

關於「公務員之忠誠義務」之裁定

——聯邦憲法法院裁判集第三十九卷第三百十四頁以下

譯者：林明鏘

要旨

主文

理由

A、—I、案由

II、相關法規條文

III、事實

IV、行政法院之聲請及其理由

V、邦及聯邦之憲法機關之意見

VI、原告之意見

B、聲請應受允許

I、開始程序仍未終結

II、行政法院之理由有其正確性

III、法規審查程序之對象為邦公務員法第九條第一項第二款

C、邦公務員法第九條第一項第二款與基本法及聯邦法相符合

I、公務員及法官應對憲法秩序盡力

1. 公務員之忠誠義務

2. 政治上之忠誠義務

3. 基本法之基本價值

4. 違反基本法第二十三條第五項所要求之忠誠義務者即為違反其職務上義務

5. 檢驗「隨時準備為自由民主之基本秩序盡力」之擔保

6. 法律規定可能抵觸憲法之情形

7. (a) 受忠誠義務拘束之公務員範圍

(b) 在公職中服務之僱員亦受拘束

(c) 就實習職務之判斷

II、僱主之決定自由

1. 政黨之禁止由聯邦憲法法院為之

2. 聯邦憲法法院過去就國民介入政黨活動之裁判並非針對公務員而為

3. 基本法第三十二條第五項與第二十一條第二項之關係

III、基本法對基本權利之保障

1. 言論自由之基本人權

(a) 言論自由與公務員之忠誠義務二者之關係：歷史沿革

(b) 基本法第三十二條第五項限制了第五條第二項

2. 其他亦受限制之基本權利

3. 基本法第三條第三項之禁止歧視原則與公務員之忠誠義務

4. 基本法第十二條所稱之「職業」

(a) 本條受第三十三條第五項之限制

(b) 公務員應提出隨時準備為自由民主之基本秩序盡力之擔保，其事並不違反基本法第十二條

IV、什列斯威—赫爾斯坦邦之法規是否合憲之問題

1. 國家有權決定是否將從事國家職務前之「實習期間」列入公務員關係

2. 關於從事法律自由業前之實習

1. 公務員對於國家及憲法應負特別的政治上的忠誠義務，這是公務員體制長期流傳下來並值得重視的一個基本原則（基本法第三十三條第五項）（註一）。

2. 公務員應負之忠誠義務，不僅在對國家及其現行有效的憲法秩序時應予以肯定，甚至在憲法修正變更時亦同，而且此種要求不限於口頭上的表達，特別當該公務員從事公務時，更須注意並實現現存憲法上及法令上的規定，且由法規的立法旨去從事其職務。這政治上的忠誠義務要求遠超過僅對於國家或憲法保持一個形式上正確的，卻在其他方面係毫無關注、冷漠的、內心疏離的態度；毋寧其係特別要求公務員，明確地與抨擊、攻訐及謗誹國家、依憲法設置之機關、現行憲法秩序之團體和努力分離。因此，公務員係被期待其認識並承認國家及憲法作為一個高而積極的價值，並值得為此價值去辯護。在危機四伏之秋或嚴重衝突的情況，國家指示公務員應與其站在同一邊時，公務員政治上的忠誠義務會經受考驗。

3. 對於違反忠誠義務之試用中之公務員及受訓中之公務員，通常係將其免職。對於違反此種職務上義務之終身職之公務員，則能經由正式的懲戒程序以判決給予撤職的處罰。

4. 該求職者為其在任何時刻均會為自由民主的基本秩序辯護提供擔保，這是在進入公務員關係時，一個基於憲法要求（基本法第三十三條第五項規定）並經由普通法律具體化的法律上之前提要件。

5. 該求職者無法提供該被要求之擔保的確信，係以其個性之判斷為基礎，此判斷同時包含一個預後在內並且係建立在有時改變的許多個因素及其評價之上。

6. 此由基本法第三十三條第五項所產生之法律情況適用於每一種公務員關係，例如非終身職之公務員關係、試用中的公務員關係、受訓中的公務員關係，以及終身職之公務員關係。

7. 雖然擔任公職的僱員比起公務員較少高層的要求，但是其對僱主亦負有誠實及認真履行職務上義務之責任；同樣地，擔任公職的僱員不可在其職務上抨擊國家及憲法秩序；其亦能因嚴重違反其職務義務而被無限期的免職；而且如果認為被免職之僱員不能或不願履行其與停止免職相關連之義務時，其免職之停止得被拒絕。

8. 參加或隸屬某一以破壞憲政為目的之政治上團體，此部分行為，亦得成為判斷候補公務員個性之重要的依據——至於該政治團體的違憲性是否經由聯邦憲法法院以判決加以確定，係另一個問題，與判斷無涉。

9. 該經由基本法第三十三條第五項規定所涵蓋之公務員法及懲戒法之法規是基本法第五條第二項規定意義下一般的法律規定（註二）。

10. 當此在公務員法上長期流傳下來之公務員體制的原則被實現時，要求求職的申請者提出保證任何時刻會為自由民主的基本秩序辯護，這並不抵觸基本法第十二條的規定（註三）。

11. 實習的成功結業不僅是在公務員關係中任公職的先決條件，亦是從事自由業工作的前提要件，而國家有自由可以對實習作一般地安排規劃，以致於其可在民事法上的任用關係或在公務員關係以外之特別的公法上的關係內完成。要是國家決定實習在公務員關係中被保存，那麼國家必須為那些從事公職以

外職業的人考慮，或是提供一個價值相同的、無歧視的實習，而此實習能在無任命進入公務員關係中被作成，或是在其公務員法的規定內制定一個例外規定，准許實習依意願在公務員關係之外完成。鑒於二級的法律培訓之旁之單級的培訓大量地增加，使得法律實習之法律上的統一規範可以想見，未來爲所有法律人將其第二次法律國家考試之前所作之實習，規定在非公務員關係之公法上的法律專業實習者關係內。

一九七五年五月二十二日第二法庭之裁決

—— 2 BvL 13/73 ——

在此程序中成爲憲法審查對象者，係於一九七一年五月十日公布之什列斯威—霍斯坦邦 (Schleswig-Holstein) 之邦公務員法第九條第一項第二款規定 (參見 GVB1. S. 254)，與於一九七二年五月二十五日公布之什列斯威—霍斯坦之行政規定第二十五條第三項規定 (參見 GVB1. S. 91) 共同適用，而依該等規定，惟當事人提出保證，其會在任何時刻爲基本法意義內的自由民主基本秩序辯護，會配合基本法及聯邦律師法第七條第六款規定，始准許被任命爲經過第一次國家考試及格準備擔任更高級職務的候補公務員，此等規定是否違憲——什列斯威—霍斯坦邦行政法院於一九七二年四月十日對此繫爭之點作了中止及事先裁定

(5 A 363/72) ——。

什列斯威—霍斯坦邦於一九七一年五月十日公布之邦公務員法第九條第一項第二款規定，符合基本法及其他聯邦法律規定。

理由

A、——I、

本件程序涉及一位已考過第一次國家考試的法科考生，因其不提供保證，願在任何時刻為基本法意義內的自由民主基本秩序辯護，以致於其申請在什列斯威—霍斯坦邦做候補公務員的實習被拒絕接受。

II、

一九七二年五月二十五日公布之什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定（J A O）第二十五條規定有如下全文：

(1) 通過第一次法律科國家考試者，應依申請被任命為候補公務員，並由此被接受進入實習。

(2) 邦高等法院院長在審閱考試卷宗後，決定是否接受該申請。如申請者不適合做候補公務員的實習或接受其實習顯得不值得時，該申請應被拒絕。該拒絕應被記入考試卷宗內。

(3) 候補公務員是得被駁回任命之公務員（參見邦公務員法第六條第一項第四款字母 a 規定）。

什列斯威—霍斯坦邦於一九七二年五月十日公布之邦公務員法第九條第一項規定（LBG—GVBl.

S.254 對於得撤回任命之公務員亦有適用；該條規定：

惟符合以下要件者始被准予任命成爲公務員，進入公務員關係：

1. 在基本法第一一六條規定意義下之德國人（註四）。
2. 其提出保證，願在任何時刻爲基本法意義內之自由民主基本秩序辯護。
3. 尚未達法定年齡的上限。
4. 具有爲其職級所規定的先決條件，或雖缺乏此等規定，但具有其他的先決條件（職級申請者〈Laufbahnbewerber〉）。

III、

原告在過去程序中已於一九七一年十月通過由司法考試局於什列斯威—霍斯坦邦的邦高等法院舉辦之第一次法律科的國家考試。一九七二年三月一日，其向邦高等法院院長申請任命成爲候補公務員並接受實習。該邦高等法院院長於一九七二年七月十七日作成決定，拒絕該任命及接受原告之實習，理由是：申請者在其就讀基爾大學（Universität Kiel）期間曾參加法律紅色基本組織（die Rote Zelle Jura）所舉辦的活動；這個組織遵循致力於破壞憲法的活動；因此，其無法提出如邦公務員法第九條規定之前提要件所作之要求，即擁護自由民主基本秩序的保證。

針對該邦高等法院院長所作之決定提出的異議，被司法部部長於一九七二年九月二十六日駁回。

因此，該申請人於一九七二年十月九日在什列斯威（Schleswig）的行政法院，針對什列斯威的邦高等法院院長提起訴訟，其訴之聲明係「請求廢棄按照一九七二年五月十九日——正確日期應為：二十五日——公布之什列斯威——霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定所作七月十七日及九月二十六日之決定，並在最早可能的時點任命原告為候補公務員及接受其實習。」其並稱：依照一九七二年五月二十五日制定公布的行政規定第二十五條規定，對為了法律實習之申請人適用之邦公務員法第九條第一項第二款規定，係牴觸基本法第十二條規定。該項實習不僅是爲了公職作準備，亦是爲了除公職外之職業作準備。對於以律師爲業之許可，舉例而言，僅能在申請人係以應用受刑事制裁的方式違反自由民主的基本秩序時始得被拒絕（參見聯邦律師法第七條第六款規定）。拒絕接受他，即原告，去做實習，這等於是剝奪基本法第十二條第一項規定保障之基本權利。惟基本法第十二條規定不容被侵犯（參見基本法第十八條規定）（註五）。

該邦高等法院院長請求駁回原告之訴，其理由爲：原告參加破壞憲政秩序之組織，即法律紅色基本組織的活動共四十次。其亦曾在基爾大學一九七一年學生議會的選舉中參與妨害選舉正確的活動，因在該次選舉中，原告被允許擔任選務人員，以致於五個人將一共二十四張經偽造的選票投入選票箱內；爲此，原告在法律紅色基本組織一九七一年二月二日所召開的會議中，尚受到公開的讚揚。

