

## 釋字第 514 號解釋不同意見書

黃越欽大法官提出

本件聲請人萬○企業股份有限公司（代表人蔡○琨）為行政法院八十七年度判字第一二九二號判決所適用之教育部八十一年三月十一日以教育部台（八一）參字第一二五○○號令訂定發布之「遊藝場業輔導管理規則」第十三條第十二款、第十七條第三項規定，有違憲疑義，聲請解釋等案。多數意見於解釋文中認定：

- 一、人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。
- 二、有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令。
- 三、教育部中華民國八十一年三月十一日台（八一）參字第一二五○○號令修正發布之遊藝場業輔導管理規則……涉及人民財產權及工作權之限制。
- 四、前述管理規則之上開規定，有違憲法第二十三條之規定，應不予援用。

上述見解除二、四兩項係形式審查，結論明確，值得贊同。一、三兩項則就以下問題：

- 一、人民營業之自由是否為工作權「及」財產權所保障。
- 二、教育部修正發布之遊藝場業輔導管理規則是否屬工作權之限制。則盡未推論，因此與結論之間既無邏輯關係，本席未能同意。爰提出不同意見書。

### 壹、本席提出不同意見書之理由

對於憲法所保障之各種基本權利及法益，釋憲機關之職能除個案合憲性與否之判斷外，更重要者則在於對相關權利及法益之本質、內容予以詮釋並據以就諸多基本權之間的關係建立原則與體系，調和及平衡個人權益與團體利益，以保障人權、宏揚憲治。

此乃邇來本席之基本態度，因此認為本件第五一四號關於憲法工作權保障所作之解釋，不論在法理上或體系上均令人有不足之感，尤其歸納自第一七二號、第一九一號、第二〇六號、第二二二號、第三五二號、第三六〇號、第三七三號、第四〇四號、第四一一號、第四三二號、第四六二號、第五一〇號等解釋更顯得對基本權體系之建立與闡明有待商榷之處仍多，故於此一併檢討。事實上本院上開解釋案中，所採用之方法只就過去案例加以套用，對工作權、職業選擇自由權與營業自由權等基本權並未明確區別。

法哲學大師 Radbruch 曾說「法律的解釋不是對過往『略加思考』事務的回顧，而是對曾經『深思熟慮』的事務『追根究柢』」。(nicht Nachdenken eines Vor-Gedachten, sondern Zu-Ende-Denken eines Gedachten) (註一)」。因此不應以個案解決問題為目標，而應廣泛地以基本權內涵之豐富與精緻化為鵠的。尤其在廿一世紀的今日，基本權的重要性已大大提昇。H. Kruger 認為「過去，基本權利是法律的一部分，如今法律不過是基本權的一部分」(註二)良有以也。

然而我國憲法上基本權雖於法典中一一列舉，外觀上條理分明，不過在實際上則因為下列三點理由內容仍嫌空洞：

- (一) 我國對基本權觀念一向並無深厚淵源，制憲、行憲時人權清單照單全收已為不易，遑論深入探討，故歷史文獻並不豐富。
- (二) 我國憲法中基本權係繼受外國，然數十年來為我所繼受之國家其基本權內涵迭有變革與成長，已不復當年面目者比比皆

是，再加上我國行憲以來世界普遍人權觀念發達日新月異，國際人權有關之宣言、條約、文件大量增加，反觀我國近數年來雖修憲頻繁，但對基本權之成長並無具體成績可言。

(三) 我國憲法基本權既然繼受自外國，在詮釋上固然以外國工具為之，在目的解釋上亦多以外國觀念、理論為指導，迄今尚無暇對我國之特色予以關照。以致我國憲法中人權體系與實際人權狀態並不完全一致。

基於以上因素，上開解釋產生兩項嚴重問題：

(一) 解釋對象之妥適性 (Gegenstandadäquanz) (註三) 未能正確認識，迄今仍對工作權、職業選擇自由權與營業自由權三者不加區別混為一談。

按釋憲機關為法律解釋之首要工作即先確定解釋對象，解釋對象確定，才能運用正確詮釋工具與程序，獲得正確結論。解釋對象是基本權利，則該項基本權利之歷史背景、規範功能、在法律體系中之目的與作用應先有明確之概念，簡而言之，是「解釋對象」決定詮釋工具與程序，而不是程序創造解釋對象。本院過去與本案有關之解釋中即曾有解釋對象之妥適性之問題 (註四)。

(二) 憲法中法律規範之範疇與領域未臻清晰

按憲法中之規範除基本權之外尚有組織法、功能法。此三者層次分明各有領域，解釋之方法目的亦各有不同 (註五)，例如本院釋字第四九九號解釋即屬於憲法上政府組織法結構性原則的問題。其次為功能法，即國家的功能與其他團體功能之間之關係，尤其是自治團體功能之間的關係與界限，例如非地方自治性之自治權，營業自由以及各行業執業者規範之限制、管理。最後是基本權之解釋。

因此並非一切釋憲均能以基本權違反與否之推論模式獲得結論，邇來本院解釋中，在國家基本組織或國家功能與自治團體間功能發生衝突時，輒以基本權未受妨害為合憲之理由，事實上並無何實質意義可言。

本院上開解釋共同特色在於，在論證上將「工作權」與「職業選擇自由權」、「營業自由權」不加區別，對其間之關係亦未予釐清，尤其案例中大多數為「與工作權無關」而非「與保障工作權之意旨並無違背」，即以之引申出於憲法第十五條並無不合之結論。前提不明確，欠缺推論嚴謹性，對基本權體系而言系爭權利之性質反而愈加隱晦不明。

## 貳、本席得心證之理由

按將憲法秩序中結構性規範予以正確排列乃是釋憲之根本方法(註六)，為達到此項目的，本席認為應當就職業選擇自由權、營業自由權及工作權等三者，從歷史、法律目的、比較研究以及規範體系等四方向探究之，以形成對本案之心證。

