

關於「職業自由」之裁定
BVerfGE 81, 242-263【商業代理人案】
聯邦憲法法院第一庭1990.2.7.裁定
——1 BvR 26/84——

黃瑞明譯

裁 判 要 目

裁判要旨

裁判主文

理 由

A 本憲法訴願與基本法之關係

I 相關法條

- 1.商法
- 2.實施歐體之方針規定之法律

II 案例事實

- 1.訴願人之工作概況
- 2.原審原告要求訴願人不為競業
- 3.聯邦最高法院駁回訴願人之上訴

III 訴願人之主張

- 1.高等法院與聯邦最高法院不正確地理解訴願人之法律地位
- 2.第二審程序不當允許訴之追加

3.聯邦最高法院准為假執行之裁定違憲

IV 相關單位之意見

- 1.聯邦司法部
- 2.聯邦勞動法院
- 3.德國僱主團體聯邦聯盟
- 4.德國工會聯盟
- 5.德國職員工會
- 6.原審程序之原告

B 本憲法訴願部份合法

I 訴願人未遵守聯邦憲法法院法期限規定

II 指摘原判決為訴之擴張及判令損害賠償部份係不合法

C 本憲法訴願有理由

I 受指摘之判決限制訴願人之職業自由

- 1.造成職業選擇自由之限制
- 2.私法自治與職業選擇自由之衝突
- 3.私法自治之界限

II 對商法第九十a條第二項第二句之合憲性之存疑

- 1.該規定之立法史
- 2.競業禁止協議之意義
- 3.聯邦最高法院未就該規定為憲法上之評價

III 企業主為特別終止時，概括排除禁止期間補償與基本法第十二條第一項不符

- 1.立法者之預估

2.

a)商法第九十a條之社會意義

b)商法第九十a條第二項第二句之例外規定不符合職業自由之要求

3.上開違憲規定限期失效

裁判要旨

1.基本法第十二條第一項得要求立法者於私法中作出預防措施以保護職業自由免受契約限制，特別是在當事人間缺乏接近之平衡力量時。

2.於商法第九十a條第二項第二句之情形，商業代理人在受有競業禁止時，禁止期間補償（Karenzentschädigung）係概括地被排除，此規定至少迄至商業代理人法經一九八九年十月二十三日之法修正前係與基本法第十二條第一項不符。

第一庭1990年2月七日裁定

——1BvR 26/84——

於關於 Sch 先生之憲法訴願——代理人 Hans Nordmann 律師，萊恩堡（賓根附近）—— 1.直接針對 a) 聯邦最高法院一九八三年十月六日判決—I ZR 127/81—, b) 慕尼黑高等法院一九八一年五月七日判決—6U 3 258/80—, c) 聯邦最高法院一九八一年七月二十三日裁定—I ZR 127/81—, 2.間接針對商法第九十a條第二項第二句。

裁判主文

1.商法第九十a條第二項按一九五三年八月六日之商法（商業代理人法部分）修改法（BGBl. I.S.771）之版本至少迄至一九九〇年一月一日前係與基本法第十二條第一項不符。

2.聯邦最高法院一九八三年十月六日判決—I ZR 12 7/81—與慕尼黑高等法院一九八一年五月七日判決—6 U 3258/80—侵犯了訴願人基於基本法第十二條第一項之基本權。上開判決於費用一點及就訴願人受判決不作爲之範圍內（慕尼黑高等法院判決之第Ⅲ部分）撤銷之。

本案於此等範圍內發回慕尼黑高等法院。

3.憲法訴願之其餘部分駁回之。

4.巴伐利亞自由邦與德意志聯邦共和國應各補償訴願人其所支出必要費用之三分之一。

理 由

A（本憲法訴願與基本法之關係）

本憲法訴願涉及一禁止商業代理人爲競業而未給予補償之約定；本訴願間接則係針對商法第九十a條第二項

第二句。

I（相關法條）

1.有關商業代理人之法係規定於商法第八十四至九十二c條。此等規定係透過一九五三年八月六日商法（商業代理人之法）變更法（BGBl. I. S. 771）所增列並限制商業代理人及其所服務之企業主（承攬人）之契約自由。該相關之條文如下：

商法第九十a條

(1)限制商業代理人於契約關係結束後從事營業活動之約定（競業約定）需有書面形式，由企業主所簽字、包含所約定條款之證書並應交予商業代理人。本約定僅得就自契約關係約束後最長兩年之時間為之。企業主有義務就限制競業持續之期間支付商業代理人相當之補償。

