

德國基本法所保障之職業自由

——德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究

李 惠 宗

一 導論

二 職業自由基本權之主體

三 職業自由之法律性質

四 職業自由所保障之範圍

(一)職業選擇與職業執行自由

1. 單一性的職業自由

- (1)一種具有創造與維持生活基礎之活動
- (2)一定期間之活動

2. 職業選擇與職業執行自由

(二)工作職位選擇之自由

(三)接受職業教育之自由

1. 概說

2. 一般教育體系

3. 職業教育體系

五 職業自由之規制

(一)概說——聯邦憲法法院之審查範圍

(二)比例原則

1. 適當性原則

2. 必要性原則

3. 狹義比例原則

(三)比例原則與三階說理論

1. 三階說內涵

(1)職業執行自由之限制

(2)主觀許可要件之限制

(3)客觀許可要件之限制

(4)其他標準

2. 「三階說」與違憲審查基準之客觀化

(四)平等原則

(五)小結

六 職業自由與其他基本權之關係

(一)職業自由與人格發展自由權

(二)職業自由與財產權

(三)職業自由與言論自由

七 職業自由之限制方式

(一)議會保留與法律授權

1. 聯邦或邦的立法權限

2. 先憲法存在之習慣法

(二)法規命令

1. 法律授權明之許可

2. 法律授權明確性之標準

八 結語

一 導論

德國基本法第十二規定：「所有德國人均有自由選擇職業、工作職位與教育地點之權利。職業之執行（*Berufsausübung*）得依法律或基於法律授權而規定之。（第二項）任何人不得被強制從事一定工作，但傳統上一般對所有人皆平等之公共服務義務（*öffentliche Dienstleistungspflicht*）不在此限。（第三項）強迫勞動僅基於法院剝奪自由之判決始得爲之。」

該條第二項之問題又稱爲「工作強制（*Arbeitszwang*）」。此種工作強制之禁止，主要是對納粹體制將人格貶低、壓迫其尊嚴的作法的一重反省。目前在德國並不存在類似狀況。至所稱之傳統上對所有人皆屬平等之義務，德國現行法上有消防義務（*Feuerwehrdienst*）與堤防協助（*Deichhilfe*）義務，此在實務上並無問題。第三項所稱之「強制勞動（*Zwangsarbeit*）」係刑事處罰之一種。此二者在職業自由的概念下，並無太多之問題，故實務與學術界，較少討論。亦不在本文討論範圍。

基本法第十二條之重點因此在「職業選擇自由」、「職位選擇與教育地點自由」與「職業執行自由」及其

* 本文以下引註，司法院編印，（西）德國聯邦憲法法院裁判選輯，第某輯，簡稱「憲法裁判選輯（X）」。

如何限制的問題上。然則何者為職業自由，與營業又有保種關係，與我國憲法第十五條所稱之「工作權」是否相侔？德國如何規範其各種職業秩序？此在德國學界與實務上均有重要之討論，對我國而言，亦具有比較法之意義。德國聯邦憲法法院在職業自由上所作之判決極多。就此領域，學界基本上亦多宗法聯邦憲法法院諸多判決所形成之見解。本文亦以探討聯邦憲法法院之判決所形成之有關「職業自由」之理論架構為主。惟篇幅所限，本文暫不作比較法之研究。

二 職業自由基本權之主體

依基本法之明文規定，職業自由基本權主體限於「德國人」，換言之，此種經濟基本權係屬「國民權」，以國籍為要素。此之德國人固指自然人而言，且不限於成年人，未成年人亦為此基本權之主體。至於外國人或無國籍人之職業活動只能主張基本法第二條有關「人格發展自由」之保障¹。此外，依基本法第十九條規定，基本權於其本質上得適用於其國內法人者，該國內法人亦得享有之²。準此，一般自然人所享有之職業選擇自由，於法人則為創業與營業自由（Bewerbsfreiheit），

1 BVerfGE 78, 179/196 f; BVerwGE 59, 287/294; vgl. auch Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995, Art. 12, Rn. 9.

2 BVerfGE 30, 292/312; 50, 290/363; 53, 1/13; 65 196/210.

但外國法人³與國內之公法人，包括國家、地方自治團體，即使其以國庫之地位執行者，亦不得主張「職業自由」⁴。

三 職業自由之法律性質

職業自由系一純正的基本權（ ein echtes Grundrecht ），同時也是一種客觀的法規範，但並不屬制度性保障（ institutionelle Garantie ）之基本權⁵。

威瑪憲法時代，「營業自由（ Gewerbefreiheit ）」只被視為社會與經濟秩序的客觀原則⁶。此種狹隘的見解，在基本法上受到完全的修正。聯邦憲法法院認為，職業自由涉及到與人格整體，蓋人格惟有在個人執行該項其認為屬生活任務（ Lebensaufgaben ）與生活基礎（ Lebensgrundlage ）的職業活動，且透過該職業活動，能同時為社會整體作出貢獻時，才得以實現。此一基本權對社會各階層皆有此種意義；一項工作如被視為「職業」對每個人皆有相同的價值（ Wert ）和相同的尊嚴（ Würde ）⁷。換言之，職業自由與一般所稱之營

3 BVerfGE 21, 207/208 f.

4 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 100 ff.

5 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rm. 68.

6 BVerfGE 7, 397; 50, 362; Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 5.

7 BVerfGE 7, 397; 13, 104; vgl. ferner E 30, 334; 50, 362;

業自由並不相同，職業自由係實現人格權的方式之一種，在範圍上可包括營業自由；但營業自由係經濟方式的一種，並不完全包含職業自由。

但此種職業自由，除教育地點選擇自由權外，並不包括請求國家給予一定工作之請求權⁸。換言之，基本法第十二條在此並無「社會權」的性質。此外，基本法所保障之職業自由，基本上並無直接第三人效力 (Drittwirkung)。因基本權基本上只對公權力生效，故職業自由只有間接第三人效力⁹。因基本權所及之保障範圍乃是針對所有國家限制項選擇自由的措施。此尤其是在當國家阻止個人去接納一特定的工作職位，或是要求個人放棄工作職位時是如此。反之，該項選擇自由既不包含請求按自己之選擇，提供工作職位的權利，亦不包括對曾選擇之工作職位的存在保障。

同樣地，該基本權利也無對基於私人的決定所造成的工作職位的喪失，提供直接的保護¹⁰。

四 職業自由所保障之範圍

Rinck, GG-Komm. Art. 12, Rn. 1.

8 Vgl. Greuer, Freiheit des Berufs, HStR VI, 1989, § 147, Rn. 7；憲法裁判選輯（七），【統一條約案】C. III. 1.。

9 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 70; 73. 另參憲法裁判選輯（六），頁1—31。

10 憲法裁判選輯（七），【統一條約案】C. III. 1.。

(一) 職業選擇與職業執行自由

1. 單一性的職業自由

有關「職業」一詞的定義，憲法或法律並無明文之定義。從基本法第十二條文義及法條結構出發，似可認為基本法第十二條所保障的職業自由包括「職業選擇自由」與「職業執行自由」，職業執行之自由因基本法明文規定，得依法律或基於法律授權而規定之，故曩昔有認為，「職業選擇自由」只得以法律限制之，而「職業執行自由」則可由法規命令直接形成¹¹。但此種見解，德國聯邦憲法法院自1958年藥房判決（Apothekenurteil）後則予以改變。該判決稱：「第十二條第一項乃是一項單一的（*einheitlich*）基本人權（職業自由），其意義為第二句的規範保留所包括的職業執行及職業選擇。但這不表示立法者對於每階段職業行為的權限範圍是相同的」¹²：憲法解釋上，應認為「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。」故現時對職業自由之理解，係將之視為「單一的基本權」（*einheitliches Grundrecht*），換言之，不論為「職業選擇自由」或「職業執行自由」，

11 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, 4. Aufl., 1992, Art. 12, Rn. 40.