### 一、歷史方法

憲法中基本權之起源、歷史意義及作用各有不同，茲就「職業選擇自由權」、「營業自由權」與「工作權」探究之：  
(一) 職業選擇自由權

職業選擇自由權與居住遷徙之自由權同出一源，並屬於同一範疇(註七)。

從社會發達史觀之，職業選擇自由權與居住遷徙自由同源，濫觴於十八世紀重商主義轉變為自由主義模式之際。在當時個人的教育、職業、工作係由其出身階級地位決定之。一方面，絕大多數人仍然生活在農業社會中，在農莊主人或地主統治下從事農業勞動，尤其中世紀歐洲莊園制度中之農奴，有為貴族及地主提供勞務之

義務，未得其許可，既不能拋棄農奴之職業，亦不得離開其土地而他住，職業選擇自由與遷徙自由有密切不可分之關係。另一方面，少數都市中行會制度盛行，凡從事於工商及其他職業者，必須加入當地之行會，始得享受營業上之保障；若脫離當地行會，則幾乎不可能繼續營業，因此個人之教育、職業、工作由基爾特（行會）控制，行會不但控制個人進入行職業之先決條件，甚至對職業執行之細節詳加規定嚴格執行。在此一時代，所謂職業選擇自由權實乃世人所陌生之事。直至十八世紀封建體制瓦解，工業革命勃興才開始擺脫此種封建枷鎖。

職業選擇自由權係屬於傳統自由權之範疇，現代意義下之職業選擇自由權，雖有積極之內涵但其作用仍為一種防禦性之自由權（註八）。

## （二）營業自由權（註九）

營業自由權與財產權同出一源，蓋有財產即有營業，無財產則無營業，營業權乃財產權之綜合行使。社會主義國家施行共產制度沒收財產之時代，人民無私產當然也就無所謂營業自由權可言，財產公有、營業亦改由國營，如今共產意識型態退潮，不但前社會主義國家恢復私產，從而恢復人民營業自由權，即使原本採市場經濟之國家也紛紛將公營事業「民營化」，即是縮小國家壟斷權，擴大人民營業自由權之範圍。可見營業自由權與國家經營壟斷權之間固然存在有消長關係，即使在經營壟斷權之外，國家也可能對人民之營業自由權加以各種限制。

營業自由權在威瑪憲法中為一獨立的基本權，其第一五一條第三項規定：「工商業之自由應依聯邦法律之規定加以保護。」但在德國基本法中營業自由權卻付之闕如，因此營業自由權遂成為職業選擇自由權之一部分（註十）。

### （三）工作權

從思想史的角度觀之，則從理性主義哲學為其開端，一六八九年洛克在其「政府二論」一書中第二冊第五章第廿五節以下寫到：「人類透過勞動創造一切財產與價值」（註十一）；一七九〇年康德在「判斷力之批判」乙書第八十三段中即主張：「勞動係人生終極目標」（註十二）、一八一二年費希特在其「道德論」書中認為：「人有勞動義務」（註十三）；一八一二年黑格爾在其「法哲學之基本綱領」乙書第一二七至一九六段中則主張：「勞動是人類的自我實現」（註十四）。

工業革命之後，將社會之運作完全依賴自由競爭，而國家之權力受限於特定治安功能，其結果導致貧富不均及層出不窮之社會問題，因而大多數人民轉而要求國家積極作為，制定社會政策，以符合公平正義之社會規範。由此所帶來對於國家之角色，以及個人與國家關係之反思，逐漸肯定國家之作為義務；同時並確認，國家的干涉不僅在於確保個人對國家之服從與忠誠，或在於維持社會或經濟機能之正常運轉，而且是個人得享有之「社會基本權利」。但直到一九一九年德國之威瑪憲法，社會基本權始在憲法中取得一席之地。

概括而言，人類獲得其生存所需之物質條件，非出於財產，即出於勞動，尤以「勞動」之給付，為絕大多

數不具有資本及生產工具者賴以維生之手段。因此經由個人自由從事工作，以求得合理報酬，維持個人及其家屬之生活，此一過程對整個社會產生重大意義。十九世紀憲法理論以自由權與財產權為社會契約之二大要素，因此訂立「自由權與財產權條款（Freiheits und Eigentumsklausel）」，規範國家與國民間之關係；而現代憲政理論則擴張為：自由權、財產權、工作權三元論（Triologie），以此三項要素作為國民受憲法保障之基本地位（註十五）。工作權在理論之發展過程中，逐漸成為憲法保障中不可或缺之基本權。

工作權即成為生存權的一種，不能以一般法律上權利視之，過去多認為不是以國家為對象，循訴訟之途徑可具體主張請求實現的權利，只能以勞動權利者之立場在國家勞動法保護下，自行尋找勞動機會，在生產手段私有之前提下，國家發揮其補充性的任務，不可能由國家負責完全提供與勞動者技能相應之勞動機會。與古典基本權相同，早期西方學者通說仍否認憲法中有關社會基本權之規定乃人民得據以主張，並經由法院貫徹其執行之「公法上權利」（subjective-öffentliche Rechte）（註十六）。

查基本人權之憲法保障著眼於國家之不行為，目的在於維護個人自由活動之領域，因此除憲法上別有保留規定外，均得主張權利之行使，而國家須就其干涉行為負舉證之責，例如言論自由之行使受國家干涉時，得向具有違憲審查權之法院起訴請求除去干涉，而行政及立法機關須就其行為提出合憲之證明。而社會基本權則反之，認為國家就特定事項負作為義務，然此項作為義務

之內容與範圍往往因為社會基本權本身定義不明確，須再加具體化，否則即無法據以向法院主張其權利。例如社會保險制度（憲法第一五五條）涵蓋之項目，給付之標準以及給付之內容等，均須經具體規範後始有貫徹個人請求之可能，未經具體化之社會基本權並無「法規範效力」，法院亦無法強制其執行，僅得於立法懈怠或行政懈怠時，依權力分立原則，以選舉或罷免等手段行使政治控制（politische Kontroll）（註十七）。