(2)企業主得於契約關係結束前以書面放棄競業之限制，其於聲明後滿六個月時即免支付賠償。如企業主係基於商業代理人之有責行為所致之重大理由而終止契約關係時，商業代理人不得請求賠償。

(3)商業代理人係基於企業主之有責行為所致之重大理由而終止契約關係者，得於終止後一個月內以書面聲

明免除競業約定。

(4)不利於商業代理人之偏離約定不得為之。

有關商業輔助人之類似競業禁止係規定於商法第七十四條至第七十五d條。商法第七十五條第三項在本質上係與第九十a條第二項第二句相一致。聯邦勞動法院視此規定為違憲（BAGE 29,30=AP Nr. 6 zu § 75 HGB）。

2.一九八九年十月二十三日之為實施歐體就調協商業代理人之法之方針之法律（BGBl. I S. 1910），施行於一九九〇年一月一日，特別補充了商法第九十a條。依變更法第一條第七款，第一項第二句後增列如下之後段：

其（競業約定）僅得延伸至分配予商業代理人之區域或顧客圈並僅得延伸至商業代理人曾致力於為企業主仲介或締結業務所涉及之標的。

II（案例事實）

1.訴願人自一九七七年七月一日至一九七九年十二月三十一日係以商業代理人之身分為原審程序之原告工作，原告製造並經銷酒類。依——事先印妥之——商業代理人契約，訴願人有義務在「給外事人員之指示」範圍內專屬地為原告工作並就所有之營業秘密，包括顧客

地址，保持緘默。該契約係就不定期之時間而簽訂，於前三年內僅得在每季結束時至少六星期前終止之。契約第十三條包含如下之競業禁止：

於契約關係係因員工有責之重大理由而結束時，締約雙方作出如下之約定：

契約解除後，員工有義務於兩年內不為對手企業從事任何活動，無論此等活動係基於受僱關係或自主地或透過中介人而為者，均在所不計。

員工於前開期間內亦不得直接或間接參與如斯企業或以其他方式支助之。

締約雙方同意在契約係基於員工之過咎而結束之情形，公司毋庸因本禁止競業限制而作出賠償。

訴願人在一九七九年十一月十一日以書面通知契約自一九七九年十二月三十一日起終止。彼於一九七九年十一月二十一日與原告之一競爭者締結任用契約。於此，其活動應於一九八〇年一月一日開始，終止契約應在每季結束時三個月前為之。惟原告卻成功地經由一系列之契約上讓步使訴願人收回其終止。訴願人於一九七九年十二月四日針對其於一九七九年十一月十一日所作之終止書作如下附註：「本人在此撤回終止。」他同時簽署一份提高其佣金之約定，此約定並規定其在原告之子公司擔任銷售主管之職位。惟訴願人仍於一九八〇年一月二日承擔其於競爭對手之活動，卻未終止該任用契約。

其後原告乃於一九八〇年一月七日以書面不定期限終止商業代理人契約。

2.原告於原審程序中要求訴願人不為競業。原告請求禁止其於迄一九八二年一月前之時間內在德意志聯邦共和國與柏林（西）從事酒類銷售之活動。對此原告援引契約上之競業禁止，此等禁止之前提依其見解當已被履行。原告主張其係受迫不定期結束代理人關係，蓋無法期待此關係繼續下去。訴願人則爭議其曾予原告不定期終止之理由。訴願人謂所約定之不為競業義務由是因欠缺決定性之前提而不成立。

地方法院駁回該不作為之訴。原告於上訴審程序中追加其訴。其於此後即附帶地請求確認該不定期終止為有效且其係有理由地得請求補償因終止所生之損害。高等法院視訴之追加為應受准許並在全部範圍內同意訴之請求。高等法院認為不作為義務之諸前提均已被履行，蓋原告係因訴願人有責地違反契約義務之行爲而為特別終止。依商法第九十a條第二項第二句，排除禁止期間補償係屬應受准許。聯邦勞動法院對商法第七十五條第三項所持之憲法上疑慮並不得比照適用，蓋在此範圍內私法自治之思想於商業代理人之情形具有優先地位。