12 憲法裁判選輯（一），頁148。

皆有「法律保留」之適用¹³，因二者無法在時序上之區別，而是常互相影響。此種將職業，不論為職業選擇或執行，視為一整體概念，已屬通說之見解¹⁴。只是就國家之干預而言，對職業選擇自由干預的合理化事由之要求應比對職業執行的要求要來得高而已¹⁵。

依通說，基本法第十二條所稱之「職業」，係指「於一定期間內所執行或從事，而旨在作為生活基礎創造與維持之活動」¹⁶，分析言之，作職業之活動應具備以下二個要素：

(1) 一種具有創造與維持生活基礎之活動

職業活動之意義廣義地加以理解，其不限於傳統所理解的「職業形像」，亦包括新進所發明之活動（Betätigungen）。依基本法第十二條第一項自由權的概念，憲法上所指稱之「職業」，是多數行為的叢集（Bündelung）¹⁷，須從社會本質上加以定義。職業係指個人為其自身經濟安全與人格形成所執行之自由且自

13 BVerfGE 54, 224/234; 54, 237/246.

14 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 40.

15 Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 6. Aufl., 1990, Rn. 903.

16 S. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 18, Fn. 4m.w, N.

17 Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 6. Aufl., 1990, Rn. 905.

主之活動（ freiheitlich-autonome Betätigung ）¹⁸。職業之「作為生活基礎之創造與維持活動」之性質係指一種在一定期間之活動在「主觀上」可以創造與維持生活之基礎即可，不必該所執職業之人果因此生活無虞¹⁹。故縱使是一種副業，不論是否足以供足生活所需，亦符合「生活基礎之創造與維持之活動」之意義；故兼業亦在職業自由所保障範圍之內。但純粹之嗜好（ Hobby ）則不可視為職業²⁰。獨立或不獨立之活動亦屬職業之範疇²¹。

換言之，職業之意義並非單純由立法者加以形成，而是從社會發展及社會觀點出發²²。只要活動不對社會共同體造成傷害（ sozial-gemeinschaftsschädlich ）²³即屬職業自由所要保障之行爲。故某一活動並非法律加以處罰，即認為其不在職業自由所保障之範圍內，而是須進一步探討其是否「社會本質上之限制」，但所謂「社會本質上之限制」並非強調其「社會的價值性（ soziale Wertigkeit ）」，憲法所保障之職業自由毋

18 S. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 13.

19 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 21.

20 Pieroth/Shlink, Grundrechte Staatsrecht II, 6. Aufl., 1990, Rn. 907; v. Munch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 10.

21 BVerfGE 7, 377/398 f.; 54, 301/322.

22 Vgl. BVerfGE 222, 289; Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 25.

23 BVerfGE 22, 286/289;

寧是「社會價值中立（neutrale Sozialwertigkeit）」的。其不止限於傳統上有固定職業形像之活動，亦包括非典型之職業，有時亦有可能係違法之活動（如逃漏稅捐之職業）。因此，常業竊盜、常業販毒、職業殺手因其對社會共同體必造成損害，固不得主張職業自由。但娼妓業、解夢業、占星業²⁴並非不得作為一種職業²⁵。擺設自動販賣機亦可為一種職業²⁶。一種活動是否視為職業，如果法律尚未對之加以規定，則以法律上與事實上之情況評價之，特別是依社會與經濟之利益判斷之²⁷。

(2) 一定期間之活動

作為具有職業意義之行爲，須於一定期間內執行之²⁸。但此之一定期間內所執行的工作亦須廣義理解之。其要件有二：客觀上，該活動之進行須經一定期間；主觀上，須權利主體至少有在一定期間內執行之意圖。但此種工作並不繫之於其事實上之持續性（tatsächliche

24 BVerwGE 22, 289 ff.

25 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 26; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 6. Aufl., 1990, Rn. 906.

26 BVerfGE 14, 22.

27 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, 4. Aufl., Art. 12, Rn. 12.

28 BVerfGE 32, 1/32 ff., Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn. 19.

Dauerhaftigkeit)，縱使時間上有中斷，但客觀上屬一定期間內所執行之活動，仍不改其具有「職業」之性質。故縱使是打工、或具有試驗性質的工作，亦屬「職業」。故職業自由之基本權利具有「以未來為取向」(zukunftsgerichtet)之性質²⁹。

2. 職業選擇與職業執行自由

準上所述，職業活動之內涵包括創業自由、職業選擇、職業執行之自由、歇業(Berufsbeendigung)之自由³⁰。轉業(Berufswechsel)亦屬職業自由³¹。故不論是公務員之職業，如公務員、法官、檢察官、軍人基本上亦受職業自由所保障，但有基本法第三十三條限制的問題。受國家拘束之職業之準公務員，如公證人，亦同³²。不工作之自由亦屬職業消極自由所保障。企業上之投資與生產自由³³、競爭自由、締約自由皆包括在內³⁴。

(二) 工作職位選擇之自由

基本法第十二條第一項第一句規定除保障職業的自

29 憲法裁判選輯(七)，【礦物油儲存案】C. II. c. cc.

30 憲法裁判選輯(七)，【統一條約案】C. III. 1.。

31 BVerfGE 62, 117/146.

32 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 20, 21.

33 Vgl. R. Breuer, HStR VI, 1989, § 147, Rn. 63.

34 Breuer, HStR VI, 1989, § 147, Rn. 65.

由選擇外，亦保障工作職位（Arbeitsplatz）的自由選擇。在職業選擇方面所涉及的是，個人願意於何領域執行職業工作；而在工作職位選擇自由所涉及的是，個人在其已選的職業領域中，希望於何處執行工作。因此，工作職位的選擇是「具體化的職業選擇」。選擇了工作職位後，才有「職業執行」的問題。但對於工作職位選擇之概念，不僅是「空間關係」的問題，而是包括「具體的工作機會」或「特定的勞動關係」的決定。此對依賴（受雇）之工作者而言，亦包括對於當事人連同其必要的條件，尤其是工作市場的進入，所作的選擇。就如同職業選擇的自由不僅是限於開始執行職業，也包括繼續執行及停止執行職業的決定一樣，工作職位選擇的自由除了係涉及開始執行～具體工作的決定外，亦包括個人對繼續保有或放棄該～具體工作的意願。因此，基本權利所及之保障範圍乃是針對所有國家限制該項選擇自由的措施。此尤其是在當國家阻止個人獲得可供其執行的一個工作職位，或強迫個人去接納一特定的工作職位，或是要求個人放棄～工作職位時是如此。但此項選擇的自由既不包含有請求按自己之選擇，提供工作職位的權利，亦不包括對曾選擇之工作職位的存在保障。同樣地，該基本權利也無對基於私人的決定所造成的工作職位的喪失，提供直接的保護³⁵。

35 BVerfGE 41, 378/399; v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn.

但就空間關係而言，職位選擇自由並非保障工作者能在其家居所在地工作，而是保障其在德國境內的工作，故於國境調職並非侵害職位選擇自由，必調職至國外，始侵害職位選擇自由之可言。³⁶ 個案上，如果契約規定離職的員工負有支付義務，可能違反職位選擇自由³⁷。對負競業禁止（Wettbewerbsverbot）義務之商業代理人，排除其不競業期間的補償，亦屬侵害職位選擇自由³⁸。限制受雇人解除勞動關係的轉業禁止之約定係違反職位選擇自由而無效³⁹。

（三）接受職業教育之自由

1. 概說

基本法第十二條係國民權，只保障具有德國國籍者，此一基本權首先被理解為對自由限制的一種防禦權。但接受教育之保障，在現代社會，並不以傳統之防禦權為限，當國家對市民之社會安全與文化促進愈有責任時，市民愈是對國家有基於基本權之保障，而請求接受教育之請求權。特別是現代社會，職業自由之實現，

23；憲法裁判選輯（七），【統一條約案】C. III. 1.。

36 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 24 m. wN.

