

# 德國聯邦憲法法院

## 裁判選輯（七）

### — 職業選擇自由與工作權 —

中華民國八十六年六月

## 編 語

- 一、本院為供實務上學術上之參考，續將德國聯邦憲法法院裁判，擇其具有參考價值者，譯成中文，編輯成冊。
- 二、本次輯印之「德國聯邦憲法法院裁判選（七）—職業選擇自由與工作權」專號，係由翁大法官岳生就德國聯邦憲法法院之裁判中擇選十一篇：(一)關於「私營職業介紹所」之判決；(二)關於「律師辯護權剝奪」之判決；(三)關於「律師穿著法袍義務」之裁定；(四)關於「石油產品儲存義務」之裁定；(五)關於「專科醫師執業限制」之裁定；(六)關於「自動販賣機設置應具備專業知識證明」之裁定；(七)關於「法律限制同時攻讀第二個學位之授權明確性要求」之裁定；(八)關於「禁止醫師刊登業務廣告案」之判決；(九)關於「自助式藥物販售」之裁定；(十)關於「律師執行業務」之判決；(十一)關於「統一條約停止及定期限結束前東德公職務工作者法律關係規定」之判決；譯印而成。
- 三、本裁判選輯中各篇，係由本院委請院外留德獲得法學博士，回國任教或從事法學研究之人士；李惠宗、林明鏘、蕭文生、謝銘洋、劉淑範、李建良、吳綺雲、張懿云、張嫻安、楊淑文（按篇名順序排名）諸位先生、女士翻譯，並請法學博士李惠宗先生擔任譯文之

分配及綜合審查工作。

四本輯採橫式編輯，每篇皆冠以詳細之裁判要目，並在首篇，委請李惠宗先生撰文介紹本專輯之各篇裁判，俾便利讀者閱讀本書。

五本裁判選輯，由大法官書記處蔣處長次寧、陳副處長碧玉、賴專門委員鈺蘭、廖榮茂、涂淑玲、谷雲詳、段雅芬、尤朝松諸位同仁分任編校，始克付梓，併此付誌。

# 德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)

—職業選擇自由與工作權—

## 目錄

導讀：

德國基本法所保障之職業自由 李惠宗…… 1

譯文：

一關於「私營職業介紹所」之判決 林明鏘…… 47

二關於「律師辯護權剝奪」之判決 蕭文生…… 75

三關於「律師穿著法袍義務」之裁定 謝銘洋…… 89

四關於「石油產品儲存義務」之裁定 劉淑範…… 106

五關於「專科醫師執業限制」之裁定 李建良…… 158

六關於「自動販賣機設置應具備專業知識  
證明」之裁定 吳綺雲…… 215

七關於「法律限制同時攻讀第二個學位之  
授權明確性要求」之裁定 吳綺雲…… 230

八關於「禁止醫師刊登業務廣告案」之判  
決 張懿云…… 242

九關於「自助式藥物販售」之裁定 張嫻安…… 270

十關於「律師執行業務」之判決 楊淑文…… 290

十一關於「統一條約停止及定期限結束前東  
德公職務工作者法律關係規定」之判決 吳綺雲…… 321

關鍵字索引 .....	363
德中文對照索引 .....	386

# 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為之。」

該條第二項之問題又稱為「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<sup>1</sup>。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<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>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」<sup>4</sup>。

### 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<sup>5</sup>。

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<sup>6</sup>。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 ）<sup>7</sup>。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<sup>8</sup>。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<sup>9</sup>。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<sup>10</sup>。

## 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<sup>11</sup>。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」<sup>12</sup>：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<sup>13</sup>，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<sup>14</sup>。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<sup>15</sup>。

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」<sup>16</sup>，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）<sup>17</sup>，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 )<sup>18</sup>。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<sup>19</sup>。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<sup>20</sup>。獨立或不獨立之活動亦屬職業之範疇<sup>21</sup>。

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<sup>22</sup>。只要活動不對社會共同體造成傷害 ( sozial-gemeinschaftsschädlich )<sup>23</sup>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，即認爲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<sup>24</sup>並非不得作為一種職業<sup>25</sup>。擺設自動販賣機亦可為一種職業<sup>26</sup>。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<sup>27</sup>。

## (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<sup>28</sup>。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<sup>29</sup>。

## 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<sup>30</sup>。轉業( Berufswechsel )亦屬職業自由<sup>31</sup>。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<sup>32</sup>。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<sup>33</sup>、競爭自由、締約自由皆包括在內<sup>34</sup>。

### (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<sup>35</sup>。

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。<sup>36</sup>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<sup>37</sup>。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<sup>38</sup>。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<sup>39</sup>。

### （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）<sup>40</sup>。

## 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<sup>41</sup>。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。」<sup>42</sup>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。

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。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，留級為教育之措施，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為規範，亦屬過苛<sup>43</sup>。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<sup>44</sup>。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<sup>46</sup>。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 evidenten Ursachlichkeit*）」<sup>47</sup>。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<sup>48</sup>。

## 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<sup>49</sup>。

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）<sup>50</sup>。

## （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<sup>51</sup>：

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）<sup>52</sup>，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<sup>53</sup>。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」<sup>54</sup>。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（*Ausubungsregelung*），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」<sup>55</sup>。

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<sup>56</sup>、營業時間、個人執行業務之方式<sup>57</sup>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<sup>58</sup>。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<sup>59</sup>。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<sup>60</sup>。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<sup>61</sup>。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<sup>62</sup>。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<sup>63</sup>。

此所謂職業之「主觀許可要件」，包括個人的知識能力<sup>64</sup>、年齡<sup>65</sup>、體能上之要件、資力、國籍身分（歐洲聯盟）<sup>66</sup>。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<sup>67</sup>。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」<sup>68</sup>。

### (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<sup>69</sup>。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」<sup>70</sup>。

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<sup>71</sup>、以促進一定市場機能為要件<sup>72</sup>。

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<sup>73</sup>。但宣告為合憲者，亦所在多有<sup>74</sup>，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<sup>75</sup>。

#### (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」<sup>76</sup>。

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<sup>77</sup>。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（ Gemeinwohl ）有合乎本質與合理之衡量即為已足（ sachgerecht und vernünftige Abwägung ），適當性原則在此旨在防止立法權作不符本質（ sachfremd ）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」（ wichtige Gemeinschaftsgüter ）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」（ überragend wichtige Gemeinschaftsgüter ）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（ Zumutbarkeit ）。	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」<sup>78</sup>、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<sup>79</sup>。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<sup>80</sup>。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<sup>81</sup>。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<sup>82</sup>。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<sup>83</sup>，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<sup>84</sup>。

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<sup>85</sup>。

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<sup>86</sup>。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<sup>87</sup>。

### (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」（*personlichkeitsbezogen*）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*）<sup>88</sup>。

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

<sup>88</sup> 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)則保障工作行爲，亦即活動之本身。職是，公權力行爲係較干涉個人工作與表現行爲之自由時，此乃涉及基本法第十二條第一項之保護範疇；若公權力行爲較爲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爲義務之方式，係在規範相關人之營業活動，而非所有人權限之行使。儘管此等爲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<sup>89</sup>。

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<sup>90</sup>，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<sup>91</sup>、律師<sup>92</sup>、建築師<sup>93</sup>、藥房<sup>94</sup>、稅務顧問<sup>95</sup>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<sup>96</sup>。其理由基本上乃以「保護職業形像」<sup>97</sup>，「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」<sup>98</sup>。

但憲法法院最近於1996.5.22新著有「藥房廣告禁止判決」<sup>99</sup>，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爲，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爲，「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。廣告於同爲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爲違憲<sup>100</sup>。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」<sup>101</sup>。

---

<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 Bundessverfassungsgerichts 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<sup>102</sup>，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<sup>103</sup>。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。」<sup>104</sup>

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<sup>105</sup>。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<sup>106</sup>。

## 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」<sup>107</sup>，惟此之習慣法必須是「基本法制定前已存在者」<sup>108</sup>。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），【律師辨護權剝奪案】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」<sup>109</sup>。

## (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），【律師辨護權剝奪案】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<sup>110</sup>。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.）<sup>111</sup>。

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」<sup>112</sup>。

## 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<sup>114</sup>。

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。

# 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 GRBI. 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 RGBI. 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 RGBI. 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，尚未損及法治國家中，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為。

法官：

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

---

定經以裁定為之。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。

# 關於「律師辯護權剝奪」之判決

BVerfGE22,114-124 【律師辯護權剝奪案】

聯邦憲法法院第二庭 1967.6.28 判決

— 2BvR 143/61 —

蕭文生譯

## 裁判要目

裁判要旨

裁判主文

裁判理由

A 爭點

I 案例事實

II 訴願人之主張

III 相關單位意見

IV 訴訟結果

B 憲法訴願合法且有理由

I 憲法訴願合法

II 該項判決並未侵害訴訟上之基本權

III 基本法第十二條第一項—職業自由之保障

1. 基本法第十二條第一項—為

本案審查標準

2. 聯邦最高法院援引之條文不足以作為限制職業自由之法律基礎。

3. 習慣法亦得作為限制職業自由之法律基礎。

a 先於基本法制定前存在之習慣法始符合法律保留原則

b 帝國法院之觀點

c 習慣法之限制

IV 原判決違反比例原則及違憲侵害職業自由

V 原判決應予廢棄

## 裁判要旨

有關辯護權之剝奪

第二庭 1967 年 6 月 28 日判決

— 2BvR 143/61 —

本案係律師對於聯邦最高法院 1961 年 3 月 2 日之判決（ 3 StR 49/60 ）所提起之憲法訴願

## 裁判主文

聯邦最高法院 1961 年 3 月 2 日之判決 — 3 StR 49/60 — 侵害訴願人依基本法第十二條第一項所享有之基本權，該項判決應予以廢棄。

## 裁判理由

### A 爭點

### I 案例事實

本案訴願人被 Schreiner 先生，居住於 Düsseldorf，就其在 Düsseldorf 邦法院第四大刑庭所進行的、危害國家罪主訴訟程序中指定為選任辯護人。檢察機關對於該程序所為之無罪判決提出上訴。訴願人希望在上訴法院

亦能代理被告。聯邦最高法院第三庭庭長於 1961 年 1 月 27 日至函給訴願人，並給予訴願人針對該庭就其在國家保護事件中作為辯護人之法律上疑問提出說明之機會。在庭長之書函中表示，訴願人為德國社會統一黨（SED）黨員，住所於東柏林、其在德國社會統一黨或德國共產黨（KPD）重要之訴訟程中法院所熟知的代理方式、其在德國社會統一黨所舉辦活動中之行為，其論述以及在東柏林被任命為教授，凡此種種共同無可避免地指出，訴願人於德意志聯邦共和國之國家保護事件中，自願附屬於德國社會統一黨且依其指示行使辯護職務，在必要時甚而將違背被告合法之利益。訴願人在本程序中亦具相同之態度或亦將保持相同之態度，此項情形，在本判決效力內將使訴願人依法被排除作為辯護人之資格，尤其是在涉及德意志聯邦共和國國家保護事件時。

刑庭希望給予訴願人對上述問題能藉由提起憲法訴願加以澄清之機會。惟訴願人並未作任何說明，而是對於第三刑庭所公布之判決提出憲法訴願。就此刑庭於 1961 年 3 月 2 日之刑事案件 3 StR 49/60 和 3 StR 52/60 下列相同內容之判決，且在 1961 年 3 月 13 日送達給訴願人：某律師教授博士依法不得為辯護人。

聯邦最高法院以聯邦律師法（BRAO）第一條、第三條、第十四條及刑事訴訟法（Stpo）第一百四十六條

爲其判決之依據。作爲司法組織之辯護人，依其職務不但必須獨立於國家，亦須獨立於任何在刑事訴訟程序中與被告利益相互衝突之個人或團體，亦必須獨立於濫用加諸被告訴訟程序以遂行其政治目的之個人或團體。此項要求乃基於專門職業法及刑事訴訟法之規定且適用於任何個別之律師。被告不得放棄遵守此項規定，就如同不得放棄遵守其他強制性的程序保障一樣。

自訴願人在其他刑事訴訟程序中依德國社會統一黨之指示從事辯護，基於其世界觀所具有之黨員身份，基於在“新德國”（Neuen Deutschland）常常有對於被告認可之報導；除此之外，基於其對於聯邦共和國之刑事法毀謗性地公開論述及基於其對西德民主法治重新回復具有重大貢獻而被任命爲教授之事實，聯邦最高法院認爲訴願人至少在國家保護事件及在針對某某某之程序中依德國社會統一黨之指示從事辯護行爲。因此其所爲之辯護乃是不合程序的，而不須去審查其對於個別訴訟行爲是否有所影響。

聯邦最高法院繼續指出，有關個案之駁回，審理之刑庭必須加以決定，蓋被告是否獲得合乎程序之辯護並不屬於律師專門職業法規之問題，而係在義務及選任辯護事件中皆應依職權審查。1959年聯邦律師法，尤其是第三條第二項就此並未作任何改變。

## II 訴願人之主張

1961年4月9日訴願人對聯邦最高法院1961年3月2日就……之刑事判決提起憲法訴願。其指摘該判決侵害了基本法第二條、第一百零一條第一項第一句、第一百零三條第一項及第一百零三條第二項與第二十條第三項，並且陳述如下：該項應撤銷之判決因違反法治國原則及牴觸基本法第一百零一條第一項第二句和第一百零三條第二項，侵害基本法第二條第一項，因而不屬於合憲之規範。該項判決之主文和理由乃是相互矛盾的，蓋其一方面確認一般性地排除辯護之職務，但在理由中卻又將該判決之效力限於現行繫屬的訴訟程序。

訴願人並未明知，即使僅限於個案中，有侵害基本法合憲規範之行爲，對於其所爲之責難乃是基於一連串無法證明或被曲解之間接證據。

## III 相關單位意見

聯邦法務部部長意見如下：基於刑事訴訟法第一百四十六條第一項、第一百三十八條、第一百四十條、第一百四十一條、第一百四十二條、第一百四十五條以及聯邦律師法相關之規定，辯護人之身份被視爲司法組織之一，因此在個別刑事事件中，若有違反辯護功能之利益衝突存在時，則必須禁止其爲辯護。有關刑庭法官禁

止權限的現行最高法院判決共同點在於，在個案中基於特定因素之考量，辯護人將失去其作為司法組織之地位，例如其在該案件中無法獨立自主或因其違反組織地位應有之行為致無法獲得公平合理之判決。如同辯護人危害國家機密之情形，辯護人若參與危害他人身體、生命或自由之形成或恣意措施時，亦存在合法的排除辯護之事由。即使此項法律規範內容僅能透過對刑事訴訟法之解釋而得，其亦基於基本法第十二條第一項第二句意義下之法律。

## IV 訴訟結果

對於訴願人之委任人的第三審程序，在缺少其作為辯護人參與下進行且最後之結果乃是廢棄無罪之判決。被告日後獲得自由刑的有罪確定判決。

### B 本件憲法訴願合法且有理由

#### I 憲法訴願合法

本件憲法訴願係屬合法。訴願人主張聯邦最高法院對其委任人所為之刑事判決，侵害到其本身之基本權。訴願人在針對…所進行之刑事訴訟程序結束後，無法再

以辯護人身分出現在任何程序中。在應予撤銷之判決的理由中，訴願人被一般地認為，在國家保護事件中不適任作為辯護人，因此其必須擔憂，聯邦最高法院在其他事件上亦採用該項判決之見解且在其他審級法院亦持相同之看法。此將導致對於訴願人律師業務持續性的阻礙。除此之外，該項應予撤銷之判決亦大量傳道至司法機關，此項判決亦登載於官方所出版的聯邦最高法院判決彙編－BGHST 15,326－及部份的專業雜誌（JZ1961,608;MdR 1961,432;NJW1961,614），對於有興趣之人很容易就可得知，所謂的律師博士K.就是訴願人。因此在刑事訴訟程序終結確定後，訴願人就該判決仍具有值得保護之利益（BVerfGE 15,226[230]亦同）。

## II 該項判決並未侵害訴訟上之基本權

對該項應予廢棄判決侵害訴訟上基本權之責難，並無法贊同。訴願人認為該項判決剝奪了其所享有法定法官之基本權（Art.101 Abs.1Satz2 GG）；顯然訴願人是以聯邦律師法第一百一十九條以下之規定來認定律師專門職業法院（榮譽法院）之管轄權（Winterfeld,NJW 1961,901 [902] 亦持相同見解）。專門職業法院在特定訴訟程序中具有剝奪辯護人職務之管轄權根本是不存

在的。

1961年3月2日聯邦最高法院第三刑庭之判決並未如同訴願人所言，違反基本法第一百零三條第一項。雖然保障法定聽證亦包括影響法院意志形成之可能性。在信函中所說明之情形，整體而言幾乎無可避免地指出，訴願人依其自願附屬德國社會統一黨並且依其指示行使辯護職務，但此並未排除訴願人所提出之異議在判決中之重大性，特別是並非對庭長，而是對於決定是否剝奪辯護之刑庭而言有其重要性。

該項應予撤銷之判決亦未違反基本法第一百零三條第二項。該項判決並非對於訴願人之懲罰，而係保護被告在聯邦最高法院第三刑庭免受到隱藏在訴願人之後的陰謀所害。

### Ⅲ 基本法第十二條第一項

1. 該項判決侵害了訴願人作為律師之執業行為；自1878年7月1日公布之律師法以降，任何在德國法院取得許可之律師皆有權在帝國內之任何法院為刑事事件辯護；此項權利今日在聯邦律師法第三條及刑事訴訟法第一百三十八條第一項加以保障，律師執業行為之行使因而獲得確保。因此其在基本法第十二條第一項受到一項特別基本權之保護（BVerfGE 10,185 [199]；15,226

[231] )。此項受指摘之措施應依基本法第十二條第一項，而非如訴願人所主張的基本法第二條第一項，來加以審查（ BVerfGE 6,32 [37]； 9,3 [11]； 9,73 [77]； 11,234 [238] ）。因此項措施限制了訴願人作為刑事事件辯護人之權利，因此此項限制必須以基本法第十二條第一項意義下之法律加以規範，但至今尚未實現。

2. 聯邦最高法院所引用的聯邦律師法及刑事訴訟法條文並未含有此種規範。

依照聯邦律師法第一條，律師乃是獨立之司法組織且依同法第三條第一項在所有法律事件中為專業獨立之顧問。此類規定並未含有在律師行為不符合專業形象時得加以干預之要件。此項結果自聯邦律師法第三條第二項中自可得出，依其規定，律師一般出庭辯護之權利僅得以特別之聯邦法律加以限制。

聯邦律師法第四十六條規定，律師不得代理與其具有僱傭關係而受其控制之委託人出庭。此處所必須加以判斷之事實，亦即訴願人依照敵視憲法政黨之指示，違反被告利益所為之辯護，與聯邦律師法第四十六條所規定之構成要件差異是如此大，以致於即使採取廣義之解釋亦無法將之涵攝在該條之內。除此之外，聯邦律師法並未賦予個別繫屬刑庭任何其他之權限。

依照刑事訴訟法第一百四十六條第一項之規定，僅在共同辯護不會違背辯護之任務時，始能由共同辯護人

代理多數之嫌疑人。帝國法院在 1902 年 4 月 11 日之判決（RGSt35,189 [191]）中自刑事訴訟法第一百四十六條之意義中導出，庭長或有時為法院有義務依職權加以干預，若利益衝突十分明顯且必須注意辯護亦應符該法其他規定。刑事訴訟法第一百四十六條第一項本身並未規定有關訴訟法院之權限。特別是其所規範在多數嫌疑人間存在利益衝突之要件與此處所欲判斷之案件，在實質客觀上是如此不同，因此刑事訴訟法第一百四十六條第一項並不得作為侵害之法律基礎。

### 3. 習慣法亦得作為限制職業自由之法律基礎

a. 習慣法亦可能作為侵害職業自由基本權之法律基礎，換句話說，非經由正式制法程序，而係經由長期事實上一般且相同之慣行所產生，被參與之法律成員承認具有效力之法規範（BVerfGE 9,109 [117]；15,226 [232FF.]）。惟在此處所涉及者必須是基本法制定前已存在而非基本法制定後所產生之新的習慣法。基本法第十二條第一項第二句之法律保留要求至少必須經過正式制法行為所創造出之法規範；此項規範必須具有何種層級之效力，在此可不作討論。

b. 除刑事訴訟法第一百四十六條所規範多數嫌疑人間利益衝突之情形外，帝國法院發展出另外三種禁止之構成要件。帝國法院認為，證人身份（RGSt24, 104 [108]；24,269 [297ff.]；54,175;55,219;JW1937,242

3 )，參與犯罪行為之嫌疑 ( RGDRIZ1928,470 [471] ) 以及受益人 ( RGJW1926,2756 )，使刑事法官在一定條件下有權禁止律師之辯護參與。除此之外，高等法院在 Felseneck 訴訟中認為，禁止一位在訴訟程序中放肆為政黨宣傳且試圖逾越數月主審程序之律師辯護，乃是符合十分明顯之要求，因而是合法的 ( JW1933,484 )。此項高等法院判決之詳細內容在文獻中是有相當爭論的。

此項判決就其所針對之個案是否能形成參與者之法確信及法慣行並因而成為新的特別的習慣法，在此可不用討論。為能填補上述個案存在之法律漏洞，必須自作為習慣法的法律文句中確定得出其規範內容，亦即辯護人未替被告為任何輔佐行為、阻止發現真實或受到違背訴訟程序之指示或外來的影響所拘束時，繫屬法院得禁止辯護人辯護，或--如同在應撤銷判決之主文中特別之說明--刑事事件辯護人無法獨立自主而係依非參與的政治單位之指示從事辯護行為時，其在法律上不得作為辯護人且應由該管法院依職權加以駁回。但自帝國法院之判決中卻無法得出上述之論點。

c. 在基本法第十二條第一項第二句領域內，以解釋既存習慣法作為繼續發展之方式時，若其結果導致新的侵害構成要件時，則逾越了其應有之界限 ( BVerfGE15, 226ff. [233f.] ) 在具有重大意義之獨

立律師業時，則必須依特別的、嚴格的標準來加以審查。

將依賴敵視憲法政黨且服從其指示之辯護人排除辯護職業，所呈現出的乃是一種新的侵害構成要件。聯邦最高法院所承認之習慣法內容（BGHSt 9,20ff.），亦即辯護人不得阻礙真實之發現乃是以帝國法院所審判的受益人與共犯參與之案例為基礎；其所適用者為以或曾以犯罪方式資助被告之辯護人。訴願人被指責者為其行為違背了被告之應有利益。

為能證明對訴願人所提出之責難，法院必須強烈地介入辯護人與委任人間以律師業務秘密所保護之信賴關係。法院必須證明，被告基於本身之決定，究竟希望以何種方式來辯護，辯護人基於何種非以嫌疑人應有利益之理由背離了被告之希望。即使基於此項觀點，尚待審判之案例亦與至今之判決有不同之處且顯示出一項新的侵害構成要件。

#### IV 原判決違反比例原則及違憲侵害職業自由

即使存在一項法律基礎，依比例原則及禁止過當原則（BVerfGE 19,342 [348F.]），違反委任人之意志禁止特定律師為其辯護，乃是嚴重侵害到律師基於基本法第十二條第一項所保護之職業行使基本權，此項禁止

僅得基於特案情況，為保護較高價值法益強制要求下，始得宣告之（ BVerfGE 16,214 [217f.] ）。

在針對…所進行之刑事訴訟程序，訴願人之行為並未提供充足的理由來採取如此重大之措施。訴願人之委任人在一審中乃是藉由訴願人之協助而獲判無罪。得合法化訴願人至其被禁止為辯護人前並未提供真正之輔助，而係違反委任人利益之確定個別事實或其在此方向下追求違反義務意圖之事實，在應予撤銷之判決中並未觸及。聯邦最高法院僅以訴願人與德國社會統一黨之密切關係作為其判決之理由；訴願人依德國社會統一黨之指示，至少在涉及國家保護事件時，將基於德國社會統一黨及德國共產黨之政黨利益，不顧及嫌疑人之利益而作違反訴訟程序之辯護；此項看法自訴願人於先前刑事事件之表現及其他行為中可以獲得證實（詳情請見上述 AI）。

聯邦憲法法院僅能基於法治國之比例原則及基本法第十二條第一項所保護之職業自由來審查聯邦最高法院對於事實之確認及證據之評價。在此觀點下，自訴願人之入際關係、政治信念及至今為止之表現共同所支持的一般性懷疑之理由並不能合法化禁止其為辯護人之決定。此項禁止無疑地在實際上僅是相對於一項對被告而言遙遠抽象危險所採取的一種預防措施。作為防禦此項危險之措施，預防性地禁止辯護人辯護乃是不合乎比例

原則且是一項違憲侵害訴願人職業自由基本權之行爲。

## V 原判決應予廢棄

聯邦最高法院之判決應加以廢棄

本裁定乃是一致通過

參與審判之法官：

Henneka, Dr. Leihholz, Geller, Dr. Rupp,

Dr. Geiger, Dr. Federer, Dr. Kutscher.

# 關於「律師穿著法袍義務」之裁定

BVerfGE 28,21-36【律師穿著法袍義務案】

聯邦憲法法院第一庭 1970.2.18. 裁定

— BvR 226/69 —

謝 銘 洋 譯

## 裁判要目

裁判要旨

裁判主文

理 由

A 事實經過與法律爭點

1. 事實經過
2. 訴願人之主張
3. 司法部長之見解
4. 律師協會之見解
5. 暫時處分之申請已被駁回

B 憲法訴願無理由

I 有關基本法第十二條第一項之部分

1. 習慣法之觀點
2. 公共利益之觀點
3. 法院就本案有管轄權
4. 習慣法之內容及其範圍之確定

II 有關基本法其他規定之部分

## 裁判要旨：

一、律師有穿著法袍出庭之義務，並非基於法律之規定，而係基於習慣法。此一習慣法並不違反基本法第十二條第一項之規定。

二、訴訟法院對於此一義務之遵守，亦負有監督之義務。

三、訴訟法院對於拒絕穿著法袍出庭之律師，得於個別之審理庭期中，就特定之訴訟事件，拒絕其為訴訟代理人。

一九七〇年二月十八日第一庭之裁定。

— 1BvR 226/69 —

本件係 Fritz K 律師對 a ) Freiburg 區法院 1969 年三月十八日之裁定及 b ) 同年四月一日 Freiburg 區法院之裁定提起之憲法訴願。

## 裁判主文：

憲法訴願駁回。

## 理由：

### A 事實經過與法律爭點

#### 1. 事實經過

訴願人自一九五五年起，經 Freiburg 區法院同意獨立執行律師業務。其在第七及第二民事庭，拒絕穿著法袍出庭。其對於法院指示律師，依法應穿著法袍出庭應訊，堅持自己之看法。認為律師有權自由決定是否著法袍應訊。

為此，民事庭第七庭於一九六九年三月十八日為下述之裁定：

「K. 律師因未穿著法袍出庭，且經法院明白指示律師應穿著法袍出庭後，仍拒絕穿著法袍出庭應訊，是以不得為當事人之訴訟代理人。」

同日，民事庭第七庭之庭長通知委任訴願人之當事人，其委任之律師不穿著法袍出庭，為不符合訴訟程序之代理。倘其案件不另為符合法律規定之訴訟代理，則可能會受不利益之裁判。

一九六九年四月一日，民事庭第二庭指示其不依規定穿著法袍不得為代理人時，訴願人聲明代理人不用穿著法袍，將成為一基本原則問題。就此法院做了下述之裁定：

「因K律師明白拒絕穿著法袍出庭，是以在其拒絕穿著法袍出庭之期間，將不得以律師之身分代理該案出庭。」

訴願人針對一九六九年三月十八日之裁定所提出之抗告，於同年四月八日被 Karlsruhe 高等法院

（ Freiburg 第四民事庭）裁定程序不合法駁回。其所涉者為，法院組織法（GVG）第一百七十六條所規定之維持法庭秩序之措施，不得依同法第一百八十一條或民事訴訟法第五百六十七條之規定撤銷。該抗告之救濟途徑亦不符合基本法第十九條第四項之要件，因所涉者為司法權之處分，而非司法行政之處分；該憲法之規定係由法官給予保護，而非保護其對抗法官。

## 2. 訴願人之主張

訴願人就區法院之裁定提起憲法訴願，主張侵害其基本法第一條第一項、第二條第一項、第四條第一項及第十二條第一項之基本權利。其主張法律並無強制其穿著制服之規定，對其所作之處分，在司法行政之內部行政命令及聯邦律師協會之準則，皆無充足之憲法上基礎。由聯邦律師法（BRAO）第三條，亦可得出該處分違法性之結論。身為自由職業之一員，並不負有穿著特定「工作制服」之義務。其良知使其無法屈服於「服裝規則」之不當強制。最後其指出，如果對於開庭時所為之此種警察處分，無法提起訴願，係違反法治國家之基本原則。

## 3. 司法部長之見解

聯邦司法部長及 Baden-Württemberg 邦之司法部

長，做了下述大體上相同之說明：就目前這種情形，並無明文規範穿著法袍之義務。縱使人們欲將巴登州一八七九年九月十五日之公告（GVBl.S.642）視為法律命令，該命令亦於一九三八年一月一日因一九三七年十二月十一日之後，依帝國司法行政中有關穿著制服之命令（GRB 1. I S. 1383）而不再適用。嗣後亦無實質意義之法律可以說明在本案之情形有穿著制服之義務。

目前 Baden-Württemberg 邦只於一九六六年十一月十七日制定之司法院之命令中，有於普通法院穿著制服之明文規定（Die Justiz S.322）。此一行政命令之形成係以律師身為受國家約束之職業之一員，應遵循國家依其司法高權所公布之命令為根據。縱使要對之加以否認，亦應探討：此行政命令是否不僅只在說明，根據制憲前之習慣法律師有此義務，而且根據該職業成員之絕大多數共識，該義務於引入法庭制服後，被視為專門職業法（Standesrecht）之重要部份。

雖然於聯邦律師法中，並未明文規定穿著制服之專門職業法上之義務。但此一義務可從聯邦律師法第四十三條所述之一般職業義務中導出之；該義務之具體化，則是以該職業之成員們之觀點，就如同聯邦律師公會於準則中所確認之觀點，做為認知之來源。當時專門職業準則第八條規定，律師出庭應穿著法袍。由此所表現出來有關職業義務之一般觀點，符合聯邦律師法第四十三

條第二句之規定；因其考慮到律師之地位為一獨立之司法機構且平等地參與司法。是以律師專門職業法上於法官前應穿著法袍之義務，亦符合基本法第十二條第一項之規定。

儘管如此，憲法訴願仍屬有理由。被撤銷之處置，涉及對律師自由執行業務權利之嚴重侵害。只有法院組織法第一百七十六條可以做為授權之法律基礎，但本案並不符合該條之構成要件。縱使吾人認為審判長依法院組織法第一百七十六條之規定於極端之案例，為維護法庭秩序亦有禁止律師出庭之權利，但應考慮憲法對自由執行職業之價值判斷，特別是律師做為司法救助之獨立機構，以及百年來“律師自由業”所存在之意義。在此基本原則下，倘吾人考量律師不穿著法袍出庭，若無其他狀況，並不會影響個案中法律及事實之發現，亦不會阻礙審理正常的進行，則法院選擇其所能使用之最嚴厲措施，事實上是不必要的。其實法院得選擇其他較適當且影響較小之措施，如將其交由榮譽法院之程序處理之。

#### 4. 律師協會之見解

聯邦律師協會於聽過各地律師協會之陳述後，於一九六九年十月十日大會上，根據律師法第一百七十七條第二項第二款，一致做了下列之認定：

「穿著法袍之權利及義務，符合歷來德國律師之一般確信，並因此而成爲其專門職業上之義務」

除此之外，該協會亦做了下列之陳述：在舊 Baden 邦、早期之 Südbaden 邦及現在之 Baden-Württemberg 邦，並無有關律師穿著法袍之明文規定此與一些其他邦明文規定於法院組織法之情形並不相同。幾乎所有之邦司法行政部及 Baden-Württemberg 司法部爲配合一九六六年十一月十七日之命令而公佈行政命令，即明白表示出下述法律見解：此類事項之規範權限，係基於國家機關之一般權力而來，且屬於各邦司法高權之權限範圍；德國聯邦衆議院法律委員會於審議聯邦律師法時，亦表示相同之見解。此一見解依現今之標準是否亦符合憲法上之認知，可以暫且不論；因這裡所提及之行政命令，並不包含不合法之行政命令。

無論如何，律師有穿著法袍之義務，係由聯邦律師法第四十三條所得出之職業義務，該義務之維持於必要時得經由榮譽法院之處分加以強制之。其處分方式，明文規定於現行職業準則第八條。根據現今律師界之了解，法袍具有重大之意義，亦即其具有表現出以同等地位參與司法之象徵性功能。以職業之觀點要求穿著法袍出庭之義務，符合聯邦律師法第四十三條之規定，基本法第十二條第一項所規定之基本權利，並不會因此而被侵犯。其在此所牽涉者爲，執行律師職業規範之合理性

及適當性規範，該規範所為限制，相較於所追求之目的而言，並不會過當，亦非不可期待。穿著法袍將凸顯出其在參與人間在訴訟上之地位。藉此將有助於追求事實所需之安靜與審理過程之秩序；同樣的，穿著制服之制度，有助於對判斷事件做出客觀評斷時，對被裁判之事件保持必要之人的距離。此一考量，檢察官、律師與法官並無不同。

縱有穿著法袍之義務，尚無法導出訴訟法院有此權限，禁止未穿著法袍出庭之律師參與審理程序之權限。律師職業法亦不認為訴訟法院對於律師職業上之錯失行為，得為此種制裁。律師過失違反其職業上之業務，僅應由榮譽法庭處罰之。訴訟法院於訴訟程序中無權指摘律師之行為違反職業準則。

值得懷疑的是，系爭裁定是否被認為是法院組織法第一百七十六條所規定之處置。禁止出庭之會議警察權之措施，係就參與審理程序或出庭而為。但此所涉者為，不得為當事人之代理人，亦即涉及如同適用聯邦律師法（BRAO）第一百五十六條第二項及民事訴訟法（ZPO）第一百五十七條第一項之規定時之法律技術上概念。民事庭顯然認為，不穿著法袍出庭之律師，已喪失其於言詞審理程序中身為律師之功能。因此該裁定可被視為程序上之處分，惟其本身欠缺法律上之基礎。

此外，該裁定亦無法以法院組織法（GVG）第一

百七十六條之規定爲其依據。法治國家之發展，使律師免於受法院之紀律及秩序之刑罰權。任何得暫時停止其行使職權之法庭之警察措施，均與律師機關地位不符。是否在最糟之情況，准許以法庭警察之措施將律師逐出法庭，在此並無予裁判之必要。因訴願人並未被指摘不適任出庭或挑釁法院。沒有這些額外狀況，而只是單純的未穿著法袍出庭並不會阻礙程序之正常進行。就法院組織法第一百七十六條所爲合憲性解釋，特別在考量比例原則及過當禁止之基本原則時，可得知法院所爲之裁定並不符合該規定。對於法院組織法第一百七十六條所爲錯誤之解釋及錯誤之適用，同時侵犯到訴願人自由執業之基本權利。聯邦律師協會早先根據一九六一年十月六日之決議認爲，法官無權以律師不穿著法袍爲理由，將之駁回。法院得將其不滿之行爲記明筆錄並向有權機關提出榮譽法院之程序，或由職業監督機關處分之。倘除不穿著法袍出庭外，尙有其他情事，法官得中斷或停止審理程序，此一作法以可以滿足實務上之需要。

### 5. 暫時處分之申請已被駁回

聯邦憲法法院已於一九六九年五月三日駁回訴願人請求爲暫時處分之申請（BVerfGE26,14）。

**B 憲法訴願無理由。**

## I（有關基本法第十二條第一項之部分）

本案並未違反基本法第十二條第一項之規定。律師有穿著法袍出庭之義務，所牽涉者為職業執行之規範。此一規範在 Baden-Württemberg 邦雖無法律基礎，但其基礎在於於制憲前之習慣法。此種習慣法亦可做為干預職業自由基本權利基礎。

### 1. 習慣法之觀點

百年來在全德國，不論是在區法院、與其等級相當之法院抑或其上級審法院，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訂之邦，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。

a. 在大部分之德國法律領域，此一律師之義務被法律明文規定。一八七八年四月二十四日頒佈之法院組織法普魯士施行法（PrAGGVG）第八十九條即規定：法官、檢察官及速記員在公開審理庭，應穿著司法部長所定之制服。律師在高等法院及區法院之公開審理庭中，適用本規定。

Braunschweig 邦，Schaumburg-Lippe 邦及 Bremen 邦皆曾公佈類似之規定，在 Bremen 邦則將之限制於刑事審理程序之案件。納粹政權並未改變其法律狀態。至

今法院組織法普魯士施行法第八十九條之規定，在當初普魯士之法律範疇內，仍視為有效之法律。

Bremen 邦於不久前以法律明文規定：司法及憲法之評議委員，得根據律師協會主席團之聽證，規定律師於法院公開之審理庭時，亦應穿著制服。

b. 此外，除一些可能尚存之舊法，迄今在大多數之邦中皆係透過行政規定來規範律師有穿著法袍出庭之義務，就像以前之 Baden 邦係透過一八七九年九月十五日之“國家最高決議－” *Allerhöchste Staatsministerial-Entschlieβung* ”而為之：

Baden-Württemberg: AV des JM vom 17. November 1966, Die Justiz S. 322;

Bayern-Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 16. Oktober 1956, JMB1. S. 183;

Berlin: Gem. AV der Senatoren für Justiz und für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 24. September 1968. AB1. S. 1196;

Hamburg: Bestimmungen des Senats vom 8. März 1955, AAanz. S. 265;

Hessen: RdErl. des MdJ vom 11. März 1966, JMB1. S. 108;

Niedersachsen: AV des Nds. MdJ vom 6. April 1967, Ndsrpfl. S. 83; Nordrhein-Westfalen : AV des

JM vom 5. February 1963, JMB1. NRW S. 49;  
Rheinland-Pfalz: AV des JM vom 5. Oktober  
1965, JB1.S.179.

c. 所有前述之法律規定及行政規定，正表現出德國各邦一致而普遍之法律確信，其不僅為所有法院之法官，且為律師界共同之法律確信。是以，雖然在個案中缺乏法律之規定，或行政法規並無相關之規定，但由上所述亦可得出律師有穿著法袍出庭應訊之法律上義務。重要的是，根據專門職業之確信，此種行為在律師規範中被認為是職業義務中所導出之當然結果，亦為受尊重之行為所必要者。專門職業機關自治組織為了解釋及具體說明專門職業義務而發展出來之準則，亦長久以來即明示律師有穿著法袍之義務。

不論國家係依法律之規定或依行政法令，要求律師應穿著制服出庭，亦符合律師界對專門職業義務之一致的多數見解。本件並未就國家機關及專門職業機關間，有關此義務之實質內容所產生之歧見有所指摘。對於所有之參與者而言，不論是法官抑或是律師，皆將此義務視為法律義務，並為長期實務運作所一致遵循，且因而在法律未明文規定之情形，亦被視為習慣法。

## 2. 公共利益之觀點

律師有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，在此範疇內亦會考量合目的性之觀點。

法院之審理程序，得以在良好之秩序及合理之形式下進行，為社會大眾之重要利益。倘參與審理之律師亦穿著法袍出庭，有助於此一目的之達成。並藉以凸顯其与其他參與審理程序人中之地位；亦顯見其做為法律救助之獨立地位。藉此至少間接有助於在程序中，對法律及真實之發現；因為其使法庭中之狀況一目了然，法庭同時提供和平之氣氛及客觀性，使判決得以適當之方式形成。倘人們考量到，在此其實對職業自由之行使影響甚少，而其負擔係微不足道，則可得出結論，即其不違反基本法之比例原則。

### 3. 法院就本案有管轄權

維持法律或習慣法所建立之義務，並非只由律師專門職業機關負監督之責，訴訟法院亦有責任。律師於言詞審理程序是否應穿著法袍，並非只有或主要牽涉到律師職業法之問題。在此首先牽涉到的是，基本法第七十七條第一款意義下所使用之專有名詞，即「法院組織」及「法院程序」而非「律師」。

由「傳統」或「習慣」之特徵，此特徵是做為立法內容分類時之重要特徵，即可證明由體系之關連性所導出之區別；因為透過法院組織法普魯士施行法第八十九

條，律師有穿著法袍之義務，被列入法院組織法之相關規定中。倘若依當時立法者之見解，此事屬律師之職業及專門職業法之內容，則依當時相關之廣泛立法程序幾乎同時被通過之律師法，顯然會將之視為專門職業之事項。

對此有意義的是，當今立法者對於此一問題亦明確的表示意見。參議院受其法律委員會之請，於諮詢一九五九年之聯邦律師法時，建議在第七十一條 a 做如下之規定：「律師於出庭時，應穿著邦政府以法規性命令所規定之法袍」。聯邦政府亦同意之。眾議院法律委員會討論時認為，究係行使國家司法高權之行政機關有權公布有關穿著法袍之規定，抑或律師公會有權透過律師職業執行準則為之，此一問題有時會在律師及律師公會，與司法行政間產生不同之意見。聯邦司法部長代表 Bülow 博士認為，律師公會無權規定法袍應於何時及如何穿，其決定權在於邦之司法高權。該委員會之諮詢結果與聯邦參議院之意見並不相符。眾議院委員 Hoogen 主席指出：「委員們一致之意見認為，由於牽涉到邦的司法高權，因此第七十一條 a 並未被採納」。

立法者早期認為，律師有穿著法袍之義務係屬「法院法」而非「律師法」之見解，至今並未改變。而該法律狀態之判斷，嗣後亦未被質疑。律師專門職業之自治機關，並未違反各邦於聯邦律師法公布生效後所公布之

一系列行政規則。但專門職業之代表極可能會認為國家機關侵犯到法律所保障律師之「自由職業」權。在此要考量的是，在系爭時空內對於依法行政原則及職業自由基本權利之法律確信，以及律師自治組織根據其制度之重要性以及其在該制度中人與專業之權威性，有能力對國家機關與公眾提出不同觀點之主張。

綜上所述，可確定的是：雖然依據體系及歷史之解釋結果，正如同立法者及法律專業人士之共同見解，認為律師有穿著法袍出庭之義務，但此並不完全是專門職業之事項，因此在違反之情形並非僅由專門職業之榮譽法庭審判或制裁。雖然榮譽法庭於職業義務行為之觀點，亦有管轄權。但若律師行為涉及「法院法」之層面，則訴訟法院有確保依法形成及進行訴訟程序之職權與義務。

#### 4. 習慣法之內容及其範圍之確定

當然，該習慣法之內容只有在下述範圍內被確定，亦即其確定律師於法庭審理程序時，有穿著法袍之義務。同樣的屬於習慣法所明確表達之原則為：訴訟法院對於違反此一規則應如何處理，並未被確定。邦法院所為被聲請撤銷之裁定，係對訴願人就個別之審理期間，就特定之法律案件「駁回其訴訟代理」或「拒絕其以律師之身分代理」。就此，在當時之情況，鑑於干預之強

度，選擇了最輕之方法。在法庭外，訴願人就此事件有關職業之行使並不受影響；此外，其可自行決定改變其行爲，以避免此種處置再發生。在此亦無法認定邦法院是否應可做出其他影響較小之處置。因邦法院受負託確保依法進行法院審理程序，在法律上其並無義務，對於訴願人以不被認同或草率的理由即不再遵守自己早先亦遵守之法律義務之行爲，毫無任何處置地完全加以容忍。倘邦法院不願延期審理，以等待專門職業法上之措施之提出及執行，在憲法上亦無可質疑之處。法院亦可認爲，延期可能會影響到其他更爲重要且較訴願人之利益更爲優先之利益；不僅訴願人之當事人，同樣的相對人皆可能因延期而必須承受不利益，對於法院，就整體而言，亦會因任何實質不允許之延期而對於繫屬之訴訟程序產生不利之影響。

## II 有關基本法其他規定之部分

本案顯然並未違反基本法第一條第一項及基本法第四條第一項之規定；在駁回做爲訴訟代理人之部分，並不適用基本法第二條第一項之審理標準（BVerfGE 22,114[120 其他說明]）。

訴願人不得以自己之名義直接對邦法院之裁定提出法律救濟，亦未違反基本法第二條第一項之規定及法治

國家原則，該審級利益既不受基本法第十九條第四項亦不受法治國家原則之保障（ BVerfGE 11,232[233 其他說明] ）。

# 關於「石油產品儲存義務」之裁定

BVerfGE 30, 292-336 【礦物油儲存案】

聯邦憲法法院第一庭 1971. 3. 16. 裁定

案號：1 BvR 52, 665, 667, 754/66

劉淑範譯

## 裁判要目

裁判要旨

案由

裁判主文

理由

A. 爭點

- I. 系爭法律之立法背景
- II. 系爭法律之立法目的與西歐各國概況
  1. 系爭法律之立法目的
  2. 歐洲共同體之相關準則
  3. 西歐各國概況
- III. 系爭法律之重要規範內涵
  1. 系爭法律之重要規定
  2. 系爭法律第七條第二項之規定

3. 系爭法律所涉及之事業團體
  - a) 生產事業
  - b) 進口事業
- B. 憲法訴願當事人之立場
  - I. 各憲法訴願人之事業性質
  - II. 各憲法訴願人之主張
  - III. 聯邦政府之觀點
- C. 憲法訴願裁定之理由
  - I. 程序合法理由
    1. 系爭法律與相關歐體準則之關係
    2. 系爭法律為憲法訴願標的之程序合法性
  - II. 實體理由
    1. 「為達成公共任務而徵用私人」之本質
    2. 基本法第十二條第一項作為審查「為達成公共任務而徵用私人」是否合憲之標準
      - a) 基本法第十二條第一項所保護之法益
      - b) 職業選擇自由與執業自由之區分
      - c) 關於執業之規定與比例原則
      - d) 關於執業之規定與平等原則（基本法第三條第一項）
    3. 關於本案中平等原則之審酌範疇
    4. 關於執業之規定與所有權保障（基本法第十四條）
    5. 基本法第二條第一項之適用限制

## 〔裁判要旨〕

1. 「為達成公共任務而徵用私人」( **Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben**, 此係指石油產品儲存義務) 本身並不違憲。
2. 此種徵用之合法界限尤係自基本權利推衍而出，而基本法第十二條第一項及第三條第一項乃屬格外重要。

## 〔案由〕

本裁判係第一庭於 1971 年 3 月 16 日所作之裁定(案號：1 BvR 52, 665, 667, 754/66)，其緣由為下列四件針對 1965 年 9 月 9 日公布之「維持石油產品最低存量法」(Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen, BGBl. I S. 1217)所提之憲法訴願：1. T 廠商 ... (1 BvR 52/66)；2. B 廠商 ... (1 BvR 665/66)；3. M 廠商 ... (1 BvR 667/66)；4. I 廠商 ... (1 BvR 754/66)。本四件憲法訴願之共同代理人為 Dr. Georg Kappus 律師(Frankfurt/Main, Friedensstraße 2)。

## 裁判主文

1. 一九六五年九月九日公布之「維持石油產品最低存量法」(Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen, Bundesgesetzbl. I S. 1217)，對於其儲存義務僅以石油產品之輸入為依據、既不受其他有儲存義務事業之支配性影響、且亦無法對其他事業產生此種影響之事業，未就由其經濟結構所生並使其競爭能力大為惡化之儲存義務負擔，作得以適當顧及此種情況之規定，就此而論，首

開法律係不符合基本法第十二條第一項及第三條第一項。

2. 一九六五年九月九日公布之「維持石油產品最低存量法」(Bundesgesetzbl. I S. 1217)，就第一點所指陳之範圍而論，係侵害各訴願人基於基本法第十二條第一項及第三條第一項之基本權利。

3. (本四件) 憲法訴願之其餘部分應予駁回。

4. 德意志聯邦共和國應償還各訴願人所支付必要費用之四分之一。

## 理由

### A. ( 爭點 )

本四件憲法訴願係直接以一九六五年九月九日公布之「維持石油產品最低存量法」(Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen, BGBl. I S. 1217)為其標的，該法乃採行對礦物油產品之儲存義務。

### I. ( 系爭法律之立法背景 )

在過去數十年中，歐洲能源經濟產生劇烈之結構性轉變，尤以德國亦然。科技躍進促使能源之需求大幅增加；同時，在能源需求之結構組成方面，亦因新能源產品加入需求供應之行列，而出現重大之改變。就目前及可見之未來而言，在各項新能源產品中，礦物油（連同其產品，尤其是燃料油）係獨占鰲頭。德國能源市場當前情勢之表徵即在，礦物油已滿足第一線能源需求之半數以上。煤炭之比例降落至百分之三十以下，而天然氣及核子燃料之能源產品暫時仍處於較不重要之地位。因德意志聯邦共和國本國之石油採掘遠不足以滿足額

外之能源需求，輸入之比例乃大幅激增。目前德意志聯邦共和國之石油需求，大約百分之九十係仰賴輸入。在此種現狀之下，一方面，由於本地煉油廠之容量持續成長，輸入之重點遂逐漸轉移至原油，而在另一方面，輸入礦物油產品之目的則較在平衡尖峰時期之需求量。儘管如此，礦物油產品之輸入仍佔相當份量，其中以燃料油居首。原油之輸入，絕大多數係源自於歐洲以外之國家，尤其是北非、近東及中東地區之國家，而製成品之輸入，其中大約百分之七十係源自於歐洲經濟共同體之國家，百分之十二則來自東歐。至於自歐洲經濟共同體地區所輸入之製成品，主要乃以北非及近東地區之原油提煉生產。

隨著歐洲國家對能源輸入之依賴滋長，確保供給之問題遂逐增其重要性。如因原油出產國家之政治危機或聯合抵制措施而導致石油輸送中斷時，可能會殃及歐洲之石油供給。此種風險迫使依賴輸入之國家採取安全措施，俾於特定之輸入管路中斷時，得做短期性之調節，並避免價格之飆漲。除長期性之措施外，諸如擴增本地能源來源及分散供應來源，可資考慮之防範措施，尤為對一定過渡時期預為儲存。

將近十五年以來，新能源產品之推進，亦演成燃料油取代煤炭之競爭。煤炭之既有市場地位因之遭受如此重大之震撼，以致於引發歐洲及德國煤礦業之結構性危機。德國之能源政策，首先乃力圖藉「**合理化之措施**」(**Rationalisierungsmaßnahmen**)以促進煤礦業之營利性。其次，為確保煤礦業之結構改善，並採取「**側翼性措施**」(“**flankierende Maßnahmen**”)，俾排除因相互競爭之能源產品，尤其是燃料油，而造成對煤礦業復甦之妨礙。就此而言，尤應舉對燃料油所課徵之特別進口關稅及燃料油稅為例。此外，礦物油供應事業於一九六四年十一月，達成在燃料油供應上之「**自願性自我設限**」(“**freiwillige Selbstbeschränkung**”)：為避免對燃料油之輸入採取配額，礦物油供應事業對聯邦政府負有僅於國家核可之總額度範圍內，在國內市場供應輕燃料油及重燃料油之義務；一定之銷售限額則分屬於各個供應者。在輕燃料油方面，上開自願性自我設限持續至一九六八年十一月為止；在重燃料油方面，該項限制則至一九七一年三月始被廢除。最後，對於發電廠之煤炭消耗，並持續地贊助之(主要係藉一九六五年及一九六六年制頒之所謂『**促進利用煤炭發電法**』

