106] 【707】

b)按照《基本法》第9.2条第2项的规定，如果一个社团反对宪法秩序，就有理由取缔之。与《基本法》第18条和第21.2条规定的“自由民主的基本秩序”类似（参见BVerfGE 144, 20 <202 et seq., paras. 529 et seq.>），“宪法秩序”这一受到保护的法律利益涵盖了宪法的各项基本原则，即《基本法》第1条规定人的尊严、民主制原则以及法治国家原则（参见BVerwGE 134, 275 <292 and 293>, para. 44其中更多文献）。 [107]

按照《基本法》第9.2条的规定，一个社团必须是“直接针对”这些基本原则。如果一个社团只是针对这些原则提出了一些批评或者反对意见，或者倡议建立其他秩序，这些情况的存在还不足以构成取缔该社团的理由。再考虑到《基本法》第5条（表达自由）与第3.3条第1句（禁止歧视）的规定，《基本法》第9.2条不禁止特定的意识形态或者世界观，也不针对特定的政治立场和信仰（参见BVerfGE 124, 300 <333>，关于取缔政党的问题，参见BVerfGE 144, 20 <224 para. 585>）。因此，散布反对宪法的思想或者特定政治观点的行为依然位于自由的政治讨论的范围内（参见BVerfGE 5, 85 <141>）。正如《基本法》在保护言论自由甚至是敌人的言论自由时（BVerfGE 124, 300 <330>），它信赖的是自由的公共讨论的力量，当《基本法》保护结社自由时，它信赖的是存续于社会生活之中的组织自由，以及在自由与开放的政治讨论过程中公民参与的力量（参见BVerfGE 124, 300 <320 and 321>）。因此，为了证明取缔决定的合理性，该社团是否具有积极的敌对立场并对宪法的各项基本秩序表现出露骨的反态度，是至关重要的决策因素（参见BVerfGE 124, 300 <330>）。该条款的制定史也肯定了这一观点。当时的制宪国会尤其注意到，该条款针对的是那些破坏民主制或者不放弃暴力的社团（见本判决书前文第5段）。 [108]

与此相反，一个取缔决定也可以在某个社团对自由民主的基本秩序造成特定的威胁前（关于政党取缔中的类似问题，参见BVerfGE 144, 20 <199 para. 522; 223 para. 581>），或者在对宪法的基本原则造成实际损害前就被考虑。

《基本法》第21.2条要求证明一个政党“正致力于”破坏自由民主的基本秩序。与《基本法》第21.2条的用语不同，对《基本法》第9.2条来说，如果一个社团的“有针对性”地反对宪法秩序，取缔的理由就成立了（参见BVerfGE 144, 20 <228 para. 595>）。海伦基姆湖制宪会议根据不莱梅自由汉莎市宪法的

相应规定，建议在《基本法》第9.2条中也加入“危及”的字样，但是制宪国会特意拒绝了制宪会议的这一建议（Der Parlamentarische Rat 1948-1949, vol. 2, p. 581）。相反，通过第9.2条的规定方式，制宪机关选择了对宪法秩序的预防性保护机制，以表现出宪法投身于自卫民主的态度（参见BVerfGE 80, 244 <253>）。因此，取缔社团的权力使得人们可以在为时已晚之前，就反击某些组织……与政党的情况不同，取缔社团的决定既不取决于各种可能性，即不需要已经存在具有实质意义且有份量的证据表明这些社团的破坏活动有可能成功（参见BVerfGE 144, 20 <224 and 225, para. 585>，也不会受限于这些社团活动的地域范围（参见BVerfGE 144, 20 <340 et seq., para. 933 et seq.>）。如果一个社团采取积极且有敌意的立场，以破坏宪法秩序的本质元素为目的，这些事实的存在就足以为取缔决定提供理由。

[109]

c)按照《基本法》第9.2条第3项的规定，如果一个社团反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念，就有理由取缔这样的社团。

[110]

国际法上的禁止使用武力原则，对《基本法》第9.2条的此项取缔理由提供了指引。这一点与《基本法》第26.1条的规定也相一致，并且符合德国宪法对国际法持开放态度的精神（参见BVerfGE 141, 1 <26, 27, paras. 65 and 66>）。

《联合国宪章》第2.4条要求成员国在国际关系中避免威胁或者实际使用武力，去针对其他任何国家的领土完整或政治独立，或者其他与联合国目的不相一致的方式。这种国际生活中不同人民之间相互理解之观念同时考虑了国家之间冲突、相同民族不同组成部分之间的冲突，以及恐怖组织造成的威胁……这些问题也被认为属于《基本法》第9.2条的适用范围。

[111]

如果一个社团积极倡导使用暴力，或者以具有类似严重性的方式违反国际关系领域内的国际法，这样的社团就属于直接反对国际间不同人民相互理解之观念的情况……此时可以是这个社团本身在从事此类活动，但是如果该社团支持第三方反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念，那么该社团同样满足了取缔要求。当社团采取的是对恐怖主义行动或者组织提供经济援助的形式，如果这些援助从客观上说有可能以非常严重的方式损害国际生活中不同人民之间相互理解之观念，而且该社团还清楚地意识到并且至少赞同这一后果，那么该社团也满足了被取缔的要求。此时，同样需要考虑比例原则的要求；取缔决定是对受到宪法保护的结社自由最严厉的干涉形式，只有当该社团的立场很有分量、定义了该社团性质，才能为取缔该社团提供理由。

[112]

(4)如果根据《基本法》第9.2条作出的取缔社团的决定是以获得基本权利保护的活动为依据，或者以其他方式损害了其他基本权利，那么在考虑对《基本法》第9.1条的干涉措施的理由时，也需要将这些基本权利考虑在内。取缔社团

的决定不能禁止那些在其他情况下受到保护的基本自由。不过在以整体方式行使各种基本权利时，也不会使得这些基本权利的保护范围得以扩张（参见BVerfGE 54, 237 <251>; ……）。

[113]

因此，取缔社团的决定从原则上说，既不能只建立在受《基本法》第5.1条保护的对观点的表述行为上（与观点表述行为的关系问题，参见BVerfGE 113, 63 <82>; ……），也不能基于其他受宪法有效保护的行为。因此，取缔社团的决定不能以有偏向性地方式针对特定的政治观点，即使这些观点是反对宪法秩序的，否则取缔社团的决定就会违反《基本法》第3.3条第1句的禁止歧视规定……《基本法》第3.3条第1句规定了非常严格的限制条件。因此，如果只是以观点表述的方式表达了对宪法秩序的反对意见，那么就不能据此作出取缔社团的决定；相反，这种反对行为必须采用积极和充满敌意的方式（见上文第108、198段……）。对于国际生活中不同人民之间相互理解之观念，只有当一个社团采取了积极倡导使用武力的方式时，取缔这样的社团才具有理由（见上文第112段）。

【709】

[114]

(5)德国的法律秩序需要遵守国际法框架，后者不会带来与《基本法》第9.2条不同的对社团的保护措施。对于《欧洲人权公约》及其议定书在其可以适用于联邦德国的范围内，这一点尤其如此（1952年8月7日《欧洲人权公约法》，BGBI II, p. 685；1953年12月15日正式公告，BGBI II 1954, p. 14；对于其第11号议定书的新正式公告，见BGBI II 2002, p. 1054）。对于解释《基本法》中的基本权利以及法治国家原则的内容与范围，这些文件以及欧洲人权法院的判例法具有指导作用。正如《欧洲人权公约》自己指出的（《欧洲人权公约》第53条），这些指导不会产生限制或者降低《基本法》中的基本权利保护强度之作用（参见BVerfGE 111, 307 <317>; 120, 180 <200 and 201>; 128, 326 <366 et seq.>）。

[115]

《欧洲人权公约》第11.1条第1句保护了结社自由。它被认为是一个民主社会真正状态的衡量标杆，因为民主、多元主义与结社自由是直接紧密相关的（参见欧洲人权法院判决，*Gorzelik and others v. Poland*, Judgment of 17 February 2004, No. 44158/98, § 88；欧洲人权法院判决，*Fondation Zehra et autres c. Turquie*, Judgment of 10 July 2018, No. 51595/07, § 50）。然而，如果一个社团威胁到了国家组织机构或他人的权利与自由，那么为了保护它们，可以根据《欧洲人权公约》第11.2条取缔该社团（参见欧洲人权法院判决，*Gorzelik and others v. Poland*, *ibid.* § 94）。这些干涉措施应当得到法律的规定，并对一个民主社会而言是必要的；这意味着用德国宪法制度的话来说，这些干涉措施应当是恰当的，尤其是必须满足某种迫切的社会需要的结果（参见欧洲人权法院判

决，Gorzelik and others v. Poland, *ibid.*, § 96)。这不会超出基本权利的要求。

[116]

II.

因此，宪法诉愿不成立。社团法中有关取缔社团的法律规定、相关政府机关作出的取缔决定、普通法院决定支持该取缔决定的判决，所有这些都与基本权利的要求相一致。

[117]

(1)《结社法》第3.1条第1句对取缔社团的决定授予了制定法上的基础，本案中的宪法诉愿间接质疑了《结社法》的这一规定，但是这些诉愿是不成功的。虽然在牵涉到《基本法》第9.2条的取缔条款时必须满足比例原则的要求，《结社法》中这一制定法条款的确没有对比例原则作出明确的规定。不过，来自于法治国家原则的比例原则之要求可以通过各种解释手段获得满足。取缔社团的法律规定没有排除使用其他限制性更少的手段——如果考虑到各种目的、活动或者立场，限制性更少的手段使得取缔决定显得不再必要的话。

【710】

从内容上说，作为取缔决定制定法基础的《结社法》第3.1条第1句的取缔规定反映了《基本法》第9.2条的宪法规定，而且没有超出这种宪法规定的范围。在限制社团自由的三种因素方面，除了一处用语上的细微不同，《结社法》第3.1条的用语与《基本法》第9.2条的用语是相吻合的。这种不同也位于立法者的裁量空间内（参见BVerfGE 80, 244 <254 and 255>）。

[119]

制定法上的规定也是足够具体明确的。不能因为某一法律条款需要对其进行解释，就认为该条款失去了明确性（参见BVerfGE 45, 400 <420>; 117, 71 <111>; 128, 282 <317>以及其他相关的判例法）。不过，不确定性不能发展到使得相关政府机关的行动显得不可预期，或者使得司法机关无法审查政府机关的这些行动（参见BVerfGE 118, 168 <188>; 120, 274 <316>以及其他相关的判例法）。在我们正处理的本案中不存在这些情况。

[120]

(2)被质疑的各种决定是与宪法上的要求相一致的……关于第1号宪法诉愿中提出的取缔决定，至少从其结果上说是这样的。

[121]

a)与取缔政党的情况不同，取缔社团的决定不是在联邦宪政法院的审判程序中作出的（参见BVerfGE 13, 174 <176 and 177>）。因此，确定必要的事实不是联邦宪政法院的任务；联邦宪政法院的审查活动，从原则上说只是考察相关政府机关和法院的决定是否合理。

[122]

b)针对1 BvR 1474/12第1号判决的宪法诉愿不成立。联邦行政法院的判决……最终满足了宪法上的要求。

联邦行政法院认为，如果一个社团在很长的一段时间里向另一个组织提供可观的经济援助，而后者是在不同民族的关系间煽动暴力的第三个组织的组成

部分，且这个社团知道这一事实的存在并与该组织及其暴力行为保持一致，那么这个社团就构成了《社团法》第3.1条以及《基本法》第9.2条意义上的直接反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念。这是与《基本法》第9.2条的要求相一致的。按照这一理解，如果一个社团倡导和煽动暴力，或者有其他的严重违反国际法的行为，那么该社团就满足了《基本法》第9.2条的要求（见前文第111、112段）。法院明确详细提出，申诉人一间接支持的组织属于恐怖主义组织，它的本质与国际生活中不同人民之间相互理解之观念相冲突（见下文 aa)部分）。这种引发取缔决定的立场可以归因于申诉人一（见下文 bb)部分）。最后，比例原则的要求也得到了满足，因为申诉人一被认为与被禁止的行为存在着同一性；在存在这种情况时，就不可能采取限制性更小的手段，以实现取缔决定之目的（见下文 cc)部分）。从本质上说，取缔决定是根据向一个恐怖组织输出的经济援助的事实作出的。没有证据表明，这些捐助是在危机地区的人道主义援助；假如属于这种援助的话，该社团可以受到国际人道法的保护，从而免遭被取缔的命运（见下文 dd)部分）。

[124] 【711】

aa)通过向一个组织提供可观的经济援助，申诉人一支持了该组织，而该组织从本质上说是反对国际生活中不同民族之间相互理解之观念的。联邦行政法院已明确详细说明，哈马斯这一被申诉人支持的组织违反了国家生活中不同人民之间相互理解之观念，因为哈马斯无视国际法的基本原则，其中尤其包括国际法中禁止使用武力以及反对恐怖主义原则（关于该问题，参见BVerfGE 141, 220 <266, para. 96>; 143, 101 <138 and 139 paras. 124 and 125>）。欧盟最近也将该被支持的组织定义为卷入恐怖主义行径的组织（参见欧盟委员会，2017年8月4日<CFSP> 2017/1426决议，该决议更新了根据2001/931/CFSP号《共同立场》决议第2、3和4条中规定的各种个人、组织和实体的清单，以执行各种与恐怖主义做斗争的措施，<CFSP> 2017/154号决议因此被废除）。而且联邦行政法院还进一步明确指出，被支持的组织是根据一份反犹太主义的章程运作，拒绝放弃使用武力，且不接受地区和平协议。这些证据足以表明，被支持的组织从其本质上说是与国际法相抵触的。

[125]

bb)哈马斯反对国际生活中不同民族之间相互理解之观念，其立场是与《基本法》第9.2条相抵触的，申诉人一也需要对这种立场承担责任。如果因为以支持恐怖主义的财政援助的方式，受《基本法》第9.2条保护的国际生活中不同民族之间相互理解之观念受到间接威胁，那么取缔相关社团的问题也将浮现出来。不过，并非在危机地区的提供人道主义援助的所有形式都会因为它对恐怖主义行径的间接促进作用，而被《结社法》第3.1条规定的社团取缔措施终止（见下文134段）。只是因为向第三方提供经济援助，就将第三方组织的活动

与提供捐助的社团等同起来，在作出这种认定时需要面对严格的要求。在这一方面，法院作出全面的详细规定，要求提供的援助应当是从客观上会以非常显著的方式严重伤害国际生活中不同民族之间相互理解之观念。申诉人一意识到了这种伤害的存在，并且至少认同这些伤害后果。

[126]

.....

[127-128]

cc)在证明根据《基本法》第9.2条作出的取缔决定的合理性时，同样也适用比例原则的要求（见上文第102、103段）。这些要求最终也在本案中得到了满足。取缔社团是对社团基本权利最严厉的干涉措施。只有在其他限制性更少的手段无法弥补被保护的利益受损或阻止这种损害发生时，取缔社团的决定才是合宪的。

[129]

【712】 1)但是联邦行政法院发表了概括性声明，认为如果一个社团从事了可以成为取缔理由的某一行为，那么并不因为它也在从事其他没有被禁止的活动，依据比例原则允许其继续存在就是合适的。联邦行政法院的这一声明是与宪法的要求不一致的。宪法上的要求是，对基本自由的任何干涉都应当以必要为限，联邦行政法院的声明已经超越了这一界限。按照联邦行政法院的这一立场，如果一个社团的部分行为需要被禁止，虽然这一行为只在该社团的所有活动中占据很小的一部分，但是联邦行政法院也不会相对于对社团的全面禁止，再去思考那些限制性更小的手段。当然，如果存在着这些限制性更小的手段，一个社团为了逃避被取缔的命运，的确有可能会去分散它的活动，联邦行政法院也假定这种情况会发生。然而，不能为了阻止社团的这些动机，从一开始就无视宪法上对于恰当的政府行动方式之限制。相反，对于每个具体个案，都要考察社团活动是否已经如此定义了该社团的立场，以至于仅仅禁止此类活动已无法如取缔社团一样有效。

[130]

2)但是在本案中，人们无法否认，在分析作出取缔决定的前提要求时，联邦行政法院已经考虑到了比例原则的要求（参见BVerwGE 134, 275 <307 and 308>, para. 87; BVerwGE 154, 22 <42>, para. 45）。这将导致对取缔理由的严格解释。（见上文第104段）。根据其他专业法院的判例法，为了给取缔决定提供理由，被取缔的社团应具有被禁止的社团目标（例如反对宪法秩序的立场，见联邦行政法院已经作出的判决BVerwGE 80, 299 <306 et seq.>，以及反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念，BVerwGE 154, 22 <39 and 40>, para. 41）。在审查是否可以通过这些目标来定义这些社团时，法院需要考虑基本权利提出的要求，即仅在没有其他限制性更小的手段来保护《基本法》第9.2条指出的需要保护的利益时，才可以取缔社团（见上文第102、103段）。

3)联邦行政法院的确没有明确表示，为了保护《基本法》第9.2条指出的需

要保护的法律利益，不存在其他限制性更少但是和取缔决定一样有效的手段。它也没有明确证明，申诉人——在反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念时，它的立场已经强烈到无法采取其他限制性更小的手段，同样有效地预防这种对相互理解之观念的威胁。但是法院详细的事实认定表明事实已是如此……

[132]

dd)联邦行政法院认为，如果一个社团直接支持了某一组织，后者的活动促进了第三个组织违反了国际生活中不同人民之间相互理解之观念的活动，那么该社团与人道主义援助有关的活动同样会符合取缔的要求。即使考虑到德国宪法对国际法的开放态度（BVerfGE 141, 1 <26 et seq., paras. 65 et seq.>），联邦行政法院的这一看法也是同基本权利的要求相一致的。从这一方面说，根据《基本法》第9.2条作出的取缔社团的决定不能用来禁止按照国际法是可被允许的人道主义援助活动。

[133] 【713】

1)有些社会组织在冲突地区为当地民众提供基本照料服务。当一个社团向这些社会组织提供经济援助时，不是所有的援助行为都构成反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念，从而为依据《基本法》第9.2条的规定取缔该社团提供理由。具有社会服务目的的慈善组织与社团在被恐怖分子控制的地区活动而获得援助时，那些“因为更高的接受度和财政救助而产生的普遍利益”本身不会因为存在对这些危机地区的经济援助渠道，就成为取缔某些社团的充足理由。虽然人道主义援助通常可以缓解冲突各方面的压力，但是有关国际人道法和人道主义援助的各种规则依然适用，以保证不会以牺牲在这些冲突地区的人民福祉为代价，阻止这些人道主义援助。按照这些规则，以经济捐助形式提供的人道主义援助只有在本身违反了中立原则时，才可以这些捐助的存在为由根据《基本法》第9.2条作出取缔决定。如果的确属于这种情况，关于在冲突中提供人道主义援助的规则将得到具体适用。

[134]

国际人道法的目的不只是为了限制战争的手段，也有保护平民的目的在内。因此，作为《日内瓦公约》组成部分的1949年8月12日的《在战时保护平民公约》（GC IV; BGBl II 1954, p. 917）与《保护国际武装冲突受害者的第一号补充议定书》（AP I; BGBl II 1990, p. 1550），这些国际法文件规定了在冲突地区提供人道主义援助的内容，其目的是为了给当地人民提供充足的食物、医疗服务以及庇护场所。按照国际人道法的要求，不是武装冲突参与方的国家有义务允许出于救援目的、在提供方式上没有任何偏向性和不利区分的货物和人员自由通过（第23.1条、第59.3条，GC IV，第70.2条，AP I）。但是按照《在战时保护平民公约》，只有在不会为军事活动提供明确利益时，这些规定才可以被适用。而且提供的援助对当地人民来说必须是必要的，有关人道、中立和

无偏向性的一般原则也应当获得遵守。正如德国红十字会在本案审理程序中提供的证词详细说明的那样，以上的各种规定的目的是保证人道主义援助只是完全用于缓解当地人民的痛苦……这一规定在适用于占领活动的同时（Art. 59(3) GC IV），也适用于还没有严重到武装冲突或者还没有从形式上看构成占领活动的场合。

[135]

与此同时，按照国际法的要求，国家也有义务阻止对恐怖主义的直接或者间接援助。1999年12月9日联合国《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》

【714】（BGBl II 2003, p. 1923）第2.1条和第4条定义了在任何情况下，资金是属于直接或间接地非法和故意地提供或募集，并图谋或在明知的情况下将其全部或部分将用于武装冲突地区的刑事违法或者暴力活动。而且按照《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第21条的规定，各种人道主义法规定的义务不会受到此影响；因此，各种出于中立目的的人道主义援助不会受到阻碍。

[136]

以上规则使我们得以区分什么是可被允许的人道主义援助，什么是《基本法》第9.2条意义上违反国际相互理解之观念的援助。甚至是向受恐怖分子控制的地区提供经济援助的活动，也不是在直接反对国际生活中不同人民之间相互理解之观念；相反，这些援助必须被当作《在战时保护平民公约》第23.1条和第59.3条及《保护国际武装冲突受害者的第一号补充议定书》第70.2条涵盖范围内的人道主义援助方式，拥有“自由通行”的权利。如果一个社团提供的捐助具有缓解当地人民痛苦的目的，没有违反人道、中立和无偏私性，那么该社团就没有达到《基本法》第9.2条规定的取缔要求。

[137]

2) 联邦行政法院意识到了这些标准的要求，没有将其对取缔申诉人一决定之维持仅仅建立在经济捐助的基础上，而是进一步详细地认定，申诉人一支持的社团和活动不是中立的，而且他本身也不打算以中立的方式行事。因此，被质疑的决定是与《基本法》中的各项要求相一致的。

[138]

c) 申诉人二提出的宪法诉愿理由不成立。按照《基本法》第9.2条的规定，当一个社团的目的或者活动针对的是宪法秩序并且违反了刑事法律时，这样的社团必须被取缔，对申诉人二的取缔决定就是根据这些取缔要求作出的。

[139]

aa) 有权作出取缔决定的行政机关以及维持了取缔决定的联邦行政法院认为，申诉人二积极且有明确敌意地（见下文 2）反对宪法秩序（见下文 1）。这些认定从宪法视角来看是没有什么可被质疑的。取缔决定的其他部分也是恰当的（见下文 3）。

[140]

1) 申诉人二对《基本法》第9.2条规定范围内的“宪法秩序”提出了原则上的质疑意见。取缔机关和法院在作出这一认定时，主要是基于以下事实，即该社团尤其反对人权、法治国家原则的核心思想以及民主政治的各项原则，而这

些内容被《基本法》认为是社会的基石。取缔机关和法院以全面评判的方式作出了自己的具体判断，其中包括该社团的公开声明、它的定期出版物以及该社团的活动，以此认为该社团表现出了对纳粹的“计划、思想和整体设计的”亲近态度和公开效忠立场，并对过去的纳粹党及其主要领导成员持效忠态度。申诉人二称德意志联邦共和国是“腐化”、“堕落”，“压迫人民”且“可耻”的，致力于民主制的崩溃并散布反犹太主义和准宗教性质的阴谋论。在此基础上，它拒斥民主制，号召其成员反对宪法秩序。它还散布种族主义理论，不仅与《基本法》第3.3条第1句的思想格格不入，还与《基本法》第1.1条、第1.2条有关人的尊严的思想存在抵触。取缔机关和法院因此认定《基本法》第9.2条规定意义上的宪法秩序已经受到了影响；按照宪法规定来看，这种决定并无可被反对的地方。

【715】

[141]

2)取缔机关和联邦行政法院认定申诉人二“反对”《基本法》第9.2条规定意义上的宪法秩序，这也是与宪法的要求相一致的。

[142]

(a)联邦行政法院声明，对于一些特定的行为不需要提供证据，但是人们不能据此认为，存在特定的态度或者意见就够了。法院本身明确澄清了这一点。法院强调，只是对宪法秩序本身提出反对意见，还不足以为取缔决定提供充足的理由。宪法秩序中的自由包含着从言语上质疑该秩序的自由。但是法院判定，成为取缔决定基础的各种声明已经不仅仅是“言语上的激进主义”。

[143]

(b)因为本案中与被取缔的社团不仅反对和蔑视，还积极致力于“破坏”《基本法》规定的宪法民主的根基规定，并号召自己的成员去与这些根基规定做斗争，因而在本案中与被质疑的取缔决定之理由是，该社团的态度表现出了明显的敌意。从宪法视角来看，这里没有什么可以指责的地方。在其提交的证词中，犯罪学中心指出，有着极端主义背景的犯人尤其易受到影响，而且实证研究显示，有着右翼极端主义倾向的犯人对暴力活动显示出相对更强的倾向性。作为《基本法》自卫民主理论的组成部分（见前文第101、109段），《基本法》第9.2条的预防性质使得在实际使用暴力之前就取缔社团成为可能。另外，社团充满敌意的积极活动究竟有多效是不在考虑范围内的。与《基本法》第21.2条取缔政党的要求不同，如果一个社团有直接针对宪法秩序基本组成内容的活动，甚至在市镇或者地方政府这些“有限的社会空间”层面上，这些活动存在的情况都足以构成取缔社团的理由（参见BVerfGE 144, 20 <340 et seq. paras. 933 et seq.>）。具有决定性的因素是该社团的整体特征是否满足了取缔要求，其中包括它的表面和实质目的、表现出来的立场态度、组织结构、领导机关及其成员的具体活动等。按照联邦行政法院的判定，根据该社团领导成员的公开声明，本案已经确定无疑地存在着这一情况。

[144]

【716】 这些公开声明称，人们应当创造“获得解放的民族空间”，必须和“腐朽制度”作斗争，永远不应投降，而在不使用暴力的情况下是不可能实现这些目标的，“需要的是破坏一切的一声巨响”。按照法院的认定，该社团与极右翼极端主义犯人的交流活动的目标是使这些犯人激进化，以使得他们在被释放后重新从事暴力活动。而且在其杂志上，申诉人二号召其读者去指认“国家检察官、警察总部领导以及法官”的姓名，这样在以后这些官员会被“带到正义之前”。因为申诉人二的杂志目的是煽动具有极端主义背景的刑事犯罪活动，并威胁政府官员，该社团的本质与纳粹的类似性已经不仅仅是分享一种政治态度的情况了。这些目标可以为根据《基本法》第9.2条取缔该社团提供理由。因此，对该社团的取缔是完全建立在该社团积极且充满敌意、针对宪法秩序的立场上的。 [145]

(c)即使考虑到《基本法》第5.1条，基于这些公开声明作出的取缔决定也不会带来宪法上的问题（参见BVerfGE 124, 300 <331 et seq., 335>）。而且取缔该社团的决定也不只是建立在被认为属于右翼极端主义观点和态度的“支持和表述活动”上，还包括了积极且充满敌意的立场。 [146]

(d)从联邦宪政法院的事实认定可以看出，不存在针对申诉人二的政治观点的有偏向性的行为——如果存在此类行为的话，将会构成违反《基本法》第3.3条第1句的情况；相反，针对的是申诉人二对宪法秩序公开积极且充满敌意的活动。在《基本法》中不存在反对纳粹的一般基本原则（BVerfGE 124, 300 <330>）。因此，按照《基本法》第9.2、18条和第21.2条的规定，自由的政治讨论不会从本质上因为开始散布了一些反对宪法的观点就需要被打断（参见BVerfGE 124, 300 <330>）。毋宁说，《基本法》保护宪法民主制的核心组成部分免遭来自内部攻击；后者致力于破坏这些核心组成部分的必要前提，已经超出了政治讨论的范围。在这种情况下，散布纳粹统治思想的行为已不仅仅与特定的政治观点联系在了一起。从这一意义说，取缔申诉人二的决定同样不是以抽象的态度反对那些支持纳粹政权处置个人措施的立场（参见BVerfGE 124, 300 <337>）。相反，该社团之所以会被取缔，是因为它尤其认同纳粹政权的各种暴力统治手段，这种认同态度反映出该社团对自由民主的基本秩序积极且充满敌意的立场（见上文第108、109段……）。 [147]

3)而且对申诉人二的取缔决定也是恰当的。该取缔决定的必要性在于，申诉人二因为其对宪法秩序的对立态度而被定性。取缔决定是根据该社团作出的各种公开声明作出的，其中表明的态度也可以与该社团等同起来；在这种情况下，哪怕只是针对这些公开的声明，也找不到其他限制性更小的手段了。 [148]

(a)取缔一个社团的决定可以建立在该社团的领导成员作出的公开声明上。

他们是社团的领导机关，在面对公众时代表着该社团。如果一些社团成员的行为与该社团存在着明显的关联性，那么也可以适用相同的逻辑。 [149]

由于从犯人书信中摘抄出来的内容被作为公开声明刊登在了该社团的杂志上，这些声明被视为该社团自己的声明；从宪法上说，这种认定也没有什么值得反对之处。作为“向编辑部的来信”，它们不一定是由该社团的成员自己撰写的；相反，这些信件的作者是申诉人二支持并称之为“国家囚徒”的犯人。然而，在联邦行政法院看来，申诉人二的杂志中包含的内容不是“观点的自由交换”：“向编辑部的来信”不是作为对杂志内容反馈的外部来信，而是本身构成了该杂志的主要内容。选择性印发这些信件成为了该社团活动的一个主要关注领域。联邦行政法院认定，该社团挑选了这些信件以支持那些“已经以好斗人士的身份行事的违法人员”。 [150]

(b)根据作出取缔决定的政府机关以及联邦行政法院的事实认定，申诉人二基本上是将自己的立场定义为反对宪法秩序；在这种情况下，那些只是针对公开声明的措施已不在考虑范围内。政府机关和法院可以因此断定，为了应对该社团反对受到《基本法》第9.2条保护的法律利益之立场，针对个别活动的个别措施已经无法相对于取缔决定发挥出同等的作用。 [151]

bb)有权作出取缔决定的政府机关以及联邦行政法院还因为申诉人二违反刑事法律的目标与活动（《基本法》第9.2条第1句），而作出取缔决定。这也是与宪法要求相一致的。 [152]

1)取缔决定建立在宪法上站得住脚的理由上。根据各种事实认定，申诉人二的目的是强化犯人当初从事违法活动时的动机和主观目的，为自己当初的违法行为辩护，而这些动机和主观目的本在法律上是可指责的。尤其需要注意的是，该社团毫不含糊地谈及了在未来使用暴力的可能性，因此属于煽动违反刑法的情况。法院全面展示了该社团试图强化犯人“狂热的敌意态度”之事实，这些活动显然会引发进一步的刑事违法活动；事实是，这些违反活动已经被该社团的杂志宣告出来。犯罪学中心在审判过程中提交的研究报告也证实了这些活动会引发未来犯罪活动的假设。作为对宪法秩序的一种独立的预防性保护机制，取缔社团的决定不依赖于根据刑法作出的定罪判决（见前文第106段）。 [153]

同样，对申诉人二的取缔决定不是简单地建立在某种意识形态或者政治态度的基础上；相反，已有证据表明存在着违反刑法的活动。 [153]

【718】

2)将其成员以及第三位的活动归因于申诉人二的决定也无可指责。 [154]

根据其章程，申诉人二不仅支持那些挑选出来的犯罪分子群体，而且为这些犯罪分子的立场辩护，甚至有意强化他们的立场，以使这些犯罪分子将来还会从事违法活动；对于这些与宪法要求相关的事实，联邦行政法院并没有误

判。如果某些行为是由一个社团的领导机关或者它的大部分成员作出的，那么该行为完全可以被归结到这个社团的身上；这也是为什么如果本案中提到的杂志在该社团从事的各项活动处于中心位置，在处置申诉人二时具有相关性。

[155]

从这一意义上说，当第三方的行为获得了社团对其成员类似的支持时，那么也应当被纳入到考虑范围，这也是本案涉及的情况……虽然本案中的犯人不是受到该社团“控制”的第三方，但是从这些犯人是该社团的工具意义上说，根据联邦行政法院的认定，该社团也是以明显的方式从事实上支持着这些犯人的行为。联邦行政法院尤其明确地证实了申诉人二是如何“神圣化”这些犯罪分子，并在其社团核心杂志上与这些犯罪分子站在一起的各种事实。

[156]

然而，取缔社团的决定不能建立在它在犯人重新融入社会的过程中为其提供帮助的事实基础上。《基本法》第1.1条对人的不可侵犯的尊严之保护尤其被设计用来防止法律制度抛弃个人，即使这些人已经违反了法律。犯人同样值得拥有重新融入社会的机会（参见BVerfGE 33, 1 <10 f.>; 98, 169 <200 and 201>）。因此，监禁的一个目的是使犯人“在将来可以过上一种不再犯罪的具有社会责任感的的生活”（《监狱法》第2条）。但这并不是申诉人二追求的目标。

[157]

3)在刑事违法方面，本案中的取缔决定也满足了比例原则的要求。在本案中的确存在有争议的事实，即在根据《基本法》第9.2条的规定作出取缔决定时，没有充分认识到《基本法》第9.1条对结社自由的保护，未能分析在阻止违反刑事法律的情况发生时，是否还有其他限制性更小的手段（见前文第106段）。然而，虽然联邦行政法院没有在其被质疑的决定中明确考虑这些问题，它的决定依然满足了基本权利的各项要求。按照本案中的事实认定，人们可以合理地

【719】从宪法上认定，不存在避免取缔该社团的裁量空间。只有在人们可以确定地认为，为了清除成为取缔理由的该社团的立场，还存在相对于取缔整个社团以外的限制性更小的其他手段，才可以认定取缔决定违反了比例原则。在涉及申诉人二的案件中，没有证据表明存在限制性更小的手段。取缔决定并非只针对个别成员的个别行为或只与个别活动有关，从而可以通过不限制社团本身的其他方式阻止这些活动的发生。另外，联邦行政法院的下列假设是正确的，即申诉人二的杂志和其有意支持的个人从事的犯罪活动对社团具有同样的定性作用。

[158]

cc)有权作出取缔决定的政府机关在过去30年的时间中一直容忍着申诉人的存在，但是这一事实不能用来反对本案中的取缔决定。在任何意义上，时间流逝这一事实本身都无法决定是否要作出取缔决定、何时才应作出该决定。宪法

也没有要求，对申诉人二的取缔决定需要满足一定的时间限制要求。 [159]

d)申诉人三的宪法诉愿同样不成立。黑森州高等行政法院适用《结社法》第3.1条第1句作出的决定符合《基本法》第9条。 [160]

aa)申诉人三提出，在没有事先听取该社团意见的情况下就作出的取缔决定侵犯了其权利，但是申诉人的这一看法无法得到维持。如果政府机关作出的决定会对当事人造成负担，那么只有在该当事人事先被给予听证的机会后才可以作出这一决定；这是法治国家原则的一般要求（对于该要求的奠基性判决，参见BVerfGE 9, 89 <95 and 96>），但也不是在所有情况下都需要适用这一原则。在例外的情况下，具有压倒性的公共利益考虑可以对当事人事先没有获得听证机会的情况作出辩护。例如在《行政诉讼法》第28条中，立法机关就作出了这样的规定。在取缔社团的案件中，如果有证据表明，给予当事人事先听证的机会会带来隐藏证据或财产的情况发生，那么不给予听证的机会不会引发宪法上的什么反对意见。 [161]

bb)高等行政法院根据《基本法》第9.2条的标准，认定申诉人三的目标和活动违反了刑事法律。法院认为，成为取缔决定理由的刑事违法行为不需要是该社团的主要目标，该违法行为也不需要必须还处于实施状态中。高等行政法院认定，因为申诉人三对公共安全与秩序造成了特定的威胁，也不存在其他限制性更小的手段来消除该威胁，因此有理由对申诉人三作出取缔决定。法院的决定满足了宪法的要求。在解释《结社法》第3.5条时，法院特别指出，该社团中的那些作为犯罪分子的成员通常以统一战线的形式对外代表该社团；相关的刑事违法活动可以明确被视作该社团本身的活动，该社团至少对这些刑事违法活动持容忍态度。法院还考虑了该社团的入会程序、服饰在形成社团身份认同中的促进作用，以及该社团明确表示自己与守法义务保持距离之事实。法院作出的这些考虑都是正确的。如果只是在衣服上印上“你不尊重我们的生命，我们不尊重你们的法律”，或者其他诸如此类的话语，这会受到《基本法》第5.1条第1句的保护。然而，在表述一种观点时，虽然该表述活动孤立来看是可以被允许的，但是如果准确表述了该社团对自我形象的定位，那么在认定该社团是否违反了刑事法律时，这些表述活动还是可以被作为证据来对待（见前文第106段）。 [162]

【720】

申诉人三通过支持其属于犯罪分子的成员支持了这些活动，而且还传达出它寻求或者批准这些作为犯罪分子的行为的形象，因而高等行政法院有权将这些活动归因到申诉人三身上。作为犯罪分子的这些社团成员显然经常获得他们期待的保护，法院的决定也是建立在该事实上。这一认定满足了基本权利的要求。 [163]

在这种情况下，只是探访社团在监狱中的成员不会就为取缔决定提供理由（见前文第157段）。但是在涉及申诉人三的案件中，这些探监活动的组织方式揭示出了该社团的本质活动目的，即该社团不是寻求实现犯人的再社会化，而是公开支持刑事犯罪活动，即通过有意让该社团的领导成员开展探访活动，并以看起来非常专业的方式组织这些探访活动。这已经“超出了一般的友好态度”。基于这些事实，法院作出相应的认定也是可以理解的。因此，取缔该社团的决定可以被认为是对该社团“活动动机”，尤其是对其带来的直接针对《基本法》第9.2条中描述的各种具体威胁之回应。 [164]

cc)取缔决定也是恰当的。按照法院的分析，不存在其他限制性更小但同样有效实现《基本法》第9.2条目标之手段。黑森州高等行政法院特别将严重的刑事犯罪活动认定为是由申诉人三作出（关于作出这种认定的标准，可以参见上文第105、106段），因此维持了认定该社团违反了刑事法律的事实认定。由于这种认定结论宪法上没有什么可被反对之处，也就相应排除了其他限制性更小的手段的存在可能。 [165]

【721】与作出取缔决定的政府机关不同，法院不认为被称为“MC德国规则”的名单以及该社团的章程具有决定性。根据具体的案件事实，法院详细评估了该社团的成员在从事某些犯罪活动过程中的可识别性；在从事犯罪活动时社团成员之间的合作情况，尤其是该社团在组织对犯人的探访活动时表现出的对犯罪活动本身的反应；在涉及毒品犯罪的问题上该社团的行动；该社团接纳已经从事了一系列暴力犯罪活动的人员成为成员，甚至使得这些成员扮演领导人角色的情况；社团成员在穿着社团服饰时从事犯罪活动的情况；以及在社团的活动场所中贮藏武器弹药的情况。考虑到这些具体情况，这些违反刑法的行为已可被认为是该社团的行为，这一结论不会从宪法上提出什么不同意见。为了实现《基本法》第9.2条规定的目标，已不存在和取缔社团同样有效的孤立措施。 [166]

在利用比例原则进行审查时，人们也应当将该社团从事并支持各种合法活动的情况纳入到考虑范围，但是社团的这些合法活动不会排除取缔决定之作出。虽然申诉人三在很长的时间内没有被取缔，但是仅从这一事实出发，人们不会得出别的什么结论。相反，高等行政法院强调指出，自从该社团成立以来，执法机关和法院就在起诉该社团的成员的各类刑事违法活动。针对该社团造成的各种威胁具有保护职责的政府机关也一直在努力揭露该社团违反刑法的治理结构。这些事实认定在适用于取缔社团的决定中，已经满足了比例原则的要求（见前文第102、103段）。

“公务员罢工权案”

BVerfG, 12.6.2018, 2 BvR 1738/12,

http://www.bverfg.de/e/rs20180612_2bvr173812en.html

1.译者注解

正如前文讨论的案例所显示的,《基本法》第9.3条同样保护在劳动争议中采取集体行动的权利。从雇员的视角出发,这些权利包括罢工权。然而,罢工权从来没有适用于公共服务领域;《基本法》第35.5条将其称作“职业公务活动”,需要根据“传统原则”来规制公务员这类具有特殊地位的人士。适用于公务员的“传统原则”包括职位终身制、全面的职业保障、要求获得充分报酬的主观且可获得司法救济的权利,以及其他内容。然而,这些“传统原则”中也包含着一些让步:公务员不享有罢工权。面对斯特拉斯堡的欧洲人权法院作出的判决时,这一长期以来针对公务员的限制已经变得具有了争议性。¹¹⁴

德国是《欧洲人权公约》的缔约方,欧洲人权法院是解释该公约时具有最终决定权的司法机关(《欧洲人权公约》第19、46条)。作为一份国际(区域)人权公约,它创制了一些具有实际后果的义务。正如欧洲人权法院不断强调指出的,“各成员国尤其要在受到部长委员会监督的情况下,特别选择一些履行本公约第46条规定义务且符合本院判决之手段。”¹¹⁵换句话说,成员国需要创制一些与《公约》保障机制相一致的法律现实状况。作为这些保障机制的一个体现是《公约》的第11条,它保护集会与结社自由,相应覆盖了《基本法》第8、9条的适用范围。欧洲人权法院在讨论公务员的集体行动问题时认为,罢工权原则上说是《欧洲人权公约》第11条规定之保护的组成部分。不过虽然有这种原则上的看法,欧洲人权法院还是认为,对于特别类别的公务员,禁止其行使罢工权的决定是与工会活动自由相一致的,只不过这种限制不能无差别地适用于所有公务员之上。换言之,任何此类禁止性规定都必须是欧洲人权法院所接受的服务于“紧迫的社会需要”,并对于民主社会而言必要的限制措施。

【722】

¹¹⁴ ECtHR, Appl. No. 68959/01, 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*; ECtHR [GC], Appl. No. 34503/97, 12.11.2008, *Demir and Baykara v. Turkey*; 另见在德国宪法法院针对该事项作出判决后,欧洲人权法院当即作出的判决, ECtHR, Appl. No. 44873/09, 20.11.2018, *Ognevenko v. Russia*. 所有的判决都可以在<https://hudoc.echr.coe.int>网址下查找到。

¹¹⁵ ECtHR [GC], Appl. No. 15172/13, 29.5.2019, *Mammadov v. Azerbaijan*, para. 148, 153, 本案例中还提到了过去的一些判决。

在一个涉及针对教师的纪律处分案件中，德国行政法院不得回应欧洲人权法院的这些法律观点。本案中的教师具有职业公务员的地位，他们积极支持了其同事的集体行动；这些同事虽然不像前者一样具有职业公务员的特殊地位，但也是一般公务员体系的组成人员，因而不被禁止从事罢工活动。¹¹⁶法院认为，对公务员罢工活动的禁止性规定站不住脚，因为这些禁止性规定已经不仅是限制那些履行国家核心职能的公务员，例如军队成员、警察或者在国家机关中从事类似活动的公务员。最高行政法院判定，在小学或者初中教书的教师不应当被认为在狭义意义上履行着国家职能。¹¹⁷因此，法院认定，禁止所有具有公务员身份的当事人享有罢工权将违反《公约》第11条。

这一判决对于采取罢工活动的公务员意味着什么呢？问题的重心就转移到作为国际人权公约的《公约》同德国国内法的关系，在本案中后者是《基本法》第33.5条，它是禁止公务员罢工的法律依据。按照《基本法》第59.2条的规定，此类条约需要德国议会以国内法形式表现出来的同意之支持。因此，《公约》从国内法意义上说具有联邦法律的地位。¹¹⁸只能通过适用宪法解释的标准规则，才能解决任何与层级更高的宪法规范之冲突；在本案，宪法规范是《基本法》第33.5条。在适用这些规则时，最高行政法院发现标准的法律解释方法无法解释这些冲突。¹¹⁹换句话说，法院无法通过适用存在冲突的国际条约条款——本案中是《公约》第11条，来“推翻”具有效力的国内制定法或者宪法规定。如果通过解释的方式不能解决这一规范冲突，那么议会必须采取行动，或者修改相关的制定法，或者修改宪法。

【723】

最高法院行政法院关于从事罢工活动的公务员判决为该案件进入德国宪政法院提供了渠道，使得宪政法院可以强化它长期以来就秉持的针对德国公务员从事集体劳资谈判和工人行动的限制性观点。宪政法院尤其不同意最高行政法院的观点，即德国的法律制度安排会与德国根据《欧洲人权公约》第11条的承担的义务存在冲突，以及应当区别对待那些履行核心主权职能和那些不履行此类职能（如教师）的公务员。宪政法院认为，这些区分在实践中是很难行得通的，因为很难确定某类政府活动是落在了此类还是彼类职能中，而同一名公务

¹¹⁶ BVerwG, 2 C 1/13, 27.2.2014, BVerwGE 149, 117, 德语版来自于<https://www.bverwg.de/de/270214U2C1.13.0>（最后访问于2019年8月25日）。

¹¹⁷ 同上，脚注68，第39段及以下，第44、46段。

¹¹⁸ BVerfG, 12.6.2018, 2 BvR 1738/12, para. 127, http://www.bverfg.de/e/rs20180612_2bvr173812en.html（最后访问于2019年8月25日）。

¹¹⁹ 同上，脚注68，第57段及以下，第63段。

员经常会同时牵涉两类职能。¹²⁰但是更重要的是，宪政法院非常有力地指出，从整体上看，德国的公务员法律制度与斯特拉斯堡法院长期以来对《欧洲人权公约》第11条的解释相一致。宪政法院指出，从职业终身制到公务员的日常健康与工作条件，¹²¹德国针对公务员的各项制度都是由议会制定法规定的，因而并不受制于狭义上的集体劳资谈判。¹²²宪政法院强调，按照目前的体制，公务员根据《基本法》第33.5条，对其付出的工作享有获得与其在公务员体系中的地位和职阶相匹配的充足收入之权利，而这种权利是主观、可诉且可执行的。如果公务部门被纳入到普通的集体劳资谈判制度中去的话，这些权利也就不复存在了。宪政法院明确指出，不能允许“两头获益”现象的存在，一方面允许工人行动的权利，另一方面又承认存在主观、可诉及与其地位相称的报酬权。¹²³

宪政法院在近年判决的一些案件中，的确使用了其权力来保证特定类别的公务员可以获得充足的报酬；¹²⁴在本案中，法院也为限制公务员的集体劳资谈判活动以及工人行动能力的作法提供了雄辩的理由。本案中存在的一个现实问题是，在公立学校中工作并作为公务员被雇佣的职业教师与普通公务员之间存在着不平等性。对于那些从事相同工作但是地位不同的老师来说，这种不平等性带来了非常困难的工作条件。

【724】

2. 判决概要

(1) 《基本法》第9.3条在规规定对从事不同职业人员的保护范围时，也将公务员纳入在内（参见BVerfGE 19, 303 <312, 322>）。虽然对工会权这种基本权利的保护没有规定明确的保留条件，但是该权利还是会受到第三方与之存在冲突的基本权利或者具有宪法地位的其他权利之限制。

(2) a) 在《基本法》第33.5条规定的范围内，对公务员罢工权的限制是职业公务员制度中的独立与传统原则之一。它满足了成为传统原则的两项基本要求：传统性与实质性。

¹²⁰ BVerfG, 12.6.2018, 2 BvR 1738/12, para. 161, http://www.bverfg.de/e/rs20180612_2bvr173812en.html（最后访问于2019年8月25日）。

¹²¹ 同上，脚注70，第151页。

¹²² 同上，脚注70，第162页。

¹²³ 同上，脚注70，第158页。

¹²⁴ 关于大学教授，BVerfG, 14.2.2012, 2 BvL 4/10, http://www.bverfg.de/e/ls20120214_2bvl000410.html（仅有德文版）；关于法官和公诉人，BVerfGE 130, 263; BVerfG, 5.5.2015, 2 BvL 17/09, http://www.bverfg.de/e/ls20150505_2bvl001709en.html（英文版）；关于萨克逊尼州的公务员及其一般薪酬，BVerfG, 17.11.2015, 2 BvL 19/09, http://www.bverfg.de/e/ls20151117_2bvl001909.html（仅有德文版）。

b)在作出禁止公务员罢工的规定时，立法机关肯定已经知晓了该禁止性规定作为职业公务员制度独立与传统原则的情况。这种禁止性规定和应由立法来规定其他原则有着紧密联系，包括职业公务员制度中的健康原则、忠诚义务、职业终生制原则以及来自职业公务员法的法律关系，例如报酬问题。

(3) a)在解释《基本法》的规定时，应当对国际法保持开放性态度。在宪法层面上，《欧洲人权公约》和欧洲人权法院的判例法是解释《基本法》的各种基本权利以及法治国家原则的内容与范围的指导方针（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <317>; 128, 326 <367 and 368> 以及其他判例法）。

b)按照《公约》第46条的规定，缔约国在其是当事人的案件中，需要服从欧洲人权法院的最终判决（参见BVerfGE 111, 307 <320>）。但是在适用《公约》第46条时，还需要考虑到具体案件的具体情况，以在借助欧洲人权法院的判例法作为指导方针时，能够确定具体的背景情况。缔约方应当公开声明认同并回应该公约中的各种价值原则。如果在一个国家中存在着平行的案件审理程序，而这种审理程序又会受到欧洲人权法院最初决定的影响，前述指导作用就会产生尤为重要的影响。

【725】

c)借助国际法来解释法律时，需要面对的界限来自于《基本法》。在根据《公约》来解释法律时，如果得出的解释结论与获得承认的法律和宪法的解释方法无法保持一致，这样的解释活动就不能再进行下去（参见BVerfGE 111, 307 <329>; 128, 326 <371>）。另外，在利用《公约》解释《基本法》时，欧洲人权法院的判例法应当被谨慎整合进不同国家从教义学上说存在着差异的既有法律制度之中。

(4)德国对公务员罢工活动之禁止是符合《基本法》对国际法的开放态度的，尤其是与《公约》中的保护相一致。即使考虑到欧洲人权法律的判例法，人们也不能得出结论说德国的法律规定同《公约》第11条的规定存在冲突。

3.案件事实

合并审理案件中的宪法申诉人提出了德国的公务员是否有参加罢工活动的权利的问题。

.....

[1]

I.

.....

[2-6]

II.

节选自2018年6月12日的新闻稿：

本案中的各申诉人过去或者现在是不同的州公办学校中具有公务员地位的

教师。他们在过去在工作时间中参加了由工会组织的抗议和罢工活动。作为对他们这些参与活动处理措施，相关纪律处分机关处罚了这些申诉人。处分机关认为，在参与这些活动时，这些公务员破坏了公务员法律制度规定的一些基本义务。公务员尤其不得在没有获得允许的情况下就离开工作岗位。在先前的诉讼程序中，申诉人质疑了针对他们作出的各种纪律处分决定，但是最终都没有获得成功。

4.判决理由选译

C.

.....

宪法诉愿不成立。被质疑的纪律处分机关以及法院的决定没有侵犯第一位、第二位和第四位申诉人的权利。 [111]

I.

本案中相应的基本权利是否受到了侵犯的宪法审查标准特别来自于(1)《基本法》第9.3条规定的组建工会的自由、(2)《基本法》第33.5条规定的职业公务员制度的各项传统原则，以及(3)宪法对国际法的开放态度原则。 [112] 【726】

(1) a).....组建工会的自由保护所有在职业领域（其中包括雇主与雇员）内工作的个人，并不排除特定的职业领域。因此，《基本法》第9.3条在规对从事不同职业人员的保护范围时，同样涵盖公务员，包括在公共部门工作的雇员（参见BVerfGE 19, 303 <312, 322>）。 [113]

b)《基本法》第9.3条的规定的保护内容覆盖了(aa)从事典型工会活动的权利和(bb)从事罢工活动的权利。 [114]

aa)按照联邦宪政法院的判例法，《基本法》第9.3条规定的基本权利，主要是自由从事典型的工会活动之权利（参见BVerfGE 17, 319 <333>; 19, 303 <312>; 28, 295 <304>; 50, 290 <367>; 58, 233 <246>; 93, 352 <358>; 146, 71 <114 para. 130>）；该权利保障个人组建能够改善其经济与工作环境的社团，以及以集体行动的方式实现该目的之自由..... [115]

bb)当《基本法》第9.3条保护的目标只能通过特定的手段实现时，这些手段也会获得基本权利的保护（参见BVerfGE 84, 212 <224, 225>）。获得《基本法》第9.3条保护的例子包括工人行动的各种手段，以达成缔结集体劳资协议的目的。至少在这些手段可以有效实现自由的集体劳资协议谈判活动的范围内，它们可以获得工会自由的保护（参见BVerfGE 88, 103 <114>; 92, 365 <393 and 394>; 146, 71 <114 and 115, para. 131>）。《基本法》第9.3条第3句也指出了这一点（参见BVerfGE 84, 212 <225>）。 [116]

(2)虽然工会活动这项基本权利之保障不需要考虑明确的保留条件（参见BVerfGE 92, 26 <41>），这并不意味着从一开始就不能对其规定任何限制条件。即使对于那些不需要考虑明确的保留条件的基本权利来说，它们也需要考虑来自其他第三方存在冲突关系的基本权利，或者其他具有宪法地位的权利之限制（参见BVerfGE 28, 243 <261>; 84, 212 <228>; 92, 26 <41>; 146, 71 <118 para. 141>）。《基本法》第33.5条规定的职业公务员制度的传统原则（参见BVerfGE 19, 303 <322>），也可以被视作一种具有宪法地位的限制性规定。

[117]

a)作为可以直接适用的法律，《基本法》第33.5条包括了立法机关的规制义务以及作为一种制度的职业公务员系统之保障（参见BVerfGE 117, 330 <344>; 119, 247 <260>）。在《基本法》第33.5条意义上，职业公务员制度中的传统原则属于制度结构的核心组成原则，或至少在传统形成的漫长过程中被认为具有约束力并一直被遵守，尤其在魏玛宪法时期（BVerfGE 8, 332 <343>; 46, 97 <117>; 58, 68 <76 and 77>; 83, 89 <98>; 106, 225 <232>; 107, 218 <237>; 117, 330 <344 and 345>; 117, 372 <379>; 121, 205 <219>; BVerfGE 145, 1 <8 para. 16>，本案中没有提及魏玛宪法）。在历史的演变过程中，职业公务员制度的发展与国家的法治国家原则的发展息息相关……作为一项制度，职业公务员制度建立在专业知识、职业活动表现以及忠实履行义务这些要求的基础上。它的目的是在政治力量构造国家的过程中，相对于这些政治力量扮演平衡因素的作用（确立的判例法参见BVerfGE 7, 155 <162>; 119, 247 <260 and 261>）。[118]

b)《基本法》第33.5条在适用于所有的公务员时，关键点不在于既有的公务员法律制度，而是职业公务员制度（参见BVerfGE 117, 330 <349>）。这些获得保护的法律规定形塑了职业公务员制度的基本形态，使其保留了自己的传统形式。如果去除这些法律规定，就会影响到目前职业公务员制度的形态（参见BVerfGE 43, 177 <185>; 114, 258 <286>）。这种对制度的实质性要求是制度保障的题中应有之意。制度保障的目的是保护某种制度结构的核心内容……，使得立法机关在起草相应的法律规定时受到某种制度框架之约束。联邦宪法法院也明确提出了这一点：《基本法》第33.5条不仅必须被考虑，更要获得严格的执行（参见BVerfGE 8, 1 <16 and 17>; 11, 203 <210>; 61, 43 <57 and 58>）。不过《基本法》第33.5条也不排除公务员法律制度的进一步发展，前提是职业公务员制度中涉及其形象和功能方面的规定不会面对制度结构方面的改造（参见BVerfGE 117, 330 <348 and 349>; 117, 372 <379>）。考虑《基本法》第33.5条之义务产生了制度发展的开放性，以使立法机关按照国家制度的相应发展调整公务法律，从而使公务员制度适应当前的环境。按照《基本法》第33.5条的

要求维持职业公务员制度的基本结构，可以使这些在历史演变过程中发展起来的制度在适应当前的国家制度时具有充分的调整空间（参见BVerfGE 3, 58 <137>; 7, 155 <162>; 70, 69 <79>），并在发挥《基本法》分配给一个自由民主政体中公务员体系的职能时，根据法治国原则和社会国原则作出自我调整。

[119]

c)结构性原则必须被遵守，因而普通立法机关不得作出重大调整。它们包括公务员的忠诚义务（参见BVerfGE 39, 334 <346 and 347>; 119, 247 <264>）、终身雇佣原则（参见BVerfGE 71, 255 <268>; 121, 205 <220>）、健康原则（参见BVerfGE 8, 1 <16 et seq.>; 44, 249 <265>; 49, 260 <271>; 70, 251 <267>; 99, 300 <314>; 106, 225 <232>; 117, 372 <380>; 139, 64 <111 para. 92>; 140, 240 <277 para. 71>），以及相应的公务员的报酬应当由立法单方面决定原则（参见BVerfGE 44, 249 <264>; 另见BVerfGE 8, 1 <15 et seq.>; 8, 28 <35>）。这些具有特殊属性的制度组成元素不是相互独立存在的，而是彼此关联的（关于终身任职原则和健康原则之间的关系，可以参见BVerfGE 119, 247 <263>; 121, 205 <221>; 关于忠诚义务与健康原则之间的关系，可以参见BVerfGE 21, 329 <345>; 44, 249 <264>; 130, 263 <298>; 关于公务员的忠诚义务与雇主的照顾义务之间的关系，可以参见BVerfGE 9, 268 <286>; 以及BVerfGE 71, 39 <59>）。

【728】

[120]

aa)公务员的忠诚义务是职业公务员制度的传统原则之一，也是《基本法》第33.5条规定的各种制度保障的核心组成部分之一（参见BVerfGE 9, 268 <286>）。即使是在当今行政国家，这种忠诚义务也具有其特殊重要性。因为在行政国家中，国家职能的专业和有效行使离不开一支廉洁、忠诚和尽职的公务员队伍，它全身心地奉献于国家和国家的宪法秩序（参见BVerfGE 39, 334 <347>）。公务员有义务服务于公共利益，以无偏私的方式履行其义务，并在行使赋予其职责的过程中不会考虑自身利益。与公务员的忠诚义务产生抵触的是参与劳资争议活动、利用经济压力来实现个人利益，尤其是利用《基本法》第9.3条规定的罢工权意义上的集体劳资争议手段（参见BVerfGE 119, 247 <264>以及其他的参考文献）。从法律和经济上对公务员职位提供保障的，目的就在于使得公务员可以履行其忠诚义务。

[121]

bb)终身任用原则的目的是保证公务员在根据法治国家原则从事行政活动时，能够保持中立。法律和经济上的安全地位保障了职业公务员制度能够满足其《基本法》赋予的义务要求，使得国家的行政活动能够在政治权力博弈的大背景下做到稳定且合法（参见BVerfGE 121, 205 <221>）。这一点尤其体现为公务员不能受到政治机关好恶的影响，而被任意调离工作岗位。终身任职的规

定保护公务员不会被从他们根据其地位享有的岗位上调离。这种保障具有非常重要的意义，因为它使得公务员可以独立履行其职责；对于保证其服从法律和正义的要求来说，这种独立性是非常必要的（参见BVerfGE 121, 205 <222>; 141, 56 <71 para. 38>）。

[122]

cc)健康原则的存在使得雇主有义务根据普遍的经济发展和财政状况以及普遍的生活水平标准，为公务员及其家人终身提供相应的健康生活条件和生活费。生活费的标准相应地受公务员所在岗位的职级、责任以及职业公务员制度对普通公众的重要性决定（参见BVerfGE 8, 1 <14>; 117, 330 <351>; 119, 247 <269>; 130, 263 <292>; 139, 64 <111 and 112, para. 93>; 140, 240 <278 para. 72>）。向公务员提供的报酬不是对他们提供的特定服务之补偿。相反，这是当公务员将其全部身心奉献给雇主后，雇主对公务员奉献的“回报”。只有当公务员可以完全投身于公务工作，将其作为终身的职业，充分履行国家组织制度赋予的职能，才能保证行政活动的稳定进行，相应地对于形塑国家的政治力量扮演平衡因素的角色（确立的判例法参见BVerfGE 7, 155 <162 and 163>; 21, 329 <345>; 39, 196 <201>; 44, 249 <265>; 117, 372 <380>）。基于这些考虑，会得出一个无可反驳的结论：需要保证为公务员提供一个恰当的生活费标准。这一要求也成为了具有特别重要意义的传统原则之一，国家需要严格遵守该原则（BVerfGE 8, 1 <16 and 17>; 117, 372 <380 and 381>）。

[123]

根据《基本法》第33.5条的规定提供恰当的生活费标准，这一直接规定在《基本法》中的目标为每位公务员相对于国家设立了一种相当于基本权利的个人权利（参见BVerfGE 99, 300 <314>; 107, 218 <236 and 237>; 117, 330 <344>; 119, 247 <266>; 130, 263 <292>）……

[124]

d)……

[125]

(3)在解释《基本法》时，应当对国际法采取开放态度。(a)《欧洲人权公约》的地位与联邦立法相同，因此地位低于宪法，(b)在解释基本权利和作为宪法原则的法治国家原则时，需要考虑到该公约的要求。(c)该原则同样适用于欧洲人权法院对《公约》的各种解释。(d)《公约》与欧洲人权法院的判例法的重要性来自于宪法对国际法的开放态度，及其对人权的特别关注态度。(e)利用它们作为解释的指导原则，并不意味着《基本法》和《公约》的表述必须完全一致或者表现出充分的和谐关系，只不过在原则精神上需要一致。(g)在《公约》第46条的规定之外，在解释《基本法》时，人们还需要特别考虑欧洲人权法院在作出特定判决时的特殊背景情况。如果在将《欧洲人权公约》价值精神融入《基本法》中时存在方法论上的矛盾或者无法自圆其说之处，那么宪法对于国际法的开放态度需要受到一定的限制。

[126]

a)《公约》及其议定书属于国际条约。《公约》允许缔约方自行决定以何种方式履行其义务，以遵守《条约》中的相关规定（参见BVerfGE 111, 307 <316>以及其他参考资料）。联邦立法机关按照《基本法》第59.2条的规定，批准了上述各项条约（1952年8月7日《关于保护人权与基本自由公约法》，《联邦法律公报》BGBI II, p. 685；按照1953年12月15日的公报，BGBI II 1954, 第 p. 14, 该公约在德国于1953年9月3日生效；在BGBI II 2002 p. 1054, 该公约以其第11份议定书的方式被重新发布）。在作出该批准决定后，联邦立法机关又发布了其他相应的命令，使相应的国际法规定生效。在德国的法律制度中，《公约》在其在德国生效适用的范围内具有联邦法律的地位（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <316 and 317>）。

【730】

[127]

b)与此同时，当其影响到对基本权利和作为宪法原则的法治国家原则之解释时，《公约》提供的各项保护也会具有宪法上的意义（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; 111, 307 <316 and 317, 329>; 120, 180 <200 and 201>; 128, 326 <367 and 368>; 联邦宪政法院分室判决，*Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGK 3, 4 <8>; 9, 174 <190>; 10, 66 <77>; 10, 234 <239>; 20, 234 <247>*）。按照联邦宪政法院既有的判例法，《公约》以及欧洲人权法院的判例法在宪法层面是解释基本权利以及法治国家原则的指导方针，前提是这些解释结论不会限制或者降低《基本法》对基本权利提供的保护——这种情况当然也不是《公约》的题中之义（参见《公约》第53条，BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <317>; 120, 180 <200 and 201>）。

[128]

c)按照《公约》第46条的规定，欧洲人权法院在其诉讼程序中作出的决定需要被遵守。在利用《公约》作为解释指导方针时，联邦宪政法院也需要考虑到欧洲人权法院的决定，即使这些决定不是涉及相同的问题。这种指导作用的存在是基于欧洲人权法院的判例法在解释《公约》时事实上的指向与引导功能，它脱离了对具体案件的判决而存在（参见BVerfGE 111, 307 <320>; 128, 326 <368>; BVerfGK10, 66 <77 and 78>; 10, 234 <239>）。因为《基本法》的目的是尽量避免德国国内法与德国根据国际法需要承担的义务之间的冲突，在可能存在的条件下，至少在涉及国际法庭作出事实上的先例时，欧洲人权法院的判决在德国国内法层面上的影响将不限于根据《基本法》第20.3连同第59.2条产生的义务，即不只是考虑欧洲人权法院的具体判决作出时的具体背景条件（参见BVerfGE 111, 307 <328>; 112, 1 <25 and 26>; BVerfGK 9, 174 <190, 193>）。因此，宪法对国际法的这种开放态度表达了主权者不仅希望融入到国际和超国家社会并希望后者获得进一步发展的愿望，更有要求并期待这些发展发生的愿望。在这一背景下，即使是德国宪法的“最终话语权”也不反对与各

种国际和欧洲的法院展开对话活动，只不过前者提供了这些对话的规范基础。

[129]

【731】 d)在欧洲人权法院作出的具体判例之外，利用《公约》和欧洲人权法院的判例法作为宪法层面的法律解释指导方针，可使《公约》提供的保障在德国范围内的效力得到最大程度的实现，并有助于防止德意志联邦共和国违反该公约情况的发生（BVerfGE 128, 326 <369>）。《基本法》对人权的实体导向尤其表述于德国人民在《基本法》第1.2条中对不可侵犯与不可剥夺的人权之声明。在《基本法》第1.2条规定下，《基本法》对人权的核心组成部分赋予了特别保护。结合《基本法》第59.2条的规定，它们构成了甚至在落实德国的基本权利规定时都需要利用《公约》作为解释指导方针的宪法义务基础。因此，《基本法》第1.2条不是赋予《欧洲人权公约》法律上的宪法地位的入口；相反，该条所阐述的更多是一种不具有约束力的政策表述，为《基本法》的解释活动提供了指导原则，使得人们认识到以下事实，即《基本法》中的基本权利规定是对一般人权规定的表现形式，而且已吸纳了一般人权规定作为最低标准（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <329>; 128, 326 <369>……）。 [130]

e)在解释《基本法》的条款时利用《公约》作为指导方针，其重心在于最终的适用结果：这种实践的目的不是将两类存在平行关系的个别宪法概念从图式上整合起来（BVerfGE 137, 273 <320 and 321, para. 128>以及进一步的参考资料），而是为了防止出现违反国际法的情况。如果可以保证德国国内法同该公约的和谐关系，那么常常会更容易消除或者防止违反国际法的情况，但是这并非来自于国际法上的绝对命令：该公约允许各缔约国自行决定如何遵守自身义务，以落实该规定的各项规定（参见BVerfGE 111, 307 <316>; 128, 326 <367>）。意识到这一点之后需要指出的是，规范用语上的相似性无法掩盖来自于法律制度差异之不同。这种情况也发生在以开放的态度解释国际法概念的情景中。与此类似，在解释过程中比较不同国家的宪法制度时也会存在这种现象。相关国际条约中有关人权的内容必须以一种积极的承认过程，“接受到”相应的作为接收主体的宪法制度中（参见BVerfGE 128, 326 <370>……）。

[131]

f)按照《公约》第46条的规定，缔约国在任何其作为当事方的案件中，都需要遵守欧洲人权法院的最终裁判（参见BVerfGE 111, 307 <320>）。在《公约》第46条适用范围的基础上，人们利用欧洲人权法院的判例法作为指导方针时，尤其需要考虑到每个案件的具体情况，以提供一种情境化的信息……此时人们首先需要意识到的是，与欧洲联盟的法律不同（参见BVerfGE 75, 223 <244 and 245>），如果相应的国家法律秩序没有赋予国际法相应的优先效力，《欧

洲人权公约》不会相对于该国的国内制定法具有适用上的优先地位。因为这种情况的存在，《公约》中的各项权利不会相对于德国的宪法秩序具有优先地位，而更多是表现为解释《基本法》时的重要指导原则。因此，在跨领域效应之外，需要将欧洲人权法院的判例法考虑在内的要求意味着，人们需要确定《公约》反映出的各种原则价值，并对其作出回应。尽可能要避免出现与《公约》反映出的原则价值相冲突的情况。因此，对《公约》的指引与指导功能的承认态度使得国家法上的一些具有可比性的因素成为必要。当人们将欧洲人权法院的判例法纳入分析范围时，该法院已决案件的特殊事实、其从其法律文化出发来看的特殊背景、德国法律秩序有可能存在的独特属性，都必须被考虑在内。这些思路都会反对那种无差别的移植实践，以及只是简单地做到“概念上的平行协调”。如果处理的是在相同法律秩序内的类似案件，其中在国内法律秩序中的司法程序受到了欧洲人权法院最初裁判决定的影响，那么这些指引与指导功能就显得愈加重要了。

[132]

g)在从事解释活动时，对国际法的开放态度所要面对的限制来自于《基本法》的要求。如果按照获得承认的对制定法和宪法的既有解释方法，对《公约》保持开放态度的解释结论看起来是站不住脚的，那些这种持开放态度的解释可能就不复存在了（参见BVerfGE 111, 307 <329>; 128, 326 <371>; 对《基本法》第79.3条对宪法核心价值认同及其带来的绝对界限之讨论，参见BVerfGE 123, 267 <344 et seq.>）。如果德国法院在获得承认的法律解释方法的范围内具有解释与平衡的裁量空间，那么它们就有义务重视与《公约》相一致的解释结论。不同情况只有发生在譬如因为事实背景发生变化，遵守欧洲人权法院的决定会明确造成违反德国的制定法或者宪法规定的后果，尤其是侵犯第三方基本权利。如果立法机关在非常特殊的情况下没有遵守国际条约，但这是防止违反宪法原则的唯一方式，那么这和国际法保持开放性这一目标并不矛盾（参见BVerfGE 111, 307 <319>）。

[133]

另外，以对国际法保持开放的方式解释基本权利不得限制《基本法》对基本权利之保护，《欧洲人权公约》本身也禁止这类解释（参见《欧洲人权公约》第53条，以及联邦宪政法院对该问题的判决BVerfGE 111, 307 <317>）。一个特别需要注意的问题是，承认国际法的障碍在处理多极化的基本权利之间的相互关系时会变得尤为明显；在此情况下，一方基本权利主体的自由增加同时意味着另一方的自由减损（参见BVerfGE 128, 326 <371>以及进一步的参考资料）。

[134]

另外，在以对国际法的开放态度解释《基本法》并将欧洲人权法院的判例法整合进在教义学上存在差异的既有国家法律制度时，需要抱有尽可能谨慎的

【732】

态度（参见BVerfGE 111, 307 <327>; 128, 326 <371>）。因此，不能以不加区别的态度采用各种国际法上的概念。人们尤其需要考虑的是，当两套制度在提供相应的保障时采用了类似话语体系时，欧洲人权法院使用的概念是独立自主地发展起来的，它与《基本法》的相应概念有所不同；从《基本法》的视角出发来分析欧洲人权法院的判断，必须始终考虑作为《基本法》基本组成原则之一的比例原则：站在这种立场上，“利用其作为指导原则”也许意味着欧洲人权法院在权衡利益时思考的方方面面也会被纳入到宪法比例原则的考察范围内（参见BVerfGE 111, 307 <324>; 128, 326 <371 and 372>; BVerfGK 3, 4 <9>）。

【733】

[135]

II.

被宪法申诉人质疑的公共权力机关的行为在宪法上是无可指摘的。部分是基于不同理由，政府机关最终认定德国公务员不得从事罢工行为。在得出这种结论时，政府机关没有无视相应的宪法规定。(1)第一至第四位申诉人都处于工会自由的保护范围内，(2)在初始诉讼程序中被质疑的措施构成了对《基本法》第9.3条规定的基本权利的干涉情况。(3)然而，这些干涉情况在宪法上是站得住脚。(4)即使考虑到《欧洲人权公约》中提供的相应保障，人们也不会得出不同的评价结论。

[136]

(1)(a)职业公务员制度中的传统原则不会对工会自由形成直接的宪法限制。

(b)目前处理的案件正处于《基本法》第9.3条的核心保护范围内。 [137]

a)到目前为止，联邦宪政法院的判例法还没有对《基本法》第9.3条与第33.5条之间的关系给出明确的说明…… [138]

然而，采取系统和目的论的解释方法，得出的结论是职业公务员制度中的传统原则会与宪法发生冲突，并为限制《基本法》第9.3条适用的提供理由；它们不是对工会自由的直接限制……这一解释结论考虑了基本权利作为自由民主秩序核心内容的重要地位（参见BVerfGE 31, 58 <73>），避免以牺牲一种利益为代价而实现另一种法律的方式，得出不成熟和抽象的利益平衡结果……相反，这种平衡方法考虑到了实践中的一致性，使得受到宪法保护的两种利益可以在寻求最佳平衡的情况下获得调和。所有这类利益都可以获得最大程度的实现，以实现其最好的效果。对于《基本法》第33.5条规定的结构原则来说也是如此，第33.5条的规定从一开始也不排除对其他利益的平衡。 [139]

b)……在此前关于《统一集体劳资协议法》的判决中，联邦宪政法院不断提出，如果工人行动的手段之目的是为了缔结集体劳资协议，或者至少是在保证集体劳资谈判的有效进行的范围内，这些手段会获得《基本法》第9.3条的保护（参见BVerfGE 84, 212 <225>; 88, 103 <114>; 92, 365 <393 and 394>; 146, 71

<114 and 115 para. 131>)。但是在宪法法院过去的判决中，法院从来没有表示过，为了缔结集体劳资协议必须要使用罢工的手段。事实上，当某些行为要获得《基本法》第9.3条的保护时，具有决定性的因素是，它们需要是由工会发动并且与集体劳资协议相关的（参见BVerfG, 2014年3月26日1 BvR 3185/09 -, juris, para. 26 et seq.）。在《基本法》第9.3条的保护范围内，联邦劳动法院不会（以后也不会）禁止工会为了缔结集体劳资协议而发动的罢工活动……从宪法对国际法的开放态度出发，对《基本法》第9.3条的广义理解方式以及最大程度地实现基本权利包含的保护要求之考虑，同样会牵涉到欧洲人权法院在《欧洲人权公约》第11条上的立场。按照这种立场表达的观点，从属性的罢工活动至少同样是工会自由的附属组成部分（参见欧洲人权法院，全国铁路、海运和运输工人工会诉英国案判决，2014年4月8日，第31045/10号判决，第77段）。在目前的诉讼程序中，第一至第四位申诉人据称参与了教育与知识分子工会发动的（象征性的）罢工活动，这正是公共部门的工作人员从事集体劳资谈判活动的时候；基于这一相同的时间背景，对存在于主要劳资争议中的目标，这些罢工活动并非明显没有促进实现之作用。 [140]

(2)受质疑的政府机关和相应法院的决定侵犯了《基本法》第9.3条规定的基本权利。任何限制基本权利提供的保障之举措都会限制工会自由。因此，在基本权利行程过程中的任何阶段，任何使得权利行使活动变成更加复杂的规制措施都会被看作是来自于国家的侵犯活动……第一至第四位申诉人的雇主发布了在本案中受质疑的纪律处分决定，并获得了相应的纪律处分法庭支持。它们限制了当事人参与劳资争议活动的可能。 [141]

(3)然而，损害工会自由的结果可以通过具有足够分量且获得宪法保护的利益而获得辩护。 [142]

(a)本案宪法申诉人质疑的决定认为，对公务员罢工活动的禁止是具有宪法地位的传统原则，这种看法在宪法上没有什么可指摘之处。(b)立法机关不仅要考虑这些传统原则，更要遵守这些传统原则。(c)不需要制定法律条文来明确规定对公务员罢工活动之禁止。(d)与地位问题有关的禁止公务员罢工之规定也没有不成比例地侵犯《基本法》第9.3条提供的宪法保障。

a)禁止公务员罢工是《基本法》第33.5条意义上的职业公务员制度的独立与传统原则之一。该原则同时满足了要成为传统原则的两项要求：(aa)传统性 (bb)实质性。 [144]

《基本法》第33.5条的用语没有明确说明何为宪法意义上的传统原则……

[145]

【735】 [146]

aa)禁止公务员罢工的规定满足了传统性之要求，后者对于被视为职业公务员制度的独立和传统原则而言是必要的前提条件……禁止公务员罢工的规定……（至少）可以追溯到魏玛共和时期的国家政治实践，这一历史背景也可以成为证明该规定具有《基本法》第33.5条意义上的传统性之基础。 [147]

..... [148]

bb)从实质性上考虑，对公务员罢工活动的禁止同德国职业公务员制度的根基有着宪法上的紧密联系，尤其是公务员法中规定的忠诚义务与健康原则。考虑到这种情况，实质性的要求也得到了满足。 [149]

..... [150-151]

按照目前职业公务员制度的宪法概念，禁止罢工的规定与健康原则和忠诚义务有着密不可分的关系。这两项原则是公务员履行其职能不可或缺的前提条件，公务员的罢工权会与这两项制度形成不可调和的矛盾；相反，禁止公务员罢工的规定可以保证，目前职业公务员制度中的前述结构性原则安排得以实现并更具正当性。在这一背景下，从《基本法》第33.5条出发，禁止公务员罢工的规定是职业公务员制度的独立结构性原则之一，也是对于制度运行有着必要作用的基础性规定……否定这一原则将从根本上挑战德国目前既有的职业公务员制度的秩序。 [152]

b)禁止罢工的规定是《基本法》第33.5条提供的制度保障的组成部分，立法机关必须遵守这一规定。即使只有部分公务员群体可以享有罢工权，这也会从根本上重塑对公务员制度的理解和规范情况。它将侵蚀健康原则、忠诚义务、终身任职原则，以及包括报酬的物质权利与义务须由立法机关规定之原则。在最低限度上，这种权利的存在也会对这些原则带来根本性的改变，而后者是公务员制度运作的基本条件。例如加入允许罢工权存在，那么以法律的形式来规定公务员的报酬就没有了空间。现在公务员可以在法院利用《基本法》第33.5条对主观权利提供保护，以实现健康原则，但如果公务员的薪酬甚至只是薪酬的一部分可以通过劳资争议谈判的方式来决定，那么这种可能性就不再具有正当性。但是健康原则和终身雇佣原则都是为了保证公务员可以独立行使其职责，并具备必要的手段履行其义务、投身于其岗位。为了实现这一目的，联邦宪政法院也曾经明确表示过，雇主有义务保证公务员获得与其职位相称的收入，以作为健康原则的必要组成部分（参见BVerfGE 130, 263 <292>; 139, 64 <111 and 112, para. 93>; 140, 240 <278 para. 72>; 141, 56 <70 para. 35>; 145, 249 <272 para. 48>; 145, 304 <324 and 325 para. 66>）。即使只是（部分）放弃这些相互之间存在紧密联系的核心原则，也会对既有的职业公务员制度带来挑战，

【736】

并影响到《基本法》第33.5条规定的事项……因此，公务员罢工权的存在不意味着需要调整目前的公务员法律制度，以适应目前国家组织制度发展的需要，使得公务员法律制度能适应目前的环境要求。它还意味着干涉《基本法》第33.5条保护的结构性原则的核心组成部分。因此，要求遵守禁止罢工的义务，也是在对立法机关引入结构变化的方式设置了一些障碍。 [153]

c)宪法不要求以法律条文的方式，明确规定禁止公务员从事罢工活动……

[154]

本案中的宪法申诉人质疑的纪律处分决定的法律理由，包括州法中禁止公务员离开工作岗位的规定。在此基础上，这些纪律处分决定也在一定程度上提到了《州公务员权利地位法》，该法规制了公务员的基本义务，其中包括以不带个人利益考虑的方式履行其职责以服务于公共利益，以及服从指示的义务（《州公务员权利地位法》第33-35条）……如果在受到法律特别规制的公务员各种基本职责中，包括全身心地投身于其岗位、以不带个人利益考虑和善意的的方式履行其职责的要求（也可以参见《联邦公务员法》第61.1条，《州公务员权利地位法》第34条），那么可以从中得出结论，当公务员以集体劳资协议的手段以实现（自身）集体职业利益时，这些活动将被禁止（另可参见联邦行政法院的判决，*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - BVerwGE 53, 330 <331>*）。从宪法上看，没有必要再在目前的法律规定的基础上，进一步对该禁止性要求作出规定。 [155]

d)在涉及公务员参与劳资争议活动的问题上，限制公务员的工会活动自由的作法不会在宪法上引发什么反对意见。禁止公务员从事罢工活动有着《基本法》第33.5条的依据，也与实践协调性原则保持了一致。 [156]

aa)就像《基本法》第33.5条规定范围内的职业公务员制度结构性原则的其他核心组成内容一样，禁止公务员罢工的规定是服务于维持稳定的行政活动之目的（参见BVerfGE 56, 146 <162>以及其他参考资料），以保证国家职能之履行以及国家组织机关和制度的顺利运作。宪法通过《基本法》第33条的其他条款和公务员人事安排，保证了这一目标之实现；公务员的工作条件是由国家单方面决定的，尤其是在危机时刻总是可以要求其提供服务，并需要回避各种权力斗争，其中既包括与雇主也包括与民主选举产生的合法立法机关之间的斗争。《基本法》第9.3条与第33.5条之间的冲突需要借助于实践协调性原则来解决，这意味着相互之间存在冲突的法律立场需要根据它们之间的互动关系来作出评估，并以对所有当事人最有效的方式作出平衡（确立的判例法参见BVerfGE 28, 243 <260 and 261>; 41, 29 <50 and 51>; 93, 1 <21>; 134, 204 <223, para. 68>）。 [157]

【737】

bb)工会自由与《基本法》第33.5条之间的冲突应当以有利于禁止公务员罢工的方式获得解决。在涉及公务员的场合，对《基本法》第9.3条的干涉之考虑不是完全没有道理的。一方面，罢工权……只是工会自由的组成部分之一。禁止罢工不会导致工会自由完全失去意义和失去效力。另一方面，立法机关也已经制定了法律，以弥补公务员无法享受《基本法》第9.3条提供保护的情况。虽然无论前文提及的《联邦公务员法》第118条与《州公务员权利地位法》第53条，还是各州的公务员法，都没有授予工会组成的伞形组织任何参与决策的权利，但是在制定关于公务员制度的法律时，还是授予这些组织的参与权。根据《联邦公务员法》的解释备忘录，这种参与权的存在就是为了补偿公务员因为被禁止罢工而受到的限制（《联邦众议院文件》，BTDrucks 16/4027, p. 35）。另一种弥补措施的表现就是公务员法中的健康原则。在赋予公务员该项权利的时候，它也对国家规定了公务员健康生活条件之义务。该权利可以进入到司法审查的渠道，在必要时可以由法院强制执行，相应地具有了基本权利的地位。在这种两者权利与义务密切相关的制度安排中，对公务员权利或者义务的扩张或者限制，也会带来另一方面权利义务的变化。公务员的法律地位属性不允许“两头获益”的情况存在（参见BVerfGE 130, 263 <298>）……（特定公务员群体）的罢工权会在公务员制度的结构中引发连锁反应，影响到公务员法律制度和相关组织和制度的本质原则……赋予罢工权会对其影响效果产生一系列问题，对象包括集体劳资谈判制度之引入、公务员及其雇主对集体谈判协议之承诺、健康原则和终身任职原则之存续或其改变、公务员的医疗保险利益、公务员免除缴纳社会保障费用，以及要求法院强制执行和公务员岗位相称的健康权之可能性……

[158]

cc)如果人们赋予公务员一种受到限制的罢工权，这种罢工权需要满足由司法裁判或者制定法决定的特殊规定之要求，例如就计划举行的罢工活动提前报告或者获得批准的义务；在这种情况下，已不可能做到尽量根据实践协调性原则平衡不同立场……这种（受到限制的）罢工权需要满足一些前提条件，以利缓和罢工活动对家长与学生等第三方基本权利的消极影响，或者对行政活动职能的破坏作用。而且这种通知或者要求获得批准的义务也可以使得行政机关至少在部分程度上保证公务员的职责可以得到履行……但是为了实现这些目标，就需要有足够数量的公务员决定不去参与罢工活动，或者通过在具体的情境下作出禁止罢工的命令以阻止他们参与罢工活动——事实上，实现目标的不可预期性本身就是重要的反对意见。

[159]

根据《基本法》第7.1条，国家有义务提供教育（参见BVerfGE 47, 46 <71>; 93, 1 <21>; 98, 218 <244>），即受宪法保护的正常运作的教育制度（参

见BVerfGE 138, 1 <29 para. 80>），但如果劳资争议被拉长且参与罢工活动的当事人在学校中担负着维持学校运作的职能，那么就无法保证教育连续运作的基础……

[160]

在根据实践协调性原则平衡工会自由与职业公务员制度的传统原则时，在考虑《基本法》第33.4条规定的不同公务员职能的情况下，我们也不需要禁止罢工的规定限于部分公务员群体……否则将意味着，对于主要履行该条款规定的公共职责的公务员依然适用该禁令，但是其他类型的公务员需要被授予罢工权……根据公务员履行职责的不同对其进行分类，使一类公务员具有、另一类公务员不具有罢工权，这种区分会带来与公共职能概念有关的很多困难……即使只是判断某一官方行为是否涉及公共职能，已是非常棘手的问题。在那些是否存在特定的官方行为并非决定性因素的场合，想要作出这种区分就更加困难了，涉及决定某一类具有特殊身份、履行不同职能的公务员（部分履行公共职责，部分履行非公共职责）是否可以被赋予罢工权，而这种情况的产生可能是授权、委任或者权力转交的结果。即使不考虑这些潜在的问题，只是对那些“处于边缘领域的公务员”赋予罢工权，这也将意味着放弃能够稳定展开的国家行政活动，以及《基本法》第33.4条规定的范围以外的其他国家职能之行使。在此基础上，以《基本法》第33.4条规定的职责为标准决定是否赋予罢工权，就会创造一种“有罢工权的公务员”或“受集体劳资协议规定的公务员”群体……这种新的公务员类别就会成为被重新定义的公务员制度中的“第三极”。对于那些履行核心公共职能的公务员来说，还将继续适用健康原则；但是其他公务员就可以借助于劳资争议手段，在可能的情况下对其工作环境的设定提出并实现其要求，与此同时还保留其公务员的地位。目前在公务员制度体系中，已经存在如何区分不同的雇员群体并平等对待他们的问题；如果现在再引入该类别，就将进一步带来此类人员在何种程度上还可以被视作具有公务员法律地位的问题……

[161]

……

[162]

(4)在德国存在的禁止公务员罢工的规定符合宪法对国际法的开放态度，尤其与《欧洲人权公约》规定的保障相一致。(a)欧洲人权法院在其判例法中也以一系列诉讼的方式，发展了《欧洲人权公约》第11条。(b)在分析这些决定的核心原则精神后，目前还不能确定德国的法律规定与《公约》之间存在着冲突。(c)即使不考虑前述两种情况，本庭亦认为，考虑到德国职业公务员制度的独特之处，《公约》第11.2条规定的限制罢工权的前提要求也得到了满足。

【739】

a)《公约》第11.1条赋予了任何个人和平集会并与他人组建社团的自由权，其中同样包括组建并加入保护其利益的工会组织的权利。欧洲人权法院在

其近年来作出的判例法中进一步明确了《公约》第11.1条规定的保障，以及根据《公约》第11.2条规定的干涉条件。 [164]

aa)在2008年的案例中（*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 145），欧洲人权法院的大审判庭判定，《公约》第11.1条规定的结社自由，包括了组建与加入工会的权利、禁止闭店协议的规定（closed-shop agreement），以及工会尝试说服雇主倾听其代表工会成员表达的诉求之权利。在解释该条款时，欧洲人权法院考虑了其他国际法文件的规定（国际劳工组织第87号与第98号公约，《欧洲社会宪章》）、有权机关对这些文件的解释以及欧洲国家的实践（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 85）。在一个涉及土耳其工会全贝尔森（Tüm Bel Sen）与土耳其市镇当局之间集体劳资协议的案件中，欧洲人权法院判定，国家行政机关的成员不能被排除出《公约》第11条的适用范围。在最大允许范围内，限制措施之作出也必须符合《公约》第11.2条的规定。然而，《公约》第11.2条第2句规定的例外人群应当受到严格解释（参见欧洲人权法院判决，德米尔与贝卡拉诉土耳其，2008年12月12日，第34503/97号判决，第107, 119段）。土耳其政府未能证明存在着迫切的社会需要，以排除相关当事人的集体劳资谈判权（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 163 et seq.）。在该案背景下，简单以公务员相对于其他劳动者具有的优势地位作为理由是不充分的（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 168）。 [165]

【740】斯皮尔曼（Spielmann）法官在2008年12月12日判决的赞同意见有布拉查（Bratza）、卡萨德瓦尔（Casadevall）和威里格尔（Villiger）法官加入，强调了对于公务员来说工会自由权的重要性（欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, Separate Opinion of Judge Spielmann §§ 1 et seq.）。赞同意见指出，在许多法律制度中，公务员的法律地位是由法律或者其他法律规范确定的，个别协议不能降低这些法律地位。从尼古拉斯·瓦尔蒂克斯的观点出发（Nicolas Valticos, *Droit International du Travail*, Vol. 8 [Droit du Travail], 2nd Edition 1983, p. 264 et seq.），赞同意见提出，一个国家的政府与其公务员之间关系的概念取决于具体的国家。在一些国家，公务员与其他公共官员或者其中大部分在涉及集体劳资协议或罢工权的问题上，通常会被当作在私人经济部门工作劳动者。但其他国家接受的还是传统观念。该赞同意见进一步指出了另一个问题，即对公务员的定义范围根据国家的不同而不同，其主要决定因素包含公共部门的范围，以及是否及在何种程

度上区分公务员和其他广义的公共部门雇员（参见欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, Separate Opinion of Judge Spielmann § 6）。虽然大审判庭在2008年12月12日的决定最终承认了公务员的谈判权，但是在公务员体系还是必须设定某些例外或者限制情况，前提是在制定相应的雇佣条件或者管理规定时，公务员代表的作用能够获得保障（欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, Separate Opinion of Judge Spielmann § 8）。允许政府工作人员的声音获得倾听的权利当然意味着政府工作人员有权与其雇主开展社会对话，但是从这种权利中并不必然推导出订立集体劳资协议或政府有保证此类协议存在的义务（欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, Separate Opinion of Judge Spielmann §§ 8 and 9）。 [166]

bb)2009年的能源基础设施工会诉土耳其案涉及一个公务员工会提交的诉讼申请。欧洲人权法院第三庭判定，禁止罢工的决定干涉了《欧洲人权公约》第11.1条规定的保障。判决指出，罢工活动使得一个工会可以让自己的声音获得倾听，它也是工会成员保护其利益的重要手段（参见欧洲人权法院判决，Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 24）。然而，罢工权不是一项绝对权利，可以在其之上规定条件或施加限制。审判庭还认定，工会自由原则符合代表国家履行政府职能的公务员不得罢工之规定。但是在上案中，政府通报在没有考虑到《公约》第11.2条规定的目标的情况下，就禁止所有公务员行使其罢工权。土耳其政府未能证明，这种禁止性规定在一个民主社会中是必要的（参见欧洲人权法院判决，Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 32）。 [167]

【741】

cc)在此之前，欧洲人权法院第二庭在2007年3月27日的判决中，就在考虑到了土耳其的法律制度背景的情况下，决定了《公约》第11条的适用范围（参见欧洲人权法院判决，Karaçay v. Turkey, Judgment of 27 March 2007, no. 6615/03）。首先，欧洲人权法院判定，《公约》第11.1条对个人的保护范围是全面的，并未事先就将公务员排除在外（参见欧洲人权法院判决，Karaçay v. Turkey, Judgment of 27 March 2007, no. 6615/03, § 22）。本案的申诉人是一名电工，他参与了与公务员报酬有关的一次罢工活动，结果被处以纪律处分上的警告处分，而这在一个民主社会中是不必要的（参见欧洲人权法院判决，Karaçay v. Turkey, Judgment of 27 March 2007, no. 6615/03, §§ 37 and 38）。 [168]

dd)2008年7月17日，欧洲人权法院第二庭对乌尔坎等人诉土耳其案（Urcan and others v. Turkey）作出判决。本案涉及一些参与了为期一天的罢工活动的教

师，他们被土耳其法院判处了纪律处分。在本案的背景中，欧洲人权法院认为这些处分措施构成了在集会自由问题上对《公约》第11条规定的干涉。法院进一步提出，因为这些干涉措施不具有在一个民主社会中的必要性，因而这些措施也无法利用《公约》第11.2条来提供辩护理由（参见欧洲人权法院判决，*Urcan and others v. Turkey*, Judgment of 17 July 2008, no. 23018/04 and others, §§ 26 et seq.）。

[169]

ee)在德米尔与贝卡拉诉土耳其和能源基础设施工会诉土耳其案之后，欧洲人权法院还不断处理了针对土耳其政府提起的涉及《公约》第11条的其他审查申请。在卡亚与瑟汉诉土耳其（*Kaya and Seyhan v. Turkey*）案中，两名教师与此同时也是工会的成员参加了为期一天的罢工活动，因此违反了公务员组织法律制度并受到纪律处分（参见欧洲人权法院判决，*Kaya and Seyhan v. Turkey*, Judgment of 15 September 2009, no. 30946/04, §§ 5 and 6）。欧洲人权法院判决，对这些申请人施加的纪律处分措施未能满足于紧迫的社会需要，因此在一个民主社会中不具有必要性。这些纪律处分措施构成了对诸申请人集会自由权不成比例的侵犯（参见欧洲人权法院判决，*Kaya and Seyhan v. Turkey*, Judgment of 15 September 2009, no. 30946/04, § 31）。

[170]

ff)在2009年9月15日的赛姆·奥兹坎诉土耳其案，第二庭再次针对一名教师提出的申请作出判决，该教师同样也是一个工会的成员，同样也参与了一个全国性质的为期一天的罢工活动，目标是为了改善公务员的工作环境。在引用【742】*Ural Karan v. Turkey*、*Kaplan v. Turkey*案的基础上，法院认定对申请人宣判的刑事定罪判决违反了《欧洲人权公约》第11条（参见欧洲人权法院判决，*Saime Özcan v. Turkey*, Judgment of 15 September 2009, no. 22943/04, §§ 22 et seq.）。在其2010年7月13日关于塞里切奇诉土耳其案（*Çerikci v. Turkey*）的判决中，土耳其的一些市镇公务员参与了罢工活动，相应受到了纪律处分措施。第二庭引用了其在卡普尔诉土耳其案中的判决意见，再次认定本案中的纪律处分决定违反了《公约》第11条的规定（参见欧洲人权法院判决，*Çerikci v. Turkey*, Judgment of 13 July 2010, no. 33322/07, §§ 14 and 15）。

[171]

b)在分析前文所述各案中的欧洲人权法院的意见时，既无法得出结论说德国目前的法律制度不符合《欧洲人权公约》的规定，也不能说德国的国内法与该公约存在抵触之处。如果德国的国内法没有与该公约存在抵触之处，那么有关宪法对国际法的开放态度之限度对于本案的最终判决就不具有决定作用，虽然在目前的宪法诉愿程序中该问题已经被提了出来。尤其是在本案中，目前还没有必要澄清，作为职业公务员制度的传统原则之一以及德国国家结构的传统原则（参见前文144段以下的论述），禁止公务员罢工的规定是否也是一项宪

法原则……但是目前还是有许多观点支持后一种看法。 [172]

……针对土耳其作出的判决对德意志联邦共和国没有直接的法律效力，在德米尔与贝卡拉诉土耳其、卡普尔诉土耳其、乌尔坎等人诉土耳其、卡亚与瑟汉诉土耳其、赛姆·奥兹坎诉土耳其和塞里切奇诉土耳其等其他诉讼中的判决也是如此……（参见BVerfGE 111, 307 <320>）。在此需要考虑到不同案件中当事人在相应的相关法律体系背景下提出的观点，以及概念上的相似性不得掩盖不同法律秩序背景产生的差异（参见BVerfGE 128, 326 <370>……）。对于以符合《欧洲人权公约》的精神来解释国内法来说，欧洲人权法院的判决也具有重要作用；后者的影响更多来自于这些判决的指导功能，已经超越了《公约》第46条的规定范围。如果涉及的是相同法律秩序中的类似案件，这种指导功能的意义就尤为明显，因为这意味着在缔约国中的（其他）诉讼程序将会受到欧洲人权法院最初作出的判决之影响……除了在类似案件中的影响之外，在审视一个国家自身的法律秩序（参见BVerfGE 111, 307 <320>）并接纳欧洲人权法院发展出来的普遍抽象指导方针背后的原则精神时，这种指导功能也需要被考虑在内（参见BVerfGK 3, 4 <9>）。 [173]

《基本法》第9.3条以及联邦宪政法院相应的判例法明确提出，德国公务员也处于工会自由的个人权利保护范围内，并不属于例外情况（参见BVerfGE 19, 303 <312, 322>……），但是因为存在相互冲突的宪法规定（《基本法》第33.5条），作为《基本法》第9.3条明确提及的情况，公务员无法行使其罢工权；因此，这些规则是符合《欧洲人权公约》体现的各种原则价值的。在《公约》第11条的保护范围及其限制方面，欧洲人权法院已经对于价值问题发展出了具有原则性质的观点和立场，在以开放态度解释《公约》法律文件时必须被考虑在内。在德米尔与贝卡拉诉土耳其案中，大审判庭在评价《欧洲人权公约》第11条的保障时详细阐述了保护范围（参见欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, §§ 96 et seq.）。在对受保护的当事人范围问题上，大审判庭的结论是，国家行政机关的工作人员不能被普遍地排除出《公约》第11条的保护范围，至多只能对这些人员施加限制（参见欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 107）。大审判庭还判决，结社自由的本质不应当被损害（参见欧洲人权法院判决，Demir and Baykara v. Turkey, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 97……）。类似的评价可以在卡普尔诉土耳其案中看到，该案的判决意见提出，《公约》保护所有人加入工会的权利，公务员不会被自动排除在这种权利保护范围之外（欧洲人权法院判决，Karaçay v. Turkey, Judgment of 27 March 2007, no. 6615/03, § 22）。 [174]

【743】

尤其是在罢工权的问题中，欧洲人权法院在能源基础设施工会诉土耳其案中提出了一项普遍的解释原则：罢工活动使得工会可以让自己的诉求获得倾听，以保护他们的利益（参见欧洲人权法院判决，*Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 24）。但是德国的法律也没有与这种评价意见发生冲突。在德国的公务员获得代表的问题上，相应的公务员工会的伞形组织的确没有被赋予罢工的权利，但是在起草制定公务员法律制度中有关劳动条件的一般法律规定时，这些组织还是被赋予了参与的权利。（参见《联邦公务员法》第118条，《州公务员权利地位法》第53条，以及各州的公务员法的相应条款）。即使这些程序性的规定因为没有规定集体劳资谈判机制，使得在传统的劳资争议机制中施加压力的渠道出现了缺失，但还是可以使得相应的工会组织通过补偿和利益平衡措施，让它们的呼声获得倾听。 [175]

c)无论禁止公务员罢工的规定是否构成了违反《欧洲人权公约》第11.1条，该禁令都可以通过《公约》第11.2条(aa)第1句和(bb)第2句的规定，根据德国职业公务员制度的独特之处获得辩护。 [176]

aa) 1)德国对公务员罢工活动之禁止是根据《公约》第11.2条第1句意义上的法律规定的。这要求国内法存在相应的基础（参见欧洲人权法院判决，*Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 26）。国内法依据的确存在。无论是联邦还是州层面上的公务员法律，都针对所有公务员在未经许可的情况下离开工作岗位以及服从工作安排的义务作出了明确的规定。未经许可参与罢工不符合这些规定。另外，禁止公务员罢工的规定是《基本法》第33.5条要求之体现，在过去几十年的时间中一直在获得最高法院的认可…… [177]

【744】 2)纪律处分的辩护理由一直是保证公共行政活动的职能，以及在本案申诉人的特殊背景下，保护国家的教育职能之履行以及学校制度的有效运作（《基本法》第7.1条）；它服务于维持秩序，因而追求《公约》第11.2.条第1句意义上的合法目的。 [178]

3)考虑到德国职业公务员制度的独特之处，禁止罢工的规定在一个民主社会中也是有必要的。正如欧洲人权法院在德米尔与贝卡拉诉土耳其案中提出的，对《公约》第11.1条的干涉可以通过紧迫的社会需要获得辩护；另外，相应的限制措施应当符合比例要求（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 119）。按照欧洲人权法院的看法，当土耳其的国内制定法绝对禁止公务员组建工会时，土耳其政府却没能证明这种绝对禁令是服务于紧迫的社会利益需要。相关法律没有规定组建工会的可能性，但仅依靠这一事实做辩护是不够的（参见欧洲人权法院判

决, *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 120)。土耳其公务员群体享受着一种特权地位,但这种解释也不足以在土耳其的背景情况下为该绝对禁令提供充分理由(参见欧洲人权法院判决, *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 168)。在能源基础设施工会诉土耳其案中,土耳其政府声称《公约》第11条不保护工会采取相应措施的权利,但是却未能证明,在一个民主社会中需要对罢工活动权施加限制(参见欧洲人权法院判决, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, §§ 29 and 32)。

[179]

而且在德米尔与贝卡拉诉土耳其案中,欧洲人权法院还提出,缔约国在定义紧迫的社会需要这种普遍的法律概念时,只有有限的解释空间(参见欧洲人权法院判决, *Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 119)。但是本案没有涉及对罢工权的保障的问题。到目前为止,欧洲人权法院都没有将罢工权特别定义成《公约》第11条规定的核心保障的组成部分(参见欧洲人权法院判决, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, Judgment of 8 April 2014, no. 31045/10, § 84)。相反,在考虑对工会自由的限制措施的裁量权上,欧洲人权法院作出了以下区分:如果立法上的限制性规定直击了工会活动的核心内容,那么该国立法机关的裁量空间就会下降;在这种情况下,需要从普遍利益的角度,对干涉工会自由的措施提出更多的辩护理由。相反,如果这些限制性规定没有触及工会活动的核心内容,只是它的次要或者从事性活动,那么立法机关的裁量空间就会比较宽泛,相应的干涉措施也会更有可能符合比例原则的要求(参见欧洲人权法院判决, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, Judgment of 8 April 2014, no. 31045/10, § 87)。在涉及从属性罢工活动的问题上,欧洲人权法院提出,这些活动没有触及结社自由的核心内容,只具有次要性或者从属性,因而需要承认各国政府在相应的限制措施上具有比较宽泛的裁量空间(参见欧洲人权法院判决, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, Judgment of 8 April 2014, no. 31045/10, § 88)。

【745】

[180]

在这一特殊背景下,禁止德国公务员尤其是具有公务员地位的教师罢工,可以根据《公约》第11.2条第1句的要求而获得辩护。在目前的宪法诉愿程序中,具有公务员地位的教师参加了由德国教育与知识分子工会(*Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft – GEW*)组织的罢工行动。该工会同时代表着具有公务员地位以及只具有普通雇员地位的教师。按照德国的制度安排,教育与知识分子工会只能代表作为普通雇员的教师,与州的雇主工资事项协会谈判确定

集体劳资协议。这些集体协议不适用于公务员；在涉及公务员的问题上，联邦和相应州的立法机关具有排他性的管辖权决定公务员的工作条件、是否接受针对公共部门中工作的雇员集体谈判之结果，以及在多大程度上接受这些结果，并将其运用到对公务员的相应安排上去。本案中第1位以及第2至4位申诉人在部分程度上希望通过参与罢工行动的方式，将集体劳资谈判的结果传递到对他们的工作条件安排上。这一行为（至少）具有支持某项罢工行动的目的，而罢工是以缔结集体劳资协议为目的，这就使得本案中申诉人的行动具有了从属性罢工活动的色彩；因此，这些申诉人的行为不处于《公约》第11.1条保障的核心领域内。在这种情况下，通常会赋予德意志联邦共和国裁量空间，在本案中不存在已被逾越的情况。罢工禁令适用于部分公务员群体，属于获得了承认的宪法传统，但并不是公务员特权地位之体现（终身雇佣地位、健康保险福利权、各种津贴），也不是仅仅因为公务员具有维持公共行政活动运转的职能，或者为了保护第三方的权利，就可以对这种禁令提供充分的理由。相反，具有决定作用的问题是，在德国的公务员法律制度中，公务员的法律地位同时意味着存在互相交织关系的权利与义务，对公务员某项权利或者义务的扩张或者限制通常会带来其他权利和义务之变化……赋予公务员罢工权会从根本上改变德国的公务员法律制度，使其处于不确定状态。而且公务员法律制度是德意志联邦共和国的一个独特的国家传统，它来自于欧洲不同国家在文化和历史发展领域内丰富的多样性（参见欧洲人权法院判决，Lautsi et al. v. Italy, Judgment of 18 March 2011, no. 30814/06, § 68……）。

[181]

【746】 按照《欧洲人权公约》第11.2条第1句的规定，需要平衡其他当事人的权利和自由；需要考虑的事实是本案中第1位与第2至4位当事人面临的罢工禁令，它服务于实现教育权的利益，相应地保护了《公约》第1号议定书第2条以及其他国际条约中载明的重要人权……

[182]

作为对禁止罢工规定的补偿措施……德国建立的制度允许工会的伞形组织在起草制定关于公务员的立法规定时参与其中……此外，因为公务员无法通过劳资争议的手段去影响对其工作环境的决定，作为另一种补偿措施，《基本法》第33.5条赋予了公务员对其健康生活条件具有宪法地位并可在法院获得审查的主权公权利（参见BVerfGE 139, 64 et seq.; 140, 240 et seq.）。这种获得司法审查的可能性在传统上仅限于公务员，其他公共部门的雇员无法享受，依据《基本法》第33.5条赋予公务员的主权权利也是如此；假如赋予公务员罢工权，这一切就会变得完全没有意义。

[183]

bb)此外，作为具有公务员地位的（前）教师，第1-4位申诉人都是《公约》第11.2条第2句含义上的国家行政部门的组成人员。按照欧洲人权法院的意

见，该例外条款既没有将某一特定的部门排除在外，也不是对该限制措施的独立理由；不过作为对《公约》第11.2条第1句的补充，它专门规定了基于比例原则的审查要求（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, §§ 97, 107，未采纳欧洲人权委员会的以下决定：*Council of Civil Service Unions and others v. United Kingdom*, Decision of 20 January 1987, no. 11603/85……）。 [184]

按照《公约》第11.2条第2句的规定，《公约》第11.1条规定的保障可以针对武装力量、警察或者国家行政机关的成员作出一定的限制。不过，针对此类人员施加的限制需要在实践中进行严格的解释（参见欧洲人权法院判决，*Demir and Baykara v. Turkey*, Judgment of 12 November 2008, no. 34503/97, § 97……在专门针对国家行政机关组成人员的问题上，可以参见欧洲人权法院判决，*Vogt v. Germany*, Judgment of 26 September 1995, no. 17851/91, § 67）。因此，被归属到国家行政概念之中的一个判断标准可以是代表国家行使国家公共权力（参见欧洲人权法院判决，*Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 32，其中提到了欧洲人权法院判决，*Pellegrin v. France*, Judgment of 8 December 1999, no. 28541/95, §§ 64 et seq.……）。 [185]

对于州的公立学校中工作的教师是否属于《公约》第11.2条第2句意义上的国家行政机关组成人员，欧洲人权法院到目前为止都没有给出明确的回答。相反，在两个针对德意志联邦共和国的案件中，欧洲人权法院对这个问题都采取了开放性的态度，因为它不涉及判决中的关键问题（参见欧洲人权法院判决，*Vogt v. Germany*, Judgment of 26 September 1995, no. 17851/91, § 68；*Volkmer v. Germany*, Judgment of 22 November 2001, no. 39799/98）。 [186]

【747】

按照本庭的意见，具有公务员地位的教师是《欧洲人权公约》第11.2条第2句含义上的国家行政机关的组成人员。不过，如果认为国家所有的公共雇员甚至国家经营的商业或者工业企业的雇员都属于国家行政机关的组成人员，那么这一判断的适用范围就太宽泛了，不再能与《公约》的要求保持一致（参见欧洲人权法院判决，*Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey*, Judgment of 21 April 2009, no. 68959/01, § 32）。正如本案中提及的各种具有法律意义的事实已经揭示出的，公务员依据《基本法》第33.4条处于受公法定义的服务与忠诚关系中，但是在德国的双轨制的公务员制度中，这一公务员群体相对于整个公共雇员群体而言只占较小的一部分。截至2016年6月30日，在整个公共服务部门工作的470万人中，只有170万人具有公务员或者法官的地位（参见联邦统计局的报告，公共服务部门的人员，<https://www.destatis.de>）。 [187]

另外，对于本案中的相关群体——在公立学校中工作的老师而言，国家的

职务履行情况有着自身的特殊利益。学校系统以及国家应当履行的教育职责在《基本法》（《基本法》第7条）和各州宪法中都有着重要意义。在有的州，作为宪法规则，受雇佣的教师将具有公务员的地位（参见巴伐利亚州宪法第133.2条）。教师的确并非主要履行国家职责的工作（BVerfGE 119, 247 <267>）。因此，《基本法》第33.4的规定并未与老师主要是被作为公共服务部门的雇员雇佣这一事实发生冲突，事实上，在德国，教师的雇佣情况主要是根据不同州的具体情况有着不同的具体安排。那些不具有公务员地位的教师之存在不是因为他们履行的职责造成的，而是一般具有特殊的事实原因……有些受雇的教师不具有公务员的地位，是因为他们没有满足成为公务员的条件要求；在其他情况下，政府从行政管理上的实际情况出发决定了特定雇佣关系安排。在过去，雇佣不具有公务员地位的教师可以构建更灵活的雇佣关系，例如两德统一带来了人口分布的变化，曾经使得萨克森州的公共教育部门出现了人浮于事的情况；为了解决这一问题，州政府（当时）就决定在对雇佣人数作出必要的削减。也正是因为德国，教师间存在着事实上的不同雇佣关系身份，因而人们无法否认，具有公务员身份的老师也构成（也应被作为）《公约》第11.2条第2句意义上国家行政部门的组成人员。正是因为教师履行着如此重要的职责，因而是否赋予他们公务员的地位的决定权必须要保留给国家。 [188]

【748】 III.

在2 BvR 1738/12和2 BvR 1068/14这两份判决中，宪法申诉人提出了《基本法》第9.3条与第20.3条遭到侵犯的宪法诉愿，但是都不成立。 [189]

(1)法律和正义的约束效应使得人们有义务考虑《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院的判决所规定的保障，并在解释法律的过程中将其视作在方法论上站得住脚的指导方针。如果不能考虑欧洲人权法院的判决，或者采取了与既有法律冲突的方式，来以制度化的方式“执行”该判决，这就会带来与基本权利乃至法治原则相冲突的后果（BVerfGE 111, 307 <323 and 324>）……如果欧洲人权法院的判决在考虑某个案件事实时具有指导作用，那么其在作出相应的判决时权衡考虑的各方面事实情况——也就是比例性审查——都要被纳入主要考虑范围，而且其权衡考虑的结果也需要在最终判决中讨论（BVerfGK 3, 4 <9>）。 [190]

(2)被质疑的判决满足了这些审查要求。在评估本案各种相关事实的过程中，各级法院都遵照了欧洲人权法院的解读方式，将《欧洲人权公约》第11条考虑在内，并认真对待了该条款……因此，各级法院不仅考虑了《欧洲人权公约》提供的保障，也考虑了欧洲人权法院的相应判决。 [191]

十、《基本法》第21.2条：取缔政党

根据《基本法》第21.2条，德意志联邦共和国参议院申请宣布德国民族民主党违宪，并要求解散该党，BVerfG, 17.1.2017, 2 BvB 1/13, http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113en.html (BVerfGE 144, 20-367) . 【749】

“民族民主党取缔案”

BVerfG, 17.1.2017, 2 BvB 1/13,

http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113en.html (BVerfGE 144, 20-367)

1.译者注解

政党也属于社团，因此政党从原则上说也是《基本法》第9条结社自由的保护对象，而结社自由是《基本法》第1至19条保护的基本权利的组成部分。然而，《基本法》第21条对政党问题作出了特别规定，在“人民政治意志形成过程中”赋予了政党一种宪法角色，并对政党的组织尤其是其内部民主治理结构与财政行为规定了相应的法律制度框架，具体细节由一部专门的制定法《政党法》来规定。¹²⁵赋予政党的宪法地位是具有法律后果的，这种后果不仅体现在对政党的公共资助上，¹²⁶还表现在政党利用公共媒体和公共基础设施的权利上，例如举行政党代表大会或者政治集会。宪法法院在塑造关于政党的各种法律制度的过程中扮演了非常重要的角色，其针对政党和竞选资助的有些判决已经渗透进了立法这一灰色地带，而不仅仅是在解释《基本法》。宪法法院的这些意见涵盖了国家向政党的直接资助、对政党的竞选开支的补助金额的限制，以及对政党的一般捐助制度。¹²⁷政党将各种各样、内容丰富的政治意见转化成选举选项的政策方案包，政党的宪法地位本身又与各种权利紧密相连，例如获

¹²⁵ 《政党法》（1994年1月31日版，BGBl. I S. 149），2018年7月10日最后修订（BGBl. I S. 1116），该法的英文版网址见https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/gesetztestexte/Parteiengesetz_PartG_engl_042009.html。

¹²⁶ 德国议会对政党公共资助问题的粗略分析，可以参见https://www.bundestag.de/en/parliament/function/party_funding；另可见国会图书馆：《竞选资助：德国》2009版（本报告有些过时了，但是还是具有一定的价值），<https://www.loc.gov/law/help/campaign-finance/germany.php>（最后访问于2019年8月22日）。

¹²⁷ 联邦宪法法院在这些问题上的重要判决包括：BVerfGE 8, 51; 12, 276; 20, 56; 24, 342; 85, 264.

得财政补助、¹²⁸利用公共基础设施等，正是考虑到政党在保证一个有效运作的政治制度中的重要作用，取缔和解散政党成为了一个不只是处置“普通”社团这么简单的问题了。也正是基于这些考虑，《基本法》第21.4条将宣告一个政党违宪的权力排他性地授予宪政法院。《联邦宪政法院法》¹²⁹第43条规定，只有联邦议院、联邦参议院、联邦政府才可以向宪政法院申请作出此种宣告；如果针对的是只在某个州活动的政党，那么该州政府也有此权力。¹³⁰违宪宣告的法律后果规定于《联邦宪政法院法》的第46.3条，其中包括解散政党、禁止创建替代性政党以及没收违宪政党财产的可能性。

到目前为止，只存在过两次成功宣布政党违宪的实践。这两次取缔判决都是发生在德意志联邦共和国成立之初，当时的《基本法》实践经历还相对比较短暂。这两次违宪宣告判决中，一次涉及被称之为“社会主义帝国党”的纳粹继承组织，¹³¹一次则涉及德国共产党。¹³²

在这两份判决中，宪政法院对于宣布一个政党违宪规定了非常严格的门槛。按照《基本法》第21.2条的规定，“如果一个政党正致力于破坏或推翻自由民主的基本秩序，或危害德意志联邦共和国的生存”，就可以作出宣布该政党违宪的宣告。¹³³宪政法院以非常严格的立场解释了这些要求。如果只是追求一些与《基本法》不协调的政治目标，这还不足以构成宣告违宪的基础。这是因为《基本法》是可以被修改的。相应地，人们可以得出结论说，这些修改《基本法》的活动也可以成为政治活动平台的一部分。在《基本法》中，只有部分核心内容是不能成为任何宪法改革活动的对象（《基本法》第79.3条作出了此种规定），但是即使对于这些内容来说，例如共和主义和联邦主义这两项

¹²⁸ 2019年，《政党法》第18.2条将国家可以提供给政党的资助的金额绝对上限设定为1.9亿欧元。该金额的分配，首先是根据相应的政党在联邦、州和欧洲议会的选举中获得的选票数确定一个大致的比例，然后再根据政党通过党员党费或捐助（上限3,300欧元）获得的收入，国家以45%的比例提供配套资金。关于这种复杂的金额计算与分配方式的细节，可以见《政党法》第18.3条。

¹²⁹ 该法的英文版来源可见<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.html>（最后访问于2019年10月21日）。

¹³⁰ 按照《基本法》第62条的规定，联邦政府包括（联邦）内阁的部长以及联邦总理。

¹³¹ BVerfGE 2, 1, 1952年10月23日，社会主义帝国党判决。

¹³² BVerfGE 5, 85, 1956年8月17日，德国共产党判决。对于这两个案件更详细的描述，可以参见保罗弗朗茨：《违宪和被禁止的政党：德国与美国的比较》，《波士顿学院国际与比较法评论》1982年第5卷第1期，第51页。

¹³³ 对《基本法》第21.2条的翻译可见https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0121（最后访问于2019年10月21日）。

原则，也不是完全被排除出了可被针对的政治活动目标的范围。只有规定在第1条（人的尊严）、第20条（民主、法治）这些核心原则，才会在宣布一个政党违宪的具体案情中具有相关性。¹³⁴然而，只是以政治手段去试图改变自由社会的这些核心价值元素，也还是不能成为充足的取缔理由。受质疑的政党必须以系统化的方式反对这些原则。¹³⁵此时，法院不一定会要求存在暴力或者犯罪活动，但是法院当然还是会要求某些证据，证明存在此类否定这些核心原则的活动，以表明政党的活动已经不仅仅是在表达政治观点了。¹³⁶

接下来翻译的2017年案例涉及民族民主党，该党同样是一个纳粹政党。早在2003年，即申请宣布该党违宪，但因为程序上的问题失败了；在诉讼过程中发现的事实之一是，该党在联邦和州层面上的领导层中，有一些为州和联邦的宪法保护局秘密工作的人员，因而无法确定，在诉讼过程中被提交的证明相应犯罪事实存在的材料究竟是来自于该党还是监视该党的特工人员。¹³⁷

【751】

此次重新宣布该党违宪的努力又失败了，不过这一次宪政法院承认，该党“因为其目标和追随者的行动，正致力于推翻自由民主的基本秩序”。¹³⁸但是法院判定，因为该党目前非常弱小，因而人们很难相信，该党的这些“致力”活动会成功。¹³⁹在作出此种判决时，法院已经明显偏离了它在1956年针对共产党作出的判决中，关于“致力”一词的解释，当时宪政法院特别提出，政党没有成功可能的事实本身不会使得该党免除被取缔的命运。¹⁴⁰

另外还需要值得注意的一点是，虽然没有宣布该党违宪，但是宪政法院花费了大量的篇幅说明，它采取的方法符合《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院根据《公约》第11条的规定处理取缔政党问题时作出的判例法。¹⁴¹换句话说，

¹³⁴ 2017年1月17日联邦宪政法院判决，2 BvB 1/13, http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113en.html, 第536段及以下（BVerfGE 144, 20-367）。

¹³⁵ 同上，第575段以下。

¹³⁶ 同上，第580段。

¹³⁷ BVerfG, 18.3.2003, 2 BvB 1/01, http://www.bverfg.de/e/bs20030318_2bvb000101.html, 第77段及以下（仅有德语版）。“护宪办公室”（Office for the Protection of the Constitution）在联邦和州两个层次同时独立存在。它们是仅限于国内的秘密机构，任务是收集关于反对宪法和联邦德国存在之努力的信息，来源可以是公开也可以是地下的，针对的范围从恐怖主义或间谍到国内极端政党及其活动。更多信息参见 <https://www.verfassungsschutz.de/en/index-en.html>（最后访问于2019年8月23日）。

¹³⁸ BVerfG, 17.1.2017, 2 BvB 1/13, http://www.bverfg.de/e/bs20170117_2bvb000113en.html, 眉注 9(a)与第633段。

¹³⁹ 同上，第633段及以下。

¹⁴⁰ 同上，第586段。

¹⁴¹ 同上，第607段及以下，第625段。

宪政法院间接表示，它本来是可以适用《欧洲人权公约》的方式来宣布该党违宪的，但是法院最终选择不以更严格的方式来解释《基本法》第21.2条。法院之所以特别强调这种悬而未决问题存在的原因，是因为虽然针对该党的违宪宣告的申请失败了，但是该申请还是带来了一些具有重要意义的法律后果。宪政法院强调，当它作出相应的判决时，《基本法》第21条是一款黑白分明的二选一条款。当该条款规定的标准被满足后，那么就只会产生一种后果，即宣布违宪性的存在。但是法院同样提出，如果《基本法》可以作出相应的修改，那么就可以针对一些满足了部分标准却尚未跨过取缔门槛的极端政党采取相应的反制措施。¹⁴²联邦参众两院迅速对该“提示”作出了回应（在2017年7月，也就是在该判决作出后刚刚6个月的时间），修改了《基本法》第21条，引入了第3款，使得一个政党可以在被宣布违宪的同时又不必面临被解散的命运；相反，作为一种严厉程度更低的措施，可禁止该政党获得任何公共资助，其中既包括对政党及其竞选活动的公共资助，也包括对政党的捐助赋予的税收减免。

本案涉及的右翼政党也许取得了一时的成功，因为它不仅免遭了被解散的命运，还使得宪政法院在已经对违宪宣告设定了非常严格的标准的时候，以更严格的态度解释该标准；也就是说，这样的政党需要在其试图否定《基本法》的关于人的尊严、民主和法治这些核心原则时，还需要至少有一定的成功可能，以作为对其违宪宣告的更进一步的最低门槛要求。但是该政党对其获得的成功也付出了不菲的代价，因为接下来对《基本法》第21条的修改不只是宪政法院无意提示的结果，而是人们事先就可以预期到的。

2. 判决概要

(1)《基本法》第21.2条规定的政党取缔措施是一把非常锋利的武器，但是与此同时也可以称得上是一柄双刃剑；利用该武器，服从法治原则的民主国家针对着有组织的敌人。该条款的目的是反击来自本质上具有反宪法倾向的政党存在之危险。这类政党利用传统活动形式发挥作为一个社团的影响，即能造成这样的危险。

(2)在取缔政党的诉讼程序进程过程中，要求政党免受国家干涉的规定以及公正审判的原则是尤其必不可少的。

a)在取缔一个政党的诉讼程序中，在政党的领导层中使用警察的线人和秘密调查人员的作法不符合在政党的领导层中不存在线人之要求。

¹⁴²同上，第527段，第625段。

b)如果在申请取缔一个政党的过程中，相关材料与事实的收集活动基本上都是由线人或者秘密调查人员起主导作用的，那么对这些活动也将得出同样的违法结论。

c)按照公平审判原则，对一个政党的监视活动不能服务于窥探该党诉讼策略的目的；以这种方式获得的该党诉讼策略之信息不得以损害该党的辩护利益之方式，在诉讼过程中使用。

d)一个造成诉讼程序终止的障碍是违宪法律后果之存在，也是终止的终极理由。为了决定取缔政党的程序是否存在无法补救的程序障碍，需要权衡两个方面：法治原则之下的程序要求与这类程序的预防性目的。【753】

(3)《基本法》第21.2条意义上的自由民主的基本秩序这一概念的内涵，仅仅涵盖了对一个自由的宪政国家来说不可舍弃的各项核心基本原则。

a)自由民主的基本秩序的出发点是人的尊严（《基本法》第1.1条）。对人的尊严之保障尤其涵盖了个人独特性、同一性、完整性以及在法律面前的基本平等。

b)而且民主原则也是自由民主的基本秩序的组成部分。对于民主制度来说，公民对政治意志形成过程的平等参与之可能、国家权力在行使过程中须对人民负责等原则都是不可放弃的内容（《基本法》第20.1、20.2条）。

c)最后，自由民主的基本秩序之概念进一步取决于国家机关须受法律约束的法治原则（《基本法》第20.3条），并在这方面受制于独立法院之监督。与此同时，对个人自由的保护要求将对暴力的使用权保留给国家机关，而国家机关又需要受到法律的约束并服从于司法监督。

(4)“推翻”自由民主的基本秩序这一概念描述的是至少要推翻自由民主的基本秩序某项基本构成原则，或者替换成其他另一种宪法秩序或者政府制度的行为。如果一个政党根据它的政治理念，以足够的强度明显危及到了自由民主的基本秩序，那么人们也可以假定该政党也满足了“损害”行为的标准。

(5)如果认为一个政党正致力于推翻或者损害自由民主的基本秩序，那么从该政党的目标或者其追随者的行为中确定的这一事实应当足够具体明确。

a)一个政党的目标是该党在政治上想实现的目的之具体体现。

b)上述意义上的追随者是指所有支持该政党的事业或对该党表达承诺的个人，即使这些个人并非该党成员。

c)一个政党的机关行为一般都可以被归结为该党，尤其是该党的执行委员会或者其领导干部的行为。普通成员的言论或者行为则只是在作出时具有政治意义，且该党赞同或者容忍这样的言论或行为时，才可以被认为属于该党。如果涉及的不是该党的成员，那么一般来说只有当该党以任何方式影响或赞同这

些非成员的个人行为时，才能将这些个人的行为归结为该党。如果不存在这种特殊关联性，那么就不可以将涉及的犯罪行为或暴力活动无区别地归结到该党身上。赔偿原则不能排除议会在该问题上的不同看法。

【754】

(6)为了取缔一个政党，该党的目标直接反对自由民主的基本秩序本身是不够的。相反，该党必须“致力”于损害或者推翻自由民主的基本秩序。

a)这个意义上的“致力”一词要求积极的作为，不能将取缔政党与取缔某种观念或者意识形态等同起来。为了取缔一个政党，该党的行为需要达到与自由民主的基本秩序做斗争的程度。

b)政党需要采取有计划的行动，且这些行动已经达到准备损害或者破坏自由民主的基本秩序，或者以危害德意志联邦共和国的存续为目的之程度。

c)这不需要对《基本法》第21.2条保护的利益产生具体特定的风险。但是还是需要存在明确且有分量的证明表明，该党针对德意志联邦共和国的自由民主的基本秩序或其存续的破坏行动至少有一定的成功可能。

d)使用武力本身就是证明，为针对受《基本法》第21.2条保护的法律利益之行动有可能成功提供了有力证据。如果一个政党在有限的地域内创造了“恐怖气氛”，它有可能从长远来看危及所有公民以自由和平等的方式参与政治意志的形成过程，那么也可被认为构成了这种有力证据。

(7)《基本法》第21.2条没有为假定存在其他（不成文）标准留下空间。

a)一个政党与纳粹的类似性本身还不足以为取缔其提供充足的理由，单的确可以成为证明该党正在从事反宪法目标之证据。

b)不需要再针对比例原则提出单独的审查申请。

(8)以上关于证明政党违宪所需满足的要求完全符合欧洲人权法院从《欧洲人权公约》中推导出的取缔政党之要求。

(9)根据以上标准来判断，取缔申请的理由不成立：

a)被申请人因为其政治目标以及其追随者的行为，正致力于推翻自由民主的基本秩序。被申请人意图以一种威权式的民主国家结构，来取代目前既存的宪法制度。被申请人的民族国家理念是建立在特定种族意义的“人民共同体”这一观念之上。这种政治理念否定了所有不属于其从种族意义上定义的人民共同体之其他个人的人格尊严，因此抵触了《基本法》中规定的民主原则。

【755】

b)被申请人倡导的目标直接反对自由民主的基本秩序，并且已经达到了有计划地实现这些目标的程度。

c)然而，没有具体且有份量的证据表明，这些努力至少有成功之可能。

3.案件事实

本案的审理对象是联邦参议院的申请，它要求根据《基本法》第21.2条、第93.1条第5项，以及《联邦宪法法院法》第13条第2项、第43条及以下条款，确定德国民族民主党（以下简称“德民党”）违宪，并根据《基本法》第21.2条解散该党。

摘自2017年1月17日2017年第4号新闻稿：

德民党倡导的政治理念以推翻目前自由民主的基本秩序为目标。德民党意图以一种威权式的民主国家结构，来取代目前既存宪法制度，这种威权民族国家建立在特定种族意义的“人民共同体”观念上。该政治理念没有尊重人的尊严，抵触了民主原则。另外，德民党以有计划、具有足够强度的方式反对自由民主的基本秩序，以实现其政治目标。然而，（目前）尚缺乏具体和有份量的证据表明，该党的这些努力有成功之可能；正是基于这一理由，联邦宪法法院第二庭在其今天发布的判决中，一致认定联邦参议院被接受立案的德民党及其附属组织违宪之申请不成立（《基本法》第21.2条）。

4.判决理由选译

I.

(1)被申请人成立于1964年11月28日，是民族民主运动的一个集体运动组织形式。在1965年9月之前，它的政党组织覆盖了整个德意志联邦共和国，在选举过程中获得了5.8%到9.8%的有效选票，在巴登—符腾堡、巴伐利亚、不来梅、黑森、下萨克森、莱茵兰—法耳次和施勒斯威格—荷尔斯泰因各州的州议会中总共获得了61个席位。1969年，该党在选举中获得的第二票只有4.3%，因此没有跨过进入联邦参议院的5%的门槛。在接下来的35年中，被申请人在州和联邦议院的选举中都没有获得任何席位。 [2]

直到2004年，该党才在州的议会中重新获得了席位；在萨克森州的州议会选举中，它获得了9.2%的有效选票。在2006年梅克伦堡—前波莫瑞的州议会选举中，它也获得7.3%的有效选票。尽管在这两个州接下来的州议会选举中，该党的选票出现了流失，但是该党还是保持住了在这两个州议会中的席位（它在2009年萨克森州的州议会选举中获得了5.6%的有效选票，在2011梅克伦堡—前波莫瑞州的州议会选举中获得了6.0%的选票）。因为欧洲议会的选举取消了选票门槛要求，在2014年欧洲议会的选举中，被申请人也在欧洲议会中取得了议席，该党的执行委员会的成员乌多·佛伊格特（Udo Voigt）获得了1%的有效选票。 [3]

【756】

目前，被申请人在联邦和州层面上都没有获得任何代表。在2013的联邦议院选举中，它获得了1.3%的第二票选票。在只获得了4.9%的有效选票的情况下，它以非常小的差距未能保住它在萨克森州州议会中的席位；在2016年梅克伦堡—前波莫瑞州州议会的选举中，它只获得了3%的选票。在前西德地区各州最近举行的州议会选举中，它获得的选票比例在0.2%（不来梅）到1.2%（萨尔）之间，在前东德地区其选票比例在1.9%（萨克森—安哈尔特）到4.9%（萨克森）之间。 [4]

在2014年的地方选举之后（关于具体选举情况，可以参见下文904段以下），根据申请人提供的信息，被申请人已经在市镇议会层面上获得了367个席位，大多数席位都是在前东德各州中。 [5]

(2)被申请人的成员数在1969年达到顶峰的2.8万人，此后就处于稳定的成员流失状态；根据该党自己提供的信息，该党1996年只有3,240名成员。当乌多·佛伊格特在1996年当选为该党的主席之后，该党的成员数出现了再次增长情况，在2007年达成了新的顶峰的7,014人，其后再次下降，到2013年12月31日时只有5,048人。不过，在2015年11月该党在魏因海姆（Weinheim）的全国会议上，该党的主席弗兰克·佛朗茨（Frank Franz）宣布该党的成员数在过去的几年中出现了再次上升。在口头辩论的过程中他提供了关于该党成员数的细节，其中包括在上一年成员数上升8%的情况。 [6]

(3)被申请人由（16）州的组织以及地区和区的组织构成。根据该党章程的第6.1条第1、2句（2015年12月21/22日的最新版本），该党的全国会议是“德民党的最高机关。该会议决定党的政治目标，在每公历年应当举行至少一次会议”。根据德民党章程第7.1条第1句的规定，该党的执行委员会对“德民党的政治和组织领导事务负责”。 [7]

(4)被申请人有自己的青年组织“青年民族民主党人”。该组织成立于1969年，在2012年大约有350名成员。早在1966年，“民族民主大学联盟”就作为被申请人的一个附属组织而成立了，但是目前在大学政治活动中已不再看得见该组织的身影。2003年，“德民党市镇政治联盟”成立，在全国范围内代表该党的市镇议员的利益。2006年，“民族女性团体”成立，将自己定位成“无论是否是该党成员的那些民族女性的代言人和联接点”；2012年，该团体有大约100名成员。按照德民党章程第7.3条第1句（2015年11月21/22日的版本），这些社团的（联邦）主席“如果是德民党成员”，他们是德民党执行委员会的当然成员。 [8]

【757】 (5)该党2013年的财政报告显示，该党2013年的党费收入是48.89万欧元（2014年是45.92万欧元），捐赠收入不到80.4万欧元（2014年约为86.6欧

元)。这两部分收入构成了该党总收入的43.4%（2014年是43.6%，见《联邦众议院文件》，BTDrucks 18/4301, p. 109; BTDrucks 18/8475, p. 109）。 [9]

(6)德国之声出版股份有限公司是由被申请人建立，出版该党的报纸《德国之声》。根据被申请人的说法，2012年中期，该报纸的发行量是2.5万份。该公司也有着自己的电视频道，“德国之声电视”。在此之外，被申请人掌握着许多地区范围内的出版物，并且大量使用了互联网平台。它在脸书、推特上有自己的账户，在油管（YouTube）上也有自己的频道（参见下文第852、853段）。 [10]

II.

2001年，联邦政府、联邦众议院和本案申请人启动了申请程序，要求本院宣告被申请人违宪并将其解散，但是2003年3月18日，本院第二庭终止了该申请程序（BVerfGE 107, 339）。 [11]

III.

在2013年12月1日的信件中，本案申请人根据其在2012年12月14日的决定（联邦参议院档案BRDrucks 770/12），申请宣布被申请人及其附属组织违宪，要求解散该党及其附属组织、禁止成立替代性组织并没收该党及其附属组织的财产。申请人将其申请理由建立在《基本法》第21.2条第1句上。 [12]

.....

[13-74]

III.

.....

[497-498]

IV.

.....

[499-509]

C.

(I)根据《基本法》第21.2条的规定，宣布一个政党违宪的标准不仅要考虑到各种主张的持续有效性，还要考虑该规定的特殊性质。(II)在一项政党取缔程序中考虑了这两项因素并符合要求之后，(III)该取缔决定还需要满足欧洲人权法院根据《欧洲人权公约》作出的判例法要求。(IV)但是在考虑一个政党被取缔的条件时.....欧洲联盟的法律不具有决定性作用。 [510]

I.

.....

【758】

(1) a) 《基本法》第21条在历史上第一次赋予了政党自身的宪法地位。与回避了赋予政党宪法定义的魏玛宪法不同，《基本法》赋予了政党特殊的地位；相对于《基本法》第9.1条中对社团的规定，大大提升了政党的地位（参见BVerfGE 107, 339 <358>）。《基本法》第21条将其地位提升到了宪法组织的

程度（参见BVerfGE 1, 208 <225>; 2, 1 <73>; 20, 56 <100>; 73, 40 <85>; 107, 339 <358>），承认政党是“宪法生活中的必要因素”（BVerfGE 1, 208 <227>）。政党的宪法使命是参与人民政治意志的形成过程，政党能够履行该宪法使命的前提是其组建与活动的自由。《基本法》第21.1条保护了这些自由。 [512]

b)……

c)《基本法》第21.2条规定了取缔政党的制度框架。这体现了立宪机关的决心，它决定不再重蹈纳粹覆辙，不再重现魏玛共和末期的政党政治活动现象（参见BVerfGE 107, 339 <362>）。当一个政党本质上具有反宪法倾向，该政党又可以通过社团的传统活动方式发挥其影响力时，《基本法》第21.2条的目的就是为了防范此类政党带来的风险（参见BVerfGE 25, 44 <56>）。按照“对自由的敌人没有绝对的自由”这一主张（参见BVerfGE 5, 85 <138>），此类政党不得滥用《基本法》第21.1条赋予政党享有的自由，以对抗自由民主的基本秩序。 [514]

(2)以限制自由的方式来保护自由——这一思想与《基本法》第20.2条体现的宪法基本决断并无冲突。在与国家机关的互动关系中，《基本法》第20.2条支持免于国家干预的政治过程，以及人民观点和意志的开放形成过程（参见BVerfGE 20, 56 <100>; 107, 339 <361>）。为了建立永久的自由民主秩序，《基本法》没有打算保障推翻自由与民主制度的自由，也不打算保障滥用该自由以用于推翻该秩序之目的。因此，《基本法》第21.2条的目的是保护各种基础性的自由，它对于公民之间的和平相处是不可或缺的。 [515]

在这一背景下，《基本法》从政党活动中已经形成的多种多样的目标和价值中挑选出了若干内容，将其确定为国家组织结构的基本原则。当这些原则通过民主过程被批准后，即应当被承认为绝对原则，并坚决反对针对它的任何攻击。这种立场的目的是在两个方面之间形成一种综合状态：一方面是对所有政治观点的容忍态度，另一方面则是对国家秩序的一些不可侵犯价值目的之承诺。相应的，《基本法》第21.2条表达出了一种宪法意愿，希望在一个自由民主的国家秩序中对一种边界问题寻找答案。这种意愿是制宪机关经验之体现。在当时特定的历史背景下，它不再相信面对着各种各样的政党时，可以实现纯粹形式意义上的国家中立原则；相反，制宪机关表达了这个意义上的自卫民主（对于该问题的完整讨论可以参见BVerfGE 5, 85 <139>）。 [516]

因此，被申请人的下列反对意见是错误的：如果禁止某个政党会取消整个政治立场，即侵犯了人民主权的民主原则（“人民永远是正确的”）……[517]

(3)《基本法》第146条确立了创造一种全新宪法秩序的可能，但是这种规定也没有与《基本法》第21.2条的可适用性发生冲突。无论《基本法》第146条

是只适用于在考虑到《基本法》第79.3条后的宪法完全革新的场合，还是或者也包括了对《基本法》的重新制定……在德国人民自由决定采用一部新宪法之前，《基本法》依然具有完整的适用力（参见BVerfGE 5, 85 <128>）。即使《基本法》第146条赋予了制宪机关创造一部全新宪法的可能，在《基本法》依然可以被适用时，这种可能也不会使任何政党积极破坏或者推翻自由民主的基本秩序之活动合法化…… [518]

(4)有观点认为，《基本法》和第21.2条具有过渡性，其目的是为了实现从纳粹向自由民主秩序的制度结构过渡；相应的，目前该规则已经失去了其适用效力。这种观点不能用来否定《基本法》第21.2条的可适用性…… [519]

假如该规定的确曾经被设计为一种过渡性的制度安排，那么它现在或许可以被认为失去了其适用效力。但是从该条款的行文中，人们看不出这种意愿。另外，《基本法》第21.2条的保护目的即以取缔政党的方式，保护自由民主的基本秩序免受具有实力的反民主政党的威胁，并不限于根据《基本法》规定构建的自由民主制尚处于创建阶段的时间…… [520]

(5)最后，被申请人认为，只有当政党卷入了具有暴力性的颠覆活动中时，取缔该政党的决定才具有正当性，但被申请人的这种看法也是错误的。 [521]

……如果被质疑的政党“致力”于破坏或者推翻自由民主的基本秩序，或者危及了德意志联邦共和国的存续，那么就已经有充足的理由去取缔该政党。相应的，《基本法》第21.2条不是一款旨在纠正特定威胁的法律规定。相反，它旨在以宪法上的预防性保护措施（参见BVerfGE 5, 85 <142>; 9, 162 <165>; 107, 339 <386>; 关于《基本法》第9.2条的的判决，可以参见BVerfGE 80, 244 <253>……），从一开始就阻止产生对自由民主的基本秩序的特定威胁。因此，人们可以排除根据宪法的紧急状态规定来重新定义政党取缔概念的想法…… [522]

(6)在解释《基本法》第21.2条时，人们必须要考虑到各种重要的宪法决定，它们支持政治意志的形成过程的开放性、表达自由（《基本法》第5.1条）、政党免受国家干涉的自由（《基本法》第21.1条），以及受到这些规定决定的第21.2条的例外性质。 [523] 【760】

a)《基本法》的一个前提假设是，形成国家意志的唯一方式是在不同的社会力量 and 利益、不同的政治观点，以及宣扬自己的政治观点的政党之间，存在持续不同的智识交流过程（参见BVerfGE 5, 85 <135>）。《基本法》也是依靠这种交流方式，作为遏制极权主义和非人道意识形态传播的最有效武器（参见BVerfGE 107, 339 <361>）。因此，对于政治意志的形成自由以及《基本法》第21.1条保护的政党自由而言，取缔政党是非常严重的干涉形式，因而只在非

常特殊的情况下才能获得其正当性。《基本法》第21.2条作为“限制民主的例外规范”，必须在有限制条件的情况下才能适用（参见Meier, loc. cit., p. 263）。正是基于这一原因，在解释该条款规定的个别构成元素时，需要考虑到《基本法》两个条款之间的规则——例外关系：第21.1条对政党自由的保护与第21.2条的政党取缔规定。同时，不能认为存在什么不成文规定以扩张取缔条款的适用范围……

[524]

b)在以有限制的方式解读《基本法》第21.2条的构成元素时，人们也需要考虑到取缔一个政党的决定在法律上的专断性，它会带来宣布该党违宪并导致其被解散的法律后果。

[525]

在联邦宪政法院宣告一个政党违宪之前，无论该政党对自由民主的基本秩序从事了如何充满敌意的活动，对一个政党存续的行政干涉活动都是被禁止的（参见BVerfGE 40, 287 <291>; 47, 198 <228>; 107, 339 <362>）……从目前的规定形式来看，为了保护政治自由，《基本法》会容忍来自于政党活动的各种威胁，直到该党的违宪性得到证明（参见BVerfGE 12, 296 <306>; 47, 198 <228>; 107, 339 <362>）。

[526]

从另一方面说，如果联邦宪政法院的审查结果是认定《基本法》第21.2条的构成元素已得到满足，那么政党的违宪性即已确定且必须被解散。被申请人认为，《基本法》第21.2条只是规定了确定一个政党违宪性的可能，但是接下来，需要留给“负责任的公民”以不投票支持一个已被认定违宪的政党之方式，去“执行”该宪法决定。这一观点是错误的。被申请人还认为，《联邦宪政法院法》第46.3条规定的解散政党之措施超越了宪法权力边界。这一观点也与《基本法》第21条的理论相抵触……

[527]

【761】

II.

