

公務人員罷工案

德國聯邦憲法法院 2018 年 6 月 12 日第二庭判決

- 2 BvR 1738/12 -

- 2 BvR 1395/13 -

- 2 BvR 1068/14 -

- 2 BvR 646/15 -

BVerfGE 148, 296-390

張桐銳 譯

關鍵詞

同盟自由（Koalitionsfreiheit）

職業公務人員制度之傳統原則（Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums）

對公務人員之罷工禁止（Streikverbot für Beamte）

歐洲人權公約（Europäische Menschenrechtskonvention）

對國際法友善之解釋（Völkerrechtsfreundliche Auslegung）

判決要旨

1. 基本法第 9 條第 3 項之保障對象包括公務人員（參照 BVerfGE 19, 303 <312, 322>）。同盟基本權雖為無法律保留地受保障，但其可因與其相衝突之第三人基本權或其他具憲法位階之權利而有其界限。
2. a) 對於公務人員之罷工禁止獨自構成基本法第 33 條第 5 項所規定之職業公務人員制度之傳統原則。其滿足構成傳統原則所必要之傳統性與基本性。
b) 立法者對於作為職業公務人員制度傳統原則之公務人員罷工禁止，應予尊重。公務人員罷工禁止與公務人員法上之贍養原則、忠

誠義務、終身職原則以及公務人員法上法律關係，包含公務人員之俸給由立法者規定之原則，具有緊密關聯。

3. a) 基本法上之規定應作對國際法友善之解釋。歐洲人權公約之文字以及歐洲人權法院判決，有助於在解釋基本權與基本法規定之法治國原則時，確定其內容與範圍。
- b) 締約國依歐洲人權公約第46條規定，有義務於所有其作為當事人之法律案件，遵循歐洲人權法院之終局判決（參閱BVerfGE 111, 307 <320>），在取向於歐洲人權法院判決時，在歐洲人權公約第46條適用領域之外，應特別考慮案件之具體脈絡。此外，締約國應認同公約基本價值之陳述，並與其對話。當涉及在同一法律秩序施行領域內之平行案件時，亦即當歐洲人權法院審理原始裁判所涉及締約國之（其他）程序，則引導與取向之效果特別強烈。
- c) 對國際法友善解釋之界限由基本法導出。依被認可之法律解釋與憲法解釋方法，顯示對國際法友善解釋不再合理，即為其可能性結束之處（參閱BVerfGE 111, 307 <329>；128, 326 <371>）。此外，在基本法對公約友善解釋之範圍內，歐洲人權法院之判決亦應盡可能貼近地嵌鑲進會員國現存、釋義學上分殊化之會員國法律體系中。
4. 德國公務人員之罷工禁止與基本法之國際法友善解釋之原則並無違背，且尤其符合歐洲人權公約之保障。即使考慮歐洲人權法院之判決，仍然無法確認德國法與歐洲人權公約第11條有所衝突。

案 由

- I. G先生，訴訟代理人Hartwig Schröder與Katrin Löber律師，不服
 - a) Niedersachsen邦高等行政法院2012年6月12日判決 - 20 BD 8/11 -，
 - b) Osnabrück行政法院2011年8月19日判決 - 9 A 1/11 -，c) Niedersachsen邦教育機關2011年1月11日懲戒處分 - OS 1 P. 103 - 提起憲法訴願。

- 2 BvR 1738/12 -，

- II. W女士，訴訟代理人Karl Otte律師，不服a) Niedersachsen邦高等

行政法院2013年5月16日裁定 - 20 AD 2/13 - ,

b) Stade 行政法院2012年12月6日判決 - 9 A 171/11 - , c)

Niedersachsen 邦教育機關2011年1月11日懲戒處分 - LG 1 P 120 - 03150/F 21

提起憲法訴願。

- 2 BvR 1395/13 - ,

III. D 女士，訴訟代理人 Hartwig Schröder, Katrin Löber 以及 Volker Busch 律師，不服

a) 聯邦行政法院2014年2月27日判決 - BVerwG 2 C 1. 13 - ,

b) Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院2012年3月7日判決 - 3d A 317/11. O - ,

c) Köln 區政府2010年5月10日懲戒處分 - 10.05.08 - 4/09 -

提起憲法訴願。

- 2 BvR 1068/14 - ,

IV. H 女士，訴訟代理人 Karl Otte 律師，不服

a) 聯邦行政法院2015年2月26日裁定 - BVerwG 2 B 10.15 - ,

b) Schleswig-Holstein 邦高等行政法院2014年9月29日判決 - 14 LB 3/13 - ,

c) Schleswig-Holstein 行政法院2012年8月8日判決 - 17 A 21/11 - ,

d) Schleswig-Holstein 邦教育與文化部懲戒2011年7月5日懲戒處分 - III 131-1 -

提起憲法訴願。

- 2 BvR 646/15 - ,

主 文

基於2018年1月17日言詞審理，作成下述決定：

1. 以上程序合併決定。

2. 憲法訴願予以駁回。

理 由

A.

[1] 以上合併決定之憲法訴願涉及公務人員是否享有罷工權之問題。聲請人等為具有公務人員身分之教師，於勤務期間參與罷工措施。其等針對其因此所受懲戒措施提起上開憲法訴願程序。

I.

[2-6] 基本法對於公務人員之罷工權或罷工禁止並無明文規定。基本法第9條第1項保障任何人以及任何職業都有同盟自由。依基本法第33條第5項規定，公勤務人員之法律應斟酌職業公務人員制度之傳統原則而加以規定，並繼續發展。在國際法領域，歐洲人權法院於最近強調，歐洲人權公約第11條保障同盟自由。……

II.

[7-37] 第一位聲請人於2009年2月25日參與教育與學術工會於團體協約談判期間發起之抗議活動，因未履行其授課義務，而受罰鍰100歐元之懲戒處分。第二位聲請人未經服務主體許可，於2009年2月25日參與教育與學術工會之活動，因違反其服勤務義務，而受罰鍰100歐元之懲戒處分。第三位聲請人於2009年1月28日以及同年2月5日及10日參與教育與學術工會於Nordrhein-Westfalen發起之警告性罷工，因違反其勤務義務，而受罰鍰1,500歐元之懲戒處分。第四位聲請人於2010年6月3日參與教育與學術工會為抗議教師勞動條件惡化，並對邦政府施壓，而發起之罷工，因違反其服勤務義務，而受申誡之懲戒處分。……

III.

[38] 聲請人等提起憲法訴願，主張相關懲戒措施以及相關法院之裁判違憲侵害基本法第9條第3項，或主張違憲侵害基本法第9條第3項以及同法第20條第3項之法治國原則。……

[39-62] (略)

IV.

[63] 公務人員協會與團體協約聯盟、自由漢撒城市Hamburg、聯邦政府、Bayer邦政府、Nordrhein-Westfalen邦政府、Niedersachsen邦

政府、Schleswig-Holstein 邦中小學與職業教育部、德國總工會、教育與學術工會，以及服務業聯合工會等對於憲法訴願表示意見。聯邦政府參加憲法訴願程序。

[64-65]（略）

[66] 公務人員協會與團體協約聯盟認為，如對於基本法第9條第3項與同法第33條第5項之衡平問題依據實踐協調原則加以處理，則對於基本法第9條第3項之需要正當化之干預已然欠缺。另基於憲法上之贍養原則，對於公務人員而言，亦欠缺與團體協約領域可比較之利益狀態。……

[67-69]（略）

[70] 依自由漢撒城市 Hamburg 之見解，對於公務人員之罷工禁止並不構成對於基本法第9條第3項之違憲侵害。對公務人員而言，基本法第33條第5項排除了主張基本法第9條第3項之可能性。Hamburg 對於歐洲人權法院裁判得否移植至德國，亦有所質疑，並進而主張對於德國公務人員之罷工禁止，與歐洲人權公約第11條之保障，並不違背。……

[71-74]（略）

[75-79] 聯邦政府認為，對於公務人員之罷工禁止與基本法或歐洲人權公約第11條，皆無牴觸。聯邦政府指出，依據歐洲人權法院2014年於 National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. 大不列顛聯合王國一案之判決，罷工禁止得以被正當化。對於歐洲人權公約第11條之干預，得依據歐洲人權公約第11條第2項第1句之一般界限，或同條第2項第2句針對公勤務中具特定功能之特殊人員規定之界限而得以正當化。……

[80-81] 依 Bayer 邦政府之見解，受質疑之高權行為並未違憲侵害聲請人之基本權。其指出，為確保能發揮功能之行政與法律執行，在聯邦憲法法院之裁判中並未指出，較罷工禁止對於基本權之侵害較微小而相同有效之手段。另外，在德國之罷工禁止並非對於全體公勤務人員之全面禁止，而公立學校之教師亦屬執行公權力之人員，再者，依公務人員地位法第53條規定，職業團體享有參與權作為利益均衡之手段，最後罷工禁止作為職業公務人員制度之傳統原則，屬於歐洲

人權公約第11條第2項第1句意義下之「法律規定」，因此與歐洲人權公約第11條之保障並不違背。……

[82] (略)

[83-87] 依Nordrhein-Westfalen邦政府之見解，第三位聲請人已因其離職而喪失訴願權能。其強調，公立學校教師具有公務人員身分，從而應受到基本法第33條第5項之規範，從而其同盟自由有其界限。Nordrhein-Westfalen邦政府並指出，歐洲人權法院於Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其一案中之見解，不應移植至德國，蓋於該案，土耳其係針對公勤務所有人員之全面禁止罷工，此於德國並不存在。……

[88-90] (略)

[91-92] 依Niedersachsen邦政府之見解，對於公務人員之罷工禁止直接從基本法第33條第5項導出，而構成職業公務人員制度之傳統原則。其指出，具公務人員身分之教師屬於歐洲人權公約第11條第2項第2句意義下之國家行政人員，從而對於公務人員之罷工禁止在國際法上並無疑慮。……

[93-95] (略)

[96-98] Schleswig-Holstein邦中小學及職業教育部認為，在2 BvR 645/15程序中之憲法訴願為無理由，基於基本法第33條第5項，對於同盟自由之限制乃屬正當。在基本法第9條第3項與同法第33條第5項之衝突中，與同盟自由相衝突者，不僅是職業公務人員制度之傳統原則，而是職業公務人員制度整體本身。承認公務人員之罷工權，將動搖公務人員之勤務與忠誠義務以及其全心全力投入職務義務，並進而動搖民主與法治國原則。關於對於公務人員之罷工禁止是否違反歐洲人權公約之問題，Schleswig-Holstein邦中小學及職業教育部亦主張歐洲人權法院之裁判不應移植到德國。……

[99-102] (略)

[103] 德意志總工會、教育與學術工會、以及服務業聯合工會於其共同提出之書面意見中指出，對於公務人員之罷工違反公務人員身分與（基本法第33條第4項之）功能保留之進一步脫鉤。目前在郵政與鐵路民營化後之企業仍然投入一定數量之公務人員，而該等人員並未執行公權力。想要藉由罷工禁止以維護行政功能之國家，藉此反而

創造了「間斷性之風險」。……

[104-105]（略）

V.

[106]在2018年1月17日之言詞審理中，當事人已確認並深入說明其訴求。此外，本庭亦聽取司法部以及Sachsen邦文化部關於教學人力僱用關係之形成的實務運作暨其對學校運作影響之說明。

B.

[107]憲法訴願合法。

I.

