

關於「律師從事第二職業之許可標準」之裁定

——聯邦憲法法院第一庭一九九二年十一月四日之裁定

1 BvR 79/85，載於EuGRZ一九九三年，第七頁以下

譯者：蕭文生

目錄

要旨

正文

理由

A、諸憲法訴訟涉及律師業與其他職業不相容之原則

I、法律規定

1. 取得為律師之許可之程序

(a) 要件與程序

(b) 拒絕、撤銷及撤回許可之理由

2. 不相容規定之發展沿革及其立論根據

3. 律師之形象在聯邦律師法中之規定
4. 聯邦最高（普通）法院對不相容規定所設下之具體標準

II、案例事實

1. 第一憲法訴訟提起人因所任之大學學術助理工作不具「高尚地位」而被拒發為律師之申請
2. 第二憲法訴訟提起人於所任之大學職員工作外並得校長有限度之同意於正常工作時間外兼任律師

3. 第三憲法訴訟提起人為一合作社協會之職員並對理事會提供法律諮詢。彼申請為顧問律師
4. 第四憲法訴訟提起人為一防止不正競爭之中心之職員
5. 第五憲法訴訟提起人為多家公司之業務執行人與股東
6. 第六憲法訴訟提起人為律師及一保險仲介公司之單獨業執行人
7. 第七憲法訴訟提起人為律師及人合公司之業務執行人

III、諸憲法訴訟提起人之理由

1. 第一憲法訴訟提起人主張受有財務上之損失。比例原則未被遵守。基本法第三條第一項受到侵害
2. 第二憲法訴訟提起人主張立法者應自行決定不相容之內涵而不可任由法院越俎代庖
3. 第三憲法訴訟提起人主張其本於基本法第十二條第一項與第三條第一項的保障之基本權利受

到侵害

4. 第四……（同上）

5. 第五憲法訴訟提起人就聯邦律師法之規定質疑其法律基礎

6. 第六憲法訴訟提起人主張其本於……（如3.）

7. 第七憲法訴訟提起人指摘聯邦律師法之內容不明確

IV、聯邦政府以及相關團體之意見

1. 聯邦法務部長之意見

2. 聯邦律師公會之意見

3. 德國律師協會之意見

4. 自由律師聯盟之看法

5. 各地方律師公會及司法行政機關分別爲其決定爲辯護

B、除第一及第三提起人之憲法訴訟外，其餘均於本質上受到准許。

C、除第二件訴訟外，其餘均有理由

I、

1. 不相容之規定爲對於基本法第十二條第一項所保障之擇業自由之侵害。此外，立法者應留意律師市場上激烈之競爭情勢。

2. 規範不相容之規定須足夠明確

(a) 聯邦律師法之相關規定在此有未足處

(b) 將為律師之許可繫諸同時從事之職業是否與律師業之形象相容一事上

3. 就之聯邦律師法條文並未違憲

(a) 此等規定使司法有能力運作

(b) 不相容之規定是否有必要及對申請職業者有期待可能性

II、

1. 聯邦最高（普通）法院認為第二憲法訴訟提起人之主業與律師職業不相容一事有聯邦律師法上之依據。

2. 就執行律師職業不可或缺之行為餘地：申請律師職業者應有值得一提及不僥倖而為之之諮詢與代理行為之活動空間。

3. 第二憲法訴訟提起人為任公職之大學職員，其與國家關係之遠近足以影響律師作為自由業之形象。

II、

在其他程序中，聯邦最高（普通）法院所適用之不相容原則違反基本法第十二條第一項

1. 以「高尚地位」作為給予律師許可之標準有疑問

2. 提供法律諮詢之職員之行爲與律師之形象不相容之見解有疑問
3. 律師活動與營利活動原則上不相容之原則不存在
4. 除涉及第二憲法訴訟提起人者外，其餘之裁判均因侵犯其本法第十二條第一項而必須被廢棄

〈要旨〉

1. 聯邦律師法 (BRAO) 中有關於申請者之第二職業與律師職業或爲律師之形象不相容之情事則其爲律師之許可將被拒絕、撤銷或撤回之條文。(§ 7 Nr. 8 BRAO, § 17 Nr. 2 BRAO a.F., 14 II Nr. 9 BRAO n.F.)。並不違反基本法第十二條第一項。
2. 就法院判決要求第二職業須留給執行律師業務足夠的行爲空間而言，在憲法上並無可責難之處。相同的情形亦適用在公職行爲，只要因此等行爲使得公眾產生律師必要的獨立性受到妨害之印象。
3. 惟若法院以第二職業並非具有「崇高之地位」而認其爲不相容之理由時，則職業選擇自由即受到過當的限制。
4. 爲律師之許可，亦不得僅因申請人之第二職業爲職員 (Angestellter) 而有義務接受不受專業法規 (Standesrechtlich) 拘束之雇主的委託而對第三人提供法律諮詢，即加以拒絕。
5. 商業—營利性行爲僅於以利益衝突之危險明白顯現或申請人並無充分的時間來執行律師業務之情形始

能構成排除律師職業之理由。

主文

I、

1. 聯邦最高（普通）法院在一九八四年十一月五日之判決—AnwZ (B) 26/84—與一九八四年五月二十九日下薩克林邦在車雷之審理律師事件之名譽法院 (Ehrengerichtshof fuer Rechtsanwalte) 之裁定—EGH 8/84 (II/16)—侵害了第一訴訟提起人受基本法第十二條第一項所保障的基本權利，該兩項裁判應予廢棄。原案發回下薩克森邦於車雷的審理律師事件之名譽法院。其餘的憲法訴訟駁回。

2. 聯邦最高（普通）法院一九八九年二月十三日之判決—AnwZ (B) 62/88—及一九八八年十月七日下午薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 8/88—侵害了第三訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，該兩項判決應予以廢棄。原案退回下薩克森邦於車雷的審理律師事件之名譽法院。其餘之憲法訴訟駁回。

3. 一九八九年十二月四日聯邦最高法院之判決—AnwZ (B) 43/89—及一九八九年五月八日黑森邦 (Hessen) 審理律師事件之名譽法院的判決—EGH 14/87—侵害了第四訴訟提起人基本法第十二條第一項所保

障的基本權利，該兩項判決應予廢棄。原案退回黑森邦審理律師事件之名譽法院。

4. 一九九〇年七月三日聯邦最高法院之判決—ANWZB 22/90及一九九〇年一月二十二日下薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH8/89 (11/13) 及一九八九年六月十日Oldenburg高等法院 (Oberlandesgericht) 院長之處分，侵害了第五訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障的基本權利，其應予以廢棄。原案退回聯邦最高法院審理有關費用之問題。

5. 一九九一年三月二十五日聯邦最高法院判決—ANWZB 44/90—、一九九〇年一月二十七日巴登—符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 審理律師事件之名譽法院的判決—EGH46/89 (11/25) —以及一九八九年七月二十一日該邦法務、聯邦及歐洲事務部之處分—P30 /Matern. Volker—侵害了第六訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，其應予廢棄。原案退回聯邦最高法院審理有關費用的問題。

6. 一九九〇年十二月七日聯邦最高法院之判決—ANWZB 51/90—、一九九〇年四月二十三日下薩克森邦於車雷審理律師事件之名譽法院的判決—EGH1/89(11/24)—及一九八九年十一月十四日車雷高等法院院長之處分—108287—侵害了第七訴訟提起人基本法第十二條第一項所保障之基本權利，其應予廢棄。原案退回聯邦最高法院俾便就費用負擔為裁判。

II、

第二訴訟提起人所提之憲法訴訟駁回。

III、

德意志聯邦共和國須補助第一、第三、第四、第五、第六及第七訴訟提起人必要支出之半數；訴訟提起人1)、3)、5)及7)必要費用的一半由下薩克森邦、訴訟提起人4)必要費用之一半由黑森邦及訴訟提起人6)必要費用之一半由巴登—符騰堡邦負擔。

判決理由：(全文)

A、

本憲法訴訟涉及由法院判決所發展出之律師業與其他職業活動不相容之基本原則。

I、

1. a) 只有獲得律師許可者始得執行律師業務。各邦法務行政機關決定此項申請時，必須事先取得具有地方專責律師公會理事會之鑑定書（聯邦律師法第八條第二項），且在鑑定書中主張特定的拒絕理由時受其拘束。在此情況下邦法務行政機關必須停止是否許可之決定且送交給申請者該份鑑定書（§ 91 Satz 1 BRAO）。申請人必須在一個月內申請管轄的名譽法院決定。若該申請仍無結果時，申請人得立即提出異議（§ 421 BRAO）而由聯邦最高法院（律師事務庭）加以決定。

於事後出現拒絕理由時，邦法務行政機關得撤銷原先的許可；唯自一九八九年十二月三日修改律師及專利律師法（BRG1. I S. 2135）生效後在此類案件中乃是撤回該項許可。當事人及地區律師公會理事

會必須事先加以詢問 (§ 16I, II BRAO)。所涉及的律師亦得在一個月內向名譽法院提出判決之申請；此項申請具有停止執行之效力 (§ 16 IV, V BRAO)。對於名譽法院之判決可利用立即異議之法律方式提出不服 (§ 42 I BRAO)。

g 具有合理化拒絕許可之理由於 § 7 BRAO、撤銷及撤回的理由則在 §§ 14及15 BRAO 中列舉出來。兩類規定中皆有律師業與其他職業行為不相容之規定。聯邦律師法第七條第八款為：律師許可之拒絕

1. 至 7.

