

關於「職業自由（工作權）」之判決

——聯邦憲法法院判決第七輯第三百七十七頁

譯者：蕭文生

1. 基本法第十二條第一項並未宣示營業自由為社會及經濟秩序的客觀原則，而是保障個人將每一類受允許之行為當作職業而加以從事之基本權利，即使此項行為與傳統或法律上所定義的「職業概念」不盡相同。
2. 基本法第十二條第一項“職業”的概念基本上亦包含了只保留給國家從事之行為以及受國家約束的職業。但在基本法第三十三條對於公職有而且可以做廣泛地特別規定。
3. 當一項行為可在自主與非自主的形式下被從事時，且兩種形式皆有其社會的重要性，即可認為對職業依自主或非自主形式而從事之選擇或是從一種形式過渡到另一種形式之選擇為基本法第十二條第一項所謂的“職業之選擇”。
4. 立法者依基本法第十二條第一項第二句擁有的規範權限，其內容及範圍已可依照考量基本人權之意義及其在社會生活上之重要性之解釋，加以深入合理的確定，並不需要再推溯到對於實質內容之限制（基本法第十九條第二項）。
5. 依基本法第十二條第一項第二句之規範權限擴及到職業之從事與職業之選擇，但兩者在程度上却不相同。該規範權限乃是針對職業之從事而定，因此也只有在此觀點下才能對職業選擇自由加以限制。愈是單純地只針對職業之從事所做的規範，內容上愈是自由；愈是影響到職業選擇時，則規範內容愈是被嚴格地加以限制。
6. 基本人權應保護個人自由，對公共利益之保護在充分的法律

保留下加以保障。為使上述兩種要求達到平衡之必要性下，對立法者之侵犯依下列基本原理有不同的要求：

- (a)只要經過合理的公眾利益考慮，認為合乎目的，則可以限制營業從事之自由。基本人權之保護僅限於防護自身之違憲，例如因為過分沈重及無預測可能之負擔。
 - (b)職業選擇自由只有在為保護特別重要之公眾法益迫切要求下才能加以限制。假如此類侵害無法避免，則立法者應選擇對於基本人權限制最少之侵害形式。
 - (c)假如職業選擇之自由是透過提出一定之前提做為開始職業之要件時，則可分為主觀的和客觀的前提要件：對主觀前提要件而言（特別是指基本及能力教育），適用比例原則，其意義在於這些前提要件與其所追求，依正常職業行為完成之目的，不能有失衡的情形。在證明有客觀前提要件之必要性時，必須有特別嚴謹的要求。一般而言，只有在為防護一項受到可證明且顯然嚴重危險的重大公共法益時，才能將此項措施合法化。
 - (d)依基本法第十二條第一項第二句之規範必須始終地在對於職業選擇自由最少侵害之“階段”下作出。立法者只有在顯然可證明其所擔心之危險不能（合憲的）依前一階段之方法有效防止時，才能採取下一階段之方法。
7. 聯邦憲法法院審查立法者是否對於規範權限所含之限制加以注意；當職業選擇自由經由客觀前提要件加以限制時，亦審查此項侵害是否為保護重大法益迫切所必要。
8. 在藥房法領域內合乎現今憲法狀況的只有營業所設置自由，被理解為客觀限制不存在之許可。

一九五八年六月十一日 第一庭判決——1 BvR 596/56—訴訟程序為藥師 Karl-Heinz R. 對上巴伐利亞邦政府於一九五六年十一月二十九日—Nr. II/11-5090/114—以及一九五七年六月十二

日—Nr. II/11-5090/121—所做決定提起之憲法訴訟。

主文：

上巴伐利亞邦政府於一九五六年十一月二十九日——Nr. II/11-5090/114——以及一九五七年六月十二日——Nr. II/11-5090/121——（訴願決定）所做的決定侵害到訴訟提起人依基本法第十二條第一項所享受的基本人權，因法加以撤銷。

一九五二年六月十六日頒定，一九五五年十二月十日最新的巴伐利亞邦藥房法第三條第一項為無效。

理由：

A.

1. 訴訟提起人自一九四〇年即已是被核准開業的藥師從戰場上回歸後在蘇俄佔領區，他首先是一間藥房的管理人，後來成為該藥房之國家承租人。一九五五年他離開這個佔領區，從那時起在 Traunstein 一家藥房裏充當雇員。一九五六年七月他向上巴伐利亞政府申請，准許他在 Traunreut 開設一間新的藥房。訴訟提起人之申請基於一九五二年六月十六日，最新修定於一九五五年十二月十日巴伐利亞邦的藥房法，經由一九五六年十一月二十九日之決定被拒絕，其訴願在一九五七年六月十二日被駁回。
2. 誰想要設立新的藥房或已關閉的重新開業或是承受一個已存在的藥房，依藥房法之規定需要許可（第一條第二項）。營業許可發給之前提要件是“開業之核准”；除此之外申請人必須是基本法第一一六條所稱之德國人，且在一定期間內為核准開業之藥師。最後他必須具有對他個人信賴及能力的一定要求（第二條第一項）。

依第三條第一項對於藥房之新設有更多的要件，如下：(1) 對新設藥房之營業許可只有在下列情形下才能發給，當(a)新設

之藥房為保障人民醫藥之供給且對公眾有益時，(b)可以假設，其經濟上之基礎可被保障，且其他鄰近藥房的經濟基礎不會因其而連一個依規定的藥房營業所必須之條件都無法保證。

為使藥物平均供給，在許可上得附與在一定地方設立藥房之負擔。

3. 上巴伐利亞政府於一九五六年十一月二十九日所做的決定，其拒絕訴訟提請人申請之理由不僅依據藥房法第三條第一項字母 a，也依據第三條第一項字母 b：

申請建立之藥房並不符合公眾利益。在 Traunreut 大約有六千人需要藥物供給，為此目的現存的一間藥房已經相當足夠了。從照顧公眾健康考慮，只有在需要供給的大的移入區才准許其他的藥房設立。一間經濟情況較差的藥房，就經驗上而言，較會有藥物在沒有醫生之處方下即交付和在販賣麻醉劑時交付不合法過多劑量之傾向。除此之外新設藥房之經濟基礎將無法保障，因為一間藥房基本上必須至少擁有七至八千居民做為他工作效能之保障。為申請人之利益，必須防止他設立一個無法生存的藥房。最後已存在藥房之經濟基礎會因新的許可而受到連正常藥房營業所需之條件都無法受到保護之侵害。此項情形來自經由財政當局所證實一個已存在藥房的銷售額，在另一個新藥房成立後，依照經驗而言將會減少百分之四十。

在一九五七年六月十二日的訴願決定中，政府陳述如下：依藥房法之規定「需求」並不加以審查。即使沒有任何需求存在，公共利益可能在設立一間新藥房下被承認，因為是否設立之決定僅從照顧公眾健康以及人民健康之觀點加以確定。公眾利益於一個無法生存的藥房及已存在藥房之生存遭受危險時，得到其界限。

經由此項法律上之規定基本法第十二條的實質內容並沒有受到侵害。每一個藥劑師都可以買下或是租下任何在巴伐利亞

邦超過一千三百間藥房中的一家，或是在加入合夥後主持該藥房。他有新藥房營業許可發給之法律請求權，只要此間藥房有生存能力，且不會危及現存藥房之生存；此項規定絕非保護已設立藥房目前之銷售額。每一間新設立的藥房總免不了導致鄰近藥房銷售額之減少。此項規定寧可說是為防止已設立藥房之生存能力經由新設立之藥房加以危害。在 Traunreut 和其四周藥房之密度如同邦其他區一樣，不允許再設立藥房。此乃對人民健康負責之國家監督官署的責任與義務，對於其他藥房設立之申請，首先在國家其他區域內於居民人數以及可供使用的藥房之間建立一個相類似的比例下加以控制。

4. 藉由憲法訴訟，訴訟提起人指摘一九五六年十一月二十九日的決定和一九五七年六月十二日的訴願決定。他認為藥房法第三條第一項——支持這兩個決定之條文——因為違反基本法第十二條和第二條應為無效。他請求對於他所提出的憲法訴訟在用盡一切訴訟程序之前加以審理，聯邦憲法法院認可此項申請。
5. 巴伐利亞邦總理轉達一份內政部的聲明。此項聲明認為一九五五年十二月十日頒訂之藥房法第三條第一項並未違反基本法第十二條第一項。此項憲法規定並不排除在法律上對於職業許可加以規定，而是基於規範職業從事之觀點下加以允許。除此之外依第三條第一項透過行政實務之解釋可以認為，每一間新設的藥房基本上皆有公共利益存在，因為藥房之新設原則上可以改善對人民之供養和促進良性的競爭。但是立足於新設藥房之公共利益只有在第三條第一項字母 b 所稱一個合理藥房營業前提要件存在下，才被此法所承認。就此而言具體化和限制了基本上被承認的公共利益。只有能顯示出工作效能有保障的新設藥房及不因其之設立而危害到其他已設立藥房之生存時，才能說有公共利益存在。第三條第

一項字母 b 也只注意到保護人民的健康。因此在一九五六年三月二十九日內政部公告中——III 8 5426 G 7—以第三條第一項並不在使藥劑師遠離競爭或允諾其他利益，對於一個鄰近藥劑師針對另一藥房遷移所有的異議權加以否認。在 b 所提及的客觀營業許可前提要件乃是為了維護藥房工作效能所必要。許多營業的規定使得藥劑師們無法只依照商業的觀點來執業。因此必須有眾多的營業資金供使用以及保障能持續地擁有一定的商業範圍。營業規定之遵守不可能只單獨經由官署的監督加以強迫；相反地必須在發給營業許可之前審查，是否將設立的新藥房有能力持續地貫徹合理依規定的藥物供養。

對於第三條第一項所提出前提要件太不確定以及將營業許可之拒絕實際上付諸於無法審查的行政裁量之疑慮，是沒有理由的。法律條文毫無例外地都包含了不確定之法律概念，因此行政法院對於前提要件之存在與否可以全面地加以審查。一般經驗法則得出，屬於一個藥房的經濟基礎應符合法律所定之最低要求。雖然有第三條第一項藥劑師們仍擁有足夠其他的活動空間；事實指出從一九五六年五月三十日至一九五七年七月一日，在邦平均水準以七千二百八十二個居民擁有一個藥房下，發出了四十六張營業許可給新的藥房，只有六家新設藥房被拒絕；同一期間內發出六十四張營業許可給已存在之藥房。此項條文在保護個人主動精神上被證實為合適的操控方法，它阻止藥房不正常地增加，並鼓勵申請人轉向到藥房仍嫌不足的地區。營業自由之保護並不高於維護和照顧屬於立法者任務的人民健康之保護；此項保護實現了憲法的社會委託。立法者在其政策形成可能範圍內不僅限於危險之防衛，更可以採取促進人民健康之積極措施。藥房法即是追求這兩項目標。

相反地訴訟提起人認為，公眾並非藉由限制藥房之數目，

而是只能且必須依靠藥房營業規則藥劑師專門職業法規以及嚴格的官署檢查加以保護；並非藥房本身，而是不稱職的藥劑師危害人民的健康。此外內容上無法進一步加以界定的公共利益概念導致了「需要」的審查。第三條第一項實務上之運作與以前個人特許制很難加以區別；依一九一三年六月二十七日關於藥房本質之國王規章，在藥房招標時亦審查公共利益。與之相反地，新規定缺乏個人特許制保障實際上每個藥劑師—即使是晚些—不需要約定給與前佔有人或其繼承人不合理的要求，都可能成為藥房所有人的優點。依巴伐利亞邦的制度藥房是可以販賣及繼承的。依第二條第一項字母 g，營業許可之前提要件乃是對於藥房空間有處分權；此項規定導致已存在藥房之新取得人，特別是將可觀的商業價值計算在內時，得支付高的價金。在取得已存在藥房時，經由過高的價金要求可能會危及正常藥物之供給，而這項危險正是限制藥房數目所想避免的。

