

司法院大法官解釋 (三六)

司法院大法官解釋
(三六)

釋字
744
—
759

民國106年
2017.1-12月

司法院
印行

司法院 印行
中華民國一〇七年十一月

ISBN 978-986058004-4



GPN : 1010702417
定價：新臺幣肆佰肆拾元整

司法院大法官解釋

(三十一)

司 法 院 印 行

中華民國一〇七年十一月

司法院大法官解釋（三十六）

目 次

司法院釋字第七四四號解釋.....	1

【化粧品廣告事前審查案】

化粧品廣告採事前審查違憲，相關規定自解釋公布日失效

解釋文.....	1
解釋理由書.....	1
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出.....	4
部分協同意見書 林俊益大法官 提出.....	5
協同意見書 許宗力大法官 提出.....	17
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	26
協同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	33
協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	36
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	46
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	58
協同意見書 詹森林大法官 提出.....	62
協同意見書 黃昭元大法官 提出.....	67
部分不同意見書 吳陳銀大法官 提出 陳碧玉大法官 加入...	82

司法院釋字第七四五號解釋.....	89

【薪資所得未許實額減除費用是否違憲案】

所得稅法薪資所得未許實額減除費用違平等權保障，2 年內
修正

解釋文.....	89
解釋理由書.....	89
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出 蔡炯燉大法官	

加入 陳碧玉大法官 加入 林俊益大法官 加入.....	93
部分協同意見書 張瓊文大法官 提出.....	99
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	101
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	109
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	116
協同意見書 黃昭元大法官 提出 吳陳鐸大法官 加入.....	120
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出.....	128
不同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	136
 司法院釋字第七四六號解釋.....	 143
【逾期繳納稅捐加徵滯納金及滯納利息案】	
稅捐稽徵法等就逾期繳納稅捐加徵滯納金及滯納利息，合 憲；遺贈稅法第 51 條第 2 項對滯納金加徵利息部分，欠缺 合理性違比例原則，立即失效	
解釋文.....	143
解釋理由書.....	143
協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	148
協同意見書 林俊益大法官 提出.....	157
協同意見書 許志雄大法官 提出 林俊益大法官 加入 張瓊文大法官 加入 黃昭元大法官 加入.....	163
部分協同部分不同意見書 湯德宗大法官 提出.....	171
部分協同部分不同意見書 詹森林大法官 提出.....	176
部分不同部分協同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	186
部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出 湯德宗大法官 加入 詹森林大法官 加入.....	191
部分不同意見書 羅昌發大法官 提出.....	194
部分不同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	202
 司法院釋字第七四七號解釋.....	 205
【土地所有權人因公路穿越地下得請求徵收地上權案】	

土地所有權人因公路穿越地下，得請求徵收地上權；土地徵收條例第11條、第57條第1項屬法律規範不足，1年內修正，聲請人得依解釋意旨救濟

解釋文.....	205
解釋理由書.....	205
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出.....	209
部分協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	213
部分協同意見書 林俊益大法官 提出.....	225
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	233
協同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	241
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	245
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	252
協同意見書 詹森林大法官 提出.....	255
不同意見書 黃璽君大法官 提出.....	267

司法院釋字第七四八號解釋..... 275

【同性二人婚姻自由案】

民法婚姻章未使同性別二人得成立永久結合關係，違憲；2年內應完成相關法律之修正或制定，逾期未完成得依現行婚姻章規定辦理結婚登記

解釋文.....	275
解釋理由書.....	275
部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	284
不同意見書 吳陳鐸大法官 提出.....	296

司法院釋字第七四九號解釋..... 315

【計程車駕駛人定期禁業及吊銷駕照案】

道交條例對犯一定罪刑計程車駕駛吊銷駕照違憲，即日失效；吊扣執業登記證、廢止執業登記亦違憲 2年內修正，修

法前遭廢止執業登記者，3 年內不得再辦

解釋文.....	315
解釋理由書.....	316
理由書附表.....	321
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出.....	322
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	326
協同意見書 黃虹霞大法官 提出 蔡明誠大法官 加入.....	331
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	334
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	338
部分不同暨部分協同意見書 詹森林大法官 提出.....	345

司法院釋字第七五〇號解釋..... 353

【以外國學歷應牙醫師考試之資格案】

以外國學歷應牙醫考試須先完成國內臨床訓練，合憲；醫師法施行細則及專技考試相關規定無違法律保留與比例原則，亦符平等權保障

解釋文.....	353
解釋理由書.....	353
部分協同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	358
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	362
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	366
協同意見書 詹森林大法官 提出.....	371

司法院釋字第七五一號解釋..... 377

【命應履行負擔之緩起訴處分確定後再處罰鍰案】

緩起訴處分命繳款或提供勞役確定後得再為行政裁處，合憲；行政罰法相關規定與比例原則、法律不溯既往及信賴保護原則無違，函釋符法律保留原則

解釋文.....	377

解釋理由書	377
理由書附表	385
部分協同意見書 張瓊文大法官 提出	389
協同意見書 黃璽君大法官 提出	400
協同意見書 蔡明誠大法官 提出	405
部分不同部分協同意見書 黃虹霞大法官 提出	416
部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出	424
不同意見書 羅昌發大法官 提出	430
不同意見書 湯德宗大法官 提出	438
不同意見書 黃瑞明大法官 提出	452
不同意見書 詹森林大法官 提出	460
公布更正 不同意見書 湯德宗大法官 提出	477
 司法院釋字第七五二號解釋	 493
【第二審初次受有罪判決者得上訴第三審案】	
二審撤銷原審無罪判決自為有罪判決者不得上訴三審，違憲	
解釋文	493
解釋理由書	493
部分協同意見書 林俊益大法官 提出	497
協同意見書 羅昌發大法官 提出	502
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	510
協同意見書 許志雄大法官 提出	515
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	522
協同意見書 詹森林大法官 提出	525
部分協同部分不同意見書 黃昭元大法官 提出 陳碧玉 大法官 加入 湯德宗大法官 加入三、不同意見部分 吳陳鐸大法官 加入三、不同意見部分	533
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出 陳碧玉大法官 加入 湯德宗大法官 加入 吳陳鐸大法官 加入一、 二部分	538

司法院釋字第七五三號解釋..... 541

【全民健保特約之違約處置案】

全民健保法及相關辦法就特約機構違約之處置規定，合憲

解釋文.....	541
解釋理由書.....	542
部分協同意見書 林俊益大法官 提出.....	550
部分協同意見書 張瓊文大法官 提出.....	561
協同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	571
協同意見書 吳陳鑲大法官 提出.....	581
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	592
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	601
部分協同暨部分不同意見書 湯德宗大法官 提出.....	605
部分不同意見書 羅昌發大法官 提出.....	612
部分不同意見書 詹森林大法官 提出.....	623
不同意見書 陳碧玉大法官 提出.....	629

司法院釋字第七五四號解釋..... 641

【填具進口報單逃漏稅捐併合處罰案】

進口報單填具不實逃漏3稅併罰，無違一行為不二罰原則

解釋文.....	641
解釋理由書.....	641
部分協同意見書 詹森林大法官 提出.....	644
協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	647
協同意見書 許志雄大法官 提出 陳碧玉大法官 加入	
林俊益大法官 加入 黃昭元大法官 加入.....	655
不同意見書 羅昌發大法官 提出.....	659
不同意見書 湯德宗大法官 提出.....	663
不同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	668
不同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	671

司法院釋字第七五五號解釋..... 683

【受刑人司法救濟案】

受刑人司法救濟權、秘密通訊及表現自由應保障，相關規定違憲；不服監獄處分或管理措施得向法院請求救濟

解釋文.....	683
解釋理由書.....	683
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出 陳碧玉大法官 加入..	688
部分協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	693
部分協同意見書 林俊益大法官 提出.....	698
協同意見書 許宗力大法官 提出.....	713
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	720
協同意見書 黃瑞明大法官 提出.....	723
協同意見書 黃昭元大法官 提出.....	729
部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出.....	736
部分協同部分不同意見書 許志雄大法官 提出.....	740
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出.....	749

司法院釋字第七五六號解釋..... 759

【受刑人秘密通訊與表現自由案】

受刑人司法救濟權、秘密通訊及表現自由應保障，相關規定違憲；允許監獄長官閱讀受刑人書信違憲、細則規定違法律保留原則

解釋文.....	759
解釋理由書.....	760
部分協同意見書 蔡炯燉大法官 提出.....	765
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出 林俊益大法官 加入..	771
部分協同意見書 蔡明誠大法官 提出.....	773
協同意見書 羅昌發大法官 提出.....	782
協同意見書 許志雄大法官 提出.....	787

協同意見書 張瓊文大法官 提出	791
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	795
部分協同部分不同意見書 黃璽君大法官 提出	800
部分協同部分不同意見書 黃昭元大法官 提出	806
部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出	822
部分不同意見書 詹森林大法官 提出	828
 司法院釋字第七五七號解釋	 839
【釋字第 706 號解釋補充解釋案】	
大法官解釋拘束機關及人民，釋 706 聲請人得依解釋申報扣抵稅額	
解釋文	839
解釋理由書	839
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出	842
部分協同意見書 林俊益大法官 提出	845
協同意見書 陳碧玉大法官 提出	853
協同意見書 羅昌發大法官 提出	862
協同意見書 許志雄大法官 提出	867
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	872
協同意見書 詹森林大法官 提出	880
部分不同意見書 蔡明誠大法官 提出 吳陳銀大法官	
加入 張瓊文大法官 加入	885
不同意見書 蔡烱燉大法官 黃虹霞大法官 共同提出	894
 司法院釋字第七五八號解釋	 909
【依民法請求政府機關返還土地事件審判權歸屬案】	
民事事件之攻防縱涉公法爭議，仍屬私法關係，由普通法院審判	
解釋文	909
解釋理由書	909

部分協同意見書 湯德宗大法官 提出	910
協同意見書 林俊益大法官 提出	912
協同意見書 許志雄大法官 提出	925
協同意見書 張瓊文大法官 提出 詹森林大法官 加入 黃昭元大法官 加入	928
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	934
協同意見書 詹森林大法官 提出 陳碧玉大法官 加入	938
部分不同意見書 蔡明誠大法官 提出	941
不同意見書 許宗力大法官 提出	953
不同意見書 羅昌發大法官 提出	957
不同意見書 黃虹霞大法官 提出	961
 司法院釋字第七五九號解釋	 967
【（前）省營事業機構人員撫卹金爭議審判權歸屬案】	
前省營水公司遴用人員撫卹爭議，屬私法關係，由普通法院 審判	
解釋文	967
解釋理由書	967
協同意見書 蔡炯燉大法官 提出	970
協同意見書 陳碧玉大法官 提出	974
協同意見書 許志雄大法官 提出	978
協同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	981
不同意見書 湯德宗大法官 提出 吳陳銀大法官 加入	985
 附錄：第七四四號解釋至第七五九號解釋關係法令及關鍵詞 檢索	 991

司法院釋字第744號解釋

【化粧品廣告事前審查案】

中華民國 106 年 1 月 6 日

院台大二字第 1060000700 號

解 釋 文

化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。」同條例第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。」係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書

聲請人台灣蝶翠詩化粧品股份有限公司代表人吉田嘉明，未先向主管機關申請核准，即於購物中心網站刊登防曬乳之化粧品廣告，經臺北市政府衛生局以其違反化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第二十四條第二項規定，依系爭條例第三十條第一項規定，處新臺幣三萬元罰鍰。聲請人不服，提起訴願遭駁回後提起行政訴訟，經臺北高等行政法院九十九年度簡字第八五〇號判決駁回。上訴後，經最高行政法院一〇〇年度裁字第二一九八號裁定，以其所陳上訴理由並無所涉及之法律見解具有原則性之情事，上訴不合法為由予以駁回，是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決所適用之系爭條例第二十四條第一項、第二項、第三十條第一項關於違反同條例第二十四條第二項為處罰部分及系爭條例施行細則第二十條規定，有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法。有關聲請人主張系爭條例第二十四條第二項及第三十條第一項就違反同條例第二十四條第二項為處罰違憲部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所定要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障（本院釋字第五七七號、第六二三號解釋參照）。

系爭條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」同條例第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」（下併稱系爭規定）係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

查化粧品係指施於人體外部，以潤澤髮膚，刺激嗅覺，掩飾體臭或修飾容貌之物品；其範圍及種類，由中央衛生主管機關公告之（系爭條例第三條參照），非供口服或食用。另依中央主管機關公告之化粧品範圍及種類表，所稱化粧品俱屬一般日常生活用品。系爭規定之立法目的應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大（系爭條例第二十四條第一項參照），以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益，固均涉及公益之維護，然廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。系爭規定既難認係為保護特別

重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。

依現行法規定，化粧品可分為含藥及一般化粧品兩大類（系爭條例第七條第一項、第二項及第十六條第一項、第二項參照）。所謂含藥化粧品係指具防曬、染髮、燙髮、止汗制臭、美白、面皰預防、潤膚、抗菌、美白牙齒等用途之化粧品（化粧品含有醫療或毒劇藥品基準參照）。其對人民生命、身體、健康造成之影響雖較一般化粧品為高，但就此等化粧品之廣告，性質上仍非屬對人民生命、身體、健康構成直接威脅。況含藥化粧品，不論係自外國輸入或本國製造，均須先提出申請書、由主管機關查驗並經核准、發給許可證後，始得輸入或製造（系爭條例第七條第一項及第十六條第一項參照）。含藥化粧品，除其標籤、仿單或包裝與一般化粧品同，須記載中央衛生主管機關規定之事項包括成分、用途、用量等外，另須標示藥品名稱、含量、許可證字號及使用時注意事項等（系爭條例第六條規定參照）。就有害人體健康之預防而言，系爭條例第四章第二十三條以下訂有禁止輸入、製造、販賣、註銷許可證等暨抽檢及抽樣等抽查取締規定；第五章就相關違反情形，亦訂有罰則。又系爭條例第二十四條第一項已另有不實廣告等禁止之明文，對可能妨礙人體健康之不實化粧品廣告，主管機關本得依系爭條例第三十條第一項規定為處罰。是系爭規定適用於含藥化粧品廣告，仍難認係為保護特別重要之公共利益目的，且與目的達成間具直接及絕對必要之關聯。

綜上，系爭規定不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

另聲請人認系爭條例第二十四條第一項及系爭條例施行細則第二十條規定牴觸憲法第十一條、第十五條、第二十三條部分，核其所陳，尚難謂客觀上已具體指摘上開規定有何牴觸憲法之處。故此部分之聲請，不符司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，依同條第三項規定應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 陳碧玉 黃璽君 羅昌發 湯德宗

黃虹霞 吳陳鐸 蔡明誠 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

本解釋締造兩項紀錄，堪稱本院大法官 2017 年的開春獻禮。

一、正視¹「事前審查」(censorship, prior restraint)於言論自由之為害，²並明確釋示：除立法資料能證明其目的乃為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即且難以回復之危害之特別重要之公共利益，而事前審查之手段與前揭目的之達成間具有直接及絕對必要之關聯，並給予迅速獲得司法救濟之機會者外，化粧品廣告之事前審查原則上應屬違憲。³如上釋示乃我國實務上首次採取之「嚴格審查基準」(高標)，實質上已變更(修正)⁴了本院釋字第四一四號解釋之見解，使我國

¹ 請對照本院釋字第 734 號解釋與本席於該號解釋所提出之「部分協同暨部分不同意見書」。

² 限制言論非經審查通過不得發表之「事前審查」制，與「言論自由」之本質迥不相容。其於言論自由之為害，美國聯邦法院於 *Nebraska Press Assn. v. Stuart* 案 (427 U.S. 539 (1976)) 曾有傳神之譬喻：如謂言論發表後可能衍生之刑事與民事制裁，恐將使人(心生恐懼而)「噤聲」不語，則事前審查制毋寧直使言論立時「凍斃」(“A prior restraint, by contrast and by definition, has an immediate and irreversible sanction. If it can be said that a threat of criminal or civil sanctions after publication 'chills' speech, prior restraint 'freezes' it at least for the time.”)。

³ See, e.g., *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971, Pentagon Papers Case), *Carroll v. President and Comm. of Princess Anne County*, 393 U.S. 175 (1968), *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977)。中文介紹，參見湯德宗，《憲法對話・對話憲法》(憲法有聲書)，下冊，頁 315~316 (增訂三版，2016)。

⁴ 惟因本件所涉為「化粧品」廣告，而非「藥物」廣告，多數意見卒未處理(敘明)本院釋字第 414 號解釋是否變更的問題。

言論自由保障更向前邁進一步。

二、本解釋於理由書第一段敘明原因案件之事實經過及聲請意旨，乃本院解釋之首例。此一解釋體例（格式）之變革不僅有助於社會大眾理解大法官解釋，亦本院「解釋」朝向「裁判」發展的必要歷程。本席欣見多年來於個別意見書所堅持的體例，終獲多數同仁接納。

至解釋之論理敘述（尤其理由書第五段）容可再酌，殆瑕不掩瑜之細節矣。

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋為【化粧品廣告事前審查案】。

本件聲請人台灣蝶翠詩化粧品股份有限公司，於中華民國九十九年八月五日，在奇摩購物中心網站刊登「DHC 全效淨白防曬乳」化粧品廣告，經臺北市政府衛生局以其廣告未經事先申請廣告核准即擅自刊登，違反化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第二十四條第二項規定，依系爭條例第三十條第一項規定處以新臺幣三萬元罰鍰。聲請人不服，經提起訴願、行政訴訟，均遭駁回而判決終局確定，乃依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，聲請釋憲。

本件聲請之主要爭點係，化粧品廣告是否為商業性言論？如是，得否事前審查？如不得事前審查，有無例外？如有例外，得事前審查之要件又為何？

本件解釋多數意見認為：「化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：『化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。』同條例第三十條第一項規定：『違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。』係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比

例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」原則上，本席予以贊同，惟部分解釋理由之說理，仍有未盡，需待補充，爰提出部分協同意見書。

貳、化粧品廣告屬商業性言論，應受憲法言論自由之保障

一、化粧品之內涵

系爭條例所稱化粧品，係指施於人體外部，以潤澤髮膚，刺激嗅覺，掩飾體臭或修飾容貌之物品（系爭條例第三條前段規定參照），依中央衛生主管機關衛生福利部一〇四年三月十九日公告之「化粧品範圍及種類表」所示，其種類包括頭髮用化粧品、洗髮用化粧品、化粧水、化粧用油、香水、香粉、面霜乳液、沐浴用化粧品、洗臉用化粧品、粉底、唇膏、覆敷用化粧品、眼部用化粧品、指甲用化粧品及香皂共十五類。

化粧品依其是否「含有醫療或毒劇藥品」，可分為「含有醫療或毒劇藥品化粧品」（下稱含藥化粧品）與「未含有醫療或毒劇藥品化粧品」（下稱一般化粧品）。國內製造化粧品所使用醫療或毒劇藥品之基準，由中央衛生主管機關定之（系爭條例第二十條規定參照），依衛生福利部一〇五年七月一日發布之「化粧品含有醫療或毒劇藥品基準」（簡稱含藥化粧品基準）觀之，所謂含藥化粧品，係指含有用於防曬、染髮、燙髮、止汗制臭、美白（抑制黑色素形成）、面皰預防、潤膚、美白牙齒等用途之藥品化粧品而言。由於含藥化粧品之製造，必須符合使用醫療或毒劇藥品之基準，足徵含藥化粧品對人體之影響，必然與一般化粧品有所不同，是以系爭條例依化粧品是否「含有醫療或毒劇藥品化粧品」而異其規範內容（詳見系爭條例第七條第一項、第二項規定國外輸入化粧品、第十六條第一項、第二項規定國內製造化粧品）。

二、化粧品廣告

販賣或製造化粧品廠商為促銷其化粧品，經常以商業廣告為之。商業廣告本質具有活潑、多元且推陳出新之特性，廣告之創意，往往構成市場經濟活力之象徵，商業廣告之重要性，由此可見一斑。¹ 此等促銷化粧品之商業廣告，是否屬於「商業性言論」？

關於如何判斷是否為「商業性言論」（commercial speech）？在美國曾有不同標準，一九四二年之 *Valentine v. Chrestensen* 案，乃至二〇〇三年 *NIKE v. Kasky* 案，均以言論發表者之身分是否具有營利目的，以決定其發表之言論是否為商業性言論。惟此種見解，有時不免流於機械化，甚至對言論自由保障不夠而備受批評。惟於一九七六年之 *Virginia State Board of Pharmacy v. Virgin Citizens Consumer Council* 案，聯邦最高法院作另一種界定，凡係以提議作成商業交易者，系爭言論即得被視為商業性言論。一九七九年 *Friedman v. Rogers* 案，聯邦最高法院更具體地指出，凡係從言論之目的或內容予以整體判斷結果，具有「嚴格商業性質」（strictly business）者，即認定其為商業性言論。嗣於一九八〇年 *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission* 案，聯邦最高法院認為商業性言論，係指言論發表者以言論接收者為對象所為純粹經濟利益之表達。² 通說認為，凡係宣傳或推薦某種商品或服務之言論，其目的在直接刺激該項物品或服務之交易，以獲取商業利益者，均屬於商業性言論之範疇。³

在我國，藥事法（修正前稱藥物藥商管理法）第二十四

¹ 吳秀明、沈麗玉，〈公平交易法關於廣告規範之最新發展〉，《月旦法學雜誌》，第 241 期，104 年 6 月，頁 255。

² 劉靜怡，〈賭場廣告的言論自由保護〉，《台灣法學》，第 237 期，102 年 12 月 1 日，頁 143。

³ 林子儀，〈商業性言論與言論自由〉，《美國月刊》，第 2 卷第 8 期，76 年 12 月，頁 25。

條規定：「本法所稱**藥物廣告**，係指利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的之行為」，本院釋字第四一四號解釋理由乃依上開規定而謂：「**藥物廣告**係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具**商業上意見表達**之性質……。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論……。」首次揭示藥物廣告具商業上意見表達之性質，為商業性言論，且屬於低價值言論（low-value speech），不同於政治、學術或宗教言論屬於高價值言論（high-value speech），此乃受到美國司法實務有關雙階理論（the two-level theory）之影響。⁴

化粧品廣告，與藥物廣告之性質相同，如套用上開藥物廣告之定義及釋字第四一四號解釋，「**化粧品廣告**」應可定義：利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具**商業上意見表達**之性質，故化粧品廣告亦屬於商業性言論，且屬於低價值言論。

三、化粧品廣告受憲法言論自由之保障

關於憲法第十一條言論自由之保障，本院釋字第四一四號、第六一七號、第六二三號及第六三四號解釋均闡示：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障**意見**之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。」本件解釋重申上開諸解釋之意旨，亦釋示：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障**資訊**之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。」並將保障「**意見**」流通，調整為

⁴ 林子儀，〈言論自由導論〉，收錄於，《台灣憲法之縱剖橫切》，元照，101年12月，頁154。

保障「資訊」流通，俾使保障範圍更加精準。換言之，言論自由保障之範圍，應包括表現（說）與接收（聽）二個面向，前者可分為表現自由與不表現自由，⁵ 後者分為接收自由與不接收自由。

一般認為憲法所以保障言論自由，乃係為崇高之文化理想或有助於民主政治之參與，至於以經濟交易為目的之商業性言論，是否亦受憲法之保障？

在美國，聯邦最高法院早期於 *Valentine* 案，採否定說，認為商業性言論不受憲法所保障，政府得對之加以限制。直到一九七六年之 *Virginia Pharmacy* 案，聯邦最高法院改變見解，明白宣示：商業性言論係憲法言論自由所要保障之言論。⁶ 聯邦最高法院認商業性言論所提供之訊息，有益於消費者及一般社會大眾，因而應予保障。就消費者而言，商業廣告所提供之訊息，有助於消費者作適當之經濟抉擇，此種利益對消費者而言，比有助於政治判斷之政治性言論自由之利益，更要來得直接及實際，政治性言論既受到憲法保障，商業性言論更應受到憲法保障。就一般社會大眾而言，商業廣告之訊息，有助於每個人作合理之經濟抉擇，此種私人自由抉擇乃係自由市場經濟社會所不可或缺，以達到社會資源合理分配及運用之目的，憲法保障言論自由之目的係政治性，有助於一般社會大眾之民主參與及健全民主政治，則保障商業性言論，更有其必要。⁷

美國聯邦最高法院上開判例見解，強調商業性言論自由係偏重在聽眾者之利益，而非言論者本身之利益，值得特別注意。最高法院認為商業性言論具有提供更多訊息之功能，

⁵ 釋字第 577 號解釋文：「憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。」

⁶ 劉靜怡，同前註 2，頁 141-42。

⁷ 林子儀，同前註 3，頁 27。

有助於聽眾獲得更多或較正確訊息，或有助於聽眾作合理經濟判斷，迄今已成為美國法院處理有關商業性言論案件之基本原則。

此外，美國聯邦最高法院一九七六年 *Virginia Pharmacy* 案判決更宣示，凡商業性言論之內容，有虛假不實、或有誤導性、或係以不合法之交易為目的時，即不受憲法保障，法院得予合理限制。一九八〇年 *Central Hudson* 案，更指出：商業性言論之內容如有誤導性及虛偽不實，當然不為憲法所保障，政府自然有權加以規範。如該言論係真實，且以合法交易為目的，再進行第二要件之審查。換言之，商業性言論並非均受憲法保障，僅於商業性言論之內容，有真實性、無誤導性，以合法交易為目的時，始受憲法言論自由權之保障。

反觀我國釋憲實務，本院釋字第四一四號解釋，雖肯認藥物廣告係商業性言論，具商業上意見表達之性質，應受憲法保障，惟似乎欠缺完整之論述。嗣本院釋字第五七七號解釋，則受到上開美國判例之影響，闡示：「商品標示為**提供商品客觀資訊**之方式，為商業言論之一種，**有助於消費大眾之合理經濟抉擇**。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又**非虛偽不實或不致產生誤導作用者**，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬於憲法第十一條言論自由保障之範圍。」釋字第六二三號解釋亦謂：「商業言論所提供之訊息，內容為**真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者**，應受憲法言論自由之保障。」換言之，在我國釋憲實務上，並非所有商業性言論均加以保障，僅於該商業性言論內容為**真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者**，始受憲法言論自由之保障。

本件解釋理由第一段謂：「商業言論所提供之訊息，內

容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障」重申本院釋字第五七七號及第六二三號解釋意旨，本席深表贊同。

參、化粧品廣告商業性言論之限制

一、化粧品廣告雖受憲法保障，但得合理限制

我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會程序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」是以如同所有自由權利一般，言論自由亦非絕對的，商業性言論亦無例外，在「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會程序，或增進公共利益」之目的，且所「必要」者，亦得「合理的」限制商業性言論。僅係如何限制，方屬合理而已！

關於必要時得合理限制商業性言論，本院著有三號解釋，就藥物廣告之商業性言論，本院釋字第四一四號解釋闡示：「藥物廣告……具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，較受嚴格之規範。」對商業性言論自由之事前審查，採取「較寬鬆」之審查標準，認定合憲，惟該號解釋理由書最後仍就「藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」提出旁論，暗示事前審查制仍有檢討空間。另就商品標示，本院釋字第五七七號解釋謂：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。」再就促使人為性交易之廣告，本院釋字第六二三號解釋謂：「惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。」

至於化粧品廣告之商業性言論，依憲法第二十三條

規定，必要時，亦得予以限制，只是應如何限制，方屬合理？關於言論自由之審查制度，可分為事前審查制（prior restraint）（有譯「事前限制」）與事後追懲制（subsequent punishment）（有譯「事後懲罰」）。前者係指言論發表，政府以各種手段禁止或限制其發表之制度；後者係指言論發表後，如有違反法律規定者，則依法予以處罰之制度。

關於事後追懲制，例如，系爭條例第二十四條第一項規定：「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」系爭條例施行細則第二十條更規定：「化粧品廣告之內容，應依本條例第二十四條第一項規定，不得有左列情事：一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。四、保證其效用或性能者。五、涉及疾病治療或預防者。六、其他經中央衛生主管機關公告不得登載宣播者。」廣告登載或宣播之後，有關機關予以審查，如有違反上開規定，同條例第三十條第一項規定，處新台幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。對上開猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告，予以限制。

關於事前審查，例如，系爭條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」採事前審查制，如有違反規定，依同條例第三十條第一項規定，處新台幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。

二、美國言論自由之事前審查推定為違憲

目前在美國法院實務，對於任何形式之事前審查，原則

上均推定為違憲，⁸ 僅於極少數例外情形，並配合適當之程序保障，法院始肯認事先審查之合憲性。⁹

關於事前審查之極少數例外情形，在一九三一年，美國聯邦最高法院於 *Near v. Minnesota* 案，確立任何出版品得免於事前審查的基本原則，判決表示僅於極特殊之例外情形（例如，為維護國家安全而防止洩漏軍事機密、為端正社會風氣而防止猥褻出版品之傳布、為維護社會安全而防止煽惑他人以暴力或武力推翻合法政府之言論），事前審查始可能被認定合憲。該案所涉情形，並非此等極少數例外情形，自無採取事前審查之必要，因而宣告該案之事先審查為違憲。¹⁰ 但此並非謂遇有上述例外情形，事前審查即屬合憲，事前審查制仍須配合明確之程序性保障規定。

關於配合明確之程序性保障規定，在美國一九六五年之 *Freedman v. Maryland* 案，宣告電影事前審查制度違憲，其謂：不同於對猥褻案件之刑事訴追，事前審程序對於展示者或散佈者實構成一種初始的負擔（initial burden）。¹¹ 美國聯邦最高法院要求事前審查必須同時配合程序性保障規定，例如必須規定：政府負責事前審查之行政機關必須負舉證責任；該機關必須在法律所規定之極短期限內，作出是否准許言論發表之行政決定；行政機關如作出事前限制之決定，則應給予限制者請求司法救濟之機會，法院亦應迅速作出裁決。¹²

在美國一九七一年之 *New York Times Co. v. United States* 案，即著名之五角大廈文件案（Pentagon Papers Case），美國聯邦最高法院明白表示任何事先審查制均會被法院推定

⁸ 李建良，〈藥物廣告的限制及其合憲性〉，《台灣本土法學》，第28期，100年11月，頁87。

⁹ 林子儀，同前註4，頁148。

¹⁰ 同上註。

¹¹ 李建良，同前註8。

¹² 林子儀，同前註4，頁149。

為違憲，除非政府能舉證證明採取事前審查之必要性。在該案中，Stewart 大法官亦表示，政府必須能舉證證明，如不對系爭言論予以事前審查，即將對國家或人民產生「直接、立即及不可彌補之傷害」（direct, immediate, and irreparable damage）者，始能證明事前審查之必要性，事前審查始有可能合憲。¹³

三、我國大法官認藥物廣告之事前審查為合憲

本院釋字第四一四號解釋理由謂：「藥物廣告……惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。藥事法第六十六條第一項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，指在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符」，認為藥物廣告屬於商業性言論，且屬於低價值言論（low-value speech），僅受到司法審查密度較寬鬆之憲法保障為已足。

關於上開藥物廣告之事前審查制之合憲結論，有大法官撰著部分不同意見書，¹⁴學者間對此解釋之看法不一，有贊同者，¹⁵有不贊同者。¹⁶

¹³ 同上註。

¹⁴ 吳庚、蘇俊雄、城仲模 3 位大法官主筆之部分不同意見書中，3 位大法官舉美國、德國與日本之法制為例，表明事前限制對言論及出版自由侵害之嚴重性，而為先進國家所不能容許。3 位大法官並以憲法第 23 條之比例原則審查藥事法第 66 條之合憲性，而主張該規定違憲。

¹⁵ 許宗力，〈談言論自由的幾個問題〉，收錄於，《台灣憲法之縱剖橫切》，同前註 4，頁 253，指出：藥物廣告事前檢查目的在維護國民健康此一重大法益，且就我國當前藥物廣告浮濫、國人服藥習慣等現象觀之，本文認為即使採最嚴格強烈內容審查標準，大法官認為藥物廣告事前檢查尚屬合憲的見解，應是可以贊同的。

¹⁶ 李建良，同前註 8，頁 88，指出：我國憲法第 11 條雖未如德國基本法明文禁止對言論自由作事前審查，惟參諸美國最高法院的釋憲經驗，似應作相同的解釋，以確保人民的言論自由。準此以言，藥事法第 66 條第 1 項有關藥物廣告須經主管機關審查核准始得刊登的規定，牴觸憲法保障言論自由的意旨，應構成

四、本件解釋化粧品廣告之事前審查推定為違憲

本件解釋，實質上變更釋字第四一四號解釋，改採美國聯邦最高法院處理方式（事前審查原則上推定違憲，例外情形始得事前審查，但應賦予程序上之保障），認為化粧品廣告原則上禁止事前審查，即「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」（推定違憲），僅於極少數例外之情形，即「立法資料足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復¹⁷ 危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始得為化粧品廣告之事前審查。

如要符合如此嚴格之審查標準，幾不可能，是以系爭條例第二十四條第二項及第三十條第一項相關規定，終究難逃被宣告違憲立即失效之命運！

五、結論

本席認為，憲法解釋雖有一次一案之原則，惟仍應有其解釋之一貫性。經詳加比較（如下頁附表所示），藥物廣告與化粧品廣告同屬低價值言論之商業性言論，相關法律均設有事前審查之規範，二者保護法益不外乎國民健康或人民生命、身體或健康，何以藥物廣告之事前審查規範採「較寬鬆」之審查標準予以審查，化粧品廣告之事前審查規範改採嚴格審查標準予以審查，本件解釋理由未能詳加論述改變審查標

違憲。

¹⁷ 此處不採「不可彌補」而採「難以回復」一詞，乃參酌我國法制用語。例如，訴願法第 93 條第 2 項規定：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」行政程序法第 14 條第 3 項規定：「在前二項情形未經決定前，如有導致國家或人民難以回復之重大損害之虞時，該管轄權爭議之一方，應依當事人申請或依職權為緊急之臨時處置，並應層報共同上級機關及通知他方。」其他諸如入出國及移民法第 31 條第 4 項但書第 5 款等，均有相同用語。

準之緣由，殊有缺憾！至少解釋理由也應敘明：本院釋字第
四一四號解釋有關事前審查違憲審查基準應予補充！

附表：藥物廣告與化粧品廣告事前審查之違憲審查對照表

	藥物廣告	化粧品廣告
限制規範	事前審查	事前審查
言論性質	商業性言論	商業性言論
言論對社會之價值	低價值言論	低價值言論
審查準則	較寬鬆審查標準	嚴格審查標準
法規目的	因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，較受嚴格之規範 確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益	防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的
手段與目的	有其必要	其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會
是否採雙階理論	採雙階理論 ¹⁸	避談雙階理論
解釋原則	釋字第四一四號解釋：合憲	釋字第七四四號解釋：違憲

¹⁸ 受到美國司法實務所採雙階理論之影響，除本院釋字第414號解釋謂：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」外，尚有釋字第617號解釋謂：「憲法對言論及出版自由之保障並非絕對，應依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則」，釋字第623號解釋謂：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。」

協同意見書

許宗力大法官 提出

本院前於釋字第四一四號解釋，針對藥物廣告應先獲主管機關核准始得刊播之限制，雖首度承認藥物廣告之商業言論性質，仍屬憲法第十一條保障言論自由之範圍，然「因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」，而對言論自由之事前審查（prior restraints, prior censorship, Vor-/Präventivzensur）採取「較寬鬆」之審查基準，認定該事前審查「旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要」，而與憲法保障言論自由之意旨「尚屬相符」。該號解釋理由書最後雖就「藥物廣告須先經核准之事項、內容及範圍等，應由主管機關衡酌規範之必要性，依比例原則隨時檢討修正」提出旁論，仍有大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模三人聯名提出部分不同意見書加以駁斥，並引來我國歷來學者著述批評。

時隔二十年後，本院再次有機會針對商業言論的事前審查表示意見。本號解釋所涉商業言論是化粧品廣告，雖與藥物廣告同屬商業言論，但本號解釋對化粧品廣告的事前審查則採與釋字第四一四號解釋有別的立場，改以嚴格審查基準，認為針對化粧品廣告的事前審查，限制化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會，乃屬「對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」之推定，除非相關機關能舉證證明對化粧品廣告事前審查之目的，在於「防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」而為特別重要之公共利益，其事前審查之手段，與達成上開目的間具有「直接及絕對必要關聯」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始符合憲法保障言論自由之意旨。

1. 本號解釋有無變更釋字第四一四號解釋？

本號解釋針對商業廣告的事前審查，雖採與釋字第四一四號解釋有別的嚴格審查基準，但是否變更了釋字第四一四號解釋？這是首先要釐清的問題。從本號解釋將用字嚴格限縮至「化粧品廣告」所涉之事前審查，可見是秉一次一案原則，極為小心地不使本號解釋效力溢散，乃以為本號解釋涉及的既然是化粧品而非藥物廣告的事前審查，

應能避免造成變更釋字第四一四號解釋的印象與後果。然事實上究竟有無變更釋字第四一四號解釋？本席認為答案至少是有部分肯定的。

首先，釋字第四一四號解釋理由書第一段先廣泛稱言論自由包括商業言論，接著稱商業言論「非關公意形成、真理發現或信仰表達……，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀」，可見是採美國雙階理論，將商業廣告視為較低階之言論，可以受較嚴格之規範。但本號解釋涉及同屬商業言論的化粧品廣告的事前審查，卻採嚴格審查標準，顯然不再以低階言論視之，足見本號解釋不認為商業言論盡屬低階言論，至少就化粧品廣告而言，國家倘對其作事前審查，將受到嚴格的審查。

但本號解釋是否也影響釋字第四一四號解釋所涉針對藥物廣告事前審查尚屬合憲的結論？本席則認為未必。除了因為本號解釋採一次一案原則，將解釋標的嚴格限縮至化粧品廣告的事前審查；更重要一點是，藥物服用與國民健康有重大關係，化粧品施用，則不必然。即使是含藥化粧品，縱對人民生命、身體、健康造成之影響較一般化粧品為高，但一般而言，其影響仍難與藥物相提並論。因此，如果日後與國民健康有直接關係之其他商品廣告的事前審查規範，有機會進入本院的釋憲議程，本院是否也會秉持與本號解釋相同的立場，採嚴格審查，甚至進而宣告違憲，或許仍在未定之天。

2. 本號解釋的外溢效果

本號解釋固如前述，極小心地秉一次一案原則，試圖盡洪荒之力，不使本號解釋效力溢散，然事實上其產生的輻射效果，即使不是本院歷來解釋之最，亦不容小覷。因本號解釋對於商業性言論之事前審查既已採取嚴格審查基準，舉輕明重，尤其對於政治性言論之事前審查，除非政府部門能依照本號解釋之要件舉證證明事前審查之合憲性，否則未來將難以在憲法面前站得住腳。因此，可以想見，例如日後選務機關印製競選公報，參選人或參選政黨的政見即使涉及顛覆性政治言論或仇恨言論，如果採事前審查，即須符合本號解釋立下的審查標準，亦即留意目的是否在於「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即

及難以回復之危害」而為特別重要之公共利益¹，其事前審查之手段，與達成上開目的間是否具有「直接及絕對必要關連」，並且須「賦予人民獲立即司法救濟之機會」。

3. 本號解釋於保障言論自由免於事前審查之比較憲法座標

在我國，於本號解釋後，應該是不分言論類型，事前審查原則禁止，僅於嚴格例外情形始得允許。然此與外國憲法規範與釋憲實務相較又如何？

3.1 不分言論類型，事前審查一律禁止，沒有例外者

對於人民言論不分類型而一律禁止事前審查，並且於憲法實務見解上認為毫無例外者，當以德國為著例。事前審查之禁止，在德國歷經 19 世紀以來的法蘭克福憲法、普魯士憲法，乃至威瑪憲法，已蔚為傳統，以致二戰後的基本法亦於第五條第一項最後一句明文規定：「事前檢查制度不得設置（Eine Zensur findet nicht statt）。」通說與實務見解認為事前審查之禁止不是一個可以被限制的獨立基本權利，而是一種對於言論自由之「限制之限制」（Schränkenschränken），亦即基於對言論自由之高度重視，僅允許國家機關對言論自由作事後追懲式之限制，至於事前預防性之限制，則嚴厲禁止。²除德國外，也有其他歐陸國家於憲法明定禁止對於言論之事前審查者，例如比利時、義大利等國。³

¹ 本號解釋因涉及化粧品廣告事前審查，所以將目的審查所需之特別重要之公共利益，設定在防免人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復之危害。日後倘涉及對政治言論之事前審查的合憲性檢驗，則所要求之特別重要公共利益未必限縮於防免人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復之危害，也有可能擴及防免社會秩序、公共安全遭受直接、立即及難以回復之危害。

² Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art. 5 Rdnr. 170, 173; Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5, 2016, Rn. 115. ähnlich BVerfGE 33, 52, LS 4B.

³ 例如比利時 2007 年憲法第 25 條第 1 項即規定：「出版自由不受限制；事前審查制度永久禁止；不得對著作者、發行者或印製者課予繳納保證金之義務。」義大利憲法第 21 條第 2 項規定：「不得就出版品為任何許可或事前審查之限制。」西班牙憲法第 20 條第 2 項亦規定：「言論自由之行使，不得透過任何事前審查之方式加以限制。」

3.2 不分言論類型，只要符合一定要件，允許事前審查者

至於言論之事前審查，若符合一定要件，不分其類型，均一律許可為之者，可以歐洲人權法院為例。

歐洲人權法院因為公約第十條並未明文禁止事前審查，同時又尊重各會員國判斷餘地，除非會員國所採取之言論事前審查已過度逾越歐洲人權公約第十條第二項所稱「民主社會所必要」者，否則皆予允許。⁴ 例如歐洲人權法院大法庭於2013年4月22日之Animal Defenders International v. the United Kingdom（Application no. 48876/08）一案判決中，對於動物保護團體申請於電視登播一則20秒廣告，經英國相關機關（Broadcast Advertising Clearance Centre）審查後認定為英國2003年傳播法（Communications Act 2003）第321條第2項所禁止的政治廣告（Communications Act 2003）而駁回申請，歐洲人權法院大法庭認定並未抵觸歐洲人權公約第10條保障言論自由之意旨。政治性言論的事前審查都為歐洲人權法院所容忍，更何況商業廣告的事前審查。⁵

3.3 禁止事前審查，但例外允許對商業言論的事前審查者

也有一種類型，即便憲法禁止對言論之事前審查，但法院於個案具體公共利益之衡量結果，並不完全否定言論事前審查之存在可能性。例如南韓一九八七年憲法第二十一條第一項除保障人民言論、出版及集會、結社自由外，於同條第二項規定：「言論及出版之許可與檢查制度，以及集會、結社之許可制，均不許為之。」⁶ 然韓國憲法法院就保健食品法

⁴ 參見歐洲人權法院1991年11月26日Observer and Guardian v. the United Kingdom一案判決，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57705>（最後瀏覽日：2017年1月1日）；同院第三庭2001年7月17日Association Ekin v. France一案判決，編碼56，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59603>（最後瀏覽日：2017年1月1日）。

⁵ 參見歐洲人權法院網站，網址：<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119244>（最後瀏覽日：2017年1月1日）。

⁶ 其他亞洲國家憲法亦有相類似之規定，例如日本憲法第二十一條第一項規定：

關於保健食品之標示與廣告，須獲得主管機關之事前審查，對於未獲審查通過之不實標示與廣告則不予刊登，認定雖構成對人民言論自由之事前審查，然在衡量商業廣告鮮少涉及意見與知識之溝通，也不至於影響藝術表現之原創性，同時涉及消費者之身體健康，其危害無法透過事後追懲加以彌補，因而認定此項商業廣告之事前審查限制，尚未抵觸比例原則之要求，採取與本院釋字第四一四號解釋相同之見解。⁷不同的是，韓國保健食品法對於食品標示與廣告的審查程序有較完整的規定，此亦或許是多數意見與協同意見主張該事前審查尚屬合憲之原因之一，然不同意見依然抨擊審查委員會之組成與程序與憲法禁止事前審查的規定不符合。⁸

3.4 原則禁止事前審查，例外許可，但是否及於商業廣告的事前審查，不明者

美國憲法雖然並無明文禁止對言論之事前審查，然而基於傳統歷史上對於人民言論自由之重視，以及憲法第一增補條款完全禁止國會立法剝奪人民言論或出版自由之強烈用語，美國法院仍認為言論事前審查原則上為憲法所不許。⁹在美國，言論自由的事前審查原則上被推定違憲，除非符合各該適用審查基準之要件，亦即「事前限制是否必要，應依所涉言論內容之性質、言論可能產生負面效果之危險性，以嚴格之標準審查其合憲性。」¹⁰由於美國憲法實務上發展出雙

「保障集會、結社、言論、出版及他一切表現的自由。」同條第二項即明文規定，不得對表現自由「進行檢查，並不得侵犯通信的秘密。」

⁷ See Constitutional Court of Korea, Prohibition of Censorship and Article 18 (1) (5) of the Functional Health Foods Act, Jul 29, 2010 / Case NO.: 2006Hun-Ba75, KCCR : 22-2 (A) KCCR 232, 網址：<http://english.ccourt.go.kr/cckhome/eng/decisions/majordecisions/majorList.do> (最後瀏覽日：2017年1月2日)。

⁸ 分別參見大法官 Lee Kang-kook 及 Song Doo-hwan 的協同意見與大法官 Lee Kong-hyun 及 Kim Jong-dae 的不同意見。

⁹ See GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1124 (7th. Ed., 2013)。

¹⁰ 參見本院釋字第 644 號解釋林子儀大法官提出之協同意見書。

軌理論，對言論管制之內容以及內容以外時間、地點、方法的措施，結合事前審查之管制手段，即有不同審查基準之適用，對於事前審查之合憲性判斷亦有所不同。於內容管制之事前審查，原則上雖推定違憲，¹¹ 但不當然一旦採行事前審查即屬違憲；至於內容中立之時間、地點、方式之事前審查，一般則不採與內容管制一般之嚴格審查基準。

對於美國法院實務上就言論事前審查或事前限制之態樣，目前認為無論是許可制或者法院禁制令狀之介入，均應予以嚴格審查。此外，於諸如電影之事前審查制度，美國聯邦最高法院透過事前審查之嚴格程序控制¹² 以及法院基於中立角色介入審查、提供救濟途徑¹³ 之要件，容許其合憲之可能性。至於商業言論之事前審查，目前所知並無具體事例可資比較，然在美國雙階理論下，對於低價值的商業言論，採取事前審查是否仍以嚴格審查基準加以判斷其合憲性，或許未必。

3.5 小結

整體而言，對言論自由的保障尺度，單就對事前審查所採立場而言，我國於本號解釋後，可謂低於德國，亦略低於韓國，與歐洲人權法院則略相當；至於美國聯邦最高法院對商業廣告的事前審查採何立場，目前並不明確，但在雙階理論下，恐對商業言論的事前審查採較寬鬆的審查基準，如果此推測無誤，則我國的保障尺度也高於美國。

綜觀人類歷史發展，為政者利用事前審查之手段箝制人民言論自由而達到控制、管理之便，不絕青史。透過事前

¹¹ 「凡言論之各種事前限制，本院均認其限制具有違憲之高度推定。」（“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity.”）See *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714 (1971) .

¹² See *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1965) .

¹³ See *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965)

審查之手段，人民無論發表任何言論之前，均須獲得為政者許可，其間即容許為政者以其一己愛憎而決定人民得發表與接收何種言論，藉以控制人民思想而達到專制極權之國家與社會治理目的。隨著人民言論承載工具與媒介的急遽發展，從最早之書報雜誌到唱片、電影乃至於網路世代的臉書、推特等社群媒體與即時通訊工具，實際上也反映事前審查之手段，事實上並無法盡其所能，除非將整個言論傳播媒介與管道徹底禁絕。歐洲現代國家概念興起後，對君主專制施加於人民言論事前審查之限制，如同本院釋字第四一四號解釋中，吳庚等三位大法官所言，「為反對專制主義者必去之而後快的目標。」

綜合前述比較憲法上針對言論事前審查所持見解，可知對於言論的事前審查普遍上是持否定或保留立場，如果不是一概禁止，就是只有嚴格要件控制下，才略開例外之門。即便不同民主社會發展的脈絡與歷史背景容有不同，對於保障言論自由之憲法規範與實踐亦隨之相異；然而對於事前審查之謹慎小心則一，都深知事前審查對人民言論自由之蠹害，前車之鑑不遠，國家與社會人民莫不深自為戒，唯恐不慎而再食箝制言論思想之惡果。學者即嘗謂：「若刑事處罰之事後追懲將對言論自由造成寒蟬效應，則事前限制無異對言論自由予以凍結。」¹⁴ 可見對於人民言論事前審查或限制之危害何等之深。

4. 本號解釋應視為本院對臺灣社會多元發展的階段性回應

我國憲法第十一條僅規定「人民有言論、講學、著作及出版之自

¹⁴ ALEXANDER M. BICKEL, *THE MORALITY OF CONSENT* 61 (1975). 美國早期學者亦曾詳細比較事前審查與事後追懲兩種管制手段的差異，從管制手段影響的廣泛程度、管制的時間點與延誤可能性、相反決定之傾向、管制手段的程序、公眾參與與批評的機會、事前限制的互動可能性、管制手段的確定性與風險、管制手段的效率等等面向，進一步推論言論事前審查之危害性。See Thomas I. Emerson, *The Doctrine of Prior Restraint*, 20 LAW & CONTEMP. PROBS. 648, 656-660 (1955).

由」，對於言論之管制方法並未明文禁止事前審查，因此易使國家肆無忌憚採行事前審查，用以箝制人民言論思想。我國早期憲法學者如謝瀛洲及劉慶瑞等人，即參酌歐美國家憲法理論與實務發展，而有認「預防制度，實足以使人民思想，為之窒息，而政府亦常得利用此種職權，為遏制反對言論之工具，故各國憲法，對於預防制度，多已摒棄，且於條文中明示及之。」¹⁵是憲法第十一條雖未明文禁止事前審查制，然從憲法保障人民言論自由之本旨，解釋上對於人民言論自由之限制，原則上應僅得以事後追懲為之。¹⁶

解嚴後於民主化過程中，人民亟待透過言論自由以表達其各種訴求，是以本院於釋字第四四五號解釋，對於人民集會遊行自由之事前限制，認「主張共產主義或分裂國土」之政治性言論予以事前審查，「在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符。」可見本院對於政治性言論之事前審查，乃採較嚴格之「明顯而立即危險」之判斷標準，進而促進民主化之進展，並進一步於本院釋字第六四四號解釋擴及到人民之結社自由，認定結社自由無須予以事前審查之限制（包括本院釋字第四七九號解釋之命名許可），而於事後以類似政黨解散之方式處理即可。¹⁷對於集會遊行之保障，本院亦持續於釋字第七一八號解釋進一步開放緊急性及偶發性集會、遊行，免於事前審查之限制。

本席不憚其煩回顧本院歷來有關對言論事前審查之相關解釋，其用意在於扣緊我國社會在地發展的軌跡。本號解釋多數意見針對化粧品廣告之事前審查，一改釋字第四一四號解釋之立場，並非單純援例外國法，或者無視在地社會現狀，而是植基於多年來臺灣社會自由、民主與多元發展的豐沃土壤。

¹⁵ 參見謝瀛洲，中華民國憲法論，第13版，1969年，頁56。

¹⁶ 參見謝瀛洲，前揭書，頁57；林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第1冊，修訂7版，1993年，頁172。

¹⁷ 本席則認為延續釋字第445號解釋之「明顯而立即危險」之判斷標準即可，而無須改以防衛性民主之判斷標準。參見本席於釋字第644號解釋提出之協同意見書。

我國社會已經不是當年民主化或社會多元發展剛起步的新生，歷經本院歷來解釋與數十年社會發展，我國社會也不應該原地踏步，政府部門更不應該抱殘守缺。「立法者及行政部門宜從根本上放棄『作之君』、『作之師』的心態，勿再扮演指導國民何者可閱覽，何者應拒讀之角色，須知民主政治之基石乃在於傳統自由主義之精神，而此種精神之前提為信賴人民有追求幸福之能力，而非仰仗官署之干預。」吳庚大法官當年於釋字第407號解釋提出協同意見之期許，二十年後的臺灣社會與人民，應有更深刻的感觸。

總之，本席對於憲法保障言論自由之一貫立場，是以更多言論對抗言論可能所生之禍害，而非由為政者恣意以事前審查予以禁絕或限制。但本席亦非天真地以為，我國社會每一個人，在經歷這麼多年的自由、民主、開放的社會發展過程中，已經確實學會如何正確看待每一個人的言論自由，學會如何妥善且相互尊重地行使自己的言論自由。本席也清楚，對於廣告之言論，特別是各種藥物、化粧品、保健食品（例如瘦身食品）等商業性廣告，仍然大量地充斥在我國社會之中，此種商業性廣告對於人民之吸引力，仍然不可小覷，復以我國人民對於醫療保健之熱衷，完全禁止國家介入管制，或許存有疑慮。然而如同本號解釋多數意見所言，對於商業性廣告所引發之後遺症，仍有其他事後管制之方式予以妥善處置，例如輔以鉅額懲罰性賠償制度等事後追懲之手段，而非以事前審查由行政部門一己評斷。

文末，本席擬再次提醒，本號解釋的外溢效果值得國人留意者，乃政治言論的事前審查，未來在本號解釋同一標準下，其合憲性都將受到嚴格的檢驗。此乃本號解釋之後，臺灣社會每一分子都必須面對的挑戰，也考驗著臺灣人民，是否經歷二十年來的民主洗禮，已培養出足夠的勇氣與信心，成熟到足以面對、化解、戰勝多元社會下政治異見對自由民主憲政秩序之挑戰；當然，從另一角度觀之，未來的發展，亦何嘗不是對本號解釋多數意見集體智慧的考驗。爰提出協同意見如上。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件解釋意旨最重大的意義在於：針對言論自由之事前審查規定，建立較以往嚴格之「推定違憲」審查標準。

就化粧品衛生管理條例第二十四條第二項「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……」及第三十條第一項「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……」等就化粧品廣告所制定之事前審查規定，多數意見認為，已限制化粧品廠商之言論自由，逾越憲法第二十三條所規定之必要程度，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違。本席敬表同意；惟本席對多數意見有關商業言論在憲法上保障之論述過程，尚有不同意見。另化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定，實亦有法律明確性之疑慮，惜多數意見並未處理此部分。茲謹就多數意見對言論自由事前審查規定所建立之憲法審查標準，及多數意見所未處理之法律明確性問題，補充闡述如次。

壹、有關區分商業言論與非商業言論之問題

一、本院過去解釋並非一概區別商業性與非商業性言論

本院以往解釋曾就「商業言論」，有特別之論述，並區別其與非商業言論保護標準之差異者。本院釋字第四一四號解釋即明白表示，商業廣告與公意形成、真理發現或信仰表達之言論，尚不能等量齊觀：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」另本院釋字第五七七號解釋就商業言論保護之標準亦有闡釋：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，為商業言論之一種，有助於消費大眾之合理經濟抉擇。是以商品標示如係為促進合法交易活動，其內容又非虛偽不實或不致產生誤導作用者，其所具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，

與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第十一條言論自由保障之範圍」。本院釋字第六二三號解釋亦謂：「憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」故本院釋字第五七七號及第六二三號解釋，仍認為商業言論與政治、學術、宗教言論，性質有所不同，其保護範疇及限制準則可有不同；依該等解釋，商業言論之保障之標準為「內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」。然本院釋字第七三四號解釋則稱「廣告兼具意見表達之性質，屬於憲法第十一條所保障之言論範疇」；故該號解釋在適用憲法保障言論自由之規定時，並不特別區別商業廣告與非商業廣告。

二、本號解釋多數意見引用釋字第五七七號及第六二三號解釋，認為：「言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障」（解釋理由書第二段參照）。似乎仍區別「商業言論」與「非商業言論」；且隱含有「商業廣告與公意形成、真理發現或信仰表達之言論，尚不能等量齊觀」之意味。本席就此，持相異之憲法觀點：

（一）如後所述，多數意見在針對商業言論之事前審查問題，所採取者，已經係最嚴格之憲法審查標準。故在邏輯上，

本院將來對於非商業言論事前審查問題所採取之憲法審查標準，應不可能更為嚴格。故區別商業言論與非商業言論，意義不大。

- (二) 本席認為，任何言論，如涉及虛偽不實或產生誤導作用，或涉及非法交易，法律均非不得予以限制；且「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」部分，與憲法言論自由之保障應無關聯。

多數意見稱「商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障」，似係將「內容非虛偽不實或不致產生誤導作用」、「以合法交易為目的」及「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」作為商業言論應受憲法第十一條言論自由保障之條件。然任何言論，如涉及虛偽不實或產生誤導作用，或涉及非法交易，法律均非不得予以限制。縱使係政治性言論，如非僅為見解問題或善意評論，而涉及虛偽不實或產生誤導，或涉及非法交易，亦應受法律之適當規範。在憲法論述時，吾人不會稱：非商業言論，以「內容非虛偽不實或不致產生誤導作用」、「以合法交易為目的」為條件，始受憲法保障。此種不實或涉及不法交易之言論，受相關法律之規範，本屬必然。故多數意見以此為商業言論保障之「條件」，並無必要。且多數意見以「有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇」為憲法保護商業言論之條件，亦顯唐突。蓋其文義似指：商業言論之效果有助於協助消費者選擇者始予保障，商業言論之效果若無助於消費者選擇，則不予保障。然商業言論之對消費者有無助益或其助益程度如何，本為廠商廣告設計及其所欲推廣產品之良莠問題；與憲法言論自由之保障應無關聯。

(三) 依上開說明，合理之表述應為：「商業言論所提供之訊息，如非虛偽不實或足以產生誤導作用，且非推廣非法交易，自有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇；故商業言論應受憲法第十一條言論自由之保障。」亦即，「傳布正確商業訊息，有助於消費大眾之消費判斷」，係支持商業言論應受憲法保護之「理由」；而非以「傳布正確商業訊息，且該訊息有助於消費大眾之判斷」，作為憲法保護商業言論之「條件」。

(四) 本席進一步認為，保障商業言論之憲法價值，除在有助於消費大眾作出合理抉擇（此係著重消費者保護層面）之外，更應包括使廠商受憲法保障之營業自由得以充分實現（此係兼顧保護為商業言論之廠商之憲法權益）。按人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號及第七三八號解釋參照）。人民之營業自由，除包括營業主體、營業項目、營業地點之選擇自由外，本質上自包括進行實際交易之決定以及推廣其產品或服務之活動等自由。吾人甚難想像，憲法容許人民有營業自由，卻無透過廣告（商業言論）推廣其營業活動之自由。亦即，對商業言論予以憲法上保障，並非僅基於商業廣告有利於消費者之合理抉擇，而應同時基於商業言論亦係屬人民營業自由之一環使然。故商業廣告之憲法保護價值，並非「與非商業廣告之憲法保護價值，無法等量齊觀」。

貳、本解釋隱含言論事前審查之規定均應「推定違憲」

一、多數意見在文字上僅針對化粧品廣告，認為對「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」（見理由書第三段）。然論理上，對化粧品廣告之事前審查規定既係對言論自由之重大干預，自有相同理由認為，如法律規

定對「其他言論」為事前審查，亦屬對言論自由之重大干預，且「原則上亦應為違憲」。故本號解釋所稱「原則上違憲」之適用範圍，應及於對一切言論之事前審查規定。

二、多數意見所稱「原則上應為違憲」，實質上係以較為婉轉之方式表達「推定違憲」之意旨。此為我國釋憲實務上，首次創造之概念。本席對此敬表同意。針對此種推定（rebuttable presumption）之推翻方式，必須以該「言論事前審查規定」之「立法當時」之「立法資料」，足以支持該項立法之正當性。相關機關不得以嗣後之理由，嘗試提供「言論事前審查規定」之立法正當性。故多數意見謂：「系爭規定之『立法資料』須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為……特別重要之公共利益目的……。」

三、多數意見就足以支持對言論自由為事前審查之正當性，認為：「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會。」其中公益目的之部分，多數意見要求必須為「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之『特別重要』之公共利益目的」。按多數意見將公益限於「人民生命、身體、健康」之保護，係因本件涉及化粧品廣告；如涉及其他性質之言論，則特別重要之公益可能包括「國家安全」遭受直接、立即且難以回復危害之情形。故如言論事前審查之規定非關於國家安全或人民生命、身體、健康之保護，或縱有關國家安全或人民生命、身體、健康之保護，然其無遭受直接、立即及難以回復之危害者，均不構成「特別重要」之公共利益目的，而無法就言論事前審查之規定予以正當化。另就關聯性而言，多數意見要求對言論之事前審查「與目的之達成間具『直接』及『絕對必要』關聯」；亦即，除對言論

自由為事前審查之外，必須「別無其他方法」足以保護前述「特別重要」之公共利益；否則無法正當化對言論為事前審查之規定。此等要求，均高於本院以往解釋對言論自由限制規定所設之憲法審查標準。

叁、本解釋所創「立即司法救濟」之要件，有待立法實現

- 一、多數意見前述「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」與「賦予人民獲立即司法救濟之機會」之兩類要件，性質與作用不同。前者係立法資料是否足以正當化法律規定對人民言論為事前審查之問題；後者與立法資料無關，而係人民因言論遭事前審查而受限制時，在制度上有無賦予其立即司法救濟之機會。前者為實體上之要求；後者為程序上之要求。兩項要求為並存之關係；亦即，縱使「立法資料足以支持對之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，且其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，然如對於言論受事前審查者，未賦予人民立即司法救濟之機會，仍不符合憲法對言論自由保護之意旨。
- 二、多數意見對於「賦予人民獲立即司法救濟之機會」要求之內涵，並無進一步闡述。由於解釋理由書第三段特別列舉此項要件，故其顯非現行之訴願或行政訴訟制度可以滿足；否則解釋理由無特別列舉此要件之必要。言論之表達有時較無時限性或急迫性（如多數之學術論述）；但亦常有甚高之時限性或急迫性，且經過一定極短之時間後，人民縱使獲得救濟，亦可能於事無補（如參選公職之文宣、選舉公報之政見內容）。不問言論表達之時限性或急迫性高低，在「立即司法救濟」之要求下，救濟必須屬「司法救濟」，且救濟速度上，應足以使合法言論得以即時表達或發表，避免於事無補之結

果。此部分有待將來立法實現。立法者可制定一般性之立即司法救濟制度，以適用於言論事前審查之一切規定；亦可搭配言論事前審查之特定規定，制定僅適用於該特定規定之立即司法救濟制度。

肆、化粧品衛生管理條例第二十四條第二項之法律明確性疑慮

- 一、化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。」本席認為顯有法律明確性不足之疑慮。惜多數意見並未處理此部分。
- 二、國家之管制規範及其處罰規定，必須具體明確，使受規範者得以合理理解，且可得預見，並可經由司法審查加以判斷認定，始符合法律明確性之要求（本院釋字第60二號、六一七號解釋參照）。化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定要求化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准；且同條例第三十條第一項對違反者處以罰鍰或廢止營業或設廠許可證照。然前述第二十四條第二項並未規定事前審查之具體內容與標準。化粧品衛生管理條例第二十四條第一項雖規定：「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」該條例施行細則第二十條雖亦規定：「化粧品廣告之內容，應依本條例第二十四條第一項規定，不得有左列情事：一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。四、保證其效用或性能者。五、涉及疾病治療或預防者。」然該條例第二十四條第二項並未以同條第一項或施行細則第二十條規定之內容為審查內容及標準。若勉強由法律之體系解釋而言，化粧品衛生管理條例第二十四條第二項既係緊跟在第一項之後，似乎第二項應以第

一項作為審查內容及標準。然此種解釋方式，有賴主管機關善意遵守，而非法律明確規範的結果。故主管機關於依該條例第二十四條第二項進行事前審查化粧品廣告之內容時，仍可能援引其他標準。而究竟其可援引之標準如何，毫無範圍之界線，是化粧品衛生管理條例第二十四條第二項之規定並不符合具體明確，使受規範者得以合理理解，且可得預見，並可經由司法審查加以判斷認定等要件，與法律明確性應有不符。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

幾經波折，得以於本院釋字第四一四號解釋之後，作成不同於先前解釋意旨之本號解釋，將言論自由與事前審查之關聯作進一步之釐清，對言論自由之保護再向前邁進一步，這不但是大法官保護言論自由高度共識之具體展現，也因本件與工商經濟相關，故也可說明大法官關心工商經濟。本件涉及之罰鍰金額僅新臺幣三萬元，但真理無價，大法官齊心協力，反覆論辯，最終能凝聚高度共識，作成不同往昔暨明確又高度共同確信認為適當之解釋，謹表贊同及感謝，並謹將幾點感想，補充略抒如下：

- 一、如果發表言論前，所擬發表之言論內容須先經他人審查，則還稱得上「自由」嗎？因此，「事前審查」無疑是「言論自由」之反義詞，本質上兩不相容。
- 二、化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定，化粧品廣告宣播前應先經主管機關事前審查核准。而因廣告係在受憲法第十一條所保障之言論自由範疇內，故該對於言論自由之限制規定乃直接涉及憲法爭議。本件大法官所要解決的唯一爭點是對化粧品「廣告之事前審查」是合憲還是違憲，即事前審查是否係對化粧品廣告之不當限制而為憲法所不許？又因為化粧品包括一般化粧品及含藥化粧品，均非藥品，且本件之釋憲客體為化粧品衛生管理條例，不是藥事法，故本「不告不理」原則，幾經斟酌後決定本件解釋

僅針對化粧品廣告之事前審查部分處理，暫不併提及是否就本院釋字第四一四號解釋關於藥品廣告之事前審查部分為補充或變更。

- 三、惟本件解釋從肯定商品廣告之資訊表達自由及資訊提供效益雙重面向出發，除了延續本院先前之解釋意旨，認為商品廣告在憲法第十一條所保障之言論自由範圍內之外，本件解釋可以說已透過比例原則之操作，實質引進德國之言論自由事前審查禁止原則。此由本件解釋理由書第二段中，即本件解釋之中心論述之第一句即稱：「按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」可以證之。再者，理由書接著揭示廣告之事前審查是否符合憲法保障言論自由意旨之具體判斷標準為：該對廣告事前審查規定之立法資料（即不是由主張之人民舉反證，而是要求立法資料應能適足說明）須足以支持該事前審查，1、其目的須係為「特別重要」（即非為一般或僅屬重要）之公共利益，亦即其目的必須係為防免人民生命、身體、健康遭受「直接」、「立即」且「難以回復危害」（即非僅為防免人民生命、身體、健康而已，且該廣告之危害必須是直接、立即、加上難以回復）；2、該事前審查手段與其所欲達成之目的間必須具備「直接」（即經由事前審查即可達成該規定之目的）、「絕對必要」（捨此無其他替代方式）關聯；另3、須賦予人民獲立即之司法救濟（不包括對機關之異議、申訴或訴願）。透過此一具體判斷標準之檢驗，系爭化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定為不符比例原則違憲，至於其如何不符比例原則，請詳見理由書第四、五段。
- 四、不論從言論自由事前審查禁止原則之實質引進，或上述廣告之事前審查是否符合憲法保障言論自由意旨之具體判斷標準言，雖然本件解釋係針對化粧品廣告，但因所有廣告尤其商品廣告，均非商品或其買賣本身，充其量為商品買賣之誘引而已。而若謂廣告即能造成人民生命等之直接、立即且難以回復之危害，誠難想像；另欲經由事前審查手段即予直接防免重大危害，亦顯違吾人日常

生活經驗。準此，所有廣告之事前審查應均極不易通過此一檢驗標準，斯應注意。如有關機關能體察本解釋之意旨，主動反思及相應處理商品廣告之事前審查規定，當係大有為政府之所當為，企盼之。

五、據知，主管機關已提案修正刪除化粧品衛生管理條例第二十四條第二項廣告之事前審查此一違憲規定，主管機關此舉應屬確當，並符合國際潮流（經查世界主要國家並無如我國之上開現行規定法例）。惟化粧品廣告之事前審查違憲，不等於相關廠商之廣告可以恣意誇大不實，除相關廠商本當自律之外，相關機關（非僅化粧品衛生管理條例主管機關而已）均應本事後管制暨其他相關職權，善盡作為目的事業或廣告或消費者保護之主管機關之地位，保護民眾之職能，併此敘明。

六、又現行規定中之因含有醫療或毒劇藥品之俗稱「含藥化粧品」，亦已經主管機關以避免混淆化粧品與藥品為由，擬修正刪除之（以「特定用途化粧品」代之）。主管機關此舉亦應為確當，蓋一則「含毒劇藥品」一語，可能使人聞之色變，但經本院向主管機關電話查詢結果，已確認並無經許可輸入或製造之含毒劇藥品之化粧品，該規定徒留危言聳聽之譏及不當引人錯誤而已。其次，化粧品衛生管理條例中查無關於毒劇藥品之定義，其係參考藥事法用語。藥事法第十二條規定，毒劇藥品係指列載於中華藥典毒劇藥表中之藥品或其他經中央衛生主管機關公告者，但經查中央衛生主管機關從未於中華藥典毒劇藥表外，另公告其他毒劇藥品。亦即，藥事法中沒有毒劇藥品之抽象定義，也沒有審定標準之規定。毒劇藥品用語應係參考日本國藥事法，該法中所稱之毒劇藥品包括毒藥與劇藥，係指「透過內服或注射等方式被體內吸收時，容易產生副作用，因此具強烈有毒性、劇性的藥品」。依化粧品衛生管理條例第三條規定，化粧品係指「施於人體外部者」，對照前引日本國藥事法所稱毒劇藥品是指「透過內服或注射者」，化粧品與毒劇藥品實屬有別。

七、遲來的正義固然有其不是正義之面向，但總比正義不來為佳。就本件原因個案，要先對花費相當時日才作成解釋乙節致歉，但請了解：正因知道聲請人不是為區區三萬元而爭，聲請人及所有業者是因不能接受不合理之規定，才不惜延請律師之花費而為本件聲請。因此，我們在遭遇共識形成困難後，並未即放棄，而靜待時機成熟時，再接續處理，終有此成果。尚請諒解我們的心意，也深知努力是本份。大家共勉之。

八、新年新氣象，本號解釋為新年度作成之第一個解釋，大法官們以極高度之共識，同意為了方便讀者了解本件解釋相關原因事實，自本號解釋起，將於往後各個解釋之理由書第一段，增加關於該號解釋原因案件事實之簡要說明。這應也意謂著大法官就案件之處理更向憲法訴願制度前進一小步。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋認化粧品衛生管理條例第二十四條第二項及第三十條第一項規定涉及廣告之事前審查及限制言論自由已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，自本解釋公布日起，立即失效，其用意可資贊同。惟有關事前審查及限制言論自由之比例原則，仍有值得加強說明之必要，茲提出本件解釋協同意見如下：

一、比較憲法觀察

本件解釋是否宜以事前審查禁止原則作為憲法保障基本權（特別是言論及出版自由）之限制之限制，因我國憲法未明定禁止事前審查（prior restraint; Vorzensur; 有稱事前限制或事先審查）¹，是

¹ 另有所謂「事前抑制」，參照本院釋字第四五五號針對集會遊行許可與事前抑制。日本憲法有力說，認為事前審查（日文：檢閲；censorship）與事前抑制不同。檢閲之禁止，依日本憲法第二十一條第二項規定，由行政權主體行使之事前審查，絕對禁止，無例外情形。反觀抑制之禁止，依日本憲法第二十一條第一項規定，由公權力主體行使，可能屬於事前或事後抑制，上開抑制之禁止可能有例外情形，即在充分程序保障，仍有行政裁量之餘地。參照阪本昌成，憲法2基本權クラシック【第四版】，東京：有信堂，2011年9月29日四版1

否承認其為憲法上基本權干預之限制，值得探討。²

從比較憲法觀察，現行外國憲法明定事前審查禁止者，有如德國基本法第五條第一項第三段（不得為審查）、日本憲法第二十一條（集會、結社、言論、出版及其他一切表現自由保障）第二項前段（不得為審查）、奧地利關於國民之一般權利一八六七年十二月二十一日國家基本法第十三條第二項（不得以審查許可制度而限制出版物）、丹麥憲法第七十七條第二項後段、韓國憲法第二十一條第二項前段（不得對言論及出版許可之審查）、瑞典出版自由基本法第二條第一項（著作物於印刷前不得審查或禁止印刷）及表現自由基本法第三條第一項（對播送之紀錄發表前不許事前強制審查；或稱事前審查禁止）、西班牙憲法第二十條第二項（依事前審查限制表現自由保護之權利）、比利時憲法第二十五條（出版自由）第一項第二段（不得審查）、荷蘭憲法第五十五條第二項（對大眾傳播之事前審查及許可制禁止）等³。由上述外國憲法觀之，其規定雖甚為精簡，但其保障言論、

刷，頁 177 以下。

以上將事前抑制與檢閱概念二分之學說，係屬於狹義說，於一九七〇年代後半，佐藤幸治主張，原屬於少數說，近來支持者逐漸增多，成為有力學說。另廣義說係以公權力為主體，此公權力除行政權對表現內容之事前抑制外，包含司法權以禁制令之事前抑制。就對外發表之思想內容審查，認不適當者，禁止其發表。原則上禁止事前審查，但在一定要件，例外得檢閱。於美國判例理論，採此廣義說，事前抑制（prior restraint）採廣義概念，其通常亦稱呼「檢閱」。因此法院事前禁制令，當然屬於檢閱之一種類型。另有芦部說，雖以公權力為主體，由公權力對表現行為進行事前審查，事後審查實質上與事前審查（發表前之審查）相同對表現自由有重大影響之情形，予以檢閱禁止之相對化。在一定要件，得為檢閱禁止之例外。（參照芦部信喜，憲法學 III 人權各論（1）[增補版]，東京：有斐閣，2002 年 4 月 20 日增補版 2 刷，頁 358-367。）日本將事前規制，區分（行政）檢閱與事前抑制之見解，自有其特殊發展背景，值得比較研究。本文則以美國及德國之見解作為論述基礎，特先敘明。

² 我國文獻，有認為就言論自由而言，事先檢查制度可說是本質內容（Wesensgehalt）限制之一種。例如吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，臺北：作者發行，2015 年 9 月增訂三版，頁 201。

³ 參照阿部照哉・畑博行，世界の憲法集[第四版]，東京：有信堂高文社，2009 年 6 月 29 日四版 1 刷，頁 131, 167, 199, 227, 281, 426, 457, 511。

出版及其他一切表現自由之精神，值得參考。我國就事前審查禁止原則於憲法未設明文規定⁴，因此，在本院憲法解釋時，宜將之作為憲法原則，或參考外國立法例作為我國憲法之法理，而加以適用。

茲再就我國較常參考之美國及德國有關事前審查禁止之立法例，分別說明如後，以供比較：

1. 美國憲法觀察

在美國憲法方面，言論或其他形式表現（speech or other forms of expression）之事前審查（或稱事前限制、事先審查）（doctrine of prior restraint），與傳播後之事後懲罰（subsequent punishment）不同。事前審查禁止原則，係依據美國憲法增修條文第一條中段規定，國會不得制定有關剝奪言論、出版（abridging the freedom, or of the press）自由之法律。⁵該原則雖於美國憲法未明定，但解釋上仍被解為該國憲法之一部分。事前限制可能源自於行政、司法及立法部門。在行政部門，係指出版或其他形式傳播時須事前經主管機關之許可。在司法機關，係指法院禁制令（injunction）或類似司法程序。⁶任何形式之事前審查（或限制），皆推定其為違憲。僅在少數極特殊之情形，在配合適當之程序保障下，如政府能舉證其選擇事前審查為維護重大之公共利益所不得不採取之必要手段，法院始允許政府對言論、出版或新聞之事前限制。⁷

茲參考美國實務見解，就與本件解釋相關言論自由規制之審查標

⁴ 有認為「我國憲法第十一條雖未如德國基本法明文禁止對言論作事前審查，惟參諸美國最高法院的釋憲經驗，似亦應作相同地解釋。」參照李建良，藥物廣告的限制及其合憲性，台灣本土法學雜誌，28期，2001年11月，頁88。

⁵ 依增修條文第十四條規定將增修條文第一條適用於各州，參照 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)。

⁶ 參照 Thomas I. Emerson, The Doctrine of Prior Restraint, 20 Law & Contemp. Probs. 648, 649, 655-56 (1955)。

⁷ 參照林子儀，新聞自由與事前限制，載於翁秀琪、蔡明誠主編，大眾傳播法手冊，台北：國立政治大學新聞研究所，1992年8月初版，頁37-38, 48註22,23，此係參考美國最高法院判決 *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 716 (1931)，*New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971)。

準，分別表列如下：

言論規制之方式	有效性判斷	審查標準及強度
內容之規制 (Content-Based Regulation)	推定無效 (Presumed Invalid)	須採嚴格審查原則 (Strict Scrutiny test) 法律必須實現國家迫切之重大利益 (a compelling state interest)
內容中立之規制 (Content-Neutral Regulation)		中度審查原則 (Intermediate Scrutiny test) 法律須與重要國家利益 (an important state interest) 有實質關聯
事前限制 (Prior restraint)	推定無效 政府負重大舉證責任，證明事前限制具有正當性	二種典型之事前限制： 法院禁制令 (injunction) 與許可制度 (licensing system)
商業言論 (包括廣告)	因另有較少限制商業言論之手段，以實現政府利益 (目的)，是以不應簡單逕將法律歸於無效。	商業言論如係虛偽不實、引人錯誤 (misleading) 或不法行為 (unlawful activity)，不受美國憲法增修條文第一條保護並應予禁止 限制商業言論係為實現實質之政府利益 (a substantial government interest) 在手段 (法律) 與目的 (政府利益) 間不須完全相符 (或稱吻合) (perfect fit)

此外，美國聯邦最高法院並不認為事前限制就當然構成違憲者，例如戰時軍隊運作、猥褻出版品或煽惑他人從事暴力或以武力推翻合法政府者。惟上述三種例外類型，並不當然即構成合憲之事前審查要件，例如戰時涉及軍隊運作機密之言論事前限制，須該類訊息之公開會對國家或人民帶來直接、立即及不可彌補之傷害⁸時才可以考慮對之作事前之限制。

本件解釋於理由書謂：按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

茲值得探究者，本件解釋涉及之化粧品廣告屬於商業言論之一種，其性質及歸類，與前述戰時、猥褻或煽惑性之言論並不相同，故其審查標準及強度，宜認有差異。惟本件解釋就例外情形之判斷標準，參考前述美國實務見解，將系爭商業言論比照前述戰時言論，就其對社會或人民所發生之危險（dangerous）程度，加入直接、立即及難以回復之損害等抽象要件，認為化粧品廣告之保護法益因遭受直接、立即及難以回復之危害，而例外得以事前審查，但此等要件是否適合作為例外之構成要件，不無疑義。⁹

⁸ 此所謂不可彌補之傷害，於我國智慧財產案件審理細則第三十七條第三項規定，參考美國實務見解，規定法院審理定暫時狀態處分之聲請時，就保全之必要性，應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。上開規定稱為「無法彌補之損害」，可資參酌。

另使用「無法回復之損害」者，例如家庭暴力防治法施行細則第四條有關聲請緊急保護令時，應考量被害人有無遭受相對人虐待、威嚇、傷害或其他身體上、精神上或經濟上不法侵害之現時危險，或如不核發緊急保護令，將導致無法回復之損害等情形。上開規定中現時危險與無法回復之損害用語，亦可比較參考。

⁹ 美國聯邦最高法院判決所創設明顯且立即危險審查原則，在政府規制言論前，並不總是須要有明顯且立即危險之發生。例如猥褻、不雅言論之廣播、出版委員間違反休曼法之共謀、促銷廣告等規定，雖未適用明顯且立即危險審查

2. 德國基本法觀察

德國基本法第五條第一項第三段規定不得進行審查（Zensur），此所謂審查，係指事前審查，不包括事後審查（Nachzensur）。上開規定在於限制國家對於意見表達或出版前之事前審查或許可，故有稱事前審查禁止原則為許可保留之禁止（Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）¹⁰。此外，因德國基本法第五條所保障者，至少包含七種基本權（Grundrechte），亦即意見（表達）自由（Meinungs[äußerungs]-freiheit）、資訊自由（Informationsfreiheit）、出版自由、廣播電視自由、電影自由、藝術自由及學術自由等。就前述基本權，事前審查禁止原則適用於基本法第五條第一項第一段及第二段，但將資訊自由排除在外，因資訊自由對接受資訊者係屬於反射利益，故德國聯邦憲法法院判決認為就資訊自由不適用事前審查禁止原則。¹¹如採取上述見解，有關廣告之閱聽人或關係人（如消費者）不得主張資訊自由而適用事前審查禁止原則。本件解釋於理由書第四段中，將言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益間，予以利益衡量，認須具備直接及絕對必要之關聯。惟此所謂消費者取得充分資訊機會如係資訊自由之一種，在事前審查方面，接受資訊者僅享有反射利益，是本件解釋是否與前述德國實務見解不同，擬將資訊自由亦適用於事前審查禁止原則，此值得再探討。

原則，仍可規制前述之言論表現。參照 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 597 (1980)

¹⁰ 參照 Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, Rn.258.