由邦政府任命之公益代理人於行政法院內提出其意見，認爲邦公務員法第九條第一項第二款規定係

一個主觀之許可要件，其並無牴觸基本法第十二條規定及聯邦憲法法院判決之疑義。

IV、

什列斯威—霍斯坦邦之行政法院中止其程序，並向聯邦憲法法院提出以下問題：

是否在什列斯威—霍斯坦邦於一九七一年五月十日公布之公務員法（參見GWBl. S. 254）與一九七一年五月二十五日公布之有關係律人培訓之邦行政規定第二十五條第三項規定共同適用下所涉及之法規，依此按照邦公務員法第九條第一項數字第二之規定，通過考試之法律科考生，惟在其提出保證，願在任何時刻為基本法意義內之自由民主基本秩序辯護時，始准許被任命為候補公務員，此等規定係與基本法及聯邦律師法第七條第六款規定一致？

提出本件涉及憲法爭議問題之法庭闡述其理由如下：

1. 這個被提出問題之取決全在其決定上。雖然目前尚缺乏充分證據顯示，於原告參與法律紅色基本組織之活動期間，該組織有從事憲政秩序之破壞，但是此問題惟在經由極費時、廣泛的證據調查，以及花費數月時間由鑑定人鑑定後，始得查知。在現階段的程序中對原告而言係不可期待的，因為如果繁爭的法規是違憲的，它亦非視此而定。被提出的問題中據以決定的重要事實，亦不能經由考慮衡量而獲得解決，倘使參加破壞憲政秩序的團體未被法令明文禁止，則其不應受到指謫；因為一個這樣的保留，惟對政黨內的黨員資格始得適用。最後據以決定之重要事實的欠缺，亦非由於能拒絕申請者之可能性係因為其顯得不值得接受實習（參見什列斯威—霍斯坦邦有關係律人培訓之行政規定第二十五條第二項第二

句規定)；因爲這項構成事實亦尚不具備。

2. 繫爭的法規抵觸基本法：其違反基本法第十二條規定。因爲第二次法律科的國家考試亦是爲了除公職以外之律師、法律顧問及其他職業的工作所必需的，故此法律實習必須被當作基本法第十二條規定意義下之訓練地點。這個要求——申請實習者必須提出保證，其願在任何時刻爲自由民主的基本秩序辯護——意味著訓練地點自由選擇的限制。然而依照基本法第十九第一項第二句規定（註六），此限制需要在法律中就此規定指出明確的關係。因爲它在此範圍內所涉及者，並非由事件本身所產生之基本權利限制之單純的具體化，毋寧係牽涉到一個真正的限制，其既非爲了日後職業的接受之而必須被實現，亦不是由培訓目的及培訓關係與職務關係之結合，客觀地予以正當化。繫爭法規既不具備基本法第十九條第一項第二句規定之明確的引用，即抵觸憲法。

繫爭法規亦抵觸基本法第十八條規定。依基本法第十八條規定，能剝奪基本法第十二條規定所保障之基本權利。因此，同樣地經由普通法律規定，不應導致相同的事實上失權之法律效果。然而繫爭的法規卻恰好造成這樣的結果。

最後，該繫爭法規亦與聯邦律師法第七條第六款規定不一致。依該條規定，惟當申請人以應受刑事制裁之方式破壞自由民主的基本秩序時，始能取消成爲律師之許可。該邦法規對於候補公務員之任命設置了較高的要求，緣由此等規定，等於規避了聯邦律師法第七條第六款之規定。

各邦及聯邦的憲法機關則持以下的意見：

1. 什列斯威—霍斯坦邦總理表示其意見如下：

允許本件釋憲案的提出是不無疑問的，一係因爲本件提案實際上的審查對象是什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定，而依基本法第一〇〇條規定（註七），僅有正式的法律發生有無牴觸憲法之疑義時，始得向聯邦憲法法院提出；二係因爲該邦行政法院尚未將其認爲必要範圍內那些據以決定之重要事實予以查明；三係因爲原告在這期間已被安置在布萊梅邦（Bremen）的司法職務上工作。

該繁爭的法規亦與基本法一致：什列斯威—霍斯坦邦公務員法第九條第一項第二句規定係被基本法第三十三條第五項規定涵蓋。該邦政府能在其管轄權範圍內及基於法定的授權，決定基於什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓的行政規定第二十五條第三項規定之該條法律對於候補公務員之適用。在此範圍內，該邦法的規定體現了在基本法第十二條第一項第二句規定意義下一個受到許可的工作法規。這個爲實習所規定之主觀的許可前提要件，係作爲自由民主基本秩序的保護之用，亦即係爲重要的公共利益而設，並且其因此而被正當化。這類僅係將基本權利的一個內在固有之界限予以具體化之限制，不受基本法第十九條第一項第二句規定之拘束。此外，什列斯威—霍斯坦邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定僅涉及爲公職及與公職有關的工作，即以法官職位之資格爲前提，而設之法定的訓練過程。就此資格在經濟生活中亦被其他工作所要求而言，這並非基於國家的規定。在這方面，國家未曾予

以規範。因此，國家未負有義務安排一個爲這些其他工作並在其範圍內之特別的訓練過程，或調整爲公職及與公職有關的工作所設之法定的訓練，使之適合爲其他職業而言係較微不足道之要求。該邦法的規定未違反基本法第十八條規定，因爲其既未有基本法第十八條規定意義下之失權效果，亦未在內容上有相當於制裁的規定。最後，該邦法規亦未與聯邦律師法第七條第六款規定不一致；由於聯邦律師法明白地要求律師候補人必須具備至法官職位之資格（參見聯邦律師法第四條規定）。因而爲法官職位候補人所設之實習，亦與此有關連，並且該許可前提要件同樣一貫地對此實習適用。其間的區別是在於該許可係針對至律師工作而設的。爲律師工作所設的實習之許可前提要件，係依照聯邦律師法第七條第六款規定決定。至於這個許可前提要件較另一個許可前提要件嚴格，係源於不同事物的關係，在此，這些許可前提要件之適用係有理的，而非任意的或否則即有憲法上疑義的。

2. 什列斯威—霍斯坦邦議會僅曾簡短地對該邦公務員法第九條第一項第二款規定之合憲性發表意見。其認爲該條規定，不僅符合基本法第十二條第一項規定、基本法第十九條第一項第二句規定，亦符合基本法第十八條規定。

3. 尼德薩克森邦 (Niedersachsen) 的内政部長認爲該邦與什列斯威—霍斯坦邦法律一致的規定，係符合憲法。

4. 布萊梅邦司法與刑罰執行之市政委員已經通知，其已將原告於一九七三年四月二十六日任命爲法

院的候補公務員。他係從以下的確信出發而爲此任命：即由於國家的訓練壟斷及自由選舉職業的基本權利（參見基本法第十二條規定）要求，於法院候補公務員的任命上，那些爲終身職公務員適用之規定，在這方面應作限縮的解釋，並且無論如何不應作比在爲日後律師職業所設之許可更嚴格的要求。在所有情形下均是國家擁有訓練的壟斷，因此，應給與大學畢業生完成其訓練的機會，即使同時須暫時地建立候補公務員關係。

5. 聯邦內政部長及聯邦司法部長未爲聯邦政府就本案件發表任何意見。他們只是曾經通知兩份摘要，而由此摘要中得出之結果，係通過法律實習者各共有多少百分比從事公職、律師與公證人職業、私經濟行業中的法務工作及其他職業。

VI、

開始程序之原告曾進一步提出以下理由：

該法院除了應審查繫爭的邦法規是否符合基本法第十二條第一項規定、第十九條第一項第二句規定及基本法第十八條規定，尚應附帶審查其是否牴觸基本法第二十條規定所包含之法治國家的要求（註八）。在這個觀點下，每一個依法設置的審級都負有義務按照聯邦憲法法院的判決「去理解一個規定，如此以致於規定符合規範明晰性（Normklarheit）及公平性（Justiziabilität）之法治國家的基本原則。該規定必須在其前提要件及其內容上，以與其相關之關係人能認識該法律情況及依此調整其行爲之文字表達（參見聯邦憲法法院判決輯第二十冊，第七十三頁以下，在此參見第七十九頁 vgl. BVerfGE

21, 73ff. hier S. 79)」。惟當法規及隨之而來法治國家的義務，係針對國民外部的行爲而設，並且因此使得個人以行爲作爲取向的權利與義務得依此確定時，始係符合法治國家的原則。如果法規不是以外部的行爲作爲取向，而是亦能介入個人的言論範疇，則相對於個人領域之國家權力分界上法規的特定政治功能會大大地減弱；然後一個不受政治干預的個人領域將可能不再存在。同樣地，個人的良心及信念範圍與其外在表現出的行爲範圍必須予以區別。這在針對個人外在資格而設之基本法第二十三條第二項，及針對因每個政治上施加的影響而被剝奪之良心、信念與世界觀的範圍所設之基本法第三十三條第三項，亦均有規定（註九）。

如此就有兩個基本法上的結構原則——一方面係國家權力對公民關係而有的法律上標準，以及另一方面係國家權力對公民關係而有的政治上標準——二者相互立於原則與例外的關係狀態。該「爲自由民主的基本秩序辯護」，依照基本法的法律秩序，並非爲成爲候補公務員而設的許可構成要件要素；因爲這個構成要件要素之欠缺，絕不等於一個不合法的行爲；同樣地一個候補者不願擔保任何時刻均爲自由民主的基本秩序辯護之完全合法的行爲，亦能滿足該構成要件。由此可以得知，這個構成要件要素與基本法第九條第二項、基本法第十條第一項、基本法第十八條、基本法第二十一條第二項（註一〇）等例外規定中所含一致的構成要件要素，有相同的法律結構。這牽涉到一個出自個人行爲之政治上評價範圍之構成要件要素，而此要素不符合基本法第二十條規定的要求。經由公務員關係之建立而產生之「忠誠關係」的概念，不應被解釋爲公務員對國家的一個「被加強並且存在的」行爲。公務員職務及忠誠關係

的內容，僅是該公務員負有特殊的義務，去注意在其執行職務時所現存的法規及職務上的指示；對公務員而言，對憲法忠誠乃意味著在基本法第二十條第三項規定意義內應受立法權與法律之限制的義務如是而已！反之，一個超乎此等對公職所課予之義務而存有之忠誠義務將違反基本法第三十三條第三項所規定的禁止歧視原則。如此之解釋，可能除此之外尚會支持所有的趨勢，使得憲法體系不再發揮其保護觀點及信念差異之合法性的作用，反倒變成不僅在政治權力，而且也對公民要求相同的特定道德價值。

