

# 關於「私營職業介紹所」判決

BVerFGE 21,245-261【私營職業介紹所案】

聯邦憲法法院第一庭 1967.4.4 判決

- 1 BvR 126/65 -

林明鏘 譯

## 裁判要目

裁判要旨

案由

判決主文

理由

裁判要目

A 憲法訴願案例事實之介紹

1. 職業介紹壟斷制度之法律根據及其制裁

2. 案例事實

a 憲法訴願人之資格及申請委託受該管機關拒絕

b 刑事法院對憲法訴願人爲四千馬克之罰金裁判

3. 訴願人主張對其裁罰，違反基本法第二條及第十二條規定。

4. 該管機關及僱主聯盟及工會對此種活動之看法。

B 一造缺席判決之效力，應自判決書送達時發生

C 憲法訴願人之直接訴願標的爲確定之刑事有罪判決

I 基本法中並未對職業介紹壟斷制度直接加以規範

II 職業介紹壟斷制度正當化之理由

III 職業介紹壟斷制度涉及基本法第十二條第一項之規定

1. 職業介紹壟斷制度乃構成人民選擇職業之客觀障礙

2. 干預選擇職業自由基本權利之二個正當化條件

3. 一般職業介紹壟斷符合前揭二個條件

a 職業介紹壟斷具有一般社會共同價值

b 此一社會價值優越於個人選擇職業自由之基本權利

c 職業介紹壟斷對保護社會共同價值具有不可或缺之重要性

d 歷史演變證實壟斷制度之必要性

4. 領導管理人才之介紹是否亦屬壟斷範圍？

a 企業領導管理人才較類似僱用人而非受僱人。

b 立法者在技術上無法對一般與管理人才做分類規範。

c 職業介紹壟斷制度包含企業管理人才在內並未違

法。

IV 憲法訴願人之其他指摘亦無理由

1. 職業介紹與失業保險法第 37 條  
第一項未違明確性原則。

2. 對其他相類似人未進行刑事訴  
追，並不能正當化憲法訴願人免  
於刑事訴追。

## 裁判要旨

1. 針對一告被告缺席之刑事判決提起憲法訴願，其起訴之期間應自該刑事判決送達時起算。

2. 依職業介紹及失業保險法（AVAVG）<sup>1</sup>第三十五條規定，聯邦職業介紹與失業保險壟斷性機關，對於獨立性私營職業介紹所，其職業自由選擇之排除，並不違反基本法第十二條第一項之規定。

3. 將“企業領導管理人才”獨立性私營職業介紹包含進職業介紹壟斷之範圍，並不牴觸基本法第十二條第一項之規定。

## 案由

在憲法訴願程序中由 X 先生提起，並授權 Y 律師為

---

1 德國職業介紹及失業保險法（AVAVG）原則上業已被就業促進法（Arbeits-förderungsgesetz vom 25. Juni, 1969, B G B I. S. 582）所取代之，申言之：依德國就業促進法第二百四十九條第一款之規定，除本法另有特別規定外，職業介紹及失業保險法，於本法公布生效（按第二百五十一條規定 1969 年 7 月 1 日生效）時，自動失其效力。有關本判決所引用之舊條文內容，已不可考，故無法全文譯出。此外，有關就業促進法與職業介紹及失業保險法之關係可參考 Hanau / Adomeit, Arbeitsrecht, 9Aufl.1988S.52；Wilhelm Dutz, Arbeitsrecht, C.H.Beck, 1990. Rdnr.75.129；Franz Gamillscheg, Arbeitsrecht I, 5 Aufl 1979, 586.S.3；Bernhard Weller, Arbeitslosigkeit and Arbeitsrecht, 1969.S 26ff.

訴訟代理人，直接針對聯邦最高法院 1964 年 12 月 2 日判決（ 2StR 427/64 ）及 1961 年 12 月 13 日，2StR507/60 判決號暨最早之 Düsseldorf 地方法院之判決；間接地則針對 1957 年 4 月 3 日公布之職業介紹及失業保險法第三十五條、三十七條第一項及第二百十條之規定（是否合憲），（該法刊載於 BGBl I.S.321 ），提起憲法訴願。

## 判決主文

本件憲法訴願駁回。

### 理由：

#### A（憲法訴願案例事實之介紹）

1. 根據 1927 年 7 月 16 日公布之職業介紹及失業保險法之規定（刊載於 RGBI I 第 187 頁以下），現今成爲 1957 年 4 月 3 日公布之條文（簡稱爲 AVAVG）所取代繼受。依該法第三十五條規定（刊載於 BGBl I 第 321 頁以下），只有聯邦機關始得經營職業介紹工作，亦即所謂之「職業介紹壟斷」（Arbeitsvermittlungsmopol），然則依該法；第五十四條第一項第一句之規定，聯邦職業介紹及失業保險機關或人員，亦得將該工作委託他人爲之。就“企業領導管理人才”之介紹工作，聯邦機關迄今尙未委託他人爲之。