8. 申請者從事與律師職業或律師業形象不相容之行為時，

9. 及 10.

相同的特徵對經許可之撤銷及撤回亦有重大之意義。對本訴訟程序具有決定性的聯邦律師法舊條文

中第十五條第二款為：

基於其他理由之撤銷許可

律師許可得加以撤銷，

1.

2. 律師從事與律師職業或律師業形象不相容之行為時。

此項“得”之規定在一九八九年十二月十三日修改律師及專利律師法後 (BGB I S. 2135) 已有所改變成為具強制力的撤回權成要件。該條文目前為：

§ 14 許可之撤銷及撤回

(1) ……

(2) 律師許可須加以撤回，

1. 至 8. ……

9. 律師從事與律師職業或律師業形象不相容之行為時，但撤回對當事人而言乃是不可期待的不利益時，不在此限。依一致的觀點此項新的規定並未減少對既存者之保護。雖然現在撤回是強制性的，但同時規定的不利益條款卻也符合舊法時在裁量決定範圍內所為期待可能性之審查。

2. 該具有爭議性的不相容規定具有長久的傳統。早在一八七八年的律師法 (RGBl. S. 177) 第五條第四款已規定，申請人若擔任公職或從事依法律或律師公會理事會鑑定書認為與律師職業或律師業尊嚴不相容之行為時，必須拒絕給予許可。併入帝國法院的名譽法院兩個庭在其許多的判決中發展出不同之類型。對律師職業及尊嚴兩項特徵在實際上並無差別上的待遇。一九三六年二月二十一日之帝國律師法廣泛地限制進入律師業之許可 (BGBl. I S. 107)，自職業不相容的理由導引出許可之限制似乎是不必要的 (Noack) 帝國律師法，2. Aufl. § 15 Abs. 18e)。替代的是規定了撤銷之理由，其與昔日的法律情形相連接，且允許帝國法院延續其判決。

一九四五年後新成立各邦的立法導致了極度不同的法律差異 (詳見，BTDrucke. 111/120, S. 44f.)。一九五九年八月一日的聯邦律師法 (BGBl. I S. 565) 則應克服此項分裂且以自一八七八年律師法以

來傳統有效的原則爲出發點 (BTDrucks. III/120, S. 47) 在政府草案的立法理由中就律師職業與其他行爲不相容的情況下有如下的說明 (BTDrucks. III/120 S. 56f.) ..

律師許可之拒絕

如同在IV 1的引言中詳細地說明，本草案係以自由律師之原則爲出發點。本草案保障了職業自由之基本權利。唯個人之自由權利亦必須順應公共利益之要求 (基本法第二條第一項)。在行使個人職業自由時不得侵害第三人之權，特別是不能危及公共利益。若基於生活經驗可認爲在具體個案時申請人從事職業時將危及公共利益，則必須事先預防該項危險。若國家於特定案件中要求尋求法律保護者必須由律師代理出庭時，則國家亦負有義務使只有適當且可靠的律師才能執行律師業務。因此在時間過程中逐漸形成律師的職業形象，要求申請者不僅需具備專業條件亦必須擁有特定的個人品格。若此類條件不存在且因此擔心對公共利益產生危害時，則阻止申請者從事該項業務在憲法上是合法且必要的。

...

第八款

此處所規定的拒絕理由早在二一八七八年七月一日的律師法中 (§ 5 Nr. 4) 已有規定。基於個案可能的多樣性亦僅能一般地描述，換句話說若申請人從事與律師職業或律師業形象不相容之行爲時，不得給予律師許可。

在個案審查時必須依自一般律師職業形象中所獲得的標準而定。律師必須在爲顧問及代理行爲時獨

立及客觀。若申請人欲保有某項職業，且該項職業將耗費其所有工作力及必須受他人嚴格指令拘束時，則就得成爲任何尋找法律保護者皆可能求助對象之律師而言，不再有執行業務之可能。律師的職業稱謂在該情形下僅是內容空洞的頭銜而已。基於類似的觀點亦可得出所謂顧問律師（Syndikusanwalt）的界限。所謂的顧問律師係指與特別之僱主處於僱傭或聘用關係之律師。欲同時成爲律師及法律顧問之申請人，在其身爲法律顧問時仍是執行法律事務，如在法律事件上給予其僱主建議及幫助；此項行爲若僅從專業的观点來看與律師的顧問行爲幾乎是相同的。其法律顧問之地位亦得相對其僱主具有獨立自我負責的特性。唯若僅爲一家企業工作時，並不符合自一般尋求法律保護公衆眼光，律師在司法制度內必須具有的職業形象。只有在法律顧問實際上及法律上，除在該企業工作爲，亦得作爲自由律師提供尋求法律保護者顧問及代理行爲時，才可能擁有律師之職業形象。若此條件不存在時，則必須拒絕申請者律師許可之申請。基於相同的觀點亦得判斷是否給予會計師或稅務顧問律師許可的問題。此類行爲本質上是彼此相容的，在個案中則依申請人是否能及有意願除其他業務外，實際上亦能執行律師業務而定。若其能正常地履行兩項職業之義務，則並無反對給予許可的理由（最後一次重要的名譽法院的判決，一九三四年一月一日，EGH, Bd. 28, S. 12ff.）。在此類案例中申請者於獲得律師許可後，除律師職稱外亦得同時使用其他職業的稱謂。

與律師職業不相容的行爲如違反國家秩序、善良風俗及司法制度之行爲。在特定條件下在某企業內從事工作亦可能屬之，若該企業規避一九三五年十二月十三日防止濫用法律顧問法給予尋找法律保護者

建議咨詢時 (BfBl. I S. 1478)。

行爲有害律師業之形象時，亦得成爲拒絕之理由。兩項基本的特徵（與職業及與律師業形象不相容）常常是相互交錯的。例如申請者於獲得律師許可後仍欲繼續作爲其他事業之代理人或旅行推銷員時，則其與律師職業及律師業之形象不相容。

3. 在聯邦律師法第一章中對於律師的職業形象有相當一般化的描述 (§ 1-3 BRaO)。在立法理由中對律師之地位有下列的敘述 (BDrucks. III/120, S. 48f.) 。

律師只有在能自由執行業務時，始能完成其任務 (Ghetst, 自由律師, S. 50ff.)，基於其在司法制度內特別的地位，其與國家處於公法上之僱傭關係時乃是不相容的。

……自由業之本質並不僅限於其成員與國家或委託人間不存在依賴關係。相反地自由業之特質最主要的其成員不得受到利潤追求所支配。(Feuchtwagner, 自由業, S. 17ff.)。因此完成其職業道德上任務的律師作爲或不作爲乃是基於實現法律之意圖。此項確定對其他職業族群而言並無任何價值判斷的成份。強調自由業本質之所以重要乃是因爲個人所負擔專業法規之義務正是自由業之特徵。因此律師執業時不得從事競爭，不得以低價傾銷之方式或參與自訴訟中所獲得之利益。自此亦當然浮現其與商業行爲之界限。因此自消極方面來看，此項確定亦可證明律師之行爲並非商業行爲。

聯邦律師法第四十六條賦予法律顧問律師特別的職業義務，自此可得出除律師職業外從事受指令拘束之行爲與司法制度內獨立機關法律地位及自由律師原則乃是相容的。依賴性的行爲不須受專門職業義