(1)申请人提出的取缔申请涉及受法律保护的“自由民主的基本秩序”，被申请的政党必须(3)“根据其目标或者其追随者的行为”，(4)“正致力于”(2)“破坏或者推翻”该秩序。在政党取缔的规定上不存在其他不成文的宪法构成元素。(5)不存在禁止政党的其他不成文构成要素。

[528]

(1)(a)联邦宪政法院的判例法已经充实发展了“自由民主的基本秩序”这一概念。(b)该规定在规范意义上的内容不能简单地通过《基本法》第79.3条的概括性规定来定义，不过涉及的内容应仅限于自由民主的宪政国家制度必不可少的原则。在这一方面，人的尊严（《基本法》第1.1条）以及进一步展开该原则的(d)民主制原则和(e)法治原则，(c)位于最核心的地位。

[529]

a) aa)……

[530-534]

b) aa)《基本法》第21.2条意义上的自由民主的基本秩序这一概念聚焦于对

自由的宪政国家来说绝对不可或缺的中心基本原则。政党取缔的例外性尤其要求采取这种限制性的适用方式。对于政治意志的形成过程，宪法作出了许多支持该过程开放性的基本决定；这表明可以对宪法的个别构成元素提出批判性的质疑意见，与此同时又不会引发取缔政党的后果。只有当被质疑和否认的内容是对保护自由与民主共同生活方式来说绝对必不可少，因而不可妥协的时候，才能考虑将其排除出政治意志的形成过程。 [535]

bb)只是诉诸于《基本法》第79.3条定义的不可更改的宪法核心内容，不足以实现对民主不可或缺的核心基本原则之聚焦。与海伦基姆湖制宪会议提交的宪法草案第108条的规定不同，制宪国会通过的《基本法》第79.3条不仅禁止会导致取消自由民主的基本秩序的修宪活动…… [536]

《基本法》第79.3条的规范内容不仅限于对自由民主的宪政国家来说不可或缺的原则这一最小规定内容。尤其值得注意的是，自由民主的基本秩序没有包括共和与联邦主义这两项被《基本法》第79.3条覆盖的原则，因为立宪君主制与单一制国家也可以与自由民主制的各项指导性原则和谐共存…… [537]

c)自由民主的基本秩序首先植根于人的尊严（《基本法》第1.1条）。联邦宪政法院的判例法将其承认为《基本法》的最高价值（参见BVerfGE 5, 85 <204>; 12, 45 <53>; 27, 1 <6>; 35, 202 <225>; 45, 187 <227>; 87, 209 <228>; 96, 375 <399>）。人的尊严是不可置疑的。国家应当以其所有的形式尊重和保护之（参见BVerfGE 45, 187 <227>）。这种规定就排除了国家以及国家的法律制度的任何绝对性及其“自然的”更高地位。 [538] 【762】

aa)对人的尊严之保护尤其涵盖了对个人独特性、同一性、完整性以及在法律面前的基本平等之保障……这一理念建立在认为人是可以作出自由与自治的决定之个体，并可以独立决定其命运的理解之上（BVerfGE 45, 187 <227>; 49, 286 <298>）。人的主体价值与其需要获得尊重的社会价值息息相关，它禁止将人降低到国家行为的“单纯客体”的地位上（参见BVerfGE 122, 248 <271>）。 [539]

尽管“客体公式”的适用有效性是有限的，但是不论如何，如果人作为主体以及受到相应尊重之权利受到了质疑，那么即可恰当判断侵犯人的尊严已经发生……如果一种理念支持集体秩序相对于个体的真正和绝对优先性，这种情况即已发生。只有当个人从本质上获得自由的对待，即使受到社会的约束，而非从本质上认为是不自由并需要服从于更高的主管，人的尊严才有可能保持不可侵犯的地位。要求个人绝对服从一个集体、一种意识形态或者一种宗教，将对人之为人这一事实本身而赋予人类之价值构成侵犯（BVerfGE 115, 118 <153>）。它将侵犯个人作为主体的地位，干涉对人的尊严之保护，并从根本

上违反自由民主的基本秩序。

[540]

bb)人的尊严是平等的。一个人属于人类种族这一事实，就完全足以带给他人的尊严，不需要考虑出身、种族、年龄或性别这样的特征……个人享有受尊重的权利这一观念必然蕴含着个人是合法构建的共同体平等成员之思想……因此，从法律上贬低个人的地位或以不平等地方式对待个人，都抵触了人的尊严之观念……如果这些不平等的对待措施违反了《基本法》第3.3条的禁止歧视规定，那就更是如此；第3.3条充实发展了人的尊严概念，而不论如何回答基本权利的尊严内涵这个基本问题（相关论述参见BVerfGE 107, 275 <284>）。因此，反犹主义和种族歧视思想都与人的尊严观念相抵触，侵犯了自由民主的基本秩序。

[541]

d)民主原则是自由民主的基本秩序的组成原则。民主是一种自由与平等的统治方式。它建立在所有公民的自由与自我决定这一观念之上（参见BVerfGE 44, 125 <142>）。在此意义上，《基本法》建立在人类具有内在的价值与尊严这一假定之上，认为人类有能力成为自由人；与此同时，《基本法》保护人权，使公民可以通过自由与平等的方式，采取选票或者其他投票形式，决定在个人生活和事务安排上影响公民生活的政府机关。这也是民主原则的核心要求……

【763】

[542]

aa)民主制度不可或缺的组成内容是，所有公民都可以平等地参与政治意志的形成过程，国家权力的行使需要对人民负责（《基本法》第20.1、20.2条）。至于这些要求会以什么样的具体形式表现出来，对于决定一种政治理念同自由民主的基本秩序的兼容性并不具有决定作用。因此，如果有观念在反对代议制的同时要求将其替换成直接投票制，这本身并不足以证明其违反了自由民主的基本秩序之指控。然而，如果贬低议会的目的是以一党制来取代议会的话，那么就要另当别论了。

[543]

在民主制中，政治意志的形成方向是从人民到国家机关，而不是反方向（参见BVerfGE 44, 125 <140>; 69, 315 <346>; 107, 339 <361>）。自由与平等的民主原则要求所有公民的平等参与，只有这样才能满足政治意志形成过程的开放性要求。永久或者暂时地将某些人排除出这一过程观念和这些要求相抵触……

[544]

bb)……

[545]

cc)《基本法》选择了代议民主制，这也是为什么在人民和政府之间建立必不可少的负责关系时，议会选举活动显得尤为重要（参见BVerfGE 83, 60 <72>）。因此，如果任何人在贬低代议制的同时又不能提出充分尊重人民主权原则的另一种方式，并保障政治意志形成过程的开放性，那么就己经偏离了自

由民主的基本秩序的制度框架。 [546]

e)法治原则也是《基本法》第21.2条第1句意义上的自由民主基本秩序的不可或缺组成部分……公权力应当受到法律（《基本法》第20.3条）的约束和独立法院的监督，这是对于自由民主的基本秩序这一概念来说同样具有决定意义的原则。与此同时，对个人自由的保护也意味着使用暴力的权力被保留给了国家机关，国家机关又应当受到法律的约束、司法的监督。相应的，国家对暴力的垄断使用权……必须同样相应地被视作《基本法》第21.2条意义上的自由民主基本秩序的组成部分。 [547]

(2)按照《基本法》第21.2条的规定，确定政党违宪性的第二个要求是，该政党必须是正致力于“损害”或者“推翻”上述意义上的自由民主基本秩序。

[548]

a)……

[549]

【764】

b)换一个视角来考虑，“推翻”一词描述的是在推翻自由民主基本秩序的至少某一项组成元素，或者以其他宪法秩序、政府制度来取代该基本秩序之行为…… [550]

c)“损害”与“推翻”一词不同，具有自己独立且特殊的规范含义，扩充了《基本法》第21.2条第1句的适用范围。 [551]

aa)与被申请人的看法相反，“损害”一词的内涵不是制宪机关文本编辑错误的产物。 [552]

1)……

[553-554]

2)……

[555]

bb)根据这种看法，一旦一个政党根据其政治理念，以明显的方式危及了自由民主的基本秩序，就可以假定这样的政党已经达到了“损害”标准。如果一个政党的行为方式已经达到了取消既有的宪法秩序的程度，即使不清楚该政党想以另外怎样的宪法秩序来取代目前的宪法秩序，还是可以确定这种“损害”行为已经发生。如果该政党只是在攻击自由民主的基本秩序的组成元素之一（人的尊严、民主制、法治原则），那么这一事实也足以认定已经存在这种损害行为，因为这些元素之间是相互交织、相互依赖的……如果一个政党反对和破坏自由民主的基本秩序某项核心原则，即便同时又宣布效忠于其他原则也无法逃脱被取缔的命运……具有决定意义的因素是……一个政党是否有意攻击对于自由与民主的共同生活方式来说必不可少的基本原则…… [556]

(3)一个政党正致力于推翻或者破坏自由民主的基本秩序之事实必须……通过其“目标”或“其追随者的行为”而获得明确的认定。因此，该党的“目标”和“其追随者的行为”是认定该党违宪性的唯一信息来源。 [557]

a)一个政党的政治目标是该党计划在政治上实现的意图的体现，无论这些目标是过渡还是终极目标、长期还是短期目标、主要还是附属目标（参见BVerfGE 5, 85 <143 et seq.>）。这些目标的表现形式通常包括该党的纲领或者该党其他官方宣言、该党认同作者所撰写的作品并以此作为该党政治意识形态的官方表述形式、该党领导人发布的演讲、该党及其出版发行或受其影响的报刊杂志使用的培训与宣传材料（参见BVerfGE 5, 85 <144>）。 [558]

【765】此时，起决定作用的是政党真实的而非它宣扬的目标。政党不需要公开地承认其反宪法的目标（参见BVerfGE 2, 1 <20>; 5, 85 <144>）。相应的，在决定政党的目标时，没有必要将决定材料限于该党的政治纲领或者官方声明……尽管一般来说，政治纲领是确定政党政治目标的本质信息来源之一。 [559]

b)正如在其政治纲领中涉及的话题一样，政党追随者的行为同样可以反映出该党的政治意图（参见BVerfGE 2, 1 <22>）。这个意义上的追随者是指所有支持该党事业并对该党表达忠诚的个人，即使这些人不是该党成员（参见BVerfGE 2, 1 <22>; BVerfGE 47, 130 <139>）…… [560]

然而，有些追随者的行为是不能被归结到政党之上的。如果该党无法影响到这些行为，还将这些行为归结到该党之上，这尤其会有问题。具有决定性的因素是，该党的政治意志是否以明显的方式在相应追随者的行为中得到了反映。如果这些行为反映了政党内部的一种本质倾向，或者该党明确表示支持这些行为，那么通常情况下就可以认定上述情况已经发生…… [561]

aa)一个政党的机关行为通常可以被归结到该党之上……政党的执行委员会及其领导干部的活动尤其如此。该党的出版发行机关以及该党附属组织的领导干部的行为也可以自动被归结为该党的行为。 [562]

bb)普通成员的声明和行动则只有在具有政治含义且得到该党批准或容忍时，才可以被归结到该党之上。如果这些声明和行动与政党的重大事件或者其他活动具有直接联系，尤其是该党不与这些声明和行动保持距离的话，就有可能将这些声明与行动归结于该党。如果该党已经意识到了其成员有问题的声明和行动，但是这些声明与行动与该党的活动不存在组织上的联系，那么只有该党有使用反制措施（驱逐出党、纪律处分）的可能性并被期待采取这些反制措施，却容忍甚至支持了这些声明和行动，才可以将这些声明和行动归结于该党。 [563]

cc)在这些追随者不是该党成员的情况下，政党对其行为的任何方式影响或者批准通常是将其行为归结为该党的必要条件。作为规则，要求有影响其追随者行为或为其提供理由的政党本身的活动……但是与此同时，还需要存在一些具体事实，以证明这些追随者的行动是表述该政党意志之结果。如果该党是在

事后表述了对这些行为的批准态度……那么只有当该党以明确的方式支持这些行为并将其视作该党反宪法活动的组成部分时，才会满足将这些追随者的行为归结为该党的要求。 [564]

dd)如果政党的成员从事了刑事犯罪活动，只有当这些犯罪活动涉及《基本法》第21.2条第1句保护的各种法律利益时，这些犯罪活动才会在取缔政党的程序中具有相关性。 [565] 【766】

ee)对于刑事犯罪和暴力活动，如果不存在将这些活动归结到政党之上的联系，就不能把这些活动不加区别地归结到政党之上。尤其与申请人的看法不同的是，创造或者支持创造某种政治氛围的活动本身不会使得在此政治氛围中作出的刑事犯罪活动被归结到该党之上。相反，人们应当非常明确的认定，这些刑事违法活动是该党反宪法行径的组成部分。例如在《基本法》第21.2条第1句的制度框架中，只有当政党向刑事违法活动提供了物质或者组织支持，或者在从事刑事违法活动的组织与该党之间存在着人事联系，或者该党的成员卷入了存在问题的活动，此时才可以将这些刑事违法活动归结到该党之上。 [566]

ff)在取缔政党的程序中，议会发言是可以被归结到政党之上的。与被申请人的观点不同，基于豁免原则不会得出什么不同的评价结论…… [567]

按照《基本法》第46.1条第1句的规定，议会成员不能因为在联邦议院中的发言，而成为司法诉讼的对象、受到纪律处分或者以其他任何形式承担相应的不利后果……基于这一理由，因为议会发言带来了取缔政党的结果，相关议员失去议席只是该议员在议会活动中的间接后果，不会从原则上排除《基本法》第46.1条第1句的适用。 [568]

但是在解释《基本法》第46.1条第1句时……人们必须要考虑到宪法支持“自卫民主”的根本立场（此时应考虑到《基本法》第10条的相关含义，参见BVerfGE 30, 1 <19>）；相应的，需要在第46条规定的豁免原则与第21.2条第1句对自由民主的基本秩序的保护之间，根据实践协调原则寻找到一种平衡……实际上，在任何因为取缔政党而导致议员失去议席的场合，人们的确应当考虑到豁免原则的要求。…… [569]

(4)…… [570]

a)在解释“正致力于”一词时，人们需要考虑宪法对于以下价值作出的决定，即其支持政治意志形成过程的开放性（《基本法》第20.1、20.2条第1句）、政治表达自由（《基本法》第5.1条）、政党自由（《基本法》第21.1条）。只有在《基本法》第21.2条的保护目的范围内，取缔政党决定造成的对这些宪法利益的干涉才是可被允许的。相应的前提是一个政党是在积极实现其目标，即在从事损害或者推翻自由民主的基本秩序，或者危及德意志联邦共和

国存续之活动。 [571]

【767】 …… [572]

《基本法》第21.2条没有对思想或者信念规定禁令。该条款的禁令不是针对观点或者意识形态的禁令，而只是针对组织……只有当一个政党将其反宪法目标引入了公共生活领域，采取了反对自由民主的基本秩序或者危及国家存续的行动，才可以适用《基本法》第21.2条规定的干涉措施。因此，在只是“承认”其反宪法目标之外，政党还需要满足与自由民主的基本秩序或者国家存续“作斗争”的门槛要求……只有以考虑到超越门槛要求的前提条件之方式来理解“正致力于”一词，才能满足以限制性的方式解释《基本法》第21.2条之要求。 [573]

b)…… [574]

c)“正致力于”的标准要求已经存在有计划之活动，且已达到了损害或者推翻自由民主的基本秩序或危及德意志联邦共和国存续之程度。 [575]

aa)在考察政党已经采取有计划的行动方面，该党需要处于持续追求实现一种抵触自由民主基本秩序的政治理念之状态。如果个别行动是属于表述某种基本立场的活动，该活动也可以被归结到该党，那么就可以认为已经属于这种情况（参见BVerfGE 5, 85 <143>）。如果一个政党的态度依然忠诚于受到《基本法》第21.2条第1句保护的利益，那么该党个别追随者的行动还不能用来证明该党的违宪性（参见BVerfGE 5, 85 <143>）…… [576]

bb)另外，一个政党有计划的行动还需要已经达到正在准备实现该党反对《基本法》第21.2条保护的利益目标之程度。在这个意义上，在该党自身的活动与推翻或破坏自由民主的基本秩序的目标之间，应当存在着以目标为导向的联系。 [577]

相反，《基本法》第21.2条不要求存在着违反刑法的活动……

因此，如果取缔政党的决定不要求使用了违法甚至犯罪手段或者方式，那么从中人们可以推导出两点重要的结论：首先，该党存在着违反自由民主的基本秩序的目标；其次，该党正以《基本法》第21.2条的意义致力于实现这些目标。例如如果可以认定该党的追随者正在使用暴力，而且他们使用暴力的方式将导致暴力行为可归结为该党实现其政治目标之活动，那么从中就可以推导出以下结论，即该党不承认植根于法治原则的国家垄断暴力原则，该党追求的目标也是损害自由民主的基本秩序…… [580]

【768】 d)政党从事的活动不需要达到已经对《基本法》第21.2条第1句保护的利益造成威胁之程度。这一点从相关条款的用语、该条款的历史及其制定目的上就可以看出来。 [581]

aa)…… [582]

bb)…… [583]

cc)……从性质上说，取缔政党的程度具有预防性（参见BVerfGE 5, 85 <142>; 9, 162 <165>; 107, 339 <386>……）。它们的目的是不是保护自由民主的基本秩序免受既存危险之威胁，而是防止这些危险在未来浮现出来。 [584]

(e)政党取缔的例外性质表现在它是针对一个组织的预防性措施，而不是简单的对某种观点或者意识形态的禁止性措施；在考虑到这些特性后可以得出结论，只有存在有份量的证据表明，一个政党破坏《基本法》第21.2条保护的利益之行动至少（或许）有成功的可能性，“正致力于”的标准才可以被认为得到了满足。 [585]

当一个民主国家根据法治原则来反击其采取组织形式的敌人时，取缔政党是这些预防性措施中最锋利的武器，但它也是一柄双刃剑。如果一个政党实现其反宪法目标的行动根本没有成功的可能，那就没有必要利用取缔政党的手段来实现对宪法的预防性保护目的（参见BVerfGE 107, 339 <369>）。相反，如果一个政党有充分的手段以施加其影响力，而且该党在实现其反宪法的目标时不是完全没有成功的可能，那么只有当此政党的确利用了这些影响手段时，才可以考虑取缔该政党。如果事实并非如此，那么《基本法》第21.2条有关“正致力于”的要求就没有得到满足。本审判庭不同意有关德国共产党判决在此问题上的不同意见。当时的那份判决意见认为，如果在普通人看来，即便一个政党在任何可预见的将来都没有实现其违宪目标的可能，该党也不会免于被取缔的命运（参见BVerfGE 5, 85 <143>）。 [586]

一个政党究竟是否有充分的可能实现其目标，对该问题的判断需要在全面评估的基础上作出。这种评估需要考虑到该党所处的境地（具有正式身份的党员人数、党员数是处于上升还是下降阶段、党的组织结构、动员程度、竞选活动能力以及财政状况）、社会影响（选举结果、出版活动、政治联盟与支持者的结构）、它在公共岗位和代表机关中的被代表情况、它采取的手段、策略和措施及其他事实和背景环境状况，以此判断该党追求的目标是否可以会被实现。这就要求存在足够明确且有份量的证据表明，该政党反对《基本法》第21.2条第1句保护的各种利益的行动是有成功可能的。在评估这种可能性时，需要同时考虑到该党在政治观点竞争中的成功，以及该党通过其他方式成功实现其政治目标的可能性。 [587] 【769】

一般来说，如果一个政党是通过使用暴力或者从事犯罪活动来实现其违宪目标，那么“正致力于”的标准将得到满足。使用暴力不仅是无视国家垄断暴力的原则，还在干涉政治意志形成过程的自由与平等参与过程。这些情况的存

在也显示该党有可能在一定程度上实现其目标。使用暴力这一事实本身就是有力证据，表明反对《基本法》第21.2条第1句保护的利益之活动有成功可能。如果一个政党的从事的活动限制了政治意志形成过程自由，但是又没有达到受到刑事处罚的程度，那么也可以适用相同的逻辑。例如，如果一个政党制造出了一种“恐惧气氛”或者带来了某种威胁，使得政治意志形成过程中所有人的自由与平等参与从长远来看有可能会受到损害，那么上述情况就发生了。如果相应损害情况的发生只局限于部分地区，那么也足以认为此种情况已经存在。然而，该党的行动从客观上看，需要的确限制了政治意志的形成自由。在这个意义上，只是主观上的威胁感是不够的。 [588]

与申请人的看法不同，如果一个政党的声明只是用来实现政治目标，且有可能导致某些行动，那么人们还不足以认为“正致力于”的标准已经得到了实现，因为政党所有的声明活动都会存在这种现象。相反，人们需要有明确且足够份量的证据表明，号召采取行动的声明中存在着散布该党的违宪意识形态的内容，而且这些号召行动具有成功的可能。 [589]

(5)相对于前述取缔政党的前提条件，《基本法》第21.2条没有为其他（不成文）的标准留下空间。(a)不能因为一个政党从性质上说与纳粹的相似性，就可以为《基本法》第21.2条规定的标准提供一个替代标准；(b)也不能因为在取缔政党的程序中适用比例原则。 [590]

……

[591-597]

ee)在考察《基本法》第21.2条第1句的个别标准时，必须要考虑到该政党从性质上说与纳粹的相似性。在分析一个政党真正追求的政治目标时，人们可以从该政党美化纳粹党所作所为，或者为纳粹分子曾经犯下的罪行辩护的行径中获得相应的结论。而仅仅通过该党的政治纲领性文件，可能无法完全弄清其政治目标。纳粹的核心原则（领袖原则、对“人民”的族群主义定义、种族主义、反犹主义）都侵犯了人的尊严。而且基于“领袖”原则，纳粹也违反了所有人平等参与政治意志形成过程的要求，而平等参与是人民主权原则的要求。

【770】因此，一个政党在性质上与纳粹的相似性，是该党正在从事有损自由民主的基本秩序的活动的证据…… [598]

b)……

[599]

但事实是，制宪机关对于《基本法》第21.2条采取了一种排他性的规定方式，使得在取缔政党的程序中禁止适用比例原则……在《基本法》第21.2条第1句中，制宪机关规定，如果已经满足了相应的构成标准，那么就确定一个政党的违宪性。此时比例原则的适用范围内的裁量空间就不复存在了…… [600]

III.

.....

[601-606]

为了确定一个政党的违宪性，前述各种标准确定的取缔要求(2)是与欧洲人权法院关于政党取缔问题的判例法相一致的，后者是适用《欧洲人权公约》的结果；(1)联邦宪法法院在作出判决时，将该判决法作为了自己的解释指导方针（参见BVerfGE 128, 326 <366 et seq.>）。

[607]

(1)因为《欧洲人权公约》没有特别规定政党的权利，《公约》第11条确定了一个政党已经达到了《公约》规定的取缔程度之标准（参见欧洲人权法院大审判庭，United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Judgment of 30 January 1998, no. 133/1996/752/951, §§ 24 et seq.; 欧洲人权法院，Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 25 May 1998, no. 20/1997/804/1007, § 29; 欧洲人权法院，Yazar and Others v. Turkey, Judgment of 9 April 2002, no. 2723/93 et al., §§ 30 et seq.; 欧洲人权法院，Parti de la Democratie <DEP> c. Turquie, Judgment of 10 December 2002, no. 25141/94, §§ 28 et seq.）。在辩护理由的层面上，欧洲人权法院的各种考察活动，进一步考虑了因为《欧洲人权公约》第17条的规定，无法适用各种权利的情况（参见欧洲人权法院大审判庭，United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Judgment of 30 January 1998, no. 133/1996/752/951, § 60; 欧洲人权法院，Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 25 May 1998, no. 20/1997/804/1007, §§ 29 and 53; 欧洲人权法院大审判庭，Freedom and Democracy Party <ÖZDEP> v. Turkey, Judgment of 8 December 1999, no. 23885/94, § 47）。

[608]

a)在这些判决中，欧洲人权法院明确承认了取缔政党以保护民主制的可能性。但是这种取缔决定应当满足《公约》第11.2条第1句的要求，这就意味着取缔程序应当是通过法律规定，并在一个民主社会中具有必要性（参见欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 103; 欧洲人权法院，Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., § 82）。

[609]

b)按照欧洲人权法院的看法，为了在一个民主社会中取缔一个政党，取缔决定首先要服务于一个合法的目标。该意义上的合法目标排他性地规定于《公约》第11.2条第1句（参见欧洲人权法院大审判庭，United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Judgment of 30 January 1998, no. 133/1996/752/951, §§ 40 and 41; 欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 67; 欧洲人权法院，Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al.,

【771】

§ 64；欧洲人权法院，HADEP and Demir v. Turkey, Judgment of 14 December 2010, no. 28003/03, § 44；欧洲人权法院，Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca <EAE-ANV> c. Espagne, Judgment of 15 January 2013, no. 40959/09, § 54)。 [610]

c)取缔政党的决定需要有服务于取缔目的的“紧迫社会需要”（欧洲人权法院，Socialist Party and Others v. Turkey, Judgment of 25 May 1998, no. 20/1997/804/1007, § 49；欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 104)。 [611]

aa)按照欧洲人权法院的看法，是否存在这一需要应当在具体个案中判断。考虑到取缔决定对政党和民主制的深远影响，只有当政党追求与民主和人权保护的基本原则相冲突的目标，或者政党使用的手段不再合法民主，尤其是当政党煽动暴力或者煽动使用武力时，才可以考虑使用政党取缔手段……政党当然可以促成国家法律或者宪法制度结构的变革，但是它需要采取合法和民主的方式，追求的变革也应当与民主基本原则相一致（参见欧洲人权法院判决，Yazar and Others v. Turkey, Judgment of 9 April 2002, no. 22723/93 et al., § 49；欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 98；欧洲人权法院，Parti de la Democratie <DEP> c. Turquie, Judgment of 10 December 2002, no. 25141/94, § 46；欧洲人权法院，Parti Socialiste de Turquie <STP> et autres c. Turquie, Judgment of 12 November 2003, no. 26482/95, § 38；欧洲人权法院，Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., § 79；欧洲人权法院，HADEP and Demir v. Turkey, Judgment of 14 December 2010, no. 28003/03, § 61)。 [612]

bb)在取缔一个政党的时机问题上，欧洲人权法院明确承认采取预防性措施的可接受性。欧洲人权法院的观点是，不能要求国家一直等待、不予干涉，直到政党已经夺取权力并开始采取具体的步骤以执行与民主制相抵触的政策时才有所作为，尽管在此之前该政策对民主的威胁已经可以获得明确证明并有了紧迫性。国家完全可以通过合理的方式去阻止实现一些与《欧洲人权公约》相冲突的政治纲领（参见欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., §§ 102 and 103；欧洲人权法院，Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., §§ 81 and 82）。这就为《公约》缔约国何时作出取缔决定授予了一定的裁量空间…… [613]

cc)欧洲人权法院将在全面分析案件特殊背景的基础上，判断取缔政党的决定是否服务于紧迫的社会需要（参见欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and

Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., §§ 104 and 105; 欧洲人权法院, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., § 83)。欧洲人权法院认为,也需要考虑涉案缔约国的历史经验和目前的发展状况(参见欧洲人权法院大审判庭, Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 124; 欧洲人权法院, Partidul Comunistilor and Ungureanu v. Romania, Judgment of 3 February 2005, no. 46626/99, § 58; 欧洲人权法院, HADEP and Demir v. Turkey, Judgment of 14 December 2010, no. 28003/03, §§ 69 et seq.; 欧洲人权法院, Republican Party of Russia v. Russia, Judgment of 12 April 2011, no. 12976/07, § 127)。

[614]

d)最后,在欧洲人权法院看来,取缔政党的决定需要与取缔决定追求的目标相称。但是在考虑这些问题时,欧洲人权法院将“比例性”审查的范围限于法律问题,在考虑了紧迫的社会需要后,判断该国法律取缔政党的决定带来的后果是否与民主面临的威胁之严重程度不相称。一般来说,如果存在紧迫的需要,那么欧洲人权法院都会认为取缔决定是相称的(参见欧洲人权法院大审判庭, Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., §§ 133 and 134; 欧洲人权法院, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., § 93; 欧洲人权法院, Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca <EAE-ANV> c. Espagne, Judgment of 15 January 2013, no. 40959/09, § 81)。

[615]

仅仅在两个案件中,个别党员在个别场合使用武力的行为获得了相应政党的支持;欧洲人权法院在这两个案件的判决中认为,在没有考虑是否存在紧迫的社会需要的情况下,仅仅根据使用武力的情况就作出的取缔决定是不相称的(欧洲人权法院, Parti de la Democratie <DEP> c. Turquie, Judgment of 10 December 2002, no. 25141/94, §§ 61 et seq. and 64 et seq.; 欧洲人权法院, Parti pour une société démocratique <DTP> et autres c. Turquie, Judgment of 12 January 2016, no. 3840/10 et al., §§ 101 et seq.)。在“土耳其为了民主社会党案”,欧洲人权法院明确指出了以下事实,即与该党个别成员的言论不同,该政党作为一个整体已经表达了它对和平与民主解决方式的承诺,而且法院不认为这些个别成员的言论会对国家安全或者公共安全产生任何影响(欧洲人权法院, Parti pour une société démocratique <DTP> et autres c. Turquie, Judgment of 12 January 2016, no. 3840/10 et al., §§ 85 et seq., § 98)。

[616]

(2)和欧洲人权法院根据《公约》第11.2条确定的取缔一个政党的要求相比,根据《基本法》第21.2条确定政党违宪性的标准之严格程度并不更低。

[617]

【773】 a)《基本法》第21.2条第1句明确考虑到了取缔决定应当符合法律规定的要求。另外，保护自由民主的基本秩序以及国家存续之考虑构成了《公约》第11.2条意义上的合法目标。在这一点上，欧洲人权法院与联邦宪政法院对于程序要求达成了一致，即被取缔的政党不仅需要反对宪法的个别条款，还需要反对自由宪政国家的基本原则。 [618]

b)如果满足了《基本法》第21.2条第1句的要求，人们就可以假定已经存在着紧迫的社会需要以取缔政党。如果一个政党以有计划的方式行事，已经达到了准备损害或者推翻自由民主的基本秩序的程度，而且存在着具体和有份量的证据表明，该党的这些行动有可能成功，那么就满足了欧洲人权法院关于取缔政党的必要性要求，以根据《公约》第11.2条第1句的规定保护民主社会。从欧洲人权法院对已经获得充分确立且紧迫的威胁的需要的观点中，推导不出什么别的看法（参见欧洲人权法院大审判庭，*Refah Partisi and Others v. Turkey*, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 102）。与在一些文献著作中的观点不同的是……不能认为基于欧洲人权法院的看法，要以符合《公约》的方式取缔一个政党，必须已经存在对自由民主秩序的特定威胁，而且政党的反宪法行径之成功已经迫在眉睫。 [619]

上述假设不符合欧洲人权法院做出的判决结果。欧洲人权法院在判例中认为，同意恐怖主义行径的事实即足以成为取缔政党的理由，此时不需要再考虑被取缔的地区性质的政党规模及其政治意义，以及该党对宪法秩序造成的威胁（欧洲人权法院，*Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca <EAE-ANV> c. Espagne*, Judgment of 15 January 2013, no. 40959/09, §§ 67 et seq.）。欧洲人权法院进一步明确承认了政党取缔措施的预防性质，赋予各国在决定取缔时机的裁量空间。在认为取缔决定违反了《公约》的案件中，欧洲人权法院还进一步考虑了这些案件中的下列事实，即相应的政党没有现实可能去实现该党追求的政治变动（参见欧洲人权法院判决，*Yazar and Others v. Turkey*, Judgment of 9 April 2002, no. 22723/93 et al., § 58；欧洲人权法院，*Parti de la Democratie <DEP> c. Turquie*, Judgment of 10 December 2002, no. 25141/94, § 55；欧洲人权法院，*The United Macedonian Organisation Ilinden-Pirin and Others v. Bulgaria*, Judgment of 20 October 2005, no. 59489/00, § 61）。因此，不能从中得出如下推论，政党对民主宪政国家的具体威胁之存在是其取缔的必要前提…… [620]

实际上，正如欧洲人权法院明确提出的，必须在对具体个案的情况进行整体审验的基础上考虑到特定国家的特殊性，才能判断是否存在取缔政党的紧迫

需要（参见欧洲人权法院大审判庭，United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, Judgment of 30 January 1998, no. 133/1996/752/951, § 59；欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 124；欧洲人权法院，Partidul Comunistilor and Ungureanu v. Romania, Judgment of 3 February 2005, no. 46626/99, § 58；欧洲人权法院，HADEP and Demir v. Turkey, Judgment of 14 December 2010, no. 28003/03, §§ 69 et seq.；欧洲人权法院，Republican Party of Russia v. Russia, Judgment of 12 April 2011, no. 12976/07, § 127）。因此，在考虑《基本法》第21.2条时，必须首先理解该条款是从当初魏玛共和时期纳粹崛起的历史背景出发，希望通过针对极权政党的早期预防性手段，防止此类事件的再次发生。在这一背景下，如果认为只有当一个政党已经如此强大，以至于听任其自然发展的话，损害或推翻自由民主的基本秩序已经不只是可能，而是具有高度现实性，才能作出取缔该党之决定，那么这种观点无法符合这些预防性制度的设计目的。在这个意义上，《基本法》第21.2条第1句允许在较早的时间点取缔政党，而不需要等到其对自由民主的基本秩序已经存在具体威胁，这一思维是鉴于纳粹建立专制和残暴统治的历史教训之产物。在这一背景下，如果已经存在着明确且有分量的证据表明，一个政党反对自由民主的基本秩序的活动已经至少有了成功的可能，那么《基本法》第21.2条第1句的要求就可以被认为已经获得了满足，相应也就存在欧洲人权法院判例法意义上的紧迫社会需要。 [621]

c)欧洲人权法院在分析取缔政党决定的合比例性之考虑并不会质疑《基本法》第21.2条的适用标准，以及该条与《欧洲人权公约》的一致性。 [622]

aa)欧洲人权法院一般认为，存在紧迫的社会需要即足以证明取缔政党决定的合比例性（参见欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 133）。虽然欧洲人权法院曾经在非常例外的情况下认定取缔决定是不合比例的，不过这是两个孤立的案件，涉及的是涉案政党的个别干部支持暴力行为（参见欧洲人权法院，Parti de la Democratie <DEP> c. Turquie, Judgment of 10 December 2002, no. 25141/94, §§ 61 et seq. and 64 et seq.；欧洲人权法院，Parti pour une société démocratique <DTP> et autres c. Turquie, Judgment of 12 January 2016, no. 3840/10 et al., §§ 101 et seq.）。在这些案件的背景下，即使在《基本法》第21.2条第1句的制度框架内，也找不到证明政党违宪性的判断空间。在这些场合下，政党并没有使用武力作为政治讨论手段的基本倾向（参见前文第576段）。另外，如果存在的只是个别党员反对自由民主的基本秩序的言论，很有可能也不会满足正在实现违宪目标的要求，而这是“正致力于”标准语境下所必须满足的要求。

【775】 相应的，欧洲人权法院在引用合比例性标准时，其效果不是强化了《基本法》第21.2条第1句在政党取缔问题上建立的制度框架内确立的标准严格程度。【623】

bb)欧洲人权法院在“为了民主社会党案”中分析了对该党的取缔决定。当涉及合比例性问题时，欧洲人权法院考虑的是根据土耳其的法律切断对一个政党的公共资助，而不是取缔该党。当欧洲人权法院分析这些问题时，并不涉及《基本法》第21.2条第1句与《公约》之间的协调问题（参见欧洲人权法院，Parti pour une société démocratique <DTP> et autres c. Turquie, Judgment of 12 January 2016, no. 3840/10 et al., §§ 101 et seq.）。当一个政党追求违宪目标时，成员国有权在考虑《公约》要求的情况下自行制定国内法，以决定是否处罚以及在多大程度上处罚该政党。在这个意义上，一个国家的立法机关有自由完全放弃相应的制裁、设立分等级的处罚措施或将处罚措施限于取缔整个政党。

【624】

因此，《基本法》第21.2条第1句的立法理念放弃了施加不同处罚措施的可能，这种作法符合《欧洲人权公约》的要求。在满足了《基本法》第21.2条第1句规定的标准后，唯一可能的法律后果就是确定违宪性。目前适用的宪法制度排除了取缔政党的其他处罚方式，例如减少或者不再提供国家的财政资助。与被申请人的看法不同，本院认为在《基本法》第21.2条的框架内不存在适用比例原则的空间（参见上文第599段及以下），除非立法机关修改宪法以引入新的方式。如果取缔政党的决定满足了欧洲人权法院适用《公约》第11.2条所确定的判例法中关于取缔决定的合比例性标准，那么就不会带来任何适用该公约的疑虑。《基本法》第21.2条第1句的要求得到满足之后，就属于以上情况。

【625】

d)被申请人引用了欧洲理事会威尼斯委员会的《关于取缔和解散政党以及类似措施的指导方针》（欧洲理事会威尼斯委员会1999年12月10/11日公布，CDL-INF<2000>001；参见欧洲通过法律实现民主委员会（威尼斯委员会），《威尼斯委员会关于政党的意见与报告汇编》，CDL<2013>045，第38页），并提出以下观点：根据《欧洲人权公约》的规定，取缔政党的前提是政党已经使用武力来实现其政治目标，而《公约》的这一要求也应被纳入到《基本法》第21.2条的制度框架中。但是威尼斯委员会的指导方针只是不具有约束力的建议，欧洲人权法院尚未在取缔政党的问题上采用该指导方针。相反，欧洲人权法院根据政党采用的手段及其从事的目标，以考察是否存在紧迫的社会需要（参见欧洲人权法院判决，Yazar and Others v. Turkey, Judgment of 9 April 2002,

【776】 no. 22723/93 et al., § 51 et seq.；欧洲人权法院大审判庭，Refah Partisi and Others v. Turkey, Judgment of 13 February 2003, no. 41340/98 et al., § 98；欧洲人

权法院, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, Judgment of 30 June 2009, no. 25803/04 et al., § 79; 欧洲人权法院, HADEP and Demir v. Turkey, Judgment of 14 December 2010, no. 28003/03, § 61)。因此, 根据欧洲人权法院确立的标准, 使用或者支持使用武力的情况也许会成为取缔一个政党的充足理由。然而, 它并非依据《公约》第11.2条之要求取缔政党的必要前提条件。 [626]

IV.

被申请人要求中止目前的诉讼程序, 并根据《欧洲联盟运作条约》第267.1.a条的规定, 将其提出的问题递交给欧洲法院, 由欧洲法院作出初步裁决, 但是被申请人的这一要求缺乏客观基础。 [627]

(1)……

[628]

(2) a)在2001年11月22日的决定中(BVerfGE 104, 214), 联邦宪政法院第二庭已经认定, 欧洲联盟根据目前适用的各种条约无权对于涉及政党的法律作出裁判。《建立欧洲共同体条约》第191条的确承认了政党在整个欧洲层面上的欧洲一体化的过程之中作用, 也是在欧洲议会中组成具有联合性质的议会团体的法律基础, 但是这些规定并不意味着欧盟法律包括了任何有关成员国是否应当以及在何种情况下取缔政党的规定。欧盟法律制度的普通原则如法治国家、民主国家以及对基本权利的保护, 都不会在此引发什么值得讨论的问题(参见BVerfGE 104, 214 <218 and 219>)。 [629]

b)在《里斯本条约》生效后, 相同的结论依然可以获得维持。 [630]

c)即使考虑到第2004/2003号《欧洲共同体规约》有关政党的规定以及在欧盟层面上有关政党资助的规定, 也不会有什么不同结论。该规约建立在《欧洲共同体条约》第191条之上, 没有对欧洲联盟的管辖权的范围作出任何扩张。

因此, 取缔一个国家的政党问题依然是一个国家内部法律的排它性事务…… [632]

D.

根据以上标准判断, 取缔申请的理由不成立。(I)被申请人的确因为其目标和其追随者的行为, 正致力于推翻自由民主的基本秩序。(II)但是因为不存在着明确且有份量的证据表明, 被申请人正在追求的目标有成功的可能, 《基本法》第21.2条第1句意义上的“正致力于”的标准没有得到满足。 [633]

I.

【777】

被申请不尊重那些对自由民主宪政国家来说必不可少的基本原则。(1)它的目标和它追随者的行为不尊重人的尊严, (2)以及民主制的核心原则, (3)并表现出与历史上的纳粹性质相一致的元素。(4)被申请人的政治理念倡导推翻自由民主的基本秩序。 [634]

(1)被申请人的政治理念抵触了《基本法》第1.1条的意义上保护人的尊严之观念……被申请人倡导的“人民”概念否定了来自于人的尊严原则的个人权利，使得不属于该种族意义上的人民共同体的所有个人都失去法律面前的基本平等地位……

[635]

……

[636]

a)被申请人的政党纲领侵犯了个人具有价值并有权获得尊重的权利，这些权利来自于人类生命以及人的尊严的内在价值本身……

[637]

aa)……

[638]

1)与其政治理念中人民共同体的最高地位相一致，被申请人要求德国政治的最高目标应当是服务于德国人民的生存，而该人民是由其出身、语言、历史经历和价值决定的。被申请人要求努力实现“人民与国家的统一”，“无论是否存在着归化措施都要阻止外国的渗透”……申请人宣称，作为原则问题，外国人是无权居留在德国的，只有回到其祖国的义务……

[639]

2)在些基础上，被申请人发展出了一整套政治理念，其主要目标是严格排斥所有在种族意义上不是德国人的个人……

[640]

(a)在被申请人看来，基本权利明显只适用于所有德国人，团结原则也只适用于由所有德国人组成的共同体……相应的，被申请人声称，国家促进家庭发展的策略也只能适用于德国人家庭。只有德国人才可以取得德国土地的所有权……

[641]

(b)在其政党政治纲领的第十章，（申请人要求）将所有生活在德国的外国人驱逐回国……申请人宣称融合相当于种族灭绝。应当停止建设外国宗教建筑，并废除《基本法》第16a条规定的获得庇护的权利……

[642]

(c)在第16章“教育与文化”部分，被申请人反对德国与外国的学龄儿童一同接受教育……

[643]

【778】(d)在第17章“法律制度的改革”部分，被申请人要对于恢复死刑以及完全执行终身监禁进行全民公决……此外，……要求将“归化的外国人”这一类别纳入犯罪统计中……

[644]

3)被申请人的政党纲领规定的目标抵触了保护人的尊严之观念……

[645]

尤其是……对于不属于该党从种族上定义的人民共同体的所有个人，该党的纲领提出的贬损其法律地位的主张实际上已经达到了完全剥夺这些个人权利之程度……

[646]

bb)被申请人需要接受以对其不利的看法对待其政党纲领的观点……

[647]

1)……

[648-650]

2)……

[649]

(b) 不论如何，被申请人领导层中的相关人员针对该党纲领内容提供的证言已经确立了相关联系……在本院诉讼程序中，被申请人提供的书面意见不断提及该纲领，也没有与该纲领保持距离的想法。该党的主席弗朗茨先生明确了该纲领的适用性，以及该纲领与被申请人的信念一致的事实……

[651]

……

[652]

b) 与该党存在联系的各种出版物以及该党的主要领导人的声明都肯定，被申请人追求的目标与保护人的尊严之观念存在抵触……

[653]

aa) 1) 在该党的执行委员会2012年4月编辑出版的《用语手册》第2版中，被申请人倡导的“人民”概念描述如下：

[654]

德国人是任何有着德国血统并在德国人民这一种族和文化共同体中出生的个人……非洲人、亚洲人和东方人永远不会成为德国人，因为授予一纸文书不可能改变生物学上的继承特性……无论他们在德国生活了多久，其他种族的成员将永远属于外国群体。

……

[655-658]

(a) 该党的在巴伐利亚的地区组织在2015年2月，对于非洲难民的到来在脸书上发表了如下评论：

[659]

【779】

成为一名德国人意味着属于德国人民，这不是归化行为的结果，而是出生和血统的产物。一个人之所以是德国人是因为他流淌的血，仅此而已。

因此，德国的女人和男人们，为你们带着德国的出生祝福而骄傲吧！……

bb) 青年民族民主主义者的声明尤其清晰地表达了对于人民共同体高于个人的以种族主义为基础的观点……

[660]

1)(a) 青年民族民主主义者的联邦训练官，D先生曾经作出过这样的表述：……

[661]

共同体是最高的……我们的意识形态将人民置于所有存在的中心位置上……

(b)……

[662]

(c) 青年民族民主主义者执行委员会2013年1月出版的《指导方针——政治概念》提出：

[663]

自由是对生命意义的追求，即种族的持续……

…… [664-665]

它宣称，不同人民的混合将导致“最好和最高贵品质”之丧失，以及相应的人民之毁灭……

…… [667]

这些言论最终在其对种族的讨论中达到顶峰，青年民族民主主义者将族群概念视作一种“自然法”，是其世界观的基本组成元素…… [668]

(d)青年民族民主主义者的这些声明可以被归结到被申请人的身上…… [669]

…… [670-680]

cc)对“德国人民共同体”采取种族定义的后果……是贬低所有不属于该共同体的个人的法律地位……被申请人的言论和活动证实了，它的看法也适用于那些具有移民背景归化后的德国公民…… [681]

【780】 1)在2009年联邦议院选举的竞选活动中，被申请人在柏林的组织向22名具有移民背景的政治家寄送了一封据称相当于“非官方声明”的信件。以“关于将你遣送回国的外国官员提供的信息”为题，这些信件的收件人……被告知要为其“回国旅程”做准备…… [682]

在2013年联邦议院选举的竞选活动中，被申请人在柏林的组织再次向具有移民背景的候选人寄送了一份类似的通知…… [683]

2)一名具有移民背景的德国记者对被申请人副主席的罗尼·扎梭克(Ronny Zasowk)的采访内容证实了(这些事实)。当被问及他将如何处置像她这样的人时……他回答说，他们将被颁发一份驱逐令并必须离开德国。他们可以带着他们的动产离开，并为其他无法带走的财产获得补偿。 [684]

…… [685]

3)在2009年图灵根州议会的选举中，W先生是当时被申请人在该州管理总监，他在谈论作为候选人的有色人种成员S先生时提到：

图灵根应当留在德国。我们感谢S先生作为外来工人提供的帮助……但是现在他不再被需要了…… [687]

c)……

3)在这一背景下，作为专家证人在口头听证中提供证言的凯立茨教授(Kailitz)的观点就是可以被理解的；他提出，被申请人根据其世界观号召将数以百万计的人驱离德国。不论任何，被申请人都在拒绝“不属于德国人”的人居留在德国的权利…… [697]

d)被申请人基于种族定义的人民共同体观念将推导出对人的尊严的不尊

重，这种观念可以通过其(aa)对外国人、(bb)移民和(cc)少数族裔的态度的言论中获得证实。 [698]

aa)…… [699]

1)……

2)于尔根·里格尔(Jürgen Rieger)是被申请人的联邦副主席，他蔑视所有深肤色的人种的智力水平：“黑人的智商在发育迟缓和正常的德国人之间。” [701]

3)在2015年5月发布的一条脸书信息中，被申请人在巴伐利亚的组织警告德国女性不要与有色人种的男人建立关系： [702] 【781】

……在这些城市中已经存在着一种情况，即你们在这些城市的任何街道上不可避免地都会遇到黑人……

他们被带到这里的目的是最终摧毁我们的人民、我们的种族共同体！德国的女人和女孩们，不要和黑人有任何关系！否则你们将对你们自己的人民犯下严重罪行！

被申请人辩解说……该脸书信息作者的目的只不过是希望唤起难民数量爆炸式增长现象的注意，但是这种辩解存在着严重的抵触之处，其在用语和修辞上都有意与纳粹者当初在对待犹太人时的各种口号的制造相似性的作法……

[703]

…… [704-706]

bb)难民和移民尤其是这些非人道主义言论之焦点…… [707]

1)这可以在被申请人的议会活动中得到证实。 [708]

(a)(aa)在萨克森州，阿普费尔先生(Apfel)是民族民主党议会党团的前领导……他曾说： [709]

……表达出你们的同意意见，向那些穆斯林爆炸分子、吉普赛犯罪团伙和来自于全世界的社会寄生虫关上大门。(2010年12月17日全体会议报告第5/27号，第2657页)

(bb)在2013年2月4日由议会成员阿普费尔提出的简要质询中……包括了在以移民身份进入萨克森的人在亲属之间通婚中生出了多少残疾孩子的问题……

[710]

(cc)梅克伦堡—前波莫瑞州议会中，乌多·帕斯多斯(Udo Pastörs)曾经用“劣等人”一词……来描述难民。在同次辩论中，蒂若·米勒(Tino Müller)也曾经说过“黑人九头帮”这样的话…… [711]

- (b)…… [712]
- 2)在议会外的活动中，难民和移民也经常受到贬低对待…… [713]
- 【782】 (a)(aa)例如，在2015年4月21日发布的一条脸书信息中，于尔根·甘泽尔（Jürgen Gansel）号召将“那些骗子难民、穆斯林极端分子和外国犯罪分子”迅速地驱逐出境。 [714]
- (bb)…… [715]
- (cc)被申请人在巴伐利亚的组织曾经在一条脸书信息中警告说：……“当心！不要和‘难民’走得太近！你会冒健康风险！……疥疮——一种因寄生虫而导致的皮肤疾病——将是你从他们身上得到的危害最小的东西！” [716]
- (dd)玛丽亚·弗兰克（Maria Frank）是柏林民族女性团体的州主席。她在2013年7月的一次示威活动中发言中，将穆斯林和非洲黑人全都描述成强奸犯、毒品贩子和流氓…… [717]
- (ee)…… [718-719]
- (ff)…… [720]
- (b)(aa)所有这些言论的目的都是为了剥夺难民和移民的人的尊严……这些言论也超出了对移民政策进行一般批评的程度…… [721]
- (bb)所有这些言论都可以被归结到被申请人的身上，其内容是明白无误的。 [722]
- ……
- cc)除去针对难民和移民，被申请人也会以类似的方式攻击宗教和社会弱势群体，因此也将自己置于对人的尊严观念的对立面。 [726]
- ……
- 在2009年萨尔州的灰烬星期三的演讲中，帕斯多斯将土耳其出身的公民描述为“精液枪”；他因为这样煽动仇恨与暴力的言论，被萨尔布吕肯地区法院判处监禁。 [735]
- …… [736-739]
- (bb)在公开言论中，被申请人的高级干部也曾经采取过反对犹太人的立场。 [740]
- (α)…… [741]
- …… [742]
- 【783】 (β)卡尔·里希特（Karl Richter）在2015年1月8日曾经说： [743]
- 在西方至少1500年的时间中，犹太人只是作为商贩、放高利贷者、耶稣谋杀犯生活在贫民窟。

.....

简单明了来说，我的西方属于基督教，至少是日耳曼的组成部分。在我的西方中，我不需要“犹太人”；如果我可以足够直白的话，我会说我也对他们没有什么敬意。

(χ)..... [744]

..... [745]

(δ)被申请人在柏林的组织的主席塞巴斯蒂安·施密特克（Sebastian Schmidtke）曾经因为穿了一件印有“所有犹太人都杂种”的黑圆领短袖衫，而被判处诽谤罪。 [746-747]

(ε)..... [748]

(ζ)..... [749]

(b)..... [750]

..... [751]

3)被申请人对人的尊严的蔑视态度，并不只限制在上述人群之上.....从被申请人针对其他群体的言论来看，被申请人也不尊重这些其他群体来自于人的尊严的个人价值。 [752]

..... [753-757]

(2)在针对民主原则的观点上，被申请人同样不尊重自由民主的基本秩序。

(a)从德民党含糊其辞的政党纲领中，人们的确无法确定该党的这一态度。(b)但是在考虑到可以归结于该党的各种出版物以及该党主要领导干部的言论，人们还是可以清楚地看到该党对自由民主制基本制度设计的排斥态度..... [758]

a)..... [759-761]

aa)申请人的政治理念抵触国家的所有公民有权平等地参与国家政治意志的形成过程之观念。 [762]

1)(a)如果如被申请人宣称的，“人民的统治”是以人民共同体为前提.....那么就必然需要将那些因为种族原因不属于该人民共同体的人们排除出民主过程.....人民共同体概念的排斥性以种族性为由，创造了对平等参与政治意志形成过程的权利之限制，抵触了《基本法》第20.2条第1句。 [763]

【784】

(b)在口头听证过程中，于尔根·甘泽尔承认了这种观点。他区分了人民的统治与人群的统治，并宣称人民统治与一个国家种族意义上人民概念相联，因此在联邦德国共和国只在有限程度上获得了实现.....这也就证实了如下事实，即在被申请人看来，民主参与的权利仅限于在种族意义上具有同质性的人民共同体成员。 [764]

…… [765]

2)(a)…… [766-767]

bb)在此基础上，被申请人的反民主立场也通过其对代议民主原则的否定态度表现出来…… [768]

1)(a)《德国之声》（2008年第12期，第3页）对霍尔格·阿普费尔（Holger Apfel）的采访清楚表明了对既有的代议民主制的基本反对态度…… [769]

……议会已经蜕化成了很久以前人民的真正统治的可笑模仿。

(b)类似的，被申请人在萨克森—安哈尔特的地区组织前主席马蒂亚斯·海德尔（Matthias Heyder）在该党2010年班贝格党的纲领大会上说：

[770]

现在存在的的是一个冷酷、明确已经过时、反社会的制度，对人民存在敌意；这种制度不需要被变革，而需要被推翻。

…… [771-773]

2)与此同时，被申请人针对民主制原则定义了自己的人民共同体概念，相应使得民主制原则的有效性变得模糊起来。

(a)该党在巴伐利亚组织的前副主席W先生曾经写道： [775]

如果人民在生活的所有领域都由它其中最有能力、最称职的成员来发挥领导职能，而不只是任由多数人或者那些腐败议员来管理，才能更好实现人民的统治。

…… (b)…… [776]

【785】 (c)在《积极分子》杂志上……D先生从本质上挑战了民主制以及多数原则的有效性： [777]

民主看起来成为了现在那些掌权者的一种宗教……然而，现在已经变得像经文一样不断被重复的说法，即民主制是事实上“最好的社会组织形式”的说法已经站不住脚了……对于最好的国家组织形式，不存在最好的公式。有的只是人民与国家之间的内在平衡。

(d)乌多·帕斯多斯在2011年贡茨堡的斯瓦布日的德民主党会议上强调说：

[778]

在我们面前的是一个腐败制度的最后岁月，这样的制度必须被推

翻，因为它危及到了人民的生存，亲爱的朋友们。

3)…… [779-796]

(δ)卡尔·里希特在《此处现在》杂志（2010年第15期，第4页以下）以“你什么意思，霍默先生？在波特洛普的伊萨卡——为什么《奥德塞》一书应当被禁”为题发表了一篇文章，其中包括： [797]

直截了当的说，任何与外国统治同床共枕的人都应当走，他们留下的垃圾应当被打扫干净。我们希望防止它的再次出现，就像神话里说的那样。

(c)被申请人的政党纲领明确表明，它号召以作为“人民组织形式”的“民族国家”，来代替目前既有的政治制度——与此相关，根据该党前主席及议员佛伊格特在口头听证过程中提供的证词表明，应当回到过去的德意志帝国的理念上来。这一说法也符合其他可以被归结到被申请人身上的言论。 [798]

(aa)追随乌多·佛伊格特的说法，克劳斯·克雷默（Claus Cremer）在该党在北莱茵—威斯特法伦的地区组织的主页上发布一条信息： [799]

帝国是我们的目标，德民党是我们的道路。

(bb)与此类似地，2011年，卡尔·里希特和埃卡特·布罗伊尼格（Eckart Bräuniger）在《德国之声》（2011年第2期，第22页）上，号召复兴德意志帝国—— [800]

让我们将帝国的理念融合到当前的问题与挑战之中去，以保证我们人民的躯体依然存续的部分可以继续存在……支持德国支持——帝国！

(cc)下萨克森州一个市镇议会的当选议员H先生在《行动中的人民——帝国号角》杂志上，不仅要求重新建立德意志帝国，还要求恢复在1945年5月23日那天还存在的宪法和法律制度…… [801]

…… [802-804]

(3)被申请人在性质上与纳粹具有相似性。(a)它的人民共同体理念、它本质上的反犹立场及其对既有民主秩序的蔑视态度，都清楚地揭示了它与纳粹的相似性。(b)在此基础上，它表达出的对纳粹党领导人的承认，以及挑选并使用纳粹的用语、文章、歌曲和标志之行为和歪曲历史之表述，都显示出申请人在部分程度上对纳粹思维方式的亲近态度。(c)……综合以上分析，都证实了被申请人对自由民主的基本秩序的不尊重态度。 [805]

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

a) aa)在被申请人与纳粹党的相似之处中，人民共同体的用语及其理念是一个核心特征……纳粹党25点纲领的第4点写道：“只有是人民的成员才可以成为国家的公民。无论宗教是什么，只有具有德国的血统的人才可以成为人民的成员。因此，犹太人不能成为人民的成员。”除了明确强调要排斥犹太人的思想之外，这一定义与被申请人的想法完全吻合。 [806]

…… [807]

bb)被申请人与纳粹明显也分享了反犹主义的基本立场…… [808]

cc)最后，对代议制民主制的排斥和蔑视态度是被申请人和纳粹分享的另一个特征…… [809]

b)在申请人采取的各种行动中，也反映出了被申请人与纳粹的类似之处。 [810]

aa)这些包括被申请人的领导层代表对纳粹政权主角之美化： [811]

1)2013年4月20日、希特勒生日那天，被申请人在汉堡的地区组织的前副主席托马斯·武尔夫（Thomas Wulff）在www.altermediadeutschland.info网站上发布了一条声明： [812]

希望在这个周末，4月20日举行的党的会议像一道闪电一样提醒一两名与会代表，我们人民最伟大的孩子……曾经可以做到的事情。他之所以曾经做到这些，是因为他将自己全身心地奉献出去，以完全无私的方式行事；他是不可腐化的，曾经准备好作出任何个人牺牲，曾经成为了数百万人希望的化身！……

【787】

…… [813-817]

bb)对纳粹的用语、文章、歌曲和标志的使用也明显证明了两者的联系的存在。 [818]

1)…… [819]

2)于尔根·甘泽尔在其2015年1月12日的脸书账号上发布了“人民，挺身而出吧！”的信息，这是当初戈培尔1943年2月18日在体育宫的演讲中使用的用语。勃兰登堡州的青年民族民主党人组织也在其2014年11月28日的脸书账号上，发布了“人民挺身而出，风暴到来”的言论，这一用语最初来自于特奥多尔·克尔纳（Theodor Körner）的《男人与男孩》一诗。 [820]

3)…… [821-830]

cc)另外，被申请人具有领导职能的代表明显在抬高纳粹，并淡化其犯下的罪行。 [831]

…… [832-834]

4)在2010年1月18日被申请人的一个新闻声明中,卡尔·里希特称民族的反对派是不会“承认”纪念解放奥斯维辛65周年的纪念活动的,因为这是“将德国人作为一个加害者永远耻辱化的仪式”:
[835]

犹太大屠杀的历史有着众多方面,其中也包括在德累斯顿和广岛被烧死和谋杀的人们……

5)在萨克森州议会中,于尔根·甘泽尔分析了“以犹太大屠杀纪念仪式和其他民族自虐活动为形式的历史色情文学”……乌多·帕斯多斯在梅克伦堡—前波莫瑞州议会中发言说,提出了“一边倒的负罪邪教”以及“奥斯维辛映射现象”……在同地,蒂若·米勒说道:
[836]

你隐瞒事实对我们的年轻人撒了谎,当时不是德意志帝国对英国和法国宣战,而是英国人和法国人向我们宣战……

霍尔格·阿普费尔在萨克森州议会中发言说:
[837]

在第二次世界大战已经结束66年的时候,应当对于我们的人民因为战败而受到奥斯维辛俱乐部奴役的状态有个了结。在第二次世界大战结束66年之后,现在是最终脱下罪人的忏悔服和小丑帽的时候了。前往卡诺萨的售票台应当再次永远关闭……

2013年1月30日,在默哀一分钟纪念纳粹受害者的仪式上,被申请人在梅克伦堡—前波莫瑞州议会的党团成员全部离场以示示威。
【788】
[838]

c)提交的证据已经证明了被申请人的相关部分与历史上的纳粹之间在内容上的联系,此时已经没有必要再去考虑申请人提交的作为专家证人证言的当代历史研究所提供的意见。
[839]

被申请人前联邦主席霍尔格·阿普费尔在口头听证过程中也证实了这一点,并提醒大家注意以下事实:“至少有一些党员还认为他们在许多方面生活在第三帝国政治理念所描绘的世界中。”阿普费尔说,被申请人汉堡州的前主席武尔夫公开承认自己是一名纳粹分子。按照阿普费尔先生的说法,将武尔夫先生驱逐出党的努力失败了。
[840]

从以上各种事实或许可以推论出,在被申请人与纳粹之间存在着性质上的类似性……
[841]

……
[842]

与此同时,这也证明了被申请人对自由民主的基本秩序的蔑视态度……
[843]

(4)…… [844]

II.

排除对被申请人取缔决定的事实是《基本法》第21.2条第1句中的“正致力于”的标准没有获得满足。(1)虽然被申请人倡导的目标的确与自由民主的基本秩序存在着冲突，并且还有计划地行动以实现该目标……(2)但是不存在明确且有份量的证据表明，被申请人的这些努力至少有部分成功的可能。 [845]

(1)被申请人以一种有计划的方式去实现其反宪法目标…… [846]

a) aa)被申请人具有全国范围内的组织结构…… [847]

被申请人在2013年的财务报告显示，截至2013年12月31日，被申请人有5,048名成员。 [848]

通过培训课程和类似的措施，被申请人试图使得其追随者为政治斗争做好准备…… [849]

【789】 bb)被申请人在欧洲议会中有一名代表。在联邦议院或任何州的议会中都没有代表。有大约350名地方代表机关的代表是被申请人的成员…… [850]

cc)被申请人的公关工作利用了一整套媒体管道…… [851]

…… [852-854]

b)被申请人的政治活动表现为一个封闭的政治策略概念，被申请人将其描述成“四支柱策略”…… [855]

c)被申请人在有计划地实现这些策略目标…… [856]

aa) 1)在该策略第一支柱的框架内（“为人心和思想而斗争”），它努力通过“全国范围内的基层革命工作”以提高公众对其的接受程度……此时，政治信息不是主要的因素。…… [857]

…… [858-860]

bb)“为街道而斗争”的目标，是散布和执行被申请人的意识形态。为了实现该目标，它使用了媒体上的机会、选举竞选活动及其在议会中的存在——如果可能的话。在此之外，被申请人更试图通过高调的公共活动去影响政治意见之形成…… [861]

1)通过使用一些专门针对年轻人的材料，被申请人试图在其年龄段较早的阶段就触及潜在的选民和同情者…… [862]

…… [863-866]

2)被申请人的公共活动的主要关注点是难民话题…… [867]

(a)(aa)申请人提交了一份尚待质证的材料，指出在2015年，被申请人共举行了192场可以与其直接联系起来的活动；这些活动的参加者都超过20人，总

计超过2.3万人。在申请人看来，在此基础上还应当有其他95场活动，总计有2万人参加，因为MVGIDA和THÜGIDA这两个组织举行的一些活动都受到了被申请人的重要影响。（原译者注：MVGIDA和THÜGIDA这两个组织都是PEGIDA（反对西方世界伊斯兰化的欧洲爱国者组织）在地区层面上的分支组织）

[868]

……

[869-871]

4)散布被申请人政治意识形态的活动建立在被称之为“占领议会讲台”的基础上，与其政治竞争对手直接对抗……

[872]

cc)被申请人同样利用其“为议会而斗争”的策略，以努力实现其反宪法目标，并在竞选和议会活动中推动实现其目标……

[873]

……

[874-876]

dd)(1)被申请人为“有组织的意志而斗争”的活动包括，在目前既有的个人联系基础上。(2)在其自身领导下形成一个“全国范围内的全面反对派运动”。(3)这种策略利用了与各种各样地区层面上的极右翼团体的合作，这些团体与德民党没有组织上的联系：对于这些团体中准备加入被申请人的成员，被申请人也准备好了接纳他们。(4)与此同时，对于那些反对所谓的“西方世界伊斯兰化”运动，被申请人也试图与其合作并对其施加影响。

[877]

1)被申请人在领导层面上过去是被取缔的极右翼组织的成员数是不容忽视的……

[878]

……

[879-895]

(2)虽然以上事实证明被申请人正投身于其反宪法的目标，并以有计划的方式实现这些目标，它的行为还是没有达到“正致力于”与自由民主的基本秩序做斗争的程度（《基本法》第21.2条第1句）。不存在有份量的证据表明，被申请人可以成功实现其反宪法目标……

[896]

a)……

[897]

aa)目前，议会内的多数党团使得被申请人既无法通过选举，也无法通过组成政治联盟的方式实现其政治理念。

[898]

1)在超地区层面上，被申请人只在欧洲议会中才有一名议员……

[899]

（被申请人）在欧洲议会与联邦议院的选举结果在非常低的水平上徘徊。在2013年的最后一次联邦议院选举中，被申请人获得了第二票有效选票中的1.3%的选票……在2014年的欧洲议会选举中，获得了有效选票中1%的选票。……

[900]

在过去西德所在的州，被申请人在州议会的选举中获得的有效选票比例在1.2%（萨尔）到0.2%（布来梅）之间。这一比例已经很低了，而在2016年的州

议会选举中，它获得的选票数进一步下降…… [901]

【791】 被申请人在原东德各州州议会的选举中的选举结果最初的起点较高，但是目前也出现了下降的趋势……在2006年梅克伦堡—前波莫瑞2006年州议会的选举中，被申请人获得了7.3%的有效选票，在2011年的选举中获得了6%的有效选票，在2016年的选举中则只获得了3%的有效选票。 [902]

在其存在的50多年的历史中，被申请人从来没有实现在任何一个州的州议会中获得稳定代表的目标。也没有证据表明，在未来的发展过程中这一趋势会得到扭转。另外，在各级议会中获得代表的政党目前看起来也不打算与被申请人建立联盟，甚至在特定的事项上展开合作…… [903]

2)在市镇层面上各种形势也没有差别。虽然被申请人在整个德国市镇层面上拥有超过350名代表……这样的代表数量依然远远不足以使其具有影响相关政策走向之能力。在整个市镇层面上的代表机关的超过20万席位中，被申请人的席位只具有不过千分之一的比例，这一事实也验证了被申请人缺乏相应能力的情况。 [904]

即使是对不同个案的分析也不会得出什么不同的结论…… [905]

……即使是考察那些获得被申请人特别关注的市镇，人们也依然会发现相同的情况。在这些市镇的2014年选举中，被申请人获得了不成比例的高达27.2%的有效选票…… [906]

这些市镇中的大部分都只有四位数，有的甚至只有三位数的少量居民……，这种低人口数的情况，使得被申请人虽然在选举中获得的相对较高的得票比例，却依然甚至不能在相应的市镇政府中获得一个席位……在相应的地区层面上的2014年选举中，被申请人在任何地区都没有获得超过7%的选票…… [907]

…… [908]

因此，在前东德地区的各州，被申请人在市镇议会中缺乏以自身能力去影响决策的多数地位……另外，它也只有像在前西德地区各州中为数极少的政治联盟选项…… [909]

bb)也不存在具体且有份量的证据表明，被申请人在议会外可以通过民主方式成功实现其推翻自由民主的基本秩序之目标…… [910]

【792】 1)与其在1969年成员数最高峰时的2.8万人的水平相比，目前被申请人的成员数已经显著下降……被申请人与德国人民联盟合并、向新纳粹团体开放在前东德地区组建自身的地区组织，但这些努力都没能阻止被申请人的成员数持续下降的趋势……在总共只有不到6,000名成员的情况下，被申请人的行动能力受到了严重的限制。 [911]

2)…… [912]

(a)联邦宪法保卫局2014年的年度报告显示，被申请人处于持续不断的危机状态中。虽然被申请人依然是最有影响力的极右翼政党，但是该报告显示，该党正遭受着内部斗争、成员数下降、没有确定的策略、财政困境和正面临的取缔程序等困扰…… [913]

…… [914-916]

(aa)在这方面，作为专家证人的耶瑟（Jesse）教授在其口头听证过程中提交的证词中提出，被申请人是一个被孤立、被排斥的政党；它的竞选能力如果还存在的话，近年来也是处于不断下滑的状态中。作为专家证人的凯里茨（Kailitz）教授也在口头听证过程中提出，被申请人目前没有能力被接受到社会生活的核心领域……在口头听证程序中，被申请人的前主席霍尔格·阿普费尔说，被申请人在公众眼中总是能够获得足够的重视，但是这种说法与现实不符。他说各种打破禁忌的行动是有意表现在议会舞台上的，其目的……是展示出一个有效且专业的组织的形象。 [917]

(bb)联邦和各州的宪法保卫机关提交的报告也证实了这种社会生活中的低效性现象……前西德各州宪法保卫局提交的年度报告显示，被申请人组织的活动的参加人数处于不断下滑的趋势中，从没有超过三位数，而反对其的示威活动的参加人数常常要多得多……在前东德地区，人们同样发现，除去各种反难民的活动（见前文第924段以下），被申请人的活动经常只有他们的成员自己参加…… [918]

…… [919]

3)被申请人也无法通过其他方式来弥补其在组织结构和低社会有效性上的缺陷…… [920]

…… [921-923]

(c)在贯彻其“为街道而斗争”的策略时，被申请人将其活动集中于针对难民和少数群体，在从事这些活动时情况也是如此…… [924] 【793】

……虽然被申请人的确试图利用难民问题来实现其目的，但是它经常不是以自己的名义，而是在一些从表面上看中立的组织之掩护下从事这些活动……但是如果事实显示，被申请人需要对一些活动负责，那么参与情况就会明确下滑。申请人自己提出，当申请人对活动的主导性显现出来后，参加MVGIDA活动的人数就从大约600人下降到120人……在针对难民居住地的一系列“施内贝格火炬游行”活动中也存在着类似现象。虽然最初的三次活动有超过1500人参加……,在2014年1月25日的第四次活动只动员了约250人，而且大部分人都是被申请人的成员及其随行人员，这是因为在这次活动中被申请人采用了更明显也

更高调的组织者角色……这一事实证明，在个别场合利用反难民的议题可以非常成功地动员参加者。（但是）从这一事实无法确定，对被申请人的社会接受程度提高了，申请人可以相应地以民主政治的方式在政治意志的形成过程中主张其反宪法目标…… [925]

(d)最后，被申请人看起来无法通过与那些和它没有组织联系之组织合作，来加强其影响力…… [926]

(aa)…… [927]

相反，被申请人无法实现在其领导下“将所有的具有民族意识的力量聚集起来”的目标。它与那些与其没有组织上联系的政治力量的合作，都是建立在特殊合作的基础上，不存在稳固的组织基础。被申请人也没有被赋予领导者的角色…… [928]

在申请人提交的博斯特尔（Borstel）教授的专家证词中，与各种极右翼运动具有投机色彩的合作活动被认为对被申请人来说具有生存意义。但是博斯特尔教授也报告说，这些合作活动都是暂时的，并建立在地区的基础上，任何将这些新纳粹组织和“自由”的人员网络长期整合起来的努力都会与这些组织认为自身是议会外抵抗组织的定位发生冲突。 [929]

…… [930-932]

【794】 b)最后，也没有具体和有分量的证据表明，被申请人活动方式已经超越了可被允许的观点间的政治斗争的界限，进而满足“正致力于”的这一构成要素标准的要求…… [933]

aa)目前无法确定，被申请人目前有能力在一定的地域范围内掌握主导地位，这种地位会排除在政治意志的形成过程的平等参与。目前不存在“民族解放区”…… [934]

1)与它最初的主张不一样，被申请人在其2015年8月27日信件中承认了这一点…… [935]

2)在这一背景下，亚梅尔小村只是一个特例，不能被普遍化…… [936]

…… [937]

在该小村中极右翼分子占据了该村的多数地位。 [938]

…… [939]

亚梅尔小村无疑是一个弥漫着极右翼思想的地方。然而，这只是一个限于少数人的孤例。正如作为专家证人的耶瑟在口头听证中肯定的，这种情况不会复制在其他地方，尤其是不会在那些大一些村庄或者市镇中发生…… [940]

3)其他有关被申请人成功地实现了其在地区范围内的主导地位的例子是无法确定的。 [941]

(a)与申请人的观点不同，无法确定安克拉姆市是被申请人具有文化上的霸权地位的地区…… [942]

(aa)申请人在这一背景下提出，有一处建筑被称为“民族主义会议中心”，是整个国家的极右翼分子聚会的场所，但是这一事实无法被当作可以主张其主导地位的证据…… [943]

(bb)2010年7月31日以“反对仇视孩子的大人物”为名的示威活动是由被申请人和梅克伦堡纳粹者、自由波莫瑞人共同召集的，但是这一事实无法被用来证明被申请人在安克拉姆市的主导地位的证据…… [944]

…… [945]

(cc)另外，在2014年安克拉姆市的市镇委员会的选举中，申请人只获得了9.3%的有效选票，相应在市镇委员会的25个席位中只获得了2席，这一事实也否定了认为被申请人在安克拉姆市具有主导地位的观点。实际上，在安克拉姆市有不少反极右翼思想的公民倡议…… [795] [946]

(b)申请人将吕博廷也描述成另一个被主导的地区，但是对于该地区也可以适用前面相同的结论……被申请人的许多领导干部生活在该地区、在该地区积极活动，而且他们搬到这儿可能是有意为之的结果，但是这一事实还是不足以证明主导现象存在的事实。被申请人使用了一个在该市市中心一处引人注目的建筑，其代表出席了各种活动，其中包括那些反对极右翼的活动，但是即使考虑到这些事实，也不会改变我们以上的判断。 [947]

…… [948]

……被申请人在2014年的市镇选举中获得了10.7%的有效选票，相应的只在市镇委员会的17个席位中获得了两个席位，这一事实是再次否定了所谓被申请人占据了主导地位的证据。而且申请人自己也承认，被申请人无法完全实现其掌握主导地位的主张，尤其是考虑到市长本人倡议的反对极右翼势力的公民决议…… [949]

(c)…… [950]

bb)也不存在足够的证据表明，被申请人有着具有本质性的倾向，利用暴力手段或者以犯罪方式去实现其反宪法的目标…… [951]

1)虽然申请人提出，在2015年，针对难民住所的犯罪活动达到了峰值的1,031起（其中有177起刑事暴力活动），但是这一事实不能被归结到被申请人身上……在利用反人道的煽动活动来制造仇视外国人的气氛方面，申请人还没有被达到已经卷入其中的程度……在对难民住所的攻击活动中，相应的事实本身还无法证实，被申请人利用了这些攻击活动来实现其政治目标，或以任何形式支持了这些攻击活动…… [952]

2)与申请人的看法不同，从被申请人的追随者在守法行为方式上存在缺陷之事实，无法推导出其正准备利用武力或者犯罪活动来实现其目标之结论……

[953]

【796】 (a)在这一方面，申请人提交的联邦宪法保护局的匿名统计报告分析了被申请人执行委员会成员的违法活动情况，但是该报告无法被用来支持申请人的观点……

[954]

(b)申请人在回应不采信其提交的证据的决定时，提交了一份被申请人的领导干部总共57项犯罪定罪记录的清单，但是这一事实没有改变我们以上的判断。这些定罪判决中的绝大部分没有政治背景……在其他的刑事犯罪活动中，对政治背景的许多判断也是令人起疑的……而且这些刑事定罪判决跨越了25年的时间，主要涉及纯粹属于宣传方面的犯罪活动，并且基本上是轻罪，有些是当事人还是未成年人的时候犯下的罪行。在这份清单上，无论是被申请人的个别成员从事的刑事违法活动的数量、对象还是严重程度，都无法足以证明被申请人有意通过使用武力或者以从事犯罪的方式来实现其政治目标。

[955]

3)申请人详细提交的各种活动和事实也不足以得出结论认为，被申请人正准备使用武力或没有遵守法律，以至满足了《基本法》第21.2条第1句中“正致力于”的构成要素的标准。

[956]

……

[957-958]

(b)申请人描述的各种暴力袭击活动以及其他刑事犯罪活动不能毫无保留地被归结到被申请人身上。

[959]

(aa)贾梅尔的一处谷仓以及劳恩的一处体育场曾被规划用来作为难民的紧急住所，这两处地点都受到了纵火犯的袭击，具体肇事人员还没有被确定……在这种情况下，这些事件不能被纳入到本案的考虑范围。在2010年7月31日安克拉姆的一场示威活动举行以前，海报被损毁和移走（在居斯特罗的一处社会文化会议场所，建筑物遭到破坏，其主管也受到了人身威胁），但是对于这些事件也不能认定为被申请人所为。

[960-961]

被申请人在2010年8月19人参与了在代明、2010年8月20日在于克明德举行的为纪念犹太同胞而举行的路砖镶嵌仪式。在于克明德同时张贴的各种海报显示，这是由极右翼运动所为……

[962]

与此类似，2016年1月16日在莱比锡—康纳维茨发生的骚乱，也不能被归结到被申请人身上。

[963]

【797】 (bb)2015年7月24日在德累斯顿和2015年8月21日在海德瑙，被申请人的示威活动结束后发生的骚乱不能被归结到被申请人身上。

[964]

(a)在德累斯顿组织的示威活动曾由被申请人的一名代表通知了当地政府，

被建议作为该党的一次活动……在这次示威活动之后爆发了暴力冲突……。

[965]

但是没有证据表明被申请人煽动了这些冲突，或以任何方式造成了这些冲突的产生……

[966]

(β)以上判断适用于海德瑙2015年8月21日被申请人举行的抗议活动之后发生的骚乱……

[967]

(cc)与其他政党在梅克伦堡—前波莫瑞相应选区办公室的袭击活动，也不应被归结到被申请人之上。因为目前还没有确定这些袭击活动的肇事人员，被申请人的成员或追随者不可以被指控参与了这些袭击活动。目前也无法确定被申请人支持这些袭击活动或者需要对这些袭击活动负责。

[968]

……

[969]

(c)因此，(aa)剩下需要讨论的是被申请人的成员和追随者卷入其中的一小部分暴力活动；(bb)但是这些活动尚无法证明，被申请人有意图利用暴力方式或者以从事犯罪的方式实现其反宪法目标。

[970]

(aa)(α)这其中包括2015年5月1日“青年民族民主党人”的干部对德国工会联盟的一次集会活动的袭击活动……

[971]

……

[972]

(β)另外，针对被申请人的成员和追随者的违反党内政策的暴力活动情况，一共发布了12项定罪判决……

[973]

(γ)申请人同样提到，2013年被申请人分别在林艮和阿沙芬堡两地举办的活动受到了参与反对者示威活动的示威者攻击。在口头听证过程中，作为第三方专家的勒普克也报告了因为安保人员造成的进一步的暴力活动……

[974]

……

[975]

【798】

(bb)……将申请人和第三方证人勒普克描述的活动包括在内，一共包括在超过10年的时间中总计20起独立的违法活动。绝大多数此类活动不涉及事先有计划地利用武力来实现政治目标的情况，而只是在这些政治活动的边缘地带，或者在这些活动之前临时偶发的冲突……通过这些被描述的个案无法确定，被申请人有利用暴力方式或以从事犯罪的方式实现其反宪法目标的根本倾向。

[976]

cc)也无法确定，被申请人的活动带来的恐惧气氛有可能损害政治意志形成过程中的自由与平等的参与权利……

[977]

1)(a)申请人提交了一份自愿提供的有关感受到恐惧情绪的信息表，经心理学家安妮特·希米胥（Anette Hiemisch）认定。但是这份信息表不能作为证据

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

证明，被申请人创造了恐惧气氛……该表格……没有显示何种组织是涉案威胁的来源，也没有说明涉案时间、地点和当事人的具体信息…… [978]

(b)申请人认定，由各种同志会和其他新纳粹组织带来的威胁和恫吓行为应被归结于被申请人，但是本庭无法支持申请人的这一观点。这些同志会和其他新纳粹组织是自主行动的，也没有将自己定位成被申请人的“延伸”组织…… [979]

(c)…… [980]

(d)在2013年10月，施内贝格保卫自己的公民倡议组织的示威活动之后发生了各种事件，这些也不能被归结到被申请人身上……在这次示威活动中，有大约30-50名活动参加者在市长的私人住宅外点亮了火炬……没有证据表明，被申请人促成了此次活动或者以任何方式支持了此次活动…… [981]

(e)…… [982]

2)……

(a)被申请人仅仅是参与政治观点交锋的活动不在本案的考虑范围内……只要它没有跨越民主讨论可以被容许的边界，就不会产生限制第三方民主权利的后果，无论被申请人有任何其他动机或涉及的个人会产生怎样的感受。 [984]

【799】 (aa)…… [985-986]

(bb)在涉及特勒格利茨市市长茨辞职的问题上，认为政治观点交锋活动的边界已被跨越的观点是令人起疑的…… [987]

虽然德民党该区委员会的委员策划的从其住宅前游行经过的活动会使得特勒格利茨市市长感到对他及其家人的威胁，但只是根据事先宣布的路线游行经过本身不会构成对政治意志形成过程的自由与平等参与活动之干涉。 [988]

(cc)反对在鲍岑启用施普雷酒店的示威活动也没有跨越政治观点交锋活动的可被允许之边界…… [989]

(dd)在莱比锡一戈利斯针对一处清真寺的抗议活动打出了“玛丽亚而非沙利亚”的口号，针对该示威活动也可以适用上述认定结论…… [990]

(b)被申请人的其他活动也许跨越了政治观点交锋活动的可被允许的边界……然而，从这些个案中无法客观认定，它们会创造恐惧氛围……进而阻碍民主权利之行使。 [991]

(针对申请人描述的被申请人的个别竞选活动、它探访各种难民居住地的活动、由被申请人在柏林—潘科区的组织针对该区区长K先生的集会活动，以及2007-2009年在柏林附近的舍内希发生的事件，同样可以适用相同的判断。)

[992-1000]

(d)最后，被申请人有关组建民兵组织并展开巡逻的活动，从客观上说还没

有达到制造恐怖气氛的程度，因为有证据表明，法律限制没有被超越，也不存在着对第三方权利不可被允许的干涉情况…… **【800】**
[1001]

3)(a)最后，虽然在个别情况下存在可能的威胁，或者说至少不能排除这些威胁之存在，以致于损害政治意志的自由形成过程，(b)并不足以从中推论出被申请人有通过制造恐怖气氛以实现其政治目标的本质倾向。
[1002]

……

[1003-1006]

(b)正如其他被从事的犯罪活动，被申请人的个别成员针对居斯特罗的多文化会议中心经理以及拉伦多夫市长采取的行动只是一些个别事件，不能以一种普遍化的方式置于被申请人的门前。在分析被申请人的安保人员的行为时，也应适用相同的结论。已经描述的事实情况还不足以成为发布取缔该党命令的充足理由…… **【801】**
[1007]

dd)被申请人的成员或者追随者的活动通过恐吓、有意挑衅或者上升为犯罪活动，或使受影响的当事人感到，他们受宪法保护的表达自由和行为已经受到了严重和持续的损害，本庭没有忽视该事实的存在。然而，在口头辩论过程中提交的证据没有证明，这些事件的范围、密度和强度已经达到了《基本法》第21.2条规定的取缔一个政党的门槛要求……前文提到的理由已经证明，该门槛是相当高的（参见前文第523段及以下）。针对恐吓与威胁以及准备使用暴力活动之行为，都应当通过具有预防性质的治安法律和具有镇压性质的刑法手段作出充分与及时的回应，以有效保护政治意志形成过程之自由以及受到被申请人行为影响的个人。
[1008]

十一、通信隐私——《基本法》第10条

“窃听案”

BVerfGE 30, 1

1. 译者注解

《基本法》第10.1条保护邮政或通信（电话、电子邮件等）的隐私不受国家，即国家安全组织的干涉。这包括拦截信件和包裹以及窃听电话线等措施，如果不必要，就不得在受害者的家或办公室采取这些措施。¹⁴³

没有什么权利是没有例外的，《基本法》第10.2条为合理地侵犯第10.1条所保障的权利提供了一个框架。任何这样的限制都必须以法律为基础，以透明的方式说明这种侵犯的条件，并且由于所侵犯的是核心隐私权，应当受比例原则限制。

然而，宪政法院的这一判决涉及的是《基本法》第10.2条第2句中所阐述的可能的限制。该条款于1968年被添加到第10.2条中，随后一项立法对细节进行了补充。新的第10.2条允许在有限的情况下，目标主体不会被告知侵犯其隐私的措施，甚至事后也不会被告知，法院也不会针对这些措施提供法律救济。相反，一个由五名议会成员组成的委员会将行使法律监督职能，要求国家安全组织每六个月向其通报所有正在采取的措施。这一宪法修正案被质疑是否合乎《基本法》第79.3条。根据该条，在修宪过程中通过的《基本法》修正案不得违反《基本法》第1条和第20条所保护的原则。本案争议涉及第1条对人的尊严之保障、第19.4条对获得法律救济的权利之保障，以及作为《基本法》第20.2和20.3条的构成要素之一的分权原则。如果人们得出结论是这种从未告知受害者的秘密措施使受害者沦为政府行动的单纯客体，那么人的尊严就可能会受到影响。无法向法院寻求救济也会指向这个方面，而且这些措施的实施是由一个立法委员会而不是司法委员会监督的。这就产生了权力分立的问题。

诉愿人无法说服法院。《基本法》第79.3条虽然对一些宪法修改进行了限制，但并不禁止本案所涉的这种修改，即使它们触及受保护的原则。只有侵犯了受保护原则的核心部分，才有理由限制议会的修宪权。在本案，向法院寻求救济的权利只在一个非常有限的情形下被影响，而且还被一种不同形式的立法监督所补偿。权力分立也是如此，因为《基本法》及其所规定的议会秩序就并

¹⁴³ 这种情况会变成《基本法》第13条的问题，见如下讨论。

未采取绝对的分权进路。最后，法院指出，有些限制是固有的：如果为某些目的收集信息被认为是可能的，而在有限的情况下，将这些措施告知受害人是毫无意义的，那么就无需提供法律救济。【802】

然而，有一个缺口。如果收集到的信息导致了刑事追诉，受害者将通过随后的诉讼程序知道这一点。如果收集的信息没有导致任何后果，且没有理由认为一旦通知受害人将会影响该措施在有关案件或类似情况下的有效性，那么至少可以在措施终止后通知受害人。这样，受害者至少可以在事后寻求司法保护；这不仅对受影响的人有价值，而且对今后采取的措施也有价值。宪法法院明确指出了这一点，并以比例原则作为基础。修正案在该方面的空白并不意味着必须认定修正案违宪。由于修正案并未预先排除事后通知受影响者，因而可以通过宪法解释的方式实现上述要求。

法院还指出，《基本法》在为民主和自由社会提供框架的同时，也有意识地选择了捍卫这一自由，并且在必要时通过限制那些试图破坏和废除《基本法》自由框架的人的自由来实现这一点。略微激进或夸张地讲，可以认为《基本法》并未保护——或更准确地说，较少保护——自由之敌的自由；或者也可以这么讲，《基本法》不允许它所保护的权利和自由被用来推翻民主和自由的秩序。

2.判决概要

(1)如果受影响的人因为不知道自己的权利受到侵犯而无法对强制执行措施提出异议，则必须为某人提供直接对法律提出宪法诉愿的可能性，其方式与其他原因无法直接对强制执行措施提出宪法诉愿的情况相同。

(2)关于比例原则，在可以排除对监视措施目的之威胁以及对保护自由民主的基本秩序或联邦或州的存在或安全之威胁的情况下，《基本法》第10.2条第2句必须被解释为要求事后通知被监视对象。

(3)关于比例原则，《基本法》第10.2条第2句要求，G10法案必须将对通信、邮件和通信隐私的限制限缩于如下情况：在个案情形下，有理由怀疑存在反宪法的行为，且所有其他可能的调查措施已经用尽，只能通过侵犯通信、邮件和通信隐私来应对这种反宪法行为。【803】

宪法要求监视活动只能在绝对必要的范围内进行，但这并不排除对第三方的通信渠道进行监视，因为这些渠道可以被认为是为嫌疑人服务的。

(4)《基本法》第10.2条第2句要求，即使受影响的人没有机会参与这种“替代”程序，G10法案也应规定该程序在实质和程序上相当于法院的审查。

(5)《基本法》第79.3条禁止普遍放弃该条所包含的原则，但并不排除通过

宪法修正案修改基本的宪法原则。

(6)要认定执行法律的公共机关对一个人的对待侵犯了其人的尊严，则该对待必须构成对该人作为一个人所应享有的尊重的蔑视。

(7)分权原则允许在特殊情况下，不通过法院，而是通过立法机关在行政部门的职能范围内任命或组建的独立机构，对行政部门的行为提供法律保护。

(8)立法机关的多数人也能滥用其权利。一个派别或联盟如果只任命具有自己主张的人作为G10法案第9.1条规定的机构的成员，并努力使这些人成为G10法案第9.3条规定的委员会的成员，便可能构成对权利的滥用。

第二院于1970年12月15日基于1970年7月7日的庭审所作的判决，2 BvL 1/69, 2 BvR 629/68 and BvR 308/69.

3.案件事实

目前有效的《基本法》第10条和第19.4条第3句特别规定，通信、邮件和通信的隐私可以在不通知受影响的人和不能求助于法院的情况下受到限制。它源于1968年6月24日的《德国联邦基本法第十七次修正案》（*Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes*）（《联邦法律公报》[*Bundesgesetzblatt - BGBl*] I 第709页）。同时，1968年8月13日的《限制通信、邮政和通信保密法》（*Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- and Fernmeldegeheimnisses*, *Federal Law Gazette I p. 949*）（以下简称“G10法案”）也规定了关于在刑事诉讼中的监视通信，以及其适用情形和应遵循的程序。

针对《基本法》第10.2条第2句和G10法案第9.5条，黑森州政府启动了抽象的司法审查程序，主张这些条款否定了依据G10法案所采取的限制性措施的可诉性，而只规定了议会控制委员会的监督。一群检察官和律师也对《基本法》修正案和G10法案的各项规定提出了宪法诉愿。

联邦宪政法院以5票对3票的表决结果判定，在依据本判决对条款进行解释的前提下，所有条款中只有G10法案第5.5条（在通知不影响限制目的的个案中排除了通知要求）违宪。

4.判决理由选译

.....

C. I.

要判定宪法修正案所插入的《基本法》第10.2条第2句是否与《基本法》第79.3条相一致，需要对这两个条款进行解释。

(1)对《基本法》第10.2条第2句的解释得出以下结论：

a)通信、邮件和通信的隐私从一开始就没有受到《基本法》的无条件保护。事实上，虽然限制在每一种情况下都需要有法律依据，却总是被允许的。这种对限制基本权利之可能性的一般性保留在限制的前提条件和范围方面肯定是有限制的，但是在适用范围方面，它从一开始就包含了立法可能性，为保护自由宪法秩序或国家的存在不受危害而限制通信、邮件和通信隐私作出规定。在这方面，插入《基本法》第10.2条的新的第2句并不新鲜；它只是为第1句的适用提供了一个具体情形，即为保护自由民主的基本秩序或联邦或州的存在或安全，法律可能允许采取与限制通信、邮件和通信隐私有关的措施。

每当《基本法》对限制基本权利作出规定时，都是为了有效保护另一种个人的或集体的法益。这种法益既可能总是优先于被限制的基本权利，也可能只是在个案情形下优先于被限制的基本权利。从这个角度看，前述第2句中的规定与保留的意图一致。德意志联邦共和国的存在及其自由的宪法秩序是一种更高位阶的法益，因而可以在绝对必要的范围内限制基本权利从而有效保护该利益。

【805】

因此，通过宪法修正案插入的条款所真正新规定的内容并不是对通信、邮政和通信隐私之“限制”——这种限制被认为包括对通信、邮政和电报往来的“监视”，以及对通信的“窃听”和拆开并阅读信件，而是不通知受影响的人这种限制的额外权力，以及用立法机关任命的机构和辅助机构的审查来取代司法审查。这些特别措施与上述限制（窃听和查看信件）之间的关系是明确的。针对宪法秩序和国家安全与存在的承诺、计划和措施，大部分是由一些团体进行的；这些团体隐藏起来，秘密开展工作且组织严密，特别依赖不受干扰的通信渠道。负责宪法保护的机构只有在其监视活动原则上保持秘密，因而在司法程序中也不泄露的情况下，才能有效地开展反对这种“机器”的工作。即使随后披露监视措施并在司法程序中对其进行讨论，也会让宪法的敌人了解《基本法》保护机构的方法和具体观察领域，以及以前未知的机构人员之身份，从而在很大程度上损害后者的有效性。因此，不将窃听措施通知受影响的人以及将对这些措施的审查分配给非法院机构之权力，有助于维护《基本法》保护机构的有效性，而且实际上是使窃听和拆信首先具有目的性之原因。因此，《基本法》第10.2条第2句也允许为保护宪法和国家的目的，通过秘密截获和监测电话通讯和无线电传输、传真、电报和信件，限制通信、邮政和通信的隐私，而事后不需要公开和司法审查。

b)对《基本法》的一项规定，不能只根据其文义来解释。事实上，对《基本法》条款的所有解释必须符合《基本法》的基本原则及其价值体系（BVerfGE 19, 206 [220]）。因此，在解释《基本法》第10.2条第2句的情况

下，有必要考虑到《基本法》的背景，特别是《基本法》中体现的基本决定和一般宪法原则。在本案中，德意志联邦共和国《基本法》体现了对“战斗式民主”的倡导，这一点特别重要。它不接受滥用基本权利来打击自由秩序【806】（BVerfGE 28, 36 [48]）。不允许宪法的敌人援引《基本法》所保障的自由，并在这种自由的保护下危害、损害或破坏宪法秩序或国家的存在（见《基本法》第9.2条、第18条和第21条）。《基本法》明确规定了为保护宪法而设立的独立机构，即宪法保护机构（Verfassungsschutzamt）（见《基本法》第73条第10款和第87.1条）。《基本法》的意图不可能是一方面赋予《基本法》规定的国家最高机构以责任，并为此目的规定一个单独的办公室，但却剥夺了这些宪法规定的机构和办公室履行其宪法任务所需的手段。

同样重要的是《基本法》中体现的基本决定，即出于保护公共利益或更高位阶的法益，可以对基本权利施加限制（例如见《基本法》第2.1条）。“《基本法》中，人的形象不是一个孤立或独立的个人；相反，《基本法》在处理个人和社群之间的紧张关系时，在不侵犯个人的根本利益的前提下，尽可能体现了公民参与和公民责任。这一点尤其体现在《基本法》第1、2、12、14、15、19和20条的规范群上。然而，这意味着个人必须接受立法机构对其行动自由的限制，以便在任何特定情况下，在一般认为合理的范围内维持和促进社会共存，但同时必须保持个人的独立性。”（BVerfGE 4, 7 [15-16]）。

最后，联邦宪政法院从《基本法》中体现的第三个根本决定（即法治国原则）中引申出了比例原则。比例原则要求在涉及基本权利的问题的限制中，只有为保护《基本法》所承认的法益（在本案中即为国家的存在及其宪法秩序）绝对必要的范围内，才能由法律规定并在个别情况下命令执行（见BVerfGE 7, 377 [397 et seq.]）。从法治国原则中也可以看出，任何政府对公民自由或财产的侵犯都必须至少受到有效的司法审查。

上述背景以及《基本法》第10.2条第2句确认了(a)部分文义解释的结论。通知义务之免除以及司法审查之替代都不仅因“事情的性质”（即若非如此，便无法达到相应的目的）而获得正当性，还因《基本法》所规定的“防卫型民主”而获得正当性。

【807】 关于比例原则这一宪法原则，还必须注意以下几点：根据《基本法》第10.2条第2句，法律“可以规定不将限制措施通知受影响的人，并以立法机关指定的机构和辅助机构对案件的审查取代司法审查”。关于比例原则，只有在可以排除对监视措施目的的威胁和对保护自由民主基本秩序或联邦或一个州的存在或安全的危害的情况下，才能将宪法规定解释为允许并要求事后通知受监视的人。此外，如果不会削弱对自由民主基本秩序之保护或联邦与各州之存在或

安全，该规定还在可能的情形下为保留正常的司法救济或特别司法程序留有余地，而不是由立法机关任命的机构进行审查。

除此之外，“如果限制是为了保护自由民主的基本秩序或联邦或州的存在或安全”之表述允许根据比例原则进行解释，即侵犯通信、邮件和通信的隐私必须限于在具体的情况下有理由怀疑有反宪法的行为，并且只有在所有其他调查的可能性都用尽之后，才能在具体的情况下通过侵犯通信、邮件和通信隐私以应对这种反宪法行为。这也限制了受影响的人不被告知情况的数量。

从宪法要求将监视措施限制在绝对必要的范围内可以进一步看出，只有《基本法》第10.2条第2句规定的受到上述性质的具体怀疑之人才能成为监视活动的对象。不过如果在监视过程中，由于邮件和电话作为通信手段的性质，与嫌疑人保持联系的人也必然成为这种监视的对象，那这种监视也不应当被禁止。宪法规定监视活动应限于不可避免的必要时范围，这也不排除监视第三方的通信渠道的可能性，因为这些渠道可被认为是用于嫌疑人的目的。鉴于上述宪法要求，《基本法》第10.2条第2句也授权仅以获取反宪法活动的信息为目的的监视。最后，根据这一宪法要求，对《基本法》第10.2条第2句的解释也禁止将通过监视获得的信息提供给其他行政当局用于其目的，并要求在这些材料对保护自由民主秩序的目的不再具有意义或不再重要时，迅速销毁所收集的材料。

最后，关于“排除诉诸司法审查”。在法治原则的视角下，“司法审查应被立法机构指定的机构和辅助机构的审查所取代”具有特别重要的意义。实施本条款的法律必须明确规定，在实质方面和程序方面，这种替代审查均与司法审查等效。即使受影响的人没有机会参与此类“替代”程序，也要保证该替代审查至少与司法审查同样有效。根据这一解释，《基本法》第10.2条第2句要求，为其实施而制定的立法必须在立法机关任命的机构和辅助机构之中，包括一个独立于司法机关作出决定的机构；对于监控活动是否可允许、是否应告知受影响人员以及在法律前提没有满足的情况下禁止监控等问题，该机构的决定对参与准备的行政决定及监控活动之执行的所有当事方均有约束力。该机构既可以设立在立法机关内部，也可以设立在立法机关外部。然而，它必须拥有所需的技术和法律专门知识；它不能受指令约束，任命成员时必须有明确的固定任期。它必须有权监督所有参与筹备、决定和监督侵犯通信、邮电隐私行为的机构，以及这些机构采取的所有措施。该机构必须能持续进行监督。出于监督目的，该机构必须能获取所有与决定采取限制措施有关的记录。这种控制必须是司法属性的控制。《基本法》第10.2条第2句也允许监督机构出于权宜之计要求放弃或暂停监视，从而在具备实施监视的法定条件的情形下，进一步减少监视的次数。

【808】

(2)对《基本法》第79.3条的解释得出以下结论：

a)《基本法》第79.3条构成了对立法机关修改《基本法》之禁止，其目的是使人们不可能通过修宪这一形式的合法手段来取消现有宪法秩序的实质和原则，并滥用这一秩序来达到随后使极权主义政权合法化的目的。因此，该条款禁止普遍放弃其中列举的原则。如果这些原则得到普遍考虑，并且只在特殊情况下因其独特性质而出于明显的客观原因才被调整，那么这些原则就依然还是“原则”。因此，对这些原则的修改是“不可接受的”这一表述的含义并不比《基本法》第19.2条的相关表述更严格，第19.2条规定“基本权利的本质”在任何情况下都不能受到影响。

b)除了联邦分解为各州及各州在原则上参与立法过程之外，《基本法》第79.3条还将“第1条和第20条规定的原则”界定为不可侵犯。这一事实对其解释也很重要。这不同于一种表述，即《基本法》第79.3条排除了对尊重人的尊严的宪法原则和法治原则之修正——在某种程度上意味着更多，在某种程度上更少。《基本法》第1条“规定”了更多的原则，而不仅仅是尊重人的尊严的原则。《基本法》第20条也规定了一些原则，但其中没有规定“法治原则”，而只是规定了法治原则的一些非常具体的原则：第2款中的分权原则和第3款中的立法机关受宪法秩序约束、行政机关和司法机关受法律 and 司法约束之原则。从法治原则中可以推断出比《基本法》第79.3条中提到的《基本法》第20条的法律原则更多的内容，联邦宪政法院已经发展出了这样的法律原则（例如禁止事后立法、比例原则、解决个案中法律确定性和正义之间的矛盾、尽可能提供最完整的法律保护原则）。为了解释的目的，必须更加认真地对待《基本法》第79.3条表述中对立法机关通过宪法修正案的固有权力的有条件限制，因为这是一个关于例外情况的条款，它可以阻止立法机关通过宪法修正案修改基本宪法原则。根据这种观点，从法治原则引申出的公民必须得到最大限度的司法保护的原则并不在《基本法》第20条“规定的原则”之列，《基本法》第20条中没有提到它。因此，《基本法》第19.4条所保障的“寻求司法救济的权利”并不在第79.3条所规定的禁止修改范围内。

c)至于《基本法》第1条中提到的人的尊严的不可侵犯性，则完全取决于在什么情况下人的尊严会受到侵犯。显然不能大而化之地对该规定进行解释，而必须要考查个案情形。诸如“人不得被贬低为仅仅是国家权力之对象”这样的一般性表述，只能说明可能存在侵犯人的尊严的情况之领域。人往往不仅是环境和社会发展的对象，而且是法律的对象，因为他们必须服从法律而不考虑自己的利益。仅仅在这一点上不可能发现对人的尊严的侵犯。还必须存在事实表明，他们所遭受的对待已经使得他们的主体性受到了根本的挑战，或在具体案

例中构成了对他们人的尊严的恣意蔑视。执法的公共权力机构对一个人的待遇如果要被认为是侵犯人的尊严，就必须构成对人作为人所应享有的尊重之蔑视，即必须构成“蔑视性待遇”。

II.

【810】

以上I(1)中对《基本法》第10.2条第2句的解释与I(2)中对《基本法》第79.3条的解释是一致的。

(1)根据上述解释，在《基本法》第10.2条第2句允许的范围内不通知相关主体，并不违背尊重人的尊严之原则。由于《基本法》第79.3条参考了《基本法》第1.1条，因此就其实质性内容而言，《基本法》第79.3条在任何情况下都不会比第1.1条本身提供更多的保护。无可争辩的是，并非每一项未经公民同意就限制其自由并对其施加义务的立法，或对公民保密的措施都构成对《基本法》第1.1条第1句之违反。比如医生和某些行政机关负有报告特定事件的义务；警察可以对某些人进行调查，即便最终发现其是无罪的或不足以证明其是有罪的；或截获私人无线电通信。在目前的情况下，不通知相关主体并不是对个人或个人尊严的蔑视，而是为了保护国家的存在和自由民主秩序，公民所应承担的一种负担。这种不通知的做法在实践中可能导致滥用窃听行为，这与《基本法》第1.1条第1句相抵触，但这并不构成支持《基本法》第10.2条第2句与《基本法》第79.3条相抵触的法律依据。非法和违宪滥用的可能性并不足以使该条款违宪。相反，在解释和评估一项法律条款时，必须假定在一个法治的自由民主国家，该条款将得到适当和公平的适用。

(2)在本案中，用另一种形式的法律控制代替司法审查，也不构成对人的尊严的侵犯。可以肯定的是，尊重人作为主体的品质通常要求他们不仅拥有作为主体的权利，而且还可以向法院提交自己的案件、启动诉讼程序来捍卫和维护自己的权利，并在这个意义上享有法院的保护。这条规则一直存在着不侵犯人的尊严的例外情况。在任何情况下，如果排除司法保护的动机不是因为无视或不尊重某个人，而是因为必须维持旨在保护民主秩序和国家存在的秘密措施，那么人的尊严就不会受到侵犯。另一方面，如果没有司法审查就会导致个人遭受当局的恣意对待，那么即构成对人的尊严的侵犯。然而，这种可能性已经被现有规定所排除。本判决已经申明，尽管《基本法》第10.2条第2句规定了不同于司法审查的法律控制机制，但这种机制与司法审查是等效的，也同样是保护受影响者的权利的。

(3)根据《基本法》第10.2条第2句的规定，用不同形式的法律控制代替司法审查，也不违反《基本法》第79.3条所确立的分权原则，《基本法》第20.2条通过规定国家权力将“通过特定的立法、行政和司法机构”来保障这一原则。

【811】 因为这一原则并不要求严格的分权，而是允许在特殊情况下由政府 and 行政部门立法，或由立法机构管理政府和行政部。在特殊情况下，分权原则允许不通过法院，而是通过立法机关在行政机关的职能范围内任命或组建的独立机构，对行政机关的措施进行法律监督。在这种情况下，最重要的是符合分权的原理，即对国家权力的相互限制和控制。用行政部门下属的独立机构取代司法部门的控制，不能简单随意地进行，而只能在有令人信服、客观明显的理由需要的情况下进行，这样才能使保留给司法部门的核心权限不受侵犯。

(4)最后，以《基本法》第10.2条第2句规定的另一种形式的独立法律控制取代诉诸法院，以及《基本法》第10.2条第2句所允许的不通知，并不违反《基本法》第79.3条所规定的法治原则。本案只涉及《基本法》第20.3条所规定的原则：行政权受法律和正义的约束。这一原则当然同样适用于负责保护宪法的当局。受影响的人对监视措施一无所知，也无法寻求法院审查监视措施的合法性，但这些事实都不改变这一原则性要求。因此，法律规定受影响的一方在特定情况下无需被告知监视措施，并以立法机构指定的机构和辅助机构之审查替代司法审查——这种做法并不违反法治原则，因为行政权依然受到法律和正义的约束。

(5)最后，除了上述第1至4点的考虑外，《基本法》第10.2条第2句与第79.3条是一致的；这一结论来自《基本法》第10.2条第2句对一般宪法原则之修改的规定，而根据《基本法》第79.3条，这是不允许的。

D.

(1)G10法案规定了属于联邦立法权的重要事项。联邦颁布的G10法案第2条规定，允许通过修改《刑事诉讼法典》（Strafprozessordnung）来限制刑事诉讼中的通信、邮件和通信隐私。这一条款的立法权来源是《基本法》第74条第1款。

联邦颁布的G10法案第1条规定在非刑事诉讼领域可采取的限制性措施。这一条款的立法权来源是《基本法》第73条第1、7和10款以及第74条第1款。

G10法案第1.2条的作用是在刑事调查之前抵御反宪法的行为。只有在有实际证据表明某些犯罪行为已被计划、正在实施或已经实施的情况下，才允许采取该条所规定的限制性措施。因此，G10法案第1.2条规定的限制性措施（至少是间接地）有助于预防、调查和起诉犯罪行为。因此，联邦在这方面的立法权

【812】 直接来自《基本法》第74条第1款。

.....

(3)至于在本诉讼中受到挑战的G10法案的个别条款：

.....

b)正如C.I.1部分所述，依法治国原则以及（依此原则解释的）《基本法》第10.2条第2款要求，一旦所涉利益不再能支撑秘密采取措施的正当性，就应立即披露限制性措施。由于G10法案第5.5条规定在所有情形下都无需披露限制性措施，因此该条款违背了《基本法》的要求。这一条款必须被宣布为无效。

c)G10法案第1条第2.2句和第2条所载的《刑事程序法典》第100a条的最后一句规定，在有事实依据表明某人给犯罪嫌疑人（或被告人）传输了信息，或从犯罪嫌疑人（或被告人）处接受了信息，或者其联系可能被犯罪嫌疑人（或被告人）利用的情形下，也可以对其采取限制性措施。这一规定符合《基本法》。

该规定并不影响职业自由权，甚至基本上不包含与职业有关的规定。这两项规定都不是明确针对作为律师的诉愿人的。它们对他的影响如果有的话，与对任何其他公民的影响相同。然而，作为辩护律师的活动确实特别有可能使律师与G10法案第1条第2款意义上的嫌疑人或《刑事程序法典》第100a条意义上的被告密切接触。因此，正如(3)项下的投诉人所称适用于他的案件，如果一个律师几乎完全作为辩护律师参与涉及国家安全的事项和涉及死刑罪的诉讼程序，就不能排除所质疑的规定会影响其职业的行使的可能性。但这并不意味着这些规定是违宪的。

如果与公共利益有关考量似乎是合理的，那么在《基本法》第12.1条第2句的意义上，从事职业的自由可以受到法律的限制。在这种情况下，对基本权利的保护仅限于禁止那些过度侵害或不合理侵害公民基本权利的规定（BVerfGE 7, 377 [405 and headnote 6a]）。这一进路一直为判例法所遵守。本案中，公共利益考量站在受挑战的条款一侧：如果不能将监控范围扩大到犯罪嫌疑人（或被告人）的某些联络人的设备上，那么立法机构确有必要实施的监控措施便很难真的有效。这是要被监控的通信手段的自身属性所决定的。考虑到实施限制性措施的目的，对不同通信对象区别对待是不被允许的。因此，将监控措施扩大到特定联络人（或律师事务所）的设备并不是不合理的或负担过重的，也并未超过绝对必要的范围。

【813】

“联邦情报局案”

BVerfGE 100, 313

1.译者注解

该判决涉及国家干预私人通信的一个具体方面，即德国联邦情报局的情报收集。根据《基本法》第10条的规定，关于干预私人通信的特别立法已被修

订，以让该机构在所谓的“战略监视”中起到更广泛的作用。该局被赋予从事战略监视的权力，只是为了收集有关德国境内军事武装袭击的信息。其目的不是为了获得关于个人的信息，而只是为了获得关于相关活动的信息。从本质上讲，该局将以批量方式记录国际通信，并对某些非个人对象进行计算机搜索。修订后的立法将该局的职权范围扩大到应对国际恐怖主义、向德国贩运毒品、军事武器贩运以及洗钱和造假活动。此外，还扩大了为收集个人信息可传递给刑事检察机关的相关信息之范围。法院并不介意对国际（而非国内）通信进行录音，而只是将造假活动排除在外，因为法院认为这一活动的危险性不大，不足以对《基本法》第10条所保障的权利进行如此严重的干涉。关于收集情报的原因与使用未被立即销毁的那部分数据之间的关联，立法存在一些缺陷，法院提出了质疑。法院要求修改立法，以明确解决这一问题。此外，法院要求，就该机构向联邦政府报告而言，立法必须明确限制政府可以做什么，以及政府不能用这些信息做什么，以确保这些信息与收集情报的目的密切相关，而不是用于起诉犯罪。如果信息被直接传递给其他机构，例如用于刑事追诉，法院认为法律必须将犯罪类型限制在非常严重的类型，以限制情报收集的影响并保持在比例原则的范围内。

该判决进一步强化了法院的立场，即收集信息和使用所收集的数据是两个独立的问题；数据收集的合法性并不意味着使用该数据的合法性，即使该信息与犯罪活动有关。该决定还强调了警察和刑事追诉部门与情报机构之间的严格区分原则。情报机构收集的信息不能简单地移交给警方并用于刑事追诉目的。

【814】

2. 判决概要

(1) 《基本法》第10条不仅限制国家对通信联系进行记录。在通信联系可以被国家记录的情况下，它还限制对这些记录的后续处理与使用，以及对记录所包含的内容的使用。

(2) 通信隐私保护的地域范围不仅限于境内。相反，如果在国外发生的通信行为由于在国内受到审查和评估，而与国家的国内行动有充分的联系，那么《基本法》第10条也适用于国外行为。

(3) 《基本法》第73条第1款授权联邦政府监管联邦情报局对通信数据的筛选、利用和传输。另一方面，《基本法》第73条第1款没有授权联邦议会授予联邦情报局旨在预防或起诉此类刑事犯罪的权力。

(4) 关于议会授权联邦情报局实施侵犯通信隐私的通信监控，《基本法》第10条规定，联邦情报局有义务采取预防措施，防止收集和利用个人数据造成的危险。这些预防措施尤其包括所获信息的使用必须符合首先证明数据收集有理

的目标。

(5)根据G10法案第1条和第3条，联邦情报局有权监测、记录和评估通信流量，以便及时发现来自国外对德意志联邦共和国的具体严重威胁，并向联邦政府提供信息，这在原则上符合《基本法》第10条。

(6)联邦情报局为其自身目的从通信监控中获得个人数据，并转移给其他政府当局；这种做法符合《基本法》第10条，但必须符合以下先决条件：(1)数据对于接收机构的目标是必要的；(2)满足BVerfGE 65, 1 (44 et seq., 62)中规定的目标变化之要求；(3)传输的法定情形符合比例原则。

第一院于1999年7月14日所作判决，1 BvR 2226/94, 2420/95 and 2437/95.

3.案件事实

【815】

A.

宪法诉愿涉及联邦情报局监测、记录和评估通信流量并将由此获得的数据传输给其他公共机构的权力。宪法诉愿还质疑经《1994年打击犯罪法》(Verbrechensbekämpfungsgesetz)修订的1994年《限制邮件、邮政和通信保密法》(Gesetz zur Beschränkung des Brief, Post und Fernmeldegeheimnisses)的其他规定。

.....

4.判决理由选译

B.

除了提出第二次宪法诉愿的两名申诉人中的第二人提出的宪法诉愿(1 BvR 2420/95)之外，其余宪法诉愿都是可以受理的。

.....

C.

受到挑战的规范并不完全符合《基本法》。

I.

《基本法》第10条是审查被质疑的立法是否合宪的首要标准。《基本法》第10条所保护的利益不同于《基本法》第2.1条与第1.1条共同规定的信息自决权。关于通讯，《基本法》第10条包含了一项特殊保障，取代了第2.1条的一般保护(参见BVerfGE 67, 157 [171])。就是否可以提请法院审查依据G10法案第3条所采取的措施而言，《基本法》第19.4条也是相关的。关于G10法案第9.6条规定的对司法审查的限制也是如此。除此之外，提起第二项宪法诉愿的两位申诉人中的第一位和提起第三项宪法诉愿的两位申诉人提出的宪法诉愿将根据

《基本法》第5.1(2)条规定的标准进行审查。

(1)《基本法》第10条保护通信隐私。

a)通信隐私首先包括通信行为的内容。公权力部门原则上不应了解通过通信设备进行的口头或书面信息和思想交流的内容。在这种情况下，《基本法》第10条没有区分私人性质的通信和其他通信，例如商业或政治通信（参见【816】 BVerfGE 67, 157 [172]）。相反，对基本权利的保护延伸到所有通过通信技术手段进行的通信行为。

然而，对基本权利的保护并不限于保护通信行为的内容不被国家注意到。对基本权利的保护还包括通信的环境，特别是包括：(1)关于是否、何时和多长时间进行或试图进行通信通信的信息；(2)关于发生或试图进行通信通信的个人的信息；以及(3)关于使用了哪些用户线路的信息（参见BVerfGE 67, 157 [172]；BVerfGE 85, 386 [396]）。原则上，国家不被允许记录通信行为发生的环境。通信媒介的使用理应在各方面保持保密。

保护通信隐私的基本权利原则上不允许国家接触个人的通信行为，其目的是维护自由通信的总体条件。通信隐私权的不可侵犯性作为一项基本权利，旨在避免以下情况：由于通信当事人认为国家会(1)干扰他们的交流或者(2)记录他们交流的环境或内容，因而停止通过通信设备进行的意见和信息交流，或因此改变交流的内容或形式。

除此之外，如果担心国家会利用对通信行为环境和内容之了解，在其他情况下损害通信当事人的利益，那么《基本法》第10条所保障的通信自由就会受到影响（参见BVerfGE 65, 1 [42-43]；BVerfGE 93, 181 [188]）。由于这些原因，《基本法》第10条不仅限制国家对通信当事人希望保密的通信进行记录，而且限制国家对其所获取的通信环境信息及通信内容信息的后续处理与使用（关于信息自决权，参见BVerfGE 65, 1 [46]）。

b)当然，《基本法》第10.2条允许对通信隐私进行限制。然而，这种限制和每一种对基本权利的限制一样，都需要出于公共利益目的并符合比例原则要求。《基本法》第10条还对议会提出了特别要求，特别是在处理通过干涉通信隐私获得的个人数据方面。联邦宪政法院在“人口普查”决定中，根据《基本法》第2.1条和第1.1条所发展出信息自决权的审查标准（参见BVerfGE 65, 1 [44 et seq.]）。这一标准基本上可适用于《基本法》第10条之审查。

【817】 这些标准之一是，规范中所规定的隐私可能受到限制的先决条件和程度必须能被一个客观的人清楚地认识到。特别是必须清楚地说明限制通信隐私的目标，并指明它所应对的威胁领域。收集数据的范围也必须是为实现目标所适当且必要的。为了不明确的目标或为了尚不能明确的目标而建立一个非匿名来源

的数据库，是不符合这一原则的。因此，所收集数据的存储和使用原则上也限于最初收集目的范围内。

通信行为不会仅因为国家知晓通信行为的存在而不受第10条的隐私保护，基本权利的审查标准也同样适用于通过侵犯通信隐私而获得的数据和信息的转移中。事实上，这些审查标准在数据传输的情形下更应被适用，因为一般来说数据传输不仅导致被告知通信行为的机构或个人的增加，而且导致数据被传递到一个不同的环境，并用于完全新的用途。对被监控者来说，数据传输可能会带来更多、更严重的后果。

当然，将侵犯通信隐私与特定目标联系起来的原则并不完全排除这种侵犯的目标可能发生变化的可能性。然而，任何变化都需要有一个在形式和内容上与《基本法》相一致的法律依据。这尤其意味着，变更侵犯隐私的目的必须有高于《基本法》所保护的利益的公共利益的支持。当数据被用于新情景时，必须提及数据被转移到的机构的任务和权限，其措辞必须符合清晰的原则。此外，最初收集数据的目的不得与作为收集或使用数据的理由的新目标相矛盾（参见BVerfGE 65, 1 [51, 62]）。

要实现上述要求一个前提，即必须始终能确认数据是否是通过侵犯通信隐私的方式获取的。因此，宪法要求对数据进行相应的标记。

此外，《基本法》第10条规定，基本权利主体有权要求被告知涉及他们的通信监控。这一要求确保了对基本权利的有效保护，因为如果没有这样的通知，被监控者既不能声称对其通信的审查和监控是非法的，也不能主张对所收集的数据进行删除或修改的可能权利。这种要求从一开始就不限于根据《基本法》第19.4条的规定向法院提起诉讼。这首先是一项可以向处理信息和数据的国家机构主张的具体的数据保护权利。

【818】

《基本法》并没有详细规定被监控者被告知的方式。宪法只要求在以下情况下通知被监控者：数据是秘密收集的，被监控者无权要求被告知监控情况，或者被监控者有权得到没有充分考虑到他们的权利的通知（参见BVerfGE 30, 1 [21, 31-32]）。然而，通知的义务也受制于《基本法》第10.2条之保留。如果被监控者被告知监控活动就会影响侵犯通信隐私所欲实现的目的，那么从宪法的角度来看，对监控活动的通知进行相应的限制便是合理的。在事后通知被监控者有关行为，可能就足够了（参见BVerfGE 49, 329 [at 342-343]）。

对通信隐私的侵犯可能是难以察觉的，而随后处理所获数据的行为对毫无戒心的通信监控对象来说是不可理解的；此外，一些情形下可能存在的通知限制导致了法律保护方面的空白。由于这些原因，《基本法》第10条要求由国家机构和独立的不受指令约束的附属机构控制监控措施（参见BVerfGE 30, 1 [23-

24, 30-31]; BVerfGE 65, 1 [46]; BVerfGE 67, 157 [185])。然而，宪法并没有规定如何组织这些控制。议会可以自由选择它认为最合适的方式，只要它始终充分考虑到基本权利。充分性的一个方面是，控制措施涵盖了通信监控过程的每一个环节。必须确保侵犯通信隐私的合法性，以及侵犯通讯隐私遵循相关法定要求。

最后，由于通讯审查和记录以及由此获得的信息的使用受特定目标的约束，一旦不再需要用于特定目标或通过诉诸法院的法律保护，所获得的数据必须立即销毁。

c)宪法判例还没有阐明《基本法》第10条规定的保护的地理范围有多大。联邦政府认为，尽管这仍是一个开放性的问题，但第10条的宪法保护只适用于与德意志联邦共和国领土有足够密切关系的情况。这种解释导致的结论是，第10条的保护既不延伸到外国通信，也不延伸到居住在国外的人。这个问题以前没有以这种方式出现过，因为作为一般规则，国家权力只能在国家的领土上行使。一般来说，国家的边界同时也是国家权力的边界。只有技术的发展才使国家有可能将其活动扩展到其他国家的领土上，而不需要以代表实体的形式实际存在于那里。特别是卫星的使用允许监测在德国以外进行的通信行为，而无需与该外国领土有实际联系。

回答关于《基本法》第10条的适用领域问题的出发点是《基本法》第1.3条，它确定了一般基本权利的适用范围。然而，该条规定基本权利全面约束立法、行政和司法机构，却并没有最终确定基本权利的地域适用范围。《基本法》并不满足于确定德国国家的内部秩序，它还确定了德国国家与国家共同体关系的基本特征。在这方面，《基本法》认为，各州和法律体系之间的划定是必要的，各州和法律体系之间的协调也是必要的。一方面，在确定基本权利的适用范围时，必须考虑到德国国家机关的权限和责任范围（参见BVerfGE 66, 39 [57 et seq.]; BVerfGE 92, 26 [47]）。另一方面，宪法必须与国际法协调。然而，国际法原则上并不排除基本权利在涉及与外国关系的事项上的有效性。但是基本权利的领土范围必须从《基本法》本身得出，同时考虑到《基本法》第25条。在这样做的时候，根据宪法的相关规则，可能允许或要求进行修改和区分（参见BVerfGE 31, 58 [72 et seq.]; BVerfGE 92, 26 [41-42]）。

《基本法》第10条规定的对通信隐私的保护符合国际法的规定（参见1948年12月10日《世界人权宣言》第12条；1950年11月4日《欧洲保护人权和基本自由公约》第8条；在此背景下，参见《欧洲人权公约》。EGMR [Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Decisions of the European Court of Human Rights], NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 1979,

p. 1755 [at p. 1756])。它旨在确保通信不受不希望或不注意的监控，基本权利的持有者可以不受阻碍的方式进行交流。对通信隐私的保护涉及到通信媒介本身，它旨在抵制对保密性的威胁，而这种威胁恰恰是由于使用这种媒介而产生的，并比亲临现场的当事人之间的直接通信更容易成为国家侵犯的对象（参见BVerfGE 85, 386 [396]）。卫星和微波技术等现代技术允许通过位于德意志联邦共和国境内的监测设备，来获取外国通信通信。

联邦情报局在位于德国境内的接收设备的帮助下审查和记录通信，已经与通信行为的各个参与者建立了技术和信息关系，并根据数据和信息的具体特征，建立了与特定领土的联系。联邦情报局对以这种方式审查和评估通信行为是在德国境内进行的。在这种情况下，国外的通信行为与国家在国内领土上的行动相联系，从而使《基本法》第10条规定的基本权利具有约束力，即使为了这种约束力得以适用而必须假定，领土关联必须足够紧密。不属于G10法案的特务活动不在此范围内决定，外国通信当事人在国外的法律地位问题也不在此范围内决定。无论如何，根据《基本法》第19.3条，《基本法》第10条不适用于外国法律实体。

【820】

(2)被质疑规范的部分内容也应适用《基本法》第19.4条的标准进行审查。

《基本法》第19.4条规定，当公民的权利似乎有可能受到国家权力行为（德国当局）的侵犯时，公民有权获得有效的司法救济。然而，《基本法》第10.2(2)条对这一保障作出了例外规定，即只针对侵犯通信隐私的情况。根据《基本法》第19.4(3)条，这一例外不受司法审查所提供的全面法律保护之影响。然而，这些条款并没有规定侵权行为不受任何审查。相反，司法审查被议会任命的机构和辅助机构对案件的审查所取代。

然而，《基本法》第19.4条规定的权利并不限于司法审查和司法程序。如果求助于法院的权利所提供的法律保护之保障理应是为了确保保障其他物质权利之可能性，且被告知监控活动是被监控者求助于法院的前提条件，那么这种保障可以与《基本法》第10条双管齐下，要求这种形式的授予信息。然而，《基本法》第19.4条必须通过法律使之更加具体化和实施，并不排除对其所保障的权利之限制。

销毁不再需要的数据之义务也必须根据《基本法》第19.4条来理解。《基本法》第19.4条规定了受保障的求助于法院之权利，禁止采取旨在和可能挫败保护被监控者求助于法院的权利之措施（参见BVerfGE 69, 1 [49]）。在被监督者争取对国家的信息和数据处理措施进行司法审查的情况下，销毁数据的义务必须与诉诸法院的保障相协调，以使法律保护不被削弱或受挫。

(3)受《基本法》第10条保护的基本私人通信行为包括通信、邮政和通信，

【821】 可以通过保障与特定通信行为的内容或背景有关的基本权利而得到进一步保护。鉴于在新的背景下使用所获得的数据可能导致基本权利的损害，在第10条之外的保护保障也是必要的。

就申诉人从事新闻行业以及他们声称被质疑的立法阻碍了他们的活动而言，《基本法》第5.1(2)条规定的新闻自由可以被视为对通信隐私权这一基本权利的额外保障。新闻自由不仅指在新闻界传播新闻和意见，还包括新闻界无法履行其职能的先决条件和辅助活动。这尤其适用于其信息来源的保密性和新闻界与其信息提供者之间的相互信任（参见BVerfGE 20, 162 [176, 187 et seq.]; BVerfGE 50, 234 [240]; BVerfGE 77, 65 [74-75]），以及编辑工作的保密性（参见BVerfGE 66, 116 [130 et seq.]）。

.....

II.

被质疑的立法允许在几个方面侵犯上述基本权利。

(1)联邦情报局对无线国际通信行为的监控和记录侵犯了通信隐私。

由于《基本法》第10.1条旨在保护通信的机密性，国家对通信数据的每一次注意、记录和利用都是对基本权利的侵犯（参见BVerfGE 85, 386 [398]）。因此，毫无疑问，联邦情报局工作人员对被审查的通信行为的记录，构成对基本权利的侵犯。为了确定这是否也适用于联邦情报局分析数据前的措施，必须在具体语境下看待这些措施，即由监控和使用所获数据的目的决定。

这意味着仅筛查本身就构成对基本权利的侵扰，因为它使联邦情报局能够获得通信内容，并成为随后与搜索概念进行对比的基础。如果德国用户线路之间的通信行为也同时以无针对性的方式和完全出于技术原因被审查，但在信号编辑后立即被技术手段丢弃，没有留下任何监控发生的迹象，那么筛查行为就不构成侵扰。所获得的数据不能立即归属于特定的人，这并不足以证明对基本权利的侵扰不存在；口头辩论已经表明，在这些情况下，也有可能毫无困难地确定数据的出处特别是个人的身份。

对通信隐私的侵扰通过储存经筛查的数据而持续存在，它使得这些材料可以与搜索概念进行比对。无论这种比对是自动进行的，还是由联邦情报局工作人员为此目的对通信行为的内容进行记录而进行的，比对本身就构成一种侵扰，因为它包括选择数据进行进一步的评估。由于筛查和比对后对数据的进一步储存是为了使数据可用于评估，因此其也是对《基本法》第10条的侵扰。

【822】 根据G10法案第3.4条所进行的检验，即确定通过监控通信所以获得的个人数据是否属于为达成正当目的而所必要的，也构成对基本权利的侵扰。因为这种检验是一种选择行为，通过这种行为，所记录的数据或者被提交给进一步使

用，或者被储存起来供进一步使用，或者被销毁。

当联邦情报局履行其通知联邦政府的职责，传输其通过通信监控所获得的个人数据时，也会发生对通信隐私权的侵扰。这种传输所收集的数据之行为扩大了知晓通信行为并能利用这种信息的主体之范围。G10法案第3.5条和第3.3条规定，联邦情报局将这些记录的数据传输给接收机构；这种行为构成对通信隐私的侵扰，G10法案第3.7条所规定的接收机构的进一步检验行为也是如此。

G10法案第3.8(1)条和第3.8(2)条对告知被监控者正在进行的监控之责任施加限制，这也构成了对通信隐私权的基本权利的侵扰。

(2)此外，《基本法》第19.4条规定的公民寻求司法救济之权利因以下原因而受到损害：(1)G10法案第3.8(1)条和第3.8(2)条对告知被监控者已进行监控之义务施加限制；以及(2)G10法案第9.6条排除了公民寻求司法救济的权利。除此之外，G10法案第3.6、3.7和7.4条规定了销毁个人数据的义务，也会对司法审查产生不利的影

响。(3)如果根据G10法案第1.1条和第3.1条下令采取的措施也涵盖了新闻出版商或记者之间的通信，那么其也可能基于下列原因构成对新闻自由之基本权利的损害：(1)根据G10法案第3.4条赋予联邦情报局审查此类通信行为的权力；(2)通知联邦政府的义务；(3)根据G10法案第3.5和3.3条向其他机构传输数据的权力；以及(4)G10法案第3.7条赋予这些机构审查所收到数据的权力。

III.

G10法案第1.1条和第3.1条第2句第1-6项规定的监控和记录通讯之权力基本上符合《基本法》第10条的规定。然而，G10法案第3.1条第2句第5项不符合这一基本权利，因为该条款允许监控通讯的目的是便于收集必要的情报，从而能够及时识别国外的伪造行为并应对这种威胁。

(1)从形式上看，G10法案第1.1条和第3.1条的规定不存在任何宪法上的问题。这些条款所规范的事项的立法权属于德意志联邦共和国。联邦共和国的权限来自于《基本法》第73条第1项，该条款专门赋予了德意志联邦共和国在外交和国防方面的立法权。【823】

.....

b)1994年《打击犯罪法》第1.1条和第3.1条第2句第1至6项的规定可以被确定为属于外交事务的立法权。这对于武装侵略的威胁（第1条）来说是显而易见的。除此之外，它也属于国防的权限范围，但同样适用于第2至第6项规定的威胁领域。

.....

(2)G10法案第1.1条和第3.1条的规定也符合《基本法》第10条对通讯干预之

权力所要求的具体性和明确性的前提条件。

特别是议会已经以足够具体和明确的方式，确定了出于何等目标可以监控通讯以及出于何等目标可以使用由此收集的信息。G10法案对那些理论上需要通过观察或监控而及时发现的威胁情况进行了足够准确的描述，并进一步援引其他法律加以明确。监控的范围是由其限制在国际无线通信所决定的。考虑到任务和情报部门的工作情况，进一步要求细化明确监控的前提条件是不现实的。

(3)然而，就实质内容而言，G10法案第3.1条第2句第5项不成比例地限制了通信隐私。除此之外，G10法案第3.1(2)条符合比例原则的要求。

a)及时识别和应对该条款第1至6项所规定的威胁情形之目的，是符合共同利益的合法利益。诚然，新纳入法律的第2至6项所规定的威胁情形与武装侵略的威胁不具有相同的分量，后者从一开始就被视为进行通信监控的合法理由（参见BVerfGE 67, 157 [178]）。武装侵略危及国家的存在、人民的福祉和国家自由选择的秩序。相比之下，新纳入的威胁情形一般来说并不会以类似的方式在根本上影响国家的存在或其秩序。然而，尽管程度各异，但它们确实涉及高位阶的公共利益，违反这些利益会对外部和内部和平以及个人的合法利益造成严重损害。

b)根据G10法案第3.1条进行的通信监控是实现法律目标的适当措施。

【824】 筛查的范围很广，只有在相对较少的情况下才有可能产生信息，但这并不是反对适当性的理由。在法律层面上，只需要存在一种抽象的可能性，即允许采取的措施能够实现预期的目标——换言之，只要这些措施并非从一开始就是不合适的，而是可能有助于实现预期的成功，即已足够（参见BVerfGE 90, 145 [172]）。本案就是这样的情况。

在执行层面上，也充分考虑到了适当性的要求。一方面，监控是在一系列的程序步骤中进行的，措施的进一步具体化可以促进其适当性。确定具体的通讯连接并限制其隐私是为了建立一个框架，以对监控措施进行限定。监控措施是在规范的程序中进行的，其内容主要包括：(1)由联邦情报局提出申请（G10法案第4.2条第2项和第4.3条），要求说明理由；(2)确定搜索概念，后者根据法律条文，必须有助于实现通信监控的目的（G10法案第3.2[1]条）；以及(3)议员小组和G10委员会的事前监督（G10法案第3.1(1)条、第9.2条）。另一方面，监控要接受G10委员会的后续控制，该委员会是根据G10法案第9条设立的。根据G10法案第9.1条设立的议员小组将由联邦内政部长每隔不超过六个月，向其通报法律的执行情况。

.....

然而，在所列的一些威胁领域，由于其高度的组织性和对现代基础设施的使用，很可能正是作为监控对象的个人或组织有能力逃避通信监控，而那些无法使用加密技术、未被怀疑的个人却反而成为监控对象（从其工作条件看，记者就是如此）。联邦情报局自己也说过，对密码文字的使用可以解释为什么国际恐怖主义和毒品贸易领域的监测结果不佳。口头辩论中，联邦政府反驳了关于监控不适合的反对意见，称其实际经验表明，只有相对较少被检查的通信连接是加密的。

这导致了这样的结论：至少根据目前的知识水平，为了尽早识别相关的威胁而进行的监控是否因使用加密技术而失败这个问题，不能在抽象层面上回答，而只能根据实际经验来回答。在法律层面上，允许采取的措施并非从一开始就是不合适的。在执行层面上，尽管通讯有被加密的可能性，联邦情报局和相关的监督机构应当确保维持限制通讯隐私等措施的适当性。

c)G10法案对实现其目标而言是必要的。没有其他手段能够在同样有效的前提下，对基本权利作出更小的限制。特别是，与产生威胁的国家进行合作的可能性希望渺茫。这一方面是由于合作需要事先了解相关事实。另一方面，这是由于在许多情况下，威胁是由国外政府当局造成或纵容的。【825】

d)根据G10法案第1.1条和第3.1条对通讯隐私权的限制（筛查、记录、储存、比对）符合狭义上的比例原则。只有为识别国外的伪造行为而设立的限制（第5项）不符合这一要求。

aa)比例原则要求，与限制基本权利所要达到的公共利益目标相比，受《基本法》保护的自由之丧失必须是符合比例的。由于个人已融入社会并依赖于社会，如果对其基本权利的限制有普遍的公共利益之支持，个人必须容忍这些限制（例如参考BVerfGE 65, 1 [44]及其中更多文献）。然而，议会必须在公共利益和个人利益之间取得适当的平衡。在这种情况下，与个人基本权利有关的重要问题是：(1)在什么情况下，有多少基本权利的持有者受到损害；以及(2)这些损害的强度如何？确定这一点的标准包括：(1)设立了哪些干预门槛；(2)受影响的人数；以及(3)损害的强度。而损害的强度又取决于：(1)通讯当事人的身份是否保持匿名；(2)哪些通讯；(3)哪些内容可以被筛查（例如根据《基本法》第2.1条和第1.1条的标准，参见BVerfGE 34, 238 [247]）；以及(4)由于监控措施，基本权利持有者会受到哪些不利因素的威胁，或有理由感到担忧。另一方面，公共利益的考虑是由通讯监控的目标和利益的重要性决定的。在这种情况下，决定性的因素主要是：(1)在通讯监控的帮助下所识别到的危险究竟有多重大；(2)其发生的可能性有多大。

bb)被质疑的立法严重损害了通讯隐私。

.....

首先，这种限制是显而易见的，根据G10法案第3.1(1)条第1句，只有无线国际通讯受到监控。监测措施并不包括国内通讯。对通讯隐私的限制可能囊括有线通信，其目的是发现武装侵略的威胁，而不考虑新纳入法律的其他威胁【826】（G10法案第3.1[3]条）。无线通讯是通过微波或卫星传输的通信，目前约占所有通讯量的10%，但根据法院任命的独立专家Wiesbeck博士教授的说法，由于技术进步，无线通讯将持续增加。

根据专家的陈述，一个具体的通讯行为究竟是通过有线方式还是无线通讯系统进行，是根据传输路线的容量和利用情况自动决定的，因而对通讯当事人和联邦情报局来说都是不可预测的。仅仅由于这些原因，至少就国际通讯而言，全面筛查就是不可行的。诚然，在国外的任何通讯中，参与通讯的个人必须意识到该通讯有可能被联邦情报局审查。然而，这种筛查在实际上将很少发生。

.....

被质疑的立法对监控行为还有其他限制，这是因为为了启动通讯监控，有必要确定具体的通讯连接并下达具体的命令对其进行监控。此外，只有当联邦情报局充分确定了威胁情况，并且考虑到其有限的资源和能力，预计监控会产生足够的成果时，才会进行监控并限制通讯隐私。在实践中可以看出，像有限的资源和效用这样的考虑实际上起到了限制作用：根据G10法案第5.3(2)条，有关国际恐怖主义和毒品贸易威胁领域的监控命令，其效力由于监控结果不佳而没有被延长。

另一方面，构成联邦宪政法院1984年裁决基础的假设已经不再有效；该裁决认为，由通讯监控引起的基本权利损害的权重相对较低（BVerfGE 67, 157）。在该裁决中，联邦宪政法院的出发点是，按照法律规定，在与议会小组协商后，确定通讯连接和下令限制通讯隐私将导致对被监控地区的强烈地理限制和对被监控路线的强烈限制（参见BVerfG, loc. cit., 174）。战略监控被认为是合比例的，因为法院认为：(1)它服务于一个特别重要的目标，即防止对德意志联邦共和国的武装侵略；(2)个人成为监控对象的可能性很小；(3)由于原则上保证了通讯当事人的匿名性，监视只对个人造成很小的负担（参见BVerfG, loc. cit., 178-179）。

当然，根据G10法案第3.1条和第5.1条的规定，通讯监控仍由负责的联邦部长决定和下令，并需要根据G10法案第9条成立的议会小组批准。然而，事实和法律框架条件的变化大大降低了这些程序对侵犯通讯隐私措施的限制作用。只要基于G10法案原始版本的对通信的战略监控只涉及对德意志联邦共和国的武

装侵略威胁，以及只要根据政治分析，这种侵略只来自东方阵营，监控就只限于华沙条约国。此外，在以前的制度下，根据现有技术条件，监控的命令总是指个别的通信路线，即所谓的走廊，例如用于传输长途电话到各自地区的特定的集体电缆。

同时，将第2至第6项纳入G10法案后，大大增加了应收集情报的威胁情形的数量。因此，监视不再局限于单一的危险情形。这意味着，监控措施所可能覆盖的地理区域已经大大扩展。对卫星辐射的观察大大增加了被审查的通讯数量。在这种情况下，发挥限制监控作用的主要是G10法案第3.2条所定义的搜索概念；建立监控措施的命令批准这些概念，并控制被监控的通讯连接之选择。

最后，通信行为的匿名性不再像以前的制度下那样得到保证。诚然，G10法案第3.2条所定义的搜索概念除了第3句中的例外，不得包含任何识别特征而导致有针对性地审查特定通讯。然而，这一禁令不再像以前那样，使其适用的用户线路免受用户身份识别的影响。原因之一是，由于技术的发展，有关通信行为的情况之信息也同样被收集和保留，其中包括各方的身份。另一方面，和原有的战争威胁相比，新纳入该法的威胁情形与具体个人之间的联系更为密切。此外，联邦情报局承认，监控往往只能获得所需的身份情报。

.....

在判断损害基本权利的强度时，重要的是，国际通讯的每个参与者都受到监测措施的影响，无论监控与他或她的行为之间是否有关系，也无论监控是否是由他或她的行为引起的。在内容方面，所有类型的通信行为都会被完整地审查。在这种情况下，联邦情报局工作人员有可能注意到通信内容。在这方面，以下事实展现出其效果：由于技术的发展状况，搜索概念只是不充分地实现了议会赋予它们的功能，即在进行比对之前使人没有必要接触到所获得的材料。

【828】

根据联邦情报局的声明并经专家证实，只有在电报监控的特殊情况下，才有可能对搜索词进行全自动的比较。然而，电传通信越来越不常见。与此相反，传真通信只能在有限的范围内自动比较和审查，而电话通信根本无法自动比较和审查。这就解释了为什么到目前为止，大多数情报是基于G10法案第3.2(3)条的豁免条款，通过所谓的正式搜索概念（外国用户号码）来收集的。根据专家Waibel教授的陈述，尽管语音识别程序在不断改进，但在执行G10法案的过程中还不能有效使用，而且在不久的将来也无法离开人工干预独立有效运作。独立于联邦情报局的做法，该法并不排除由工作人员进行比对，尽管议会可能已经想象到比对会自动进行。

在判断损害基本权利的强度时，也要考虑通信参与者缺乏匿名性的问题。所收集的情报与特定的个人有关这一现象并不限于审查和记录阶段。在针对收

集到的情报进行实际工作时，情报与特定个人之间的这种关系被保留下来。根据联邦情报局的声明，在某些情况下，这对于评估和分类情报是必要的。联邦情报局避免使用技术上可能的临时记忆系统，只有在证明有必要利用参与通信联系的个人的信息以完成联邦情报局的任务时，才可以获取有关通信情况的信息，包括各方的身份。

早在联邦情报局注意到通信行为之时的监控过程早期，客观上可以预期或必须担心的风险即已开始出现。事实上，甚至在联邦情报局注意到通信行为之前，对被监控的恐惧（以及与监测有关的记录、随后的评估、可能的传输和被其他当局进一步利用的危险）可能导致对通信的抑制、对通信的干扰和个人调整自己的行为；在这种情况下，特别是为了避免特定的谈话内容或特定的术语。在这种情况下，不仅要考虑到大量基本权利持有者的个人损害。相反，对通信的秘密监控涉及整个社会的通信。因此，联邦宪政法院指出，在这方面具有可比性的信息自决权也与超越个人利益的共同利益有关系（参见BVerfGE 65, 1 [43]）。

cc)另一方面，重要的是，对基本权利的限制是为了保护高级别的公共利益。

基于G10法案第3.1(1)条和第3.1条第2句第1项的监控措施，应该是为了获得与国防政策相关的事实的情报，以便及时识别对德意志联邦共和国的武装侵略威胁。诚然，随着华沙条约组织的解体，这种威胁的性质已经改变。然而，该法并不拘泥于议会在颁布该法时所考虑的历史因素。相反，即使这些措施所要应对的威胁发生了变化，通信监控制度仍然可以适用。在武装侵略的威胁方面就是如此。即使在华约组织解体后，这种威胁仍然存在。

在新的监测领域，由于国际有组织犯罪的增加，特别是在战争武器和毒品的非法贸易领域及洗钱领域，威胁已经增加。即使这些活动不能被完全归入针对德意志联邦共和国的武装侵略的重要类别，但它们无论如何都会对德意志联邦共和国的外交和安全政策利益产生相当大的影响。特定领域的威胁也并非遥不可及。在武器扩散领域，联邦政府已经提供了足够的众所周知的例子。

这些威胁是非常严重的，其来源主要在国外，而且应该通过限制通信隐私的权力来检测。这仍然适用于武装侵略的威胁，但正如联邦情报局已充分确定的，也适用于武器扩散、武器贸易和国际恐怖主义的威胁。如果德意志联邦共和国要在外交政策领域采取有效行动并维护其外交政策的声誉，那么具有相当重要性的是对外监视任务背后的目标，即向联邦政府提供对德意志联邦共和国具有外交和安全政策意义的信息。

dd)在考虑到这些方面的利益权衡中，从宪法的角度来看，G10法案第3.1

条第2句第1-4项和第6项并没有异议。

与提出第一项宪法诉愿的诉愿人的意见相反，被质疑的法案所规定的监控和记录的权力以及其他措施并没有因为它缺乏干预门槛而不合比例，后者的传统概念有抵抗威胁领域的“具体威胁”（konkrete Gefahr）和刑事诉讼领域的怀疑犯罪行为的合理理由（hinreichender Tatverdacht）。当然，通信监控是在没有现有怀疑的情况下进行的。对基本权利的侵犯也不限于个人可能成为无理怀疑对象的一般风险。在确定和下令限制通信隐私的框架内，任何人都很容易成为监控措施的对象。【830】

然而，由于侵犯通讯隐私所欲实现的目的不同，因而G10法案与警察法、刑事诉讼法所规定的条件也不同。根据《基本法》第73条第1项规定的德意志联邦共和国的立法权，联邦情报局唯一被允许的监控目的是对外国与外交和安全政策有关的特定威胁情况进行监控。这类监视具有以下特点：(1)它涉及德意志联邦共和国的外部安全；(2)其对象是来自国外的威胁情况，而不是主要的威胁情况和与个人有关的可疑威胁；(3)这方面的情报只能在有限的程度上通过其他手段获得。在这种情况下，联邦情报局的唯一任务是收集和评估所需的信息，以获得对德意志联邦共和国的外交和安全政策具有重要意义的外国情报，并因其向联邦政府提供信息之责任，向其提供信息以支持其决策。

在宪法上，即便为了应对巨大的威胁，也不意味着可以在没有任何限制的情形下为外国监控的目的进行通信监控。不过G10法案也并未放弃这些限制。G10法案第3.1(1)和3.1(2)条载有具体的实质性标准和程序性保障措施，主要是只允许在收集有关问题的信息时进行监控，而对这些信息的了解是及时识别威胁情况所必需的。在程序方面，确定和下令进行监测的先决条件之一是，联邦情报局在其申请中最终确定为什么受影响的通信链接能够及时提供关于相关威胁之一的信息。

考虑到G10法案规定的保障措施，为向联邦政府提供信息而进行的审查与记录似乎并未违反比例原则的要求。诚然，被审查的通信链接数量并不少。然而，与通信链接的总数相比，甚至与国际通信链接的数量相比，这一比例都是很低的。在这种情况下，G10法案第3.2(2)条所载的禁止对特定的个人用户线路进行有针对性的监控是非常重要的。鉴于对通信隐私的侵犯是在不存在怀疑的情况下实施的，而被筛选的通信联系的范围很广，而且有可能确定通信联系的参与者，如果没有这样的禁令，就不能确保符合比例原则要求。联邦宪政法院没有被要求审查G10法案第3.2(3)条的合宪性，因为提出可受理的宪法诉愿的诉愿人没有受到该条例的影响。即使《基本法》第10条所要确保的自由通信可能会被通信行为的审查和记录所干扰，但干扰的危险只有通过后续的评估，特别【831】

是通过传输所收集的信息，才能获得其全部意义。然而，评估和传输的权力都受到了严格的控制。

ee)然而，由于应对国外造假威胁也被列在第5条中，因而其并不符合狭义比例原则。

造假行为既不是一种严重程度可与武装侵略威胁相提并论的威胁，也不涉及与1994年《打击犯罪法》纳入第10条第3款的其他威胁同样重要的法益。造假行为在其所有实施形式中也没有显示出与其他威胁相同的潜在危险。造假既不构成与外国有必然联系的对德意志联邦共和国的生存或安全的威胁，也不一定构成对德意志联邦共和国的生存或安全构成相当大的威胁。这并不排除在个别情况下，在国外实施的大规模造假行为会损害德意志联邦共和国的货币稳定，从而损害其经济表现，其程度与其他威胁相当。然而，该规定并不限于此类情况。就一般的造假行为所造成的威胁而言，威胁的程度和对基本权利的损害的分量是不相称的。

不过，通过补入各自的限制，G10法案第3.1条第2句第5项可以被赋予与《基本法》一致的含义。因此，这一部分不应宣布为无效，而只应宣布为与《基本法》不一致。议会有义务使其与《基本法》相一致。

【832】 IV.

G10法案第3.4条规定，在出于实现特定目的通过通信监控获得的个人数据时，联邦情报局有义务审查所获数据是否为实现特定目的所必需。如果单看这一条，那它并不违宪。但是这条规定没有充分考虑到《基本法》第10条的要求，即(1)对通信隐私的侵犯必须与具体用途相联系；以及(2)对通信隐私的侵犯是符合比例原则的。就这一点而言，该条款不符合通信隐私和新闻自由（应与通信隐私一起考虑）。

诚然，G10法案第3.4条符合侵犯通信隐私权应受特定目的约束的原则，因为G10法案的这一条款要求联邦情报局审查通过通信监控手段获得的数据是否适合特定目的。除此之外，G10法案第3.6(1)条规定，如果审查表明数据对联邦情报局的目标来说是不必要的，则命令销毁或删除这些数据，这就遵守了这项原则。然而，该法并没有充分确保未被销毁或删除的数据之使用与当初收集数据的目的相一致。除了早期识别该法规定的威胁和向联邦政府提供相应的信息外，并不排除其他可能的用途。《联邦情报局法》规定的涉及个人数据处理和利用的规范不能填补这一空白。《联邦情报局法》第11条排除了《联邦数据保护法》第14条的一般规定之适用。除此之外，G10法案第3.4条没有确认《基本法》第10条规定的义务，即识别和标记基本权利保护的對象，以便在整个处理的剩余步骤中跟踪基本权利保护的對象。

G10法案第3.3条规定了利用数据的具体要求，没有提到联邦情报局。相反，该条款的目标（预防、解决或起诉本条所确定的刑事犯罪）是针对联邦情报局根据G10法案第3.5条应向其传输信息的当局。该法没有规定确保联邦情报局评估的数据限于通过通信监测获得、与情报局工作充分相关，并属于第1.1和3.1条规定的威胁领域。缺乏这样的规定对于《基本法》第5.1(2)条也很重要，因为这样的规定可以确保联邦情报局考虑到举报人保护和编辑工作保密。

对该条款进行合宪性解释是不可能的，因为这不符合《基本法》第10条对法律规定的具体性和明确性的要求。不过，并不需要宣告该条款无效，而只需要判定该条款与《基本法》不一致，需要修正。议会有义务使其与《基本法》相一致。【833】

V.

《联邦情报局法》第12条规定，联邦情报局有义务向联邦政府报告根据其通信监控活动获得的数据内容。这一义务在这些诉愿中受到质疑，只是因为G10法案第3.3(2)条将报告义务排除在G10法案第3.3(1)条的要求之外。在联邦情报局向联邦政府报告的义务框架下，通信隐私没有得到充分的保护。

《基本法》第10条和第5.1条（在通信行为属于新闻自由的范围内）之效力也延伸到联邦情报局向联邦政府通报其通信监测活动之义务，因为向联邦政府通报是联邦情报局被授权进行通信监控的目标之一。监测所获得的个人数据或被判定为对履行通知联邦政府的义务不重要，但是向联邦政府报告的义务所提供的保护绝不仅仅因此而变得不必要。通知联邦政府的义务不仅要求联邦情报局起草情况报告。正如《联邦情报局法》第12条明确强调的那样，联邦情报局被授权传输个人数据。

当然，G10法案第3.3(2)条将《联邦情报局法》第12条规定的通知联邦政府的义务排除在根据G10法案第3.3(1)条规定的使用限制之外，但这并不成为批评的理由，因为这句话规定的限制并非针对联邦情报局的义务。然而，与《基本法》第10条不一致的是，该条款也没有规定通信监控必须符合G10法案第1.1条、第3.1(1)条、第3.1(2)条所确立的目标。此外，该条也没有规定标记个人数据的义务，因而构成对《基本法》第10条的违反。

.....

由于被质疑的条款，从其本身考虑，并不与宪法相抵触，而只是需要修正，其缺陷也不会导致该条款无效，而只是导致其与《基本法》的不一致。议会有义务保持其与《基本法》相一致。《基本法》将履行这一义务的具体限度保留给联邦政府的立法裁量权。

【834】 VI.

G10法案第3.5(1)条与第3.3(1)条共同规定，联邦情报局有义务将通过监控通信获得的数据传输给其他部门执行任务，这不完全符合《基本法》第10条的规定以及《基本法》第5.1(2)条的补充规定。

(1)从宪法的角度来看，这些规定的目标并不令人反感。联邦情报局在履行其使命时从通讯中获得的数据和信息，应被用于预防、解决或追诉刑事犯罪，只要这些数据和信息表明特定个人所犯的罪行。《基本法》对预防和解决刑事犯罪问题给予了高度重视。因此，联邦宪法法院一再强调，有效起诉刑事犯罪和有效打击犯罪是无可辩驳的要求。联邦宪法法院还多次强调，在刑事诉讼中尽可能全面地查明真相、对罪犯定罪以及为无辜者开脱罪责符合公众利益，并将有效解决特别是严重的刑事犯罪描述为法治政体的一项重要使命（参见BVerfGE 77, 65 [76]及其中更多文献；BVerfGE 80, 367 [375]）。

(2)议会也遵守了这样的要求，即为每个领域准确而具体地确定可以转移和进一步使用个人数据的目的（参见BVerfGE 65, 1 [46]）。这条规定允许向G10法案第3.5条规定的接收机构转移数据，但只限于执行接收机构的职责所需的范围。因此，该规定指的是分配给各接收机构的情报服务任务、行政和监测职责以及犯罪预防、抵御威胁和起诉刑事犯罪的任务。G10法案第3.3(1)条进一步限定了在这些机构的任务框架内使用的目标，即预防、解决或起诉所列的刑事犯罪。

(3)此外，数据传输的目的仍限于数据收集的目的（参见BVerfGE 65, 1 [62]）。

在没有犯罪嫌疑的情况下，联邦情报局只能进行战略监控。这类监控的特点是，其目的不是对具体个人采取措施，而是涉及到联邦政府应该了解的国际层面的威胁情况。只有这个有限的目标才能为如此大范围、深程度地侵犯基本权利提供正当性依据。如果监控从一开始就以预防或追诉刑事犯罪为理由，那么这种监控不符合《基本法》第10条（参见BVerfGE 67, 157 [180-181]）。基本权利要求，数据收集的方法必须有所限制，不得通过将合法收集的数据用于本来没有理由进行监测的目标而规避这一要求。

【835】 然而，《基本法》第10条并不完全排除向那些可能或不应该被允许在没有犯罪嫌疑的情况下，自行进行通信监控的机构传输数据，但是必须确保这些机构无法访问联邦情报局所获取的全部数据。另一方面，在联邦情报局对数据进行仔细审查后，如果和预防、解决或起诉刑事犯罪有关的信息（尽管是出于其他目的收集的这些信息）被传输给G10法案第3.5条所述的机构，这并不与收集数据的主要目的相冲突。被质疑的条例中关于数据传输的规定符合这种情况下

必须满足的要求，即G10法案第3.5(1)条和第3.1(1)条规定的转移门槛，以及G10法案第3.5(2)条规定的有资格担任司法职务的官员的特别审查。

(4)然而，被质疑的规定并不完全符合比例原则。

a)该规定符合适当性要求与必要性要求。

显然，向负责预防、解决或起诉刑事犯罪的机构传输数据有助于这些机构履行职责。接受者的范围也没有扩大到包括那些不能为实现该法的目标作出贡献的机构。那些没有被赋予起诉刑事犯罪的任务，而只是履行行政或情报服务职能的机构，在任何情况下都有可能在其任务范围内预防刑事犯罪。

没有任何明显的手段可以构成侵扰性较小的侵扰，同时又有类似的成功机会。在他们被授予的权力范围内，接收机构不可能收到这些信息，而联邦情报局可以通过更广泛的授权来监控通信，从而获得这些信息。此外，议会确保遵守必要性原则，将转移数据的责任限制在接收机构执行任务所需的数据上。

b)然而，议会没有遵守狭义比例原则的要求。

aa)狭义比例原则禁止在问题的重要性与公民个人必须承受的伤害不成比例的情况下侵犯基本权利（参见BVerfGE 65, 1 [54]）。相反，必须在有关基本权利的重要性的对这些基本权利的限制的严重性之间建立起充分的关系。在全面平衡侵犯的严重性和证明侵犯的理由的重要性的紧迫性的过程中，必须尊重合理性的界限（既定的判例法，参见BVerfGE 67, 157 [173, 178]）。

【836】

G10法案所允许的传输对通信隐私的侵犯的严重性的最佳特征是，个人数据的传输构成了对通信隐私的又一次侵犯，且可能会导致比原来的侵犯（发生在监控上）更大的损害。数据传输的影响并不限于扩大获得通信行为的情况和内容的人员群体。对通信行为的记录可以先于对监测对象采取的措施。联邦情报局不能采取任何针对个人的措施，联邦情报局应向联邦政府通报特定的威胁情况，而联邦政府在政治对抗战略的框架内也不会对通信行为的参与者采取措施。但是根据G10法案第3.5(1)条，接收数据的机构通常会对监控对象进行调查，并可能视情况提起刑事诉讼。

由于联邦情报局监测通信的权力范围很广，包括有权进行不是出于怀疑的监测，因而联邦情报局是通过严重侵犯通信隐私的手段获取信息的。之所以其符合《基本法》第10条的规定，仅在于这一点需要特别注意。这只是符合《基本法》第10条的规定，因为它只是为战略目标服务，要求查明通信行为的参与者只是为了方便解释信息，而信息总是零散的，因而需要解释。在这种情况下，只有当传输所服务的利益高于通信隐私并有坚实的依据来假设以下情况时，才能确保向指定机构传输数据的可接受性：(1)数据与这些利益相关；以及(2)受监测的人有足够的可能性涉及刑事犯罪。如果缺乏这一基础，那么合理的

界限就被突破了。

因此，作为传输理由的法律利益（预防、解决和起诉所列的刑事犯罪）必须非常重要。怀疑正在计划或已经实施的刑事犯罪的充分事实依据也是必须的。当所涉及的法益非常重要时，可以适度降低侵害发生概率要求以及事实依据说服力要求。

【837】 可能受到侵害的法律利益越重要，允许数据传输的时间节点就可以越提前。为了使规划行为以及存在事实理由的前提条件足以作为数据转移的门槛，法律利益必须具有突出的重要性（参见BVerfGE 30, 1 [18]）。这意味着，如果议会在确定适用的法律利益并确定威胁到这些利益的损害是否特别大时，将自己限制在几个高级别的法律利益上，那么议会就可以使转移的门槛相对较低而不会受到阻碍。相反，如果议会大大扩展了受保护法益的目录，并且还包括了在要防止的成功中显示出低程度威胁的行为，那么它必须设定一个高的转移门槛。

bb)对于为数据转移提供理由的刑事犯罪之要素，议会并没有在所有方面都达到这种平衡状态。当然，第3.5条与G10法案第3.3条结合起来并不令人反感，因为它允许根据G10法案第2条对其通信隐私进行限制的人进行数据转移。相反，在与怀疑有关的限制方面，刑事犯罪要素的范围没有得到充分的界定。这是由相关刑事犯罪的目录、怀疑刑事犯罪的事实依据和对合法利益的威胁的持续时间之间的相互作用造成的。

.....

这一方面导致了对刑事犯罪的预防，另一方面导致了对刑事犯罪的解决和起诉的不同后果。这些后果源于这样一个事实，即为保护法律利益而进行的数据传输可以表现出不同程度的紧迫性。预防刑事犯罪是抵制威胁的一部分，目的是保护受影响的法益不受威胁的侵犯，即应该防止成功，而起诉刑事犯罪的目的是国家制裁已经发生的对法益的侵犯，而且不能再防止了。如果联邦情报局筛选出的通信联系包含了G10法案第3.3(1)条目录中所包含的有关计划和完成刑事犯罪的迹象，这将导致对根据G10法案第3.5条进行转移的不同法律评估。

因为在起诉刑事犯罪的情况下，对合法利益的侵犯已经发生，重点是对其进行制裁，因而没有理由将根据G10法案第1条和第3条通过侵犯通信隐私的方式获得的个人数据的传输门槛，降低到低于本来要在犯罪起诉中根据《刑事程序法典》第100a条适用于侵犯通信隐私的门槛。在转移联邦情报局收集的数据的情况下，从宪法的角度来看，考虑到这种情况下的侵犯并不严重，似乎有必要建立与《刑事程序法典》第100a条规定之怀疑的事实基础相一致的要求。否则，受影响的基本权利持有者的数量就无法控制在合理的范围内。G10法案第

【838】

3.3(1)条不符合这一要求。它将转移的门槛降低到合理的范围以下，规定怀疑有刑事犯罪的事实理由是转移数据的充分标准，但这个标准比《刑事诉讼法典》第100a条规定的标准低得多。

就预防刑事犯罪而言，该条例不符合《基本法》所保护的利益。总而言之，以下情况导致了明显的不平衡，损害了受影响的基本权利：(1)事实理由足以构成怀疑；(2)计划阶段被纳入考虑范围；(3)不太严重的刑事犯罪也是转移数据的理由。特别是，事实理由与刑事犯罪的计划有关的结果是，监测的权力在威胁侵犯法律利益的非常早期的初步阶段就开始了，这导致预测的可能性和确定性程度降低。另一个后果是，监督权可能基于对事实基础的相对较低要求。

.....

这些条款不能被解释为符合宪法，因为一方面，议会可以通过不同的方式对条款的违宪性进行补救。联邦宪政法院决不能预料到这种解决办法。另一方面，如果条款被解释成符合宪法，就不符合《基本法》对允许转让通过侵犯基本权利获得的个人数据以及改变这些数据可能使用的目的之条款所提出的具体和明确要求。议会有义务建立与《基本法》的一致性。

VII.