故意從事未受許可之職業介紹，依該法第二百十條已規定，視為輕犯罪行為，應受刑罰之制裁。

## 2. ( 案例事實 )

a. 生於 1905 年之訴願人在大學主修心理學，並於 1934 年取得心理學之博士學位。訴願人自 1952 年起即「經營失業心理諮詢服務」工作。在工作範圍內，訴願人收集有主要係找尋經濟企業中領導性職位者之申請資料，以及訴願人為評估分析之記載。訴願人對於適當之申請人並將之推薦予適當之企業來加以雇用。

憲法訴願人於 1959 年，依職業介紹及失業保險法第五十四條之規定，向聯邦該管機關所為之一項申請，遭受駁回之處分，訴願人對前揭駁回處分業已予承認忍受。

b. 刑事法院之大法庭，鑒於訴願人之前揭所述持續性之活動，乃視為違法營業性之職業介紹活動，並且對其行為處以四千馬克之罰金。聯邦最高法院並維持了此一判決（參考聯邦最高法院刑事判決 BGHST，17，137）。聯邦最高法院認為職業介紹及失業保險法第三十五條及第三十七條第一項規定與基本法第二條第一項<sup>2</sup>及第十二條第一項規定<sup>3</sup>，並無牴觸。聯邦最高法院

---

2 德國基本法第二條第一項規定：「每人有自由發展其人格之權利，但不得侵害第三人之權利或違背合憲秩序或牴觸善良風俗。」

就經濟企業領導管理人才職業介紹之壟斷，包含於前揭法律中之合憲性問題，並未特別加以討論。

3. 憲法訴願人相對地，針對前揭法律包含企業領導管理人才之介紹有所爭執，其認為：職業介紹壟斷，尤其是當其範圍擴展及於企業經濟領袖人才之介紹，乃違反基本法第二條第一項及第十二條第一項之規定，因為如此一來，乃使得憲法訴願人之人格自由發展受到阻礙，並且使得憲法訴願人對領導管理人才之招募或選取變得不可能。除此之外，訴願人指稱：前述法律對於“職業介紹”之概念，太過於不確定；甚且於其他職業諮商之相同活動，都受到該管機關容忍，所以，此一情形是違反反法治國家原則。將憲法訴願人之前揭活動，評價成爲一種職業介紹之行爲，乃係一種法律上之錯誤。

4. 聯邦政府與聯邦職業介紹機關卻認為：一般性之職業介紹壟斷及其範圍擴展及於領導管理人才之介紹，乃係合憲。聯邦社會法院對此亦持相同之見解；領導管理人才於其失業時，亦應受到相同之保護；此外，此種領袖（導）人才與其他受僱人間，在事實上是甚難加以區別的。

---

關於基本法之中譯。請參見朱建民／陳冲合譯之德意志聯邦共和國基本法，國民大會編譯，民國七十二年十二月初級，頁三一—以下。

- 3 德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人有權自由選擇職業、工作與訓練教育機構。對職業之行使，只能透過法律或基於法律之授權爲之。」參見前揭書，頁三一三。

德意志僱主團體（ Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände ）之聯邦總會，肯認企業應有權限，於僱用重要職位之人員時，得使用尋找自由業之企業顧問（ Betriebsberater ）為之；但是，此種情形，自從聯邦職業介紹機關採取相反之態度以來（參見聯邦職業介紹總署長之 1957 年 9 月 7 日之指令，刊載於 A N B A 公報上第 45 7 頁以下），以及聯邦職業介紹機關中成立“領導管理人才辦公室”（ Büro Führungskräfte ）以來，對於以前毫無所悉有關管理人才資訊之情形，再也沒有此種困難存在。德意志商業與工業總會，鑒於其經驗及專業上之知識，認為沒有法律上之必要性：就領袖（導）人才之職業介紹壟斷，繼續再維持下去。

德意志工會聯盟（ Der Deutsche Gewerkschaftsbund ）及德意志職業工會（ Deutsche Angestellten gewerkschaft ）則認為職業介紹之壟斷，乃是合憲。

## B（一造缺序判決之效力應自判決書送達時發生）

本件憲法訴願合乎起訴期間之規定。

縱使聯邦最高法院之判決於 1964 年 12 月 2 日宣判，但是，憲法訴願人卻始自 1965 年 2 月 28 日受到送達。被告於前揭判時決宣判並時未出庭，從而該判決應由法院依職權為送達（刑事訴訟法第三十五條第二項規

定參考<sup>4</sup>，聯邦最高法院遲至1965年2月4日為送達行為。刑事訴訟法上並未規定更簡短之送達形式。從而，憲法訴願期限之開始，依憲法法院法第九十三條第一項規定<sup>5</sup>，應自該判決送達後起算，而非自該判決宣告後起算。（參見BVerfGE 12，113〔123〕；20，336〔342〕）<sup>6</sup>。

### C（憲法訴願人之直接訴訟標的為確定之刑事有罪判決）

憲法訴願人之訴願直接乃針對前述之刑罰判決，間接地乃針對為保障一般性之職業介紹壟斷，所為之刑罰

---

4 德國刑事訴訟法第三十五條第二項規定：「其他裁判則經送達而諭知之。如裁判之諭知不生期間之計算者，得以不拘形式之通知為之。」參見蔡墩銘譯，「德日刑事訴訟法」，五南公司，民國八十二年七月初版一刷，頁十一。

