

## 職業自由限制之審查標準



### 思維模式

林子儀大法官曾於釋字第571號協同意見書謂：「司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷」。許宗力大法官亦曾於釋字第578號協同意見書謂：「審查標準何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能『正確』之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查標準之選擇。」由此可知如何決定司法審查標準寬嚴乃司法者重要之職責所在，而於司律考試中，如何決定司法審查標準寬嚴之能力，亦為測驗之重點，尤其當大法官已對各該基本權之限制有寬嚴不同之容許標準時，考生更應了解選擇該標準之原因，又應如何操作。在此先介紹職業自由限制之審查標準。憲法第15條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制。惟法律對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準，此亦為司律考試之一級戰區，考生應有具體操作之能力，說明如下<sup>1</sup>：

### 一、執行職業自由

關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由<sup>2</sup>，立法者為追求公共利益或稱一般公共利益，且採行之限制手段確屬必要者，非不得予以適當之限制。蓋當立法者只規定純粹之執行規則，不涉及到職業選擇自由，只是詳盡地確定屬於該職業之成員應依何種形式與種類來完成其職業行為時，立法者是最自由的。蓋執行職業之自由，因與社

1 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由，德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)，頁1-46；李惠宗，論營業許可基準之司法審查——兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢，第5期，頁227-264；林子儀大法官釋字第584號不同意見書。

2 例如：營業方式、商品銷售方式、營業時間、營業地點、個人執行業務之方式（廣告）。

會整體生活有密切相關，立法者有較大形成空間。對立法者就人民執行職業所應具備之相關規範，司法機關原則上應尊重立法者之形成自由，僅於此項限制有明顯恣意，始與憲法保障人民工作權之意旨有違。

## 二、主觀條件之限制

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<sup>3</sup>，亦即自然人或法人在選擇進入職業市場所應具備，而由職業申請人所可能完成之屬人要件。立法者欲對此加以限制，須有較諸執行工作及職業自由之限制更為重要之公共利益存在<sup>4</sup>，且屬必要時，方得為適當之限制。

## 三、客觀條件之限制

而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，即個人對該要件之成就完全沒有影響<sup>5</sup>，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。

蓋以此種要件作為限制進入職業市場之條件，嚴重地違反基本人權之意義，一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成可證明的及顯然非常嚴重的危險時，才能合法化對職業選擇自由之侵害。以職業之「客觀許可要件」為進入職業市場之條件，常易違反「不當聯結之禁止原則」，而「與事實無關之動機加入的危險也特別大」。換言之，越屬於職業選擇客觀要件的事項，國家越不必干預，否則即會發生過度干預而違反比例原則的問題。

## 四、具體操作——以有前科者不得擔任營業小客車駕駛為例<sup>6</sup>

系爭道路交通管理處罰條例第37條第1項規定之目的係為維護搭乘營業小客車乘客的生命、身體、自由與財產安全，而規定「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪，經判決確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」國家固應對營業小客車作有效管理，以提

3 例如：知識能力、學位、年齡、體能、道德標準（犯罪前科）、資力、國籍身分。

4 即「重要公共利益」存在，而有別於執行職業之自由時，僅需「一般公共利益」。

5 例如行業獨占制度、全面處罰意圖營利與人姦宿之行為、視障、色盲。

6 整理自林子儀大法官釋字第584號不同意見書。

供社會大眾優良品質的營業小客車服務；國家對於一定會危害乘客的生命、身體、自由與財產之人，對其從事營業小客車駕駛工作，應予限制。惟迄今為止，人類的知識尚無法提供一百分之百正確的科學方法，足以辨識哪類人在一定的情境下一定會危害他人的生命、身體、自由或財產。因此，政府為保護乘客的生命、身體、自由與財產，而限制如上開規定之一定犯罪前科者終身不許從事營業小客車駕駛工作時，實是對此類有一定犯罪前科者一定會再犯同類犯罪行為的一種臆測。固然，政府在無百分之百的確定依據下，確有依據現有的知識作風險的評估與管理之必要性；而有一定犯罪前科者於擔任營業小客車駕駛之際，確有再犯之可能性，故政府對有一定犯罪前科者，對其擔任營業小客車駕駛職業作一定之限制，並不必然違反憲法保障人民職業自由的意旨。其限制是否合憲，端視其限制採取如何之手段，以及我們要採取如何的審查標準審查其合憲性：