社會基本權之具體實現因此遭遇下列問題：

社會基本權內容多半極為抽象，欠缺法之明確性，何謂生存權，何謂工作權，並未有明確的內容與範圍，且生存權或工作權等應向誰主張或請求等，凡此種種在憲法中均付諸闕如。再者由於社會基本權具有積極性，常隨社會發展而改變，例如生存權的內涵由最低生活必需，演變為合理之生活水準，至今更進而為提高生活品質，甚而包括環境權等之要求，法之安定性（Rechtssicherheit）因之亦受到影響（註十八）。

- 1、如主張社會基本權為可訴諸法院之「權利」，由於上述不明確性，致使法院須就社會基本權之內涵加以界定，此舉無異於影響憲法整體價值判斷，並侵犯立法權限（註十九）。如欲在憲法中將社會基本權具體化，則使憲法內容過於繁瑣，且其內容不斷變更，動輒須以修憲程序為之，以憲法為國家根本大法之性質殊不妥當，易損及憲法之威信。
- 2、社會基本權與自由權因其本質上之差異，極易產生衝突與緊張關係，消極限制國家權力與要求國家積極作為，二者存在根本上的矛盾，社會基本權形成

實質上之法律保留 (Gesetzesvorbehalt)，賦予立法者在尋求社會基本權之實踐時得侵入自由權之保護範圍，以致引起自由權內容之變動；加以社會基本權不斷擴張之結果，不免引起疑懼，不斷要求國家干涉是否可能導致自由權之喪失，致以社會基本權輔助自由權充分行使之本意將完全落空 (註二十)。例如充分就業之要求如擴張解釋為國家有提供人民工作之義務，則國家須將所有職位納入掌握並強制企業雇用，形成對私有財產之侵害，對個人而言甚而可能轉變為「工作義務」。

- 3、另一項考量則為社會基本權之經濟依賴性，社會基本權往往涉及國家之給付行為，然給付之內容一方面因經濟發展及社會之支付能力為標準，此點由國際規約對基本人權與社會基本權強制性之差異亦可得見，例如歐洲人權公約 (Europäische Menschenrechtskonvention) 採取司法或準司法形態之強制手段，而歐洲社會憲章 (Europäische Sozialcharta) 則以定期報告義務為已足 (註二十一)。
- 4、社會基本權之貫徹力尚涉及國家對請求權內容之實際處分能力 (Verfügungsmacht)。

以工作權為例，充分就業政策尚須貿易政策、工業發展政策、人力政策、教育政策、貨幣政策、金融政策……等之相互配合，然而一方面勞工、社會、經濟政策各有其重心難免有所衝突，另一方面經濟變動因素有許多並非國家所能控制，例如國際政治、經濟局勢、技術革新、人口結構之轉變等，

因此同樣限制了社會基本權之貫徹可能性（註二十二）。

社會基本權固然存在上述各問題，惟憲法作為基本政治規範（politische Ordnung），形式上藉由其「法」之形態而具規範性功能，得作為法院判斷國家行為正當合理與否之準據；實質上則以立憲為手段，藉由國會民主之方式，形成並確立全民政治理念上之共識，以促進國家之團結，是其整合功能（integrative Funktion）。在多元化民主社會中，憲法應較以往更為強調確立基本價值觀、達成社會共識（Basiskonsens）之功能，以避免因多元化而導致社會分裂（註二十三）。如對於已成為國民共同價值信念之事項，如社會基本權，略而不言，則無法符合國民之價值觀與基本確信，可能使憲法喪失其正當性（Legitimität）（註二十四）。但無可諱言，憲法之社會整合功能，仍須以其內容之具體實現為要件，故對於社會基本權之肯定，在憲法層次上縱不具備嚴格之法規拘束力（Rechtsverbindlichkeit），但以此種形式所表達之公意對國家機關仍具有特定拘束力，促使國家以立法及行政手段，在法律上及制度上保障人民之上項基本權利。

以上思想，近來有很大的轉變。由於勞動權的內涵在廿世紀初以來不斷增長之結果，勞動權事實上可分為兩大範疇：（一）在勞動者尚未能進入僱傭關係之前，固然不能以循訴訟之途徑具體主張實現勞動權，但由於國家對國民就業既有就業安定政策上的責任又有對個別勞工就業上輔導的義務，因此廿世紀中葉以後，就業服務之觀念普遍成為政府之重要責任。以我國而言，就業安全體系之就業服務、職業訓練及失業保險等三大重要環節，職訓法、就服法與失業保險制度已次第完成立法，勞動市場法制

蔚然自成體系。勞動者之工作權已經不再是憲法中抽象政治綱領的口號而已，而是直接可以請求的具體權利。以最近政府所發給失業民眾「就業券」(註二十五)，即是工作權內容貫徹之最佳例證。此外政府並對適齡學童發給入學券，亦係對教育受益權之積極作為。

- (二) 在勞動者已經進入僱傭關係之後，勞動者之工作權即有兩個具體主張之對象，第一個標的是，上述勞動者與國家間的關係繼續存在，但內容有所不同，已就業中之勞動者雖然在職訓、就業方面所能主張之權利已不同於未就業者，但關於第二專長訓練、在職訓練、轉業訓練等仍然享有對國家主張職訓之權利，同樣道理，在就業方面也有若干權利可以主張，至於失業救濟制度則正是已就業勞動者當其就業安全受到威脅時最重要之保障。第二個標的，則為勞動者與雇主間之關係，蓋勞動者在僱傭關係中，對勞動條件之維持改善乃是工作權最重要的內容，勞動條件之維持與改善並不僅止於傳統的工資、工時等而已，而是擴張至工作環境權，也就是團結權、團體交涉權、爭議權行使之主要意義所在。

依以上分析本件解釋與工作權之內涵根本毫不相涉，系爭管理規則並非對人民工作權之限制。

## 二、目的解釋

基本權雖然種類不一而足，但傳統之平等、自由權與廿世紀以來興起的受益權乃明確之分類，自由權之目的在防禦。受益權則除消極防止侵害外，尚要求國家為一定之作為(註二十六)。

- (一) 職業選擇自由權

職業選擇自由權之法規範目的在於其防禦功能（Abwehrfunktion）之發揮。以保護當事人免於遭受立法者不當或違反比例原則之立法或授權行政命令之侵害。最顯著之例證為直接以公權力對經濟活動加以限制。

