

## 釋字第 547 號解釋協同及一部不同意見書

黃越欽大法官 提出

本件李○輝聲請釋憲案，解釋文認為，「憲法第八十六條第二款規定，專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選銓定之。醫師從事醫療行為，不僅涉及病患個人之權益，更影響國民健康之公共利益，自須具備專門之醫學知識與技能，醫師既屬專門職業人員，其執業資格即應按首開規定取得。…關於中醫師考試，醫師法對其應考資格已定有明文，至於中醫師檢覈之科目、方法、程序等事項，則授權考試院會同行政院依其專業考量及斟酌中醫之傳統醫學特性，訂定中醫師檢覈辦法以資規範，符合醫師法與專門職業及技術人員考試法之意旨，與授權明確性原則無違」。對此結論本席表示贊同，對於作成此項結論之推理，亦表同意。

惟本號解釋之前提與推論方向，與前此所作類似問題之解釋有很大不同。揚棄過去將專門職業及技術人員之營業權視為憲法第十五條之工作權，而回歸正確的途徑，從憲法第八十六條出發，在釋憲的規範審查方向上，可謂已重返正途，對憲法保障人民權利之範圍與系統有正面影響。為使此項轉折之意義更臻明確，爰提出協同及一部不同意見如下：

### 一、本院歷來就工作權與營業權有以下系列解釋：

(一)本院釋字第一九一號(73.11.30)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」，對專門職業及技術人員之營業自由權規範與工作權未加區別。

(二)本院釋字第二〇六號(75.06.20)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，尚無抵觸」，同樣將專門職業及技術人員之營業自由權規範與工作權未加區別。

- (三) 本院釋字第三五二號（83.06.17）解釋文謂：「土地專業代理人係屬專門職業，依憲法第八十六條第二款規定，其執業資格應依法考選銓定之。」不提及工作權。
- (四) 本院釋字第三六〇號（83.07.29）解釋文謂：「土地法第三十七條第二項係依憲法第八十六條第二款而制定，…內政部於中華民國七十九年六月二十九日發布之土地登記專業代理人管理辦法，係依據上開法條第四項授權訂定，…並未逾越法律授權範圍，與憲法並無抵觸」。亦不提及工作權。
- (五) 本院釋字第三九〇號（84.11.10）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」，誤將營業權之規範視為工作權。
- (六) 本院釋字第四〇四號（85.05.24）解釋謂：「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，尚無抵觸」，則已逾上述解釋之程度與範圍，而進一步對營業規範、職業選擇自由權之限制與工作權不加區分。
- (七) 本院釋字第四一一號（85.07.19）解釋謂，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，尚無抵觸」，同將營業權之規範指為工作權保障之範圍。
- (八) 本院釋字第四三二號（86.07.11）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」，將專門職業及技術人員職業團體自治行政之作用與工作權不加區分。

(九) 本院釋字第五一四號（89.10.13）解釋理由書謂：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵，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」。則工作權已等同營業權與財產權矣，其間不但無所區隔，且可任意混用。

上列各號解釋系爭權利或為藥師、醫師、中醫師、土木工程技師、會計師之營業權，或為工廠登記、營業許可等營業權有關之權利。然在解釋文或解釋理由書中，多將之作為工作權之內容看待。歸納言之，似有以下階段：

第一階段為七十三年至七十五年，即釋字第一九一號與釋字第二〇六號，此二項解釋並未區分專門職業及技術人員之營業自由權規範與工作權。

第二階段為八十三年間之第三五二號與釋字第三六〇號，此二號解釋認為專門職業及技術人員之執業資格應依憲法第八十六條之規定而取得。前提與推論均屬正確。

第三階段則為八十四年至八十六年間計有第三九〇號、第四〇四號、第四一一號、第四三二號等四號解釋，不僅對營業自由權與工作權不加區別，甚且混為一談。

至八十九年第五一四號解釋，則一方面含混其詞，將各有明確範疇之工作權與財產權並列，混淆思考；另一方面又將工作權間接延伸，使工作權具有開業、停業與否及從事營業之時間地點、對象及方式之自由。將憲法第十五條、第一百五十二條、第一百五十三條、第一百五十四條等重大原則所架構起之工作權體系徹底瓦解。