5 德國憲法法院法第九十三條第一項規定：「憲法訴願應於一個月內提起。該期間以送達時起算，或其他不拘形式上裁決全文的通知，當依相關程序法之規定，此一送達或通知應依職權為之時。在其他之情形時，則該期間自該裁決公告時起起算；若該裁決毋庸公告時，則於其他告知訴願人時起算；若裁判之全文未送達於訴願人者，則第一句所定之期間即行中斷，訴願人得以書面或於送達機關作成筆錄，申請要求送達裁決之全文。該中止持續進行，直到完整全文由法院送達於訴願人時，方得再行起算，或當事人機關依職權或由程序參與之當事人機關為送達時起算。」有關德國憲法法院之詳細介紹，請參見施啓揚，西德聯邦憲法法院論，商務印書館，民國六十年十月初版，頁二七八以下。

6 BVerfGE 12,113 係有關於大眾傳播媒體之反答（Gegenäußerungen）亦屬言論自由保障之範圍。

規定，特別是針對該刑罰規定包含訴願人介紹企業領導管理人才之介紹行為在內。依據職業介紹與失業保險法第三十七條第一項之明文規定，職業介紹之壟斷亦包含此種類型受僱人之介紹在內。將此類受僱人由職業介紹壟斷範圍中排除之，業已遭受聯邦眾議院之拒絕。（參見 Sten 所著 Ber.BT II 第 9395 頁以下）。

## I（基本法中並未對職業介紹壟斷制度直接加以規範）

基本法中並未對壟斷加以規定；有規範權限之基本法第七十四條第十二條僅就職業介紹為一般性之規範<sup>7</sup>；而基本法第八十七條第三項第一句<sup>8</sup>則僅規範成立一個聯邦機關來職司職業介紹之規範依據。前揭二條憲法規定並未認可自 1949 年以前約 20 年即已存在之職業介紹壟斷制度，相反的，卻是將職業介紹制度進一步的內容形成，委諸於一般立法者來做決定。但是，無庸進一步再細加說明的是：此種立法者形成的職業介紹制度，不得從而阻礙了職業自由之基本權利，申言之：立

---

7 德國基本法第七十四條第十二款規定：「競合性立法權包含下列各領域…… 12、勞動法，包含企業組織法、勞工保護、職業介紹、社會保險以及失業保險。」參見前揭註二書，頁三二六。

8 德國基本法第八十七條第三項第一句規定：「此外，凡聯邦有立法權之事項，均得依聯邦立法，設立獨立之聯邦中央機關及聯邦直屬之新公法團體與機構。」參見朱建民／陳沖譯，前揭註二書，頁三三〇。

法者不得將經濟上之活動種類，宣示為一種高權性之任務。

從而，本件必須加以審查：職業介紹壟斷制度徒居抵觸職業自由之基本權利。

## II（職業介紹壟斷制度正當化之理由）

從一個原則上自由經濟的體系加以觀察，可以發現由法律所創造出來的經濟壟斷，在某種程度而言，是屬於一種“異物”（Fremdkörper）；此一制度不僅僅排除某些人獨立行使該被壟斷性之活動或者想從事某些被壟斷性之活動，而且由此出發，亦影響及於自由經濟發展決定的更廣範圍。準此，職業介紹之壟斷限制了僱主與受僱人，只能由勞工局之介紹工作，而無法由其他的管道或可能性，去尋找其他的職業介紹或由不同的職業介紹機會中去選擇的機會。職業介紹之壟斷，由如此整體宏觀之分析，是否也侵害了基本法第二條第一項所定之一般自由權？則繫諸於下列之判斷：引進此一職業介紹壟斷制度是否得以公共利益之充分理由正當化，或因公共利益之要求使然？（參見 BVerfGE 18，315〔327〕）<sup>9</sup>。

然則，於此明顯的可能正當化之理由，乃是與基本法第十二條第一項之規定角度，共同正當化職業介紹壟

---

9 BVerfGE 18, 315 係涉及德國 1952 年公布之牛奶及乳酪法徵收平衡平費，若因公共利益之考量，得對特定產品之生產加以限制。

斷制度，對此將於下述中詳論之。職業介紹壟斷制度，如果被理所當然地認為係為保障受僱人之利益而設，則亦須在這種情形下，也將會限制僱主之經營自由。從而，於此無須特別地去討論：職業介紹壟斷制度是否牴觸基本法第二條第一項規定之問題。

### Ⅲ（職業介紹壟斷制度涉及基本法第十二條第一項之規定）

職業介紹壟斷制度，無論如何是干預到基本法第十二條第一項所規定之職業自由的基本權利，蓋其乃排除了人民獨立從事職業介紹之工作及執行職業介紹之業務的可能性。

1. 根據前述之討論，此種基本權利之干預乃係涉及職業選擇之干預而非執行業務規則階層之干預。

職業之選擇不僅僅是經由設立主觀的許可要件，諸如依其特質（Eignung）及可靠信（Zuverlässigkeit）的觀點，加以規範。抑且，聯邦職業介紹機關得將職業介紹之任務委託給他人為之。（第五十四條第一項第一句規定）。不過，法律規定之此種委託（Auftrag），不僅繫諸委託申請人之特質及可靠度外，亦繫諸於第一優先之客觀要件，亦即：“對執行職業介紹合目的者：。此種委託僅附有期限為之（第五十四條第三項第三句規定）；從而此一委託亦得加以廢止之，因為當“給予委託之要件不存在時”（第四句規定）。當聯邦