[ **Verstromungsgesetze** ] ) 。

前揭「**維持石油產品最低存量法**」，亦被納入「**側翼性措施**」之綜合體中。在此等措施之體系中，該法(除其提高成本及藉此抑制燃料油競爭之一般性效能外)原本亦肩負確保礦物油供應事業對其他事業做自願性自我設限之任務。基於聯邦政府之發動而於一九五八年十二月訂定之「**煤礦業與礦物油供應事業聯合行為契約**」(**Kohle-Öl-Kartell**)，因許多獨立進口事業未加入該契約，且提供低於聯合定價之價格，乃於一九五九年八月被礦物油公司終止。一般認為，將**所有**礦物油產品進口事業納入「**無償性儲存義務**」(**unentgeltliche Bevorratungspflicht**)之適用範圍，適於減輕就燃料油市場對其他事業之影響所進行之監督。

## II. ( 系爭法律之立法目的與西歐各國概況 )

1. 系爭法律之制定背景顯示，對立法者具決定性之因素，乃確保能源供給及保護煤礦業之經濟政策上動機。

對於提出系爭法律草案之聯邦政府而言，確保供給之觀點則居於首要地位。在草案之理由說明中(BTDrucks. IV/3325)，僅指稱該項觀點為立法動機：「系爭法律應使德意志聯邦共和國亦能履行其未來對歐洲經濟共同體肩負之儲存義務。系爭法律之目的，係在對特定輸入管路短期中斷之情況預做防範。藉著就汽油、瓦斯油(煤油)及燃料油之主要產品規定儲存義務之方式，以期能具備暫時因應至情勢正常化或轉向其他供應來源之條件。此外，儲存義務亦應有助於排除因非常性氣候因素或輸送障礙而造成之供應困難。」

除防範危機之主要觀點外，在系爭法律之制定過程中，競爭政策上之觀點亦具重要性。在一九六四年十二月二日聯邦眾議院第一百四十八次院會中，眾議員 Aschoff (FDP)<sup>譯註一</sup>指出，在能源領域上，儲存費用對於能源產品間之競爭係具重要性，氏並要求，聯邦政府「在儲存之問題範疇即速提出建議」。在此次

---

<sup>譯註一</sup> FDP 係「自由民主黨」(“Freie Demokratische Partei”)之簡稱。

院會中，聯邦經濟部長向聯邦眾議院報告聯邦政府所擬訂能源政策上之措施如后：

- 「一、為直接穩固煤炭之銷售，將提出一項對電能供應事業之利用煤炭減免稅捐之法案。
- 二、為較能掌握礦物油市場未來發展之概況，聯邦政府已通過一項規定設置煉油廠及油管者應履行申報義務之法案。抑且，該法案並規定預先申報之期限，是以，實際上亦如同延緩設置之情形。
- 三、將儘速向聯邦眾議院提出規範油管問題以及關於礦物油範疇內施行儲存之法案。
- 四、聯邦政府將在與礦物油供應事業協力合作之下，促使礦物油市場之發展能顧及煤炭之銷售情況。為支持礦物油供應事業擬議之自我設限，聯邦經濟部長將建議聯邦政府制頒一項行政命令，藉以明定，「對外經濟法」(Außenwirtschaftsgesetz)第十條之規定亦適用於礦物油之輸入。」(StenBer. S. 7299 D)。

聯邦眾議院於一九六五年六月二十三日第一百九十一次院會中，經第二、三次之協商，一併通過系爭法律、「促進利用煤炭發電法」(**Gesetz zur Förderung der Verwendung von Steinkohle in Kraftwerken**)以及「促進煤礦業合理化法之修正法」(**Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Förderung der Rationalisierung im Steinkohlenbergbau**)。於院會辯論之際，眾議員 Luda 博士 (CDU)<sup>譯註二</sup> 將系爭法律明白納入為規範能源市場秩序而訂定之綜合措施中：

「為臻有意義地規範能源市場秩序之目的，尤其是為確保德國煤礦業在能源市場上維持一億四千萬噸年開採量之穩固地位，如眾所周知，聯

---

<sup>譯註二</sup> CDU 係「基督教民主聯盟」(“Christlich-Demokratische Union”)之簡稱。

邦政府於本屆聯邦眾議院任期內開始進行下列各項長期性之措施，其中部分並業已實踐：首為促進利用煤炭發電（此外，如眾所周知，並已擬訂補充措施，俾加強在與煤礦遠離地區之效果）；次為『促進煤礦業合理化法』之修正；再為礦物油之儲存。這三項刻正為此處辯論之主題。進而言之，本人更舉礦物油供應事業在燃料油供給上之自我設限以及最後關於煉油廠與油管之申報法為例。上開措施，雖適於長期性地穩定市場，惟或因其尚待最終之實踐，抑或因需要一段發動時期，而仍無法對一九六五年之市場情勢發揮影響力...」（StenBer. S. 9588, C, D）。

2. 歐洲共同體基於多年之準備工作，尤其是「執行委員會」（Kommission）一九六四年所提之草案，「歐洲共同體會員國政府代表會議」（Rat der Europäischen Gemeinschaften）於一九六八年十二月二十日制頒「關於歐洲經濟共同體會員國維持石油及（或）石油產品最低存量之義務準則」（“**Richtlinie zur Verpflichtung der Mitgliedsstaaten der EWG, Mindestvorräte an Erdöl und/oder Erdölerzeugnissen zu halten**”，Amtsblatt vom 23. Dezember 1968 Nr. L 308/14）。該準則之序言陳述理由如下：「鑒於石油與石油產品之輸入對歐體之供應逐增其重要性，縱使自第三國之輸入量暫時地縮減，亦可能造成對歐體經濟活動之嚴重干擾。是以，歐體必須具備能力，以抵消類此突發狀況之不利影響，或至少予以緩和。既然供應之危機可能突然爆發，為因應可能出現之匱乏情況，此刻即須採取必要之防範措施。職是，應循組成及維持最重要石油產品最低存量之途徑，來加強確保對歐體會員國之石油及石油產品供應。」為臻此目的，上開準則第一條及第三條乃規定，歐體會員國應制定適切之法律及行政命令，俾持續地維持一定之存量，抑且，各個應予儲存之石油產品類型之存量，至少應符合以日平均量為基準所計算出之前一年本國六十五日之消耗量。

3. 大多數之西歐國家，其中亦有非屬歐洲經濟共同體之國家，均作規定，課予私人事業為防範危機情況儲存礦物油之義務。在比利時、法國、義大利、盧森堡、葡萄牙及瑞典，主要係對經營礦物油及礦物油產品輸入及生產業

務之事業（間或亦對大用戶、銷售事業及倉儲事業），直接以法律及行政命令課予其儲存義務；在瑞士則採與核發輸入許可連結之契約式「義務性倉儲體制」（“Pflichtlagersystem”）。

### III. ( 系爭法律之重要規範內涵 )

1. 依系爭法律第一條之規定，下列三種石油產品類型應予儲存：

1. 供發動機用之汽油、供飛機用之汽油、供渦輪噴氣飛機用之燃料；
2. 柴油、輕燃料油、煤油；
3. 中燃料油或重燃料油。

應盡儲存義務者，一為輸入此等產品之事業（『進口事業』〔**Einführer**〕）所有人，另則為以進口石油生產此等產品或委託生產此等產品之事業（『生產事業』〔**Hersteller**〕）所有人。依此，儲存義務之成立，或僅因輸入石油產品，或因以進口原油從事石油產品之生產（譬如煉油廠之生產活動），抑或因事業兼具「進口事業」及「生產事業」之雙重性質。反之，僅銷售石油產品而本身並未輸入或生產此等產品之事業，則無儲存之義務，此外，僅分配或消耗石油產品之事業亦同。石油（原油）本身毋需儲存；惟依系爭法律第三條之規定，石油產品之生產業者，亦可藉輸入之石油（原油），或藉自進口石油所生產之半製成品，抑或藉輸入之半製成品，來履行其儲存之義務。以德國石油所生產之石油產品則不在義務存量之計算之列 (§ 2 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2)。

儲存義務之內容係為，有儲存義務之業者，就系爭法律第一條所列舉之各類型石油產品，應持續地維持法定之存量。「法定之存量」(**gesetzliche Vorratsmenge**)係指，在過去一年中，應盡儲存義務之業者平均

1. 於四十五日內所輸入之數量或
2. 於六十五日內以進口石油所生產之數量 (§ 2 Abs. 1)。

計算存量所依據之時段，就生產而言，之所以較輸入超出二十日，乃因依系爭法律第三條之規定，生產業者亦可藉原油來履行其儲存義務。揆諸草案理由，

此項差異係「出自下列顧慮：基於工廠運作之原因，生產業者通常係維持二十個生產日所需之石油存量，依第三條之規定，該石油存量得折算至應儲存石油產品之數量。是以，一般而言，生產業者亦將僅儲存符合四十五日平均產量之石油產品」(BTDrucks. IV/3325 S. 7)。

依系爭法律第二條第三項之規定，於計算義務存量時，應自去年所輸入或生產之年數量中扣除：

- 1.輸出或供應外國軍隊之數量；
- 2.供海洋船艦燃料所用之數量；
- 3.供「礦物油稅法」(Mineralölsteuergesetz)第三條意指維持生產運轉所需燃料用之數量。

聯邦經濟部長得暫時地(至多六個月)全面性或局部性降低法定之存量，俾預防能源供應上之直接困難或排除已發生之困難(§ 8)。

業者並無永遠獨自直接占有法定存量之義務。業者係間接占有存貨，而直接占有該存貨之業者不以該存貨來履行其本身之法定儲存義務，抑且，相對於間接占有之業者，直接占有之業者處分該存貨之權利受到限制時，間接占有之業者亦可以該存貨來履行其儲存義務(§ 6 Abs. 1 Nr. 2)。再者，業者雖非占有者，惟占有一千噸以上存貨且有處分權之業者以書面與之約定，至少在未來三個月內既不得消耗該存貨，亦不得轉讓該存貨給第三人，並對之保證，不以該存貨列為其本身之法定存貨時，非占有該存貨之業者即可將該存貨納作法定存貨(§ 6 Abs. 1 Nr. 3)。最後，在一定之要件下，尚允許共同占有存貨，俾多數事業得藉之為「**集合式儲存**」(Sammelbevorratung, § 6 Abs. 2)。

原則上，儲存義務僅得以置放於系爭法律適用領域內之存貨履行之(§ 4 Abs. 1 Satz 1)。惟聯邦經濟部長得循行政命令之途徑，允許儲存義務得以置放於其他歐洲經濟共同體國家領域內之存貨履行之(§ 4 Abs. 2)。基於各國間之協定，此種行政命令業已制頒。

在系爭法律於一九六六年一月一日生效之際，尚毋須就全部範圍履行儲存義務，直至一九七零年一月一日為止，儲存義務乃逐次遞增。一九六六年間，進口業者僅須履行其中五分之一，而生產業者僅須履行其中二十分之十三；其後三年內，進口業者之儲存義務逐年增加前一年之五分之一，生產業者之儲存

義務則逐年增加前一年之二十分之二 (§ 21)。

2. 儲存義務對被涉及之事業，尤其是對進口事業，所造成之經濟負擔，系爭法律原則上未加以考量；關於損失補償或費用償還之規定，付之闕如。第七條第二項僅規定，應盡儲存義務之業者相對於前一年大幅限縮應予儲存石油產品之輸入或生產，或其儲存義務之履行因不可避免之事故而變為過度困難時，主管機關應依申請於適當之範圍免除其儲存義務。揆諸草案理由，該項規定係在「使應維持之存量能配合負有儲存義務之業者本年度之業務量而作調整」(BTDrucks. IV/3325 S. 9)。

3. 就經濟觀點而論，儲存義務係涉及各種性質相異之事業團體。

a) 煉油事業作為系爭法律第一條所指之「生產事業」，就質而言，係承受義務性儲存之主要負擔。其多屬以原油加工及礦物油產品銷售之多層次結構所組成之大型企業集團；此等企業集團之銷售網涵蓋從屬於集團之小型煉油事業及進口事業。除在所有局部礦物油供應市場上之經營活動外，在輕燃料油方面，此等企業集團亦發揮進口事業之功能；在銷售方面，此等企業集團，不僅彼此之間，同時亦與「獨立進口事業」(unabhängige Importeure)相互競爭。

b) 因「進口事業」之性質而負有儲存義務之事業，在經濟上，並不具有一致之形態。除「亦」因進口事業之性質而負有儲存義務之煉油事業外，「僅」因進口事業之性質而負有儲存義務之事業，不僅指原本意義之進口事業，同時亦囊括自行輸入礦物油產品之礦業，以及定期性或不定期性自行輸入礦物油產品之燃料批發商。惟後面提及之事業類型，因其輸入及銷售輕、重燃料油之數量較少，故其在法律上及實際上參與儲存之比例乃不具重要性。原本意義之「進口貿易事業」(Importhandelsunternehmen)，自一九六一年至一九六八年間，在輕燃料油之內銷上，約佔百分之二十五至三十之比例，在重燃料油之銷售上，約佔百分之十八至二十五之比例；就同時期內其在年輸入總額上所佔之比例而言，汽油及類似燃料約為百分之二十至三十，柴油及輕燃料油約為百分之三十至四十，中、重燃料油約為百分之三至九。至於其在法定之總存量上所佔之比例，自一九六六年以來，汽油約為百分之三至四，柴油及輕燃料油約為百分之

四至七，而中、重燃料油則仍低於百分之一。

在原本意義之進口貿易事業中，獨立之進口貿易事業突顯而出，自成團體。此種特殊團體包含二十家左右廠商，其大多數係經營批發業務，抑且，在銷售方面，尤其和國際性大型礦物油公司共處競爭之地位，在採購方面，此等廠商則彼此相互競爭。獨立之進口貿易事業視其市場功能主要係在供應尖峰時期之能源需求（尤在排除國內市場之供應瓶頸現象），並在儘量廉價供應消費者柴油及輕燃料油。在燃料油業務方面，獨立之進口貿易事業係「季節性」（“saisonal”）地進行交易；其大多數係向燃料批發商供貨，惟在某種程度上，亦自行參與國內批發業務。獨立之進口貿易事業曾以特殊事業團體之身份參與礦物油供應事業之自願性自我設限。自一九六一年至一九六八年間，其在輕燃料油之內銷上，約佔百分之三至四之比例，在汽油、柴油及輕燃料油之年輸入總額上，約佔百分之十至二十之比例，至於其在法定之總存量上所佔之比例，汽油約為百分之一至二，柴油及輕燃料油約為百分之二至四。

其餘之礦物油進口貿易事業，則在相當程度上係從屬於煉油公司、礦業、批發商及其他事業。

## **B. ( 憲法訴願當事人之立場 )**

### **I. ( 各憲法訴願人之事業性質 )**

提起憲法訴願之各事業屬於獨立進口事業之團體。其係以有限公司之組織形式經營業務。惟按照商業登記簿上之登記，此等事業經營之業務，並不侷限於礦物油之輸入，其乃亦擴及國內交易，就某些訴願人而言，甚至囊括全部之燃料交易。在各事業之內部，進口貿易業務亦不具有獨立性之組織上意義。然而，對所有事業而言，石油產品之輸入，尤其是輕燃料油，卻構成其個別營業額至少半數以上；國內交易額，在各事業中，則無超過其個別營業總額三分之一者。

## II. ( 各憲法訴願人之主張 )

各訴願人認為，因法定之儲存義務，而致使其基本法第十二條第一項、第十四條第一項、第二條第一項及第三條第一項所保障之基本權利受到侵害。渠等根據 Dr. Herbert Krüger 教授之鑑定報告陳述理由如后：

「由於系爭法律對僅或主要經營石油產品輸入業務且『單階層式活動、非從屬於企業集團、中等資產階級之礦物油進口事業』，課予持續性之儲存義務，而並未減輕其連帶而生之成本負擔，此等事業之營利性乃受到如此嚴重地折損，以致於其經濟上之存立產生動搖。系爭法律所強迫、未配合業務發展需求之持續性庫存，對獨立進口事業而言，係屬經營管理上一項無意義之任務，此等事業通常並不擁有必要之工廠設備來履行該項任務。獨立之進口貿易事業，僅向擁有倉庫之批發商或其他大客戶供貨，抑且，係在到達港口提供渠等貨品。是以，此等事業僅在到達港口擁有微不足道之倉庫容量，而在內地則僅限於兼營國內批發業務者，始備有倉庫。因此之故，對進口業務本身而言，原無庫存之必要。儘管仍見庫存之事例，其乃因季節性之因素所使然，抑或意味業主基於錯誤之市場評估所為之誤失。尤甚於此，全年持續之儲存係悖離獨立進口事業之市場功能，蓋因輕燃料油作為其輸入之主要產品，僅須於冬季使用暖氣之時期內予以庫存。基於上述理由，設置或租用油槽設備所需之昂貴經營成本、就存量所需資金之籌措與生息、以及持續庫存所生高度性價格風險之承擔，將對事業之存立產生毀滅性之影響力，更何況提高之成本，無法透過價格轉嫁給消費者。

綜上論斷，系爭法律係違憲地干涉訴願人之『職業自由』(Berufsfreiheit)。其最終將迫使訴願人放棄業務或轉為投入國內批發業務，其如此地將訴願人排擠在原有職業之外，以致於干涉『選擇職業之自由』(Freiheit der Berufswahl)。惟即令作為『執業』(Berufsausübung)之規定，儲存義務亦屬違憲。將獨立進口事業納入儲存義務之範疇內，對此等事業而言，係意味不合理地課予其悖離事業現實之義務，此乃違反『比例原則』(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)。

立法者為預防公眾遭受危險而採取立法措施之權限，並無爭議；惟其所推斷對德意志聯邦共和國礦物油供應構成之危險，卻過度誇張。縱令不採行法定之儲存義務，德意志聯邦共和國之礦物油供應亦不至於遭受重大危險，蓋因礦物油供應事業原本即維持系爭法律所要求之存貨。無論如何，對於確保供應之穩定性，維持全年不變之存量並無必要。立法者以較不嚴厲之干涉措施，亦可達成其目的。其原可將擁有倉庫之批發商、大用戶及倉儲事業納入儲存義務之範疇內，以取代對整體儲存完全不具重要性之獨立進口事業小團體，抑且，前者之大量存貨，甚至連統計都未予以充分掌握。即使是原油之儲存，亦能藉之避免獨立進口事業承受不合理之負擔，而原油之輸入遠比製成品之輸入對危機情況更為敏感。以前一年之輸入量為基準之存量計算方式，較之以前一年之消耗量為基準之計算方式，對獨立進口事業而言，係意味較重之負擔。最後，在與系爭法律令人質疑之利益相互衡量之下，無償性之儲存義務，對於獨立進口事業，乃為不成比例及不合理之干涉。系爭法律未提供足夠之對應方法，俾有效地減輕該法對事業營利性所造成之損害。

其次，各訴願人過度之負擔，並侵害基本法第十四條所保障之『已設立並已運作之營業權』(Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)以及同法第二條第一項所保障之『事業自由』(Unternehmensfreiheit)。再者，系爭法律牴觸基本法第二條第一項之原因亦在於，系爭法律徵用私人事業以達成公共任務，而未就由此所生之成本給予私人事業補償。按國家將特定之私人置於義務加重之處境，而此種為公共任務徵用私人係逾越單純附帶義務之限度，抑且，對義務人經濟情況之影響並非微不足道時，則國家基於憲法上之『照顧義務』(Fürsorgepflicht)，即亦應減輕義務人因此而生之成本。此種照顧理論，係基本法第二條第一項所指『合憲秩序』(verfassungsmäßige Ordnung)之內涵。

最後，系爭法律亦違反『平等原則』(Gleichheitsgrundsatz)。僅就將獨立之礦物油進口事業納入儲存義務範圍內而論，即已逾越『禁止恣意專斷』(Willkürverbot)所劃定之界限。立法者原本不應將從事輸入之事業納入儲存義務範圍內，而應僅侷限於習慣上或依其經濟上結構維持存貨之事業，並不論其

是否亦兼營輸入業務。抑且，系爭法律所涉及之各種事業團體，因儲存義務而承受不同程度之負擔。按礦物油進口事業及礦物油生產事業之經濟上結構，彼此相異。就進口事業而論，因其係向擁有倉庫之批發商供貨，故而儲存貨品並不屬於其事業活動之重要功能；持續不變之儲存對其反為經營上之誤失。此等事業必須在投注難以或經濟上根本無法籌取之資金下，先獲得倉儲之空間。反之，在生產事業方面，持續之儲存原本即為其正常營業活動之一環，並因生產過程而必然。既然生產事業原本即維持超越法定標準之存貨，對其而言，亦不生額外籌取倉儲空間之問題。進口事業受制於其市場地位，故無法透過價格回收因儲存而生之額外成本；反之，對於生產事業，儲存之成本原本即已產生。」

### III. ( 聯邦政府之觀點 )

聯邦政府認為本四件憲法訴願係屬無理由：「因公共福祉之重大理由，乃使儲存義務之法律規定無可避免。德意志聯邦共和國之礦物油供應多仰賴原油之輸入，此種趨勢並持續地增長。鑒於原油絕大多數須自近東及北非政治不穩定之國家輸入，德意志聯邦共和國之能源經濟因而持續地面臨遭受干擾之威脅，而此種干擾，既無法以政治手段，亦不能循短期性拓展其他供應國家之途徑，予以排除。唯有藉持續性儲存之方式，始能防範此種危險，俾無論危機發生之時刻為何，均充分備有維繫生存所需之礦物油產品，足以供應德國之需求，直至能轉向其他輸入來源。儲存必須以法律定之，蓋因礦物油供應事業自願維持之存貨有經常起伏波動之虞，抑且，不足以在因危機所造成原油輸入中斷之情況，於必要之長時期內，確保德國市場上礦物油產品之供應。立法者不能憑靠礦物油供應事業自行克服供應危機之能力。」

課予儲存義務未限制『職業之選擇』(Berufswahl)，其乃僅規範礦物油供應商之事業活動，而此等事業之職業形象並非由儲存與否塑造而成。課予儲存義務不至於將各訴願人自礦物油供應商之職業中排擠而出，蓋因各訴願人至少仍有可能跨入國內批發業務，抑或轉為輸入毋需儲存之產品。儲存礦物油產品，對輸入此等產品之事業而言，並不盡然是悖離事業現實之任務。作為『執業』

(**Berufsausübung**)之規定，系爭法律係基於公共福祉之合理考量，並不違反比例原則。僅以進口事業之身份而負有儲存義務之事業，由於其在輸入及內銷上所佔之比例偏高，故而亦須加入義務性儲存之行列。遇危機情況時，製成品之儲存較原油之儲存更有助於順暢之供應；此外，輸入之礦物油產品本身，多半係源自於近東之原油產地。以前一年之輸入量為基準之存量計算方式，亦如以前一年之消耗量為基準之計算方式，兩者實際上係導致相同之結果。最後，即使是各訴願人之財務負擔，亦仍屬合理的且可承受的，蓋因其可透過價格轉嫁給消費者，而系爭法律此外亦提供相當之可能性，俾顧及進口事業之特殊情況。

系爭法律既不抵觸基本法第二條第一項，亦不違反基本法第十四條。課予儲存義務，並不蘊涵『對已設立並已運作之營業干涉其財產實體』(**Eingriff in die Substanz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs**)，其乃僅為『對營業運作之負擔』(**Auflagen für die Ausübung des Gewerbes**)；其固然對『事業活動自由』(**unternehmerische Bewegungsfreiheit**)附加某些限制，惟此外並未動搖該項自由，是以，其顯然係屬『毋庸補償之合法所有權限制』(**entschädigungslos zulässige Eigentumsbindung**)。

系爭法律亦不違反平等原則。系爭法律在顧及規範對象之特性下，適當合理地區別情況，同時顯而易見地力求在可能之範圍內順應各種不同之利益。若將儲存義務僅繫於原油之輸入，抑或將儲存義務侷限於由於生產技術上之原因而勢必擁有倉庫之礦物油供應事業，則較不能彰顯功效。即令自生產事業與進口事業間之必然區分以觀，系爭法律亦不違反平等原則。與進口事業相較，煉油公司並非一般普遍地負擔過低之成本；即使是煉油公司，亦須超乎生產技術及經營管理之必要範圍，從事倉庫儲存，俾能符合法定之儲存義務。」

## C. ( 憲法訴願裁定之理由 )

### I. ( 程序合法理由 )

本四件憲法訴願係屬程序合法。

1. 系爭法律係對「歐洲共同體會員國政府代表會議」(Rat der Europäischen Gemeinschaften)於一九六八年十二月二十日制頒之「準則」(Richtlinie)所預為之實踐，該準則於第一條第一項規定，各會員國應制定適切之法律及行政命令，俾持續地維持一定數量之石油產品存貨，抑且，每種產品類型之存量，至少應符合前一年本國六十五日之消耗量。依「歐洲經濟共同體設立契約」(EWGV)<sup>譯註</sup>  
<sup>三</sup> 第一百八十九條第三項之規定，就所欲達成之目的而言，準則對各會員國係具有拘束力，惟關於實踐之形式及方法，則讓諸各會員國自作抉擇。

準則並不阻止，就為實踐準則所制定之德國本國法，進行是否符合基本法之審查。按個人不直接受到準則之影響；對個人而言，僅適用本國法。

2. 其次，本四件直接以系爭法律為標的所提起憲法訴願之程序合法性，並未遭到質疑。自系爭法律生效日起，各訴願人即須自動履行其儲存義務(依就各個情況所規定之數量，§ 21)，而毋待國家另為履行義務之命令。是以，渠等係「目前且直接地」(gegenwärtig und unmittelbar)受到系爭法律之干涉(參閱 BVerfGE 1, 97 [ 101 ff. ] ; 18, 1 [ 13 ] )。

再者，就各訴願人請求宣告系爭法律全部無效而論，亦毋可訾議。該法第一條至第三條所規定之儲存義務乃屬規範之核心，若將其廢除，其餘之規定即失去效用。

## II. ( 實體理由 )

本四件憲法訴願僅部分係屬有理由。

<sup>譯註三</sup>

EWGV 之全文為“Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft”。一九九二年二月七日於荷蘭 Maastricht 所簽訂之「歐洲聯盟條約」(“Vertrag über die Europäische Union”)，其 Art. G 將之易名為「歐洲共同體設立條約」(“Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft”)。

1. 系爭法律課予私人事業一定之行為義務，俾藉此確保公共任務之達成。此種「為達成公共任務而徵用私人」(“**Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben**”)並非皆屬違憲。其係(基於法律之規定)以各種不同之形態出現(參閱〔尚未發表之〕Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom Oktober 1970 in Speyer; 相關報導，參閱 AöR, Bd. 96, S. 85 ff.; JZ 1971, S. 106 ff.; NJW 1971, S. 740 ff.)。對於各個被徵用之人民，其合法性無法劃一而論。重要者，首為所授予任務之類型。即令在依據「自由事業活動原則」(**Prinzip des freien Unternehmertums**)結構而成之經濟秩序中，以生存必需之物品供給總體經濟，原則上亦屬私人業者之任務，故而，國家若為公共福祉之利益宣示此種供養為公共任務，並藉私人業者之力來達成該項任務時，應屬可令人理解。在如本案礦物油儲存之事例中，國家並未授予私人業者依其性質僅能由國家機構執行之典型國家任務，而僅課予私人業者依其形式與內涵係屬私人事業活動範疇之經濟性措施及行為方式之義務。業者因此種徵用所承受負荷之界限，主要係出自於基本權利。在此範圍內亦應評量，被徵用之人民是否擁有損失補償或費用償還之請求權。諸如「羅致私人俾協力達成公共任務，不論其具體之形態為何，均引致此種請求權」之概括法律原則，無法自基本法推行而出。

至於本案係有關公共任務，甚至係屬狹義之國家任務，此點毋庸置疑。縱令在原則上係屬市場經濟模式之經濟秩序中，國家之經濟政策仍以國家對整體經濟活動不受干擾之發展肩負責任為出發點，基此，確保充分之能源供應，乃屬此種國家經濟政策之一項合法任務。鑒於科技之發展及世界經濟之交織促使各個能源種類本身及其彼此間之關係不斷呈現變化，國家經濟政策(作為結構政策)，亦包括規劃與執行順應此種趨勢之措施。

此外，上文提及歐洲經濟共同體之準則，對於藉最低存量之設置與維持以確保石油與石油產品之供應，即明文將其指派為各會員國之國家任務。

2. 為達成國家任務而徵用私人事業之合憲性，主要應根據基本法第十二條第一項來評量(BVerfGE 22, 380 [ 383 ])。此點亦適用於儲存義務，如該項儲存義務係以某種方式繫於應盡儲存義務業者之經濟活動，尤其是，當維持存貨，亦如本案(縱然在不同之程度上)，原屬被涉及事業通常之經濟活動。

a) 各訴願人係屬法人。基本法第十二條第一項所保護之法益，就法人而言，為從事以營利為目的之活動之自由，尤其是從事營業之自由，只要該營利活動，依其性質與類型，亦得由法人以相同於自然人之方式進行之(BVerfGE 21, 261 [ 266 ] ; 22, 380 [ 383 ] )。基本法第十二條第一項所保障各訴願人之營利活動，乃為礦物油進口貿易。

然而，各訴願人係特別就「單階層式活動、非從屬於企業集團、中等資產階級之礦物油進口貿易之職業身份」(“Berufsstand des einstufig tätigen, konzernunabhängigen, mittelständischen Mineralölimporthandels“)，主張基本法第十二條第一項之基本權利保護。此即勾劃出礦物油市場上之一種特定事業團體，而該團體之特殊利益與地位，正欲藉為對抗儲存義務降低贏營利性之效應所提起之憲法訴願以維護之。惟私人事業「非從屬於企業集團之性質」(“Konzernunabhängigkeit“)及「中等資產階級之特徵」(“mittelständischer Charakter“)，乃屬描繪事業經營管理上及社會階級上結構之資格，而並非基本法第十二條第一項所保障之「職業」(“Beruf“)之特質。「單階層式活動」(“einstufige Tätigkeit“)，在某些交易經營之領域，或屬職業之特徵；在礦物油市場普遍欠缺一般常見交易階層之明確劃分，「單階層式活動」於此毋寧為「獨自塑造事業」(individuelle Unternehmensgestaltung)之表徵。反之，進口活動則為各訴願人之特殊職業特徵。雖然各訴願人在商業登記簿上之登記一律逕為礦物油交易或燃料交易，其實際之活動卻大部分在礦物油進口貿易；至少，礦物油進口貿易係構成進行訴願各事業之經濟基礎。

b) 儲存義務並未涉及各訴願人「自由選擇職業之權利」(Recht auf freie Berufswahl)。其既未在法律上限制加入礦物油進口業者之職業行列，亦未在實際上使得根本無法有意義地從事該項職業(參閱 BVerfGE 11, 30 [ 41 f. ] )。其乃屬在礦物油進口貿易商之職業範疇內，指示應如何朝特定方向從事該項職業之規定，換言之，其乃屬聯邦憲法法院裁判所指之「關於執業之規定」(Berufsausübungsregelung)(同此者，參見 BVerfGE 22, 380 [ 383 f. ] )：關於銀

行扣除及代繳息票稅之義務)。

固然，即使是關於執業之規定，在其經濟效應上，亦可能仿如職業許可之限制，而妨礙職業選擇自由。惟此種情形，並不因關於執業之規定如此地降低由從事某項職業所獲得之利潤，以致於個別業者自認為被迫使放棄其既有之職業，而即被認定已存在。唯有當被涉及之從業者，於通常情形，而非僅在例外之情形，經濟上已無法再將所選擇之職業全部或局部地作為其塑造生活之基礎，或(就法人而言)作為其事業營利活動之基礎，始能認定係屬職業選擇自由權之侵害(BVerfGE 13, 181 [ 187 ] ; 16, 147 [ 165 ] )。

各訴願人主張，因無償性儲存義務之負擔，而使與大型公司以及煉油事業並存且作為「市場調節要素」(“**Marktregulativ**”)之獨立進口貿易事業之存立受到危害。依渠等之見解，進口事業必須自輸入業務轉至內銷業務，或改變職業身份或功能成為仰賴對煉油事業供貨之批發商，甚或必須「出售其事業之全部或一部給較大之夥伴」，乃屬儲存義務對職業選擇之違法溯及效力；就此而論，尚毋需落至破產或放棄業務之地步。然而，依上文所述之原則審查對職業選擇之溯及效力時，並非憑恃「中等資產階級、非從屬於企業集團」之礦物油進口貿易事業處境，以及此等事業作為「獨立之市場調節要素」之功能，而係取決於礦物油進口貿易事業之營利經濟活動。儲存義務既未使該項職業全面停擺，亦不將其完全排擠至國內交易。依據前所提及之聯邦憲法法院裁判，此等效應必須一般性地出現於前所指稱從事礦物油進口職業之事業中，易言之，除「獨立」之進口事業外，所有其他進口事業，其活動可與各訴願人之活動比擬者，亦屬之。然而，儲存義務通常會導致普遍迫使礦物油進口貿易事業放棄其職業之情形，卻無法察見，抑且，各訴願人亦未加以陳述。儲存義務對礦物油供應事業之結構與集中，抑或對礦物油市場上壟斷或「賣主控制市場」(Oligopol)之形成，所造成之間接效應，本身尚不涉及基本法第十二條第一項之憲法上基本權利保障，該項保障應由基本法之「經濟政策中立性」(**wirtschaftspolitische Neutralität**)之背景觀之(BVerfGE 4, 7 [ 17 f. ] ; 7, 377 [ 400 ] ; 14, 19 [ 23 ] )。

c) 課予儲存義務作為關於執業之規定，應以一般適用於此等規定之憲法要件予以評量。聯邦憲法法院在一貫之裁判中，使關於執業之規定，如同對職

業選擇自由之干涉，亦受到恪遵「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)之約束(BVerfGE 13, 97 [ 104 f. ] ; 19, 330 [ 336 f. ] )。依此，個人受到保障之自由範疇，立法者為公共利益所追求之目的，以及為達成此等目的所採取之手段，應如此地相互衡量，以致於基本法對人類在社會與國家中之基本地位與任務所持之觀點得以護守。在職業自由之範疇，比例原則係介於個人就其對社會整體表現之貢獻所做之自由抉擇以及國家規範職業與經濟生活秩序之必要性兩者間，俾獲取均衡(BVerfGE 7, 377 [ 397 f. ] )。

若以法律或根據法律以其他法規定規範執業(Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG)，而憲法訴願係直接地或間接地對抗此等法規定，則於適用比例原則時，亦應適當地顧及國家立法行為之本質與作用方式。「實質意義之法律」(Gesetze im materiellen Sinn)通常係涉及多數人；訴願人之個人利益情況，不可逕將其提升為整體與公共福祉對立之個人利益之標準。析言之，規範執業之法律，對於被涉及之職業團體係普遍地違反「禁止過度干涉原則」(Übermaßverbot)時，始屬違憲；任何從事此項職業者乃可抨擊該法，以期摒除攸關所有同業者之負擔(參閱譬如 BVerfGE 14, 19 [ 24 ] ; 17, 269 [ 274 ff. ] )。

基於上述之立場，比例原則作為評量關於執業之法律規定合憲性之準據，具有下列各項意義：

aa) 唯有為公共福祉之利益，抑且，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，立法者應能以適切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(BVerfGE 7, 377[ 405 ff. ] ; 23, 50[ 56 ] )。

bb) 為達成所追求之目的，立法者採取之手段須屬「合適的」(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；如立法者原本即無法選擇其他同樣有效而不限制基本權利或限制權利較輕微之手段時，該手段乃為必要的(BVerfGE 19, 330 [ 337 ] ; 25, 1 [ 17 f. ] )。

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(BVerfGE 11, 30[ 42 f. ]; 13, 97[ 104 f. ]; 23, 50[ 56 ]; 25, 1[ 22 ])。

若設定此等準據，則顯示出，以必要之通盤方式觀之，系爭法律並未違反比例原則。

關於 aa)：

系爭法律所追求之經濟政策目的，憲法上無可訾議。於此，比例原則對於「立法者之判斷與抉擇自由」(Beurteilungs- und Entschließungsfreiheit des Gesetzgebers)，僅劃定外在之界限。於法律干涉經濟生活時，立法者之任務首在，基於其經濟政策上之觀點與目的，並在遵守相關領域之「客觀法律性」(Sachgesetzlichkeiten)下，決定其為公共福祉之利益欲採取何種措施。縱然在預測與評估某些威脅公眾之危險，立法者認為須採取行動並干涉個人之自由範疇，俾預防危險時，憲法亦認許立法者擁有「判斷餘地」(Beurteilungsspielraum)，而唯有當立法者之考量如此明顯地謬誤，以致於在合理之情況無法作為立法措施之根據時，立法者始逾越其判斷餘地(BVerfGE 25, 1 [ 12, 17 ])。

立法者認為，係情況迫使其採行儲存義務，蓋鑒於德國之能源供應逐漸仰賴輸入，即使是特定輸入管路之暫時中斷亦可能造成嚴重之經濟干擾，而為短期克服可能之供應困難，就最重要之石油產品持續維持最低存量，乃屬不可避免。立法者之考量，業經一九六八年十二月二十日制頒之歐洲經濟共同體準則之序言肯定，該序言乃指出，任何即使是暫時性導致自第三國輸入之石油及石油產品減少之困難，亦可能對共同體之經濟活動造成嚴重之干擾，故而，為防範在突發之供應危機中所生之匱乏，即應循組成及維持最低存量之途徑，以加強對會員國供應石油與石油產品之安全性。過去數年中，在國際礦物油市場上眾所週知之事件與演變，已凸顯出關於此地潛藏危險形勢看法之正確性。職是，促使立法者採取行動者，確屬適切與合理之公共福祉考量。立法者毋需坐待，國際礦物油供應事業將能自力克服任何危機，而不使顯著之供應干擾發生。

再者，在制定法律之過程中所表露出影響能源市場上競爭結構之次要目的，尤其是保護煤礦業之市場地位免受燃料油供應商競爭之害，亦屬合法，並且遵守立法者之經濟決策自由權限。至於政府草案理由中並未提及該項立法目的，則無關宏旨。聯邦政府與聯邦眾議院亦已就該項儲存法律之目的公開表示肯定（參閱上文標題 A II 之下）。

自憲法以觀，立法者並非不得於制定規範經濟秩序之法律時，同時追循各種不同之目的。此種法律目的之連結，不屬立法者權限之濫用。

關於 **bb)**：

為實踐立法目的所採取之手段，係適於達成所追求之目的，並亦屬必要者。於此，系爭法律所追求之各項目的，不得單獨著眼之；質言之，立法者所選取之形成手段，應以系爭法律之主要與次要目的之整體性為基準，予以評量。

立法者所選取之儲存體制能增強能源供應之安全性，並能藉其提高成本之效應削減石油之競爭力，此乃顯而易見。

即令在審酌為達成立法目的所作之規定是否必要時，亦須注意系爭法律之雙重目的：就達成雙重目的而論，對關係人之自由限制較少之其他替代解決方法，必須客觀上發揮相同之效果，俾法官能將該替代解決方法與立法者所選取者相互對比。在此應顧及，關於對從事經濟活動之個體限縮其自由範疇之經濟秩序規範措施，立法者就此等措施之選擇與技巧上形成，係擁有寬廣之裁量空間；對於立法者所選取之方法而言，並非其他解決方法之任何優點，即必然導致其違憲性。析述之，就被推薦為替代方法之較小干涉而論，其在達成目的上之「客觀等值性」(sachliche Gleichwertigkeit)必須全然確定無疑(BVerfGE 25, 1 [19 f.])。

由國家全部承擔儲存義務，對於立法目的之達成，非屬同等價值，抑且，西歐國家中無見此規定者。姑且不論因設置額外設備與新設施所生不經濟之費用，全面性之國家儲存義務會導致聯邦直接介入能源市場，而此種干預之程度，在以自由事業主導及競爭理論為取向之經濟政策觀點之下，對立法者而言，可能會顯得不受歡迎。此外，僅屬補充性之國家儲存，正由聯邦政府斟酌中（參閱一九七零年六月十一日聯邦眾議院質詢中聯邦政府之答覆 — BTDrucks. VI/941）。

各訴願人尤其在反抗，其必須**持續地**維持石油產品之最低存量，儘管其以主要之輸入產品 — 輕燃料油 — 係在滿足一項季節性落差極大之需求，該項需求僅在冬季各月份中有足以稱道之儲存必要。渠等認為，全年持續維持一定之存量，對於確保供應安全，並無意義；此僅會在需求較低之時期中，造成多餘之存貨溢額，反之，在需求較高之時期中，則導致存貨匱乏。

然而，系爭之持續儲存卻顧及一項事實：即使在夏季，若遇突發性之危機情況，亦可能因消費者猛烈地搶購庫存，而造成反常之需求攀升。職是，自安全性以觀，系爭法律之解決方法，較之於各訴願人所建議之替代解決方法，更能發揮效用。惟即令從系爭法律之次要目的觀之，存量若順應存貨之一般季節性落差而作調整，亦較無效果。較劇烈之落差，僅出現在輕燃料油上，抑且，唯獨主銷該產品之事業，係將持續不變之存量視之為特別負擔。此項特點，對整體儲存而言，並不具有特別之重要性。反之，若著眼於競爭政策之觀點，則該項特點即不無意義；在私人消費者方面，正是輕燃料油之供應商，與煤炭係處於取代性之競爭地位。此外，不僅歐洲經濟共同體之準則，抑且其他歐洲國家之法規，均要求持續性之儲存。

其次，各訴願人並認為，若對其他事業課予負擔，以取代獨立進口事業，則供應之安全性較能受到保障。渠等主張：「獨立進口事業之團體，依其在輸入、內銷及實際儲存上所佔之比例，係屬過小，以致於將其納入儲存義務範圍內，對於供應之安全性，無法提供值得稱道之貢獻。立法者若將擁有倉庫之批發商、大用戶以及倉儲事業納入儲存義務範圍內，以取代獨立進口事業，並藉此更加分散儲存，則可以較不嚴厲之干涉更有效地達成其目的。依循此種解決方法，此等事業在官方統計上未被掌握、儲存法律亦未加以考量而依歐洲經濟共同體之準則卻亦得折算之大量存貨，即可一併網羅。」

就採行礦物油產品儲存義務而論，羅致進口事業與生產事業以外之其他事業，作為立法者之形成方法，原本可資考慮。此種方法亦見於其他西歐國家中，儘管大多數之西歐國家，亦如同德意志聯邦共和國，將儲存義務繫於礦物油或礦物油產品之輸入。然而，聯邦政府所提出之統計資料卻顯示，對於立法者所選取之解決方法，有相當重要、至少無法斷然駁斥之理由，足以支持。能源供應之安全性正受到仰賴輸入之危害，此一考量即可說明以輸入為準據之必

要性。再者，以進口事業之身份負有儲存義務者之範疇，較獨立進口事業之職業團體廣闊；擁有礦物油倉庫而不輸入或生產石油產品之事業，幾乎不能同等價值地取而代之。鑒於礦物油進口貿易事業在石油產品之輸入、內銷及實際儲存上所佔之比例並非微不足道，若將此等事業完全排除於外，即會暴露出明顯之洞隙，而各訴願人所建議之事業，無論如何無法彌補洞隙之全部。是以，可供參考者，至多在進口事業之餘，亦一併羅致各訴願人所指稱之事業。惟因聯邦政府所敘明行政技巧上之困難，立法者乃不考慮擴大儲存義務，此點並無可訾議。另方面，若將系爭法律之次要目的亦納入考量之中，則立法者所選取之解決方法即愈發合乎目的，蓋與煤炭之間明顯易察之取代性競爭，正係因毋需大量儲存即可銷售之燃料油直接輸入所致。

再者，各訴願人亦將系爭法律關於製成品儲存義務之規定，視為「**必要性原則**」(Grundsatz der Erforderlichkeit)之違悖。渠等認為：「可供作儲存義務之適當關鍵點者，乃為原油之輸入，並非製成品之輸入，蓋德意志聯邦共和國對輸入之依賴，正基於源自近東及中東之原油輸入，而非因主要係來自西歐國家之製成品輸入。就此而論，德意志聯邦共和國製成品之輸出並非微不足道，此亦使製成品之供應情況更為有利。藉著採行原油儲存之方法，獨立進口事業不合理之負擔可因之完全免除；於此種情形，並毋需憂慮輸入之製成品對於本地煉油廠所生產者之競爭優勢。」

自系爭法律之目的以觀，純粹之原油儲存並不絕對產生相同之效果。若欲所維持之存貨，即使在短期性出現之供應干擾情況，亦可使用之，則儲存能立即供應市場之製成品，即更易令人理解。藉著此種方法，可直接有效地抑制礦物油市場需求與價格之飆漲。此外，於危機情況，石油產品之供應所受之危害，並不小於原油之供應；蓋自西歐輸入之製成品，畢竟係來自於與德國市場仰賴輸入之主要來源相同之原油產地。不僅是歐洲經濟共同體準則之序言與第一條之規定，大多數之西歐國家亦偏重礦物油產品之儲存，抑或至少對其予以和原油儲存同等之看待，同時並將儲存亦繫於製成品之輸入，此乃立法者見解之佐證。若將系爭法律之次要目的亦納入考量之中，則立法者之解決方法更能合乎事務特性之處即凸顯而出：對於輸入之礦物油產品，譬如柴油及輕燃料油，免予儲存，係與系爭法律所追求之競爭、結構政策上之目的背道而馳，並

且更加助長燃料油輸入之競爭力。

法定存量應以何種尺度予以計量，係屬技巧性之法律形成問題，對此，立法者擁有寬廣之自由裁量空間(BVerfGE 25, 1 [ 19 f. ] )。固然，以前一年之輸入而非以前一年之消耗為評量基準之儲存義務，可能未顧及國內原油開採在國內消耗上所佔之比例。惟因德國國內原油開採對於能源市場之供應並不具太大之重要性，故而在計量義務性存貨時，考量國內原油開採之方式，即不可能導致進口事業之負擔如此劇烈地加重或減輕，以致於此項觀點取得憲法上之意義。

關於 cc)：

在就議論中之限制自由及系爭法律規定所欲維護之公共利益二者為全盤衡量時(BVerfGE 25, 1 [ 22 ] )，亦應同樣地一併考量系爭法律之主要與次要目的。能源供應之安全性作為系爭法律之主要目的，係屬最高層次之公共利益（參閱 BVerfGE 25, 1 [ 16 ] ）。對於整體經濟之功能發揮，足夠之能源數量持續可資使用，乃關鍵性之要件。此係一項不受個別公共政策牽制之「絕對性」團體法益(BVerfGE 13, 97 [ 107 ] )。其次，德國煤礦業順應能源市場上轉變之競爭情況自作調整，並藉「側翼性措施」(“flankierende Maßnahmen”)以確保此種調整過程，係具經濟政策上相當之重要性，該重要性不僅由煤礦業之經濟地位而生，同時亦源自於能源經濟之結構轉變所引起之一般社會與政治效應。能源經濟之特殊重要性，原本即賦予國家正當之理由，在此採取較其他經濟領域普遍許可者更為深切之干預措施。歐體之執行委員會亦持此種見解。在一九六八年十二月十八日致歐體會員國政府代表會議之一份文件中，執行委員會基於對歐體能源政策之目的與手段所作之廣泛考量，達成此項結論：「即使是原則上以競爭為導向之能源政策 . . . 亦不能放棄一套經濟政策性之方法，俾藉之允許對人力物資之自由遊戲為較對其他經濟領域之大部分所適宜者更深入之監督與影響」(BTDrucks. V/3955 S. 4, III 10 之下)。

於此所指陳關於有秩序且長時期受到保障之能源供應之公共福祉利益，係佔如此重要之份量，以致於系爭法律對礦物油進口貿易事業之營利經濟活動(此處僅涉及此點)所造成之干涉並不顯得不成比例及不合理。

下面一點仍須補充說明：

儲存石油產品，對於礦物油進口貿易事業而言，並非全屬悖離事業現實之行為。即使是進口事業，亦無法在全無存貨之下從事其經濟活動。如同聯邦政府之資料顯示，獨立進口事業實際所為之儲存（尤其是柴油及輕燃料油）並非微不足道。系爭法律僅在量方面加重由儲存而生之負擔。職是，具關鍵性者僅為，此種加重之儲存義務，對相關職業團體之整體而言，是否會造成對事業營利性嚴重的、依法律之特別形成亦無法避免且危及該職業團體經濟存立之損害。

原則上，必須要求因課予公共負擔及義務而受到干涉之事業，藉適當之經營管理措施，將此等負擔降低營利性之效應儘量減小。惟實際上相關事業是否能成功，乃取決於各種不同且反覆無常之經濟因素，而相關事業並非永遠能左右此等因素。即使是立法者，亦無法完全地預估或支配此等因素。是以，縱然是基於憲法之立場，亦不能概括地要求立法者，以積極之措施來擔保於經濟上截擋營利性降低之可能性；若立法者藉法律之形成並不阻止此種可能性，即應屬已足。立法者藉積極措施以保護公共負擔之相對人免受營利性降低損害之一般性義務，並不能自憲法中推衍而出。如相關事業自始即將其私人經濟活動擴及某個領域，而對該領域之本質而言，類似系爭法律所欲克服之危險情勢並不屬突兀，則至少在此種情況（亦如本案），上述之立法者義務不被肯定。鑒於德國礦物油經濟之仰賴輸入及對危機之敏感性，舉凡基於自由抉擇於礦物油輸入之領域從事活動者，必須預期國家為公共利益而在經濟上對渠等採取課予負擔之措施。為公共福祉之計，勢必在一定之界限內向渠等要求此種犧牲。

再者，系爭法律並不阻止將儲存成本透過價格轉嫁至消費者身上。聯邦憲法法院已就稅捐之轉嫁表示，轉嫁至價格係屬一種經濟上之過程，而納稅人是否能轉嫁成功，最終乃取決於市場情況；逾越法律所不阻止之稅捐轉嫁可能性者，則無法要求之(BVerfGE 14, 76 [95 ff.] ; 27, 375 [384])。由是，各訴願人所提「礦物油市場之競爭情況並不允許進口事業轉嫁儲存成本」之論理，於此乃無關宏旨；受制於情勢且原則上反覆無常之市場情況，非屬判斷法律合憲性之適當準據。無論如何，對於儲存成本之轉嫁，系爭法律並未設置法律上之障礙。

最後，系爭法律並未阻止其他事業承擔儲存義務。就此，第六條之規定提供一連串之可能方法，為達成儘量壓低儲存成本及避免營利性降低之目的，亦

可利用此等方法。依據聯邦政府所提供之資料，使用此等方法之程度，並非微不足道。

綜上論斷，各訴願人之主張：「礦物油進口貿易商職業團體之事業營利性，因法定儲存義務之課予而受到全面性危及存立之損害，以及系爭法律未提供事業採取排除成本措施之可能性」，不能予以認定。

d) 儘管系爭法律，如同上述，從礦物油進口貿易商職業團體之整體觀之，並未違反比例原則，惟仍須審酌，系爭法律是否充分考量此等職業團體內之結構性差異，尤其是獨立進口事業之特別情況。

關於執業之規定，不僅因其在對相關職業團體之普遍效應上違反比例原則，始可能違憲。此等規定亦須顧及在其所規範之職業中存在之典型差異。如一項關於執業之規定，自整體以觀，憲法上並無可訾議之處，惟在其所涉及之職業團體中，不僅是個別、極端之特例，而係典型事例之特定、即使數量有限之團體，在無充分適當理由之下，受到該規定顯然較重之負擔時，則該規定可能同時牴觸基本法第十二條第一項與第三條第一項之規定（參閱 BVerfGE 25, 236 [251]）。

各訴願人所屬之「**獨立進口事業**」，在礦物油市場上係構成一個依據某些客觀之特徵得以劃定其範疇之事業團體，而該團體表現出自此等事業之特殊結構所生之獨特市場行為（參閱上文，於 A III 3 之下）。舉例言之，此等特點乃導致，獨立進口事業係以獨立夥伴之身份參與關於德國礦物油供應事業就燃料油供應自我設限之協定；一項特別之銷售定額曾分配給獨立進口事業。是以，立法者原應考量，獨立進口事業作為特殊事業團體，是否因無償性儲存義務之課予而受到較其他進口事業典型較重之負擔。

聯邦政府原先自認為此種不平待遇係屬可能，遂於政府草案第七條第四項中作了一項原應顧及獨立進口事業特殊情況之規定。政府草案(BTDrucks. IV/3325)第七條第四項之條文如后：

「對於其儲存義務僅以石油產品之輸入為基準且合乎下列二款情形之事業，主管機關得依申請准許該事業不受第二條第一項第一款之限制，就該款所指稱之石油產品，僅維持與其前一年平均在少於四十五日內所輸

入數量相同之存貨，但以至少須達二十五日為限：

1. 該事業既不受其他應盡儲存義務事業之支配性影響，亦不能對其他事業產生此種影響。
2. 因依第二條所應維持之存量對該事業造成過高之經營費用，而致使該事業在能源供應市場之競爭能力受到不合理之損害。

為確保第一句規定之均衡適用及對所維持存貨總額之正確概觀，聯邦經濟部長得就應適用之程序、應提出之證據要求、應設定之判斷標準及准予申請降低本年度應維持存量之最後時刻，以行政命令訂定之。」

草案理由指陳：

「第四項之規定允許在個別事例中，因儲存而可能受到特別嚴重影響之特定石油產品進口事業維持較少之存貨。該項規定之目的係在使原本維持較少存貨之石油產品進口事業，亦能不受與儲存連帶而生之負擔影響，而保持其在能源供應市場上之地位。」(BTDrucks. IV/3325 S. 9)。

聯邦參議院在就上開政府草案表明立場時，認為有必要防止「總體經濟上所不期許之附帶效應，尤其是能源市場上之競爭扭曲」，並基於此項觀點就第七條第四項表示，該項所規定之「對純粹進口事業之優厚」，可能提供一項「相對於本國生產擴充進口貿易之誘因」，進而可能導致「非所意願之競爭轉移」。如將區別待遇根本視為必要，則關於儲存之差異即應規定的盡量小。倘若對個別事業因而造成「競爭能力上不合理之損害，譬如因過高之經營費用」，即應藉降低此等經營費用之措施予以彌補，在極端之情況，則應動支公共資金(BTDrucks. IV/3325 S. 11)。

聯邦政府於其答辯中仍堅持所建議之規定，其指出，（姑且不論對動支公共資金所持經濟政策上及預算法上之原則性疑慮），藉利率寬厚之貸款、國家之補助及類似之措施，並無法達成使由系爭法律所生之負擔配合儲存義務人之經濟可能性而作調整之目的，另一方面，長遠觀之，則甚至可能因此促使受支助之儲存義務人獲取不正當之競爭優勢。聯邦政府再次強調，第七條第四項規定之

目的係在因應於特別事業範疇內因儲存義務所生之艱困情況：

「第七條第四項之規定應避免，在特殊之個別事例中，事業因儲存義務而在其競爭能力上受到不合理之妨害。鑒於經濟情勢及目前個別石油產品進口事業之庫存容量，此種不合理之妨害，於實施系爭法律時，無法排除其可能性。

聯邦政府認為，此種事實，以第七條第四項所規定降低存量之方法，最能妥善處理。該項規定使能順應個別事例之具體經濟環境，並藉配合各年度儲存義務人之經濟情況對存量做適當調整之方法以顧及具體經濟環境...