此外第三條第一項字母 a 所稱之公共利益並非如巴伐利亞邦政府所言，經由第三條第一項字母 b 加以具體化；相反地除第三條第一項字母 b 外，第三條第一項字母 a 亦是獨立的，因此只有兩項規定之前提要件皆存在時，才准許發給營業許可。聯邦政府在其對基本法第十二條第一項之解釋意見中發表了看法。在結果上它贊同巴伐利亞邦邦部會的說明。

6. 訴訟提起人，巴伐利亞邦邦政府及聯邦政府出席了言詞審理過程。聯邦憲法法院為使自己對於藥房及藥物本質之情況，特別是對於官署營業所設置控制之結果以及曾在美國佔領區所實施無限制的營業所設置自由之結果，還有藥房的經濟關係及在藥房之外藥物流通之情形有個概括的認識，聽取了下列鑑定人之陳述：聯邦內政部官員 Dr. Danner；巴伐利亞邦內政部官員 Knies；來自 Fürth 的經濟碩士 Lauer；Prof. Dr. Schlemmer；巴伐利亞邦邦藥劑師會執行長；來自 München

的政府藥物主管官員 Dr. Weidenbach。

關於瑞士境內藥房之情況有兩位鑑定人加以陳述：位於 Bern 的瑞士公民健康局主管 Dr. med. A. Sauter；瑞士藥劑師公會秘書 Dr. Bider。此外也宣讀了一份在言詞審理時無法出席來自阿姆斯特丹，為 Federation Internationale Pharmaceutique 主任秘書 Dr. Birza 所做有關荷蘭境內藥房情況的書面鑑定。

B

I

允許提出憲法訴訟。

訴訟提起人以上巴伐利亞政府之行政處分所依據的藥房法第三條第一項無效為理由請求救濟。行政機關沒有法律依據阻止他選擇職業之自由，也因此侵害到他依據基本法第十二條第一項和第二條第一項所享受的基本人權。應審查的是藥房法第三條第一項是否與基本法相符合。若不符合，則該行政處分即侵害到基本法第十二條第一項；此項法律規範將被解釋為無效（聯邦憲法法院法第九十五條第三項）。在規範有效情況下，仍須審查是否合憲地加以解釋或法律之適用是否侵害到基本人權。

II

如果巴伐利亞邦立法者對於一九五五年十二月十日所公布之法律並非在其職權範圍內，而該法第三條第一項保有經由此法律而被當為指摘理由的內容時，則此項憲法訴訟不用審查一九五五年十二月十日公布的藥房法第三條第一項之實質合憲性即告成立。依基本法第七十四條 11. 號 (BVerfGE 5, 25) 藥房設置之法律屬於聯邦的競合立法權限。當一九五五年十二月十日修訂法公

布時，形式上一九五三年一月十三日公布，一九五三年七月四日和一九五四年八月十日修改之聯邦停止藥房設立法仍然有效，此項法律排除邦在藥房法領域內之立法權限。此項法律卻在一九五六年五月三十日經由憲法法院判決為無效（BVerfGE 5, 25）。

無效確定之效力及於從前，對於邦與聯邦之間立法權限分配而言，一項被解釋為無效的聯邦法律不能產生依基本法第七十二條第一項所規定之禁止效果。因此藥房停止設立法並沒有將邦的立法權限加以排除，所以巴伐利亞邦的邦立法者有權公布一九五五年十二月十日之修訂法。

III

藥房法第三條必須在法律整個架構上加以觀察。這又必須基於藥房法之歷史發展才能加以明瞭。

1. 被視為藥房製藥室所有人的藥劑師，在藥房內一必要時使用自己負擔責任的助手—親自準備及交付藥物，在中古時代後期即已成為獨立的而與醫生明顯不同的職業。國王 Friedrich 二世於十三世紀中葉在 Liber Augustalis 第十三章中確定，藥物應非經由醫生而是由藥劑師加以製造：「藥劑師依自己之費用在醫生監督下，依照成份規則製造藥物。若他不宣誓所有的藥物都是依照前述之規則沒有任何欺瞞而加以製造，則不應准許他設立經營藥房。」

藥物之交付從一開始而言，就顯然較屬於藥劑師行為之結果或相關之行為，藥劑師並不像商人是從現存的儲貨中取出藥物，而是依手工之方法，逐次按照要求而製造和交付。因為藥劑師基於其國家或城市的特權而享有獨佔的地位（Urdang-Dieckmann 所著“德國藥學史導論”一九五四年，五十九頁以下），藥品之價格在很早以前即是由官方加以規定；上述 Friedrichs 二世的立法中即已含有此種價格規定。另一方面無

法單單依靠生產藥物而生存的藥劑師，允許他們更進一步販賣其他為保護藥劑師而禁止其他商人銷售的貨物，例如糖香料含有酒精之飲料、酒、煙、咖啡以及巧克力；在此要特別指出的是，這項對藥劑師有利的保留並非因為這些物品中有一些在醫藥中被使用，而是主要目的在於保證藥劑師的生計（Urdang-Dieckmann 前揭書六十四頁）。直到十七世紀末期藥劑師的獨佔權才逐漸地被限制只在藥物方面（較晚期：§§ 456, 458 II 8 PrALR; § 13 der preuß. Revid. ApothO vom 11. Oktober 1801 - Koch, ALR, 6. Ausg., Bd. 3, S. 889）藥劑師從事職業的法律基礎來自官方保護競爭的特權，但也受到較嚴格職業義務之要求以及官方嚴格的監督。在給與特權時依常情可能對於地方上之需要加以注意。藥房本身即是一種基於私法上處分權對營業所使用的營業之想法，在一開始就是盛行的觀念。官方的藥劑師幾乎很難被證明（有關在 Braunschweig 暫時性的國有化，參照 Urdang-Dieckmann 前揭書六十三頁）。到十八世紀末期法律上對職業之處理並沒有顯著特別之處，因為大部份的營業行為都是基於特權，特別的許可或身份上的關係才能從事。對藥劑師而言並不適用強迫入會的情形。

2. 十九世紀初由於社會政策變革結果所產生的營業自由，在所有德意志國家慢慢地實現，但對於藥劑師此項職業並沒有影響。總體而言，由於職業的「危險性」及對人民健康的重要性，對藥劑師及其營業場所仍保留了特許的義務。帝國營業法並不適用於藥房的設立與遷移，並非因為藥房之營運非營業，而是藥房之法律需要一個特別的法律規範（BVerfGE 5, 25 [30]）。營業法將此項事務首先委由邦立法者立法規定，而只要求核准開業藥劑師個人資格之證明。這項核准其前提為藥劑師的專門職業訓練，而此訓練—與上述—所顯示的發展相符合—則大體上依其自身的任務範圍即藥物之製造。到十

七世紀末期一直缺乏學術上的基本訓練及一個有規則的理論教育；此項職業具有手工業的性質。在巴伐利亞邦於一五九五年的紹令中已要求通過筆試、口試及實習考試，而此項考試由醫生加以驗收（Urdang-Dieckmann 前揭書六十九頁）。在普魯士從一七二五年開始第一級藥師則必須有藥物學方面的大學教育，但對第二級藥劑師而言，即只能在小城市開設藥房者，則只需要五年學徒及六年助手經驗即可。一直到了相對地十分晚的十九世紀由於藥物學發展之結果才產生了大學教育之必要性。為進入大學就讀所需的高中畢業考試一般而言更晚即第一次世界大戰後才開始實施（Wankmüller 所著一百五十年巴伐利亞藥劑師之教育訓練，PharmZtg. 1957, 1019 ff.）。

在十九世紀邦法律對藥房皆當作營業加以處理，所有人需要營業之許可。舊有的特權及土地物權作為行號營運的法律基礎繼續存在；藥房被視為「工廠」可以自由地販賣及繼承，在法律上將經營權與土地結合在一起。在十九世紀中慢慢出現了一種為藥劑師個人所產生的個人特許方式，在其退離後回到國家手中，並且重新再發給。由官署確定的新特許人必須承受土地及設備。新的授與乃基於特定的原則，特別是必須注意到經營權利人的年限（與公務人員年限相符）；排除了藥房的自由販賣與繼承，但大部份都存在著所謂的「寡婦權」。個人特許制在國家對於營業許可加以規範之制度下，在一定意義下是往職業自由之路跨了一步，即在某種程度上鬆脫了藥房與少數特權及土地物權所有人的關聯並使得每個核准開業的藥劑師基本上有相同的機會成為一個自主的藥房所有人。當然機會之實現是取決於官署的裁量，藥劑師並沒有權利要求發給營業許可。此項制度一直施行到十九世紀末；只有在個人特許下才發給新的特許。

3. 綜合上述發展所得的法律狀態及一九一三年關於藥房制度之命令，在巴伐利亞邦基本上是個人特許制，但不准販賣及繼承；新的藥房在「需要」時設立，此「需要」沒有法院的審查而依行政機關之裁量加以確定；新的和空出來的舊藥房基本上依照申請人權利資格之年限而發給。對於是否及在何處應設立新藥房純屬官署之事物，藥劑師只能予以誘因。購進一間已存在藥房之人必須承受土地及存貨—在某些情況下依官署所定之官價—，特別商業上之價值並不估算在內，在此種制度外，古老的土地物權繼續存在；在販賣時其價格—即使是將特別商業上之價值計算在內—由雙方自由決定。
4. 在此種法律狀態下於巴伐利亞邦—與其他美國佔領區下的其他邦相同—在一九四八年與一九四九年轉換時期裏，美國軍事政府頒布了營業自由之指令。此項指令導致了完全的職業自由。詳情如下（一九四九年五月二十日巴伐利亞邦內政部之決議—Staatsanzeiger Nr. 21—）：每一個核准開業之藥劑師皆能設立新的藥房。雖然仍需要官方的「許可」，但只要個人資格及營業場所和設備符合藥房營業辦法之規定，則有權要求發給。行政官署只保留審查這些前提要件之權。官署被剝奪對於藥房之數目及地方分配之任何影響力。更進一步的結果則是藥房的繼承性及販賣性。
5. 針對毫無限制的營業所設置自由巴伐利亞邦政府提出了質疑；相同地來自同業圈內也有反對的意見。邦政府試著透過與軍事政府之商談，想將藥房從營業自由中剔除。當此項嚐試沒有成功後，邦政府在一九四九年將巴伐利亞邦藥房法草案準備完成。此項草案與一九五〇年由德國藥劑師公會所提出的「法蘭克福草案」相同，並非建議回到個人特許制，而是從一個被控制的營業所設置自由原則出發—針對絕對的營業所設置自由而言乃是一種十分強調國家影響且只願對現存藥

房保有商業性的倒退趨勢——設立新藥房的主動權並非由確定「需要」的官署，而是由個別的藥劑師掌握。新設立的藥房需要許可，當必要性（依居民之數目與密度）被證明時以及可以擔保藥房長期性合乎法律規定無瑕疵供給藥物需要時，則此項許可必須發給。營業許可應親自發給藥劑師，其應有場所及設備之處分權；藥房應可繼承、販賣和出租。

6. 一九五二年六月十六日的巴伐利亞邦藥房法基本結構與「法蘭克福草案」相符合。如巴伐利亞邦代理人於言詞審理時指出，「此法欲在自由與國家導控兩者之間保持正確的中間線」。基本的出發點認為藥房為經濟上之「企業」（第一條）而可以繼承、販賣及出租。雖然此項觀點並不像在「法蘭克福草案」中明示出來；自由使用在藥房營業所內體現的經濟上價值——特別是藥房自由繼承、販賣、取得之可能性——被藥劑師們認為是巴伐利亞邦法律的一項重大進步。巴伐利亞邦的規定有下列特點：(a)欲自主地經營藥房始終皆需要營業許可；此項許可是屬人性質，即隨所有人死亡而消滅；基本上對許可有法律上的請求權。但許可之發給只針對確定的藥房行號。(b)當申請人欲繼續經營一間現存的藥房且已取得對於營業所之處分權，則他可即刻獲得營業許可；既不審查是否此行號為「需要」也不審查是否它的經濟基礎被保障或是否申請人在財政上有經營之能力。(c)若申請人有意設立新的藥房，則必須有更多客觀的前提要件存在，而其存在與則須由行政官署在營業許可發給前加以確定：新設立之藥房須符合公共利益且新設立之藥房和鄰近現存藥房的經濟基礎必須可預計地能加以保障。法律請求權之實現取決於行政官署之決定，而此決定在某種情況下並擴及到在多數申請人中，誰最能擔保無缺點經營藥房之問題。(d)在藥房新設的情況下，官署可透過否定（拒絕許可）之決定間接控制藥房的地區性分配；特別是並沒有—