二、國人對憲法第十五條工作權之社會受益權保障性質，與憲法第八十六條專門職業及技術人員考試之職業選擇自由與營業自由權之

限制性質，長期以來不加以區別，而混為一談。除極少數學者外，對工作權在認知上完全停留在四十年代以前，認為工作權並無一定之內容，而得任意以不相容或不相涉之權利加以填充，以致於將憲法上人民服公職之權、創業、就業、營業、專門職業及技術人員執行業務等權利，均認為係工作權之內容。工作權遂在實質上空有名目，形式上又包山包海，漫無邊際。誠不知在二十世紀中葉以來，一方面因國際公約不斷增加，另一方面進步國家紛紛以內國之立法與之相呼應，因此工作權已有非常充實之內涵。我國行憲以降，內國法關於工作權保障之立法雖形同停頓，但在解嚴後已有真正進展，而國際公約之適用則因外交形勢之惡化形同隔絕，即使我國已加入國際貿易組織（WTO）但至今仍未接軌【註】。其實營業權與工作權範疇之區分十分明確，工作權之內容近年來因國內大量立法而逐漸充實，體系分明。欲以過去模糊觀念作為釋憲工具，不但已不適宜，而且已不可能。營業權與工作權之區分，可得而言之者厥為以下數端，茲縷述之：

- （一）營業權人取得營業權之情形不一而足，或為單純營業權之取得，斯乃財產權行使之結果，在法律性質上乃財產之法人化過程。換言之，財產所有人為經營一定之營業，乃組織公司登記為營業人。或為所謂專門職業及技術人員，此類人員先經考試取得營業資格（憲法第八十六條），再進而依法執行營業，例如醫師或律師開設診所或事務所，而成為營業權人。設若此之醫師或律師不自行營業，而受雇於一定雇主，則其雖有營業資格，但卻係受僱人，不受營業自由權之保障，只適用關於工作權之規定，亦即此之醫師或律師不能有開業、停業與否及決定從事營業之時間、地點、對象及方式之自由，只能依照雇主之規定上下班領取薪資。

(二) 營業自由之限制多來自國家法律與國家授權之自律規範：蓋營業權關係整體經濟秩序，生產設備有公共安全之問題，產品又有大眾公共利益之考量，而專門職業及技術人員執行業務，如醫師、律師等，又影響人民生命、身體、健康、財產之法益，故受到來自三方面之規範。其一為營業資格有關之法令限制(依憲法第八十六條所制定之法律)，其二為行職業團體自治自律規範(如律師倫理規範等)，其三為營業市場秩序有關之規範。

工作權並無法律上資格限制問題，蓋就國民而言並非人人皆具有良好之教育水準，雇主甚至於寧可對無一定教育水準之人施以養成教育。事實上加諸工作權人之資格要求完全來自雇方，而非來自國家法律。因此本院第四〇四號解釋所謂「對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制」，乃是對醫師執行業務之限制，誤認為對工作權之限制。至於法律對工作內容加以禁止之情形，例如勞動基準法第四十四條第二項規定：「童工不得從事繁重及危險性之工作。」第四十八條規定：「童工不得於午後八時至翌晨六時之時間內工作。」表面上似乎是對人民從事工作方法之限制，但實際上卻是為了保護工作權人而對營業權人—雇主的限制。

(三) 營業權人在法律性質上屬雇方，乃受領勞務而支付勞務代價(付薪水)之人。(勞基法第二條第二款)

工作權人在法律性質上屬於勞方，乃支付勞務受領勞務代價(領薪水)之人。(勞基法第二條第一款)