... 第七條第四項之例外規定，(如上所述)，唯有在情況特殊之個別事例中，始可資考慮。由是，非所意願之競爭轉移，亦即該項規定可能給予石油產品進口事業一項相對於本國生產擴充進口貿易之誘因，乃毋需加以憂慮。基於相同之原因，第二十條之授權規定，就此而論，於通常情況，亦應無適用之必要。」(BTDrucks. IV/3325 S. 13)。

然而，聯邦眾議院之經濟政策委員會卻認為為特定進口事業所設減輕負擔之規定，並無必要，故乃刪除政府草案之第七條第四項，其理由如后：

「政府草案第七條第四項對競爭能力遭受不合理妨害之情形所規定儲存義務之部分免除，未受到委員會之贊同... 其所持之見解為，四年之過渡期間，縱令對目前擁有較少存貨及儲存倉庫者而言，亦可排除難以忍受之艱困情況。此外，若在不利礦物油整體供應之情形下，准予特定進口事業較少之最低存量，此乃與系爭法律所追求減緩輸入風險之目的背道而馳。凡以供應民眾較具風險、仰賴輸入之能源為己務者，必須(亦如所有與其共同競爭者)忍受以相同之方式維持一定之最低存量，俾維護供應

之持續性。」(BTDrucks. IV/3429 S. 2)。

顯而易見地，無償性儲存義務之課予，使獨立進口事業團體，比其他在數量上較大之礦物油進口貿易事業團體，尤其是從屬於其他礦物油供應事業或礦業（特別是大型事業）之礦物油進口貿易事業，受到更重之負擔。就在銷售上與煉油公司及國際性礦物油企業集團相互抗爭之獨立進口事業而言，提高成本之負擔對其競爭地位所產生之效應，自始即超出對從屬性進口事業所產生之效應，蓋後者毋需進行獨自或類似獨自之行銷及價格策略，並基於其特殊之事業關聯而有較佳之支撐可能性可資運用。大部分係單階層式活動之獨立進口事業，並因其較小之財力，而對其競爭地位之惡化具有較高之敏感性。此乃在經營管理上增加其設置與持續維持較多存貨之困難。抑且，就利用系爭法律第六條第一項所定由其他事業代為儲存之可能性（連帶成本遞減之效果）而論，較之於與大型事業，尤其是與煉油公司，相互連結之進口事業，獨立進口事業亦更為不易，蓋前者可由其母公司來承接此種負擔。因此之故，若以擁有特別大量之柴油與輕燃料油存貨之兩種進口貿易事業類型（獨立進口事業與從屬於煉油公司之進口事業）為例，自一九七零年一月一日儲存義務完全生效後，在起初之數月中，代為儲存之比例，在獨立之進口事業，係佔百分之十四至十八，而在從屬於煉油公司之進口事業，則佔百分之五十八至六十五。

獨立進口事業之結構性特別負擔，無法憑藉系爭法律唯一「**因應困境之規定**」(Härteregelung)，亦即第七條第二項，予以弭除。依該項之規定，負有儲存義務之事業，「相對於計算存量所依據之時期非僅暫時性大幅限縮應予儲存產品之輸入或生產」，或「其儲存義務之履行因不可避免之事故而變為過度困難」時，主管機關應依申請於適當之範圍免除其儲存義務。亦如草案理由顯示(BTDrucks. IV/3325 S. 9)，該項規定之目的係在，使儲存義務能順應業務量之大幅落差；該項所定之第一種情形與同條第三項乃屬相互關聯，後項係相反地就負有儲存義務之業務量大幅擴增之情形，亦作存量相對提高之規定。第七條第二項之條文、目的及關聯顯示，該項規定係適用於所有事業，並僅欲藉相對調整存量之方法以體諒實際之業務發展狀況。該項所定之第二種情形，亦即儲存義務之履行「因不可避免之事故」而變為過度困難者，對於履行儲存義務時所生結構性與經營上之艱困情況，正排除予以顧慮之可能性。

將「帝國稅捐通則」(Reichsabgabenordnung, 縮寫 AO)<sup>譯註四</sup> 第一百三十一條之規定類推適用於石油產品儲存義務之上, 並不可行, 蓋該條規定無論如何未提供一項跨越公法上金錢給付義務範疇之法律原則。尤甚於此, 基於依法行政之原則(Art. 20 Abs. 3 GG), 依據法律所生之給付請求權, 一旦其法定要件具備時, 主管機關即有義務主張之(BVerfGE 25, 216 [228])。任何該項原則之例外, 均需特別之法律授權。

由是, 乃無法排除此種情況, 亦即對於數量上雖小、惟依其典型之特徵可明確界定範疇之事業團體, 持續儲存之義務係導致感受上不平等之經濟負擔, 而法律卻未提供將該項負擔侷限於合理範圍內之可能性。就此, 原有各種不同之方法可供立法者運用, 同時在選擇方法之際, 立法者亦可先作防範, 俾因應困境之規定不致淪為規避原則性儲存義務之誘因。立法者並不一定須作類似系爭法律草案第七條第四項之規定; 舉例言之, 除已在制定法律之過程中討論過之措施外, 可資考慮者, 至少對在系爭法律生效時已從事活動之事業而言, 尚有過渡時期之延長(系爭法律第二十一條)。系爭法律未作得以適當地顧及上述特殊情況之規定, 而使其同樣地受制於一般性之規定, 就此而言, 系爭法律乃以未滿足正義感之方式「**同等地處理不同之事例**」, 職是, 系爭法律所作關於執業之規定, 係同時牴觸基本法第十二條第一項及第三條第一項之規定。

當然, 若立法者朝所預示之方向作「**因應困境**」(Härteausgleich)之規定, 則尚未確定, 是否恰好各訴願人即能參與其中; 此係視其事業目前仍無法預見之個別發展情況而定。然而, 卻不能苛求各訴願人, 待危及存立之狀況發生後, 始主張基本權利受到侵害, 倘若根本已確定, 依系爭法律之現行規定, 係無法對權利侵害予以補救; 是以, 直至系爭法律之修訂, 各訴願人即可能遭受無法彌補之損害。系爭法律使各訴願人陷入某種處境, 於此種處境中, (相對於競爭者)過重之負擔及各訴願人競爭地位之連帶劇烈惡化顯得不無可能, 而系爭法律卻未作任何補救可能性之規定, 僅就該項事實而言, 即已侵害各訴願人基於基本法第三條第一項之基本權利地位。

因唯獨立法者應對其欲循何種途徑回復平等作一抉擇, 聯邦憲法法院乃侷

---

<sup>譯註四</sup> 該法已被一九七六年三月十六日重行修正公佈之「稅捐通則」(Abgabenordnung)取代。

限於基本權利受到侵害之認定。

3. 獨立之進口事業，因其被納入儲存義務範圍內，相對於以生產事業之身份而負有儲存義務之事業，亦處於不利之地位，至於此種現象是否亦係或甚至更加違反平等原則，在此種事實情況，毋需再予以裁判。

4. 儲存義務之課予並不涉及各訴願人基於基本法第十四條之基本權利。

對於一項關於執業之規定在何種要件下亦能涉及「**所有權保障**」(**Eigentumsgarantie**)之問題，尚未作一般性之裁判（參閱 BVerfGE 17, 232 [248]; 22, 380 [386]）。原則上，審酌該問題，應從何種自由範疇係受到兩種相關基本權利保障之觀點著手。如聯邦憲法法院於 BVerfGE 7, 377 [397] 中所指陳，基本法第十二條第一項係保障人民選定並從事任何其自認為適任之活動以作為職業之自由，換言之，該項係保障人民將任何其自認為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表現之貢獻之自由。依此，「**職業自由之基本權利**」(**Grundrecht der Berufsfreiheit**)，主要係屬「**人格攸關**」(**persönlichkeitsbezogen**)。在個人作為及生存維繫之範疇，該項權利乃具體表現「**自由發展人格之基本權利**」(**Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit**, BVerfGE 1, 264 [274]; 19, 330 [336 f.])。在可觀之程度上，職業自由之基本權利係「**以未來為取向**」(“**zukunftsgerichtet**”)。

在基本權利之架構中，所有權之任務則為，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「**行為及形成自由**」(**Handlungs- und Gestaltungsfreiheit**, BVerfGE 14, 288 [293])，蓋該項保障尤其是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。然而，基本法第十四條第一項，藉著此種「**攸關客體**」(“**objektbezogen**”)之保障功能，僅保障已屬於某個權利主體之法律地位(BVerfGE 20, 31 [34])，尤為重要者，乃該項並不保障「**機會與賺取可能性**」(**Chancen und Verdienstmöglichkeiten**, BVerfGE 28, 119 [142])。由此亦導引出與基本法第十二條第一項之根本界限：基本法第十四條

第一項係保障所賺取者，亦即活動之成果，反之，同法第十二條第一項則保障工作行為，亦即活動之本身 (Wittig, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 575 ff. [ 590 ] )。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，係因其從事營利經濟活動，而被系爭法律納入義務性儲存之範圍。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資始能履行其義務，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」(Zugriff auf das sachliche Substrat des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs)。

至於，倘若對事業所課予之行為義務如此地過度，以致於其在經濟效應上顯示為係屬「對營業財產實體之干涉」(Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebs)，基本法第十四條之保護範疇是否會因此而（亦）被涉及之問題，則毋庸審酌。如前所述，當前並無此種情況。

5. 關於有無抵觸基本法第二條第一項之情事，亦毋需考量。原則上，個人在遭受公權力之干涉時，唯有當其自由於相關之生活範疇在相同之觀點下非已受到一項特別基本權利規範之保障，始可主張基本法第二條第一項。此尤適用於職業自由之範疇(BVerfGE 9, 73 [ 77 ] und 338 [ 343 ] ; 21, 227 [ 234 ] )。

(參與本裁判之法官簽名)

Dr. Müller  
Dr. Haager

Dr. Stein  
Rupp-v. Brünneck

Ritterspach  
Dr. Böhmer 法官休假中  
Dr. Müller 代簽

Dr. Brox

Dr. Simon

# 關於「專科醫師執業限制」之裁定

BVerfGE33,125-171【專科醫師執業限制案】  
聯邦憲法法院第一庭一九七二年五月九日裁定  
- 1 BvR 518/62 -

李建良譯

判決主文  
裁定要旨  
判決主文  
理由

- A (系爭法條及立法背景)
- B (本件憲法訴願之構成事實及相關當事人之主張)
  - I (第一憲法訴願部份)
    - 1. 相關條文規定
    - 2. 邦職業法院之見解
    - 3. 訴願人之主張
  - II (第二憲法訴願部份)
    - 1. 相關條文規定
    - 2. 邦職業法院之見解
    - 3. 訴願人之主張
  - III (其他各機關之意見)
    - 1. 聯邦衛生部之見解
    - 2. Nordrhein-Westfalen 邦內政部之見解
    - 3. 專科醫師職業協會工作小組之見解
    - 4. 聯邦醫師公會之見解
- C (訴願決定之理由)
  - I (聯邦與邦立法權之問題)
    - 1. 專科醫師之規範屬各邦之專屬立法權

- 2. 各邦就專科醫師之事項，授權醫師公會規範
- II (法律保留之問題)
  - 1. 基本法第十二條第一項之保障範圍
  - 2. 自治團體之自治規章對其成員具有拘束力
  - 3. 自治規章之界限
- III (立法者應自行規範之事項)
  - 1. 法律保留之範圍
  - 2. 職業管理法制之概括條款是為法源
  - 3. 禁止專科醫師職業活動之規定，有商榷之餘地
- IV (比例原則之要求)
  - 1. a 原則上禁止非全部禁止
  - b 合理性公益考量之基準
  - c 原判決違反比例原則
  - 2. a 禁止使用二種專科醫師名稱係違反比例原則
  - b 系爭職業規章、顯逾醫療衛生政策之要求
  - c 完全禁止使用多種專科醫師名稱，逾越執業規範之必要限度

## 裁判要旨

1. 關於專科醫師事項之規範，聯邦並無依基本法第七十四條第十九款所規定之立法權。

2. 專科醫師職業之有關事項，不得僅由醫師公會（Ärztekammern）之規章（專科醫師規章）予以規範。立法者至少應就「與地位之形成」（"statusbildend"）有關之事項，自行規範之。

3. 本件涉及專科醫師之業務是否應限於其專業領域，以及專科醫師得否使用一種以上專科醫師名稱之問題。

## 判決主文

1. 科隆行政法院之醫療職業法院（Berufsgericht für Heilberufe beim Verwaltungsgericht Köln）一九六一年一月十日之判決— 1 T 7/60，Nordrhein Westfalen 邦 Münster 高等行政法院之邦醫療職業法院一九六二年七月十六日之判決— Z A 9/61，違法侵害第一憲法訴願人依基本法第十二條第一項所享有之基本權利，應予廢棄。全案發回 Nordrhein Westfalen 邦 Münster 高等行政法院之邦醫療職業法院。

Nordrhein-Westfalen 邦應賠償第一憲法訴願人必要之費用。

2. Karlsruhe 區域職業法院 ( Bezirksberufsgericht ) 一九六三年二月二十二日之判決 – B G 6/62 , Stuttgart 邦醫師職業法院一九六四年二月十四日之判決 – 2/1963 , 違法侵害第二憲法訴願人依基本法第十二條第一項所享有之基本權利, 應予廢棄。全案發回邦醫師職業法院。

Baden-Württemberg 邦應賠償第二憲法訴願人必要之費用。

## 理由

### A ( 系爭法條及立法背景 )

現代醫師職業之形象 ( Berufsbild ) 及專科醫師事務發展之基礎, 早自十九世紀中葉, 即分別經由法律之規範與醫師職業組織之活動, 而逐漸形成與確立。

1. 爲了避免醫療業發生凌亂細分的現象, 早在十九世紀最初十年, 醫師改革運動即以「醫師業之一致性與平等性」 ( Einheit und Gleichheit im ärztlichen Stand ) 爲主要致力之課題; 同時, 在此項改革運動中, 各方認爲應成立一個享有權利之自由且獨立的職業組織 ( Standesorganisation ), 以便在政府中代表醫師團體之利益。在此後的數十年內, 許多醫師爲了追求醫療業的一致性而努力不懈。一八六九年北德聯邦制訂營

業法（Gewerbeordnung）第二十九條，完成統一規範醫療業之目的，此一規定嗣後為德意志帝國（das Deutsche Reich）所承繼。依該條規定，凡稱為醫師（外科醫師、眼科醫師、助產士、牙科醫師及獸醫），或使用相同意涵之頭銜，或由國家或鄉鎮予以承認或賦予醫師功能之職務者，均需憑能力證明取得開業許可（Approbation），惟該規定取消過去必須事先取得博士學位之要件。

一九三五年十二月十三日之帝國醫師法（Reichsärzteordnung）（RBG1.I.S.1433）—簡稱RAO—，採取「派任醫師」（Bestallung als Arzt）之方式，以取代開業許可制度，並准予該派任醫師於實施醫療行為時，得使用「醫師」之名稱。

依一九六一年十月二日帝國醫師法（Reichsarzteordnung）（BGB1. I.S.1857）第二條第一項之規定，凡有意從事「醫師職業」者，必須取得「醫師開業許可」（Approbation als Arzt），此項規定目前係規定於一九七〇年二月四日之修正條文中（BGB1.I.S.237）。同法第二條第四項規定，所謂從事醫師職業，係指使用「醫師」或「女醫師」之名稱而從事醫療行為而言；所謂得使用此項職業名稱者，係指經核准開業之醫師，或於特別之要件下得暫時從事醫師職業者（第二條a）。傳統上，牙醫及獸醫屬於此種特殊之醫療業，對

此另有法律規範之。

2. 醫師自治組織之出現，起於醫師團體的組成。在多次的醫師年會上（始自一八七二年），一直有人提出自治的呼聲，並要求成立國家所承認的自治代表。此項訴求在德國個別邦國相繼制頒醫師公會法（*Ärztengesetze*）及命令之後，而逐漸獲得回應與實現。醫師職業代表的主要任務，在於維護並代表醫師職業上之利益，並且參與國家有關醫療衛生事項之決定。醫師職業代表的另一項重要任務則是綜合各方醫師的意見，據以制定「職業規章」（*Standesordnung*）。一九二六年九月六日，經過多方周詳的準備後，第四十五屆德國醫師年會假 Eisenach 舉行，會中議決通過「德國醫師職業規章」（*Standesordnung für die deutschen Ärzte*），成為統一各不同職業規章之基礎。

帝國醫師法制定之後，邦法中關於醫師職業事項之規定，遂遭刪除，而所有之醫師代表亦被廢除，代之而起的是具有公法人資格的帝國醫師公會，其成員為德國所有之醫師，該公會負有代表醫師利益之任務。關於醫師之義務，帝國醫師法定有如下之概括條款：

## 第十二條

醫師應本於良知執行業務，其於職業範圍內外之行為，須表現醫師職業應有之尊嚴與信賴感。

帝國醫師法並定有如下之授權：

#### 第十四條

（第一項）醫師之職業義務及醫師職業榮譽（Berufsehre）之維護等事項，由帝國醫師公會以職業規章定之。帝國醫師公會並得發佈規定，就醫師業務不當擴張之情事（unsachgemäße Ausdehnung），予以規範。

（第二項）……

基於此項授權，乃有一九三七年十一月五日「德國醫師職業規章」（Berufsordnung für die deutschen Ärzte）之頒佈（德國醫師公報 1937. S. 1031）；該規章分為 A 編「一般職業規定」及 B 編「專科醫師規定」兩部份。此一規章不同以往職業規章之處，在於其乃具有直接效力之法規範。

帝國醫師公會於一九四五年因帝國瓦解而停止活動，其後由過去帝國醫師公會在各邦所設立之下屬公會，以及於一九四五年後成立之地區醫師團體，率先賡續帝國醫師公會之活動。自一九五〇年起，醫師公會之法律地位重新受到各邦「公會法」（Kammergesetze）之確立。原則上，各邦公會法均授權醫師公會以職業規章訂定醫師職業義務之事項，如未有規定，則仍適用一九三七年職業規章之規定。

一九四七年各邦之醫師公會聯合組成「西德醫師公會專業小組」（Arbeitsgemeinschaft der Westdeutschen Ärztekammern），一九五五年改名為「聯邦醫師公會」（Bundesärztekammer），其性質屬於無權利能力之社團（ein nichtrechtsfähiger Verein）。依其章程第二條之規定，該團體之目的在於「促進各醫師公會之間經驗的交流，並就目標及活動相互交換意見。」為達此一目標，該團體乃極力促成醫師職業義務及醫師執業基本原則之統一規範。該團體之「社員大會」，亦即醫師公會之代表大會，稱為「德國醫師大會」（Deutscher Ärztetag）。聯邦醫師公會並著手草擬職業規章之範例，以作為各醫師公會訂定職業規章之準則。一九五六年第五十九屆醫師大會假Münster舉行，會中議決通過「德國醫師職業規章」，成為各公會訂定個別職業規章之準則；此後德國醫師年會多次對此規章繼續予以補充，並隨時因應新的發展。

3. 十九世紀後葉，因醫師職業的統一化，引發專業人員制度上（Spezialistentum）之新問題。質言之，由於醫學工作領域的擴張，以及醫學研究與實務方法的複雜化，促使越來越多的醫師往特定的領域發展，進而專業化；此外，由於交通日益便捷，各地日趨都市化，亦使在大都市登記開設專科醫師診所的可能性增加，從而逐漸形成「家庭醫師」（Hausarzt）與「專科醫師」

（Spezialarzt）相互競業的情況，因而弊端叢生，「專科醫師之問題」遂（也）成爲當時醫師業界之重要課題，現行專科醫師管理規章之訂定，基本上就是要解決此一問題。

第一次世界大戰前十年間，有關專科醫師問題之討論，特別是關於「專門人員」或「專業醫師」開業之要件，以及專科醫師與一般開業醫師間之關係等問題，無論在醫學文獻上、醫師年會上以及在各種不同醫學政策大會上，均存有其一定之共識，國家將之視爲業界的問題，原則上交由醫師職業組織自行處理，國家盡可能不作規範。惟各醫師規章對於專科醫師業務與一般開業醫師關係之規定並未一致，大部分的規章多規定「專科醫師」（Spezialarzt）之名稱，僅能由受過該相關專業基礎訓練，且主要從事該專門業務者使用；「濫用專科醫師之名稱」者，應屬不法（unstatthaft）。至於專科醫師必須經過特別考試的建議，則爲多數醫師所不採，蓋人們擔心可能會再次出現兩種等級的醫師。

一九二四，於不來梅（Bremen）舉行的第四十三屆醫師大會議決通過「不來梅準則」（Bremer Richtlinien），揭示處理專科醫師問題之基本原則。其中第一點規定，專科醫師必須擁有其專業上所必要之特別設備，專科醫師之業務「主要」（im wesentlichen）限於其專業領域，其餘之醫療項目應由一般開業之家庭醫

師爲之，專科醫師名稱之使用，以一個經承認之專業爲限，且不得使用一般性專科之類別（ Fächergruppe ）。該準則並對專科醫師及專門教育訓練事項以及專科醫師之認可程序，予以詳細規定。其中第四點作如下之明確規定：

關於專科醫師之事項，屬於醫師職業界之問題，予以法律上之規範，既無必要，且不孚衆望。由於此一問題同時牽涉一般開業醫師及專科醫師，因此須在醫界同仁相互理解下，亦即在各地區職業團體及大型組織利益之共同代表下，透過雙方的合作，方得以解決。

一九二六年，第四十五屆德國醫師大會假 Eisenach 舉行，會中以不來梅準則爲基礎，議決通過「德國醫師職業規章」（ Standesordnung für die deutschen Ärzte ）。

其中第十五條規定，專科醫師「原則上」（ grundsätzlich ）不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。

如前所述，一九三七年十一月五日制定之德國醫師職業規章，亦包含關於專科醫師之規定，其中第二十九條規定，不得使用多種專科醫師之名稱，並不得將專科醫師名稱與一般醫師名稱合併使用。另於第三十三條第一項至第三項規定專科醫師之義務：

（第一項）專科醫師原則上（ grundsätzlich ）不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。但週日診、夜間

診、急診以及榮譽職之業務，不在此限。

（第二項）專科醫師之業務主要應限於其專業之範圍，且必須擁有執行專科醫師業務之必要設備。

（第三項）專科醫師不得將其業務擴張成爲一般之保健醫師業務。專科醫師不得使某一家庭脫離其保健醫師。

二次世界大戰之後，醫師界又再度針對專科醫師之問題，謀求統一之法秩序。首先，多數醫師希望聯邦以法律授權各邦醫師公會所組成之聯邦醫師公會，在聯邦政府同意之下，以專科醫師規章規範專科醫師之有關事項。爲此醫師公會之委員會提出一份「Königstein 草案」（Königsteiner Entwurf），並於一九五〇年假波昂（Bonn）舉行第五十三屆德國醫師大會，會中議決通過該草案。該草案第一條第三項之規定與一九三七年之職業規章第二十九條第三項內容相同，亦即：

不得使用多種專科醫師之名稱，並不得將專科醫師名稱與一般醫師名稱合併使用。

惟該草案關於專科醫師義務之規定，刪除「主要」（im wesentlich）之用語，其規定比之一九三七年職業規章第三十三條第二項之規定，較爲嚴格。草案第十條第一項至第三項之規定如下：

經許可開業之專科醫師，原則上（grundsätzlich）不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。但週日診、

夜間診、急診以及榮譽職之業務，不在此限。

專科醫師之業務應限於其專業之範圍，且必須擁有執行專科醫師業務之必要設備。

專科醫師不得將其業務擴張成爲一般之保健醫師業務。專科醫師不得使某一家庭脫離其保健醫師。

爲呼應上述之訴求，德國聯邦衆議院乃於一九五一年十一月十五日議決通過「德國專科醫師規章配合醫學學術及實務發展法」（*Gesetz zur Anpassung der Facharztordnung für die deutschen Ärzte an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und Praxis*）。該法規定，爲配合當前之情況，醫師公會之委員會得將一九三七年專科醫師規章及其後各邦所頒佈之專科醫師規章予以統一。惟因憲法上之疑義，該法於協調委員會（*Vermittlungsausschuß*）時遭到擱置（*vgl. BT Drucks. I/2761, 2916, 3014; Stenber. der 188. Sitzung des Bundestags vom 24. Januar 1952, 1. Wp., S. 7985D*）。

一九五六年，第五十九屆醫師大會假 Münster 舉行，會中議決通過「德國醫師職業規章」，其中第二十五條第一項第一句規定，醫師之教育訓練期間，直至被認可爲醫師（核准執業）（*Approbation*）時爲止。關於專科醫師認可程序，則主要沿襲「Königstein 草案」之規定。雙重專科醫師名稱之使用，仍被禁止（第二十

四條第三項)。關於禁止專科醫師執行一般醫師業務之規定如下：

### 第三十二條 專科醫師之義務

(第一項) 專科醫師應擁有執行專科醫師業務之必要設備。

(第二項) 專科醫師之業務應限於其專業之範圍，並使用專科醫師名稱，不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。但關於醫師之急診及榮譽職業務之事實，得為例外之規定。

(第三項) 專科醫師不得將其業務擴張成為一般之保健醫師業務。專科醫師不得使某一家庭脫離其保健醫師。

(第四項) …

截至一九六〇年為止，該職業規章為各邦醫師公會所援用，且未作重大修改；直至一九六二年，始有新規定之公布 ( Arztl. Mitteilungen 1962, S.2323 )。

一九六八年，第七十一屆德國醫師大會於 Wiesbaden 舉行，會中決議將截至當時的專科醫師規章擴大為「繼續進修規章」 ( Weiterbildungsordnung )，以便將執業醫師納入核准開業醫師在職進修體系中。該規章規定，醫師得決定使用通常之簡短名稱 ( 如外科、內

科等），或使用如「醫師」或「某專科醫師」之名稱。此外，該規章亦將「一般科醫師」（Arzt für Allgemeinmedizin）之名稱納入規定，予以保護。雙重專科醫師名稱使用之禁止，以及關於專科醫師義務之規定，則未改變。聯邦醫師公會副主席 Sewering 教授，於第七十一屆德國醫師大會上表示：

「在審慎的考慮與磋商之後，我們得出結論，決定原則上仍維持專科醫師限於其專業領域執業之義務，如同其已行之數十年。此項基本義務乃是我國醫療秩序及醫師界共同合作的重要要素，若有所更張，恐生疑義。畢竟此種義務之改變，只是對那些在專業領域上未完全發揮之人，有所幫助。而「原則上」（grundsätzlich）一詞的使用，事實上已容許某些例外情形的存在。所應禁止者，只是在專業領域之外有計畫的執業行為，此種行為不能被視為一種特殊專科醫師的執業行為，乃屬當然。」

此間「繼續進修規章」為大多數的醫師公會所援用，並經國家監督機關之同意。

## B（本件憲法訴願之構成事實及相關當事人之主張）

本件訴願人均為專科醫師，因違反現行專科醫師規章（Facharztordnung）所規定之職業義務，受該管轄

職業法院之懲戒，對此訴願人提起憲法訴願。

## I（第一憲法訴願部份）

1. 訴願人 G 博士，係婦產科專科醫師，對職業法院及邦醫療業職業法院之判決提起憲法訴願。該懲戒判決之作成主要係根據一九五六年十二月二十九日 Nordrhein 醫師公會職業規章（MinBl.NW 1957 Sp.725）第一條及第三十九條第一項之規定：

### 第一條 執業

（第一項）醫師應本於良知執行業務，其於職業範圍內外之行爲，須表現專科醫師職業應有尊嚴與信賴感。

（第二項）醫師原則上得自由執行其業務。除依法律或契約而負有醫療義務者外，醫師得拒絕執行醫療業務，特別當醫師確信，其與病患之間缺乏必要之信賴者。

### 專科醫師之義務

（第一項）經核准以專科醫師資格開業者，原則上不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。但急診、待命業務及榮譽職之業務，不在此限。

（第二項）至（第四項）…

上開（醫師）職業規章係根據 Nordrhein-Westfalen 邦於一九五二年二月五日頒佈，一九五四年六月三日修正公布之「醫師、藥劑師、獸醫及牙醫等公會暨職業法院法」（ das nordrhein-westfalischen Gesetz über die Kammern und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Apotheker, Tierärzte und Zahnärzte ）（ GVB1. S. 209 ）－簡稱醫療業法（ Heilberufsgesetz ）－第五條第三項之授權所制定。該法第五條規定：

（第一項）公會之任務為：

a …，

b …，

c 維護公會成員職業上之利益，

d 促進公會成員職業上之進修，

e 維持高水平之職業水準，並監督公會成員職業義務之履行，

f 增進公會成員彼此間良好之關係，並對公會成員間，或公會成員與第三人因執業所生之爭議，予以仲裁，但有其他法定管轄機關者，不在此限，

g …

（第二項）

（第三項）公會得以特別之章程議決職業規章，並對公會成員具有拘束力。職業規章須經監督機關之同意。

2. 根據系爭邦職業法院之事實認定，訴願人於擔任婦產科專科醫師時，並未將業務限於其專業領域，至少其曾有一次為男性病患－即女病患之夫－提供治療。

系爭邦職業法院表示，依基本法第七十四條第十九款之規定，邦立法機關有權制定有關醫師執業之規定。醫療業法第五條第三項之規定，係取代帝國醫療法第十四條之規定，並保留其第十二條之規定，故並未牴觸基本法第十二條第一項第二句（一九六八年六月二十四日修正前之條文〔BGB I S. 709〕）之法律保留原則，蓋吾人可以對醫療業法第五條第三項作如下之解釋：基於該規定所制定之職業規章，僅能就帝國醫師法第十二條所規定職業義務，予以闡釋並作細部規定，醫師應本於良知執行業務。早在一九三七年制定職業法規時，德國醫師界之一般通念即認為，專科醫師應將業務限於其專業領域。依照當時乃至今日之觀念，專科醫師雙重執業之行爲，與本於良知從事醫療衛生工作之本旨不相符合。是以，一九五六年職業規章第三十九條之規定合乎帝國醫師法第十二條規定之意旨，與憲法尚無牴觸。

3. 本件憲法訴願人主張，（系爭判決）牴觸基本法第十二條第一項、第二條第一項及第一〇三條第二項之規定。其謂：即令經核准開業之專科醫師逾越其專業領域，但其行爲尚不致構成不法。系爭職業規章之規定與此意旨相違，牴觸基本法第十二條之規定。依前述尚屬

有效之帝國醫師法第十二條規定。訴願人之行爲並不具可罰性，蓋其行爲並未違背良知，因此亦未損及醫師職業所應享有的尊嚴與信賴。如果職業法院一方面要求職業管理規範須以形式法律爲依據，而他方面卻又表示帝國醫師法第十二條合乎此項要求，並將補充該規定之任務交給醫師公會爲之，其論點顯然前後不一，相互矛盾。事實上，醫師公會始終在試圖保護一般科執業醫師之業務，使之免於受到專科醫師的影響，此種競業保護之作法與基本法第十二條之意旨不符。是以，系爭規定不僅形式上違憲，而且在內容上亦牴觸基本法之意旨。邦立法者透過醫療業法第五條第三項將規範執業之權限授予醫師公會行之，事實上已使法律保留原則徒托空言。蓋帝國醫師法第五條第三項「概括授權」（Pauschalermächtigung）之規定過於不確定，以致未能樹立原則，以作爲規範自治事項之基礎。對於專科醫師所作之限制，若僅爲了簡化之理由，或基於合目的性及可行性之考量，顯然違背保護基本權利之基本思想，蓋法律保留之思想，其目的即在防禦來自職業自治組織之侵害。若一方面認爲專科醫師執行雙重業務，即非本於良知執業醫療業務，而他方面卻又將專科醫師納入夜間及週末值班體系，甚至排入急診工作，此種論點無異前後矛盾，特別在後者之情形，誠屬一種本於良知之表現。

Nordrhein-Westfalen 邦政府則認爲，本件憲法訴願

應無理由。關於執業之事項，亦得以法規命令或自治規章規範之；形式法律並非經常有其必要。醫療業法第五條第三項授權公會訂定有關執業規範之規章，此種授權並無進一步具體化之必要，蓋憲法對於授權訂定法規命令之嚴格要求，並不適用於授權公法人訂定自治規章之情形（ BVerfGE12,319 ）。帝國醫師法第十二條規定仍繼續有效， Nordrhein-Westfalen 邦職業規章第一條及第三十九條第一項規定，僅是就上述規定之職業義務，予以闡釋。禁止專科醫師執行雙重業務，不僅合乎德國醫師界之通念與確信，且自十九世紀末葉以來，即屬職業規章之主要內容。專科醫師之執業範圍限於專業領域，其目的並非在競業之保護，而是基於公共醫療健康服務之理由（ BayVfGH5,161〔 164 〕 ）。是以，職業規章第一條之規定，自應從職業規章之整體脈絡予以理解。

Nordrhein-Westfalen 邦醫師公會則表達以下之意見：醫師公會依醫療業法之授權取得自治規章制訂權，此種經授權而取得之法規制訂權（ Rechtssatzungsbefugnis ），合乎須有形式法律規範依據之要求。此外，職業規章之規定，並未逾越業已成為邦法而繼續適用之帝國醫師法第十二條之規範範疇，亦即僅是將該條規定予以闡釋與具體化。職業規章第三十九條第一項之規定，係基於公益上合乎理性之考量而予訂定。限制專科醫師之

業務於專業領域上，符合傳統上醫師職業之通念；基於多項理由，此一限制適當且有其必要。基本上，醫師決定僅於一定專業領域從事業務，係出於自願，蓋其同時亦可以申請核准為一般執業醫師，並取得在所有領域執行業務之權利。然而，醫師一旦決定在某特定專業領域執行業務者，即應限於該專業領域，此項限制旨在維護國民健康（ Volksgesundheit ）。此外，專科醫師應在其所選定專業領域內繼續進修深造之要求，以及醫學發展之日趨複雜化，亦顯示此種限制之必要性。

總而言之，即使職業規章欠缺法規範之性質，惟其至少呈現醫師界之職業通念，且係帝國醫師法第十二條概括條款之具體化。

## II（第二憲法訴願部份）

1. 憲法訴願人 St. 博士，係海德堡大學醫學系教授，並獲有「內科」及「放射科」（ Röntgen-und Strahlenheilkunde ）專科醫師之資格。其在診所招牌及信紙上端（ Briefkopf ），分別使用內科醫師之專科醫師名稱，並附加「放射診所」（ Röntgen-Diagnostik ）一詞。其後不久， St. 博士刪去信頭上之附加詞，而正式使用放射科專科醫師名稱。區職業法院及邦職業法院以 St. 博士違反於一九五八年六月四日制定，一九六〇年三月二十六日修正公布之 Baden-Württemberg 職業

規章（Arzteblatt f. Baden-Württemberg 1959, S. 89, 1960, S. 168）第二十四、二十六及二十八條之規定，而作成刑事處罰之判決。該職業規章第二十四條第一項第一句規定：

### 診所招牌

（第一項）醫師於其診所招牌上，僅得使用其姓名、醫師及學位頭銜、醫師或專科醫師名稱、門診時間、私人住址及電話等。

...

依第二項至第四項之規定，不屬於第二十四條第一項之事項，不得附加於診所招牌上；「放射診斷」並非屬於該規定所定之事項。該職業規章第二十六條復規定：

### 信紙、診療單及印信之內容

關於信紙、診療單及印信之內容，準用招牌之規定。醫院醫師得使用其職務名稱。

關於合法專科醫師之名稱，則於該規章第二十八條明列之，其中第三項規定：

（第三項）使用多項專科醫師名稱，以及將專科醫師名稱與一般醫師名稱併用者，不應許可。

關於專科醫師執業範圍限於其專業領域之問題，該

職業規章第三十六條定有如下之規定：

（第二項）專科醫師業務應限於其專業之範圍，並使用專科醫師名稱，且不得執行一般醫師或一般保健醫師之業務。但關於醫師之急診及榮譽職業業務之事項，得為例外之規定。

Baden-Württemberg 邦一九五三年十月二十七日之公會法（GB1. S. 163）第三條第一項規定公會之任務如下：

（第一項）公會之任務為：代表並促進職業上之利益，處理有關職業、職業內部共同理念之維護、學術發展、職業榮譽之維持、參與公共衛生健康事務及國民經濟等事項。

關於公會之法規制定權，第七條第一項規定：「公會得制定規章」。第七條第三項規定，規章須經內政部之同意。第八條第一項列舉規章之合法內容，其中第十四款規定，得為規範之事項為：「關於職業義務之規定（第三十八條第二項）」。該法第三十八條第一、二項規定：

（第一項）個別職業之成員對其職業上不正當行為（berufsunwürdige Handlungen），應經職業法院之審理而負其責任。

（第二項）職業上不正當行為，指違反個別職業成員為維護其職業之形象所應負有之義務。但政治上、宗

教上、學術上之觀點與行爲，或對於職業事項之經濟上立場，不得作為職業法院審理之對象。

2. 關於系爭判決之法律基礎，邦職業法院作如下之說明：成為邦法而繼續適用之帝國醫師法，其第十二條規定並不因公會法第六十一條第一項之規定而失其效力。帝國醫師法第十二條乃是一項概括條款，純屬執業之規範，旨在對公共福祉作合乎理性之考量。公會法第八條第一項第十四款之授權，雖使帝國醫師法第十四條規定失其效力，惟並未影響該法第十二條規定之效力。

公會法第三十八條第二項之規定，係基於帝國醫師法第十二條之授權，而該項規定之詳細內涵，則又交由職業公會以職業規章為補充之規定。若依基本法第十二條第一項之規定，職業執行之事項得以實質之法律規範之，則吾人得將職業規章視為具有法規範性質之規章（*Satzung*）。若非如此，則該規定亦得視為帝國醫師法第十二條具體化之準則（*Richtlinien*）－其本身不具有法之拘束力。職業規章之規定係將 Baden-Württemberg 醫師界通念（*die communis opinio*），予以明確表彰，藉此可以瞭解業界之行爲是否依循同業者之觀念，合乎職業水準之尊嚴。其中，使用兩種專科醫師之名稱，並不符合醫師之職業義務，蓋如此將對大眾產生一種不良之影響，而且違反禁止醫療廣告之規定（職業規章第二十條），是以，醫師若於診所招牌上使用「放

射診斷」之字樣，自應受到此項原則之制約。而且，放射診斷於今日已成爲醫師之必備知識（Rüstzeug），而與醫師本身是否擁有必要設備無關。至於專科醫師執行一種以上之專科醫師業務，是否構成職業上之不正當行爲，於此無庸加以確認，蓋於本案中，訴願人只被指訴使用一種以上之專科醫師名稱。

3. 憲法訴願人主張，（系爭判決）牴觸基本法第二條第一項及第十二條第一項之規定。蓋基本法並未禁止從事兩種專科醫師業務，從而醫師若將其兼任二種專科醫師之事實表現於外，例如將依法取得之專科醫師資格，表現於診所招牌上，自非職業規章所能加以禁止者。故職業規章逾越公會法第八條第一項第十四款之授權，蓋其不只是確定職業之義務，而且顯然侵害人民之執業自由。

即使立法者原則上得將其規範執業之權限移轉於公法人團體，惟類如禁止同時使用二種合法專科醫師資格之規定，顯不符合法律授權之意旨，至少，全面禁止使用多項專科醫師名稱，與基本法第十二條規定之意旨，有所牴觸。固然，在今日醫學專業化之下，要同時是眼科醫師及肺部專科醫師，誠非可能。然而，如內科與放射科如此關係緊密的領域，仍可由個別之醫師自行決定，其是否有能力同時執行此二種專科醫師業務。在德國的大學裡，便有教授同時講授兩門專業科目，並且於

該兩門專業領域繼續進修深造，因此，對屬於自由業的醫師而言，自有同時執行多項專業領域之可能性，特別當其從事兩門互有關連之專業領域時，更是如此。

Baden-Württemberg 邦內政部認為本件憲法訴願應為無理由。其謂：訴願人從職業規章第二十八條規定之觀點，對於系爭判決表示不服，就此而言，應無基本權利受違法侵害之情事存在。關於職業之執行是否應以形式法律予以規範之問題，於此無須加以闡釋，蓋訴願人之執業自由已因公會法第三十八條第一項及第二項之規定，而直接受到限制，依該規定，應為職業上之正當行為，乃屬一般之職業義務。由於邦醫師公會僅得於第三十八條第二項所指一般職業義務之範疇內，以規章訂定職業之義務，故公會法第八條第一項第十四款特別指明，所謂「職業義務之事項」係指第三十八條第二項所規定者。換言之，職業規章只是將此一般義務予以具體化而已，從而，職業規章據此所訂定之特別義務，對執行職業自由干預之程度，尚未超出第三十八所定之範疇。關於職業自由實質上之侵害，主要決諸於法律，該法含有一項不確定之法律概念，其內涵必須藉由不成文之職業倫理準則予以充實，自無可訾議。依照業界之通念，使用兩種專科醫師名稱，乃屬職業上之不正當行為。按一般大眾對專科醫師有所期待，希望其能將廣泛的知識用於其專業領域之上，而且依照當前醫學之水

準，而當醫師使用專科醫師之名稱時，其多半無法在一個以上之專業領域，同時具備合乎業界所期待的理論及實務知識。

Baden-Württemberg 邦醫師公會亦認為本件憲法訴願應為無理由。其謂：自從採行專科醫師名稱制度以來，在業界的自治領域中，自始即將此類名稱之使用限定於一項專業領域。而且，自一九二四年頒佈「不來梅準則」以來，無論是基於禁止廣告及招攬顧客之考量，或是基於專業化趨勢之觀點，此項普遍存在於醫師界的觀念，始終具有正當之理由，蓋唯有將執業醫師之業務範圍限定於一項專業領域之上，方能使專科醫師依最新學術之水準，真正掌握專門的知識與經驗，蓋今日的醫師恐怕無法勝任超過一項以上之專業領域。專科醫師資格之認可，只是代表該醫師在被認可時，已經提出所需專業訓練之證明。然而，取得多種專科醫師資格之認可，並不表示該醫師在往後的執業中，能夠持續同時專精於各項專業領域。如果每一個醫師都能夠隨意使用其所取得的任何專科醫師名稱，則病患將因此而受到誤導。此項原則即使應有例外之情形，亦只能限於提供鑑定報告之工作，或是在學術演講上為了提供聽眾必要之資訊。內科與放射科雖屬兩個不同領域之專業，惟內科醫師於其專業領域上，如認為有使用放射診斷之必要時，本來就可從事放射診斷之工作，因此，亦無同時使

用此二種專科醫師名稱之必要。

### III（其他各機關之意見）

於本件憲法訴願之審理之中，聯邦憲法法院曾要求聯邦衛生部部長（ der Bundesminister für Gesundheitswesen ）、各邦衛生部部長及專科醫師職業協會之工作小組（ die Arbeitsgemeinschaft fachärztlicher Berufsverbände ）等單位，就邦法具體規範事項以外之其他若干專科醫師基本問題，提出如下看法。

1. 聯邦衛生部部長表示，專科醫師乃是一種特別之職業，而關於基本法第七十四條第十九款規定之解釋，亦應以聯邦憲法法院就基本法第十二條所發展之判斷標準為原則，亦即：特別之職業訓練、任務之確立與法律之形成態樣、業務之特定範圍（ Zuschnitt ）及特殊之經濟獲利機會等。關於執行專科醫師業務所需之專業知識，係經過數年長時間之專業訓練所獲致。是以，法律對於專科醫師態樣之形成、任務之確立、及其業務之特定範圍（ Zuschnitt ），均有別於一般之執業醫師；而其區別之主要特徵在於，專科醫師之業務範圍限於其專業領域。對於專科醫師之任務而言，開業之特別核准，誠屬不可或缺。病患對於專科醫師能力的特別期待，以及專科醫師所擁有較佳的經濟機會，在在顯示專科醫師特有的職業形象（ Berufsbild ）。因此，專科醫師資格

之認可，乃是一種職業許可之處分，從而，聯邦依基本法第七十四條第十九款擁有立法權。當然，若持相反見解，認為專科醫師非屬特別之職業型態，亦有相當充分之理由，蓋吾人亦可將專科醫師資格之認可，當作是對專科醫師取得專業知識且籌備開業的一種單純宣示。

以上二種可能的見解，聯邦醫師法制定時，聯邦立法機關究竟採取何者，不得而知，蓋聯邦立法機關先是將專科醫師認可之規範事項，交由邦立法者為之，而邦立法機關則藉由公會法之頒佈，行使此項立法權。

關於職業執行之規範，根據基本法第十二條第一項第二句舊條文之規定，原本即可以規章（*Satzung*）為之。該規定雖於一九六八年六月二十四日，因基本法之第十七次修正法，而有所修改，惟該次修憲僅具有澄清的作用。原則上授權制定自治規章，並不需要符合基本法第八十條第一項之要求，惟立法者仍應就重要及基本之事項自行作出決定，因此，自治的界限與範圍必須從國家之授權行為中，清楚地看出。然而，若因此而謂，凡屬對職業執行影響程度較鉅之規範，只能以形式法律為之，則對國家實務的運作而言，實屬一種苛求。況且，本件系爭規定所規範之事項，亦非如此之重要，以至於必須要保留給立法者決定之，蓋其既未侵害到病患自由選擇醫師之權利，亦未限制醫師對病患所應為之照顧。此外，專科醫師因獲准執業而取得無限制行醫之權

利，並未因該項規定而被完全剝奪；只不過在執行專科醫師業務時，專科醫師必須放棄其他部份業務而已。又規章自治權之內容及界限，於公會法中已有明確之規範，此項公會之法規制定權（*Rechtssetzungsbefugnis*），主要係源於公會傳統之地位、任務與權利。

自實質而言，專科醫師執業之限制，以及專科醫師雙重業務之禁止，亦符合基本法第十二條規定之意旨。蓋系爭規定旨在防止專科醫師在其久未接觸的醫學領域，從事醫療行為。專科醫師應專心致力於其專業領域，以確保專業醫療工作能夠隨時符合最新的知識水平。而且，將專科醫師之執業範圍限於其專業領域，亦是一般醫師與專科醫師之間，或是專科醫師之間，相互合作之基礎。

專科醫師雙重執業之禁止與限定於專業領域之要求，可以視為是業界之習慣法（*Standesgewohnheitsrecht*），在其他國家亦有相類似之規範，此等規定不但合乎醫界的確信，且一直為職業法院所適用，至今已有數十年，故醫師均應將之視為具有拘束力之職業法規範，而予以遵守。

2. 根據 *Nordrhein-Westfalen* 邦內政部所提出之意見，專科醫師事項應屬於邦專屬立法權之範疇，專科醫師規章並未涉及基本法第七十四條第十九款所稱醫師職業許可之事項，而是關於醫師業務執行之統一規範。依

照聯邦醫師法所樹立之醫師職業統一形象，醫師於取得開業許可後，即享有執行任何醫師業務之權利。醫師之認可，僅表示該醫師在某特定之領域具備專業之知識，並具有執行專門醫療業務之能力。將專科醫師之業務範圍侷限於其專業領域，其目的僅在確保專科醫師能夠維持其專業知識，並且隨時因應該領域之發展。

關於職業執行之事項，若有形式法律之基礎，亦得以規章（*Satzung*）規範之。規章本身無須符合基本法第八十條第一項關於授權之要求。立法者於授權時，亦須顧及自治規章之法律性質，嚴守其應有之界限，亦即，自治規章僅對於該自治團體之成員有其適用，而不及於其他之第三人，此外，立法者亦不得將自治規章權之範圍，擴及於自治團體利益以外，而就一般公眾之重要事項予以規範。

醫師公會所定之專科醫師規章，並未逾越其權限之範疇。關於專科醫師必須將其業務範圍侷限於其專業領域之要求，僅是針對醫師公會之成員所為。至於病患因此而無法接受其所信任之專科醫師治療，只是以公會成員為規範對象之規章所具有的一種規範上必然的反射效果而已。

