

釋字第七〇二號解釋部分協同部分不同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋以中華民國九十八年十一月二十五日修正公布的教師法第十四條第一項第六款所定「行為不檢有損師道，經有關機關查證屬實」作為得解聘、停聘或不續聘教師的一項事由，尚未違反法律明確性原則，同條第三項後段規定使已聘任的教師在有此種情形時，學校應報請主管教育行政機關核准後，予以解聘、停聘或不續聘，雖已限制了人民的職業選擇自由，而須用較嚴格的標準來作比例原則的審查，但審查結果也還未達違反的程度，至此本席雖都敬表贊同，但在理由上認為就比例原則操作的基本方法應可作若干理論的補強。解釋又認為第三項前段禁止聘任的規定，使教師在有此種情形而遭解聘或不續聘時，終身無法重任教職，扼殺了犯錯者改過自新的機會，對職業選擇自由形成不合比例的限制，必須於一年內修法調整。對於立法者就行為不檢有損師道而得剝奪其教職的效果肯認合憲，卻對不得再任教職的延伸性效果認定違憲，此部分的論述過於牽強，本席也有不能已於言者，敬陳如下。

一、 比例原則所面對的加重反多數決困境

本席認為，在本院釋憲實務發展出來的限制基本權不得違反的幾項保障原則中，比例原則和平等原則因涉及實質內容的管控，不同於形式（法律保留）、語言（明確性）和程序（正當程序）等管控，在功能上最容易和立法權重疊，也

因此在民主正當性上要面對最嚴重的反多數決的質疑。特別是比例原則，立法部門在審議法律時，必然要就背後的政策進行辯論，其內容本來就不外乎相關公共利益的確認，以及追求該公益的手段是否合目的，是否必要，乃至所生損益之間是否平衡這些問題；且通過定期選舉產生的民意代表，本身即反映了多元多變的價值和利益，經過相關團體的參與遊說，黨團間的折衝妥協作成最後決定，並就其決定對人民負起責任，整個過程即落實了本院對民主政治闡釋的兩項主要憲法內涵——民意政治和責任政治（釋字第二六一號、第三八七號、第五二〇等號解釋可參），因此所有法律在落實一定公共政策的同時，也都取得了憲法上的民主正當性。而且立法部門（含提案的行政部門）在需要客觀評估的合目的性與必要性判斷上，也擁有遠比司法部門完整的資訊與專業知識。這使得本院要從保障人民基本權的角度切入，認定法律是否追求一定公共利益的實現，以限制基本權為手段的規定是否具有合目的性、必要性，以及該公益的增加與基本權的減少是否相當時，表面上是站在基本權的高度去管控多數決，實際上只是重複立法者的思維去挑立法者的毛病，而沒有和作其他的合憲性審查一樣據有專業或功能上的優勢，這當然使得比例原則的操作，在認定合憲時有點像以問答問，而在認定違憲時，更像是先射箭再畫靶，很難讓人真正感受到憲法的重量。

而且同樣作比例原則的審查，本院所做的對法規的抽象審查，又不同於行政機關或一般法院的個案審查，後者只需

以法律確認的公共利益為基礎，在個案當事人權益和行政處分之間去作微觀的比對衡量（行政程序法第七條可參），通常不會發生反多數決的疑慮。性質上屬於所謂 Kelsen 模式憲法法院的本院，因為只能以特定法規為對象去作比例原則的審查，其考量必須脫離包括原因案件在內的任何個案，對抽象的構成要件與法律效果抽象的去作前述的各項審查，就範圍而言，必須全面檢視立法者形成公共政策的背景與結果，因此如果不能從個案的、微觀的人權救濟思維，提高到宏觀的、甚至觀照民主分權體制的人權秩序思維，則很難達到憲法賦予此一特別司法機關維護憲政秩序的崇高任務。用一位德國學者的比喻來說，就是把憲法法院貶低為高速公路上的緊急救援單位（Pannenhilfsdienst）。故當本院以比例原則的違反為理由去推翻國會通過的法律時，所提出的有關公共利益、合目的性、必要性及合比例性的論述，卻不能呈現和立法部門在立法時所做論述有何實質的不同，任何人都可以質疑，沒有民意基礎的大法官，為什麼可以改變有多數民意基礎的立法院決定的政策，而還能和大法官自己闡明的民主政治兩大原則不相矛盾？大法官當然不能僅僅因為有解釋權，就可以用自己的價值或利益偏好去取代立法部門反映的多數人民的價值和利益偏好，大法官個人的法律感情在民主體制下根本不應該有任何特別的權重。相反的，民主政治的意義，在一定程度上還包括為多數決保留試誤的空間「讓民主來糾正民主」，乃至在一定範圍內宣洩情緒的空間，包括對特定事物的嫌惡或恐懼。即使特設的憲法法院可以憑藉基本權去管控國會的多數決，其極限也只到基本權可以容忍