B、

提案是允許的：

1. 該開始程序仍未完結。雖然原告在開始程序中，於此期間已在布萊梅邦被任命為法院候補公務員 (Gerichtsreferendar)，並且如果其行政訴訟獲致勝訴時，他是否會轉任什列斯威—霍斯坦邦實習的打算也尚未確定。但是原告仍在什列斯威 (Schleswig) 維持其對該邦高等法院院長所作決定提起之訴訟，並且無論如何其仍然有該拒絕是否違法的確定利益，即使因為原告已不再謀求在什列斯威—霍斯坦邦接受實習，該請求廢棄行政行為之訴訟的法律保護利益應已不存在。

2. 本件的提案法院曾詳盡地論述，基於那些理由使得這個被提出的問題對其裁判而言是非重要。這些論證是合理的並且無論如何係說得通的。

3. 法規審查程序之對象是僅在於什列斯威—霍斯坦邦之邦公務員法第九條第一款規定之是否合憲的問題 (參見基本法第一〇〇條第一項第二句規定)。這個問題對於本件提案的法院而言，僅係一

個在被法律規範包含下之規則適用的先決問題，並不改變聯邦憲法法院的管轄。

C、

什列斯威—霍斯坦邦之邦公務員法第九條第一項第二款規定，係符合基本法及其他聯邦法律規定。

I、

對於公務員及法官，要求其為其已宣誓的憲法秩序辯護的原則，係屬於在基本法第三十三條第五項規定提到之原則，以及職業公務員制度與法官法上應注意的原則。

I 自十八世紀末以來所認識的德國公務員體制之歷史（例如可以參照普魯士的一般邦法第二部分第十標題第一條以下規定〈vgl. z. B. Pr. Allg. Landrecht Teil II, Titel 10, 第一條 ff. 〉），未因憲法秩序的變遷而改變其特徵，即一個對於公務員而言係特別的拘束，而該拘束則係以與進入公務員關係結合並且承擔的忠誠義務為基礎。在絕對的君主專治體制下，其是針對代表國家的君主個人，在君主立憲的體制下，則是針對受憲法拘束的君主，而該君主係立於政治上爭論的那邊並且使其公僕承擔公共福利的義務。在共和國體制下，此特別拘束仍然存在；公職要求對國家及憲法忠誠。其可以見到的表達方式存在於效忠的宣誓。隨著時間的進展，這特別的拘束由一個（概括的）義務產生許多不同具體的公務員義務，例如在現代的公務員法中被確定的義務，以及今日在聯邦公務員法（BBG）第五十二至第五十六條、第六十一條、第六十四條、第七十二條、第七十四條；公務員法網要法（BRRG）第三十五至第三十九條、第四十四條；邦公務員法（LBG）第六十五至第六十八條、第七十七條、第八十

條、第八十八條、第九十條等規定中所包含之義務。基本法亦堅持公務員的那個傳統的忠誠義務，係職業公務員制度的一個長期流傳下來並且應予以重視的原則（參見基本法第三十三條第五項規定）；在基本法第三十三條第四項規定（職務及忠誠關係）及基本法第五條第三項第二句規定（對憲法忠誠）（註一一），均特別強調這個原則。堅持這個長期流傳下來原則之理由，係清楚地如下：現代「行政國家（Verwaltungsstaat）」具有多種多樣並且複雜的任務，社會政治制度的功能與團體、少數和個人人性尊嚴的生活機會，均係日復一日取決於這些任務適當、有效率、準確的履行，而一個完整、守法、對義務忠誠、由內在服膺國家及其憲政秩序的公務員主體，即是被安排來執行這些任務。如果公職人員不再值得信任，則社會及其國家會在關鍵緊要的情況中被出賣而喪失（參考文獻例如：拉邦，德意志帝國的國家法，一八七六年第三九五、四二二頁〈Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1876 S. 395, 422〉；布雷姆，依德國國家法之公職之法律上的本質，集於德意志帝國的年報，一八八五年第二一八八頁以下〈Brehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschen Staatsrecht, in Annalen des Deutschen Reiches, 1885, S. 288ff.〉；柯特根，德國的職業公務員制度及國會的民主，一九一八年第七九、一〇八頁以下〈Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928, S. 79, 108ff. u.ö.〉；蓋爾伯，新版的公法檔案，第十八卷，一九三〇年第一頁以下〈Gerber, Archiv für öffentliches Recht N.F. 18. Bd. 1930, S. 1ff.〉；耶利內克，公職的法律形式，集於安許次——托馬，德國國家法手冊，第二冊，第二十四頁〈W. Jellinek,

Rechtsformen des Staatsdienstes, in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., S. 24)；丹尼斯，公務員的義務與權利，集於安許茨——托馬，德國國家法手冊，第二冊，第四十一頁（Daniels, Die Pflichten und Rechte des Beamten, in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 42)；次維爾訥，公務員的政治上的忠誠義務，一九五六年（Zwimer, Politische Treupflicht des Beamten, 1956)；伯特赫爾，公務員與軍人的政治上的忠誠義務及通訓和交換意見的基本權利；一九六七年（Böttcher, Die politische Treupflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967)。

2. 逐一由那概括的忠誠義務得出之所有的公務員之義務，在此不是單獨被決定的。無論如何政治上的忠誠義務屬於公務員忠誠義務的核心，這是以受到確定。惟此並非指負有義務，認同當時政府的目的或一個特定的政策而言。毋寧係指有義務去準備認同這個國家自由、民主、法治及社會國家的秩序。准許批評這個國家的表現，以求能主張現存關係的改變——在憲法的框架內，並且用憲法上規定的手段方法——這不會受到排斥的，只要在這範圍內不會使正是這個國家及其憲政的基礎成爲問題。國家與社會會對一個不具批判性的公務員整體不感興趣。但是公務員對仍有效存在的國家——忽視其缺點——及現行有效的憲法上秩序予以肯定，承認它們是值得保護的，在此意義內仍然擁護它們並且積極的爲其辯護，這些都是不可放棄的。做到這些的公務員已滿足對其要求之忠誠義務，並且由此基進出發，其亦能表達批評，以及支持致力追求現存關係的改變——在憲政秩序的框架內並以符合憲法的方式爲之。具決

定者是：忠誠義務要求肯定國家及其現行的憲法秩序，在其依修改憲法方式變更的範圍內亦同，並且這不僅僅是口頭上，而是特別在從事職務時，該公務員會注意並實現現存的憲法上的和法令上的規定，以及由此等法規的精神出發來執行其職務。政治上的忠誠義務——對國家及憲法忠誠——要求更多，對國家與憲法僅僅有形式上正確，在其他方面卻是缺乏興趣、冷漠、內在保持距離的立場和態度係不夠的，其特別要求公務員明確地與攻擊誹謗國家、其合乎憲法設置的機關及現行憲法秩序的團體及活動分離。公務員被期待的是其認識這個國家與其憲法，將它們當作一個高層肯定的價值並且承認，也認為這個價值值得被擁護。政治上的忠誠義務，在危機時刻和嚴重的衝突情形時會被證明是可靠的，此時，國家指示公務員站在其同一邊的立場。國家——在此更具體地說係指每一個符合憲法規定的政府，以及所有國民——必須能夠信任該公務員在其執行職務時已準備好為這個國家，為「他的」國家，負責，也能夠信任該公務員在他服務的國家內覺得與在家裡一樣——現在和任何時刻，並非僅在當他追求的改變經由符合憲法修正的方式被實現時始有此感覺。

3. 在基本法的適用下，公務員的長期流傳下來之忠誠義務保持一個特別的重要性，經由此憲法不是價值中立的，而係其決定極重要的基本價值，而使得忠誠義務受到憲法的保護並且憲法賦予國家防護它及保證它的任務（參見基本法第一條規定（註一二））。憲法對其威脅採取預防措施，其設立國家機關以特別的程序去抵禦對符合憲法規定秩序的攻擊，其制定一個防衛性的民主（基本法第二條第一項規定、基本法第九條第二項規定、基本法第十八條規定、基本法第二十條第四項規定、基本法第二十一條第

二項規定、基本法第七十九條第三項規定、基本法第九十一條規定、基本法第九十八條第二項規定（註一三〇）。欲服公職的申請人與在公職中服務的公民，如拒絕此自由、民主、法治及社會國家的秩序並與之抗爭，那麼憲法的這個基本決定會排除國家允許此人至公職服務或繼續留在公職中，蓋國家根據憲法行使的職責係取決於其公務員之自由、內在的受此現行憲法之拘束。該公務員不能同時在被組織化的政府中活動，又要求與此相結合之個人的安全與利益，以及意欲由此職位出發破壞其行動的基礎。自由民主的法治國家不能並且不允許交到其破壞者的手中。

4. 由以上已經說明的憲法的情況必定得出以下結論：一個違反其依基本法第三十三條第五項規定應負之忠誠義務的公務員，即係侵害其職務上義務。各公務員法將此具體化；聯邦公務員法第五十二條第二項為聯邦公務員規定：「公務員必須經由其整體行為表現出對在基本法意義下自由民主基本秩序之擁護，並且為其維繫辯護。」而且按聯邦公務員法第七十七條第二項規定，以下行為適用瀆職罪，如果退休公務員，或者是領有親屬扶養費用之公務員「從事反對基本法意義下之自由民主基本秩序的活動」或「參與致力於意圖損害德意志聯邦共和國的存在或安全」。一致的規定亦見於公務員法綱要法第三十五條第一項第三句與第四十五條第二項規定，以及邦公務員法（LBG）第六十五條第二項、第九十三條第二項第一款及第二款規定。試用中及受訓中的公務員犯此等瀆職罪者，一般會被免職（die Entlassung aus dem Amt）。終身職之公務員、或有任職期間之公務員（得因此職務義務之違反，在正式的（懲戒程序中）被判決撤職的處分。法院的）

無論如何惟當基於一個已犯的具體瀆職行為，始有被處以撤職處分的可能。公務員缺乏任何時刻為自由民主基本秩序辯護之保證，並不當然就構成瀆職，而係當其被證實違反經由整體行為擁護在基本法意義下之自由民主基本秩序並為其持續辯護之職務義務時，始該當。在此須注意者，公務員忠誠義務的內容未完全涵蓋懲戒法上受制裁的公務員忠誠義務之違反，因為後者的構成要件尚有義務違反之重要性及明顯性之最低限度要求。另一方面，此義務之違反亦不限於積極主動之作為，而係在不作為時亦能構成，例如長官或職務長官對於在其負責範圍內之破壞憲政的陰謀故意忽視或任其發生即是。僅有確信及傳達有此信念，則並未構成違反公務員應負擔之忠誠義務；如果該公務員由其政治上的確信得出其敵對德意志聯邦共和國憲法秩序之態度、其職務義務履行之方式、與其同事之交往或在其政治確信下積極從事政治活動，那麼該構成要件即被逾越。