[108]第三位聲請人於專業法院審理期間，亦即於提起憲法訴願之前，已基於其自身之意願而終止公務人員關係；第一位聲請人於憲法訴願程序中已達Niedersachsen邦公務人員法第35條第1項第2句以及第2項規定之屆齡退休年齡，從而已然退休，惟此不影響案由2 BvR 1738/12與2 BvR 1068/14等憲法訴願程序之合法性。雖然基於侵害須現時存在之觀點，如果侵害訴願聲請人權利之高權行為於提起憲法訴願後，或甚至提起憲法訴願前已然消滅，則訴願權限亦隨之消滅（參閱Lenz/Hansel, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 90, Rn. 331 f.）。然而，在憲法法院之裁判中，如果受質疑之基本權干預行為特別重大，而另一方面，非透過憲法訴願具有原則重要性之憲法問題難以獲得釐清（參閱BVerfGE 81, 138 <141 f.>；91, 125 <133>；98, 169 <198>；103, 44 <58>），已成為無標的之措施持續影響訴願聲請人（參閱BVerfGE 99, 129 <138>），或訴願聲請人具有回復名譽之利益（亦參閱聯邦憲法法院2017年11月7日第二庭判決- 2 BvE 2/11 -, juris, Rn. 183；Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BverfGG, § 90 Rn. 269a <Oktober 2013>），則承認高權行為之消滅不會導致憲法訴願不合法。在此一背景，第一位聲請人與第三位聲請人至少在回復名譽利益之觀點下，得主張對於憲法訴願之裁判具有繼續存在之利益。

II.

[109]（略）

III.

[110] (略)

C.

[111] 憲法訴訟為無理由。被質疑之行政機關決定與法院裁判並未違憲侵害聲請人等之權利。

I.

[112] 判斷本案所主張基本權違憲侵害之憲法基準，可由基本法第9條第3項所保障之同盟自由、同法第33條第5項所規定之職業公務人員制度之傳統原則以及基本法對國際法友善原則而導出。

[113]1.a) 基本法第9條第3項之基本權保障任何人以及所有職業，且包含同盟本身，以及其經由特別與同盟相關之活動，以追求基本法第9條第3項所規定目的，亦即維護或提升工作或經濟條件之權利（參閱BVerfGE 4, 96 <107>；17, 319 <333>；18, 18 <25 f.>；50, 290 <367>）。同盟自由保障所有人作為職業成員（勞工或雇主）之性質，且並不排除特定職業領域。從而不只公勤務中之雇員，包括公務人員也在基本法第9條第3項之人員上的保護領域內。

[114]b) 基本法第9條第3項之事物上的保障領域包括從事與同盟相關之活動（aa），涵蓋罷工（bb）。

[115]aa) 依據聯邦憲法法院之一貫判決，基本法第9條第3項之基本權主要是從事特別與同盟相關活動之自由權（參閱BVerfGE 17, 319 <333>；19, 303 <312>；28, 295 <304>；50, 290 <367>；58, 233 <246>；93, 352 <358>；最近聯邦憲法法院第一庭2017年7月11日判決 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, juris, Rn. 130），其保障個人為促進勞動與經濟條件而組成團體並共同追求此一目的之自由。只要同盟追求基本法第9條第3項所稱目的而涉及同盟權本身，則同盟在其利益維護之範圍內自行決定應投入之手段（參閱BVerfGE 50, 290 <368> m.w.N.；92, 365 <393>；聯邦憲法法院第一庭2017年7月11日判決 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, juris, Rn. 130）。在此，同盟自由之保障依向來一貫之判決，並非一開始就侷限於不可或缺事物之領域（另參閱BVerfGE 19, 303 <321 f.>；28, 295 <304>；38, 281 <305>；50, 290 <368 f.>），而是擴展超越基本法第9條第3項之核心領域而及於所有之同盟特殊

行為方式（參閱 BVerfGE 93, 352 <358 f.>；94, 268 <283>；100, 271 <282>；103, 293 <304>）。

[116]bb) 只要基本法第9條第3項所保障目的之追求取決於特定手段之投入，則該手段亦為基本權保障所涵蓋（參閱 BVerfGE 84, 212 <224 f.>）。為締結團體協約所採取之勞動鬥爭措施，即屬於受保障之手段。當勞動鬥爭措施就一般而言，係為確保團體協約自治能發揮功能之所必要，則在此範圍內其無論如何皆落入同盟自由之範圍（參閱 BVerfGE 88, 103 <114>；92, 365 <393 f.>；聯邦憲法法院第一庭 2017 年 7 月 11 日判決 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, juris, Rn. 131）。對此，基本法第9條第3項第3句亦予肯定。

[117]2. 同盟自由基本權之保障雖無法律保留之限制規定（僅參閱 BVerfGE 92, 26 <41>），但並非因此即從一開始就排除任何限制。受無法律保留地保障之基本權亦得經由與其相衝突之第三人基本權，或其他具憲法位階之權利而有其界限。（參閱例如 BVerfGE 28, 243 <261>；84, 212 <228>；92, 26 <41>；聯邦憲法法院第一庭 2017 年 7 月 11 日判決 - 1 BvR 1571/15 u.a. - juris, Rn. 141）。基本法第33條第5項所保障之職業公務人員制度之傳統原則即屬於此等具憲法位階之界限（參閱 BVerfGE 19, 303 <322>）。

[118]a) 基本法第33條第5項為可直接適用之法，且包含對於立法者之規範委託以及對於職業公務人員制度之制度保障（參閱 BVerfGE 117, 330 <344>；119, 247 <260>）。基本法第33條第5項意義下之職業公務人員制度傳統原則係指一項結構原則之核心部分，該原則於一段長期、形成傳統之時間範圍內，特別是在威瑪共和時期，即已受一般或完全壓倒性地認可並受保障（參閱 BVerfGE 8, 332 <343>；46, 97 <117>；58, 68 <76 f.>；83, 89 <98>；106, 225 <232>；107, 218 <237>；117, 330 <344 f.>；117, 372 <379>；121, 205 <219>；未連結至威瑪憲法者，BVerfGE 145, 1 <8 Rn. 16>）。職業公務人員制度之發展，在歷史上與法治國家之發展緊密相連：公務人員一開始僅對君主盡其義務，隨著國家理解之改變，其亦從封建諸侯之下屬轉變為國家之人員。其任務始終係為人民之利益維持憲法與法律，面對國家之政治高層亦然。公務人員制度作為一項制度，係建立

在知識、專業給付以及忠誠之義務履行上。其應確保穩定之行政，並藉此建立相對於形塑國家制度之政治力的平衡因素（參閱BVerfGE 7, 155 <162>; 119, 247 <260 f.>; 一貫之裁判）。

[119]b) 適用於所有公務人員之基本法第33條第5項，其基準點並非已成長之公務人員法，而是職業公務人員制度（參閱BVerfGE 117, 330 <349>）。在其制度存續中，受保障者因此限於足以決定性地形塑公務人員制度之形象，使其合乎其傳統型態之規定，從而該規定之排除將觸及公務人員制度本身（參閱BVerfGE 43, 177 <185>; BVerfGE 114, 258 <286>）。此一基本性之必要，從制度性保障之本質已可導出。制度保障之意義正是對於形塑制度之立法者有拘束力地預定一項結構原則之核心部分作為框架，亦即不得被去除之基本原則，如將之去除，將因此同時根本性地改變制度之本質。聯邦憲法法院對此以下列表現形式加以表達，亦即基本法第33條第5項在此範圍內，不只要求被斟酌，而是要求被尊重（參閱BVerfGE 8, 1 <16 f.>; 11, 203 <210>; 61, 43 <57 f.>）。相對地，只要對於職業公務人員制度之形象與功能予以結構性地改變之規定未被採用，基本法第33條第5項並未反對公務人員法之繼續發展（參閱BVerfGE 117, 330 <348 f.>; 117, 372 <379>）。在斟酌義務中開闢發展之開放性，使得立法者得以於形塑公勤務法時適應國家之發展，並因此使公務人員法與時俱進。基本法第33條第5項之結構決定給予立法者足夠空間，將歷史上成長之制度鑲進今日國家生活之框架中（參閱BVerfGE 3, 58 <137>; 7, 155 <162>; 70, 69 <79>），且適應基本法對於在自由、法治、社會之民主國家服務之公務人員，所設定之功能（參閱BVerfGE 8, 1 <16>; 9, 268 <286>; 15, 167 <195> m.w.N.）。

[120]c) 此外，忠誠義務（參閱BVerfGE 39, 334 <346 f.>; 119, 247 <264>）、終身職原則（參閱BVerfGE 71, 255 <268>; 121, 205 <220>）、贍養原則（參閱BVerfGE 8, 1 <16 ff.>; 44, 249 <265>; 49, 260 <271>; 70, 251 <267>; 99, 300 <314>; 106, 225 <232>; 117, 372 <380>; 139, 64 <111 Rn. 92>; 140, 240 <277 Rn. 71>）以及與此相應之公務人員薪俸應由法律單方地加以規定之原則（參閱BVerfGE 44, 249 <264>; 亦參閱BVerfGE 8, 1 <15 ff.>; 8, 28 <35>），亦屬於結構

原則之核心部分，在此一核心部分，尊重義務阻斷了藉由立法通往徹底而結構性改變之路。這些形塑制度之結構特徵在此並非彼此毫無關聯，而是相互緊密關聯（關於終身職原則與贍養原則，參閱BVerfGE 119, 247 <263>；121, 205 <221>；關於忠誠義務與贍養原則，參閱BVerfGE 21, 329 <345>；44, 249 <264>；130, 263 <298>；關於公務人員之忠誠義務與勤務主體之照顧義務，參閱BVerfGE 9, 268 <286>；進一步亦參閱BVerfGE 71, 39 <59>）。

[121]aa) 公務人員之忠誠義務屬於職業公務人員制度之傳統原則，以及基本法第33條第5項所規定制度保障之核心（參閱BVerfGE 9, 268 <286>）。其於現代行政國家亦具有特殊意義。現代行政國家之實事求是與有效率之任務實現，乃是仰賴於一個能完整發揮功能、忠心耿耿、忠於義務以及與國家及其憲政秩序具有內在關聯之公務人員制度（參閱BVerfGE 39, 334 <347>）。公務人員有義務實現公共福祉，並因此有義務非對己有利地執行職務，且於執行其所受託付之任務時，擱置自身利益。為貫徹自身利益而採行之抗爭或施壓手段，特別是基本法第9條第3項意義下之集體抗爭措施，例如罷工，與公務人員之忠誠義務，不相符合（參閱BVerfGE 119, 247 <264> m.w.N.）。法律上與經濟上安全地位之確保，應使其得以履行其忠誠義務。

[122]bb) 終身職原則具有在法治國家利益上保障公務人員獨立性之功能。只有法律上與經濟上之安全才足以提供保障，以確保職業公務人員制度在政治力量之賽局中，確保忠於法律之行政，以履行基本法所託付之任務（參閱BVerfGE 121, 205 <221>）。屬之者，特別包括公務人員得以非恣意地或依照政治班子之自由裁量而被免職。此一透過終身法律關係所保障之身分法意義上職務之不可剝奪性，具有基礎性之意義，蓋其確保公務人員在執行所託付之任務時，具有其受法律與法拘束所必要之獨立性（參閱BVerfGE 121, 205 <222>；141, 56 <71 Rn. 38>）。

[123]cc) 贍養原則賦予勤務主體義務，對於公務人員及其家庭，終身地予以適當之贍養，且依其職級、依與其職務所相連結之責任，以及依照職業公務人員制度對於公眾之意義，符合一般經濟上與財