G10法案第3.7条与《基本法》第10条不一致。

当然，从宪法的角度来看，该立法本身并无违宪之虞。就其本身而言，该立法要求接收机构评估他们是否需要根据G10法案第3.5条转移的数据以实现G10法案第3.3条规定的目标。这是一个筛查步骤，与G10法案第3.4条规定的步骤相一致。这个步骤是为了根据G10法案第3.3条和第3.5条的规定，确保在个案中收集数据的目标是明确的，对于这些数据的使用也限于这一目标。因此，它符合《基本法》第10条的要求。与G10法案第3.4条不同，G10法案第3.7(3)条明确禁止进一步使用不需要的数据。此外，基本权利特别是新闻自由的利益可以在G10法案第3.7(1)条规定的必要性概念框架内得到充分的保护。

【839】

然而，本条并未规定在本案以及联邦情报局行使相关权力之情形下，需要对数据进行标记。议会将把这一义务施加于数据接收机构，以此确保数据使用限于特定目标。如果没有这样的义务，在依据G10法案第3.7条的规定对数据相关性进行检查后，这些根据G10法案传输而来的数据和信息可能会被存储下来，或与其他数据和信息混合，进而导致无法再识别出这些通过通讯监控手段获得的数据。这将绕过G10法案第3.3条所规定的用途限制。

在这种情况下，相关规定也不存在合宪性解释的空间。议会有义务与《基本法》保持一致。

VIII.

G10法案第3.8(2)条的规定也不符合《基本法》。

(1)……

然而，在这种情况下适用的是《基本法》第10.2(1)条，它允许为其他目的限制通信隐私。之所以在个案中可以秘密实施这种限制，是因为如果披露相关信息将会危及相关机构任务的完成（参见BVerfGE 57, 250 [284]）。除了完成相关机构的任务外，在某些情况下，如果受影响的人被告知会对联邦或州的利益会产生压倒性损害，则也可以秘密实施限制措施。在情报部门便可能出现这类情况，例如当涉及外国情报部门或反情报领域（在这方面，见柏林高等行政法院的决定，Oberverwaltungsgericht, NVwZ [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 1987, 817 [at p. 819]）。对举报人的保护也可以被视为一种合法的利益，也可以为秘密实施限制提供正当性依据（参见BVerfGE 57, 250 [284]）。

(2)然而，G10法案第3.8(2)条违反了《基本法》第10条和第19.4条。

【840】根据该法案，如果数据在获得后三个月内被联邦情报局或接收机构销毁，那么便可以免除通知要求。因此，该法案只关注数据被删除的时间点。数据在三个月内发生了什么，对是否向监控对象发出通知而言不重要。正如口头辩论所显示的，这在实践中导致联邦情报局不通知被监控者。相反，这一条例仿佛被理解为，联邦情报局有义务在三个月内删除有关数据。

该条例所依据的行政可行性理由不能排除如此大范围的通知义务。诚然，考虑到审查的数量以及所获得的材料大部分被证明是不相关的并很快被销毁，确实有理由认为不通知是合理的。然而，不能仅基于时间间隔免除通知义务，因为时间间隔本身不能保证在这段时间内没有发生对数据的进一步使用。

一般来说，受到监控对象的压力，主要来自于所收集的数据将被如何使用。当然，数据收集本身即构成对通信隐私的侵犯，原则上必须能够诉诸法院。在这种情况下，不通知监控对象顶多可以因为所收集的数据因被认为不相关而被立即销毁，且未被进一步使用。如果没有这样的限制，G10法案第3.8(2)条就以违反比例原则的方式对《基本法》第10条和第19.4条进行了限制。

由于该条款可以通过修改使其与基本权利相一致，因此不应宣布其无效，而只应宣布其与基本法不一致。议会有义务确保其与《基本法》一致。

IX.

G10法案第9.6条中关于排除寻求司法救济权利的规定，并不违反《基本法》。

这一规定的宪法依据是《基本法》第10.2(2)条。这句允许出于保护自由民

主的基本秩序或德意志联邦共和国或一个州的存在或安全的目的，在存在议会任命的机构和辅助机构对侵犯通信隐私的行为进行审查前提下，排除公民寻求司法救济的权利。联邦宪政法院宣布，1968年的宪法修正案改变了《基本法》第10条的规定，与《基本法》第79.3条一致（参见BVerfGE 30, 1 [26 et seq.]）。

G10法案第9.6条在《基本法》第10.2(2)条的范围内。排除寻求司法救济仅限于G10法案第2条和第3.1条第1项的情形，而不包括第3.1条第2-6项的情形。G10法案第9条确保了议会的控制。除此之外，根据G10法案第5.5(3)条，受影响的人在被告知限制通信隐私的措施后，可以寻求司法救济。

在G10法案第2条和第3.1条第1句的情形下，如果通讯隐私受影响的主体也收到了通知，那么他们是否也可寻求司法救济？这一问题不具有宪法上的重要性。在宪法上中重要的是，在解释G10法案第5.5(3)条时，不能将通知理解成通讯隐私受影响主体寻求司法救济的前提条件。受影响主体如果通过其他渠道了解到他或她的通讯被监控了，他或她也可以自由地寻求法院救济。如果认为受影响主体必须依靠通知信息寻求司法救济，那么寻求法院救济的权利将被不必要地削弱。 【841】

X.

G10法案第3.6条、第3.7(2)条、第7.4条中有关删除数据的规定也不违反《基本法》。

它们符合《基本法》第10条，即为实现特定目的而获得的数据一旦不再为实现特定目的所需，则应立即删除。

它们也符合《基本法》第19.4条。寻求司法救济的权利禁止那些影响该权利行使之行为（参见BVerfGE 69, 1 [49]）。因此，应当确保联邦情报局删除义务的履行不影响受影响主体寻求司法救济权利的行使。上述规定也确实可以做这样的解释。

.....

XI.

G10法案第9.2(3)条规定由委员会对监控措施进行控制，这与《基本法》第10条不一致。它没有充分确保控制覆盖整个数据审查与利用过程。如果没有这种控制，包含授权的被质疑立法就不能继续存在。诚然，G10法案第9.2(3)条规定，采取限制通信隐私的措施是否必要及被允许的问题是由委员会决定的。然而，G10法案并未明确“限制通信隐私的措施”的含义。G10法案第9.2(4)条的后续规定，即负责的联邦部长应立即取消委员会宣布为不被允许或不必要的任何命令，可被解释为委员会的控制仅及于部长命令。

这种不符合《基本法》第10条规定的观点并不只是一种可能。相反，联邦政府在1996年12月9日给G10委员会的信中正是这样解释的。尽管存在对法律的不同解释，但委员会似乎接受了这一观点，此后就不再对第3.3条、第3.5条、
【842】 第3.6条和第3.7条的情况进行控制。由于涉及个人数据时将会涉及更严格的规范约束，因此需要进一步澄清该规范的适用范围。这种澄清将由议会作出。

此外，鉴于《打击犯罪法》大大扩展了联邦情报局的监测活动，必须确保G10委员会的工作人员能够有效履行其使命。此外，如果根据G10法案第3.5条将通过限制通信隐私方式获得的数据传输到各州当局，则必须确保在州（联邦各州）一级也有足够的控制。

XII.

议会需要在2001年6月30日前，履行本判决所确认的与《基本法》保持一致的义务。

同时，只有在国外的造假行为对德意志联邦共和国的货币稳定造成威胁时，才可以适用G10法案的第3.1条第2句第5项。G10法案第3.3(2)条的适用条件是，委员会提交给联邦政府的报告中所包含的个人数据要有标记，并且仍然受当初收集数据的目标之约束。G10法案第3.4条的适用条件是个人数据可以被标记，并且不得用于G10法案第3.1条规定以外的其他目标。G10法案第3.5(1)条与第3.3(1)条一起适用，其限制是个人数据只能按照1995年7月5日发布的临时禁令的前提条件进行转移，并保留转移的记录。在新法规颁布前的短暂过渡期内，联邦宪政法院将不再改变法律现状，尽管这意味着在这个过渡期内，这些条款将不能被适用。相反，如果被宣布为违宪的条款在新法规颁布之前仍然适用，那么数据传输行为就有可能违反基本权利。在口头辩论中，没有提供证据表明临时禁令在过去对德意志联邦共和国造成了很大的损害。这是需要基于后果做权衡的地方。如果议会认为在过渡期内有效的法律状态是难以容忍的，那么议会就有责任通过迅速制定新的立法来改变这种法律状态。

G10法案第3.7条将在数据必须被标记的限制下适用。G10法案第3.8(2)条的适用条件是，在数据被删除之前没有对其进行利用。G10法案第9.2(3)条的适用条件是，委员会的控制权也延伸到根据第3.3、3.5、3.6和3.8条采取的措施。

十二、联邦境内的迁徙自由——《基本法》第11条

“褐煤露天采矿案”

BVerfG, 17.12.2013, 1 BvR 3139/08,

http://www.bverfg.de/e/rs20131217_1bvr313908en.html

1. 译者注解

【843】

在《基本法》的宪法史上，《基本法》第11条并没有发挥巨大作用，宪政法院也没有多少机会和这一条打交道。如上所解释的，从某具体空间“走开”和不被关在狱门的个人自由是《基本法》第2.2条的管辖范围。第11条保护德国公民而非外国人在国内不受限制地选择居住地的自由。¹⁴⁴第11.2条规定了这项权利什么时候可受到正当限制，例如为了遏制流行病的危险或在自然灾害的情况下。然而，在“加兹韦勒”褐煤露天采矿案，宪政法院为自己提供了详细阐释第11条的机会。该案发生的背景是行政和规划决定允许大型褐煤露天采矿，该运营将毁坏几处社群及其居民安置。受影响的个人认为这侵犯了第11条保障的迁徙自由，因为他们在其居住地被摧毁后被迫搬走。申诉人还主张，第11条在迁徙自由之外还保障“家园”权。¹⁴⁵法院同时驳回了两点诉求。

2. 判决概要

.....

(5)在房地产或土地使用规章和永久居住相冲突的情况下，只要前者一般申请且并非想要特别针对某些人或群体的迁徙自由，那么迁徙自由的基本权利并不授权在联邦这部分领土定居的权利。

3. 案件事实

【844】

宪法诉愿是针对授权北莱茵—威斯特伐利亚一处露天褐煤采矿的政府和司法决定。BvR 3139/08程序中的申诉人挑战加兹韦勒第一、第二号露天煤矿的框

¹⁴⁴ BVerfG, 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, http://www.bverfg.de/e/rs20131217_1bvr313908en.html, para. 253.

¹⁴⁵ “家园”一词采用了宪政法院提供的英译。德语原文是Helmat。这个词几乎不可能得到适当翻译。它的意思不是美国国土安全部意义上的“家园”，后者是指美国领土。申诉人描述他们的“家园”意指一个创设身份的社会文化、领域醒目的安全环境，人们选择居住于此并建成人气聚集之地。参见BVerfG, 17.12.2013, 1 BvR3139/08, http://www.bverfg.de/e/rs20131217_1bvr313908en.html, para. 46（英译者翻译，本段只有德文，并非官方翻译的一部分）。

架运营计划之授权，1 BvR 3386/08中程序的申诉人则挑战针对其所有财产的征收命令。 [1]

A.

I.

(1)褐煤在德国大型露天煤矿开发。经济上合理的工程计划经常需要利用居住区，因而也要求整个社区的重新安置。褐煤开采迄今大部分用于发电，褐煤占德国发电的份额长年超过20%。 [2]

(2)在北莱茵—威斯特伐利亚，褐煤开采的法律依据规定于该州规划法和矿产法。 [3]

a)基于1994年6月29日的最新实施，州规划法（*Landesplanungsgesetz - LPIG*）对于宪法诉愿最相关的版本以“褐煤规划”（*Braunkohlenpläne*）方式，规定了州对于褐煤开采的特别规划。 [4]

在褐煤规划领域，褐煤计划明确规定了区域发展和州规划的有秩序褐煤规划目标……在准备褐煤计划过程中，作为一般规则，必须进行环境影响……和社会影响衡量；另外，还需要公众正式参与……州规划部门和相关专业负责部门在和州议会负责州规划的委员会协商后，批准褐煤计划…… [5]

b) aa)依据1980年8月13日《联邦采矿法》（*Bundesberggesetz - BBergG*），褐煤是独立于表层物权（*bergfreier Bodenschatz*）的矿物资源。任何人想开采褐煤，都必须……获得授权或采矿产权。 [6]

采矿运营根据企业准备的规划并受到有权能的部门批准后才能进行……建造并运营项目必须有主要运营计划（*Hauptbetrieb-spläne*），一般不超过两年……对于设定的更长期限，有权能的部门可取决于特定情况要求提供运营框架计划；这些计划必须包括有关项目的一般信息、其技术实施及其预计时间表……运营计划的批准……主要取决于为防止事故的要求是否得到满足，以及是否符合一般禁止和限制性规定…… [7]

为采矿目的而强制获得产权的过程通过征收（*Grundabtretung*）。根据《联邦采矿法》第79条，如果服务于公共利益，具体说譬如保证原材料的市场供应、维持采矿就业、保护或改善经济结构、合理并有计划开采矿藏，那么征收即可被允许。 [8]

bb)对于宪法诉愿来说重要的条款是批准运营计划所必须遵守的《联邦采矿法》第48条，以及第77条第1、2款和第79条第1、2款对征收的要求。这些条款受到宪法诉愿1 BvR 3386/08的间接挑战…… [9]

……

[10-12]

II.

(1)“加兹韦勒”褐煤露天开采命名于Jüchen市先前的加兹韦勒区。整个项目的第一部分是基于1984年开始的Frimmersdorf褐煤计划（加兹韦勒一期）。RWE电力公司的法人前身是Rheinbraun公司，它作为当事人加入了一开始的诉讼；1987年，Rheinbraun申请批准加兹韦勒二期采矿地块的褐煤计划。 [13]

(2) a)1994年12月20日，褐煤委员会通过决议制定了加兹韦勒二期褐煤计划。1995年3月31日，该计划得到了北莱茵—威斯特伐利亚的环境、地方发展与农业部的批准。 [14]

……

[15]

在褐煤二期计划准备过程中，进行了环境与社会影响评估。对于将受采矿影响直到大约2008年的地区，社会影响审查产生了更为详细的重新安置计划。作为计划准备程序的一部分，公众在1994年3月的数周时间内被给予提供评论的机会。 [16]

b)褐煤二期计划明确了区域发展目标，褐煤开采对于采矿区域的利用或功能一般优于其他主张，区域规模和大致地理位置由图片展现的采矿边界定义。以上概述的采矿区域包括Erkelenz镇的Immerath区…… [17]

c)在2005年2月16日的决定中，北莱茵—威斯特伐利亚州的交通、能源与州规划部批准了Immerath-Pesch-Lützerath重新安置褐煤计划，后者基于褐煤二期计划进一步概述了这些地区的重新安置…… [18]

【846】

(3)几乎与褐煤二期采矿地区的深情准备和批准同时，加入诉讼的当事人的法人前身向当时的科隆采矿办公室提交了为1997-2045年采矿期设计的加兹韦勒一、二期运营计划框架。1992年，鉴于正在进行的褐煤计划程序，Rheinbraun公司对处于Frimmersdorf的一期采矿区域深情部分批准，并于1994年获得授权。

III.

2013年12月17日第76/2013号新闻发布选译

诉讼1 BvR 3139/08的申诉人在Erkelenz镇Immerath部分的采矿区拥有一块土地，并生活于建造在这片土地的房子。他的宪法诉愿挑战杜伦采矿办公室批准1997年12月22日加兹韦勒露天采矿运营计划框架的决定，以及肯定这一批准的权力部门和行政法院决定。

(1)……

[20-43]

(2)他主张其依据《基本法》第11条第1款、第14条第1款、第2条第2款第一句和第19条第4款第1句的基本权利受到侵犯。 [44]

……

[45-48]

4. 判决理由选译

I.

……

[247-248]

II.

(1) 批准加兹韦勒一、二期露天煤矿的运营框架计划并未干涉自由迁徙的基本权利，(2) 因而也没有侵犯申诉人的财产基本权利。 [249]

【847】 (1) 迁徙自由的基本权利(a)并不保护申诉人反对交出其居住财产并搬迁的需要，后者是批准“加兹韦勒”一、二期露天煤矿运营框架计划之结果；(b)理由是《基本法》第11条第1款的保护范围并不扩展到防御以下国家措施，即因为土地利用而最终造成居住地的强制征收。(c)迁徙自由的基本权利也不对家园赋予一项独立权利，但这并不对受影响的人产生保护空白。(d)对迁徙自由基本权利的这一解读也符合欧洲人权法院的法律理论。 [250]

a) 《基本法》第11条承认人对自己生活的自由和自决组织，因而保障全体德国人在整个联邦领土范围内的迁徙自由。通过自由选择其定居地和居住地，它保护其对自己生活的计划和组织不受国家干预。 [251]

aa) 历史上，迁徙自由基本权利可追溯到中世纪对自由人保留迁徙自由之传统……19与20世纪的德国宪法为素偶有公民保障迁徙自由权。在那个年代，它和职业自由紧密相关（参见圣保罗教堂起草的1849宪法（*Paulskirchenverfassung*）和魏玛宪法第111条，以及1867年北德意志邦联的《迁徙自由法》第1条与议会委员会（*Parlamentarischer Rat*）的迁徙自由基本权利第一稿……）。除了《基本法》第12条作为独立基本权利的职业自由保障之外，对一个基于劳动分工而有差别的社会保障定居地和居住地的自由选择是职业自由选择和独立自食其力的基本条件。然而，不论其和职业选择有什么样的关联，迁徙自由基本权利也保障定居地和居住地的自由选择，作为个人生活的自决组织之表达。它承认人通过自己的自由决定，在联邦领土的任何地方一般无拘无束且无需任何官方许可而旅行并定居的权利。 [252]

bb) 《基本法》第11条第1款意义上的迁徙自由是指在联邦领土的任何地方定居或居住的权利（参见BVerfGE 2, 266 <273>; 43, 203 <211>; 80, 137 <150>; 110, 177 <190 and 191>）。这包括为了居住的目的而进入德国（参见BVerfGE 2, 266 <273>; 43, 203 <211>; 110, 177 <191>），以及在联邦各州与市镇之间或市镇之内的迁徙自由（参见BVerfGE 110, 177 <191>; 参见BVerfGE 8, 95 <97>）。 [253]

迁徙自由基本权利不仅保障进入联邦领土的自由，也保障人继续留在行使

迁徙自由权而选择的地点之权利，因而一般保护其不受强制性重新安置……

[254]

如果基本权利不包括继续滞留或生活在自由选择地之权利，那么在联邦领土内任何地方定居或居住的权利就会受到削弱并变得无效。那样的话，如果公民在行使迁徙自由权之后就立即被国家措施从其选择的地方驱逐，那么和迁徙到一个地方的权利相比，他们便得不到宪法保护。

[255]

【848】

b)然而，如果房地产或土地利用的有关规定和永久居住相冲突，因而排除或限制来此地居住，或后来制定的这类规定最终将居民赶走，那么迁徙自由基本权利并不赋予在这些联邦领土居住和滞留的权利。至少如果这些规定一般适用而非特别针对某些人或群体的迁徙自由，它们并不处于《基本法》第11条第1款的范围之内。

[256]

aa)《基本法》第11条第1款只是赋予搬迁到任何人都可以定居和居住的地方居住的一般权利，但并不赋予建立并维持永久居住的法律和事实要求之权利。因此，对于和居住在特定地点相关的土地利用许可的法律要求并不从根本上影响迁徙自由的保护范围，而是对行使这项基本权利形成了前提条件……迁徙自由权必然依赖空间利用，而对于行使此基本权利之前提条件提供框架结构的法律包括诸如区划规范的土地使用规定、区域发展法律、基础建设计划法律、保护自然与地貌法律或本案中的采矿法。

[257]

将土地利用规章定位于迁徙自由的保护范围之外不仅适用于对选择居住之限制，而且也适用于造成甚至迫使人搬迁或离开永久居住地的规章。和依据建筑规划法对选择居住的障碍一样，为之后计划的基础建设措施而规定的居住地征收也是行使迁徙自由权现存或改变状态之结果，但并不处于这一基本权利的保护范围之内……

[258]

bb)这一条款的(1)立法历史及其(2)保护目的都支持迁徙自由权的这一解释。

[259]

1)《基本法》第11条的立法史显示，这条基本权利写入《基本法》所产生的争议受到当时西德面临的特殊挑战之强烈影响，那就是在美国、英国和法国占领区的大量难民以及更多想要移民的德国人。这涉及的问题首先是在当时的条件下，是否可能授予所有德国人迁徙自由权（参见基本问题委员会1948年9月21、29日第三、第五次会议……核心委员会1949年1月19日第44次会议）。有关《基本法》第11条的文件没有任何迹象表明，迁徙自由权及其可以严格限制的条款意味着对已经存在和实施的规划和组织土地利用之法律产生显著限制，这类土地利用可以包括建造堤坝、公路和铁轨。恰好相反，基本问题委员会1949年1月27日第36次会议对限制问题的详细讨论……强烈表明，议会委员

【849】

会并不认为选择居住的事实和法律条件——譬如在灾难地区缺乏生存空间——之缺位构成对迁徙自由权之限制…… [260]

2)迁徙自由基本权利展现的保护自由意图是保障全体德国人在不受国家限制的情况下，从一地迁徙到另一地并在此定居和居住的可能性，不论是为了就业或为组织其生活而自由选择的其他原因。为了土地利用而一般适用的规则并不削弱迁徙自由的自由保护意图，因而无需被作为土地利用规则之例外。 [261]

《基本法》第11条第1款并不能保证某个计划中的定居或居住是土地法许可的。假如土地利用或房地产开发的一般规则及其实施被理解为对迁徙自由基本权利的保护范围之干扰，那么一句《基本法》第11条第2款的狭义限制，那么就很难通过地区开发和建设规划及其他的空间相关规划手段对定居开发进行有意义的控制。《基本法》第11条第2款定义了限制迁徙自由权的可能性，否定了将第1款的保护范围理解为包括对土地利用的法律要求。依据《基本法》第11条第2款，只能依据法律才能限制迁徙自由权，且只适用于缺乏适当的支持手段将对社区产生特殊负担、这类限制对避免联邦或州的存续或民主基本秩序的即刻危险有所必要、防控流行病危险、应对严重事故或自然灾害、保护青年不被严重忽视或防止犯罪的情况下。列举的情况并不包括基于空间相关规划或对州采取的其他土地利用措施，相关人不能选择在特定地点居住、被迫放弃他们的住宅或改变其居住地。也没有任何迹象表明，存在大型工程占据空间或《基本法》不再允许或要求禁止的其他空间相关规划。 [262]

【850】

c)《基本法》第11条第1款并不保障家园的独立权利 (*Recht auf Heimat*)，后者是指和选择住所永久相连的都市社会环境……。 [263]

鉴于逃离和驱逐的后果，议会委员会可以拒绝在《基本法》中把家园变成独立权利（参见主干委员会1949年1月18日第42次会议……）。如果一个被选择和占据的住所对于其占据者在其地理环境中的社会联系和纽带而言具有长期巩固的特殊性，且有关住所具有特定都市背景之根基，那么源自《基本法》第11条第1款的居住权将增强其重要性——如果这条基本权利保护适用的话（参见以上b)部分）。尤其是大型露天采矿所要求的大规模重新安置可能造成整个社群的消失，包括所有建筑物和基础建设，因而会对已建立的社会关系和地方联系产生非同寻常的负担。在审查对迁徙自由基本权利的干预是否合比例的过程中，必须考虑所有这些因素；如果迁徙自由保护不适用，也要考虑受到影响的其他基本权利（参见以上a)部分）。 [264]

d)对受影响者的宪法保护缺位既不是因为《基本法》并未规定家园的独立权利，也不是因为当事人因为房地产开发措施或土地利用规定而被迫放弃住所或住宅之事实造成《基本法》第11条第1款不适用。就相关财产权受到干扰

言，受影响者因为丧失社会、地区与都市联系而承受的特殊艰辛可依据《基本法》第14条第1和3款而得到考虑，否则可依据《基本法》第2条第1款受到考虑。 [265]

e)对《基本法》第11条的这一解释也符合欧洲人权法院的判例。后者将Horno褐煤露天采矿造成的重新安置视为干涉了《欧洲人权公约》第8条的私人与家庭生活权利，以及《人权与基本自由保护公约》第四附件规定的迁徙自由权（参见欧洲人权法院2000年5月25日判决，Complaint no. 46346/99 (Noack) -, Landes- und Kommunalverwaltung - LKV 2001, p. 69 <71 and 72>）。根据不如《基本法》第11条第2款严格的第四附件规定的限定条款，欧洲人权法院判决这一干预具备正当理由。这最终和联邦宪政法院的解释并不矛盾，即依据《基本法》第11条第2款的严格限定条款，迁徙自由基本权利保护并不适用于依据《基本法》第14条或第2条第1款的重新安置措施所造成的特殊负担。《公约》以及欧洲人权法院的解释必须被用于帮助解释《基本法》所确立的基本权利与法治原则（参见BVerfGE 111, 307 <315 et seq.>; 128, 326 <366 et seq.>; 131, 268 <295 and 296>）。以此作为辅助性解释并不要求《基本法》的措辞和《欧洲人权公约》严格一对一，而是在方法上正当且符合《基本法》要求的程度上吸收其价值（参见BVerfGE 111, 307 <315 et seq.>; 128, 326 <366 et seq.>; 131, 268 <295>）。 [266]

【851】

十三、职业自由——《基本法》第12条

“药店案”

BVerfGE 7, 377-Pharmacy

【852】 1.译者注解

作为联邦宪政法院早期经典判决之一，药店案判决是所有德国法学生必须知道的。在这个1958年的判决中，宪政法院确定了《基本法》第12条职业自由保护的标准，发展出一套详实具体的三阶梯比例原则审查方案，并将之适用于一切公权力介入职业自由的情形。此外，该判决不容忽视之处还在于其强调个人自由，从而对德国经济界的结构产生了重要影响。

该判决出现前，德国虽将经营药店视为私营企业，但需有关当局的特别授权：许可的前提是开设新药店应符合公共利益并在经济上合理，且不影响附近药店的正常运营。这被认为是必要的，如此方可维持药店行业的健康运行，高效地提供满足法定标准的服务——例如始终储备足量药物。

联邦宪政法院认为，这种针对自我雇佣的药剂师的职业准入配额采取了严格的需求导向，并由行政机关来决定。这不符合宪法要求。在法院看来，职业自由是一项保护涉足、自由选择和从事合法职业的权利。《基本法》第12条第1项第2句文本仅包含对职业从事行为的限制，宪政法院在此基础上发展出了著名的三阶梯比例原则审查方案：由《基本法》授权，旨在规制职业从事自由的规范位于最低阶梯，只需满足基础合理性与合比例性；而意图限制职业准入的规范，则必须符合更严格的比例原则标准。法院在此区分了主观与客观准入规则：主观准入规则对意图进入该行业的主体提出要求，例如通过某种考试或拥有特定资格。有意进入相关行业者，可以自己决定是否去满足这些主观标准。此种主观准入规则要求略高的合比例性，政府必须证明其为有序开展特定职业所必要。最严重的干预来自客观准入规则，即政府为进入某种职业设置了条件，而希望进入有关行业的人是无法满足这些条件的。典型例子包括准入配额，以及为保障经济稳健和不影响邻近企业而设置的特别准入规则——正如本案中一样。仅当其有助于防范对特别重大公共利益的严重与真实的风险时，此类客观准入规则才可以得到正当化。在本案中，涉及的重大公共利益是公众健康，以及对作为公共健康保护系统组成部分的正常运行的药店之保护。然而，法院认为，对自我雇佣的药剂师设定客观准入限制，并非为实现此种目标所必需。

该决定在经济层面产生了广泛影响。然而，并非对所有行业都采取了采纳了相同的衡量标准。例如具有排他性的德国公证行业在法律领域非常有吸引力，¹⁴⁶至今仍与1958年之前德国药剂师行业的状况相似。纵使50多年过去了，德国某些地方依旧存在客观准入限制。【853】

2. 判决概要

(1)《基本法》第12条第1款并未将营业自由宣告为社会与经济秩序的客观原则，而是将其作为个人基本权利加以保障。人们得从事任何法律允许的活动并以此为业，即便其并不符合传统意义上或法律所定义的“职业形象”。

(2)原则上，《基本法》第12条第1款中的“职业”概念也涵盖保留给国家或受其规制的职业活动。不过，《基本法》第33条允许对公职作出许多特别规定。

(3)如果可以通过自我雇佣或受雇他人的方式来从事一项职业，而且两种形式有其各自的社会价值，那么无论是两者之间的选择还是从一种形式过渡到另一种形式，均属于《基本法》第12条第1款意义上的职业选择行为。

(4)立法者根据《基本法》第12条第1款第2句所享有规制权限的内容与范围，可以基于考虑这项基本权利的目的及其在社会中的意义的解释，客观、简便地予以确定，而无需诉诸不得限制基本权利实质内容的条款（《基本法》第19条第2款）。

(5)《基本法》第12条第1款第2句规定的规制权限涵盖职业的从事和选择，但在程度上有所不同。这一权限针对职业的从事，并仅在此种意义上可能同时限制职业的选择。就实质性内容而言，此种规制越是关乎职业的从事，则权限越大；越是涉及职业的选择，则权限越小。【854】

(6)基本权利旨在保护个人自由，而规制保留则旨在适当保护公共利益。就立法者进行的干预而言，为同时满足两种要求，应当按以下原则进行区分处理：

(a)出于公共利益的合理考虑，可对从事职业的自由进行限制；基本权利保护限于防御引起过重负担的不合理违宪限制。

(b)仅出于保护特别重要公共利益的需要，才可对选择职业的自由进行限

¹⁴⁶德国历史上有三种主要的公证人模式。主要流行于德国北部的“普鲁士”模式采用主观准入规则，因此原则上对任何法律人开放。“巴伐利亚”模式实行客观准入规则，只允许每个公证区有特定数量的公证员。最后，在德国西南部一些地区，公证机构作为公务机关而存在。

制。如果这种干预无法避免，那么立法者必须选择对基本权利限制最小的干预形式。

(c)对从业活动的开始设定特别条件、从而对选择职业的自由进行干预时，应当在主客观准入条件之间进行区分：就主观准入条件（尤其是教育和培训方面的条件）而言，应当遵守比例原则，使主观前提相对于保障职业活动有序进行的预期目的是合乎比例的。对于从业准入的客观条件的必要性，必须适用特别严格的证明标准；通常而言，只有为了避免对重大公共利益已出现或极可能出现的危险，此类措施才是正当的。

(d)立法者依《基本法》第12条第1款第2句制定规范时，必须在对择业自由干预最小的“阶梯”上进行；只有在表明通过较低“阶梯”的（合宪）手段很可能无法有效防范相关风险时，立法者才可以进入下一个更高的“阶梯”。

(7)联邦宪政法院应审查立法者是否遵守了其规范权限受到的上述限制。当择业自由受客观准入条件限制时，法院也可以审查干预的特别形式是否为保护重大公共利益所必需。

【855】 (8)目前就药店立法而言，只有保障开业自由，即不得设定客观准入条件，才符合《基本法》。

第一庭于1958年6月11日判决，1 BvR 596/56.

3.案件事实

诉愿人在1940年取得药剂师执照，并于1956年向上巴伐利亚州当局申请经营许可，以在特豪恩豪伊特（Traunreut）开设药店。当时，巴伐利亚州《药店法》规定开设药店要取得许可，有关机关依法拒绝其申请。为获取经营许可证，申请人必须是《基本法》第116条意义上的德国公民、已取得药剂师执照、以执业药剂师身份工作了一段时间、为人可靠并适合从事该职业；此外，根据该法第3条第1款，颁发经营许可还应当符合以下条件：

a)以保障民众药品供应为目的开设药店，是符合公共利益的；

b)可以认为所开设药店的经济基础有保障，不会过分损害相邻药店的经济基础，以至于相邻药店正常经营的条件不再有保障。

当局给出的拒绝颁发经营许可的理由是，现有药店已完全覆盖了当地民众的需求。当局主张，成立这家药店因此不符合公共利益（《药店法》第3.1.a条）。此外，当局还指出，新药店经济基础不够稳固，现有药店的经济基础也会受到威胁（《药店法》第3.1.b条）。

该宪法诉愿对当局拒绝颁发许可的决定提出质疑，间接质疑了《药店法》

第3条第1款，并最终获得了成功。

4.判决理由选译

.....

B.

IV.

要回答《药店法》第3条第1款是否符合《基本法》第12条第1款的问题，应首先从以下几个方面理解后者的规范内涵。

(1)第12条第1款旨在保护一项在基于劳动分工的现代社会中特别重要领域的自由：它保障个人有权从事一切他自认为适合作为“职业”的活动，并以之为其生活基础。它涉及一项基本权利，而非如魏玛宪法第151条第3款那样将“营业自由”宣告为社会经济秩序的一项客观原则。个人获得的不仅仅是自主经营事业的自由——此项基本权利确实致力于保护具有经济意义的工作，但这种工作同时被视为一项“职业”，它与整体人格息息相关。只有当个人为一项构成其终身事业与生活基础的活动努力奋斗时，其整体人格才被最终塑造成型。与此同时，人们还通过职业为社会整体作出贡献，因而这项基本权利对所有社会阶层都具有重要意义。作为“职业”的工作，对每个人都具有同等价值和尊严。

【856】

(2)从这个角度来看待这项基本权利，就应当对“职业”一词进行扩大解释。它不仅包括所有由习惯或法律定义的具体“职业形象”，还包含个人自由选择的非典型（但合法）的活动，这些非典型活动中可能出现新的职业形象（BVerwGE 2, 89 [92]; 4, 250 [254-255]）。

第12条第1款的职业概念也覆盖了根据当前共同体组织观念必须主要保留给国家的活动。个人可以自由选择这些职业，不得强迫或者禁止任何人从事这些职业。没有任何理由支持联邦行政法院（BVerwGE 2, 85 [86]; 4, 250 [254]）的假设，即该基本权利“因其本质”不适用于公职领域。不过，《基本法》第33条为所有属于“公共服务”的职业作出了宽泛的特别规范。这种特别规范源自事务的本质，在这种情况下职位数量完全由相关公法实体的组织权力（在最宽泛的意义上）所决定；因此，在某些具体情况下的极端案例里，这些职位实际上不可能由特定个人自由选择。个人从事公职的自由仅限于保障具备同等能力之人享有同等任职资格（《基本法》第33条第2款）。

“政府规制”的职业以多种形式存在。它们也为第12条第1款所涵盖。在受到一定规制要求约束的“自由”职业和完全作为国家组织组成部分的职业之间，政府规制的职业处于何种地位呢？这一问题的答案取决于这些职业的性质

及其所履行公共功能的重要性。一个职业越是接近“公共服务”，《基本法》第33条的特别规范就越有可能减弱第12条第1款基本权利的效果。由于巴伐利亚的规定与德国药店总体状况一致（见BVerfGE 5, 25），尽管规定了一些公法上的义务，但究其结构而言，仍然属于工商业法上的规定，因而不必进一步探讨立法者的形成空间。

【857】 第12条第1款并未区分自我雇佣和受雇他人的职业，受雇他人同样是一种可选择的职业；事实上，这在现代社会中变得越来越常见。如果可以自由选择两种参与形式，且它们同样具有社会价值，那么无论是两者之间的选择，还是从一种形式过渡到另一种形式，均属于《基本法》第12条第1款意义上的职业选择行为。药剂师职业亦是如此：一部分药剂师自主经营作为其经济基础的药店，另一部分药剂师则受其雇佣为之服务。一般公众和业内人士均同意，受人雇佣并非只是自主经营的预备和过渡阶段，两种细分类型均属于药剂师职业。因此，应支持联邦行政法院的观点（BVerwGE 4, 167 [170]），即从受雇佣药剂师转换至自主经营药剂师符合职业选择定义，受到《基本法》第12条第1款第1句保护。

(3)给予第12条第1款的前述重要性，可以推导出立法者根据第12条第1款第2句享有的规制权限的内容与范围。

a)如果营业自由是第12条第1款确立的唯一宪法性原则，那么它应当仅在一般法律保留框架下加以贯彻，并如魏玛宪法那样规定，“根据法律”保障营业自由。如此一来，立法机关固然仍受该原则约束，但可以根据其整体经济政策制定适当的符合其期望的例外条款。鉴于现代经济的复杂性，对源自早期自由主义时期的绝对营业自由进行限制已是大势所趋。在宪法上，没有任何理由对此加以反对。

不过，如果此处涉及一项公民个人真正的基本权利，立法机关的裁量权会变得相当狭窄：它与那些纯粹抵御个别公权力偶然侵害的防御性基本权利不同，而与人格发展密切相关，并因此对个人塑造完整人生具有重大现实意义。在此种意义上，对此项基本权利的有效保护要求原则上严格限制立法者的干预。

当然，需要指出的是，只有在涉及基本权利保护时，才可以限制立法裁量。《基本法》在经济政策上是中立的，立法机关可以制定它认为适当的任何经济政策，只要它符合《基本法》尤其是基本权利的要求（BVerfGE 4, 7 [17-18]）。因此，根据第12条第1款第2句所制定的法律，并不会因为其恰好与其他国家经济政策或此种经济政策背后的经济原理相抵触，便在宪法层面上遭受批评；显然，如果只是法官不赞同此法律所体现的经济政策时，就更不应该从宪

法层面对其进行予以否定。

只有基于正确解释的基本权利而有必要的时候，才可以对立法者设定限制。一方面，必须保障立法者在经济、社会与就业政策领域享有裁量空间；另一方面，也要保护个人在宪法上尤其是针对立法者享有的自由。如何在这两方面之间进行调和，是实践中的困难所在。

b)如果从宪法条文出发考察立法机关在这一基本权利保护范围内进行干预的可能性，那么第12条第1款的措辞似乎意味着只能对职业的从事进行干预，而职业的选择完全不受法律规范。然而，这种解释不可能符合该条款的目的。职业的“选择”和“从事”，在现实中无法割裂成两个独立的职业阶段：事实上，着手开始从事一项职业，当然也代表对特定职业的选择。同样，继续从事或终止某项职业同时也是一种职业选择行为。两个术语不过是从不同视角描述了统一的“职业活动”（类似观点见Klein-v. Mangoldt note IV 2 [370 et seq.] on Article 12 following über Freiheit des Berufs, Hamburg 1952）。

因此，禁止立法机关对择业自由进行任何干预的解释是站不住脚的；它不符合生活实际，也因此无法在法律层面得出合理的结论。此外，一项主要调整职业从事行为的法律条款，即便其间接影响到职业选择行为，原则上也是可以接受的。这方面的典型例子是对某项职业活动的开始设定前置条件，即开始从事特定职业必须拥有准入许可。从《基本法》第74条第19款的规定可知，这种设定准入许可的做法并未被宪法完全排除。该条款的制定史也表明，即使原则上应尽可能地避免设置此类准入限制，也不意味着应当一刀切禁止诸多现存的准入限制（Member of the *Bundestag* v. Mangoldt at the 5th and 23rd sessions of the Committee for Policy Issues [Ausschuss für Grundsatzfragen] on 29 September and 19 November 1948）。

然而，无论是实质还是术语方面，制宪者都未完全解决此问题。他们最终【859】接受了工商业法上通行的行业“选择”与“从事”之分，而在此之外则有意识地将大部分的规制空间交由立法者处理（*Jahrb. d. öff. Rechts* [new version] vol. 1 pp. 134, 136）。

判例与文献大多支持上述判断，即《基本法》第12条第1款第2句的规范权限包含从事与选择职业两个方面（类似观点见Hamel DVBl. 1958 p. 37）；联邦最高法院与联邦行政法院也都同意，立法者可以对进入特定职业设定准入许可并要求满足特定前提（BVerwGE 4, 167 [169]; 4, 250 [255]; (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* - BGHSt) 4, 385 [391]; 7, 394 [399]）。

在此种意义上，第12条第1款是一项统一的基本权利（即“职业自由”），其第2句所规定的规范保留“原则上”覆盖职业的从事与选择两方

面。然而，这并不意味着立法者对这两个阶段进行规范时拥有同等宽泛的权限。原因在于，《基本法》的原意必须得到尊重。这在第12条第1款文本中规定得十分清楚：应当保障职业选择的自由，同时可以规制职业的从事行为。如此一来，只有一种解释是合理的，即立法者对两者的规制强度并不一致：其越是干预选择职业的自由，享有的权限便越小。这种解释也符合宪法的基本原理及作为宪法前提的“人的形象”（BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15-16]; 6, 32 [40]）。选择职业的行为是一项基于个人自由意志的自我决定，应最大可能地避免其为公权力所侵害；个人从事职业则直接介入社会生活，因而为保护他人与社会整体的利益，可以对个人设定一定限制。

【860】 总之，这种规制权限涵盖了职业的从事和选择两个方面，然而，这一权限本身针对职业的从事，并仅在此种意义上可能同时限制职业的选择。在内容上，此种规制越是关乎职业的从事，则权限越大；越是涉及职业的选择，则权限越小。

c)规制权限的内容较为笼统，应当着眼于择业自由对“规制”一词含义作出诠释。这并不意味着立法机关拥有相对其他一般法律保留更广泛的裁量空间，以至于可以对整个职业法领域进行广泛规制，从而确定这项基本权利的内容（Scheuner, *Handwerksordnung und Berufsfreiheit* [reprint from “Deutsches Handwerksblatt”], 1956, e.g. pp. 21, 27-28, 31; and Ipsen, *Apothekenerrichtung und Article 12 GG*, 1957, pp. 41-42）。

如果这种观点成立，基本权利将遭受大幅贬损，因为其内容被完全交由立法者酌情决定，而非如宪法所言（《基本法》第1条第3款），由基本权利约束立法者。这恰恰不符合基本权利的意义，与其在第12条第1款中特别强调的职业选择的“自由”相矛盾，也与宪法基本权利篇章的总体基调相抵触。正如联邦宪政法院此前在1957年1月16日判决（BVerfGE 6, 32 [40-41]）中所阐述的，基本权利不再如过去那样被视为“空洞”的。反之，根据1958年1月15日判决（BVerfGE 7, 198 [208-209]）所发展的基本原则，当立法者在基本权利保护领域中活动时，应当将基本权利在社会秩序中的意义作为规制出发点。立法者不能肆意决断基本权利的内容。恰好相反，基本权利的实体内容可以实质性约束立法者的裁量空间。在《基本法》第12条第1款中，也清晰地存在着一项针对特定重要生活领域的实体价值决定。因此，立法者在此并不享有如适用一般平等条款那样的自由；一般平等条款代表着一项整体适用于公权力的法律原则，需在个别生活情形中由立法机关根据特定正义观加以具体化。

另一方面，“规制”并不意味着立法者不得以任何方式限制基本权利。原则上，每个规范本身都明确了权利的界限。但制宪者在《基本法》中有意识地

选用“规制”而非“限制”一词——尽管后者在基本权利规范中更为常见，表明更具体的界限应由基本权利内部——即其本身所固有的界限——所决定，而非由立法者依据基本权利内容进行限制，或者说通过外部的所谓理性解释，限缩基本权利的自然内在适用范围。

d)基本权利旨在保护个人自由，而法律保留侧重维护公共利益。如前所述，【861】个人自由选择职业的权利越是受限，其自由请求权越应得到彰显；而完全自由从事职业的行为对公众损害与威胁越大，保护公共利益的需求越迫切。两者在社会法治国意义上具有同等正当性，最有效兼顾两者的办法是仔细权衡它们之间相互抵触乃至全然对立的利益。根据《基本法》总体精神，自由人格具有最高价值，因而在涉及职业选择时也应最大程度保障其自由；只有在保护公共利益绝对必要之时，才可以对择业自由进行限制。

因此，《基本法》要求立法机关在干预基本权利时，必须按以下原则进行区别处理：

只要出于公共利益的合理考虑，就可以对从事职业的自由进行限制；而只有出于保护特别重要公共利益的需要，才可以对选择职业的自由进行限制。也就是说，经由慎重权衡后，确认公共利益高于个人自由，且保障公共利益必须相应限制择业自由时，方可进行相应干预。一旦此种干预无法避免，立法者必须选择对择业自由影响最小的规制形式。

就规制权限的范围而言，存在几种不同“阶梯”：

当立法活动仅涉及职业的从事行为，仅规定人们行使职业活动的种类与方式，而完全不影响职业的选择时，立法者享有最大的规制权限。此处必须将合目的性纳入考虑，权衡应当对从业者设定何种要求，才可以避免公众遭受不利和危险。例如出于促进职业整体发展并提高总体社会产出的考虑，便可以对相关从业行为作出一些限制。就此而言，基本权利保护仅限于防御例如因为设定了过重负担而不可接受的违宪法律要求。在这些例外情形以外，有关限制对基本权利主体影响并不大，因为他们已在从事有关职业，且从事职业的权利并不受到影响。【862】

相反，只有为了保护优先于个人自由的重大公共利益，对职业的开始设置特定前提并因此影响到职业的选择的规范才能得到正当化。如判例法和学界长期以来所强调的那样（Scheuner op. cit. p. 25），此时应当在主观和客观准入条件之间进行区分：主观准入条件主要关注职业参与主体的资格能力，尤其是其所受教育和培训；客观准入条件则与主体无关，个人对此无能为力。

一项职业的主观准入条件是特定职业法律制度的内在组成，它只允许满足（通常是形式上的）特定条件的人员进入特定行业。这种限制是符合事物本质

的，因为很多行业都要求从业人员通过理论和实践学习，掌握相关的必备知识与技能，否则他们可能无法或难以驾驭相关职业，乃至对公众带来损害和危险。这种需求源自生活现实本身，立法者只是对其进行了具体化。事实上，从业者本就应当进行专门培训，以满足相关职业需求。这种对自由的限制是一种有效预防潜在弊端和危险的手段。与此同时，这种限制也是合理的；它对所有人一视同仁，人们可以事先了解相关限制，并判断自己能否满足相关要求。这种情况下，应当遵守比例原则，使主观前提相对于保障职业活动有序进行的预期目的是合乎比例的。

客观准入条件则不同，其完全超越了个人的控制，并与基本权利的精神背道而驰——即便个人完成了所有主观准入要求，事实上也已选择且应被允许选择特定职业，却仍可能被客观准入许可排除在外。某一职业所需教育培训的时间越长、方式越专业，越能反映相关人员选择此种职业的意志，对其限制也就越是难以接受。此外，只要从业人员职业素养和职业道德符合要求，便不会公众造成什么直接影响，从而难以清晰论证相关客观限制与其追求目标之间的因果关系。此种情况下，无关动机混入其中的危险非常大，尤其见于这样一种推测，即职业准入限制旨在保护已从业人士免于竞争。一般而言，这种动机根本无法成为干预择业自由的正当理由。除可能与平等原则发生冲突外，通过这种最粗暴、最极端的方式将（理论上）职业能力和职业道德完全合格的申请者拒之门外，也非常严重地侵犯了个人的自由权。由此可见，对于从业准入的客观条件的必要性，必须适用特别严格的证明标准；通常而言，只有为了避免对重大公共利益已出现或极可能出现的危险，此类措施才是正当的。维护行业声誉等其他促进非重大公共利益的目的虽可正当化一部分立法措施，却仍不足以支持对从业者进行数量限制。

立法者根据《基本法》第12条第1款第2句制定规范时，必须在对择业自由干预最小的“阶梯”上进行；只有在表明通过较低“阶梯”的（合宪）手段很可能无法有效防范相关风险时，立法者才可以进入下一个更高的“阶梯”。

(4)联邦最高法院和联邦行政法院也主张限制立法机关在设置客观准入条件方面的权力，不过它们完全是基于《基本法》第19条第2款得出这一结论，而且二者对该款的解释存在分歧（Hamel DVBl. 1958 pp. 37 [38]及其引用的判例）。

由此可见，关于《基本法》第19条第2款禁止侵犯基本权利实质内容的规定，能否及如何进一步限制第12条第1款第2句规定的立法者规制权限？这一问题尚无定论。不过上述解释已经表明，考虑到这项基本权利的目标及其在社会生活中的意义，必须对立法机关的规制权限作出适当限制。

(5)基于基本权利保障而推导出来的对规范权限的限制，是主要针对立法者自身的实质性宪法要求。不过，联邦宪政法院有权监督其得到遵守。如果择业自由在“最高阶梯”（即客观准入条件层面）受到限制，那么应当首先审查是否有非常重要的公共利益受到威胁，以及相关立法是否能够预防这一危险；接下来，联邦宪政法院还应审查，是否只有通过这种干预形式才能保护相关公共利益——换言之，是否存在更柔和的手段能够提供同等保护。【864】

有人对前述最后一个审查方向提出质疑，认为其超出了联邦宪政法院的能力：一个法院不能够判断一项具体的立法措施是否合适，因为其不可能知道是否存在其他同等有效的手段，以及这些手段对立法者而言能否实现。只有了解了所规范领域的所有情况以及立法者的所有政治上的可能性，才能够作出前述判断。此种基于实践方面的考虑而主张对联邦宪政法院的审查权设定严格限制的观点，有时候在理论上还得到了这一论据的支持：法院主张如此宽泛的审查权将侵犯立法机关的权限，进而违反权力分立原则。

联邦宪政法院无法赞同此种观点。

联邦宪政法院承担着保护基本权利不受立法者侵犯的任务。当立法者的权力根据基本权利的解释受到限制时，宪政法院必须能够监督这些限制是否被落实。只要它不愿坐视基本权利在实践中大幅贬值，并丧失《基本法》依其本质赋予它的功能权限，联邦宪政法院就不应推卸这一责任。

人们往往认为，立法者应当能够在具有同等效果的规制手段之间进行自由选择。然而，这只适合于基本权利的一般情形，而不适用于保护领域分为几个阶梯的情形（BVerfGE 2, 266）。如果多种规制措施涉及同一项基本权利的内部并不分为不同阶梯的内容，则立法者有权在法定界限内自由选择规制手段。然而，一旦该项基本权利涉及处于不同阶梯的保护领域，联邦宪政法院就必须审查对最高阶梯自由保护领域的规制是否满足相应前提。换言之，它必须确认较低阶梯的立法措施无法达到相应效果，因而更大程度的干预“确有必要”。如果放任立法者在不同层次保护领域中肆意选择合适的规制手段，可能会导致灾难性的现实后果：恰恰对基本权利干预最严重的规制手段被不加审查地反复适用，因为其效果鲜明而最为立法者青睐。届时，依据《基本法》第12条第1款旨在提供最长久保护的自由领域将不再受到保障……

迄今为止，法院普遍认为，为保护公民自由，联邦宪政法院在法律上有义务且在事实上有能力在特定条件下就法律的必要性展开审查，因而也就更不能剥夺这种审查权。联邦宪政法院的职责正是保护基本权利不受立法机关的侵害——尤其是通过宪法诉愿制度。与其他法院相比，联邦宪政法院是宪法机构和处理宪法问题的法院，因而较不容易被质疑不正当地侵犯立法机关的权限。【865】

联邦宪政法院将上述标准适用于巴伐利亚州《药店法》第3条第1款，假设该条款旨在维持医药行业的健康运营，以同时满足公众的健康需求。在此基础上，法院随后认定，立法机关没有采取在对从业行为的层面采取更柔和的干预，来防御药品制造与分销产生的风险。

法院进而得出以下结论：

(6)前述提及的可能立法措施不应被理解为联邦宪政法院有意为立法者提供一般立法建议，这并非其职责。不过，为履行其职责，即最大程度保护基本权利，法院应当根据其职责指出，仅当经过慎重考虑后相关危险无法经由其他更柔和手段防止或减轻时，才能对处于最核心保护范围的择业自由进行限制。这个判断非常重要，因为在药店法领域历来存在采取激进手段限制职业准入的传统（*Urdang-Dieckmann op. cit. pp. 63-64*），而如前所述，根据《基本法》第12条第1款，应首先考虑其他更柔和的规制可能性。

当然，是否采取相关措施、采取哪些措施、按照何种顺序来执行这些措施，均取决于立法机关。法院仅限于提及那些在公共讨论（至少已出现在专业人士圈子）中已提出的措施，它们可能已被部分实施，或至少在权衡整体情况后有可能是适于实施的。

巴伐利亚立法机关声称，只有联邦层面的立法才可以实现前述更柔和的规制手段，在相关立法缺位时，州立法者不得不采取此种更具侵害性的规制方式。由于此领域立法权部分属于各州，部分由联邦和各州共享，再考虑到职业自由作为基本权利的意义，巴伐利亚州这一意见是不成立的。在职业的法律规范和从事方面，《基本法》第12条第1款并未对联邦法律与州法律作出区分。

【866】 联邦宪法层面的基本权利是普遍适用的，因而在联邦与州层面享有同等保护。因此，联邦与州不得以个别措施缺乏相应立法权限为借口，对基本权利实施更严重的侵害。相反，毕竟公民同时要遵守联邦法律与州法律；涉及公民基本权利保护时，联邦和州的立法者应当得到同等对待……

“非吸烟者保护案”

BVerfGE 121, 317 - Non-Smoker Protection

1. 译者注解

立法对酒吧、餐馆中吸烟行为的规制在德国出现较晚。2008年的这项判决涉及巴登-符腾堡州和柏林市禁止在酒吧中吸烟的规定。一些特定类型的场所以及单独提供吸烟室的场所可以例外地不适用上述规定。鉴于年轻人越来越频繁地出入迪斯科舞厅并在舞厅从事体育活动，人们认为这会增加二手烟的风

险，因而在迪斯科舞厅中完全禁止吸烟。无法提供单独禁烟空间的小“单间”酒吧和迪斯科舞厅经营者成功提起了对上述规定的诉讼。上述条款的保护目的必须与《基本法》第12条保障的商业活动自由相平衡。联邦宪政法院没有否认，立法机关可以对二手烟引发的健康风险采取行动，但是法院认为上述规定前后不一致，因而违反了比例原则。针对二手烟的健康风险，立法机关可以选择颁布在酒吧和餐馆全面禁烟的规定；如果像上述条款那样规定了例外情形，则必须特别考虑限制规定对仅能提供一个空间的小型酒吧经营者施加的影响。鉴于《基本法》没有授权规定例外情形，法律规定中一旦出现例外情形，便须充分考虑对所有利益的保护，例如申请人提出的特殊商业利益。

换言之，法院要求严格地做到前后一致。在这种意义上，法院在比例审查中引入了平等保护要求。如果立法机关对一个群体适用例外情形而对另一群体不予适用，便会影响比例审查的结果，否认得到较差待遇群体的利益不符合比例原则。

2. 判决概要

【867】

(1)在寻求健康保护目标与经营者职业自由的平衡时，如果立法机关根据其享有的评估、衡量和采取行动的空间，选择侧重于保护餐饮场所中非吸烟者的方案，禁烟令的例外情形就必须包含特定类型的餐饮场所，如本案中提供酒精饮料的小酒吧，以避免禁烟令给其带来特别沉重的经济负担。

(2)如果法律允许在餐饮场所设置吸烟室，却将迪斯科舞厅排除在这一待遇之外，则违反了平等原则。

第一庭于2008年7月30日判决，1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08.

3. 案件事实

诉愿人为巴登—符腾堡州的餐饮场所和迪斯科舞厅经营者，他们针对州法律中餐饮场所禁烟的规定提起了宪法诉愿。

第一诉愿人和第二诉愿人各自经营单间酒吧。他们诉称禁烟令导致其收入下降。

第一诉愿人主张，其依据《基本法》第12条第1款和第14条第1款享有的基本权利受到了侵犯。由于该条规定禁止在无法设立吸烟室的单间酒吧内吸烟，《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条违宪。

第二诉愿人主张，其依据《基本法》第12条第1款、第3条第1款、第2条第1款、第1条第1款和第14条第1款享有的基本权利受到了侵犯。单间酒吧遭到禁烟规定的限制，有两个或以上房间的酒吧却可以为吸烟者提供餐饮，因而《柏

林市非吸烟者保护法》第2条第1款第8项以及第4条第3款、第6条第2款、第7条第2款违宪。

第三诉愿人经营一家大型迪斯科舞厅。他认为，州法律规定侵犯了其基于《基本法》第12条第1款以及第3条第1款享有的基本权利。由于该条规定迪斯科舞厅全面禁烟，《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条违宪。

【868】 4.判决理由选译

B.宪法诉愿符合受理要件且成立。

I.

(1)《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第1款第1句中禁止在餐饮场所吸烟，该规定侵犯了第一诉愿人从事职业的自由（《基本法》第12条第1款）。《柏林市非吸烟者保护法》第2条第1款第8项的禁烟规定也侵犯了第二诉愿人从事职业的自由。餐饮场所的禁烟规定并不当然地违反《基本法》。但是，如果立法机关制定保护非吸烟者的规定时，没有考虑某些特定餐饮场所经营者所遭受的特别负担，即违反了《基本法》。

a)虽然餐饮场所的禁烟规定主要针对顾客，但它也侵犯了这些场所经营者的职业自由。另一方面，不能以财产保护（《基本法》第14条第1款）的标准来衡量禁烟规定。

.....

aa)从事职业的自由受到《基本法》第12条第1款的全面保护（BVerfGE 85, 248 [256]）。

个人有权决定向市场提供商品和服务的种类与质量（BVerfGE 106, 275 [299]），也有权自由选择商品和服务的目标群体。就此而言，禁烟规定限制了餐饮场所经营者的职业自由。

在本案，《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第1款第1句和《柏林市非吸烟者保护法》第2条第1款第8项禁止在餐饮场所吸烟，该规定剥夺了经营者自主决定允许还是禁止顾客在其经营场所内吸烟的可能性。如此一来，经营者只有在法律规定的例外情况下，才能决定是否向吸烟顾客提供服务。禁烟令不仅使得餐饮场所经营者难以向吸烟者发出要约，也导致他们不能为那些不愿放弃吸烟的顾客提供食物和饮料。

【869】 bb)对职业活动的这种限制并非仅仅是针对吸烟者的禁令的后果，而是构成了对餐饮场所经营者职业自由的直接干预。在餐饮场所禁烟的规定自然禁止了餐饮场所经营者向吸烟的顾客提供服务。受质疑的非吸烟者保护法禁止餐饮场所的顾客吸烟，同时对经营者设定了禁止顾客违反禁令和作出其他违法行为的

义务（《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第8条第2款第1句以及第8条第1款第1句和第3句；《柏林市非吸烟者保护法》第6条第1款第2项以及第6条第2款）。

b)要通过职业自由保护（《基本法》第12条第1款）的审查，对职业自由的任何干预都必须有法律依据，并有充分的公共利益理由（BVerfGE 7, 377 [405 and 406]; 94, 372 [390]; 101, 331 [347]）。

如果出于公共利益理由，对职业自由的限制不可避免，则必须满足比例原则的要求（BVerfGE 19, 330 [336 and 336]; 54, 301 [313]; 104, 357 [364]）。

因此，干预手段必须能够实现其目的，且不得超出为公共利益所必需的限度（BVerfGE 101, 331 [347]; 104, 357 [364]），干预的手段不能给相对人施加过重的负担（BVerfGE 19, 330[337]），干预的严重程度与其理由的重要程度之间必须保持合理平衡（BVerfGE 103, 1 [10]; 106, 181 [192]）。

本案中餐饮场所禁烟规定不完全符合上述要求。虽然该规定不缺乏法律依据(aa)、出于合法目的(bb)且对于实现目的是适合且必要的(cc)，却给类似第一和第二诉愿人的餐饮场所经营者带来了过重负担(dd)。

aa)只有依授权颁布的正式法律才能作为干预职业自由的法律依据（《基本法》第12条第1款第2句）（BVerfGE 98, 265 [298]; 102, 197 [213]）。本案中的禁烟令没有违反这方面的要求。

bb)立法机关禁止在餐饮场所吸烟，旨在追求一个合理的公共利益目标，因而原则上可以合法地干预职业自由。 【870】

1)两部法律均以保护公众免受二手烟带来的健康风险为目的（《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第1条第1款第2句；《柏林市非吸烟者保护法》第1条）。保护公众健康免受风险是非常重要的公共利益（BVerfGE 7, 377 [414]）。为了保护公众健康，都可以对某种职业设立客观准入条件，更是可以为此而对从业行为作出限制。特别是在餐饮场所中，个人自愿决定将自己暴露在烟草烟雾环境中，并不意味着其不关心自身健康保护。无论如何，只要非吸烟者无法在餐饮场所找到无烟室，就无法肯定非吸烟者同意接受二手烟所带来的健康风险，而只是他们事实上无可避免地容忍这种风险，以便能够光顾所选餐饮场所，不受限制地参与社会生活。

2)州立法机关考虑到二手烟（即环境烟草烟雾，ETS）可能危害公众健康，因此采取了立法行动，这在宪法上没有任何问题。

.....

cc)在餐饮场所禁烟的法律对于保护公众免受二手烟带来的健康风险是适合且必要的。

.....

2)因为尚不存在其他同样有效而对职业自由限制较小的手段，因而禁烟令是必要的（Drug and Addiction Report of the Commissioner for Narcotics of the Federal Government (*Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung*), May 2008, p. 38）。

特别需要指出，立法机关认为赋予餐饮场所经营者决定是否在经营场所禁烟的自由，难以实现与禁烟法律规定同样的效果。这在宪法上是没有问题的。

.....

dd)然而，本案所涉法律规定不符合狭义比例原则，因为该规定不合理地加重了提供酒水的小型单间餐饮场所经营者的负担。

【871】 1)如果立法机关颁布的法律干预了从事某种职业的自由，那么该干预的严重程度与其理由的重要程度之间必须保持合理的总体平衡（BVerfGE 102, 197 [220]; 112, 255 [267]）。

(a)餐饮场所的禁烟规定是对其经营者自由从事职业的严重干预。由于餐饮场所禁烟，经营者更难向潜在顾客中的吸烟者发出要约，为他们提供食物和饮料；如果这些吸烟者无论如何都不愿放弃在餐饮场所吸烟，餐饮场所经营者就失去了这部分顾客。许多吸烟者将减少光顾餐饮场所的次数，或者缩短其逗留时间，因为禁烟令大大降低了在餐饮场所逗留的吸引力。鉴于德国33.9%的成年人是吸烟者（Drug and Addiction Report of the Commissioner for Narcotics of the Federal Government, May 2008, p. 38），就其提供食物和饮料的定位以及针对的顾客群体而言，一些餐饮场所的收入可能会大幅下降。联邦统计局（Statistisches Bundesamt）的一项研究证实了这一点。根据这项研究，相较于尚未在餐饮场所禁烟的联邦州，实施禁烟规定的联邦州中餐饮场所收入的下降幅度明显更大，尤其是那些以提供酒精饮料为主的餐饮场所（Press Release of the Federal Statistical Office of 6 June 2008 - 207/08）。

即使那些禁烟规定生效时间较长的国家对经营者未来收入恢复甚至提升的报告是合理的，且在德国也将如此，餐饮场所的经营者也必须长时间内忍受低收入，直至实现上述的收入恢复和增长；然而，这段时期的低收入本身就可以迫使经营者暂时甚至长期停业。

(b)不过，餐饮场所的禁烟规定服务于重大的公共利益目标。首先是保护公众健康，这在《基本法》的价值秩序中非常重要（BVerfGE 110, 141 [163]）。从《基本法》第2条第2款中可以推断出国家保护义务，包括对健康危害风险的预防（BVerfGE 56, 54 [78]）。

科学研究表明，许多死亡可归因于二手烟引发的疾病，因此这也涉及对生

命的保护。在这方面，宪法也对国家施加保护义务，要求国家保护和促进个人的生命（BVerfGE 39, 1 [42]; 46, 160 [164]; 115, 118 [152]）。

州立法机关认为上述法益面临显著威胁，对此不存在宪法异议，因为州立法机关在此可依据科学通说，即香烟含有具有遗传毒性的致癌物质，即使最小的烟草烟雾也会造成健康风险（见上文B.I.(1) b bb 2(a)）。【872】

2)对于特定的生活领域，决定是否应该、或在何种程度上、以何种方式抵御可能出现的损害属于立法机关的事务（BVerfGE 110, 141 [159]; BVerfGE 111, 10 [38 and 39, 43]）。该情形下，立法机关原则上享有自由决策、评估以及采取具体行动的空间（BVerfGE 96, 56 [64]）。

这使得立法机关在选择保护方案时，能够考虑到与其所追求公共利益价值相驳斥的利益，从而通过分配和平衡相互冲突的法律利益来制定解决方案。在极少数例外情形下，可以从宪法中推断出具体的保护义务，要求立法者必须采取特定行动；通常而言，保护方案的确立和规范实施都由立法机关负责。

3)基于其决策空间，立法机关可以优先考虑健康保护而限制诸如餐饮场所经营者的职业自由和吸烟者的行为自由等自由权，并制定餐饮场所严禁吸烟的规定。

(a)健康与生命属于特别重要的法益，因而可以通过干预职业自由的手段来保护健康与生命（BVerfGE 17, 269 [276]; 85, 248 [261]; 107, 186 [196]）。从宪法角度来看，立法机关无需考虑餐饮场所经营者的职业自由，而在禁烟方面对建筑物和完全封闭空间中的餐饮场所适用特殊例外规定。立法机关可以选择保护非吸烟者，优先考虑有效保护人们免受二手烟的危害，因为如果对设置吸烟室的餐饮场所或帐篷餐饮等规定了例外情形，便部分放弃了健康保护目标。为避免“对非吸烟者的保护显著减少”，联邦立法机关在《防范二手烟危害法》

（Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens, 20 July 2007, Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt - BGBl.*] I p. 1595）第1条第3款第2句中规定，不允许对火车、电车、公共汽车和飞机等公共交通工具禁烟的规定设立任何例外情形（Bundestag document 16/5049, p. 9）。

(b)如果保护的法益具有很高的价值，立法机关便无需为那些座位有限、专门提供酒精饮料的小型餐饮场所（“街角酒吧”）设置例外条款。【873】

一项限制职业自由的法律即使符合比例原则，但如果没有考虑到受影响职业群体内部的典型区别，仍会违反《基本法》第12条第1款以及第3条第1款。在没有充足的客观理由的情况下，如果不仅仅是群体中个别成员，而是尽管可能数量有限却构成了典型情况的那部分成员承受了加重负担，则违反了上述条款（BVerfGE 25, 236 [251]; 30, 292 [327]; 59, 336 [356]; 68, 155 [173]; 77, 84

[113])。

因此，立法机关需考虑一项法律规定带来的不同影响，同时通过规定例外情形等方式作出进一步区分（BVerfGE 34, 71 [80]）。

不过，在此无需判断小型单间餐饮场所是否满足予以特别对待的条件，因为有充足的客观理由证明对这一群体施加诸如经济等加重负担是合理的，因而不需要区别对待的规定（BVerfGE 34, 71 [79]）。

如果立法机关选择严格禁烟，就不必考虑对小型餐饮场所作出例外处理。因为这种例外规定与《基本法》赋予立法机关的规范目的相反，保护公众免受二手烟的健康风险这一目标将不得不在餐饮业一个不小的部分中被完全和永久地放弃。然而，小型餐饮场所经营者特殊的职业和经济利益也不能迫使立法机关完全放弃其在一个存在不可忽视风险的领域中，严格追求具有显著重要性的公共利益之决定。

(c)即使考虑到那些吸烟顾客的利益，餐饮场所严格禁烟的规定也并非不合比例。禁烟规定对吸烟者的限制确实不可小觑，光顾餐饮场所是参与社会生活的一个不可忽视的方面，而强制禁烟使他们难以在餐饮场所停留。然而，禁烟所追求的保护目的非常重要，对吸烟者行为自由的干涉（《基本法》第2条第1款）并非不相称的，尤其是考虑到吸烟者仍有暂时离开餐饮场所吸烟的可能性。在这种情况下，吸烟者并没有遭受不被允许的限制，这种干涉尤其没有强迫他们保护自己免受危害（BVerfGE 59, 275 [278 and 279]）。州的非吸烟者保护法之目的既不是防止成瘾，也不是保护个人免受自己伤害，而是保护人们免受二手烟的危害（《巴登-符腾堡州非吸烟者保护法》第1条第1款第2句；《柏林市非吸烟者保护法》第1条）。这里涉及的不是对吸烟者健康的保护，而是在相应情形下对其他非吸烟者健康的保护。

餐饮场所的非吸烟者顾客同样没有被迫接受免受二手烟危害的保护。这样的法律规定只是考虑到无烟公共空间没有足够位置时，非吸烟者别无选择，只能在光顾餐饮场所时接受二手烟造成的健康风险（见上文B.I.(1) b) bb) 1)）。不应迫使非吸烟者必须以损害其自身健康为代价，才能够参与这部分社会生活。

4)然而，如果并非严格禁烟，而是像本案中州立法机关这样选择一种防范二手烟风险的方案，侧重考虑餐饮场所经营者和吸烟者的利益，相对地部分放弃健康保护目标，就会在比例审查中产生不同结果。

(a)如上文所阐述（见上文B.I.(1) b) dd) 3)），立法机关可以完全无视餐饮场所经营者和吸烟者的利益。然而，考虑到立法机关有自行评估、权衡和采取行动的空间，立法机关也可以选择一种保护方案，平衡餐馆经营者和吸烟者的

自由权利，不那么严格地追求保护非吸烟者健康的目标。在此并不能看出州立法机关在选择方案时，以不符合宪法的方式对各方利益进行了错误权衡。

然而，选择这样一种方案为餐饮场所经营者和吸烟者的自由权利提供了更大空间，却会影响干预基本权利的比例原则审查。因为在决定采取某一方案时，州立法机关会评估这一方案给有关各方法益带来的损益，并权衡由此给有关各方法益造成的后果。在宪法规定的框架内，立法机关将决定其追求的公众利益在比例原则审查中的价值（BVerfGE 115, 205 [234]）。

(b)在巴登—符腾堡州，州立法机关最初在《非吸烟者保护法》第7条第1款第1句中规定所有餐饮场所禁烟，而没有根据餐饮场所的规模、此前用途或其他特点（例如经常光顾顾客群体）进行区分。然而，《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第1款第3句规定帐篷餐饮、户外餐饮和流动经营属于禁烟令的例外情形，第7条第2款规定可以设置单独的吸烟室。柏林市亦有类似规定。在柏林，餐饮场所禁烟规定（《柏林市非吸烟者保护法》第2条第1款第8项）适用于帐篷餐饮（《柏林市非吸烟者保护法》第2条第2款），《柏林市非吸烟者保护法》第4条第3款第1句规定允许设立吸烟室。因此，这两个州实际上允许例外情形，因而降低了追求保护健康目标的强度。【875】

设置吸烟室会明显减损健康保护目标。如果立法机关允许设置这一例外，非吸烟者顾客就可能因与吸烟者同行或因禁烟区客满而进入吸烟室。上述禁烟规定未禁止儿童和青少年呆在吸烟室，那些被成年同行者带进吸烟室的儿童和青少年将会受到影响。州立法机关追求的公共利益目标包括保护餐饮场所员工的健康（见上文B.I.(1) b) aa) 1），但那些必须进入吸烟室给顾客提供服务的员工也要容忍相应的健康风险。最后，科学研究表明，在吸烟室内散发的烟草烟雾毒素不会完全远离临近的禁烟区，因而也会对禁烟区的人造成影响（Blank/Pötschke-Langer, in: Deutsches Krebsforschungszentrum [ed.], Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, 2007, p. 18）。

在巴登—符腾堡州，啤酒、葡萄酒帐篷以及节日帐篷可以例外不适用禁烟规定（《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第1款第3句），这在效果上也并无不同。即使对临时场所而言，帐篷餐饮不适用禁烟规定也严重影响非吸烟者保护目的的实现，因为顾客根本不可能避免接触烟草烟雾，何况巴登—符腾堡州法律未对上述场所的时限和临时与否作出规定。在此，并不能充分保证帐篷的通风条件总是或者通常比建筑物好，因此也不能充分保证顾客接触烟草烟雾的可能性明显降低。

【876】 (c)这些例外情形并非基于宪法要求（见上文B.I.(1) b) dd) 2)）。州立法机关自己权衡、决定允许这些例外情形，从而选择了不绝对保护非吸烟者的有限保护方案，考虑到利益冲突而设置了不同的例外情形。在此，立法机关对二手烟危害的评价是影响显著，但并非特别严重，以至健康保护必须全面优先于餐饮场所经营者的职业利益和吸烟者的行为自由。这在宪法上并无不妥。

即使像本案中这样，必须评价小型单间餐饮场所禁烟的合理性，州立法机关仍需保护非吸烟者，特别是在与餐饮场所经营者和吸烟者利益相冲突的情形下。如果立法机关在其享有的决策空间基础上决定对潜在风险作具体评估，从而进行利益衡量，并选择一种立法进路，那么立法机关也必须始终如一地贯彻这一决定。如果同一法律中没有赋予相同风险相同的权重，那么对风险的评估就不是始终如一的（BVerfGE 107, 186 [197]）。

(d)因此，如果州立法机关通过广泛规定例外情况，特别是考虑到了餐饮场所经营者利益的特殊情形下相对弱化合法的健康保护目标的重要性，那么禁烟令对专门提供酒精饮料的小型场所所造成的影响将会在整体权衡框架中获得更大的权重。

这类场所与其他餐饮场所的不同之处不仅在于客座数量少，还在于其专门提供酒精饮料、较少提供食品以及顾客群体的特殊构成。这类餐饮场所中，大部分顾客都是常客，其中吸烟者较多。在这方面，联邦酒店和餐饮协会在一份补充意见中提到了一些调查，根据这些调查，吸烟者在这类餐饮场所的顾客中所占比例至少为50%、通常可高达四分之三以上。由于这类场所空间有限，其经营者通常无法提供吸烟室，其对由吸烟者构成的主要顾客群体的吸引力将显著降低。可以预见，许多吸烟者将不再光顾这些不允许他们吸烟的餐饮场所，或者将大幅减少其停留时间。

【877】 联邦统计局的调查（见上文B.I.(1) b) dd) 1)(a)）证明了收入下降的相关趋势。根据该调查，与那些餐饮场所禁烟令尚未生效的州相比，在餐饮场所禁烟的联邦州，专门提供酒精饮料场所的收入下降幅度明显加大。例如在2007年第三季度，禁烟州此类场所的收入下降了9.8%，而非禁烟州此类场所的收入下降了6.8%；同年第四季度，禁烟州此类场所的收入下降幅度甚至高达14.1%，而非禁烟州则为8.8%。调查同时显示，比较而言，专门提供餐饮的场所的收入在第三季度没有减少，在第四季度只有轻微的减少，因而专门提供酒精饮料的场所尤其容易受到影响。

我们还可以认为，允许设立单独的吸烟室意味着不愿放弃吸烟的顾客将不再选择无法提供吸烟室的小型餐饮场所，而是光顾那些设置了吸烟室的大型场所。禁烟行动联盟（Aktionsbündnis Nichtraucher）在其简报中表达了这样的观

点，即不排除顾客从单间餐饮场所流动到有吸烟室的场所的可能性；德国癌症研究中心（Deutsches Krebsforschungszentrum - DKFZ）在讨论街角酒吧的常客会流向大型餐饮场所的吸烟室这一问题时也表示，出于经济原因，顾客有此行为是非常合理的。就2008年3月开始施行的禁烟令之影响，巴登—符腾堡州酒店和餐饮业协会所做的调查也提到了上述可能引发的顾客行为。根据这项调查，禁烟令产生了负面影响，77.7%的单间场所收入损失达到20%以上，其中61.3%的场所甚至报告其难以维系进一步经营。另一方面，报告显示禁烟令甚至对11.4%的有多个房间的场所产生了积极影响。民意调查机构TNS-Emind的调查证明，小型餐饮场所的常客已经出现了流失，其调查显示禁烟导致24%的受访者不再选择单间酒吧，而是光顾那些单独设置了吸烟室的大型餐饮场所。

禁烟令造成的收入下降对小型餐饮场所的经营者产生了严重影响，即使是临时性场所也不例外。由于客座数有限，这类场所的经营者无法获得较高收入，因此也没有较多积蓄。在固定成本不变的情况下，收入下降会导致营业不良的阶段无法在较长时期内得到弥补，这类场所很快将无法再盈利。

(e)以本案中保护非吸烟者的方案所依据的裁量、评估和行动决定来衡量，期望专门提供酒精饮料的小型场所经营者接受禁烟令给其造成的特殊负担是不合理的。【878】

州立法机关允许餐饮场所中单独封闭的房间例外地不禁烟。那些可以提供单独房间的大型场所仅适用相对的禁烟令，立法机关考虑到了这些场所接待吸烟顾客的利益。另一方面，对于规模较小的餐饮场所来说，如果其无法设置单独房间，就必须遵守绝对的禁烟令，由于占地面积有限，此类场所通常无法设置单独房间。对保护目标的严格追求只针对这些小型场所的经营者。因此，二手烟的健康危害在与餐饮场所经营者的职业自由的权衡中被赋予了不同的权重。

由于这种不平等的权衡，禁烟令给小型场所经营者造成的经济负担要比大型场所经营者大得多。只有后者才可以通过为吸烟者保留吸烟室使其要约更具吸引力。另一方面，只针对小型餐饮场所的绝对禁烟规定造成的不利影响反映为收入下降，这可能威胁到这些小型餐饮场所的存续。主要受影响的是那些专门提供酒精饮料的小型场所。州立法机关不想不加限制地追求健康保护目标而考虑到了餐饮场所经营者的职业利益，但这类场所的经营者却必须严格遵守禁烟令，这甚至可能导致其难以维系经营。鉴于在预期保护目标上的相对妥协，和州立法者试图通过颁布禁烟令实现的公共利益相比，禁烟令强加给这些经营者负担的严重程度不再具备合理性。

在选择保护非吸烟者的方案时，应该考虑到专门提供酒精饮料的小型场所

的利益，因为它们尤其受到餐饮场所禁烟令的不利影响。但事实上，正如立法材料所显示，这方面没有得到任何应有的重视。相反，禁烟令规定的例外情形，例如允许设立吸烟室，额外造成了这些小型场所经营者经济状况的恶化。州立法机关对保护非吸烟者方案的选择导致这些小型场所的经营状况进一步恶化。由于这些场所无法提供吸烟室，它们的经营者不仅要忍受吸烟者完全放弃光顾或缩短停留时间而造成的损失，还要承受如今经常光顾带有吸烟室的餐饮场所这部分顾客的流失。因此，法律规定加重了小型场所经营者的负担，使得可设置单独吸烟室的大型场所在经营竞争中具有优势。在这样的背景下，不能仅认为法律规定对不同类型餐饮场所的不同影响是其各自的经济表现和竞争现象，而不予考虑。

【879】诚然，在本案中，州立法机关所选择的保护非吸烟者的方案是遵循下列逻辑的，即在任何特定的餐饮场所，顾客都应当有可能找到一个不会接触到烟草烟雾的座位，这一点应予肯定。然而，由于吸烟室占用空间，使得非吸烟区的位置减少，顾客不得不到吸烟室去，这已经限制了上述原则。此外，巴登一符腾堡州将帐篷餐饮完全排除在禁烟令适用范围之外，放弃了以单独房间为例外的理念。最重要的是，立法机关所选择的保护方案本身偏离了利益平衡的基本原则，没有考虑到特别受禁烟令影响的小型餐饮场所的利益，只片面考虑到了餐饮场所非吸烟者顾客的利益。

然而，对非吸烟者参与社会生活而言，光顾那些专门提供酒精饮料的小型单间场所通常并不重要，因此现行规定对保护非吸烟者的目标只有微小的促进作用。联邦酒店餐饮业协会（*DEHOGA Bundesverband*）引用了6-8万家单间餐饮场所的数据，但除此以外还有大约24.3万家酒店和餐厅，因此这一数据意义不大。这一数据既没有对单间场所专门提供食品还是酒精饮料进行区分，也没有说明空间大小以及是否有可能设置吸烟室。由于小型场所的容纳能力较小，单间场所在餐饮场所总数中所占份额不能表明其客座数在客座总数中占有相应份额。相反，对有效保护非吸烟者这一目标来说，专门提供酒精饮料的小型单间餐饮场所并不重要，因为它们的顾客群体中吸烟者比例极高。最重要的是，随着禁烟令的生效，它们的收入明显下降，这表明这些小型场所的经营者不能以其提供的服务吸引更多的非吸烟者顾客。因此，州立法机关必须承认，将专门提供酒精饮料的小型单间场所划为禁烟规定的例外情形，不会对充分保护非吸烟者的目标造成严重影响，因为在整个餐饮业所有场所中仍有足够数量的禁烟客座。

【880】(2)第三诉愿人的宪法诉愿针对《巴登一符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第2款第2句，它也是成立的。与第一诉愿人和第二诉愿人不同，第三诉愿人并

非额外寻求餐饮场所禁烟的更多例外，而是反对剥夺其根据法律规定应享有的例外。这一诉愿应予支持。《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第2款第1句规定，不接待青少年的迪斯科舞厅也被排除在可以设置吸烟室的范围之外。这不符合《基本法》第12条第1款和第3条第1款的规定。

a)无论直接来源于《基本法》第12条第1款的要求如何，从事某职业或专业的法律规定只有在其他各方面均符合宪法，尤其是符合《基本法》第3条第1款规定的一般平等原则时才能有效（BVerfGE 25, 236 [251]）。

《基本法》第3条第1款规定的一般平等原则要求立法机关对本质上相同的事物同等对待，对本质上不同的事物区别对待（BVerfGE 1, 14 [52]; 98, 365 [385]; 116 [180]）。

然而，这并非完全禁止立法机关作出区分。事实上，根据所涉及的规范对象和差异特征，一般平等原则所施加的限制是不同的，即从单纯的恣意禁止到要求严格遵守比例原则（BVerfGE 110, 274 [291]; 117, 1 [30]）。

由于法律面前人人平等的原则主要是为了防止对个人不合理的区别对待，出现对不同人群实行不同对待的情形时，立法机关通常需严格遵守这一原则（BVerfGE 88, 87 [96]）。因此，在涉及不同群体的法律规定中，立法机关对规范对象中的一个群体有区别于其他任何群体的措施；如果两个群体之间没有足以证明区别对待合理性的性质和重要程度上的差异，即侵犯了平等权（BVerfGE 102, 41 [54]; 104, 126 [144 and 145]; 107, 133 [141]）。

如果对事实的区别对待间接导致对人群的区别对待，上述原则仍适用。因此，区别对待对行使受宪法保护的自由，即《基本法》第12条第1款保护的选择职业或专业的自由产生的负面影响越大（BVerfGE 62, 256 [274]），立法机关享有的决策空间就越小（BVerfGE 92, 53 [69]）。

一般平等原则既适用于不平等的负担，也适用于不平等的优待。如果涉及给予一个群体优待而拒绝给予另一群体，不平等地将某一群体排除出优待的范围，也是宪法禁止的（BVerfGE 116, 164 [180]及其中更多文献）。【881】

b)以这一标准衡量，将迪斯科舞厅普遍排除于《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第2款第1句中规定的“单独吸烟室例外地不受禁烟令限制”的优待之外是不合理的。

aa)这里要判断一般的餐饮场所和那些类型特殊的“迪斯科舞厅”（《营业许可法》（Gaststättengesetz - GastG）第3条第1款）之间的区别，这涉及到对事实的区别对待。不过，在审查中应认为立法机关受到严格的约束，因为在这里对事实的区别对待导致对人群的区别对待。《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第2款第1句和第2句中的区别规定禁止迪斯科舞厅的经营者为顾客提

供吸烟室，这是与其他餐饮场所的经营者不同的。其结果是，迪斯科舞厅的经营者无法自由追求其职业并使他们所经营的餐饮服务对吸烟者顾客产生吸引。因此，对事实的区别对待对行使基本权利所保护的自由，即职业自由产生了不利影响，第三诉愿人作为有限合伙企业，可以根据《基本法》第19条第3款提起诉讼（BVerfGE 105, 252 [265]）。

bb)上述区别对待没有充分理由。

1)根据巴登—符腾堡州政府法律草案的立法说明，《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》在迪斯科舞厅全面禁烟特别要保护青少年免受二手烟的危害。由于迪斯科舞厅中有害物质浓度特别高，顾客在其中活动将吸入较多含有有害物质的室内空气（Landtag document (Landtagsdrucksache - LTDrucks) 14/1359, p. 16）。

上述文件还指出，在迪斯科舞厅禁烟的规定没有例外也是必要的，因为在青少年中，模仿和跟风效应影响显著。如果迪斯科舞厅里有一个吸烟室，而圈子中的核心人物待在吸烟室中，同侪压力会导致非吸烟者也进入到吸烟室，从而暴露在二手烟中（Landtag document 14/1359, p. 24）。

【882】 2)上述理由的性质和重要程度不足以证明，为迪斯科舞厅和其他餐饮场所赋予不同的法律后果是合理的。

(a)首先是立法机关假定迪斯科舞厅的顾客需要更多的保护。立法机关在评估威胁公共利益的危险方面确实享有一定的自由空间。州立法机关关于迪斯科舞厅中有害物质聚集的考虑因此并无宪法异议。在此，立法机关可以依据相关科学研究，例如上文中提到过的由巴伐利亚州健康和食品安全局（Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit）主持进行的研究项目的结果（见上文 B.I.(1) b) bb) 2)(b)）。根据这一研究，在所有餐饮场所，无论其类型如何，室内空气均被烟草烟雾中的有毒和致癌物质严重污染，其中迪斯科舞厅中的污染程度最大。然而，这并不意味着，在其他餐饮场所允许设立吸烟室的情形下，必须把迪斯科舞厅完全排除在这一例外之外。如果仅在完全独立的房间内吸烟，那么在迪斯科舞厅中，二手烟危害会由于其特殊的经营类型而增加的论点就不成立了。严格遵守《巴登—符腾堡州非吸烟者保护法》第7条第2款第1句的要求可以防止对非吸烟区的顾客造成危害，在迪斯科舞厅中设立吸烟室也应如此。根据这一立法，设置吸烟室不得损害对非吸烟者利益的保护，因此，有必要采取技术措施，确保烟草烟雾没有对吸烟室外的空气质量造成危害。

(b)模仿和跟风效应在青少年或年轻的成年人中或有重要影响，但无法证明区别对待迪斯科舞厅与其他类型餐饮场所的合理性。

立法机关在评价中享有自由空间，其假定青少年面临这种风险不存在宪法

异议。然而，在迪斯科舞厅全面禁烟而不设置任何例外的规定，对防止青少年跟随他们所处圈子或其他人进入吸烟室而言并非必要。例如，《柏林市非吸烟者保护法》第4条第3款第2句规定，排除设置吸烟室可能性的情形仅适用于允许18岁以下人员进入的迪斯科舞厅，这已经足够实现对这一人群的预期保护。包括第三诉愿人在内的许多迪斯科舞厅经营者为其顾客群体设置了年龄限制，从而自行决定他们是放弃设置吸烟室还是限制一部分人进入。这样的规定给迪斯科舞厅经营者提供了选择的机会，这是比在迪斯科舞厅全面排除设置吸烟室的可能性更温和的手段。

对于防止成年人之间的跟风效应和同侪压力这一目标而言，排除在迪斯科舞厅设置吸烟室的可能性也是不合理的。州立法机关普遍允许在餐饮场所设置吸烟室，这表明立法机关接受了非吸烟者也可能进入吸烟室的事实，同时也意味着立法机关意识到成年人之间存在跟风效应和同侪压力，上述影响不能以一种违背平等的方式仅在迪斯科舞厅的情形下予以排除。即使立法机关认为，由于迪斯科舞厅的顾客主要是年轻的成年人，跟风效应和同侪压力的影响因此增加，也可以通过一种更简单的降低吸烟室吸引力的方式来抵消这种影响。尤其可以考虑禁止在吸烟室中设置跳舞区的可能。在一些州已经有这样的规定，例如不莱梅（不莱梅《非吸烟者保护法》（Bremisches Nichtrauchererschutzgesetz - BremNiSchG）第3条第6款第3句）、莱茵兰—普法尔茨州（莱茵兰—普法尔茨州《非吸烟者保护法》（Nichtraucherschutzgesetz Rheinland-Pfalz）第7条第1款第2句）、萨尔州（萨尔州《非吸烟者保护法》（Nichtraucherschutzgesetz）第3条第5款第2句）和图林根州（图林根《非吸烟者保护法》（Thüringer Nichtrauchererschutzgesetz-ThürNRSchutzG）第5条第3句）。

II.

受到质疑的法律规定违宪并不导致其无效。由于州立法机关重新进行规范时可以在多个可能方案中进行选择，因而只能确认现行法律规定不符合《基本法》（BVerfGE 117, 163 [199]）。

“乙二醇葡萄酒案”

BVerfGE 105, 252

1. 译者注解

葡萄酒丑闻和亚洲教派似乎没有任何共同之处，¹⁴⁷但宪法法院在2002年同

¹⁴⁷ 奥修（Osho）是印度神秘教派Rajneesh Chandra Mohan的追随者起的名字，该运动也

一天作出的两项裁决处理的是同一个法律问题：联邦政府能否就感知到的危险发出警告，通过发布信息或在议会问答环节中给出某些答案、发表演讲或发表报告？¹⁴⁸

【884】 在乙二醇案中，相关的联邦部长公布了一份在测试后发现有毒化学乙二醇的葡萄酒清单。该出版物明确表示，结果仅适用于经过测试的葡萄酒，同一来源的其他葡萄酒很可能不会受到影响。当这起乙二醇丑闻爆发时，对葡萄酒销售数据的影响是灾难性的，但那些在警告名单上的企业尤其受到影响，尽管他们的大部分葡萄酒都是干净的。在奥修案中，该教派抱怨负面报道、演讲和政府对议会提出的有关“心理教派”造成的危险的问题的回答。

警告意味着警告所针对的危险或风险。风险防范和损害控制是除追究犯罪分子外的核心警察工作。在德国，警察在行使预防职能时属于各州的专属管辖范围。联邦政府无权在这方面采取行动。因此，由于联邦一级缺乏管辖权，这些警告可能被视为违宪。然而，法院却持有不同的看法。它区分了两类行为：一方面，通过立法和行政行为采取的行动必须遵守联邦一级和各州之间的权力划分；另一方面，纯粹的“政治领导”（Staatsleitung）则通过和其他国家机关或相关公众之间的沟通来行使。这种沟通领导是任何政府一般意义——在上述两种情况下，尤其是联邦政府——的固有权力。但即使是这种沟通努力，也必须符合《基本法》保护的基本权利。在奥修案中，这涉及《基本法》第4条对宗教自由的保障；法院认为，描述奥修运动的无理贬义形容词之使用违反了该条。在乙二醇案中，这涉及第12条的职业自由保障。法院认为没有违反相关基本权利，因为公布的有关受乙二醇影响的葡萄酒的信息是正确的。

两个案件的案件编号都指向1991年。¹⁴⁹宪政法院花了11年来裁决这些案件。两起案件的事实可以追溯到1985年及以前。虽然这不是宪政法院诉讼程序长度的标准，但它确实说明了在涉及宪法裁判时，正义并不总是迅速的。

【885】 2.判决概要

(1)只要对竞争因素的影响不扭曲市场、且符合国家信息发布行为的法律规定，政府公开市场信息的行为不干预市场竞争者基于《基本法》第12条第1款享有的基本权利保护范围。在这个方面，存在相关国家任务、遵守权限规定、遵守对信息准确性与客观性的要求，在宪法上具有重要意义。

挂名为Shree Rajneesh或Bhagwan.

¹⁴⁸ 鉴于两个判决的法律问题有此相似性，在此仅提供“乙二醇葡萄酒案”的翻译。

¹⁴⁹ “乙二醇葡萄酒案”判决：1 BvR 558, 1428/91；奥修案判决：1 BvR 670/91.

(2)在联邦政府通过发布信息来履行国家责任的职责限度内，联邦政府有权基于其管理职责进行信息工作。

第一庭2002年6月26日判决，1 BvR 558, 1428/91.

3.案件事实

1985年春天，在德国销量相当可观的葡萄酒突然被报道出掺有乙二醇。乙二醇通常用作防冻剂和化学溶剂。这一消息引发了众多媒体讨论，同时让民众感到不安。随后，葡萄酒销量急剧下降。

在该背景下，联邦卫生部公布了1985年7月至12月期间发现的含有乙二醇的葡萄酒产品清单以及生产商名称。清单同时指出，相关生产商在市场上售卖的其他葡萄酒产品可能不含乙二醇。

诉愿人为上述清单涉及的生产商，他们的葡萄酒销量大幅下滑；随后，这些生产商向法院提起诉讼，请求确认联邦卫生部公开信息行为违法。以往诉讼均未得到法院支持（最近一次是BVerwGE 87, 37）。

联邦宪政法院驳回了宪法诉愿。

4.判决理由选译

【886】

.....

C.

诉愿人的诉讼理由不成立。联邦政府公布含有乙二醇的葡萄酒清单以及被申诉的法院判决没有侵犯诉愿人依据《基本法》第12条第1款第1句、第14条第1款第1句、第3条第1款和第2条第1款享有的基本权利。

I.

诉愿人依据《基本法》第12条第1款享有的权利没有受到侵犯。

(1)《基本法》第12条第1款规定的职业自由权保护所有德国人自由选择、从事职业或专业的权利。职业行为是指长期的、维持生计的行为（BVerfGE 7, 377 [397 et seq.]; 54, 301 [313]; 68, 272 [281]; 97, 228 [252-253]）。《基本法》第19条第3款规定的基本权利适用于法人从事的任何商业活动。就本质和性质而言，保护职业自由对法人和自然人的适用并无差别（确立的判例法参见BVerfGE 50, 290 [363]）。

以上内容适用于本案。

(2)在现行经济秩序下，《基本法》第12条第1款规定的职业自由主要保护个人或企业的职业活动（BVerfGE 32, 311 [317]）。

职业自由不保护个人免于遭受市场中准确且客观信息的影响，即使信息内

容可能对个别竞争者造成不利后果，这些信息对市场竞争中参与者的行为具有深远意义。但是，联邦政府必须遵守信息公开的法律要求。

a)企业在市场上的经营活动需遵守竞争原则，自由从事这类活动的保护范围同样受竞争秩序法律规定的限制。基于此，《基本法》第12条第1款保护符合规定范围内参与市场竞争的权利。尤其需要注意的是，基本权利并不保障竞争过程中取得成功的权利，以及未来可能获得的收入（BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]）。

【887】 的确，市场参与者所处竞争境况、相应的销售和收入都会随着市场条件的变化而不断变化。

b)活跃于市场的企业置身于信息交流，因此也面临受对其产品质量或经营行为的质疑。受此影响的企业可以利用自己掌握的信息，如通过广告宣传、突出产品质量的手段来消除负面消息的影响。职业自由也保护公众形象，这包括为了促进企业成功而做的企业或者其产品的广告（BVerfGE 85, 97 [104]; 85, 248 [256]; 94, 372 [389]）。

然而，职业自由没有赋予企业对公共形象享有排他性的权利，对其市场形象的保护也不是不受限制的。企业自然可以决定如何在竞争过程中展示企业和产品。但依据《基本法》第12条第1款规定的职业自由，企业并不能要求他人仅以他们希望被看到的方式，或他们看待自己和产品的方式来描绘企业及其产品。与诉愿人的意见相反，这种权利与一般人格权不同，不包含以上排他性权利（BVerfGE 97, 125 [149]; 97, 391 [403]; 99, 185 [194]; 101, 361 [380]）。

c)竞争的作用在于确保市场参与者最大限度获得市场相关信息。首先，市场参与者了解相关信息能够确保其作出符合自身利益的决策，同时兼顾市场情况，如商品、服务的供求与需求。这类信息间接优化了市场上可获得的产品质量与种类。若消费者无法获取相关信息，便无法合理判断产品是否能够满足其需求。向消费者提供信息同样能够影响产品提供者，即产品提供者对消费者需求的回应。相应地，若缺乏与决策相关信息，便会危及市场自我调节能力。

然而，市场本身不是确保信息开放性处于某种程度或较高度度的机构；市场上可获得的信息往往是不充分的，信息同样有选择地传播。此外，并不是所有在市场上能够获取的信息可以被同等接收和处理。在该种情况下，发布信息（包括政府信息）或限制有利信息的传播能够增强市场竞争功能。

【888】 d)法律制度旨在确保市场信息处于较高水平，从而保障市场的透明性。例如反不正当竞争措施、确立广告规制以及消费者保护措施能够实现市场透明性。尤其需要指出，《反不正当竞争法》（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG）第1条禁止违反公共政策的信息传播，从而避免市场参与

者受到欺骗、保障市场的运作机制。这也是违反公平竞争的（ss. 2 et seq. of the Act against Unfair Competition）。相应地，诚实原则意味着禁止欺骗，该原则属于竞争法的主要原则（Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22nd ed., 2001, marginal note 5 on s. 1 of the Act against Unfair Competition）。

司法实践丰富了反欺诈标准，同时对《反不正当竞争法》中有关贸易活动陈述的准确性提出了具体要求（Federal Court of Justice, NJW 1987, p. 2930 [2931]; Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* - BGHZ) 139, 368 [376]）。

然而，当信息通过竞争对手以外的机构传播时，市场透明性目标同样能够实现（Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters 65, 325 [332 et seq.]）。

在竞争过程中，政府传播与市场竞争相关信息时，政府本身并非市场中的竞争对手。

e)只要对竞争因素的影响不扭曲市场并符合国家信息发布行为的法律规定，政府公开市场信息的行为不干预市场竞争者的基本权利。在这个方面，相关国家任务、遵守权限规定(aa)、遵守信息准确性与客观性的要求(bb)是本案涉及到的重要宪法问题。

aa)政府公开信息，以采取行动的机构享有权限为前提(1)，同时应当遵守权限的界限(2)。

1)如果政府或行政部门的职责可以通过发布信息来履行，那么相关职责的分配应当包括从事信息活动的权限。

这适用于政府履行管理职责的情形。管理职责旨在实现民主国家中尤为重要的政治正当性，包括在行政领域之外参与实现具体的公共管理任务。进行国家管理的手段不限于立法、制定能够影响法律执行的公共政策，还包括向公众传播信息（BVerfGE 105, 279 [279] - Osho Judgment）。

【889】

在过去一段时间里，政府参与公共沟通的渠道发生了根本转变，未来还将继续变化。无论是大众传媒影响力的扩大、现代信息和通信技术的普及还是新型信息服务的发展，都影响了政府履行职责的方式。传统领域中政府公共关系包含介绍政府措施和项目、介绍和解释政府未来需完成的任务，并寻求社会支持。当下政府信息活动远不仅限于此（Constitutional Court of the Land of North Rhine-Westphalia [*Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen* - VerfGH NW], North Rhine-Westphalia Law Gazette 1992, p. 14 [15-16]）。

例如，政府任务之一是向公众通报其政治活动之外或之前的重要事件。特别是涉及社会问题时，在一个以公民责任感为基础的政治体制中，政府职责包

括公开能够确保公民自担责任、解决问题的信息。相应地，公民期待从政府获得一般情况下无法获得的信息，从而形成自己的意见与判断能力。这尤其适用于一些领域中向公众提供的信息属于特殊利益集团支配的范围，这些信息偏袒于一方，社会自发力量无法形成充分的信息平衡。

就此而言，管理国家不仅包含及时发布公共信息来解决社会冲突，还包括应对短暂出现的挑战、快速有效应对危机以及向公民发布指导。例如当前农业和食品领域的危机表明，政府当局向公众提供信息对有效控制紧张局势十分重要。既然管理危机的作用是快速、有效降低对第三方造成的负面影响，如果国家放弃以教育、建议和推荐行为的方式向公众发布指导的职责，将自己局限于提出立法建议或等待其他政府机构作为，那么管理危机的功能将是不全面的。政府的不作为会被市民认为是失败的，从而丧失其政治正当性。

【890】 2)信息活动中也需遵守权限划分。在联邦一级，联邦总理、联邦部长和联邦政府之间的权限划分受到《基本法》第65条的规定。此外，信息公开同样需遵守联邦和各州之间的权限划分（BVerfGE 44, 125 [149]）。

就此而言，哪个机构享有权限，取决于信息活动的责任属于联邦还是各州，抑或双方均拥有这一权限。

联邦政府承担国家管理责任，而信息活动是这一责任的重要组成部分，它们是国家总体责任的表现。与立法权和行政权不同的是，《基本法》没有明文规定管理国家的权限分配。然而，《基本法》的其他条款已经对这些权限进行了划分，例如在《基本法》第62条及后有关联邦政府组成和职权规定的条文中，或在联邦政府通知联邦议院及其委员会的条款中：这些规范要求政府及其成员对联邦议院负责，并向其提供履行职责所需信息（BVerfGE 13, 123 [125-126]; 57, 1 [5]; 67, 100 [129]）。只要工作属于政府职责范围并需要借助于信息完成职责，联邦政府便可以从事相关信息工作。这类职责的履行职权可以从诸如管理立法活动的规定中推断出来，但需与立法建议相区分。特别是在涉及外国或跨境的国家事项中，只要在全国范围内公开信息有助于解决问题，联邦政府便有权管理国家。在这种情况下，联邦政府可以负责处理相关事项、陈述问题并向议会和公众作出评估；如果联邦认为有必要处理问题，还可以提出建议或警告。《基本法》除了赋予联邦政府上述信息公开权限外，《基本法》第30条还规定了各州权限。《基本法》第83条及其后几条规定不涉及联邦政府在信息公开方面的权限。管理国家活动不包括这些条款中规定的“管理”，联邦政府无权以“管理”为名执行法律。由此，联邦政府信息公开的权限不会因其他法律授权行政当局向公众公开信息和发布警告的规定而受到影响，例如1997年4月22日的《产品安全法》第8条（Produktsicherheitsgesetz- PSG, Federal Law

Gazette I p. 934), 1998年12月11日版本的《医疗产品法》第69条第4款【891】
(Arzneimittelgesetz – AMG, Federal Law Gazette I p. 3586), 或者2001年5月11
日版本的《设备安全法》第6条(Gerätesicherheitsgesetz – GSG, Federal Law
Gazette I p. 866)。

在一些情况下,为了防御危险,具有其他权限的国家机关也可以采取行动,例如州政府有权完成自身的国家管理任务,或者行政机关有权通过警察防控危险,但是这并不意味着联邦政府就不再享有信息权限。然而,如果联邦政府信息公开活动可以包含危机管理所需一切其他信息,但不得包含对一些危险的提示,则可能将导致目标无法达成。信息完整性是信息可信度的重要构成因素。就联邦层面的权限划分而言,联邦政府发布信息并不面临任何质疑只要公开信息与问题相称、方式合理,即与其他政府机构权限发生重叠时,公开信息既不排除各州政府原有职权,也不影响行政机关履行职责。

bb)基于《基本法》第12条第1款规定,公民不能要求政府机构停止发布准确且客观的信息。

原则上,信息的客观性和准确性是促进市场透明度、提升市场运作能力的前提。特殊情况下,即使无法确定信息的准确性,政府权限机构仍有权发布信息。在这种情况下,政府信息公开的合法性取决于政府发布信息前是否仔细审查了信息相关事实情况;适当情况下,还应当听取受影响人的意见,尽可能确保信息的可靠性。即便如此,若事实方面仍存在不确定性,国家传播信息的行为将不受到限制。任何情况下,确保市场参与者知晓相关情况符合公共利益,如事关消费者危险的信息将影响购买决策。在这种情形下,应当将事关信息准确性的不确定因素告知市场参与者,以便他们自行决策如何处理这种不确定性。

与任何政府活动一样,信息必须符合客观性要求(BVerfGE 57, 1 [8])。市场相关信息的客观性取决于信息是否为实现市场竞争功能所必要。公开信息不能包含无关因素。即使信息具备准确性,公开信息不能采用非客观或贬损的方式进行。公开信息应当限制在为传达信息内容所必要的范围,同时需考虑公开信息对市场竞争者的不利影响。【892】

cc)《基本法》第12条第1款确定的基本权保护范围受国家活动限制。这种活动不限于向市场提供有关信息,从而使市场参与者依据自身利益独自作出决策的方式。政府信息公开可能构成对受保护领域的基本权利之限制,特别是在其意图和效果都是为了取代原本构成基本权利限制的政府措施的情况下。政府不得采用效果上与干预措施类似的方式,来规避法律的限制性规定,而是必须满足和基本权利限制相关的法律规定。

如果事后证明信息不准确，由于这些信息影响了市场行为，继续放任信息传播而不予以纠正，便会损害受保护的基本权利。该种情形下，继续传播不准确信息的行为不再享有正当化依据，对基本权利的干预具备违法性。

(3)公布含有乙二醇葡萄酒的清单是毫无异议的。含有乙二醇葡萄酒的清单是准确的，即使这些信息影响了不含乙二醇葡萄酒的销量，尚不构成对职业自由的干预，公开信息没有侵犯基本权利。政府信息公开行为符合法律规定范围。

a)发布清单是一项国家管理措施，属于联邦政府的职权范围。其目的、实质和效果与行政行为不同。

aa)联邦青年、家庭和卫生部长（Bundesminister für Jugend, Family und Gesundheit）行使联邦政府管理职责，其行为旨在处理一场引起公众广泛关注的跨区域葡萄酒市场危机。

清单上列明了市场上不符合产品质量的葡萄酒所涉区域以及所属生厂商信息。这些信息优化了市场透明性，确保葡萄酒市场上的供应商和采购商能够独立作出决策。公布清单的内容和格式还旨在实现其他目的。联邦政府希望满足公众对有效措施的期待，即管理危机并稳定已经崩溃的跨区域葡萄酒市场。在这方面，政府希望供应商和采购商在了解相关信息的基础上独立应对令人不快的危机。政府旨在确保酒商能够调整产品供应、消费者能够调整购买行为。尤其值得注意的是，公布清单确保酒商能够在采购时甄别出有质量问题的葡萄酒，并能在广告活动中指明所涉葡萄酒仅涉及一小部分葡萄酒行业和产品。公开信息旨在恢复市场参与者对其他葡萄酒产品的信心。对含有乙二醇的葡萄酒而言，清单发挥着警告消费者的作用；对其他葡萄酒而言，清单发挥着解除警报的作用。尽管如此，市场参与者决定着相应后果。政府行为仅限于提供相关调查信息。

这份清单是在公众怀有不安的背景下发布的，联邦政府负有减轻公众不安的职责。发布清单旨在以一种复杂方式应对危机，例如重建跨区域葡萄酒市场的信心。发布清单与以预防危险来保护法律利益的行政措施不同，发布清单不是为了处理具体个案、或消除对个人、群体造成的不利影响。尤其需注意的是发布清单不是为了限制其他行政机关采取诸如发布建议、禁止出售含有乙二醇葡萄酒等应对危机的措施。各州仍享有采取措施的可能性，例如各州政府进行的信息公开活动。

bb)联邦青年、家庭和卫生部长在符合《基本法》第65条第2句规定的职权范围内采取措施。联邦享有代表政府行动的机构权限。正如法院支出，“乙二醇丑闻”引发了全体公民的关注，公众呼吁对跨地区影响作出反应。该事件超

出了德国范围，在奥地利的葡萄酒中也检测出了乙二醇。最初需要通过外交渠道从奥地利获取信息，处理海关管制葡萄酒进口的问题。鉴于乙二醇对葡萄酒的作用效果尚不明确，联邦卫生部（Bundesgesundheitsamt - BGA）参与跨地区协调工作是合理的，有助于应对危机局势。联邦政府采取措施属于意料之中。联邦议院曾就该问题对政府活动进行了大量质询。此外，媒体要求联邦政府澄清并采取应对措施。政府以信息公开方式，对涉及公共利益的跨区域事件作出了反应。联邦政府认为，仅各州政府采取应对措施尚不能满足公众对信息的需求。因此，有效管理复杂事件是联邦政府采取行动的原因。

【894】

b)这份名单的公布没有违反信息准确性和客观性标准。

清单所载信息的准确性是无可争议的。清单提供的信息仅限于检查测出含有乙二醇的葡萄酒信息。葡萄酒中含有乙二醇违反法律规定，这些信息对市场行为至关重要。清单中“重要信息”标题下明确指出，市场上同一装瓶商相同名称和外观的葡萄酒可能未掺入乙二醇。此外，不应从含有葡萄酒名称推断出该地区所有葡萄酒产品都含有乙二醇，但是只有公开装瓶商名称和官方编号才能作出推断。

该名单不能被认为是不准确的，因为含有少量乙二醇葡萄酒的市场销路和健康风险问题尚未解决。公开信息能够缓解广大公众的不安。政府向公众公开了可获得的含有乙二醇葡萄酒信息。信息准确性不依赖于是否存在管制规定中的现实危险。政府对经由调查上述葡萄酒而获得的信息没有保密义务。此外，上述信息的准确性和客观性是不容置疑的，因为政府不可能检测出所有可能含有乙二醇的葡萄酒产品。

(4)由于诉愿人根据《基本法》第12条第1款享有的基本权利并未因政府公开含有乙二醇的葡萄酒名单而受到限制，因而被申诉法院判决没有侵犯这一基本权利。另外，无法从宪法角度反驳以下事实：法院认为，及时向消费者公布信息难以避免提及生产商名称；由此，含有乙二醇葡萄酒的相关信息仅在一定程度上适用于受影响主体独自解决问题。

II.

【895】

侵犯其他基本权利的指控也不成立。

(1)公布清单不涉及宪法对财产权的保护范围，并不违反《基本法》第14条第1款。

财产权保护个人在财产方面的自由，确保个人能够自担责任安排生活。财产权保护财产免遭受公权限的恣意干预。《基本法》第14条第1款不保护财产的价值（BVerfGE 105, 17 [30]）。《基本法》第14条第1款只保护法律主体已经享有的合法权益，不保护未来的机会和可能收入（更多文献参见BVerfGE 68,

193 [222])。

由此可见，诉愿人提出，公布葡萄酒清单对葡萄酒销售情况的影响，没有触及《基本法》第14条第1款所保护的财产利益。宪法保护财产的一个特征在于确保财产权人对财产客体的处分权。这包括财产权人转让财产的权利。然而，公开清单行为没有限制诉愿人在市场上出售葡萄酒的权利。根据诉愿人的陈述，受限制的是其继续销售产品的可能性和实现利润的机会。虽然出售一个物的法律权限属于已经取得的权利，受到《基本法》第14条第1款的保护，但是出售财产的可能性不属于已经取得的利益，而属于职业行为。

就保护一个已经建立的企业而言，财产权保障的申诉请求不成立。联邦宪政法院尚未展开探讨，已成立企业是否或在何种程度上属于财产权保障的财产范围（BVerfGE 51, 193 [221-222]; 68, 193 [222-223]）。

这个问题无法在宪法诉愿中得到解决。即使销售和盈利的机会或情况对企业相当重要，这些不属于《基本法》对企业财产权的保护范畴（BVerfGE 68, 193 [222-223]; 77, 84 [118]; 81, 208 [227-228]）。

诉愿人提到的损害企业声誉情形也不例外。企业声誉通常涉及企业前景和有利机会，不属于《基本法》第14条的保护范畴。如果一个企业的声誉是以往经营的结果，它同样不符合《基本法》第14条第1款保护企业财产权的要求（Philipp, Staatliche Verbraucherinformation im Umwelt and Gesundheitsrecht, 1989, pp. 175 et seq.）。

【896】 企业声誉在企业经营过程和企业形象的使用过程中是不断变化的，产生企业声誉的同时也伴随着市场参与者对其形象的质疑，因而企业声誉将持续发生变化。《基本法》第14条只保护法律赋予的合法权利，不保护市场参与者作出的评估，即使这些将产生经济效应。

(2) 尽管第一诉愿人提出意见，过去葡萄酒或起泡酒检测出一氯乙酸或均质乙酸时，并没有向市民发出警告，但这并不意味着政府违反了《基本法》第3条第1款。一项法律措施并不因为其他类似案件的处理方式不同而变得不公。在本案，诉愿人并未主张政府任意，例如具有基于客观立场必须否定的动机。

(3) 《基本法》第2条第1款不能作为评判标准，因为申诉人提出的关于市场竞争参与者的保护问题已为《基本法》第12.1条规定的客观上更具体的基本权利所涵盖（确立的判例法参见BVerfGE 25, 88 [101]; 59, 128 [163]）。

十四、住宅不可侵犯——《基本法》第13条

【897】

“营业场所检查案” BVerfGE 32, 54

1. 译者注解

《基本法》第13.1条保护住宅不受国家侵犯，但在第13.2至13.7条中规定（或者说叙述）了很长的例外（和反例外）情况。本案涉及贸易和手工业协会代表进入企业营业场所，以评估该企业是否能成为协会会员这一法定权利的合法性。两位申请人经营的企业有可能受到这项法定进入权的影响，故其对这项新的法律规定提起宪法诉讼。这一诉愿要获得支持，只有在《基本法》第13.1条的保护范围不仅包括私人住宅，还包括营业场所的情况下。联邦宪政法院通过值得被注意的比较法实践，将《基本法》第13.1条的保护范围拓宽，在私人住宅的基础上将营业场所也纳入其中。

值得指出的是，这个问题多年后在卢森堡的欧洲法院（ECJ）和斯特拉斯堡的欧洲人权法院（ECtHR/ECHR）的判例法中再次出现。在一个关于（当时是）欧洲共同体委员会的垄断调查案件中，欧洲法院认为，营业场所不受相当于第13.1条的欧盟法保护。该条被欧洲法院在其欧盟基本权利理论中承认为欧盟法一般原则的一部分。¹⁵⁰

另一方面，欧洲人权法院在之后的判决中指出，该条款的保护范围应该更广，将营业场所也包括在内，但有一个附加条件，即对营业场所的保护力度要小于对私人住宅的保护。¹⁵¹换言之，欧洲人权法院在权利的保护范围和例外的程度上采取了与德国宪政法院相同的进路。欧洲法院随后纠正了自己的立场，决定按照欧洲人权法院的要求，对营业场所进行保护。¹⁵²

¹⁵⁰ ECJ, Case 46/87, 21.9.1989, 1989 ECR 2859 - Hoechst AG, para. 17-8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61987CJ0046>（最近访问于2019年10月21日）。

¹⁵¹ ECtHR, Appl. No. 13710/88, 16.12.1992, Niemietz/Germany, available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887>（最近访问于2019年10月21日）。

¹⁵² ECJ, Case C-94/00, 22.10.2002, 2002 ECR I-9011, para. 29, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62000CJ0094>（最近访问于2019年10月21日）。

【898】 2.判决概要

(1)《基本法》第13.1条中使用的“住宅”一词必须作广义解释，包括工作场所、营业场所和办公室。

(2)对《基本法》第13.3条中“侵占和限制”一词的解释，必须考虑到私人住宅和工作场所、营业场所和办公室的保护需求的不同。

第一院于1971年10月13日所作判决，1 BvR 280/66.

3.案件事实

申请人是类似手工业企业的业主。在其宪法诉愿中，他们直接挑战《贸易和手工业法》（Gesetz zur Ordnung des Handwerks - HwO）第17条赋予熟练工匠协会的进入并检查营业场所的权利，因为这也适用于他们的营业场所和办公室。《贸易和手工业法》第17条规定如下：

(1)已列入或将列入手工艺登记册的手艺人必须向熟练工匠协会提供有关其企业的性质和范围、企业雇用的熟练和非熟练人员的数量以及企业经营者和企业经理的手工艺相关考试等方面的信息。

(2)熟练工匠协会的代理人有权进入被要求提供此类信息的各方的场所和办公室，并为第1款规定的目的在这些场所和办公室内进行审计和检查。被要求提供此类信息的各方必须容忍这些措施。在这方面，住宅不受侵犯的基本权利（《基本法》第13条）受到限制。

(3)……

申诉人的宪法诉愿未获支持。

4.判决理由选译

（法院直接针对《贸易和手工业法》第17.2条提出的宪法诉愿的可受理性，作出如下裁决：）

【899】 ……

(2)尽管联邦经济部长提出异议，就宪法诉愿对《贸易和手工业法》第20条和第17.2条提出的挑战是可受理的。根据《贸易和手工业法》第17.2条第2句，申诉人有义务容忍这些审计和检查措施，这是由法律的强制力直接规定的。这一义务以熟练工匠协会的行为为前提，即命令其代理人进入房舍进行审计或检查。然而，是否以及何时实际行使这一权利，属于协会的自由裁量权。协会也可以在任何时候派遣其代理人到企业，而不需要遵守任何手续。投诉人既不能事先通过行政法庭对即将进行的检查提出异议，也不能在一开始就拒绝接受这

种检查，否则将可能构成监管犯罪（《贸易和手工业法》第118.1条第2项）。申诉人负有容忍检查的法定义务。

……

（法院接着就宪法诉愿进行说理）……

C.

II.

申请人特别挑战了《贸易和手工业法》第20条，因为该条规定《贸易和手工业法》第17.2条可以适用于申请人。他们认为，允许熟练工匠协会的代理人为进行“审计和检查”而进入其“营业场所和办公室”的权利，构成了对其“住宅不可侵犯”这一基本权利之侵犯。

这些条款的措辞和明显的意图表明，其仅意在允许进入用于商业目的的场所，而不包括企业经营者的私人住宅。因此，如果营业场所和办公室甚至不属于《基本法》第13条意义上的“住宅”，那么申请人的挑战就没有道理。尽管联邦司法部长也这样认为，但联邦宪法法院不能认同这一观点。

(1)《基本法》第13.1条使用了一个早已确立的表述来描述它所保护的这项基本权利的范围。1831年的比利时宪法第10条已经用一个简短而令人难忘的短语表述了这项基本权利：“住宅不可侵犯。”1848/49年法兰克福帝国宪法（Frankfurter Reichsverfassung）关于基本权利的部分（第140条）和1848年12月5日/1850年1月31日的普鲁士宪法第6条都未作任何修改。《魏玛宪法》（Weimar Reichsverfassung）第115条规定：每个德国人的家都是他的避难所，是不可侵犯的。

在普鲁士宪法的管辖范围内，判例法和学术文献一致认为，“住所”一词应作广义的解释，将办公室也包含在内（包括协会的办公室）（见普鲁士高级行政法院的决定[*Entscheidungen des Preußischen OVG*] in *PrOVG* 1, 375; 27, 325; 49, 207 and in *PrVerwBl.* vol. 25 (1903/04), p. 795; 另参见Anschütz, *The Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat*, vol. I, 1912, note II 1 on Article 6)。

【900】

绝大多数魏玛时期的宪法学说都赞同这一观点（例如参见Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14th ed., 1933, comment 1 on Article 115; Giese, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 8th ed., 1931, note 1 on Article 115）。

在起草工作中，Herrenchiemsee的草案（第5条）最初以《魏玛宪法》第115条作为《基本法》的基础。然而，起草者们最终还是恢复了普鲁士宪法和法兰克福帝国宪法的简单表述。起草者们并没有打算改变以前对“住宅”的解释（特别参见联邦议院议员Zinn的发言和v. Mangoldt, *JbÖffR* 1, pp. 139 and

181)。

宪法学研究文献一直采用这种解释，并将办公室纳入基本权利保护的范畴。这有助于强调法律发展的连续性以及该条款的保护性目的，即保障个人人格发展的空间（spatial area），其中也包括不受干扰的职业活动。宪法学研究文献还提到了对“住宅”进行狭义解释所带来的实际困难（对《基本法》的评论，详见v. Mangoldt-Klein, 2nd ed., vol. I, p. 401；Bonner Kommentar - Zweitbearbeitung (Dagtoglou) - marginal note 21 on Article 13；Maunz-Dürig-Herzog, marginal note 1 on Article 13；另参见Gentz, Die Unverletzlichkeit der Wohnung, 1968, pp. 24 et seq.及其中更多文献）。

对国外条款的研究表明，在法律文本相同或基本相同的表述中，对“住宅”一词的广义解释占主导地位（例如参见Switzerland BGE 81 I, pp. 119 et seq.；对于奥地利宪政法院[Verfassungsgerichtshof]，参见其1932年11月22日第1486号判决、1949年3月14日第1747号决定、1955年7月2日第2867号决定及1965年12月16日第5182号决定，以及Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte；对意大利，参见Enciclopedia del Diritto XIII [1964], pp. 859 et seq；Faso, La Liberte di Domicilio, 1968, pp. 34 et seq.；对于美国法兰克福大法官的反对意见，参见Davis v. United States of 10 June 1946 - 328 US 582, 596 and 597，以及See v. City of Seattle of 5 June 1967 - 387 US 541。

(2)即使考虑到上述早期的以及在某种程度上外国的规定给予立法机构比《基本法》第13条更强的侵占权，也没有理由背离对“住宅”一词的广义解释。既然在基本权利保护明显更不发达的时代，营业场所和办公室已经被认为属于公民的个人自由领域，因而受到具体宪法和法律规定的保护，那么便难以理解为何在当下却要将这些场所普遍排除出这一基本权利的保护范围。这显然也违背了1949年《基本法》制定者的基本倾向。此后一个多世纪以来一直保持不变并已成为一种普遍的法律信念的解释规则是，只有在能够证明存在令人信服的客观原因要求淡化实质性内容，并且历史发展至少不妨碍这种淡化的情况下，才可以削减这种基本权利的范围。然而，正如已经证明的那样，本案的情况恰恰相反。不仅基本权利的传统表述被不加改变地承继，权威作者们的解释也清楚而一致地表明，以前的解释应该与承继下来的表述一起被保留。最近的历史经验表明，生活的这一领域很容易受到公共权力的侵犯，因此任何情况下都没有理由认为基本权利应该被限制。在存疑的情况下，应选择最能体现基本权利的法律效力的解释，只有广义的解释才能符合这一原则（BVerfGE 6, 55 [72]）。

此外，这也符合联邦宪政法院为解释职业自由的基本权利而衍生的原则。

如果职业活动被认为构成了个人人格发展的一个重要方面，因而在个人生活行为中被赋予特别高的重要性（BVerfGE 7, 377 [397]; 13, 97 [104-105]），那么为进行这种活动的空间提供有效的相应法律保护是非常合乎逻辑的，并且在没有令人信服的必要性的情况下，无论如何都不能减少已经存在的对这种空间的宪法保护。在这种情况下，必须提到这样一个事实，即只有这种解释才能使法人和组织体受益于这一基本权利的保护，而根据普遍的观点，它们至今仍享有这种保护。

另一方面，《基本法》第13.1条的措辞不能被视为具有决定性意义。这一基本权利的语言表述为了换取一个令人难忘的短语的庄严感，因而牺牲了法律上的精确性。在这种情况下，“住宅”总是被理解为“私人空间”的意思。

(3) 联邦司法部长主张对“住宅”进行狭义解释，显然也是出于这样的考虑：如果将营业场所和办公室纳入《基本法》第13条的保护范围，就不可能维护行政机关进入和检查与商业、劳动和财政监督有关之场所的许多习惯性权利，因为它们不再属于《基本法》第13.3条所载的限制性条款的范围。即便如此，根据限制性条款来界定基本权利的运作范围，并认为鉴于宽泛的解释会带来实际困难，必须选择一个会使限制失去意义的狭义解释，这也是值得怀疑的。事实上，首先必须确定基本权利的实质内容；然后才可以确定在法治原则下可容许的对行使基本权利的限制，同时考虑到自由的基本推定以及宪法上的比例原则及合理性原则。此外，正如后续将证明的，联邦司法部长所担心的实际困难在很大程度上可以通过有区别的解釋加以克服。

(4) a) 将办公室纳入《基本法》第13条的保护范围，首先意味着原则上只能由法官下令对这类场所进行“搜查”（第2款）。联邦司法部长承认，（对办公室及营业场所）原则上存在着与住宅相同的保护需求，他认为，鉴于所有宪政民主国家及德国长期以来都承认对防止搜查的保护也适用于商业及营业场所，因此不存在对（搜查前）事先发出司法命令这一基本要求进行任何限制的问题。然而，如果对“住宅”一词作较狭义的解释，这一保护目的就无法在遵守宪法的前提下充分地实现。【902】

在此没有必要详细确定“搜查”一词在宪法下可以延伸到什么程度（关于这一点，见联邦行政法院的决定[*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - BVerwGE*] 28, 285）；手工业相关立法中规定的进入和检查之权利不构成搜查。

b) 《基本法》第13.3条确保了住宅原则上的不可侵犯性，因为“侵占和限制”并不是“搜查”，只有在非常具体、精确描述的条件下才能进行。就狭义的住宅而言，对可允许的侵占行为的严格限制反映了无条件尊重公民私人领域

的基本要求。在将第3款中的限制解读为“实质上仅适用于住宅”时，联邦司法部长确实走得太远了；因为主管当局进入营业场所和工作场所可以是迅速的，而且是“为了应对流行病的危险”以及“保护处于危险中的年轻人”（即在工作场所保护未成年人的方面）所必需的。然而，事实上，如果办公室被纳入《基本法》第13.3条的保护范围，那么根据一系列法律赋予政府当局为控制目的进入营业场所并进行各种检查和审计的权利是否存在充分的宪法依据是存疑的。在某些情况下，“对抗对公共安全和秩序的严重危险”之目的肯定会使侵占正当化，特别是在对这一条款的广义解释下，如联邦宪法法院1964年2月13日的裁决（BVerfGE 17, 232 [251-252]）所采用的包括对抗即将发生的危险之解释。然而，如果负责监督商业、劳工和财政事务的政府当局被赋予进入营业场所和办公室的权利以审计账簿和记录，或根据经营者披露信息的义务检查商品和设施，那么只有将第3款的适用范围扩大到无法再证明的程度，才有可能推断出这些措施符合对宪法的习惯解释。另一方面，我们有必要同意司法部长的观点，即这种进入和检查的权利往往代表了监督现代商业活动所不可缺少的控制手段；随着政府的控制措施对私营公司的管理产生影响，以及最广义的商业监督相应地变得更加复杂和深入，这种权利对于有效和统一的执法而言甚至变得更加重要。

【903】 联邦司法部长认为，议会委员会并不打算取消其已经意识到的政府当局进入和检查场所的这些权利；他认为，在制定《基本法》第13.3条时，“显然没有考虑到”这些情况。这种观点也见于学术文献（例如参见评论Maunz-Dürig-Herzog, marginal note 22 on Article 13; v. Mangoldt-Klein, 2nd ed., vol. I, pp. 405-406 and Kern in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, vol. II, pp. 105 et seq.）。

因此，正如司法部长所强调的，自《基本法》生效以来，联邦立法机构一直认为《基本法》第13.3条没有排除这种进入和检查场所的权利。当然，司法部长正确地拒绝了依靠习惯法来证明继续进行这一检查的正当性。鉴于《基本法》的制定者总是根据个人基本权利的性质小心调整对权利的限制，因此非常基本的保留意见反对假设习惯法对自由权利的任何限制。此外，在这一领域，确定地建立一个为所有相关方公认的法律信念几乎是不可能的。

c)鉴于这种情况，一种解释似乎是适当和可行的。它首先从“侵占和限制”开始，并以公正地实现基本权利保护目的的方式进行解释，反映了《基本法》制定者的明确意愿，但也适当地考虑到现代国家管理的客观需要。如果营业场所和办公室原则上也包括在《基本法》第13条的保护范围内的话，这种解释是基于以下假设：《基本法》对“私人空间”各类场所的保护程度是不同

的。营业场所和办公室由于其目的和性质，更适合于更大程度的“对外开放”；它们旨在用于社会接触的目的，因此占有者在一定程度上将其从私密领域中释放出来，而狭义上的住宅则属于私密领域。正是为了满足将干扰与私人生活及其展开的空间保持一定距离的更大需要，“侵占和限制”这些术语在涉及狭义的住宅时被解释得更加严格。这意味着进入和检查具有此类性质的场所的权利被排除。因为这正是基本权利的保护性目的的全部效果，即保障个人“安宁”的权利（BVerfGE 27, 1 [6]）。这也适用于同时在这些场所进行职业或商业活动的情况。如果是专门用于商业或商务目的的场所，这种保护的需要会因为占用者本人希望它们实现的目的而减少。这些场所的占用者所从事的活动必然会对外界产生影响，因此也会影响到其他人和公众的利益。因此，负责保护这些利益的当局也应在一定范围内监督这些活动，并可为此目的进入这些场所。这种有目的的过程实际上并不是侵入。因此，企业的所有者通常不会认为当局的代理人进入场所是对其户主权利的侵犯。他的心理抵抗可能是针对检查和审计本身，他认为这是不必要和繁琐的，因此是不合理的；他一般不会认为，仅仅进入他自己通过专用目的向外开放的场所是对其基本权利保护范围之限制。

【904】

如果我们和联邦司法部长一样假设，由于规定的不一致，《基本法》第13.3条“从一开始”就不应该适用于进入和检查营业场所和办公室的习惯权利，那么假设议会委员会也是从这个“不偏不倚”的角度出发的，似乎也不无道理。必须由立法机关在适当的时候决定，是否有机会通过重新制定《基本法》的文本明确表达这一意愿。

(5)如果客观地界定不属于“侵占和限制”的进入和检查营业场所和办公室的权利之界限，即考虑到《基本法》第2.1条以及合比例性与合理性的原则，那么就必须特别要求具备以下条件：

- a)进入场所必须经法律具体规定的授权；
- b)进入场所以及进行检查和审计必须有合法的目的，并且是实现这一目的所必需的；
- c)法律必须使人们能够清楚地认识到进入的目的、允许的检查 and 审计的目标和范围；
- d)必须只允许在该处所通常可用于相关业务或商业用途的时间进入该处所并进行检查和审计。

尽管在这些条件下，当局人员因职责需要而进入营业场所和办公室不应视为对住宅不可侵犯权的限制，但根据事件的性质，不能排除它所实施的行政行为为可能其他层面遭到宪法的反对。

(6)如果适用这些标准，对于本案中受到质疑的《贸易和手工业法》第20条和第17.2条的规定，就不会有任何宪法上的异议。它们服务于行政部门的合法利益，并没有不合理地加重企业经营者的负担。他的私人住宅不受影响。

【905】

“声学监控案”

Acoustic Surveillance, BVerfGE 109, 279

1. 译者注解

《基本法》第13条专门规定了住宅隐私。最初，三个简短的小节足以实现这一目标。然而，在1998年又在第13条插入了四个新的小节，使得该条膨胀到340多字。对第13条进行修正的原因是为了在起诉有组织犯罪和国际恐怖主义方面的严重罪行时能够对住宅进行监听。

法院处理了第79.3条的“永久条款”，该条款通过保障第1条和第20条的原则来限制宪法修正案的范围。正如在有关邮件和其他通讯隐私的案件中，法院继续解释说，宪法立法者的这一限制必须被狭义地解释，并不排除对保障范围的修正。它也不排除政府在起诉严重犯罪的情况下采取不被观察者知道的秘密措施。

然而，法院对此进行了限制。如果监听深入到个人的非常私密的领域，那它就不符合第13条保护的人的尊严之核心。法院特别提到了性关系这个例子。此外，法院还提到了与近亲属和配偶的交流，但这是一个更加复杂的情况，因为与家庭成员的谈话当然也可能包含关于犯罪活动的信息，而这正是侦查人员想要获取的。当这种情况出现或可预见时，监控活动必须立即被停止；这样获得的任何信息必须立即被销毁，不能在法庭上使用。这显然使当局面临的情况变得相当复杂，因为他们必须小心翼翼地踩点，并及时决定何时关闭麦克风。法院还对这种类型的监控施加了时间限制。在私人住宅中进行全天候和长时间的监听是不可能的。法院还指出，德国联邦《刑事程序法典》中涉及监听的具体条款不足以确保上述限制。

2. 判决概要

(1)《基本法》第13.3条在1998年3月26日《修订基本法》（Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes - GGÄndG）的版本中（第13条）（联邦法律公报（Bundesgesetzblatt - BGBl）第1卷，第610页）与《基本法》第79.3条相一致。

(2)《基本法》第1.1条规定了人的尊严的不可侵犯性，它包括承认一个应予绝对保护的私人生活行为的核心领域。这一领域不受因起诉刑事犯罪而对私人住宅进行监听之侵犯（《基本法》第13.3条）。因此，住宅的不可侵犯性（《基本法》第13.1条与第1.1条）和起诉刑事犯罪的利益不能根据比例原则相互平衡。【906】

(3)并非每一种形式的对私人住宅的监听都构成对《基本法》第13.1条规定的人的尊严的实质性内容的侵犯。

(4)允许监视私人住宅的法律权力必须包含对人的尊严不可侵犯性的保障，并符合《基本法》第13.3条的要求及其他宪法要求。

(5)如果根据这种权力对私人住宅进行监听，仍将导致从受到绝对保护的私人生活行为的核心区域收集信息，则必须终止监控，并删除录音。禁止对这些信息进行任何使用。

(6)《刑事诉讼法典》（Strafprozessordnung - StPO）中关于为起诉刑事犯罪而对私人住宅进行监听的规定并不完全符合《基本法》中关于保护人的尊严（《基本法》第1.1条）、法治原则中体现的比例原则、保证有效求助于法院（《基本法》第19.4条）和依法获得听证的权利（《基本法》第103.1条）。

第一院于2004年3月3日所作的判决，1 BvR 2378/98 -/- 1 BvR 1084/99.

3.案件事实

宪法诉愿直接针对《基本法》第13.3至13.6条，以及《刑事诉讼法典》中允许为起诉刑事犯罪而对私人住宅进行监听的规定。

1998年3月通过的宪法修正案将新的第3-6款加入《基本法》第13条。在此基础上，1998年5月的《加强打击有组织犯罪法》（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität - OrgKVerbG）将有关私人住宅监听的新规定纳入《刑事诉讼法典》。

根据《刑事诉讼法典》新的第100c.1条第3款，如果某些事实表明嫌疑人可能犯有该条款中规定的刑事罪行之一，即所谓的目录罪行之一，侦查机关便可以采用技术手段来监控并记录嫌疑人在家中的私密谈话。该目录特别包括被认为是组织犯罪的典型罪行，还包括各种危害国家安全的罪行。根据《刑事诉讼法典》第100c.2条第1句，监控活动只能被用于犯罪嫌疑人家中。然而，《刑事诉讼法典》第100c.2条第5句规定，如果能够以同样的怀疑程度假定嫌疑人出现在其他人的住宅中，那么也可以对这些住宅进行监控。根据《刑事诉讼法典》第100d.2条，监控只能由地区法院（Landgericht）的国家安全法庭下令；或者在存在迫在眉睫的危险的情况下，由地区法院院长下令。关于截获和记录【907】

犯罪嫌疑人享有拒绝作证权的人之间的通信，《刑事诉讼法典》第100d.3条对《刑事诉讼法典》第53条中提到的享有职业特权的人与亲属和专业护理人员进行了区分，后者享有《刑事诉讼法典》第52和53a条意义上的保密通信权利。在与享有职业特权的人谈话的情况下，该规定禁止收集证据；另一方面，在亲属和专业护理人员的情况下，该规定只禁止使用证据，且该禁止不是绝对的，但明确规定要适用比例原则。根据《刑事诉讼法典》第100d.6条，在终止监视活动后，也可以采取法律补救措施。

《刑事诉讼法典》第100条及以下条款规定了所获信息的使用。根据《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项，通过监控获得的个人信息原则上可用于刑事诉讼。该款也可指与命令采取措施有关的诉讼程序或其他涉及根据《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项规定的目录罪行的刑事诉讼程序（《刑事诉讼法典》第100d.5条第2句）。第1款也允许在有限范围内将信息用于预防性警务目的。

针对《基本法》第13.3至13.6条的宪法诉愿被驳回；他们在与刑事诉讼有关的监控措施方面部分胜诉。

4. 判决理由选译

.....

C.

在可接受的范围内，宪法诉愿的一部分是有根据的。对《基本法》第13.3条的修正肯定符合《基本法》第79条的要求。另一方面，《刑事诉讼法典》中受到质疑的条款与《基本法》不完全一致。

I.

通过宪法修正案增加的《基本法》第13.3条符合《基本法》的规定。

(1)《基本法》第13.3条允许对《基本法》第13.1条所载的住宅不可侵犯的基本权利进行限制。这项基本权利为个人提供了一个基本的生活空间，并保证了在这个空间内安宁的权利（见BVerfGE 32, 54 [75]; 42, 212 [219]; 51, 97 [110]）。《基本法》第13.1条特别以防御性权利的形式保护私人空间领域（见BVerfGE 7, 230 [238]; 65, 1 [40]）。

该条款针对的是公共权力的拥有者，它不仅包含了对违背居住者意愿进入和停留于私人住宅的基本禁止（见BVerfGE 76, 83 [89-90]），而且还禁止安装或使用声音监控装置（见BVerfGE 65, 1 [40]）。

在制定《基本法》时，其中第13.1条规定的基本权利主要是为了保护居住者不受政府权力代表的不受欢迎的物理存在。从那时起，危害基本权利的新的可能性就增加了。目前的技术状况也使得以其他方式侵入空间领域成为可能。

如果第1款不包括保护私人住宅不受技术手段的监视，即使这种手段是在住宅外使用，那么包含基本权利的条款的保护目的就会落空。因此，《基本法》第13.3条对《基本法》第13.1条规定的基本权利产生了构成性的限制。

(2)《基本法》第13.3条是以恰当的方式被采纳的。

1998年3月26日的《基本法修正案》将《基本法》第13.3条加入《基本法》，该法明确补充了《基本法》的措辞（见《基本法》第79.1条）。根据《基本法》第79.2条，采纳宪法修正案的法律是由联邦议院和联邦参议院的三分之二多数颁布的。

(3)通过宪法修正案的立法机构也尊重《基本法》对修宪的实质性限制。

a)《基本法》第79.3条禁止对《基本法》进行影响《基本法》第1条和第20条规定的原则之修改。这些原则包括尊重和保护人类尊严的原则（《基本法》第1.1条），但也承认不可侵犯和不可剥夺的人权是每个群体、和平和正义的基础（《基本法》第1.2条）。结合《基本法》第1.3条中对以下基本权利的提及，这些权利的保障原则上不受限制，因为它们是维持符合《基本法》第1.1和1.2条的秩序所不可或缺的（见BVerfGE 84, 90 [121]）。

《基本法》第20.1条和第20.3条所表达的法治和社会国家原则的基本内容也必须得到尊重。

《基本法》第79.3条规定了一个必须严格解释的例外情况，该条并不妨碍立法机构出于适当的理由，通过修正案来修改这些原则在实在法中的具体体现（见BVerfGE 84, 90 [120-121]; 94, 49 [102-103]）。

联邦宪政法院必须尊重立法机关修改、限制甚至暂停个人基本权利的权利，只要其不影响《基本法》第1条和第20条规定的原则。立法机关并未被禁止出于适当的理由修改这些原则中在实体法中的具体体现（见BVerfGE 94, 49 [103-104]）。《基本法》第1.1条所包含的关于个人基本权利的实质性保障必须通过对每个单独条款的独立解释来确定。【909】

宪法修正案不应根据对《基本法》第19.2条所载的基本权利本质的保障来衡量。这一保障对普通立法机构具有约束力，但对有权修改《基本法》的立法机构没有约束力。对《基本法》第19.2条意义上的基本权利本质的影响，肯定会同时限制个别情况下《基本法》第79.3条所保护的基本权利所涵盖的人的尊严的实质性内容。然而，一项基本权利的本质不可能等同于该权利所包含的人的尊严。个案中可能出现的一致性丝毫不改变这样一个事实：受《基本法》第79.3条保护的基本权利所包含的人的尊严是衡量通过修宪限制基本权利的唯一标准。

b)《基本法》第13.3条与《基本法》第1.1条对人的尊严之保障是一致的。

通过审查可能发生冲突的具体情况，可以获得衡量人的尊严的更具体标准。为起诉刑事犯罪而对私人住宅进行声学监控，一般不会违反《基本法》第13.1条以及与《基本法》第1.1条有关的第2.1条所载的人的尊严方面的规定。然而，对私人住宅进行监视的性质和方式可能会导致人的尊严受到侵犯的情况。

《基本法》第13.3条通过明确的法律预防措施来对抗这种可能性，进一步的要求可以从对《基本法》的解释中推断得出。因此，根据《基本法》第13.3条授权对私人住宅进行声学监控的权力并不违反《基本法》第79.3条，因为必要的法律规定可以而且必须确保在个别情况下人的尊严不被侵犯。根据《基本法》第13.3条的权力只包括制定含有这种保证的条款。

aa)人的尊严是一项基本的宪法原则和最高的宪法价值（见BVerfGE 6, 32 [36]; 45, 187 [227]; 72, 105 [115]）。这个意味着价值判断的术语所保障的实质内容必须具体界定。这是由法院根据个案所涉及的事实，通过审查受法律规定影响的各自的生活领域，并分离出各类案件和典型的例子来完成的（见巴伐利亚宪法第100条[*Verfassung des Freistaates Bayern - BV*]，例如巴伐利亚宪政法院判决，*Bayerischer Verfassungsgerichtshof- Bay-VerfGH*, BayVBl 1982, p. 47 [910] [50]）。

在这种情况下，“人的尊严”一词常常通过对侵犯行为的推论来描述（见BVerfGE 1, 97 [104]; 27, 1 [6]; 30, 1 [25]; 72, 105 [115 et seq.]）。

在国家社会主义时期的经历之后，虐待、迫害和歧视等现象最初成为考虑的中心。正如联邦宪政法院在其最初的一项决定中所表述的那样，问题尤其在于保护人们免受“羞辱、污名化、迫害、排斥等”（见BVerfGE 1, 97 [104]）。

此后，对人的尊严的保障成为衡量新威胁的标准，例如1980年代对数据收集和使用的滥用（见BVerfGE 65, 1）。违反人道原则包括涉及信息收集和传播的原则，它是法院在处理德意志民主共和国过去的非公正现象时处理的问题之一（见BVerfGE 93, 213 [243]）。

目前，关于人的尊严的实质性内容的辩论受到涉及保护个人身份以及心理和社会完整性等问题的制约。

1)联邦宪政法院多次强调，使人仅仅成为政府权力的对象不符合人的尊严（见BVerfGE 30, 1 [25-26 and 39 et seq.]; 96, 375 [399]）。例如对待罪犯的方式不得侵犯其受宪法保护的社会尊严和尊重的权利，从而使其沦为单纯的犯罪预防和起诉对象（见BVerfGE 45, 187 [228]; 72, 105 [116]）。

然而，“对象”一词的潜力也受到限制（见BVerfGE 30, 1 [25]）。

人通常是环境和社会发展的对象，也是他们必须遵守的法律的对象。人的

尊严并不仅仅因为一个人成为刑事起诉措施的对象而受到侵犯，而是因所采取的措施的性质在原则上使人对作为主体的人的素质产生怀疑而受到侵犯。公共权力机构对每个人本身所代表的价值缺乏尊重就属于这种情况。采取这种措施也可能不是为了实现有效的刑事司法和调查。

在这种情况下，国家方面的秘密活动本身并不必然侵犯受到绝对保护的尊重权利。在一个人成为监视对象的情况下，这并不强制要求无视该人作为人的价值。在这种监视的情况下，必须保留一个不可侵犯的私人生活行为的核心领域（关于其保障，见BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 32, 373 [378-379]; 34, 238 [245]; 80, 367 [373]）。【911】

如果国家侵入这一领域，就会侵犯保障所有人类在私人事务方面个人发展的不可侵犯的自由。即使是公众的主要利益也不能成为侵犯私人生活这一核心领域的理由，该领域受到绝对保护（见BVerfGE 34, 238 [245]）。

2)对人类尊严的保护也具体体现在《基本法》第13.1条规定的基本权利中。住宅的不可侵犯性与人的尊严密切相关，同时也与宪法要求的无条件尊重个人专属私人领域的“严格意义上的个人”发展紧密相关。个人应被赋予安宁的权利，特别是在他们的私人住所中（见BVerfGE 75, 318 [328]; 也见BVerfGE 51, 97 [110]）。

在私人生活行为核心领域的人格发展包括表达情绪和情感等内部过程的可能性，以及严格意义上的个人性质的想法、意见和经验，并且不必担心此种表达会受到政府机构监视。这种保护还包括情感表达、无意识经验之表达和性表达。这种发展的可能性之前提是，个人有用于此种目的之适当的自由空间。保密通信也需要一个法律提供特别保护的空間基础，因为严格意义上的私人生活行为和公民依赖这种保护。这通常是一个可以对他人关闭的私人住所。如果个人拥有这样的空间，他们就可以独处，并按照他们为自己设定的标准自由发展。私人住宅是一个“终极避难所”，构成了保障人类尊严的手段。这并不要求绝对保护对构成私人住宅的场所，但确实要求保护在这些场所中进行的行为，只要这种行为代表了私人生活行为核心领域内的个人发展。

3)这种保护不能通过在比例原则的基础上平衡它与起诉刑事犯罪的利益而被相对化（见BVerfGE 34, 238 [245]; 另见BVerfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]）。

在一些人看来，总有一些对特别严重的犯罪形式的嫌疑和涉及这种犯罪嫌疑的情况，此时刑事司法的权宜之计会超过对嫌疑人人格尊严的维护。

然而，《基本法》第1.1条和第79.3条禁止国家进行这类评估。

bb)当私人生活行为这一核心领域没有得到尊重时，为起诉刑事犯罪而对私

人住宅进行的声学监控侵犯了人类尊严。

【912】 一个案件的事实是否落入不可侵犯的核心领域，取决于其实质性内容是否具有严格的个人性质，因而也取决于对他人领域或社会利益的影响的性质和强度（见BVerfGE 80, 367 [374]）。

个别案件所涉及的具体情况才是关键（见BVerfGE 34, 238 [248]; 80, 367 [374]）。

在特定情况下，具有决定性意义的是，是否有具体的迹象或典型的证据且没有实际相反的证据，例如在观察内心深处的情感表达或性表达形式的过程中，表明不可侵犯的私人生活行为的核心领域在个案中受到影响。

cc) 《基本法》第13.3条规定的依法授权监视私人住宅的权力并不违反《基本法》第79.3条和第1.1条，因为它只允许尊重这些限制的法律规定和基于这些规定的措施。对这一宪法权力的限制一方面载于《基本法》第13.3条，另一方面也来自于对《基本法》进行体系解释的过程中需要考虑的其他条款。就比例原则的要素的重要性而言，它们并不对保护人类尊严的绝对性提出质疑。此外，只有在监视措施不侵犯人的尊严的情况下，才可将比例原则作为一种额外的限制条件来适用。然而，在这种情况下，对私人住宅进行声学监控的权力受到相应的限制，也是为了排除在执行相应措施时违反第13.3条关于人类尊严的实质性内容的可能性。

1) 《基本法》第13.3条规定了合法侵占的实质性和程序性先决条件。

《基本法》第13.3条第1句意义上的声学监控只允许用于起诉特定的个人，特别是对其怀疑具有某些事实支撑的严重刑事犯罪（见Bundestag document 13/8650, pp. 4 et seq.）。

通过宪法修正案的立法机构当时主要考虑的是通常由有组织的团体，特别是参与所谓的有组织犯罪的犯罪者所犯下的刑事罪行（见Bundestag document 13/8650, pp. 4 et seq.; 13/9660, p. 3）。对此类刑事犯罪的调查将经常不限于公开起诉、定罪和执行惩罚的可能性。尽管立法材料中记载的通过宪法修正案的立法机构的目标已经实现，即渗透到有组织犯罪的核心领域并查明其结构，但这同时有可能间接地起到防止进一步犯罪的作用。

【913】 《基本法》第13.3条还要求，调查该事项的其他方法是不合比例的困难或没有成效的。因此，《基本法》的措辞表明，声学监控是一种对保护住宅的基本权利构成特别严重侵犯之措施，因而是起诉刑事犯罪时的最后手段。当且仅当嫌疑人可能出现在私人住宅中时，对该住宅的监控才会出现问题。

通过《基本法》修正案的立法机构要求监视措施必须符合签发司法命令这一程序性要求。立法机构规定，该命令原则上必须由三名法官组成的小组签

发，且有一定的期限。

2)对于为起诉刑事犯罪而对私人住宅进行的声学监控，《基本法》第13.3条没有明确描述其所有限制，这些限制来自于对私人生活行为这一不可侵犯的核心领域给予绝对保护的要求。与所有与基本权利有关的规定一样，进一步的限制来自于《基本法》的其他规定。在修改与基本权利有关之规定的情况下，通过宪法修正案的立法机构也没有义务重申所有原本适用的相关宪法规则。因此，在根据《基本法》第79.3条的标准进行审查时，要遵守《基本法》第13.3条以及其他宪法规则。

(a)因此，通过宪法修正案加入对宪法权利的限制必须在包含基本权利的其他条款，特别是《基本法》第1.1条的背景下进行体系解释，并通过适用比例原则进行解释（见BVerfGE 30, 1 [20-21]）。

就通过宪法修正案制定的条款而言，宪法解释的局限性还在于：措辞和意图不明确的条款产生了相反的含义，要解释的条款的实质性内容被从根本上重新定义，或者该条款在某一基本点上未能实现其目标（见BVerfGE 11, 77 [84-85]; 33, 52 [69]; 54, 277 [299]; 82, 1 [11 et seq.]）。

(b)没有理由认为本案超越了这些限制。因为《基本法》第13.3条只授权以充分考虑到其第1.1条规定的对侵占之限制的立法形式实施。这还必须参照比例原则加以补充。这种解释与通过宪法修正案的立法机构的意愿并不矛盾。

对宪法修正案的审议确实涉及对私人住宅进行声学监控的法律要求的重大争议，而修改最终通过的《基本法》第13.3条版本的努力也没有成功。然而，这并不表明，通过宪法修正案的立法机构的意愿是要排除通过《基本法》的其他条款进行进一步的具体化。例如联邦议院法律事务委员会关于修订《基本法》第13条法案的草案的报告明确提到，在《基本法》第1.1条保护的私人生活行为这一不可侵犯的核心领域内，从一开始就排除了对私人住宅进行电子监控的可能性。报告提到的例子包括牧师与犯人的交流以及与直系亲属的私人交流。有人补充说，只有在得到绝对保护的核心领域不受影响的情况下，比例原则才适用。考虑到这种情况，报告还提到了进一步的必要性，即确保监视的强度越大，允许个别情况下的侵犯行为的要求就越严格（见Bundestag document 13/9660, p. 4）。这些考虑表明，通过宪法修正案的立法机构也是在假设有必要对《基本法》第13.3条进行限制性解释的基础上进行的，特别是在人的尊严方面。在这种情况下，立法机构假设《基本法》第13.3条也满足了这一要求，该条已经非常详细，没有进一步规定明确的预防措施。

【914】

拒绝在《基本法》第13.3条中加入进一步限制的提议，特别是拒绝作证的权利，并不意味着《基本法》的修正条款对保障人类尊严的首要地位提出质

疑。在议会的审议记录中也没有发现相应的声明。此外，《基本法》的其他条款与《基本法》第13.3条的相关性得到了明确强调，例如联邦议院议员Schily提出，在决定是否可以进行声学监控时，必须尊重《基本法》第1条，这可能导致从一开始就必须放弃监控（见Member of the Bundestag Schily, 214th session of the 13th German Bundestag of 16 January 1998, Stenographic Record vol. 191, p. 19549）。

联邦议院议员也表达了他的意见，即那些在任何情况下都适用的宪法保障不必在《基本法》第13.3条中提及（见Member of the Bundestag Schily, 197th session of the 13th German Bundestag of 9 October 1997, Stenographic Record vol. 189, p. 17694）。

(c)《基本法》第13.3条应被理解为，只要调查活动会侵入《基本法》第13.1条连同第1.1条和第2.1条所保护的不可侵犯的私人生活行为领域，其法定体现就必须排除通过对私人住宅的声学监控来收集信息。

【915】 dd)因此，这就要求法律规定尊重法律的确定性原则，并确保对私人住宅的声学监控在性质和方式上不会导致对人的尊严的任何侵犯。在有迹象表明这种活动将导致侵犯人类尊严的情况下，有必要从一开始就避免监控。如果对住宅的监控意外地导致收集到绝对保密的信息，必须终止监视并删除录音。禁止在起诉刑事犯罪时使用这种绝对保密的数据。

1)旨在保护人类尊严的预防措施不仅在个人独处的情况下是必要的，而且在该人与他人交流时也是必要的（见BVerfGE 6, 389 [433]; 35, 202 [220]）。

作为人，个人也必然参与到人格核心领域的社会关系中（见BVerfGE 80, 367 [374]）。

因此，一种情况不能仅根据是否存在对社会具有重要性或值得关注的问题，而被归类为属于不可侵犯的私人生活行为领域，或者如果不涉及该领域，被归类为在某些条件下会受到政府干预的社会领域；事实上，具有决定性意义的是具体案件中的干预性质和强度（见BVerfGE 80, 367 [374]）。

2)如果通信内容含有已发生的刑事犯罪信息，则不属于不可侵犯的私人生活行为的核心领域（见BVerfGE 80, 367 [375]）。

但这并不意味着，只要怀疑刑事犯罪和嫌疑人的陈述之间存在任何特定的联系，就足以证实社会关注的存在。例如在两个人之间的谈话中所作的录音或陈述只传达了个人的印象和感受，不包含任何具体的刑事犯罪的迹象，那么并不因为它们可能揭示了犯罪行为的起源或动机而具有公共关注的性质。另一方面，对于直接涉及具体刑事犯罪的言论，则可以足够确定地假定社会关注的存在。

3)为了避免侵犯私人生活行为的核心领域，在没有具体迹象表明通信的预期内容将直接涉及刑事犯罪的情况下，禁止截获某人单独在私人住宅中，或仅与其他该人与之具有属于核心保护领域的特殊保密关系——例如与家庭成员或其他非常亲密的知己——共处时发表的非公开言论。可以肯定的是，并非个人与非常亲密的知己在私人住所的所有通信都属于私人生活行为的核心领域。但是为了有效地保护人的尊严，应该假定这一点。如果绝对保密的通信可能受到影响，则禁止采取监视措施。

4)沟通的内容构成了用于对情况进行分类的标准。通常情况下，只有在获得信息之后，才有可能肯定地确定一种情况是属于严格意义上的个人领域还是社会领域。为了保护私人生活行为的核心领域，在采取涉及对私人住宅进行声学监控的措施之前，必须有实际迹象表明，有可能推断出该通信至少在通常情况下不涉及严格的私人领域。如果截获在私人住宅中所说的非公开言论有可能导致侵犯核心保护领域，采取调查措施就是被禁止的。

【916】

在监控措施开始前评估情况时，检察机关必须考虑到与即将成为监控对象的私人住宅的核心区域有关之活动的可能迹象。这在实际操作中也是可能的。

(a)评估情况的初步依据可以从被监控的场所的性质推断出来：

(i)例如在商业和商务场所进行的交流通常具有商业性质，因此往往涉及社会关系（见BVerfGE 34, 238 [248]）。在专门用于商业或商务目的等场所进行的交流肯定包括在《基本法》第13.1条规定的保护范围内，但在该等具体交流与人格核心领域之间缺乏联系的情况下，并不涉及基本权利所体现的人类尊严的实质内容。商业场所由于其预期用途，就其性质而言，对外界更加开放（见BVerfGE 32, 54 [75]）。

它们通常缺乏私人住宅的亲密性和安全性。因此，在一般情况下，商业场所所有理由被认为享有比私人场所更少的保护。不过，如果严格意义上的个人通信确实发生在这些场所，那么当这一点变得显而易见时，绝对保护就会适用。

对于既用于工作又用于居住的房舍，必须区别对待。在这种情况下，不应假定在工作场所进行的通信是纯粹的商业性质。同样的情况也适用于为从事职业或专业的目的而使用的房舍，这些职业或专业涉及严格意义上的个人领域的特殊保密关系。

(ii)如果房舍通常或在个别情况下作为私人生活行为的休息区域，则应假定交流包含在不可侵犯的核心区域之内。然而，通常不可能对私人住宅中的各个房间进行区分。严格意义上的个人行为和交流不应限制在私人住宅的特定房间内。个人通常认为他们家中的每个房间在是否可进入方面是一样的，并且感到在家中的任何地方都同样地不受监控。私人住宅的各种不同的个人用途使任何

典型的将活动分配给特定房间的做法都不成立。因此，私人空间领域的核心区域不能与私人住宅中的具体区域相联系。

【917】 (b)还需要考虑到的是，因监控措施而侵入人格核心领域的可能性还取决于谁在私人住宅中接受监控。

个人在严格的私人信任关系中的存在，是其交流内容与人类尊严之间相关性的一个重要标志。个人主要通过与他人的互动，即通过交流，形成自己的人格。因此，婚姻和家庭在严格意义上的个人领域，特别是在亲密的领域特别重要。例如由于婚姻的亲密性质，配偶之间交流的主题内容尤其可能是无穷无尽的，其前提是假设外人无法获得关于该等交流的信息。在与其他亲密的家庭成员，例如兄弟姐妹和直系亲属的交流中，情况同样如此，特别是当他们生活在同一屋檐下的时候。除了《基本法》第13.1条之外，《基本法》第6.1条和第6.2条在这方面同样相关。

对私人生活行为核心领域的保护还包括与存在特殊信任关系的其他个人交流（见BVerfGE 90, 255 [260]）。

这一类人与《刑事诉讼法典》第52、53条中提到的有权拒绝作证的当事人之间，只有部分重合。对监控的禁止源于私人生活行为核心领域，其与在刑事诉讼中拒绝提供证词的权利并不完全相同。例如《刑事诉讼法典》第52条的制定不是为了保护该条中提到的亲属与被告之间的信任关系。它的主要目的是考虑到证人的困境，他们受到真相的约束，而又担心对亲属造成伤害。此外，拒绝作证的权利来自于亲属关系的正式标准，而不是来自于特殊的信任关系，特别是可能存在于亲密的私人朋友之间的信任关系（见BVerfGE 32, 373 [379]）。

【918】 另一方面，新闻界成员和议会成员拒绝作证的权利与私人生活行为的核心领域没有直接关系。对这些权利的保障是基于这些机构各自的功能，而不是出于保护被告人的人格。

5)即使在原则上允许的情况下，对私人住宅的监控也必须仅限于可能包含与刑事诉讼目的有关的内容交流。在适当情况下，有必要通过适当的初步调查，确保对私人住宅的声学监控仍然仅限于在住宅内发生的与刑事诉讼目的有关的活动，确保其不违反对于私人生活行为这一核心领域的保护。例如不得为了先确定收集的信息是否与该领域有关，而侵犯私人生活行为的绝对核心领域。

时间和空间上的“全面监控”（total surveillance）通常是不被允许的，因为这极有可能导致严格意义上的个人通信被偷听。如果监控时间较长、范围较广，监控对象的所有行动和生活表现都被记录下来，并可作为其性格特征的

依据，那么人的尊严也会受到侵犯（关于这一风险，见BVerfGE 65, 1 [42-43]）。

6)如果没有足够的外在迹象表明绝对保密的通信可能会被记录下来，此时对私人住宅进行声学监控并不被禁止；可以对嫌疑人的通信进行监测，以确定它是否包含适合用于刑事诉讼的信息。在此条件下，没有任何宪法理由反对为保护人类尊严的评估目的而需要对通信内容进行初步筛查。然而，必须采取适当的措施，以确保最大限度的自由裁量权（见BVerfGE 80, 367 [375, 381]）。

例如《基本法》第1.1条提供的保护可能禁止在窃听私人住宅的情况下单独使用自动录音装置，以便能够随时中断调查活动。

如果在监控私人住宅的过程中，出现了必须被视为属于私人生活行为的核心领域的情况，则必须终止监控。所做的记录必须被销毁，由此获得的信息不得转让给他人或进行使用。《基本法》第13.3条应当被解释为，必须有禁止使用与此类录音有关的证据之规定（关于此类要求的宪法基础，见BVerfGE 44, 353 [383-384]；另见BVerfGE 34, 238 [245 et seq.]）。

【919】

c)《基本法》第13.3条也没有违反法治原则。因此，没有必要确定法治原则的要素在多大程度上根据《基本法》第79.3条被宣布为免于修改。

《基本法》第13.3条并没有限制比例原则。相反，其在对私人住宅进行声学监控方面也保持了其有效性，此外还包含了考虑到该原则的具体条款。

《基本法》第13.3条没有损害公平审判的要求。这一原则包括在刑事诉讼框架内的言论自由和自决权，这特别体现于《刑事诉讼法典》第136a条和第163a.4条的第2句。这意味着任何人都不得被迫在刑事诉讼中通过自己的证词证明自己犯有刑事罪，或积极促成其自身的定罪（见BVerfGE 56, 37 [49]）。

对私人住宅的秘密声学监控不会对通信产生这种影响。

为起诉刑事犯罪而采取的措施的保密性本身并不违反以公平审判要求为基础的禁止欺骗之规定。诚然，秘密截获通讯肯定是利用了监控对象对住宅的隔离性质的错误印象。然而，嫌疑人的言论是基于自愿决定的。将这些话语的内容传递给政府权力的代表则显然是非自愿的。但是这本身并不意味着它们违反了法治原则，因为秘密调查是为起诉刑事犯罪而采取的各种措施取得成功的必要前提。

II.