職業介紹機關對於合目的性之問題，因為情況與當時所委託時之狀況有所改變時，這種委託之廢止情形即可能發生，例如：聯邦職業介紹機關於這段期間內，已經自己建立了充足之照顧預防手段，過去委託某些職業或某些種類之介紹人去從事職業介紹之工作，而如今聯邦職業介紹機關自己能從事此種職業介紹之活動者。依據聯邦職業介紹及失業保險法第五十四條之明文規定，於此亦不涉及有關一個主觀許可要件之規範。

聯邦職業介紹機關事實上之行爲，符合法律上之相關規定內容；其管理委員會（Verwaltungsrat）就委託之期限亦以一年爲限；聯邦職業介紹機關之此種委託，只有在“當對某特定職業或人群，經由聯邦職業介紹機關不能適當予以照料者”，方發給委託之許可（參見1959年12月16日公布之聯邦職業介紹與失業保險機關委託職業介紹及教師職位介紹規定第一條第一項及第三條，載於ANBA 1960，S. 105）。聯邦職業介紹機關明顯地認爲：其所成立之“領導人才辦公室”組織，已足以照顧此類人之職業介紹工作。從而，聯邦職業介紹機關迄今爲止，從未就經濟企業領導人才之職業介紹工作，委託予私人爲之，甚且依該機關之自我說法：對於將來而言，也沒有任何打算將此種職業介紹工作委託予私人爲之。

準此，職業介紹壟斷制度乃構成了一種選擇獨立性之職業介紹爲職業之客觀障礙。縱使委託申請人對於拒

絕委託之處分，得以訴訟途徑尋求救濟，並不改變此一情況。

2. 職業選擇自由之基本權利的此種程度之干預，只有在下述二個條件下始能存在：第一，此種壟斷必須以保護特別重要的公共利益為目的，此種公共利益乃優先於個人之自由，意即公共利益必須優先於獨立性職業介紹申請人之職業利益；於此，必須存在有一種危險：因此危險致公共利益受到威脅，嚴重而且可以證明或最起碼具有高度可能性之危險存在。第二：職業介紹壟斷制度必須是為防衛此種危險所不可或缺之手段工具（BVerfGE 7, 377 [ 405, 408 ] ; 11, 168 [ 183 ] ）。<sup>10</sup>

3. 職業介紹壟斷制度在一般情形下，亦即在介紹其他及一般性之受僱人時，係符合前揭之嚴格要件。

a. 職業介紹壟斷制度之任務，一方面在於：透過公開職位（就業機會）之方法，來減少或去除失業情形；另外一方面，則係避免或消除企業與行政機關缺乏勞動力之情形。（參見第 38 條及第 39 條 A V A V G ）。從而，職業介紹壟斷制度具有一種社會共同價值

---

<sup>10</sup> BVerfGE 7,377 係指，「藥房判決」，其判決全文請參見蕭文生譯，「關於職業自由（工作權）之判決」，載於西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院印行。民國七十九年十月，頁 128 以下；BVerfGE 11,168 係指保護客觀職業許可要件之優越利益時，應斟酌不同種類人之不同利益，為利益間之衡量。

( Gemeinschaftswert ) ；其保護之必要性係由工業性之大眾社會所一般地肯認，而且繫諸於每一個社會中其他的社會政策與經濟政策。

b. 此一社會價值，明顯地具有崇高之順位，尤其是此一價值在社會國家原則的觀點下，有優先於個人自由要求之優先順位，亦即有優先個人意欲選擇以獨立性之職業介紹為其工作之自由要求。蓋一方面失業問題，另外一方面為勞動力的缺乏問題，將此問題消除或減低，對整個民族而言，乃是具有決定之重要性，而且係屬於國家之義務，亦即：國家依據基本法社會國家原則之要求，負有義務亦及於特殊之生存照顧 ( Daseinvorsorge ) 。

。 11

在現代的工業社會中，產生了受僱人之職業，而這些受僱人原則上未擁有充足之財產，所以必須提供其勞動力於僱主，來換取財產。在 1965 年的德意志聯邦共和國，共計有約三百萬獨立行業者，以及二千一百萬與之相對的依賴性之受僱人。

從另外一方面而論：不僅僅是企業，而且亦包含公

---

11 所謂 Daseinvorsorge ( 生存照顧 ) 依據最早由 E.Forsthoff 所引用之概念，係指行政主體負有公法上之任務去確保並建設人民基本的、生存重要的需求，Vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938 )，但是行政主體未達成或未履行此一公法任務時，卻無直接之法律效果。Vgl. Deutscher Rechts-Lexikon, Band I. 2. Aufl. 1992. S. 898f.