政上關係以及一般生活水準之發展，而保障其適當之生活費用（參閱 BVerfGE 8, 1 <14>；117, 330 <351>；119, 247 <269>；130, 263 <292>；139, 64 <111 f. Rn. 93>；140, 240 <278 Rn. 72>）。公務人員之薪俸並非特定具體勞務之對價，而是勤務主體因公務人員以其完整人格供其使用，所提供之「對待給付」。公務人員完全地獻身於公共勤務作為生命中之志業，且得以履行於國家生活中歸屬於己之功能，亦即確保穩定之行政，且因此相對於形塑國家之政治力量構成平衡因素。公務人員之薪俸為此創造條件（參閱 BVerfGE 7, 155 <162 f.>；21, 329 <345>；39, 196 <201>；44, 249 <265>；117, 372 <380>；一貫之裁判）。因此，適當生活費用之保障應被視為特別重要之傳統原則，立法者有義務加以尊重，此一要求乃係不可違逆。

[124] 藉由適當生活費用之直接客觀保障，基本法第 33 條第 5 項同時也創立了一項個別公務人員對於國家之類似基本權的個人權利（參閱 BVerfGE 99, 300 <314>；107, 218 <236 f.>；117, 330 <344>；119, 247 <266>；130, 263 <292>）。基本法第 33 條第 5 項之此一主觀法成分可由公務人員法上法律關係之本質推導出：公務人員立於國家作為其勤務主體之對立面，而其勤務主體在其作為立法者之地位，同時對於法律關係之規範以及雙方權利、義務之分配，單獨擁有權限並有其責任。個別公務人員對於法律關係之進一步形成，並無影響之可能，而是仰賴於其勤務主體作為立法者所作成之規範。因此當基本法想要在第 33 條第 5 項，對於公務人員法上之立法符合特定限縮到很窄之憲法上最低要求，提供直接保障，則以下設想便是理所當然，亦即主要且直接之當事人應被賦予相應之個人權利，藉此其於此範圍內，得以符合法治與社會國家之基本原則，而在法律上維護其憲法地位（參閱 BVerfGE 8, 1 <17>）。

[125]d) 基本法第 33 條第 5 項經由 2006 年 8 月 28 日制定之基本法修正法第 1 條第 3 款（第 22、23、33、52、72、73、74、74a、75、84、85、87c、91a、91b、93、98、104a、104b、105、107、109、125a、125b、125c、143c 等條）（BGBl I S. 2034）所引入之繼續發展條款，並未改變公務人員之義務。單從該規定在此次修正未改變之文句即可導出，立法者在規定公務人員法時，仍應繼續斟酌公務人員制

度之傳統原則（參閱BVerfGE 119, 247 <272 f.>）。應繼續發展者乃公務人員法，而非對此施行之基準——職業公務人員制度之傳統原則（參閱BVerfGE 121, 205 <232>）。惟立法者對於傳統原則亦仍保有形成餘地，藉此使公務人員立法能適應於自由民主國家之需要而繼續發展。只要對於公務人員制度之制度性具有重要性之規定，未進行結構性之改變，公務人員法之繼續發展並不牴觸基本法第33條第5項（參閱BVerfGE 145, 1 <12 f. Rn. 27>）。儘管如此，與基本法第33條第5項所保障之德國職業公務人員制度典範的基本結構不相符合之改變，仍違反憲法之規定（參閱BVerfGE 119, 247 <273>）。

[126]3. 基本法之規定應對於國際法友善地加以解釋。歐洲人權公約雖然在內國法上處於聯邦法律之位階，從而低於基本法（a）。然而其於解釋基本權與基本法之法治國原則時，應加以考慮（b）。此亦適用於歐洲人權法院對於歐洲人權公約之人權解釋（c）。歐洲人權公約以及歐洲人權法院裁判所具有之意義，係立基於基本法對於國際法之友善性，以及其內容上之人權取向（d）。惟作為解釋之協助而被考慮進來，並不要求公式化之平行處理，例如基本法與歐洲人權公約之完全一致，而是吸納其價值（e）。在歐洲人權公約第46條之外，在解釋基本法時，應特別考慮歐洲人權法院人權決定之特殊脈絡（f）。當歐洲人權公約價值之吸納在方法上是不可支持的，或與基本法之規定不一致，則為國際法友善性之界限之處（g）。

[127]a) 歐洲人權公約及其附加議定書乃係國際法上之條約。締約國以何種方式履行其尊重條約規定之義務，公約乃將之託付予締約國（參閱BVerfGE 111, 307 <316> m.w.N.）。聯邦立法者已經由形式意義之法律，依基本法第59條第2項規定，通過上開協議（1952年8月7日制定之人權與基本自由保障公約法，BGBl II S. 685；依據1953年12月15日之公布，BGBl II 1954 S. 14，公約於1953年9月3日於德國境內生效；公約於第11次附加議定書通過版本之新公布，載於BGBl II 2002 S. 1054）。藉此其發布了相應之法律適用指令。在德國之法律秩序內，歐洲人權公約及其附加議定書——只要其於德國生效——立於聯邦法律之位階。

[128]b) 儘管如此，歐洲人權公約得影響基本權以及基本法下法

治國原則之解釋，從而其保障具有憲法意義（參閱 BVerfGE 74, 358 <370>；83, 119 <128>；111, 307 <316 f., 329>；120, 180 <200 f.>；128, 326 <367 f.>；BVerfGK 3, 4 <8>；9, 174 <190>；10, 66 <77>；10, 234 <239>；20, 234 <247>）。公約文本以及歐洲人權法院之裁判，依聯邦憲法法院之一貫裁判，在憲法層次係作為對於基本權與基本法下法治國原則之內容與範圍之解釋協助，只要此不會導致——公約本身並不想引起——基本法基本權保障之限制與減縮（參閱 BVerfGE 74, 358 <370>；111, 307 <317>；120, 180 <200 f.>）。

[129]c) 歐洲人權法院對於德國所作成之決定應遵循歐洲人權公約第46條規定。如聯邦憲法法院與歐洲人權法院並非處理同一爭訟標的，聯邦憲法法院亦應在將歐洲人權公約納入作為解釋協助之範圍內，考量歐洲人權法院之決定。此立基於歐洲人權法院判決對於歐洲人權公約之解釋，無論如何都具有之事實上的超越具體個案之指向與引導功能（參閱 BVerfGE 111, 307 <320>；128, 326 <368>；BVerfGK 10, 66 <77 f.>；10, 234 <239>）。歐洲人權法院裁判之內國作用，不限於基本法第20條第3項連結同法第59條第2項所導出，且限縮於作為個案決定基礎之生活事實之斟酌義務，蓋基本法在國際性法院判決之至少事實上優先作用之背景下，想要盡可能地避免德國之國際法上義務與內國法之衝突（參閱 BVerfGE 111, 307 <328>；112, 1 <25 f.>；BVerfGK 9, 174 <190, 193>）。基本法之國家法友善性因此表達出一項主權理解，亦即其不僅不反對被包裹進國際與超國家關係中，以及其繼續發展，而是更以此為前提並且對此有所期待。在此一背景下，德國憲法之「最後話語」並不反對與國際與歐洲人權法院對話，而毋寧是其規範上之基礎。

[130]d) 納入歐洲人權公約與歐洲人權法院裁判作為解釋協助，在憲法層次上，係超越個案，對於人權公約在德國之保障，創造盡可能廣泛之適用，此外並得幫助德國免於受譴責（BVerfGE 128, 326 <369>）。基本法在內容上指向人權，特別表現在德國人民對於基本法第1條第2項所規定不可侵犯與不可讓與之人權的信念。基本法藉由第1條第2項賦予人權之核心部分特殊保障。因此，此連結基本法第59條第2項構成一項憲法義務之基礎，亦即在適用德國基本權時，

應納入歐洲人權公約以其具體形式作為解釋協助。基本法第1條第2項因此雖非歐洲人權公約直接憲法位階之康莊大道，但此一規定藉由對於基本法之解釋給予準則，以及釐清其基本權亦應理解為一般人權之表現，以及此應接受為最低標準，而使其勝於無拘束力之綱要規定（參閱BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <329>; 128, 326 <369>; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 2 Rn. 21; Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 2 Rn. 47 <März 2006>; Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Bd. I, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 71 ff.）。

[131]e) 將歐洲人權公約納入作為對於基本法規定之解釋協助，乃是結果取向：其不以個別憲法概念之公式化平行處理為目標（參閱BVerfGE 137, 273 <320 f. Rn. 128> m.w.N.），而是要避免違反國際法。雖然如果內國法與國際法水乳交融，要排除或避免違反國際法能比較容易達成，然而從國際法角度來看，此非屬強制：對於締約國以何種方式履行其尊重義務，公約將之交由締約國決定（參閱BVerfGE 111, 307 <316>; 128, 326 <367>）。在此一背景下，對於基本法概念之對公約友善解釋類似於比較憲法之解釋，規範文本上之類似性不應掩蓋從法秩序之脈絡導出之區別。各個提及之國際條約之人權內容必須於一個積極（繼受）過程之範圍內，在接受國之憲法秩序脈絡中，重新加以思考（參閱BVerfGE 128, 326 <370>，引述Häberle, Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl. 2011, S. 255 f.; 亦參閱Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 2 Rn. 20）。

[132]f) 當締約國經由歐洲人權公約第46條負有義務，於所有其作為當事人之法律案件，遵循法院之終局判決，在公約第46條之適用領域外取向於歐洲人權法院之裁判時，應特別考慮脈絡化意義下之案件具體情況（參閱Kaiser, AöR 142 <2017>, S. 417 <432 ff.>）。在此首先須考慮到，與歐盟法相反（參閱BVerfGE 75, 223 <244 f.>），歐洲人權公約在欠缺相關之內國法上法律適用指令之情形下，不能主張相對於內國成文法律之適用上之優先性。若公約權利因此並未被賦予優先於德國憲法秩序之優先地位，而是具有作為基本法解釋準則之意義，則在考慮歐洲人權法院裁判時，在既判力外主要涉及，對於

公約基本價值敘述之認同並與其爭辯（參閱Kaiser, AöR 142 <2017>, S. 417 <432>）。在此，與公約基本價值之衝突應盡可能地避免。取向或引導功能之承認，因此以可比較性之因素為前提。在斟酌歐洲人權法院裁判時，同樣應一併考慮待決案件之具體案件事實與其（法律文化上）之背景，以及德國法律秩序可能之特殊性，而反對單純「概念平行化」意義下不加以區分之繼受。在相同法律秩序適用領域之平行案件，亦即在歐洲人權法院裁判之原因案件所涉及締約國之（其他）程序，引導與取向功能會特別大（參閱Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 16 Rn. 8）。

[133]g) 國際法友善解釋之界限可從基本法導出。公約友善解釋之可能性，在其依已被認可之法律解釋或憲法解釋方法，不再能加以支持時，則為其結束之處（參閱BVerfGE 111, 307 <329>; 128, 326 <371>; 關於基本法依第79條第3項規定之憲法同一性核心部分之絕對界限，參閱BVerfGE 123, 267 <344 ff.>）。只要在現行方法論上之基準範圍內，已開放解釋或衡量餘地，則德國法院有義務優先採取符合公約之解釋。如對於歐洲人權法院決定之尊重由於事實基礎之不同，而明顯違反與之相反之法律或德國憲法規定，亦即包括侵犯第三人之基本權，則情形有所不同（參閱BVerfGE 111, 307 <329>）。如果立法者例外地不尊重國際法，只要僅有此一方式才得以對抗憲法基本原則之違反，則並不因此違反國際法友善性之目標（參閱BVerfGE 111, 307 <319>）。

[134] 此外，基本權之對公約友善解釋亦不得導致依據基本法之基本權保障受到限縮；歐洲人權公約本身對此亦予排除（參閱BVerfGE 111, 307 <317>）。此一繼受上之阻礙可能在多端之基本權理解中特別重要，在該理解中，對於一基本權主體而言較多之自由，意味著對於其他人之較少的自由（參閱BVerfGE 128, 326 <371> m.w.N.）。

[135] 另外，在基本法對公約友善解釋之範圍內，歐洲人權法院判決亦應盡可能細膩地融入現存之在釋義學上差異化之內國法律體系中（參閱BVerfGE 111, 307 <327>; 128, 326 <371>），因此，禁止對於國際法上概念之不加反省地改寫。比例原則作為憲法內含之基本

原則，在基本法之觀點中特別受到關注——特別是當歐洲人權法院對於人權所獨立形成之概念與基本法之相應概念比較，在文本上保障類似，結果卻有不同——，以斟酌歐洲人權法院之人權價值：在此一背景下，「納入作為解釋協助」意味著，歐洲人權法院對於人權於其衡量中所斟酌之觀點，亦應融入憲法上比例原則之審查中（參閱 BVerfGE 111, 307 <324>；128, 326 <371 f.>；BVerfGK 3, 4 <9>）。

II.