如公開招標制度—保留給官署在特定地區設立新藥房形式上的主動權利。

法律只規定新藥房在一特定的地點(在鄉鎮之內)設立的負擔；但此項規定卻因法律上之疑問在實務上並沒有加以適用。如此的法律狀態在言詞審理中清楚地表現出來；特別是依第二條第一項後半句(在字母 g 後)和其適用第三條第一項指示之規定可以得出，此處所指出的前提要件只適用新將設立的藥房。

7. 整項法律之中心則是規定新設藥房前提要件的第三條。依照該規定原始之措辭，當地區性的條件無法提供無缺點且有效能的藥房經營而顯現出正常之藥物供給和公眾健康之維護受到威脅時，行政官署可以拒絕營業之許可。此項溫和的措辭(顯然是考慮到當時軍事政府所有之異議權而選擇的)在一九五五年十二月經由在此處加以審查的措辭所代替，此項新措辭限制了官署的裁量權同時也有限制營業所設置自由的傾向。

從這之後形式上存在一個帶著許可保留的新藥房設立之禁止。例外地發給許可的前提要件概括而言是同時滿足兩項獨立的條件。第一項表明(用 a 表示)如果新藥房之成立乃為確保居民藥物之供給有公共利益時，則准許新藥房成立。這似乎也意味著新藥房之成立只有在為確保居民藥物供給必要下才應被允許，換句話說當現存的藥房無法充分供應居民需要時。當我們考慮到其出現之歷史時，則此種解釋更容易理解。在第三條原始的措辭中即已表示對居民正常的藥物供給是不允許過多的藥房存在。對於藥物供給沒有必要的藥房設立應加以拒絕(藥房法政府草案之理由說明)。一九五五年第三條之修改乃是基於至此時之條文並無法有效地阻止沒有必要藥房設立之觀點。一九五五年十月十二日於巴伐利亞邦邦議會所提出的議案稱：所謂否定地需求審查……並不符合實際上的情勢，因為經由否

定的規範只能在相對地很少的情況下阻止完全多餘的藥房設立。藥房在公共健康制度下所擁有的特殊地位禁止存在過多的藥房。

此項目標只能經由積極地肯定地審查新設藥房之必要性來達成。在邦議會與參議會討論中充斥著同樣的觀點。一九五七年八月十日巴伐利亞邦總理之信函以及在言詞審理時巴伐利亞邦代理人却代表另一種符合在巴伐利亞邦行政實務上一直所採取的第三條解釋。依其陳述前提要件審查之重點卻在於(b)：當新的以及鄰近現存藥房之基礎不受危害時，則基本上可認為新藥房之設立有公共利益；並不需要證明一個新設立的藥房有特別的（積極的）公共利益存在。除非(b)的前提要件存在，基本上公共利益皆會被承認。

第三條禁止之原則在如此解釋下將經由對於禁止之例外的前提要件存在之假設而減弱。(a)與(b)表面上看起來不同以及重複提出之要求發展出一項統一相互連貫之規則。因此只在(a)提出的終結觀點（保障居民之藥物供給）對(b)亦有影響。因此該審查的是，是否新設和鄰近現存的藥房之經濟基礎可以如此地被保障，即所有的藥房在可預見的未來內皆能顯示其可以正常地經營，如同為保障居民藥物供給合理化所要求一般。只有在此要件被否認時，才允許（必須）拒絕許可。在經撤銷的上巴伐利亞政府決定理由中的部份陳述，引起了是否第三條如此的解釋在巴伐利亞邦實際上行政機關決定理由中一致採用的疑問，然而在此可以將此問題擱下不談。

IV

藥房法第三條第一項是否與基本法第十二條第一項相一致之問題，以幾項對於此條憲法條文意義基本的考慮為前提。

1. 第十二條第一項保護人民在現代化分工社會特別重要領域內

的自由：它擔保個人從事他認為是職業之每項行為的權利，也就是當作生活之基礎。在此涉及到一項基本人權，而不是一如威瑪憲法第一五一條第三項—當作社會經濟秩序之客觀原則而所做營業自由之宣示。對於個人之保障超過只保障自主地從事營業之自由。此項基本人權乃針對工作—有經濟上意義的，被個人視為職業而加以保護；也就是說工作與人格關係整體而言在個人為生命之任務與生活之基礎從事一定的行為，透過此行為同時也對社會整個成就有所貢獻時，才能算是完全詳盡地完成。因此基本人權對於所有社會上之階層皆有其意義；被視為「職業」的工作對所有的人而言有著相同的價值和尊嚴。

2. 「職業」之概念從基本人權此項觀點出發應加以擴大解釋。它包括了不只是特定的、傳統的甚至法律上規定的職業典型，也包含了個人自由選擇非典型的（允許的）工作，從這些非典型的工作中可能又會產生新的固定的職業典型（基本上相同，BVerwGE 2, 89 [92]; 4, 250 [254 f.]）。即使是在目前組織下共同生活體的觀念下基本上必屬於國家保留的行為，而以此行為做為內容的職業，在第十二條第一項意義下，個人亦可自由地將其當為職業加以選擇，強迫或禁止個人選擇是不被允許的。沒有理由如同聯邦行政法院一樣，認為基本人權依其本質並不適用這些職業（BVerwGE 2, 85 [86]; 4, 250 [254]）。但基本法第三十三條對於所有被視為「公務」的職業給與特別的規定和規範可能性。其來自事情之本質：工作位置之數量（於極端的案例下在某種情況下個人職業選擇事實上是不可能的）只得由每一個主管的公法人依其組織權（廣義的）加以確定。對於個人職業選擇自由可能的標準判斷則透過在相同能力下（基本法第三十三條第二項）皆有相同的機會擔任所有的公務員之規定加以保障。受國家約制的職業是可能且實際上

存在許多不同的形態。但也受到第十二條第一項之規範。此類職業在帶有一定公法上負擔的自由業以及純粹直接屬於國家組織的職業兩者之間應定性於何處，則依在此處欲達成公共任務之性質及重要性而定。一項職業愈是經由公法上的限制和負擔而與「公務」愈接近時，則依基本法第三十三條所定的特別規定實際上愈能限制依第十二條第一項所產生的基本人權效力。立法者的規範設計可能性在此不須更進一步的探查，因為巴伐利亞的規定—與一般德國藥房之狀況相一致—雖然帶有一定公法上之限制，依其結構而言仍屬於營業性之法規。

第十二條第一項並不區別自主與非自主從事的職業；依賴性的工作（非獨立性的）亦可視為職業加以選擇，而且事實上此類職業在現代社會中也愈來愈多。當一項行為可在自主與非自主的形式下從事時，且兩種形式皆有其社會重要性時，即可認為對職業依自主或非自主形式而從事之選擇或是從一種形式過渡到另一種形式之選擇為基本法第十二條第一項所謂的職業選擇。此項情形適用於藥劑師此種職業：

自主的藥劑師經營一個他經濟上生存基礎的企業，非自主的藥劑師服務於如此的企業裏；依一般之觀念以及屬於此項職業的成員之評斷，在藥劑師此類行業中存在不同的職業；對於一類職業的歸屬並不只是進入另一類職業的先前準備或是必經階段。因此對於聯邦行政法院在評斷一個受僱人行為轉換到一個自主藥劑師的行為時，將之認為是職業之選擇而受基本法第十二條第一項保護之結果是應加以同意的。

3. 從上列所提第十二條第一項一般的意義可以得出一般立法者依第十二條第一項第二句所有規範權限內容及範圍的決定性觀點。

(a)假如在憲法上只對第十二條第一項確定為營業自由原則，

則應明顯地表示此項原則只在一般法律保留下加以實現，即營業自由—如同威瑪憲法—依法律之標準加以保障。立法者雖受此原則之拘束，但在他一般經濟政策制定範圍內仍舊可以規定對他而言合理且希望出現的例外情形。由於現代經濟關係之複雜，限制前自由主義時代產生的完全營業自由原則之傾向漸漸地被加強地主張。在憲法上對此種傾向是無法加以拒斥的。當我們從此處涉及一項個人真正之基本人權，而此基本人權依其意義與人格權之發展有極密切之關係，也因此對於每個人生命過程之塑造實際上有重大意義—相對於只是防護公權力偶爾的個別侵害之基本人權—的觀點來看，則立法者的裁量權應較相當地狹小。有效地保障基本人權之下要求對於一項法律上之侵害應有一個緊密的界限加以限制。當然首先必須確定的是，立法者裁量權只能基於保護基本人權之理由加以限縮。基本法在經濟政策上是中立的，立法者可以推行對他而言合理的經濟政策，只要他注意到基本法，特別是基本人權之規定(BVerfGE 4, 7 [17 f.])。一項基於第十二條第一項第二句公布之法律並不因為與其他國家經濟政策相牴觸或是與基於一定經濟理論所產生特定的一般經濟政策不相符合，即可在憲法上對其加以責難；更不需說明的是因為在法律上所顯現的經濟政策觀點不為法官所同意。對於立法者之限制只能從基本人權—正確的解釋—本身得出。實際上之困難在於如何在基本上屬於立法者經濟、社會、職業政策之自由裁量權與個人相對於立法者有憲法上請求權的自由之保護之間取得和諧。

- (b)若從憲法條文本身判斷立法者對於基本人權保護之範圍之侵害可能，則依第十二條第一項之字眼可能表示，侵害只應允許在職業從事方面，而對於規範職業選擇之法規是

加以禁止的。然而這卻非此項條文之意義。因為職業之從事與選擇兩個概念並無法做如此的分離，即每一個只是表現一定時間性的職業生活而與另一個不會重疊；也就是說一項職業行為之著手，同時是職業從事之開始也表現出職業的選擇；相同地在不斷地職業從事中所明白表示出保有職業的意念和最後自由地完全終止職業之從事，也是一項職業選擇行為。從不同觀點來看，此兩種概念包括了職業行為一致的整體性（參照 Über 所著職業自由 Hamburg 1952）。因此欲剝奪立法者對於職業選擇自由任何侵害之解釋應是不正確的；此種解釋並不符合生活上的實際狀況，因此也不能導致法律上已存在明顯的結果。一項基本上是顯示出為規範職業從事規則之法律，當它間接也影響到職業選擇自由時，基本上仍是允許的。此項情形特別是在對職業之著手之前提要件，即職業從事之開始，加以確定時發生，換句話說當職業從事之開始依許可而定時。基本法對於許可的規範並不完全欲以排除，可以從基於第七十四條十九款對於特定職業需要許可的立法權限中得到證明。從本條制定之歷史過程中亦顯示，一項對於許可限制的授權基本是加以避免的，但另一方面却不願對許多現存的許可限制，一般性地解釋為違法（Mangoldt 於一九四八年九月二十九日、十一月十九日在基本問題委員會第五次及第二十三次會議）。基本法之創設者並沒有成功地對於此問題加以實質與概念上完全的解釋；他僅選擇了在營業法中盛行的對於營業「選擇」與「從事」加以區別的用語，其他規範則有意地留給法律來加以規範。基本法第十二條第一項第二句之規範權限依上述所發展出的意義下擴及到職業之從事及職業之選擇，在法院的判決及文獻中廣泛地被接受（Hamel DVBl. 1958 S. 37，及其所舉出的例證）。聯邦最高