務之拘束且可擁有較多的工作時間及勞動力。律師得成爲副業來從事，就此之理由如下（BDrucks. III /120, S. 77）：

自法律顧問律師此項制度在現代經濟生活中形成且確立且許可的問題不再是只有負面的結果後，目前所涉及的問題僅在於如何來相互界定法律顧問律師的兩項任務範圍。法律顧問律師在其身爲法律顧問爲其僱主工作時，其並不符合一般公衆所擁有的律師職業形象。自司法制度獨立自主機關所導出的律師職業形象對法律顧問律師而言僅在於其在僱傭關係外執行律師業務之行爲。相反地在其作爲法律顧問爲其僱主工作時，並不具有典型的確立律師形象自由執業之基本特徵。（見，對§ 2的說明）。就法律顧問律師雙重身份不同任務範圍之區別，特別是在基於正常司法制度運作利益考量下，尤其在其代表出庭時必須加以保持，因此不得允許法律顧問律師以律師身份代替其僱主在法院或仲裁法院出庭。此限制適用於所有訴訟種類及所有法律救濟途徑。相反地亦不得剝奪法律顧問律師於無律師強制的程序時，例如以公司之理事或職員代替其僱主出庭；但在此類案件中其不得以律師之身份出現。

4. 聯邦最高法院以帝國法院內名譽法院之判決爲出發點，發展出特定職業行爲之特徵，在其成就時將一般地導致與律師職業不相容之結果。

a) 律師業務不得僅在下班後執行。將律師視爲第二職業僅在申請人在法律上及實際上除主要職業外，仍於值得重視即使是有有限的範圍內而非偶而執行律師業務時始得許可（BGHZ 33, 266 [268]）。依個人工作能力之不同，一位全職的法律顧問亦可能配合律師職業的要求，惟其必須在一般上班時間時

可以找到、遵守無法改變的法院庭期及能在緊急內個案中執行其業務（BGHZ 71, 138 [140f.]）。時間上衝突之情形，正如同具有許多業務之律師，是無害的（詳見，Pfeifer, in: Fs. f. Walter Oppenhoff, S. 249 [254ff.]）。

b) 在公務機關具有長期職位且獲得律師許可者並非完全不可能。但僅在兩項不同職業同時從事時，不危及司法制度之利益下始有可能。若存在具體的利益衝突可能，則在公務機關內之長期職位自始與律師職業不相容（BGHZ 36, 71 [76f.]）。就此所必須採取的個別考量則不僅必須顧及所從事行為之種類亦須衡量任用機關之重要性及任務範圍。以純學術為目標的工作一般而言並不會造成給予許可的阻礙，但在申請者職務上可能獲得未來當事人的資料時，則司法制度之利益通常將受到危害。除此之外基於司法制度利益之考量必須避免在大眾中造成在公務中重要的職位得帶給律師獲取利益可能的印象（BGHZ 66, 283 [387f.]，更詳細者見Pfeifer，前揭書，第二六九頁以下）。

c) 除此之外律師許可僅在第二職業具有較高地位時始得給予。其理由乃是基於帝國法院內名譽法院之判決（一九三〇年六月二十八日之判決，EGH XXIV, 16），其要求作為司法制度機關的律師必須具有對內及對外的獨立性及律師業形象之保護（BGHZ 35, 119 [122f.]）；BGH, EGVII, S. 36, 40f.）。唯有具有較高地位者始能經常在工作時間外有足夠的自由及不需常常與其長官相互協調即可使用該時間（BGH, EGE XIV, S. 49, 50.）。雖然不要求頂尖的職位，但依其重要性及責任屬於較附屬性的職員地位時則是不足夠的。依法院之見解要求一項整體的評價，此時取決於許多可能的間接證明，例如代理權之

授與、解約期限之長短、薪資之額度及對其他從業人員之指示權限（詳細請見，Feverich，聯邦律師法，2. Auf1. § 7 Rdnr. 122ff. 及 Pfeifer, in: Fs. f. Walter Oppenhoff, S. 249 [263f.]）。

① 除此之外與律師職業不相容的乃是受僱人員之行爲，若依僱傭或勞動契約負有提供第三人法律諮詢之義務，而僱主勿須負擔律師專門職業義務時。惟法律顧問必須給予其僱主本身、同事或關係事業之子公司法律諮詢服務一事並非阻礙許可的授予。但若此項顧問行爲擴充至他人時，聯盟及社團成員亦在內（BGHZ 40, 282 [285f.]），則將出現雙重身份，其並不符合律師之職業形象，使尋求法律保護公眾之期望落空且將危及法律安定，蓋對他人而言責任的分離並非一直皆是明顯易見的（BGH, BRAK-Mitt. 1988, S. 271f.）。

② 最後聯邦最高法院提出所有並非行政性質而係具有營利特質之商業行爲爲阻礙許可之基本原則。商業營利之想法必須完全遠離律師職業（BGHZ 40, 194 [196]；Pfeifer，前揭書，第二六六頁）。律師與商人最大之基本差別在於，其並非以追求利潤意圖及考慮不同顧客群之需要爲行爲決定性的準則（BGHZ 72, 282 [287.]）。所涉及之當事人是否本身以營利行爲出現或使同事爲該行爲並非重要；同事之行爲必須得歸屬於當事人。此項他人行爲可歸屬之想法導致了即使法人之機關（理事會成員及執行業務者），不管其內部任務如何分配，只要該事業從事商業行爲時，基本上則不給予律師許可（BGHZ 72, 282 [284f.]；BRAK-Mitt 1987, S. 89f.）。

1. 訴訟提起人 1) 在哥廷根大學擔任學術助理。其每個月之工作時間自開始的三十個小時在訴訟程序進行期間則減至少十個小時。整理專題討論課程學生之報告、整理試卷及問或代替教授授課皆屬其任務。其在通過第二次國家考試後申請律師許可。在布朗斯威的律師公會則主張適用 § 2. 3 BRAO 之拒絕理由。訴訟提起人乃受指命所拘束且並非從事地位較高的行爲。

其向審理律師事件之名譽法院所提出之決定申請被駁回。訴訟提起人爲學術助理人員其行爲並非獨立自主且自我負責的，因此受到指令所拘束。此與作爲司法制度機關的律師地位並不相容。短暫的工作時（當時每月尚有三十小時）並無關。立即的訴訟並無效果，聯邦最高法院認爲，作爲受時間限制、僱傭關係當事人一方的大學學術助理人員（在期間僅剩十小時），因其不具有較高之地位，故不能給予律師許可。大學並不會給予訴訟提起人有關其所欲從事的律師業務任何指示，並非重要。

基於上述情形，訴訟提起人放棄在學術上之副業後，其依申請獲得了律師許可。

2. 訴訟提起人 2) 在漢諾威大學作爲每個禮拜工作時間有二十個小時的職員。其依薪級 II。B 之敘薪。依大學的組織架構其乃屬得代理校長之專業職員。屬於其任務者有在接收、管理財產及歸類程序中提供法律上之協助（處理個案中異議事件、參與訴訟）；依個別指令參與人事訴訟案件。在其任務範圍內得有權簽字。其發布處分及異議決定。大學校長依 § 11 BA 1 及下薩克森邦公務員法第七十三條准許其得在正常上班時間外每週執行二十八小時的律師業務。該許可中限制不得參與任何針對漢諾威大學及下薩克森邦之訴訟，且其在工作時必須優先遵行庭期。

律師公會理事會拒絕訴訟提起人之許可申請並主張適用§ 7 Nr. 8 BRAO 的拒絕理由。在兼業許可中所包含的限制強烈限制訴訟提起人律師業務之執行。同時§ 46 BRAO 亦阻止授予許可。基於此項情形訴訟提起人重新提出修正後的兼業許可，其中將“優先”兩字去除。名譽法院則確認所主張的拒絕理由並不存在。在大學所從事之行為與律師職業及律師業形象乃是相容的。

在律師公會所提出的立即訴訟中，聯邦最高法院廢棄了受到責難的名譽法院判決。因訴訟提起人擔任公職將危及司法制度之利益。大學在漢諾威市之公共生活中扮演極重要的角色。訴訟提起人執行高權任務且對外代表大學。此將對尋求法律保護之公眾引起職位得被利用以促進私人利益之印象。在此單純可能發生之印象即為已足。除此之外其職員之工作亦不容許其仍能在必要的範圍內執行律師業務。

3. 訴訟提起人3) 乃是合作社協會的職員，且與其他四位法律人共同負責法務部門。其有義務提供其直屬機關理事會法律上之諮詢。擁有約一千名合作社社員的合作社協會依章程之規定負有全面照顧及提供諮詢給社員之任務。