[136] 憲法訴願所指摘違憲之高權行為，在憲法上應無可非難。各個憲法訴願具有部分不同之理由觀點，但在結果上皆從德國對於公務人員之罷工禁止出發。在此並不存在對於具決定性之憲法規定之誤認。儘管聲請人等落入同盟自由之保障領域（1.）。各自在原審所指摘之措施亦構成基本法第9條第3項所規定基本權之干預（2.）。然而，此干預在憲法上得以正當化（3.）。從歐洲人權公約保障之觀點，其判斷亦無不同（4.）。

[137] 1. 職業公務人員制度之傳統原則（基本法第33條第5項）並未在憲法上直接限制同盟自由（a）。基本法第9條第3項之事物上之保障領域，仍為開放（b）。

[138] a) 聯邦憲法法院之裁判到目前為止，對於基本法第9條第3項與基本法第33條第5項之關係，尚未明確表示意見。雖然依據第一庭對於同盟自由射程之一項早期判決，此等得經由其他憲法規定而將其成員排除透過團體協約以形成薪資之外之團體，得具有特殊地位，例如基於公務人員制度之傳統原則（基本法第33條第5項）所導出之對於公務人員之排除規定（參閱 BVerfGE 4, 96 <107>）。但由此所表達之對於同盟自由保障領域之憲法上直接限制的想法，聯邦憲法法院在之後並未予以採納。第二庭在其關於1965年人事代表會選舉時工會進行宣傳之裁定中，確認了公務人員亦享有保障任何人與任何職業之同盟自由，惟應審查對於此一人員群體之基本權限制是否經由基本法第33條第5項而得以正當化。依基本法第33條第5項，此等基本權限制，只有當其係具體之公務人員勤務與忠誠關係之意義與目的所要求，始為合法（參閱 BVerfGE 19, 303 <322>）。在基本權釋義學上，基本權之限制（及其正當化）係以各該保障之保障領域開放為前

提。如果在保障領域之層次已存有憲法上之直接界限，則基本權限制及其正當化之敘述即為不再必要（參閱Klein, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen, 2017, S. 139 m.w.N.）。聯邦行政法院於其2014年2月27日之判決中，引用三個聯邦憲法法院之決定（BVerfGE 8, 1 <17>; 44, 249 <264>; 119, 247 <264>），而從下列觀點出發，亦即基本法第33條第5項基於其內容上之明確性可直接適用，且於其適用領域可達到之範圍內，優先於基本法第9條第3項之同盟自由（參閱BVerwGE 149, 117 <125 f. Rn. 32>）。惟上開聯邦憲法法院前兩個決定根本未處理基本法第9條第3項；關於無須申請之兼職活動之決定，雖旁及同盟自由，但對於其與職業公務人員制度傳統原則之關係，則未有論述。

[139]然而，基於體系與目的解釋，可導致下列結論，即職業公務人員制度之傳統原則構成正當化對於基本法第9條第3項限制之相衝突憲法法益；其並未在憲法上直接為同盟自由劃定界限（參閱Klein, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen, 2017, S. 140 ff.; a.A. Hänsle, Streik und Daseinsvorsorge, 2016, S. 490 ff.）。此等理解考慮到基本權作為自由民主秩序核心之突出地位（參閱BVerfGE 31, 58 <73>），且避免魯莽而僅僅抽象之利益衡量，使一項法益以其他法益為代價始得以實現（亦參閱Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl. 1995, Rn. 72）。毋寧應經由將兩項憲法法益相互協調處理，以獲致最細膩之平衡考慮，以考慮實踐上之協調原則。每個憲法法益應盡可能廣泛地發揮作用，並藉此獲致完美之實效。此亦適用於基本法第33條第5項之結構原則，該結構原則並未從一開始就封閉與其他法益之平衡（參閱Kees, Der Staat 54 <2015>, S. 63 <75>）。依據引導憲法解釋之憲法一體性原則，亦應避免將個別價值或原則相對於其他價值或原則，單方面地優先或予以屏棄之觀察方式。一項在保障領域層次即作基本權限制之解釋，而不進入比例原則之審查，此僅於此在基本法能毫無疑問地得出時，始得予以考慮。本案並非此等情形。

[140]b) 同盟自由之事物上的保障領域之開放，無論如何在系爭案件——聲請人等作為具公務人員身分之教師響應教育與學術工會之

罷工呼籲——亦不因罷工必須與團體協約有所關聯，或罷工者必須具有團體協約能力，而從一開始即受到限制。儘管公務人員由於不能經由團體協約以形成其俸給（參閱BVerfGE 4, 96 <107>；Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 197；Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 362 <September 2016>），因此其同盟自由在此範圍內不得締結團體協約。但聯邦憲法法院在其關於團體協約統一法之決定中，對於目的在於締結團體協約之勞動鬥爭措施，只要其係確保團體協約自治能發揮功能之所必要，重申並最終將之納入基本法第9條第3項之保障領域（參閱BverfGE 84, 212 <225>；88, 103 <114>；92, 365 <393 f.>；聯邦憲法法院第一庭2017年7月11日判決- 1 BvR 1571/15 u.a. -, juris, Rn. 131）。如下之論述，即罷工之發動必定始終關連到團體協約之締結，從到目前為止之決定中，並無法得出。對於歸屬基本法第9條第3項之保障領域而言，毋寧相應地涉及工會所承擔牽連到團體協約談判之行動（參閱聯邦憲法法院，第一庭第三審查庭2014年3月26日裁定- 1 BvR 3185/09 -, juris, Rn. 26 ff.）。聯邦勞動法院對於工會為支持團體協約之締結而宣布之罷工，無論如何都不（再）將之從一開始就排除於基本法第9條第3項之保障領域之外（參閱BAGE 123, 134 <137 f. Rn. 13>；關於「間接之團體協約關聯」Ickenroth, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 198 ff.）。此外，一個對於基本法第9條第3項之如此廣泛之理解，以及由此所表達出之盡可能廣泛地保障基本權之努力，掌握了在對國際法友善解釋意義下之歐洲人權公約第11條之價值，依該規定，支持性罷工至少亦構成同盟自由之補充元素（參閱EGMR, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom, 2014年4月8日判決，Nr. 31045/10，§ 77）。在系爭程序中，聲請人等受到指責之參與教育與學術工會所呼籲之（警告性）罷工措施，與當時公勤務中進行之團體協約談判具有關聯性，從而對於主要勞工抗爭所追求目標之促進，並非從一開始即為不適當（亦參閱BAGE 123, 134 <146 Rn. 37>）。

[141]2. 受指摘之行政機關與法院決定影響基本法第9條第3項之

基本權。對於基本權保障之任何縮減，都構成對於同盟自由之限制。因此，所有負擔性之規定與措施，皆應於基本權行使之所有階段，作為國家之影響而納入考慮（Bauer, in: Dreier, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 90 m.w.N.）。對於聲請人等行為所施之懲戒法上制裁，經由其勤務主體之處分以及透過對該處分之受指摘法院決定，而在懲戒法院上加以確認，限縮了參與勞動鬥爭之可能性。

[142]3. 然而，此一對於同盟自由之影響經由足夠重要之受憲法保障之利益而正當化。

[143] 首先，在憲法上無疑問的是，憲法訴願所指摘之決定將對於公務人員之罷工禁止理解為具有憲法位階之傳統原則（a），立法者對該原則並非僅止於斟酌，而是應予尊重（b）。對於公務人員罷工禁止之明確法律上規範，並非必要（c）。對於公務人員涉及身分之罷工禁止，亦未以不成比例之方式而干預基本法第9條第3項之保障（d）。

[144]a) 對於公務人員之罷工禁止獨自構成基本法第33條第5項意義下之職業公務人員制度傳統原則。其滿足認定為傳統原則所必須之傳統性（aa）以及基本性之要件（bb）。

[145] 從基本法第33條第5項之文義，無法得出憲法上認為構成傳統原則之具體情形。在基本法制憲會議中對於同盟自由之射程雖有所爭論（參閱Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14, Teilbd. 1, Hauptausschuss, 2009, S. 521 ff.）；但在憲法條文上之明白陳述既未採納公務人員之罷工權，亦未採納對其之罷工禁止。

[146] 聯邦憲法法院於其關於多子女公務人員贍養之決定中指出，適當贍養之總數不得爭取亦無法合意決定，而是由法律加以規定，且在公務人員法內，罷工之容許性因此被排除（參閱BverfGE 44, 249 <264> m.w.N.）。於其關於公務人員之無須申請之兼職活動之決定中，其宣稱，忠誠義務向來屬於公務人員關係之核心義務。公務人員對於公共福祉負有義務，從而有義務非為自身利益地執行職務，在執行受託付之職務時，應自自身利益退縮。為貫徹自身利益而投入經濟上之抗爭或施壓手段，特別是基本法第9條第3項意義下之集體性抗爭措施以及罷工權，對其而言乃屬禁止（BverfGE 119, 247

<264> m.w.N.)。

[147]aa) 罷工禁止滿足了對於獨自構成職業公務人員制度傳統原則具重要性之傳統性元素。儘管威瑪憲法於其決定性之規定，威瑪憲法第130條第2項與同法第159條，既未對公務人員之罷工權，亦未對其罷工禁止有所表示，帝國總統Friedrich Ebert於1922年2月1日發布以威瑪憲法第48條第2項為基礎之關於禁止帝國鐵路公務人員罷工之緊急命令（RGBl S. 187）。依據此一已於1922年2月9日失效之命令第1條第1項（RGBl S. 205），帝國鐵路公務人員「如同所有其他公務人員，依現行公務人員法，禁止停止或拒絕其所受託付之工作」。在1922年之後，雖然帝國議會或帝國政府皆未頒布明確禁止公務人員罷工之規定，但由當時之裁判仍可以得出，對於公務人員之罷工禁止完全壓到性地獲得承認（RGSt 56, 412 <416 ff.>；56, 419 <421 f.>；帝國懲戒法院1923年4月10日之決定，in：Schulze/Simons, Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofes nach dem Stande vom 1. Oktober 1925, 1926, S. 19 <21>；1922年12月14日之決定，in：Schulze/Simons, a.a.O., S. 73 <77>；1923年5月8日之決定，in：Schulze/Simons, a.a.O., S. 85；1923年3月12日之決定，in：Schulze/Simons, a.a.O., S. 86 <87>；1923年1月30日之決定，in：Schulze/Simons, a.a.O., S. 404 <405 f.>；其他裁判，參閱Anschütz, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 159 Anm. 5；以及Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR 91 <1966>, S. 141 <164 mit Fn. 122>；或許不同觀點，Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 1971, S. 107）。因此，對於公務人員之罷工禁止（無論如何）根源於建立在威瑪共和國實踐之傳統路線，且在此一基礎上可認為係基本法第33條第5項所稱之傳統。