行政機關皆需要充足之數量，並且具有必要之訓練及特性的勞動力，去履行（達成）其任務。如未企業或公行政機關未能尋找到或質量上有所不足之勞動力時，則整體社會之利益亦將受到危害。一個功能上有缺陷之職業介紹制度可能在一個工業社會中，造成顯著之生產力的損失，而且也會導致公行政機關之功能障礙，而結果乃造成整體經濟與社會秩序之負面影響。

c. 職業介紹壟斷制度，在原則情形下，對保護前述之社會利益，免受嚴重或極有可能性危險之侵害，亦屬不可或缺者。

解決集合受僱人與僱主所有問題之任務，在現代的工業社會中，迎面而來有嚴重的障礙存在。鑒於其（障礙）之複雜性，尤其是更進一步的職業分工及廣泛之職業區別更是明白地造成此種複雜性，以及鑒於空間上及企業上不同的勞動力需求，結果造成了宏觀整體就業市場之困難。急速科技上之進步，同時也帶來整體經濟結構的持續轉變；而就業之機會亦必須與該整體的經濟結構相互配合；如此一來，才能夠造成充分就業與確保經濟之持續發展。

準此，一個有意義之職業介紹制度必須有大範圍之就業市場政策以及有廣泛之眼光。所以，從各種觀點去觀察就業市場之演變是有必要的。就區域平衡之觀點而論即需要個別地區中，勞動力不足或過剩的數量宏觀。

除此之外，就不同職業之需求，也必須事前就未來足夠而且適當之勞動力預作估算，並且必須採取確保滿足此種需求最佳適當之措施。在必要之情形下，甚至於須就已經在某一職業中服務之人，進行再教育訓練之工作，或是當某一勞工在其現在的王業，已經不再被需用時，則應進行其他職業之轉業訓練。一個尋找職業之人們必須獲得確保：經由任一職業教育訓練的就業諮詢，使得這個職業不僅與求職人之性向及能力相互吻合，而且能夠保障其未來之就業。在充分就業時代中具重要性之婦女就業，不論是年長婦女之部分工時就業，重度殘障者之安置，以及其他無完全就業能力者之安排，都會隨之成為特殊的任務。

毋庸詳加贅述的：此一艱鉅的、各式各樣的，而且是廣泛緊繃之任務，只有透過一個一致性之就業行政體系，始有辦法達成任務。只有一致性之就業行政體系能夠在急迫的情形，基於其高權行為，獲致整體就業市場之宏觀資訊，並且依據此一獲得的就業資訊，由一個一致性之機關為影響性之規範。於此，該就業行政機關可以提供必要的有充分教育訓練及適當經驗之服務人員，來提供服務。私人的機構，尤其是一個以營利為目的之機構，即以獲利為努力目標之職業介紹人，對於解決整體就業之任務而言，是無能為力的。如果人們除了在官方的職業介紹機關外，亦最起碼允許一些私人機構存

在，諸如：基於一種特殊之能力及可信賴性為條件之許可，以及在嚴格的教育訓練規範下之受拘束者，則在一致性之官方職業介紹體系中，乃構成了一種異物，而且對於官方機關之必要性的問題解決，產生了一種障礙或阻撓。然則，聯邦職業介紹機關委託為數眾多非營業性之機構，尤其是宗教性及人道性之職業介紹機構為之，此種事實並未與前揭所述之情形背道而馳，尤其是因為當時尚未足夠之聯邦職業介紹機關，提供自我之介紹可能性。或是對於職業藝術家，委託該非營利性之機構，介紹專業之職位。

此一使聯邦職業介紹機關享有壟斷性權限之理由，縱使於完全就業的時代中，亦不失效。法律規範應該具有使之長久存續之意義；壟斷性權限之有效性，並不繫諸於任何經濟狀況之改變。為維持完全就業之景氣，也必須要求對於就業市場持續之觀察與審慎之照料。

最後，職業介紹制度應該及時地預防在不同形態下可能之失業情形（例如：區域性失業、職業別失業、季節性失業或景氣性失業）。從而，就一個社會國家而言，不可或缺的失業保險制度，便與職業介紹制度難以分離；兩者任務，尤其是要成功地完成，僅能由單一的就業行政機關為之，始可有成。（類似的情形諸如：其他社會保險主體，對於預防發生損害之措施，業已放棄了）

d. 將職業介紹視為壟斷性之高權任務來行使，從而尤其是排除獨立性營利性之職業介紹企業，從事此種活動的必要性，可由歷史之演變得到證實。歷史的演進證明了：經由溫和的對職業自由之干預，是無法有效地對抗失業之危機；而聯邦職業介紹機關之壟斷，乃係為防衛此種危險而存在。所有曾嘗試著：將職業介紹之任務，除了委由高權之就業行政機關為之外，亦委由獨立營業之私人機構為之，已經都面臨了失敗的結局。

自十九世紀末期以來，才被肯認之職業介紹任務，最初之際，乃符合當時自由主義之觀念，而委由經濟力之自由競爭，所以職業介紹之工作持續地被認為是一種營業或職業，而委諸由獨立營業之職業介紹人為之，而導致了僱主及尋找工作之人，須支付職業介紹費之制度。在 1907 年時，德國大約即有 7200 個如此種之私人職業介紹所。