再者，專科醫師事項所具有之一般重要性，亦不足以作為否定醫師公會得以自治規章予以規範之理由。蓋立法者於此領域仍有相當廣泛之決定空間，故立法者若

決定將此一範圍之規範事項，交由醫師自治團體為之，應無可議之處，除非立法者顯然濫用其決定之自由而放棄其規範之權限。於本件中，並無此種情形之存在，蓋傳統上專科醫師事項均是屬於醫師自治事項之範圍。

自實質而言，禁止專科醫師同時執行一般醫師業務，以及禁止同時使用多種專科醫師名稱，與基本法第十二條規定之意旨均無不符，蓋此等禁止均是基於公益上合乎理性之考量，旨在維持專科醫師於資格認可時被確認且表彰於專科醫師名稱上之特別專業知識，並使之得以繼續充實。而且，自專科醫師資格認可之後，即由醫師公會負起對專科醫師病患之保護責任，而專科醫師雙重執業之禁止，正是一項合適且有效之方法，足使醫師公會善盡此項保護義務。要言之，專科醫師雙重執業之禁止，旨在保護病患，維護國民健康，並間接促進一般科醫師與專科醫師之間的合作。

此外，專科醫師雙重執業之禁止，亦可視作一種習慣法。早在上世紀末即存有多項職業規章及相關之草案，其目的在集中並確立有關醫師義務之既有共識與通念，在當時即有所謂限制專科醫師業務之觀念存在，故醫師界多將此原則視為職業上具有拘束力之法規範，而予以遵奉。

3. 專科醫師職業協會工作小組（ die Arbeitsgemeinschaft fachärztlicher Berufsverbände ）則認為，醫師

業乃是一項須經核准始得開業的職業，在取得開業許可之前，所有醫師之教育訓練均係基於統一之基礎，而於完成教育訓練之後，亦核發統一之執業許可，核准開業。至於專科醫師方面，則是一種有目標地、自願性的深造教育（*Weiterbildung*），故前經核准開業而取得之無限制執業權利，並未因此種深造教育而有所增減。是以，專科醫師之業務，只是在一般醫師之基礎教育訓練下，以專門知識為主要醫療特色之醫師業務。

固然，專科醫師業務應限於其專業領域之原則，堪值肯定，惟限制之方式不應過於僵化，故專科醫師規章中所稱「原則上」（*grundsätzlich*）一語，自不容解釋為「毫無例外」（*ausnahmslos*）。按專科醫師於從事醫療行為時，仍須注意人體的整體機能，並隨時運用教育訓練時及經核准開業時所具備之基本知識，以合乎醫學方法之準則。而且，在診所招牌上使用多種專科醫師名稱，事實上並無太大意義，蓋診所招牌只是表彰醫師所可能提供之醫療協助，而醫師通常卻只能在其擁有必要設備的範圍內執行業務。至於違反職業身份之廣告行為，則應予排除，反之，某專科醫師若於學術報告或鑑定書上指出，其在多項領域上，取得專科醫師之認可，則應不在禁止之列。

4. 聯邦專科醫師公會亦向審理本件憲法訴願之聯邦憲法法院提出意見，其內容主要是重申邦醫師公會的意

見，並謂：不論是執行一般科醫師業務或是專科醫師業務，醫師通常都將自己視為整個醫界的一員，此不僅與歷史的發展相吻合，而且合乎數百年來的法律傳統，而為醫學界本身所致力的目標。

按聯邦醫師法係將醫師之職業形象作法律上之確定，由此可知，聯邦立法者顯然反對將醫師職業細分為個別獨立之專門職業，故聯邦醫師法所規範者，僅是一種職業之許可事項，亦即醫師業之許可事項，其養成訓練及考試之規定，均屬一致，而關於取得及喪失開業許可之要件，亦屬相同，立法者並使用統一之職業名稱而將醫師職業之形象予以統一。由於不管是一般科醫師或是專科醫師，均需有一套涵蓋人類醫學所有領域之養成訓練教育及深造體制，故立法者此項決定，誠屬合理。

專科醫師在職業許可之後，因業務之執行而取得專門之知識與經驗。專科醫師既然對外表示其具有某方面之專業，自應信守其所表彰之專業領域，故專科醫師之業務範圍應限於其專業領域，乃是遵守此種職業義務的表徵。至於業務執行形式之外部差異，例如執業之設備，對於專科醫師執業之問題，並不具重要性。此外經濟上營利機會之多寡，於此亦無太大意義，至少在健保醫師業務（*kassenärztliche Praxis*）範圍之病患，即約佔全國病患的百分之八十七。

專科醫師規章與聯邦醫師法並無抵觸，蓋專科醫師

因取得開業許可所享有之權利，亦即得使用醫師名稱而於所有醫療領域執行醫師業務之權能，並未因專科醫師規章之規定而受有影響。關於職業執行事項之規範，並非僅得以形式法律為之，特別是與職業執行有關之事項，通常需透過龐雜且詳細之規定予以規範，而且必須經常修改，方足以配合科技之發展。一般而言，幾乎沒有一個領域如同專科醫師事項，更有透過職業自治規章予以規範之必要。由於醫學之逐步專業分工，故對於新專業領域的承認，並給予適當的區隔，乃是醫學專業上之性質使然。是以，如行之多年之作法一樣，專科醫師之問題應先由醫師本身自己決定，國家最好只作單純之監督，而由醫師界在自我負責之下，自行決定其將來的發展方向。

專科醫師規章中關於專科醫師事項之規範，應無可訾議，而關於不得同時執行數種專科醫師業務，以及不得同時執行一般醫師與專科醫師業務等之規範，亦無疑問，蓋此項限制旨在使專科醫師之業務侷限於對外表彰之專業領域上。由於專業之選擇係出於自願，且表現於外，對於專科醫師自然會形成一種自我限制，因此，專科醫師規章乃要求專科醫師實際執業之內容必須與表現於外者一致，以促進醫師同業間之合作，並保護病患免於被誤導。當然，醫師本身仍保有完全之選擇權，其可自行決定究係依其取得之開業許可，從事所有與人類醫

學有關之業務，或者侷限於某一專業領域。

關於訂定專科醫師規章之授權規定，具有足夠之明確性。蓋帝國醫師法第十二條對於醫師義務之概括規範，同時構成規章自治權之界限，亦即職業規章不得改變或擴張此一概括條款。換言之，專科醫師規章所加以具體化及類型化之醫師職業義務，不外是當醫師表明其將從事某專科醫師業務時，該專科醫師所應盡之義務，以符合醫療廣告之禁止，正當執行業務以及同業互相合作（*Kollegialität*）等之要求。

自實質而言，系爭規定合乎基本法第十二條之意旨，蓋其係基於公益上合理性之衡量，故具有正當性。申言之，對專科醫師而言，要求其將業務範圍侷限於專業領域，應有期待之可能性（*zumutbar*），蓋專科醫師規章之規定已將專業領域予以明確區隔，此種區隔，從經濟之觀點而言，尚合乎專業之劃分，而且從理論與實務知識之角度以言，亦應如此。

專科醫師規章具有法規範之性質（*Rechtssatzcharakter*），其於帝國醫師法第十二條合法之範圍內，將醫師之職業義務予以明文化與具體化。此外，專科醫師規章所確立之專科醫師義務，依其性質亦可視為一種習慣法，蓋其不僅合乎醫師業之一般通念，而且是長期反覆之法的實踐。

## C（訴願決定之理由）

本件憲法訴願為有理由。

### I（聯邦與邦立法權之問題）

本件訴願人因職業法院判決其違反職業義務，而受有負擔。

1. 「專科醫師」並非基本法第七十四條第十九款所稱之特別醫師職業，對於此點，各邦、專科醫師職業協會工作小組及醫師公會之意見一致。聯邦衛生部部長（*Bundesminister für Gesundheitswesen*）雖認為此項見解有其理由，惟卻持相反見解，其論點主要係基於聯邦憲法法院歷來就基本法第十二條第一項規定所作之裁判。然而，此項見解顯未注意到，基本法第七十四條第十九款與基本法第十二條第一項之規定，其功能有所不同，至少此二規定中「職業」之概念，並無作相同解釋之必要。蓋基本法第十二條第一項之規定係適用於所有之職業，具有保障自由作用，若承認某一活動屬於職業的一種，則國家對該活動之規範，自須恪遵聯邦憲法法院就職業選擇（*Berufswahl*）之限制所建立之嚴格要求。反之，基本法第七十四條第十九款僅牽涉醫師及其他醫療業，其目的在明確界分聯邦與各邦之立法權限，故對第七十四條規定具體內容之確定，應顧及基本法第三十條之原則，並參酌德國立法權分配之歷史關連；在

解釋上，「傳統上」或「沿革上」之特徵，頗具重要（BVrfGE 7,29[44];28,21[32]）。是以，立憲史與憲政實務對於該條之解釋具有特別之意義。

自基本法第七十四條第十九款之立憲經過以觀（s. jbböfFR NF1,539ff.），立憲者所規定之「醫師職業許可」，主要是著眼於營業法（Gewerbeordnung）舊法第二十九條所稱之開業核准事項（Approbationswesen）。是以，立憲者對於「醫師職業」意義之理解，係指依營業法前開之規定，須受有特定學術上之養成教育，並須經開業許可之職業而言，亦即醫師、牙醫及獸醫（Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Rdnr. 104 zu Art. 74）。在人類醫學之領域內，立憲者之出發點乃係一種統一之醫師職業。

截至目前為止，聯邦立法者係依循此項原則，聯邦參議院在就一九六四年六月二日聯邦獸醫法草案（BTDrucks. IV/2294 S.10）表示意見時，有如下之說明：

依基本法第七十四條第十九款之規定，聯邦僅就「醫師醫療業之許可」事項享有立法之權限。屬於醫師醫療業者，係指醫師、獸醫及牙醫等職業。專科醫師之業務，並非此等醫療業以外之其他職業，而是屬於在醫師、獸醫及牙醫等業務範圍之內，一種特殊型態之業務。此種業務之法律規範，主要涉及醫師、獸醫或牙醫

職業執行之種類，因此非屬基本法第七十四條第十九款所規定聯邦之立法權範圍。迄今為止，立法者均以此一見解為出發點，特別是在制定聯邦醫師法時，該法中並無關於專科醫師事項之規範，此種在醫師所存在之事實狀況亦應同於獸醫之情形。

同樣地，德國眾議院衛生委員會在對一九六九年六月二十六日聯邦醫師法修正草案（ BTDrucks. V/4525 S.3 ）提出書面報告時，亦指出：

本委員會依循聯邦參議院之建議及所有醫師組織之意見，原則上稱「專科醫師之深造」（ Weiterbildung zum Facharzt ），而不稱「專科醫師之教育訓練」（ Ausbildung zum Facharzt ）。

如此之用語，不僅合乎現行之法制，而且可以凸顯本委員會在審議及議決聯邦獸醫法時所獲致的觀點，亦即，依基本法第七十四條第十九款之規定，聯邦對於醫療業許可事項之立法權限，並不包括醫療業核准後之事項。

此外，本委員會欲藉此重申，不管個別之專業領域如何專門化，醫師職業始終是一種統一之職業。此所以本委員會決議，於本報告中不僅要明示，深造對於某種特別資格之取得，有其必要，而且還要指出，所有醫師亦有繼續進修之必要，而不問其業務之種類或地位之高低。

上述基於「醫師」資格之核准而形成醫師業之一致性，於聯邦醫師法之規定中，表現無疑（特別是第一、二、三 a 條）；此項觀點亦合乎醫師對自我的理解，特別是專科醫師，此尤可從專科醫師職業協會工作小組及聯邦醫師公會所提出之意見，獲得明證。

一九七〇年十二月十八日，聯邦政府提出健康衛生白皮書（Gesundheitsbericht）－ BTDrucks. VI/1667－其中第五章「醫療業之問題」（Textnr.355 ff.）所提及之醫師業，亦僅及於「醫師」及「牙醫」，而未包括「專科醫師」。

如果基本法第七十四條第十九款所稱「醫師職業」，僅指醫師、牙醫及獸醫之職業，則聯邦僅就此等職業之許可事項，擁有競合之立法權。「許可」（Zulassung）之概念業經聯邦憲法法院之裁判闡明在案：此一概念依文義解釋，主要包括開業許可之核發、撤銷及喪失，或執行醫師業務之權能等規定（BVerfGE4,74[83 ff.]; 7,18[25];17,287[292]）。反之，於開業許可核發之後，關於醫師進修深造之規範，以及專科醫師之整體規範，則屬各邦之專屬立法權。

2. 各邦對於專科醫師之事項並未直接規範之，而係於所謂公會法中，授權新成立之邦醫師公會－公法人（Körperschaften des öffentlichen Rechts）－以職業規章規範醫師之義務。醫師公會基於此項授權所發布之

職業規章，與德國醫師大會所議決之職業規章範例相當接近，而其形式與內容則可遠溯至一九三七年十一月五日基於帝國醫師法第十四條所發布之「德國醫師職業規章」，二者皆含有 A 編：一般規定，及 B 編「專科醫師」部份。

職業規章之法律性質係職業團體之自治規章，亦即醫師公會之自治規章，乃屬直接有效之法規範，且係專科醫師職業活動之實質規範，其內容包括合法專科醫師名稱、專科醫師認可之要件，特別是教育訓練之期間、認可之程序、認可之撤銷，以及專科醫師執業義務等之規定。

## II（法律保留之問題）

依基本法第十二條第一項之規定，限制職業自由之規範，並非僅能由國家之立法者為之，或是由立法者授權國家行政權為之。此項規範於一定界限之內，亦得由具有自治權之團體以自治規章為之。

1. 於系爭裁判作出時，基本法第十二條第一項第二句係規定：「職業之執行得以法律規範之。」而目前之規定則是基於一九六八年六月二十四日第十七次之基本法補充法（BGB1. S. 709），其雖改為規定：職業執行之規範得「基於法律」（auf Grund eines Gesetzes）為之，惟此新條文並無實質上之修正，蓋聯邦憲法法院

於此之前即曾表示，關於職業之規範，亦得以行憲後基於法律所發布之命令爲之<sup>1</sup>，亦即得以實質意義之法律 (Gesetze in materiellem Sinn) 爲之 (BVerfGE20, 283[295]; 21, 72; ebenso BVerwGE21,203)。在國家實務上經常面臨如下之難題：一方面，基本法第十二條第一項之保障範圍 (Schutzbereich) 包含任何型態之營業及職業活動，惟他方面，在現代工業社會中，關於職業所應規範之範圍逐漸增加，以致許多細節事項無法完全保留給立法者規範之。於此情況下，基本法第十二條之新規定，不過是闡明歷來裁判之意旨，並彰顯國家實務所面臨之問題，故僅具有澄清之作用，此觀諸立法資料，亦可獲得佐證 (參閱一九六七年四月十二日聯邦參議院法制委員會調查委員會會議對修正提案之理由；聯邦參議院對於對於聯邦政府草案之意見，BRDrucks. 162/67 Ani. S. 3；聯邦衆議院法制委員會之書面報告，BTDrucks. V/2873 S. 4)。

2. 自治規章乃是由屬於國家一部份之公法人，在法律賦予之自治範圍內所制定之法規範，對其所屬成員具有效力 (BVerfGE10,20[49 f.])。規章自治權之賦予，其主要之意義在於活用社會力，將某些社會事務之規範，交由與該事務有關之社會團體，在自我負責之

---

1 所謂「行憲後」(nachkonstitutionell)者，係指一九四九年德國基本法制頒之後。

下，自行決定其事務。由於該等事務與該社會團體具有關連性，故由該社會團體自行決定，當能在可預見之範圍內，作最合乎專業之判斷，並藉此縮短規範者與被規範者之距離。同時減輕立法者必須顧及專業及區域差異之負擔，蓋對立法者而言，其實難以察覺此種差異之所在，而且對於此種差異性之改變，立法者亦無法迅速反應。對於在基本法之體系中應含有此種自治思想，聯邦憲法法院從未表示懷疑（ vgl.BVerfGE 1,91[94];10,89[102 ff.];12,319[321ff.];15,235[240] ）。

3. 然而，關於自治規章制定權之賦予，基本法設有限制。雖然各種不同之自治團體、營造物（ Anstalten ）及協會（ Verbände ），各有其不同之限制，惟於此無庸作一般性之討論，蓋本件憲法訴願只是涉及授與公法性質之職業團體，亦即公法人自治規章制定權之問題，此種團體之會員為某特定職業之成員，而其存在之宗旨，則在促進成員職業上之最大利益，並確保職業之正當執行，以增進公共利益。

自基本法第八十條第一項之規定，並無法直接導出自治規章制定權之界限（ vgl.BVerfGE12,319[325];19,253[267];21,54[62];32,346[360 f.] ）。按立法者是否將一依其內容原則上毫無限制並對所有人民均有效力之一規範權限交給依官僚階層體系組織之國家行政單位，或是授權某人民團體，依該團體之性質及任務劃定

範圍，由該團體以民主程序產生機關，以規範其自身之事務，此二種授權方式有相當大的區別。歷史的經驗證明，權力若未加約束，則難免會極盡規範之能事，犧牲人民之自由，因此，對於權力之制約，自有其必要，而此種需求於前者之情形尤然。對此基本法第八十條第一項第二句特別設有防範之規定；惟此項規定不應擴及適用於自治法規制定權之授與。

雖然如此，立法者於授與自治權時，原則上仍不得完全放棄其立法權，對於自治規章之內容，立法者亦不得全然喪失影響力，此項原則不僅可以從法治國原則，亦可從民主原則予以導出。按法治國原則旨在使公權力之所有行為，在明確之權限規範與功能劃分下，受到法的拘束，以防止權力之濫用，並確保個人之自由；而民主原則之意旨則是，由客觀法律所規範之社會生活秩序，均需以民選立法機關的意志為依歸。是以，立法者不得將其主要任務完全交給國家組織內部或外部之其他單位，任令其自由為之。特別是國家所授與之自治權，不僅只是使自治團體得以在自我負責之下，執行國家所交付之任務，並訂定必要之組織規範，尚且授與其干預人民基本權利之權限，於此情形下，立法者之責任自然益形重大；鑑於基本權利規範效力之強化，國家公權力在實現並界定基本權利時，亦顯得特別重要。由於職業自由之基本權利與人格之發展具有相當密切之關係，而

人格發展之自由與尊嚴，又屬於基本法秩序之最高法律價值（ der oberste Rechtswert ）（ vgl. BVerfGE 7,377[400ff.];13,97[104,113];19,330[336 f.] ）。是以，在此項基本權利所具有之特殊位階下，對於個人自我決定之自由，僅能於公共利益所必要之範圍內，方能予以限制。換言之，考量公共利益以合乎社會法治國之需要，乃是基本法第十二條第一項第二句規範保留（ Regelungsvorbehalt ）之目的所在。因基本法對此規範權限係以法律保留之方式為之，換言之，關於何種團體利益較具重要性而必須限制個人自由權之問題，基本法主要是委由立法者決定之，故民主之立法者不得隨意逃避此項決定義務。蓋人民係透過民選之國會直接行使國家權力，故立法者有責任在意思形成的公開過程中，衡酌不同或相衝突之各種利益，針對憲法所開放之社會共同生活事項，作出適切之決定，就此而言，國家乃是以立法權履行其公共福祉維護者（ Hüter des Gemeinwohls ）之任務，以對抗團體利益。

相對言之，自治團體之立法權若受到過度之限制，以致運用社會活力之基本理念無從發揮，亦即，無法善用社會團體之力量，由其自行處理、規制與其自身有關之事務，並以其專業知識尋找「正確」之法（ "richtiges"Recht ），則植基於民主原則且合乎自由社會秩序理念之自治原則，將無法受到應有的尊重與認

真的執行。是以，關於職業之法律規範，立法者非不得授與職業自治團體規章制定權，惟立法者於此亦須注意，委由職業團體制定法規，可能會對關係人或一般大眾帶來一些特殊的危險。質言之，由職業團體所制定之法規，可能會過分偏袒本身之機關，固守狹隘的職業觀念，其結果不僅使職業之固定形象無法作適度的改變與鬆綁，而且將對職業新進者或其他外圍者（Aubenseiter）有所不利。事實上，預防社會團體之勢力對個人自由造成危險，並確保少數及公眾之利益，亦為法律保留之功能所在。

因此，國家得否授與職業團體關於職業事項之立法權限，以及在個別情形中，此種授權應符合何種要求，端視基本權利受干預之強度而定。聯邦憲法法院基於比例原則所發展之階層理論（Stufentheorie）（vgl. BVerfGE 7,377[401ff.]; 23,50[56]; 25,1[11 f.]），於此可以加以援用。自階層理論所得出之指導原則可以推知，凡是涉及職業選擇（Berufswahl）自由之事項，以及因此而影響非職業成員（即未來將從事職業之人）所應保護之利益者，亦即規範之對象超越某職業團體「自己」事務之範圍者，應由立法者自行為之；至於若屬專業技術方面之個別問題，則可由立法者劃定範圍，交由職業團體以自治規章規範之。反之，職業之規範若僅干預到職業團體成員之執業（Berufsausübung）自由，則

授與此類職業團體規範制定權，原則上較無疑義。惟須注意者，職業活動自由所受之干預程度越是敏感，個人生活長期規畫之決定與公共利益，受該職業活動之種類與方式影響之程度越是強烈，則對此種基本權利所能干預之許可範圍，應於法律授權時明確加以界定。換言之，就職業之執行而言，關於塑造職業活動整體形象具有決定性之主要規範，至少應保留給立法者作原則性之規定。

由職業團體所制定之法規範，其實質之內容必須完全合乎位階較高之法規範，尤其應符合基本法之規定，乃屬當然。以法律監督（*Rechtasufsicht*）為架構所形成之國家監督，以及基本法第十九條第四項之司法救濟途徑保障（*Rechtsweggarantie*），其目的均在確保自治規章界限之遵守。

### Ⅲ（立法者應自行規範之事項）

吾人若以前述所獲致之原則，檢視本件系爭之專業醫師規章，則可發現，醫師公會就其所應規範之事項，並未完全遵守其應嚴守之界限。

1.如前所述，各邦之公會法並未含有專科醫師之規定；其僅授權醫師公會發布與醫師職業義務有關之職業規章，於此基礎下，專科醫師之整體事項。係由專科醫師規章規範之。

就專科醫師業務之性質而言，吾人若將專科醫師視為一般醫師義務範圍之特殊部分，自與今日專科醫師之意義未盡相符，就此有許多理由可資說明。至於專科醫師之性質，得否依聯邦憲法法院關於基本法第十二條第一項之裁判意旨，而將之視為一般醫師職業之一項特殊職業分支，於此可以暫置不論。不過即使吾人認為，依基本法第十二條之規範意旨，醫師職業應屬具有一致性之職業，亦即，專科醫師之業務僅是一般醫師職業之一項特殊執業方式，惟吾人仍不可忽略，從事此項業務之決定，乃具有類似職業選擇之性質。換言之，決定從事專科醫師業務，並將未來之業務侷限於所選定之專業領域，原則上乃是長期性之決定，而屬職業生涯的一種規畫與抉擇。在統一的醫師教育訓練之下，此種決定無異使醫師擔負特殊之任務，擁有特定範圍之病患，從而在從事專科醫師業務上可以獲得經濟上之特殊獲利機會。在大眾的眼光中，以專科醫師資格開業，使用大眾所熟知之醫師名稱，並執行相關之業務，乃是屬於專科醫師的一種特殊職業形象，公眾將因此而對專科醫師有所期待，以為專科醫師將提供特定之醫療服務；相對而言，專科醫師亦因此而取得其應有專業上及社會上之重要地位。對於社會大眾而言，其亦有賴於專科醫師善盡職責，貢獻豐富之知識與經驗，並提供必要之物質設備。今日醫學知識進步快速，從事自由業之專科醫師通常使

用相當複雜及昂貴之特殊設備，於此條件下，專科醫師對於一般居民之醫療照顧，誠屬不可或缺。職此之故，專科醫師在醫師總數中所佔的比例，持續增加，而且業已造成鄉下地區一般科醫師呈現不足的現象（參閱前述聯邦政府健康報告，Textnr. 22 f.; 又如「德國健康確保」一書，Heft 20 der vom Wirtschaftswiss. Institut der Gewerkschaften herausgegeben W W IStudien, 1971, S. 29-31, 37 f.）。是以，專科醫師與一般科醫師間之合作，以及專科醫師與醫院間之合作，對於整個醫療衛生體系之建立，顯得相當重要，不能單純視為業界之內部問題，而完全讓諸職業組織自行加以規範。不可否認的是，職業政策上若發生不合事理之考量，將違背公共利益，且將導致醫療衛生政策上無法彌補之後果。由於立法者之職責在於觀察醫學所有領域之發展，藉以認識此種發展對醫療結構之可能影響，並於一定情況下，採取必要之措施，以避免團體利益之衝突，故應由立法者對此負起利益衡量之重任（vgl. auch den Gesundheitsbericht, bes. Textnr. 431 ff.）。

由以上所述可以推知，在專業醫師事項之領域中，關於「地位形成」之規範（die "statusbildenden" Normen），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（Facharztrichtungen）、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

體醫療衛生體系中之一般地位等事項，至少應以形式之法律，確立其基本原則（ Grundzüge ）。至於必要之補充規範，則可依立法者之裁量（ nach Ermessen des Gesetzgebers ），委由醫師公會以自治規章決定之。

對以上之問題，於此無須作進一步之說明，蓋本件系爭之職業法院判決，其判決基礎之規定，並未含有前述意義之「地位形成」之內容，而係涉及專科醫師職業義務之規範，即使系爭規章中關於「地位形成」之規定不具法規之性質，仍不影響該職業義務規範之效力。

2. 關於職業義務之規定與形成地位之規範，即使有所區別，惟其均或多或少地嚴重限制職業執行之自由（ BVerfGE26,186[204 f.] ），因此必須有法律之基礎，始足當之。本件系爭職業法院認為，法律之基礎在於帝國醫師法第十二條，此項規定為邦法而繼續有效適用，專科醫師規章只是將帝國醫師法第十二條加以具體化，而明列各項具體之義務。此項見解是否適當？或者如聯邦醫療衛生部部長及醫師公會之見解，系爭自治規章之規定可否算是一種（行憲前）之職業上習慣法？或者因公會法提及醫師之職業義務，因此，公會法本身是否必須先具體規定職業義務，並規定法律效果？以上諸問題於此均暫置不論，蓋無論如何，基本法第十二條第一項第二句所指限制執業自由之形式法律，業已存在。

依職業管理法制之本旨而言，職業義務之規範，無

法於個別之構成要件中予以詳盡地描述，而須以一種概括條款，規定職業成員於業務範圍之內外，應本乎良知，正當執行業務，以獲得必要之尊重與信賴，至於個別義務之具體規定，則有賴職業團體機關實際上之監督，以及職業法院之裁判，予以形成之。依實務及學說上之通說，此種概括條款符合基本法第一〇三條第二項之憲法要求，足以作為職業法院科處刑罰之基礎(BVerfGE26,186[204];Maunz-Durig-Herzog,Kommentar zum Grundgesetz,Rdnr. 116 zu Art. 103, unter c und d)。

3. 本件訴願人被指摘違反之職業義務，甚為特殊，蓋此等義務對於專業醫師職業活動之整體形成，以及對於專業醫師在大眾眼中所處之地位，誠具重要性。要求專業醫師必須將其業務侷限於所選定之專業領域，無異限制專業醫師於執行業務時，不得隨時運用其經由一般教育訓練所取得之知識與經驗。而且，遇有特殊情況時（亦即在擔任急診及候補醫療工作時），亦無法適時提供人們對其所期待之服務。此外，醫師與其病患間之關係，亦會受到影響，蓋病患選擇其所信賴醫師之自由，將因此而受到限制。再者，禁止使用多種專科醫師名稱之規定，亦有問題，蓋合法所取得之資格將因此而無法表現於外，即令多種名稱之使用，其方式無可訾議，或無誤導大眾之意圖，或不會造成大眾事實上之誤導等，

均在禁止之列。

由於此種義務在職業政策及醫療衛生政策上具有重大意義，故立法者宜將帝國醫師法第十二條概括條款所可能涵蓋之範圍，以及由行政實務及司法裁判於逐案具體化中所形成之職業義務，予以歸納整理，並於專科醫師相關法律規範中，以法律之型態予以明定，方屬允當，即使非屬必要亦然。於此所應考量斟酌之重點，不僅是此種禁止及其界限，於今日是否仍為德國醫界所共認；而且在今日社會條件下和醫療衛生政策上，醫師任務之定位屢有改變，因此，在與其他不同職業觀念相較之下，是否仍應作此種禁止，以及此種禁止之範圍是否仍應予以維持，均非無考量之餘地。

#### IV（比例原則之要求）

自形式法律之觀點而言，系爭之職業規章是否有可議之處，於此可暫置不論，至少在本案中，對於訴願人職業自由所附加以限制，在實質上與基本法第十二條第一項之規定，不相符合。

1. a) 如前所引意見，禁止訴願人 G 博士於其專業領域外執行業務，不外基於以下之考量：

自實質而言，專科醫師如欲從事專業醫療活動，必須持續補充、擴展專業知識及特殊經驗，並深入加以研究，方有以致之。是以，唯有當專科醫師專注於專業領

域，並持續深入研究、擴充知識，方足以獲得特殊之知識與能力。所謂專業領域者，其範疇自然受有限制，故需要完全的專業化，而將專科醫師之業務侷限於專業領域，其目的則在保護病患，並藉以滿足醫師公會於核發專科醫師認可時，對於該經核可專科醫師之未來病患所應負起之責任。

基於國民健康之利益、一般科醫師與專科醫師間之合作，誠屬不可或缺，而唯有當一般科之醫師保證，專科醫師之業務侷限於專業領域，方能維持此種合作之功能。如果病患大多認為，專科醫師亦可能會在其專業領域之外從事醫療行為，自無法期待一般科之醫師會將病患交給專科醫師處理。當然，一般科醫師若發現其能力無法勝任該病患之治療時，應負有將該病患交給專科醫師處理之義務。換言之，將專科醫師之業務限於其專業領域上，乃是使國民受到周全醫療服務之前提要件。

於司法裁判中，亦有採取上述之見解者，例如巴伐利亞邦憲法法院（ der Bayerische Verfassungsgericht ）及聯邦社會法院（ Bundessozialgericht ）都曾認為，將專科醫師之業務侷限於專業領域上，乃屬職業自由之合理限制（ Bay VfGH5,161 und 14,58;BSGE23,97 ）。然而，此二法院同時亦指出，禁止專業領域以外之活動，並非毫無限制且毫無例外。前述巴伐利亞邦憲法法院之裁判即指出（ S. 164, 165 ）：

依專科醫師規章第十條之規定，以專科醫師資格開業之醫師只是原則上不得從事一般科醫師…之業務。換言之，專科醫師所受之限制，只是不得將業務發展成爲一般科醫師業務，以及不得使家庭與其家庭醫師脫離，而非毫無例外之禁止。

…

因此，專科醫師只是不得長期從事一般科之業務，至於偶而從事專業領域以外之醫療行爲，並非在禁止之列。

聯邦社會法院則謂（ S. 102 f. ）：

本…庭對於「原則上」一語…作如下之解釋：由於醫師日常所處理之醫療活動具有多樣性，因此，在各別專業領域之間，無法劃定嚴明之界限，而應依實務之需要，承認有某些妥協地帶之存在。當然，專科醫師長期從事其專業領域以外之業務，自非所許。

專科醫師職業協會工作小組提出意見指出，「原則上」一語不得理解爲「毫無例外」。而從前述聯邦醫師公會副主席 Sewering 博士於第七十一屆德國醫師大會所提出之報告（ Abschn. A 3 ），可知聯邦醫師公會顯然亦持相同之見解。

b) 前開關於限制專科醫師業務範圍之理由，固非無據，其問題之關鍵在於執業自由之限制是否具備正當理由？對此聯邦憲法法院曾提出「合理性公益考量」

( vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls )，以作為判斷之基準，而所謂「合理性公益考量」之意含為何？為本件之癥結所在。如果專科醫師之個別領域可以依照專科醫學之觀點，予以適當之界定，而且專科醫師若僅執行專科業務，仍可以擁有足夠的經濟基礎，則要求專科醫師將其業務侷限於專業領域，自有期待之可能性。就此而言，當前專科醫師領域之劃分，大體上似乎仍符合此項要求。而聯邦衛生部部長亦認為，將專科醫師之領域作過分細膩的劃分，在衛生醫療政策上甚有疑問，蓋個別專科醫師所擁有較具關連性之醫學知識，將因此而受到不良之影響。

然而，職業執行自由之任何限制，仍受到比例原則要求 ( Gebot der Verhältnismäßigkeit ) 之拘束。換言之，執業自由之限制不得逾越其所欲追求目標之必要範圍，人民執業活動受限制之程度越是強烈，則其正當化之理由必須越具重要性。對於專業領域外活動之禁止，必須有一般性之準則，以資適用，且不得含有毫無例外的規範，方符合比例原則之要求。事實上，早先之禁止規定中，已含有「原則上」 ( grundsätzlich ) 或「主要」 ( im wesentlichen ) 之用語，其目的即在兼顧比例原則之要求，足見醫師業界之代表並無意對此種禁止作狹隘之處理。唯有如此之解釋，方能使現行兼業之絕對禁止與將專科醫師納入急診或執勤工作所可能存

在之矛盾，消弭於無形。

c) 關於訴願人 G 博士部份之判決，應予廢棄，蓋此等判決對於所適用之規定，以違反比例原則之方法予以解釋，故牴觸基本法第十二條第一項之規定。依系爭法院所為之事實認為，訴願人僅有一次之行爲被證明係於專業領域外執行業務。該次業務之執行並非廣泛之醫療行爲，而只是因病患突發心臟病，基於訴願人與病患之間業已存在之信賴關係，而予以治療，訴願人之行爲尚不足以構成「有系統地」( systematisch ) 在專業領域外從事醫療行爲，是以，訴願人不得因此而受到處罰。

2. a) 訴願人 St. 博士之所以被判刑，係因其於診所招牌及信紙上，同時使用兩種合法取得之專科醫師名稱，亦即，「內科」及「放射治療」兩種專業領域。關於醫師執行一種以上之專科醫師業務，是否構成職業上不正當之行爲，系爭職業法院並未予以論述。訴願人則認為，職業規章雖未禁止執行二種專科醫師業務，而僅禁止使用二種專科醫師名稱，惟在實際上，經專科醫師認可而取得執行業務之權利，將因此而受到限制與阻礙。

關於系爭規定所禁止之範圍，究應作如何之界定，醫師職業代表亦未明白表示意見，惟無論如何，此一問題於此毋需詳論，蓋對於訴願人予以處罰之裁判，業已牴觸比例原則之要求。

b) 或謂，禁止使用多種專科醫師名稱之理由，乃是因醫學及醫療方法之持續發展與專業化，已使專科醫師無法在某一專業之外，依然能夠在理論及實務上，隨時掌握並維持合乎要求之知識與能力。此外，亦有人認為，於此係涉及禁止違法廣告之一種特殊情形，而許可使用專科醫師名稱，在體系上係屬禁止廣告原則的一種例外。將醫師之特殊能力公然揭示，並不符合醫師之職業倫理（*Berufsethos*），而同時使用多種專科醫師名稱，必然會產生一種廣告之效果，而此種作法將引起病患的某種期待，而實際上該醫師卻未必能夠滿足病患的需求。

以上兩項理由所揭示之基本觀點，固然有其道理，惟仍不足使一律禁止之作法正當化，此種一律禁止之作法，可以自系爭規定之文義及系爭判決之立論基礎，予以查知。按醫師應可能且可以取得多項專科醫師之資格，因此，醫師在多項專業領域上具備學術知識及實務經驗之可能性，自不應自始予以否定。然而，系爭之禁止規定卻一體適用於所有可能之專業組合上，其顯然未注意到，在各種合法的專業分科中，亦存有若干相近之領域。而且，專科醫師決定作專業上之組合，通常亦會選定在功能上彼此相關之個別領域，以便形成具有一致性之專科業務。

聯邦衛生部部長亦認為，對於二種專科領域之執業

行爲，予以絕對之禁止，「甚有問題」(problematisch)。早在一九二四年之「不來梅準則」中即規定，使用多種專科醫師名稱，「原則上」不予許可，惟若涉及傳統上鄰接之專業分科，且該專科醫師「對於任何一科專業，具備足夠之教育訓練」者，則例外許可之。是以，系爭職業規章之規定，顯然逾越醫療衛生政策上之要求。

如同工商管理上所常見之情形，違法廣告之禁止，其目的在防止因使用廣告之方法，而使醫師之職業形象受到扭曲。自憲法之觀點以言，此種禁止自無可訾議，特別在缺乏專科醫師認可制度之時代，以及醫師專門知識較容易取得的情況下，此種禁止有其正當理由。然而，自從法律對於專科醫師名稱之使用加以規定後，單純對外使用依法定程序所取得之專科醫師資格，應不宜再視爲是一種職業廣告禁止之例外。蓋對外使用合法取得之專業資格，乃是表彰工商業以外之自由業能力的一種傳統方法，如其所表現之內容與事實相符，自不應視爲違法之廣告。

訴願人正確指出，一方面禁止於診所招牌及信紙上使用多種專科醫師名稱，而他方面卻又容許在學術、著作或鑑定書上使用，顯然是一種矛盾。對於此種－在規章中所未規定之－矛盾現象，邦醫師公會及專科醫師職業協會工作小組雖曾提出說明，惟其論點均不具說服

力。

c) 系爭規章完全禁止使用多種專科醫師名稱之規定，逾越執業規範之必要且可期待之程度。至於系爭規定究應作如何之修正，始合乎比例原則，於此可暫置不論，無論如何，法律均應對此種不合理之現象，重新加以規範，而且系爭職業法院判決所科處之處罰，已屬逾越必要限度之侵害。由於訴願人同時使用之二種合法專科醫師名稱，係屬同類之專科醫師領域，而系爭職業法院卻將之認為是職業上之不正當行為，進而對訴願人予以責難，自與比例原則有違，從而牴觸基本法第十二條第一項之規定。據上論結，系爭判決應予廢棄。

參與本裁判之法官：Benda, Ritterspach, Haager, Rupp-v. Brünneck, Böhmer, Faller, Brox, Simon。

# 關於「自動販賣機設置應具備專業知識證明」之裁定

BVerfGE 34, 71-81 【自動販賣機設置許可案】

聯邦憲法法院第一庭 1972.10.11 裁定

- 1 BvL 2/71 -

吳綺雲譯

## 裁判要目

判決主文

理由

A - I 相關法條規定

II 本案構成事實及原審訴訟程序內容

III 聯邦行政法院之意見

B - I 本件提請作合憲性審查案係屬合法

II 系爭法條牴觸基本法上選擇職業自由及平等權之規定

1. 公益可作為限制職業選擇自由之理由

2. 立法限制職業選擇自由應符合比例原則，尤其是必要性之原則

a) 本案審查爭點

b) 比例原則、平等權之適用內容

3. 立法者應制定新法規之任務

## 裁判要旨

本裁定係針對一九五七年八月五日頒布之零售商營業法 (Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel) (BGBl. I S. 1121) 第三條第二項第一款、第三項第二句及第四條第二項至第四項規定食品零售商應證明具專業知識部分的合憲性審查程序－漢諾威 (Hannover) 行政法院一九七〇年十月十二日停止訴訟程序及提請審查裁定 (Aussetzung-und Vorlagebeschluss) VI A 58/70 一作成。

## 判決主文

一九五七年八月五日頒布之零售商營業法 (Bundesgesetzbl. I S. 1121) ，並無為食品零售商訂定有得以就販賣特定種類商品核發其限制性許可，並相對地對其應提之專業知識證明 (Sachkundenachweis) 作較低要求之可能，就該部分與基本法第十二條第一項<sup>1</sup>及第三條第一項<sup>2</sup>規定不符。

## 理由

---

1 基本法第十二條第一項規定：「所有德國人皆有自由選擇職業、工作職位及教育機構之權利。職業之從事得以法律或基於一法律規定之。」

2 基本法第三條第一項規定：「全人類在法律上一律平等。」

## A. — I ( 相關法條規定 )

零售商營業依一九五七年八月五日頒布之零售商營業法 (EinzelHG) 第三條第一項之規定，必須取得一許可 (Erlaubnis)。該項許可依零售商營業法第三條第二項第一款之明文規定，於「既非能由企業主本身，亦非能由法律上選任代理企業主之人，亦非能由企業主所委託掌領其商店業務之人證明所必要的專業知識」時，即不得核發。

零售商營業法第三條第二項第一款規定中，就其涉及販賣除零售商營業法第三條第三項第二句所稱商品—這其中包括食品法 (Lebensmittelgesetz) 第一條第一項意義下之食品—以外各類商品之零售商的部分，已經聯邦憲法法院於一九六五年十二月十四日作成之裁定 (BVerfGE 19,330) 宣布為無效。因此，對於販賣食品之零售商，提出具有專業知識之證明仍是必要的。於何種情形下，方應視之已提出該項證明，零售商營業法第四條第二項至第四項定有規定如下：

(2) 販賣食品法第一條第一項所稱之食品、販賣藥品及醫療輔助器材—除受公立特約醫生管制之零售藥品外—之零售商不適用第一項之規定。具下列情事之一者，即是已提出具有零售販賣該些類別商品專業知識之證明：

1. 通過商業輔助人 (Kaufmannsgehilfe) 考試後，已

於一販賣相當該些類別商品之營業店，從事至少三年之實務工作者。

2. 通過一項為於相當該些類別商品界從商，被承認之考試，其後且已於一販賣相當該些類別商品之營業店，從事至少二年之實務工作者。

3. 為於相當之商業部門從商，具備第三項規定之要件者。

(3)能證明至少從事商人之工作五年，且其中二年為主管領導工作者，同為具有第一項規定之專業知識。

(4)不具有第一項至第三項規定之要件者，得於由較高層級行政機關所設置且受其監督之單位，經一特別的考試，證明為零售商應具有之專業知識。此對販賣第三條第三項意義下食品、藥品及醫療輔助器材之零售商亦有其適用…。

一九三六年一月十七日所頒布之食品法 (RGl. I. 17) 第一條第一項規定之食品，依一九五八年十二月二十一日修訂法 (BGBl. I S. 950) 之意義，亦包括指明供人咀嚼用之物質，亦即口香糖也屬之。

所謂從事零售商業，依零售商營業法第一條第一項之規定，係指職業性地購進商品，且將其不加改變地，或是為在零售業通常有的加工後，於一或多處公開販賣處所，陳列出售予任何人。屬於公開販賣處所者，依一九五六年十一月二十八日頒布之關店法 (Ladenschluß-

gesetz) (BGBl . I. S. 875) 第一條第一項第一款之規定，亦包括自動販賣機 (BVerfGE 19,330[332])。

如於原零售商業主逝世後，其尚存之配偶（第六條第一款）或繼承人—但此僅限至五年的期間—繼續其零售業者（第六條第二款），即不須零售商營業法規定之許可。此外，對於沿門沿路叫賣者 (Hausieren) 以及街道、市場商販（第二條），亦不適用零售商營業法之規定。

## II（本案構成事實及原審訴訟程序內容）

原審訴訟程序 (Ausgangsverfahren)<sup>3</sup> 的原告係擁有十二台自動販賣機之所有人，該些販賣機是分別設置於漢諾威市區的不同地點。原告以自動販賣機販賣的是沒有經包裝的口香糖球，並附加足球賽的圖片。

該訴訟程序之原告在經主管行政機關提醒注意，其經營之商業是應經許可者之後，乃於一九六九年十一月提出零售商許可之申請。其所提出之專業知識的證明是，先曾於一九五七年至一九六〇年，在紡織品零售商當過實習生，其後至一九六七年，是在其父母所擁有之一湯類罐頭工廠當過辦事員的工作。原告並沒有參加過任何考試。該訴訟程序之被告—邦首府漢諾威市—乃以

---

3 即造成漢諾威行政法院決議提請聯邦憲法法院作合憲性審查之訴訟程序。

原告該些職業工作不足以能證明具備為食品零售商所必須有的專業知識為理由，駁回其申請。

在經提起異議 (Widerspruch) 被駁回後，該訴訟程序之原告乃提起訴訟主張，如以自動販賣機之銷售口香糖，須符合銷售食品所具備之嚴格的法律上要求，此即有違比例原則。依其見解，口香糖是屬於一種沒有任何危險的甜食物品。在半年之內，它可保持其新鮮度，而在這之後，它最多亦只是外表上不好看而已。在自動販賣機內，該些口香糖是衛生上毫無瑕疵地被貯存著。每二至六個星期，皆會供應每個自動販賣機新鮮的物品，且同時會將販賣機清潔乾淨。

該訴訟程序之被告所持之見解是，銷售口香糖，亦應提出對食品零售商所要求的專業知識證明。該些口香糖球放置於自動販賣機內，直接聽任冷熱日晒。因此必須經常不斷地作專業性的檢查，以使消費者免受健康之損害。

漢諾威行政法院是認為，以零售商營業法第三條第二項第一款、第三項第二句及第四條第二項至第四項規定之方式，對銷售食品之零售商所作須具備專業知識的要求，與基本法有所不符。該法院因此提請聯邦憲法法院，就零售商營業法第三條第二項第一款、第三項第二句及第四條第二項至第四項規定中，要求銷售食品零售商應證明之專業知識部分，是否牴觸基本法第十二條規

定之問題，加以裁判。

依漢諾威行政法院之見解，該訴訟程序之原告如要以自動販賣機銷售口香糖，即需要有銷售食品零售商之許可。但原告並不具備核發許可所應有之專業知識的證明。原告既無參加過商業輔助人考試，亦無參加過其他任何一項專業考試；她亦無在食品零售商作過五年的商人的工作。即依零售商營業法第四條第四項之專業知識考試，原告也沒有去參加過。因此依零售商營業法之規定，應不可核發予原告所申請之許可。

但漢諾威行政法院認為，該項對食品零售商要求的專業知識證明，其作為一主觀職業許可要件是不合理的。即就其要求須具一般的商人知識之點而言，即已因基於導致判斷對販賣各種各類商品零售商要求專業知識證明係屬違憲之考慮，而與基本法第十二條第一項不符。

其次，對於更進一步要求要有對所銷售之商品認識之證明，該行政法院認為亦與基本法第十二條規定不符。雖然其出發之觀點是，如具有該種的知識，則將能有助於保護大眾，使不會對其有在銷售時因不得法地處理食品所生的危險。因此絕對亦得使能否進入食品零售商該一職業，取決於是否具該種知識之證明。但是以零售商營業法現行對物品專業知識證明所作之規定，是否適合於達成該項保護目的，是值得懷疑的。立法者並沒

有要求對打算銷售之物品的特別知識，而是要求申請者於任意一食品零售商部門，所能獲得之一般的知識及經驗。在有如此無數種類食品之情形，吾人不能即毫不困難地期待每一個提出該項專業知識證明之申請者，事實上亦都具有其打算從事之特別種類之零售業所需的專業知識。

最後，依漢諾威行政法院之見解，立法者亦無注意到（應遵循之）比例原則，因其規定要求每一位申請者都應具有在零售商業領域之一般的，亦即廣泛的知識。該行政法院認為，為要實現該規定之立法目的，應是如申請者只須能證明其具備事實上欲銷售物品種類之特別知識者即為已足。由該些特別的知識，他必須注意到，對該個別食品不得法的貯存及處理，會對人體健康產生何種危險。對那些因天然本就可長久保存或經加工，使其可長久保存之食品，以及長期已經包裝之食品，吾人僅須擔心其會對人體健康造成極低程度的損害或是根本不須擔心會損害人體健康。該些物品亦得以不具特別的知識，毫無危險地予以銷售。但如立法者對銷售所有（種類）之食品，仍然要求須具同一廣泛的物品知識，則依該行政法院之見解，此即超出有效保護人體健康所必要之範圍程度。更何況零售商營業法第二條已明文將流動性商業、在公共場所或市場之陳列出售食品，排除於適用零售商營業法規定之外。

### III（聯邦行政法院之意見）

沒有一個依聯邦憲法法院法 (BVerfGG) 第七十七條及第八十二條第一項規定應聽取其意見之憲法機關，曾對此提請作合憲性審查案發表過意見。聯邦行政法院則依聯邦憲法法院法第八十二條第四項之規定，提出以下的看法：

就立法者為維護民衆健康的利益，規定將食品零售商此一職業之許可，取決於以能提出一特別的專業知識證明為條件這件事，至目前為止，基本上是被視為合理的 (Urteil vom 23.Juni 1959, DVB1. 1959, S. 664; vom 27. September 1962, GewArch. 1963, S. 36)。在第一個所引之判決中更闡明，立法者絕對僅得授權行政機關，對個別之申請者僅要求須具有為其打算從事之企業的經營所必要範圍內之商人知識。

#### B. — I（本件提請作合憲性審查案係屬合法）

本件提請本院作合憲性審查之訴訟程序是合法的。

該提請裁判之法院（即漢諾威行政法院）係針對零售商營業法第三條第二項第一款、第三條第三項第二句及第四條第二項至第四項之規定，提請本院做合憲性之審查。上述法規是對經營銷售各種食品零售商之許可規定。但造成漢諾威行政法院決議提請本院作合憲性審查之訴訟程序的原告，明顯的並不在要求一項該種的一般

許可，該原告僅欲得到的是，能以自動販賣機銷售口香糖之許可。因此，對本程序首先具重要性的是，零售商營業法中僅訂定有經營銷售所有各種類食品零售商之許可規定，而無設有核發僅販賣特定種類商品，並相對地對其作較低要求要件許可之規定，此是否牴觸基本法的問題。僅在這個目前對提請本院作合憲性審查之原審訴訟程序唯一具決定性的法律問題的範圍內聯邦法法院能對該移請裁判案，審查零售商營業法的合憲性 (BVerfGE 3,187[196])。

由漢諾威行政法院提請本院為合憲性審查裁定之理由中可看出，該行政法院亦只是對該種有限形式的審查有興趣，因其認為，對人體健康之危害作區分式的注意，恰恰在經由本案申請者所打算販賣之物品的銷售的情形，是有必要的。倘若該缺乏有關一限制性許可規定，經被證明是符合基本法的，那其次重要的才是針對為取得一般的食品零售商許可應提出之專業知識證明作合憲性的審查。因此，本件提請本院作合憲性審查之訴訟程序，在提請首先應對零售商營業法中，並無為食品零售商訂定得以就販賣特定種類商品核發其限制性許可，並相對地對其應提之專業知識證明作較低要求之可能，是否牴觸基本法加以審查之點，是合法的。

## II (系爭法條牴觸基本法上選擇職業自由及平等

## 權之規定)

零售商營業法排除得以核發販賣特定種類商品之限制性許可，是與基本法不相符合的。

1. 食品零售商業許可要件之合憲性應依基本法第十二條第一項之規定予以檢證。

零售商商業法是規範進入該項職業之法規。該法所要求之須提出專業知識證明，是一項聯邦憲法法院判決意義下之主觀的許可要件 (BVerfGE 7,337 [406f.]; 19, 330[337])。該項要件由於可能嚴重損害到申請者之選擇職業的自由，因此唯有係在為保護一重要公益時方屬充分合理。許可保留 (Erlaubnisvorbehalt) 以及要求經營食品零售業者，即使其僅是銷售有限品種類之物品，亦應提出專業知識之證明，原則上係為此種公認之公共利益一保護消費者使其免受健康損害之危險一而設。