[148]部分反對承認罷工禁止作為獨自之傳統原則之意見認為，行政為反應1922年之鐵路罷工所發布之緊急命令，依基本法之理解，並未具備足夠之民主正當性。此一情況應貫穿基本法第33條第5項之解釋（參閱Hensche, in：Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 18a Rn. 39）。然而，此等意見忽視了，制憲者對於職業公務人員制度之傳統原則，藉由基本法第33條第5項規定之創造將其嵌入基本法中，而賦予正當性。其明確地建立了與此先於憲法制度之連結，而未

將之取決於其形成條件。此外，前揭緊急命令並未建立罷工禁止，而係將之作爲既存之前提，且僅對於一個具體之危險情況而將之具體化。

[149]bb) 考慮到罷工禁止在內容上與德國職業公務人員制度之基礎——亦即公務人員法上之忠誠義務以及贍養原則——之緊密連結，可以肯定基本性之要求已然滿足。

[150] 依據一般之觀點，公務人員之忠誠義務屬於職業公務人員制度傳統原則之核心部分（參閱 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Bd.2, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 186 m.w.N.）。在內容上，忠誠義務要求公務人員於履行其所受託付之任務時，應自自身利益退縮（參閱 BVerfGE 119, 247 <264>），公務人員團體之勞動鬥爭因此無法與之相容。擔心如此之理解將導致公務人員關係成為基本法外之領域，在此領域中，服從義務將使公務人員類似於特別權力關係之概念，而未被認可擁有對於勤務主體之權利（參閱 Hensche, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 18a Rn. 46），此乃屬無理由。考慮到基本法第9條第3項之規定，忠誠義務並未排除所有公務人員之私人或職業活動；對於公務人員結盟之一般性活動禁止既未構成職業公務人員制度之傳統原則，也未能從公務人員關係之意義與目的導出（參閱 BVerfGE 19, 303 <322>）。

[151] 此外，罷工禁止具有與贍養原則之緊密關聯（參閱 BVerfGE 44, 249 <264>；130, 263 <298>），而贍養原則依聯邦憲法法院之穩固見解，同樣構成職業公務人員制度之傳統原則（參閱 BVerfGE 8, 1 <16>；117, 330 <349>；119, 247 <263>；130, 263 <292>）。公務人員於進入公務人員關係後，負有義務將其所有勞動力任憑其勤務主體支配（參閱 BVerfGE 21, 329 <345>；119, 247 <263 f.>）。作為代價，其勤務主體應終身而適當地贍養公務人員及其家庭，且依其職級、依與其職務相聯結之責任以及依職業公務人員制度對於一般公眾之意義，對其保障與一般經濟與財政關係之發展，以及一般生活水準相當之適切生活費用（參閱 BVerfGE 130, 263 <292> 援引 BVerfGE 8, 1 <14>；117, 330 <351>；119, 247 <269>）。基本法第33條第5項因此包含對於適切生活費用之直接、客觀保障，且由於公務人員對於公務人員關

係中勞動條件之形成並無影響力之此一性質，此一規定同時保障公務人員享有類似於基本權之對於國家的實體權利（參閱BverfGE 8, 1 <17>）。隨之而來的是公務人員之俸給由其勤務主體單方而高權地加以決定。

[152] 依當前憲法上職業公務人員制度之概念，罷工禁止不僅與贍養原則，且與忠誠義務無法分離地結合在一起。公務人員之罷工權無法與此二功能上重要原則相符合；罷工禁止毋寧保障且正當化對於職業公務人員制度前揭原則之當前設計。在此一背景下，基本法第33條第5項之罷工禁止涉及一項職業公務人員制度之獨立、體系上必要且從而係屬基礎之結構原則（參閱Bitsch, ZTR 2012, S. 78 <79 f.>；其他觀點 Klauf, Die Fortentwicklung des deutschen Beamtenrechts durch das europäische Recht, 2014, S. 306）。將其放棄，在德國職業公務人員制度之現存秩序中，原則上將受到質疑（參閱Seifert, KritV 2009, S. 357 <368, 372 ff.>）。

[153]b) 罷工禁止係基本法第33條第5項制度性保障之一部分，立法者應予尊重。罷工權，即使僅使公務人員之一部分享有，亦將徹底地重新形成公務人員關係之理解與規定。其將動搖贍養原則、忠誠義務、終身任用以及重要權利、義務，包括俸給由立法者規定等功能上重要之基本原則，至少將要求這些原則之徹底修正。在承認罷工權之情形下，例如俸給由立法者決定之規定將無存在空間。如果俸給可以由公務人員或部分公務人員爭取，則目前個別公務人員經由法院貫徹合憲贍養之可能性——以及基本法第33條第5項藉此展現之主觀權利設計——，將不再能正當化。然而，贍養原則連結終身職原則維護獨立之職務執行，且確保公務人員全心全力致力職務之義務。為保證這些要求得以實現，聯邦憲法法院強調，勤務主體提供與職務相稱俸給之義務，乃是贍養原則之本質性部分（參閱BverfGE 130, 263 <292>；139, 64 <111 f. Rn. 93>；140, 240 <278 Rn. 72>；141, 56 <70 Rn. 35>；145, 249 <272 Rn. 48>；145, 304 <324 f. Rn. 66>）。藉由（部分）告別這些相互關連之核心原則，職業公務人員制度本身以及基本法第33條第5項之規定對象將因此而受到質疑（參閱Di Fabio, Das beamtenrechtliche Streikverbot, 2012, S. 56 f.；不同觀點，Schnapp,

Beamtenstatus und Streikrecht, 1972, S. 50)。公務人員罷工權因此不僅使公勤務法不適於國家之各個發展階段，且使公務人員法過時。其毋寧侵害受基本法第33條第5項所保障結構原則之核心部分。適用於罷工禁止之尊重義務封鎖了經由一般立法者之徹底改變結構之路（參閱Isensee, Beamtenstreik, 1971, S. 57 ff.；不同觀點Schlachter, RdA 2011, S. 341 <348>）。

[154]c) 由於憲法上之理由，對於公務人員之罷工禁止，並不要求有明確之法律規定。雖然在無法律保留之基本權，僅得基於相衝突之憲法法益而有其界限，而該憲法上內在界限通常須有法律上之基礎加以具體化（參閱Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 262 f.；Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 141；另參閱BVerfGE 83, 130 <142>；108, 282 <311>；122, 98 <107>）。但對於公務人員罷工禁止之明確法律上規定，在聯邦與各邦之公務人員法上，卻是個例外。目前在Saarland邦憲法第115條第5項之外，僅有Rheinland-Pfalz邦公務人員法（GVBl 2010 S. 319）第50條有所規定，依該規定，為維護或促進勞動條件所實施之怠工或罷工，與公務人員關係有所不符。在1953年聯邦公務人員法草案（參閱BTDrucks I/2846, S. 10, 43）中對於公務人員罷工禁止尚有明文規定，但經公務人員法委員會刪除。該委員會認為，罷工與公務人員之義務相違背，此在法律上是如此地清楚，且於公務人員與國民之法律觀念中已如此地確定，以致於相關規定之納入並非必要（參閱BTDrucks I/4246, S.8之附錄）。

[155]再者，系爭憲法訴願所指摘之懲戒處分已援引邦公務人員法之曠職規定作為法律依據。除此之外，部分亦已於公務人員地位法所規定，各邦公務人員於執行職務時，應致力於公眾福祉，而非為自身利益之公務人員法上基本義務，以及受指令拘束性（公務人員地位法第33至第35條），為規範基礎。這些規定整體來看，無論如何足夠構成基本法第33條第5項所導出罷工禁止之具體化（亦參閱Isensee, Beamtenstreik, 1971, S. 68；Lauer, Das Recht des Beamten zum Streik, 2017, S. 137）。如果公務人員應全心全力獻身於其職務，且非為自身利益地，依其良心執行職務，屬於法律上明確規定之公務人員

基本義務，則同時意味著禁止為促進共同之（自身）職業利益而採取集體之經濟上抗爭措施（亦參閱BverfGE 53, 330 <331>）。一項對於罷工禁止之超越於此之規定，基於憲法上之理由，並不需要。

[156]d) 同盟自由之限制，在所提及公務人員領導勞動鬥爭之範圍內，在憲法上無可指摘。對於公務人員之罷工禁止，其基礎在於基本法第33條第5項，且須考量實踐協調原則。

[157]aa) 對於公務人員之罷工禁止，如同其他基本法第33條第5項意義下職業公務人員制度之結構原則之核心部分，係為維護穩固之行政（參閱BVerfGE 56, 146 <162> m.w.N.）、國家任務履行之保證，且從而確保國家及其機構能夠發揮功能。此一憲法亦透過基本法第33條之其他規定予以保障之目標，此外將透過公務人員機器而達成，該公務人員機器之勞動條件係單方而高權地加以決定，其勞動力始終，即使在危機時刻也得以呼喚，且其不參與其勤務主體，有時候甚至是具民主正當性之立法者的力量較勁。基本法第9條第3項與第33條第5項之衝突，應依實踐協調原則予以解決，依該原則，相衝突之憲法上法律地位應於其相互作用中加以掌握，並使其通往均衡，使其對於所有的當事人都能儘可能廣泛地有效（參閱BverfGE 28, 243 <260 f.>；41, 29 <50 f.>；93, 1 <21>；134, 204 <223 Rn. 68>；一貫之裁判）。

[158]bb) 同盟自由與基本法第33條第5項之緊張關係，應從有利於公務人員現存之罷工禁止方面加以化解。對於基本法第9條第3項之干預，對於公務人員而言，尚未達無法忍受之嚴重程度。一方面，罷工權僅構成同盟自由之部分領域，而罷工權在公務人員關係中，在保障領域開放之層次，由於團體協約之關聯性，本就畫有一狹隘之界線。罷工禁止不致使同盟自由完全倒退，且未完全掠奪其有效性。另一方面，立法者制定了對於限制公務人員第9條第3項之補償有所貢獻之條款（立法者制定了有助於彌補限制公務員第9條第3項權利之法律）。聯邦公務人員法第118條與公務人員地位法第53條以及各邦之公務人員法，在公務人員法律關係之立法準備階段，雖未賦予公務員之全國性工會團體共同決定權，但賦予其參與權。依立法理由，此一參與權係為平衡罷工禁止而制定（參閱BTDrucks 16/4027, S. 35）。

補償之其他元素可從公務人員法上之贍養原則導出。贍養原則賦予個別之公務人員與基本權相當之權利，可使國家對於其所負贍養義務之履行，受到法院之審查，且於必要時透過法律救濟而獲得貫徹。在這個權利與義務相互關聯之體系中，對於公務人員關係之一方之擴張或限縮，通常也會在另一方產生改變。公務人員法律關係不允許「挑三揀四」（亦參閱BVerfGE 130, 263 <298>）。此一法事實上之發現不會因單純指出，由於罷工權使得改變公務人員權利、義務安排之現行規定變得必要（參閱Schröder, AuR 2013, S. 280 <284>），而被弱化。