(一)職業選擇自由之限制是否合憲之審查應採取較嚴格的審查標準：

釋字第五八四號解釋理由書中特別指出「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……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。」推測釋字第584號解釋多數意見其意，應係就職業選擇自由的限制與執行職業方式的限制，對個人職業自由的限制之程度不同，故而對其合憲性之審查，亦應有不同程度的審查標準。惟在審查政府對職業選擇自由的限制之合憲性時，所以不能採取寬鬆的審查標準，而必須採取較嚴格的審查標準的理由，主要原因在於職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義<sup>7</sup>。由於職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分，政府如欲對其加以限制，自應以較嚴格的審查標準審查其合憲性，以免政府過度且不當的限制。

(二)如何運用較嚴格的審查標準審查系爭職業選擇自由之限制規定：

1. 較嚴格的審查標準：採取較嚴格審查標準，在操作上即意謂要求立法者提出更重要的立法目的，並以實質有效且侵害較小之手段達成目的。換言之，手段不能僅是可以達成目的，而必須是可靠、具備實效，與目的之達成具有實質關連性之手段；同時，該手段固然不必是侵害最小的手段，但最起碼必須是經過斟酌選擇對人民權利侵害較小的手段。尤有甚者，立法者的選擇不再享有合憲推定，立法

7 在現代民主社會中，職業不僅提供個人現實生活所需的經濟基礎條件，也是個人得藉以發展能力與實現理想生活型態的屏障與途徑，乃至於個人建構其存在意義與自我認識的要素之一。故而經由保障人民職業的選擇自由，人民方得以自由地發展自我、實現自我與完成自我。

者因此須對於上述目的之重要性、手段之實質有效性與其侵害程度係可接受等，負舉證的責任<sup>8</sup>。

2. 舉證責任、手段之實質有效性：然而根據本案多數意見<sup>9</sup>之說理，無論是對於手段侵害性的接受度以及對其有效性的探認，所反映的僅是一種相當低度的標準與舉證要求，幾至難以分辨其所宣示採取之較嚴格之審查標準與寬鬆的合理審查標準有何差別。釋字第584號解釋多數意見認可法務部及警政署所提出的民國八十六年之累(再)犯率統計數字，並對比於修法後犯上述之罪人數已呈下降趨勢等，作為系爭手段有效性之合憲論據。姑不論上述數據的解讀是否合於統計數據原本之意涵，以及將修法前的累再犯比率與修法後的犯罪人數，兩組數據之間是否有對比判讀的意義。再犯乃指服刑期滿後五年內再度犯罪，故累、再犯率之合併統計數據是否足徵說明「終身」限制的有效性或必要性？上述所統計之犯罪人是否曾有犯罪紀錄？其犯罪態樣是否與營業小客車之駕駛營運相關，例如以營業小客車為犯罪工具或利用駕駛營運之機會犯罪等等？諸如此類對於說明修法效果因果關係的重要論據，多數意見卻少有考量。又試問倘使特定犯罪之累再犯比例，確實顯示其相當危險，則主管機關仍容許有一定犯罪前科而在修法前已領得執照者繼續營運，豈非自相矛盾？何況，多數意見所認定犯罪數量下降此一單純的數據，或許可能是肇因品牌計程車之逐步建立、或因行動電話之普及、或因定點無線電預約叫車服務之推廣。但釋字第584號解釋多數意見卻認定上開法務部與警政署之統計數據，已足證實相關政府機關對採用終身限制手段之實效性之舉證說理義務的要求，以及所謂「必要」手段的認定。如此推論，如何能謂已對相關政府機關之舉證責任，已善盡審查之責。更遑論相關主管機關對於是項限制，根本沒有任何預測基礎與追蹤成效的作為，本案審理參考或引用的統計數據都是在本院一再要求之下，相關主管機關方才配合完成調查。無怪乎欲進一步要求其提出

