

行政審判權與憲法審判權

——兼談德國「裁判憲法訴願」制度^{*}

劉淑範^{**}

序 言

歲月不居，時節如流，屆齡退休忽焉已臨。仰勞本所王必芳老師費心籌辦，得藉「行政訴訟法比較論壇」良機，與兩位所長、法學先進暨諸賢同仁，共聚一堂，略談所學一二，洵為殊榮，隆情高誼，沒齒難忘！

回顧二十餘年前，末學有幸進入本院從事公法研究，首次參加學術研討會所發表並被收錄於《憲法解釋之理論與實務》第一輯的論文，正是探討德國「裁判憲法訴願」制度的發展脈絡¹。這個堪稱公法訴訟的「奇葩」制度，如今終亦被移植納入我國甫經通盤改革的《憲法訴訟法》中，新法即將於2022年1月4日正式施行。復又，德國聯邦憲法法院將於2021年9月28日欣逢成立七十週年榮慶。職此之故，末學乃重溫德國「裁判憲法訴願」制度的點滴，隨興漫談，並順應「行政訴訟法比較論壇」的主題框架，將焦點置重於「行政審判權與憲法審判權」的關係層面。

^{*} 本文緣起於2020年12月8日中央研究院法律學研究所「行政訴訟法比較論壇」中的個人退休演說，嗣經增添潤飾而成。

^{**} 中央研究院法律學研究所兼任研究員。

¹ 參見劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，頁199-248（1998年）；另參見Stefan Koriath著，劉淑範譯，聯邦憲法法院和司法裁判（「專業法院」），收於：蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊），頁57-96（2010年），譯自Stefan Koriath, Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 55 ff.

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/13610812.pdf>。



緣二次大戰後，德國司法制度既堅實完備，又多元專業分工，不僅在其內國史無前例，亦屬世界之冠。在普通、勞動、一般行政、財稅及社會五個專業審判權之外，尚有憲法審判權。固然，所有專業審判權皆負有直接或間接保障人民基本權利的司法任務，惟尤以（一般或特別）行政審判權與憲法審判權，係肩挑基本權利保障功能的主要司法棟梁。倂此公法審判權，普遍被視為現代自由民主法治國家的重要機制。銜接行政審判權與憲法審判權的對話溝通橋樑，除法律違憲審查的法官聲請途徑外，厥在於「裁判憲法訴願」制度。

末學先是扼要概述，德國自19世紀以降迄今，一般行政審判權與憲法審判權的歷史背景、發展脈絡及制度要徵。繼之，乃勾勒「裁判憲法訴願」制度涉乎司法分工的主要問題範疇。進而，末擇選聯邦憲法法院2018年眾所矚目的【公務員罷工禁令判決】，藉以略述是院作為「憲法守護者」素所秉持的法秩序融攝觀新論。

歷史沿革背景掠影

1849年《保羅教堂憲法》：基本權利訴訟的思想濫觴

1806年德意志民族的神聖羅馬帝國覆滅，曩昔的帝國樞密法院（Reichskammergericht）和帝國宮廷參議會（Reichshofrat）亦隨之解散。其後，在各邦國分立的德意志邦聯時期（1815至1866年），雖多散見國事法院（Staatsgerichtshof）的設置，惟在實務上功能不彰。

與此同時，在君主立憲初期的各邦國中，普遍盛行公法爭議解決機制趣向的根本理念論辯。一方面，傳統保守派的舊式思維，主張繼受隸屬於行政體系的法國行政救濟模式；另一方面，自由民主派的新進思潮，則是倡議交由獨立法院審判的法治國家模式。

迄於1848年，在內憂外患交迫與改革聲潮高漲之下，各邦國在法蘭克福市的保羅教堂召開國民代表大會，共商憲政問題的對策，並擬訂未來統一的德意志帝國憲法條文。該會經過近乎一年的漫長激辯後——其中尤涉乎統一帝國領土疆域的大小解決方案及基本權利清單等爭議——於1849年3月末公布《德意志帝國憲法》草案，史稱《保羅教堂憲法》（Paulskirchenverfassung）。然而，惜因遭到大邦國（尤其是普魯士王

國)的杯葛而觸礁，以致《保羅教堂憲法》終未能生效。

縱然，《保羅教堂憲法》在德國憲政及憲法思想發展史上樹立自由民主法治精神的里程碑意義，卻是不容抹滅。該憲法草案的核心，尤以涵蓋廣泛的自由基本權利章（亦即草案第六章）著稱，並為日後《威瑪憲法》及《基本法》各自建構其基本權利章的藍圖。抑有進者，該憲法草案所引進的基本權利直接效力概念，以及人民得向集民刑事、行政及憲法審判權於一身的未來帝國法院（Reichsgericht）提起基本權利訴訟（Grundrechtsklage）的理念（參照草案第五章第126條關於帝國法院審判權的規定），終在一百餘年後的《基本法》中開花結果。綜觀《保羅教堂憲法》所賦予帝國法院的審判權範圍，除法律違憲審查權因礙於彼時憲政體制理念而未被採納外，殆與現今聯邦憲法法院雷同。

甚又，《保羅教堂憲法》第六章第181條第1項先是要要求，司法與行政須彼此分立並相互獨立，復於第182條第1項明定，行政救濟應予停止，關於所有權利侵害事件皆由法院審判之。偌此揭橥獨立法院保障基本權利的法治國家先驅理念，更是19世紀後葉促使德國行政審判權崛起及鞏固的精神動力。

1863年「巴登高等行政法院」誕生：行政審判權的肇基

緣位於德國西南部且毗鄰法國的巴登大公國（Großherzogtum Baden），自1818年制頒憲法起，即率各邦國自由民主法治的風氣之先。迄於1849年之後，該邦國即援引《保羅教堂憲法》所蘊含司法保障人民公權利的精神，先將公法爭議事件由行政機關移轉至普通法院，繼而逐漸地交付擁有行政經驗的法官。及至1863年，在巴登大公國的首府卡爾斯魯厄（Karlsruhe），泛德語地區首座獨立的行政法院——「巴登高等行政法院」（Badischer Verwaltungsgerichtshof）——於焉誕生。抑且，該院採行公開審理及言辭辯論原則，不啻開啟現代法治國家行政訴訟程序的先河。

1945年二次世界大戰結束，舊巴登邦重新改組劃分，巴登高等行政法院正式解散，卡爾斯魯厄遂僅餘一審的行政法院。嗣於1952年，戰後重組而成的西南部三邦復合併為巴登——符騰堡邦（Baden-

Württemberg)，並於1958年在曼海姆（Mannheim）成立該邦的新高等行政法院。相對於此，1951年新興的聯邦憲法法院，則是座落於奠定公法審判權基石的卡爾斯魯厄。

回顧歷史，卡爾斯魯厄既是行政審判權的發祥地，更是現今憲法審判權的重鎮，儼然古今輝映，而法蘭克福的保羅教堂則是孕育德國公法審判權卓越體制的思想搖籃。

1871年《俾斯麥帝國憲法》時期：行政審判權的鞏固根基

1871年初，在普魯士王國統領下，再度統一各邦國，成立德意志第二帝國，並於是年4月中制頒《德意志帝國憲法》，史稱《俾斯麥帝國憲法》（Bismarcksche Reichsverfassung）。異於《保羅教堂憲法》草案及諸多邦國的先進憲法，俾斯麥所主導制定的帝國憲法，係承襲普魯士王國的傳統，既未納入基本權利章的規定，亦未見憲法審判權的採行。1879年在萊比錫設立的帝國法院，在俾斯麥帝國時期，係執掌民刑事普通審判權的最高法院，並擁有涉乎國家賠償案件的審判權，此外，則不擁有任何憲法審判權的職權。

異於憲法審判權在君主立憲初期難成氣候的情勢，行政審判權則是於19世紀後葉，在各邦國遍地生根綻放。俾斯麥帝國成立前，巴登高等行政法院率先於1863年鳴響序曲，俟帝國成立後，普魯士王國旋於1875年設立普魯士高等行政法院。爾後，各邦國的高等行政法院，猶如雨後春筍般湧現而出。迄至1900年世紀交替之際，絕大多數邦國皆已具備獨立的高等行政法院。與此同時，公法學者Georg Jellinek所著的《公權利體系》（„System der subjektiven öffentlichen Rechte“）一書首於1892年問世，氏從人民與國家的基本關係中演繹出各種人民公權利類型的理論體系，更為現今基本權利學說及國家法奠定影響深遠的歷史根基。

