

本席對本號解釋多數意見認為系爭私立學校法第三十二條第一項規定合憲之結論敬表同意，惟就與本解釋相關之私人興學自由、工作權保障與職業自由之限制以及法律明確性原則，謹述幾點淺見以為補充：

## 壹 私人興學自由之權利性質

私人興學自由究竟為憲法上所保障之基本權利還是單純立法政策？若係基本權利，國內學者有認為其根據為憲法第 11 條之講學自由、憲法第 162、167 條、憲法第 22 條、或制度性保障<sup>1</sup>。由於是否能直接援引憲法規定之探討，須為較詳盡之論述，以下主要以制度性保障之作為可能依據說明之。

### 一 私人興學自由可解為立法政策

就我國在教育法領域中之私人興學自由之定位，除憲法第十三章基本國策中第五節相關規定，特別是第 167 條關於私人經營教育事業之獎勵補助、第 162 條全國公私立教育文化機關須受國家之監督。此外，教育基本法第 7 條規定，人民有依教育目的興學之自由。至於教育目的，同法第 2 條第 2 項規定：「教育之目的以培養人民健全人格、民主素養、法治觀念 ---，並促進其對基本人權之尊重、生態環境之保護及對不同國家、族群、性別、宗教、文化之瞭解與關懷，使其成為具有國家意識與國際視野之現代化國民。」又依私立學校法第 2 條規定，各級、各類私立學校之設立，除法律另有規定外，應由學校財團法人申請之。而依同法第 9 條以下規定，自然人、法人得經主管機關許可，捐助成立學校法人等，似為純粹立法政策，但亦可能解釋為上述規定，乃立法者確認私人興學自由之憲法所保障之基本權利，並加以制度

<sup>1</sup> 參考周志宏，私人興學自由與私立學校法制，輔仁學誌，第 33 期，2001 年，頁 15。

化規範。

## 二 私人興學自由是否為制度性保障

私人興學自由是否所謂之制度性保障？所謂制度 (institution) 拉丁語之語源為 *instituo*，指複數人以特定之目的持續地為反覆一定模式之行動，而規範人類此種行動之規範總和 (或稱規範之複合體)。至於制度性保障，簡言之，即憲法中除有人民自由權利保護規定外，亦包含保障一定制度之規定。此一起源德國而由 Carl Schmitt 加以體系化之理論，其意涵為何？該國學界之見解主要以 Carl Schmitt、Haberle 之主張為代表，實務界之德國聯邦憲法法院之見解與兩者又不完全相同：

- (一) Carl Schmitt 發展制度性保障理論，直接原因為整理威瑪憲法第二篇基本權部分之混雜規定，基於解釋學上之必要。依 Carl Schmitt 見解，威瑪憲法生效日之特定時點時，事實乃至法狀態之現狀保障與制度性保障須加以區別，歷史上形成之現存事實的法的狀態，包括制度與非制度，憲法典制定生效日之現存物中，只有傳統、典型之法規範才是制度，如威瑪憲法中之地方自治與關於公務員之規定。否則即使在憲法中受保護之物，亦非制度之保障，只是現狀之保障。制度性保障之功能在於防止來自立法者侵害之保障，換言之，制度之保障規定，不能以單純立法之方法加以廢止，但可對之加以限制。
- (二) Haberle 展開制度性之基本權理論之直接動機，則為解釋基本法第十九條第二項規定 (無論任何情況，基本權之本質內容，不受侵害。) 給予解釋之根據，但 Haberle 並未對制度作明晰之定義，只是依其主張，基本權本身具有個人主觀公權與制度兩個面向。Haberle 認為，基本權是以由下支撐之規範總體所創造出來，亦即，自由並非法外之物，而是在法之中存在，規範之制定，當然為立法者之任務，因此，立法