巴伐利亞最高法院中止該基於高等法院判決之強制執行。聯邦最高法院則以其被指摘之一九八一年七月二十三日裁定恢復二審判決之假執行。

3.聯邦最高法院以同受指摘之一九八三年十月六日判決駁回訴願人之上訴。

聯邦最高法院認為原告於一九八〇年一月七日不定期地終止契約關係。訴願人因此依商業代理人契約第十三條有義務於兩年內不為競業。系爭之競爭條款係在形式上有效地被約定且在內容上亦無可訾議。其適用範圍自始即限於依商法第九十a條第二項第二句並無庸支付禁止期間補償之案例，此點並不妨害強制性之保護規定，其毋寧仍在立法者所意欲之利益平衡之範圍內。唯文獻對商法第九十a條第二項第二句之合憲性提出質疑，聯邦勞動法院亦已將同一內容之商法等七十五條第三項宣告為違憲。深入討論以至終局地判斷此問題於系爭情形卻非屬必要。即使在商法第九十條第二項第二句之情形排除禁止期間補償之作法係屬違憲，所協議之競業約定之有效性並不因而受到影響。訴願人作為自主的、在職業與經濟上獨立於原告之商人係能自由地權衡契約所帶給他之利害輕重。因之，他也必須遵守商業代理人契約第十三條所定之競業約定。

III（訴願人之主張）

訴願人以憲法訴願指摘其基於基本法第一、第二、第三與第十四條之基本權利受到侵害以及法律救濟保障

與法律聽審原則均受到違反。訴願人稱：

1.高等法院與聯邦最高法院係不正確地以訴願人在職業上與經濟上為獨立之商人，能自由談判契約條件一事為立論之出發點。其於締約時年二十五歲，在此之前僅係以受僱人之身分工作。由於原告於締約時僅提供事先印妥之契約書，以致談判之可能性亦全然被排除。其無法事先估量競業禁止之作用。在結果上，此種作用甚至將使其生存受到毀滅。斯種制裁之所以加諸其身，只因其想要利用其職業自由。此應評價為違反風俗之網綁行徑（民法第一百三十八條）。

受指摘之諸裁判係侵害到一系列之基本權利。高等法院與聯邦最高法院並未留意到該毀滅生存之制裁以其阻礙從事職業之目的乃係介入訴願人之一般人格權、職業自由與營業權（基本法第十四條第一項第一句）。社會國原則與比例原則亦均受到忽視。

此外，受指摘之諸裁判侵害了基本法第三條第一項。諸裁判明白地拒絕援引勞動法上之立法與司法以為比較，藉此其乃使經濟上倚賴他人之單一公司代理人受到不利。渠等在締約時及在契約關係存續期間內與受僱人同樣值得受保護。契約關係結束後，其受保護之必要甚至更為遠甚，蓋其不能請求失業救助，亦即由於適用競業禁止而更迫切地依賴禁止期間補償。

就受指摘之諸裁判以商法第九十a條第二項第二句為

支持部分，其乃忽視此一規定之違憲性。正如聯邦勞動法院令人信服地所敘述者，並不存在合理之理由足以使將契約雙方當事人之有責地違反契約行為作完全不同之制裁之規定成為有理。相較於商業代理人僅被賦予一選擇權，企業主在類似場合得要求履行競業禁止卻不必提出對待給付。此乃違反平等原則。

2.依訴願人之見解，違反法律救濟保障（基本法第二條第一項結合法治國原則）之情事係存於在第二審程序中得為訴之擴張一事上。訴願人在第一審程序中本得將其防衛限制在抗拒當時單獨繫屬之不作為請求權上。直至第二審時原告始另行請求確認該不定期終止之效力與賠償解除損害。訴願人之防衛可能性因而受到重大之不利，蓋該非常廣泛之訴訟資料在此範圍內後已被擠壓至一事實審程序中。

3.最後，聯邦最高法院就上訴判決得為假執行所為之裁定亦係以違憲之方式而作成。該院已侵害訴願人請求法律聽審之權，蓋其並未給予表明立場之機會。

IV（相關單位之意見）

聯邦司法部長以聯邦政府之名、聯邦勞動法院、德國僱主團體聯邦聯盟、德國工會聯盟、德國職員工會與原審程序之原告均對本憲法訴願表明立場。

1.聯邦司法部長認為本憲法訴願在結果上係有理由。惟商法第九十a條第二項第二句並無可訾議處。憲法並不要求毫無例外之補償義務。因此，立法者得對由企業主為特別終止之情形作出例外規定。惟須確保者為此一例外僅在狹窄之界限內有效。促使此得以落實乃司法之任務，其於解釋與適用民法規定上擁有足夠之活動空間。司法得於個案將一競爭條款評為係民法第一百三十八條所稱之違背風俗並因而阻止商法第九十a條第二項第二句產生違憲之結果。