（特定公務人員團體之）罷工權毋寧將引起關於公務人員法律關係之連鎖反應，並對於公務人員法上之基本原則，從而亦對於相關連之制度造成連鎖傷害（參閱Isensee, Beamtenstreik, 1971, S. 57 f.）。承認罷工權，將面臨以下問題，亦即團體協約制度之引入以及公務人員與其服務主體之受團體協約拘束、贍養原則與終身職原則之繼續適用或修正、例如在公務人員關係中之補助保障與社會保險之自由參加等之個別觀點，以及公務人員向法院主張與職務相稱贍養請求權之可能性等等問題，此將造成如何之影響。在2018年1月17日之言詞審理中所建議之配套解決方案，例如原則上在確保最低贍養之情形適用贍養原則，並同時搭配「邊緣領域公務人員」對於「超過與職務相稱俸給」之罷工權，此等方案不僅拋出眾多實踐上之困難，特別是考慮到依此模型仍未享有罷工權之「核心公務人員」，也存有疑慮。

[159]cc) 在實踐協調意義下之盡可能細膩之平衡，無法透過保障因法院發展或法律規定特殊要件，例如所計畫罷工措施之報備或許可義務，而受有限制之罷工權而達成。依據現行、主要透過法院裁判所形塑之勞動（抗爭）法，在履行罷工權時之特定合法性要求，已然應予尊重，此等要求特別必須合乎比例（參閱BAGE 123, 134 <141 Rn. 22 f.> m.w.N.）。儘管立於此等條件下之（受限）罷工權，能減少罷工活動對於第三人，例如父母、學生基本權實現之負面後果，以及對於行政功能能力之侵害。此外，報備或許可義務使行政主體得以至少確保部分之任務執行。在學校領域，在事前告知罷工措施之情形，學校主管（至少）可以經由緊急人員進行學生之照顧，且於個案宣示禁止罷工。然而，這——在此由於不可估算，而存有重大之反對意

見——只有當有足夠數量之公務人員決定不罷工，或經由個案宣示之罷工禁止，足以排除足夠數量之公務人員參與罷工，才有可能。

[160] 此外，歷時長久的勞動鬥爭以及教育功能單位之擁有者的參與，將不再能完全維持基本法第7條第1項（參閱BverfGE 47, 46 <71>; 93, 1 <21>; 98, 218 <244>）規定——同樣受憲法保障——之國家教育任務，簡短而言即能發揮功能之教育制度（BverfGE 138, 1 <29 Rn. 80>）。過往甚至在團體協約勞動之教學人力佔壓倒性多數之各邦（適用團體協約之教師），勞動鬥爭並未導致教育運作之嚴重損害，此並不質疑（並未動搖）勞動鬥爭在教育領域之潛在損害。因為一方面，依據Sachsen邦代表於2018年1月17日言詞審理中之陳述，過往在該邦所發生者，通常是短期之罷工措施且並無（具公務人員身分之）學校主管或其代理人參與。另一方面，以使對手受到不利益之方式施加壓力，以便得以締結團體協約，此正是勞動鬥爭措施之本質。因此，如果對於前述意義下之公務人員保障罷工權，同樣將必須擔心對於教育制度之功能運行之顯然可見的負面效果。這同樣適用於承認罷工權，但同時附有補課義務之情形，蓋於現有教學人力、授課時數以及教室分配規劃之範圍內，在補課時，並無法排除組織上之困難，從而亦無法排除教育運作上之負面效果。

[161] 同盟自由與職業公務人員制度之實踐協調，並不要求罷工禁止只限縮於部分公務人員，且在此並不會動用到基本法第33條第4項之功能保留（眾多文獻中，在此僅參閱Ickenroth, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 252 f. und passim; Gooren, ZBR 2011, S. 400 <402 ff.>; Schröder, AuR 2013, S. 280 <282 ff.>）。依此，重點在於執行此一規定意義下高權權限之公務人員，仍然停留於罷工禁止；所有其他公務人員則應賦予罷工權（在此一意義下，BVerwGE 149, 117 <134 f. Rn. 60 ff.> 同此見解；反對意見，Katerndahl, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, 2017, S. 435 ff., 454；贊成修改法律，Mett, Das Streikrecht im öffentlichen Dienst, 2017, S. 173 ff.）。高權權限概念之區分難題，則反對罷工權在功能上作如此分流（參閱Luber, RiA 2018, S. 4 <6 f.>）。在具體職務行為，何時履行高權法上權限，何時為否

之清楚劃分，已然證實係超乎尋常地困難。當所論及者並非具體職務行為，而係抽象地釐清一項問題，亦即因奉派、調任或調整職務而履行不同（部分高權，部分非高權）功能時，是否應賦予其罷工權，則劃分尤為問題所在。在此姑且不論，對於邊緣公務人員承認其罷工權，將不再保障穩固行政以及在基本法第33條第4項以外之國家任務履行。除此之外，依基本法第33條第4項意義下之功能基準，罷工權將創造出一種特殊之公務人員類別，其勞動條件（至少部分）係經由團體協約磋商決定之「享有罷工權之公務人員」或「團體協約公務人員」（參閱Traulsen, JZ 2013, S. 65 <70 f.>）。其將係加諸分流之公勤務制度上之「第三支柱」。當在高權行為之核心領域繼續適用贍養原則，其他公務人員則得在保有其公務人員身分之情形下，為形塑其勞動條件而以勞動鬥爭措施貫徹其要求。考慮到公部門雇員，由此將在既存之區分以及同等對待問題之外，丟出另一項問題，亦即如此之人事類別還保有多少公務人員法上之性質（參閱Isensee, Beamtenstreik, 1971, S. 58）。德國公勤務法上清楚二分設計之突破問題，即使經由公務人員化實務之改變——假設其在立法政策上是可落實的——，中期而言頂多只是緩和。甚至未來如果公務人員之任用僅限於在功能保留領域內（參閱Lauer, Das Recht des Beamten zum Streik, 2017, S. 319），從今日之觀點來看，在此領域以外之享有罷工權之公務人員，仍將存在幾十年（亦參閱Traulsen, JZ 2013, S. 65 <70>）。

[162]最後，相衝突憲法法益之細膩平衡亦未要求強化工會之參與權，或將教會勞動法的所謂第三條路移植到公務人員法律關係。聯邦行政法院於2014年2月27日之判決在維持公務人員罷工禁止之情形下，將工會參與權限之顯著擴展視為必要之見解，忽視了憲法上之重要規定。相關工會最高組織（全國性工會組織/團體）參與公務人員法律關係一般規定之準備，目前已有規定。聯邦公務人員法第118條以及公務人員地位法第53條訂有程序上之參與義務，但並未動搖服務主體之「最後話語權」。雖然在擴展參與權限之情形下，國家仍保有透過公務人員化在任何時候運用可支配人力之可能性，如果發展到工會享有真正之共同決定權，而同時維持目前之職業公務人員制度傳統原則，亦即重要之勞動條件，特別是公務人員之俸給由法律加以

規定，則將導致與基本法第20條第1項以及第2項民主原則之衝突。工會作為個別利益之代表，不應賦予其在立法程序中之共同決定權，否則將傷害（俸給）立法者之主權。因此，強化參與權作為廣泛罷工禁止之補償的可能性（「補償」可能引發肇因或歸責國家之給付的誤解，可以考慮翻譯為交換或彌補），基於憲法上之理由，應強力地加以限縮。此對於建議將教會勞動法上已確立之「第三條路」模型移植到公務人員關係，且賦予調解委員會有拘束力之規制權限，同樣有其適用。

[163]4. 對於公務人員之罷工禁止與基本法之對國際法友善原則相一致，且尤其符合歐洲人權公約之保障。歐洲人權法院於多個程序中，進一步發展其關於歐洲人權公約第11條之裁判（a）。就其決定之基本價值而言，在目前尚不能斷言德國法與歐洲人權公約有所衝突（b）。考慮到德國制度之特殊性，即使就此姑且不論，依本庭之見解，對於歐洲人權公約第11條第2項罷工權之限制，亦符合其要件（c）。

[164]a) 歐洲人權公約第11條第1項保障任何人有自由而和平地與他人集會以及結社之權利；包括為自身利益而組織或參加工會之權利。最近，歐洲人權法院對於歐洲人權公約第11條第1項之保障，以及同條第2項之干預要件，進一步予以精確說明。

[165]aa) 在Demir與Baykara對土耳其（2008年11月12日，第34503/97號判決，§145）之程序中，歐洲人權法院大法庭作成決定指出，歐洲人權公約第11條第1項之結社自由，包括成立工會並成為其會員之權利、工會壟斷之禁止（「禁止閉鎖工廠約定」，以及使雇主聽取工會以會員名義所陳述內容之權利。在解釋此一規定時，法院參酌其他國際協議（國際勞工組織第87號與第98號協議、歐洲社會憲章）與相關主管機構對各該國際協議之解釋，以及歐洲國家之實務運作（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§85）。在一項涉及土耳其Tüm Bel Sen工會與土耳其地方自治團體集體協議之具體程序中，歐洲人權法院確認，國家行政之成員不得被排除於歐洲人權公約第11條之適用領域外。至多僅能於滿足歐洲人權公約第11條第2項要件之情形下而加以限

制，在此等情形，歐洲人權公約第11條第2項第2句之例外條款所指稱人員群體之涵蓋範圍應儘可能狹隘（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§§ 107, 119）。土耳其政府疏忽而未提出足以排除集體談判權之無可辯駁的社會必要性（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§§ 163 ff.）。僅僅指出公務人員對比受僱勞工之特權地位，在此是不夠的（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§§ 168）。

[166]Spielmann法官於上開2008年11月12日判決提出，Bratza、Casadevall以及Villiger等三位法官加入之協同意見書，強調同盟自由對於公勤務人員之意義（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，Spielmann意見書，§ 1 ff.）。依其見解，應考慮在多數之法律體系中，公務人員在法律上之情況係由法律或命令加以規定，要經由個別協議而背離相關規定，乃不受允許。此一協同意見引用Nicolas Valticos之見解（*Droit International du Travail*, Bd. 8 [*Droit du Travail*], 2. Aufl. 1983, S. 264 ff.）而指出，個別國家與其公務人員之關係在具體之國家中各有不同。在一些國家，公務人員以及其他公共雇員——其中至少大多數——就例如集體談判權，或甚至罷工權而論，係如同私部門之勞工而受對待。其他國家則仍然依循其傳統理解。由此導致一項問題，即公務人員之定義在其範圍內係多樣的，視國家之差別、公共部門的規模，以及是否以及在如何程度區分公務人員以及廣義之公勤務內雇員，而有所不同（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，Spielmann意見書，§ 6）。儘管進行集體談判之權利目前受到大法庭2008年11月12日之決定所認可，在公部門之特定例外或限制始終必須保有可能性，但前提是公勤務人員之代表在重要勞動條件或命令草擬階段之參與仍然獲得保障（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，Spielmann意見書，§ 8）。聽取意見之保障雖然隱含公勤務人員與其服務主體對話之權利；但其未必包含締結集體協議之權利，以及國家促成此等協議之相應義務。國家對於這些問題，

毋寧享有一定程度之選擇自由與彈性（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，Spielmann意見書，§§ 8 f.）。