歸納言之，職業選擇自由權有以下特性：

- 1、性質：屬於自由權，與居住、遷徙自由同出一源，在傳統意義為對抗封建制度對個人之壓抑，近代意義則為防止歧視與差別待遇。
- 2、功能：職業選擇自由權乃一種防禦性權利，德國聯邦憲法法院認為，職業自由，「除教育地點選擇自由權外」，並不包括請求國家給予一定工作之請求權（註二十七）。換言之，職業自由並無「社會權」的性質（註二十八）。故職業自由既不包含有請求按自己之選擇，提供一工作職位的權利，亦不包括對曾選擇之工作職位的存在保障。同樣地，該基本權利對基於私人的決定所造成的工作職位喪失，也未提供直接的保障（註二十九）。
- 3、保護對象：由於職業選擇乃個人營生之方法，故其保護對象為：
  - (1) 自然人，不包括法人。
  - (2) 本國人。
- 4、內容：
  - (1) 自職業選擇自由出現於德國憲法伊始，其與遷徙自由向來具有極為密切之關連。在基本法草案之中，甚至將此二基本權共同規定於同一條文中，及至該草案送交制憲會議（parlamentarischer Rat）

時，始將其分別規定於基本法第十一條及第十二條。

- (2) 德國基本法第十二條規定：「一、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，業務之執行得依法律管理之。二、任何人不得被強制為特定之工作，但習慣上一般性而所有人均平等參加之強制性公共服務，不在此限。三、強迫勞動僅於受法院判決剝奪自由時，始得准許。」
- (3) 基本法第十二條對於職業自由之保障，其最重要之內容，即為聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日藥房判決中所提出之「三階段理論」。此一理論之提出，不僅為原本意義抽象之基本法第十二條條文提供具體之職業自由保障內涵，其後，學說上以及實務上並不斷對於三階段理論之內容加以補充、修正，終於使三階段理論成為探討職業自由之保障所不可或缺之課題。

#### 5、限制：

職業選擇自由權之限制來自兩方面，一為國家法律；另一則為行職業自治團體之規範。

##### (1) 國家以法律對基本權之限制

進入行業自由權之限制，最主要限制為證照取得，從而對接受其入行、執業處所之選擇以及營業組織加以限制。

執業自由之限制即投資自由、生產自由、價格自由以及結束營業自由等之限制。

至於限制之程度則以憲法上對基本權限制之認許為度，尤其考量公共利益以及限制之有效性與限制之必要性。

(2)來自職業公會之規制在學理上稱為職業自治權之作用。

早在一八四九年 von Stein 即主張將憲法中自由權落實到行政之上，人民不僅在立法中有參與權，在行政行為與行政作用中亦應有參與權，尤其與地方自治相平行團體所發揮之功能與地方政府相類似時，該團體即有權行使自治行政權，因此自治行政權係團體之固有權非國家授與（註三十）。

## (二) 營業自由權

營業自由權雖然同受職業選擇自由權範疇之保護，但應予特別說明，營業自由權與財產權同出於一源，蓋人生在世為謀生計，不出於財產即出於勞動，而財產權之內容不外乎所有與經營兩大項目，營業自由權則是實現財產權內容之方法。

由於營業自由權並非社會權，因此並無社會權之保障，即國家為保護「社會持分」而有一定履行義務。不過近來在理論界亦認為營業自由權也不再是消極性權利，只以國家不加侵害為已足，而是國家應透過立法，保證對營業自由權「有效保障」（註三十一）。

- 1、性質：屬於自由權。
- 2、功能：是一種防禦性的權利。
- 3、保護對象：營業自由權之行使並不只限於自然人暨本國人，蓋營業之執行往往必需依賴「法人化」之形式

行使結社權始克完成，因此營業自由權保護對象及於法人。又由於國際化之關係，跨國公司或多國籍公司所在多是，因此營業自由權亦擴及外國法人。因此營業自由權之主體可分為自然人與法人，自然人方面最主要者為自由業者（註三十二）。

#### 4、內容：

- (1) 進入行業自由。
- (2) 執業自由。
- (3) 結束營業自由。

#### 5、限制：營業自由權之限制來自三方面：

- (1) 營業自由權只能在市場經濟秩序中行使，必須受國家經濟政策之統制，國家基於經濟政策上之考量，得依立法裁量權決定是否予以保障。
- (2) 公共利益上的考量。
- (3) 由於營業之執行尚涉及職業自治團體，故職業自治團體對營業自由權亦可依法律或命令之授權加以限制，例如律師法第十五條授權全國律師公會聯合會訂立律師倫理規範（註三十三）。

以律師為例：

律師就其選擇職業（Wahl der Beruf）與執行職業（Ausübung der Beruf）而言，係職業選擇自由權。律師組成律師事務所則屬營業自由權，已進入經營統制法之領域。

由於律師業務活動面甚廣，因此不能不為相當之規制，對律師之規制有直接來自法律的規制（註三十四），亦有來自律師公會之規制（註三十五）。

### (三) 工作權

1、性質：社會基本權之受益權。

2、功能：工作權在消極面可透過國家對國民提供就業訓練、就業服務、失業救濟等措施，使國民免於失業造成社會安全上負擔。在積極面則透過團結、團體協商、爭議等三權，使得勞動者取得與資方平等之地位，以免在資方不斷擴大生產規模、壟斷生產工具、瓜分市場之餘，片面決定勞動條件。因此，二十世紀中葉以後，凡是民主先進國家，無不以協約自治之原則，奉為勞資關係之圭臬。按，協約自治有極其重大之社會意義，近代社會之進步，以擺脫極權專政為特徵，在昔日封建社會中王權與百姓，為統治者與被統治者二元之存在，其間少有組織或團體；然而近世所謂市民社會之形成，即在於統治者與被統治者二元關係之間，產生了許多自治團體或組織。這些組織阻止了專制極權，防止專斷，避免高壓統治。尤其是這些組織多為由下而上成立，以民主原則、自治精神運作，因此市民社會事實上乃是民主政治之基磐、人權之溫床。而這些團體或組織中，最重要者就是由勞資雙方共同組成之「協約自治的社會夥伴」關係。事實上，社會夥伴關係之有無，已經是現代社會與非現代社會之區別指標。