《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项、第100c.2条和第100c.3条关于私人住宅进行声学监控的法律权力之规定，以及《刑事诉讼法典》第100d.3条关于禁止收集和使用证据之规定，则没有充分考虑到根据《基本法》第13.1、13.3条以及与第1.1条有关的第2.1条所必须满足的要求，即保护私人生活行为的不可

侵犯领域、制定犯罪目录和遵守比例原则。它们只是部分地符合《基本法》。

.....

bb)立法机构也没有在《刑事程序法典》第100d.3条中采取足够的预防措施，以确保在意外发生涉及私人生活行为这一不可侵犯的核心领域的情况下终止监控。在这种情况下，继续监控将是非法的。

【920】 cc)此外，还缺乏适当的规定以确保，如果获得的信息与侵犯私人生活行为的核心领域有关，即不会利用这类信息，并在这种情况下销毁已经收集的信息。

1)《基本法》在这两个方面对立法机构提出了要求。

(a)《基本法》规定，不得使用源于私人生活行为的核心领域的数据。

根据《基本法》，只有在采取预防措施以确保作为例外的违法行为万一发生也不会产生进一步影响的情况下，才可以接受与对私人住宅进行声学监控有关的侵犯私人生活核心领域的风险。有必要确保通过这种侵扰获得的信息，不得以任何方式用于进一步的调查程序或其他用途。

例如检察机关可能超越其权限对私人住宅进行声学监控，尽管该等监控可能涉及绝对保密的通信，因而必须确保全面禁止使用这类内容。在禁止收集此类信息期间获得的任何信息，无论其内容如何，都不得在刑事诉讼中使用。这不仅包括在主要诉讼程序中作为证据使用，也包括不得用作与其他事项有关的调查的证据基础。

即使基于具体情形无法作出应当禁止收集证据的假设，但如果在对私人住宅进行声学监控期间出现特定情形，导致截获了严格意义上的个人性质的通信，那么此类证据也应当被禁止使用。在实践中，总会有这样的情况，即没有足够的外在迹象可以确定，在住宅内是否可以进行绝对保密的通信。也并不总是能够毫无疑问地确认，在住宅中的某个近亲成员是否有参与刑事犯罪的嫌疑。哪怕检察机关已经作出适当的努力，例如尝试先前观察，仍不可能进行可靠的评估，特别是在嫌疑人的社会环境导致无法对其进行准确身份识别的时候。并不总是能够事先确定通信是否涉及可能的犯罪者。因此，为了能够确保对核心领域的全面保护，在禁止收集证据的同时，还必须禁止使用证据，后者同样是必不可少的。根据宪法规定，绝对禁止使用在涉及私人生活行为这一不可侵犯领域的活动中获得的数据；这些数据既不能在主要诉讼中使用，也不能作为其他调查的基础（见BVerfGE 44, 353 [383-384]）。

(b)当收集到来自私人生活行为的核心领域的信息时，必须毫不拖延地予以删除。尽管《基本法》第19条第4款规定了求助于法院的有效救济渠道，这一

【921】 要求仍然适用。在这方面，具有决定性意义的是，如果进一步保留不应收集的

严格意义上的个人数据，即会带来加剧侵犯人格权之风险。事后求助于法院，也只能确定对被删除信息的截获和记录是非法的，以及数据必须马上被销毁。然而，就与宪法有关的考虑而言，通过在当局认定记录是非法的基础上立即删除，这一目的也能充分实现。尽管有关各方希望完全了解检察机关所截获的通信内容的诉求可能无法完全得到满足，但是这种诉求和利益不能成为进一步保留所带来的进一步侵犯基本权利之风险之理由。

不仅原始磁带，而且随后制作的任何副本都必须被删除。鉴于《基本法》第19.4条的规定，检察机关必须以书面形式记录其曾录音了绝对保密的通信内容，且相关录音已经因此原因而被完全删除。

2)现行立法只部分满足了上述宪法性要求。

.....

III.

立法机关未能限制刑事犯罪目录的制定，例如从抽象的角度来看，某些犯罪是《基本法》第13.3条意义上的特别严重的犯罪。如果情况并非如此，《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项就不符合《基本法》第13.3条。因此，根据《联邦宪法法院法》（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）第78条第2句和第82条第1款的规定，在提交宪法申诉程序中也要对立法的变化进行审查，并相应适用于宪法申诉程序（见BVerfGE 18, 288 [300]）。

(a)刑事立法所规定的可能的惩罚范围可以表明，立法机构是否将某一特定的罪行列为“特别严重犯罪”。《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项的刑事犯罪目录，除了可起诉的罪行外，还包括即决犯罪，包括那些没有表现出任何高于平均水平的非法性的罪行。最低刑罚从罚款、三个月或六个月的监禁到一年或两年、三年、五年或十年的监禁。最高刑罚也从三年到五年以上和十年以上直至终身监禁不等。

立法机关在界定刑事犯罪的违法程度和决定哪些犯罪行为需要对私人住宅进行声学监控时，可以行使自由裁量权。根据《基本法》第13.3条，这些罪行必须在抽象意义上是“特别严重”的。可能的刑罚范围为这种目的提供了一个参考标准。只有当立法机构规定的刑罚在任何情况下都超过五年监禁时，才有可能认为一项刑事犯罪是《基本法》第13.3条意义上的特别严重。法律制度规定，对于可判处五年以上刑期的刑事犯罪，也规定了十年以上的最高刑罚。这种刑罚是为涉及特别严重的非法行为的犯罪保留的，因此明显偏离了中等严重性犯罪的范畴。

【922】

(b)如果适用这一标准，《刑事诉讼法典》第100c.1条第3项援引此类刑事犯罪就违反了《基本法》，因为根据该条款所规定的刑事处罚，其最多只能适用

于中等严重程度的犯罪领域。

IV.

《刑事诉讼法典》第101条中与对私人住宅进行声学监控相关的条款规定了通知各方当事人的义务，但仅部分符合《基本法》第19条第4款和第103条第1款。

(1)《刑事诉讼法典》第101.1条第1句不符合《基本法》第13.1条和第19.4条以及第2.1条结合第1.1条，因为其规定只有在在不威胁公众安全或不影响继续使用被指派进行秘密调查的官员的情况下，才能通知受私人住宅声学监控影响的人。法院独享机会根据《刑事诉讼法典》第101.1条第2句，有权决定将通知推迟到监控措施终止后六个月，这同样未能充分确保程序法与《基本法》要求的上述通知义务相一致。

a)《基本法》第13.1条与法院作为有效救济渠道的要求（《基本法》第19.4条）连同规定，基本权利的持有者应被告知涉及对私人住宅进行声学监控并使他们有所影响的措施。

在隐蔽入侵的情况下，基本权利人原则上有权在事后被告知政府采取的监控措施，原因是诉诸法院作为有效救济渠道之保证（关于《基本法》第10条，见BVerfGE 100, 313 [361]）。

如果没有被告知相关信息，受影响的人既不能主张收集信息的非法性，也不能主张他们可能拥有的要求删除录音的权利。此外，由于侵占行为的隐蔽性，并没有举行听证会，这意味着有必要进行后续的通知。《基本法》没有详细规定如何进行通知。《基本法》第13条只要求在秘密收集数据时进行通知，【923】但没有充分考虑给予当事人获得通知的权利或对受影响之人的相关权利。（关于《基本法》第10条，见BVerfGE 100, 313 [361]）。

基本权利产生事后通知的义务，而该义务受到与基本权利本身相同的限制。当对侵占行为的了解可能使其目的落空时，则不能以宪法为由反对相应地限制提供这种了解的程度。

此外，如果通知是寻求司法救济之可能性的前提条件，那么《基本法》第19条第4款规定的诉诸法院的保障原则上也要求通知。但是《基本法》第19.4条也没有排除对这一权利进行限制的可能性，这一点可以由法律来规定（见BVerfGE 100, 313 [364]）。

根据《基本法》第13.1条和第19.4条的规定，受影响的人有权利得到通知，以了解对私人住宅进行监控的事实，但这只是原则上的。另一方面，对通知义务的限制是对《基本法》第13.1条和第19.4条规定的基本权利之侵扰，因此需要有正当理由，同时也必须满足比例原则的要求（见BVerfGE 100, 313

[365, 398-399])。由于推迟通知会延迟诉诸法院的可能性，而且司法救济的效力也会随着其与相关措施在时间上相隔越久而降低，因而对通知的推迟必须仅限于绝对必要的情况。

.....

V.

《刑事诉讼法典》第100d.5条第2句和第100f.1条中关于在其他诉讼中使用个人信息的规定不符合《基本法》第13.1条、第2.1条和第1.1条的规定，因为其没有规定识别提供给他人使用的信息的义务。

.....

只有在信息收集后，数据是通过对私人住宅的声学监控获得这一点仍然显而易见的情况下，才能保证目的的排他性。因此，《基本法》要求对数据进行适当的识别（关于《基本法》第10条，见BVerfGE 100, 313 [360-361]）。立法机构必须规定，不仅收集数据的当局有责任识别信息，而且接收这些数据的当局也有责任识别信息，以确保目的的专属性。否则，源自私人住宅声学监控的数据可能会被与其他数据一起储存并混合在一起，从而无法识别其来源（见BVerfGE 100, 313 [396-397]）。这样，《刑事诉讼法典》第100f.1条所对数据使用所规定的限制就会被规避。

VI.

【924】

《刑事诉讼法典》第100d.4条第3句和第100b.6条中关于销毁数据的规定与关于向他人转让数据的规定一样，与关于收集此类数据的规定共同形成了宪法上的监管复合体（regulatory complex）。它们违反了《基本法》第19.4条。

.....

《基本法》第13.1条的保护也延伸到处理此类数据的后续阶段。原则上肯定要求合法获得的数据一旦不再需要用于最初的目的，即应立即销毁（关于《基本法》第10条，见BVerfGE 100, 313 [362]）。然而，关于销毁数据的法律规定必须同时满足法院作为有效救济渠道的要求。因此，这可能会导致一种具体的冲突情况：一方面，删除不再需要的数据符合关于数据保护的立法；另一方面，数据的删除使得有效地求助于法院更加困难甚至不可能，因为一旦记录被销毁，就只能在有限的范围内审查某个问题（见梅克伦堡—西波美拉尼亚宪法法院，*Verfassungsgerichtshof Mecklenburg-Vorpommern - MVVerfG*, LKV 2000, p. 345 [354]）。

在此背景下，销毁数据的责任必须与诉诸法院的保障相平衡，以便在受影响的人寻求对涉及信息和数据使用的政府行为进行司法审查的情况下，不至于受阻或受挫（见BVerfGE 100, 313 [364, 400]）。

“秘密监视案”

BVerfG, 20.4.2016, 1 BvR 966/09

http://www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609en.html

1. 译者注解

国内和国际恐怖主义兴起，特别是发生了纽约911恐怖袭击事件，使得德国再次重视安全领域内自由及其保护与维护公共安全之间的永恒斗争。通过赋予安全机构越来越多的权力来加强安全会削弱自由，并因此限制个人自主权范围。这一事实使情况变得更加复杂。同时，安全是自由的先决条件，例如为人们创造一个安全的空间，让他们能够享受所珍视的自由。如果没有安全，就没有自由。在自由和安全两者中寻找平衡的行动总是困难且有争议的。对德国来说，新千年以来的恐怖主义崛起并不是全新的经历。在20世纪70和80年代，德国已经与“红军派”（Red Army Fraction）和类似团体的暴力左翼恐怖主义及其所采取的暴力行为进行过斗争；¹⁵³这场斗争导致许多反恐立法被通过，其中最臭名昭著的便是《禁止联络法》（*Kontaktsperregesetz*）。¹⁵⁴它允许将恐怖分子单独关押，以确保被监禁和在外面的恐怖分子之间不会有任何联系；后者曾参与绑架，以此要求释放前者。20世纪90年代末，《基本法》第13条被修改，允许外部（“小声学监控”）和内部（“大声学监控”）声学监控行为，以打击恐怖分子或其他背景的严重犯罪。¹⁵⁵德国国内这一时期的反恐议程或多或少地衔接到911和后911的伊斯兰恐怖主义时期。计算机运用的增长使处理大量数据成为可能，不仅为新型警务（安全）活动创造了条件，也带来了对基本权利尤其是隐私的新型侵犯。实际上，大多数已经通过的允许在警务活动中使用这些技术的法案都曾被诉至宪政法院。目前，该法院共作出过大约20项判决，试图平衡保障安全与保护个人自由的需求。¹⁵⁶

¹⁵³ 其他知名——或更准确地说，臭名昭著——的群体有“六二运动”和“革命细胞”，参见Rau, Markus, Country Report on Germany, in: Christian Walter et al. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, 2004, 311 ff.

¹⁵⁴ 1978年，宪政法院维持了这部禁止联络法的合宪性，参见BVerfGE 49, 24.

¹⁵⁵ 参见Jestaedt, Matthias, The German Reticence Vis-à-Vis the State of Emergency, in: Auriel, Pierre et al. (eds.), *The Rule of Crisis - Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, 2018, p. 241 (246-7). The acoustic surveillance in the private home was significantly curtailed by the Constitutional Court, see BVerfG, 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, http://www.bverfg.de/e/rs20040303_1bvr237898.html (BVerfGE 109, 279; 参见本书先前报告的判决)。

¹⁵⁶ 参见Jestaedt, id. at p. 248-9 and the list of decisions provided there on p. 248 fn 20:

下面报告的这份2016年的判决涉及一项有关联邦刑事警察局（BKA）的法案。联邦刑事警察局是一个与美国联邦调查局大致相当的联邦警察机构，它在宪法框架内运作，其中警察权力属于各州的核心权力，并且由于这个原因其执法权力已经受到限制。2009年修订的法案授权德国联邦刑事警察局可以采取秘密监控措施，包括通过软件远程地从私人计算机和云数据存储设施收集数据，¹⁵⁷并可能将获得的数据传输给其他机构。宪法法院判决该法案原则上符合《基本法》，特别是《基本法》第13条，但因适用比例原则而导致若干宪法上的缺陷，该判决也对此进行了大量的审查。最终，法院废止了该法案的部分条款。对于其他条款，议会需要按照法院的要求作出必要的修改。两个少数意见批评多数意见走得太远，为安全机构施加了太多限制，并且多数意见在本案中更像是立法者而非解释法律的法院。

2. 判决概要

【926】

(1)(a)为了保护不受国际恐怖主义威胁的目的，授权联邦刑事警察局采取秘密监控措施（监控私人住宅、远程搜索信息技术系统、电信监控、收集电信流量数据以及使用特殊数据收集措施在私人住宅外进行监控），原则上符合《基本法》所载的基本权利。

(b)这些权力的设计必须符合比例原则。严重侵犯隐私的权力必须仅限于对足够重要的法益之保护或法律强化；对这些法益的威胁必须是足够具体可预见的；仅在有限的条件下，可以扩展到不构成威胁且属于目标人范围的第三方；在大多数情况下，要求制定保护私人生活核心领域以及保护受职业机密约束的人的特定规则；必须遵守透明度、个人法律保护和监督控制的要求，并补充有关记录数据的删除要求。

(2)国家使用和传输收集的数据要遵守目的限制原则和目的改变原则。

(a)目的限制的范围取决于数据收集的具体法律依据：数据收集的最初目的来自相应的调查程序。

BVerfGE 107, 299-339; 109, 279-391; 110, 33-76; 112, 304-321; 113, 348-392; 115, 118-166; 115, 320-381; 118, 168-211; 120, 274-350; 120, 378-433; 125, 260-385; 129, 208-268; 130, 1-51; 130, 151-212; 132, 1-39; 241-272; 133, 277-377; 139, 245-285; 140, 160-211.

¹⁵⁷这类软件通常被称为“远程取证软件”（Remote Forensic Software）。秘密装在这类电脑以允许访问的软件通常被称为“木马”，实施这些事情的行为则被称为“黑客”。在德国，有时对这类新型网上搜索的口语化称谓是“联邦木马”（Bundestrojaner），参见<https://en.wiktionary.org/wiki/Bundestrojaner>（最近访问于2019年9月2日）。

(b)立法机构可以允许，在数据最初目的的范畴内，在数据收集的特定程序之外使用该数据（进一步使用）。这意味着收集数据的使用仅限于执行同一职能并保护同一法益的同一机构。对于来自私人住宅监控或访问信息技术系统的数据，每次进一步使用还必须额外满足适用于数据收集的相关风险情况要求。

(c)此外，立法机构也可以允许，国家收集的数据为了其他目的而非决定数据收集的最初目的而被进一步使用（目的改变）。

这种变化的比例要求必须符合假设重新收集数据的原则。按照这一原则，对该数据的新使用必须服务于保护如此重要的法益或旨在调查如此重大的刑事犯罪，以至于按照宪法标准，能为用比较严厉的手段再次收集这些数据提供正当理由。第二次收集通常不需要初始数据收集所需要的特定风险情况；对进一步调查存在具体的证据基础不仅是必要的，通常也是充分的。

对于来自私人住宅监控或访问信息技术系统的数据，只有在再次满足适用于收集数据的相关风险情况要求时，才允许改变目的。

(3)将数据传输到第三国的国家机构必须遵守目的限制和目的改变的一般宪法原则。在评估数据的新使用时，必须尊重其他法律秩序的自治。将数据传输到第三国需要确定，数据在第三国将在充分符合法治标准的情况下进行处理。

3.案件事实

A.

I.

本次宪法诉愿是针对《联邦刑事警察局法》（*Bundeskriminalamtgesetz*）的部分条款，该部分条款在2008年12月25日《联邦刑事警察局防止国际恐怖主义威胁法案》（*Federal Law Gazette, Bundesgesetzblatt - BGBl I p. 3083*）中以3a的子标题被插入《联邦刑事警察局法》，于2009年1月1日生效。在《基本法》第73条第1款第9a项的基础上，该条款于2006年为此目的设立，联邦立法机构将超出其以前执法职责的任务分配给联邦刑事警察局，使其进入防范国际恐怖主义威胁的领域，而该项任务迄今仅由各州保有。本次宪法诉愿的另一项是针对《联邦刑事警察局法》中先前存在的关于将数据传输到第三国的条款，该条款的范围由于本次联邦刑事警察局被赋予新的权力而得到扩大。 [1]

II.

本次宪法诉愿首先是针对授予各种调查权提起的。受到挑战的权力包括《联邦刑事警察局法》第20c条规定的询问相关人员的授权，以及第20g条第1-3款规定的在私人住宅外部使用特殊的数据收集方式，这些方式包括对非公开言论的秘密监控和记录、视频记录、跟踪设备的应用以及警方线人和卧底调查员

的使用等。本次宪法诉愿也挑战了《联邦刑事警察法》第20h条规定的对私人住宅进行视频和声学监控的权力、第20j条规定的进行电子档案检索的权力、第20k条规定的访问信息技术系统的权力、第20l条规定的监控正在进行的电信活动的权力以及根据第20m条第1款和第3款规定的收集电信流量数据的权力。就此而言，本次宪法诉愿挑战的规定也包括涉及保护有权拒绝作证的人的《联邦刑事警察法》第20u条，以及规定在监督措施结束时通知受影响人的义务的第20w条。 [2]

其次，本次宪法诉愿是针对数据使用的条款提起的。首先，这会影
【928】响联邦刑事警察局根据《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句，按照《联邦刑事警察局防止国际恐怖主义威胁法案》第3a条的规定使用收集数据的条款。除第3句第2项外，《联邦刑事警察法》第20v条第5款规定将这些数据传输给其他国内公共机构，这项权力也受到了挑战。最后，受到挑战的还有《联邦刑事警察法》第14条第1款第1句第1项、第3项以及第2句和第7款等允许将数据传输到第三国机构的条款。《联邦刑事警察法》第14a条建立了将个人数据传输到欧盟成员国的单独权力，但是在本次程序中并不存在争议。 [3]

.....

[4]

4. 判决理由选译

C.

就宪法诉愿所针对的调查和监控权力而言，它们在几个方面是有充分根据的。 [86]

I.

同时，在立法权限方面，受到挑战的条款是合宪的。 [87]

.....

[88-89]

II.

虽然受到挑战的监控和调查权力授权采取干涉基本权利的措施，但是根据受到影响的基本权利以及干涉程度的不同情况，采取的措施必须根据比例原则以及法律明确性和具体性原则作出个案衡量。这些权力的共同点是，它们授权的潜在干涉措施大多是非常严重的，但由于它们的目的是防止国际恐怖主义的威胁，它们有合法的目的，为此这些措施也是适当且必要的。 [90]

(1)在预防刑事犯罪和保护不受其威胁的背景下，受到挑战的权力授权联邦刑事警察局秘密收集个人数据。取决于讨论的权力，这项授权允许联邦刑事警察局干涉《基本法》第13条第1款、第10条第1款、第2条第1款以及第1条第1款规定的基本权利，其中第1条第1款表现为保证信息技术系统的保密性和完整性

之权利以及信息自决权。

[91]

所有这些权力为调查和监控措施提供了法律依据，这些措施通常是在有关各方不知情的情况下秘密进行的，可能构成对隐私的严重干涉。即使对于保密性的合法期待会受到不同程度的影响并且干涉程度差异很大，这些权力不论如何都具有很大的干涉程度。仅有根据《联邦刑事警察法》第20g第1款和第2款采取的个别措施构成例外。

[92]

【929】 (2)这些权力的合宪性取决于每一项基本权利中产生的限制，以及必须为每项权力确定的比例原则要求。根据比例原则，授予这些权力必须始终追求合法的目标，且必须适当、必要并在严格意义上与实现这一目标成比例（确立的判例法参见BVerfGE 67, 157 <173>; 70, 278 <286>; 104, 337 <347 et seq.>; 120, 274 <318 and 319>; 125, 260 <316>）。

[93]

此外，受到挑战的权力将根据法律明确性和具体性原则来衡量；该原则旨在为公民提高干涉的可预测性，对行政权力构成有效限制并实现有效的司法审查（确立的判例法参见BVerfGE 113, 348 <375 et seq.>; 120, 378 <407 and 408>; 133, 277 <336 para. 140>）。对于此处涉及的与秘密收集和处理数据有关且可能对隐私构成严重干涉的权力，该原则提出了特别严格的要求。由于受影响的人在大多数情况下既不能注意到也不能挑战这些权力之行使，与诸如解释空间较大且可以通过行政行为执行的行政法条款相比，这些权力的内容只能被赋予一个在实际适用和司法审查之间的相互作用中非常有限的更为具体的范围。然而，取决于干涉程度，这些要求会有所不同，因此与相应的比例原则实质要求密切相关（参见BVerfGE 110, 33 <55>; 113, 348 <376>）。

[94]

(3)受到挑战的条款追求合法的目的，并且为此目的是适当和必要的。

[95]

a)这些权力追求合法的目的。这些权力为联邦刑事警察局提供了收集信息的措施，可用于完成其保护不受国际恐怖主义威胁的新任务。《联邦刑事警察法》第4a条第1款在任务描述中规定了“国际恐怖主义”，该条提到的《刑法典》第129a条第1款和第2款中也有这个词，其含义符合2002年6月13日的欧盟框架决定和国际术语（OJ L 164, p. 3；《消除国际恐怖主义的措施》中《国际恐怖主义全面公约草案》，2010年11月3日工作组的报告，UN Doc. A/C.6/65/L.10）；且依照宪法修订立法机构关于创设《基本法》第73条第1款第9a项的说明（参见Bundestag document, Bundestagsdrucksache - BTDrucks 16/813, p. 12），它仅限于具有特定严重程度的特定刑事犯罪。在这个意义上，被定性为恐怖主义的刑事犯罪旨在破坏社会稳定，其中包含在把他人粗暴当做工具的情况下对第三方的生命和身体的随机攻击行为。它们是为了整体性地破坏宪法秩序和社会的基本支柱。提供有效信息收集措施以防止恐怖主义构成合法目

的，对民主和自由的基本秩序具有重要意义（参见BVerfGE 115, 320 <357 and 358>; 120, 274 <319>; 133, 277 <333 and 334 para. 133>）。 [96]

b)授予本案涉及的监控和调查权力用于实现这一目的是合适的。它们为联邦刑事警察局提供了收集信息的措施，这些信息可以在应对国际恐怖主义威胁方面发挥作用。至少在原则上，为了这一目的，不同的权力是必要的。每种权力都允许采取特定措施，而这些措施不能总是被其他措施取代。不存在明显的妨害性较小的措施，能够为收集信息以防止国际恐怖主义提供同样有效且广泛的可能性。显然，这并不影响在个案中行使这些权力也必须符合适当性和必要性之要求。 [97]

III.

限制主要来自严格意义上的比例原则要求。因此，监控和调查权力必须根据干涉程度进行适当的设计。在干涉潜在受影响者基本权利的严重后果与国家保护公民基本权利的义务之间,立法机构的任务是寻求平衡。 [98]

(1)因此，一方面，立法机构必须考虑到被挑战条款所允许的干预措施之程度。根据不同的权力，在不同程度上，这些条款允许对隐私进行深远的干涉，并且个案中甚至可以侵入私人避难所，而保护这些避难所对于维护人类尊严具有特别重要的意义。立法机构还必须考虑信息技术的发展。这些发展扩大了监控措施的范围、提升了其可操作性，使之能够建立联系网络乃至创建个性档案。在个案中，干涉程度必须基于所涉权力及其影响的基本权利作出区分。 [99]

(2)另一方面，立法机构必须确保公民基本权利和合法权益得到有效保护。关于宪法适当性的检验标准，立法机构必须考虑到宪法秩序、联邦与各州的存续和安全，以及人的生命、身体和自由都是受法律保护并具有重要宪法意义的利益。因此，联邦宪政法院强调，在尊重个人尊严和内在价值的同时，必须保证作为和平与秩序基础力量的国家安全以及人民的安全，它们与其他具有重要价值的宪法权利具有同等地位。因此，宪法认为国家有义务保护个人的生命、身体完整和自由，特别是保护个人免受其他人的非法干涉（参见BVerfGE 115, 320 <346 and 347>; 另见BVerfGE 49, 24 <56 and 57>; 90, 145 <195>; 115, 118 <152 and 153>）。 [100]

在检验适当性时，还必须考虑到被挑战的条款并不属于其广泛的干涉范围会平等地影响整个人群的条款。相反，这些条款的主要目的是使安全机构能够在个案中保护具有宪法地位的法益免受严重威胁，并防止重大刑事犯罪。 [101]

鉴于国际恐怖主义的威胁，收集数据的决定对于国内机构之间的信息交流以及与其他国家安全机构之间尽可能有效的合作也具有特别重要的意义。为了

【931】 宪法所要求的人员保护，有效信息交换的前提是转移在国内收集的信息，并获得来自第三国的信息作为回报。 [102]

IV.

对于这里主要讨论的构成严重干涉隐私的调查和监控权力，联邦宪政法院从严格意义上的比例原则中得出了总体要求。这些要求涉及对基本权利具体而广泛的潜在威胁，特别是数据的电子处理（参见BVerfGE 100, 313 <358 et seq.>; 115, 320 <341 et seq.>; 125, 260 <316 et seq.>; 133, 277 <335 et seq. para. 138 et seq.>），以及针对行动机构重点关注的人采取的个案措施等情况下所带来的威胁（关于收集电信流量数据，参见BVerfGE 107, 299 <312 et seq.>; 关于联邦、各州及刑事诉讼法下的电信监控，参见BVerfGE 110, 33 <52 et seq.>, 113, 348 <364 et seq.>; 129, 208 <236 et seq.>; 关于监控私人住宅，参见BVerfGE 109, 279 <335 et seq.>; 关于GPS观测，参见BVerfGE 112, 304 <315 et seq.>; 关于在线检索，参见BVerfGE 120, 274 <302 et seq.>）。 [103]

(1)考虑到其严重干涉隐私，秘密监控措施就像本案讨论的大多数措施一样，只有这些措施的目的是使得在个案中有强有力的事实迹象证明，处于危险或者被侵害的足够重要的法益得到保护或者法律强化时，这些措施才是合宪的。这通常要求，根据理性人审查客观情况之结果，这些措施的目标人物会被认为可能参与侵害法益之活动。如果仅基于安全机构的直觉，认为存在获得进一步情报的可能性，则不足以为采取此类措施提供依据（参见BVerfGE 107, 299 <321 et seq.>; 110, 33 <56>; 113, 348 <377 and 378, 380 and 381>; 120, 274 <328>; 125, 260 <330>）。因此，宪法明确限制降低秘密实施并可能严重干涉隐私的预防犯罪措施之门槛；相比之下，对于涉及不太严重的隐私干涉之措施，在预防犯罪问题上宪法允许的回旋余地更广。 [104]

关于各个权力的详细设计，对于其适当性以及所需的详细规定而言，重要的是它们和每个法定干涉因素的严重程度相适应。监控措施越严重地干涉隐私并阻碍对保密性的合法期待，要求就必须越严格。对私人住宅的监控和对信息技术系统的访问对隐私构成了特别严重的干涉。 [105]

a)秘密监控措施必须仅限于对足够重要的法益之保护或法律强化。 [106]

对于服务于执法目的并因此具有镇压性质的措施，所涉刑事犯罪的严重程度与其分类相关；立法机构将其划分为重大、严重和特别严重的刑事犯罪，并对每项都进行了更详细的定义。因此，对私人住宅的监控需要涉嫌特别严重的刑事犯罪（参见BVerfGE 109, 279 <343 et seq.>）；电信监控或使用收集的电信流量数据作为预防措施，需要涉嫌严重刑事犯罪（参见BVerfGE 125, 260 <328 and 329>; 129, 208 <243>）；而收集电信流量数据或通过GPS追踪器的方式观

【932】

测则需要涉嫌重大刑事犯罪，并且在前一种情况下，需要是法律规定的犯罪（参见BVerfGE 107, 299 <321 and 322>; 112, 304 <315 and 316>; 关于后者，对于《欧洲人权公约》第8条，另见欧洲人权法院（EctHR）判决，Uzun v. Germany, judgment of 2 September 2010, no. 35623/05, para. 70, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 2011, p. 1333 <1336>）。 [107]

对于服务于保护不受犯罪威胁并因此具有预防性质之措施，重要的是受保护之法益的重要程度（参见BVerfGE 125, 260 <329>）。构成严重干涉隐私的秘密监控措施仅在涉及特别重要的法益时才被允许。这些包括个人的生命、身体和自由以及联邦或土地的存续或安全（参见BVerfGE 120, 274 <328>; 125, 260 <330>）。相反，联邦宪法法院并不认为对所有利益的无限保护是足够重要的。但是法院认为，出于预防目的访问存储的数据（参见BVerfGE 125, 260 <330>）或在一般危险的情况下监控私人住宅（参见BVerfGE 109, 279 <379>），或在公共利益处于危险中和影响人们的生存的情况下进行信息技术系统的远程搜索*（参见BVerfGE 120, 274 <328>），基本上都是合宪的。在此背景下，立法机构可以无障碍地就这些监控措施保护法益统一制定相关门槛。 [108]

b)在保护上述法益不受威胁的背景下，只有在个案中存在对于这些法益足够具体可预见的危险，并且对于一个理性人审查客观情况而言，这些措施的目标人物似乎参与到这些活动中时，通过高强度干涉的秘密监控措施的数据收集才是符合比例原则的（参见BVerfGE 120, 274 <328 and 329>; 125, 260 <330 and 331>）。 [109]

在个案中，这些条件还取决于干涉的类型和程度。对于监控私人住宅构成的对隐私特别严重的干涉，《基本法》第13条第4款要求迫在眉睫的危险。因此，在为法益提供有质量的保护意义上，“迫在眉睫的危险”一语指的不仅是损害的程度，而且是损害的可能性（参见BVerfGE 130, 1 <32>）。 [110]

此外，与上述法益相关的足够具体可预见的风险情况的要求必须根据受影响人的负担确定。如果受制于警察行动的人（*polizeipflichtige Personen*）产生了具体、直接迫在眉睫或当下的威胁，那么对此威胁之防范只要符合依据在此相关的受法律保护利益的一般安全法的要求，从宪法角度来看即已足够。传统的警察法术语“特定威胁”需要一种事实情况，即在个案中，如果不受阻碍且事件按照客观预期的方式进行，那么将在可预见的时间内以足够高的

【933】

* 中译者注：之前德语术语Onlinedurchsuchung的翻译都使用了“在线搜索”，在此使用具有相同含义的“远程搜索”。

概率导致侵犯受警方保护利益的行为发生（BVerfGE 115, 320 <364>；联邦行政法院判决参见*Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* - BVerwGE 116, 347 <351>）。当相应的法律授权需要“直接迫在眉睫”或“当前威胁”时，就需要更紧密的时间联系（参见BVerwGE 45, 51 <57 and 58>）。 [111]

然而，立法机构一开始并没有在宪法意义上局限于对每一种功能领域设置干涉标准，以反映安全法中防范特定、直接迫在眉睫或当前威胁的通常模式。相反，它可以通过降低因果关系链的可预见性要求，为特定领域设置更广泛的限制，以实现预防刑事犯罪之目的。然而，干涉的法律基础还要求必须有足够具体的威胁，即至少有事实迹象表明，受法律保护的利益出现了具体威胁。仅凭一般经验不足以证明干涉是正当的。相反，在个案中必须存在特定事实证实，导致可归责的侵犯受法律保护利益的事件将会发生（参见BVerfGE 110, 33 <56 and 57, 61>; 113, 348 <377 and 378>）。即使在导致损害的因果关系链尚不能以足够的可能性预见的情况下，只要特定事实已经表明可能会发生对特别重要的法益之威胁，足够具体的威胁可能已经存在。在这种情况下，这些事实首先必须至少足以推断将发生事项的类型，且在时间上是可预见的；其次，至少可以推断参与者的身份，使得监控措施可以专门针对这些人实施并且尽量仅限于针对他们（BVerfGE 120, 274 <328 and 329>; 125, 260 <330 and 331>）。如果恐怖分子通常在不可预见的地点犯罪，且由没有犯罪记录的个人提前计划，并以非常不同的方式实施，那么即使没有时间上可预见的特定类型的事件，如果一个人的行为证实了他可能会在不久的将来犯下此类罪行，也可以授权采取监控措施。例如当一个人在境外参加恐怖分子训练营后进入德意志联邦共和国，这就是可以想象到的。 [112]

相比之下，如果干涉的事实依据转变为包含对受该条款保护之法益的仍然模糊和不可预见的具体威胁的初步阶段，那么秘密警察监控措施的干涉程度就没有得到充分考虑。考虑到干涉的程度，如果只有相对分散的潜在威胁之迹象，那么将干涉的门槛与初步阶段联系起来在宪法上是不可接受的。这一阶段的事实情况之特征通常被个体观察那种相当矛盾的意义所塑造。当事件可能依然保持无害状态时，它们也可能是发展为威胁之过程的一部分（参见BVerfGE 120, 274 <329>; 另见BVerfGE 110, 33 <59>; 113, 348 <377>）。这种开放性不足以作为实施隐蔽和高度侵入性的监控措施之依据。例如仅仅知道一个人被宗教原教旨主义观点吸引，并不足以采取这些措施。 [113]

c)由于监控措施也会影响到对特定行为或情况不负有责任之人，或因不是嫌疑人而不承担特殊责任之人，对监控措施可以在目标人物何种范围内实施这一问题便提出了分层要求。 [114]

访问信息技术系统和监控私人住宅只能直接针对为即将发生或迫在眉睫的危险负责的人员展开（参见BVerfGE 109, 279 <351, 352>; 120, 274 <329, 334>）。这些措施对隐私构成了严重的干涉，因而不能扩展到其他人员。只要是不可避免的，宪法也不反对针对责任人的措施范围覆盖至第三方（参见BVerfGE 109, 279 <352 et seq.>）。因此，如果根据特定事实可以假设，目标人物在采取监控措施时将在场并进行与调查相关的对话，且对他自己家的监控本身不足以调查事实情况，则可以授权对第三方的住宅进行监视（参见BVerfGE 109, 279 <353, 355 and 356>）。同样，如果事实迹象表明目标人物已将与调查相关的信息保存在第三方的信息技术系统中，并且仅访问目标人物自己的信息技术系统不足以实现调查的目的，那么远程搜索也可以被拓展至第三方的信息技术系统之使用。

[115]

直接针对第三方的其他秘密监控措施的命令本身是不允许的。试想一个场景授权对目标人物范围内的人员进行监控（须明确定义）的行为，例如对联系人或信使进行监控。这种授权的理由在于保护不受犯罪威胁和在刑事调查中查明真相的客观性质。将这种授权扩展到第三方需要遵守严格的比例原则要求，并要求相关人员与正在调查的威胁或刑事犯罪有特定的接近程度。在这方面，仅仅与目标人有某种联系是不够的。相反，需要进一步的迹象表明这种联系与调查对象相关，且监控措施因此在帮助解释威胁方面具有不可忽略的可能性（参见BVerfGE 107, 299 <322 and 323>; 113, 348 <380 and 381>）。在宪法上不允许仅基于与目标人物有联络的事实，试图找出这是否可以为进一步调查提供进一步的证据基础而采取人员监控行为。然而，对于这些联系人，宪法并未禁止需要较低干涉水平的调查措施，旨在达到需要较高干涉水平的监控措施之门槛。

【935】

[116]

(2)总体的程序性要求也源于比例原则。这里所讨论的调查和监控措施主要涉及严重干涉行为，它们可被推定将记录高度私密的信息，并且在受影响人员不知情的情况下秘密进行，因而通常需要一个独立机构以例如司法决定的形式进行事前审查（对此，另见ECtHR, *Klass and others v. Germany*, judgment of 6 September 1978, no. 5029/71, para. 56; ECtHR (Grand Chamber), *Zakharov v. Russia*, judgment of 4 December 2015, no. 47143/06, paras. 258, 275; ECtHR, *Szabó and Vissy v. Hungary*, judgment of 12 January 2016, no. 37138/14, para. 77）。对于与监控私人住宅有关的措施，这一要求已由《基本法》第13条第3款和第4款规定（在这方面，参见BVerfGE 109, 279 <357 et seq.>），并直接来自比例原则（参见BVerfGE 120, 274 <331 et seq.>; 125, 260 <337 et seq.>）。

[117]

立法机构必须将在具体且清晰的法律框架下进行预防性独立审查的必要

性，与对司法命令之内容和理由的严格要求结合起来。同样由此得出的要求是，司法命令的申请需要具有充分证实的理由和限制，以使法院或独立机构可以进行有效的审查。特别是提交申请的机构必须提供有关情况的全面信息（参见BVerfGE 103, 142 <152 and 153>）。与此相关的是，法院或其他决策者有责任和义务对所申请的秘密监控措施是否符合法律要求作出独立判断。必需的材料和人员配备要求须由各州的司法行政部门和主管法院的首席大法官提供（参见BVerfGE 125, 260 <338>）。 [118]

(3)除了干涉行为一般条件的宪法要求外，在监视措施造成特别严重干涉的背景下，与《基本法》第1条第1款相关的各项基本权利对保护私人生活的核心领域提出了特殊要求。 [119]

a)对私人生活核心领域的宪法保护保证了不受监控的个人拥有高度私密的空间。这植根于受监视措施影响的每一项与《基本法》第1条第1款相关的基本权利，确保国家无法触及人的尊严之核心，并针对这类措施提供宪法保护。即使是至上的公共利益也不能成为干涉这个绝对受保护的私人生活领域之理由（确立的判例法参见BVerfGE 109, 279 <313>）。 [120]

【936】表达诸如印象、感受、具有高度个人特点的反思、观点和经验等内在过程的可能性，属于私人生活核心领域的人格自由发展（确立的判例法参见BVerfGE 109, 279 <313>; 120, 274 <335>）。非公开交流是在合理假设没有监控情况下进行的，尤其是在私人住宅中与享有最高个人信任程度的人进行，因而受到特别的保护。尤其当他们住在一起时，这类人包括配偶或伴侣、兄弟姐妹和直系亲属，还可以包括辩护律师、医生、神职人员和亲密的私人朋友（参见BVerfGE 109, 279 <321 et seq.>）。这一群体与有权拒绝作证的人仅有部分重叠。这些对话不会仅仅因为其将高度个人化的内容与日常事务相结合，就失去其整体高度个人化之特征（参见BVerfGE 109, 279 <330>; 113, 348 <391 and 392>）。 [121]

相比之下，直接有关刑事犯罪的交流不受保护，即使它也具有高度个人化之因素。刑事犯罪的讨论和规划不属于私人生活核心领域的内容，而具有社会相关性（参见BVerfGE 80, 367 <375>; 109, 279 <319 and 302, 328>; 113, 348 <391>）。当然，这并不意味着核心领域受制于公共安全利益方面的平衡要求。高度个人化的谈话不会仅仅因为它可以为调查刑事犯罪或危险提供有用的见解，而不属于私人生活的核心领域。在对话过程中所做的录音或陈述如果仅表露了例如内心印象和感受等内容，而不包含任何有关具体刑事犯罪的迹象，并不会仅仅因为它们可能阐明犯罪行为的原因或动机而与社会相关联（参见BVerfGE 109, 279 <319>）。此外，对于尽管与刑事犯罪有一定联系，但实际

上鼓励个人承认不法行为或为其后果做好准备的情形，例如忏悔或者与心理医生或辩护律师的秘密谈话，属于国家被绝对排除在外的私人生活的核心领域。（参见BVerfGE 109, 279 <322>）。然而，即使是与高度信任的人谈话，当谈话的主题直接关注刑事犯罪时，就有足够的社会相关性（参见BVerfGE 109, 279 <319>）。 [122]

b)任何监控措施都必须考虑私人生活的核心领域。如果它通常会导致收集与核心领域相关的数据，立法机构必须以法律明确的方式提供能够保证有效保护的条款（参见BVerfGE 109, 279 <318 and 319>; 113, 348 <390 and 391>; 120, 274 <335 et seq.>）。不会造成干涉的权力不需要此类条款。对于在个案中可能出现的访问高度个人化信息，其限制必须在宪法基础上直接适用。 [123]

c)对私人生活核心领域的保护是严格的，并且不能根据比例原则通过与安全利益的权衡被相对化（确定的判例法参见BVerfGE 109, 279 <314>; 120, 274 <339>）。这并不意味着每一个收集高度个人化信息的实例都构成了对宪法或人的尊严之违背。鉴于安全机构履行职责时行动和预测的不确定性，不能在每一个个案中提前排除监控措施实施过程中对私人生活核心领域的无意入侵之可能（参见BVerfGE 120, 274 <337 and 338>）。但是在设计监控措施时，宪法确实要求将对核心区域的尊重作为严格的界限，在个案中不可逾越。 [124]

【937】

aa)因此，首先，绝对不允许将核心区域作为国家调查的目标，并以任何方式使用这些信息或以其他方式将其用作进一步调查的基础。即使可能会产生额外的调查结果，除对刑事犯罪的讨论外，针对核心领域的干涉从最开始就被排除在外（见上文，C.I.V.(3) a)）。核心领域的保护不能受到个案中利益平衡之限制。 [125]

bb)此外，在实施监控措施时，还必须从两个层面考虑对核心领域的保护。首先，在数据收集层面，必须作出相应安排，以尽可能排除对核心领域信息的无意收集。其次，在后续分析和使用信息的层面上，如果发生了未能防范的侵入私人生活核心领域的行为，必须使该侵入带来的后果最小化（参见BVerfGE 120, 274 <337 et seq.>; 129, 208 <245 and 246>）。 [126]

d)在这种情况下，立法机构必须根据权力的类型及其与受绝对保护的私人生活领域的接近程度，为每项监控措施设计不同的私人生活核心领域的保护机制（参见BVerfGE 120, 274 <337>; 129, 208 <245>）。然而，在这样做时，立法机构必须在两个层面上作出立法安排。 [127]

在数据收集层面，对于可能导致干涉的措施，必须确保可以通过事前、可行与成本可控的审查，将与私人生活核心领域相关的情形或对话排除出干涉措施的范围（参见BVerfGE 109, 279 <318, 320, 324>; 113, 348 <391 and 392>; 120,

274 <338>）。在一些情况下，可以推定受监控主体与享有最高等级个人信任的人之间的对话属于私人生活核心领域，因而是受监控的（参见BVerfGE 109, 279 <321 et seq.>; 129, 208 <247>）。立法机构可以将这一推定规定为是可推翻的，特别是可以规定，推定成立与否取决于是否有迹象表明个案中的对话将涉及对犯罪行为的讨论。相比之下，如果谈话中除了高度个人化的事项外还会讨论日常事务，这一事实不足以反驳谈话的高度机密性（参见BVerfGE 109, 279 <330>）。在任何情况下，当监控明显侵入私人生活核心领域时，相关措施必须停止（参见BVerfGE 109, 279 <318, 324, 331>; 113, 348 <392>; 120, 274 <338>）。

[128]

在数据分析和使用层面，立法机构必须规定，在无法避免收集与核心领域相关信息的情况下，需要有独立机构在安全机构使用相关信息之前对收集的数据进行筛查，从而筛除与核心领域相关的信息（参见BVerfGE 109, 279 <331 et seq.>; 120, 274 <338 and 339>）。然而，宪法要求的程序保障并不要求在所有类型的案件中都需建立除国家调查机构之外的独立机构（参见BVerfGE 129, 208 <250>）。此类筛查的必要性取决于所讨论的权力的类型和行使方式。越能确保在数据收集层面就避免收集与核心领域相关信息，就越有可能免除独立机构的筛查，反之亦然。这并不影响立法机构有可能制定必要的规定，为国家调查机构在具有紧急危险的特殊情况下采取行动提供短期可能性。在任何情况下，立法机构都必须规定立即删除收集到的任何高度个人化数据，并确保其根本无法使用。删除行为应当以能够被事后审查的方式记录存档（参见BVerfGE 109, 279 <318 and 319, 332 and 333>; 113, 348 <392>; 120, 274 <337, 339>）。

【938】

[129]

(4)宪法对并用多种监控措施设置了特别的限制。如果监控长时间进行，包含被监控人几乎所有行动和言论，并可能构成人物档案的基础，那将拒斥人的尊严（确立的判例参见BVerfGE 109, 279 <323>; 112, 304 <319>; 130, 1 <24>）。通过使用现代特别是秘密的调查方法，安全机构必须协调对基本权利的“附加”干涉所固有的潜在危害，以确保总体监控措施仍在有限范围内实施（参见BVerfGE 112, 304 <319 and 320>）。目的限定原则对机构间数据交换的限制不受这种协调的影响（见下文，D.I.）。

[130]

(5)宪法对特定职业人士或其他人员的活动保密性提供了额外的保护。出于比例原则的考量，对这些人员实施监控措施会有特别的宪法限制。立法机构必须确保有权机关在决定采取和执行监控措施时尊重这些限制。

[131]

宪法并不要求立法机构在事前一般性地禁止对特定人员采取监控措施（参见BVerfGE 129, 208 <262 et seq.>）。相反，由于存在众多需要综合考量的因

素，因此宪法允许立法机构依据个案情形确定对特定人员活动保密性的保护程度。这些考量因素包括如下方面：宪法对决定采取监控措施的限制已经很严格，对于自由和民主秩序而言有效保护其不受恐怖分子威胁至关重要（BVerfGE 115, 320 <357 and 358>; 120, 274 <319>; 133, 277 <333 and 334 para. 133>），有时是否采取监控措施与群众是否安全息息相关，以及必须限制监控措施滥用的可能性等。

[132]

立法机构在设定和界定要保护的机密关系时享有立法空间。它必须要平衡好两方面的因素：一方面是有效保护公共利益不受威胁，另一方面是监控措施对于特定职业所要求的活动保密性的影响程度。在做这种平衡时，立法机构不仅必须考虑到监控措施对这些人一般会受到影响的基本权利的干涉程度，还必须考虑监控措施对其他基本权利可能造成的影响，特别是《基本法》第4条第1款、第5条第1款和第12条第1款规定的权利，或者是《基本法》第38条第1款的特别要求。当立法机构认定特定职业群体受到更严格的保护时，这些群体必须被适当地排除出监控范围。

【939】

[133]

(6)比例原则还对监控措施的透明度、受监控个体的司法保护以及对监控措施的监督控制提出了要求（BVerfGE 133, 277 <365 para. 204>; 已确立的判例法另可参见BVerfGE 65, 1 <44 et seq.>; 100, 313 <361, 364>; 109, 279 <363 and 364>; 125, 260 <334 et seq.>; 类似地，参见2012年1月25日《关于欧洲议会及其委员会就有权能的部门为防止、调查、监控或指控刑事犯罪并执行刑事处分而处理个人数据及这类数据的自由流动制定保护个人指令之提案》，COM/2012/010 final - as of the conclusion of the trilogue, 16 December 2015: 15174/15; as of 28 January 2016: 5463/16, annex）。在这一方面，可适用的宪法要求来源于本案所涉及的基本权利，连同《基本法》第19条第4款（BVerfGE 125, 260 <335>; 133, 277 <366 para. 206>）。

[134]

数据收集和处理的透明度应有助于提升信任和法律确定性，并有助于通过民主讨论解决当下数据相关的争议（BVerfGE 133, 277 <366 para. 206>）。其目的是尽可能为受影响的各方提供主观法律保护，同时抵消秘密的国家监控所带来的弥漫的威胁感（参见BVerfGE 125, 260 <335>; 类似地，Court of Justice of the European Union - ECJ, Digital Rights Ireland Decision, C-293/12, EU:C:2014:238, para. 37）。提供主观法律保护的可能性越小，有效的监督控制和机构对公众的行动透明度就越重要（参见BVerfGE 133, 277 <366 and 367 para. 207>）。

[135]

a)比例原则对立法规定相关监控措施时的另一项要求是设置通知义务条款。鉴于为实现监控目的此类监控措施必须秘密执行，为提供《基本法》第19

条第4款所要求的主观法律保护，立法机构必须确保至少在事后受监控主体收到相关通知。立法机构可以通过权衡通知与第三方受宪法保护的法益来规定例外情况。然而，这仅限于绝对必要的范围（BVerfGE 125, 260 <336>）……如果存在令人信服的理由排除事后通知要求，则这种理由必须受到法官确认并受到定期审查（BVerfGE 125, 260 <336 and 337>）。

[136]

【940】 b) 由于对受监控主体无法准确获知监控措施是否被实施或其实施范围如何，因而立法机构必须设置知情权条款。只有在服务于更为重要的利益时，才允许对知情权进行限制。这种除外条款必须确保在个案情形下全面考虑了所有受影响的利益（BVerfGE 120, 351 <365>）。如果鉴于所执行任务的类型，此类知情权的实际有效性很有限，例如在为应对国际恐怖主义威胁而秘密进行数据处理的情况下，设置除外条款也是合宪的（参见BVerfGE 133, 277 <367 and 368 paras. 209 et seq.>）。

[137]

c) 根据《基本法》第19条第4款，比例原则还要求受监控主体在收到通知后，可以合理的方式要求司法对监控措施的合法性进行审查（在这方面，另见《关于欧洲议会及其委员会就有权能的部门为防止、调查、监控或指控刑事犯罪并执行刑事处分而处理个人数据及这类数据的自由流动制定保护个人指令之提案》第51、52条，同上注）。

[138]

此外，比例原则还要求对侵犯权利的行为进行有效制裁。如果对严重违反干涉条件的行为不予制裁，导致对人格权的保护由于人格权的无形特性而被缩减，这将与国家有效保护人格发展的义务相矛盾。这种情况尤其可能出现在如下案件，其中未经授权的数据收集或使用继续进行，但由于没有物质损失，因而受影响的主体没有获得任何补偿。不过在这方面，立法机构有广泛的立法裁量权（参见BVerfGE 125, 260 <339 and 340>及其中更多文献）。

[139]

d) 由于对于秘密监控措施而言，只能在非常有限的程度上保证数据收集和数据处理的透明性以及对个人权利的保护，因此存在有效的监督控制就显得尤为重要。对于那些严重干涉隐私的监控措施，比例原则也因此在此立法层面及执行层面都提出了更高的监督控制要求（参见BVerfGE 133, 277 <369 para. 214>）。

[140]

首先，要实现有效的监督控制需要有一个拥有实权的机构，例如现行法下的联邦数据保护专员（主要参见BVerfGE 65, 1 <46>）。要实现有效的监督控制，同样需要有完整的数据收集记录。技术性保障措施和组织性保障措施必须确保联邦数据保护专员能够以切实可行的方式，对数据处理过程进行评估，且记录中必须包含足够的信息，以使其与被监督的过程相匹配（BVerfGE 133, 277 <370 para. 215>）。由于监督控制具有弥补个人权利保护薄弱的作用，定期

进行监督控制就尤为重要。定期监督应当在合理时间间隔内进行，时间间隔最长不得超过两年。在考虑监管机构的资金支持时必须考虑到这一点（参见BVerfGE 133, 277 <370 and 371 para. 217>）。确保监控措施受到宪法所要求的有效监督控制是立法机构和其他权力机构的共同责任（参见BVerfGE 133, 277 <371 para. 218>）。 [141]

e)最后，为满足透明度要求及后续监督要求，立法还需要设置报告义务条款。 [142]

由于在很大程度上秘密监视并不会为监视对象及公众所知，并且由于通知义务或知情权都只能在很有限的程度上，通过在事后提供保护主体权利的可能性来抵消其不利后果，因而法律必须规定联邦刑事警察局定期向议会和公众报告其行使秘密监控权力的情况。这些报告不仅必要，而且必须具有足够的实质性。如此方能促进公众对于所收集数据的性质和范围的讨论，对于通知义务或删除义务履行状况的讨论，并使得数据收集行为真正受到民主监督和审查（参见BVerfGE 133, 277 <372 paras. 221 and 222>）。 [143]

(7)在立法中设置删除义务条款同样是比例原则要求的一部分（确立的判例法参见BVerfGE 65, 1 <46>; 133, 277 <366 para. 206>）。这样做的目的是确保个人数据仅在被允许的目的范围内被使用，并且在实现这些目的后相关数据就不可能再被使用。删除相关数据的行为必须被记录存档，以满足透明度要求及后续监督要求。 [144]

V.

受到挑战的警察监控措施在许多方面不满足上述宪法要求。 [145]

(1)《联邦刑事警察法》第20g条第1款至第3款仅部分符合宪法要求。 [146]

a)《联邦刑事警察法》第20g条第1款允许使用第20g条第2款中详细定义的特定数据收集方式在私人住宅之外进行监控。因此，它授权联邦刑事警察局干涉信息自决权（《基本法》第2条第1款以及第1条第1款）。 [147]

然而，该条款并未授权干涉《基本法》第10条第1款。与《联邦刑事警察法》第201条、第20m条相比，《联邦刑事警察法》第20g条中列出的权力不允许采取干涉通信秘密的措施，也不允许采取干涉保障信息技术系统机密性和完整性权利的措施，例如为观察目的操纵此类系统。该条款也不涉及《基本法》第13条第1款。由于它只授权在私人住宅之外进行监控（参见BTDrucks 16/9588, p. 23），因此其运作的前提是，根据该条款采取的监视措施（如果需要，必须通过技术手段确保）会在家门口停止。《联邦刑事警察法》第20g条第4款规定的超过这一范围的权力不是本次诉讼的主要问题。 [148] 【942】

b)关于其干涉的程度，《联邦刑事警察法》第20g条第1款和第2款覆盖了广泛的范围，也包含严重的干涉。 [149]

该条款允许使用第2款中列出的手段在私人住宅之外进行监视。其中包括长时间监视、秘密创建视频记录、秘密监视非公开言论、使用跟踪设备或使用警方线人和卧底调查员。 [150]

这些措施干涉的程度可能相差很大。它涉及从轻微到中等程度的干涉，例如拍摄个人照片或在有限的时间内进行简单的观察，也有程度严重的干涉，例如对一个人长期持续隐蔽的音频和视频记录。特别是当这些措施一起实施，并且在现代技术的帮助下，详细记录、录音、录影人们的语音和动作时，它们可能构成对隐私特别严重的干涉。 [151]

与预防其他严重侵犯法益的行为或起诉重大刑事犯罪类似，有效预防恐怖主义的公共利益可以为这类干涉提供正当基础（见上文，C.II.(3) a)），只要它们满足比例原则的要求。然而，本案中只有部分措施满足了这一要求。 [152]

c)根据一般安全法，《联邦刑事警察法》第20g条第1款第1项和第2款中规定的干涉条件不存在异议。 [153]

aa)该条款将监控措施的适用限制在保护足够重要的法益范围之内。 [154]

首先，该条款仅允许旨在保护国家的存续或安全或人的生命、身体或自由而采取的措施。此外，该条款允许采取措施，旨在保护具有重大价值且其维护符合公共利益的财产。对该规定进行合理解释，即可认为该条款不仅保护重要的物质资产。相反，在防止恐怖主义的情景下，它还将保护对社会具有重要意义的基础设施或其他场所（参见BVerfGE 133, 277 <365 para. 203>）。 [155]

【943】根据《联邦刑事警察法》第20g条第1款第1项的规定，干涉的权力也进一步受到限制，因为只有在受到《联邦刑事警察法》第4a条第1款第2句中列出的刑事犯罪之一的威胁时，才会允许采取保护上述法益的措施。这在《联邦刑事警察法》第4a条本身的功能规定中很明显，该条款整合了《联邦刑事警察法》第20a条等条款规定的权力。因此，干涉的权力仅限于保护不受国际恐怖主义威胁的范围。在这里，立法机构不是仅仅提到了“恐怖主义”这个不具体的术语，也没有泛泛地指向《刑法典》第129条，而是明确规定了对法益的威胁必须来自特定的刑事犯罪，即在《刑法典》第129a条中作出单独定义和特别限定的刑事犯罪。因此，该规定仅限于保护特别重要的法益不受特定威胁攻击的范围。暂且不谈宪法对此类措施的一般限制范围的问题，例如各州警察法案项下相应权力的限制范围等，至少本案所涉的条款满足了比例原则的要求。 [156]

相比之下，《联邦刑事警察法》第20g条第1款第1项援引了第20a条第2

款中“威胁”一词的法律定义。这不能被解释为该法第20a条第2款可以推翻第20g条第1款第1项中的法益限制，并假定任何由第4a条第1款第2句规定的犯罪行为对公共安全带来的威胁就足以引起干涉措施。通过强调必须在个案中出现的的要求，《联邦刑事警察局法》第20a条第2款确实明确了“威胁”一词，并且适用于其后列出的所有权力。然而，在合理且符合宪法要求的解释下，该条款的功能不是在适用于单独的权力时推翻与保护法益有关的具体限制要求。[157]

bb)《联邦刑事警察局法》第20g条第1款第1项也要求有充分明确的理由作为命令采取措施的基础。该条款要求威胁的存在。根据第20g条第2款，这应该被理解为“个案中存在的威胁”，因此是一般安全法意义上的“特定威胁”。考虑到塑造这一术语的普通法院判例，没有理由基于特定性或比例原则的考虑提出反对意见。[158]

cc)此外，《联邦刑事警察局法》第20g条第1款第1项援引《联邦警察法》第17、18和20条以及警察法下的责任原则，来确定措施所针对的人员，这一事实在宪法并无不妥。立法机构被允许诉诸一般安全法制度……《联邦刑事警察局法》第20g条第1款和第2款规定的权力，不仅没有干涉《基本法》第10条第1款，而且没有干涉保障信息技术系统机密性和完整性的权利，也没有干涉《基本法》第13条第1款。《联邦警察法》第20条的规定，在同等必要的状态下，可以对不产生威胁的人进行监控，这也不存在问题。该条款的规定是严格的，对其所作的解释也应当是严格的……[159]

dd)《联邦刑事警察局法》第20g条第2款中定义的监视手段也不是太不具体或不符合比例原则的。先不考虑每一种干涉的不同干涉程度，这些监视手段确实也包含特别严重的干涉，例如可能对私人谈话和场景进行长期的音频和视频记录，或者利用卧底调查员和警方线人的信任。为了应对《联邦刑事警察局法》第20g条第1款第1项中提到的特别严重的威胁，根据在个案中的比例原则测试，这些严重的干涉也可能在宪法意义上是正当的。[160]

【944】

《联邦刑事警察局法》第20g条第2款第2项和第3项中对监控手段技术所做的开放性定义亦无不妥之处。立法机构没有义务将授权的监控手段限制在立法过程中的最新技术水平之内。只要允许的监视类型能够被确定，立法机构就可以规定授权还应涵盖未来可能发展出的技术手段……此外，如果法律术语的具体定义出现不良（不合需要）的转变，立法机构应仔细审视技术发展并采取适当的纠正措施（参见BVerfGE 112, 304 <316 and 317>）。[161]

d)但是《联邦刑事警察局法》第20g条第1款第2项不符合宪法要求。干涉的条件既不满足特定性原则，也不满足狭义的比例原则。[162]

aa)《联邦刑事警察局法》第20g条第1款第2项补充了第20g条第1款第1项规

定的干涉基础，将其限定为保护不受犯罪威胁。立法机构的目的是提早介入并防止刑事犯罪。 [163]

根据上述标准，立法机构要将安全措施根据既定的理解限制于保护不受特定威胁，通常既不会受阻也不会宪法意义上被禁止。然而，即使在预防刑事犯罪的措施方面，也需要基于与特定威胁相关的事实，而不是仅仅基于一般经验的预测。原则上，这意味着必须有证据证明，将会发生至少类型特定并在时间上可预见的事件（参见BVerfGE 110, 33 <56 and 57, 61>; 113, 348 <377 and 378>; 120, 274 <328 and 329>; 125, 260 <330>）。关于恐怖主义犯罪，立法机构也可以适用替代标准，即个人行为是否意味着他将在不久的将来实施恐怖犯罪的可能性已经达到了特定水平（参见前文，C.IV.(1) b）。这方面的要求必须通过法律清晰列明。 [164]

bb) 《联邦刑事警察法》第20g条第1款第2项不满足这些标准。该条款确实要求恐怖分子犯罪可能发生。然而，这里有关预测的要求还不够实质。该规定不排除预测仅基于一般经验作出预测的可能性。它既不包含要求有证据证明至少类型特定并在时间上可预见的事件将会发生，也不包含个人行为能够证实他将在不久的将来实施恐怖犯罪的可能性达到特定水平。因此，该规定规定了过于宽泛的措施，没有为各机构和法院提供足够具体的标准。 [165]

e) 相比之下，如果对《联邦刑事警察法》第20g条第1款第3项以及第20b条第2款第2项进行合宪性解释，则这些条款并无违宪之虞。 [166]

《联邦刑事警察法》第20g条第1款第3项也允许采取影响联系人或陪同人员的措施。第20b条第2款第2项中更详细地定义了术语“联系人或陪同人员”，其应被解释为是相关人员的总称。 [167]

有了这个限制性条款，《联邦刑事警察法》第20g条第1款第3项在宪法意义上是成立的。立法机构并未为了进一步调查寻找证据基础，就允许仅仅基于与目标人物有过接触的事实，便不加区别地开放对目标人物范围内的所有人进行监视的可能性。相反，关于命令针对第三方采取措施，该条款要求这些人符合《联邦刑事警察法》第20b条第2款第2项中详细定义的与犯罪行为具有特定接近性的要求。 [168]

《联邦刑事警察法》第20b条第2款第2项a至c中规定的个案标准，也没有违宪之虞。当然，出于宪法原因，不能将该标准理解为无限宽泛，以包括在任何刑事犯罪很久之前与目标人物有经济关系的人员。相反，《联邦刑事警察法》第20b条第2款第2项c将获得利益的来源限制在对犯罪行为的利用，从而限制于不法性质所产生的结果范围之内，而该法第20b条第2款第2项c还要求有关人员的工具化必须与犯罪本身密切相关。如果满足这些条件，那么相关命令即

具有宪法上的正当性。这一点不会因这些措施也可以针对善意行事且不对任何威胁负责的第三方实施之事实而改变。虽然这确实构成了特别严重的干涉，但在非常重要公共利益背景下，这是一种符合宪法要求的正当手段，类似于在证人义务或紧急状态下的责任。 [169]

f)就比例原则而言，《联邦刑事警察法》第20g条第3款规定的程序要求并非在所有方面都符合要求。 [170]

aa)本条款规定的监视措施（每项措施只能在合理的有限时间内实施）可以延长，而没有最长时间限制。这一点并无问题。立法机构可以假设，命令或延长监控措施所需的特定风险情况通常不会持续很长时间，因此通常不会有风险导致不成比例的长时间持续监视。此外，即使没有明确规定最长时间限制，个案中也可以根据比例原则设置时限，因为监控措施持续的时间越长，对一般人格权的干涉就越强烈，这可能会导致延长监控措施在宪法意义上是不正当的（参见BVerfGE 109, 279 <362>）。 [171]

【946】

bb)然而，在比例原则方面，《联邦刑事警察法》第20g条第3款中关于司法命令规定的规定不够充分。 [172]

《联邦刑事警察法》第20g条第3款仅在需要使用卧底调查员的情况下，才要求对采取措施的初始命令获得直接的司法命令（参见《联邦刑事警察法》第20g条第3款第1句）。在其他情况下，它允许联邦刑事警察局自己作出初始命令，只有可能的延长措施需要司法判决（《联邦刑事警察法》第20g条第3款第8句）。一方面，这适用于监控和记录非公开言论以及使用警方线人或卧底调查员的情况（《联邦刑事警察法》第20g条第2款第2项b、第4项和第5项）；另一方面，也适用于长期观察（《联邦刑事警察法》第20g条第2款第1项），其中也包括通过视频记录或使用跟踪设备等技术手段进行监控的情况（参见《联邦刑事警察法》第20g条第2款第2项a和第3项）。 [173]

该条款仅部分满足宪法要求。然而，视频记录和纯粹的短期观察（即便使用视频记录或跟踪设备等技术手段）不受司法命令的约束，这一规定并无违宪之虞。如果监控措施仍然以这种方式受到限制，那么它们的干涉程度就不会严重到宪法意义上要求司法命令（通过GPS跟踪器进行监控的要求更严格，参见Supreme Court of the United States, *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 [2012]；另一方面，通过GPS监视嫌疑人的有关判决则更为保守，ECtHR, *Uzun v. Germany*, judgment of 2 September 2010, no. 35623/05, para. 70, NJW 2011, p. 1333 <1336 and 1337>, on Art. 8 ECHR）。相反，如果《联邦刑事警察法》第20g条第3款第1项下的监控措施将会持续更长的时间，尤其是涉及视频记录或使用跟踪设备等技术手段，用于监控非公开言论或使用警方线人时，那么独立

的审查在宪法意义上是必不可少的。这些措施对隐私构成了严重的干涉，因而关于它们的命令必须交给一个例如法院这样的独立机构处理。在这方面，如果允许安全机构自己作出采取措施的初始命令，但是仅在措施延长阶段才规定司法判决的介入，并且延长的决定可能是基于此前监控措施获得的信息，那么这样的规定是不够的。如果这些措施的初始命令可能在没有司法判决的情况下发出，那么《联邦刑事警察法》第20g条的程序设计是不合适的。 [174]

【947】g)就宪法要求而言，《联邦刑事警察法》第20g条也是不充分的，因为它未对私人生活中的核心领域提供任何保护。 [175]

《联邦刑事警察法》第20g条授权采取不同性质和对隐私核心领域接近程度不同的监控措施。通过允许长期视频录制和长期追踪并记录非公开言论，该条款授权的监控措施通常构成对隐私的严重干涉。这些措施均涉及在私人住宅之外进行的监控。但无论是在车内、在餐厅单独就坐还是在僻静处散步时，这并不意味着这些属于私人生活核心领域中的高度私密的场景不可能被记录。 [176]

就某些权力而言，该条款因此接近了核心领域，使得保护私人生活核心领域的明确立法成为必要。立法机构必须以明确的方式，在数据的收集及其分析和使用方面都制定保护性条款（见上文，C.IV.(3) c) bb)(d)）。目前仍缺乏这样的规定，因而《联邦刑事警察法》第20g条第1款和第2款在这一方面不符合宪法要求。 [177]

(2)《联邦刑事警察法》第20h条也不完全符合宪法要求。 [178]

a)《联邦刑事警察法》第20h条允许在私人住宅中进行声音和视频监控。因此，它构成了对《基本法》第13条第1款的干涉。 [179]

由于涉及在私人住宅中进行监控的权力，该条款授权对基本权利非常严重的干涉。它准许国家侵入到与其尊严紧密相关的私人庇护空间（参见BVerfGE 109, 279 <313 and 314>）。如《基本法》第13条第3款和第4款所述，这没有排除监控措施。出于保护不受国际恐怖主义威胁的目的，这些措施可能可以被正当化（见上文，C.II.(3) a)），但这些措施必须符合特别严格的要求，而《联邦刑事警察法》第20h条并没有完全满足这些要求。 [180]

b)《联邦刑事警察法》第20h条第1款和第2款在宪法上不存在异议，因为它针对所有可能人员全面规定了监控私人住宅的一般条件。 [181]

aa)该条款确实符合宪法要求，因为它将其措施限制在保护格外重要的法益范围之内，同时要求存在迫在眉睫的危险，并将其涉及的人员定义为对特定行为或情况负责的人。 [182]

.....

[183]

bb)根据《基本法》第13条第4款,该条款还要求存在迫在眉睫的危险。为此,必须同时考虑潜在伤害的程度和发生概率(参见BVerfGE 130, 1 <32>)。对于迫在眉睫的危险,规定的制定必须要比与具体威胁相关的要求更加严格(参见BVerwGE 47, 31 <40>;联邦刑事法院判决, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* - BGHSt 54, 69 <83 and 84>)。从比例原则的视角来看,这确实使得采取上述措施(见上文C.IV.(1) b)有了明确的规范基础。 [184]

cc)对于允许对私人住宅进行监听和视频监控而言,该规定也并未违反比例原则的要求。基于对《基本法》第13条第3款的反面解释,在防止国家受到第13条第4款所列举的威胁的情况下,宪法并没有从根本上排除对私人住宅进行监视这种手段。然而,将监听与监视相结合,确实会较只采取单一措施(如只监听)对公民产生更大影响,因而需要特别的论证。相应的,在采取这类组合措施的情况下,应当检视组合措施中每一个措施的适当性、必要性及相称性,并在条件允许的情况下,对这些措施的组合使用也进行比例原则审查。通常情况下,要求额外进行视频监控以更好匹配监听声音,并不构成充分理由;相反,我们需要更重要的理由来证明,只有在采取额外视频监控的情况下,监控才更能取得成功。对于法律适用而言,这些要求可以且必须被考虑。《联邦刑事警察法》第20h条第1款第1和2项为上述要求提供了充分的规范基础。该法案明确规定,对私人住宅进行的监听与视频监控是两类不同的监控措施,因此必须分别予以审查。 [185]

c)然而,该法案在“可能被监控的人员范围”方面的规定,在一定程度上是违反比例原则的,与宪法要求不符。 [186]

aa)《联邦刑事警察法》第20h条第1款第1a项规定了对第17、18条(见上文C.IV.(1) c)部分)所指向的人的私人住宅采取监控措施所应遵循的授权规定,我们对此没有任何异议。 [187]

《联邦刑事警察法》第20g条第2款规定,如果目标对象在场,并且在目标对象家中所采取的监控措施本身不足以防止危险发生时,那么还可对第三方主体的住宅采取监控措施。对此,我们也没有异议。不过,联邦宪政法院已经就对第三方主体的住宅采取监控措施,构建了限制性的解释标准……(参见BVerfGE 109, 279 <356 and 357>)。 [188]

bb)《联邦刑事警察法》第20h条第1款第1b项规定,如果某些个体参与了特定的准备措施,以至于有理由认为这些个体可能犯下恐怖主义罪行,就可以对其私人住宅进行监视。这一规定也是合宪的。 [189]

与《联邦刑事警察法》第20g条第1款第2项不同,该规定不会为在危险

发生之前特别远的时间便意图实施监控提供单独的规范基础。相反，与《基本法》第13条第4款的规定相一致，唯有紧迫危险才能提供该条所需保护的法益，进而采取必要的监控措施。此外，这些措施所涉及的人员类别也受到了充分的限制：该条款要求存在为恐怖主义犯罪而采取的具体准备工作。因此，该条款所规定的情形是特定明确并在短时间内可预见的。通过这种规定，它为实施符合宪法要求（见上文，C.IV.(1) b)）的监控措施提供了规范基础。 [190]

cc)然而，对联系人员或陪同人员的私人住宅采取监控措施的授权规定（《联邦刑事警察法》第20h条第1款第1c项）并不符合《基本法》第13条第1款和第4款的要求。它违反了比例原则。 [191]

对私人住宅采取监控措施是一种特别严重的对隐私的侵犯。根据室内监控本身的特性，它的影响比在私人住宅外的采取监控措施或对通讯采取监控措施更大。只有对侵犯信息技术系统的严重程度才能与该措施相提并论。因此，只有从一开始就将采取这类措施的目标限定为获取导致威胁发生的目标主体的对话，才能确保此类措施符合相称性的要求（参见BVerfGE 109, 279 <355>）。直接将这些措施扩张适用于第三方主体是违反比例原则要求的，并且由于这类措施属于相当严重的干预措施（见上文C.IV.(1) c)），因而是被禁止的。 [192]

不过这并不影响以下事实：在不可避免的情况下，对目标对象私人住宅的监控也可以包括无关的第三方主体（参见《联邦刑事警察法》第20h条第2款第3句）。如前所述，为了对目标对象采取监控措施，在有些情况下甚至可以对第三方主体的私人住宅进行监视。 [193]

d)在对私人住宅采取监控措施的程序性要求方面，同样不存在宪法上的异议。特别是，只有法官才能下令采取这些监控措施。因此，该法案要求按照该法其他相应条款的要求（参见《联邦刑事警察法》第20k条第6款第4项）注明“重大理由”（参见该法第20h条第4款第4项）；这并非不履行宪法上所要求的审查义务和证成义务（参见BVerfGE 109, 279 <359 and 360>），而恰恰是在强调所有与法律相关的方面都必须以合理的方式得到证实。 [194]

可以无限延长对私人住宅采取监控措施的时间，这在宪法上也是无可非议的。因为在个案中，可以从比例原则中推导出监控时间限制（参见BVerfGE 109, 279 <362>）。 [195]

e)《联邦刑事警察法》第20h条第5款所规定的对私人生活核心领域的保护在宪法上是不充分的，不符合《基本法》第13条第1款以及第1条第1款的要求。 [196]

aa)对私人住宅的监控是对隐私的一种特别严重之干预，构成了对个人庇护所之侵犯，而个人庇护所对维护人的尊严而言特别重要，因而在采取监控措施

的情况下，对核心区域的保护的相关要求应特别严格（BVerfGE 109, 279 <313 et seq., 318 et seq., 328 et seq.>）。 [197]

1)首先，特殊要求适用于数据收集环节。在权衡是否有可能记录高度私密的情况时，为了有效保护核心区域，应推定为有可能（参见BVerfGE 109, 279 <320>）。相应的，在私人空间与享有最高信任的人（见上文C.IV.(3) a)）进行的对话被认为是私人生活的核心领域，因而不能受到监控（参见BVerfGE 109, 279 <321 ff.>）。因此，必须排除对可能进行此类对话的空间进行自动持续监视的可能性（参见BVerfGE 109, 279 <324>）。当存在具体证据表明，某些对话可能与上文所讨论的刑事犯罪直接相关时，可以推翻上述推定。即使是在对话混合了高度个人化的内容，或者如果其整体性质不会高度保密的情况下，也可以推翻上述推定。不过，仅仅是预估对话中将混杂日常事务与高度机密的事务，并不足以推翻上述推定（参见BVerfGE 109, 279 <330>，见上文，C.IV.(3) a) d)）。 [198]

考虑到上述情况，如果监控措施可能会干扰私人生活的核心领域，那么便不可以实施相关措施。如果在考虑了上文所述推定规则的情况下，并无迹象表明监控措施会侵犯私人生活的核心领域，便可以采取监控措施。然而，如果监控措施一旦牵涉了高度私密的内容，则必须立即停止这些措施（参见BVerfGE 109, 279 <320, 323 and 324>）。如果出于一些原因（如用语），有理由怀疑对话的私密性，或有具体理由相信，对话中除了高度私密的思想交流之外还有刑事犯罪问题，那么监控可以以自动记录的形式继续进行。 [199]

2)在数据分析和数据使用缓解也存在具体的宪法要求。监控结果必须接受一个独立机构的审查。这种审查既涉及对合法性的审查，也涉及对高度机密数据的过滤，以便尽可能不向安全部门披露这些数据。因实施私人住宅监控而获取的所有数据都必须被提供给这一独立机构（参见BVerfGE 109, 279 <333 and 334>；联邦宪政法院分室判决，*Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 11, 164 <178>）。 [200]

如果尽管采取了所有保障措施，但仍收集到与核心区域相关的信息，则必须规定禁止使用该信息，并规定删除该信息，同时要求记录删除行为（见上文，C.IV.(3) c) bb)(d)(7)）。 [201]

bb)在此基础上，《联邦刑事警察法》第20h条第5款在数据收集环节的规定合乎宪法要求，但在数据使用环节的规定则不满足宪法要求。 [202]

1)在监控私人住宅的情况下，《联邦刑事警察法》第20h条第5款第1、2、3、5句要求审查监控措施是否会收集核心领域的信息。只有在适用推定的情况下才允许监控，即根据预测，任何有关私人生活核心领域的表达都不会被

收集，且如果和预测相反，有理由认为对私人住宅的监控正在收集高度隐私的信息，则相关监控措施将会被立刻停止，这样的规定才是符合宪法要求的。上述要求也适用于对第3句所规定的自动记录之授权上。第3句并未放弃第1句的合法性要求，相反还附加了第2句所规定的中断监控要求。《联邦刑事警察司法》第20h条第5款第1句所保护的与核心领域相关的“表达”（在被合理解释的情况下）也包括同等情况下的视觉记录。 [203]

2)然而，在数据使用环节，有关核心区域保护的方法并没有在各个方面都满足宪法要求。该法案规定由法院对监控记录进行审查，但是将这种审查限制于有疑问的自动记录（《联邦刑事警察司法》第20h条第5款第4句）。到目前为止，立法机构的明确指导思想是，没有必要进行进一步的独立审查，因为在法案被正确适用的情况下，第20h条第5款第1和2句已经排除了在数据收集环节收集到私密个人信息的可能性。然而，这并不能证明限制独立机关审查私人住宅监控记录是合理的。因为这种审查的目的不仅在于过滤可疑案例，还在于确保对核心区域的保护。然而，根据《联邦刑事警察司法》第20h条第5款第4句，法院仅有有限的审查，不足以确保对核心区域的保护。事实上，《基本法》为立法机关提供了足够的立法空间，使得立法机关在规定审查权时，可以规定在紧急危险情况下适用特别规则。 [204]

立法机关规定了无论因何原因收集到了高度私密的个人信息，都禁止使用这些信息，并且应当立即删除相关信息，同时产生删除记录。这一规定符合宪法要求。但是《联邦刑事警察司法》第20h条第5款第10句规定，在一个极短的时间段内，删除日志就会被删除，这一规定是违宪的。这个时间段实在是过于短暂，以至于在删除记录的存储期间，联邦数据保护专员或相关方通常都不会启动审查，因而删除记录变得毫无意义（参见Bäcker, loc. cit., p. 88；在这方面也参见BVerfGE 100, 313 <400>; 109, 279 <332 and 333>）。由于删除日志本身不包含任何可能会使相关人员入罪的数据，因此以这一规定有助于保护被监控人员为由，将存储期间规定的如此之短就显得尤其不合理。 [205]

【952】 (3)《联邦刑事警察司法》第20j条规定了搜索电子档案的条件，这一条也无违宪之虞。 [206]

该条款为干预信息自决权提供了依据。然而，条文所规定的干预的条件是足够具体的且符合比例原则的，因此这种干预可以被证成。特别是，只有在为了保护足够重要的法律利益（见上文，C.V.(1) c) aa），且出现了《联邦刑事警察司法》第20j条第1款第1句及第20a条第2款所列举的特定威胁时，才能搜索电子档案。《联邦刑事警察司法》第20条第1款第1句第二部分所列举的各类有风险的情形，也不违宪。相关要求（参见BVerfGE 115, 320 <363 et seq.>）不受

此影响。该条款在程序方面的规定也符合比例原则要求，特别是它要求司法命令。 [207]

(4)如果对《联邦刑事警察局法》第20k条进行合宪性解释，那么它所规定的干预的一般条件就是合宪的。但是有关保护私人生活核心领域方面的规定则不满足宪法的要求。 [208]

a)《联邦刑事警察局法》第20k条第1款授权访问信息技术系统，并允许对信息技术系统进行远程秘密搜索，通过这种方式可收集保存或存储在私人计算机或与之相连的其他计算机（例如“云端”）上的数据。被搜查人的在线行为也可以被跟踪。该条款因此准许干预保障信息技术系统的机密性与完整性的基本权利（《基本法》第2条第1款以及第1条第1款）。 [209]

由于这是一般人格权的独立体现，宪法考虑到了信息技术系统的使用对人格发展的重要性（参见BVerfGE 120, 274 <302 et seq.>）。如今，越来越多的影像资料、音频资料以及日记般的书面表达、亲密声明或其他文字记录下的具有高度私人属性的经历都是以电子形式产生、储存或交换的。大部分高度个人化的交流都是通过互联网上的通信服务或基于互联网的社交网络进行的。人们在很大程度上不再仅仅依靠或信任自己的信息技术系统去提供这些数据的保密性，而同时需要去依靠或信任第三方机构。因此，保障信息技术系统的机密性和完整性的基本权利可以防止秘密获取这些数据，尤其是防止通过操纵和读取私人计算机以及其他信息技术系统进行远程搜索，以及访问人们有合理隐私期待的存储在外部服务器上的个人数据，或追踪与个人相关的网络行为。鉴于这些数据往往具有高度的人格属性，尤其是作为一个整体来看时，上述行为便构成了对保障信息技术系统的机密性和完整性这一基本权利的极为强烈的干预，足以与干预住宅不受侵犯相提并论。 [210]

【953】

b)如果对《联邦刑事警察局法》第20k条第1和2款中访问信息技术系统的要求进行合宪性解释，那么这些规定便符合宪法的要求。 [211]

aa)然而，对保障信息技术系统保密性和完整性的基本权利之干扰受到严格的限制（参见BVerfGE 120, 274 <322 et seq., 326 et seq.>）。具体而言，这些干预措施必须有事实依据，即在个别情形下存在对特别重要的法益特定而迫在眉睫的威胁。《联邦刑事警察局法》第20k条第1款满足了这一要求…… [212]

然而，基于宪法的要求，必须对《联邦刑事警察局法》第20k条第1款第2句进行限缩解释。所谓能够在恐怖袭击危险发生前就采取监控措施的情形，仅限于那些有事实依据、恐怖袭击类型明确且短期内可预见即将发生的情形。并且被采取监控措施的对象身份也应当非常明确，而监控范围主要限于他们本人（BVerfGE 120, 274 <329>）。如果恐怖袭击类型并不明确，时间也不明确，

但相关人员的行为足以表明该人员在不久的将来犯下此类罪行的具体危险，那么采取监控措施也是被允许的（见上文C.IV.(1) b）。

[213]

由于《联邦刑事警察法》第20k条第1款第2句是根据联邦宪政法院的判例法起草的（BVerfGE 120, 274 <329>），因而可以认为立法机构有意援引判例中的观点。因此，该条款仍可以符合宪法的方式进行解释。

[214]

bb)此外，关于干预的实质性条件，该法案符合比例原则的要求。特别是《联邦刑事警察法》第20k条第2款规定，必须尽量减少访问对信息技术系统造成的变化，防止第三方主体有权进行访问，并在访问终止时尽可能恢复原状（在这方面，请参见BVerfGE 120, 274 <325 and 326>）。不能完全排除间接损害这一事实并不意味着，该措施从一开始就不符合比例原则的要求。在个别案件中尊重比例原则还意味着，公开获取目标主体的数据集通常必须优先于秘密渗透。

[215]

c)此外，该法案的程序性规定（参见《联邦刑事警察法》第20k条第5和6款）也不违宪。要符合宪法要求，只能由法官决定实施监控措施，且该决定必须有实质理由（参见BVerfGE 120, 274 <331 et seq.>；见上文C.IV.(2)）；采取监控措施的最长期限一般为三个月，并在个案情形下依据比例原则去确定监控措施的最长期限及实际持续时间。

【954】

[216]

d)然而，保护私人生活核心领域的规定并没有在各个方面满足宪法要求。

[217]

aa)鉴于秘密访问信息技术系统通常会带来收集高度机密数据的风险，而这些数据往往与私人生活的核心区域高度关联，因此需要有法定的对私人生活核心区域的保护措施（参见BVerfGE 120, 274 <335 et seq.>）。与适用于数据收集及其后的数据分析与使用环节的保护措施相比，适用于私人住宅监控的保护措施并非在各个方面都相同（参见BVerfGE 120, 274 <337>）。其原因在于访问信息技术系统的具体特质。防止侵犯核心领域的保护措施的主要目的并不是防止在私人空间收集和记录转瞬即逝的高度私密时刻，而是防止在已经存在的完整电子数据集中读取高度私密信息。这些电子数据在总体上并不像在家里的行为或交流那样具有私人性质。在这种情形下，监控并不是按照时间顺序在不同场合下进行的，而是通过间谍程序进行的访问。且这种访问往往是全有全无式的。

[218]

保护核心区域的要求也因而在一定程度上被克减。然而，即便如此也必须规定，在技术条件和调查要求允许的情况下，不得收集属于私人生活核心领域的信息。尤其要使用现有的信息技术保障措施：如果存在可被识别并区隔的高度私密信息，即应禁止对于这些信息的访问（参见BVerfGE 120, 274

<338>)。

[219]

但如果在数据收集之前或收集时无法筛选出与核心领域相关的数据，那么即使访问信息技术系统偶尔可能收集到高度个人化的数据，也依然应当被允许。在这种情形下，立法机关必须通过在数据分析和使用环节设定保障措施，并要求最小化这种访问所造成的影响，以保护被访问主体的权益。在联邦刑事警察局获取并使用与私人生活核心领域相关的信息之前，由一个独立机构对这些信息进行审查与筛选，具有决定性意义（参见BVerfGE 120, 274 <338 and 339>）。

[220]

bb) 《联邦刑事警察法》第20k条第7款仅部分满足了上述要求。

[221]

【955】

1)如果对适用于数据收集环节的要求进行合宪性解释，那么这些要求并不违宪。该条款第二句规定，必须使用所有技术上可用的手段，防止收集与核心领域有关的信息，这与上文已经讨论过的宪法要求是一致的。此外，该条款禁止仅会收集到私人生活核心领域信息的访问。根据上文所讨论的标准，这一规定同样合宪。然而，根据宪法的要求，该条款必须被解释为，涉及高度私密事项的对话不会仅因高度私密事务与日常事务混杂在一起，就被排除出严格保护的范畴（参见BVerfGE 109, 279 <330>）。对该条款的理解与适用应符合保护私人生活核心领域的宪法要求，并考虑到对该概念的相关理解（见上文，C.IV.(3) a) d)）。

[222]

2)然而，该条款在收集环节后所设置的保障措施却并不满足宪法的要求。

《联邦刑事警察法》第20k条第7款第3和4句没有提供足够的独立审查。[223]

宪法要求由一个独立机构进行筛查，不仅是为了合法性审查，同时旨在确立对与私人生活核心领域相关的数据的过滤机制，从而在可能的情况下不将这些数据披露给安全部门。这就假定审查主要是由不负责安全任务的外部人员进行。不过，这并不排除联邦刑事警察局的雇员在遵守保密义务的前提下可以参与其中，以提供在具体调查事项上的专业知识。类似的，联邦刑事警察局也可以为筛查提供技术支持，包括沟通辅助等。然而，实际的执行和决策职责都必须掌握在独立于联邦刑事警察局的人手中。

[224]

现有规定无法确保这一点。它将审查工作主要交付于联邦刑事警察局自身。无论是规定该审查工作受到作出决定的法院的“专家监督”，还是规定其中一名雇员（如该特定公共机构内的联邦数据保护专员）不受联邦刑事警察局的指示，都不能缓解这一问题。

[225]

《联邦刑事警察法》第20k条第7款第5和7句在数据使用环节的规定，确实以符合宪法的方式有效保护了私人生活的核心区域。但《联邦刑事警察法》第20k条第7款第8句所规定的过短的删除日志保存期限是违宪的（见上文

【956】

C.IV.(3) d))。 [226]

(5)《联邦刑事警察法》第201条仅部分符合宪法要求。 [227]

a)第201条《联邦刑事警察法》对电信监控进行了规定，因此这一条款为干预《基本法》第10条第1款提供了规范基础。《基本法》第10条第1款中所规定的标准不仅与《联邦刑事警察法》第201条第1款有关，同时也与该条第2款有关。后者规定，在技术措施能够确保监控仅覆盖正在进行的远程通讯时，便允许在源头进行电信监控。虽然这在技术上要求访问相应的信息技术系统，但是《联邦刑事警察法》第201条第2款只允许那些限于正在进行的远程通讯过程的监控措施。因此该条款的目的仅仅是跟踪信息技术的技术发展，并允许在不再可能通过旧的监视手段进行电信监视的情况下，也允许进行电信监视，而无需访问信息技术系统所提供的与内容有关的信息。因此，对这项措施的评估不应以保障信息技术系统的机密性和完整性的基本权利为依据，而应以《基本法》第10条第1款所设置的标准为依据（参见BVerfGE 120, 274 <309>）。

[228]

电信监控是一种严重的对于基本权利的干预（参见BVerfGE 113, 348 <382>; 129, 208 <240>）。然而，为了应对国际恐怖主义的威胁（见上文C.II.(3) a)），只要干预的依据在个案中受到比例原则之限制，这种干预就是可被证立的。但是《联邦刑事警察法》第201条未能完全实现这一点。 [229]

b)《联邦刑事警察法》第201条第1款第1至4项对各类事项提供了不同的干扰依据。其中一些依据并不符合宪法要求。 [230]

根据《联邦刑事警察法》第201条第1款第1项，对那些导致警察法下所规定事项发生的个体采取监控措施并不违宪。因为这类措施的采取旨在保护真实的法益，并且只是为了应对迫在眉睫的危险。 [231]

然而，与之相对，《联邦刑事警察法》第201条第1款第2项的规定便与宪法要求相悖。它未对电信监控的扩展设置具体限制，允许将其适用于有某些事实能够证明可能正在准备实施恐怖犯罪的人身上。该条款为了防止刑事犯罪，将干预权力从应对特定威胁阶段转移到更早的阶段，但由于该条款未对其其中不确定的法律概念进行合理界定，因而违反了法律明确性原则，并且也构成不成比例的宽泛。上文在讨论《联邦刑事警察法》第20g条第1款第2项时提出的观点（见上文C.V.(1) d)）也适用于此处。虽然这两项规定表述略有不同，【957】但实质上没有任何区别。该法案的解释性备忘录也阐明了这一点，即借用《联邦刑事警察法》第20g条第1款第2项中的表述（参见BTDrucks 16/10121, p. 31），重述了该法第201条第1款的内容。这些理由同样适用于该条第2款，因为该条引用了那一条款。 [232]

相比之下，如果对《联邦刑事警察法》第201条第1款第3和4项进行合宪性解释，那么将电信监控扩展到包括信使在内的人员之规定便可能合乎《基本法》第10条第1款的要求。该条款的规定与《刑事诉讼法典》第100a条第3款的规定十分一致，满足法律确定性原则的要求，并具有解释上的开放性。像《联邦刑事警察法》第20b条第2款第2项中涉及的对联系人和陪同人员的规则一样，该规定不允许不加区别地将监控措施扩展到与目标人交换信息的所有人，而是要求有具体的理由并在法院发布的命令中明确列出；这表明目标主体在刑事犯罪活动中充当信使，因而其与犯罪或威胁是紧密关联的。 [233]

c)《联邦刑事警察法》第201条第2款中所规定的其他情形可以从源头实施监控，并无违宪之虞…… [234]

d)与宪法要求相一致（参见BVerfGE 125, 260 <337 and 338>），《联邦刑事警察法》第201条第3款规定了采取监控措施需要法院命令这一程序性要求。然而，它并未遵循宪法的要求（见上文C.IV.(2)）并规定，采取电信监控的司法决定必须写明采取这一措施的理由。这一立法漏洞无法通过合宪性解释予以填补。鉴于该法案在其他条款中明确规定了说明理由这一义务（参见《联邦刑事警察法》第20g条第3款第6句、第20h条第4款、第20k条第6款），因而在没有明确条文依据的情况下，难以排除这是立法者有意为之的可能性。 [235]

e)《联邦刑事警察法》第201条第6款规定了保护私人生活的核心领域，它们在绝大程度上是合宪的。 [236]

aa)电信监控构成对核心区域周围的一种严重干预。作为一种对各类电信沟通进行内容监视的形式，它通常也会带来获取高度私密对话的风险，而这些对话受到私人生活核心领域的保护。在这方面，有必要在立法上规定特殊的保护措施（参见BVerfGE 113, 348 <390 and 391>; 129, 208 <245>）。 [237]

然而，从整体特征上来看，电信监控对隐私的侵犯程度不及私人住宅进行监控或远程搜索（参见BVerfGE 113, 348 <391>）。它虽然可以涵盖任何情况下的任何通过技术手段传输的通信，但可能被监控的高度私密对话毕竟只占其中的一小部分。这与监视一个人在私人住宅中的私人避难所的情况显著不同。在这方面，它也不同于远程搜索……它之所以可能染指私人生活的核心领域，主要是因为它可能覆盖了被监视主体与其高度信任的人之间的高度私密对话（参见BVerfGE 129, 208 <247>）。 [238]

因此，立法机关确实可以通过相对更宽松的规定来对核心区域加以保护，但是也依然需要明确规定在数据收集阶段所应进行的评估活动，以确定电信监控是否有可能覆盖高度私密的谈话，并禁止这类监控措施。如果有足够的把握认为，电信监控不会涉及这类对话，那么便可以实施监控措施。依据比例原

则，也可以在个案中通过自动持续监控的方式进行监控（参见BVerfGE 113, 348 <391 and 392>; 129, 208 <245>）。

[239]

就后续环节的核心区域保护而言，必须规定禁止使用不可接受证据及数据删除要求（包括留存删除记录），但由独立机构对电信监控过程进行审查则不是必须的（参见BVerfGE 129, 208 <249>）。对于电信监控而言，立法机构实际上可以规定，是否进行审查取决于监控措施是否以及在多大程度上可能涉及高度隐私的信息。在这种情况下，后续环节的保护措施与数据收集环节的预防措施是相互关联的。

[240]

为此，立法机构有很大的立法空间……

[241]

bb) 《联邦刑事警察法》第201条第6款在很大程度上满足了上述要求。

[242]

1)在实体层面，《联邦刑事警察法》第201条第6款第1句规定，在实施电信监控措施之前，必须对监控措施是否会侵害私人生活的核心领域进行评估，如果有事实证据表明，被评估的电信监控措施只涉及私人生活的核心区域，则不得采取此类措施。由于该条款同样受宪法的约束，因而即便是那些与日常事务混杂在一起的与高度信任的人进行的对话，根据宪法的要求（参见BVerfGE 109, 279 <330>）也不应被排除出严格保护范围。因此，这一条款并不违宪。此外，该条款第2和3句还规定，如果调查人员直接了解到了高度机密的谈话，那么电信监控措施就将被终止；如果出现疑问，那么电信监控措施仅限于自动记录措施。这些规定也与宪法要求相一致。

[243]

【959】

然而，除此之外，该法案还允许一般性地采取自动记录监控措施（参见《联邦刑事警察法》第201条第6款第2句前半部分），即使该监控措施有可能涉及与私人生活核心领域相关的对话。不过，就电信监控而言，这种规定在宪法上仍然是可以接受的。适用于私人住宅监控的更严格要求（参见BVerfGE 109, 279 <324>）在此处并不适用，因为私人住宅与私人生活核心区域的联系更为紧密。不过，要求采取自动记录监控措施的决定中有关时间跨度与内容范围的部分，必须要能通过严格的比例原则审查。此外，该条款承认监控措施可能涉及高度个人化的信息，也意味着需要在数据分析与使用环节采取更有效的保护措施。

[244]

2)在这方面，该条款在很大程度上符合宪法要求。该条款不仅规定了禁止使用不可接受证据以及数据删除要求，并且在采取自动录音措施时，还要求法院事先进行审查。虽然法案将这种审查限于自动录音情形，并仅限于存有疑虑的案件，不过这一规定并不违宪。与私人住宅监控不同，对电信监控的独立审查可仅限于可疑情况。

[245]

然而,《联邦刑事警察法》第201条第6款第10句中所规定的删除日志保存期过短,因而是违宪的(见上文C.IV.(3) d))。 [246]

(6)与《联邦刑事警察法》第201条相对应,《联邦刑事警察法》第20m条第1和3款也存在同样的缺陷,因而是违宪的。不过其他条款是合宪的。

[247]

a)《联邦刑事警察法》第20m条第1和3款允许收集电信流量数据,因而为干预《基本法》第10条第3款所规定的通信秘密提供了规范依据。通信秘密不仅保护通信的具体内容,而且保护通信环境的机密性,尤其是通信是否发生,何时发生,何频率发生,同谁发生,以及以何种通信媒介发生。(已确立的判例法参见BVerfGE 67, 157 <172>; 130, 151 <179>)。 [248]

即使是在不直接涉及通信内容的情况下,对通信流量数据的收集依然是对《基本法》第10条第1款的严重干预。(参见BVerfGE 107, 299 <318 et seq.>; 关于此类电信流量数据的预防性存储,参见BVerfGE 125, 260 <318 et seq.>)然而,出于应对恐怖主义的目的,在符合比例原则的情况下,这种措施也是可以被证立的。然而,与《联邦刑事警察法》第201条一样,事实并非如此。

[249]

b)由于该条款的干预条件基本上与《联邦刑事警察法》第201条第1及3至5款规定的条件一致,因而上文对这些条款的分析也适用于此处。鉴于依据比例原则而生发出的,针对调查与监控措施等严重干预行为的要求并未被满足(见上文C.IV.(1) b) 2)),我们在审查收集电信流量数据措施时所采取的方法与在内容相关的电信监控中所采用的方法没有区别。 [250]

【960】

因此,《联邦刑事警察法》第20m条第1款第2项与宪法规定不一致,而《联邦刑事警察法》第20m条第1款第3和4项则需要进行合宪性解释。此外,成文法也未明确规定需在采取监控措施的决定中说明理由(见上文C.V.(5) b) d))。 [251]

至于其余部分,《联邦刑事警察法》第20m条第1和3款是合宪的……在作出决定时,《联邦刑事警察法》第20m条第3款第2句的规定有助于描述待收集的数据,也是合宪的。这并不影响《联邦刑事警察法》第20m条第1款只允许收集个人的数据。 [252]

VI.

在其他一些方面,受到质疑的调查和监视权力也与宪法要求不符(见上文C.IV.(4)-(7))。它们缺乏补充性的条款,而没有这些条款,被质疑的调查和监视权力便无法通过比例原则审查。 [253]

(1)该法案中没有包含一项明确的规则,详细规定禁止不同权力机关合作进

行全面监视（见上文C.IV.(4)），但这并不违宪。依据比例原则要求，禁止全面监视的目的是保护为宪法所确认的植根于人的尊严的不可剥夺的人格核心；在其权力范围内，安全部门必须主动遵守这项禁令（已确立的判例法参见BVerfGE 109, 279 <323>; 112, 304 <319>; 130, 1 <24>）。在这种情况下，不需要进一步的法定规范…… [254]

(2)然而，在出于宪法原因，专业团体和其他团体中的个体通信被认为需要保密时，法案中并未提供足够的保护。 [255]

a)然而，根据《联邦刑事警察法》第20u条，立法机构制定了一项基本符合相关宪法要求的条款。尤其是《联邦刑事警察法》第20u条第2款严格按照《刑事诉讼法典》第160a条起草，并未严格排除对受到职业秘密保护的人员采取监控措施，而仅在个案权衡的情况下排除监控措施的适用。在《联邦刑事警察法》第20u条第1款中，该法案仅针对立法机构认定为特别需要保护的一小部分人，严格排除了监控措施的适用（参见BVerfGE 129, 208 <258 et seq.>）。在《联邦刑事警察法》第20u条第2款所要求的个案权衡中，需要给受影响者的基本权利赋予合理的权重。这种权衡必须在比例原则的框架下进行。与《刑事诉讼法典》第160a条第2款第1句后半部分相一致，宪法规定联邦刑事警察局收集数据如果不是为了应对重大危险，那么该措施所保护的利益一般便不会被认为具有更大权重。 [256]

b)然而，在这方面，律师与其委托人之间的信任关系所受到的保护程度与宪法不符。辩护律师和在律师—客户关系中行事的其他律师之间存在法律区别，这本身并不构成区分各自保护级别的适当标准。由于实施监控是为了防止威胁而非追诉刑事犯罪，因而刑事辩护在这里实际上没有任何意义。 [257]

c)然而，除此之外，我们并未发现《联邦刑事警察法》第20u条侵犯基本权利的情况。尤其是《基本法》第5条第1款第2句不会导致媒体代表有权要求更严格的保护（参见BVerfGE 107, 299 <332 and 333>）。《基本法》第3条第1款也不会导致进一步的限制。立法机关可以将对监视措施采取更严格的保护视为是一种例外情形，并对此享有广泛的裁量空间。在2011年10月12日的判决中，第二庭承认，神职人员或政治代表与其他专业团体相比需要特殊保护至少是合理的。然而，这种更高水平的保护不能被类推适用于其他事项上（参见BVerfGE 129, 208 <258 et seq., 263 et seq.>）…… [258]

(3)旨在保证透明度、法律保护和监督控制的条款也不完全符合宪法要求。 [259]

a)当被合理解释时，《联邦刑事警察法》第20w条中规定的通知义务并不违宪。该条款与第101条第4至6款的规定高度一致，符合宪法要求（参见

BVerfGE 129, 208 <250 et seq.>)。 [260]

上述观点同样适用于《联邦刑事警察法》第20w条第2款第1句后半部分。该部分允许克减通知要求，以便于能进一步部署卧底调查员。与推迟通知部署卧底调查员监视私人住宅的情况不同——对它来说这一目的并不充分（参见BVerfGE 109, 279 <366 and 367>），通知义务的这一例外涉及秘密调查员的部署本身…… [261]

《联邦刑事警察法》第20w条第3款第5句允许在实施监控措施五年后，才进行明确的通知。这一规定是合宪的。根据联邦刑事警察局代表在口头听证会上描述的明确决定不发出通知的现行做法，在对此类决定进行合宪性解释时，应当明确禁止进一步使用数据，并要求删除数据。 [262] 【962】

b)应当以不违反宪法要求的形式保障下列权利，关于受到质疑的调查和监控权力、公民的知情权、事后提起司法审查的诉权以及在适当情况下要求赔偿的权利。 [263]

……

[264-265]

c)相比之下，该法案所设置的监管要求却并不满足宪法的要求（见上文C.IV.(6) d)）。事实上，《联邦数据保护法》的条款要求联邦数据保护专员进行审查，该专员在这方面拥有足够的权力（参见BVerfGE 133, 277 <370 para. 215 >）。然而，该法案并未设定应有的法定要求，如大约每隔两年至少进行一次强制性审查（参见BVerfGE 133, 277 <370 and 371, para. 217>）。 [266]

此外，为有效审查相关监测措施所需的全面留痕（comprehensive documentation）要求也未被草案所确立（参见BVerfGE 133, 277 <370, para. 215>）。该法案确实规定了零散的留痕要求，如《联邦刑事警察法》第20k条第3款规定了访问信息技术系统要留痕，又如《联邦刑事警察法》第20w条第2款第3句规定了延期通知决定留痕。然而，即使是在规定了留痕要求的情形下，草案也未规定清楚记录中是否包括延期的原因。总之，这些留痕规定仍然是零散的，不能充分确保对监控措施进行事后审查。虽然根据文件保存的一般规则，通过数据收集而生成的重要发现至少被记录了下来，但这既缺乏足够的明确性，也不符合数据保护法所要求的有效审查。对于某些保护领域，这一点尤其重要；这些领域与刑事诉讼中的刑事调查不同，不需要针对特定个人进行调查和防范威胁；。到目前为止，尚不清楚是否有规范能确保证以透明的方式（或满足潜在后续刑事诉讼要求的方式），对数据收集行为进行记录。实施监控措施需要司法决定这一事实并不改变上述判断，因为司法决定只涉及对监控措施的批准与否，而未表明是否以及在多大程度上实施了该监控措施。此外，与根据《刑事程序法典》第100b条第4款第2句所进行的刑事诉讼不同，该草案

中甚至没有规范要求作出命令的法院应当了解调查的结果。 [267]

【963】 d)最后，法案也没有规定向议会和公众的报告义务，而该义务对于被质疑的监视权是否符合比例原则而言至关重要（参见BVerfGE 133, 277 <372 paras. 221 and 222>）。该法案既不要求提供报告说明监控权的启动原因及使用程度，也不要求说明受影响的主体是否以及在何种程度上被告知其已被监控。然而，鉴于监控权的行使基本上是在受影响的一方和公众不知情的情况下进行的，宪法会要求行使监控权的主体定期提交此类报告，以便进行公开辩论和民主控制（见上文，C.IV.(6) e）。 [268]

(4)《联邦刑事警察法》第20v条第6款所规定的删除要求，也不完全符合宪法要求。 [269]

a)该条款的整体结构是符合宪法要求的。该条第1句规定，在数据收集的目的已经实现后，必须删除数据。这体现了目的限定的宪法原则（见下文，D.I）。因此，对《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句进行合宪性解释，应当认为只有在为预防国际恐怖主义袭击，且本该被删除的数据为进一步调查提供了具体证据基础时，才能例外允许不删除收集到的数据。该条第二句规定，删除行为必须被记录在案。出于为司法审查提供便利的目的，删除可以被推迟。但根据本条第四句的规定，在这种情况下，必须封锁相关数据。本条对于程序性规定的规定应当与《联邦刑事警察法》第32条结合在一起进行理解。除了要求有主体对个案进行处理外，该条第3款还规定了定期审查删除要求。 [270]

至于电子档案检索措施，《联邦刑事警察法》第20j条第3款设置了具体的删除要求，且该规定并未违反宪法的要求。 [271]

b)然而，《联邦刑事警察法》第20v条第6款第3句中所规定的“文件”的保存期非常短，这使得删除日志会在很短期限内就被删除，因而与宪法要求不一致。删除日志的目的是实现对删除行为的跟踪和审查。因此，必须精确设定其保管期限，以确保在相关人员收到通知时该日志仍然存在，同时也要确保该日志在联邦数据保护专员进行下一次定期审查时可供使用（在这方面另参见BVerfGE 100, 313 <400>）。 [272]

上述观点同样适用于《联邦刑事警察法》第20j条第3款第3句所规定的保存期限。 [273]

c)此外，《联邦刑事警察法》第20v条第6款第5句也是违宪的。只要数据将被用于执法目的，或依据《联邦刑事警察法》第8条所规定的标准，该数据将被用于预防犯罪或作为未来起诉重大刑事犯罪的预防措施，那么《联邦刑事警察法》第20v条第6款第5句便允许在数据收集目的实现后不删除该数

据。因此，该条款允许存储数据，以期将其用于新的目的。但这些目的只是被一些宽泛的术语所界定，该法案并未对这些被如此宽泛界定的目的提供法律授权；事实上，法律也根本无法提供如此广泛的授权。 [274] 【964】

D.

就那些针对进一步使用数据的权力以及向国内当局和第三国当局传输数据的权力之宪法诉愿而言，它们有几方面的实际依据。 [275]

I.

进一步使用或传输国家已经收集的数据需要遵循目的限定和目的变更之原则（已确立的判例法参见BVerfGE 65, 1 <51, 62>; 100, 313 <360 and 361, 389 and 390>; 109, 279 <375 et seq.>; 110, 33 <73>; 120, 351 <368 and 369>; 125, 260 <333>; 130, 1 <33 and 34>; 133, 277 <372 et seq. paras. 225 and 226>）。 [276]

如果立法机构允许在特定事件和数据收集理由之外使用数据，则必须为此提供明确的法律依据（已确立的判例法只需参见BVerfGE 109, 279 <375 and 376>; 120, 351 <369>; 130, 1 <33>）。到目前为止，立法机构一方面可以在不改变数据收集目的的情况下，对数据的进一步使用作出规定。如果立法机构能确保进一步使用数据符合宪法所要求的目的限定原则，那么这种使用通常是宪法所允许的(1)。另一方面，立法机构也可以改变目的。然而，授权将数据用于新的目的，需要符合特定的宪法要求(2)。 [277]

(1)在数据收集目的不变的情形下，立法机构可允许在数据收集的特定程序之外使用数据。到目前为止，立法机构还可以援引数据收集时所依据的正当化事由，因此不受适用于目的变更情形的宪法要求的约束。 [278]

a)此类用途的允许范围取决于数据收集的授权。不同的干预依据决定了不同的主管当局以及数据收集的目的和条件，从而也就确定了允许的使用范围。适用于依法律授权收集数据的目的限定原则，不是对主管当局某些抽象定义的职能的限制，而是将依授权取得的数据的使用范围限定于授权基础所指向的收集目的。因此，在最初确定的目的范围内进一步使用数据，只能发生在同一机构和同一行政任务中，为了保护与数据收集时所确定的法益相同的法益的情况下。如果数据仅是为了保护某些法益或防止某些刑事犯罪而被允许收集，那么这种限制不仅限制其直接使用，也限制其进一步使用。也就是说，只要数据用途没有被批准改变，即便是同一机构也不得进一步使用该数据。 [279]

b)一般而言，目的限制原则并不要求同一机构在意图进一步使用数据时，必须重新考虑的数据收集时所需满足的干预门槛，如传统门槛要求在防范威胁的情况下必须存在足够具体的风险情况，或在刑事起诉的情况下必须有足够强的犯罪嫌疑。存在足够具体的风险情况或合理怀疑提供了数据允许被收集的理 [279] 【965】

由，然而并不能完全框定当局随后可以如何使用这些数据。 [280]

因此，在不考虑进一步的法律要求的情况下，有关权力机关在执行相同任务时，将之前收集到的数据作为进一步调查（*Spurenanzatz*）的证据依据，并不会当然地违背目的限定原则。权力机关可将由此获得的调查结果单独或结合所有其他可用信息，作为进一步调查的起点，以保护同一任务中的相同法益。这考虑到以下事实，即不可能将完整的知识分解为单独的个体数据之和，然后依据法律标准去严格框定哪些数据可以被披露、哪些数据必须被保密，尤其不可能如此了解恐怖分子内在的组织架构。在以上描述的界限之内，这受到法秩序之承认…… [281]

目的限制原则是否被遵守，取决于有权机关是否是将数据用于保护其被收集时所确定的法益，以及起诉或预防其被收集时所确定的刑事犯罪。这一要求必须被严格遵守，但它也为有权机关合法地进一步使用其所收集的数据留下了空间。 [282]

然而，如果数据是通过私人住宅监控或远程搜索等措施得到的，那么目的限定原则会变得更为严格：数据不仅只能被用于特定目的，而且必须被用于应对收集时迫在眉睫的危险（参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>）或即将发生的具体危险（参见BVerfGE 120, 274 <326, 328 and 329>）。由于这些措施的侵害性实在太强，因而目的限定原则严格限制了对收集到的数据的进一步使用。对这些数据的使用不仅必须限于收集时的目的，而且必须是为了解决收集时所解决的问题。无论是否存在迫在眉睫的或具体而即将发生的危险，这些调查结果都不能仅仅被用作是进一步调查的证据依据。 [283]

(2)立法机关还可以允许将依据特定目的收集到的数据进一步用于其他目的（即目的变更）。然而，在这种情况下，立法机构必须确保在新的数据使用方面也考虑到数据收集行为的干预程度（参见BVerfGE 100, 313 <389 and 390>; 109, 279 <377>; 120, 351 <369>; 130, 1 <33 and 34>; 133, 277 <372 and 373 para. 225>）。 [284]

【966】 a)为新目的使用数据的授权构成了对数据收集所干涉的基本权利的新干涉（参见BVerfGE 100, 313 <360, 391>; 109, 279 <375>; 110, 33 <68 and 69>; 125, 260 <312 and 313, 333>; 133, 277 <372 para. 225>; 对《欧洲人权公约》第8条，另参见ECtHR, *Weber and Saravia v. Germany*, judgment of 29 June 2006, no. 54934/00, para. 79, NJW 2007, p. 1433 <1434>）。因此，在对用途改变决定做权衡时，需要考虑受到数据收集行为影响的基本权利。这适用于所有改变数据用途的情形，无论是直接作为证据使用还是仅仅作为进一步调查的证据基础（参见BVerfGE 109, 279 <377>）。 [285]

b)变更数据用途还受到比例原则之约束，应当权衡变更后的目的与数据收集对基本权利所造成的干预。只有存在特别重要的理由，才能允许通过构成严重干预的措施来获取信息（参见BVerfGE 100, 313 <394>; 109, 279 <377>; 进一步参考可参见133, 277 <372 and 373, para. 225>）。 [286]

aa)关于适用比例原则的检验标准，联邦宪法法院之前的判例法主要是在审查更改后的使用方式是否与原始目的“不一致”（参见BVerfGE 65, 1, <62>; 100, 313 <360, 389>; 109, 279 <376 and 377>; 110, 33 <69>; 120, 351 <369>; 130, 1 <33>）。这种方法已被明确，并被假想数据重新收集标准（*hypothetische Datenneuerhebung*）所取代。因此，通过具有强烈干预属性的监控措施及调查措施获取数据（如这些过程中的数据），有必要依据宪法标准判断，在改变了目的的情况下，是否依然允许收集这些数据（参见BVerfGE 125, 260 <333>; 133, 277 <373 and 374 paras. 225 and 226>; 在实质方面，本规范并非新规范，参见BVerfGE 100, 313 <389 and 390>。在BVerfGE 130, 1 <34>中，这种方法被称为“假想替代干预”）。然而，假想数据重新收集标准并不要求以刻板的系统性方式进行适用，也不排除考虑其他方面的可能性（参见BVerfGE 133, 277 <374 para. 226>）。因此，即便是在接收数据的机构并未因其职责范围而被授予收集某些数据的权力的情况下，这一事实原则上也并不妨碍它与有权收集及传输这些数据的机构之间进行数据交换（参见BVerfGE 100, 313 <390>）。此外，在制定数据传输规定时，出于便捷性和实用性等因素的考量，并非数据收集所需满足的所有要求都必须被同等适用于数据传输的情形。然而，这并不影响新用途必须具有同等权重的要求。 [287]

bb)然而，出于这个原因，改变数据用途必须要求数据的新用途有助于保护法益，或有助于侦查刑事犯罪。且基于宪法标准，这些新用途本身就应当能要求通过同等侵入性的措施重新收集数据（参见BVerfGE 100, 313 <389 and 390>; 109, 279 <377>; 110, 33 <73>; 120, 351 <369>; 130, 1 <34>）。 [288]

相比之下，就风险情况或犯罪嫌疑的必要程度而言，数据用途变更的要求并不总是与数据收集的要求相同。相关要求主要是基于比例原则为数据收集行为提供依据，而不包括进一步使用所收集的数据。将数据用于其他目的的授权构成一种干预，需要新的正当化事由。因此，此类授权还需要其自身的充分具体的理由。当数据单独或与行政当局其他可用的信息相结合，能够为进一步调查提供具体的证据基础时，对数据的进一步使用才可能（也确实）是合宪的。 [289]

针对安全当局使用数据的问题，如果在个案中，某些数据所包含的信息会作为针对严重的刑事犯罪或应对威胁的进一步调查的具体证据基础，而这些刑

事犯罪或威胁至少大体上看本身就允许收集这些数据的话，那么立法机关应当一般性地允许变更数据用途。 [290]

然而，这一判断并不适用于通过私人住宅监控或访问信息技术系统而获取的信息。考虑到这些措施所具有的强烈干预性，数据的每一个新用途都受到与数据收集行为相同的规范约束，也即新用途也必须是为了应对迫在眉睫的危险（参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>）或足够具体的即将发生的危险（见上文C.IV.(1) b)）。 [291]

cc)这些允许数据用途变更的要求反映了联邦宪法法院两庭在一系列判例中逐渐整合的司法教义（参见BVerfGE 65, 1 <45 and 46, 61 and 62>; 100, 313 <389 and 390>; 109, 279 <377>; 110, 33 <68 and 69, 73>; 120, 351 <369>; 125, 260 <333>; 130, 1 <33 and 34>; 133, 277 <372 and 373 para. 225>）。这些要求是对上述标准的审慎界定而非强化。比如这些要求没有严格地适用“假想重新收集标准”（上文已述，参见BVerfGE 133, 277 <374 para. 226>），反而部分废除了该要求中决定风险情形的时间迫切性的干预底线（具体参见BVerfGE 100, 313 <394>; 109, 279 <377>）。此外，正如一份单独意见所指出的那样，放弃保护相对重要的法律利益的要求将意味着，作为宪法数据保护的核心组成部分，目的限定原则（参见BVerfGE 65, 1 <45 and 46, 61 and 62>）对于安全法来说显得过时了，尤其是如果进一步调查必须具备具体证据基础的要求被认为过于严苛（或这一要求最多能适用于通过私人住宅监控或远程搜索而获取的数据之上）。 [292]

II.

《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句规定，联邦刑事警察局能如何使用自己收集的数据。但根据上文已经讨论过的标准，这一规定并不符合宪法的要求，因而违宪。 [293]

(1)该句第1项仅涉及在执行保护免受国际恐怖主义威胁的任务时联邦刑事警察局对数据之使用。这种使用方式一般都符合宪法要求，不过该项并未对通过私人住宅监控和远程搜索获得的数据施加足够的限制。 [294]

a)一般来说，该条款不会有违宪之虞。 [295]

aa)该项允许联邦刑事警察局在履行《联邦刑事警察法》第4a条第1款所规定的职责时使用自己收集的数据，以应对国际恐怖主义。因而，作为允许收集数据的固有推论，该项首先规定允许在收集数据的特定目的范围内使用数据。此外，该项还允许联邦刑事警察局在个别侦查程序范围之外使用数据。由于该项引用了《联邦刑事警察法》第4a条第1款，因而这种进一步的数据使用应限于应对国际恐怖主义。如果对该引用做适当的事实性解读，那么它还意

意味着对于数据的使用仅限于预防该款第2句所提到的刑事犯罪，并保护那些高位阶的法益。这些法益正是那些可以依据第3a条动用数据收集权力，甚至通过《联邦刑事警察法》第20g条及其后所规定的具有严重侵入性的监控措施所保护的法益。

[296]

1)该项对《联邦刑事警察法》第4a条第1款第1句的引用引起了对其含义的怀疑。不过这些问题可以通过解释方式加以克服，这样条款就不会不符合某个特定的标准。目前尚不清楚《联邦刑事警察法》第4a条第1款第1和2句是如何被分隔的：在规定有权机关应采取措施应对危险时，第1句与《基本法》第73条第1款第9项的措辞是一致的，也包括预防刑事犯罪（见上文C.I.(1)）；然而，第2句却明确区分了预防刑事犯罪和应对危险。但由于该条款的本质是对有权机关采取措施应对危险职责之规定，因而《联邦刑事警察法》第4a条第1款第1句也包括了在特定危险发生前即进行调查。因此，《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项确实具有解释上的开放性。这项规定的目的是一般性地允许使用数据，并在必要时将数据作为进一步调查的证据基础，以应对国际恐怖主义的威胁。

【969】

[297]

此外，仅仅由于《联邦刑事警察法》第4a条第1款只是宽泛地提及“国际恐怖主义的威胁”，并不会导致该项规定太不明确。虽然《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项只引用了第4a条第1款第1句，但是为了弄清其中所列危险的具体含义，需要诉诸第4a条第1款第2句中的详细定义，其中明确列举了刑事犯罪的具体范围。基于法案自身的体系性，此处列举与预防刑事犯罪有关的刑事犯罪，对于防止第1句下的威胁也具有决定性作用（可参见《联邦刑事警察法》第20a条第2款）。

[298]

2)鉴于《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项仅允许使用数据，来保护相关主体免受第4a条第1款第2句所指恐怖犯罪的威胁，这也就确保了这种使用只会用于保护那些本就可以行使数据收集权力的合法权益。通过带有严重侵害性的监控措施获得的数据也是同样的道理，这些数据仅会被用于保护那些特别高级别的法益。

[299]

几乎所有《联邦刑事警察法》第4a条第1款第2句连同《刑事诉讼法典》第129a条第1和2款所列举的刑事犯罪，都是直接涉及针对生命或身体或比如说危害公共安全的犯罪。这些犯罪的违法性在于其引发的威胁，或针对了数额巨大的现代社会所必须保护的财产。鉴于《刑事诉讼法典》第129a条列举的某些犯罪不一定涉及恐怖主义，因而此处有必要明确根据《联邦刑事警察法》第4a条第1款第1和2句的规定，只有当犯罪涉及有更详细法律定义的恐怖主义性质时，预防此类犯罪才属于联邦刑事警察局的职权范围。如果对该条款进行事

实适当之解读，便会发现通过个人调查权获取信息，以及根据《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项进一步使用这些信息，其目的只可能是保护那些重要的法益；为了保护这些法益，收集相关数据已获得正当理由，即便是在采取更具侵入性的措施之情形。

[300]

【970】 bb)一般而言，《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项允许在一般情况下进一步使用数据，可以仅作为进一步调查的证据基础，而不考虑具体威胁或具体证据基础。这样做也不违宪，只要这些数据不是通过私人住宅监控或远程搜索措施收集而来的即可（见下文D.II.(1) b)）。不过进一步的数据使用仍受到目的限定原则之约束……然而，这并不影响在达到数据收集目的后须及时删除数据（见上文C.VI.(4) a)）。

[301]

b)然而，《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第1项的范围过于广泛，未对不同类型的数据加以区别，也涵盖了进一步使用通过私人住宅监控和远程搜索措施而获取的数据。因此，该条款允许进一步使用数据，无论是否存在迫在眉睫的危险（参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>）或个案中足够具体的危险（见上文C.IV.(1) b); D.I.(2) b) bb)）。这与宪法禁止侵害过度的要求不符。就通过具有严重侵害属性的监控措施获取的信息而言，任何超出原调查范围的使用都必须重新满足所有的约束条件，并需在宪法要求的情形下重新收集数据（见上文D.I.(1) b)）。

[302]

(2)《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句第2项关于使用数据保护证人和其他人的规定也不符合宪法要求。由于该条文本身缺乏明确性，第5条和第6条对联邦刑事警察局职责的缺乏限制和一般引用不符合上文所讨论的标准。

[303]

III.

《联邦刑事警察法》第20v条第5款中规定的各种向其他机构传输数据的规则，并不符合宪法要求。

[304]

(1)在为防止恐怖主义威胁而收集数据后，《联邦刑事警察法》第20v条第5款为将这些数据传输给其他机关提供了各种法律依据。这些规则授权立法机构可以在个案中根据特定理由改变数据的用途。通过这种方式，立法机构允许其他机构使用数据；根据双开门的形象，这些机构本身也必须被授权检索和使用这些数据（参见BVerfGE 130, 151 <184>）。因此，该条款构成对基本权利的干预，其中每一项都必须根据被收集传输过来的数据所干预的基本权利来加以审查（参见 BVerfGE 100, 313 <360, 391>; 109, 279 <375>; 110, 33 <68 and 69>; 125, 260 <312 and 313, 333>; 133, 277 <372 para. 225>; 同样参见ECtHR, Weber and Saravia v. Germany, judgment of 29 June 2006, no. 54934/00, § 79, NJW

2007, p. 1433 <1434>, on Art. 8 ECHR)。

[305]

(2)《联邦刑事警察法》第20v条第5款不违反明确性原则的要求。同样的判断也适用于允许向“其他公共主体”传输数据的条款。对这一措辞的具体理解（即识别所指的主体）取决于每次数据传输的具体目的，后者进一步明确了不同的转让权力。因此，可以根据权限规定，以足够的明确性来确定数据传输的潜在接收主体。

[306]

(3)然而，有关数据传输权的规定是违宪的，因为它们未能满足上文所提出的“假想数据重新收集标准”（见上文，D.I.(2) b)。

[307]

a)不过，《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第1项并不违宪。为了相互理解、协调而传输数据本身并不构成数据用途变更。该条款旨在协调针对特定威胁的预防措施，而《联邦刑事警察法》第4a条第2款始终要求联邦刑事警察局行使其职能以应对这些威胁。因此，该条款自然也被规定于数据收集条款中。这也是为什么本项规定非常宽泛，并未规定对数据传输的限制。本项仅涉及对本就合法的措施进行协调，因而不需要担心附着于通过私人住宅监控或远程搜索而获取的信息上的目的限定原则遭到破坏。

[308]

然而，就其功能而言，该条款应作狭义解释。它只允许为了协调联邦和莱德当局各自的任务而传输信息。根据这项规定，数据的使用仅限于此类内部协调。相比之下，如果接收数据的机构也应被允许将数据用于其自身业务范围，那么这种数据传输将适用《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第2项及其后各项。

[309]

b)《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第2项规定了为防止危险而进行的数据传输。该项在很大程度上是符合宪法要求的。然而，由于该条款一般性地允许为预防某些刑事犯罪而传输数据，因而是违反比例原则的。

[310]

aa)《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第2项允许传输通过第20h、20k、20l条所采取的措施而获取的数据，以应对公共安全迫在眉睫的威胁。这种传输条件直接来源于《基本法》第13条第4款的规定，因而这一有关数据用途变更的立法是符合“假象重新数据标准”的。即使是要传输那些通过具有严重侵入性的措施（包括监视私人住宅和远程搜索）而获取信息，也是合理的。虽然立法机构通常有责任明确规定在干预条件下应保护的法益，从而充实虽然被写入《基本法》第13条第4款但依然十分宽泛的公共安全概念（参见《基本法》第14条第3款，BVerfGE 134, 242 <294 para. 177>），不过此处可从监管背景中推断出具体的法益。根据合理的解释，公共安全迫在眉睫的威胁必须被认为是《联邦刑事警察法》第20h、20k、20l条中所列举的特别高级别法益之威胁（在这方面也可参考BVerfGE 109, 279 <379>）。

[311]

【971】

【972】

bb)还有一些措施是只要存在对公共安全的重大危险就可以采取的。允许传输通过这些措施而获取的数据一样不违宪。首先，允许传输通过低干预程度的措施而收集到的数据（比如《联邦刑事警察法》第20c条及其后或第20q条及其后）并未违宪。此类数据的传输本来就受到较少的限制。此外，对于允许传输那些通过更具有侵入性的措施（例如根据《联邦刑事警察法》第20g、20j或20m条采取的措施）而获取的数据而言，该条款也是合宪的。在这里，公共安全概念也不能被解释为宏大的警察法中一般意义上的公共安全概念，或法秩序的不可侵犯性……因为这种公共安全危险必须是“重大”的。与一般安全法下的各类解释相一致，这种危险应当是对重要的法益而言，尤其是生命、身体、自由或国家之存在这类法益……因而对该项所做的合宪性解释必然得出这样的结论：传输通过具有一定侵入性的措施而收集的数据必须是为了保护足够重要的法益。 [312]

cc)然而，《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第2项还允许为防止《刑事程序法典》第129a条第1、2款所列的刑事犯罪而传输数据，这就使得该项违反比例原则，因而违宪了。诚然，这些犯罪都是特别严重的刑事犯罪。然而，由于该项允许为防止此类刑事犯罪而一般性地进行数据传输，它没有根据促使传输的特定理由而对数据传输作出限制性规定。因此，即便信息不过是作为进一步调查的证据基础，甚至是仅具有潜在价值，该项也会允许进行数据传输，哪怕这些数据是通过具有侵入性的措施而收集的。这不符合上文所讨论的宪法所要求的标准（见上文D.I.(2) b) bb)）。将通过具有侵入性的监控措施获取的数据传输给其他安全机构，构成数据用途之变更，因而只有在它至少涉及为进一步侦查同等严重的刑事犯罪而提供具体证据基础时，数据传输才是被允许的。然而，该项规定未满足这一要求。 [313]

c)《联邦刑事警察法》第20v条第5款第1句第3项规定了基于刑事诉论目的而传输数据，这也不符合宪法要求。 [314]

aa)该项规定违反了比例原则的要求。因为其所规定的数据转移的第一个类别通常指的是《刑事程序法典》中关于信息请求的标准，因此也就包含了通过《联邦刑事警察法》第20g、20j或20m条中所规定的具有侵入性的监控措施而获取的数据，尽管这类监控措施未必是第3项第2句中所特别提及的那些。该项引用《刑事程序法典》，主要引用了第161条第1和2款。然而，这两款并不足以确保宪法所要求的数据传输限制。特别是它并没有遵循这样的原则，即数据只能用于起诉那些本可以通过适当手段收集数据的刑事犯罪（见上文【973】 D.I.(2) b)）。事实上，《刑事程序法典》第161条第1款规定了信息义务，因此有义务就每种类型的犯罪行为传输数据。在这种背景下，该条款所规定的限制

并不足以禁止将这些数据仅作为进一步调查任何刑事犯罪（包括轻罪）的证据依据……然而，这并不符合宪法为保护同等重要的法益而设置的对数据用途变更之限制。此外，该条款未能保证，只有当数据明确提供了进一步调查犯罪的具体证据依据时，才允许进行数据传输。 [315]

bb)该项第二句直接涉及使用，这也同样导致其违反了比例原则的要求。现行立法允许为了执行最高可判处五年以上监禁的罪行（《联邦刑事警察局法》第20v条第5款第1句第3项第2句）而传输数据。对于通过《联邦刑事警察局法》第20h、20k和20l条所规定的措施而收取的数据，一般性地引用《刑事诉讼法典》以及《刑事诉讼法典》第161条第1款和第2款第1句确实构成对传输这些数据的限制。但对于私人住宅监控数据而言，这种规定方式便构成了一种扩张，因为《刑事诉讼法典》第161条第2款第2句以及第100d条第5款第3项对这类数据用途变更的规定更加限缩。同样的，这种启动数据传输的条件也不符合“假想数据重新收集标准”之要求。对于私人住宅监控而言，联邦宪政法院明确认为，五年以上的最高刑期不构成下令采取此类措施的充分条件；这也适用于数据的任何进一步使用，包括将其仅用作进一步调查的证据基础（参见BVerfGE 109, 279 <347 and 348, 377>）。这同样适用于信息技术系统的访问，因为这种措施同样构成严重的侵扰，因此受到同样的约束。虽然对电信监控的要求确实不那么严格，但数据的收集以及相应的传输权力（这构成了数据用途变更）至少要求是针对严重的刑事犯罪（参见BVerfGE 125, 260 <328 and 329>; 129, 208 <243>）。因此，《联邦刑事警察局法》第20v条第5款第1句第3项第2句仅要求最高刑期超过五年的刑事犯罪，是违反比例原则要求的。这类犯罪包括中等严重程度的犯罪，可能还包括大量轻罪，如不严重的盗窃、公开诽谤或不严重的身体伤害。 [316]

此外，通过私人住宅监视而获取的数据未被禁止传输给执法机构，也是违宪的。在执法问题上，《基本法》第13条第3款只允许对私人住宅进行监听，而不允许监视——哪怕影像资料不是在执法时收集来的，而是依据之前预防性决定而收集到的，现在只是传输过来而已。 [317]

cc)虽然宪法对传输通过具有强烈侵入性的监控措施获取的数据设置了一系列约束，但是宪法一般会允许传输通过低侵入性手段获取的数据（例如《联邦刑事警察局法》第20b条及其后，第20q条及其后）。《联邦刑事警察局法》第20v条第5款第1句第3项所设置的约束可以为那些传输提供可靠的基础。然而，在这方面，立法机关必须区分不同类型的数据。在目前的版本中，该项规定过于宽泛，因为它没有区分不同类型的数据，因此违反了比例原则。 [318]

d)《联邦刑事警察局法》第20条第5款第3句第1项允许向捍卫宪法

（*Verfassungsschutzbehörden*）的机构和军事反情报局（*Militärischer Abschirmdienst*）传输数据，这一规定同样与宪法要求不一致。 [319]

该项允许向上述机构传输数据，只要这些数据不是通过私人住宅监控措施获取（参见《联邦刑事警察法》第20v条第5款第5句）。适用该项规定的前提是，有事实证据表明，这些数据对于收集和分析属于宪法保护办公室或军事反情报机构职权范围内的活动的信息是必要的。因此，它不符合对数据用途改变具有决定性意义的“假想重新收集数据标准”（见上文D.I.(2) b)）。由于该项规定与捍卫宪法的机构和军事反情报机构的职责有关，因而这类数据传输通常是为了保护特别重要的法益。此外，《联邦宪法保护法》（*Bundesverfassungsschutzgesetz - BVerfSchG*）第8条的规定对“假想重新收集数据标准”也具有决定性意义。根据该条文，可以在相当广的范围内允许某些数据的传输（例如通过《联邦刑事警察法》第20g条所规定的措施获取的数据）。然而，该项基本上允许传输任何数据以支持执行任务，却不考虑这种行为的侵害性，这显然是违反比例原则要求的。事实上，“假想重新收集数据标准”并不总是将“存在具体的风险”作为数据传输的必要条件（见上文D.I.(2) b) bb)），尽管“存在具体的风险”是收集数据的必要条件，也是捍卫宪法的机构收集数据的必要条件（虽说他们的任务基本上仅限于威胁初期的活动）（参见BVerfGE 100, 313 <383 and 384>; 120, 274 <329 and 330>; 130, 151 <205 and 206>）。然而，出于宪法原因，被传输的数据应仅限于以下数据：从联邦刑事警察局的角度来看，这些数据不仅构成进一步调查刑事犯罪或对高位阶级法益的威胁的具体证据基础，而且还需要对揭示这类法益是如何被侵害的具有具体启示（对于情报部门向联邦刑事警察局转移数据，参见BVerfGE 133, 277 <329 para. 123>）。如果是要传输通过远程搜索手段获取的数据，还需要达到数据收集的标准，即存在迫在眉睫的具体危险（BVerfGE 120, 274 <326, 328 and 329>）。立法机关对通过私人住宅监控措施获取的数据，就是这么规定的。

[320]

e)相应地，《联邦刑事警察法》第20v条第5款第4句也同样未满足宪法要求。该条款允许向联邦情报局（*Bundesnachrichtendienst*）传输数据，具体要求与《联邦刑事警察法》第20v条第5款第3句第1项相同。同样参考该法案的立法原因（参见BTDrucks 16/9588, p. 34），此处措辞上的差异不具有明显的实质性意义，且无论如何都不能改变合宪性问题上的评估结论。《联邦刑事警察法》第20v条第5款第3句第1项所具有的合宪性缺陷在此处也出现了。 [321]

(4)最后，所有的数据传输权力都缺乏确保充分监督控制的总括性规定。在此处依然适用数据收集环节的实质存档要求及联邦数据保护专员有效审查要求

(参见上文, C.IV.(6) d))。

[322]

IV.

《联邦刑事警察法》第14条第1款第1句第1和3项以及第2句规定了向第三国公共机构传输数据的事宜, 在第14a条(该条适用于向欧盟成员国传输数据的情形, 在本案中未受审查) 不适用的情形下, 这些条文也不符合宪法要求。

[323]

(1)向第三国公共机关传输个人数据与向国内机关传输数据一样, 构成数据用途的变更。根据一般标准, 对于数据用途变更应根据数据收集所侵扰的相关基本权利(见上文D.I.(2) a))来加以审查。然而, 出于对外国法律秩序的尊重, 向第三国传输数据受到第三国宪法的约束。

[324]

a)向第三国传输数据的结果是, 接收国的数据保护取代了《基本法》所提供的保障。然而, 这并不会阻止向第三国的传输数据。根据《基本法》的序言、第1条第2款、第9条第2款、第16条第2款、第23至26条和第59条第2款, 《基本法》将德意志联邦共和国与国际社会联系在一起, 并要求德国国家机关与国际合作保持协作(参见BVerfGE 63, 343 <370>; 111, 307 <318 and 319>; 112, 1 <25, 27>)。这就要求德国与其他国家打交道, 即使有些国家的法秩序和司法观念不完全符合德国国内的情况(参见BVerfGE 31, 58 <75 et seq.>; 63, 343 <366>; 91, 335 <340, 343 et seq.>; 108, 238 <247 and 248>)。这种数据交换还旨在维护德国政府与外国政府间的共同利益关系, 以及联邦政府在外交政策领域的行动自由(参见BVerfGE 108, 129 <137>)。

【976】

[325]

首先, 德国国家机关在决定向第三国转让个人数据时, 仍然受基本权利的约束(《基本法》第1条第3款), 而外国国家机关则只受其本国法的约束。

[326]

因此, 之所以要限制数据跨国传输, 一方面是出于数据保护考量。《基本法》在德国范围内确立起的数据收集行为与处理行为的控制, 不能因安全部门之间的跨国数据交换而遭受实质破坏。因此, 立法机关必须确保, 这种对基本权利的保护不会因为德国国家机关向第三国和国际组织传输其所收集的数据而受到减损, 就像它不会因为从外国国家机关接收和使用通过侵犯人权的手段收集到的数据而受损害一样。

[327]

另一方面, 是出于对数据接收国可能以侵犯人权的方式使用数据的担忧。无论如何, 如果向第三国传输数据将可能导致基本的法治原则被破坏时, 这种传输行为都必须被立即禁止(参见BVerfGE 108, 129 <136 and 137>)。在任何情况下, 国家都不得与侵犯人类尊严的行为串通(进一步参考可参见BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 - para. 62)。

[328]

b)因此，向第三国传输数据的前提是：(aa)数据传输和使用仅限于充分重要的目的，(bb)确认第三国将以符合法治标准的方式对数据进行处理，(cc)国内应有对数据传输行为的有效监督，(dd)应有具体明确的德国实定法对上述要求加以规定。

[329]

【977】 aa)就数据传输和使用的要求而言，数据用途变更的宪法标准（即德国法秩序下的相关标准）是适用的（见上文D.I.(2)）。因此，依据“假想重新收集数据”标准，如果被传输的数据被允许以类似侵入性的方式重新收集，那么数据传输就是被允许的。因此，数据传输必须追求与原始数据收集相关的侦查相对重大刑事犯罪或保护相对重大法益之目标。然而，通常情况下，数据传输并不一定要求存在具体的风险或刑事犯罪嫌疑。只要被传输的信息或接收国的请求表明，在具体案件中有进一步调查的证据基础，以便侦查此类刑事犯罪或保护此类法益免受迫在眉睫的危险，并至少在中期内对其构成威胁，即已足够。不过，对通过私人住宅监控和远程搜索获取的数据而言，为了与数据收集行为的侵入性相一致（见上文，D.I.(2) b) bb)；参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>; 120, 274 <329 et seq.>），数据传输的要求会更为严格。

[330]

在需要对接收国数据使用情况进行评估的情况下，特别是在第三国提出传输请求的情况下，评估过程必须充分重视他国法秩序的自主性。就与数据用途同等重要的各类问题而言，需要考虑的是，他国法秩序的参数、类别和评估均可能与德国法秩序不同，也不必相同。例如，如果他国法秩序并未反映德国法秩序下目的限定原则的各种细节性要求，这并不从一开始就妨碍进行数据传输，而只需要在传输数据时，清晰而明确地告知接收机构需要遵从数据用途限制要求即可。

[331]

bb)此外，向第三国传输个人数据的前提是(1)第三国对数据的处理将依照可接受的人权和数据保护标准，(2)德国对此应进行确认。

[332]

1)向第三国传输数据需要确保，第三国将在处理数据时充分遵循法治要求。

[333]

(a)然而，就数据保护要求而言，接收国没有必要制定与德国法类似的个人数据处理规则，或达到与《基本法》同等的保护水平。《基本法》承认法律秩序的自主性和多样性，并在数据交换方面普遍尊重这些秩序。参数和评估不需要符合德国法秩序或德国基本法。

[334]

【978】 然而，只有在第三国处理数据不会损害个人信息保护的人权时，才允许将个人数据传输到第三国。这并不是说第三国的法秩序必须按照德国的做法，存在制度上和程序上的保障措施；特别是，没有必要像适用于德国当局的数据保

护法所要求的那样，有相同的程序和制度保障措施（见上文C.IV.(6)）。接收国处理被传输过去的的数据时，有必要提供适当的实质性数据保护水平（参见ECJ, Judgment of 6 October 2015 - C-362/14 -, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, p. 3151 <3155>, para. 73; cf. also Art. 8 ECHR; on this ECtHR, [GC], Roman Zakharov v. Russia, no. 47143/06, Judgment of 4.12.2015, §§ 227 et seq.; Art. 17 sec. 1 sentence 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 16 December 1966, BGBl. 1973 II p. 1534, UNTS 999, p. 171; Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 10 December 1948, General Assembly Res. 217 A III, GAOR III, Doc. A/810, p. 71; cf. in this respect The right to privacy in the digital age, UN General Assembly Resolution 68/167 of 18 December 2013, UN Doc. A/Res/68/167 (2014), no. 4）。需要着重考虑的是，是否至少在一般情况下遵守了目的限定原则、删除数据要求以及有关监督控制和数据安全的基本要求。评估的相关标准为接收国的国内法和国际法义务，及其接收国日常对这些规范的实际适用情况（类似可参见ECJ, Judgment of 6 October 2015 - C-362/14 -, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, p. 3151 <3157>, para. 75）。

[335]

(b)出于对接收国可能使用数据侵犯人权的担忧，必须特别保证这些数据不会被用于政治迫害或不人道的、有辱人格的惩罚或待遇（参见《基本法》第16a条第3款）。总的来说，立法机构必须确保德国当局收集并传输到第三国或国际组织的数据不会损害《欧洲人权公约》和其他国际人权公约对人权的保护（参见《基本法》第1条第2款）。

[336]

2)无需在每个个案中都分别审查数据接收国是否具有必需的数据保护水平，并通过受国际法约束的承诺加以保障。在这方面，立法机构也可以依赖联邦刑事警察局对接收国法律状况和实际状况所作的总体评估。只要在个案中没有与总体评估相反的事实，那么便可以认为总体评估是有效的（进一步参考可参见BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 - para. 69）。

[337]

在此类评估不可用的情况下，则有必要基于事实进行个案评估，以确定接收国在进行数据处理时是否至少能满足最核心的数据保护要求（见上文D.IV.(1)(b)(bb)(1)）。如有必要，可以且必须提供具有约束力的个人担保。一般来说，只要不认为保证人会违反保证，有约束力的保证就可以消除对个案中数据传输的担忧（参见BVerfGE 63, 215 <224>; 109, 38 <62>; BVerfG, Order of the Second Senate of 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14 - para. 70）。然而，就个别适用的要求而言，立法机构也可以选择根据对个案的评估来确定这些要求。

【979】

[338]

无论是一般性的还是在个别案件中，确保数据接收国具有符合要求的数据保护水平不是德国当局可以进行政治裁量的事情。这样的决定必须基于实质的现实信息，并且必须定期更新。决定的理由也必须以可理解的方式记录下来。进一步的要求是，联邦数据保护专员有机会审查该决定，这一决定也可能受到司法审查（参见ECJ, Judgment of 6 October 2015 - C-362/14 -, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, p. 3151 <3156>, paras. 78, 81, 89）。

[339]

cc)即便如此，有效监督控制的要求在德国都是适用的，其中包括对每次数据传输活动进行合理记录并定期报告（见上文，C.IV.(6) d) e)）。

[340]

dd)上述标准必须以符合具体性原则和法律明确性原则的方式在法律上得到体现。有些条文匹配第三国当局收集的数据或接收回传的补充信息，它们也应尽可能符合法律明确性要求。

[341]

(2)《联邦刑事警察法》第14条第1款第1句第1和3项以及第2句不符合这些要求。

[342]

a)在被理解为构成自身法律基础的范围内……《联邦刑事警察法》第14条第1款第1句第1项不符合宪法对数据用途变更的要求。该项一般性地允许联邦刑事警察局为履行其职责而传输数据，未能确保通过特别具有侵入性的监测措施而获取的数据只能用于符合“假想数据重新收集标准”之目的（参见上文D.I.(2) b)）。因此，该项权力没有得到充分的界定，违反了比例原则。

[343]

【980】 b)《联邦刑事警察法》第14条第1款第1句第3项对私人住宅监控数据的规定也过于宽泛，因而不符合宪法要求。根据上文提出的标准，必须确保此类数据只能在迫在眉睫的危险情况下才能被传输（参见上文，D.I.(2) b) bb)；同样参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>）。但该条款不包含此类限制。

[344]

然而，就其他数据而言，如果对该条款进行适当解释，则该条款并不违宪……

[345]

c)最后，《联邦刑事警察法》第14条第1款第2句所规定的数据传输条件，也不符合数据用途变更要求。

[346]

该句未能确保数据传输仅限于保护符合“假想重新收集数据标准”的足够重要的法益（参见上文D.I.(2) b)）。该条款一般性地允许为防止特别严重的刑事犯罪而传输数据，而不问数据是通过何种方式获取的。然而，对于通过具有严重侵入性的措施获取的数据而言，这一规定并不合理。就像立法机构在此为预防刑事犯罪所做的那样，如果它在为防止威胁而进行数据传输的情况下不是通过援引法益来确定新用途，而是提到它打算预防的犯罪之性质。那么刑事诉讼法下对数据收集行为所适用的权衡在此也需适用。因此，传输通过电信监控

措施获取的数据仅限于预防严重刑事犯罪，而传输通过私人住宅监控和远程搜索手段获取的数据仅限于预防特别严重的刑事犯罪（参见BVerfGE 109, 279, <343 et seq.>; 125, 260 <328 and 329>; 129, 208 <243>; 同时参见上文, C.IV.(1) a)）。然而，该条款并未将这些要求规定下来。 [347]

此外，就风险的所应达到的具体程度而言，该规定也不完全符合宪法要求。根据该条款，只要“有理由相信”将来会发生刑事犯罪，就可以不加区别地进行数据传输，包括通过监视私人住宅和远程搜索手段获取的数据，而不需要迫在眉睫的危险（对私人住宅监控，参见BVerfGE 109, 279 <377, 379>）或足够具体的即将发生的危险（参见BVerfGE 120, 274 <326, 328 and 329>，远程搜索）。这与上文已讨论过的要求不符（参见上文D.I.(2) b) bb)）。然而，就其他类型的数据而言，该条款所设定的条件并不违宪。由于该条款要求有犯罪迹象，因此能否传输数据取决于进一步调查的具体证据基础是否来自这些数据。这是与宪法要求相一致的。 [348]

d)相对的，《联邦刑事警察法》第14条第7款的核心规则并不违宪。

[349]

aa)《联邦刑事警察法》第14条第7款第7句规定如果相关人员对停止数据传输有显著的合法利益，那么数据传输便是被禁止的。因此，该条款为确保第三国遵守人权标准留下了足够的空间。 [350]

【981】

bb)《联邦刑事警察法》第14条第7款考虑了《基本法》的数据保护要求，制定了数据传输的程序法标准，并要求确认接收国的数据保护水平是妥当的。 [351]

1)该条款规定了联邦刑事警察局对数据传输的可接受性负有保障义务，因此要求联邦刑事警察局特别审查是否有足够可信的迹象来自传输的信息本身，或在传输请求的情况下，根据该请求，被传输的数据是否确实将用于各自的目的。在进行适当解释的情况下，该条款将确保数据传输的目的是被正式沟通的，并明确被传输的数据仅可用于该指定目的。在这方面，不能认为该条款只是提及了目的限定而没有明确规定下来，就构成违宪；关于删除期，只需提供一份关于德国法律状况的信息通知，也不构成违宪。就接收国的实际状况及法律规定状况而言，一般只要行政机关确定其数据保护水平实际上是妥当的，就足够了。 [352]

2)《联邦刑事警察法》第14条第7款第7至9句规定了此类确定要求。如果对该条款进行合宪性解释，那么其规定就是符合宪法要求的。如果在个案中对利益进行平衡，结果发现有关人员的合法利益（包括数据在接收国应得到适当程度数据保护的利益）占上风，则该法禁止传输数据。然而，在进行合宪性解

释时，接收国在处理数据时需提供基本权利所要求的适当数据保护，这不是一个部门可以在个案中进行裁量的要素。相反，当局必须始终确保接收国会处理数据时满足最起码的数据保护要求。如果无法通过其他方式确定第三国将对数据依照符合基本法治原则的方式进行处理，在此情形下便需要获取符合《联邦刑事警察法》第14条第7款第9句要求的保证。这样解释的话，该条款就不会有合宪性问题。《联邦刑事警察法》第27条第1款第1句的一般条款是对该条款的额外补充。 [353]

【982】 e)至于《联邦刑事警察法》第14条第1款所设置的数据传输规则的其余部分，则不符合宪法要求。因为它们在对数据传输活动的监督控制及报告义务方面并未设置充分的规则（见上文C.VI.(6) d) e)）。不过，《联邦刑事警察法》第14条第7款第3句设置了宪法所要求的存档要求（参见BVerfGE 133, 277 <370 para. 215>）。鉴于《联邦数据保护法》（*Bundesdatenschutzgesetz*）第19条是适用的，因而数据主体的信息访问权也是有规定的（参见BVerfGE 120, 351 <364 and 365>; 见上文，C.IV.(6) b); C.VI.(3) b)）。 [354]

E.