37 BAGE 13, 168 zit. aus v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 24.

38 BVerfGE 81, 242/252 ff.

39 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 24.

往往繫之於一定之職業教育，故在一定情況下，職業自由非僅屬一種防禦權，亦屬對國家給付的分享請求權（grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen）⁴⁰。

2. 一般教育體系

聯邦憲法法院在判斷有關教育措施是否職業自由時，先區分職業教育與非職業教育而異其不同處理。

在非職業教育的一般教育體系下，再區分為「一般留級處分」與「淘汰處分」而異其處理方法。學生單純無法「升級」，聯邦憲法法院認為其並不影響自由選擇教育所之權利⁴¹。若「強制退學，……，使學生不能進入其他學校就讀，對所涉學生未來之職業上及生活上之出路而言，乃一強烈之措施。強制退學通常必然會阻斷或至少嚴重妨礙其所執行之職業，且因而減少其自由選擇職業之機會。」⁴²此種區分在法律保留的密度上有重要之意義。亦即，「國會保留範圍，係依規範相對人之基本權利受影響之深度而定。……憲法上之法律保留（國會保留）原則要求立法者就強制退學之重要規定自

40 Vgl. BVerfGE 33, 330. vgl. auch Rinck, GG, Art. 12, Rn. 62；憲法裁判選輯（二），頁95；憲法裁判選輯（七），【限制第二學位攻讀案】B. II. 1.。

41 憲法裁判選輯（一），頁279、281。

42 憲法裁判選輯（一），頁280。

爲規範，其中包括：強制退學與開除之要件，爲該等措施之主管機關以及其所應依循程序之原則。就此部分，國會不得授權法規命令規定之。至不能升級（而無退學之直接效果）之措施，影響甚小。雖然通常當事人之教育時間會延長一年；然該學生仍保留在學校且進而能就讀所選擇之教育類別。如上述，留級爲教育之措施，且對未來生活上及教育上之出路於某些情形下有正面影響，此外，要求立法者必須就升級或留級之前提及實際運用上所必要之明確性自爲規範，亦屬過苛⁴³。換言之，就有關升級或留級之問題，不屬於狹義國會保留之問題，立法者可授權行政機關自定規則，只要符合法律授權明確性原則即可。

3. 職業教育體系

進入職業教育體系係職業自由基本權所保障之範圍，毫無疑問。此一自由選擇教育地點之基本權並與一般平等原則及社會國原則結合，如果符合進入大學就讀之要件，此一自由權即屬一請求權，可要求國家須提供一定之就讀機會⁴⁴。但此一請求權，並不擔保在熱門的科系仍然會獲得就讀許可（keine Zulassungsgarantie）

43 憲法裁判選輯（一），頁281。

44 BVerfGE 33, 329 ff; 39, 270, 293; 43, 313 f.; Rinck, GG, Art. 12, Rn. 81.

⁴⁵。個別大學就一定學系雖可以限制招生名額，惟所爲之名額限制條款（*numerus klausus*）須「現有教育容量（*Ausbildungskapazität*）完全用罄，已達到必須要限制的界限」，並且「選拔與分配係按照客觀標準進行，並給每位合格申請者盡可能考量其個別教育地點的機會」始爲合憲⁴⁶。由於篩選進入大學所規定的標準與平等原則息息相關，故必須「避免明顯與本案無甚關聯之恣意（*frei von Willkür im Sinne evidenter Ursachlichkeit*）」⁴⁷。聯邦憲法法院認爲，此種篩選標準，縱使是委由法規命令制定，其種類爲何，各標準間之比例爲何應於授權法中明確定之⁴⁸。

五 職業自由之規制

（一）概說——聯邦憲法法院之審查範圍

在「單一的職業意義」下，有關職業自由之限制既皆有法律保留原則的適用，所餘的問題只是「如何限制職業自由」的問題。就此基本上，聯邦憲法法院承認立

⁴⁵ BVerfGE 33, 392; 43, 316 f., 59, 25.

⁴⁶ 憲法裁判選輯（二），頁100。此種考量係在德國高等教育入學資格採取「資格考」的制度（通過大學入學考試只是取得大學入學資格而已，至於就讀何一大學則自行申請）下所作之結論，是否同樣適用台灣大專聯考係採「學籍考」之制度（通過大專聯考係考取特定大學特定科系之空缺），值得商榷。

⁴⁷ 憲法裁判選輯（二），頁105-106。

⁴⁸ 憲法裁判選輯（二），頁106。

法者就職業規制有頗為廣大的裁量權限與預測權限。在「立法裁量」的概念下，「合憲解釋原則」（*verfassungskonforme Auslegung*）即常被運用到，亦即某一對職業自由限制之規定，未被確定為違憲之前，常先推定為合憲⁴⁹。

就其他專業法院的見解，聯邦憲法法院亦持謹慎的審查：「法律之解釋及適用為專門法律之任務，聯邦法院——除違反恣意禁止情形外——只能審查其是否因對基本權意義有基本上不正確之看法，特別是基本權利保護領域之範圍，而導致解釋錯誤之情形。若專門法院對該法規範之解釋並沒有充分考慮基本權利之適用範圍，或其解釋之結果導致不合乎比例原則地限制基本權利之自由時，則屬上述之情形。（*BVerfGE*18，85/92f,96：33,125/168）⁵⁰。

（二）比例原則

比例原則旨在強調達成國家行政目的與限制人民之基本權之手段須適當並不得過度。換言之，不可以為達目的不擇手段。聯邦憲法法院審查有關職業自由限制的個案中，比例原則係使用最頻繁之憲法原則。事實上，

49 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Vorb. Art. 1-19, Rn. 66；憲法裁判選輯（七）【限制第二學位攻讀案】B. II；【統一條約案】C. III. 3.d.。

50 憲法裁判選輯（四），頁348。

有關「三階說理論」（下述）的形成，乃是比例原則運用的結果。

依現時通說，比例原則另有三則項子原則：

1. 適當性原則

適當性原則（*Geeignetheitsprinzip*），又稱合目的的性原則（*Zwecktauglichkeit*），係指限制職業自由基本權的目的必須合乎一般公共利益之目的，且不得有不合本質目的之限制措施。

2. 必要性原則

所謂必要性原則（*Erforderlichkeit*），係指限制某一基本權固合乎一定之公共利益，但仍須檢討：(1)達到相同目的的手段可能有幾種，(2)各種手段對基本權會有如何之限制，(3)選擇一侵害最少的手段。經此三個階段的檢證，即可確定出某一種手段是否必要。

3. 狹義比例原則

狹義比例原則（*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*）係比例原則最後的一種檢證程序，係指固然所採取的限制基本權的手段是合乎一定目的，且屬必要，但仍然不可太過份，否者亦屬違反比例原則而違憲。從狹義比例原則吾人更可導出不得對基本權的核心加以剝奪。