該部長認為，諸受指摘之裁判忽視此一任務。彼等特別疏於檢驗該競業禁止對訴願人之職業上與經濟上生存有何等之結果以及此禁止在鑒於雙方之利益與當事人之行為下是否不合比例地發生作用。此等檢驗有其可能，此由各種論點可知，特別是自不作為義務之範圍、訴願人作為單一公司代理人之地位、定型化契約之存在以及該與特別終止相關聯之事件發生流程。

2.聯邦勞動法院則指向其就商法第七十五條第三項係違憲之判決。該院認為，就聯邦最高法院避免對商法第九十a條第二項第二句之合憲性表示意見之範圍內，其理由似難以令人信服。就聯邦最高法院認為將競業條款限制在特別終止之情形係屬合法之範圍內，另一見解上之差距亦呈現出來。

3.德國僱主團體聯邦聯盟認為本憲法訴願並無理由。

該聯盟認為，本案不至於違反基本法第十二條第一項之情事，蓋基本權並無第三人效力。由聯邦勞動法院就商法第七十五條第三項所為之裁判應予拒斥之，其亦不得被移轉至商法第九十a條第二項第二句之案例情況。

4.反之，德國工會聯盟則認為商法第九十a條第二項第二句係屬違憲。該聯盟認為，將由於違反契約義務而為之特別終止分別視誰立即終止而在終止之競爭法上效果方面作出完全相異之規定，此係恣意並違反基本法第三條第一項。此外，商法第九十a條第二項第二句亦侵犯職業自由之基本權。如下原則應予適用之：對職業技能之利用加以限制而不予補償之作法係與基本法第十二條第一項不符。此種對禁止期間支付報酬之原則亦必須毫無例外地適用於商業代理人。

5.德國職員工會特別顧及訴願人係所謂之單一公司代理人。此等族群所需要之社會保障極近於受僱人所需者。因之，聯邦勞動法院就商法第七十五條第三項係違憲之裁判乃可以被移轉至此等族群上。

6.原審程序之原告認為本憲法訴願並無理由。該所約定之競業條款與商法第九十a條第二項第二句均在憲法上無可指摘。

B（本憲法訴願部份合法）

本憲法訴願僅部分合法。

1.於訴願人指摘聯邦最高法院一九八一年六月二十六日裁定之範圍內，訴願人並未遵守聯邦憲法法院法第九十三條第一項第一句所定之一個月期限。本憲法訴願係在聯邦最高法院亦已下第三審判決後始在一九八四年一月五日被提起。

2.再者，就本憲法訴願針對如下內容之範圍內，其亦不合法：諸被指摘之判決係基於第二審中之訴之追加，而確認不定期限之終止為有效及賠償因解除所生損害之義務成立。在此範圍內，本憲法訴願所列之理由並未達依聯邦憲法法院法第二十三條第一項與第九十二條所定應被履行之最低要求。

高等法院曾就諸確認之訴敘述如下：不定期限之終止之有效性必須在第一審中即已澄清，蓋由於該競爭條款具有特別之設計，此處係涉及判斷不作為請求權之先決問題。只要就解除所生損害之賠償義務依其理由係屬應予確認者，即不得作其他處理。由是該訴之追加幾乎不會改變對裁判攸關重要之訴訟資料，因此亦不改變訴願人之訴訟上地位。在此等情勢，何種攻擊或防禦方法因准許訴之追加致被裁減，此係必須敘明者。

C（本憲法訴願有理由）

在其指摘訴願人被判應不為競業之範圍內，本憲法訴願為有理由。受指摘之諸裁判在此範圍內侵犯了訴願人依基本法第十二條第一項之基本權。諸裁判係以明示排除支付禁止期間補償之契約上競業條款為根據。唯商法第九十a條第二項第二句之法定例外規定在其不加限制地允許此等競業禁止之範圍內係與基本法第十二條第一項不符。高等法院忽視此點，聯邦最高法院亦不正確地未予處理。