法院和聯邦行政法院都主張，立法者可以對於一定之職業之著手依是否有許可而定，而此許可又依是否實現一定前提要件而定(BVerwGE 4, 167 [169]; 4, 250 [255]; BGHSt. 4, 385 [391]; 7, 394 [399])。因此第十二條第一項乃是一項統一的基本人權(職業自由)，其意義為第二句的規範保留包括了職業從事及職業選擇。但這不表示立法者對於每階段職業行為的權限範圍都可以是相同的。因為一直必須對於第十二條第一項文字上特別顯示出的憲法意念，即職業選擇是自由的，而職業之從事是可以加以規範的，加以注意。因此只有一項解釋可符合上述所言，其主張在這兩個階段的規範權限並非具有相同的客觀強度，也就是說當立法者愈是侵害到職業選擇自由時，則他應受到更大的限制。此項解釋符合憲法的基本理念及它所假設為前提的人類概念(BVerfGE 2, 1 [12]; 4, 7 [15 f.]; 6, 32 [40])。職業之選擇應為一種自主權，一種自由意志決定的行為；它應儘量不要受到公權力的侵害。經由職業之從事個人直接加入了社會的生活；在此處個人可能會因他人及整體之利益而受到限制。總體而言可以得出：規範之權限包括了職業之從事及職業之選擇。但此項權限乃來自職業從事，因此也只有在此觀點下才能侵害職業選擇之自由。當愈純粹只是從事規則時，則內容上愈是可以自由；當愈是影響到職業選擇時，則應愈嚴格地加以限制。

- (c)就一個在適用範圍如此普遍特定權限之內容而言，首先必須對於「規範」這個概念之意義——特別是關係到職業選擇自由時——加以解釋。整體而言在此並不表示立法者相對其他一般的法律保留擁有更大的裁量空間，也不表示立法者可以對整個職業法的領域做廣泛的規範，對於基本人權之內容可以做基本的確認(如 Scheuner 一九五六年所著，“手工

業法與職業自由”二十一、二十七及三十一頁；Ipsen 一九五七年所著“藥房之設立與基本法十二條”四十一頁）。在此種觀點下，由於基本人權之內容完全交由立法者的裁量加以決定，而立法者另一方面又受到基本人權之限制（基本法第一條第三項），使得基本人權之價值大為減低。這也不符合此項基本人權之意義，也與在第十二條第一項中特別強調的職業選擇「自由」不相符合；此外亦與整個基本人權章節之傾向相牴觸，此傾向如同聯邦憲法法院在一九五七年一月十六日之判決，指出以前所謂空洞的基本人權已經不再存在了。相反地在此處應適用在一九五八年一月十五日判決中（BVerfGE 7, 198 [208 f.]）所發展出的基本原則。當立法者向基本人權所保護的領域進逼時，他必須將基本人權在社會秩序上之意義作為規範之出發點。不是立法者可以自由地確定基本人權之內容，而是相反地從基本人權之含義中得出對立法裁量權內容之限制。在第十二條第一項中也存在著一個對於具體重要的生活領域清楚地實質上基本法的價值判斷；因此立法者在此處並不像如在適用一般的平等原則時自由，一般平等原則提示一項對所有公權力皆適用的一般法律通則，其具體化乃由立法者在考慮每一個可以適用之公平正義觀點，為每一特定之生活關係而加以確定。

另一方面「規範」決非表示立法者無論如何不得對基本人權加以限制。每一個規範本身都含有可以看得見的界限。但此項表達方式「規範」—乃是制憲者有意地不使用在其他基本法條文中所出現的「限制」或約束—指出，較詳盡的界限規定寧由內部，即是依基本人權本質所得出之界限來產生，而不是由立法者透過限制來對於基本人權實質上之內容加以規定，即基於自然地外部合理之意義推論所得出之適用

領域來加以限制。

- (d)基本人權應保護個人自由，法律保留則應保障公共的利益受到充分的保護。愈是個人自由選擇職業之權利出現問題時，則個人對於自由之請求如上所述愈是強烈；因完全自由的職業從事對公眾所產生的不利與危險愈大時，則對公眾之保護愈是迫切。當設法使兩種要求——在社會法治國家下皆合法的一儘可能有效地公平實現時，則唯有透過仔細考量相互對立和有時甚至互相牴觸的利益，才能找到解決之道。當依基本法整個觀點可以確定自由的人格權是最高的價值時，在職業選擇時亦應保障最大的自由時，則可以得出此項自由權只有在為公眾福祉不可缺少時才能加以限制。由於憲法之原因，因此對於立法者之侵害存在一個不同處理的要求，概括而言此原則可陳述如下：

只要經過理智的共同利益之考慮顯示出合目的性時，則職業從事之自由可以透過規則加以限制。相反地對於職業選擇自由之限制，只在為保護特別重要的公共法益而迫切地要求時，才能採行，也就是說：法益之保護在經由詳盡考慮後應優先於個人自由請求權時，且此項保護不能依照其他方法，即對於職業選擇不加以或較少限制之法，加以保障時。假如對於職業選擇自由之侵害可以證明是無法避免時，則立法者始終皆應選擇對於基本人權限制最少之侵害方式。對於規範之範圍因此可以說得出了許多「階段」：

當立法者只是規定純粹之從事規則，不涉及到職業選擇自由時，而只是詳盡地確定屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其職業行為時，立法者是最自由的。此處合目的性之觀點可以得到很大的適用；為防止對公眾之不利益與危險，可依此觀點來考慮，應給與職業成員何種負擔。支助一項職業因而使其成員達成更高的社會總成就之想法，在

某種意義上亦可合法化對職業從事自由加以限制之規定。基本人權之保護只限制在防禦條文本身違憲，例如因為過份沈重和無預測可能之法律上負擔。除此例外情形，在此處可能成問題職業自由之侵害對基本人權之主體而言並不深切，因為他已著手該項職業，且從事之權限並不受到影響。相反地一項將職業行為之著手取決於一定前提要件之成就而因此影響到職業選擇自由之規則，只在透過該規則對一個優先於個人自由的重大公眾法益加以保護時，才能合法化。在此明顯地於——在判決及文獻中很久以前即慢慢提出的（見 Scheuner 前揭書第二十五頁和其佐證）——其是否與主觀的前提要件相關，特別是基本教育或訓練，或是與職業候選人個人資格能力無關，而因此對它沒有任何影響力之客觀許可條件兩者之間有所不同。

職業著手之主觀前提規範於職業概象法律秩序中的一部份；它使得依一定方式——通常是形式上的一而有資格的申請人可自由地進入其職業。從事情之本身可以得到如此限制之合法理由；其理由為：許多職業要求特定的經由理論及實務訓練才能得到的技術性知識和技能（廣義的），因此若從事此項職業而沒有這樣的知識時，則或是不可能或是不合適或是將會對公眾產生危險。立法者只對於從已存在生活關係中所產生的要求加以具體化及形式化；當個人欲依規定從事某項職業時，在已規定好的形式上之訓練結構下，只被期待依事物之本質從事基本上必須做的事情。此種自由之限制被證明是防止可能之不利益及危險之適當方法；此項自由之限制也因此而非不公平，因對於所有的職業候選人皆適用且事先所有的職業候選人亦知曉，因此每個人在做職業選擇之前即可判斷，他是否可以完成所要求的前提要件。此例原則在此適用如下之意義，即所規定之主觀前提要件相對一項追求

職業行為合理依規定完成之目的不允許不成比例。

在對職業許可提出客觀條件時就不相同了。個人對條件之成就是完全沒有影響力的。此項限制嚴重地違反基本人權之意義，因為甚至對於雖然已將所有前提要件完成而實際上已採取了職業的選擇或將採取選擇之人，仍然可以排除他取得職業之許可。基本教育和訓練愈長久愈專業化，對於此項教育之選擇同時也是具體職業選擇之情形愈是明顯，則此種自由之限制愈是影響重大，也因此愈是難以接受。因為首先透過一個有專業及道德能力之申請人所做職業的從事對於公眾會有何種直接的不利益並不是很清楚，因此常常無法對於職業選擇自由之限制與所追求目的兩者之間的關係做一個很清楚地說明。與事實無關之動機加入的危險也特別大；特別是對於職業許可之限制乃是對於已從事此種職業之人提供競爭保護之推測是很明顯的，而此動機依一般之看法是絕對不能合法化對自由選擇權利之侵害，經由選擇此種最嚴重也最激烈之方法來阻止專業上道德上完全適合的申請人從事一項職業將對一排除與平等原則可能的衝突一個人之自由請求權嚴重地加以侵害。從此可以得出，對於自由如此限制之必要性的證明應有特別嚴格的要求；一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害；促進其他公眾利益之目的，如經由限制成員之數目對一項職業社會聲譽加以關照並不足夠，即使如此之目標可以合法化其他立法者之措施。立法者依第十二條第一項第二句之規定必須總是在對於侵害職業選擇自由最少的「階段」中採取規範，只能在所憂慮的危險無法藉由前一階段的方法（合憲的）做有效地防止時，且此項情形很顯然地表示出來時，才能採取下一階段的措施。

4. 聯邦最高法院和聯邦行政法院也想為立法者找出認定客觀許

可前提要件的限制；他們皆只引用了基本法第十九條第二項之規定，然而對該條之解釋並不相一致（Hamel DVBl. 1958 S. 37 [38]，和其所指出之判決）。從此處所採取之觀點來看，可以將是否從禁止侵害基本人權實質內容出發對於第十二條第一項第二句之規範立法者有更多的限制和如何更進一步規範之事，暫時擱下。因為從上面之說明已可得出，一項在社會生活範圍內考慮到基本人權之意義和重要性之解釋，即可導出一個對立法者規範權限合理的限制。

5. 從基本人權之考慮出發而產生對規範權限之限制，乃是實質上的憲法要求，此項要求主要是針對立法者而發。而由聯邦憲法法院來監督是否加以遵守。當對於職業選擇自由之限制採用最後的階段（客觀之許可前提要件）有所質疎時，則聯邦憲法法院首先審查是否一項重大公眾法益遭受危險及是否此項法律規範真能防禦此項危險。再進一步必須審查，此項侵害是否為保護該項法益急切的需要，換句話說，是否立法者採取更前一階段的規範可能無法保護此項法益。

對於最後所言及的審查方向有人加以反對，認為已經超出了一個法院的權限：法院無法判斷，是否一項特定的立法者措施是被要求的，因為它無法知道，是否還有其他相同有效的方法存在，是否對立法者而言是可以實現的；只有在認清整個需要規範的生活關係及立法政策之可能性時，才能通觀全貌。此項觀點，特別是想將聯邦憲法法院之審查權加以嚴格限制之實際上考慮，有時在理論上依如下的論點加以建構：法院透過如此廣的審查權會侵犯到立法者之領域，因此違反了權力分立的原則。

聯邦憲法法院無法同意此項觀點。相對立法者而言，本院被賦予對基本人權加以保護之任務。當從一項基本人權之解釋得出對於立法者之限制時，本法院必須能監督立法者是否遵守

此項限制；當不願使基本人權實際上大部份被架空以及欲對於基本法所賦予它的功能依原來之意義從事時，則不允許聯邦憲法法院逃避它的任務。

在此種關聯下常被提出之要求，即立法者必須能在多種相同適合的方法中加以選擇，對於此處特別引起質疑之問題並不相干。在通常的基本人權事件中，即在本身並不含有階段性保護範圍的基本人權，才注意到此項要求(BVerfGE 2, 266)。

此處立法者當然在許多相同適合的法律措施中—在一定界限內—可以自由地選擇，因為所有的措施都是對於相同的基本人權，在它一致的，非自身有階段性的內容上加以採取。但當涉及到一個本身含有較弱及較強自由保護領域之基本人權時，無論如何必須在憲法上能加以審查，是否自由受到最強保護階段的規範前提要件存在；換句話說，必須可以加以審查，是否採行前一階段法定之措施並不足夠，是否實際上之侵害是急迫地被要求的。當欲使立法者在屬於不同階段而一樣適合的方法中自由選擇時，則實際上可能導致，對於基本人權限制最大的侵害，因為其十分有效的效果和對於目標之完成特別適合，最常被採取，而且必須不加以審查而接受。對基本法第十二條第一項最欲長久有效保護的自由領域，在此情況下則無法再加以保障。

聯邦最高法院和聯邦行政法院亦得出相同的基本觀點。他們因此也認為，基本法第十二條第一項之基本人權之最嚴重侵害，即客觀許可前提要件之採行，是否為急迫所需，乃是法院之任務必須加以審查。

不過他們是依據其他不同法律構思之基礎來加以審查。聯邦憲法法院並不能贊成此項基礎。特別是對於一聯邦行政法院認為一涉及一個無法避免的法律上措施之必要性，因為其對於基本人權實質侵害之允許有決定性之影響時，才必須加以審