(四) 營業權人對營業設備、原、材料、工具有所有權，因此工作成果之所有權亦歸之所有。

工作權人除勞務外並無其他，故無法取得工作成果所有權，只能獲取工資（勞基法第二條第三款）。自一九二八年國際勞工組織第二十六號公約以來，有關工資保障之公約與立法建議書計有六號。

- (五) 營業權人基於對職場設備之所有權，以及基於僱用關係得令工作權人進入其所提供之工作場所工作，使工作權人之安全處於營業權人影響之下。

工作權人基於公平之原則受國家對於工作環境之保護（勞工安全衛生法、勞動檢查法）。自一九二九年國際勞工組織第三十一號公約以來，有關勞工安全衛生與勞動檢查之公約與立法建議書近四十號。可見對此項工作權內容保護之重視。

- (六) 營業權人對營業得為開業、停業與否以及營業維持、存續之決定，而其唯一之危機為關廠倒閉。

工作權人並無機會對營業為開業、停業與否以及營業維持、存續之決定，其最大之危機為被雇主解僱而失業（勞動基準法第十一條、第十二條、民國九十一年五月十五日公布之就業保險法）。事實上自一九一九年國際勞工組織第二號失業保障公約以來，解僱與就業相關之公約及建議書約有十數號，尤以一九八八年第一六八號促進就業與失業保障公約及一九九二年第一百七十三號雇主破產時員工給付請求權保障公約為著。

- (七) 營業權人因係財產權與結社權結合行使之故，所參加者為工、商業同業公會及行職業同業公會（工業團體法、商業團體法、律師法第十一條、醫師法第九條、會計師法第二十七條等）。

工作權人則以工作權與結社權結合行使，組織產、職業工會（工會法）。自一九二一年國際勞工組織第二十三號公約

以來，計有四號公約，一九四八年第八十七號結社自由及組織權保障公約及九十八號組織權及團體協商權原則之應用公約，在二〇〇〇年經與國際貿易組織（WTO）協商後，分別被納入七大核心公約之列。

(八)營業權人不分性別均得經營事業，故無性別平等保護之必要。

工作權人因就業機會有限，在競爭中尤其從成本之考量，難免對女性有歧視之情形發生，故國家法律對兩性平等予以保護（民國九十一年一月十六日公布之兩性工作平等法）。此項保障工作權之制度雖然發展較晚，但自一九五一年國際勞工組織第一〇〇號公約以來，計有十數號公約及建議書，包括母性保護、夜間工作保護等，一九五一年第一〇〇號男女同工同酬公約及一九五八年第一一一號禁止歧視（就業與職業）公約均在二〇〇〇年列為核心公約。

(九)營業權人並非以勞務換取生活之需，故無年齡保護問題。

工作權人因身體及勞力有被剝削之危險，故童工之保護不獨國內法律（勞動基準法第四十四條至第四十八條），國際公約尤極重視，自一九一九年國際勞工組織第五號公約以來，有關公約及建議書有四十餘號之多，一九七三年最低年齡公約在二〇〇〇年被列為七大核心公約之一。

(十)營業權人有決定開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。

工作權人無權決定開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式，僅得決定受雇與否，一經受僱即受制於雇主，而為避免雇主追求利潤不顧工作權人之健康與勞動力之再生，國家法律乃對休息、休假、最高工時等加以保護（勞動基準法第四章）。自一九一九年國際勞工組織第一號公約以來，有關工時、夜間工作、休息、帶薪假期之公約及建議

書有四十餘號之多，最近者為一九九四年第一七五號部分時間工作公約。

- (<sup>十</sup><sub>一</sub>) 營業權人為追求最大利潤，可能對特定之人基於成本考量，在僱用及工作條件上予以歧視。

工作權人之弱勢者國家法律乃加以保護，例如身心障礙者之保護。(民國八十六年公布之身心障礙者保護法第四章)至於國際勞工組織有關弱勢勞動者保護除散見各公約外，並於一九五五年通過第九十九號殘障者職業重建立法建議書，一九八九年並公布第一六九號原住民與部落居民公約。