3、保護對象：

(1) 有工作能力及意願之國民（包括已就業、未就業之國民）。

(2) 受僱（從屬）勞動者。

(3) 工會。

4、內容：工作權為大多數國家所承認之基本權利，雖其所涵蓋之範圍有所差異，但其內容具體豐富多樣，並非空洞觀念。

(1) 如依聯合國一九六六年決議之「經濟、社會、文化權利國際公約」，有關工作權之部分大致包括下列各項（註三十六）：

① 僱傭契約締結自由（Free choice of employment）。

② 職業指導與訓練。

③ 公正與良好的工作條件，包括：

男女同工同酬。

獲致合理生活之工作報酬。

安全衛生之工作條件。

休息、休假以及工作時之合理限制。

④ 參與或組織工會之權利及罷工權。

(2) 對工作權作為廣泛且詳盡之規定者則為歐洲理事會（Europarat, Council of Europe）於一九六一年決議之歐洲社會憲章（European Social Charter），在全部十九條有關社會基本權之規定中約有四分之三涉及工作權，包括（註三十七）：

① 從事工作之權利：

充分就業政策之推行。

僱傭契約締結自由（Free choice of employment）。

職業介紹。

職業指導、職業訓練與職業重建。

② 合理的勞動條件：

合理的工作時間。

帶薪休假及假日。

③安全衛生之工作條件：

安全衛生法令之公佈、施行。

雇主及勞動者團體就安全衛生措施之參與權。

④合理勞動報酬。

⑤團結權。

⑥集體交涉權。

⑦勞工保護：

兒童及青少年保護。

婦女勞動者保護。

⑧職業諮詢權。

⑨職業教育權。

⑩殘障者職業教育與職業重建。

⑪移居勞動者之保護。

5、限制：工作權是一種社會的受益權，因此釋憲機關得審查者為「基於受益權所得對國家請求者，國家是否積極履行其義務」，以釋字第三七三號為例「國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益之前提下，使勞工享有團體交涉暨爭議等權利……」可見大法官對此項權利之本質已有明確之認識，蓋此時大法官所審查者並非立法者對工作權之侵害，而是國家制定法律應使勞工享有團體交涉暨爭議之權利，此時國家之義務並非「不予侵害」之消極不作為，而係使勞工享有一定權利之積極作為。

綜上分析，本件解釋與工作權之保護目的並不相涉，作為本案審查對象顯有未當。

### 三、比較解釋法

(一) 雖然最早揭櫫「工作權」者為德國之威瑪憲法，但現行德國基本法之基本權利規定計十七條卻並未明文規定工作權，工作權之內容係以國際公約之內容為依據。為何德國現行憲法中未明文規定工作權，其原因說法不一（註三十八），不過該國學者與實務界之態度均坦然承認，並努力促使其基本權清單能擴及工作權。關於此點，德國與奧地利憲法書籍及相關文獻均持坦承態度：

1、T. Maunz 在其國家法乙書中第一〇六頁寫道「與其他現代國家憲法不同，德國基本法並無一般工作權之規定」。

2、H. Dreier 等所著之基本權註釋第七二九頁即寫道「根據一九四八年聯合國人權宣言以及有關經濟、社會與文化條約之第六、第七章，德國亦為簽約國，因此工作權亦受承認，從而承認人人有權自由簽訂僱傭契約以維持生計，並有權要求合理有利之勞動條件，要求符合勞動給付之合理工資與工作時間」。另同書第七三一頁寫道「從比較角度可以看出，國與國之間著眼於基本權重點有所不同，尤其關於『工作權』德國憲法未規定，但歐洲國家將工作權規定於憲法基本權計有：

I 法國一九五八年第五共和憲法前言。

II 希臘一九七五年六月十二日通過之憲法第二十二條。

III 盧森堡一八六八年十月十七日通過之憲法第十一條之四。

IV 西班牙一九七八年十二月二十九日通過之憲法第三十五條。

V 葡萄牙一九七六年四月二日通過之憲法第五十三條。」

另一方面德國卻有許多邦之憲章中亦將工作權規定為基本權：

- ① 巴伐利亞邦憲章第一百六十六條第二項、第一百七十七條第一項。
- ② 布萊梅邦憲章第八條第一項。
- ③ 黑森邦憲章第二十八條第一項、第二項。
- ④ 萊茵—法茲邦憲章第五十三條第二項。
- ⑤ 薩爾蘭邦憲章第四十五條。
- ⑥ 西北萊茵邦憲章第四條第一項、第二十四條第一項第二款、第三款。
- ⑦ 布蘭登堡邦憲章第四十八條第一項。
- ⑧ 薩克森邦憲章第卅九條。

以上各邦均有規定工作權，具有社會權中之受益權性質。

- 3、Maunz, Dürz 等之基本權註釋書第五十頁，寫道「工作權是憲法中基本權，但卻仍有待規定（etwa noch weiterer normative Aktualisierung bedurftigen）工作權的法理基礎優先於以自由保障為目標的職業選擇自由權。從社會基本權的角度觀之，依據工作權能提出許多請求主張，向國家請求創造就業機會、提供就業服務、調配或維持工作機會。因此，工作權之實現有待私經濟體制從民法、勞動法、經濟法各方面之配合，基本法第十二條職業選擇自由權則與此完全無涉。」

4、T. Schamm 在國家法第二冊基本權保障第十三頁寫道：

「源自自由主義之自由權具防禦功能以防止國家侵害。反之憲法的社會國原則卻強調國家之積極給付為國家未來最重要任務。這項國家功能的改變，促使大家對基本權加以討論，於是擴大憲法基本權清單以增訂社會權之議四起，其間並有一部分社會權已由邦憲予以規定。在一向為各界所倡議，認為應增訂在基本權清單者計有『工作權』、『教育權』、『健康保護權』、『生活必須之供給照顧權』、『環境保護權』等。」