¹¹ 參照 BVerfGE 27, 88[102] -Der Democrat. “Jedenfalls schützt das Zensurverbot der Natur der Sache nach nur Akte der Meinungsäußerung und möglicherweise auch der Meinungsverbreitung, mithin den Hersteller und unter Umständen auch den Verbreiter eines Geisteswerks. Sein Leser oder Bezieher wird dagegen durch eine Zensurmaßnahme nur in seiner Informationsfreiheit betroffen, so daß er sich auf das für ihn nur als Reflex wirkende Zensurverbot nicht berufen kann.”（於任何情形，事前審查禁止依事物之本質，僅保護意見表達之行為，且可能情形亦保護意見散布，即智慧著作之創作者，亦可能是其散布者。反之，在其資訊自由內，因審查措施而涉及其閱讀者或關係人者，對他而言不能主張其僅屬於反射效力之審查禁止。）

二、事前審查禁止原則宜作為我國憲法表現自由基本權之絕對干預限制

比較本院解釋，釋字第四一四號針對藥物廣告之事前審查，採取類似美國二階（或稱雙階）理論（the two level theory），區分言論價值之高低程度，認非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。釋字第六二三號解釋延續釋字第四一四號、第五七七號及第六一七號解釋之見解，認商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障，惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制。由上可見，本院往昔解釋認商業言論非受到憲法絕對保障。惟面對數位化時代，傳播科技進步，言論表現形式比往昔更呈現不同面貌及方式，將言論從價值高低區分其審查標準之強度或密度，實難以符合現代社會法治國保障表現自由之要求，應有檢討之必要。

本件解釋系爭規定涉及化粧品廣告，解釋主文於用語上未特別強調是否區分含藥之化粧品與一般日常化粧品，依現行法規定，化粧品可分為含藥及一般化粧品兩大類（化粧品衛生管理條例第七條第一項、第二項及第十六條第一項、第二項參照）。其中，含藥化粧品之定位，亦屬重要，因含藥之化粧品往往涉及療效，究竟納入一般日常化粧品規制，抑或採取與藥物廣告相似規制方式，亦值得深究。另本件解釋，嚴格言之，尚未變更前述本院釋字第四一四號有關藥物廣告之商業言論非屬憲法絕對保障之自由權，得依法受到事前審查。¹² 本件解釋則認就化粧品廣告所為之

¹² 參照吳庚、蘇俊雄、城仲模三位大法官於釋字第四一四號解釋之部分不同意見書中，就藥物廣告之事前審查制是否違憲，提出不同見解。另有孫森焱大法官提出部分不同意見書，亦值得比較參照。又有關商業言論事前審查之探討或批評，或另再就本院釋字第四一四號解釋加以評論者，參照黃銘傑，美國法上的言論自由與商業廣告－兼論司法院大法官會議釋字第四一四號解釋，臺大法學

事前審查違憲，與釋字第四一四號解釋係以藥物廣告作為解釋對象，並認不違反事前審查禁止原則，兩者之立論基礎及結論俱不相同。另本號解釋所參照之釋字第五七七號係針對商品標示、第六二三號解釋係針對兒童及少年性交易防制條例（現已改名為兒童及少年性剝削防制條例）第二十九條中就「促使人為性交易之訊息」之規定，並非針對言論之事前審查作成之解釋，本件解釋與上開解釋之事實基礎，尚屬有間，宜予辨明。

如參考前述美國憲法及本院解釋之見解，本件系爭一般日常用品之化粧品廣告，如欲與藥物廣告或含藥化粧品廣告區分，則前者受言論自由保護價值，仍採商業言論之低價值及相對保障之見解。¹³ 如屬肯定，則是否能如美國前述見解，比照戰時涉及軍隊運作機密之言論事前限制，該化粧品廣告之傳播須對國家或人民引發直接、立即及難以回復（或稱不可彌補）之危害者，始得以事前審查，如此則不無商榷之餘地。

如前所述，商業言論之限制，是否如戰時有關軍事機密之言論一般，認其係屬政府之迫切重大利益（compelling interest），而須採嚴格審查標準（strict scrutiny test），實不無疑義。況且商業廣告之言論自由所保障之利益，係廣告廠商、製作單位及媒體之言論或出版自由，但與之相對者，因廣告而可能使用化粧品之消費者之身體健康，亦同屬憲法保障之基本權。兩者利益衡量，

論叢，27卷2期，頁382-392；許志雄，廣告與表現自由，月旦法學教室，33期，1998年2月，頁10-11；劉靜怡，「言論自由」導論，月旦法學教室，26期，頁77-81；李建良，前揭文，頁75以下；謝國廉，美國商業廣告與言論自由權之研究，國立臺灣大學三民主義研究所碩士論文，1998年；翁曉玲，禁限菸品廣告規範之合憲性，東海大學法學研究，19期，頁57, 61-66；張永健，論藥品、健康食品、食品之廣告管制，法令月刊，56卷5期，2005年5月，頁31以下；李劍非，公共論壇/場域理論與言論事前限制—未竟其功的釋字第734號解釋，月旦裁判時報第47期，2016年5月，頁72-73。

¹³ 按照美國近期聯邦法院案例之發展，不乏有管制商業廣告之政府措施受到最高法院違憲宣告，並適用中度以上之審查標準，而於商業廣告全面禁止之情形，更有可能受到嚴格之司法審查。美國學者不乏有主張商業言論低價值說應予揚棄者。參照李劍非，前揭文，頁69。

難謂廣告之商業言論自由，必然高於國民身體健康之保護程度。職是，商業言論自由所保護利益，解釋上屬於實質（或稱重要）政府利益（substantial government interest），宜採取中度審查標準（intermediate scrutiny test）¹⁴。就本件解釋涉及化粧品廣告，如欲提升其利益之特別重要程度，在廣告廠商、廣告製作公司及傳播媒體之商業言論所保障之利益，與國民身體健康間之兩者利益衡量後，其重要程度究係如何「特別」？其係等同於前述迫切之重大利益，或係與中度審查之重要利益相近，均值得推敲。設若認其特別性已達到嚴格審查之迫切之重大利益者，自應採嚴格審查標準進行審查，此時則非通常所採中度審查標準。

再者，雖將言論區分高低價值，便於分析比較及說理，且有些言論雖係單純事實表達，但不乏涉及個人主觀之價值判斷或具價值評斷之事實主張，設若強加區分言論之價值高低，可能導致在言論市場中不同憲法保護之程度，實有違憲法保護人民表現自由及平等權之精神，是所謂言論價值之二階理論，仍有檢討之餘地。此外，就對基本權干預限制之事前審查禁止原則，如解為屬前述德國基本權之「絕對限制之限制」，則不應有例外之情形。本院解釋在適用事前審查禁止原則時，就言論價值為高低區分，並在認為較低價值之商業言論中，將藥物廣告與化粧品廣告再予以區分，分別論斷其是否合憲或違憲部分之見解，有再檢討之必要。

此外，本件解釋主要立論基礎，係本於事前審查禁止原則，並採比例原則（或稱過度禁止《Übermaßverbot》原則），如認已補充過去解釋對於化粧品廣告之商業言論自由得否事前審查禁止之見解，並表示事前審查禁止作為憲法原則，若係採此種見解，本件解釋將是進步之解釋。但仍未全面性承認事前審查禁止原則，並對於商業言論既與前述戰時言論不同，實無必要設下前述若干

¹⁴ 參照美國最高法院判決 *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557, 566 (1980)，有關商業廣告之規制，政府利益係屬實質的（有稱重要的）（substantial）利益，其審查標準屬於中度審查。

抽象性例外審查要件（例如直接、立即或難以回復之危害等），因此等要件之要求，將可能增加未來實務上認定事前審查例外要件之爭議或困難。

三、限制言論自由之事前禁止與比例原則

從比較德國憲法觀察，其對言論自由之限制，係按德國基本法第五條第二項明定三種合憲之限制（Schränkentrias），予以審查，亦即一般法律規定（in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze）、保護兒童少年法律規定及個人名譽權等三種限制方式。此等限制於個案情形，仍受到比例原則（或稱相互作用說或效力相互影響說；Wechselwirkungslehre¹⁵）、事前審查禁止等之限制（即所謂限制之限制，亦即對於基本權之限制是否合憲，以此作為審查原則）。此所謂事前審查禁止，非係另外創設獨立之基本權（ein eigenständiges Grundrecht），而是附加的基本權之限制之限制（Schränken-Schränken）¹⁶（或稱干預之限制；eine Eingriffsschranke）。

前述所謂事前審查禁止，解釋上非屬於前述德國基本法第五條第二項規定之限制，因此不先於該三種限制之審查，而於此三種限制之審查後，再適用事前審查禁止原則，故其屬於特別限制之限制（besondere “Schränken-Schranke”）。又「事前審查禁止」，德國聯邦憲法法院稱為「絕對干預限制」（absolute Eingriffsschranke）（或稱絕對限制之限制），亦即沒有例外。¹⁷

¹⁵ 所謂相互作用說（Wechselwirkungslehre），在聯邦憲法法院呂特案判決（BVerfGE 7, 198 (209) -Lüth-Urteil）認一般法律對於基本權之效力限制非屬於單方面，而係相互影響。此說本質上非屬於法學上理論，而係針對意見表達自由之過度禁止之先前形式。將已受保護法益與將受保護之法益間進行利益衡量（“Güterabwägung”）。參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., München: Vahlen, 2015, Rn.487f..

¹⁶ Grbenwarter in: Mauz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, München:Beck, 2015, § 5 Rn.115.

¹⁷ 參照 BVerfGE 33, 52 (53) -Zensur. 該判決認基本法第五條第一項第三段所稱審查，僅指事前審查。（“Zensur” im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG ist nur die Vorzensur.）事前審查禁止係絕對干預限制，其無例外，亦不得依基本法第五條第二項之一般法律規定准許之。（Das Zensurverbot stellt eine absolute

再者，該事前審查禁止原則，係針對國家，而不生第三人效力（keine Drittwirkung）。茲表列如下，以利比較：

基本權	限制	限制之限制
言論自由	法律保留 保護兒童少年法律規定 個人名譽權	比例原則（或效力相互影響說） 事前審查禁止

由上述可見，事前審查禁止原則，係絕對限制之限制，而比例原則屬於一般性限制之限制。是事前審查禁止原則與比例原則係屬於兩種不同類型之基本權限制之限制，二者之違憲審查方式亦有不同。從比較憲法觀點，本件解釋文將兩者合寫一起，惟宜將兩者分開表示為妥，否則兩者予以混用，概念上易引起誤解。此亦屬於本件解釋後，展望未來，仍留給我們再進一步釐清之課題。

協同意見書

許志雄大法官 提出

商業言論（commercial speech）是否受表現自由之保障，一向爭議不斷。民國八十五年司法院釋字第四一四號解釋承認，藥物廣告應受憲法第十一條保障，首度將商業言論納入表現自由範疇，頗受矚目。惟該號解釋同時表示，藥物廣告應受較嚴格之規範，藥事法對藥物廣告實施事前審查之規定，與憲法第十一條保障言論自由之意旨尚屬相符。其率爾允許「效果不彰又『惡名在外』之事先審查」（語見大法官吳庚、蘇俊雄及城仲模所提部分不同意見書），實與表現自由之保障精神大相逕庭。時隔二十年，本號解釋不僅延續商業言論受表現自由保障之意旨，承認化粧品廣告屬言論自由範疇，更突破既有之樊籬，

Eingriffsschranke dar, die keine Ausnahme, auch nicht durch allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG zuläßt.)

另參照 Jörn Ipsen, a.a.O., Rn.492.

宣告化粧品衛生管理條例有關化粧品廣告事前審查之規定違憲，使表現自由之保障往前邁進一大步。茲為論究商業言論受保障之理由及程度，闡明本號解釋蘊含之意義，並檢討所涉事前抑制禁止理論之適用問題，爰提出協同意見書。

壹、商業言論受表現自由之保障

廣義之言論自由即表現自由，係發表或傳達思想、資訊之自由，屬於一種外在精神自由。其表現之內容不以意見為限，凡與個人之精神活動有關，無論思想、信念、知識、事實或感情，皆包含在內。惟商業廣告屬於商業言論，係以營利為目的，藉宣傳手法促銷商品（製品或服務），而與經濟活動緊密相關，能否涵蓋於表現自由之保障中，受到比經濟自由更高程度之保障，則向有爭議¹。本號解釋於解釋理由書第二段稱：「言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障（本院釋字第五七七號、第六二三號解釋參照）」顯然承襲釋字第四一四號解釋意旨，承認商業言論受言論自由之保障，然二者之立場及態度，實有相當大之差距。

按釋字第四一四號解釋之解釋文表示：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。」解釋理由書指出：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，乃為獲得財產而從事之經濟活動，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範

¹ 有些廣告係以宣傳政治、社會、文化或宗教之意見為目的，可統稱為「政治廣告」或「意見廣告」，應劃歸精神活動範疇，受表現自由之保障，殆無疑義。

疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」這是大法官於釋憲實務上承認商業言論受表現自由保障之濫觴，但觀其解釋內容及結果，似有口惠而實不至之嫌，詳如後述。此處僅先指出，釋字第四一四號解釋表明藥物廣告涉及財產權之保障，且認為藥物廣告應受較嚴格之規範，而類似說詞並未出現在本號有關化粧品廣告之解釋中，這種微妙差異反映出彼此對商業言論認知及評價之不同。同係商業廣告之事前審查，何以前者認定合憲，後者反之，於此已見端倪。

一、商業言論之兩面性

顧名思義，商業言論兼具商業與言論兩個面向。商業廣告若著眼於前者，則因其最終目的在於買賣，屬於商業行為之一環，如同買賣一樣，乃實踐之社會行為，須服膺社會統制，受某種規律。惟商業廣告係買賣前置階段之誘引行為，絕非買賣行為本身。商業廣告為賣方藉以傳達訊息、爭取顧客之手法，在這個意義上，只是一種抽象性、觀念性之行為。若著眼於此，則商業廣告具有表現行為之性質，應受表現自由之保障，不宜施以過多之社會統制²。由於商業言論包含兩個不同面向，學說理論不免游移其間，呈現分歧現象。

過去長久之間美國判例及學說皆重視商業面向，而將商業廣告納入經濟自由範疇。一九四二年聯邦最高法院於Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 判決表明，純粹之商業性廣告不受表現自由之保障，而商業性與非商業性之區別，則視該廣告之主要目的（primary purpose）是否基於從商品買賣獲取利潤之意圖（motive）而定。此判例將商業言論排除於憲法增修條文第一條保護之外，影響三十多年，直

² 奧平康弘著，ジャーナリズムと法，新世社，1998年初版第2刷，頁309、310。

到一九七〇年代美國聯邦最高法院修正傳統看法，承認商業廣告亦屬表現自由之一種形態，情況始告改觀。特別是一九七六年 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council, 425 U. S. 748 判決宣告禁止處方藥價格廣告之法律違憲，重新建立商業言論之法理，堪稱劃時代之判例。

二、保障之理由

探究表現自由應否包含商業言論之前，宜先解明表現自由之機能與價值。因為唯有認清表現自由之機能與價值，方能確切把握表現自由保障之範圍、程度及界限。依據 Thomas I. Emerson 之見解，表現自由在現代民主社會中，具有促進個人之自我充實（self-fulfillment）、真理之獲致、政策決定之參與、以及安定與變化之均衡等重要機能³。本席認為，這四項機能可化約為個人之「自我統治」（self-government）及「自我實現」（self-realization）兩大價值。換言之，表現自由是民主過程中不可或缺之基本權利，透過表現自由之行使，人民可以參與政策決定，促進國民主權之實現，故稱之為「民主政治之生命線」，亦不為過。而且，當表現自由獲得充分保障時，個人可以展現自我之思想、認知及感情，亦可從外界吸取大量資訊，形成自己之意見與信念，並表達於外。這對個人之自律、人格之健全發展或公民參與而言，都極其重要。由此可見，「自我統治」與「自我實現」具備高度之關聯性。表現自由正因為有助於個人之「自我統治」與「自我實現」，所以享有優越地位，應受高度保障。

如果採取「政治性言論理論」（political speech doctrine），僅強調表現自由之「自我統治」價值，則商業言論原則上將排除於表現自由保障範圍之外，以經濟自由問題

³ 許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993年初版2刷，頁236以下；Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression (1970)，at 6-7.

處理之。但是，商業言論與非商業言論之區分，往往難臻明確。更且如上所述，表現自由之「自我實現」價值亦極重要，並且與「自我統治」價值密不可分。因此，表現自由之範圍應予擴大，不以政治性言論為限，凡有助於個人之「自我實現」者，皆宜包含在內。商業廣告固然以營利為目的，卻非單純之經濟行為，其帶有個人「自我實現」之作用，予以納入表現自由之保障範圍，應屬允當。早期通說認為表現自由不含商業廣告，今日已然改易，揆諸上開理由，其來有自⁴。

論者或認為，商業言論為企業之言論，受制於競爭市場之構造，以營利為目的，追求利益之最大化。商業言論並非源於個人之選擇與決定，實質上無「個人之自律與尊嚴」介入餘地，故應不受表現自由之保障。此一見解包含部分真理⁵，卻不免流於極端。在講求創意之時代，個人仍然擁有相當寬廣之空間，可以透過商業廣告等商業言論追求「自我實現」，因此商業言論之價值不容低估。

抑有進者，現代社會中表現自由之內涵擴充，性格轉變，除發表者之自由（說寫之自由）外，更強調接收者之自由（聽、讀、看之自由），重視「知的權利」（right to know）。在此一前提下，對商業廣告之禁止或限制，不僅可能侵害業者之表現自由，同時有對消費者表現自由（知的權利）構成侵害之虞。美國聯邦最高法院於前揭 Virginia Pharmacy Board 判決中首度表明，即使純粹之商業言論，亦受憲法增修條文第一條規定之保護。因為商業資訊自由流通所帶來之利益，對接收者（消費者）而言，其程度十分強烈，與當前最緊急之政治論爭不相上下。又在自由企業經濟下，資源之分配係透過眾多私的經濟決定而為之，故為能作成明

⁴ 許志雄著，廣告與表現自由，月旦法學雜誌第 33 期，1998 年 2 月，頁 10。

⁵ 蟻川恒正著，會社の言論，收於長谷部恭男・中島徹編「憲法の理論を求めて—奥平憲法學の繼承と展開」，日本評論社，2009 年，頁 141、142。

智決定，個人能獲得充分資訊，以促進公共利益計，商業資訊之自由流通乃不可欠缺者。此等資訊之自由流通，有助於提高表現自由之「自我實現」及「自我統治」價值。由此可見，該判決宣告法令違憲，主要係從資訊接收者（消費者）之角度立論，重點在於知的權利問題⁶。

本號解釋理由書稱：「言論自由在於保障資訊之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會。化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障……」其所以將化粧品廣告納入表現自由範疇之理由，顯然亦著眼於消費者之「自我實現」及知的權利上。

三、保障之程度

雖然商業廣告納入表現自由之一環，但應受何種程度之保障，學說見解相當分歧。通說認其受保障之程度較低，與政治性言論有別。因為，商業廣告一方面與民主過程沒有直接關聯，「自我統治」價值較薄弱，另一方面即使對個人之人格發展不無影響，但「自我實現」之價值仍相對淡薄。除此之外，商業廣告可能對人民之健康及日常生活造成重大影響，且其內容之真實性常有客觀標準可資判斷，與政治性言論大不相同，由公權力加以管制時，較不至於產生「萎縮效果」或「寒蟬效應」（chilling effect），所以違憲審查基準比政治性言論寬鬆，原則上似以中度審查基準為宜⁷。惟商業

⁶ 蘆部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998年，頁316。

⁷ 關於商業性言論內容規制之合憲性判斷，美國聯邦最高法院於一九八〇年之Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U. S. 557判決，採取四階段審查基準：一、商業性言論須與合法活動相關，且不會使人誤解；二、對其管制具有實質利益；三、管制可直接促進該利益之實現；四、為達成該利益，其管制未超過必要之程度。Central Hudson屬於「比較緩和之中度審查基準」，有參考價值。參照市川正人著，表現の自由

言論之種類與形態極其多樣，且隨時代而變化，內容之創意性或多或少，難有一定之特質⁸，未必適合同一審查基準。而且，判斷商業廣告管制規定之合憲性時，應依其管制之對象為廣告內容，抑或廣告之時間、場所或方法，而異其審查基準⁹。基本上，對虛偽、誇大、不實之廣告所為限制，通常不會構成違憲。惟如係廣告內容之全面禁止或事前限制，則涉及言論之直接箝制，另當別論。

釋字第四一四號解釋承認藥物廣告之商業言論受言論自由保障，同時表示商業言論非關公意形成、真理發現或信仰表達，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀，且藥物廣告與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。該號解釋表面上將商業言論納入表現自由範疇，實際上卻完全漠視商業言論之價值，一味強調藥物廣告應受較嚴格之規範，而對於應採何種審查基準未置一詞。尤其，該號解釋僅因藥事法有關藥物廣告應於刊播前申請主管機關核准規定，旨在「確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要」，即認定合憲，而對於事前審查制問題之嚴重性，一無所覺或毫不在意。據此，謂其關於商業言論受言論自由保障之說詞徒託空言，並非出於對表現自由真諦之深刻體認，亦不為過。反之，本號解釋正視商業言論之價值，對於商業廣告之事前審查，採取原則上禁止之立場。兩相對照，本號解釋明顯重視表現自由之保障，不因商業言論而遽行退卻，充分展現自由民主社會之特質，彌足珍貴。

の法理，日本評論社，2003年，頁101、102。釋字第五七七號理由書所稱：「國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊、避免商品標示內容造成誤導作用、或為增進其他重大公益目的，自得立法採取與目的達成有實質關聯之手段，明定業者應提供與商品有關聯性之重要商品資訊」，亦採中度審查基準。

⁸ 大林文敏著，廣告規制と第1條修正，收於憲法訴訟研究會・蘆部信喜編「アメリカ憲法判例」，有斐閣，1998年，頁53。

⁹ 許志雄著，同註4，頁11。

貳、事前抑制禁止理論之適用

化粧品衛生管理條例第二十四條第二項規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」第三十條第一項規定：「違反第二十四條……第二項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰；情節重大或再次違反者，並得由原發證照機關廢止其有關營業或設廠之許可證照。」本號解釋理由書認定「係就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。」並謂：「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」其顯然受到美日等國判例學說影響，採取事前抑制（prior restraint）禁止理論¹⁰，認為事前審查原則上應予禁止，僅極端例外，符合嚴格要件下，亦即「立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民立即司法救濟之機會」，始得為之。

一、原則上禁止事前審查

事前抑制禁止理論盛行於立憲民主國家，為十分重要之違憲審查基準，對表現自由之保障而言，具有舉足輕重之地位。眾所周知，英國人民經由抗爭，將十六世紀前葉至十七世紀末約一百五十年間教會與政府實施之出版物事前許可制廢止，表現自由乃告確立。因此，J. Milton 指出，表現自由之本質與意義，在反抗事前抑制之鬥爭中，最能顯現。著名學者 W. Blackstone 一針見血道出，出版自由之本質，即「對出版物不為事前之抑制也」。日本憲法第二十一條第二項及德國基本法第五條第一項皆明文禁止事前審查；美國聯邦憲法雖未明定，但判例學說透過憲法增修條文第一條關於表現自由保障規定之解釋，莫不同樣認為事前抑制為憲法所不

¹⁰ 本節有關事前抑制禁止理論之論述，主要參照許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁265以下。

許。我國憲法第十一條對表現自由之保障，解釋上允宜採取同一立場。

事前抑制禁止理論乃極嚴格之違憲審查基準，所以採之，理由在於事前抑制對表現自由之侵害程度，遠逾於事後之民事或刑事制裁，蓋後者若有「寒蟬效應」，則前者即有「凍結」(freeze)效果。以下臚列數點，說明這種侵害之特質：

1. 不論表現之內容是否屬於憲法保障範圍內，亦即不論表現之內容是否可於事後加以規制，一旦允許事前抑制，則審查之範圍必然大過於事後處罰之範圍，使得原本合憲之表現亦受不當干擾。
2. 表現之內容，可能因為公權力判斷之結果，受到抑制，以致無法到達表現「市場」，而完全喪失接受民眾判斷之機會。
3. 一般事前抑制，行政機關擁有廣泛裁量權，循簡易程序為之，容易濫用權力，侵害表現自由。

然而，何謂事前抑制？何種事前抑制禁止為之？關於此等問題，學說見解相當分歧。本席認為，基於表現自由保障之歷史意義與教訓，行政機關對表現內容之事前審查，應絕對禁止之（獨立之行政委員會具有準立法權及準司法權，另當別論。釋字第四一四號解釋吳庚等大法官之部分不同意見書參照）。至於法院，須在嚴格且明確之要件下，循正當法律程序，始例外允許為事前審查。所謂「事前」之認定時點，一般以「發表」為準，但如前所述，今日表現自由之內涵已擴充至「知的權利」，執此觀點，民眾能夠「受領」資訊前，毋寧皆應認定為「事前」。而且，形式上雖似事後制裁，但制裁方式係禁止販賣或其他嚴苛之處罰，實質上已將一定之思想或書籍阻絕於自由市場外，此時應認定構成事前抑制，劃歸禁止之列。

司法院釋字第四四五號解釋曾指出：「集會遊行法第

十一條第一款規定違反同法第四條規定者，為不予許可之要件，乃對『主張共產主義或分裂國土』之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違」。釋字第644號解釋延續前號解釋之精神及內涵，亦明確指出，依人民團體法第二條及第五十三條前段規定，主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民「主張共產主義，或主張分裂國土」的政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符。上開兩號解釋禁止主管機關於許可集會遊行或設立人民團體前，對人民政治上之言論加以審查，應係秉持事前抑制禁止理論之要求，有值得肯定之處。惟集遊法及人團法採取之許可制，乃最典型之事前抑制，該等解釋卻未依據事前抑制理論嚴加審查，難免有避重就輕、虎頭蛇尾之嫌。

按事前抑制禁止理論保障之表現內容，不以政治性言論為限，商業言論亦應包含在內。本號解釋針對商業廣告事前審查制所採取之見解，足以彰顯此一立場。其認為事前審查原則上應予禁止，例外始得為之，基本上符合事前抑制禁止理論之精神。然而，本案所涉化粧品衛生管理條例規定之事前審查制，係由行政機關對表現內容進行事前審查，本應絕對禁止，而本號解釋未予明示，實為美中不足之處。對於例外允許事前抑制之要件，本號解釋之釋示亦未臻周延，有檢討之必要。

二、極端例外始允許事前抑制

如前所述，表現行為之事前抑制可能產生嚴重弊端，原則上應予禁止。只要是公權力採取某種方法對表現行為事前加以規制，而達到抑制效果者，縱使不是行政機關對表現內容之事前審查，亦應認係事前抑制，不可輕易允許之。僅於

極例外之場合，始可進行事前抑制。凡屬事前抑制者，皆受違憲性之「重大推定」（heavy presumption），主張規制之一方，必須負責證明其正當性，亦即有充分之「立法事實」¹¹足以支撐立法目的之合理性、立法之必要性及規制手段之合理性。

論者或認為，我國違憲審查採取抽象審查制，異於美日等國之具體附隨審查制，並無嚴格意義之對造，且甚少舉行言詞辯論，何來舉證責任問題？誠然，基於違憲審查制度之不同，美國法院運用之立法事實檢證原則及方法，於我國大法官之案件審理上未盡合適。惟須釐清的是，此處所謂舉證責任，並非訴訟法上固有意義之舉證責任。因違憲審查具強烈公益性格，故立法事實之檢證應適用職權調查主義。當法律受合憲性推定時，違憲審查機關可能高度尊重立法部門，不會對立法事實深入細究，此時主張法律違憲之當事人（聲請人）為讓違憲審查機關形成違憲之確信，勢必努力提出證據，彷彿負有舉證責任一般。反之，法律受違憲推定，尤其「重大推定」時，違憲審查機關對立法部門抱持不信任態度，除非屬於公知之事實，或經由立法資料、學者專家之鑑定等途徑，違憲審查機關已就立法事實形成司法確知，足以認定法律合憲，否則必將宣告法律違憲。此種情形，如同主張法律合憲之機關負有舉證責任一般。

在違憲審查上，立法事實扮演關鍵性之角色，惟因國內有關討論尚少，一般認識不足，致生上開質疑。本號解釋顧慮此一問題，乃刻意規避「立法事實」、違憲性之「重大推定」及「舉證責任」等用語，卻因而未能借此機會闡明立法事實之意義、重要性及檢證方法，殊為可惜。

參照美日判例學說，事前抑制須經得起必要最小限度之

¹¹ 關於「立法事實」之意義、內容及檢證方法，詳參許志雄著，同註10，頁408-420。

規制、規制規定之明確性及程序保障等三個要件之檢驗，方屬合憲。這三個要件在事後規制場合基本上亦有其妥當性，惟在事前抑制場合格外須要嚴格適用。茲分述如下：

- 一、必要最小限度之規制：規制目的之實質正當性、手段之合理性及目的與手段之關聯性皆受嚴格審查。採取事前抑制時，必須證明表現所生之惡害異常明白（unusual clarity），而事前抑制所生之損失止於最小限度，或者證明事前抑制所阻止之損害具有不可回復性（irreparable）。本號解釋要求，相關機關須能證明其對言論之事前審查，係為「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯」，大體與必要最小限度之規制要件相當。
- 二、規制規定之明確性：限制憲法上的權利之規範必須明確，否則違反明確性原則，應屬無效。惟對明確性程度之要求，依各權利之特質及法律領域而有差異。民法允許一般條款（如民法第七十二條公序良俗條款）之存在，對明確性之要求極低。行政法亦常有概括條款之規定，對明確性之要求未必很高。而限制表現自由之法律，會產生「寒蟬效應」，故要求高度明確性¹²。尤其事前抑制之場合，法律若不明確，不僅產生「寒蟬效應」，且易導致國家濫用權力，而人民卻無感之現象。因此，對明確性之要求，事前抑制之場合更逾於事後規制，可謂採取嚴格化之明確性基準。化粧品衛生管理條例採取化粧品廣告事前審查制，卻對審查之具體項目、內容及准駁標準完全未予規定，顯然不符明確性原則。本號解釋未提及規制規定之明確性要求，就事前抑制禁止理論之適用而言，難免有欠周全。

¹² 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009年初版第2刷，頁53-58。

三、程序保障：事前抑制之場合，強烈要求正當程序之保障。

本號解釋所稱，應賦予人民獲立即司法救濟之機會，屬最起碼之要求。

最後，補充一言。我國受德國判例學說影響，通說主張比例原則為憲法基本原則，而且大法官進行違憲審查時，經常援引比例原則，本號解釋亦不例外。不過，比例原則畢竟只是憲法諸多原則之一，非可用以解決一切憲法問題。尤須注意的是，適用比例原則時，難免涉及價值衡量，而在人權價值與其他（公益）價值比較時，前者容易遭到低估，致人權無形中受弱化或矮化，故比例原則之適用有其界限。在表現自由方面，這種疑慮特別顯著。美日判例學說所重視之事前抑制禁止理論及明確性原則，屬於字面判斷之方法，原則上僅就法律之字面上（on its face）加以審查，可避免價值判斷蘊藏之問題，於進行有關表現自由之違憲審查時，自應優先適用。本號解釋稱，系爭規定「係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則」；其一味強調比例原則，忽視明確性原則之適用，實有商榷餘地。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為就化粧品廣告所為之事前審查違憲；本院釋字第四一四號解釋認為就藥物廣告所為之事前審查並不牴觸憲法，二者均是對商業廣告之事前審查是否合憲表示意見，但結論並不同。本號解釋並未表示補充或變更釋字第四一四號解釋，但二者審查對象均涉及言論自由與人民健康權之關係，故其論述內容之比較有值得探究之處，爰表示補充意見以供參考。

一、不實廣告是傷害消費者之經濟法益或健康法益？

本號解釋與釋字第四一四號解釋有所不同者，在於本號解釋指出廣告與商品間尚有差距，亦即「廣告之功能在誘引消費者購

買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅」（解釋理由書第四段）。換言之，消費者若受不當廣告之誘引或誤導而誤買濫用化粧品，應僅直接傷害消費者之經濟利益，尚非生命、身體、健康之法益。釋字第四一四號解釋並未就廣告與商品可能侵害之法益加以區隔，其解釋文及理由書之立場均直接指陳「藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，自應受較嚴格之規範」，將廣告已定位為直接對國民之健康發生重大關連。二者加以比較，本號解釋對廣告之定位與釋字四一四號解釋有所不同，反而更接近該號解釋不同意見書之見解，即「廣告縱有誇大其辭，購買者除花費金錢之外，照其仿單使用，有何『明顯而立即之危險』可言？」（本院釋字第四一四號解釋吳庚、蘇俊雄、城仲模大法官部分不同意見書），亦即認為不實廣告誘引消費者購買，僅傷害其金錢利益，而沒有「明顯而立即之危險」。本號解釋就此立場實與釋字第四一四號解釋不同意見書之見解接近，但本號解釋是否已達變更或補充釋字第四一四號解釋之程度？似又不然。

二、誤用化粧品與藥物對人體健康可能造成之損害程度是否有別？

本號解釋未明文變更或補充釋字第四一四號解釋，主要應是認為化粧品與藥物之誤用，對人體健康之可能損害有所差別，此由本號解釋理由書之字裡行間可窺知。本號解釋理由指出「化粧品係指施於人體外部，以潤澤髮膚，刺激嗅覺，掩飾體臭或修飾容貌之物品；其範圍及種類，由中央衛生主管機關公告之（系爭條例第三條參照），非供口服或食用」（解釋理由書第四段）似乎是指化粧品與藥品最大之不同在於藥品除供人體外部使用之外，尚有供口服或食用者，因此若有誤用或濫用情事，對於人體機能之傷害可能較大；而化粧品施用於外部，可能造成之損害較小。若有誤用或濫用化粧品，修飾容貌不成反而造成容貌受損之情事亦非難以想像，只是就發生之可能性、造成損害之回復可能性而言，化粧品恐不若藥物嚴重，這是本號解釋未明白指出但卻

隱含之意旨。至於不當藥物可能對消費者造成之損害，有大法官提出：「藥物廣告既以促銷為目的，動輒流於誇大虛偽之言詞，誘致消費者信以為真，若罹病者未經醫師詳細診斷，即自行購買服用，或將延誤適時接受正當治療之良機；倘有濫用情事，甚至傷及身體器官，悔之莫及。」（本院釋字第四一四號解釋孫森焱大法官部分不同意見書），似乎是為藥品與化粧品之差別作一註腳。誤用藥物「可能延誤治療」以及「傷及器官」可能是本號解釋尚未正式變更釋字第四一四號解釋的主要原因。事實上「延誤治療」或「傷及器官」究竟只是一般人對藥物的心理恐懼感；或有醫學統計上實證可為依據，尚未明確。若為前者，則依本號解釋對廣告之定位，則釋字第四一四號解釋之意見應有重新檢討之必要。

三、由政府治理之效能觀點加以觀察，沒有必要維持藥品或化粧品廣告之事前審查：

是否應對藥品或化粧品之廣告進行事前審查，尚可由政府治理之角度加以觀察。

（一）在我國民主化的過程中，許多民主前輩為了爭取言論自由作出了奉獻與犧牲。在這過程中，一直有人擔心百分之百的言論自由是否可能危害國家安全及社會穩定，但事實證明保障人民有充分知的權利，因此提升國民之判斷力與自治、自律之能力，不僅不會危害社會與國家安全，反而是國家長治久安的基礎，這個原則適用於政治言論。商業言論與政治言論不同者在於其係以推銷商品為目的，且其內容之真實性較有客觀標準可資判斷，但對其加以事先審查，可能限制人民之創意與表現自由，因此採事後審查之方式，即足以保障人民權益，且符憲法上之比例原則。

（二）學者研究指出：「有鑑於現行化粧品廣告事前審查制度，廠商送審之核准率高達百分之八十以上，但實務上，違

規廣告卻日益增加，經查多係未經申請核准，顯然現行制度僅約束守法廠商，尚難有效遏阻違規廣告¹。因此事前審查只是增加合法廠商之作業困擾，但對不法廠商卻無法遏止。行政院於中華民國 105 年 9 月 8 日通過之化粧品衛生管理條例草案，即主張廢除化粧品廣告事前審查制度，理由相同，並進一步指出「為使人力資源有效運用，將原有審查廣告之人力，改投入於加強化粧品廣告之事後監控與取締」²。

（三）廣告之方式多樣化、層出不窮，促銷活動多樣化，難以逐一事前審查，宜由公平競爭與消費者保護機制處理。比較有效率的政府治理方式應是對於不法廠商加以事後嚴懲，目前公平交易法第二十一條及消費者保護法第二十二條以下均有對不實廣告之懲罰規定，目前規範對象已及於媒體經營者，較為完整嚴謹，因此沒有必要再用事前審查機制重複規制，以節省政府資源。

（四）值得注意的是，現在網路時代，透過網路傳播訊息既快速且無遠弗屆，已難以事前審查。但網路上充斥各種惡意造謠之假訊息，對消費者之權益造成可能傷害，較嚴重者恐影響社會安定與國家安全，我國應對此研議防範與管制政策。在美國及歐洲重視言論自由之國家，為了防範外國介入選舉以及防止仇恨言論等理由，均已開始研究遏止假新聞之法律及專責機構，值得我國參考³。

¹ 參見吳千好著，以風險控制觀點論我國化粧品管制規範，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2011 年 7 月，頁 94。

² 參見 105 年 9 月 8 日通過之化粧品衛生管理條例修正草案條文對照表，第 10 條說明。該草案於本號解釋作出時，尚未經立法通過。

³ 參見 2017 年 1 月 3 日自由時報 A3 版焦點新聞：「美、德立法，遏止假新聞」。<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1067878>（最後瀏覽時間：2017 年 1 月 6 日）

協同意見書

詹森林大法官 提出

本席對本解釋結論敬表同意，惟尚有若干看法，爰提出本意見書說明如後。

壹、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項之立法目的

- 一、化粧品衛生管理條例第 24 條第 1 項規定：「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」同條第 2 項則規定：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」
- 二、本條第 1 項所禁止之化粧品廣告，分為兩類：一為猥褻或有傷風化之廣告，一為虛偽誇大之廣告。前者之立法目的在於維護善良風俗，後者之立法目的則偏重於保障消費者之生命、身體、健康及財產。
- 三、至於本條第 2 項強制廠商於登載或宣播其化粧品之廣告時，應事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，亦即所謂之「事前限制」（prior restraint），其立法目的當然在於貫徹同條第 1 項規定之意旨。

貳、化粧品廣告之管制與消費者權益之保護

- 一、前述化粧品衛生管理條例第 24 條第 1、2 項規定之立法目的，其中藉由「事前限制」之管制，以保障消費者生命、身體、健康及財產部分，與消費者保護法（下稱消保法）第 4 條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，…」及第 5 條：「政府、企業經營者…均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」可資呼應。
- 二、消保法第 4 條及第 5 條所稱之「消費資訊」，當然包含企業

經營者為推銷其商品或服務所為之廣告。該法第 22 條尚且規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。企業經營者之商品或服務廣告內容，於契約成立後，應確實履行。」

- 三、據上所述，管制化粧品廣告，具有提供消費者充分且正確消費資訊之功能，以達維護消費者生命、身體、健康及財產之目的。本解釋理由書第二段指出：「化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，…，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，…」，亦持相同觀點。
- 四、然而，管制化粧品廣告，亦同時涉及化粧品廠商權益之限制，因此產生之問題為：化粧品廣告及其他商業廣告之性質為何？對於管制化粧品廣告之法律，應以何種標準審查其合憲性？

參、化粧品廣告之性質

- 一、本解釋理由書第二段稱：「化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論…，應受憲法第十一條言論自由之保障…。」準此，本解釋認為化粧品廣告性質上屬於商業言論，且應受憲法言論自由之保障。在此範圍內，本解釋顯然參照本院釋字第 414 號解釋理由書所稱：「藥物廣告係利用傳播方法，宣傳醫療效能，以達招徠銷售為目的，…，並具商業上意見表達之性質，應受憲法第十五條及第十一條之保障。言論自由，…包括…商業言論等」。
- 二、惟應注意者，就本院釋字第 414 號解釋，孫森焱大法官於其部分不同意見書中指出：「商業性言論之意義尚欠明確」、「商業性言論所以應受保障，實係商人為促銷商品之目的，提供消費者正確而充分的資訊，使其能獲得最大利益；之所以應加限制，則係保護消費者大眾，使其不致受誇大、虛偽廣告之蠱惑。藥物廣告與國民健康之維護關係更加密切，此

與言論自由係以保障個人自由表達意見而不受政府干涉為目的，實屬南轅北轍，不能相提並論。」、「實則探究商業性言論之類型，原有多種，為特定商品之販賣，以營利為目的者，最為習見」、「自藥物廣告之本質言，與其重視廣告人之自我表現，毋寧著重於其促銷藥物，以營利為目的之特性，以保護消費者權益為中心意旨，殊難與言論自由等同視之。」

三、本席以為，孫森焱大法官前開論述，契合現實，在本解釋所牽涉之化粧品廣告，亦甚堪參酌。

肆、就事前限制商業言論之法律，本解釋提出不同於本院釋字第 414 號解釋之違憲審查標準

一、本解釋為保障商業言論，就對化粧品廣告進行「事前限制」之化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項規定，宣告為違憲，且進而在此範圍內，同時宣告同條例第 30 條第 1 項規定亦為違憲。就此，本解釋應與本院釋字第 414 號解釋相互比照，以辨其異同。

二、本院釋字第 414 號解釋與本解釋，在論證上存在相異之處。其一，本院釋字第 414 號解釋及本解釋雖均涉及商業言論之事前管制（商業廣告之事前審查），惟本院釋字第 414 號解釋係處理藥物廣告，與本解釋處理化粧品廣告有所不同。其二，本院釋字第 414 號解釋對於藥物廣告事前審查之規定，宣告為合憲，而本解釋對於化粧品廣告事前審查及其處罰之規定，則宣告為違憲。

三、基於上述兩項差異，關於本解釋，首應強調者為：本院釋字第 414 號解釋並不認為「廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」。申言之，就與生命、身體、健康關聯性而言，藥物廣告當然遠強於化粧品廣告，但就藥物廣告，本院釋字第 414 號解釋於理由書中指出：「因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範」，故「藥事法第六十六條規定…旨在確保藥物廣告之真

實，維護國民健康，其規定藥商刊播藥物廣告前應申請衛生主管機關核准，係為專一事權，使其就藥物之功能、廣告之內容、及對市場之影響等情事，依一定程序為專業客觀之審查，為增進公共利益所必要，與憲法第十一條保障人民言論自由及第十五條保障人民生存權、工作權及財產權之意旨尚屬相符。」然而，就與生命、身體、健康關聯性較低之化粧品廣告，本解釋卻設立更嚴格審查標準而強調，化粧品廣告之事前審查，須係出於「為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的」，且該事前審查與目的之達成間須具備「直接及絕對必要關聯」，方符合比例原則。本解釋並認為，化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定未能通過上述嚴格審查標準之檢驗，故應宣告其違憲。

四、準此，就管制商業言論之法律，本解釋顯然提出與本院釋字第 414 解釋不同之違憲審查標準。

伍、就事前限制言論自由之法律，本解釋提出不同於本院釋字第 445 號及第 718 號解釋之違憲審查標準

一、本院對於言論自由事前審查之法律，作出完整違憲審查論證之解釋，應屬釋字第 445 號及第 718 號解釋，惟該兩號解釋乃涉及集會、遊行之表現自由，與本解釋所相關之商業言論，有所不同，但此三號解釋，皆屬對於事前限制言論自由之法律，所為之違憲審查。

二、本解釋指稱「…事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」但本院釋字第 445 號及第 718 號解釋則採取雙軌理論（two-track theory）。詳言之，本院釋字第 445 號及第 718 號解釋認為，關於集會自由之事前審查，如係屬於以「內容為基礎」之限制規定者（content-based regulation），固應推定其為違憲，但如其限制規定與集會遊行之內容無涉，而係以集會遊行之「時間、地點及方式」（content-neutral

regulation, or time, place and manner restrictions) 為基礎者，則該限制規定屬於立法自由裁量空間，應推定其為合憲。上開雙軌理論，一方面貫徹憲法保障言論自由之本旨，另一方面亦符合權力分立原則（本院釋字第 718 號解釋湯德宗大法官協同意見書參照）。

三、惟依照本解釋之意旨，則所有事前審查言論自由之管制法規，皆屬對言論自由之重大干預，原則上應為違憲，故除非通過嚴格審查標準之檢驗，否則該事前審查之管制規定即應喪失規範效力。倘若如此，則言論自由之事前審查規定，應一律接受嚴格審查標準之檢驗，而不問該規定所涉及之言論自由之態樣、限制方式等因素。

四、準此，本解釋設立與本院釋字第 445 號及第 718 號解釋不同之違憲審查標準，但其理由僅泛稱「事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」說理是否充足，似可商榷。再者，本解釋一律否定言論自由事前審查之立法形成自由，是否符合我國憲法權力分立之意旨，更容有研討空間。

陸、結論—體系一貫之憲法解釋

大法官作為憲法守護者，應力求依照憲法體系作出一貫、不相衝突之憲法解釋，在變更或補充從前之憲法解釋時，更應有充足、合理之論證，以確保益臻完善之基本權利保障與權力分立制衡。本解釋一方面參照本院釋字第 414 號解釋意旨，宣告化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定違憲，另一方面卻又採取與本院釋字第 414 號解釋不同之違憲審查標準，其論述基礎，容有討論必要。再者，本解釋所謂「廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」，如欲藉此對本院釋字第 445 號及第 718 號解釋為變更或補充解釋，亦應符合憲法保障言論自由之意旨，並應有更充分之說理依據。

協同意見書

黃昭元大法官 提出

[1] 本號解釋審查化粧品衛生管理條例（下稱系爭條例）第 24 條第 2 項及第 30 條第 1 項規定（下併稱系爭規定），認為「化粧品廣告之事前審查¹ 乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」，並適用嚴格審查標準，要求「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會」，始得例外合憲。（參解釋理由書第 3 段）依據上述審查標準，本號解釋宣告系爭規定之目的及手段均違憲，且立即失效。（參解釋理由書第 4 至 6 段）

[2] 這是本院採取嚴格審查標準，宣告商業言論事前審查機制違憲的第一件解釋。就言論自由的保障，不論是在結論或方法上，都有重要意義，本席敬表支持。以下謹針對本號解釋：一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素，二、所採「嚴格審查標準」的重要意涵，三、對系爭規定之「目的審查」，四、對系爭規定之「手段審查」，及五、相關與未決問題等五個部分，提出協同意見。

一、以「事前審查」為決定審查標準的關鍵因素

¹ 本號解釋將系爭規定之管制方式定位並稱為「事前審查」，係強調系爭規定賦予行政機關對於化粧品廣告有於廣告播出前，透過個案審查方式，決定是否及如何播出的許可權力。廣告如未經審查就播出，即使內容沒有任何問題，依法仍然可罰。此與美國法或英文中所稱 prior restraint（有譯為事前限制）之意涵及範圍並不完全相同。後者除了行政機關所為之事前審查外，尚包括法院透過禁制令（injunction）於特定言論發表前，個案決定其能否發表的審查機制。See, e.g., *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 306 (1940) (“A previous restraint by judicial decision after trial is as obnoxious under the Constitution as restraint by administrative action.”). 又立法者透過法律一般性地禁止非法營業或活動之廣告（如人體器官移植條例第 18 條第 1 項第 2 款禁止器官買賣廣告）、禁止特定商品或或合法營業之廣告（如菸害防制法第 9 條禁止菸品廣告、入出國及移民法第 58 條第 3 項禁止跨國婚姻媒合廣告），或限制廣告者之資格（如醫療法第 84 條：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」），雖然看似事前限制，但如其效果是事後處罰（如菸害防制法第 26 條之罰鍰），且無行政機關事前審查機制，亦非本號解釋所稱之事前審查。有關事前限制與事後懲罰的分析比較，參林子儀，言論自由導論，收於：李鴻禧（等著），台灣憲法之縱剖橫切，台北：元照，頁 103、148-149（2002）。

[3] 本號解釋以系爭規定對化粧品廣告的限制屬於事前審查為由，採取嚴格審查標準，並宣告違憲。這是本號解釋在方法上最值得注意之點，也是本號解釋明顯有別於釋字第 414 及第 445、718 號解釋之處。

（一）、與釋字第 414 號解釋之區別

[4] 釋字第 414 號解釋認為「非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。」因而對於藥事法第 66 條第 1 項等有關藥物廣告事前審查的規定，採取相對寬鬆的審查標準，並認其合憲。這顯然是受到言論自由學說中「雙階理論」（two-level theory）的影響，² 以「商業言論並非高價值言論」為其選擇審查標準的關鍵因素；卻忽略了上述藥事法規定屬於對藥物廣告的事前審查，原本應該從嚴審查。

[5] 本號解釋對於同屬商業言論的化粧品廣告，則重視系爭規定之管制方式屬於事前審查，因此採取嚴格審查標準，並宣告違憲。本號解釋沒有受到「商業廣告並非高價值言論」的見解影響，而放寬審查標準。可見本號解釋並未適用雙階理論，這是本號解釋明顯有別於釋字第 414 號解釋之處。

[6] 就決定審查標準的考量因素而言，本號解釋應已實質挑戰（或變更）釋字第 414 號解釋有關「商業言論事前審查機制」合憲性之審查標準，甚至有為「所有言論類型之事前審查機制」，創設一組新的審查標準之延伸意涵。然由於司法違憲審查之被動、消極性質，在一次一案的限制下，本號解釋就有關事前審查機制合憲性審查標準之論述，仍都扣緊系爭規定屬於對「化粧品廣告」之事前審查，而未將本號解釋所採審查標準明白擴張、並一般地適用於其他類型廣告，甚至是所有言論的事前審查機制。這是本號解釋在區別（distinguish），而未正式推翻（overrule）釋字第 414 號解釋審查標準之同時，所仍堅持的謹慎與自制。故其他商業言論（如藥物廣告）或非商業言論（如中小學教科書之審定）事前審查機制合憲性之審查標準，仍有待個別爭議發生並依法聲請本院解釋時，再另行決定之。惟依本號解釋理由推論，

² 參林子儀，同前註，頁 143、154-156。

本席認為：本院未來對於所有言論之事前審查機制，應該都要嚴格審查，並推定其原則上違憲，以貫徹憲法保障言論自由之意旨。

（二）、與釋字第 445 及 718 號解釋之區別

[7] 釋字第 445 號解釋對於集會遊行法所定事前許可制之合憲性，雖亦強調表現自由之保障，卻進一步區別事前許可之要件究屬「時間、地點及方式」之管制，或涉及「集會、遊行之目的或內容」，而異其審查標準。對於前者大致為中度審查，僅對後者才從嚴審查，這顯然是受到「雙軌理論」（two-track theory）之影響。³ 釋字第 718 號解釋雖然宣告集會遊行法有關緊急性、偶發性室外集會、遊行需事先申請許可的相關規定違憲，但仍維持釋字第 445 號解釋認為事前許可原則上合憲的基本立場，並繼續以雙軌理論來分析並證立集會遊行法事前許可制的合憲性。

[8] 本號解釋對於系爭規定之事前審查機制，並不區別其是否直接審查廣告內容或只審查廣告之「時間、地點及方式」，都一律適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋顯然認為：在審查「化粧品廣告事前審查機制」的合憲性時，無須適用雙軌理論。⁴ 這不僅和言論自由事後追懲機制合憲性的審查標準有所不同，也和釋字第 445 及 718 號解釋有別。

[9] 釋字第 445 及 718 號解釋對於涉及內容管制的事前許可，也是從嚴審查，看似與本號解釋類似。但本號解釋所適用的嚴格審查標準，不論是在目的或手段之審查，則有過去未見的要求，也比釋字第 445 及 718 號解釋更為嚴格（詳下第 [11] 至 [16] 段等之說明）。

[10] 在方法上，本席贊成本號解釋之不考慮雙軌理論，而對系爭規定的事前審查機制，一律採取並適用嚴格審查標準。將來本院如有機會

³ 國內有關美國法雙軌理論的介紹分析，參林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），現代國家與憲法，台北：月旦，頁 639-708（1997）；林子儀，前註 1，頁 143、156-160。

⁴ 比較：釋字第 644 號解釋，林子儀大法官協同意見書，頁 3-4（對於言論自由之事前限制，似仍採取雙軌理論，而異其審查標準。但林大法官對於事前限制之目的審查，則採取類似本號解釋的嚴格標準。）。

再度審查有關集會遊行法事前許可制的合憲性，本席認為：本院應參考本號解釋之方法，放棄雙軌理論之區別，而一律採取嚴格審查標準。

二、本號解釋所採嚴格審查標準的重要意涵

[11] 本號解釋理由書第3段首先強調系爭規定對「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。」次就目的及手段之審查，更進一步闡釋：「系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民或立即司法救濟之機會」。這是本號解釋有關審查標準的重要論述，至少有以下幾點值得重視：

（一）本案之審查標準：嚴格

[12] 上述解釋理由雖然沒有明白使用「嚴格審查標準」之用語，但從「原則上應為違憲」、「特別重要⁵之公共利益目的」、手段與目的之達成間應「具直接及絕對必要關聯」等用語及相關闡釋，已明白顯示本號解釋選擇並適用嚴格審查標準。如下所述，本席認為本案所適用的審查標準可能是本院歷來解釋中最嚴格者，其中有些具體要求（如原則上違憲之效果推定、客觀舉證責任之分配、立即司法救濟之程序保障等）已非向來之比例原則內涵所及。在學說及他國實踐上，雖有將言論自由「事前審查禁止」當成是另一獨立的審查標準（或原則），而與比例原則有別。⁶ 但本號解釋則是在憲法第23條比例原則的架構下，就言論自由事前審查機制發展出具有上述特定內涵的嚴格審查標準，這對於比例原則的類型化發展及操作，⁷ 亦有方法上的重要意義。

⁵ 本院釋字第649號解釋對於構成職業自由客觀資格限制的立法，係以「特別重要之公共利益」為標準來審查其目的是否合憲。本號解釋參考釋字第649號解釋之用語，明示在嚴格審查標準下，立法目的需達「特別重要」之程度始得合憲。

⁶ 參許志雄，人權論：現代與近代的交會，台北：元照，頁234-237、323-326（2016）（稱為「事前抑制禁止理論」）。

⁷ 有關比例原則之類型化主張，參林子儀，前註1，頁172-173；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探：「階層式比例原則」構想，收於：廖福特（編），憲法解釋之理論與實務（第六輯下冊），頁581-660（2009）；黃昭元，大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化，台大法學論叢，42卷2期，頁215-258（2013）。

本席謹再次強調：本號解釋所採取的嚴格審查標準，將來應得擴張適用於其他商業言論（商業廣告），甚至是所有言論類型之事前審查機制。

（二）嚴格審查標準的效果：原則上違憲，應由政府機關證立系爭規定合憲

[13] 本號解釋適用嚴格審查標準的最重要效果就是：系爭規定「原則上應為違憲」，並應由政府機關證立系爭規定之合憲。前者是法律效果之預定，後者則是（客觀）舉證責任之分配，兩者互為因果。這也是本院歷來解釋中首見的重要闡釋。

[14] 本號解釋正面宣示系爭規定「原則上應為違憲」的重大意義在於：一旦適用嚴格審查標準，在審查過程中，受審查規定之規範地位就先推定為違憲。⁸ 這是一種「有預設審查結論及方向」的類型化操作，而不再是結論開放、自始至終均依個案（ad hoc）認定的方法。然而法院在終局判斷時，難免會面臨效果不明的灰色地帶（例如究應認為合憲或違憲？），此種判斷不明的不利益就涉及客觀舉證責任之分配。不論違憲審查制度是採取具體審查（concrete review）或抽象審查（abstract review），也不論法院審理程序是採取職權調查或當事人進行主義，都會面臨上述客觀舉證責任分配的問題。就此，本號解釋所稱：「系爭規定之立法資料須足以支持…」等語，就是進一步強調：在嚴格審查標準之下，應依本院調查所得或（及）政府機關所提出之相關立法資料，去證立系爭規定之目的及手段合憲。如相關立法資料無法證立，系爭規定即屬違憲。

⁸ 這已經是美國最高法院的穩定立場，See *Near v. Minnesota*, 283 U. S. 697, 716 (1931) (“[T]he limitation has been recognized only in exceptional cases”); *Bantam Books v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 70 (1963) (“Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. [Citing *Near* and other cases]”); *Freedman v. Maryland*, 380 U. S. 51, 57 (1965) (Citing *Bantam Books*); *Carroll v. Princess Anne*, 393 U. S. 175, 181 (1968) (Citing *Bantam Books*); *Organization for a better Austin v. Keefe*, 402 U.S. 415, 419 (1971) (Citing *Carroll and Bantam Books*); *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539, 558 (1976) (Citing *Carroll and Bantam Books*).

[15] 然本院憲法解釋案件之審理程序向以書面審查為原則，罕見言詞辯論。於審查法令時如需參酌立法資料，雖會函詢相關政府機關或透過說明會取得，然仍屬依職權調查。甚至本院亦不必然會要求或曉諭政府機關提出立法資料，以證立或說服本院受審查之法令應該合憲。在此程序限制下，如將上述客觀舉證責任分配下之不利益判斷，逕自歸屬政府機關承擔，不免有枘圓鑿方，扞格不入之質疑。故本號解釋沒有使用類似「應由政府機關舉證證明系爭規定合憲」的用語，而改稱為「系爭規定之立法資料須足以支持…」之要求。用語雖有不同，其意旨仍在強調政府機關之證立責任。本席認為：未來如有適用嚴格審查標準之案件，本院自應盡量舉行言詞辯論或說明會，並明確要求政府機關提出立法資料以證立受審查法令之合憲，以求程序完備。

[16] 再者，本號解釋在此所稱之「立法資料」，應指「立法當時」已經存在的相關資料所支持之真正目的及手段，而不包括立法之後才出現的新事實或新目的。換言之，當適用嚴格審查標準時，法令合憲性的判斷基準時，應以受審查法令之立法（制定、訂定或修正）當時，而非本院審查終結的裁判時為準。反之，如果是寬鬆審查，其效果不僅是先推定受審查法令合憲，而由主張違憲的聲請人證立其違憲；也會容許政府機關提出立法之後才出現的新事實或新目的，甚至容許法院本身依職權發現或認定各種可能的合憲目的，包括想像的目的，來認定受審查法令合憲。這也是嚴格審查標準和寬鬆審查標準的重要差異所在。依據上述意旨，未來立法機關在制定法律，或行政機關在草擬法律草案及訂定各類行政命令時，最好能更詳細地說明立法理由，特別是據以立法之基礎事實及預測，甚至可考慮將之明定於法令內，類似美國國會立法時常見的立法發現（legislative findings）。

三、本號解釋對系爭規定之「目的審查」

[17] 在目的審查上，本號解釋另有兩個亮點值得注意。首先，本號解釋對於嚴格審查標準所要求的「特別重要之公共利益」，進一步提出更具體的認定標準：「直接、立即及難以回復危害」。其次，本號解釋依據上述具體標準，積極審查並明白宣告系爭規定之立法目的違憲，

使得本號解釋成為本院宣告立法目的違憲的少數解釋之一。⁹

（一）以「直接、立即及難以回復危害」作為「特別重要之公共利益」的認定標準

[18] 嚴格審查標準固然要求對目的及手段同時提高審查密度，但有如中度及合理（寬鬆）審查標準，如果無法進一步發展出具有操作可能性的實質要求，這些標準終究只是審查起點的參考架構，仍然會有如比例原則般，遭受空洞公式之質疑。過去本院在釋字第 649 號等解釋中，對於職業自由客觀資格限制的審查，固然已經強調其立法目的應屬特別重要之公共利益，但並未進一步提出具有操作可能性的具體標準，以供認定何謂特別重要之公共利益。本號解釋參考釋字第 445 號解釋於審查集會遊行法事前許可之內容限制時，所採的「明顯而立即危害」之標準，認為商業言論之事前審查機制，其目的需是為避免人民生命、身體、健康遭受「直接、立即及難以回復危害」，¹⁰ 而以此作為立法目的是否符合「特別重要之公共利益」之具體認定標準。

[19] 和釋字第 445 號解釋的「明顯而立即危害」標準相比，本號解釋所採的「直接、立即及難以回復危害」標準，更為嚴格，主要差別在於多了「難以回復」的要求。按「明顯而立即危害」標準，在美國法上是用於審查政府對於高價值言論的事後內容管制，而非事前限制之目的審查。釋字第 445 號將之用於審查集會遊行事前許可的內容管制，失之過寬，已不盡妥當。¹¹ 本號解釋正視事前審查對於言論自由的徹底壓制效果，因此再提升目的審查的要求，並納入「難以回復」的要

⁹ 本院宣告立法目的違憲的其他解釋先例，有釋字第 445、603 號解釋等。釋字第 644 號解釋對於結社自由的許可設立（事前管制）雖然也是嚴格審查，但沒有宣告人民團體法相關規定之目的違憲，而是宣告其手段逾越必要之程度（因另有事後廢止許可之手段）而違憲。

¹⁰ 參林子儀，前註 2，頁 124（將美國最高法院判決所要求的“direct, immediate, and irreparable damage”譯為「直接、立即及不可彌補的傷害」）。林子儀大法官在釋字第 644 號解釋的協同意見書中，對於事前限制言論內容的目的審查，主張應該要求政府舉證證明：如無事前限制，將發生「直接、立即及不可彌補的傷害」。他所主張的審查標準與本號解釋類似。參林子儀，前註 4。

¹¹ 同說參許志雄，前註 6，頁 280。

素，以示本院認真看待並適用嚴格審查標準。就此而言，本號解釋已經突破本院向來解釋，且使目的之嚴格審查具有操作及檢驗可能。本席對此發展，深感贊同。

[20] 惟本號解釋對於「直接、立即及難以回復危害」之意涵，並未有更具體的闡述，有待補充。本席認為：所謂直接，是指廣告（商業言論）與危害之發生間具有高度因果關聯，無須其他因素介入，廣告之刊播就會引發相關危害。¹² 所謂立即，是指廣告與危害之發生間，具有時間的密切關聯性，且無法以其他言論（如討論、批評等）來延緩或避免危害之發生。¹³ 所謂難以回復，則強調廣告一旦導致危害，亦無法以事後的金錢賠償等方式來回復原狀，或透過事後處罰來消除、停止其危害。¹⁴ 反之，如果還可能透過金錢賠償、事後處罰或其他方式而填補或消除危害，即無容許國家透過事前審查來控制廣告言論的必要。和言論內容事後管制之目的審查時所適用的「明顯而立即危害」標準相比，後者並不要求危害需達「難以回復」的程度。由此亦可見上述「難以回復」的要求，應是認定事前審查機制之目的是否合憲的關鍵因素。¹⁵

（二）系爭規定之目的違憲

[21] 系爭規定對其立法目的並無明文，在嚴格審查標準下，已屬違憲。本號解釋為求慎重，另引用系爭條例第24條第1項，認系爭規定「應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大」，「以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益」。對此，本號解釋認為上述目

¹² 例如：看到誇大不實的「頭髮烏溜溜」洗髮精廣告，是否就會導致「頭皮光溜溜」的危害？如果會，才足以成立「直接」危害。

¹³ 例如：化粧品廣告縱使傳播錯誤或有害資訊，消費者是否仍有透過查詢、比較、討論等其他途徑，以獲取真實、正確資訊，從而避免錯誤消費的緩衝時間？

¹⁴ 例如：廣告內容包括個人私密資訊或國家機密，一旦播出，就成為公開資訊。就算事後賠償，但秘密已非秘密，始屬難以回復之危害。

¹⁵ 有關言論自由事前審查機制之目的審查，本號解釋其實忽略了另一項要素：「重大」。這是指立法所擬防免之危害需屬重大危害，如果只是損害程度輕微的危害，亦不足以成為特別重要公益之合憲目的。就非含藥的一般化粧品廣告而言，縱令再如何虛偽或誇大不實，通常都不會導致重大危害。又即使是含藥化粧品廣告，是否會導致重大危害，也不能過於抽象的一般性論斷。

的「固均涉及公益之維護，然廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。」（參解釋理由書第4段）又認為含藥化粧品「對人民生命、身體、健康造成之影響雖較一般化粧品為高，但就此等化粧品之廣告，性質上仍非屬對人民生命、身體、健康構成直接威脅。」（解釋理由書第5段）

[22] 雖然上述兩段解釋理由並未清楚適用「直接、立即及難以回復危害」之認定標準，但本號解釋應是認為廣告只是消費之誘引，另需購買及使用等行為，才可能導致危害，故不符「直接」之要求。又不論是否為含藥化粧品，其廣告所可能導致的危害，恐怕也都難以稱得上是「重大」。從而認為系爭規定之立法目的，固然正當，但未達「特別重要之公共利益」的程度，因此違憲。

[23] 本號解釋宣告系爭規定之目的違憲，並非表示本院漠視化粧品廣告對於國人健康的可能影響。如和食品相比，現行法對於食品廣告只有事後處罰規定，¹⁶ 而無事前審查機制。各類食品是會吃進人體內部，而化粧品則是施用於人體外表。這兩者商品對於人體健康的可能危害或影響，孰大孰小？難道說用在外表的化粧品廣告之可能危害，會遠大於吃進肚子的食品廣告，以致於政府有更強烈的公益要求，必須動用事前審查的管制手段？¹⁷

[24] 附帶一言者，如以本號解釋所提出的「直接、立即及難以回復危害」作為認定立法目的是否合憲的標準，恐怕難以想像有何化粧品或商品「廣告」，有可能產生「直接」危害，而可通過目的之審查。然在其他類型言論（如洩漏國安機密、揭露個人隱私資訊等），經個別認定後，或可能例外通過審查。

¹⁶ 參食品衛生管理法第28、45條規定。

¹⁷ 這無異是告訴人民：會不會拉肚子，先吃再說，政府會事後究責；但棺材內的人在化粧品前，政府會事前審查！

四、本號解釋對系爭規定之「手段審查」

（一）本號解釋之理由及結論

[25] 於宣告目的違憲後，本號解釋進而審查並宣告系爭規定之手段也違憲：「系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。」（解釋理由書第4段）¹⁸ 又本號解釋也強調：「系爭條例第二十四條第一項已另有不實廣告等禁止之明文，對可能妨礙人體健康之不實化粧品廣告，主管機關本得依系爭條例第三十條第一項規定為處罰。」（解釋理由書第5段）因而認定事前審查並非必要的管制手段。

（二）本席意見

[26] 本席贊成本號解釋宣告系爭規定手段違憲的結論，但認為其說理不足，而且失焦，謹此補充說明如下。

1 本號解釋理由之分析

[27] 本號解釋在理由書第5段以另有事後處罰手段為由，認為事前審查手段違憲，應可贊成。然解釋理由書第4段以目的違憲為由，就逕自認定手段與目的之達成間欠缺「直接及絕對必要之關聯」。表面上是在審查手段，然似乎還是在審查目的。對於系爭規定之手段何以違憲，仍欠缺具體說明。按事前審查之效果可阻止人民發表及接收（審查機關所認定之）有害言論，從而阻斷有害言論所直接（如猥褻、有傷風化廣告之傷害）或可能（如虛偽誇大廣告之誤導消費及使用商品）導致的危害。本號解釋如以防止猥褻、有傷風化或虛偽誇大的廣告（參系爭條例第24條1項）為系爭規定之立法目的，則事前審查其實是很有實際壓制力的管制手段，從而與上述目的（特別是防止猥褻、有傷風化廣告之出現）之達成間反而是會具有「直接」關聯。

[28] 正因為事前審查對言論自由的壓制效果太強、太徹底，因此要予

¹⁸ 解釋理由書第5段最末幾行認定含藥化粧品廣告之事前審查手段違憲，理由與第4段類似。

以嚴格審查。在本案，由於本號解釋已經先宣告目的違憲，故如何認定手段違憲，或許已非重點。但如立法目的能通過上述極其嚴格的「直接、立即及難以回復危害」之檢驗而合憲，則事前審查恐怕會是防止上述危害發生的必要手段。特別是當非廣告性質之其他言論可能或必然導致直接、立即且難以回復的危害時，如洩漏即將進行的作戰計畫內容、現職情報人員所在及活動等國家安全資訊，或揭露個人私密照片、影片等隱私資訊，在此脈絡下，事前審查手段是可能成為最後的必要管制手段。此時，縱令適用傳統比例原則所強調的必要性次原則（最小侵害手段），亦難根本、完全否定事前審查之必要性。至於適合性及衡平性這兩個次原則所強調的關聯性高低及損益是否相當，通常就更無作用了。¹⁹ 換言之，一旦認為事前審查機制之目的合憲，手段審查的重點就不再是傳統比例原則的三個次原則（此時會只剩必要性原則還可用），而會轉到：假使要例外容許事前審查，應有的配套要求為何？

2 手段審查之重點

[29] 本席認為，法院對於系爭規定事前審查機制的手段審查，至少還應包括以下幾個重點：

(1) 是否打擊過廣（overbreadth）？

[30] 如果要落實最小侵害手段要求的審查，本案的審查重點應該是：系爭規定不分廣告媒體及方式，²⁰ 要求一律事前審查。在平面（如報

¹⁹ 一般而言，在適用嚴格審查標準時，比例原則的適合性和衡平性這兩個次原則，原本就無用武之地，而只有必要性次原則才是真正具有殺傷力的嚴格審查標準。

²⁰ 美國法對於藥品廣告，也只要求「電視」廣告需要事前送審。21 U.S.C. § 353c: “(a) The Secretary may require the submission of any television advertisement for a drug (including the script, story board, rough, or a completed video production of the television advertisement) to the Secretary for review under this section not later than 45 days before dissemination of the television advertisement...” 但主管機關並無權力直接或要求變更送審之廣告內容，而只能要求業者將應強制標示的資訊（如嚴重副作用）納入其廣告中。21 U.S.C. § 353c: “.....

(b) In conducting a review of a television advertisement under this section, the Secretary may make recommendations with respect to information included in

紙、雜誌等）及電子（如電視、廣播等）媒體刊播的化粧品廣告固然要事前送審；但就連商店內外之標示、張貼及立牌、街頭傳單、網路及社群媒體之廣告等，也都要送審。又即使是內容沒有問題的廣告，例如商店在面膜賣架上擺放「連續十年銷售第一名」之類廣告，如果沒有事先審查通過，依法仍屬可罰。就此而言，系爭規定的管制範圍確實打擊過廣，而已逾必要範圍。本號解釋理由書認為系爭規定事前審查手段與目的之達成間不具「絕對必要」之關聯，應可如此理解。

(2) 是否欠缺明確的許可基準？

[31] 系爭規定之事前審查機制使行政機關得透過其許可處分，決定化粧品廣告能否刊登及其刊登內容。如果行政機關欠缺明確的許可基準據以執行，其審查勢必流於恣意、無法預測。這是法院評價事前審查機制手段是否合憲時，所應該重視者。²¹

the label of the drug—

(1) on changes that are— (A) necessary to protect the consumer good and well-being; or (B) consistent with prescribing information for the product under review; and

(2) if appropriate and if information exists, on statements for inclusion in the advertisement to address the specific efficacy of the drug as it relates to specific population groups, including elderly populations, children, and racial and ethnic minorities.

(c) Except as provided by subsection (e), this section does not authorize the Secretary to make or direct changes in any material submitted pursuant to subsection (a).

.....

(e)(1) In conducting a review of a television advertisement under this section, if the Secretary determines that the advertisement would be false or misleading without a specific disclosure about a serious risk listed in the labeling of the drug involved, the Secretary may require inclusion of such disclosure in the advertisement....”