查 (BVerwGE 2, 85 [87]; 4, 167 [171 f.])。因為依基本法第十九條第二項本文，明顯地表示基本人權之實質內容絕不允許加以侵害。在何種前提下如此的侵害例外地能被允許的問題是多餘的。聯邦最高法院的觀點 (BGHSt 4, 375 [377]; DÖV 1955 S. 729 [730])，聯邦憲法法院亦不能同意，因為此項觀點會動搖基本人權的實質內容 (在 Klein-v. Mangoldt, Anm. V 4 d zu Art. 19 GG - S. 557 ff. - 之陳述)。在此必須處理之問題與其他不同的出發點並無關係。唯一決定性的乃在於：兩個聯邦高等法院皆理所當然地認為有權限審查，是否對於基本法第十二條第一項所保護個人自由權領域如此質量上嚴重的侵害是急切的需要，無法避免及必要的。此種審查是可以貫徹實行的。然而法院對於法律規範之目標及目的只是一般性標題性的表示，對於作為完成此項任務方法的自由限制之侵害只要顯示出並非完全不適即可之說法，並無法滿意。相反地對於被審查的法律其內容以及對於法律形成有重大關係的立法者考量必須逐項地加以分析。這當然以法院—必要時藉由鑑定人之幫助—對於該法律欲規範之生活關係儘可能有全盤的了解為前提。此項情況恰巧可經由下列事實加以實現，即對於一個做為法律規範對象而至今在概念上仍無確定範圍的相當大領域的生活關係，在各別明顯地可以掌握的事實情況下加以分析，且將此生活關係在排除主觀價值判斷下，法院亦能對其加以判斷。對於立法者規範依據之假設性因果關係演變之判斷，依其性質亦屬於一個法院可以完成的任務。當然在聯邦憲法法院審查時，立法者之判斷考量及經驗之依據一直都有相當大的重要性；在無法使立法者之判斷考慮及經驗之依據不能成立時，則必須接受其為正確之假設。另一方面基於保護基本人權之義務，禁止法院對於立法者合法地追求另一項非基本人權保護目標之說法馬上加以承認，也禁止接受立法者的措施為對基本人權無可避免之限制的

說法。與聯邦最高法院及聯邦行政法院相同，巴伐利亞邦邦憲法法院也認為在巴伐利亞邦憲法第九十八條範圍內，有權亦有能力審查，是否透過法律所做基本人權之限制為急迫所必需(VGH n.F. 9 II 158 [177 f.] 和此處所提及之其他判決)。最後可以指出，早在德意志帝國時代的國家法院在其判斷緊急命令之效力時，即已對於相類似的問題加以審查，例如此項緊急命令是否“急迫”且“必要”，是否對於地方自治權如此大的限制是急迫且必要的，是否一個不尋常的緊急狀態存在(Lammers-Simons I 267 [272 f.], 276 [284 f.], 398 [404]; II 51 [57 ff.], 69)。

如果目前已認為法院為保護人民之自由，在一定情況下對於法律之必要性可以加以審查乃是法律上之要求且實際上可能時，則更不能排除聯邦憲法法院之審查權限；因為相對於立法者之基本人權保護—特別是經由憲法訴訟制度—乃委託聯邦憲法法院執行，且由於其為憲法機關和負責憲法問題之法院的一般地位，在其對於立法權限不合法侵害加以指摘時，較其他法院將受到較少的非難。

V

依巴伐利亞邦內政部之解釋，藥房法第三條第一項之目的乃在於預防無限制增加的藥房避免藥物供養情形惡化，因此依健康政策之理由限制新藥房之設立。如此的想法—不論何種制度—於所有在結果上欲限制藥房數目規範之理由中重複出現(聯邦藥房制度法草案理由，BT III/1957 Drucks. 35 S. 10)。巴伐利亞邦的代理人在言詞審理中指出，第三條—與以前的規則相同—只有保持正常的藥師水準同時對人民健康有所貢獻之意義與目的。更詳細而言則提出下列的考量：大體上而言，新設立藥房的自由開放將導致藥房急速地增加；一個不平分的藥房分配也會因此而產生，因為新的藥房會聚集在大城市，而在大城市中又將在市中心

凝集；在一個地方藥房急速的增加會產生激烈的競爭而導致許多藥房經濟上之工作能力顯然減弱之後果；這些藥房恐怕無法善盡其法律上之義務，例如關於保有存貨、藥單義務、貨物檢查、遵守一定價格、聘請合格之人員及保持長久的工作準備等，在此情形上亦存在為提高其銷售額而忽略這些義務之危險；販賣地點之增加經由廣告在居民之間將喚起藥物過多的印象，因此促使了所謂的「藥片癮」；這些都將損及居民正常的藥物供給，因此也傷害了一再進一步的過程中——人民的健康。一種從一開始即能有效應付此項危險之發展的方法就是對於藥房的數目做一定的限制，透過此限制來保障藥房經濟上的工作效能，使其能履行他的法律義務。

人民的健康是一項重大的法益，對於它的保護可以合法化對個人自由之限制，這是沒有爭論的；正常的藥物供給對人民健康之保護是不可缺少的，這也是沒有爭論的。藥物之供給可被視為正常，當它能保障在正常情況下，也在不十分離譜的例外狀況下提供居民足夠的藥物以及無缺失之品質，同時亦能對藥物之濫用儘可能地加以預防。在此可以假設，巴伐利亞的立法者透過他的規則也已注意到此項目標，雖然在理由中無法不一只在間接關係存在的一表示出保護該行業職業政策上的想法及藥房此項「機構」傳統的意義。所以在此決定性的問題是，廢除巴伐利亞邦藥房法的營業自由限制後是否很明顯地會依上述之說明加以演變，使得正常藥物之供給受到干擾而必須擔憂人民之健康將遭受危害。

聯邦憲法法院無法確信此種危險之威脅。首先法院不能忽略在其他與聯邦德國有相同文明國家內所存在的營業所設置完全自由，而却不因此有基於藥物供養缺乏而導致危害人民健康之說辭的事實。當然環境在許多關係上是個別地有所不同。但到處——歐洲亦同——都將受過學術訓練的藥劑師視為特別的行業，賦予嚴格

的職業義務，將藥房當為「製藥工作室」，必須具有規定之設備及採用國家確定之價錢（藥物公價）。人民之使用習慣並沒有顯著的不同；為有利於從製藥工業完成已包裝好的產品到處皆廢除了依藥方製藥之規定，在藥材店與其他販賣場所處處皆存在某種程度上之競爭。

特別是瑞士的例子對法院而言是相當有啟發性的，瑞士的藥房制度—至少在德語區—與德國特別有許多相同之處。兩位瑞士之鑑定人對於瑞士藥房制度之每項缺失皆做了詳盡的說明，當然這些缺失有些是與國家地形的特質相連在一起的。若對於他們的說明整體上認為相當值得重視，則營業所設置自由在瑞士可能造成人民健康危險之傷害或是於未來必須擔憂此事之說法，則不能成立。特別是從鑑定人 Dr. Sauter 的說明中法院得到如此之印象。Dr. Sauter 在官方的職位是瑞士公民健康官署之負責人，也因此特別有能力來判斷是否人民健康遭受危險威脅的發展過程。在言詞審理中所宣讀一九四九年十二月三十一日 Federation Internationale Pharmaceutique 的信函，其比較了營業所設置自由及限制此自由之國家，得出兩種制度皆是可能的，而且一類決非比另一類一定較優越之結果，因此至少從中可以推論出，依據此做鑑定之國際委員會之觀點並非營業所設置自由此項制度，當然已內含了導致破壞居民正常藥物供養因而損害人民健康之傾向。在此必須再審查是否在德國，特別是在巴伐利亞邦，有特別之理由存在，而能期待出現不同的發展。

所有此類預測之觀點，即是假設經由營業所設置自由之實施會導致藥房數目急速的增加；常被提出的如「無邊際的」、「無拘束的」、「無限制的」增加。依證據調查之結果，對聯邦憲法法院而言情形如下：

1. 營業所設置自由當然會帶來藥房增加的結果。此事本身是絕無疑問的。主管的巴伐利亞邦官署也認為，即使在繼續適用

藥房法—特別是在巴伐利亞邦政府所主張第三條之解釋下一之情況下，仍會導出藥房數目之增加超過人民供給所必要數目之結果。基本上甚至認為，每個新藥房之設立皆是改善居民藥物之供給。主管官署還援引寬大的許可實務以說明第三條對於職業著手自由之限制乃是微不足道的，例如從一九五六年五月三十日至一九五七年七月一日，十三個月裏在巴伐利亞邦內共發出四十六張新設藥房之營業許可，只拒絕六件新設立的申請。

自此則依對於增加規模如何判斷而定；於美國佔領區內，在短暫時間內所實施營業所設置自由得出之數目，依一般之判斷是沒有證據力的。一方面依經驗對一項至今仍存在職業限制的行業而言，在開放之初期一定是有熱鬧擁擠的現象，另一方面因為在戰爭中及結束初期並沒有藥房設立，因此在實施營業所設置自由之時存在著強烈不尋常的補充需要而且一九四五年特別是經由接納被驅逐者之措施使得居民之人數急速大量地增加。最後一般經濟之起飛也促進了新藥房之設立，事後也被認為在經濟上是合理的。巴伐利亞邦在這段期間內共有四百三十六間—相對以前七百六十八的水準—新藥房設立；其中有半數是所謂的「難民藥房」，這類藥房皆是透過「負擔分配之資金」而比較容易，更多的是才可能成立。雖然在藥房法生效後仍有非少數的藥房設立，但對於藥房數目之轉換則無法確定。巴伐利亞邦官署認為在邦平均水準下差不多七千至八千個居民擁有一個藥房是最適當的（藥房法實行公告第三條，一九五二年七月十五日，國家公報第三十號）。一九五五年十二月三十一日巴伐利亞邦（在結束營業所設置自由階段時間後）七千二百八十二位居民擁有一間藥房。今天在巴伐利亞邦依鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 較保守之判斷，藥房數目及由其供養的居民之間存在一項「可以接受的關係」。這也符合了雖然有許多新設

立的藥房，但卻無法確認其設立乃經濟上錯誤之說法。藥房倒閉是沒有出現的，在例外情形下才發生瀕臨破產之情況。

在此可以肯定地的認為，即使是營業所設置自由繼續存在，藥房之數目之增加不會以相同之規模保持下去；此種結果可以從營業所設置自由最後兩年內申請數目顯著減少之情形得出。因此並沒有證據顯示在廢除行政官署控制權後會有藥房「無盡地」增加產生。相反地在職業成員之決定中經濟上的考慮扮演決定性的角色。藥劑師將很難負起設立新藥房的責任，當行政官署基於藥劑師的利益，保護設立一間可以生存的藥房時（在受指責之政府決定中將之認為是行政之任務）。他至少能因此而指望，在經濟可能界限上設立的藥房經由行政官署，至少於其他藥房出現前，在即將遷入的地區內受到保護。在營業所設置自由下，藥劑師必須自己單獨判斷，此行號在經濟上的機會，也必須考慮到其他的藥劑師很可能也在相同的地點設立營業所。這要求謹慎的評估及市場的分析。另一方面藥師有許多各式各樣的機會利用其行業代表（藥劑師協會與藥劑師公會）及官署專門性的建議。由一些鑑定人所提出，不顧及所有經濟上之謹慎與理智的藥劑師「開辦之樂趣」，顯然是不可能的。此項情形是以一定程度的「經濟盲目」為前提，而此情形整體而言，既不在藥師此項行業亦不在其他種營業人身上出現，因為可以毫不猶豫地指望其具有判斷一間商店建立機會之能力——即使是在缺乏經濟基本理論教育下——。不過也有許多鑑定人指出，藥劑師（平均而言）缺乏經濟上判斷的能力。一個確定之結論建立在如此一般判斷下是多麼地脆弱，可以清楚地從剛好相反意見的巴伐利亞邦內政部之意見得出，其將在一九五六年、一九五七年所發給之數目就申請人一般而言，事實上經濟上對新設藥房之可能性皆能正確判斷之證據。為什麼在目前所採取的許可制度下，此項正確經濟上之判斷可以導致提出