【礦物油儲存案】判決上，聯邦憲法法院以比例原則作審查關於執業之法律規定合憲性之準據，乃此種典型論證⁵¹：

aa) 唯為公共利益，且唯有為解決足以證明立法者之採取行動係屬合理且不牴觸基本法價值秩序之客觀任務，立法者始得限制執業自由。對於基本權利之干涉，立法者應能以適當與合理之公共福祉考量作為論據，而不得為乖違事實之目的濫用其立法權限。

bb) 為達成所追求之目的，立法者採取之手段須屬「合適性」（geeignet），並為「必要的」（erforderlich），藉手段之助力得以促成所期許之結果者，則該手段係屬合適的；如果立法者無法選擇其他有效但不限制基本權利之手段，或無法選擇限制權利較輕微之手段時，該手段才是必要的。

cc) 在一方面就干涉之嚴重程度，以及另一方面就干涉所依據理由之重要性與迫切性為通盤衡量時，尚須遵守「合理性」（Zumutbarkeit）之界限。執業者在其職業自由上所受之妨礙愈是顯著，則關於執業之規定所應促進公共福祉之利益即愈須重大。

（三）比例原則與三階說理論

比例原則係很早就運用成熟的憲法原則。在審查對

51 憲法裁判選輯（七），【礦物油儲存案】C. II . 2. c. bb.。

職業自由限制的規定上，聯邦憲法法院於 1958 年「藥房判決」即運用比例原則而形成所謂的「三階說理論」（Stufentheorie）⁵²，此一理論，至今尤具有典範之作用。

「三階說」乃是針對「職業選擇自由」與「職業執行自由」國家應有如何規範權限而論。此一學說確立了立法規制權限的範圍，亦即確立了有關「立法裁量」的範圍，同時亦確立了司法者「違憲審查」的範圍。

憲法法院首先從基本法第十二條的文義與法條結構出發，將職業自由分為「職業選擇自由」（Freiheit der Berufsauswahl）與「職業執行自由」（Freiheit der Berufsausübung）兩大類，就「職業執行」而言，基本法第十二條第一項第二句明文規定，職業執行得以法律或法律所授權之法規命令加以規制。故國家規制的權限係最寬廣的，至職業選擇自由非屬不能限制之基本權，然對其限制須區分為「主觀許可要件」與「客觀許可要件」，而異其審查之寬嚴。於是有關職業自由之規制即可分三個階段觀察。該判決稱：職業選擇是自由的，而職業執行是可以加以規範的。因此，在這階段的立法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

52 有譯為「階層說」。

制。……職業之選擇應為一種自主權，一種自由意志決定的行為；應儘量不要受到公權力的侵害。經由職業之執行，個人直接加入了社會的生活；個人可能因他人及整體之利益而受到限制。……當規範內容愈純粹只涉及到職業執行規則時，則其內容愈自由；當愈影響到職業選擇時，則應愈嚴格地受到限制⁵³。至於何種活動屬「職業執行」、何種規定屬「職業選擇之主觀要件或客觀要件之限制」及其與公益目的有如何關聯，雖先由立法者裁量或預測之，但最後則由聯邦憲法法院審查之。

1. 三階說內涵

三階說中所謂三個階段係指：職業執行自由之限制、職業選擇之主觀許可要件、職業選擇之客觀許可要件。「立法者依第十二條第一項第二句之規定必須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」⁵⁴。此三階段的意義與內涵，分述如下：

(1) 職業執行自由之限制

53 憲法裁判選輯（一），頁149。

54 憲法裁判選輯（一），頁153。

「當立法者只規定純粹之執行規則（*Ausübungsregelung*），不涉及到職業選擇自由，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；……基本人權之保護在此只是防禦國家過度地課予負擔。例如因為過份沉重和無預可能之法律上負擔。……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」⁵⁵。

屬於「職業執行」之活動包括，營業方式（違反不正當競爭之方式）、商品銷售方式⁵⁶、營業時間、個人執行業務之方式⁵⁷等。例如，廣告即屬營業方式之一種，禁止廣告因此係對職業執行之限制⁵⁸。就此，憲法法院於【禁止醫師廣告案】案中即表示：「基本法第十二條第一項第一句保障職業執行之自由。非只有職業職務本身，所有與職業行使有關及有助於職業行使之行為

55 參憲法裁判選輯（一），頁151。

56 憲法裁判選輯（七），【自助式藥物販售案】C. 1.。

57 憲法裁判選輯（七），【專科醫師執業限制案】C. IV. 2. b.。

58 憲法裁判選輯（七），【禁止醫師廣告案】B. 1. 1.。

皆在保護之內。職業主體對外職業行使之體現及宣傳接受其服務之廣告亦屬於有關職業行為之範圍。對此加以限制之國家措施乃是對職業執行自由之傷害⁵⁹。此外，如律師於法庭執行職務依聯邦律師法規定，須穿著法袍，亦屬職業執行之範圍。律師未穿著法袍而執行職務，法院得禁止其出庭，並不違憲⁶⁰。有關營業之技術性規範，亦屬職業執行限制之事項，立法者擁有寬廣的自由裁量空間⁶¹。例如有關一定行業，除在交易義務外，另負有一定之法律義務，如礦物油業者，另有定量儲存義務亦屬此種義務。

(2)主觀許可要件之限制

所謂職業之「主觀許可要件」(subjektive Zulassungsvoraussetzungen)係指自然人或法人在選擇進入職業市場所應具備，而由職業申請人所可能完成之屬人要件。依此，使得未具有一定資格之人不能自由地進入其職業領域。此種主觀的許可要件只有為保護「重要的社會共同利益」始可合理化。聯邦憲法法院認為，它是最輕微的、對於求職者在職業自由選擇的限制上最小負擔的型式。例如，手工藝業的合法執業，係以知識與能力為前提，而知識和能力，應該是只能透過理論與實際上

59 憲法裁判選輯（四），頁347。

60 憲法裁判選輯（七），【律師穿著法袍義務案】B. I. 2.。

61 憲法裁判選輯（七），【礦物油儲存案】C. II. c. cc.

的訓練而獲得的。故就其應獲得的必要知識與能力，以及種類與方法，加以個別的確定時，乃是根據事物本質所產生的資格要件的形式化及具體化⁶²。聯邦憲法法院認為，規定基本專業能力作為職業之「主觀許可要件」並不違反比例原則。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，因此每個人在作職業選擇之前即可判斷，他是否可以完成前提要件⁶³。

此所謂職業之「主觀許可要件」，包括個人的知識能力⁶⁴、年齡⁶⁵、體能上之要件、資力、國籍身分（歐洲聯盟）⁶⁶。最低道德要件，如無一定犯罪之前科紀錄，亦應屬此種主觀要件。例如須取得醫師資格始得進入醫療職業市場；須取得專業考試資格始得進入律師、會計師、建築師等之職業市場。此時應考慮該項職業如果沒有「主觀許可要件」是否「不可能或不合適或將會對公眾產生危險」。

在憲法訴訟上，此種危險應由立法規制者舉證證明之⁶⁷。聯邦憲法法院在【助產士執業最高年齡限制案】

62 憲法裁判選輯（四），頁16。

63 憲法裁判選輯（一），頁152。

64 憲法裁判選輯（四），頁10；憲法裁判選輯（七），【自動販賣機設置許可案】B. II. 1.。

65 憲法裁判選輯（三），頁8。

66 VHG Kassel, DVBl. 1988, 407, zit. aus v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 36.

67 憲法裁判選輯（三），頁10。

判決上認為，「職業工作者平均而言，在其七十歲時會體驗到能力減弱」、對於助產士之能力，必須明確沒有質疑，讓每一位婦女都能百分之百地信任她們。『立法者』面對已存在之危險，得將任何法律上可能採取的措施，視為健康政策所需要的。設定執業最高年齡限制僅是其中一措施而已」⁶⁸。