如退休公務員及較早領有扶養親屬費用之公務員曾從事破壞基本法意義下自由民主之基本秩序，或是如其曾致力參與意圖損害德意志聯邦共和國之存在及安全者，會被視為瀆職罪（「適用」瀆職罪之規定）。在此要求敵視方式之積極活動。意見的表達能夠，但不是必須具備此種敵視方式主動積極性之性格。只要意見的表達僅在於相信論點的說服力而批評現存的狀態，或改變現存的法律規範或在憲法中規定之憲法上的程序，則其尚未實現瀆職罪的構成要件要素。此種意見的表達可能至多僅違反由其相對於整體之職位及由考慮其職務上義務所產生之公務員在政治活動上應有節制之義務（聯邦公務員法第五十三條規定）。反之，貶抑蔑視自由民主的基本秩序、中傷誹謗憲法上的價值決定及制度功能、要求破壞

現行有效的法令規定，均可認為係煽動違反自由民主基本秩序之活動。

5. 由所述之憲法上要求公務員之忠誠義務得到一個更進一步的結論。如果該公務員依其個性僅適合公職——基本法第三十三條第二項規定意義內之能力（註一四），係任命進入公務員關係內之前提要件——當其任何時刻都準備為自由民主的基本秩序辯護，則在這個憲法觀點下必須要求，僅有那些亦願提供保證任何時刻準備為自由民主基本秩序辯護的候補者才能任命進入公務員關係。這亦是一個為進入公務員關係而依憲法所要求的（基本法第三十三條第五項規定）並且經由普通法予以具體化之法律上的前提要件，即申請人提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護，就如同在德國法官法（第九條第二款規定）、聯邦公務員法（第七條第一項第二款規定）、公務員法綱要法（或譯為「公務員法基準法」）（第四條第一項第二款規定）以及邦法中相一致之規定。這些所論及公務員法規正巧其內容在上述第二點有更詳細的說明；並且這是所有用人機關的法律義務，認真看待此內容，以及適用它。

正巧因為終身職之公務員或有任職期間之公務員，若違反其忠誠義務，按公務員制度長期流傳下來的基本原則，惟有經由正式懲戒程序，始有可能被處以撤職處分，所以用人之機關必須注意不讓任何不願提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護之人成為公務員。用人機關對於申請人亦有義務，採取根據憲法可能的預防措施，俾使用人機關不必被迫對於違反政治上忠誠義務之公務員開始懲戒程序。對此憲法上承認的手段係審查及決定，是否申請人的個性提供保證，其將在任何時刻為自由民主基本秩序辯護。

用人機關決定關於接受進入公務員關係之申請，惟其未負有義務，對其疑慮事前聽取申請人說明。在此決定上沒有「舉證責任」的問題，申請人既不必負擔舉證其提供所要求之保證，用人機關亦不必負擔舉證申請人未提供此項保證。「在憲法忠誠上之疑慮」，只在此有意義，即負責任用公務員之機關主管在其做決定時未被說服相信申請人提出保證願在任何時刻為自由民主基本秩序做辯護。這個確信係根據一個同時包含預測性在內之判斷做成的；此判斷只注重個案情況，並且總是以一個依各個情況變化之大量因素及其評價作為基礎。此事在這方面原則上並非係職務長官必須為公職就有關公務員之特別的才幹、能力或成就做決定。此係涉及一個關於公務員性格之預測的判斷而非僅僅是涉及各個判斷因素之確定（意見表達，參與示威、政治上的積極活動，隸屬任何團體、社團或政治上的黨派）。一個申請人可能欠缺服公職的才幹就是一例，即使他有特約的公務醫師開具的健康證明，但是只要例如他在用人機關判斷後被認為係不明理地好辯時，亦不能使其申請被接受。如果儘管有教育上的學習，然而申請人仍然沒有最低限度的與其他同學交往周旋的本事，則其亦欠缺擔任公職的能力。最後申請人亦可能有成就上的疑問發生，如果他——雖然有考試上取得之資格——但是不能滿足執業上的需要，及時採取決定（即決意將決定推開）。諸如此類的例子尚有許多。——關於申請人個性所要求作的判斷，許多都是取決於個人的印象。因此人事主管或機關的主管一向重視申請人的自我介紹，或是邀請申請人做一個介紹性的拜訪，而且如果有疑慮存在，是否申請人會提供保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護時，就不僅如此而已。除此之外，亦不能對最後所述的情況做更多其他的要求。

假如拒絕申請的決定應該經由撤銷之訴予以撤銷，則申請人有人機關支持其做拒絕決定之各種情況的接受受告知請求權。相同的原則會適用於此撤銷之訴，即行政法院已為許多案件發展出來的原則：一個判斷（諸如考試成績、職務上的判斷等等）是法院審查的對象。在用人機關有足夠權限做判斷餘地的範圍內，法院的事後審查會受限於是否該部門係由一個不正確的事實情況出發，以及是否該部門就公務員法與憲法上得自由行動之範圍（基本法第三十三條第二項與第五項規定）做了錯誤的判斷。此外，拒絕申請決定的事後審查係受限於恣意審查（die Willkürkontrolle），因為在公務員法中並無接受進入公務員關係的請求權——基本法第三十三條第二項亦只談到，每一個德國人有「依其才幹、能力及專業成就擔任公職之同等權利」；對此，法院不得將該涉及的判斷以自己的判斷來代替。出於相同的理由，法院絕對不得宣告撤銷之訴之原告具有去擔任公職之權利（即不得接受進入公職之申請的判決），而是至多撤銷該拒絕之決定，並且經由此方式迫使行政機關重新做關於接受申請進入公職之決定。

6. 如果僅是個案決定，是否申請人依其個性提出保證或不提出保證，任何時刻為自由民主基本秩序辯護，那麼假使一個法律一般性地強制規定，以個別具體的行為方式排除申請人任何時刻將都會主張擁護自由民主基本秩序的保證，則其顯然有憲法上的疑義。具決定性者係一個此類行為的評價與其他觀點的關聯性，而申請人依其個性提出或不提出任何時刻將為自由民主基本秩序辯護之保證的確信即立於此上。

7. (a) 這裡談到的由基本法第三十三條第五項規定產生之法律情況——公務員的忠誠義務及申請人的

審核，是否其提出任何時刻主張擁護自由民主基本秩序的保證——適用於各個公務員關係，如有任職期間之公務員關係、試用中之公務員關係、受訓中之公務員關係及終身職之公務員關係。該法律情況並未按公務員職責的種類而有區別。因爲在這整體當中具有重大意義者，係每一位從事反對基本法意義下自由民主基本秩序活動之公務員，或每一位致力參與以損害破壞德意志聯邦共和國存在或安全爲目的活動之公務員，其不僅會對其所負職務任務完成之方式造成危險，亦會在考慮到其環境、同事、職位、機關之影響下的可乘之機時，構成在其敵視憲法之政治上確信意義下的一個危險。

(b) 如同必須注意整體性的要求，在公職中服務的僱員 (die Angestellten in öffentlichen Diensten) 亦對其僱主負有忠誠及認真履行其職責之義務。同樣其不許攻擊國家及其憲法秩序。如這些在公職中服務的僱員有重大侵害此等職務義務之行爲時，其亦能無限期地被免職。而且如果考慮到這些僱員對與其僱用結合在一起的義務不能或不願履行時，相同地其僱用得被拒絕。

(c) 對實習而言，是否在公務員關係或在僱員關係中被完成都無關緊要，無論如何只是在考慮到行政實務內某種發展仍有以下須注意之處：任何將公職作爲職業目標的人，則其該在「三階段」中充實自己以便擔任此種職務：他研究學習，他得到總是必要具備的基本教育——經由實習的結業俾勝任更高的職務——，他會被接受爲試用中的公務員。職務長官在第二及第三階段有機會深入認識申請人，觀察他並且最後形成關於其個性之判斷。在此，何處行政機關能直接對候補者得到一個可信的印象，其重點必須係在於判斷的獲得，是否申請人提出或不提出該所必要的保證。惟此表示，一個在一定程度上「暫

時的「判斷對進入實習的接受已經足夠，所有用人機關不用進一步額外調查即得認識的情況均可作為判斷的基礎，例如由人事及刑事卷宗，或由一般即可得到的報告即可認識者，這些都是不必由其他（國家保護——）機關有系統地依相當的調查始得獲知的。最後所提的「調查」（*Ermitfungen*）僅能揭露一些行為方式，那些年青人在受教育及學習研究期間中表現出來的，源自經常的情緒起伏伴隨表態性的抗議，以及部分是來自環境與團體的反應，因此很少係自己就當作一個因素（在許多因素當中），由此或許能得到一個對判斷者而言有關個性的結論；然而在另一方面，此類調查卻會毒化政治的環境，不僅會妨礙關係人信任民主，亦會破壞自由國家的威信，在關係之外站在「收獲」的角度，並且在這方面形成一個危險，即當它累積後太容易有被濫用的可能。因此，爲了用人機關的目的而要作此類的調查並累積其成果，這幾乎不符合在法治國家原則下固定之公權力干涉的比例要求。

II、

僱主之決定自由，在適用就公務員政治上忠誠義務有較詳細規定之公務員法上規定時，並不會受到基本法第二十一條規定之限制。

1. 基本法第二十一條第二項規定將有關一個政黨的合憲性或違憲性之決定保留給聯邦憲法法院。一個政黨可能實際上有反抗自由民主基本秩序之行動，或懷著損害國家安全的目的；雖然帶著這種論點的政黨得在政治上被控制，但是只要其未被聯邦憲法法院經由法定特別程序禁止之前，該政黨在其政治上的積極主動活動就不能受到法律上的阻礙。故而聯邦憲法法院所作之該判決，對於經由警察、行政及法

院針對該政黨所作之干涉上具有決定性的重要意義（參見聯邦憲法法院判決輯第五冊，第八十五頁（尤其第一四〇頁）；聯邦憲法法院判決輯第十二冊，第二九六頁，〔尤其第三〇四頁以下〕BVerfGE 5, 85[140]:12, 296[304f.]>）。