的底線，而不是基本權的最大滿足。憲法法院不能以基本權之名，把法律的違憲審查變成公共政策的選美比賽，實質上把自己變成公共政策的最高決定者，把 democracy 變成 juristocracy。這一點，歐美學者的論述已經汗牛充棟，可以從美國最近備受矚目的強制健保案，投下關鍵票的首席大法官 John Roberts 所表示的意見找到最好的詮釋，這位由共和黨籍小布希總統提名，意識型態偏向保守的大法官，這樣說明他為什麼不認為歐巴馬總統推動的健保法違憲：「本院的成員被賦予的權限是解釋法律，我們既沒有專業能力，也沒有任何特權去作公共政策妥當性的判斷」(Members of this court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments.)。

二、從民主結構瑕疵和特殊憲法評價切入

這些顧慮只說明了比例原則的操作方法有其特別的困難，當然還不足以否定此一憲法原則的存在。如何克服這個反多數決的難題 (counter-majoritarian difficulty)，至少有兩個方向是可以參考的。一個是從爭議標的顯示的民主結構瑕疵切入，讓大法官在作決策的國會明顯無法反映民意時，適時的補位，使基本權仍可在該公共決策中分得應有的權重。本院在國會未能定期改選時期，即有最大的空間操作比例原則。但即使在民主化以後，碰到某些人權議題，因為民眾仍普遍欠缺權利意識，而使代議過程並不能完整反映價值和利益的折衝妥協時，也會讓大法官有較大的正當性去作補位的

權衡，就此受到國際矚目的釋字第603號解釋堪稱典型，本院在該號解釋所以能強碰號稱代表百分之八十民意的主張，而從各個角度把比例原則完整的操作一遍，原因就在大部分的民眾仍缺乏資訊隱私權的基本意識，使得代議體制做成有關領取身份證須捺指紋的政策決定其實並沒有堅強的民主正當性，此時本院扮演人權啟蒙者的角色，即使受到質疑，也可以理直而氣壯。

另外一個回應反多數決難題的方法，就是努力建立特別的憲法評價，使本院操作的比例原則可以和立法部門的政策性思考明確區隔。本院從釋字第五八四號解釋開始，參考德國憲法法院實務見解，對職業自由的限制採取了三階測試，即可視為本院運用此一方法的里程碑：「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。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。」沒有提到的「客觀條件」限制，在後來的第六四九號解釋又作了進一步的闡明：「人民選擇職業應具備之客觀條件，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，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。」

為什麼說這裡有特別的憲法評價？簡言之，如果一般民主代

議的決策過程，除非發現前段所述的結構性瑕疵，已可推定所追求的公共利益足以合理化基本權受到的限制，其手段也有一定的合目的性與必要性。則若能基於憲法意旨進一步論證，特定基本權在特定規範領域應受到特別的尊重，在審查法律背後的公共政策時，便可以要求此處需有比一般情形更高的公共利益，才能合理化該基本權受到的限制，當然，此一限制手段也必須有助於目的的達成，且有一定的不可替代性。經過這樣的調整，作為審查基礎的比例原則，就和政治部門形成公共政策的論述有了區隔。這樣的評價，也就是「寬嚴不同的容許標準」，必然只能建立於基本權清單背後還蘊涵某些基本價值的理論，正因為這些基本價值的歷久彌新，在面對一時的多數時，反而更有必要確保這些基本價值沒有被做成過於廉價的交易（trade-off），此時憲法法院的角色，就如 Dworkin 描述的「原則論壇」（forum of principle），而它的任務，就是從憲法的文本、歷史和國際人權發展的經驗，去發現和護持這些內涵於憲法中的基本價值。可惜的是，釋字第五八四號與第六四九號解釋往這個方向操作，卻沒有對為什麼可以這樣操作，提出比較清晰的論述。

職業自由的三階測試，一如其他基本權審查使用的各種「基準」或「標準」，終究不能像流行歌曲一樣的隨意傳唱，在原始創設此一測試的德國當然可以用基本法的體系解釋為其依據，但要引進我國仍應在我國憲法的文本和歷史中找到足夠的論據，也唯有如此，操作起來才不至於知其然而不知其所以然，高來高去，猶如踩在棉絮上的空洞公式。前述

兩解釋先例是從憲法第十五條保障的工作權所生的職業自由，認定當法律對其中的職業選擇自由加上主觀條件的限制時，應採比單純職業內容的限制為高的審查標準，而沒有就此做出任何憲法的論證。本席認為，把職業自由的限制區隔為職業內容和職業選擇兩種，在欠缺如德國基本法第十二條的文本基礎的我國，便可看成本院就職業自由做出的非常原則性的憲法評價，同樣重要的，是接著再就後者二分為主觀和客觀條件的限制。為什麼這樣說？我國憲法保障的工作權一向被認為有防衛性的工作自由和給付性的工作機會保障兩部分內涵（釋字第四〇四號、第四九四號解釋可參），分別可以支持自由市場和計畫管制這兩種截然對立的社會經濟體制，從憲法第一百四十二條以下規定的經濟和社會基本國策，同樣遊移於兩種體制，足以說明這樣的解讀並不牽強，但這也使得我國憲法自始即內含了高度的緊張關係。憲法第十五條中與工作權並列的生存權具有完全相同的一刃兩面性格（釋字第四七六號、第六九四號解釋可參），兩者相加可以確認我國憲法建構的基本社經體制必然是混合的，而如何混合，行憲以來所實踐的以市場經濟為主、計畫管制為輔的體制，是否符合憲法的基本決定，即成為本院解釋憲法無可迴避的問題。本席認為，和社會經濟體制最直接相關的憲法第十五條，最後並列了第三個基本權——財產權，一個單純防衛性的古典基本權，由此即可明確論斷以自由市場經濟為主體的混合體制，才是我國憲法的基本決定。此一基本社經體制不可或缺的兩根支柱，就是私有財產和營業自由，而釋字第五八四號解釋開啟的三階測試，可說是首度揭

露了這樣的憲法評價。正因為職業內容的管制本是任何混合體制都必須原則性容忍的職業自由限制，更先決於此的市場進出自由（職業選擇的自由），若得到必須受更大尊重的評價，即代表大法官已把我國的社經體制往自由市場定位，因為只有在市場經濟體制下，職業選擇自由才要受到特別高的尊重，反之，在計畫管制為主的混合體制，職業選擇應該和職業內容一樣容忍較大程度的管制，這層道理並不難理解，即不贅述。

至於進一步區隔主觀和客觀條件的層次，則是在體制外，又注入了所有基本權共同蘊涵的人格發展自由（釋字第五八〇號、第六〇三號解釋參照）的考量。也就是職業自由的限制，如果仍屬通過個人努力可以避免的情形，只要求法律所追求的是「更為重要」的公共利益，一旦達到非個人努力所能改變的程度，就需要有「特別重要」的公共利益了。由於職業選擇的剝奪，是人格發展自由極大的斷傷，此處以能否努力改善作為區分中度和高度審查標準，也就是能否得到人格發展自由高度保障的界標，又已帶出了自由主義的「個人自由要靠個人爭取」的憲法評價，和自由市場體制的解釋可以前後呼應。

通過以上三階測試的建構，本院在職業自由的比例原則操作，已經可以和政治部門的公共政策論述，保持相當的距離，在基本權和公共利益間一般的政治博弈外，可以找到某些憲法蘊藏的基本價值，去做出特別的、言之有物的憲法判斷，而不致引發民主正當性的質疑。其操作大體如下：1、

在僅只限制職業內容的情形，比例原則採低度審查，除有非常明顯的違反，推定該法律實現正當的公共利益，而且手段目的間有合目的性與必要性，被限制的基本權和該增加的公共利益間則屬相當。但本院有必要觀察相關法律立法過程有無民主結構的瑕疵，如果肯定，則又可擴大比例原則審查的空間。2、如果限制的已經是職業的選擇，而且屬於客觀條件的限制，比例原則採高度審查，除充分論證有特別重要的公共利益，且符合其他三項內涵，可推定該法律對於職業自由限制過當。3、如果限制的是職業的選擇，而僅屬主觀條件的限制，比例原則採中度審查，此時既不能推定合憲，也不能推定違憲，不論做成合憲或違憲的判斷，都要盡可能對「較為重要」的公共利益，以及合目的性、必要性與合比例性加以論證。惟從功能最適的角度考量，法院的優勢在於對公共利益的重要性，及其與基本權之間的權衡去作憲法的價值判斷，而對技術性較高的合目的性與必要性判斷，則除非通過言詞審理獲取足夠資訊，否則只宜尋找立法部門判斷的盲點或侷限，而要避免強以有限的知識與資訊去否定立法部門的判斷。

三、終身禁止再任教職應屬立法裁量範疇

基於以上的分析，本件解釋在比例原則的操作上，特別是就教師法第十四條第三項前段部分的審查，確有頗多可以改善之處，簡述幾點如下：

首先，有關公共利益的確認，以及該公共利益和教師職業選擇自由之間的權衡。解釋明確指出，教職的剝奪是為了

確保學生良好的受教權及實現憲法第一百五十八條宣示的教育目的，以「教育為國家百年大計，為改善國民整體素質，提升國家文化水準之所繫」，因為明訂於憲法，自非一般公共利益可比。至於兩相權衡，即便不說對整體社會教化負面影響的擴散效果，僅就學生受教權因教師行為不檢有損師道受到的損害而言，包括已經發生和繼續受教的損害，和因不禁止繼續任教而無法嚇阻此類行為不斷衍生的損害，其總量即遠大於教師在職業選擇上受到的損害。解釋也沒有提到憲法規定的國民義務教育，使父母對未成年子女的親權一部份強制移轉到國家，轉交學校行使，這部分的強制受教，也應提高國家給付良好教育的義務，當然也可以合理轉移到對教師的要求。

其次，有關排除改正機會的違憲認定，解釋在認定解聘、不續聘本身，因為教師的惡行必已達到相當嚴重的程度始足當之，所以並無過當之後，又從犯錯教師改過自新的觀點，認定不論有無改正可能，不設條件、期限的完全排除改正機會，即已構成手段必要性的違反。如前所述，此一改善可能的論點已經觸及三階測試內涵的有關人格發展自由的評價，應該從這個角度去深入思考。正因為對人格發展自由的重視，才會接受可自行改善的中度審查標準與不可自行改善的高度審查標準的區分，本院在此處已經作了偏向自由主義、個人主義的重要憲法評價，就是「在可負責的範圍內對自己負責」。因此改「過」固然是彌足珍貴的一種人格發展，但要把它納入是否禁止「重返教職」的考量因素，就不能不