訴訟提起人申請法律顧問律師之許可並且附上其僱主之證明文件，其中指出給予其事實上及法律上最大可能獨立性之保障。律師公會理事會則主張適用§ 7 Nr. 8 BRAO 的拒絕理由。訴訟提起人執行不受律師專業法規拘束的僱主所委託的法律諮詢行為。其缺少了突顯律師職業形象的自我負責性格。

名譽法院沿用此看法並將訴訟提起人之請求法院為裁判之申請駁回。(蓋) 訴訟提起人乃依賴其僱主，而其僱主並不受律師專業義務之限制。在是否接受當事人之決定時，訴訟提起人必須提供協會成

身法律諮詢時並非自由。

就此所提出的立即訴訟遭聯邦最高法院駁回。訴訟提起人之行為違背了律師作為獨立顧問及代理人在所有法律事務時之職業形象。其缺少了突顯律師職業形象的自我負責特性。訴訟提起人在諮詢行為時是否必須遵守指令並非重要；無論如何在法律諮詢時並非由其負擔起責任而係合作社協會。此項協會內部的顧問工作與法律顧問律師之行為基本上是不同的，其所為的諮詢服務僅是針對僱主而並非是針對第三人。

4. 訴訟提起人4)在一防止不正競爭之中心任職。其最主要的工作在於提出有關競爭法構成要件的鑑定書、為檢察機關或公法人提供意見。就競爭中心之成員預定實施及已實施的廣告措施則由其審查合法性問題。其應儘量使競爭法上之糾紛在法院外解決；若無法達成，則其須接受委任為訴訟時之代理人。

其申請律師許可的理由特別為，迄今為止其僱主所有相同的工作人員皆已獲得為律師之許可。惟律師公會理事會則主張適用§ 7 Nr. 8 BRAO的拒絕理由。訴訟提起人所從事者乃不具特別權限、非地位較高之行為。其不具有機關之地位且在業務執行內並不具有突出的地位。

名譽法院駁回其許可決定之申請。其不具有地位較高職位且僅作為職員提供中心成員法律意見，其缺少就該諮詢行為任何自我負責之可能；其亦不負擔任何責任風險。

立即的訴訟亦無效果。依聯邦最高法院之見解其與律師職業不相容之處在於，訴訟提起人在不受律師專業義務拘束的僱主下從事非獨立自主的給予法律建議之行為。其是否具有較高的地位並非重要。在

其主張已有十六位競爭中心之工作人員已獲得律師許可之事，則得不予以評論，因任何人皆無權主張錯誤的重覆出現。

5. 訴訟提起人 5) 最初在一九七〇年 *Osnabrück* 地方法院獲得律師許可。他於其後轉至 *Essen* 地方法院（一九七五年至一九八〇年）及法蘭克福（梅茵河）法院（一九八〇年至一九八八年）。一九八八年四月其向 *Osnabrück* 地方法院重新申請許可。在此期間邦法務行政機關獲悉其不只在一家建築顧問有限公司執行業務，另在許多屬於自己的公司內執行業務，雖然如此其仍獲得許可。訴訟提起人乃是三家資合公司之單獨執行業務者。除此之外他以個人無限責任身份參與五家人合公司，最後其尚擁有兩合公司責任股東之股份。

一九八九年六月二十日 *OIdenburg* 高等法院院長決定依 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 撤銷其律師許可。公司業務單獨執行者之地位與律師職業形象並不相容，訴訟提起人以追求營利利潤之形象出現。其究竟是本身親自經營或藉助他人幫忙業務並非重要，其完全責任並因此受到影響。身為單獨的業務執行者必須將公司商業營利行為之結果歸屬於自己。

名譽法院駁回了請求為法院裁判之申請且就受責難判決之理由提出看法：訴訟提起人不得主張信賴保護之理由，不可期待的困難亦不得見。

立即的訴訟亦無效果，聯邦最高法院認為，一九八九年十二月十三日依律師及專利律師修改法加以修正的聯邦律師法對訴訟提起人並無有利的改變。在無裁量瑕疵下許可被撤銷，依新的法律規定存在撤

回之理由，律師以營利行爲主體方式出現從事非法律專業行爲者，與律師職業形象不相容。律師爲法人之法定代理人時，其行爲必須依公司的業務行爲爲出發點。若其經營商業時，其行爲將大部份由追求利潤之目標所主導。法代或組織上之代理人行爲則因此突顯出其商業營利之特性。

6. 訴訟提起人6)自一九八六年起曾任一股份有限公司之法務部門主管。他於一九八二年二月獲得律師許可。他與其他兩位律師共同執行律師業務。自一九八三年起其乃是一家各種保險之證明、仲介及處理的保險仲介有限公司的單獨執行業務者。

當律師公會知悉此事後即著手開始撤銷其許可，邦法務行政機關則據此作出該受提起人指摘之處分。名譽法院駁回判決許可之申請，立即訴訟亦無效果。聯邦最高法院主張其對商業營利行爲向來的判決並重覆指出商業營利之想法與律師職業絕對分離的前提。撤銷許可將帶來不可期待的不利益之論點並不存在。

7. 訴訟提起人7)自一九五三年起即在其家族所屬之鋼鐵加工企業內工作，自一九五六年起爲法律顧問。他於一九五七年獲得律師許可。自此其與另一位律師及公證人合夥執行律師業務。一九六六年其成爲家族事業的無限責任股東。於該人合公司專換成以有限公司爲股東之兩合公司 (GmbH & Co. KG) 後，其成爲兩位負責執行業務者之一。其所負責的業務爲人事、社會和法律問題以及控制投資。

當高等法院院長於一九八九年知悉訴訟提起人企業上之行爲後，即撤銷該律師許可並以 § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 爲依據申請名譽法院判決亦無結果。立即訴訟亦被駁回。聯邦最高法院指出其主張營利行爲與

律師職業形象不相容的向來判決。其更進一步指出，雖然律師職業形象自許多年來已逐漸在改變，但對於營業行為之禁止卻無影響。

III、

1. 訴訟提起人1) 在其所提起之憲法訴訟內指摘所有在許可及名譽法院之程序中所為之決定。就法律保護要件而言，其主張遲來的律師許可將影響其對於專門職業保險機構的給付請求權及使其獲得公證人許可的時間延後。此導致了其財政上之損失。其必須放棄在大學的兼職。在其父親事務所做為共同工作者得獲得之利潤必須獲得律師許可後始有可能，因此其保留了主張損害賠償及結果除去請求權之權利。

訴訟提起人主張許可之拒絕不當地限制了其選擇職業之自由，在其案件中，基於保護司法制度之功能及獨立且有效能的律師職業形象，依§ 7 Nr. 8 BRAO來拒絕給予許可乃是不適合且沒有必要的。依比例原則而言，應給予附負擔之許可，而律師公會得對其給予監督即可。

除此之外訴訟提起人亦認為基本法第三條第一項受到侵害。聯邦最高法院所依據者乃是以律師許可為副業的判決內容。而其卻以追求此項許可做為主要職業，因此該項拒絕對其而言在經濟及職業觀點上是受到不同的嚴重不利益。

2. 訴訟提起人2) 攻擊使名譽法院之決定被廢棄之聯邦最高法院裁判。§ 7 Nr. 8 BRAO 是否符合明確性之要求是有疑問的。立法者必須親自規定不可兼任條文之基本內容。自憲法之觀點，法院不得代替立法者為基本的決定亦不得超出法律之外對職業自由之基本權利加以限制。依§ 7 Nr. 8及§ 46 BRAO 律師

行爲及雇員行爲（亦包含公職在內）之並存是可能的。許可之拒絕對保護司法制度之利益是不必要的。可能的利益衝突已由刑法第二五六條、§ 45 Nr. 1-3, § 46 BRAO及律師專業法規的基本原則充分地加以規範。無論如何僅是存在利益衝突的可能並不能合法化對職業選擇自由之限制。

最後聯邦最高法院之判決亦侵害了法定的聽證程序，若聯邦最高法院允許其能將契約上工作義務時間的彈性更加詳細說明時，則對其有利的判決將不會完全被排除。

3. 訴訟提起人3) 提起憲法訴訟責難所有在許可及名譽法院程序中所爲之決定並責難其基本法第十二條第一項及第三條所保障基本權利所受之侵害。

律師許可之拒絕並無任何法律基礎。§ 7 Nr. 8 BRAO 並不符合法治國家所要求的明確性原則。雖然立法者在基本法第十二條第一項範圍內得確立職業之形象並提出許可之要件，但卻必須本身親自制定該許可標準。此項任務立法者不得移轉至司法機關。即使法院有權具體化不確定法律概念，在上述案件中法院則超越了法律所規定的界限。聯邦律師法並不排除在雇員關係中的法律顧問行爲。第二職業僅在其將危及顧問及代理行爲之自由及獨立性且危及律師做爲司法制度機關之地位時，始與律師職業不相容。在他的案件中並不存在此種情形。