2. 沒有組織及幹部為一個政黨工作，該政黨不能生存。直至其被聯邦憲法法院禁止之前，一個政黨都許可「存在」，因此即表示其組織與幹部的活動不許受到干擾或阻礙。何者在此經由憲法許可的，就不能再另立嗣後法律上不利益（制裁）的構成要件。故而刑法第九十條之一（StGB）——一個有組織之犯罪（ein Organisationsdelikt）——，就涉及政黨部份，因抵觸基本法第二十一條規定而被宣告為無效（參見聯邦憲法法院判決輯第十二冊，第二九六頁〔尤其第三〇五頁以下〕BVerfGE 12, 296[305ff.]>）。出於相同的理由，聯邦賠償法第六條第一項第二款規定（BEG）不適用於在被聯邦憲法法院禁止前僅擔任政黨幹部之人，因其代表該政黨，故在其為政黨目標所使用之一般受允許的方法均係合法的（參見聯邦憲法法院判決輯第十三冊，第四十六頁〔尤其第五十二頁以下〕；除此之外，參見聯邦憲法法院判決輯第十三冊，第一二三頁〔尤其第一二六頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十七冊，第一五五頁以下〔BVerfGE 13, 46[52f.]:vgl. außerdem BVerfGE 13, 123[126]:17, 155ff.]>）。反之，如果一個政黨的幹部努力追求之目標及所作宣傳之活動均係在該政黨要求的範圍內，則該政黨違憲之確定亦不以其幹部按刑法第八十條、八十一條規定因內亂罪被提起公訴並受有罪判決為前提（參見聯邦憲法法院判決輯第九冊，第一六二頁以下〔BVerfGE 9, 162ff.]>）。

如同由所有理由之關聯性產生出的這個判決，其只注意到在政治上積極活動之公民處於社會中的一般情況，並未針對身為公務員而立於特別法律上地位之公民來設想。在所引述裁判中衡量的對象根本就不是何者是公務員准許去做的，何者是公務員不准許去做的，以及何種結論是僱主准許由經認定非一個政黨幹部與支持者所做之正式活動之其他活動得出的。

3. 如前所述針對政黨活動自由的論證，其基礎係在於基本法第二十一條規定——因此公民為該政黨不受打擾及不受阻礙的正常運作所為之政黨正式的活動可以免於受到制裁——，反之，公務員對於自由民主國家係居於一種特別親密的關係，即對國家負有政治上的忠誠義務，故憲法上的原則在此處於一個另外的法律上關係。如果國家不願自己提出疑問，則國家在其自由民主上會需要為它及現行憲法秩序辯護、在危機與忠誠衝突的時刻為它防衛的公務員，而且在這當頭的時候其公務員會忠實地履行交付給他的任務，並使之與憲法的精神、憲法上的價值決定與要求，以及現行法令一致。

在基本法第三十三條第五項規定中實現之憲法決定，與基本法第二十一條第二項規定並無抵觸；基本法第三十三條第五項規定要求公務員主張擁護社會憲法規定的秩序，反之，基本法第二十一條第二項規定是讓公民有自由拒絕此種合憲的秩序並在政治上與其抗爭，只要他係在一個未受禁止的黨派內以一般允許的方法為之即可。公務員的特別義務並非鑑於政黨利益而設，尤其不是為了阻礙政黨的政治上積極活動，而係出於憲法國家的安全能免於受到來自公務員領域之危險的考慮。假設沒有公務員政治上忠誠義務的要求，則政黨特別的法律地位及其權能將會是在憲法規定方法外，致力改變或顛覆現行憲法秩

序之最理想的溫床。這不牽涉該公務員會因其隸屬一個政黨而受到不利益。這個問題毋寧係該公務員在其職務上是否有無違反該政治上忠誠之義務，以及該申請人是否就一個職務按他的個性提出任何時刻為自由民主基本秩序辯護之保證。這些問題都是該公務員及該申請人自己經由其行為予以回答。可能對於該申請人個性之判斷上非常重要的行為，其部分亦能是加入或從屬於一個政黨之行為，而該政黨係追求與憲法敵對的目標，——與此無關者，係是否該政黨之違憲性已無經由聯邦憲法法院判決確定。這將可能是恣意的，不僅剔除此個性判斷的要素，並強求僱主肯定一個公務員的憲法忠誠，惟因一個關於一個政黨違憲之聯邦憲法法院裁判尚未作出——此外，一個裁判係取決於聲請，而該聲請又係由申請人衡量決定，並且其很難僅為了能拒絕職務的申請者，或為了能對因為違反其政治上忠誠義務之公務員給予懲戒法上的干涉，就被提出。

被聯邦憲法法院保留有關一個政黨是否違憲的裁判迄今雖尚未發布的情況，不會妨礙該確信許可被獲得及被辯護，該政黨既係以追求破壞憲政為目標，則其應在政治上被制止。一個例如有計畫宣傳無產階級專政或肯定以暴力的方法顛覆合乎憲法秩序的政黨，當環境狀況可能許可時，會以破壞憲政作為其追尋目標，即使按照聯邦憲法法院法第四十三條規定（BVerfGG），聲請權人因為認為與該政黨有政治上的爭辯已經足夠，或認為能很有效地保護在基本法意義下的自由民主秩序，並不需要在形式上禁止該政黨，而寧願選擇不開始政黨禁止的程序，這對於政黨的屬性並無影響。因此，政府在其每年向國會及公眾所作的報告中提出有關破壞憲政之力量、團體及政黨的發展，這在憲法上並無疑義存在，並且亦係基

於政府應負政治上責任之要求。只要由此對一個政黨產生事實上的不利益（在吸收黨員及追隨者方面），則該政黨反之即不被基本法第二十一條規定保護。同樣地，間接由基本法第三十三條第五項規定為擔任公職及為繼續保留在公職服務而建立起來的界限所產生之事實上不利之影響，亦有適用。

III、

這個迄今被解釋的法律情況亦不抵觸基本法的基本權保障：

I. 在此處於重要地位之基本權利係思想自由權（基本法第五條第一項及第二項規定（註一五））。

(a) 思想自由與公務員忠誠義務間之關係有其歷史。它在威瑪時代有兩次具有重要意義——在第一次威瑪共和的時代，當它用於抵禦共產主義的積極擴張與極端右派團體的暴力行徑時，以及在第一次威瑪共和的時代，當德國國家社會勞工黨出現並且變得日益危險時。

一九二二年八月二十六日艾茲伯格 (Erzberger) 被謀殺、一九二二年六月四日舍德曼 (Scheidemann) 遭謀害未遂、一九二二年六月二十四日拉特瑙 (Rathenau) 被殺害。在這些事件發生之後，帝國政府立即建議帝國總統依威瑪憲法第四十八條規定 (WRV) 發布保護共和國的行政命令，該命令於一九二二年六月二十六日公布施行。同時共和政體維護法 (das Gesetz Zum Schutze der Republik) 在聯邦議會內被討論，雖然該法在一九二二年七月十八日三讀時係三〇三票對一〇二票，但仍以修改憲法的多數通過並且於一九二二年七月二十一日被簽署（參見帝國法律公報第一冊，第五八五頁〈RGBl. I S. 585〉）。同一天在聯邦刑事警察法 (Reichskriminalpolizeigesetz)、免刑法 (Straffreiheitsgesetze)

tz)及關於維護共和政體準備採取之措施之法律 (ein Gesetz über die Bereitstellung von Mitteln zum Schutze der Republik) 的公布外，亦發布關於公務員維護共和政體義務之法律 (das Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik) (參見帝國法律公報第一冊，第五九〇頁 (GBI. I S. 590))。該法對一九〇七年五月十七日公布施行之聯邦公務員法 (Reichsbeamtengesetz) 插入以下第十條之一的規定：

聯邦公務員 (Reichsbeamte) 負有義務，在其從事職務時擁護主張根據憲法之共和政體的國權 (Staatsgewalt)。

在其身為共和政體之公務員時，不得從事一切與其職位相關連之事務。尤其禁止從事以下的活動：1. 以其職務或其職位可得利用之設備濫用於致力變更根據憲法設置之共和政體之國家形式；

2. 在執行職務時或在濫用其職位下，於言論中清楚表示出對根據憲法設立之共和政體之國家形式、聯邦國旗或符合憲法規定聯邦政府或邦政府的蔑視，而適足已降低其在公衆輿論中的地位；

3. 在執行職務時或在濫用其職位下，受其隸屬或指示之公務員 (Beamte)、僱員 (Angestellte) 及勞工 (Arbeiter)、學生 (Zöglinge oder Schüler) 對根據憲法設立之共和政體之國家形式或符合憲法規定的聯邦政府或邦政府產生蔑視貶抑；

4. 對於在職務上有隸屬關係之人員之職務上有前述第一款至第三款行爲者，予以容忍。

此外，聯邦公務員亦禁止在公開場合充滿敵意或煽動地要求致力君主政體的恢復或反對共和政體的

存在，或是經由誹謗、辱罵或鄙視共和政體或支持在現存的聯邦政府或邦政府中任職之成員從事此類的努力。

而且一九三〇年普魯士邦的國家部決定：

按德國國家社會勞工黨及德國共產黨之發展，已可將此二個黨派視為組織 (Organisation)，而該組織之目標係以暴力顛覆現存的國家秩序。一個參加此類組織之公務員，為該組織活動或從事其他的支持，經由此方式，該公務員不僅違反由其公務員關係產生之特別的對國家忠誠之義務，並且係有責地犯下瀆職罪。因此，所有的公務員禁止參加這些組織，為其活動或從事其他的支持。

本部在此特別要求全部公務員認識此見解，並且指示，以後對於違反的每一個直接或間接的國家公務員，均會移付懲戒。

本部同時規定，下屬機關必須向主管的專業部長 (Fachminister) 報告每一件違反的情況。

(特別發表在一九三〇年七月九日普魯士邦司法部之一般處分內——T 10237——見於一九三〇年司法部公報，第二二〇頁 in *Justizministerialblatt* 1930, S. 220)。

在威瑪憲法的適用期間，通說關於思想自由與公務員忠誠義務間之關係，亦可見於普魯士邦的高等行政法院判決：

……機關首長 (Oberpräsident) 有權批准認可由地方議會選出之職務主管 (Amtsvorsteher)。……

(所以) 機關首長不會被剝奪在由其就有關批准而採取之決定上，按自由合於義務的裁量考慮可能反對

批准認可該當選人的所有情況，尤其又係對以下情況加以衡量，是否該當選者從屬於一個以暴力顛覆破壞國家秩序爲目標的政黨，會使得其將在他執行職務期間從事其政黨目標實現之憂慮變成正當。如果機關首長已經批准認可，則他無權再就該由其批准之職務主管的留任作決定。關於這點，毋寧係僅能在懲戒程序中由懲戒法官作決定，……在本案中，被告僅需對其在職務上應負擔義務的違反，即其擁護共產黨一事，承擔責任。惟若情況是一個公務員擁護一個政黨，僅此尚不足以構成其職務上應負義務之違反，並且同樣亦不足以構成一個在職務內或職務外不足取之行爲。……僅因公務員擁護一個政黨，就對其課以懲戒法上的處罰，這是絕對被排除的。或許僅係當一個公務員已試圖達到經由積極的行動促進其擁護之政黨以暴力顛覆破壞現存國家秩序作爲政黨之目標時，始可能構成足以免職之瀆職行爲……（高等行政法院判決輯第七十七冊，第四九三頁〔尤其第四九四頁及其下一頁〕〈OVGE 77, 493 (494f.)〉）。