但是，於此時由各種私人力量之自由競爭，對於失業問題之解決卻無能為力。凡是越大、越複雜及越敏感之經濟體制，則越是困難去解決前述之任務。從另一方面而論，職業介紹任務在社會政策上之重要性，不斷地增大，因為如前所述的：一個總是相對上或絕對上不斷增加的人口數，必須將其勞動力，透過依賴性之職位去運用。除了職業介紹任務之重要性及困難度增大外，並超越了營業性之職業介紹人（所）之能力範圍，再者，

尚發生了為數甚多的不良弊端（ Mißstände ），意即：以營利為導向而成立之私人職業介紹所經常在本質上會有下列各種弊端出現：對方處於急迫情境、徬徨無助且無商業上經驗的尋找工作者，很容易地導致職業介紹人，特別是以過高的職業介紹費用，來剝削這些尋找工作的人們；而受僱人經常變換其工作亦符合私營職業介紹所之利益；從而，也容易導致：因為私營職業介紹所之緣故，使受僱人離去其工作崗位，而最後變成受僱人違反僱用契約。其後也逐漸組織成立之非營利性的官方職業介紹所（ Arbeitsnachweise ），而這些官方職業介紹所係由工會，僱用人聯盟（ Arbeitsgeberverbänden ），或合作社（ gemeinnützige Vereinen ）及地方自治團體（ Kommunen ）所支持成立者，並未對前揭所示之弊端，帶來根本性之改善，因此官方之職業介紹所仍有受到地域上或職業種類上之限制。

立法者為了彌補此種缺陷，乃於 1883 年 7 月 1 日之營業法（ Gewerbeordnung ）修正條文（ 刊載於 RBGI. S. 159 ）中，提出一個法律上之可能性：得因營利性之雇工職業介紹所（ Gesindevermittlung ）或職業介紹所（ Stellenvermittlung ）之“不可信賴性”（ Unzuverlässigkeit ）而拒絕其營業許可。1900 年 6 月 30 日公布之新法（ 刊載於 RBGI, S. 321 ）則將職業介紹所之營業許可，全部歸由國家許可決定，在當私營職業介紹所有“不可信賴性”之情形存在時，國家即不應予以許可。但是，因為這些

措施事後被證實並不充分足夠以消除弊端，所以在 1910 年 6 月 2 日公布之「職業介紹所法」（Stellen vermittlergesetz）（刊載於 GRBl. S. 860）中要求：對於發給營利性質之職業介紹所的許可時，除了須具備“可信賴性”之要件外，更須存在有實際上之需要始可，而該法認定組織成立一種“合作社式的官方職業介紹”並沒有實際上之需要。

然而，前述這些新的法律或規定，並沒有達成預期之效果。隨著進一步經濟與社會的演變，營利性之職業介紹導致之前述的缺陷與弊端，以及其他職業介紹之不可信賴性，其程度不斷地擴大增強，使得下述此一觀點，不僅對於直接涉及之受僱人與僱用人，而且及於一般人獲得確信。意即：僅由公權力機關接管職業介紹工作，方得使此一肇基於個人利益及公共利益的任務，有圓滿解決之可能。於乃，乃做了一次關鍵性之進展措施：如果人們由因為經由第一次世界大戰所致之措施觀察的話，即 1922 年 7 月 22 日公布之職業介紹所法（Arbeitsnachweisgesetz）（刊載於 RGrBl. S. 657），該法引進了階段式的官方職業介紹所制度之建立，該官方職業介紹所由受僱人與僱用人共同參與其活動，而且自 1931 年 1 月 1 日起完全禁止營利性的職業介紹。此一法律規範之狀況，業已再經由 1927 年 7 月 16 日公布之職業介紹及失業保險法（Gesetz über Arbeitsvermittlung and Arbeitslosen Versicherung）（刊載於 RGrBl. I. S. 18

7) 獲得確認：意即，帝國職業介紹與失業保險機關被視為公法上之社團，其並下屬各邦之職業介紹機關與分支機關，將職業介紹視為高權任務而保留給這官方機關來履行這些公法任務。現今之聯邦職業介紹機關即依此沿革，留傳至今。

德國的這種歷史沿革與其他工業化國家之發展情形，相互吻合，就如同國際勞動組織公約所承認之情形相同。所以，諸如在 1948 年 7 月 9 日第 88 號國際協定，針對就業市場行政組織方面，課予國際勞工組織之會員國首先僅僅是：“維持一官方的、不收取費用之就業市場行政”而這一就業市場行政之首要任務必須在於：“最佳可能之就業市場組織，視為國家任務中之一重要部分，（其任務乃係）達成並維持充分就業，以及實現生產力之提高與充分利用”。（第一條規定）整個國家應該經由地域性或區域性之職業介紹機關網路所涵蓋。（第二條及第三條規定）最關鍵性的步驟是：德意志聯邦共和國及其他西方工業國家於 1949 年 7 月 1 日所締結之第 96 號協議（該協議業經國會通過而視為內國法律之一）中對於有償性之職業介紹所之規定（該協議刊載於 BGBl. 1954 II S. 456），依該協議第三條規定：要求撤銷以營利為目的之職業介紹所。