申請之決定，而在營業所設置自由下無法確定設立新藥房之決定，這項情形是令人難以理解的。另外—不考慮個別地方的或屬人關係之情形—還有一些一般的環境因素使得在設立自由情況下藥房將會無限增加之事無法顯示出可能之結果：

- (a)當將從一九四八年起藥房數目顯著增加之事實認為是在整體而言一項快速經濟繁榮過程之結果，則在此項發展中猛烈的先前速度緩和下來時，在此項職業成員經濟理智觀點下，設立之數目應會減少。在藥房銷售額增加上所反映出一般性的繁榮景氣，至今仍能導致對新設立藥房之展望有非常樂觀之判斷。因為專業性之機構對景氣之發展經常性地加以報導，因此藥劑師會忽視繁榮減緩徵兆一事，是無法令人接受的。
- (b)藥房之設立需要許多投資。依鑑定人之預估，一間新設立的藥房至少需要投資五萬馬克（依此處特別專精的鑑定人Lauer的看法甚至需要七萬兩千至七萬五千馬克）。在藥房開業之前，行政官署必須對藥房加以驗查（藥房法第十二條第二項），因此對於規定藥房設備應具有之陳設及器具之條文是無法規避的。鑑定人繼續指出，一間藥房只能在預估有十五萬至二十萬馬克之銷售額下，才有設立之可能；在補充需要飽和後，如此程度之銷售額只有在例外情況下，才能加以保障。從此處可以得出，在設立一所新藥房時有多大的風險必須加以考慮。許多的藥劑師將會考慮，是否寧可選擇一個不是很好待遇的雇員職位。
- (c)職業後繼者的情況也指出了藥房設立數目之自然界限。在藥劑師此項職業中並沒有局外人；但另一方面對於藥劑師之訓練並沒有特別地培養另外一項職業，如藥房負責人、藥房合作者或是工業藥劑師。因此相當地容易理解數據上之發展。目前依鑑定人一致的判斷存在著後繼者缺乏的情

形，特別是缺乏已被准許開業的藥劑師，因此尋找必需的共事者人數(即使是超過一般薪資)或是在死亡事件突然發生時保障營運暫時維持，是相當地困難。此外也指出，女性大學生顯然佔多數，且比例不斷地升高；依經驗顯示，相對其他男性大學生而言，女性大學生成為自主的藥房所有人的情形，佔了相當小的比例。目前一年約有一千名許可的藥劑師開始進入該項職業，雖然可以滿足自然的新需要，但因為藥品工業及公家機關吸收了一部份人員和一大部份女性藥師結婚後退出，整體而言可以估算出後繼者情況之惡化(Drost 一九五七年在 Bad Wiessee 於德國藥劑師會議上之說明)。於如此事實情況下，在可預見之未來是無法接受後繼者將有值得重視之比例無法從事該項職業及經由所謂「過多」的人力，會廣泛地導致經濟上不理智設立傾向之看法。深一層而言，營業所設置法律上之規範以及由此所產生該項職業之展望，對後繼者情況之發展有重大的影響。如同在瑞士之情形，並沒有證據支持，長時間之後新進者不會與實際上之需要相符合。

2. 我們可以從在自由營業所設置下在大城市比鄉下或小城市會出現較多藥房的事實出發；此項事實是一種自然的無可憂慮的現象；其有明顯的理由。在大城市中一直都存有許多超過一般水平的銷售額之大藥房，因此一間新設藥房吸收一部份銷售額之機會相對而言較大或至少是有此種機會；在城市定居的人口比鄉村定居之人口增加的快。由於機動化之結果，經由上班族之來來往往及旅遊交通所導致的交通流動量不斷地增加。此項情形導致了，即使在巴伐利亞邦藥房法生效後對於城市所發給的營業許可也遠超過於鄉村地區。依鑑定人 Dr. Weidenbach 提供之資料，例如在一定期間內於上巴伐利亞所發給的四十件營業許可中，單單在慕尼黑就有二十五件，

其餘的又有一部份是在居民迅速增加的城市中。這也顯示，前往都市之傾向，依官署之判斷也沒有什麼值得憂慮的，至今也沒有認為已達到無法承受之程度，大體而言也可肯定地認為國民之健康並沒有受到傷害。追隨符合居民之流動，可以即刻證明為正確之決定；在此營業所設置自由比藥房遷移取決於行政官署裁量之制甚至更能適應居民人口密度的變化。一個已達一定程度飽和之都市內會有毫無計劃地新設藥房之假設，是無法成立的。上述會提及的經濟上考慮會阻礙此項發展，而使得申請人轉到供養仍然不足的地區；特別是幾乎沒有一個藥劑師會放棄在鄉下一定程度安全穩定之生活，而將其藥局遷移到都市。此外向城市擁擠的慢化現象亦也被觀察得知。

在瑞士亦可確定在大都市中心聚集許多藥房。依兩個鑑定人之判斷在郊區仍也存在足夠的藥房；相同地在鄉間居民的供養也被充分地保障，或許例外情形只存在於偏僻且具有稀少居民的山谷中，而此項地勢在德國幾乎找不到可以相提並論的地方。聯邦憲法法院並無法發現，經由在大城市中藥房之聚集，將會對正常供給產生破壞的徵兆，特別是在鄉村內較稀疏的藥房網路已經由日益改善的交通狀況加以平衡。若欲認為在國家境內一個不完全平等的藥房分配會危害到正常的照顧供給時，則巴伐利亞邦藥房法之規則並非足夠；合於邏輯的是必須要求重回到由官署自身決定，在何處設立藥房的個人特許制度。

3. 當於可預見之未來藥房無限制增加的危險—即是只於一個地方—並不存在時，則基於此項情勢所產生的憂慮則失去意義。有可能成為問題的是，是否因營業所設置自由相伴產生藥房急速之增加，造成了一項在保持現今規則下—雖然依目前的經驗顯示，此項規則也已導致及繼續造成不是不足道的藥房增加—不會發生的一般性危險狀態。在此處所假設的危

險法院認為是過於高估的。

(a)有人主張，許多藥房之經營能力在不正常藥房增加下，會減少到使其無法履行法律上規定之義務。即使完全不論藥劑師法律上之義務並非固定不變且在未來並非不可更改——在其他關係仍會提及——，也很難發現一個客觀的標準來判斷，究竟什麼時候已經達到了此項危險界限。遷入地區之最低人口數和依企業管理原則所得出的平均獲利率之界限，在此都被證明為不適合。最低人口數已因許多地方之居民流動性強，特別是大城市與工業區附近，而無法再認為有依以往意義所謂藥房確定之「遷入地區」之存在，成為一項不可靠之標準。鑑定人藥物顧問 Dr. Weidenbach 也指出，在巴伐利亞邦依為標準的七至八千居民已包含了一個相當的安全差距，從此點可以間接地確認，在其他國家顯然以較少的最低居民人口數來作計算之標準（例如在法國，依鄉鎮之大小從兩千至三千居民）。

一般企業管理上獲利率之估計，在此項關係上，對法院而言，依其事物之本質只能提供一般的看法。每一間藥房之狀況依許多不同的因素而定，而這些因素中又有一部份根本無法用數目字的方式來加以評價（個人之特點、藥師家庭及其他特別的經濟關係疾病保險額之比例、將營業範圍擴及至慣常販賣物品之可能性）。因此無法將一特定之銷售額度認為是危險的界限，而未達此項銷售額之藥房即沒有能力履行其法律上之義務；實務上顯示，低於此項銷售額的藥房中仍有可觀的數目繼續存在，也皆能善盡他們的義務。當然對於每個藥房而言，皆有一個最低的生存界限，在無法達到此最低生存界限時，客觀上是絕對沒有能力再去履行為使藥房正常營業所做的法律規定。一般而言是很難去期待，設立或繼續經營一間從沒有達到此項銷售界限的藥房。不允許立法

者價據藥劑師個別可能的，於經濟上完全不理智之決定，將之作為一般許可限制之基礎。作為一般常規的應是藥劑師於經濟上考慮時，會對個案之因素充分地注意，因此一般而言只有在銷售額明顯地超過「絕對的危險界限」時，才可能設立藥房。

最後也無法一般性地認為，獨自工作的藥劑師客觀上無法確切地善盡其法律上之義務。這些與佔非常多數的「個人—行業」（依 Drost 之說明約百分之五十，依鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 的估計，在巴伐利亞邦至少三分之一）顯然不合，在他們之中，絕大多數都沒有可以引起指責的情形。

個人—藥房一直佔有相當多的數目，特別是在個人許可制度下（一九三六年在巴伐利亞邦，八百三十一個藥房中有三百七十三間）。巴伐利亞邦的藥房法也應導致它的增加，當一依內政府之說明與現行實務相符—只要新設和已存在之藥房仍有履行正常藥房營業能力時，則新設藥房將一直被允許。「個人—藥房」的存在，至今從沒有被認為將對居民之健康產生危險；相反地有人認為此乃個人特許制之優點及引導性營業所設置自由可稱讚之處，即基於藥物供養之利益，使依位置關係只有「個人—藥房」可能的鄉下地區亦有開設藥房之機會。這項情形即出現在訴訟提起人適用巴伐利亞邦藥房法時，行政官署基於居民藥物正常供給之利益，提供訴訟提起人承受一間約有五萬五千馬克銷售額之鄉間藥房的機會。此外只要在一處有許多「個人—藥房」並存，則對於「個人—藥房」大部份之疑慮則就不存在了。在此「個人—藥房」亦能與其他藥房享有順序性的調和，藥師們能有足夠的休閒時間及必要的休假（經由短暫的關門或代理）。「個人—藥房」急速增加值得憂慮的危險只能從兩方面產生：首先營業所設置自由可能勸誘「個人—藥房」在目

前「單人—藥房」已陷入經濟困難或是剛好還勉強能生存的地區設立。在此處更應適用上面所提經濟上的考慮，因為——如同所有鑑定人一致的說明——在鄉下或小城市設立藥房的傾向已經很小，也因此對於設立可能性愈是值得懷疑的，設立的傾向則愈小。另外一項危險可能在新藥房將現存的大藥房壓迫成「個人—藥房」時產生。此項發展，並不能——如上所說——經由藥房法第三條加以排除。

如果將藥房法第三條第一項字母b解釋為鄰近藥房之經濟基礎只在下列情形下才視為受到侵害，即其經濟基礎被壓迫至「個人—藥房」通常水準之下時，則人民可以假設，法律對於在將來應只有「個人—藥房」存在之情況加以忍受。但此項法律並不應如此加以解釋。此已可從下列得出，即許可官署相當廣泛地依靠特別含有安全因素之原則數目——如上所提——，當依此項基礎允許時，則會有許多不同大小的藥房依地區之位置和藥師個人之幹練並存著。也可以說一間現存大藥房之經濟基礎於第三條第一項字母b意義下，當其銷售額因其他新設立之藥房「顯著」地減少時——沒有一個相符合一般費用降低之可能——，即可能已受到侵害，而不須其被壓低到接近「個人—藥房」一般銷售額的水準時，才認為受到侵害。即使藥房法第三條第一項字母b對於現在藥房生存之保護不僅只是在使其維持「個人—藥房」的水準，但新藥房允許設立在與現存大藥房必然有競爭的地區也是有可能的，因此隨時間的經過，由許多「個人—藥房」取代一間或少數大藥房之情形亦是有可能出現的。基於巴伐利亞邦法律之觀點，「個人—藥房」是絕對無法加以指責的。

在此亦不能忽視，現代化的發展使得單獨工作的藥劑師較易完成其職業義務：為有利於出售已包裝好工業化的藥物產品所對於依藥單製造藥物之要求減少的情形（依鑑定人

指出，依藥單製藥之情形平均而言只佔銷售額的百分之十，有人甚至認為「依藥單製藥」的情形幾乎完全消失了，例如Kranzfelder一九五七年在Bad Wiessee德國藥師節上之發言），對藥劑師而言表示著可觀的時間節省。因此，如所有鑑定之表示，對其所交付藥物保有無缺點狀況的審查義務在實際上不再占有重要的地位。經由現代化交通工具容易到達其他藥房及批發商分貨處之情形，使得小商號之所有人擁有一處簡單合理的儲貨地點；依巴伐利亞之法律因此不必再規定一特定系列之藥物，藥師只必須保有保障一個正常藥物供給所必須之藥物的相符合數量。