²¹ 這也是美國最高法院判決強調的審查重點之一，see e.g., *Niemotko v. Maryland*, 340 U. S. 268, 273 (1951) (“ [T]he lack of standards in the license-issuing “practice” renders that “practice” a prior restraint in contravention of the Fourteenth Amendment, and that the completely arbitrary and discriminatory refusal to grant the permits was a denial of equal protection.”); *Kunz v. New York*, 340 U. S. 290, 293 (1951) (“ [A]n ordinance which gives an administrative official discretionary power to control in advance the right of citizens to speak on religious matters on the streets of New York. As such, the ordinance is clearly invalid as a prior

[32] 在本案，系爭規定本身並沒有明文規定任何足供行政機關據以執行的明確許可基準。然依系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條²² 規定，主管機關發布「化妝品得宣稱詞句例示及不適當宣稱詞句列舉」之命令，²³ 作為實務上審查化粧品廣告的許可基準。如以這項命令為準，系爭規定之事前審查機制其實是有相當明確的許可基準。²⁴ 如要再深究其合憲性，問題應該不是不夠明確，而是太繁瑣及過於僵化。

[33] 至於系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條規定本身是否符合法律明確性原則？又系爭條例施行細則第 20 條是否符合明確授權原則？則屬另一問題，而非此處是否欠缺明確許可基準的問題。

(3) 是否有充分的程序保障？

[34] 本號解釋理由書第 3 段強調事前審查機制應「賦予人民獲立即司法救濟之機會」，其手段始得合憲。可惜的是，本號解釋在理由書第 4 及 5 段實際審查系爭規定手段時，並未進一步闡述其意。為免誤解及未來適用上疑義，本席謹補充說明如下。

[35] 如果要賦予行政機關事前審查言論的權力，最重要的配套設計應該是要提供當事人充分的程序保障，包括：（1）行政機關要在預定發

restraint on the exercise of First Amendment rights.”)。

²² 系爭條例第 24 條第 1 項：「化粧品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」系爭條例施行細則第 20 條規定：「化粧品廣告之內容，應依本條例第二十四條第一項規定，不得有左列情事：一、所用文字、圖畫與核准或備查文件不符者。二、有傷風化或違背公共秩序善良風俗者。三、名稱、製法、效用或性能虛偽誇大者。四、保證其效用或性能者。五、涉及疾病治療或預防者。六、其他經中央衛生主管機關公告不得登載宣播者。」

²³ 行政院衛生署中華民國 102 年 3 月 26 日署授食字第 1021066202 號令（102 年 8 月 1 日生效）。

²⁴ 主管機關於前註之命令中，同時公布附表一「化粧品得宣稱詞句例示」及附表二「化粧品不適當宣稱詞句列舉」，並於說明三規定：「…未列舉之詞句，其整體仍不得涉及醫療效能、虛偽或誇大等內容。」查附表一例示之得宣稱詞句有如下：「滋養髮根」、「活化頭皮」、「青春的頭髮」等，附表二列舉之不適當宣稱詞句有如下：「有效預防掉髮」、「頭頂不再光禿禿、頭頂不再光溜溜」等。不管是得宣稱或不適當宣稱的詞句，都相當具體、特定。

表言論的時點之前迅速作出許可與否的決定；(2)在行政機關決定前，要讓當事人有陳述意見的機會；(3)及時的事後司法救濟。所謂及時，指的是司法機關也要能在預定的言論發表日之前，迅速做出裁判，使當事人不致因為行政機關的不許可，而錯過預定的發言時機。²⁵ 本號解釋所稱「立即司法救濟」，應與上述(3)之意旨相通。

[36] 其次，本號解釋強調必須給予人民「司法救濟」的機會，指的是法院所提供的行政訴訟等救濟；至於向行政機關提出訴願或其相當程序（如復查、申訴等），仍然不夠。為免國家透過行政機關之事前審查機制，恣意阻斷言論之發表，因此要由法院以中立第三者立場予以裁判，以防濫權。訴願等程序只是行政機關的內部反省，性質上仍屬行政權作用，並不足以構成充分的程序保障。在此範圍內，應修法排除訴願前置原則²⁶的限制。

[37] 最後，本號解釋強調司法救濟必須「立即」，意指在人民預定發言日前，法院就要能做出裁判。故如行政機關於審查後禁止人民刊播廣告或發表其他言論，對於這類禁止或拒絕（否准）處分，人民固得依行政訴訟法第4條提起撤銷訴訟，或依同法第5條提起課予義務訴訟，要求行政機關作成許可處分。然行政法院在實務上是否真能提供如此「及時」的救濟？恐怕是未來的難題所在。

五、相關與未決問題

（一）本案受理範圍

[38] 本案聲請人聲請解釋的法令，除了本號解釋受理的系爭條例第24條第2項及其連結的系爭條例第30條罰則規定外，另包括系爭條例第24條第1項及系爭條例施行細則第20條規定。本號解釋以聲請人在客觀上未具體指摘後兩項法令有何牴觸憲法之處為由，不予受理。

[39] 考量本件原因案件確定終局裁判是以聲請人「未事前送審」化粧

²⁵ 參林子儀，前註1，頁149。

²⁶ 如行政訴訟法第4條第1項中有關「…經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，…」，及同法第5條第1、2項中有關「…經依訴願程序後，…」，強制要求需先提起訴願的程序限制。

品廣告為事實基礎，適用系爭條例第 24 條第 2 項及第 30 條規定，維持主管機關之罰鍰處分。在此意義上，或可認為系爭條例第 24 條第 1 項及系爭條例施行細則第 20 條並非確定終局裁判所真正適用的法令。依過去解釋先例，本院雖可以上述法令具有客觀關聯性為由，將之納入審查範圍。但在理由論述上，恐需另依法律明確性等原則審查其合憲性，益增本案之複雜性。鑑於本案之審理速度已經明顯遲誤，²⁷ 為求亡羊補牢，儘速做出解釋，本號解釋對於上述兩項法令不予受理，本席勉強可以支持。

（二）相關的未決問題

[40] 有關言論自由的事前審查機制，除了本案所審理的化粧品廣告及本院釋字第 414 號解釋曾審理過的藥品廣告外，現行法中尚有如廣播電視醫療廣告之核准、²⁸ 中小學教科書之審定²⁹ 等。此等事前審查機制，雖與系爭規定有類似性質，但並非本號解釋審查範圍直接所及。將來如有爭議，仍需另行處理。

六、結語

[41] 事前審查機制會自始禁止言論之出現，使人民無從透過言論之交換與討論，而得以知悉、檢驗或反駁相關主張。其對人民表意自由之壓制程度，最為徹底。如果說過於嚴厲的事後處罰，會產生寒蟬效應。那提前扼殺言論的事前審查，無疑更會產生啞蟬效應。寒蟬如不畏冬，猶可一鳴；啞蟬既已失聲，只能自凝。在各國歷史上，常見政府濫用或誤用事前審查機制以箝制言論。因此現代民主憲政國家之憲法學理及實踐，可說都已經對事前審查機制採取高度質疑的立場。這是經驗

²⁷ 本件原因案件自判決確定時起，至 2016 年 9 月 8 日，已逾五年再審不變期間（參行政訴訟法第 276 條第 4 項）。故縱使本號解釋宣告確定終局裁判所適用之系爭規定違憲並立即失效，聲請人仍無從據以提起再審（類推適用本院釋字第 209 號解釋）。就此遲誤，本院確有失職之處。

²⁸ 醫療法第 85 條第 2 項：「利用廣播、電視之醫療廣告，在前項內容範圍內，得以口語化方式為之。但應先經所在地直轄市或縣（市）主管機關核准。」

²⁹ 相關法令依據有：國民教育法第 8-2 條第 1 項：「國民小學及國民中學之教科圖書，由教育部審定，必要時得編定之。…」、高級中等教育法第 48 條第 2 項：「高級中等學校教科用書，由國家教育研究院審定；…」，及教育部發布之「國民小學及國民中學教科圖書審定辦法」、「高級中等學校教科用書審定辦法」。

的反省，而不只是抽象思辯的結果。

[42] 我國在威權統治時期，事前審查機制也是當時政府打壓異己、控制社會的重要工具之一。殷鑑不遠，尤應引以為戒。即使是在民主時代，也應注意國家改以善良家長自居，而將粗魯的鎮壓暴力，轉換成細緻的規訓工具，繼續沿用。

[43] 商品廣告固以追求經濟利益為其主要目的，但其除了提供商品資訊外，亦常兼有意見表達的成分。特別是在多元傳播媒介的現代社會，各種高創意的廣告設計與表現，早已成為人們消費的重要資訊來源，甚至是日常生活的一部分，而與其他類型言論交叉匯流，相互影響。對於商品廣告的表意價值，確實值得重新評估與正視。

部分不同意見書

吳陳鑑大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

本件多數意見之解釋理由書中：「……對化粧品廣告之事前審查，……賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」之論述，不僅剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，且侵犯立法機關立法形成自由之立法權，有違權力分立原則，難以認同。

解釋理由書謂：政府機關對化粧品廣告之事前審查，應賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合比例原則及憲法保障言論自由意旨之論述，無非基於下列兩項理由：一、他國制度，有就言論自由發生受政府機關侵害之爭議時，賦予立即司法救濟之機會者；二、我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟之功能，應予廢止。

惟按各國制度不同，不能不顧我國制度，強將他國與我國制度不相容之作法引進國內，尤其不能無視我國憲法之規定，硬將他國與我國憲法規定牴觸之制度，作為解釋我國憲法之依據。

次按，人民有訴願之權，為我國憲法第十六條所明定。雖本院釋字第四一八號解釋肯認因違反道路交通管理處罰條例事件對行政機關之處罰不服者，由普通法院之交通法庭審理，而未如一般行政爭訟事

件，循訴願及行政訴訟程序，請求救濟，並不違憲。惟此係因將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，屬立法者之權限，自應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。立法機關基於行政處分所受影響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，將不服行政機關處罰之違反道路交通管理處罰條例事件，設計由普通法院之交通法庭審理，而非如一般行政爭訟事件，循訴願及行政訴訟程序尋求救濟，即與憲法第十六條之意旨並無牴觸。¹ 亦即人民

¹ 本院釋字第四一八號解釋，係因某民眾於中華民國八十三年四月間，駕駛自用小客車遭警察機關舉發車速超過時速限制，嗣交通監理機關以該舉發通知單，裁決該民眾違反道路交通管理處罰條例第三十三條，處該民眾罰鍰。該民眾依當時道路交通管理處罰條例第八十七條規定向管轄之臺灣臺中地方法院聲明異議，經該院裁定駁回異議。該民眾不服提起抗告，又經臺灣高等法院臺中分院駁回抗告確定。該民眾即以人民有訴願、訴訟之權，憲法第十六條有明文，而道路交通管理處罰條例第八十七條卻規定對於不服主管機關所為之處罰應向管轄地方法院聲明異議，致使其無從對於非法之裁決書依訴願程序請求訴願、再訴願及提起行政訴訟，顯與憲法第十六條「人民有訴願、訴訟之權」之規定有違，聲請本院解釋憲法。本院於中華民國八十五年十二月二十作成釋字第四一八號解釋，解釋文釋明：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」解釋理由書復釋明：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。司法救濟之方式，有不論民事、刑事或行政訴訟之裁判，均由普通法院審理；有於普通法院外，另設行政法院審理行政爭訟事件，我國即從後者。然無論採何種方式，人民於其權利因違法行政處分而遭受侵害時，得向法院請求救濟，則無不同。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。道路交通管理處罰條例中所規定之處罰計有罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照等，均係行政機關對違反秩序行為之裁罰性行政處分。道路交通管理處罰條例第八十七條規定：『受處分人，不服

對於行政機關²之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，除由立法機關基於行政處分所受影響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，而以法律另為設計規定者，從其規定外，應依訴願法提起訴願。³經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，始得向行政法院提起撤銷訴訟。⁴而訴願法所稱之行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。該決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦為行政處分。⁵

第八條主管機關所為之處罰，得於接到裁決之翌日起十五日內，向管轄地方法院聲明異議。』；『法院受理前項異議，以裁定為之。』；『不服第二項之裁定，得為抗告。但不得再抗告。』。是受處分人因交通事件對行政機關處罰而不服者，應由普通法院之交通法庭審理，而非如一般行政爭訟事件循訴願、再訴願及行政訴訟程序，請求救濟。此係立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率及其終局裁判之急迫性以及受理爭訟案件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧案件之特性及既有訴訟制度之功能而為設計。上開法條，既給予當事人申辯及提出證據之機會，並由憲法第八十條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判，顯已符合正當法律程序，依本理由書首段所揭示之法理，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」

² 行政程序法第二條第一項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」第二項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」參照。

³ 訴願法第二條第一項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」參照。

⁴ 行政訴訟法第四條第一項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」參照。

⁵ 訴願法第三條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」參照。

查依多數意見之解釋理由，化粧品廣告之事前審查，如符合有關之立法資料足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為避免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間，具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。

惟人民對於行政機關依合憲之化粧品廣告事前審查規定所為之決定不服，係對於行政機關就公法上具體事件所為之決定而對外直接發生法律效果之單方行政行為之行政處分不服，依本院釋字第四一八號解釋意旨與訴願法第二條第一項及行政訴訟法第四條第一項規定，除立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率與其終局裁判之急迫性及受理爭訟事件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧事件之特性及既有訴訟制度之功能，而以法律另為設計規定者，從其規定外，應先提起訴願，如就訴願決定不服，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，始得向行政法院提起行政訴訟。多數意見認對於行政機關依合憲之化粧品廣告事前審查規定所為之決定不服，「應『直接』賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」，揆諸上開說明，不僅剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，且侵犯立法機關立法形成自由之立法權，有違權力分立原則，難以認同。

另按，「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」「訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。」訴願法第五十二條第一項及第二項定有明文。各機關審議訴願事件之訴願審議委員會委員，社會公正人士、學者、專家人數既在二分之一以上，則多數意見所指我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟功能之立論，於制度設計上，已不能成立。更何況依據司法院統計，中華民國一〇四年全年各高等行政法院判決原告全部勝訴、全部敗訴、部分勝訴部分敗訴及裁定駁回終結之行政訴訟第一審事件合計二千四百六十一件，其中原告全部勝訴

二百零五件，部分勝訴部分敗訴一百二十件，部分勝訴部分敗訴以二分之一計算其勝訴率，則原告勝訴率為百分之十點七七；⁶ 而依據行政院統計，一〇四年全年行政院與所屬機關⁷ 及各地方機關⁸ 訴願事件作成訴願決定者分別為一萬三千二百八十九及六千三百三十九件，其中撤銷原處分者分別為一千二百七十九件及五百五十七件，撤銷原處分者占全部訴願決定之比率分別為百分之九點六二及百分之八點七九。兩相比較，似乎受處分人向高等行政法院提起行政訴訟之勝訴率較高。惟如加計原處分機關於訴願程序中自行撤銷或變更原處分之件數，行政院與所屬機關及各地方機關分別為五百五十八件及七百十三件，則受處分人獲得救濟之比率分別為百分之十三點二七及百分之十八點零一，較之向高等行政法院起訴獲得勝訴之比率為高。多數意見所指我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟功能之立論，於實際運作上，亦與實情不符。又一〇四年全年各高等行政法院辦理終結之行政訴訟事件，由收案至結案之平均日數為一百五十六點七三日；⁹ 而行政院及所屬機關一〇四年全年作成訴願決定終結之訴願事件，三個月內作成者為八千五百八十一件，三至五個月內作成者為四千七百零三件，逾五個月作成者僅五件；¹⁰ 各地方機關一〇四年全年作成訴願決定終結之訴願事件，三個月內作成者為六千零四十三件，三至五個月內作成者為二百九十六件，無逾五個月作成者。¹¹ 則顯然訴願較之行政訴訟給予民眾較迅速之救濟機會。綜上說明，多數意見主張我國訴願制度官官相護，不能發揮救濟之功能，應予廢止，不僅顯乏依據，且如上所述，非惟剝奪人民受憲法第十六條保障之訴願權，同時侵犯立法機

⁶ 中華民國 104 年司法統計年報，司法院統計處，司法院，臺北，105 年 6 月，頁 7-12，7-13。

⁷ http://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=26A572F8F156F4F7&sms=78702647C7A5B61B&s=3F021D1327A05414 last visit on January 3, 2017.

⁸ 同上註。

⁹ 同註 6，頁 7-8，7-9。

¹⁰ 同註 7。

¹¹ 同上註。

關立法形成自由之立法權，與權力分立原則有違，無法認同。

至本院釋字第七〇八號解釋¹²及釋字第七一〇號解釋，¹³雖曾分別釋明，依入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定，因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟，不符憲法第八條第一項保障人身自由之意旨。此係因憲法第八條第一項明定人民身體自由之剝奪，應由法院依法定程序為之，有以致之。則依入出國及移民法、臺灣地區與大陸地區人民關係條例規定受暫時收容之人，其身體自由受剝奪，自應容許其即時尋求司法救濟，始符憲法第八條第一項之意旨。本院釋字第七〇八號解釋及釋字第七一〇號解釋，乃係就人民身體自由遭剝奪，應容許其依憲法第八條第一項即時尋求司法救濟所為解釋，與本件言論自由受限制之情形不同，自無從比附援引，併予指明。

（相關聲請書及裁判請上司法法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

¹² 本院釋字第七〇八號解釋文：「中華民國九十六年十二月二十六日修正公布之入出國及移民法第三十八條第一項：『外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得暫予收容……』（即一〇〇年十一月二十三日修正公布同條項：『外國人有下列情形之一，……入出國及移民署得暫予收容……』）之規定，其因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟……有違憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。」

¹³ 本院釋字第七〇八號解釋文：「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條……第二項規定：『前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……』（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），……於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；……不符憲法第八條保障人身自由之意旨。」

司法院釋字第七四五號解釋

【薪資所得未許實額減除費用是否違憲案】

中華民國 106 年 2 月 8 日

院台大二字第 1060003592 號

解 釋 文

所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款、同法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2 關於薪資所得之計算，僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，於此範圍內，與憲法第 7 條平等權保障之意旨不符，相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定。

財政部中華民國 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 號函釋關於大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，與憲法第 19 條租稅法律主義及第 23 條規定尚無牴觸。

解釋理由書

聲請人陳清秀認其於中華民國 97 年度在大學任教所得應屬執行業務所得，不服財政部臺北市國稅局核定為薪資所得之處分，申請復查、提起訴願均遭駁回後，提起行政訴訟，經臺北高等行政法院以 100 年度簡字第 236 號判決駁回。嗣聲請人提起上訴，經最高行政法院 101 年度裁字第 196 號裁定，以其未具體指摘原判決違背法令，上訴不合法為由予以駁回，是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決所適用之所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款（下併稱系爭規定一）關於薪資所得未採實額減除成本費用之計算規定，及財政部 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 號函釋（下稱系爭函釋）將大專院校兼任教師所支領授課鐘點費一律列為薪資所得之規定，有牴觸憲法第 7 條、第 19 條、第 23 條及第 165 條等規定之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與司法院大法官審理案件法

第5條第1項第2款所定要件相符，爰予受理。另聲請人臺灣桃園地方法院行政訴訟庭語股法官為審理101年度簡字第49號綜合所得稅事件，認該案應適用之90年1月3日修正公布所得稅法第17條第1項第2款第3目之2規定（與其後修正公布之各年版，下併稱系爭規定二），採取定額特別扣除，欠缺實額減除成本費用之計算方式，有牴觸憲法第7條、第15條及第23條等規定之疑義，裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法，核與本院釋字第371號、第572號及第590號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理。查上述兩件聲請所聲請解釋之系爭規定一及二，均涉所得稅法有關薪資所得計算規定是否有牴觸憲法之疑義，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一及二與憲法第7條平等權保障之意旨不符

憲法第7條規定人民之平等權應予保障。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第682號、第722號解釋參照）。所得稅法第13條規定：「個人之綜合所得稅，就個人綜合所得總額，減除免稅額及扣除額後之綜合所得淨額計徵之。」為計算個人綜合所得淨額，立法者斟酌各類所得來源及性質之不同，分別定有成本及必要費用之減除、免稅額、扣除額等不同規定（所得稅法第4條、第14條及第17條等規定參照）。此等分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規畫及預估，固較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定。惟其決定仍應有正當目的，且其分類與目的之達成間應具有合理關聯，始符合量能課稅要求之客觀淨值原則，從而不違反憲法第7條平等權保障之意旨。

所得稅法第14條所定各類個人所得中，執行業務所得與薪資所得同屬個人提供勞務所得，性質相近。關於執行業務所得，現行所得稅法第14條第1項第2類規定：「執行

業務所得：凡執行業務者之業務或演技收入，減除業務所房租或折舊、業務上使用器材設備之折舊及修理費，或收取代價提供顧客使用之藥品、材料等之成本、業務上雇用人員之薪資、執行業務之旅費及其他直接必要費用後之餘額為所得額……。」關於薪資所得，系爭規定一規定：「薪資所得：凡公、教、軍、警、公私事業職工薪資及提供勞務者之所得：一、薪資所得之計算，以在職務上或工作上取得之各種薪資收入為所得額。二、前項薪資包括：薪金、俸給、工資、津貼、歲費、獎金、紅利及各種補助費……。」90年1月3日修正公布之系爭規定二規定：「薪資所得特別扣除：納稅義務人及與納稅義務人合併計算稅額報繳之個人有薪資所得者，每人每年扣除7萬5千元……。」（82年2月5日修正公布所得稅法第5條之1定有依消費者物價指數上漲幅度調整薪資所得特別扣除額之規定；97年12月26日修正為10萬元；103年6月4日修正為12萬8千元。）顯見所得稅法對於執行業務所得之計算，採實額減除成本及必要費用方式（下稱實額減除）；就薪資所得之計算，則未容許列舉減除超過法定扣除額之必要費用，且以單一額度特別扣除額方式，一體適用於全部薪資所得者（下稱定額扣除），不僅形成執行業務所得者與薪資所得者間之差別待遇，亦形成薪資所得者間之差別待遇。

查我國每年薪資所得申報戶數已達500萬戶以上，遠多於執行業務所得申報戶數，如主管機關對個案之薪資所得均須逐一認定，其行政成本將過於龐大。若採與必要費用額度相當之定額扣除法，使薪資所得者無須設置個人帳簿或保存相關憑證，即得直接定額扣除其必要費用，主管機關亦無須付出審查之勞費，當可簡化薪資所得者之依從成本及國家之稽徵成本（財政部102年11月4日台財稅字第10200147460號函附件說明參照）。是以系爭規定一及二只採定額扣除，

除有減輕薪資所得者稅負之考量外（立法院公報第 63 卷第 95 期院會紀錄第 27 頁參照），係為求降低稅捐稽徵成本，其目的尚屬正當。

本於量能課稅原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用後的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基。此項要求，於各類所得之計算均應有其適用。定額扣除額為必要費用之總額推估，亦應符合上開要求。主管機關考量薪資所得者與執行業務所得者是否為自力營生之不同（所得稅法第 11 條第 1 項參照），固得就各自得減除之必要費用項目及最高額度等為合理之不同規範。然現行法令為兼顧稅捐稽徵成本之降低與量能課稅原則，准許執行業務所得者得按必要支出項目及額度減除必要費用，以計算執行業務所得（所得稅法第 14 條第 1 項第 2 類、執行業務所得查核辦法第 4 章、財政部發布之各年度執行業務者費用標準參照）。兩相對照，系爭規定一及二關於薪資所得之計算，僅許定額扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，形成顯然之差別待遇。此項差別待遇，與薪資所得者之是否為自力營生並無必然關聯。又現行單一定額之薪資所得特別扣除額規定，未考量不同薪資所得者間之必要費用差異，過於簡化，對於因工作必要，須支出顯然較高之必要費用者，確會產生適用上之不利差別待遇結果，致有違量能課稅所要求的客觀淨值原則。在此範圍內，系爭規定一及二之差別待遇手段與其目的之達成間欠缺合理關聯，而與憲法第 7 條平等權保障之意旨不符。相關機關應自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定。

二、系爭函釋與憲法第 19 條及第 23 條規定尚無抵觸

主管機關於職權範圍內適用各該租稅法律規定，本於法定職權予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵

守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違（本院釋字第 607 號、第 615 號、第 625 號、第 635 號、第 660 號、第 674 號、第 685 號及第 693 號解釋參照）。系爭函釋稱：「三、公私機關、團體、事業及各級學校，開課或舉辦各項訓練班、講習會，及其他類似性質之活動，聘請授課人員講授課程，所發給之鐘點費，屬同法第 14 條第 1 項第 3 類所稱之薪資所得。該授課人員並不以具備教授（包括副教授、講師、助教等）或教員身分者為限。」其中關於大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，係財政部基於主管機關地位，於其法定職權範圍內，依一般法律解釋方法，闡釋薪資所得之涵蓋範圍，符合系爭規定一之立法意旨；且有助於釐清適用上可能疑義，供扣繳義務機關及稅捐稽徵機關有所遵循，從而簡化稽徵成本，亦無增加法律所未規定之租稅義務，與憲法第 19 條租稅法律主義及第 23 條規定尚無牴觸。

為貫徹租稅公平原則，合理分配國家稅賦負擔，相關機關應併通盤檢討現行法令有關不同所得之歸類及各類所得之計算方式是否合理、得減除之成本及直接必要費用（含項目及額度）是否過於寬泛、各職業別適用之不同費用標準是否應有最高總額限制，尤其各項租稅優惠措施是否過於浮濫，併此指明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官	蔡炯燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發
	湯德宗	黃虹霞	吳陳銀	蔡明誠
	林俊益	許志雄	張瓊文	黃瑞明
	黃昭元			

部分協同意見書

湯德宗大法官	提出
蔡炯燉大法官	加入
陳碧玉大法官	加入
林俊益大法官	加入

本解釋釋示所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款¹、同法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2²（下併稱系爭規定）僅許薪資所得者就「個人薪資收入」減除定額之「薪資所得特別扣除額」³（下稱「定額減除」），計算為「薪資所得額」，作為所得稅之核課基礎，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用（下稱「實額減除」，參見所得稅法第 14 條第 1 項第 2 類、執行業務所得查核辦法第 4 章、財政部訂定發布之各年度執行業務者費用標準），於此範圍內，與憲法第七條平等權保障之意旨不符，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正。關於上開結論，本席敬表贊同，並協力形成可決之多數；茲就解釋之意義與說理，簡要補充如下。

一、本解釋首度釋示「量能課稅所要求的客觀淨值原則」亦屬憲法「平等權」之內涵

本解釋釋示系爭規定於薪資所得者該年度之「必要

¹ 所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款規定：「個人之綜合所得總額，以其全年下列各類所得合併計算之：……第三類：薪資所得：凡公、教、軍、警、公私事業職工薪資及提供勞務者之所得：一、薪資所得之計算，以在職務上或工作上取得之各種薪資收入為所得額。二、前項薪資包括：薪金、俸給、工資、津貼、歲費、獎金、紅利及各種補助費。但為雇主之目的，執行職務而支領之差旅費、日支費及加班費不超過規定標準者，及依第四條規定免稅之項目，不在此限」。

² 所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2 規定：「按第十四條至第十四條之二及前二條規定計得之個人綜合所得總額，減除下列免稅額及扣除額後之餘額，為個人之綜合所得淨額：……二、扣除額：納稅義務人就下列標準扣除額或列舉扣除額擇一減除外，並減除特別扣除額：……（三）特別扣除額：2. 薪資所得特別扣除：納稅義務人、配偶或受扶養親屬之薪資所得，每人每年扣除數額以十二萬八千元為限」。

³ 薪資所得之減除規定，所得稅法初於民國 63 年 12 月 30 日修法，採「具總額上限之比率扣除」（即按薪資所得 10% 之比率扣除，但每年扣除總額不得逾 4 千元），嗣遞經修正提高額度（68 年 1 月 9 日修正為按薪資所得 20% 比率扣除，每人每年不得超過 5 千元；72 年 12 月 27 日修正為 30% 比率，每人每年不得超過 1 萬 1 千元）。繼於 78 年 12 月 30 日修法，改採「定額扣除」（每人每年定額扣除 4 萬 5 千元），自民國 82 年 2 月 5 日修正所得稅法第 5 條之 1，更規定依消費者物價指數上漲幅度，調整薪資所得特別扣除額。97 年 12 月 26 日調高為 10 萬元，103 年 6 月 4 日再調高為 12 萬 8 千元迄今。

費用」超過「法定扣除額」時，不許（以列舉或其他方式）減除必要費用，違反「量能課稅所要求的客觀淨值原則」而「違憲」（解釋理由書第五段及第二段參照），大舉將「量能課稅」原則 (the ability to pay principle, das Leistungsfähigkeitsprinzip, le principe des faculties contributives) 所含「客觀淨值」原則 (das objective Nettoprinzip)⁴ 提升至憲法位階，顯示大法官為完善租稅法規的違憲審查，正努力超越向來以「租稅法律主義」為中心的「形式審查」，朝向「實質審查」方向邁進！⁵

二、本解釋亦本院以「低標」審查，而宣告「違憲」之首例

按本院自有意⁶ 區分寬嚴不同的審查基準 (standards of review) 以來，舉凡宣示：系爭規定是否合乎憲法「平等權」之意旨，應視「其差別待遇之目的是否正當」（是即「目的合憲性審查」），及「其分類與規範目的之達成之間，是否具有合理之關聯」（是即「手段與目的之關聯性審查」）而定者（即通稱之「低標」審查），率皆尊重立法裁量或行政專業判斷，而作成「合憲」之宣告。⁷ 本件雖同採「低標」審查（解釋理由書第二段參照），而認系爭規定乃為「降低稅捐稽徵成本」，目的核屬「正當」（解釋理由書第四段參

⁴ 關於「量能課稅」原則與「客觀淨值」原則之介紹，參見柯格鐘，〈論量能課稅原則〉，《成大法學》，第14期，頁55-120（2007年12月）；黃源浩，〈論量能課稅〉，輯於《葛克昌教授祝壽論文集》，頁581-624（2016年1月）；柯格鐘，〈論稅捐正義的追尋：從憲法平等原則到稅法量能課稅原則的路徑〉，《台大法學論叢》，第45卷，頁1228-1304（2016年11月）。

⁵ 參見本席於釋字第700號解釋所發表之〈不同意見書〉。

⁶ 本院自釋字第578號解釋以降，始開始明確區分審查基準。參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁581-660（頁589-590）（中研院法律所，2009年7月）。

⁷ 例如本院釋字第727號、第675號、第647號、第639號解釋。至本院釋字第722號解釋雖採「合理基準」審查，而宣告財政部訂頒之「執行業務所得查核辦法」第10條第2項規定，因「涵蓋不足」（致有類似會計需要之其他執行業務者，無法申請改採「權責發生制」）而違憲。惟其關於「低標」審查之操作，顯有誤解，不足為例。參見本席於該號解釋所發表之〈部分協同意見書〉。

照），然其差別待遇手段（不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，計算其薪資所得額），則因違反「量能課稅所要求的客觀淨值原則」，而與所欲目的（降低稅捐稽徵成本）之達成間欠缺「合理關聯」。如上運作，等於宣示：「低標」之中亦有「具殺傷力的合理審查」(rational review with bite)⁸。從此，「低標」勢將更細分為不同（審查密度）的子類型。

更重要的是，本解釋所確立的「具殺傷力的合理審查」與本院前此採用「低標」審查之其他解釋，有何區別？何以不復尊重立法之裁量或行政專業之判斷，而作出「違憲」的宣告？本席以為，「具殺傷力的合理審查」較之「其他合理審查」，具有兩項微妙而重要的差異。⁹析言之：

1. 舉證責任之移轉

我國現行違憲審查因採抽象（法規）審查制，且鮮少舉行言詞辯論，致舉證責任之歸屬向不明確。然，違憲審查既為司法權之一環，亦須被動依法定程序，就個案爭議，獨立、中立作成終局、權威之憲法或法之宣告（本院釋字第601號解釋理由書第11段參見），則如何在聲請人（相當於原告）與相關機關（相當於被告）間分配舉證責任，殆無從迴避之議題。是本院前此適用「低標」審查所作成之解釋，實際上係課予「聲請人」舉證系爭規定為「違憲」之責任，並因聲請人未能成功舉證系爭規定為「違憲」，本院乃尊重立法裁量或行政專業判斷，作成「合憲」之宣告。反之，本解釋則於聲請人釋明¹⁰其憲法權利（平等權）受有侵害後，便將舉證責任移轉予「相關機關」負擔，並

⁸ 或稱之為「會咬人的合理審查」。參見黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，第33卷第3期，頁17註解36。

⁹ 參見湯德宗，前揭（註7）文，頁612-613, 623-624。

¹⁰ 參見辦理民事訴訟應行注意事項（105.5.23）第89點（釋明與證明）。

因相關機關未能證明系爭規定為「合憲」，本院乃作成「違憲」之宣告。細繹解釋理由書，不難發現其間猶有另項微妙之差異。

2. 顯然「限制較少的替代手段」(“less restrictive alternative”)之檢視

基於「權力分立」原則，本案多數大法官在未有客觀證據顯示有「可疑分類」(suspect classifications)的情形下，並未揣度系爭規定之「立法動機」(legislative motivation)，而認同系爭規定係「為求降低稅捐稽徵成本」，並判定「其目的尚屬正當」(解釋理由書第四段參見)。然，因相關機關未能證明何以於薪資所得者該年度之必要費用超過法定扣除額時，仍不許其(如執行業務所得者般，以列舉或其他方式)減除必要費用，與所欲目的(降低稅捐稽徵成本)之達成間具有「合理關聯」，乃作成「違憲」之宣告(解釋理由書第五段參見)。是知，本解釋採「具殺傷力的合理審查」與本院前此採用(其他類型之)「低標」審查之解釋間之根本不同，乃在於本件確曾檢視(究問)此間是否顯然存有「限制較少的替代手段」(“less restrictive alternative”)？並因此間確有「限制較少的替代手段」(即「較不歧視的替代手段」)，從而宣告系爭規定於其忽略「限制較少的替代手段」之範圍內為違憲。

三、何以僅宣告系爭規定「部分違憲」？

質言之，本解釋僅宣告：系爭規定於薪資所得者該年度之必要費用超過法定扣除額時，猶不許(如執行業務所得者般，以列舉或其他方式)減除必要費用，係屬違憲。此觀解釋理由書第五段末句特別指明：「在此範圍內……與憲法第7條平等權保障之意旨不符」，甚明。¹¹如上「部分違憲」之

¹¹ 本院解釋先例以「在此範圍內」或「於此範圍內」作為標示，宣告「部分違憲」者，所在多有。參見本院釋字第732號、第722號、第712號、第701

宣告，一方面表示：於薪資所得者該年度之必要費用超過法定扣除額時，系爭規定猶無例外地禁止其（如執行業務所得者般，以列舉或其他方式）為「實額減除」，顯然棄「限制較少的替代手段」於不顧，故而違反平等原則；他方面則表示：至其他情形，系爭規定採「定額減除」對薪資所得者，尚無不公。綜上，薪資所得亦有「必要費用」，為稽徵之便宜，雖得以固定總額之「薪資所得特別扣除額」為推估，但不能因此否定其他更接近真實之減除方法（「實額減除」）。準此，薪資所得與執行業務所得兩者間僅具相對（而非絕對）之差別，系爭函釋認大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，乃無宣告違憲之必要。

四、理由書末段何以「併此指明」？

受限於司法之被動性，本院原則上僅得就聲請解釋之客體作成解釋。鑑於系爭規定於薪資所得者該年度之必要費用超過法定扣除額時，仍不許（如執行業務所得者般，以列舉或其他方式）為「實額減除」，對於必要費用支出較高之薪資所得者（通常亦薪資所得較高者），確有不公，本解釋爰宣告該部分之規定違憲。惟就事論事之外，多數大法官並憂心現行稅制長期存有諸多缺失，致稅基大量流失，財富分配益趨不均，爰特於解釋理由末段以「併此指明」之方式，指出其他應併通盤檢討改進之事項。苦心孤詣，至盼有關機關悉心體察。

丁酉開年，金雞報喜，本號解釋或此之謂也。

號、第 664 號、第 654 號、第 609 號、第 587 號、第 543 號、第 350 號及第 349 號等解釋。

部分協同意見書

張瓊文大法官 提出

本號解釋多數意見認為，所得稅法第 14 條就薪資所得及執行業務所得，關於必要費用之減除規定，僅許定額扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，與憲法第 7 條平等權保障之意旨不符。本席就此敬表贊成，並予補充之。

一、由於原因案件所涉及者僅為薪資所得及執行業務所得之分類，故本號解釋僅比較此二類綜合所得於所得稅法上之規範差異。但事實上，不論是原因案件所適用之 90 年 1 月 3 日之所得稅法，或現行所得稅法第 14 條規定之各類綜合所得中，租賃及權利金所得、財產交易所得，均係利用既有之財產而再行創造之所得，相較於以勞務換取之薪資所得，該等所得之獲取較為容易，但所得稅法卻定有准予租賃及權利金所得、財產交易所得減除成本費用之機制。又自立耕作、漁、牧、林、礦之所得，競技、競賽、機會中獎之獎金或給與，及其他所得等各類所得，亦均有減除成本費用之規定。相對於薪資所得者，無論付出必要費用之高低，均規定僅得以單一定額減除之。縱使係為簡化稽徵程序、降低稽徵成本的考量，其目的尚屬正當。但此一差別待遇對於因工作必要，而需支出顯然高於法定額度之費用者，仍屬過大，將致其所得稅稅負過重，顯然違背量能課稅原則，而不符合憲法第 7 條平等權保障之意旨。

二、大法官解釋過去直接明白提到「量能課稅原則」者，其實並不多，釋字第 597 號解釋文稱「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件均應法律定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。……」似乎僅將量能課稅原則概括地涵蓋於憲法第 19 條依法律納稅的概念之下，而未見進一步的闡述。釋字第 635 號解釋理由書則稱「納稅義務人應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。……」應可理解為係指出量能課稅原則的內容，

而僅未使用該名詞。釋字第 693 號解釋則於理由書末提到「……不生該二函違反量能課稅致牴觸憲法平等原則之問題。」與本號解釋以比較不同類型所得之費用減除制度，而將違反量能課稅原則認為牴觸憲法平等原則，係屬相同的論理模式。又本號解釋審理過程中，「納稅者權利保護法」恰於 105 年 12 月 28 日制定公布，並定於公布 1 年後實施。該法第 5 條規定：「納稅者依其實質負擔能力負擔稅捐，無合理之政策目的不得為差別待遇。」其立法意旨係為「國家之財政需求，應公平分派予人民負擔，且按納稅者負擔能力高低作為判斷準繩而課徵稅捐，此即量能課稅原則。……若為達成經濟、社會、環境等政策目的而對上述量能平等原則做出犧牲，則應通過比例原則之檢驗。」該條規定為量能課稅原則內涵之法制化，亦與本號解釋認為因成本費用支出相異，而應給予不同扣除額，以避免適用上之差別待遇結果之意旨相符。嗣後該原則在各稅目、課稅客體的選擇、稅率，乃至各種稅捐類型規範形成之具體實現，猶待相關機關依其立法意旨以為落實。值得注意者，在該法之立法過程中，王榮璋等 27 位委員所提草案版本之第 5 條第 2 項明定：「納稅者為獲取薪資所得必要之成本費用，於計算薪資所得時，應予減除。」係採實額減除之原則，雖符合本號解釋所一再提及之量能課稅之客觀淨值原則，但顯然未顧及薪資所得申報者之數量多達數百萬戶，採取絕對的實額減除，將致行政成本過大，而未能兼顧量能課稅與稽徵成本之均衡。該草案雖未獲通過，然薪資所得之特別扣除額問題既經本號解釋闡釋，另指出除現行法制之特別扣除額外，另應給予得減除顯然較高之必要費用之機會，相關主管機關仍應本於解釋意旨，檢討修正所得稅法及相關法令規定。

- 三、或謂本號解釋所形塑的新稅制較有利於高薪資所得者，而產生可能擴大貧富差距的疑慮。誠然，貧富差距過大，所導致的社會不穩定，已成為全世界——包括台灣，都要面對的問題。而透過賦稅進行所得重分配，是解決貧富差距的方法之一。亦即對富人課

徵較高的稅捐，尤其是累進稅率的設計，徵得的稅捐可作為國家社會福利的資金來源，以補貼所得較低者或對之進行各項扶助，例如，就業能力的強化、教育機會的提升、健康或生活環境的改善等，以縮小貧富差距，營造更安定和諧的社會。但這和現行所得稅法對薪資所得有關稅基的形成中，是否公平的和其他各類所得一樣，對於成本及必要費用的減除，給予相同或類似的對待，是兩回事。質言之，吾人不應犧牲租稅公平原則，僅對薪資所得者課以過高的稅捐負擔，而令其獨自承擔縮小貧富差距的責任！

四、本號解釋理由中謂：「系爭規定一及二只採定額扣除，除有減輕薪資所得者稅負之考量外，係為求降低稽徵成本，其目的尚屬正當。」其中關於「減輕薪資所得者稅負」一語，雖係引自立法當時立法院公報有關立法理由之說明，無可厚非。然此一立法理由，如基於民國 63 年時的法制背景及思想，或仍可稱尚屬正當。置於 40 餘年後之今日，社會進步，法制思想改變，吾人已很清楚了解，此一定額性質上為薪資所得費用的總額推估—因不容許納稅義務人證明實際支出而改變，甚至可以稱之為薪資所得者費用的「擬制」，只是實現量能課稅原則的一小步，根本談不上是減輕稅負的優惠。如於今日仍將之評價為「其目的尚屬正當」之理由，頗值商榷，併此敘明。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本號解釋宣告所得稅法中有關薪資所得額之計算，僅許固定額度之特別扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用之規定為違憲；屬租稅領域之重要憲法解釋，且將對所得稅法中之薪資所得之認定與課徵，產生深遠影響。

所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款規定：「個人之綜合所得總額，以其全年下列各類所得合併計算之：……第三類：薪資所得：凡公、教、軍、警、公私事業職工薪資及提供勞務者之所得：一、薪

資所得之計算，以在職務上或工作上取得之各種薪資收入為所得額。二、前項薪資包括：薪金、俸給、工資、津貼、歲費、獎金、紅利及各種補助費……。」90年1月3日修正公布所得稅法第17條第1項第2款第3目之2規定：「薪資所得特別扣除：納稅義務人及與納稅義務人合併計算稅額報繳之個人有薪資所得者，每人每年扣除7萬5千元……。」（82年2月5日起該薪資所得特別扣除額依消費者物價指數上漲幅度調整）（上列條文下併稱系爭規定）多數意見認系爭規定與憲法規定意旨不符，本席敬表同意。惟本席對多數意見未能藉此案宣示「量能課稅」原則為處理稅法案件之獨立憲法審查標準、釐清量能課稅原則與憲法第7條平等原則之關係、且區別以量能課稅及平等原則審查本案可能產生之差異，甚感可惜。本席對相關機關將來修法時，應如何解讀本號解釋，亦認有釐清之必要。謹提出本協同意見書，闡釋如下。

壹、本院以往解釋對於量能課稅在憲法上之定位並不明確

一、本院以往解釋有將量能課稅原則作為平等原則之下位原則或具體實現者：本院釋字第693號解釋理由書載謂：「有證券交易所得而不課徵所得稅，為有所得即應課徵所得稅之例外，其目的為以稅代稅……，非在實現量能課稅。系爭函一中段及系爭函二闡明認購（售）權證之發行人，應依所得稅法第4條之1規定，免徵證券交易所得稅，亦不得減除證券交易損失。而所有其他有證券交易所得之個人及營利事業，適用所得稅法第4條之1時，並未規定得為不同之處理，故亦不生該二函違反量能課稅致牴觸憲法上平等原則之問題。」該號解釋顯然認為，違反量能課稅將導致違反憲法上平等原則；亦即認為量能課稅為憲法第7條平等原則之下位原則，或為第7條適用於租稅案件之具體實現。

本院以往解釋亦有以「稅負能力」或「實質稅負能力」取代「量能課稅」之用語者，但該等解釋仍將「稅負能力」與「平等原則」連結。本院釋字第565號解釋即載謂：「憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地

位實質平等。依租稅平等原則納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。惟為增進公共利益，依立法授權裁量之範圍，設例外或特別規定，給予特定範圍納稅義務人減輕或免除租稅之優惠措施，而為有正當理由之差別待遇者，尚非憲法第 7 條規定所不許。」釋字第 607 號解釋亦謂：「故主管機關於職權範圍內適用各該租稅法律規定時，自得為必要之釋示。其釋示……倘亦符合租稅公平原則，則與憲法第 7 條平等原則及第 15 條保障人民財產權之規定不相牴觸。……營利事業因土地重劃而領取之地上物拆遷補償費，係因公權力強制介入而發生之非自願性增益，雖非因營業而發生，而屬於非營業性之營利事業所得來源，如於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力，就該筆所得核實課徵稅捐，與租稅公平原則並無不符。」

二、本院以往解釋亦有將量能課稅作為憲法第 19 條租稅法律主義之內涵者：本院釋字第 597 號解釋載謂：「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」該號解釋並未將量能課稅納為憲法第 7 條平等原則之下位原則或納入平等原則之具體實現，而似將量能課稅原則納為憲法第 19 條應有之內涵之一（詳後述）。又本院釋字第 635 號解釋提及「納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐」。其似亦非將「實質稅負能力」納為平等原則之下位原則。

三、就本號解釋而言，多數意見認為：「計算個人綜合所得淨額，立法者斟酌各類所得來源及性質之不同，分別定有成本及必要費用之減除、免稅額、扣除額等不同規定」之「分類及差別待遇……應有正當目的，且其分類與目的之達成間應具有合理關聯，始符合量能課稅要求之客觀淨值原則，從而不違反憲法第 7 條平等權保障之意旨。」（見本號解釋理由書第 2 段）故多數意見似認為，量能課稅為憲法第 7 條平等原則適用於租稅事件之具體實現或為

其下位原則。

貳、量能課稅應作為獨立憲法審查原則

- 一、本院以往就憲法第 19 條之相關解釋多較著重租稅法律主義之「形式」要求：有關憲法第 19 條具有租稅法律主義之「形式」內涵之部分，本院曾多次闡釋該條「人民有依法律納稅之義務」之規定，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之；主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；如逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許（例如本院釋字第 706 號解釋）。本席曾於本院釋字第 703 號、第 705 號及第 706 號解釋提出之意見書中進一步闡釋，憲法第 19 條涵蓋之租稅法律主義內涵包括：租稅構成要件必須以法律或法律授權之行政命令明文規定；某一事項雖非租稅構成要件，但如非技術性或細節性之租稅事項，仍應以法律明文規定；已經有法律規定之租稅事項（不論是否有關租稅構成要件），其規定之內容仍必須達於必要程度的明確性；某一事項雖有法律規定，主管機關仍應本於其法定職權範圍內，忠實地闡釋及執行法律，而不應以發布行政命令或函釋之方式，對法律規定有所曲解。
- 二、憲法第 19 條亦應有租稅公平性之「實質」內涵：雖本院以往有關憲法第 19 條租稅法律主義之闡釋，多著重於租稅課徵之「形式」要件（亦即必須以法律或法律明確授權之規定始得課徵），然本院在以往解釋中，亦有將租稅法律主義與公平課稅及量能課稅原則連結者。前述本院釋字第 597 號解釋所稱：「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」雖未明文指出「各

該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則」之要求，係基於憲法第 19 條之規定，然根據前後文之呈現，顯然該解釋係認為：課徵租稅之法律內容必須符合量能課稅及公平原則，亦係憲法第 19 條所要求。

三、本席認為，租稅之課徵涉及國家財政規劃，固應由行政與立法部門合作（由行政部門規劃提案、由立法部門據以制定法律），以決定最適之政策。然憲法亦不可能完全賦予行政與立法部門毫無節制之租稅政策裁量權。所有之租稅政策，仍應受一定之憲法底線之約束。量能課稅原則應為憲法租稅公平性之實質性標準，亦為憲法有關租稅政策之底線之一。

四、量能課稅之主要基礎應為憲法第 19 條之規定：如前所述，憲法第 19 條隱含租稅法律應符合最低程度公平性之要求。雖「公平性」之概念，在憲法上甚難操作，然其落實到量能課稅原則，則應可成為具體且可操作之憲法原則（下述）。如認憲法第 19 條僅「形式」上要求課稅之重要事項必須以法律定之，而不要求其「實質內容」亦應符合一定之最低實質標準，未免過於形式主義。

叁、量能課稅之內涵及其於本案之操作

一、量能課稅原則之內涵

（一）積極方面，量能課稅應作為「人民之稅捐負擔」與「人民之所得或其經濟上之收益」是否具備合理關聯之衡量基礎：國家在整體上究竟應設有何種負擔之稅捐，固屬負責財政之政府部門與立法者應共同規劃與決定之事項，已如前述，然人民之稅捐負擔，應盡可能貼近人民真實之所得或真實之經濟上收益（淨收益）。如人民形式上有一定額度之總收益，但實際上為了該收益而有相當額度之成本費用支出，則該成本費用額度原則上應由總收益扣除，或由法律設置調整之機制，以適當反應成本費用支出，始符合量能課稅內涵中之「客觀淨值原則」。此部分係本案關鍵所在。另如人民形式上有一定之所得總額，但必須扣除維繫自己及

其家庭成員最低生存需求之資財後（如疾病、災害、扶養親屬之支出等），方為國家課稅起徵之基礎；此為量能課稅內涵中之「主觀淨值原則」；惟此部分與本案較無關聯。

- （二）消極方面，量能課稅作為差別待遇之合理基礎：本席於本院釋字第 693 號解釋所提意見書中曾謂：量能課稅原則之「主要意旨在於稅捐之繳納義務及其內容，係將納稅義務人的『經濟能力』（economic strength）或『相對的經濟福祉』（comparative economic well-being）納入考量。亦即，允許國家在適當情形下，使『經濟能力』較強或『相對經濟福祉』較高者負擔較高比例或較高度度的納稅義務。此種差別之稅負，在適當情形下，應不至於侵害人民之平等權。」惟此部分亦與本案較無關聯。

二、量能課稅與平等原則於本案操作之差異及相關機關應有之解讀

- （一）以平等原則審查系爭規定之困境：本院以往就法規範是否符合平等權保障之要求所採之判斷標準，包括該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲且具正當性，且其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 694 號、第 701 號、第 719 號、第 722 號解釋參照）。本件情形，多數意見亦延續此種判斷模式，以系爭規定差別待遇之目的是否正當、其所採取之分類（即所採手段）與規範目的之達成之間是否有合理關聯等標準，為判斷基礎（見本號解釋理由書第 2 段、第 4 段及第 5 段）（針對此問題，本席認為侵害憲法第 7 條平等權之情形仍應依第 23 條審查法規範所為之差別待遇是否具有憲法上之正當性，而非另設審查標準；參見本席於本院釋字第 719 號解釋所提出之意見書；惟此部分非本案重點，故不進一步討論）。如依多數意見，只要系爭規定之目的正當，且「目的」與「手段」具有合理關聯，即應認系爭規定為合憲。就目的正當與否而言，多數意見已經肯

定系爭規定係為求降低稽徵成本，目的為正當（見本號解釋理由書第4段）。就是否具有合理關聯而言，本件所應檢視者為分類之目的（亦即降低稽徵成本之目的）與手段（亦即以單一的特別扣除額一體適用於全部薪資所得者作為手段）之關聯性；就此而言，因單一的特別扣除額一體適用於全部薪資所得者確實可以達到降低稽徵成本的目的，故似難認為目的與手段無合理關聯。此項推論結果，將與多數意見之結論背道而馳。此為引用憲法第7條平等原則作為分析系爭規定合憲與否之困境。多數意見針對合理關聯之問題，乃轉個彎，將有無合理關聯之分析，由檢視「降低稽徵成本之目的」與「以單一額度特別扣除額方式一體適用於全部薪資所得者之手段」間是否具關聯性，轉為檢視「薪資／非薪資所得之差別待遇」與「自力營生」是否具關聯性，並謂：「系爭規定一及二關於薪資所得之計算，僅許定額扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，形成顯然之差別待遇。此項差別待遇，與薪資所得者之是否為自力營生並無必然關聯。又現行單一定額之薪資所得特別扣除額規定，未考量不同薪資所得者間之必要費用差異，過於簡化，對於因工作必要，需支出顯然較高之必要費用者，確會產生適用上之不利差別待遇結果，致有違量能課稅所要求的客觀淨值原則。在此範圍內，系爭規定一及二之差別待遇手段與其目的之達成間欠缺合理關聯，而與憲法第7條平等權保障之意旨不符。」（見本號解釋理由書第5段）

- （二）本席認為，如依量能課稅原則作為分析基礎，當不至於發生此種困境。倘法律未許薪資所得者將其為獲取薪資所產生之必要費用，由所得額中扣除，或使其得依調整機制，適當反應必要費用之支出，則將違反量能課稅原則。系爭

規定既僅許定額扣除，而未設其他反應必要費用支出之適當機制，自與量能課稅原則有違，其理甚為明確。

- (三) 以平等原則之審查系爭規定亦將造成將來解讀及執行本號解釋之困難：以憲法第7條之平等原則審查系爭規定，勢必要確認差別待遇之所在。多數意見就此謂：「現行法令為兼顧稅捐稽徵成本之降低與量能課稅原則，准許執行業務所得者得按必要支出項目及額度減除必要費用，以計算執行業務所得……。兩相對照，系爭規定……關於薪資所得之計算，僅許定額扣除，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，形成顯然之差別待遇。」（見本號解釋理由書第5段）多數意見既認系爭規定為違憲，將來相關機關於修改系爭規定以求符合本號解釋之要求時，似必須拉平薪資所得者與執行業務者兩種處理方式，以消除其間之差別待遇。亦即，邏輯上，相關機關似必須將薪資所得之計算完全比照執行業務所得額之計算，使薪資所得者得按必要之支出項目及額度，減除必要費用，以計算薪資所得，始能符合本號解釋之意旨；而不能以「不同於執行業務所得者得減除費用之其他符合量能課稅原則之方式」，修正系爭規定。多數意見係以「僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用」，指稱系爭規定違憲（見本號解釋文），文字上似乎亦指示立法者必須如同准許執行業務者得減除一切必要費用一般，准許薪資所得者減除一切必要費用。然因執行業務與薪資所得者在認定何者屬於必要費用之問題上，有本質上之差異；何種項目得列為費用、必要性如何認定、費用標準之比例如何訂定等，均難使兩者一致。如將本解釋意旨解讀為法律必須如同准許執行業務所得者得減除一

切必要費用一般，准許薪資所得者減除一切必要費用，亦將造成窒礙難行之結果。

- (四) 本席認為，在量能課稅原則下，使薪資所得反應必要費用支出之適當機制，未必須與執行業務所得者得由所得中減除必要費用之方式完全相同。例如以法律列舉可以扣除之少數但關鍵之必要費用項目（如通勤者之必要通勤費用；教授之購書費及參加研討會費用），並就該等項目設置費用之上限，雖未必完全准許薪資所得者減除「一切」必要費用，然倘規劃得當，仍可符合量能課稅原則。又例如以所得多寡決定減除之額度，並設有上限，且針對有特殊需求者設例外之規定，使其特殊之必要費用可以如實減除，如制度設計周延，亦非不可符合量能課稅原則。

協同意見書

許志雄大法官 提出

租稅法律主義與租稅公平原則（租稅平等原則）同為稅法之基本原則，相互關係密切。前者與課稅權之行使方法有關，乃形式原理；後者主要攸關稅負之分擔，屬於實質原理¹。本號解釋同時涉及此二基本原則之問題，多數意見就租稅公平原則部分，認為所得稅法第14條第1項第3類第1款及第2款、同法第17條第1項第2款第3目之2關於薪資所得之計算規定，與憲法第7條平等權保障之意旨不符，應於二年內檢討修正；就租稅法律主義部分，認為財政部民國74年4月23日台財稅第14917號函釋關於大專院校兼任教師授課鐘點費亦屬薪資所得部分，與憲法第19條租稅法律主義及第23條規定尚無牴觸。本席對此結論敬表贊同，惟解釋理由方面，稍有不足之感，爰提出協同意見書，略予補充。

一、租稅立法與平等原則

租稅公平原則乃憲法平等原則在租稅領域之體現，於立法論上要

¹ 金子宏著，租稅法，弘文堂，1982年補正版3刷，頁68。

求「量能課稅」，業經釋字第 565 號及第 607 號解釋明確肯認²。而所得稅之課徵，自應以收入減除必要費用後之淨額為基礎，方符合量能課稅原則。惟關於所得淨額之計算，本案系爭規定所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2，以薪資所得之特別扣除額方式，限制薪資所得一律採取定額扣除，而未容許實額減除必要費用。反之，執行業務所得淨額之計算，依所得稅法第 14 條第 1 項第 2 類、執行業務所得查核辦法第 4 章、財政部發布之各年度執行業務者費用標準規定，原則上採實額減除，或按職業別適用不同之費用標準減除。二者顯有差別待遇，對薪資所得而言，系爭法律規定有無違反量能課稅原則？是否與平等原則不符？遂成為爭議之焦點。

按稅法牽涉國家財政、經濟發展、社會保障、國民所得及國民生活等多重面向，立法時須以一定之事實為基礎，進行複雜之技術性判斷及政策考量，故原則上具有廣泛之立法裁量空間，受到高度合憲性推定。關於租稅立法之違憲審查，通說認為應採取較寬鬆之審查基準。我國歷來涉及租稅立法與平等原則之解釋，多採「合理性基準」³，即

² 釋字第 565 號解釋：「依租稅平等原則納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。」

釋字第 607 號解釋：「營利事業因土地重劃而領取之地上物拆遷補償費，係因公權力強制介入而發生之非自願性增益，雖非因營業而發生，而屬於非營業性之營利事業所得來源，如於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力，就該筆所得核實課徵稅捐，與租稅公平原則並無不符。」

³ 釋字第 565 號解釋：「國家對人民稅捐之課徵或減免，係依據法律所定要件或經法律具體明確授權行政機關發布之命令，且有正當理由而為合理之差別規定者，與租稅法定主義、平等原則即無違背。」

釋字第 635 號解釋：「立法者就自行耕作之農民取得農業用地，與非自行耕作者取得農業用地間，為租稅之差別對待，具有正當理由，與目的之達成並有合理關聯，符合憲法平等原則之要求。」

釋字第 647 號解釋：「遺產及贈與稅法第二十條第一項第六款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定，雖以法律上婚姻關係存在與否為分類標準，惟因屬免徵贈與稅之差別待遇，且考量贈與稅之課徵，涉及國家財政資源之分配，與公共利益之維護及國家政策之推動緊密相關，立法機關就其內容之形成本即享有較大之裁量空間，是倘系爭規定所追求之目的正當，且分類標準與差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即符合平等原則之要求。」

釋字第 648 號解釋：「主管機關基於長期海關實務經驗之累積，及海關查證作業

是本於此一旨趣。因此，只要立法目的（設定差別處理之目的）正當，手段（具體處理上之差別）與目的間具有合理之關聯，即為已足。而且，目的係為增進公共福祉，就視為正當；唯當手段純屬恣意，始認定欠缺合理性。雖然要求目的與手段間須有一定之「適合性」，但對於適合性之審查，廣泛承認立法部門之裁量。

惟即使是稅法領域，亦有例外情形，不容忽視。例如憲法第7條所列男女、宗教、種族、階級及黨派等五種分類，與尊重個人之民主主義息息相關，原則上應採較嚴格之審查，以「實質合理關聯性基準」為宜⁴。此外，為照顧弱勢者，保障其生存權，大法官曾表示「系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯」，始符合平等原則，即明確採取「實質合理關聯性基準」或「嚴格合理性基準」⁵。又為保障婚姻制度，避免稅捐負擔之差別待遇加重夫妻經

上之成本與技術考量，乃選擇為系爭差別待遇之規定，其手段與目的之達成有合理之關聯性，其選擇並非恣意，與憲法第七條之規定尚屬無違，亦與財產權之限制無涉。」

釋字第688號解釋：「有關稅捐稽徵協力義務課予之相關事項，因涉及稽徵技術之專業考量，如立法機關係出於正當目的所為之合理區別，而非恣意為之，司法審查即應予以尊重。」

⁴ 於1985年日本最高法院薪資者稅金訴訟判決（最大判昭和60・3・27民集39卷2號247頁），伊藤正己法官提出之補充意見表示，性別平等為民主之本質性要求，稅法依性別所為之差別待遇，應排除合憲性推定，而以嚴格基準審查其合理性。參照氏著，裁判官と學者の間，有斐閣，1993年初版第3刷，頁295、296。

⁵ 釋字第694號解釋：「憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障。憲法第一百五十五條規定，人民之老弱殘廢，無力生活者，國家應予以適當之扶助與救濟。國家所採取保障人民生存與生活之扶助措施原有多端，所得稅法有關扶養無謀生能力者之免稅額規定，亦屬其中之一環。如因無謀生能力者之年齡限制，而使納稅義務人無法減除免稅額，將影響納稅義務人扶養滿二十歲而未滿六十歲無謀生能力者之意願，進而影響此等弱勢者生存或生活上之維持。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」

釋字第701號解釋：「憲法第十五條規定，人民之生存權應予保障。又憲法第一百五十五條規定，人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。國家所採取保障人民生存與生活之扶助措施原有多端，租

濟負擔，實質上造成對婚姻之懲罰，大法官亦採取同樣之立場⁶。

關於薪資所得與執行業務所得差別待遇之合憲性問題，本號解釋理由書指出「手段與其目的之達成間欠缺合理關聯，而與憲法第7條平等權保障之意旨不符」，顯然採取合理性基準。基於上述理論及司法院解釋之一貫立場，本席認為此一審查基準之選定堪稱允當。惟鑑於本案釋憲結果牽涉為數眾多之薪資所得者的權益，影響重大，故適度強化審查之嚴格度，有其必要。本號解釋在合理性基準之運用上，顯現強化嚴格度之跡象，值得肯定。

一般而言，合理性基準與合憲結論幾乎是配對的，當選擇合理性基準時，形同已預先認定系爭規定之合憲性。不過，在合理性基準下雖然承認廣泛之立法裁量，卻非意味著司法全然放手不管。於特殊情形，法律仍有被宣告違憲之可能，釋字第722號解釋即其一例⁷。本號解釋同樣採取合理性基準，亦宣告系爭規定違憲。然本號解釋認定系爭規定之立法目的尚屬正當，只是所採差別待遇手段與目的之間欠缺合理關聯，而與憲法第7條平等權保障之意旨不符。此等見解是否妥適，容有討論之空間。

稅優惠亦屬其中之一環。依系爭規定，納稅義務人就受長期照護者所支付之醫藥費，一律以付與上開醫療院所為限，始得列舉扣除，而對因受國家醫療資源分配使用及上開醫療院所分布情形之侷限，而至上開醫療院所以外之其他合法醫療院所就醫所支付之醫藥費，卻無法列舉扣除，將影響受長期照護者生存權受憲法平等保障之意旨。故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法平等原則之意旨相符（本院釋字第六九四號解釋參照）。」

⁶ 釋字第696號解釋：「按婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第五五四號解釋參照）。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」

⁷ 釋字第722號解釋：「系爭規定未涵蓋業務收支跨年度、經營規模大且會計事項複雜而與公司經營型態相類之單獨執行業務者在內，其差別待遇之手段與目的之達成間欠缺合理關聯，在此範圍內，與憲法第七條平等原則之意旨不符。」

二、差別待遇之違憲性問題

本號解釋理由書指出：「系爭規定……只採定額扣除，除有減輕薪資所得者稅負之考量外（立法院公報第 63 卷第 95 期院會紀錄第 27 頁參照），係為求降低稅捐稽徵成本，其目的尚屬正當。」本席認為，其認定系爭規定之目的正當，此一結論是否可採，似有商榷餘地。惟首須一提的是，本案面對之議題，乃所得稅法對薪資所得與執行業務所得設下差別待遇，其目的是否正當，而非單純薪資所得規定本身之目的正當性問題。本號解釋僅言及後者，而疏於前者之論究，難謂周延。

參照主管機關財政部於 106 年 1 月 17 日本案說明會提供之書面資料及口頭說明，薪資所得所以僅採定額扣除，而未如執行業務所得容許就必要費用實額減除，主要理由如下：一、薪資所得者無庸負擔經營盈虧，與執行業務者需自立營生、自負盈虧風險有別；二、薪資所得者執行職務所需之主要成本及直接必要費用，常由雇主或營利事業負擔並列報為費用；三、薪資所得者自行負擔之各式支出，常與個人日常生活費用難以明確劃分，認定時易滋爭議；四、每年薪資所得申報戶數達五百萬戶以上，遠多於執行業務所得申報戶數，若採實額減除，須逐案認定，行政成本過於龐大；五、倘薪資所得採實額減除，個人需設置保存帳簿憑證，將大幅增加依從成本與稽徵成本。六、個人記帳及申報能力高低不一，消費習慣不同，採實額減除時，會影響可減除金額之認定，而有違租稅公平。

從上開理由可知，主管機關除認為薪資所得者與執行業務者之工作性質不同，以及必要費用之負擔與支出有異外，還強調薪資所得採實額減除可能出現之「弊端」，而其最在意的則是稽徵成本與簡便。誠然，租稅立法不僅應維護稅負之公平性，亦須兼顧稅捐稽徵之效率。但是，若過度偏重稽徵效率，而忽視稅負之公平性，則立法目的之正當性恐有爭議⁸。雖然財政部表示，現行綜合所得稅採薪資所得特別扣除額規定之設計，已合理反映薪資所得之必要費用，並綜合考量租稅

⁸ 蘆部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998 年，頁 95。

公平及稽徵簡便可行等原則，並無違反量能課稅原則；惟如本號解釋理由書所指摘的，本案系爭規定一方面造成薪資所得者顯然較執行業務者不利之差別待遇，另一方面亦造成實際必要費用較高之薪資所得者的不利結果，致有違量能課稅所要求之客觀淨值原則。綜合判斷之，本案系爭規定僅採定額扣除，未如執行業務所得容許實額減除，其差別待遇之真正目的幾乎完全在於稽徵效率的追求，故是否正當，非無疑義。

事實上，主管機關強調之「弊端」，於執行業務所得及其他所得或多或少皆可能出現，難謂出於薪資所得必要費用之特有性質⁹。執行業務所得及其他所得，既然可實額減除必要費用，薪資所得何以不得為之？又執行業務者固然可列舉必要費用憑證，供稽徵機關核實計算其所得額課稅，惟稽徵實務上，設帳記載並保存必要費用憑證者比例不高，絕大多數係按財政部核定之費用標準計算減除必要費用。此點亦可證明，系爭所得稅法規定對薪資所得與執行業務所得所為之差別待遇欠缺正當性及合理性，應屬違憲。

現行所得稅法規定既然違憲，即應儘速檢討修正。可能之修法方向有下列數種：其一，薪資所得與執行業務所得一樣，就必要費用採取實額減除，如美國。其二，實額減除與定額扣除並立，納稅義務人可自由選擇，如德國。其三，若維持現行定額扣除，不採實額減除，則應依職業及職務種類分別規定扣除金額。因為不同職業之必要費用必然有所差異，宜予類型化，依實態明定適當之扣除額，不可像現行制度一般，對任何薪資所得者皆一視同仁，強行劃一標準。然職業形態繁多，如何類型化，實為一大難題。而且，採行此一方式時，難免會有實際必要費用超過法定扣除金額，致生違反平等（個別正義）之虞。依情形，如差距不大，應屬憲法上可容許之「合理差別」¹⁰；反之，若差距明顯過大，卻無調整機制，則將會構成違憲。本席認為，採行

⁹ 清永敬次著，給與所得者に對する所得稅法上の概算控除制と憲一四條，民商法雜誌第94卷第1號，1986年4月，頁107。

¹⁰ 北野弘久著，稅法學的基本問題，成文堂，1977年，頁177、178。

第二種方式，允許薪資所得者自由選擇實額減除或定額扣除，可兼顧租稅公平原則與稽徵效率，似較為可行。

三、租稅法律主義

系爭財政部 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 號函稱：「三、公私機關、團體、事業及各級學校，開課或舉辦各項訓練班、講習會，及其他類似性質之活動，聘請授課人員講授課程，所發給之鐘點費，屬同法第 14 條第 1 項第 3 類所稱之薪資所得。該授課人員並不以具備教授（包括副教授、講師、助教等）或教員身分者為限。」聲請人認「該函釋誤將學校兼任教師所支領之鐘點費改列為『薪資所得』，而未歸類於執行業務所得範圍，牴觸所得稅法第 14 條關於執行業務所得之規定。其欠缺法律依據而增加法律所無之限制，剝奪納稅義務人享有執行業務所得之成本費用扣除權利，也牴觸憲法第 19 條租稅法律主義以及憲法第 23 條規定。」揆其意旨，似兼從法律優越原則及法律保留原則兩個面向，主張系爭函釋違背租稅法律主義及依法行政原理。惟大專院校兼任教師授課鐘點費究屬薪資所得或執行業務所得，系爭函釋之歸類即使有誤，亦係行政命令違反法律之問題，並非行政命令欠缺法律依據而增加法律所無之限制，故理論上應僅涉及法律優越原則，而與法律保留原則無關。

租稅法律主義屬於法治主義之一環，從歷史觀之，在近代法治主義之發展上，具有先導及核心之地位。如今租稅法律主義已成為憲法原理，除了以防止公權力濫用，俾確保人民之自由財產為目的外，對人民之經濟生活而言，更具有保障法律安定性及預測可能性之機能。租稅法律主義之內容，主要包含「課稅要件法定主義」、「課稅要件明確主義」、「合法性原則」及「程序保障原則」¹¹。其中，與本案有關者係「課稅要件法定主義」。依據課稅要件法定主義，課稅要件應由法律規定，租稅之核課及徵收程序亦然。行政命令非有法律依據，自不得增訂課稅要件。行政命令若違反法律規定，應屬無效。從依法行政原理論之，前者即法律保留原則，後者為法律優越原則。這

¹¹ 金子宏著，同註 1，頁 68-76。

是稅捐實務上最常出現之問題，有關之司法院解釋不少。就此而言，租稅法律主義可謂依法行政原理在租稅領域之特別規定，故適用時僅揭示租稅法律主義即可，無須另外援引依法行政原理（法律保留原則、法律優越原則）。過去司法院解釋通常採取此一作法¹²，堪稱妥適。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為所得稅法第 14 條關於薪資所得之計算，僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，未許實額減除必要費用之規定，違反憲法第 7 條平等權保障之原則。本號解釋將影響全國眾多薪資所得者，對我國之稅捐稽徵亦將有一定之衝擊。本席就本號解釋結論及其理由敬表同意，並認為對全國受薪階級而言實

¹² 茲臚列相關解釋如下：

釋字第 640 號解釋：「有關稅捐稽徵之程序，除有法律明確授權外，不得以命令為不同規定，或逾越法律，增加人民之租稅程序上負擔，否則即有違租稅法律主義。」

釋字第 693 號解釋：「惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違（本院釋字第六二二號、第六六〇號、第六八五號解釋參照）。」

釋字第 700 號解釋：「主管機關本於法定職權就相關規定為闡釋，如其解釋符合各該法律之立法目的、租稅之經濟意義及實質課稅之公平原則，即與租稅法律主義尚無牴觸（本院釋字第四二〇號、第四六〇號、第四九六號、第五一九號、第五九七號、第六二五號解釋參照）。」

釋字第 705 號解釋：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指……租稅構成要件，以法律或法律具體明確授權之法規命令定之；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布行政規則為必要之規範（本院釋字第六五〇號、第六五七號解釋參照）。」

釋字第 706 號解釋：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之；主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；如逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第十九條規定之租稅法律主義所許（本院釋字第六二二號、第六四〇號、第六七四號、第六九二號、第七〇三號解釋參照）。」

為遲來的正義，爰就本號解釋補充意見，敬供參考。

一、讓受僱之專業人士得以合理減除其必要費用，有助於專業發展：

本號解釋聲請人陳清秀教授主張，不准大學教授等薪資所得者實額減除成本費用，不利於國家學術發展與多元勞動市場發展，因為學者為了提升教學研究之品質，有必要自行購置圖書並赴國外訪問研究、或參加學術研討會等，均為教學研究之必要費用。目前之所得稅法不容許教師減除其必要之研究費用，違反平等原則，且勢必減低其研究發展動力，不利於國家長遠發展。本席贊同陳教授之見解，並願進一步指出所得稅法之僵化規定，不僅妨害國家學術研究發展，且對於專業領域之發展亦造成阻礙。所得稅法第 14 條將執行業務所得與薪資所得分列不同所得類別，第 11 條所定義之執行業務者包括律師、會計師、醫師等專業技術人員，但僅允許執行業務者得減除成本及直接必要費用；若是受僱於機構組織之專業技術人員（如受聘僱於事務所之律師、會計師，或受聘僱於醫院之醫師），則被歸類為薪資所得者，而無從減除必要費用。稅捐機關採此立場之理由在於受僱專業人員之主要成本及直接必要費用均已由僱用之機構負擔，因此個人沒有再減除費用之必要，但本席認為如此之作法實屬僵化、不合時宜且有害於專業之發展。

以律師或醫師為例，若自行開業則收入屬執行業務所得；若受聘僱於事務所或醫院則屬薪資所得。自行開業者可減除成本及直接必要費用後，餘額始為所得額；而薪資所得者無法減除成本及直接必要費用，僅能享受薪資所得特別扣除額每年 128,000 元（所得稅法第 17 條參照）。惟隨著社會發展，醫師和律師業日趨專業，因此有組成大型醫院或事務所之趨勢，而律師或醫師在相當規模機構服務亦可致力專精於特定領域，同時也有拓展業務之任務與承擔盈虧之風險，其服務之內容與自行開業者並無太大差別。但目前稅制實變相鼓勵醫師、律師自行開業，如此就阻礙了醫師和律師在事務所或醫院內發展專業之誘因。事實上，律師或醫師為求專業發展，往往必須自行進修，以求精益求精，在專業領域上累積更厚實的能力，如參加國內外進修、研

習等。因此無論是受僱醫師／律師或自行開業者，均為必要之費用，但僅容許自行開業者減除費用，實屬不公，亦阻礙專業發展，我國稅捐制度未隨之作相應調整，已屬僵化。

二、未允許薪資所得者減除其必要費用支出，不利留才與延攬人才：

報載即將接任科技部長之陳良基指出，臺灣之科技人才持續外流，臺灣的經費和硬體比不上其他國家，如何留才是關鍵¹。陳良基所指外流的科技人才，如果留在國內工作，大多數應該都是屬於高薪的薪資所得者，這些高科技人才勢必有許多必要費用以維持其智識水準並與國外交流，而且不論薪資之高低，全國之薪資所得者每人均減除相同的特別扣除額 128,000 元，實不足反應高薪所得者通常亦有較高之必要費用支出。因此如果允許薪資所得者得以合理的費用作為扣除額，減輕其稅負，亦應有助於留住國內的人才，否則人才持續外流，對我國長期發展將造成難以彌補的傷害。

為延攬及吸引外國專業人才來台從事專業及生活，國家發展委員會在會商各部會之後，研究「外籍專業人才延攬及僱用條件」專法草案，其中包括對外國優秀人才提供租稅誘因，對於超過 200 萬元的薪資所得可享有前三年減半課稅優惠²，由此可知對於薪資所得者稅負過重為阻礙外國專業人才在台工作的原因之一。然而該專法係僅適用於外國人，而忽略了本國專業人才之租稅負擔問題。事實上在全球人才競爭之時代，我國固然應降稅以爭取外國人才，然而國外亦相繼以各種有利條件吸引我國之人才，如香港近年吸引了許多我國教育與金融人才，其中原因之一應就是其低稅負。因此政府在研議以減稅方式招攬外國人才之同時，實不應忽略對本國專業人才給予合理之費用減除，以減輕其稅負，政府機關依本號解釋作檢討改進時，亦應把留住我國人才之政策目標列入考慮。

三、解決貧富差距擴大問題，須多方之努力：

¹ 參中華民國 106 年 2 月 5 日聯合報 A4 版。

² 外國專業人才延攬及僱用法草案」第 8 條。參見國家發展委員會公共政策網路參與平臺眾開講 <https://join.gov.tw/policies/detail/877b8764-4623-4c2a-9fc4-124d2f6e3f2c>（最後瀏覽日期：2017 年 2 月 8 日）。

或謂本號解釋之結果，將使高受薪者獲得較大之利益，而恐將擴大貧富差距。事實上，本席認為國內貧富差距惡化之最大問題，並非在於薪資所得者繳稅之多寡，而在於資本利得未能核實合理課稅以及稅基流失之問題，如喧嚷多年之證券交易所得稅一直無法執行，外資購買股票優惠以及海外避稅之問題等，仍有待各方努力。

四、財政部有關薪資所得之函釋應一併檢討修正：

財政部中華民國 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 號函釋將各機關學校聘請授課人員講授課程所發給之鐘點費均定性為薪資所得，此種分類方式由民法之觀點分析顯然有所不足。在民法上付出勞力取得報酬者，至少可分為僱傭與委任契約二種，二者之主要差別在於委任契約之本旨在於「處理一定事務」；僱傭契約則為「於一定或不定之期限內為他方服勞務」，是委任契約與僱傭契約之主要差異在於提供勞務者於執行職務中獨立性之高低，以及受指揮監督之強弱而定。就兼任教師提供勞務之時間、地點，係由校方與老師共同約定，非教師所得自行決定，就此而言或具有僱傭之性質；但就勞務提供之內容，即授課內容，兼任教師應具有完全之獨立性，並不受校方之指揮監督，因此應符合委任關係之特性。

財政部主張薪資所得者不須減除費用之原因在於薪資所得者之費用大多由其雇主負擔，且無須自負盈虧。然而在委任關係之下，執行工作者具有較大之獨立性，所依賴於委任人較少，因此受任人為執行工作所必須負擔之成本亦較高，此或得以解釋為何現行稅法允許與當事人間成立委任關係之律師、醫師得以減除成本及必要費用。但就兼任教師而言，目前有許多兼任教師並非在固定學校授課，而是到許多學校爭取兼任授課之機會，以自己專業知識技能謀生，就此而言實已具有自力營生之性質。系爭財政部函迄今已逾 30 年，這期間社會型態發生重大變化，現在有許多到處兼課之「流浪教師」，亦非當時所能想見。因此本席建議在主管機關依本解釋之要求檢討薪資所得者之費用減除時，亦應著眼於社會之變遷，對於勞務給付之性質究屬薪資所得或執行業務所得加以檢討，以求稅負之公平合理。

協同意見書

黃昭元大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

[1] 解釋標的及結論：本號解釋之審查標的有二：一是所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款、同法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2（以下合稱系爭規定）關於薪資所得額之計算，僅許定額扣除，而不許實額減除必要費用的規定（以下簡稱系爭規定）是否違憲，二是財政部中華民國 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 號函釋將授課鐘點費歸為薪資所得，而非執行業務所得之規定是否違反憲法第 19 條租稅法律主義。多數意見認為前者違憲，後者合憲。本席贊成後者之合憲結論，同時勉強支持前者之違憲結論。謹對於前者之違憲理由及其相關影響等，提出協同意見¹如下：

一、據以審查的權利：平等

[2] 量能課稅為平等之下位原則：多數意見據以審查系爭規定是否違憲的權利是憲法第 7 條平等權。兩件聲請之聲請人固然都同時主張量能

¹ 本號解釋有兩項審查標的，由於本席同時支持兩項標的之解釋結論，故無任何不同意見。雖然本席只對其中一項標的（系爭規定）之理由提出協同意見，而未對另一項標的（系爭函釋）之理由表示協同意見，但本席認為本意見書仍非一部協同，而是（全部）協同意見書。蓋協同與不同意見書之區別，應該是以是否支持結論（合憲或違憲）為判斷標準，而非是否同意其理由。而協同意見書也不需要針對所有理由都表示意見，因此所謂的全部協同意見書和一部（或部分）協同意見書並無二致，都只需冠以協同意見書之名即可。司法院大法官審理案件法施行細則第 18 條第 1 項：「大法官贊成解釋文草案之原則，而對其理由有補充或不同之法律意見者，得提出協同意見書。」第 2 項：「大法官對於解釋文草案之原則，曾表示不同之法律意見者，得提出一部或全部之不同意見書。」或可供參考。按上述規定中所稱解釋文草案之原則，大致相當於解釋標的之結論（合憲或違憲）。如參考其區別標準及用語，依本席尚不成熟之淺見：（一）當只有一項審查標的時，應只有協同或不同意見書兩種可能。（二）當有兩項以上審查標的時，如果支持所有標的之結論，就是協同意見書。如果對所有標的之結論都不贊成，就是不同意見書。如果對數個標的之結論有贊成有反對，此時可以（1）針對所有標的出「一部協同一部不同意見書」，或（2）只針對贊成之標的結論單獨出「一部協同意見書」，而不對反對之標的結論表示不同意見，或（3）只針對反對之標的結論單獨出「一部不同意見書」，而不對贊成之標的結論表示協同意見。至於本院實踐另有「部分協同」及「部分不同」意見書之用語，固有其意，然本席認為其與「一部協同」及「一部不同」應屬同義。有關上述區別標準及用語，將來宜進一步溝通討論，於形成共識後予以統一，以求簡化解釋之理解成本。