(3)客觀許可要件之限制

所謂職業選擇之「客觀許可要件」(objektive Zulassungsvoraussetzungen)係指「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件⁶⁹。以此種要件作為限制進入職業市場之條件，「嚴重地違反基本人權之意義」，「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」，以職業之「客觀許可要件」為進入職業市場之條件，常易違反「不當聯結之禁止原則」，而「與事實無關之動機加入的危險也特別大」⁷⁰。

屬於職業之「客觀許可要件」之事項，例如以防止惡性競爭為要件⁷¹、以促進一定市場機能為要件⁷²。

68 憲法裁判選輯（三），頁10。

69 v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 54,

70 憲法裁判選輯（一），頁153。

71 憲法裁判選輯（一），頁160。

72 憲法裁判選輯（一），頁165。

以「客觀許可要件」為限制職業自由之規定，較多被聯邦憲法法院宣告為違憲⁷³。但宣告為合憲者，亦所在多有⁷⁴，但就此種規定宣告其為合憲者，聯邦憲法法院通常會花費極大之篇幅，提出論理上令人信服之理由，例如【私營職業介紹所案】，對由國家壟斷之職業，完全禁止私營之職業，雖認許之，即以該行業之歷史沿革暨立法史論證⁷⁵。

(4)其他標準

上述有關職業執行自由之限制、職業之主、客觀許可要件之區別，並非完全明確，特別是有關後者有關職業要件之限制。例如，擬執行第二職業者，該第二職業與原職業是否具有相容性，聯邦憲法法院認為無法以主客觀要件作區分標準，聯邦憲法法院於【律師執行第二職業之許可標準案】判決認為，「所謂（職業）不相容規定，並無法一般地依上述區別特徵（主、客觀許可要件）來加以分類。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」⁷⁶。

故從德國聯邦憲法法院的判決實務觀察，三階說雖

73 Vgl. Jarass/Pieroth, Art. 12, Rn. 33-43; v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 71.

74 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 70.

75 憲法裁判選輯（七），【私營職業介紹所案】C. III. 1.。

76 憲法裁判選輯（五），頁363。

然是憲法法院對有關職業自由限制規定的主要審查基準，但並非唯一基準。

2. 「三階說」與違憲審查基準之客觀化

聯邦憲法法院將有關聯自由限制的規定區分為「職業執行規則」、「職業選擇主觀許可要件」與「職業選擇客觀許可要件」，無非在建立客觀的違憲審查基準。經由長期運用「三階說」的結果，此一努力極為成功。

聯邦憲法法院認為，就「職業執行規則」而言，只要限制與「一般公共利益」有合理之關聯即為已足。但所謂「公共利益」須可證明（nachweisbar），預防抽象的危險不得作為比例原則合理化的事由⁷⁷。至於對「主觀許可要件」，憲法法院認為須有「重要社會法益」存在，始得對以此對職業自由限制；至於職業之「客觀許可要件之採取，則須有「極重要之社會法益」存在，茲將聯邦憲法法院從比例原則應用成三階說之情形，表述如下：

⁷⁷ 憲法裁判選輯（七），【律師辯護權剝奪案】B. IV.。

	職業執行自由之規制	主觀許可要件	客觀許可要件
適當性原則	限制職業執行自由之措施，只要與公共利益（ <i>Gemeinwohl</i> ）有合乎本質與合理之衡量即為已足（ <i>sachgerecht und vernünftige Abwägung</i> ），適當性原則在此旨在防止立法權作不符本質（ <i>sachfremd</i> ）的濫用。	限制職業選擇自由之主觀要件，須有較個人自由更值得優先保護的「重要社會法益」（ <i>wichtige Gemeinschaftsgüter</i> ）存在時，此種職業之「主觀許可要件」之規定始符憲法要求。	對職業選擇自由設定「客觀許可要件」之規定，須是為防止明顯而高度危險，並保障符合憲法基本決定之「極重要之社會法報益」（ <i>überragend wichtige Gemeinschaftsgüter</i> ）時始能合理化。
必要性原則	在多數可選擇的限制手段中，選擇一適當並侵害最少的限制手段。	同左	同左
狹義比例原則	此種手段的採取，尚須不得過度，令人尚可忍受（ <i>Zumutbarkeit</i> ）。	同左	同左

Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12, Rn. 49 ff.

由上表可知，聯邦憲法法院所建立的違憲審查頗為客觀。亦即，立法裁量權的大小，基本上取決於所擬限制標的與公共利益有合理關聯性。對「職業執行規則」的制定，基本上只要該限制與公共利益有合理關聯即為已足；但有關「職業選擇主觀許可要件」之規定，立法者須提出更堅強之說理；至於「職業選擇客觀許可要

件」，則非不得已不得規定之。但何種公益狀態係屬「一般公共利益」⁷⁸、或「重要公共法益」、或「極重要之公共法益」，由誰確認，此為「三階說」之問題核心。雖然聯邦憲法法院屢屢提及法院應尊重立法政策的形成自由，除非「立法者對該重要法益之確定係有明顯錯誤（*fehlsam*）」否則法院應不得予以苛責⁷⁹。但事實上，此種問題並無法量化出一界限，故此一問題實質上應蛻變為「合目的性的證明責任」的問題⁸⁰。就此，聯邦憲法法院就限制職業自由措施的合目的性，通常要求公權力主體證明之⁸¹。而其審查態度，則依「職業執行規則」、「職業選擇主觀許可要件」與「職業選擇客觀許可要件」而有寬嚴不同的標準⁸²。一般而言，聯邦

78 憲法裁判選輯（四），頁347。

79 Vgl. v. Münch/Kunig, GG, Art. 12. Rn. 56.

80 此一定位某種公益的重要之權限誰屬，更涉及到另一更高層次的問題，究竟係司法權，抑或立法權居於國家法秩序的最後決定者的地位，屬國家憲政體制對立法國或司法國的基本決定，不在本文討論範圍。

81 例如憲法裁判選輯（七），【律師辯護權剝奪案】B. IV.。

82 例如憲法裁判選輯（七），【自動販賣設置許可案】B. II. 2. a 很寬鬆地認為「由於為保護一般大眾，使其不會因不衛生或其他不得法處理食品造成健康上之損害，要有詳盡之保護措施，因此，零售商營業法第四條第二項至第四項對於核發銷售各種各類食品自動販賣機設置許可之要求規定，是符合比例原則的」；在【助產士執業最高年齡限制案】則論述甚詳，參憲法裁判選輯（三），頁9以下；在【藥房判決】中則持極嚴格的論證態度，參憲法裁判選輯（一），頁153以下。一般而言，前二者易通過審查，後者，除【私營介紹所案】外（憲法

憲法法院就有關職業執行規則較易承認其合憲性⁸³，相反的，就職業之「客觀許可要件」較不易承認其合憲性。

(四) 平等原則

實體違憲審查上，限制職業自由之規定，符合比例原則（通過三階說的檢證）後，不盡然即可認其合憲，在特定案型上，尚須審查其是否違反平等原則。

聯邦憲法法院於【自動販賣機設置許可案】判決中，就此一問題表示，為保護一般大眾，使其不會因不衛生或其他不得法處理食品造成健康上之損害，要求要有詳盡之保護措施，因此，零售商營業法第四條第二項至第四項對於核發銷售各類食品零售商許可之要求（專業知識證明）規定，是符合比例原則的。但零售商營業法並未就僅販賣單種之零售商，訂定有核發其限制性許可，並相對地對其作較低要求之規定。亦即，即使法律上對職業許可所為之限制，一般上合乎比例原則，但如該限制沒有顧及到在該所規定職業人群內典型所存在之差別性時，則該法律限制規定也有可能違反基本法第十二條第一項及第三條第一項之規定（BVerfGE 25, 236/251；30, 292/327）。例如並非僅有個別的、不合常

裁判選輯（七）），鮮有通過審查者。

83 Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG-Komm., 8. Aufl., 1995, Art. 12, Rn. 19.