這種在其他工業國家中，拒絕存在私營之職業介紹的做法，並沒有因為在歐洲共同市場（die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft）將分行設置限制鬆綁之活動亦包

含“私營之職業介紹所”，而受到推翻。（1967年1月12日有關實現設置分行自由及實現自由服務業之流通方針）；此一承認方針僅僅是就事實上已存在的私營職業介紹所加以肯認而已，但該方針並未說明私營之職業介紹所在社會政策上亦受樂觀其成的（wünschenwert），而私營之職業介紹所是違反歐洲共同體會員國之共同規定。

4. 爲了去有效保護前揭所述之優越的公共利益起見，如果我們於此據而承認職業介紹壟斷制度爲不可或缺時，則就本件憲法訴願而言，又提出了下述更進一步的問題出來，以維持職業介紹壟斷制度爲理由，是否業已可以完全充分去正當化，由憲法訴願人主要所從事之特殊就業團體：企業領袖（導）人才之職業介紹活動，宜以由官方壟斷之？

a. 首先，人們很容易有這樣的想法：職業介紹壟斷制度乃是對於人民職業選擇基本權利的最嚴厲侵害，它不應該被容許再往前一步，或是：職業介紹壟斷制度是絕對必要的。以這樣的觀察方式，來肯認一般壟斷制度之不可或缺性，是不夠充分的；除此之外，無論如何必須去就界限邊緣領域之特殊問題去加以檢証並加以肯認，亦即對此特殊問題：職業介紹壟斷制度是否對此種特殊邊緣之職業介紹領域也要求爲一種有效規範？尤其是當我們認爲：壟斷制度應該包含每一職業及每一特殊之受僱人團體時。假如我們對此一問題無法肯定地加以

確認時，則在此範圍內，職業介紹壟斷制度可能係屬違憲。

一般性之介紹與領導管理人才之職業介紹，彼此間處於一種邊緣領域之狀況，意即在就業法律關係中，彼此因為是否受僱用人指示之拘束，而有所區隔。基於下述之種種理由，可能使得這種企業領導管理人才職業介紹壟斷制度不可避免地，而且在此種範圍程度內，最起碼有嚴重侵害人們基本權利之可能性存在，例如設置主觀許可要件，或規定私營職業介紹所之營業規則（*Ausübungsregelungen*），並無充分正當化之理由時。這種待介紹之企業領導管理人才在數量上而言，相對地是較少；從而其預測規畫便比較有可能。原則上，像這種對於執行領導性任務非常適合的人們，恰好經由一個第三者之介紹，可視為另外一種途徑。蓋這種企業領導管理人才，可能在該企業內透過晉升，或者因為展現其能力，而被相關企業所知悉（而被挖角）。如果對爭取獲得領導管理職位之人們，有可能性去使用一個獨立性的私營職業介紹所的話，則鑒於此等人才之宏觀視野以及其豐富之生活經驗，其並無被職業介紹所歧視或剝削之可能危險。

對於企業領導管理人才之特殊地位，亦有下列之說法。在依賴性職業之社會階層順序而論，企業領導管理人才乃是處於最高的位階。在整體就業市場體系中，企業領導管理人才具有一種特殊地位。做為一個“經理

人”（Manager）”，其在各方面而言，都有履行企業主的功能。依據其企業的以及管理的任務來看，縱使其本質屬於受僱人，但是，從各方面觀察，其毋寧是處於較接近企業主，而非受僱人之角色。從而立法者業已為這些企業領導管理人在其他的法律領域中，公布特殊之法律規定。企業領導管理人才在勞工法上，並不被當作受僱人來處理；例如在企業組織法（Betriebsverfassung）中<sup>12</sup>，中止勞動契約之保護，工時規定以及視為勞工法院法官（Arbeitsrichter）之活動，皆不視其為受僱人。從強制成為社會保險之一員，以及在失業保險方面，也因為企業領導管理人才工資之高度，原則上被排除在外。企業領導管理人才也幾乎不可能被任命為“由被保險人中選出之社會法院法官（Sozialrichter）”。

b. 從另外一方面而論，有關贊同職業介紹壟斷制度一般必要性之理由，意即：為我們整體經濟與社會情況所必要之理由，於此案亦可適用之。毫無疑問地，職業介紹壟斷之理由，係欲就個別之職業以及受僱人團體，以不同強烈程度之形式出現。但是此一理由，並未強制

---

12 德國企業組織法於 1952 年首次制定公布，於 1972 年又制定新法，予以取代之，有關其修正之最新內容中譯，請參閱郭玲惠，「終止勞動契約—兼論德國之制度」，中興法學第 37 期，民國八十三年五月，頁二十九以下，尤其是頁五十以下。