課稅原則及其所包含的客觀淨值原則，然多數意見則將量能課稅原則當成是平等權適用在稅法案件時，所發展出來的下位規範，並非完全獨立於平等權之外的憲法原則或規範要求。本院過去在審理有關稅法案件時，早已多次提及量能課稅（參釋字第 597 號、第 693 號解釋）、租稅公平（參釋字第 180 號、第 196 號、第 218 號、第 248 號、第 318 號、第 327 號、第 361 號、第 496 號、第 506 號、第 607 號、第 635 號、第 673 號、第 687 號、第 696 號及第 703 號解釋）等原則，但似尚不曾正面說明其憲法依據為何。依本號解釋多數意見之意旨，量能課稅原則之憲法依據仍應回到憲法第 7 條平等權，且應適用平等權之相關審查標準。

二、多數意見所採之審查標準

[3] 本案採寬鬆審查標準：多數意見在解釋理由書第 2 段，對於涉及平等爭議的租稅事件，明示採取寬鬆審查標準，要求其目的應正當，分類手段與目的之達成間應有合理關聯。同時並明確說明為何採取寬鬆審查的主要考量：「此等分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規劃及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定之」。本院過去對於涉及平等爭議的租稅事件，固也常採寬鬆審查標準（參釋字第 565 號、第 635 號、第 688 號、第 697 號、第 698 號及第 722 號解釋），但似不曾如此清楚說明為何寬鬆審查的理由。²多數意見著眼於租稅事件所屬事務領域之特性，並從機關功能觀點，認為法院對於政治（立法及行政）部門之決定，原則上應予尊重，因此放寬審查標準。本席認為這是具有正面意義的理由說明，敬表支持。

[4] 推定受審查法令合憲，由聲請人證立其違憲：至於採取寬鬆審查標準的效果，則有兩點值得注意。如參考美國實務及學說見解，法院於採取嚴格審查標準時，係先推定受審查法令原則上違憲，而由政府機關證立其合憲。反之，如果採合理審查標準（相當於本院之寬鬆審

² 本院釋字第 697、698 號解釋係將「國家經濟、財政政策」或「國家稅收、產業政策、節約能源」之考量，直接列為合憲目的。

查），則係先推定受審查法令原則上合憲，並應由主張違憲的聲請人證立受審查法令何以違憲。和採取嚴格審查標準的釋字第 744 號解釋³相對照，本號解釋多數意見在明示採取寬鬆審查標準的同時，並未同時明示系爭規定原則上合憲，也沒有明確說明本案應由聲請人證立系爭規定違憲。這是本號解釋多數意見的理由構成較為不足之處，希望未來在類似案件可進一步補充闡述。⁴

[5] 有殺傷力的寬鬆審查：其次，本號解釋多數意見雖然採取寬鬆審查標準，但仍認定系爭規定違憲。就採取寬鬆審查標準和違憲結論而言，本號解釋適用寬鬆審查標準之結果，有如釋字第 722 號解釋，這也和美國法院及學說所稱會咬人或牙齒的合理審查標準 (rational-basis review with bite or with teeth) 類似。顯示同一寬鬆審查標準之適用，雖然原則上傾向合憲，但仍有例外違憲宣告的可能。本院在釋字第 744 號及第 745 號連續兩號解釋中，分別採取嚴格及寬鬆審查標準，並對這兩種標準之實際操作有相對詳細的說理。這是本院透過個案解釋之累積，逐步建立審查標準架構的努力，本席敬表支持。

[6] 應採較嚴（中度）審查標準的其他案件類型：以本案所涉及的租稅事件而言，多數意見雖然在本案採取寬鬆審查標準，但這不意味本院未來對於所有租稅事件也都將寬鬆審查。有如本院過去解釋先例所示，如果系爭租稅平等爭議另外涉及其他重要的基本權利（如生存權⁵），

³ 參本院釋字第 744 號解釋理由書第 3 段：「按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」

⁴ 本號解釋受理的兩件聲請之聲請人都主張量能課稅之客觀淨值原則，並以此為由主張系爭規定違憲。就此而言，多數意見應是認為聲請人之上述主張足以證立系爭規定違憲，因此作出違憲結論；而非責由相關政府機關證立系爭規定合憲，從而承擔客觀舉證責任分配下之不利益（指違憲判斷之結果）。故多數意見雖然沒有就寬鬆審查時的客觀舉證責任分配表示一般性的立場，但在實際操作上，以其理由構成而言，仍較接近是由聲請人證立系爭規定違憲。

⁵ 參釋字第 701 號解釋理由書第 3 段：「…故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法平等原則之意旨相符…。」第 4 段：「…故

或所採分類屬於敏感（嫌疑或準嫌疑）分類（如種族、性別、婚姻⁶等），本院仍應改採較為嚴格之審查（相當於中度）標準。

三、違憲理由：目的合憲，但手段違憲

[7] 簡化稽徵成本之目的合憲：租稅行政具有大量、專業化行政的性質，從而稽徵程序必然要考量效率及成本，以求稽徵經濟。過去本院在釋字第 318 號、第 688 號、第 694 號、第 696 號及第 701 號等解釋，亦已承認節省徵納雙方勞費、促進稽徵技術、減少稽徵成本或人力等，得為租稅差別待遇之正當目的。多數意見考量我國薪資所得申報戶數已達 500 萬戶以上，由此而生之徵納雙方成本都相當龐大，因此認定在本案確實存在有簡化稅捐稽徵成本之正當目的，不論是結論或理由（說明抽象目的所涉之具體公共利益為何及其程度），均可贊成。

[8] 財政收入考量尚非系爭規定之目的：簡化程序、降低成本之效率或經濟考量，固然具有正當性。這是因為本案採取寬鬆審查標準，因此得以合憲。在採取較為嚴格審查或嚴格審查標準的案件類型，此種經濟成本的目的考量，一般而言，就難以被評價為重要或特別重要之目的。又本院過去在有關租稅事件的解釋，亦曾承認維持⁷或增加⁸財政

系爭規定所為之差別待遇對避免浮濫或淪為規避稅負達成之效果尚非顯著，卻對受長期照護者之生存權形成重大不利之影響，難謂合於憲法保障受長期照護者生存權之意旨。是系爭規定就受長期照護者之醫藥費，以付與上開醫療院所為限始得列舉扣除，而對於付與其他合法醫療院所之醫藥費不得列舉扣除，其差別待遇之手段與目的之達成間欠缺實質關聯，與憲法第七條平等原則之意旨不符，在此範圍內，系爭規定應不予適用。」

⁶ 參釋字第 696 號解釋理由書第 3 段：「…茲依系爭規定納稅義務人及其配偶就非薪資所得合併計算所得淨額後，適用累進稅率之結果，其稅負仍有高於分別計算後合計稅負之情形，因而形成以婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇。」第 4 段：「按婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第五五四號解釋參照）。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。…」

⁷ 參釋字第 696 號解釋理由書第 4 段：「…至於維持財政收入，雖攸關全民公益，亦不得採取對婚姻與家庭不利之差別待遇手段。…」

⁸ 參釋字第 650 號解釋理由書第 4 段：「…縱於實務上施行已久，或有助於增加國

收入為正當目的，其與簡化程序、降低成本的經濟考量間，究有如何關聯？是否可以清楚區別？是否當然亦屬正當目的？則為另一問題。由於系爭規定之立法原意顯然並非以維持或增加財政收入為其目的，因此多數意見對此潛在爭議，亦未有所著墨，而留待未來。⁹

[9] 手段的兩種差別待遇：在手段部分，多數意見認定系爭規定存在有兩種差別待遇：一是外部差別待遇：與執行業務所得額之計算相比，薪資所得額只有定額扣除，欠缺實額減除費用的計算方式，這是法律表面上的差別對待。二是內部差別待遇：單一定額扣除額適用於所有的薪資所得者，以致對於需支出顯然較高之必要費用者，會產生適用上之不利差別待遇結果（參理由書第5段），這是法律適用結果的差別影響。前者是不應區別而區別的差別待遇，後者是應區別而不區別的差別待遇。多數意見進而認為這兩種差別待遇都因為過於簡化，以致違反客觀淨值原則而違憲。本席對此結論，勉強支持。

[10] 外部差別待遇之違憲：綜合多數意見對於本案兩項審查標的之立場，應可發現多數意見對於薪資所得與執行業務所得之區別、歸類，原則上尊重現行法令之分類及認定標準；然對於課稅所得額之計算，則要求應容許減除相關成本費用，以符合客觀淨值原則。系爭規定之薪資所得特別扣除額規定，固然兼有照顧中低薪資所得者及作為成本費用總額概算之雙重效果，但因不容舉證推翻其總額概算，推估已成擬制，過於僵化，所以違憲。

[11] 內部差別待遇之違憲：就薪資所得者間的內部差別待遇而言，其固屬應區別而未區別之差別待遇，但並非（對全體之）表面上不利，而是（對於高費用者之）適用上不利。多數意見認為在薪資所得者之

家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，…」（按本件涉及租稅法律主義爭議，並非平等權案件）。

⁹ 財政部代表於本院在106年1月17日召開之說明會後提出之補充資料及說明中，曾以薪資所得如採固定扣除一定比例（如20%）為例，預估可能減少的稅收約為478億元。如以此考量而主張維持現行定額扣除制度，就接近於主張以維持財政收入為其目的。又如以擴大稅基為由而進行修法，亦屬增加財政收入之目的主張。對於此類更接近純金錢收入考量的目的主張，是否應一概認為足以構成或根本不能構成正當目的，本席尚無定論。

間，對於需支出顯然較高之必要費用者，會產生適用上之不利差別待遇結果（參理由書第5段），固有其理。但如反向觀察，亦應注意到：系爭規定對於人數上占絕大多數（超過8成）的中低薪資所得者（適用邊際稅率20%以下者），其實是既簡便又（有實質）優惠的規定。如依現行（106年）規定，這些薪資所得者可以不用檢具任何支出憑證，即可自動扣除12萬8千元，這是現行定額扣除制度之優點。正由於此項顧慮，因此多數意見只是認定「在超過法定扣除額外，欠缺實額減除」的「不足部分」違憲，而未同時宣告現行薪資所得特別扣除額規定「本身」在表面上當然違憲。這也是本席勉強支持多數意見違憲結論的主要理由所在。

[12] 本席對於完全改採實額減除方式之疑慮：按所謂客觀淨值之認定，不論是在概念上或適用上，都不可能追求「絕對」客觀，而有容許合理誤差之餘地。如果現行所得稅法對於薪資所得額之計算沒有提供定額扣除規定，則其與執行業務所得之容許實額減除相比，確會因為差別待遇程度過大而明顯違憲。但所得稅法在63年增訂薪資所得特別扣除額規定，並於82年2月5日修正第5條之1再增訂依消費者物價指數上漲幅度調整薪資所得特別扣除額之規定後，有關薪資所得額與執行業務所得額之費用減除，雖然計算方式仍然有別，但兩者的差別待遇程度已經縮小。如果財政部將目前之薪資所得扣除方式，改成依項目（如5項）及額度憑據減除，而減除總上限仍為12萬8千元（參106年適用之現行規定），並有定期（甚至逐年）檢討調整的機制。如此修正，似應更接近客觀淨值原則的「概念」要求。惟接近概念，卻遠離蒼生。此種徹底的實額減除方式固可消除目前違憲的外部差別待遇，但必然大幅增加徵納雙方之成本，且其適用結果亦明顯不利於絕大多數的薪資所得者，特別是相對弱勢地位的中低所得者。

[13] 宣告違憲之餘的省思：就適用結果及實際影響而言，多數意見之宣告系爭規定違憲，其最主要的實際受惠群體將會是薪資收入高，口袋深，並有時間及能力產生高費用（意謂高消費能力）的高所得者，而非中低薪資所得者，也不會是掙扎於溫飽邊緣的政治、經濟或社會

上之無力、弱勢者，當然更不會是那些飽受法律或事實上結構性歧視的群體。年薪數百萬的薪資所得者固然可以理直氣壯地要求減除每年數十萬元以上的必要費用，但對大多數的受薪階級而言，即便是年薪百萬的小布爾喬亞，其能主張的必要費用恐怕也不外是汽車加油、捷運或公車票錢等錙銖必較的交通費用等有限項目及金額。買書一旦破萬，恐怕就沒得享受天天喝咖啡的小確幸。如果容許本席跳脫法律人的法理邏輯思考框架，而同時做一點不盡正確的政經考量：本號解釋多數意見在法律上儘管正確，但在政治上及經濟上卻是明顯右傾。

四、解釋結果：附修法期限的單純違憲宣告

[14] 規範不足之違憲：多數意見雖然宣告系爭規定違憲，但並非宣告現行薪資所得特別扣除額規定本身（包括「定額」方式及各年之「特定額度」）在表面上當然違憲，而是認為其「不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用」的總額概算方式，有所不足，在此規範不足的範圍內違憲，因此要求相關機關於2年內檢討修正所得稅法相關規定。

[15] 附修法期限的單純違憲宣告：由於多數意見只是宣告系爭規定違憲，而未同時宣告其立即或定期失效，故本號解釋應屬單純違憲宣告。又多數意見雖另有2年修法之要求，但如相關機關未於2年內修法，現行薪資所得特別扣除額的規定並不因而失效，除非另經立法修正，否則仍應繼續適用。就此而言，本號解釋可謂附修法期限的單純違憲宣告，而非定期失效。過去本院在釋字第455、457及530號等解釋，已曾採取類似之違憲宣告方式。多數意見之所以採取此種宣告方式，係顧及系爭規定是因上述「規範不足」而違憲，並非其規定本身在表面上當然違憲。至於未來應如何修法增訂新的規定，例如哪些項目屬於必要費用而得減除？其上限額度為何？仍應由政治部門決定之，不適合由本院逕自以解釋代替立法或指示應如何類推適用其他規定。

[16] 未來修法空間：相關機關將來於檢討修正所得稅法相關規定時，仍有相當充分的決定空間。本席可以想像的修法途徑如：完全保留現行薪資所得特別扣除額規定，另就超過法定扣除額的費用部分，增訂

得實額減除的必要費用項目及額度規定，例如交通費用、進修費、服裝費、工具（如電腦、書籍）等項目，並各訂有最高總額或比率之上限。如果納稅人要主張減除上述超額費用，則應提出包括法定扣除額部分的全部減除金額（例如 30 萬元）之相關單據，而不只是超過法定扣除額部分（例如 $30-12.8 = 17.2$ 萬元）的單據而已。這應該是最符合本號解釋多數意見的修法方向。至於其他的修法方向，例如：（1）依薪資所得額高低，分級適用不同減除比率或額度（如日本、南韓等國之制度）；（2）改採有如執行業務所得額之計算方式，原則上按不同之費用項目及額度規定檢據申報減除，或另適用依職業別設計的費用標準（得含最高總額上限），似應仍屬可能選項。按本號解釋多數意見既然強調客觀淨值原則，則薪資所得如改以實額減除為計算原則，再輔以推估式的費用標準（不管是比例或額度），應不致違反客觀淨值原則。

五、本號解釋對於原因案件之效果

[17] 原因案件之救濟：由於本號解釋結論是違憲宣告，因此聲請人陳清秀得就其原因案件提起再審，並主張就其 97 年度薪資所得額之計算，應許其減除超過法定扣除額（依行為時法為 10 萬元）之必要費用。聲請人屆時仍應提出包括法定扣除額部分的所有費用之單據，經主管機關認定後，再予以減除。然在相關機關以法令具體規定得減除項目及額度之前，法院並無從逕自裁判。於此情形，行政法院似有兩種處理方式：一是裁定停止訴訟，等待相關機關就超過法定扣除額的必要費用得如何減除，訂定具體項目及標準後，再據以裁判。二是以系爭課稅處分所適用的法令違憲（因此違法）為由，撤銷原處分，並發回由財政部另為適法之處分。然財政部也要等到有關實額減除的相關法令公布生效後，才能據以重新為適法之課稅處分。至於另一件聲請，先已由臺灣桃園地方法院行政訴訟庭語股法官以聲請釋憲為由，裁定停止訴訟程序。於本號解釋後，亦應可參考上述兩種審理方式，選擇其一處理。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號多數意見認所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款、第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2 關於薪資所得之計算，僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，與憲法第 7 條平等權保障之意旨不符，限相關機關 2 年內修正部分，本席尚難贊同，爰提部分不同意見如後：

一、立法者於租稅領域有較大立法裁量

憲法第 19 條規定「人民有依法律納稅之義務」，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律明確授權之命令定之。至法律所定之內容於不牴觸憲法其他規定之合理範圍內，則屬立法裁量事項（本院釋字第 369 號解釋參照）。本院關於涉及平等原則之稅務釋憲聲請案¹，除涉及重大基本權等（本院釋字第 694 號、第 701 號解釋涉及生存權、第 696 號解釋涉及憲法保障婚姻與家庭制度）採較嚴格之審查標準外，向來採寬鬆審查標準（本院釋字第 635 號解釋、第 647 號解釋、第 648 號解釋參照，本解釋亦採此標準）。是立法者於租稅領域有較大立法裁量。

二、量能課稅原則與稽徵經濟原則

量能課稅原則，釋字第 597 號解釋²雖明文提及，惟係稱「量能課稅及公平原則」，究係指與公平原則合為一原則或各為獨立原則，且

¹ 直接援用憲法第 7 條平等原則予以審查者，例如釋字第 241 號、第 460 號、第 565 號等。而於解釋文中另有使用「課稅公平」一詞者，例如釋字第 224 號、第 257 號、第 281 號、第 500 號、第 508 號解釋等；使用「租稅公平」一詞者，則有釋字第 180 號、第 218 號、第 248 號、第 318 號、第 327 號、第 496 號、第 506 號、第 607 號解釋等。其他尚有釋字第 397 號使用「為使租稅臻於公平合理」一詞，釋字第 506 號解釋使用「租稅公平負擔」一詞。

² 釋字第 597 號解釋「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則……」

指涉範圍過於寬泛，難以具體說明其內涵³，而缺乏法定之定義，學者間亦無一致見解⁴。如依其字面文義，係指按納稅義務人稅負能力課稅，則本院釋字 565 號解釋「依租稅平等原則納稅義務人固應按其實質稅負能力，負擔應負之稅捐。」⁵ 釋字第 607 號解釋「非營業性之營利事業所得來源，如於扣減相關之成本費用、損失後仍有餘額，即有稅負能力，就該筆所得核實課徵稅捐，與租稅公平原則並無不符。」

亦論述按稅負能力課稅，但未冠以量能課稅，而以平等原則（租稅公平原則）審查。本席以為量能課稅一詞尚未成為明確用語，且一般既以平等原則之下位概念視之，則逕依平等原則審查即可。本解釋理由書第 2 段謂「始符合量能課稅要求之客觀淨值原則，從而不違反憲法第 7 條平等保障之意旨。」似亦將之歸於平等原則下。

依租稅平等原則，固應按納稅義務人實質稅負能力課稅，惟租稅核課行政為大量行政，稽徵機關之行政資源顯然有限，大量行政之事實形成個別案件之正義在實現上之界限，在租稅法領域中，無論在立法層面或是在法律適用層面，均須考量到租稅簡化（亦稱稅捐稽徵經

³ 黃源浩，論量能課稅，收錄於《租稅正義與人權保障：葛克昌教授祝壽論文集》，新學林，2016 年 1 月，頁 587-590。

⁴ 學者陳敏認為，國家的財政需要，應該公平地分派予人民負擔，亦即按照稅捐義務人繳納稅捐的經濟能力大小而課徵稅捐。換言之，國家於課徵稅捐時，無論以何種稅捐種類課徵，均應共同遵守量能課稅原則之要求。若租稅義務人有相同之納稅能力，而在無其他合理的理由下課以不同之租稅負擔，即有違平等原則之要求。陳敏，憲法之租稅概念及其課徵限制，政大法學評論第 24 期，1981 年 10 月，頁 57 至 58。學者黃俊杰認為，稅捐課徵之原則，首重公平，亦即對於相同負擔能力者課徵相同稅捐，對於不同負擔能力者應予合理之差別待遇，故應兼顧水平公平及垂直公平。至於，衡量公平之標準，則應依個人之給付能力為之，亦即透過量能課稅原則為之衡量。黃俊杰，納稅者權利之維護者，收錄於氏著《納稅者權利保護》，元照，第 2 版，2008 年 1 月，頁 4 至 6。學者黃茂榮認為，稅捐為無（直接）對待給付之公法上強行給付義務，其給付義務之有無及範圍，自然只能取決於納稅義務人之稅負能力。是故，量能課稅原則乃被肯認為公平課稅的基礎原則。在納稅義務人之客觀稅負能力的基礎上，課以與其有相同能力者，同等程度之稅捐義務。黃茂榮，《稅法總論（第一冊）》，翰蘆，增訂 2 版，2005 年 9 月，頁 153 至 156。

⁵ 釋字第六三五解釋亦有相同意旨。

濟原則⁶)，稅法上之類型化及概算化(或稱總額化⁷，包括按一定比率計數)即為可資利用之手段之一。類型化等之必要性乃建立於稽徵行政之有限負擔能力上，透過類型化等方式，使得稅務機關減輕其稽徵成本及負擔，但透過此種「簡化設計」，不免犧牲按「實質稅負能力」課稅之要求，故租稅法上類型化等之立法為促進租稅簡化，產生有違按實質稅負能力課稅之不平待遇，仍須通過平等原則之檢驗⁸。於此，僅允許因租稅簡化而輕微逸脫按實質稅負能力課稅，為了租稅簡化而為類型化之分類標準，仍須與按實質稅負能力課稅之目的具合理關聯性，且類型化所形成之差別待遇悖離按實質稅負能力課稅之程度，尚在可容許範圍。又實質稅負能力於所得稅範疇，應以收入減除必要成本費用定其實質稅負能力。然此非絕對，為防浮濫減除或稽徵經濟原則，對於必要成本費用設認定標準、列舉申報項目、最高限額、或採定率、定額扣除，在合理範圍，立法者可自由裁量。

三、執行業務所得與薪資所得存有差別待遇

所得稅法第14條第1項第2類規定「執行業務所得：凡執行業務者之業務或演技收入，減除業務所房租或折舊、業務上使用器材設備之折舊及修理費，或收取代價提供顧客使用之藥品、材料等之成本、業務上雇用人員之薪資、執行業務之旅費及其他直接必要費用後之餘

⁶ 參照最高法院九十五年判字第一〇五四號判決「……實則『稽徵經濟原則』乃是與『稅捐法定原則』及『量能課稅原則』併立之稅捐法制三大基本建制，極具重要性。由此亦可知，在稅捐法制上，人民權利與行政效率必須有所調和，其間有『成本效益』之衡量在其中……」。

⁷ 盛子龍，租稅法上類型化立法與平等原則，中正財經法學，第3期，2011年7月，頁151。陳清秀，論稅法上類型化(上)，法令月刊，第59卷第4期，2008年4月，頁601。

⁸ 盛子龍，前揭文(同註7)，頁151至156。黃茂榮，稅捐稽徵經濟原則，植根雜誌，第20卷第10期，2004年10月，頁4至9。陳清秀，前揭文(同註7)，頁601至605。柯格鐘，論稅捐正義的追尋：從憲法平等原則到稅法量能課稅原則的路徑，臺大法學論叢，第45卷，2016年11月，頁1256。租稅法上類型化是以租稅簡化為目的，將稅法的適用取決於一種典型、常態或是平均的事實，以取代或減輕租稅行政機關個案調查之負擔；而稅法上之總額化，亦屬類型化的下位案型，係指將一個租稅法的構成要件之計算基礎予以類型化。盛子龍，前揭文(同註7)，頁153、155。

額為所得額。……」執行業務者其執業收入減去成本及必要費用、費用與損失之餘額，始作為執行業務所得，計入綜合所得總額。而所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類規定「薪資所得：凡公、教、軍、警、公私事業職工薪資及提供勞務者之所得：一、薪資所得之計算，以在職務上或工作上取得之各種薪資收入為所得額。二、前項薪資包括：薪金、俸給、工資、津貼、歲費、獎金、紅利及各種補助費。但為雇主之目的，執行職務而支領之差旅費、日支費及加班費不超過規定標準者，及依第 4 條規定免稅之項目，不在此限。……」（下稱系爭規定一）另於民國 90 年 1 月 3 日修正公布所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2 規定：「薪資所得特別扣除：納稅義務人及與納稅義務人合併計算稅額報繳之個人有薪資所得者，每人每年扣除 7 萬 5 千元……。」（下稱系爭規定二，82 年 2 月 5 日修正公布所得稅法第 5 條之 1 定有依消費者物價指數上漲幅度調整薪資所得特別扣除額之規定，97 年 12 月 26 日修正為 10 萬元，103 年 6 月 4 日修正為 12 萬 8 千元。）薪資所得者僅得按薪資所得特別扣除所定定額扣除，不能實額減除成本、費用，形成差別待遇。簡言之，執行業務所得與薪資所得兩者之差別待遇，在於兩者計算所得額之計算方式，前者採實額扣除，後者係採定額扣除。另外，採定額扣除在不同薪資所得者間，亦形成差別對待。惟倘形成差別待遇之系爭規定所追求之目的正當，且分類標準及差別待遇之手段與目的間具有合理關聯性，即符合平等原則之要求（本院釋字第 647 號、第 684 號解釋參照）。

四、薪資所得特別扣除之立法目的

所得稅法 63 年 12 月 30 日修正公布時，首次增訂薪資所得特別扣除之規定，係以薪資所得之一定比率，且不超過最高扣除額計算，其立法理由，僅謂「為減輕薪資所得者稅負，茲特增訂特別扣除辦法」⁹。爾後 78 年 12 月 30 日改以直接定額扣除，修正理由亦僅謂「期使薪資

⁹ 立法院公報，第 63 卷第 95 期，院會紀錄，頁 27。63 年 12 月 30 日修正公布所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 7 目規定：「薪資所得特別扣除：納稅義務人及由納稅義務人合併申報之個人有薪資所得額百分之十。但每年扣除數額，以不超過 4 千元為限。」

所得者普遍受惠」¹⁰。按系爭規定一中之第1款規定「薪資所得之計算，以在職務上或工作上取得之各種薪資收入為所得額」，並無扣除任何成本及費用。是薪資所得特別扣除若僅是因考量扣繳制度之採行，使薪資所得之課稅資料完全為稅捐稽徵機關掌握，薪資所得之實質稅負較高，而對薪資所得者給予之優惠為目的，則薪資所得者係以薪資收入負擔稅負，將有違按實質稅負能力課稅之平等原則。是薪資所得特別扣除應解為含有採行推估與必要費用額度相當之定額扣除法，即有收入減除成本及必要費用之概念，並對低薪資所得者之必要費用未達所定定額部分予以減免。故薪資所得特別扣除，係對於納稅義務人為取得薪資所得所支出之必要費用，採取概算費用定額扣除方式，正是立法者基於租稅簡化之考量，將納稅義務人可以主張減除之成本及必要費用，以概算化（或總額化）方式處理，不准許納稅人舉證實報實銷之列舉扣除方式，提出實際支出之成本及費用高於該特定扣除額之證據，予以推翻¹¹。綜言之，薪資所得特別扣除之立法目的，除係減輕薪資所得者稅負及簡化國家稽徵成本，亦有必要費用總額推估之目的。薪資所得特別扣除額，實具成本及必要費用之性質。正如本號解釋多數意見「只採定額扣除，除有減輕薪資所得者稅負之考量外，係為求降低稅捐稽徵成本，其目的尚屬正當。」

五、執行業務所得與薪資所得本質仍有所不同而得為差別對待

按32年1月30日之所得稅法第1條，將所得類型分為3類；營利事業所得、薪給報酬所得、證券存款所得，而第2類薪給報酬所得，係指「公務人員、自由職業者及其他從事各業者，薪給報酬之所得」。35年4月16日修正公布所得稅法第2條第2類之薪給報酬所得，包

¹⁰ 立法院公報，第78卷第104期，院會紀錄，頁105。78年12月30日修正公布所得稅法第17條第1項第2款第3目之2規定「薪資所得特別扣除：納稅義務人及與納稅義務人合併計算稅額報繳之個人有薪資所得者，每人每年扣除4萬5千元，其申報之薪資所得未達4萬5千元者，就其薪資所得額全數扣除。配偶依第15條第2項規定分開計算稅額者，每年扣除4萬5千元，其申報之薪資所得未達4萬5千元，就其薪資所得額全數扣除。」

¹¹ 陳清秀，前揭文（同註7），頁601至605。盛子龍，前揭文（同註7），頁155。

含業務或技藝報酬之所得與薪給報酬之所得。37年4月1日修正公布所得稅法第1條第2類之報酬及薪資所得，包括業務或技藝報酬所得與定額薪資之所得。44年12月23日修正公布所得稅法第14條第2類與第3類，分別為執行業務所得與薪資所得。執行業務所得與薪資所得同為勞務性所得，32年1月30日之所得稅法將兩者歸屬於同一所得類型：薪給報酬所得，之後修法分為業務或技藝報酬之所得與定額薪資之所得，乃至現行所得稅法並列執行業務所得與薪資所得為綜合所得類型，其修正理由為何已無從由立法資料中得知。

惟由所得稅法第11條第1項規定「本法稱執行業務者，係指律師、會計師、建築師、技師、醫師、藥師、助產士、著作人、經紀人、代書人、工匠、表演人及其他以技藝自力營生者。」以及稽徵與司法實務區分兩者之判斷標準可知，執行業務者須具有專業知識技能或技藝，薪資所得者雖也可能具專業知識技能，但非必要之要求；¹² 執行業務者從事勞務時具有獨立性、自主性，可自主決定工作時間、地點或工作方式，不受他人指揮監督，薪資所得者工作之種類、方式、時間與地點均受雇主指示；¹³ 執行業務者自負勞務成果及財產上風險，須自行吸收以勞力換得之經濟成果不如預期之不利益；¹⁴ 薪資所得者只須單純提供勞務，即便付出之勞力與所得經濟成果不等價，仍獲得定期或定額之報酬，亦無投入成本費用不能得到回收之情事。¹⁵ 簡言之，專業性勞務之提供，若符合以技藝自力營生，須負擔一切執業之成本及費用而自負盈虧並，即屬執行業務所得；如勞務之提供具專屬性、從屬性、受雇主指揮監督，從事業務所需之成本及必要費用主要由雇主負擔，則屬薪資所得性質。

執行業務者自力營生因而自負盈虧，其所負擔之成本及費用，顯然不同於薪資所得者。薪資所得者雖亦有必要費用之支出，然諸如交

¹² 最高行政法院 96 年度判字第 125 號判決參照。

¹³ 最高法院 96 年度台上字第 1175 號判決參照。

¹⁴ 最高行政法院 95 年度裁字第 2412 號裁定參照。

¹⁵ 高雄高等行政法院 99 年度簡字第 312 號簡易判決參照。

通費、與工作直接相關之進修費、治裝費等，相較於執行業務者，其必要費用之項目較為固定、亦較少（如同樣勞務所應支出之成本費用主要部分已由雇主支付），且通常與基於個人消費偏好而增加之支出難以劃分，更適宜將必要費用概算化以計算其所得。立法者基於租稅簡化，以自立營生此一得反映出成本與必要費用之經濟活動特徵，作為分類標準，將勞務所得區分為執行業務所得與薪資所得，對每年所得申報戶數達5百萬戶以上之薪資所得者，以與必要費用額相當之定額扣除法，計算其所得，而相較於執行業務者以實額減除方式計算其所得，形成了差別待遇，然此仍就執行業務所得與薪資所得，於成本及必要費用上存有結構性及各類所得人數多寡之不同，所為之差別待遇，難謂其分類標準及差別待遇之手段與減化稽徵之目的間欠缺合理關聯性；且在定額額度係與成本、必要費用額度相當之情形下，則不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，以列舉或其他方式計算其薪資所得，與按實質稅負能力課稅之差異程度已無法容許，尚無違反平等原則。

至不同薪資所得者，其必要費用額，可能有所差異，但定額扣除既係概算必要費用之最高扣除額，對低薪者而言其必要費用可能不達此數，而得按最高扣除額減除，其差額部分，前已述及，係給予減免優惠；對高薪者而言，已按定額扣除額減除必要費用，僅未享有或享有較少之減免優惠，此減免之差異，與系爭規定二予薪資者優惠之立法目的間有合理關聯，亦未牴觸平等原則。

六、本解釋意旨不明

本解釋理由書第5段謂：「本於量能課稅原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用後的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基。此項要求，於各類所得之計算均應有其適用。定額扣除額為必要費用之總額推估，亦應符合上開要求。主管機關考量薪資所得者與執行業務所得者是否為自力營生之不同（所得稅法第11條第1項參照），固得就各自得減除之必要費用項目及最高額度等為合理之不同規範。」

多數意見認所得課稅須以收入減除成本及必要費用後之餘額，是

否為理由書第2段所稱「客觀淨值」？係指絕對淨值（全部成本及必要費用均扣除）或相對淨值（扣除之成本及必要費用限於規定之項目或最高額度內）？如屬前者，定額扣除額係對必要費用之總額推估，自難達成絕對淨值，如屬後者，顯允許立法者裁量可減除必要費用之項目及最高額度，則立法者裁量可減除必要費用之項目及最高額度後，將各項目之最高額度加總為總額，而以系爭規定方式為定額扣除規定，何以違反上開客觀淨值要求？本解釋既認主管機關考量薪資所得者與執行業務所得者是否為自力營生之不同，得就各自得扣除之必要費用項目及最高額度等為合理之不同規範，似亦認兩者所得性質不同，得為不同規範，且僅須符合相對客觀淨值要求，則同上所述，系爭規定何以違反上開客觀淨值要求？如不許定額扣除，除按比率扣除（比率規定較實際必要費用高時，將造成稅基流失，且各行各業各階層之費用率未盡相同，勢難逐一妥適規定：如比率規定較實際必要費用高時，則發生與定額扣除不足相同情形，有無違反客觀淨值要求問題）外，無論採絕對淨值許全部費用減除，或採相對淨值規定得減除之必要費用項目及限額，均須逐件查核，稅捐稽徵機關能否負荷？

又本解釋謂系爭規定「僅許薪資所得者就個人薪資收入，減除定額之薪資所得特別扣除額，而不許薪資所得者於該年度之必要費用超過法定扣除額時，得以列舉或其他方式減除必要費用，於此範圍內，與憲法第7條平等權保障之意旨不符」係要求除定額扣除外，須有得以列舉或其他方式計算其薪資所得，此較其他各類所得均僅實額扣除一種（執行業務所得之費用標準，非供執行業務者選擇適用¹⁶），造成另一差別待遇？

¹⁶ 所得稅法施行細則第十三條第一項規定「執行業務者未依法辦理結算申報，或未依法設帳記載及保存憑證，或未能提供證明所得額之帳簿文據者，稽徵機關得照同業一般收費及費用標準核定其所得額。」又按財政部發布之各年度執行業務者費用標準規定「執行業務者未依法辦理結算申報，或未依法設帳記載並保存憑證，或未能提供證明所得額之帳簿文據者」，「應依核定收入總額按下列標準（金額以新臺幣為單位）計算其必要費用，但稽徵機關查得之實際所得額較依下列標準計算減除必要費用後之所得額為高者，應依查得資料核計之」。足見該費用標準非任由執行業務者選擇適用。

七、結論

系爭規定雖尚未達到牴觸平等原則程度，惟以單一之定額扣除，造成部分人受益（如擬對該部分受益者給予減免，亦宜分別規定）；總額推估之必要費用內容不明，是否合理，亦無從判定，難以使納稅義務人信服。外國立法例有諸如超額定率遞減法（將薪資收入金額從低至高分成數個級距，最低級距適用最高成本費用扣除率，隨著薪資收入金額之提高，所對應成本費用扣除率則降低）、定率扣除法（不分薪資收入金額高低，一律乘以固定扣除率，或有伴隨最高限額）、特定項目核實扣除法（列舉與薪資收入有較高關連性可能之費用支出項目，非列舉部分費用支出搭配定額扣除法或超額定率遞減扣除法）等計算所得，較之系爭規定更為靈活，主管機關允宜衡酌按實質負稅能力課稅與租稅簡化二者之利弊，參酌採取符合租稅公平之方法，以免再起爭訟。

不同意見書

黃虹霞大法官 提出

一、以合法為前提，稅繳得越少越好，應該是納稅人共同的希望；薪資所得者尤其高所得者相較於其他所得者，有相對稅捐上之不公及被剝奪感，也應是普遍之認知。準此，本件解釋文第一段內容對薪資所得者中之高所得者言，將帶來所得稅減輕之利益，此點對該高所得者自屬有利，某個程度言，也確有緩和其等之相對不公及被剝奪感之作用。惟稅捐收入是國家之最主要財政來源，如難期待政府以減少支出方式因應上述減稅結果之所得稅短收之差額，則在作成減稅解釋時，自應仔細思考、斟酌其相關影響及整體效益，以找出較適切之處理途徑，而不應由某一面向切入。比如：

（一）與稅捐公平之追求相較，毋寧應認為社會的安定、民主發展與人權更為重要：

平等權當然應受憲法保障，但就稅法而言，應如何

落實平等權保障，確堪仔細思量，蓋究竟是應按人頭計算，每一個人不論貧富或收入多寡，均繳同數額之稅捐（如往昔民間廟會之家戶「丁口錢」）？還是按每一個人之貧富或收入多寡繳一定比例之稅捐？抑或是如現行綜合所得稅之累進稅率制，所得愈高繳的稅愈多？才算是符合平等權保障意旨？現行稅法係採累進稅率制，如果無違平等權保障意旨，則我們是不是可以認為在稅法上平等原則之違憲審查標準應不能太高。尤其因為社會的安定、民主發展與人權較之稅捐公平應更為重要，而課稅規定不當是所得嚴重不均的主要原因之一，所得嚴重不均又將有礙社會的安定、民主發展與人權，此不但是本席於就任大法官前，三十多年執行律師業務期間之觀察心得，且與甫於今年一月份由來自十個不同國家的獨立專家組成之國際審查委員會，針對我國政府提出之落實國際人權公約第二次報告，所通過的結論性意見與建議共數十項，其中第 18 項所稱：「**臺灣所得不均的情形日益嚴重，也讓審查委員會感到憂心。**最近的統計數據顯示，臺灣的財富集中在金字塔頂端 1% 人口的情況越來越嚴重，收入如此不均**有礙社會的安定、民主發展與人權。**審查委員會呼籲政府應該重新擬定國家經濟政策，包括課稅規定以及國內和國際貿易，才能夠實踐經濟、社會與文化權。」正相一致。因此，**在考量稅捐公平之追求時，應該以避免擴大所得不均為前提。**本件解釋之多數意見固由量能課稅原則中之客觀淨值原則著眼，認為同為勞務提供者之屬執行業務所得者與屬薪資所得者間，存在著得否實額扣除必要費用之不合理差別待遇，但對於量能課稅原則中之累進稅率原則所欲達成之所得均衡目標，似未予充分考量，亦即未正視本件解釋所必然產生之擴大現有之所得不均、貧富差距現象之

結果（因為依本件解釋：薪資所得者中較高所得者，較可能獲利或獲利較多；而較低所得者，則未獲利或獲利較低，如此，將擴大薪資所得者之中，高、低所得者間之所得不均及貧富差距），此為本席所以無法贊成多數意見之原因之一。

- （二）本件解釋對稅收之可能影響數額未充分考量，也未考量該稅收差額之補充來源，並得以排除提高全體所得者稅負之可能，故對全體納稅人包括薪資所得者中之低所得者可能不利：

作成本件解釋前，本院曾召開說明會要求主管機關說明及試算如許薪資所得者減除實際必要費用時，對稅收之影響數額，並經財政部賦稅署以比照執行業務者中之費用標準之低標（20%）（計算結果如表1，約478億元），財政部並稱：「在目前財政不足情況下，尚無適當財源可資彌補。」就此，未見多數意見納入充分考量。或謂本件解釋並未限定應比照執行業務之費用標準，故稅收影響數應不致太大。惟主管機關之說明如不可採，憑何判斷影響不致太大？又如果影響有限，又何有由大法官作成違憲解釋之價值？此外，現行稅捐實務上，同為勞務提供者之執行業務者，既得因得減除實際必要費用而更因稅捐稽徵機關無力辦理實際查核之結果，而享有按所頒年度費用標準（大多數高於20%，例如請見財政部104年4月2日台財稅字第10404503601號令頒「103年度執行業務者費用標準」）減除費用之利益，則同理，於本件解釋後，亦為勞務提供者之薪資所得者為何不應比照（如上所述，如比照按20%費用標準減除必要費用，則總稅收差額為減收478億元）？再者，單舉交通費一項為例：薪資所得者中之高所得者言，其勞務付出不亞於執行業務者，此一推斷應非不合理，

則執行業務者依執行業務所得查核辦法規定，既得以購車或租車方式減除相關支出含車款或租金、保險費、維修費、油費、稅捐甚至司機費等等（目前執行業務者得列報一輛汽車相關費用，如係新購置之成本在新台幣250萬元為限准予依耐用年限折舊，請見執行業務所得查核辦法第15條、第30條），則薪資所得者若要求依同一標準處理，應非無理。準此，單就交通費一項言：若以年100萬元為基準計算，如表1之所得淨額新台幣1000萬元以上者，每戶可年減稅約45萬元，共11099戶，總計減稅約50億元，其金額非小。此種結果，除無疑生擴大所得不均之結果外，另其仍在多數意見認為合理之範圍內嗎？還是多數意見認為應如同財政部賦稅署所提出之表2所示：薪資所得者不論所得高低，都只有每天100元交通費？抑或多數意見認為二者皆非？如多數意見認為二者皆非，則應以何為標準呢？主管機關要如何之處，才算符合本解釋意旨呢？本件解釋會否治絲益棼？或徒有形式公平？或因無補充稅源，故而需相應提高全體所得者之稅負，致對薪資所得者中之低所得者更不利，又更擴大所得不均呢？此所以本席無法贊成多數意見之理由之二。

- (三) 多數意見認為就薪資所得者增加准許實額扣除必要費用後，仍應保留現行之薪資所得特別扣除額規定。惟依多數意見主張之客觀淨值原則及現行所得稅法第14條規定，薪資所得以外其他類之所得並無薪資所得特別扣除之類似規定，即如均採客觀淨值原則，則薪資所得特別扣除額應無保留之理。故多數意見此部分之見解，與其所主張之客觀淨值原則亦有所矛盾。
- (四) 本席認為：我國目前之現況，所得稅之最大來源為綜合所得稅，並為國家最大金額之賦稅收入，且各年度綜合

所得稅核定之薪資所得占各該年度各類所得總額之比例均超過 70%，¹ 其為不合理至明，自應由稅捐主管機關即行檢討現行諸多免稅或減稅措施是否合理及是否因而擴大所得不均而予改善，才是當務之急。又現行營利事業所得稅查核準則、執行業務所得查核辦法暨其相關各年度費用標準，是否過於寬鬆，以致 (1) 是否原非直接必要之費用，亦因稅捐稽徵機關未落實查核，甚至不斷擴大書面審查，而得以被不當列計作為費用扣除；(2) 就執行業務所得部分：所得認定標準是否太低、費用扣除標準是否太高，故原應以記帳為原則者，乃竟反轉而以記帳為例外，以致二者均嚴重背離所得稅法之客觀淨值原則本旨，並因而已造成稅基流失，形成稅賦不公之現況。此種情形無怪乎被歸類為薪資所得者難予甘服，而有不平之鳴。就此種不當之現況，稅捐稽徵機關自亦應即行檢討改進，才能擴大稅基，改善所得不均、縮小貧富差距，以維社會安定、民主發展與人權，此方為正辦。本件解釋多數意見由單面切入，以本件解釋文要求檢討修正所得稅法相關規定之結果，如因稅捐稽徵機關人力不足，而仿執行業務所得之例採年度費用標準扣除法應對之，則將使現行營利事業所得稅與執行業務所得查核實務之不當處理，蔓延至薪資所得稅之徵起，此為本席最不樂見及憂心之處。

二、就財政部 74 年 4 月 23 日台財稅第 14917 函釋部分言：

本席認為大專院校兼任教師應為具專門知識經驗能力之

¹ 請見 106 年 1 月 17 日說明會陳明進教授書面意見：〈薪水族好苦 占綜所稅所得 72.67%〉，自由時報 105 年 7 月 25 日報導，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1014388>（最後參訪日：106 年 2 月 6 日）；洪敬舒〈淺析綜合所得稅的租稅不平等與社會不公〉，《社區發展季刊》，151 期，頁 226，頁 231（表 3）、232（表 4）（2015）；侯永盛，〈104 年稅收徵起情形〉，《財政園地》，38 期，頁 12，12（表 1）（2016）。

專業人士，且因其未如專任教師般受保障，故其與執行業務人員性質相類似，從而應認為大專院校兼任教師之鐘點費為執行業務所得，較為合理，即上開函釋內容應有可議，理應由主管機關另為檢討修正。此外，諸如專家學者應各級政府機關或公私團體邀請演講、出席會議，接受諮詢、發表意見所領取之演講費、出席費；或為各級法院或調解機構辦理調解、鑑定等事務所領取之費用，也均應屬執行業務所得，而應非薪資所得，較為合理。主管機關允宜重新全盤檢討薪資所得與執行業務所得之分類。

三、本席衷心期盼行政、立法機關能即依前述國際獨立專家之建議及意見，確實檢討現行稅法規定，以改善我國所得嚴重不均之不當現況，以免危及社會安定等，則國家幸甚！全民幸甚！

四、因對本件解釋全部無法贊同，爰提出本件不同意見書。

表 1：薪資所得如採 20% 固定比例扣除之稅收影響數²

單位：千元

級距：萬元	邊際稅率	薪資所得 (A)	現行薪資所得特別扣除		扣除金額 (B1=A*20%)	稅收影響數 (B1-B)*邊際稅率
			戶數	金額(B)		
NET= 0	-	532,265,740	1,580,241	197,586,022	106,453,148	-
0 - 52	5%	1,598,169,510	2,571,700	343,686,916	319,633,902	-
52 - 117	12%	938,638,050	768,376	122,110,047	187,727,610	7,874,108
117 - 235	20%	626,569,742	326,187	58,183,185	125,313,948	13,426,153
235 - 440	30%	276,980,739	97,871	17,276,037	55,396,148	11,436,033
440 - 500	40%	34,109,416	9,293	1,609,655	6,821,883	2,084,891
500 - 1000	40%	101,860,233	23,497	3,997,764	20,372,047	6,549,713
1000 以上	45%	80,015,287	11,099	1,810,942	16,003,057	6,386,452
合計		4,188,608,717	5,388,264	746,260,568	837,721,743	47,757,350

資料來源：財政部於 106 年 1 月 19 日提供

² 表 1 係以 103 年度薪資所得申報統計資料，按 104 年度稅率級距估算。

表 2：薪資所得如採實額扣除，可能發生費用之估算

費用項目	金額	備註
交通費	36,000 元	100 元 *30 天 *12
伙食費	36,000 元	100 元 *30 天 *12
書籍、電腦	10,600 元	電腦：5 萬元 /5 年 =10,000 元 (折舊) 書籍：3,000 元 /5 年 =600 元 (折舊)
進修費	24,000 元	2,000*12 以坊間短期美語補習班收費行情為例
治裝費	12,000 元	1,000 元 *12
合計	118,600 元	

資料來源：財政部於 106 年 1 月 19 日提供

(相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，
網址：<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/>)

司法院釋字第746號解釋

【逾期繳納稅捐加徵滯納金及滯納利息案】

中華民國 106 年 2 月 24 日

院台大二字第 1060005256 號

解 釋 文

稅捐稽徵法第 20 條規定：「依稅法規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金者，每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一滯納金；逾 30 日仍未繳納者……。」及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項規定：「納稅義務人，對於核定之遺產稅或贈與稅應納稅額，逾第 30 條規定期限繳納者，每逾 2 日加徵應納稅額百分之一滯納金；逾期 30 日仍未繳納者……。」係督促人民於法定期限內履行繳納稅捐義務之手段，尚難認違反憲法第 23 條之比例原則而侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權。

財政部中華民國 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函，就復查決定補徵之應納稅額逾繳納期限始繳納半數者應加徵滯納金部分所為釋示，符合稅捐稽徵法第 20 條、第 39 條第 1 項、第 2 項第 1 款及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項規定之立法意旨，與憲法第 19 條之租稅法律主義尚無牴觸。

遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項規定：「前項應納稅款及滯納金，應自滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」就應納稅款部分加徵利息，與憲法財產權之保障尚無牴觸；惟就滯納金部分加徵利息，欠缺合理性，不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書

聲請人江林夏桑等 6 人，因未依法於繳納期限內繳納遺產稅及贈與稅，經稅捐稽徵機關依稅捐稽徵法第 20 條規定：「依稅法規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金者，每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一滯納金；逾 30 日仍未繳納者……。」（下稱系爭規定一）遺產及贈與稅法第 51

條第 1 項規定：「納稅義務人，對於核定之遺產稅或贈與稅應納稅額，逾第 30 條規定期限繳納者，每逾 2 日加徵應納稅額百分之一滯納金；逾期 30 日仍未繳納者……。」（下稱系爭規定二）財政部中華民國 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函示：「……納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾限繳期限始繳納半數，雖已依法提起訴願，惟有關稅法既無提起行政救濟而逾限繳納稅款案件得免加徵滯納金之例外規定，自應依稅捐稽徵法第 20 條規定加徵滯納金。」（下稱系爭函一）及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函示：「納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如其係依法提起訴願者，應就該補徵稅額之半數依法加徵滯納金……。」

（下稱系爭函二）以復查決定補徵之應納稅額半數計算加徵滯納金，後再依遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項規定：「前項應納稅款及滯納金，應自滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」（下稱系爭規定三）就應納稅款半數及滯納金加徵滯納利息。聲請人不服，先後請求稽徵機關退還前開已繳納之滯納金及加徵之滯納利息，均遭否准，提起訴願亦均遭駁回。嗣先後提起行政訴訟，遺產稅部分經最高行政法院 104 年度判字第 455 號判決（下稱確定終局判決一）以上訴為無理由駁回上訴而告確定，贈與稅部分經臺中高等行政法院 104 年度簡上字第 10 號判決（下稱確定終局判決二）以上訴為無理由駁回上訴而告確定。聲請人認確定終局判決一所適用之系爭規定一至三、系爭函一及二，及確定終局判決二所適用之系爭函一及二，有違反憲法第 7 條、第 15 條、第 19 條及第 23 條之疑義，先後向本院聲請解釋憲法，經核均與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理，經併案審理作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一及二關於逾期未繳納稅捐應加徵滯納金之規定，尚難認違反比例原則

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。國家課人民以繳納稅捐之義務，為使其於法定納稅期限內履行，並於逾期時督促其儘

速履行，以及填補國家財政稅收因逾期所受損害，以法律規定增加納稅義務人財產上負擔之方式為之，既於繳納稅捐之義務外，限制人民之財產權，自仍應符合憲法第 23 條之比例原則。租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定（本院釋字第 745 號解釋參照）。是其決定如有正當目的，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法比例原則無違。

稅捐收入係為滿足公共財政，實現公共任務所需之用。憲法第 19 條規定人民有依法律納稅之義務，人民是否於法定期限內依法繳納稅捐，攸關國家財政稅收能否如期實現，進而影響國家施政措施之完善與否，社會秩序非僅據以維護，公共利益且賴以增進，所關極為重大（本院釋字第 588 號解釋參照），課徵期限實有貫徹執行之必要。系爭規定一及二規定，逾期繳納核定之遺產稅或贈與稅應納稅額者，每逾 2 日加徵應納稅額 1% 滯納金，最高 30 日，計 15%（財政部 82 年 1 月 5 日台財稅第 811688010 號函參照）。滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質，與滯報金為行為罰之性質（本院釋字第 616 號解釋參照）不同，目的尚屬正當，與憲法並無牴觸。

人民如有納稅能力，加徵滯納金使其公法上金錢給付義務增加，因而產生經濟上與心理上之負擔，為避免之，須於法定期限內納稅，或須於逾期後儘速繳納，是加徵滯納金有助於上開目的之達成。且納稅義務人倘已不能於法定期限內繳清稅捐，例如因天災、事變、不可抗力之事由或為經濟弱勢者，或遺產稅或贈與稅應納稅額在新臺幣 30 萬元以上，納稅義務人一次繳納現金確有困難，依現行法制，仍得申請延期或分期繳納（稅捐稽徵法第 26 條、納稅義務人申請延期或分期繳納稅捐辦法及遺產及贈與稅法第 30 條第 2 項規定參照），或申請實物抵繳（遺產及贈與稅法第 30 條第 4 項規定參照），而免於加徵滯納金。足見系爭規定一及二規定加徵之滯納金尚非顯然過苛，與目的之達成間具有合理關聯，尚難認違反憲法第 23 條之比例原則而侵害人民

受憲法第 15 條保障之財產權（本院釋字第 472 號解釋參照）。

惟有關機關就滯納金之加徵方式，仍應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，每 2 日加徵 1%，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免（契稅條例第 30 條及關稅法第 79 條第 2 項第 2 款至第 4 款規定參照）等，檢討修正，併此指明。

二、系爭函一及二就復查決定應納稅額半數加徵滯納金部分，並未違反租稅法律主義

憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律定之。惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違（本院釋字第 660 號、第 693 號及第 745 號解釋參照）。

系爭函一及二釋示，納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如其係依法提起訴願者，應就該補徵稅額之半數依法加徵滯納金。按系爭規定一及二所規定之逾限繳納稅捐，並未限定於逾法定或原核定應納稅額之繳納期限，解釋上亦包括逾復查決定補徵應納稅額之補繳期限。又依稅捐稽徵法第 39 條第 1 項及第 2 項第 1 款規定，納稅義務人如合法申請復查，或對復查決定補徵之應納稅額於補繳期限內繳納半數並依法提起訴願，暫緩移送強制執行，係我國對行政處分之執行不因提起行政爭訟而停止（訴願法第 93 條第 1 項及行政訴訟法第 116 條第 1 項規定參照）之例外規定。因此，稽徵機關就合法申請復查者，暫緩移送強制執行，無督促履行之必要，納稅義務人就復查決定如未提起訴願致案件確定，其逾復查決定另定之補繳期限而仍未繳納者，有督促履行之必要，應依法加徵滯納金。納稅義務人就復查決定如依法提起訴願，且如期繳納該應納稅

額半數者，暫緩移送強制執行，無督促履行之必要；如逾期始繳納該應納稅額半數者，即不暫緩移送強制執行，故應就該半數依法加徵滯納金。系爭函一及二乃關於復查決定補徵之應納稅額逾繳納期限始繳納半數者應加徵滯納金部分所為函釋，並未涉及租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率等租稅構成要件，且符合系爭規定一及二、稅捐稽徵法第 39 條第 1 項及第 2 項第 1 款規定之立法意旨，與憲法第 19 條之租稅法律主義尚無牴觸。

三、系爭規定三就應納稅款加徵利息部分，與憲法保障財產權之意旨尚無牴觸；就滯納金加徵利息部分，違反比例原則

系爭規定三規定，應納稅款及滯納金，應自滯納金之滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，性質屬填補給付遲延之法定損害賠償（民法第 233 條第 1 項規定參照）。就復查決定之應納稅額，如納稅義務人依法提起訴願，且繳納應納稅額半數者，依稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款規定，暫緩移送強制執行，如未繳納，就該應納稅額半數獲有消極利益，系爭規定三就此部分規定應加計利息，一併徵收，與憲法保障人民財產權之意旨尚無牴觸（本院釋字第 311 號解釋參照）。至於系爭規定三就滯納金加徵利息部分，滯納金既係為督促人民如期繳納稅捐而設，依其性質並無加徵利息之餘地；且滯納金兼具遲延利息之性質，如再加徵利息，係對應納稅額遲延損害之重複計算，欠缺合理性，不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官	蔡烱燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發
	湯德宗	黃虹霞	吳陳銀	蔡明誠
	林俊益	許志雄	張瓊文	黃瑞明
	詹森林	黃昭元		

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋認滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質，與滯報金之為行為罰之性質（本院釋字第 616 號解釋參照）不同，目的尚屬正當，與憲法並無牴觸。其中將滯納金解為與滯報金性質不同，並認其與怠金相類，兼具遲延利息之性質。關於滯納金之定性及與其他類似概念之釐清，係屬本件解釋之重點，仍有進一步推敲之必要，茲提出協同意見如下：

一、滯納金之法律性質

滯納金之法律性質，學理及實務上見解不盡相同。有從租稅罰觀點，認為加徵滯納金與滯報金或怠報金相同，均係因違反申報稅捐之協力義務或未於法定期間內繳納稅款，性質上屬於行為罰¹。有認滯納金係因納稅義務人就應繳稅額逾法定期間仍未履行所造成之結果，與符合法定處罰要件之漏稅事實相似，將滯納金解為漏稅罰。

另有參照德國租稅通則第 240 條第 2 項就租稅附帶給付（或稱稅捐附帶債務）之規定，認滯納金係屬督促納稅義務人準時繳納租稅或履行義務之壓力措施，非屬利息²，亦非處罰，滯納金為稅負之附帶給

¹ 違反稅法之處罰，有因納稅義務人逃漏稅捐而予處罰者，此為漏稅罰；有因納稅義務人違反稅法上之作為或不作為義務而予處罰者，此為行為罰。（本院釋字第 356 號解釋）

² 在我國營業稅法上，違反稅法之處罰，分別有漏稅罰與行為罰。在行為罰上，如違背申報義務時，按應納稅額加徵滯報金。學說上理解為稅捐附帶債務或稅捐附帶給付，屬於督促履行義務之手段，並非制裁處罰性質，故不適用行政罰法規定一行為不二罰原則，此與本院釋字第 356 號解釋認為行為罰之性質不同。如違背繳納義務時，加徵滯納金。有認為其法律性質相當於私法上債務關係的遲延利息性質，具有對於遲延納稅的民事罰性質（實務上則認為具有行政罰性質的制裁）。按滯納金的數額，高於一般的利息，故滯納金不只是在剝奪納稅義務人遲延納稅所享有的利息利益，而且是一種督促其準時納稅的手段。又稅捐稽徵法第 20 條有關滯納金規定性質上屬於特別法規定應優先適用。（參照陳清秀，稅法各論（上），臺北市：元照，2014 年 11 月初版 1 刷，頁 489-491。）於此以德國法觀點，認為滯報金非屬於處罰，而係附帶給付之見解，值得再思考。

付。³ 有認滯納金屬促使繳納稅捐之不具處罰性施壓手段，進而認為其不屬於對逾期稅捐附加遲延利息之作用，非屬利息，亦與怠金不同⁴。或有認滯納金屬剝奪遲延納稅所享有之利息利益，故非屬罰鍰而較接近行政執行法中之「怠金」⁵。

有認為滯納金屬行政執行罰兼給付遲延之損害賠償⁶。有認屬怠金（間接強制），而非遲延履行繳納義務之利息。亦有認滯納金並不屬於行政執行法所規定之怠金，但滯納金之加徵是否有可能成為稅捐制度上類似行政執行上怠金之獨特制度。⁷ 有認滯納金不宜逕行解為遲延利息，因其依法律特別規定加徵高於遲延利息甚鉅之利率，且遲延利息實無限制僅得請求 30 日，逾期再加計利息之理，是認滯納金與其認為相當於私法上之遲延利息，毋寧認係相當於私法上之違約金，所不同者，違約金依當時人之約定，滯納金則為法律所規定。⁸

由以上學理看法，可知對於滯納金法律性質之見解，各有不同。由於其定性不易，故滯納金加徵與憲法意旨是否相符之解釋，自有其難度。

從比較法觀點，德國法上之稅務法律關係則參照民事契約關係中給付債務之分類，將之分為主給付義務 (Hauptleistungspflichten)、從給付（或稱附帶給付）義務 (Nebenleistungspflichten) 及附隨義務。⁹ 稅捐

³ 參照陳敏，租稅法之附帶給付，政大法學評論，54 期（1995 年 12 月），頁 91。

⁴ 參照葛克昌，行政程序與納稅人基本權，臺北市：翰蘆，2005 年 9 月增訂版，頁 54-55。

⁵ 參照吳金柱，所得稅法之理論與實用（下），臺北市：五南，2008 年 4 月初版一刷，頁 696。其認為如申報人已無力繳納本稅，加徵滯納金無異雪上加霜，其加徵結果可能換算年利率高達 180%，加徵比率是否過於沉重，有無違反憲法上之比例原則，殊有詳加檢討之必要。

⁶ 參照黃茂榮，論稅捐之滯納金，臺大法學論叢，16 卷 2 期（1987 年 6 月），頁 95-96。

⁷ 參照劉祐伸，租稅附帶給付之研究——以滯納金為中心，國立中正大學財經法律研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 81-83。

⁸ 參照黃宗正，「租稅債務」法律關係之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，69 年 6 月，頁 183-184。

⁹ 參照 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Auf., München: Beck, 2012, Rn.118 ff.. 國內債法文獻，亦有採此分類者，參照王澤鑑，債法原理基本理論 債

法上主稅，屬於租稅債務關係成立不可或缺之基本要素。至於滯納金係屬於因繳稅到期日屆至仍未繳納時，督促履行主給付義務之獨立壓力手段 (Druckmittel eigener Art)¹⁰，而非強制手段 (Zwangsmittel)，性質上係租稅債務關係之從給付義務（或稱給付相關附隨義務），國家從而所生之稅捐從給付請求權 (Steuerliche Nebenleistungsansprüche)。¹¹ 其目的在於預防作用，不具處罰性質 (kein Strafcharakter)。¹² 滯納金亦係一種稅捐支付延期之對待給付，亦即因納稅義務人遲延給付而附帶發生機關行政費用之平衡。¹³

在德國，核定之稅捐如未準時繳納時，滯納金不問納稅義務人遲延繳納是否可歸責，係依法自動發生。¹⁴ 滯納期之計算，從稅捐到期日屆至後開始起算。逾期任滿一個以核定之總稅額 1 % 加徵，一年

之發生、契約、無因管理，臺北市：作者發行，2012 年 3 月增訂三版，頁 39-41, 42-48；劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，2011 年 12 月增修版一刷，頁 289 以下。另參照蔡震榮，行政執行法，臺北市：元照，2013 年 11 月 5 版 1 刷，頁 192, 195 以下。其認為我國規定有別於德國法上之規定，德國法上之怠金制度，較我國更具彈性，除我國行政執行法第 30 條所規定之範圍外，尚包括可替代之作爲義務難以履行時，尤其義務人無力負擔代履行之費用時，亦得課以強制金。

¹⁰ 按德國聯邦財政法院之裁判見解，認為滯納金係壓力手段。”Nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. Beschluß des Großen Senats vom 8. Dezember 1975 GrS 1/75, BFHE 117, 352, BStBl II 1976, 262; Urteil vom 22. April 1975 VII R 54/72, BFHE 116, 87, BStBl II 1975, 727) sind die Säumniszuschläge ein Druckmittel eigener Art, das den Steuerpflichtigen zur rechtzeitigen Zahlung der Steuern anhalten soll. Daraus folgt, daß die Säumniszuschläge nicht als Gegenleistung für die Nichterfüllung des Steueranspruchs und die damit verbundene Kapitalüberlassung angesehen werden können.”(參照 BFH, Beschluss v. 10.12.1986 – I B 121/86, BStBl II 1987, 389)。

¹¹ 參照 Ratschow in: Klein, Abgabenordnung, 13. Aufl., 2016, §38, Rn.28-beck-online.

¹² 參照 Koenig in Koenig, AO, 3. Aufl., 2014, § 240, Rn.3 -beck-Online.

¹³ “eine Gegenleistung für das Hinausschieben der Zahlung und ein Ausgleich für den angefallenen Verwaltungsaufwand der Behörde“, 參照 BFH-Urteil vom 29.8.1991 (V R 78/86) BStBl. 1991 II S. 906.

¹⁴ 參照 BFH-Urteil vom 17.7.1985 (I R 172/79) BStBl. 1986 II S. 122.” Säumniszuschläge entstehen - nach fruchtlosem Ablauf des Fälligkeitstages - allein durch Zeitablauf; auf ein Verschulden des Steuerpflichtigen kommt es nicht an.” AEAO zu § 240 Nr. 5, BGBl I 2008, 26.

合計為 12 %。滯納金依法自動發生，不須核定而加徵 (§ 218 Abs. 1 AO)¹⁵，因財稅局未參與納金之發生程序，無權利保護之異議救濟。但納稅義務人得申請重計滯納金 (§ 218 Abs. 2 AO)，此時因有財稅局之參與，而發生行政行為；如對之不服時，得提出異議及行使抗辯。¹⁶

以上德國法對於滯納金之規定，固與我國法在實務運用上非完全相同，但於探究其法律性質，仍有參考比較之價值。國內不少見解，認為滯納金係督促納稅之壓力手段或措施，兼具給付遲延損害賠償之性質，將滯納金解為係因遲延而生損害賠償性質或遲延利息性質之附帶給付。又此所謂給付遲延之損害賠償，如係指民法第 233 條¹⁷ 第 3 項規定，則因所受損害大於遲延利息，債權人證明有其他損害而請求之賠償。惟如將滯納金解為損害賠償性質，則不須另依民法第 233 條第 3 項規定請求其他損害之賠償。

又滯納金是否宜解為遲延利息，在德國，滯納金雖與利息同屬租稅債務所生之附帶給付（從給付）義務，但兩者於稅捐稽徵程序中之發生階段、發生要件及加徵（或加計）目的上實有不同。利息通常係針對未準時繳納經核定或申報之主稅，而發生利息。與滯納金同屬附帶給付義務之利息，其於主稅發生後經過較長期間後，始予核定。就該事後繳納稅捐或稅捐返還之加計利息，係為對其他納稅義務人而創設之一種平衡 (Ausgleich)，其與主稅債務具有從屬性。在所有案件，遲延期間屆滿一個月時，以利率 0.5% 加計利息 (§ 238 AO)。年利率為 6 %。該利息，由財稅局作出利息裁決而核定之 (§ 239 AO)。

¹⁵ 本意見書所使用德國租稅通則之條文及條號之德文簡稱，例如 “§ 218 Abs. 1 AO”，係指租稅通則第 218 條第 1 項。

¹⁶ <http://helfer-in-steuersachen.de/index.php/steuertipps/95-teil3/369-tipp-1407-1-zuschl%C3%A4ge-und-zinsen-vermeiden.html>。(最後瀏覽日期：2017 年 2 月 18 日)。

¹⁷ 民法第 233 條（遲延利息與其他損害之賠償）

遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。

對於利息，無須支付遲延利息。

前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償。

綜上，滯納金與利息、滯報金等雖均屬於附帶給付，在性質上仍因發生原因、要件及效果等存在差異，宜予辨明。茲參考德國法之附帶給付（從給付）主要類型，列表以下，以利比較及以下敘述之理解：

附帶給付 (從給付)	發生原因	性質	數額計算及比率
滯報金	申報及稅捐核定階段： 在於未準時提出租稅聲明，應核定與主稅相關之滯報金。	督促提出稅捐聲明之特別壓力手段	滯報金不得超過核定稅捐之10%，且總計不得超過25,000歐元。
滯納金	徵收階段： 核定之稅捐如未準時繳納時，滯納金不問納稅義務人遲延繳納是否可歸責，係依法自動發生。	因繳稅到期日屆至仍未繳納時，督促履行主給付義務之獨立壓力手段。	逾期任滿一個月以核定之總稅額1%加徵，一年合計為12%。
利息	因未準時繳納主稅而依法加計利息。附帶給付不得加計利息。	利息以主債務存在而發生，其與主稅債務存在，具從屬性。	利息如附帶給付，不得加計利息（複利）。每月以0.5%計息，一年合計6%。
強制金 (怠金)	由財稅局依合乎義務之裁量核定，使納稅義務人負擔強制金作為手段，藉以為特定之作為、不作為或容忍。	強制金係於強制執行程序中之行政法之強制手段，非屬於對待給付，與代履行同屬間接強制方法。	因首次未提出稅捐聲明而經強制金之告戒，仍未提出，得課予100至500歐元；個別強制金不得超過25,000歐元。

二、滯納金與滯報金之性質是否相同

本院對滯報金是否符合憲法之意旨，曾作出解釋，認加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。認營業稅法第49條規定（營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報

金），為增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。惟在營業人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高額之限制，依本院大法官釋字第 327 號解釋意旨¹⁸，主管機關應注意檢討修正。（參照本院釋字第 356 號解釋）此號解釋認加徵滯報金與怠報金屬合憲，但無合理最高額限制，應注意檢討修正。

本院釋字第 616 號解釋認加徵滯報金係對納稅義務人違反作為義務所為之制裁，乃罰鍰之一種，係對人民財產權之限制，具行為罰性質。在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。此解釋仍將滯報金認為行為罰，乃罰鍰之一種，因其無合理最高額限制，與憲法意旨不符，定期失效。與前引釋字第 356 號解釋採注意檢討修正，其更加嚴格認屬違憲。

由此可見，就滯報金之加徵，大法官及實務上有認為屬於行為罰，乃罰鍰之一種。本件解釋所涉及者則為滯納金，滯報金與滯納金兩者之法律性質是否相同，參考前述德國立法例，其將滯納金之法律性質，解為既非利息，亦非處罰，屬於附帶給付（從給付）。因此，我國部分學說與實務見解認滯報金及滯納金均具罰鍰性質，此見解是否妥適，值得探究。本件解釋認滯納金與滯報金作為行為罰之性質不同，固有其特殊考慮，亦值得再思考。

參考德國立法例，關於滯報金之法律性質，由於稅捐申報、核定、徵收及執行等等稅捐稽徵程序，隨著時間發展，各處於不同階段，滯報金與滯納金發生之原因、要件及效果，自生其差異。如於未準時提出租稅聲明（Steuererklärung）階段，應核定與主稅相關之滯報金

¹⁸ 本院釋字第 327 號解釋，認為「對於扣繳義務人已將所扣稅款依限向國庫繳清，僅逾期申報或填發扣繳憑單者，仍依應扣繳稅額固定之比例處以罰鍰，又無合理最高額之限制，應由有關機關檢討修正。」此就無合理最高額之限制，係採應檢討修正。

(Verspätungszuschlag)(§ 152 AO) 及加計利息。如未準時繳納稅捐，須加徵滯納金 (Säumniszuschläge)。滯報金係提出稅捐聲明之特別壓力手段 (ein spezielles Druckmittel zur Abgabe der Steuererklärung)，屬稅捐債務之附帶給付，並得於一個月內因對滯報金核定提出異議而撤銷之。不同於滯納金，滯報金之核定，須符合形式程序之要求。滯報金不得超過核定稅捐之 10%，且總計不得超過 25,000 歐元。在核定时，財稅局須斟酌逾越期間之多久、可歸責事由及納稅人之經濟上負擔能力。(§ 152 Abs. 2 AO)¹⁹

綜上，德國稅法上之滯納金與滯報金之發生、最高額限制、救濟方式及程序等，均不甚相同。但兩者同屬於租稅債務中之附帶給付（從給付）義務，並不得加計利息則屬相同。是以我國現行法對於滯納金得加計滯納利息之規定，確係值得商榷。

三、滯納金與怠金是否相類

怠金（或稱強制金）²⁰，乃義務人不履行義務或違反義務時，由行政機關對其核定一定金額，限期履行，如義務人仍不依限履行，則對其強制收取該金額，使義務人感受金錢負擔之心理壓力，間接促使其履行義務之強制方法（行政執行法第 30 條²¹ 參照），而非制裁其過去之不履行義務，故與罰金及罰鍰不同性質。有謂強制金係於強制執行政程序中之「屈服手段」(Beugemittel)（非屬抑制效力之處罰），強制金之徵收，係由行政機關裁量。²² 怠金與代履行均屬於行政執行上之

¹⁹ Steuerklärungen nach dem 31.12.2018: Anders als bisher beträgt der Verspätungszuschlag für jeden angefangenen Monat der eingetretenen Verspätung grundsätzlich 0.25 % der festgesetzten Steuer, mindestens jedoch 10 € für jeden angefangenen Monat der Verspätung. Der Verspätungszuschlag darf wie bisher höchstens 25.000 € betragen (§ 152 Abs. 3 AO).

²⁰ 強制金，參照德國租稅通則第 333 條規定，其係由財稅局核定之強制手段。“Zwangsmittel sind nach § 333 AO durch die Finanzbehörde festzusetzen.”

²¹ 行政執行法第 30 條

依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行者，依其情節輕重處新臺幣五千元以上三十萬元以下怠金。

依法令或本於法令之行政處分，負有不行為義務而為之者，亦同。

²² 參照陳敏，行政法總論，臺北市：作者發行，2016 年 9 月 9 版，頁 881-883。

間接強制方法（行政執行法第 28 條第 1 項參照）²³。

於德國，財稅局在特定案件，得以使納稅義務人負擔強制金作為手段，藉以督促為特定之作為、不作為或容忍（例如稅捐聲明之提出、提供資訊、繳交證件、外在檢查之容忍）。強制金由財稅局依合乎義務之裁量核定之。例如：因首次未提出稅捐聲明而經強制金之告戒（Androhung eines Zwangsgeldes），仍未提出，得課予 100 至 500 歐元。此時應斟酌納稅義務人之經濟上負擔能力，及其於過去履行聲明義務之事實。個別強制金，不得超過 25,000 歐元。除此之外，如遲延提出稅捐聲明，仍可能另發生滯報金。²⁴

前引學說中有認為雖我國法上怠金與德國法之怠金略有同將滯納金解為怠金之一種，是否適宜，值得再思考。於德國雖將怠金解為附帶給付（或稱從給付）之一種，但比較德國租稅通則規定之滯納金，怠金與滯納金兩者尚屬有別。因為怠金（或稱強制金）、稅捐稽徵程序開始後就稅捐債權衍生之利息、及財稅局參與稅捐債務清理程序

²³ 行政執行法第 27 條

依法令或本於法令之行政處分，負有行為或不行為義務，經於處分書或另以書面限定相當期間履行，逾期仍不履行者，由執行機關依間接強制或直接強制方法執行之。

前項文書，應載明不依限履行時將予強制執行之意旨。

行政執行法第 28 條

前條所稱之間接強制方法如下：

一、代履行。

二、怠金。

前條所稱之直接強制方法如下：

一、扣留、收取交付、解除占有、處置、使用或限制使用動產、不動產。

二、進入、封閉、拆除住宅、建築物或其他處所。

三、收繳、註銷證照。

四、斷絕營業所必須之自來水、電力或其他能源。

五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。

²⁴ 因稅捐之遲延支付，准予加徵滯納金。在稅捐為核定或申報前，不得加徵滯納金。在業已核定或申報之稅捐之變更，該已發生之滯納金仍予維持。又稅捐之附帶給付（例如展延利息（Stundungszinsen）、滯報金或強制金），不生滯納金。如滯納金，致生債務人之負債累累或無支付能力（Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners）。在此情形，於滯納金之執行時，應考量納稅義務人之經濟上負擔能力，例如滯納金減半之核定，以免違反比例原則。
<http://www.klaus-bartram.de/steuer5.html>（最後瀏覽日期：2017 年 2 月 18 日）

之費用，均屬於後順位之債權。強制金係一種行政法之強制手段 (ein verwaltungsrechtliches Zwangsmittel)，非屬於對待給付，而係為達到行政要求之強制執行。²⁵ 至於稅捐債務清理程序前發生之滯納金，則屬因應未準時繳納到期稅捐之非強制手段（其屬於獨立壓力手段），於經核定或申報之稅捐如未準時繳納時，滯納金依法律規定而發生，其目的在於預防作用，不具處罰性質，亦不能與具有強制手段性質之強制金等同對待。²⁶ 因此，若將滯納金解為與具有強制手段性質之怠金相類，值得商榷。

四、滯納金得否加計利息

滯納金依我國現行稅法規定，仍可能加計利息（或稱滯納利息）。滯納金之定性，如前所述，國內學說見解不盡相同，因而可能就滯納金是否得加計利息，採取不同之意見。

如前述德國比較法之觀察，滯納金之性質，雖屬附帶給付，但非利息之性質，該附帶給付不得加計利息。雖滯納金有解為遲延利息之說法，但不宜解為如前述德國法所稱之利息 (Zinsen)。至於前述學理上認為滯納金具遲延利息性質，有解為損害賠償性質之遲延利息，如參照我國民法第 207 條禁止複利原則²⁷，及民法第 233 條第 2 項規定「對於利息，無須支付遲延利息」，並參考最高法院判例之實務見解²⁸，認為民法第 233 條第 2 條所稱利息，包含遲延利息，所以遲延利息如同其他種類之利息，亦無須支付遲延利息。又解釋上，如認遲延利息係金錢債務於給付遲延時所需支付之損害賠償，故其既為損害賠償，則無再使用原本之機會，故無須就此利息再支付遲延利息。²⁹ 因此，

²⁵ BFHE 110, 318ff., 322.

²⁶ 參照 Knof/Sinz in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl., 2015, §38 Rn.71-beck-online.