是否僅僅加入這一類的政黨已經可被視爲爲該政黨活動，得暫且擱置；因爲被告並未爭辯，自一九二〇年秋天獨立的德國社會民主黨（die Sozialdemokratische Partei Deutschlands）分裂以來，其不僅是黨員，而且還是德國聯合共產黨（die Vereinigte Kommunistische Partei Deutschlands）地方黨部K的第一主席，並且會超越較狹的協會生命（Vereinsleben）之領域界限，在一九二一年三月薩克森邦（Sachsen）的鄉下於動盪不安的期間特別爲德國聯合共產黨活動，於一九二一年三月三十日清晨在其擔任車工工作的G.礦坑開始工作之際，勸誘那些願意工作的勞工開始全面罷工，一如根據普魯士邦內

政部長的官方調查確定之結果，被告曾大聲呼叫爲引起以暴力方式顛覆破壞現存的國家秩序（高等行政法院判決輯第七十八冊，第四四五頁〔尤其第四四六頁〕〈ONGE 78. 445 (446)〉）。

這是毋寧置疑的，直接參與尋求以不合法手段實現政黨目標的行爲，與擔任公職係不相符合。……有許多超越僅僅擁護一個政黨之政治上活動的階段是可以想見的，此等無需直接參與違法的行爲，例如從加入該政黨及通常的捐獻，以至煽動地積極作用及居領導的政黨地位均屬之。究竟此類對一個努力達到以暴力顛覆現存國家秩序之政黨有利益的行爲，違反職務義務或一個公務員在職務外應爲之行爲到何種程度，需要個案予以決定，正如同一個公務員在許多其他的違犯上，例如在不服從、注意的違反、道德上令人生厭的生活作風及其他相類似者，均需個別確定懲戒處罰的界限一樣（高等行政法院判決輯第七十八冊，第四四八頁〔尤其第四四五頁〕〈ONGE 78. 448 (455)〉）。

一個公務員的工作關係（Arbeitsverhältnis），只要這個措詞根本上尚可適用，則其包括……不僅該公務員的工作，而且尚有該全部的個性（Persönlichkeit），以致於那些整體全部在職務內及職務外之行爲均與該工作關係相關。該公務員在其工作關係內持續地行動，以致於按該沒有工作關係准許阻礙自由言論的憲法規定，對該公務員僅得於當此言論停留在經由公務員關係所得出之限制範圍內時，始有適用（高等行政法院判決輯第七十七冊，第五一二頁〔尤其第五一八頁及其下一頁〕〈ONGE 77. 512 (518f.)〉）。

依此，由公務員關係所生之特別義務限制了思想自由。僅係政治上的觀點及觀點的擁護——即使其

涉及了一個破壞憲政之政黨及其計畫——仍不構成懲戒法上要予以制裁的義務違反。但是「一個在「言論（Äußerung）」中表達出對破壞憲政政黨的支持，卻已經足以構成義務的違反（安許茨，一九三三年威瑪的聯邦憲法，對憲法第一三〇條規定所作註釋1至3〈Anschütz, Weimarer Reichsverfassung 1933, Anm. 1 bis 3 zu Art. 130〉；漢次夏，自由言論之法律規定，集於安許茨——湯馬，德國國家法手冊第二冊，第六七〇頁及其下一頁〈Hantzschel in Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., "Das Recht der freien Meinungsäußerung" S. 670f.〉；亦可參照漢次夏與貝爾納所撰文獻，載於一九三〇年的聯邦行政公報及普魯士邦的行政公報，第五〇九頁以下，第六六七頁以下〈vgl. auch Hantzschel und Berner in Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt 1930, S. 509ff., 667ff.〉）。

相同的問題於基本法的適用下，在一九五〇年第一次具有重要意義；當時適用一九五〇年五月十七日於聯邦公布施行之德國公務員法第三條第二項規定：「在聯邦任職之人員必須經由其整體的行為擁護民主國家的思想。」聯邦政府對於此於一九五〇年五月十九日作成以下的決議：

聯邦共和政體的敵人加強努力，逐漸破壞自由民主的基本秩序。任何參與此類的努力，均與公職的義務不相符合。所有直接或間接擔任聯邦公職之人員，按暫行的聯邦人事法（das vorläufige Bundespersonalgesetz）第二條規定，必須經由其整體的行為擁護民主的國家秩序。

凡任職聯邦職務之公務員、僱員或勞工參加反對自由民主國家秩序之組織或奮鬥，為其活動或做其

他的支持，以及凡特別接受委託或真正的針對共產的 S E D 及所謂的「全國代表大會 (Nationalkongress)」之第三次黨代表大會所做以暴力作為行為行動綱領之決議而工作活動之人，均係有責地嚴重的違反義務。

以下尤其屬於這些組織，對其支持係與職務義務不相符合：

1.——13.....

聯邦政府請求職務長官對於經由參與此類組織或奮鬥而違反其對聯邦共和政體所負忠誠義務之公務員、僱員及勞工，採取必要的措施。對於有過錯之人將絕不寬貸地立即予以撤除其聯邦職務，而且在終身職之公務員則導致正式懲戒程序的開始並同時暫時免除其職務及扣留其薪俸，在得撤回任命之公務員則導致撤回任命 (Widerruf)，在僱員及勞工則導致無限期地解僱。

聯邦政府推薦各邦政府立即採取一致的措施。

(對此參照格雷瓦、舍爾納，在公職上之政治上的忠誠義務，集於耶利內克等人編著，德意志聯邦民法，法蘭克福，一九五一年出版，第九頁以下，第三十五頁以下，第六十五頁以下 (vgl. dazu H. Jellinek u.a., Grewe, Scheuner in Deutscher Bund für Bürgerrechte, Frankfurt/M., Politische Treupflicht im öffentlichen Dienst, 1951, S. 9ff., 35ff., 65ff.))。

一九七二年一月二十八日聯邦及各邦對於以下聯邦總理及各邦政府首長的決議取得一致看法：

依聯邦及各邦公務員法及對僱員與勞工有一致適用的規定，擔任公職者負有義務積極地主張擁護基

本法意義下之自由民主的基本秩序，並為其持續予以辯護。破壞憲政的努力構成此種義務的違反。擔任公職者身為與合乎憲法規定秩序抗爭的政黨或組織之成員——亦如同此類政黨及組織所為其他的支持促進活動——，都絕對會因此導致忠誠衝突（Loyalitätskonflikt）。若這會導致一個義務的違反，則必須個案予以決定僱主將取何種措施。

按所述的規定僱用人員進入公職，係以申請人提出保證其任何時刻為基本法意義下之自由民主的基本秩序辯護作為前提。若在此存有懷疑的理由，則原則上會使拒絕其申請成為正當。

（參照一九七二年二月三日第十五期公報，第一四二頁〈vgl. Bulletin Nr. 15 vom 3. Februar 1972, S. 142〉）。

此決議之適用保持至今係有爭論的；認為應經由法律規定取代此決議的觀點看法則尚未被實現。

(b) 按德意志聯邦共和國憲法規定：公務員享有基本權利之保護。雖然他在「國家內」擔任公職，並且因此對國家負有特別的義務，但是他同時亦是公民，得向國家主張其基本權利。在公務員身上，二個基本法的基本決定相碰在一起：一個對國家而言並非多餘的，並且係可以委以重任、信賴、肯定自由民主基本秩序的公務員主體之保證——如學者萊錫爾（Lerche）所言的「固定的憲法核心」（fixierte Verfassungssubstanz）」的部分（參照貝特曼——尼伯戴——蕭伊納編，基本權利，第四冊，第一個半冊，第四七四頁〈vgl. Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 4, 1. Halbband, S. 474〉）——以及個人權利自由的保證，在此尤其是言論自由之基本權利的保證。必須尋求的必要平衡

係在於，為維持公務員體制上不可免除之必要的公務員義務限制其享有之基本權利。這個在基本權利行使上所有可以想像情況下之準則的具體化，在此不需要被說明。正如前述的解釋，那個準則的具體化，在政治上的「言論」與公務員之義務無法協調此點上已經表露無遺。任何得評價為政治上的言論，惟當其未與基本法第三十三條第五項規定所要求的公務員之政治上的忠誠義務相抵觸時，始得經基本法第五條規定受到憲法上的保護。在具體情況中，該言論有無抵觸公務員政治上之忠誠義務，係按基本法第五條規定所建立之法律上界限，在此受到限制的範圍內予以解釋來決定（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第一九八頁〔尤其第二〇八頁以下〕；聯邦憲法法院判決輯第二〇冊，第一六二頁〔尤其第一七七頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十一冊，第二七一頁〔尤其二八一頁〕〈BVerfGE 7, 198 [208ff.] : 20, 162 [177] : 21, 271 [281]〉）。在此意義下，該等經由基本法第三十三條第五項規定涵蓋之公務員法及懲戒法上之規定，係屬基本法第五條第二項規定上之一般法律規定。

2. 同樣地，這不僅適用於基本法第二條第一項規定之基本權利，亦適用於基本法第八條第一項及第九條第一項規定（註一六）之基本權利，雖然在該等規定上缺乏明示的法律保留（ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt），但是在這些規定中已有「內在固有的限制（*immanente Schranke*）」（聯邦憲法法院判決輯第三冊，第二四八頁〔尤其第二五三頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二〇冊，第二五一頁〔尤其第二五五頁及其下一頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十一冊，第九十二頁〔尤其第九十三頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十四冊，第三六七頁〔尤其第三九六頁〈BVerfGE 3, 248 [253] : 20, 351 [355f.]