除此之外在法、律顧問律師及給予第三人法律諮詢的雇員間並無存在得以於處理律師許可時給予差別待遇的不同情事。相同的情形亦適用於其他在承租人協會、消費者保護團體及其他組織內以從事法律諮詢行爲作爲副業之律師。

4. 訴訟提起人 4) 責難所有在先行程序中對其不利之判決，並主張及基於基本法第十二條第一項及第三條第一項之基本權利受到侵害。其並不責難該法律規範是否違憲，而是攻擊該規範在判決中的解釋及適用。

拒絕給予律師許可乃是對於職業選擇自由嚴重的侵害，因此只有在保護重大公共利益始許可。因此導出必須嚴格適用 § 7 Nr. 8 BRAO 之義務。在具體化此項規範時，聯邦最高法院應考慮律師職業形象的改變。僅因律師許可申請者職業上之地位所為概括一般的許可拒絕，則不在 § 7 Nr. 8 BRAO 正確的適用範圍內。其雇員之行為與法律顧問律師之行為並無區別。其僅提供其僱主法律諮詢且其具體僱員行為之規劃並不限制律師業務之執行且不受指令之拘束。

除此之外此項許可拒絕乃是恣意的，因至今為止所有在競爭中心相同的雇員皆獲得法律顧問律師之許可。

5. 訴訟提起人 5) 針對其律師許可之撤銷提起憲法訴訟。（其主張為）：§ Nr. 2 BRAO a. F. 之法律基礎並非充分地確定。自該規定中並無法明白得出其身為多數事業單獨業務執行者與律師職業形象不相容之結果。

6. 訴訟提起人 6) 主張其基於基本法第十二條第一項及第三條第一項之基本權利受到侵害。

撤銷其許可之行為缺乏一項充分明確的法律基礎。§ 15 BRAO a. F. 欠缺法律保留原則下必須具備的明確的不兼任規定之內容。受攻擊判決中對於該規定之解釋及適用亦通不過基本法第十二條第一項標準

的考驗。在其個案中得合法化許可拒絕的具體公共利益並不存在。其在不同的辦公地點獨立自由地從事兩項職業，因此尋求法律保護之大眾並不會受到誤導。其在實際上及時間上亦得高品質地執行律師的業務。

7. 訴訟提起人¹⁾亦就撤銷處分及名譽法院之判決提出憲法訴訟。其特別是對於造成名譽法院判決中許多矛盾之處的限制職業選擇自由，§ 15 Nr. 2 BRAD. a. F. 規定的不明確性提出責難。藉由歷史解釋之方式來具體化概括條款內的方法忽視了因法院外經濟咨詢行為日益增加所突顯出律師職業形象的轉變。許多重要事業及協會的理事皆擁有律師許可，此不但不會減損反而會增加律師的形象。

在解釋及適用該規範時，並未注意到許可之撤銷對於保護特別重要的公共利益既非必要亦非可預測的。公共利益的侵害必須具體地加以證明而不是抽象概括地依僵硬的類型加以推測。若其涉及不相容行為的混合時，並不需要侵害職業選擇之自由，限制職業行為的行使方式即為已足。

訴訟提起人同時責難恣意的差別待遇。在其為業務執行者公司之行為在判決是否相容時，將之歸屬於訴訟提起人，雖然其對外並未表現出來；在法律顧問律師時，相同的事業行為之歸屬並未予以考慮。保護企業權及作為律師自由業行為的基本法第十四條亦受到侵害，許可之撤銷剝奪了其繼續服務基本顧客的機會。

IV、

1. 聯邦法務部長以聯邦政府之名義就訴訟提起人¹⁾及⁵⁾之訴訟程序提出意見。其就彼等所提憲法訴

訟之理由作出辯駁。

(聯邦法務部長：)基本法第十二條第一項之職業自由雖包含了選擇多項職業並得同時兼為之權利，但立法者亦有規範職業秩序之權限。就此立法者亦有權制定有助於明確釐清職業形象的不得兼任規定。對於在選擇第一職業時法律所規定的不可兼任性應採取較其他客觀許可限制較低的要求。§ 7 Nr. 8 BRAO及§ 15 Nr. 2 BRAO a.F.之規定乃符合此項要求。法律規定亦是充分明確內。律師的職業形象得自§ 1-3及§ 43ff. BRAO的規範關係中導出。名譽法院之判決亦充分具體化此項規定。聯邦法務部認為該受指摘之判決是正確的。就較高地位之要求乃是基於作為司法制度機關，自我負責及獨立之律師職業形象且有助於保障自由律師的原則。營利的經濟行為將使得尋求法律保護之公眾對於律師基本的獨立性產生質疑。以商人身份參與經濟生活的律師將無可避免地被視為商人律師或律師商人。即使其個人行為完全正直無瑕疵，但其獨立性卻不免乏人懷疑。此將危及國民對於司法制度的信賴。比例原則在此是受到遵守的。

2. 聯邦律師公會對所有的訴訟皆表示意見。其肯認§ 7 Nr. 8 BRAO以及§ 15 Nr. 2 BRAO a.F.之合憲性。此等條文乃是充分明確的。概括條款之具體化可依傳統的解釋方法來完成。與律師職業不相容之行為乃是使人對法律所規定之職業形象產生質疑的行為或在公眾中引起律師許可申請者受到特別律師的限制及責任印象之行為，雖然其在實際上並非如此。

該公會僅在1)的憲法訴訟中指出了憲法上的疑慮。(聯邦律師公會：)惟較高地位乃表明顧問律師

不可缺少之特徵。從屬之雇員行爲將妨害做爲司法制度機關律師之獨立性及爲律師之形象。只有較高地位者始能在工作時間外毋需獲得雇主之同意自由執行業務且不僅是僞而執行律師業務。學術助手之行爲並不見有較高地位之特徵。此處適用之結果如同完全地阻絕職業的從事且無法通過基本法第十二條第一項之考驗。自種類及範圍的觀點，學術助手的行爲皆僅具有附屬之意義，正因爲如此其並不阻礙自由獨立地執行律師業務。問卷結果顯示，大多數的地區性律師公會在明顯低於每週四十小時的學術助手行爲時，皆不會拒絕給予許可。

在2)的憲法訴訟中並無憲法之疑慮。在地區性內相當重要的國家機關工作，其於相當廣的範圍內執行高權任務並因此面對相當多數之人羣。此如§ 7 Nr. 10 BVerfGE所指出與獨立於國家及自由顧問者之律師形象並不相容。

就訴訟提起人3)及4)的訴訟，聯邦律師公會強調立法皆可透過不相容之規定來處理有關義務及負責之不明確性。與聯邦最高法院之判決同，其亦擔心尋求法律保護之公眾依其所有傳統的律師職業形象無法認識或理解，提供法律諮詢之雇員並無法如同自由業的律師自我負責地執行業務及負擔行爲的結果。

有關律師行爲與商業——營利行爲不相容之判決在憲法上是沒有問題的。其僅認爲利潤追求的想法必須完全遠離律師職業的要求應加以降溫；於現行有效的專業法規及聯邦律師法有關執行業務規範的界限內，得追求某程度之利潤。但同時執行律師業務及從事商業——營利行爲將導致律師職業形象的破壞。此類職業的結合將帶給公眾極大的失望。律師一方面在其專業領域內所必須受的限制及另一方面在營利活

動中所受限制之不同對公衆而言是很難認清且理解的。此項情形將導致在兩項不同職業領域活動的律師形象產生分裂而使得公衆不再信任他。特別是在商業——營利行爲明顯地爲第二項職業之特徵且具有典型的律師任務時，此項不信任將更加明顯。

3. 德國律師協會認爲所有之憲法訴訟——第二件除外——皆有理由。

(德國律師協會·) § 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a. F. 及 § 14 III Nr. 9 BRAO n. F. 符合明確性之要求且透過法院之判決已充分地闡明。唯由於所涉及的乃是客觀的許可限制，因此必須嚴格地加以解釋。值得質疑的是該處以傳統的律師職業形象爲出發點，其卻在律師界內外有不同的看法且隨著時間有重大的改變。如同 § 46 BRAO 所指出，從事不受指示拘束之行爲基本上符合律師的職業形象。唯要求律師業完全不准加入任何營利之觀點乃是一種純想像，其與事實不符且在今日的競爭條件下失去意義。商業行爲及自由業依其本質不能互爲主業及副業同時從事之論點是沒有理由的。不同類型的結合及角色的變換在職業生活中是常見的，尤其在律師界更是流行的。所謂引起尋求法律保護公衆的混淆是無法證明的。僅是理論上利益衝突之可能並不得合法化律師職業的禁止。不同活動領域之區隔可透過嚴格的職業行使規定來達成。