I.

(1)认定某些条款违宪通常会导致这些条款无效。然而，联邦宪政法院也可以根据《联邦宪政法院法》（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*）第31条第2款第2句和第3句的规定，仅宣布违宪条款与宪法规定不一致（BVerfGE 109, 190 <235>）。这只会导致对一项条款合宪性的质疑，而不会宣布其无效。联邦宪政法院在宣布某一条款与宪法不一致时，还可以同时作出司法命令，决定违宪条文在法院指定的日期之前暂时保持有效。如果有争议条款立即无效的话将剥夺对共同利益的最重要的保护，并且如果将这些利益与所涉基本权利进行权衡的结果是在过渡时期干预是可以被容忍的，那么联邦宪政法院就可以选择后一种裁判方式（BVerfGE 33, 1 <13>; 33, 303 <347 and 348>; 40, 276 <283>; 41, 251 <266 et seq.>; 51, 268 <290 et seq.>; 109, 190 <235 and 236>）。在过渡期内，联邦宪政法院可以为了平衡各种利益而采取临时措施，减少有权机关的权力，直到宪法秩序恢复（BVerfGE 40, 276 <283>; 41, 251 <267>）。 [355]

(2)综上，《联邦刑事警察法》第20h条第1款第1c项和第20v条第6款第5句将被宣布违宪并因此无效。这些规定不符合宪法要求，立法机构无法通过采用具有类似立法内容的规定来弥补这一点。 [356]

相比之下，《联邦刑事警察法》第20g条第1至3款，第20h、20j、20k、20l条，第20m第1至3款（同样的道理第20v条第6款第3句后半部分），第20u条第1至2款及第20v条第4款第2句、第5款第1至4句（除了第3句第2项），第14条

第1款第1句第1和3项、第2句，只需被宣布为与宪法不一致。本院在宣布这些条款与宪法不一致的同时，作出司法决定：这些规定可以暂时有效最长至2018年6月30日。这些规定之所以违宪，并非是因为它们所授出的权力，而是因为它们在具体规则细节上不符合法治原则的要求。这些规定在总体上是违宪的，很大程度上是因为缺乏能够全面确保比例原则的个别条款，例如保证有效审查的条款。在这种情况下，应当给予立法机关解决宪法争议的机会，从而实现条款所追求的核心目标。鉴于有效打击国际恐怖主义对于一个建立在法治基础上的自由民主国家的重要性，宣布这些条款的临时有效比直接宣布它们无效更可取；因为如果直接宣布这些条款无效，将导致在新立法通过之前，联邦刑事警察局打击国际恐怖主义的关键调查权力将被剥夺。 [357]

【983】

然而，考虑到这些条款毕竟会对基本权利造成影响，因而在过渡时期内继续适用这些条款时也需遵从一些限制性要求。首先，只有法院才有权决定实施《联邦刑事警察法》第20g条第2款第1、2b、4和5项中所规定的措施；在有迫在眉睫的危险时，适用第20g条第3款第2和4句。此外，只有在按照本判决的依据所展开的合宪性解释的意义上，该法第20k条第1款第2句的条件得到满足时，才能适用第20g条第1款第2项、第20l条第1款第2项和第20m条第1款第2项所规定的措施。最后，如果依据《联邦刑事警察法》第20v条第4款第2句所实施的对数据的进一步使用或依据第20v条第5款和第14条第1款所进行的数据传输涉及私人住宅监控数据（《联邦刑事警察法》第20h条），则只能在存在迫在眉睫的危险情况下进行；在涉及远程搜索数据时（《联邦刑事警察法》第20k条），只能在个案中存在针对相关法益具体而紧迫的危险时才能进行。 [358]

II.

本院在本案的一些问题上存在分歧，尤其是对《联邦刑事警察法》第20g条第1款第2项、第20l条第1款第2项和第20m条第1款第2项是否违宪（而非认为可以通过合宪性解释解决宪法争议）之判断、对该法第20g条中所规定的调查权力是否会影响私人生活的核心领域之认知，以及在监督机制、报告义务、制裁义务规定是否完备和是否缺少司法裁决要求等问题上。这些部分的结果以5：3的票数公布。 [359]

十五、财产权之保护——《基本法》第14条

【984】 背景概述：

以宪法和国际条约保护财产权的历史经验显示了一些困难之处。诸如《公民权利和政治权利国际公约》和《欧洲人权公约》等重要文件中并未包含财产权保护条款。《欧洲人权公约》生效一年后，1954年生效的关于该公约的第一议定书¹⁵⁸中增添了财产权保护条款，而该议定书在瑞士至今仍未获批准。¹⁵⁹

《世界人权宣言》第17条中关于财产权保护的规定：“人人享有单独的财产所有权以及同他人合有的所有权”，且“不得任意剥夺任何人的财产”。¹⁶⁰和这些困难有关的观点主要是财产权保护条款可能对一个国家的经济秩序产生潜在影响。各国往往不愿意通过引入财产权保护条款而将自由市场经济作为唯一可能的选择。将财产权保护限于个人财产的选择同样不具有吸引力。另一个困难在于，财产权本身是一个抽象的法律概念，“财产权”这一术语表征一个或几个自然人或法人对动产或不动产的法律关系，通常具有排他性。因此，尽管财产权的核心要素可以追溯到超实证主义的自然法或类似观念，财产权仍是法律秩序的产物。《基本法》通过第14条第1款保障财产权和继承权的规定接纳了这一内在困难，同时第14条第2款中规定：财产权具有社会功能，财产权人承担社会责任。第14条第3款规定了财产的征收。第15条特别允许将“土地、自然资源和生资料”国有化，体现了《基本法》起草者中自由市场支持者和更具社会主义倾向的反对者之间的冲突。第15条不太重要，其在可预见的将来也不会变得重要；这不仅因为共产主义的经济组织模式尚未被证明是非常成功的，更因为第15条规定国有化需要支付赔偿而带来了过高的成本。

【985】

“地下水案”

BVerfGE 58, 300 – Groundwater

1. 译者注解

在该案中，一位采砂场经营者向主管水务机关提交申请，请求许可其继续

¹⁵⁸ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 9, available at <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/009.htm>.

¹⁵⁹ 摩纳哥王国也只是到2005年才加入《公约》，参见 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/009/signatures>（最后访问于2019年10月20日）。

¹⁶⁰ The Universal Declaration of Human Rights of 10.12.1948, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>（最后访问于2019年10月21日）。

在水源保护区地下水位线以下采砂，遭到拒绝。申请人并未就该拒绝寻求法律救济，而是要求补偿。理由是其无法对土地进行商业利用，这在其看来构成了征收。

本案意义重大，因为联邦宪法法院试图厘清《基本法》第14条的保护范围。联邦宪法法院区分了法律征收（即法律直接规定的对财产的征收）、行政征收（即依据基于法律作出的行政行为进行的征收）和“内容定义”（即法律对于什么是财产并因此受到保护、什么不是财产的规定）。该案涉及《联邦水资源法》的若干条款，据这些条款，对地下水的任何使用都必须经过许可。法院将这些条款视为“内容定义”条款，即认为这些条款将地下水及其使用排除在土地所有权之外。换言之，地下水之上并不存在财产权，因此也不可能存在任何征收。

该决定的另一个后果是，受此类行政行为消极影响的人不能选择是接受这种行政限制并要求补偿，还是对该行政行为提出挑战。此类行为要么构成合法征收，在这种情况下，唯一的选择就是寻求适当补偿；要么不构成征收，在这种情况下，只能对该行政行为及其所含限制提出挑战。

2.判决概要

(1)(a)在涉及征收行为合法性的争议中，原则上管辖权的行政法院应当对有关行为的合法性进行全面审查。在审查中，应当确认干预所依据的法律是否包含对补偿类型和范围的规定。

(b)在征收补偿数额存在争议的情况下，普通法院负责审查利害关系人是否按照（现行）法律规定获得了相应补偿（BVerfGE 46, 268 [285]）。

(2)如果利害关系人认为针对他的行为构成征收，其只有在法律规定了请求权依据的情况下，才可以通过诉讼要求补偿。如果不存在这样的法律依据，利害关系人只能向有管辖权的法院申请撤销干预行为。

【986】

(3)在界定《基本法》第14.1条第2句意义上的土地财产所有人的法律权益时，民法和公法规定具有同等地位。

(4)为了确保水资源管理切实可行（特别是为了保障公共供水），《联邦水资源法》（Wasserhaushaltsgesetz - WHG）设置了独立于土地财产的公法性质的地下水使用规范。这符合《基本法》。

第一庭于1981年7月15日判决，1 BvR 77/78.

3.案件事实

自1936年以来，原始诉讼中的原告一直在其所有的位于明斯特的土地上经

营一个湿法采砂场。根据1913年施行且当时有效的《普鲁士水资源法》（*Preußisches Wassergesetz*），从含水层中采砂是合法的。在《联邦水资源法》生效后，原告向行政机关申请继续采砂的许可，遭到行政机关的拒绝。原告提出的异议没有成功；原告没有采取任何行动向行政机关争取签发该许可。相反，原告主张，拒绝用水申请构成了对其已建立和运营中的企业及土地所有权的征收，因此请求补偿，这一请求被北莱茵—威斯特法伦州驳回。随后原告向民事法院提起寻求适当补偿的诉讼，这一诉讼最终被提交至联邦最高法院（*Bundesgerichtshof*）。联邦最高法院提请联邦宪政法院审查《联邦水资源法》第1a条第3款、第2条第1款以及第6条是否符合《基本法》第14条第1款第2句的规定。联邦最高法院认为，《联邦水资源法》的规定使得与水资源管理相关的一切地下水之使用均取决于“授权”，而财产权人对此无请求权，因此侵犯了财产权。

联邦宪政法院认为，联邦最高法院提请其审查的《联邦水资源法》相关条款符合《基本法》。

4. 判决理由选译

.....

B.

联邦最高法院的提请符合受理条件。

【987】

I.

《基本法》第100条第1款规定了规范审查程序，目的是确保在具体法律争议中作出合宪的裁判。如果系争案件中所要作出的裁判取决于所提交审查的规范的有效性，则提请审查这一中间程序是必要且符合受理条件的；有关规范必须对法律争议的裁判结果具有决定性影响，即该规范有效与否将导致不同裁判结果（*BVerfGE 46, 268 [283]*）。

只有当提交审查的问题（《联邦宪政法院法》第81条）可以作如下解释时，才满足以上要求：《联邦水资源法》中受质疑的条款是否构成征收条款，却不包含《基本法》第14条第3款第2句要求的补偿规定，因而不符合《基本法》。

此外，就该法律争议所涉案件事实进行的宪法审查，应当拓展为涵盖《联邦水资源法》第17条。

(1) 提请裁定中列出了该案在初始诉讼阶段可选的裁决方案：如果《联邦水资源法》中的法律规定符合《基本法》第14条第1款第2句，则其有效，应当驳回诉讼；如果这些规定违宪，审判庭必须中断审理，“直到立法机关对涉及地

下水的土地财产权之内容作出符合宪法的界定”。

这一考虑不能证明受质疑的条款对案件裁判具有关键意义。根据法院的法律意见，在有关条款违宪的情况下，也必须驳回诉讼。原始诉讼涉及《基本法》第14条第3款第4句中补偿的争议，这是作出不同裁决的基础。

a)在征收法领域，《基本法》赋予普通法院在功能和内容上均受限制的裁判权限。根据《基本法》第14条第3款第4句，对补偿金额的争议由普通法院裁判。即使其提交至联邦宪政法院裁决，根据《基本法》第100条第1款进行的规范审查程序仍是初始法律争议的组成部分；根据《基本法》关于法律救济途径的规定，只有在诉讼中具有重要意义的法律条款和法律问题才可以提请联邦宪政法院进行审查或作出裁判（《联邦宪政法院法》第81条）。而在《基本法》第14条第3款第4句所规定管辖范围之外的法律问题，不得提请联邦宪政法院裁决。否则，《基本法》第100条第1款规定的程序将成为《基本法》第93条第1款第2项规定的抽象规范审查程序，而普通法院无权启动此类程序。在具体规范审查程序中，联邦宪政法院也只能对在原始诉讼裁判中具有重要意义的法律问题作出裁决。

b)《基本法》第14条第3款第4句规定的程序是对《基本法》第14条第3款第2句规定的依法补偿原则的补充。利害关系人可以通过诉讼主张的补偿请求权的内容和范围，应由法律加以规定（BVerfGE 46, 268 [285]）。【988】

法院应当判断是否向被征收人提供了符合法律规定的补偿。在这个问题上，普通法院的管辖权受到限制。在立法机关没有规定此类请求权基础的情况下，普通法院不得判决提供补偿。

因此，司法审查的重点是该法律争议是否基于符合《基本法》第14条第3款第2句要求的征收法律。根据《基本法》这一条款，征收所依据的法律必须同时规定补偿的类型和范围，不满足该要求的法律违宪（BVerfGE 24, 367 [418]; 46, 268 [287]）。

因此，在提请程序中，可能出现两个法律问题：首先，在行政机关根据法律规定采取措施、相关方因此主张补偿的情况下，相关法律是否构成《基本法》第14条第3款第2句意义上的征收规范？其次，如果前一个问题的答案是肯定的，该法律是否同时规定了补偿？

在此，首先可以确定被质疑的条款规定了允许用水的条件。然而，普通法院并不审查用水条件是否得到了满足。此外，根据《基本法》第14条第3款第4句，对法律争议的裁判并不取决于根据《基本法》第14条第1款第2句对财产内容和限制作出规定的法律是否合宪。上述问题对征收合法性而言不重要，因为在任何情况下——无论条款有效或者无效，都不能确认征收行为存在并产生强

制性补偿。提请裁定中引用的上诉法院的观点，即超出“社会义务范围……将触发补偿请求权”，这不符合《基本法》。规定实质内容的条款，即便在违反宪法的情况下，也仍然是《基本法》第14条第1款第2句意义上的规范，而不转化为需满足《基本法》第14条第3款规定要求的征收规范（BVerfGE 52, 1 [27 and 28]）。

一项法律规定不可能同时既违宪又合宪。因此，公权力机关对这一条款的适用不应被视为应予补偿的行政征收，而同时又代表相关方可以寻求法律救济的行政执法。在法律规范无效的情况下，利害关系人是否享有消除后果请求权，并非《基本法》第14条第3款第4句所规定诉讼中应当予以裁判的问题。

【989】 (2)因此，只有基于所提出的征收合法性问题，才能因受质疑的条款对裁判具有决定意义而肯定提请审查的可受理性。问题在于，前述《联邦水资源法》条款是否构成根据宪法规定必须包含补偿规定的征收条款。

然而，虽然联邦最高法院也将受质疑的条款视为《基本法》第14条第1款第2句意义上的法律，并认为其违宪法，对提请裁定的分析表明，联邦最高法院最终认为，受质疑的规定构成征收条款，并因其没有规定补偿而不符合《基本法》。

此外，联邦最高法院多次将拒绝颁发用水许可导致不得开采砂石认定为对受宪法保护的财产之干预，以及对具体财产内容之剥夺，这也表明提请裁定中征收行为的合法性存在争议。受质疑的条款剥夺了原告根据《民法典》第903条、第905条以及根据“事物性质”而享有的法律权利。受质疑条款的实质内容在于剥夺《基本法》第14条第1款第1句保障的法律权利，而这正是征收的典型特征（BVerfGE 52, 1 [27]）。

联邦最高法院也不认为，禁止原始诉讼原告在紧邻自来水管的区域进行湿法采砂是违宪的，而是反复强调，《基本法》不允许在不提供补偿的情况下采取该措施。

最终，联邦最高法院认为，由于受质疑的条款没有同时包含《基本法》第14条第3款第2句要求的必要的补偿规定，因而无法作出对原告有利的判决。因此，为了从这个角度审查《联邦水资源法》的相关条款是否违宪，需要对所提请的问题作出相应的重新解释。

鉴于规范审查的功能在于澄清宪法上有争议的法律条款的效力，这种重新解释是合理的。在适用《联邦水资源法》的相关规定时，公权力机关是否根据宪法必须提供补偿（联邦最高法院在其迄今为止的判例法中对此予以肯定），是一个具有深远法律和经济意义的问题。正如合议庭1977年6月7日的裁定（BVerfGE 45, 63）所示，受影响的市镇不可能通过宪法诉讼程序澄清这一法

律问题。此外，联邦行政法院持有与联邦最高法院不同的立场。

(3)原始诉讼原告本可以诉请法院撤销拒绝许可的行政行为，但他没有这么做。【990】在这种情况下，是否可以进行《基本法》第14条第3款第4句意义上的关于补偿金额的法律诉讼？只有当案件事实具有特殊性时，才例外地允许进行这一诉讼。

a)如果不考虑一些不相关的特殊规定，根据《基本法》第19条第4款第1句以及《行政法院法》（*Verwaltungsgericht-sordnung - VwGO*）第40条，一个受征收行为影响的公民可以在行政法院起诉。行政法院应当在事实和法律方面对行政行为的合法性进行全面审查（参见BVerfGE 32, 195 [197]及其参考文献）。

在这方面，行政法院具有超出普通法院的审查权。除了确定行政行为是否符合《基本法》第14条第3款第1句规定的宪法前提以及比例原则外（BVerfGE 24, 367 [404 and 405]），行政法院还必须特别审查有关措施是否基于符合宪法的依据。为此，需要确认干预行为所依据的法律是否包含关于补偿性质和范围的规定。由于不符合这一要求的法律是违宪的，行政法院不得适用此类法律；相反，他们必须根据《基本法》第100条第1款，提请联邦宪法法院对有关法律是否有效进行裁判（例如参见BVerfGE 25, 112 [114]; 51, 193 [210 and 211]; 52, 1 [14]）。

如果该法律被宣布违宪，就必须撤销基于该法律作出的行政行为，因为它侵犯了利害关系人根据《基本法》第14条第1款第1句所享有的基本权利。

财产保障保护财产权人持续占有具体财产（BVerfGE 24, 367 [400]; 38, 175 [181, 184 and 185]）。

只有干预行为在各方面均符合《基本法》第14条第3款的要求时，财产权人才需要接受对其受宪法保护的合法权益的剥夺。在这种情况下，存续保障就被价值保障所取代，价值保障的目的是确保向财产权人提供由立法机关确定的补偿（BVerwGE 24, 367 [397]; 46, 268 [285]）。

另一方面，对于“征收”违宪的情况，《基本法》规定的法律后果是撤销干预行为（BVerfGE 56, 249 [266]）。

《基本法》开辟了诉诸行政法院的途径，使得受此类行为影响的当事人在有关措施的法律依据缺乏补偿规定或有其他原因而无效的情况下，可以诉请撤销有关行政行为（BVerfGE 45, 297 [342 et seq.]）。

如果当事人关于征收法律违宪的主张得不到行政法院的支持，他们可以提起宪法诉愿作为最终手段（BVerfGE 45, 297 [346]; 53, 336 [349]）。【991】

b)对普通法院在《基本法》第14条第3款第4句规定的诉讼中的裁判权限，

上述法律状态产生如下后果：如果公民认为针对他的措施构成征收，只有在存在相应法律请求权的情况下，该公民才可以提起诉讼请求补偿。如果不存在此类请求权，当事人必须诉请行政法院撤销干预行为。但是当事人不能在放弃提起撤销诉讼的同时，诉请法律没有规定的补偿；在没有法律依据的情况下，法院也不能判决当事人得到补偿。

因此，在法律没有规定补偿、有关“征收”因此违法的情况下，当事人无权选择是对抗此等行为还是直接请求补偿。如果当事人不提起撤销之诉、导致有关行为成为不可撤销之事实，就应驳回其提起的补偿诉讼。如果个人未能利用《基本法》所提供的可能性，来维护其恢复合宪状态的权利，那么在其自身行为导致权利丧失之后，不得要求公权力机关提供金钱赔偿。

对当事人而言，对行政行为提起撤销诉讼并不构成不合理负担。决定利用这一法律救济途径，并不比决定提起补偿诉讼更加困难。它的前提仅仅是确认法律是否规定了补偿。

.....

II.

因此，在原始诉讼中如何裁判，取决于《联邦水资源法》在不予颁发用水许可的情况下，不赋予原告补偿请求权是否符合《基本法》，因而提交审查的问题（《联邦宪政法院法》第81条）就是这是否违反了《基本法》第14条第3款第2句。

.....

C.

I.

本院不能认同提请法院对有关宪法问题之判断。

.....

【992】

II.

(1)在根据《基本法》进行审查时，应当肯定立法机关在《基本法》第14条的框架内可以制定三种不同类型的财产权规则。

作为特定法益归属于特定法律主体的关系，财产权要在法律生活中切实可行，就有必要由法律具体加以规定。因此，《基本法》第14条第1款第2句规定了由立法机关确定财产的内容及界限。这些规范一般且抽象地规定了财产权人的权利和义务，确定了财产的“内容”（BVerfGE 52, 1 [27]）。

因此，立法机关在客观法层面制定了确立和具体化财产权人法律地位的法律规范，这些规范可以是私法或公法规范。

此外，根据《基本法》第14条第3款第2句，立法机关可以通过法律，剥夺

特定或可确定的群体根据《基本法》第14条第1款第2句意义上普遍适用的法律合法取得的具体财产权利（“法定征收”，参见BVerfGE 24, 367 [395 and 396]; 45, 297 [325 and 326]; 52, 1 [27]）。

最后，立法机关也可根据《基本法》第14条第3款第2句，授权行政机关剥夺个人的具体财产。与法定征收不同，基于法律的征收（“行政征收”，administrative expropriation）要求行政机关作出执行行为；针对这种执行行为，当事人可以诉请法院予以撤销。

根据宪法，这里考虑的与财产权有关的不同法律规定需要满足不同受理条件。这不仅适用于内容规定和征收之间的关系。为了在基本权利层面保障全面而有效的法律救济，两种征收形式不可以随意互换（BVerfGE 24, 367 [401]; 45, 297 [331, 333]）。

此外，在法定征收和行政征收中，权利剥夺的效果在不同时刻出现，因而两种征收的效果不同（BVerfGE 45, 297 [326]）。

与提请裁定中提出的法律观点相反，法定征收与行政征收是相互排斥的：已经由立法机关剥夺的法律权益不能通过行政行为再次予以剥夺。同一法律规定不能在规定法定征收的同时，又授权行政机关进行征收。这意味着，如果《联邦水资源法》生效时已经撤销了提请法院认为的《民法典》第905条规定的财产权益，那么《联邦水资源法》第6条的适用就不能再构成对《民法典》第905条规定的财产权益的征收。

内容规定、法定征收和行政征收分别是《基本法》明确区分规定的独立法律制度。然而，这并不排除下述可能：《基本法》第14条第1款第2句意义上未来适用的新法律规定取消了个人根据旧法行使的权利，那么其在此范围内也构成法定征收（BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28]）。

【993】

根据这一分类，受质疑的条款不是征收规范。它们既不授权行政机关取得计划经营湿法采砂作业的财产权人的土地，也未规定法定征收；相反，它们规定了《基本法》第14条第1款第2句意义上的财产权内容和界限。

(2)为了确定一项法律行为是否构成征收，首先有必要确认当事人在有关行为发生之时，是否拥有可以被征收的法律权利（BVerfGE 25, 112 [121]; 29, 348 [360]）。

a)在这方面，提请法院持有以下观点：土地财产权包括地下水。根据《民法典》第905条，地下水被视为属于土地所有人权利所涵盖的陆地部分。在此无需决定地下水是否构成物。无论如何，处置土地内地下水的权利都属于土地财产权的一部分。《联邦水资源法》中的公法使用规范限制了“自由使用地下水”的“土地财产固有权利”。

这一法律意见不能被认同。

.....

b) 提请裁定还基于以下法律观点：土地所有权应被视为一项综合权利，原则上包括任何可能和经济上合理的使用，其内容由民法特别是《民法典》第903条规定。例如，提请法院采用的表述是“在《基本法》第14条第1款第2句和《民法典》第903条意义上的”财产，表明其持有前述观点。

基于这一出发点，《联邦水资源法》中的公法规定限制了财产权人行使其在私法上对物的支配权，构成了对“本来”全面的宪法保障的财产权之限制。提请裁定认为，《联邦水资源法》导致了“对私法领域的侵犯”，因而可能导致征收。因此，对有关行为是否具有征收的性质之判断取决于干预的强度，即其“性质和严重性”。

上述关于征收的观点也不能被认同。

土地所有人享有的由《民法典》第903条规定的权益受到《联邦水资源法》一般条款之限制，而且该限制构成征收，这种观点与《魏玛宪法》时期的观点有关。根据该观点，“如果所有权人根据《民法典》第903条所享有的随意处置其物的权利为了第三方的利益而受到损害”，就应当确认存在征收行为（*[Reichsgericht in Zivilsachen - RGZ] 116, 268 [272]; [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen - BGHZ] 6, 270 [276] - order for reference p. 【994】 14*）。

这一法律观点主张民法中关于财产权的规定优先于公法规定，不符合《基本法》。

宪法保障的财产概念必须从《基本法》本身导出。宪法意义上的财产权定义不能从位阶低于宪法的普通法律中导出。具体财产保障的范围也不能根据私法上的法律地位予以确定。

《基本法》委托立法机关建立一套合理考虑个人利益和公共利益的财产制度（BVerfGE 21, 73 [83]; 25, 112 [117 and 118]; 37, 132 [140 and 141]; 50, 290 [340]; 52, 1 [29]）。

在这方面，立法机关承担了两项任务：一方面，它必须在私法领域制定适用于公民之间法律交易和法律关系的规定（BVerfGE 42, 20 [30 et seq.]，例如财产转让或设定财产负担的法律规定、规范相邻关系的法律规定、第三方损害财产时适用的赔偿法律规定）；另一方面，它必须在（通常为）公法性质的规定中考虑公众的利益，而每个土地所有人都是公众的一部分。虽然民事法律关系通常归入私法，但在确定财产权人的宪法地位时，民法和公法具有相同位阶，共同发挥作用。民法规定的财产权制度并未对财产的内容和界限作出完整的规

定。就《基本法》第14条而言，有关财产的私法条文，并不优先于有关财产权的公法条文。

事实上，财产权人在某一特定时刻具体享有哪些权利，取决于这一时刻有效的关于财产权人法律地位的所有法律规定。如果法律没有规定财产权人有某项特定权利，那么这项权利就不是其财产权的组成部分。立法机关如何将其排除只是一个立法技术问题。如果立法机关首先全面界定财产权人的法律地位，之后再通过进一步的规定将某些权利排除在外，则当事人从一开始就只享有受到这种限制的权利（BVerfGE 49, 382 [393]）。

界定财产内容的所有合宪法律确定了《基本法》第14条第1款第1句所规定的存续保障的对象和范围，也确定了在什么情况下剥夺权利应当予以补偿。【995】

(3) 综上，可以得出如下结论：

a) 受质疑的条款并没有授权行政机关剥夺土地所有人受宪法保护的權利。相反，它们以一般方式规范了土地财产和地下水之间的关系，并在这一法律领域界定了土地财产权人的法律地位。除了在此不予考虑的无关例外情形，根据《联邦水资源法》的规定，土地所有人无权在使用土地时对地下水施加影响。因此，适用该法律并不导致这一权利被剥夺。因此，根据《联邦水资源法》第6条拒绝许可在湿法采砂时使用地下水的申请，也就不构成行政征收。该条款的适用只是执行了《基本法》第14条第1款第2句意义上的由立法机关制定的规定；这一规定明确了财产权人行使其财产权时所受的限制。

提请裁定涉及的事项是开采砂石，而不是使用地下水，但这丝毫不影响上述结论。《联邦水资源法》原则上将对地下水的干预排除在土地财产权的内容之外。就此而言，在此无需决定这种干预的目的是利用地下水，还是仅仅是为其他目的而采取的措施所伴随的不良后果。土地财产权不包含利用地基的权利，对地下水造成干预的行为只能在依许可利用地下水的框架内实现。湿法采砂不能分解为私法上允许的采砂和《联邦水资源法》不允许的地下水使用。如果砂石位于含水层中，则所有权人只有在获得《联邦水资源法》许可的情况下才有权采砂。因此，拒绝颁发《联邦水资源法》上的许可，并不构成对权利的剥夺。

b) 就其时间适用范围而言，公法用水条例适用于《联邦水资源法》生效后的用水行为。与之前赋予土地所有人用水权利的法律（如《普鲁士水资源法》）相比，这并不构成法律征收。《联邦水资源法》只是在客观法层面上、在整个联邦范围内、面向未来重新界定了与地下水有关的土地财产权的内容。客观法律的这种变化没有剥夺《基本法》第14条第1款第1句存续保障所保护的具体权利，因此不构成征收。

【996】 然而，在客观法律变更的情况下，如果根据先前法律可行使的财产使用权已经被财产权人行使，其后又被取消，即涉及法定征收问题（见下文D部分）。关于这里提出的《联邦水资源法》是否构成对此处所涉“先前的使用”的法律征收的问题（《联邦宪政法院法》第81条），首先有必要确定相关法律规定本身是否符合《基本法》（BVerfGE 31, 275 [285]; 51, 193 [207]）。如果相关条款中包含的公法使用规定违宪，那么为此制定的过渡性法律规定也就没有意义了。

III.

进一步审查表明，受质疑的条款合理界定了土地所有权的内容及其限制。

(1)立法机关在履行《基本法》第14条第1款第2句设定的界定财产内容及其限制的委托时，必须尊重《基本法》第14条第1款规定的宪法对私有财产的承认，以及《基本法》第14条第2款规定的社会要求（BVerfGE 37, 132 [140]; 52, 1 [29]）。

联邦宪政法院多次指出，在限制财产权时，立法机关应受限制。本案的关键问题在于，地下水使用权原则上与土地财产权相分离，并受到公法秩序约束，这是否违反了对财产的保护。

a)首先，从《基本法》第14条中不能推导出，由于地下水与土地所有权之间存在着自然关系，地下水原则上必须在法律上分配给土地所有人。在建立符合《基本法》的财产制度时，立法机关不受源自“物的性质”的财产定义的约束（BVerfGE 31, 229 [248]）。

一些领域属于受基本权利保护的财产法律的基本组成部分，如果将这些领域排除在私法之外，将导致《基本法》第14条所保护的自由之范围被剥夺或者受到严重限缩。私有财产保障作为一种法律制度（BVerfGE 20, 351 [355]; 24, 367 [389]），禁止将这些领域排除在私法之外。尽管如此，并不能由此推导出所有受宪法保护的法益都应当由私法予以规范的结论（BVerfGE 24, 367 [389]）。

如果为了确保重大公共利益并防止危险，将对公众至关重要的利益置于公法而非私法体系中，并不违反私有财产的制度保障（BVerfGE 24, 367 [389]）。

【997】 b)本案审查的条款旨在确保对水资源进行“节约”的管理。然而，水的循环本身是一种自然过程（就像空气），无法受到法律规制。不过，具有普遍约束力的法律可以规制对地下水的人为干预。人为干预可能影响水资源的数量和性质……

除其他考虑因素外，用水量以及人为干预对水的生物、物理和化学特性的

威胁，促使制宪者将水资源管理这一在德国宪法史上的未知领域置于联邦立法权限下（《基本法》第75条第1款第4项）。对此，其指出，除了管理用水的现有立法外，有必要颁布法律以确保对现有水资源进行有序管理。立法机构通过颁布《联邦水资源法》来履行这一宪法委托时，它面临的任务是在制定“节约”用水、考虑公共利益的法律制度的同时，还要防止地下水受到土地所有人的有害干预。它所选择的方法是将地下水的使用置于独立于地表土地所有权的公法秩序之内，这在很大程度上是对之前水法发展趋势的一种延伸。水资源立法的发展也必须考虑现代技术和其他方面对地下水产生的影响。由于该问题出现在调整私人法律关系的《民法典》的颁布之后，其第903条或第905条中既没有也不可能规范这一问题。

c)水是所有人、动物和植物生命最重要的基础之一。它不仅供饮用和生活使用，也是工业和手工业的生产资料。由于在水的利用方面存在不同的有时相互竞争的利益，联邦宪法法院以前就确认过，有序的水资源管理不仅对居民而且对国民经济至关重要（BVerfGE 10, 89 [113]）。

.....

d)由于地下水像河流一样在地下流淌，因而取水或向其排放物质的效果不局限于某一特定地块。从一块土地中提取的地下水就不会再到达地下河流下游的地块。在一处地产上产生的污染会使大片土地中的水不能再用于其他用途，特别是不能用作饮用水。因此，对地下水的干预会对周围环境产生深刻影响。

.....

e)因此，对公众而言，特别是在公共供水方面，地下水的意义不可低估。同时，地下水特别容易受到来自土地所有人的有害影响。有鉴于此，不能将地下水的使用完全交由个人随意决定，或只通过“共同合意”（Gemeinverträglichkeit）法律原则来限制水的使用。第二种做法在以往的条件下是足够的，但现在这种做法不再可行。完成这样一项广泛的服务于公共利益的任务是公法的典型问题，这种问题很难用私法手段解决。因此，为了保障切实可行的水资源管理，立法机关将地下水置于独立于地表土地所有权的公法体系之下，在宪法上无可指摘。这并不像提请裁定中说的那样，只是关乎“国家的片面利益”，而是关乎由国家予以贯彻落实的公共利益。

【998】

(2)对法律规定提出的反对意见是基于一个错误的假设，即根据宪法，地下水必须在法律上被视为土地所有权的一部分。

a)首先，认为《联邦水资源法》的规定使得土地所有权受制于“完全的社会义务”，从而导致“掏空土地所有权的实质内容”，是不正确的。仅仅因为土地所有人只能在获得行政机关批准的情况下才能处置地下水，不会导致土地

所有权丧失其供私人使用、私人原则上享有处分权这两个特征（BVerfGE 37, 132 [140]; 50, 290 [339]; 52, 1 [31]）。土地所有人的使用权从来都主要涉及土地表面，而获取地下物的权利一直都受到广泛的限制。即使是支配和使用土地的权利也在许多方面受到宪法的限制（BVerfGE 21, 73 [83.]; 25, 112 [117]）。能否在经济上有意义地使用一处土地，大多数情况下并不取决于能否开采地下水，也不取决于所有权人是否必须“抵御”地下水。从土地财产权的宪法保障中，无法推导出财产权人有权将其用于带来最大经济收益的用途。

.....

c)受质疑的条款也没有违反比例原则。

有观点认为，为了制定符合宪法的规范，不应当规定带有附解除保留的抑制性禁止（*repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt*），而是应当规定一个许可程序，使得《联邦水资源法》第6条规定的禁止理由不成立时，土地所有人享有获得用水许可的请求权，而不是由行政机关自由裁量。然而，这种观点忽视了如下几个方面：

只有在涉及基本权利的行使时，采取附有许可请求权的许可程序才是宪法上必要的。通过最终可以颁布禁止的预防性审查，可以确认许可申请者是否计划合法地行使基本权利（BVerfGE 20, 150 [154 and 155]）。

【999】 然而，由于一部合宪的法律原则上已经禁止土地所有人取用地下水，前述条件并不存在。

此外，附禁止保留的预防性许可程序（*präventives Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt*）不足以确保有序的水资源管理。如果只有在预计的用水行为会损害公共利益时才能拒绝许可，而行政机关又没有任何裁量权，就不可能实现可用水资源的最佳利用。例如当一个具体项目本身不会损害公共利益，却可能发展出不可预见的后果时，这样的规制体系必然对此无能为力（Federal Administrative Court [*Bundesverwaltungsgericht - BverwG*], ZfW, 1965, p. 98 [106]）。

如果批准一个用水项目将完全耗尽可用的水资源，从而无法为满足未来出现的需求预留空间，该结果同样不可接受。

这些例子足以表明，附禁止保留的预防性许可程序只能在达到水资源承载能力极限时对水资源提供最低限度的保护，而不能实现面向未来的、有序的用水管理。对公众来说，水是比较任何其他资源都更为重要的稀缺资源，采用这样的规制体系是不合理的。

.....

D.

原审法院查明，原告自1936年以来不受妨碍地进行采砂作业。因此，这一法律争议的裁判可能还取决于《联邦水资源法》是否直接剥夺了原告在该法生效前享有的受宪法保护之权利。在这方面，之前的法律和《联邦水资源法》第17条的过渡性规定都应当纳入审查……

因此，宪法审查必须从这一点出发：在《普鲁士水资源法》生效期间，法律并不阻止土地所有人采砂，土地所有人根据旧法享有且已经行使的使用权受到财产保障的保护。如果国家可以在没有制定任何过渡性规定的情况下，突然禁止当事人继续其耗费大量投资才得以启动的土地利用行为，则将违反这项基本权利的内容。这种规定将导致已有的劳动和资本投入突然贬值。这也将动摇人们对法律秩序稳定性的信心，而失去了这种信心，个人就不可能在财产法领域自负其责地安排自己的生活（BVerfGE 31, 229 [239]; 50, 290 [339]; 51, 193 [217 and 218]）。

“强制提交样书案”

【1000】

BVerfGE 58, 137 – Mandatory Deposit Copies

1. 译者注解

1981年，即“地下水案”判决的同一年，联邦宪政法院进一步发展了财产权条款。本案涉及黑森州的一项法定义务，要求每一本在该州出版的书籍均须无偿向指定图书馆提交一份样书。这一法定义务适用于原告出版的几本书。但是，这几本书属于特别艺术版本，数量很少且价格相对昂贵。原告主张这构成了征收，因此应予补偿。

联邦宪政法院没有将其定性为征收，因为这一义务并不针对某一特定对象。联邦宪政法院将其视作界定财产权内容的规范，因为在图书印刷之前，提交样书的义务已经导致该图书的总版数减少。因此，联邦宪政法院认为，由于并不存在财产征收，也就不存在适用《基本法》第14条第3款征收补偿的基础。然而，联邦宪政法院并没有就此罢休。虽然其认为提交样书的法定义务原则上合宪，但也指出，比例原则要求考虑到诸如本案这样的非典型情况，即非常昂贵且印量很少的特别版本。在这种情况下，无偿提交的义务对出版者构成了不合比例的负担。

2. 判决概要

在出版者以高昂费用出版少量出版物的情况下，仍然要求其无偿提交样书，违反了财产基本权利（《黑森州出版自由和权利法》第9条（§ 9 Hess. LPrG））。

第一庭于1981年7月14日判决，1 BvR 24/78.

3. 案件事实

本案争议所涉及的问题是，出版者向州图书馆提交出版物样书的义务（法定样书义务）在何种程度上符合《基本法》的要求。

【1001】 1958年11月20日颁布的黑森州《出版自由和权利法》（Gesetz über Freiheit und Recht der Presse - LPrG）第9条以及1977年3月21日由黑森州文化部部长发布的《出版物提交条例》（Verordnung über die Abgabe von Druckwerken - PflEVO）中，规定了合法出版物的强制性提交义务。

《出版自由和权利法》第9条来自于1949年6月23日颁布的《黑森州出版条例》（Bavarian Law Gazette [*Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt* - GVBl.], p. 75），具体内容如下：

文化和教育部长可以通过行政命令方式，要求将本法实施范围内出版的每部出版物的样书免费交付给其指定的图书馆。

在上述条例授权基础上颁发的《义务样书条例》第1条第1款规定：

对于黑森州内的任一出版物，除属第3条豁免的情形外，出版者应无偿向以下图书馆提交其出版物样书，并且自行承担费用，具体取决于出版地……

原告是奥芬巴赫的一个出版商，他发行小数量的藏书以及原创图画。1976年，他向位于达姆施塔特的黑森州和大学图书馆（Hessian Landes- und Hochschulbibliothek）提交了标识着出版数量以及出售价格的图书：

依据《出版自由和权利法》第9条以及《义务样书条例》，图书馆保留了原告所提交的四本图书并且告知了原告。原告的异议未获支持。在原告看来，图书馆所保留的四本图书并不属于《出版自由和权利法》中所规定的出版物的范畴。无论如何，在他看来，无偿提交出版物样书的义务违反了《基本法》第14条的规定。

联邦行政法院根据《基本法》第100条第1款中止了审理程序，提请对《出

版自由和权利法》第9条进行宪法审查。联邦行政法院认为该条规定不符合《基本法》第14条，因为其授权黑森州文化部长，要求将法律适用范围内每部印刷品样书交付指定图书馆。

4.判决理由选译

.....

C.

《出版自由和权利法》第9条不完全符合《基本法》。

I.

【1002】

审查所涉及的条款的标准是《基本法》第14条第1款第1句规定的基本权利。

《出版自由和权利法》第9条所允许要求无偿提交样书，对出版商制作的出版物的财产权造成了负担。该条款因此落入《基本法》第14条的保护范围。就其内容而言，它授权进行《基本法》第14条第1款第2句意义上的规制。

尽管提交义务针对单个出版物，但它不构成《基本法》第14条第3款意义上的征收。这一条款没有授权行政机关通过具体行为获得特定财产，而是一般抽象地设定了一项实物给付义务。它影响的人是通常在其职业活动中推销财产的出版商，且以依法界定为出版物并属于出版商财产的全部印刷品为基础。出版物一出现，其财产权即被设定了提交样书义务的负担。出版商选择并且提交出版物样书的行为，履行了一项一般性的事先存在的出版商义务。因此，关于强制提交样书的规定构成一项客观法律规定，在总体上界定了在同一版本所有出版物上的财产权内容（BVerfGE 58, 137 [144], BVerfGE 58, 137 [145]）。

与提请审查法院的观点不同，即使对于财产权具体内容的界定，如后文所述，由于特定情况下给财产权人造成过度负担而不符合《基本法》，这种区分也仍然有效。如果对财产权人施加的义务超过了《基本法》规定的限制，则该法律违宪，但这并不能使之构成征收（BVerfGE 52, 1 [27 and 28]）。

由于它们的功能不同，财产权内容的界定和征收在实质适用条件和要求上是根本不同的。它们之间的区分及其有效性必须要以其在《基本法》中各自不同的相关条款为基础。因此，无论其对出版商造成负担的程度如何，强制提交样书规定所确立的义务都应落入《基本法》第14条第1款第2句的保护范围。

II.

《出版自由和权利法》第9条满足《基本法》第14条第1款第2句法律保留的形式要求。

(1)黑森州立法机关并没有超越《基本法》第14条第1款第2句所授予的立法

【1003】 权限（BVerfGE 34, 139 [144 et seq.]）。强制提交样书规定不属于著作权和出版法（《基本法》第73条第9项）的范畴，后者的立法权限只能由联邦政府享有。诚然，《出版自由和权利法》第4条第1款和第9条以源自著作权和出版法的“印刷品”概念为基础。然而，立法机关的权限必须根据法律的调整对象确定，而不能考虑所选择概念的共同点来确定。在这个意义上，需要审查的规范不属于著作权法和出版法的范畴。根据《出版自由和权利法》第9条，强制提交出版物样书的义务仅针对“出版”的作品；因此，作者决定是否以及如何出版其作品的权利（《著作权法》第12条，Urhebergesetz - UrHG）丝毫不受影响。强制提交出版物样书为出版商创设了一项独立的公法义务。它不涉及出版商和作者之间的法律关系，出版商和作者间的关系由出版法（《出版法》第1条，Verlagsgesetz - VerlG）调整。另外，根据《基本法》第74条第13项制定的《德国图书馆法》（Deutsche Bibliothek - DBibLG）明确不影响州法中关于强制提交样书的规定（第25条）。因此，根据《基本法》第70条，强制提交样书相关立法属于州的立法权限。

(2)关于《出版自由和权利法》第9条，立法机关的立法权限没有任何问题。

a)根据《基本法》第14条第1款第2句，财产权的实质内容及其边界毫无疑问应“由法律”确定。然而，这并不要求立法机关承担巨细靡遗地规定财产权人合法权益之具体内容的一般性义务。考虑到《基本法》第14条第1款第1句在保障自由方面的基础性意义，立法机关应该做的是创设一系列限制财产权的条件，根据这些条件，财产权的限制只能在明确界定限制的内容、目的以及程度的前提下进行。

b)《出版自由和权利法》第9条符合法律授权的要求：

授权的具体内容直接来自授权规范本身。此处调整的事项是将黑森州内出版的出版物样书提交至指定图书馆。文化部长凭其所获授权可以颁布命令对上述事项进行调整。

授权的目的是收集黑森州内所有出版物，以使其能向公众开放并得以流传至子孙后代。这是由该授权的内容以及依法交存样书立法的历史发展决定的。因此，这一立法的根本动因可能完全在于黑森州文化政策的价值取向，即旨在使所有感兴趣的主体都能尽可能全面地一览黑森州智识创新的概貌。

【1004】 授权规范也清晰指明了调整的范围和限度。根据授权规范，提交出版物样书的义务只针对黑森州内的出版物；本案中要求提交的仅仅是每种出版物的一本样书，提交的对象是由文化部长确定的图书馆。

该授权也明确了补偿问题。《出版自由和权利法》第9条规定，文化部长

可以在不给予补偿的情况下命令提交出版物样书。

III.

在实质要求方面，《出版自由和权利法》第9条授权文化部长无例外地要求无偿提交出版物样书，这不符合《基本法》第14条第1款第1句的规定。

(1)联邦宪政法院在许多判决中指出，《基本法》第14条第1款第2句意义上的立法必须同时考虑该条第1句关于保障私有财产权的规定，以及该条第2句关于社会义务的规定。在此，立法机关必须恰当而公正地平衡各方主体的正当利益。由立法机关确定且根据《基本法》可以期待财产权人承担的义务的度和范围，本质上取决于有关财产是否以及在多大程度上具有社会关联性以及社会功能（BVerfGE 37, 132 [140 and 141]; 42, 263 [294]; 50, 290 [340 and 341]; 52, 1 [32]）。

财产权的社会义务应当符合比例原则。尤其考虑到财产的社会相关性、社会重要性以及立法目的，社会义务不得对所有者的财产权造成过度负担及不合理影响（BVerfGE 21, 150 [155]; 50, 290 [340 and 341, 351]; 52, 1 [29 and 30, 32]; 53 257 [292]）。

同时，也必须遵守作为法治一般原则的平等原则（例如参见BVerfGE 52, 1 [29 and 30]及其参考文献）。

如果正式法律授权颁布界定财产权具体内容的规范，那么也应适用上述立法机关在界定财产权内容时必须遵守的界限。如果鉴于财产权保障，立法机关本身无法行使一项规制权，那么它也不能通过法律再授权此种权限。

(2)上述审查标准表明，只要在个案中对出版商造成的经济负担并不显著，无偿提交样书的义务在《基本法》第14条第1款第2句的意义上就是可接受的。在此无需考虑对颁布该规范的授权。

所有出版物自其被出版之日起就被赋予了生命。它不仅作为基于出版商的劳动而产生的资产存在，同时还具有渗透社会生活的影响力。也正因为如此，它是有助于决定当下文化和知识活动的独立因素。¹⁶¹它从私法的可使用性中脱离出来，成为一种具有普遍性的共同知识和文化财产。

【1005】

鉴于此种社会重要性，使文学成果能够尽可能全面地向那些对其有学术以及文化兴趣的群体开放，并将过往时代智识创造的全面印象传于后世，显然属于正当目的。这一文化需求可以通过向公共图书馆提交出版物样书的要求，而被恰当顾及。在对涉及到的宪法问题进行审查时，不能忽略的事实是，通过对国家图书馆的建设和持续维护，为实现依法提交样书所追求的文化目标，公众

¹⁶¹ 对于版权法中的类似决定，参见“学校图书案”，BVerfGE 31, 229 (242).

作出了卓越的贡献。公众会从其视角出发，对出版物的重要性及其社会功能进行恰当的权衡。在这种情况下，如果每种出版物都应无偿提交样书的义务所引起的不利的后果并没有造成过重的负担，那么这一负担就是合理的，它并没有过度地以及有针对性地对出版商造成影响。可以认为，那些出版发行量较大的定期或非定期出版物均属于这一恰当合理情形之列。

(3)然而，该条款的缺陷在于，无偿提交出版物样书的一般要求也适用于那些印刷成本昂贵且印刷数量较小的出版物。

显然，同那些成本较小且印刷数量庞大的出版物相比，针对于此种出版物样书的无偿提交义务就构成了一种较重的负担。《基本法》第14条第2款无法正当化出版商这一基于公共利益而承担的负担。

具有艺术价值、科学价值或者文学价值的出版物一般也具有更高印制成本。从《基本法》第14条第2款的角度看，对其特殊的社会重要性之考虑不能和其印制割裂开来。

从其较小的出版数量中不难看出，此类出版物通常仅针对小范围的购买者。潜在购买者的数量较小，其销售量自然也难以确定。相比于正常的出版活动，出版商在生产此类作品时承担的经济风险要高得多。只有具有私人动机并且愿意接受风险，才可能使这种特殊的艺术、科学以及文学创意进入公众视野，**【1006】**尽管其价格昂贵。让出版商承担远超平均水平的出版物样书的制作费，不符合适当平衡财产权人的利益和公共利益并避免单方面负担的宪法要求。

对其负担强度及合理性理由的权衡表明，对于发行量较小的贵重出版物而言，无偿提交样书的强制性义务超出了对出版商财产权的内容进行界定的合理和可接受的限度。

这一条款还违背了《基本法》第14条第1款第2句所要求的平等对待原则（参见BVerfGE 52, 1 [29 and 30]及其中更多文献）。

从实际效果来看，如上所述，一项无偿的一般性的出版物样书提交义务会造成不同出版商之间程度完全不同的负担。这种“一刀切”式立法所导致的不平等的后果也必须纳入《基本法》第14条第1款第2句的考量范围。在本案中，平等原则要求界定财产权实质内容的法律规定能够充分考虑所有者承受负担的差异，以及他们的利益在与公共利益相权衡时所占比重之差异，并加以足够的区别以避免不平等的负担。

然而，从财产权的角度来看，《出版自由和权利法》第9条授权制定的依法提交样书的规范虽然涉及非常不同的情形，却缺乏必要强度的区分。

(4)从作为基本权利的财产权保障的视角来看，这样的反对意见是站不住脚的，即本案中的出版商可以将其样书提交义务的成本费转移到消费者那里，或

从其他出版物的收入中得到平衡。在成本高昂、印刷数量较小的情况下，人们很难不对上述观点产生质疑。

除此之外，根据《基本法》第14条第1款第2句审查该条款的合宪性，并不取决于所有者的费用损失是否能够从其他地方或者通过其他方式得到补救。财产权保障的目的在于使财产所有人能够根据他自己认为恰当的方式，来对其财产作出安排（BVerfGE 24, 367 [389, 396]; 50, 290 [339]）。

如果国家能够创设需要由财产所有者去完成的义务，并基于对其经济收益多少的推测正当化这种限制，则这一宪法功能将无法实现。宪法对财产权的限制及其施加于财产的负担之正当性是以《基本法》第14条第2款为基础的。联邦宪政法院在其判决中多次指出，财产权的社会功能以及财产对于社会的重要性为限制所有者的合法权益提供了理由。与此同时，立法机关可能施加于所有者的合理负担也不能超出这一边界（BVerfGE 58, 137 [151]; BVerfGE 58, 137 [152]; 52, 1 [32]）。

在本案的情况下，援引所有者可能追回的损失超出了宪法财产权体系所设定的边界，且不符合《基本法》第14条第1款第1句所规定的存续保障要求。【1007】

IV.

上述宪法衡量尚不足以宣布，行政法院所否决的条款全部或部分无效。对于《出版自由和权利法》第9条所包含的大多数情形而言，无偿提交出版物样书只会给出版商造成轻微的负担，因此无需多虑。如果授权超出了宪法所允许的限度，正如对这一立法所进行的介绍性阐述那样，州立法机关将有多种可能性，或者对出版物样书相关立法进行重新调整，或者根据纳入考量的财产权保障的困难情形，对所涉相关利益进行调整。联邦宪政法院因此必须认定，《出版自由和权利法》第9条在其执行部分所描述的范围内违反了《基本法》。

“文物保护案”

BVerfGE 100, 226 – Monument Protection Act

BVerfG, 2.3.1999, 1 BvL 7/91,

http://www.bverfg.de/e/ls19990302_1bvl000791.html

1. 译者注解

文物保护法是保护有价值的历史建筑之法律。这些建筑中有许多为私人所有，对其进行法律保护不可避免地意味着对其所有者施加实质性限制和显著经济义务，例如不得拆毁建筑、改变其外观或对建筑进行翻新。在本案中，联邦宪政法院审查了德国某州关于文物保护的法律规定。联邦宪政法院进一步发展

了对“样书案”判决的说理。它将文物保护法规解释成具体化《基本法》第14条第2款意义上财产与公共利益之间关系的财产“内容界定法”。然而，即使这些规范不构成《基本法》第14条第3款意义上需要补偿的征收，它们仍然可能超出要求财产所有者作出合理牺牲的范围。当这种情况发生时，相关法规必须将之纳入考量并向所有者提供保护；这才是合比例的，也才符合第14条第1款的规定。但联邦宪法法院也认为，只是提供金钱补偿并不总能实现必要程度的保护。财产保护必须首先立足于保护财产本身；只有在当下无法实现对财产的充分保护时，才应考虑金钱补偿。

【1008】

2. 判决概要

(1)如果界定财产实质性内容和限制的文物保护法律规定没有排除对所有者的不合理负担，也没有包含避免此类财产权限制的措施，则不符合《基本法》第14条第1款。

(2)如果要在异常困难的情况下维持比例原则的补偿规定仅局限于赋予受影响者货币形式的补偿请求权，则是有缺陷的。《基本法》第14条第1款第1句规定的存续保障要求，首先采取在事实上避免所有者承受不合理负担，并在最大限度上保留财产为私人所用的措施。

(3)立法机关在规范层面界定财产的内容和限制时，应当就其造成的负担规定相关补偿的前提、类型和范围，否则这种负担就是不合理的；同样地，行政机关在执行财产限制时，也必须同时至少原则上决定必要的补偿。立法机关必须为此创设前提条件。

(4)《莱茵兰—普法尔茨州文物保护与维护法》（Denkmalschutz- und Pflegegesetz - DSchPflG，简称“州文物保护法”）第13条第1款第2句不符合《基本法》第14条第1款规定的财产保障。

第一庭于1999年3月2日判决，1 BvL 7/91.

3. 案件事实

在最初诉讼中，原告为一家工业企业，是一栋建于19世纪末期的别墅所有者，这栋别墅在形式上处于1978年《州文物保护法》的保护之下。根据该法的规定，所有者有义务保存和维护这一文物，只有在官方许可下方能对其进行调整或拆除。在作出有关此种许可的决定时，不必将所有者的利益纳入考虑范围。

原告以别墅没有商业用途，且多年来试图发现别墅其他有意义用途之努力未果为由，申请拆除别墅的许可，但没有成功。

上诉法院认为该法律规定不合宪，并提请联邦宪政法院审查。联邦宪政法院宣布其不符合《基本法》第14条第1款。

4. 判决理由选译

【1009】

.....

C.

提请审查的法规不符合《基本法》第14条第1款。

I.

(1)《州文物保护法》第13条第1款第2句涉及对财产内容和限制的界定，这一界定必须用基本法第14条第1款而非第3款来衡量。

国家通过征收取得个人财产（BVerfGE 100, 226 [239], BVerfGE 100, 226 [240]）。其目的在于全部或部分地剥夺《基本法》第14条第1款第1句所保护的所有者的具体法律利益，以履行某些公共义务（相反意见参见BVerfGE 56, 249 [270 et seq.]; 更多文献见70, 191 [199 and 200]; 71, 137 [143]; 72, 66 [76]）。

这既可以通过一项剥夺特定人群的具体财产权利的法律来实现，即法定征收，也可以通过由公权机关基于法律授权而实施的此等执行行为来实现，即行政征收（BVerfGE 52, 1 [27]; 58, 300 [330 and 331]）。

本案的情形不满足上述前提。不论是提请审查的法规所规定的拆除受保护文物必须获得许可，抑或是拒绝许可本身，都不属于基本法第14条第3款意义上的征收。该法规并未出于履行特定公共义务的目的，剥夺所有者的任何具体财产权益，而是一般和抽象地限制了一块建有文物的土地之可能用途，拒绝许可的行为则实现了这一限制。因此，《州文物保护法》在《基本法》第13条第1款第2句的意义上对财产的内容和限制进行了界定。这种对法规的类型化与合法所有人所受负担的程度无关。对受影响的当事人而言，即使在行为的效果近似或等同于征收的情况下，它仍保持其有效性（BVerfGE 83, 201 [211 et seq.]）。

因此，提请审查的法规合宪与否，应该以《基本法》第14条第1款结合第14条第2款的标准来衡量，而不适用《基本法》第14条第3款第2句中包含的要求，即关于征收的法律必须同时规定补偿的类型和范围（连结条款，Junktin-Klausel）；同样地，也不适用《基本法》第14条第3款第4句中关于司法救济的规定。

(2)在界定《基本法》第14条第1款第2句的意义上财产的内容及限制时，立法机关必须在所有者的合法利益和公共利益的需要之间实现公正平衡与合理关系。在如此行事之时，立法机关必须与所有其他宪法性规范保持一致，特别是受《基本法》第3条第1款下规定的比例原则和平等原则之约束。公共利益不仅

【1010】

是在财产上施加负担的理由，同时也是对这种负担的限制。对所有权的限制不得超过足以实现法规所意欲实现之保护目的的程度。对财产保障之核心领域的严重减损不被允许。这不仅包括私人用益权，即将财产分配给一个法律实体，使其作为私人事业的基础而被利用，也包括对财产的基本处置权（BVerfGE 70, 191 [200]; 79, 174 [198]; 87, 114 [138 and 139]; 91, 294 [308]）。

立法机关的监管权力受到各种各样的限制。在调整财产的法律所涵盖的领域内，财产权保证了个体的自由，并在这个意义上，个人享有尤为显著之保护（BVerfGE 42, 263 [294]; 50, 290 [340]; 70, 191 [201]; 95, 64 [84]）。

另一方面，一项财产对社会的重要性越显著，立法机关的操作空间也就越宽广；在这点上，财产的性质和功能具有至关重要的意义（BVerfGE 53, 257 [292]）。

在这种情况下，由于财产对社会的重要性，对所有权的限制在原则上必须被无偿接受（《基本法》第14条第2款）。而如果立法机关在对财产的内容及限制进行界定时超越了前述界限，则法规无效（BVerfGE 52, 1 [27 and 28]），基于任何此类法规的限制或负担都是非法的；申诉人可以向初审法院提出异议，但这不产生依据宪法获得赔偿的权利（BVerfGE 58, 300 [320]）。

II.

以这些原则来衡量，《州文物保护法》第13条第1款第2句不符合《基本法》第14条第1款（BVerfGE 100, 226 [241], BVerfGE 100, 226 [242]）。

(1)不同于其他各州的文物保护法，该法规没有将所有者的利益纳入考虑，在某些情况下可能不合理地限制了受其影响的所有者的权利。

a)对文物的保护是立法机关的正当关切，维护文物也是一项有高度优先性的公共义务，因而《基本法》第14条第1款第2句意义上的限制性法规是有必要的。1947年5月18日的《莱茵兰—普法尔茨州宪法》第40条第3款（*Ordinance Gazette [Verordnungblatt - VOBl] p. 209*, 1995年10月12日法律最新修订，*Law Gazette [Gesetz- und Verordnungsblatt - GVBl.] p. 405*）也规定了该州有照管和维持艺术及历史文物的义务。

【1011】 b)对于实现立法目的而言，《州文物保护法》第13条第1款第2句所规定的发放许可的条件是适合且必要的。只有当公共利益的其他需要压过了保护该文物的利益时，拆除文物才能得到批准，并且仍有必要确认，是否能以其他的方式顾全公共利益的压倒性需要。因此，在所有其他情况下，受保护文化文物的维护都能得到保障。无法找到任何其他同等有效但对财产施加更少负担的方法。

c)作为一项规则，法规的适用也不会给所有者施加狭义上的不合理负担。

只有通过将义务加诸财产和建筑的所有者，才能顾全对维护受保护文物所承载的公共利益，而所有者的财产因此要受更多社会义务的约束。是否满足这一点，要视实际情况而定——这里指的是土地的位置和性质（参见[*Entscheidungen des Bundeswaltungsgerichts - BVerwGE*] 94, 1 [4]; [*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen - BGHZ*] 105, 15 [18]及其中更多文献；巴伐利亚州最高法院（*Bayerisches Oberstes Landesgericht - BayObLG*），BayVBl 1999, p. 251 [252]）。

禁止拆除一处建筑文物，并不限制其当前的使用。有鉴于文物保护的高度优先性以及《基本法》第14条第2款第2句的规定，所有者原则上必须接受，其对土地更有利可图的使用可能会被阻止（BVerfGE 100, 226 [242], BVerfGE 100, 226 [243]）。《基本法》第14条第1款不保护对财产最有利可图的使用（BVerfGE 91, 294 [310]）。

d)然而，当一处受保护的建筑文物不能再用于任何有意义的用途时，情况就不同了。在原先的用途由于时过境迁而不再合宜，其他任何可以合理地归于所有者的用途又无法实现时，情况就是如此。一旦愿意服从文物保护的所有者也无法合理地利用建筑文物，而且也无法实际处置它，该所有者私人用益权的可能性就几乎被完全排除了。如果再加上维护该财产的法律义务，这项权利就成了一种负担，所有者为了公共利益必须容忍这种负担，却不能享受任何私人使用的利益。这样一来，受影响者的法律地位几近落入不再配得上使用“财产”这个术语的境况。那么，对拆除许可的拒绝就不再是合理的了。如果立法机关考虑到可能出现以下情形，即由于一些建筑对于文化历史有重大意义，出于公共利益仍然需要留存受保护的文化文物，那也只能通过征收来实现（《州文物保护法》第30条第1款第1项）。

合理性的界限具体在哪里？提请审查的法规对所有者的影响到达何种程度，才算是不可接受的？诸如这样的问题可以留待以后解决。如果没有其他原因，由于《州文物保护法》第13条第1款第2句未能排除对所有者的不合理的负担，也没有关于如何避免对财产的此种限制的规定，那么该规范违反了《基本法》。

【1012】

(2)在某些情况下禁止拆除是不合比例的，这不会因为《州文物保护法》第31条第1款第2句有丝毫改变。根据这个所谓的可分割性条款，如果根据《州文物保护法》所采取的行动尽管不影响之前的使用（第1句），但仍然（“以其他方式”）具有征收的效果，则州政府必须提供适当的补偿。立法机关在原则上可以肯定但并非无限度地通过补偿性措施，排除一项界定财产内容的法规所造成的不合理后果(a)（参见BVerfGE 100, 226 [243], BVerfGE 100, 226

[244])。但是《州文物保护法》第31条第1款第2句不能实现这一功能，因为该条款没有满足对补偿规定(b)的要求(c)。

a)如果关于内容和限制的规定本身是不合理的，但立法机关已经将之与补偿性措施联系起来，在特殊的情况下可以例外地符合《基本法》第14条第1款的规定。

aa)即使在困难的情况下，如果立法机关通过补偿性预防措施避免向所有者施加不合比例或不公正的负担，并适当考虑合法预期，其原则上可以采取其认为对于公共利益而言必要的财产权限制措施（BVerfGE 58, 137 [149 and 150]; 79, 174 [192]; 83, 201 [212 and 213]）。一些规定可能原本在《基本法》第14条第1款第2句意义上不合比例或不公正界定了内容和限制，但如果设置了这种补偿，就可以在特定情形下成为宪法上可接受的。

bb)当然，补偿条款通常不能作为手段，使得对财产不合比例的限制符合《基本法》第14条第1款。若未设置补偿条款，界定财产内容和限制的法规原则上也必须保全财产权的实质，并遵循平等原则的要求（参见BVerfGE 79, 174 [198]及其中更多文献）。

然而，在法律的适用会给所有者施加不合理负担的特殊情况下，则可以考虑设置补偿条款，以符合比例原则的要求并补偿违反平等之特别牺牲。

cc)最后，如果凭借技术、行政抑或财政手段均不可能实现符合比例原则的平衡（参见BVerfGE 100, 226 [244], BVerfGE 100, 226 [245]），从而无法通过《基本法》第14条第1款之审查，那么补偿措施也无济于事。本案中相关领域就可能存在这种情形，例如在既定情况下，保存文物的重要性相对较弱，而所有者的利益特别值得保护，且这种利益并非仅具有经济性质。针对这种困难的情况，法律必须设置例外条款，允许拆除建筑物，方能完全符合保障财产的要求。

【1013】

b)在《基本法》第14条第1款第2句的适用范围内，补偿条款应当符合下列要求：

aa)它们必须具有法律依据。原则上，界定财产的内容和限制是立法机关的事务。立法机关必须尊重对界定内容之法律的宪法性限制。如果立法机关颁布强制性禁止，即不得依靠行政机关或法院通过补偿性预防措施或财政支付，避免对财产保障之损害。即使考虑到议会的预算权力，补偿请求权的确立无论如何也只能通过法律实现。

bb)那些旨在于异常困难的情况下使得限制措施符合比例原则的补偿规定，如果只赋予受影响者要求经济补偿的权利，是不充分的。《基本法》第14条第1款第1句规定的存续保障要求首先采取预防措施，以避免事实上将不合比例的

负担加诸所有者，并尽可能维护财产用于私人用途。为此目的，立法机关可采用的手段包括过渡性安排、例外和豁免条款以及其他行政和技术预防措施。如果在个别情况下，前述补偿不可行或代价过高，那么可以考虑经济补偿，或是考虑赋予所有者要求政府以市场价格收购该财产的权利（参见BVerfGE 100, 226 [245], BVerfGE 100, 226 [246]）。

立法机关在规范层面确定财产的内容和限制时，必须同时规定补偿的条件、类型和范围，否则就是设定了不合比例的负担；同样地，行政机关在实施对财产权的限制时，也必须同时至少在原则上对任何必要的补偿作出决定（Hermes, NVwZ 1990, pp. 733 and 734）。

如果财产所有者认为一项行政行为不合比例地侵犯了其根据《基本法》第4条第1款第1句享有的基本权利，那么他必须通过诉诸行政法院的方式提出异议。如果他容忍该行为生效，就不能再根据《基本法》第14条第1款第2句要求补偿（BVerfGE 58, 300 [324]）。因此，对于一项实施财产限制的干预行为，受影响者必须决定其是愿意接受还是提出质疑。而只有在他知道自己是否有权获得补偿的情况下，他才能作出有意义的决定。当受影响者无法确定是否能够期待通过独立诉讼程序获得追溯性补偿时，不能指望其会允许一种在他看来不符合《基本法》规定的财产保障的行政行为获得终局效力。对于一种若无补偿便不合理的负担，行政法院必须清楚其是否以及以何种方式得到补偿，才能最终评估干预财产权的行政行为的合法性。

【1014】

立法机关因此必须借助关于行政程序的条款补充其关于补偿的实质性条款，以确保行政行为实施具体财产权限制时，同时决定给予遭受负担的所有者的补偿；在经济补偿的情况下，必须至少确定原则上是否存在此种请求权。

c) 《州文物保护法》第31条第1款第2句的可分割条款不满足这些要求（BVerfGE 100, 226 [246], BVerfGE 100, 226 [247]）。它既没有首先通过例外和豁免条款以及其他行政及技术措施来避免对财产的违宪侵占，也没有在行政程序的规定中以前述方式对受影响者提供法律保护。仅仅由于这一点，它就无法构成符合宪法要求的法律依据，以针对根据《州文物保护法》第13条第1款第2句进行的财产权过度干预予以补偿。这一条款既不是《基本法》第14条第3款第2句及第3句意义上的征收补偿依据，也不是《基本法》第14条第1款第2句意义上财产内容及限制的法律规定框架内的补偿规定。这一规定是否还有适用的空间，应当由管辖法院考虑文义、体系及立法机关意图来判断。

III.

《州文物保护法》第13条第1款第2句不符合《基本法》第14条第1款，但这并不导致该条款无效。如果立法机关还可能对违宪进行补救，联邦宪法法院

便可避免宣布此种法律后果。

本案就是这种情况……

【1015】

“核能终止案”

Nuclear Power – Termination

BVerfG, 6.12.2016, 1 BvR 2821/11,

http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html

1. 译者注解

不论是人权还是公民权利，基本权利常常被设想为个人对抗国家的情景，这种情景中，权利严重失衡，个人通常被视为受害者——当然，他往往确实是国家权力行使之受害者。在财产权方面也是如此。征收的对象通常是个人土地所有者、农民或小财产所有者，他们受制于国家权力，例如为了建设基础设施而放弃其全部或部分土地。不过，情况并非总是如此。本案涉及在日本福岛核反应堆灾难后终止使用核能发电的政治决定下的财产权。¹⁶²在本案中，财产权益的主张者是市值数十亿美元的大型跨国能源公司。

这与2013年褐煤案判决形成了鲜明对比，该判决涉及德国Garzweiler市附近的大规模褐煤开采作业；其使村庄裸露，并将整处景观变成了荒地（开采褐煤后再进行复垦和恢复）。¹⁶³不过，褐煤案也涉及根据为采矿目的制定的具体立法征收财产的问题，还提出了露天采矿作业所需的规划决定对财产权的影响问题。受采矿作业影响的人们在多重意义上失去了家园。他们不仅失去了房子，还失去了生活其中的社群，因为这些都将被摧毁，整个社群不得被重新安置。具有讽刺意味的是，这两起案件中都有大型能源公司RWE¹⁶⁴的参与。在核能案中，RWE是受害者，其所运营核电站的关停时间比预期早得多；而在褐煤案中，RWE则是从相关征收和规划决定中获利的矿山运营商。

德国已于2002年决定放弃核能，并通过了相关立法。这项立法为各核电站分配了一定的计划发电配额，目的是使更现代化、更新的反应堆能比老旧反应堆运行更长时间。2009年，政府重新思考，并作出修订，其中包括分配更多的

¹⁶² BVerfG, 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html.

¹⁶³ BVerfG, 17.12.2013, 1 BvR 3139/08, http://www.bverfg.de/e/rs20131217_1bvr313908en.html (Garzweiler Lignite Strip-Mining)；并参见本书第十二章：“迁徙自由——《基本法》第11条”，其中包括该案判决及其对人民自由迁徙之意涵。

¹⁶⁴ 参见<https://www.group.rwe/en/> for more information on the RWE-Group（最近访问于2019年8月31日）。

计划发电配额，基本上将反应堆的运行时间延长了十年以上。然而，日本毁灭性海啸后的福岛核事故使德国的态度发生了巨大转变，并于2011年7月通过立法，¹⁶⁵再次削减了计划发电配额，并规定了关停反应堆的确切日期。作为最后一批反应堆，2019年仍在运行的七座反应堆将在2022年底前逐步淘汰。¹⁶⁶ 【1016】

宪法法院认为，这些起诉基本上没有根据。法院并不认为该立法所产生的后果是具有征收效力的措施，¹⁶⁷而是将其视为《基本法》第14条第1款第2句意义上对“内容和限制”的界定。这种处理导致以下结论和解释：2009年立法中计划发电量的增加没有创设财产权利，¹⁶⁸因此也就不存在征收或等同于征收的措施。如果对反应堆计划发电配额和运行时间的规定不能被视为财产权条款，那么限制措施在逻辑上也必须被视为不属于《基本法》第14条第3款征收补偿条款的范围。但这并不意味着这些措施是合法的。这些措施还必须遵守比例原则的总体框架。¹⁶⁹在本案中，法院发现两处违反此总体框架的情况。一是两名诉愿人受到特殊影响的事实，即他们无法将2002年初始立法中规定的计划发电配额转移给其公司内部网络中的其他电厂使用。二是立法中没有考虑到根据2010年分配增加的计划发电配额而进行的投资，以及根据有关政府部门部长提供的关于政府核政策的态度转变和随之而来的暂停消息。

宪法法院认为，宣布整部立法违宪是不合理的，不过议会必须对立法进行修正，以便顾及企业内部使用计划发电配额和投资保护方面的合法关切；毕竟，从2010年底增加计划发电配额到2011年3月福岛核事故后通知业界“暂停”的信息发布，这些投资是在上述短暂时间段内进行的。¹⁷⁰因此，《原子能法》第16次修改法于2018年通过。¹⁷¹

¹⁶⁵ BVerfG, 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html, para. 1 and excerpt from press release, para. 2-36.

¹⁶⁶ International Atomic Energy Agency, Country Nuclear Power Profile, Germany, Updated 2018, <https://cnpp.iaea.org/countryprofiles/Germany/Germany.htm> (最近访问于2019年8月31日)；另参见Nuclear Safety, An information portal of the Federal government and the Länder, Decommissioning in Germany – The Current Situation: Overview, <https://www.nuklearesicherheit.de/en/science/decommissioning-of-nuclear-facilities/decommissioning-in-germany/> (最近访问于2019年8月31日)。

¹⁶⁷ BVerfG, 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, http://www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html, paras. 242 et seq.

¹⁶⁸ 参见id. at paras. 299 et seq.

¹⁶⁹ Id. at paras. 257, 258 et seq. and 268 et seq.

¹⁷⁰ Id. at paras. 403-06.

¹⁷¹ 参见BGBl. I 2018, 1122, 1124, 尤其是新加入的第7e、7f条, <https://www.gesetze-iminternet.de/atg/BJNR008140959.html> (只有德文版, 最近访问于2019年10月21日)。

【1017】 2.判决概要

(1)《原子能法》第13次修改法（*Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes - 13th AtG Amendment*）旨在加速核淘汰，基本上符合《基本法》。

(2)由于《基本法》对欧洲法律的开放性，根据私法在国内从事商业活动的法人若完全属于另一欧盟成员国，亦可以例外地援引财产自由并提起宪法诉愿。

(3)(a)2002年和2010年通过法律分配给核电站的计划发电量并非独立的财产权保护对象。但鉴于其对核电站之利用具有决定性影响，计划发电配额实际上可得益于对核电站所有权的保护。

(b)原则上，根据公法授予的许可不构成财产。

(4)《基本法》（*Grundgesetz - GG*）第14条第3款规定的征收以改变财产权属的剥夺为前提，而且总是要求过程中有物的取得。因此，2011年7月31日《原子能法》第13次修改法中旨在加速核淘汰的有关规定并不构成征收。

(5)如果根据《基本法》第14条第1款第2句意义上的内容和限制之界定，限制财产的使用权和处置权并造成对具体财产权利的剥夺，却不是为了物的取得，则必须对相关限制的合比例性提出更高要求。相关限制总是涉及补偿条款问题。

(6)2010年底的立法将核电厂的运行寿命平均延长了12年，而后《原子能法》第13次修改法又撤销了这一决定且不予补偿；这是符合宪法的，因为获得额外计划发电配额的期待一再受到限制。为了促进民众健康和环境保护，即使没有发现新的危险因素，立法机构也可以以福岛核反应堆事故为理由，加速核电淘汰。

(7)由于核电站的剩余使用寿命经法律确定，而且本案中存在特别值得保护的信赖利益，《原子能法》第13次修改法中对财产内容和限制的规定是不合理的，因为该规定导致两位诉愿人无法在其集团内部使用剩余的大部分2002年分配的计划发电配额。

(8)在特定条件下，《基本法》第14条第1款保护作为财产投资利用基础的对法律状况存续之合理信赖。

【1018】 3.案件事实

宪法诉愿针对2011年7月31日修订的《原子能法》第13次修改法（*Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes, BGBl I p. 1704*），该修改法决定加速淘汰和平利用核能政策。在第13次修改法中，立法机关收紧了2002年

作出的支持核淘汰的基本决定，首次立法规定了必须关停核电站的确定日期，同时撤销了2010年秋季颁布的延长核电站使用寿命的规定。诉愿人是德国四大能源供应商中的三家的核能子公司，以及一家核电站运营公司。 [1]

I.

.....

[2-36]

摘自2016年12月6日第88/2016号公告：

宪法诉愿对2011年颁布的加速淘汰和平利用核能的规定提出了质疑。2002年的《逐步淘汰修改法》（*Ausstiegsnovelle*）已经作出了淘汰核能的基本决定。各个核电站被分配了一定的剩余计划发电配额，该计划发电配额可以转移给其他较新的核电站。一旦这些计划发电配额用完，这些核电站就会被关闭。2002年的《逐步淘汰修改法》没有规定确定的关停日期。2009年议会选举后，新的联邦政府修订了能源政策，提出应在较长时期内将核能作为一种“过渡技术”使用。因此，通过《原子能法》第11次修改法，立法机关给予核电站额外的剩余计划发电量，从而实现了将德国核电站的使用寿命平均延长12年的目标。由于2011年3月11日的日本海啸及其引发的福岛核电站三个反应堆芯的熔化，立法机关在第13次修改法中首次规定了关停核电站的确定日期，同时撤销了2010年秋季《原子能法》第11次修改法中延长核电站使用寿命的决定。德国四大能源供应商中三家的核能子公司以及一家核电站运营公司提起宪法诉愿，质疑相关规定。不过，该宪法诉愿并未质疑2002年《逐步淘汰修改法》中关于在德国终止和平利用核能的基本决定。因此，对遭受质疑的第13次修改法的宪法审查基于下述法律状况：根据分配的剩余计划发电量，核电站的关停时间已经确定。诉愿人主要对其财产自由（《基本法》第14条第1款）所受的侵犯提出质疑。

.....

II.

【1019】

(1)1 BvR 2821/11案诉愿人是E.ON核能有限责任公司（E.ON Kernkraft GmbH，以下简称E.ON），其唯一股东是E.ON能源股份有限公司（E.ON Energie AG），而E.ON能源股份有限公司的唯一股东是上市公司E.ON欧洲股份有限公司（E.ON SE）。根据诉愿人陈述，E.ON欧洲股份有限公司的股份是上市流通的。 [37]

诉愿人是Unterweser、Isar 1和Grafenrheinfeld核电站的所有者，就此而言也是《原子能法》第7条第1款规定的核许可持有者、《原子能法》附录3规定的发电量的所有者、核燃料使用权和消费权的持有者，同时是上述核电站的运营者..... [38]

(2)在宪法诉愿中，诉愿人对第13次修改法第1条第1款a项、b项和c项以及第1条第3款提出质疑，认为这些条款违反了《基本法》第14条第1款、第12条第1款、第3条第1款以及《基本法》第19条第1款第1句。

[39]

.....

[40-77]

III.

(1)1 BvR 321/12案诉愿人是RWE电力股份有限公司（RWE Power AG，以下简称RWE），其唯一股东是RWE股份有限公司（RWE AG）。诉愿人是Biblis核电站A区和B区的所有者，并对分配给Mülheim-Kärlich核电站的计划发电配额享有权利。同时，其持有Biblis核电站A区和B区的运营许可，并且是Gundremmingen核电站B区和C区（持股75%）以及Emsland核电站（持股87.5%）的运营公司的股东。

[78]

(2)在宪法诉愿中，诉愿人对第13次修改法第1条第1款a项、b项和c项以及第1条第3款提出质疑，认为这些条款侵犯了其根据《基本法》第2条第1款、第3条第1款、第12条第1款、第14条第1款和第3款并结合《基本法》第19条第3款享有的基本权利。

[79]

.....

[80-100]

IV.

(1)1 BvR 1456/12案诉愿人是Krümmel核电站普通商事合伙（其合伙人均为有限责任公司，Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG，以下简称Krümmel）和Vattenfall欧洲核能有限责任公司（Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH，以下简称Vattenfall）。

[101]

Krümmel核电站普通商事合伙的主要业务是运营Krümmel核电站，其作为该核电站所在地块的建筑权利人持有运营许可，也是该核电站设施的所有者。

[102]

【1020】 Vattenfall欧洲核能有限责任公司持有Krümmel核电站普通商事合伙50%的股份，该合伙企业另50%的股份由1 BvR 2821/11号案诉愿人E.ON核能有限责任公司持有。Krümmel核电站普通商事合伙的执行合伙人是Vattenfall欧洲核能有限责任公司。在提出宪法诉愿时，Vattenfall欧洲核能有限责任公司的唯一股东是Vattenfall欧洲股份有限公司（Vattenfall Europe AG）；该公司现以Vattenfall有限责任公司（Vattenfall GmbH）的名义运作，其唯一股东始终是Vattenfall公共股份有限公司（Vattenfall AB, Publikt Aktiebolag），后者由瑞典国家全资拥有。Krümmel核电站普通商事合伙是Krümmel核电站的运营者，持有运营许可。

[103]

(2)在宪法诉愿中，诉愿人仅就第13次修改法第1条第1款a项提出异议。诉

愿人诉称，该条款违反了《基本法》第14条第1款和第3款、第19条第1款第1句以及第3条第1款。 [104]

(3) 诉愿人关于本案可受理性的主张主要关于二者在均由瑞典国家间接持股的情况下提起诉愿的资格。就案情而言，诉愿人没有指出存在违反《基本法》第12条第1款的情况。诉愿人就《基本法》第14条提出的意见主要是有关Krümmel核电站财产的平等原则审查。 [105]

a)…… [106-108]

b) 诉愿人认为，瑞典国家间接持有两诉愿人股份的事实并不妨碍其具备提起宪法诉愿的资格。一方面，瑞典国家确实会对其施加宪法相关的影响。另一方面，基于一些考量，如有德国公权力部门主要参与，企业的基本权利能力通常会被剥夺，而这样的考量并不适用于两诉愿人。 [109]

…… [110-161]

…… [167-179]

4. 判决理由选译

B.

宪法诉愿可受理。 [180]

I.…… [181-183]

II.

即使另一国家最终持有诉愿人Vattenfall的全部股份(1)和诉愿人Krümmel的50%股份(2)，1 BvR 1456/12案诉愿人Krümmel和Vattenfall仍具备根据《基本法》第14条提起宪法诉愿的资格。 [184]

(1) 瑞典国家间接持有诉愿人Vattenfall的全部股份。不过，它可以例外地援引《基本法》第14条提起针对第13次修改法的宪法诉愿。 [185]

a) 瑞典国家通过连环持股持有并控制诉愿人Vattenfall的全部股份。在提起宪法诉愿时，诉愿人唯一的股东是Vattenfall欧洲股份有限公司，后者唯一的股东是Vattenfall德国有限责任公司（Vattenfall Deutschland GmbH）。其后，Vattenfall欧洲股份有限公司与Vattenfall德国有限责任公司合并，现以Vattenfall有限责任公司的名义经营，而其唯一的股东始终是瑞典法上的合资公司Vattenfall公共股份有限公司。Vattenfall公共股份有限公司唯一的股东是瑞典国家。 [186] 【1021】

b) aa) 受公法管辖的国内法人不能援引实质性基本权利（BVerfGE 4, 27 <30>; 15, 256 <262>; 21, 362 <368 et seq.>; 35, 263 <271>; 45, 63 <78>; 61, 82 <100 and 101>）。因此，它们也不能提起宪法诉愿，主张其实质性基本权利受

到了侵犯（BVerfGE 45, 63 [78]; 68, 193 [206]）。 [187]

联邦宪政法院给出了一系列部分互为补充的不同理由，来说明这些主体不具备基本权利能力。比如其认为，根据《基本法》第1条第3款，受基本权利约束的国家不能同时享有基本权利（BVerfGE 15, 256 [262]; 21, 362 [369 and 370]）。如果从人和公民才是基本权利的原始享有者角度来看，即使是独立的组织单位，也始终只是统一国家权力的一种特殊表现形式（BVerfGE 4, 27 [30]; 21, 362 [370]）。只有在法人的建立及其活动是私人自然人自由发展的表现，特别是穿透法人使其背后的自然人现身是有意义和有必要的情况下，才有理由将法人视为基本权利的享有者，并据此将其纳入某些实质性基本权利的保护范围（BVerfGE 21, 362 [369]; 61, 82 [101]; 68, 193 [206]）。法院认为，受公法管辖的法人在履行其公共职责时，不会像享有基本权利的个人那样面临国家侵害基本权利的典型危险（BVerfGE 45, 63 <79>; 61, 82 <102>）。 [188]

然而，上述观点不适用于一些受公法管辖的法人，这些公法人被直接归入受某些基本权利保护的生活领域，或因其特殊性质而固有地属于该领域，如广播电视公司、大学及其院系（BVerfGE 31, 314 <321 and 322>; 74, 297 <317 and 318>; 93, 85 <93>; 107, 299 <309 and 310>）或教会及其他受公法管辖的意识形态团体（BVerfGE 19, 129 <132>; 30, 112 <119 and 120>; 42, 312 <321 and 322>; 70, 138 <160 and 161>）。 [189]

【1022】 bb)基于基本相同的考虑，联邦宪政法院也否认受私法管辖但完全由国家控制的法人在实质性基本权利方面具备权利能力，原因是如果不对此予以否认，公权力实体的权利能力问题将在很大程度上取决于其各自的组织形式（BVerfGE 45, 63 <79 and 80>; 68, 193 <212 and 213>）。同样的考虑也适用于通常所说的“混合所有制”实体，只要国家持有这些受私法管辖的法人50%以上的股份（相应地，受基本权利约束的问题，见BVerfGE 128, 226 <244, 246 and 247>）。 [190]

c)然而，对于否认完全或主要由德国国家持有的公法或私法实体的基本权利能力这一观点，具有决定性作用的考量不能毫无保留地适用于那些由其他国家持有的国内私法实体，例如本案中的Vattenfall公司就属于这种情况。 [191]

aa)也不能提出所谓的“混淆论”——即国家不能既承担基本权利义务，又享有基本权利，来论证一个受私法管辖由其他国家持有的法人不具备基本权利能力。毕竟，其他国家本来就没有义务保障和维护德国人民的基本权利。然而，尽管其他国家不受基本权利对应义务的约束，这也并不一定意味着它有权主张这些权利。联邦宪政法院对Fraport案的判决（BVerfGE 128, 226）也没有得出任何相反的结论。该案中，法院仅针对相反的情况得出结论，也就是受基

本权利对应义务的约束并不意味着有权主张基本权利（loc. cit., pp. 244, 246 and 247）。

[192]

给予国有企业基本权利保护通常会削弱和危及对公民行使其原始自由的保护（BVerfGE 75, 192 <196>; 128, 226 <244 and 245>），但这并不排除在类似本案的情况下对基本权利提供保护。作为一个由其他国家投资的企业，该企业本来就不受《基本法》上基本权利的约束，因此也不存在摆脱了保护基本权利之固有责任的情况。此外，这里的情况并不涉及基本权利的多极关系。在多极关系下，为国有企业提供基本权利保护会直接影响到另一个行使其原始自由的基本权利享有者的地位，从而削弱宪法对原始自由的保护。

[193]

由其他国家控股的私法人完全作为商业主体行事，与其他纯粹的私人市场参与者一样，不具有直接或间接的国内权力。像诉愿人Vattenfall这样的法人还受到一种特殊的危险情况之威胁：与其他市场参与者不同，如果其被完全剥夺了援引基本权利的能力，就无法针对国家干预和直接通过法律采取的经济调整措施获得任何法律保护。纯粹的私人市场参与者可以提起宪法诉愿。由联邦、州或市镇持有的私法人也不是不受保护，尽管其由于不具备基本权利能力而不能提起宪法诉愿，其背后的公权力机关可以通过为维护国家内部权能而提供的保护机制，防御其经济活动受到的所谓违宪限制。由其他国家控股的私法人则没有这种选择，如果其被剥夺了提起宪法诉愿的权利，面对立法对其权利的直接干预就无法得到法律保护，因为普通法院根据行政法提供的法律保护通常不能直接针对法律（见下文B.III.(2)，第208段及以下）。

[194]

bb) 《基本法》上基本权利的最终目的是保护个人免受公权力侵犯，并确保个人自由参与和贡献于社会之可能（BVerfGE 61, 82 <100 and 101>）；若其他国家的法律实体作为组织单位，背后就缺少这样值得保护的个体。由于国家实体的财产也是像私有财产那样根据私法配置的，因此有关企业不会比私人市场参与者享有更广泛的权利，这无论如何不能导致特定的“危害基本权利的典型情况”出现。毕竟，当财产为国家甚或是其他国家所拥有时，其不能“作为私人自主性以及个人自负其责的私益之基础而使用”，也就不具有受基本权利保护之功能。《基本法》第14条规定的基本权利并不保护受私法管辖的财产，而是保护私人的财产（BVerfGE 61, 82 <108 and 109>）。

[195]

d)就本案的特殊情况而言，可以对《基本法》第19条第3款作出开放性的解释，并应考虑到欧盟法律所保护的设立自由。通过这种方式，可以避免德国和欧盟法律体系之间的不一致。在此，考虑到设立自由，可以例外地允许诉愿人Vattenfall援引《基本法》第14条提起宪法诉愿（关于《基本法》对欧洲法律的开放性，BVerfGE 123, 267 <354>; 126, 286 <303, 327>; 136, 69 <91 para.

【1023】

43>)。

[196]

【1024】 设立自由在此受到了影响。尽管诉愿人Vattenfall是一家根据德国公司法成立的有限责任公司（*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*），但该公司由其瑞典母公司Vattenfall公共股份有限公司控股。Vattenfall公共股份有限公司在建立其德国子公司时行使了设立自由（《欧盟运行条约》（TFEU）第54条第1款结合第49条第1款第2句）。诉愿人Vattenfall作为TFEU第49条第1款第2句意义上的子公司，可援引设立自由赋予其母公司的保护（European Court of Justice (ECJ), Judgment of 26 June 2008, Burda, C-284/06, EU:C:2008:365）。该公司由瑞典国家全资拥有的事实并不意味着无法适用设立自由。欧盟法律规定的基本自由保护在这方面没有区别。TFEU第54条第2款明确包括受公法管辖的主体，只要这些主体是以营利为目的而经营，就属于设立自由的保护范围。 [197]

《欧盟运行条约》第49条规定，如果国家措施或法规在适用时不存在基于国籍的歧视，但有可能妨碍欧盟国民行使《欧盟运行条约》所保障的基本自由或降低行使相关自由的吸引力，则不得采取这些措施或法规（ECJ, Judgment of 31 March 1993, Kraus, C-19/92, EU:C:1993:125, para. 32）。 [198]

不承认一个主体援引基本权利条款的能力，从而也否定其根据国家宪法程序法提出宪法诉愿的可能性，这本身未必构成对设立自由之限制。 [199]

然而，鉴于本案的特殊情况，如果在此拒绝宪法诉愿，则必须针对设立自由对这一拒绝进行合理解释。首先，根据应适用的德国程序法，如果不可能对立法提起宪法诉愿，Vattenfall就完全没有就第13次修改法造成的损害寻求法律保护的可能性（下文B.III.(2), paras. 208 et seq.）。其次，与第13次修改法有关的损害特别严重，因为该修改法迫使诉愿人Vattenfall提前关闭其拥有股份的核电站；该核电站由诉愿人Krümmel经营，因此在一定程度上排除了进一步行使设立自由的可能性。最后，诉愿人Vattenfall将不得不接受严重的竞争劣势。而其私人竞争者则有可能通过对立法提出宪法诉愿，要求就第13次修改法相关损害受到法律保护。即使是由德国国家控股的竞争者，也至少可以设法在国家组织内部保护其利益（上文B.II.(1) c) aa, para. 194）。 [200]

【1025】 如果不为别的目的，纯粹限制设立自由缺乏正当化的理由。根据欧洲联盟法院的既定判例法，如果不是根据国籍加以歧视的情况，可以用有关公共利益的压倒性理由使限制设立自由正当化，条件是这些限制适合于实现所追求的目标，而且不超出为实现该目标所必要的范围（ECJ, Judgment of 24 March 2011, Commission v. Spain, C-400/08, EU:C:2011:172, para. 73）。本案没有此类明显的与公共利益有关的压倒性理由。诉愿人是国有企业这一事实本身并不构成与公共利益有关的压倒性理由，因为基本自由在其对主体的保护范围内并不区分

国家和非国家主体（关于设立自由，见TFEU第54条第2款）。 [201]

e)同样，根据《欧洲人权公约》（ECHR）和欧洲人权法院（ECtHR）的判例法，诉愿人Vattenfall应该有可能就第13次修改法要求有效的法律保护。尽管没有参照适用的要求，但在解释《基本法》的基本权利和法治国原则时，可以参考上述公约和判例法（BVerfGE 131, 268 <295 and 296>; BVerfGE 111, 307 <315 et seq.> and 128, 326 <366 et seq.>）。在此无需决定，德国法律体系如何纳入欧洲人权法院关于国家控制的主体具备人权能力的判决（ECtHR, Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, Judgment of 13. December 2007, no. 40998/98, para. 79 et seq.）。无论如何，诉愿人Vattenfall都可以主张，其根据《欧洲人权公约附加议定书》第1条享有的财产权受到了侵犯；对于这种情况，《公约》第13条要求主体对国家当局享有请求有效救济的权利（ECtHR, Lithgow and others v. United Kingdom, Judgment of 8 July 1986, no. 9006/80, para. 205; ECtHR, Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987, no. 9248/81, § 77）。虽然这并不强迫国家为主体提供挑战立法之救济渠道（ECtHR, Lithgow and others v. United Kingdom, Judgment of 8 July 1986, no. 9006/80, para. 206），但这确实要求提供申诉的可能性（ECtHR, Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987, no. 9248/81, para. 77）。 [202]

(2)最终，1 BvR 1456/12案另一名诉愿人Krümmel也有权援引其声称受到侵犯的《基本法》第14条和第3条规定的基本权利。 [203]

诉愿人Vattenfall和E.ON各拥有诉愿人Krümmel的50%股份，E.ON的唯一股东是E.ON能源股份有限公司。在此无需决定，究竟Krümmel应被视为一个私人主体，因为Vattenfall仅持股50%，还是应被视为一个整体上由国家控制的主体，还是E.ON能源股份有限公司存在国有股份。无论如何，诉愿人Krümmel就其声称被侵犯的基本权利具备基本权利能力。 [204]

.....

[205-206]

III.

(1)上述三案的诉愿人均可直接针对第13次修改法提起宪法诉愿。由于该修改法撤销了《原子能法》第11次修改法额外分配的计划发电量，并为所有核电站设置了确定关停日期，诉愿人自身的基本权利因此受到了现时和直接的影响（关于这些要求，参见BVerfGE 97, 157 <164>; 102, 197 <206>; 108, 370 <384>）。特别是，被质疑的条款不需要通过行政行为付诸实施。 [207]

【1026】

(2)虽然宪法诉愿是一种辅助性救济手段，但这不强制诉愿人首先向普通法院寻求法律保护。 [208]

.....

[209]

不能合理期待诉愿人就第13次修改法中相关条款向普通法院寻求法律保护，向行政法院提起确认之诉是这里唯一可能的选择。然而，虽然在该诉讼类型中没有自动排除对立法提出挑战之可能，但它至少要求存在可确认的具体法律关系（参见Federal Administrative Court, *Bundesverwaltungsgericht* - BVerwG, Judgment of 23 August 2007 – BVerwG 7 C 13.06 -, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, NVwZ 2007, p. 1311 <1312 and 1313>; Judgment of 28 January 2010 - BVerwG 8 C 19.09 -, Decisions of the Federal Administrative Court, *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* - BVerwGE 136, 54 <58 et seq.>及其中更多文献；关于根据《基本法》第19条第4款承认普通法院的法律保护的必要性，另参见BVerfGE 115, 81 <91 et seq.>）。然而，在此提起确认之诉的意义无法证明，行政法院无论如何均无权认定受质疑的条款违宪，而该条款的合宪性问题正是确定具体法律关系的主旨所在。 [210]

C.……

[211-212]

第13次修改法中受质疑的条款主要应根据是否符合宪法财产权保护来审查，其基本上符合财产权保护的要求，但并非在所有方面均与财产权保护要求相一致(I)。《基本法》第12条不会导致进一步的后果(II)。此处也没有违反关于禁止仅适用于个案的立法之要求（基本法第19条第1款第1句）(III)。 [213]

I.

第13次修改法中受质疑的条款应根据《基本法》第14条进行审查，因为其在某些方面干预了诉愿人受财产法保护的利益(1)。然而，这些条款并不涉及征收(2)。第13次修改法对诉愿人财产内容和限制的界定基本上符合宪法，但并非在所有方面均符合宪法(3)。 [214]

(1)审查第13次修改法中受质疑条款的标准首先是《基本法》第14条。 [215]

【1027】

a)财产权是一项基本权利，保护财产权对于一个社会法治国尤其重要（BVerfGE 14, 263 <277>）。在基本权利的框架内，财产权保障的任务尤其是要确保该基本权利的享有者在财产权范围内的行动自由。宪法所保障的财产的特点是具有私人利益性质以及所有者对所有物有基本的处置权（BVerfGE 31, 229 <240>; 50, 290 <339>; 52, 1 <30>; 100, 226 <241>; 102, 1 <15>）。其目的是作为私人自主性以及自负其责的私人利益之基础（参见BVerfGE 100, 226 <241>）。在涉及个人自由保障方面，财产权享有尤其显著的保护（BVerfGE 50, 290 <340>）。但与此同时，财产的使用应符合公共利益（《基本法》第14条第2款；BVerfGE 134, 242 <290 and 291, paras. 167 and 168>）。 [216]

财产权保障保护财产权人持有财产的具体现状之存续（BVerfGE 24, 367 <400>; 38, 175 <181, 184 and 185>; 56, 249 <260>），以应对公权力的措施

(BVerfGE 72, 175 <195>; 83, 201 <208>)。在符合宪法的征收情况下,对财产的价值保障将取代存续保障,目的是给予由立法机关确定的补偿(BVerfGE 24, 367 <397>; 46, 268 <285>; 56, 249 <261>; 58, 300 <323>)。然而,这并不改变以下事实:《基本法》第14条首先在财产保障自由之功能方面保护其存续,而不仅仅保护其价值(BVerfGE 134, 242 <290 and 291, para. 168>)。 [217]

财产权保障所提供的具体保护范围取决于对财产权内容和限制的界定。根据《基本法》第14条第1款第2句,财产权的内容和限制应由立法机关确定。在这方面,立法机关并非完全自由,其必须在个人的自由领域和公共利益之间建立一种平衡的关系;这不仅是立法机关的努力方向,更是对限制财产权之措施的限制(BVerfGE 25, 112 <118>)。同时,合理的财产权的社会义务之范围也必须由财产权本身确定(BVerfGE 20, 351 <361>; 50, 290 <340>)。《基本法》第14条第1款第1句规定的对财产的存续保障、第2句规定的调整任务以及第2款规定的财产权的社会义务之间,存在着密不可分的关系。财产权客体的社会联系越强,立法机关决定其内容和限制的权力就越广泛;在这方面,财产的具体性质和功能具有决定性意义(BVerfGE 21, 73 <83>; 31, 229 <242>; 36, 281 <292>; 37, 132 <140>; 42, 263 <294>; 50, 290 <339 and 340>; 53, 257 <292>; 100, 226 <241>)。 [218]

就能源供应商根据《原子能法》建造的核电站以及与之相关的各种财产权益而言,必须考虑到它们构成具有特别强烈社会联系的财产。一方面,在1959年的《原子能法》中,国家有意决定支持和利用核能,并且还通过许多支持措施促进了私人投资。另一方面,近几十年来,公众越来越意识到,和平利用核能是一项高风险的技术,存在着极端的伤害风险、仍未澄清的最终处置问题及其他问题(BVerfGE 49, 89 <142 and 143 and 146 and 147>; 53, 30 <55 et seq.>)。出于这个原因,立法机关在制定核相关法律时有特别广泛的行动余地,即使在针对现有的财产权益方面也是如此,但不能完全剥夺对财产权益之保护(BVerfGE 49, 89 <145 et seq.>)。 [219]

b)第13次修改法的条款在某些方面给诉愿人造成了负担(aa)。这些条款因此涉及《基本法》第14条第1款的保护范围,该条款为各种形式的财产提供宪法保护(bb)。 [220]

aa)第13次修改法将各核电站的运行时间错开,并撤销了2010年额外分配的计划发电配额,这在逐步淘汰核电的决定之后对作为核电站所有者和运营者的诉愿人产生了不同程度的负面影响((1)-(4))。然而,2000/2002年作出逐步停止商业利用核能的决定,以及当时对使用特定剩余计划发电配额的限制,在此之前已经对诉愿人的相关财产权益及其仍存的使用可能性造成了实

质影响。

[221]

1)第13次修改法在新修改的第7条第1a款第1句中，首次规定了各个核电站运营许可到期的确定日期。在运营许可到期后，基于核电站厂址及其设施的所有权产生的利用其以原子能方式生产电力的权利就会失效。

[222]

这种损害比2002年立法规定的核淘汰所造成的原有负担更进一步。鉴于关停日期现已确定，即使考虑到新修订的《原子能法》第7条第1b款第4句增加了向其他核电站转让计划发电配额的可能性，诉愿人也很可能既无法在“有关的”核电站用完最初在2002年分配的剩余计划发电量，也无法在同一公司的其他核电站用完这些计划发电量（下文C.I.(3) c) cc) 2)(a)），第313段及以下各段）。事实上，新修订的《原子能法》第7条第1a款可能会严重损害现有的使用这些剩余计划发电配额的可能性。

[223]

【1029】 2)第13次修改法第1条第1款b.aa项、c.aa项和第3款a项废除了之前不久根据2010年12月8日《原子能法》第11次修改法附录3的新第4栏分配给核电站的额外剩余计划发电配额（BGBl I, p. 1814）。因此，立法机关在实际规定将每座核电站的使用寿命延长约12年后不久，就又取消了这一规定（Bundestag document, *Bundestag-Drucksache* - BTDrucks 17/3051, p. 6），并相应地缩减了其可能的使用寿命。

[224]

3)新修订的《原子能法》第7条第1a款规定了核电站关停的确定日期，不仅通过一个确定的关停时间限制了核电站的潜在利用可能，而且同时限制了运营商自由安排其所属各核电站继续运行的时间，以及在适用情况下决定停机或减产阶段的余地。尽管核淘汰政策已经确定，但运营商仍有这种选择余地。

[225]

4)最后，正如诉愿人所主张的那样，无论是规定确定关停日期本身，还是其与撤销额外分配的计划发电配额相结合，均会导致基于对现有法律状况之信赖而进行的投资变得无效。

[226]

bb)这以各种方式影响到财产权保障。在通过第13次修改法加速淘汰核电时，立法机关必须考虑的财产权涉及现有核电设施及其使用(1)以及与核电设施所有权相关的2002年(3)和2010年(4)分配的剩余计划发电量，但不涉及原子能法规定的许可本身(2)。然而，已建立和运营中的企业本身的权利在此没有发挥独立作用(5)。欧盟法律规定的使用和消费核燃料之权利也不影响国家对财产的保护(6)。

[227]

1)《基本法》第14条第1款第1句规定的财产保护包括民法上的财产所有权、占有权，以及使用财产的可能性（BVerfGE 97, 350 <370>; 101, 54 <75>; 105, 17 <30>; 110, 141 <173>）。因此，诉愿人对其拥有的厂址和核电设施的所有和占有均享有宪法上的财产权保护。这些设施的可使用性也受到宪法的

保护。 [228]

如果财产在创造时已经受到公法上的使用制度之约束，那么宪法保护财产权使用免遭之后的干预和配置，原则上仅限于该制度所允许的范围，但是在不同的法律领域，对允许使用之现状的保护可能有所不同。 [229]

.....

2)根据原子能法颁发的建造和运营核电站的许可或发电许可（《原子能法》第7条第1款和第1a款），其本身不属于《基本法》第14条所保护的财产权。这种经营危险设施的许可属于国家许可，其设计是以保留许可的方式对抗抑制性或预防性的禁令。因此，这种许可不能与主观公权利相提并论，已有的宪法法院判例法给予那些主观公权利以财产保护，因为其为个人提供了相当于所有者的法律地位，并且强大到足以假设无偿剥夺将与《基本法》的法治原则相矛盾（BVerfGE 40, 65 <83>）。这种权利的特点之一是处置权，至少是有限的处置权；二是其在很大程度上是通过基于所有者本身努力而获取（BVerfGE 14, 288 <293 and 294>; 18, 392 <397>; 30, 292 <334>; 53, 257 <291 and 292>; 69, 272 <300>; 72, 9 <19 and 20>; 72, 175 <193>; 97, 67 <83>）。《原子能法》规定的许可缺乏这两个特征。 [231]

.....

3)在新修订的《原子能法》第7条第1a款逐步淘汰核电的决定下，《原子能法》附录3第2栏分配给各个核电站的剩余计划发电量不独立享有《基本法》第14条第1款之保护。然而，对有许可的核电设施的使用权落入《基本法》第14条所规定的宪法财产权保护范围，上述剩余计划发电配额也因此受到相应保护。 [233]

(a)对《基本法》第14条第1款所保护的核电站之使用，根据淘汰核电修改法分配给核电站的剩余计划发电配额具有重要意义；然而，这些剩余计划发电配额缺乏作为独立财产权益的基本特征。 [234]

一方面，剩余计划发电配额标志着核电淘汰措施导致的对核电设施所有权的限制，因为其确定了核电站的使用期限。但与此同时，它们也是电力生产方面的一个重要因素，因为它们被分配给各个核电站用于发电，从而创造利润，并因此具有私人利益价值。 [235]

根据《原子能法》第7条第1b款，剩余计划发电配额可以在有限范围内转让给其他核电站。然而，它们不能像其他财产权益一样被自由处置。相反，剩余计划发电配额的转让从一开始就被限制在其他德国核电站范围内，并受到《原子能法》第7条第1b款规定的进一步限制，特别是受到该款第1句规定的“从旧到新”原则之限制。此外，如果没有一个可以将剩余计划发电配额用于 [1031]

发电的核电站，这些剩余计划发电配额就没有价值。 [236]

最后，根据淘汰核电修改法分配的剩余计划发电配额并不是主要基于诉愿人自身的努力而取得。剩余计划发电配额并不是对因淘汰措施而变得无效的投资的直接补偿，而是运行时间限制的一个决定性特征。不过，分配剩余计划发电量也是为了在淘汰核电修改法对相关基本权利造成干预的情况下，遵守比例原则的要求（BTDrucks 14/6890, pp. 15 and 16.）。 [237]

(b)《原子能法》附录3第2栏中分配给当时已经关闭的Mülheim-Kärlich核电站的剩余计划发电配额是特殊的，因为这一分配是在调解过程中进行的，以换取终止对莱茵兰—普法尔茨州的公共责任诉讼，并撤回根据原子能法发放该核电站运营许可的申请。这些剩余计划发电配额从一开始就没有与特定核电站的运行相联系，因此它们不是对剩余使用寿命的保证，而是放弃主张金钱索赔的交换条件，因而在此不必决定这些剩余计划发电配额是否以及在多大程度上具有财产法上的独立地位。无论如何，鉴于其合同基础，Mülheim-Kärlich核电站的剩余计划发电配额都不会比2002年分配的其他剩余计划发电配额享有更少的财产保护。事实上，考虑到它们能够被转移到其他核电站，它们反而享有更多的保护。 [238]

4)与2002年分配的剩余计划发电配额一样，鉴于其创造了使用核电站的可能，2010年底《原子能法》第11次修改法额外分配的剩余计划发电配额也受到有关核电站使用权的财产权保护。实际上，它们并不反映基于核电站运营商财产状况的考虑，而是立法机关在能源、气候和经济政策方面决定的结果（BTDrucks 17/3051, p. 1）；这虽然扩大了立法机关在财产规制方面的余地（更多细节见下文C.I.(3) c) cc) 1)(b)，第295段及以下），却没有改变一个事实：财产保护原则上涵盖对核电站的使用。 [239]

【1032】 5)对企业地产和核电设施及其使用的财产保护，特别是通过纳入剩余计划发电配额使这一财产保护具体化，最终涵盖了诉愿人的所有宪法财产利益。针对第13次修改法加速终止核电站运营的决定，不能通过已建立和运营中的企业这一法律观念对其提供更进一步的宪法财产保护；这种保护无论如何也不会比企业的经济基础所享有的保护更广泛（BVerfGE 58, 300 <353>），而只涵盖了具体权利及物的存续（BVerfGE 123, 185 <259>），单纯的销售和盈利机会以及事实情况则并不属于与已建立和运营中的企业相关之财产保障的范围（BVerfGE 105, 272 <278>）。 [240]

6)根据《建立欧洲原子能共同体条约》（以下简称《EAEC条约》）第86条，核电站使用的核燃料属于共同体财产。根据《EAEC条约》第87条，能源生产企业拥有使用和消费这些燃料的无限权利，这并不影响德国立法机关在本

案所涉及的加速核淘汰方面必须遵守的财产法要求。《欧盟运行条约》第194条第2款第2句规定，成员国决定其能源资源开采条件、选择不同能源以及确定其能源供应总体结构之权利不受影响。因此，在特定情况下，根据欧盟法律使用核燃料的权利仅限于有可能根据国家法律事实上合法使用这些燃料的情形。从这个意义上说，欧洲对核燃料的所有权和使用权是国家利用制度的附属品。在这方面，《EAEC条约》第86条和第87条不影响基本法第14条规定的对核电站所有者和运营者的财产保护。 [241]

(2)第13次修改法中受质疑的条款不构成对诉愿人财产的征收。 [242]

根据基本法第14条第3款，征收(a)以改变财产权属的剥夺(aa)和物的取得(bb)为前提条件。相比之下，对财产的使用及处置权的限制属于《基本法》第14条第1款第2句意义上对财产权内容和限制的界定；如果该界定导致了对特定财产利益的剥夺，但不是为了物之取得，则必须对其合比例性提出更严格的要求。该限制也产生了补偿条款的问题(cc)。第13次修改法的规定既没有改变财产权属，也不存在取得物的过程(b)。 [243]

a)通过征收，国家取得个人的财产。为公共利益目标，国家剥夺个人的财产，并使自己或第三方获取该财产。 [244] 【1033】

aa)征收是指为完成某些公共任务，完全或部分剥夺《基本法》第14条第1款第1句所保障的主体之特定财产权益（BVerfGE 101, 239 <259>; 102, 1 <15 and 16>; 104, 1 <9>; 134, 242 <289 para. 161>）。《基本法》第14条第3款规定的征收与《基本法》第14条第1款第2句规定的对财产权内容和限制的界定不同，征收必须进行补偿，对财产权内容和限制的界定则在原则上无需补偿。区分这两者的标准是完全或部分剥夺财产权益，以及由此造成的权利和资产损失后果（BVerfGE 24, 367 <394>; 52, 1 <27>; 83, 201 <211>）。因此，即使其接近或者完全贬损了财产的使用价值，对财产权使用及处置的限制也不构成征收（BVerfGE 52, 1 <26 et seq.>; 58, 137 <144 and 145>; 70, 191 <200>; 72, 66 <78 and 79>）；即使按照诉愿人援引的“定量部分征收”概念（Ossenbühl, *Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie*, 2012, p. 45），只要财产权属或其可分离部分的权属没有改变，对使用权的限制也不会导致征收。 [245]

bb)《基本法》第14条第3款规定的征收还要求，公权力对财产的剥夺同时是为公权力机关或征收的其他受益者的利益取得被征收之物的过程。 [246]

1)迄今为止，关于《基本法》第14条第3款规定的征收之构成要件是否仅在取得被征收之物的情况下才得到满足的问题，在联邦宪法法院的判例法中没有得到统一的回答。…… [247]

2)从联邦宪政法院最近的判例法来看，根据《基本法》第14条第3款的规定，取得被征收之物仍然是征收的构成要件之一。 [248]

(a)对财产权的文义解释和历史解释无法为此提供一个明确的答案…… [249]
…… [250]

(b)财产权保护的功能理由尤其主张坚持对征收概念的经典解释，即需要物之取得。 [251]

【1034】 魏玛共和国时期已经产生的宪法财产概念在《基本法》生效后继续扩展（关于股份，参见BVerfGE 25, 371 <407>；关于版权，参见BVerfGE 31, 229 <239>；关于专利权，参见BVerfGE 36, 281 <290 and 291>；关于社会保险法上的权利，BVerfGE 53, 257 <288 et seq.>；关于公法上的求偿权，参见BVerfGE 53, 336 <348 and 349>；关于租户的占有，参见BVerfGE 89, 1 <5 et seq.>；相关可见Ossenbühl/Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6th ed. 2013, pp. 157 et seq.）。这种做法将财产保障扩展到完全不同的权利形式，因应了合理的财产法律制度设计的复杂要求，合理财产法律制度必须适当地平衡公众利益和主观法律权利（见下文C.I.(3)第267段及以下）。为此，立法机关需要广泛的行动余地。在对财产权内容和限制的界定方面，《基本法》允许立法机关享有这种行动余地；但在财产征收方面，《基本法》却没有为立法机关预留这种余地，财产征收的前提条件和法律后果都有严格的规定。因此，征收只能限制在其典型适用范围内，特征是特定的财产剥夺和物之取得。 [252]

赞成将征收限制在物之取得过程的一个特别论点是，在产权存在广义上的瑕疵或者被视为对公共利益的负担时，存在着单纯剥夺财产的实际需要，而无需同时将该财产转让给国家或其他受益人，基于公共利益理由，国家在取得被干预之财产方面没有原始利益（例如对于刑事定罪的附带后果剥夺犯罪所得，参见BVerfGE 110, 1 <24 and 25>；关于禁止进口和运输特定犬种，参见BVerfGE 110, 141 <167>；出于证据目的的物品保全与没收，参见BVerfGE 17, 550 <557>）。与财产所承担的基本社会义务（《基本法》第14条第2款）相一致的是，此类剥夺财产的情况不应被视为需要补偿的征收，而是对财产权内容和限制的界定；即使财产被剥夺，也仅在特殊情况下才需要进行补偿…… [253]

(c)反对征收的狭义解释之意见无法令人信服。…… [254-255]
…… [256-257]

cc)如果国家基于公共利益理由剥夺了所有者的财产，但因不涉及物之取得而没有实际征收，则立法机关始终面临这样的问题：这种对财产权内容和限制的界定，是否只有在规定了适当补偿的情况下才能符合《基本法》第14条的规定而有效。 [258]

即使在困难的情况下，如果立法机关认为其出于公共利益有必要界定财产权的内容和限制，原则上不应禁止其作出相关决定，只要其采取补偿性预防措施，以避免对所有者的造成不合比例的或违反平等要求的负担，并适当考虑到值得保护的合法信赖利益（BVerfGE 58, 137 <149 and 150>; 79, 174 <192>; 83, 201 <212 and 213>; 100, 226 <244>）。在某些类型的案件中，关于《基本法》第14条第1款第2句意义上财产权内容和限制的界定原本可能会违反比例原则和平等原则，而该补偿可以确保相关界定的合宪性（BVerfGE 100, 226 <244>）。

[259]

然而，根据《基本法》第14条第1款第2句的规定，只有在以下情况下，才有可能通过立法机关规定的经济补偿来确保原本可能不合比例的内容和限制界定的合宪性：立法机关所制定的限制条款所追求的公共利益目标从根本上证明了干预行为的正当性，但出于比例原则的要求，还需要相应的补偿条款（BVerfGE 100, 226 <244 et seq.>）。然而，有必要提供经济补偿的内容和限制条款只是一种例外情形。在可能的范围内，《基本法》第14条规定的财产保护首先要求为财产设定负担的规定在无经济补偿条款的情况下符合比例原则，例如通过规定例外、豁免或设置过渡性规定等手段（BVerfGE 100, 226 <244, 246 and 247>）。出于同样的原因，所有者则不需要接受对财产不合比例的干预，因此必须通过质疑干预措施并寻求消除或减少干预来寻求法律保护。宪法没有赋予所有权人在接受不合比例的内容和限制条款和要求适当补偿之间进行选择的权利。

[260]

然而，将征收限制在物之取得的情形后，如果国家只是剥夺了特定财产权利益，因而处于特殊的干预程度，就不能将这样的财产权负担定性为需要补偿的征收。在这种情况下，立法机关必须特别仔细审查，这种剥夺是否只有在为所有权人提供适当补偿时，才符合《基本法》第14条第1款的规定。为此所需的合理性审查中，所有权人在多大程度上对合法征收财产的原因负有责任，或者这种原因在多大程度上应当归于所有权人，在每一个案中都尤为重要（BVerfGE 102, 1 <17 and 18, 21>）。

[261]

b)受质疑的第13次修改法相关条款构成对诉愿人财产的干预，但不构成征收。其没有剥夺诉愿人任何特定的独立财产权益，也没有同时满足物之取得的要件。

【1036】

[262]

.....

[263-266]

(3)受质疑的第13次修改法相关条款基本上符合《基本法》第14条第1款第2句中关于界定财产权内容和限制的要求(a)。该法并没有因为违反立法的形式要求，而被证明是违宪的(b)。相关条款中对内容和限制的界定基本上是合比例

的，但并非在所有方面均符合比例原则的要求(c)，也并非在所有方面均符合平等原则（《基本法》第3条第1款）的要求(d)。 [267]

a)立法机关在对受宪法财产权保护的法律利益的内容和限制进行界定时，必须适当考虑《基本法》第14条第1款第1句对私有财产的承认以及私有财产的社会义务（《基本法》第14条第2款）。在此，立法机关必须以公共利益为导向；这不仅是限制财产权的理由，而且也构成对财产权进行限制的界限（BVerfGE 25, 112 <118>; 50, 290 <340 and 341>; 100, 226 <241>）。立法机关必须在值得保护的所有者利益和公共利益之间达致公正的平衡（BVerfGE 100, 226 <240>），同时必须保持与所有其他宪法规定的一致性。特别是，对内容和限制的任何界定都必须遵守比例原则（BVerfGE 75, 78 <97 and 98>; 110, 1 <28>; 126, 331 <359 and 360>）。然而，立法机关的决定权限根据所涉领域不同而有所不同。一方面，财产保障的保护范围是根据立法时所有权人享有的具体权能来衡量的。在经济领域保障个人人身自由的范围内，财产受到特别有力的保护。另一方面，财产权客体的社会联系和社会功能越强，立法机关决定其内容和限制的权力就越广泛（参见BVerfGE 50, 290 <340 and 341>; 70, 191 <201>; 102, 1 <16 and 17>及其中更多关于判例法的文献）。立法机关的决策余地尤其受到经济和社会环境的影响（BVerfGE 24, 367 <389>; 52, 1 <30>; 70, 191 <201>; 112, 93 <110>; 126, 331 <360>）。此外，在宪法上财产保障的背景下，还必须考虑到法治原则下的信赖利益保护原则。根据《基本法》第14条第1款，该原则在金融资产相关领域明显得到了完善（BVerfGE 36, 281 <293>; 72, 9 <23>; 75, 78 <105>; 95, 64 <82>; 101, 239 <257>; 117, 272 <294>; 122, 374 <391>）。此外，立法机关在确定所有权人权利和义务的内容时也受《基本法》第3条第1款规定的平等原则的约束（BVerfGE 21, 73 <84>; 34, 139 <146>; 37, 132 <143>; 49, 382 <395>; 87, 114 <139>; 102, 1 <16 and 17>; 126, 331 <360>）。 [268]

【1037】根据《基本法》第14条第1款第2句，立法机关不仅可以赋予财产权新的内容。正如其可以引入新的权利，立法机关也可以阻止现有法律中可能的权利在未来出现。财产保障并不要求法律权益的内容一经确立必须永远保持不变（BVerfGE 31, 275 <284 et seq., 289 and 290>; 36, 281 <293>; 42, 263 <headnote 4 and p. 294>; 58, 300 <351>）。甚至在某些条件下，完全取消以前存在并受财产保障保护的权益也是合理的（BVerfGE 78, 58 <75>）。不过，立法机关在此受到宪法规定的特殊限制（BVerfGE 83, 201 <212>; 102, 1 <16>）。对之前法律规定的权利的干预必须基于公共利益理由，并适当考虑比例原则（参见BVerfGE 31, 275 <290>; 70, 191 <201 and 202>及其中更多文献）；支持这种干

干预的公共利益理由必须非常重要，从而应优先于公民对其权利持续存在的合理信赖，而这种信赖是由《基本法》第14条第1款第1句中固有的对现状的保护所保障的（BVerfGE 42, 263 <294 and 295>; 58, 300 <351>）。合理的干预范围还取决于对潜在公共利益重要性的考量（BVerfGE 83, 201 <212>）。只有满足特殊条件，才可以考虑在没有过渡或替代的情况下完全取消一项法律权益（BVerfGE 83, 201 <213>; BVerfGE 102, 1 <16>）。 [269]

就企业的投资保护而言，《基本法》第14条为企业提供的保障不比对其他所有人提供的少。一般而言，立法机关在此所受的《基本法》第14条之限制与联邦宪法法院关于一般财产保护的判例法中发展出来的相同。如果立法机关打算出于足够重要的公共利益理由对企业进行征收，其必须遵守《基本法》第14条第3款规定的要求。相反，如果立法机关通过改变法律状况来确定法人财产的内容和限制，那么它必须遵循比例原则、信赖利益保护原则和平等原则。在此，立法机关必须适当考虑企业的存续和根据法律状况进行的投资。除此之外，《基本法》第14条第1款同其他基本权利一样，并不保障可以使对企业有利的市场机会持续存在的法律状况（BVerfGE 105, 252 <277 and 278>; 110, 274 [290]; 类似地，关于《基本法》第12条，参见BVerfGE 121, 317 <383>）。 [270]

b)根据第13次修改法关于核电站财产权内容和限制的界定，并没有因为该法律存在根本的程序或形式缺陷而被证明是违宪的。 [271]

诉愿人主张本案中的立法机关违反了事实调查和证明要求，考虑到立法程序的紧迫性及其信息来源，原则上不存在这种形式要求，其也不能例外地适用于第13次修改法。 [272]

aa)《基本法》没有规定与立法实质合宪性要求无关的单独的事实调查义务。 [273]

..... [274-277] 【1038】

bb)这里也不存在基于宪法的特殊程序义务必须说明立法理由的情形。 [278]

..... [279-280]

c)尽管并非在所有方面均合宪，受质疑的第13次修改法相关条款还是在很大程度上符合《基本法》第14条第1款第2句关于内容和限制的规定。该修改法追求一个合法的目标(aa)。有关规定对于实现这一目标是适当和必要的(bb)。狭义比例原则要求信赖利益保护和平等保护(cc)，也在撤销2010年额外分配的计划发电配额时得到了遵守(cc.(1))。然而，规定确定关停日期是违宪的，因为这导致所涉各企业在不同程度上无法使用2002年获得的计划发电配额，至少是无法在各自企业集团内部使用(cc.(2))。第13次修改法的瑕疵还在于，针对根

据2010年额外分配的计划发电配额而进行的投资的贬值没有规定适当的补偿（cc.(3)）。不过，关停日期给诉愿人带来的负担超出了对使用剩余计划发电配额的限制，但这是可以接受的（cc.(4)）。 [281]

aa)通过为各核电站规定确定的关停日期，并撤销2010年额外分配的计划发电配额，第13次修改法追求“尽早终止使用核能”（BTDrucks 17/6070, p. 1）的目标。该修改法决定加速实现2000/2001年《原子能共识》（Atomkonsens）已经确定的逐步淘汰核能目标，其背景是日本核事故促使立法机关“重新评估与使用核能有关的风险”（BTDrucks 17/6070, p. 5）。 [282]

在加速核淘汰及其背后试图在时间和范围上尽量减少与利用核能相关的其余风险的努力中，立法机关追求一个合法的规制目标。原则上，这与剩余风险背后之危险实现的程度和概率的不同评估无关，因此也与日本核事故与德国核电站的安全状况有所关联的结论无关。立法机关的目标是尽快和最大程度地消除利用核能时不可避免的剩余风险，即使其仅基于政治层面对接受这种剩余风险之意愿的重新评估，这在宪法上也是无可非议的。相反，在其可选择追求何种公共利益目标的广泛余地内（BVerfGE 121, 317 <350>; 134, 242 <292 and 293 para. 172>），立法机关寻求加速核淘汰，以保护人民的生命和健康（《基本法》第2条第2款第1句），并履行《基本法》第20a条赋予国家的保护生命的自然基础以及对后代负责之任务。 [283]

bb)第13次修改法的规定对于实现该目标是适当的(1)和必要的(2)。 [284]

1)联邦宪法法院审查法律是否客观上适合于实现其目的，仅限于确定所采用的手段是否明显或客观上不适当（更多文献参见BVerfGE 126, 331 <361>）。只要相关规定能促进预期的结果，从而有可能实现目的，即可满足适当性要求（更多文献参见BVerfGE 121, 317 <354>）。 [285]

以该标准衡量，设定确定关停日期并撤销2010年额外分配的计划发电配额，无疑有助于实现比在以前法律状况下更快终止使用核能的目标…… [286]

德国仍然面临邻近其他国家边境附近的核电站运行所带来的其余核风险，但这并不影响缩短核电站使用寿命适合于将国内风险降至最低的结论。对一项法律合适与否的评估主要取决于能否在本国领土内促进目标实现。 [287]

加速淘汰核能对德国能源供应安全的潜在影响也与是否适合于实现立法目的无关，因为与涵盖了第13次修改法的2011年能源立法一揽子计划（BTDrucks 17/6070, p. 5）不同，单独的第13次修改法本身的立法目的不是为了保障能源供应的安全，而是为了将使用核能的风险降至最低。 [288]

2)如果没有其他同样有效但对财产限制较小的其他手段，则有必要确定一项对财产权造成干预的措施是必要的（参见BVerfGE 121, 317 <354>; 126, 331

<362>及其中更多文献)。 [289]

.....

[290]

cc)尽管其并非所有方面均符合要求,但第13次修改法的规定在很大程度上是对财产权内容和限制的合理确定,在此也符合信赖利益保护和平等原则的要求。 [291]

1)撤销2010年《原子能法》第11次修改法在《原子能法》附录3第4栏中分配给核电站的额外计划发电配额,符合基本法第14条第1款、第2款的规定。从定量的角度来看,对《基本法》第14条的干预无疑是相当广泛的(a);然而,有关财产权益的保护价值受到某些方面的限制(b);因此,在与支持干预的公共利益理由的总体平衡中(c),这一干预被证明是合比例的(d)。 [292]

【1040】

.....

[293]

(a)通过第13次修改法中删除《原子能法》附录3第4栏,立法机关剥夺了核电站超过1,804太瓦时的发电能力。这相当于每座核电站平均大约12年的发电量(见《原子能法》第11次修改法草案立法理由说明, BTDrucks 17/3051, p. 1)。这个数字接近2010年12月14日第11次修改法生效时各核电站剩余可用的一开始根据2002年《逐步淘汰修改法》分配的计划发电配额之两倍……因此,所撤销电力产能的规模本身以及因此对核电站的使用可能性造成的限制都是巨大的。 [294]

(b)但是,对有关的财产权益的保护在若干方面受到限制。 [295]

《基本法》第14条第1款不仅保护财产的物理存在,而且保护使用财产的可能性(见上文C.I.(1) b) bb) 1)),第228段及以下)。由于核电站的使用受限于仍可计划的发电配额,核电站运营企业的财产权不仅体现为设施和土地的所有权,而且还主要体现为可用计划发电配额所代表的使用权。如果与发电权利相分离,相关核电设施就不能用于与其实质盈利目的相符的使用。宪法上,保护《原子能法》第11次修改法分配的发电配额的出发点与核电站财产的一般保护具有一些相同的特征(aa);除此之外,对该计划发电配额的保护还有源于其产生原因以及条件框架的特殊性,这些特殊性导致其保护价值的降低(bb)。 [296]

(aa)就核电站而言,作为个人基本自由的财产权受保护的的价值是有限的。由于其特殊的性质和功能,此类财产仅在很小程度上为个人的自由服务。相反,它是具有特别强烈社会联系的企业财产。一方面,和平利用核能已经并将继续服务于为社会供应能源;另一方面,这是一种高风险技术,不仅存在极端伤害风险,而且存在仍未解决的最终处置问题等(见上文C.I.(1) a),第218、219段)。这两个因素决定了核电站财产权的强烈社会联系,使得立法机关在

【1041】

制定核能相关法律方面享有特别广阔的余地。 [297]

鉴于核能利用的这些特殊性，联邦宪政法院在卡尔卡案的判决（Kalkar Decision）中已经强调，支持或反对和平利用核能的法律许可的规范性基本决定属于议会立法机关的法律保留事项（BVerfGE 49, 89 <127>）。原子能法具有特殊的地位，有理由偏离其他法律领域所认可的宪法原则（loc. cit., p. 146）。因此，立法机关在决定是否以及如何和平利用核能方面有很大的余地。然而，这并不意味着完全免除其他必要的补偿条款。 [298]

(bb)除了核电站财产权强烈的社会联系之外（见上文C.I.(3) c) cc) 1)(b)(aa)），第297、298段），关于核电站之使用的财产保护，就其所涉的2010年底《原子能法》第11次修改法额外分配的计划发电配额而言，还进一步受到国家影响的限制。 [299]

如此大量的额外计划发电配额的分配并非基于受影响企业自身的任何行为。与2002年分配的剩余计划发电配额相比，这些额外的计划发电配额（见下文C.I.(3) c) cc) 2)(b)(bb)(cc)第344、345段）并不构成对诉愿人财产所施加的其他限制的补偿。它们也不是诉愿人基于自身的具体努力以任何其他方式获得的。尤其是，它们并非诉愿人以其自身资源进行的具体投资和支出之回报，而只有这样的资源投入才意味着现在必须通过增加相应的计划发电配额来对核电站财产的使用提供保护。2010年底，立法机关决定分配额外的计划发电配额，并不是因为其认为2002年《逐步淘汰修改法》规定的剩余使用寿命与核电站运营商的财产权保护不符。相反，这些额外计划发电配额的分配是联邦政府和立法机关在能源、气候和经济政策方面的决定之结果（BTDrucks 17/3051, p. 1）。由基民盟 / 基社盟（CDU, Christian Democratic Union/CSU, Christian Social Union）和自民党（FDP, Free Democratic Party）联合支持的新联邦政府在其“2010年能源计划”中，将核能作为一种暂时需要进一步加强的过渡性技术。通过分配额外的计划发电配额大幅延长核电站的使用寿命（BTDrucks 17/3049, pp. 8 and 9），其基本意图是在一个过渡时期内实现德国联邦政府的三个能源政策目标，即气候保护、经济效益和能源供应安全（BTDrucks 17/3051, p. 1）。 [300]

因此，尽管2010年分配的额外的计划发电配额是构成核电站使用权的一部分，但其仅在非常有限的程度上来源于核电站所有权。作为立法机关出于政治动机的授权，其独立于核电站运营商的合法利益，因此其仅在很小的程度上享有财产法对财产存续的保护…… [301]

最后，核电站运营商也无法提出其对继续拥有额外的计划发电配额享有的值得保护的特别信赖利益，来主张更有力的财产利益保护。第13次修改法撤销

了之前分配的额外计划发电配额，在这些额外计划发电配额规定适用期间据此进行的投资因此变得无效；立法机关在颁布第13次修改法时是否应同时为此规定补偿条款或过渡性条款，这一问题必须单独审查（见下文C.I.(3) c) cc) 3)第369段以下）。除此之外，核电站运营商不应对这些额外计划发电配额存有普遍信赖，即相信这些额外计划发电配额将保持其现状，并主张其在信赖这种现状将保持较长时期的基础上相应地调整了其商业策略。《原子能法》第11次修改法于2010年12月13日在《联邦法律公报》（*Bundesgesetzblatt*）上公布；在紧随其后的2011年3月就宣布了所谓的“暂停”，第13次修改法也于2011年8月6日生效。期间这段时间太短，不足以合理证明以下一般假设，即核电站运营商已经为平均使用寿命延长十二年做了持久准备，并且已经进行了相应的投资。

[302]

(c)第13次修改法所追求的公共利益具有很高的价值，其在具体实施2010年撤销延长核电站使用寿命的规定的考量中具有显著的重要性。在第13次修改法中，立法机关希望通过引入确定的关停日期和撤销2010年底《原子能法》第11次修改法中对核电站使用寿命之延长，加速2002年决定的逐步淘汰和平利用核能目标的实现（见上文C.I.(1) b) aa) 1)- 2))、(3) c) aa)，第222段及以下和第282段及以下）。加速核淘汰的目的是保护人民的生命和健康（《基本法》第2条第2款）以及生命的自然基础（《基本法》第20a条），因而符合宪法中具有更高价值的利益。通过撤销2010年延长核电站使用寿命的决定，核电站的关停平均提前了12年，立法机关在相当可观的程度上降低了风险。

【1043】

[303]

至于是否可能从福岛核反应堆事故判断出德国核电站存在其他任何新的风险或者原有风险的显著增加，无论目前能否达成基本一致的意见，情况都是如此……此外，基民盟 / 基社盟和自民党组成的议会党团对第13次修改法草案提供了立法理由说明，并没有肯定存在上述新的或增加的风险，而只提到日本发生的核事故促进了对利用核能相关风险的重新评估（BTDrucks 17/6070, p. 1, 5）。无论如何，至少因此得以比之前的计划提前12年消除从前已知的现有风险，而且也相应缩减了与和平利用核能相关的后续处置问题之范围。

[304]

(d)在与受质疑的条款所追求的公共利益的总体权衡中，撤销2010年分配的额外计划发电配额对诉愿人财产造成的负担符合比例原则。将核电站的使用寿命平均缩短12年之决定（见上文C.I.(3) c) cc) 1)(c)，第303、304段）是基于在性质和规模上均非常重要的公众利益，这显然比诉愿人承受的财产负担更具分量（见上文C.I.(3) c) cc) 1)(a)，第294段）。

[305]

诉愿人认为立法机关的行为自相矛盾且不合理，这并不影响上述结论。首先，鉴于对德国核电站高安全标准的确信，立法机关认为，与和平利用核能相

关的已知剩余风险在相当长的一段时间内仍然是可以接受的，因而在2010年底将核电站使用寿命平均延长了12年。然而，仅仅几个月后，在并没有任何新的关于实质性危险的证据情况下，立法机关又撤销了这一决定。就这一论点而言，诉愿人忽略了立法机关享有的决策余地以及允许其采取行动的理由。【306】

【1044】 鉴于对现有风险的充分了解，立法机关是否允许以及在何种条件下允许和平利用核能等高风险技术，这首先是一项政治决定，立法机关的调整方式可能在很大程度上取决于社会对该技术的接受程度。就此而言，即使关于核能的危险性及其可控性并无新的实质性发现，立法机关通常也可以在未来修改最初支持使用核能的决定。像联邦政府和立法机关这样的宪法机构基于其民主责任，主要出于政治考虑作出决定；毫无疑问，在这里所讨论的情况中，他们可以对类似日本核反应堆事故这样的事件作出反应，并根据民众恐惧的加剧或风险承受能力的变化确定结果。【307】

但是，政治价值观之改变或民众恐惧之加剧可在多大程度上支持那些像加速核淘汰这样严重干预受影响者基本权利的措施，以及这种理由的分量如何，并不能一概而论。在任何情况下，任何对基本权利的实质性干预都必须有与公共利益有关的足够重要的理由，并以对这种恐惧和价值观中实际可识别的危险或风险的评估为根据。在任何情况下，如果合理的信赖利益所产生的受法律保护的存在利益因此贬值，即受到法律存续保护的投资变得无效，那么仅凭对民众价值观变化作出反应的政治愿望往往无法支撑政策的突然变化。不过，如果像这里的情况一样（见上文C.(I)(3) c) cc) 1)(c)第303、304段），相关干预有重大公共利益理由并涉及对一种高风险技术的评估，而该高风险技术实际发生危险的概率极低，一旦造成损害则影响极其广泛和深远，那么有关决定就尤其依靠政治评估，并在特定方式下取决于公众接受度（参见之前的BVerfGE 49, 89 [127]）；某些事件只改变民众对相关风险的认知，而不能证明存在新的现实危险，也可以在权衡中被赋予一定分量。因此，即使不能从福岛事件中得出德国核电站存在新危险的结论，立法机关在此对该事件作出反应也是无可非议的。【308】

2010年授予的额外计划发电配额仅享有较低程度的保护，因为企业本身没有为获取这些配额采取任何行动，也缺乏对这些增加的配额将继续存在的合理信赖利益。即使没有补偿，相关撤销仍是合理的……【309】

【1045】 2)然而，第13次修改法对财产权内容和限制的界定是不合理的，因为其中关于确定关停时间的法律规定导致Vattenfall和RWE无法在其企业集团内部使用2002年分配的大部分剩余计划发电配额（electricity volumes under Appendix 3 column 2 AtG）。而相比之下，E.ON和EnBW的发电能力则超出了其使用2002

分配的计划发电配额之所需。 [310]

当完全或部分由Vattenfall和RWE所有的核电站全部关闭时，2002年分配给他们的剩余计划发电配额无法全部用于发电(a)。考虑到2002年分配剩余计划发电配额的背景以及与竞争企业相比的不平等待遇(b)，这里对财产的干预相当严重。诚然，这种干预与重大的公共利益相关联(c)。但最终仍构成对财产不合理的侵犯(d)。 [311]

相关措施是否阻碍了诉愿人将2002年分配的剩余电力配额用于发电，是评价第13次修改法对诉愿人施加的负担是否合理的决定性因素。32年使用寿命之假设作为《原子共识协议》(Atomkonsensvereinbarung)和实施该协议的《逐步淘汰修改法》之基础，对于核电站分期收回其投资和确保其获得适当利润非常重要；不过，上述评价不再仅仅取决于这一数字。在最初的淘汰决定中，32年使用寿命已作为计算参考量的换算系数，反映在剩余计划发电配额中(见上文A.I.(2) a) aa)、b)，第5段和第8段及以下)。因此，在引入剩余计划发电配额后，核电站能否分期收回其投资并获得可靠利润不再主要取决于32年使用寿命，而是取决于将剩余发电配额用于发电的可能性。 [312]

(a)由于为核电站规定了确定关停日期(《原子能法》第7条第1a款第1句)，加之仅在有限情形下存在转移计划发电配额的可能(《原子能法》第7条第1b款)，其中两名诉愿人将不能在其拥有的核电站将《逐步淘汰修改法》(Phase-Out Amendment Act)分配的所有剩余计划发电配额用于发电。 [313]

(aa)…… [314]

(bb)各方提交的材料和开庭审理表明，所有获准在2011年8月6日之后运行的核电站，均有可能在《原子能法》第7条第1a款第1句第2-6项规定的对其有约束力的关停日期之前，将其在2002年分配中获得的剩余计划发电配额全部用于发电。 [315] 【1046】

然而，这并不适用于《原子能法》第7条第1a款第1句第1项中规定的核电站，这些核电站在第13次修改法生效时丧失了发电授权。这也不适用于分配给Mülheim-Kärlich核电站的剩余计划发电配额……根据《原子能法》第7条第1a款第1句第1项规定，分配给属于第一组的各核电站以及Mülheim-Kärlich核电站的在2011年8月6日尚未使用的剩余计划发电配额，详见下表…… [316]

《原子能法》第7条第1a款第1句第1项中的核电站	截至2011年8月6日尚未使用的剩余计划发电配额(以千兆瓦时GWh计)
Biblis A	2,194.24
Biblis B	7,822.48
Brunsbüttel	10,999.67

《原子能法》第7条第1a款第1句第1项中的核电站	截至2011年8月6日尚未使用的剩余计划发电配额（以千兆瓦时GWh计）
Isar 1	2,024.12
Unterweser	11,202.86
Philippsburg 1	8,454.24
Krümmel	88,245.11
合计	130,942.72
Mülheim-Kärlich	99,150.00
总计	230,092.72

(cc)除去受转让核电站本身拥有的剩余计划发电配额，这些剩余计划发电配额转让给仍在运行的核电站后，在其剩余运行期内可在何种程度得到利用的预测应基于集团本身内部的估计(α)。宪法诉愿程序的各方当事人在法庭的相应调查中给出了不同回答(β)。**[317]**

(α)对可能得到利用的剩余计划发电配额之预测取决于核电站自身及其集团内部的估计。**[318]**

【1047】

在对确定其财产权内容和限制之规定的比例原则审查框架内，诉愿人必须注意，他们可以将因某一核电站关停日期已到而无法用完的剩余计划发电配额转移到其集团内另一核电站，或将之按比例转移到另一其至少持有部分股份的核电站。由于集团内各部分的利益最终具有一致性，因此可以合理地假设作出转让行为的核电站能够获得合理的对价。即使与其自己将相关配额用于发电所能获得的利润相比，作出转让行为的核电站仅取得了不合理的对价，接受转让的核电站将相关配额用于发电所获得的相应利润仍归于同一集团，在这方面的统一考虑也是合理的。**[319]**

与之相反，超出集团范围的转让适用其他条件。有关各方在这方面的预测基本一致（见下文C.I.(3) c) cc) 2)(a)(cc)、(b)，第327段），只有两个潜在买家（E.ON和EnBW）可以接受集团内部不再可用的剩余计划发电配额。其中E.ON拥有三分之二到四分之三的购买力，具体取决于预测。这两个买家都只有有限的额外发电能力，并不能完全覆盖供应，其只有在经济上有利可图的情况下，才会接受剩余计划发电配额；因此，他们可以在很大程度上自己决定价格。在这种情况下，从意欲转让的集团角度来看，转让其剩余计划发电配额并非不受限制的合理利用方案。**[320]**

(β)各方对仍可用于发电的剩余计划发电配额的预测存在差异，这取决于他们对计算所依据的各个核电站的预期实际利用率的不同假设。各方正确地假设，在较长时期内，核电站未能实现100%的利用率，因此对未来使用剩余计划

发电配额的预测也不能基于100%利用率的假设，特别是除了典型的不确定因素，如技术上需要的停机时间或电力市场的发展之外，与核淘汰有关的不可预测因素对此发挥着日益重要的影响，如核燃料替换的成本效益或由于即将到来的停机日期而采取的其他升级措施。

[321]

.....

[322-327]

(dd)在此没有必要确定何种不同的预测方法应当对立法决定的审查起决定作用。诉愿人和绿色和平组织的预测是基于统计确定的利用率的推断，而联邦政府的预测则以统计计算的数值为起点，参考了1990年至1999年期间的年利用率，此外还与规范的年度参考量规模相联系；联邦政府进一步追求为《原子能共识》建立一个更宽裕的计算基础的目标，这在当时有利于核电站运营商。即使采用联邦政府相对乐观的利用率假设，仍会得出以下结论，即RWE和Vattenfall将有相当大一部分剩余计划发电配额无法在他们自己的核电站用于发电，考虑到核电站运营商在此享有的特别合理信赖利益（见下文C.I.(3) c) cc) 2)(b)(bb)，第334段以下），以及由此导致的与其他企业的相比处于不利地位之结果（见下文C.I.(3) c) cc) 2)(b)(cc)，第347段以下），这里确定财产权内容和限制的条款被证明是不合理的）（见下文C.I.(3) c) cc) 2)(d)），第364段以下）。

【1048】

[328]

(b)由于规定了确定的关停日期，2002年分配的剩余计划发电配额无法完全在其集团内部用于发电，这对诉愿人Vattenfall和RWE的财产造成了严重的负担。在数量方面，这一负担相当巨大(aa)，并且由于其造成的特殊情况，它影响了享有更高程度保护、从而可以抵御变化的财产权益(bb)。此外，它使本案诉愿人在与竞争企业相比时处于不利地位(cc)。

[329]

(aa)对Vattenfall和RWE来说，其不能在集团内部使用的剩余计划发电配额数量巨大。

[330]

(α)根据预测，诉愿人Vattenfall将有46,651千兆瓦时或45,890千兆瓦时的2002年分配的剩余计划发电配额无法用于发电。根据联邦辐射防护局2015年10月31日通告第3栏和第4栏中关于2000年至2014年仍在运行的核电站的发电量信息（上文A.VI.(1), para. 166），这大致相当于一个核电站平均四年半的产量。因此，在Vattenfall通过最初分配获得的剩余计划发电配额中，可能有约30%无法在该集团内部用于发电。如果将这一发电量赤字与诉愿人Vattenfall在2010年底仍可使用的70,273千兆瓦时的剩余计划发电配额相比较，其无法再生产的电力比例甚至达到约66%。因此，从数量上看，对于2002年分配的剩余计划发电配额所确认的诉愿人Vattenfall的核电站使用权来说，第13次修改法造成的干预是非常严重的。

【1049】

[331]

对上述结论不能提出以下异议，即考虑到预计出现的发电量赤字是由

Krümmel核电站的停工造成的，而诉愿人Krümmel和Vattenfall对此负有责任，因此在立法机关确定关停日期时不应对此予以考虑。就本案相关的时期问题，即2011年8月《原子能法》第13次修改法生效之前的时期而言，上述论点不具说服力。在2002年立法规定逐步淘汰核能之后，如果没有进一步通知，核电站运营商根据法律规定以剩余计划发电配额而非具体关停日期，来确定淘汰核能进程的终结。运营商可以据此调整其运营活动，而不必在生产分配给其的剩余计划发电配额时承受任何特定的时间压力。在上述规定范围内也允许技术原因导致的停工期。最后，无论是开庭审理还是各方提交的材料，均未表明诉愿人Krümmel和Vattenfall有故意破坏尽快终止和平利用核能的立法目标之情形。

[332]

(β)诉愿人RWE预计无法生产的剩余计划发电配额约在35,821千兆瓦时到42,079千兆瓦时之间，相当于一个核电站约4年的总产能。按照2002年分配给其的剩余计划发电配额计算，这只占5%-6%，但按照其2010年底的剩余计划发电配额计算，这却占到了19%-22%。因此，对诉愿人RWE财产的干预也是不容忽视的。

[333]

【1050】(bb)由于确定关停日期而无法利用的2002年所规定的剩余计划发电配额不能在集团内部使用，这影响了因特殊情形而受到特别保护的财产利益。作为核电站使用权的具体体现，2002年分配的剩余计划发电配额具有核设施财产权的一般特征，根据其性质与功能，它主要不是为个人自由服务，而是具有很强的社会联系（见上文C.I.(1) a)、C.I.(3) c) cc) 1)(b)(aa)），第216段以及297和298段）。与2010年《原子能法》第11次修改法所分配的额外计划发电配额（见上文C.I.(3) c) cc) 1)(b)(bb)），第299段及以下）相比，诉愿人对《逐步淘汰修改法》规定的剩余计划发电配额所有权的使用享有特别的存续保障，因为这里的剩余计划发电配额属于过渡性规定的核心安排。

[334]

通常而言，只有在特殊条件下才能修改立法机关为保护信赖利益而颁布的过渡性规定(a)。剩余计划发电配额是过渡性规定的一部分，旨在为信赖利益提供特别保护(b)。由于其具有补偿其他财产权限制的功能，对所规定的剩余计划发电配额存续之预期也特别值得保护(c)。这尤其适用于Mülheim-Kärlich的剩余计划发电配额(d)。

[335]

(α)根据法治国家的信赖保护原则，只有在特殊条件下，立法机关才可以破坏其为保护信赖利益颁布的有限的过渡性规定存续的信赖利益，在其最初设想的适用范围达成之前取消该规定，从而损害权利人的利益。这种情形并非一般的保护公民对现行法律存续之信赖的问题，公民在此信赖一项规定的连续性；根据这项规定，只要其继续适用是符合公共利益的，那么旧法或特定的过渡性

规定就在一定时期内继续适用于特定群体。通过采用这一规定，立法机关创设了一种特殊的信赖利益。如果仅凭政治评估，认为需承受的危险、相关风险或对公共利益的不利影响发生了变化，则不足以支撑过早地撤销或修改之，进而损害相关群体利益的做法。如果相关群体在继续适用该规定方面的利益值得保护并足够重要，那么只有在过渡性规定继续有效将严重影响公共利益的情形下，才可以撤销或修改（BVerfGE 102, 68 <97 and 98>; BVerfGE 116, 96 [131]）。 **【1051】** **[336]**

(β)2002年分配的剩余计划发电配额是过渡性规定的一部分。根据2002年《逐步淘汰修改法》的历史发展、原因和设计，其目的在于为信赖利益提供特别保护。剩余计划发电配额的历史发展、原因和设计毫无疑问地表明，联邦政府和立法机关均有意保障核能领域的能源供应商在淘汰决定颁布后的剩余使用期内可靠的经济活动基础，包括继续使用2002年分配的剩余计划发电配额。

[337]

.....