〕；21, 92 [93]；24, 367 [396] 〕〕：「個人必須讓其行為自由受到這樣的限制，這些限制係立法者為照顧及促進社會共同生活，在已有事實之限度內所得出之一般預測，其亦係以個人之獨立自主的維護為前提而設的」〔聯邦憲法法院判決輯第四冊，第七頁〔尤其第十六頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十二冊，第二〇三頁〔尤其第三三四頁〕〈BVerfGE 4.7 [16]；33, 303 [334] 〉〕。

3. 按基本法第三條第三項規定（註一七），任何人尤其不得「因其政治見解而受歧視或享有特權。」基本法第二條第一項規定（註一八）之一般的平等原則（*der allgemeine Gleichheitssatz*）經此被形式化，並且禁止以政治上的見解作為歧視或享特權的聯繫因素。然而這並不會侷限與公務員關係有密切聯繫的公務員忠誠義務及由其產生出之結果：

首先，與此無關者，係在基本法第三條第三項規定中之禁止，不只涉及僅僅一個政治確信的「享有（*haben*）」，而且亦涉及該政治見解的表達及活動；因為政治見解的表達與活動，明確地屬於特別的基本權利，即該等保護行為之個別的自由權利（如基本法第二條第一項；第四條；第五條；第八條；第九條等規定）（註一九）。假如基本法第三條第三項造成障礙時，這些個別的自由權利有其自己特有之界限上的說明，此界限或許無法維持並且由立法者予以實現。

除此之外，那個基本法第三條第三項予以形式化的禁止規定不是絕對地適用。這本來應該是清清楚楚的，凡一個屬於教會的學校在教師的使用上係根據其信仰作安排；或一個女子學校在主管的任命上讓女性的校長優先；或因為一個德國人在外國長大並且不能流利地掌握德語，所以因此就不僱用他，這

些都是允許的。故這些界限得用此理由來解釋，即基本法第三條第三項規定（「因爲」）僅禁止該等「有目的」的歧視或特權，但是不禁止一個不利益或利益只是一個完全爲其他目的所設規定的結果（例如爲保護懷孕婦女或爲保護合乎憲法之秩序而有之規定等等），或是經短暫地回歸至「事物之本質（die Natur der Sache）」（參照聯邦憲法法院判決輯第七冊，第一五五頁〔尤其第一七〇頁〕〈vgl. BVerfGE 7, 155 [170]〉）。

最後，一個憲法規定不許被孤立解釋；其毋寧必須由憲法的上下文義來被解釋（聯邦憲法法院判決輯第十九冊，第二〇六頁〔尤其第二二〇頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十冊，第一頁〔尤其第十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十三冊，第二十二頁〔尤其第二十九頁〕〈BVerfGE 19, 206 [220]；30, 1. [19]；33, 23 [29]〉）。在此關係中絕對排除同樣地由痛苦經驗借助於威瑪時代民主命運制定作爲一個有戰鬥能力並能自衛之民主的憲法，因基本法第三條第三項規定致使這個國家聽其敵人的擺佈（參照聯邦憲法法院判決輯第三十冊，第一頁〔尤其第二十頁〕；聯邦憲法法院判決輯第二十八冊，第三十六頁〔尤其第四十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第三十二冊，第四十六頁〔尤其第四十九頁〕〈vgl. BVerfGE 30, 1. [20]；28, 36 [49]；13, 46 [49]〉）。

4. 按法院的確定判決，在基本法第十二條中「職業」的概念應作廣義的解釋；其亦包括公職在內（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第二七七頁〔尤其第三九七頁及其下一頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十一冊，第二十頁〔尤其第三十九頁〕；聯邦憲法法院判決輯第十六冊，第六頁〔尤其第二十一頁及其下一

頁)；聯邦憲法法院判決輯第十七冊，第三七一頁〔尤其第三七七頁〕〈BVerfGE 7, 377 [397f.] : 1, 30 [39] : 16, 6 [21f.] : 17, 371 [377]〉)。這點是被堅持的。

(a)無論如何，基本法第十二條規定不僅在關於其所保障之職業選擇上，亦在關於執掌上，都受基本法第三十三條第五項規定之限制。「同樣地，職業的工作內容按有組織之社會的今日想法係必須首先留待國家去做者，其在基本法第十二條第一項規定中的意義是意味著，該等職業亦得由個人自由選擇，並且不許迫使任何人接受職業的選擇或禁止其做職業的選擇。沒有理由認為此基本權利「按其本質(sensu iurem Messen nach)」不適用於這樣的職業……然而對所有公職而言，基本法第三十三條仍是特別規定。此特別規定係源於事物的本質：工作崗位的數量（以及在此於模稜兩可的情況中對個人而言係職業選擇之事實上不能）於此係單獨由總是主管的公法人團體之有組織的權力（最廣義）來決定。這按此可能對個人而言之擇業自由之標準，會經由任何人均在有同等能力時有相等擔任公職之權利（基本法第三十三條第二項規定），予以保證」（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第三七七頁〔尤其第三九七頁及其下一頁〕〈BVerfGE 7, 377 [397f.]〉）。意欲於公法上的國家職務中作成之職業，其自由選擇之保證因而沒有主觀的請求權。

在另一方面，此職業自由基本權利不得由僱主隨意予以限制；所有的限制必須「源出於事物的本質。」不僅職業從事的種類及方式（「執業」〈Berufsausübung〉），尚且其開始（為工作而設立之許可，其同時涉及自由的職業選擇），均能按照由聯邦憲法法院發展出來的階段理論（Stufentheorie）

予以限制，尤其是經由其實現係取決於申請人之人的工作能力之主觀的許可前提要件，以及經由係獨立於申請人之工作能力而由公共福利的強制理由看來係必要之客觀的許可前提要件，來予以設限（聯邦憲法法院判決輯第七冊，第三七七頁〔尤其第四〇五頁以下〕（BVerfGE 7, 377 [405ff.]））。

(b) 對於至公職任公務員之許可的要求（保證他任何時刻為自由民主的基本秩序辯護）係屬於該主觀的許可前提要件；它存在於申請人的人上（在這個意義中即僅取決於他），是否他願意實現此前提要件，以及是否他有無滿足此前提要件。如上面詳細的論述，公共福利的強制理由已表露了該許可要求係「為憲法忠誠擔保（Gewähr für Verfassungstreue）」。「不願意自我放棄，至少不願在其作用能力（Funktionsfähigkeit）取決於公務員主體的範圍內陷入危險的國家，必須保障破壞憲政者無法侵入至公務員機構中。這個對國家而言很重要的保護，不能完全經由溫和的手段達成，諸如放棄許可的前提要件及滿足於在違反政治上忠誠義務的情況時能基於一個懲戒法上的判決給予撤職之可能。因此，如果該公務員法上長期流傳下來職業公務員制度上的原則被實現，要求申請人對一個職務提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護，並且對於違反政治上忠誠義務之公務員予以懲戒法上撤職之制裁，這都不抵觸基本法第十二條的規定。政治口號或具誘惑力短語所謂對激進份子的「執業禁止（Berufsverbot）」，是根本不適當的，並且應該明顯地僅有喚起政治上情緒的作用。這個憲法及其具體化的公務員法之規定並未確立執業之禁止。它們只是擬定一個法律上允許的許可前提要件，其係在保護自由民主基本秩序上必要的，並且得由任何致力於國家職務之人在當他願意時予以實現。任何想為國家服務之人，不許有意地

非難及攻擊國家與其憲法秩序。

IV、

因此，即使什列斯威—霍斯坦邦公務員法第九條第一項第二款規定結合該邦有關法律人培訓之行政規定第二十五條第三項規定，要求欲被接受在公務員關係中完成實習之經過考試的法律候選人提出保證，其將在任何時刻爲基本法規定之自由民主基本秩序辯護，這仍將符合基本法的規定。

但是對此尚絕非確定，此在什列斯威—霍斯坦邦現行適用的法律情況，僅就在公務員關係中被完成之實習予以規定，即完全符合基本法。

1. 國家是否願意及願意如何安排與形成爲特定職業候補者所設之實習，這原則上是自由的。對大多數的職業，國家迄今已經放棄一個培訓的法律規定，並且已經自我設限於供不同種類的學校支配使用，以及信任一個學校培訓的成功結束與在職業及工作機構內一個更自由的訓練，會按照需要使適當的新手 (Nachwuchs) 滿足。對於允許至一些職業工作，法律要求一定的考試，而未在實習期間規定一個法定的培訓；這留待諸如職業協會、企業等去處理。最後也有一些職業，在一定的考試之外亦由法律規定一個特別實際上培訓的完成。對於在公務員關係中被從事之國家職務的工作，一般是在法定的考試通過之外負有完成實習的義務，尤其該實習是爲了更進一步的培訓，但亦爲了挑選，特別是爲了申請人工作能力之證明而設的。這特別對要擔任更高職務適用。此實習目前一般仍位於第一次與第二次國家考試之間 (所謂「候補官員期間」(Referendarzeit))。

這個實習不是必須被如此安排，以致於該候補人員非處於公務員關係中。其亦可如此被規定，在一個私法的僱員關係中或在一個特別而非公務員關係之公法關係內被完成。選擇何種形式或允許那些形式併存，這是法律或國家機關權力的事情。國家決定一個在公務員關係內的實習——而這已經由什列斯威—霍斯坦邦做了，甚至不僅為國家職務的候補者，亦為在國家職務之外一個法律職業的候補者（邦政府認為對後者職業的實習未予以規定的看法，是不對的並且牴觸明確的實務上作法）——，於是在上面已經有的有關對於允許的限制及有關對於被許可者源自公務員關係之義務的說明，一貫地亦適用於作為公務員的候補人員。這個培訓關係的特性，最多得導至人們不考慮接受被培訓者進入公務員關係。

2. 該法律的實習不僅係為將從事國家職務而處在公務員關係中之人而設；其為實習亦係對於在國家職務之外的一些特定職業所作的法定要求（例如律師或公證人，該等必須具備「擔任法官職務能力」(die Befähigung zum Richteramt) 等職業)，或者其完成至少在現今社會及自由經濟中對於某些職業係屬於一個「結束的職業培訓 (eine abgeschlossene Berufsausbildung)」(例如私企業法律部門的主管，在私經濟團體或其他非國家機構中的法律人員)。

在一個這類的情況中，既不能依憲法要求國家為了申請人能得到一個自由職業之故，就必須對實習中等待進入公務員關係之人員的任命不予考慮，亦不能因為國家准許使一般化並讓實習佔優勢地為在公務員關係中之國家職務的新手設立，就去支持國家，准許其對所有人，也對那些考慮國家職務之外法律職業的人，以法律明文規定為實習之繼續而接受進入公務員關係。後者的作法會牴觸基本法第十二