5、Alfred Söllner 在其勞動法乙書中第三十二頁寫道：「不管如何努力，在現行德國基本法中都找不到一項對所有人都能適用之『工作權』規定」。

6、Tomandl 在其勞動法中第八十六頁道「作為社會基本權的『工作權』，在奧地利憲法中並未規定，不過必須歸功於國際勞工組織之努力者，奧地利簽訂了國勞組織之多項公約，因此工作權之內容亦能在內國實現」。

7、Floretta-Spielbüchler-Strasser 在其勞動法 I 冊第七十五頁寫道：「奧地利憲法基本權中並未規定工作權，不過在解釋上現行勞動法均符合憲法之原則」。

惟我國部分學者不知出於何種動機，竟將德國憲法中所未明文規定之工作權與職業選擇自由權甚至營業自由權混為一談（註三十九），嚴重者甚至提出政黨有無工作權之類匪夷所思之問題（註四十），而實務界竟然亦為之所誤導。例如：I. 民國八十六年六月司法院編印之德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）—職業選擇自由與工作權；II 民國七十九年十月司法院編印德國聯邦憲法法院

裁判選輯（一）第一二八頁「職業自由（工作權）之判決」。

（二）日本憲法對於職業選擇自由權與工作權分別予以規定：

1、日本憲法第二十七條規定：「國民均有勞動之權利與義務。關於工資、勞動時間、休息及其他勞動條件之標準，依法律規定之。」

2、日本憲法第二十二條則規定：「任何人在不違反公共福祉之範圍內，均享有居住、遷移及職業選擇之自由。

任何人之移居外國或脫離國籍之自由，不得侵犯。」

從日本憲法之規定可看出，勞動權與職業選擇之自由權非常清楚的分屬於兩個完全不同的範疇，勞動權的社會受益權性格，在其憲法第廿七條尤其是第二項中特別加以強調，而職業選擇自由權則仍屬於古典自由權之範疇，而與居住遷移之自由權並列，對此日本法院有不少判例可供參考（註四十一）。

綜上分析，人民營業之自由與憲法上工作權屬於不同範疇之基本權，不宜混為一談。

#### 四、體系解釋

（一）各國對於自由權利之規定，有採「憲法直接保障主義」者，有採「法律保障主義」者。即使憲法直接保障主義，亦有列舉主義、概括主義，及列舉概括兼採主義。以兼採之折衷主義，最能充分保障人民權利自由，我國憲法採之；除自第七條至第十八條對人民各種權利自由一一列舉規定外，復於第二十二條作概括之規定：「凡人民之其他自由權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法之保障。」足以補充列舉規定之不足也。

我國憲法第二章所規定之人民基本權利與自由，已列舉者有二十八種即平等權、人身自由、不受軍事審判自由、居住、遷徙、言論、講學、著作、出版、秘密通訊、信仰宗教、集會、結社、生存權、工作權、財產權、請願、訴訟、訴願、選舉、罷免、創制、複決、應考試、服公職、受國民教育、向國家請求國家賠償（有名的權利自由，計二十七種），以及其他權利自由（無名的權利自由即所謂人權清單以外之基本權利，即第二十二條之概括的規定）。

（二）憲法第二十二條規定與第二十三條共同形成基本權體系，並對基本權體系之成長發揮開展之作用：

1、我國憲法第七條至第二十一條之規定在學理上稱為「制度性之保護」規定，意即此等基本權均有其明確之形式與內容，憲法對其保障以避免立法者恣意影響或妨礙此等權利內容之存續，或使其悖離原有之宗旨與目的，因此在憲法第二十三條規定雖得以法律對此等基本權加以限制，但以防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者為限，此時立法者之裁量權相當有限，只能針對上述事由之有無以及必要性之存在與否加以判斷。釋憲機關所審查者，在於立法權是否透過立法過程對人民基本權利之侵害。

2、至於憲法第二十二條在學理上稱為「憲法授權」保護規定，意即人民之其他自由及權利內容繁多憲法不能一一列舉，除非其自由及權利妨害社會秩序公共利益者外，立法者得立法對之加以保護，此時立法者之裁量權較諸第二十三條情形為大，不但得決定是否立法

並得決定在何種範圍內、何種要件下加以保護，釋憲機關所得審查者，即立法機關是否符合立法明確以及授權明確等原則，基本上釋憲機關應尊重立法裁量權，免貽干涉或指導立法之非議。

(三) 依據以上分析，本件結論雖然正確，但卻與推論之前提之基本權間欠缺邏輯關聯性。對法理體系之建立與完成並無釋憲上的意義。

### 參、結論

- 一、由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第二十二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。
- 二、憲法基本權利未於人權清單之中明文規定並不表示在基本權利之譜系中即不存在。事實上人權清單中之基本權利固然係基本權利，人權清單以外依據世界人權宣言或公約所規定之基本權利同樣可受到憲法之保護。以德國而言，工作權雖未規定在基本權利清單之中，但其邦憲章有相當詳細之規定，另一方面加入歐盟之後，歐洲社會憲章之社會基本權對德國當然亦適用，因此我國部分學者大可不必穿鑿附會將原本不同範疇之基本權混為一談。
- 三、基本權利是否規定於人權清單之中其差別實益在於，依據我國憲法第二十三條規定工作權因明文規定於第十五條，除有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益等情形不得限制。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第二十二條之規定權普通法律立法者，故屬於立法裁量之範圍。

四、釋憲機關審查工作權時，由於工作權之社會權、受益權性質，其審查與具有防禦性自由權的職業選擇自由權、營業自由權即有很大不同。

工作權係一種受益權，傳統觀念認為國家對人民受益權究竟履行至何種程度，既無具體標準很難判斷是否違憲，其實這種想法相當落後，蓋受益權在二十初葉於各國憲法中多仍以政治綱領式內容存在，但在二十中葉以後，受益權從憲法綱領式內容經過大量立法，落實成為普通法律，此等法律是否符合基本權之理念與宗旨，尤其在從憲法政治綱領轉換成普通立法時，能否忠於憲法秩序與民主法治精神，實乃釋憲機關亟應關照之要務。

註一：Radbruch, Rechtsphilosophie 5, (Fultgart 1956), 211; Heinz Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 16.