規之特殊情形，而是特定的、即使其人數是有限之典型情形之人群，無充分客觀上理由，比例上較其他群人受更重之負擔時，即應認為有此種違憲之情形。本案憲法訴願人擁有十二台自動販賣機，其提出零售商許可之申請時，被要求須具備零售商營業法第四條第二項至第四項規定所要求之事先訓練或考試。但訴願人只在販賣機內販售口香糖等甜食，卻被要求須具備一定專業知識，此對該些僅欲在食品零售業銷售有限種類食品之企業主而言，即屬加予一種憲法上不能忍受之特別負擔。由於零售商營業法沒有適當地顧及該些特殊事例，不加區分地將其置於一般規定適用之下，因此，該法中所定之主觀許可要件規定，乃牴觸基本法第十二條第一項及第三條第一項規定⁸⁴。

又在【自助式藥物販售案】上，憲法法院認為，藥房管理規則第十條第二項在藥房內以自助式販售藥物（非藥房販售義務藥物），反而允許同種藥物在其他零售業者自助方式販售（藥物法第五十二條第一項第二句），乃違反平等原則。因「倘使規範相對人之某一集體與他一集體兩相比較，受到不同處遇，而在此二個集體間並無種類及程度之差異性存在，足以使其為不同處理的正當化理由時，即有違平等原則。因「對於藥房之差異性處遇不能基於保護人民健康的理由」，雖然藥物

84 憲法裁判選輯（七），【自動販賣機設置許可案】B. II. 2. b.

原則上僅可以在藥房中販售之規定，主要是基於公共福利的目的。但不應認為，非藥房販售義務之藥物在藥房中自助販售，其有害於國民健康之危險度將高於在其他零售業者之銷售情況⁸⁵。

以上兩案，突顯出平等原則在職業自由的限制審查上之重要性。其實此種審查方式，係將比例原則與平等原則結合在一起。其審查基準則非以「公共利益的強度」作基準，而是以「事物本質」作為基準。換言之，平等原則旨在禁止「恣意的差別對待」，此時非單純公共利益可以合理化此種區別。

(五) 小結

以上係就聯邦憲法法院對職業自由限制的立法所使用的審查基準，基本上只有兩項憲法原則，即比例原則與平等原則。聯邦憲法法院從比例原則發展出作為違憲審查基準的「三階說」，此種基準更細緻、更客觀，值得贊同。吾人可以說，「比例原則是三階說理論的上位抽象原則，三階說理論是比例原則的具體化應用」。又就比例原則與平等原則關係而言，應先使用比例原則以檢證立法權限分別在「職業執行規則」、「職業選擇主觀許可要件」與「職業選擇客觀許可要件」在「限制的適當性」上，是否有正確之判斷。若限制職業自由之規

85 憲法裁判選輯（四），【自助式藥物販售案】C. II.

定未能通過此項審查，即可宣告其違反憲法之比例原則。若通過比例原則之審查後，尚須進行是否符合平等原則之審查。比例原則之審查基準在「公共利益的合致性」上；平等原則的審查基準則在「事物本質的合致性」。

六 職業自由與其他基本權之關係

(一) 職業自由權與人格發展自由權

德國聯邦憲法法院經常將職業自由與人格發展自由權結合在一起。在【開除學生】的判決中，德國聯邦憲法法院認為，在一般教育體系內學校所為「淘汰性處分」（如強迫退學）係屬對職業自由之侵害，但如屬「非淘汰性處分」（如留級），僅屬人格發展自由之問題，故人格發展自由在此係屬職業自由的補充規定⁸⁶。二者有普通法與特別法的關係，職業自由就人格發展自由而言，係特別法⁸⁷。

(二) 職業自由權與財產權

職業自由與財產權皆為人格發展自由權之基礎。職業自由係人格發展之動態性與將來性之基礎；財產權則

86 憲法裁判選輯（一），頁 279。

87 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn 120 ff.

爲人格發展自由之靜態與過去性的基礎。故職業自由與財產權亦往往互相牽涉。區分某一限制規定係屬職業自由或財產權之範疇，其實益在：對財產權的干預有補償的問題，對職業自由限制則無之。聯邦憲法法院在【礦物油儲存案】中，對二者作了相當精闢的區別，亦爲司法審查提出了重要的審查基準。該判決稱：

職業自由係保障人民選擇並執行任何其自認爲適之活動以作爲職業之自由，換言之，該項係保障人民將任何其自認爲適任之活動當作其生活塑造之根基，並藉此自行決定其對於社會整體貢獻之自由。依此，「職業自由之基本權利」，主要係屬「人格攸關」（*persönlichkeitsbezogen*）之基本權。在個人作爲及生存維繫之範疇，該項權利乃具體表現「自由發展人格之基本權利」，並「以將來爲取向」（*zukunftsgerichtet*）⁸⁸。

財產權（所有權）之任務則爲，於財產法之範疇確保基本權利主體一個自由空間，並使其能藉此自行負責地塑造生活（*BVerfGE 24,367/389*）。就此而言，所有權之保障係補充「行爲及形成自由」，蓋該項保障，承認個人以自己工作及表現所獲取具有財產價值之現存利益。基本法第十四條第一項，藉著此種「客體攸關」（*objektbezogen*）之保障功能，僅保障已屬於某個權利主體之法律地位，尤爲重要者，乃該項（財產權保

⁸⁸ 憲法裁判選輯（七），【礦物油儲存案】C. II. c. cc。

障)並不保障「機會與賺取可能性」(Chancen und verdienstmöglichkeiten)。由此亦導引出與基本法第十二條第一項(財產權)之根本界限：基本法第十四條第一項(財產權)係保障所賺取者，亦即活動之成果，反之，同法第十二條第一項(職業自由)則保障工作行為，亦即活動之本身。職是，公權力行為係較干涉個人工作與表現行為之自由時，此乃涉及基本法第十二條第一項之保護範疇；若公權力行為較為限制現存財產利益之持有及使用，則基本法第十四條之保障即屬審酌之對象。

依系爭法律第一條之規定應盡儲存義務之事業，係因其輸入石油產品或以輸入之石油生產此等產品，換言之，係因其執行營利經濟活動，而被系爭法律納入義務性儲存範圍。儲存義務係針對義務人之「業者」(Unternehmer)身份，並非針對其「事業所有人」(Eigentümer eines Unternehmens)身份。系爭法律藉著課予相關人一定經濟行為義務之方式，係在規範相關人之營業活動，而非所有人權限之行使。儘管此等為達成國家任務而被徵用之私人唯有藉其事業之人力及物質始能履行其義務，石油產品之儲存，仍屬「業者特殊功能之徵用」(Inanspruchnahme spezifischer Unternehmerfunktionen)，而非「對已設立並已運作之營業侵奪其實體基礎」。故規定油品儲存義務，係屬對營業權之限制。

(三)職業自由與言論自由之關係

職業自由與言論自由的交集乃商業廣告或其他與職業有關訊息的傳佈。此時亦有基本權競合之情形。故廣告之不當限制，往往同時侵害職業自由與言論自由⁸⁹。

就廣告而言，其屬商業上之言論。聯邦憲法法院向來皆將廣告視為「職業執行」方式之一種⁹⁰，故採最寬鬆的基準審查。法規上，對廣大的自由業者，包括對醫師⁹¹、律師⁹²、建築師⁹³、藥房⁹⁴、稅務顧問⁹⁵等皆有一般化的廣告限制，聯邦憲法法院基本上皆肯認其合憲性⁹⁶。其理由基本上乃以「保護職業形像」⁹⁷，「禁止醫師廣告目的即在保護社會大眾，讓病患安心，醫師並非以營利出發點來做特定的診斷、治療措施或開具處方」⁹⁸。

但憲法法院最近於1996.5.22新著有「藥房廣告禁止判決」⁹⁹，漸有改變傳統見解之趨勢。該判決所審查

89 憲法裁判選輯（四），頁353。

90 憲法裁判選輯（四），頁347。

91 BVerfGE 71, 162/174；憲法裁判選輯（四），頁350。

92 BVerfGE 56, 121/133.

93 BVerfGE 82, 18/26.

94 BVerfGE 53, 96/98; BVerwGE 72, 73/79 ff.

95 BVerfGE 60, 215/229 ff.

96 Vgl. Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 42；【禁止醫師廣告案】B. I.

97 憲法裁判選輯（四），頁350。

98 禁止醫師廣告案】B. I. 2. b.