條規定。對於在自由經濟中的工作活動，凡涉及政治上的積極性者，惟有一般刑法的限制，以及按基本法第十八條規定而有的基本權利失權效之威脅；在其他方面適用職業自由之基本權利。此職業自由會受到限制——甚至在享有工作權利之重要關鍵的時刻——，當申請人在法定或事實上必要的實習都被排斥，只因爲此實習僅得在公務員關係中被完成並且該申請人欠缺爲此所必要的適當能力（即憲法忠誠的保證）。在基本法第十二條有關自由保障之規定方面，公共福利之有深刻影響及易明白的諸多理由對於這個限制並不能適用（參照聯邦憲法法院判決輯第三十三冊，第三〇三頁〔尤其第三三八頁〕〈Vgl. BVerfGE 33, 303 [338]〉）。

綜上論結：國家有權就一個不僅是公務員關係中之國家職務，亦是一個自由職業之前提要件的實習之成功結業作一般的安排，以致於該實習在民法的僱傭關係中或在公務員關係外之特別的公法關係中（「專業實習者關係〈Praktikantenverhältnis〉」，如其已經部分地在單級的法律培訓上被規定）均可被完成。如果國家——如什列斯威—霍斯坦邦——顧及那些以當公務員爲職志之人的利益而決定一個保存在公務員關係中的實習，那麼國家必須爲那些考慮以國家職務以外的工作作職業之人，或者提供他們一個有同等價值、無歧視、在不必任命進入公務員關係中得被完成之實習，或者在其公務員法規定內制定一個例外規定，准許實習可依個人意願在公務員關係之外完成，如同迄今有時候爲那些不能被接受進入公務員關係之外國人而設之規定。如此亦可解決本件爲實習所設有關於允許之限制，與聯邦律師法第七條第六款規定抵觸之疑義。考慮到單級培訓在二級的法律培訓之外有增加的趨勢，使得法律實習之法律

上統一越有可能實現，未來得為所有法律人制定在第二次法律國家考試之前在非公務員關係之公法上的培訓關係內（即法律專業實習者關係）做實際上培訓的規定。

如同一直為公職以外職業之候補者安排之實習，在任何情形都未受到影響，被接受實習之候補人員如從事破壞憲政，其得無限期地被剝奪該實習。

一位申請人當他不提出保證任何時刻為自由民主基本秩序辯護時，得被排除在公務員關係中完成的法律實習之外，這不必受到指責的。在憲法上要予以指謫者，係針對該邦也未就亦是國家職務之外其他職業之前提條件的實習提供一個方式，使該候補者得在未任命進入公務員關係中完成該實習，並且得藉此克服公務員法上的障礙。此牴觸憲法部分係在於一個不作為，即在於一個規定補充之不作為，只因該規定迄今僅就必須在公務員關係中完成之實習予以規範。而要由此得出必要的結論則係之立法者的任務。

本件判決在結果上係意見一致而被發布（註二〇）。

註一：以下有關基本法規定之譯文，主要係參考朱建民原譯，陳沖增譯，德意志聯邦共和國基本法，

集於國民大會憲政研討委員會編印，世界各國憲法大全，第七冊，民國七十二年十二月初版，

第三一一頁以下；原文規定則參考Grundgesetz, in Sartorius I Verfassung I und Verwa-

ltungsgesetze der Bundes Republik, Stand bis 1. Juli 1993, S.1ff.

基本法第三十三條第五項規定：有關公務法律，應充分斟酌職業公務員（Berufsbeamtentum）

法律地位之傳統原則而規定之。

註二：基本法第五條第二項規定：此等權利，應依一般法律規定，保護少年之法規及個譽之權利，加以限制。

註三：基本法第十二條規定：

一、所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利。職業之經營得由立法規定之。
二、任何人不得強制其為特定之工作，但久經確認而所有之人均一律平等參加之強制性之公共服務，不在此限。

三、強迫勞動僅得於其人受法院判決剝奪自由之時行之。

註四：基本法第一一六條規定：

一、除法律另有規定外，本基本法所稱德國人民，係指具有德國國籍之人，或於一九三七年十二月三十一日以後以難民或被迫放逐者，而具有德國血統，或其配偶、後裔之資格准許進入前德國（Reich）領土之人。

二、前德國國民，一九三三年一月三十日至一九四五年五月八日期間，因政治、種族或宗教理由，被剝奪國籍者，及其後裔，得申請恢復其國籍。此等人如於一九四五年五月八日以後在德國設有住所，並未表示相反意思者，視為未喪失其國籍。

註五：基本法第十八條規定：

凡濫用言論自由，尤其是出版自由（第五條第一項）、講學（第五條第三項）、集會自由（第八條）、結社自由（第九條）、書信、郵件與電訊秘密（第十條）、財產權（第十四條）、或庇護權（第十六條第二項），以攻擊自由、民主之基本秩序者，應剝奪此等基本權利。此等權利之剝奪及其範圍由聯邦憲法法院宣告之。

註六：基本法第十九條第一項規定：

依本基本法規定，凡基本權利得以立法或根據法律加以限制者，該法律應適用於一般人，不得僅適用於某個人。此外並應指明其所限制之基本權利及有關條文。

註七：基本法第一〇〇條規定：

一、法院如認為某一法律違憲，而該法律之效力與其判決有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院判決之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院判決之。各邦法律違反基本法、或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。

二、訴訟進行中如關於國際法規則是否構成聯邦法律之一部分，及其是否對個人產生直接權利義務（本基本法第二十五條）發生疑義時，法院應請聯邦憲法法院判決之。

三、某一邦憲法法院解釋本基本法時，如欲逸出聯邦憲法法院或他邦憲法法院享有之判決，該憲法法院應請聯邦憲法法院判決之。

基本法第二十五條規定：

國際法之一般規則構成聯邦法律之一部份。此等規則之效力在法律之上，並對聯邦領土內居民直接發生權利義務。

註八：基本法第二十條規定：

一、德意志聯邦共和國 (die Bundesrepublik Deutschland) 爲民主、社會聯邦國家。

二、所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉、及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。

三、立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。

四、當其他救濟不可能時，所有德國人對於從事廢止此秩序之任何人均有反抗權利。

註九：基本法第三十三條第三項規定：

市民權 (bürgerliche Rechte) 與公民權 (staatsbürgerliche Rechte) 之享有，擔任公職之權利及因擔任公務而取得之權利，與宗教信仰無關。任何人不得因其信仰或不信仰某種宗教或哲學思想 (Weltanschauung) 而受歧視。

註一〇：基本法第九條第二項規定：

結社之目的或其活動與刑法抵觸或違反憲法秩序或國際協定之觀念者，應禁止之。

基本法第十條第一項規定：

書信秘密及郵件與電訊秘密不可侵犯。

基本法第二十一條第二項規定：

政黨依其目的及其黨員之行為，意圖損害或廢除自由、民主之基本秩序，或意圖危害德意志聯邦共和國之存在者，為違憲。其有無違憲問題由聯邦憲法法院決定之。

註一一：基本法第三十三條第四項規定：

國家主權 (hoheitserrechtliche Befugnisse) 之行使，在通常情形下，應屬於公務員之固定職責，公務員依據公法服務、效忠。

基本法第五條第三項規定：

藝術與科學、研究與講學均屬自由，講學自由不得免除對憲法之忠誠。

註一二：基本法第一條規定：

一、人之尊嚴不可侵犯。尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務。

二、因此，德意志人民承認不可侵犯與不可讓與之人權為一切人類社會及世界和平與正義之基礎。

三、下列基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之法律。

註一三：基本法第二條第一項規定：

人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違犯憲法秩序或道德規範為限。

基本法第七十九條第三項規定：

本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦共同參與立法或第一條與第二十條之基本原則者，不得成立。

基本法第九十一條規定：

一、爲避免威脅聯邦或一邦自由民主基本秩序或存在之緊要危險，一邦得要求他邦警力及其他行政機關或聯邦邊境保衛隊之人力設備協助。

二、遭受緊急危險威脅之邦，如本身不擬或不能制止危險時，聯邦政府得將該邦之警察及他邦警力置於其指揮下並得指派聯邦邊境保衛隊單位。此種指揮於危險排除後應即撤銷或應聯邦參議院之請求而隨時撤銷。該種危險如擴及一邦以上，爲有效制止而有必要時，聯邦政府得指揮邦政府，在此情形，本項第一句及第二句規定不受影響。

基本法第九十八條第二項規定：

聯邦法官，如於職務上或非職務上違反基本法之原則或各邦之憲法秩序時，聯邦憲法法院經聯邦議會之請求，得以三分之二多數，判令其轉任或退休。如違反出於故意，得令其免職。

註一四：基本法第三十三條第二項規定：

所有德國人民應依其適當能力與專業成就 (Eignung, Befähigung, fachliche Leistung) 有擔任公職之同等權利。

註一五：基本法第五條第一項及第二項規定：

一、人人有以語言、文字及圖畫自由發表及傳布其意見之權利，並有自一般可以接近之來源接受知識而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。檢查制度不得設置。二、此等權利，應依一般法律規定，保護少年之法規及個人名譽之權利，加以限制。

註一六：基本法第八條第一項規定：

所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。

基本法第九條第一項規定：

所有德國人均有結社之權利。

註一七：基本法第三條第三項規定：

任何人不得因性別、出身、種族、語言、籍貫、血統、信仰或宗教與政治見解而受歧視或享特權。

註一八：基本法第三條第一項規定：

法律之前人人平等。

註一九：基本法第四條規定：

一、信仰與良心之自由及宗教與思想 (Weltanschauliches Bekenntnis) 表達之自由不可侵犯。
二、宗教儀式應保障其不受妨礙。

三、任何人不得違背其良心迫其以戰鬥員之資格服戰爭勤務。其細則由聯邦法律定之。

基本法第八條規定：

一、所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。

二、露天集會之權利得以立法或根據法律限制之。

基本法第九條規定：

一、所有德國人均有結社之權利。

二、結社之目的或其活動與刑法抵觸或違反憲法秩序或國際協定之觀念者，應禁止之。

三、保護並改善勞動與經濟情況之結社權利，應保障任何人及任何職業均得享有。凡限制或妨礙此項權利為目的之約定概歸無效；為此而採取之措施均屬違法。依基本法第十二條 a，第

三十五條第二及第三項，第八十七條 a 第四項及第九十一條規定採取之措施，不得違反依第

一句規定由結社來保護並改善勞動與經濟情況所導致之勞工運動 (Arbeitskampf)。

註二〇：本件判決係由聯邦憲法法院第二庭庭長 Seuffert 及其他憲法法院法官 Dr. Geiger, Dr. Rotmann, Dr. v. Schlabrandorf, Hirsch, Mand, Dr. Rupp, Dr. Rinck 共同決議作成。其中憲法法院法官 Seuffert, Mand 及 Dr. Rupp 二人有特別意見書，本文在此未再予以翻譯。