者對基本權制度面向之展開具有決定性之關係。今日，立法者不只為自由之限制活動，且為自由之形成活動。因此，若無立法者，則基本權之理念無法於實存之社會領域被實現。Haberle 所廣泛承認之立法者之基本權形成活動，不只是授與立法者於基本權實現時之保障權限，同時亦是課與立法者義務，這是指，當各個人基本權之實現過程，因他人而受到妨害時，要求立法者之參與介入。在此限度內，制度之基本權保障，給予個人對國家之積極請求，即參與分配請求權之根據，此乃與社會國家條款連結而派生之權利。

(三) 德國聯邦憲法法院關於制度性保障之見解固近於 Haberle 之主張，但仍又不同者，即制度與個人基本權兩者關係，聯邦憲法法院明顯地以基本權之個人權為優位<sup>2</sup>。又德國聯邦憲法法院與 Haberle 關於此種人民對國家之給付請求權，均認其只是衍生之請求權，只有在財政上允許之情況下，限制地承認<sup>3</sup>。德國聯邦憲法法院對於基本權保護之解釋，制度性保障理論只是其一，尚有其他不同理論如自由的、民主的、社會國的基本權理論。

(四) 關於私人興學之制度性保障

依以上不同主張，分析私人興學是否為制度性保障：

1. Carl Schmitt 對制度之定義為，傳統、典型之規範複合體。而此之傳統，指傳統上形成或歷史上確立之意。傳統，指制度保障規定，先於憲法典之制定，如此方能與憲法中有關組織部分規定相區別。故「傳統」之特徵在於，保障之對象，只限先於憲法典存在之法規範。此之制度，必須於憲法制定生效時之現存物。至於所謂「典型」，指制度性保障之制度只限於，憲法制定生效日時現存物中「典型的、特徵的、本質的法規範」。依 Carl Schmitt 見解，威瑪憲法生效日之特定時點時，事實乃至法狀態之現狀保障與制度性保

<sup>2</sup> Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, Jus 1981, S. 239.

<sup>3</sup> P. Häberle, Grundrechte, VVDStRL 30 (1972), S. 110 ff.

障須加以區別，歷史上形成之現存事實的法的狀態，包括制度與非制度，憲法典制定生效日之現存物中，只有典型之法規範才是制度，否則即使在憲法中受保護之物，亦非制度之保障，只是現狀之保障。則依此見解，在我國私人興學自由，是否如同德國(或歐洲其他大學)般於中華民國憲法制定時，已是傳統、典型應受法保障之制度？就傳統而言，指制度保障規定，先於憲法典之制定，以私人興學自由而言，是否為傳統，固有探討空間，但至少並不具典型之要件，因其並未明白於我國憲法中規定為應受保護之制度，更勿論「典型」。

2. 如果從 Haberle 見解，則學術自由應屬個人主觀權利，而此種基本權，同時具有客觀面向或制度面向，Haberle 之制度性保障概念為，基本權理念，透過規範複合體，於社會存在領域中現實化之狀態之維持。此為基本權之制度側面，其現實化過程，即為基本權之制度化。Haberle 以基本權之社會功能為基礎，指出個人權之面向與制度之面向之密接關係，同時與傳統見解相異，主張基本權之制度面，並非侵害個人權而是強化個人權面向。如前述，其認為自由並非法外之物，而是在法之中存在，規範之制定，當然為立法者之任務，因此，立法者對基本權制度面向之展開具有決定性之關係。今日，立法者不只為自由之限制活動，且為自由之形成活動。因此，若無立法者，則基本權之理念無法於實存之社會領域被實現。若依其理論主張私人興學自由係制度性保障，有助於如講學自由於社會現存領域中現實化，則問題在於，講學自由如同本院在第 380 號解釋及 450 號解釋理由書中指出，國家為健全大學組織，有利大學教育宗旨之實現，固得以法律規定大學內部組織之主要架構，惟憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障云，則如何說明，私人興學自由為講學自由之制度性保障(即制度性保障之制度性保障?)。

又前已論及，立法院為落實憲法第十三章基本國策尤其第 167 條、第 162 條規定，制定教育基本法，於其第 7 條規定，人民有依教育目的興學之自由。相應於此，私立學校法第 2 條規定，各級各類私立學校之設立，除法律另有規定外，應由學校財團法人申請之。而依同法第 9 條以下規定，自然人、法人得經主管機關許可，捐助成立學校法人等，則立法者究竟是基於立法政策考量，還是純粹確認私人興學自由之憲法所保障之基本權利，並加以制度化規範？並不清楚。即使依 Haberle 之制度性保障概念為，基本權理念透過規範複合體，於社會存在領域中現實化狀態之維持，但因 Haberle 並未對制度作明晰之定義，因此私人興學自由，究竟為制度性保障或純為立法政策，仍陷於雞生蛋或蛋生雞之循環論辯。

### 三 關於制度性保障於我國之運用

(一) 關於制度性保障，日本與我國學界實務界均有不少接受其說者，但日本學界現在多對其持批判立場。反觀我國，國內學界亦有對之加以援用探討者<sup>4</sup>，但似不如日本熱烈，且似乎限於就 Schmitt 之主張說明，或直接採取德國聯邦憲法法院立場，持批判立場者不多。本院大法官解釋於導入制度性保障理論時，究竟所採者為 Schmitt、Haberle、聯邦憲法法院或其他學者之見解，則語焉不詳<sup>5</sup>。

<sup>4</sup> 參考許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，〈〈國家科學委員會研究彙刊，人文及社會科學〉〉，六卷一期，1996 頁 24 以下；蘇永欽，〈財產權的保障與司法審查〉，〈〈國家科學委員會研究彙刊，人文及社會科學〉〉，六卷一期，1996，頁 51 以下；李建良，〈論學術自由與大學自治之憲法保障，司法院大法官釋字第三八零號解釋及其相關問題之研究〉，〈〈人文及社會科學集刊〉〉，第八卷第一期 1996，頁 265 以下；陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，〈〈憲法解釋之理論與實務〉〉，劉孔中李建良編，1998 年，頁 393 以下；蔡茂寅，〈學術自由之保障與教育行政監督權之界限，評大法官會議釋字第三八零號解釋〉，〈〈月旦法學〉〉，第 2 期，1995 年 6 月頁 55；許志雄，〈制度性保障〉，〈〈月旦法學〉〉，第 8 期，1995 年 12 月，頁 40 以下；李惠宗，〈〈憲法要義〉〉，敦煌書局，年修正二版，73、135 頁以下；法治斌/董保城，〈中華民國憲法〉，空中大學，1997，修正再版，頁 116 以下。

<sup>5</sup> 參考陳春生，司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討，論法治國之權利保護與違憲審查，2007 年，頁 213 以下。

- (二) 德國聯邦憲法法院關於制度性保障之見解固近於Haberle之主張，但仍又不同者，即制度與個人基本權兩者關係，聯邦憲法法院明顯地以基本權之個人權為優位<sup>6</sup>。德國聯邦憲法法院對於基本權保護之解釋，制度性保障理論只是其一，尚有其他不同理論如自由的、民主的、社會國的基本權理論，但大法官解釋似只使用說明極為模糊之制度性保障或制度保障概念，又未具體說明與德國學界實務界之異同，尤其兩國憲法中基本權保障構造，與學界、實務界關於基本權理論，兩國發展情況不同，貿然引進，恐不妥當。
- (三) 德國學界及實務界雖仍維持採用此一理論，但與Carl Schmitt當初所主張者已不同，也並不完全採取Haberle之前進主張，德國學界之採納制度性保障理論，與其對憲法基本權利保護體系學界與實務界之解釋適用有關，尤其連結社會國條款與憲法十九條第二項(基本權利本質部分不得侵害)之規定，綜合地解釋。

我國大法官積極導入制定性保障理論，以解釋憲法，並進而保障人民基本權利之作法，固值得肯定。惟我國若欲採用制度性保障理論，仍需注意我國與德國憲法制定背景與憲法內涵之價值差異，憲法中所規定之基本權體系架構不盡相同<sup>7</sup>，尤須究明我國憲法第二十三條及第二十二條，與其他基本權利規定之關係。因此對於本件解釋，本席認為，似無承認私人興學自由為制度性保障見解之必要。

## 貳 關於職業自由之違憲審查密度 -- 德國聯邦憲法法院 1958年藥房判決之適用範圍

<sup>6</sup> Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, Jus 1981, S. 239.

<sup>7</sup> 例如德國基本法中強調自由民主之憲政秩序，所謂戰鬥之民主制、人性尊嚴規定、禁止死刑、十九條第二項、七十九條第三項規定等，在在均與我國不同，德國於基本權解釋除制度性保障理論外仍有其他多種理論以相輔相成，我國此方面之理論，似仍待加強。

本號解釋肯定私立學校董事執行職務，屬職業自由範疇，應受憲法工作權之保障，此值得肯定。此亦與德國法院實務見解相合，亦即從職業自由保護之基本權利角度，職業之概念應採擴張解釋。它不只包含所有特定的、傳統的、或法律上規定之職業類型，也包含個人自由選擇之非類型(被允許)的工作，從中可能又產生新的、固定之職業類型<sup>8</sup>。國內學者亦有主張，工作之概念極廣，除典型傳統之職業外，非典型具經濟意義之活動，只要合法以及對社會不造成損害者，縱使是短期、非獨立性工作，亦皆屬工作之概念，因此，凡人民作為生活職業之正當工作，均屬憲法上所保障工作權之範圍<sup>9</sup>，此亦與本號解釋見解相一致。

#### 一 德國聯邦憲法法院 1958 年 6 月 11 日所謂之藥房判決<sup>10</sup>

本判決乃針對職業自由所揭櫫之階段的違憲審查方法，不只為我國大法官關於職業自由釋憲制度所採，亦影響日本 1975 年 4 月 30 日之最高法院關於藥事法距離限制判決之審查方式<sup>11</sup>。本院釋字第 649 號指出，憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。而對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，需有重要公共利益存在。而人民選擇職業之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，

<sup>8</sup> Vgl. BVerwGE 2, 89(92); 4, 250(254 f.); BVerfGE 7, 377, 397.

<sup>9</sup> 參考法治斌/董保城，憲法新論，元照出版公司，2005 年，頁 252、253。

<sup>10</sup> BVerfGE 7, 377 – Apotheken-Urteil.關於本判決之中文翻譯，參考蕭文生，關於職業自由(工作權)之判決，西德聯邦憲法法院裁判選輯，1990 年 10 月，司法院秘書處編，頁 128-182。

<sup>11</sup> 野中俊彥，藥事法距離制限條項の合憲性，ドイツ憲法判例(第 2 版)，信山社，2003 年，頁 274。

則應以保護特別重要公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。此一見解，與前述德國聯邦憲法法院 1958 年 6 月 11 日之藥房判決之審查方式相同。問題在於本判決之階段審查方式與審查密度之適用範圍問題。

## 二 藥房判決之階段審查方式與審查密度之適用範圍

如同德國藥房判決中所述，「受國家拘束之職業可能且實際上有各種不同型態，它們同樣受第(基本法)12 條 1 項之規範。至於某一職業，介於具有特定公法上負擔之自由業與完全直接屬於國家組織的職業間，如何定位問題，則依該職業所欲達成之公共任務之性質及其重要性而定。當某一職業，經由公法上之拘束及負擔而愈接近公務時，則依據基本法第 33 條(即第二項規定，每一德國人有依其資格、能力與專業上績效，服公職之權利)之特別規定，實際上將愈能限制基本法第 12 條 1 項所生之基本權利效力。就本案而言，立法者之形成可能性不必詳細探究，因為巴伐利亞邦之藥房限制規定與一般德國藥房情況一樣，固然具有一定公法上拘束，但依其規定結構觀之，仍屬於營業法上性質(Die Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzgebers brauchen hier nicht näher untersucht zu werden, da die bayerische Regelung in Ubereinstimmung mit den allgemeinen deutschen Apothekenverhältnissen – trotz gewisser öffentlich-rechtlicher Bindungen sich ihrer Struktur nach als eine gewerberechtliche darstellt.)。」「<sup>12</sup>換言之，本判決指出，當某一選擇職業自由牽涉公益愈重要時，則其應愈受限制，亦即，立法者形成空間越大，違憲審查機關之審查密度將越放寬。而本案因系爭規定牽涉公益性相對較低(屬營業自由)，故立法者所受拘束應較嚴格，此亦導致系爭藥房法規定違憲無效原因之一。依此論述，則本號解釋對私校董事之職業自由之限制，其另一方面與國家監督私立

<sup>12</sup> BVerfGE 7, 377 – Apotheken-Urteil, 397 f. 蕭文生，前揭翻譯，頁 145 參照。

學校之目的，係為防止私立學校財團化、家族化，並增進對私立學校學生之補助，以保障私立學校學生之受教權益與機會均等相關，因此其公益性應不下於在身心障礙者保護法領域之職業自由。則於本案大法官之審查密度，是否應與 649 號之審查密度相同，值得探討。

### 三 本案主管教育行政機關解除全體董事職務究屬執行職業自由或選擇職業自由之主觀條件限制？

本號解釋文理由指出：「關於解除全體董事之職務，係針對選擇職業自由所為之主觀條件限制」，「國家欲加以限制，必須基於追求重要公益目的，且所採手段與目的之達成須有實質關聯。」此一見解容有討論餘地。因本號解釋或較近於董事執行職業自由之限制，而非選擇職業自由之主觀限制。因為本案聲請人，其董事職務被解除前，已先就任董事，並已行使其職務，因此，系爭案件應屬董事執行職業自由之限制，而非選擇職業自由之主觀限制。因為，若主張本案係牽涉選擇職業自由，則應為依私立學校法關於董事之積極資格要件與消極資格要件之規定適用問題。當然，本案件之所以採取「選擇職業自由所為之主觀條件限制」，多數見解可能基於以下思考，即：一方面，本件聲請人之董事身分實際上被剝奪，實質上等於選擇職業自由被侵害。另一方面，解釋為選擇職業自由之主觀條件，可放寬審查密度，作為肯定系爭規定之合憲性之根據。但本席認為，本案應屬主管機關對執行職業之監督，因為，若當事人違反法令，其情節重大，法律賦予主管機關監督之效力包含剝奪當事人資格者，亦所在多有。且執行職業自由與行使職業自由，常為相互關聯，不易區分。前述德國藥房判決所示，當某一(選擇)職業自由牽涉公益愈重要時，則其應愈受限制，亦即，立法者形成空間越大，違憲審查機關之審查密度將越放寬。而如同本解釋文所述，基於「維護私立學校之健全發展，保障學生之受教育權利及教職員之工作權益等重要公益」，其限制手段所追求之目的洵屬正當，換言之，無論解釋為執行職業自由或選

擇職業自由之限制，其本身因涉及公益性大，故採取解除全體董事職務之手段，亦合乎系爭法律之目的與比例原則。

#### 四 德國藥房判決之啟示

##### 職業自由限制對於立法事實之調查或檢證之落實

此一見解，與前述德國聯邦憲法法院 1958 年 6 月 11 日所謂之藥房判決若合符節，亦即該判決認為，選擇職業之客觀條件，一般而言必須是為防護可證明的或是最高程度發生蓋然性的重大危險之重要公益時，其採取之措施才具正當性。(Im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.)。並且違憲審查機關應對立法事實加以檢證。實際上，聯邦憲法法院於本案，對當時巴伐利亞邦之情況，即新設藥房之自由，是否產生不適當之狀態、是否可能發生非常重大之危險等立法事實加以檢證。其過程包括徵詢聯邦及巴伐利亞邦之內政部官員、經濟學者、藥劑師公會執行長、瑞士國民健康局主管、瑞士藥劑師公會秘書等鑑定人之意見，以及來自荷蘭之國際藥劑師聯合會之執行長之書面鑑定意見等，最後作成新設藥房之自由與行政機關所主張之弊害並無必然關聯之判斷，而宣告系爭規定違憲無效。此種對於立法事實為詳密之檢證以作為憲法解釋及違憲審查之方法，值得吾人參考。

本院已於多號解釋中已引進德國藥房判決中之選擇職業自由之主觀條件限制(637 與本號解釋)與客觀條件限制(649 號解釋)，但今後除階段性違憲審查方法(即執行職業自由、選擇職業自由之主觀限制與選擇職業自由之客觀限制)外，對於立法事實之檢證，尤應落實。

參 系爭規定之「違反教育法令情事」，是否違反法律明確性原則？

本號解釋文指出，系爭規定「依法條文義及立法目的，非受規範之董事難以理解並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則上無違背。」之見解，基本上承襲於本院向來解釋之立場(如 432、491、602 及 636 號解釋<sup>13</sup>)，特別於刑罰或懲戒領域之適用，本席亦表贊同。惟於其他範疇如給付或行政法領域，則不能一概而論。行政法學上，對規範之明確性要求，並非如同刑法規範般較為一致，而應依被規範對象之差異而為不同程度之要求，例如於原子能法般之高科技領域，明確性之要求，相對寬鬆。依德國原子能法第七條第二項三號，有關核能電廠之設置與運轉許可條件，其規定只有當「依照科學與技術之水準，對於因核電廠之設置與運轉所將引起之損害，已採取必要之預防措施時」，才能許可。但何謂「科學與技術之水準」？何謂「對於因核電廠之設置與運轉所將引起之損害已採取必要之預防措施」？並不明確。對此德國聯邦憲法法院於 1978 年 8 月 8 日所謂 Kalkar 判決中指出，當立法者必須決定某一規定採不確定法概念還是詳細規定時，有行為之自由。原子能法第七條第二項三號採不確定法概念，具有充分之理由。該規定採用不確定之文句，對於動的的基本權利保護(dynamisches Grundrechtsschutz)有幫助。此對於原子能法第一條第二號之保護目的，使其能依不同時點，作最大限度之實現，有所助益。相對地，如果僵硬地將一定之安全基準在法律上加以確定，則在實際實施之場合，因技術之發展以及因情況本可促進基本權利保護，卻因僵化規定反使安全性後退。如此之課與立法者明確性之義務，乃誤解了明確性要求之涵義。固然明確性之要求，對法安定性之保障有益，但此種要求，不能對所有規制對象，均作同樣程度之對待<sup>14</sup>。

<sup>13</sup> 關於本院多號解釋就法律明確性原則意涵之闡釋與精闢分析，參考林子儀、許宗力，「司法院釋字第六三六號解釋部分協同意見書」。

<sup>14</sup> BVerfGE 49, 89,137.

實務上主管機關基於監督，往往允許以類似本系爭規定之規範方式行之，例如人民團體法第 58 條、商業團體法第 67 條關於解散團體及撤免理、監事、職員職務之規定。詳言之，商業團體法第 67 條規定：「商業團體如有違背法令或章程、逾越權限、妨害公益情事或廢弛會務者，主管機關應為左列處分：一 ---。四 撤免其理事、監事。-- 六 解散。」若依本號解釋意旨，各該理、監事、職員等，其工作屬職業自由之範疇，均受憲法工作權之保障，但主管機關本於公益之維護，基於監督權限，以上述法律規定方式(明確程度)，對人民執行職業之自由加以限制，亦為實務上相類似規範所採。

因此，如本號解釋所示，基於「維護私立學校之健全發展，保障學生之受教育權利及教職員之工作權益等重要公益」而於系爭法條，以「違反教育法令情事」文字之規範方式，並未違反法律明確性原則。