I（受指摘判決限制訴願人之職業自由）

1.諸受指摘之判決限制了訴願人之職業自由（基本法第十二條第一項）。由於司法一如其他國家權力同受基本權之拘束（基本法第一條第三項），諸判決均受憲法控制。唯本院僅須在有限度之範圍內檢驗各專門法院對單純法律所為之解釋與適用。在此範圍內本院並無普通及廣泛之法律控制，而僅是檢查各法院是否已侵犯憲法。如在民事法院之裁判中可以看出解釋上之錯誤，是項錯誤係基於對基本權之意義，特別是其保護領域之範圍有著原則性非正確之看法所致，且是項錯誤在其對具體法律案件之實質意義上亦具有一定之重要性時，則觸犯憲法之情事即為存在而為本院所應糾正之（參照 BVerfGE 18, 85[93]）。

訴願人之職業自由係因諸被指摘之裁判以近乎妨礙選擇職業之方式而受到限制。由於受判決不得為競業，訴願人以其生存基礎受到觸及之程度無從為職業活動。是不一作為義務之內容在空間及對象上係如此廣泛，以致訴願人長達兩年無法在其行業工作。由於訴願人以商業代理人之身分從業之情形僅發生於酒類交易並相應地具有專業能力，故其亦難以期待從事其他等價之代理人活動。至少依該禁止競業約定之範圍而論，強制更換職業之可能性係屬存在。然而對因此所產生之職業上不利卻概括地全無補償。

2.唯此一極為廣泛之職業上限制所有之法律基礎主要卻非存於國家行為。訴願人毋寧係自己以契約同意相應之義務。以法律行為為如斯之自我拘束固可導致職業移動性受到限制，唯其同時亦係行使個人之自由。

受基本法第十二條第一項保障其必要活動空間之職業上活動，其不僅利於社會上工作之人為人格發展（參照BVerfGE 50, 290[362]），尤其保障大多數國民為自己創造生存之經濟基礎之可能性。對此，往往有必要就一定之時間或未定之時間內為拘束。在民法領域內，此係典型地透過契約雙方交互限制彼此之職業行動自由，且此係為與作為前提之對待給付相交換而行者。契約當事人在私法自治之基礎上——此等自治係自由之社會秩序之結構要素——自我負責地形成其法律關係。彼等自己

決定其相對立之利益應如何適切地被平衡，並因此同在無國家強制下處分其在基本權上受保護之地位。國家在原則上必須尊重諸於私法自治範圍內所訂定之規則。諸受指摘之裁判係恰當地由此點出發。

3.惟確認及尊重契約內容卻仍不足以使訴願人被判決不得為競業一事成為合理。私法自治僅存在於諸現行法律之範圍內，諸此法律則受基本權之拘束。基本法並不欲價值中立之秩序，而是在其基本權利章內作出客觀之基本決定，此等決定係適用於法之所有領域，即亦適用於民事法。任何民事法之規定均不得與在諸基本權利中表現出來之原則相牴觸。此尤其適用於包含強行法在內並因而對私法自治設限之私法規定（參照BVerfGE 7, 198[205f.]；本院一貫見解）。

斯等限制有其必要，蓋私法自治係植基於自我決定之原則，亦即以自由之自我決定之條件亦係實際上存在一點為前提。如契約當事人一方具有如是之優勢，以致其事實上得單方面訂定契約規定，則對於另一方當事人而言，此情事即構成他人決定。當事人間並無相近之力量平衡時，單單藉助於契約法無從擔保諸利益獲致符合事理之平衡。在此種情勢下，如受基本權保障之地位被處分時，國家法規即必須作補償性之介入，以確保基本權所為之保護（參照 Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, S. 37f.; Badura, *Arbeit als Beruf*[Art. 1

2 Abs 1.GG], in: Festschrift für Wilhelm Herschel, 1982, S. 21 [34])。對抗社會上與經濟上不平等力量之法律規定在此係實現基本權利章之客觀性基本決定，因而同時亦實現基本法之社會國原則（基本法第二十條第一項，第二十八條第一項）。

何時力量不平等之情事係如是重大，以致契約自由必須以強行法律來限制或補充？此由憲法中無法直接得出答案。即諸如必要之保護規定所得以憑依之特徵亦僅能以類型化之方式去掌握。立法者在此享有一特別廣泛之判斷及形成空間。惟其卻不能坐視明顯之錯誤發展進行下去。然而立法者卻又必須注意到：任何為保護一方而對契約自由所作之限制同時亦係介入另一方之自由。如係因顧及該為企業主工作之契約當事人之職業自由而限制契約條款之合法性，則此將造成對企業主從事職業自由之介入。立法者必須平衡地考慮及諸相競爭之基本地位。立法者在此範圍內亦具有廣泛之形成自由。