2. 但即使是公益可作為限制職業選擇之充分合理理由，立法者亦應注意遵守比例原則，尤其是其所採行之手段須是為達成所追求之目的所必要的。此是在當立法者無其他同樣有效，但不會或較不明顯會限制基本權利之手段可供選擇時，方屬之 (BVerfGE 30, 292[316])。

---

4 該判決全文中譯請參關蕭文生譯「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，頁一二八至一八二。

a) 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種各類食品零售商許可之要求規定，是符合比例原則的。但此處所要加以審查的，不是該些對核發銷售各種各類食品零售商許可所設之要求，是否與基本法有所牴觸。此處所涉及的首先僅是要判斷，零售商營業法並無為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，此在憲法上是否合法。

b) 即使法律上對職業許可所為之限制，一般上合乎比例原則，但在當並非所有主要已規定之情形皆是遵守合比例性，亦即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依基本法第十二條第一項及第三條第一項之規定，是屬違憲 (BVerfGE 25, 236[251] ; 30,292[327])。如在當並非僅是個別的、不合常規之特殊情形，而是特定的、即使其人數是有限之典型情形之群人，無充分客觀上理由，比例上較其他群人受更重之負擔時，即應認為是有此種違憲之情形。對該些僅欲在食品零售業銷售有限種類食器之企業主而言，即是有加予其如此一種憲法上不能忍受之特別負擔。

零售商營業法為其他情形設有例外之規定，例如在

第六條爲已死亡企業主之尙生存配偶或其繼承人—他們如繼續經營該企業主之食品零售業，不須任何的許可—或是在第二條爲市場商販—他們得無許可，即可販賣食品—，但對該些即使僅欲經營一種食品種類零售業之企業主，於其不適用上述例外規定之情形，則皆應適用零售商營業法第三條第二項第一款及第四條第二項至第四項之一般規定。由此，該些企業主爲要能取得一許可，即必須證明其具有一銷售各種各樣品種豐富之食品零售商所需具備，但大大超過其所計劃銷售行爲程度之專業知識。任何僅欲銷售例如在本案口香糖或其他不會腐敗甜食之人，爲要不致對其顧客造成健康危害，不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。

由此，零售商營業法即是對僅欲銷售有限種類食品之申請者，加予較對計劃廣泛銷售各種類食品之申請者，比例上更重之負擔。在此看不出有足夠充分的客觀理由，可支持此一種不加區分式的待遇。即就爲要確保該種限制性許可遵守規定，而有必要應有一特別的、超出目前程度之監督工作之點，但此也不能作爲在原則上排除有核發該一種許可可能之充分理由。

該些僅欲得到一限制性零售業許可之人，所涉及的並非是憲法上不受重視、不合常規的特殊的一群人。僅銷售有限某種類之物品，就如同本案事實所顯示的，基

於技術上理由，特別是對於該些欲設放自動食品販賣機販賣食品之企業主，是適當的方式。由該種類物品自動販賣機的日益普及現象也顯示出，該種銷售的形式，並不是食品零售業中一種完全不重要、變種的販賣方式。但依零售商營業法之規定，目前僅有那些擁有一般性食品零售商許可之人，才得設放自動食品販賣。因此吾人可以假定的是，該些（設有自動食品販賣機之）企業主常常是另外再經營有一商店。在該些情形，以自動販賣機之販賣，通常只是作為在商店一般銷售行為外的補充而已。雖然如此，但很明顯不能予以排除的是，還是有很多只以自動販賣機或只欲以自動販賣機販賣食品之企業主。消費者對該種銷售形式的興趣，也使得其顯示對企業主經濟上亦是重要的。

對於此一種可能在人數上是不多，但是依典型之特徵是可清楚地予以劃分出來的一群人—即該些欲經營食品零售業，販賣極有限食品種類之人—，其之能否進入其所追求之職業，是取決於一些不合比例嚴格且廣泛的要件。由此，如這些人不符合該些要件，則其即使僅欲銷售極有限食品種類之機會亦被剝奪了。由於零售商營業法並沒有規定有適當地顧及該些特殊事例的可能，而是不加區分地將其置於一般規定適用之下，因此，該法中所定之許可要件規定抵觸基本法第十二條第一項及第三條第一項規定。

3. 關於應以何種方式顧及食品零售商此一職業之特殊事例，其決定應由立法者作成。立法者必須對於即便是（僅）請求核發一限制性許可之申請，應是否以及在可能情形下，應以何種方式要求其提出專業知識之證明，作出決定。聯邦憲法法院只能夠確認現行規定之與基本法不符。

本判決作成法官：

(ges.) Benda            Ritterspach   Dr. Haager  
Dr. Bhmer    Dr. Faller    Dr. Brox  
Dr. Simon

# 關於「法律限制同時攻讀第二個學位之授權明確性要求」之裁定

BVerfGE 45, 393-400〔限制第二學位攻讀案〕

聯邦憲法法院第一庭 1977.6.22 裁定

— 1 BvL 23/75 —

吳綺雲譯

## 裁判要目

判決主文

理由

A 爭點

I 相關法條

II 本案構成事實

1. 原審訴訟程序內容
2. 法院提請就系爭法條作合憲性審查之理由

III 相關單位對提請審查案之意見

1. Baden-Württemberg 邦文化部

2. 原審訴訟程序被告大學

B 本件提請審查案係屬合法並有理由

I 符合合法提請作合憲性審查要件

II 系爭法條抵觸基本法第十二條第一項及法治國原則

1. 立法限制同時攻讀第二個學位應符合授權明確性的要求
2. 合憲之法律解釋的界限

## 裁判要旨

本裁定係針對一九六八年三月十九日頒布之 Baden-Württemberg 邦大學法 (das baden-württembergische Hochschulgesetz)(GBl. S. 81) ，經一九七三年七月二十七日修正公佈 (GBl. S. 246) 之第五十五條第三項規定的合憲性審查程序－ Karlsruhe 行政法院一九七五年八月二十一日停止訴訟程序及提請審查裁定 (Aussetzungs-und Vorlagebeschluss) (VII77/75) ，一九七五年十二月十八日補充裁定一作成。

## 判決主文

一九六八年三月十九日頒布之 Baden-Württemberg 邦大學法 (Gesetzblatt Baden-Württemberg S. 81) ，經一九七三年七月二十七日修正公佈 (Gesetzblatt Baden-Württemberg S. 246) 之第五十五條第三項規定抵觸基本法第十二條第一項及法治國原則，無效。

## 理由

### A ( 爭點 )

本件法規審查程序 (Normenkontrollverfahren) 所涉及的是，以法律規定，對在學生名額已過滿學系，同時

攻讀第二個學位 (Parallelstudium) 之許可作限制，應提出何種要求的問題。

## I ( 相關法條 )

聯邦一致適用之邦契約大學入學許可法 (das Zulassungsrecht des Staatsvertrages)，與大學基準法 (das Hochschulrahmengesetz)<sup>1</sup> 同，都沒有對於同時攻讀第二個

---

1 德國為一聯邦制國家。有關大學之任務、組織、運作事項，在一九六八年之前，幾乎完全係由各邦自行立法規定之。一九六九年基本法增定第七十五條第一項第 1a 款，賦予聯邦有為各邦之立法，就關於大學事宜之一般基本原則，訂定基準法規之權限。聯邦立法者利用該權限，於一九七六年制定大學基準法（最近一次修正於一九八七年）。依該法之規定，大學為公法社團，同時是國家的設施。大學在法律範圍內享有自治行政權，須受邦的法律監督。大學之成員為於大學內專職服公勤務之人員及學生。

依德國學制，於修業完成高中課程並通過考試後，即具備就讀大學之資格。自六〇年代末期起，由於申請入大學新生人數急速增加，而大學擴展腳步未能跟上，有愈來愈多大學在許多學系遂採行新生名額限制措施。對於該項措施之合憲性，聯邦憲法法院首次於一九七二年作成具決定性影響之判決 (BVerfGE 33, 303，中譯參照李震山、黃啓禎、王玉楚譯關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決，載於德國聯邦憲法法院裁判選輯 (二)，司法院印行，民國八十年十二月，頁七十至一一五。) 依該判決，由基本法第十二條第一項第一句規定所保障自由選擇業及教育機構之權，加上一般平等原則及社會國原則，導出人民有要求獲許可入大學接受教育之權利。該項權利是可得限制的，但只能經由法律或基於法律為之，方屬合憲。該判決並要求，所有入學空額之分配，必須由一超越地域之單位，儘可能運用一致篩選標準為之。為此，各邦乃共同於一九七二年十月締結了第一個關於分配大學入學名額之邦契約 (Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen)，分配中心

學位訂定有明文規定。在一九六八年三月十九日頒布，一九七三年七月二十七日修正公佈之 Baden-Württemberg 邦大學法 (GBI. S. 246) 對此則有如下之規定：

## 第五十五條

### 註冊 ( Immatrikulation ) 之拒絕

(1)...

(2)...

(3)大學入學申請者或 ( 已入學之 ) 大學生欲同時於多個設有最多名額限制之學系攻讀學位者，得限制核發予攻讀一學位或特定的多學系組合之許可。

## II ( 本案構成事實 )

1. 原審訴訟程序 (Ausgangsverfahren)<sup>2</sup> 的兩位原告自 1971/72 年冬季學期起即就讀醫學系，最後就讀於海德堡大學。1974/75 年冬季學期開始，在其已通過 ( 醫學院第四學期結束後舉行的 ) 醫科大學預科考試 (das Physikum) 之時，依其申請，又由分配大學入學名額中心獲得就讀心理學系之許可。

但海德堡大學提出依 Baden-Württemberg 邦大學法

---

設址於 Dortmund 市。該分配中心所為之行政處分可經由行政爭訟程序予以撤銷。一九七八年、一九八五年又更新締結了第二個及第三個邦契約。

2 即造成 Karlsruhe 行政法院裁定提請聯邦憲法法院作合憲性審查之訴訟程序。

第五十五第三項之規定，拒絕原告註冊心理學系。在其拒絕決定(Ablehnungsbescheid) 及異議決定(Widerspruchsbescheid) 中所提出的理由為，鑒於大學學系所提供名額的不足，因此要同時於多個學系註冊，唯有在能保證其所欲修習之兩個學系的修業時間皆不會有拖遲情形時，方能例外被允許之；此種情形特別是在當該兩個學系中之一學系的修業進度已進行至高年級程度時有之。但本案之兩位申請人皆無陳述，其如何能在通常的修業時間內，同時修業完成該兩學位。此外，如將有入學許可名額限制學系所提供名額的超過大約百分之十皆供同時攻讀第二個學位者之用，則對於該些被拒絕之申請人亦是不負責的；該百分之十的限制名額是應優先給予那些學業修業進度已進行至高年級程度且成績特別優良之申請人。而本案之兩位請人卻甚至都沒有陳述，他們未來的職業目標是有需要修業完成兩個學位。

2. 原告提起訴訟之行政法院先以假處分 (einstweilige Anordnung) 暫時性地許可原告入學心理學系。該行政法院並停止本案訴訟程序，且就 Baden-Württemberg 邦大學法第五十五第三項規定是否符合基本法之問題，提請聯邦憲法法院作裁判。

依提請本院作裁判之法院的見解，該項大學法之規定限制了包含在基本法第十二條第一項規定<sup>3</sup> 之內，作為一特定職業之預備教育，有攻讀雙學位的權利。如此

一種限制基本權利的規定，唯有在其就是否、在何種條件下以及在何種範圍內得為該項限制，儘可能予以詳細地規定時，方屬合憲；該項法規本身必須要讓申請人能獲知，其是否以及何時得開始同時攻讀第二個學位。但與此相對地，在上述本案所指摘之法規，立法者則是將該項限制讓由大學裁量決定，且並無對該裁量權限劃定界線，亦無為該項裁量權之行使，給予任何的依據。此項缺失無法在參照其他大學法之規定下，經由合憲之法律解釋 (verfassungskonforme Auslegung) ，予以排除。

### III ( 相關單位對提請審查案之意見 )

1. 依代表 Baden-Württemberg 邦政府對本件提請作合憲性審查裁定提出意見之該邦文化部的見解，本案所指摘之法條規定，如將其與大學入學許可事項之整體規定相互連貫解釋之，則該規定是足夠明確的。應作為出發點之基本原則是，依照各邦共同締結之邦契約的大學入學許可法，申請人應只能獲得進入一個有入學許可限制之學系的許可且其應在通常的修業時間內，修業完成所選學系之學位。但由該些法律規定並不能推導出完

---

3 基本法第十二條第一項規定：「所有德國人皆有自由選擇職業、工作職位及教育機構之權利。職業之從事得以法律或基於一法律規定之。」

全地禁止同時攻讀第二個學位。由於不同學系間之關係有很大的不一致，因此必須保留有作區分式不同決定之可能，此是給大學裁量餘地之要件。對於申請人必要之保障，則是經由作成決定之程序予以加強，該些程序應於大學自治規章 (Universitätssatzung) 內規定之。

2. 原審訴訟程序被控告之大學所提出的見解是，要求獲得同時攻讀第二個學位許可之權利，在憲法上是與接納讓其（不同時）攻讀第二個學位，同樣受到保障的。但在該兩種情形，入學許可之核發可以附加較核發許可予同時競爭之第一次申請人更嚴格之要件；此時應特別顧慮到申請人在到目前為止所攻讀學位之學業成績以及可能的話，還須顧慮其後所從事之實務工作。

## B（本件提請審查案係屬合法並有理由）

Karsruhe 行政法院提請本院作合憲性審查案是合法的；該法院所存憲法上之質疑是有理由的。

### I（符合合法提請作合憲性審查要件）

Karsruhe 行政法院對合法提請本院作合憲性審查必要陳述之關於該指摘法律規定對裁判有重大之決定性<sup>4</sup>，已足夠詳細敘明。依該行政法院之見解，該訴訟在大學法第五十五條第三項規定如是無效之情形，由於其

---

<sup>4</sup> 依聯邦憲法法院第八十條第二項之規定。

拒絕原告註冊之決定將因之欠缺法律依據，因此應判決原告勝訴。反之，如上述條文有效，則應駁回該訴。由於該項法律規定給予大學很大範圍的裁量空間，因此於該規定有效之情形，法院之審查僅限於是否有裁量逾越 (Ermessensüberschreitung) 及裁量濫用 (Ermessensmissbrauch) 之情事。但本案大學作成之拒絕決定所持之理由，不能視為構成裁量瑕疵。

上述 Karlsruhe 行政法院所為關於該所指摘法律規定對裁判有重大之決定性之評斷以及其作為根據之評價，看來至少是有理的；因此這是對該行政法院提請本院作合憲性審查案之合法性具決定性影響的 (vgl. BVerfGE7, 171[175]st. Rspr.)。

## II (系爭法條抵觸基本法第十二條第一項及法治國原則)

Baden-Württemberg 邦大學法第五十五條第三項之規定，以其現行之不明確的規定內容，是與基本法第十二條第一項及法治國原則不相符合的。由於該憲法上之質疑，亦無法經由合憲之法律解釋予以消除，因此應宣布該項法律規定為無效。

1. 本案所指摘之法律規定使得要在有入學許可限制之學系同時攻讀第二個學位變得困難。經由此，基於基本法第十二條第一項以及一般平等原則和社會國原則所

保障之有要求獲許可入大學接受教育的權利即受到限制。其理由為，該項權利—就如同聯邦憲法法院已在其第二個「大學特定學系入學許可名額限制」(Numerus-clausus)之判決(BVerfGE 43, 291[363],[Dritter Teil B III 2]=NJW 1977 S. 569[575])所暗示以及提請本院作合憲性審查之Karsruhe行政法院、Baden-Württemberg邦文化部和原審訴訟程序被控告之大學已正確陳述的一並不因攻讀完第一個學位而耗盡，而是原則上亦包括以同時或其後緊接著攻讀第二個學位方式，為一其他職業而受的教育。這對於為一特定職業目標有助益的雙重資格，更是如此，就例如經由同時攻讀醫學及心理學兩學位所能取得之雙重資格即是。

就使同時攻讀兩學位變得困難，導致限制了基本法所保障之權利地位之點，本是無可指摘的。於該些因申請人過多而有採絕對入學許可限制(absolute Zulassungsbeschränkungen)，且因而必須在互相競爭之基本權利人間加以挑選之學系，給予一申請者入學許可，必然地即會產生對其他申請人排擠的效果。因此之故，一如聯邦憲法法院在上述提及之判決中已闡明者一，為公平分配生存機會，在全國聯邦性採入學許可限制之學系，指望對申請不同時或同時攻讀兩學位之申請人，要求較第一次使用其基本權利之申請人應具更嚴格的條件，似是合理的。

在更進一步詳細確定該項要件時應作之工作即是，要在追求同時攻讀兩學位者與完全都尚未獲得任何一學系名額位置者兩者衝突之利益間，互相權衡斟酌。此時會發生的問題例如：對於要在有入學許可限制之學系同時攻讀兩學位，是否應只在當其是對一特定職業所必要的，或是能有意義補充第一個學位之學業者，方才允許之？是否應為同時攻讀兩學位者準備好一特定限額？分配該些限額時，是否應以申請人攻讀的第一個學位的修業進度已進行至高年級程度且已證明有特殊成績者為條件？

由本案提請作合憲性審查之訴訟程序，本院無理由針對同時攻讀兩學位的權利，基於上述觀點，得以在何種程度內使其變得困難，作實體法上之審查。僅僅基於形式上理由，因立法者不得將（對基本權利的）限制完全僅讓由行政機關或自治團體 (autonome Körperschaft) 之裁量決定，即應同意提請本院作合憲性審查之 Karlsruhe 行政法院所持之憲法上質疑之點。立法者雖然不必須就各個細節自己為規定，但其所定之法律規定必須要讓申請人及作決定之機關能認識到，同時攻讀兩學位可能會受到多大以及依那些原則受到限制的一些基本要點。此種立法形成義務 (gesetzgeberische Gestaltungspflicht) 不僅只是基於法治國原則而來 (vgl. dazu BVerfGE 9,83[87];20, 150[158])，而是特別是因在本

案情形涉及的是對基本法第十二條第一項所保障之權利地位的限制，而該種限制是屬於立法者之責任範圍之故 (vgl. BVerfGE 33, 125[157ff.];33,303[336f.,345ff.]; 41, 251[259ff.])。

2. 上述該種的立法義務，立法者在本案情形並沒有遵守履行。本案所指摘之法律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，由大學在其原始決定及其後之異議（訴願）決定中持不同的拒絕理由，且其中並將於訂定大學基準法評議時，曾提出討論，但後並無成爲法律規定之點納入考慮，即可得到證實。與 Baden-Württemberg 邦文化部之意見不同者，（本院認爲）爲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。該文化部所間接指示的該些法條規定，充其量最多只能得到一很一般性的結論，即是根本上儘可能不要發生有在入學許可限制之學系同時攻讀兩學位之情形。但這絕對不能符合限制基本法上所保障權利地位應具備之授權明確性要求 (Bestimmtheitsanforderungen)。

該項缺乏一足夠明確法律規定之缺失，依提請本院作合憲性審查之 Karlsruhe 行政法院正確之見解，亦無法經由對該所指摘之法律條文，作符合憲法之法律解釋予以彌補。一法律規定之經由符合憲法之法律解釋以維持

其不違憲，如在此過程中該法條規範之內容才因之正要被創造出或要重新確定者，即已達其界線。由於此將是一項屬於立法者應負責作之立法的工作，因此不能經由法院爲之 (vgl. BVerfGE 8, 71[78];9, 83[87];20, 150[160];34, 165[200]) 。

本判決作成法官：

(gez.) Dr.Benda      Dr. Haager      Dr. Böhmer

                    Dr. Simon      Dr. Faller      Dr. Hesse

Dr. Katzenstein 法官因故無法簽名

Dr.Benda

# 關於「禁止醫師刊登業務廣告案」 之判決

BVerfGE 71, 162-171【禁止醫師廣告案】

聯邦憲法法院第一庭 1985.11.19 判決

— 1 BvR 934/82 —

張 懿 云 譯

## 裁判要目

裁判要旨

判決主文

判決理由

A 爭點

I 相關法條

II 兩造對於本訴願案之立場與看法

1. 訴願人之行爲

a 訴願人之本案中之身份

b 訴願人在本案中之行爲

2. 訴願人之理由

3. 巴伐利亞邦司法部與聯邦醫師公會之立場

a 巴伐利亞邦司法部之見解

b 聯邦醫師公會

B 本訴願案合法且部分有理由

I 執業辦法關於一般性禁止廣告之規定並未違憲

1. 醫師之執業規則屬各邦之文化權限

2. 禁止醫師爲一般性廣告，並無違憲疑慮

a 各邦立法者可提供職業團

體制定執業規則

b 巴伐利亞數醫師執業辦法禁止醫師爲一般性廣告不違憲

3. 執業準則禁止一般性廣告並未侵犯任何基本權

a 系爭之執業規則係屬「一般法律」，未侵害職業自由與意見表達自由

b 禁止一般性廣告未侵害學術自由

c 系爭規定亦未違反平等原則

II 就公開發出新聞稿與發行活細胞療法雜誌部份，兩醫事職業法庭之判決並無不妥

1. 聯邦憲法法院之審查範圍

2. 訴願人之指摘不成立

III 就出版書籍部份，兩醫事職業法庭之判決確有不週之處

1. 意見自由之內涵

2. 系爭兩件判決侵害訴願人之意見自由權

- a 比例原則的適用
- b 引用廣告禁止之規定審視該案係  
侵犯意見自由權

## 裁判要旨

1. 在醫師執業辦法中，有關醫師不得違法刊登業務廣告的規定，係屬於職業從事之限制，尚無違憲法之精神。

2. 但是在某些個案中，此項禁止規定對醫師個人不僅是一項不合理的約束，甚至會損及當事人意見表達自由方面的基本人權〔本案例是將此項禁止規定應用在涉及個人自傳內容的書籍出版〕。

## 案由

本訴訟案係由 Dr. B... 先生一訴訟代理人：Dr. Hermann Kroitzsch 律師，（地址：Kaiserstr.66a, Karlsruhe 1 —針對 a）巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭於 1982 年 7 月 19 日所作出之 LBG-A-1/82 號判決與 b）慕尼黑高等法院醫事職業法庭於 1981 年 11 月 4 日所作出之 BG-A-5/78 號暨 BG-A-6/80 號判決所提出之憲法訴願案。

## 裁判主文

慕尼黑高等法院的醫事職業法庭於 1981 年 11 月 4 日所作 BG-A-5/78 與 BG-A-6/80 號判決以及巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭於 1982 年 7 月 19 日所作

LBG-A-1/82 號判決〔前述判決均判定本案訴願人所出版之“戰勝老化”(Sieg über das Altern)一書違反其職業義務〕，因損及本案訴願人應受“基本法”第5條第1項保障之基本權利，故應予撤銷。本案並應發回慕尼黑高等法院醫事職業法庭更審。

至於本訴願案的其餘部份予以駁回。

巴伐利亞邦應負擔本案必要費用之半數。

## 判決理由

### A (爭點)

本件係訴願人針對以上兩醫事職業法庭將訴願人的一件書籍出版與訴願人爲其所主持的之療養院刊登兩則廣告的行爲，判定係違反職業身份義務之行爲(standeswidrig)，所提起的憲法訴願案。

### I (相關法條)

原則上，德國各邦均在其所制訂之醫師執業辦法中禁止醫師的任何醫療廣告行爲。而這些醫師執業辦法是由邦醫師公會(Landesärztl. Kammern)在法律授權的基礎下公佈實施的。巴伐利亞邦在其於1957年7月15日制訂[GVB. S.162]，並於1978年1月1日[GVB. 1978, S.67]新修訂的有關醫師、牙醫、獸醫與

藥劑師的職業行為與管轄範圍的辦法（以下簡稱 Kammergesetz）中，有如下之規定：

第 17 條 醫師有秉持良心從事工作與不作出危害其職業聲望行為之義務。

第 19 條 本辦法得在第 17 條的範圍內，對醫師之職業義務作進一步之規定，尤其是有關：

1. — 2. …，
3. 執業告示與執業設備，
4. — 6. …，
7. 廣告，
8. — II. …。

第 20 條 本醫師執業辦法須經內政部核准後，始得由醫師公會公佈實施。

巴伐利亞邦醫師執業辦法業經醫師公會修訂，並經該邦內政部核可（ Bay. Arzteblatt Sondernummer 1977 ），於 1978 年 1 月 1 日正式公佈實施（簡稱 BO 1978 ）。其主要內容與聯邦醫師公會（Bundesärztekammer）所建議的條文範本一致。執業辦法的規定如下：

## § 21

### 廣告與自我吹噓

(1) 醫師不得作任何廣告或是自我吹噓，尤其是與職業身份不符者，

(a) 策動他人刊登公開銘謝廣告或是公開自我吹噓，或

(b) 藉由文字、圖片或聲音的方式，公開介紹藥品、藥劑或是診斷以及治療的過程，以達到為自己診所廣告目的者。

(2)...

(3) 醫師亦不得利用醫院、療養院、研究機構或是其他企業名義的方式，間接為其藥品、藥劑、治療方法或是治療效果作廣告。

(4) 醫師不得同意他人在具有廣告性質的文字或圖片報導中，公開刊載其姓名、地址與職業專長項目。

(5)...

## § 22

### · 醫生與社會

(1) 凡是在公開的專業期刊上，以真實姓名發表學術性著作或是由其他醫師介紹或討論關於被報導醫師的特別診斷或治療方法及其實施之可能性時，不在禁止之列。

(2) 凡是在報紙、廣播電臺、電視臺有關醫學內容的專欄中由醫師協助宣導說明的行為，只要其內容是侷限在提供客觀資訊，且沒有為自己廣告之嫌者，亦不在禁止之列。

關於是否違反職業義務案件的審判程序均採兩級制（ Art. 55ff. des Kammergesetzes ）。若無其他規定，其審理程序悉依刑事訴訟法與法院組織法辦理（ Art.87 des Kammergesetzes ）。職業法庭的處分方式計有：警告、2 萬馬克以下之罰鍰、撤銷職業團體代表資格或參選代表的被選舉權（ Art.56 des Kammergesetzes ）。

## II（兩造對於本訴願案之立場與看法）

1. 本案訴願人係巴伐利亞邦一家專門從事活細胞療法 (Frischenzellentherapie) 的私立療養院所有人。之前即曾因違規廣告而受職業法庭處分之記錄。在文號：1 BvR 38/78 的另一個與本案同日公佈的訴願程序中，本案訴願人也被指控在廣告中，除了刊登自己姓名、醫師職銜之外，還同時刊登一項以上的指示療法，有為自己的療養院作廣告的嫌疑。

a) 醫事法庭在審視訴願人以下的三項違規行為，並同時參酌訴願人從前的被處分記錄之後，作出罰鍰 10,000 馬克的裁決：

首先是，訴願人曾在 1978 年以自傳形式出版“戰勝老化”一書，副標為“今日的活細胞療法”。在這一零售價約為三十馬克書籍的外包裝上，對訴願人這一位醫生兼醫學研究專家的人生歷程有所描述，包括從少年時代歷經大學求學時期，而後成為戰地前線醫官與成

為美軍戰俘的經歷，乃至為人夫、為人父的私人生活，均有介紹。職業法庭認為，訴願人在書中多次提到他個人的醫學成就、並宣揚由他所應用的活細胞療法，此外並附上許多成功接受手術的知病患的肯定意見，故判決此乃屬違反其職業身分義務之行爲。

其次是，訴願人以經營企業的方式來管理療養院，這其中亦包括廣告的運用。爲此，訴願人特別聘請一位工作人員，專門負責檢視廣告內容是否符合”專門職業法 (Standesrecht) 之規定，而他個人在廣告刊出之前則均不檢查內容。這一位工作人員曾委託廣告代理公司製作了兩份新聞稿，各印 300 份發送給相關新聞記者。其中一份新聞稿提之規定到，訴願人這一位國際知名的活細胞治療專家不僅以其首創的醫學成就成爲討論的焦點，而且最近更是以一位成功的作家的身分出現在大眾面前。此一文稿在 1979 年 5 月已經被職業法庭認爲內容不妥而予以處分。

此外，先前提到的這一位由訴願人所聘請的工作人員又設計了一份家庭雜誌形態的“活細胞療法報導”，並計劃每半年出版一次。1980 年初首次出刊時，共印製了 12,000 份，主要是發送給曾接受訴願人診療過的病人，一部份則是當做商品說明書，分寄給有興趣的人。在刊名“活細胞療法報導”標題下即介紹訴願人是“B 療養院的著名藝術家”，並同時刊登知名病患個人

或是與訴願人合照之照片。在雜誌內也有影印自來賓簽名簿上的病患親筆簽名、感言與“來自世界各國的感謝”的大標題。這些一部份帶著激情感謝詞一均在表達對訴願人及其他工作人員的感激之意。訴願人是在報導發送出去之後才首次看到報導的內容，並對編排及內容加以責備。但是在之前的一次有關報導內容的一般性編輯會議中，訴願人則同意刊出知名病患的照片；而且對於刊出來賓簽名簿中的病患親筆簽名的做法，訴願人也沒有表示反對的意思。

b) 訴願人的上訴被駁回。巴伐利亞邦最高法院的醫事職業法庭與一審的慕尼黑高等法院的醫事職業法庭均採一致的見解，認為訴願人的上述三項行為已經觸犯1978年修訂通過的醫師執業辦法第21條以下，有關醫師不得刊登與職業身分不相當之廣告的規定。所謂廣告是指，任何以有計劃的影響手段來促使不特定團體中的個人，使用廣告者所提供之商品或勞務服務的行為。毫無疑問地，在訴願人所出版的書籍中，多處出現了具有廣告與自我誇獎意涵的字句；從大量特意突顯訴願人個人的描述以及大部份是醫學門外漢所表達的感謝辭均足以證明，此乃有前科記錄的訴願人故意之行為。同樣地，新聞稿與活細胞療法報導。也是在為訴願人個人作度告。又不論訴願人是否可以預知上述文稿與報導會出現違法廣告的情況，其仍然因為沒有盡到足夠的注意義

務而違反了 1978 年修訂通過之醫師執業法第 21 條第 4 項之規定之注意義務。就此點而言，訴願人也不認為有違憲之虞。

2. 訴願人提出憲法訴訟案的主要理由是，他認為該兩醫事職業法庭的判決限制了他的文學創作。他所追求的並不是金錢，而是他個人在醫學方面的理想與研究成果對社會的影響。訴願人認為，如果他被禁止具名對公眾發表他的醫學知識、工作方法、臨床經驗與對人類有幫助的醫療效果，這便會侵犯了他應受“基本法”第 1 條第 1 項以及第 2 條、第 3 條與第 5 條所保障的基本人權。醫師亦無須事事隱名埋姓，他應該可以具名寫回憶錄、具名散播他的學術理論並提及其職業上的成果。再者，醫師執業辦法並非基本法第 5 條第 2 項所指稱的一般法律 (allgemeines Gesetz)，因此並無權規範此類事項；特別是它的相關規定也不是很明確的時候。而對於從事科學工作的醫師的文學創作進行約束，這本身更不見容於無限制保障學術自由的憲法精神〔基本法第 5 條第 3 項〕。作為自由業的醫師反倒不如教授或具公務員身份的醫事人員來得自由，因為這兩類人員在發表學術專業時，均無任何限制。當一位醫生在報導與主張應用自己所使用的醫療方法時，總是免不了要對其醫療效果作一些廣告式的說明。至於舉證其醫療效果的方式與格調一例如：是否利用轉登病患感謝辭的方式一則應該完

全由醫師個人在其意見表達自由與學術研究自由的範圍內去自行決定。況且一本在市面上銷售且由讀者付費買回的書，在本質上亦已經不算是廣告了。

該兩醫事職業法庭判決新聞稿與活細胞報導雜誌內容違法，顯然違反了意見表達自由、新聞自由與“基本法”第 5 條第 3 項的規定。訴願人身為醫師，實有將有關活細胞療法的資訊告知社會大眾的義務。因此，該兩醫事職業法庭對訴願人的處分確是一項錯誤的判決。除此之外，還有其他家療養也被允許以刊登知名病患照片與在來賓簽名簿的簽名的方式來作廣告。如此一來，訴願人在實質上就被剝奪了以企業經營方式來減輕在療養院管理方面負擔的權利，這也有違基本法第 12 條第 1 項的規定。

3. 巴伐利亞邦司法部與聯邦醫師公會均曾提出他們對此一憲法訴訟案的立場與見解。而德國統一營業競爭保護協會、著作權協會以及反不正競爭中心亦曾在另一個與本案同時審理，文號為 1 BvR 38/78 的訴願案中，就一般性禁止廣告是否違憲的問題提出看法。

a) 巴伐利亞邦司法部 (das Bayerische Staatsministerium der Justiz) 認為本憲法訴願案理由不夠充份。該部認為醫師執業辦法中有關禁止不符身分廣告的規定是一項具法律基礎，且有助於發揮社會醫療照顧的執業規範。它同時也符合憲法要求一般法律在訂定罰則時，

必須清楚、明確的原則。而此項禁止規定也沒有觸犯意見表達自由的基本人權；此一醫師執業辦法是屬於基本法第 5 條第 2 項所稱的一般法律，其目的地是要保護社會大眾免於受到不適當的醫療服務。辦法中有關禁止廣告的規定也並未觸犯學術自由的基本權，因為有關學術自由的基本權保障範圍並不包涵科學知識的經濟使用價值的部份。因此，憲法法院若要檢視此項禁止規定有無違背對學術自由的保障，亦只能限制在此特定的範圍內，始得為之。在本案中並看不出有任何特別的違憲問題。

b) 同樣的，聯邦醫師公會亦認為本憲法訴願案理由不夠充份。

德國統一營業競爭保護協會、著作權協會與反不正競爭協會亦持與聯邦醫師公會一致的看法。他們認為此項禁止廣告的規定符合醫師們的權益。醫師的職業形象不可以因為廣告的手法而受到扭曲，關於這一點，在一般的商業領域是非常常見的。這一類的廣告手法將會動搖社會大眾對醫師的信賴。而最重要的是，此禁止醫師不當廣告的規定能夠保護社會大眾免於受到公開不當、誇大的醫療廣告的迷惑及其所可能帶來的傷害，例如：不安迷惑的病患可能不找真正具有專業能力的醫師，而去相信特別強調其醫療成果與手法的廣告。與以上的不利益比較，醫師本身因為此項禁止規定所造成的損失與不便就屬於微不足道。再說此項禁止規定也被認為是傳

統醫師職業身份權中一項重要的內容。不僅如此，在其他數項自由業的執業辦法中，也都可以找到類似的規定。另外再從法的層面來看，此項禁止規定是經由充份的法律授權，而對醫師執業規則 (Berufsausübung) 的一項合法限制，它不僅沒有侵犯到意見表達自由與新聞自由的基本人權，同時也沒有傷害到平等原則。更談不上去觸犯到涉及人性尊嚴的基本要件。

只要這本引起爭論的著作是屬於一種意見的表達，那就沒有涉及違反基本法第 5 條第 1 項的情形，因為此項禁止規定是依據該條第 2 項的精神來約束此一基本權的行使方式。訴願人所發出的新聞稿與活細胞報導雜誌應不在意見表達自由的保護之列。蓋此兩項刊物稱不上是真正嚴肅而有計劃地在從事實實的傳播，因此從一開始，此項禁止規定根本就沒有侵犯學術自由的疑慮；又根據該兩醫事職業法庭的認定，該本著作具有明顯的廣告性質。換言之，只要訴願人出版學術性的知識並放棄打廣告的方式，則縱使使用較通俗的表達手法亦無妨，當不致於受到該執業辦法的限制。

## B ( 本訴願案合法且部份有理由 )

就 “ 戰勝老化 ” 一書的出版被判決為係違反職業義務的行為這部份而言，本憲法訴願案合法且有理由。

## I（在執業辦法中，關於一般性禁止廣告之規定並未違憲）

在引起爭議的判決中所引用的執業辦法中，就間接為療養院廣告所做規範僅有部份不妥之處（請參閱同日公佈，文號為 1 BvR 38/78 的聯邦憲法法院就 § 19 Abs.2 BO 1970, 新法為 § 21 Abs. 3 BO 1978 的裁判）。至於在本案所引用執業辦法中的一般性禁止廣告的規定，依前述有限制的闡釋則尚未侵犯訴願人的基本人權。

1. 依訴願人所提出的問題，尚不需進一步去討論由各邦立法授權制訂的醫師執業辦法與聯邦於 1965 年 7 月 11 日所制訂的藥品廣告法 (Heilmittelwerbe-gesetz, BGBl. I. S. 604; 1978 年 10 月 18 日新修正公佈，見 BGBl. I S. 1677)) 兩者之間的關係。此外，訴願人認為 1978 年所制訂的醫師執業辦法中的第 21 條第 1 項與第 4 項所作的一般廣告的禁止侵犯了聯邦立法權限的看法亦不成立。的確，依基本法的規定，聯邦在經濟領或〔基本法第 74 條第 11 項〕及醫師和其他醫療職業之許可，並對醫療藥品、麻醉藥品的流通使用方面〔基本法第 74 條第 19 項〕，固然有競合立法的權限，並且也曾在此權限的基礎上，制訂過藥品廣告法來禁止特定的藥品廣告、醫療過程與方法的廣告。至於聯邦權限的範圍如何，這裡並無進一步討論之必要。但是在此必須指出

的是，依據基本法在立法權限方面的規定，醫師在取得執業許可之後的執業規則與有關醫師職業形象的禁止廣告，則完全是屬於各邦而非聯邦的立法權限。

2. 在 1978 年所制訂的醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中所規定的一般性禁止廣告，是一種毫無違憲疑慮的職業執行規則。

a) 聯邦憲法法院已經多次檢視過，在符合基本法第 12 條第 1 項精神的情況下，是否以及在如何的範圍內得允許一些自發的職業團體在其組織章程中設定這些職業的執業規則，並且在法律的授權之下，應設那些標準（請參閱 BVerfGE 33, 125 [155ff.]; 33, 171 [183ff.]; 36, 212 [216f.]; 38,, 373 [381]）。從此一基本立場出發，立法者應可以授權職業團體去設定其執業義務之範圍，而這些義務規範既不具塑造職業形象的性質，並且只涉及該職業團體會員在執行業務時的自由而已。在個案方面，該執業規則的界限應視基對基本法所保障職業自由的侵犯有多大，在此必須參考聯邦憲法法院針對基本法第 12 條第 1 項所發展之“階層理論”（Stufentheorie），使立法者的授權符合明確性的要求。愈是對職業從事者的自由執行業務行為限制愈多的或是限制的種類與方式對大眾利益影響愈重大的，立法本身在授權允許合法干預時，就必須做出更清楚的規範。

對醫師而言，這種一般性的禁止廣告規定只涉及限

制其執業的種類與方式而已；這只是在選擇醫師職業時的一項單純選擇結果。這種規定並不會改變其職業性質。雖然在廣告方面的限制也會影響到醫師的社會形象，但這是一種透過職業團體所呈現的一種傳統而有效率率的自我約束。假如我們同時考量醫師亦可公告一些特定具有廣告性質的事項〔請參考 1 2. b〕以及禁止廣告的限制亦只可有限度地應用在書籍出版方面〔詳請見同日公佈文號為 1 BvR 38/78 的憲法法院裁判〕，那麼其實禁止醫師廣告的規定只能算是基本法第 12 條第 1 項意義下最輕微程度的侵犯而已。因此，即便是由立法者授權各邦醫師協會去制訂執業辦法，亦不需要有太多的顧慮。

又 1978 年 1 月 1 日公佈實施的增修版巴伐利亞邦公會法 (das bayerische Kammergesetz) 中，有關授權的規定亦符合憲法的要求。另外，在重新修訂的條文中，除了重新改寫醫師各項基本職業義務之外，又特別明確規定該執業辦法得再增訂，尤其是有關廣告方面。但若該規定涉及一般社會大眾利益或是其他不相干第三者的權益時，則必須另外取得邦內政部的核可。

b) 此外，從實體法的角度來看，巴伐利亞邦醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中所作的一般性禁止廣告的規定仍未超出基本法第 12 條第 1 項的範圍。

若是有足夠增進公共利益的理由並且在合乎比例原

則的情形下，立法者當然可以對自由業者的廣告行為加以限制，此乃屬於執業從事規則之限制 (Vgl. BVerfGE 57, 121[130ff.]; 60, 215 [229])。而在本案中，這兩個前提要件都已具備。

在從前的判決中之所以允許對自由業做禁止廣告的限制，通常是為了防止如同常在商界看到的，利用廣告來扭曲各種自由業的職業形象 ( BVerfGE 33, 125 [170]; 60, 215 [232])。在面前的陳述中也曾提到，一般而言，病患比較容易受到他人意見的左右而且也比較容易疑惑不安；因此，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的出發點來做特定的診斷、治療措施或開具處方的。由於上述的理由已經十分充分，所以姑且不論為了保障醫師職業身份的利益的理由是否足夠，都足以禁止醫師廣告。

沒有跡象顯示，這一類的禁止廣告規定會對醫師們造成不合比例的負擔。唯一較可能發生的疑慮的是執業辦法條文中有關禁止“各種廣告”(jegliche Werbung)的用辭是否妥適的問題。例如：在“會計法”( § 57 Abs.1)只是要求，不得作“與職業身分不相稱之廣告”(berufswidrige Werbung)。在前文中亦曾提到，醫師除了可藉由本身的醫術及聲望達到廣告的目的之外，亦可合法使用若干具有廣告性質的做法來達到宣傳的目的，例如：醫師可以對外使用合法取得之專業醫師的稱謂與

頭銜、醫師亦得在其診所招牌上寫上其專長的醫事項目、並可在特定的書刊、通訊錄或是公家出版之目錄刊載其專長領域 (§ § 26ff. BO 1978)；另外，醫師當然亦可在專業雜誌上具名發表文章或是針對闡述醫學內容的議題，在新聞媒體上參與討論或是對外演講、教學 (vgl. § 22 BO 1978)。這一些例子足以說明，儘管醫師執業辦法第 21 條第 1 項的條文涵義很廣，但是在適用解釋上，也僅在於禁止與職業身分不相稱的廣告而已 (vgl. Brangsch, NJW 1980, S. 1817[1819]; Jarass, NJW 1982, S. 1833[1836]; Kornblum, BB 1985, S. 65[66])。從其適用解釋的角度來看，這個一般性禁止廣告的條文是合憲的。但是，雖然此一條文是合憲，但仍可能在個案的運用中，對醫師造成不合理的負擔。

另外，醫師執業辦法第 21 條第 4 項的規定與同條第 1 項一般性禁止醫師廣告的條文一樣，亦無違憲之虞。依該條規定，醫師不得同意他人在具有廣告性質的文字或圖片報導中，刊載他的姓名、地址及醫事專長項目。此項規定一方面是為了確保達到禁止廣告之目的，另一方面，雖然禁止醫師進行公開的商業廣告行為，但在考慮醫師職業形象的利益下，也並非是一種不合比例的負擔。至於在本案中，並無必要做進一步分析研究，到底醫師本人必須對於這些被公開的第三者應負什麼樣的責任，因為這種情形固然會達到一定的廣告效果，不

過它也另外帶有對於一定公共意義議題的資訊傳播與意見表達的作用。

3. 這種屬於職業執行準則性質的一般性禁止廣告規定並未侵犯任何基本人權。

a) 欲針對此一問題做進一步檢視的前提是，通常必須廣告所涉及的是一件公開告知且是具有有助於社會意見的內容或相關資訊的事項時，才會再進一步地檢討，此一干預是否侵犯到意見表達自由的基本人權，即便是屬於商業廣告亦然 (enger BVerfGE 40, 371 [382])。之後，若要排除一般性禁止廣告規定有侵犯意見表達人權的疑慮，則必須見確認該規範要於基本法第 5 條第 2 項所定義的一般法律，並且其所作的限制仍未超出比例原則的範圍。在本案中，這些前提件均屬肯定。

在 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項與第 4 項中的禁止廣告規定是屬於基本法第 5 條第 2 項所指稱的「一般法律」，因為此項規定並非特別針對某一特定思想而來，而是為了根本保障一種需要受到保護的法益所制訂的 (vgl. BVerfGE 7, 198 [209f.]; 59, 231 [263f.]; 62, 230 [243f.])；因為惟有如此，病患才能避免受到誇張、不實廣告的傷害。而且與本文前面所提到的情況一樣，此類禁止規定不僅對醫師職業自由 (Berufsfreiheit) 的妨礙有限，它對醫師意見表達自由 (Meinungsfreiheit) 所造成的限制也並未溢出比例原則

的界限。即便是以基本法第 5 條第 1 項的標準來看，此項禁止規定除了有可能因為個案適用的結果造成不合比例的限制之外，其規定本身並未違憲（詳請見以下 III）。

b) 一般性禁止廣告的規定未侵犯到“基本法”第 5 條第 3 項所要保障的學術自由。它既未妨礙醫師的學術研究工作，也未防礙其對外公開傳播研究成果（§ 22 BO 1978）。唯一受到禁止的只是具有廣告性質的宣傳而已。因為具有廣告性質的宣傳在本質上根本就不能被視為是嚴肅、有計劃的一種發掘事實的科學行爲（Vgl. BVerfGE 35, 79 [113]）。最多也只能說，學術研究成果的經濟使用行爲有可能成爲一種廣告的行爲。此類的使用行爲是典型其他基本權所欲保護的對象（v gl. BVerfGE 31, 229 [239]）。至於對於那些同時帶有學術內容與廣告性質的出版品，是否根本應予禁止或是在到達何種程度時，才以違反禁止廣告之規定論處，則必須依照各案的情形來衡量。

c) 至於本案訴願人指責禁止醫師廣告係違反基本法第 3 條第 1 項的部份，訴願人疏忽了在其他項目的自由業亦有類似的規定。而促成如此立法的理由均是基於自由業的特殊性，因此立法者認為對其有必要另外處理。而此項禁止醫師廣告的規定之所以只涉及自由執業的醫師而不限制公立醫師的理由，則是單純因為公立醫院的醫師無需以廣告招攬病患。

## II（就公開發出新聞稿與發行活細胞療法雜誌的部份，兩醫事職業法庭之判決並無不妥）

1. 以上兩醫事職業法庭依據執業規則認定訴願人公開發出新聞稿與活細胞報導雜誌的作法有違職業義務的判決，並無不妥之處。

依長久以來的慣例，就個案事實的認定、判斷以及在合憲範圍內對問題的闡明和一般法條的引用均是承審專業法庭的職責；憲法法院只能在很嚴格的條件下，對承審專業法庭的判決進行覆核。只有在，該專業法庭所做的判決係出於對基本法含義的誤解，特別是涉及憲法所欲保障的範圍以及在實質意義上會對具體個案產生若干影響者，聯邦憲法法院始得介入 (vgl. BVerfGE 18, 85 [93]; 42, 143 [149])。

若兩醫事職業法庭是依據：在新聞稿中指稱訴願人是“國際知名活細胞療法專家”並強調這是“首創的醫療技術”，以及其在活細胞報導中刊載的知名病患照片與貴賓簽名簿上感謝辭的事實，以達到突顯其訴願人本人的目的，因而判定此等做法是不符其職業身份之廣告行爲，違反了1978年所制訂醫師執業辦法第21條第1項之規定，就此，邦憲法法院對此規定引用的基礎實無置喙之處。而且因爲訴願人也未確實舉證在別家療養院的某位醫師也同樣發生與其相同廣告行爲卻未受罰，因此其所謂此項判決獨獨不利其與其他同業競爭的說法亦

實在不足採信。另外，從憲法的角度來說，該兩法庭依據 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 4 項的規定，將第三人（受雇的工作人員）的事實行為科由訴願人負責的做法也未違憲。在慎重斟酌本案的實際狀況，對訴願人科以應有的注意責任將，並未達到足以造成違憲的過份要求。訴願人在執業時，並未限制其不得將特定職責委交他人來減輕行政上的負擔。但假使訴願人執意要以廣告的方式來加強對其療養院的經營，那麼期待訴願人應以有效的事前防範手段以免逾越法規的要求應屬合理，更何況他應該早已經從以前自己在職業法庭的訴訟經驗中認識到違反禁止廣告規定的危險何在才是。

2. 只要該兩醫事職業法庭對訴願人所作之判決完全是依據訴願人公開發出的新聞稿與活細胞報導雜誌的事實行為，則訴願人對該兩法庭所作判決的其他指控均不成立。訴願人的陳述並不足以構成充份的理由去改變前述既成的判決。更何況該兩法庭是基本法第 101 條第 2 項所定義的專門承辦特別專業領域的法庭，而非未經許可之特別法庭 (kein unzulässige Ausnahmegerichte) (vgl. BVerfGE 18, 241 [257]; 22, 42[47]; 26, 186[193]; 27, 355[361f.])。本憲法法庭亦看不出承審巴伐利亞邦最高法院醫事職業法庭依規定所做出的審判人員的組成有何不妥之處。此外，訴願人指稱，在他已結束因前案所被判處的處分之後，又受到加重的處罰，這有違基本

法第 103 條 3 項之規定。本法庭認為加重罰則是合乎規定的，而且該兩醫事職業法庭亦已對此點提出論據，因此此項指控亦不成立。最後，有關訴願人指稱，本案尚在醫事職業法庭審理期間，他以爲了增進平和相互溝通的理由要求延期理，但爲法庭駁回，訴願人認爲此項裁決侵害到他的基本人權的此項指控亦不成立。

### Ⅲ（就出版書籍的部份，兩醫事職業法庭之判決確有不週之處）

該兩醫事職業法庭將訴願人出版的“戰勝老化”一書視爲違反禁止廣告規定的判決，侵犯了訴願人應受基本法第 5 條第 1 項所保障的基本人權。該兩醫事法庭根本沒有檢查，此項判決是否會侵犯到訴願人意見表達自由的基本人權，又此項對基本人權的侵犯是否在基本法第 5 條第 2 項中所允許的範圍之內。就此角度而言，該兩醫事職業法庭之判決確有不週之處。

1. 毫無疑問地，“戰勝老化”一書應屬於基本法第 5 條第 1 項所稱的意見表達的範圍，因此該書的出版自屬於基本權的保護範圍。從此項條文的積極面來說，此一基本權所欲保障的“意見表達”主要是指一種對事物的立場與見解，或是一種在精神辯證領域內的認知。至於這一些表達出來的“意見”是否有價值、是否正確或是是否理性，則與此地所欲討論的主題無關。此外，縱

使只是事實的傳播也受到基本法的保護，因為它是最終形成意見的先決條件(BVerfTE 61, 1 [8]; 65, 1 [41])。原則上，基本法第 5 條第 1 項第 1 句所謂「意見」(Meinung) 的意義很廣：舉凡立場、見解或是認知的表達，均屬於基本法的保護範圍之內(BverfGE 61, 1 [9])。

訴願人將他的書視為是一項「歷經數十年終於變成了事實的醫學理想所作的終結辯論」，此項醫學理想就是活細胞療法。他希望透過本書的出版，包括他到目前為止所採取的療法，能夠得到社會的正、反意見。他希望對批評者的論點作更深入的討論與辯駁。他公開的目的是要向社會大眾證實他的理論。為達成此目的，訴願人便藉由出書的方式來表達他的立場。訴願人在其書中詳述自己的成長過程、求學時期的老師、療養院的興建、對他所提療法的辯論及其效——甚至也引述了第三者的看法——，其目的均是為了向他的讀者證明他的醫療方法是正確的。也因為這樣子的關係，其醫療方法的真正內容反倒沒有如這一些評價表達得清楚。