把「過」的可負責性一起納入考量。換言之，同樣是限制職業選擇的主觀條件，不可負責的能力不足或疾病，如果不考慮通過能力培養和提升，或疾病的治癒，一律終身禁止，和可負責的犯罪或行為不檢有損師道，當然不能相同對待。本件爭點的教師法第十四條，第一項所列各款就包括了可負責與不可負責的不同事由，不可負責的「受監護或輔助宣告」，一旦撤銷即解除了禁教令，精神病治癒亦同，甚至對於「不太能負責」的「教學不力或不能勝任工作」，其第三項前段也特別排除了禁教令。足見立法者在權衡教師工作權和公共利益時，刻意低估了可避免的嚴重不倫行為，不像對待那些因不可負責原因而喪失教職者那樣，保留其重返教職的機會，背後的評價和憲法並無抵觸。這裡界定的行為不檢有損師道既然已經是行為不檢中的極致，以其對公共利益直接和潛在的危害之大，以及其可避免的空間之大，國家為什麼還要給他保留任何「重返」的機會，既可能降低公共利益的保護，也徒然讓劣師更心存僥倖，這樣的權衡難道不是明顯的失衡？如果再和本院過去處理醫師、會計師類似的職業自由管制案件來比（釋字第四三二號、第五四五號解釋參照），那裡也都有終身不得再任的規定，又有什麼理由要獨厚教師？本院的確在釋字第五三一號解釋理由書中提到：「惟凡因而逃逸者，吊銷其駕駛執照後，對於吊銷駕駛執照之人已有回復適應社會能力或改善可能之具體事實者，是否應提供於一定條件或相當年限後，予肇事者重新考領駕駛執照之機會」，但一則駕照的吊銷不直接涉及職業選擇自由，不能和教師、醫師、會計師等相比，二則該段論述也只是在認定合

憲後的旁論，並未因此認定違憲。本席認為，近年社會各界對於惡師的批判不絕於耳，教育監督團體對於學校管理的鬆弛一再表達強烈不滿，才会有教師法的一再修正，立法者此部分的權衡即使不夠寬貸，絕對沒有溢出民主政治反映民意的合理範圍，且在職業自由可容忍的底線之上。多數大法官在此處的仁心慈懷，恐怕反而是對民主多數決的不當干預。

此外，比例原則的操作除了規範面的分析外，有無運用實證方法的餘地，在本案也值得再做深思。如前所述，實證調查絕非憲法法院的優勢，特別是在規範效果的預測上，因此對於合目的性、必要性或責罰相當性的審查，本院過去並不常用統計或其他實證方法。但在提高審查標準時，法律執行實況的調查對於規範的判斷不會毫無意義，故早於釋字第204號解釋即有三位大法官在不同意見書中以法院案件統計證明票據刑罰的過當，本院後來也在涉及工作權的第五八四號、第六四六號等解釋中引用數據輔助說明為何工作權的限制可以通過較嚴格的審查。本件解釋在審查剝奪教職是否過當時，真正顧慮者其實就在行政部門執行面會不會過於嚴格，而對工作權的保障有所不足。憲法法院以高度抽象的憲法審查高度抽象的法律，本來就會陷入這樣的兩難：究竟應該假設行政部門的憲法忠誠，而推定其無過苛之虞，還是應該假設行政部門難免濫權，而站在保障基本權的立場，推定法律恆有過苛之虞。至少對於行之有年的法律，其實際執行的現況是否浮濫，是可以調查而確認的，將調查的結果依基本社會科學的要求作一分析，要作成是否浮濫的判斷並無

困難，以其為規範分析以外的輔助論點，比起永遠停留在「有無之虞」的臆測，應該只會增加論述的說服力。以教育部統計全國各級學校執行教師法的情形為例，就本案有關「言行不檢有損師道，經有關機關查證屬實」而被解聘或不續聘而言，從民國八十四年教師法制定公布以來即有統計，在九十四年以前每年都在十人以下，民國九十六年以後，因為民間監督教育團體的施壓，人數才有明顯增加，五年間平均人數達到二十七人，但相對於各級教師總數在此期間約達二十四萬人，恐怕也還不能認定已達到浮濫的程度。至少從媒體有關校園惡行的報導和輿論普遍的要求來看，可能還偏向過於鬆弛。

最後，也許還可以從民主結構瑕疵的角度對本案作一點觀察，教師法有關教師行為的管制，早就是受到社會廣泛關注的公共議題，不僅有完善組織的教師團體，積極參與立法遊說，學校執行教師法也都要通過以同儕審查為主的教師評議委員會。另一方面，近年又有不少關注校園問題的民間團體紛紛成立，從學生和家長的角度加入討論並對政府部門施壓，教育部在民國九十七年建立不適任教師通報系統，即可見其效果。再加上輿論的關心，整體而言，教育在台灣實可歸類於民主結構較為完整的領域，因此本院對此一多數決形成的政策，作比例原則的審查，無論如何不能以民主體制的代表性不足為理由，而享有特別寬廣的空間。