- (b)聯邦憲法法院無法確信，營業所設置自由將帶來對藥劑師職業道德如行政機關所憂慮的一般性傷害。競爭本身的變為激烈可能帶來逃避對銷售額有不良影響的法律規定之誘惑。但從此處並不使得國家—當它基於公益理由對於一項職業賦予導致成本增加的負擔時—成為該項職業如此意義下的「債務人」，即它必須保障該職業成員的最低收入。如此之負擔存在於許多職業中；每一個從事該項職業的人，都必須在為其職業機會做一般經濟上的估算時，將此項負擔考慮進去。

在藥劑師此項職業中，相對於忽視職業義務之誘惑的反對力量特別有效，特別是傳統上相當崇高，經由嚴謹教育所培養的及對於後繼者所傳達該行業之職業道德，而這些是藥劑師們社會上聲望之根據。這些將經由在巴伐利亞邦長時間中斷而已再重新設立的專門職業法院加以維持和有效地保護。即使是在沒有專門職業法院的時代，特別是在營業所設置自由的時期，大體上而言在巴伐利亞邦並沒有任何有關職業道德嚴重低落的公開譴責存在。固然有違反職業義務的情形發生，但此項情形發生在每種職業上，也無法證實此

種違反情況在藥劑師此項職業中特別頻繁或甚至可認為已達到危害人民健康的程度。鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 總結地指出，在目前並無法確認有特別的缺失存在，鑑定人 Dr. Danner 又指出，即使在瀕臨破產的藥房也無法察覺違反義務之情形有顯著的增加。相同的情形也出現在瑞士，雖然嚴格地來說在瑞士並沒有所謂的專門職業法院。

立法者引用此方面的憂慮作為限制職業進入的動機是無法令人信服的。

(aa) 其他自由業也存在著職業道德低落之相同危險，雖然如此卻不認為對營業所設置之限制是必要的，特別不在醫生此項職業，雖然不被允許辦保險診病的職業成員被限制於只能診治相對而言非常少沒有保險的一部份人民。在醫生與藥劑師之間針對此點嘗試去指出其有顯著之區別的努力，是無法令人信服的：藥劑師為保護在其行號中所重大投資之業務上財產價值，相對基本上以投入個人能力而工作且經濟上較易移動的醫生，較難決定放棄一間毫無盈利的行號，相反地寧可用不正常之方法繼續經營下去。此項觀點並非毫無任何理由；但對醫生而言，特別是老醫生，放棄開業和重回一種依賴之情況（只要仍是可行）絕不是一項容易的決定，他首先可能試著藉由不正常之方法，提高自己之收入來設法逃避此項決定。另一方面可以說一位對自己行業之義務加以侵害之醫生，相對藥劑師而言，對人民健康所產生之危險更大更直接；最後專門職業法院以及一般的刑法、責任法之嚇阻和教育效果，基本上對此兩種職業是相同的。

(bb) 對於職業義務之違反並不全全一定是經濟陷於困境的結果；職業成員常常在受保障的工作職位上，基於利

潤之追求而違反其義務。此類事件必導致個人受到處罰，在一定情況下更應將該犯罪人排除在此項職業之外。但它並不能作為拒絕一個道德上毫無缺失之申請進入該職業的理由。

- (cc) 當立法者真的憂慮，在藥房銷售額減少至某種由經驗得知之程度下，藥劑師將會面臨違反其職業義務的危險，則他必然地須對現存藥房之經濟發展經常地加以監督，且特別是在每一個營業許可新發給之前，於繼承及出賣藥房時審查，是否所要求的最低銷售額仍受到保障，是否申請人自己在財政上仍有能力。但如此的審查卻只發生在新設立的情形，而且甚至審查一項只基於預定銷售額估計所產生相當不確定的基礎。因此訴訟提起人能有理由認為下列之情形無意義，即行政官署拒絕他在由他選擇的地方設立藥房，卻建議他承受一間現存的藥房，而此藥房顯示出較訴訟提起人所計劃藥房預定達到的銷售額為少，總之是一個行政官署認為仍是遠離危險界限的銷售額。

4. 在營業所設置自由下所期待之藥房增加而導致藥物供應過剩、傷害人民健康之危險，是無法用事實證明的。戰後藥物之使用到處都是增加的。鑑定人將此歸諸於一般日常生活習慣的改變，大多數人民生活水準的提高及與經由製藥工業所產生藥物大量供應相關連醫療方法之轉變。雖然如此在德國並沒有產生至危險程度的「藥片癮」。在人們相信可以確定有象徵表示過量使用藥物的瑞士，鑑定人 Dr. Sauter 明白表示，此項情形決非因藥劑師營業所設置自由所造成。當他繼續認為，此種情形乃是經由太多的販賣場所（藥房、藥材店及其他商店）所促成，則很明顯地限制其他販賣場所之數目應較限制有交付藥物自然獨佔權的藥房數目為優先（一九五八年三月二

十一日聯邦最高法院之裁定)。

VI

由立法者在藥劑師營業所設置自由下所擔憂的危險，如上所述並無法顯示出其可支持對職業自由做最劇烈的限制——在維持現行藥物及藥房法規下——，即禁止一個完全有資格能力之申請人經營自主的藥房事業。如此之結果亦可間接經由下列說明得到證實：立法者對依其認為應導致藥劑師營業所設置自由限制之危險，在此危險事實上相當具體時，仍無法有效地加以防止，雖然他可以採取就人民藥物供給範圍之職業從事而言，仍停留在純屬職業從事和職業許可主觀前提要件之規定，而不侵害到依基本法第十二條第一項基本人權最欲保護之領域。

1. 不正常或不合規定之藥物交付，販賣有缺失及傷害性的藥物以及與藥物濫用相關的危險，不允許一直到了藥房才開始加以防止；因為在目前經濟關係下藥房並非原本的也非基本的危險源。

(a) 依歷史之發展——在 III 1. 已提出——藥劑師行為之重點首先是在製造藥物，而藥物之交付只是行為的結果或兼職。與幾乎在所有自然科學革命性發現相接連的經濟發展，促使——在學術上相當傑出之藥劑師協助下——在十九世紀出現了重要的工業化製藥。(Kalthoff 於一九五三年在“製藥工業”第二號所著之“藥劑師於製藥工業”第四十三頁以下)。在今天所到達的境況已導致了藥房結構之變化：除了剩餘很少一部份藥物由藥房生產外，皆移轉到工業生產。因此自古以來伴隨藥房地位所產生的危險也移轉至他處，同時在範圍上也有重大的擴展。雖然如此，並沒有一項可以有效防止人民健康遭受此種危險之法律規定。相對其他營利事業而言，製藥工業並沒有擁有特別的地位。製藥工業是

依經濟上之觀點加以工作的事業，也受到一般有效地企業管理上合理性之約束，並試著經由經濟上獲利率地位之保障，來履行生產、經營及需要特別花費之研究財政上相當大的需求（Laar“製藥工業”一九五四年第二號第三十七頁以下）。

一個地位崇高的製藥工業本身並不會帶來對於人民健康之危險或是僅帶來極輕微而不被立法者注意之危險，此項觀點可能是正確的（Laar 前揭文）。這項情形也應適用於「地位崇高」的藥劑師。決定性的問題應取決於如何來應付由於個人不可靠及客觀上不適合之企業滲入所產生的危險，以及為保持企業獲利率不惜任何代價，而將藥物只視為工業產品且將人民健康之觀點加以忽視所產生之危險。聯邦內政部在一九五一年一月三十日在聯邦議會回答一個質詢時指出了如下的危險：生產所有在藥房交付之藥物達百分之八十的德國製藥工業擁有相當高的技術水準；但在這些重要的公司外，在此領域內仍有許多中小型工廠存在，對於他們的產品仍須在衛生及專業觀點上加以監督（聯邦議會公報一九四九年，第一屆，第一八六六號）。但卻沒有法律規定此種監督。在製藥工業上班並不取決於個人可靠性以及企業主專門知識之審查，亦不審查是否有合適的工作地點存在——而這些是對於相對而言範圍縮小許多的藥房製藥，基於健康之保護，一直認為是必須的前提要件。

如果在此已存有對於國民健康潛在日益增加的危險，則此危險更將因目前缺乏一個有效審查在市面上流通藥物之機會而升高。因戰時經濟於一九四三年二月十一日所頒布有關成藥製造之命令（RGBl. I S. 99），具有禁止製造新成藥之效果。且在第四條授權帝國內政部部长，在取得帝國經濟部部長同意後，可以允許禁止的例外情形；此項命令法律上之

效力有爭執。且在實務上不再被嚴格地適用，為鑑定人參事 Dr. Danner 和 Prof. Dr. Schlemmer 所證實。一九五六年五月十二日由內政部長提出之藥房法草案中之「暫定理由」只限制地指出，此命令中並不含有基於何種前提要件下一個例外的許可必須發給或拒絕的條文。

製造人對其生產之藥物也沒有說明的義務，這如鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 指出是藥房立法中最大的缺失(Blanke 一九五七年在 Bad Wiessee 的德國藥師會上之說明；“製藥工業”一九五四年第二號第四十二頁以及 Urdang-Dieckmann 前揭書第九十三頁)；在藥房內對許多藥物之審查因此實際上是不可能的。最後德國藥典保障所使用之材料應具有無瑕疵之品質與性能的條文，對工業製造的藥物以及特製品並沒有拘束力。

對於因藥物製造場所產生變化所導致的新危險源，亦可在不侵害到相關職業的職業選擇自由下採取法律上之防衛措施。

- (b)如上所指出藥物使用增加的原因大部份應在生活環境及生活習慣的改變中找尋，即因戰爭、營養不良、房荒所引起身體及精神上之傷害。由於工作步調加快所引起身體及精神上的耗損，藥物本身某種程度之改變，最後經由醫療保險制度所增強的社會健康保養。當除這些原因以外為仍憂慮日益增加的販賣藥物場所亦能促使「藥片癮」成長時，亦不允許忽視藥物之販賣不僅侷限於藥房這項事實。除了一九二九年十二月十日鴉片法之特別規定—RGrBl. I S. 215 和規範需藥單義務一九四一年三月十三日之行政命令—RGrBl. I S. 136 及規定必須在藥房才能販賣之貨物一九〇一年十月二十二日之行政命令—RGrBl. S. 380—外，藥物亦允許在藥房以外的場所出售。

如鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 指出，此項情形於可觀之範圍內出現（Kranzfelder 一九五七年於 Bad Wiessee 在德國藥劑師會上之說明）。依德國工商會議之調查，一般交易觀念認為藥物之販賣基本上屬於藥材店之概念要素；因此一間藥材店必須除了各種藥材、藥草、可自由販賣之藥物、包紮的材料、化學藥品外，仍要擁有衛生用品，更進一步的是（在鄉下地區）動物的藥品。在此也要指出，在規範零售業職業從事之法律生效後，日常生活用品店內所謂的「藥物架」亦有顯著地增加。由於聯邦最高法院之判決（BGHZ 23, 184），藥物生產者最近轉向生產含有明顯治療能力材料之「預防性藥物」—只要不使用具藥單義務之材料—，而此項藥物則應可在藥材店或其他販賣處所自由地販賣（一九五七年於 Bad Wiessee 之德國藥劑師會議上由德國藥師代表所組成之工作小組於其大會上所接受的建議第二號“藥物法與藥物之流動”第五頁；Blanke 前揭文第二十二頁；藥物報一九五八年第二百三十四頁；新預防性藥物之自由販賣 s. Marcetus NJW 1957, 939）。

特別是因為一九〇一年十月二十二日所公布的藥物命令有許多解釋上存疑之處，導致了「藥房義務」之界定具有相當大的不確定性。聯邦最高法院在上面已提出的判決中指出，此項存疑存在已久並補充（第一八九頁）：不清楚、無系統且一部份專有名詞充滿矛盾的藥物命令規定，依本庭之確信是無法從該命令之架構得出對於在此須加以判斷之問題的解釋基本原則。此項命令部份修修補補的性質……幾乎無法從系統上或技巧上得到結論。