從性質上而言，這是一本書參雜著客觀事實與主觀價值判斷的自傳。在判斷自傳式文體是否屬於一種意見表達方式時，有一點必須注意的是，那一些有別於通說的意見也正屬於基本法第 5 條第 1 項所欲保護的範圍(BVerfGE 33, 1 [15])。一位正在使用一種未經學院派醫界認可療法的醫師，在爭取社會肯定此項療法的同

時，不可避免地，也正是在爭取社會對他個人的肯定。因此，在本案中轉載病患感謝辭的做法亦即訴願人在爭取社會對他的療法及對他個人的肯定。同樣地，書中所翻印的照片，其中一部份是有關活細胞的製作與應用，另一部份是訴願人與其家人或是知名病患的合照，這也是訴願人在其終結辯論中所運用的一種表達方式。他的終結辯論亦是希望將此書當作是一種整體的表現。訴願人亦希望藉由與家人合照的照片來清楚地證明，在他為活細胞療法奮鬥的過程中，他的家人一直給予他堅定的支持。這一種形式的表現手法在現今的社會中已經不再是只適用於政治領域的一種爭取肯定個人的可行手段。凡是為了表現一種價值判斷本種意見或是一種特定觀點所展示的圖片，亦屬於意見表達保護的範疇。

2. 如果我們認定這一本引起爭論的書是一種意見的表達，那麼該兩醫事職業法庭的判決就是已經侵犯到訴願人應受基本法第 5 條第 1 項有關意見表達自由的基本人權。雖然，1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項有關禁止醫師廣告的規定毫無疑問地是屬於“一般法律 (Allgemeines Gesetz)”，並且對此基本權利行使上的限制明白加以規定，但這仍然無法合理化其對此基本人權的侵犯。

a) 根據歷來的判例，一般法律依法在對有關意見表達自由的基本人權作限制時，依然必須受到“基本權”

的約制。換言之，一般法律在對基本權利作限制時，仍然必須自我設限，它必須認識到意見表達自由的基本人權具有一種直接表現人格的特殊內涵，而且此一特殊的涵義也正題組成自由民主國家的基礎 (vgl. BVerfGE 7,198 [208ff.]; 61, 1 [10f.])。因此我們必須對“基本法”第 5 條第 1 項所欲保護的意見表達自由與 1978 年所制訂醫師執業辦法第 21 條第 1 項所欲保護的法益間，訂出一個符合憲法精神的先後順序：因禁止醫師廣告而對意見表達自由所產生的限制必須是適當且必要的，以便能夠真正達到此項禁制規定所欲保護的法益的效果。同時，在所要達到的效果與因該項禁制規定而對意見表達自由所帶來的侵犯這兩者間，也必須存在一種適當的比例關係 (Vgl. BVerfGE 59, 231 [265])。

b) 如果在解釋醫師執業辦法時，確實已經兼顧到意見表達自由的憲法精神，則在個案的審理時，必然會在應用此禁制規定上有所區別，而不會完全不作法益方面的斟酌，並任意犧牲對意見表達自由的保護，將所有帶有廣告效果的出版品一律禁絕。在本案中，值得進一步斟酌的是，這一本引起爭論的書的出版，在本質上是否應完全只被視為是該項禁制規定所定義的廣告行為而已。畢竟這一類的書倒不完全像是典型的商業廣告媒體，因為一方面讀者必須付費購買，另一方面，書裡的一些廣告詞——這些沒有從文章中拆離而被放入廣告專

頁中的文句一一，也必須融入既易理解又能引起讀者興趣的文章方式出現。至於被兩醫事職業法庭所垢病的有關該書中會造成廣告效果的文句，事實上其廣告效果已經因為該書外包裝上的自傳文句而減低了，甚至也出現了一些反宣傳的資訊，例如：他自己透過療養院的經營而獲致的大筆財富。但最重要的是，本書內容最主要的目標並不是要鼓動病患去訴願人的療養院接受治療。訴願人更希望向社會大眾介紹一項受學院派醫學界忽略或者也是排斥的活製細胞療法，同時也為此療法在其他醫學療法旁邊，或至少在一些醫學門外漢的意識裏，爭取一席之地。因此，在此介紹過程中，訴願人便必須將爭取社會肯定此項尙未經自然科學方法證實其療效的最新療法的奮鬥與爭取社會肯定他個人的奮鬥結合爲一。

即使同意兩醫事職業法庭所持的看法，認爲該書在其所指稱的部份確實有爲訴願人及其療養院作廣告的效果，但這仍不足以合理化該兩醫事執業法庭在本案中對禁止廣告條文的引用。引用禁止廣告的條文來審理本案的這一類書冊，是對意見表達自由的嚴重侵犯；此項侵犯妨礙了醫師依其喜好的表達方式，一種自傳形式來表現其生命中的重要創作。再從另外一個角度來說，即使是爲了達到禁止醫師廣告規定所欲達成的目的，也未必非使用此項禁止廣告的條文不可，雖然說，此項禁止醫師運用商業廣告手段的規定有助於維護醫師的職業形

象，而且若完全不處分此類的出版品，可能會嚴重損害醫師的職業形象，但是若將此項禁止廣告的規定擴大應用到類似本案這種無可避免會在文章中帶有廣告的規定擴大應用到類似本案這種無可避免會在文章中帶有廣告內容，但廣告內容的重要性卻又排在精神層次的意見討論之後的出版物上，那麼適用禁止廣告條文所造成的結果與此項禁止廣告規定對意見表達自由所造成的侵犯這兩者間便會呈現出一種不恰當的比例關係。因為在這種情況下，對這類出版品制裁的結果，對意見表達自由所造成的損害將要比因為此類書籍自由出版而對禁止醫師廣告規定所欲保護的法益所造成的損害要來得大。

基於以上的闡釋，由於該兩醫事職業法庭的判決已經違反了基本法第 5 條第 1 項的規定，因此該兩醫事職業法庭認為訴願人的意見表達方式有違其執業規定的判決是否成立，以及該兩醫事職業法庭認為訴願人的作為有違職業義務的判決與此項判決對職業自由的侵犯是否符合比例原則的問題，即無需再做進一步的檢視。

參與判決作成法官：

Dr. Herzog	Dr. Simon	Dr. Hesse
Dr. Katzenstein	Dr. Niemeyer	Dr. Heussner

# 關於「自助式藥物販售」之裁定

BVerfGE 75, 166-183 【自助式藥物販售案】

聯邦憲法法院第一庭 1987.4.14 裁定

— BvL 25/84 —

張 嫻 安 譯

## 裁判要目

裁判要旨

裁判主文

理由

A 爭點

I 系爭規定之立法史

II 事件背景

1 原審程序

2 爭點：得自由販售之藥物，  
禁止其自助式販售之規定，  
是否與基本法相符

a 聲請審查之標的

b 呈請審查法院認為系爭規  
定違反平等原則

3 各方之意見

a 聯邦少年、家庭及健康部

b 德國藥師公會

c 原審原告

d 原審被告

B 本件呈請審查合法

I 應予審查之規範

II 應審查之規範對判決具有間接  
重要性

C 系爭規定違反平等原則

I 一般性禁止藥物自助販售不違  
反職業自由

II 系爭規定違反平等原則

1 保護人民健康非合理化事由

2 藥劑師之職業形象尚不足以  
合理化差別對待

3 自助販藥非藥劑師商業化的  
表現

III 解決違憲之模式

## 裁判要旨

針對自由販售之藥物在藥房或其他零售店採用自助式販售之可容許性所為之不同規定。與基本法第三條第一項不符。

聯邦憲法法院第一庭於 1987.4.14 就下列憲法上之問題：得自由販售之藥物於藥房內及藥房外禁止自助販售之規定（藥房管理規則第十條第二項第一句與藥物法第五十二條第一項第二句、第三句併同適用）是否與基本法相符所進行訴訟之裁定。本案係依據 Karlsruhe 邦高等法院於 1984.9.30 以及 1985.1.25(U 78/83) 所為停止訴訟程序裁定及呈審裁定 (Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse) 為之。

## 裁判主文

「不得以自助方式銷售非藥房販售義務之藥物」(1968.8.7 BGBl I S .939 藥房管理規則 (Apothekenbetriebsordnung) 第十條第二項第一句) 但容許有專家以備諮詢者之其他零售商店販售」之規定，違反基本法第三條第一項。1976.8.24 BGBl I s 24455 藥物法第五十二條第一項第二句)。

## 理由

## A 爭點

具體規範審查程序之標的乃攸關下列之問題：是否對於自由販售之藥物在藥房／其他零售店為自助式販售時，可為不同之規定。

### I 系爭規定之立法史

藥物行銷之相關法規有藥房法及藥物法，亦即一方面乃是 1960.8.20 制定之藥房法 (Das Gesetz über das Apothekenwesen) 於 1980.10.15 公佈之修正條文與 1968.8.7 之藥房管理規則--最新修正條文係根據 1980.8.11 之第三次修正命令 (BGBl I.S.1267)；另一方面乃係藥物交易法 (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln) 於 1961.5.16 制定，1976.8.24 修正 (BGBl I. S.2445)。

在零售階段中，藥物通常僅得於藥房內進行交易（藥物法第四十三條第一項、第四十六條）。一些特定之藥品--例如：礦泉水、治療用泥以及膏藥---則無須於藥房中出售，得自由販賣之 (freiverkäuflich)，倘若有一具專業知識之人提供諮詢，因而亦可於其他零售店內銷售。另一方面在藥房中除了販售「有藥房販售義務」（亦即不得自由販售）之藥物及「得自由販售」之藥物以外，尚且出售一些所謂之「藥房通常貨品」(apothekenübliche Waren)，諸如：化粧品、節食用

品、果汁、包紮繃帶，此類物品於藥房管理規則第十二條有列舉規定。

針對藥房以及其他零售業者之自助行銷，法律規定卻有所不同。倘使貨品全然於藥房，或者全然於其他零售業行銷，固無問題。有藥房販售義務之藥品，完全排除其自助銷售之可能，但於其他零售業者，採取自助販售方式銷售既非藥品亦非「藥房通常貨品」之物品，乃屬當然。在藥房以及其他零售業者皆可銷售之貨品方面，有關「藥房通常貨品」之規定同樣地無所爭議：無論於藥房或者於其他零售業者皆不禁止自助行銷。原審訴訟程序之緣由乃係因針對「得自由出售藥物中的其餘貨品類型」的規定而生：就此類物品，藥房不得採取自助販售方式，正如同「有藥房販售義務」之藥物一般。但是此類物品在其他零售店，只要有一人具必要的專業知識提供諮詢，即可採取自助販售方式。

上面所述就其他零售業者所為之規定，乃是根據藥物法第五十二條第一項第二句而來。至於藥房亦係依據命令之規定，即藥房管理規則第十條第二項而來。依照呈審法院之見解，此一命令應作為整體法規的部份而加以判斷，尤其是立法者在重新修正作為藥房準據法的藥物法時，將之作為前提。準據法規的條文有如次列：

藥物法第五十二條：自助式銷售之禁止

(1)本法第二條第一項、第二項第一款所稱之藥物不

可以自動販賣機進行交易。如以其他之自助販賣方式為交易者，則應有一依本法第五十條規定所具備之專業知識備供諮詢者為限。

(2)……

(3)第一項第二句之規定不適用於藥房中的藥物交易。

藥房法第二十一條：

(1)經聯邦參議會的同意，聯邦少年、家庭及健康部長有權以命令頒佈藥房管理規則…

(2)前項所稱之命令得包含下列之規定，

1 儲存、銷售、交付藥物……

2 — — — 7

8 藥房通常貨品…以及於藥房內外交付藥物者

9 — — — 1 3

(3)…

藥房管理規則第十條：

(1)……

(2)藥物於藥房內、外皆不可以自助方式販售。避孕藥物及非藥房販售義務之藥物，不在此限。

(3) — — — (8)……

1987.2.9 新修正，而於 1987.7.1 開始施行之藥房管理規則中，上述之規定經由與之內容相一致之第十七條第三項而補充之。

## II 事件背景

1 原民事審判程序兩造當事人爲彼此立於競爭關係之藥劑師。被告於其藥房中亦銷售法蘭茲白蘭地、維他命 C、Kenipp 植物汁。此種自由出售之藥物，顧客得自行取之，並至櫃台付帳。

原審程序之原告訴請其競爭對手，不得於其藥房中以自助方式販售那些非屬避孕用藥物及無藥房販售義務之特殊藥物。邦法院判決原告勝訴，被告之行爲違反競爭義務，因其未遵守營業管理規則第十條第二項之禁止自助銷售的規定，而創造一違法的優越競爭地位。

2 被告針對此判決提起上訴。邦高等法院停止第二審訴訟程序並且將下列問題呈請聯邦憲法法院裁判：

對於得自由販售之藥物，禁止其在藥房以內、藥房以外爲自助販售之規定（藥房管理規則第十條第二項第一句與藥房法第一條第一項、第七條第一句合併適用，藥物法第五十二條第一項第二句及第三項）是否與基本法相符。

a) 邦高等法院主張提請審查之規定，對於裁判確有重大意義。假如被指摘之規範係屬無效，合法的二審上訴即爲有理由。反之，假如關於禁止自助銷售之規定，特別是營業管理規則第十條第二項合憲，則其上訴應予駁回。被告乃違反此項規定，以自助方式銷售得自由出售之藥物。

原審法院所爲之呈審 (Vorlage) 係合法，雖然藥房管理規則第十條第二項涉及命令法 (Verordnungsrecht)。命令法之違憲與否，原審法院本有權自行確認。然而該法院所爲之違憲確認並不能排除違憲狀態。一方面，於藥房中禁止藥物自助銷售之規定源自於法律規定——藥房法第一條第一項及第七條第一句。另一方面藥房法之規定就其自身而言，尚非違憲，僅在其與藥物法第五十條第一項第二句發生關聯時，始有違憲之可言。具決定性者乃是就上述規範的整體而觀，產生了一個違憲的不平等處遇情況。更且，立法者將「命令法」之藥物管理規則第十條第二項第一句經由其後頒佈之藥物法第五十二條第三項納入其立法意願中。如命令規定係違憲，則基於相同的理由，直接適用之藥物法第五十二條第三項之規定應被視爲違憲。在此情形下，僅聯邦憲法法院具有違憲審查權。

b) 在本案中，呈請法院 (vorlegendes Gericht) 以爲，藥房管理規則第十條第二項第一句並不違反“反競業防止限制法”之規定，蓋因營業管理規則之是項規定有一充份之授權基礎，符合基本法第八十條第一項之要求，而且在憲法上無瑕疵地規範藥劑師之職業行使自由。然而一方面經由營業管理規則第十條第二項第一句，另一方面經由藥物法第五十二條第一項第二句之規定，即存在了一個違憲的狀態，蓋因此等規定，有悖於

基本法第三條第一項，將重要之相同事項予以不同的處理。

固然，全然禁止藥物之自助販售有其道理存在。針對得以自由販售之藥物於藥房中或於一般零售店中得否採自助販售方式而為不同之規定，乃屬滋意。立法者或則早應實現在藥房外為全面性的禁止自助銷售規定——一如在藥物法修正草案中所規定者，或則應同意本法案於聯邦參議會審議時所建議者，對於藥房採取較寬鬆之解決方式。然而立法者於不能作成上述之決議之後，即產生了一個矛盾狀況，如任令其繼續存在，實乏充份之理由。

3 針對原審法院呈請聯邦憲法法院審判之決議，聯邦少年、家庭及健康部長以聯邦政府之名義、德國藥公會、原審程序訴訟當事人有如下之意見：

a) 聯邦健康部長持如是之看法，以為藥房於提供民衆藥物時，扮演主要的角色。為了防制人民在健康上發生危險，對於藥物為特別謹慎的處理，不可或缺。自助銷售的禁止乃藥房法的基本原則，意在防止毫無監控的給藥。藥師之提供諮詢服務自始即係藥房的表徵。如果為了自助銷售而壓制了藥師的諮詢服務，則給藥之可信賴度必將為之減低。對於在藥房／其他零售業者於自助販售得自由販售之藥物所為之不同處遇，其在立法程序中所為之決議，尚不違反基本法第三條。司法實務界就

此亦未有所質疑。實務上以為，藥房制度之設計必須將藥物交易的特殊情形納入考量。藥房的特殊地位亦表現於法律條文中。特定的貿易業別必須保障之，用以確保藥房的生存空間（藥物法第七十八條）。此外，法院所為對於禁止自助銷售的法律上判斷，支持聯邦政府在藥房制度及藥物安全於保健政策上的想法。其他法律上考慮可以置而不論。

b) 德國藥師公會以為禁止藥房自助販售藥物，不僅係出之於藥房管理規則第十條，且亦立足於藥物法第五十二條第三項。對於在藥房或其他零售業之藥物交易所採之不同規範，亦為立法者所確認。該規定反應了藥房之特性乃是一種特殊種類的貨品，自助銷售作為給藥的方式並不表現出一個與之相當的出售方式。禁止藥物之自助販售，其理由更是出之於藥房的任務在於保障基於公共利益所要求的合乎規律的藥品供應。一般性的禁止更支持了基於健康政策的理由，藥房的作用乃是一個藥師足以與其顧客在直接的關係中履行其諮詢義務之所在。

其他零售業者對於一般得出售之藥物可以採取自助販售方式，使得對於藥物於藥房中一般地禁止採取自助販售方式的健康政策上的理由並未因之而喪失。不同規定之事理上理由乃藥房功能所使然。在藥房中，自助販賣方式的擴充，隱藏著於藥房業者在整體藥物供應上發

生不可預期影響的危險性。在擴張自助銷售的情形下，顧客可能即不能再期待有藥師的諮詢服務。此外，消極方面可能影響到，於藥房中受容許與不受容許的自助銷售不再能被確切的區隔。

c) 原審訴訟的原告以為藥物法第五十二條乃決定性的法律機基礎，使得針對藥房及其他零售業者之自助銷售為不同規範合法化。立法者所為有意的歧異性規定，乃建立於事理上的理由，亦即藥師的諮詢功能以及藥師納入了治療性職業並且因之而發生人民對藥房的信賴關係，凡此乃與以營利為目的的零售業者有根本上之不同。

d) 原審被告主張呈請聯邦憲法法院審判並不合法，蓋因在原審程序中僅僅是藥房管理規則對裁判有影響。無論如何原法院的憲法上質疑有理由。不同的處遇規定，特別是無法在保障人民健康方面獲得正當化的理由。基於對健康具危險性的理由，如認為藥物的自助銷售並不合適。則此種藥物可列入藥房販售義務表列中。當前的規定殊難理解，得自由販售之藥物與所謂之藥房通常物品幾難予以區分。

## B 呈請係合法

### I 應予審查之規範

對於本案應否受理之存疑，僅在於原審程序中命令法規——亦即藥房管理規則第十條第二項——直接對判決有彩響，而命令法規並不在聯邦憲法法院的獨占管轄權之下。且此一命令法規又缺乏上位之法律規範。

呈請決議之主文所列名之藥房法第一條第一項及第七條第一句，並未規定藥房中之自助銷售情事。該法第一條對於藥房任務之一般描述，以及同法第七條藥師之個人領導義務，僅彰顯了藥房的重要性以及藥師的角色。固然可以將之援引作為給藥形式必須加以限制之理由，而此種限制亦影響及於自助銷售受容許的範圍。此般規定亦不曾構成限制自助銷售規定的授權基礎。毋寧說所謂之授權基礎應見之於藥房法第二十一條，此法條本身固然授權命令制定者為藥房管理規則第十條第二項意義下之規定權限，但並未迫使其必須為之，而是賦予其以自己責任而為合憲規定的空間(BVerfGE 48.40.46)。

在藥物法中亦未見及有任何法規確認命令制定者關於藥房中自助銷售的特定規範。首先藥物法第五十二條第一項第一句就藥物藉諸自動販賣機販售者為一般性的禁止。此一禁止規定對藥房及其他零售業者同等適用，就原審程序而言並不重要。至於第一項第二句，一如第一句係關於自動販賣機出售藥物的規定，乃包含了原則上禁止以自助販售方式銷售的規定；於此原則下僅容許一個例外，倘使有一具專業知識之人備供諮詢。本規定

由於藥物法第五十二條第三項之故，僅適用於其他零售業者，姑不論其一般性的用語，據此而僅包含了在此所提及的得自由出售的藥物。由此可無誤地導出，藥物法第五十二條第一項第二句對於原審程序並不具有直接的重要性，蓋因於此程序中涉及二藥房間的競爭關係以及藥房中的自助銷售問題。

有關藥房中藥物的銷售僅僅係由藥物法第五十二條第三項規範。本項亦僅規定，先前所說明之規定並不適用於藥房，亦即在第一項第二句所包含自助銷售的原則性禁止以及例外規定皆不適用。第三項並未包含更進一步的內容；究竟藥房應適用何者，仍懸而未決。然此卻由藥房管理規則所規定，但該規則並非基於藥物法，而是建立於藥房法之授權上。以下尚加說明之立法史更證明了。藥物法第五十二條第三項不包含有藥房中自助銷售的特有法律規定，而僅僅確定先前早已存在之藥房管理規則仍繼續有效。然而正確者，——一如高等院所認為——證諸立法史立法者對於當時適用之命令法已經同意，並且願意維護其繼續存在之狀態。凡此乃在對裁判具有間接重要性的觀點下有其重要性。

## II 應審查之規範對判決具有間接重要性

所謂對裁判具有間接重要性，實務上所認定者為：一個規範（本案之藥物法第五十二條）固然其本身並非

原審程序裁判的直接法律基礎，但是其所為憲法上的評價同時卻判斷了直接作為基準法律基礎的合憲性（本案中之藥房管理規則第十條），；在具直接重要性的命令法乃基於必須加以審查的法律授權基礎：BVerfGE 30, 227; 32,260；直接具有對裁判重要性之命令法僅是重覆被審查之法律規範的重要內容者；其他特殊案例，請參閱：BVerfGE 2, 341; 20,312。

首先贊成此種間接重要性之理論在本案中已經成立者，謂於命令法中所包含之禁止藥房自助銷售之規定，依呈審法院的見解其本身尚非違憲，之所以因違背平等原則而遭致非議，乃係因藥房法准許於藥物法第五十二條第一項第二句，個別零售商採取自助銷售方式販售無藥房販售義務之藥物。單僅此種情形固然未足以成為肯認呈請憲法法院裁判係屬合法的理由。但是尚有一些特殊情形乃使肯認具裁判間接重要性之看法得以正當化。一如藥物法第五十二條之立法史證實，立法者就此一規定已經嵌入了在此之前即已存在之藥房管理規則第十條第二項仍然繼續適用。而於藥物法新修正之立法諮商過程中，欲全面禁止藥物之自助販售，既無法得以實現，此一方案於1975年之政府草案已有所規定(BT Drucks, 7/3060, s.25 u.57)；而聯邦國會主管委員會建議並由聯邦國會決議之廣泛開放自助販售方案(BT Drucks, 7/5025 s.48; 7/5091 s.18)亦未貫徹。倒是聯邦要求召開

協調委員會，將五十二條加入第三項之規定，依此，則開放自助銷售並不適用於在藥房中藥物的交易進行。其理由在於：設非如此，則先前已適用之藥房管理規則第十條第二項將被上位規範所排斥，而空洞化；如同聯邦國會決議之內容許在藥房中採取自助方式，將與聯邦藥劑師法、藥房法、藥房管理規則之基本規定相矛盾，依照此般規定給藥之監督乃是藥劑師之最初始任務，基於藥物安全的理由，不容放棄之。

據此，藥物法第五十二條的法律規定僅在下列的前提下始得理解之，作為藥房規範之命令法仍然存在；立法者確已將之納入立法意旨中。從命令法與「法律」二規範之特殊內在關聯最後可導出，藥房管理規則第十條第二項具有對裁判重要性之規定之所以仍然有效。乃是因藥物法第五十二條第三項排除了第五十二條第一項第二句對藥房適用的緣故。蓋因無此種排除，則藥物法第五十二條第一項第二句之一般性自助銷售之規定亦適用於藥房，而且作為一較新且較上位之法，乃壓制了作為「命令法」的藥房管理規則第十條第二項。處於此種事態，倘使吾人否認了法律規定對裁判的間接重要性，則聯邦憲法法院之規範審查制度的「滿足功能」，將部分地無法達成 (BVerfGE 62/54/364)。

### C 系爭規定違反平等原則

針對藥房以及其他零售業者採取自助方式銷售得自由出售藥物，所為的不同規定，與基本法第三條第一項不符合。

## I 一般性禁止藥物自助販售不違反職業自由

於憲法層次上之審查時，吾人可支持原呈審法院的觀點，在藥房裏禁止所有的藥物自助銷售，就其自身而言尚未損及藥劑師的基本權。凡此無論在主管部長或是聯邦藥師公會的意見中以及在呈審決議中均已確切地指陳。據此，在藥房管理規則中所包含之禁止自助銷售係建立於一個有效的法律授權之上，藉此授權立法者乃使用了基本法第十二條第一項第二句的規定保留權限。基於此一授權命令的制定者自己透過藥房管理規則第十條第二項，以合法的方式限制了藥劑師的行使職業自由。

就此一限制的正當化根據，原審法院指明了藥房作為保健制度的特殊地位以及藥劑師的諮詢功能。早於1960年藥房法的最原始條文即表達出，藥房之職責依藥房法第一條第一項之規定，係在於符合公共利益以保障對人民藥物供應的規律化，以及依同法第七條之規定，「藥劑師有義務」以自己的責任本人親自執行領導藥房之業務。其中立法者的意願足以令人辨識出，藥房所涉及者並非是尋常意義下的營利性、經濟事業，而藥房與個別顧客間的直接關係作為其本質上的表徵更應予維

持。此一直接關係存在於個別的處理處方及顧周需求和在建立及維護一個彼此倆相對待的信賴關係下交付所開立的處方藥物。配合了法律規定所塑造之「藥師在藥房中」的指導形象，應使顧客確實感受到在藥房中享有藥學專業人士之服務，即便是在個別情形下，顧客所願獲得的僅是一無須於藥房中出售的藥物。

此般健康政策上的考量，為聯邦少年、家庭、健康部長以及聯邦藥劑師公會同樣主張，足以成為為使藥物供應制度化，因而禁止自助販售的正當化根據。倘使為確保給藥安全而擴張及於所有藥物均禁止自助販售，藥師之職業行使並不因之而受不相當的限制。

## II 系爭規定違反平等原則

然而針對得自由販售藥物在藥房內禁止採取自助販售的方式（藥房管理規則第十條第二項）。反之在其他零售業者卻被允許（藥物法第五十二條第一項第二句），此乃與基本法第三條第一項不符。

依照聯邦憲法法院之確定見解，平等原則尤其受到侵害，倘使規範相對人之某一集體與他一集體倆相比較，受到不同處遇，雖然在此二個集體間並無那種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 (BVerfGE 70,230 [239])。此類前提要件，本案已具備。

在各方意見中已陳述了現行規定正當化的理由，其固然可支持——如前面已經解說過——對於所有的藥物於藥房中均禁止自助販售。然此亦未能使對藥房與其他零售業者為不同處遇正當化。二者之間所存在的明顯差異，並未達到那種程度，允許其他零售業者自助銷售那些無藥房販售義務的藥物，在不違反基本法第三條第一項的情形下，禁止藥房出售。在此方面，原審法院之論述可予贊同。

1 對於藥房之差異性處遇特別是不能基於保護人民健康的理由

藥物原則上僅可以在藥房中給付之規定，主要是基於公共福利的目的。之所以成為爭議交點，乃因其涉及原本得自由販售藥物之自助販售，亦即那些規範制定者已見及並無使其基於國民健康之利益，因之受制於藥房販售義務而不得自由出售之理由存在。在得自由銷售藥物之範圍內，毫不受監的給藥再也不能以禁止自助銷售之方式加以阻止。蓋其在其他零售業者早已是買賣的常見情形。吾人無法認識到的自由出售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。反之，呈審法院即很中肯地指出，下列情形實為一矛盾：此種得自由出售之藥物在一般之藥品雜貨業 (Drogerie) 中，倘有一專業人士通常只是一藥師助手的資格，且不須到場，備供諮詢，即可採取自助

販售方式，而更具夕業知識的藥劑師反而絕對不可。

採取不同之處遇亦未容以下列的觀點而正當化，即原負有藥房販售義務之藥物，可能因疏忽而被誤置於專門發售自助販售藥物的貨架上。此種因疏忽而造成之危險程度不會高於目前已存在之可能性，即那些負藥房販售義務之藥物混入所謂之「藥房通常物品」中。是類物品本品准許其採自助方式販售。此外，呈審法院亦切合地指明，如此之疏忽最遲於顧客取貨後付帳時，即被發現。尤不是那些「藥房販售義務」之藥物，多半同時須持處方，否則不得出售。

2 於實務界及學界就不同處遇之問題已表示意見之範圍內，——如呈審法院所陳述者——多係就藥劑師的形象，而少基於國民健康之觀點立論。諸如藥劑師的基本任務乃是在給藥時，即使是得自由買賣的藥物，提供病人專業諮詢的服務，並且因由藥劑師個人監督給藥，而防杜藥物之濫服，在個別情形甚至可拒絕給藥 (Pfeil/Pieck/Steinbach, Apothekenbetriebsordnung, 4.Aufl., 1980-, Anm. 2 zu § 10)。在藥房中僅因此之個人給藥乃保障個別顧客之最大安全 (Cyran/Luckenbach/Hgel, Apothekenbetriebsordnung, 3.Aufl., 1985, Anm. 2 zu § 10)。藥房營業所維護之公共利益構成對立法者之立法基礎，使藥房與其他之工商業行業相較之下，應置於特別法之下。因之，在藥房行業及其他行業間亦不存在

有憲法意義上的等同性；由公共利益的原因所建立之重要區別特徵，乃賦予法律上差別規定的根據 (Schieder-mair/Pieck, Apothekengesetz, 3.Aufl., 1981, Rdnr, 44 zu § 1) 。

如前所述，這些著眼於職業形象的考量固然可說明、藥劑師之職業行使自由可經由藥物的禁止自助銷售而受限。但此尚不足以作為相異處理的根據。在此範圍內，呈審法院決議中之指陳係屬正確：藥劑師之職業形象本身並非唯一目的，而是為了保護人民健康，被發展且維持而成。藥房首先乃公共健康制度，其次，始為營利事業。由此乃塑造出其形象。賦予藥房「特別法」之法律基礎的公共利益，乃以有規律的保護人民的藥物供給為目標，即亦以保護人民健康為目的，但此——一如前已述及——對藥劑師不利的差別處理，並不能構成穩固有效的基礎。

3 最後，呈審法院決議理由書所陳尚有殊值吾人贊同者為：差別處遇並不能以下列之考量而得以獲得正當化之根據，非藥房販售義務的藥物開放其自助銷售可能對藥劑師構成利誘，使其事業愈來愈基於商人觀點而經營，而且對其他基於公共利益所承擔之任務產生不利，而特別專注於此種非本業之部門。於此，吾人與呈審法院一致以為，規範制定者為保健功能之有效實現，以防杜藥劑師之商業化增強趨勢，並且對抗藥房成為純商業

的藥舖 (Drugstore) 業務型態 (BVerfGE 53/96) 。但是，自助銷售方式就其本身而言，尚不能被視－「加重形之商人業務行爲」。毋寧說乃爲一商品展示形式，其與藥房之傳統形象仍屬相當。此外，藥劑師本得以自助銷售方式銷售所謂之藥房通常物品。於此情形下，藥劑師可能不再意識到其主要任務乃係藥物供給者疑慮，或者不存在或者可不予重視。尤其是「得自由販售之藥物」與所謂之「藥房通常物品」本無重大區別可資辨認，是以對前者殊無爲他種判斷的必要。

### Ⅲ 解決違憲之模式

由於違憲性是建立於一個差別處遇之上，並且由於規範制定者在消弭此種差別處遇有多種可能性，聯邦憲法法院必須以與憲法不符合確認而滿足。由此當然產生以下的後果，因爲缺乏一個有效的禁止法規，原審程序的被告不能違背程序規定再被禁止自助銷售「無藥房販售義務」之藥物。如果未來此種藥物禁止自助銷售，則立法者必須採取行動，而禁止必須針對所有零售業爲之。反之，命令制定者僅得將在藥房管理規則中所包含之對藥房所爲之禁止規定廢棄之。但爲了防禦可能對健康造成之危險，命令制定勢尚有第三個可能性，原審程序被告已經指明：依照藥物法第四十四條以下之規定，主管部長有權以法規命令限定得自由銷售之藥物，以及

將個別在法律中規定得自由銷售之藥物亦轉納入「藥房販售義務」中。

簽名

# 關於「律師執行業務」判決

BVerfGE76,171-196

【律師專業準則案】

聯邦憲法法院第一庭 1987 年 7 月 14 日判決 - 1 BVR 537/  
81,195/87 -

楊淑文譯

## 裁判要目

裁判要旨

裁判主文

理由

A 爭點

I 相關法條規定

II 事件背景

1. 第一訴願之事件背景

a 律師指摘某警事鑑定報告  
無聊

b 律師因該言論受律師公會  
懲戒

c 律師主張權利受損

2. 第二訴願人之事件背景

a 律師指摘法官有差別待遇

b 法官向律師公會聲請處分  
該律師

c 律師主張其權利受損

III 各機關之見解

1. 聯邦法務部代表聯邦政府之  
立場
2. 聯邦最高法院之見解
3. 聯邦律師總會之見解

4. 德國律師協會之見解

5. 共和國律師協會之見解

6. 聯邦自由律師會之見解

7. 哈姆地區律師協會

B 本二件憲法訴願均合法並有理由

I 懲戒處分依據之合法性

1. 律師專業準則不得作為限制  
律師執業之法律基礎

a 法律授權之界限隨著對職  
業自由侵害強度而有不同

b 律師專業準則不具自治法  
性質

c 律師專業準則不屬法規範

2. 律師專業準則亦不得作為概  
括條款

II 案件相關性原則之地位

1. 案件相關性原則之作用

2. 訴願人不適用專業準則

a 二訴願人言論上並無不當

b 不必對二訴願人進行名譽  
法院之制裁措施

## 裁判要旨

1. 以律師專業準則作為聯邦律師條例第四十三條有關職業義務之概括條款規定之解釋或具體化之媒介，並非本院之確定見解。專業準則在名譽法院之相關程序中，僅於律師職業法修訂前之過渡時期，為了維持司法制度合於功能性不可避免的情形下，方有其法律之重要意義。

2. 僅在行為人故意散佈不實之情事，或就與其他訴訟當事人或訴訟流程無關之情事為蔑視之評論，而涉及刑法上之誹謗罪時，名譽法院因行為人違反案件相關性之要求（*Das Sachlichkeitsgebot*）而為之處分方有其必要性。

1987年7月14日第一庭判決

— 1 BVR 537/81,195/87 —

本訴訟程序係關於第一訴願人律師及公證人 H 就 a 名譽法院一九八一年三月二十五日之判決 b 哈姆地區律師公會一九八〇年五月十日之決議 — EV/I/410/79 A/I/172/80 — 1BVR 537/81 —，第二訴願人 Dr. k 對於 a 名譽法院為科隆地方律師公會之轄區，一九八六年十一月十七日之判決 b 科隆地區律師公會一九八五年九月四日及一九八六年一月二十日之決議 — Ab II 156/85 — 1BVR 195/87 — 所提之憲法訴願

## 判決主文

1. 哈姆地區律師公會所屬之名譽法院於一九八一年三月二十五日所為之判決及哈姆地方律師公會於一九八〇年九月二十九日及三月十日之決議 – EV/I/410/79A/I/172/80 侵害第一訴願人基於憲法第十二條第一項之基本權利，應予以廢棄。關於本件訴訟費用部分發回名譽法院。

2. 科隆地區律師公會所屬之名譽法院於一九八七年十一月十七日之判決 – IV Kammer EV 79/86 – 及科隆地方律師公會一九八五年九月四日及一九八六年一月二十日 – Abt. II 156/85 – 侵害第二訴願人基於基本法第十二條第一項所定之基本權利，應予廢棄。關於本件訴訟費用部分發回名譽法院。

3. 北萊因 – 西谷地邦 ( Nordrhein-Westfalen ) 對於訴願人所支出之必要費用應予補償。

## 理由

### A 爭點

提起本件訴願之律師主張，其因違反律師案例相關性要求，而遭受專業法上之處分。

### I 相關法條規定

一九五九年八月一日制訂之聯邦律師條例指出：律師為司法之獨立機關（第一條），而且得為所有法律事務之職業的、獨立的代理人或顧問（第三條）。律師不僅有上述特別權限，且亦有下述概括條款所規定之特別義務：

### 第四十三條 一般的職業義務

律師應認真仔細的執行職務。律師不論在執行職務時或執行職務以外，應致力於維護律師依其地位應受之尊重與信賴。

就律師執行職務所可能存在之問題，聯邦律師總會將律師們之共通意見，依聯邦律師條例第一七七條第二項第二款之規定，訂定律師專業準則。其中許多含有律師應嚴守案件相關性義務之規定。

### 第一條 一般之職業義務

(1) 律師應認真執行職務（聯邦律師條例第四十三條第一項）。律師應就其受託付之他人利益符合案件本質的予以維護。

(4) 律師之行爲不得有令人認為其違反專業準則之虞。

## 第九條 對法院之行爲

(1) 律師對於法院所爲之行爲，應符合其與法院爲司法救濟地位對等機關之角色。

(2) 律師如就法官所爲之判決經由與案件無關方式予以影響，特別是就該案件爲非關法律之評論，或對法官就其所爲之判決公開地予以批評，均認爲係違反專業規範。

## 第十條 對政府機關之行爲

(1) 律師在與政府機關爲行爲時，亦應注意其係司法救濟機關之地位。

(2) 在律師與政府機關之間亦適用上開行爲之案件關連性原則。

律師如違反上開條文所規定之義務，而其情節並非重大，毋須請求名譽法院進行審理程序時，其所屬律師公會得施以懲戒處分（聯邦律師條例第七十四條第一項）。受懲戒處分之律師得聲明異議，聲明異議無效果時，該受處分人亦得請求名譽法院予以審理（聯邦律師條例第七十四條 a）。對名譽法院之判決，不得再聲明不服予以廢棄（聯邦律師條例第七十四條第三項第 4 款）。

## II 事件背景

I a) 第一訴願人係代理其當事人對一醫師提出告訴。請求偵查告訴人妻子在醫院中因血管阻塞引起心臟衰竭而死亡一事中，該醫師是否應負刑責。告訴人主張，該醫師當時應該可採取預防措施而未採取。

檢察官依據法醫之鑑定報告對該醫師為不起訴處分。該鑑定報告指出，血管栓塞之預防需要非常精密之指示器，此指示器當時並未提出。況且病人之死亡，亦無法經由事前預防措施而避免。此外，該鑑定報告並未再詳細說明其認定之理由。本件第一訴願人乃就上開鑑定報告聲明異議，指出：

鑑定報告中指稱告訴人妻子之死亡無法經由事前之預防措施予以防止。我必須承認，雖然在我一生從事律師生涯當中曾經看過許多無聊的東西，但是這篇報告的無聊已超過普通程度。這位值得尊敬的法醫先生的意見，顯示出他似乎具有洞悉未來的能力。

但事實上，要求這位值得尊敬的先生出具鑑定報告，對他而言是專業上過分的負擔。

b) 訴願人因上開言論而被其所屬之律師公會予以懲戒。訴願人就該處分聲明不服亦被駁回，因其忽視專業準則中所規範之案件相關性原則。此份鑑定報告之真或偽並不重要。依案件相關性之原則，訴願人僅能指稱該份鑑定報告為“虛偽或”不適當”。

訴願人隨後向名譽法院聲明不服，亦無結果。名譽法院之見解亦認為，訴願人違反律師專業準則第一條第一項及第十條第二項所規定之“案件相關性”之要求。此非即謂專業準則對律師言如同口套一般，令其無法表達意見。事實上，律師如認為鑑定性之報告或意見錯誤時，仍享有權利負有義務，基於其當事人之利益，對該鑑定意見予以爭辯或攻擊。問題在於，應“如何”予以批評。訴願人將法醫之鑑定報告稱為超過普通程度的無聊東西，又將鑑定委員會之成員稱為值得尊敬的先生，已超越就案件本身予以批評時可容許之程度。

c) 訴願人提起本件憲法訴願，指摘其基本人權遭受侵害，特別是基本法第二條第一項，第三條第一項，第五條第一項，第十二條第一項。

訴願人復指稱，懲戒處分令其人格嚴重受辱。懲戒處分所依據之律師專業準則，並非充足的懲罰性規範。該專業準則不得以下列方式濫用作為解釋第四十三條聯邦律師法之輔助方法，亦即超過該準則所規定之原有文義以外，違法的附加當事人義務。

依聯邦律師條例第四十三條之概括條款，律師僅在與尋求法律保護之民衆為行為時—而非對於國家之公權力—有義務不使民衆降低對其之尊重或信賴。上開懲戒處分或就聲明不服之判決認定訴願人之行為違反案件相關性原則，其見解顯有違誤。訴願人復提出亦有許多其

他比本件表達語詞更明確的法官的表達方式亦被認為係屬與案件有關之行爲。訴願人認為律師在評價證據時必須享有權利，就事物本身精確地予以敘明。如果其當事人使用與訴願人相同之表達語詞，其當事人並不會遭受懲戒處分。反之，訴願人作為律師則面對自我審查之威脅，因而使其言論自由權及平等權遭受侵害。

2. a) 第二訴願人曾多次從事和解及破產管理人之職務。在一附帶破產程序中，向法院聲請確定破產管理費用，該件聲請案未由非訟輔佐官處理，而係由職務法院之法官自爲處理。該職務法院之法官與第二訴願人曾有良好情誼，惟已友誼破裂。

因第二訴願人向法院所請求給付之破產管理費用並未如數准許，第二訴願提起人乃就上開裁定提出異議。他在理由中指陳，如知此裁定係由該法官自爲處理，他必將聲請該法官迴避裁定。他指出：

在法院、本市或全國的法律專業人圈內均知悉本件裁定之法官與本人原有良好之友誼，但嗣後已友誼破裂。雙方反目甚至於本件裁定之法官亦不顧忌在第三人面前對本人有差別待遇之行爲。本人因得知本項費用確定之裁定係由該法官所爲，乃依民事訴訟法第四十四條第二項釋明如上。

因本件破產費用之確定聲明係由該法官所爲，爰請求和解法院命該法官應將本件破產費用裁定予以廢棄，

並交由該法官之職務代理人重為裁定。

b) 該職務法院之法官卻因此而向該破產管理人所屬之律師公會提請處分，致該破產管理人（即第二訴願人）遭受律師公會之懲戒處分。第二訴願人就上開處分聲明不服，並向名譽法院聲明不服請求處理均遭駁回。名譽法院並未如同律師公會一樣，認定第二訴願人批評該職務法院之法官裁判扭曲法律。

但是上述第二訴願人所提書狀中第一句所使用之文字，已足以使客觀之閱讀者認為該法官歪曲法律。最具關鍵性的則為，第二訴願人指陳該法官從不顧忌在第三人面前對其有差別待遇之行爲。此種陳述已是犯罪力的特別描寫方式。這種印象雖然在隨後的語句中被沖淡了，但是並未能改變整段語句給人的印象。此種批評的陳述方式，已超過可被容許的對偏頗的形容方式，而構成對該法官名聲的貶抑。縱使在第二訴願人請求確定其本身所支出之費用時，亦須符合律師專業準則之各項原則。第二訴願人之行爲違反律師專業準則第一條第三項、第四項及第九條第一項之規定。

c) 第二訴願人提起本件憲法訴願，係指摘其基於基本法第十二條及第五條所定之基本權利遭受侵害。

第二訴願人復指陳，對人民職業與言論自由所爲之限制與剝奪，必須以法律有保留者為限始具有正當性。本件制裁處分欠缺符合明確性原則（*Das Bestimmt*

heitgebot ) 之法律上基礎。縱使聯邦律師條例第四十三條設有明文規定，但對此概括條款以專業準則中不明確之規定予以具體化，是否符合法治國家之原則，則顯有疑義。而案件相關性之要求更是完全不明確。名譽法院僅一再強調概括條款之內容，但此概括款欠缺具體之法律規定及義務之界限。僅僅單純違反法律之假相--相對於專業準則的明確文義規定--不能將制裁處分予以正當化。

此外，訴願人主張其基本人權實質上亦遭受侵害。名譽法院絲毫並未考慮職業與言論自由之基本人權，亦未注意及於保護正當利益之原則。另一方面，亦忽略了就專業準則所定「案件相關性」要求，應基於符合憲法所定保障基本權利之原則予以限制。批判性的言論--對於法官所為亦同--應認為屬於言論自由之基本權利範疇所涵蓋。原名譽法院之判決對案件相關性要求之認定，已超過以往至今有關案件相關性要求，實務所認定之內容與範圍。這樣一個國際無可比擬的案件相關性的要求，就其必要性原判決並未有具說服力的理由提出。專業準則不得就言論批評設有較一般法律，特別是比刑法更嚴格之限制。

無論如何，在本件案例中適用案件相關性原則顯不適當。訴願人在前揭破產費用確定之異議狀中僅使用一句文詞指責法官，此句指責文句不應無視於全部的具體

情況而獨立的予以考慮。完全不足採的則是，在隨後所指出法官扭曲法律就法官偏頗的指摘，亦被認定違反“案件相關性”要求。

### Ⅲ 各機關之見解

1. 聯邦法務部代表聯邦政府指出，“案件相關性”要求是名譽法院在判決中直接適用聯邦律師條例第四十三條所導出。正確的是，聯邦律師條例第一條第一項及第三條關於律師地位的規定。在某些訴訟程序所規定之律師強制主義是以司法制度的利益為其規範基礎，以增進經由法院所許可的方式解決爭端及正確發現法律的可能性。在此種關連下，律師應被理解為可截阻當事人過激情緒的“過濾器”（Filter）。

聯邦律師條例第四十三條之規定則經由律師專業準則就“案件相關性要求”不同層面之相關規定予以補充。案件相關性要求屬於律師職業義務之核心範疇。在個別案例的適用上則有疑義，因為並非在每一案例中很容易可以證明何種行為係屬與案件本身無關。然而長久以來已有共識認為，律師基於確信代理其當事人之利益之行為不應遭受阻礙。就此，律師可以使用強烈的、壓迫性的表達方式及直接了當的詞句。因而，亦有此種可能性，對於同一訴訟程序中之訴訟當事人及法官之行為批判性的予以評斷，縱使此種評斷方式在個別案例中可

能導致對其侵害亦同。其前提要件在於，律師對於支持其評斷之基礎事實可以信以為真，或其提出係基於其所代理之當事人利益之考量，或律師相信可以增進其當事人之利益。與此不同的是，律師應該避免對於其他訴訟當事人為貶抑的攻擊或輕蔑的評價方式，因為這些無助於突出其當事人對於案件之主張反而可能有害之。這些標準同樣亦適用於其他法律上明顯的價值，如基於刑法之觀點，即在保護相對人。

從名譽法院的判決可以構築案例類型，以界定司法救濟途徑的維護及律師的基本人權。對於其他司法救濟機關所為與案件無關之評論直接觸及法定的訴訟流程，最後則觸及法定的司法制度本身。在衡量律師的意見表達自由時，就與刑法有關之言論表達附帶的應注意個人的名譽權。非對其他司法保護機關所為或刑法上無重要意義之與案件無關之言論表達亦有可能同時違反對法定司法制度的保護。律師愈偏訴訟標的的行為，即愈遠離其所代理之當事人利益。其行為與訴訟時之地位愈不相干—亦即依其與案件無關之程度而遞減—其言論自由的基本人權，在衡量時愈退居於法定的司法制度之法益保護之後。

2. 聯邦最高法院在其向來之判決中指出，聯邦律師條例第四十三條符合基本法第二條第一項，第五條，第十二條第一項及第一百零三條第二項之規定。基於程序

法上之理由，僅有少數相關的案例由其審理。名譽法院就“案件相關性”要求因而扮演一個廣泛的法官造法的工作。

3. 依聯邦律師總會的見解，案件相關性原則屬於聯邦律師條例第四十三條之內容。依其規定，律師在為法律而奮爭時不僅應不為損及他人名譽之行爲，而且應避免與案件無關的貶抑他人之攻擊方式。作為維護司法制度良性運作之普遍利益的執行業務規則，其目的最基本應是與職業有關，而非與言論表達有關。同時，案件相關性要求，其目的在保護每一個訴訟程序之當事人能在正當的且公平的訴訟程序中進行活動。聯邦律師條例亦受律師自由執行業務之原則所限制。在此值得思考的是，律師除了享有比其當事人更大之權限外，是否亦應有比當事人更重之義務。案件相關性之要求即是一種律師職業的主要義務。因而亦會導致相當於刑法上的要求。此種要求並不影響律師在訴訟程序中自由表達意見之權利，因而亦不涉及言論自由本身。案件相關性或無關之界限在於言論表達的方式與方法，其法律基礎為基本法第十二條第一項第二款之授權性的規定，及補充上開條文之聯邦律師條例第四十三條所定之執行職務規則與聯邦律師條例第一百七十七條第二項第二款所定之律師專業之原則。

聯邦律師條例第四十三條之概括條款可經由「憲法

上的各種基本原則」充分的予以特定。該條之引用對於案件相關性要求之內容確定亦是必須的。而在其他案例被使用作為認定之輔助方法之準則規定亦以案件相關性要求之內容為其前提要件。此案件相關性要求多次提及律師的地位，因而毋須借助於內容的確定亦可使其範圍非常明確。而在名譽法院形成判例的判決中此案件相關性要求僅在涉及律師地位的價值部分是明確的。判決中並未對於界限問題發展出確定的見解。界限的確定可以而且必須直接從聯邦律師條例第四十三條導出。

4. 德國律師協會（*Deutsche Anwaltrerein*）認為上開二件憲法訴願為有理由，因為被指摘之言論在考慮全部相關情況後不能被認定為與案例無關。案件相關性要求屬於聯邦律師條例第四十三條之內容。上開概括條款中「與案件有關」之意義，應視律師在為其當事人就法律爭議執行職務之特別功能而定。此時，律師並非為私人身分，而係司法之機關，其執行任務同時亦符合公益。因而律師之執行職務行為不能僅從言論自由之觀點而為考量，實則更涉及律師在訴訟上地位，及其可以就事實及證據結果表示意見之權利等問題。僅有透過綜合觀察基本法第五條、第十二條、第十九條第四項及第一百零三條第一項方可正確理解“案件相關性”的要求。

在專業準則一再重複提及，但未予以定義之“案件相關性”的要求實則應享有更高之位階，不論在積極或

消極意義上。首先其具有確認的作用：律師有權，在經過謹慎考量爲了其當事人之利益，可以認爲適宜的情形下爲意見的表達及聲明。案件相關性要求的確認的作用顯示出，言論必須與具體的訴訟程序有關，而且律師認爲其言論有益於案件即爲已足。將“案件關連性”之要求限定於客觀與案件有關之言論則屬憲法上非法的對於律師自由執業原則予以限制。每一個對於「案件相關性」要求予以定義的嘗試，均會觸及其界限問題。而上開被施以懲戒處分之言論不能被證明與案件相關，則與事實審法院在具體案例之認定有關。與案件相關性要求不相符合的言論僅在下列的情形，即言論與當時所進行之程序無任何關連，或者涉及污蔑性誹謗言論，故意陳述不實事實，或因過失陳述衆所皆知爲不實之事實。