在各邦國的高等行政法院之下，初審級仍是隸屬於行政體系的行政救濟。抑且，各個高等行政法院所建構的行政審判權雛形，除符騰堡王國（Königreich Württemberg）採行彼時罕見先進的概括權限條款外，皆僅提供人民限制列舉的行政訴訟途徑。

衡諸各邦國所採行行政審判權的制度功能，最根本的差異，厥為客

觀法秩序維護的北德模式及人民主觀權利救濟的南德模式，前者係以普魯士王國居首，後者則以符騰堡王國為代表。環顧偌多高等行政法院的實務發展，尤以普魯士高等行政法院備受稱頌。該院樹立諸多影響深遠的裁判典範，譬如1882年間於【十字山判決】（*Kreuzberg-Urteil*）中，針對柏林警察局一項建築令的違法性所提出的法律保留及比例原則，即是歷久彌新的著例。

19世紀後葉獨立的行政審判權興起，考其發展，實乃法國行政救濟模式與《保羅教堂憲法》所揭櫫司法保障基本權利的法治國家理念彼此間的妥協方案。綜觀其法院組織，抑或審判權範圍，甚或審級制度，遠不及乎現今行政審判權的體制規模。然持平而論，行政審判權旨在對抗匡正行政權的恣意違法，其能於君主立憲時期已然立足，洵屬難能可貴。

故而，法哲學家*Gustav Radbruch*乃於1910年，針對德意志帝國後期各邦國相繼仿效地各自奠定的獨立行政審判權，形容為「法治國家的拱頂石」（„Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaates“），此一絕妙喻稱更成為歷史名言。

1919年《威瑪憲法》：基本權利的規範效力不明及司法保障的制度功能不彰

1919年8月中制頒的《威瑪憲法》，乃德國首部民主共和憲法，看似自由先進，且架構壯觀，卻華而不實，尤因選舉制度缺失及總統緊急命令權膨脹等諸多致命錯誤，以致先後孕育出脆弱動盪的民主共和及獨裁專制的納粹政權。

首先，《威瑪憲法》重建曩昔神聖羅馬帝國時期的憲法審判權。揆諸該憲法意旨，憲法審判權係深切反映共和國的聯邦體制，並分屬兩個法院。一方面，前述1879年設立的帝國法院，在掌理民刑事普通審判權外，就各邦法規是否抵觸共和國法規，具有抽象的法規審查權。另一方面，則是依該憲法第108條，於1921年根據專法而成立的國事法院（*Staatsgerichtshof*），其主要的職權功能在於解決共和國與各邦間及各邦彼此間的聯邦性質爭議。國事法院並非常設法院，而是依實際需要時不定期召開審理，且在法院院址及人事組織方面，係依附於帝國法院。甚又，

現今憲法審判權至關重要的功能，亦即憲法機關間權限爭議的審判權及共和國法律的違憲審查權，卻礙於當時政治與司法壁壘分明及傳統權力分立的保守思維盛行，而未予以採行。由是，國事法院雖自詡為共和國憲法的守護者，惟在先天不足及理念未開的氛圍下，勢必功能不彰。

次之，《威瑪憲法》雖於第二編中，廣納人民的各種自由及社會基本權利，然而，倂此權利究竟是否具有直接拘束所有公權力的規範效力，抑或僅屬政策方針或立法委託，自始即混沌不明。理所當然地，人民為貫徹基本權利而提起憲法訴願的制度，爰亦付之闕如。

再者，在行政審判權方面，大致上仍延續俾斯麥帝國時期各邦國的樣貌。人民基本權利的司法保障功能，既與憲法審判權絕緣，遂僅成為行政審判權的任務。《威瑪憲法》第107條雖明定，共和國及各邦應依法律設置行政法院，以保障個人對抗行政機關的命令及處分。然而，該條規定係置於第一編第七章「司法」之下，故僅具立法委託的意義，並未賦予人民法律救濟途徑保障的訴訟基本權利。於威瑪共和國時期，確曾數度提出設立共和國行政法院的法律草案，惟尤因屢遭帝國法院同行相輕般的阻撓，終未克竟其功。

1933年元月納粹政府掌權後，先是精心謀劃帝國議會縱火案，進而取得修憲所須的三分之二多數門檻。旋於是年3月中制定《解除人民及帝國急難法》，亦即惡名昭彰的《授權法》（„Ermächtigungsgesetz“），該法允許納粹政府無需透過國會制定所謂的「政府法」（Regierungsgesetz）。復於1934年8月初，另又制定《德意志帝國國家元首法》，將總統及總理的職位合而為一。自此，納粹政府乃肆無忌憚地開啟獨裁極權的「第三帝國」。

《威瑪憲法》雖未被正式廢除，惟已名存實亡。在標舉「領袖原則」（Führerprinzip）下，憲法審判權亦隨之告終。國事法院縱未經正式解散，於《授權法》公布之際，其司法職務即戛然而止。至於各邦的行政審判權，形式上依然存續。然而，二次大戰期間，各個高等行政法院的職權範圍及法官人數，則是持續大幅遞減，行政審判權實質上終究幾乎被架空殆盡。

1949年《基本法》誕生：奠定司法保障基本權利的憲法根基

《基本法》以保障基本權利為依歸

1949年制頒的《基本法》，彷彿從納粹極權慘痛灰燼中浴火重生的鳳凰涅槃。是部憲法係在戰後盟國占領時期受監督下的制憲產物，原被視為因應國家分裂狀態的暫時性過渡憲法。然而，《基本法》延續至今，不僅歷經國家統一，且甫於2019年欣獲七十週年誌慶，更應證係成果非凡的憲法典範。

究其因，尤在於《基本法》揚棄《威瑪憲法》的根本缺失，自始即致力於重新打造現代民主法治國家的堅實拱頂。《基本法》除在第20條中揭櫫民主、社會國、聯邦制、權力分立、法治國、依法行政、依法審理等不得動搖的憲法根本原則外，更刻意地將基本權利規定挪前妥置於憲法首章，以明確宣示制憲者亟欲保障人民基本權利的決心。抑有進者，基本權利章復又立下兩項無與倫比的重要條款：首於第1條第3項明定「基本權利係具直接效力之法」，此其一；末於第19條第4項揭示「權利救濟保障作為訴訟基本權利」，此其二。

《基本法》第1條第3項：基本權利係具直接效力之法

《基本法》第1條第3項明定：「下列基本權利，係具直接效力之法（unmittelbar geltendes Recht），並拘束立法、行政及司法。」依此，基本權利作為國家團體的基本共識，具有直接拘束所有國家公權力的規範效力，爰為法制定、法解釋及法適用恆應遵循的規範準則。從而，在法秩序中，基本權利乃具優先效力的憲法規範，自此峰迴路轉、柳暗花明。

《基本法》第19條第4項：權利救濟保障作為訴訟基本權利

《基本法》既以保障基本權利為依歸，故在基本權利章明定基本權利規範效力及臚列各項實體基本權利之後，復又邏輯一貫地，揭示對抗國家侵害人民權利的司法途徑憲法保障。《基本法》第19條第4項乃明定：「權利遭受公權力侵害者，得向法院提起訴訟。於其他法院無審判權之情形，得向普通法院提起訴訟。」倂此「權利救濟保障」

（*Rechtsschutzgarantie*）或「訴訟途徑保障」（*Rechtsweggarantie*），洵屬具有基本權利位階的憲法保障。

該項訴訟基本權利的憲法規範，無疑是從納粹極權慘痛教訓中脫胎換骨所獲致的智慧結晶。威瑪時期領銜之一的國家法學者 *Richard Thoma*，於1951年，復援引前述 *Gustav Radbruch* 1910年所稱「法治國家的拱頂石」名言，用之於頌揚《基本法》第19條第4項的訴訟基本權利。相較於曩昔行政審判權的雛形時期，《基本法》開啟行政訴訟途徑的基本權利保障，更是現今法治國家堅實有加、實至名歸的拱頂石。

聯邦憲法法院反覆不斷地深入論證，《基本法》第19條第4項的權利救濟保障，係賦予人民請求提供完備訴訟途徑的基本權利，以使公權力侵害其個人權利的情況獲得有效救濟。偌此充分且有效權利救濟的憲法保障意旨，除財稅及社會兩個特別行政審判權外，尤其在一般行政審判權上落實無遺。