[338-339]

在2002年的《逐步淘汰修改法》中，立法机关决定淘汰核能，同时宣布执行《共识协议》的核心内容（参见社民党（SPD）和绿党/90联盟（BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN）议会党团对立法提案的理由说明，BTDrucks 14/6890, p. 1；见上文A.I.(2) b) aa)，第9段）。立法提案的理由说明明确引用了《共识协议》中的段落，即联邦政府保证，只要符合其中规定的条件，核电站可在剩余期限内不受干扰地运行（BTDrucks 14/6890, p. 13）。 **[340]**

立法提案的理由说明认为，剩余计划发电配额的设计是对相关公司财产的合理安排。据称，这将确保运营商分期收回其投资并进一步获得足够利润。总之，结合其他声明，这些措施有助于“有效保护信赖利益”（BTDrucks 14/6890, p. 16）。 **[341]**

立法提案的理由说明提到，“核电站发电权到期的确定日期”无需“立刻作出硬性规定”（BTDrucks 14/6890, p. 13）；这最多表明保留了以后规定确定关停日期的选择，但不能削弱保证剩余计划发电配额价值的信赖。根据法律规定的计划，即使以后规定具体时限，也必须考虑到上述信赖利益。 **【1052】** **[342]**

.....

[343]

(γ)对于2002年分配的剩余计划发电配额，运营商预期拥有暂时没有限制且一般不会减损的利用可能性；由于其具有补偿性质，这种预期特别值得保护。这些剩余计划发电配额旨在确保核电站分期回本以及适当获利的范围内，补偿《逐步淘汰修改法》颁布后无时限使用核电站的损失，从而保持淘汰决定的合比例性（BTDrucks 14/6890, pp. 15 and 16）。 **[344]**

核电站所有权及其使用可能性主要来源于核电站所有者的自身行为，他们承担投资和维持的成本，从而享有财产权保护。和平利用核能的机构在数十年间获得了来自公共财政的大量资金补贴，但是和在其他享受国家补贴的技术领域一样，这种补贴不妨碍私人获益所有权的存在。就某些方面而言，这样的补贴可以在确定该所有权的内容及对其施加限制时赋予立法机关更多裁量空间，但不能削弱财产权及其他将核电站用于盈利的相关权利。不同于《原子能法》第11次修改法中出于政治动机额外分配的发电额度，剩余计划发电配额是对终止之前无时限地使用这一财产的可能性的补偿（见上文C.I.(3) c) cc) 1) (b) (bb)，第299段以下），因此享受与核电站财产以及直到2002年仍存在的使用可能性相同的保护。 [345]

【1053】(δ)分配给Mülheim-Kärlich核电站的剩余计划发电配额更享有对其存续现状及信赖利益之保护。尽管该核电站已经在2001年永久关停，但2002年的《逐步淘汰修改法》仍给其分配了剩余计划发电配额。该发电量的分配属于终止对莱茵兰—普法尔茨州公务责任诉讼以及撤回核电站运营许可申请之和解的一部分（见上文A.I.(2) a) bb)，第6、7段）。与其他剩余计划发电配额不同，这一分配不是为了保证Mülheim-Kärlich核电站在剩余运行年限内分期收回投资。该剩余计划发电配额是对其放弃行使给付请求权的补偿，与特定核电站的运行无关。因此，该剩余计划发电配额具有特殊性质（见上文C.I.(1) b) bb)(β)，第238段）。 [346]

(cc)由于确定的关停日期，一部分2002年分配的剩余计划发电配额在集团内部无法使用；这一事实给诉愿人RWE和Vattenfall施加了额外负担，因为与在其核电站运营期间可以充分利用剩余计划发电配额的竞争企业E.ON和EnBW相比，诉愿人在没有充分合法理由的情况下处于不利地位。 [347]

(α)在确定《基本法》第14条第1款规定的财产权人权利和义务的内容时，立法机关也受到《基本法》第3条第1款规定的平等原则之约束（BVerfGE 21, 73 <84>; 34, 139 <146>; 37, 132 <143>; 49, 382 <395>; 87, 114 <139>; 102, 1 <16 and 17>）。因此，在事实情况基本相同的情形下，必须平等分配财产权人承受的负担，区别对待必须具备与其目标和程度相符合的客观事实理由（BVerfGE 126, 400 <416>; 129, 49 <69>; 132, 179 <188 para. 30>）。 [348]

(β)由于核电站的剩余运行时间错开了，Vattenfall和RWE在利用剩余计划发电配额的能力方面处于不利地位。《原子能法》第7条第1a款第1句规定错开了六组核电设施的运行许可终止时间，结合第7条第1b款关于发电量转移可能性的规定，这可能导致只有Vattenfall和RWE在很大程度上无法利用2002年分配给其的剩余计划发电配额。 [349]

由于E.ON在2011年8月6日之后仍有被许可运行的核电站，其不仅能充分利用分配给这些核电站以及那些在该日已经关停的核电站的剩余计划发电配额，而且还将拥有至少35,000千兆瓦时的电力生产能力。这同样适用于EnBW，预计至少有9,000千兆瓦时。 [350]

而根据预测，Vattenfall将无法在其所拥有的核电站中生产约46,000千兆瓦时电力。这一数字大约是2002年分配给其剩余计划发电配额的30%，占其在2011年底仍存可用剩余计划发电配额的60%以上。 [351] 【1054】

与竞争对手E.ON和EnBW相比，诉愿人RWE在利用剩余计划发电配额的预期能力方面也处于不利地位。在其核电站达到运行时限后，RWE仍有无法在集团内部使用的2002年分配的剩余计划发电配额，其预测总量约在近36,000千兆瓦时至42,000多千兆瓦时之间。虽然这一数字仅占2002年分配的剩余计划发电配额的5%到6%（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)(cc)(β)，第327段），但从绝对值来看，与E.ON和EnBW相比，RWE的劣势相当大，仅无法利用的剩余计划发电配额就接近一家核电站四年的发电量。 [352]

(χ)就预计的发电量赤字而言，没有充分的客观理由可以合理化RWE (αα)和Vattenfall (ββ)与E.ON和EnBW相比所遭遇的不平等对待。这也不仅仅是可接受范围内的预计不准(χχ)。立法的类型化和概括权能也不能成为这种不平等对待的理由(δδ)。 [353]

(αα)诉愿人RWE预计的发电量赤字主要是由分配给它的Mülheim-Kärlich的发电量造成的（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)(bb)，第316段）。早在2000年或2002年，RWE就不再拥有任何可以利用这些发电量的运行中的核电站了。第13次修改法的立法机关在为每个公司分配发电能力时应考虑到这一点，并最终通过错开关停日期来调整。诚然，如果把全部或部分由RWE所有的核电站的运行期间错开，结果是其运行期将远远超过32年的限制（见下文C.I.(3) d)中表格，第387段），如果不考虑Mülheim-Kärlich的发电量，这又将导致发电能力过剩。然而，这些只能涵盖第13次修改法颁布时的Mülheim-Kärlich所有发电量的一半左右。没有具备说服力的客观理由可以证明，E.ON和EnBW最终应该能够用完其所有发电量甚至还有多余的发电能力。无论如何，立法机关通过第13次修改法追求的加速淘汰核能的目标（见上文C.I.(3) c) aa)，第282、283段）不能使上述区别对待合理化。立法背景材料和诉讼各方提出的论据均不能表明，预期的加速目标正是通过将RWE置于不利地位来实现。鉴于E.ON和EnBW存在大量过剩产能（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)），第313段及以下），也没有任何理由认为，将RWE置于不利地位是加速淘汰核能的唯一途径。 [354] 【1055】

(ββ)同样的考虑也适用于Vattenfall。从绝对值（约45,000千兆瓦时）来

看，与E.ON和EnBW相比，它在预期发电量赤字方面的不利地位与RWE相似。剩余计划发电配额可能无法在集团内部使用的主要原因，在于Krümmel核电站被归入了《原子能法》第7条第1a款第1句第1项规定的第一个关停组。Vattenfall没有其他具有相当的剩余产能的核电站。 [355]

将Krümmel核电站归入第一个关停组，从而使Vattenfall相对于E.ON和EnBW处于不利地位——没有理由可以说明，这种做法是为实现第13次修改法追求的加速淘汰核能目标所必须的。也没有理由可以说明，在不影响加速淘汰效果的情况下，上述损害不能通过改变核电站分组或以其他方式补偿而避免（见下文D.II.(2)，第403段及以下）。 [356]

根据《原子能法》第7条第1a款第1句，Krümmel核电站被归入第一个关停组，其运行许可在2011年8月6日已经终止，因而其运行时间仅为27.36年。这比《原子能协议》中承诺给予运营商的32年运行时间少了4.5年。根据法律规定，所有其他核电站基本均维持了这一最长运行时间，而且根据第13次修改法的立法意图，即使引入确定关停时间，上述承诺也应继续维持（参见立法草案理由说明，BTDrucks 17/6070, p. 6）。 [357]

【1056】 根据法律草案的立法理由说明，《原子能法》第7条第1a款第1句中错开运行时间的规定，不仅是为了促进实际的加速淘汰目标，也是为了确保相关企业享有的《基本法》第14条第1款规定的基本权利不会遭受不合比例的干预，32年运行时间的标准是为了保证这一目标的实现（BTDrucks 17/6070, p. 6）此外，错开运行时间也是为了保障能源供应安全（loc. cit., p. 7）。这两方面的考虑均不能证明将Krümmel核电站归入第一组是合理的。只有这一座核电站的运行时间远未达到32年的标准。尚不清楚出于保障能源供应安全的考虑在何种程度上应要求提前关闭Krümmel核电站。没有证据和论证能够显示，将Krümmel核电站归入第一组，而延长其他核电站的运行时间，是保障德国特定地区能源供应安全同时保持追求加速淘汰核能的总体目标的唯一方式。 [358]

联邦政府在宪法诉愿程序之前没有特别提出的Krümmel核电站的运行安全问题，也不能作为将其归入第一个关停组的原因。诚然，事后追溯区别对待的理由时可以提出那些在立法时还不够明确的理由。只有在指导性立法，特别是税法中，联邦宪政法院才要求指导性目的必须基于立法的明确决定（参见BVerfGE 117, 1 <32>，其中提到BVerfGE 93, 121 <147 and 148>; 99, 280 <296>; 105, 73 <112>; 110, 274 <293>; 另参见BVerfGE 140, 65 <85 para. 45>，其中提到BVerfGE 118, 79 <101>）。否则，一项法律只要最终被证明是符合宪法的就已经足够了（BVerfGE 140, 65 <79 and 80 para. 33>）。而第13次修改法不属于指导性法律。 [359]

然而，安全方面的考虑不能合理化这里的区别对待。Krümmel核电站没有被指出存在任何具体的安全缺陷。根据诉愿人Krümmel和Vattenfall的陈述，没有证据表明存在与Krümmel核电站于2011年底恢复运行计划相冲突的具体安全问题。此外，这种性质的担忧本应通过《原子能法》中规定的手段来解决。从该核电站服役的时间来看，它也不应被归入第一组，因为Krümmel核电站于1984年3月28日开始运行，晚于被归入《原子能法》第7条第1a款第1句第2项的Grafenrheinfeld等核电站。最后，Krümmel核电站仍属于69系列沸水反应堆的，所有其他仍在运行的应用这一系列反应堆的核电站均因被归入第一组，而在2011年8月失去了运行许可。这一事实也不能解释将Krümmel核电站置于明显不利地位的合理性。在对相关反应堆的缺陷没有具体认识的情况下，仅凭统计学上这种反应堆类型报告的事故数量较多，并不能支持将Krümmel核电站置于严重影响其发电能力的不利地位。

【1057】

[360]

(xx)相关诉愿人不必将其在集团内部发电能力方面遭受的区别对待，作为立法机关不可避免的预测不准而加以接受。……

[361]

(δδ)类型化和概括立法的权力也无法为仅由诉愿人Vattenfall和Krümmel承受的发电量赤字提供理由（参见BVerfGE 84, 348 <359 and 360>; 126, 268 <278 and 279>; 133, 377 [412 and 413 paras. 86 et seq.]及其中更多文献）。

[362]

(c)……

[363]

(d)在与支持加速关停核电站的公共利益的总体平衡中，确定的关停日期以及预计的发电量赤字对诉愿人Krümmel或Vattenfall以及RWE的财产权造成的负担被证明是不合理的。

[364]

预计对上述诉愿人财产权施加的负担特别涉及到对现存利益的信赖保护，上述财产权益早在第13次修改法通过之前就已经被授予给诉愿人，对其进行保护不仅仅限于信赖利益保护的考虑。此外，不能再用于发电的2002年分配的剩余计划发电配额总数约在81至88百万兆瓦时之间；无论是从绝对值来看，或与根据第13次修改法仍可获得的剩余计划发电配额相比，还是与《淘汰法案》最初分配给其的剩余计划发电配额相比，这一负担都是非常重的（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)(cc)(b)中表格，第327段）。此外，各竞争企业受到这些因素的影响是不同的，只有Krümmel或Vattenfall以及RWE最终受困于发电能力不足，而这种区别缺乏充分的客观理由。

【1058】

[365]

此外，还存在与公众的生命健康（《基本法》第2条第2款第1句）以及生命的自然基础（《基本法》第20a条）相关的担忧，这些基本权利具有很高的保护价值，而加速淘汰核电对其有利。然而，即使是通过延长相关诉愿人所有的个别核电站的运行时间的方式来解决，避免发电量赤字的法律规定也仅会对

公共利益产生较小程度的影响。按照受到质疑的法律规定而无法发电的总量接近一个核电站八年半的发电量。而根据《淘汰法案》，2002年分配的剩余发电总量为2,623,310千兆瓦时（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)(cc) (β)中表格，第327段），按照核电站平均年发电量10,000千兆瓦时来计算，约相当于年发电量的262倍。还应注意到，根据第13次修改法规定的错开的剩余运行时间，E.ON和EnBW的核电站在法律上拥有的运行时间比其实际运行时间更长，因为其集团内部仍有剩余计划发电配额。为了追求公共利益目标，立法机关在第13次修改法中设定了总的剩余运行时间，根据这一框架来衡量，允许RWE和Vattenfall利用其剩余计划发电配额发电对公共利益的损害还会显著降低。另外，即使不考虑预期的整体淘汰时间的情况下，如果将各个核电站具体的关停日期错开，也可以避免发电量赤字。

[366]

然而，不论是从绝对值来看，还是将其与最初分配的剩余计划发电配额相比，诉愿人Vattenfall和Krümmel的预期发电量赤字都特别高，如将其与2010年底的剩余计划发电配额相比则更是如此。因此，这一数量非常重要，导致在对财产权保护和对信赖利益的特别保护、对发电量赤字造成的与竞争企业相比处于不利地位的事实以及支持该规定的公共利益理由进行总体权衡后，结论是不能将这一负担强加于财产权人。

【1059】

[367]

RWE的发电量赤字与最初分配的剩余计划发电配额相比所占的比例要低得多，但从绝对值来看还是相当大的……

[368]

3)第13次修改法违反了《基本法》第14条第1款，因为针对核电站投资因2010年分配的额外计划发电配额的取消而贬值的情形，该法律没有规定任何过渡期、补偿条款或其他解决方案。

[369]

然而，诉愿人在此援引的能源企业根据《发展基金协议》（Förderfondsvertrag）（见上文A.I.(3) b) bb），第21段）支付的款项并非第13次修改法所阻碍的开支，该规定中本应包含补偿条款。诉愿人支付的款项是否、在何种程度上以及在何种条件下必须被退还，必须在基础合同关系中明确。

[370]

在特定条件下，《基本法》第14条第1款保护对作为投资和使用财产之基础的法律状态的合理信任(a)。对于受损投资(b)的补偿规定不应针对2002年的剩余计划发电配额设置（(b)(aa)），而应基于对2010年额外分配的发电量配额的设置（(b)(bb)）。

[371]

(a)《基本法》第14条第1款蕴含了法治国家在财产权方面的信赖保护原则（BVerfGE 58, 81 <120>）。它保护对根据《基本法》建立的法律秩序的可靠性和可预测性之信任以及在此基础上获得的权利（BVerfGE 101, 239 <262>）；

132, 302 <317>; 135, 1 <21 para. 60>）。作为基本权利的保护范围，财产权也包括对作为财产投资和使用之基础的法律状态存续的信赖保护。这种信赖利益是否以及在何种程度上是合理的，取决于个案的情形，不能保证所有的投资预期都能实现。《基本法》第14条第1款不保护商业活动中法律环境的变化及其对市场机会的影响。然而，如果立法机关直接阻止或明显限制了对财产的进一步利用，则应当根据比例原则适当考虑基于对法律环境不变的合理信赖而作出的财产投资，包括考虑是否应当以及如何提供补偿。在这种情况下，立法机关在为现有的法律状态、权利和法律关系设计过渡性方案时，享有广泛的自由决策空间。特别是在变革制度或转换法律状态的情况下，宪法不要求立法机关让受影响者免于承受任何负担，或以过渡性规定抵消任何特定负担（BVerfGE 131, 47 <57 and 58>）。如果立法机关以其他方式对使用财产的限制进行了补偿，则无需再对财产投资的贬值部分进行补偿，应当避免双重补偿。 [372]

【1060】

(b)由于没有对其损害的投资作出任何补偿规定，第13次修改法违宪。 [373]

(aa)然而，如果投资是根据2002年分配的剩余计划发电配额基本上可全部用于发电而作出的，则不需要单独的补偿规定。在这方面，立法机关必须已经规定了对发电量赤字的适当补偿、延长核电站运行时间或其他形式的解决方案（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(a)，第313段及以下），而根据比例原则，这些补偿或解决方案作为对受损投资的补偿也是适当的。因为这些剩余计划发电配额可以用于发电或合法替代，因此不能认为相应投资受到了损害。根据宪法，不应将无法用于发电的剩余用电量和受损的投资进行双重补偿。 [374]

(bb)对于为利用2010年底分配的额外计划发电配额而投入核电站的投资，由于其因这部分发电量在2011年8月初被撤销而出现贬值，第13次修改法应对此作出适当的补偿规定。 [375]

(α)上述情形下，原则上可能出现值得保护的信赖利益。宪法并不禁止立法机关在没有补偿的情况下，撤销《原子能法》第11次修改法规定的额外剩余计划发电配额（见上文C.I.(3) c) cc) 1)，第292段及以下）。不过原则上，核电运营商对其为利用这部分剩余计划发电配额而进行投资并取得收益的信赖值得保护。《原子能法》第11次修改法是基于立法机关将在较长时期内继续使用核能作为过渡性技术的政治决定而颁布的。核电运营商因此可以认为，其投资核电站的行为是受到鼓励的，而不必考虑立法机关在同一时期内可能偏离《原子能法》第11次修改法中关于能源政策的基本决定。 [376]

【1061】

然而，信赖利益只存在于联邦议会2010年10月28日关于《原子能法》第11次修改法的决定和联邦环境、自然保护与核安全部（*Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*）2011年3月16日关于暂停利用核能的

通知之间的短暂时期。与诉愿人提出的观点相反，在2009年10月26日基民盟/基社盟和自民党在联合协议中作出相应的意向声明后，以及在2010年9月28日《原子能法》第11次修改法立法草案提交联邦议院时，不存在值得保护的对延长运行时间的信赖。正式提交法律修改法草案已经可以破坏对现有法律状态的信赖（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(b)(bb)(α)，第336段，BVerfGE 132, 302 <324 paras. 55 and 56>），而对新的法律状态之合理信赖只有在议会通过新的立法之后才能建立；如果这种信赖随后受到损害，则必须予以补偿。在此之前，投资者自担行为风险。在当时特殊的事件背景下，联邦环境、自然保护和核安全部2011年3月16日的通知一经发布，核电运营商基于当时有效的法律状态进行的投资就不享有信赖保护了。 [377]

由于《原子能法》第11次修改法在未经联邦参议院同意的情况下通过，其合宪性多年来一直存在争议，但这不影响值得保护的信赖利益的产生。关于一项法律是否合宪的讨论并不罕见。由于只有联邦宪法法院有权决定一项法律是否符合宪法，因此这样的讨论通常不会导致对信赖一项法律作为法治社会行动之基础的质疑。 [378]

【1062】 (β)促使立法机关修改《原子能法》第11次修改法中广泛延长核电站运行时间的规定并加速淘汰核能的公共利益理由特别重要（见上文C.I.(3) c) cc) 1) (c), 2)(c)），第303、304以及363段）。而对2010年底分配的额外计划发电配额存续的信赖并不值得高度保护（见上文C.I.(3) c) cc) 1)(b)(bb)，第299段及以下）。尽管如此，对于运营商在《原子能法》第11次修改法的短暂有效期内因合理信赖延长核电站运行时间的规定而进行投资的后果，加速淘汰核能的重要公共利益理由并不能免除立法机关的责任。 [379]

(γ)即使显然没有相应的适用情形，在第13次修改法中规定这样的权利仍是必要的。例如，诉愿人E.ON和RWE提出申辩，鉴于《原子能法》第11次修改法中延长运行时间的规定，其对Isar 1和Unterweser核电站进行了投资，而如果《原子能法》第11次修改法没有生效，Biblis A核电站早在2011年中就应关闭，就不会产生进一步的改造投资。 [380]

(δ)然而，详细调查是否以及在何种程度上应对诉愿人在此提到的投资事例进行充分补偿并非宪法诉愿程序的任务。 [381]

立法机关可以自行决定更详细地确定这种补偿的条件和范围。为补偿受损的投资，立法机关也可以决定允许个别运营商延长运行时间。如果立法机关由于完全重视加速目标之实现而不考虑允许延长运行时间的可能性，则至少应当设置一定权利以对受损投资进行适当补偿。所要求的补偿并不会损害立法加速淘汰核能的目标。 [382]

(4)如果诉愿人提出，第13次修改法导致了其包括财产损害在内的其他损害，如果与支持加速淘汰核能的重要公共利益理由（见上文C.I.(3) c) aa)、cc) 【1063】
1)(c), 2)(c), 第282、283段以及303、304以及363段）相比，这些损害属于宪法对财产内容的确定和合理限制。 [383]

.....

[384-385]

d)《原子能法》第7条第1a款第1句错开关停日期的规定确定了诉愿人核电站所有权的内容及其限制。由于其导致了发电量赤字，并对Krümmel、Vattenfall以及RWE造成了损害，该规定违反了财产权立法必须符合《基本法》第3条第1款的原则（见上文C.I.(3) a), 第268段）。不过，除此以外并未发现有其他违反平等权的情形。 [386]

.....

[387]

发电许可到期时间的错开导致各个核电站的运行时间长度不同，这仅对Krümmel核电站来说违反了平等标准。然而，就其重要程度而言，财产法中违反平等的不合理性并未超出已经发现的无法利用2002年剩余计划发电配额的不合理性的范围（见上文C.I.(3) c) cc) 2)(b)(cc), (c)(bb), 第355段及以下）。 [388]

II.

.....

[389]

第13次修改法的规定不仅塑造和限制了核电站的财产权，同时还通过加速终止诉愿人在和平利用核能领域的经营活动，间接干预了诉愿人的职业自由。因此，还必须根据《基本法》第12条对这些规定作出衡量（关于财产自由和职业自由的竞合，参见BVerfGE 50, 290 <361 and 362>; 110, 141 <166 and 167>; 128, 1 <36 et seq.>）。 [390]

然而，在此没有必要对照《基本法》第12条的标准对被质疑的法律进行更详细的审查，因为除了讨论各方不同的财产权法律状态时确定的后果外，对这些法规的审查不会产生更进一步的宪法后果。在这种情况下，对经营活动的职业自由保护不会比因职业行使上述财产权的财产权保护更全面。 [391]

III.

第13次修改法——特别是其中第7条第1a款第1句——并非《基本法》第19条第1款第1句所禁止的仅适用于个案的法律。 [392]

.....

[393]

《基本法》第19条第1款第1句规定，法律可以根据《基本法》限制一项基本权利，该法律必须普遍适用，而不能只适用于个别情形。在某事项就其性质而言只涉及一个同类案件，且存在规定该单一事项的客观理由时，上述原则并不影响对该单一事项进行规定。《基本法》第19条第1款第1句最终明确了一般 【1064】

平等原则，即立法机关不得从许多相同性质的事实中挑出一个单独案例，并为其设置特殊规定（BVerfGE 85, 360 <374>; 134, 33 <88 and 89>; 139, 148 <176 para. 53>）。

[394]

根据上述标准，《原子能法》第7条第1a款第1句没有违反禁止个别立法限制基本权利之原则……该法律并未从多个类似性质的事实中挑出一个单独案例或一个特定群体，而是决定性地适用于所有其他案例。这里并不违反《基本法》第19条第1款第1句禁止法律恣意设置个别规定之要求。

[395]

D.

I.

……

[396-398]

II.

根据上文所述，应宣布《原子能法》第7条第1a款第1句违反了《基本法》第14条第1款。在通过一项新版《原子能法》以纠正违宪行为之前，其应当继续有效。立法机关必须在2018年6月30日之前制定新的规定。

[399]

(1)已经明确的违宪行为不会导致《原子能法》第7条第1a款第1句无效，而只能确认其不符合《基本法》；在颁布新的法律之前，该法律应继续有效。

[400]

这是因为立法机关在纠正违宪行为时有多种可能性可供选择（关于此类案件，尤其是与违反平等原则有关的案件，见BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>; 107, 27 <57>; 117, 1 <69>; 122, 210 <245>; 126, 400 <431>）。此外，如果宣布《原子能法》第7条第1a款第1句无效，将会导致一种比暂时继续适用之更加偏离立法机关符合宪法的立法意图的法律状态（BVerfGE 83, 130 <154>; 92, 53 <73>; 111, 191 <224>; 117, 163 <201>）。

[401]

这里发现的违宪行为并不影响第13次修改法加速淘汰核能主要目标的核心。撤销2010年底分配的额外计划发电配额，为各个核电站确定确定的关停日期，以及错开各核电站的关停日期，原则上符合《基本法》。存在宪法异议的缺陷可能是不可小觑的，但与规定的整体框架相比，这些缺陷仅影响次要方面。因此，通过否定《原子能法》第7条第1a款第1句的效力来消解规定的整体框架是不合理的。

[402]

【1065】 (2)立法机关在纠正此处指出的违宪行为时，有多种可能性可供选择。[403]

a) 诉愿人Krümmel和Vattenfall以及诉愿人RWE的可用发电能力之所以不符合《基本法》第14条第1款，主要原因是在《原子能法》第7条第1a款第1句规定的关停期限内，2002年分配给他们的剩余计划发电配额基本上不可能由相关企业完全或部分所有的核电站完全生产。通过例如相应延长企业所有的个别核

电站的运行时间，可以顾及这一点。然而，宪法并未赋予这种可能性优先权，这与其他解决方式一样属于立法机关政治决策的范围。在合理的经济条件下，也可以通过法律规定，确保无法利用的剩余计划发电配额可以转让给发电能力过剩的企业之可能性，从而对发电量赤字进行补偿。立法机关还可以自由决定，为那些对那些因为法律规定而无法利用的剩余计划发电配额作出适当经济补偿，特别是针对那些为支持淘汰核能的立法决定而明确放弃的核电存量。这些补偿仅需达到满足适当性要求所必须的水平，无需进行等价补偿。 [404]

一项基本上完全弥补诉愿人Krümmel和Vattenfall以及RWE发电量赤字的新法律规定也能够纠正其不平等的不利地位。 [405]

b)立法机关还需进一步详细阐明因投资受损而提出的补偿要求的法律基础（见上文C.I.(3) c) cc) 3)(b)，第373段及以下）。 [406]

十六、公民身份和引渡——《基本法》第16条

“欧洲逮捕令案”

BVerfGE 113, 273

【1066】 1.译者注解

如果被指控的罪犯在一个国家的某个角落被捕，通常很少会禁止将他转移到被指控犯罪发生国的那个区域，或管辖权规则规定有主管刑事法院的另一个地方。这些管辖规则对于确保公平审判和行政人员没有机会干预刑事诉讼——例如将案件放在有利的地点进行审判——非常重要。在联邦组织的州，可能适用额外的限制。然而，在国际层面，事情变得相当复杂。如果被指控的罪犯被一个国家起诉但被关押在另一个国家，那么除了缺席审判，进行刑事诉讼的唯一方法是加入引渡程序。这通常需要有关国家之间的互惠引渡条约和通过外交渠道进行的冗长程序。当一个国家自己的公民被引渡时，法律形势再次变得更为艰难。

欧洲逮捕令想要克服的正是这些复杂的问题。欧洲逮捕令是一项欧盟《框架决定》，即要求在成员国立法性执行的立法行为。¹⁷²在德国，这是由2004年的欧洲逮捕令法案提供的。¹⁷³根据该法案，一名德国和叙利亚国籍的申请人因加入和支持恐怖组织（基地组织），将被转移到西班牙。这些指控是基于前往西班牙的旅行及其与据称和恐怖组织有关系的其他人会面和电话交谈。申请人反对引渡的理由是，大部分活动发生在欧洲逮捕令生效之前，甚至在2000年修订《基本法》第16条以允许在某些情况下引渡德国国民之前。¹⁷⁴此外，根据德国法律，至少在相关行为发生时，所指称的行为不应受到惩罚，而且该行为并非完全发生在西班牙。

宪政法院作出有利于申请人的裁决，并撤销了德国的实施法。这本身就很微妙，因为必须在欧盟法律的至高无上（不受德国法院审查）和德国实施法之

¹⁷²理事会2002年6月13日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的框架决定，OJ L 190/1 (2002), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:EN:HTML>.

¹⁷³2004年7月21日《欧洲逮捕令法》，联邦法律公报（BGBl.）I p. 1748.

¹⁷⁴为了遵守安全理事会第827和955号决议，该修正案已成为必需，两项决议在海牙和鲁沙临时设立了前南斯拉夫和卢旺达问题国际刑事法庭。《国际刑事法院规约》还要求将本国国民引渡到那里接受指控，尽管如果国内没有提出足够的指控，则只能在辅助基础上进行。在2000年修改第16条之前，将德国国民引渡到外国是绝对不可能的。

间划清界限。法院指出，欧洲框架决定留给国家立法者足够的自由裁量权，而德国立法者没有使用现有的自由裁量权来根据《基本法》执行逮捕令。这对于避免与欧盟的宪法摊牌至关重要。关于逮捕令的《框架决定》立于摇摇欲坠的民主基础上，因为它是在欧盟第三支柱下通过的，除了协商之外没有欧洲议会的参与。如果没有欧盟框架决定中必要的自由裁量权，以及各国议会和法院由此产生的机会来维护基本权利和保障，欧盟立法将注定失败。法院解释说，根据欧洲逮捕令进行的引渡必须考虑到这种引渡到外国，附随外国法律秩序、不同的语言和不同的法律文化对受影响的个人的严重冲击。相比之下，如果被指控的行为主要发生在另一个国家，那么被告必须知道一定遵守东道国的法律秩序，否则将面临制裁；与此情况不同，当犯罪活动发生在德国时，不能引渡德国国民，因为这将是德国也存在相关刑事责任的合法预期的正当理由。法院还认为，如果在与德国有实质性联系的情况下，即涉嫌犯罪活动在很大程度上超出寻求引渡的国家领土，则不能进行引渡，因为民主国家的法治要求每个人都必须能够以抽象的方式了解刑法允许什么和禁止什么。最后，法院还裁定，该执行法违反了《基本法》第19.4条，因为它没有提供足够的途径让法院对引渡决定进行独立审查。【1067】

这一决定很重要，因为它揭示了全球化的困难——在这个特别案例中，欧盟背景下的区域化以及刑法等主要是国家法律体系与这些国际机构之间的相互作用。在欧盟背景下，欧盟法律至高无上的额外宪法方面增大了复杂性。这些问题不仅出现在欧洲或欧洲背景下。对联合国安理会的行为进行法律保护也是一个问题，例如欧洲法院的卡迪裁决就是证明。¹⁷⁵安全理事会的此类行动越来越多地影响到个人，例如有人因在“反恐战争”之后被列入名单而资产被冻结或因禁运决议而遭受经济损失。

2. 判决概要

【1068】

(1) 《基本法》第16条所载的基本权利通过禁止遣返和引渡，保障了公民与他们所建立的法律制度之间的特殊联系。根据公民与自由民主政体的关系，原则上不得将公民排除在这种联系之外。

(2) 以有限互认形式在欧盟“第三支柱”中实施的合作是在单一欧洲司法领

¹⁷⁵ CJ, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, 3.9.2008, 2008 ECR I-6351, Kadi; 另参见 ECtHR, Appl. No. 45036/98, 30.6.2005, Bosphorus, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=777884&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>.

域内维护国家身份和国家地位的一种方式，其在辅助性方面是考虑周全的（《基本法》第23.1条）。

(3)在通过实施关于欧洲逮捕令的框架决定的法案时，立法机构有义务以适当限制免于引渡的基本权利的方式实施框架决定的目标。尤其是立法机关除了尊重《基本法》第16.2条保障的基本权利的实质外，更要保证对其规定的保障范围之限权（encroachment）是深思熟虑的。在这样做时，立法机关必须考虑到，禁止引渡的目的正是为了保护受引渡影响的德国人的法律确定性和公众信任等原则。

(4)《基本法》第16.2条以特定方式保护被起诉人对其自身法律制度的信心，这正是引渡请求所依据的行为表现出与外国有重要联系因素之处。

2005年7月18日第二庭根据2005年4月13日至14日的口头听证作出的判决，2 BvR 2236/04.

3.案件事实

原告拥有德国和叙利亚国籍。他本应被引渡到西班牙王国进行起诉，自2004年10月15日起一直被拘等待引渡。在2004年9月16日马德里举行的第5号国民议会，中央刑事调查法院（Juzgado Central de Instrucción）对原告发出了“欧洲逮捕令”。原告被控参与犯罪组织和恐怖主义。据称，他在金融事务上支持恐怖分子基地组织网络，并作为该网络欧洲部分的关键人物，支持其成员之间的联系。在欧洲逮捕令中，这些指控是基于对原告访问西班牙并与犯罪嫌疑人会面和电话的详细描述。2004年10月15日，汉堡汉萨同盟高等地区法院（Hanseatisches Oberlandesgericht）对原告发出逮捕令，并下令将其临时逮捕。法院称，原告被指控自1997年以来一直活跃在西班牙、德国和英国；他是基地组织恐怖分子网络的关键人物之一，并为该组织提供后勤和财政支持。据称，除了别的事务以外，原告参与为奥萨马·本·拉登购买一艘船只。据法院称，他还负责船舶的管理，特别是文件的传输和发票的支付，并且一直是本拉登在德国的固定代言人和助手。除此之外，据称他在2000年底代表该网络前往科索沃，目的是去那里接收一辆救护车以隐瞒其他企图。

【1069】

高等地区法院下达临时逮捕的命令以持续拘捕，等待引渡。

根据在此受到质疑的2004年11月23日命令，地区高等法院宣布可以接受对原告的引渡。

汉堡自由汉萨市的司法当局于2004年11月24日批准了引渡。批准的条件是，在判处最终和不可上诉的监禁或其他制裁后，原告可被送回德国执行该判决。

原告通过他的宪法诉愿，对宣布可对其进行引渡的地区高等法院的命令以及汉堡自由汉萨同盟市司法当局关于准予引渡申请的决定提出质疑，并他声称他在《基本法》第2.1条、第3.1条、第16.2条和第19.4条以及《基本法》第103.2条下的权利受到侵犯。

4. 判决理由选译

B.

.....

可受理的宪法诉愿是有充分根据的。

《欧洲逮捕令法》侵犯了基本权利，就实体法(I.)而言是违宪的。该法案无效(II.)。受挑战决定的法律依据是违宪的，因而被撤销(III.)。

I.

《欧洲逮捕令法》违反了《基本法》第16.2条第1句，因为立法机关在执行欧洲逮捕令《框架决定》时，没有遵守《基本法》第16.2条第2句的合法性限制规定的先决条件(1)。《欧洲逮捕令法》排除了对向欧盟成员国进行引渡的诉求，违反了《基本法》第19.4条(2)。

(1)第16.2(a)条规定的基本权利保护德国公民免遭引渡。但是根据该规定的第二句，在特定情况下，保护可以受到法律的限制(b)。至于限制，立法机关受制于宪法承诺。这些承诺源于法律附带条件，以及基本权利和比例原则提供的特殊保护范围。限制宪法的立法机关在追求公共利益时，有义务尽可能维持基本权利所提供的保护范围；因此，限制宪法的立法机关只能在符合比例原则的情况下对其进行限制，并遵守其他宪法承诺，例如《基本法》第19.4条(c)项下的法律保障。同时，考虑到关于欧洲逮捕令的《框架决定》，《欧洲逮捕令法》不符合这些宪法要求(d)。 【1070】

a)在“任何德国人都不得被引渡到外国”（《基本法》第16.2条第1句）这句话中，《基本法》保证在通过 2000年11月29日的法令对其进行修正之前，对德国公民免于被移交给外国的国家权力不受限制的保护。引渡作为国家在刑事事项上进行国际合作的传统建制，其特点是侵犯基本权利，因为一个人被强制从国内管辖范围转移到外国管辖范围（见联邦宪政法院决定，*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGE 10, 136 [139]*），以审理已在该处提起的刑事诉讼或判决执行（参见*BVerfGE 29, 183 [192]*）。

正如与之相关的禁止流放（《基本法》第16.1条），禁止引渡（《基本法》第16.2条第1句）不仅是国家对本国公民责任的表达，而且这两项禁令都作为自由权利得到保障。保护免于引渡的自由权的目的是使受影响的人免于公

正与合法的判决（BVerfGE 29, 183 [193]）。相反，其目的是确保公民不会违背自己的意愿从他们熟悉的法律体系中被移除。只要居住在国家领土范围之内，所有公民都应该受到保护，免受在他们不知道的法律制度中及他们无法理解的情境下被判刑所带来的不安全感（参见BVerfGE 29, 183 [193]；另见 von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, vol. I p. 1888; Mettgenberg, *Ein Deutscher darf nicht ausgeliefert werden!*, 1925, pp. 6 et seq.; pp. 35 et seq.; Baier, *Die Auslieferung von Bürgern der Europäischen Union an Staaten innerhalb und außerhalb der EU*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht - GA* 2001, p. 427 [434 et seq.]）。

【1071】《基本法》第16条所载的基本权利，通过禁止流放和引渡，保障了公民与他们所建立法律制度的特殊联系。公民权是平等公民身份的法律前提，它一方面确立了平等的义务，但另一方面，最重要的是确立了权利，这些权利的保障使民主制度下的公共权力合法化。与每个人拥有公民权相关的公民权利和义务同时也是整个政体的构成基础。根据公民与自由民主政体的关系，原则上不得将公民排除在这种联系之外。公民对他们受宪法保障的以公民权形式在有联系的国家领土内安定居留的信心，也被国际公法所承认。根据国际法，各国有关义务接收本国公民，即允许他们进入国家领土并在那里居住（参见 Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3rd ed., 1984, s. 1202及更多参考资料；详细阐述见 Hailbronner, in id./Renner, *Staatsangehörigkeitsrecht*, 3rd ed., 2001, Introduction E, marginal nos. 113 et seq.）。进入国家领土的权利与各国从其国家领土引渡外国人的权利相关。

保障公民权和留在自己法律体系中的权利等基本权利具有很高的地位。除其他事务以外，它的起草方式基于德国近代历史的经验；1933年政变之后，纳粹独裁政权立即根据法律条文逐步排除和驱逐尤其是犹太信仰或犹太血统的德国人，令其作为德国人民的一部分不受德国公民权保护，并通过公民权贬值机制，用有权享此地位的公民之新“国家身份”取而代之（见1935年9月15日《帝国民法》（*Reichsbürgergesetz*）第2条，帝国法律公报（*Reichsgesetzblatt - RGBL*）I p. 1146；参见 Grawert, *Staatsvolk und Staatsangehörigkeit*, in: Isensee/Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. II, 3rd ed., 2004, s. 16.1, marginal no. 44）。然而，在《基本法》第16条提供的保障背后，还有自法国大革命以来整个欧洲共同的信念，即公民只有在法律保障其地位的情况下，才能在政治和民法上享有合法地位（见 Randelzhofer, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Article 16.1, marginal no. 2）。

为确保引渡禁令不会提供一个国家的公民在国外刑事诉讼的无限制授权，

并履行国家对其行为的责任以及国家保护他们的承诺，德意志联邦共和国的惩罚性权力原则上扩展到在国外犯下的罪行（参见《刑法典》第5条及以下部分和《违反国际法犯罪法典》（Völkerstrafgesetzbuch - VStGB）第1条），因而作为一般规则，可以起诉德国人在国外犯下的罪行。

b)根据《基本法》第16.2条第2句规定的先决条件，对《基本法》第16.2条第1句保护范围之限权完全是有正当理由的。自2000年11月29日第47基本法修正案（47. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes）第1条生效以来（Federal Law Gazette I p. 1633），《基本法》在某些条件下允许将德国公民引渡到欧盟成员国或国际法院。在这方面，它还向欧洲法律、国际公法和以受控承诺形式的国际合作开放国家法律体系，以促进对维护和平与自由的国际组织和国际公法的尊重，促进欧洲人民在欧盟的日益团结（《基本法》第23.1条）。

【1072】

aa)开放这种许可侵犯了德国人以前不受限制被保障免于引渡的基本权利，因而没有确立违宪的宪法法律。《基本法》的修正案如超出《基本法》第79.3条的范围，将不予受理。只要遵守对宪法的承诺，引渡德国人并不违反《基本法》第1条和第20条规定的原则。遵守法治原则引渡德国人，既不侵犯他们的人格尊严，也不违反《基本法》第20条规定的国家结构原则（参见 BVerfGE 4, 299 [303-304]; 29, 183 [193]）。

bb)引渡本国公民也符合在超国家层面和国际公法中产生的总体发展，《基本法》在尊重国际法的情况下并未针对这一发展设置不可逾越的障碍。作为联合国的一员，德意志联邦共和国根据其宪章第七章，原则上义务遵守联合国安全理事会的决议并执行这些决议（见Frowein/Krisch, in: Simma (ed.), The Charter of the United Nations, 2nd ed., 2002, vol. 1, p. 701 [708-709], marginal nos. 21 et seq.）。安全理事会第827和955号决议在海牙和阿鲁沙临时设立了前南斯拉夫和卢旺达问题国际刑事法庭，规定对一个国家本国公民的引渡，因为作为一般规则，只有这样才能使可能对推定的战争罪犯进行国际起诉（参见1995年4月10日的《与前南斯拉夫问题国际刑事法庭合作法》（Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien）；Federal Law Gazette I p. 485, 以及1998年5月4日的《与卢旺达问题国际刑事法庭合作法》（Gesetz für die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda), Federal Law Gazette I p. 843; 参见 Uhle, Auslieferung und Grundgesetz - Anmerkungen zu Artikel 16 II GG, Neue Juristische Wochenschrift - NJW 2001, p. 1889 [1890]）。

根据国际条约法在海牙设立的常设国际刑事法院规约（参见1998年7月17日国际刑事法院罗马规约法（Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen

Strafgerichtshofs) - ICC Statute Act, Federal Law Gazette 2000 II p. 1393, 于2002年7月1日生效, 2003年2月28日颁布的版本, Federal Law Gazette 2003 II p. 293) 在这方面采用了这两种模式, 但重要的附带条件是, 国际管辖权仅建立在附属基础上。根据法律本身, 规约缔约国有可能通过适当的国家起诉来阻止引渡本国公民(关于补充管辖权原则, 见《规约》第1条和第17条以及2002年6月21日法案第1.1条关于1998年7月17日《国际刑事法院罗马规约》的执行情况(Gesetz vom 21. Juni 2002 zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998), Federal Law Gazette I p. 2144)。因此, 惩罚某些罪行的责任由协调的权限分配来划分。作为国际社会的一员, 德意志联邦共和国意识到自己的特殊责任及其历史原因; 从二战后在纽伦堡和东京法庭对战犯的审判开始, 参与了关于危害人类罪的国际刑事司法制度的演变过程(关于种族灭绝的起诉, 参见2000年12月12日联邦宪政法院第一庭第四分庭的命令, 2 BvR 1290 /99, Neue Juristische Wochenschrift 2001, pp. 1848 et seq.)。

【1073】

作为欧盟成员国, 德国承担了进一步的义务。通过批准阿姆斯特丹条约和尼斯条约, 德意志联邦共和国承诺参与建立和发展“自由、安全和正义的区域”。成员国的合作在欧盟法律的政府间“第三支柱”范围内进行。在这方面, 《欧盟条约》第31.1条b项也规定促进成员国之间的引渡。在此过程中, 欧盟追求的目标是将共同发展的过程以及向人员、货物、服务和资本开放边界的过程与更好的执法机构合作相结合。这应该通过对成员国之间关系的进一步司法化来确保, 即除其他事务外, 通过成员国政府放弃其在国家传统法律关系中惯常的政治自由裁量权, 尤其是在引渡的法律方面——在德国, 正是在准予引渡申请之决定的背景下。

cc)限制引渡德国人禁令的可能性也不会导致《基本法》建立的法律体系失去国家地位的核心要素(Entstaatlichung), 该禁令的有效性迄今为止一直是绝对的。由于《基本法》第20条不可剥夺的原则, 这一发展将从修改立法机关处分自由的宪法中删除(见BVerfGE 89, 155 [182 et seq.])。特别是公民权制度既没有被放弃, 也没有大幅贬值或被欧盟公民权取代, 因此这里不必讨论它对民主原则的重要性。尽管它在其他方面很重要(参见BVerfGE 89, 155 [184]), 但欧盟公民权是一种衍生身份, 与国家公民权相辅相成(《建立欧洲共同体条约》第17.1条第2句); 建立欧洲宪法的条约第I-10.1条第2句也支持这一点, 其中规定欧盟公民权应是国家公民权的补充, 不得取代国家公民权。相应地, 欧洲共同体法律对歧视公民权之禁令并未全面规定, 而是根据授予原则, 仅针对条约规定的目标规定, 特别是在基本自由的背景下。同时, 这也有助于成员国

【1074】

能够维护自己的国家地位（《欧盟条约》第6.3条），后者体现于各自的基本政治和宪法结构中（参见Hilf/Schorkopf, in: Grabitz/Hilf (eds.), *Recht der Europäischen Union*, Article 6 EU, marginal nos. 78 et seq. and Article I-5.1 of the *Treaty establishing a Constitution for Europe*）。

根据《基本法》的规定，丧失国家地位的核心要素是不可接受的，但由于欧洲禁止歧视成员国公民权的地区特定限制，并不能确定在这种情况下将德国公民引渡到其他成员国会造成国家地位丧失。不仅重要的任务仍由国家负责，对引渡禁令的限制也不等于放弃本身必不可少的国家任务。

特别是考虑到辅助性原则（《基本法》第23.1条），以有限互认形式在欧盟“第三支柱”中实施的合作并不规定成员国刑法体系的普遍协调，这是在单一欧洲司法领域内维护国家身份和地位的一种方式。

c)立法机关不能无限制地违反引渡德国人的禁令。

aa)作为合法性的一个有限制的附带条件，《基本法》第16.2条第2句只允许“在遵守法治原则前提下”引渡德国人。这种引渡的先决条件不仅仅重复了不受基本权利限制的法治原则的有效性，特别是比例原则的有效性。正如《基本法》第23.1条所规定的，这反而构成了对请求成员国和国际法院在结构上的对应的期望。在允许引渡德国人时，立法机关必须在这方面审查请求当局是否遵守了法治的先决条件。

在这种情况下，立法机关在限制基本权利时必须核实，声称对德国人具有惩罚性权力的当局遵守法治原则得到了保障。在此必须考虑到，欧盟的每个成员国都应遵守《欧盟条约》第6.1条规定的原则，因而也应遵守比例原则，因而存在相互信任的基础。然而，这并不能免除立法机关在对成员国的一般程序条件的这种信心受到严重动摇的情况下作出反应，并且无论根据《欧盟条约》第7条的程序如何，都不意味着立法机关可以免于这样做。

然而，《基本法》第16.2条第2句中提到的特定限制，并不能取代宪法对每项限定基本权利的法律之限制。反过来，限制基本权利的法律必须遵守对宪法的所有承诺，不得容忍与宪法其他条款的冲突，必须以周全的方式实施限权并遵守比例原则。

【1075】

bb)立法机关在任何情况下都必须以尊重基本权利的方式，行使《框架决定》留给成员国的将相关制度纳入国内法的自由。与将欧共同体指令纳入国家法律相比，确保其符合宪法的责任特别高，这也源于有关措施来自欧盟“第三支柱”的情况。2002年6月13日关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的《框架决定》是欧盟次级立法的行为，它合法地实现了《欧洲联盟条约》确立的目标。根据第34.2条b项，《欧盟条约》对“要实现的结果”具有约束力。诚然，

就其概念而言，欧盟法律下的行动方式仿照超国家共同体法律下的指令；然而，在某些方面，它不同于这种次级法律渊源。《框架决定》不产生直接影响（《欧盟条约》第34.1条b项），其国家效力仍取决于成员国是否将其纳入国内法。通过将直接适用的排除纳入《欧盟条约》，成员国特别希望防止欧洲共同体法院关于指令直接适用的判例法被解释为它还涵盖《框架决定》（关于指令的所谓“纵向直接效力”，请参阅欧洲共同体法院，Joint Cases C-6/90 and C-9/90, European Court Reports 1991 page I-5357 marginal no. 11 - Francovich and others; Case C-62/00, European Court Reports 2002, I-6325 marginal no. 25 - Marks & Spencer; summary in Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2nd ed., 2002, marginal nos. 341 et seq.）。

作为欧盟法律的一种行动形式，《框架决定》位于共同体法律的超国家决策结构之外（关于欧盟法律和共同体法律的区别，参见BVerfGE 89, 155 [196]）。尽管处于一体化的高级状态，欧盟法律仍然是一个不完整的法律体系，被有意分配至国际公法。这意味着一项《框架决定》必须由理事会一致通过，它要求成员国将其纳入国内法，并且这种纳入不能在法院强制执行。欧洲议会是欧洲法律合法化的自主来源，仅在立法过程中被征求意见（参见《欧洲联盟条约》第39.1条）；在“第三支柱”领域，这符合民主原则的要求，因为成员国的立法机构在执行的情况下（必要时也通过拒绝执行），保留起草文本的政治权力。

【1076】

cc)根据关于欧洲逮捕令的《框架决定》的第4条第7款(a)和(b)项，如果欧洲逮捕令涉及被执行成员国法律视为已经全部或部分在执行成员国境内或被视为此类的地方，或签发成员国境外实施的犯罪，并且执行成员国的法律不允许对在其境外犯下的相同罪行进行起诉，则可以拒绝执行欧洲逮捕令。

这些规定表明，需要通过国家法律限制引渡。在通过实施关于欧洲逮捕令的框架决定的法案时，立法机构有义务以如下方式实施《框架决定》的目标，即对免于引渡的基本权利的限制是合比例的。尤其是立法机关除了尊重《基本法》第16.2条保障的基本权利的实质外，更要注意限权其所提供的保障范围是深思熟虑的。在这样做时，立法机关必须考虑到，禁止引渡的目的正是为了保护除其他事务以外受引渡影响的德国公民的法律确定性和公众信任等原则。法律制度的可靠性是自由的基本前提，即一个人对自己生活的概念及落实此概念的自决权。在这方面，法治原则已经要求有权享有相关基本权利的人必须处于能够依赖其行为的状况，而这种行为在符合对应时间点有效法律的情况下不会随后被定性为非法（关于适用法律规定的时间问题，参见BVerfGE 45, 142 [167-168]; 63, 343 [357]）。

被起诉人对自己的法律制度的信心特别受到《基本法》第16.2条，以及要求引渡所依据的行为在德国领土、在德国船只或飞机上或在德国主权范围内的地方已经全部或部分实施的法治原则之保护。对于具有如此重大国内关联因素的犯罪行为指控，如果犯罪行为嫌疑人是德国公民，原则上由德国调查机关在国内进行调查。

如果犯罪行为发生地和行为结果发生地的核心部分位于德国国家领土上，则在任何情况下都存在重要的国内联系因素。在这样的综合情况下，国家对其法律制度完整性的责任和被起诉人的基本权利之声明结合在一起，其结果通常是禁止引渡。不管是谁，一个德国人在自己的司法领域犯下刑事罪行，原则上不必害怕被引渡到另一个国家权力机构。如果情况不同，这种对引渡保护的限
【1077】
制已经接近于影响基本权利的实质。对被起诉人而言，即使其由于欧洲一体化愈发接近，转移到另一个成员国的法律体系不仅意味着可能包括语言障碍、文化差异以及不同程序法和辩护可能性等程序法上的歧视。这种转移最终将被起诉人与另一国的实体刑事法律联系起来，在此不存在他/她参与制定实体刑事法律的民主手段。与德国刑法不同，他/她不知道实体刑事法律；在许多案件中，由于缺乏对各自国家背景的了解，实体刑事法律不允许他/她作为外行人开展足够可靠的比较评估。

如果指控的罪行存在与外国的重要联系因素，则评价结果会有所不同。在另一个法律体系内行事的任何人都必须考虑到，他/她在该法律体系内也要承担责任。作为一般规则，如果构成犯罪的行为完全或主要部分发生在另一个欧盟成员国的领土内，并且结果发生在该国，那么就属于这种情况。在这样的情形下，被起诉人在犯罪后是否有可能成功逃回本国并不具有决定性意义。如果犯罪从一开始就具有典型的跨境特征并表现出相应的严重性，则还必须假设与外国的重要联系因素，例如国际恐怖主义或有组织的毒品或人口贩卖；所有成为这种犯罪结构一部分的人都不能完全依靠他们的公民权，来保护他们免遭引渡。

鉴于在此处概述的案例下，比例抽查的结果通常是可以预测的，如果该行为完全或部分发生在德国，但结果发生在国外，则需要对个别案件进行具体权衡。在这种情况下，必须权衡和关联的是被指控罪行的严重性和有效起诉的可能性；另一方面则是受基本权利保护的被起诉人的利益，同时需考虑到与创建单一欧洲司法领域相关的目标。

在立法机关不利用关于欧洲逮捕令的《框架决定》的第4条第7款(a)项提供给它自由的的情况下，通过明确指出犯罪的构成要素，它必须通过其法律审查计划确保执行该法案的当局将对相互冲突的法律立场进行具体权衡。《基本

【1078】法》第16.2条第2句尚未满足《基本法》第20条和第1条对修宪立法机关的规定，这些规定以抽象和一般的方式要求请求国的法律制度遵守法治原则，并通过德国实施法案建立相应的最低法治标准的一致性。关于引渡人员，特别是引渡本国公民，《基本法》要求在每个案件中具体审查被起诉人的相应权利是否得到保障。这种审查之所以必要，正是因为其他国家的主权惩罚权原则上不受属地原则的约束，并且这种审查是有限的：根据国际法的经典概念，除了要求被指控的罪行与惩罚国家的最低限度联系外，所有其他国家是否在刑事事项上提供司法协助由这些国家自行决定（参见Maierhöfer, *Weltrechtsprinzip und Immunität: das Völkerstrafrecht vor den Haager Richtern: Besprechung des Urteils des IGH vom 14. Februar 2002 (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien)*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift - EuGRZ* 2003, pp. 545 et seq.）。在这方面，《框架决定》只是将不受司法审查的政治决定模式转变为司法权衡，其中应适当考虑《框架决定》的简化目标。

d)《欧洲逮捕令法》不符合这些宪法要求。法律所选择的实现《框架决定》目标的方式不成比例地侵犯了《基本法》第16.2条所规定的免于引渡的自由。

aa)在实施《框架决定》时，立法机关未能充分考虑德国公民的特殊利益保护。在这方面，《刑事事项国际司法协助法》第80条仅通过利用欧盟关于欧洲逮捕令的《框架决定》第5.3条规定的可能性，来区分应该被引渡到欧盟成员国的德国人和非德国人。规定引渡本国公民的条件是有关人员被遣返服刑。根据《刑事事项国际司法协助法》第80条，只有在提出请求的成员国提议在判处不可上诉的监禁刑罚或应当事人请求的其他制裁后，将德国人送回《刑事事项国际司法协助法》的适用领域，才允许引渡德国人进行起诉。

除此之外，仅在也适用于外国人的范围内给予引渡保护。因此，特别是在有充分理由怀疑在引渡的情况下，被起诉的人将因其种族、宗教、国籍、属于特定社会群体、政治信条而受到迫害或惩罚，或他们的处境会因为这些原因之一而变得更加困难（《刑事事项国际司法协助法》第6.2条），引渡就是不可接受的。这一保护性规定也适用于因欧洲逮捕令而引渡的情况（《刑事事项国际司法协助法》第82条）。

【1079】此外，《刑事事项国际司法协助法》第9条第1款禁止以德国已确立管辖权的罪行作为引渡理由，前提是该法适用领域的法院或公共当局因该罪行，对被起诉人作出判决/决定或拒绝启动主要诉讼程序（《德国刑事诉讼法典》（*Strafprozessordnung - StPO*）第204条），驳回了优先公开指控的申请（《德国刑事诉讼法典》第174条），并在施加条件和指引（《德国刑事诉讼法典》

第153.a条)后停止诉讼程序,或最终根据《少年法庭法》第45条、第47条(Jugendgerichtsgesetz - JGG)中止诉讼。由于这项规定,禁止双重惩罚原则上仅适用于国内领土,也包括为进一步起诉而引渡。但与此同时,对于那些德国人在德国法院应负责的案件以及已经在引渡决定之前结束诉讼的相应决定,遵守宪法规定的免于引渡的保护。然而,如果引渡请求是在程序结束之前提出的,或者在德国根本没有提起相应的程序,根据《刑事事项国际司法协助法》和有法律约束力的《欧洲逮捕令法》版本,没有任何东西可以阻止引渡被指控犯下具有重大国内关联因素罪行的德国人。从有权享有该基本权利的人的角度来看,这方面的法律保护存在缺陷。

bb)如果公民要为自己德国的行动以他们预料不到的方式产生的遥远影响,被其他成员国问责,或者他们面临各成员国在争议事项和被告人本身方面都很宽泛的起诉主张,那么侵犯基本权利的特别后果就产生了。如果国家要求引渡的行为依据德国法律并不受惩罚,这种限权的影响甚至更严重。

立法机关本可以选择在不违反《框架决定》约束性目标的情况下,对相关基本权利的实施表现出更高层级考虑,因为《框架决定》包含允许德意志联邦共和国考虑《基本法》第16.2条规定的基本权利例外情况的可能性。如果一方面,欧洲逮捕令涉及执行成员国法律认定为犯罪的行为全部或部分发生在执行成员国的领土或被视为此类的地方(关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第7款(a)项),或另一方面,逮捕令涉及在签发成员国境外实施的犯罪,且执行成员国的法律不允许对在其境外实施的相同犯罪进行起诉(关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第7款(b)项),那么关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第7款允许成员国的司法机关拒绝执行欧洲逮捕令。在任何情况下,对于具有上述含义内的重要国内关联因素的犯罪,立法机关必须就犯罪的构成要件和拒绝引渡德国人的法律义务创设可能性。

【1080】

此外,立法机关被要求在《国际刑事事项司法协助法》第9条规定的基础上作出决定,以加强德国人的法律地位。如果作为欧洲逮捕令对象的人在执行成员国因与欧洲逮捕令所依据的行为相同的行为而受到起诉,或司法当局决定不起诉欧洲逮捕令所依据的罪行或停止诉讼(欧洲逮捕令《框架决定》第4条第3款),则《框架决定》准予拒绝引渡(欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第2款)。在这方面,检察官的初步调查具有额外的功能,即保护个人权利,在将《框架决定》纳入国家法律时必须考虑到这一点。在这种情况下,立法机关应该审查《刑事诉讼法》的规定,以核实检察官办公室不进行刑事起诉的决定是否必须就可能的引渡进行司法审查。此外,这样做可以确保在发布引渡决定之前,未离开德意志联邦共和国领土且根据德国法律未实施刑事犯罪的德国人

不会被引渡。

cc)《欧洲逮捕令法》侵犯了免受引渡保护的基本权利和适用于这种情况的法治原则。如果在将框架立法纳入国家法律时用尽框架立法提供的余地，本来可以避免这种侵权。在这种情况下，立法机关无权避免用尽给予它的自由，甚至不考虑立法机关的起草自由。立法机关没有像《基本法》第16.2条关于法治原则规定所要求的那样，正确地对欧洲对跨境起诉的利益和源自作为德国人身份的权利所要求的保护进行权衡。立法机关没有领会《基本法》第16.2条合法性的特别但书所赋予的权衡权。无论如何，它实际上并没有提供足够程度的引渡保护。

【1081】如果德国立法机关要根据《基本法》第16.2条第2句以宪法方式限制对德国人的引渡保护，则必须通过提供依据法治确定的犯罪构成要件，并在个案中根据这些宪法原则，至少让执行机关能够权衡公民对在这方面得到保护的德国法律制度之信心。法官对基本权利连同比例原则（《基本法》第1.3条）的一般承诺并未达到对限制基本权利之法律的这些要求。

dd)如果坚持了宪法上有必要作出的具有国内关联因素与具有与外国有重大关联因素的涉嫌犯罪之区分，那么从一开始就可以排除与《基本法》第103.2条特别禁止追溯之冲突，因此无需最终确定该条对诸如此处存在的组合情形的重要性。只有在犯罪发生前依法确定了可处罚性，罪行才能被处罚——这项原则是法治下对信赖法律制度可靠性的一种特殊保障，唯此才能指明何者应受惩罚而何者不应受罚。没有这种可靠的方向，个体自由就无法发展：只要预期刑法条款会受到不可预测的追溯性修改，任何人都不再能够在必要的安全保障下行使他/她的行动自由，并将失去他/她涉及基本权利最敏感的领域作为一个自主个体的地位。诚然，追溯禁令仅适用于刑事实体法律的修正，而不适用于程序法的修正，引渡法也被视为程序法的一部分（参见不伦瑞克地区高等法院（Oberlandesgericht），2004年11月3日的命令，Ausl. 5/04, *Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungsreport - NStZ-RR* 2005, p. 18 [19]; BVerfGE 109, 13 [37]）。但是，如果德国人迄今为止享有绝对免于引渡之保护，却要在欧盟成员国国内对与外国没有显著联系因素且在德国不受惩罚的行为负责，这可能相当于对实体法进行追溯性修正。

ee)已暴露的法律规定的缺陷也没有得到充分弥补，因为根据《国际刑事事项司法协助法》第80.1条，只有在确保请求引渡的会员国判处不可上诉的监禁刑罚或其他制裁后，应被起诉人的请求会将其送回德国执行，才可以接受对德国公民的引渡和起诉。的确，在国内执行刑罚，原则上是对一国公民的保护措施，但只涉及执行，不涉及起诉。

除此之外，立法机关将不得不审查可受理性障碍是否是一项适当的措施，请求引渡国缺乏向被请求国提供被起诉人遣返执行的保障构成了此项障碍。根据立法机关的意图，被起诉人的遣返要求应当符合获得改造原则。然而，立法机关已经在立法程序中承认，在个别情况下，被引渡人可能因在德国缺乏刑事责任而无法送返（见联邦众议院文件[Bundestagsdrucksache - BTDrucks] 15/1718, p. 16）。在这种情况下，仅仅承诺送回是不够的，因为它并没有说明在德国服刑的可能性是否存在。

【1082】

(2)根据《刑事事项国际司法协助法》第八部分，在涉及向欧洲联盟成员国引渡的诉讼程序中，关于准予引渡申请的决定缺乏可撤销性（见《国际刑事司法协助法》ss. 78及后续部分），违反了《基本法》第19.4条。诚然，迄今为止，法律实践和法律文献都拒绝了在引渡程序中诉诸法院以撤销关于准予引渡申请的决定的可能性，因为其外交政策和一般政策方面属于执行权的核心领域。但是，如果关于准予引渡申请的决定具体规定了对一项基本权利的法律限制，则这可能不再适用。

a)《基本法》第19.4条保障一项基本权利，只要公共权力行为侵犯了受影响人的权利(bb)，由法院提供有效的法律保护以免受侵害(aa)。

aa)《基本法》第19.4条包含一项基本权利，即获得有效的司法保护，使其免受尽可能完整的公共权力行为的侵害（既定判例法参见BVerfGE 8, 274 [326]; 67, 43 [58]; 96, 27 [39]; 104, 220 [231]）。《基本法》提供的保障包括诉诸法院、审查在正式诉讼中寻求的救济，以及法院具有约束力的决定（参见BVerfGE 107, 395 [401]）。公民对尽可能有效的司法审查有权提出实质性主张（既定判例法参见BVerfGE 40, 272 [275]; 93, 1 [13]）。

保证有效法律保护的一个组成部分首先是法官有足够的权力审查争议的事实和法律方面，以便他/她可以纠正违法行为。然而，根据要审查的措施类型，有效法律保护的规则并不排除起草、自由裁量和评估范围的让步可能会导致司法审查完整性方面的差异（参见BVerfGE 61, 82 [111]; 84, 34 [53 et seq.]）。

bb)保证诉诸法院的前提是受影响的人有权获得法律地位；仅仅侵犯利益是不够的（参见BVerfGE 31, 33 [39 et seq.]; 83, 182 [194]）。这种法律地位的确立可以通过另一项基本权利或等同于基本权利的保障，也可以通过法律确定，由立法机关确定公民享有权利的条件和权利的内容（参见BVerfGE 78, 214 [226]; 83, 182 [195]）。

这些原则也适用于法案将措施留给主管当局自行决定的情况。当此法有关决策的规定依法强制权力机关在行使酌处权时，亦须顾及受影响人受法律保护

【1083】

的利益，《基本法》第19.4条的法律保障得到运用。相反，如果法律规定不保护受影响人的任何合法利益，则该酌情决定不必在法庭诉讼中由他/她撤销；在中间地带，对基本权利进行普遍性的解释值得优先考虑（参见BVerfGE 96, 100 [114-115]以及进一步的参考资料）。

关于在经典引渡程序中准予引渡的问题，联邦宪法法院迄今为止在其判例法中未就准予引渡申请的决定是否可以通过宪法诉愿提出质疑；然而，它假设在任何情况下，审查的可能性都是有限的（参见BVerfGE 63, 215 [226]；联邦宪法法院第二庭命令（初步审查委员会 - Vorprüfungsausschuss），1983年3月16日，2 BvR 429/83, Europäische GrundrechteZeitschrift 1983, pp. 262263；来自非宪政法院最近的判例法，一方面是柏林行政法院的命令（Verwaltungsgericht - VG）2005年4月12日 - VG 34 A 98.04；另一方面，参见柏林高等行政法院（Oberverwaltungsgericht - OVG），Order of 26 March 2001 - 2 S 2/01 - ，高等行政法院的裁决（Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts - OVGE）23, 232 - Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - NVwZ 2002, p. 114）。联邦宪法法院第二庭在关于移交囚犯平行问题的决定中，认为行政权决定的不可撤销性符合《基本法》第19.4条，因为该决定不影响当事人的合法利益（参见BVerfGE 96, 100 et seq.）。

cc)准予引渡是行政机关批准外国引渡被通缉人员请求的决定。在德意志联邦共和国，准予引渡的权限属于联邦政府，由联邦司法部与德国外交部协商行使。根据《刑事事项国际司法协助法》第74.2条，联邦已将其对收到的请求的决定部分授权给各州；反过来，各州可以将其权限委托给下属当局（参见2004年4月28日的协议，该协议于2004年5月1日生效，联邦政府与各州政府之间关于司法互助关系的权限刑事事项，联邦公报（Bundesanzeiger）2004, p. 1, 1494）。该条例规定，引渡将被归类为与外国关系的一部分，联邦根据《基本法》第32.1条对其拥有专属权限（参见BVerfGE 96, 100 [117]）。

【1084】 德国将引渡程序分为审查可否引渡程序和准予引渡程序，这是有历史原因的，至今已导致对程序两个阶段的功能和与被起诉人相关法律保护的可能性的区分。在传统的分隔制度下，受理程序已经并将继续为被起诉人提供预防性法律保护，而准予引渡程序则旨在将外交政策和一般政策方面纳入考量变为可能。因此，在实践中，不可能质疑法院对关于准予引渡申请的决定；此外，大多数法律文献都拒绝了这种可能性（更多文献参见Vogler, Auslieferungsrecht und Grundgesetz, 1970, pp. 306 et seq.; id., in: Grützner/Pötz, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2nd ed. 2004, s. 12, marginal nos. 20 et seq.; 另参见BVerfGE 63, 215 [226]）。

b)《欧洲逮捕令法》通过酌处权（参见(aa)）的要素，拓展了在向欧盟成员国引渡的情况下准予引渡的程序；这有助于保护被起诉人，因此受制于法律保护的保障（参见(bb)）。有效的法律保护强制要求提交的引渡文件是完整的（参见(cc)）。

aa)

.....

《欧洲逮捕令法》试图通过部分纳入《框架决定》中规定的可以拒绝执行欧洲逮捕令的理由，来考虑受基本权利保护的公民利益（参见关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条）。在此，《框架决定》为欧盟成员国提供了一个余地，可以将《框架决定》第4条中列出的不执行理由纳入国家法律，作为强制或可选的引渡禁令，并将其于彼处具体化。

.....

bb)准予引渡的程序辅以拒绝准予的特定理由这一事实导致，在向欧盟成员国引渡的情况下，负责准予引渡的当局不再仅仅决定引渡请求的未指明的外交政策和一般政策方面，而且必须进入一个权衡过程，其主题是尤其要在他们自己国家对受影响的人进行刑事起诉。因此，一方面，德国主管当局被赋予了评估和自由裁量权的余地；另一方面，根据宪法，也存在保护德国公民的义务。

.....

【1085】

说明决定理由的义务（见《刑事事项国际司法协助法》第79条第2句）表明，立法机关也承认就个人引渡申请作出的保护决定对于受影响人的权利之重要性。这一规定在《欧洲逮捕令法》生效之前并未包含在《国际刑事事项司法协助法》中，只是在立法程序过程中草拟了这样一种方式，即不仅要如最初意图的那样向申请国，而且也向被告人提供理由。该条规定有义务将关于准予引渡申请的合理决定通知被告人，以便满足其他标准；根据这些标准，准予可以被归类为典型的行政行为（见《行政程序法》第41.1条（Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG）），该行为须经司法机构审查。

cc)法律保护所需的效率部分还在于，引渡文件或与这些文件等效的欧洲逮捕令允许对受影响的基本权利进行适当的司法审查。《国际刑事事项司法协助法》第83.a条不符合此要求，因为它提及引渡文件并具体规定了欧洲逮捕令中必须提供的最低限度信息，但与常规引渡程序有关的《国际刑事事项法》第10条不同，并不要求此类信息的完整性成为决定准予引渡申请可否受理的必要条件。在《欧洲逮捕令法》生效后的短时间内，《刑事事项国际司法协助法》第83.a.1条被起草为目录条款（Soll-Vorschrift）；这一事实的结果是，在具体的引渡程序中，引渡文件的完整性被认为对于请求的可接受性是可有可无的，并

参考该法的措辞（见斯图加特高等地区法院，2004年9月7日的命令，3 Ausl. 80/04, Neue Juristische Wochenschrift 2004, p. 3437 [3438]；另见Seitz, loc. cit., p. 546 [548]）。尽管作为一般规则，“应该”（*sollen*）一词创设法律承诺，这并不能为背离《刑事事项国际司法协助法》第10条的强制性措辞提供正当性理由，但确实允许背离特殊情况下的此种承诺。为有效保障《基本法》第16.2条所载的基本权利，当上述情形存在时，立法机关必须在本案中予以澄清。

II.

《欧洲逮捕令法》无效（《联邦宪政法院法》第95.3条第2句）。符合宪法的解释或确定该法案部分无效的裁决被排除在外，因为德国立法机构必须能够在规范自由并考虑到宪法标准的情况下，再次决定是否行使《基本法》第16.2条第2句中有限制的法律但书(1)。只要立法机关不通过实施《基本法》第16.2条第2句的新法案，就不允许将德国公民引渡到欧盟成员国(2)。

(1)引渡德国公民的宪法先决条件、法律明确性及法律确定性的原则要求，执行《基本法》第16.2条第2句的法案本身必须是可以理解的，并充分预先地确定准予引渡申请的决定。宪法所要求的具体表述必须在法规文本中体现出来，这不能通过按照宪法解释《欧洲逮捕令法》或确定其部分无效来实现。

.....

(2)只要立法机关不通过新的法案来执行《基本法》第16.2条第2句，就不可能将德国公民引渡到欧盟成员国，但是可以根据《欧洲逮捕令法》生效前有效的《刑事事项国际司法协助法》进行引渡。

III.

高等地区法院的命令(1)和汉堡自由汉萨同盟市关于准予引渡的决定(2)基于违宪法律，因而被撤销（《联邦宪政法院法》第95.3条第2句）。

(1)汉萨同盟高等地区法院2004年11月23日的命令是根据违宪法律发布的，不能仅凭此理由予以维持。

(2)此外，关于准予引渡申请的决定是基于违宪的法律，因而已被撤销。

除此之外，准予引渡的当局以错误的方式行使了其应有的酌处权。它未能承认，准许引渡德国公民需要遵守特殊的宪法标准；在分别依据《国际刑事事项司法协助法》第83.b条与第80.1条审查禁止引渡和遣返问题时，这些标准必须是权衡过程的一部分。诚然，它的准予条件是西班牙当局将在判处刑罚后返回受影响的人，但是它没有处理这种协助执行是否可以根据德国法律的问题。除此之外，此准予指出，鉴于德国检察官的初步调查，总检察长不反对引渡申诉人。检察长在信中仅概述了对原告的调查情况，并指出根据《刑法》第129.a条进行的调查尚未结束。

为保护德国公民，作出批准引渡申请的决定时，在任何情况下都应考虑到检察官已进行国内初步调查的事实。在此，作为一般规则，在德国进行的刑事调查与被指控的行为构成犯罪的相应国内关联因素将导致引渡障碍的存在；在这方面，作出准许的当局自由裁量权受到很大限制，它必须详细说明为什么仍然批准引渡请求的原因。仅仅将引渡到欧盟成员国的可能性不是法律政策的一种选择，关于此的决定只能遵循权宜之计的考虑或刑事司法行政的效果。

C.

.....

Broß法官的反对意见摘录：

我只能同意本庭多数派的决定，即《欧洲逮捕令法》被宣布为无效，但不考虑理由的基本部分，尤其是在与外国有重大关联因素的犯罪的情况下，不考虑它涉及引渡德国公民可以没有任何实质性限制地被采纳的事实。

《欧洲逮捕令法》不仅因为立法机构未能将《框架决定》纳入国家法律而违宪，而是因为它违反了《基本法》第23.1条第1句对一体化的限制，因而已经无效。这是因为《基本法》仅在符合其第23.1条第1句规定的先决条件即辅助性原则的前提下，才向欧共体法律和欧盟法律开放国家法律体系。立法机关在将《框架决定》纳入国家法律时必须考虑到这一点，而现在已经不是这种情况了。

(1).....

(2)《基本法》第23.1条第1句规定的辅助性原则指导职权和任务的分配，主要优先考虑较下层级。更接近公民的较小社会单位应该优先（作为基本来源，参见Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2nd ed., 2001, pp. 223 et seq.; Rojahn, in: von Münch/Kunig [eds.], loc. cit., Article 23, marginal no. 30）。较大的单位仅在更接近公民的较小单位不能或不太有效地执行相应任务时接管（参见Pernice, in: Dreier (ed.), loc. cit., Article 23, marginal no. 71; Rojahn, in: von Münch/Kunig [eds.], loc. cit., Article 23, marginal no. 30）。

.....

(3)在此基础上，只有当国家的起诉要求由于有关案情实质问题的貌似可信的事实原因而未能实现，并且除此之外，在具体案件中，事实原因已得到充分证实，为起诉而引渡德国公民实际上才有可能。只有在这个范围内，立法机关才能将关于欧洲逮捕令的《框架决定》转变为国家法律。 【1088】

.....

(6)联邦宪政法院必须依职权从违反上级法律的角度，审查非宪法法律从属原则的行为（《基本法》第20.3条）。尽管如此，辅助性原则不仅适用于法

律，也适用于个人权利。在此背景下，必须看到与《基本法》第38条紧密的事实联系。在《基本法》第23条的适用范围内，该条款排除了以下做法，即以违反民主原则的方式，转移德国联邦众议院的任务和权限，从而削弱、从事实上限制或预定选举产生的公权力之合法化及其对公权力施加的影响（参见BVerfGE 89, 155 [172]）。

.....

(7)同时，辅助性原则（《基本法》第23.1条第1句）导致立法机关有义务合理地证实立法项目在 欧盟“第三支柱”领域的“整合附加值”，但迄今为止几乎没有人注意到这一点。需要证明理由的首先是以下几点：在何种程度上，成为监管主题的任务超出了联邦和州司法机构的能力范围——在这里是将德国人引渡到欧盟成员国进行起诉，以至于只能在欧盟层面才能得到有效处理——通过引渡（关于这一点，请参见Pernice, in: Dreier [ed.], loc. cit., Article 23, marginal no. 73; Rojahn, in: von Münch/Kunig [eds.], loc. cit., Article 23, marginal no. 33）

.....

(8)通过执行考虑到辅助性原则的《框架决定》，立法机关不违反欧洲法律的要求。《框架决定》的第4条第2款和第3款明确允许在如下情形拒绝引渡：“执行成员国”对欧洲逮捕令所依据的同一行为提起诉讼（关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第2款），或调查当局决定不起诉欧洲逮捕令所依据的罪行或停止诉讼（关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第3款）。这也由本庭多数确定（见B.I.(1) d) bb)）。除此之外，它正确地强调了成员国立法机构的授权，在必要时也拒绝将《框架决定》纳入国家法律（见B.I.(1) c) bb)）。

(9)更令人惊讶的是，本庭多数认为，在与外国有重大关联因素的罪行的情况下，尽管存在公民身份保护义务的规定，以及错误判断辅助性原则（《基本法》第23.1条第1句）和比例原则（《基本法》第20.3条）的含义和范围，但可以提供不受任何实质性限制引渡德国公民的可能性。这种违背无罪推定的程序还作为法治原则的支柱（《基本法》第20.3条），始终令人费解。

然而，立法机关完全可以利用此处受到批评的法律意见，以维护委托于它并应被视为无罪的公民之利益；这些公民完全值得保护，除非有相反的证明。

Lübbe-Wolff法官的反对意见摘录：

我同意本庭的多数意见，即在颁布《欧洲逮捕令法》时，德国立法机构没有充分考虑可能受其影响的人的基本权利，但我不能同意大部分理由（(1)(5)）和关于法律后果的附论(6)。《欧洲逮捕令法》在宪法下的缺陷并不能证明，废

除整个法案是正当的。

(1)限制引渡德国人的依据是《基本法》第16.2条第1句。试图将其锚定在更高（可以说是自然法）、更深（历史）和更宽阔（根据自然法）的领域，会导致误入歧途。

a)一国不引渡本国公民的原则既不能源于“公民与自由民主政体的关系”的性质，也不能以“自法国革命以来全欧洲共同的信念”支持之。譬如该原则并不适用于给我们自由和民主的盎格鲁-撒克逊法律领域的国家（关于这一点，参见BVerfGE 4, 299 [303-304]；有关更多比较法信息，参见Masing, in: Dreier, GG, vol. 1, 2nd ed., 2004, 《基本法》第16条第37项边注）。与禁止剥夺德国公民身份（《基本法》第16.1条第1句）不同，《基本法》第16.2条规定的不引渡德国人的原则并非基于纳粹不公正的经历。它已经可以在魏玛宪法中找到（《魏玛宪法》第112.3条（Weimarer Reichsverfassung - WRV）），并且可以追溯到一个相当古老的传统（参见Masing, *ibid.*, marginal no. 8, 及其中更多资料）。最后，就这里的利益方面而言，也不能说公民对其在本国的安全居留之信心受到国际法的保护。本庭提到各国根据国际法接收本国公民的义务，其中没有任何禁止或限制引渡本国公民的内容。

.....

b)有人认为，将第16.2条第2句纳入《基本法》可能就超出了《基本法》第79.3条所体现的宪法性修正案的可能限度，但如果避免将禁止引渡一国本国公民的禁令赋予宪法未规定的意义，那么这种想法是不着边际的。如果打算在此背景下认真查明修宪立法机关是否会带来“基本法所确立的法律制度失去国家核心要素”，或为此创设了不可接受的理由，但无论如何，解释欧盟公民身份的重要性及共同体法律禁止基于公民身份的歧视之范围，并不能证实这种说法（《建立欧洲共同体条约》第12.1条）。

【1090】

.....

(2)以下声明也是一个模糊信号：“特别是考虑到辅助性原则（《基本法》第23.1条），以有限互认形式在欧盟‘第三支柱’中实施的合作并不规定成员国刑法体系的普遍协调，这是在单一欧洲司法领域内维护国家身份和地位的一种方式。”如果只是因为没有人打算全面协调成员国的刑事司法系统，这一信号意在反对成员国刑事司法系统的普遍协调就是多余的；根据适用法律，这种可能性已被排除在外，不仅出于辅助性的原因，而且已经因为《欧盟条约》（《欧盟条约》第29条、第34条）没有为此提供能力基础。

.....

(3)我不能同意本庭的部分比例性审查的过程和结果。

a)《欧洲逮捕令法》的规定是否充分考虑了与《基本法》第16.2条有关的比例原则，以及在引渡情况下可能受到影响的其他基本权利？这是一个宪法问题；回答这个问题的标准不是《欧洲逮捕令框架决定》，而是《基本法》。因此，答案并不取决于关于欧洲逮捕令的《框架决定》留给德国立法机构的拒绝引渡的自由度。相应地，德国立法机构也没有义务仅仅因为可以避免引渡导致对基本权利的侵犯，就可以选择拒绝执行《框架决定》中提供的欧洲逮捕令的理由。相反，起决定作用的是权衡有效起诉的利益；它一方面是《框架决定》及其被纳入国家法律之追求，另一方面是可能的证人和受害者的利益。

.....

b)除此之外，还有观点认为，《欧洲逮捕令法》在以下情形拒绝引渡的可能性方面表现出在宪法保护上有问题的差距：欧洲逮捕令之对象因实施了和欧洲逮捕令所依据的行为相同的行为，而受到执行成员国之起诉（关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第2款）；或司法当局已决定不起诉欧洲逮捕令所依据的罪行，或停止诉讼（关于欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第3款）。我认为这种观点也是错误的.....

【1091】

然而，除了被一致认为必要的立法实施《框架决定》第4条第7款关于欧洲逮捕令的拒绝理由及其相应的法律保护，本庭并没有说明，为了确保引渡的合比例性，为什么也有必要允许单独使用《国际刑事事项国际司法协助法》第83.b条第1和第2款的拒绝理由之主张，这些主张也享有法律保护.....

c)遣返受影响人以执行可能的监禁判决的问题“必须是权衡过程一部分”，以及立法机关将审查是否“请求引渡国缺乏向被告人返回执行的被请求国提供保证而造成可受理性障碍是一项适当的措施”等陈述，本庭避免回答具有决定性的宪法问题。

这里的问题是侵犯引渡所构成的基本权利的比例性。

.....

因此，对于享有特殊保护的人群（见(1)），当事人被遣返以执行刑罚的可能性必须被视为引渡的强制性先决条件，而且在后期也会被利用。

.....

(4)本庭认为维持法治的限制性条款（《基本法》第16.2条第2句）是向立法机关分配的任务，因为立法机关本身有直接责任确立“保证对德国人拥有惩罚性权力的当局遵守法治原则”。

因此，立法机关应被授权发表一般性声明，在评估个案时对公共当局和非宪法性法院具有约束力，这涉及欧共体成员国是否维护法治原则的问题，必须提出异议。根据三权分立原则（《基本法》第20.3条），法律概念下具有约

束力的事实归并原则上不是立法机关的职责，而是行政和立法机关的职责。

.....

(5) 申诉人声称，引渡他的法律依据表明存在违宪的民主缺陷。他的基本权利只能在议会通过的法案的基础上受到侵扰。德国议会受到仅由政府代表的关于欧洲逮捕令的《框架决定》之约束，因而无法自由决定《欧洲逮捕令法》的条款；后者规定，无论是否存在双重犯罪，引渡都是可能的。【1092】

关于这一论点，本庭表示，在通过多项《欧洲框架决定》时仅咨询欧洲议会这一事实符合民主原则的要求，因为成员国的立法机构在实施的背景下保留了起草的政治权力——如有必要，也可以是拒绝实施）。但这不是对申诉人反对意见的答复，而之是对问题的描述，唯一特点是该疑难问题不被视为一个问题。如果相信我们只能在议会违反欧盟法律的自由中寻求民主合法性，那么事情就相当糟糕。

.....

(6) 我无法识别宣布《欧洲逮捕令法》无效的理由。该法违宪，因为它没有包含规定以保障引渡的合比例性，并对特定人群和与他们有关的案件提供充分的法律保护。为了排除基于此违宪性的宪法侵害，在符合宪法的法规生效之前如下处理即可：如果所涉罪行属于依据欧洲逮捕令的《框架决定》第4条第7.a款或第7.b款可拒绝引渡的罪行（见(3) a），或根据适用法律因缺乏共同犯罪未能可能为可能服刑而遣返（见(3) c），那么声明德国人和值得保护的非德国人（见(1)）不得被引渡。

.....

相比之下，宣布《欧洲逮捕令法》无效也消除了以欧洲逮捕令为由引渡的违宪依据；就它们所涉及的案件而言，本庭未曾以任何方式批评该法律在宪法上存在问题。

.....

Gerhardt法官的反对意见摘录：

我不能同意这个判决。宪法诉愿本应因为没有根据不得被驳回。宣布《欧洲逮捕令法》无效不符合宪法和欧盟法律规定的尽可能避免违反《欧盟条约》之戒律。本庭违反了欧洲共同体法院的判例法。

I.

《基本法》第16.2条规定引渡禁令，一方面旨在防止德国公共机关执行其他国家在德国法律制度中没有等价物的的惩罚要求，这些要求是(1)。另一方面，被起诉人应该免于与国外诉讼有关的可能是严重的额外困难(2)。这两个保护目标都是通过根据宪法解释和适用《欧洲逮捕令法》来实现的，并考虑到了【1093】

欧盟法律。同理以类推方式 (*mutatis mutandis*) 适用于法律保护之保障(3)。

(1)……

我非常遗憾，本庭拒绝在这方面为欧洲解决方案作出积极贡献。特别是通过声称对引渡的禁止和公民权作为一种身份的内在联系，并利用对自身法律制度可靠性之信心这一从未被定义的传统主题，它片面强调国家视角而非实现国家法律联合和欧洲法律联合之间的平衡。它处理欧洲共同体法院的Pupino判决既不涉及概念，也不讨论可能的后果，因而没有促进法律的发展。

(2)如果被起诉人在国外的刑事诉讼所造成的负担与在请求国提出的有利于起诉的优点完全不成比例，《欧洲逮捕令法》提供了拒绝移送请求国的充分可能性。

……

指示立法机关制定新条例不仅是多余的，不符合良好立法的原则，而且对立法机关造成不必要的负担。宣布《欧洲逮捕令法》无效也违反了欧盟法律关于尽可能实现《框架决定》所追求的目标之戒律 (ECJ, Judgment of 16 June 2005, loc. cit., marginal nos. 43, 47)。然而，该戒律在此体现如下：联邦宪法法院确实有维护立法机关之目标的国内任务，但在存在宪法性缺陷的情况下，应尽量维持立法条款与之并行不悖。

(3)《基本法》第19.4条规定，引渡前，法院须审查是否符合比例原则。在决定是否允许引渡的情况下，地区高等法院有义务这样做。法律保护不存在间隙。

II.

同样从它自己的角度来看，本庭本不应被准许宣布《欧洲逮捕令法》完全无效。本庭并未自问以下问题：在宪法诉愿之后，由于缺乏某些规定，宣布一项规范政府侵犯基本权利的法案完全无效，而不是仅仅声明在特定情况下其不适用——这在多大程度上是合理的？如果这个问题的回答是肯定的，那么应该问下一个问题，这是否也适用于可以肯定地预见到被视为缺失的条款最终不会在原案中发挥作用的情况？如果除此之外，本庭认为部分无效是不可能的，

【1094】

它应该通过一项临时法规来支持《欧洲逮捕令法》，并附带条件，以使其符合宪法的适用，直到通过一项新法案。德意志联邦共和国承诺在2003年底之前，将理事会一致通过的关于欧洲逮捕令的《框架决定》纳入国家法律，而该决定对要达到的目标具有约束力。事实上，《欧盟条约》在这方面没有规定侵权诉讼程序；持续性的不纳入违反了德国对欧盟的义务，以及在与其他成员国的关系中体恤和团结的要求。这种侵权行为更为严重，因为根据国家宪法，一项法案的违宪确实不会强制其被宣布无效。本庭最近多次强烈强调，《基本

法》承诺德国融入统一欧洲；德国也有欧盟法的义务以符合欧共同体法律的方式，解释《框架决定》（ECJ, Judgment of 16 June 2005, loc. cit., marginal no. 43）以上两个因素迫使德国通过继续适用，打造一个尽可能接近欧盟法的法律场景，尽管在过渡期间，这种适用根据宪法进行了事实上的缩减和修改。

III.

在起草新条例时，鉴于德国参与关于欧洲逮捕令的《框架决定》在宪法上是基于《基本法》第23条，并且该条在很大程度上剥夺了欧盟内部引渡程序的国际法和外交政策要素，立法机关将不得不考虑，根据《基本法》第32条（《刑事事项国际司法协助法》第74条）赋予联邦行政权限，在这种情况下是否（仍然）是合理的。在这里，问题不是《欧洲逮捕令法》是否需要联邦参议院的批准，而是在起草行政职权时是否有可能偏离《基本法》第83条及后续条款。在我看来，在目前的诉讼程序中不需要决定这个没有与当事方讨论过的问题，因为可能由此导致的《欧洲逮捕令法》违宪不会对其过渡时期的继续适用提出质疑。

十七、政治起诉和庇护——《基本法》第16a条

【1095】（一）一般背景

庇护的基本权利最初包含在第16条中，并于1993年被“移至”新的第16a条。¹⁷⁶这解释了为什么1989年的第一个决定（BVerfGE 80, 315）指的是第16条而不是第16a条。作为基本权利一部分的庇护权是《基本法》对纳粹恐怖的恐惧反应的一个例子，当时德国（和其他地方）有如此多的人——尤其是德国犹太人和其他受迫害的群体——不得不逃离德国并到别处寻求庇护。

新的第16a条大大限制了庇护权。第16a条第2句规定，对于从安全的第三国进入德国的人，将不给予庇护。¹⁷⁷尽管第16a.5条规定了处理难民事务的国际条约和欧盟立法的普遍性，由于德国被九个安全国家和北海所包围，潜在的寻求庇护者只剩下航空旅行。¹⁷⁸相应的欧盟立法法案规定了哪个国家拥有处理庇护申请的专属管辖权。¹⁷⁹根据第16a.3条，联邦立法可以确定初看起来未发生迫害的其他国家，这实际上将反驳的责任放在了难民身上；对于哪个国家对迫害负责的主张，他们必须提供证据表明立法名单是错误的。

“泰米尔人避难案”

BVerfGE 80, 315 - Tamils

1. 译者注解

宪法法院解释了政治迫害的概念，这是获得庇护权的先决条件。法院明确表示，不应将此类迫害狭义地理解为仅包括政治激进主义本身。相反，它延伸到对任何特征的迫害，其在客观上使申请人与众不同并使他/她受到迫害。如果这些特征导致迫害，这些标准可以是政治信仰、民族或种族、宗教、国籍或

¹⁷⁶新的第16a条是一个因过度冗长而令人印象深刻的例子。最初的庇护权由四个字组成。

虽然这可能有点短，但新的第16a条在德文版本中包含5个小节，总共286个单词，其中许多单词在宪法中没有位置，应该留给具体的法规。

¹⁷⁷欧洲联盟成员国和已批准1951年《关于难民地位的公约》（<http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html>）和《欧洲人权公约》的成员国以及被确定为遵守这些法律文书的国家。

¹⁷⁸参照BVerfGE 94, 49 (94-5).

¹⁷⁹参见2003年2月18日第343/2003号理事会条例（EC），该条例确定了负责审查第三国国民在其中一个成员国提交的庇护申请的成员国的标准和机制，OJ L50/1 (2003)，<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:050:0001:0010:EN:PDF>.

性取向。仅仅歧视是不够的。

宪法法院还强调，在难民原籍国的另一个地方安全避难也优先于庇护权。【1096】
由于接受内战和其他此类灾难造成“事实上”的难民，以及《难民公约》第14.1条、第33条和《欧洲人权公约》第3条禁止在有生命、自由危险或不人道待遇的情况下将人员送回原籍国，庇护并不是难民留在德国的唯一途径。

2. 判决概要

(1)《基本法》第16.2条第2句所指的政治迫害原则上是政府迫害。

(2)当迫害基于个人的政治信念、基本的宗教选择或他无法控制的导致其与众不同的特征，故意侵犯了个人的合法权利，以至于因为侵害的强度，造成个人被排除在政府实体的总括性和平秩序之外，它就是政治性的。

(3)如果政府所起诉的行为本身代表了政治信念之表达，那么即便国家这样做是为了捍卫其自身存在的合法利益或政治身份，它原则上也可能构成政治迫害。需要特别的理由才能将此类起诉排除在政治迫害领域之外。

(4)国家在有效主权优势意义上的有效领土控制是国家迫害或归咎于国家迫害的先决条件。因此，只要国家仅承担在争议领土上军事参与正在进行的内战的一方角色，但不再作为全面有效的维和力量存在，政治迫害的可能性就不存在。这同样适用于特定涉及游击战的危机情况。

然而，在所有这些情况下，如果政府部队的战斗旨在以处心积虑的方式，实现从肉体上歼灭对立方或根据对庇护而言相关的标准选出的那一方人员，尽管上述对象不再想或不能抵抗、或不再想参加军事活动，特别是当他们的行为变成蓄意要物理歼灭或摧毁后面这一方人口中一部分人的种族、文化或宗教身份，这就涉及政治迫害。

(5)(a)仅受区域性政治迫害的人不应被视为《基本法》第16.2条第2句所指的政治迫害者，除非这种区域性迫害使他在全国陷入绝境。如果此人无法在其本国的其他地方找到合理的避难所（替代的国内避难所），即属于这种情况。【1097】

(b)替代性国内避难所的前提是寻求庇护者在存在问题的地区充分免受政治迫害，并如果在原籍地不存在这种生存威胁，在任何情况下都不会受到在强度和严重性上与庇护相关的政治原因导致法律权利受损等同的任何其他不利和危险之威胁。

1989年7月10日第二庭命令，2 BvR 502, 100, 961/86.

3. 案件事实

申诉人是锡兰—泰米尔裔斯里兰卡公民。他们针对行政法院驳回其庇护申

请的判决提出宪法诉愿。

宪法诉愿是成功的，因为除其他因素外，行政法院没有考虑到斯里兰卡当时普遍存在的内战局势，认为由于这些行动背后保护国家的动机，斯里兰卡安全部队的行动不属于政治迫害；因此，他们得出这样的假设，即申诉人进入该国时没有受到迫害的威胁。

4.判决理由选译

.....

B.

可受理的宪法诉愿成立。被质疑的判决侵犯了申诉人根据《基本法》第16.2条第2句享有的基本权利。

I.

(1) a)根据《基本法》第16.2条第2句，政治迫害者有权获得庇护。“政治迫害者”一词的含义不能仅根据该条的简洁措辞来缩小范围。相反，有必要明确在既定表述中表达的法律定义的整体意图和目的曾经及当下是什么，尤其顾及立法传统和基本权利的历史发展（参见BVerfGE 74, 51 [57]）。

【1098】 一般来说，基本的庇护权是基于一种信念，即尊重人的尊严之不可侵犯性，任何国家都无权仅出于以下原因威胁或侵犯个人的身体、生命或人身自由：他们的政治信念、对宗教的基本选择或他们无法控制的造成他们的不同（对庇护而言相关的标准）之特征。庇护的宪法权利基本上是由这一法律原则定义的（参见BVerfGE 76, 143 [157 and 158]）。

b)《基本法》第16.2条第2句中使用的描述词“政治”并非指客观划定的政治领域，而是识别特定情况下任何时间可以在任何地区假定的特征或品质（参见BVerfGE 76, 143 [157]）。

迫害要表现为政治性的一个必要前提是它与人民和人民群众共存的一般秩序的组织性质的争端有关，也就是说，与私人迫害不同，它必须是公共性质的，并且来自一个拥有更高权力的人，通常是至高无上的权力，受害者服从于该权力。

因此，政治迫害原则上是政府迫害（既定判例法参见BVerfGE 9, 174 [180]; 54, 341 [356 and 357, 358]; 76, 143 [157 and 158, 169]）。

这是从基本权利的历史发展和意图出发的。历史发展记录了这样一个事实，即议会委员会（Parlamentarischer Rat）认为，对政府的迫害给予庇护是不言而喻的（见议会委员会，代表Wagner和Renner在主要委员会第44届会议上，1949年1月19日，Stenographic Record p. 581, 582）。

国际法当时也在以国家为国际法主体的基础上毫无障碍地继续发展。管理难民的国际法过去和现在都处理涉及国家与其各自公民之间关系的特殊情况。

《基本法》的制宪者发现，这个概念已经存在。他们将其纳入德国宪法（参见Reichel, Das staatliche Asylrecht “im Rahmen des Völkerrechts”, 1987, pp. 87 et seq.）。

如果政治迫害故此原则上为政府迫害，那么这与以下事实并不矛盾：行政法院判例法将这种类国家组织等同于国家，因其已经驱逐了相应的国家，或者后者已经放弃了该领域给它并实际上被它取而代之（参见联邦行政法院1985年12月3日的判决，Buchholz 402.25 s. 1 of the Asylum Procedure Act [Asylverfahrensgesetz - AsyVfG] no. 43）。

c)国家代表内部和平的实体，通过压倒一切的秩序在内部将所有分歧、冲突和争端相对化，使它们保持在暴力阈值以下，并且不对个人的可能存在提出质疑，也就是说，他们因而不会暂停和平秩序（参见BVerfGE 76, 143 [159 and 160]）。政府权力服务于这个目的。然而，保护权也可以蜕变为迫害权。因此，《基本法》中庇护保障背后的逻辑完全源于特定类型的迫害性政府权力运用所带来的危险（参见BVerfGE 9, 174 [180]）。

【1099】

d)因此，如果迫害是基于与庇护目的相关的特征而故意侵犯个人的权利，从而使个人因此侵犯强度而被排除在首要的政府实体和平秩序之外，则迫害是政治性的。

aa)相关措施必须故意侵犯受影响方的合法权利。这在个人由于其本国的大体情况（例如饥饿和自然灾害）而必须遭受的不利情况以及内乱、革命和战争的一般后果的情况下并不存在。例如联邦宪法法院明确表示，庇护权并不是为了让每个在祖国生活必然有物质需求的人有可能离开祖国，以在德国改善他的生活状况（BVerfGE 54, 341 [357]）。

bb)并非每一种在法庭上不可接受的蓄意权利侵犯都构成导向庇护的政治迫害，例如该权利侵害是根据德意志联邦共和国的宪法命令。该措施必须旨在基于与庇护目的相关的特性准确影响受波及的一方。是否存在这种特定意图并由此“因为”庇护标准而发生迫害，必须基于有关措施的实体特征而非引导迫害者的主观原因或动机，作为该措施本身可识别动机的要素来确定（参见BVerfGE 76, 143 [157, 166 and 167]）。

cc)最后，在目前意义上故意造成的权利侵害必须代表不只是损害的程度，而且是排斥和迫害。强度的程度并没有抽象规定。它必须从庇护权所服务的人道主义意图中推断出来，即为那些发现自己处于绝望境地的人提供庇护和保护（参见BVerfGE 74, 51 [64]；一般参见BVerfGE 54, 341 [357]；76, 143 [158 et

seq., 163 and 164]) 。

(2)根据联邦宪政法院的判例法，第三方的迫害行为也可被视为《基本法》第16.2条第2句所指的政治迫害。然而，这假定它们可以归属于各自的政府（参见BVerfGE 54, 341 [358]; 76, 143 [169]）。

这取决于国家是否以国家实际可用的手段向受影响的一方提供保护（参见BVerwGE 74, 41 [43]）。

【1100】 如果国家不准备或认为自己没有能力通过在具体案件中（充分）使用现有手段，来对抗特定第三方实施的迫害行为，尤其是国家神职人员或政党，那么就合理将其迫害行为归咎于国家（参见BVerfGE 54, 341 [358]）。

如果提供保护超过某一特定国家的能力，情况就不同了。它对于规范庇护的法律之责任并不超出其实际掌握的手段。对于规范庇护的法律而言，将迫害行为归咎于第三方的依据并不完全在于国家对合法使用武力之垄断，而仅在于其基本实现。如果庇护保障是为了提供保护，防止使用特定类型的迫害性政府权力（参见上文BVerfGE 9, 174 [180] and (1) c)），则包含了一个相反结论，即《基本法》第16.2条第2句并没有承诺防止无政府环境或政府权力解散的结果。

(3) a)政府的自卫行为也可为获得庇护权提供理由。一概拒绝向参与反对其国家的政治活动并因此受到该国迫害的人提供庇护，并不符合《基本法》的庇护保障。如果根据《日内瓦公约》难民的特征来界定基本庇护权保护的区域，“基于其政治信念”的特征不仅包括政治观点本身及其表现，而且原则上也包括相应的活动。

这源于庇护权的立法传统和《基本法》第16.2条第2句的历史发展。禁止引渡传统上构成庇护权的核心，但自19世纪以来，他们也开始支持“政治罪犯”，即外国人从事基于反对派政治信念的活动，这些活动违反了本国政府用来捍卫其基本政治秩序和领土完整的刑法。根据1929年12月23日的德国引渡法（*Deutsches Auslieferungsgesetz - DAG*），因政治罪被起诉的外国人不得被引渡，除非他们犯有蓄意危害生命的罪行，而这些罪行并非在公开战斗中发生（《德国引渡法》第3条 [*Deutsches Auslieferungsgesetz - DAG*], Reich Law Gazette [*Reichsgesetzblatt - RGBL.*] 1929 I p. 239; 见《关于刑事事项国际司法协助法》第6条[*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen - öö*], 1982年12月23日, Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt - BGBl.*] I p. 2071) 。

议会委员会在禁止引渡的背景下讨论了庇护的基本权利，这反映了自19世纪以来普遍实行的庇护实践。在这种情况下，议会委员会当然假定政治罪犯在原则上也有权获得庇护，只要他们得到保护以免受引渡（JöR 1, 1951, pp. 165 et seq.; 第18届议会理事会和第44届主要委员会会议，Stenographic Record pp. 217

and 218, 582 et seq.)。

今天，在目的、先决条件和法律后果方面，对政治犯的传统禁止引渡原则上可能不同于为政治迫害者提供庇护（见BVerfGE 60, 348 [359]; 64, 46 [62 and 63]），但庇护权与不引渡政治犯之间的实质联系保持不变。【1101】

b)因此，如果以行动形式表现出来的政治信念属于保护基本庇护权的范围内，政府起诉行为本身就是代表政治信念的表现——特别是分离主义和革命政治活动——在原则上可能构成政治迫害，尽管国家如此行为是为了捍卫其自身存在或政治身份的受法律保护之利益。需要根据具体的划分标准提出特别理由，以将这种起诉排除在政治迫害领域之外。

保护合法权益最初就是这样一个标准。因此，当一个国家起诉刑事犯罪时，原则上不存在政治迫害——即使它们也是出于政治动机，特别是那些针对其公民的合法利益的行为：从这个意义上说，起诉刑事犯罪不是“政治”迫害。

还必须考虑所有进一步的客观情况。因此，如果可以从这种情况得出结论，这种起诉不是针对犯罪本身所表现的政治定罪，而是针对体现在政府实践中通常会受到惩罚的行为这样附加的犯罪成分，那么对针对政治合法利益的行为的起诉并不构成政治迫害。例如，当刑事犯罪在特别危急的紧张状态下被起诉时，这种情况超出了对国家实体或现有政治秩序的威胁，并立即威胁到民众的安全，以客观上可以理解的方式，来保护公民的私人法律利益，但不是惩罚政治信念的表达或表现。在恐怖主义活动导致的极端不确定的情况下，如果政治信念的表达或表现以这种示范性方式发生——也就是说，没有适当明确和可靠地与此类活动分离，以致于它们必须被公众理解为构成对恐怖主义的支持，则可能是这种情况。因此，批判性和颠覆性政治信念的表达或表现本身仍属于庇护权的保护范围。

但是，如果按照上述规定起诉不构成政治迫害的刑事犯罪，但客观情况可以推导出，受影响的一方仍然因为与庇护目的相关的特征而受到迫害，仍可能会演变为政治迫害。如果在迫害国对类似的非政治性刑事犯罪进行起诉时，他受到的待遇比通常更为严厉，则尤其要怀疑这一点。

c)无论何时，政治罪犯的庇护前景还有另一个限制——尽管庇护权在政治信念方面是中立的：德意志联邦共和国根据其支持的国际法律秩序原则上不赞成寻求庇护者的行为。议会委员会已经同意，根据庇护权的法律，某些严重破坏公共安宁的行为也是不能容忍的；在这方面，提到了既定引渡法的“暗杀条款”和1929年《德国引渡法》第3.3条（见议会委员会，代表Schmid博士在1948年9月23日基本问题委员会第4次会议，Stenographic Record p. 37）。【1102】

如果寻求庇护者在表达其政治信念时使用了恐怖手段，特别是如果寻求庇护者使用了对公众构成危险的武器或袭击无辜当事人的生命，则超出了上述限制。对政敌的迫害是庇护的理由，但不是对恐怖主义的防御。国家为防范恐怖主义而采取的镇压或预防措施，如果是针对活跃的恐怖分子、刑法意义上的从犯或事先参与恐怖活动准备、没有自己参与此类活动的人，则不构成庇护立法所指的政治迫害。但是，如果从其他情况——例如起诉行为的特殊强度——中可以得出结论，受影响的一方仍然因为与庇护目的相关的特征而受到迫害，或者如果国家采取的措施超出了指定类别的人群，例如鼓吹分离主义或其他政治目标，但不支持或仅在胁迫下支持恐怖活动，以上述标准(b)衡量时，可能存在与庇护目的相关的政治迫害。这尤其适用于与纯粹的反恐有关的行动，这些行动可能是为了打击恐怖主义和积极支持恐怖主义的环境，为了应对恐怖主义行为，旨在使没有立即卷入持续冲突的平民受到蛮力的压力。

(4) a)如果国家在有效主权优势意义上的有效领土控制是受到或归于国家迫害的先决条件，那么在有争议的领土上，只要国家只承担一方的角色，军事方面参与持续性内战，但不再作为一个有效的总体维和力量存在，就不会存在政治迫害的可能性。因此，已成为内战当事方的国家在该领土上采取的措施，如果在一定程度上表现出典型的军事性质并有助于重新获得其领土（虽然是为了确保在法律上该区域（仍然）是该国领土的一部分，领土控制实际上已经输给了与之作战的其他势力），则不构成就庇护法而言的政治迫害。在这种情况下，政府军在內战中与对方作战，一般看来并不构成政治迫害。如果政府军以一种旨在实现对对方或归于对方的人的肉体歼灭的方式进行战斗，并且根据与庇护目的相关的标准进行选择，尽管这些人不再想要或不能提供抵抗，或不想/不再想参加军事活动，特别是如果政府部队的行为变成蓄意的肉体消灭或毁灭整个叛乱部分人口的种族、文化或宗教特征，情况当然不同。

另一方面，如果国家能够维护其基本的领土控制权，或者尽管内战仍在继续，其在特定地区重新获得领土，由于其优势地位，对于庇护而言的政治迫害的可能性将继续或再次发生。

b)除了所谓的公开内战之外，游击战在近几十年变得更加普遍。它的特点在于不对称性，叛乱分子为了不暴露以防被攻击而一直躲藏起来，但逐渐侵蚀了国家对武力使用的垄断。如果这导致对国家领土控制的持续挑战，而不仅仅是暂时的挑战，就会出现一种中间情况，在这种情况下，国家的保护和迫害的权力仍然有部分完好无损，但必须与更强大或更优越的对立力量竞争。国家的和平秩序因此原则上暂停。这种情况存在于恐怖袭击蔓延并一再针对国家安全部队时，同时为了强行获得支持，也针对肇事者自己所处的群体，这些袭击使

国家负担过重，以至于传统的警察和刑法防御手段不再充分，国家确实必须以军队和军事手段作出反应，因此在可预见的未来将无法为其公民的生命、自由和财产提供可靠的保护。

当这种危机局势发生时，只要这种情况盛行，国家就会发现自己处于与公开内战相当的境地：它越来越失去作为首要和有效维和力量的主动权。因此，根据与庇护有关的立法，就行动的相关性而言，国家行动在这方面失去了迫害的性质，即使它们违反了国际法——这种情况并不罕见，特别是违反了1949年《日内瓦红十字公约》和1977年《附加议定书》。

但是，如果上述(4) a)意义上的国家安全部队的行动超出了为恢复国家和平秩序而采取的与内战中的对方作战的措施，那么在这种特殊情况下也存在政治迫害。

(5)仅受区域性政治迫害的人不应被视为受到《基本法》第16.2条第2句所指的政治原因之迫害，除非这种区域性迫害使他在全国陷入绝境。如果他无法在其本国的其他地方找到合理的避难所（国内避难所替代方案），就会出现这种情况。

a)正如已经表明的，庇护权是基于被迫害者和他作为公民的国家之间的关系。原则上，只有这种状态才能作为迫害的动因受到质疑（见上文(1)(b)）。受迫害者的祖国在地区考虑方面也具有决定性意义：只有被政治迫害者在本国全境无助并因此必须在另一个国家寻求保护，才有权获得《基本法》第16.2条第2句含义内的庇护（参见BVerwG, JZ 1984, p. 294; BVerwG, Buchholz 402.25 s. 1 of the Asylum Procedure Act no. 72）。

【1104】

在考虑欧洲或北美性质的国家时，其整个领土都受制于单一的文化和法律秩序，当然很难想象同本身在国家的一个地区积极参与迫害的一国不仅不会干扰在该国另一地区受影响的人，甚至会保护他们免受该地区其他人的迫害。在不少国家，国家呈现出两个或多个侧面；它为不同的地区追求不同的目标，建立或容忍不同的文化或法律秩序。从本案的审理中可以看出这一点。当政府领导认为只有通过可被视为构成政治迫害的手段，才有可能成功击退该国某一地区的分裂运动时，自然不需要在该国其他不存在这种愿望的地区使用这些手段。

关于庇护权，由于国家的这种多面性现象，不一定每个在该国某个地区直接或间接受到国家起诉的人都需要在另一个国家得到保护，因此在需要的情况下可以证明给予庇护是正当的。在这种境地，这些人可以被转移到他们国家没有迫害的地区。但是，在这种情况下需要考虑到，这种具有多个面的国家也是同一个国家。在考察一个人是否可以迁移到该国没有迫害的地区的问题时，这

一情况不容忽视。

b)在另一个国家提供庇护以保证本国提供保护的辅助性原则也反映在国际难民法中。根据《日内瓦难民公约》第1.A条第2项，只有无法利用其国籍国的保护或由于有充分理由害怕被起诉而不愿利用这种保护的人才是难民。因此，受迫害者必须首先转向其国籍国，然后才能在另一个国家寻求保护（见 Nehemiah Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees - Its History, Contents and Interpretation*, 1953, p. 46）。

【1105】国际法的各个机构都在践行这一理念：《非洲统一组织（非统组织）公约》第1条第2项规定，在仅为区域性起诉的情况下，承认难民身份的先决条件是，这种迫害是离开自己国家到另一个国家寻求庇护的令人信服的理由（*Association for the Study of the World Refugee Problem Bulletin*, 1970, p. 86 [87]; 见 Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1983, pp. 26 et seq., 42）。

国际法下的庇护制度在《基本法》形成时也没有其他内容。然而，如果假设《基本法》第16.2条第2句旨在提升当时被理解为庇护或给予庇护的合法权利（参见 BVerfGE 74, 51 [57, 63]; 76, 143 [156 and 157]），那么在特殊理由的情况下，根据《基本法》给予庇护的基本权利，在任何场合都不能比《日内瓦公约》下的国际难民法更宽泛地解释。

c)如果受影响的一方不会将自己置于彼处的绝望境地，则可以认为该国其他地区存在另一种可能性。如果在原籍地不存在这种生存威胁，这假定寻求庇护者在所涉领域充分免受政治迫害，并且在任何情况下都不会受到任何不利和危险的威胁，这些不利和危险在程度和严重性方面等同于与庇护目的相关的政治原因导致合法权利的损害（参见 BVerfGE 54, 341 [357]）。

(6)正如本庭所强调的，《基本法》第16.2条第2句下的庇护权是基于庇护的概念，即迫害、逃亡和庇护之间的因果关系（参见 BVerfGE 74, 51 [60]）。

根据反映这一点的基本权利的基本立法概念，因政治迫害而被迫离开自己的国家并在另一个国家寻求保护和避难并因此来到德国的人通常会有庇护权。未受到迫害而进入该国但仍希望在这里获得庇护，并根据在该国发展的情况或此人畏惧的后续发展来进行合理化的情况经常发生，却是非典型的（关于逃难后发生的情况，见前引书，第64页及以下）。

根据这一基本庇护权的立法概念，在评估寻求庇护者是否为《基本法》第16.2条第2句所指的政治迫害者时，须适用不同的标准，这取决于此人是否离开了他的原籍国以逃离实际发生或面临政治迫害的直接威胁，或已来到德意志联邦共和国而未受到迫害。

a)如果事后审查表明寻求庇护者逃离了全国范围的政治迫害，通常会考虑承认庇护权。如果发现迫害的危险只是区域性的，也有必要确定寻求庇护者在整个国家都处于绝望的境地（见上文(5) c)）。如已经表明的那样，如果寻求庇护者在该国其他地区没有足够的安全性来免受政治迫害，或者通过转移至彼处，由于庇护目的相关之外的原因而面临发现自己处于绝望境地的威胁，就是这种情况。至于在该国其他地区免受政治迫害的安全性，如果一个人根据行政法院在实践中确立的两种概率标准进行诉讼，应采用“降低”的概率标准进行回顾性评估。这也考虑到了上述(5) a)关于呈现多个方面的国家的考虑。对于与迫害无关并且可能与在本国内迁徙有关的不利和危险，也不需要相对改善。因此，如果可以确定受影响的一方在该国其他地区不会受到政治迫害，并且无法确定他在前述该国的那些地区会受到不利和危险的威胁，则他被认为是已离开该国而没有受到迫害（见下文 b)）。

【1106】

另一方面，如果确定寻求庇护者由于政治迫害的发生或直接威胁而离开了该国，并且不能合理地期望他如上所述在其本国内迁徙，除非他可以在本国再次获得保护，否则他有权根据《基本法》第16.2条第2句获得庇护。因此，如果导致他在作出决定时逃离的情况持续存在且没有任何重大变化，则庇护申请必须成功。如果迫害的危险在此期间已经不复存在，重要的是它是否会再次发生；根据《基本法》第16.2条第2句，如果寻求庇护者能够充分地安全地免受反复迫害，则不需要承认庇护权（参见BVerfGE 54, 341 [360]）。这同样适用于在持续的、有限的区域性政治迫害的情况下，在到达《基本法》的适用范围后出现了合理的国内替代避难所之可能性。这一点的前提是在该国这些地区逃离起诉的人不仅可以免受政治迫害，而且免于那些会使期望此人在逃亡时改变其位置变得不合理的不利和危险；另外，此人没有被任何其他使他处于绝望境地的不利条件和危险所威胁。

b)但是，如果寻求庇护者在没有受到迫害的情况下离开本国，他根据《基本法》第16.2条第2句的庇护申请，只有在他受到因逃亡后发生的情况以1986年11月26日的决定（BVerfGE 74, 51 [64 et seq.]）之标准衡量是相当可观的政治迫害威胁的情况下才能成功。如果这种危险仅在本国的部分地区构成威胁，则受影响的一方可能会被转介到他可以充分安全免受政治迫害的地区，除非存在上述(5) c)中提到的原则基础上被认为是不合理的其他不利和危险之威胁。

(7)如果被迫害者不能根据《基本法》第16.2条第2句申请庇护，他不必受到保护。德意志联邦共和国与西欧其他国家一样，出于人道主义原因，仍然允许因内战或国内严重骚乱而被迫逃离的难民（称为“事实上的难民”）留在该国，尽管不满足被承认为政治难民的条件。此外，《外国人法》（Ausländergesetz -

【1107】

AuslG) 第14.1条、《日内瓦难民公约》第33条和《欧洲人权公约》第3条保证，如果某人的生命或自由因使此人与其他人不同的特征而受到威胁，或者如果存在不人道待遇的具体危险，则不会被驱逐和驱逐出境。

这种人道主义保护可通过东道国之间的合同协定进行规制，特别是在那些位于相应母国附近的国家之间。在这种情况下，可以商定统一运用所有提供保护的国家之容纳能力。此外，德意志联邦共和国可以努力制止在外国侵犯人权和不人道的行为，并可以采取保护措施保护与联合国人权公约和《欧洲人权公约》有关的人权。

II.

根据所提出的标准，被质疑的判决不符合《基本法》第16.2条第2句的要求。

.....

(二) 庇护（第三国规则）

“第三国入境案”

BVerfGE 94, 49

1. 译者注解

在这项决定中，宪政法院必须处理对第16a.2条的修正案，即所谓的“安全第三国”条款。经修订的《基本法》条文显然也是宪法的一部分。但由于第79.3条有些特殊的规定，它限制了宪法的修改，并要求任何此类修改都必须遵守《基本法》第1条和第20条所载的原则，德国宪政法院实际上可以检验即便是宪法（修正案）的合宪性。第1条非常强调人的尊严和所有后续基本权利的重要性，这实质上意味着至少这些权利的核心是不可修改的。然而，这并不一定意味着庇护权不能被触及，甚或它必须受到宪法的保护。这只能意味着权利的核心必须保留。《基本法》第16a条的新规定依赖安全的第三国以及欧洲庇护框架¹⁸⁰可能不那么值得赞许，尤其是在程序方面，但仍足以保证在国内免受迫害的安全避难。

【1108】 2. 判决概要

(1)(a)通过1993年6月28日的《基本法修正案》（Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes - GGÄndG），修正案立法机构为实现欧洲保护难民权利的整体

¹⁸⁰ 见上文脚注72。

体系奠定了基础，该体系将在参与其中的国家之间分摊责任。

(b)只要不违反《基本法》第79.3条的限制来规定联邦宪政法院的标准，修宪机关在基本权利的制定和修改方面也不受法律限制。《基本法》第1.1条规定的保障的实质内容不包括基本的庇护权。该保证的实质内容以及从该内容中得出有关德国国家权力的后果必须独立确定。

(2)《基本法》第16a.2条限制了基本庇护权的实施范围，而第16a.1条仍然保障这一基本权利。来自第16a.2条第1句所指的安全第三国的人不需要在德国获得第1款所保障的基本权利的保护，因为此人本可以得到防范第三国政治迫害的保护。

(3)根据《基本法》，欧洲共同体的各个成员国自动被视为安全的第三国。

(4)(a)保证适用法律要求的《日内瓦难民公约》（GRC）和《欧洲人权公约》（ECHR）（《基本法》第16a.2条第2句）被指定为安全的第三国，特别前提是该国已成为这两项公约的缔约国，除非首先确定外国人是否面临GRC第33条所指的迫害威胁或其国内存在ECHR第3条所指的酷刑或不人道或有辱人格的惩罚，其法律制度不允许将外国人驱逐到据称实施迫害的国家。

(b)立法机关在选择调查手段方面有一定的自由度以获取事实依据，以便将国家指定为安全的第三国。立法机关的评估必须是合理的。

.....

1996年5月14日第二庭根据11月21日、22日和23日以及1995年12月5日的口头听证作出的判决，2 BvR 1938, 2315/93. 【1109】

3.案件事实

宪法诉愿涉及排除在从安全的第三国入境时援引《基本法》第16a.1条规定的基本权利的可能性，该权利受《基本法》第16a.2条第1句和第2句1993年7月27日颁布的《庇护程序法》（Asylverfahrensgesetz - AsyVfG）第26a.1条的约束（Federal Law Gazette [*Bundesgesetzblatt* - BGBL.] I p. 1361，在这方面还有关于立即实施终止该国居留的措施之规定，见《基本法》第16a.2条第3句和《庇护程序法》第34a条）。

联邦宪政法院针对两名根据所谓的“庇护妥协”的修订申请庇护未获成功的宪法诉愿，宣布以上援引《基本法》和《庇护程序法》的规定不符合《基本法》。

4.判决理由选译

.....

C.

宪法诉愿是没有根据的。《庇护程序法》第26a条连同第18.2条第1项、《庇护程序法》第31.4条、第34a.1条和第34a.2条以及将附录I中奥地利列入《庇护程序法》第26a条的做法符合《基本法》。最终没有发现基于宪法的理由，反对受质疑的联邦办公室（Bundesamt）和边境保护办公室（Grenzschutzamt）的决定以及行政法院的命令。

I.

依据1993年6月28日的《基本法修正法》，修宪机关修订了基本的庇护权。与之前的基本权利的性质相比，此次修订限制性更强，因此可以作为一个整体被视为宪法条款细节构建和应用的基础。《基本法》还赋予修订立法机关在制定和修改基本权利方面的权力和责任广泛的自由度。只要不违反《基本法》第79.3条的限制，并规定了联邦宪法法院的标准，立法机关也不受法律约束。

【1110】 随着庇护立法的改革，立法修订为达成一项全面的欧洲协议奠定了基础，通过一项根据国际法管辖权审查庇护申请和相互承认庇护决定的协议来保障难民保护，以便在参与该制度的国家之间分配责任义务（《基本法》第16a.5条）。尽管在国际法层面有此类规定，但立法机关在《基本法》第16a.2条中考虑了难民和移民在世界各地流动的情况，因此迥异于与以前完全通过国家法律监管来解决与政治难民住宿有关问题的方法。立法机关仍然认为有必要为免受政治迫害提供保护，但将希望避难的外国人推荐给他们可以获得保护的安全的第三国。

(1)因此，如果第三人来自欧洲共同体成员国或其他保证适用1951年7月28日的GRC（BGBl. 1953 II p. 560）和1950年11月4日的ECHR（BGBl. 1952 II p. 953）的国家，则不得根据《基本法》第16a.2条第1句援引其第1段中保障的基本避难权。欧洲共同体以外的第三国由联邦法律确定（《基本法》第16a.2条第2句）。

在适用的情况下，本条款从属于《基本法》第16a.5条所指的国际法协议……

(2)修订立法所采用的安全第三国概念限制了《基本法》第16a.1条仍然保障的基本庇护权的运作范围。这种方法涉及从外国人的行程中得出关于需要保护的结论：从《基本法》第16a.2条第1句意义上的安全第三国抵达的人不需要在德国得到第1段保障的基本权利保护，因为此人本可以在该第三国获得免受政治迫害的保护。被排除在基本庇护权之外并不取决于外国人是否可以或应该被遣返第三国。庇护程序尚未发生，为预期受到基本权利保护而授予的临时居留

权也不适用。根据《基本法》第16a.2条第3句，在第1句所涵盖的情况下，终止居留权的措施可独立于针对此类措施采取的任何法律补救措施执行。

(3)修宪机关认为，如果希望得到保护的外国人可以在适用GRC特别是其第33条所载的禁止驱回的其他国家寻求庇护，免受政治迫害就得到了《基本法》第16a.2条第1句规定的保证（《基本法》第16a.1条）。此外，《欧洲人权公约》特别是其第3条也必须适用于该第三国；因此，《基本法》考虑到与庇护权相关的迫害行为和将难民转至其他国家获得可能的保护时不人道或有辱人格的惩罚或待遇之间的流动转换（另见《基本法》第16a.3条第1句以及今天在诉讼程序中的判决2 BvR 1507和1508/93）。

a)修宪机关本身已在《基本法》第16a.2条第1句中将欧洲共同体成员国定义为安全的第三国。这源于立法的历史发展，也源于修订立法机关以第三国规则所追求的目标，即成员国根据《基本法》自动成为安全国家。 【1111】

.....

b)《基本法》第16a.2条第2句授权立法机关通过要求参议院批准的联邦法律，指定符合第1句条件的其他国家。这种指定的前提是确保在这些国家适用《关于难民地位的公约》和《欧洲人权公约》。

aa)只有当这些国家成为这两个公约的缔约国时，才会出现这种情况。由于根据其第1A.2条，《日内瓦难民公约》最初仅适用于因1951年1月1日之前发生的事件而产生的难民，而包含这一时限的规定自1967年1月31日《关于难民地位的议定书》第I.2条（BGBl. 1969 II p. 1294）生效之日起生效，这些国家也必须成为该议定书的缔约方。这些国家还必须接受公约规定的旨在确保履行批准公约时承担的义务的控制程序。一方面，这适用于GRC第35条规定的与联合国难民事务高级专员办事处合作的义务。另一方面，根据《欧洲人权公约》第25条，任何人都可以就违反本公约规定的权利向欧洲人权委员会提出诉请。

bb)此外，国家机构也必须受这些国家法律命令的约束才能适用公约。前提是在未事先确定该外国人是否受到GRC第33条所指的迫害或ECHR第3条含义中酷刑或不人道/有辱人格的处罚或对待的情况下，国家不得根据其法律制度将外国人驱逐到据称实施迫害的国家。

1)在对难民身份进行实质性核查的背景下，各国必须以根据GFC第33条禁止驱回的要求以及GFC第1 A.2条中包含的难民一词的定义为指导。如果个体构成的人群从一开始就根据国家法律或政治命令不被视为难民，或者因为签署《日内瓦难民公约》受地区资格限制（见GRC第1B条和议定书第I.3条）或比方说由于外交政策的尊重，来自某些国家的难民通常不会获得庇护。

2)根据《基本法》第16a.2条被指定为安全第三国而被排除在基本庇护权之 【1112】

外，并不要求外国人在该第三国获得与德国庇护程序基本对应的审查程序。但是第三国的法律和实际情况必须使寻求保护的外国人实际上有可能申请保护，从而使主管当局承担在事前审查之后作出这方面决定的义务（另见1992年11月30日 / 12月1日欧洲共同体成员国负责移民的部长关于《以统一方式处理有关第三国作为东道国问题的决议》第2.c-d条，重印于ZDWF-Schriftenreihe no. 53 “Article 16a GG und seine Folgen”，1993年2月，第152和153页）。

然而，《日内瓦难民公约》并未规定确定难民身份的具体程序。根据1969年5月23日的《维也纳条约法公约》第31.3.b条（BGBl. 1985 II p. 926），也无法确定在这方面是否已经形成了一种必须被视为具有约束力的特定政府惯例。

例如在国际法上，难民署执行委员会于1977年在第8（XXVIII）号结论中通过的确确定难民身份程序的最低标准不具有约束力。但是，根据国际法，协议的当事方通常必须善意行事以实现协议的目的。因此，他们不得通过事实上遗漏核实难民身份的程序来逃避《日内瓦难民公约》规定的义务，特别是因为只有通过以某种方式正式化的程序才能确定驱逐出境是否违反了GRC第33条中的禁止驱回规定（见Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1984, p. 165 and 166 and 167; *Ibid.*, in: *Yearbook of the International Institutions of Humanitarian Law*, 1985, 56 [60]; Hannum, *Guide to International Human Rights Practice*, second edition 1992, p. 221 and 222; 另参见BVerwGE 7, 333 [334]）。

拒绝外国人进入该程序的申请截止日期的存在，就算没有得到满足，也不妨碍将一个国家指定为安全的第三国。如果尚未达到承认难民身份的最后期限，则在任何情况下都有义务确定在被驱逐到据称实施迫害的国家之前，GRC第33条所载的禁止驱回是否在具体案件中直接或间接地排除了这种措施。如果外国人在被送返到第三国后将无法在第三国获得正式程序，则同样适用——例如鉴于在第三国最初逗留期间未提交保护申请，并且为此目的提交申请的截止日期已过。第三国规则的目的是将受影响的当事方转介给提供保护的国家（参见Bundestag document [*Drucksache des Deutschen Bundestages - BTDrucks*] 12/4450, p. 20）。

- 【1113】 cc)制定第三国规则的国家（参见《申根执行协定》第29.2条第2句；《都柏林协定》第3.5条）也可以根据《基本法》第16a.2条第2句被指定为安全的第三国。但是，如果未确定根据GRC第33条和ECHR第3条的先决条件是否获得或相应保护是否通过正式程序在某国（即在“第四国”）实际上得到保障，第三国的法律制度不得授权该国将外国人驱逐到存在令他们面临被进一步驱逐至据称实施迫害国之威胁的第四国。如果第三国认为它有权将难民驱逐到另一个国

家，尽管该国并不满足这些先决条件，那么《日内瓦难民公约》之适用在第三国并不能得到保证。根据GRC第33.1条，不得将难民“以任何方式”驱逐或遣返他们面临迫害威胁的领土边界。因此，禁止驱回不仅禁止直接转移到实施迫害的国家，而且禁止驱逐或返回任何存在进一步驱逐到实施迫害国家的威胁的国家。专家Kälin在口头听证会上明确证实了这一点（另见Zimmermann, *Das neue Grundrecht auf Asyl* [1994], p. 171, 172以及进一步的参考资料）。

dd)根据《基本法》第16a.2条第1句为此目的规定的标准，立法机关被赋予将国家指定为安全第三国的独立责任，通过立法细化基本权利的内容。至于回答这两个公约是否能确保适用的问题所需的事实认定，立法机构可以通常假定，如果一个国家由于其法律制度和总体惯例保证原则上其行政遵守法治，该国的机构将尊重现行法律，因此也尊重这两项公约。只有当立法机关显然经常不遵守这两项公约（无论是一般性的还是涉及来自某些国家的难民），才不属于上述情况。

立法机关在选择其所采用的调查手段方面具有一定的自由度，可根据合理的保留进行观察和更进一步的调查。立法机关在根据国家机构和（可接触到的范围内的）国际机构的官方信息作出决定，并考虑其他可用的调查手段。

立法机关在根据上述标准评估以这种方式获得的事实基础时，享有自由裁量权和决策自由，以确保两个公约之适用。立法机关的决定必须是合理的。

.....

(5)从《基本法》第16a.2条所指的安全第三国入境者，不得援引其第1款。【1114】因此，此类外国人被排除在基本庇护权的实施范围之外（见上文(2)）。

《基本法》第16a.2条第1句的措辞不包括援引《基本法》第16a.1条规定的基本庇护权。如果外国人将被遣返至安全的第三国，由于《基本法》第16a.2条的实质性影响，外国人本可以对驱逐出境提出异议的实质性权利（特别是《外国人法》（*Ausländergesetz - AuslG*）第51.1和53条）并不适用，除非第三国存在下文所述的具体危险情况（见下文 e)）。另一方面，反对实施驱逐令且可能推动根据《外国人法》第55条签发容忍许可的人道主义和个人原因不受影响。

a)《基本法》第16a.2条的立法内容源自这一条规定的第三国安全性立法确认的概念。根据《基本法》所载的决定，欧洲共同体的成员国被认为是安全的。其他国家可根据《日内瓦难民公约》和《欧洲人权公约》的实施获得保证之结论，被立法机关指定为安全的第三国（《基本法》第16a.2条第2句）。

.....

II.

《基本法》第16a条对基本庇护权的修改不违反《基本法》第79.3条的限

制。修宪机关亦符合《基本法》第79.1条第1句的规定。

(1) a) 《基本法》第79.3条禁止以影响《基本法》第1条和第20条规定原则的方式修改《基本法》。这不仅包括《基本法》第1.1条所载的尊重和保障人的尊严的原则。《基本法》第1.2条承认不可侵犯和不可剥夺的人权是人类社会、和平与正义的基础，在这方面也很重要；连同《基本法》第1.3条所载的下列基本权利，这些权利的保障原则上不受限制，因为它们对于维持符合《基本法》第1.1和1.2条的秩序是必不可少的法律。《基本法》第20.1条和第20.3条阐明的法治和社会状态原则的基本要素也必须得到尊重。尽管如此，《基本法》第79.3条只要求不影响上述原则。另一方面，它并不阻止立法机关出于适当的原因通过修正案来修改体现在实在法中的这些原则的上述方面（参见BVerfGE 84, 90 [120 and 121]）。

【1115】 b) 与《基本法》的所有条款一样，基本庇护权原则上由立法机关支配，立法机关可以修改《基本法》（《基本法》第79.1条第1句和第79.2条）。《基本法》第79.3条对修宪机关施加限制，对《基本法》第1条和第20条规定的原则进行修订是不可接受的，外国人未能得到以一项基本权利形式来保障免受政治迫害的保护这一情况，没有违反该限制。然而，联邦宪政法院在《基本法》（旧版）第16.2条第2句中对“因政治原因受迫害的人”一词的定义中表示，庇护的基本权利是基于定罪，其被定义为尊重人的尊严不可侵犯，大意是任何国家都无权以个人的政治信念、基本宗教选择或超出该个人的控制特征为由，威胁或侵犯个人的身体、生命或人身自由（见BVerfGE 80, 315 [333]；另见BVerfGE 54, 341 [357]；76, 143 [157 and 158]）。

但不能由此推论，基本的庇护权已包含在《基本法》第1.1条保障的实质内容中。该保证的实质内容是什么以及从其内容中得出的对德国国家权力的影响必须独立确定。

因此，如果修宪机关中止庇护的基本权利没有受到阻止，则暗示下列条款仍然在可允许的宪法修正范围内：从个体层面将基本权利的实施范围撤回的《基本法》第16a.2条第1句和第2句、在程序方面限制保证的实质性内容的第3款、重新表述了《基本法》第19.4条法律追索保证的第2款第3句和第4款，以及最后根据国际法通过协议建立了泛欧难民保护规定基础的第5款。

c) 《基本法》第16a.2条第3句包含一个特别条款，涉及从安全的第三国入境的情况下终止在该国逗留的程序。该条款修改了《基本法》第19.4条。关于《基本法》第20条规定的原则是否违反《基本法》第19.4条具体规定的个人在法治下诉诸法院原则（见BVerfGE 30, 1 [157 et seq.]），这个问题可以持续探讨。《基本法》第16a.2条第3句在任何情况下都没有违反这一原则。这尤其适

联邦宪政法院基本判决选编

用于自外国人立即返回安全第三国而无需控制机构进一步的事先审查必须得到保障以来，但在这一措施之前，法律确认了《日内瓦难民公约》和《欧洲人权公约》在第三国的适用保证。

(2)《基本法》第79.1条第1句要求，宪法修正案（在本案中是根据《基本法》第16a.2条第3句修改《基本法》第19.4条）必须反映在《基本法》本身的文本中；通过将《基本法》第16a.2条第3句插入《基本法》文本，此要求得到满足。【1116】

.....

十八、选举权——《基本法》第38条

一般评论

《基本法》第38条涵盖了选举权，规定了联邦议会的选举方式，即普遍选举、直接选举、自由选举、平等选举和无记名选举。第38条不属于第1条至第19条所列权利目录的一部分，从这个意义上说，它不属于可和美国类比的德国权利法案的一部分。然而，第93.1(4a)条涉及德国宪政法院的裁决权，特别是其审理个人宪法诉愿的权力，其中包括《基本法》规定的某些其他权利；它们也属于宪法诉愿可行使的权利，因此等同于《基本法》前十九条所载的权利。

《基本法》第38条规定的选举权就是其中一项权利。其他是第20.4条中的抵制权、第33条中与公民权和进入公务员制度有关的权利、自己法定法官的管辖权（第101.1条）、公平审判和无罪判决（第103条）和人身保护令（第104条）。

第38条为向欧盟权力范围的宪法诉愿的自然过渡发挥了关键作用。《基本法》第38条的选举权由第93.1(4a)条提升至与第1-19条一系列基本权利相同的地位，因为所有这些权利都是主观权利，即它们在程序上由向宪政法院提出的宪法诉愿程序保障。宪政法院一贯认为，《基本法》第38条规定的选举权不仅保护了狭义的选举行为，例如：选举的保密性、选举资格的普遍性和选举的平等性，选举权也保护了由选举决定组成的机构的地位。正如宪政法院一贯认为的那样，这意味着如果议会失去核心权力，《基本法》第38条规定的选举权可能会受到侵犯。对《基本法》第38条的这一解释为公民利用宪法诉愿程序质疑欧盟条约和欧盟法案的修正案开辟了道路，从而使宪政法院在确定德国于欧洲一体化中和影响欧盟时所充当的角色发挥了重要作用。¹⁸¹

【1117】

“选举权排除案”

BVerfG 29.1.2019, BvC 62/14

1. 译者注解

该案涉及根据《联邦选举法》法定排除两组人的选举权。第一组是根据《德国民法典》（GCC）第1896条规定受到永久完全监护的人。因为囿于精神疾病或身体、精神或心理障碍，此类人无法照顾他/她的事情。在此门类下，超过8.1万人受到影响，在2013年联邦选举投票中被排除在外。¹⁸²第二类是根据

¹⁸¹ 关于身份审查，另见上文第十六章（二）。

¹⁸² BVerfG, 29.1.2019, 2 BvC 62/14, http://www.bverfg.de/e/cs20190129_2bvc006214en.html,

《联邦刑事诉讼法》的相关规定，被认定为无刑事责任能力而被关押在精神病院的人（第20、63条）。

对于第一类人，宪政法院认为排除规定违宪，因为逻辑缺陷表明排除这部分人是歧视性的。根据《德国民法典》（GCC）第1896条被排除在外的人群仅包括已被指定监护人的人群。它不包括条件完全相同但仍然能够向家庭成员或第三方出具充分的授权以有效为他们承担相同任务的人。换言之，问题不在于无能力处理自己事务的人被排除在选举之外，而在于实现该结果所产生的歧视性效果。¹⁸³另外，出于同样的原因，法院将排除在选举之外的行为视为《基本法》第3.3(2)条禁止的基于残疾的歧视。¹⁸⁴

宪政法院采取了类似的做法，在排除第二类人的选举权问题上结果相同。对于这一群体，法院指出，在犯罪时允许其逃避罪责所需的（精神）缺陷与现在能否参加选举无关，对于有理由将其限制在精神病院的各种精神疾病也是如此。¹⁸⁵法院还指出了其逻辑矛盾及其产生的歧视性悖论，即根据被质疑的法律，那些在犯罪时被认定无能力对犯罪时的缺陷负有刑事责任的人如果不关在精神病院，就不会失去投票权。¹⁸⁶

值得注意的是，宪政法院非常重视在德国进行的科学研究。¹⁸⁷这项研究揭示的一个有趣的方面是，德国受永久监护的人数在各州之间差异很大，巴伐利亚每10万人口中接受永久监护的人数是不来梅州的26倍。¹⁸⁸其次，法院还考虑了适用于选举权的各种国际条约下的国际法律状况，¹⁸⁹即《公民权利和政治权利国际公约》（第25条）、《欧洲人权公约》（第1号议定书第3条）和《残疾人权利公约》（第29条）。宪政法院质疑并不同意残疾人权利委员会先前的裁决，后者判决所有对残疾人的排斥都违反了该公约。¹⁹⁰这一讨论进一步说明了宪政法院对涉及人权保护的国际法之重视，但也表明，如果结果被认为没有说

【1118】

para. 106.

¹⁸³ Id. at para. 102 et seq.

¹⁸⁴ Id. at para. 111.

¹⁸⁵ Id. at para. 116 et seq.

¹⁸⁶ Id. at para. 131.

¹⁸⁷ 联邦劳动和社会事务部，关于残疾人的主动和被动选举权的研究报告，研究报告470，2016年7月，可在<https://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/Forschungsberichte/Forschungsberichte-Teilhaber/fb470-wahlrecht.html>查阅（最后访问于2019年8月18日）。

¹⁸⁸ 见Research Report 470, p. 39 and 40（每个联邦州都有详细的数字表）。

¹⁸⁹ BVerfG, 29.1.2019, 2 BvC 62/14, http://www.bverfg.de/e/cs20190129_2bvc006214en.html, paras. 61 et seq.（最后访问于2019年9月6日）。

¹⁹⁰ 进一步参考CRPD委员会的判例，Id. at paras. 75-77.

服力，且为解释条约条款而设立的机构（此处为CRDP委员会）被认为没有被授权作出决定性的调查结果，那么法院不愿意仅仅因为这些结果存在就遵循这些条约机构的调查结果。

2. 判决结论

(1) 如果诉愿涉及此排除，则排除选举权并不排除根据《联邦宪政法院法》第48(1)条启动选举申诉程序（*Wahlprüfungsverfahren*）之能力。

(2) 如果申诉人仅在选举申诉程序中声称被侵犯了主观权利，则无需证明选举违规行为影响了议会席位的分配（*Mandatsrelevanz*）。

(3) 如果某些人必须被认为没有足够的能力参与人民与国家机关之间的沟通过程，那么根据宪法，排除选举权可能是合理的。

(4) 《联邦选举法》第13条第2款未能满足关于法定分类的宪法要求，因为在没有充分事实理由的情况下，以与平等权背道而驰的方式确定了受选举权排除影响的人群。

(5) 《联邦选举法》第13条第2款不适用于识别通常无法参与民主交流过程的人。

【1119】

3. 案件事实

A.

I.

摘自2019年2月21日13/2019号新闻稿：

《联邦选举法》（*Bundeswahlgesetz - BWahlG*）第13条第2款规定，在初步禁令后的监护不仅仅是临时性的情况下，被置于完全监护之下的人不得享有选举权。

BWahlG第13条第2款禁止在《刑法》（*Strafgesetzbuch - StGB*）第20条所指的免于刑事责任的国家犯罪后根据第63条被关在精神病院的人行使选举权。第1、2和4至8号申诉人部分属于受BWahlG第13条第2款影响的人群，部分属于受第3款影响的人群，他们不被允许参与2013年9月22日第18届德国联邦议院的选举。在向德国联邦议院提出的关于选举有效性的申诉未获成功后，他们在此处审查的选举申诉（*Wahlprüfungsbeschwerde*）中质疑他们被排除在投票权之外，声称这违反了《基本法》（*Grundgesetz - GG*）第38.1条第1句下的普选原则（*Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl*）和第3.3条第2句的禁止不利待遇。

4. 判决理由选译

B.

关于1号、2号和4号至8号申诉人，选举诉愿是可以受理的。然而，第3号申诉人的诉愿不可受理。 [24]

I.

对于选举申诉程序中对联邦议院决定的申诉，联邦宪政法院的权限遵循《基本法》第93条第1款第5项连同第41条第2款和第3款、《选举监督法》第18条（*Wahlprüfungsgesetz - WahlPrüfG*）和《联邦宪政法院法》（*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*）第48条…… [25]

在这方面，联邦宪政法院也有权对申诉人宣布BWahlG第13条第2款和第3款无效的申请作出裁决。在选举申诉的背景下，法院不仅审查主管选举机构和德国联邦议院是否遵守联邦选举法，而且审查联邦选举法是否符合宪法（参见联邦宪政法院的决定，*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - BVerfGE* 16, 130 <135 and 136>; 121, 266 <295>; 123, 39 <68>; 132, 39 <47 para. 22 >）。 [26]

II.

第1号、第2号和第4至8号申诉人尽管被排除在选举之外，但仍具有提出诉愿的合法能力。根据《联邦宪政法院法》第48.1条的措辞，只有“有权选举的个人”才能提出选举申诉。但是这并不排除在申诉恰好涉及选举权的情况下提出申诉的能力，否则根本不可能根据实体法审查选举权。因此，在评估此类申诉的可受理性时，必须假定申诉人有权选举（参见BVerfGE 132, 39 <44 para. 12, 46 para. 20>）。第3号申诉人提出申诉的能力毋庸置疑，因为他有权在第18届德国联邦议院的选举中投票。 [27]

IV.

选举诉愿并未因第18届议会任期已结束而变得毫无意义。 [35]

…… [36-38]

C.

就选举申诉可受理的程度而言，它是有充分根据的。如果根据BWahlG第13条第2款和第3款排除投票权，即违反了《基本法》第38.1条第1句的普选原则和第3.3条第2句禁止因残疾状态而受到不利待遇。由于BWahlG第13条第2款和第3款违宪，根据这些规定将申诉人排除在选举之外侵犯了他们的权利。 [39]

I.

与允许法定排除选举权有关的具体宪法要求源自《基本法》第38.1条第1句

【1120】

(1)的普选原则和《基本法》第3.3条第2句禁止因残疾状态而受到不利待遇(2)。这些要求符合德意志联邦共和国在国际法和欧洲法律下的义务(3)。 [40]

(1)普选原则保障所有公民的选举权和被选举权(a)。立法机关只能行使《宪法》第38.3条赋予它的授权，以限制普选原则的方式塑造选举制度，前提是存在《宪法》承认为合法的理由，且其至少与普选原则同等重要。在这方面，它有权简化和分类(b)。 [41]

【1121】 a)与平等选举权原则 (*Grundsatz der Gleichheit der Wahl*) 一样，普选权原则保障公民在政治自决方面的平等。这是民主原则所要求的 (参见BVerfGE 99, 1 <13>; 132, 39 <47 para. 24>)。他们在投票和参选能力方面的平等待遇是国家秩序的重要支柱 (参见BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>; 132, 39 <47 para. 24>)。在积极方面，普选原则保证所有公民都有权选举和被选举 (参见BVerfGE 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 132, 39 <47 para. 24>)。它要求任何人都一般都可以以尽可能平等的方式行使选举权 (参见 BVerfGE 58, 202 <205>; 99, 69 <77 and 78>)。在消极方面，它禁止不合理地排斥公民个人参加选举 (参见BVerfGE 36, 139 <141>; 58, 202 <205>)，以及出于政治、经济或社会原因排斥某些群体 (参见BVerfGE 15, 165 <166 and 167>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>)。与平等选举权原则一样，普选权原则必须被理解为在德国联邦议院选举资格方面要求严格和形式平等 (参见BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 129, 300 <319>; 132, 39 <47 para. 24 >)；在普选原则的范围内，这是对平等权利的普遍保障的具体体现，诉诸《基本法》第3.1条被排除在外 (参见BVerfGE 99, 1 <8 et seq.> ……)。 [42]

b) aa)普选原则不受绝对的禁止差异化的约束……关于选举权或被选举权的差异必须始终以宪法认可为合法的具体理由为正当理由，且其至少与普选原则具有同等重要性 (参见BVerfGE 42, 312 <340 and 341>; 132, 39 <48 para. 25 >; 参见关于平等投票权的原则BVerfGE 95, 408 <418>; 120, 82 <107>; 129, 300 <320>; 130, 212 <227 and 228>)，使得它们可算作“令人信服的理由” (参见BVerfGE 1, 208 <248 and 249>; 95, 408 <418>; 121, 266 <297 and 298>)。 [43]

bb)可以限制普选原则并因此在选民中造成差异正当理由尤其包括通过民主选举所追求的目标，譬如保障选举作为形成选民政治意愿集成过程的功能 (*Integrationsfunktion der Wahl*)，以及保证选举产生的议会正常运作 (参见BVerfGE 95, 408 <418>; 120, 82 <107>; 129, 300 <320 and 321>; 132, 39 <50 para. 32>)。第一个目标包括保障选举作为沟通过程的功能 (参见BVerfGE 132, 39 <50 para. 32>)。 [44]

既然民主不应仅限于治理者与被治理者之间的单纯形式联系，它依赖于自

由和开放的沟通（参见BVerfGE 132, 39 <50 para. 33>以及进一步的参考资料）……否则，选举无法发挥分配给它们的综合效果。因此，如果必须认为一群人没有足够的能力参与人民与国家机关之间的沟通过程，则根据宪法排除选举权是合理的（参见BVerfGE 132, 39 <51 para. 34>）。 [45]

cc)立法机关通常有责任平衡普选原则和相互冲突的宪法利益（参见【1122】BVerfGE 95, 408 <420>; 121, 266 <303>; 132, 39 <48 para. 26>）。在这方面，联邦宪法法院只评估是否超出了立法机关的狭窄范围，而并不评估立法机关的解决方案是否应急有效或在法律和政治上可取（参见BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <237 and 238>; 95, 408 <420>; 121, 266 <303 and 304> ; 132, 39 <48 para. 27>）。为了证明限制普选权的合理性，差异化安排必须对实现其目标是适合和必要的（参见BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <238>; 71, 81 <96>; 95, 408 <418>）。此类限制的允许范围还取决于对投票权的干扰程度（参见BVerfGE 71, 81 <96>; 95, 408 <418>）。立法机关的评估和评价必须以政治现实而非抽象情景为指导（参见BVerfGE 7, 63 <75>; 82, 322 <344>; 95, 408 <418>）。在评估限制投票权是否合理时，必须采用严格的标准（参见BVerfGE 120, 82 <106>; 129, 300 <317, 320>; 132, 39 <48 para. 25>）。 [46]

然而，考虑到选举权的重要性和民主平等的严格概念导致其自由度受到限制，立法机关在规定选举权时有权简化和分类（参见BVerfGE 132, 39 <49 para. 28>）…… [47]

……原则上，立法机关可以典型案例作为其立法基础，而不必通过制定相应的特殊规定来适应每个特定的群体（参见BVerfGE 82, 159 <185 and 186>; 96, 1 <6>; 145, 106 <146 para. 107>）。但是法定概括必须具有尽可能广泛的基础，并包括所有相关群体和需要监管的事项（参见BVerfGE 122, 210 <232 and 233>; 126, 268 <279>; 133, 377 <412 para. 87>）。特别是立法机关不得选择非典型案例作为法定分类的模式，而必须通过标准化典型案例来反映现实（参见BVerfGE 116, 164 <183>; 122, 210 <233>; 126, 268 <279>; 137, 350 <375 para. 66>; 145, 106 <146 para. 107>）。此外，只有在与它们相关的困难难以避免的情况下（参见BVerfGE 84, 348 <360>; 87, 234 <255 and 256>; 100, 59 <90>），只有仅影响相对少数人且不平等对待没有很重的分量的分类才被允许（参见BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 100, 59 <90>; 143, 246 <379 para. 362>）。关于困难的条款可能是必要的，以避免无法忍受的负担。此外，分类带来的好处一定要与其必然带来的不平等待遇充分相关（参见BVerfGE 110, 274 <292>; 117, 1 <31>; 120, 1 <30>; 123, 1 <19> ; 133, 377 <413 para. 88>; 145, 106 <146 para. 108>）。 [48]

(2)除了普选原则之外，选举权的排除必须根据《基本法》第3.3条第2句(a)来衡量，该条禁止以残疾为由使人处于不利地位(b)。值得注意的是，这一禁令并非没有限制。然而，使残疾人受到不利待遇需要令人信服的理由(c)。

【1123】 a)《基本法》第38.1条第1句中的普选原则和《基本法》第3.3条第2句中规定的禁止不利待遇，作为对平等权利的普遍保障的具体体现，同时适用(aa)。这也适用于选举申诉程序(bb)。 [50]

.....