縱使立法者並未對一定生活領域或對特別契約形式創出強行性契約法，但此絕非意味著契約實務即無限制地受制於自由之力量遊戲。正確者毋寧為，作為過當禁止之諸民法概括條款，特別是民法第一百三十八條、二百四十二條及第三百一十五條，即以補充之方式介入。在對這些概括條款具體化與適用時，諸基本權正需要被尊重（基本論述見BVerfGE 7, 198[206]）。憲法對此所

爲之保護委託係針對法官而爲，法官必須在契約衡平受到干擾時藉助於民法以使諸基本權之客觀基本決定得被適用，並亦以多種方式執行此一任務（對於行於欠缺特別保護規定之生活領域內之競爭條款，參照BGHZ 91, 1 [4]=NJW 1984, S. 2366[2367]; NJW 1986, S. 2944）。

依此等原則，諸民事法院在原審程序中必須檢驗當事人是否曾能有效地對系爭競爭條款爲協議。於此，民法上之情勢應自受基本權保障之職業自由之觀點予以評價之。

II（對商法第九十a條第二項第二句之合憲性之存疑）

1.立法者對企業與爲其工作之商業代理人間之法律關係並未無限制地任由契約形成之。一九五三年八月六日之（商業代理人之法）變更法（BGBl. I.S.771，頁七七一）於商法中增契約當事人不得處分之強行性法律規定。其主要思想表達在如下之政府草案理由書中。（BTDrucks. 1/3856, S.10 zu Nr. 3）：

作爲自主商人之商業代理人，其經濟地位受自一九一八年以來之社會變動後已根本改變。在經濟上獨立之

商業代理人固亦有之，唯在經濟上多少依賴企業主之商業代理人為數更多。後者儘管在法律上亦為獨立之商人，但卻無法與經濟上占優勢之企業主平起平坐。支配商法之業務代理人法（Handlungsagentenrecht）之契約自由原則往往致其承受不利。因之吾人乃追求一取代契約自由之法律規定，其係顧及一般而言處於較弱勢之商業代理人。強制性法律規定應在契約關係之重要諸點上保護其免於對其不利之協議。此雖意味著限制對商人所適用之契約自由原則。唯斯等限制無可避免，蓋大多數商業代理人所有者並非不需要保護之「國王般之商人」地位，而係往往劣於受僱人之處境。

立法者視關於契約結束後之競業禁止之法為尤其需要規範，經由在商法第九十a條之一系列新增強制性規定，此法已得到確定。對此，前述政府草案（同上，S. 37，zu E. § 90a）有如下說明：

企業主既有經濟上之優勢，則商業代理人亦有可能在訂約時被強迫簽訂競業約定。彼等需要保護……

如商業代理人在契約關係尚未開始前或持續期間即應就契約結束後之時間接受拘束，則其即有受保護之需要。彼等在此時期往往無法預估契約所定之合作將有何

等發展或其未來之就業機會，因此亦無法得知該競爭條款將如何發生作用。唯如企業主將簽訂商業代理人契約或繼續合作繫於屈從競爭條款上，則商業代理人往往幾乎沒有談判的餘地。對所謂的單一公司代理人而言，其將全部工作力用於服務唯一之企業，尤其如此。在另一方面，視經濟與技術事務而定，企業主亦有合理之利益以阻止商業代理人在合作結束後使競爭對手得以利用其有關企業主之關係（在此，如有關顧客）之知識。

爲使此一利益對立狀態得到平衡，商法第九十a條第一項對契約自由作了三項限制：首先，關於契約結束後之競業約定需要書面形式及交付由企業主所簽字所證書（第一句）。此外，不爲競業之義務必須限於契約關係結束後兩年之內（第二句）。尤其特別的是，企業主依法有義務支付商業代理人相當之補償（第三句）。偏離、對商業代理人不利之協議不得爲之（商法第九十a條第四項）。就此，政府草案理由（同上，S. 38）如是說明：