5. 依據共和國律師協會（ Der Republikanische Anwaltsverein ）之見解，則認爲在律師專業法所規定對於律師執行職務的一般性的意見，不適宜作爲在律師職業及專業的活動範圍內合法或違法的認定的標準。而律師專業準則雖然就聯邦律師條件第四十三條第二項所導出之一般律師職業義務予以具體化，也不能就上開見解予以否定。然而在律師專業準則及律師職業法之範疇裡則有所不同，依其規定律師之活動在案件相關性原則的考量下，必須受內容之監督及懲戒處分之規制。律師專業準則於此情形不僅與法律不符，亦與不應受有限制

之言論自由之基本人權有所抵觸。

如果律師因其活動導致他人之法益受侵害，則刑法、契約法及侵權行為法已設有足夠之規範，此乃因為防護正當的利益而必須擴大其限制人身自由行動的範疇。反之，專業法所規定之案件相關性要求不得被認定為形式上或實質上對言論自由之基本權利所設之限制。形式上，「案件相關性原則」不符合制裁規範所須之“確定性”之要求。而實質上，以案件相關性原則為言論自由之限制之見解，亦不足採。如同在實務上所顯示的，案件相關性原則並不適合為法律的概念。名譽法院在調查這些大多數非常複雜而且無法再重建之生活事實時，顯然已是負擔過重。此外，令人擔心的是，每一位法官個人不同的審理方式會影響其判決之形成，而且有自己不同的合目的性或合品質性的標準。而且，在涉及定義性的認定時，亦須以專業性的意見為準，而非適用法律。律師的角色及地位要求其必須竭盡所能，毫不畏懼的使用各種語言及文字來表達他及當事人之意見，而不須擔心或考慮其行為事後將受到名譽法院之追究。律師之對造或法官。檢察官實無理由除了享有刑法上或民法上對名譽法益之保護外，尚有專業法得受免於批評之保護。

6. 依聯邦自由律師會所採之見解認為第二訴願人所提憲法訴願應予准許，其理由則引用該會以前所提之憲

法訴願之理由。

7. 哈姆地區律師協會委員會則認，第一訴願人所提憲法訴願並無理由。該會仍維持其在被指摘之決定中所採之見解，認為就眨抑之言論所為之懲戒處分，縱該眨抑之言論不構成一般法律意義下之侮辱亦無可受指摘之處。科隆律師協會認為—除了構成人身攻擊外—如此的眨抑他人之陳述與價值判斷與案件無關，這些陳述或者明顯的與案件毫不相干，或者如此一般性，在未加求証之前無法予以理解。而第二訴願人就其眨抑之言論並未經充分之求証。

## B 本二件訴願均合法並有理由

二件合法之憲法訴願均為有理由。

訴願人因其所受之懲戒處分而致自由執行律師職務活動遭受侵犯。名譽法院之判決欠缺基本法第十二條第一項第二款所要求之法律上基礎。

### I 懲戒處分之依據之合法性可疑

1. 在律師公會委員會所為之懲戒決議及名譽法院之判決均明白指出以律師專業準則為其依據。惟專業準則之規定不足以提供限制律師執行職務足夠的法律基礎。

a) 依據基本法第十二條第一項第二項可以就職業之執業活動經由法律或基於法律予以規定。依據聯邦憲法

法院之見解，此種憲法上明定須有法律基礎之要求乃在於，一方面職業自由之基本權利保護個人得在工業社會中之特定領域，依其自由意願工作，此種個人人格權在憲法之位階次序中具有最高之法益價值；另一方面職業自由的需求亦須符合公眾之利益。衡量個人之自由權在何種公眾利益及在何種程度應退居其後之問題，則屬立法者之責任範疇（ BVerfGE7, 377[39],404ff.]; 13,97 [104f.]; 33, 125 [158f.]; 41, 251[263f.]auchovgl. BVerfGE63, 266[286f.] ）。民主體制的立法者對此責任不能任意放棄或被剝奪。而應在國民經由最直接之方式選舉國會代表來行使國家權力之國家體制中，由其國會經由公開的意思形成程序，在考慮不同的各種情形下的利益，就此憲法所預留共同生活之問題予以決定。（ BVerfGE33,125,[159];vgl.auch64,208[214f.] ）。

憲法並未禁止，經由國家之立法者或經立法者授權之國家行政機關就職業自由明文予以限制。而這些法律規則也可在特定範圍內，由自治所形成之協會經由會議決議方式形成。於此情形－如同聯邦憲法法院在其第一個相關的判決所表示之見解－立法者必須考慮到，職業團體協會所立之自治法規對涉案者及一般公眾產生特別的危險。因為職業團體著重團體的利益及狹窄的專業思考模式，忽視僵硬的職業形象的必要變更，對新加入者及該行職業外之民衆即會造成不利。首先，職業團體可

被授權訂定無法律創設效果的職業義務。不過這些職業義務會觸及會員職業活動自由的領域。在具體案例中，其界限則繫於對職業自由之基本權利侵犯之強度而定。會員在其職業自由活動受到的侵犯愈強、公眾對於活動方式及程度所享有之利益被影響愈大，則對於法律授權的明確性的要求就更高。（ BVerfGE33,125,[155]; BVerfGE71.162[172]m.w.n. ）

b) 依照通說及名譽法院正確的判決見解認為，律師專業準則不得被認定為基本法第十二條第一項第二款意義下之法律。（vgl. die Nachweise bei Lingenberg / Hummel, Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts, anwaltlichen Standesrechts Sun, Rechtsstaatliche Probleme des 1981, Einl., Anm.5; 1986, S. 71ff）這些準則，如同聯邦最高法院所表示之見解，不同於醫師職業法，並不具有自治法之法性質。因為聯邦律師條例並未有立法者授權可以訂定這樣的自治章程的規定，更毋庸提及有一個充分明確的自治章程。然而聯邦律師條例草案在第一百九十一條規定，（ BTDruch. III /120 ），聯邦律師總會有權就律師職務之執行訂定準則。聯邦眾議會議會之法律委員會則有共識認為，準則中不得有創設性之規定，而僅能將律師同業之看法予以彙整。因而依聯邦律師條例第一百七十七條規定，聯邦律師總會僅負有任務，關於律師職業（ vgl.dessen Schriftl Bericht

BTDrucks. III /778,S.10 )之執行業務問題就大家共通的看法在準則中予以“確定”。就是否賦予聯邦律師總會更大之職權則很難得到共識，因為聯邦律師總會作為一自治團體係是由地區律師公會，而非由律師個人為其組成之成員，而地區律師公會則選出代表來參加，並未考慮及於地區律師公會成員的多寡。聯邦憲法法院在其所為第一個相關重要之判決中，即特別指出準則欠缺創設性規範的特質。

c) 雖然專業準則不得被視為法律規範，但是專業準則在以往之名譽法院之判決中仍被賦予法律上重要的意義。名譽法院面對兩難的情況，一方面立法者就職業義務大部分經由概括條款予以規定，另一方面此概括條款基本上被認定為對於執行職務活動可予以侵犯之形式上充分的法律基礎（vgl.BVerfGE26,186[204];36,212[219];36,212[219];57,121[132] ;66,337[355f]）很顯然的，名譽法院在解釋及適用上開概括條款時，即以專業準則為其基礎。此項見解亦為憲法法院所予以肯定。綜合學說上及實務上之通說見解可以得和，專業準則被視為重要的理解律師職業義務之泉源這件事，依夙有聲譽及經驗之律師同業之見解，係符合所有正直的有公正思想的律師之看法及律師行業之尊嚴。律師應擁有資訊，以使其在執行職務時可以遵循其同業之看法。特別是聯邦律師條例第四十三條之概括條款就律師職業義務予以

適用及經由解釋予以具體化時，專業準則更可以做為輔導方法。（ BVerfGE36,212[132f];60,215[230];66,337[356] ）

上述就專業準則之看法並非本院之確定見解。專業準則的重要意義在於，其可反映出律師倫理規範。如果這些準則被賦予更大的法律上重要的功能，則將會觸及重大的也是與憲法上有關的疑義，亦即最近引發的將專業準則透過律師公會之自治權限訂章程的要求 vgl.kleine-Cosack, AmwBl. 1986, S.505,[Kritisch dazu Ostler, AnwBl. 1987, S. 505, [Kritisch dazu Ostler, AnwBl. 1987, S.224]; Zuck, ZRP1987, S. 145 ferner kritisch zur ueberkommenen Beurteilung der Standesrichtlinien Redeker,NJW1982,S.2761 及 1987, S. 304; Jarass, NJW 1982, S.1833[1836]; Ostler, NJW1987, S.281 (28f.); Schiefer, NJW 1987, S.1969[1978]。特別被批評的是，專業準則－在上述案例中亦同－在律師總會決議及名譽法院之判決中，雖然欠缺規範性質，卻一直被當作法律規範予以適用。專業準則作為概括條款具體化的媒介的特性，其成立之種類及方式，以及其作為“當為”及“禁止”類似於規範的類型更提高了其本來就有之困難。此種情形不同於專業準則僅被定位為有效的行為的標準之情形。如果專業準則被正確的了解為現今專業看法的體現，則其不會發生

法律明確性及法律安定性的作用。特別是其僵硬性將不適於在有爭議的領域尋得解決的途徑，或者將流傳於後世的專業法規符合變遷中之政治，經濟及社會要求改造法規以求其繼續發展，例如在歐洲共同體之範圍內去適用不同的體制。

對於憲法上之判斷而言，在一個民主的社會裡上述缺點有其重要意義。此外，更重要的是，單純的專業之看法無論如何不足以被認定為對基本權利之限制，尤其當立法者在規範律師職業義務並未預先設想及之時。（參照聯邦律師條例第四十三條之文義）。對於職業自由的侵犯，以經由民主的決定程序所制定之法規為其前提，而這些法規亦符合實體法上對基本權利予以限制應具備之要件。除此之外之律師基於自由執行職務之原則所為之職業活動屬於基本法之統馭下，個人自由行動及不可限制的自我決定空間 vgl.BVerfGE50,16[29]; 63,266[284] ）。對於現存之公眾意見宣示性的予以確定—如同習慣法一樣 vgl.BverfGE22,114[121] ）。—並非此種意義下之“法規範”，更何況上開專業準則只是基於夙有聲譽及經驗之律師同業意見而訂定。專業準則的訂定者無權就下列問題予以審查或決定。即職業自由的限制可否基於共同利益之理性的理由予以正當化，或者基於比例原則所確定之界限是否應被維持。上開專業準則亦不充分作為自治章程應具備之要件，因為其並未區

分立法者所保留，具有創設形成作用的規定及另外職業團體被授權訂定之規定。

2. 既然專業準則理性的不能被視為律師義務之規範性的規定，亦不能被考慮當作概括條款具體化的法律上重要的媒介，則可作為限制律師執行職務之規範基礎的，除了憲法制定前之習慣法以外，只有概括條款及經由名譽法院之判決見解對於上開條款之解釋。在此須要一個要素，亦即可以將職業義務僅被概括性描述的缺點予以減低。一直到此種缺失經由自治章程之形成職業規範予以排除後，則會發生如下列案例的情況，亦即原先在憲法上並不生疑義之措施會因事後法律見解的變遷而在憲法適用上產生疑義。因而聯邦憲法法院一再指出，過渡時期之必要性僅為例外情形，以避免合於憲法的法規比現行法規存續更久的情形（vgl. BVerfGE 41, 251 [66f.]; 58, 257 [280f.]）。此種情形已在本件案例中顯現出來，尤其是當現今憲法法院判決的見解均是在過去時候所被肯認之情形。

對於過渡時期必要性的承認並不當然表示，在過渡時期當中，現今的實務見解可以當成在憲法上毫無疑義繼續維持。而是律師總會與法院對憲法上所保護之權利或地位予以侵犯之權限，必須減低至有秩序的維持合乎功能的職務活動運轉所不可放棄的程度。只有當除了職業專業需求以外還存在公共共同利益時，才能認與律師

之聲譽有關（vgl.auch BVerfGE66,237[354]）。惟有當維持一個合乎功能的司法制度有必要時，才可據以動用專業準則將概括條款具體化。當然，其前提要件在於，其要求必須能符合，實體法上對限制基本權利所定之要件。符合此要求的職業義務包括了名譽法院在其被維持之判決中，直接從概括條款或無爭議繼續被適用之憲法生效前之習慣法所導出的，如沈默義務，爭議中利益之代理，酬金計算原則（參照聯邦律師條例第十八條所定之法定義務）或者其他專業準則所定之義務，只要這些義務克制的被濃縮集中在其核心內容。（廣告禁止之問題，參照當今訴訟上之判決 1BvR 362/79）。

## II 案件相關性原則之地位

此外，在專業準則中所規定之案件相關性要求亦可被視為具體化概括條款可適用之媒介。在過渡時期時，此案件相關性之要求僅被限定在特定範圍予以適用，因而不及於訴願人有過失之行爲。

1. 案件相關性從那時起即屬於律師之職業義務。在十九世紀末八十年代時，即有名譽法院對此相關案件之作成最早期之判決，其時間約在一八七八年七月一日律師條例生效後幾年間（vgl.Isele,BRAO1976, An hang zu [43,S.670[675]）。案件相關性要求之意義在於，應儘力謀求以合乎事物本質的，專業的方式解決爭端。在

此要求下，即禁止例如侮辱，或故意散佈不實事實等對訴訟當事人引起情緒激動，或對其利益或尋求判決之可能性有所危害。貶抑性的人身攻擊，如與訴訟標的無關，而僅是利用訴訟進行之程序對被批評人報私仇，浪費全部訴訟關係人之精力及時間，一點也無法為當事人之利益保護或就法律之發現有所助益，則將被視為與案件無關且非屬專業之行爲。

在專業準則中所定之案件相關性要求涵義非常廣，雖然此要求係經法律條文明白規定，非憲法上之判斷還是有疑義。疑義存在於基於法治國家觀點而來的明確性。在具體案例中，何者與案件有關，何者與案件無關，是否或在何種程度可被允許可將強烈的明確的陳述從意義相關部分及冗長的訴訟程序過程中分離出來，或者至何種程度陳述的種類及方式可以從其內容中抽離，而不致因其表達方式致其就案件之陳述被禁止，此些種種均不能從專業準則的不同規定導出。該準則其他剩餘的作為認識來源及探索源頭的媒介功能在此大都喪失了。聯邦律師總會就此正確的指出，當今專業準則中的案件相關性要求與專業法所定之其他要求之位階變明確了，該要求之內容則被視為前提要件未在準則中明定。縱使將衆多的名譽法院之判決予以分析對此亦無助益。名譽法院亦曾嘗試，就案件相關性要求回溯至律師之司法機關之地位及其特別之權利義務以構築理由，及將內

容予以具體化。判例的繁多使得這項嘗試無法成功。如同聯邦律師公會所強調，而判決中也功虧一簣的是，無法發展出可以區分案件有關及案件無關行為的可適用的標準。雖有一百年來解釋的傳統，案件相關性要求仍無法被局限在其核心範疇，而此核心範疇依聯邦法務部之見解是無爭議的。

對於專業準則所定範圍寬闊之「案件相關性」要求在予以實體法上之審查時亦有疑義。僅在基於共同福祉之理性的理由可以被正當化，且符合比例原則時，專業準則方被允許當作限制職業活動之法律規範（ dazu vgl.BVerfGE61,291[312];68,272[282] ）。而且其適用亦須限制在職業自由之基本權利所設之界限範圍內（ vgl.BVerfGE71, 162[178ff] ）。在審查對於律師因違反「案件相關性」要求，依專業準則施以處分是否符合上開憲法上之要件時，應以此為出發點，亦即律師之執行職務原則上屬於個人自由的且不可予以規制之自我決定範疇（ vgl.BVerfGE63,266[28] 以下）。律師作為司法制度之獨立機關及尋求法律救助人之職業顧問者及代理人負有任務，應致力於找尋一個符合事物本質的判決，保護其當事人不受不利之錯誤判決及不受違憲的侵害及國家公權力之濫權。特別是他應保護無法律專業知識之當事人無權利受損之危險（ aehnlich fur den Anwalt im Zivilprozess Stuermer,JZ1986.,1089[1090]

unter Berufung anf Vollkommer, die Stellung des Anwalts im Zivilprozess, 1984, S. 20/21 )。律師爲了貫徹其任務無法總是非常溫文有禮的與其對造當事人洽商而讓其對造當事人絲毫不覺人格遭受侵害。依一般之見解，律師在爲權利而奮爭時可使用強烈的，有壓迫性的表達方式或非常直接了當的語句。此外律師亦須就判決爲指摘，與對造面對面辯論或就可能發生的法官偏見或物証的文書予以批評。律師是否可以另外一種方式爲批評，則並非重要之問題。因爲這亦屬於基本法第五條第一項所保護自我決定權之言論自由模式（ vgl. BVerfGE 54 , 129 [138f]。如果律師公會或名譽法院對律師之言論以之爲與專業精神有違，且指摘其他訴訟關係人對其言論感受到與格調不符，不適當的或氣氛不好，違反禮節或其言論有損律師之名聲，則已超過職務執行及言論自由合理限制的界限。這樣的限制與監督已非職業專業組織之事務，因爲該職業之任務即在意見的表達，言語及文字則爲其最重要「職業武器」。如果律師公會及名譽法院在適用「案件相關性」要求時採取保留的態度，則尙有時至今日所存在法官及律師違規行爲制裁之不相等性有待弭平 Beispiele bei Rudolph, oeffentilche Aeusserungem von Rihtern und Staatsanwaelten, DRiZ 1987, S. 337 [338] ; ferner BGH DRiZ 1978, S. 87 u. 1980, S. 391 )。

在最終的訴訟程序中並無機會為下列問題之審查，即案件相關性原則在何種範圍符合憲法上的要件。無論如何，在過渡時期案件相關性原則的適用，依前所述，應限制在為了維持司法制度之合乎功能性所必須之範疇內。意即，貶抑性之言論，如係律師就與職務執行相關所為，且係合法之批評，而無特殊情況發生時，尚不受專業準則之規制。僅在此種貶抑性言論，依其內容及形式應被認定為刑法上可罰之侮辱，而未因防衛正當利益阻卻違法時，方被認為違反職業義務。此外，在過渡時期因違反案件相關性原則而應受專業準則之規制，似乎僅在很小的範圍內被許可，如律師故意散佈不實事實，就與其他訴訟當事人或訴訟程序無關且案件以外的事項為貶抑性言論之方式為權利之奮爭。如就案件相關性要求之適用依德國律師總會之見解僅限於上開案例，則屬於憲法上許可的對執行職務之限制，在此亦不生欠缺明確性之疑義問題（vgl.auch Sue,a.a.o.）。是否準則訂定者在未來修訂專業準則時，可以就案件相關性要求訂定更大的適用範圍，或者就職業自由加以很小的限制亦須視為確定法律規定內容的法規由立法者自行負責，在此毋庸再予以討論。

2. 既然專業準則中所定之案件相關性要求、在過渡時期繼續被視為具體化概括條款之媒介而被適用，訴願人被指摘之言論即無適用專業準則之餘地。

a) 二訴願人被指摘之言論並未含有明顯的對被批評人形式上的侮辱，或其他刑法上相關的名譽侵害。至少在言論係當事人衡量全部情況以正當的方式依其個人之判斷而為，且考慮及於防衛正當利益之觀點時應為如此之認定。

在第一訴願人之案例中，律師總會委員會及名譽法院適切的認定其未構成刑法上之侮辱罪。“無意義”，“值得尊敬的先生”的文字是訴願人在批評一份鑑定報告時所使用，其並非純屬猜測之詞，而是在找出診治醫師違反義務，導致其當事人之妻死亡的每一可能的發生原因。鑑定人之報告指稱，上開死亡之發生絕對無法經由事先的預防措施予以防止，就此被保證存在的危險因素的絕對性，鑑定人實應予以更詳細的說明。訴願人就對檢察官之偵查結果判斷有重要意義的鑑定意見，基於其當事人之利益，使用一種明確的諷刺意味的言論以表明其不贊同之態度，實未逾越刑法上保護正當利益的界限。

在第二訴願人的言論中，律師總會委員會將“扭曲法律”認定為一種譴責，實則並未衡量全部之情況。名譽法院衡量全部狀況後適切的認定，並不構成刑法上可罰的妨害名譽；而僅歸咎訴願人之言論足以使被批評之法官名聲受損。訴願人就其所為言論令人無法辯駁的提出說明，其係為達到和解條例第四十三條第三項第三款

所定補救裁定（ Die Abhilfeentscheidung ）之目的，其提及二人反目成仇及偏頗之指責係為促使被批評之法官，將案件交由非訟輔佐官處理或自行迴避拒絕審理。此二者均為訴願人為追求其自身利益而為法律所許可之途徑。被批評之法官亦未採全面否定之態度，僅僅指摘訴願人之文字使用風格而已。

b) 此外，在其餘部分亦無法發現，為了保護司法制度之合功能性對訴願人施以名譽法院程序制裁措施是不可避免的。訴願人所受之懲戒處分無法基於下列觀點予以正當化，即訴願人故意散佈不實事實而違反案件相關性之要求。因此，被指摘之名譽法院之判決不應予以維持。無爭論的特別是第二訴願人之言論－訴願人與被批評之法官早已反目成仇，法官對其為差別待遇－參照當事人在名譽法院之陳述，更完全不是捕風捉影的情形。

綜上所述，訴願人不應遭受處分，因為他們並未就與訴願標的無關之事項，對訴訟當事人或訴訟流程為批評，污蔑性之言論。在此，案件相關性要求之適用要件並不存在，顯然無須進一步說明。因此，職業團體以其他論點來作為其處分之依據。特別是在第一訴願人的案例中非常明顯易見。在此律師總會委員會認為，訴願人在批評時，僅使用「錯誤」或「不適當」之言論即為已足。而依名譽法院之見解則認為訴願人之言論大部分“語氣不好”，因此違反案件相關性之要求。基於案件相

關性之要求而如此的擴大限制職業自由，如前所述顯然欠缺必備的法律上之規範基礎。

（簽名）

Dr.Herzog      Dr.Simon      Dr.Katzenstein

Dr.Niemeyer   Dr.Seidl      Dr.Henschel

# 關於「統一條約停止及定期限結束前東德公職務工作者法律關係規定」之判決

BVerfGE 84, 133-160  
聯邦憲法法院第一庭 1991.4.24 判決  
依據 1991.3.12 之言詞審理程序  
— 1 BvR 1341/90 —

吳綺雲譯

## 裁判要目

- |                                |                              |
|--------------------------------|------------------------------|
| 裁判要旨                           |                              |
| 案由                             | 2. 系爭條約規定侵犯訴願人自由選擇工作職位之基本權利  |
| 判決主文                           | 3. 該項侵犯基本上符合基本法              |
| 判決理由                           | a 聯邦有立法權限                    |
| A 爭點                           | b 系爭條約規定符合法規授權明確性的要求         |
| I 統一條約相關規定及德意志民主共和國之公行政組織      | c 重要公益可作為侵犯自由選擇工作職位基本權利之合理理由 |
| II 憲法訴願人之主張                    | d 系爭條約規定符合比例原則要求             |
| III 相關單位之意見                    | aa) 適當性                      |
| 1. 聯邦政府                        | bb) 必要性                      |
| 2. 德國工會聯合會                     | cc) 衡量性                      |
| B 本件憲法訴願係屬合法                   | 4. 系爭條約規定違反懷孕職業婦女法終止契約規定部分無效 |
| C 訴願決定之理由                      | IV 基本法保障財產權規定不適用作為審查標準       |
| I 訴願人適格                        | V 系爭條約規定無抵觸一般平等              |
| II 本案審查不涉及適用基本法第一四三條第一項規定問題    |                              |
| III 系爭條約規定基本上與工作職位自由選擇之基本權不相抵觸 |                              |
| 1. 自由選擇工作職位基本權之內涵及其保障之範圍       |                              |

原則

VI 訴願人之人性尊嚴無受到侵犯

VII 無侵害訴願人要求有效法律保護之權利

1. 系爭條約規定侵犯訴願人自

由選擇工作職位與其基本權利不相抵觸

2. 統一條約無須重複一般性之程序規定

VIII 結論

## 裁判要旨

1. 基本法第十二條第一項所保障自由選擇工作職位 ( Arbeitsplatz ) 之基本權利，係在保護個人對其已選職業中之一具體工作機會，所作開始從事、保留或放棄的決定。反之，該項選擇自由並不包含有請求按自己之選擇，提供一工作職位的權利。

2. 如一法規侵犯工作職位之自由選擇，產生與以一客觀的許可限制 ( objektive Zulassungsschranke )，侵犯職業選擇自由相類似之效果時，則該項法規僅在是為保障一與其相當的重要公益 ( Gemeinschaftsgut )，且遵守比例原則下方屬合法。

3. 統一條約中停止及定期限結束於應清理之公共機構 ( Öffentliche Einrichtung ) 工作者勞動關係 ( Arbeitsverhältniss ) 之規定，其因而違反懷孕職業婦女保護法 ( Mutterschutzrecht ) 之終止契約規定者，即與基本法相牴觸為無效。於公職務 ( Öffentlicher Dienst ) 分配職位時，應顧及嚴重殘障者、年齡較大勞工 ( Arbeitnehmer )、單身扶養幼兒者 ( Alleinerziehende ) 及其他遭類似情形受波及者之情況。

## 案由

本判決係基於 A 女士及另外 303 名憲法訴願人—代

理人 Johannes Zindel 律師，地址：Airport Center, Hugo-Eckener-Ring, Frankfurt/Main 75 一針對一九九〇年九月二十三日通過之批准一九九〇年八月三十一日所簽訂德意志聯邦共和國<sup>1</sup>與德意志民主共和國<sup>2</sup>關於建立統一德國的條約（Vertrag zwischen der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands）——統一條約法（Einigungsvertragsgesetz）——以及一九九〇年九月十八日所達成合意之法（BGBl. II S. 885）第一條中，關於同意一九九〇年八月三十一日所簽訂德意志聯邦共和國與德意志民主共和國關於建立一統德國的條約——統一條約（Einigungsvertrag）（BGBl. II S. 889 [1140]）——（內附件一第十九篇 A 章第三節第一號）Anlage I Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1）第二項第二句、第五句及第三項協議規定部分，所提起之憲法訴願程序作成。

## 判決主文

1. 本憲法訴願應予駁回。
2. 一九九〇年九月二十三日通過之批准一九九〇年

---

1 前西德國名全稱。

2 前東德國名全稱。

八月三十一日所簽訂德意志聯邦共和國與德意志民主共和國關於建立一統德國的條約——統一條約法——以及一九九〇年九月十八日所達成合意之法 (Bundesgesetzbl. II Seite 885) 中，因德意志聯邦共和國與德意志民主共和國關於建立一統德國的條約——統一條約 (Bundesgesetzbl. II Seite 889 [1140]) ——附件一第十九篇 A 章第三節第一號第二項第二句、第五句及第三項違反懷孕職業婦女保護法之終止契約規定之部分，與基本法第十二條第一項和第六條第四項相牴觸為無效。

3. 德意志聯邦共和國應補償所有憲法訴願人必需支出費用 ( Auslage ) 的三分之一。

## 判決理由

### A ( 爭點 )

本件憲法訴願案涉及一九九〇年八月三十一日所簽訂之德意志聯邦共和國與德意志民主共和國關於建立一統德國的條約——統一條約 (BGBl. II S. 889 [1140]) ——中，於一定條件下停止 ( ruhen ) 及結束德意志民主共和國 ( 譯按前東德 ) 公職務工作者勞動關係之規定。憲法訴願人最要想達到能繼續服公職務之目的。

### I ( 統一條約相關規定及德意志民主共和國之公

## 行政組織)

統一條約係由(德意志聯邦共和國)聯邦政府與德意志民主共和國之政府於一九九〇年八月三十一日所簽訂<sup>3</sup>。聯邦衆議院(Bundestag)及聯邦參議院(Bundesrat)以一九九〇年九月二十三日通過之法——統一條約法(BGBI II, S. 885)——批准了該條約、附加記錄(Protokoll)、附件一至三以及一九九〇年九月十八日在波昂和柏林所簽署之合意。

德意志民主共和國公行政及司法之機構(Einrich-

---

3 一九八九年秋冬,前東德地區人民利用東歐局勢變化有利情勢,發動一場「和平民主革命」,最後且將分裂兩德推向統一。德國的再統一係以和平方式,由雙方政府簽訂條約達成。法律上過程主要分兩步驟:(一)一九九〇年五月十八日簽訂「成立貨幣、經濟及社會聯盟條約」(又簡稱國家條約)。該條約主要內容為確立在前東德徹底改行社會市場經濟制,以之作爲今後經社次序繼續發展的基本原則。引進前西德德意志馬克成爲分裂兩德地區唯一通用貨幣。條約序言中明文宣示,經由設立經社貨幣聯盟,作爲邁向依前西德基本法第二十三條途徑(加入),達成國家統一重要的第一步。(二)一九九〇年八月三十一日簽訂「德意志聯邦共和國與德意志民主共和國關於建立一統德國條約」(又簡稱統一條約)。依此,前東德正式以單方「加入」前西德之方式,完成德國國家統一。條約中並定加入之生效日爲同年的十月三日。因此而達成之政治統一的結果,由憲法觀點觀之,既無因而造出一新的國家,新的國名(統一後的德國國名與前西德同,全名爲德意志聯邦共和國),亦無產生一部新的憲法,而只是前西德擴大了其疆域版圖和基本法(憲法)的適用範圍。亦參關一九九一年四月十三日由國立政治大學法律系暨法律研究所舉辦之「兩德統一之法制調整」研討會會議記錄,附於政大法學評論第四十三期,民國八十年十月。

tung ) 的移轉 ( Übergang ) 於德意志聯邦共和國，是規定於統一條約第十三條。該條規定如下：

(1) 本條約第三條所稱區域<sup>4</sup>內之行政機關 ( Verwaltungsorgan ) 以及其他供公行政或司法使用之機構，歸屬其所在地之邦政府。其管轄範圍跨越數邦之機構，則歸屬所涉及各邦共同管轄。由數部分機構所構成之機構，其部分機構能獨立執行任務者，各部分機構分別歸屬其所在地之邦政府。有關之移轉 ( Überführung ) 或清理 ( Abwicklung ) 事項，由各該邦政府規定之。一九九〇年七月二十二日之「邦納入法」 ( Ländereinführungsgesetz ) 第二十二條之規定並不受影響。

(2) 第一項第一句所稱之機構或部分機構，其在加入 ( Beitritt ) 生效時<sup>5</sup>所執行之任務，為基本法所規定應屬聯邦管轄之事項者，歸屬該管最高聯邦機關。有關之移轉或清理事項，由該管最高聯邦機關規定之。

(3) 第一項及第二項規定之機構亦包括下列權利主體 ( Rechtsträger ) 屬於公行政之機構：

1. 文化、教育、學術及運動機構。
2. 廣播及電視機構。

針對該條規定，締約雙方並於統一條約 ( BGBl.

---

4 指前東德地區統一後新成立之 Brandenburg、Mecklenburg-Vorpommern、Sachsen、Sachsen-Anhalt 及 Thüringen 五個邦以及前東柏林地區。

5 參見註 3。

a.a.O. S. 905 ) 之附加記錄中，作成下列解釋以明之：

關於第十三條：

機構或部分機構，於加入生效前所執行之任務，未來不再由公行政執行者，依以下方式清理之：

(1)其與公任務有事務關聯者，該機構或部分機構由各該公任務之主體（聯邦、邦、數邦共同）清理之。

(2)於其他情形，該機構或部分機構則由聯邦清理之。

於有疑問情形，涉及之邦或聯邦得向一由聯邦以及所有各邦所成立之單位請求（清理）之。

關於第十三條第二項：

機構之全部或部分移轉于聯邦者，其適任人員應配合執行任務之必要，在適當範圍內予以接收。

關於在加入時擔任公職務人員之法律關係，統一條約第二十條第一項準用（verweisen）（該條約）附件一所協議之過渡規定。該附件第十九篇 A 章第三節第一號（BGBI. II S. 1140）之規定如下：

(1)加入生效時，在德意志民主共和國及之前不適用基本法之柏林部分<sup>6</sup>之公行政工作之勞工，對其適用之加入生效前的工作條件，按本（即統一）條約，尤其是第二項至第七項之標準（Maßgabe），繼續有效。與該

---

<sup>6</sup> 即前東柏林地區。

些標準抵觸或有不同之規定，應不再適用。適用於其他聯邦區域<sup>7</sup>之公職務的工作條件，須經勞雇雙方合意後始得適用。

(2)依本（即統一）條約第十三條第二項規定移轉歸屬於聯邦之機構或部分機構，在該些機構工作之勞工，依第一項之規定，與聯邦存在勞動關係；其移轉為聯邦直屬之公法上之團體、營造物及財團者，亦同。其他勞工之勞動關係，於加入生效之日起停止，依第二句於勞動關係停止期間，勞工有請求每月發給待職金（Wartegeld）之權利。待職金之數額，為前六個月平均月工資的百分之七十；一次性或特別之給付不包括在內。雇主應與勞動行政機關合作，獎勵為繼續任用可能必要之進修或轉業訓練措施。勞工如未於六個月內，在其他行政領或繼續被任用者，則其勞重關係於該期限屆滿時即結束；勞工如於加入生效之日已屆滿五十歲者，該項期限為九個月。勞動關係停止期間，由另外他處所得之營業收入或代替工資之給付，於該項收入及待職金總額超過待職金之估價基礎（Bemessungsgrundlage）部分，應計入每月待職金之內。勞動關係不問第一句及第五句之規定，於退休年齡屆至時結束。

(3)執行至此之前不適用基本法之各邦及柏林邦部分<sup>8</sup>之任務，或執行基本法第九十一條 b 所稱共同任務（G-

---

<sup>7</sup> 即前西德地區。

emeinschaftsaufgabe ) 之機構，其勞工準用第二項之規定。

(4)公行政於有下列情形之一時，亦得以普通之終止契約通知之方式 ( Die ordentliche Kündigung ) 終止一勞動關係：

1. 勞工因欠缺專業適格或個人能力，不符合要求者。

2. 勞工因欠缺需要，無法再繼續任用者。

3. 原工作處所裁撤，或於工作處所合併、加入或組織上作重大變動，無法再為原來或其他之任用者。

在 2. 及 3. 之情形，如原未給予待職金者，則給予過渡金 ( Übergangsgeld )，其給予之數額和期間，與第二項發給之每月待職金相當。第二項第六句之規定準用之。該終止契約通知之期限依一九七七年六月十六日公佈之德意志民主共和國勞工法 ( Arbeitsgesetzbuch GBl. I Nr. 18 S. 185；最後一次修正法於一九九〇年六月二十二日 ( Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Arbeitsgesetzbuches ( GBl. I .Nr. 35 S. 371 ) ) 第五十五條之規定。內政部及關稅行政部門領域免職之相關規定，準用附件二第十九篇 B 章三節第二號 b ( Anlage II kapitel XIX Sachgebiet B Abschnitt III Nummer2 Buchstabe b ) 之標準。本項規定於加入生

---

8 即前東德地區各邦和東柏林。

效後二年失效。

(5)勞工尤其於有下列情事之一，因而顯示不能期待再保有勞動關係者，即構成得以非常終止契約通知之方式（eine außerordentliche Kündigung）終止的重要理由：

1. 曾違反人道或法治國家原則，尤其是違背一九六六年十二月十九日通過之市民及政治權利國際公約（International Pakt über bürgerliche und politische Rechte）內所保障的人權，或一九四八年十二月十日通過之世界人權宣言（Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte）內所含之基本原則者。

2. 曾為前國家安全部（Ministerium für Staatssicherheit）／國家安全署（Amt für nationale Sicherheit）工作者。

(6)於第二項及第三項之情形，亦得依第四項及第五項之規定為終止契約之通知。

(7)法官及檢察官適用第三篇 A 章第三節第二號（Kapitel III Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 2.）之特別規定。

上述第二項第二句之規定，更以以下附註 2) 內容補充之：

如於加入生效日前，不可能作成依第十三條第二項應為之決定者，則得規定，第二句應依之基準時，至多

展延三個月。至該基準時之前，則適用第一句之規定。

德意志民主共和國之公行政係採中央集權制。它是由中央國家機關及地方行政之機構（ Bezirke, Land- und Stadtkreise, kreisangehörige Städte und Gemeinden ）組成。此外尚有特別行政及其自有之下層機關，例如帝國鐵路（ Reichsbahn ）和郵政等。在德意志民主共和國公行政工作之人數，除於鄉鎮、鐵路以及郵政工作者外，共計約有一百七十五萬人。自一九五二年之後，邦制即不存在。直到一九九〇年才又開始實施聯邦制（ 1990.7.22 之法 [GBl. I Nr. 51 S.955 ] 及 1990.6.17.[GBl. I Nr. 33 S.299 之法 )。但至加入之前，邦行政尚未能建制完成。無數在舊的各邦<sup>9</sup>向來係屬由私人執行之任務，在德意志民主共和國則是由國家執行。此種情形，直至加入之前，亦無重大改變。

## II（憲法訴願人之主張）

憲法訴願人直至一九九〇年十月二日為止，係在已依統一條約第十三條清理完成之德意志民主共和國公行政機構工作。所有憲法訴願人至今為止皆沒有再被繼續任用。目前他們失業。

憲法訴願人以違背基本法第一條第一項、第二條第一項、第三條第一項、第十二條第一項、第十四條、第

---

<sup>9</sup> 即前西德地區各邦。

十九條第四項、第二十條第一項和第三項、第三十三條第二項、第七十二條以及第七十五條為依據理由提起之憲法訴願，係針對統一條約法第一條中，就統一條約內附件一第十九篇 A 章第三節第一號第二項第二句、第五句及第三項協議規定予以同意之部分。其所持理由主要如下：

訴願人認為，其提出憲法訴願所針對之上述協議規定，侵犯其勞動契約（*Arbeitsverträge*），因而即侵犯基本法第十二條和第十四條所保護之範圍。該協議規定蔑視其勞動關係享有之增強的存續保障（*Bestandschutz*），因此亦違背社會國原則要求。他們並認為，勞動關係之持續存在，更應比職業的選擇受到較好的保障。依其見解，統一條約干預了依私法自治所訂定的契約關係。如此的一種干預是毫無任何合法理由的。訴願人並認為，必要的人員的裁減，應可經由基於個案審查後為終止契約通知之方式達成。反之，憲法訴願所針對之上述協議規定，則太不區分細別了。該規定違背比例原則，因其不加考慮到，訴願人之勞動契約是按規定合法締結而成，它是訴願人生存的基礎且職業乃是個人人格的一部分。由此，該協議規定亦違反基本法第一條第一項。此外，也不給予被牽連勞工任何法律救濟途徑。這是牴觸基本法第十九條第四項表規定。

依訴願人之主張，其勞動關係是完整無缺地轉至基

本法適用範圍之下。此由附註2)亦可得出。他們並認為，（德意志）聯邦共和國本是不得參與訂定一使得在應清理機構之所有勞動關係自動歸於消滅之規定的，因對於前德意志民主共和國之人民，在加入之前，即已有一國家的照顧義務（*Staatliche Fürsorgepflicht*）存在。另外，（德意志）聯邦共和國依統一條約第二十三條第六項之規定，應為德意志民主共和國所負之債務負責，因而即應負責所有應付之工資（*Arbeitsentgelt*）。

訴願人又認為，由於其提起憲法訴願所針對之上述協議規定的適用範圍不明確，因此違反法治國原則。依其立法理由，該項規定應包括所有公行政領域。但公職務在前德意志民主共和國是與在德意志聯邦共和國不完全等同的。該協議規定關於機構之清理，亦太不確定。在該規定中，對於得對機構進行清理的要件，並無敘明。此外，訴願人認為該規定亦不清楚者尚有：關於以何種形式清理，究應如何決定。訴願人認為，在實務上，時常一些機構被「清理」了，實際上卻仍繼續執行其任務。整體而言，缺乏對被牽連者予以不同待遇之充分足夠客觀的理由。因之即牴觸基本法第三條第一項和第三十三條第二項之規定。

訴願人又主張，由於聯邦缺乏立法權限，因此違背了基本法第七十二條及第七十五條的規定。依其提起憲法訴願所針對之上述協議規定，有些情形，公行政之機

構是應移轉歸屬予各邦的。在該些情形，聯邦依基本法第七十五條規定，充其量僅有「綱要立法」之權限（Rahmenkompetenz）。但在本案，聯邦卻訂定了一完全的規定。依訴願人之見解，聯邦亦不因本憲法訴願所針對之規定是基於在統一條約範圍內所制定之事實，即謂其擁有立法之權限。

訴願人又認為，統一條約中改變憲法之條文，並不能作為合理化該項侵犯基本權之理由。依其見解，基本法第一百四十三條第一項<sup>10</sup>之規定僅適用於繼續有效存在之德意志民主共和國法律及被轉換適用（übergeleitet）之聯邦法律。經由統一條約自創之法律則不包括在內。基本法第一百四十三條第一項之允許可有與基本法不同的規定，亦僅限於是在因特別情況使然之情形。但昔日德意志民主共和國之行政機關變為是多餘的這件事，訴願人認為不能把它歸因於是不同的戰後發展。訴願人亦主張，必要的人員裁減措施，是可在確保被牽連者之基本權利下實施的。在勞工法中已發展出有為大量解雇設計的一些特定的機制，該些機制亦適合於本案情形適

---

10 現行基本法第一四三條係兩德統一條約增加之規定，主要用以處理前東德法律的「時際效力」。該條文第一條規定，前東德地區法律與基本法抵觸，而基於不同之情況，尚不能完全調整與基本法次序一致完竣者，最遲至一九九二年十二月三十一日得有與基本法不同之規定。但該些不同規定仍不得抵觸基本人權核心及憲法基本原則。

用。此外，統一條約中也另定有其他特別為加入地區之情況而設之終止契約理由。

又依訴願人之見解，基本法第一百四十三條第一項亦是違憲的，因按基本法第二十三條第二句之規定，基本法在德國的另一部份是應立即使其生效適用的。此外，亦沒有注意及基本法第七十九條第一項之規定。訴願人並認為，其提起憲法訴願所針對之協議規定，抵觸基本法第十二條及第二條第一項所保障之基本權利的重要內涵且違背基本法第七十九條第三項之規定。

### III（相關單位之意見）

1. 聯邦政府認為本件憲法訴願絕對是無理由的。訴願人之基本權利並沒有受到侵害。依其見解，德意志民主共和國因一九九〇年十月三日（加入生效）之效果，作為一個國家即隨之滅亡，其作為訴願人之雇主（Arbeitgeber）也同時被取消。訴願人之勞動關係因而即告結束。統一條約中談及的僅是工作條件的繼續適用。

依聯邦政府之主張，（德意志）聯邦共和國並非德意志民主共和國的權利繼受人（Rechtsnachfolger）。但即便是其權利繼受人，亦無造成對訴願人之基本權利的侵害。基本法之適用範圍直至一九九〇十月二日為止僅限於原本聯邦共和國之領域，惟有該領域之國家統治

權力方受基本權利的規制。訴願人在一九九〇十月三日時，已隨著其經統一條約改造過的勞動契約，加入於基本法的適用範圍之內。因此，充其量最多只有該使其（勞動關係）停止之勞動契約，才能依基本權利之標準予以衡量。

聯邦政府又認為，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定，並無逾越聯邦所擁有之立法權限。依基本法第二十三條第二句之規定及基本法之再統一義務（*Wiedervereinigungsgebot*）的要求，聯邦是有權限簽訂統一條約的。確保聯邦及各邦之行政和公職務適用一致的基本原則，就該事務本身而言，是不容推卻的。由此，基於事務之關聯性、附屬性或基於事務本質（*Natur der Sache*），即產生邦之權限。

依聯邦政府之見解，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定並符合了法治國的法規授權明確性要求原則（*Bestimmtheitsgebot*）。至於統一條約看之不是一目了然，原因則是在於其資料之複雜性。雖然在（德意志）聯邦共和國與在德意志民主共和國，公職務之工作領域不盡全然等同，但該項協議規定之目的及內容已足夠清楚明確。

聯邦政府最後又主張，本件憲法訴願無論如何是會基於基本法第一百四十三條第一項之規定而為無理由的。此乃因依該項規定，訴願人提起憲法訴願所針對之

爲公職務所定之協議規定，其作爲一必要的調整及過渡性法規乃是合法有理由的。即使不問及此，亦無其他違憲之情事可資確定。基本法第十四條第一項僅保障已取得的，亦即工作的結果，而非所從事工作本身。基本法第十二條第一項則既非保障勞工在其選擇職業中之一持續不斷的工作，亦非保證有要求工作的權利，亦非保證對於一特定已存在勞動關係之存在保障。即使與社會國原則合觀，基本法第十二條仍不能導出一般性地排除有終止契約的權利及有解除可能的結果。同樣地，基本法第二條第一項之規定亦無爲勞務關係提供一特別的存在保障。基本法第一條第一項所保障的，在財產權方面，最多也只是有要求一合乎人性尊嚴之最低生活限度（ ein menschenwürdiges Existenzminimum ）的權利。而在本案情形，即使依條約中規定之條件，該項權利亦經由領取失業金（ Arbeitslosengeld ）、失業補助金（ Arbeitslosenhilfe ）或社會補助金（ Sozialhilfe ）而獲得滿足。

2. 德國工會聯合會（ Der Deutsche Gewerkschaftsbund ）認爲，本件憲法訴願案有理由。依其見解，基本法第一百四十三條第一項不論由條文規定本身，或由立法之理由，皆不能適用於統一條約內之規定本身，否則即構成憲法破棄（ Verfassungsdurchbrechung ），牴觸基本法第七十九條第一項第一句之規定。

德國工會聯合會又認為，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定違背了基本法第十二條及社會國原則。訴願人的勞動關係已被移轉了過去（Übergeleitet）。即在可對照的一些類似事件（Saarland 邦的加入，Baden-Württemberg 邦的建立，鄉鎮改革（Gemeinde-und Kreisreform）），吾人亦都是以勞動關係過渡至新的權利主體為出發的。由社會國原則及人性尊嚴之理念，應得出一定程度的存在保障即是物質上的最低限度。除此之外，基本法第十二條第一項之規定亦禁止無理由、客觀上亦無充足理由的人員裁減措施。

德國工會聯合會並主張，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定乃是不必要的，因其所力求的裁減人員的工作，本應亦可經由較為緩和，即以借助終止契約法上規定的方式而達成。排除對於嚴重殘障者的特別終止契約的保護，由於嚴重殘障者這一群人所受的影響將遠較其他勞工嚴酷得多，因此抵觸基本法第十二條第一項及第三條第一項之規定。如此嚴重殘障者將更困難找得一新的工作職位，且較其他人面臨更大因健康問題或缺少能力被解雇的威脅。至於無替代規定地也刪除對即將為人母以及尚在哺乳期間母親的特別的終止契約保護，則是違背了基本法第十二條第一項及第六條第四項之規定。

德國工會聯合會亦主張，訴願人提起憲法訴願所針

對之協議規定，牴觸基本法第三條第一項，因於前德意志民主共和國公職務工作者，與在私人經濟界工作者相比，將被要求成爲不合理的就業政策上的特別犧牲者。雖然並沒有禁止立法者就在公職務工作者與在私人經濟界工作者作區分。但不同等的待遇與其合理化之理由，應當彼此間有一適切的關係。但在本案情形則並非如此。在對公職務造成負擔所作成之區分上，沒有考慮及政治上原因。吾人不能將共約兩百萬之工作者歸類作是可能的安全風險，因此即宣告他們對原本之工作，僅具有有限的繼續適任的能力。而且其所謂基於費用理由，因此有必要裁減人員以及減輕必要的改變結構工作，都不能作爲合理化在公職務與私人經濟間爲區分的理由。在一些個別的功能領域任用人員過多，但此並非公職務特有之現象。在人口總數與公職務工作者人數對比下，與前西德之比例作一比較，同樣也看不出（前東德）之公職務有特別任用人員過多的現象。因前德意志民主共和國的就業比率爲 57.07 %，遠較（德意志）聯邦共和國之 44.1 % 高出許多。正是在過渡的期間，行政機關的工作量特別地多。

此外，依德國工會聯合會之見解，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定，尚違背了基本法第十四條第一項規定，因受牽連勞工被由其勞動契約中，取走了所有具財產價值之權利。仿依聯邦最高普通法院（Bundes-

gerichtshof ) 關於收益租賃關係 ( Pachtverhältniss ) 之判決，由一勞動契約所產生之權利地位，亦應被視為是現在的、受基本法第十四條所保障的財產價值。完全地取消該項權利地位，等於是一種徵收 ( Enteignung ) 。待職金的發給則非適當、相當的補償。

最後德國工會聯合會並認為，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定也違背了基本法第十九條第四項規定，因看不出被牽連者可採取何種方法以求救濟。公職務概念界定的不清楚，亦抵觸法治國原則。

## B ( 本件憲法訴願係屬合法 )

本件係直接針對統一條約法提起的憲法訴願是合法的 ( vgl. BVerfGE 6, 290[295] ) 。由於該憲法訴願具有一般性意義，因此聯邦憲法法院可於其用盡法律途徑前即加以裁判 ( § 90 Abs. 2 Satz 2 BverfGG ) <sup>11</sup>。它所引發的是有關基本法第十二條第一項保障範圍之基本的憲法上問題。此外，對本件憲法訴願所作成之判決，也可弄清楚一些無數相類同案件的問題 ( vgl. BVerfGE 19, 268 [273] ) 。經由此判決，許多勞工對

---

11 依聯邦憲法法院法第九十二條第二項之規定，提起憲法訴願，原則上需訴願人已用盡其他法律救濟途徑，惟若訴願人所提起之訴願具有一般性意義，或如令訴願人先遵循一般法律途徑，將使其遭受重大且無法避免之損害時，此時聯邦憲法法院可以例外的立即加以裁判。此即通稱之德國憲法訴願的補充性。

其勞動關係之是否繼續存在所存的不確定感，亦可消除。訴願人對侵害其基本權利之可能性，已敘明足夠清楚（§ 23 Abs. 1 Satz 2 und § 92 BVerfGG），且亦遵守了聯邦憲法法院法第九十三條第二項規定之一年期限。

### C（訴願決定之理由）

本件憲法訴願案無理由。但統一條約附件一第十九篇 A 章第三節第一號第二項及第三項規定中，亦包括在勞動關係被使之停止時刻，依懷孕職業婦女保護法，其勞動關係本不得被終止之婦女的部分，牴觸基本法。此外，訴願人提起憲法訴願所針對之協議規定，於合憲之法律解釋（*verfassungskonforme Auslegung*），則與基本法並無牴觸。

#### I（訴願人適格）

訴願人於訴願中已充分敘明，使人可相信，其勞動關係為提起訴願所針對之協議規定包括涉及在內。即就訴願人未提示關於停止其勞動關係之通知之點，也沒有理由即對其之能提出該通知存疑。不僅聯邦政府，即對訴願人之昔日職務單位具管轄權之各邦，亦無任何一邦對該點表示懷疑。

#### II（本案審查不涉及適用基本法第一四三條第一

## 項規定問題)

訴願人提起之憲法訴願，並不因之即強迫須對該訴願所針對之協議規定是否被基本法第一百四十三條第一項規定所包括涉及在內，以及對前述憲法規定是否與基本法第七十九條第三項相符合之問題作成裁判。本件訴願所針對之協議規定，即使無該修改憲法之規範，亦基本上與基本法無牴觸。倘使可確定有牴觸憲法情形，由於該與基本法不同之規定，不能以是因在兩部分之德國，有不同的情況的結果為辯解理由，因此不涉及適用基本法第一百四十三條第一項規定。