99 本判決內容取自網際網路，其網址為：

之法規係 Baden-Württemberg 邦藥劑師公會（Landesapothekerkammer）所頒布（1970 年 11 月 4 日）的職業規則第十條第十一款的規定：「特別是下列之競爭行為，應予禁止：11. 廣告信件的寄送、傳單與廣告單於藥房外的分送」。聯邦憲法法院的判決認為，「該規定毫無例外的禁止特定之廣告主體，與職業自由之基本權不符。此種禁止既無充分的公共利益足以合理化，亦不符合比例原則。廣告於同為商人的藥劑師基本上應予許可。各邦類此之職業規則並非禁止各種外在的宣揚與廣告，而是旨在禁止『誇張』、『過度』或足以『刺激藥品錯誤消費』之廣告。廣告是否誇張，只能從廣告主體與廣告內容相連結後，在內涵與頻率上考查。特定的廣告主體不盡然會違反其存續目的以及乖違其他嚴肅廣告實務，而損害公眾對其職業整體性的信任。」最後，聯邦憲法法院將該規定宣告無效。以同樣的論理，聯邦憲法法院亦對類似的巴伐利亞邦之職業規則宣告為違憲¹⁰⁰。又以相同的理由，於 1996 年 12 月 17 日在「建築師廣告限制案」上，宣告「對建築師未考慮廣告內容的廣告禁止規定係違憲」¹⁰¹。

<http://www.jura.uni.sb.de/Entscheidung/Bundesgerichte/BVerfG/>, Pressemitteilung des Bundessverfassungsgerichts Nr. 47/96; 59/96; 5/97.

100 同上註。

101 S. <http://www.jura.uni.sb.de/Entscheidung/Bundesgerichte/BVerfG/werbung.html>, Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichts Nr. 5/97 vom 29. Januar 1997.

換言之，聯邦憲法法院新近認為，一般地禁止各種自由業廣告，所須考慮到的是個案是否誇張與該種廣告是否足以導致公眾對該行業的不信任，而非單純的職業形象保護的問題。

七 職業自由之限制方式

（一）議會保留與法律授權

雖然基本法在「職業選擇自由」與「職業執行」上有不同規定，但聯邦憲法法院認為職業自由系屬單一性之概念，皆屬法律保留之範圍。基於法治國原則所導出法律保留原則¹⁰²，聯邦憲法法院，就有關職業自由之限制法源，尚依「重要性理論」區分「議（國）會保留」與「法律授權」兩種。

在【開除學生案】上，聯邦憲法法院認為，「議會之規範保留範圍，應依規範相對人之基本權利受影響之深度而定。該深度可能因學校法之規範領域不同及案型之不同而有異，因此需藉助判決所發展出之有關重要性之特徵而為特別之判斷，檢視何者為議會所保留，及何者得經由法律之授權委由法規性命令者為之。強制退學，……使學生不能進入其他學校就讀，對所涉學生未

102 BVerfGE 60, 215/230; 81, 70/88；憲法裁判選輯（七），

【限制第二學位攻讀案】B. II . 1.。

來之職業上及生活上之出路而言，乃一強烈之措施。強制退學通常必然會阻斷或至少嚴重妨礙其所欲從事之職業，且因而減少其自由選擇職業之機會。因此憲法上之法律保留（議會保留）原則要求立法者就強制退學之重要規定自為規範，其中包括：強制退學與開除之要件，為該等措施之主管機關以及其所應依循程序之原則。」若升、留級之事項則可授權由學校定之¹⁰³。又於【專科醫師執業限制案】中宣示，「在專科醫師事項之領域中，關於『地位形成』之規範，亦即，如涉及專科醫師認可之要件、合法專科醫師之發展方向、教育訓練之最低年限、認可之程序、撤銷認可之理由，以及專科醫師於整體醫療衛生體系中一般地位等事項，至少應以形式之法律，確立其基本原則。至於必要之補充規範，則可依立法者之裁量，委由醫師公會以自治規章決定之。」¹⁰⁴

此之所謂議會保留係指狹義之法律保留，包括聯邦法與邦法以及聯邦法與邦法。

1. 聯邦或邦的立法權限

典型的聯邦制，就聯邦與邦的關係而言，往往有「權限衝突」的問題。故憲法體例上，聯邦與邦的權限

103 憲法裁判選輯（一），頁280。

104 憲法裁判選輯（七），【專科醫師執業限制案】C III. 1.。

劃分往往是聯邦憲法的一大特色。德國係一聯邦國家，其基本法第七十條至第八十二條就聯邦與邦之立法權限有明文劃分規定。德國立法權分別有聯邦獨佔立法權、聯邦與邦共同立法權與邦之獨佔立法權三種。基本法未明定屬前二者之立法權，邦乃取得獨佔立法權（基本法第七十條第一項）。

有關職業限制之規定，涉及到基本法第七十四條第十一款「有關經濟（礦業、工業、動力供應、手工業、商業、銀行與證券交易、民間保險）之法律」。該條規定係屬聯邦與邦之共同立法權限。而共同立法之事項，各邦惟在聯邦未行使其立法權，且就其未行使之範圍內，始有立法權（第七十二條第一項）。又 1994 年之前，第七十二條第二項規定，共同立法之事項，聯邦基於下列理由，有立法權：1. 各邦個別立法未能有效規定之事項；2. 一邦法律規定，可能損及他邦或全體人民利益之事項；3. 為保持法律或經濟統一，尤其為維持生活情況一律，而此生活情況超越一邦之領域者¹⁰⁵。又第

105 德國基本法第七十二條第二項於 1994 年 10 月 27 日修改為第二、三項。修改後之規定為：（第二項）聯邦在共同立法事項上，惟有在為創造聯邦領域內相同之生活情況或為整體國家利益而保持法律或經濟統一之必要時，方有立法權。（第三項）聯邦法律得規定，聯邦之法律規定（*bundesgesetzliche Regelung*）於第二項所稱之必要性不存在時，得以邦法取代之。

七十一條規定，聯獨佔立法事項，各邦惟經聯邦法律明白授權，並在授權範圍內，始有立法權。此二條規定結合之後，有關職業立法的事項，幾乎由聯邦取得立法權，再由聯邦法律授權與各邦或各自治團體規制之。

德國聯邦憲法法院在審查各邦關職業自由限制之法律是否違憲時，皆會先就各邦「立法權限」作程序上之審查，而後始進行各該規定內容實質審查¹⁰⁶。

2. 先憲法存在之習慣法

習慣法是否可作為限制職業自由之依據，聯邦憲法法院持肯定之見解。在【律師穿著法袍義務案】中，憲法法院表示，「百年來在全德國，不論是區法院、與其等級相當之法院或其上級審法院，律師皆有在公開審理中穿著法袍出庭之義務。該義務在未以法律明定之邦，係根據長久以來事實上慣行產生之習慣法，其為持續且普遍之慣行，並為法律界視為具有拘束力之法規範」，「律師穿著法袍出庭之義務，為職業執行之規則，符合憲法之規定。此一義務在適當及理性地衡量公共利益下被正當化」¹⁰⁷，惟此之習慣法必須是「基本法制定行前已存在者」¹⁰⁸。但習慣法作為限制職業自由之依

106 參憲法裁判選輯（七），【禁止醫師廣告案】B. I. 1.。

107 BVerfGE 9, 109/117; 15, 226/232 ff.; 憲法裁判選輯（七），【律師穿著法袍義務案】B. I. 1; 2.。

108 憲法裁判選輯（七），【律師辯護權剝奪案】B. III. 3.a.