²⁷ 民法第 207 條（複利）

利息不得滾入原本再生利息。但當事人以書面約定，利息遲付逾一年後，經催告而不償還時，債權人得將遲付之利息滾入原本者，依其約定。

前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。

²⁸ 參照最高法院 22 年上字第 1484 號民事判例。

²⁹ 參照林誠二，債法總論新解體系化解說（上），臺北市：瑞興，2012 年 10 月 1 版 2 刷，頁 491；最高法院 62 年台上字第 1394 號民事判例。

現行法中滯納金加計滯納利息之規定，確有檢討之必要。

另本件解釋認滯納金加計利息（或稱加徵滯納利息），不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨不符，相關稅法規定應失其效力。此違憲之宣示，如不問滯納金是否兼具遲延利息之性質，而係認為滯納金既非利息，亦非處罰，就屬附帶給付（從給付）性質之滯納金，從本質而論，不應加計滯納利息，即足以說明不應就滯納金加計滯納利息。是滯納金以外另加計滯納利息，係無正當理由額外加重納稅義務人之負擔義務，認其已違憲法保障人民財產權之意旨。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件【逾期繳納稅捐加徵滯納金及滯納利息案】，主要爭點有三：一、稅捐稽徵法第 20 條規定（下稱系爭規定一）及遺產稅及贈與稅法第 51 條第 1 項規定（下稱系爭規定二），逾期繳納稅捐應加徵滯納金，是否違憲？二、納稅義務人就復查決定補徵之應納稅額依法提起訴願，逾繳納期限始繳納應納稅額半數時，財政部中華民國 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函（下稱系爭函一）及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函（下稱系爭函二）認為，應就該半數加徵滯納金，此二函釋是否違憲？三、遺產稅及贈與稅法第 51 條第 2 項規定（下稱系爭規定三），就應納稅款及滯納金，自滯納期限翌日起加徵滯納利息，是否違憲？

本件解釋多數意見結論認為，系爭規定一及二、系爭函一及二均為合憲，系爭規定三就應納稅款加徵滯納利息部分為合憲，就滯納金加徵滯納利息部分為違憲，本席均敬表贊同，惟認為仍存有若干補充說明之必要，爰提出本協同意見書。

貳、多數意見稱滯納金「與怠金相類」，欠缺進一步之說明，恐易生混淆

本件解釋針對滯納金進行違憲審查，不可避免須先定性，藉以決定滯納金所追求之目的為何，及所採取手段與目的間之關聯性為何，

據以論斷是否通過憲法比例原則之檢驗。多數意見認為「滯納金係督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質」，本席雖然贊同，但認為當中「與怠金相類」一語欠缺進一步之說明，恐易生混淆。

怠金為行政執行法規定之制度，係針對行為不行為義務而設。滯納金為租稅法上特殊之設計，係督促人民履行納稅義務之壓力手段。兩者就督促功能而言，雖有類似之處，但不盡相同如下：(一)怠金之範圍，行政執行法規定為5千元以上30萬元以下，且得連續裁處；滯納金之額度則以逾期納稅之應納稅額為基準，多半每2日加徵1%、最高30日15%。(二)怠金原則上須先告戒；滯納金則依法當然發生。(三)怠金尚得依行為不行為義務之類型、拒不履行之情狀及損害公益情節之輕重等，於法定上下限間裁處，並再由行政機關視個案情形，決定是否連續裁處；滯納金則由於逾期納稅額度之多寡及期間之久暫，已經表彰公法上金錢給付義務不履行之情節輕重，並因此而生相應之公益損害，故依比例按時加徵，並無再設上下限之必要，而得按應納稅額固定比例依時間逐步增加。

因此，滯納金並無與怠金相同方式規範之必要。倘滯納金設有類似之上限，不啻逾期納稅應納稅額愈多者，愈無懼於滯納金加徵，有害滯納金設計之本意，並可能使稅額高者更有動機逾期納稅。倘有類似之下限，則亦產生相反之弊病，不排除有情輕法重之可能，例如稅額新臺幣（下同）10,000元，滯納金卻一加徵即至少高達50%。其次，兩者性質既不相同，僅是在督促功能或目的上相類，則自無執怠金上限30萬為由，而指摘滯納金無上限為違憲。本件原因事件應納稅額及滯納金，遺產稅部分為24,163,489元及1,812,261元，贈與稅部分為2,403,077元及180,230元，滯納金均係按比例累積至30日15%加徵。若改以怠金方式督促，遺產稅部分以最高額30萬元連續裁處6天，贈與稅部分以最低額5千元連續裁處36天，與加徵之滯納金金額亦近同。但公平性與合理性迥異，更易造成個案裁處怠金，究應適用上限或下限，以及究應間隔幾天，有行政裁量之困難與恣意之可能。是系爭規定

一及二加徵滯納金，並無明顯違反比例原則之處，亦無從認因「與怠金相類」，從而須與怠金為相同設計，否則即違憲之理。滯納金就是滯納金，不是怠金，如同俗諺所云：「管鋤頭叫鋤頭」(to call a spade a spade)，並無因「與怠金相類」而再生混淆之餘地。

參、多數意見「併此指明」之部分，僅屬立法政策之呼籲，並非未檢討修正即可能違憲之警告性宣示

關於滯納金加徵之間隔日數、比例與上限，是否得宜，應視國家財政狀況、各公法上金錢給付義務逾期繳納情形是否頻繁、物價及國民經濟水準等因素，由行政機關及立法機關依情況決定。系爭規定一及二規定每 2 日 1%、最多 30 日最高 15% 之加徵，與其他稅法規定大致相同。本院違憲審查權亦難從憲法角度，論定間隔日數、比例與上限為何始合乎比例原則。況且，各種滯納金所針對公法上金錢給付義務均不相同，難以一概而論。例如關稅法第 77 條與第 79 條第 1 項規定均針對租稅，但滯納金為每 1 日 0.05%、最高 30%。與系爭規定一及二相較，間隔日數較短，但每次加徵比例較低，惟上限又較高，可能有其稽徵上之考量，難以認定何部分已違反比例原則。又例如藥害救濟法第 8 條規定針對藥物製造業者或輸入業者應繳納至藥害救濟基金之徵收金，逾期繳納之滯納金為每 2 日 1%、最高 200%。與系爭規定一及二間隔日數及每次加徵比例相同，但上限卻遠遠超過，本院如基於比例原則而認定此最高上限已違反憲法之正當性與可行性，頗令人懷疑。

比較法上，美國內地稅法 (Internal Revenue Code) 第 6651 條第 (a) 項第 (2) 款及第 (3) 款規定，每個月加徵滯納金 0.5%，最高不得超過 25%。第 6656 條第 (a) 項及第 (b) 項又規定，特殊情形，得以應納稅額 2%、5%、10% 或 15% 之比例加徵。德國租稅通則第 240 條規定，自納稅義務人逾法定繳納期限後之第 4 日起，每個月加徵應納稅額 1% 之滯納金，並無上限。兩國規定與我國系爭規定一及二相較，每次加徵比例差異尚非過大，唯獨我國間隔日數較短頗為明顯。立法政策上，本席贊同或可考量將加徵間隔時間適度拉長，例如，每 10 日或每個月

始加徵1次，但此並非意謂本件每2日1%、最高30日15%之加徵，已達違反比例原則之警戒線。尤不應執我國規定若換算成年利率竟高達182.5%，不當比附援引比較法制，指摘系爭規定一及二已有違憲疑義。蓋我國滯納金實際上依法並無可能連續加徵1年。反之，美國若每個月以最高15%加徵，年利率亦可能為180%，德國每月1%，換算年利率雖為12.17%，但因無期限限制，連續加徵15年亦有可能達182.5%。事實上，此種比較定要說出合憲違憲之標準，並無可能，亦不適合由違憲審查權予以過多之「指教」。

法規當中之數字規定，例如電子遊戲場營業場所與學校或醫院等間之距離，政治部門應有優先判斷權責，若非明顯「實質阻絕」，即如本院釋字第738號解釋，應無動用嚴格審查而認定違憲之必要。本件滯納金之加徵間隔日數及比率亦同，即便釋憲者主觀感覺過短或過高，若無從於憲法找到理性之植基點，不附理由逕稱違憲，難脫恣意之嫌，亦恐有違反權力分立原則之疑義。本席並非主張對相關法規之數字規定一概棄守，但有關規定之數字，究應為多少，例如構成聚眾不散罪究應經該管公務員解散命令幾次、行政犯在罰鍰法定最高額多少以下得便宜不處罰，原則上可留給政治部門決定。倘若解散命令3次或罰鍰3,000元以下並非明顯恣意不合理，則並不宜由本院大法官以類似菜市場喊價之方式，決定多少始為合憲或違憲。

肆、系爭函一及二縱再以平等原則審查亦無違憲，且並無令人民聲請釋憲蒙受更不利益結果之理

關於系爭函一及二，多數意見認為符合租稅法律主義，且除系爭規定一及二外，兼及於法律整體關聯意義，併考量稅捐稽徵法第39條第1項及第2項第1款規定，避免過於狹隘之嚴格認定，本席敬表贊同。且本席認為縱再以平等原則審查，系爭函一及二亦有其合理性，茲以納稅義務人應納稅額1,000萬元為例說明如下：

1. 納稅義務人A，未申請復查，且逾繳納期限仍未繳納者，依法加徵滯納金30日15%即150萬元，稅額及滯納金為1,000萬元+150萬元合計1150萬元（下稱A例）。

2. 納稅義務人，如申請復查，稅捐稽徵機關復查決定維持應納稅額 1,000 萬元，在復查決定前，全案暫緩移送強制執行。此時再細分如下：

- (1) 納稅義務人 B，對復查決定未提起訴願或訴願逾期，原復查決定之處分確定，納稅義務人未如期繳納稅捐，依法加徵滯納金 30 日 15% 即 150 萬元，稅額及滯納金為 1,000 萬元 + 150 萬元合計 1150 萬元（下稱 B 例）。
- (2) 納稅義務人 C，對復查決定合法提起訴願，且於繳納期限內繳納應納稅額半數，依稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款，其餘半數應納稅額，暫無繳納義務，俟訴願決定後，如維持原復查決定，由稅捐稽徵機關另就其餘半數應納稅額填發補繳稅款繳納通知書，納稅義務人如期繳納，自無加徵滯納金之問題，稅額為 500 萬 + 500 萬元合計 1000 萬元，並無滯納金（下稱 C 例）。
- (3) 納稅義務人 D，對復查決定合法提起訴願，且於繳納期限內繳納應納稅額半數，依稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款，其餘半數應納稅額，暫無繳納義務，俟訴願決定後，如維持原復查決定，由稅捐稽徵機關另就其餘半數應納稅額填發補繳稅款繳納通知書，納稅義務人如逾繳納期限仍未繳納，加徵該半數 30 日 15% 之滯納金即 75 萬元，稅額及滯納金為 500 萬元 + 500 萬元 + 75 萬元合計 1075 萬元（下稱 D 例）。
- (4) 納稅義務人 E，對復查決定合法提起訴願，但未於繳納期限內繳納應納稅額之半數，納稅義務人對該半數有繳納義務而未納，依稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款之反面解釋，不暫緩強制執行，有督促其履行之必要，故該半數有加徵滯納金之必要（即 1,000 萬元之半數為 500 萬元，加徵 30 日 15% 之滯納金 75 萬元）。至於其餘半數應納稅額，暫無繳納義務，俟訴願決定後，如維持原復查決定，

由稅捐稽徵機關另就其餘半數應納稅額填發補繳稅款繳納通知書，納稅義務人如逾繳納期限仍未繳納，加徵該半數30日15%之滯納金即75萬元。稅額及滯納金為1,000萬元+75萬元（前半數之滯納金）+75萬元（後半數之滯納金）合計1150萬元（下稱E例）。

綜上，A例：未聲請復查，應執行1150萬元。B例：未提起訴願或訴願逾期，應執行1,150萬元。C例：合法提起訴願，如期繳納半數稅額，訴願駁回，亦如期繳納另半數稅額，應執行1,000萬元。D例：合法提起訴願，如期繳納半數稅額，訴願駁回，未如期繳納另半數稅額，應執行1,075萬元。E例：合法提起訴願，逾期繳納半數稅額，應執行1,150萬元。因納稅義務人是否聲請復查、是否合法提起訴願及是否如期納稅而決定是否加徵滯納金。合法訴願均如期納稅者，應執行1,000萬元，未聲請復查或未合法訴願、未如期納稅者，最後應執行1,150萬元，可見縱再以平等原則審查，亦無違憲可言。況上開A例至E例情形均不相同，自難謂系爭函一及二係針對相同事物而恣意為差別待遇。

其次，系爭函一及二雖未明文規定於法律，但若無法由重要性理論論斷此等差別待遇係屬法律應規定或明確授權之事項，實難為違憲之指摘。況系爭函一及二對人民有利，人民聲請釋憲主張基本權利遭受侵害，係向本院尋求救濟。本院大法官審理案件法雖無明文規定不利益變更禁止原則，但該原則係訴訟法上行之以久之制度，行政救濟領域並見諸於訴願法第81條第1項及行政訴訟法第195條第2項，本院大法官釋憲時自亦得參酌。吳庚前大法官於釋字第271號解釋提出之不同意見書「三」早已指陳，該原則與信賴保護原則有關，「聲請人為請求憲法救濟而向本院大法官會議提出聲請，則本院之解釋已成為人民基本權利救濟體系最終之一環」，若解釋結果有使聲請人再開審判程序之可能，「並不排除對聲請人不利益之變更，豈非違反救濟制度存在之目的乎！」本席欣然接受。並對一方面主張系爭規定一及二加徵滯納金比例過高與間隔日數過短係屬違憲，另一方面又主張

系爭函一及二係違反平等原則而應令本件聲請人繳納更多滯納金的說法，難以索解。既於前者認為加徵滯納金不應對人民過於嚴厲，何以於對人民有利之後者又說文解字般地斤斤計較？論理之憲法基礎與價值邏輯之一貫性何在，恐有待研究，特別在於可能採行憲法訴願之將來。

伍、本件雖僅宣告系爭規定三滯納金加徵利息部分違憲，但相關規定就滯納金及滯（怠）報金加徵利息，亦應一併刪除

目前稅法上類似於系爭規定三，加徵利息之對象除應納稅額外，再兼及於滯納金等者，尚包括所得稅法第 112 條第 2 項、加值型及非加值型營業稅法第 50 條第 2 項、貨物稅條例第 31 條第 2 項及菸酒稅法第 18 條第 2 項規定。且該 4 項規定，除滯納金外，亦再將滯（怠）報金納入加徵利息。本件解釋多數意見已指明，「滯納金既係為督促人民如期繳納稅捐而設，依其性質並無加徵利息之餘地；且滯納金兼具遲延利息之性質，如再加徵利息，係對應納稅額遲延損害之重複計算」，宣告系爭規定三滯納金部分加徵利息違憲。該 4 項規定當中滯納金部分，雖非本件解釋客體，但憲法要求完全相同，並無不刪除之理。至滯（怠）報金部分，性質雖與滯納金不同，亦無填補遲延損害之考量，僅係針對不履行協力義務之行為罰。但滯（怠）報金若再加徵利息，亦屬對其性質之不當評價，同樣「欠缺合理性」，有違比例原則之嫌，故有關機關自應於修法時一併刪除，以免徒留繼續違憲侵害人民財產權之話柄存在。

協同意見書

許志雄大法官	提出
林俊益大法官	加入
張瓊文大法官	加入
黃昭元大法官	加入

本號解釋之解釋文計分三段：第一段就稅捐稽徵法第 20 條、遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項，有關逾期繳納稅捐（遺產稅或贈與稅）應每逾 2 日按滯納數額加徵滯納金 1%、30 日計 15% 之規定，認定合憲；

第二段就財政部 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函，關於復查決定補徵之應納稅額逾繳納期間始繳納半數者應加徵滯納金部分所為釋示，認定合法合憲；第三段就遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項，有關逾期繳納稅款加徵利息部分，認定合憲，而滯納金加徵利息部分，則宣告違憲。基本上本號解釋係以較寬鬆之審查基準獲致上開結論，對此本席敬表贊同。惟嚴格言之，系爭規定實蘊含若干問題，主管機關及立法部門仍應慎加檢討，勿因未經宣告違憲即因循苟且。茲提出協同意見書，略表看法。

一、比例原則與合理性基準之結合

本號解釋理由書第二段稱：「租稅規定涉及國家財政收入之整體規畫及預估，較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定（本院釋字第 745 號解釋參照）。是其決定如有正當目的，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法比例原則無違。」顯然採取寬鬆之審查。

本席一向認為，稅法牽涉國家財政、經濟發展、社會保障、國民所得及國民生活等多重面向，立法時須以一定之事實為基礎，進行複雜之技術性判斷及政策考量，故原則上應尊重立法部門之裁量，適用合憲性推定原則及較寬鬆之審查基準。本號解釋以低密度適用比例原則，堪稱妥適。

按近年大法官受德國學說理論影響，經常以憲法第 23 條為依據，在解釋中提出比例原則，藉以作成合憲或違憲之判斷。不過，大法官有時亦借鏡美日作法，適用事前抑制禁止理論、明確性原則、明顯而立即之危險基準及三階段審查基準（嚴格審查基準、嚴格合理性基準及合理性基準）等違憲審查基準。關於違憲審查基準，德國與美日是否壁壘分明之兩種不同模式，我國僅能師法其一，或可兼容並蓄，容有討論空間¹。

¹ 此部分之論述，主要參照許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016

本席認為，美國聯邦最高法院及日本最高法院雖然很少提到比例原則，但審視其違憲審查基準可知，內容往往包含比例原則及審查密度之觀念。以嚴格合理性基準為例，不僅要求對立法目的之正當性加以審查，而且要求對規制目的與規制方法之間是否具有實質合理關聯性加以審查，主要透過立法事實之檢證，判斷是否還有其他較溫和之方法可以達成該目的。又在高價值言論之內容規制方面，美國判例法上發展出「必要不可或缺之公共利益」（compelling public [governmental or state] interest）基準。此一基準包含兩大要件，一方面要求立法目的必須是為追求重要且迫切不可或缺之公共利益，另一方面要求規制手段必須嚴格設定（narrowly tailored），以達成該立法目的之必要最小限度為限。唯當政府能證明上述要件具備時，有關法律方可獲得合憲判斷。此等審查基準內含比例原則與審查密度之因素，且包括立法目的之正當性要求。

至於比例原則，固然與審查基準有關，運用時卻相當具有彈性，本身並非完整自足或一成不變之審查基準²。依照通說，比例原則包括適合性（規制手段應有助於目的之達成）、必要性（有多種同樣能達成目的之手段時，應選擇對人民權益損害最少者）及比例性（規制手段所造成之損害不得與達成目的所獲致之利益有失均衡）三個子原則，用在處理規制手段與目的之關聯性問題。若純粹基於「自由為原則，限制為例外」之前提，照理比例原則之三個子原則皆應嚴格適用。實際上，即使德國亦非如此，其聯邦憲法法院往往因案件類型、權利性質及侵害程度之不同等因素，而選擇性適用各子原則，分別採取較寬鬆或較嚴格，亦即高低不同之審查密

年，頁 382-385。

² 青柳幸一著，基本權の侵害と比例原則，收於氏著「個人の尊重と人間の尊嚴」，尚學社，1996 年，頁 359。

度³。由此可知，比例原則至少須與審查密度搭配，始能成為完整之審查基準。以職業自由違憲審查之「三階段理論」為例，除各階段規制目的所追求之公益程度不同外，適用比例原則時之審查密度亦高低有別（釋字第 649 號解釋參照）。

本號解釋表示：「滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害……目的尚屬正當」、「人民如有納稅能力，加徵滯納金使其公法上金錢給付義務增加，因而產生經濟上與心理上之負擔，為避免之，須於法定期間內納稅，或須於逾期後儘速繳納，是加徵滯納金有助於上開目的之達成」、「系爭規定……規定加徵之滯納金尚非顯然過苛，與目的之達成間具有合理關聯，尚難認違反憲法第 23 條之比例原則」。多數意見除簡要肯認目的之正當性及手段之適合性外，並認為規制手段「尚非顯然過苛」，與目的之達成間具有合理關聯，從而達成系爭規定未違反比例原則之結論。從中可以看出比例原則與合理性基準之結合，堪稱德、美、日違憲審查基準之接軌。本席認為，藉由彼此之對話與融合，比例原則可以形成多階段審查密度，運用上將更能適應各種類型案件之需要，值得肯定。

二、寬鬆審查下之合憲性

本號解釋在寬鬆審查下宣告加徵滯納金之規定合憲，前提係基於對立法部門及行政部門等政策決定者之尊重，廣泛承認立法裁量，而非意味著多數意見對系爭規定咸表認同。事實上，多數大法官抱持疑慮，溢於言表。此從下引解釋理由書第二段部分文字得以窺知：「惟有關機關就滯納金之加徵方式，仍應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，每 2 日加徵 1%，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律

³ 駒村圭吾著，憲法訴訟の現代的轉回—憲法的論證を求めて，日本評論社，2013 年，頁 101。

明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免（契稅條例第 30 條及關稅法第 79 條第 2 項第 2 款至第 4 款規定參照）等，檢討修正，併此指明。」

多數意見為合憲認定後，猶諄諄告誡，實暗示系爭規定蘊含違憲之可能性，提醒立法相關部門應檢討改進。平心而論，納稅義務人逾期繳納稅捐，國家所受之損害主要為稅金之利息，而系爭規定竟以每逾 2 日加徵 1%（若換算為利息，年利率高逾 180%）滯納金之方式處理，如此規制手段所造成之損害與達成目的所獲致之利益顯失均衡，似不符比例性之要求，而與比例原則有違。有鑑於此，立法相關部門允宜正視系爭規定之「潛在」違憲性，及早修法。

事實上，政府對於加徵滯納金規定之存有問題，早已察覺，而有修法之議。詳言之，財政部曾依行政院指示，於 1987 年 7 月 3 日成立賦稅改革委員會，為期 2 年，負責稅制稅政改革之研究設計工作。該委員會於期滿之際完成「稅捐稽徵法修正草案」專題研究報告⁴，對滯納金規定提出相當具體之修正建議。其草案總說明臚列 10 項修正重要內容，於第 7 項強調：「調整滯納金規定，以期合理：本法滯納金之規定，旨在督促滯納者早日完納稅捐，併課以遲延期間之責任，故其滯納金額之計算，應以較借貸利息略高為度，此除已酌加遲延履行之制裁外，尚可抵銷滯納者蓄意獲取不當之期間利益。惟本法原訂每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一，並以 30 日為限，致最高滯納金為應納稅額百分之十五；考量其相當性，對 30 日以內完稅者似嫌過高，而對逾 30 日仍不繳納者免予加徵之規定，卻又有失公平。爰權衡納稅義務人權益與稽徵效能，並參酌關稅法之規定，乃調整滯納金為每逾 1 日加徵萬分之五，加計至繳納或強制執行徵收之日止，但（按：滯納稅額之加徵滯納金及加計利息合計）最高不超過應納稅

⁴ 財政部賦稅改革委員會編印，稅捐稽徵法修正草案（專題報告 17），1989 年 6 月。

額之半數。（第 37 條）」由此可見，約三十年前政府成立之賦改會業已明確指出滯納金規定不合理之處，並提出具體可行之修正條文，可惜被束諸高閣，問題迄今仍未解決。

三、滯納金規定與行政執行法之關係

關於滯納金之法律性質，學界眾說紛紜，莫衷一是⁵，實務界包括前司法行政部、財政部及行政法院，則皆曾認係行政罰⁶。惟多數意見尊重現今財政部之主張，將滯納金定性為執行罰，亦即認滯納金係為促使人民如期繳納稅捐，與怠金相類；並因加徵滯納金期間未加計利息，而認為滯納金有填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成公益損害之作用，兼具遲延利息之性質。本席認為，當初立法規定滯納金時，並未明確界定其性質，導致爭議不斷，即使財政部本身之見解，亦出現前後不一之情形。鑑於滯納金每逾 2 日加徵 1%，若採單純遲延利息說，則年利率超過 180%，殊難想像。又「一事不二罰」（一行為不二罰）為行政罰之原則，而滯納金係每逾 2 日加徵 1%，若採行政罰說，恐與「一事不二罰」之精神有違。不容否認的，滯納金有促使納稅義務人如期或逾期後儘速繳納稅捐之功能，具有執行罰之性質。此外，逾期繳納之稅捐係於加徵滯納金期間屆滿後始加計利息，故認滯納金兼具遲延利息之性質，尚稱合理。

惟行政執行法第 1 條規定：「行政執行，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」行政執行法既然就

⁵ 例如：黃茂榮主張滯納金兼具執行罰及遲延給付之損害賠償性質。參照氏著，論稅捐之滯納金，台大法學論叢第 16 卷第 2 期，1987 年，頁 96。陳敏認為滯納金既非利息，亦非處罰，而是促使租稅義務人準時繳納租稅或附帶給付之措施。參照氏著，租稅法之附帶給付，政大法學評論第 54 期，1985 年，頁 91。葛克昌指出，滯納金之主要功能在於督促納稅義務人準時繳納稅捐，但不具處罰性質，與怠金（執行罰）不同；其次要目的亦有對逾期稅捐附加遲延利息之作用，但仍非利息。參照氏著，論公法上金錢給付義務之法律性質，收於「行政程序與納稅人基本權」，翰蘆，2005 年增訂版，頁 54、55。

⁶ 葛克昌著，同註 5，頁 55；陳清秀著，稅法總論，元照，2008 年第 5 版，頁 436、437。

公法上金錢給付義務之執行設有明文，則稅捐之執行理應依其規定為之。該法雖有執行罰（怠金）之規定，但僅適用於行為或不行為義務之執行，而不及於公法上金錢給付義務之執行。換言之，唯當發生「依法令或本於法令之行政處分，負有行為義務而不為，其行為不能由他人代為履行」或「依法令或本於法令之行政處分，負有不行為義務而為之」（第30條規定）之情形，始有執行罰之適用，至於稅捐或其他公法上金錢給付義務，當無執行罰之適用餘地。因此，將滯納金定性為執行罰，不免與行政執行法第1條造成齟齬，引發稅法滯納金規定能否適用之質疑。的確，稅捐稽徵法第1條規定：「稅捐之稽徵，依本法之規定；本法未規定者，依其他有關法律之規定。」與行政執行法第1條規定雷同，皆為優先適用之明文。就稅捐之執行而言，二法競合，應優先適用何者，似有疑義。惟1976年行政院送請立法院審議之「稅捐稽徵法草案」第1條說明謂：「查現行各項稅捐之稽徵，係因個別立法，稽徵程序互有出入，關係人民權益之規定，亦不盡劃一，為便於徵繳，以利遵行，爰於本法內擇其重要者，分別為統一規定，故於本條首先明示本法之適用範圍。」表明其乃針對稅捐之稽徵而定，為其他稅法之特別法。基本上，稅捐稽徵法與行政執行法之重心不同，前者在於「稅捐稽徵」，為稅捐稽徵事項之特別法；後者在於「行政執行」，為行政執行事項之特別法。滯納金一旦定性為執行罰，主要涉及「行政執行」，寧非應以行政執行法之適用為優先？當年立法時或未計及此一問題，而且實務上對滯納金規定之適用亦習以為常，故未引起爭議。然而，法理上既有疑義，為求法制之周延合理，立法相關機關允宜藉此機會通盤檢討改進。

四、因有無合法訴願致生滯納金計算之差異，是否違反平等之問題

依系爭財政部函釋意旨，納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額不服，依法提起訴願者，如逾繳納期限始

繳納半數，應就該補徵稅額之半數加徵滯納金。惟若納稅義務人依法提起訴願，並如期繳納該補徵稅額之半數，則免徵滯納金。至於未提起訴願或訴願不合法者，其逾期繳納該補徵之應納稅額者，應按全額計算加徵滯納金。由此可見，滯納金因有無合法提起訴願而生差異。部分論者質疑，此等差別待遇逾越法律規定，並不合理，而與平等原則有違；更且，納稅義務人可能藉訴願拖延稅捐之繳納，影響國家稅捐之稽徵。

誠然，上開差別待遇或讓納稅義務人有可趁之機，但基於下述理由，本席以為尚難認係不合理而違反平等原則，且所謂拖延納稅、影響稅捐稽徵之說，似有過慮之嫌：其一，納稅義務人未提起訴願，意指對復查決定補徵之應納稅額並無不服，則依理即須如期繳納；若逾期繳納，自應按全額計算加徵滯納金。納稅義務人之訴願不合法，如同未提起訴願，後果自行承擔，一樣按全額計算加徵滯納金，亦屬合理。反之，納稅義務人依法提起訴願者，係表明對補徵之應納稅額不服，其主觀上與應繳而不繳者不同，在滯納金方面給予較優之待遇，有其道理。其二、訴願制度之設，除為保障人民權益外，尚有行政機關自我審查及監督之功能。對合法提起訴願者僅要求如期繳納該補徵稅額之半數，並減輕滯納金之負擔，符合訴願制度之精神。其三、依稅捐稽徵法第 39 條第 1 項及第 2 項第 1 款規定，納稅義務人對復查決定之應納稅額繳納半數，並依法提起訴願者，暫緩移送強制執行。既暫緩執行，即意指不強要納稅義務人繳清稅額。此種情形，若一方面暫緩執行，另一方面卻加徵滯納金，豈能自圓其說？其四、合法提起訴願者，滯納金之負擔固然減輕，但依稅捐稽徵法第 38 條第 3 項規定，行政救濟程序終結後有應補繳之稅款者，仍應按補繳之稅額加徵利息。就一般納稅義務人而言，似乏藉訴願拖延繳稅之誘因，況且系爭函釋業已適用二十多年，實務上未見明顯弊端，故無庸過於擔心。

部分協同部分不同意見書 湯德宗大法官 提出

本解釋計作成三項宣告

- (一) 稅捐稽徵法第 20 條（「依稅法規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金者，每逾 2 日按滯納數額加徵 1% 滯納金；逾 30 日仍未繳納者……。」）及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項（「納稅義務人，對於核定之遺產稅或贈與稅應納稅額，逾第 30 條規定期限繳納者，每逾 2 日加徵應納稅額 1% 滯納金；逾期 30 日仍未繳納者……。」）之規定尚未違反比例原則，致過度侵害人民之財產權，故為「合憲」。
- (二) 財政部民國 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函¹及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函²（下併稱系爭函），關於復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數者，應就應納稅額之半數加徵滯納金之釋示，符合相關法律規定之立法意旨，與租稅法律主義尚無牴觸，故為「合憲」。
- (三) 遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項³關於就應納稅款加徵利息部分，與憲法財產權之保障尚無牴觸，故為「合憲」；惟關於就滯納金加徵利息部分，則與比例原則不符，有違憲法保障人民財產權之意旨（違憲），應自本解釋公布之日起失其效力。

本席贊同前述第 1 點及第 3 點結論，惟認其論理應予補強；至第 2 點結論則難贊同，爰提出部分協同暨部分不同意見書如後。

一、本件「低標」審查（尤其「合理關聯」）之論理，猶須補強

¹ 財政部民國 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函：「……納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾限繳期限始繳納半數，雖已依法提起訴願，惟有關稅法既無提起行政救濟而逾限繳納稅款案件得免加徵滯納金之例外規定，自應依稅捐稽徵法第 20 條規定加徵滯納金。」

² 財政部民國 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函：「納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如其係依法提起訴願者，應就該補徵稅額之半數依法加徵滯納金……。」

³ 遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項規定：「前項應納稅款及滯納金，應自滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」

本席贊同租稅法規有無違反「比例原則」，應以「低標」審查為原則。亦即，租稅法規「如有正當目的，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法比例原則無違」（解釋理由書第2段參照）。關於「目的合憲性之審查」，解釋理由書第3段謂：「滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質，與滯報金為行為罰之性質（本院釋字第616號解釋參照）不同，目的尚屬正當，與憲法並無牴觸。」應可贊同。至於「手段與目的關聯性之審查」，解釋理由書第4段首先認定**加徵滯納金**「有助於」達成督促納稅義務人如期繳納稅款之目的（是即「手段適合性」（Geeignetheit）之審查）；繼而檢視相關規定，確認納稅義務人如期繳納稅款確有困難者，得申請延期或分期繳納，或得申請實物抵繳，而免加徵滯納金，故「尚非顯然過苛，與目的之達成間具有合理關聯」。按本院解釋先例以「低標」審查法規有無違反比例原則時，固鮮有檢視「狹義比例性」（Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinne，即審究系爭規定所造成之「損害」與其所欲追求之「利益」，是否顯失均衡）者，⁴然而前揭論述仍過於簡略，易使人誤會：「低標」審查可全然不檢驗「必要性」（Erforderlichkeit），甚或誤以為：「手段如非顯然過苛，即足認定手段與目的之達成間具有合理關聯」！

是本席以為：於前揭解釋理由書第4段「滯納金有助於

⁴ 例如本院釋字第719號解釋（「……參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡」）；本院釋字第699號解釋（「……系爭規定之處罰，固限制駕駛執照持有人受憲法保障之行動自由，惟駕駛人本有依法配合酒測之義務，且由於酒後駕駛，不只危及他人及自己之生命、身體、健康、財產，亦妨害公共安全及交通秩序，是其所限制與所保護之法益間，尚非顯失均衡」）。

上開目的之達成。」之後，應更增補一句：「且滯納金制度行諸多年，應堪推定其於督促義務人如期繳納稅捐確有相當效用，故與目的之達成間具有合理關聯」。

二、滯納金之個案適用不排除有「個案顯然過苛」而「違憲」之可能

查本院關於租稅處罰之解釋先例，可約分為兩類：就違反稅法上作為義務所為之「行為罰」，及就逃漏稅捐而為之「漏稅罰」。「行為罰」應設「合理最高額之限制」⁵，「漏稅罰」則得按應納稅額之固定倍數處罰，無需設有最高額（上限）⁶。本件乃本院首次受理之「滯納金」爭議，應如何定性？解釋理由書第2段先說明：滯納金乃「為使納稅義務人於法

⁵ 例如本院釋字第685號解釋（「稅捐稽徵法第四十四條關於營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應自他人取得憑證而未取得者，應就其未給與憑證、未取得憑證，經查明認定之總額，處百分之五罰鍰之規定，其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨有違，應不予適用」）；釋字第616號解釋（「所得稅法第一百零八條第一項及第一百零八條之一第一項之規定，在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力」）。

⁶ 例如本院釋字第697號解釋（「貨物稅條例第三十二條第一款規定：「納稅義務人有左列情形之一者，除補徵稅款外，按補徵稅額處五倍至十五倍罰鍰：一、未依第十九條規定辦理登記，擅自產製應稅貨物出廠者。」……對納稅義務人未依法辦理廠商登記及產品登記，即自行產製應稅貨物出廠而逃漏稅捐所為之處罰，具漏稅罰性質。其按補徵稅額處五倍至十五倍罰鍰，乃為防止漏稅，以達正確課稅之目的，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法比例原則並無抵觸」）；本院釋字第673號解釋（「七十八年十二月三十日修正公布及九十年一月三日修正公布之所得稅法第一百四條第一款，有關限期責令扣繳義務人補繳應扣未扣或短扣之稅款及補報扣繳憑單，暨就已於限期內補繳應扣未扣或短扣之稅款及補報扣繳憑單，按應扣未扣或短扣之稅額處一倍之罰鍰部分；就未於限期內補繳應扣未扣或短扣之稅款，按應扣未扣或短扣之稅額處三倍之罰鍰部分，尚未抵觸憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨無違」）；本院釋字第337號解釋（「營業稅法第五十一條第一項本文規定：『納稅義務人有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍至二十倍罰鍰，並得停止其營業。』……乃在防止漏稅，以達正確課稅之目的，其處罰標準，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法尚無抵觸」）。

定納稅期限內履行，並於逾期時督促其儘速履行，以及填補國家財政稅收因逾期所受損害」，繼於解釋理由書第3段明確定性：「**滯納金**係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，**與怠金相類，兼具遲延利息之性質**」。

滯納金既非「行為罰」，乃無需設「合理最高額之限制」；雖其實際設有上限（15%）⁷。就抽象立法而言，系爭（稅捐稽徵法第20條及遺產及贈與稅法第51條第1項）規定並無過苛情形（解釋理由書第4段參照），本解釋爰為「合憲」之宣告。然，本席以為，系爭規定具體適用於個案時，依其情形仍不能完全排除有「個案顯然過苛」而「違憲」（unconstitutional as applied）的可能，應併予指明。

三、系爭函牴觸相關法律之立法意旨，違反法律保留原則，應自本解釋公布之日起不再援用

多數意見認系爭函「乃關於復查決定補徵之應納稅額逾繳納期限始繳納半數時應加徵滯納金部分所為函釋，並未涉及租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率等**租稅構成要件**」，與憲法第19條之「租稅法律主義」尚無牴觸（解釋理由書第7段參照），可值贊同。惟細繹稅捐稽徵法第39條第1項（「納稅義務人應納稅捐，於繳納期間屆滿30日後仍未繳納者，由稅捐稽徵機關移送強制執行。但納稅義務人已依第35條規定申請復查者，暫緩移送強制執行。」）及同條第2項第1款（「前項暫緩執行之案件，除有下列情形之一者外，稅捐稽徵機關應移送強制執行：一、納稅義務人對復查決定之應納稅額繳納半數，並依法提起訴訟者。」）之規定，僅在規範（稅捐稽徵機關）「得暫緩移送強制執行」之情形，**何曾授權其得減免加徵滯納金？！**繳

⁷ 參見財政部民國82年1月5日財政部台財稅字第8116880810號函（逾期繳納稅捐，依法應加徵之滯納金，至多應按滯納數額加徵15%）。

納期間屆滿 30 日後仍未繳納稅捐者，是否「暫緩移送強制執行」，和繳納期間屆滿之次日起，應即依系爭（稅捐稽徵法第 20 條及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項）規定加徵滯納金，本為兩件事，並無必然關聯！

系爭函「減免滯納金」之規定，不僅增加了「法律所無之內容」，且形成了不合理的差別待遇。析言之，假設有甲、乙、丙三人，經復查核定之「應納稅額」同為新臺幣（下同）1,000 萬元，且繳納期間同在 3 月 31 日屆滿。是其等如未遵期繳納，須自 4 月 1 日起加徵滯納金，每 2 日加徵 1%，至 4 月 30 日（累計加徵至 15%）止。5 月 1 日起（按稅捐稽徵法第 39 條第 1 項之規定）並應移送強制執行（包括：本稅 1,000 萬元＋滯納金＋本稅 1,000 萬元自 5 月 1 日起至繳納之日止之利息）。

今某甲於 3 月 1 日合法訴願，並遵期於 3 月 31 日繳交應納稅款之半數（500 萬元），而獲「暫緩移送強制執行」（稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款參照）。然因不符系爭函所定要件（「逾繳納期間始繳納半數者，應就應納稅額之半數加徵滯納金」），實務上乃自 4 月 1 日起，免加徵滯納金（滯納金為 0 元），儘管某甲實際仍欠繳應納稅額 500 萬元。亦即，因系爭函之「實務運作」結果，某甲自 4 月 1 日起乃得不當地（無法律上之正當理由地）節省了原欠繳稅額（500 萬元）應加徵之滯納金 75 萬元（ $= 500 \times 15\%$ ）。

某乙亦於 3 月 1 日合法訴願，惟因遲至 4 月 30 日（已逾 3 月 31 日之繳納期限）始繳交應納稅款之半數（500 萬元），雖亦獲「暫緩移送強制執行」（稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款參照），然依系爭函之規定（「逾繳納期間始繳納半數者，應就應納稅額之半數加徵滯納金」），須自 4 月 1 日起至 4 月 30 日止，加徵滯納金 75 萬（ $= 500 \times 15\%$ ）。亦即，甲、乙二人皆合法訴願，甲因如期繳交應納稅款之半數（500

萬元），而免加徵任何滯納金（滯納金 0 元）；乙因逾期繳納應納稅款之半數，而須加徵滯納金 75 萬元。更重要的是，兩人同因系爭函而「不當地」（無法律上之正當理由地）節省了原應自 4 月 1 日起至 4 月 30 日止，就未納稅款（500 萬元）所應加徵之滯納金 75 萬元。

某丙未（如某乙）於 3 月 1 日合法訴願，亦未遵限（於 3 月 31 日前）繳交應納稅款，乃無法適用系爭函，而應自 4 月 1 日起至 4 月 30 日止，按應納稅額之全數（1,000 萬元）加徵滯納金 150 萬（ $= 1,000 \times 15\%$ ）。某丙與某乙皆「未遵限繳納稅款」，乙因曾「合法訴願」並「繳納應納稅額之半數」，即得減免半數滯納金（乙之滯納金為 75 萬元，丙為 150 萬元）。此豈是稅捐稽徵法第 39 條第 2 項第 1 款（得暫緩移送強制執行）的立法意旨？

綜上，系爭函以「曾否合法訴願」作為（納稅義務人）得否享有「公法上不當得利」（節省應加徵之滯納金）之差別待遇之基礎；復以「曾否遵期繳交應納稅款之半數」作為滯納金數額（為零或為半數）之差別待遇之基礎。凡此種種皆無由以一般法律解釋方法，自相關法律規定（稅捐稽徵法第 20 條、第 39 條第 1 項及同條第 2 項第 1 款）解讀得知。是系爭函實屬主管機關之便宜決定，欠缺法律依據，違反法律保留原則，應自本解釋公布之日起不再援用，以昭公允。

部分協同部分不同意見書 詹森林大法官 提出

本席對本號解釋關於稅捐稽徵法第 20 條暨遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項所定滯納金尚無違反憲法第 23 條之比例原則，而侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權部分，敬表同意，但尚有補充意見；另本席對本號解釋關於財政部 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函並未抵觸租稅法律主義部分，則有不同意見。爰提出本意見書說明如後。

壹、涉及憲法第 19 條人民納稅義務之違憲審查基本原則

- 一、在涉及憲法第 19 條人民納稅義務之憲法解釋時，本院以往就人民應遵守納稅義務及人民財產權應受保障，如有衝突之爭議時，基於稅務之高度專業性，原則上傾向採取寬鬆審查標準。亦即，在就涉及納稅義務之法律侵害人民財產權進行違憲審查時，本院盡可能尊重稅務機關之判斷、裁量與稅務立法之專業性，故相關法律縱有稅捐差別待遇之規定，仍因「涉及國家財政收入之整體規畫及預估，固較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定。」（本院釋字第 745 號解釋參照）、「主管機關於職權範圍內適用各該租稅法律規定，本於法定職權予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違」（本院釋字第 607 號、第 615 號、第 625 號、第 635 號、第 660 號、第 674 號、第 685 號、第 693 號及第 745 號解釋參照）。
- 二、本號解釋同樣涉及人民納稅義務與人民財產權之衝突，其爭議為稅捐稽徵法第 20 條暨遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項對於納稅義務人逾期繳納稅捐應加徵滯納金之規定是否違憲？就此爭議，本號解釋指出：「滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質，與滯報金為行為罰之性質（本院釋字第 616 號解釋參照）不同，目的尚屬正當，與憲法並無牴觸。」
- 三、準此，本席認為有必要細看本院關於滯報金與滯納金之解釋，以明二者之區別，並辨識其區別是否足以正當化二者在憲法上之不同待遇。

貳、滯納金與滯報金之憲法解釋

- 一、關於滯報金，本院已作成之解釋且可供本號解釋參考者為：

（一）釋字第 356 號解釋：「營業稅法第 49 條就營業人未依該

法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定，旨在促使營業人履行其依法申報之義務，俾能確實掌握稅源資料，建立合理之查核制度。加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。上開規定，為增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。惟在營業人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高額之限制，依本院大法官釋字第 327 號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正，併此說明。」

- (二) 釋字第 616 號解釋：「……加徵滯報金係對納稅義務人違反作為義務所為之制裁，乃罰鍰之一種，係對人民財產權之限制，具行為罰性質，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，自應根據違反義務本身情節之輕重程度為之。上開規定在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。」

二、關於滯納金，本院已作成之解釋且與本號解釋有關者則為：

- (一) 釋字第 472 號解釋：「……（全民健康保險法）第 30 條有關加徵滯納金之規定，則係促使投保單位或被保險人履行其繳納保費義務之必要手段。全民健康保險法上開條文與憲法第 23 條亦無牴觸。惟對於無力繳納保費者，國家應給予適當之救助，不得逕行拒絕給付，以符憲法推行全民健康保險，保障老弱殘廢、無力生活人民之旨趣。……。」
- (二) 釋字第 568 號解釋：「……勞工保險條例施行細則第 18

條關於……投保單位積欠保險費及滯納金，經通知限期清償，逾期仍未清償，有事實足認顯無清償可能者，保險人得逕予退保之規定，增加勞工保險條例所未規定保險效力終止之事由，逾越該條例授權訂定施行細則之範圍，與憲法第 23 條規定之意旨未符，應不予適用。」

(三) 釋字第 683 號解釋：「……至於被保險勞工或其受益人，因可歸責於保險人之遲延給付而受有損害時，如何獲得救濟，立法者固有自由形成之權限，惟基於上開憲法保護勞工之本旨，立法者自應衡酌社會安全機制之演進，配合其他社會保險制度之發展，並參酌勞工保險條例第 17 條已有滯納金及暫行拒絕保險給付之規定，就勞工在保險關係地位之改善，隨時檢討之，併此指明。」

三、按本院釋字第 616 號解釋意旨，滯報金之性質有別於滯納金，滯報金係對於納稅義務人違反作為義務所為之制裁，具有行為罰之性質，而本號解釋認滯納金乃納稅義務人違反公法上金錢給付義務所為之壓力手段，並非屬行為罰之性質。

四、又按，本院釋字第 472 號解釋所涉及之滯納金乃基於健康保險法律關係，與本號解釋所涉納稅義務關係，尚有不同。

五、復按，本院釋字第 568 號解釋意旨，投保單位對於勞保保險費（公法上金錢給付義務）未履行時，得加徵滯納金之規定，並無違反憲法，惟若加徵滯納金後，經強制執行仍無法達成清償效果，則不得在法律未明文規定之情形下，逕行退保。該號解釋所涉及之滯納金乃基於勞工保險法律關係，與本號解釋所涉納稅義務關係，亦有不同。

六、再按本院釋字第 683 號解釋並不否認滯納金存在的必要性，僅係指摘國家逾期履行對人民公法上金錢給付之義務時，並無相對應如同滯納金的壓力手段，似乎僅就人民未履行對國家公法上金錢給付義務情形，加徵滯納金，造成不平等之結果。

七、綜觀上述本院釋字第472、568、683號及本號解釋，可以得知，雖各該解釋所涉滯納金乃依據不同法律關係而生，但對於人民未履行公法上金錢給付義務而加徵滯納金之制度本身，並未有違憲之指摘。惟本院釋字第472號、568號及683號解釋均未對滯納金予以定性，直到本號解釋始就納稅義務關係所衍生之滯納金，認定乃與怠金相類，並兼具遲延利息性質。

參、滯納金性質

一、關於滯納金之性質，學者見解不一。法務部於95年1月20日召開之行政罰法諮詢小組第3次會議上，就「公法上金錢給付義務逾期未完納者，依法令或本於法令之處分所加徵滯納金，其性質是否屬於行政罰疑義？」議題，與會學者意見紛歧，有認為係屬遲延利息，有認為係屬行政執行特別規定，有認為係屬行政罰，有認為係屬以督促履行之執行手段兼含有遲延利息，有認為應探求立法原意而認定其性質。會議結論則為：（一）應視各法律之立法原意而定。多數委員認為滯納金不是現行行政罰法上之行政罰。（二）未來各機關於解釋、適用法律規定之「滯納金」，或於研擬制定新法或修法時，應留意並檢討其性質究應為何¹。

二、此外，黃茂榮大法官認為滯納金係「行政執行罰兼具給付遲延之損害賠償」²、陳敏大法官認為其「非利息、非處罰、非稅，而係促使納稅義務人準時繳納租稅或附帶給付之措施」³、葛克昌教授認為其係「促使納稅義務人準時繳納稅捐之不具處罰性施壓手段、兼具附加遲延利息功能」⁴、陳清秀

¹ 本會議記錄，可於法務部網頁上下載。

² 黃茂榮，論稅捐之滯納金，臺大法學論叢，16卷2期，1987年6月，頁93-96。

³ 陳敏，租稅法上之附帶給付，政大法學評論，54期，1995年12月，頁89-91。

⁴ 葛克昌，論公法上金錢給付義務之法律性質，行政程序與納稅人基本權，2005年，頁54-56。

教授認為其係「督促納稅義務人準時納稅的手段」⁵。由是可見，關於滯納金性質為何，學說仍不一致，但似均鑑於法律既然設有關於滯納金之明文，遂皆強調滯納金於人民納稅義務法律關係中之必要性⁶。

三、按我國稅法之滯納金及滯報金，分別相當於德國租稅通則（Abgabenordnung）第 240 條之 Säumniszuschlag⁷ 及第 152 條之 Verspätungszuschlag⁸。Säumniszuschlag（滯納金）之性

⁵ 陳清秀，稅法總論，2008 年，頁 436。

⁶ 另請參見許宗力大法官於本院第 683 號解釋之協同意見書指出：「滯納金之性質在學說上雖有爭議，有認係遲延利息、或行政執行之怠金、或屬行政秩序罰等說，但無論採何種見解，滯納金所徵金額常遠高於法定遲延利息，亦即多過填補遲延給付所生損害之額度。」

⁷ 德國租稅通則第 240 條第 1 項規定：「租稅於清償日屆滿時仍未繳納者，應就捨棄尾數之未繳納租稅金額，於遲延中，每月加徵百分之一之滯納金；不足 50 歐元之尾數應予捨棄。前述規定，對應退還之稅款，暨對與租稅及應退還之稅款有關之責任債務，亦適用之。租稅經核定或申報前，不發生第 1 段規定所稱之遲延。租稅或退稅之核定，經廢棄、變更或依第 129 條規定更正者，其至廢棄、變更或更正時業已成立之滯納金，不受影響；責任之裁決經撤銷、廢棄或依第 129 條規定更正者，亦同。請求權因抵銷而喪失者，抵銷權人之債務清償期屆至前業已成立之滯納金，不受影響。」本條項之中文翻譯，請另參見，陳敏譯著，德國租稅通則，2014 年 8 月，頁 450。此外，德國聯邦法務及消費者保護部網站所公布之該條項英文翻譯如下：”(1) Where a tax is not paid by the end of the due date, a late-payment penalty of 1 per cent of the rounded tax amount in arrears shall be payable for each month of default; the amount shall be rounded down to the nearest amount divisible by 50 euros. The same shall apply to repayable tax rebates and debts from liability to the extent that the liability extends to taxes and repayable tax rebates. Default pursuant to the first sentence above shall not be deemed to have occurred before the tax has been assessed or declared. Where the assessment of a tax or tax rebate is cancelled, amended or corrected pursuant to section 129, the late-payment penalties effected up to this point shall remain unaffected; the same shall apply where a notice of liability is withdrawn, revoked or corrected pursuant to section 129. Where the claim is settled by set-off, the late-payment penalties which have accrued up to the due date of the debt of the person seeking set-off shall remain unaffected.” (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p1647) 瀏覽日期：2017 年 2 月 23 日。

⁸ 德國租稅通則第 152 條第 1 項規定：「對不遵守或未依期限遵守租稅申報義務之人，得核定滯報金。申報義務人釋明延誤係可免責者，應不予核定滯報金；代理人或履行輔助人之過失，應由申報義務人負責。」本條項之中文翻譯，請另參見，陳敏譯著，德國租稅通則，2014 年 8 月，頁 274。此外，德國聯邦法

質，依據德國通說，既非利息，亦非處罰，而係強制納稅義務人準時繳納之壓力手段（Druckmittel），並以之補償行政機關因納稅義務人未準時繳納已屆清償期稅款而生之行政支出⁹。至於 Verspätungszuschlag（滯（怠）報金），則係對於根本未申報（怠報）或遲延申報（滯報）之納稅義務人所使用之壓力手段，其目的在於確保租稅之及時申報、及時核定與及時繳納。德國通說指出，Verspätungszuschlag 兼具懲罰及預防之功能，亦即懲罰納稅義務人過去未準時申報之行為，並督促其將來準時依規定申報¹⁰。再者，Säumniszuschlag 及 Verspätungszuschlag，雖皆為行政機關對於納稅義務人所施加之壓力手段¹¹，並均屬德國租稅通則第3條第4項所定之稅捐附帶給付（Steuerliche Nebenleistung），但 Säumniszuschlag

務及消費者保護部網站所公布之該條項英文翻譯如下：”(1) A late-filing penalty may be set against anyone failing to meet his obligation to submit a tax return at all or on time. The late-filing penalty shall not be set where such failure appears excusable. Default by a legal representative or an aide shall be deemed equal to personal default.”（http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p1647）瀏覽日期：2017年2月23日。該英文翻譯中之[The late-filing penalty shall not be set where such failure appears excusable.]，與德文原文中之[Von der Festsetzung eines Verspätungszuschlags ist abzusehen, wenn der Erklärungs pflichtige glaubhaft macht, dass die Verspätung entschuldbar ist]，尚有些微出入，亦即未將德文原文之[der Erklärungs pflichtige glaubhaft macht]（申報義務人釋明）譯出。

⁹ Ax/Große/Melchior/Lotz/Ziegler, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 20. Aufl., 2010, Rz 1859; Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Loseblatt), Oktober 2010, §240 Rn 1; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 21 Rz 363.

¹⁰ Ax/Große/Melchior/Lotz/Ziegler, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 20. Aufl., 2010, Rz 1100; Tipke/Kruse, Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Kommentar (Loseblatt), Mai 2009, §152 Rn 1; Seer, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 21 Rz 188.

¹¹ 值得一併參考者，德國租稅通則第240條第3項前段規定：「滯納期間在3日內者，不徵收滯納金」（Ein Säumniszuschlag wird bei einer Säumnis bis zu drei Tagen nicht erhoben.）；第152條第10項則規定：「滯報金應為捨棄至歐元整之數額，且不得逾2萬5千歐元」（Der Verspätungszuschlag ist auf volle Euro abzurunden und darf höchstens 25 000 Euro betragen.）

責任，不以納稅義務人就滯納稅款有過失（過咎）為必要，而 Verspätungszuschlag 則為推定過失（過咎）責任，故申報義務人得舉證而免責。

- 四、依照前述德國租稅通則關於滯納金（Säumniszuschlag）及滯（怠）報金（Verspätungs- zuschlag）之規定與該國通說見解，本號解釋認為稅捐稽徵法第 20 條暨遺產及贈與稅法第 51 條規定之滯納金，性質上不同於滯報金，固非無據。惟此項定性，是否亦可適用於例如基於全民健康保險或勞工保險關係而衍生之滯納金，則有待未來憲法解釋進一步澄清。尤其，法律明定「按核定應納稅額另徵百分之十滯報金」者，則「在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」（本院釋字第 616 號解釋）；但法律明定「每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一滯納金」者，則「尚難認違反憲法第 23 條之比例原則而侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權」（本號解釋）。此項明顯差異，是否得（僅）以滯報金與滯納金性質上之不同，而予合理化？本號解釋未為理由之深入交代，尚嫌遺憾。

肆、比例原則在本號解釋操作之困境

- 一、本號解釋稱：「足見系爭規定一及二規定加徵之滯納金尚非顯然過苛，與目的之達成間兼具有合理關聯，尚難認違反憲法第 23 條之比例原則而侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權（本院釋字第 472 號解釋參照）。」依此意旨，則系爭規定一及二，就逾期繳納經核定之遺產稅或贈與稅，每逾 2 日加徵應納稅額 1% 之滯納金，且最高得加徵至逾期 30 日應納稅額 15% 止，係屬符合比例原則。
- 二、然而，本號解釋又稱：「惟有關機關就滯納金之加徵方式，仍應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，

以及每2日加徵1%，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免（契稅條例第30條及關稅法第79條第2項第2款至第4款規定參照）等，檢討修正，併此指明」。依此意旨，似乎對於滯納金制度是否符合比例原則，陷入無法操作之困境。換言之，一方面認為該制度本身符合比例原則，他方面卻又要求稽徵機關對該制度予以檢討。此項困境存在於：違憲審查者如何藉由比例原則判斷每逾2日加徵應納稅額1%滯納金，且最高15%，是否符合必要原則與狹義比例原則。由於難以突破此項困境，本號解釋最終僅得藉由確立寬鬆審查標準，只審查是否符合適當原則，即認為系爭規定一、二未違反比例原則。

伍、系爭函一在租稅法律主義及平等原則上之審查

- 一、本號解釋就系爭函一規定，認定其未違反憲法第19條之租稅法律主義。惟在具體稅務案件中，該函示所持見解可能造成對納稅義務人不公平之結果。就此，尊敬的本院陳碧玉大法官於本案討論過程中，曾精闢舉例闡釋，本席深受啟發、頗多獲益，茲還原陳大法官之舉例，並說明於後。
- 二、某甲、某乙與某丙應納稅額皆為新台幣1000萬元。某甲於繳納期間屆滿後，未依稅捐稽徵法第35條第1項規定申請復查，且逾期超過30天，則依同法第20條規定，稅捐稽徵機關應對某甲加徵滯納金150萬元，連同應納稅額1000萬元，共1150萬元移送強制執行。某乙於繳納期間屆滿後，依同法第35條第1項規定申請復查，復查決定應納稅額仍為1000萬元，某乙遂再依同法第38條第1項規定，於法定期限內提起訴願，但仍逾期繳納應納稅額，則依系爭函一規定，某乙僅須依應納稅額半數加徵滯納金，即75萬元，遂生暫緩移送強制執行之效果；如訴願決定未改變復查決定，則某乙應繳納1000萬元（暫且不論滯納利息與行政救濟利息之計算），

故某乙合計應繳納 1075 萬元。某丙於繳納期間屆滿後，依同法第 35 條第 1 項規定申請復查，復查決定應納稅額仍為 1000 萬元，某丙再依同法第 38 條第 1 項規定，於法定期限內提起訴願，並依同法第 39 條第 2 項第 1 款規定，繳納復查決定之應納稅額半數，即 500 萬元，遂生暫緩移送強制執行之效果；如訴願決定未改變復查決定，則某丙仍應繳納其餘半數之應納稅額 500 萬元（暫且不論滯納利息與行政救濟利息之計算），故某丙合計應繳納 1000 萬元，但依系爭函一，無須繳納任何滯納金。

- 三、比較上述某甲與某乙之情形，因系爭函一規定，造成最終某甲應合計繳納 1150 萬元、某乙應合計繳納 1075 萬元。就此差異，本號解釋對系爭函一僅審查其是否違反租稅法律主義，而未考量其有無違反平等原則，是否妥適，已非無疑。如進一步比較某丙與某甲、某乙之情形，則最終某丙僅應繳納 1000 萬元，遠低於某甲之 1150 萬元、某乙之 1075 萬元，該不公平之情形，尤有檢討之必要。本席認為，終局而言，某甲、某乙及某丙應繳納之稅額既無不同，則某甲就經核定之稅額未依法進行行政救濟，致被依系爭規定一（稅捐稽徵法第 20 條）加徵最高 15% 之滯納金，如為租稅法律主義所應然之結果，某乙及某丙最後亦應被依系爭規定一加徵最高 15% 之滯納金，始屬合於租稅法律主義及平等原則。蓋某乙及某丙提起行政救濟，並未變更原來經核定之應納稅額，且提起行政救濟亦無從變更原繳納期限業已屆至之事實。稅捐稽徵法第 39 條第 1 項但書「納稅義務人已依第 35 條規定申請復查者，暫緩移送強制執行。」及第 39 條第 2 項第 1 款「納稅義務人對復查決定之應納稅額繳納半數，並依法提起訴願者，暫緩移送強制執行」之規定，不得解為該納稅義務人得因而減免滯納金之繳納；在復查決定或訴願決定後，納稅義務人之應納稅額並無變更時，尤應如此。按金錢債務人於清

償期屆至時，如不自動清償債務，卻起訴請求確認債務不存在或爭執債權數額，則於訴訟期間，固可能由於債權人未積極追討而暫緩清償，但倘法院駁回其訴，債務人即應就該債務附加含訴訟期間在內所生之一切法定或約定遲延利息，一併清償（民法第 233 條第 1 項參照）。依本號解釋，滯納金具有遲延利息之性質，則納稅義務人不問是否就經核定之稅額提起行政救濟，均應如同前述之金錢債務人，負法定之滯納金繳納義務。

四、據上所述，財政部 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函，造成應繳納相同稅額之多數納稅義務人，僅因其是否及如何提起行政救濟，致其應繳納之滯納金有重大差異，且此重大差異又無法律或法律之授權為依據，要難謂無違反憲法第 19 條所定之租稅法律主義，亦有牴觸憲法第 7 條平等權之虞。本號解釋在此範圍內，本席尚難贊同。

部分不同部分協同意見書 黃虹霞大法官 提出

本件解釋主文共分三段，本席對於第三段就應納稅款加計遲延利息部分認係合憲暨就滯納金加計遲延利息部分認係違憲，並其認定之理由，均表同意，爰就此部分提出協同意見書，補充說明滯納金不得加計利息之理由，並其可能之影響。至於本件解釋主文第一段、第二段肯認稅捐稽徵法第 20 條及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項規定中，不論應納稅額之數額多寡一律均「按每逾 2 日加徵應納稅額百分之一計算，最高 30 日，共計百分之十五」，以及財政部 80 年 4 月 8 日、81 年 10 月 9 日兩函中關於滯納金之數額，是依納稅義務人 1、是否於訴願期間內提起訴願及 2、提起訴願時是否併繳納應納稅額之半數等區分為三種類型（請見表 1）為差別待遇等，均無法贊同多數意見之合憲結論，爰就此二部分提出不同意見書，說明本席關切並認為俱應屬違憲之理由。謹逐一說明如下：

一、稅捐之滯納金不是稅捐，由滯納金之性質及本院釋字第 616 號、第 685 號等解釋之意旨，即應得到系爭稅捐稽徵法第 20 條等關於滯納金規定違憲之結論，故本席不贊同多數意見之合憲結論

稅捐之滯納金不是稅捐，且滯納金顧名思義係針對應納稅款而未納行為，在本稅（應納稅額）之外，所附加之給付，因此滯納金不是如本稅之主給付，也不是本稅之遲延利息，而是針對未納應納稅款此一「行為」，並意圖藉此一滯納金制度，促使納稅義務人自動履行其納稅義務之強制手段；又因其非主給付，固應為針對「行為」之間接強制手段，從而其應屬怠金之一種，不能因其所未納者為金錢稅款，遽認其非怠金，或認其性質即非行為罰，從而就之乃可以與本院釋字第 616 號、第 685 號等針對為行為罰者所為之違憲解釋，得出不同之結論，本席不贊成多數意見之論證及其合憲結論。又遲延履行金錢債務，其尋常之附加義務不就是加付遲延利息嗎？相關稅法既已另定有遲延利息規定，則滯納（應納未納，是一種行為）金怎非係行為罰？而且因已另有遲延利息以填補國家之稅捐遲延收受之損害，故滯納行為之惡性及實害應不高於其他行為罰，從而，退而言之，依本院釋字第 616 號、第 685 號等解釋為「行為罰」者尚因法未設合理最高金額上限而違憲，則同理，就滯納金未設合理最高金額上限之法律規定包括系爭稅捐稽徵法第 20 條及遺產及贈與稅法第 51 條規定，均已應認為違憲。

尤有進者：人民雖然有依法包括準時納稅之義務，故對逾期繳稅者加徵滯納金尚屬正當，但所加徵滯納金之數額仍應受比例原則及平等原則之規制，始符憲法第 23 條及第 7 條規定。而 1、在現今低利率時代，相當於國家遲收到應納稅款之遲延利息損害，因遲延利率僅約年利率百分之一，換算 30 日之份額，不及應納稅額之千分之一而已；但對比最高 30

日得出之滯納金所佔應納稅額之比例竟為百分之十五，兩者差距 150 倍，故不能以填補國家遲延利息損害作為得收取高額滯納金之理由，即系爭滯納金規定已然過苛而有違比例原則！2、又若謂人民未自動納稅，國家需啟動執执行程序，故另有執行勞費，從而得加徵滯納金。惟執行勞費不必然與應納稅款之數額成正比，故一概以應納稅額為母數計算，不論其金額之多寡已非妥當；尤其對比民事執行費用，僅為千分之七（強制執行法第 28 條之 2），百分之十五之滯納金（為民事執行費用之 20 餘倍）仍為過苛，自亦與比例原則有違。3、法律體系正義源自平等原則，也應屬釋憲原則之一。本件解釋依主管機關之回函意旨，既認滯納金為怠金，且似未肯認其為漏稅處罰性質，則對比行政執行法第 30 條及強制執行法第 128 條規定（最高金額怠金為 30 萬元），而系爭稅捐稽徵法第 20 條等規定之滯納金，未依其應納稅款金額之增加作比率差異累退處理，致以應納稅額為 1000 萬元計算滯納金高達 150 萬元、以應納稅額 10000 萬元計算滯納金高達 1500 萬元，就執行費用之填補言，此寧為必要、合理及妥當耶？！能謂無違憲法第 7 條平等權之規定？4、系爭 30 日之期間，依規定文義，逾 30 日後，不論遲延多久，均處以百分之十五之滯納金，值此低利率時代，其結果將可能使納稅義務人更思拖延納稅，反失滯納金之設置本意，故亦不符比例原則。查其正確處理之道應為大幅延長滯納金之計算期間，大幅降低初始比率及按遲延日數累進增加比率，才能鼓勵儘速自動繳納稅款而達滯納金制度之設置目的，當然尤應設合理最高金額。

二、財政部上開 80 年、81 年函釋恐助長不自動納稅，並極可能產生甚至鼓勵爭訟之後果，尤其以無關聯之訴願之提起與否區分應納之滯納金為「零」或「半數」或「全額」（請見表 1），係以行政命令變更稅捐稽徵法等法律規定，違反租稅法律原則，並牴觸憲法第 7 條規定，故本席無法贊成多數意見之合

憲結論及理由；此外，稅捐相關事項應力求公開透明及親民便民，稅捐機關未主動將上開二函釋意旨，以淺顯易懂之文字告知納稅義務人，亦不符上旨

依稅捐稽徵法第 20 條等規定文義，每逾 2 日即應加徵應納稅款百分之一之滯納金。至於稅捐稽徵法第 39 條關於強制執行之規定與滯納金之計算無涉，但系爭財政部二函釋竟將稅捐稽徵法第 20 條規定與第 39 條規定混為一談，除了反而助長不自動納稅之風外，更有違租稅法律原則及平等原則。蓋：1、在現今低利率時代，因為系爭二函釋結果（請見表 1），僅繳納半數應納稅款並依法提起訴願者，即可與在繳稅期限內全額交稅者同，免納滯納金，則如何達成滯納金制度之設置目的，即如何期待人民在系爭二函釋下，仍願自動如期全額繳稅？寧非助長不自動納稅之風，還附帶鼓勵行政爭訟哉？2、表 1 所示三種情形，均同有滯納之事實，但卻因與該滯納事實無關之「是否依法提起訴願」暨「是否繳納半數應納稅額」，而生應納滯納金為「零」、「半數」或「全額」之不同，系爭二函釋自不符租稅法律原則暨平等原則。或有謂該二函釋在稅捐稽徵法第 20 條等規定之外減免滯納金，係對人民有利，故未違憲云云。惟對全民均有利者，固可同意為合憲，但系爭二函釋僅對提起訴願之部分人民有利，即使暫不論其可能鼓勵爭訟之後遺症，因其非對全民均有利，故仍應認為其不符租稅法律原則及平等原則，而為違憲。3、又法令公開透明係政府當然應有之作為，不待人民要求；而所謂公開透明非僅謂將法令公布在網站或收納進法令彙編而已，否則難免「口袋法令」之譏，並徒使一般民眾因不知法而吃悶虧，致生民怨而已。稅捐機關在所得稅申報上，既已能親民、便民，就其他稅捐之申報當無不能親民、便民之理！就系爭二函釋言：主管稅捐機關自應於稅捐繳款書送達納稅義務人時，除諭知滯納金之規定外，並同時告知系爭

二函釋之內容，使人民知悉附表之內容。

多數意見肯認系爭二函釋合憲，本席無法贊同，最深的不安在於：恐將大幅增加行政爭訟，終非國家、社會之福。唉！但願不要一語成讖。

三、關於就滯納金加徵利息違憲部分

本席贊成多數意見之違憲結論，蓋本席認為屬間接、附加強制手段性質之滯納金，正如利息般應不另生利息，即滯納金本質上沒有因滯納滯納金而再生滯納金之遲延利息之問題。而且就怠金等行為罰而言，亦無所謂另加付遲延利息之餘地。

又本件解釋雖係針對稅捐稽徵法第 20 條及遺產及贈與稅法第 51 條規定之滯納金而為，但依本件解釋之同一意旨，與之相類之怠金、行為罰如滯報金、怠報金、罰鍰等等，其性質上也應無再生遲延利息之理。準此，稅法（所得稅法、加值型及非加值型營業稅法、貨物稅法、菸酒稅法、特種貨物及勞務稅條例等等）及稅法以外之法律中，凡有行為罰性質加徵遲延利息之規定者，比如：空氣污染防治法第 55 條第 2 項、規費法第 20 條第 2 項等等，應均有違憲之虞，相關機關允宜主動檢討之。

爰提出本意見書，陳述本席之部分不同部分協同意見如上。

表 1：財政部 80 年 4 月 8 日台財稅第 790445422 號函及 81 年 10 月 9 日台財稅第 811680291 號函之適用結果

類型	加徵之滯納金數額
依法提起訴願 且已在期限內繳納應納稅款之半數	無須繳納滯納金（零滯納金）
依法提起訴願 但未在期限內繳納應納稅額之半數	以應納稅額之半數計算
未提起訴願或逾期提起訴願	以應納稅額之全額計算

部分不同意見書

陳碧玉大法官 提出

湯德宗大法官 加入

詹森林大法官 加入

稅捐稽徵法第 20 條：「依稅法規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金者，每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一滯納金；逾 30 日仍未繳納者，移送法院強制執行。」（下稱系爭規定）為就遲延給付稅款徵收滯納金時，徵收計算基準、加徵滯納金期間¹，以及滯納期滿應予移送執行之統一規定，適用於遲延履行稅捐義務而有滯納金規定之所有稅捐債務。遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項前段：「納稅義務人，對於核定之遺產稅或贈與稅應納稅額，逾第 30 條規定期限繳納者，每逾 2 日加徵應納稅額百分之一滯納金……。」為原因案件就逾期繳納之遺產或贈與稅，應就未繳稅額計徵滯納金之法源依據。

依系爭規定於 30 日之滯納期間屆滿後，對於仍未繳納全額稅款之納稅義務人，即停止計徵滯納金，與滯納金係為促使履行公法上金錢給付義務之必要手段，於未完全繳納前，應持續給予納稅義務人壓力，迫其繳納，以達收取全部稅款之目的²並不全然相符，且滯納金計算之

¹ 加徵滯納金期間最高 30 日，財政部 82 年 1 月 5 日台財稅第 811688010 號函參照。

² U.S. Code: Title 26 - INTERNAL REVENUE CODE § 6651 “ (a) Addition to the tax.--In case of failure-- (2) to pay the amount shown as tax on any return specified in paragraph (1) on or before the date prescribed for payment of such tax (determined with regard to any extension of time for payment), unless it is shown that such failure is due to reasonable cause and not due to willful neglect, there shall be added to the amount shown as tax on such return 0.5 percent of the amount of such tax if the failure is for not more than 1 month, with an additional 0.5 percent for each additional month or fraction thereof during which such failure continues, not exceeding 25 percent in the aggregate; or (3) to pay any amount in respect of any tax required to be shown on a return specified in paragraph (1) which is not so shown (including an assessment made pursuant to section 6213(b)) within 21 calendar days from the date of notice and demand therefore (10 business days if the amount for which such notice and demand is made equals or exceeds \$100,000), unless it is shown that such failure is due to reasonable cause and not due to willful neglect, there shall be added to the amount of tax stated in such notice and demand 0.5 percent of the amount of such tax if the failure is for not more than 1 month, with an additional 0.5 percent for each additional month or fraction thereof during

比率、期間，未以稅之種類、滯納稅額高低為考量，又無合理最高額之限制，難免有個案過苛情形。然本席審酌稅捐收入係為滿足公共財政，實現公共任務所需之目的，課徵期限實有貫徹執行之必要，對於遲延履行租稅義務者，國家得採取合乎比例原則之直接或間接強制手段，且因稅捐稽徵法第 26 條、納稅義務人申請延期或分期繳納稅捐辦法，以及遺產及贈與稅法第 30 條第 2 項、第 4 項，對於因不可抗力之事由、經濟弱勢者，或一次繳納現金確有困難者，得申請延期繳納、分期繳納或實物折抵，而免於加徵滯納金等，賦予主管機關得視個案情況為特殊處置之規定，應可避免個案過苛之情形，暨溢繳滯納金及其利息，可因重新核算應納稅額而退還³，納稅義務人不因於稅額確定前繳納滯納金而生溢繳金額無法返還之不利利益⁴等理由，贊同多數意見認系爭規定未違反憲法第 23 條之比例原則而侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權之結論。

which such failure continues, not exceeding 25 percent in the aggregate.” §6656(a) “In the case of any failure by any person to deposit (as required by this title or by regulations of the Secretary under this title) on the date prescribed therefor any amount of tax imposed by this title in such government depository as is authorized under section 6302(c) to receive such deposit, unless it is shown that such failure is due to reasonable cause and not due to willful neglect, there shall be imposed upon such person a penalty equal to the applicable percentage of the amount of the underpayment. (b) (1)(A) (i) 2 percent if the failure is for not more than 5 days, (ii) 5 percent if the failure is for more than 5 days but not more than 15 days, and (iii) 10 percent if the failure is for more than 15 days.”