首於1952年成立的聯邦行政法院，先是座落於柏林原普魯士高等行政法院的舊址，嗣於國家統一後，復於2002年，遷至曩昔（阻撓同行的）帝國法院位於萊比錫的舊址。鑒往知來，盛衰興替，歷史教訓又此一椿。

次之，在國家法暨行政法學者 *Walter Jellinek* 擔綱的《海德堡草案》基礎上，終於1960年，首部聯邦《行政法院法》問世，先是適用於前西德地區，繼則效力遍及統一後的德國。這部先進的行政訴訟法，不僅開啟德國行政審判權的新紀元，更儼然成為世界新興民主法治國家師法的典範，我國亦復如是。該法的核心規定，亦即行政法院的概括權限條款及訴訟權能條款，充分體現權利救濟保障的憲法意旨。在現今行政訴訟程序中，個人公權利占有核心的樞紐地位，既構成訴訟程序的門檻要件，又決定行政法院的審查範疇及密度。影響所及，德國戰後行政法理論體系的發展，亦呈現主觀權利化的新景象。譬如保護規範理論、行政處分的瑕疵理論及行政法院的審查權限與密度，即為適例。

偌此權利救濟導向的主觀化行政訴訟法體系，在歐盟各國法制中，誠為獨樹一幟。固然，在歐盟法影響深切的行政法領域，尤如環境法，德國行政訴訟體制確見局部客觀法化的趨勢，如團體訴訟的採行即是。

儘管若干強化行政訴訟功能變遷的學說倡議，德國植基於權利救濟憲法保障的傳統主觀化行政訴訟體系，迄今依然屹立不搖。無獨有偶，《歐洲聯盟基本權利憲章》第47條蘊含的權利救濟保障，恰與《基本法》第19條第4項相互輝映。由是，德國戰後行政法與行政訴訟法理論的新趨發展，憲法的權利救濟保障堪稱居於整個堅實體系的核心地位。

除法律違憲審查判定係歸於聯邦憲法法院的專屬權限外，保護基本權利乃首為所有一般法院的職權與義務，尤為行政法院最主要的任務。在《基本法》第1條第3項及第20條第3項規定之下，行政法院係受到憲法及基本權利的直接拘束，不僅應解釋與適用行政法規，同時亦須使訴訟當事人的基本權利獲得伸張。鑑此，戰後依據《基本法》第19條第4項所設立的完備行政審判權，作為「法治國家的拱頂石」，自始即努力不懈地替權利救濟保障的訴訟基本權利注入生命內涵。

就保障基本權利的司法功能而言，聯邦憲法法院以一般法院裁判為審查標的的裁判憲法訴願，實與一般訴訟救濟途徑，係屬功能重疊，爰非在《基本法》第19條第4項權利救濟保障之列。抑且，制憲之初，就憲法訴願在司法分工體系中的定位及對聯邦憲法法院可能造成的負荷問題，見解紛歧，故而起先未將之納入《基本法》第93條第1項聯邦憲法法院的職權規定中。然而，旋於1951年制定《聯邦憲法法院法》時，立法者基於納粹極權歷史教訓及對一般法院憲法教育的法政策考量，率先於該法第90條以下，採行對抗所有公權力的廣泛憲法訴願制度，俾使人民因一般法院裁判漠視或誤解憲法而侵害其基本權利時，亦能獲得專精憲法的聯邦憲法法院給予最終救濟。迄至1969年，藉由增訂「緊急憲法」的修憲機會，始將憲法訴願納入《基本法》第93條第1項第4a款中，憲法訴願的憲法地位就此獲得鞏固。

在德國現今權利救濟導向的主觀化司法訴訟體系中，對抗一般法院裁判的憲法訴願，係居於「補充性（備位性）的最終法律救濟」特殊地位。其雖超出《基本法》第19條第4項「訴訟基本權利」的要求，惟洵為人民基本權利保障的圓滿終點。在聯邦憲法法院的審判實務上，裁判憲法訴願自始即獨占鰲頭，質量皆然。該院透過此徑，將保障人民基本權利的功能發揮得淋漓盡致，其因之贏得「人民法院」（Bürger-

gericht) 的美譽，誠屬實至名歸，而聯邦憲法法院足以傲視全世的聲望與威信，正是建立在人民信賴基礎之上。

回顧《基本法》逾七十載的發展，憲法及其基本權利體系確實穩固地支撐並形塑戰後民主法治國家的拱頂，而行政審判權與憲法審判權二者，無疑地共同打造出堅實光燦的拱頂石。

行政審判權與憲法審判權的輝煌時代

行政審判權與憲法審判權，對民主法治國家的建構運行，厥為同等重要的穩定機制。在保障基本權利的任務上，兩者彷如兄弟關係。聯邦憲法法院專注於超越個案正義的原則性憲法裁判，而各級行政法院則是以個案法律關係為出發點，在解釋適用具體行政法規之餘，亦兼籌並顧基本權利及憲法原則的審酌。戰後迄今，德國行政審判權與憲法審判權所臻至基本權利保障的至高水準，不僅開創其內國的新紀元，即令放眼寰宇，亦屬罕見。

行政審判權：從「行政法作為具體化的憲法」到憲法與行政法的交互作用

行政審判權的最高審查準則係基本權利及憲法根本原則，其威信基礎正在於貫徹憲法意旨，而憲法的生命存續亦仰賴行政審判權持續予以活化。德國行政審判權植基於憲法思維的深廣程度，誠為其他一般審判權望塵莫及。

曩昔1924年，*Otto Mayer*曾於其名著《德意志行政法》第三版序言中曰：「憲法消逝，行政法續存」（„Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“）。時序1959年，故聯邦行政法院院長*Fritz Werner*一反其道而行，乃以「行政法作為具體化的憲法」（„Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“）為題撰文。前者親睹國家憲政從帝制邁向共和的幡然變革，遂欲凸顯行政法的獨立自主性，而後者則是身處二次大戰後民主法治國家的重建時期，故而強調行政法對於憲法的依附性。

戰後初期，本諸《基本法》第19條第4項充分有效權利救濟的憲法保障，行政法院的任務首在摒除行政權在與人民關係上的恣意專斷。在聯

邦憲法法院裁判啟迪或督促的動力下，行政審判權——尤其是聯邦行政法院——持續不斷地致力於行政法秩序的憲法化。概略以觀，諸如政府統治行為及特別權力關係的行政訴訟途徑開啟、個人公權利的擴增、結果除去請求權的形塑、權利干預概念的擴張與第三人訴訟的奠定、法律授權依據的要件、行政處分及法規命令的明確性原則適用、裁量決定、不確定法律概念及計畫裁量的審查準則建立、比例原則及信賴保護原則等一般行政法原則的深化等，不一而足，成果斐然。為匡正行政機關的恣意專斷行為及論證人民相對國家的權利地位或請求權，憲法不僅潤飾補充或替代行政法，甚或行政法漏未規範之處，憲法更可填補其漏洞。憲法儼然成為現代行政法體系形成與發展的秩序框架，兩者密切關連，十足應證行政法乃具體化的憲法。

繼之，在科技快速發展、社會經濟變遷及歐盟法影響的演進歷程中，行政法漸從初始的憲法依附性，轉趨茁壯為經緯多端的獨立行政法體系。從而，憲法對行政法的影響，不再僅依循單向引領模式，毋寧是彼此交互作用。

首先，憲法亦可能繼受行政法的制度，而成為「抽象化的行政法」。經典著例，厥為比例原則。此一從普魯士高等行政法院發跡的行政法原則，迄至1958年，聯邦憲法法院於著名【藥房判決】（„Apotheken-Urteil“）中提出關於法益衡量的「三階理論」（Drei-Stufen-Theorie）後，終被昇華為具有憲法位階且為聯邦憲法法院裁判重要準則的帝王條款。

次之，立法者形成特權（Gestaltungsprärogativen des Gesetzgebers）的肯認及實踐，更是促成行政法獨立自主性的要素。

一則，首推階層化保護規範理論的建構。以建築法的鄰人保護訴訟為例，聯邦行政法院早期係直接溯及《基本法》第14條的財產基本權利。之後，該院修正其裁判立場，先強調鄰人保護原則上應具備特別行政法的規範基礎，再以合乎基本權利的行政法規範解釋作為進階，最終於特別行政法的具體保護規範欠缺時，方得審慎地直接援引基本權利作為個人公權利的規範依據。倂此傳統建築法鄰人保護訴訟的理論體系，復又延伸至新興的公害防治法及其他環境法領域。