[51-53]

b)《基本法》第3.3条句禁止任何因残疾状态而受到的不利待遇。在这方面，残疾的原因是无关紧要的。相反，从长远来看，一个人独立生活的能力是否会受到损害是决定性的。残疾人包括精神病患者，如果长期损伤影响到他们无法充分、有效和平等地参与社会（参见BVerfGE 128, 282 <306 and 307>，参见《残疾人权利公约》（CRPD）第1.2条）。 [54]

公共当局将残疾人排除在发展和参与的可能性之外。如果这种排除没有通过针对残疾的支持措施得到充分补偿，就相当于《基本法》第3.3条第2句所指的不利待遇（参见BVerfGE 96, 288 <303>; 99, 341 <357>; 128, 138 <156>）。因此，如果国家措施使残疾人的处境与非残疾人的处境相比更加复杂，那么他们就受到不利待遇。如果他们被剥夺了其他人可以获得的发展和参与的可能性，就会出现这种情况（参见BVerfGE 96, 288 <302 and 303>; 99, 341 <357>）。最终，禁止任何形式的使残疾人处于不利地位的不平等待遇（参见联邦宪政法院第一庭第二分庭判决，2016年3月24日，1 BvR 2012/13, juris, para. 11; 2016年6月10日，1 BvR 742/16, juris, para. 10; 另见BVerfGE 99, 341 <357>）。这还包括间接不利，即无意将残疾人排除在参与的可能性之外，而是公共当局采取措施的典型附带后果..... [55]

除了禁止不利待遇外，《基本法》第3.3条第2句还包括一项支持残疾人的任务。它要求在可用的财务、人员、事实和组织资源的范围内平等参与（参见BVerfGE 96, 288 <308>）。 [56]

c)但是，《基本法》第3.3条第2句也不是绝对的（参见BVerfGE 99, 341 <357>）。只有具备令人信服的正当理由，才允许通过法律使残疾人受到不利待遇（参见BVerfGE 85, 191 <206 and 207>; 99, 341 <357>; 另参见2016年6月10日联邦宪政法院第一庭第二分庭，1 BvR 742/16, juris, para. 10.....） [57]

【1124】 如果人们正是由于他们的残疾而缺乏行使权利所必需的某些智力或身体能力，则在上述含义内有一个令人信服的理由。如果一个人由于残疾而缺乏必要的精神方面的能力，并且如果不能通过适当的援助系统加以补救，则将一个人排除在需要这种能力的权利之外并不构成《基本法》第3.3条第2句意义上的基

于残疾之歧视（参见BVerfGE 99, 341 <357……>）。 [58]

除此之外，基于残疾的不平等待遇只能通过平衡相互冲突的宪法（参见BVerfGE 92, 91 <109>; 114, 357 <364>）和严格的比例性检查来证明是合理的……在这方面，不平等待遇必须是适宜、必要和恰当的，从而保护另一个至少具有同等重要性的宪法利益。立法机关在这方面的自由度很窄。因此，在目前的情况下，《基本法》第3.3条第2句中限制禁止对残疾人受到不利待遇的要求与第38.1条第1句对干涉普选原则的严格要求相对应。 [59]

(3)上述标准符合德意志联邦共和国在国际法下的义务。虽然必须以对国际法开放的方式解释《基本法》(a)，但与被质疑的选举权排除相关的国际法规定并没有提出超出前述宪法规定的要求(b)。 [60]

a)在国内，根据国际条约产生的义务不具有宪法性位阶（参见BVerfGE 111, 307 <317>）。根据《基本法》第59.2条，联邦立法机关通过议会法案批准了《公民权利和政治权利国际公约》（ICCPR）、《残疾人权利公约》（CRPD）和《欧洲人权公约》（ECHR）的相关规定，包括其任择议定书……因此，它们在德国法律秩序中具有联邦法律的地位（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <316 and 317>; 128, 326 <367>; 141, 1 <19 para. 45 >; 142, 313 <345 para. 88 >; 148, 296 <127>）。 [61]

尽管如此，这些规定仍具有宪法意义，可作为解释《基本法》基本权利和法治原则内容和范围的指南（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; 111, 307 <316 and 317, 329>; 120, 180 <200 and 201>; 128, 326 <367 and 368>; 142, 313 <345 para. 88>; 148, 296 <128>）。将其作为指导方针，体现了《基本法》对国际法的开放性——《基本法》并不反对德国参与国际性和超国家的背景环境并进一步发展，而是需要并期待这种参与。正如序言所述，《基本法》寻求德国作为平等伙伴融入自由和平国家的法律秩序（参见BVerfGE 111, 307 <319>）。在可能的情况下，《基本法》的解释必须避免与德国的国际法义务发生冲突（参见BVerfGE 111, 307 <317 and 318>; 141, 1 <27 para. 65>）。 [62]

然而，将国际法条款作为解释指南的参考并非旨在示意性地将个别宪法概念与国际法平行（参见BVerfGE 137, 273 <320 and 321 para. 128 >; 141, 1 <30 para. 72 > 及其中更多参考资料）。相反，同样根据对国际法开放的解释，法律条款措辞的相似性不得掩盖法律命令背景下产生的差异（参见BVerfGE 148, 296 <131>）。此外，以对国际法开放的方式解释宪法不得超越公认的法规和宪法解释方法（参见BVerfGE 111, 307 <329>; 128, 326 <371>; 141, 1 <30 para. 72 >; BVerfGE 148, 296 <133>）。如果在公认的解释方法范围内有解释和评估的空间，德国法院有义务优先考虑符合国际公约和条约的解释。但是，如果在特殊

【1125】

情况下不遵守国际条约法，只要这是避免违反基本宪法原则的唯一方法，这并不违背对国际法开放的目标（参见BVerfGE 111, 307 <319>; BVerfGE 148, 296 <133>）。

[63]

在援引《欧洲人权公约》作为解释指南时，联邦宪法法院会考虑欧洲人权法院（EctHR）的决定，即使它们不涉及同一主题。这源于欧洲人权法院判例法的功能，它至少在事实上为解释《公约》提供了方向和指导，其影响超出了所讨论的个别案例（参见BVerfGE 111, 307 <320>; 128, 326 <368>; 148, 296 <129>）。因此，欧洲人权法院决定对国内的影响并不限于将其所涉具体情况纳入考量之义务（参见BVerfGE 111, 307 <328>; 112, 1 <25 and 26>; 148, 296 <129>）。援引欧洲人权法院的判例法作为解释超越个别案例的宪法的指导方针，有助于在德国尽可能全面地实施欧洲人权法院只保障，也可能有助于避免德意志联邦共和国违反《公约》（参见BVerfGE 128, 326 <369>; 148, 296 <130>）。根据《公约》第46条，缔约方承诺在其参与的任何案件中遵守欧洲人权法院的最终判决（参见BVerfGE 111, 307 <320>）。然而，在欧洲人权法院第46条的适用范围之外，在援引欧洲人权法院的判例法作为指导时，必须通过提供语境来特别考虑案件的具体情况（参见BVerfGE 148, 296 <132>）。

[64]

尽管来自委员会或类似条约机构的声明具有重要意义，但它们对国际或国内法院没有约束力（参见BVerfGE 142, 313 <346 para. 90>; 第二庭2018年7月24日判决，BVerfG - 2 BvR 309/15 *inter alia*, juris, para. 91）。这也适用于委员会根据《残疾人权利公约》第34条规定的残疾人权利（参见BVerfGE 142, 313 <345 and 346 para. 89>; 第二庭2018年7月24日判决，BVerfG - 2 BvR 309/15 *inter alia* -, juris, para. 91）发布的关于解释公约条款和德国法律状况的报告（CRPD第39条）、指南（CRPD第35.3条）和建议（CRPD第36.1条）。委员会无权发布对公约文本具有约束力的解释，也无权在条约缔约方的协议和实践之外进一步发展国际公约（参见1969年5月23日《维也纳条约法公约》第31条，Federal Law Gazette, *Bundesgesetzblatt - BGBl II* 1985 p. 939）。在对国际法开放的国内法解释之背景下，国内法院应考虑此类条约机构的观点；然而，他们不必认可它（参见BVerfGE 142, 313 <346 and 347 para. 90 >; 关于国际法庭的裁决，另参见BVerfGE 111、307 <317 and 318>; 128, 326 <366 et seq., 370>）。

[65]

b)ICCPR第25条b项(aa)、CRPD第29条a项(bb)和公约第1号议定书第3条(cc)的规定不要求对排除上述选举权的宪法标准进行任何修改。

[66]

aa)ICCPR第25条没有超出《基本法》第38.1条第1句和第3.3条第2句中限制选举权的要求，因为它不包含绝对禁止任何排除投票权的内容。该规定的适用

【1126】

部分如下：

[67]

每个公民都有权利和机会，不受第2条所述的任何区别和不合理的限制

a) ……

b)在真正的定期选举中选举和被选举，该选举应由普遍和平等的选举产生，并应以无记名投票方式进行，以保证选举人意志的自由表达；

c) ……

根据其措辞，该条款因此保护选举权免受“不合理的限制”。ICCPR的人权委员会表示，如果法律基于客观和合理的理由限制行使选举权，它不会不合理地限制第25条b项（参见ICCPR人权委员会第25号一般性意见，1996年7月12日，UN Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, paras. 4 and 10）。同时，它明确指出，《残疾人权利公约》第29条a项不应得出不同的结论，因为该条款也不排除基于合理和客观的理由排除选举权（参见ICCPR人权委员会，关于中国香港第三次定期报告的结论性意见，2013年4月29日，UN Doc CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, para. 24；关于巴拉圭第三次定期报告的结论性意见，2013年4月29日，UN Doc CCPR/C/PRY/CO/3, para. 11）。既然对同等价值的宪法利益的保护总是符合客观和合理合理的要求，这种对《公民权利和政治权利国际公约》第25条b项的解释似是而非，并没有产生比《基本法》第38.1条第1句和《基本法》第3.3条第2句中规定的标准更严格的标准。 [68]

bb)第29条a项连同《残疾人权利公约》第12.2条一起也不应造成上述宪法标准的修改，特别是关于《基本法》第3(3)条第2句。 [69]

1)《残疾人权利公约》第29条a项内容如下：

[70] 【1127】

缔约国应保障残疾人的政治权利和与他人平等享有政治权利的机会，并应承诺：

a)通过以下方式，确保残疾人能够在与他人平等的基础上直接或通过自由选择的代表，有效和充分地参与政治和公共生活，包括残疾人选举和被选举的权利和机会：

i.确保投票程序、设施和材料适当、易于获取和易于理解和使用；

ii.保护残疾人在选举和公民投票中不受胁迫地以无记名投票方式选举和被选举的权利，在各级政府中有效任职和履行所有公共职能，在合适的情况下促进辅助技术和新技术的使用；

iii.保障残疾人作为选民自由表达意愿，并为此目的，在必要时应

他们的要求，允许他们通过自己选择的人来协助投票。

从上述条款并不能推断出排除选举权的普遍禁止或排除残疾人的特别禁止。鉴于该规定保障残疾人“在与其他人平等的基础上”参与公共和政治生活，包括选举权，因此同样影响残疾人和非残疾人的排除选举权不属于该规定的适用范围。 [71]

然而，即使排除选举权仅影响或主要影响残疾人，也不能从《残疾人权利公约》第29条a(iii)项中推断出绝对禁止排除选举权。根据该规定，《残疾人权利公约》缔约国应保障残疾人作为选举人的“意志自由表达”（*libre expression de la volonté*），并在必要时允许他人协助投票。因此，该规定旨在不歧视地发展残疾人的自由选举意愿。然而，这需要有能力和表达独立的选举意愿。因此，有关人员必须具备作出自由和自决选举决定所必需的认知技能……如果即使在使用所有可能的协助手段时，人们仍缺乏参与民主交流过程和在此基础上作出自决选举决定的能力，则相应的排除选举权并不违反《残疾人权利公约》第29条，即使该条款没有明确说明限制残疾人选举权的理由…… [72]

【1128】 2)CRPD第12条不应得出不同的结论。该条款内容如下： [73]

(2)缔约国应承认残疾人在生活的各个方面与他人平等享有法律行为能力。

(4)根据国际人权法，为防止滥用，缔约方应确保所有与行使法律能力有关的措施都提供适当和有效的保障。此类保障措施应确保与行使法律行为能力有关的措施尊重个人的权利、意愿和偏好，不存在利益冲突和不当影响，与个人情况成比例并切合个人情况，适用时间尽可能短，并且由能胜任、独立和公正的公共机关或司法机构定期审查。保障措施应与此类措施对个人权益的影响程度成比例。

因此，选举权也在该规定的保护范围之内。然而，《残疾人权利公约》第12.2条对残疾人在与其他人平等的基础上的法律行为能力之承认并不是绝对的。这源于第12.2条和第12.4条的监管背景，具体指的是限制有关人员行使法律行为能力的措施。《残疾人权利公约》并不一般禁止此类措施，而只是限制了他们的可允许性，包括根据第12.4条规定公约缔约国有义务提供适当的保障措施，保护有关人员免受利益冲突、权利滥用和权利不被尊重，以及确保合比例性（参见BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 para. 88>; 联邦宪政法院2018年7月24日判决，2 BvR 309/15 *inter alia*, juris, para. 90）。鉴于上述情况，法院已经裁定，《残疾人权利公约》的规定虽然旨在保障和加强残疾人的自主权，

但并不一般禁止违反这些人的自然意愿而采取的措施，后者涉及由于疾病导致他们的自决能力有限（参见BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 para. 88>; 联邦宪政法院第二庭2018年7月24日判决，2 BvR 309/15 *inter alia*, juris, para. 90）。如果这种排除与无法参与民主讨论以及由此导致无法作出自决的选举决定有关，则同样也必须适用于被排除在特别是残疾人的选举权之外的情况。如果满足第12.4条的要求，即如果相应的安排是成比例的、适合有关人员的情况、适用的时间尽可能短、接受定期审查和如果有适当和有效的保护措施来防止滥用，它们不违反第12条。在这些限制范围内，第12条不要求将第29条a项解释为绝对禁止将残疾人排除在选举权之外…… [74]

3)最终，残疾人权利委员会在这方面有不同的法律观点这一事实得不出不同的结论(a)。这种观点在宪法上既不具有约束力，实质上也不令人信服(b)。 [1129]

(a)委员会认为，残疾人的充分和有效参与需要对其法律能力的无限承认。根据委员会的说法，《残疾人权利公约》第12.2条保证了这一点，该条没有留下任何与缺乏决策能力相关的限制空间。因此，不能以残疾人缺乏决策能力为由排除选举权（参见残疾人权利委员会，第1号一般性意见，第12条：法律面前的平等承认，2014年5月19日，UN Doc CRPD/C/GC/1, para. 12 et seq., 48）。鉴于委员会认为，残疾人的选举权既不能受到限制也不能被排除（参见残疾人权利委员会，Communication No. 4/2011, 2013年9月20日，UN Doc CRPD/C/10/D/4/2011, para. 9.4），它认定根据BWahlG第13条第2和3款排除选举权违反了公约（参见残疾人权利委员会，关于德国初次报告的结论性意见，2015年5月13日，UN Doc CRPD/C/DEU/CO/1, paras. 53 and 54）。这也是联合国人权事务高级专员办事处于2011年12月21日发表的一项关于残疾人参与政治和公共生活之研究（UN Doc A/HRC/19/36）…… [76]

(b)但是，残疾人权利委员会无权发布对《残疾人权利公约》的具有约束力的解释（参见BVerfGE 142, 313 <346 and 347 para. 90 >; 联邦宪政法院第二庭2018年7月24日的判决，2 BvR 309/15 *inter alia*, juris, para. 91）。只有在缔约国的做法遵循委员会的意见时，才能考虑这样的授权。然而，事实并非如此，因为只有明显少数的CRPD缔约国才拥有没有任何区别的包容性投票权……此外，残疾人权利委员会的观点与ICCPR委员会的立场相矛盾。尽管ICCPR委员会明确发现，即使考虑到《残疾人权利公约》第29条a项（参见ICCPR人权委员会，关于中国香港第三次定期报告的结论性意见，2013年4月29日，UN Doc CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, para. 24；关于巴拉圭的第三次定期报告，2013年4月29日，UN Doc CCPR/C/PRY/CO/3, para. 11），残疾人权利委员会没有处

【1130】 理这一发现。它也没有就法国和罗马尼亚发布关于《残疾人权利公约》的解释声明作出任何表态。根据该声明，如果遵守《残疾人权利公约》第12.4条的条件，则可以在其第29条的范围内排除选举权……最重要的是，残疾人权利委员会的法律观点没有充分考虑到第12.4条。委员会仅从第12条中推断出缔约国有义务制定有效的保障措施，以保障残疾人实际行使其法律行为能力。委员会认为，该规定没有为限制法律行为能力提供依据。然而，这未能充分适应第12.4条的监管内容。该规定要求“对与行使法律能力有关的所有措施采取适当和有效的保障措施”，以防止滥用。第12.4条第2句和第3句描述了符合公约的保障条件，特别是要求遵守比例原则。因此，该条款明确假定，如果遵守这些条件，就有可能采取限制行使法律行为能力的措施（参见BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 para. 88>; 联邦宪政法院第二庭2018年7月24日判决，2 BvR 309/15 *inter alia*, juris, para. 90）。 [77]

(cc)《欧洲人权公约》第1号议定书第3条也没有遵循根据宪法允许排除选举权的附加要求，其内容如下： [78]

缔约各方承诺在合理的时间间隔以无记名投票方式举行自由选举，条件是确保人民在选择立法机关时自由表达意见。

根据《公约》第32条，欧洲人权法院的判例法有权解释《公约》及其议定书，根据欧洲人权法院判例法，第1号议定书第3条所保障的以合理间隔通过无记名投票进行自由选举的权利不是无限制得到保障。相反，在制定选举法时，必须给予缔约国广泛的评估余地。然而，对选举权的限制必须服务于合法目的并遵守比例原则（参见ECtHR, Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, Judgment of 2 March 1987, No. 9267/81, § 52; ECtHR <GC>, Hirst v. The United Kingdom <No. 2>, Judgment of 6 October 2005, No. 74025/01, § 62）。 [79]

如果不分青红皂白地剥夺所有囚犯的选举权，即相当于对选举权的普遍、自动和全面的限制，从而超出了缔约国的判断范围，因此与第1号议定书第3条不符（参见ECtHR <GC>, Hirst v. The United Kingdom <No. 2>, Judgment of 6 October 2005, No. 74025/01, § 82; 也参见ECtHR, Anchugov and Gladkov v. Russia, Judgment of 4 July 2013, No. 11157/04 and 15162/05, §§ 93 et seq.）。根据欧洲人权法院，司法个案判决通常适合保证选举权限制的比例性。但是，不能仅仅因为法官没有下令就认为限制选举权是不成比例的（参见ECtHR <GC>, Scoppola v. Italy <No. 3>, Judgment of 22 May 2012, No. 126/05, § 99）。 [80]

欧洲人权法院承认，将参与选举限于那些能够评估其决定后果的人是一个合法目标，并通常能为排除选举权提供正当理由（参见ECtHR, Alajos Kiss v.

Hungary, Judgment of 20 May 2010, No. 38832/06, § 38)。尽管如此,在部分监护令已经导致选举权被排除的情况下,欧洲人权法院认为这种安排违反了比例原则。在这方面,法院提到了《残疾人权利公约》,指出对于过去曾面临相当大歧视的群体而言,缔约国在制定选举法方面的自由裁量范围较窄(参见ECtHR, Alajos Kiss v. Hungary, Judgment of 20 May 2010, No. 38832/06, § 44)。 [81]

总体而言,不能从欧洲人权法院的判例法中推断出绝对禁止排除残疾人的选举权。它承认出于合法目的并遵守比例原则的选举权排除,并强调在第一议定书第3条的背景下,缔约国的判断余地不牵涉比那些适用于《基本法》第38.1条第1句和第3.3条第2句的选举权限制更严格的要求。 [83]

II.

根据BWahlG第13条第2款(1)将处于完全监护之下的人以及根据BWahlG第13条第3款(2)将限制在精神病院的刑事犯罪者排除于选举权之外是违宪的。 [83]

(1)在初步禁令(BWahlG第13条第2款)后的临时情况下,将由指定监护人处理所有事务的人排除在选举权之外,这违反了《基本法》第38.1条第1句规定的普选原则(a)和《基本法》第3.3条第2句禁止因残疾状态而受到不利待遇(b)。

[84] 【1132】

a)BWahlG第13条第2款限制了普选原则(aa)。然而,这种干预并没有以充分满足法定分类的宪法要求之方式保护同等价值的宪法利益(bb)。 [85]

aa)BWahlG第13条第2款规定,拥有指定监护人处理其所有事务的人不得享有选举权,从而影响了对所有公民平等行使其选举权的保障(参见BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 59, 119 <125>; 99, 69 <77 and 78>; 132, 39 <47 para. 24>)。 [86]

bb)这种对普选原则的干涉是没有道理的。BWahlG第13条第2款旨在保护与普选权具有同等价值的宪法利益(1)。该条款是否完全适合实现这一目标已经令人怀疑(2)。无论如何,它违反了关于分类法定标准的宪法要求,因为它的设计方式与平等权不相容(3)。 [87]

1)(a)通过1990年9月12日修订的BWahlG第13条第2款,立法机关力图将缺乏理解选举性质和意义的心智能力的人排除在选举权之外;因此,它力求保障选举作为形成人民政治意愿的综合进程的功能。 [88]

.....

[89-90]

(b)《宪法》承认为合法的其他理由以及可以证明干涉普选原则的正当理由无法查明。 [91]

(aa)这尤其适用于保护选举完整性免受操纵和滥用的宪法利益..... [92]

(bb)与排除选举权相关的《基本法》第38(1)条第1句中干扰监管内容也不能

通过不得已接受基于“精神疾病”的排除是对普选权“传统的限制”来合法化（但参见BVerfGE 36, 139 <141 and 142>; 67, 146 <147>; 另见巴伐利亚宪政法院, *Bayerischer Verfassungsgerichtshof - BayVerfGH*, Decision of 9 July 2002 - Vf. 9- VII-01 -, juris, para. 43……）。根据《宪法》，传统不被承认为合法依据…… [93]

2)BWahlG第13条第2款仅适用于实现保障选举作为一个综合过程的功能目的，前提是该条款涉及不能充分参与民主交流过程的一群人。然而，这里的情况并非如此。 [94]

【1133】 (bb)这方面的担忧源于以下事实：根据《民法典》第1896(1)条第1句，在任命监护人的程序中未评估作出自决选举决定所需的心智能力和沟通能力（*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*）……选举权是一项高度个人化的权利，宪法不允许监护人行使这项权利……因此，任命监护人从一开始就与这项权利无关……因此，参与政治意愿民主形成的能力与指定监护人程序的评估和结果无关…… [95]

此外，在确定BWahlG第13条第2款是否适用于识别无法参加选举的人时，必须考虑在基于监护权的选举权排除方面的巨大地区差异…… [96]

(cc)为所有事务指定监护人须遵守严格的法定要求。要任命这样的监护人，需要确定完全监护的需要以及监护人照顾有关人员的所有事务的具体需要（因为他们的需要无法通过其他方式得到满足）……只有在成年人因疾病或残疾而无法处理自己的任何事务时，才能考虑为所有事务指定监护人…… [97]

……在有权在2013年联邦议院选举中投票的人中，根据BWahlG第13条第2款被排除在选举权之外的人占比1.3%…… [98]

立法机关假设，所有事务的监护人之任命通常与人们缺乏参与民主交流过程所需的心智能力有关。这至少不是不可信的。 [99]

3)但归根结底，BWahlG第13条第2款是否适合识别缺乏行使其选举权所需的心智能力的人是无关紧要的。这是因为该条款未能满足有关法定分类的宪法要求，因为根据该款规定，因选举权被排除而受影响的人群之确定方式违反了平等权，而没有充分的事实理由。 [100]

【1134】 (a)BWahlG第13条第2款规定，不仅由于疾病或残疾而无法处理自己的事务，而且还因此受到完全监护的人被排除在选举权之外。然而，如果相关人员的监护需要可以通过其他方式得到满足，普遍适用于监护法的必要性原则（*Erforderlichkeitsgrundsatz*）禁止指定监护人……尤其是有关人士已完成永久授权或预设指示或仍有能力完成上述动作，且有人愿意并适合执行此任务并获得此人信任，即属于这种情况……如果有关人士从其家人……或其他方面……

获得足够的照顾，这也同样适用。 [101]

(b)如果尽管需要完全监护，但实际上没有指定监护人，则BWahlG第13条第2款不适用…… [102]

(c)……因此，是否剥夺个人的选举权最终取决于是否有必要根据监护的具体情况需要任命监护人。这种情况在实践中是巧合，并不构成该事项的固有理由，以证明根据选举法对同样需要监护的人给予不平等待遇是正当的（关于1971年全国议会选举条例，另见奥地利宪法法院1987年10月7日的决定，*Österreichischer Verfassungsgerichtshof*, G 109/87 - para. 2.2.1）。 [103]

(d)有鉴于此，不能断言立法机关将其决定与一个明确、易于确定且对组织选举特别实用的严格正式标准联系起来（对此，参见BayVerfGH, Decision of 9 July 2002 - Vf 9-VII-01 -, juris, para. 47）。 [104]

……立法机关必须实事求是地依据典型案例（已确立的判例法参见BVerfGE 116, 164 <182 and 183>; 122, 210 <233>; 126, 268 <278>; 132, 39 <49 para. 29 >）。此外，分类带来的好处必须和与之相关的不平等待遇成比例（参见BVerfGE 110, 274 <292>; 117, 1 <31>; 120, 1 <30>; 123, 1 <19>; 133, 377 <413 para. 88>; 137, 350 <375 para. 66>; 145, 106 <146 para. 108>）。只有在难以避免因分类而造成的困难和不公正、仅影响相对少数人以及不平等待遇的程度有限时，才能满足这一要求（参见BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 133, 377 <413 para. 88 >; 145, 106 <146 and 147 para. 108 >）。 [105]

这不是此处的情况。在2013年联邦议院选举中，共有8.12万名受完全监护的人根据BWahlG第13条第2款被排除在投票之外……无法确定受完全监护的人占无法处理所有事务的总人数的比例，立法机关没有处理这个问题（参见Bundestag document, *Bundestagsdrucksache* - BTDrucks 11/4528, pp. 188 and 189）。不排除以下可能性，即相比因实际完全受到监护而被排除在行使选举权之外的群体，需要全面监护但因被认为没有必要而未指定监护人的群体并不显著更少甚至更多。由于被排除在投票权之外，有关人员被永久剥夺了民主国家赋予公民的最高尚的权利，这对平等权的干预并不轻微（参见BVerfGE 1, 14 <33>）。有鉴于此，声称不存在就BWahlG第13条第2款的切实替代方案，并不足以使受完全监护的人相对于具有类似监护需求但没有指定监护人的群体所受的不利待遇合法化。 [106]

b)除了违反普选原则外，BWahlG第13条第2款还违反了根据《基本法》第3.3条第2句禁止因残疾状态而受到不利待遇的规定，因为该规定导致残疾人受到不利待遇(aa)而没有令人信服的理由(bb)。 [107]

aa)在《基本法》第3.3条第2句的含义内，相关人员处于不利地位，因为根

【1135】

据BWahlG第13条第2款被排除在选举权之外，此排除涉及公共当局限制受该条款影响的人的发展和参与的可能性（参见BVerfGE 96, 288 <303>; 99, 341 <357>; 128, 138 <156>）。 [108]

这种不利待遇也因残疾而发生。根据其措辞，BWahlG第13条第2款与指定负责所有事务的监护人有关。然而，根据德国《民法典》第1896(1)条第1句，这样的指定需要“精神疾病或身体、精神或心理残疾”……由于这些障碍不仅会暂时阻碍相关人员在与他人平等的基础上充分和有效地参与社会（《残疾人权利公约》第1.2条），《民法典》第1896(1)条第1句中提到的“精神疾病”被《基本法》第3.3条第2句所指的残疾概念所涵盖（在这方面参见BVerfGE 96, 288 <301>; 99, 341 <356 and 357>……因此，根据BWahlG第13条第2款排除选举权仅针对残疾人。 [109]

有人主张，排除选举权不是基于残疾或疾病，而是基于由此导致的无法决定自己的事务……这种反对理由并不产生不同的评估。《基本法》第3.3条第2句还保护免受间接损害。最终，禁止任何形式的使残疾人处于不利地位的不平等待遇（参见联邦宪政法院第一庭第二室2016年3月24日的判决，1 BvR 2012/13, juris, para. 11, 以及2016年6月10日的判决，1 BvR 742/16, juris, para. 10）。 [110]

【1136】 bb)干预《基本法》第3.3条第2句对残疾人不利的禁令是不合理的。为了证明其合理性，这种干预需要一个令人信服的理由；该条款的具体设计必须考虑到宪法对法定分类的要求，且为了保障选举作为一个综合过程之功能，不得不适应因残疾而导致的特殊情况（参见BVerfGE 99, 341 <357>），并将因残疾而无法充分参与民主交流过程的个人排除在选举权之外。但这些要求没有得到满足：该规定以零星的方式来确定因残疾导致精神能力丧失而被排除在选举权之外的人群，且没有充分的事实理由，因而违反了平等权。有些人仅因为个人情况没有必要而没有指定监护人，因而保留了选举权；这一事实导致受BWahlG第13条第2款影响的人居于不利地位，这种不利不能以和投票权性质相关的理由合理化。在这方面，关于《基本法》第38.1条第1句的考量因此适用于《基本法》第3.3条第2句。 [111]

(2)BWahlG第13条第3款还违反了关于排除选举权的宪法要求。根据StGB第63条和第20条发布的命令，被关押在精神病院的人被排除在选举权之外。这不符合《基本法》第38.1条第1句的普选原则(a)，也不符合《基本法》第3.3条第2句禁止因残疾状态而受到不利待遇(b)。 [112]

a)BWahlG第13条第3款干涉了普选原则的监管内容(aa)，这种干涉没有令人信服的理由(bb)。 [113]

aa)普选原则保障所有公民都能平等行使选举权（参见BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 59, 119 <125>; 99, 69 <77 and 78>; 132, 39 <47 para. 24 >）。对基于StGB第63条和第20条发布的命令被限制在精神病院的人，一旦其根据BWahlG第13条第3款被排除在选举权之外，此保障即受到限制。 [114]

bb)这种对普选原则的干涉是没有道理的。BWahlG第13条第3款不适用于识别通常无法参与民主交流过程的人(1)。此外，该规定任意使受该规定影响的人处于不利地位(2)。 [115]

1)同样有关BWahlG第13条第3款，要使干预《基本法》第38(1)条第1句的保护范围正当化，唯一令人信服之理由是保障选举作为形成人民政治意愿综合过程的功能这一宗旨。 [1137]

因此，有必要通过允许的法定分类，让这一规定顾及没有足够能力参与人民与国家机关之间的沟通过程的群体。然而，这并非此案的情况。行使选举权需要相关心智能力，其缺乏一般既不能从犯罪发生时确定的刑事责任豁免或依据StGB第20条(a)从其潜在疾病中推断出来，也不能从满足根据StGB第63条命令在精神病院监禁的其他要求这一事实得出(b)…… [116]

(a)根据StGB第20条，如果个人由于病理性精神障碍、深度意识障碍、精神缺陷或任何其他严重的精神障碍，而无法理解其行为的非法性或无法采取相应的行动，则可免除刑事责任。然而，在这些情况下，行使选举权所需的心智能力并不明显。 [117]

…… [118-122]

(aa)此外，StGB第20条含义内的“免于刑事责任”不是独立于刑事犯罪的永久条件，而仅描述了一个人在犯罪时的精神状况……只要心智能力甚至甚至只是控制能力——即根据个人对犯罪违法性之认识而采取行动的能力——在犯罪时受损即已足够。StGB第20条不要求永久性损伤，对某人免于刑事责任的认定只要参考刑法规定的相关行为发生的时间。 [123]

例如，伴有或不伴有谵妄的精神病发作或戒断综合征是暂时的现象，在充分治疗后会得到缓解，因此不会影响作出选举决定的能力缺乏……这表明，不可能从一个人在犯罪时免于刑事责任的结论中推断出通常缺乏理解选举性质和意义的心智能力。 [124]

(b)如根据StGB第63条下令在精神病院进行禁闭的其他构成要素被援引为宪法性法律的正当理由……也不会导致不同的结论。 [125]

(aa)要下令监禁，StGB第63条要求，在犯罪时被免于刑责的人可被预估因其状态而会“在未来犯下严重的非法行为”，并因此而对公众构成威胁。因 [1138]

此，这些人的精神或心理健康肯定在更长的时间内受到损害，而这也会影响未来。然而，这并没有改变上文关于StGB第20条的决定；该决定也适用于本案，即此类损害所导致的疾病确认不能成为假定有关人员通常缺乏作出选举决定之能力的正当理由。 [126]

(bb)此外，从联邦最高法院（*Bundesgerichtshof* - BGH）的判例法中可以看出，为了确定犯罪后疾病仍然存在，除了他们被指控的罪行外，一个人的专业或社会行动能力是否在日常生活中一直受到限制是非常重要的。然而，即使是日常事件也可能引发严重的和相当大的刑事责任损害（参见BGH，2005年8月10日的判决，2 StR 209/05, juris, para. 17；1999年2月17日的判决，2 StR 483/98, juris, para. 32）。然而，如果在刑事责任没有严重损害的情况下也可以下令监禁，而损害仅仅是可能由日常事件引发，则更不可能在此基础上得出根据StGB第63条和第20条被监禁的人无法参与政治沟通过程和无法作出自决的选举决定这一结论。 [127]

(cc)同样，考虑被禁闭人员对公众构成的危险……并不导致不同的评估……这方面与受限人员作出（选举）决定的能力无关。同样，根据立法机关的评估，受限制的人对公众构成的威胁通常不能得出他们缺乏选举决定能力的结论。这源自下述事实，即根据StGB第63条和第21条被限制的人员被排除在BWahlG第13条第3款的适用范围之外……同样，在刑事责任减轻的情况下，根据StGB第63条将人员限制在精神病院要求他们对公众构成威胁，这种限制不会影响他们的选举权。 [128]

(c) …… [129]

【1139】 2)此外，BWahlG第13条第3款违反了普选原则，因为该规定会导致事实原因不能辨别的不平等待遇。最终，受该条款影响的人群是任意确定的，没有充分考虑到他们参与民主交流过程的能力…… [130]

如果仅因为不存在未来犯下重大刑事罪行的风险，而没有被下令关在精神病院，那么免于刑事责任的人仍保留他们的选举权。然而，并不能排除以下可能性，即和根据BWahlG第13条第3款被排除在选举权之外的人相比，在这种情况下心智能力和作出选举决定能力同样受限甚至受限程度更高。这同样适用于没有犯罪记录并因危及自己或他人而受到相应州法律规定限制的人。在这些情况下，尽管诊断结果可能是相仿的，选举权并不受影响。如果主管法院下令在精神病院禁闭和监狱囚禁，并根据StGB第67.2条决定在监禁措施之前执行全部或部分刑期，则有关人员服刑期间实际上保留了选举的权利；尽管他们的心智能力没有改变，他们只有在开始被关进精神病院时才被剥夺这些权利。根据选举法，在这方面找不到正当理由。如果根据StGB第67b条或第67d.2条暂停精神

病院的监禁，BWahlG第13条第3款不再适用，因为该条款要求有关人员“在”精神病院。但是，如果根据StGB第67g条撤销暂停，相关人员将再次丧失其选举权。在这方面，选举的能力与暂停和撤销暂停的决定无关。如果这些人随后根据StGB第67a条被转移到成瘾治疗机构，则被关押在精神病院免于刑事责任的人的选举权也将得到恢复。然而，如果他们之后被重新转移到精神病院，他们将再次被剥夺选举权。 [131]

这一切都表明，缺乏行使选举权所需的心智能力的犯罪人群体不能因缺乏刑事责任而被关押在精神病院，即适当确认其被排除于选举权之外。因此，关于分类的法定标准这一宪法要求没有得到满足。 [132]

b)BWahlG第13条第3款还违反了《基本法》第3.3条第2句中禁止因残疾状态而受到不利待遇的规定。 [133]

aa)根据BWahlG第13条第3款排除选举权对受该条款影响的人不利，因为它剥夺了他们基本的民主参与权。这种不利情况也发生在《基本法》第3.3条第2句含义内的残疾，因为免除刑事责任需要身体、精神、心理或感觉障碍，并且精神病院的监禁令还要求这种障碍持续存在更长的时间……因此，只有残疾人受到该条款的影响。 [134] 【1140】

bb)鉴于这种干涉的正当性不足，上述关于干涉普选原则的评估也适用于这种干涉。通过法律对免于刑责但被关在精神病院的人不利，并不存在令人信服的理由。因为该规定不适用于识别通常缺乏参与民主交流过程所需的心智能力的人，这一理由已被排除。此外，对被排除在选举权之外的人群之确定会对心理或心理健康同样受损的人造成任意的不平等待遇。 [135]

III.

BWahlG第13条第2款与《基本法》第38.1条第1句及第3.3.条第2句不兼容，该条第3款也无效。 [136]

(1)与《基本法》不符一般会导致相关条文无效（参见BVerfGE 128, 326 <404>）。这也适用于选举申诉程序，因而BVerfGG第78条第1句和第95(3)条第2句适用于选举申诉程序（参见BVerfGE 129, 300 <343>）。 [137]

如果宣布一项条款无效导致的情况比当时的情况更远离宪法秩序，情况就不同了（参见BVerfGE 99, 216 <243 and 244>; 119, 331 <382 and 383>; 125, 175 <256>; 132, 372 <394>）。此外，如果违反宪法是由于违反了对平等权利的一般保障而导致的，则一般不会宣布一项法律无效。这是因为立法机关才能决定如何纠正对平等权的侵犯。在这些情况下，联邦宪政法院自我限制于宣布违反平等权利的条款与《基本法》不符，以免预先作出了立法机关该做的决定（参见BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>; 117, 1 <69>; 122, 210 <245>; 126, 400

<431>; 135, 238 <245 para. 24>)。如果发现该条文与《基本法》不符，法院和行政当局可能不再适用该条文（参见BVerfGE 126, 400 <431>; 135, 238 <245 para. 24>）。

[138]

(2) a)基于这些考虑，BWahlG第13条第2款被宣告为不符合《基本法》第38.1条第1句和第3.3条第2句。应由立法机关决定如何纠正选举法下对有同等监护需要的人的违宪不平等待遇，同时平衡普选原则和维护选举作为形成人民政治意愿的整合过程的宗旨。看不出可以允许破例宣布BWahlG第13条第2款应继续适用的理由（在这方面参见BVerfGE 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 117, 1 <70>; 126, 400 <431 and 432>）。

[139]

【1141】 b)BWahlG第13条第3款因为违反了《基本法》第38.1条第1句和第3.3条第2句而无效。完全剥夺对被关押在精神病院的免除刑事责任的人的选举权，并不会导致比目前的情况更远离宪法秩序的情况。宣布无效也不会限制立法机关的自由度。为了满足《基本法》第3.3条第2句中的普选原则和禁止歧视的规定，鉴于缺乏行使选举权所需的相关心智能力通常不能从该构成要素中推断出来，有关排除选举权的新立法不得排除根据StGB第63条和第20条颁布的命令被关押在精神病院的人。

[140]

IV.

由于第1、2和4至8号申诉人根据BWahlG第13条第2款和第3款被排除在2013年联邦议院选举之外，他们在《基本法》第38.1条第1句下相当于基本权利之权利和他们基于《基本法》第3.3条第2句的基本权利受到了侵害。

[141]

十九、德国与欧盟

(一) 德国与欧盟的基本权利保护

“押金充公第一案”

BVerfGE 37, 271

1. 译者注解

【1142】

联邦体系中的基本权利保护可能是一件复杂的事情。即使欧盟（EU）无法被视为联邦制国家，它也已通过多种方式发展成为联邦体系。¹⁹¹要在多级政府体系中构想基本权利保护，一种方法是将多个层级分开并在各级政府内分别确认权利保护，结果将是在联邦层面上实行联邦权力方面的权利保护，在较低（区域、国家或成员国）层面则采取针对可归因于该级别的政府行为的权利保护。理想情况下，这种“二元联邦制”系统要求管辖和权力分工，以便所有潜在的政府行为都归于一个或另一个层级，从而得出适用哪种权利保护制度。¹⁹²

这原则上是美国保护基本权利的方法。州权力部门的政府行为仅可归因于该州，例如加州警察或堪萨斯州的学校管理部门；原则上，可能出现的基本权利问题仅可根据加州或堪萨斯州各自的权利法案产生。但是美国的例子也暴露了这种方法的难点。如果州宪法或其他法令允许严重侵犯人权，且在联邦一级没有可用的补救措施，那是相当令人不满意的。在美国，这引致了对美国宪法的重要修改。¹⁹³宪法第十三修正案在第1节中禁止奴隶制，并将该禁令扩展到美国“管辖的任何地方”。第十四修正案明确要求各州“未经法律正当程序即剥夺任何人的生命、自由或财产，也不得剥夺其管辖范围内任何人的法律平等保护。”¹⁹⁴

¹⁹¹有关欧盟联邦制的最新研究，参阅Schütze, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, 2009；关于欧盟联邦制的论述，另见Ward/Ward (eds.), *The Ashgate Research Companion to Federalism*, Part 4, p. 279.

¹⁹²有关此种分别在联邦制度中独立但平等的权力范围的概念，见Corwin, Edward S., *The Passing of Dual Federalism*, 36 *Virginia Law Review* (1950) 1.

¹⁹³美国宪法文本可见国家档案馆<http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution.html>.

¹⁹⁴因此，关于“二元联邦制”是否完全可能的争论证明了“二元联邦制”之不可能，至少在没有修改的情况下是不可能的。一个很好的例子是，即使以国家宪法二元结构来规范国家与国内法之间、国家和国际法之间的关系，也难以在当今复杂交错和全球化的世界保持其纯粹的形式。在本研究的上下文中，该术语仅用于描述一种可能的原则方法。

【1143】 另一种方法更具综合性，也就是将联邦基本权利的范围从联邦机构的行动扩展到整个联邦实体，即中央一级和分支实体。德国根据《基本法》采取的方法即为一例。《基本法》第31条措辞简单地表明，联邦法律可违反各州的法律，即下级实体的法律。这意味着，每当联邦法律与下级实体（州）的法律发生冲突时，联邦法律不仅会优先适用，而且相应州的法律规定也将无效。¹⁹⁵因此，各州的任何和所有法律规定都必须符合《基本法》的一般规定，特别是基本权利规定。

另一方面，欧盟不是联邦国家；虽然它的法律也是至高无上的，并且在发生冲突时优先于其成员国的法律，但欧盟作为上位法只是针对其适用而非其效力。这意味着，如果在特定情况下适用成员国的法律规范会导致违反欧盟法律，则必须以欧盟法律为准，不得适用成员国规范。然而，对于不会出现两个规范集之间冲突的所有其他（纯粹是国内的）情况，该规范仍然有效。在基本权利领域，这种规范冲突很容易被察觉。例如欧盟立法在国家层面可能被视为违反国内基本权利。根据欧盟法律至上的原则，这无关紧要，因为欧盟法律必须优先于所有国家法律。然而，这一概念几乎本质上要求在欧盟层面存在某种形式的基本权利保护，以便至少可以在该层面对欧盟的行动进行相应的审查。

问题在于，欧盟（即1957年至1993年所称的欧洲经济共同体或1993年至2009年所称的欧洲共同体）没有将一系列基本权利作为其创始条约的一部分。这主要是因为成员国在1957年成立欧洲经济共同体时根本无法想象一体化进程会如此活跃，以至于共同体侵犯基本权利的概念可能会真正出现。

然而，保护基本权利的问题仍然存在。它始于一个人在打算购买为穷人提供的补贴黄油时是否必须披露其身份的问题，¹⁹⁶此后涉及许多基本权利，从人类尊严到言论自由和财产权。¹⁹⁷鉴于创始条约完全缺乏基本权利，欧洲法院只

¹⁹⁵ 联邦法律的这种普遍性是如此根深蒂固，以至于尽管进行了多次修改，1946年黑森州的州宪法（比《基本法》提前三年）第21条仍然规定了对特别令人发指的罪行判处死刑的可能性，并且由于《基本法》第102条规定绝对废除死刑，没有人认真对待它，因此第21条是无效的——就好像它根本没有在书本上一样。

¹⁹⁶ ECJ, Case 29/69, 12.11.1969, ECR 1969, 419, Stauder, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61969CJ0029>（最后访问于2019年10月20日）。

¹⁹⁷ 详细追溯欧盟基本权利保护的发展超出了本研究的范围。有关详细信息，参阅Ehlers, Dirk, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2009；以及Ehlers, Dirk (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, 2007. 在Ehlers合集中，参阅Walter, Christian, *History and Development of European Fundamental Rights and Fundamental Freedom*, p. 1及以下的历史发展说明。

能通过调整所谓一般法律原则的国际法学说来实现必要的保护。国际法的一般原则是构成国际社会的国家的所有法律秩序所固有的原则，因此也可以推定为与国家间关系相关。欧盟法律的一般原则是欧盟所有成员国的法律秩序所固有的原则，因此也可以推定为欧盟法律秩序的一部分。由于欧盟的所有成员国都在其国内法律秩序中保护基本权利，并且也是《欧洲人权公约》的成员，因此欧洲法院认为，这创建了一个基本权利的抽象名录；该名录作为首要的相关欧盟法律，与条约法处于同一水平。如此确定的基本权利需要在法院的判例法中加以发展，就像书面权利获得具体范围和意义的方式一样，与其说是通过起草它们的文字，不如说是通过法院多年来适用它们的解释。

欧盟层面的这一发展伴随着国家层面越来越大的压力，此种压力要求在欧盟层面保护基本权利，作为承认欧盟法律至上的先决条件。欧洲法院教条地将欧盟法律至上和普遍性解释为独立于任何国内法，包括受宪法保护的基本权利，但德国宪政法院实际上作出了回应，并坚持认为如果有必要，他们将行使终极管辖权来保护他们的基本权利标准。

这就是宪政法院著名的“只要”（As long As）判决之内容。本案的争议是欧洲共同体法律条例中的一项规定，它构成直接适用的立法行为。宪政法院已经明确表示，宪法诉愿只能针对德国政府的行为，而不是欧洲共同体的行为。然而，德国官员实施或执行欧洲共同体的此类行为构成此类国家行为，如本案中有关条例即是这种情况。宪政法院认为它会继续行使权力，根据《基本法》的基本权利来评估此类国家行为。当然，这种评估的结果可能是执行欧洲共同体的法律义务是违宪的，因为基本的欧洲共同体法律行为是违宪的。在本案中，宪政法院认为情况并非如此，因此避免了欧共体法律与德国基本法之间的最终冲突。

12年后，法院在欧共体法规的背景下再次重新审视了这个问题。与此同时，欧洲法院有时间将其处理基本权利的方法作为共同体一般法律原则的一部分。因此，法院认为，它不再将向其提出的质疑欧洲共同体法律在德国之适用视为可受理的程序。然而，这种“暂停”仅适用于“只要”欧洲法院在与《基本法》相当的质量水平上提供有效的基本权利保护。这显然是对欧洲法院在基本权利保护领域的工作之认可，但它仍然没有明确接受欧盟法律的至上性；换言之，如果法院得出的结论是欧盟基本权利保护水平不足，仍将保留“介入”的权利。

【1145】

在关于《马斯特里赫特条约》合宪性的裁决中，法院大体上确认了这种做法。但是它不再局限于只监督德国当局的行为，并规定它继续主张保护德国基本权利的权力，不受超国家组织的任何行为之影响，无论这种行为是否需要实

施或执行。然而，法院也表示，它将与欧洲法院合作行使基本权利保护；这只能意味着两个法律命令之间的主要关系保持不变，法院继续主张在基本权利领域的最后控制权。¹⁹⁸

在后来关于欧盟香蕉市场的决定和一项关于主要来自中美洲国家的所谓美元香蕉之进口配额的新规定中，宪政法院规定了行使这一保留权利的要求。¹⁹⁹任何申请人都必须“详细表明，《基本法》无条件要求的基本权利保护在相关案件中普遍得不到保证。这需要对国家和社区层面的基本权利保护进行比较……”²⁰⁰很明显，只要欧洲法院仍然是一个可信且运作良好的司法机构，任何申请人或提请的常规法院几乎不可能提出这样的要求。

2009年12月1日生效的《里斯本条约》通过在新的《欧盟条约》第6条中提及《欧盟基本权利宪章》成为欧盟主要法律体系的一部分，从而影响了欧盟的基本权利保护。第6.3条明确指出，由欧洲法院制定的欧盟法律的一般原则保留其相关性，因此可以预期欧洲法院的判例会延续，可能伴随从一般原则转为宪章规定之增长。新条约还在第6.2条中授权欧盟加入《欧洲人权公约》。《欧洲人权公约》第14号议定书于2010年6月1日生效，²⁰¹也为公约一方加入的可能性打开了大门。除其他事项外，里斯本案的原告声称几项基本权利遭到侵害。然而，法院不同意并确认其在香蕉市场监管案中总结的立场。²⁰²德国法院继续主张终极上诉权，但只要欧洲法院将在同等质量水平上有效保障反对欧盟行为的基本权利，它就不会行使这种权力。

【1146】

2. 判决结论

只要整合过程尚未发展到共同体法收纳由议会决定并具有确定效力的一系列基本权利，且和《基本法》中包含的一系列基本权利相比是合适的，那么在获得欧洲法院根据条约第177条作出的裁决后，如果德国法院认为与其决定相关的共同体法与《基本法》的基本权利相冲突，因而在欧洲法院的解释中不适

¹⁹⁸ 法院还在马斯特里赫特的这项裁决中增加了对宪法至高无上的第二个潜在挑战，声明它不会承认欧盟越权行为，即欧盟通过的法律行为超出了通过以下方式转移给欧盟的权力。即使欧洲法院本应确定所谓的越权行为完全基于相关的条约规范，也应遵守创始条约。到目前为止，法院没有宣布任何欧盟行为是越权行为。

¹⁹⁹ 英文版决定参见http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197en.html.

²⁰⁰ 参见http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bv1000197en.html at para. 39.

²⁰¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>.

²⁰² BVerfG, 2 BvE 2/08 of 30.6.2009, para. 189, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

用，德国法院在司法审查程序中向联邦宪法法院提交诉愿是可以受理且有必要的。

1974年5月29日第二庭判决，2 BvL 52/71.

3.案件事实

一家德国进出口公司向美因河畔法兰克福行政法院（Verwaltungsgericht）申请撤销《谷物和动物饲料的进口和储存点》[Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (EVSt)]的一项决定，其中宣布没收1.7万德国马克的出口押金，而该公司仅部分使用了授予它的2万吨磨碎玉米的出口许可证。

该决定基于1967年6月13日EEC理事会第120/67号规章第12.1条，以及1967年8月21日EEC委员会第473/67号规章第9条。

EEC第120/67号规章第12.1条内容如下：

1.向共同体进口或从共同体出口第1条所列的任何产品，应提交由成员国向任何申请人颁发的进出口许可证，无论其在共同体内的设立地点如何……

签发此类许可证的条件是提交保证金，以保证在许可证有效期内进行进出口；如果交易未在该期限内进行或仅部分进行，则该押金将被全部或部分没收。【1147】

EEC第473/67号规章第8 (2)条内容如下：

(2)在符合本条例第9条规定的情况下，在许可证有效期内未履行进出口义务的，押金将被没收……

EEC第473/67号规章第9条内容如下：

(1)如果在许可证有效期内因不可抗力的情况导致进口或出口受阻，并申请考虑这些情况，则(a)在本条第2款(a)-(d)项所列情况下，进出口义务消灭，押金不予没收。

……

(b)在本条第2款(e)-(h)项所列的情况下，许可证的有效期延长至主管机关因这种情况而认为有必要的期限。但经申请，主管机关可以命令解除进出口义务，不没收押金。

(2)行政法院首先根据《建立欧洲经济共同体条约》（以下简称《条约》）第177条，从欧洲法院获得其关于本条例引用的规则在共同体法律下是否合法

的初步裁决。在欧洲法院1970年12月17日对案例11/70的判决中，有争议的法规之合法性得到了确认（在1971年3月10日对案例37/70的判决中亦然）。

行政法院随后于1971年11月24日决定中止诉讼程序，并根据《基本法》第100.1条提请联邦宪政法院裁决，关于共同体法律规定的出口义务和相关的出口押金义务是否符合《基本法》，以及如果符合，是否只有在不可抗力的情况下解除押金的规则才符合《基本法》。

【1148】 4.判决理由选择

.....

B.

I.

宪法诉愿予以接受。

(1)本裁决的一个重要前提是进一步——虽然并非决定性地——确定德国宪法与欧共体法律之间的关系，后者是在建立欧洲经济共同体条约（以下简称共同体法）的基础上形成的。本案只要求澄清《基本法》中的基本权利保障与欧共体次级共同体法规则之间的关系，其执行权在德意志联邦共和国的行政当局手中。目前没有任何证据支持建立欧洲经济共同体条约的规则即主要的共同体法律可能与德意志联邦共和国基本法的规定相冲突。相同的考量是否适用于《基本法》一系列基本权利之外的规定与根据以下推理适用的共同体法之间的关系，以及《基本法》中的基本权利保障和二级共同法之间的关系，同样仍然保持开放。

(2)在这方面，本院同意欧洲法院制定的法律，坚持其既定观点，即共同体法律既不是国家法律体系的组成部分，也不是国际法的组成部分，而是独立存在的法律渊源（BVerfGE 22, 293 [296]; 31, 145 [173 seq.]）形成一个独立的法律体系；因为共同体不是一个国家，尤其不是一个联邦国家，而是“一个正在逐步融合过程中的特殊共同体”，即《基本法》第24条第1款所指的“国家间机构”。

由此可见，原则上，这两个法律领域在其有效性上是相互独立而并列的，特别是包括欧洲法院在内的共同体主管机构必须就共同体法律的效力、解释和遵守作出裁决，国家主管机关就德意志联邦共和国宪法的约束力、解释和遵守作出决定。欧洲法院不能就共同体法规则是否与《基本法》兼容作出具有约束力的裁决，联邦宪政法院也不能就共同体次级法规则是否与主要共同体法律兼容以及具有何种含义作出裁决。只要这两种法律体系在实质上不发生冲突，就不会导致任何困难。因此，共同体的建立后共同体与其成员之间产生的

特殊关系，首先催生了主管机关的职责，特别是负责审查法律的两个法院——欧洲法院和联邦宪政法院——在其决定中关注两种法律体系一致性的职责。只有在这不凑效的情况下，才会出现冲突并需要根据上述两个法律领域之间的原则关系进行推论。

因为在这种情况下，仅仅谈论共同体法“优先于”国家宪法以证明共同体法必须始终优先于国家宪法的结论之合法性是不够的，否则共同体将遭到质疑。在例外情况下不允许共同体法凌驾于令人信服的（*zwingendes*）宪法之上，共同体法就不会受到质疑；这就好像在《基本法》第25条规定国际法的一般规则仅优先于简单的联邦法律时，国际法将受到质疑，或另一种（外国）法律体系被德国的公共政策推翻时受到质疑一样。根据条约的含义和精神，条约对德国（和所有成员国）的约束不是单方面的，而且对它们建立的履行其职责解决假定冲突的共同体有约束力，即寻求一种与德国宪法根深蒂固的规则相一致的制度。因此，引发这种冲突本身并不违反条约，而是在欧洲机构内部启动了在政治层面解决冲突的条约机制。

【1149】

(3)《基本法》第24条涉及主权权利向国家间组织的转移，这不能从字面上理解。如同每一项基本性质相近的宪法条文，《基本法》第24条必须在整个《基本法》的整体背景下加以理解和解释。也就是说，它没有开放修改形成身份基础的《基本法》基本结构的路径，没有对《基本法》的正式修订，它不通过国家间组织立法来打开任何此类路径。当然，共同体主管机关可以制定德国宪法主管机关根据《基本法》无法制定的法律，该法律有效且将在德意志联邦共和国直接适用。

(4)《基本法》中涉及基本权利的部分是有效的德国《基本法》不可剥夺的核心特征，也是《基本法》宪制结构的一部分。《基本法》第24条并没有毫无保留地允许它受制于限制条件。在这方面，共同体的整合现状至关重要。共同体仍然缺乏一个由普选直接选举产生、拥有立法权且有权立法的共同体机构，一个在政治层面上对其负有全部责任的民主合法议会；尤其是它仍然缺乏编纂成型的基本权利清单，其实质内容与《基本法》的实质内容一样是面向未来而可靠并清晰确定的，因而可以允许比较并决定是否在所讨论的时间点上，有关共同体内普遍具有约束力的基本权利的共同体法律标准从长远来看是适当的；以《基本法》关于基本权利的标准衡量（不排除可能的修订），并不存在超越《基本法》第24条规定的限制。只要这种不单纯由欧洲法院的决定（尽管这些决定对基本权利有利）保证的法律确定性在共同体进一步一体化的过程中没有实现，则仍然适用源自《基本法》第24条的保留。因此，这里涉及的是一个完全由共同体持续整合过程引起的法律疑难，该过程仍在不断变化并将在目前的

过渡阶段结束。

【1150】 因此，在共同体法律与国家宪法的一部分——或更准确地说，与《基本法》中的基本权利保障——发生冲突的假设情况下，暂时出现了哪个法律制度优先，即谁淘汰谁的问题。在这种规范的冲突中，只要共同体主管机关没有按照条约机制消除规范冲突，《基本法》对基本权利的保障就会占上风。

(5)从上述基本法与共同体法的关系，可以得出以下关于欧洲法院和联邦宪政法院的管辖权的结论。

a)根据条约管辖权规则，欧洲法院有权对共同体法律规范（包括其认为存在的不成文法律规范）的法律效力及其解释作出裁决。但是它不决定对德国（或任何其他成员国）具有约束力的国家法律的附带问题。如果判决的说理中说明共同体规范的某个特定方面实质上符合此地国内法的宪法规则，并符合《基本法》中基本权利的保障，那么它构成不具约束力的附带意见。

在该管辖范围内，欧洲法院确定对所有成员国具有约束力的共同体法律内容。因此，根据条约第177条的规定，德意志联邦共和国法院必须先获得欧洲法院的裁决，然后才能提出与《基本法》基本权利保障裁决相关的共同体法律规范的兼容性问题。

b)如前所述，联邦宪政法院从不对共同体法律规则的有效性或无效性作出裁决。最多可以得出结论：如果该规则与《基本法》中有关基本权利的规则相抵触，则德意志联邦共和国当局或法院不能适用该规则。它可以就像欧洲法院一样（反之亦然），自己决定共同体法律的附带问题，只要对联邦宪政法院也具有约束力的条约第177条之要求没有发生，或根据共同体法律对联邦宪政法院具有约束力的欧洲法院裁决没有取代之。

(6)基本权利可以通过多种方式得到法律保障，因此可以享受多种司法保护。正如其先前的裁决所示，欧洲法院还认为它拥有根据共同体法律保护基本权利的决定的管辖权。另一方面，只有联邦宪政法院才有权在《基本法》赋予它的权力范围内，保障《基本法》所载的基本权利。没有其他法院可以剥夺它这项由宪法赋予的责任。因此，就德意志联邦共和国公民要求司法保护其《基本法》所保障的基本权利的范围内，他们的身份不能仅仅因为他们受到当局或法院基于共同体法的法律行为的直接影响而受到任何损害。否则，司法保护的明显缺口可能恰好出现在公民最基本的身份权利上。此外，如果被质疑的宪法是基于自由和民主的国家共同体的宪法，那么对其所适用的考虑与基于自由和民主宪法的联邦国家宪法没有什么不同：如果共同体成员在其宪法中对公民的自由给予比共同体更强的保障，这并不会损害共同体及其以自由（和民主）为基础的宪法。

【1151】

(7)具体而言，联邦宪政法院的司法保护仅根据德意志联邦共和国宪法和《联邦宪政法院法》中规定的更精确的规则。

a)在由法院提交的司法审查程序中，始终存在审查法规条款的问题。由于对于共同体法律来说，国家法律中正式法令的规定和基于正式法令的规章之规定之间的传统区别是未知的，因此共同体法规的每一项条款都是在联邦宪政法院程序规则含义内的条款。

b)联邦宪政法院管辖权的一个初步障碍是，它只能将其审查行为的主体置于德国国家权力范围内，即德意志联邦共和国法院的决定、当局的行政行为和宪法机关的措施。出于这个原因，联邦宪政法院认为德国公民直接针对共同体法规提出的宪法诉愿是不可受理的（BVerfGE 22, 293 [297]）。

c)如果共同体法规由德意志联邦共和国的行政当局实施或由其法院处理，则这是德国国家权力之行使；在此过程中，行政机关和法院也受德意志联邦共和国宪法的约束。根据联邦宪政法院的程序法，如果一个人无视只有在用尽所有其他法律补救措施后才可受理的宪法诉愿，那么在涉及对基于共同体法律规则的行政行为提出质疑的案件中，几乎不会考虑《联邦宪政法院法》（Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG）第90.2条的例外。基本权利的保护由有关法院以诉愿的方式，在所谓的联邦宪政法院对合宪性进行司法审查的程序中进行。鉴于上述国家宪法与共同体法律之间关系的特殊性，这些程序需要进行一些修改，而联邦宪政法院过去在其他裁决案件中也认为这些修改是必要的。例如在司法审查程序的框架内，宪法适用的当下法律立场被认为不符合《基本法》；它满足于认定某套特定立法与平等条款不符，并不宣布该立法无效；它宣布占领军（Occupying Powers）形成的一套规章与《基本法》相抵触，并要求联邦政府承担努力使德国立法者的规章与《基本法》相一致的义务；它对批准立法进行了预防性司法审查。这些先前判决的性质在于，联邦宪政法院像在本案这样将自身局限于决定，德国行政机构或法院是否可以不适用和《基本法》基本权利保障相冲突的共同体法律规则。【1152】

从宪法的角度来看，与导致法院所谓的拒绝垄断的原因相同，将这种决定权集中在联邦宪政法院手中不仅是必要的，而且符合共同体和共同体法律的利益。根据《基本法》第100.1条的基本思想，联邦宪政法院的任务是防止任何德国法院以违反《基本法》（BVerfGE 1, 184 (197); 2, 124 [129]）为由，不适用立法机关确定的成文法从而无视立法机关的意图。国家成文法因此得到了对于基于宪法性依据否认它的有效性的法院的有效性保护。这一立场与《基本法》第100.2条的规则相似，根据该规则，在对国际法的一般规则是否个人创造权利和义务有疑问时，必须征求联邦宪政法院的意见。因此，第100条的基本思

想要求在德意志联邦共和国，应以与国内法相同的方式保护共同体法律的有效性不受损害。

这样的结果是，只要整合过程尚未发展到共同体法收纳由议会决定并具有确定效力的基本权利清单，且和《基本法》保障的基本权利清单相比是适当的，那么在获得欧洲法院根据条约第177条作出的裁决后，如果德国法院认为与其决定相关的共同体法与《基本法》的一项基本权利相冲突，而不能适用欧洲法院的解释，德国法院在司法审查程序中向联邦宪政法院提交诉愿就是可以受理且有必要的。

II.

第一庭此前认为，外国采取的措施不受联邦宪政法院的审查；即使是基于占领军法规并由德国当局“根据军政府命令”发布的措施也因为不是德国公共权力采取的措施，同样被排除在联邦宪政法院的管辖范围之外（BVerfGE 1, 10）。出于同样的原因，它认为直接或间接针对最高上诉法院的判决（BVerfGE 6, 15; 22, 91）或针对纯粹内部教会措施的宪法诉讼（BVerfGE 18, 385）都是不可受理的。此外，它认为联邦宪政法院无权审查德国法律（即与《控制委员会法》有关的实施立法）是否符合职业法（BVerfGE 3, 368）。这份判决的原文是：

《基本法》和《联邦宪政法院法》没有包含关于联邦宪政法院管辖权的一般宪法条款……不存在分配给联邦宪政法院以审查德国法律与职业法兼容性的特别管辖权。联邦宪法和在《基本法》框架内适用的联邦法律是联邦宪政法院审查的唯一标准，出于法律政策的原因，其管辖权不能超出管辖权的积极规则（BVerfGE 3, 368 [376]）。

关于《货币转换法》第42项实施条例一个条款的司法审查程序中，第一庭进一步认为，受到质疑的条款是职业法，而职业法与《基本法》的兼容性不能受到审查（BVerfGE 4, 45）。然而，在《巴黎条约》体系生效后，该决定随后作出了审查职业法是否与《基本法》相符的决定；德意志联邦共和国的主管宪法机关承担与三权进行适当协商后，将法规的内容与《基本法》协调一致的义务（BVerfGE 15, 337; 36, 146, 1973年11月14日1 BvR 719/69 Ehegesetz）。最后，如前所述，在1967年10月18日的决定（BVerfGE 22, 293）中，直接违反欧洲经济共同体理事会或委员会规定的宪法诉讼被拒绝受理，因为它不是针对受《基本法》约束的德国公权力行为。在这种情况下，管辖权不能基于如下考虑：因为共同体法律提供的可能性不足以保障成员国国民基本权利状态的充分保护，迫切需要宪政法院法律保护。无论多么紧迫，联邦宪政法院的管辖权也

不能通过法律政策的必要性来扩大。在此之后的句子是：“对于联邦宪法法院是否以及在多大程度上可以在可受理的程序框架内根据《基本法》中的基本权利规范来衡量共同体法律，这并不是一个终局性的决定……”除其他因素外，这取决于“德意志联邦共和国是否以及在多大程度上能够根据《基本法》第24.1条转让主权权利，能够豁免共同体机构受此（基本权利）约束”。

III.

在欧洲法院的解释中受到质疑的共同体法规则与《基本法》中对基本权利的保障并不冲突，既不与《基本法》第12条也不与《基本法》第2.1条相冲突。

(1)没收许可证制度规定的出口保证金，附加某些产品和货物的进出口保证金，不能被视为因应受谴责的非法行为国家下令施加的恶行（类似于处罚或罚款），必须立即遵守。更确切地说，这个系统已经内置了一个为私法系统所熟知的法律装置，它考虑到了风险交易的特征（例如远期交易、分期付款交易、定期交付货物的交易等）。根据合同约定的条件进行出口押金和没收担保，对此类交易并不稀奇。即使是在被质疑的规则建立的制度下进行货物进出口，涉案商人也知道他所承担的风险，并可以自由地决定是否要根据未达成协议、但由成文法规定的条件订立合同。因此，所有源自与刑法制裁或类似于刑法制裁的比较所产生的疑虑从一开始就站不住脚（参见BVerfGE 9, 137 [144]）。

【1154】

(2)在这个阶段，经济关系在没有计划和有效控制的情况下就无法运作，被质疑规则所包含的制度不仅适用于欧洲共同体目前的发展阶段，而且（仍然）是不可或缺的，不能被其他类似的有效且简单但面向市场的系统取代。

(3)就贸易和职业的基本自由（《基本法》第12条）而言，1958年6月11日的判决（BVerfGE 7, 377 [397]）中制定的原则在这里也很重要。进出口交易许可制度加上保证金和没收保证金会影响职业的行使，立法者可以规定其限制。但是立法者没有腾出手来做这件事。立法者在本案中引入的是一个“纯粹的职业或行业规则体系，不影响选择行业或职业的自由，而只是决定行业或职业成员必须以何种方式详细开展他们的职业活动”。在这里，在很大程度上可以树立权宜之计的观点，并且要根据这些观点来评估必须对行业或职业的成员施加什么压力，才能避免给共和国带来不利和危险。在这方面，对基本权利的保护受限于避免本身违宪的法定强制执行，因为它们过于繁重且不公平；除了这些例外，有关职业自由的损害不会太明显地影响有权享有基本权利的人，因为他已经从事该行业或职业，并且他从事该行业或职业的授权不受影响”（BVerfGE 7, 377 [405 seq.]）。

在适用这一标准时，被质疑的规则体系不与《基本法》第12条相抵触。因为正如欧洲法院在其决定中已经指出的那样，存在经过仔细考虑支持这一制度

的理由，以避免对欧洲经济共同体造成明显的不利影响。在本案中，所涉及的只是“由于负担过重且不确切而导致本身违宪的规定”，正如（在这一点上具有可比性）1959年2月3日所谓的罚款支付判决所决定的案件一样（BVerfGE 9, 137）；在该判决中，法院甚至没有考虑可能违反《基本法》第12条的问题（BVerfGE 9, 137 [146]）。

【1155】(4)鉴于在使用“过度繁琐”且不确切的表述时需要考虑比例原则，在关于没收押金条件的规则中应注意以下事项：如果未履行合同或法规规定的义务，无论是否该受处罚，都将没收保证金，这符合保证金的目的。因此，没收保证金必须仍然是一个例外，它不包括提供保证金的人行为不该受处罚的情况，即商人已谨慎行事。被质疑的规则将例外归类为不可抗力的法律概念，欧洲法院将这一概念解释为具有约束力，意味着除了规则中明确提及的情况外，它必须被视为不仅包括所有绝对不可能进出口的情况，而且包括由于进口商或出口商无法控制的情况而没有进行进口或出口的情形；即便采取了所有合理的预防措施，这种情形的后果只能以不成比例的损失为代价才能避免。特别是由于欧洲法院补充说，被表述为“必须采取的预防措施”和“他必须自己承担……的重大损失”的概念要素是灵活的，所有这些都是表达德国法律中现行法律概念并包含在比例性宪法原则中的另一种方式，即在这种情况下承担义务的人可以在“超出所承担义务的负担”的情况下免除自己的义务。

(5)因此，《基本法》第12条对德国当局和法院在本案中适用被质疑的规则没有任何障碍。除《基本法》第12条外，根据联邦宪政法院已达成的判例法，《基本法》第2.1条并不作为进一步独立的审查标准予以考虑（BVerfGE 9, 63 [73]; 9, 73 [77]; 9, 338 [343]; 10, 185 [199]; 21, 227 [234]; 23, 50 [55 seq.]）。

“押金充公第二案”

BVerfGE 73, 339

1. 判决概要

(1)(a)欧洲法院是《基本法》第101.1条所指的“法定法院”。它是根据共同体条约设立的主权司法机关，在依法确立的管辖权和程序的基础上并在上述框架内，原则上在司法独立的状态下根据法律规定和法律标准对法律问题作出最终决定。

(b)联邦最高法院的程序法符合自由听证的法律要求、提供适当辩护手段的程序和选择律师的权利。

(2)只要欧洲共同体特别是欧洲法院的判例法通常有效确保针对共同体主权

权力的基本权利保护，且它与宪法无条件要求的基本权利保护基本相似，那么只要它们普遍保障基本权利的核心内容，联邦宪政法院将不再行使管辖权，来决定被引用为德国法院或当局在德国主权境内的任何行为之法律依据的次级共同体立法之适用性，也不再以《基本法》包含的基本权利标准来审查这类立法。因此，根据《基本法》第100.1条提交法院的诉愿是不可受理的。【1156】

1986年10月22日第二庭命令，2 BvR 197/83.

2.案件事实

上诉人的业务包括将非欧洲共同体国家的腌制蘑菇进口到联邦共和国，此类进口受欧盟立法的约束。

它向主管的联邦食品和许可证办公室书面申请从台湾进100吨腌制蘑菇。该申请根据第2107/74号规章的规定被拒绝。

在审查程序未能成功后，上诉人向法兰克福行政法院（Verwaltungsgericht）提起诉讼，称第2107/74号规章在1976年7月1日之后继续有效是不合理的。

法兰克福行政法院在1978年7月25日的判决中驳回了该申请，理由是拒绝许可并不违法。法院认为，第2107/74号规章符合EEC条约第39条规定的目标。

上诉人对该判决提出中间上诉。在1981年3月25日的决定中，联邦最高行政法院（Bundesverwaltungsgericht）应上诉人的申请暂停了诉讼程序，并将问题提交给欧洲法院：1974年8月8日委员会规定的适用于进口腌制蘑菇的保护措施的第2107/74号规章，是否违反了1975年7月22日理事会第1927/75号规章第7.1条关于水果和蔬菜加工产品在市场上与第三国进行贸易的系统，以及理事会1975年7月22日第1928/75号规章第2.2条的综合规定，后者制定了1976年6月30日之后市场上继续有效的水果和蔬菜加工产品实施措施的详细规则。

在回答这个问题时，法院裁定：对1976年6月18日第1412/76号和1976年9月21日第2284/76号委员会规章的考量没有披露任何影响它们效力的信息。

.....

d)在最高行政法院的进一步诉讼中，上诉人否认存在违反各种宪法规则的情况，请求暂停诉讼，或将欧洲法院1982年5月6日对案件126/81的判决中对第1412/76和第2284/76号条例的解释是否适用于联邦共和国的问题，根据《基本法》第100.1条提交给联邦宪政法院，或根据EEC第177.3条将新诉愿提交给欧洲法院。

联邦最高行政法院在1982年12月1日的判决（7 C 87.78）中驳回了上诉，认为上诉没有根据。上诉人在基于宪法的上诉中声称，联邦最高行政法院的判决无视其在《基本法》下的程序性和实质性权利。【1157】

.....

3. 判决理由选译

B.

以宪法为由提出的上诉是可以受理的，但依据不充分。

I.

(1) 本案判决要认定对《基本法》第100.1条第2句连同EEC第177.3条之违背，前提是联邦行政法院有义务重新提交诉愿至欧洲法院，尽管后者应前者法院提请，已于1982年5月6日作出初步裁决。如果欧洲法院是在该条规定范围内的法定法院，基于这种义务武断拒绝诉愿将与《基本法》第101.1条第2句相冲突。

a) 欧洲法院是《基本法》第101.1条第2句所指的法定法院。这个问题必须给予肯定回答，迄今尚未由联邦宪政法院裁决（参见BVerfGE 29, 198 [207]）。

aa) 鉴于存在广泛的制度保障（参见1957年4月17日欧洲经济共同体法院规约议定书第165、168和188条、第2条及以下和第17条及以下[II BGBl.1146]，以及1982年2月15日[1982] O.J. C 39/91编纂版本的1974年12月4日欧洲共同体法院程序规则），欧洲法院作为《基本法》第101.1条第2句所指的法院的性质是毫无疑问的。法院是根据共同体条约设立的主权司法机关，在依法确立的管辖权和程序的基础上和框架内，原则上根据法律规则和法律标准，在司法独立的状态下就法律问题作出最终决定。其成员有独立和公正的义务。他们的法律地位是由法律规定的，以提供个人独立的保障。法院的程序规则满足法治国家的正当程序要求。它们特别保证了发表意见的权利、有合适诉讼标的之提起和辩护的诉讼机会，以及选择专家协助的自由（另见BVerfGE 59, 63 [91 et seq.]）。

【1158】 bb) 欧洲法院不是德意志联邦共和国的机构，而是欧洲共同体的共同机构。欧洲共同体管辖权与成员国管辖权的功能性连锁，凭借《基本法》第24.1条和第59.2条第1句批准立法提供的法律适用指南，共同体条约以及基于条约通过的从属法律是适用于联邦共和国的法律秩序的一部分，必须由其法院遵守、解释和适用；在批准共同体条约的立法赋予法院其中所载司法职能的范围内，这些赋予欧洲法院在《基本法》第101.1条第2句所指范围内法定法院的性质。这些职能尤其包括法院根据《欧洲经济共同体条约》第177条作出初步裁决的管辖权。

相对于各成员国法院，《欧洲经济共同体条约》第177条授予欧洲法院全权决定条约之解释，以及依据条约之项的共同体法律文件之解释及其有效性

(BVerfGE 52, 187 [200])。对于共同体法律来说，第177条规定了欧洲法院之于条约的司法垄断，从而赋予其《基本法》第101.1条第2句限度内的立法性法院之特征。

欧洲法院在职能上部分融入成员国法律体系表明一个事实，即成员国法律秩序与共同体法律秩序并非在相互隔绝状态下突兀并列，而是以诸多方式相互联系并受到交互影响（例如参见《欧洲经济共同体条约》第215.2条及其提到的“成员国法律共享的普遍原则”）。这在第177条规定的管辖权分配中体现得尤其清楚，其导向是成员国法院和欧洲法院相互合作。为了条约的一体化、法律安全及适用统一之目标，它要在共同体条约的适用范围内尽最大可能实现所有法院对共同体法律的统一解释与适用（参见欧洲法院判决，Hoffmann La Roche AG v. Centrafarm [107/76]）。

cc)这一结论与根据EEC第5.1条规定的德意志联邦共和国的国际法义务相一致，即采取一切适当措施履行欧洲经济共同体条约产生的义务：只要它们遵循第177条，它们将由法院执行，成员国自己保证遵守这些规定。通过将欧洲法院纳入EEC第177条的管辖范围内且适用《基本法》第101.1条第2句，这一目标以一种特别恰当的方式得到实现。

dd)根据第177条的诉愿构成客观的临时程序，该程序中主要诉讼的当事人没有自己的申请权利，主要是为了解释、实施和审查共同体法律的有效性，这并不阻止在EEC第177条项下的初步裁决事项中，根据《基本法》第101.1条第2句将欧洲法院归类为法定法院。根据第177条向欧洲法院申请裁决构成统一法律纠纷的一部分，其结果（在相关的范围内）对所提及问题的回答具有决定性。参与主要诉讼的个人要求执行《基本法》第101.1条第2句所载保障之权利也延伸至对EEC第177条所规定的义务之遵守，以及提起诉讼并获得判决，而无论程序的法律性质和构成其实质的规则如何。【1159】

b)联邦行政法院在本案中拒绝向欧洲法院提交新诉愿并非武断。

aa)在联邦行政法院的诉愿后，欧洲法院已经对同一原诉作出了初步裁决，其决定的主题涉及相同的法律问题，即1976年6月18日第1412/76号委员会条例和1976年9月21日第2284/76号条例的有效性。上诉人对此要求重新提交诉愿，但联邦行政法院没有义务再次提交该问题。欧洲法院根据EEC第177条作出的判决对处理同一主要诉讼的所有成员国法院具有约束力（欧洲法院在Milch, Fett und Eierkontor v. Hauptzollamt Saarbrücken [29/68]案中的判决）。只要它们与这些法院的裁决相关，它们将被用作决定主要诉讼的依据。这源于EEC第177条和第164条的含义和目的（参见BVerfGE 45, 142 [162]; 52, 187 [201]）。

bb)根据上述欧洲法院的判决，在其判决缺乏明确性的情况下，这种具有约

束力的效力存在例外情况。关于欧洲法院在本案中的初步裁决，联邦最高行政法院考虑了它是否在处理此类案件。它对这个问题的回答是否定的，它所采取的观点绝不是武断的。

cc)我们不关心在本案中决定欧洲法院初步裁决的基本约束力是否也不再适用，如果在作出裁决后，已知新的事实可能导致法院作出不同的决定，或者是否只有《法院规约》第41条规定的重新申请程序是相关的。上诉人没有指称任何此类事实。

【1160】 dd)考虑到欧洲法院可能未能考虑或充分评估上诉人在第177条程序中的陈述，就当前的目的而言，没有必要决定是否根据共同体法律的规定从法律听证权的角度启动新的诉愿程序这种可能性曾向最高行政法院开放。最高行政法院的判决绝不是武断的，没有任何因素可以导致欧洲法院没有注意到上诉人的陈述或给予适当考虑的假设。因此，根据第177条重新提出诉愿的必要条件并不存在，即根据共同体法律规定在它可受理或甚至可能被要求的范围内拒绝受理该诉愿，可能构成对基本法第101.1条第2句之违反。

c)基于这些理由，无论如何，在涉及基于宪法的理由上诉的本诉讼程序中，联邦最高行政法院将这些问题提交给欧洲法院是没有问题的。

d)此外，最高行政法院并没有违反《基本法》第101.1条第2句，因为它拒绝根据该条向宪政法院提交诉愿，根据第177条经由宪政法院的诉愿以促使欧洲法院改变初步裁决。带着这一目的向宪政法院提交诉愿，本来是不可受理的；《基本法》第100.1条的诉讼标的是立法的合宪性，而不是法院判决的合宪性。

(2)没有违反《基本法》第103.1条。

a)上诉人的异议是，欧洲法院拒绝其在初步裁决程序中进行法律听证的权利，因此出于宪法原因不能通过其裁决约束最高行政法院。这是不可接受的。上诉人并未指称有关情况以证明以下主张，即根据EEC第177条作出初步裁决的程序方法中，欧洲法院一般拒绝给予原诉讼各方以满足正当法律程序的法律要求最低规则的法律听证措施，并且它简单和普遍地忽视或不加考虑其章程和程序规则中与这些要求相对应的保障。上诉人在本案中所称的侵权行为即使属实，也不能准许得出一般结论。

鉴于《基本法》原则要求作为《基本法》第24.1条规定的主权权利转让的一个条件（参见BVerfGE 37, 271 [296]; 58, 1 [28, 40]），只有在欧洲法院普遍拒绝进行法律听证的情况下，才能考虑质疑《基本法》下《欧洲经济共同体条约加入法》的持续有效性，进而从侵犯法律听证权的角度质疑欧洲法院初步裁决的约束力（另见下文II.(1)(2)）。

b)最高行政法院本身清楚地注意到上诉人的意见，并在作出决定时将其考虑在内；因此，不存在违反《基本法》第103.1条的问题。正如解释的那样，出于宪法原因，法院也没有义务向上诉人提供欧洲法院的法律听证会，据称该听证会因向法院提起新诉愿而被拒绝。【1161】

(3)联邦最高行政法院的判决不违反《基本法》第19.4条：

a)就该条而言，包含此类司法裁决的文书不属于“公共权力”条款（参见BVerfGE 49, 329 [340 et seq.]）。

b)如果从上诉人认为《基本法》第19.4条第1句遭到违反来理解，即德国法院根据第177条进行初步裁决的程序中无法针对欧洲法院的判决采取补救措施，那么基于宪法的上诉也没有充分的根据。

本院已多次裁定，《基本法》第19.4条并未赋予德国法院附属管辖权或赋予其干预国际法院裁决的国际权限（参见BVerfGE 58, 1 [28 et seq.]及其中更多文献）。这同样适用于欧洲法院的决定。

c)由于最高行政法院认为自己受欧洲法院初步裁决的约束，也不存在违反《基本法》第19.4条第1句的情况。

aa)《基本法》第19.4条第1句确实要求提供诉诸法院的法律制度，以保证对诉讼标的的事实和法律方面进行全面考虑，保证由独立和公正的司法机关根据对权利保护的特殊要求而制定的决定形式和实施方式（BVerfGE 60, 253 [296 seq.]）；不考虑可能的环境影响以及立法或行政当局评估、制定或酌处权的范围，这原则上排除了法院遵守其他机构对特定案件的事实或法律判决的任何具有约束力的义务。但这并不排除法律规则规定的遵守其他法院裁决的义务（参见BVerfGE 65, 132 [137 et seq.]）；由于对EEC第177条的职能管辖权没有任何宪法疑问，这同样适用于欧洲法院初步裁决的约束效力。

bb)和《欧洲经济共同体条约加入法》可能违反《基本法》第24.1条相关，只有根据第24.1条转让主权权利时必须遵守的法治的宪法原则要求针对欧洲法院初步裁决的上诉权，是否在欧洲法院保护合法权利上存在充分条款的问题才具有重要意义。【1162】

本院一贯认为，《基本法》第19.4条和第103.1条以及法治的一般原则均未要求额外诉诸国内（德国）法院进一步审理（见BVerfGE 34, 1 [6]；42, 243 [248]；42, 252 [254]；49, 329 [343]；54, 277 [291]）。从这个角度来看，目前欧洲法院初步裁决程序的安排并不违反《基本法》对主权转让的限制。

II.

不能认为联邦行政法院的判决侵犯了上诉人根据《基本法》第12.1条和第2.1条以及第20.3条（比例原则和法律确定性原则）所享有的基本权利。

(1) 上诉人的诉求是，欧洲法院的裁决和该法院解释的委员会第1412/76和第2284/76号规章侵犯了《基本法》规定的基本权利，因此争议期间不应在《基本法》适用范围内被德国当局或法院适用。这个主张是不可受理的。最高行政法院根据《基本法》第100.1条针对规章向本院提出诉愿，本应是不可受理的。

a) 德意志联邦共和国在其主权范围内的专属控制权可以被撤回，主权范围内给予来自其他渊源法律的直接效力和适用更多空间；通过这些方式，《基本法》第24.1条使德国法律制度得以开放（参见BVerfGE 37, 271 [280]; 58, 1 [28]; 59, 63 [90]）。诚然，《基本法》第24.1条本身并没有规定国际机构制定的法律的直接效力和适用，也没有直接规范该法律与国内法的关系（例如各自适用之优先次序）。内部有效性和适用并不直接来自一般国际法，国际条约（包括这里所讨论的那些）可能的内部效力或适用的优先权也是如此。现行国际法不包含任何由国家商定的实践或无可置疑的法律承认所产生的一般规则，即国家有义务将其条约纳入其国内法，并在此基础上给予其相对于国内法的效力或适用的优先权。有效性或适用的内部优先权仅通过根据适用国内法法律指令而产生，这也适用于条约的情况，条约的内容要求缔约方有义务规定内部效力或适用的优先权。然而，第24.1条规定，通过适用恰当的内部法律指令，将主权权利转让给国际机构的条约和由这些机构制定的法律在宪法上可以优先于联邦共和国国内法生效和适用。这就是欧共体条约和依据前者由共同体机构确立的法律，根据《基本法》第24.1条和第59.2条第1句通过《条约加入法》所发生的情况。从把《欧洲经济共同体条约加入法》的法律指令适用于EEC并延伸至条约第189.2条，催生了共同体法规对联邦共和国的直接效力及其适用之于国内法的优先地位。

b) 然而，《基本法》第24.1条所赋予的权力在宪法上并非没有限制。该条款并没有授予通过将主权权利让予国际机构，通过打破联邦德国的基本框架结构，而放弃联邦共和国现行宪法秩序身份之权力。这尤其适用于国际机构的立法文书，这些文书可能由于对潜在条约法的相应解释或发展，会破坏《基本法》的基本结构部分。无论如何，《基本法》关于基本权利的规定所依据的法律原则构成了现行宪法秩序的基本框架，这是不可缺少的重要部分（参见BVerfGE 37, 271 [279]; 58, 1 [30 seq.]）。《基本法》第24.1条在有条件的情况下，允许根据具体情况处理这些法律原则。就第24.1条所指的国际机构在联邦共和国主权范围内侵犯《基本法》所承认的基本权利的必要内容而言，如果这需要取消《基本法》条款下的法律保护，那么相反，有必要保证基本权利的适用，其实质和效力与《基本法》无条件要求的基本权利保护本质上相似。作为一般规则，这将需要一个由独立法院保护个人权利的制度；它被赋予足够的管

辖权，特别是有权审查和决定与相关权利保护要求相适应的事实和法律问题，并在适当程序的基础上作出决定；该程序允许进行法律听证的权利，提供适合争议标的的挑战或辩护手段以及自由选择的专家协助，并且如有必要，其决定包含对侵犯基本权利的充分和有效的制裁。

c) 本法院在1974年5月29日的判决中解释说（参见BVerfGE 37, 271 [280 et seq.]），考虑到当时已达到的一体化状态，在欧洲共同体内普遍具有约束力的共同体法律规定的基本权利标准，通过不触犯《基本法》第24.1条关于联邦共和国主权范围内衍生共同体法律适用所推行的限制的方式，尚未表现出令法院可以得出该标准将永久满足《基本法》的基本权利标准而不影响可能的修改之结论的法律确定性程度。它说，共同体仍然缺乏一个通过直接民主手段合法化并通过普选建立的议会；该议会必须拥有立法权，并有权颁布立法的共同体机构在政治上对其负有全部责任。特别是共同体仍然缺乏编纂好的一系列基本权利，而当时的欧洲法院判例法本身并不能保证必要的法律确定性。只要在随后的整合过程中仍未实现这种法律确定性，源自第24条的保留仍然有效。因此，本法院在上述判决中认为：只要一体化进程尚未进展到共同体法也收纳由议会决定的一系列基本权利和堪比《基本法》中一系列基本权利的确定效力，而德国法院在根据条约第177条获得欧洲法院的裁决后，在司法审查程序中向联邦宪法法院提交的诉愿，那么如果德国法院认为与欧洲法院给出的解释中的决定相关的共同体法律规则在欧洲法院给出的解释中不适用，因为它与《基本法》中的一项基本权利相冲突（BVerfGE 37, 271 [285]），该诉愿就是可以受理且有必要的。在此案件中，它认为据《基本法》第100.1条的诉愿是可以受理的，但在该案的情况下，并没有充分的根据。

【1164】

在1979年7月25日的决定（BVerfGE 52, 187 [202 seq.]）中，本分庭明确提出是否或在多大程度上（考虑到欧洲共同体事项中可能同时发生的政治和法律发展），1974年5月29日的判决中规定的原则可以继续主张在未来引用衍生的共同体法律规则方面不受限制的有效性。

d) 在本分庭的判决中，同时在欧洲共同体的主权管辖范围内确立了保护基本权利的措施，其在概念、实质和实施方式上本质上与《基本法》中规定的基本权利标准相当。此后，共同体的所有主要机构都以具有法律意义的方式承认，在行使权力和追求共同体目标时，它们将作为尊重基本权利特别是由成员国宪法和《欧洲人权公约》设立的基本权利为指导的一项法律义务。没有任何决定性的因素可以使人们得出以下结论：根据共同体法律已经实现的基本权利标准没有得到充分巩固，而只是具有短暂性质。

aa) 与此同时，特别是通过欧洲法院的裁决，这一基本权利标准在内容上得

到了制定、巩固和充分保障。

【1165】 早些年，欧洲法院拒绝调查各方指控高级当局的决定违反了德国宪法原则，特别是《基本法》第2条和第12条（*Stork v. High Authority* [1/58]），表示它无权确保尊重一个或其他成员国现行的国内法规则，即使这些规则涉及宪法性法律原则，并解释说：“根据欧洲煤钢共同体条约产生的共同体法，无论明示还是以其他方式，不包含任何保证维护既得权利的一般原则。”（*President etc. v. High Authority* [36-38/59 and 40/59]）在接下来的时期，欧洲法院明确表示，它有义务保护共同体法律的一般原则，包括个人的基本权利（见 *Stauder v. City of Ulm* [29/69]）。诚然，在“国际贸易公司案”（*Internationale Handelsgesellschaft* [11/70]），它认为共同体措施的有效性或措施在特定成员国内的效果不会受到其违反由成员国宪法或符合宪法结构原则制定的基本权利的指控之影响；然而，它仍然需要考虑是否忽视了共同体法律下的类似保障，因为保障基本权利是法院必须保护的一般法律原则的一部分。虽然对这些权利的保护必须得到成员国宪法传统的支持，但它们也必须在共同体的结构和目标范围内运作。

从《基本法》的角度来看，欧洲法院在其对 *Nold* 案的判决中迈出了重要的一步；它在该案中指出，关于保障基本权利，它必须从成员国的共同宪法传统开始：“因此，它不能允许与那些国家宪法承认和保障的基本权利不相容的措施。”（*J. Nold KG v. EC Commission* [4/73]）。

基于如此定义的共同体法律一般原则的法律基础，考虑到其内容，欧洲法院在随后的时期引用了成员国宪法中承认的基本权利，作为共同体机构在他们的管辖范围内部采取审查措施的强制性标准。除了共同体条约本身对自由的明确保证（参见例如 EEC 第7条、第48条及以下、第59条及以下和第67条及以下）之外，经济活动相关的基本权利和自由当然占据了前景，例如财产权和从事经济活动的自由（参见以上 *Nold* 案；*Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* [44/79]）。除此之外，它还引用了其他基本权利作为评估标准，例如结社自由、平等待遇的一般原则和禁止任意行为、宗教自由或家庭保护（参见 *Union Syndicale v. E.C. Council* [175/73]；*Ruckdeschel* [117/76 and 16/77]）。

欧洲法院在其裁决中普遍承认并一贯适用这些原则，它们源于法治、禁止过度行动和比例原则，并作为在共同体法律制度的共同利益目标和保障基本权利的必要内容之间取得平衡的一般法律原则（最近的例子在下述的判决中：

【1166】 *Internationale Handelsgesellschaft* [above]；*Hauer* [above]；*Testa v. Bundesanstalt für Arbeit* [41, 121 and 796/79]；*Heijn* [94/ 83]；*Fearon v. Irish Land Commission* [182/83]；*Altale* [240/83]；cf. *M. Hilf in EuGRZ* 1985, 647 at 649）。它承认禁止追

溯是法律确定性基本原则的体现，并承认了禁止双重处罚的规则（参见Racke [98/78]; Regina v. Kent Kirk [63/83]; Boehringer [7/72]），以及类似的法治背景下说明个人决定理由的义务（见Intermills v. E:C: Commission [323/82]; Netherlands v. E:C: Commission [296 and 318/82]; M. Hilf, loc. cit on p. 650）。在Johnston v. The Chief Constable of Royalulster Constabulary (Case 222/84)中，法院依据所有成员国共同的宪法传统和《欧洲人权公约》第13条，将对保障个人权利的有效司法保护的诉求归类为是共同体法律基本权利保障的组成部分。它认为，授予法律听证的义务是公平程序制度的基本要求（见Pecastaing v. Belgian State [98/79]）。

为了根据共同体法律确定基本权利的内容和范围，法院还参考了《欧洲人权公约》及其附加议定书（见Rutili (36/75)）。

bb)欧洲议会、理事会和共同体委员会于1977年4月5日通过了以下联合声明（O.J. 1977, C 103/1）：

鉴于建立欧洲共同体的条约基于尊重法律的原则；

鉴于正如欧洲法院所承认的那样，法律除了包括条约和次级共同体立法所体现的规则之外，还包括法律的一般原则，特别是成员国宪法赖以为基础的基本权利、原则和权利；鉴于所有成员国都是1950年11月4日在罗马签署的《欧洲保护人权和基本自由公约》的缔约方，欧洲议会、理事会和委员会因此通过了以下声明：

1.欧洲议会、理事会和委员会强调，它们对保护基本权利极为重视，特别是源自成员国宪法和《欧洲保护人权和基本自由公约》的基本权利。

2.在行使权力和实现欧洲共同体的目标时，他们尊重并将继续尊重这些权利。欧洲理事会于1978年4月7日 / 8日通过了一项民主宣言；内容如下：

议会议员由直接普选产生，对欧共体的未来意义非凡，是欧共体人民共同的民主理想的生动体现。

共同体的创建是《罗马条约》所要求的欧洲各国人民之间更加紧密团结的基础，标志着其创始人决心加强对和平与自由的保护。【1167】

正如哥本哈根宣言中所表达的欧洲身份，国家元首和政府首脑确认他们的意愿，以确保其法律、政治和道德秩序的宝贵价值得到尊重，并维护代议制民主、法治、社会正义和尊重人权等原则。

这些原则的应用意味着多元民主的政治体系，既保证在宪法权力

组织内自由表达意见，又保证保护人权所必需的程序。

国家元首和政府首脑支持大会、理事会和委员会的联合声明，这些机构在声明中表示决心尊重基本权利以实现共同体的目标。

他们庄严宣布，尊重和维护每个成员国的代议制民主和人权是成为欧洲共同体成员的基本要素。

e)由于自然地由个案发展而来，与《基本法》下的基本权利标准相比，只要《基本法》所承认的具体法律原则或基本权利的性质、内容或范围不是法院单独作出判决的对象，欧洲法院的裁决迄今确立的保护这些权利的保障可能仍然存在差距。然而，起决定性的是法院现阶段对共同体在基本权利方面的义务、对通过成员国宪法和欧洲人权公约在法律规则和该法（在那个程度）的法律联系下将基本权利纳入共同体法律所持原则的态度，在法院适用共同体法律的过程中保护基本权利所取得的现实意义也是如此。尽管上述欧洲共同体和欧洲理事会机构的声明可能缺乏条约法的正式性质，尽管共同体本身不是《欧洲人权公约》的缔约方，但这些文书都是共同体内部的并且在共同体与其成员国的关系方面具有法律意义：它们正式证明了条约缔约国和共同体机构关于共同体保障产生于成员国宪法的基本权利之义务的一致法律观点，并且由于是一般法律原则，获得作为一级共同体法律的效力；通过它们在实践中适用共同体条约意图的一致证明，它们在国际法上对条约内容的定义也具有法律意义。这些声明还强化了欧洲法院的管辖权和义务，以确保根据共同体法律保护这些基本权利及根据其程序规则而产生的法律原则。关于诉诸法院、特定程序类型、法院审查和作出决定的权力、程序原则及其决定的效力，这些程序规则的组织方式一般而言能保障基本权利的有效保护，并被认为与《基本法》对基本权利的无条件保护在实质上相似。

【1168】

凭借上述关于成员国宪法和《欧洲人权公约》中基本权利保障的法律规则与共同体法律的一般原则的联系，议会规定了一系列基本权利要求，并被5月29日的判决认为是必要的，该要求也已在所有情况下得到满足。首先，自1974年以来，共同体的所有原始成员国（类似于后来加入的成员国）都加入了《欧洲人权公约》，其各自的议会也批准了它们的加入；其次，欧洲议会也通过了1977年4月5日的共同宣言，宣言可以从议会充分承认有效运作的一系列制定的基本权利要求的角度来判断。虽然本分庭在1974年5月29日的判决中指出，共同体缺乏一个通过直接和民主手段合法化并通过普选建立的议会，该议会必须拥有立法权并且有权颁布立法的机构在政治上对其负有全部责任，但这是一个描述当时出现的整合状态的要素；这一结论的基础显然是考虑到必须早在立法

阶段就开始保护基本权利，而议会责任为此目的提供了适当的保护安排。但是在根据基本法第100.1条审查立法的诉讼程序，联邦宪法法院有可能撤销对衍生的共同体法律的管辖权之前，不存在规定这种立场必须占上风的制宪要求。

从现阶段欧洲法院判例法的现状来看也不能预料，共同体法下基本权利标准的下降可能是由于共同体法与成员国宪法的法律联系达到如此程度，以至不可能在宪法基础上认为普遍存在基本权利的合理保护。首先，法院没有义务根据从成员国宪法比较中得出的最低公分母来确定共同体法律的一般原则，即使它们的基本法之间存在或将来会存在如此深刻的差异。可以预计的是，欧洲法院将努力确保共同体法律中任何特定基本权利原则的最佳发展。其次，对《欧洲人权公约》的法律目的以及欧洲法院现在支持人权的大量判例法之考量，保证了基本权利的实质性保护的最低标准，原则上满足了基本法本身的法律要求。这一立场并没有因为共同体本身不是《欧洲人权公约》的缔约方而改变。

【1169】

在共同体层面，在某些情况下会出现与基本权利的监管或受保护程度的实际定义有关的不同性质的问题；从《基本法》的角度来看，这一事实通常不会损害基本权利保护的充分性。特别是关于共同体条约中规定的本身与《基本法》相一致的目标，在这方面将出现涉及条约和共同体共同利益目标的平衡问题，而这些问题至少不会直接在成员国层面上产生。此外，《基本法》所保障的基本权利在宪制框架内作为代表统一目的的一套规则，应与由此赋予或承认的其他法律利益协调一致地加以解释和适用。它们包括在序言中表达的信念，即根据第24.1条实现的超国家合作。因此，根据《基本法》，也可以在共同体层面制定符合共同体目标和特殊结构的基本权利的法律规定；另一方面，基本权利和人权的实质内容是无条件的，在共同体的主权权力面前也必须继续存在。本庭认为，在现阶段，一般而言该要求在共同体一级得到充分保障。

f)鉴于这些发展，只要欧洲共同体特别是欧洲法院判例法通常确保基本权利针对共同体主权权力的有效保护，并被视为与《基本法》无条件要求的基本权利保护实质相似，那么只要在它们普遍维护基本权利的本质内容的范围内，必须判决联邦宪法法院将不再行使管辖权，来决定是否适用被引述为德国主权管辖范围内德国法院或当局任何行为之法律依据的次级共同体立法，并将不再以《基本法》所载基本权利的标准审查此类立法；因此，根据第100.1条为此目的提交本院的诉愿是不可受理的。

g)因此，上诉人指控有争议的委员会规定在欧洲法院在解释中侵犯了其受《基本法》第12.1条和第2.1条以及第20.3条确认的基本权利，这一指控是否正确的问题必须保持不予回应。从上诉人的陈述或欧洲法院的初步裁决来看，法院对法律的解释看上去不像没有准备好或没有能力承认或保护上诉人主张的基

【1170】本权利，因而共同体法律的水准显然普遍没有达到《基本法》所要求的对这些权利的保护程度。由于这些原因，本案没有任何机会考虑审查有争议的委员会规章是否符合《基本法》规定的基本权利。因此，联邦最高行政法院在主要诉讼中依据第100.1条提交的委员会规章是不可审理的。

(2)上诉人没有主张联邦最高行政法院的判决单独违反了其主张的未被欧洲法院初步裁决对该法院的效力所覆盖的宪法权利，也不存在支持这类主张的任何证据。

“马斯特里赫特判决”

BVerfGE 89, 155

1.判决概要

.....

(7)欧洲共同体的主权行为也影响到德国基本权利的享有者，从而触及宪法保障和联邦宪政法院之作用；后者负责保护德国基本权利，而不只是针对德国国家机关（与BVerfGE 58, 1 [27]相反）。尽管如此，联邦宪政法院以与欧洲法院的“合作关系”，对次级共同体法在德国之适用行使管辖权。

.....

1993年10月12日第二庭的判决，2 BvR 2134/92 and 2159/92.

.....

2.案件事实

【1171】在联邦宪政法院提出的诉讼反对议会批准《马斯特里赫特条约》、将德国加入欧盟合法化（《基本法》第23条）并建立一个欧洲货币联盟（《基本法》第88条）的宪法修正案。该主张相互关联但彼此区别的主要问题是欧盟权能的扩大以及欧洲一体化可能存在的“绝对”限制。

属于政党“绿党”（Die Grünen）的欧洲议会德国议员和欧盟委员会前高级官员曼弗雷德布伦纳向联邦宪政法院提出了违宪申诉。

申诉人声称，对《基本法》的修订和将《马斯特里赫特条约》转化为国家法律的法律违反了以下内容：(1)人的尊严权；(2)人格自由发展的权利；(3)结社权；(4)自由组建政党的权利；(5)自由选择行业、职业或专业的权利；(6)财产权；(7)选举德国联邦议院议员的权利；(8)限制任何企图废除德国宪法秩序之人的权利。

.....

3.判决理由选译

.....

B.

I.

(2) b) 申诉人辩称，他的基本权利受到侵犯，因为这些权利不再单独为德国和德国国家机构所保障，因此在成为欧洲基本权利时内容发生了改变。这种诉愿也是不可受理的。《基本法》对欧洲一体化的开放性已在《基本法》序言中确立，并在《基本法》第23条和第24条中进一步进行了规定，这种开放性对侵犯基本权利的可能性产生了影响。这些对基本权利的侵犯也可能是欧洲机构采取的措施造成的。因此，必须在实施这些措施的整个领土上保障对基本权利的维护。这尤其拓宽了基本自由适用的地域范围和适用平等规则的比较视角。

这不会导致基本权利保护标准的大幅下降。联邦宪政法院根据其管辖权（参见BVerfGE 37, 271 [280 seq.]; 73, 339 [376 seq.]），一般保证德国居民基本权利的有效保护，同时对抗共同体的主权权力。它保证这种对基本权利的保护将得到等同于宪法中必不可少的基本权利保障之重视。尤其是法院为基本权利的实质内容提供了一般保障。因此，法院也针对共同体的主权权力保证这一实质内容（参见BVerfGE 73, 339 [386]）。

欧洲共同体的主权行为也影响到德国基本权利的享有者，从而触及宪法的保障和联邦宪政法院的作用；后者负责保护德国基本权利，而不只是针对德国国家机关（与BVerfGE 58, 1 [27]相反）。尽管如此，联邦宪政法院以与欧洲法院的“合作关系”，对次级共同体法在德国的适用行使管辖权。在这种关系中，欧洲法院保证在每个个案中为整个欧洲共同体地区提供基本权利保护，因此联邦宪政法院可以将自己限于对不可或缺的基本权利标准之普遍保障（参见BVerfGE 73, 339 [387]）。 【1172】

.....

“香蕉市场组织案”

BVerfGE 102, 147

1.判决概要

(1) 如果宪法诉愿和法院提交主张《基本法》保障的基本权利受到欧洲共同体次级法律的侵犯，但其理由没有说明，欧洲法律包括共同体法院裁决之演变已下降到低于“押金充公第二案”决定之后要求的基本权利标准（BVerfGE 73,

339 [378 - 381])，则从一开始就不予受理。

(2)因此，所提交的判决或宪法诉愿的理由必须详细说明，《基本法》无条件要求的基本权利保护在相关案件中普遍得不到保障。这需要对国家和共同体层面的基本权利保护进行类似于联邦宪政法院在“押金充公第二案”中所做的比较(BVerfGE 73, 339 [378 - 381])。

2000年6月7日第二庭判决，2 BvL 1/97.

2.案件事实

司法移交涉及在德国实施欧洲共同体香蕉市场共同组织是否合宪的问题。1993年7月1日，香蕉市场共同组织(以下简称“香蕉市场组织”)根据1993年2月13日理事会(EEC)第404/93号规章(OJ L 47, 25/02/1993, pp. 1-11)第33条第2句生效；除其他外，它终止了《香蕉议定书》中授予的关税配额(第404/93规章第21 [2]条)。

【1173】该规章根据香蕉的来源，对香蕉进行了区分：首先，“共同体香蕉”是在欧洲共同体内生产的。其次，“ACP香蕉”来自某些非洲、加勒比和太平洋国家，这些国家作为所谓的ACP国家，长期以来一直通过特殊的多边协议与欧共体联系在一起。在这种情况下，总重量高达85.7万吨的香蕉配额被称为“传统”ACP香蕉(参见第404/93号规章的附件)，该数量对应于来自ACP国家的惯常进口数量。超过这一数量的进口被称为“非传统”ACP香蕉。最后，“第三国香蕉”既不是来自共同体，也不是来自ACP国家。在价格和质量方面，无论是共同体香蕉还是ACP香蕉都无法与第三国香蕉竞争。香蕉市场组织的目的是支持共同体内的香蕉生产，并确保传统ACP香蕉的免税销售，同时不妨碍第三国香蕉和非传统ACP香蕉的进口(第404/93号条例，引述部分第2条等)。

为实现这一目标，为共同体香蕉制定了补偿性援助安排(第404/93号规章第10条等)。传统ACP香蕉与在欧洲共同体以外生产的所有香蕉一样，需要进口许可证(第17条)但免税(第12条)。非传统ACP香蕉和第三国香蕉可以在特定关税配额的框架内以低关税税率或免税进口。然而，超出这个配额，他们将被征收高额税费。

两个原始诉讼的原告都是所谓的亚特兰大集团的19家公司。作为香蕉进口商，他们参与运输、催熟和营销的所有步骤。他们30%的销售额来自香蕉的营销。香蕉市场组织生效后，原告被分配了1993年第三季度的临时配额数量。就该配额对进口数量限制的反对意见被驳回。在他们针对这一限制提起的法律诉讼中，原告首先提出，第404/93号规章违反了共同体法律。行政法院将该问题提交给欧洲共同体法院。同时，它通过临时救济的方式向原告发放了1993年11

月和12月的进口许可证，关税税率为每吨100欧元，以防原告实体败诉，以抵消原告根据共同体法律有权获得的参考数量。

该意见不予受理。

3.判决理由选译

.....

B.

.....

II.

在1974年5月29日的“押金充公第一案”（2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271）中，联邦宪政法院的管辖法庭就实际管辖权得出结论，共同体的一体化进程尚未进展到共同体法律包含足以媲美《基本法》的由议会决定、具有确定效力并编纂成法典的基本权利。因此，获得欧洲共同体法院根据EEC第177条作出的裁决后，由于且就与《基本法》的一项基本权利相冲突的程度而言，如果德国法院认为与其决定相关的共同体法律规则在欧洲共同体法院的解释中不适用，则本庭认为，当时所要求的德国法院在宪法审查程序中提交联邦宪政法院，是可以受理和必要的（BVerfGE 37, 271 [285]）。

【1174】

.....

(2) a)在1986年10月22日的“押金充公第二案”（2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339）中，本庭认为，在此期间，欧洲共同体已在主权管辖范围内确立了保护基本权利的措施；其概念、实质和实施方式上与《基本法》规定的基本权利标准基本相媲美，并且没有任何决定性因素能得出根据欧共体法律已经实现的基本权利标准没有得到充分整合，而仅仅是暂时性的结论（BVerfGE 73, 339 [378]）。

根据欧洲共同体法院的个别决定，本庭就基本权利标准发表了声明，并认为该标准特别是通过欧洲共同体法院的决定，已经在内容上制定上得到巩固和充分保证（BVerfGE 73, 339 [378 - 381]）。在这种情况下，本庭评论了欧洲共同体法院关于经济活动的基本权利和自由的决定，例如财产权和从事经济活动的自由（above, p. 380），也评论了关于结社自由、平等待遇的一般原则和禁止任意行为、宗教自由和家庭保护，以及法治原则、禁止过度行动和比例性等一般法律原则，以在共同体法律制度的共同利益目标之间实现平衡，并评论了保障基本权利的必要内容（above, p. 380）。

总而言之，本庭发表了以下声明：只要欧洲共同体特别是欧洲判例法通常确保基本权利针对共同体主权力有效保护，并视为与《基本法》无条件要求

的基本权利保护实质上相似，那么只要它们普遍维护基本权利的必要内容，联邦宪法法院将不再行使管辖权，来决定作为任何德国主权管辖范围内德国法院或当局行为之法律依据的次级共同体立法的适用性。它将不再以《基本法》所载基本权利的标准审查此类立法。因此，根据《基本法》第100.1条来提交（关于联邦宪法法院的次级共同体法律规则）是不可接受的（BVerfGE 73, 339 [387]）。

b)在其“马斯特里赫特裁决”（BVerfGE 89, 155）中，本庭维持了这一观点。在这项决定中，本庭强调，联邦宪法法院通过其管辖权与欧洲共同体法院合作，保证德国居民针对共同体主权利力的基本权利也受到有效保护，且一般被认为与《基本法》无条件要求的基本权利保护实质上相似，特别是法院对基本权利的必要内容提供一般保障。因此，联邦宪法法院也保证这样对抗共同体主权利力的基本内容（BVerfGE 89, 155 [174 - 175]，参考BVerfGE 37, 271 [280 et seq.] and 73, 339 [376 - 377, 386]）。根据本庭在“押金充公第二案”（BVerfGE 73, 339）中制定的先决条件，欧洲共同体法院也有权保护德国公民的基本权利免受国家（德国）公共权力机构基于次级共同体法的侵害。如果欧洲共同体法院偏离本庭在“第二案”（BVerfGE 73, 339 [378 - 381]）中规定的基本权利标准，联邦宪法法院才会在其管辖范围内再次变得活跃。

c)《基本法》第23.1条第1句（根据1992年12月21日修改《基本法》的法律插入，BGBl I, p. 2086）确认了这一裁决。根据该法，德意志联邦共和国应参与欧盟的发展，以建立一个致力于民主、社会和联邦原则、法治和辅助性原则的统一欧洲，并保证基本权利的保护水平与《基本法》所提供的保护水平基本相当。在欧共体法律和欧共体法院基于欧共体法律的裁决所规定的不同基本权利领域，并不要求提供完全相同的保护。如果欧洲共同体法院的裁决总体上确保针对共同体主权利力的基本权利之有效保护，并被认为与《基本法》所要求的无条件保障基本权利实质上相似，那么只要它们一般保障基本权利的实质内容，根据“第二案”（BVerfGE 73, 339 (340, 387)）中提到的先决条件即满足宪法要求。

d)因此，根据“马斯特里赫特裁决”（BVerfG 89, 155），如果没有说明包括欧洲共同体法院裁决等欧洲法律的演变，以至于导致在“押金充公第二案”（BVerfGE 73, 339 [378-381]）后低于基本权利要求标准之衰退，那么法院的宪法诉愿和提交的理由从一开始就不可被受理。因此，国家法院或宪法诉愿提出欧洲共同体次级法侵犯《基本法》保障的基本权利之理由必须详细说明，《基本法》无条件要求的基本权利保护在相应案例中并未得到普遍保障。这需要对国家和共同体层面的基本权利保护进行比较，类似于联邦宪法法院在“第二

案”中所做的比较。

.....

（二）身份审查

1. 译者注解

如上所述，《基本法》第93.1(4a)条将《基本法》第38条的投票权提升到与《基本法》第1条至第19条所列的系列基本权利相同的地位，因为所有这些权利都是主观权利，即通过向宪政法院提出的宪法诉愿程序在程序上保障这些权利。宪政法院一贯认为，选举权不仅保护狭义的投票行为，例如投票的保密性、投票资格的普遍性和投票的平等性，而且投票权也保护了其组成由选举决定的机构的任务。这意味着，如果议会失去核心权力，《基本法》第38条的投票权就会受到侵犯。

在关于《里斯本条约》合宪性的里斯本裁决中，宪政法院增加了一层保护，防止欧盟侵犯其成员国德国的宪法空间，即所谓的身份审查。²⁰³

宪政法院的“欧洲逮捕令”决定提供了更详细地讨论“身份审查”的第一次机会。该案涉及根据欧洲逮捕令将一名在德国被捕的美国公民引渡到意大利。²⁰⁴此人被缺席判处有期徒刑，并声称引渡将违反“无罪不罚”的基本原则，其中包括由于意大利法律会阻止他基于事实理由对判决提出上诉，被告有能力在裁决法院提出他对所发生事情的看法。联邦宪政法院同意并认为，一旦他不能这样做，确实必须被视为违反了《基本法》第1条的基本尊严条款，所以德国不能引渡。²⁰⁵管辖欧洲逮捕令的深层欧盟立法（《框架决定》）限制了执行国可以援引引渡请求的理由，并包含有关缺席审判和定罪的特有语言。²⁰⁶

【1177】

²⁰³ BVerfG, 2 BvE 2/08, 30/6/2009, http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html (最后访问于2019年6月9日), para. 240.

²⁰⁴ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15/12/2015, http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html (最后访问于2019年6月9日)。

²⁰⁵ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15/12/2015, http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html (最后访问于2019年6月9日)。

²⁰⁶ 2002年6月13日《关于欧洲逮捕令和成员国之间移交程序的理事会框架决定(2002/584/JHA)》，经2009年2月26日《理事会框架决定2009/299/JHA》修订，修订了框架决定2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA和2008/947/JHA，从而增强个人的诉讼权利，并促进将相互承认的原则适用于在当事人缺席的情况下作出的判决，http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/2009-03-28 (最后访问于2019年6月9日)。

《框架决定》第4a(1)(c)条要求，在缺席定罪后，必须可以对原定罪进行案情审查，并且意大利当局已提交信息以表明存在这种可能性。然而，与“下级”法院²⁰⁷不同，宪政法院并不认为这些保证足以克服其对有罪原则和人的尊严的担忧。²⁰⁸无罪不罚原则被认为是德国宪法特征的一部分，因此在缺席定罪后事实上无法申请对请求国的事实进行审查将违反该原则，因此欧洲立法法案不得适用。然而，宪政法院通过解释这一结果并非完全适用德国宪法所导致，避免了对欧盟至上原则的公开挑战。相反，有关欧盟立法的正确解释（即框架决定）连同欧盟基本权利宪章的司法保障一起阅读，“显然”会产生相同的结果。²⁰⁹换言之，宪政法院将欧盟法律与最杰出的德国宪法规范（作为塑造德国宪法特性的一套规范的一部分）的可能冲突，转变为对建立在相同价值基础之上的规范和谐共存之庆典。²¹⁰

【1178】

“里斯本条约案”

BVerfG, 30.6.2009, 2 BvE 2/08,

http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html (BVerfGE 123, 267)

2. 判决概要

(1) 《基本法》第23条赋予参与和发展以主权国家联盟（*Staatenverbund*）为设计目标的欧盟之权力。一体化（*Verbund*）的概念涵盖了保持主权的国家的密切长期联盟，一个行使公共权力但其基本秩序受制于成员国决策权的基于条约之联盟，其人民即成员国的公民仍然是民主合法化的主体。

(2)(a) 只要成员国制定条约法以允许在没有批准程序的情况下修改条约，同时保留授予原则之适用，则除了联邦政府之外，立法机构在参与语境下还承担特殊责任；在德国，它必须在内部遵守《基本法》第23.1条（整合责任）之要

²⁰⁷ GFCC不是上诉法院，因此不会“高于”其他法院，但是其判决、决定和命令实质上与推翻或重发上诉法院的决定具有相同的效果。

²⁰⁸ BVerfG, 2 BvR 2735/14, 15/12/2015, paras 111-123, http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html (last accessed 6.9.2019).

²⁰⁹ Id. at para. 125. 这种适用欧盟法律的明显性很重要，因为它允许GFCC规避在初步裁决程序下将案件的欧盟法律部分提交给欧洲法院。如果所涉欧盟规范的含义清晰明了（*acte clair*），则不必援引欧洲法院对欧盟法律解释的管辖权。

²¹⁰ See Bröhmer, Jürgen, Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics, 12(3) Law and Development Review 2019, 761-795, doi:10.1515/ldr-2019-0043.

求，并且可以在联邦宪政法院的任何诉讼中援引该要求。

(3)(b)只要特殊过渡条款仅限于《里斯本条约》已充分界定的主题领域，并不需要《基本法》第23.1条第2句所指的法律。然而，在这种情况下，在联邦议院以及在各州的立法权限受到影响的情况下，联邦参议院有责任以另一种适当的方式主张其整合责任。

(4)在主权国家条约联盟的基础上实现欧洲统一不得以下列方式实现，即没有足够的空间留给成员国在政治上形成经济、文化和社会生活条件。这尤其适用于影响公民生活条件的领域，特别是他们自己责任的私人领域、政治和社会保障的私人领域，这些领域受到基本权利的保护，也适用于特别依赖于文化、历史和语言的感知、在公共政治之政党政治和议会领域的公共话语中发展的政治决策。

(5)联邦宪政法院审查欧洲机构及其法律文书是否保持在授予它们的主权权力范围内（参见BVerfGE 58, 1 <30-31>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 关于超越限制的法律文书，参见后两个案例），同时遵守共同体和联盟法律下的辅助性原则（ECT第5.2条、第5.1条第2句和《里斯本条约》版本的《欧盟条约》第5.3条）。此外，联邦宪政法院根据《基本法》第23.1条第三句结合《基本法》第79.3条，审查《基本法》宪法身份的不可侵犯核心内容是否得到尊重（参见BVerfGE 113, 273 <296>）。这种植根于宪法的审查权之行使遵循《基本法》对欧洲法律的开放性原则（*Europarechtsfreundlichkeit*），因此也不违背真诚合作的原则（里斯本《欧洲联盟条约》第4.3条）；否则，随着一体化进程的推进，《条约》第4.2条第1句承认的主权成员国的基本政治和宪法结构无法以任何其他方式得到保障。在这方面，宪法和欧盟法律对国家宪法身份的保障在欧洲法律领域齐头并进。

【1179】

3.案件事实

机构纠纷（*Organstreit*）和宪法诉愿已合并为联合裁决，其主题是批准2007年12月13日在里斯本签署的修订《欧洲联盟条约》的《里斯本条约》和《建立欧洲共同体条约》（OJ no. C 306/1）。诉讼程序涉及批准《里斯本条约》的德国法案和部分《〈里斯本条约〉批准法案》的随附法律：已经颁布但尚未生效的《〈基本法〉修改法案》（第23、45和93条），以及已获通过但尚未签署和颁布的《扩大和加强联邦议院和联邦参议院在欧盟事务中的权利的法案》。

【1】

II.

(1)宪法诉愿程序中的申诉人对《〈里斯本条约〉批准法案》提出质疑。此

外，关于第三和第六申诉人的宪法诉愿涉及《〈基本法〉修改法案》（第23、45和93条）以及《扩大和加强联邦议院和联邦参议院在欧盟事务中的权利的法案》。

[99]

a) 申诉人意见一致，提出他们根据《基本法》第38条享有的权利受到侵犯。他们论证如下：《基本法》第38条赋予他们作为有选举权的德国人参加德国联邦议院选举的个人权利，从而在联邦一级参与国家权力的合法化，并影响权力运行。在《〈里斯本条约〉批准法案》中实施的主权权力向欧盟转移侵犯了这一权利，因为国家权力的合法性和行使已从主权权力的影响中撤出。根据《基本法》第23.1条第3句和第79.3条，这种侵占行为超越了为实现欧洲一体化而授予的权力范围，因此是不合理的。根据《基本法》第79.3条以及《基本法》第20.1和20.2条的规定，民主原则在两个不同方面受到侵犯：一方面，德国联邦议院的职权受损。另一方面，欧盟的民主合法性缺失。

[100]

4. 判决理由选译

【1180】 B.

根据《基本法》第38.1条第1句对《〈里斯本条约〉批准法案》提出的宪法诉愿，在质疑违反民主原则、丧失德意志联邦共和国国家地位和违反社会国家原则的范围内是可以受理的。第三和第六申诉人基于《基本法》第38.1条第1句提出反对附随法律的宪法诉愿可以受理。机构争议程序中关于第二申诉人提出的申请声称，德国联邦议院决定德国武装部队部署的权限受到侵犯，这部分申请可以受理。在其他方面，宪法诉愿和机构争议程序中提出的申请是不可受理的。

[167]

C.

I.

就其可受理性而言，第三和第六申诉人的宪法诉愿是有根据的。《扩大和加强联邦议院和联邦参议院在欧盟事务中的权利的法案》（*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*）没有包含必要的规定，在此程度上是违宪的。在其他方面，申请人提出的宪法诉愿和在机构争议程序中提出关于第二申诉人的申请即便在可受理范围内，也是没有根据的。考虑到理由中规定的附加条件，对《〈里斯本条约〉批准法案》（*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*）和《〈基本法〉修正法案》（*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*）（第23、45和93条）没有决定性的宪法反对意见。

[207]

(1) 《〈里斯本条约〉批准法案》的审查标准以投票权为等同于基本权利的权

利（《基本法》第38.1条第1句与第93.1条第4a款一并确定）。投票权确立了民主自决权、自由和平等参与在德国行使的国家权力以及遵守民主原则的权利，包括尊重人民的制宪权。在目前的程序情况下，对违反投票权的审查还包括侵犯《基本法》第79.3条中规定的作为宪法身份的原则（参见BVerfGE 37, 271 <279>; 73, 339 <375>）。

[208]

a) 《基本法》第38.1条保障每一位有选举权的公民都有选举德国联邦议院议员的权利。一般来说，德国联邦议院议员的自由和平等选举直接体现了联邦人民的政治意愿。作为一般规则，它通过以这种方式产生的代表大会中的多数（《基本法》第42.2条）来管理自己。从议会内部任命总理，进而任命联邦政府；这是总理应负责任的地方。在以《基本法》为宪法的国家的联邦层面，德国联邦议院议员的选举是国家权力的源泉——这种权力在定期重复的选举中一次又一次地从人民手中产生（《基本法》第20.2条）。

[209]

选举权是《基本法》保障的公民最重要的个人民主参与权。在《基本法》所塑造的国家体系中，德国联邦议院议员的选举具有重大意义。没有对政府和联邦立法有决定性影响的机构的自由和平等选举，个人自由的构成原则仍然不完整。为了启用选举权，公民可以通过宪法诉愿（《基本法》第38.1条第1句、第20.1和20.2条）声称民主原则遭到侵犯。每个公民都享有的平等参与民主自决的权利（民主参与权）也可能因国家权力组织的改变而受到侵犯，从而使民意已无法在基本法第20.2条所指的范围内有效塑造，且公民不能按照多数人的意愿进行统治。如果在《基本法》设立的机构结构中，联邦议院的权力受到很大限制，从而使根据自由平等选举的原则直接产生的宪法机构的民主行动自由失去实质，就有可能违反人民的代议制原则（参见BVerfGE 89, 155 <171-172>）。

[210]

b) 公民有权通过选举和其他投票方式就个人和主体、自由和平等地决定公共权力是民主原则的基本要素。自由和平等参与公共权力的权利被载入人的尊严（《基本法》第1.1条）。它构成《基本法》第20.1条和第20.2条以及第79.3条确立的德国宪法原则的一部分。

[211]

aa) 只要在公共领域作出有约束力的决定，特别是在侵犯公民基本权利方面，这些决定必须建立在人民自由形成的多数意志的基础上。《基本法》所确立的秩序是建立在个人的自尊和尊严的自由决定之上的。这一秩序是法治下的权力，其基础是人民根据各自多数的意愿在自由和平等中自决（参见BVerfGE 2, 1 <12>）。因此，就人和事同等而言，公民不受制于他们从根本上无法自由决定的不可避免的政治权力。

[212]

bb) 人民根据多数原则通过选举和其他投票实现自决，这是《基本法》所规

【1181】

定的国家秩序的组成部分。它在公共、自由的舆论形成领域以及负责任的政府和议会反对派的政治力量之间有组织的竞争中发挥作用。公权力的行使受多数原则的约束，即定期组建负责任的政府和不受阻碍的反对派，反对派有机会上台。特别是在选举人民代表大会或政府最高级别职位时，多数人对人或事的普遍意愿必须有机会得到表达，并必须能够就选举产生的政治方向作出决定。

[213]

民主的这一核心要求可以根据不同的模式来实现。根据德国选举法，宪法规定的代议制议会统治是通过在席位分配中尽可能地反映选民的意愿来实现的。议会中的多数决定同时代表人民的多数决定。每位国会议员都是全体人民的代表，因此是平等议会的成员（《基本法》第38.1条），他们在平等的条件下获得授权。《基本法》要求每个公民在法律意义上自由平等（即法律面前人人平等）。对于民主的要求，这意味着每个拥有基于年龄的选举权并且没有失去这种积极权利的公民都有权平等地参与行使国家权力（参见BVerfGE 112, 118 <133-134>）。有权选举的公民的平等必须继续适用于民主舆论形成的进一步发展，特别是在议会议员的地位方面。因此，国会议员的地位包括平等参与议会意见形成过程的权利，这是《基本法》第38.1条第2句所保障的（参见BVerfGE 43, 142 <149>; 70, 324 <354>; 80, 188 <218>; 96, 264 <278>; 112, 118 <133>）。

[214]

在总统制或得票最多的选举制下，对民主的核心要求的具体阐述可能会有所不同。然而，所有代议制民主制度都有一个共同点：自由产生并适当考虑平等的多数意志，或者在选区、或者通过表决行为在按比例形成的议会中形成。多数选民作出的政治方向决定将反映在议会和政府中。失败者作为一种政治选择仍然可见，并且作为在随后的选举中将有机会成为多数的反对派，在自由舆论形成领域和正式决策程序中依然活跃。

[215]

c)民主原则是不可侵犯的，不得与其他合法利益相平衡（参见BVerfGE 89, 155 <182>）。赋予自己《基本法》的德国制宪权想要为未来的任何政治发展设定一道不可逾越的界限。影响《基本法》第1条和第20条规定之原则的《<基本法>修正法案》是不可接受的（《基本法》第79.3条）。所谓的永恒保障甚至阻止了修宪立法机关对自由宪政秩序的身份进行处置。因此，《基本法》不仅假定了德国的主权国家地位，而且保证了这一地位。

[216]

由于尊严、自由和平等的普遍性，这一承诺是否适用于制宪权，可能保持开放状态，即德国人民在自由自决但在合法性延续的《基本法》规则情况下，赋予自身一部新宪法（见Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 1992, § 166, paras 61 et seq.; Moelle, Der Verfassungsbeschluss nach Art. 146 GG, 1996, pp. 73

et seq.; Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, 1997, pp. 240 et seq.; 另见BVerfGE 89, 155 <180>。在《基本法》的秩序中,《基本法》第20条规定了国家结构原则,即民主、法治、社会国家原则、共和制原则、联邦制原则,以及对尊重人的尊严必不可少的初级基本权利的实质内容;在任何情况下,由于它们的基本性质,不能进行任何修正。

[217]

从民主原则来看,违反《基本法》第79.3条规定的宪制身份,同时也是对人民构成的权力的侵犯。在这方面,制宪权并没有授予人民代表和人民团体处置宪法身份的授权。根据《基本法》第79.3条,任何宪法机构均无权修改必要的宪法原则。联邦宪法法院对此进行监督。通过所谓的永恒保证,《基本法》一方面回应了民主基本秩序的自由本质逐渐或突然侵蚀的历史经验。然而,另一方面也清楚地表明,德国宪法根据特别是联合国成立以来的国际发展,具有不可通过实在法修正的普遍基础。

[218]

(2)《基本法》对民主原则的阐述有助于实现将德国融入国际和欧洲和平秩序的目标。新形式的政治规则因而成为可能,在理论上不受适用于国家层面的宪政国家的要求之约束,因此可能不会自动根据民主原则在缔约国或成员国的具体表现来衡量。开始欧洲一体化的授权允许一种不同于《基本法》对德国宪法秩序所确定的政治舆论塑造之形成。这适用于宪法本身不可侵犯的限度(《基本法》第79.3条)。民主自决和在适当考虑平等的情况下参与公共权力的原则也不受《基本法》关于和平与融合的授权,以及对国际法开放的宪法原则(*Völkerrechtsfreundlichkeit*)之影响(参见BVerfGE 31, 58 <75-76>; 111, 307 <317>, 112, 1 <26>; 联邦宪法法院的分庭判决, *Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 9, 174 <186>)。

[219]

a)德国宪法旨在为各国和平合作和欧洲一体化开放主权国家秩序。无论是平等地融入欧盟,还是融入联合国等维和系统,都无异于屈从于外国势力。相反,它是一种相互平等的自愿承诺,可确保和平并加强通过联合协调行动制定政策的可能性。《基本法》不保障个人自决权意义上的个人自由,如果这种自由的目的是促进不负责任的霸道和不择手段的利益追求。这同样适用于政治共同体的自决主权。

[220]

立宪国家向具有相同自由和平等权利价值观基础的其他国家承诺,这些国家和它自己一样,将人的尊严和平等享有个人自由的原则作为其法律秩序的焦点。民主宪政国家只有通过兼顾自身利益和共同利益的明智合作,才能对一个日益流动、越来越跨越国界的社会产生形成性影响。只有那些因为意识到和平的利益平衡和联合概念所提供可能性之必要而作出承诺的人,才能获得任何未

【1184】

来负责任塑造自由社会条件的能力所需的行为可能性之方法。《基本法》考虑到这一点，对欧洲一体化和国际法承诺持开放态度。 [221]

b)在经历了毁灭性的战争，特别是欧洲人民之间的战争之后，《基本法》的序言不仅强调负责任的自决的道德基础，而且强调作为统一的欧洲平等伙伴为世界和平服务的意愿。融入欧盟（《基本法》第23.1条）、参与政府间机构（《基本法》第24.1条）和加入相互集体安全体系（《基本法》第24.2条）以及禁止侵略战争（《基本法》第26条）的授权赋予了这种意愿的具体形式。

《基本法》要求德国参与国际组织，这是一种在国家之间建立的相互和平的利益平衡秩序，并在欧洲有组织地共存。 [222]

这种对主权的理解在序言中规定的目标中变得显而易见。《基本法》摒弃了自私自利的主权国家观念，回归到将主权视为“由国际法组织并致力于实现的自由”的个别国家的国家权威观（von Martitz, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, vol. I, 1888, p. 416）。它打破了所有形式的政治马基雅维利主义和僵化的主权概念，直到20世纪初，该概念才将发动战争——甚至是侵略战争——的权利视为主权国家理所当然的权利（参见Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, pp. 356-357; Randelzhofer, *Use of Force*, in: Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, 2000, pp. 1246 et seq.），尽管已在1899年7月29日的海牙和平会议上签署的公约开始逐步禁止在国家之间使用武力，同时仍然保留诉诸战争权。 [223]

【1185】

相比之下，《基本法》将维持和平和克服欧洲国家之间的破坏性对抗列为德国的突出政治目标。这意味着主权国家代表着一个平静的地区，以及在个人自由和集体自决的基础上保证的秩序。国家本身既不是神话也不是目的，而是历史上成长和全球公认的可行政治共同体的组织形式。 [224]

根据《基本法》第23.1条及其序言，实现统一欧洲的宪法授权（参见Schorkopf, *Grundgesetz und überstaatlichkeit*, 2007, p. 247）尤其对于德国宪法机构而言，意味着它们不由其政治自由裁量权决定是否参与欧洲一体化。《基本法》呼吁欧洲一体化和国际和平秩序。因此，不仅适用国际法开放原则，而且适用欧洲法开放原则（*Europarechtsfreundlichkeit*）。 [225]

c)确实，《基本法》赋予立法机关将主权权力广泛移交给欧盟的权力。但授予这些权力的条件是根据授予和尊重成员国宪法身份的原则，在一体化计划的基础上维持一个宪政国家的主权国家地位，同时成员国不丧失以自己的责任在政治和社会上塑造生活条件的能力。 [226]

aa)《基本法》序言和第23.1条为德国人民规定了一体化目标，但没有说明欧洲政治组织的最终性质。《基本法》第23条赋予参与促进和平的超国家合作

体系的权力。这不包括按照《基本法》规定的联邦，以及通过第28.1条第1句对各州规定的确切形式在超国家层面实现民主自决的义务；相反，它允许减损在国家层面适用的民主组织原则，这些原则源于基于国家平等原则，并根据国际条约法谈判达成的欧洲联盟的要求。 [227]

整合需要联合行动的意愿和接受共同意见的自主形成。然而，融入一个自由社区既不需要从宪法限制和控制中移除服从，也不需要放弃自己的身份。

《基本法》并没有授权代表德国行事的机构通过加入联邦国家，而放弃德国人民在国际法下以德国主权形式享有的自决权。由于主权不可撤销地移交给随之而来的新的合法化主体，这一步仅保留给德国人民直接声明的意愿。 [228]

bb)现行宪法显示了不同的方式：它旨在让德国平等地融入国家共同安全体系，例如联合国或北大西洋公约组织（NATO）的体系，以及德国参与欧洲统一。《基本法》第23.1条与第24.1条同样强调，德意志联邦共和国参与了欧盟的发展，后者被设计为接受主权权力转移的主权国家联盟（Staatenverbund）。联盟（Verbund）的概念涵盖了保持主权的国家之密切长期联盟；这个联盟基于条约行使公共权力，但其基本秩序受制于成员国的决策权，其中的人民即成员国的公民仍然是民主合法化的主体。 [229]

【1186】

《基本法》第23.1条第1句明确了这种联系，该条规定了德国参与欧盟发展的具有约束力的结构。根据第23.1条第3句，《基本法》可以适应欧盟的发展；同时，该条文提及的《基本法》第79.3条对这种可能性作出了最终限制。即使德国融入超国家结构，也不能不达到《基本法》第79.3条保护的最低标准。 [230]

cc)将主权权力移交给欧盟或其他政府间机构之授权允许将政治规则转移到国际组织。然而，行使超国家权力的授权来自这样一个机构的成员国。因此，他们永远是条约的主人。在功能意义上，共同体权威及构成它的欧洲宪法之源泉是在其各州拥有民主宪法的欧洲人民。不论作为国际条约法还是基本法，“欧洲宪法”仍然是衍生的基本秩序。它建立了一种超国家的自治，这无疑对日常政治生活产生了相当大的影响，但实际上总是受到限制。在这里，自治正如通常关于自治法的那样，只能被理解为作为一种独立但派生的规则自治，即由其他法律实体授予。相比之下，国际法和公法下的主权要求独立于外部意志，这正是其宪法基础（参见Carlo Schmid, *Generalbericht in der Zweiten Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rates am 8 September 1948*, in: *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, vol. 9, 1996, p. 20-21）。国际组织是否具有法律人格，即国际组织本身是否可以作为国际法律关系中的主体参与具有约束力的行为，在这里并不具

有决定性意义。决定性的是如何详细阐述国际组织与创建之，并赋予其法律人格的成员国和缔约国之间的基本法律关系。 [231]

【1187】 根据《基本法》第23.1条以及序言、第20条、第79.3条和第146条赋予欧洲一体化的权力，欧盟的权威不可能存在独立的合法化主体，使之单凭自己的权利而不依赖外部意志即在更高层次上构成自己。 [232]

d)《基本法》并未授权德国国家机构以如此方式转移权力，以使其行使能独立地为欧盟确立其他权限。它禁止转移决定其自身权力之权力（*Kompetenz-Kompetenz*）（参见BVerfGE 89, 155 <187-188, 192, 199>; 另见BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>）。从德国宪法的角度来看，即使是通过影响深远的以下过程，赋予其不断增加的管辖权，并逐渐克服现有的一致同意或迄今为止普遍的国家平等规则，而为欧盟带来政治统治独立，也只能源于自决人民的行动自由而产生。根据宪法，这种整合步骤必须在事实上受到转让行为的限制，并且原则上必须是可撤销的。出于这个原因，退出欧洲一体化联盟（*Integrationsverband*）可能不受其他成员国或欧盟自治机构的阻止，无论是否根据协议作出无限期的承诺。这不是脱离国家联盟（*Staatsverband*），否则在国际法上是有问题的（Tomuschat, *Secession and Self-Determination*, in: Kohen, *Secession - International Law Perspectives*, 2006, pp. 23 et seq.），但仅仅是退出基于可逆的自我承诺原则的主权国家联盟（*Staatenverbund*）。 [233]

因此，授予原则不仅是欧洲法律的一项原则（ECT第5.1条；第5.1条第1句和《里斯本条约》第5.2条；参见Krauß, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWGVertrages*, 1991）；就像欧盟尊重成员国国家认同的义务（《欧洲联盟条约》第6.3条，《里斯本条约》第4.2条第1句）一样，它包括来自成员国的宪法原则。在这方面，欧洲法律下的授予原则和欧洲法律下尊重身份的义务，是欧盟权力基础在成员国宪法中的体现。 [234]

欧洲法律规定的尊重成员国作为条约主宰的制宪权的义务对应于宪法的不可转让身份（《基本法》第79.3条），在这方面不可整合。在其权限范围内，联邦宪法法院必须在必要时审查这些原则是否得到遵守。 [235]

e)欧盟的一体化计划必须足够精确。在不直接要求人民自己决定的情况下，民主合法化只能通过议会责任来实现（参见BVerfGE 89, 155 <212>）。德国宪法机构不得授予行使公共权力的全面授权，特别是对国家法律制度具有直接约束力的权力（参见BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183-184, 187>）。尽管需要一致同意，只要成员国制定条约法以允许单独或主要由联盟机构在没有批准程序的情况下修改条约，同时保留授予原则，那么除联邦政府外，立法机构在

参与方面负有特殊责任，必须在德国内部遵守《基本法》第23.1条（整合责任）之要求，且在联邦宪政法院的任何诉讼中都可援引这些要求。 [236]

aa)任何融入维和系统、国际或超国家组织的行为都为由此创建的机构提供了独立发展的可能性，并在此过程中表现出政治自我增强的趋势，特别是如果它们的机构根据它们的任务采取行动。因此，授予整合权的法案如《里斯本条约批注法案》尽管有授予的原则，但只能概述一个计划，其范围内会发生其各方面都无法预先确定的政治发展。在努力实现一体化时，必须期望联盟的机构形成独立的意见。因此，必须容忍维护共同权利并按照美国默示权力原则有效解释权力之倾向（另见国际法院，《对联合国服务中遭受的伤害的赔偿》，1949年4月11日的咨询意见，ICJ Reports 1949, p. 174 <182 et seq.>），或国际条约法下的有效利用原则（见Gill, *The League of Nations from 1929 to 1946*, 1996; Rouyer-Hameray, *Les compétences implicites des organisations internationales*, 1962, p. 90 et seq.; 特别是European Law Pescatore, *Monisme, dualisme et “effet utile” dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne*, in *Festschrift für Rodriguez Iglesias*, 2003, pp. 329 et seq.; 欧洲共同体法院判例法的相应发展参见Höreth, *Die Selbstautorisierung des Agenten, Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum US Supreme Court*, 2008, pp. 320 et seq.）。这是《基本法》所要求的融合使命的一部分。 [237]

bb)然而，根据宪法，对整合机制的建设性力量的信任不能是无限的。如果在欧洲一体化进程中对主要法律进行修订，或由机构进行广泛解释，那么赋予原则和单个成员国对一体化的宪法责任将出现宪法上重要的紧张关系。如果立法或行政权限仅以未指明的方式或为了进一步动态发展而转移，或者如果允许机构扩展式重新定义、填补空白或实际上扩展权限，则它们可能会违反预定的整合计划并超越授予他们的权力。它们正一条道路上行走，其尽头是条约规定的处置其基础的权力，即自由处置其权力之权力。无论多么受限和例外，如果欧盟机构可以不受限制、不受任何外部控制地决定条约法如何被解释，即存在违反授予的基本原则和会员国应承担的一体化概念责任之风险。 [238]

【1189】

因此，宪法要求不得同意具有一揽子性质的动态条约规定，或者如果它们仍然可以以尊重国家一体化责任的方式进行解释，无论如何都要为有效行使这种责任建立适当的国家保障措施。因此，批准国际协议的法案和国家相关法律必须能够允许欧洲一体化根据授予原则继续发生，而欧盟不可拥有决定权力之权力，或侵犯成员国的宪法身份——在本案即《基本法》。这是不容许一体化的。对于在宪法上仍然可以接受的边缘案件，德国立法机构必须于必要时在批准的立法中采取预防措施，以确保立法机构整合的责任能够充分发展。 [239]

除此之外，如果在欧盟声称拥有管辖权的情况下发生明显的边界越界，德国必须有可能在德国管辖范围内主张一体化的责任——口头听证会中德国联邦议院和联邦政府的代理人也强调了这一点，并通过身份审查来维护《基本法》宪法身份不可侵犯的核心内容（参见BVerfGE 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 113, 273 <296>）。联邦宪政法院已经为此开辟了越权审查的途径，适用于共同体和联盟机构越界的情况。如果无法在欧盟层面获得法律保护，联邦宪政法院将审查欧洲机构和团体的法律文书是否保持在授予它们的主权权力范围内（参见BVerfGE 58, 1 <30-31>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 关于超越限制的法律文书，参见后者），同时遵守共同体和联盟法下的辅助性原则（ECT第5.2条；里斯本条约第5.1条第2句和第5.3条）。此外，联邦宪政法院根据《基本法》第23.1条第3句结合第79.3条，审查《基本法》宪法身份的不可侵犯核心内容是否得到尊重（参见BVerfGE 113, 273 <296>）。这种植根于宪法的审查权之行使遵循《基本法》对欧洲法律的开放性原则（*Europarechtsfreundlichkeit*），因此也不违背真诚合作的原则（里斯本条约第4.3条）；否则，随着一体化进程的推进，里斯本条约第4.2条第1句承认的主权成员国的基本政治和宪法结构无法以任何其他方式得到保障。在这方面，宪法和欧盟法律对国家宪法身份的保障在欧洲法律领域齐头并进。身份审查可以审查是否由于欧洲机构的行为，而违反了《基本法》第79.3条宣布的不可侵犯的《基本法》第1条和第20条原则。这确保了联邦法律适用的首要地位仅在宪法授权持续有效的情况下才适用。 [240]

【1190】

越权审查和身份审查可能导致共同体法或未来的联盟法被宣布在德国不适用。为了维护共同体法律秩序的可行性，考虑到《基本法》第100.1条所表达的法律概念，对欧洲法律开放的宪法性法律之适用要求仅由联邦宪政法院负责越权审查以及发现违反宪法身份的行为。在此无需决定在哪些特定类型的诉讼中可以援引联邦宪政法院的管辖权进行此类审查。利用已经存在的程序类型，即对法规的抽象审查（《基本法》第93.1条第2款）和对法规的具体审查（《基本法》第100.1条）、机构诉讼程序（第93.1条第1款）、联邦与州之间的争议（《基本法》第93.1条第3款）和宪法诉愿（《基本法》第93.1条第4a款）可以纳入考量。然而，同样可以想象的是，立法机关在联邦宪政法院设立了额外的诉讼程序，专门针对越权审查和身份审查，以保障德国机构在德国个案中不适用违反权限或宪法身份的欧盟法律文书之义务。 [241]

如果条约法以基本上对同意开放的方式确定欧盟的权限，但如果这些权限可能进一步发展，以至超出对有效利用原则之解释或已转移的权限隐含填补空白所能提供的可能性，即如果权限负责人仅在欧盟层面的特殊法律文书中获得

明确的内容，且如果决策程序可以在那里自主改变，那么德国只有在国家层面符合宪法要求得到保证的情况下才能参与。对规范联邦政治关系的国际条约之批准（《基本法》第59.2条）通常保证立法机构参与与外交事务有关的主权决定（见BVerfGE 104, 151 <194>），行政部门同意的国际条约法在国家层面适用之命令（参见BVerfGE 99, 145 <158>; Decisions of the Federal Administrative Court <Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - BVerwGE> 110, 363 <366>）。 [242]

在欧洲一体化方面，适用《基本法》第23.1条第2句下制定法规的特殊宪法要求，即主权权力只能通过法律和在联邦参议院批准的情况下转移。为了尊重一体化的责任和保护宪法结构，对具体制定法规的这一宪法要求的解释是，它涵盖了对构成欧洲主要法律基础的文本的任何修改。因此，在简化修订程序或填补条约空白的情况下，在基础已经存在但需要进一步法律文书具体化的权限变更，以及在涉及决策程序的规定发生变化的情况下，联邦立法机构行使其与批准程序相当的政治责任，由此确保与批准情况相对应的法律保护。 [243] 【1191】

(3)在主权权力转移的性质和范围以及在组织和程序制定方面，欧盟的自治机构必须符合民主原则（《基本法》第23.1条、第20.1条和第20.2条，连同第79.3条）。欧洲一体化既不会导致德国的民主统治体系受到破坏(a)，也不会导致超国家公共权力本身不符合基本的民主要求(b)。 [244]

a)德国宪法机构对一体化负有永久责任。在主权权力移交和制定欧洲决策程序方面，旨在确保从总体上看，德国以及欧盟的政治制度在《基本法》第20.1条、第20.2条与第79.3条的涵义内符合欧盟内部的民主原则。 [245]

只有代表人民的德国联邦议院和受其支持的联邦政府保持对德国政治发展的形成性影响，人民选举的德国联邦议院议员才能在联邦和超国家权力交织的体系中发挥核心作用。如果德国联邦议院保留自己的具有重大政治意义的责任和能力，或者在政治上对其负责的联邦政府能够对欧洲决策程序施加决定性影响，则就是这种情况（参见BVerfGE 89, 155 <207>）。 [246]

aa)向内的联邦化和向外的超国家化可以开辟公民参与的新可能性。更大或更小单位的凝聚力增强，由此而生地区和国家之间和平的利益平衡的更佳机会。联邦或超国家的相互交织创造了行动的可能性，并促进利益的和平平衡，否则会遇到实践或领土限制。同时，它也更难建立一个可以维护的直接来自人民的多数人意志（《基本法》第20.2条第1句）。将决定分配给特定的负责任的行为者也变得不那么透明，结果是公民很难让他们的投票受到有形的责任背景的指导。因此，民主原则为主权权力的转移设定了与内容相关的限制，制宪权和国家主权的不可剥夺尚未产生这些限制。 [247] 【1192】

bb)《基本法》规定的有效宪政制度中的民主原则要求以对融合与国际法开放的方式维护主权，这并不意味着预定数量或某些类型的主权权利应掌握在国家手中。德国参与欧盟的发展，这是《基本法》第23.1条第1句所允许的；除了建立经济和货币联盟外，还包括政治联盟。政治联盟是指联合行使公共权力，包括立法权，甚至触及国家职权范围的传统核心领域。这植根于欧洲的和平与统一理念，特别是在处理跨界生活方面之协调以及在保证欧盟公民可以自由发展的单一经济区和司法区（里斯本条约第3.2条）。 [248]

cc)然而，以主权国家条约联盟为基础的欧洲统一不得以如下方式实现，即没有给成员国留下足够的空间来形成经济、文化和社会生活条件的政治形成。这尤其适用于影响公民生活条件的领域，特别是受到基本权利保护的属于他们自己责任的私人领域和政治与社会保障的私人领域，以及特别依赖文化、历史和语言观念并在政党政治和公共政治的议会领域的公共交流中发展起来的政治决策。民主形成行动的基本领域，包括公民权、对使用武力的民事和军事垄断、包括外部融资的收入和支出，以及对实现基本权利具有决定性意义的所有权利之侵犯，尤其是对执行刑法中剥夺自由或在机构中任职等基本权利的重大侵犯。这些重要领域还包括文化问题，例如语言倾向、家庭和教育环境的塑造、思想、新闻和结社自由的秩序以及信仰或意识形态表示的处理。 [249]

【1193】

dd)民主不仅意味着尊重组织的正式原则（参见BVerfGE 89, 155 <185>），而且不仅仅是利益集团的合作参与。民主首先和最重要的是生活在一种可行的公众舆论之上，它聚焦于确定政治方向的核心行动，以及在政府和反对派的竞争中定期分配最高级别的政治职位。只有这种公众舆论才能显示选举和其他选票的替代方案，并在与个别问题有关的决定中不断提醒它们，以便它们可以通过政党在人民的政治舆论形成中持续存在并保持有效，并在公共信息领域向所有公民的参与开放。就此而言，《基本法》第38条、第20.1条和第20.2条也保护了基于事实的政治决定与选举所构成的多数人意志之间的联系，以及由此产生在政府和反对派之间多重竞争党派的体系和观察控制舆论形成的二元体系。 [250]

即使由于欧洲一体化的巨大成功，在各自国家的相关领域从事与问题相关的合作的共同欧洲政体也在明显增长（这点参见BVerfGE 89, 155 <185>; *Trenz, Europa in den Medien, Die europäische Integration im Spiegel nationaler Öffentlichkeit*, 2005），但不容忽视的是，公众对事实问题和政治领导人的看法在很大程度上仍然与民族国家、语言、历史和文化相关的认同模式相关联。因此，民主原则和辅助原则也是《基本法》第23.1条第1句在结构上所要求的，因此实际上要求以可预测的方式限制主权权力向欧盟的转移和行使，特别是在个

人发展空间和社会政策塑造生活条件的核心政治领域。在这些领域，特别需要划定实际上需要协调跨境情况的界限。 [251]

对立宪国家民主塑造自身的能力特别敏感的是关于实体刑法和程序刑法(1)之决定，关于对国家内部警察和军队对外使用武力的垄断处置之决定(2)，关于公共收入和公共支出的基本财政决策，后者尤其受到社会政策考虑的推动(3)，关于塑造社会国家生活条件之决定(4)和具有特殊文化重要性之决定，例如关于家庭法、学校和教育系统以及与宗教社区打交道(5)。 [252]

1)关于刑事责任的先决条件以及公正和适当审判的概念，刑法的实施取决于历史上发展并由语言决定的早期理解的文化过程，以及在影响各自舆论的审议过程中出现的替代方案（参见Weigend, *Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?*, ZStW 1993, p. 774 <785>）。欧洲国家之间在这方面的共同特征及其不同之处体现在欧洲人权法院关于刑事诉讼程序保障的相关判例法中（参见Bank <chapter 11>; Grabenwarter/Pabel <chapter 14> and Kadelbach <chapter 15>, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2006; Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR*, 2005）。然而，对社会行为的惩罚只能部分地从全欧洲共享的价值观和道德前提中规范地推导出来。相反，关于应受惩罚的行为、法律利益的等级以及惩罚威胁的含义和衡量标准的决定，更具体地留给了民主决策过程（参见BVerfGE 120, 224 <241-242>）。在这一基本权利的重要领域中，任何超出政府间合作的主权权利转让可能只会导致限制条件下特定跨境情况的协调；原则上，此处必须为成员国保留实质性的行动自由（参见BVerfGE 113, 273 <298-299>）。 [253]

【1194】

2)《基本法》对部署德国联邦国防军的决定规定了类似的限制。除国防外，仅允许在共同集体安全系统中部署德国联邦国防军（《基本法》第24.2条），具体部署强制取决于德国联邦议院的批准（已确立的判例法参见BVerfGE 90, 286 <381-382>; 100, 266 <269>; 104, 151 <208>; 108, 34 <43>; 121, 135 <153-154>）。联邦国防军是一支“议会军队”（BVerfGE 90, 286 <382>），其部署必须由人民代表机构决定（参见BVerfGE 90, 286 <383 et seq.>）。武装部队的部署对于士兵和其他受军事行动影响的人的个人法律地位至关重要，并涉及具有深远影响的危险。 [254]

即使欧盟进一步发展成为《基本法》第24.2条所指的相互集体安全的维和地区体系，因为和平与民主的理念在这方面先于《基本法》第23.1条的整合授权，在此也不允许以适用于德国武装部队的具体部署为目的的超国家化。议会批准在国外部署德国联邦国防军的基本要求是不开放的。然而，这并未对通过联合参谋部的欧洲武装部队部署的技术整合、联合部队的组建或欧洲联合武器

采购的协议和协调构成宪法规定的不可逾越的障碍。只有对任何具体部署的决定取决于德国联邦议院的基本批准。 [255]

【1195】 3)如果确定类型和对公民征收的税款在很大程度上是超国家化的，联邦议院通过预算和控制政府执行预算的权利转移将违反民主原则和选举德国联邦议院之权利的基本内容。德国联邦议院必须以对人民负责的方式决定公民负担的总量。这同样适用于基本的国家支出。在这一领域，特别是有关社会政策的责任受制于民主决策过程，公民希望通过自由和平等的选举对其施加影响。预算主权是计划将经济负担与国家给予的利益相结合的政治决策。因此，议会关于预算的辩论包括公共债务的规模，这被视为政策的一般性辩论。并非每一项对预算产生影响的欧洲或国际义务都会危及联邦议院作为负责批准预算的立法机构的生存能力。《基本法》要求对法律和社会秩序以及欧洲一体化保持开放性，其中包括适应所制定的参数和作出的承诺，负责批准预算的立法机构必须将其作为自身不能直接考虑的因素纳入其自身的规划。然而，具有决定性意义的是，在收支方面有足够的政治自由裁量权的总体责任仍由德国联邦议院承担。 [256]

4)社会国家原则确立了国家确保公正社会秩序的义务（参见BVerfGE 59, 231 <263>; 100, 271 <284>）。国家必须在广泛的自由裁量权基础上履行这一义务。出于这个原因，仅在极少数情况下从这一原则得出了具体的宪法行动义务。国家必须为其公民创造有尊严之生活的最低条件（参见BVerfGE 82, 60 <80>; 110, 412 <445>）。社会国家的原则为国家设定了一项任务，但它没有说明在个别情况下完成任务的方式。 [257]

宪法对社会融合或“社会联合”的要求显然是有限的。诚然，根据《基本法》第23.1条第1句，德国参与一体化进程除其他外，取决于欧盟对社会原则的承诺。因此，《基本法》不仅防御性地保护德国国家联盟的社会任务不受超国家要求之影响，而且旨在让欧洲公共当局在移交给它的任务范围内承担社会责任（参见Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, pp. 531 et seq.）。然而，欧盟的机构受制于这样的原则，即社会国家必然需要政治和法律的具体化才能发挥作用。 [258]

【1196】 因此，社会政策的基本决定必须由德国立法机构自行负责。尤其是作为国家责任的保障个人生计不仅基于社会国家原则，而且基于《基本法》第1.1条；即使不排除逐渐紧密的融合，它必须始终是成员国的首要任务。这与欧盟塑造社会国家结构的法律和事实上的有限可能性相对应。 [259]

5)最后，民主自决依赖于在自己的文化领域中主张自己的可能性，特别是在有关学校和教育系统、家庭法、语言、媒体监管的某些领域、教会地位和宗

教以及意识形态社区的决定中。在这些领域可能已经观察到欧盟活动对社会进行干预，而这是成员国及其组成部分的主要责任。多轨学校系统的结构等课程和教育内容的组织方式是与每个州的文化根源和价值观密切相关的基本政策决定。就像关于家庭关系的法律和关于语言问题的决定以及先验知识融入公共生活一样，学校和教育的组织方式特别影响植根于特定历史传统和经验的既定规则和价值观。在这里，民主自决要求受这种传统和信念约束的政治共同体仍然是民主合法化的主体。 [260]

b)《基本法》第23.1条第1句的结构保障条款将参与确定国家目标的目标限制在一个基本结构符合核心原则的欧盟范围内，《基本法》第79.3条也保护这些原则不受修宪立法机关的修改。欧盟在主权权力、机构和决策程序转移方面的发展必须符合民主原则（《基本法》第23.1条第1句）。对民主原则的具体要求取决于转移的主权范围和欧洲决策程序实现的独立程度。 [261]

aa)民主原则对欧盟组织结构和决策程序的宪法要求取决于主权责任转移给欧盟的程度，以及行使主权权力转移时的政治独立程度。如果民主合法化程度与超国家权力的范围和重要性不成比例，那么提升一体化可能是违宪的。只要具有明确行政和政府合作要素的主权国家联盟中坚持授权原则，由直选产生的欧洲议会所补充和维持的国家议会和政府提供的合法性在原则上就是充分的（参见BVerfGE 89, 155 <184>）。 [262]

然而，如果跨过联邦制国家和放弃国家主权的门槛，这将需要超出《基本法》目前适用范围的德国人民的自由决定，而必须遵守的民主要求需完全符合国家所组织的统治联盟的民主合法性要求。这个层次的合法性已不能由国家宪法秩序所规定。 [263]

因为例如对于民主自决至关重要的立法权限主要在联邦级别行使，如果欧盟机构的权限范围、政治行动自由和独立意见形成的程度达到了与联邦国家的联邦级别相对应的级别，即类似于国家的级别，就会存在根据《基本法》第23条和第79.3条不可接受的结构性民主缺陷。如果在欧洲一体化的发展过程中出现主权权力的类型和范围与民主合法化程度不平衡的情况，德国应以其一体化的责任努力改变之，并在最坏的情况下，甚至拒绝在欧盟的深入参与。 [264]

bb)为维护民主原则，可能有必要在条约及其适用和解释中明确强调授予原则，以保持欧洲成员国之间政治力量之平衡和欧盟之水平，作为在联盟中分配主权权力的前提条件。 [265]

然而，为了遵守欧盟方面的民主原则，《基本法》第23.1条第1句并不要求“结构上的一致性”（关于这个概念，参见Kruse, *Strukturelle Kongruenz und Homogenität*, in: *Mensch und Staat in Recht und Geschichte, Festschrift für Herbert*

Kraus, 1954, p. 112 <123>），甚至不要求欧盟的制度秩序与《基本法》民主原则规定的国家层面的秩序相一致。然而，需要的是与联盟的地位和职能成比例的民主发展（参见Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, p. 153; Pernice, in: Dreier, GG, vol. II, 2nd ed. 2006, Art. 23, para. 48; Rojahn, in von Münch/Kunig, GG, vol. 2, 5th ed. 2001, Art. 23, para. 21; Röben, *Außenverfassungsrecht*, 2007, p. 321: “strukturelle Kompatibilität”）。从结构保障条款的意义和目的来看，《基本法》的民主原则不必以同样的方式在欧洲层面实现，而在20世纪50年代和60年代初期，《基本法》第24.1条含义内的政府间机构则仍然需要这样做（参见例如Kruse, loc cit., p. 112 <123>; Friauf, *Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften*, DVBl. 1964, p. 781 <786>）。 [266]

原则上，民主原则对超国家组织的要求是开放的，不是为了使其规定的规范性内容适应政治统治组织的各自实际情况，而是为了在变化的情况下保持同样的效力（参见BVerfGE 107, 59 <91>）。因此，《基本法》第23.1条第1句假定在欧盟，民主原则不能以与《基本法》相同的方式实现（见联邦议院印刷文件12/3338，第6页）。 [267]

cc)在现代领土国家中，人民的自决主要通过选举行使公共权力的统治联盟的机构来实现。这些机构必须由公民的多数决定创建，他们可以定期影响有关个人和主题事项的政策基本方向。自由的舆论和政治反对派必须能够批判性地观察决策过程的主要要素，并将其正确地归咎于负责人，即通常归责于政府（见《基本法》第20.2条第2句；BVerfGE 89, 155 <185>; 97, 350 <369>; 采用比较法方法，参见Cruz Villalón, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich*, in: von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. I, 2007, § 13, paras. 102 et seq., 及其中更多参考资料）。 [268]

民主的实际表现为这些指导方针提供了具体的形式，考虑到自由和选举平等的原则，或者在一个单一的议会代表机构中承担组建政府的任务，例如英国、德国、比利时、奥地利和西班牙；或者在总统制中，最高行政权力由直接选举产生，例如在美国、法国、波兰和保加利亚。人民的直接意愿可以通过选举人民的（议会）代表或选举最高级别的行政代表（总统）以及在全民投票中关于事实问题的多数决定来表达。像美国或法国的总统制是二元制的代议制民主，而英国或德国则采用一元制的议会代表制。另一方面，在瑞士，议会一元论得到强大的公民投票元素的补充，这也履行了议会反对派的部分职能（参见Loewenstein, *Verfassungslehre*, 2nd ed. 1959, provided with a supplement 1969, pp.