憲法上特別有問題的是較高地位之特徵，聯邦最高法院僅以申請律師許可者組織法上之地位爲準，而放棄去確定是否真正存在衝突之情形。此將帶給職業新鮮人重大的不利益。只有基於該行爲具體之內容始能判斷是否危及到司法制度功能之發揮。在訴訟提起人¹⁾的案件中並無此項情形。學術助手之行爲

甚至有助於律師職業的形象。

就(3)及(4)的憲法訴訟德國律師協會亦採取相同的看法。訴訟提起人基於雇主之委託提供第三人法律諮詢並無可責難之處。其仍可執行律師業務，律師職業上之獨立性並沒有受到限制。在其他程序中受到責難判決之理由則過於一般化且不符合比例原則。

德國律師協會認為憲法訴訟提起人勿憲法上之疑慮是沒有理由的。雖然聯邦最高法院以雇員工作時間範圍為標準的看法不足採，但其第二項論點是有理由的。長期在公務機關且間或行使高權功能之行為排除了律師職業的許可。

任何高權行為皆與§ 3, BVerfGE所規定之律師獨立性不相容。其將引起公眾錯誤且傷害律師職業形象之印象。

4. 對於第一憲法訴訟提起人之程序，自由律師聯盟亦提出其看法。其認為憲法訴訟有理由。法院在適用§ 7 Nr. 8 BVerfGE時，並沒有正確認識職業選擇自由之意義，許可禁止之目的僅能是為了保障司法制度之運作且必須以事實上雇員關係之內容為準。就訴訟提起人而言，除身為學術助手外，顯然地仍能獨立地執行律師業務。學術助手之行為是否得視為較高地位之行為是無所謂的。此項特徵僅是令人想起過時的社會階級偏見。

5. 地區性的律師公會及法務行政機關則防禦其受到責難的決定。

B、憲法訴訟基本上應被許可。

不應被許可的是訴訟提起人1)及3)對於高等法院院長停止決定所提出之訴訟，因其並非涉及實質之決定。邦法務行政機關雖依§ 81 BRAO之規定必須對於律師許可之申請作決定，唯有有管轄權的律師公會理事會提出含有§ 7 Nr. 3 BRAO拒絕理由之鑑定書時，其必須依§ 9 BRAO之規定停止許可程序之進行。判斷此項拒絕理由是否存在乃是名譽法院之權限。透過聯邦憲法法院來撤銷該停止決定對訴訟提起人而言並無帶來任何利益，因其並無法更進一步獲得所想要的律師許可。就此而言，需要在名譽法院進行的程序中獲得勝訴。

除此之外並無任何許可上之疑慮。訴訟提起人1)法律保護之利益並不因其在此期間內已依申請獲得律師許可而消滅。申請人在重大遲延後始獲得許可，而且是因為訴訟提起人放棄其在大學學術性助手之第二職業後，其職業上之不利益因而產生。因此其擁有確認此項律師許可拒絕為違法之利益。其明示地保留了主張結果除去及損害賠償請求權之權利。

C、訴訟提起人1)及3)至7)的憲法訴訟基本上是有理由的，但訴訟提起人2)的憲法訴訟則無效果。

I、

1. 律師許可之拒絕及撤回乃是侵害基本法第十二條第一項所保障的職業選擇自由。此項自由基本上

亦包含選擇多項職業且同時從事之權利 (BVerfGE 21, 173 [179])。若基於排除特定職業行為結合之目的而限制該自由時，則僅能依法律或基於法律為之且只能為保護特別重大的公共利益及符合比例原則。

法定限制職業選擇自由明確性之要求及比例原則所植基的觀點則依職業選擇自由受到何種程度之侵害而定。其得依侵害之方式及目的而定。聯邦憲法法院認為侵害程度之確定得依該項職業禁止究為主觀或客觀前提要件而定。職業的從事若依申請人個人之特質及能力而定時，此項自由之限制相較與個人條件無涉的許可要件而言則較為輕微 (BVerfGE 7, 377 [406f.])。所謂的不相容規定並無法一般地依上述區別特徵來加以分類，因其得同時擁有主觀及客觀之因素。此項區別就不相容規定對申請者之影響亦無任何意義。在評價此項不得兼任規定時，最重要的是依職業禁止將帶給申請者何種經濟後果及其必須花費多少費用來越過此項門檻 (BVerfGE 21, 173 [181f.])。

欲選擇律師職業者必須考慮律師市場內特別的條件。在該市場內存在相當激烈的競爭情勢，該情形又因職業新鮮人數目之增加、在歐體內的設立自由及其他職業團體（特別是會計師及稅務顧問）的法律諮詢行為日益激烈（數目及詳情，Winters, 律師市場 Der Rechtsanwaltsmarkt, Koeln 1990, S. 10, ff.）。

。基於此項因素對許多律師新鮮人而言，從事第二項職業是保障生活不可缺少的，一直必須到其擁有足夠的客戶來源或已有必的知名度時，才有可能放棄。因此不可兼任之規定在此影響特別重大。德國律師協會在其意見中亦明確地指出此項情況。

2. 規定律師職業與其他職業活動不相容之條文必須充分明確。立法者至少必須明確地表示基本想法

及立法目的 (BVerfGE 17, 306 [314])。該規定愈能提供侵害基本權利所保障的範圍之基礎時，則此項要求更強烈 (BVerfGE 83, 130 [145]) = EUGRZ 1991, 33 [37])。受規範者必須能夠知悉，其職業的從事須依何種條件而定。解釋及適用的問題雖然勿須完全排除，但在重大侵害職業選擇自由時，卻必須要能透過傳統的法學方法獲致明確的結果。在受責難的判決中所引用的法律基礎——§ 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 及 § 14 II Nr. 9 BRO n.F.——只有與立法理由緊密相連在一起解釋時，才能符合上述要求。

a) 上述所提及的條文並未詳細地描述與律師業務執行或律師業形象不相容的第二項職業的構成要件前提。因此自其並無法直接得出立法者追求何項目標，若其認為特定的第二職業與律師職業不相容時。同樣地亦並未表明其所指究竟為何種職業及法務行政機關及名譽法院在許可決定時究應遵循何項標準。此項歷史原因所造成的不明確性，若無法依其他解釋方式得到釐清，則其在憲法上是值得非難的。但此項可能是存在的。

自政府草案明確的立法理由中可以得出，該備受爭議的規定乃是以一八七八年七月一日律師中相同的規定以及至一九三三年帝國法院就此所為之判決為出發點。立法者亦明白內容必須加以調整。在立法理由中強調職業自由之基本權利僅在申請者執行其業務將危及司法制度或尋求法律保護者之利益時，始能加以限制，換句話說始能拒絕給予許可 (BDrucks. III/120, S. 56Zu § 19)。基於可能案例之多樣性並無法給予一項完全的定義，而是在個案中為必要之審查。判斷時最重要的是依律師——依其一般之職業

形象——是否於顧問或代理行為時，能獨立客觀地執行業務（a.a.o., S.57 Zu Nr.8）。自立法理由中所列舉之例子可以得出立法者認為建立典型的類型是有可能的。例如需要全部勞動力且受嚴格指令拘束之行為與律師職業不相符合，因其無法有足夠的空間來從事顧問及代理行為，使得律師此項職業名稱成為內容空洞的頭銜。除此之外，尚有違反國家法令、善良風俗及司法制度利益之行為作為例子（a.a.O., S.58）。

在聯邦律師法第一章中可發現此項觀點。在第一章中特別強調顯示律師職業形象特徵獨立性及專業性之重要（§1及§31 BRAO）。因第二職業之範圍及任務危及或妨害該資格及誠實正直之可能是顯而易見的。於自始即可預見之案例，該有爭議的規定應賦予法務行政機關拒絕或剝奪該項許可之權限。因此項目標得自法律本身及其立法理由中明確獲知，故該規定於此限度內乃是充分確定的。明確指出與律師職業行為不相容行為特徵的工作，立法者得賦予司法機關為之。

b) 較有疑問者為，律師許可亦應依該同時從事之職業是否與「律師之形象」相容而定一事。自立法史中並無法明確得知其究竟何指。此處並無法以一八七八年律師法上之評價為出發點。當時之規定為律師業尊嚴，這其中專門職業政策之觀點扮演重要角色。唯適用基本法時，並非如此（BVerfGE 76,171 [189] = JUGRE 1987,594 [599f.]）。