另則，乃為行政機關決定餘地與規範授權理論的奠定。在法治國家及權力分立的架構下，行政機關在執行任務之際，固然應受法律的拘束，惟時亦擁有各式各樣的決定餘地（*Entscheidungsspielraum*）或形成餘地（*Gestaltungsspielraum*），俾利彈性效率及務實適當之需。異於歐盟各國法秩序多以行政裁量概念統一涵攝偌多行政決定餘地，德國戰後建構的行政法與行政訴訟法體系，乃衡諸法規範的結構，進而區分三大類型：(一)條件式規範架構下法律效果端的裁量；(二)條件式規範架構下構成要件端的不確定法律概念與（或然的）判斷餘地；(三)目的式規範架構下的計畫裁量。在《基本法》第19條第4項充分有效權利救濟的憲法保障下，行政法院審查偌此行政決定餘地的權限與密度，遂成為既重要且困難的課題。

針對行政裁量決定，聯邦行政法院及行政法學說甚早即建構裁量瑕疵理論及審查準則，且此等準則並被納入《行政法院法》第114條及《聯邦行政程序法》第40條的法律規範中。隨之，聯邦行政法院在裁量瑕疵理論的基礎上，針對計畫裁量，復又藉一系列裁判拓展出權衡瑕疵理論（*Abwägungsfehlerlehre*），以供作行政法院審查行政計畫裁量的準據。

相對其上，不確定法律概念與判斷餘地，溯自戰後初期，始終為棘手紛紜的爭論議題。見解光譜的一端，尤偏重行政權的獨立自主性，恆從不確定法律概念的適用導出行政機關的判斷餘地，職此，行政法院審查的權限與密度必然受限。光譜他端的相對論者，則是聚焦《基本法》第19條第4項充分有效權利救濟的憲法保障，否定行政機關適用不確定法律概念時的判斷餘地，從而，就系爭行政行為的事實及法律層面，行政法院自亦擁有充分完全的審查權限。迄至1982年聯邦憲法法院【*Sasbach*裁定】出爐，該院乃採妥協折衷的立場。爾後，就行政機關適用不確定法律概念時究竟是否存在判斷餘地的問題認定上，所謂「規範授權理論」（*normative Ermächtigungslehre*）乃脫穎而出，成為絕大多數的通說，並影響聯邦行政法院的裁判路線至今。

簡言之，「規範授權理論」係以《基本法》第19條第4項的權利救濟憲法保障為解決判斷餘地存在與否問題的「阿基米德支點」，復又兼

籌並顧民主及權力分立原則而強調立法者的優位性。本諸《基本法》第19條第4項的意旨，對於不確定法律概念的解釋與適用，行政法院原則上擁有充分完全的審查權限。易言之，不確定法律概念與判斷餘地二者並非必然相繫。然而，該項權利救濟的憲法保障，亦不根本排除行政機關判斷餘地的開啟。蓋《基本法》第19條第4項作為訴訟基本權利，旨在保障個人公權利的法院救濟，至於公權利的賦予及其性質內容的形塑，除基本權利外，係在於立法者，而該項權利救濟的憲法保障本身並未創設任何實體公權利。抑且，立法者得基於若干客觀正當性考量，並在不逾越法律明確性原則及基本權利保護功能的框限下，於行政機關適用不確定法律概念時，例外地於個案中開啟判斷餘地，亦即授予行政機關「終極決定權限」（*Letztentscheidungskompetenz*），是則，行政法院的審查權限與密度乃隨之削弱受限。

質言之，行政法院審查的密度係與行政機關受實體法拘束的強度彼此相應，而行政機關適用不確定法概念時是否例外地擁有判斷餘地與終極決定權限，乃取決於立法者的意旨，尤須透過各種法律解釋方法，從具體法律規範中探查立法者的判斷授權。立法者於法律規範中明示行政機關判斷餘地與終極決定權限的立法例，譬如《電信法》第10條第2項第2句或《限制競爭防制法》第71條第5項第2句，乃屬極為罕見。由是，在絕大多數不確定法律概念欠缺明確規範授權意旨的適用實務中，行政機關的判斷餘地究竟是否存在的法律解釋難題，遂落在行政審判權與憲法審判權肩負上。針對此困擾不休的實務情境，論者甚以猶如「惡魔般的問題」（*quaestio diabolica*）喻稱之。迄今，聯邦行政法院與聯邦憲法法院藉助一系列裁判，將行政機關判斷餘地的特殊案例及態樣予以類型化，並發展出司法審查判斷瑕疵的分殊化準則，其中尤以考試決定厥為著例。

整體以觀，鑑於憲法的框架性質及民主國家立法者的形成特權，一方面，德國行政法在持續受到憲法影響作用的脈絡下，固然呈現行政法秩序的憲法化現象；另一方面，隨著時代變遷與時俱進的現代行政法，亦儼然形成繁複分殊化的獨立法體系，從而憲法與行政法再創彼此交互作用的新猷。

憲法審判權：基本權利的擴散作用及法秩序的憲法化

聯邦憲法法院作為憲法守護者，《基本法》及《聯邦憲法法院法》藉由諸多程序類型的採行，授予該院至為寬廣的憲法審判權。其中攸關基本權利保障的兩項根本制度，厥為彌補威瑪時期缺失的法律違憲審查及憲法訴願。尤以裁判憲法訴願，在與一般審判權雙重保障下，賦予聯邦憲法法院及人民同等重要的利器。聯邦憲法法院如虎添翼，自始即透過此等程序，將基本權利依據《基本法》第1條第3項的直接拘束效力，戮力地貫徹在立法、行政及司法所有公權力上，並普遍落實於整體法秩序中。該院不僅打造基本權利的根本理論，復又因應時代環境變遷之需，從抽象開放的既有基本權利規範中，持續不斷地拓展出新內容意涵。譬如《基本法》第2條第1項的解釋與續造歷程，尤為經典著例。從1957年【Elfes判決】揭示「一般行為自由的基本權利」，俾充作補餘性質的基本權利（Auffanggrundrecht），繼而涉乎個人資料保護的「資訊自決基本權利」，及至數位網路化下資訊安全領域的「擔保資訊技術系統機密性及完整性的基本權利」（Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme），聯邦憲法法院總是扮演時代先驅者的關鍵角色。觀諸該院迄今在《基本法》下所建構基本權利釋義學的廣度與深度，頗予人「會當凌絕頂，一覽眾山小」之感，縱然偶有負評伴隨，惟該院在德國法曹學界及民間社會的威望，恆如泰山北斗，以致於《歐洲人權公約》與歐洲人權法院裁判幾近黯然失色。

相對於威瑪時期，聯邦憲法法院與多數憲法學說，在保障人民基本權利上，自始即開闢嶄新的路線。對戰後基本權利理論乃至整體法秩序發展影響至深且鉅的最重要里程碑，厥為1958年著名的【Lüth判決】（BVerfGE 7, 198 ff.）。

該案緣起漢堡邦新聞局長暨漢堡新聞俱樂部主席Erich Lüth，值1950年秋德國電影節之際，向新聞媒體發表一封公開信，呼籲德國電影發行商、映演商及德國觀眾，共同抵制曾替納粹政權拍攝反猶太宣傳電影而名噪一時的導演Veit Harlan所執導的新電影。該片製作公司及發行公司旋即向漢堡一審普通法院提起民事訴訟，並於1951年秋獲得勝訴。民事

法庭乃根據《民法典》第826條，判定Lüth的公開抵制呼籲係違反善良風俗的侵權行為，故而對其禁止系爭言論。針對言論禁令的一審民事判決，Lüth未依《聯邦憲法法院法》第90條第2項第1句的原則規定，先用盡審級救濟，而逕向聯邦憲法法院提起裁判憲法訴願，該院復以符合同法第90條第2項第2句例外規定的「具普遍重要性」要件為由，立即受理憲法訴願。前後費時逾六年之久，並經過言辭辯論，迄至1958年元月，【Lüth判決】終於問世。聯邦憲法法院第一庭判定，系爭民事判決乃侵害憲法訴願人Lüth依《基本法》第5條第1項第1句所保障的言論自由基本權利，爰廢棄之，並將案件發回原漢堡一審普通法院。

【Lüth判決】樹立基本權利理論與釋義學的兩個重要里程碑：一則，建構基本權利「擴散作用」（Ausstrahlungswirkung，或譯稱「放射效力」）與客觀價值秩序的核心概念；另則，強調言論自由基本權利作為自由民主國家基石的重要性，並發展出《基本法》第5條第2項所定「一般法律」（allgemeine Gesetze）限制言論自由基本權利時彼此間的「交互作用理論」（Wechselwirkungstheorie），亦即「限制之限制」（Schranken-Schranke），此不外乎為比例原則的一種特殊變奏。惟觀諸逾六十年來影響德國法秩序發展層面的深廣程度，當以基本權利的擴散作用理論居首。

要言之，基本權利不僅只具有消極防禦國家侵害人民自由的傳統主觀權利功能，同時亦建構客觀的價值秩序，而於該秩序中，每一項基本權利均蘊含一個客觀的價值決定與原則規範。此一客觀法層面的價值秩序，係對所有公權力與整體法秩序具有全方位的主導作用。是則，基本權利作為整體法秩序最高的客觀原則規範，其效力亦得潛入傳統上標榜私法自治與契約自由的私法領域，對人民彼此間私法關係的塑造與發展，間接發揮影響作用，此即由基本權利的擴散作用衍生而出的「對第三人之間接效力」（mittelbare Drittwirkung）。準乎於此，民事法官在解決私法爭議的司法功能上，於解釋與適用私法法規的同時，亦應透過對誠信原則、公共秩序、善良風俗等概括條款或其他不確定法律概念的合憲解釋途徑，使基本權利的客觀價值標準融入私法法規的內涵，而間接地於私法關係中展現效力。抑有進者，自基本權利的客觀價值功能範

疇拓展後，立法者於形塑現代工商社會私法秩序而面臨多元衝突的基本權利情勢時，更肩負達成「實踐諧和」（*praktische Konkordanz*）乃至「國家保護義務」（*staatliche Schutzpflicht*）的積極任務，俾防止一方基本權利遭受其他社會經濟強勢的侵害，並使各方基本權利盡可能獲致最大效力的伸展。

【Lüth判決】建構的基本權利擴散作用理論，無疑係二次大戰後基本權利理論最重大的轉軸，彷彿在預告德國人民，一個嶄新的時代就此開啟。爾後，聯邦憲法法院持續地將基本權利的客觀原則規範輸送至德國整體法秩序的各個角落，並落實於私法型態的法律生活中。由此以觀，《基本法》中基本權利的規範標的，不再僅侷限於國家，甚又囊括社會。拜偌此融攝觀之賜，基本權利乃臻至前所未有且舉世罕見的重要地位。面對幾近傳奇性的實務發展，【Lüth判決】的主筆憲法法官 *Theodor Ritterspach*，雖以耆壽辭世前不久曾表示「己所未料」，惟氏允將名垂青史。

「裁判憲法訴願」制度的主要問題範疇：憲法審判權與一般審判權間的司法分工難題

預審及受理程序的採行

依《基本法》第93條第1項第4a款及《聯邦憲法法院法》第90條以下的規定，任何人於其《基本法》上所保障的基本權利或準基本權利受到公權力侵害時，得向聯邦憲法法院提起憲法訴願。準此，憲法訴願的標的本應囊括立法、行政及司法所有公權力行為。惟因憲法訴願相對於一般訴訟救濟途徑原則上係具「備位性質」之故，在憲法訴願的案件中，對抗一般法院確定終局裁判的「裁判憲法訴願」遂居於首要地位。觀諸聯邦憲法法院每年高達六千件上下的案件總量，裁判憲法訴願即佔約莫95%。為有效減輕聯邦憲法法院的龐大案件負荷，立法者早於1963年即採行預審及受理程序，並於1969年修憲之際將憲法訴願及受理程序一併入憲（參照《聯邦憲法法院法》第93a條至第93d條及《基本法》第94條第2項第2句）。依此，聯邦憲法法院的兩個裁判庭（*Senat*），每庭各組成三個三人預審庭（*Kammer*）。此等預審庭得以全體一致的裁定拒絕

受理憲法訴願，抑且無附具拒絕理由的義務，而現今實務上逾80%的不受理裁定係未具任何理由。預審庭未拒絕受理者，始交由裁判庭作是否受理的最後決定。歷年來，將近98%的憲法訴願案件未被預審庭或裁判庭受理。由此以觀，預審及受理程序確能發揮重要的篩檢過濾功效。

惟就保障基本權利的司法功能而言，以一般法院裁判為審查標的的憲法訴願與一般訴訟救濟途徑，係屬功能重疊。職此之故，除案件負荷減輕的問題之外，關於聯邦憲法法院於裁判憲法訴願中保障基本權利的功能界限，更屬棘手難解的議題。

聯邦憲法法院審查一般法院裁判的準則：「赫克準則」及「機動條款」

聯邦憲法法院溯自成立伊始，原已意識到憲法審判權與一般審判權間的權限界分問題。早於1952年間，在涉乎一樁刑事法院關於有期徒刑判決合憲性的案例中，聯邦憲法法院即強調自身非屬超級法律上訴審，並揭櫫審查一般法院裁判的基本準則，爾後迭經潤飾與補充，於【Lüth判決】中，亦曾對之加以著墨。迄至1964年間【專利裁定】一案中，主筆的憲法法官*Karl Heck*乃總其成，撰就著名的「赫克準則」（*Hecksche Formel*），至今始終為憲法訴願裁判（尤為預審庭不受理裁定）的主要依據。一方面，該準則首重功能法上或權限法上的消極自我設限，並具體指陳，訴訟程序的進行、事實的認定與評價、普通法律的解釋及在個案上的適用，「原則上」僅屬一般法院的職權，而不受聯邦憲法法院的審查；另一方面，該準則旋又積極地標識聯邦憲法法院的審查範疇，亦即「特殊憲法」（*spezifisches Verfassungsrecht*）的違反。嗣於1971年間【Mephisto裁定】中，聯邦憲法法院進一步闡釋其審查一般法院裁判的準繩，並具體指陳，所謂「特殊憲法」的牴觸，意謂基本權利的「衡量欠缺」（*Abwägungsausfall*）或「衡量錯誤」（*Abwägungsfehleinschätzung*）。現今裁判憲法訴願實務中，聯邦憲法法院尤以基本權利的「衡量錯誤」作為審查準則。其乃指普通法律的解釋與適用，係基於對一項基本權利的意義，尤其是對其保護範圍，所持基本上不正確的見解。「基本上」的語意，實蘊含著賦予憲法法官主觀評斷的一項「秘方」。

抑有進者，前揭「赫克準則」除兼從消極面及積極面雙向勾畫聯邦

憲法法院審查權限的界際，復又預伏一筆，蓋其同時揭示，審查密度無法刻板且一成不變地加以確定，憲法法官尚須擁有一定的裁量餘地，俾能顧及個案的特殊情況。本諸裁量權的保留，聯邦憲法法院繼之於1976年間【Deutschland-Magazin裁定】中，進一步提出「赫克準則」的補充條款，亦即「機動條款」（Gleitklausel）。依此，聯邦憲法法院審查一般法院裁判的密度，相對於該裁判侵害基本權利的強度，係被置於一種比例關係。質言之，於基本權利侵害特別嚴重的案例，尤其於刑事裁判或於核心的自由權利（如言論自由）遭受侵害的情況，聯邦憲法法院爰得就個案進行深入的審查，甚可自為事實的認定與評價。此一機動條款，無疑地又替聯邦憲法法院增添一項供其伸縮運用的雙面利刃，其既能達到篩選憲法訴願案件的目的，亦可將之援引為「備用權限」。

綜觀「赫克準則」及其補充條款，乃十足展現法官實用主義及權衡藝術的特質。縱然倂此自設的審查準則頗饒機動性，惟聯邦憲法法院欲從功能法上或權限法上自我約束的基本立場，洵為各方肯定。

問題根源：實體法上基本權利的理論拓展

相較於聯邦憲法法院在功能法上自設的權限劃分基準，該院在實體法層面所開闢的基本權利解釋新路線，則是大相逕庭。始於1957年，聯邦憲法法院在以聯邦行政法院判決為審查標的所作成的【Elfes判決】中，自《基本法》第2條第1項導衍出一般行為自由的基本權利，俾充作補餘性質的基本權利，並將該項憲法條文中限制規定所稱的「合憲秩序」（verfassungsmässige Ordnung）擴張解釋成「合憲的法秩序」（verfassungsmässige Rechtsordnung）。影響所及，舉凡一般法院裁判違反普通法律者，咸涉乎基本權利的侵害，以致於基本權利作為控制憲法訴願門檻的功能，庶幾殆盡。旋於1958年間【Lüth判決】，復建構基本權利擴散作用與客觀價值功能的理論，成為聯邦憲法法院審查一般法院裁判的樞紐，更使基本權利得以滲透至普通法律之中，並對整體法秩序發揮前所未有的統合效力。此兩項開創先河的原則性判決，前者先在標的上擴張基本權利的作用範疇，後者更在功能上深化基本權利的作用範疇，兩者不僅影響深鉅，後續效應亦是如影隨形，勢所難免。爾後，憲法與普通法律兩者緊密繫合，法官對於普通法律的適用及基本權利的適

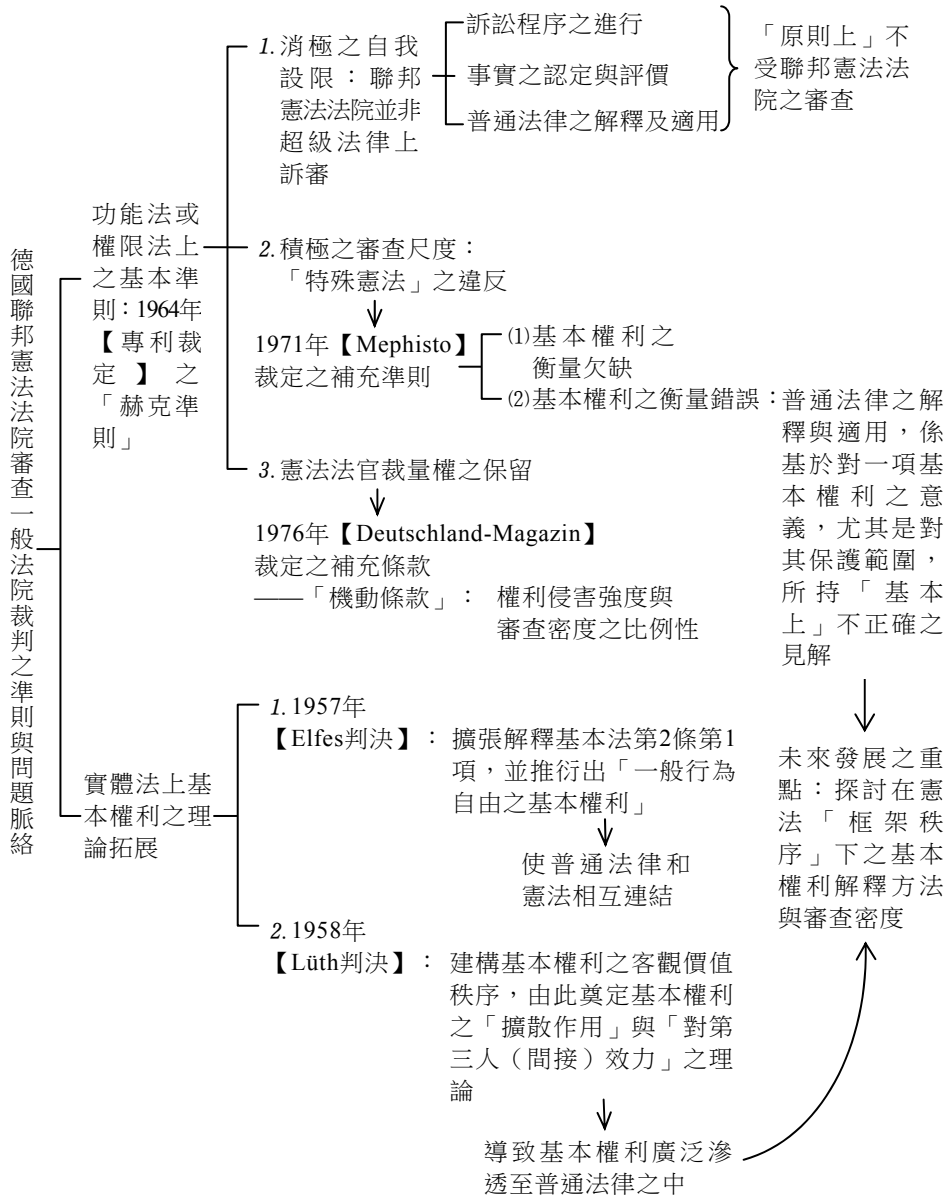
用，爰難單純地切割為二，庶幾憲法似可無所不在。是則，「赫克準則」中所定的「特殊憲法」，以及其後所潤飾的「對基本權利的意義基本上不正確的見解」，顯不足以明確劃分憲法審判權與一般審判權間的界限。

再者，聯邦憲法法院基於對守護憲法的強烈使命感，屢屢運用「機動條款」所保留的法官裁量權，持續涉足一般法院的傳統功能領域，並將基本權利的價值標準逐漸予以具體細膩化，進而廣泛影響普通法律的解釋與適用，復又藉助基本權利對第三人間接效力的理論，更就私法秩序進行憲法上的續造。經由聯邦憲法法院偁此不遺餘力的壑殖拓展，無庸置疑地，基本權利的價值內涵確能於具體個案的訴訟程序以及各個領域的法律生活中付諸實踐，而裁判憲法訴願確保個人權利救濟及行政與司法合憲性的制度功能，亦被發揮到淋漓盡致的境界。惟不容諱言地，若干逾越權限的負面批評效應乃隨之而至，於1990年代中期達到高峰，聯邦憲法法院與聯邦普通法院尤處於緊張對立的關係，而關於普通法律的獨立自主性及私法自治與契約自由原則受到基本權利「輻射」的訾議，亦時有所聞。歸根究柢，此等衍生的負面效應，並非裁判憲法訴願制度使然，亦非聯邦憲法法院自設的審查準則不當所致。質言之，聯邦憲法法院審查一般法院裁判的密度問題，係取決於基本權利擴散作用與普通法律的實體法關係。

職是，聯邦憲法法院審查路線的修正，勢應從符合該院功能定位的基本權利解釋方法著手，方切中肯綮。為合理的司法分工之計，聯邦憲法法院洵應在基本權利擴散作用的理論基礎上，嚴守其在憲法「框架秩序」內的領導任務，於審查一般法院裁判之際，僅就基本權利擴散作用的密度與幅度，作有系統的概括性客觀原則探討，俾使一般法院有「基本上正確的見解」可資遵循。至於此等原則如何於個案中影響普通法律的解釋與適用，聯邦憲法法院則不應予以置喙。唯有於一般法院裁判顯屬恣意專斷的特殊情況，聯邦憲法法院方宜運用「機動條款」，例外地插手個案的深入審查。

裁判憲法訴願制度的問題發展脈絡，端緒繁複，爰附上簡明圖示如後，俾一覽問題概貌。

【附圖】



資料來源：筆者整理。

聯邦憲法法院2018年【公務員罷工禁令判決】

意義與要旨

聯邦憲法法院於2018年6月12日，作成眾所矚目且影響深遠的【公務員罷工禁令判決】（Streikverbot für Beamte）²。是件原則性判決，係緣起四件被合併的裁判憲法訴願，其中兩件乃主要針對上訴至聯邦行政法院的確定終局敗訴判決或裁定，另兩件則是主要針對下薩克森邦（Niedersachsen）高等行政法院的確定終局敗訴判決或裁定³。四件憲法訴願雖散發於三邦，案情卻相當類似：程序標的皆為三邦公務員懲戒主管機關各自針對具公務員身分的教師，因違反公務員罷工禁令而曠課，所為的罰款懲戒處分（Disziplinarmaßnahme）；系爭法律問題則咸涉乎具公務員身分的教師參與工會抗爭及罷工活動，是否構成公務員懲戒法上的失職行為（Dienstvergehen），甚又植基於《基本法》第33條第5項的公務員罷工禁令是否牴觸《歐洲人權公約》第11條的規定。

首件針對下薩克森邦高等行政法院確定終局判決的憲法訴願，於2012年即已受理，迄至2018年初，聯邦憲法法院始進行言詞辯論，並於同年6月中以「一致決」作成是件判決。倏此漫長等待時間中，備受國內外各方各界關注。

聯邦憲法法院雖未顛覆德國既有根深蒂固的法律文化傳統，並明確肯認公務員罷工禁令的憲法地位，惟是件判決所為的闡釋論理，鞭辟入理，剴切詳明，厥為對德國職業公務員法制影響至為深廣的一項涉乎《基本法》第33條第5項的原則性判決。尤有甚者，對於歐洲人權法院的裁判，如何超越案件當事人效力（erga omnes），對47個締約國彰顯「導向效果」（Orientierungswirkung）一節，聯邦憲法法院對德國各個審判權的審級法院，首度揭示「脈絡化任務」（Kontextualisierungsauftrag）⁴，此允具里程碑意義。

² BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018, — 2 BvR 1738/12 —, http://www.bverfg.de/e/rs20180612_2bvr173812.html; BVerfGE 148, 296-391.

³ 兩件發自於下薩克森邦的案件，係因該邦公務員懲戒法未作容許法律上訴審的規定，故而案件未上訴至聯邦行政法院。

⁴ 參見Oliver Lepsius, Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ 2019, S.

要言之，聯邦憲法法院明確肯認具憲法位階的公務員罷工禁令。抑且，此一禁令適用於所有公務員，自亦適用於具公務員身分的教師。準此，對於德國而言，公務員罷工禁令實乃一項毫無例外的憲法規則。復又，公務員罷工禁令係與《歐洲人權公約》第11條相互契合，從而，《基本法》第33條第5項與《歐洲人權公約》第11條兩者間，並不存在德國立法者應加以弭平的衝突態勢。

公務員罷工禁令的既有傳統背景

德國「公共職務法」（*öffentliches Dienstrecht*）係採雙軌制（*Dualismus*），一為依公務員特別行政法並基於任命而成立的「公務員」（*Beamte*）法律關係，另為依勞動私法並基於勞動契約所成立的「勞工」（*Arbeitnehmer*）法律關係⁵。分屬於公私法雙軌的公務員與勞工兩種類型，共構成《基本法》第33條第4項所稱的「公共職務成員」概念（*Angehörige des öffentlichen Dienstes*）。此外，同條第5項進而規定：「公共職務法，應考量職業公務員制度之傳統原則，而加以規範及發展。」⁶

長久以來，對於公務員適用罷工禁令，乃屬理所當然的法律文化傳統。固然，公務員罷工禁令是否應歸屬於《基本法》第33條第5項所稱「職業公務員制度之傳統原則」（*hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums*），過往未曾明確釐清⁷。惟此一禁令確屬德國公務員法的一項原則，則是無庸置疑。正因為公務員罷工禁令的必然性乃屬普遍共識，以致自2009年4月1日起生效適用的德國《公務員身分法》（*Beamtenstatusgesetz*，縮寫為*BeamtStG*）⁸僅揭示，公務員享有組織及

793 (794).

⁵ 詳見*Franz-Rudolf Herber*, *Verfassungsrechtliche Strukturen des öffentlichen Dienstrechts*, BayVBl. 2020, S. 692 (692 ff.).

⁶ Art. 33 Abs. 5 GG: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.“

⁷ 僅西南部毗鄰法國的薩爾邦（*Saarland*），於其憲法第115條第5項明文規定：「公務員相對於國家的地位，係排除罷工權。」（„Die Stellung der Beamten zum Staat schließt das Streikrecht aus.“）

⁸ 關於德國《公務員身分法》的立法背景，參見劉淑範，論公務員職務調動之概念及法

參加工會或職業團體的權利（參照《公務員身分法》第52條），惟卻未同時將公務員罷工禁令納入法律明文規定之中。

蓋公共職務領域的勞工，其薪資及勞動條件係透過團體協約途徑訂定，故而如同一般勞工享有勞動抗爭及罷工權利。反之，公務員的俸給及工作條件則是以國會立法方式單方規範，必要時，更可依循行政審判權及憲法審判權的訴訟途徑謀求救濟。其次，公務員更享有稅賦優惠及社會保險（醫療及年金）豁免的特權，並受終身任用原則之利。鑑此，實無再賦予公務員罷工權的必要。再者，若考量公務員與職務主體相互間的義務與忠誠關係，揆諸體系內在原因，公務員擁有罷工權爰為悖於情理的一種思維⁹。

歐洲人權法院2009年【土耳其公共職務成員罷工權判決】： 掀起德國論辯的漣漪效應

緣起2009年4月21日，歐洲人權法院針對土耳其公共職務法作成一項判決。該院於裁判中，從《歐洲人權公約》第11條涉乎集會及結社的自由權利規定中，導引出罷工權，並將之延伸適用於土耳其「公共職務成員」（Angehörige des öffentlichen Dienstes）之上。

翌年12月，德國《新勞動法期刊》（„Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“，NZA）刊載前揭判決的德文翻譯版¹⁰，並無視於土耳其與德國的公共職務結構彼此迥異的法律情況，驟將法文原文的「公共職務成員」（“fonctionnaire public”）一詞幡然轉變，頓成為德文版開端的醒目標題：「公務員的罷工權」（„Streikrecht für Beamte“）¹¹。倂此輕率混淆的比較轉譯，旋即震撼德國公務員罷工禁令的一貫立場，並掀起近十年間德國法學界諸多期刊論文或專著論辯公務員罷工禁令是否違反公

律性質：揮別我國特別權力關係思維之遺緒，臺大法學論叢，42卷1期，2013年3月，頁8-9註7。

⁹ 參見Josef Franz Lindner, Streikverbot für Beamte — eine Regel ohne Ausnahme, BayVBl. 2019, S. 361 (362).

¹⁰ EGMR (III. Sektion), Urt. v. 21. 4. 2009, Rs. 68959/01 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei), NZA 2010, S. 1423 ff.

¹¹ NZA 2010, S. 1423.

約的風潮¹²。

部分論著率將前揭歐洲人權法院判決延伸適用於德國公共職務法體系，從而導出德國公務員罷工禁令牴觸《歐洲人權公約》第11條的推論。然而，熟稔德國公務員法制的嚴謹公法學者，則中肯地指陳，公務員的罷工權實係漠視憲法對職業公務員制度與團體協約制度的保障，勢將危及民主憲法國家的有效行政。此外，德國公務員若得以罷工，無異乎享盡兩個世界的好處，或是猶如「挑選葡萄乾」般（Rosinenpicken）¹³專挑利益的選擇性思維。

行政審判權見解繽紛的概況

除作為前揭2018年聯邦憲法法院判決原因的四件裁判憲法訴願外，尚有諸多具公務員身分的教師因違反罷工禁令而遭受懲戒處分的類似案件，彼等或是無上訴必要者，抑或未被受理的憲法訴願。

綜觀一審行政法院審究前揭歐洲人權法院判決繼受效果的立場，頗為分歧不一¹⁴。異於絕大多數行政法院所採的反覆辯證方法，Kassel行政法院係直接適用是件人權法院判決，肯認具公務員身分的教師享有《基本法》第9條第3項的罷工權。由是，系爭失職行為並不成立，罰款懲戒處分自屬違法，爰判決原告教師勝訴。

次之，Düsseldorf行政法院採用多數的反覆辯證方法，一方面肯認德國公務員罷工禁令繼續適用，另一方面雖根據歐洲人權法院的判決觀點，導出德國公務員罷工禁令與《歐洲人權公約》第11條不相符合的推論，卻因職業公務員制度傳統原則的憲法位階，該院自認無權就此等原則的公約合致性加以解釋。縱然，個別的懲戒處分則須受到《歐洲人權公約》第11條的檢視。準此以推，具公務員身分的教師參與罷工行為，雖因違反內國法有效的公務員罷工禁令而違法，卻無法施以懲戒處分，遂停止懲戒程序。

¹² 倍多相關論著，參見Anna-Bettina Kaiser, Streikrecht für Beamte — Folge einer Fehlrezeption?, AöR 142 (2017), S. 417 (428); Lindner (Fn. 9), S. 362 mit Fn. 10.

¹³ 此亦為聯邦憲法法院的用語，BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018, 前揭註2, Rn. 13, 98, 158.

¹⁴ 參見Kaiser (Fn. 12), S. 429 f.; Lindner (Fn. 9), S. 362 f.