- (<sup>十</sup><sub>二</sub>) 營業權人提供之工作及生產工具與設備等，可能隱藏危險因素，肇致損害。

工作權人受國家職業災害有關法律之保障(民國九十年十月三十一日公布之職業災害勞工保護法)。國際勞工組織自一九二一年第十二號公約以來，有關職業災害勞工保護之公約及建議書有十號以上，最近則有一九九三年第一七四號預防重大工業意外事件公約。

- (<sup>十</sup><sub>三</sub>) 營業權人有充分自由，依其利潤之考量，決定是否進修或深造。

工作權人為換取生活所需而提供勞務，進修或深造之機會有限，為能有向上之機會，國家乃保護其有職業教育權(勞工教育實施辦法)。國際勞工組織相關之保障規範則有一九三七年第五十六號職業教育立法建議書。

- (<sup>十</sup><sub>四</sub>) 營業權人財產或營業外移，在性質上屬於產業之擴張或國際化。

工作權人外移謂之移民工作或外勞(就業服務法第五章)。自國際勞工組織一九二六年第二十一號公約以來，通過對此加以保障之相關公約計有七號。

(十五) 營業權人或因具備一定專門職業技能，或因集合相當財產，而從事營業。

工作權人則因未能具備一定職業技能，或集合相當財產從事營業，故國家對工作權人之職業訓練、職業介紹、職業諮詢、職業輔導、轉業訓練等權利加以保障（職業訓練法、就業服務法）。自國際勞工組織一九三三年第三十四號公約以來，有關職業訓練與就業服務之公約計有十數號，而最近之一九九七年第一八一號私立就業機構公約，歸納自一九三〇年以來有關就業服務公約之原則及其後之多次改變，而確立此項公約。

總之，工作權在憲法第十五條及憲法第一五二條、第一五三條、第一五四條等所建構起之基本權保障體系下，透過立法將工作權之內涵表現於上述說明中所引用之法令，如勞動基準法、工會法、勞工安全衛生法、勞動檢查法、職業訓練法、就業服務法、職業災害勞工保護法、兩性工作平等法、就業保險法、身心障礙者保護法第四章、勞工教育實施辦法等，並結合團體協約法、勞資爭議處理法、勞工保險條例等，共同構成工作權之實質內容。

本案揚棄過去解釋之窠臼，回歸本院釋字第三五二號、第三六〇號正確解釋以憲法第八十六條為審查前提，解釋文中明確指出「…其既未依中醫師檢覈辦法回國參加面試或筆試，即不得主張取得…『在國內執行中醫師業務之權利』，否則反而造成得以規避面試或筆試而取得回國『執行中醫師業務之資格』」，對釐清執行業務之資格以及執行業務之權利，各賦予其在人權保障之譜系上各該當權利應有之地位，並終止與工作權糾纏不清之關係，有正面意義值得肯定。

不過解釋文僅以中醫師檢覈辦法第六條、第十條之規定，「並無逾越醫師法授權之範圍或增加母法所無之限制，與憲法上人民

權利保障之意旨並無違背」，但並未明示究竟係保障人民憲法上何種權利，亦未說明前此類似之解釋應否予以改變，易滋質疑，乃提出協同及一部不同意見書，略盡闡明之責。

【註釋】

一九九六年國際貿易組織（WTO）新加坡部長會議宣言第四點：吾人重申對國際承認的核心勞動基準尊崇之意，國際勞工組織係設定與處理此項基準之權責機關，吾人表達對其推展此項工作之支持。吾人確信藉由貿易的增加與貿易自由化的擴大，對經濟成長與發展所產生之助益，有利於此項基準之增進。吾人一方面反對利用勞動基準作為保護主義的工具，另一方面也絕不同意以國與國間，尤其是與低工資的開發中國家間之比較利益為藉口，而使此項基準轉而隱晦不明。據此，吾人表明世界貿易組織（WTO）與國際勞工組織（ILO），將繼續推展其業已進行之合作關係。We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.