立法者在職業介紹壟斷性之必要性上，為不同程度強弱之規範；亦即：當立法者必須肯認職業介紹壟斷之必要性，應適用於絕大部分之受僱人時，則不論是就各別職業之經濟與社會狀況，或是僅僅就某些邊緣領域之職業做特殊之檢驗，並且基於該檢驗，對某一些職業或受僱人團體為不同之規範，對其職業自由為較不強烈之干預規範，立法者並沒有此種義務存在。如果立法者為此種較不強烈之干預規範時，則職業壟斷制度將呈現出一種分裂的方式，進而在其履行前述之廣義範圍內之所有任務時，其效能必定大打折扣。就不同職業為不同之區別規範，經常在互相重疊之職業下，將產生困難點，而這些困難點，在實務上似乎是甚難克服的。於此，立法者僅針對原則情形為規範之指導方向，亦已足夠；立法者得對尤其是非常小的少數之特殊情形加以忽略。

對領導管理人才，排除完全依公權性職業介紹之需要，於此並不必然被看得出來。尋覓出企業界適當領導管理人才，以及將適合充當領導管理人才、協助配合其能力恰如其份的工作崗位之獲得任務，因為該必要之才能，非平庸才能者所能勝任，故使其吻合此種才能者之數量相對較少，而造成面臨著任務上之困難性；聯邦職業介紹機關，經由設立一個位於 Frankfurt（法蘭克福）的“領導管理人才辦公室”之組織，並配置具有特殊資格之職業介紹人，具有中央性質之組織才能克服此

一困難；但是，如此一來並未排除：從企業界這方面來看，爲了進一步去檢証這些領導管理人選之特性與能力，再行藉由心理學家之協助，諸如藉助憲法訴願人來從事一檢驗的工作。除此之外，具有領導管理職責之受僱人，也經常處於一種持續變動的環境中而缺乏對其每一職業可能性的一種確定性之前瞻（Übersicht）。尤其是當年長之領導管理人才喪失其工作時，或欲變更其他工作時，特別發生有需要保護的情形。最後而論，此種被聘用爲領導管理人才者在判斷的時候，尤其是其固有之可能性並不確定，從而可能會由營利目的之職業介紹人佔有便宜，例如經由不合比例之高額酬金或其他之拘束，（諸如排除條款）。

c. 如果人們衡酌這些理由：依據這些理由來正當化憲法上之論證，即將企業領導管理人才之職業介紹，包含職業介紹壟斷之制度中，並與前述之反對理由相互比較，則並無法得出下述之確認：職業介紹壟斷制度包含企業之領導管理人才之介紹是違憲的。

#### IV（憲法訴願人之其他指摘亦無理由）

憲法訴願人之其他指摘亦屬無理由。

1. 與憲法訴願人之觀點相反地，在職業介紹與失業保險法第三十七條第一項所定的“職業介紹”之概念，並非不明確地被規定，而導致其不充分符合法治國家所要求之明確性要件。該條乃規定：

「本法所稱之職業介紹係指搓合尋找職業之受僱人與僱用人間，成立勞動關係為目的之活動。」

對於法定概念規定加以解釋之必要性，尙未損及法治國家中，對於所要求之法律明確性（Bestimmtheit）。經由解釋來獲得大致必要性之澄清，乃係較高級之聯邦法院的主要任務。

2. 憲法訴願人所稱之：“對於其他與憲法訴願人從事相類似之領導管理人才之介紹活動者，未進行刑事訴追等語”並不會使得對憲法訴願人之刑事訴追變成恣意的或違反法治國家的（基本要求）。這種不作為僅會導致：刑事訴追機關以合適的方式展開對此種類似違法行為，為合義務性之訴追；但是無論如何，卻不致於導出如此的結果：對於憲法訴願人之刑事不法行為，免於法定之訴追義務（Verfolgungszwang）（德國刑事訴訟法第 152 條第二項）<sup>13</sup>，或者甚至於導出依刑事訴訟法第 153 條第二項之規定<sup>14</sup>，停止對憲法訴願人之訴追程

13 德國刑事訴訟法第 152 條第二項規定：「除法律別有規定外，檢察官對於一切依法得訴追之犯罪，如有充分之事實依據，負有起訴之責任。」參見蔡墩銘，前揭註四書，頁六十九。

14 德國刑事訴訟法第 153 條第二項規定：「如已起訴時，屬於於第一項情形之程序（輕罪程序），經獲得檢察官與被告之同意，得停止訴訟程序。如審判期日係依第二百零五條之原因（個人障礙而暫時停止程序）無法進行或依第二百三十一條第二項（被告自行離去或中止審判後之繼續審判被告不到庭者）及第二百三十二條（缺席判決）與第二百三十三條（被告到庭義務之免除）之情形係在被告不到庭之情形進行時，毋庸獲得被告之同意。此項決

序。明顯地，對憲法訴願人之確定判決，乃係提供一個典型之案例，並且從而提供給聯邦職業介紹與失業保險機關，發動對於其他營業性之職業介紹所，對於領導管理人才介紹之刑事訴追行爲。

法官：

Dr. Müller. (兼庭長) Dr. Berger. Dr. Scholtissek  
Dr. Stein. Ritterspach. Dr. HaagerRuppv.Brünneck  
Dr. Böhmer.

---

定經以裁定爲之。對此項裁定不得提起抗告。」參見蔡墩銘譯，前揭註四書，頁七〇。