67 et seq.; Sommermann, *Demokratiekonzepte im Vergleich*, in: Bauer/Huber/Sommermann, *Demokratie in Europa*, 2005, pp. 191 et seq.; Mastronardi, *Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat*, 2007, pp. 268-269)。
[269]

在民主国家，人民必须能够在自由和平等的选举中决定政府和立法。这一核心内容可以通过对事实问题的公民投票来补充；通过修改《基本法》，德国也可以进行这种投票。在民主国家，人民的决定是政治权力形成和保留的焦点：每个民主政府都知道害怕被票选出局而失去权力。1956年，联邦宪政法院在其取缔德国共产党的判决中，将民主描述为为赢得多数而进行的受程序监管的“政治权力之战”。根据联邦宪政法院的阐述，这场斗争是关于实际大多数人的意愿；它经过精心规范的程序确定，并在进行自由讨论之前进行。多数人“总是可以改变”、多党制和“有组织的政治反对派”权利之存在被认为是国家权威的民主组织的组成部分（参见BVerfGE 5, 85 <198-199>）。
[270]

【1199】

欧盟本身承认这一民主核心概念是欧洲普遍的宪法传统（参见1952年3月20日《保护人权和基本自由公约议定书》〈欧洲人权公约第一议定书〉第3.1条〈2002年联邦法律公报II p. 1072〉；欧安会（CSCE），《欧安会人类影响会议哥本哈根会议文件》，EuGRZ 1990, pp. 239 et seq., para. 7），通过对成员国提出相应的结构要求并宣布其事实的持续存在是参与欧洲一体化的先决条件（《欧洲联盟条约》第6.1条；里斯本条约第2条；参见1993年6月21-22日《哥本哈根欧洲理事会主席团结结论》，Bulletin EU 6-1993, I.13；Agenda 2000, COM(97) 2000 final, vol. I, p. 52）。因为就欧盟本身仅行使派生的公共权力而言，它不需要完全遵守这些要求。在欧洲层面，理事会不是联邦国家的第二议院，而是条约主宰的代表机构，因此，它不是由比例代表制构成，而是根据国家平等的理念。作为由欧盟公民直接选举产生的人民代表机构，欧洲议会是民主合法性的另一个独立来源（参见BVerfGE 89, 155 <184-185>）。作为超国家团体中人民的代表机构，其特点是有限的联合意愿，就其组成而言，它不能也不必遵守在国家层面从所有公民平等政治选举权产生的要求。委员会也是一个超国家的特殊机构，因为委员会本身不以可比的方式受选民意愿的约束，委员会也不需要广泛满足政府对议会或选民多数决定完全负责的条件。
[271]

只要欧洲的权力是根据在合作制定的决策程序中授予的原则，并考虑到国家对一体化的责任，而欧盟的权力和国家权力之间的平等平衡得到保持，那么欧盟的民主不可能也不需要类似于国家的民主。相反，欧盟可以自由地寻找自己的方法，通过额外或新颖的透明或参与性政治决策程序形式来减少民主赤字。诚然，公民及其社会组织仅仅通过协商参与政治统治，他们直接参与有权

【1200】 作出有约束力的政治决定的机构的审议，但这并不能取代基于选举和其他表决的合法化联系。然而，参与式民主的这些要素可以补充欧洲公共权力的合法性。这尤其包括公民承诺可以更直接、更专业和更深入地与问题相关的方式促成的特定形式的合法化，例如通过向欧盟公民和与社会相关的协会提供服务（里斯本条约第11.2条：“代表性协会”），并有可能以适当的方式表达他们的观点。这种基于分工的去中心化参与形式，有可能提高他们的合法性，有助于使合法性的主要代表和民主联系更加有效。 [272]

II.

如理由中所述，《里斯本条约》和《里斯本条约批准法案》符合所述宪法要求(1)。对《基本法修正案》（第23、45和93条）也没有任何宪法反对意见(2)。*《扩大和加强联邦议院和联邦参议院在欧盟事务中的权利的法案》*不符合《基本法》第38.1条和第23.1条的要求，必须在条约的批准前根据宪法要求重新起草(3)。 [273]

D.

考虑到《里斯本条约批准法案》仅在考虑到本决定中的但书情况下才符合《基本法》，并且所附的法律部分违宪，申诉人和申请人将根据《联邦宪政法院法》第34a.2和34a.3条，按他们成功的比例对必要费用获得补偿。因此，第三申诉人报销一半，第四和第六申诉人分别报销四分之一，第五申诉人和第二申诉人分别获得这些诉讼的必要费用之三分之一。 [420]

E.

就结果而言，本决定一致通过；就理由而言，以7：1表决通过。 [421]

【1201】

“身份审查——欧洲逮捕令”

BVerfG, 15 December 2015 - 2 BvR 2735/14,

http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html

1.判决概要

(1)根据《基本法》第23条第1款第3句连同第79条第3款和第1条第1款，联邦宪政法院通过身份审查，毫无保留地在每个个案中保证必不可少的基本权利保护。

(2)启动身份审查的严格要求与提出此类问题的宪法诉愿的更严格的可受理性要求平行。

(3)个人有罪原则是宪法认同的一部分。因此，必须确保在引渡中遵守这一规定，以便执行在审判期间被请求人缺席的情况下作出的判决。

(4)德国公共当局不得协助其他国家侵犯人类尊严。为确保尊重个人罪责原则，德国法院必须进行的调查之程度和范围取决于被请求人提交之要点的性质和重要性；这些要点表明，请求国的程序低于《基本法》第1条第1款要求的最低标准。

2.案件事实

A.

宪法诉愿涉及根据欧洲逮捕令将申诉人引渡²¹¹到意大利，该逮捕令是为了在申诉人缺席的情况下执行对他的刑事判决而签发的。 [1]

I.

(1)申诉人是美利坚合众国国民。1992年，经佛罗伦萨上诉法院（*Florence Corte di Appello*）的最终判决，他因参与犯罪组织以及进口和持有可卡因而被判处30年监禁。2014年，他根据意大利共和国的引渡请求在德国被捕，该请求是基于佛罗伦萨上诉法院总检察长办公室于同年签发的欧洲逮捕令。 [2]

a)欧洲逮捕令要求引渡申诉人，以促进对其判处的监禁刑罚之执行。欧洲逮捕令表明，该判决所依据的1992年决定并未亲自送达申诉人…… [3] 【1202】

III.

在其宪法诉愿中，申诉人声称侵犯了他根据《基本法》第1条、第2条第1款和第2款第2句、第3条和第103条第1款享有的基本权利、获得公平审判的基本权利（《基本法》第2条第1款连同第20条第3款，《欧洲人权公约》第6条第3款）；这违反了根据《基本法》第25条具有约束力的国际法最低标准，以及《欧洲人权公约》第6条第3款。他声称，他在任何时候都不知道意大利正在对他进行调查程序或刑事诉讼。他进一步辩称，在他被引渡到意大利后，不能保证他将有权接受审判且在他在场的情况下根据事实和法律重新审查对他的指控。 [25]

据申诉人称，意大利政府在这方面没有提供充分的保证。²¹²他声称，佛罗

²¹¹ 英译者注：“引渡”一词用于翻译Gesetz für die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 《刑事事项国际合作法》——英文版可在http://www.gesetze-iminternet.de/englisch_irg/index.html获得，由Michael Bohlander教授和Wolfgang Schomburg教授提供的翻译，将欧洲逮捕令的框架决定转化为德国法律。该法案中使用的德语术语确实是“Auslieferung”。欧洲逮捕令框架决定的英文版使用“投降”一词，德文版使用“Übergabe”一词。因此，按此顺序，在大多数情况下使用“引渡”一词。然而，这通常不适用于提及欧洲逮捕令的框架决定的情况。

²¹² 英译者注：外交。

伦萨总检察长2014年10月7日的信函不具有国际法规定的必要约束力。他认为，地区高等法院无权以自己对佛罗伦萨总检察长2014年10月7日信函的评估来取代缺失的明确保证；相反，它应该检查是否可以绝对肯定地信任这种保证。据申诉人称，法院未能利用现有机会获取信息，例如从马克斯普朗克外国法和国际刑法研究所获得专家意见。 [26]

他进一步辩称，佛罗伦萨总检察长的信函既没有说明诉讼程序的方式，也没有说明诉讼程序将在哪个法院进行。他的理由是，由于《意大利刑事诉讼法典》第175条仅规定恢复上诉时限（Arts. 593 et seq. CPP），并不保证重新获取证据。据他介绍，上诉程序仅根据案卷进行；只有在特殊情况下才会听取新的证据，这取决于申诉人能否证明他不知道在缺席的情况下对他进行的诉讼。此外，他认为，是否采取新的证据将由法官酌情决定。据申诉人称，意大利总检察长的信中并未表明“重审”是指一审。 [27]

4. 判决理由选译

【1203】 C.

宪法诉愿也是有根据的。被质疑的决定侵犯了申诉人根据《基本法》第1条第1款以及第23条第1款第3句和第79条第3款享有的权利。 [35]

I.

一般来说，由于优先适用欧盟法律（*Anwendungsvorrang des Unionsrechts*²¹³），欧盟的主权行为以及欧盟法律确定范围内的德国公共当局行为不能被《基本法》规定的基本权利标准所衡量(1)。但是根据《基本法》第23条第1款第3句和第79条第3款(2)，欧盟法律的适用优先受到欧洲一体化（*integrationsfest*）范围之外的宪法原则之限制。这尤其包括《基本法》第1条所载的原则，包括刑法中的个人罪责原则，该原则植根于对人的尊严之保障(3)。必须确保，在适用欧盟法律或源自德国公共当局但由欧盟法律确定的法律规定时，这些原则在每个个案中都得到保障(4)。但是只有当一个人以有根据的方式提出个人的尊严实际上受到干扰时，才能在联邦宪政法院声称这一不可剥夺的基本权利保护核心受到侵犯(5)。 [36]

(1)根据《基本法》第23条第1款第1句，德意志联邦共和国参与建立和发展欧盟。其法律的统一适用对于欧盟的成功至关重要（参见BVerfGE 73, 339 <368>; 123, 267 <399>; 126, 286 <301 and 302>）。如果不确保其法律的统一适

²¹³ 英译者注：在德国法律体系中，这意味着在欧盟法律的适用范围内通常不适用德国法律；但是它仍然有效，并继续适用于不属于欧盟法律适用范围的情况。

用和有效性，它将无法作为目前28个成员国的法律共同体继续存在（基本上参见欧洲法院，1964年7月15日的判决，Costa/ENEL，6/64，ECR 1964，p. 1251 <1269 et seq.>）。在这方面，《基本法》第23条第1款还确保欧盟法律是有效的并将得到执行（参见BVerfGE 126, 286 <302>）。 [37]

因此，通过根据《基本法》第23条第1款第2句规定的授权将主权权力移交给欧盟，《基本法》认可了《条约同意法案》赋予欧盟法律的适用优先权。作为一项规则，欧盟法律的适用优先级也适用于国家宪法（参见BVerfGE 129, 78 <100>），并且在冲突中，通常会导致国家法律在具体案件中不适用（参见BVerfGE 126, 286 <301>）。 [38]

根据《基本法》第23条第1款，立法机关在决定欧洲一体化事务时，不仅可以一般并在所有事务上免除在德国行使公权力的欧盟机构，而且可免除执行欧盟法律的德国机构受《基本法》规定的基本权利和其他保障之约束（参见Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, pp. 247 et seq.）。这尤其适用于联邦和州一级的立法机构，如果他们在没有设计自由（*Gestaltungsspielraum*）²¹⁴的情况下转化二级或三级法律（参见BVerfGE 118, 79 <95>; 122, 1 <20>）。相比之下，使用现有设计自由颁布的法律行为可以接受联邦宪政法院的审查（参见BVerfGE 122, 1 <20 and 21>; 129, 78 <90 and 91>）。 [39]

【1204】

(2)然而，欧盟法律的优先适用仅适用于《基本法》和《同意法案》允许或规定转让主权权力的情况（参见BVerfGE 73, 339 <375 and 376>; 89, 155 <190>; 123, 267 <348 et seq.>; 126, 286 <302>; 129, 78 <99>; 134, 366 <384 para. 26>）。包含在《同意法案》中的国家秩序（*Rechtsanwendungsbefehl*）在国家层面上使欧盟法律获得效力，但只能在适用的宪法秩序框架内发布（参见BVerfGE 123, 267 <402>）。开放德国国家身份的限制是指适用于《同意法案》中规定的欧洲一体化议程的具体设计之外的限制，它源自《基本法》第79条第3款规定的宪法身份(a)。这符合真诚合作的原则（欧盟条约第4条第3款）(b)，并且欧盟多数成员国宪法中包含的类似限制(c)也证实了这一点。 [40]

a)欧盟法的优先适用范围主要受限于基本法的宪法身份。根据《基本法》第23条第1款第3句与第79条第3款，无论是宪法修正案还是欧洲一体化都不得触及宪法身份(aa)。宪法身份通过联邦宪政法院进行的身份审查得到保障。(bb)。 [41]

aa)如果欧盟机构的行为影响了受《基本法》第79条第3款保护的宪法身份

²¹⁴ 英译者注：在欧洲人权法院的判例法中，这种余地通常被称为“评估空间”。

以及第1条和第20条中规定的原则，则它们违反了《基本法》规定的开放国家地位之限制。这种行为不能基于初级法律授权，因为决定欧洲一体化事务的立法机关虽然以《基本法》第23条第1款第3句连同第79条第2款所要求的多数采取行动，却不能将主权权力转移到欧盟，否则将影响受《基本法》第79条第3款保护的宪法身份（参见BVerfGE 113, 273 <296>; 123, 267 <348>; 134, 366 <384 para. 27>）。它也不能以最初合宪但随着法律发展而演变的授权为基础，因为欧盟的机构将因此越权行事（参见BVerfGE 134, 366 <384 para. 27>）。

[42]

【1205】 bb)在身份审查的框架内，必须审查《基本法》第79条第3款规定的不可剥夺的原则是否受到欧盟法案之影响（参见BVerfGE 123, 267 <344, 353 and 354>; 126, 286 <302>; 129, 78 <100>; 134, 366 <384 and 385 para. 27>）。这种审查的结果可能是在特殊情况下，必须宣布欧盟法律在德国不适用，如在“押金充公案”中的保留（“只要”保留，参见BVerfGE 37, 271 <277 et seq.>; 73, 339 <387>; 102, 147 <161 et seq.>），或越权审查（BVerfGE 58, 1 <30 and 31>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; 123, 267 <353 et seq.>; 126, 286 <302 et seq.>; 134, 366 <382 et seq., paras. 23 et seq.>）。然而，为了防止德国当局和法院简单无视欧盟法律的有效性要求，要以对欧洲法律开放的方式适用《基本法》第79条第3款以保护欧盟法律秩序的有效性，并考虑到《基本法》第100条第1款中表达的法律概念，便要求将认定违反宪法身份之职责保留给联邦宪政法院（参见BVerfGE 123, 267 <354>）。《基本法》第100条第2款强调了这一点：如果怀疑国际法的一般规则是否为个人创造了权利和义务，法院必须将问题提交给联邦宪政法院（参见BVerfGE 37, 271 <285>）。宪法诉愿也可能触发身份审查（第93条第1款第4a GG条，参见BVerfGE 123, 267 <354 and 355>）。 [43]

b)身份审查不违反欧盟条约第4条第3款含义内的真诚合作原则。它是欧盟条约第4条第2款第1句的概念所固有的（关于考虑国家身份，参见ECJ, Judgment of 2 July 1996, Commission v Luxembourg, C-473/93, ECR 1996, I-3207, para. 35; Judgment of 14 October 2004, Omega, C-36/02, ECR 2004, I-9609, paras. 31 et seq.; Judgment of 12 June 2014, Digibet and Albers, C-156/13, EU:C:2014:1756, para. 34），并且对应于欧盟的特殊性质。欧盟是主权国家联盟（*Staatenverbund*）、宪法联盟（*Verfassungsverbund*²¹⁵）、行政机构联盟（*Verwaltungsverbund*）和法院联盟（*Rechtsprechungsverbund*²¹⁶）。这种结构最终以成员国之间缔结的国际

²¹⁵ 英译者注：有时称为多层次宪政。

²¹⁶ 英译者注：有时也称为法院的多层次合作。

条约为基础。作为“条约的主人”（*Herren der Verträge*），成员国通过国家法律安排决定欧盟法律是否适用，以及在何种程度上适用且在各自的国家法律秩序中享有优先权（参见BVerfGE 75, 223 <242>; 89, 155 <190>; 123, 267 <348 and 349, 381 et seq.>; 126, 286 <302 and 303>; 134, 366 <384 para. 26>）。并不具有决定性意义的是该规则是否在国家宪法中明确规定，像在法国（《法国宪法》第55条）、奥地利（《关于奥地利加入欧盟的联邦宪法法案》 - *Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union*, 《奥地利共和国联邦法律公报》 - *BGBl für die Republik Österreich* no. 744/1994）或西班牙（《西班牙宪法》第96条第1款）；或如英国在其《同意法案》（1972年《欧洲共同体法案》；参见Court of Appeal, *Macarthy v. Smith*, <1981> 1 All ER 111 <120>; *Macarthy v. Smith*, <1979> 3 All ER 325 <329>; House of Lords, *Garland v. British Rail Engineering*, <1983> 2 All ER 402 <415>）；或者它是否是通过系统、目的论和历史的解释从《同意法案》中推导出来的，如在德国；或者欧盟法律超越国家法律的优先权是否通过国家法律对个别案件的逐案应用来实现，如在意大利（参见*Corte Costituzionale*, Decision no. 170/1984, *Granital*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* - *EuGRZ* 1985, p. 98）。

【1206】

因此，如果联邦宪政法院在特殊情况和狭义条件下宣布欧盟机构或机关的行为在德国不适用，这并不与基本法对欧洲法律的开放性相抵触（《基本法》序言，第23条第1款第1句，参见BVerfGE 37, 271 <280 et seq.>; 73, 339 <374 et seq.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <174 and 175>; 102, 147 <162 et seq.>; 123, 267 <354, 401>）。

[45]

这种方法不会给统一适用欧盟法律带来重大风险。一方面，特别是在此处争议的违反《基本法》第1条原则的情况很少发生，因为《欧洲联盟条约》第6条、《基本权利宪章》和欧盟法院判例法通常确保针对欧盟机构、团体和机关的行为有效保护基本权利（参见例如ECJ, Judgment of 9 November 2010, *Schecke und Eifert*, C-92/09和C-93/09, ECR 2010, I-11063, paras. 43 et seq.; Judgment of 8 April 2014, *Digital Rights Ireland and Seitlinger*, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, paras. 23 et seq.; Judgment of 13 May 2014, *Google Spain and Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, paras. 42 et seq., 62 et seq., 89 et seq.; Judgment of 6 October 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, paras. 91 et seq.）。另一方面，保留给联邦宪政法院的复审权应受到克制，并以对欧洲法律开放的方式行使（参见BVerfGE 126, 286 <303>）。在必要的范围内，它将基于欧盟法院根据《欧盟运作条约》（TFEU）第267条第3款对其的解释审查

相关欧洲行为。这不仅适用于越权审查，也适用于宣布欧盟机构、团体或机关的行为在德国不适用，因为它影响了受《基本法》第79条第3款连同第1条和第20条保护的宪法身份（参见BVerfGE 123, 267 <353>; 126, 286 <304>; 134, 366 <385 para. 27>）。

[46]

【1207】 c)联邦宪政法院进行的身份审查符合欧盟法律，这还得到以下事实的证实：尽管细节有所不同，但欧盟许多其他成员国的宪法也包含保护宪法身份，并限制主权权力向欧盟转移的条款（在这方面，参见BVerfGE 134, 366 <387 para. 30>）。其他成员国的绝大多数宪政法院和最高法院在其各自管辖范围内，都同意联邦宪政法院的观点，即欧盟法律的优先（适用）并非不受限制地适用，而是受制于国家（宪法性）法律（参见丹麦王国：Højesteret, Judgment of 6 April 1998 - I 361/1997 -, para. 9.8；爱沙尼亚共和国：Riigikohus, Judgment of 12 July 2012 - 3-4-1-6-12 -, paras. 128, 223；法国：Conseil constitutionnel, Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006, 19th recital；Decision no. 2011-631 DC of 9 June 2011, 45th recital；Conseil d'État, Judgment of 8 February, no. 287110 <Ass.>, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, Europarecht - EuR 2008, p. 57 <60 and 61>；爱尔兰：Supreme Court of Ireland, Crotty v. An Taoiseach, <1987>, I.R. 713 <783>; S.P.U.C. <Ireland> Ltd. v. Grogan, <1989>, I.R. 753 <765>; 意大利共和国：Corte Costituzionale, Decision no. 98/1965, Acciaierie San Michele, EuR 1966, p. 146；Decision no. 183/1973, Frontini, EuR 1974, p. 255；Decision no. 170/1984, Granital, EuGRZ 1985, p. 98；Decision no. 232/1989, Fragd；Decision no. 168/1991；Decision no. 117/1994, Zerini；拉脱维亚共和国：Satversmes tiesa, Judgment of 7 April 2009, 2008-35-01, para. 17；波兰共和国：Trybunał Konstytucyjny, Judgments of 11 May 2005, K 18/04, paras. 4.1., 10.2；of 24 November 2010, K 32/09, paras. 2.1. et seq.；of 16 November 2011, SK 45/09, paras. 2.4., 2.5；西班牙王国：Tribunal Constitucional, Declaration of 13 December 2004, DTC 1/2004, Ground 2, EuR 2005, S. 339 <343> and Decision of 13 February 2014, STC 26/2014, no. 3 of the recitals, Human Rights Law Journal - HRLJ 2014, p. 475 <477 and 478>; 捷克共和国：Ústavní Soud, Judgment of 8 March 2006, Pl. ÚS 50/04, para. VI.B.；Judgment of 3 May 2006, Pl. ÚS 66/04, para. 53；Judgment of 26 November 2008, Pl. ÚS 19/08, paras. 97, 113, 196；Judgment of 3 November 2009, Pl. ÚS 29/09, paras. 110 et seq.；Judgment of 31 January 20012, Pl. ÚS 5/12, para. VII.；英国：High Court, Judgment of 18 February 2002, Thoburn v. Sunderland City Council, <2002> EWHC 195 <Ad-min>, para. 69；UK Supreme Court, Judgment of 22 January 2014, R <on

the application of HS2 Action Alliance Limited> v. The Secretary of State for Transport, <2014> UKSC 3, paras. 79, 207; Judgment of 25 March 2015, Pham v. Secretary of State for the Home Department, <2015> UKSC 19, paras. 54, 58, 72 to 92)。

[47]

(3)受《基本法》第79条第3款规定的宪法身份保护的利益也免受超国家公共权力干预，包括《基本法》第1条的原则，因此也包括所有国家机关尊重和保护人的尊严之义务（《基本法》第1条第1款第2句）；但它们还包括保障人的尊严之原则，即任何惩罚都以个人有罪为前提（参见BVerfGE 123, 267 <413>）。

[48]

(4)根据《基本法》第23条第1款第3句以及第79条3款的规定，在个别情况下不得触及欧洲一体化范围之外的受保护利益（参见BVerfGE 113, 273 <295 et seq.>; 123, 267 <344>; 126, 286 <302 and 303>; 129, 78 <100>; 129, 78 <100>; 129, 124 <177 et seq.>; 132, 195 <239 et seq. paras. 106 et seq.>; 134, 366 <384 et seq. paras. 27 et seq.>）。对于《基本法》第1条尤其如此。人的尊严构成宪法秩序中的最高法律价值（参见BVerfGE 27, 1 <6>; 30, 173 <193>; 32, 9 <108>; 117, 71 <89>）。尊重和保护人的尊严是《基本法》基本原则的一部分（联邦宪政法院的既定判例，参见BVerfGE 45, 187 <227>; 131, 268 <286>），必须考虑到《基本法》的“授权整合”（*Integrationsauftrag*）原则及其对欧洲法律的开放性，以及在《基本法》序言和第23条第1款第1句中表达的基本法特征（参见BVerfGE 123, 267 <354 >; 126, 286 <303>; 129, 124 <172>; 132, 287 <292 para. 11>）。在此背景下，联邦宪政法院通过身份审查，毫无保留地保证在每个案件中保护根据《基本法》第23条第1款第3句以及第79条第3款和第1条第1款中必不可少的基本权利。

[49]

(5)和启动身份审查的严格要求相平行，提出此类问题的宪法诉愿的可受理性要求更为严格。申诉人必须详细证明在个案中违反《基本法》第1条保护的人类尊严保障之程度。

[50]

II.

高等地区法院作出的被质疑的决定违反了《基本法》第1条第1款以及第23条第1款第3句和第79条第3款规定的限制。执行关于欧洲逮捕令的框架决定会影响个人罪责原则，这一原则植根于保障人类尊严（《基本法》第1条第1款）和法治原则（《基本法》第20条第3款），并构成了《基本法》下不可剥夺的宪法身份的一部分(1)。这一事实授权对高等地区法院的决定进行审查，并为之提供理由；审查根据《基本法》的标准进行，但仅限于受保护的利益，尽管高等地区法院的决定是由联邦法律确定的(2)。一方面，欧盟法律规定的要求以及

【1208】

作为决定所依据的德国法律符合《基本法》第1条第1款规定的要求，因为它们保证了被请求人的强制性权利。为执行在有关人员缺席的情况下作出的判决而引渡的背景，因为它们不仅允许而且要求处理引渡的法院进行适当的调查(3)。但另一方面，在适用这些规定时，高等地区法院违反了个人罪责原则，从而侵犯了申诉人根据《基本法》第1条第1款享有的权利，因为关于框架决定和《刑事事项国际合作法》，其法律适用没有充分考虑到人的尊严的重要性和范围(4)。

[51]

(1)执行关于欧洲逮捕令的框架决定可能违反《基本法》第1条第1款，因为在引渡某人以执行在被请求人缺席的情况下作出的判决时，人们通过刑法实施对社会道德不端行为之反应；除非有权能的法院已确定有关人员应受个体责备 (*individuelle Vorwerfbarkeit*)，这样的反应与保障人的尊严和法治 (*Rechtsstaatsprinzip*) 不相容(a)。因此，还必须确保遵守法治保障的旨在确定案件真实事实的被告人的最低程序权利；在由欧洲逮捕令触发的欧盟法律确定的引渡程序中，这些权利是确保个人罪责原则的实体部分的有效性所必需的权利(b)。

【1209】

[52]

a)刑法基于个人罪责原则 (BVerfGE 123, 267 <413>; 133, 168 <197 para. 53>)。这一原则支配国家惩戒行为的整个领域，并体现在对个人自己的尊严和责任之保障 (*Eigenverantwortlichkeit*) 及法治之中 (参见BVerfGE 45, 187 <259 and 260>; 86, 288 <313 >; 95, 96 <140>; 120, 224 <253 and 254>; 130, 1 <26>; 133, 168 <197 para. 53>)。由于个人罪责原则是建立在《基本法》第1条第1款下对人的尊严的保障之上，它构成了根据《基本法》第79条第3款不可剥夺的宪法身份的一部分，并且还受到保护，以免受超国家公共权力的行使之干预 (参见BVerfGE 123, 267 <413>)。因此，还必须确保在引渡中遵守这一规定，以便执行在审判期间被请求人缺席的情况下作出的判决。

[53]

aa)“无罪无罚” (*Keine Strafe ohne Schuld - nulla poena sine culpa*) 的原则预设了个人的责任，个人可以自行决定自己的行为，并且通过凭借自己的自由意志辨别是非并据此行事。保护人的尊严是基于人类作为一种精神和道德存在者，倾向于自由定义和发展自己 (参见BVerfGE 45, 187 <227>; 123, 267 <413> ; 133, 168 <197 para. 54>)。因此，在刑事司法管理领域，《基本法》第1条第1款确定了刑事制裁性质的概念、有罪与赎罪之间的关系 (参见BVerfGE 95, 96 <140>)，以及任何刑事制裁以有罪为前提 (参见BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>; 123, 267 <413>; 133, 168 <197 and 198 para. 54>)。通过刑事制裁，犯罪者因社会道德不端行为受到谴责 (参见 BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>; 110, 1 <13>; 133, 168 <198 para. 54>)。

由刑事制裁产生个人行为不值得尊重 (*Unwerturteil*) 之判断, 它会影响当事人受重视和尊重的权利, 而这是一项植根于人的尊严之权利 (参见BVerfGE 96, 245 <249>; 101, 275 <287>)。除非确定了个人的责任, 国家的这种回应不符合人的尊严和法治之保障 (参见BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>; 133, 168 <198 para. 54 >)。

[54]

bb)因此, 个人罪责原则同时也是法治原则下的强制性要求。法治是《基本法》的基本原则之一 (BVerfGE 20, 323 <331>; 133, 168 <198 para. 55>)。它通过提供法律确定性、通过法律约束国家权威以及通过保护合法期望, 来确保自由得到实施 (BVerfGE 95, 96 <130>)。法治原则还包括要求实体公正作为《基本法》的指导原则之一 (参见BVerfGE 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>), 并将法律面前人人平等的原则作为正义的基本假设之一 (参见BVerfGE 84, 90 <121>)。法治原则确立的这些目标通过“无罪无罚”原则纳入刑法领域 (BVerfGE 95, 96 <130 and 131>; 133, 168 <198 para. 55>)。根据正义理念, 刑事犯罪的构成要件必须与所设想的法律后果充分对应 (联邦宪政法院的既定判例参见BVerfGE 20, 323 <331>; 25, 269 <286>; 27, 18 <29>; 50, 205 <214 and 215>; 120, 224 <241>)。惩罚和罪行的严重性及罪犯的罪责二者之间, 必须有一个公正的比例 (参见BVerfGE 20, 323 <331>; 45, 187 <228>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>; 109, 133 <171>; 110, 1 <13>; 120, 224 <254>; 133, 168 <198 para. 55>)。从这个意义上说, 刑事制裁旨在公正地为罪责进行补偿 (参见BVerfGE 45, 187 <253 and 254>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 and 254>; 133, 168 <198 para. 55>)。

【1210】

b)如果不能确保案件的真实事实得到确立, 个人罪责原则的有效性就会受到威胁(aa)。作出适当的刑事制裁也构成社会伦理谴责, 其前提是有关法院考虑到被告的人格, 因此作为一项规则应有被告在庭审时出庭。因此, 个人罪责原则要求被告人的最低权利在刑事审判中得到保障, 以确保被告人能够向法院陈述可能免除或与量刑有关的情况并让其进行审查(bb)。这些保证必须在引渡程序中得到遵守, 以便在被请求人缺席的情况下执行判决(cc)。

[56]

aa)确定案件的真相对于实现个人罪责原则的实质性组成部分必不可少, 也是刑事诉讼的核心目标 (参见BVerfGE 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>; 133, 168 <199 para. 56 >)。刑事诉讼的功能是在法律规定和管辖的程序 (*justizförmig*) 中强制执行国家实施惩罚的权利 (*Strafanspruch des Staates*), 以保护个人和公众的合法利益并确保有可能受到惩罚之人之基本权利得到有效保护。在刑事诉讼中, 必须确保作为一个根据自己的责任行事之人之尊严得到尊重, 并确保源自法治的无罪不罚原则, 以及提供程序法下的

相应措施（参见BVerfGE 122, 248 <270>; 133, 168 <199 para. 56>）。必须根据相关的程序规则确定犯罪已实施且犯罪者有罪（参见BVerfGE 9, 167 <169>; 74, 358 <371>; 133, 168 <199 para. 56 >）。罪犯在被证明有罪之前被假定为无罪（联邦宪政法院的既定判例参见BVerfGE 35, 311 <320>; 74, 358 <371>）。【57】

bb)刑事诉讼的目的和功能是对犯罪者和犯罪行为进行适当的刑事制裁。在德国法律领域，刑事制裁不仅仅是干涉犯罪者的权利（*Rechtseingriff*）或伤害（*Übel*）。除了这种干扰或伤害外，刑事制裁的特征之一是通过判决表达的怪罪（*Tadel*）或责备。这意味着一种社会伦理的谴责或一种特定的道德反对。根据《基本法》，刑事制裁不仅意味着谴责违法行为，还意味着违反具有更根本的基础法律部分，即社会伦理基础（参见BVerfGE 25, 269 <286>; 90, 145 <200 - 单独意见>; 95, 96 <140>; 96, 10 <25>; 96, 245 <249>; 109, 133 <167>; 109, 190 <217>; 120, 224 <240>; 123, 267 <408>; 与刑事制裁之比较参见，BVerfGE 42, 261 <263> 中对行政制裁的评估；例如仅举几个来自Weigend法律学说的例子：Leipziger Kommentar, vol. 1, 12th edition 2007, Introduction para. 1; Radtke, in: MüKo, StGB, Preliminary remark concerning §§ 38 et seq., para. 14; idem, Goldammer's Archiv für Strafrecht - GA 2011, pp . 636 <646>; Roxin, Strafrecht AT, vol. 1, 4th ed. 2006, § 3 para. 46, p. 89）。然而，这意味着刑事制裁不全面考虑罪犯人格，即不能成为与被告尊严相称的刑事制裁。因此，这通常假定法院在被告在场的口头听证中，能够洞察被告人的性格、动机、他对罪行、对受害人和罪行客观条件的看法。必须确保被告至少有权亲自向法庭陈述情况，尤其是具有辩解、宽恕或减轻处罚性质的情况，法官和被告是面对面的。这是因为如果有人指责某人的社会伦理不端行为，这就构成了对被判刑人的人格之指责（参见BVerfGE 96, 245 <249>; 101, 275 <287>），并影响有关人员的受重视和尊重的权利，这项权利植根于人的尊严。【58】

cc)刑事诉讼中被告人权利的最低限度保障，即个人罪责原则所规定的保障，也必须在关于引渡被请求人以执行在被请求人缺席的情况下作出的判决的决定中得到遵守(1)。在这方面，德国法院有责任确保请求国(2)遵守这些保证（*Gewährleistungsverantwortung*）。【59】

【1212】 1)联邦宪政法院在其既定判例中认为，在引渡被请求人以执行其缺席判决时，必须尊重不可剥夺的宪法原则（参见BVerfGE 59, 280 <282 et seq.>; 联邦宪政法院的分庭裁决，*Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* - BVerfGK 3, 27 <32>; 3, 314 <317>; 6, 13 <18>; 6, 334 <341 and 342>; 德国联邦宪政法院，*Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), 1986年11月17日第二参议院第一议院命令，2 BvR 1255/86, *Neue Juristische Wochenschrift* - NJW 1987, p. 830

<830>; 1991年1月24日第二参议院第三议院命令, 2 BvR 1704/90, NJW 1991, pp. 1411 <1411>), 或德国公共秩序不可或缺的组成部分 (BVerfGE 63, 332 <338>)。如果被请求人既没有被告知诉讼程序, 在了解这些事实后也没有关于他们的结论, 实际上有可能利用他 / 她被听取意见的权利并有效地为自己辩护, 这就是缘何本院过去曾宣布为执行外国判决而进行的引渡不被允许 (参见 BVerfGE 63, 332 <338>; BVerfGK 3, 7 <32 and 33>; 3, 314 <318>; 6, 13 <18>; BVerfG, 1991年1月24日第二参议院第三议院命令, 2 BvR 1704/90, NJW 1991, pp. 1411 <1411>)。 [60]

为实现请求国不将被请求人仅视为该国诉讼的对象……被请求人必须有可能会影响诉讼程序, 对其提出的指控提交一份声明, 提出免责的情况并如果有需要, 让这些情况得到审查。 [61]

2)在这方面, 主管引渡的法院也对被请求人在请求国的待遇承担责任。虽然按照规则, 在外国主权国家根据其独立于德国的自由意志决定事件进程的基本特征时, 德国公权力机关在基本权利下的责任即告结束 (参见 BVerfGE 66, 39 <56 et seq., 63 and 64>), 德国公权力机关不得协助其他国家侵犯人的尊严 (参见 BVerfGE 59, 280 <282 and 283>; 60, 348 <355 et seq.>; 63, 332 <337 and 338>; 75, 1 <19>; 108, 129 <136 and 137>; 113, 154 <162 and 163>)。 [62]

因此, 决定引渡的法院有义务调查和确定案件事实, 这一义务也属于《基本法》第1条第1款的范围。尽管互信原则适用于欧洲境内的引渡, 这一点仍然适用(b)。 [63]

(a)无法抽象笼统地确定司法引渡程序中调查程序义务的内容和程度, 它们取决于个案的情况。 [64]

德国法院必须确定的事实尤其包括被请求人将在请求国期望得到什么样的待遇。在评估是否允许引渡时, 作为规则, 他们必须依职权使用他们可用的调查手段来确定是否违反了被请求人声称的宪法原则。当事人没有举证责任 (参见 BVerfGE 8, 81 <84 and 85>; 52, 391 <406 and 407>; 63, 215 <225>; 64, 46 <59>; 联邦宪法法院, 1996年5月29日第二参议院第三议院命令, 2 BvR 66/96, EuGRZ 1996, pp. 324 <326>; 1996年12月15日第二参议院第三议院命令, 2 BvR 2407/96, juris, para. 6; 第二参议院第一议院2000年9月9日命令, 2 BvR 1560/00, NJW 2001, pp. 3111 <3112>)。 [65] 【1213】

法院为确保尊重个人罪责原则而必须进行调查, 其程度和范围取决于被请求人提交的要点之性质和重要性; 这些要点需表明, 请求中的程序州低于《基本法》第1条第1款要求的最低标准。根据逻辑规则, 根据一般知识或科学知识, 法院可以使用任何手段作为证据; 这些手段或可能适合说服自己存在对判

决至关重要的事实，或对事实的评估是正确的（参见W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 21th ed. 2015, § 98 para. 3; Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5th ed. 2012, § 30 para. 22）。此外，要求请求国提交额外文件是另一种可能性（参见§ 30 sec. 1, § 78 sec. 1 IRG）。可能还需要请求专家法律意见或官方信息（*amtliche Auskunft*）。

[66]

(b)这并不意味着德国法院总是必须详细审查引渡请求的原因。特别是在欧洲，相互信任原则适用于引渡程序，但是这种信任可能会动摇。在本案争议范围内，基于国际协定的引渡原则(aa)可以类比适用于执行关于欧洲逮捕令的《框架决定》之引渡(bb)。

[67]

(aa)关于德国与其他国家之间的引渡，作为规则，请求国应该相信它会遵守法治和保护人权的原則。只要不因相关事实而动摇信任，就应适用这一相互信任原则（参见BVerfGE 109, 13 <35 and 36>; 109, 38 <61>）。例外情况只能在非典型情况下进行证明（参见BVerfGE 60, 348 <355 and 356>; 63, 197 <206>; 109, 13 <33>; 109, 38 <59>）。

[68]

【1214】与庇护程序一样，被请求人有责任提供证据，为参与决定是否允许引渡的实体进行进一步调查提供充分的证据（参见BVerfGK 6, 334 <342>; 联邦宪法法院，1996年5月29日第二参议院第三庭命令，2 BvR 66/96-, EuGRZ 1996, pp. 324 <326>）。特别是如果引渡的目的是执行在被请求人缺席的情况下作出的外国判决，可能有理由审查引渡及其所依据的案卷是否符合《基本法》规定的基本权利保护的最低标准（参见BVerfGE 59, 280 <282 et seq.>; 63, 332 <337>; BVerfGK 3, 27 <31 and 32>; 6, 13 <17>; 联邦宪法法院第二参议院第三议院命令，1991年1月24日，2 BvR 1704/90, NJW 1991, pp. 1411 <1411>）。

[69]

作为规则，保障这一最低标准之保证如在引渡程序中作出，且在国际公法下具有约束力，则足以克服对引渡许可的潜在担忧；这一点一般成立，除非在个别情况下预计不会遵守保证（参见BVerfGE 63, 215 <224>; 109, 38 <62>; BVerfGK 2, 165 <172 and 173>; 3, 159 <165>; 6, 13 <19>; 6, 334 <343>; 13, 128 <136>; 13, 557 <561>; 14, 372 <377>; 2008年12月9日联邦宪法法院第二参议院第二议院命令，2 BvR 2386/08, juris, para. 16）。

[70]

被请求人指控的违反人权待遇之风险如果仅仅由于已知和过去发生的事件，而不能完全排除其存在，则不构成引渡的障碍。相反，必须有合理的理由相信存在违反人权的待遇的风险（参见BVerfGE 108, 129 <138>; BVerfG, 第二参议院第三议院命令，1992年6月22日，2 BvR 1901/91, juris, para. 4; 1994年5月31日，2 BvR 1193/93, NJW 1994, pp. 2883 <2884>; 1996年5月29日，2 BvR

66/96, EuGRZ 1996, pp . 324 <326>）。必须有令人信服的理由相信，请求国在特定情况下不遵守国际公法要求的最低标准的可能性很大。通常只有在请求国持续存在严重、明显或系统性侵犯人权行为的情况下，才能免除提供具体事实初步证据的义务。引渡到持续存在广泛和系统性侵犯人权行为的国家，通常会【1215】导致违反德国宪法秩序基本原则的可能性（参见BVerfGE 108, 129 <138 and 139>；联邦宪法法院，2007年10月15日第二参议院第一分庭命令，2 BvR 1680/07, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - NVwZ 2008, pp. 71 <72>）。【71】

(bb)就个人罪责原则之保护而言，这也适用于根据欧洲逮捕令《框架决定》进行的引渡。【72】

一方面，作为规则，人们必须特别信任欧盟成员国遵守法治和人权保护原则。欧盟宣称尊重人的尊严、自由、民主、平等、法治和尊重人权，包括属于少数群体的权利（参见《欧洲联盟条约》第2条）。其成员国均受《欧洲人权公约》的约束。此外，他们在执行欧盟法律时受《基本权利宪章》保障的约束（参见《欧盟基本权利宪章》第51条第1款）。对遵守法治和人权保护原则的信任尤其包括请求成员国在欧洲逮捕令中提供的细节。因此，一般而言，有权决定是否允许引渡的法院没有义务利用所有可用的可能性，来调查或确定一个人是否可以信任提出请求的成员国遵守个人罪责原则。【73】

但另一方面，如果有基于事实的迹象表明，保护人的尊严所必需的要求在引渡的情况下不会得到遵守，那么互信原则就会动摇。在这方面，如果有关人员已提交足够的证据表明有必要进行此类调查，那么决定是否允许引渡的法院有义务调查提出请求的成员国的法律状况和法律实践。如果以引渡方式执行的刑罚是在被请求人缺席的情况下作出的，则不能作为审查引渡是否符合《基本法》宪法性的唯一理由。这是因为根据《框架决定》第4a条第1款，为执行在被请求人缺席的情况下作出的司法决定而请求引渡的会员国可以通过适当填写相关表格，同时指出被请求人或者实际上知道预定的审判，并被告知如果他/她没有出庭受审也可能会有决定作出（参见《框架决定》第4a条第1款a项），或被请求人知道已安排的审判并在审判中由一名律师为其辩护（参见《框架决定》第4a条第1款b项），或被请求人有权获得其有权参与的重审或上诉，而后者允许重新审查包括新的证据在内的案件实体问题，并可能导致原决定被推翻（参见《框架决定》第4a条第1款c项和d项）。【74】

如果在调查结束后，法院发现请求国不会遵守《基本法》规定的最低标准，则法院不得允许引渡。【75】

(2)为确保遵守欧洲一体化范围之外的个人罪责原则，法院有理由并有义务对高等地区法院的裁决进行审查，尽管该裁决由欧盟法律确定且根据《基本

法》的标准审查，并仅限于确保遵守最低程序保障。作为规则，《框架决定》在德国法律秩序中具有优先适用性(a)。根据欧盟法院的判例法，《框架决定》详尽地处理了在缺席情况下被判刑的人的引渡(b)。但是这并不能免除高等地区法院的义务，即确保在基于欧洲逮捕令的引渡中也遵守表现为个人罪责原则的《基本法》第1条第1款之原则(c)。 [76]

a)适用欧盟法律的优先权也延伸至《框架决定》。在这方面，必须按照欧盟法律解释国家法律的原则 (*Prinzip der unionsrechtskonformen Auslegung*) 要求国家法院在考虑到整个国家法律秩序的情况下，通过应用那里承认的解释方法，在其权限范围内做尽可能确保欧盟法律的充分效力，并取得符合《框架决定》所追求的目标之结果 (参见ECJ, Judgment of 5 October 2004, Pfeiffer, C-397/01 to C-403/01, ECR 2004, I-8835, paras. 115 and 116; Judgment of 5 September 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, EU:C:2012:517, para. 56)。 [77]

实质上，欧洲法院已经多次裁定，国家司法当局只能在《框架决定》规定的案件中拒绝执行欧洲逮捕令 (参见ECJ, Judgment of 1 December 2008, Leymann and Pustovarov, C-388/08 PPU, ECR 2008, I-8993, para. 51; Judgment of 30 May 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, para. 36, 并参见其中更多文献)。法院在Melloni案中强调，《框架决定》的有效性不能被国家援引国家法律规则所破坏，即使对于宪法地位的法律也是如此 (参见ECJ, Judgment of 26 February 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, para. 59)。到目前为止，(欧盟)法院尚未处理根据《框架决定》 (*rahmenbeschlusskonforme Auslegung*) 解释国家法律的限制，尽管西班牙宪法法庭已根据以下论点提出初步裁决请求：为执行在被请求人缺席的情况下作出的判决而进行的引渡可能违反了西班牙宪法所指的公平审判的核心内容，并可能会影响人的尊严 (参见欧洲法院, loc. cit., para. 20; 随后，西班牙宪法法庭强调，如果欧盟法律在其进一步发展不再可能与西班牙宪法相协调，则可维护西班牙人民的主权和宪法的至高无上……并引导²¹⁷法院在终审中通过设想的宪法程序解决问题；这是2014年2月13日决定的内容，STC 26/2014, Ground 3, HRLJ 2014, pp. 475 <478>)。 [78]

b)根据欧洲法院的判例法，《框架决定》第4a条详尽地规定了在被请求人缺席的情况下，可以为引渡设定哪些条件以执行判决。 [79]

根据《框架决定》第1条第2款，成员国根据相互承认的原则和《框架决定》的规定执行欧洲逮捕令。作为规则，他们有义务执行欧洲逮捕令，并且他们只能在《框架决定》第3至5条提到的情况下对其执行附加先决条件 (参见

²¹⁷ 英译者注：德语措辞的直译为“要求”。

ECJ, Judgment of 1 December 2008, Leymann and Pustovarov, C-388/08 PPU, ECR 2008, I-8993, para. 51; Judgment of 30 May 2008, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358; para. 36, 并参见其中更多文献)。 [80]

根据欧洲法院的判决,如《框架决定》序言第10段所设想的,欧洲逮捕令的执行只有在欧盟成员国之一严重和持续违反的情况下才能暂停。《欧洲联盟条约》第6条第1款中规定的原则由理事会根据条约第7条第1款确定,其后果载于第7条第2款(参见ECJ, Judgment of 30 May 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, para. 49)。它进一步认为,对另一个成员国作出判决的相互承认原则在欧盟层面特别是在《基本权利宪章》中得到承认;这是基于成员国之间的相互信任,因为它们各自的国家法律秩序²¹⁸能够提供对基本权利的同等和有效保护。因此,它的结论是,被签发欧洲逮捕令的当事方如果想质疑起诉、判决执行、监禁预防措施之实施²¹⁹或导致实施监禁判决或监禁预防措施的刑事审判之合法性,他们必须在原属成员国的法律体系内寻求法律补救措施(参见ECJ, Judgment of 22 December 2010, Aguirre Zarraga, C-491/10 PPU, ECR 2010, I-14247, paras. 70 and 71)。 [81]

【1218】

在Melloni案中,法院就《框架决定》第4a条作出特别决定,逮捕令的执行不得依赖于在被告缺席的情况下在签发国作出的判决之条件(参见ECJ, Judgment of 26 February 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, para. 46)。如果有关人员处于该条规定的四种情况之一,则可以进行审查(参见欧洲法院, loc. cit., para. 61)。此外,CFR第53条不允许成员国以在签发成员国开放审查为条件,移交缺席情况下定罪的人(参见欧洲法院, loc. cit., para. 64)。 [82]

c)然而,这些规定并不能免除德国当局或法院的义务,即确保在执行欧洲逮捕令(《基本法》第23条第1款第3句与第79条第3款)的引渡中遵守《基本法》第1条第1款的原则。相反,它们必须确保在执行关于欧洲逮捕令的《框架决定》和《刑事事项国际合作法》时,提出请求的成员也将遵守《基本法》第1条第1款要求的对被告权利的最低保障,或者在前述无法做到的情况下,避免引渡有关人员。就此而言,在欧洲范围内管辖引渡的互信原则受到《基本法》第1条第1款保障的人的尊严之限制。正是在这个程度上,法院也有宪法义务进行上述调查。 [83]

(3)然而,在目前的情况下,没有必要通过诉诸《基本法》第79条第3款和

²¹⁸ 英译者注:下文引用的判决中称为“国家法律制度”。

²¹⁹ 英译者注:在《框架决定》中称为“拘留令”,在https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html提供的德国刑法译文中称为“拘禁措施”。

《基本法》第1条第1款来限制《框架决定》的优先适用，因为《框架决定》(a)和《刑事事项国际合作法》(b)要求在解释中考虑到《基本法》第1条第1款在引渡中所要求的对被告权利的最低保障。在这方面，欧盟法律的相关标准满足了《基本法》规定的对被告人权利的最低保障，以维护个人罪责原则不受欧洲一体化的影响。 [84]

【1219】 a)根据欧盟法律，执行欧洲逮捕令的义务已受到限制（参见Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, vol. I, Art. 82 AEUV, para. 37 <March 2011>; Gaede, *NJW* 2013, pp. 1279 <1280>）。根据《框架决定》序言第10段，成员国之间的信任作为欧洲逮捕令机制的基础可能被动摇；在个别情况下，即使各个国家的法律制度在原则上能够提供与《基本法》所提供的保护同等的基本权利有效保护，也可能发生对基本权利相当严重的侵犯。即使根据欧盟法律标准，如果欧洲逮捕令不符合《框架决定》(aa)规定的要求，或者如果引渡将导致违反欧盟基本权利(bb)，则不会执行欧洲逮捕令。同样从欧盟法律的角度来看，互信原则在这方面并非无限制适用(cc)；在某些先决条件下，拒绝为执行在被请求人缺席的情况下作出的判决而根据欧洲逮捕令之引渡是合理的(dd)。 [85]

aa)根据《框架决定》第4a条第1款，如果某些先决条件不满足，司法机关可以拒绝实施为执行监禁判决而签发的欧洲逮捕令。 [86]

《框架决定》第4a条第1款a和b项规定，如果当事人实际收到了关于审判的官方信息，而且被告知如果他/她没有出席审判，决定仍可能被作出，或者如果此人知道这场审判并确实由辩护律师所代表，但此人并未亲自出庭，则存在为执行在审判后作出的决定而引渡该人的义务。在这些案件中，当事人自愿且明确地放弃了亲自出庭的权利。 [87]

相比之下，《框架决定》第4a条第1款c和d项涵盖了相关人员有权通过法律补救措施质疑判决的情况；补救措施允许重新审查案件的实体问题²²⁰，包括新的证据，并可能会导致原决定被推翻。因此，在这些案件中，被告有机会让法庭审查与对他/她提出的指控有关的事实。这要求主持可能的上诉或重审程序的法院也听取被告的意见。程序法必须使该法院不仅能够审查法律，而且能够审查与对被告提出的指控有关的事实。如果《框架决定》第4a条第1款d(i)项规定了一个程序，允许²²¹重新审查案件包括新的证据在内的实体问题，并且“可

²²⁰ 英译者注：该命令使用了德语术语“Sachverhalt”，指的是案件的事实。

²²¹ 英译者注：德文版的框架决定使用了“kann”这个词。

能”²²²导致最初的决定被推翻，该条款没有规定处理此类案件的法院的自由裁量权；相反，该项中使用术语“可能”来描述法院的权力，并或多或少表示“能够”。²²³更贴切的是，英文版提到“当事人有权参与再审或上诉，它们允许重新审查包括新证据在内的实体问题”，而法文版提到“当事人有权参与新的审判程序或……上诉程序，该程序允许在考虑新证据的情况下根据案情重新审查案件”。 [88] 【1220】

对《框架决定》第4a条第1款d(i)项的解释也符合欧洲立法机构的意图。该规定插入了关于欧洲逮捕令的2009年2月26日理事会2009/299/JHA号框架决定，后者修订了第2002/584/JHA、2005/214/JHA、2006/783/JHA、2008/909和2008/947/JHA号框架决定，从而提高个人的诉讼权利，并促进将相互承认原则适用于在当事人缺席情况下作出的决定（《关于在有关人员缺席的情况下作出决议的框架决定》，OJ EU no. L 81 of 27 March 2009, p. 24）。根据《框架决定》第1条第1款，其目标是加强受刑事诉讼的人的诉讼权利、促进刑事事项的司法合作，特别是改善成员国之间司法决定的相互承认。《框架决定》第11条关于当事人在审判时缺席的情况下作出的决定如下： [89]

现有相关《框架决定》中关于不予承认理由的共同解决方案应考虑到有关人员再审或上诉权利的不同情况。这种再审或上诉旨在保障辩护人的权利，其特点是当事人有权出庭，包括新证据的案件实体问题得到重新审查，且诉讼程序可能导致原决定被推翻。

“重新审查包括新证据的案件实体问题”的措辞表明，委员会显然并不认为主管上诉或重审的法官有自由裁量权，而是认为当事人有权要求对其提出的无罪证据进行审查或重新审查。

目的论的考虑证实了这一发现。如果允许法院在违背缺席判决的人之意愿的情况下不重新审查案件事实，法院可以阻止重新审查对此人提出的指控。辩方将被剥夺在再审中要求采纳新证据的可能性（参见欧洲人权法院- ECtHR, Jones v. The United Kingdom, decision of 9 September 2003, no. 30900/02; ECtHR <GC>, Sejdic v. Italy, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, para. 85）。在本案中，对当事人缺席的判决提出质疑的程序可能性将被证明无效（另见 ECtHR, Colozza v. Italy, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 30; Medenica v. Switzerland, judgment of 14 June 2001, no. 20491/92, para. 55）。 [90] 【1221】

²²² 英译者注：德文版的框架决定使用了“kann”这个词。

²²³ 英译者注：德文版中也使用了引号。

bb) 欧盟成员国受基本权利(1)之约束，《基本权利宪章》指导次级法律（*Ausstrahlungswirkung*）之解释(2)，与确定《框架决定》第4a条第1款的事实范围有关的欧洲人权法院的判例法也支持对该款d(i)项之解释(3)。 [91]

1) 尽管有《欧洲联盟条约》第7条，欧盟成员国不得互相协助实施侵犯人权的行为（《欧洲联盟条约》第6条第1款；参见慕尼黑高等地区法院，2013年5月15日命令，OLG Ausl 31 Ausl A 442/13 119/13>, *Der Strafverteidiger - StV* 2013, pp. 710 <711>）。在执行欧盟法律时，他们必须尊重欧盟的基本权利（参见CFR第51条第1款；ECJ, Judgment of 12 November 1969, *Stauder*, 29/69, ECR 1969, p. 419, para. 7; Judgment of 13 July 1989, *Wachauf*, 5/88, ECR 1989, p. 2609, para. 19; Judgment of 16 June 2005, *Pupino*, C-105/03, ECR 2005, I-5285, paras. 58 and 59）。因此，这些对于欧洲逮捕令框架决定的解释（参见ECJ, Judgment of 13 December 1983, *Commission/Council*, 218/82, ECR 1983, p. 4063, para. 15; Judgment of 16 June 2005, *Pupino*, C-105/03, ECR 2005, I-5285, paras. 58 et seq.）与合法性（参见TFEU第263条、第267条第1款b项；CFR第51条第1款；ECJ, Judgment of 3 May 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, ECR 2007, I-3633, para. 45; Judgment of 26 February 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, paras. 48 et seq.）也具有决定性意义。 [92]

在这方面，《框架决定》第1条第3款明确指出，《框架决定》不应具有修改《欧洲联盟条约》第6条规定的尊重基本权利和基本法律原则的义务之效果。根据序言第12条，《框架决定》尊重基本权利并遵守《欧洲联盟条约》第6条承认的原则，并反映在《欧盟基本权利宪章》，特别是其中的第六章（第1句）中。因此，本《框架决定》中的任何内容均不得解释为禁止拒绝交出已被签发欧洲逮捕令的人，如果有理由相信，基于客观因素，该逮捕令是为以性别、种族、宗教、民族血统、国籍、语言、政治观点或性取向为由起诉或惩罚某人的目的，或者该人的立场可能因任何这些原因而受到损害（第2句）。

【1222】 根据序言第13条，任何人都不应被遣返、驱逐或引渡到有可能遭受死刑、酷刑或其他不人道或有辱人格的待遇或处罚的国家。 [93]

在此背景下，如果欧洲逮捕令与《基本权利宪章》相冲突，则不应执行欧洲逮捕令，该宪章优先于关于欧洲逮捕令的《框架决定》（参见Commission Document COM <2006> 8 final of 24 January 2006, p. 7 and COM <2011> 175 final of 11 April 2011, p. 7; *Bundestag* document, *Bundestagsdrucksache - BTDrucks* 15/1718, p. 14; *Bundesrat* document, *Bundesratsdrucksache - BRDrucks* 70/06, p. 31; Opinions of Advocate General Bot, delivered on 24 March 2009, Case C-123/08 - *Wolzenburg*, ECR 2009, I-9621, paras. 147 et seq., and, delivered on 7 September

2010, Case C-261/09 - Mantello, ECR 2010, I-11477, paras. 87 and 88; of Advocate General Cruz Villalón, delivered on 6 July 2010, C-306/09 - I.B., ECR 2010, I-10341, paras. 43 and 44; of Advocate General Mengozzi, delivered on 20 March 2012, Case C-42/11 - Lopes da Silva Jorge, EU:C:2012:151, para. 28; of Advocate General Sharpston, delivered on 18 October 2012, Case C-396/11 - Radu, EU:C:2012:648, paras. 69 et seq.)。 [94]

《框架决定》的立法历史证实了这一点。确实，引渡请求不符合执行成员国的基本原则或公共秩序的基本原则，后者曾被建议作为拒绝的额外理由，但并未包含在《框架决定》的文本中。然而，该提议未被采纳的唯一原因是，《框架决定》第1条第3款以及序言第10、12、13和14条陈述严格尊重《欧洲人权保护公约》所保障的基本权利和个人自由；这些基本权利和个人自由产生于成员国共同的宪法传统，必须作为欧盟法律的一般原则（《欧洲联盟条约》第6条第2款）得到保证（参见Council Document 14867/01 of 4 December 2001, p. 3）。 [95]

2)关于在被告缺席的情况下执行判决的引渡，《欧盟基本权利宪章》规定，主持可能的上诉或重审程序的法院也必须听取被告的意见；程序法必须使该法院不仅能够审查法律，而且能够审查与对被告提出的指控有关的事实。 [96]

获得有效补救的权利是欧盟法律的一般原则（参见ECJ, Judgment of 15 May 1986, Johnston, 222/84, ECR 1986, p. 1651, para. 19；关于基本权利宪章的解释，OJ EU no. C 303 of 14 December 2007, pp. 17 <29>）。作为该保证的一部分，这还包括根据《基本权利宪章》第47条在司法程序中发表意见的权利（参见Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, vol. I, following Art. 6 TEU, para. 369 <July 2010>）。这项权利保证法院仅在听取各方意见并评估证据后才对申请作出决定，并且必须说明其决定的理由（参见ECJ, Judgment of 10 December 1998, Schröder and Thamann/Commission, C-221/97 P, ECR 1998, I-8255, para. 24）。 [97]

3)根据CFR第52条第3款第1句，只要宪章中的权利对应于《保护人权和基本自由公约》所保障的权利，它们应具有相同的含义和范围。根据上述公约，欧盟法可以提供更广泛的保护（参见《基本权利宪章》第52条第3款第2句），但是《基本权利宪章》提供的保护水平不得低于《公约》的保护水平。根据有关《基本权利宪章》的解释，《基本权利宪章》第47条第2款对应于《公约》第6条第1款，《宪章》第48条对应于《公约》第6条第2款和第3款（参见与《基本权利宪章》有关的解释，OJ EU no. C 303 of 14 December 2007, p. 17

【1223】

<30>）。在此背景下，欧洲人权法院解释的《欧洲人权公约》第6条的保障也为《框架决定》确立了不低于上述保护的最低保障。 [98]

根据《欧洲人权公约》，如果有“充分理由”²²⁴表明有关人员如果被引渡，将面临遭受酷刑或不人道或有辱人格待遇的真实风险²²⁵（参见ECtHR <Plenary>, *Soering v. The United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, no. 14038/88, para. 91），或“面临公然拒绝公平审判之风险”²²⁶，则不允许引渡（参见ECtHR <Plenary>, *Soering v. The United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, no. 14038/88, para. 113）。 [99]

在这方面，《欧洲人权公约》第6条规定，每个国家法院都有义务检查被告是否有机会了解对他的诉讼（参见ECtHR, *Somogyi v. Italy*, judgment of 18 May 2004, no. 67972/01, para. 72）。此外，《欧洲人权公约》第6条第1款授予公平听证的权利，实质上授予对抗诉讼的权利。原则上，每一方都必须有机会举证，并对所有举证或提交的意见发表评论，以影响法院的裁决（参见ECtHR, *Mantovanelli v. France*, judgment of 18 March 1997, no. 21497/93, para. 33）。

【1224】法院有责任对当事人提出的意见、论点和证据进行适当的审查（参见ECtHR, *Van de Hurk v. The Netherlands*, judgment of 19 April 1994, no. 16034/90, para. 59）。对于刑事诉讼，这意味着控方和辩方都必须有机会了解和评论对方提出的意见和提出的证据（参见ECtHR, *Lietzow v. Germany*, judgment of 13 February 2001, no. 24479/94, para. 44）。 [100]

为了公平审判，被告应出庭[在审判中]至关重要（参见ECtHR, *Poitrimol v. France*, judgment of 23 November 1993, no. 14032/88, para. 35）。这不仅通常有助于确保被告人获得听证的权利，而且使法院有机会核实其陈述的准确性，并将其与受害者和证人的陈述进行比较（参见ECtHR, *loc. cit.*, para. 35）。尽管《欧洲人权公约》第6条第1款没有明确提及，但这项权利的目标和目的表明，被指控犯有刑事罪行的人有权参加听证会（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 27）。但是，如果被告放弃了他/她在审判时亲自出庭的权利和辩护权，或者如果法院在听取了被告的意见后，重新审查与对被告提出的指控有关的事实和法律，在被告缺席的情况下进行的诉讼可以符合《公约》的规定（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12

²²⁴ 英译者注：此判决的德语版本使用德语术语“begründete Tatsachen”和英语术语。

²²⁵ 英译者注：此判决的德语版本同时使用德语翻译和英语术语。

²²⁶ 英译者注：该判决的德文版本使用了德文术语“eklatante Verweigerung eines fairen Verfahrens droht”和英文对应表述。

February 1985, no. 9024/80, paras. 29 and 30; *Medenica v. Switzerland*, judgment of 14 June 2001, no. 20491/92, para. 55)。
[101]

无论是在最初的诉讼程序中还是在重审时，辩护人的出现是《欧洲人权公约》第6条的基本要求之一。如果在再审程序中允许辩护方参与（上诉）法院的程序并允许采纳新证据请求，这就需要对刑事指控进行新的事实和法律认定，从而使诉讼程序作为一个整体可以算是公平的（参见ECtHR, *Jones v. The United Kingdom*, decision of 9 September 2003, no. 30900/02; ECtHR <GC>, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, para. 85)。相反，尽管有提及的例外情况，法院拒绝重开缺席审理的刑事诉讼通常违背第6条或其中所体现的原则（参见ECtHR, *Stoichkov v. Bulgaria*, judgment of 24 March 2005, no. 9808/02, para. 56)。
[102]

在这方面，补救措施必须是有效的。因此，不得让被控刑事犯罪的人承担举证责任，以证明他/她不是为了逃避司法公正，或者其缺席是由于不可抗力（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 30)。同时，国家当局可以自由评估被告是否有充分的理由缺席，或者案件档案中是否有任何证据证明被告因无法控制的原因缺席（参见ECtHR, *Medenica v. Switzerland*, judgment of 14 June 2001, no. 20491/92, para 57; ECtHR <GC>, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, para. 88)。
[103]

《公约》第6条的文字和精神均不阻止一个人明示或默示放弃其自由意志，及其获得公平审判的权利（参见ECtHR, *Kwiatkowska v. Italy*, decision of 30 November 2000, no. 52868/99; *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, para. 86)。然而，弃权必须是明确的，并满足某些最低要求（参见ECtHR, *Jones v. The United Kingdom*, decision of 9 September 2003, no. 30900/02)。如果被指控犯有刑事罪行²²⁷但未当面通知²²⁸的人在事实依据不足的情况下被视为逃犯（“*latitante*”），那么这在任何情况下都不能证明此人以自己的自由意志放弃了出庭和为自己辩护的权利（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 28; ECtHR <GC>, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, para. 87)。
[104]

cc)即使根据欧盟法律，互信原则也并非不受限制地适用这一事实，这意味着即使欧洲逮捕令正式符合《框架决定》的要求，国家司法当局根据相关指示有权并根据欧盟法律有义务审查法治的要求是否被满足（参见Böse, in:

²²⁷ 英译者注：该命令的德语版本的直译为“被告”。

²²⁸ 英译者注：德语直译为“知情”。

Grützner/Pötz/Kreß, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3rd ed., before § 78 paras. 26, 35 <June 2012>。因此，欧盟法律不仅不妨碍调查国家司法当局是否遵守《基本权利宪章》保障的法治要求；事实上，欧盟法要求进行此类调查。考虑到案件的所有情况，欧盟委员会的观点是正确的，即确信移交将导致违反被请求人的基本权利时，执行欧洲逮捕令的义务不再适用于司法机关（参见Commission document COM <2011> 175 final of 11 April 2011, p. 7）。必须容忍引渡程序的后续延误，即使这与欧洲逮捕令《框架决定》加速引渡的目标背道而驰（参见《框架决定》序言的第1段和第5段）。相应地，《框架决定》没有为执行欧洲逮捕令规定严格的时间限制（参见《框架决定》第17条第2款 <“应该”>、第3款 <“应该”>、第4款<“具体案例”>，第7款<“在特殊情况下”>）。

[105]

根据第12条，《框架决定》允许成员国适用其旨在确保合法和公平审判的宪法规则（参见ECJ, Judgment of 30 May 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, para. 53）。除此之外，关于执行欧洲逮捕令的决定必须经过成员国法院的充分司法审查（recital 8; 参见ECJ, Judgment of 30 May 2013, F., C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, para. 46）。然而，同样从欧盟法律的角度来看，只要《框架决定》建立的引渡制度在实践中仍然有效，CFR第47条、第52条第3款以及《欧洲人权公约》第6条、第13条含义内的有效司法审查预设了决定引渡的法院能够进行相关调查（参见ECJ, loc. cit., para. 53; 关于庇护法中存在的类似问题：ECJ, Judgment of 21 December 2011, N. S., C-411/10 and C-493/10, ECJ 2011, I-13905, para. 94）。

[106]

dd)因此，欧盟法律中关于执行欧洲逮捕令的要求不低于《基本法》第1条第1款作为被告权利最低保障的要求。因此，在解释关于欧洲逮捕令的《框架决定》时，仍不确定是否以及在何种程度上必须诉诸TEU第4条第2款第1句；根据该句，欧盟应尊重其成员国的国民身份，因此必须考虑到各自成员国的法律情况来解释《框架决定》（参见v. Bogdandy/Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Das Recht der EU*, vol. I, Art. 4 TEU para. 13 <Sept. 2013>）。

[107]

b)在这方面，将《框架决定》转化为德国法律的《刑事事项国际合作法》也没有偏离个人罪责原则及其保障人的尊严之内容。IRG第73条第2句规定，如果遵守会违反《欧洲联盟条约》第6条中的原则，则不得允许根据第八部分（欧盟成员国之间的引渡和过境）提出的请求。无论如何详细理解该参考文献，在解释IRG第78条和其后的条款时，它在任何情况下都不会妨碍当局和法院考虑《基本法》第1条第1款的指令（一般解释参见BVerfGE 7, 198 <205 et seq.>; 115, 320 <367>; 以及联邦宪政法院的既定判例）。

[108]

(4)地区高等法院作出的被质疑判决不完全符合这些要求。地区高等法院的评估认为，申诉人的引渡只有在他被移交后获得有效的法律补救措施的情况下才被允许，这是正确的。但是，法院没有认识到其调查和确定事实的义务的范围，因此没有认识到《基本法》第1条第1款(a)项的重要性和范围。申诉人以确凿的方式声称，意大利的程序法没有为他提供在上诉阶段重新听取证据的机会。高等地区法院未能就该问题采取充分的后续行动。它满足于发现在意大利举行证据听证会“无论如何并非不可能”（“*jedenfalls nicht ausgeschlossen*”）。因此，其决定侵犯了申诉人根据《基本法》第1条第1款(b)项享有的权利。 [109]

【1227】

a)在执行关于欧洲逮捕令的《框架决定》和刑事事项国际合作法时，法院必须确保在每个个案中，被请求人的权利至少在权利的内容上受《基本法》第1条第1款的保护。关于《基本法》第1条第1款中规定的个人罪责原则，这包括如果被请求人在缺席的情况下被判刑且未被告知审判及其结论，那么至少在获知审判后有真正的机会有效地为自己辩护，特别是通过向法院提出可能宣布他/她无罪的情况并让这些情况得到审查。如果相关人员已提交足够的证据以保证进行此类调查，那么决定是否允许引渡被请求人的法院在这方面有义务调查请求国的法律状况和法律实践。调查的内容和范围之确定必须根据被请求人提交的有关程序低于人的尊严保障的最低标准之证据。如果在完成调查后确定请求国未能遵守这一最低标准，主管法院不得宣布允许引渡。 [110]

b)意大利共和国与所有其他欧盟成员国一样，通常被信任在引渡程序中遵守法治和保护人权的原则。然而，在本案中，出现了需要进一步调查事实的问题。 [111]

正如从欧洲逮捕令中可以推断的那样，佛罗伦萨总检察长表示，没有亲自向申诉人送达判处监禁的决定，但将在他屈服后立即收到决定。逮捕令进一步指出，申诉人有权要求再审或上诉，并允许他参与其中，也允许重新审查案件的事实，包括可能导致原决定被推翻的新证据。逮捕令在此含蓄地表示，在法庭审理后，申诉人将有机会审查与对他的指控有关的事实和法律。此外，佛罗伦萨总检察长在2014年10月7日的信中表示，申诉人有权在30天内申请恢复上诉时限，并有权毫无保留地为自己辩护。 [112]

然而，在本案中，这不足以确保遵守《基本法》第1条第1款规定的被告权利的最低标准，以及本案申诉人据此在意大利进行的刑事诉讼作为权利持有人的身份。申诉人已提交大量证据表明，尽管佛罗伦萨总检察长提供了保证，但他没有真正机会有效地为自己辩护，特别是提交和审查可能使他免罪的情况(aa)。地区高等法院关于在上诉程序中获取新证据“在任何情况下并非不可能”即足够的论点不适合克服申诉人提出的担忧(bb)。此外，关于其他情况，

【1228】

高等地区法院有理由更仔细地审查申诉人在审判中是否会被授予他应得的最低辩护权(cc)。 [113]

aa)在2014年10月21日向高等地区法院提交的案情摘要中，申诉人表示，他在缺席且不知道被定罪的情况下被定罪，他并非出于自愿地明确放弃了出庭。他有理有据地辩称，恢复意大利法律赋予其先前的程序地位只会导致他上诉时限的复原。他援引德文的意大利刑事诉讼法资料并进一步指出，由于上诉法院的审查权限有限，根据意大利法律可能提出的延迟上诉不符合在稍后阶段授予听证权时适用的要求，因为通常不会在上诉程序中听取新的证据。为了证明这一点，申诉人以意大利语和德语向地区高等法院传达了经2014年4月28日法案修订的CPP第603条的内容，以及该法案生效前的法律状况版本。 [114]

从CPP第603条的措辞似乎可以看出，在上诉程序中，通常没有新的证据听证。根据该条第3节，法院只有在认为必要时才自行下令重新审理证据。如果一方要求举行证据听证会，假若法院无法根据案件卷宗（第1节）作出决定，或者如果新证据不存在或仅在一审程序（第2节），则法院下令举行此类证据听证会。根据CPP（1988）第603条第4条的旧版本——申诉人声称该条只是到2014年4月28日才被新法案废除，法官仅在被告不在场且一审程序要求的情况下下令重新审理证据，且被告需证明他/她由于偶然事件或不可抗力或由于其没有意识到传票存在而无法出庭，但前提是这是非因自己的过错或者非自愿拒绝接受审判造成的。申诉人合理地辩称，1988年CPP第4部分可能适用于他。为了支持这一点，他还提到了意大利最高法院2014年7月17日的一项决定（*Sentenza*）；根据该决定，旧的法律形势适用于2014年4月28日的法案生效前有关人员缺席情况下提出的定罪上诉。他将该决定的文本提交给地区高等法院。实际上，旧的法律情况确实可能适用于本案，因为佛罗伦萨总检察长在2014年10月7日的信中发送了适用于2014年刑事诉讼改革之前版本的CPP第175条原文。申诉人还向地区高等法院指出了这一点。 [115]

【1229】

因此，根据申诉人的陈述，有理由担心意大利法律没有给他在上诉程序中新的证据听证机会。如果1988年CPP第603条第4款适用，他必须提供负面证据证明他由于偶然事件、不可抗力或不知道有传票而无法出庭，但前提是这不是由他自己的过错造成的，或如果传票是由初审法院通过交付给辩护律师的方式送达，他并非出于自愿拒绝接受审判。这一措辞与2005年之前有效的CCP第175条中的措辞相对应。根据该条，如果被告证明他/她事实上不知道存在传票，前提是该事实不是由于他/她自己的过错造成的，或者如果缺席判决已通过专人送达辩护律师，被告没有故意拒绝承认审判，那么被指控人可申请回复先前的程序地位以提出上诉（参见*Italienische Strafprozessordnung, Zweisprachige*

Ausgabe, Bauer/König/Kreuzer/Riz/Zanon, 1991)。由于几乎不可能证明负面事实，高等地区法院（参见柏林上诉法院，*Kammergericht Berlin - KG*, Order of 19 December 1991 - Ausl A 413/91-, StV 1993, p. 207; 纽伦堡高等地区法院，*Oberlandesgericht - OLG*, Order of 31 July 1997 - Ausl. 9/97 -, StV 1997, pp. 648 <649>; OLG Thuringia, Order of 2 February 1998 - Ausl 2/97 -, StV 1999, pp. 265 <267 and 268>; OLG Düsseldorf, Order of 27 August 1998 - 4 Ausl (A) 201/98 - 259 - 250/98 III -, StV 1999, pp. 270 <272>; OLG Karlsruhe, Order of 28 August 1998 - 1 AK 14/98 -, StV 1999, pp. 268 <270>; OLG Cologne, Order of 15 January 2003 - Ausl 913/01 -, juris, para. 38; OLG Karlsruhe, Order of 14 September 2004 - 1 AK 0/04 -, juris, para. 10; OLG Karlsruhe, Order of 14 September 2004 - 1 AK 6/04 -, StV 2004, pp. 547 <548>)、联邦法院（参见联邦法院在刑事事项中的决定，*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen - BGHSt* 47, 120 <126>）以及《第一部分》和欧洲人权法院大法庭（参见 ECtHR <First Section>, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 10 November 2004, no. 56581/00, para. 40; ECtHR <GC>, *Sejdovic v. Italy*, judgment of 1 March 2006, no. 56581/00, paras. 103 et seq.）就此处争议的受保护利益反对旧版本的 CPP 第 175 条。早在 1985 年的 *Colozza v. Italy* 案中，欧洲人权法院批评意大利法律规定的“迟到上诉”的法律补救措施无效，因为只有当当事人能够证明他 / 她没有试图逃避司法公正，上诉法院才会就案件的事实和法律问题作出决定（参见 ECtHR *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 31）。 **[116]**

即使第 603 条适用于 2014 年 4 月 28 日的法案修正，申诉人有可能没有为自己辩护的有效机会。根据 CPP 第 603 条，仅当证据已经存在或在一审判决后被发现（第 2 款）、法官不能根据案件卷宗作出决定（第 1 款）或法官认为听证必不可少（第 3 款）的情况下，才举行证据听证会。高等地区法院所依据的版本中 CPP 第 603 条的措辞表明，审理上诉的法院对举行新的证据听证会的决定有很大的评估余地（*Beurteilungsspielraum*）。但是，它并没有规定上诉法院有义务根据被告的要求普遍听取证据。鉴于 CPP 第 603 条第 1 至 3 款的措辞不具体，因此尚不清楚在刑事诉讼中确定真相的义务是否已得到适当考虑。 **[117]**

申诉人对意大利上诉程序的担忧得到以下事实的证实：过去，在被请求人缺席被判刑的情况下，若干高等地区法院拒绝允许将其引渡到意大利，称根据意大利法律，在上诉阶段没有对案件实质问题的决定进行新的全面司法审查（参见 OLG Frankfurt, 2 Ausl. 54/82, 2 September 1983, no. U 75, in: Eser/Lagodny/Wilkitzki, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Rechtsprechungssammlung 1949-1992*, 2nd ed. 1993, pp. 285 <288 and 289>; OLG Munich, OLG Ausl. 77/85,

26 June 1985, no. U 112, in: Eser/Lagodny/Wilkitzki, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Rechtsprechungssammlung 1949-1992*, 2nd ed. 1993, pp. 412 <416>; KG Berlin, (4) Ausl. A. 277/85 (143/85), 24 March 1986, no. U123, in: Eser/Lagodny/Wilkitzki, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Rechtsprechungssammlung 1949-1992*, 2nd ed. 1993, pp. 435 <438>; OLG Schleswig-Holstein, Order of 14 January 1994 - 1 Ausl 8/93 -, StV 1996, p. 102 <103>。这些担忧在法理原则中也存在（分别参见Schomburg/Hackner and Lagodny, both in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5th ed. 2012, § 15 IRG para. 33e and § 73 IRG para. 86）。

[118]

bb)地区高等法院有义务跟进申诉人提出的经证实和合理的反对意见。它的调查被证明是不充分的。

[119]

高等地区法院试图克服申诉人提出的担忧，主张意大利上诉程序中缺席定罪的事实和法律全面审查足以保障投诉人的权利；在这种情况下，重新对证据进行听证是“无论如何并非不可能”。然而，这并不能保证申诉人在知道他缺席的情况下被判刑后有机会有效地为自己辩护，特别是提出证明他无罪的证据并让证据在必要时得到广泛和详尽的审查。

[120]

【1231】高等地区法院认为，即使在意大利上诉程序中通常没有新的证据听证会，这种程序仍然构成重新审查事实和法律的法律补救措施，但这一论点不是很有说服力。目前尚不清楚如何在不听取证据的情况下彻底审查事实问题。此外，高等地区法院的观点基于单一来源（Maiwald, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozessrecht*, 2009, p. 237）。该资料没有详细介绍根据意大利刑法进行的上诉程序。相反，该消息来源还指出，二审程序通常是根据案卷决定的，不举行新的证据听证会。这个事实如何与事实问题会重新审查的说法相一致，并没有评论。高等地区法院假设，将彻底重新审查缺席判决的案件实质问题，并将提供不受限制的机会来重新审理已经在一审程序中听取的证据，但从所提及的消息来源得不出这样的结论。

[121]

地区高等法院的决定也不能基于其2014年11月27日的命令中所述的论点，即在缺席作出一审判决的情况下无权在初审法院重审，上诉法院举行新听证会就足够了。解释《基本法》基本权利时也必须考虑的欧洲人权法院判例法明确规定（参见BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; 111, 307 <317>; 120, 180 <200 and 201>; 128, 326 <367 and 368>），法院必须在听取被定罪人的陈述后重新审查对指控被定罪人的案情实质问题²²⁹（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*,

²²⁹译者注：该命令的德语版本强调，这既涉及法律，也涉及事实。

judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 29; *Einhorn v. France*, judgment of 16 October 2001, no. 71555/01, para. 33)。此外，缔约国在法律和实践中可用的程序资源必须证明是有效的（参见ECtHR, *Colozza v. Italy*, judgment of 12 February 1985, no. 9024/80, para. 30; *Medenica v. Switzerland*, judgment of 14 June 2001, no. 20491/92, para. 55）。正如地区高等法院正确指出的那样，从*Colozza v. Italy*一案的判决中可以看出，如果一审法院在缺席的情况下作出判决，则无权进行新的一审审判。但是不能从判决中推断出以下结论：一个不知道一审程序并在缺席情况下被定罪的人从一开始就没有被授予听证权。相反，欧洲人权法院在其已确立的判例法中强调了源自《欧洲保护人权与基本自由公约》（ECHR）第6条的权利，即引用证据并对提出的所有证据或陈述发表评论，旨在影响法院判决。（参见ECtHR, *Mantovanelli v. France*, judgment of 18 March 1997, no. 21497/93, para. 33; *Lietzow v. Germany*, judgment of 13 February 2001, no. 24479/94, para. 44）。

[122]

鉴于上述情况，在这方面，高等地区法院的意见是，如果在意大利的案情实质问题的上诉程序中，缺席定罪的事实和法律问题会被彻底审查，而新的证据听证“无论如何并非不可能”，那么即已足够。这不符合相关标准。

【1232】

[123]

cc)考虑到高等地区法院有义务调查和确定案件的事实，还必须考虑到鉴于欧洲人权法院过去的反对意见以及对意大利刑法的大量修订，一名德国法官很难对意大利的法律状况有一个全面的了解。佛罗伦萨总检察长2014年10月7日的声明也没有对澄清情况作出实质性贡献。高等地区法院要求意大利司法当局提供更多信息，说明申诉人是否真的知道审判日期以及他由律师代理的情况，或保证在他自首后，申诉人将毫无保留地被授予在他在场的情况下重审的权利，且对他的指控将得到全面审查。佛罗伦萨总检察长既没有在欧洲逮捕令中说明申诉人是否亲自出席了导致他被定罪的审判，也没有提供关于申诉人对审判日期的了解以及他由律师代理的更多信息。总检察长也没有保证，申诉人自首将毫无保留地获得在他在场的情况下重新审判的权利，且能够全面审查对他的指控。尽管存在地区高等法院提供信息和保证的具体要求，但总检察长只是抽象地表示，如果“请求得到批准”，将对被定罪者进行新的审判。申诉人的辩护权被保证毫无保留地得到尊重，但这种辩护权的范围仍不清楚。

[124]

索引

(本索引页码为英文版页码, 本书文中以【】标志)

A

- abortion 堕胎 196-217, 219, 221-3, 225, 227-36
- acoustic surveillance 声学监控 905-7, 909, 911-15, 917-21, 923, 925
- actions 行为
- administrative 行政 904, 988, 990-2, 1013-14
 - general freedom of 一般自由 104, 110-11, 147-8, 152-3, 156, 159, 286-7, 324, 338
- administrative courts 行政法院 162, 311, 318, 352, 359-60, 389, 394, 424, 487-9, 670, 674, 990-1, 1013-14, 1026, 1097-8
- administrative enforcement, purposes of 行政执行之目的 161, 165, 169-71
- administrative provisions 行政规定 200, 618, 668
- general 一般 31-3
- agencies 行政机构 4, 94, 169, 556, 566, 678, 805, 807-8, 811, 813, 817, 822, 834-6, 1203-4, 1206
- animals, protection of 动物保护 26, 349, 353-9
- armed forces 武装力量 4-5, 7, 14, 17, 21-2, 33, 39, 53, 63, 123-5, 127-35, 139, 341-2, 478, 1194
- Arts 艺术 242-58, 260-3, 266-73, 275-82, 426-9, 439-48, 701-21, 724-48, 757-64, 766-77, 846-51, 1017-21, 1023-30, 1032-40, 1119-30
- freedom of 自由 602-4
- assembly 集会 3, 7-8, 85, 87, 106-7, 164, 485-90, 492, 535, 665-74, 676-87, 722, 741, 1166-7, 1182
- demonstrations 示威 147, 497, 535, 671, 672, 673, 676, 677, 678, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 797
 - freedom of 自由 485, 486, 488, 683, 684, 685, 686, 687, 722, 741
 - peacefulness 和平性 503, 504, 507, 508, 513, 515, 521, 522, 685

- associations 结社 3, 25, 38, 69-70, 106-7, 322, 331-4, 418, 688, 690-2, 694-6, 698-722, 726, 748-9, 758
- freedom of 自由 8, 85, 688-90, 692, 699-700, 702-4, 706-7, 709-10, 718, 739, 743, 745, 749, 1165, 1174
 - prohibition of 禁止 701, 703, 708-9, 711
 - regional 区域 778, 780-6, 792
- asylum 避难 7, 85, 304, 777, 789, 1095-1116, 1118, 1120, 1122, 1124, 1126, 1128, 1130, 1132, 1134
- governing 规制 1100, 1102, 1109
 - purposes of 目的 1096-9, 1101-3, 1105-6
 - seekers 寻求者 781-2, 793, 795-6, 1097, 1102, 1105-6
- Aviation Security Act 航空安全法 123, 125-45

B

- beliefs 信仰 330, 332-5, 359-60, 362, 366, 368-9, 371, 378-9, 382, 385-6, 395-6, 398-9, 405, 427-36, 438-40
- benefits 福利 61, 232-3, 235-6, 291-3, 295-6, 300-3, 417, 558-9, 576, 578-81, 639, 646-7, 688-9, 693, 697-8
- pension 退休金 292-8, 301
- broadcasting 广播 10, 449, 555-69, 571-7, 579, 581-98, 600, 606
- companies 公司 573, 577, 583
 - freedom of 自由 561, 576, 582, 584-5, 592, 597-8
 - programs 项目 560-1, 564-5, 567-77, 582
 - system 系统 559, 567-8, 580-2, 592, 598

C

- career 职业经历 98, 601-2, 605, 724, 726-8, 733-6, 738-9, 742-4
- child 孩子 71, 197-9, 201, 205-8, 215, 219-21, 223, 225-30, 235-6, 309-10, 316-17, 320, 418, 636, 638-54
- disabled 残疾 316-18
 - unborn 未出生 219-20, 223, 225-7, 229, 231, 233
- child raising 儿童抚养 292-303

索引

- benefits 福利 293, 299-300
- children 孩子 (复数) 2, 97, 288, 295-8, 314-18, 361-6, 368-9, 373-5, 377-8, 399, 417-19, 432-3, 435, 540-1, 634-6
- child's development 儿童发育 645, 647, 649
- Christian beliefs 基督教信仰 382, 385-6, 388
- Christian faith 基督教信仰 364-6, 379-83, 388, 442
- citizens, right of 公民权利 457, 677, 763
- citizenship 公民权 6, 11, 24, 56, 1070-1, 1073-4, 1077-8, 1088, 1090, 1093, 1116, 1192
- civil courts 民事法院 112, 115, 229, 454-5, 535-6, 541-2, 549-50, 552, 986
- civil servants 公务员 14, 21, 27, 32, 47, 61, 63-4, 395-6, 401, 403, 408-17, 423-4, 428, 721-9, 733-47
 - status 地位 395, 408, 722, 725, 738, 745-7
- civil service 公共服务 74, 395-7, 403, 409-10, 412-14, 417, 420, 422, 428, 441, 723, 726, 735, 737, 743-6
 - permanent 永久 410, 413-15
 - system 系统 724, 726-8, 733-6, 738, 742
- civilian service 文职服务 5, 340, 342-8
 - duration of 期限 340, 345-6
- coercive measures 强制措施 15, 244, 249, 526-7, 529-30, 640-1, 646-50
- collection 汇编 27, 81, 86, 161, 166-8, 170-1, 185, 188-9, 193-5, 331-3, 335-8, 814, 910, 919-20, 954
 - telecommunications traffic data 电信通讯数据 926, 932, 959-60
- collective agreements 集体协议 691, 726, 733-4, 737-40, 743, 745
- collective bargaining 集体谈判 688, 699, 721, 723, 734, 739-40, 745
- agreements 协议 61, 689-92, 695-6
- committing criminal offences 实施犯罪行为 701, 718, 720, 795, 797-8
- communication 通讯 28, 138, 183-5, 190, 586, 805, 815-17, 819-22, 826-9, 836, 884, 905, 915-20, 954-5, 958-60
 - contents 内容 173, 175, 190, 915, 917-18, 921
 - freedom of 自由 449-50, 483, 523

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

- partners 伙伴 185, 190-1, 816, 825-6
- personal 个人 914, 916, 918, 952, 958
- privileged 特权 915, 918, 920-1
- community 社群 1-2, 77, 119-20, 333, 335-6, 341-2, 634-6, 779, 825, 849-50, 1015, 1146, 1148-52, 1163-9, 1173-5
- Community Treaties 共同体条约 1155, 1157-8, 1160, 1165, 1169
- compensation 补偿 6, 14, 46, 61-2, 65, 297-8, 552-3, 659, 723, 984-91, 1000-2, 1008-10, 1012-14, 1033-4, 1060-2
- computers, personal 个人电脑 174, 177, 180
- concept 概念
 - legislative 立法 279, 596, 775, 1105
 - political 政治 753-4, 763-4, 767, 777, 779, 783, 786, 790
- conduct, peaceful 和平行为 683-4, 686
- confidentiality 保密性 169, 172-6, 180-1, 189, 192, 819, 821, 916, 928, 931, 938-9, 941, 943, 952-3, 955-6
- confined persons 人身受限制人群 240, 245-7, 250, 255-6, 259, 262, 264-6, 1138
- confinement 人身限制 242-4, 246-7, 254, 256, 258-67, 269, 271-2, 274, 276-80, 284, 1138-40
- conscientious objection 良知反战 338-41, 343-5, 347-8
- constitutional amendment 宪法修正案 83, 312-13, 345, 801, 803-5, 808-9, 840, 905-9, 912-14, 1107, 1116, 1170, 1204
- constitutional complaints 宪法诉愿 38-9, 100, 161-3, 239-42, 361-3, 375-6, 425-7, 653-5, 674-6, 815, 895-9, 927-8, 1017-21, 1023-6, 1179-81
 - procedure 程序 100, 147, 1116, 1176
 - proceedings 诉讼程序 123, 151, 155, 241, 311, 361, 390, 742, 921, 1046, 1056, 1179
- constitutional law 宪法 109-12, 158-9, 219-21, 223-4, 231-6, 250-1, 343-5, 454-5, 479-82, 551-3, 612-13, 714-15, 719-23, 733-6, 1148-52
 - domestic 国内 94-5, 652
 - level of 层次 656-7, 724, 730
 - national 国家 1094, 1149-51, 1203, 1206
- constitutional limitations 宪法限制 88, 218, 1185

索引

- constitutional principles 宪法原则 8, 118-19, 364, 439, 578-9, 656, 729-30, 807, 809, 901, 1041, 1081, 1162, 1183, 1187
- fundamental 基本 149-50, 732, 742, 909, 1125
- constitutional prohibitions 宪法禁止 105, 637, 970
- constitutional protection 宪法保护 140, 148, 150, 305, 459, 533, 540, 544, 586, 632-4, 663, 818, 848, 935, 1028-9
- constitutional restrictions 宪法限制 422, 998, 1006
- constitutional rights 宪法权利 150, 559, 639, 913, 1170
- contact 接触 184, 356, 379, 566, 636, 638-53, 664, 679, 683, 756, 807, 820, 826, 934, 945
- duty of 义务 641-2, 645-8, 650-1
 - enforced 强制 640, 647-50
 - personal 个人 356, 641, 644-6
 - right of 权利 644-8, 650
- content 内容
- essential 基本 717, 1163, 1171, 1175, 1194
 - personal 个人 187-8, 950
- context 语境 109-14, 164-7, 184-7, 283-4, 351-3, 389-91, 505-7, 526-8, 537-8, 741-4, 819-21, 828-31, 885-8, 964-5, 1073-4
- linguistic 语言学的 470-2, 509
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)
残疾人权利公约 238, 247-50, 1118, 1123-31, 1135
- correspondence 通信 4, 8, 16, 182, 528, 652, 803-8, 811-12, 820
- counselling 咨询 200, 209-12, 214-17, 219, 222-31, 234-7
- centres 中心 199-200, 212, 214-15, 222
 - concept 概念 225-6, 230-1
 - programme 项目 220-1, 223-9, 232-4, 236
- crimes 罪行 116-19, 121-3, 125, 137-42, 258-9, 261-2, 264-5, 283-4, 469-70, 520-1, 718-19, 795, 813, 920-2, 1137-8
- criminal convictions 定罪 267, 275, 466, 470, 513-15, 520-1, 608, 796, 1034

- criminal law 刑法 119-20, 197-203, 205-22, 261, 471, 489-90, 505-7, 521, 608-9, 613, 661, 720-1, 1067, 1102-3, 1208-10
- provisions of 规定 456, 458-60, 463, 526, 1081
- criminal offences 犯罪行为 527, 716-20, 795-6, 834-8, 911-13, 915, 919-22, 929-31, 936-7, 942-5, 963-5, 969, 971-3, 1101, 1224-5
- prevention of 防止 837-8, 928, 968-9, 980
 - purposes of prosecution of 起诉目的 529, 906, 909, 911, 913
 - serious 严重 504, 529, 834, 912, 931-2, 967, 972-3, 980
- criminal proceedings 刑事诉讼 17, 40, 104, 114, 160, 267, 488, 526, 530, 607, 802, 907, 917-20, 962, 1210-11
- criminal responsibility 刑事责任 261, 269, 274, 1117, 1119, 1131, 1137-41
- diminished 减刑 261, 271-2, 274, 1138

D

- danger 危险
- abstract 抽象 400, 415-17, 428, 433, 437-40
 - immediate 即刻 249-51, 255, 669, 671, 938, 951, 983
 - impending 即将发生 953, 965, 967, 975, 977, 980, 983
 - serious 严重 239, 253, 255, 257
- data 数据
- collection 收集 160, 163, 167, 169, 171-3, 175, 179-81, 183, 185, 191-5, 926-7, 940-1, 954-5, 962-70, 973-5
 - hypothetical re-collection of 假设重新收集 926, 966, 971, 973-4, 979-80
 - transfer of 移送 161, 817, 834-8, 842, 924, 926-8, 964, 966, 970-81, 983
- democracy 民主 89-90, 406, 460-2, 678, 752-5, 761-4, 770-2, 775-7, 783-5, 888-9, 1088-9, 1151, 1179-83, 1192-4, 1196-9
- constitutional 宪政 700, 705, 715-16, 902
- demonstrations 示威 85, 87-9, 147, 417, 497, 535, 665, 668, 672-8, 680-7, 782, 794, 796-9
- freedom of 自由 88, 665, 672
 - spontaneous 自发 673, 680-1, 685

索引

- disabilities 残疾 2, 247-9, 309, 312-14, 316-18, 482, 781, 1117-18, 1120, 1122-5, 1127-31, 1133, 1135-6, 1139-40
- disabled persons 残疾人 310, 313, 318, 1118
- discrimination, prohibition of 歧视之禁止 171, 286-7, 289, 312, 314-15, 318-19, 329, 393, 447, 631, 707-8, 1141
- domestic law 国内法 79, 89, 95, 267, 270, 651-3, 656-7, 659-60, 662, 730-1, 742-3, 978, 1144, 1162, 1164
- duties 义务
- constitutional 宪法 219, 228, 236, 250, 610, 632, 731, 949
 - general 一般 228, 294, 404, 414, 1002-3
 - legal 法律 578, 646, 681, 810, 1011, 1164
 - statutory 法定 219-20, 417, 640, 642

E

- ECHR (European Convention on Human Rights)
欧洲人权公约 93-5, 247, 258, 261-73, 275-9, 446-8, 651-5, 657-64, 721-5, 729-34, 739-48, 751, 770, 1124-5, 1223-4
- education 教育
- inclusive 融合 309-11, 313-18
 - right of 权利 398-400, 404, 406, 414-15, 417-18
- elections 选举 15-16, 18-19, 21-2, 63, 86, 678, 763, 790, 1116-17, 1119-21, 1127, 1131-3, 1136-7, 1181-2, 1193
- electoral terms 选举周期 15, 20, 54, 74
- employees 雇员 167, 286, 288-90, 425, 428, 441, 527, 600, 688-9, 692-8, 721, 726, 738, 745, 955
- employers 雇主 64-5, 287, 292, 307, 396, 409, 412, 414-17, 419, 425, 688, 693-8, 728-9, 734-7, 739-40
- employment, lifetime 终身雇用 724, 727-8, 735, 737
- empowerment 赋权 172, 176-7, 180-1, 186, 189-90, 192, 676, 1183-4, 1186
- encroachment 侵犯 143-5, 172-4, 176-8, 180-7, 189-95, 410-11, 500-3, 639-42, 644-9, 817-23, 834-8, 854, 863-5, 869, 892

- endangerment 威胁 133, 174-6, 178-9, 186, 194, 231, 400, 415, 419, 702, 804, 807, 975
- endeavours, anti-constitutional 反宪法努力 765-6, 773
- European arrest warrant 欧洲逮捕令 1066-70, 1075-80, 1084-5, 1088, 1090-2, 1094, 1176-7, 1201-3, 1205, 1207-9, 1211, 1213, 1215-23, 1225-7, 1231-2
- European Convention of Human Rights 欧洲人权公约 77, 93-4, 257, 483, 651-2, 721, 897, 1025, 1145
- European Court of Justice (ECJ) 欧洲最高法院 81, 93, 95, 391, 897, 978-9, 1024, 1093-4, 1143-50, 1153-5, 1177, 1205-6, 1216-18, 1221-3, 1226
- European Court on Human Rights (ECtHR) 欧洲人权法院 93, 107, 247-8, 257-8, 266-76, 391, 447, 652, 709, 721-2, 739-48, 770-6, 1025, 1130-1, 1223-5
- European Union (EU) 欧洲联盟 9-10, 79-82, 93-5, 1023-4, 1066-75, 1086-8, 1092-5, 1142-5, 1175-9, 1184-7, 1189-99, 1203-7, 1215-19, 1221-2, 1226-7
- expert opinion 专家意见 282, 300, 307, 560, 564, 567, 573-4, 650, 788, 1202
- expression 表达
- artistic 艺术 606-7, 611
 - free 自由 1126-7, 1130, 1167
 - verbal 口头 430, 439, 447
- expropriation 剥夺 6, 53, 85, 848, 984-6, 988-96, 1000, 1002, 1009, 1011, 1014-17, 1026-7, 1032-6
- extradition 引渡 6, 24, 1066-74, 1076-84, 1086-94, 1100-1, 1176, 1201-2, 1208-9, 1212-19, 1222-3, 1225-7
- proceedings 程序 1066, 1082, 1085, 1210, 1213-14, 1227

F

- faith 信仰 2, 330-6, 354-8, 362-4, 366, 368-72, 376-8, 380, 382-4, 390-2, 396-400, 402-8, 412-14, 426-42, 444-6
- religious 宗教 333-4, 366
- Federal Government 联邦政府 10-11, 13-16, 18-19, 21-2, 27-33, 50-7, 60-1, 131-4, 322, 556, 559-61, 574-6, 578-81, 832-4, 890-4

索引

- federal law 联邦法律 9, 11-15, 17-18, 20-1, 23-4, 28-49, 51-3, 55-62, 65-7, 74-5, 153-4, 221, 446-7, 574, 1143
- federal territory 联邦领土 4, 7, 11-12, 23, 25, 32, 34, 43, 45, 52-5, 148, 843, 847-8
- federation 联邦 8-11, 20-1, 23-5, 31-40, 42-51, 57-9, 61-7, 74-5, 127-8, 558-64, 569-72, 574-81, 807-8, 811-12, 865-6
- female 女性 97, 285-90, 319-29, 435
- foreign countries 外国 6, 24, 819, 830-1, 1066-8, 1070, 1077, 1081, 1087-8
- free speech 言论自由 85, 88-9, 91, 98, 106-7, 449-50, 464, 482-4, 491, 607, 1143
- guarantee 保障 78, 90, 449-50, 482-4
- freedom 自由
- action 行为 148-50, 153, 157, 164, 605, 806, 976, 1081, 1187, 1194
 - assembly 集会 8, 85, 106-7, 486, 488, 667, 669-70, 676-86, 722, 741
 - choice 选择 740, 863, 1154
 - conscience 良心 210, 333, 342
 - establishment 择业 855, 1023-5
 - faith 信仰 333-4, 363, 371, 397-9, 403-5, 407, 413, 424, 427-9, 432, 434, 436-8, 440-1, 445
 - guarantee of 保障 174, 605, 609, 612, 629, 676
 - individual 个人 159, 164, 396, 434, 602-4, 726, 753, 852, 925, 1081, 1184-5, 1222
 - information 信息 449, 456-63, 606
 - negative 消极 360, 362, 366, 368-9, 371, 374, 417
 - positive 积极 360, 366, 368-9, 374
 - protection of 保护 486-8
 - regain 重获 117, 119, 121
 - restriction of 限制 244, 459, 489-90, 862-3
 - right of 权利 294, 402, 410, 451, 513, 567, 573, 628
 - sphere of 领域 453, 536, 581, 633, 1027

- freedom of expression 表达自由 8, 451, 453-4, 456-8, 460-1, 463, 486-7, 491, 512-14, 516-17, 519-20, 525, 565-6, 676-7, 679
- negative 消极 398-400, 406, 432-5
 - opinion 意见 449, 455, 461, 466-9, 472-3, 475-8, 481, 494, 496, 498-504, 507, 509-10, 545, 1192
 - positive 积极 400, 434-5, 440
 - religion 宗教 88, 330-1, 333, 336, 352-3, 374, 377-8, 408, 423-4, 427, 447, 688
 - right of 权利 394, 400, 430
- fundamental rights 基本权利
- effective protection of 有效保护 519, 817, 1155, 1168-9, 1174-5, 1206, 1217, 1219
 - essential content of 基本内容 1156, 1165, 1169, 1174-5
 - guarantee of 保障 687, 820, 1150, 1152-3
 - impairment of 损害 186, 372, 821, 826-8, 831
 - perspective 视角 175, 180, 194
 - positions 立场 109, 409, 418
 - protection 保护 77-8, 90, 92-5, 99, 176-7, 816, 832, 1142-6, 1150-2, 1154-6, 1162-4, 1166-72, 1174-6, 1200-4, 1208
 - realisation of 实现 406, 408, 737, 1192
 - relevant 相关 182, 939, 975
 - requirements 要求 516, 709, 712, 718, 720, 981, 1079
 - restrictions of 限制 422, 829, 1074
 - scope of 范围 247, 656, 709, 724, 730, 1124
 - standards of 标准 1163-4, 1168, 1174
 - third parties 第三人 397, 432, 724, 726, 732

G

- gender 性别 105, 228, 285, 287-9, 304, 306, 309, 313, 319-29, 395, 445, 634, 762
- person's 人的 320, 322, 325-6
 - entry 条目 320, 323-8
 - identity 身份 319-21, 323-7, 329

索引

- Geneva Refugee Convention (GRC) 日内瓦难民公约 1104, 1108, 1110-15
- government 政府 74-6, 82-6, 88-92, 98, 210-11, 291, 309-10, 413, 523-4, 555-7, 677-8, 888-90, 892-4, 1192-4, 1198-9
- governmental authorities 政府当局 80, 84-5, 88-9, 197, 313, 450, 665, 673, 683-4, 903
- governmental influence 政府影响 462, 586, 597, 690-1
- governmental power 权力 84, 90, 462, 678, 910, 1099-1100
- guarantees 保障
- individuals 个人 524, 690, 855
 - institutional 机构 627, 629-30, 727-8, 735, 1157
 - procedural 程序 73, 85, 113, 1193

H

- headscarf 头巾 391-4, 397-9, 401-4, 407, 411, 415-22, 425-6, 429, 431, 434, 437-40, 445-6
- Islamic 伊斯兰 391-2, 424-5, 428, 431-2, 434-5, 438-9, 442, 447
- health insurance, compulsory 强制健康保险 221-2, 232, 234-5
- health protection 健康保护 228, 872, 874-6, 878
- honour, protection of 荣誉保护 468-9, 473-4, 476, 478, 481-2, 498
- human dignity 人的尊严
- guarantee of 保障 124-5, 135, 141, 753, 762, 777-8, 801, 909-10, 914, 1203, 1207-9, 1226
 - inviolability of 不可侵犯 77, 118, 605, 809, 906, 1098, 1115
 - protection of 保护 77, 83, 92, 116, 119, 509, 906, 908, 911-12, 918, 1114, 1209, 1215
- human life 人的生命 27, 126, 135-6, 139, 141-2, 201, 203-4, 206-7, 212-13, 216, 219-20, 777, 872
- human personality 人格 201, 454, 456, 550, 604, 677, 857
- human rights violations 人权侵犯 508, 510, 1142

I

- ideological neutrality 意识形态中立性 398-400, 403, 435-6

- immigrants 移民 780-2
- individual nuclear power plants 个体核电厂 1018, 1028, 1030, 1038, 1046-7, 1058, 1063-5
- individuals 个人
- protection of 保护 160, 164, 213, 217, 939-40
 - right of 权利 163, 429, 704, 868
- informants, protection of 信息保护 532, 832, 839
- information 信息 163-71, 187-8, 193-4, 227-8, 456-63, 523-5, 543, 802, 813-14, 816-18, 827-30, 834-6, 884-94, 920, 922-3
- activity 活动 886, 888, 890-3
 - collection of 汇编 802, 906, 914, 918, 938, 954-5
 - comprehensive 全面 460, 587, 593, 935
 - dissemination of 传播 552, 888-9, 891-2, 910
 - exchange of 交流 815, 930-1
 - gathering 收集 751, 929-30
 - official 官方 1113, 1213, 1219
 - personal 个人 177, 179, 306, 813, 907, 923, 936, 951, 959
 - private 私人 935, 951, 958
 - technology 技术 37, 165, 174-6, 179, 184, 930, 956
- information technology systems 信息技术系统 37, 172-81, 184-9, 192, 926, 928, 931, 934, 941, 943, 949, 952-6, 962, 967, 973
- complex 复杂 174, 176, 188
 - remote searches of 远程搜索 926-7, 932, 952
- institutions 机构
- international 国际 1067, 1113, 1162-3
- insurance system, statutory pension 法定退休金保险系统 292-4, 297-300
- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)
公民与政治权利国际公约 92-3, 310, 978, 984, 1118, 1124, 1126
- international law 国际法 11, 656-7, 663, 708-13, 724-6, 729-32, 819, 1071-2, 1098, 1103-5, 1109-10, 1112, 1124-6, 1148-9, 1183-7
- interpretation 解释
- broad 宽泛 146, 151, 187, 329, 900-2

索引

- constitutional 宪法 97, 359, 616, 722
 - justifiable 正当 653, 655, 660
 - statutory 立法 87-8, 90
- interruption of pregnancy 妊娠中止 198-9, 204-7, 209-28, 230-5
- investigative powers 调查权力 929-30, 983
- investments 投资 43-4, 92, 999, 1016-17, 1031, 1037, 1041, 1044, 1051-2, 1059-62

J

- Jewish persons 犹太人 484, 520-1
- judgment 判决
- final 终审 657-8, 724, 731, 1125, 1201
 - minority 少数派 470, 474-5
- judicial decision 司法决定 5-6, 40, 42, 147, 238-9, 241-3, 250-7, 310, 423, 451, 453, 553-4, 606, 661, 946
- judicial protection 司法保护 172, 802, 806, 810, 939, 1150-1
- judicial review, power of 司法审查权 89, 99-100

K

- killling 杀害 117, 122-3, 139, 141, 144, 206, 217, 220, 233, 347, 354-6, 464, 471, 475-7

L

- labour coalitions, freedom of 劳工联盟自由 702, 726, 733-4, 736-9, 742
- labour courts 劳动法院 425-8, 432, 437, 440, 448, 693
- labour disputes 劳动争议 689, 691-8, 734-6, 738, 743, 746
- land authorities 土地行政部门 10, 14, 32, 54-5, 161, 416, 620-1
- highest 最高 31-2, 37, 57
- legal interests 法益 185-7, 220, 265, 467-9, 494-7, 499-503, 682-3, 836-8, 930-3, 942-3, 964-5, 967-9, 974-7, 992-5, 1036-7
- affected 受影响的 237, 837, 1083

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

- existing 现存 990, 995, 1007-8, 1013
- high-ranking 高级 242, 244, 276, 837, 968-9, 975
- protected 受保护的 98, 350, 438, 496, 515, 696, 706-7, 711, 717, 837, 939, 990, 999
- protection of 保护 668, 837, 926, 932, 943, 967, 1023
- legal persons 法人 643, 1017, 1021-3
 - domestic 国内 8, 1021-2
- legal protection 法律保护 84, 119, 204, 213, 225, 238, 376, 631-2, 802-3, 818, 820, 1023-4, 1026, 1084-5, 1091
 - guarantee of 保障 820, 1070, 1083-4, 1093
 - objects of 对象 382, 398, 416
 - provisional 临时 376-7, 379
- legal provisions 法律规定 30, 60, 64, 121, 155, 221, 224, 245, 250, 320, 324, 346, 356, 736-7, 1143
- legal relationships 法律关系 107, 109, 111, 113, 408, 410-11, 724, 984, 994, 997, 1003, 1026, 1060
- legislative powers 立法权 10, 23, 32, 43, 53, 57, 74-5, 150, 156, 262, 292, 334, 571-2, 625, 865
 - concurrent 共享 23, 25, 58, 625
 - exclusive 专属 23-4, 58, 64, 75
 - reservation of 保留 598, 609, 680, 1002
- legitimate expectations 合法预期 264, 284, 1012, 1017, 1035-8, 1044, 1050-1, 1057-62, 1067
 - protection of 保护 153, 159, 262, 276, 282-3, 1039, 1052
- legitimate interests 合法利益 112, 114, 158, 310, 534-5, 541, 545-6, 675, 823, 839, 904, 981, 1004, 1010, 1096
- liberty 自由
 - deprivation of 剥夺 42, 237-9, 242-3, 245, 250-2, 254-5, 262-4, 266-70, 273, 275-8, 1192
 - restriction of 限制 243, 250, 253
- life 生命
 - effective protection of 有效保护 141, 205, 207, 217

索引

- individual 个人 201, 212-13, 219
 - inviolable area of private conduct of
私人行为的不可侵犯之领域 914-15, 920
 - inviolable core area of private conduct of
私人行为的不可侵犯之核心领域 641, 911-15, 917, 919
 - natural foundations of 自然基础 8, 1039, 1043, 1058
 - protection of 保护 85, 198, 201, 205-7, 217, 255
 - religious 宗教 332, 334, 337
 - social 社会 104-5, 107, 109, 111, 218, 439, 863
- life imprisonment 终身监禁 116-23, 921

M

- marriage 婚姻 2, 25, 298, 321, 614-24, 626-36, 638, 640, 642, 644, 646, 648, 650, 652, 917
- protection of 保护 617, 628-9, 632-3
- mass demonstrations 群体性示威 672, 674, 681, 683-7
- medical assessments 医学鉴定 260, 283-4
- medical treatment 医务治疗 244, 246, 249-50
- mental disorder 精神错乱 246, 258-9, 261, 263, 268-80
- military service 军队服役 2, 4, 33, 97, 338-49, 465, 472, 475
- active 现役 343-5
 - duration of 期限 338, 345-6
- Monument Protection Act 纪念碑保护法 1007, 1009, 1011-13
- movement, freedom of 迁徙自由 8, 24, 116, 147-8, 150, 237, 243-4, 843, 846-50
- municipalities 地方政府 3, 11, 27, 37-8, 43-8, 53, 57, 62-3, 161, 585, 791, 845, 847, 855, 989
- associations of 联盟 11, 31-2, 37-8, 43-4, 46-8, 53, 57, 62-3
- murder 谋杀 116-18, 122-3, 464-6, 471, 475-7, 480
- murderers 杀人犯 122, 464-7, 469, 471-3, 475-7, 479-82

N

- neutrality 中立 378, 386, 393, 400, 404-5, 412-14, 416-17, 421, 424-6, 428, 432-3, 435-8, 688-9, 697-8, 713-14
- religious 宗教 386, 398, 400, 404, 419, 432, 447
 - state's 国家 408, 433, 438, 440
- nocturnal employment, prohibition of 禁止夜班 286-90
- non-smokers, protection of 不吸烟者保护 866-9, 871-3, 875-9, 881-2
- nuclear energy, peaceful use of 核能和平利用 1018, 1028, 1040-1, 1043-4, 1049, 1063
- nuclear power plants 核电站 129, 672, 674, 1015, 1017-20, 1024, 1026, 1028-32, 1037, 1039-43, 1045-63, 1065

O

- occupation 职业 3-5, 26, 352, 355, 357, 395-6, 713, 847, 852-4, 856-66, 868-74, 880-2, 886-8, 892, 1154
- freedom of 自由 852, 868-9, 872, 878
- offences 违法行为 267, 282-4, 497, 503-10, 520-1, 529, 669, 921-2, 945, 1071, 1076-7, 1079-81, 1087-8, 1091-2, 1210-11
- sexual 性侵 262-5, 276, 279, 282-4
- offenders 违法者 21, 119-20, 122-3, 142-4, 271-2, 274, 717-18, 834, 1209-11
- official duties 官员职责 14, 396-7, 402-3, 407-9, 411-12, 414-15, 417, 419, 422-3, 441-2, 599
- opinion 意见
- advisory 咨询 317-18, 1188
 - disseminate 传播 459-60, 586
 - diversity of 多元性 585, 587, 592, 594-5, 600
 - expression of 表达 455, 460, 486-7, 491, 494, 496, 502-3, 508, 513, 519
 - free formation of 自由形成 586, 589, 592-3
 - freedom of expression of 自由表达 453-5, 479

索引

- informed 知情 400, 411, 660, 662
- legal 法律 423, 987, 992-4, 1089, 1213
- ownership rights 所有权 110, 112, 1010

P

- parental 家长的 636, 642-5, 647-8
 - care 监护 534, 540, 639-40, 643, 645
 - duty 义务 639, 643, 645
 - responsibility 责任 390, 636, 640, 643-4, 646
 - rights 权利 364-5, 368-70, 373, 636
- parents 家长 2-3, 295-6, 317, 361-3, 370-2, 385-8, 398-406, 408-9, 411, 414-19, 432-3, 435, 540-1, 635-6, 638-53
 - right of 权利 2, 314, 316, 639
- parliament, federal state 联邦国家议会 755, 789, 791
- Parliamentary Council 议会委员会 63, 68, 72, 202-3, 482, 498, 500, 568, 632, 707, 849-50, 903-4, 1098, 1100, 1102
- peaceful order 和平秩序 1096, 1098-9, 1103
- pension insurance system 退休金保险系统 292-8, 300
- persecution 迫害 136, 485, 489-90, 910, 1095-1100, 1102-7, 1110-11
- personal data 个人数据 160-1, 163-7, 170-1, 179-80, 187, 822, 832-4, 842, 921, 928, 938, 941, 951-2, 954, 977
 - processing of 处理 816, 939-40, 977
 - transfer of 转移 168, 814, 836-8, 975-7
- personal development 个人发展 164, 207, 313, 645, 911, 1193
- personal freedom 个人自由 118, 147, 253, 259, 264-5, 279, 333, 596, 609, 1010, 1027, 1036, 1040, 1050, 1098
- personal honour 个人荣誉 2, 464, 466-8, 472-3, 475-6, 479, 481-2, 487, 489, 494, 497
 - protection of 保护 467-8, 474
- personal liberties 个人自由 146, 237, 421
- personal nature 个人性质 187, 911-12, 920, 935, 952

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

- personal relationship 人际关系 641, 643-5, 917
- personal responsibility 个人责任 204, 210, 398, 472, 480, 510, 889
- personality 人格
- development of 发展 149, 153, 179, 205, 380, 911, 940, 952
 - free development of 自由发展 146, 148, 164, 398, 935, 1171
 - legal 法律 332, 569, 1020-3, 1025, 1186
 - protection of 保护 324, 326, 487, 491, 550, 639, 650, 662
 - right of 权利 160-1, 163, 167, 169-70, 172-6, 178, 180-1, 192-3, 319-20, 323-5, 534-7, 540-2, 612-13, 640-1, 644-5
 - rights 权利 98, 179, 303, 483, 533, 601, 647
- persons 个人
- convicted 罪犯 259, 1231-2
 - exclusion from voting rights of 被剥夺选举权者 1119, 1128, 1131-3, 1136
 - freedom of 自由 930, 932, 942
 - group of 人群 144, 282, 358, 475, 545, 621, 633-5, 637, 836, 936, 1118-19, 1121, 1132-3, 1136-7, 1139-40
 - identifying 识别 1118, 1133, 1136, 1140
 - ill 疾病 242, 272-3, 1123
 - monitored 受监控 817-18, 820, 822, 840-1
 - prosecuted 被指控 1068, 1076-9, 1081-2, 1084-5, 1093
 - protection of 保护 6, 157, 927
 - right of 权利 306, 319, 1127
- petitions 申诉 7, 12, 292-3, 304, 311, 389, 674, 689-90, 986, 1111-12
- physical restraints 物理限制 238-47, 249-50, 252-7
- physician 医生 199, 205, 211, 215-16, 222, 224-5, 228, 230, 233, 235-6, 308-9, 810, 917
- police power 治安权 15, 127, 131, 139-40, 925
- political convictions 政治信念 395, 495, 579, 1096, 1098, 1100-2, 1115
- political opinions 政治见解 2, 481-2, 531, 586, 673, 678, 684, 701, 708, 716, 749-50, 758, 769, 789, 799
- political parties 政党 9, 38, 73, 456, 557, 571, 699-701, 707, 749-50, 752-4, 756-76, 790-2, 796-8, 800, 1171

索引

- freedom of 自由 702, 758, 760, 766
- prohibition of 禁止 456, 705, 710, 751, 754, 759-61, 769, 773
- political persecution 政治迫害 7, 978, 1095-9, 1101-6, 1108, 1110, 1115
- political power 政治权力 410, 728, 1076, 1092, 1198-9
- political rights 政治权利 13, 69, 85-6, 91, 310, 984, 1124, 1127
- powers 权力
 - administrative 行政 75-6, 558, 564, 576, 890, 929
 - constituent 制宪 1, 1180, 1182-3, 1187, 1192
 - constitution-making 制宪 81-2, 84
 - division of 分配 81, 885, 888, 890-1
 - exclusive 专属 44, 64-5, 75, 82
 - granting 授予 172, 185-6, 1004
 - judicial 司法 38, 76, 78, 479, 661
 - public 公共 165, 376, 452-3, 455, 524, 531, 603, 809, 857, 859-60, 895, 901, 908, 910, 1161
 - separation of 分立 79, 84, 281, 408, 553, 656, 659, 668, 801-3, 809-11, 864, 1091
- practice of religion 宗教活动 333-5, 337, 369
 - undisturbed 不受干涉 2, 332-5, 363, 367, 371, 396, 429
- pregnancy 妊娠 196-9, 204-35, 285, 298
 - interruptions of 中止 214, 216-17, 224-5, 228, 230-5
- pregnant woman 孕妇 197-200, 204-5, 207-8, 210-11, 213-16, 220, 222-4, 226-7, 229-31, 233-4
- press 新闻 2, 8, 92, 449, 452, 457-60, 463, 522-34, 542-7, 551-3, 555, 563, 581-2, 821-2, 832-3
 - free 自由 460, 524-5, 582
- preventive detention 预防性拘留 257-64, 266-9, 271-4, 276, 280-2, 284
 - law of 法律 259-60, 263-4, 266, 273, 284
- preventive protection 预防性保护 225, 705, 707, 759, 768
- prison sentences 判监 246, 258, 260, 262-4, 266-7, 271, 277, 517, 1139

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

- privacy 隐私 97, 178-9, 533-4, 536-7, 539-40, 546-8, 801, 817, 824-6, 833-4, 836, 905-6, 928-32, 946-7, 949
- protection of 保护 178-9, 533-4, 537-40, 547, 641, 817
- privacy of correspondence 通信隐私 4, 8, 16, 803-8, 811
- private broadcasters 私人广播者 584-5, 587, 590-1, 593-5, 597-8
- private broadcasting 私人广播 557, 585-7, 590-6
- private conduct 私人行为 152, 154, 641, 906, 911-20
- private dwellings 私人住宅所 177, 388, 533, 899, 904, 906-9, 911, 913-23
- acoustic surveillance of 声学监控 906, 909, 913-14, 918-20, 922-3
- private homes 私人住宅 905, 911, 925-7, 931-2, 934-6, 941-2, 947-51, 954, 957-9, 961, 965, 967-8, 970-1, 973-5, 980
- private law 私法 34-5, 62, 64-5, 104, 107, 109-13, 429, 451, 453-6, 542, 549-50, 554, 572-4, 992-6, 1021-3
- provisions 规定 106, 109, 456, 994
 - relationships 关系 103-5, 113, 660
- private life 私人生活 172, 174, 177, 179, 187-9, 191, 535, 538, 546, 551, 935-7, 946-7, 949-52, 954-5, 957-8
- proceedings 诉讼程序
- electoral complaint 选举争议 1118-19, 1123, 1140
 - initial 初步 108, 110, 154, 158, 260, 299, 305, 425, 428, 440, 676, 679-80, 685, 986-7, 989-91
 - original 原审 352, 535, 1160, 1173
- profession 职业 3-4, 20, 22, 356, 395, 397, 399-400, 404, 812, 852-4, 856-63, 865, 868-70, 880, 886-7
- teaching 教学 394, 416-17, 422
- prohibition 禁止 391-3, 403-5, 427-8, 447, 527-8, 629-31, 672-3, 680-2, 699-722, 749-52, 754, 759-62, 766-76, 919-20, 1122-4
- orders 命令 361, 373, 703
 - preventive 预防性 433, 489, 673-4, 681, 768, 1030
 - refoulement 遣返 1110-13
 - requirements 要求 705, 711-12, 714-15
 - torture 酷刑 86-7, 91

索引

- prohibition of associations 禁止结社 699-707, 709-11, 713, 715, 717, 719
- prohibition of laws 法律禁令 280-1, 1026, 1064
- property 财产 6, 111, 697, 794-6, 844-6, 895, 984-6, 992-8, 1000, 1002-4, 1006-18, 1022-46, 1048-52, 1056-60, 1062-4
- constitutional guarantee of 宪法保护 895, 1027, 1036
 - deprivation of 剥夺 995, 1017, 1032, 1034-5
 - freedom of 自由 110, 1017-18, 1063
 - guarantee of 保障 868, 895, 990, 996, 999, 1004, 1006-8, 1010, 1013-14, 1029, 1032, 1034, 1036-7
 - interests 利益 1014-15, 1017, 1028, 1030, 1032-3, 1035, 1040, 1049
 - owners 所有人 104, 106, 159, 986, 993-4, 996-7, 1003, 1006-7, 1013, 1034
 - rights 权利 8, 64, 70, 92, 104, 106, 895, 986, 989, 992-5, 1004, 1006-8, 1010-15, 1017, 1036
- prosecuting authorities 起诉机关 916, 920-1
- prosecution of criminal offences 起诉刑事犯罪 527, 529, 814, 832, 834-5, 837, 906, 909, 911, 913, 915, 919, 939-40, 1101
- psychiatric hospital 精神病院 237-40, 242-3, 256, 260-1, 269, 272-4, 278, 1117, 1119, 1131, 1136-41
- public broadcasting 公共广播 449, 557, 584-5, 587-8, 590-3, 595-6
- public duties 公共职责 167, 230, 1009-10, 1021
- public functions 公共职能 541, 546, 558, 572-3, 856, 1127
- public opinion 公共意见 459, 469, 496-7, 499, 524-6, 545, 551, 582-3, 586, 1192-3
- public peace 公共秩序 484, 492, 497, 500, 502-4, 506-7, 509, 513-16, 519-21, 1102
- disturbance of 扰乱 504, 506, 509, 511, 514, 516, 520-1
 - protection of 保护 502-3, 509, 515
- public service 公共服务 5, 13-14, 61, 574, 721, 727, 729, 738-41, 745, 747, 853, 856
- public's interest 公共利益 544-5, 938
- publishers 出版社 458, 463, 533, 601-2, 604, 1000-7

- punishment 惩罚 86, 118, 120, 122-3, 198-9, 206, 208-12, 217, 248-9, 266-8, 276, 466-7, 471-2, 504-8, 1210
- threat of 威胁 198, 206, 210, 212-13, 220, 223, 228, 231, 234, 472, 504, 506, 1194
- pupils 学生 311, 314-15, 360-2, 364-6, 368-73, 379-81, 383, 385-8, 399-405, 408-9, 411, 414, 416-18, 432-5, 437-9
- disabled 残疾 310, 314, 316-17
- dissident 异见 369-70, 372
- fundamental rights of 基本权利 405, 408, 432-3

R

- refugees 难民 7, 25, 56, 61, 439, 600, 782, 793, 848, 1095-6, 1100, 1104, 1106, 1110-11, 1113
- rehabilitation 康复 120, 122, 273, 312, 1081
- religion 宗教 330-8, 348-50, 352-6, 358, 360, 366-72, 376-8, 386-8, 396-400, 402-8, 410-14, 416-18, 420-32, 434-6, 446-8
- guarantee 保障 331, 391, 884
- religious acts 宗教行为 69, 365, 367-71
- religious associations 宗教团体 333, 688, 702-3
- religious beliefs 宗教信仰 350, 397, 399, 440
- expression of 表达 391, 427-8, 430, 437-8, 440-1, 445
- religious communities 宗教社群 3, 378-9, 386, 398, 436, 704, 1193
- religious connotations 宗教内涵 431-5, 438, 441
- religious convictions 宗教信仰 69, 336, 350, 357, 366, 377-81, 383-4, 386-8, 396, 398-400, 403, 407, 416-18, 429-31, 433-7
- religious expressions 宗教表达 433-4, 447
- religious freedom 宗教自由 69, 85, 331, 350, 379, 381-3, 386-7, 392, 445, 1165, 1174
- religious symbols 宗教象征 378-9, 387, 391, 394, 399, 401-2, 416, 421-2, 424, 431, 434, 447

索引

restraints 限制 207, 237-40, 243-4, 248-9, 252-4, 256, 403-4, 414, 581, 760, 1206
restrictions, objective 限制目的 852-3, 855
revenues 收入 27, 44-52, 57, 66, 292, 566, 871, 877, 1006, 1032, 1192
risks, high 高风险 257, 262-5, 276, 282-3

S

school(s) 学校 311, 313-17, 361-72, 374-5, 377, 381-7, 391-3, 396-7, 399-400, 402-8, 414-20, 422, 424-8, 432-40, 445
- administration 管理 317, 377, 1142
- authority 当局 311, 315-18, 362, 402-3, 416, 421, 426, 434
- children 孩子 398, 401-2
- event 活动 365-6, 369
- prayer 祷告 360-73, 375, 381, 383, 388
- regular 通常 309-10, 316
- special 特别 309-11, 315-18
- system 系统 2, 313, 315, 363, 367, 371, 383, 385, 425, 435, 738, 744, 747
security authorities 安全部门 114, 930-1, 936, 938, 946, 950, 955, 960, 967, 972, 976
self-determined development 自主发展 324-6
services, basic 基本服务 557, 584, 587-90, 592
settlement provisions 调解协议 1017, 1032, 1035, 1041, 1059-60
short-work benefits 短工福利 688-9, 691, 693-5, 697
- payment of 支付 693-4, 697
smoking 吸烟 866-82
soldiers 战士 340, 464-7, 469, 471-82, 495, 1194
sovereign powers 主权权力 10-11, 13, 73, 81, 408, 410, 416, 660, 1155, 1163, 1169, 1171, 1174-5, 1185-6, 1196-7
- transfer of 转移 81, 1179, 1191-2, 1196, 1204, 1206
sovereign rights 主权权利 1149, 1160, 1162, 1192, 1194
sovereign states, association of 主权国家联盟 1178, 1186-7, 1196, 1205

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

- state agencies 州行政机构 173, 187, 190-1, 818
- state governments 州政府 100, 559, 567-8, 579-81
- state legislature 州立法机构 146, 314, 385, 392, 569, 579
- state power 州权 13, 481, 809, 818, 820, 1015, 1077
- state schools 州立学校 3, 364, 368, 373, 381, 387, 391, 399, 405, 414, 417, 425, 431-2, 436, 746-7
- statutory instruments 法规 29-31, 55-6, 60-1, 1003-4
- statutory provisions 法律规定 95, 117, 185-6, 199, 213, 228, 235, 245, 250, 281, 421, 424, 428, 466, 709-10
- statutory regulation 法律规制 170-1, 214, 277, 392, 560, 564, 568, 570, 643, 858, 865, 873-4, 1002, 1008-10, 1012
- strike 罢工 101, 109, 366-7, 433, 528, 688, 693, 721-5, 727-9, 731, 733-43, 745-7
- action 行动 688, 724-6, 733-40, 742-6
- surveillance 监控 176-7, 185, 188, 803-5, 807-8, 812, 827, 907-8, 913-14, 916-20, 928-31, 934-8, 941-51, 958, 960
- activities 行为 803, 805, 807-8, 905, 907
 - measures 措施 188, 191, 802, 805, 807, 811, 813, 912-13, 915-17, 927-8, 930-42, 945-50, 956, 958, 960-2
 - powers 权力 928, 960, 962
 - private homes 私家 926-7, 931-2, 934-5, 947-51, 954, 957, 959, 961, 965, 967-8, 970-1, 973-5, 977, 980, 983
 - strategic 战略性 813, 826-7, 834
- symbols 象征 175, 375, 378-80, 383, 386-8, 391-2, 399, 401-2, 404-5, 415-20, 422, 433-4, 438, 495, 786-7
- system, dual 二元系统 587-91

T

- Teachers 教师 3, 317, 360, 362, 365-6, 370-2, 393-4, 396-7, 400-11, 414-19, 421-2, 424-6, 722-5, 741-2, 745-7

索引

- Telecommunications 电信 4, 8, 16, 34, 172, 175-7, 182, 185, 188-90, 562, 803-8, 811-16, 819-22, 833-6, 956
- contacts 联系 814, 817, 826, 831, 837
 - facilities 设施 560, 562, 565, 570
 - links 链接 822-4, 826
 - monitoring 监控 814, 817-18, 822-7, 830, 832-3, 840
 - privacy 隐私 814-18, 820-3, 825-7, 830-2, 836-7, 839-41
 - secrecy of 保密 175-6, 189-92, 941, 959
 - surveillance 监控 926, 931-2, 949, 956-7, 959, 973
 - system 系统 557-8, 560-5, 567-70, 575
 - traffic 流通 814-16, 823, 826, 829, 841, 959
- terrorism 恐怖主义 160, 183, 483, 700-1, 711, 713, 773, 924-5, 929-30, 942-3, 959, 1068, 1101-2
- therapeutic confinement 治疗性人身限制 259-66, 269, 276, 279-80, 282-3
- third countries 第三国 927-8, 931, 964, 975-9, 981, 1095, 1108, 1110, 1112-15, 1156
- threats, immediate 即刻威胁 416, 666, 673, 679, 682-3, 685
- trade unions 工会 557, 677, 684, 688, 690, 692-4, 698, 725, 734, 737, 739-40, 743-4, 746, 797
- transparency 透明度 166, 171, 238, 891-2, 926, 939, 941
- Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)
欧盟运作条约 49, 448, 776, 1024-5, 1032, 1206, 1221

U

- unborn life 未出生的生命 196, 201, 203-8, 212, 216-17, 219-21, 224-30, 234, 236-7
- protection of 保护 91, 205-6, 210, 213
- unconstitutionality 违宪性 9, 99-100, 173, 189, 193, 213, 241, 255-6, 755, 757, 760, 763-4, 774-5, 982, 1094
- declaration of 宣布 456, 750-2
- unequal treatment 不平等待遇 285, 287-9, 295, 299, 301, 305-6, 313, 328, 397, 442, 698, 880-1, 1053-7, 1122-4, 1134-5

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

union law 欧盟法 1143, 1178-9, 1189-90, 1203-6, 1208-9, 1216, 1218-19, 1222-3, 1225-6

Universal Declaration of Human Rights (UDHR) 世界人权宣言 819, 978, 984

universal suffrage 普选权 1119-24, 1131-2, 1135-6, 1139-41

V

values 价值

- constitutional 宪法 109-10, 205, 367, 402, 909

- cultural 文化 362, 367-8, 392, 426-7, 440, 442-5

violent crimes, most serious 最严重的暴力犯罪 257, 262-5, 276, 282-4

W

Weimar Imperial Constitution 魏玛帝国宪法 334, 899-900

women 妇女 1, 72-3, 97, 211-12, 285, 287-9, 291, 296-8, 300, 327-9, 391, 397, 401, 418-20, 445-6

Y

youth, protection of 青年保护 487, 497-8

缩略语解释

AFG	Arbeitsförderungsgesetz - Employment Promotion Act 就业促进法
AoR	Archiv des öffentlichen Rechts - Public Law Archive 公法档案
AsyIVfG/AsyIVG	Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz) - Asylum Procedure Act 避难程序法
AuslG	Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz) - Aliens Act 外国人法
AZO	Arbeitszeitordnung - Working Time Ordinance 工作时间条例
BAG	Bundesarbeitsgericht - Federal Labour Court 联邦劳动法院
Bay VfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof - Bavarian Constitutional Court 巴伐利亚州宪政法院
BayApothekenG	Bayerisches Apothekengesetz - Bavarian Pharmacy Act 巴伐利亚州药店法
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht - Bavarian Higher Regional Court 巴伐利亚州高等地区法院
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch - German Civil Code 德国民法典
BGBI.	Bundesgesetzblätter - Federal Law Gazette 联邦法律公报
BGH	Bundesgerichtshof - Federal Court of Justice 联邦最高法院
BGH NJW	Case Law of the Federal Court of Justice published in NJW 联邦最高法院在《法律新周刊》发表的判例法
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen - Decisions of the Federal Court of Justice in Criminal Matters 联邦最高法院刑事判决
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen - Decisions of the Federal Court of Justice in Civil Matters 联邦最高法院民事判决

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz) - Federal Nature Conservation Act 联邦自然保护法
BRDrucks.	Bundesratdrucksachen - Bundesrat Printed Papers 联邦参议院印刷品
BstatG	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (Bundesstatistikgesetz) - Federal Statistics Act 联邦统计法
BTDrucks.	Bundestagsdrucksachen - Bundestag Printed Papers 联邦众议院印刷品
BVerfG	Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court 联邦宪政法院
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Decisions of the Federal Constitutional Court 联邦宪政法院判决
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht - Federal Administrative Court 联邦行政法院
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - Decisions of the Federal Administrative Court 联邦行政法院判决
BWaldG	Bundeswaldgesetz - Federal Forests Act 联邦森林法
CDU	Christlich Demokratische Union - Christian Democratic Union 基督教民主联盟
cf.	confer 参见
CSU	Christlich Soziale Union - Christian Social Union 基督教社会联盟
DSchPflG	Denkmalschutzpflegegesetz - Monument Protection Act 纪念碑保护法
DVB!	Deutsches Verwaltungsblatt - German Administrative Paper 德国行政文件
e.V.	eingetragener Verein - Incorporated Society 法人团体
ECHR	European Convention on Human Rights 欧洲人权公约
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention - European Convention on Human Rights (ECHR) 欧洲人权公约

缩略语解释

ESTG	Einkommensteuergesetz - Income Tax Act 所得税法
FDP	Freie Demokratische Partei - Free Democratic Party 自由民主党
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses 限制通信、邮政与电信保密限制法
GDR	Deutsche Demokratische Republik (DDR) - German Democratic Republic 德意志民主共和国
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention - Geneva Convention on Refugees 日内瓦难民公约
GG	Grundgesetz - German Basic Law 德国基本法
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt - Law and Ordinance Gazette 法律与法规公报
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz - Judicature Act 司法法
IRG	Gesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen - Law on International Judicial Assistance in Criminal Matters 国际刑事司法协助法
JoR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart - Yearbook of the Present Public Law 现行公法年鉴
JZ	Juristenzeitung - Journal for Lawyers 律师杂志
KDVNG	Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung und des Zivildienstes - Act on the Reform of the Right to Conscientious Objection and Civil Service 良知发展与非军事服务权利改革法
LPartDisBGGesetz	zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften - Act to End Discrimination Against Same-Sex Life Partnerships 终结歧视同性生活伴侣法
LRG NW	Rundfunkgesetz für das Land Nordrhein Westfalen - Broadcasting Act for the Land of North Rhine Westfalia 北莱茵威斯特法伦州广播法
LTDruks.	Drucksachen des Landtages - Land parliament documents 州议会文件

德国《基本法》七十年：德国宪法及其法院

MVVerfG	Verfassungsgerichtshof Mecklenburg-Vorpommern - Constitutional Court of Mecklenburg-West Pomerania 梅克伦堡—西波美拉尼亚州宪政法院
NJW	Neue Juristische Wochenschrift - New Legal Weekly Journal 法律新周刊
NStZ	Neue Zeitschrift for Strafrecht - New Journal for Criminal Law 刑法新刊
NVwZ	Neue Zeitschrift for Verwaltungsrecht - New Journal for Administrative Law 行政法新刊
op. cit.	opera citato 前注
OVG	Oberverwaltungsgericht - Higher Administrative Court 高等行政法院
p.	page 页
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen - Decisions of the High Court of the German Empire in Civil Matters 德意志帝国高等法院民事判决
RVO	Rechtsverordnung - Executive Order Law 行政命令法
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands - Social Democratic Party of Germany 德国社会民主党
StGB	Strafgesetzbuch - German Criminal Code 德国刑法典
StPO	Strafprozessordnung - Code of Criminal Procedure 刑事程序法典
StVG	Straßenverkehrsgesetz - Road Traffic Act 道路交通法
StVollZG	Strafvollzugsgesetz - Penal Law 监狱法
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte - Law on Copyright and Related Rights 版权与相关权利法
VersammlG	Versammlungsgesetz - Assembly Act 集会法
VersR	Versicherungsrecht - Insurance Law 保险法
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer - Publications of the Association of German Public Law Teachers 德国公法教师协会出版物

缩略语解释

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung - Administrative Court Procedures Code 行政法院程序法典
WHG	Wasserhaushaltsgesetz - Water Resources Act 水资源法
ZPO	Zivilprozessordnung - Code of Civil Procedure 民事程序法典
ZRP	Zeitschrift for Rechtspolitik - Journal on Legal Policy 法律政策杂志



德国基本法七十年

德国宪法及其法院

德国联邦宪法法院在基本权利领域的里程碑判例

70 YEARS GERMAN BASIC LAW
THE GERMAN CONSTITUTION AND ITS COURT

LANDMARK DECISIONS OF THE
FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT OF GERMANY
IN THE AREA OF FUNDAMENTAL RIGHTS

本书简介

德国《基本法》是德意志联邦共和国宪法，至今已实施70年。它是德国民主国体的基石。《基本法》的核心是法治原则，其表述为更宽泛的“法治国原则”（Rechtsstaatsprinzip）的德国概念。“法治国原则”的重要基石之一是保护个人基本权利。

作为《基本法》的守护者，联邦宪法法院通过大量案例法之解释形成了这些权利。由于不仅欧洲大陆而且越来越多的普通法世界的学者之兴趣不断高涨，其法理的广泛翻译是非常及时的。

本书展示了关于基本权利的68个案例。对《基本法》及其基本权利理论的一般导论尝试提供一些语境背景，以使读者能更好全面理解其法理。另外，对于每个判决或一组判决，都有具体释文，其中包含每个案例的背景信息。最后一章推荐更多英语资料，以供进一步研讨。

阿登纳基金会

阿登纳基金会是和德国基督教民主联盟紧密联系的德国政治基金会。在国内外，我们的公民教育项目旨在促进自由、和平与正义。我们聚焦于民主巩固、欧洲统一和国际合作。阿登纳基金会有一个核心支柱是法治项目，它具有名副其实的全球维度，并在亚洲、欧洲、拉美、撒南非洲和中东北非具有区域办公室。法治项目覆盖法律和法律政策问题，为知识和经验交流提供平台。它的目标是实现基金会的长期目标，为发展并改善一个建立在法治之上的有效法律体系做出贡献。

ISBN 978-957-511-976-8



9 789575 119768

 元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw