

釋字第 538 號解釋協同意見書

謝在全大法官 提出

本件解釋系爭營造業管理規則第七至九條及第十六條規定，對於申請登記之營造業，依其資本額大小、專業工程人員員額及工程實績多寡等條件，區分甲、乙、丙三級登記證書，並按分級限制承攬工程金額，係對人民營業自由之限制，此項結論應值贊同。人民營業自由究係涉及憲法上人民何種權利之保障，本件解釋未予明言，惟按本院釋字第五一四號解釋，則已指明人民營業之自由為「憲法上工作權及財產權所保障」，於解釋理由書並謂：「基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由」。準此，可知人民之營業自由乃憲法上工作權及財產權保障之範疇。就營業自由涉及財產權之保障，國外學說及我國學者間多無爭論；惟營業自由是否為工作權性質之內涵，學說上即不無異見。本院於上開解釋雖明白承認營業自由屬工作權保障之意涵，論證則稍有未盡，本件解釋又完全未及。基於此，本席認有補充說明之必要，爰提出協同意見如下：

一、本院歷來對憲法第十五條工作權之詮釋：

本院自釋字第一七二號解釋伊始，明白援引憲法第十五條工作權之保障，其後漸及於多號解釋中均以工作權保障作為審查之論據。其歷來對工作權之意涵，多認係自由權並就其保障範圍加以詮釋，除前述釋字第五一四號解釋外，例如：

- (一) 本院釋字第一七二號解釋涉及工作年資計算之年齡，於戶籍登記之更正時，以提出原始證件為限，「對憲法所保障人民之工作權及服公職之權，亦無侵害」；

- (二) 本院釋字第一九一號解釋對於藥師開設藥局從事調劑並經營藥品販賣業務者，應辦理藥商登記及營利事業登記，「對於藥師之工作權尚無影響，與憲法第十五條並無牴觸」；
- (三) 本院釋字第二〇六號解釋禁止非醫師為醫療廣告，「既未限制鑲牙生懸掛鑲補牙業務之市招，自不致影響其工作機會，與憲法第十五條之規定，尚無牴觸」；
- (四) 本院釋字第三九〇號解釋解釋理由書謂「關於人民違反該規則（工廠設立登記規則）之行為，得予以局部或全部停工或勒令歇業之處分部分，已涉及人民工作權及財產權之限制」；
- (五) 本院釋字第四〇四號解釋則首次明確界定「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」，認醫藥分業及限制中醫師之業務範圍，「與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸」；
- (六) 本院釋字第四一一號解釋亦謂限制土木工程技師之業務範圍，「與憲法對人民工作權之保障，尚無牴觸」；
- (七) 本院釋字第四三二號解釋對於會計師懲戒處分構成要件之概括規定，「與憲法第十五條保障人民工作權之意旨尚無違背」；
- (八) 本院釋字第四六二號解釋解釋理由書謂「憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障。對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。大學教師升等資格之審查，……涉及人民工作權與職業資格之取得」。以上諸號解釋已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋，對於憲法保障人民權利體系之建立，誠具重要意義（註一）。

二、工作權之性質與其功能：

憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」規定之體例，與德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利，職業之執行得依法律管理之。」及日本憲法第二十二條第一項規定：「任何人於不違反公共福祉下，均享有居住、遷徙及選擇職業之自由。」第二十七條第一項規定：「所有國民，均有勤勞之權利與義務。」均有不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勤勞權（所謂受益權）予以規定，均涇渭分明。且因上開第十五條規定之工作權與具典型受益權性質之生存權及自由權性質之財產權並列，致學說上對於憲法工作權保障之性質素有自由權說（註二）、自由權與受益權兼具說（註三）及受益權說（註四）之爭論。惟學說採具有自由權性質之見解，仍較為多數，本院吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書中指出：「我國民初以迄現行憲法制定之際，社會主義、集體主義思潮瀰漫國中，五五憲草第十七條原僅定有保障財產權之文字，於制憲國民大會第一審查委員會審查時增加工作權、生存權，使二者與財產權並列為保障之對象……。受此背景影響，將憲法第十五條工作權視為純粹之受益權並解釋為：人民於失業之際，請求國家予以適當就業機會，以維持其生存之權利……，上述見解且浸假成為優勢之學說。實則將工作權作如此解釋誠屬捨近求遠，不切實際，若國家對人民現有之職業工作尚且不能盡其保障義務，遑論請求國家給予適當工作乎？捨工作之保障而不論，倡言應積極的提供工作，如縱未步上極權體制之後塵，不顧人民意願分派工作並強迫就業，亦何異於五十步笑百步也。……至於人民之具有工作能力者，國家應給予適當工作機會，憲法第一百五十二條已定有明文，若將第十五條工作權保障作相同解釋，憲法第一百五十二條豈非重複規定而成為贅文。」抑有進者，工作自

由權若不以憲法第十五條明文規定為據，則必自憲法第二十二條概括條款下之基本權利中求之，致工作權成為係由憲法授權法律訂定其保障範圍之基本權，即為立法者之裁量，對人民工作權之保障反有不周。因之，本院上述解釋認憲法上所保障之工作權具有自由權性質，應屬有據。

按基本權利之濫觴，原確係為保障人民之生命、身體、財產等自由權利得免於國家之侵害、干預，具有防禦權之功能，迨現代給付國家概念興起，已逐漸向受益權功能、保護功能、程序保障功能、制度保障功能等多方向演進（註五）。就我國憲法上財產權之保障而言，學者自本院釋字第一八七號、第二〇一號、第三一二號、第三二〇號、第三八九號、第四三一號及四三四號解釋等推論對國家具有「公法上財產請求權」，「使財產權增加了受益權的色彩」（註六）；更有謂自史料推知制憲者之本意，視財產權為「請求國家積極提供給付的受益權的一種」。（註七）學者亦有指出勞動基本權雖被歸納為社會權，然其中常蘊含有自由權之性質（註八）。均可見學說與實務對憲法上基本權保障之多功能發展趨勢（註九）。是以本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展（註十），如此亦與基本權之多功能發展趨勢一致，更無礙於基本權保障體系之建立。

三、憲法上營業自由之保障：

按營造業之設立，應報請內政部許可，並應於開業六個月前向內政部申領營造業登記證書。而其申請登記係依其資本額大小、專業工程人員員額及工程實績多寡等條件，區分甲、乙、丙三級登記證書，並按分級限制承攬工程金額，且非領有登記證書並加入營造業公會，不得營業（營造業管理規則第四條、第六條、第七至九條及第十六條參照），此自屬人民營業自由之限制。而營

業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。詳言之，基於工作權之保障，人民有選擇從事一定職業之自由，由於選擇一定職業為其經營之事業，自己遂成為營業主體，於該營業之經營，享有營業之自由，包括開業、停業與否以及營業維持、存續之自由，且人民除營業自由外，並有營業活動之自由，亦即對營業之資本、財產及其商品之生產、交易或處分均得自由為之，此即為憲法上財產權保障之範圍（註十一）。可見營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題（註十二）。又本件係為提高營造業技術水準，確保營繕施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，增進公共利益之社會政策積極目的，採營業許可制之手段，限制人民營業自由。是所採之限制措施，自須為實現上述積極目的所必要，具有正當性，其限制之方法及程度，並須符合憲法第二十三條規定之比例原則，自屬當然。倘積極目的之限制，具有限制目的之正當性，則關於限制之方法及程度，原則上屬立法裁量之範圍。惟本件係依建築法第十五條第二項規定，授權主管機關本其機關功能及行政專業之考量妥適規範，主管機關於訂定營造業管理規則時，為人民營業自由之上述積極目的限制，固難謂無據，且尚無顯不合理之情形，應可謂符合憲法上保障人民工作權及財產權之意旨，然終究是人民權利之重大限制，為貫徹憲法上保障人民權利之意旨，自以由法律妥適規定為宜。然就執行法律之技術性、細節性次要事項，對人民產生不便或輕微影響者，尚非不得以法律明確授權之法規命令定之（本院釋字第四四三號解釋解釋理由書參照）。至就分級條件及其他有關建立營造業制度重要事項之擬定，若能由有學識經驗之專家及營造業人士等組成委員會予以審議，或營造業人士有聽證、與聞之機會，當更符合憲法上正當程序保障之要求。

受理具體案件，對相關之基本權利建構明確之體系與保障範圍，乃釋憲機關無所旁貸之責任，因慍於職責所在，爰不揣簡陋，提出協同意見書如上。

註 一：本院解釋中亦有以憲法第十八條人民有服公職之權利作為工作權保障之特別規定者，例如本院釋字第四一二號、第四九一號解釋。

註 二：此說認為人民有選擇工作之自由，國家不得任意侵犯。採此說者有本院吳庚大法官（見本院釋字第四〇四號解釋不同意見書）；管歐著，中華民國憲法論第六十四頁（民國八十九年十月，九次修訂本）；李惠宗著，憲法工作權保障之系譜，劉孔中、李建良主編，憲法解釋之理論與實際第三五一頁（民國八十七年六月）；同氏著，憲法要義第二二三至二二四頁（二〇〇一年八月）。董保城、陳新民似亦採此說，法治斌、董保城著，中華民國憲法第一八二頁（民國九十年二月，修訂三版）；陳新民著，中華民國憲法釋論第七九五頁（民國八十八年，修訂三版）。

註 三：採此說見解者，如謝瀛洲謂：「工作權者，人民在社會上，得選擇認為與其身份才智相適應之工作，以維持其生存之權利也。」，即一、工作之選擇，應基於個人之自由，奴隸制度，不能生存。二、工作之結果，須足以維持其生存，故國家應規定工資之最低限度，同時並應准許勞動階級組織工會。三、人民若不能獲得相當之工作時，國家應救助之（見氏著，中華民國憲法論第六十三頁，民國五十八年四月，第十三版增訂本）；蔡茂寅則謂：「從同受憲法第十五條保障的財產權與生存權，一屬自由權，一屬受益權（社會權）的屬性以觀，將與此兩種權利並列的工作權解為兼具兩種屬性，在整合性上似乎較具合理性」（氏著，工作權保障與勞動基本權的關係

及其特質，律師雜誌，第二一九期第二十五至二十六頁（民國八十六年十二月）。同氏著，社會權（二），許志雄等合著，現代憲法論第二一〇頁，一九九九年九月）。劉慶瑞亦採此說（氏著，中華民國憲法要義第八十三頁，民國六十五年九月，九版）。

註 四：此說認為國民有要求國家對於工作權，為必要措置之抽象的權利。在具體方面，為實現工作權之保障，應設立職業介紹、職業指示、失業保險等制度，林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（第一冊）第二四五頁（民國八十二年一月，修訂七版）。採此說如薩孟武（氏著，中國憲法新論第一二七頁，民國八十二年八月，十版），本院大法官黃越欽（見本院釋字第五一四號解釋不同意見書）。

註 五：許宗力著，基本權的功能與司法審查（氏著，憲法與法治國行政第一六一頁，一九九九年三月）。德國聯邦憲法法院於基本權利解釋發展出國家之「保護義務」，雖然學說上仍有爭論，惟對於傳統基本權之防禦功能，已有強化其積極功能之意涵。（許宗力，上揭書，第一六四至一六八頁；李建良（譯），基本權利之保護義務，氏著，憲法理論與實踐（一）第一〇三至一四九頁，一九九九年七月；李建良著，基本權利與國家保護義務，李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務第二輯第三二五至三七〇頁，民國八十九年八月）。日本學者亦有認為經濟自由、政治自由等基本權利，從提供其自我實現力量而發展所謂「積極之自由權論」，即對於憲法既有保障之自由權，請求國家提供實現該自由權之相關完善條件，賦予傳統自由權嶄新之實質意義。（大須賀明著，積極的自由權論序說，憲法學の展望：小林直樹先生古稀祝賀第五〇三頁，有斐閣：一九九一年九月，初版一刷）。亦有從現代國家之權

力結構重新檢討基本權利保障體系，而有從「免於國家干涉的自由」之自由權發展成為「向國家積極爭取之自由」之受益權概念。(松本昌悅著，現代憲法と人權の課題第八十四頁，成文堂：昭和五十五年四月，初版六刷)

註 六：蘇永欽著，財產權保障與大法官解釋（氏著，違憲審查，第一〇一頁，一九九九年一月）。

註 七：許宗力，前揭（註五）書，第一六〇頁，註三之說明。

註 八：蔡茂寅，前揭（註三）書，社會權（二），第二〇三頁。

註 九：學者有謂：「(就財產權保障而言)由於國家作為債務人最後還是透過稅收來償債，故財產受益權愈被強調，人民自由支配的財產權範圍當然就愈小，兩者間可說存在明顯的矛盾，這一點和生存權、工作權的兼具兩重面向而無衝突不同。」蘇永欽，前揭（註六）書，第八十四頁；李惠宗，前揭（註二）書，第二四九頁。

註 十：本院釋字第四九一號解釋謂：「憲法第十八條規定人民有服公職權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行為，亦應兼顧對公務人員之權益之保護。」等語，對於工作權似已有受益權性質之意味。

註十一：本院釋字第五一四號解釋，浦部法穗著，憲法學教室 I 第二七四至二七五頁（日本評論社：一九九七年四月，新版第七刷）；野中俊彥、浦部法穗著，憲法 解釋第一九八至一九九頁（三省堂：一九九三年二月，二刷）；浦部法穗著，營業の自由と許可制，增刊ジュリスト，「憲法の争点（新版）」第一一六至一一七頁（有斐閣：一九八五年九月）；今村成和著，「營業の自由」の公權的規制，ジュリスト，第四六〇期第

四十二頁；中村睦男，社會經濟政策としてなされる營業規制-小賣市場事件，憲法判例百選Ⅰ，別冊ジュリスト第二〇一頁（二〇〇〇年九月，第四版）。

註十二：李震山則謂：「營業自由難完全由工作權涵蓋，應可由工作權及憲法第二十二條保護之。」氏著，論憲法未列舉之自由權利之保障-司法院大法官相關解釋之評析，第三屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會會議論文（二）第十四頁（中研院社科所：民國九十年三月）。