註二：Grundgesetz und Katellgesetz, 1950, 12.

註三：Heinz Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 194.

註四：例如：工會組織團結權誤為結社權－釋字三七三號釋字

第三七三號解釋，系爭標的並非結社自由權而係工作權。司法院釋字第三七三號解釋理由書中「……國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益之前提下，使勞工享有團體交涉及爭議等權利……」此段理由書之結構值得重視。蓋文法上使用「國家……應……使勞工享有……之權利」乃是針對受益權所為之積極作為，不同於國家對一般自由權「不得對……予……侵害」者，大異其趣，足證當時大法官亦體認到受益權之社會權意義，可惜其結論竟是「侵害從事此項職業人民在憲法上保障之結社權」。

組織工會為工作權的問題，不論依一九六六年的聯合國決議之「經濟、社會、文化權利國際公約」或一九六一年歐洲理事會決議之「歐洲社會憲章」，團結權均為工作權之項目，其目的在勞動者組織工會可與雇主立於平等地位，勞資雙方共同發揮協約自治的社會伙伴關係，而非一般的結社自由權，但因多年來我們對工作權內容不能加以充實，以致於無法明確識別其權利性質，造成解釋對象妥適性發生問題。

註五：Heinz Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 10.

註六：Heinz Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich, Forschungen aus Staat und Recht 18, Springer-Verlag, Wien 1971, 78.

註七：迄今日本憲法第二十二條仍將職業選擇自由與居住遷徙自由並列，我國自清末以來多次憲法草案，亦可供參考：

(一) 天壇憲草（民國二年十月三十一日）第八條規定，「中華民國人民有選擇住居及職業之自由，非依法律不受制限。」按本草案將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。

(二) 中華民國約法（民國三年五月一日）第五條第三款規定，「人民於法律範圍內，有保有財產及營業之自由。」按本草案將財產權及營業自由權並列。

(三) 中華民國憲法（民國十二年十月十日）第九條規定，「中華民國人民有選擇住居及職業之自由，非依法律，不受制限。」本草案亦將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。

(四) 太原擴大會議約法（民國十九年十月二十七日）第三十八條規定，「人民有選擇居住及職業之自由，非違背公共利益及良善風俗不得干涉。」本草案亦將選擇住居之自由與職業選擇自由並列。

(五) 訓政時期約法（民國二十年六月一日）第三十七條規定，  
「人民得自由選擇職業及營業，但有妨害公共利益者，國家得以法律限制或禁止之。」本草案則將職業選擇自由權與營業自由權並列。

(六) 中華民國憲法（民國三十五年十二月二十五日）第十五條規定，「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」現行憲法第十五條則將生存權、工作權、財產權三者並列。

註八：Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis, Forschungen aus Staat und Recht* 15, Springer-Verlag, Wien, 1971, 111.

註九：Badura, in Schmidt-Assmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11 Aufl. 1999, S. 308ff.

註十：學界認為雖然在形式上二者同受基本法第十二條之保護，但在實質上則係兩項不同的權利。

註十一：J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1689, Book II, Chapter V, §§ 25ff; die Verknüpfung von Arbeit und Eigentum taucht erstmals bei Albertus Magnus auf; siehedazu O. Langholm, *Economics in the Medieval Schools*, 1992, S. 172f. mit Nachweisen.

註十二：I. Kant, *Kritik der Urteilskraft*, 1790, § 83; vgl. dazu P. Krause, *Die Lehre von der Arbeit in der Philosophie des Deutschen Idealismus und die Bedeutung für das Recht*, 1965, S. 37ff. (89).

註十三：J. G. Fichte, *Die Sittenlehre*, 1812, in: I. H. Fichte (Hrsg.) *Nachgelassene Werke*, Bd. XI, 1834/35, S. 91f. und 96; auch dazu Krause, *Lehre* (Fn. 3), S. 118ff. (177); Z. Batscha, *Die Arbeit in der Sozialphilosophie*; J.G. Fichtes, in: *Archiv für Sozialgeschichte* XII (1972), 1ff.

- 註十四：G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127 und §§ 196ff.; dazu wiederum Krause, Lehre (Fn. 3), S. 203ff.; ferner S. Z. Lim, Der Begriff der Arbeit bei Hegel, 1963.
- 註十五：P. Haeblerle, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, in AöR, 1984, S. 36ff.
- 註十六：如 Korinek, Dirschmied, Tomandl, Cerny, Öhlinger, van der Ven 皆採此見解。
- 註十七：T. Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, in: Recht und Staat, H337/8, S. 37, 1967.
- 註十八：Edwin Leobenstein, a.a.O.
- 註十九：Walter, in: Water-Schnorr, die Grundrechte mit Arbeitsrechtbeziehungen und die Neufassung des österreichischen Grundrechtskataloges, 1976, S. 7f; 陳新民，論「社會基本權利」，見「憲法基本權利：基本理論」，上冊，第九五頁以下，特別是第一一六、一一七頁。
- 註二十：詳見 Tomandl，前揭第二三頁以下。
- 註二十一：參見歐洲人權公約第三節及第四節有關違反公約時委員會及歐洲法院之程序上規定，以及歐洲社會憲章第四部分（第二一條以下）之規定。Ermacora, Rechtsquellen zu den Grundfreiheiten und Menschenrechten in Österreich, Wien, 1988 B1, B6.
- 註二十二：Rupert Dollinger, Das Recht auf Arbeit in wirtschaftlichen und politischen Wandel, in: FS Floretta, Arbeitsrecht und soziale Grundrechte, Wien, 1983, S. 131ff.
- 註二十三：Theo Öhlinger, Soziale Grundrechte, in: FS Floretta, S. 271 ff, 280ff.

註二十四：J. P.Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2Aufl. 1981, S. 2; Horner, Die Soziale Grundrechte 1974.

註二十五：中華民國八十八年十一月一日，行政院勞工委員會職業訓練局八十八職業字第○一一七七九七號發布，就業券試辦要點。

註二十六：Norbert Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis, Forschungen aus Staat und Recht 15, 1971, 111f.