政府草案的理由指出為任何事業行為而任出差（Reisender）代理人之行為為例子（BTDrucks. III/120, S.58）。但其卻無助於說明此項問題。一方面其僅證明不相容之結果可自律師職業及律師業之形象中導

出，而兩者卻無法明確的區分；在另一方面，此處為何及基於何種條件下涉及律師業之形象並未說明。此等例子顯然地可自在一九五九年尚有相當明確輪廓傳統的職業形象觀點中加以了解，但基於社會強烈之變化，此項觀點已有了重大的轉變（參見Paul, in: Koetz/Paul/Pedamon/Zander, *Arwa Tisberuf im Wandel*, 1982, S. 11ff.）。德國律師協會及自由律師聯盟在其意見中亦指出此項轉變。

唯若並非孤立地看待此項構成要件，而是將之視為補充及強化上述構成要件的另一項選擇時，則其仍具有充分得確定之內容。專業及誠實正直的問題並非僅針對個別之申請者及其將來的當事人，亦包括律師業整體。大眾對律師業之形象可能因個別律師執業的情形受到影響。其亦可能影響到基於司法制度功能運作所必要的對律師的信賴基礎。在此意義下，政府草案理由中要求律師行為必須考量其對於公眾之意義（BTDucks. III/120, S. 49 Zu § 1）。自此可以得出，在判斷律師職業是否與其他行為相容時，不得僅依個別申請者之誠實正直及其職業特殊情況而定。即使在個案中給予其正面之評價，仍必須再考慮，從事第二項職業是否會使得尋求法律保護之公眾產生合理懷疑律師之獨立性及專業性，因而使得律師業形象整體而言受到傷害。

由法院判決在此情況下所發展出的重要類型為公職中的雇員關係。政府草案理由中一般地亦認為，若律師依賴國家時，則不論依何種方式皆將違反自由律師之原則（a.a.O., S. 49 Zu § 2）。在該法律的特別規定中可以找到此項評價之體現（§ 7 Nr. 10 及 47 BRAO），另依立法者之意，§ 7 Nr. 8 BRAO 則得補充該規定（a.a.O., S. 78 Zu § 59）。即使公職行為不去考慮具體個案時之種類及範圍得完全與律師

職業相區隔，則其僅能依受國家拘束之行爲一般地給予尋求法律保護之公眾之印象來加以解釋。此處事實上首要涉及的是自由律師之職業形象，而因此亦涉及及到律師業之形象。在此情況下，此項構成要件特徵亦得被視爲充分明確。

3. 在上述所指出的範圍內，自憲法之觀點，該具爭議性之條文並無問題（§ 7 Nr. 8 BRAO, § 15 Nr. 2 BRAO a.F. 及 § 14 III Nr. 9 BRAO n.F.）。

律師公會及名譽法院所爲的解釋及適用符合比例原則。

a) 該項規範之目的在於保障律師之專業性、誠實正直及足夠的行爲空間，及保護律師業必要的信賴基礎（上述 2 a 及 2 b）。其乃有助於司法制度之正常運作，即重大的公共利益。

就此其亦是適當的。若自始且一般地得排除受不同職業義務拘束之行爲同時行使之可能，則能較須不時控制職業行使之專業監督更能有效地阻止利益衝突及義務違反。整體職業形象透過不容原則得較透過多數職業行使之規範更易明確清楚。大眾對於職業形象之要求及期待則有更明確的依據，其觀點則較不易受到誤導所影響。

b) 較難回答的乃是，該有爭議的不相容條款是否必要且對於申請者是否乃是可期待的。此以法律目的無法依其他相同有效卻較少侵害的措施來達成爲前提；除此之外申請者之利益不得明顯地較司法及律師業之利益爲更重的考量。在回答此項問題時必須注意，立法者亦僅規定了概括條款。立法者首先僅認爲職業之結合將危害司法制度，因此嚴格的區分是必要的。在此類案件中限制當事人職業選擇自由對

其而言是可期待的。此項規定是否過度影響該自由，則依法院如何來具體化此項概括條款而定。因此在解釋及適用該條文時必須特別注意比例原則。該原則要求在發展典型的不相容規定時必須相當謹慎保留。

II、

1. 聯邦最高法院就訴訟提起人(2)在 Fernow 大學的職業行為基於兩項理由認為與律師職業不相容。首先訴訟提起人因副業許可中強烈地限制使其無法於必要的範圍內執行律師業務。此外其與重要的公法團體間的關係將使得尋求法律保護的產生過於接近國家及利益衝突危險之印象。如同上述所言 (120及2 b)，此兩項拒絕理由皆可在 § 7 Nr. 8 BRAO 中找到足夠的法律基礎。法律之解釋及適用基本上屬法院之權限，聯邦憲法法院僅在相當有限的範圍內始得加以審查 (BVerfGE 15, 85[92f. 1])。

僅在訴訟提起人之職業選擇自由受到過度之限制時，始有憲法訴訟上改正之必要。唯其卻無法確定

2. 就執行律師業務不可缺少的法律及事實上行為空間，聯邦最高法院在其一貫的判決中則依申請者是否能擁有足夠值得重視的且非偶而之顧問及代理行為而定 (BGHZ 33, 266[268]; Pfeiffer, in: F.S.f. Walter Oppenhoff, S. 249[254ff. 1])。此項具體化之原則乃自法律的目的中導出，乃是保障律師專業性及獨立性的最低要求。其是適當且必要地排除純「下班」律師。的出現且阻止律師的職業名稱成為空洞的頭銜。期待可能性則得自當事人已擔任且時間上受到限制的主要職業，因此一般而言禁止其律師業務

之執行對其打擊並不會太大。

訴訟提起人²⁾在大學僅上半天班。不得僅以有兼職行為來合法化律師許可之拒絕。聯邦最高法院就此並未以時間上之負擔做為決定性的論點，而是依兼業許可受到強烈限制，因而無法在足夠的範圍內執行律師業務為定。就此訴訟提起人責難程序上之處理；其認為事實並未足夠明確地釐清。此項責難是否得足以作為理由要求且迫使作成憲法上之審查，在此可不用加以討論。受責難的判決基於其他理由所作成，而該理由是可以接受的。

3. 訴訟提起人²⁾乃是在大學中服公職的雇員。其對外代表該公法人團體且從事高權任務。基此產生了與國家緊密之關係，此關係依聯邦最高法院之判決原則上與自由律師之職業形象不相容且影響到律師業在大眾中的形象。

此項判決是妥當有助於達成法律之目的，防止不受國家影響的自由律師職業形象因律師兼任類似公務員之職務受到損害。為達成此項目標有必要明確區隔不同職業的範圍，因專業監督方式並無法有效地排除依賴關係或至少在公眾眼中並無法相同有效。對當事人而言，職業選擇自由之限制僅在該不相容原則適用時並非僵硬不變下才有期待可能。公職的專業分類相當廣、多樣的形式及服務內容則必須不同地加以評價。聯邦最高法院的判決乃是公平合理的，若其依雇用的公法人團體之任務範圍種類及重要性作判斷。至少在尋求法律保護公眾的眼中，律師獨立性可能因為受國家拘束而受到妨害。此並非不適當的。

具體個案中該原則之適用乃是法院的權限。在訴訟提起人(2)的案件中大方的決定亦是可能的，例如下薩克森邦名譽法院的判決；聯邦最高法院卻提出個案中許多依其觀點得禁止律師許可之因素。自憲法之觀點此不得加以責難。

III、

其他訴訟中受責難的判決皆是以聯邦最高法院所發展出且在相同條文適用的不相容原則為基礎。此項原則過度地限制職業自由，與基本法第十二條第一項並不符合。若立法者願採納判決之價值判斷，其亦必須制定更詳細不同的規定。

1. 訴訟提起人1)被拒絕給予律師許可的理由僅是其在學術上的助手行為並非具有較高地位之行為。在此情況下，行為之種類已非重要，因其乃是長期的且其對外表現之形式乃是助手行為之展現。基於許多理由，此項認定在憲法上是無法維持的。

較高地位之特徵過於不明確，因此無法符合限制職業行使規定必須遵守的法治國家規範明確性的要求。聯邦最高法院欲將所有依其重要性及責任屬於附屬工作之行為排除；但其卻沒有成功地賦予此概念明確的典型輪廓。雖然應依終止期間之長短、薪資額度、代理權及指示權來考慮，但基於職業及經濟生活之多樣及多變性，實際上不可能有效地判斷及評價此類論點。具體案件的決定對申請者而言是無法預見的。