[167]bb) 在2009年Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其此一涉及公務人員工會訴訟之程序中，歐洲人權法院第三庭對於罷工禁止侵害歐洲人權公約第11條第1項之保障，作成決定。該庭指出，罷工使工會之意見得以被聽取，且構成保護工會成員利益之重要觀點（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 24）。然而，罷工權並非絕對，而是得使其取決於一定之條件，且得加以限制。故工會自由原則與禁止以國家名義執行公權力之公務人員罷工，不相衝突。然而在待決之Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其一案中，係以通令禁止所有公務人員罷工，而未就歐洲人權公約第11條第2項所規定之目標進行衡量。土耳其政府並未證明，其所採取之限制在一個民主社會中是必要的（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 32）。

[168]cc) 在這之前，歐洲人權法院第二庭於2007年3月27日之判決中，已對於歐洲人權公約第11條對於土耳其法律狀態之射程作成決定（參閱EGMR, Karaçay c. Turquie, 2007年3月27日，第6615/03號判決）。法院首先強調，歐洲人權公約第11條第1項之人員上的保障領域應作廣泛認定，公務人員亦不應從一開始即被排除於人員上之保障領域之外（參閱EGMR, Karaçay c. Turquie, 2007年3月27日，第6615/03號判決，§ 22）。在本案中，提起訴訟者為一位電工，其因參與涉及公務人員俸給之罷工而受處罰，歐洲人權法院指出，對其作成之懲戒性之警告，在一個民主社會中並非必要（參閱EGMR, Karaçay c. Turquie, 2007年3月27日，第6615/03號判決，§§ 37 f.）。

[169]dd) 歐洲人權法院第二庭於2008年7月17日Urcan等人對土耳其之程序中，對於多位土耳其教師因罷工日之參與而遭法院作成懲戒性處罰之案件，作成決定。歐洲人權法院於此一關聯中強調，此一制裁構成對於歐洲人權公約第11條所保障集會自由之侵害。然而，欠缺歐洲人權公約第11條第2項意義下之正當化基礎，蓋此一侵害在一個民主社會中，並非必要（參閱EGMR, Urcan et autres c. Turquie,

2008年7月17日，第23018/04號等判決，§§ 26 ff.)。

[170]ee) 在Demir與Baykara對土耳其，以及Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其此二案之判決後歐洲人權法院一再地處理對土耳其提起之歐洲人權公約第11條保障之訴訟。在Kaya與Seyhan對土耳其之程序中，第二庭針對兩位教學人員同時是工會成員，因其於反對公勤務組織法之行動日中之參與，而受制裁之案件，作成決定（參閱EGMR, Kaya et Seyhan c. Turquie, 2009年9月15日，第30946/04號判決，§§ 5 f.）。依其見解，對於原告之懲戒措施並不符合無可爭辯之社會需要，從而於一個民主社會中乃非屬必要。原告之集會自由因此受到違反比例之侵害（參閱EGMR, Kaya et Seyhan c. Turquie, 2009年9月15日，第30946/04號判決，§ 31）。

[171]ff) 同樣於2009年9月15日，歐洲人權法院第二庭於Saime Özcan對土耳其之程序中，處理一位同時為工會成員之女教師，參加為改善公務人員勞動條件而舉辦之國家罷工日而提起之訴訟。在對該女教師之原始判決中，審判庭引用在Urcan等人對土耳其以及Karaçay對土耳其此二案中之決定，而認為違反歐洲人權公約第11條之規定（參閱EGMR, Saime Özcan c. Turquie, 2009年9月15日，第22943/04號判決，§§ 22 ff.）。在Çerikci對土耳其之程序中，第二庭於2010年7月13日針對一位土耳其地方公務人員因參與罷工而受懲戒措施之案件，引用其於Karaçay對土耳其一案中之論述，進而再次確認違反歐洲人權公約第11條之規定（EGMR, Çerikci c. Turquie, 2010年7月13日，第33322/07號判決，§§ 14 f.）。

[172]b) 考量歐洲人權法院於上開程序中所提出之論述，仍然無法確認德國目前之法律狀態違反歐洲人權公約，以及內國法與歐洲人權公約有所衝突。如果衝突的情況已然欠缺，則憲法訴願程序所丟出之基本權對國際法友善原則之界限問題，並不具有決定上之重要性。特別是，目前無須澄清，公務人員罷工禁止作為職業公務人員制度傳統原則以及德國國家架構之傳統要素，是否同時構成一項憲法上（解釋上確定）之基本原則（對此，參閱Lorse, ZBR 2015, S. 109 <115>），儘管對此須多作說明。

[173]此外，聲請人等提起之憲法訴願，以Enerji Yapi-Yol Sen對

土耳其判決中之一段論述為基礎，依該論述，罷工禁止可以針對特定範疇之公務人員，但不得——如歐洲人權法院所裁判之土耳其通令一案——擴展至一般公務人員或國家之經濟或工業事業之公共勞動者（或國營經濟或工業事業之公部門勞動者）（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 32）。姑且不考慮前開判決之官方翻譯僅譯為法文所可能之翻譯上的不夠精確，著眼於基本法對於國際法友善之個別體現而評價此段論述時，應考量歐洲人權法院——如同就像在這種情況下之插入語所呈現——係於其應作成決定之具體且針對個人之程序中作成論述，而加以調整。因此，前開針對土耳其所作成之相關判決，諸如Demir與Baykara對土耳其、Karaçay對土耳其、Urcan等人對土耳其、Kaya與Seyhan對土耳其、Saime Özcan對土耳其，以及Çerikci對土耳其等案之判決，對於德國並無直接之法效力（亦參閱BVerfGE 111, 307 <320>）。在此一關聯中，應考量論述係對於特定案件之當事人在各個重要法律體系之背景下所作成，以及概念之類似性不應掩蓋從法律秩序之脈絡所導出之差異性（亦參閱BVerfGE 128, 326 <370>；Kaiser, AöR 142 <2017>, S. 417 <432 f.>；Wißmann, ZBR 2015, S. 294 <299>）。然而，歐洲人權法院裁判在歐洲人權公約第46條之外，於進行內國法之合公約解釋時，對於其固有之引導與引領方向之作用，亦有其特殊意義。當涉及在同一法律秩序施行領域內之平行案件時，亦即當歐洲人權法院審理原始裁判所涉及締約國之（其他）程序，則此一引領方向之作用格外巨大。（參閱Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 16 Rn. 8）。在此等平行情況之外，應透過對於自身法律秩序之審查（參閱BVerfGE 111, 307 <320>），以及接受歐洲人權法院所表達之可概括的一般基本方針意義下的基本評價（亦參閱BVerfGK 3, 4 <9>），來考慮此一引導與引領方向之作用。

[174]德國公務人員依據基本法第9條第3項以及與此相關之聯邦憲法法院裁判，毫無例外地亦立於同盟自由之人員上的保障領域內（參閱BVerfGE 19, 303 <312, 322>；Fritz, ZG 2014, S. 372 <380>），但罷工權作為基本法第9條第3項之個別表達，基於相衝突之憲法規

定（基本法第33條第5項）而不得由此等人員群體行使，此與公約法上之評價一致。歐洲人權法院對於歐洲人權公約第11條之保障領域與限制，在對公約友善解釋之範圍內應予考慮之評價意義下，已表達基本論述。在Demir與Baykara對土耳其之程序中，大法庭於其對於歐洲人權公約第11條之保障的評價範圍內（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§§ 96 ff.），已對於保障領域有所論述。其對於人員之保障領域之範圍問題，歸納性地回答如下，即國家行政之人員亦非一般性地排除於歐洲人權公約第11條之適用領域外，毋寧至多僅係受有限制（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 107）。此外，集會自由之本質內容不得被觸及（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 97；Schabas, The European Convention on Human Rights, 2015, S. 522）。相類似之評價已可見於在Karaçay對土耳其一案之判決，依該判決，歐洲人權公約所保障之參加工會之權利，對於任何人皆有保障，公務人員亦非自動地排除於此等人員之外（EGMR, Karaçay c. Turquie, 2007年3月27日，第6615/03號判決，§ 22）。

[175]歐洲人權法院於Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其一案中，特別對於罷工權提出可一般化之解釋基準，即罷工為工會創造了一個其意見得被聽取之機會，藉此以保障其利益（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 24）。德國法與此一評價亦無衝突。在德國，就公務人員代表權而言，相關工會之最高組織並未享有罷工權，但在公務人員關係一般規定之準備階段，享有參與權（參閱§ 118 BBG與§ 53 BeamtStG，以及各邦公務人員法規定）。儘管此一程序無法建立勞動鬥爭所固有之施壓情況，且鑒於欠缺與團體協約之連結而亦不得建立，但在補償或衡平措施意義下，其仍使工會之意見有被聽取之機會。

[176]c) 姑且不論對於德國公務人員之罷工禁止是否構成對於歐洲人權公約第11條第1項之侵害，由於德國職業公務人員制度之特殊性，依歐洲人權公約第11條第2項第1句（aa）或第11條第2項第2

句（bb）之規定，其無論如何得以正當化。

[177]aa)（1）罷工禁止在德國，係在歐洲人權公約第11條第2項第1句意義下，在法律上有所規定。對此，內國法上之基礎係必要的（參閱EGMR, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 26）。如此之基礎在德國是具備的。聯邦與各邦之公務人員法包含關於不受允許之曠職以及公務人員受指令拘束之具體規定。公務人員未經許可參與罷工措施，與這些規定有所違背。此外，對於公務人員之罷工禁止，乃係數十年來經最高審級法院承認之基本法第33條第5項之具體制度（參閱Pollin, *Das Streikverbot für verbeamtete Lehrer*, 2015, S. 261）。

[178]（2）為懲戒措施之說理而納入考量之保障具功能能力之公行政（為支撐懲戒措施而援引之維繫具功能之公行政），就聲請人之案件具體而言，即國家之養成與教育任務之保障，以及能發揮功能之中小學制度之保障（基本法第7條第1項），係為維持秩序且因此係追求歐洲人權公約第11條第2項第1句意義下之合法目標。

[179]（3）基於德國職業公務人員制度之特殊性，罷工禁止在民主社會亦屬必要。如同歐洲人權法院於其在Demir與Baykara對土耳其程序中之判決所提出之論述，對於歐洲人權公約第11條第1項之侵害之正當化以一個急迫之社會需求為要件；此外，此一限制須符合比例（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 119）。但土耳其並未提出在土耳其法中對於公務人員組織工會之絕對禁止，滿足如此之急迫社會需求要件。僅有相關法律並未規定組織工會之可能性之事實，是不夠的（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 120）。單單指出土耳其公務人員之特權地位，在此一關聯性中，仍有所不足（參閱EGMR <GK>, *Demir and Baykara v. Turkey*, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 168）。在Enerji Yapi-Yol Sen對土耳其程序中，土耳其政府主張歐洲人權公約第11條並未賦予工會要求特定行為之請求權，此亦並未能足夠證明對於罷工權之系爭限制在一個民主社會乃屬必要（參閱EGMR, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§§ 29, 32）。

[180] 此外，歐洲人權法院於Demir與Baykara對土耳其之程序中確認，在填補急迫社會需求此一不確定法律概念之範圍內，締約國僅享有有限之判斷餘地（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 119）。惟此一程序並未涉及罷工權之保障，而歐洲人權法院對於罷工權之屬於歐洲人權公約第11條核心保障內容，至今並未明確地予以確認（參閱EGMR, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom, 2014年4月8日，第31045/10號判決，§ 84）。對於限制工會自由時判斷餘地之範圍，其毋寧採取下列區分：如法律上之限制涉及工會活動之核心，則內國之立法者應被賦予較少之判斷餘地，且應被要求更多，以經由公共利益正當化由此導出之對於工會自由之干預。如相反地並未觸及核心，而係僅觸及工會活動之側面，則判斷餘地較廣，且相關之干預愈合乎比例（參閱EGMR, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom, 2014年4月8日，第31045/10號判決，§ 87）。針對支援性罷工，歐洲人權法院判決稱，此並未觸及集會自由之核心領域，而僅涉及其側面，因此相關國家在進行限制時，應被賦予較為寬廣之判斷餘地（參閱EGMR, National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom, 2014年4月8日，第31045/10號判決，§ 88）。