再者，Osnabrück行政法院乃採較為令人信服的中庸之道，其後並發展為上訴審及聯邦憲法法院的裁判路線。該院一方面雖認為，德國公務員罷工禁令係與《歐洲人權公約》第11條不相符合；另一方面則中肯指陳，鑑於公共職務的任聘結構各異其趣，故而前揭歐洲人權法院判決不得僵硬地套用於德國，遂駁回原告教師的訴訟。

繼之，各邦高等行政法院裁判的論理路徑轉趨殊途同歸¹⁵。Lüneburg高等行政法院尤具說服力的論證觀點，乃鑑於德國公務員法所涉的各種權利與義務係一個均衡體系，罷工禁令作為其中一項基石，無法單獨將之摒棄而不同時危急整體結構的平衡。

同上，Münster高等行政法院亦是提出令人信服的類似見解。該院闡明，於德國的公務員法中，相對於「贍養原則」（Alimentationsprinzip），罷工禁令適為一項不可或缺的相關要素，從而不可單獨揚棄之。該院針對前揭歐洲人權法院判決是否適用於德國的根本爭議，進又闡釋，從人權法院判決所導出的違反公約結論，僅適用於囊括所有於公共職務任職者且不涉乎其任職身分的概括性罷工禁令。反之，德國的公務員罷工禁令，因僅適用於公務員而非遍及整體公共職務，爰不牴觸《歐洲人權公約》第11條。

迄至聯邦行政法院，該院首先揭示，不論任務領域為何而適用於所有公務員的罷工禁令，係植基於《基本法》第33條第5項的憲法規範之中。次之，證諸《基本法》第33條第4項及第5項所保障職業公務員制度的支撐性結構原則，公務員的罷工權利將與之不相契合。然而，盱衡前揭歐洲人權法院判決所推衍的勞動抗爭權觀點，前述德國公務員法情勢則與《歐洲人權公約》第11條係處於衝突對立的關係。弭平偌此衝突對立關係，並非法院的任務，而係立法者的任務¹⁶。

之後，德國立法者靜待觀察，未採取任何行動，以呼應聯邦行政法院籲請的「弭平衝突」任務。迭遭各級行政法院駁回的確定裁判，依然塵埃未定，其中四件依循憲法訴願途徑，終能邁入聯邦憲法法院的審理

¹⁵ 參見Kaiser (Fn. 12), S. 430; Lindner (Fn. 9), S. 363.

¹⁶ BVerwG, Urt.v. 27.02.2014 — 2 C 1.13 (ECLI: DE: BVerwG: 2014: 270214U2C1.13.0); BVerwGE 149, 117-139.

殿堂。

聯邦憲法法院支撐禁令的重要論點：「脈絡化任務」

教師與法界等各方，欲藉歐洲人權法院灌注《歐洲人權公約》第11條罷工權的加持，循求行政審判權途徑，企圖動搖德國公務員罷工禁令的憲法磐石，終未能遂願，聯邦憲法法院乃成為各方引頸期待的「最後一線生機」。如眾所周知，該院2018年中判決出爐後，卻未見任何顛覆性的驚奇論點。儘管如此，是件判決論理清晰，層次分明，毫不含糊。

聯邦憲法法院分從「傳統性」（Traditionalität）及「實質性」（Substantialität）雙層面，詳加闡明《基本法》第33條第5項所蘊含職業公務員制度的傳統原則。與此同時，該院並將公務員罷工禁令本身亦提升為一項具憲法位階的職業公務員制度之結構要素。其甚又強調，公務員罷工禁令適用於所有公務員，不論身分法上及功能法上的職務為何，咸不分軒輊。職此之故，公務員罷工禁令自亦及於具公務員身分的教師。從而，涉乎偌多父母與學生的受教基本權利以及國家運作正常的學校體系終能獲得確保。

聯邦憲法法院除再度應證其克盡「憲法守護者」的角色外，尤更賦予各級法院「脈絡化任務」¹⁷，未來面對歐洲人權法院的裁判，藉以決定或侷限此一國際法院具體裁判的「導向效果」。聯邦憲法法院身先士卒，在考量歐洲人權法院判決見解下，檢視《基本法》第33條第5項與《歐洲人權公約》第11條是否存在衝突情勢。要言之，聯邦憲法法院認為，公務員罷工禁令雖構成對《歐洲人權公約》第11條的干預，惟此項干預得依同條第2項第2句獲致正當理由根據，而具公務員身分的教師，亦屬此處所稱的「國家行政成員」（Angehörige der Staatsverwaltung）。由是，《基本法》第33條第5項與《歐洲人權公約》第11條兩者間，並不存在猶如聯邦行政法院所稱須仰賴立法者加以弭平的衝突情勢。

聯邦憲法法院本諸《基本法》的「國際法友善性」（Völkerrechtsfreundlichkeit）原則，一再肯認歐洲人權法院裁判的事實上「導向效

¹⁷ 另詳見Kaiser (Fn. 12), S. 432 ff.; Lepsius (Fn. 4), S. 793 ff.

果」，並諭示一般法院在解釋適用德國法及基本權利時，應善盡考量《歐洲人權公約》及歐洲人權法院裁判的義務。藉由「脈絡化」的要求，聯邦憲法法院首度具體闡明考量（*Berücksichtigung*）方法的基本準則及界限。尤應防杜者，乃將個別概念予以公式般的平行化，並輕率地轉殖繼受國際法的概念。允合「脈絡化」義務的考量方法，係在釐清歐洲人權法院裁判的具體案例事實，探求其法文化的背景，並區辨德國法秩序的特徵殊異之處。倂此「脈絡化」的概念，以約攝博，除因應歐洲人權法院裁判外，洵亦屬適乎比較法學的方法論。

跋語：從「卡爾斯魯厄共和國」到「中研法學」

二次大戰後在盟國占領監督壓力下誕生的《基本法》，原被視為因應國家分裂狀態的暫時性過渡憲法，以供作發展新國家秩序的序曲。然而，逾七十載以來，前後歷經民主法治國家的重建時期及國家再度統一，《基本法》依然屹立不搖，始終保持掌舵的功能，圓滿的樂曲已然響徹全世。行政審判權與憲法審判權二者，作為自由民主法治國家的堅實拱頂石，堪稱居功厥偉。面對迅速變遷的現代多元化社會，聯邦憲法法院藉助隱形的憲法解釋與續造，尤在裁判憲法訴願制度下，建構基本權利的擴散作用與客觀價值秩序，持續以憲法替整體法秩序加冕，充分地將基本權利效力落實於各種型態的法律生活中。由是，聯邦憲法法院不僅係屬備受尊崇的司法暨憲法機關，更贏得「人民法院」的卓譽，甚為分殊化模式憲法審判權的典範，洵可傲視寰宇。

2001年恰逢聯邦憲法法院成立五十週年榮慶，美國史丹佛大學前校長*Gerhard Casper*教授曾受邀於德國國家慶典中演講，其講題為〈卡爾斯魯厄共和國〉（„Die Karlsruher Republik“）。此一隱喻，並非意指「法官統治」（*Herrschaft der Richter*）的某些成見俗套，講者係用以喻稱聯邦憲法法院作為「法治理」（*Herrschaft des Rechts*）國家的象徵，並稱頌該院在戰後德國成功發展民主憲法國家歷程的重要貢獻。復又，卡爾斯魯厄市原為德國行政審判權的發祥地，如今則被喻稱為「法的官邸」（*Residenz des Rechts*），正歸因於聯邦普通法院及——尤其是——聯邦憲法法院座落此地之故。就真正構成審判權價值的要素而言，法官

的學養與精神，遠甚於法律條文。時序2021年，復逢聯邦憲法法院成立七十週年榮慶，「卡爾斯魯厄共和國」的讚譽，允當有增無減。

言念及此，倏忽之間，本所亦將欣迎成立十週年誌慶。末學曾忝為一員，心恆繫之。幸藉此隅，敬賀「中研法學」，足堪法學精神風範的表率。放眼未來，謹祝吾所：「學林甘澤，法海燈塔，慧命無窮，清流永續。」

參考文獻

一、中文部分

- Stefan Koriath著，劉淑範譯（2010），聯邦憲法法院和司法裁判（「專業法院」），收於：蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊），頁57-96，臺北：國科會經典譯注計畫、聯經。
- [Koriath, Stefan (2001), Bundesverfassungsgericht und Rechtsprechung („Fachgerichte“), in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 55-81.]
- 劉淑範（1998），憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，頁199-248，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- （2013），論公務員職務調動之概念及法律性質：揮別我國特別權力關係思維之遺緒，臺大法學論叢，42卷1期，頁1-48。

二、外文部分

- Herber, Franz-Rudolf (2020), Verfassungsrechtliche Strukturen des öffentlichen Dienstrechts, BayVBl., S. 692-698.
- Kaiser, Anna-Bettina (2017), Streikrecht für Beamte — Folge einer Fehlrezeption?, AöR 142, S. 417-441.
- Lepsius, Oliver (2019), Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft, JZ, S. 793-802.
- Lindner, Josef Franz (2019), Streikverbot für Beamte — eine Regel ohne Ausnahme, BayVBl., S. 361-366.