德國租稅通則第 240 條第 1 項：「租稅於清償日屆滿時仍未繳納者，應就捨棄尾數之未繳納租稅金額，對每開始 1 月之滯納期間加徵百分之一之滯納金；應捨棄不足 50 歐元之尾數。……」（陳敏，德國租稅通則，司法院，102 年 5 月，頁 450）

³ 財政部 94 年 9 月 6 日台財稅字第 09404554830 號函、95 年 4 月 17 日台財稅字第 09504523880 號函參照。

⁴ 德國租稅通則第 240 條第 1 項：「……租稅或租稅退還之核定，經廢棄、變更或依第 129 條規定更正者，已成立之滯納金不受影響；責任裁決經撤銷、廢止或依第 129 條規定更正者，亦同。請求權因抵銷而消滅者，抵銷權人之債務於屆至清償期前已成立之滯納金不受影響。」（陳敏，德國租稅通則，司法院，102 年 5 月，頁 451）

按提起行政救濟程序，固不以繳納稅款為必要⁵，然行政救濟程序進行中，倘原核（決）定之繳款期限屆至，就尚未繳納之稅款仍構成遲延。「行政救濟程序進行中」並非阻卻繳款期限屆至之事由。現行稅法又無提起行政救濟而對於逾限繳納稅款者得免加徵滯納金之除外規定⁶，稅捐稽徵法第39條有關納稅義務人如合法申請復查，且對復查決定補徵之應納稅額於補繳期限內繳納半數並依法提起訴願，暫緩移送強制執行之規定，亦僅止於移送執行之暫緩，不得作為減、免滯納金之法律依據。是，納稅義務人遲延履行稅捐義務，又未依前開規定經主管機關核准分期履行、暫緩履行或實物折抵而得以免除滯納金時，依法即應就遲延給付之稅款負擔依系爭規定計徵之滯納金，主管機關在無法律規定或法律明確授權之情形下，不得以命令為滯納金之減免。

財政部中華民國80年4月8日台財稅第790445422號函示：「……納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾限繳期限始繳納半數，雖已依法提起訴願，惟有關稅法既無提起行政救濟而逾限繳納稅款案件得免加徵滯納金之例外規定，自應依稅捐稽徵法第20條規定加徵滯納金。」以及81年10月9日台財稅第811680291號函示：「納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如其係依法提起訴願者，應就該補徵稅額之半數依法加徵滯納金……。」為主管機關就滯納金之減免發布之行政規則。對於納稅義務人以其是否合法提起訴願，及繳款屆期日是否已繳納半數之稅款，將納稅義務人因遲延給付依法應負之滯納金責任區分為：1、未合法提起訴願者，依未繳稅款之全額計徵滯納期間之滯納金（最高15%）；2、合法提起訴願，但至繳款屆期日所繳稅款未達半數者（包括未繳納任何稅金者），依稅款之半數計徵滯納金⁷；3、合法提起訴願，但於繳款屆期日已繳半數稅款者，就尚未繳納之已遲延之半數稅款免徵滯納金。

⁵ 本院釋字第224號解釋參照。

⁶ 財政部80年4月8日台財稅第790445422號函（即本解釋案審查客體之一）參照。

⁷ 此滯納金數額，將依納稅義務人於此加徵滯納金期間內已繳稅款及最後核定之稅款額為計算、調整並退還溢繳金額本息。（財政部87年5月21日台財稅第871944245號函參照）

其中除第1部分合於系爭規定之意旨外，第2、3部分乃主管機關在無法律明文規定或授權之情形下，對於未依法繳納全額稅款者，僅因合法提起訴願，行政程序進行中，即逕予免除應納之依未繳稅款全部計徵之滯納金，違法的將減免滯納金之利益歸屬於有能力卻遲延繳稅之納稅義務人，與上開滯納金規定之立法目的不符，違反憲法第19條依法納稅為憲法義務之本旨。多數意見認上開函釋與系爭規定、稅捐稽徵法第39條以及遺產及贈與稅法第51條第1項前段之立法意旨無違，本席礙難贊同。

依本席之見，除符合減免或延緩繳納稅款之法律規定要件外，人民有於法定期限內繳納全部應納稅額之義務；遲延繳納者，應就以滯納稅款計徵之滯納金負責。納稅義務人不能以救濟程序作為暫時或永久規避應納稅款以及滯納金之手段。主管機關更應依法執行追繳全額稅款本息與滯納金，不得逕予減免或推緩未守法之納稅義務人之公法上金錢給付義務，藉以維護國家公共利益。

部分不同意見書

羅昌發大法官 提出

本號解釋分三部分：第一部分為稅捐稽徵法第20條（有關「依稅法規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金者，每逾2日按滯納數額加徵1%滯納金」之規定）及遺產及贈與稅法第51條第1項（有關「納稅義務人，對於核定之遺產稅或贈與稅應納稅額，逾第30條規定期限繳納者，每逾2日加徵應納稅額1%滯納金」之規定）（下併稱系爭規定）。多數意見認為此等滯納金額度並未逾越憲法第23條所規定必要之程度。本席無法認同。本席認為，系爭規定所設每逾2日加徵1%滯納金之額度，顯然過苛，與憲法第23條之規定不符。

第二部分為財政部中華民國80年4月8日台財稅第790445422號函（「納稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾限繳期限始繳納半數，雖已依法提起訴願，惟有關稅法既無提起行政救濟而逾限繳納稅款案件得免加徵滯納金之例外規定，自應依稅捐稽徵法第20條規定加徵滯納金」）及81年10月9日台財稅第811680291號函（「納

稅義務人對稽徵機關復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如其係依法提起訴願者，應就該補徵稅額之半數依法加徵滯納金」（下併稱系爭函）。多數意見認為，其規定以復查決定補徵之應納稅額半數計算加徵滯納金，與憲法第 19 條租稅法律主義尚無牴觸，因而合憲。本席無法認同。本席認為，系爭函與租稅法律主義「無關」，但違背憲法第 172 條之法律優位原則。

第三部分為有關遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項所規定：「前項應納稅款及滯納金，應自滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。」多數意見認為，就應納稅款部分加徵利息，與憲法財產權之保障尚無牴觸；惟就滯納金部分加徵利息，欠缺合理性，不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨有違。就此部分，本席對多數意見，敬表同意。

謹就第一部分與第二部分，本席持不同意見之理由，說明如下：

壹、依本院以往所設標準，系爭規定對納稅義務人就遲延繳納稅額，每逾 2 日加徵 1% 滯納金，顯然過苛

一、本院以往對處罰之規定有無過苛之解釋

（一）本院以往多次宣示以是否有「個案過苛」及是否設有「調整機制」以處理「個案過苛」，決定處罰是否違憲：

例如本院釋字第 641 號解釋：「菸酒稅法第 21 條規定：『本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣 2 千元之罰鍰。』其有關處罰方式之規定，使超過原專賣價格出售該法施行前專賣之米酒者，一律處每瓶新臺幣 2 千元之罰鍰，固已考量販售數量而異其處罰程度，惟採取劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條之比例原則尚有未符」。釋字第 669 號解釋謂：「基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行

為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。」釋字第 685 號解釋謂：「其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。釋字第 716 號解釋謂：「立法者針對特別應予非難之違反行政法上義務行為，視違規情節之輕重處以罰鍰，固非憲法所不許，惟為避免個案顯然過苛之處罰，應設適當之調整機制」。

（二）本院以往解釋常以法律是否設有「合理最高額之限制」，認定處罰是否過苛：

例如本院釋字第 356 號解釋謂：「營業人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比率加徵滯報金與怠報金，又無合理最高額之限制，依本院大法官釋字第 327 號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正」。釋字第 616 號解釋謂：「78 年 12 月 30 日修正公布之所得稅法第 108 條第 1 項規定：『納稅義務人違反第 71 條及第 72 條規定，未依限辦理結算申報，但已依第 79 條第 1 項規定補辦結算申報，經稽徵機關據以調查核定其所得額及應納稅額者，應按核定應納稅額另徵百分之十滯報金。……』86 年 12 月 30 日增訂公布之同法第 108 條之 1 第 1 項規定：『營利事業違反第 102 條之 2 規定，未依限辦理未分配盈餘申報，但已依第 102 條之 3 第 2 項規定補辦申報，經稽徵機關據以調查核定其未分配盈餘及應加徵之稅額者，應按核定應加徵之稅額另徵百分之十滯報金。……』乃對納稅義務人未於法定期限內履行申報義務之制裁，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，自應根據違反義務本身情節之輕重程度為之。上開規定在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之

限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。

(三) 本院以往於認定處罰是否過苛，亦常將處罰之性質與違反規定之情狀或輕重納為考量因素：

例如前述本院釋字第 669 號解釋所列考量處罰是否過苛之因素，包括行為人違法行為之惡害程度、違法情節輕重、是否顯可憫恕等。釋字第 356 號及第 616 號解釋亦有區分行為罰與漏稅罰而異其處罰之論述。釋字第 356 號解釋謂：「違反稅法之處罰，有因納稅義務人逃漏稅捐而予處罰者，此為漏稅罰；有因納稅義務人違反稅法上之作為或不作為義務而予處罰者，此為行為罰。……加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。……在營業人已繳納其應納稅款之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金與怠報金，又無合理最高額之限制，依本院大法官釋字第 327 號解釋意旨，主管機關應注意檢討修正」。釋字第 616 號解釋謂：「……加徵滯報金係對納稅義務人違反作為義務所為之制裁，乃罰鍰之一種，係對人民財產權之限制，具行為罰性質，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，自應根據違反義務本身情節之輕重程度為之。」

二、如考量事物之本質及人民所負義務之程度，應認每逾 2 日加徵 1% 滯納金之規定，顯然過苛

(一) 就滯納金之性質而言：多數意見認為：「滯納金係為督促人民如期繳納稅捐，並填補國家財政稅收因人民逾期納稅所造成之公益損害，與怠金相類，兼具遲延利息之性質，與滯報金之為行為罰之性質（本院釋字第 616 號解釋參照）不同」。本席認為，其對滯納金之界定，並無助於本件之解釋。蓋「怠金」並無法律上之定義。以不確定之概念詮釋另一不確定概念，無法清楚呈現問題之本質。並且將其界定為「怠金」之性質，並不能因此而豁免其所定金額受是否過苛之檢驗。本席認為，滯納金的

徵收，其實就是對納稅義務人遲延繳納稅款的不利益；不問其名詞如何，對人民而言，就是一種處罰。

如以行為之嚴重性及可罰性高低區分，最嚴重者應為犯罪行為（處以刑罰）、次為漏稅行為（處以漏稅罰）、最輕者應為違反作為義務之行為（處以行為罰）。以前述本院以往解釋所示標準觀之，縱使是對於犯罪行為所科處之刑事處罰亦不應過苛（見前述釋字第669號解釋）；何況在行為罰之情形，更應根據違反義務本身情節之輕重程度決定處罰之高低（釋字第616號解釋）；如行為罰係依應納稅額固定之比率加徵，又無合理最高額之限制，將屬過苛（釋字第356號及第616號解釋）。

系爭規定所課處之對象為遲繳稅款之納稅義務人；納稅義務人遲繳稅款，並非犯罪，亦非漏稅；其可苛責性，最高僅與違反作為義務相當。故如以前述本院以往解釋所設之標準，系爭規定依應納稅額固定之比率加徵，又無合理最高額之限制，顯然過苛。

（二）就加徵之額度而言：系爭規定完全以遲繳之應納稅額每逾2日加計1%之固定比率為加徵標準，納稅義務人遲繳30日即必須額外負擔應納稅額15%之滯納金額數；如以年利率計算，「應納稅額被加徵期間」之滯納金年息，高達182.5%。實務上雖於納稅義務人遲繳一個月之後，因必須移送強制執行，故最高僅加徵15%，表面上似乎已經有最高比率之限制；然納稅義務人應納稅額可能甚高（例如高達百萬、千萬或億元），則加徵15%所換算之絕對數額，可能甚鉅（例如高達數十萬、數百萬或數千萬元）；系爭規定就滯納金之絕對數額，並未設有合理之最高額度。故系爭規定不但每2日加徵1%之比率部分顯然過苛，其未設總金額之合理上限，亦顯然過苛，應無宣告合憲之餘地。

（三）就有無設適當調整機制而言：多數意見認為：「納稅義務人倘已不能於法定期間內繳清稅捐，例如因天災、事變、不可抗力之事由或為經濟弱勢者，或遺產稅或贈與稅應納稅額在新臺幣

30萬元以上，納稅義務人一次繳納現金確有困難，依現行法制，仍得申請延期或分期繳納（稅捐稽徵法第26條、納稅義務人申請延期或分期繳納稅捐辦法及遺產及贈與稅法第30條第2項規定參照），或申請實物抵繳（遺產及贈與稅法第30條第4項規定參照），而免於加徵滯納金。」（見本號解釋理由書第4段）其似乎認為法律上已有調整機制。然此等調整機制僅容許延期、分期、實物抵繳；並非對滯納金加徵之比率或其金額所造成「實質上過重」之情形所設之減輕機制，應與前述本院以往解釋所稱之調整機制不同。

- （四）多數意見實際上亦意識到每逾2日加徵1%固定比率滯納金之規定，比率過高，且欠缺個案減免之調整機制。故多數意見謂：「有關機關就滯納金之加徵方式，仍應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，以及每2日加徵1%，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免（契稅條例第30條及關稅法第79條第2項第2款至第4款規定參照）等，檢討修正」。多數意見此等文字顯對系爭規定產生違憲疑義。然其以合憲為結論，未能貫徹本院以往解釋針對處罰規定是否過苛所設之標準，甚為可惜。
- （五）綜上，系爭規定有關每逾2日加徵1%固定比率滯納金之規定，不但每逾2日加徵1%之比率過高，其未設合理最高金額限制，亦導致其處罰有「通案」過於嚴苛之結果；且其亦未設調整機制以避免「個案」情形過於嚴苛；應認系爭規定對人民財產權之限制，已逾越憲法第23條所規定之必要程度。

貳、系爭函以納稅義務人是否進行復查或訴願，而決定是否加徵滯納金或是否僅徵收其半數，違背法律優位原則

- 一、系爭函與租稅法律主義「無關」：蓋租稅法律主義係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅

方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律定之（見本號解釋理由書第6段）。多數意見既然認為滯納金具有「怠金」加上「遲延利息」之性質，故滯納金不但與「租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件」之租稅法律主義規範對象，毫無關聯，且與租稅本身無關。滯納金之性質既非稅捐，則系爭函就復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期間始繳納半數者，就半數應加徵滯納金所為釋示，自與租稅法律主義「無關」，而不產生是否違反租稅法律主義之問題。多數意見稱系爭函「並未涉及租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率等租稅構成要件」（見本號解釋理由書第7段）固屬正確；然其所稱系爭函「與憲法第19條之租稅法律主義尚無牴觸」（見本號解釋理由書同段），顯然係認滯納金仍屬租稅，始有「尚無牴觸租稅法律」之問題。多數意見一方面認為滯納金有怠金加上遲延利息之性質，另一方面又隱含滯納金屬於稅捐之性質，互有矛盾。

惟本席雖認為系爭函無關租稅法律主義，然並非謂其即與憲法無違（下述）。

- 二、按法律優位原則，為憲法第172條所明定。本院釋字第172號解釋謂：「按憲法第172條規定：『命令與憲法或法律牴觸者無效。』又中央法規標準法第7條規定：各機關依其法定職權或基於法律授權，得訂定命令，並於發布後，即送立法院。是各機關發布之命令，於不牴觸憲法或法律及不侵害人民權利之範圍內，即屬其職權之正當行使。」故行政命令有效之前提，為不與憲法或法律相牴觸。且對於法律已另有明文規定之事項，自不得再依行政命令增設法律所無之限制或相反之表明或規定，否則亦與憲法第172條有違（本院釋字第268號及第406號解釋參照）。
- 三、系爭規定對於納稅義務人遲延繳納稅款所規定每逾2日應加徵1%滯納金，並未區分納稅義務人是否提起復查或有訴願之行政救濟，而決定是否予以減輕或免除。然由前引系爭函之內容推知，主管

機關已將是否加徵滯納金以及加徵之額度，區分為四種情形：第一種情形，納稅義務人並未向稽徵機關申請復查者，就全部應納而未納之稅額計算 1% 之滯納金。第二種情形，納稅義務人依法向稽徵機關申請復查者，於復查決定之前，並不加徵 1% 之滯納金。第三種情形，納稅義務人對復查決定補徵之應納稅額，逾繳納期限始繳納半數，如已係依法提起訴願，僅就該補徵稅額之半數加徵 1% 滯納金。第四種情形，由第三種情形反面解釋，如並未逾繳納期限即繳納半數，且已係依法提起訴願，無須就該補徵稅額之半數加徵 1% 滯納金（即完全無須加徵）。系爭規定所要求對遲繳稅款之納稅義務人每逾 2 日加徵 1%，既未以納稅義務人是否提起復查或訴願為區分徵收之標準，則系爭函以復查或訴願為區分，係增加系爭規定所無之限制或條件；由此而言，系爭函與憲法第 172 條有違，甚為明確。

- 四、系爭函所設之四種情形，本席認為增加法律所無之限制或條件（即增設加徵之條件，以及創設無須加徵或僅加徵半數滯納金之情形），違背憲法第 172 條之法律優位原則，故系爭函應為無效，已如前述。然聲請人主張系爭函違憲之意旨係在於：只要有行政救濟，即完全不應加徵滯納金。如依本席所主張違憲之意見（不應以函釋創設法律所無之減徵），相較於系爭函之現狀（以函釋創造法律所無之減徵），反而對聲請人更為不利。此涉及本院解釋憲法，是否有類似訴訟法上有關上訴審不利益變更禁止原則之適用。如有類此原則之適用，則聲請人既希望獲得較系爭函既有規定對其更為有利之解釋（只要有行政救濟即全部不應加徵），本院自不得作相較於系爭函內容（即有行政救濟時僅加徵半數），對聲請人更為不利之結論（即不但應加徵，且應全額計算加徵金額）。然本席認為，本院既為抽象之法規審查，自得脫離具體個案，而僅就裁判所適用之法令是否違憲為客觀解釋；故解釋結果縱使較聲請人所主張違憲之法規對其更為不利，亦不應迴避作成此種違憲解釋。

五、綜上，本席認為系爭函違反憲法第 172 條之法律優位原則，應立即失效，回歸法律之規定。如立法者認為有依納稅義務人是否提起復查或訴願等救濟而決定減免滯納金課徵之必要，自應以法律或法律明確授權之命令為之。

部分不同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為遺產及贈與稅法就滯納金加徵利息部分違憲，並認為財政部二件就人民逾期應納稅額繳納期間始繳納半數，應加徵滯納金所作函釋合憲，本席敬表同意。惟本號解釋多數意見對稅捐稽徵法第 20 條規定就滯納金之計算方式，即每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一之滯納金，及遺產及贈與稅法第 51 條第 1 項之相同規定，作成合憲解釋部分，本席尚難贊同，並認為該規定已達違憲程度，爰提出部分不同意見，理由如下：

一、滯納金之上限未以法律明文規定，違反法律保留原則：

稅捐稽徵法第 20 條規定逾期繳納稅捐應加徵滯納金，每逾 2 日按滯納數額加徵百分之一滯納金，但未規定上限。雖然法條上有「逾 30 日仍未繳納者，移送法院強制執行」之規定，但該規定無法解釋為 30 日即為滯納金之上限規定，因為移送法院強制執行並非立即可取得滯納金。

本號解釋理由援引財政部中華民國 82 年 1 月 5 日台財稅第 811688010 號函作為解釋稅捐稽徵法第 20 條規定滯納金最高 15% 之依據，該函僅依據法條規定「逾 30 日仍未繳納者，移送法院強制執行」，即認定「加徵滯納金之期間為 30 日」，因此得出「滯納金之加徵至多按滯納稅額加徵百分之十五」之結論，實已逾越法條之文義解釋，而係為避免滯納金過高所作之合理解釋。亦即，滯納金之上限，法律尚無明文規定，均依賴行政機關函釋之內容予以執行。遺產及贈與稅法第 51 條第 2 項有「滯納期限」之規定，但並沒有其他條文加以定義。目前稅捐機關在實務上是依循上開財政部函釋之解釋，將滯納期限之上限定為 30 日。如此便宜之作法，固然是相關法律制定前之因應措施，

惟此種情形實不宜任其長久繼續存在（本院釋字第 707 號解釋參照）。

滯納金之上限涉及國家行使公權力之界限與人民財產權之保障，屬重大公共利益事項，應由法律明定，始符憲法上法律保留原則。本號解釋未利用此機會宣告該條文違憲，進而要求主管機關應檢討改進，為德不卒。

二、每 2 日加徵百分之一之滯納金計算方式過於嚴苛¹，且已不合時宜：

查現行稅捐稽徵法第 20 條有關每逾 2 日按滯納數額加徵 1% 滯納金之規定，係制定於民國 65 年，迄今已逾 40 年。40 年間社會經濟情勢變動極大，尤其利率之變化更是劇烈。本號解釋理由雖指明有關機關就滯納金之加徵方式，應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，以及每 2 日加徵 1%，是否間隔日數過短，比率過高，致個案適用結果可能過苛等檢討修正。惟本席認為如此之指明方式實嫌不足，於法律未修改的情況下，難以預期有關機關會因「個案適用」的結果而檢討修正。以每 2 日加徵 1% 之規定，折合年利率 182%，為全世界所獨見。相較於德國以月為加計單位，每月加計 1% 之規定²，我國滯納金之規定為德國累計速度之 15 倍。又 15% 之滯納金上限在短短 30 日內即達，滯納金不得加計利息後，逾期繳稅者再拖欠多久也不會有其他額外之負擔（除了積欠本稅之利息之外），反而喪失督促履行之效果。於政策面考量，滯納金之徵收方式與其是否加計利息應是互動的，本號解釋既免除滯納金之利息，則滯納金之計算方式亦應重新考慮，始能發揮督促之效果。本號解釋取消滯納金加計利息之規定，惟錯失此良好時機要求相關機關對滯納金之規定全盤重新檢討，實為缺憾。

三、稅法上延期、分期繳納或實物抵繳之規定無法緩解「過苛」之規定：

¹ 參見黃茂榮，論稅捐之滯納金，臺大法學論叢第 16 卷第 2 期，頁 117，1987 年 6 月。該文認為我國滯納金規定整體而言，每逾一日至三日即加徵百分之一的滯納金，滯納期間三十日屆滿時，即可加徵百分之十至六十（一般為百分之十五），顯然過高。

² 參見陳敏，租稅法之附帶給付，政大法學評論第 54 期，頁 108，1995 年 12 月。該文認為滯納金最多可加徵至 15%，額度顯較外國偏高。

於財稅、經濟事務採取低度審查標準之前提下，對於該等事務往往認為立法、行政機關較有能力作最好的決定，然而事實上有許多案例證明立法、行政機關之決定並非深思熟慮之結果，或往往受本位主義或利益團體之影響，而有立法疏失或怠惰之情況，未符合憲法上比例原則之要求。本席認為釋憲者不應在財稅、經濟事務完全放手（hands-off），而應在一定程度介入審查行政、立法之決定是否過苛。於此，滯納金之計算方式顯然過苛，雖然有申請延期繳納或實物抵繳之規定，但實務上能否獲准尚待行政機關之裁量，而人民一時未能繳納稅捐之理由可能多種，未必均屬刁頑或惡意拒繳。對於一時無力繳納或需時日變賣財產的人，過苛之計罰方式將使納稅義務人全無喘息的空間，僅具懲罰之性質，而喪失督促履行之功能，徒令人民產生「苛政」之感嘆，造成反效果。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第747號解釋

【土地所有權人因公路穿越地下得請求徵收地上權案】

中華民國 106 年 3 月 17 日

院台大二字第 1060007343 號

解 釋 文

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。中華民國 89 年 2 月 2 日制定公布之同條例第 11 條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。」（101 年 1 月 4 日修正公布之同條第 1 項主要意旨相同）第 57 條第 1 項規定：「需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」未就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權有所規定，與上開意旨不符。有關機關應自本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。逾期未完成修法，土地所有權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。

解釋理由書

聲請人指南宮及南宮建設開發股份有限公司代表人高超文（原為高忠信，嗣後變更為高超文）以交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）興建北部第二高速公路木柵隧道，未經其同意，穿越其投資興建之指南宮地藏王寶殿附設靈灰堂暨停車場空間新設工程所在土地之地下，影響其土地開發安全及利用，向高公局請求協議價購及辦理徵收遭拒，聲請人不服，提起行政訴訟。嗣經最高行政法院 101 年度

判字第465號判決（下稱確定終局判決）以上訴為無理由而駁回上訴確定。聲請人認公路法及確定終局判決所適用之89年2月2日制定公布之土地徵收條例第11條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收」（101年1月4日修正公布之同條第1項主要意旨相同；下稱系爭規定一）等規定，對人民所有之土地因公路穿越致不能為相當之使用，遭受特別犧牲者，既不徵收又未設補償規定，有牴觸憲法疑義，向本院聲請解釋憲法並聲請變更本院釋字第400號解釋。聲請人並請求解釋臺北市政府78年11月6日府工二字第373130號臺北市都市計畫說明書：參、二所載：「北部第二高速公路變更計畫圖內虛線為高速公路隧道通過路段，因隧道頂端之覆蓋原土石層超過卅五公尺，無礙土地所有權人之行使其權利，不予征購，故不辦理都市計畫變更，如土地關係權人提出異議，高速公路局應依協議方式取得土地使用權。」（下稱系爭都計說明）逾越母法之限度，並對人民財產權增加法律所無之限制，有違授權明確性。

按人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限（本院釋字第445號解釋參照）。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體（本院釋字第737號解釋參照）。本件聲請人雖僅主張系爭規定一有牴觸憲法疑義，然因土地徵收條例第57條第1項規定：「需用土地人因興辦第3條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」（下稱系爭規定二）對需用土地人因興辦該條例第3條規定之事業而有穿越私有土地之上空或地下之情形，設有徵收地上權之相關規定，故應將系爭規定二納為整體評價之對象。是本件聲請人就系爭規定一有違憲疑義所為之聲請，及與之相關聯且必要之系爭規定二，核與司法院大法官審

理案件法第5條第1項第2款所規定要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

憲法第15條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第400號、第709號及第732號解釋參照）。憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第15條規定人民財產權應予保障之意旨（本院釋字第440號解釋參照）。國家如徵收土地所有權，人民自得請求合理補償因喪失所有權所遭受之損失；如徵收地上權，人民亦得請求合理補償所減損之經濟利益。

按徵收原則上固由需用土地人向主管機關申請，然國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。土地徵收條例第57條第2項爰規定：「前項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時，土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」以實現憲法第15條保障人民財產權之意旨。

系爭規定一係規範土地徵收前所應踐行之協議價購或以其他方式取得之程序，並未規定土地所有權人因公路等設施穿越其土地上方或地下，致逾越其社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，是否有權請求需用土地人申請主管機關徵收其土地或徵收地上權。是單就系爭規定一而言，尚不足以判斷公路等設施穿越土地之情形，國家是否已提供符合憲法意旨之保障。另前揭土地徵收條例第57條第2項雖賦予土地所有權人請求徵收之權，然該條項係就公路等設施穿越土地上空或地下致該土地不能為相當使用所設。倘土地僅有價值減損，但

未達於不能為相當使用之程度，則無該條項之適用。且土地所有權人依該條項規定得請求徵收者，係土地所有權，而非地上權。故於土地遭公路等設施穿越但尚未達於不能為相當使用之程度者，其所有權人尚無從依該條項請求徵收地上權。又系爭規定二雖規定需用土地人得就需用之空間範圍，以協議方式或準用徵收之規定取得地上權，但並未規定土地所有權人得主動請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。整體觀察系爭規定一及二，尚與前開土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之憲法意旨有所不符。有關機關應自本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。逾期未完成修法，有關前述請求徵收地上權之部分，應依本解釋意旨行之。

惟為維護法之安定性，土地所有權人依本解釋意旨請求徵收地上權之憲法上權利，仍應於一定期限內行使。有關機關於修正系爭規定二時，除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並應規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅。至於前揭所謂一定期間，於合理範圍內，屬立法裁量之事項。土地徵收條例第57條第2項一年時效期間之規定，有關機關應依本解釋意旨檢討修正，併此指明。

又本件聲請人就聲請釋憲原因案件之土地，得自本解釋送達之日起三個月內，依本解釋意旨請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。至原因案件中，聲請人之土地是否確遭公路穿越地下，及其是否有逾社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，係屬事實認定問題，不在本解釋範圍，亦併此指明。

有關聲請人另主張公路法違反憲法第7條及第15條等規定部分，經查公路法規定並未為確定終局判決所適用；且聲請書亦僅泛稱該部法律違憲，而未具體指摘究竟該法何條規定如何發生違憲疑義。另當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋發生疑義，聲請補充或變更解釋，經核確有正當理由者，應予受理（本院釋字第503號、第741號、第742號解釋參照）。然查本件確定終局判決並未適用本院釋字

第 400 號解釋，聲請人自不得就該解釋聲請補充或變更解釋。又聲請人雖聲請解釋系爭都計說明，然該說明係針對具體項目直接限制其權利或增加其負擔，屬行政處分之性質，自非解釋憲法之客體。此三部分均與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定均應不受理，併予敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠
林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

本解釋以憲法第 15 條（人民之財產權應予保障）為基礎，將本院解釋先例所釋示之客觀原則（人民之財產權因公共利益而遭受特別犧牲者，國家應予合理補償），進一步昇化為主觀權利（an enforceable right）：「需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」並諭知：「有關機關應自本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定」。如上釋示樹立了我國財產權保障的新里程碑，殊值欣慰。茲僅就其意涵略作補充說明如下。

一、本解釋創設「地上權徵收請求權」，旨在變更原因案件確定終局判決所持法律見解，以完善財產權之保障

本院解釋先例雖屢申「人民之財產權因公共利益而遭受特別犧牲者，國家應予合理補償」之原則（釋字第 400 號¹、

¹ 參見本院釋字第 400 號解釋（「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相

第440號²、第579號³等解釋參照)，惟實務上法院普遍認為：是否申請徵收私有土地，需用土地人（如原因案件之交通部臺灣區國道高速公路局）具有裁量權；因公益而遭受特別犧牲之人民（如本件聲請人），除法律另有規定外（如土地徵收條例第8條），並無請求（需用土地人向國家）申請徵收其所有土地之公法上請求權。致需用土地人得徵收而不徵收時，土地所有權人實際上仍無從獲得補償。因此，本解釋乃一本前揭解釋先例之意旨，並參酌土地徵收條例第57條第2項之規定，釋示土地所有權人於前述情形下應有「地上權徵收請求權」，以貫徹憲法保障人民財產權之意旨（解釋理由書第4段及第5段參照）。

究本解釋之所以創設「地上權徵收請求權」，實際乃在變更原因案件確定終局判決（最高行政法院101年度判字第465號判決）所持法律見解⁴。此舉一方面再次印證所謂「確

當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償」）。

² 參見本院釋字第440號解釋（「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利」）。

³ 參見本院釋字第579號解釋（「人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。國家因公用或其他公益目的之必要，得依法徵收人民之財產，對被徵收財產之權利人而言，係為公共利益所受之特別犧牲，國家應給予合理之補償，且補償與損失必須相當。國家依法徵收土地時，對該土地之所有權人及該土地之其他財產權人均應予以合理補償，惟其補償方式，立法機關有一定之自由形成空間」）。

⁴ 參見該判決之「理由」五、（二）：「再查，土地徵收係國家因公共事業需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪，土地徵收之法律關係，除法律另有規定外，僅屬需用土地人與國家間之函請徵收，以及國家與被徵收人間之徵收補償二面關係，需用土地人與所有權人間不發生任何法律關係。亦

定終局判決所適用之法律或命令有無牴觸憲法」與「確定終局判決認事用法有無牴觸憲法」，兩者間僅有一線之隔；⁵ 他方面顯示大法官為落實人權保障，正持續透過「解釋標的」之合理界定，朝著建立「憲法訴願」的方向邁進。⁶ 質言之，本件聲請人原主張「系爭規定一」（89年2月2日制定公布之土地徵收條例第11條）有牴觸憲法之疑義，並聲請變更本院釋字第400號解釋。經本院審酌聲請意旨，認非將「系爭規定二」（同條例第57條第1項）納入整體評價，不足以判斷其主張——人民私有土地因公路穿越其上空或地下，已逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，致形成因公益而遭受特別犧牲者，按現行法因無法請求徵收，致無從獲得補償，對人民財產權之保護顯有不周（規範不足）——有無理由，乃決議將系爭規定一與系爭規定二，並列為解釋之標的（解釋理由書第2段參照），並作成如上釋示，以貫徹（補充）本院釋字第440號解釋（非釋字第400號解釋）之意旨。

二、本解釋同時諭知「通案」與「個案」適用之請求權時效

為避免法律關係長期處於不確定狀態，而危及法之安定

即，需用土地人認其興辦公共事業有必要徵收私有土地，應檢具相關文件，依法定程序向內政部申請徵收，至有無申請徵收必要，需用土地人具裁量權，一般人民並無請求需用土地人向國家申請徵收其所有土地之公法上請求權。是通常情形僅由國家發動徵收程序，一般人民除法律另有規定外（如土地徵收條例第8條），無請求國家徵收其所有土地之公法上請求權，亦無對需用土地人請求發動申請徵收權利，其向需用土地人之請求，僅係促請需用土地人發動徵收申請權，性質上並非公法上請求權。因而，原判決以上訴人並無請求被上訴人徵收系爭土地之公法上請求權，從而駁回上訴人請求被上訴人應與上訴人協議價購，如協議不成應向內政部申請辦理徵收，即無不合」。

⁵ 請參見本席於釋字第697號解釋所發表之「一部不同意見書」、第700號解釋所發表之「不同意見書」、第710號解釋所發表之「協同意見書」、第725號解釋所發表之「協同意見書」、第736號解釋所發表之「協同意見書」（陳碧玉大法官、黃虹霞大法官加入）、第742號解釋所發表之「協同意見書」、第713號解釋所發表之「部分不同意見書」。

⁶ 本件係本院繼釋字第737號解釋（民國105年4月29日公布）後，再次變更原因案件確定終局判決所持法律見解。

性，本解釋特別諭知創設之「地上權徵收請求權」應有時效規定：「有關機關於修正系爭規定二時，除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並應規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅。至於前揭所謂一定期間，於合理範圍內，屬立法裁量之事項。」（解釋理由書第6段參照）⁷除此「通案」（嗣後一體）適用之請求權時效外，為使本件聲請人能獲得救濟，本解釋並依循本院解釋先例（本院釋字第725號⁸、第741號⁹解釋參照），諭知「個案」（例外溯及）適用之請求權時效：「本件聲請人就聲請釋憲原因案件之土地，得自本解釋送達之日起三個月內，依本解釋意旨請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權」（解釋理由書第7段參照）。¹⁰上述時效諭知兼顧通案與個案需要，並酌留立法裁量空間，堪稱允當。

猶值商榷者，解釋文末句「逾期未完成修法，土地所有

⁷ 並參見行政程序法第131條第1項（民國104年12月30日修正公布）：「公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。」

⁸ 參見本院釋字第725號解釋（「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。最高行政法院九十七年判字第六一五號判例與本解釋意旨不符部分，應不再援用。行政訴訟法第二百七十三條第二項得提起再審之訴之規定，並不排除確定終局判決所適用之法令經本院解釋為牴觸憲法而宣告定期失效之情形」）。

⁹ 參見本院釋字第741號解釋（「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充」）。

¹⁰ 至本件聲請人依此諭知，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，是否確有理由，乃屬個案「事實認定」問題，應由普通法院判斷，非屬本解釋之範圍。參見解釋理由書第7段。

權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權」，徒增困擾，允宜刪除（解釋理由書第5段末句，亦同）。蓋前文既諭知立法者應修法明定地上權徵收請求權之時效，縱立法者逾期未能完成修法，「依本解釋意旨」（本件聲請人以外之其他）土地所有權人亦不因而即可「無限期」行使該請求權！進步言之，如為有效「催生」立（修）法，積極建構釋憲機關與立法機關之良性互動，解釋文末句應改為：「逾期未完成修法者，土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一年內，行使上開請求權，但自穿越工程完工之日起，經過十年後，其請求權消滅」。¹¹

部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋創設土地所有權人得要求需用土地人向主管機關申請徵收區分地上權之請求權，認需用土地人因興辦土地徵收條例第3條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。此符合憲法第15條保障人民財產權意旨之部分，可資贊同。惟其適用原因案件發生當時尚未公布施行之土地徵收條例第57條、區分地上權徵收請求權之性質及消滅時效等見解，仍有進一步釐清之必要。茲提出部分協同意見如下：

一、區分地上權徵收請求權與土地一併徵收請求權應予區分

按聲請人以國道三號高速公路（下稱北二高）木柵隧道未經其同意，穿越其所有之25筆土地（下稱系爭土地），於民國98年、99年請求交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）價購、申

¹¹ 按「權力分立動態平衡」理論，此一時效規定僅限「立法院逾期未完成修法」時，始有適用；其後立法院並得隨時修法，為不同之規定，以排除其適用，爰無侵害立法裁量之虞。參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據〉，輯於氏著《違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二》頁1以下（2014，增訂四版）。

請徵收系爭土地，經高公局拒絕，循序提起行政爭訟，均遭駁回，遂提起本件聲請解釋。聲請人主張公路法、土地徵收條例第11條等規定於土地及其土地改良物經高速公路穿越，致不能為相當之使用時，未賦予土地及其土地改良物所有權人得向國家請求徵收土地及其土地改良物之權利，或請求補償其特別犧牲之權利，且命主管機關不得拒絕，有牴觸憲法之疑義，聲請釋憲。又因當時法律漏未規定¹，主張類推適用土地徵收條例第11條，抑或類推適用土地法第216條第1項²、大眾捷運法第19條第3項³、共同管道法第14條第2項⁴、獎勵民間參與交通建設條例第19條第2項⁵等規定，並在此範圍內，聲請變更本院釋字第400號解釋。惟因本件係穿越系爭土地地下具有計畫道路性質之高速公路，而非本院釋字第400號解釋所稱之既成巷道，確定終局判決並未適用該號解釋。且本解釋之主要適用範圍，在系爭四筆土地⁶，並主要以區分地上權徵收請求權為解釋對象，與本件聲請人原先聲請之徵收土地或補償請求之標的，有所差異。

若從聲請人之聲請意旨及法律類推適用之依據而論，其係主張土地及其土地改良物之一般徵收，另其主張類推適用之土地法第216條第1項，係規定征收之土地，因其使用影響於接連土地，

¹ 查北二高木柵隧道段於民國86年通車，當時之土地法並無相關規定，土地徵收條例則於89年2月2日始公布施行。

² 征收之土地，因其使用影響於接連土地，致不能為從來之利用，或減低其從來利用之效能時，該接連土地所有權人，得要求需用土地人為相當補償。

³ 前二項私有土地及其土地改良物因大眾捷運系統之穿越，致不能為相當之使用時，土地及其土地改良物所有人得自施工之日起至完工後一年內，請求徵收土地及其土地改良物，主管機關不得拒絕。私有土地及其土地改良物所有人原依前二項規定取得之對價，應在徵收土地及其土地改良物補償金額內扣除之。

⁴ 前項私有土地因共同管道系統之穿越，致不能為適當使用時，土地所有權人得於施工之日起至完工後一年內請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕。

⁵ 前項土地因交通建設路線之穿越，致不能為相當使用時，土地所有權人得自施工之日起至開始營運後一年內，向主管機關請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕；徵收土地之地價依法補償之。但原設定地上權取得之對價，應扣除之。

⁶ 聲請人主張之系爭土地雖總共25筆，但經查僅有4筆土地之地下為高速公路所穿越。

致不能為從來之利用，或減低其從來利用之效能時，該接連土地所有權人，得要求需用土地人為相當補償。此係接連地之土地所有權人要求需用土地人之相當補償請求權。又土地法第 216 條第 1 項非以區分地上權為適用對象，而係就徵收土地之接連地賦予相當補償之請求權，故與土地徵收條例第 57 條第 1 項及第 2 項所規定取得區分地上權及一併徵收致不能為相當使用土地之請求權，在性質上有所不同。

如係徵收土地之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告後一定期間內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之請求權，則屬於土地法第 217 條⁷及土地徵收條例第 8 條⁸有關一併徵收殘餘土地之請求權。請求將需用土地人所不需要之殘餘部分在量的一併之擴張徵收，係所謂全部徵收之擴張徵收請求權。⁹該請求權係由土地或建築改良物所有權人主動請求國家徵收，如符合土地徵收條例第 8 條第 1 項規定之情事，復得提出殘餘地一併徵收之申請。國家係居於被動地位，但有待需用土地機關編列經費預算，不宜久懸，是限於徵收公告之日起一年內提出書面請求，以利執行。¹⁰至於大眾捷運法第 19 條第 3 項、共同管道法第 14 條第 2 項、獎勵民間參與交通建設條例第 19 條第 2 項等均係屬於在不能為適當使用，土地或其土地改良物所有人得自施工之日起至完工後一年內，或自施工之日起至開始營運後一年內，請求徵收土地所有權或其土地改

⁷ 徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿六個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之。

⁸ 有下列各款情形之一者，所有權人得於徵收公告之日起一年內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請一併徵收，逾期不予受理：

一、徵收土地之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用者。

二、徵收建築改良物之殘餘部分不能為相當之使用者。

前項申請，應以書面為之。於補償費發給完竣前，得以書面撤回之。

一併徵收之土地或建築改良物殘餘部分，應以現金補償之。

⁹ 參照史尚寬，土地法原論，台北市：正中，1975 年 2 月台五版，頁 483-485。

¹⁰ 參照溫豐文，土地法，台中市：作者發行，2013 年 3 月修訂版，頁 526-528。

良物，主管機關不得拒絕。其請求權行使之對象，與土地徵收條例第 57 條第 2 項規定係向需用土地人請求徵收，並不相同。¹¹

再者，土地徵收條例第 57 條第 2 項所規定致不能為相當之使用時，得向需用土地人請求徵收經穿越之土地所有權，此係以先取得穿越土地之上空或地下空間範圍之區分地上權為前提，有其一定要件。上開請求權，屬於對於權利之質的一併徵收，有稱為完全徵收之擴張徵收請求權。其與前述殘餘部分一併徵收請求權（學理上稱為量的一併徵收），有所差異。¹²

於請求程序部分，其係基於土地所有權發動之徵收請求，之後由需用土地人踐行送由核准徵收機關核准徵收之程序。¹³ 因土地徵收之核准主體係中央主管機關（即內政部），解釋上需用土地人受理申請後，應送由內政部為核准之行政處分。從整體徵收程序而言，本件解釋賦予土地所有權人請求需用土地人向主管機關申請徵收區分地上權部分，在徵收程序之發展階段上與其他係

¹¹ 參照楊松齡，實用土地法精義，台北市：五南，2012 年 3 月 12 版 1 刷，頁 573-574 及註 16。

¹² 參照史尚寬，民法總論，1975 年 10 月台北二版，頁 483-484, 487-489。

¹³ 參照陳立夫，土地法研究（二），台北市：新學林，2011 年 6 月 1 版 1 刷，頁 266-267。另參照最高行政法院九十三年度判字第五七三號判決，凡符合土地徵收條例第五十七條第一項、第二項及第五十八條第一項、第二項所規定之要件者，土地或土地改良物所有權人有請求徵收之權。所以定為請求需用土地人徵收，需用土地人不得拒絕，蓋因一有徵收即需給予補償，徵收之過程，應由需用土地人先踐行協議價購或以他法取得程序（土地徵收條例第十一條），不成時再行調查勘測，擬具徵收計畫書圖清冊，送由核准徵收機關核准（第十二、十三條），並負擔徵收補償費，繳交該管主管機關發給（第十九條），在在需要需用土地人之作為始能完成徵收，特予明定得向需用土地人請求徵收，課需用土地人以作為義務。上開徵收請求權之規定，並不改變依土地徵收條例第十四條、第二條規定，徵收土地應由中央主管機關即內政部核准，及依土地徵收條例第三十條、第三十一條、土地法第二百三十六條第一項規定，徵收土地應發給之補償費額應由直轄市或縣（市）主管機關決定之程序，需用土地人仍無准駁徵收及補償申請之職權。惟學理上，有認為殘餘地一併徵收，只是對原來徵收必要範圍的再評估而已，它對殘留地所有權人而言，本質上是一種附隨於被徵收土地、重新確認徵收應有範圍的確認性（舊有）權利，而不是「從原來徵收處分出發、基於其他規範目標而新形成之（新創）權利」。（參照鍾麗娜，土地法，台北市：文笙，2012 年 7 月修訂 5 版，頁 591-592。）

向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之徵收請求權，尚有不同。因此，上開請求權在性質及徵收程序上應予區分。茲就前述請求權比較如後，以利理解：

	區分地上權徵收請求權	土地一併徵收請求權	殘餘地一併徵收請求權	接連地相當補償請求權
法律依據	現行法未明定，本件解釋創設之請求權	土地徵收條例第 57 條第 2 項	土地法第 217 條、土徵收條例第 8 條第 1 項第 1 款	土地法第 216 條
性質	一般徵收	質的一併之完全徵收	量的一併之全部徵收	接連地之損失補償
要件	需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲	土徵條例第 57 條第 1 項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時	徵收土地外之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用者	征收之土地，因其使用影響於接連土地，致不能為從來之利用，或減低其從來利用之效能時
請求程序	準用土地徵收程序；土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權；除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅	土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕	所有權人得於徵收公告期滿六個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之；所有權人得於徵收公告之日起一年內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請一併徵收，逾期不予受理	該接連土地所有權人，得要求需用土地人為相當補償

二、是否適宜將土地徵收條例第 11 條與第 57 條第 1 項整體觀察之問題

本件解釋因聲請人所有之土地地下經高速公路穿越，土地財產權之完整性受到侵害或干預，而創設區分地上權之徵收請求權基礎，此對於憲法保障人民財產權，甚具意義。惟就土地徵收條例第 11 條及第 57 條第 1 項規定觀之，第 57 條僅係準用同條例徵收規定俾需用土地人取得區分地上權，本件解釋運用所謂整體觀察方法，將第 11 條一併納入解釋客體，是否妥適，值得再推敲。

土地徵收條例第 11 條第 1 項，係規定需用土地人申請徵收土地或土地改良物前，除國防、交通、水利、公共衛生或環境保護事業，因公共安全急需使用土地未及與土地所有權人協議者外，應先與所有權人協議價購或以其他方式取得；所有權人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依該條例申請徵收。上開條項之規定，係就申請徵收土地前，原則上須經協議價購或以其他方式取得（例如以地易地、設定普通地上權等）。土地徵收條例第 57 條第 1 項則明定就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。此係土地徵收條例第 11 條之特別規定，高速公路之興建，係屬於因興辦同條例第 3 條規定之事業（此即如交通事業）。之後，如有關取得區分地上權之協議不成，則準用土地法及土地徵收條例等相關徵收程序之規定。此時可能準用前開第 11 條第 1 項規定依本條例申請徵收。有關徵收地上權之補償，則準用第 57 條第 4 項規定，由中央目的事業主管機關會同中央主管機關另定地上權徵收補償辦法，例如交通事業穿越私有土地之上空或地下地上權徵收補償辦法。本件原因案件係因高速公路穿越土地地下，嚴格言之，與土地徵收條例第 11 條規定無直接關涉，惟因準用徵收程序規定，故應在土地法及土地徵收條例相關規定中，找尋區

分地上權徵收請求權之準用依據。因此，本件解釋將僅供準用之土地徵收條例第 11 條置於同條例第 57 條第 1 項之前，以整體觀察方法，認其未就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權有所規定，與憲法保障人民財產權之意旨不符。雖本件聲請人主張類推適用第 11 條規定，但第 11 條規定，係有關協議價購及申請徵收程序相關規定，如將該條規定作為區分地上權請求權基礎，逕將之納入整體解釋之客體，似過度擴張該條之規範功能，亦不符第 11 條之規範意旨及目的。是本件解釋以該條與第 57 條第 1 項規定整體觀察，指摘其與憲法保障人民財產權之意旨不符，似有過苛之嫌。

三、區分地上權徵收請求權消滅時效之期間及起算

本件解釋以相關聯且必要將土地徵收條例第 57 條第 1 項規定納入解釋範圍，創設新的區分地上權徵收請求權。除此之外，另又諭知為維護法之安定性，土地所有權人雖依本解釋意旨享有請求徵收區分地上權之憲法上權利，但仍應於一定期限內行使。有關機關於修正上開規定時，除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅。此為求公平並兼顧聲請人之利益，固可見其用心。

以上解釋，類似於民法第 197 條第 1 項¹⁴（另參照民法

¹⁴ 民法第 197 條規定，類似德國舊民法第 852 條規定，但在 2002 年 1 月 1 日債法現代化而修正民法總則及債編第 852 條有關請求權之消滅時效規定。將一般消滅期間從 30 年改為 3 年（民法第 195 條），並消滅時效期間之開始計算，除請求權發生之客觀標準外，加入主觀判斷標準（即知悉或重大過失之不知）。另因侵害之權利不同（例如生命、身體、健康或自由）而生請求權，不考慮主觀要件，其時效期間為 30 年，其他損害賠償請求權則可能 10 年或 30 年。（參照民法第 199 條第 2 項及第 3 項）至於第 852 條改係針對因侵權行為使被害人受損害而有所取得時，仍得依不當得利請求返還利益。該請求權自發生時起 10 年，不斟酌其發生情事者，自侵權行為之實行或其他發生損害之事件時起，30 年。（參照 Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,

第 1146 條第 2 項) 之特別時效規定，與民法一般時效規定（參照第 125 條以下）有所不同。唯其時效期間多長，是否準用土地徵收條例第 57 條第 2 項一併徵收土地之 1 年時效期間，或應準用其他消滅時效規定（例如行政程序法第 131 條或民法有關消滅時效或特別時效規定等）。又其時效期間之開始起算時點為何？究竟採取客觀說、主觀說、合理期待權利人行使請求權說或主客觀折衷說？以上問題，仍有深究之必要。又消滅時效之期間及開始起算要件，因採取主觀或客觀判斷標準之不同，而異其消滅時效之設計。由於區分地上權徵收請求權消滅時效期間之開始起算，因行政程序法未明定，如何解釋，致生疑義。此是否認其係法律發生漏洞，類推適用民法相關規定，或以外國立法例為法理適用，對該公法請求權之時效開始起算點另作解釋，亦值得探究。

一般而言，消滅時效期間，視權利性質之不同，設有一般期間與特別期間。民法採取適中期間，定為 15 年（民法第 125 條參照）；但法律所定期間較短者，則依其規定（例如民法第 197 條）。消滅時效之起算，原則上適用一般性規定，自請求權可行使時起算。以不作為為目的之請求權，自為行為時起算。（第 128 條參照）若其他特別消滅時效起算之特別規定時（例如第 197 條規定因侵權行為而生損害賠償請求權消滅時效），則自優先適用該特別規定。¹⁵

公法請求權之消滅時效，一般規定於行政程序法第 131 條至第 134 條，與本件解釋有關者，主要係第 131 條第 1 項及第 2 項規定，公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，

10.Aufl., München:Beck, 2012, §22 Rn. 25ff.; Rüther/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 18.Aufl., München:Beck, 2014, §9 Rn.6; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16.Aufl., München:Beck, 2012, §159 Rn.1430 f.) 因此，本件解釋如擬參考民法第 197 條規定時，對德國民法第 852 條之修正及於民法總則有關侵權行為而生損害賠償請求權之消滅時效一般化規定，應留意之。

¹⁵ 參照鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，台北市：三民，2013 年 9 月 11 版 5 刷，頁 409-410。

除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外¹⁶，因十年間不行使而消滅。又民法從德國民法之例，請求權為消滅時效之客體，然債權、所有權及其他物權本身，不因時效而消滅。惟公法上之請求權雖可能類推適用民法相關規定，但其罹於時效者，請求權本身消滅，非僅抗辯事由而已。¹⁷ 公法請求權是否經一定期間不行使而消滅，實務上持肯定見解¹⁸。

本件解釋所創設之區分地上權徵收請求權，係具有財產權性質之公法請求權。此公法上請求權，因時效完成而當然消滅，較無爭議。除法律特別規定外，本件系爭區分地上權徵收請求權人係為人民（即私有土地所有權人），則應適用前開行政程序法規定，以 10 年為時效期間，而非 5 年之較短

¹⁶ 如土地徵收條例第 57 條第 2 項所規定之 1 年時效期間，即係此所謂法律另有特別規定者。

¹⁷ 參照吳庚，行政法之理論與實用，臺北市：三民，2013 年 8 月增訂 12 版 3 刷，頁 400-401。

¹⁸ 公法請求權，實務上，僅以公法上財產請求權，始適用消滅時效為原則。（參照 95 年 12 月 6 日法律字第 0950045864 號函）另參考德國行政程序法第 53 條規定，消滅時效之對象，原則上限於具有財產權性質之請求權，其他基於公權力干預而經由行政處分所為之強制或禁止之其他規制，除另有例外規定外，不適用消滅時效。惟可能經過一定除斥期間而喪失權利。（參照 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl., München: Beck, 2015, §53 Rn.15.）關於公法上請求權之消滅時效起算，因行政程序法無明文規定，按民法第 128 條前段規定：「消滅時效，自請求權可行使時起算。」該規定於公法上之請求權亦類推適用。又時效制度與公益至有關係，屬於憲法上法律保留事項，應以法律明文規定。在法律未明定前，應類推適用公務人員退休法、公務人員撫卹法等關於退休金或撫卹金請求權消滅時效期間之規定。至於時效中斷及未完成，於相關法律未有規定前，亦應類推適用民法之規定（本院釋字第 474 號解釋參照）。由前述本院解釋可見，在未明定相關公法請求權之時效制度前，亦有類推民法及其他行政法規定之可能。又在高等行政法院判決中，有以法理而認為行政法再按請求權不論基於公法或私法所生，其消滅時效俱應自請求權可行使時起算，為法理之所當然（民法第 128 條參照）（高雄高等行政法院 95 年度訴字第 524 號判決參照）。至所謂徵收土地補償請求權可行使時，採客觀說，乃指權利人得行使請求權之狀態而言（最高法院 63 年台上字第 1885 號判例參照），亦即消滅時效之起算係依客觀情事定其請求權可得行使之時間，並不以請求權人主觀之認識為必要（最高行政法院 97 年度裁字第 2046 號裁定參照）。

時效期間。

關於公法上請求權消滅時效之起算，因行政程序法或其他行政法未明文規定關於消滅時效之開始起算，存在法律漏洞，可類推適用民法第128條規定，但民法第128條關於消滅時效開始起算判斷標準之見解，不甚一致。有係以權利人可行使請求權之客觀狀態決定（客觀說）¹⁹，另有以權利人知悉其可行使權利之狀態決定（主觀說）²⁰，亦有主張雙重標準說（類似民法第197條）²¹。我國民法通說，有認為係採取嚴格之客觀判斷標準。²²實務上，最高法院判決亦曾認為權利存在之不知，非屬客觀上法律障礙（例如因戰亂客觀上無從行使請求權），則不能阻止時效之進行。然亦有判決認為求公平，曾採取主觀判斷標準。²³最高行政法院亦有判

¹⁹ 我國學說採客觀說者，例如林誠二，民法總則新解——體系化解說（下冊），台北市：瑞興，2012年9月3版1刷，頁292。

²⁰ 我國學說有認為德國民法第199條第1項採主觀主義者，例如林誠二，前揭書，頁291；陳聰富，民法總則，台北市：元照，2016年2月二版1刷，頁403。

²¹ 參照吳從周，變遷中消滅時效期間起算點，東吳法律學報，17卷2期（2005年12月），頁135-140，主張雙重判斷基準說（以客觀說為原則，而以主觀說為例外），並參考德國2002年債法修正後民法第199條規定，雖類似我國民法第197條第1項及第1146條之雙軌規定，因其最長期間僅為十年，惟其建議不能少於十五年，故此非類推適用，而係以德國立法例作為法理，創設消滅時效之最長期間，以消滅主觀說之缺點。類似見解，參照王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展（四），台灣本土法學雜誌，56期（2004年3月），頁94。再者，另有認為在修正民法第128條前，將德國民法規定作為民法第1條之法理而為適用。另有認我國民法第197條第1項即屬適例？惟此種見解應以立法形成較為妥適。（參照林誠二，前揭書，頁292。）

²² 參照最高法院95年度第16次民事庭會議決議；最高法院105年度台上字第1925號民事判決：「按民法第一百二十八條規定消滅時效，自請求權可行使時起算。所謂「可行使時」，係指請求權人行使其請求權，客觀上無法律上之障礙而言，要與請求權人主觀上何時知悉其可行使無關。倘請求權人因疾病、權利人不在、權利存在之不知或其他事實上障礙，不能行使請求權者，則時效之進行不因此而受影響。」

²³ 參照陳聰富，前揭書，頁403-404。另參照最高法院95年度台上字第1607號民事判決：「按消滅時效自請求權可行使時起算，民法第一百二十八條定有明文。亦即須權利人知悉其得行使權利之狀態，時效期間始能起算。蓋權利之行

決認為行政程序法就公法請求權之時效期間起算規定有法律漏洞，類推適用民法第 128 條，並採取客觀說作為判斷權利人可行使請求權之狀態。²⁴

有關本件解釋新創設之區分地上權徵收請求權消滅時效期間多長，本件解釋認其係屬於立法自由形成之裁量範圍，固可贊同。惟如前所述，有關時效開始起算要件，可能採取主觀說、客觀說或客觀與主觀折衷說等不同論點，就該時效期間或開始起算點而異其法律見解。因此，本件解釋既認有關區分地上權徵收請求權之消滅時效期間長短，委由立法自由形成，而有關時效期間開始起算要件，隨採取主觀說、客

使可被期待甚或要求而不行使，乃權利依時效消滅之理由，若權利人不知已可行使權利，如仍責令其蒙受時效之不利益，自非時效制度之本旨。」及最高法院 91 年臺上字 1312 號民事判決。但學理上有對此論點，因欠缺方法論上之完整論述，不無商榷。（參照邱聰智，民法總則（下），台北市：三民，2011 年 6 月初版 1 刷，頁 397-398，以及頁 398 註 139。）另參照王澤鑑，前揭文，頁 90，認民法第 128 條採客觀基準，前開判決不能認係對該條之解釋，無論就其法律文義、體系、立法史及規範目的言，實無作此解釋的空間。

- ²⁴ 例如最高行政法院 105 年度判字第 60 號判決，關於消滅時效如何起算，行政程序法並未加以規定，應屬法律漏洞，當依法理類推適用民法有關時效相關規定。而「消滅時效，自請求權可行使時起算。以不行為為目的之請求權，自為行為時起算。」「消滅時效，因左列事由而中斷：一、請求。二、承認。三、起訴。」「時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。」為民法第 128 條、第 129 條第 1 項、第 130 條所規定。上開第 128 條所謂「可行使時」，係指請求權人行使其請求權，客觀上無法律上之障礙而言，至因權利人個人事實上之障礙不能行使請求權者，並不能阻止時效之進行。此判決採取法律補充，類推適用民法第 128 條等規定，並採客觀說。另最高行政法院 102 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，政府採購法第 31 條第 2 項各款規定機關得向廠商追繳押標金之情形，其構成要件事實既多緣於廠商一方，且未經顯現，猶在廠商隱護中，難期機關可行使追繳權，如均自發還押標金時起算消滅時效期間，顯非衡平，亦與消滅時效制度之立意未盡相符。故上述公法上請求權應自可合理期待機關得為追繳時起算其消滅時效期間。至可合理期待機關得為追繳時，乃事實問題，自應個案具體審認。（按決議採取研議意見之丙說，按公法與私法在基本結構上，本存有相當之差異，在討論公法上請求權時效時，自應一併思考民法上與公法上請求權之不同點。是行政法上請求權可行使時的認定，應解為自『可合理期待權利人為請求時』起算消滅時效，方屬合理。客觀說認應自『債權成立時即押標金發還日』起算消滅時效，而不須以權利人知悉其得行使權利為必要，對於權利人不能即時知其得行使權利，仍開始或持續時效之進行，對於權利人實屬過苛，難認合理。）

觀說或折衷說，而有不同判斷標準，故亦宜整體解釋，均一併透過立法自由形成。此外，因現行公法規定未如民法就消滅時效制度有較完整之規定，立法者似宜就公法上之消滅時效制度一併檢討修正。

本件解釋另要求有關機關應依本解釋意旨，檢討修正土地徵收條例第 57 條第 2 項消滅時效之規定，似隱含一年時效期間長短規定，應一併檢討修正。如前所述，本件解釋創設之區分地上權徵收請求權與土地徵收條例第 57 條第 2 項之致不能為相當使用土地一併徵收請求權，性質上有異。如基於法之安定性及和平，兼調和公益與私益之衡量，有鑑於在施工至完工後一定期間內之客觀事實狀態如已發生，此時在質的一併之擴張徵收請求權之發生後，採取 1 年特別時效期間。此立法方式，雖較為短暫，但在民法或其特別法中，除 5 年及 2 年之短期時效期間外，尚不乏其他 1 年短期時效之規定（例如民法第 514 條第 1 項、第 601 條之 1、第 666 條、第 962 條、第 963 條等）。²⁵ 設若任令其拖延過長，反而有礙法之安定性、和平及公私利益衡量。土地徵收條例第 57 條第 1 項與第 2 項規定之性質不同，其時效期間長短及開始計算要件之設計，如無顯失公平之情事，實無庸一致，故本件解釋要求有關機關檢討修正，究何所指，實仍有推敲之餘地。

²⁵ 參照施啟揚，民法總則，台北市：作者發行，2011 年 10 月 8 版 3 刷，頁 389-391。有關徵收（如同類似徵收干預及徵收效果之徵收）之補償請求權之消滅時效，於往昔德國見解，準用舊民法規定（民法第 195 條以下），原則上 30 年時效期間。有問題者，2001 年 11 月 26 日債法現代化法之民法新消滅時效規定是否類推適用原則上 30 年時效期間，或加強公法於習慣法上之早期消滅時效規定，或基於合理理由繼續適用。（參照 Hartmurt Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: Beck, 2011, §27 Rn.72a.）雖在我國問題與德國不盡相同，但面臨新修正法律時，亦應留意有關公法請求權消滅時效規定之適用及解釋之問題。

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件聲請人以交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）興建北部第二高速公路木柵隧道，未經其同意，穿越其投資興建之某建築工程所在土地之地下，影響其土地開發安全及利用，向高公局請求協議價購及辦理徵收遭拒，聲請人不服，提起行政訴訟，經最高行政法院判決（確定終局判決）駁回上訴確定。¹

聲請人認確定終局判決所適用之 89 年 2 月 2 日制定公布之土地徵收條例第 11 條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。」（下稱系爭規定一）等規定，對人民所有之土地因公路穿越致不能為相當之使用，遭受特別犧牲者，既不徵收又未設補償規定，有牴觸憲法疑義，向本院聲請解釋憲法。本院經核與受理要件相符而作成本件解釋。本件解釋針對立法不作為進行違憲審查，至少有下列三項特色：

- 一、從憲法上權利保護規範，確立立法者憲法上之作為義務：解釋文首揭「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」從憲法位階，闡示憲法保障人民財產權之範圍，創設土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，賦予人民公法上之請求權，從而確立立法者有憲法上之作為義務。
- 二、宣告立法不作為與憲法意旨不符：解釋文另謂：「89 年 2 月

¹ 最高行政法院 101 年度判字第 465 號判決。

2日制定公布之土地徵收條例第11條……第57條第1項規定……，未就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權有所規定，與上開意旨不符。」按聲請人聲請釋憲客體係上開條例第11條，本院依職權援引重要關聯性理論，將同條例第57條第1項同列為解釋客體，合併審查，係針對立法不作為，援引本院釋字第737號解釋所採「整體觀察」之審查方法，以進行違憲審查，並整體評價上開二條文為違憲。

三、呼籲立法者檢討修正：本件解釋文末謂：「有關機關應自本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。逾期未完成修法，土地所有權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」就解釋之效力，雖命定期修法，惟如逾期而未完成修法，則依本解釋意旨處理。

關於以上審查結論，本席敬表贊同，審議過程中並協力形成可決之多數。茲謹就部分重要爭點，略作補充說明，爰提出本部分協同意見書。

貳、審查客體之範圍

本件解釋人聲請解釋之客體主要係系爭規定一。惟查系爭規定一僅係強調「協議價購先程序」，屬依土地徵收條例申請徵收之前置程序而已。至於土地所有權人得否請求需用土地人向主管機關申請徵收土地所有權或地上權，則係在土地徵收條例第57條第1項規定：「需用土地人因興辦第3條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」（下稱系爭規定二）過去本院釋憲實務上，諸多解釋採用「重要關聯性」理論，將聲請意旨所未主張或確定終局裁判未適用之法令納入審查。本件解釋多數意見，參酌本院釋字第445號解釋意旨，認為人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲

法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件「相關聯且必要」之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得「整體觀察」將系爭規定二納為解釋客體。本席深表贊同。

參、本件聲請釋憲之爭議

系爭規定二從需用土地人之立場，規定需用土地人有權於協議不成時，準用徵收規定取得「**地上權**」。至於被穿越土地上空或地下之土地所有人，是否有權**請求**需用土地人向主管機關申請徵收**地上權**，則未規範。

如被穿越土地上空或地下之情形，影響土地所有權之權能嚴重，**致不能為相當之使用時**，依同條例第 57 條第 2 項規定：「前項土地因事業之興辦，**致不能為相當之使用時**，土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」賦予土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收「**土地所有權**」。

茲生疑義者，需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，需用土地人就需用之空間範圍判斷有誤而未進行協議；或協議不成而故意不申請主管機關徵收，致被穿越者所有權權能受損；或僅影響其土地開發安全及利用，惟尚未「**致不能為相當之使用**」之程度時，土地所有權人得否請求需用土地人向主管機關申請徵收「**地上權**」？**此乃本件聲請釋憲之關鍵所在。**

我國現有法制中，對於「穿越私有土地及其土地改良物，**致不能為相當使用時**」，人民有權請求需用土地人為相當之補償或徵收土地所有權，已有先例可循，例如：土地法第 216 條第 1 項規定：「征收之土地，因其使用影響於接連土地，**致不能為從來之利用，或減低其從來利用之效能時**，該接連土地所有權人，得

要求需用土地人為相當補償。」大眾捷運法第 19 條第 3 項前段規定：「前二項私有土地及其土地改良物因大眾捷運系統之穿越，致不能為相當之使用時，土地及其土地改良物所有人得自施工之日起至完工後一年內，請求徵收土地及其土地改良物，主管機關不得拒絕。」共同管道法第 14 條第 2 項規定：「前項私有土地因共同管道系統之穿越，致不能為適當使用時，土地所有權人得於施工之日起至完工後一年內請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕。」獎勵民間參與交通建設條例第 19 條第 2 項前段規定：「前項土地因交通建設路線之穿越，致不能為相當使用時，土地所有權人得自施工之日起至開始營運後一年內，向主管機關請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕」。

上開規定係賦予土地所有權人有要求相當補償或徵收所有權並補償之權利，至於土地所有權人得否請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，尚無先例。

肆、憲法保障人民財產權之內涵

關於憲法第 15 條人民之財產權應予保障，本院諸多解釋一再闡示：「憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」確保人民對財產自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（本院釋字第 400 號、第 516 號、第 709 號及第 732 號等解釋參照）。國家因公用或其他公益目的之必要，致人民遭受財產權被剝奪或其權能受限制之損失，國家自應予以補償。

我國早期對於人民財產權因公用或其他公益目的而受犧牲時，除法律明文規定徵收而得補償外，其餘財產權之限制，人民必須為此特別犧牲而忍受。²直到本院 83 年 2 月 4 日作成釋字

² 王服清，〈論財產權特別犧牲損失補償原則在行政救濟之實踐問題—無法律，無補償？〉，《興大法學》第 14 期，頁 84 以下參照。

第 336 號解釋，闡示：「對權利受有個別損害，而形成特別犧牲（Sonderopfer）者，予以不同程度之補償。」此乃本院解釋首次提到「特別犧牲」一詞，首度承認於憲法上，人民之權利受國家公權力之侵害，而受有特別犧牲時，國家應予補償。其後，本院釋字第 400 號解釋再度闡示：「個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利。至國家因興辦公共事業或因實施國家經濟政策，雖得依法律規定徵收私有土地（參照土地法第 208 條及第 209 條），但應給予相當之補償，方符首開憲法保障財產權之意旨。」釋字第 440 號解釋更重申：「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。」是以本件解釋乃再闡示：「憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第 15 條規定人民財產權應予保障之意旨（本院釋字第 440 號解釋參照）。國家如徵收土地所有權，人民自得請求合理補償因喪失所有權所遭受之損失；如徵收地上權，人民亦得請求合理補償所減損之經濟利益。」

在前述理論基礎下，從而本件解釋乃謂：「國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。」並依受損失之程度不同，而給予不同之補償。對照土地徵收條例第 57 條第 2 項規定：「致不能為相當之使用時」，土地所有權人得請求需用土地人徵收土地所有權，如未達「致不能為相當之使用時」之程度，但減損其價值或使用效益時，

依本院釋字第 336 號解釋應給予不同補償之意旨，亦應給予相當之保障。是以本件解釋乃從保障人民財產權之意旨，創設土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收**地上權**，以填補立法保護不足之處。本席對多數意見形成此解釋意旨，深表贊同！

伍、立法不作為之違憲審查

關於立法不作為規範不足之違憲審查，本院曾著有多號解釋。釋字第 477 號解釋，闡示：「對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，**漏未規定**，衡諸事物之本質，並無作此差別處理之理由，顯屬立法上重大瑕疵。」惟未指出立法不作為之違憲審查基準，至為可惜。釋字第 708 號解釋，指摘入出國及移民法第 38 條第 1 項之規定，「**未賦予**受暫時收容人即時之司法救濟」、「**非由法院審查決定**」，均有違憲法第 8 條第 1 項保障人民身體自由之意旨。釋字第 709 號解釋，從憲法要求之正當行政程序，指出立法者在憲法上應有之作為義務，進而違憲審查，認都市更新條例「**未設置適當組織**」、「**未確保利害關係人知悉**」、「**未規定公開方式舉辦聽證**」等，均與憲法意旨不符。釋字第 710 號解釋，指摘臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條之規定，「**未賦予**受暫時收容人即時之司法救濟」、「**非由法院審查決定**」，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。釋字第 737 號解釋，從憲法第 8 條及第 16 條實質正當法律程序原則指出，刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第 101 條第 3 項規定：「第 1 項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。釋字第 739 號解釋，從憲法要求之正當行政程序原則指出，立法者憲法上應有之作為義務，指摘立法者就獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第 8 條第 1 項發起人申請核定成立籌備會之要件，「**未就**發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為

規定」；於以土地所有權人七人以上為發起人時，復「未就該人數與所有擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為規定」，與憲法要求之正當行政程序原則不符。

從上開解釋先例觀之，應可確認本院對立法不作為之違憲審查基準如下：（一）先確認立法者有憲法上之作為義務；（二）再宣告立法不作為之規範不足與憲法權利保障意旨不符；（三）最後再呼籲立法者檢討修正相關條文妥為規定。茲以上開審查基準，審視本件解釋之審查過程及結果。

首先依憲法第 143 條規定：「人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。」憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。從上開憲法權利保障規範而觀，立法者應以法律保障人民土地所有權依土地之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，此乃立法者之憲法上之作為義務。如立法者不作為，致侵害人民受憲法保障之權利至為嚴重，且該立法之不作為欠缺正當理由時，釋憲者有權依憲法意旨，確認立法者有憲法上之作為義務，並宣告此等規範不足之法規相關條文與憲法意旨不符，呼籲有關機關檢討相關規範之妥當性。³ 換言之，釋憲者對立法之不作為，仍得為違憲審查。

再就本件聲請釋憲意旨而觀，系爭規定一僅規定土地或土地改良物的徵收，有核准徵收權限者為內政部，具徵收請求權者

³ 本院釋字第 610 號解釋，彭鳳至大法官、徐璧湖大法官共同提出之不同意見書謂：「規範不足，為立法不作為之一種形式，而認定立法不作為違憲，應先確認立法者有憲法上之作為義務。規範不足如已構成權利之過度限制，或雖未構成權利限制，但違反權利之平等保障時，釋憲者均依憲法意旨，宣告此一規範不足之法規整體狀態與憲法意旨不符，並確認立法者有憲法上之作為義務；否則，應分別情形，呼籲立法檢討相關法規之妥當性，或宣告法規整體狀態合憲。至於憲法上之審查基礎，則為與聲請意旨相關之憲法上權利保護規範」，可資參照。

係需用土地人，而需用土地人在依法請求國家行使徵收權之前，應與所有權人協議，乃申請徵收的法定先行政程序。是需用土地人於向內政部申請徵收前，與所有權人之協議及向內政部申請辦理徵收，乃係為發動內政部作成徵收處分之內部行政行為，核係行政事實行為。至於系爭規定二，僅規定需用土地人得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得「地上權」。至於同條例第 57 條第 2 項規定土地所有權人因「前項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時」，得請求需用土地人徵收「土地所有權」。整體觀察系爭規定一及二，及第 57 條第 2 項規定，對於土地所有權人之土地，因第 3 條事業之興辦，致影響其土地開發安全及利用，惟尚未「致不能為相當之使用」時，立法者未就土地所有權人得否請求需用土地人徵收「**地上權**」而為規定，亦立法不作為，規範不足，與上開憲法保障人民財產權之意旨不符。且相關規定自 89 年 2 月 2 日制定公布迄今，有關機關均未檢討修正，其違反立法義務之立法不作為，持續相當時間，⁴且無正當理由，⁵與若干類似制度（土地徵收條例第 57 條第 2 項、土地法第 216 條第 1 項、大眾捷運法第 19 條第 3 項、共同管道法第 14 條第 2 項及獎勵民間參與交通建設條例第 19 條第 2 項規定等）比對，本件土地所有權人之保障明顯不周，未賦予土地所有權人請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之立法不作為，應屬於對人民財產權之保護不足。是多數意見，再度援引本院釋字第 737 號之解釋審查方法，採「整體觀察」之審查方式。⁶單獨

⁴ 本院釋字第 694 號解釋，陳春生大法官、池啟明大法官、黃璽君大法官共同提出之不同意見書謂：「現在學界、實務界則大體承認立法不作為也可能成為司法審查之對象。只是對於立法不作為要比立法作為其成立要件更嚴格，如須有立法義務存在、立法義務之違反須持續相當時間。」可資參照。

⁵ 本院釋字第 683 號解釋，許宗力大法官協同意見書謂：「我們仍非不能直接回溯至法治國之比例原則，將立法不作為所涉及的基本權利侵害嚴重性，與該立法不作為的正當理由，兩相權衡。」可資參照。

⁶ 本院釋字第 737 號解釋，蘇永欽大法官協同意見書謂：「**整體觀察**兩條文所能滿足的資訊獲知，認定兩條文加在一起對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求，所給付者未能達到憲法的最低要求。對加在一起的兩條文作違憲的宣告，

觀察上開系爭規定一或二，或無違憲疑義，惟整體觀察系爭規定一及二，則生規範不足之結果，而與憲法保障人民財產權之意旨有所不符。對此違憲審查結論，本席亦表贊同！

陸、本件解釋之效力

關於本件解釋之效力，因本件解釋僅係宣告系爭規定一及二規範不足，原有規範，就其原所規範之部分仍屬有效，因此本件解釋乃命有關機關修法填補不足，應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。至於修正土地徵收條例中之何一法條，要屬立法之自由形成。如有關機關逾期未完成修法，為避免原有規範部分亦失其效力，爰宣告有關土地所有人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之部分，應依本解釋意旨行之。對此多數意見之呼籲立法妥為修法，本席亦表贊同。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本號解釋為本院首次宣告土地所有權人在特定條件下，有主動請求需用土地人向主管機關申請徵收土地或地上權之憲法上權利。此項宣示，在土地徵收及憲法財產權保障之議題上，堪稱往前邁進重要之一步。

本件涉及之法律條文包括聲請人所聲請解釋之中華民國 89 年 2 月 2 日制定公布之土地徵收條例第 11 條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。」（101 年 1 月 4 日修正公布之同條第 1 項主要意旨相同）聲請人雖於聲請書中主張，此條就人民所有之土地因公路穿越致不能為相當之使用，遭受特別犧牲者，既不規定徵收又未設補償規定，有牴觸憲法疑義。然此條係規定徵收前之協議等程序，其與人民有無主動請求徵收土地或

當然不包含對任一條文『單獨』的憲法判斷，本解釋既沒有確認刑事訴訟法第 33 條第 1 項違憲，也沒有確認第 101 條第 3 項違憲，可資參照。

地上權之憲法上權利，較無直接關聯。惟因該規定為聲請人據以聲請解釋憲法之條文，故於本號解釋文仍必須予以形式上處理；實體上，本號解釋之解釋文與理由書中有關第 11 條之論述，並無重要之憲法意義。

又土地徵收條例第 57 條第 1 項規定：「需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」此條並非聲請人請求釋憲之標的，且未為確定終局判決所適用；然多數意見基於本院釋字第 737 號解釋所宣示「如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體」之原則，而將此條項納入審查範圍；本席敬表同意。實際上，本條始為本號解釋之重點所在。本意見書將進一步闡述第 57 條第 1 項所賦予土地所有權人之憲法上請求徵收之權利內涵。

再者土地徵收條例第 57 條第 2 項規定：「前項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時，土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」如前所述，聲請人於聲請書中主張土地徵收條例第 11 條漏未賦予土地所有權人請求徵收土地之權。然實際上第 57 條第 2 項已經就土地遭公路穿越上空或地下且造成「無法為相當使用」之情形者，賦予土地所有權人請求徵收土地之權。由於此條項係以「無法為相當使用」為要件，而本件原因案件所涉及土地穿越地下情形，並非造成土地「無法為相當使用」之情形，故本號解釋自無須以前述「關聯且必要」之理由，將此條項列為解釋客體。然因第 57 條第 2 項與同條第 1 項得相互對照，故多數意見仍納入解釋理由之論述。本意見書亦將說明與第 57 條第 2 項有關之問題。

本號解釋理由書另認為人民請求國家徵收之權應受時效之限制；本席對此持不同意見。又本號解釋理由書中有個案救濟之宣告；本席敬表同意；但本席認有補充說明之必要。

爰提出本協同意見書，闡述如下：

壹、本號解釋首次宣示人民主動請求徵收之「憲法上」權利

一、本院以往並未明確宣示人民主動請求徵收之「憲法上」權利：

蓋本院以往解釋，均由憲法第 15 條保障人民財產權之意旨出發，闡釋國家因公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應儘速給予合理、相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨（例如本院釋字第 400 號、第 516 號、第 579 號、第 652 號、第 731 號解釋等）。縱使在本院釋字第 400 號解釋中，本院針對既成道路之徵收，亦僅宣示國家之徵收義務，然並未賦予人民主動請求徵收之憲法上權利。該解釋載謂：「既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。」本院釋字第 440 號解釋仍僅要求就主管機關埋設地下設施物者，應設有徵購或補償之規定，但該號解釋亦未賦予人民主動請求徵收之憲法上權利；該號解釋謂：「國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。……臺北市市區道路管理規則第 15 條規定：『既成道路或都市計畫道路用地，在不妨礙其原有使用及安全之原則下，主管機關埋設地下設施物時，得不徵購其用地，但損壞地上物應予補償。』其中對使用該地下部分，既不徵購又未設補償規定，與上開意旨不符者，應不再援用。」

二、現行法中，已有部分條文賦予土地所有權人請求徵收之「法

律上」權利：按土地徵收係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以強制取得（本院釋字第 534 號解釋參照）。故徵收原則上均為需用土地人所發動，由其向主管機關申請徵收。然立法者並非不能就特定之情形，以法律規定，賦予人民主動請求徵收土地之權，以適當保障其財產權。例如前述土地徵收條例第 57 條第 2 項所規定：「……土地所有權人得……請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」又例如土地法第 217 條亦賦予所有權人得向地政機關要求一併徵收土地之殘餘部分之權利。立法者透過法律規定所賦予土地所有權人在特定條件下請求徵收之權利，屬於「法律上」權利。尚無法單純依據此等法律規定，即推論於符合「可以徵收」之條件時，土地所有權人亦有請求國家徵收之「憲法上」權利。

三、本解釋所宣示人民請求徵收「憲法上權利」之內涵：

- （一）「憲法上權利」之宣示：本號解釋文開宗明義即謂：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」故本號解釋所賦予土地所有權人主動請求徵收之權利，係源自憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。其所稱土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，既係基於人民財產權應予保障之憲法意旨，此項請求徵收之權利，自屬「憲法上」權利。
- （二）「已經實際發生侵害人民財產權」為要件：本號解釋理由書第 4 段謂：「國家如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個

人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。」故土地所有權人在憲法上有請求徵收地上權之權利之要件有三：其一為國家或其事業之設施已經實際穿越私人土地之上空或地下；其二須致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲；其三須國家對受侵害之人民未予補償。故如國家僅有穿越人民土地之計畫，縱使該項計畫已經相當具體，仍不符合「已實際穿越」之要件；土地所有權人於此情形，尚無法提早主動請求國家徵收。本號解釋雖宣示，人民在特定條件下有主動「請求徵收地上權」之權，然如後所述，此項宣示之憲法原理，可能適用到國家使用人民土地之其他態樣，認為在國家有其他實際使用人民土地之情形，亦應賦予人民主動請求徵收土地所有權或地上權。

四、或謂：私人土地遭國家設施穿越上空或地下，如國家無穿越之法律上權限，縱使國家係行使公權力，然土地所有權人「或可」依民法侵權行為、行政法上不當得利或國家賠償法之規定，循法定程序向國家請求賠償或救濟，何須另外賦予人民主動請求徵收之權。然此項見解與憲法保障人民財產權之意旨並不相符。蓋國家行使公權力而建造公路隧道穿越私人土地之行為，是否均符合民法侵權行為之要件；此種「非給付型」之事實是否均可符合公法上不當得利之要件；以及其是否均可符合公務員因故意或過失不法侵害人民權利之國家賠償要件等，可能均有疑義。故此等請求權基礎未必得以提供土地所有權人周全之保障。更何況，縱使土地所有權人有此等請求權基礎得以向國家請求賠償，然此並非謂憲法不得（或無須）賦予人民主動請求徵收土地或徵收地上權之權利；蓋此兩者可以並存，且並不衝突；使人民在其他法律上之擁有請求救濟之權利外，另賦予其主動請求徵收之權利，兩者

相輔相成，且可使人民財產權之保障更為完善。並且，因國家事業之設施穿越土地上空與地下，屬持續性之狀態，人民縱使就已經發生之事實，行使諸如侵權行為、公法上不當得利或國家賠償之請求權，然國家就未來的繼續穿越使用，如未辦理徵收，則仍未取得正當之後續使用權源。故賦予人民主動請求徵收之權，亦可使國家獲得後續合法使用之權源，並使人民獲得補償之雙贏結果。

五、本號解釋之外溢效應：

（一）外溢至土地徵收條例第 57 條第 2 項之效應：如前所述，土地徵收條例第 57 條第 2 項係法律創設之權利。然依本號解釋，土地所有權人在該條第 1 項條件下（即土地遭國家興辦事業之設施穿越上空或地下，而「尚未達於不能為相當之使用」之情形），既有憲法上請求國家徵收地上權之權，基於相同之憲法上理由，該第 2 項就設施穿越上空或地下，而「已經達於不能為相當之使用」所賦予土地所有權人請求徵收土地之權利，自應為「憲法上」之權利。何況本號解釋理由書「國家如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利」所論述之範圍，本來即可包括第 57 條第 2 項之情形。

（二）外溢至其他土地徵收之情形：本號解釋雖未明示國家興辦事業之設施「穿越土地上空或地下」以外之一切侵害人民權益之情形，均適用本號解釋，然相較於國家已經實際上「使用私人土地地面」造成其無法自行利用之情形而言，如僅「穿越私人土地上空或地下」，對人民權利造成之影響顯然較為低度；國家興辦事業之設施對人民造成侵害程度較低之穿越土地上空或地下情形，既然