特別不明確的是，藉由較高地位之特徵來達成何種法律目的。律師業之社會聲望並非此處所指，蓋

僅是職業上之利益不得合法化對職業自由之限制 (BVerfGE 76, 171 [189] — EuGRZ 1987, 594 [600]) 。聯邦最高法院在其先前的判決中曾指出，該特徵所涉及的乃是保障律師之獨立性 (BGrZ 35, 119 [122f. J]) 。及考慮律師典型法律上及事實上之行為自由 (BGr, EGEXIV, S. 49 [50]) 。受責難之判決並未依循此項原則；訴訟提起人(1)的獨立性及行為自由顯然地並不會因為其在大學做不足道的行為而受到妨害。基於何種公共利益得限制訴訟提起人之職業選擇自由並不明確。

若回到聯邦最高法院先前之判決，其認為較高地位要求的目的在於保障律師業務執行的自由及獨立性，則依此理由所為職業選擇自由之限制違反了比例原則。在第二職業中擁有較高地位之條件並非適當的手段來完成該項目的。並無任何一般的經驗原則或相同的公衆意見認為領導階級之受僱人相較於從屬的僱員較少受到職業上之拘束或較少產生利益衝突。相反地立法者認為領導階級的受僱人與僱主的事業目標強烈地結合在一起 (§ 5 III BetrVG) 且需要僱主特別之信賴 (§ 14 KSchG) 。從屬的職務及雇員關係雖可同樣出現相當強的拘束及依賴性，但僅依等級的特徵卻無法正確掌握。

2. 訴訟提起人 3) 及 4) 被拒絕律師許可之理由為，其乃是以僱員身份提供法律諮詢。此類法律諮詢工作並非一般地不允許，但此處諮詢關係卻存在於其雇主及雇主其其聯盟和協會的成員間。因此訴訟提起人與尋求法律保護者間並無自我負責之關係，此與律師之職業形象不相容。

上述理由已因此項限制自由之侵害的法律基礎乃是值得質疑的而有憲法上之疑慮。立法者在 § 5a BRAG 中規定，法律顧問之行為並非一般地與律師職業不相容。自立法理由中可以得出，立法者明確地認

知到依賴性之僱傭關係與律師職業形象並不相容，但——與在公職服務不同——職業從事之禁止是不必要的。在法律顧問律師所具有的雙重身份領域內作明顯的區分，基於正常司法制度運作之利益乃是不可缺少的，但其應透過職業行使之規定來達成（BTDucks. III 120. S. 77）。與律師職業不相容的顧問僱員行為的例子如該行為乃在為規避法律顧問法（Rechtsberatungsgesetz）之事業內所為，即從事受禁止的法律顧問行為。在此處所涉及之案件中並沒有出現這樣的情形。相反地在判決中與律師職業的不相容性卻以訴訟提起人不僅給予其雇主及同事，還給予相當廣泛的協會及聯盟成員法律諮詢為理由。在法律中及其立法理由中並無法找到止是該項因素對於許可律師職業有重要決定性意義之依據。

有關法律基礎之問題得不加以討論。即使採取與聯邦最高法院相同之意見，則司法制度之利益將受認為到強烈影響，若許多尋求法律保護者由不具獨立性的法律顧問提供諮詢；但僅因為法律顧問提供諮詢之行為亦擴及其僱主協會及聯盟之成員即禁止其執行律師義務，則違反了比例原則。法院認為該案具有特別危險之因素，即相同人員在職業行為責任的分裂對局外人而言並非一直皆是足夠明確且將明顯地危及法律安定性及產生混淆的形式（BGH, BRK-Mitt. 1988, S. 27 [272]）。僅依此項危害並不能合法化職業許可之禁止。若立法者欲阻止不同顧問行為之結合及混淆，則其不會以亦提供協會及聯盟成員法律諮詢作為必要限制職業從事的論點，雖然其認為在法律顧問律師原則上利用職業行使上之規定即已足夠。透過職業義務之負擔亦能獲得明確劃分不同顧問行為之結果，而得避免對職業選擇自由之侵害。除此之外，當事人相對於法律顧問律師在 § 46BAG 下至少受到無可期待的巨大不利益。

3. 在訴訟提起人5), 6)及7)的案件中應特別地對個案做詳細的審查, 因自多年來其已是具有兩項職業, 即律師及營利事業之代表。受責難之判決並未探求是否有依據支持利益衝突或職業義務違反之情形。撤回律師許可之原因僅在於, 營利行為基本上與律師職業行為不相容且公司機關必須負擔事業之目標; 僱傭或公司契約之特性、助手之存在及至今為止所有的職業實務皆是不重要的。此項理由在憲法上是不足採的。

律師及營利行為基本上不相容之原則, 在聯邦律師法中並未顯現出來。除此之外亦無論點支持立法者相信律師業之形像會受到經濟行為之危害。雖然立法理由中強調, 律師不得受利潤之追求所支配; 但其更進一步指出, 此項理由乃因為自其得產生職業義務所以才顯得重要; 因此律師不得從事競爭、不得針對同業為低價競爭及不得參與訴訟程序中所獲得之利益 (BIDrucks. N/120, S. 49Zu § 2)。自此並無法得出從事第二項職業必須負擔之義務, 亦無法得出受不同義務拘束的職業是否相容。

惟聯邦最高法院之看法是正確的, 律師之獨立性及誠實正直及其依法及依當事人利益行為之原則有可能因第二項職業行為具有強烈營利之特徵而受到危害。特別是在得利用其在顧問行為時所獲得之資訊於商業行為時, 利益衝突之情形相當明顯 (稅務顧問之例子, BVerfGE 21, 173 [182])。防禦此項危險乃是基於司法制度之利益及律師業之形象所必要且亦是該受爭議的職業選擇限制規定明確的目的。唯若聯邦最高法院自此導出, 營利之觀點必須完全不得介入律師業之原則 (BGHZ 40, 194 [196]), 及一九九一年三月二十五日在 1 BvR 772/91 程序中之決定, [S. 9. des Urdrucks], 且基於此項理由無視任務內容及工作條件將任何營利事業之機關皆排除律師許可之授予時, 則違反了比例原則。

以不得再從事任何營利行為為前提做為許可執行律師業務前提之規定, 無論如何皆是適當地作為一

項全面排除利益衝突之方法。但如此廣泛的職業選擇自由卻是不必要的。在幾乎無法一目了然、多樣的商業行為中亦有許多職業行為可以毫無困難地與律師業務相區隔，至少可藉由職業行為行使之規定。法院之任務則在於考慮營利行為對於司法制度可能帶來之危險且各依其發生的或然率歸納出不同的職業類別。除申請人必須擁有足夠的時間來執行值得重視而非偶而的顧問及代理行為外（上述Ⅱ2），只有利益衝突所帶來之危險明顯表示出來且無法以職業行為行使之規範加以排除時，職業選擇之限制才是必要且可期待的。相反地一般性的職業許可禁止是不適當的。

4. 因訴訟提起人1), 3), 4), 5), 6)及7)由於沒有獲得律師許可或許可被撤銷，其在基本法第十二條第一項所保障的基本權利受到侵害，因此所有合法提起訴訟受到責難的判決必須加以廢棄。在1 BvR 79/85 的程序中僅需要再對訴訟提起人之確認之訴加以決定，在1 BvR 442/89及1 BvR 238/90的程序中必須重新對於律師許可之申請加以決定。在1 BvR 1258/90、1 BvR 772/91及1 BvR 909/91的程序中不僅是法院判決而是作為法院判決基礎的法務行政機關撤銷處分亦一併加以廢棄（BVerfGE 84, 1 = EuGRZ 1991, S. 116）。名譽法院之任務僅在決定上述程序之費用。

參與本裁判之法官：Herzog院長，Hensel, Seidl, Grimm, Soellner, Dieterich, Kuehling, Seibert
訴訟提起人2)之代理人：Werner Wisse律師，Koenigstraße 55 3000 Hannover 1。 訴訟提起人
3)及6)的代理人：Dr. Hartmut Hiddemann, Goetz Bahnmann, Dr. Michael Kleine | Cosack 及 Jutta
Wol律師，Guenterstraße 31, 7800 Freiburg。

訴訟提起人7)的代理人：Dr. Harald Weber教授，Universitätsstraße 25 4800 Bielefeld 1。