8 一般而言，我國司法違憲審查制度受限於抽象審查的機制設計，相關政府機關的舉證責任往往難以彰顯，司法釋憲者也少有揭露在事實層面如何形成心證的過程，司法違憲審查過程的舉證問題因此也較少受到關注。但釋字第584號解釋多數意見確實就手段之有效性與侵害程度有所調查、認定，從而在本案中，應深刻地檢討當採取較嚴格之審查標準時，相關政府機關的舉證責任問題。

9 釋字第584號解釋多數意見所謂採取較嚴格的審查標準，似主張除要求系爭法律規定所維護之公共利益必須「更為重要」之外，手段均須屬「必要」，此外即無其他更加嚴格之要求。而在實際適用該審查標準時，由於「更為重要」的公共利益，其標準往往流於抽象，不容易區別提高審查標準的實益。至於有關手段的審查，我國釋憲實務上所謂「必要」手段，在不同個案中往往代表不同程度的合憲性要求，而嚴格與否乃是取決於對於「必要」手段的認定，與對相關政府機關宣稱系爭手段係屬「必要」之說理與舉證要求。

更切合系爭立法之實證資料，尤其難也。

3. 侵害較小手段：縱使退而言之，僅就該手段是否符合侵害較小手段之要求而論之，多數意見在解釋理由書言及，在上述永久禁止之手段外，尚有具體而侵害較小之措施<sup>10</sup>。惟釋字第584號解釋多數意見認為前開具體而侵害較小措施，於本院舉行調查會時，經詢主管機關及業者，因其表示客觀上目前並無實現之可能，而多數意見對主管機關的判斷，認尚屬合理，故而認定系爭規定有一定犯罪前科者終身不得從事營業小客車之駕駛工作之永久禁止之手段，尚符合侵害較小手段之要求，而屬合憲。惟主管機關與業者主張上開侵害較小措施客觀上不可行的理由，有相當大的程度是基於成本的考量，但如果司法審查機關進行違憲審查時，竟全盤以主管機關及業者所表示其有何不可行之意見，即據以認定其他替代手段在現實上並不存在而無庸考量，則無異是採取最寬鬆的審查標準，而完全遵循相關政府機關的判斷，並將手段是否合憲的審查淪為最低社會成本的要求。在採用較嚴格的審查標準時，合憲性所要求的絕對不僅是以成本是否最低為唯一的考量。而且，即使要考量成本因素，也須考量到成本負擔是否過份集中於特定對象之上，及受限制者的負擔程度是否過度等等。實則前開多數意見所舉之侵害較小措施，是否果真客觀上目前並無實現之可能，即使單就成本因素考量，也並非真無實現之可能。而且，參酌釋字第584號解釋多數意見亦肯認出獄時間越久，再犯比例越低之統計資料，以出獄後一定期限（例如十年或十五年）內不得從事營業小客車之駕駛工作，亦較目前採行之永久禁止手段，為侵害較小且屬實質有效的手段。系爭道路交通管理處罰條例第37條第1項規定，對有一定犯罪前科者採取終身不得從事營業小客車之駕駛工作之限制，並不符合憲法第23條規定，並抵觸憲法第15條保障人民職業自由之意旨。
4. 正當法律程序：再者，當政府對人民所為的限制與剝奪越是嚴苛，正當法律程序的要求便越顯得重要。尤其是任何「終身」的剝奪，皆應特別謹慎考慮個別化衡量的可行性，讓人民有透過正當程序反證自己具備職業資格的機會。本案不僅未對相關政府機關應負的舉證責任加以要求，並因肯定採取永久限制的手段，致使有一定犯罪前科者要有反證證明其無再犯危險性之機會也不可得。如此之制度，實與最低程度程序保障之要求有違。尤其是如此的限制，莫非完全否定目前監獄教化的功能，尤其令人懷疑有一定犯罪前科者，即使遷過向善，是否仍有機會再進入社會，而為社會所接受。

<sup>10</sup> 例如：以衛星定位營業小客車之行進路線、全面實施定點無線叫車並加強其追蹤管理、或改裝車輛結構為前後隔離空間並加強從業人員之職前訓練等。