除鴉片法之保護效力及（不足夠的）特定藥物經由藥單和藥房義務加以保障外，特別常常被濫用的藥物也能經由任意增加的販賣處所自由地出售，而沒有任何階段—生產中，

經由批發商繼續交付之過程或零售商販賣時—有法律保障一項預防性的健康保護。在此處也缺少一項特別的保護效果，而此種效果在將藥物之交付只限制在藥房時已經可以從下列事實產生，即藥劑師在被允許開設藥房之前，必須接受詳盡的多年的實務及學術上的訓練。

在藥房之外可隨意增加之販賣場所自由出售藥物之情形，可以因為在這些地方原則上能不受限制地允許對大眾做廣告，對醫藥的使用產生持久的影響。一九四一年九月二十九日公布的廣告於藥物領域之警察命令(RGBI. I S. 587)其法律上之效力被否認(BGHSt 5, 12; 8, 360 以及 BVerwG in VerwRSpr. 7, 349)；從此處產生的法律不確定狀況導致了聯邦製藥工會所有的理事會在一九五三年三月四日本身公佈了適用所屬企業的廣告方針，因為「除了該項警察命令之適用可疑外，……此項命令亦無法阻止錯誤及失策的出現和擴大(製藥工業一九五三年第二號，第四十七頁至四十九頁)。即使是認為該命令有效，廣告仍在相當廣的範圍內被允許。因為除了可以引導錯誤及一定形式的廣告不被允許外，只有對於須要藥單的藥物和一些特別列舉的藥物加以限制。隨著製藥工業之廣告可能性帶來對人民健康之危險，可以從「製藥工業」雜誌一九五四年第二號第四十一頁的說明中得出：與人民敏感度或密集砲火式吹噓相關之事，製藥工業在多數他們的廣告中並不詢及公眾之意見；只要一個非專業之廣告播出，首先即在醫生方面遭遇困難，則大部份歸咎於在醫藥管理上不成問題之藥物，其結果造成醫藥保險機關之負擔。在此有些地方並非妥當且試圖經由錯誤之說明來利用無知的情形而可能導致健康的損害，這是當然無法否認的。」

依帝國營業規則第五十六條第二項第九號之規定，為防止藥物之濫用，禁止在流動攤販上出售藥物。所允許的是

用自由交易所決定的訂購藥物之尋訪。此項也一同藥物法「暫定理由」中所提及—導致了可觀的弊病。

2. 藥房制度本身範圍內也可能於製造藥物和藥物流通過程中，對於人民健康產生危險，而可經由依基本法第十二條第一項第二句制定有關職業從事之法律規定深入且廣泛地加以排除或減低，而不須影響到職業自由基本人權最欲保護的領域。
 - (a) 首先可以想到的是在巴伐利亞邦經由一九五七年七月十五日之法律 (GVBl. S. 162) 重新再探行的專門職業法院。藥房職業地位的一致性，藥房內之共事者與工業藥師亦在內（在許多藥劑師公會選舉規則中明示出：一九五四年一月二十九日醫師、牙醫、藥劑師、獸醫萊因—法耳斯邦關於其公會之邦法律第三施行法第十六條；巴伐利亞邦藥劑師公會選舉規則第四條第一項最後一句），可以藉由法院之幫助，將不可信賴之因素在其損害性，此處特別是危及健康的行為時，干涉其職業從事之方式，甚至有時將此行為解釋為「無職業上尊嚴」。此項措施—與營業所設置自由之限制不同—才能針對真正的危險源，而不論此項危險是來自一個自主的或非自主的藥劑師。一個真正有效的專門職業法院也可以在承受或重新開設藥房時對違反該職業的行為加以防止，例如當藥師在籌措財政上資金關係上同意接受某項約束，而此項約束與無缺失的藥物製造及交付不合時。
 - (b) 經由職業從事之規則立法者不僅可以阻止同一人管理，甚至還可以防止取得或佔有數間藥房，只要基於人民健康之保護要求藥劑師須自己管理自己的藥房以及藥房本身基本上不因另外的行政或租金費用而增加負擔。當基於健康保護之理由而應將藥物販賣處之增加加以減緩時，可以再進一步，依基本法第十二條第一項第二句之規定法律將藥物之販賣基本上完全保留給藥房 (BGHZ 22, 167 [174-178,

180])；積極的教育訓練，基本上販賣限制在傳統屬於該行業之貨物，以及禁止經營多家商號，已可阻止「無限制」的行號增加。一方面為保持職業上的可靠性應限制藥劑師開設藥房的數目，另一方面卻允許在藥房之外可以出售適用於人和動物之藥物，而其範圍之大又足以危及許多藥房特別是於鄉間藥房的生存，此是沒有道理的。(Kranzfelder 一九五七年於 Bad Wiessee 在德國藥師會上之談話，前揭文第三十八頁)；因為依立法者的觀點，藥房生存之危機應可危及正常藥物之供養，也因此而危及國民的健康。

- (c)基於保護藥房生存所要求之經濟上特別負擔，可經由立法者加以減輕。不過基本上和聯邦行政法院相同(BVerwGE 4, 167 [174 f.])要求每一位申請或設立新藥房者必須事先就將此種經濟上之重要性預估在內。除此之外，於目前的交通狀況下，經由批發商可以在沒有特別困難及許多時間損失下，購置幾乎所有的藥物—稀有之藥物亦在內，因此諸貨處所的安排可以更靈活的加以設計。此外在不違反基本法下，亦能賦予批發商在周末或星期假日對於藥房之特別需要亦應服務之義務。
- (d)在符合現今藥物制度發展下，藥劑師之審查義務在不危及居民情況下可以加以限制。目前所存形式上之義務實際上只在極小之範圍內被履行。Kalthoff 於一九五四年第二十三號第四百八十八頁德國藥劑師報針對此事時曾提到：「在此涉及的是基於技術時代的發展，在藥房這項領域也是無法避免的。此僅就下述之急迫需要可以得出，即唯有透過藥物工業化之製造才根本能滿足十年來一直增加的居民需要之趨勢。對許多與現代化製藥研究發展相關連的化學上複雜、合成及高度有效之藥物材料、製藥上之處理、分析的檢查，需要一些技術上之前提要件，如每個藥劑師所知這

些在公眾的藥房之實驗室裏是沒有的，且在此處也——從純經濟上之原因已可得出——不可能實現的。客觀觀察下，每一位藥劑師也必須承認，如此之發展絕不會對經濟上之形成有不利的影響」。

依以前普魯士藥房經營規則第三十(a)條規定外面包裝具有「機關包裝」印記的成藥（特殊藥品）只允許在包裝沒有打開下才能交付。巴伐利亞邦的藥房管理辦法廢棄此類條文，但依其第十八條之規定，藥劑師必須在所有的成品中做抽查式的檢驗，以確認藥物之品質，特別是確定沒有解體、變色、氣化、或其他改變的情形出現。此種抽查式的檢驗既無法可望認真地實行也無法真正有效阻止對人民健康所產危險。在此只有加強監督藥物製造過程與藥物批發商才能有所改善，也因此藥劑師對成藥之審查義務僅侷限於在他自己所持有下的時間內。在沒有任何說明義務下是無法期待要求藥劑師做完全的審查。

3. 對目前有關適用所有藥劑師的存貨保持及審查義務之規定所產生經濟上和個人上負擔之減輕，將對一直重複提出「個人—藥房」在鄉間或小城市之困難產生特別的影響。如上已指出（V 3），即使是在遵守藥房法第三條下，許多此類的藥房一直都存在著，同樣地目前從此處也不用擔心——因為目前的交通狀況——會出現對居民嚴重供養不足的情形。立法者可以減輕此類藥房之負擔，特別是人員上的考慮。是否可期待製藥學之候選人為使其訓練更為完備，特別是基於經濟上之考慮，在授予核准開業許可之前，必須在「個人—藥房」有一段工作經驗之問題，可以暫時擱下。為使在一個地方獨自工作的藥劑師有可能擁有適合其經濟狀況並基於健康保護利益下不可缺少的休息，也許可以建立一項更廣泛的代理可能性。因此對下列之建議應是幾乎沒有任何疑慮的，即當真正有需要

時一如上所提於鄉間一面臨考試的助理人員應可暫時性的，且在通知有關的醫師下亦可長時間的加以代理。

4. 上述所指立法上可能措施的指示並非表示聯邦憲法法院想給予立法者一般性立法上的建議；這並不是它的任務。但為了能勝任儘可能有效地保護基本人權之義務；法院必須表明，對職業選擇自由基本人權最欲保護之範圍必須一直到有下列情形時才可考慮加以限制，即當一項經由上述措施欲防止的危險不能經由其他的，基於理智考量後可能的且不限制或非同程度限制基本人權之法律規定，加以防止或減輕時。由於在藥房法領域內使用最強烈手段的許可限制是德國的傳統，而同時如上所述依基本法第十二條之規定事先必須用盡其他法律上之可能性，因此更顯得有必要加以表明。立法者是否願意採取上述所提出之措施，將選擇何種措施和將依何種順序加以實現則當然是立法者之事。法院只是限制在指出已經於公開討論（至少在鑑定人圈子中）中出現，甚至已有部份已被採行，如上所說在整個環境中顯示可能的措施。

因為在此領域之立法權限部份屬於各邦，部份屬於邦與聯邦之競合立法權，巴伐利亞邦的立法者當然不能因為在此所提出的可能性，只能在當聯邦使用其立法權時才会有有效的改正，但由於缺乏如此的一項聯邦提案，邦立法者被迫強烈地侵害基本人權的領域。此種的提示相對於職業自由之基本人權是不被允許的。基本法第十二條第一項在關於職業從事法律上之規定並不區分聯邦與邦法律。聯邦憲法上基本人權之一體適用相對聯邦立法如同邦立法受到相同的保護。聯邦和各邦不允許經由援引其缺乏此項或其他措施之立法權限，使其對基本人權更強烈之侵害成為可能。相反地當涉及既屬聯邦又屬各邦法律之國民基本人權保護時，則聯邦與各邦的立法者將被視為一體加以處理。

VII

聯邦憲法法院在此項程序中並沒有決定，何種經營制度對藥房而言在法律政策上較為優先，只是對於巴伐利亞邦立法者事實上所採用的制度是否符合基本法加以決定。法院必須對此問題加以否定之回答；依法院之確信目前只有營業所設置自由一理解為客觀之許可限制不存在一符合憲法之狀況，這也是聯邦行政法院所採取的基本立場(BVerwGE 4, 167)。繼續要求經營藥房需要許可且此許可取決於是否滿足一定的主觀前提要件(如藥房法第二條第一項)是當然之事，也從前述之說明可以得出。

聯邦憲法法院知道許多藥劑師們拒絕營業所設置自由。大體上就此項立場而言，行業地位之保護，保有傳統水準之主張對職業政策之考量有決定性的作用。但當依基本法第十二條第一項基本人權最欲保護之領域出現問題時，則這些觀點必須退卻一完全不論對於出身相同的後進者施以職業封鎖是一項在職業政策及行業道德觀點下值得疑慮之措施。如此行業政策上之考量一般地無法認為有理由；由於上述的說明(IV 3 和 VI)此項考量可以合法化在基本人權保護的其他階段裏所採取之法律規定。

藥房法、藥物法和藥物價格法處於一個無法分離的關係，因此無法將藥房法單獨規定而不同時將其他的法律領域重新規定，此項主張已被反覆地提出，鑑定人 Prof. Dr. Schlemmer 亦是。客觀上及法律政策上此項主張應是正確的。聯邦憲法法院不能對於一項違反基本人權之侵害暫時地允許或允許至立法者使用基於其裁量的其他可能性時。

如上所述藥房法第三條第一項為違憲。因此上巴伐利亞政府基此條文所為之處分侵害到訴訟提起人基於基本法第十二條第一項所享有之基本人權，並且應加以撤銷。同時於判決中宣

佈藥房法第三條第一項為無效—也包括與第一句處於無法分離的第二句—(聯邦憲法法院法第九十五條第二項和第三項第二句)。