### Ⅲ（系爭條約規定基本上與工作職位自由選擇之基本權不相牴觸）

本件訴願所針對之協議規定，基本上與基本法第十二條第一項規定並無牴觸。

1. 基本法第十二條第一項第一句規定除保障職業自由選擇外，亦保障工作職位自由選擇。在職業之選擇方面所涉及的是，個人願意於何領域從事職業工作；而在工作職位的選擇所涉及的則是，個人在其已選的職業中，希望於何職位從事工作。因此，工作職位的選擇是下屬於職業的選擇，是具體化職業的選擇。而工作職位的選擇相反地是上屬於職業的從事，後者是要在已選工作職位上才發生的。於此，對於工作職位的選擇這一概

念，不得僅是或僅首先只是在空間上作了解。在工作職位的選擇所涉及的，勿寧對於一具體的工作機會或一特定的勞動關係的決定。與此相應地，工作職位自由選擇基本權的對象，首先是個人對其已選職業中之一具體工作機會，所作開始從事的決定。此對依賴（受雇）之工作者而言，亦包括對於契約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從事一職業，也包括繼續從事及停止從事一職業的決定一樣，工作職位選擇的自由除了係涉及開始從事一具體工作的決定外，亦包括個人對繼續保有或放棄該一具體工作的意願。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從事的一個工作職位，或強迫個人去接納一特定的工作職位，或是要求個人放棄一工作職位時是如此。反之，該項選擇的自由既不包含有請求按自己之選擇，提供一工作職位的權利，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。就此，國家僅負有由基本法第十二條第一項導出的，對現行適用的終止契約的規定作充足考慮的保護義務。但國家之直接的對現存勞動關係的侵犯，須總是依自由選擇工作職位的基本權利，予以檢證。

以上所述，亦適用於公職務之工作職位。雖然在該領域得有特別規定，依據基本法第三十三條，排擠基本法第十二條第一項所保障之基本權利的效果。尤其是工作職位的數額是屬於國家組織權（ Organisationsgewalt des Staates ）（ BVerfGE 7,377[398]; 39,334[369f.]; 73,280[292] ）。但由此並不得出對自由選擇工作職位的保障範圍，有任何限制。如前面已述，基本法第十二條第一項規定並沒有給予可要求新設置或是得到工作職位的權利。公職務雇主的組織權不因該規定而受影響。此外，本案亦非涉及聯邦及邦的組織權行爲。訴願人提起之憲法訴願，並沒有針對關於清理其先前工作過之機構的有關決定。

2. 本件訴願所針對之統一條約的協議規定，侵犯訴願人自由選擇工作職位的基本權利。

如此的一種侵犯，並不如聯邦政府所主張的，因訴願人於使基本法在前德意志民主共和國生效之時，已經喪失其工作職位，而予以排除。訴願人之勞動關係並沒有因其原本契約當事人德意志民主共和國的消失而消滅。由統一條約本身可看出，聯邦及各邦應加入該已存在之勞動契約（ 附件一第十九篇 A 章第三節第一號第二項 ）。就此，（ 德意志 ） 聯邦共和國是前德意志民主共和國的權利繼受人。

該項侵犯的造成在於，訴願所針對之協議規定使得

該些勞動契約歸於停止，且如未於一特定日期前得以再被繼續任用者，即使得該些契約結束。工作職位的喪失是依法對於一機構進行清理之決定，所直接發生的結果。

3. 但是，上述之侵犯基本上與基本法並無牴觸。

雖然基本法第十二條第一項第二句明文僅是針對職業的從事，而沒有亦對職業及工作職位的選擇為規定，但其應適用於工作職位的選擇，與應適用於職業的選擇，並無不同。亦即工作職位的選擇，也受到因須考慮及基本法第十二條第一項所表明的高層次的選擇自由，而定的法律限制（vgl. BVerfGE 7, 377）。對此而制定的法律，不僅應符合限制基本權利之法律所須具備的一般要求。如一法規侵犯工作職位之自由選擇，產生與以一客觀的許可限制，侵犯職業選擇自由相類似之效果時，則該項法規僅在是為保障一與其相當的重要公益，且遵守比例原則下方屬合法。

a) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定，對訴願人自由選擇工作職位的基本權利所造成的侵犯，並不因——如訴願人所主張的——聯邦欠缺制定該協議規定之立法權限，即已違憲。關於依基本法第七十五條第一項第一款及第七十二條之規定，是否有該項權限存在，吾人可暫且不問。聯邦立法者依基本法第二十三條第二句之規定，必須為前德意志民主共和國的加入制定要件

( vgl. BVerfGE 82, 316[320f.] )。爲此必然且不能拖延的立法工作，由此即同時產生一與其相應的，基於事物本質 ( Natur der Sache ) 而來的立法權限。

本案情形即是如此。在 ( 前德意志民主共和國 ) 公職務工作之勞工的工作關係，必須立即加以規定。而新加入的各邦，由於當時還未設置立法的機關，就此尙無行爲能力，因此在一適當之期間內，是無能力爲該項立法工作的。

b) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定，對訴願人自由選擇工作職位的基本權利所造成的侵犯，亦不因該規定之不明確性而爲違憲。該規定總結還符合法治國對法規明確性的要求 ( vgl. etwa BVerfGE 60, 215[230]; 81,70[88] )。該項法規明確性要求原則，並不強迫立法者要將法規構成要件之各可掌握的特徵，詳盡地予以規定。法規只須規定得依應規定事實之本質，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。法規之明確度只須讓有關者能夠認識其法律情況 ( Rechtslage )，且以其爲行爲之依循即已足夠 ( BVerfGE 78, 205[212] m.w.N. )。

本件訴願所針對之統一條約的協議規定足夠詳盡地確定了聯邦及各邦對於前德意志民主共和國機構的管轄權。該項劃分界線，由於並非在前德意志民主共和國所

有由國家之機構執行的任務，依據基本法的權限規則皆能毫無問題地予以分類（統一條約第十三條第二項），因此在細節方面，可能會發生一些困難。但該些困難是鑒於一實行計劃經濟憲法的中央集權國家的特殊性所無法避免的，且絕對是可經由對統一條約作一客觀、合事物性的解釋而克服的。對於該不明確、在前德意志民主共和國與在德意志聯邦共和國具有不同意義的“公職務”這個概念，亦應是如此。經由解釋的方法，也應可使之足夠清楚。

比較有問題的是，統一條約中並未規定，於何種條件下，可清理一機構。該條約第十三條僅規定，對一機構有管轄權之聯邦或邦，規定其“移轉或清理事項”。如果統一條約中之該項規定被理解為是，一機關應清理或得繼續運作，完全聽由新的主體決定，則該規定確實是太不明確。如一機構的主體作成其應予以清理的決定，則該項決定對於在該機構之工作者，產生直接的法律效果：其勞動關係將被停止並定有期限。如此造成的一種侵犯，需要一依內容、目的及範圍都足夠明確的法律根據（BVerfGE 8, 274[325]; 9, 137[147]）。

訴願人和德國工會聯合會皆主張，本件訴願所針對之統一條約的協議規定，在實務上被專斷地任意運用。他們具體的指明提出很多機構經清理，但事實上卻仍繼續執行其任務。依其見解，本件訴願所針對之統一條約

的協議規定，在很多情形被濫用為不顧社會的嚴酷困難情況（soziale Härte），並規避勞工法上終止契約保護之規定，進行普遍性的人員裁減。但是對此不須再做進一步的解釋。此乃因即使自該種的濫用情形，亦不能導出本件訴願所針對之統一條約協議規定的不明確性。進行清理的實體要件是可自該概念及該規定之關聯性，予以確定的。

對一機構進行清理，是以將其解散（Auflösung）為前提的。此是符合法律上之用語的。依此，清理之意義等於即是按規定地使之結束。例如商法上之公司（handelrechtliche Gesellschaft）是在將其解散後，予以清理或清算（vgl. § 145 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB; § 66 Abs. 1 GmbHG; § 264 Abs. 1 AktG）。基本法也是以此意義使用清理這個概念。依基本法第一百三十條第一項第二句之規定，對該些由（德意志）聯邦共和國於其成立之時應接收的“供公行政及司法使用之機構”，應予以移轉、解散或清理。眾所承認的，依該規定並非有三種決定可能，而是僅有在移轉和先解散後為清理兩者間擇其一的可能（vgl. Maunz in: Mauz/Durig, GG. Art. 130 Rdnr. 25）。統一條約是依循該用語的。該條約中雖然並無特別提及解散是清理必為的先前階段步驟，但可看出其指的是與基本法第一百三十條第一項規定同樣的意義。

至於何謂機構之解散，其意義也足夠明確。解散一機構一定造成的結果是，該機構之作爲組織上的單位，不再繼續存在。由此，一機構移轉至另一高權主體（Hoheitsträger），如該機構事實上仍繼續保存著，即不能謂之解散。這依其意義作解釋也無疑問。此外也同樣明確清楚的是，“機構”的概念與“機關（Behörde）”不能等同視之，而是也包括一些下層級單位，只要其在個案情形，要對“機構”這個概念作精確之確定，可能會有困難。但是該些困難可由各機關和法院，以傳統之解釋的方法予以解決。

最後，本件訴願所針對之統一條約的協議規定，亦不因在統一條約及其附件中關於清理決定之方式、該決定之公佈以及程序皆無作規定，而失其明確性。其有關之程序問題，在統一條約中無須特別予以規定，此特別是因行政程序法（Verwaltungsverfahrensgesetz）隨著（前德意志民主共和國之）之加入，已使其適用於該地區之故（統一條約附件一第二篇B章第一號）。

c) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定是用以防止會對一特別重要的公益造成之危險。爲了此一種之目的，立法者甚至得以客觀的許可限制，侵犯職業選擇之自由（BVerfGE 7, 377[407f.]）。因之對於是否也許應將工作職位自由的保障列入較低層次之問題，不須加以討論。在德意志民主共和國加入後，必須儘可能快速

地在該地區建立起一現代式、有效率且依循法治國之標準工作的行政。沒有此種行政，則既不能設置有運作能力的經濟基本設施，亦不能使經濟復原。許多舊有的行政機構都不再需要。依就此方面由聯邦政府所作具絕定性之估計，德意志民主共和國任用人員之總數太過於多很多；如無裁減人員，則聯邦及各邦之財政能力將完全無法負擔（vgl. Bundesminister Dr. Schäuble in der ersten Lesung des Einigungsvertragsgesetzes im Deutschen Bundestag [Plenatprot. 11/222, S. 17493]）。一個很重要的目標即是要避免該情形發生。該項危險可看出並非是言過其實。預算的情況是非常吃緊。在未來的幾年時間，必須為在新加入的邦新建現代式經濟基本設施、為獎勵其經濟以及為社會（福利）措施，籌措相當多的公共資金。該項任務在不加重經濟界及納稅人負擔的情形下，則只有節用公共資金始得以達成。上述情況基本上亦可作為侵犯工作職位自由選擇權利之合理理由。

d) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定，基於作合憲之法律解釋，基本上符合比例原則之要求。

aa) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定是適合於達成其目的之手段，就此毫無疑問。因有該規定，聯邦及新加入的各邦才能不須為個別的終止契約通知及訴訟上的辯護，停止該些不再需要之前德意志民主共和國

之公行政機構運作。如此，新次序方能迅速且花費較少地展開實施。

bb) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定是必要的。沒有其他對基本權利侵害較少，且又能同樣有效助於達到所追求目標的方法。如不採行立即地停止該些勞動關係的措施，則幾乎不可能如此快速且有效地對那些不再需要的機構進行清理。如採行其他任何一種對在該些機構工作者之工作職位侵害較少的措施，清理的工作都勢必花費更多且更繁瑣費事。如採取終止契約的措施，其事實構成是要以對個案一一加以審查為要件的。為此所需的行政容量。勢必才開始必須要建立。而這勢必造成大量時間的損失以及額外的人事費用負擔。至於其後所為的終止契約的通知，在很多情形，則還要在經受牽連者採取法律救濟途徑後，才能判決確定其有效。如此會造成訴訟程序壅塞，則幾乎是不可避免的，尤其是一有效率的勞動法院裁判權（*Arbeitsgerichtsbarkeit*），在新加入的各邦，才尚應新建而已。

cc) 本件訴願所針對之統一條約的協議規定，於就該規定所欲維護之公益與侵害（基本權利）之嚴重程度作一衡判，則大體上尚稱適當（*angemessen*）。

當然，本件訴願所針對之統一條約的協議規定所加予訴願人的負擔是沈重的。訴願人之勞動關係在德意志民主共和國繼續存在時，可能確曾提供其某種程度的生

計保障。雖然在當時，法律上是沒有終身職任用或可經由法院實行之終止契約的保護，但其勞工法之規定是著眼於避免將勞工免職的（vgl. Nagele, BB 1990, Beilage 9, S.1），在實務上也似乎曾是保障工作職位明顯優先於有效率的觀點。否則是不能解釋其公職務人員任用過多的現象。

但是在另一方面，該些工作職位在統一之前，已因德意志民主共和國境內經濟的衰退，而受到危及。最遲自一九八九年底起，已可看出在該地區須進行徹底的改革。舊有的行政系統不可能與其全體任用人員繼續保留存在下去。因此，在一九九〇年五月十八日所簽訂的關於德意志聯邦共和國與德意志民主共和國間成立一貨幣、經濟及社會聯盟條約<sup>12</sup>（Vertrag über die Schaffung einer Währungs, Wirtschafts-und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik）（BGBl. II S. 537）中第二十六條第三項，即已有應作人員裁減之規定。就此而言，德意志民主共和國公職務之勞工是與其同胞遭同樣命運的：在企業界，也是於加入之前即已呈現出無數的工作職位是不能獲利，且長期是不可能維持下去的現象。在這期間，在商業之領域，失業的情形亦是呈現急遽惡化。在當時瀕臨瓦解中的德意志民主共和國，有許許多多民衆的生計是受到危及的。

有鑒於此種情況，立法者對在該些不再需要之行政機構工作者，得訂定經幾個月的停止其勞動關係，當社會的嚴酷處境減輕後，即一般性地結束其勞動關係的規定。因此，除了以下將述之限制外，受牽連之工作者必須忍受該項措施。

於此有決定影響作用的是，統一條約本身即訂有減輕受牽連工作者困難處境的一些措施。發給待職金即是屬於該些措施的一種。這甚至在個案情形當未完全達至失業金之數額時，亦有其適用。因此一定造成緊接著的失業情況起算的開始會展延，結果是，支付失業金的期間也會相對地加長。也是對受牽連工作者有利的是，其另外其他的所得，只有在當與待職金總額超過工作者原本以前之薪資收入時，才應計入待職金之內。此外，也應獎勵進修或轉業訓練的措施。如有暫時的工作機會，譬如為執行清理的工作，則應至少與其訂立定期的勞動契約。在公共領域，已預定繼續實施一些定期的創造就業機會的措施。各勞工局（Arbeitsamt）應在人員及組織方面加強，以更能確保作好提供諮詢服務、照顧及介紹工作的職務。在有需要之範圍內，也應於公行政內設置提供教育機會（統一條約附件一第十九篇A章第三節第一號之說明 [BTDrucks. 11/7817, S. 180]）。基本上，上述之照顧措施已足夠使得以指望受牽連工作者能接受該提起訴願所針對之協議規定。

但是對於某些受牽連工作者，該項協議規定對其影響特別重大深刻。屬於該些受牽連者的包括嚴重殘障者、年齡較大勞工以及單身扶養幼兒者。彼等找著新的工作職位的機會極為渺茫。對於單身扶養幼兒者而言，只要沒有提供足夠的照顧兒童的機構，情形絕對是如此。本件訴願所針對之協議規定則沒有顧及於此。對於這一群人，唯有當國家為受牽連者之重新再適應職業生活，作特別之努力時，該項規定才算合理。為此，提供進修及轉業之措施並不夠。對於該些人而言，——除有依統一條約附件一第十九篇 A 章第三節第一號第五項規定之終止契約理由外——，唯有當能提供其在公職務有一新職位之有理由的希望時，方能期待他們忍受將其解雇，以及此對其職業自由所造成之侵害。此點因而應於分配職位時，適當地顧及到。

對於無數的受牽連者特別殘酷的是，他們原本擁有之（職業）資格能力變為無價值了。為了能在具不同任務及不同目標之法治國行政下繼續工作，他們必須改學。很多人除了努力試圖在自由之經濟界尋找工作職位外，別無他法。此所要求的是對一更徹底、劇烈變化的適應。此種負擔在失業及生計危困雙重之壓力下，是特別地難以承受。它可影響自我價值的感受及人格。該些因本件訴願所針對之協議規定所造成之後果，唯有當能有效幫助被牽連者克服其處境時，方能期待其忍受。因

此，提供被解雇者進修及轉業訓練之措施，即不得隨著勞動契約之期滿而結束。對該些被牽連者之為重新再適應職業生活之努力，予以援助，仍是屬於對該些被清理機構有管轄之高權主體的任務。唯有如此，方能合理程度地減輕該些對工作職位自由所造成重大深刻侵犯的後果。此外，對於那些依現行法規欠缺形式資格證明的被牽連者，應依其能力、知識以及經驗，決定其是否適任工作。至於這在細節方面應如何實施，則應由各該管轄之高權主體確定之。

4. 不過，本件訴願所針對之協議規定，其因而違反懷孕職業婦女保護法領域之終止契約規定之部分，牴觸基本法第十二條第一項及同法第六條第四項規定，因而是無效。對於懷孕之婦女以及剛生產完之母親，本件訴願所針對之協議規定會對其造成不可期待忍受之嚴酷結果。此項侵犯對於他們而言，亦不能以該協議規定之是用以保護重要公益，為其合理化辯解之理由。該些婦女是特別需要保護的。基本法在第六條第四項給予其有要求社會保護和照顧之權利（vgl. BVerfGE 32, 273[277]; 52, 357[365]）。立法者不得毫無顧慮地結束其勞動關係，使其於一夜之間處於至少近乎失業的境地。

為顧及至上述基本法第六條第四項規定之保護委託，現行懷孕職業婦女保護法制定終止契約之禁止的規定。與之相對立的雇主利益必須大大地退讓（vgl.

BVerfGE 52,357[367] )。至於該些規定之細節，憲法上要求至何種程度，可先置旁不問。沒有有效的勞工法上的終止契約保障懷孕之婦女以及剛生產完之母親是不行的。這是基本法第六條第四項規定所要求的。

對此，聯邦立法者亦不得為顧及公共預算特別沈重的負擔以及在新加入邦之公行政應必要作徹底之改造，而不予理會。對於懷孕婦女以及剛生產完母親之工作職位應予保障，這即使是在企業處於經濟困難之情況時，也是期待雇主應作的。聯邦及各邦同樣亦不能逃避此項義務。如此作並不會因而造成對公共預算特別重大額外的負擔。基本法第一百四十三條第一項之規定與本結論亦不相對立；因該所確定與基本法不同之規定，即在考慮到舊的各邦地區與新加入各邦地區不同的關係，亦是毫無問題可以避免的。

本件訴願所針對之協議規定部分無效所導致的結果是，該協議規定即不包括那些依懷孕職業婦女保護法，在應使其勞動關係停止時刻，應受終止契約保護之婦女的勞動關係。依此確定之規定日為一九九〇年十月三日，或該自第二項第二句之附註2)所得之較遲的時日。懷孕職業婦女保護法依統一條約內所定之標準（參照統一條約第八條及其附件一第八篇A章和附件二第八篇A章第三節第一號b）予以適用。

#### IV（基本法保障財產權規定不適用作為審查標準）

除上述者以外，本件訴願所針對之協議規定並無另外抵觸基本法第十四條規定。在本案情形，基本法第十四條規定被更近事務之基本法第十二條第一項保障之基本權利所擠退。基本法第十四條第一項規定是保障已取得的，亦即工作的結果，反之，基本法第十二條第一項規定則是保障從事之活動（工作）本身。如一公權力的行為更確切地說是侵犯至個人就業工作能力，此是涉及基本法第十二條第一項規定保障的範圍；如該行為較係侵犯至現存財產權之占有及利用者，則是要考慮到基本法第十四條的保障問題（ BVerfGE 30, 292[334f.]; 31,8[32];65,237[248];81,70[96] ）。本件訴願案訴願人力爭的是保住其工作職位，因此亦即是其個人從事工作的自由。為此，基本法第十四條第一項規定並不適用作為審查標準。

#### V（系爭條約規定無抵觸一般平等原則）

本件訴願所針對之協議規定亦無抵觸一般平等原則（基本法第三條第一項）。當立法者對不同的人群予以區分式地規定，對一組的規範相對人採取與對其他之規範相對人不同的待遇者，依該項平等原則，此唯有在當這兩組人群間有如此性質、份量重大之差異，其得以作

爲不同待遇之充分理由時，方得爲之（vgl. BVerfGE 55, 72[88];82, 126[146] m.w.N.）。本案情形，不同待遇的連結因素是該些受牽連者工作之機構的繼續存在或是消失。對於在被移轉之機構工作的勞工，其得以繼續工作的客觀理由在於，在那些機構還繼續需要工作力。對於勞力之繼續需要或停止不再需要，是繼續維持該些勞動關係或使之結束的客觀理由。此依其份量重要性以及影響範圍，亦是適合作爲該項區分之充足合理理由，因對於一特定工作力需要，該勞動關係才具經濟上意義之故。

本件訴願所針對之協議規定亦不因其以非客觀的方式歧視公職務工作者，即違背基本法第三條第一項之規定。公行政之特別任務，尤其是其在快速完成必要整頓措施所具之關鍵性重要功能，是對其採行另一種不同的人事經濟機制足夠充分重要的理由。

基本法第三條第一項規定之相同待遇基本原則，在某些情況下亦使得立法者負有義務，就重大不同之構成事實，應區分式予以不同之待遇（vgl. BVerfGE 13, 46[53]）。是否此——如訴願人所認爲的——本即可要求對一些遭受社會嚴酷情形之特定人群，作不同之規定，可置之不問。就對該應清理機構之勞動關係不予以區分地使其結束之規定，基於基本法第三條第一項所提出的各項質疑，都已在與基本法第十二條第一項規定有

關聯之論述中予以評價。該項相同待遇基本原則是沒有提供比此更多的保護的。

## VI（訴願人之人性尊嚴無受到侵犯）

訴願人之人性尊嚴（*Menschenwürde*）亦無受到侵犯。其可預見的工作職位的喪失，並沒有剝奪其個人的尊嚴。訴願人經濟上的最低生活水準並沒有受到危及。在其（勞動）契約被停止後，他們首先可拿到失業金，其後，不得已時，尚可拿到失業補助金或社會補助金。在此看不出於訴願人喪失其工作職位之同時，即可能侵犯其人性尊嚴的特別理由（*vgl. BVerGE 45, 187[227f.]*）。

## VII（無侵害訴願人要求有效法律保護之權利）

訴願人要求有效法律保護之權利同樣並沒有受到侵害。

1. 就此訴願人指摘，其個人權利係直接經由法律受到侵害，因此使得對該項侵犯之撤銷成爲不可能。此指摘亦是無理由的。在基本權利僅能經由行政機關及法院，針對個案審查方得以確保之情形下，是否基本法第十九條第四項即禁止對個人權利作法律上的侵犯，關於此點，在此不須加以解釋（*vgl. dazu BVerfGE 24,367[401ff.]; 45, 297[333f.]*）。因本件訴願所針對之協議

規定，如上已述（ III 3 d bb ），即在其一視同仁地干預訴願人自由選擇工作職位之權利部分，也是與其基本權利不相牴觸的。該項觀點在此也可作為以法律規定結束勞動關係及因而有限制地削減法律保護有理之辯解理由。

2. 就訴願人最後將關於其工作機構之清理，並無依規定對之公佈之點，視為是對其法律保護作不合法限制的部分，此並非是統一條約的一項瑕疵。雖然高權行為是在當對人民本人為通知，或是依規定之形式予以公告後，才能對該人民產生法律效果，這是正確的。此是基於在基本法第二十條第三項確立之法治國所要求的法律安定性 (Rechtssicherheit) 以及信賴保護 (Vertrauensschutz) 原則而來 (vgl. etwa BVerfGE 30, 392[403]) 且亦是在一般法律有規定 (vgl. § § 41, 43 VwVfG) 的。統一條約不需要再重複該些一般性的程序規定。關於此點已在上文其他關聯事項論述中 ( III 3 b) 提示過。

## VII ( 結論 )

本憲法訴願案，由於訴願人之基本權利並沒有因該訴願所針對之協議規定受到侵害，因此應予駁回。該些基於懷孕職業婦女保護理由，本不得終止其勞動契約之婦女，則不包括在其內。

關於應補償必需之支出費用的裁判，係根據聯邦憲

法法院法（ BVerfGG ）第三十四條 a 第三項之規定。  
本判決之效果對於訴願人而言等於是部分勝訴。因此應  
判定須補償其部分必需之支出費用，方屬合理。

本判決經全體一致通過。

本判決作成法官：

(gez.)Herzog      Henschel      Seidl

                 Grimm      Söllner      Dieterich

                 Kühling      Seibert

## 附 錄

### 一、關鍵字索引

#### 一畫

一致性之職業,204

一致性之專科業務,213

一般平等原則,14,238,360

一般性禁止廣告,253,256

#### 二畫

人性尊嚴,255,362

人格,298

人格自由發展,52

#### 三畫

工作方法,252

工作制服,92

工作職位的存在保障,5

工作職位選擇自由,11

大學入學許可,233

大學自治規章,237

大學法,233

大學特定學系入學許可名額限制,239

大學基準法,233

三階說理論,17

上位規範,239  
四書  
比例原則  
,16,97,126,211,223,258,313,317,325,335,353  
公行政,237,330,332,334  
公共機構,325  
公共利益,101,134,258,279,285  
公共任務,124,130  
公共福祉,136  
公共資金,149  
公法上之社團,67  
公法上金錢給付義務,153  
公任務,330  
公益,226,325,348  
公開販賣處所,219  
公開介紹藥品,248  
公職務,325,350  
公權力,298  
反射效果,187  
反競業防止限制法,277  
不來梅準則,214  
不確定之法律概念,182  
中央集權制,334

文學創作,252  
五畫  
生產自由,10  
司法權之處分,92  
司法行政之處分,92  
司法救助,94  
司法高權,93,102  
正義感,154  
正當利益,301  
正當執行業務,192  
主觀許可要件,69  
主觀價值判斷,266  
主觀職業許可要件,222  
立法裁量,19  
立法上的形成義務,240  
立法權限,195,336,349  
刊登業務廣告,245  
未經自然科學方法證實,269  
加重形之商人業務行爲,289  
平等原則,255,283  
平等權,299  
民主原則,200  
民主體制的立法者,309

世界人權宣言,333  
加入,329  
失業金,340,356,362  
失業保險制度,63  
失業補助金,340,362  
市民及政治權利國際公約,333  
市場經濟,130  
必需支出費用,327,363  
六畫  
自主權,20  
合目的性,21,101  
合乎理性之考量,188  
合理之關聯,26  
合事務性的解釋,350  
合憲性解釋,97  
合憲之法律解釋,236,238,344,353  
自治規章,38,185,197  
自由民主國家,268  
自由主義,64  
自由業,6,255,262  
自由競爭,64  
自由選擇工作職位基本權,325,347  
自由職業,92

自由執業,97  
自治機關,102  
自由裁量空間,143  
自治規章制訂權,176  
自治團體,240  
自我吹噓,248  
自我約束,258  
自助式販售,273  
自助式販售藥物,30  
自動販賣機,219,273  
自動販賣機設置許可案,29  
自己責任,281  
自治法,310  
自治章程,310  
自我決定空間,313  
同時攻讀第二個學位,232  
共同利益之理性,313  
共同任務,331  
地位形成,38  
地區律師協會,308  
年齡較大勞工,325,357  
名譽權,303  
行政機關,329

企業主,70  
企業經營方式,253  
有限公司,121  
有藥房販售義務,274  
七畫  
宏觀整體就業市場,61  
投資,10  
完全就業,63  
利益衝突,79,84  
利益衡量,205  
防範危機,112  
防禦權,12  
技術性之法律形成,143  
私人事業補償,124  
判斷法律合憲性,146  
形式之法律,206  
言論自由權,299  
批判性的言論,301  
估價基礎,331  
八畫  
非常方式,333  
非意願之競爭轉移,149  
非訟輔佐官,299

非職業教育,13  
非藥房販售義務,272  
非淘汰性處分,32  
抽象的危險,26  
抽象危險,87  
法治國家,92,301,316  
法治國家原則,333  
法治國原則,37,200  
法律保留的密度,13  
法律保留原則,37,174  
法律授權,255,283  
法律授權明確性,41  
法律安定性,363  
法律情況,349  
法律之主要目的,143  
法律之次要目的,143  
法官造法,304  
法定法官之基本權,81  
法律漏洞,85  
法規審查程序,232  
法袍,22,91  
法規明確性的要求,349  
法律確信,100

法院法,102  
法定存量,143  
法定存貨,118  
事物本質,23,31,315,317  
事業活動,126  
事務之本質,349  
典型國家任務,130  
季節性落差,140  
季節性失業,63  
依賴性之職位,64  
依賴性職業,69  
依法行政原則,153  
所有權之保障,155  
官僚階層體系,199  
沿門沿路叫賣者,220  
拒絕決定,235  
治療方法,248  
治療性職業,280  
注意義務,251  
明確性,257  
定期限結束,325  
直接介入能源市場,139  
直接法律基礎,282

直接效力之法規範,164  
具體化的職業選擇,11  
具體的工作機會,11  
社會法治國,201  
社會意見,261  
社會政策,64  
社會國原則,14,238,335  
社會國家原則,60  
社會補助金,340,362  
社會權,5  
九畫  
相容性,25  
重要的社會共同利益,22  
重要性理論,37  
客觀的違憲審查基準,26  
客觀障礙,58  
客觀任務,135  
客觀事實,266  
客觀的許可限制,325  
客觀的法規範,4  
律師業務秘密,86  
律師,90  
律師自由業,94

律師專業準則,295  
律師法,102  
存續保障,335  
持續性之儲存義務,122  
政治手段,125  
政治目的,78  
帝國醫師公會,163  
食品,219  
食品法,219  
指示療法,249  
科學行爲,262  
制裁規範,307  
信賴保護,363  
信賴關係,86,212,280,285  
保健制度,285  
保護委託,358  
保護職業形象,35  
保障學術自由,252  
待職金,331  
要求有效法律保護之權利,362  
計劃經濟憲法,350  
十畫  
財產權,32

財產實體,127  
特定的榮動關係,11  
特定事業團體,132  
特殊職業形象,204  
特定觀點,267  
特殊藥物,276  
案件關連性原則,296  
案件相關性,298  
案件相關性要求,315  
個人從事工作的自由,360  
值得保護之利益,81  
高權主體,352  
十一畫  
規範保留,6  
強制退學,13  
淘汰性處分,32  
習慣法,40,314  
區域性失業,63  
涵攝,83  
專門職業機關自治組織,100  
專科醫師,184  
專業思考模式,309  
專業知識證明,29,217,224

許可保留,226  
許可,218,225  
移轉,329  
清理,329,351  
限制性,225,226  
假處分,235  
授權,257  
授權明確性要求,241  
異議(訴願)決定,235  
參選代表的被選舉權,249  
執行業務規則階層,57  
執業規則,257  
執業規範,253  
組織章程,257  
基本權利,175  
商品說明書,250  
商業廣告,261  
商業輔助人,218  
健康政策,279  
國民權,3  
國家安全部,333  
國家安全署,333  
國家組織權,373

國家的照顧義務,336  
國會保留範圍,13  
停止,240  
統一條約,328  
統一條約法 328  
終止,333  
終止契約,325,327  
終止契約通知,333  
十二畫  
普通方式,332  
就業機會,59  
就業市場政策,61  
就業諮商,62  
就業行政體系,62  
景氣性失業,63  
程序保障,78  
象徵性功能,95  
結構性危機,110  
能源政策,110  
單身扶養幼兒者,325,357  
單純附帶義務,124  
單階層式活動,131  
費用償還請求權,130

進口活動,132  
博士學位,162  
街道、市場商販,220  
絕對入學許可限制,239  
裁量,236  
裁減人員,353  
瑕疵,238  
逾越,238  
濫用,238  
給付請求權,153  
給藥之可信賴度,278  
給藥之監督,284  
間接重要性,283  
創設效果,310  
創設性規範,311  
貶抑性之言論,319  
勞工,330  
勞工法,332  
勞動法院裁判權,354  
勞動契約,335  
勞動關係,325,331  
集合受僱人,61  
十三畫

預見可能性,42  
預防措施,87  
預算法,149  
會議警察權,96  
過當禁止,97  
過渡時期,314  
解釋,103  
損失補償,118,130  
義務性儲存,126  
總體經濟,130  
溯及效力,133  
經濟秩序,130  
經濟政策目的,136  
經濟決策自由,138  
經濟體制,64  
經濟政策性,144  
經濟結構,108  
經濟使用行爲,262  
經濟使用價值,254  
經濟獲利機會,184  
經營企業,356  
零售商,218  
零售商許可,29

零售商營業法 217  
意見表達自由 ,245,254  
意思形成的公開過程 ,201  
食品 ,218  
新聞稿 ,255  
禁止自助銷售 ,276,285  
禁止醫療廣告 ,180  
違憲的不平等 ,277  
違憲審查 ,19  
違憲審查權 ,277  
違返職業義務案件 ,249  
違反人道 ,333  
補償 ,327,363  
過渡金 ,332  
十四畫  
輕犯罪行爲 ,51  
榮譽法院 ,81,94  
維護法庭秩序 ,94  
徵用私人事業 ,124  
團體法益 ,144  
團體利益 ,201  
銘謝廣告 ,248  
對裁判具有間接重要性 ,282

團體的利益,309  
管轄權,349  
十五畫  
締約自由,10  
調職,12  
請求接受教育之請求權,12  
廣告,21,247,251  
廣告限制,35  
敵視憲法政黨,83  
適當性,95  
審級利益,105  
歐洲經濟共同體,109,141  
德國社會統一黨,78  
德意志民主共和國,355  
德國衆議院衛生委員會,195  
德國藥師公會,279  
罰鍰,249  
撤銷職業團體代表資格,249  
價值秩序,18,135  
價值判斷,267  
概括條款,207,298,314  
十六畫  
憲法訴訟,23

整體經濟,61  
燃料油,109  
獨特市場行爲,147  
選擇職業的自由,226  
學術自由,254,262  
學術性著作,248  
學院派醫學界,269  
諮詢服務,278  
諮詢義務,279  
憲法破棄,239  
機構,328  
機關,352  
解散,352  
歸屬,329  
十七畫  
營業之技術性,22  
營業管理規則,276  
營業權,124  
總體經濟,149  
臨床經驗,252  
濫用立法權限,136  
優越競爭地位,276  
聯合抵制措施,110

聯邦法務部,302  
聯邦律師總會,304  
聯邦自由律師會,307  
十八畫  
證明責任,28  
儲存義務,108  
轉嫁,127  
轉嫁至價格,146  
職業執行自由,6  
職業形象,6,257,259,289,309  
職業消極自由,10  
職業教育,13  
職業自由選擇,49  
職業諮商,52  
職業介紹壟斷制度,56  
職業選擇之干預,57  
職業選擇自由,6,59,325  
職業分工,61  
職業別失業,63  
職業準則,95  
職業規範,95  
職業監督機關,97  
職業身份,131

職業身份義務,246  
職業身份權,255  
職業特徵,132  
職業聲望,247  
職業規章,172  
職業武器,318  
職業許可,133,185  
職業自治組織,175  
職業團體,257,309  
職業政策,208  
職業義務,100,190,310  
職業管理法制,206  
職務法院,298  
醫療廣告之禁止,192  
醫療衛生政策,208,214  
醫療廣告,246  
醫事法庭,249  
醫學知識,252  
醫師自治組織,163  
懲戒處分,295  
懲罰性規範,297  
雙重執業,174  
雙重專科醫師,171

## 十九畫

藥品供應,279

藥劑師,276

藥劑師的諮詢功能,285

藥劑師之商業,289

藥房通常物品,288

藥房管理規則,274

懷孕職業婦女保護法,325

## 二十畫

關於德意志聯邦共和國與德意志民主共和國間  
成立一貨幣、經濟及社會聯盟條約,355

競爭自由,10

競爭政策,112

競合立法,256

競爭義務,276

警告,249

嚴重殘障者,325

## 二十二畫

體系之關連性,101

體系,103

權利主體,329

權利繼受人,347

權限衝突,38

## 二、德中文對照索引

- Arbeitszwang 工作強制, 2
- Apothekenurteil 藥房判決, 6
- Ausübungsregelung 純粹之執行規則, 21
- AVAVG 職業介紹及失業保險法, 49
- Arbeitsvermittlungsmonopol 職業介紹壟斷, 50
- Auftrag 委託, 57
- Ausübungsregelungen 營業規則, 69
- Arbeitsrichter 勞工法院法官, 70
- Allerhöchste Staatsministerial-Entscheidung  
國家最高決議, 99
- Approbation 開業許可, 162
- Anstalten 營造物, 199
- Ausgangsverfahren 原審訴訟程序, 220, 234
- Aussetzungs- und Vorlagebeschluss 停止訴訟程序及提  
請審查裁定, 232
- Ablehnungsbescheid 拒絕決定, 235
- absolute Zulassungsbeschränkungen 絕對入學許可限制  
, 239
- autonome Körperschaft 自治團體, 240
- Arbeitsplatz 工作職位, 325
- Arbeitsverhältniss 勞動關係, 325
- Arbeitnehmer 勞工, 235

Arbeitgeber 僱主 ,338  
Alleinerziehende 單身扶養幼兒者 ,325  
Auslage 支出費用 ,327  
Abwicklung 清理 ,329  
außerordentliche Kündigung 非常終止契約通知 ,333  
Amt für nationale Sicherheit 國家安全署 ,333  
Arbeitsentgelt 工資 ,336  
Arbeitslosengeld 失業金 ,340  
Arbeitslosenhilfe 失業補助金 ,340  
Auflösung 解散 ,351  
Arbeitsgerichtsbarkeit 勞動法院裁判權 ,354  
Arbeitsamt 勞工局 ,356  
Ausschließungsbefugnis 禁止權限 ,79  
Angeklagte 被告 ,86  
Betriebsberater 企業顧問 ,53  
Büro Führungskräfte 領導管理人才辦公室 ,53  
Betriebsverfassung 企業組織法 ,70  
Bestimmtheit 法律明確性 ,73  
BRAO 聯邦律師法 ,92  
Berufsfreiheit 職業自由 87,123,261  
Berufsausübung 執業 ,126  
Berufsausübungsregelung 關於執業之規定 ,132,133  
Beurteilungs-und Entschließungsfreiheit

des Gesetzgebers 立法者之判斷與抉擇自由,136  
Beurteilungsspielraum 判斷餘地,137  
Berufsgericht für Heilberufe beim  
Verwaltungsgericht Köln 醫療職業法院 160  
Bezirksberufsgericht 區域職業法院,161  
Berufsbild 醫師職業之形象,161  
Berufsordnung für die deutschen Ärzte 德國醫師職業  
規章,164  
Bundesärztekammer 聯邦醫師公會,165  
Bremer Richtlinien 不來梅準則,166  
berufsunwürdige Handlungen 職業上不正當行爲,179  
Berufsbild 職業形象,184  
Berufsethos 職業倫理,213  
Bestimmtheitsanforderungen 授權明確性要求,241  
berufswidrige Werbung 與職業身分不相稱之廣告,259  
Bundestag 聯邦眾議院,328  
Bundesrat 聯邦參議院,328  
Beitritt 加入,329  
Bemessungsgrundlage 估價基礎,331  
Bestandschutz 存續保障,335  
Bundesgerichtshof 聯邦最高普通法院,342  
Behörde 機關,352  
Bundes rechtsanwaltsordnung 聯邦律師法,79

Berufsausübung 職業行使 ,86  
Chancen und Verdienstmöglichkeiten 機會與賺取可能性 ,156  
Drittwirkung 第三人效力 ,5  
Der Deutsche Gewerkschaftsbund 德意志工會聯盟 ,53  
Deutsche Angestelltengewerkschaft 德意志職業工會 ,53  
Daseinvorsorge 生存照顧 ,60  
die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft 歐洲共同市場 ,67  
der oberste Rechtswert 最高法律價值 ,201  
die "statusbildenden" Normen 地位形成之規範 205  
das Physikikum 醫科大學預科考試 ,234  
Drugstore 純商業的藥舖 ,289  
Das Bestimmtheitsgebot 明確性原則 ,300  
Deutsches Anwaltsverein 德國律師協會 ,305  
Der Republikanische Anwaltsverein 共和國律師協會 ,306  
Die Abhilfeentscheidung 補救裁定 ,321  
Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 世界人權宣言 ,333  
Der Deutsche Gewerkschaftsbund

德國工會聯合會 ,340  
ein echtes Grundrecht 純正的基本權 ,4  
einheitliches Grundrecht 單一的基本權 ,6  
Eignung 特質 ,57  
Einführer 進口事業 ,116  
entschädigungslos zulässige  
Eigentumsbindung 毋庸補償之合法所有權限制 ,127  
EWGV 歐洲經濟共同體設立契約 ,128  
erforderlich 必要的 ,136  
Eigentumsgarantie 所有權保障 ,155  
Eingriff in die Substanz des  
Gewerbebetriebs 對營業財產實體之干涉 ,157  
Einheit und Gleichheit im ärztlichen Stand 醫師業之  
一致性與平等性 ,161  
ein nichtrechtsfähiger Verein 無權利能力之社團 ,165  
Erlaubnis 許可 ,218  
Erlaubnisvorbehalt 許可保留 ,226  
einstweilige Anordnung 假處分 ,235  
Ermessensüberschreitung 裁量逾越 ,238  
Ermessensmißbrauch 裁量濫用 ,238  
Einigungsvertragsgesetz 統一條約法 ,326  
Einrichtung 機構 ,328  
ein menschenwürdiges Existenzminimum 合乎人類尊

嚴之最低生活限度 ,340  
Enteignung 公用徵收 ,343  
Eingriffstatbestand 侵害要件 ,85  
Fremdkörper 異物 ,56  
flankierende Maßnahmen 側翼性措施 ,110,114  
freiwillige Selbstbeschränkung 自願性自我設限 ,110  
Fürsorgepflicht 照顧義務 ,124  
Frischzellentherapie 活細胞療法 ,249  
Freispruch 無罪判決 ,76  
Gewerbefreiheit 營業自由 ,4  
grundrechtliche Verbürgung der  
Teilhabe an staatlichen Leistungen 分享請求權 ,13  
Geeignetheitsprinzip 適當性原則 ,17  
Gemeinschaftswert 社會共同價值 ,60  
Gesindevermittlung 雇工職業介紹所 ,65  
Gesetz über Arbeitsvermittlung and  
Arbeitslosen Versicherung 職業介紹及失業保險法 ,66  
Gesetz über Mindestvorräte an  
ErdölerzeugnissenI S. 1217 維持石油產品最低存量法  
,108  
gesetzliche Vorratsmenge 法定存量 ,116  
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 比例原則 ,123  
Gleichheitsgrundsatz 平等原則 ,124

gegenwärtig und unmittelbar 目前且直接地 ,129  
Gesetze immateriellen Sinn 實質意義之法律 ,135  
geeignet 合適的 ,136  
Grundsatz der Erforderlichkeit 必要性原則 ,142  
Grundrecht der Berufsfreiheit 職業自由之基本權利  
,155  
Grundrecht auf freie Entfaltung der  
Personlichkeit 自由發展人格之基本權利 ,155  
Gewerbeordnung 營業法 ,65,162,194  
Gesetz über die Berufsausübung im  
Einzelhandel 零售商營業法 217  
gesetzgeberische Gestaltungspflicht 立法形成義務 ,240  
Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln 藥物交易  
法 ,273  
Gemeinschaftsgut 公益 ,325  
Gemeinschaftsaufgabe 共同任務 ,331,332  
Gegen vorbringen 異議 ,82  
Gewohnheitsrecht 習慣法 ,84  
Hobby 嗜好 ,8  
Hersteller 生產事業 ,116  
Handlungs-und Gestaltungsfreiheit 行為及形成自由  
,155  
Hausarzt 家庭醫師 ,165

Heilberufsgesetz 醫療業法 ,173  
Hüter des Gemeinwohls 公共福祉維護者 ,201  
Hausieren 沿門沿路叫賣者 ,220  
Heilmittelwerbegesetz 藥品廣告法 ,256  
handelrechtliche Gesellschaft 商法上之公司 ,351  
Hoheitsträger 高權主體 ,352  
institutionelle Garantie 制度性保障 ,4  
Inanspruchnahme spezifischer  
Unternehmerfunktionen 業者特殊功能之徵用 ,34  
individuelle Unternehmensgestaltung 獨自塑造事業  
,132  
Immatrikulation 註冊 ,234  
International Pakt über bürgerliche und  
politische Rechte 市民及政治權利國際公約 ,333  
Interessenkollision 利益衝突 ,84  
Kohle-Öl-Kartell 煤礦業與礦物油供應事業聯合行爲契  
約 ,111  
Konzernunabhängigkeit 非從屬於企業集團之性質 ,132  
Kammergesetze 公會法 ,164  
Königsteiner Entwurf Königstein 草案 ,168  
kassenärztliche Praxis 健保醫師業務 ,190  
Kollegialität 同業互相合作 ,192  
Kaufmannsgehilfe 商業輔助人 ,218

kein unzulässige Ausnahmegerichte 特別法庭 ,264  
Lebensmittelgesetz 食品法 ,218  
Ladenschlußgesetz 關店法 ,219,220  
Ländereinführungsgesetz 邦納入法 ,329  
Mißstände 不良弊端 ,65  
Manager 經理人 ,70  
mittelständischer Charakter 中等資產階級之特徵 ,132  
Marktregulativ 市場調節要素 ,133  
Meinungsfreiheit 意見表達自由 ,261  
Mutterschutzrecht 懷孕職業婦女保護法 ,325  
Maßgabe 標準 ,331  
Ministerium für Staatssicherheit 國家安全部 ,333  
Menschenwürde 人性尊嚴 ,362  
neutrale Sozialwertigkeit 社會價值中立 ,9  
numerus klausus 名額限制條款 ,15  
Normenkontrollverfahren 法規審查程序 ,232  
Natur der Sache 事物本質 ,339  
objektive Zulassungsvoraussetzungen 客觀許可要件  
,24  
Oligopol 賣主控制市場 ,134  
objektive Zulassungsschranke 客觀的許可限制 ,325  
Öffentliche Einrichtung 公共機構 ,325  
Öffentlicher Dienst 公職務 ,325

ordentliche Kündigung 普通終止契約通知,332  
Organisationsgewalt des Staates 國家的組織權,347  
Pflichtlagersystem 義務性倉儲體制,115  
Prinzip des freien Unternehmertums 自由事業活動原則,130  
Pauschalermächtigung 概括授權,175  
Parallelstudium 同時攻讀第二個學位,233  
Protokoll 附加記錄,328  
Pachtverhältniss 收益租賃關係,343  
Rationalisierungsmaßnahmen 合理化之措施,110  
Rahmenkompetenz 綱要立法之權限,337  
Reichsabgabenordnung 帝國稅捐通則,153  
Richtlinien 準則,128,180  
Rechtssetzungsbefugnis 法規制定權,186  
Regelungsvorbehalt 社會法治國,201  
Rechtasufsicht 法律監督,203  
Rechtsträger 權利主體,329  
Reichsbahn 帝國鐵路,334  
Rechtsnachfolger 權利繼承人,338  
Rechtsslage 法律情況,349  
Rechtssicherheit 法律安定性,36  
Rechtspflegeorgan 司法組織,78  
sozial-gemeinschaftsschädlich 社會共同體造成傷害,8

soziale Wertigkeit 社會的價值性,8  
Stufentheorie 三階說理論,19  
subjektive Zulassungsvoraussetzungen 主觀許可要件  
,22  
Stellenvermittlung 職業介紹所,65  
Stellen vermittlergesetz 職業介紹所法,66  
Sozialrichter 社會法院法官,70  
Standesrecht 專門職業法,78,93  
StenBer. S. 7299D 對外經濟法,113  
Sammelbevorratung 集合式儲存,118  
Sachgesetzlichk eiten 客觀法律性,137  
sachliche Gleichwertigkeit 客觀等值性,139  
Standesorganisation 職業組織,161  
Standesordnung 職業規章,163  
Spezialarzt 專科醫師,165,166  
Satzung 規章,180  
Standesgewohnheitsrecht 習慣法,186  
Schutzbereich 保障範圍,198  
Stufentheorie 階層理論,202,257  
Sachkundenachweis 專業知識證明,217  
Standesrecht 專門職業法,250  
Staatliche Für sorgspflicht 國家的照顧義務,336  
Sozialhilfe 社會補助金,340

Staatsschutzsachen 國家保護事件 ,77  
Staats geheimnisse 國家機密 ,80  
Strafsache 刑事事件 ,82  
tatsächliche Dauerhaftigkeit 事實上之持續性 ,9,10  
unentgeltliche Bevorratungspflicht 無償性儲存義務  
,111  
unabhängige Importeure 獨立進口事業 ,119  
Unternehmensfreiheit 事業自由 ,124  
unternehmerische Bewegungsfreiheit 事業活動自由  
,127  
Übermaßverbot 禁止過度 ,135  
Universitätssatzung 大學自治規章 ,237  
Überführung 移轉 ,329  
Übergangsgeld 過渡金 ,332  
Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 狹義比例原則  
,17  
Verwaltungsrat 管理委員會 ,58  
Verfolgungszwang 訴追義務 ,73  
Verstromungsgesetze 促進利用煤發電法 ,111  
verfassungsmäßige Ordnung 合憲秩序 ,124  
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 比例原則 ,134  
Volksgesundheit 國民健康 ,177  
vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls 合理性公益

考量 ,210,211  
verfassungskonforme Auslegung 合憲之法律解釋 ,236  
Vertrag zwischen der Bundesrepublik  
und der Deutschen Demokratischen  
Republik über die Herstellung der  
Einheit Deutschlands 德意志聯邦共和國與德意志民主  
共和國關於建立一統德國的條約 ,326  
Verwaltungsorgan 行政機關 ,329  
Verfassungsdurchbrechung 憲法破棄 ,340  
Verwaltungsverfahrensgesetz 行政程序法 ,352  
Vertrag über die Schaffung einer  
Währungs, Wirtschafts und Sozialunion  
zwischen der Bundesrepublik Deutschland  
und der Deutschen Demokratischen Republik  
關於德意志聯邦共和國與德意志民主共和國間  
成立一貨幣、經濟及社會聯盟條約 ,355  
Vertrauensschutz 信賴保護 ,363  
Verbot des Übermazes 過當禁止 ,86  
Wettbewerbsverbot 競業禁止 ,12  
Willkürverbot 禁止恣意專斷 ,124  
wirtschaftspolitische Neutralität 經濟政策中立性 ,134  
Weiterbildungsordnung 繼續進修規章 ,170  
Widerspruch 異議 ,221

Widerspruchsbescheid 異議決定 ,235  
Wartegeld 待職金 ,331  
Wahlverteidiger 選任辯護人 ,76  
Wahrheits findung 發現真實 ,85  
Zwangsarbeit 強制勞動 ,2  
zukunftsgerichtet 以未來爲取向 10  
Zwecktauglichkeit 合目的的性原則 ,17  
Zuverlässigkeit 可靠信 ,57  
Zumutbarkeit 合理性 ,136  
zumutbar 期待之可能性 ,192