……由於並無實質上合理之理由存在，使商業代理人在不取得適當之補償下承受單方對其拘束其義務，第三句乃使企業主就限制競業之期限內負有義務支付補償……

第四項因顧及在經濟居劣勢之商業代理人而不允許作偏離之約定。

唯本法在第九十a條第二項第二句卻對禁止期間補償義務創設一例外規定：企業主係基於因商業代理人之有責行為之重大理由而終止契約關係時，補償請求權即喪失。關於此一例外規定之理由，政府草案僅指向商法第七十五條第三項，該條文係就與商業職員間之競業協議設定同一例外。此一條文係透過一九一四年六月十日之商法第七十四條、第七十五條暨第七十六條第一項之第一變更法（RGBl. S. 209）而被增列，其於立法過程中即倍受爭論。政府草案之立法理由書對此僅僅言及：由於輔助人依商法第七十五條第一項與第二項在店長（Prinzipal）違反契約義務之情形受到保護，故在另一方面無法期待店長在類似情形應支付禁止期間補償（帝國議會協議會，第十三屆，第一會期，第三百卷，第五百三十四號至第六百五十二號速記報告之記錄，頁七三〇）。在委員會諮詢程序中，此一論點受到異議。反對者認為，禁止競業而無禁止期間補償，此對職員而言係屬「嚴苛之至」，經由對雙方契約當事人之差別待遇，「法律平等將以卑下之方式受到侵害」（帝國議會協調會，第十三屆，第一會期，第三百零三卷，第一千一百七十一號至第一千三百九十七號速記報告之附錄，頁二八三二）。最後，本項條文在帝國議會中分開表決（帝國議會協調會，第十三屆國會，第一會期，速記報告，第二百九十四卷，頁八四四九）。

2.原審程序當事人間之系爭競業協議具有兩個特徵，此等特徵如無商法第九十a條第二項第二句之例外規定即無從理解。一方面，競業禁止應非適用於正常情形下之終止契約，而係在商法第九十a條第二項第二句之前提被履行時始應介入。另一方面，禁止期間補償係明示地被排除，此反正亦符合商法第九十a條第二項第二句之法定例外規定。此二特徵係彼此相連結。依諸被指摘之裁判，出發點應係——唯至少不應排除者——競業禁止應僅與協議排除禁止期間補償請求權一併適用之（民法第一百三十九條）。

由是競業條款之有效性乃繫於商法第九十a條第二項第二句是否合憲一點上。僅此一規定係穿透商法第九十a條第一項第三句所揭示之原則：企業主始終有義務就商業代理人之不為競業支付其相當之補償。排除本請求權即為訂定對商業代理人不利之協議。假使商法第九十a條第二項第一句並不存在，則此協議依商法第九十a條第四項應受禁止，依民法第一百三十四條則為無效。因此，諸原審程序之民事法院必須就訴願人在各審程序中所提商法第九十a條第二項第二句在憲法上之疑慮詳為探討。

3.各該受指摘之判決並未為所必要之憲法上評價。

聯邦最高法院根本就認為對商法第九十a條第二項第二句作憲法檢驗係屬多餘之舉。高等法院將其任務限制在強調受僱人與商業代理人之區別上。該法院由此區別

導出如下之結論：於商業代理人之情形，社會值得保護性（*Soziale Schutzwürdigkeit*）之思想應退位，私法自治原則在此範圍內優先適用。由是則商法第九十a條之保護目的在與受基本法保障之職業自由間之關聯下乃在原則上受到忽視。如前所述，所涉及者絕非僅是無法獨立之受僱用者之社會保障。為保護諸基本權地位並使其平衡，以法律限制私法自治在契約衡平以其他方式持續地受到侵害時亦屬必要（前面C I 3）。立法者在商業代理人之情形係由此出發（前面C II 1）；法官在解釋與適用相應之規定時亦必須注意及此一預估。

III（企業主為特別終止時，概括排除禁止期間補償與基本法第十二條第一項不符）

在企業主為特別終止之情形**概括地**排除禁止期間補償請求權係與基本法第十二條第一項不符。

1.吾人須自立法者之預估出發：大多數之商業代理人在經濟上無法獨立，從而——以類型化之觀察方式——並不擁有足夠之談判籌碼以與企業主就其自身之權利義務自由地討價還價。依政府草案理由書，彼等尤其有在締約時受迫簽下競業約定之危險。此一推論係可接受，其係存在於立法者之預估優先權範圍之內。