應賦予人民憲法上主動請求徵收之權利，則人民因國家興辦事業之設施造成侵害程度較高而遭受特別犧牲之情形，自更應有憲法上主動請求徵收之權利。此部分雖非本號解釋範圍，然將來本院面對此種情形，勢須做成相同憲法意旨之解釋。

貳、有關憲法上請求徵收權利之時效及個案救濟之問題

一、請求徵收權利之時效部分：

（一）多數意見認為：「為維護法之安定性，土地所有權人依本解釋意旨請求徵收地上權之憲法上權利，仍應於一定期限內行使。有關機關於修正系爭規定二（即：土地徵收條例第 57 條第 1 項）時，除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅。至於前揭所謂一定期間，於合理範圍內，屬立法裁量之事項。」（見本號解釋理由書第 6 段）

（二）本席對此無法贊同。本席認為，土地所有權人主動請求徵收之權利，既然屬於土地財產權受憲法保護之範圍，自應為土地所有權人排除侵害土地之權能之一環，屬附隨於土地所有權之權利。土地所有權人之排除侵害請求權既不受消滅時效之限制，於國家事業之設施穿越土地上空或地下之狀態仍持續存在之情形下，其主動請求徵收之權利，自不因一定期間之經過而歸於消滅。此項憲法法理，應適用於土地徵收條例第 57 條第 1 項與第 2 項。

「倘若」立法機關依照多數意見而於法律中規定，請求徵收之長期消滅時效為自穿越工程完工之日起算十年；短期消滅時效為自土地所有權人知悉其權利受侵害時起算一年或二年期間。其結果將造成土地所有權人請求徵收之「憲法上權利」所受時效之限制，反而更不如

其他「法律上權利」之時效規定。蓋在土地所有權人於設施完工後十年之內已經知悉權利受侵害之情形，其請求徵收之時效將「短於」十年（例如其在設施完工後立即知悉，則請求徵收之時效僅剩一年或二年）。然在人民對國家之一般公法上請求權（法律上權利），除法律另有規定外，其請求權時效為十年（行政程序法第131條第1項參照）。兩者輕重失衡，甚為明顯。多數意見有關時效之宣示，與憲法原則並不相符。

二、本件之個案救濟宣示：

- （一）多數意見宣示：「本件聲請人就聲請釋憲原因案件之土地，得自本解釋送達之日起三個月內，依本解釋意旨請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」（見本號解釋理由書第7段）本席敬表贊同。
- （二）或謂：本件涉及之北部第二高速公路穿越聲請人部分土地之地下，係發生在土地徵收條例於89年2月2日制定公布之前，故該條例自無法適用於原因案件；是前述之個案救濟宣示，對聲請人並無實際作用。
- （三）然本席認為，由於本號解釋所設人民主動請求徵收之權利之要件為：「需用土地人因興辦土地徵收條例第3條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下」。而本件原因案件所涉及公路穿越私人土地地下之狀態仍在持續中，故就原因案件而言，現在仍滿足人民主動請求徵收之要件。且由於人民主動請求徵收之權利係本號解釋所新創，聲請人自因本號解釋而獲得此項權利，聲請人將來依照本號解釋所賦予土地徵收條例第57條第1項之新涵義，提出徵收之請求，應無法律適用之困難。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

公、私需用土地人因興辦交通事業，如本件之交通部高速公路局為興建北部第二高速公路，而穿越他人土地之上空或地下者，若需用土地人不主動辦理徵收補償，究應如何維護土地所有權人受憲法第 15 條保障之財產權，乃本件解釋所欲解決之問題。多數意見係經由賦予土地所有權人請求徵收地上權方式保護土地所有權人之財產權，雖非本席所主張之直接、根本解決之道，但其結論已間接賦予土地所有權人補償機制，勉予贊同。謹再詳予分析及就相關事項併予敘明如下：

一、系爭都計說明中之「隧道頂端之覆蓋原土石層超過卅五公尺，無礙土地所有權人之行使其權利，不予徵購，故不辦理都市計畫變更」云云，於法無據，且除紊亂相關法體系外，其是否非無法令性質？高速公路局經土地所有權人異議，應依協議方式取得土地使用權，卻未依系爭都計說明所載與土地所有權人協議，引致爭議，尤非妥當，本件解釋特賦予聲請人於三個月內申請徵收之權，應為確當，爰予贊同：

- 1、系爭都計說明中「卅五公尺」之依據為何，經調查並無其他法令依據，可能是隧道工程上之慣例，並可能是以隧道直徑之一點五倍算出。而施工者所關切者為施工安全，至於使用他人土地之對價補償，應由需用土地人另與土地所有權人協議處理，與工程設計及施工人無關。此一論理符合系爭都計說明中「高速公路局應依協議取得土地使用權」之記載意旨。
- 2、查如前所述，上開「卅五公尺」如是依隧道施工實況標準（隧道直徑之一點五倍）算出，且經查非僅適用於原因案件個案，而為通案標準，則系爭都計說明中關於超過卅五公尺不予徵購，不變更都市計畫之記載，是否仍不具法規性質而僅為個案不予徵購之行政處分，似非無疑。多數意見認係行政處分，故非得為釋憲之客體，難以贊同，惟無礙解釋之作成。

3、是否應徵購與是否應變更都市計畫係不同事項。北二高木柵隧道穿越他人土地既為不爭之事實，而隧道更無疑是為道路性質之北二高之一部分，即為「道路」，則系爭經隧道穿越部分之土地自應依都市計畫程序變更為「道路用地」，並在土地登載簿上為「區分地上權」登記，始為正辦。乃本件竟因不予徵購，而不變更都市計畫，顯然是倒果為因（變更都市計畫應為徵收之前置程序），系爭都計說明便宜行事，紊亂相關法體系。

4、又既明知因穿越他人土地之地下，則係故意使用他人之不動產，自當慮及有無使用之權源，乃屬當然。本件由系爭都計說明中已記載高速公路局應與土地所有權人協議取得土地使用權乙節，可知：當時已慮及無其他使用權源之事實，及認為應以協議取得使用權。然則需用土地人竟不主動徵購，又不與土地所有權人協議以取得系爭土地使用權，所為殊非妥當。多數意見認應不待修法，且不論本件工程已完工多少時間，均應特予賦予原因案件救濟機會，故於解釋理由第七段特許本件聲請人於三個月內得申請徵收，即與此有關，本席並予贊同。

二、多數意見未由聲請人指摘為保護不足之公路法規定切入，而迂迴由土地徵收條例規定創設土地所有權人之請求徵收地上權之權，其用意固屬良善，但並未能根本解決土地需用人無權使用土地之事實，且仍留下國家賠償及公法上不當得利爭訟等相關問題，故本席無法全盤贊同，只能勉予同意：

1、由本件解釋理由書第一段可知：聲請人認公路法及土地徵收條例第11條規定均未設徵收、補償規定，即均保護不足為違憲等語。而另由本件解釋理由書第五段及第二段觀之：係認為土地徵收條例第11條規定對土地所有權人之保護不足，並將原不在聲請人主張範圍且亦不在確定終局判決適用範圍之同條例第57條第1項規定納入解釋

範圍；但就公路法保護不足部分，卻以未為確定終局判決所適用為由，就公路法部分不予受理。就此一是否納入解釋範圍部分之取捨標準，難謂合理，且因而失卻整合公路穿越他人土地上空或地下之有權、無權爭議暨直接賦予土地所有權人補償機制之機會，誠屬可惜。

- 2、除了本件解釋理由書第三段所引本院釋字第 400 號、第 440 號、第 709 號及第 732 號均一再申明依憲法第 15 條規定，人民之財產權含土地所有權有免於遭受公權力或第三人之侵害，及於國家機關依法行使公權力致人民財產遭受損失時，國家應予合理補償之旨外，另查與公路法相較，較新之大眾捷運法及共同管道法之第 19 條及第 14 條，就大眾捷運系統、共同管道穿越公、私有土地之上空、地下之情形，已分別賦予土地所有權人得請求相當補償之權，則國道高速公路為一種公路（請見公路法第 2 條），公路法中就公路含國道高速公路穿越公、私有土地之上空或地下，未設類似大眾捷運法第 19 條等之補償規定，寧非如聲請人所主張之公路法對土地所有權人之保護不足哉？而既然公路法確有如聲請人所述之保護不足情形，本件所涉及之公共設施復為國道高速公路，公路法自應在確定終局判決潛在應審酌即適用範圍，故將公路法作為本件釋憲客體應為合宜，而且若直接以公路法規定保護不足為由，賦予土地所有權人補償請求權，則一方面主管機關於修法時，有機會併將國道高速公路甚至公路得穿越公、私有土地及其土地改良物之上空及地下之旨（仿大眾捷運法第 19 條規定）明文化，如此，將可賦予公路因工程上之必要需穿越公、私有土地及其土地改良物之上空或地下之權，並免國家繼續被指為不法侵害須對土地所有權人負國家賠償或公法上不當得利責任；另一方面土地所有權人可直接請求合理補償，而

不必經由徵收地上權再間接請求補償。這樣對國家、需用土地人、土地所有權人三方面均較直接並有利，即這樣可以創造三贏。

- 3、反之，依本件解釋意旨，土地所有權人固然可以請求徵收地上權，但因需用土地之交通事業仍缺乏得穿越他人土地及土地上改良物之上空或地下之合法權源，致土地所有權人是否非不得另循國家賠償程序或依公法上不當得利對國家或需用土地人為請求，將仍存留爭訟空間（多數意見應未有以本件解釋完全取代土地所有權人依法得主張之其他權利之意思），本件解釋為德不卒，並留下爭訟可能，也非妥當。
- 4、依本院釋字第 107 號解釋，已登記不動產所有人之回復請求權無消滅時效，而因公路法或其他法律均未有公路因工程施工之必要得（有權）穿越他人土地之上空或地下之規定，因此，若未經徵收程序而公路未經土地所有權人同意即施工穿越他人土地之上空或地下，縱符公益，仍難解不法侵權等責任（所以有如上所述之國家賠償等問題）。而因民法第 767 條之不動產排除侵害請求權無消滅時效或因侵害行為持續存在而民法第 179 條不當得利請求權消滅時效不完成（就起訴之日起算五年以前之損害罹於消滅時效，無礙土地所有權人原則上得在侵害行為存續中隨時起訴之權），故而本件解釋所提及之徵收請求權時效，應該沒有取代或變更本院釋字第 107 號解釋意旨或民法關於不當得利消滅時效之意思。
- 5、民法於民國 99 年修法時，已於第 841 條之 1 起增列關於區分地上權之規定，因此，大眾捷運法第 19 條及土地徵收條例第 57 條第 1 項所稱「地上權」原則上應係指「區分地上權」而言，始符徵收為最後且必要手段之旨。
- 6、多數意見斤斤於徵收請求權一定要有時效，但如前所述

已登記不動產之回復請求權沒有時效，而且重點應不在徵收請求權時效應為多久（因為如上所述，徵收請求權完成後，仍有其他爭訟問題），重點應在於徵收價額之計算時點，本席認為徵收價額應以應徵收而未徵收之時點計算之，並加付自該時點起之法定利息。若如此（賦予土地所有權人在如本件之隧道存續期間內隨時得請求徵收之權），則縱不另許土地所有權人之其他爭訟權利，庶幾亦合於本院釋字第 107 號解釋之意旨及公道。

7、人民公法上請求權之消滅時效原則上為十年（行政程序法第 131 條規定參照），土地徵收條例第 57 條第 2 項工程完工一年內請求之規定，其期間顯然過短，不符比例原則，故應一併檢討修正。

三、與本件釋憲客體之一即土地徵收條例第 11 條所規定之徵收前置相關但不在本件解釋範圍之協議價購金額，如何始符合正當法律程序？本席贊成最高行政法院在 94 年度判字第 01709 號、97 年度判字第 0079 號、101 年度判字第 953 號、101 年度判字第 1067 號、104 年度判字第 437 號等判決及臺北高等行政法院 91 年度訴字第 1642 號、第 3968 號判決所示之需用土地人所提出之議價金額若等於或低於徵收價額，即不符正當法律程序（詳請參閱葉百修大法官著土地徵收法一書）。因為議價金額若等於或低於徵收價額，則規定應先經議價程序，只是徒然拖延用地取得手續而已，該規定形如具文。而且徵收既然是最後不得已之強制手段，則徵收前之協議價額稍高於徵收價額應為且始為合理，並可望因此提前、和平取得土地使用權，減少民怨，有機會三贏，併此敘明。

協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋基於憲法保障財產權之意旨，表示：「需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致

逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」承認土地所有權人在符合一定要件下，享有請求徵收地上權之權利。本席認為此一解釋可以彌補現行補償法制之不足，強化財產權之保障，而且對於公法上權利之發展而言，別具意義，爰提出協同意見書，予以闡明。

一、彌補現行補償法制之不足

本號解釋之理由書指出：「憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第 15 條規定人民財產權應予保障之意旨（本院釋字第 440 號解釋參照）。」承認徵收之外，特別犧牲亦屬獨立之補償原因（另釋字第 336 號解釋參照）。然對於特別犧牲應如何補償，釋字第 336 號解釋認係立法問題¹。釋字第 440 號解釋雖對關於機關埋設地下設施物既不徵購又未設補償規定之地方法規宣告違憲，不再援用²，但學者認為，依據補償法定原則

¹ 釋字第 336 號解釋：「……公共設施保留地，經通盤檢討，如認無變更之必要，主管機關本應儘速取得之，以免長期處保留狀態。若不為取得（不限於徵收一途），則土地所有權人既無法及時獲得對價，另謀其他發展，又限於都市計畫之整體性而不能撤銷使用之管制，致減損土地之利用價值。其所加於土地所有權人之不利益將隨時間之延長而遞增。雖同法（按：指都市計畫法）第 49 條至第 50 條之 1 等條文設有加成補償、許為臨時建築使用及免稅等補救規定，然非分就保留時間之久暫等情況，對權利受有個別損害，而形成特別犧牲（Sonderopfer）者，予以不同程度之補償。為兼顧土地所有權人之權益，如何檢討修正有關法律，係立法問題，合併指明。」

² 釋字第 440 號解釋：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利。台北市政府於中華民國 64 年 8 月 22 日發布之台北市市區道路管理規則第 15 條規定：『既成道路或都市計畫道路用地，在不妨礙其原有使用及安全之原則下，

（Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Entscheidung），仍須俟法規修正完成，人民始得請求補償給付³。

按日本憲法第29條第3項規定：「私有財產，得於正當補償下，供公共使用。」通說認為，國家之限制或侵害行為，若造成財產權之剝奪，或妨礙該財產權本來效用之發揮，而逾越財產權內在社會制約所應忍受之限度，形成個人之特別犧牲，應予補償。人民之補償請求，通常依有關法規之具體規定為之；但法令上欠缺補償規定時，亦可直接根據憲法第29條第3項規定，請求補償⁴。判例之立場相同，1968年日本最高法院於河川附近地制限令事件判決指出，法令上「未有關於補償之規定，不能因此即解為完全否定一切損失補償……直接以憲法第29條第3項為根據，請求補償之餘地非全然不存在……。」（最大判1968〈昭43〉.11.27刑集22卷12號1402頁）依其意旨，當法令欠缺補償規定時，得以憲法第29條第3項為直接根據，請求補償⁵。我國憲法並無類似日本憲法第29條第3項之規定，當人民遭受特別犧牲，法律卻無補償規定時，能否直接依據憲法財產權保障之規定，請求補償，容有疑義。惟如上所述，國內實務及學界見解傾向於採取否定說。

土地之徵收補償，土地徵收條例已有明定。相較之下，關於其他特別犧牲之補償，現行法制顯有不足。本號解釋亦僅釋示特別犧牲應予補償，而未完全推翻補償法定原則之立

主管機關埋設地下設施物時，得不徵購其用地，但損壞地上物應予補償。」其中對使用該地下部分，既不徵購又未設補償規定，與上開意旨不符者，應不再援用。」

³ 吳庚著，行政法之理論與實用，三民，2012年增訂12版2刷，頁734。

⁴ 蘆部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005年第3版第7刷，頁217、218。

⁵ 田村理著，補償の要否と直接憲法に基づく補償請求—河川附近地制限令事件，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅰ（第5版）」，有斐閣，2007年，頁228、229。

場。解釋理由稱：「按徵收原則上固由需用土地人向主管機關申請，然國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。」係從賦予徵收請求權之角度切入，讓人民可以獲得補償，非謂依憲法財產權保障之意旨，人民可以直接就特別犧牲請求補償。多數意見實際上係基於土地徵收條例第 57 條第 1 項及第 2 項之體系解釋，認該條第 2 項既賦予土地所有權人請求徵收土地所有權之權，則第 1 項亦應承認土地所有權人有請求徵收地上權之權。換言之，於公路等設施穿越土地上空或地下致該土地不能為相當使用時，土地所有權人有請求徵收土地所有權之權；然倘土地僅有價值減損，而未達於不能為相當使用之程度者，即使形成特別犧牲，法律卻未明定賦予請求徵收地上權之權，是與財產權保障之意旨不符。本號解釋爰限期責成有關機關修法，若逾期未完成修法，則人民得依解釋意旨行使請求徵收地上權之權。無論如何，本號解釋承認人民請求徵收地上權之權，為特別犧牲之補償加開一扇門，值得肯定。

二、強化財產權受侵害之救濟方法

當公路穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予徵收補償，乃國家對人民財產權之違法侵害。此種情形，在現行法制下人民可能尋求之救濟機制有國家賠償、公法上不當得利及妨害排除請求權（民法第 767 條）等，惟各機制皆有不足或不利之處，尚未能對財產權提供確實之保障。

首先，依國家賠償法請求國家賠償，須「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者」（國家賠償法第 2 條）。對國家賠償責任要件之具備，

請求權人負有舉證責任，乃困難所在。其次，關於人民有無公法上不當得利返還請求權，釋字第 515 號解釋雖予承認，行政法院判決亦曾採取肯定見解，但學說上對公法上不當得利之法理及適用，尚有諸多爭議，迄無定論⁶。至於民法物權上之妨害排除請求權方面，因公路已為既成事實，拆路還地茲事體大，實務上基於公益考量，恐難以滿足人民之請求。

本號解釋引進地上權之徵收請求權，係在現行機制外增加一種可行之救濟方法，並不排除其他方法之使用。其既可維護公共設施之公益性，又有強化人民財產權保障之機能，本席樂觀其成。

三、擴張公法上之權利

一般而言，私法以私人間之利益調整為目的，權利與義務互為表裡，對當事人之一方課以義務，同時會使他方取得權利。因此，從私法上之義務規範，確實可以導出對應之權利。惟行政法規上，並非經常可以從對行政主體或行政機關規定之義務規範，導出相對人（人民）之權利。理由在於，行政法規非僅以調整相互衝突之私人利益與公共利益為目的，其目的往往係為客觀社會公共秩序本身之維持或改善，而與私人只有間接之關係。行政法規課以行政主體或行政機關義務之同時，亦授予一定之公權力；此際，人民縱然因公權力之行使而獲得利益，在法律上亦僅屬反射利益，不得認係人民固有之利益，更遑論權利。不過，二次大戰結束後，隨著人權保障之日益受到重視，公法上之權利有逐漸擴大之趨勢，並與私法上權利之區別相對化⁷。過去大法官以憲法第 22 條概括性權利保障條款為基礎，承認隱私權（釋字第 293 號、第 535 號、第 585 號及第 603 號解釋）、人格權（釋字

⁶ 林明昕著，「公法上不當得利」之體系性思考，收於氏著「公法學的開拓線—理論、實務與體系之建構」，元照，2006 年，頁 231 以下。

⁷ 成田賴明著，行政法序說，有斐閣，1984 年，頁 130 以下。

第 664 號及第 656 號解釋）、姓名權（釋字第 399 號解釋）、婚姻自由（釋字第 362 號解釋）、契約自由（釋字第 576 號、第 580 號及第 591 號解釋）及一般行為自由（釋字第 689 號解釋）等，適為此一現象之反映。

就徵收補償而言，國家因公共之目的，如興辦公共事業或實施國家經濟政策，需使用私人土地時，得依法律規定徵收之，但應給予正當之補償。是國家同時具有徵收權及補償義務，亦即徵收補償既為國家之權力，復為國家之義務。傳統認為，徵收之決定及行使，操諸國家手中，人民並無主動請求徵收之權利。唯於例外情形，法律明文賦予人民徵收請求權，始另當別論。例如，土地法第 217 條規定：「徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿 6 個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併收之。」土地徵收條例第 57 條第 2 項規定：「前項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時，土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」本號解釋基於憲法財產權保障之意旨，以及土地徵收條例第 57 條第 1 項與第 2 項之體系解釋，於地上權能徵收、應徵收卻不為徵收時，承認土地所有權人有主動請求徵收地上權之權。其有擴大人民公法上權利之效果，與當代公法上權利擴大之趨勢若合符節，堪稱一大突破。

四、其他

- （一）論者或擔心，本號解釋可能會有嚴重之外溢效果，而造成難以收拾之局面。因為依司法院釋字第 400 號解釋：「既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償……。」國家既然有徵收補償之義務，則依

本號解釋之意旨，亦應承認土地所有權人有相對之徵收補償請求權。據估計，目前尚待徵收之既成道路，補償金額總計逾新台幣 3 兆元。若土地所有權人一致請求徵收補償，國家財政勢必無法承受。惟本席認為，既成道路係因時效且符合一定要件而形成，情況特殊，與一般土地不能相提並論。釋字第 400 號解釋已顧及既成道路之特殊性，允許各級政府如因經費困難致不能對既成道路全面徵收補償時，由有關機關訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。本號解釋並未補充或變更釋字第 400 號解釋，則該解釋仍然適用，尚難認既成道路之土地所有權人可依本號解釋意旨享有徵收請求權。附帶一言，釋字第 400 號解釋於 1991 年作成，迄今已逾 20 年，而有待徵收補償之既成道路猶未顯著減少，足見各級政府有關機關怠於解決問題，有負大法官兼顧人民財產權保障與國家財政狀況之美意。

- (二) 聲請人請求解釋臺北市政府 78 年 11 月 6 日府工二字第 373130 號臺北市都市計畫說明書：參、二所載：「北部第二高速公路變更計畫圖內虛線為高速公路隧道通過路段，因隧道頂端之覆蓋原土石層超過卅五公尺，無礙土地所有權人之行使其權利，不予征購，故不辦理都市計畫變更，如土地關係權人提出異議，高速公路局應依協議方式取得土地使用權。」逾越母法之限度，並對人民財產權增加法律所無之限制，有違授權明確性。多數意見認定，該說明係針對具體項目直接限制其權利或增加其負擔，屬行政處分之性質，自非解釋憲法之客體，故應不受理。本席認為，不受理之結論無誤，惟理由有待商榷。蓋該系爭部分僅表明北部第二高速公路變更計畫圖內虛線部分不在都市計畫變更範圍，並說明不辦理都市計畫變更之理由，係因其「無礙土地所有權人之行使

其權利，不予征購」。由此可見，該系爭部分性質上為事實及原因之說明，本身不生法律效力，既非法規命令，亦非行政處分。司法院釋字第156號及第742號解釋固然曾對都市計畫之變更究屬行政處分或法規性質有所釋示，但本案系爭部分既排除在都市計畫變更之外，自與上開解釋無涉。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本席就本號解釋之解釋文及理由敬表同意，但本號解釋作成後尚有一些後續修法之問題，本席補充意見如下：

一、土地徵收條例第11條是否需要修改？應如何修改？

本號解釋源起於原因案件之確定終局判決認為「一般人民並無請求需用土地人向國家申請徵收其土地之公法上請求權。是通常情形僅由國家發動徵收程序，一般人民除法律另有規定外（如土地徵收條例第8條），無請求國家徵收其所有土地之公法上請求權」。聲請人據此而請求宣告土地徵收條例第11條規定違憲，本院大法官審查後，將土地徵收條例第57條第1項一併納入審查範圍，並認為土地徵收條例第57條第2項規定土地所有權人因需用土地人興辦事業「致不能為相當之使用時」，土地所有權人得請求需用土地人徵收土地所有權，但對於尚未達「不能為相當之使用」之程度，而僅有價值減損之情況時，則土地所有權人能否請求需用土地人徵收地上權，土地徵收條例規定有所不明，因此乃有本號解釋之必要。本號解釋理由指出「整體觀察系爭規定一（即土地徵收條例第11條）及二（即土地徵收條例第57條第1項），尚與前開土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之憲法意旨有所不符」，故要求主管機關應基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。但本號解釋並未具體指出應如何修正土地徵收條例第11條及第57條第

1 項。未來修法時，對於土地徵收條例第 57 條第 1 項如何修改，應極為明確，即參考同條第 2 項規定，於第 1 項增加規定土地所有權人得請求需用土地人徵收地上權即可。第 57 條第 1 項依本號解釋修改後，即係增加了一項「法律另有規定」之公法上請求權。然而依本號解釋對於土地徵收條例第 11 條，是否有修改之必要，或應如何修改，恐有所爭議。

原因案件確定終局判決指出「土地徵收條例第 11 條係針對需用土地人申請徵收土地或土地改良物前，對欲徵收之土地或土地改良物所有權人，先行協議價購之規定，而本件上訴人之系爭土地並非屬被上訴人欲申請徵收之土地，自無該法條之適用」，確實符合該條之文義規定。依據本號解釋，未來考慮是否修改土地徵收條例第 11 條，至少有幾個方向：（一）因本條之規定與地上權無關，故無修改之必要。（二）解釋文指出本號解釋之適用範圍是「需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下」之情形，故可修改本條增加適用於「穿越私有土地之上空或地下」之情形即可。（三）亦可修改本條至擴及人民於土地使用之權益受侵害時，有主動請求徵收地上權之一般性權利，而不限於「穿越私有土地之上空或地下」之情形。

目前在立法上類似土地徵收條例第 57 條第 1、2 項之規定者尚有大眾捷運法第 19 條、獎勵民間參與交通建設條例第 19 條以及共同管道法第 14 條，均未規定土地所有權人得請求徵收地上權。未來土地徵收條例依本號解釋修法後，其他有相類似規定之法律是否得一併適用？因大眾捷運法第 19 條明文規定「準用土地徵收條例規定徵收取得地上權」因此適用本號解釋應無問題；獎勵民間參與交通建設條例雖僅規定「準用徵收規定」，但亦應可解釋為有土地徵收條例第 57 條之適用（從而適用本號解釋）；至於共同管道法第 14 條僅就徵收土地所有權有所規定，但未有徵收地上權之相關規定，

則恐尚難適用本號解釋。

二、徵收地上權之價格有無議價空間？

本號解釋賦予土地所有權人得主動請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，但其前提條件為土地徵收條例第 57 條第 1 項之規定，「需用土地人……需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍，協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權」。對於地上權之價格應如何協議，可以參考過去有關協議價購土地之經驗。土地徵收條例第 11 條規定徵收土地前，應先「協議價購」，至於徵收土地之「協議價購」究竟應以何價格為準始稱得上有經過協議？曾有爭議。

中華民國 89 年 2 月 2 日修正公布之土地徵收條例第 30 條規定徵收之補償為「應按照徵收當期之公告土地現值」、「必要時得加成補償，其加成補償成數，由直轄市或縣（市）主管機關比照一般正常交易價格，提交地價評議委員會於評議當期公告土地現值時評定之」。換言之，徵收補償數額是固定且公開的，則協議價購時若僅提出此公定之價額，算不算實質踐行「協議價購」之程序？法院實務上有二種不同之見解，有認為「縱需用土地人提出與徵收補償款額同樣金額進行價購協議，亦僅徒具形式而無實質意義，尚難謂已踐行申請徵收前之正當法律程序」（最高行政法院 94 年度判字第 1709 號判決）；亦有直接否定前述判決見解者，如「另外最高行政法院 94 年 11 月 3 日 94 年度判字第 1709 號判決理由，認為『僅有價購協議之形式，而無實質意義，不可能避免啟動土地徵收，詎難認其已依土地徵收條例第 11 條件踐行協議價購程序』等見解，乃最高行政法院約為 7 年前之個案見解，與本判決前引最高行政法院最近之見解不同，尚不能拘束本院之判斷，附此敘明」（臺北高等行政法院 101 年度訴字第 310 號判決）。上述法院判決之不同見解，土地徵收條例於

101 年 1 月 4 日修正第 30 條之規定後已無意義，因為該次修正後之條文已將協議價購定為「應由需用土地人依市價與所有權人協議，前項所稱市價，指市場正常交易價格」，雙方議價時即可就市場正常交易價格互相舉證折衝。

然而前述有關徵收土地之協議價購之爭議，於未來徵收地上權時恐仍會產生，因為目前對於地上權之徵收補償費，是依據「交通事業穿越私有土地之上空或地下地上權徵收補償辦法」，該辦法是以徵收補償地價乘以穿越地下深度補償（第 4 條第 1 項第 2 款）。依 101 年修正後之土地徵收條例第 11 條之規定，補償地價應為「市價」，至於依該辦法附表二「穿越地下深度補償率表」所定之「地上權補償率」，則係依據「工程構造物之上緣距地表之深度」之固定比率，就此，則雙方依個案之情況是否尚有議價之空間，恐有爭議之餘地，亦應可於後續修法時一併考量。

協同意見書

詹森林大法官 提出

本號解釋揭示「需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」並要求有關機關應於本號解釋公布之日起 1 年內，依本號解釋意旨，修正土地徵收條例第 11 條、第 57 條第 1 項規定。就此結論，關於土地所有權人得請求徵收地上權部分，本席敬表同意，並有若干看法；至於前開請求權行使之對象為需用土地人部分，本席認有補述必要。爰提出本意見書說明如後。

壹、本號解釋原因案件之事實與裁判

- 一、本號解釋所涉原因案件之主要事實為：土地所有人提起行政訴訟主張：交通部臺灣區國道高速公路局（下稱需用土地人）於興建北部第二高速公路木柵隧道時，未經其同意，經過其

二人合作投資興建，位於臺北市文山區之「指南宮地藏王寶殿附設靈灰堂暨停車場空間新建工程」（以下簡稱系爭工程）用地，影響土地開發安全及利用，乃依都市計畫法第 27 條第 1 項第 4 款及臺北市政府為需用土地人興建系爭隧道而公告之 78 年 11 月 6 日都市計畫說明書：參、二：「北部第二高速公路變更計畫圖內虛線為高速公路隧道通過路段，因隧道頂端之覆蓋原土石層超過 35 公尺，無礙土地所有權人之行使其權利，不予徵購，故不辦理都市計畫變更，如土地關係權人提出異議，高速公路局應依協議方式取得土地使用權。」向需用土地人申請就系爭工程用地及土地改良物，應與其二人協議價購，如協議不成時應辦理徵收。

- 五、聲請人上開請求，經臺北高等行政法院駁回，又經確定終局裁判最高行政法院 101 年度判字第 465 號判決駁回聲請人之上訴。前開確定終局裁判於理由中指出：「（一）按土地徵收條例第 2 條規定：…第 14 條規定：…第 11 條規定：…準此，土地或土地改良物的徵收，有核准徵收權限為內政部，具徵收請求權者係需用土地人，而需用土地人在依法請求國家行使徵收權之前，應與所有權人協議，乃申請徵收的法定先行程序，是需用土地人於向內政部申請徵收前，與所有權人的協議及向內政部申請辦理徵收，乃係為發動內政部作成徵收處分之內部行政行為，核係行政事實行為。從而原判決以上訴人請求需地機關之被上訴人應與之進行協議價購程序，及如協議不成應向內政部申請辦理徵收，為行政事實行為，而非行政處分，因認上訴人應依行政訴訟法第 8 條提起公法上一般給付訴訟請求救濟，而非提起課予義務訴訟，依法自無違誤，上訴人主張依 96 年度高等行政法院號法律座談會問題 8 之決議，上訴人提起課予義務訴訟，應屬正確云云，惟該決議…與本件上訴人尚無任何公法之請求權相異，自難比附援引。（二）再查，土地徵收係國家因公共事業需

要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪，土地徵收之法律關係，除法律另有規定外，僅屬需用土地人與國家間之函請徵收，以及國家與被徵收人間之徵收補償二面關係，需用土地人與所有權人間不發生任何法律關係。亦即，需用土地人認其興辦公共事業有必要徵收私有土地，應檢具相關文件，依法定程序向內政部申請徵收，至有無申請徵收必要，需用土地人具裁量權，一般人民並無請求需用土地人向國家申請徵收其所有土地之公法上請求權。是通常情形僅由國家發動徵收程序，一般人民除法律另有規定外（如土地徵收條例第8條），無請求國家徵收其所有土地之公法上請求權，亦無對需用土地人請求發動申請徵收權利，其向需用土地人之請求，僅係促請需用土地人發動徵收申請權，性質上並非公法上請求權。因而，原判決以上訴人並無請求被上訴人徵收系爭土地之公法上請求權，從而駁回上訴人請求被上訴人應與上訴人協議價購，如協議不成應向內政部申請辦理徵收，即無不合。而此復與上訴人主張依學者所論即便無法請求徵收補償，依憲法對財產保障亦應給予損失補償無涉，且亦無上訴意旨所主張有違平等原則之情事。（三）另土地徵收條例第11條係針對需用土地人申請徵收土地或土地改良物前，對欲徵收之土地或土地改良物所有權人，先行協議價購之規定，而本件上訴人之系爭土地並非屬被上訴人欲申請徵收之土地，自無該法條之適用。再都市計畫法第27條第1項第4款係規定：…，非許人民有請求為一定行為之權，更非關於人民得請求國家徵收土地的規範，上訴意旨主張原判決未援用上開條文，准許上訴人請求徵收，有違平等原則及有適用法規不當及判決不備理由之違法，自無可採。（四）再者本件78年11月6日都市計畫說明書，於該都市計畫說明書說明二內容載為…雖規制如土地關係權人提出異議，被上訴人應依協議方式取得土地使用權，惟尚與協議價

購以取得所有權，或對於私有財產以公權力取得之申請辦理徵收有別，而上訴人係以請求被上訴人為徵收或協議價購，尚非請求因被上訴人使用其土地下方，造成損害而應予以損害賠償，原判決自無庸予以調查上訴人土地下方受被上訴人作為隧道使用有何損害，上訴意旨指摘原判決有未依職權調查之違法，自無足憑。（五）…」

貳、人民無庸因法律而苟活，法律必須為人民而存在（People should not be degraded by laws - laws should exist to serve the people.）

—土地所有權遭受特別犧牲，而需用土地人不開啟補償程序時，人民之補償請求權基礎

一、人民之財產因國家行使公權力或遭第三人不法侵害而受有損失時，如逾越其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應給予合理補償，始符憲法第15條保障人民財產權之意旨，迭經本院解釋在案¹。其與人民土地之特別犧牲有關者為：本院釋字第400號〈人民之土地因不特定之公眾通行且經歷之年代久遠而未曾中斷，成為既成道路〉、第425號〈人民之土地被徵收〉、第440號〈主管機關就人民之既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購前，埋設地下設施物，致妨礙土地權利人行使其權利〉、第516號〈國家因公用或公益目的而徵收人民財產〉、第579號〈國家因公用或公益目的而徵收人民之耕地，致剝奪耕地地主之所有權及承租人之租賃權〉、第652號〈人民之土地被徵收〉、

¹ 我國特別犧牲理論係本院之解釋由憲法第15條規定推論而得，並非憲法之明文規定。相較於此，德國基本法第14條第3項規定：「徵收，僅於為公眾之福祉而為時，始屬合法。徵收，僅得依法律或基於規定補償方式及程度之法律而為之。補償，應公平衡量公眾與當事人之利益而定之。因補償數額所生爭議，得向普通法院請求救濟。」依據德國基本法第14條第3項規定，人民因財產被徵收而遭受不平等之特別犧牲時，得藉由相當補償予以衡平，即將財產權之存續保障(Bestandsgarantie)轉為價值保障(Wertgarantie)，以保障受財產徵收人之財產權，故該規定成為德國法上特別犧牲理論之基礎。參見Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 26 Rn. 16, 39.

第 732 號〈國家因辦理大眾捷運之車站工程而徵收地目為「交通用地」之人民土地及該地之毗鄰地〉等解釋²。

二、有問題者，國家就人民之特別犧牲所應給予之補償，是否限於法律有明文規定之情形？換言之，縱發生人民特別犧牲之情事，但法律就該情事並未明文應給予補償時，人民是否即無請求補償之權利？無法律，即無補償？

三、就此問題，以本院釋字第 400 號解釋所涉既成道路之補償為例，臺北高等行政法院 89 年度訴字第 1991 號判決認為：「公用徵收只有國家始為徵收權之主權，一般人民並無公用徵收之公法上請求權（改制前之行政法院 24 年度判字第 18 號判例參照），此觀土地徵收條例第 3 條規定『國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收使用土地…』即可明瞭。本件原告既無向徵收核准機關請求徵收系爭土地之公法上權利，則原告率以司法院釋字第 400 號解釋為據，逕提行政訴訟法第 5 條所規定之課予義務訴訟，難謂妥適。」此外，91 年度各級行政法院行政訴訟法律座談會第 11 則法律問題為：「既成道路之土地所有權人有無請求徵收之權利？」。座談會之討論結果為：「…依現行法律之規定，既成道路之土地所有權人尚不符合前述請求徵收之規定，換言之，其並無請求徵收之公法上請求權。至於司法院釋字第 440 號解釋指『主管機關對於既成道路或都市計畫道路用地，在依法徵收或價購以前，埋設地下設施物妨礙土地權利人對其權利之行使，致

² 本院釋字第 564 號解釋及第 670 號解釋，亦皆與特別犧牲之補償有關。但第 564 號解釋認為鑑於騎樓所有人既為公益負有社會義務，國家則提供不同形式之優惠如賦稅減免等，以減輕其負擔。從而人民財產權因此所受之限制，尚屬輕微，自無悖於憲法第 23 條比例原則之要求，亦未逾其社會責任所應忍受之範圍，更未構成個人之特別犧牲，難謂國家對其有何補償責任存在，與憲法保障人民財產權之規定並無違背。第 670 號解釋原因案件之特別犧牲情事，則與人民財產權無關，而係人民身體之自由，因公共利益，致受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲。

生損失，形成其個人特別之犧牲，自應享有受相當補償之權利』係謂上開受特別犧牲之人有受相當補償之權利，與釋字第 400 號解釋『各級政府如因經費困難不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償』，均非指其有請求徵收之權利。」³

- 四、上開高等行政法院所持「一般人民並無公用徵收之公法上請求權」之見解，嗣後並為最高行政法院所接受。最高行政法院且進一步指出：「人民向國家請求徵收其所有土地之行為，其性質純屬促請國家發動徵收權之行使而已，非謂人民對國家有公用徵收之公法上請求權存在。至司法院釋字第 400 號解釋固指既成道路成立公用地役關係者，其所有權人因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償及若在某一道路範圍內之私有土地均辦理徵收，僅因既成道路有公用地役關係而以命令規定繼續使用，毋庸同時徵收補償，顯與平等原則相違等語，惟該解釋內亦明言『國家應依法律之規定辦理徵收給予補償』，亦即應依實定法之規定辦理徵收給予補償，而非謂『國家應依本解釋辦理補償』。此另由該號解釋文亦敘明：『…各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。…』等語，足證該解釋僅係國家立法及施政之指針，並非可逕作為向國家請求財產上給付之公法上原因。」⁴、「人民有無請求國家徵收其土地之實體法上權利，屬關於人民之權利義務事項，依中央法規標準法第 5 條規定，原應以法律定之，故司法院釋字第 400

³ 請併參見蔡宗珍，既成道路之徵收補償問題，收於葛克昌、林明鏘主編，行政法實務與理論（一），2003 年 3 月，163 頁；林明鏘，私有既成道路與損失補償請求權，月旦法學，112 期，2004 年 9 月，47 頁；陳清秀，既成道路相關法律問題探討，月旦法學，112 期，2004 年 9 月，57 頁；陳明燦，私有既成道路使用受限與損失補償相關問題之探討，月旦法學，112 期，2004 年 9 月，71 頁。

⁴ 參見最高行政法院 92 年度判字第 62 號、92 年度判字第 675 號等判決。

號解釋亦特別揭示『國家應依『法律』之規定辦理徵收給予補償之旨』。原審謂『一般人民除法律別有規定外（如土地徵收條例第8條），並無請求國家徵收其所有土地之公法上請求權。』原係因上訴人主張之徵收補償請求權，缺乏法律規範基礎，故予否定。此項因缺乏法律規範基礎而為請求權不存在之認定，與限制或剝奪人民之請求權者有別，自非法律保留原則規範之內容。上訴人以原審徒依本院判例為依據，而否定人民請求國家徵收土地之請求權，乃違背法律保留原則云云，自不足採。」⁵

五、最高行政法院前述見解，從體諒國家財政不克負荷徵收全國既成道路所需經費之觀點而言，或有其不得不然之苦衷；惟從學理立場而言，則係（有意）誤解釋字第400號解釋之規範性質，有待檢討⁶。

六、尤其值得商榷者，最高行政法院就所謂「一般人民並無公用徵收之公法上請求權」之見解，甚至超越本院釋字第400號解釋所涉及之「既成道路之徵收」，而擴張適用於「一般土地之徵收」。參見該院101年度判字第1063號判決：「按土地徵收係國家因公共事業之所需，對人民受憲法保障之財產權，經法定程序予以剝奪之謂，而規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則，並應於相當期間給予合理之補償。因此，公用徵收僅國家為徵收權之主體，一般人民並無公用徵收之公法上請求權，本院24年判字第18號判例亦同斯旨，是僅於法律有特別規定時，土地所有權人始有請求徵收之請求權。…捷運系統之路線穿越公、私有土地之上空或地下時，大眾捷運法並未規定大眾捷運系統主管機關必須以徵收方式取得地上權，依上開意旨，亦無法認該規定有賦與

⁵ 參見最高行政法院93年度判字第1714號判決。

⁶ 李震山，行政損失補償法定原則—無法律即無補償嗎？，台灣本土法學雜誌，第71期，2005年6月，143頁；李惠宗，憲法要義，2015年9月，318頁。

大眾捷運路線工程所穿越土地之上空或地下之土地所有權人有請求徵收地上權之主觀權利。是原判決認上訴人無請求被上訴人向內政部報請核准徵收地上權之權利，認上訴人請求被上訴人向內政部報請核准徵收地上權，並發給補償，於法無據，而駁回上訴人之先位聲明部分之起訴，揆諸前開說明，於法並無不合。」

七、本號解釋突破前述最高行政法院裁判所持「無法律，無補償」之見解，以憲法第 15 條保障人民財產權之規定為依據，直接導出人民享有主動請求補償之權利，而於解釋文揭示「需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」

八、簡言之，若以法無明文為由而禁止遭受特別犧牲之人民享有請求國家徵收或補償之權利，則無異於強令人民應配合國家既有法律而苟活。但在本號解釋下，等同於要求國家法律必須為人民需求而存在；而且此之所謂「國家法律」，不以立法機關通過之明文規定為限。法無明文時，行政機關及司法審判機關不得藉口欠缺明文依據而否准人民補償之請求。

九、應併強調者，關於本號解釋所指土地徵收條例第 57 條第 1 項，就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，漏未規定部分，在法學方法論上，其實僅須類推適用同條第 2 項，即可得出應賦與土地所有人地上權徵收請求權之結論。理由在於：土地徵收條例第 57 條第 2 項規定：「前項土地因事業之興辦，致不能為相當之使用時，土地所有權人得自施工之日起至完工後一年內，請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕。」本條第 2 項既然就需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，而穿越私有土地之上空或地

下，致該私有土地不能為相當使用之情形，明定土地所有人得請求需用土地人徵收土地所有權，則就同條第1項所定類似但較輕微之情事（需用土地人因興辦第3條規定之事業，而穿越私有土地之上空或地下，但尚不致該私有土地不能為相當使用），類推適用該條第2項規定，賦與人民請求需用土地人徵收地上權之權利，不僅可以搭配該條第1項已賦與需用土地人得協議取得地上權及協議不成時得徵收取得地上權之文義，亦屬契合該條第1項所蘊含國家僅得有償使用人民財產之立法意旨。

參、土地所有權或地上權徵收請求權之相對人

- 一、本號解釋雖然就需用土地人因興辦土地徵收條例第3條所定之事業，穿越私有土地上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲之情形，依據憲法第15條而創設土地所有人之地上權徵收請求權。惟應注意者，本號解釋文指出：「土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權」。
- 二、準此，土地所有人依本號解釋就其土地請求徵收地上權時，其請求權之直接相對人為需用土地人，請求之內容則為：「向主管機關申請徵收地上權」。換言之，依據本號解釋，徵收之主管機關，並非本號解釋所創設之地上權徵收請求權之相對人；土地所有人更不得依本號解釋，直接向徵收之主管機關請求徵收地上權。
- 三、本號解釋如是見解，對照土地法及土地徵收條例相關規定（參見土地法第5編第2章徵收程序、土地徵收條例第2章徵收程序等規定），固非無據。最高行政法院裁判，亦採相同看法⁷。然而，如此之土地徵收法律關係是否符合憲法第15條

⁷ 參見最高行政法院100年度判字第797號判決：「…土地徵收條例第2條、第13條、第14條定有明文。足見有權核准徵收之機關乃內政部，為徵收執行機關之縣市政府或需用土地人，並無依土地所有權人請求作成徵收處分之權限。」

保障人民財產權之意旨，尚有商榷餘地。

四、以本號解釋所涉原因事實為例，國家為公用之必要而興建高速公路，遂由國家機關（需用土地人，即交通部國道高速公路局）負責辦理，如有因而侵害人民土地之情事，若人民不得直接向國家主張地上權徵收請求權，而僅得請求需用土地人向國家申請徵收地上權，實不符合一般法律權利義務關係。蓋：

1. 國家為公用之必要興建高速公路，而由國家機關（需用土地人，即國道高速公路局）負責辦理時，得將需用土地人當成僅是國家之手足，故就需用土地人之行為所造成之人民損失，允許人民得直接請求國家以徵收地上權方式填補其損失，法理上並無窒礙。
2. 土地所有人就土地徵收條例第 57 條第 2 項所定情事，依該條項行使土地所有權徵收請求權時，係「請求需用土地人徵收土地所有權，需用土地人不得拒絕」；則為何土地所有人就同條第 1 項所定類似情事，依本號解釋行使地上權徵收請求權時，卻係「請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權」？由同一法條所生，且功能類似之二請求權，其直接相對人竟然完全不同，體系解釋上，如何圓融？就此問題，本號解釋未為交代，不無遺漏。
3. 若人民僅得請求需用土地人向國家主管徵收之機關（內政部）申請辦理徵收，則對人民而言，勢必衍生下列問題：
 - （1）主管徵收之機關得否拒絕需用土地人之申請？如得拒絕，則本號解釋創設人民主動請求權之意義，喪失殆盡；如不得拒絕，但徵收主管機關卻拒絕辦理或延誤辦理者，是否發生國家賠償責任？如發生國家賠償責任，賠償義務機關為需用土地人或徵收主管機關？
 - （2）如徵收主管機關不得拒絕，但需用土地人怠於向該

機關申請，則人民得否代位需用土地人向該機關申請（民法第 242 條參照）？

4. 本號解釋一方面不落「無法律、無補償」之窠臼，創設人民之地上權徵收請求權，他方面卻依循「人民不得直接向徵收主管機關請求徵收」之舊例，將該請求權之相對人限縮為需用土地人。輕者，徒增請求權行使程序之繁瑣及耗時；重者，掏空該請求權之效力。實有為德不卒之憾。

五、本席以為，有關機關於依本解釋意旨，修訂土地徵收條例時，應一併徹底檢視土地法及土地徵收條例關於徵收程序之規定。立法政策上，如仍應維持僅主管機關有徵收之權力（參見土地法第 222 條、第 225 條、土地徵收條例第 14 條），則應修法使人民得直接請求主管機關徵收（含徵收土地及建物之所有權，及徵收土地之地上權等），始能真正徹底實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

肆、消滅時效之期間與起算？

- 一、本號解釋雖基於特別犧牲理論，就需用土地人怠於開啟徵收程序之情形，創設土地所有人主動請求徵收地上權之憲法上權利，但同時宣示土地所有人應於一定期間內，行使該請求權，以維持法之安定性。
- 二、按人民之財產權應予保障，固為憲法第 15 條所明定。惟對於人民財產權，如基於「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」，得於必要範圍內以法律限制之，亦為憲法第 23 條所明示。且財產權具有社會義務，如所受限制輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，則與憲法保障人民財產權之規定，並無違背（本院釋字第 564 號、第 577 號解釋參照）。時效制度，亦屬法律對於人民財產權所為之必要限制，故如合理，時效之規定，即不違憲。
- 三、本號解釋就土地徵收條例第 57 條第 1 項所創設之地上權徵收

請求權，依其性質，乃人民對國家之公法上請求權，故其時效期間，如無特別規定，應適用行政程序法第 131 條第 1 項所定之 10 年；縱欲縮短其時效期間，亦應有實質理由，且縮短後之期間，仍應合理，不得過短。查土地徵收條例第 57 條第 2 項規定之時效期間，只有 1 年，相較於前開行政程序法所定原則上 10 年之期間，明顯過短，是否合理，尚可斟酌。又查，鑑於該條第 1 項及第 2 項所生之請求權，情事相近，性質無異，故此二請求權之時效期間，自應一致。本號解釋理由書因而指出：「至於前揭所謂一定期間，於合理範圍內，屬立法裁量之事項。土地徵收條例第 57 條第 2 項一年時效期間之規定，有關機關應依本解釋意旨，檢討修正，併此指明。」頗堪贊同。

四、時效期間之起算，學理上有主觀說及客觀說二者。前者，自請求權人知悉其得請求時起算（例如：犯罪被害人保護法第 12 條第 3 項）；後者，自請求權得行使時起算，權利人是否知悉其得行使，在所不問（例如：民法第 128 條⁸、國家賠償法第 8 條第 2 項、刑事補償法第 13 條）。本號解釋於解釋理由書指出：「有關機關於修正系爭規定二（即土地徵收條例第 57 條第 1 項）時，除應規定土地所有權人得自知悉其權利受侵害時起一定期間內，行使上開請求權外，並應規定至遲自穿越工程完工之日起，經過一定較長期間後，其請求權消滅。」係兼採主觀說及客觀說。按兼採主觀說及客觀說，始足保護因不可歸責於自己而不知有權利可行使之權利人，並可兼顧義務人之時效利益，從而促成法律關係之安定，故為多數立法例所採。不僅因不法行為所致之公、私法上損害賠償請求權如此（例如：國家賠償法第 8 條第 1 項；民法第 197 條第 1 項、第 1146 條第 2 項、著作權法第 89 條之 1、專利法第 96 條第 6 項、商標法第 69 條第 4 項、營業秘密法第

⁸ 參見最高法院 95 年度第 16 次民事庭會議決議。

12 條第 2 項等規定），其為補償性質之公法上請求權，亦同（例如：犯罪被害人保護法第 16 條）。準此，本號理由書前揭兼採主觀說與客觀說之修法建議，亦值贊同。

伍、結論

無法律即無補償之觀點，已被本號解釋推翻，憲法第 15 條可為直接賦與人民公法上補償請求權之依據。就此而言，本號解釋，具有創見。此外，本號解釋關於請求權時效期間之修正建議，亦屬妥適。然而，本號解釋將前述創設之補償請求權落實於原因案件所涉之土地徵收時，卻限縮土地所有人僅得向需用土地人請求，而非以土地徵收之主管機關為該請求權之相對人，反而徒增徵收法律關係不必要之爭議。惟綜合而言，本號解釋保障人民財產權之努力與用心，仍應予高度肯定。

不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認本件聲請解釋案，應予受理，並擴張本件釋憲審理範圍，將未經聲請人主張且本案確定終局判決未予適用之法規，即土地徵收條例第 57 條第 1 項納入本件聲請解釋案之審理範圍；且認依憲法第 15 條財產權之保障規定，應賦予人民就實際穿越其土地形成既成侵害時，主動請求徵收之憲法上權利，本席尚難贊同，爰提不同意見如後：

一、本件應不受理

大法官依憲法第 78 條、第 173 條及第 177 條規定，雖有解釋憲法（或審理憲法爭議、疑義）以及宣告規範違憲之權限，但程序具體內容為何，仍須下位規範（法律、命令）形塑，是解決憲法爭議、疑義之程序，當受司法院大法官審理案件法（下稱大審法）拘束。按人民聲請解釋憲法，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」，始得為之，對未侵害其權利或未被確定終局

裁判所適用之法令，不得聲請釋憲。惟釋憲實務上，以我國大法官釋憲制度同時具有維護客觀憲政秩序目的，常擴大解釋範圍，將具有相關聯且必要（重要關聯性）之法條內容納入，而不限於聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限。此擴大解釋範圍，宜審慎為之，以免害及司法之被動性。

本號解釋援引本院釋字第 737 號解釋：「如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。」認本件聲請人雖僅主張確定終局判決所適用之中華民國 89 年 2 月 2 日制定公布之土地徵收條例第 11 條規定：「需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收」（101 年 1 月 4 日修正之同條第 1 項主要意旨相同，下稱系爭規定一）有牴觸憲法疑義。然因土地徵收條例第 57 條第 1 項規定：「需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……」（下稱系爭規定二）對需用土地人因興辦該條例第 3 條規定之事業而有穿越私有土地之上空或地下之情形，設有徵收地上權之相關規定，故應將系爭規定二納為整體評價之對象。

惟查本院釋字第 737 號解釋係因該案聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，然其憲法疑義之本質為犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序是否有權以閱卷或其他方式獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料，以有效行使防禦權，並避免犯罪嫌疑人人身自由遭不法侵害。而刑事訴訟法第 33 條第 1 項閱卷規定、同法第 101 條第 3 項有關告知被告及其辯護人羈押原因事實規定，均與獲知上開資料等有關，須併納入審查，始能整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料是否足以使其有效行使防禦權。而本件聲請解釋之

系爭規定一係關於使用土地之土地所有權徵收規定，系爭規定二係關於穿越土地之地上權徵收規定，兩者規範範圍不同，並無須合併觀察始能判斷是否合憲，且在原因案件，聲請人係依系爭規定一請求徵收土地所有權，並非請求徵收地上權，難謂兩規定具相關聯且必要（重要關聯性），系爭規定二不應併入審查。

依憲法第 15 條財產權保障規定，人民固有對抗國家之防禦權限，但無主動請求徵收之憲法上權利。國家欲使用人民土地，須依法徵收給予補償後，方得合法使用。如未予徵收補償逕行使用，乃違法使用，人民無容忍義務，應主張結果除去請求權或請求國家賠償等，但仍非得請求徵收，詳如後述。系爭規定一、二係規範需用土地人之徵收補償行為，人民既無主動請求徵收之憲法上權利，其土地所有權等受違法侵害復另有救濟途徑，本件顯無解釋之必要，應不受理。

二、人民並無主動請求徵收之憲法上權利

按憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴，迭逕本院解釋在案。其保障核心包含「存續保障」及「支配自由保障」。前者在確保既有財產之存續狀態不會改變，以權利存續狀態之繼續維持為保護內涵；後者係確保在既有財產狀態下之使用、收益及處分之自由。

憲法所保障之財產權，不僅是基本權，亦是一種「制度性保障」，立法者得合憲地形成私有財產制度，而在合憲法律下，人民合法取得受保障之具體財產權，有對抗國家之防禦權限。國家為增進公共利益，固得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權予以限制，惟「國家依法行使公權力致人民之財產權遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應給予合理補償」（本院釋字第 440 號解釋參照）。

經過本院釋字第 336 號、第 400 號、第 440 號、第 564 號釋

憲實務發展，基於財產權之憲法保障，損失補償之原因有二類型：一是國家因公用或其他公益目的之必要，依法剝奪人民財產權，而形成特別犧牲之公用或公益徵收；一是國家公權力對人民財產之限制，雖未達權利剝奪之程度，但已逾越社會責任所應忍受之範圍，構成特別犧牲，而形成應予補償之財產權限制。二者皆是基於公益之必要，以「特別犧牲」為補償要素，前者著重財產權之剝奪，後者係指財產權剝奪以外之限制。而無論是徵收或是應予補償之財產限制，皆以法律有補償之明文規定為必要，詳言之，立法者是在形成財產權之內涵，或限制財產權，抑或徵收，應依從立法者之意志。當立法者意在形成財產權之社會義務，故法律無補償規定時，即使因已逾社會義務構成特別犧牲而違憲，人民僅能主張該當法律違憲，以除去侵害，亦不得請求補償。我國憲法雖未如德國基本法明定徵收制度，亦未如日本憲法為了調和財產權不可侵害之原則與私有財產權具有社會性之原則，明文設定補償制度¹，但經由學說與司法院大法官解釋的演進，已大致形成上述損失補償體系。至於公權力行為對人民造成之損失屬於財產權社會義務之範圍者，人民即應忍受，不生補償之問題。

特別犧牲係指國家為公共利益行使特定公權力，並非一般性，針對一般人產生同樣影響或限制，而是針對某些特定人，逾其社會責任所應忍受之範圍而課予不平等之負擔，使其必須忍受特別損失，基於平等原則，其損失應以租稅方式分配給全國人民分擔。日本通說亦認為，損失補償制度係藉著將基於對私有財產施加適法公權力行使而生之特別偶然之損失（犧牲）轉嫁於全體負擔，以實現正義與公平原則、平等原則之法技術手段²。

¹ 江義雄，日本法上「公益徵收」徵收補償制度之探討，中正大學法學集刊，創刊號，1998年7月，頁12。日本憲法第29條規定「（第1項）財產權不得侵犯。（第2項）財產權之內容應合於公共福利，由法律定之。私有財產在正當的補償下得收歸公用。」

² 矢島基美，財產權の制限と補償の要否，收錄於大石 真、石川健治編，Jurist 增刊 憲法の争点，有斐閣，2008年12月，頁155。

徵收係國家基於公共利益剝奪人民財產權，致生特別犧牲之行為，此一行為自須在同時給予人民補償之條件下始為憲法所允許。至於何種情形下國家得徵收及如何徵收，及徵收之條件與程序，係立法裁量，而何種具體情狀下應依法徵收，則係行政裁量。因徵收涉及公共政策與國家財政之規劃，人民自無請求國家徵收其財產權之憲法權利，本院歷來解釋如釋字第 400 號、第 440 號、第 516 號、第 579 號、第 732 號解釋等，亦未曾認人民有請求國家徵收其財產權之憲法上權利。基於憲法財產權之保障，國家甚至應在非徵收無法遂行其目的之情形下始得徵收人民之財產權，亦即徵收具最後手段性。

三、有關徵收之法律未賦予人民請求徵收之權尚難認係違憲

徵收本係國家以剝奪權利之方式侵及人民財產權之行為，僅僅在基於公共利益且予以補償下，始具容許性。人民基於憲法財產權之防禦功能所得請求者，係構成財產權特別犧牲下之補償以及排除違法侵害、填補其損害。是以，當國家實際掏空人民財產權之實質內容（例如事實上佔用或無法律依據禁止其使用）係出於違法有責之行為時，人民自應主張結果除去請求權或請求國家賠償等，而非請求補償，甚或徵收。是有關徵收之法律係對於國家進行徵收之規範，僅規定徵收之條件、範圍、補償及程序等，未賦予人民請求徵收權，尚難認係違憲。

但國家掏空人民財產權實質內容之行為，亦有可能係出於違法無責之行為或係基於一合法行為之外溢結果，因非違法行為，無從依前述結果除去請求權或請求國家賠償等途徑救濟，此時既已形成特別犧牲，自應予以人民補償，立法者應為補償之規定，而特別予以人民請求徵收（因已造成財產權之剝奪效果）之權利，亦能符合憲法保障財產權之意旨。例如土地法第 217 條規定：「徵收土地之殘餘部分，面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用時，所有權人得於徵收公告期滿 6 個月內，向直轄市或縣（市）地政機關要求一併徵收之。」（合法徵收範圍外之土地）；土地

徵收條例第8條第1項規定：「有下列各款情形之一者，所有權人得於徵收公告之日起一年內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請一併徵收，逾期不予受理：一、徵收土地之殘餘部分面積過小或形勢不整，致不能為相當之使用者。二、徵收建築改良物之殘餘部分不能為相當之使用者。」（合法徵收範圍外之土地、建築改良物）；共同管道法第14條第2項規定：「前項私有土地因共同管道系統之穿越，致不能為適當使用時，土地所有權人得於施工之日起至完工後1年內請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕。」（含第1項合法穿越以外部分之所有權）；大眾捷運法第19條第3項規定：「前二項私有土地及其土地改良物因大眾捷運系統之穿越，致不能為相當之使用時，土地及其土地改良物所有人得自施工之日起至完工後1年內，請求徵收土地及其土地改良物，主管機關不得拒絕。……」（含第1項、第2項合法穿越或徵收地上權範圍外之「所有權」）；獎勵民間參與交通建設條例第19條第2項規定：「前項土地因交通建設路線之穿越，致不能為相當使用時，土地所有權人得自施工之日起至開始營運後1年內，向主管機關請求徵收土地所有權，主管機關不得拒絕；……」（含第1項合法徵收地上權範圍外之「所有權」）³。

³ 共同管道法第14條第1項「共同管道系統以劃設於道路用地範圍為原則，如因工程之必要，得穿越公、私有土地之上空、地下或附著於建築物、工作物。但應擇其損害最少之處所及方法為之，並以協議方式補償。」大眾捷運法第19條第1項、第2項「（第1項）大眾捷運系統因工程上之必要，得穿越公、私有土地及其土地改良物之上空或地下，或得將管、線附掛於沿線之建物上。但應擇其對土地及其土地改良物之所有人、占有人或使用人損害最少之處所及方法為之，並應支付相當之補償。（第2項）前項須穿越私有土地及其土地改良物之上空或地下之情形，主管機關得就其需用之空間範圍，在施工前，於土地登記簿註記，或與土地所有權人協議設定地上權，協議不成時，準用土地徵收條例規定徵收取得地上權。」獎勵民間參與交通建設條例第19條第1項「民間機構興建本條例所獎勵之交通建設，需穿越公、私有土地之上空或地下，應與該土地管理機關或所有權人就其需用之空間範圍協議取得地上權。其屬公有土地而協議不成時，得由民間機構報請主管機關核轉行政院核定，不受土地法第25條之限制；其屬私有土地而協議不成時，準用徵收規定取得地上權後，租與民間機構使用，其租金優惠準用第10條之規定。」

四、本號解釋認土地所有權人得請求徵收地上權，其憲法根據、理由不明，且有矛盾，並可能產生嚴重不良後果

解釋理由書第3段根據釋字第440號解釋僅論述，依憲法第15條規定國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償。國家如徵收土地所有權、地上權，人民得請求合理補償等情，未論及人民有主動請求徵收之權利。而於解釋理由書第4段逕謂：「然國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。」其憲法依據、理由均無。所舉土地徵收條例第57條第2項規定，係需用土地人已依第1項規定（即系爭規定二）就穿越之空間範圍合法取得地上權（協議或徵收），而因穿越致穿越空間範圍外之部分不能為相當之使用者，土地所有權人得請求徵收土地所有權。蓋穿越空間範圍外之部分不在第1項地上權補償範圍，其不能使用之損失，因穿越屬合法，不能請求除去或國家賠償等，故法律特予主動請求徵收權以補償其損失。反之，未予徵收補償即違法穿越情形者不同，是無從依該規定論斷，有應賦予主動請求徵收之憲法上權利。

土地徵收第11條規定係關於需用土地人申請徵收土地之規範，第57條第1項係關於需用土地人申請徵收穿越空間範圍地上權之規範。如前所述，兩者規範範圍不同，且需用土地人須依上開規定合法取得該財產權（土地所有權或地上權），始得使用（穿越）該土地，如未依法取得即行使用，係違法侵害人民之財產權，基於憲法財產權之防禦功能，土地所有權得主張結果除去請求權或請求國家賠償等，以排除侵害，尚不得請求徵收。解釋理由書第5段將不同規範之系爭規定一、二及土地徵收條例第57條第2項規定相提併論，應不足持。

本號解釋雖將解釋範圍侷限於實際穿越土地之地上權，然依解釋理由書第4段，似對於已實際穿越，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，即應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。同理，是否已實際使用土地，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，亦應賦予人民主動請求徵收土地所有權以獲補償之權利？其影響範圍極廣。且如因實際使用，形成既成侵害，即許請求徵收，則如需用土地人為興辦事業欲使用之土地，不符合徵收要件，原不得使用該土地興辦事業，其逕違法使用，造成既成侵害，如許土地所有權人請求徵收，豈非許不合徵收要件者，亦得辦理徵收，應非妥適。

- 五、本件原因案件，聲請人以交通部臺灣區國道高速公路局（下稱高公局）興建北部第二高速公路（下稱北二高）木柵隧道時，未經其同意，穿越其私有土地之地下，請求依系爭規定一徵收該土地所有權。經查北二高該段路線於86年已完工通車（參聲請書第6頁），而土地徵收條例於89年2月2日始制定公布，北二高該段路線需用土地之徵收時，土地徵收條例尚未制定，有無適用？原因案件可否適用？本號解釋認系爭規定一、二違憲，並諭知聲請人得於本解釋送達後3個月內申請徵收地上權，無異認原因案件可適用土地徵收條例，使其溯及適用於條例制定前之案件？亦有可議。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第七四八號解釋

【同性二人婚姻自由案】

中華民國 106 年 5 月 24 日

院台大二字第 1060014008 號

解 釋 文

民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。

解釋理由書

本案聲請人之一臺北市政府為戶籍登記業務主管機關（戶籍法第 2 條參照），因所轄戶政事務所於辦理相同性別二人民申請之結婚登記業務，適用民法第 4 編親屬第 2 章婚姻（下稱婚姻章）規定及內政部中華民國 101 年 5 月 21 日台內戶字第 1010195153 號函（下稱系爭函，函轉法務部 101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函），發生有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，經由上級機關內政部層轉行政院，再由行政院轉請本院解釋。就婚姻章規定聲請解釋部分，核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 1 款及第 9 條規定相符，應予受理。另一聲請人祁家威因戶政事件，認最高行政法院 103 年度判字第 521 號判決（確定終局判決）所適用之民法第 972 條、第 973 條、第 980 條及第 982 條規定，侵害憲法保障之人格權、人性尊嚴、組織家庭之自由權，有牴觸憲法第 7 條、第 22 條、第 23 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項規定之疑義，聲請解釋，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，亦應受理。查上述兩件聲請案

所聲請之解釋均涉及婚姻章規定有無牴觸憲法之疑義，爰併案審理。本院並依大審法第13條第1項規定，於106年3月24日行言詞辯論。

聲請人臺北市政府主張婚姻章規定牴觸憲法第7條、第22條及第23條規定部分，其理由略稱：禁止相同性別人民結婚，限制人民婚姻自由所含之結婚對象選擇自由。然其目的重要性、手段與目的之關聯性，均不足以正當化上開限制，與憲法第23條比例原則不符；又以性傾向為差別待遇，應採取較嚴格之審查標準，禁止相同性別人民結婚非為達成重要公益之實質關聯手段，是婚姻章相關規定侵害人民受憲法第22條所保障之婚姻自由及第7條所保障之平等權等語。

聲請人祁家威主張民法第972條、第973條、第980條及第982條規定牴觸憲法第7條、第22條、第23條及憲法增修條文第10條第6項規定，其理由略稱：一、婚姻自由是人民發展人格與實現人性尊嚴之基本權利，而選擇配偶之自由乃婚姻自由之核心，受憲法第22條之保障，其限制應符憲法第23條之要件。然限制同性結婚既不能達成重要公益目的，目的與手段間亦欠缺實質正當，違反憲法第22條及第23條規定。二、憲法第7條所稱「男女」或憲法增修條文第10條第6項所稱「性別」，涵蓋性別、性別認同及性傾向，是以性傾向作為分類基礎之差別待遇，應採較為嚴格之審查基準；以限制同性結婚作為鼓勵生育之手段，其手段與目的間亦欠缺實質關聯，應認違反平等權之意旨。三、憲法增修條文第10條第6項課予國家消除性別歧視，積極促進兩性地位實質平等之義務，立法者本應積極立法保障同性結婚權，卻長期消極不作為，已構成立法怠惰等語。

關係機關法務部略稱：一、司法院大法官歷來解釋所承認之「婚姻」，均係指一夫一妻、一男一女之結合。「選擇與同性別者締結婚姻之自由」尚難謂為憲法第22條所保障婚姻自由之範疇。有關同性伴侶之權益，宜循立法程序，採取適當之法制化途徑加以保障。二、民法係規範私人間社會交往之「社會自主立法」，親屬法制應尊重其實事先在之特色，對於「婚姻上之私法自治」，立法機關自有充分之形成自由。有關婚姻之規定，係立法者考量「一夫一妻婚姻制度之社會

秩序」，基於對婚姻制度之保護所制定，具有維護人倫秩序、男女平等及養育子女等社會性功能，並延伸為家庭與社會之基礎，目的洵屬正當，與維護婚姻制度目的之達成有合理關聯，並非立法者之恣意。是婚姻章規定並未違憲等語。

關係機關內政部略稱：該部為戶籍登記業務主管機關。結婚要件之審查係依據民法主管機關法務部之函釋意旨辦理。至婚姻章規定是否違憲，尊重法務部之意見等語。

關係機關臺北市萬華區戶政事務所略稱：依據民法主管機關法務部之函釋，婚姻章規定之婚姻，限於一男一女之結合關係。至此等規定是否違憲，似由大法官解釋為宜等語。

本院斟酌全辯論意旨，就聲請人聲請解釋婚姻章相關規定部分，作成本解釋，理由如下：

查聲請人祁家威於75年間以「請速立法使同性婚姻合法化」為由，向立法院提出請願，經該院司法委員會全體委員會議討論，並參酌司法院代表意見（略稱：「……婚姻之結合關係，非單純為情慾之滿足，此制度，常另有為國家、社會提供新人力資源之作用，關係國家社會之生存與發展，此與性共同戀之純為滿足情慾者有別……。」）及法務部代表意見（略稱：「同性婚姻與我國民法一男一女結婚之規定相違，其不僅有背於社會善良風俗，亦與我國情、傳統文化不合，似不宜使之合法化。」）作成審查決議：「本案請願事項，無成為議案之必要……。」並經立法院75年第77會期第37次會議通過在案（立法院75年6月28日議案關係文書院總第527號、人民請願案第201號之330參照）。嗣祁家威向法務部及內政部請願未果。法務部於83年8月11日發布（83）法律決字第17359號函：「查我國民法對結婚之當事人必須為一男一女，雖無直接明文規定，惟我國學者對結婚之定義，均認為係『以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係』，更有明言同性之結合，並非我國民法所謂之婚姻者……。而我國民法親屬編之諸多規定，亦係建構在此等以兩性結合關係為基礎之概念上……。從而，我國現行民法所謂之『結婚』，必為一男一女結合關

係，同性之結合則非屬之。」（並參見該部 101 年 1 月 2 日法律字第 10000043630 號函、101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函、102 年 5 月 31 日法律字第 10203506180 號函，意旨相同）祁家威於 87 年間向臺灣臺北地方法院請求辦理公證結婚被拒，未提起司法救濟；於 89 年間再度向該院請求辦理公證結婚遭拒，經用盡審級救濟程序，向本院聲請解釋。本院於 90 年 5 月以其聲請並未具體指明法院裁判所適用之法律或命令有何牴觸憲法之處，議決不受理。祁家威再於 102 年間至臺北市萬華區戶政事務所申請辦理結婚登記被拒後，提起行政爭訟，於 103 年 9 月經最高行政法院判決駁回確定後，於 104 年 8 月向本院聲請解釋。核祁家威向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權，已逾 30 年。

次查，95 年間立法委員蕭美琴等首度於立法院提出「同性婚姻法」草案，因未獲多數立法委員支持，而未交付審查。嗣 101 年及 102 年間由婚姻平權運動團體研議之相關法律修正建議，獲得立法委員尤美女等及鄭麗君等支持，分別提出民法親屬編部分條文修正草案，及民法親屬、繼承編部分條文修正草案，首度交付司法及法制委員會審查，並召開公聽會聽取各方意見，終因立法委員任期屆滿而未能完成審議。105 年間，立法委員尤美女等提出民法親屬編部分條文修正草案，時代力量黨黨團、立法委員許毓仁、蔡易餘等亦分別提出不同版本法案，於同年 12 月 26 日經司法及法制委員會初審通過多個版本提案。惟何時得以進入院會審查程序，猶未可知。核立法院歷經 10 餘年，尚未能完成與同性婚姻相關法案之立法程序。

本件聲請涉及同性性傾向者是否具有自主選擇結婚對象之自由，並與異性性傾向者同受婚姻自由之平等保護，為極具爭議性之社會暨政治議題，民意機關本應體察民情，盱衡全局，折衝協調，適時妥為立（修）法因應。茲以立（修）法解決時程未可預料，而本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院懷於憲法職責，參照本院釋字第 585 號及第 601 號解釋意旨，應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷。爰本於權力

相互尊重之原則，勉力決議受理，並定期行言詞辯論，就上開憲法爭點作成本解釋。

按本院歷來提及「一夫一妻」、「一男一女」之相關解釋，就其原因事實觀之，均係於異性婚姻脈絡下所為之解釋。例如釋字第 242 號、第 362 號及第 552 號解釋係就民法重婚效力規定之例外情形，釋字第 554 號解釋係就通姦罪合憲性，釋字第 647 號解釋係就未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有配偶得享有之稅捐優惠，釋字第 365 號解釋則係就父權優先條款所為之解釋。本院迄未就相同性別二人得否結婚作成解釋。

婚姻章第 1 節婚約，於第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」明定婚約必須基於男女當事人二人有於將來成立婚姻關係之自主性合意。第 2 節結婚，於第 980 條至第 985 條規定結婚之實質與形式要件，雖未重申婚姻應由男女當事人自行締結，然第 972 條既規定以當事人將來結婚為內容之婚約，限於一男一女始得訂定，則結婚當事人亦應作相同之解釋。再參酌婚姻章關於婚姻當事人稱謂、權利、義務所為「夫妻」之相對應規定，顯見該章規定認結婚限於不同性別之一男一女之結合關係。結婚登記業務中央主管機關內政部依民法主管機關法務部有關「婚姻係以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係」之函釋（法務部 83 年 8 月 11 日（83）法律決字第 17359 號函、101 年 1 月 2 日法律字第 10000043630 號函、101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函、102 年 5 月 31 日法律字第 10203506180 號函參照），函示地方戶政主管機關，就申請結婚登記之個案為形式審查。地方戶政主管機關因而否准相同性別二人結婚登記之申請，致相同性別二人迄未能成立法律上之婚姻關係。

適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由（本院釋字第 362 號解釋參照）。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第 22 條之保障。按相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，既不影響不同性別

二人適用婚姻章第1節至第5節有關訂婚、結婚、婚姻普通效力、財產制及離婚等規定，亦未改變既有異性婚姻所建構之社會秩序；且相同性別二人之婚姻自由，經法律正式承認後，更可與異性婚姻共同成為穩定社會之磐石。復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第22條婚姻自由之保障。現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，顯屬立法上之重大瑕疵。於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由之意旨有違。

憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」本條明文揭示之5種禁止歧視事由，僅係例示，而非窮盡列舉。是如以其他事由，如身心障礙、性傾向等為分類標準，所為之差別待遇，亦屬本條平等權規範之範圍。

現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。按憲法第22條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等（註1）。目前世界衛生組織、汎美衛生組織（即世界衛生組織美洲區辦事處）（註2）與國內外重要醫學組織（註3）均已認為同性性傾向本身並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第7條保障平等權

之意旨。

究國家立法規範異性婚姻之事實，而形成婚姻制度，其考量因素或有多端。如認婚姻係以保障繁衍後代之功能為考量，其著眼固非無據。然查婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件；亦未規定結婚後不能生育或未生育為婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，是繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素。相同性別二人間不能自然生育子女之事實，與不同性別二人間客觀上不能生育或主觀上不為生育之結果相同。故以不能繁衍後代為由，未使相同性別二人得以結婚，顯非合理之差別待遇。倘以婚姻係為維護基本倫理秩序，如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等為考量，其計慮固屬正當。惟若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定，並不影響現行異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序。是以維護基本倫理秩序為由，未使相同性別二人得以結婚，顯亦非合理之差別待遇。凡此均與憲法第7條保障平等權之意旨不符。

慮及本案之複雜性及爭議性，或需較長之立法審議期間；又為避免立法延宕，導致規範不足之違憲狀態無限期持續，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至以何種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成法律之修正或制定者，相同性別二人為成立以經營共同生活為目的，具有親密性及排他性之永久結合關係，得依婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記，並於登記二人間發生法律上配偶關係之效力，行使配偶之權利及負擔配偶之義務。

現行婚姻章有關異性婚姻制度之當事人身分及相關權利、義務關係，不因本解釋而改變。又本案僅就婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，

是否違反憲法第 22 條保障之婚姻自由及第 7 條保障之平等權，作成解釋，不及於其他，併此指明。

聲請人臺北市政府另以系爭函有違憲疑義聲請解釋部分，經查該函為內政部對於臺北市政府就所受理相同性別二人申請結婚登記應否准許所為之個案函復，非屬命令，依法不得為聲請憲法解釋之客體。依大審法第 5 條第 2 項規定，應不受理，併予敘明。

附註：

註 1：例如世界精神醫學會（World Psychiatric Association; 簡稱 WPA）於 2016 年發布之「性別認同與同性性傾向、吸引與行為立場聲明」（WPA Position Statement on Gender Identity and Same-Sex Orientation, Attraction, and Behaviours）認性傾向係與生俱來，並由生物、心理、發展與社會因素等所決定（innate and determined by biological, psychological, developmental, and social factors）（該文件見 http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=7&content_id=1807，最後瀏覽日 2017/5/24）。美國聯邦最高法院於 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), 135 S. Ct. 2584, 2596 (2015) 一案中亦肯認近年來精神科醫師及其他專家已承認性傾向為人類的正常性表現，且難以改變（Only in more recent years have psychiatrists and others recognized that sexual orientation is both a normal expression of human sexuality and immutable.）（該判決全文見 https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf，最後瀏覽日 2017/5/24）。