[181] 在此一背景下，對於德國公務人員，具體而言對於具公務人員身分之教師之罷工禁止，依歐洲人權公約第11條第2項第1句之規定，得以正當化。在系爭憲法訴願程序中，具公務人員身分之教師參與由教育與學術工會發起之罷工措施。在此一工會中，具公務人員身分或受僱之教師皆有其代表。教育與學術工會與各該邦之團體協約共同體，依據適用於德國之法律規定協商團體協約，但僅與受僱之教師有所關聯。團體協約並不適用於公務人員；毋寧係由對於公務人員勞動條件具有單獨決定權限之立法者，對於公勤務中雇員在團體協約談判所獲致之結果，是否以及在如何之範圍內傳輸至公務人員之問題，作成決定。聲請人等希望透過參與罷工部分達成如此之傳輸。此一（至少也）想要支援以締結團體協約為目標之罷工，從而顯示出接近於支援性罷工之行為，因此並未落於歐洲人權公約第11條第1項之

核心領域。德意志聯邦共和國因此獲得之寬廣判斷餘地，在系爭案件中並未有所逾越。蓋適用於公勤務中部分人員且被承認為憲法傳統之罷工禁止，並非公務人員特權地位之表達（不得免職、補助權、退休之照顧），且亦未能單獨基於其維持行政之功能以及對於第三人權利之保護而得以正當化。具決定性者，毋寧是下述情況，即在德國公務人員法體系中，公務人員身分中之權利與義務相互配合地伴隨發生，且公務人員關係一方之擴張或限縮通常將導致另一方之相應改變。特別是公務人員罷工權之承認——亦如2018年1月17日言詞審理所清楚呈現——，將與公務人員法上基本原則之維護相牴觸，而該等基本原則係於長期、足以構成傳統之時間範圍內，被承認具有拘束力而被維持，且基於其憲法位階不得由單純法律之立法者任意處置。此特別涉及公務人員之忠誠義務、終身職原則以及贍養原則，以法律規定公務人員之俸給，屬於對於以上原則之具體化。公務人員罷工權之承認，原則上將改變德國公務人員法體系，且從而對其有所質疑。在此一體系涉及德意志聯邦共和國之國家特殊性，對於此一特殊性，其原因在於歐洲各國在文化以及歷史上之相當不同地發展（亦參閱EGMR <GK>, Lautsi et al. v. Italy, 2011年3月18日，第30814/06號判決，§ 68；Battis, ZBR 2011, S. 397 <400>）。

[182] 在依歐洲人權公約第11條第2項第1句所進行之與其他人權利與自由之利益衡量中，亦應考量，在聲請人之案件中，罷工禁止有助於受教育權，從而有助於歐洲人權公約第2條第1附加協議以及其他國際公約所規定人權之保障（參閱Pollin, Das Streikverbot für verbeamtete Lehrer, 2015, S. 262 ff., 283 ff.；Greiner, DÖV 2013, S. 623 <627>）。

[183] 如果依基本法第33條第5項在憲法上受到保障，且立法者應予尊重之職業公務人員制度之傳統原則，未作根本性之修正，罷工禁止無法被排除，而作為其補償，工會之最高組織在德國於公務人員法律關係立法之準備階段，得為參與（關於公務人員地位法，參閱BTDruck 16/4027, S. 35；關於參與程序，亦參閱Pollin, Das Streikverbot für verbeamtete Lehrer, 2015, S. 294 ff.）。德國公務人員欠缺經由勞動鬥爭措施對於勞動條件施加影響之可能性，對此之進一步

補償係其被賦予之依據基本法第33條第5項，要求法院審查國家對其之贍養是否合憲之主觀公權利（參閱BVerfGE 139, 64 ff.; 140, 240 ff.; Kaiser, AöR 142 <2017>, S. 417 <436>）。此一在德國傳統上僅賦予公務人員，而未賦予公勤務中雇員之審查可能性以及基本法第33條第5項之主觀權利功能，在承認罷工權之情形，將幾乎完全喪失意義。

[184]bb) 此外，聲請人等作為（前）具有公務人員資格之教師，應歸屬於歐洲人權公約第11條第2項第2句意義下之國家行政領域。依歐洲人權法院之見解，此一例外規定既未涉及領域上之例外，也未涉及獨立之正當化基礎，而毋寧涉及歐洲人權公約第11條第2項第1句之補充，在此特別亦應進行比例原則之審查（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§§ 97, 107, 與EKMR, 公務人員工會理事會對大不列顛聯合王國，1987年1月20日，第11603/85號判決之見解不同；對此，亦參閱Ickenroth, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2016, S. 107 ff.）。

[185] 依歐洲人權公約第11條第2項第2句規定，公約第11條第1項保障之執行，對於軍隊、警察或國家行政之成員，有所限制。此一對於上開人員團體所施加之限制，應作狹義解釋（參閱EGMR <GK>, Demir and Baykara v. Turkey, 2008年11月12日，第34503/97號判決，§ 97；對此亦參閱Lorse, ZBR 2015, S. 109 <111>; Manssen, JA 2015, S. 835 <839>; Landau/Trésoret, DVBl 2012, S. 1329 <1333>; 特別針對國家行政之成員，參閱EGMR <GK>, Vogt對德國，1995年9月26日，第17851/91號判決，§ 67）。因此，以國家名義行使公權力，可以作為認定國家行政概念之一項觀點（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009年4月21日，第68959/01號判決，§ 32引用EGMR <GK>, Pellegrin對法國，1999年12月8日，第28541/95號判決，§§ 64 ff.；對此亦參閱Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, 2014, S. 265 ff.）。

[186] 關於德國公立學校教學人力，是否得歸屬於歐洲人權公約第11條第2項第2句意義下國家行政領域之問題，歐洲人權法院到目

前為止，尚未給出答案。其對於此一問題，在兩個針對德意志聯邦共和國所提起之程序中，因欠缺決定之重要性，而尚未表示意見（參閱EGMR <GK>, Vogt 對德國，1995 年 9 月 26 日，第 17851/91 號判決，§ 68；EGMR, Volkmer 對德國，2001 年 11 月 22 日，第 39799/98 號判決）。

[187] 依本庭見解，具公務人員身分之教師應解釋為歐洲人權公約第 11 條第 2 項第 2 句意義下國家行政之成員。然而，將國家公勤務中之所有受僱勞工——就具體情況而言，包括國營經濟或工業事業之受僱勞工——（參閱EGMR, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie, 2009 年 4 月 21 日，第 68959/01 號判決，§ 32）歸類到國家行政領域之見解，乃屬過於廣泛，而將不再符合歐洲人權公約之規定。依基本法第 33 條第 4 項規定而立於公法上勤務與忠誠關係之公務人員，從法事實的觀點已顯示出，其對比雇員，僅構成德國公勤務雙軌人事結構中之較小部分。在 2016 年 6 月 30 日，德國約 470 萬之公勤務服務人員中，僅約 170 萬之人員係立於公務人員或法官關係中（參閱 Statistisches Bundesamt [Destatis], Personal des öffentlichen Dienstes, abrufbar unter: <https://www.destatis.de>）。

[188] 此外，對於在系爭程序中具決定性之公立學校教學人力領域，存在國家對於公務人員履行任務之特殊利益。教育制度以及國家之教育與養成任務在基本法以及各邦之憲法中，具有高度之存在價值。立於公務人員關係之教學人力在此被規定為原則性之情形（參閱 Freistaates Bayern 邦憲法第 133 條第 2 項）。雖然教師之重點不在履行高權任務（參閱 BVerfGE 119, 247 <267>）。從而基本法第 33 條第 4 項對於在德國——除所涉及邦之外——不同程度所採行之立於雇員法律關係之教學人力，並未予以禁止。受僱教師之僱用並非因其功能或其所執行之任務，而是通常基於其他之事務理由，對此不同邦的代表於 2018 年 1 月 17 日之言詞審理程序中，已有所說明。部分是因為立於僱用法律關係中之受僱教學人力，並未滿足任用為公務人員之個人要件；部分是因為國家建立雇員法律關係之決定，以行政實務上之考量為基礎。例如，在過去較有可能彈性地僱用教學人力；此外，德國統一後因人口原因而發生在學校領域過度僱用而採取（當時）必要之

員額縮減，自由國家 Sachsen 邦對此有所因應。因此，單單教師之服務關係在德國之事實上雙軌之事實，就不能否認，具公務人員身分之教學人力屬於歐洲人權公約第 11 條第 2 項第 2 句意義下國家行政之成員。教師毋寧履行了如此重要之任務，以致於公務人員化之決定應繼續保留給國家。

III.

[189] 關於聲請人於 2 BvR 1738/12 以及 2 BvR 1068/14 程序中所主張對於基本法第 9 條第 3 項連結基本法第 20 條第 3 項之違憲侵害，其所提起之憲法訴願亦為無理由。

[190] 1. 在方法論上合理法律解釋之範圍內，考慮歐洲人權公約之保障以及歐洲人權法院之裁判，此亦屬於受法律與法拘束之範疇。欠缺與歐洲人權法院裁判對話，或違反上位階法規範之制式「執行」，都可能牴觸基本權連結法治國原則（參閱 BVerfGE 111, 307 <323 f.>）。超越同意法所引起之對於歐洲人權公約保障以及歐洲人權法院裁判之斟酌義務至少要求，作成決定之法院、主管機關或立法者，對於相關條文與裁判應有所認識，並於作成決定時有所斟酌（參閱 BVerfGE 111, 307 <324>）。如果對於事實之判斷，涉及歐洲人權法院之裁判，則在該裁判衡量中所斟酌之觀點，原則上亦應於憲法考量中，亦即比例原則之審查中，納入考量，且與所發現之衡量結果進行對話（亦參閱 BVerfGK 3, 4 <9>）。

[191] 系爭裁判符合此一前述原則之要求。法院於對於各該事實之判斷時，對於歐洲人權法院針對歐洲人權公約第 11 條之解釋有所認識，且與其對話。在此法院獲致下列結論，即歐洲人權公約之相關保障與德國之法律情況並不衝突，但無論如何，歐洲人權法院對於歐洲人權公約第 11 條規定所採取解釋之移植，違反基本法之規定（參閱在 2 BvR 1738/12 程序：Osnabrück 行政法院，2011 年 8 月 19 日判決 - 9 A 1/11 -, juris, Rn. 36 ff.; Niedersachsen 邦高等行政法院，2012 年 6 月 12 日判決 - 20 BD 8/11 -, juris, Rn. 61 ff., 74 ff.; 2 BvR 1068/14 程序：Nordrhein-Westfalen 邦高等行政法院，2012 年 3 月 7 日判決 - 3d A 317/11.O -, juris, Rn. 175 ff.; BVerwGE 149, 117 <126 ff. Rn. 34 ff., 56 ff.>）。在系爭案件並無欠缺與歐洲人權公約保障對話之情

形，亦無對於歐洲人權法院之裁判未加斟酌。

法官：

Voßkuhle

Huber

Hermanns

Müller

Kessal-Wulf

König

Maidowski

Langenfeld