據此立法者負有如下之任務：對關於契約結束後禁止商業代理人為競業之法如是規範，使一方面在企業主這邊利益之維護保有足夠之活動空間，唯另一方面在商業代理人這邊使其談判劣勢得以獲得彌補。立法者在承負此一任務時固有廣泛之形成自由，唯此自由卻在雙方均受到限制，蓋對企業主以及對商業代理人而言，所涉及者均係受基本權保護之地位。在此等交叉關係中，無論是對自由作限制或作保護，均不得有不合比例之情事。

2.a)依商法第九十a條之規範方案，至少迄至一九八九年十月二十三日法生效前，創設法定禁止期間補償請求權係具有決定性之意義。此等給付報酬請求權特別適於彌補相對立之利益，對於契約自由亦不加以過當之介入。由是以下觀點在利於商業代理人之情形下受到顧及：商業代理人係依賴利用其職業自由一點以確保經濟上之生存基礎，故其在職業限制係屬廣泛之情況需要財務上彌補。為利於企業主，此一彌補被限制在適當之範圍內，因此係順應個案情況。唯企業主尤其保有下列事項之自由決定權：鑑於商業代理人在企業內之地位，其不為競業是否具有如此重要之意義，以致對其不為競業值得支付補償。補償請求權在經濟上造成負擔，此影響到企業主自身之利益，因之亦左右其契約實務，在結果上將使職業自由不致受到過當之限制。

b)反之，鑑於受考慮之情形互有不同，商法第九十

a條第二項第二句之例外規定並未能滿足職業自由之諸要求。

在立法資料中，有關禁止期間補償之所以全然被排除之理由，吾人僅能找到極為空泛之期待可能性考量。應承認者為：企業主如因商業代理人之有責行為而受迫為特別終止時，其必須能保護自己，蓋繼續契約關係乃屬不可期待之事也。此一案情明顯地應有例外，特別是即使如針對受僱人而為之特別終止這樣典型之案例亦有例外規定（商法第九十a條第三項）。唯在此卻絕非涉及對解除損害之補償，蓋此損害反正應獨立於不為競業之義務外依民法第六百二十八條第二項賠償之。即訴願人亦在原審程序中依理由受判決賠償原告因商業代理人契約被終止所已生及將生之損害。因此，在商法第九十a條之範圍內，企業主需要特別保護一點僅能透過對特別終止契約在競爭法上之特徵作出規範來加以考慮。舉例而言，此適用於企業主無法以損害賠償請求權彌補之競爭劣勢。此外，吾人亦應慮及違反契約之商業代理人所獲得之競爭優勢，此等優勢如無法被企業主相應之損害賠償請求權所耗盡，則即可能成為故意挑起不定期終止之誘因。

為滿足此等利益狀態之特殊性，不同之解決途徑可加考慮。立法者不管是為特定之案情或特別需要保護之特定商業代理人族群，均可以藉助於概括條款而為區分

或自行創設作區分之規範。此外，可想像者亦包括讓與企業主以如同商業代理人依商法第九十a條第三項在類似情況所享有之脫手權（lossagungsrecht）。最後，視具體情況而限制禁止期間補償請求權亦屬可能。反之，不加區分地與全然地對任何案情與禁止期間可能有的最高兩年期間均拒絕支付報酬，此在提前與有責之終止契約所具有之特徵中並無實質上之基礎存在。為應付為終止之企業主所受之競爭法上不利，此等制裁並非必要；由於其所帶來之深遠後果，此等制裁對商業代理人而言往往不可期待；由是其係以不加區分的方式不合比例地發生作用。

3.一法律規定侵犯基本法時，此在原則上會導致此規定應被宣告為無效之後果。唯如立法者——如在此情形——有多種除去違憲情事之可能性時，此原則即不適用。本此，應確認者僅為商法第九十a條第二項第二句後屬違憲（本院一貫見解；參照BVerfGE 28, 324[362 f.]）。於顧及其間已變更之法律狀況——在此對其不作判斷——下，此等確認必須限制在迄至一九八九年七月二十三日之法生效前之時期上。

各該受指摘之裁判應予以撤銷之，只要其係植基於被宣告為違憲之商法第九十a條第二項第二句。本案發回高等法院。該院應先檢驗基本法第十二條第一項之要求是否能在現行私法領域被考慮及之。否則，該院須在立

法者作出解決前中止程序。

(簽字)

Hertzog

Henschel

Seidl

Grimm

Sollner

Dieterich

Kuhling

Seibert