註二十七：Vgl. Breuer, Freiheit des Berufs, HbStR VI, 1989 §147, Rn. 7.

註二十八：Vgl. Badura, Staatsrecht, 1986, S. 67; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG Vorb. Art. 1 Rn. 18.

註二十九：憲法裁判選輯（七），（統一條約案）C. III. 1.

註三十：Rudolf von Gmeisd 則進一步將自治分為國家統治權的自治行政與經濟的自治行政。

Otto von Gierke 則從結社組織觀念出發，認為結社組織乃是真正集合人格。Gierke 因此認為自治行政並非相對獨立於國家之人合組織，而是「真正的市民自由權之化身」（Georg Stillfried, Berufliche Selbstverwaltung und autonomes Satzungsrecht, Forschungen aus Staat und Recht 106, 1994, 187f.），每一個人都有權參與公共事務。

註三十一：Norbert Wimmer, Materiales Verfassungsverständnis, Forschungen aus Staat und Recht 15, 1971, 111f.

註三十二：主要有下列十種：①律師、②代書、③醫師、④藥師、⑤工程師、⑥牙醫師、⑦助產士、⑧會計師、⑨獸醫師、⑩專利代理人。

註三十三：律師公會對律師之規範，學理上稱之為職業自治團體之行政權，為一種自治行政，有以下特徵：  
有公法人之人格。

會員強制入會。

機關組織依民主原則。

有自治行政權能得制訂自治規章。

有公法上權利義務，尤其對其成員有公法關係。

有私法上財產權之權利能力。

不受國家行政命令之拘束，但受監督。

財政獨立，預算自主。

註三十四：強制入會（律師法第十一條）。

限制登錄法院數目上限（律師法第七條）。

禁止複數事務所（律師法第二十一條）。

不接受委託之通知義務（律師法第二十四條）。

禁止污職行為（律師法第二十九條）。

不得兼任公務員（律師法第三十一條）。

不得兼營商業（律師法第三十二條）。

禁止受讓系爭權利（律師法第三十四條）。

註三十五：不正招攬業務禁止（律師倫理規範第十二條）。

訂定律師報酬基準上下限（律師法第十六條授權）。

律師倫理規則之制定（律師法第十五條授權）。

禁止提攜非律師（律師倫理規範第十七條）。

禁止雙方代理（律師倫理規範第三十條、第三十二條）。

守秘義務（律師倫理規範第三十三條）。

註三十六：經濟、社會、文化權利國際公約第六條至第八條。

註三十七：參見歐洲社會憲章，第二部分第一條至第十九條。

註三十八：第一種說法認為，基本法第十二條對工作權不加規定導因於對納粹之反省，故以禁止強制勞動為內容，而不對工作權正面加以規定。事實上在基本法草案中，將現行第十一條之遷徙自由與第十二條職業選擇自由規定在同一條，及

至該草案送交制憲會議（parlamentarischer Rat）時，始將其分別規定於基本法第十一條及第十二條，以避免發生類似於國社主義時代之強制勞動現象。另一種說法則認為，國家對國民提供工作機會，係以國家對工作機會有統籌或壟斷之情形為前提，國家若無統籌或壟斷之情事，即難謂有提供就業機會之義務。Theodor Maunz, Grundgesetz, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munchen, 1991, 12-47.

註三十九：姚立明，憲法「工作權」之性質－簡介西德憲法法院四個代表性判例，中山社會科學季刊第二期，民國七十八年六月，第一三四至一四四頁。

註四十：李惠宗，憲法工作權保障之系譜，憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所專書（44），民國八十七年六月，第三五四頁。

註四十一：日本法院有關職業選擇自由之判例重要者如下：

- ①企業廢止之自由，與職業選擇之自由，經濟行為自由之原則，成為表裏一體（昭和三十五年七月十二日神戶地○支判。昭和三十五年（七）十七號，勞民例集十一卷四號七六三頁）。
- ②司法代書法第四條規定司法代書之業務應經許可始得營業，自一般國民利益保護之見地可認為必要之自由限制，故不違反憲法第二十二條（昭和三十六年四月十四日大阪高判。昭和三十五年（ネ）一三三二號、行裁集十二卷四號九〇一頁）。
- ③禁止醫業類似行為為業之按摩師、針師灸師及柔道整復師法第十二條、第十四條，不違反憲法第二十二條（最高昭和三十年一月二十七日大法庭（田中、小谷、島、齋藤、藤田、河村（又）、垂水、河村（大）、下飯彰、奧

- 野、高木、石各裁判官)判。昭和二十九年(あ)二九九〇號、刑集十四卷一號三十三頁、裁判所時報二九八號四頁、時報二一二號四頁)。
- ④禁止非醫師之人執行醫業之醫師法第十七條，不違反憲法第二十二條(昭和三十六年十二月十三日東高刑一判。昭和三十六年(う)八四一號、下級刑集三卷一一・二號合併號一〇一六頁、東高刑時報十二卷十二號二四七頁)。
- ⑤藥事法第五條，不違反憲法第十三條、第二十二條及第十四條(昭和三十七年十月二十四日東地判。昭和三十七年(行)四七號，行裁例集十三卷一〇號一八五八頁)。
- ⑥技術師法第三十九條乃所謂名稱獨占規定，非剝奪或限制職業選擇之自由本身，且符合於科學技術之向上，國民經濟之發展之公共福祉，故不違反憲法第二十二條(昭和三十六年六月八日集地判。昭和三十二年(ワ)一〇五四七號、訟務月報七卷六號一二八一頁)。
- ⑦原判決肯定律師公會對所屬律師所發之退會命令，乃非剝奪上訴人之職業選擇之自由(最高昭和三十四年十二月四日二小(藤田、池田、河村、奧野各裁判官)判。昭和三十二年(才)八三一號、民集一三卷一二號一五九九頁、時報二〇七號一九頁)。
- ⑧賣春防止法第十二條，不違反憲法第二十二條(最高昭和三十六年七月十四日二小(藤田、池田、河村、奧野、山田各裁判官)判。昭和三十六年(あ)六三七號、刑集一五卷七號一〇九七頁)。