據，仍有其界限，就此，聯邦憲法法院表示，若習慣法適用的結果，「導致新的侵害構成要件時，則逾越了應有的界限」¹⁰⁹。

(二) 法規命令

1. 法律授權之許可

除了對職業自由有極重要的事項而屬議會保留外，聯邦憲法法院認為，立法者雖然不必就職業自由行使各個細節自為規定，但仍須符合基本法第八十條第一項授權明確性原則（Bestimmtheitsgebot）。且除授權給行政機關外，亦可授權給自治團體，如職業公會或學校。例如【大學特定學系入學許可名額限制】判決中，聯邦憲法法院即認為，「由於篩選法規意義重大，法律形式上，這是負責的立法者之職責。即使是委任立法，至少該法規使用之篩選標準其種類為何，以及各標準之間比重為何，應於授權法中明定。基本法允許立法者將其立法權透過明確的法律授權而委由他人行使」。

2. 法律授權明確性之標準

基本法第八十條第一項規定，授權之母法必須確定授權內容、目的及範圍，此謂之「法律授權明確性」原

109 憲法裁判選輯（七），【律師辯護權剝奪案】B. III. 3.c.

則。惟何種法律授權始符合「授權明確性」，聯邦憲法法院基本上採取「預見可能性」的見解，換言之，「對職業自由將可能被如何限制，必須使人民有預見可能性。議會不得將其作為立法團體之責任未考慮立法權與行政權之界限，即將其立法權之一部分讓與行政權。該兩種權限依其目的及計畫原應詳為界定，以使人民自授權中即『可得知且得預見』何者為法之所許。」雖基本法第八十條第一項不能直接適用於邦立法上，惟該項法治國家及民主憲法體系中所導出之原則，對邦立法亦有拘束力。依聯邦憲法法院之判決，該原則雖不要求於授權時以極度精確之文句表達之，惟該授權法律之規定應足夠明確。是以一授權規範倘能依一般有效之解釋方法，經由解釋而得知其具有基本法第八十條第一項所要求之明確性，亦符合憲法上之要求。為了解釋授權之內容、目的及範圍——得考慮該規範與其他規定在意義上之關聯，以及該法律規範整體所欲追求之目的。該規範之立法沿革亦得列入考慮。詳而言之，應具備何種明確之要求，端視各個規範客體之特性及措施之強度而定。特別是對複雜之事實關係，或可預期該事實關係立即會發生變動，其要求之程度就較低¹¹⁰。亦即，法律授權明確性原則，並不強迫立法者要將法規構成要件之各個可掌握的特徵，詳盡地予以規定。法規只須規定得依應

110 憲法裁判選輯（一），頁282-283。

規定事實之本質，並顧及該規範目的，可得確定之程度即可。一項規範之須加解釋性，與其明確性並不對立。法規之明確性只須讓有關者能夠認識其法律情況（Rechtslage），且以其行為之依循即已足夠（BVerfGE 78 ,205/212 m.w.N.）¹¹¹。

如果法律授權不符明確性之要求，則該法規命令所形成之規範及屬無效。【限制第二學位攻讀案】判決上，聯邦憲法法院即以此理由宣告海德堡大學之限制攻讀第二學位之規定宣告為違憲，其理由為：「本案所指摘之法規定，將對同時攻讀兩學位的限制，完全讓由大學裁量決定，且並無對該項裁量權之行使劃定界線，或給予任何的依據。該項法律規定之欠缺授權明確性……。 （本院認為）為行使該項裁量權應有之足夠的依據，亦不能由大學入學許可法之其他規定獲得。……這絕對不符合限制基本法所保障權利地位應具備之授權明確性要求」¹¹²。

八 結語

基本法所保障的職業自由係單一的基本權，此種基本權不但是客觀法規範亦為人民主觀公權利，但並非一制度性保障權利，故國家並無積極形成一定職業形象

111 憲法裁判選輯（七），【統一條約案】C. III . 3. a. 。

112 憲法裁判選輯（七），【限制第二學位攻讀案】B. II .2. 。

113、職業制度或經濟政策之義務。職業自由所保障之範圍，溯自學校教育、職業教育、職業選擇自由（職業領域的選擇）、職位選擇自由（具體職業自由）、及職業執行自由。具體化則有創業自由、經營自由、歇業自由；其中經營自由包括經營方式的自由、經營時間的自由等。此些職業自由並非不可以立法限制之。惟立法限制職業自由仍有其一定之界限。

立法限制職業自由，在程序上，須符合狹義法律保留與法律授權明確性的原則。所謂法律保留有狹義的國會保留與廣義的法律保留之分。聯邦憲法法院認為，對基本權地位形成具有重要的事項，屬國會保留，不得授權行政機關規定；至與職業執行之細節或技術性規定，則可授權，但須使人民對授權內容有預見可能性，始符合「法律授權明確性」之要求。在實體上，亦須符合比例原則與平等原則。經由比例原則的適用，德國聯邦憲法法院乃發展出「三階說」之理論。依「三階說理論」，「廣義」立法者固得限制職業自由，但對「職業執行規則」、「職業選擇主觀許可要件」與「職業選擇客觀許可要件」應有不同的裁量權限。因職業自由與人格發展自由息息相關，立法只是對「職業執行規則」規定，並未限制職業選擇時，其裁量權限最廣；相對的，違憲審

113 Vgl. Scholz, in Maunz/Dürig, GG-Komm. Art. 12, Rn 266.

查應採最寬鬆的基準。聯邦憲法法院認為，在此，立法限制的目的，只要與「公共利益」有合理的關聯極為已足。但當立法愈涉及到「職業選擇自由」時，其裁量權限即有不同。憲法法院又種「職業選擇自由」的立法限制區分為「職業選擇主觀許可要件」與「職業選擇客觀許可要件」。前者須為保護「重要公共法益」，始得以個人主觀事項，如能力、專業知識作為進入職業市場的要件，加以限制。至於以人民無法自行掌握之「職業選擇客觀許可要件」為限制者，非為了保護「極重要之公共法益」，不得為之。例如以市場需要性，或調節供需作為限制人民經營某一行業之理由，在憲法上是站不住腳的。此種論證模式，使違憲審查基準客觀化，極具說明力，迄今仍屬德國法學界之通說，吾人可以說，三階說其實是比例原則的具體化。對於某一事項定位其屬「職業執行規則」、「職業選擇主觀許可要件」或「職業選擇客觀許可要件」，基本上屬立法者之權限¹¹⁴。

但符合比例原則之限制不盡然即可認其合憲，尚須不違反平等原則始可。平等原則係基於兩種情事的比較而發生，強調「恣意差別的禁止」，亦即「不當聯結之禁止」，此種差別待遇的合理化事由，與比例原則不同，不能單從比例原則公共利益的適當性上獲得其法律

114 Vgl. Breuer, HStR VI, § 147, Rn. 65.

基礎。因比例原則之審查基準在「公共利益的合致性」上；平等原則的審查基準則在「事物本質的合致性」上。