註 2：世界衛生組織於 1992 年出版之「疾病和有關健康問題的國際統計分類」第 10 版（The Tenth Revision of the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD-10）2016 年修正版第 5 章雖仍保留「F66 與性發展和性傾向相關聯之心理和行為異常」（Psychological and behavioural disorders associated with sexual development and orientation）疾

病分類，然明確指出「性傾向本身不應被認為異常」（Sexual orientation by itself is not to be regarded as a disorder.）（見 <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F66>，最後瀏覽日 2017/5/24）。汎美衛生組織即世界衛生組織美洲辦事處（Pan American Health Organization, Regional Office of the WHO）所發布之「對不存在之疾病給予治療」（“CURES” FOR AN ILLNESS THAT DOES NOT EXIST）文件亦明載：「目前專業上共識認為，同性戀是人類性行為的一種自然的不同的型態表現……」（There is a professional consensus that homosexuality represents a natural variation of human sexuality…），且同性戀之任何個別表徵均不構成異常或疾病，故無治療之必要（In none of its individual manifestations does homosexuality constitute a disorder or an illness, and therefore it requires no cure.）（該文件見 http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=17703&Itemid=2057，最後瀏覽日 2017/5/24）。

註 3：國外醫學組織部分，除前揭註 1 所列世界精神醫學會發布之「性別認同與同性性傾向、吸引與行為立場聲明」外，美國心理學會（American Psychological Association）於 2004 年發布，並於 2010 年再確認之「性傾向與婚姻」（Sexual Orientation and Marriage），亦表示自 1975 年以來心理學家、精神醫學專家均認為同性性傾向非精神疾病，亦非精神疾病之徵狀（該文件見 <http://www.apa.org/about/policy/marriage.aspx>，最後瀏覽日 2017/5/24）。

國內醫學組織部分，台灣精神醫學會於 2016 年 12 月發表「支持多元性別／性傾向族群權益平等和同性婚姻平權之立場聲明」，認為非異性戀之性傾向、性行為、性別認同以及伴侶關係，既非精神疾病亦非人格發展缺陷，而是人類發展多樣性之正常展現，且同性性傾向本身並不會造成心理功能的障礙，無治療的必要（該文件見 http://www.sop.org.tw/Official/official_27）。

asp，最後瀏覽日 2017/5/24）。台灣兒童青少年精神醫學會於 2017 年 1 月發表「性別平權立場聲明」，認為任何性傾向都是正常的，不是病態或偏差（該文件見 http://www.tscap.org.tw/TW/News2/ugC_News_Detail.asp?hidNewsCatID=8&hidNewsID=131，最後瀏覽日 2017/5/24）。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 吳陳鏐 蔡明誠
林俊益 許志雄 張瓊文 詹森林
黃昭元

（黃瑞明大法官迴避審理本案）

部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

我們都是生活、生長在臺灣這塊土地上的兄弟姐妹。緣於手心手背都是肉，深刻感受正反雙方之極高度關切，情緒乃因之澎湃，對於本件解釋之即將公布，內心之中只有哀矜沒有喜悅（縱使打贏訴訟，法律人也應難有喜悅，因為訴訟之於當事人是苦啊！）久久難以下筆，但職責所在不能不寫。所以難下筆是因為看到大家的苦（本院及我個人所收到數量相對眾多的反方陳情書及幾位姐妹雨中吶喊所欲表達的對後代子孫的關懷、對傳統婚姻可能被改變的恐懼¹）、感受到痛（如祁先生親口述說的數十年的煎熬），大家的不安，大家對大法官們的殷殷企盼，怎能不回應呢？！

首先想對雙方說：依我的認知本件解釋未為婚姻下新定義，未排除任何可能的立法形式（不論是修民法或立專法，未排除民法婚姻章、也未排除伴侶法），因為本於權力分立原則，立法形式屬於立法機關

¹ 經計算結果，本席所收到之陳情書（有自稱法庭之友者），包括致本院而由本院轉發及逕寄本席者，共超過 200 封；每封所含陳情書份數不一，有多份共為一封者；其中超過四分之三封數，係反方陳情書。除由此感受到雙方高度關切之情外，對不論正或反意見之提供，均併此表示感謝。

權責，本院理應尊重之。本件解釋可能因而不完全符合任何一方的希望，故深知絕稱不上可即定紛止爭。但每一位大法官包括作成解釋所需之多數意見大法官在內之實質觀點雖然各自不均同：或認應直接為婚姻下新定義、直接修改民法婚姻章；或認異性婚姻、同性婚姻平行（如二平行線，永不相交）併存，實質重於形式，名稱非不可為婚姻以外之專法如伴侶法；或認應給予平等保護，但不能以婚姻名之等等。惟在作成解釋之法定有限時間下，每一位大法官或可說均已盡力，並共期本件解釋能拉近正反雙方的距離。在此謹呼籲雙方：請珍惜臺灣這一塊我們共存的美麗寶島，請考量我們的資源有限，實在無法承擔過多的紛爭與對立，請相互忍讓，切勿再撕裂彼此的關係。相信如果能多一點溝通、少一些誤解，並嘗試易地而處，多一點理解，則或可異中求同，增加共識，才有機會創造雙贏。更期待行政、立法機關在司法機關力所不能、不應及之部分，進一步居中調和正反差異，妥適立法，縫合裂痕。

努力維護傳統婚姻的兄弟姐妹們：由你們寄來的數量眾多的陳情書可以看出你們不是不理性的。你們心中的罣礙不是個人私利，你們也能理解同志的苦及同意給予他們法律上適當的保障。你們不安的是倉促立法或解釋的無法預期掌控之後果，特別擔憂的是對我們的心頭肉——孩子們難以承受的可能衝擊，這種如痴心父母的對人類永續繁衍的愛與關懷，怎能不令人動容，當然應該被重視及感謝。但無常是宇宙自然法則，任何制度包括婚姻都會不斷地、並可能在我們不知不覺中悄悄變化；所以變是常，不變反可能是異常，永久不變，則無斯理！請接納變性人、同志，如果你的家人中有同志並想成立永久結合關係，請儘可能給予與（異性）婚姻同等之祝福，並請先能支持立法實質保護同性永久結合關係。至於同性永久結合關係之名稱及法律效果是否可更貼近（異性）婚姻，甚至在未來是否有可能形成為婚姻下新定義的共識，則就請保持開放的心。如果未來那一天，我們多數已能放心，那又有何不可呢？

主張應許相同性別二人得成立永久結合關係的兄弟姐妹們：我何

其有幸，能非經由二手傳播，而是基於從小生長的生活經驗，讓我因親身見聞周遭人的舉止，進而對生理性別與心理性別認同可能不一致，有所認知，且我所看到的這個案例有可能是出於天生（其他案例情形因未親自見聞，故不敢表示意見），而不涉是非對錯，並對性別認同部分之科學研究理解接納，同時本於同理心，對這種生理性別與心理性別認同不一致者的苦，能感同身受。我更清楚及同意相同性別二人成立永久結合關係確實有與現行（異性）婚姻制度的功能之一，即因二人間相互扶持而有分擔國家對國民照護負擔之相類功能，進而對社會秩序之穩定，有所助益。在此不婚及離婚率日高的現實社會氛圍下，不論異性別二人或相同性別二人如擬成立永久結合關係，成立兩人家庭，不但法律均未禁止，且單從為分擔國家負擔觀點出發，也都應予支持。但在部分法律人之「德國式伴侶法平等但隔離不是真平等」呼聲下，我理解你們不以成立永久結合關係為滿足，你們希望重新定義婚姻。然而，婚姻制度與其他制度同，涉及法律規定，有受法律保障之面向，但其實法律的本旨是用來規範（拘束，比如：可不可以作、應不應該作）人民的。前述法律人的說法是建立在平等原則中之「等者等之」上，姑且不論該原則有下一句「不等者不等之」；更何況何謂「等者等之」中的第一個「等」字？是「二者相同」之意思！也就是說二個相同之人事物才有應被平等對待之問題，故關鍵在是否相同。因此，運用於本件，關鍵就在於相同性別二人與不同性別二人之婚姻關係，二者是否完全相同？拋開上開部分法律人的主張，你們的想法呢？對此都毫無懷疑嗎？跟對傳統異性婚姻無疑般，那麼想當然爾嗎？還是可能非那麼想當然爾，而是也認為可能是見仁見智呢？果如此，則其他兄弟姐妹的意見甚至立法上如作變更婚姻定義外之其他選擇，是不是不宜當然視之為「歧視」呢？而是否應認為這只是觀念見解不同，有待溝通，甚至可棄形式爭執而取實質呢？法律不是萬能，法律如無多數人民之共識作基礎，而企圖經由法律立即強制改變既有觀念，其為不可行，不能解決問題，不待多言。婚姻定義如要改變，涉及觀念的變更，需要時間！請再耐心溝通。在未來，如能以事實證

明：就子女之照護，同性結合與異性婚姻等無差別時，還有再不重新定義婚姻的道理嗎？讓大家一起努力吧！又如果父母無法接受，也請了解可能係出於天下父母對子女之愛心，希望你們能尊重父母、將心比心理解體諒父母；另唯有親子間耐心努力溝通，才有化解彼此間歧見之機會。

從以上所述，大家是不是已能理解我個人對於本件解釋，有部分同意，但也有不能同意之部分。以下我將本於我對這塊土地及全體臺灣同胞的愛，盡我的言責，誠實並清楚說明我的看法及我所本的理由，請大家指正，並請了解我最希望的是正反意見之法律人及其他專業人士能一齊協助促成共識，大家能耐心地透過理性相互對話，不要再受那麼多苦：

壹、我同意什麼？及我同意的理由

一、我同意：相同性別之二人有權自主決定永久結合關係，相互扶持，應以法律對此種結合給予適當保護。

二、我同意之理由：滿 20 歲者，依法有完全行為能力，有權自主決定為或不為特定法律行為，包括結不結婚、與誰（何一異性）結婚，也包括與異性別或同性別之人成立婚姻以外一時或永久結合關係。上開結合關係雖屬個人一般行為自由範疇，但因現行法律就上開結合關係沒有限制禁止，故根本不生違憲與否之問題。然則上開結合除已可能經由現行民法親屬編有關家長家屬關係作部分處理外，現行法律確實也沒有給予制度保護。而鑑於此種二人間相互扶持之永久結合關係，具有與傳統異性婚姻之功能之一即經由二人之相互扶持可分擔國家對國民之照護負擔，且有穩定社會秩序之作用，而傳統異性婚姻既因具有該功能而依本院諸多解釋應受國家制度保障，則同理，就本件所涉及之相同性別二人之永久結合關係，立法機關也應針對其與傳統異性婚姻相類部分，至少於該二人間，以立法給予相類於婚姻此部分功能之保障，始符憲法第 7 條平等權保障之意旨。

貳、我不同意什麼？及我不能同意之理由

一、我不同意：本件解釋中關於婚姻自由部分之論述。

我不同意之理由：

- 1、何謂「婚姻自由」？本件解釋文前段只提及「永久結合關係」；後段固提及「婚姻自由」，但除於解釋理由書曾引本院釋字第362號解釋稱：「適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包括是否結婚暨與何人結婚之自由」外，並沒有關於「婚姻」之定義。而本件解釋理由書復稱：「按本院歷來提及『一夫一妻』、『一男一女』之相關解釋，就其原因事實觀之，均係於異性婚姻脈絡下所為之解釋。例如釋字第242號、第362號……」，則豈得以本院針對異性婚姻所為之結婚自由（指異性二人是否結婚及與何一異性結婚）之解釋，直接套用於原因事實不同之相同性別二人間之關係？傳統婚姻係單指異性婚姻，並無爭議，則在未重新定義「婚姻」之前提下，如何可以飛越而以異性婚姻定義下之結婚自由，推論出相同性別二人間之永久結合關係涉及「婚姻自由」？此一推論明顯有邏輯上之謬誤且理由不備。
- 2、本件解釋中所稱「婚姻自由」充其量應只適宜用以說明相同性別二人間之永久結合關係，與現行單指異性二人間之婚姻制度有可資相類比之處，從而相同性別二人間之永久結合關係應受相類於婚姻之保護而已，不能也不足憑以肯認其他。就此，本件解釋未先為完整說明，即逕使用「婚姻自由」字眼，易滋不同解讀之困擾，亦難贊同。
- 3、尤有進者，大法官是釋憲者，不是制憲者，就本件爭議相關法律也無立法權，因此，除本件解釋未明文為婚姻一詞下新定義外，本院無權也不適宜於本件解釋中為婚姻下新定義：

婚姻制度歷史悠久，是先於憲法、法律而存在者。

經查我國憲法條文中，並未直接提及「婚姻」兩字，故在我國，究有無「婚姻自由」基本權，特別是有無相同性別者間之「婚姻自由」基本權，應有疑義。又婚姻之應受國家制度保障，非緣於憲法明文，此與德國基本法第6條第1項有明文規定特予保障婚姻者不同。在我國，婚姻應受國家制度保障緣於本院釋字第552號及第554號等解釋。而本院前輩大法官作成應對婚姻及家庭給予憲法制度保障之理由，乃分別基於(1)一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障（本院釋字第552號解釋理由書第1段第1句參照）；(2)婚姻與家庭係社會形成與發展之基礎（本院釋字第554號解釋文第1句參照）。即關於婚姻之受憲法制度保障乙節與憲法第22條規定之其他自由權無涉，無寧係本於婚姻制度為先驗之事實；至於憲法第7條平等權保護部分，前輩大法官之解釋係針對一夫一妻之婚姻，並本於男女平權而為，與本件聲請原因事實係相同性別者間，無關男女平權者，迥不相同。因此，由本院前解釋推導不出所謂相同性別二人間之永久結合關係與憲法第7條平等權及第22條其他自由權間之關聯，尤其推導不出相同性別二人有所謂受憲法第22條保護之「婚姻自由」基本權。又在我國，既然憲法未明文規定保護婚姻制度，又無法由憲法第7條及第22條當然推導出來相同性別二人有所謂受憲法保障之「婚姻自由」基本權，則多數意見以有該所謂婚姻自由基本權為前提之立論依據，顯非無疑。本件解釋文及理由書均未明說其立論依據。或謂係假託於打破婚姻之藩籬，認婚姻不以異性之永久結合為限（此說明顯忽略：在婚姻之外，異性間存在著同居方式之永久結合事實，即二人之親密性、排他性永久結合關係與婚姻間確存在

著差異，不能即等於婚姻）。惟查：(1) 本件解釋未如是說；(2) 婚姻制度不但歷史久遠，並可說是人類文明社會賴以永續之最重要制度，大法官如果要透過解釋變更婚姻定義，能不明說嗎？既未明說，則應認為並未形成變更婚姻定義之共識。(3) 尤有進者，婚姻制度是先於憲法而存在，大法官只是釋憲者，大法官若想透過釋憲而變更婚姻之定義，所為無異於制憲，但大法官無權制憲。另本件解釋不是已本於權力分立原則，因立法形式屬其他機關權責，故對此表示尊重嗎？怎可能或可以又自打嘴，越權限制立法權而陷於自我矛盾呢？！

4、醫學界之聲明，不能作為變更既有婚姻定義之依據：

本件解釋主要係以醫學界之聲明及稱性傾向難以（被）改變之科學研究（未述及是否能自己改變；又姑不論就此尚有爭議，且縱然不可被當作疾病強迫治療，不等於當事者自己不可以尋求醫療協助）作為依據，但以既有一方立場意見者之聲明作為依據，是否妥當已非無疑，客觀上更不足以昭折服；另性傾向難以被改變，與婚姻定義是否應改變間沒有直接關聯，故不應即憑以變更婚姻定義。

5、本件未經相關全部專業人士均參與，且相關必要資訊尚未臻完足，故變更婚姻定義之條件尚未成熟，現階段不宜即變更婚姻之定義：

尤其婚姻制度之為先於憲法、法律以及醫學而存在者，其與整體國家社會甚至全體人類均相關，所牽涉的領域豈止法律、醫學而已，本件解釋之作成並未由法律人以外之婚姻制度相關專業人士之參與，醫學部分充其量也只是限於性傾向方面之一些仍在發展中之研究（自承性傾向之原因仍不明云云），故本質上尚不具備相關必要資訊均已完整、條件已成熟而適宜作成變更婚姻定

義之地位。

- 6、而且本件解釋理由書自承本件解釋範圍只限於民法親屬編婚姻章，而不及於其他，即其他衍生之效果、及對其他人之憲法保障之基本權之影響，均不在本件解釋範圍，或仍留待立法形成，或尚待進一步研究判斷，則法律效果猶待確定，對其他人基本權之可能影響尚待斟酌，從而均尚不在本院多數共識範圍，當然不可能逕謂婚姻定義已然被變更？！本件解釋中使用同性婚姻、結婚字樣充其量只是顯示部分大法官之個人意見可能傾向而已。

二、我不同意：相同性別二人之永久結合關係與異性別二人之婚姻係等無差別，及不能以是否有自然生育子女可能作為對二者為差別待遇之依據。

我不同意之理由：

- 1、本院釋字第 554 號解釋文開宗明義，揭示：婚姻及家庭係社會形成與發展之基礎。試問：無自然生育子女可能之同性別二人之結合如何得為社會形成與發展之基礎？
- 2、婚姻章是民法親屬編之一章，由立法體例可知：婚姻確係親屬關係之根本，所有親屬關係因婚姻關係而衍生；其衍生之常態表現方式不正是因婚姻而自然生育子女嗎？
- 3、除了「同性別二人」與「異性別二人」二詞本身其首字即有「同」與「異」之不同，已不可視而不見強曰二者相同外，二者確有「有無自然生育子女可能」之大不同，且此一不同直接與婚姻制度之所以應受憲法保障之「社會之形成與發展」目的之有與無之差異相關，則怎得謂同性別二人之永久結合等同於傳統異性婚姻而無差別呢？！
- 4、本件解釋理由書說：「如認婚姻係以保障繁衍後代之功能為考量，其著眼固非無據。然查婚姻章並未規定異性二人結婚須以具有生育能力為要件；亦未規定結婚後不能生育或未生育為婚姻無效、得撤銷或裁判離婚之事由，

是繁衍後代顯非婚姻不可或缺之要素」。這是極端法條化的思維！如果不是為繁衍後代目的，而因婚姻在常態下，可被期待有潛在生育可能，國家為何應給予婚姻制度保障？舊有七出之一之不能生育不再作為離婚事由，是因男女應平權及本於溫暖人道關懷，絕不可冰冷地被用來作為決定甚至變更婚姻定義之理由；依民法第995條規定，不能人道得撤銷婚姻，這條規定是民國19年時之立法，難道這條的立法目的只為了宣洩性慾，沒有繁衍後代的寓意嗎？民國19年時的立法背景可以無視，考量婚姻的核心價值時，可以不通盤思量，而只從親屬編的一個章節有限數量條文的文義作表面解讀嗎？每一個人都是人生、父母養的，我國歷年之「人口身分變更統計資料」（如附件）顯示：年被收養人數約只有年出生人數之百分之一（另由收養欄與終止收養欄比對：近五年之終止收養人數約為被收養人數之一半，收養關係不甚穩定，令人擔憂）、年被認領人數則約為年出生人數之百分之二，再以年結婚對數與年出生人數相對應：應可推知百分之九十五以上之新生嬰兒來自異性二人之結婚，從而繁衍後代與婚姻即傳統異性婚姻間有不可切割並極其重要之關聯，繁衍後代、生養子女當然是婚姻之最重要核心內涵（本院釋字第554號解釋理由書亦肯定養育子女為婚姻之重要功能）。本件解釋竟否定之，自難以贊同。

- 5、本件解釋理由書又說：承認同性別二人之婚姻自由對傳統異性婚姻沒有影響。但一男一女、一夫一妻是傳統異性婚姻的核心要素（本院釋字第552號解釋參照），如以重新定義婚姻之方式，承認同性別二人之永久結合關係（更何況二人之親密性、排他性永久結合關係不等於婚姻，由異性同居非婚姻即可證之），是根本顛覆傳統異性婚姻制度，且涉及包括民法及其他相關法律在內之龐大立

法、修法工程，怎可以「沒有影響」一句話輕輕帶過呢？需要龐大立法、修法工程之事實，不正足證同性別二人之永久結合關係與現行婚姻制度有大大差異嗎？！

6、本件解釋理由書還說：不能因性傾向而作差別待遇。但等者等之、不等者不等之，斯為平等真意。如上所述，相同性別二人之永久結合關係與現行婚姻制度既有大不同，本已不生不當差別待遇問題。又上開論述如何能得到相同性別二人之永久結合關係與傳統異性婚姻間應等無差別之結果，暨在立法形成前，無立法權之本院應無權置喙，因為尚無可憑以指為不當差別待遇之客體存在。即本件解釋之說理等亦有不足，難以服人。

7、男女有別！很八股嗎？但諸多心理學、腦神經科學研究不也證實男女確實不同嗎？！從我們大家都最關心的保護子女的觀點來看：一般而言子女需要父與母，不論嚴父慈母、嚴母慈父、父慈母愛、母慈父愛。有人說：母兼父職、父兼母職，這值得敬佩，但有點辛苦，更非常態。由一些陳情書中，我們看到贊成方舉出一些照護子女有方之案例，就此表示感佩。但是由少數個案還不能即推導出：二父或二母與父母雙全等無差別，這仍需進一步觀察研究及證明。

參、等者等之、不等者不等之，這是憲法第7條平等權的完整意涵。到目前為止，我仍確信相同性別二人之永久結合關係與已受憲法制度保障之傳統異性婚姻間有本質上差異，我也不認為已到重新定義婚姻之時刻。更因為大法官現階段之職責，只需判斷法律對相同性別二人間永久結合關係之保護是否已足，故我不認為大法官有權及適宜，於中央主管機關法務部已表態擬制定伴侶法專法，及立法院司法及法制委員會已針對本問題完成多個不同版本法案審查之此時此刻，就法律應如何保護相同性別二人永久結合關係之立法形式，過度表態，我並認為應盡最大可能避免引人誤解，

以免招來踰越釋憲權、僭越立法權之譏。

肆、基於以上理由，爰為部分不同意見書。

伍、本件解釋給予立法機關兩年立法、修法時間，本院認為應已足以完成相關立法、修法。但為因應萬一不及完成立法之情形，本件解釋文末句乃設有關逾期完成處理時，得依（有適用及準用兩種意義）婚姻章規定辦理結婚登記之諭知，此一諭知僅適用於二年期滿（而未及完成立法、修法）後至完成立法、修法間之過渡期間，即係用備暫時性、過渡性之措置，沒有也無意僭越或取代立法，併此敘明。

附件

資料來源：內政部戶政司全球資訊網，<http://www.ris.gov.tw/346>，最後瀏覽日：106年5月23日。

人口身分變更統計資料

按登記日期統計

單位：人；對

年 別	人口總數	遷 入	遷 出	出 生	死 亡	認 領	收 養	終止收養	結婚對數	離婚對數
民國70年 1981	18,193,955	1,541,191	1,536,683	414,069	87,192	3,261	8,837	1,994	167,165	14,867
民國71年 1982	18,515,754	1,658,685	1,653,054	405,263	87,578	2,982	9,524	1,987	161,780	16,951
民國72年 1983	18,790,538	1,564,253	1,580,995	383,439	90,951	2,873	9,424	1,910	158,295	17,520
民國73年 1984	19,069,194	1,596,464	1,596,912	371,008	89,915	2,784	9,017	1,965	155,074	19,015
民國74年 1985	19,313,825	1,602,553	1,610,666	346,208	92,348	2,700	5,954	1,968	153,562	21,159
民國75年 1986	19,509,082	1,582,294	1,598,600	309,230	95,057	2,488	4,836	1,934	145,591	22,381
民國76年 1987	19,725,010	1,623,900	1,623,413	314,024	96,319	2,495	4,432	1,402	146,075	23,054
民國77年 1988	19,954,397	1,644,707	1,652,511	342,031	102,113	2,568	4,185	1,383	155,321	25,008
民國78年 1989	20,156,587	1,593,063	1,601,500	315,299	103,288	2,680	3,987	1,236	158,015	25,097
民國79年 1990	20,401,305	1,558,429	1,543,397	335,618	105,669	2,275	4,035	1,192	142,753	27,445
民國80年 1991	20,605,831	1,477,764	1,489,892	321,932	106,284	2,352	3,873	1,051	162,766	28,287
民國81年 1992	20,802,622	1,536,084	1,551,843	321,632	110,516	2,278	3,929	1,049	169,234	29,191
民國82年 1993	20,995,416	1,584,102	1,606,453	325,613	110,901	2,411	3,676	997	157,780	30,200
民國83年 1994	21,177,874	1,597,045	1,622,135	322,938	113,866	1,875	3,630	1,023	170,864	31,899
民國84年 1995	21,357,431	1,648,105	1,678,379	329,581	119,112	2,037	3,654	1,090	160,249	33,358
民國85年 1996	21,525,433	1,616,073	1,651,503	325,545	122,489	4,618	3,777	1,007	169,424	35,875
民國86年 1997	21,742,815	1,704,992	1,692,612	326,002	121,000	5,542	4,015	994	166,216	38,986
民國87年 1998	21,928,591	1,635,617	1,598,111	271,450	123,180	5,340	4,083	913	145,976	43,603
民國88年 1999	22,092,387	1,444,021	1,437,773	283,661	126,113	5,555	4,042	1,014	173,209	49,003
民國89年 2000	22,276,672	1,381,843	1,376,912	305,312	125,958	6,044	3,988	930	181,642	52,670
民國90年 2001	22,405,568	1,373,363	1,377,174	260,354	127,647	5,804	3,510	897	170,515	56,538
民國91年 2002	22,520,776	1,452,575	1,456,261	247,530	128,636	5,579	3,453	927	172,655	61,213
民國92年 2003	22,604,550	1,273,526	1,286,021	227,070	130,801	4,842	3,072	834	171,483	64,866
民國93年 2004	22,689,122	1,264,937	1,261,692	216,419	135,092	4,940	2,752	945	131,453	62,796
民國94年 2005	22,770,383	1,442,018	1,427,213	205,854	139,398	5,028	2,658	895	141,140	62,571
民國95年 2006	22,876,527	1,414,340	1,376,816	204,459	135,839	5,037	2,626	1,028	142,669	64,540
民國96年 2007	22,958,360	1,173,040	1,154,510	204,414	141,111	5,353	2,540	847	135,041	58,518
民國97年 2008	23,037,031	1,196,407	1,172,845	198,733	143,624	4,989	2,889	1,167	154,866	55,995
民國98年 2009	23,119,772	1,198,561	1,163,548	191,310	143,582	4,640	3,003	1,248	117,099	57,223
民國99年 2010	23,162,123	1,213,899	1,192,662	166,886	145,772	4,600	2,895	1,335	138,819	58,115
民國100年 2011	23,224,912	1,128,449	1,109,372	196,627	152,915	4,424	2,680	1,268	165,327	57,008
民國101年 2012	23,315,822	1,118,006	1,102,326	229,481	154,251	4,759	2,479	1,242	143,384	55,980
民國102年 2013	23,373,517	1,079,702	1,065,212	199,113	155,908	4,838	2,076	1,171	147,636	53,604
民國103年 2014	23,433,753	1,073,783	1,060,001	210,383	163,929	4,581	2,087	1,217	149,287	53,190
民國104年 2015	23,492,074	1,004,108	995,527	213,598	163,858	4,564	2,121	1,095	154,346	53,459
民國105年 2016	23,539,816	964,536	952,829	208,440	172,405	4,373	1,944	1,053	147,861	53,837

說明：本表按登記日期統計。

內政部戶政司 編製

不同意見書

吳陳鑑大法官 提出

一、臺北市政府之聲請不合規定，應不受理

（一）臺北市政府聲請解釋之過程

查臺北市政府之聲請固經內政部轉行政院層轉本院，但其聲請意旨略以：其為戶籍登記業務主管機關，依地方制度法第 18 條第 1 款規定辦理戶籍行政自治事項，所轄各戶政事務所於辦理相同性別二人民申請之結婚登記業務，適用民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定及內政部中華民國 101 年 5 月 21 日台內戶字第 1010195153 號函轉法務部 101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函，發生有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義。而內政部轉陳行政院時，敘明戶籍法第 9 條第 1 項規定：「結婚，應為結婚登記。」僅規範結婚應為戶籍登記之程序，有關結婚登記之實質要件及形式要件，均依民法有關婚姻相關規定，本案依臺北市政府解釋憲法聲請書所述聲請理由，係指其適用民法發生有牴觸憲法之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第 9 條規定移送行政院。惟行政院於層轉臺北市政府之聲請時，並未敘明該院之見解，僅檢附法務部之研析意見。而法務部之研析意見則稱：民法限制相同性別二人民不得訂立婚約或結婚登記之規定，並無牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定。

（二）臺北市政府之聲請不合規定，應不受理

按中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款，固定有明文。但聲請解釋機關有上級機關者，其聲請應經由上級機關層轉，上級機關對於不合規定者，不得為之轉請，其應依職權予以解決者，亦同，同法第 9 條亦著有明文。次按憲法第 107 條第 3 款規定：「左列事項由中央立法並執行之：……三、……民事……之法律。」再按有關結婚之事項，係規定於民法第 4 編親屬編，則依上開憲法之規定，自屬中央立法並執行之事項，民法之主管機關法務部既認民法限制相同性別二人民不得訂立婚約或結婚登記之

規定，並無牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定，內政部復無不同意見，屬地方行政機關之臺北市政府，就民法之解釋、適用，自應受法務部見解之拘束，行政院竟為之層轉本院解釋，自不合前開司法院大法官審理案件法第 9 條前段之規定。

縱行政院認適用民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定及內政部中華民國 101 年 5 月 21 日台內戶字第 1010195153 號函轉法務部 101 年 5 月 14 日法律字第 10103103830 號函，確實牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定，亦應依憲法第 53 條「行政院為國家最高行政機關」之規定，以修改前揭解釋函或研提民法親屬編修正案依憲法第 58 條第 2 項規定提出於立法院議決之方式解決，行政院之層轉本院解釋，仍不合前開司法院大法官審理案件法第 9 條後段之規定。故臺北市政府之聲請，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 3 項規定，應不予受理。

（三）受理本件臺北市政府之聲請，有違權力分立原則，使本院淪為各行政機關法律諮詢機構之角色

受理本件臺北市政府之聲請，則將來地方自治團體於辦理自治事項之業務時，如涉及憲法第 107 條由中央立法並執行之事項、第 108 條第 1 項第 2 款至第 20 款由中央立法並執行或交由省、縣執行之事項，¹ 或第 107 條、第 108 條及第 110 條縣立法並執行之列舉事項以外，其事務有全國一致之性質而屬於中央之事項，² 例如地方自治團體於依戶籍法第 15 條第 2 款辦理外國人或無國籍人歸化或回復國籍後，經核准定居之初設戶籍登記時，就依憲法第 107 條第 3 款屬中央立法並執行之國籍法事項或依憲法第 108 條第 1 項第 16 款屬中央立法並執行或交由省、縣執行之移民事項，發生適用國籍法或入出國及移民法有牴觸憲法之疑義，經內政部轉行政院層轉本院聲請解釋，行政院於層轉

¹ 依憲法增修條文第 9 條第 1 項規定，憲法第 108 條第 1 項第 1 款規定，目前停止適用。

² 憲法第 111 條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」但依憲法增修條文第 9 條第 1 項規定，憲法第 109 條有關由省立法並執行之或交由縣執行之規定，目前停止適用。

地方自治團體之聲請時，並未敘明該院之見解，僅檢附國籍法與入出國及移民法中央主管機關內政部認並無違憲疑義之研析意見，均得聲請解釋，不由權責機關依職權予以解決，不僅有違權力分立原則，亦將使本院釋憲機關之地位，淪為各行政機關法律諮詢機構之角色。

二、憲法保障之婚姻自由限於一夫一妻

（一）婚姻係一種制度（Institution），是一個國家社會及文化價值觀之反映，是否變更其意涵，應透過直接民主或間接民主之程序為之

按本院釋字第242號、第362號、第365號、第552號、第554號、第647號解釋均釋明婚姻乃一夫一妻之結合。本院釋字第554號、第696號、第712號解釋則釋明婚姻為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。而歐洲人權法院（European Court of Human Rights）於 *Schalk and Kopf v. Austria* 及 *Vallanatos and Others v. Greece* 等案中，亦將婚姻稱之為「制度」（the institution of marriage），³ 歐洲人權法院於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案中，更指出婚姻具有深植人心之社會及文化意涵，可能因不同之社會而有巨大之差異（deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another）。⁴ 亦即婚姻乃以終生共同生活為目的之一男一女適法結合關係，為社會形成與發展之基礎，乃一種受憲法制度性保障之制度（Institution），具有深植人心之社會及文化意涵，可能因不同之社會而有巨大之差異，反映一個國家之社會及文化價值觀。是否變更，涉及整個社會及文化價值觀之變動，並非一味地仿效他國之作法即可，而應由代表全國民意之中央立法機關經由立法程序之間接民主程序或

³ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 52, 24 June 2010; Eur. Court HR, *Vallanatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 75, 7 November 2013; Eur. Court HR, *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 38, 16 July 2014.

⁴ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 62, 24 June 2010. The Court held that: '... the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another.'

由全國民眾透過公民投票創制立法原則之直接民主程序決定之。⁵此與欲以終生共同生活為目的而結合同性別之二人，應否保障其自由或權利，要屬不同層次之問題。

（二）婚姻自由之核心內容係民法一夫一妻之制度，而經釋憲者解釋 受憲法之保障

1. 婚姻自由或結婚自由非為憲法明文列舉之自由，係經本院解釋受憲 法第 22 條之保障

按婚姻自由或結婚自由並非憲法第 7 條至第 18 條及第 21 條明文列舉人民之自由或權利，係經本院釋字第 362 號及第 552 號解釋認屬憲法第 22 條保障之其他自由或權利。

2. 現行民法規定之婚姻以一男一女為限

民法對結婚之當事人須為「一男一女」，雖無直接明文規定，然民法親屬編之許多規定，均係建構在以一男一女結合關係為基礎之概念上。例如，民法第 972 條規定：「婚約，應由男女當事人自行訂定。」第 973 條規定：「男未滿 17 歲，女未滿 15 歲者，不得訂定婚約。」第 976 條第 1 項第 1 款規定：「婚約當事人之一方，有左列情形之一者，他方得解除婚約：一、婚約訂定後，再與他人訂定婚約或結婚者。」第 980 條規定：「男未滿 18 歲，女未滿 16 歲者，不得結婚。」第 985 條規定：「有配偶者，不得重婚。（第 1 項）一人不得同時與二人以上結婚。（第 2 項）」第 988 條第 3 款本文規定：「結婚有下列情形之一者，無效：……違反第九百八十五條規定。」第 995 條本文規定：「當事人一方於結婚時不能人道而不能治者，他方得向法院請求撤銷之。」民法親屬編第 3 章父母子女第 1061 條至第 1067 條關於婚生子女之意義、推定、否認、結婚之準正、非婚生子女之認領、否認等相關規定。而第 2 章婚姻第 3 節婚姻之普通效力、第 4 節夫妻財產制及第 5 節離婚，均稱結婚之雙方當事人為「夫妻」。故由民法親屬編之條文綜合觀之，現行民法之婚姻，自以一男一女為限。

⁵ 公民投票法第 2 條第 2 項第 2 款規定：「全國性公民投票適用事項如下：……二、立法原則之創制。……」

3. 本院解釋婚姻自由之核心內容係民法一夫一妻之制度

本院釋字第 362 號解釋文釋明：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」該號解釋理由書復謂：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無牴觸。惟適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。此種自由，依憲法第二十二條規定，應受保障。」釋字第 552 號解釋理由書亦釋明：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」雖均肯認結婚自由或婚姻自由為憲法第 22 條所保障之人民自由及權利，但亦皆指明係依民法一夫一妻制度成立之婚姻。

（三）多數意見反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，均受憲法之保障，邏輯謬誤

在我國，婚姻自由之核心內容係民法規定一夫一妻之婚姻制度，經本院解釋受憲法之保障，已如前述。多數意見卻反客為主、倒果為因，認婚姻自由不限於一夫一妻之婚姻制度，故得出民法親屬編婚姻章有立法上重大瑕疵之結論，邏輯謬誤，無法認同。

三、同性婚姻不是普世保障之人權

（一）世界人權宣言規定男女才能締結婚姻

聯合國大會西元 1948 年 12 月 10 日 第 217A（III）號決議通過並宣布之世界人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights）第

16 條規定：「成年男女，不受種族、國籍或宗教的任何限制，有權婚嫁和成立家庭。他們在婚姻方面，在結婚期間和在解除婚約時，應有平等的權利。（第 1 項）只有經男女雙方的自由的和完全的同意，才能締結婚姻。（第 2 項）」⁶

（二）公民與政治權利國際公約規定男女才能結婚

西元 1976 年 3 月 23 日生效之公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）⁷，我國透過於 98 年 4 月 22 日制定公布自同年 12 月 10 日施行之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，將之內國法化，依該施行法第 2 條規定，該公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。⁸ 而該公約第 23 條第 2 項規定：「男女已達結婚年齡者，其結婚及成立家庭之權利應予確認。」⁹ 依該公約第 28 條規定成立負責監督各會員國執行該公約狀況之人權事務委員會（the Human Rights Committee），於西元 1990 年第 39 屆會議之第 19 號一般性意見第 4 段，指明該公約第 23 條結婚之對象為男與女。¹⁰ 該委員會西元 2002 年於 *Ms. Juliet Joslin et*

⁶ The Universal Declaration of Human Rights Article 16 states that: ' (1) Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution. (2) Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses....' <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>, last visited: May 16, 2017.

⁷ See https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en, last visited: May 16, 2017.

⁸ 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」

⁹ International Covenant on Civil and Political Rights Article 23 Paragraph 2 states that: The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.' https://treaties.un.org/doc/Treaties/1976/03/19760323%2006-17%20AM/Ch_IV_04.pdf, last visited: May 16, 2017.

¹⁰ 人權事務委員會，於西元 1990 年第 39 屆會議之第 19 號一般性意見第 4 段中文全文為：「《公約》第二十三條第二項重申已達結婚年齡的男女結婚及成立家庭的權利。同條第三項規定，婚姻非經婚嫁雙方自由完全同意，不得締結。締約國的報告應說明是否存在基於親屬關係程度或智力缺陷等特別因素而對締婚權的限制和阻礙。《公約》未規定男女具體的結婚年齡，但這一年齡應使結婚男女

al. v. New Zealand 一案中，¹¹ 就 Juliet Joslin 等人申訴紐西蘭法律不准同性別之二人結婚，違反公民與政治權利國際公約第 16 條保護人格權、第 17 條保護私生活與家庭、第 23 條第 1 項保護家庭與第 2 項保障結婚及家庭之權利、第 26 條平等權規定之主張，亦認公民與政治權利國際公約第 23 條第 2 項明確規範結婚權之問題，而該項為公約唯一使用「男女」（men and women）一詞，而不是「人人」（every human being）、「任何人」（everyone）或「所有人」（all persons）來規範一項權利之實質性規定，使用「男女」一詞，而不是公約第三部分其他地方使用的一般用語，一向一致地被理解為表明締約國依據第 23 條第 2 項衍生之條約義務，僅限於希望結婚之一男一女之結合方承認

雙方能以法律規定的形式和條件各自表示自由的和完全的同意。在此方面，委員會謹指出，這種法律規定必須符合《公約》所保障的其他權利的充分行使，例如，思想、信念和宗教自由的權利意味著每個國家的立法中應規定宗教婚姻和世俗婚姻可以並存。但是，委員會認為，如一國規定婚禮以宗教儀式慶祝，但按照民法進行、證實和登記，這並不違反《公約》。委員會還要求各國在報告中包括有關這個問題的資料。」英文為：'Article 23, paragraph 2, of the Covenant reaffirms the right of men and women of marriageable age to marry and to found a family. Paragraph 3 of the same article provides that no marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses. States parties' reports should indicate whether there are restrictions or impediments to the exercise of the right to marry based on special factors such as degree of kinship or mental incapacity. The Covenant does not establish a specific marriageable age either for men or for women, but that age should be such as to enable each of the intending spouses to give his or her free and full personal consent in a form and under conditions prescribed by law. In this connection, the Committee wishes to note that such legal provisions must be compatible with the full exercise of the other rights guaranteed by the Covenant; thus, for instance, the right to freedom of thought, conscience and religion implies that the legislation of each State should provide for the possibility of both religious and civil marriages. In the Committee's view, however, for a State to require that a marriage, which is celebrated in accordance with religious rites, be conducted, affirmed or registered also under civil law is not incompatible with the Covenant. States are also requested to include information on this subject in their reports.' http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en, last visited: May 16, 2017.

¹¹ *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214 (2002) . <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/902-1999.html>, last visited: May 18, 2017.

為婚姻，因此僅僅拒絕承認同性婚姻，並未違反公約第 16 條、第 17 條、第 23 條第 1 項與第 2 項及第 26 條等任何規定。¹² 西元 2011 年 11 月 17 日聯合國人權理事會（the United Nations Human Rights Council）第 19 屆會議，聯合國人權事務高級專員（the United Nations High Commissioner）提出「基於性取向和性別認同對個人的歧視性法律、做法和暴力行為」之報告中（Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity），仍然說明聯合國人權事務委員會認定國際法並不要求各國一定須允許同性別之二人結婚。¹³

（三）歐洲人權公約規定男女才有婚姻權

歐洲保障人權及基本自由公約（以下簡稱歐洲人權公約，Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

¹² 人權事務委員會之認定，其英文原文如下：

8.2 The authors' essential claim is that the Covenant obligates States parties to confer upon homosexual couples the capacity to marry and that by denying the authors this capacity the State party violates their rights under articles 16, 17, 23, paragraphs 1 and 2, and 26 of the Covenant. The Committee notes that article 23, paragraph 2, of the Covenant expressly addresses the issue of the right to marry.

Given the existence of a specific provision in the Covenant on the right to marriage, any claim that this right has been violated must be considered in the light of this provision. Article 23, paragraph 2, of the Covenant is the only substantive provision in the Covenant which defines a right by using the term "men and women", rather than "every human being", "everyone" and "all persons". Use of the term "men and women", rather than the general terms used elsewhere in Part III of the Covenant, has been consistently and uniformly understood as indicating that the treaty obligation of States parties stemming from article 23, paragraph 2, of the Covenant is to recognize as marriage only the union between a man and a woman wishing to marry each other.

8.3 In light of the scope of the right to marry under article 23, paragraph 2, of the Covenant, the Committee cannot find that by mere refusal to provide for marriage between homosexual couples, the State party has violated the rights of the authors under articles 16, 17, 23, paragraphs 1 and 2, or 26 of the Covenant.' <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/902-1999.html>, last visited: May 18, 2017.

¹³ A/HRC/19/41, para 68 states that: 'The Human Rights Committee has held that States are not required, under international law, to allow same-sex couples to marry....' See <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/75/PDF/G1117075.pdf?OpenElement>, last visited: May 18, 2017.

Freedoms) 第 12 條規定：「婚姻權：達到結婚年齡的男女，根據規定結婚和成立家庭權利的國內法的規定，享有結婚和成立家庭的權利。」¹⁴ 西元 2010 年 6 月 24 日歐洲人權法院 (European Court of Human Rights) 於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案¹⁵、2014 年 7 月 16 日於 *Hämäläinen v. Finland* 案¹⁶、2015 年 7 月 21 日於 *Oliari and Others v. Italy* 案¹⁷ 及 2016 年 6 月 9 日於 *Chapin and Charpentier v. France* 案¹⁸，均認歐洲人權公約第 12 條並未課以會員國賦予同性有結婚權利之義務，縱連結該公約第 8 條¹⁹ 保障私人與家庭生活及第 14 條²⁰ 禁止差別

¹⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 12 stipulates that: 'Right to marry: Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.' http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ZHO.pdf, last visited: May 16, 2017.

¹⁵ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 61, 101, 108, 24 June 2010.

¹⁶ Eur. Court HR, *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, § 38, 102, 16 July 2014.

¹⁷ Eur. Court HR, *Oliari and Others v. Italy* [GC], nos. 18766/11 and 36030/11, § 102, 21 July 2015.

¹⁸ Eur. Court HR, *Chapin and Charpentier v. France* [GC], no. 40183/07, § 48, 9 June 2016.

¹⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 8 stipulates that: 'Right to respect for private and family life. 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.' http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, last visited: May 16, 2017.

²⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Article 14 stipulates that: 'Prohibition of discrimination. The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.' http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, last visited: May 16, 2017.

待遇條款，亦無不同。

（四）美洲人權公約規定男女才能結婚

美洲人權公約（American Convention on Human Rights）第 17 條第 2 項規定：「已達結婚年齡的男女的結婚和建立家庭的權利應予承認，只要他們遵守國內法所定的條件，而這些條件並不影響本公約規定的不受歧視的原則。」²¹

（五）日本憲法明文規定異性方能成立婚姻

日本憲法第 24 條第 1 項明文規定：「婚姻基於兩性之合意而成立，以夫婦平等權力為根本，……」²²

（六）全球目前承認同性婚姻之國家仍屬少數

目前聯合國共有 193 個會員國，²³ 而承認同性婚姻之國家僅有 21 國，依年代先後次序為荷蘭（2001）、比利時（2003）、西班牙（2005）、加拿大（2005）、南非（2006）、挪威（2009）、瑞典（2009）、葡萄牙（2010）、冰島（2010）、阿根廷（2010）、丹麥（2012）（其自治區格陵蘭 2015 年方承認同性婚姻）、巴西（2013）、法國（2013）、烏拉圭（2013）、紐西蘭（2013）、英國之英格蘭及威爾斯與蘇格蘭（但北愛爾蘭仍不承認同性婚姻）（2014）、盧森堡（2015）、愛爾蘭（2015）、美國（2015）、哥倫比亞（2016）、芬蘭（2017），另墨西哥僅部分地區承認同性婚姻。²⁴

²¹ American Convention on Human Rights Article 17 Paragraph 2 states that: 'The right of men and women of marriageable age to marry and to raise a family shall be recognized, if they meet the conditions required by domestic laws, insofar as such conditions do not affect the principle of nondiscrimination established in this Convention.' <http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, last visited: May 16, 2017.

²² 日本国憲法第二十四条：「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、……。」<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: May 16, 2017.

²³ <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>, last visited: May 16, 2017.

²⁴ <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/#england>, last visited: May 16, 2017.

（七）同性婚姻不是普世保障之人權

世界人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights）、公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）、歐洲人權公約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）及美洲人權公約等（American Convention on Human Rights）主要之國際人權公約均規定僅有異性得以結婚，兩公約人權事務委員會（the Human Rights Committee）、聯合國人權事務高級專員（the United Nations High Commissioner）及歐洲人權法院（European Court of Human Rights）又分別認定同性結婚不是公民與政治權利國際公約、國際法及歐洲人權公約所保障人民之自由或權利，全球復僅有一成多一點點之國家承認同性婚姻，故同性婚姻顯然並非普世保障人民之自由或權利。

四、未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，不違反憲法第7條平等原則

（一）一夫一妻之婚姻制度既受憲法制度性保障，未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，自不生違反憲法第7條平等原則之問題

一夫一妻之婚姻制度既經本院釋字第554號、第696號、第712號解釋釋明為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，則未以婚姻制度保障同性別二人之永久結合，自不生有差別對待而違反憲法第7條平等原則之問題。

（二）民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並不違反憲法平等原則

按憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，業經本院釋字第485號、第526號、第547號、第584號、第596號、第605號、第614號、第647號、第648號、第666號、第675號、第694號、第696號、第727號解釋釋明在案。查「婚姻」一詞係大眾約定俗成自然形成之用語，具有深植人心之社會及文化意涵，反映一個國家之社會及文化價值觀，

如同憲法第7條所稱之男女、第153條第1項所稱之勞工及農民、第153條第2項與第156條所稱之婦女及兒童、第154條所稱之勞資雙方、第160條第1項所稱之兒童、增修條文第10條第6項所稱之婦女及民法等法律與命令所稱之父母、祖父母、夫妻、兄弟姊妹等大眾約定俗成自然形成之用語。而婚姻制度攸關人倫秩序與社會及文化價值觀，故應透過民主程序形成其內容，不適合由釋憲機關過度介入，因此其規定是否符合平等原則，除有特殊情形應提高審查標準外，應以合理之審查標準審查之。

查一男一女不同性別二人間之婚姻制度，係由於社會及文化價值觀自然形成之制度，具有深植人心之社會及文化意涵，反映一個國家之社會及文化價值觀，民法親屬編予以明文化，²⁵並廢除納妾之陋習。²⁶因此民法親屬編單純未設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，而對同性性傾向者之婚姻自由為不利之差別待遇，其目的係為維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、養育子女等社會功能，為社會形成及發展之基礎（本院釋字第552號、第554號、第696號及第712號解釋參照），目的正當，與所採取之手段具合理關聯，自無違憲法第7條之平等原則。否則憲法及民法等法律與命令上開具有區隔效果大眾約定俗成自然形成之用語，豈非亦均屬差別對待而違反憲法平等原則，均應予揚棄。亦即要求設立與不同性別二人間「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，僅係要求絕對、機械之形式上平等，而非保障同性別二人間永久結合關係在法律上地位之實質平等，揆諸本院上開解釋意旨，並非憲法第7條平等原則之本旨。故民法親屬編未設立與不同性別二人間之「婚姻」制度相同「名稱」之同性別二人間永久結合關係之「婚姻」制度，並非恣意以性傾向為分類標準，而對同性性傾向者之婚姻自由

²⁵ 司法行政部，中華民國民法制定史料彙編上冊，司法行政部總務司，臺北市，65年6月，頁840-841。

²⁶ 司法行政部，中華民國民法制定史料彙編下冊，司法行政部總務司，臺北市，65年6月，頁590。

為不利之差別待遇，且目的正當，所採取之手段與目的具合理關聯，並不違反憲法平等原則。

多數意見認：「現行婚姻章僅規定一男一女之永久結合關係，而未使相同性別二人亦得成立相同之永久結合關係，係以性傾向為分類標準，而使同性性傾向者之婚姻自由受有相對不利之差別待遇。按憲法第22條保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，屬重要之基本權。且性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），其成因可能包括生理與心理因素、生活經驗及社會環境等。目前世界衛生組織、汎美衛生組織（即世界衛生組織美洲區辦事處）與國內外重要醫學組織均已認為同性性傾向本身並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第7條保障平等權之意旨。」

姑不論多數意見所敘之上開事實，是否均有實證基礎，縱均有實證基礎，而就以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第7條保障平等權意旨之見解確屬的論。惟按立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定，已經本院釋字第682號、第694號、第701號、第719號、第722號、第727號解釋釋明在案。

而民法第967條規定：「稱直系血親者，謂己身所從出或從己身

所出之血親。(第1項)稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。(第1項)」第969條規定：「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」第1122條規定：「稱家者，謂以永久共同生活為目的而同居之親屬團體。」另民法親屬編第1章通則，係規定血親與姻親之定義、親等之計算及姻親關係之消滅等定義性之規定，第2章至第7章則分別規定婚姻、父母子女、監護、扶養、家及親屬會議，足見民法親屬編一夫一妻之婚姻制度，除不能生育或不欲生育者外，一般而言為親屬關係及家庭形成之基礎，具有維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、養育子女等社會功能，為社會形成及發展之基礎(本院釋字第552號、第554號、第696號及第712號解釋參照)，更攸關國家之永續發展。

尤其人口為國家基本要素之一，其組成、素質及發展等面向，關係國家之發展與社會福祉。我國育齡婦女總生育率長期持續下降，已成為世界生育率最低國家之一，少子化現象嚴峻，而65歲以上人口占總人口比率於82年即超過7%，開始邁入「高齡化社會」，隨著少子化現象與平均壽命不斷延長，未來高齡化速度將更為明顯。由於少子化及高齡化，工作年齡人口將逐年減少，未來勞動力的運用亦將是重要的議題。考量我國少子化、工作年齡人口減少及高齡化現象變遷速度，均較西方國家為急促，對未來發展的挑戰也會更為嚴峻，亟須及早籌謀因應對策。²⁷ 因此行政院乃發布實施「中華民國人口政策綱領」，倡議改善擇偶環境，增加結婚機會，倡導適齡婚育，提升生育率，

²⁷ 行政院103年12月27日院臺法字第1030073343號核定修正之「中華民國人口政策綱領」壹、前言略以：「人口為國家基本要素之一，其組成、素質、分布、發展及遷徙等面向，關係國家之發展與社會福祉。我國育齡婦女總生育率長期持續下降，已成為世界生育率最低國家之一，少子化現象嚴峻。在高齡化方面，我國65歲以上人口占總人口比率於82年即超過7%，開始邁入「高齡化社會」，隨著少子化現象與平均壽命不斷延長，未來高齡化速度將更為明顯。由於少子化及高齡化，工作年齡人口將逐年減少，未來勞動力的運用亦將是重要的議題。…… 考量我國少子化、工作年齡人口減少、高齡化…… 現象變遷速度，均較西方國家為急促，對未來發展的挑戰也會更為嚴峻，亟須及早籌謀因應對策。」See <http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=6868882E351206A5&s=76B9477A422F022A>, last visited: May 21, 2017.

緩和人口高齡化速度，維繫家庭功能，維持合理人口結構，以有助於社會永續發展。²⁸

因個人之意願或個人之特殊生理因素，一夫一妻之婚姻，固有不繁衍後代者，但同性別二人間之結合，基於生理上之差異，則絕無繁衍後代之可能，²⁹ 因該差異所生社會生活功能角色上之不同，而為差別對待（本院釋字第365號解釋參照），³⁰ 其目的係為維繫人倫秩序、健全家庭制度、繁衍後代、提升生育率、養育子女、緩和人口高齡化速度、維繫家庭功能、維持合理人口結構，使社會、國家得以永續發展之重要公共利益，與所採取未容許同性別之二人成立婚姻關係之手段間具實質關聯，揆諸上開本院解釋意旨，仍無違憲法之平等原則。

至同性別二人之永久結合關係，應否立法予以保障及以何種名稱稱之，係屬立法形成之範疇，容於下段詳敘。

五、民法親屬編未容許同性別之二人成立婚姻關係，並不違憲，至同性別二人之永久結合關係，應否立法予以保障及以何種名稱稱之，係屬立法形成之範疇

民法親屬編未容許同性別之二人成立婚姻關係，並不違反憲法第7條之平等原則、第22條之婚姻自由、第23條之比例原則及憲法增修條文第10條第6項之消除性別歧視與促進兩性地位之實質平等等規定。

²⁸ 行政院103年12月27日院臺法字第1030073343號核定修正之「中華民國人口政策綱領」貳、基本理念略以：「一、倡導適齡婚育，尊重生命價值，維繫家庭功能，維持合理人口結構。……」參、政策內涵略以：「一、合理人口結構：（一）倡導適齡婚育，改善擇偶環境，增加結婚機會。……（三）提升生育率，緩和人口高齡化速度，調整人口結構，有助於社會永續發展。……」See <http://www.ndc.gov.tw/cp.aspx?n=6868882E351206A5&s=76B9477A422F022A>, last visited: May 21, 2017.

²⁹ 同性別二人間之永久結合，固可能藉由第三人或人工生殖而繁衍後代，但該同性別之二人，則絕無自行共同繁衍後代之可能。

³⁰ 本院釋字第365號解釋理由謂：「『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等』」「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，憲法第七條及憲法增修條文第九條第五項，分別定有明文。由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用。因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。

惟按「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」憲法第 22 條定有明文。同性別二人之永久結合關係，只要不妨害社會秩序公共利益，依上開憲法第 22 條之規定受憲法之保障。

雖歐洲人權法院（European Court of Human Rights）西元 2013 年 11 月 7 日於 *Vallanatos and Others v. Greece* 案中，認定希臘法律未設立同性伴侶制度，違反歐洲人權公約第 8 條及第 14 條平等保護家庭及私人生活之條款，然係因該法院認定該國已設立保障非結婚配偶異性伴侶之制度，而無具說服力及足夠之理由排除同性伴侶之適用，且當時設立結婚以外伴侶制度之 19 個歐盟國家中，祇有立陶宛及希臘兩國限制僅適用於異性伴侶。³¹

另歐洲人權法院 2015 年 7 月 21 日於 *Oliari and Others v. Italy* 案中，雖亦認定義大利法律未設立同性伴侶制度，違反歐洲人權公約第 8 條保護家庭及私人生活之條款。惟係因義大利最高法院（the Italian Court of Cassation）2012 年 3 月 15 日於 4184 號有關駁回請求同性婚姻登記之判決中，同時認定依歐洲人權公約第 8 條保護私人及家庭生活之條款，當事人有權向法院請求予以法律賦予異性婚配偶相同之對待；義大利最高法院 2015 年 2 月 9 日又於 2400/15 號有關宣告禁止同性結婚登記並未違反該國國內法及國際人權制度之判決中，認定同性伴侶應依義大利憲法第 2 條予以保護，但同時又認此非可由法院越權透過裁判建立該項制度，應由立法機關採取措施予以承認；義大利憲法法院（the Italian Constitutional Court）2010 年 7 月 7 日於 276/2010 號及 2010 年 12 月 16 日於 4/2011 號有關宣告禁止同性結婚登記之該國民法規定並不違反該國憲法第 2 條之判決中，一再地說明同性伴侶法律上之承認不必等同於婚姻，係由國會依該國憲法第 2 條裁量就同性伴侶加以規範及提供保護與承認；義大利憲法法院 2014 年於 170/2014 號有關具婚姻關係之配偶之一方因變性而強制離婚之判決中，認為應

³¹ Eur. Court HR, *Vallanatos and Others v. Greece*, nos. 29381/09 and 32684/09, § 75, 91, 92, 7 November 2013.

由立法者立即採取替代措施，以解決該對伴侶完全無法獲得法律保障之狀況。歐洲人權法院以當時歐洲理事會（Council of Europe）之 47 個會員國中，已有過半數之 24 個會員國立法承認同性之結合為婚姻（legal marriage）、民事結合（a form of civil union）或登記之伴侶（registered partnership）；而依義大利官方統計機構義大利統計局（Italian Institute for Statistics, ISTAT）實施之民意調查，受訪之義大利民眾有 62.8% 贊成賦予同性伴侶如同已結婚者法律上相同之權利是適當且公平的；因而認定義大利立法機關長期未立法給予同性結合者承認及保障，已逾越其判斷餘地，而違反歐洲人權公約第 8 條有關保障私人及家庭生活之條款。³²

惟上開二案例應不能援引作為我國應立即立法承認同性婚姻或同性伴侶之論據，蓋目前我國並未設有非結婚配偶之異性伴侶制度，亞洲各國亦無任何一個國家承認同性婚姻或同性伴侶制度，國內民眾就是否立法承認同性婚姻或同性伴侶制度復未形成共識，與歐洲人權法院上開二案例之情況並不相同。

誠如歐洲人權法院於 *Schalk and Kopf v. Austria* 案中所言：「雖然法律上承認同性伴侶之趨勢在歐洲快速發展，但仍非多數國家所採行，該議題仍應屬於發展中而未達成共識，各會員國仍享有何時立法予以保障之判斷餘地。……各會員國在歐洲人權公約第 12 條及第 14 條連結第 8 條之規範下，仍得限制婚姻僅適用於異性之結合，……以婚姻以外之方式承認同性伴侶，各會員國仍享有賦予何種地位之判斷餘地。」³³

³² Eur. Court HR, *Oliari and Others v. Italy* nos. 18766/11 and 36030/11, § 35, 36, 45-47, 53-55, 144, 177-187.

³³ Eur. Court HR, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 105, 108, 24 June 2010. The Court held that: ‘The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes... The Court starts from its findings above,

目前聯合國共有 193 個會員國，³⁴ 全球僅有 21 個國家承認同性婚姻³⁵，15 個國家承認同性伴侶，³⁶ 承認同性婚姻或同性伴侶之國家合計不到兩成，國際社會就承認同性婚姻或同性伴侶尚未形成共識，亞洲各國亦無任何一個國家承認同性婚姻或同性伴侶。考量釋憲機關抗多數之困境（Countermajoritarian Difficulty），國內民眾就是否立法承認同性婚姻或同性伴侶制度並未形成共識，就此涉及一個國家社會及文化價值觀變動之重大歧異議題，釋憲機關並未較立法機關有能力作成更正確之判斷，且立法院就此議題已有許多不同內容之議案在審議中，民主程序並未失靈，因此同性別二人之永久結合關係，我國應否立法予以保障與以何種名稱稱之、以何種方式規範³⁷ 及規範內容如何，要均仍屬立法形成之範疇。

多數意見宣告：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。」無疑阻礙人民就此深具

that States are still free, under Article 12 of the Convention as well as under Article 14 taken in conjunction with Article 8, to restrict access to marriage to different-sex couples. ...The Court is not convinced by that argument. It considers on the contrary that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition.’

³⁴ <http://www.un.org/en/sections/about-un/overview/index.html>, last visited: May 16, 2017.

³⁵ <http://www.pewforum.org/2015/06/26/gay-marriage-around-the-world-2013/#england>, last visited: May 16, 2017.

³⁶ 承認同性伴侶之國家，依年代先後次序為德國（2001）、克羅埃西亞（2003）、安道爾（2005）、斯洛維尼亞（2006）、捷克（2006）、瑞士（2007）、澳大利亞（2008）、匈牙利（2009）、厄瓜多（2009）、奧地利（2010）、列支敦斯登（2011）、馬爾他（2014）、智利（2015）、希臘（2015）、義大利（2016）等 15 個國家。參見國立清華大學科技法律研究所，同性伴侶法制實施之社會影響與立法建議 成果報告書，法務部，106 年 1 月，頁 33。https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=461752&ctNode=36912&mp=001, last visited: May 16, 2017.

³⁷ 多數意見例示之規範方式如下：修正民法親屬編婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式。

社會與文化意涵議題透過民主程序審議及辯論之機會，且降低持不同意見者繼續對話與彼此進一步了解及包容之可能性，至為遺憾。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，
網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第七四九號解釋

【計程車駕駛人定期禁業及吊銷駕照案】

中華民國 106 年 6 月 2 日

院台大二字第 1060014844 號

解 釋 文

道路交通管理處罰條例第 37 條第 3 項規定：「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記，就此而言，已逾越必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨妥為修正；逾期未修正者，上開規定有關吊扣執業登記證、廢止執業登記部分失其效力。於上開規定修正前，為貫徹原定期禁業之目的，計程車駕駛人經廢止執業登記者，三年內不得再行辦理執業登記。

上開條例第 37 條第 3 項有關吊銷駕駛執照部分，顯逾達成定期禁業目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。從而，自不得再以違反同條例第 37 條第 3 項為由，適用同條例第 68 條第 1 項（即中華民國 99 年 5 月 5 日修正公布前之第 68 條）之規定，吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照。

上開條例第 67 條第 2 項規定：「汽車駕駛人，曾依……第 37 條第 3 項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」因同條例第 37 條第 3 項有關吊銷駕駛執照部分既經本解釋宣告失其效力，應即併同失效。

解釋理由書

本件聲請人王萬金、李耀華、李榮耀、陳志傑（原名陳特豪）、葉清友及許華宗等人均為計程車駕駛人，因觸犯道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第 37 條第 3 項所列之罪，經法院判決有期徒刑以上之刑確定，分別被主管機關廢止其執業登記並吊銷駕駛執照，經分別提起訴訟，認確定終局裁判所適用之道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項及第 68 條規定（其各別聲請釋憲之原因案件之確定終局裁判及其聲請釋憲之客體如附表），有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條及第 23 條之疑義，向本院聲請解釋憲法。核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

另聲請人臺灣臺北地方法院行政訴訟庭晴股法官，為審理同院 102 年度交字第 202 號、103 年度交字第 11 號交通裁決事件；臺灣桃園地方法院行政訴訟庭柔股法官，為審理同院 104 年度交字第 349 號交通裁決事件，就應適用之道交條例第 37 條第 3 項規定，認有牴觸憲法疑義，裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋憲法，均核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，亦予受理。

按上述聲請案聲請道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項、第 68 條規定是否牴觸憲法之疑義，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

一、道交條例第 37 條第 3 項有關吊扣執業登記證及廢止執業登記部分

道交條例第 37 條第 3 項規定：「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」（下稱系爭規定一）有關吊扣執業登記證及廢止執業登記部分，限制計程車駕駛人選擇職業之自由。

按憲法第 15 條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民選

擇職業之自由。惟人民之職業與公共利益有密切關係者，國家對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第 23 條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制（本院釋字第 404 號、第 510 號及第 584 號解釋參照）。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、體能、犯罪紀錄等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成具有實質關聯，始符比例原則之要求。

計程車為社會大眾之重要交通工具，其駕駛人工作與乘客安全、社會治安具有密切關聯。鑑於以計程車作為犯罪工具之案件層出不窮，經調查有犯罪紀錄之計程車駕駛人以曾犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由等罪較多，部分案件並成為輿論指責焦點，對乘客安全、社會治安構成重大威脅，且其工作富流動性，接觸獨自乘車女性及攜帶財物旅客之機會甚多，並易於控制乘客行動，故為遏止歹徒利用計程車犯案，確保乘客安全，系爭規定一前於 70 年 7 月 29 日增訂之初，爰明定計程車駕駛人於執業期中犯上述之罪者，吊銷其營業小客車執業登記證（現修正為吊扣其執業登記證及廢止其執業登記）並吊銷駕駛執照，以維護乘客安全（見立法院公報第 70 卷第 55 期院會紀錄第 43 頁及第 44 頁）。

按我國計程車營業方式係以「巡迴攬客」為大宗，乘客採隨機搭乘，多無法於上車前適時篩選駕駛人或得知其服務品質；又乘客處於狹小密閉空間內，相對易受制於駕駛人。是系爭規定一就計程車駕駛人主觀資格，設一定之限制，以保護乘客安全及維護社會治安，係為追求重要公共利益，其目的洵屬合憲。

系爭規定一對計程車駕駛人曾犯一定之罪，並受一定刑之宣告者，限制其執業之資格，固有助於達成前揭目的，然其資格限制應以對乘客安全具有實質風險者為限，其手段始得謂與前揭目的之達成間具有實質關聯。

鑑於有犯罪紀錄之計程車駕駛人以曾犯竊盜、詐欺、贓物及妨害

自由罪較多，有關機關於70年7月29日修正公布道交條例，增訂第37條之1第3項，將犯竊盜、詐欺、贓物及妨害自由各罪列入定期禁業之範圍（見立法院公報第70卷第55期院會紀錄第43頁及第44頁，75年5月21日全文修正時改列為第37條）；另為強化婦女乘客安全之保障，於86年1月22日修正公布、自同年3月1日施行之同法第37條第3項，增列第230條至第236條妨害風化罪（見立法院公報第86卷第2期院會紀錄第142頁至第144頁，嗣94年12月28日修正公布為系爭規定一，禁業範圍不變），固有其當時之立法考量。惟系爭規定一所列罪名，包括侵害財產法益之類型者（竊盜、詐欺、贓物），妨害自由之類型者（刑法第296條至第308條）與妨害風化之類型者（刑法第230條至第236條），主要係以罪章作為禁業規定之依據，而刑法同一罪章內所列各罪之危險性與侵害法益之程度有所差異，其罪名甚至有與乘客安全無直接關聯者（諸如刑法第320條第2項之竊佔不動產罪、第339條之1之由收費設備取得他人之物罪、第307條不依法令搜索罪等）。況立法資料及有關機關迄今所提出之統計或研究，仍不足以推論曾經觸犯系爭規定一所定之罪者，在一定期間內均有利用業務上之便利，再觸犯上開之罪，致有危害乘客安全之實質風險。

又計程車駕駛人縱觸犯上開之罪，並經法院宣告有期徒刑以上之刑，然倘法院斟酌其犯意、犯罪後態度及犯罪情節等各項因素後，僅宣告短期有期徒刑，甚或宣告緩刑，則此等計程車駕駛人是否均具有危害乘客安全之實質風險，而均需予相同之禁業限制，亦有檢討之必要。是系爭規定一僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記。就此而言，對計程車駕駛人工作權之限制，已逾越必要程度。

綜上，系爭規定一有關吊扣執業登記證及廢止執業登記部分，不符憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障人民工作權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨妥為修正；逾

期未修正者，系爭規定一有關吊扣執業登記證、廢止執業登記部分失其效力。

二、系爭規定一吊銷駕駛執照部分及道交條例第 67 條第 2 項、第 68 條涉及系爭規定一部分

依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 2 條規定，汽車駕駛人以從事計程車駕駛為業者，應於執業前向執業地直轄市、縣（市）警察局申請辦理執業登記，領有計程車駕駛人執業登記證及其副證，始得執業。故廢止執業登記，使其不得以駕駛計程車為業，已足以達成維護乘客安全之立法目的。系爭規定一有關吊銷駕駛執照部分，除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。從而，自不得再以違反系爭規定一為由，適用道交條例第 68 條第 1 項（即中華民國 99 年 5 月 5 日修正公布前之第 68 條）規定：「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。」吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照。

至道交條例第 67 條第 2 項規定：「汽車駕駛人，曾依……第 37 條第 3 項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」（下稱系爭規定二）因系爭規定一有關吊銷駕駛執照部分既經本解釋宣告失其效力，應即併同失效。

依本解釋意旨，計程車駕駛人自本解釋公布之日起至有關機關依本解釋意旨修正系爭規定一之前，經依系爭規定一廢止執業登記者，仍得繼續持有職業駕駛執照。即令本解釋公布之日前，經依系爭規定一吊銷駕駛執照者，亦得立即重新考領職業駕駛執照。而依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 3 條規定：「汽車駕駛人須領有職業駕駛執照，且無本條例第 36 條第 4 項或第 37 條第 1 項情事者，始得申請辦理執業登記。」上開計程車駕駛人得持原有或新考領取得之職業駕駛執照，申請執業登記，故無法達到原系爭規定二禁業三年之效果。茲

為貫徹原定期禁業之目的，於相關法令修正前，計程車駕駛人經廢止執業登記者，三年內不得再行辦理執業登記。

三、不受理部分

聲請人李榮耀聲請統一解釋部分，查聲請意旨並非指摘不同審判系統法院（如最高法院與最高行政法院）之確定終局裁判適用同一法令所表示見解有何歧異，核與大審法第7條第1項第2款規定不合，依同條第3項規定，應不受理。

另聲請人許華宗就臺北高等行政法院103年度交抗字第3號裁定、同院103年度交抗再字第3號裁定，所適用之公路監理電腦系統車輛車籍及駕駛人駕籍增設住居所或就業處所地址作業注意事項聲請解釋部分，僅係主張相關行政文書以戶籍地址為寄送處所，而未送達實際居住處所，使行政處分之相對人難以知悉行政處分內容並加以爭執，致無法行使其受憲法所保障之訴訟權等語，尚難謂已具體指摘系爭注意事項究有何牴觸憲法之處，核與大審法第5條第1項第2款規定不合，依同條第3項規定，亦應不受理。

大法官會議主席	大法官	許宗力				
	大法官	蔡烱燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發	
		湯德宗	黃虹霞	吳陳銀	蔡明誠	
		林俊益	許志雄	張瓊文	詹森林	
		詹森林	黃昭元			

附表

聲請人	確定終局裁判	聲請釋憲客體
王萬金	臺灣高等法院 97 年度交抗字第 95 號刑事裁定	道交條例第 37 條第 3 項
李耀華	臺灣高等法院 99 年度交抗字第 1156 號交通事件裁定	道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項、第 68 條
李榮耀	臺灣高等法院 99 年度交抗字第 2006 號、第 2060 號交通事件裁定	道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項、第 68 條
陳志傑 (原名陳特豪)	臺灣高等法院 100 年度交抗字第 203 號交通事件裁定	道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項
葉清友	臺灣新北地方法院 102 年度交字第 379 號行政訴訟判決	道交條例第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項
許華宗	臺北高等行政法院 103 年度交上字第 24 號判決、同院 103 年度交上再字第 10 號判決	道交條例第 37 條第 3 項
	臺北高等行政法院 103 年度交抗字第 3 號裁定、同院 103 年度交抗再字第 3 號裁定	公路監理電腦系統車輛車籍及駕駛人駕籍增設住居所或就業處所地址作業注意事項

提出

322

按民國 94 年 12 月 14 日修正公布之同條例第 68 條規定：「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照」（嗣於 99 年 5 月 5 日修正為第 68 條第 1 項），意指「吊銷其執有各級車類之駕駛執照」。²惟系爭規定「吊銷駕駛執照」部分，既經本解釋釋示「應自本解釋公布之日起失其效力」，解釋文第 2 段末爰併釋示：「從而，自不得再以違反同條例第 37 條第 3 項（按：即系爭規定）為由，適用同條例第 68 條第 1 項（即中華民國 99 年 5 月 5 日修正公布前之第 68 條）之規定，吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照」。

3. 關於同條例第 67 條第 2 項規定：「汽車駕駛人，曾依……第 37 條第 3 項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」部分，解釋文第 3 段釋示：「因同條例第 37 條第 3 項（即系爭規定）有關吊銷駕駛執照部分既經本解釋宣告失其效力，應即併同失效」。惟依本解釋意旨，計程車駕駛人經依系爭規定廢止執業登記者，仍得繼續持有職業駕駛執照，並得依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 3 條之規定³，立即申請辦理執業登記。⁴前揭同條例第 67 條第 2 項禁業三年之規定，乃形同具文。是解釋文第 1 段末句爰併釋示：「於上開規定（按：指系爭規定）修正前，為貫徹原定期禁業之目的，計程車駕駛人經廢止執業登記者，三年內不得再行辦理執業登記」。

對於以上結論，本席敬表贊同，並於審議過程中，協力形成可決之多數。惟關於獲致上開結論所為之論理，本席有所保留，爰提出部分協同意見書，說明如后。

本件爭點，一言以蔽之，即人民（計程車駕駛人）之「工作權」

² 由於道路交通安全規則第 61 條規定：「汽車駕駛人取得高一級車類之駕駛資格者，應換發駕駛執照，並准其駕駛較低級車類之車輛……。」駕駛人實際只領有一張汽車駕駛執照。

³ 計程車駕駛人執業登記管理辦法第 3 條：「汽車駕駛人須領有職業駕駛執照，且無本條例第 36 條第 4 項或第 37 條第 1 項情事者，始得申請辦理執業登記。」

⁴ 即令本解釋公布前，經依系爭規定吊銷駕駛執照者，依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 3 條之反面解釋，亦得立即重新考領職業駕駛執照，並於取得新職業駕駛執照後，申請執業登記（參見解釋理由書第 16 段之說明）。

與人民（計程車乘客）之「人身安全」應如何最適地兼顧（調和）？就此，解釋理由書第6段固明白宣示：「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。關於人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、體能、犯罪紀錄等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要之公共利益，且其手段與目的之達成具有實質關聯，始符比例原則之要求。」亦即，應以「較為嚴格之標準」（或稱「中標」）審查系爭規定之合憲性。惟解釋之論理，實際不盡相符。析言之：

一、關於「目的合憲性」之審查，論理層次分明。系爭規定設定主觀條件（須無系爭規定所列之犯罪紀錄），限制人民選擇職業之自由，何以堪認係為追求重要公共利益？解釋理由書第8段剴切指出：鑑於我國計程車營業方式迄以「巡迴攬客」為主，乘客多隨機搭乘，無法於上車前有效篩選駕駛人之品質（「資訊不對稱」問題），且乘客處於狹小密閉之車廂空間，相對易受制於駕駛人（「相對不自主」問題），是系爭規定「就計程車駕駛人之主觀資格，設一定之限制，以保護乘客安全及維護社會治安，係為追求重要公共利益，其目的洵屬合憲」。以上論述，不僅承認「保護乘客安全及維護社會治安」係屬「正當」公共利益（legitimate government/public interest），且於考量計程車之營業特性（即「資訊不對稱」與「相對不自主」）後，認定「保護乘客安全及維護社會治安」更屬「重要」公共利益（important government/public interest）。以上論理層次分明，應予肯定。

二、關於「手段與目的關聯性」之審查，論理模糊而紊亂。系爭規定設定之主觀條件（須無系爭規定所列犯罪紀錄），與「重要公益目的」（保護乘客安全及維護社會治安）之達成間，究竟如何欠缺「實質關聯」而違憲？解釋文第1段指摘：系爭規定「僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記，就此而言，已逾越必要程度，不符憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障人民工作權之意旨有違」。如上論理，至少有三點

值得商榷。

首先，所謂「不問……，均（限制或禁止）……，已逾越必要程度」之論理模式，⁵殆僅需由系爭法規之表面觀察（形式審查），即可認定。⁶核其性質，當僅屬「合理關聯」（或稱「低標」）審查；⁷其既未就「手段有效性」進行實質審查，自難謂係「較為嚴格之審查」（或稱「中標」審查）！其次，所謂「計程車駕駛人之犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」，似指：計程車駕駛人之具體犯行（非抽象罪名）須足以顯示對乘客安全具有「實質風險」者，始能認定系爭主觀條件（須無系爭規定所列犯罪紀錄）與「重要公益目的」（維護乘客安全及社會治安）之達成間，具有「實質關聯」。⁸如此說理係將「實質風險」與「實質關聯」悄然劃上等號。惟，本解釋通篇並未說明如何認定「實質風險」，乃無異於「以問答問」！尤有甚者，所謂「實質風險」殆難顯示應具「較高風險」之意。就此而言，所謂「實質風險」反不如本院釋字第 584 號解釋稱「特別危險」⁹（以示更甚於「一般危險」或「抽象危險」），來得貼切。

⁵ 此種論理模式之實用，參見本院釋字第 384 號解釋（尤其理由書第 5 段、第 6 段及第 7 段）、釋字第 471 號解釋、釋字第 523 號解釋、釋字第 636 號解釋等。

⁶ 另，關於爭規定「吊銷駕駛執照」部分「違憲」之論理，亦然（參見解釋文第 2 段及解釋理由書第 14 段）。

⁷ 質言之，其當屬「基本合理性」（basic rationality）審查基準或「有殺傷力的合理審查」（rational review with bite）基準，詳見湯德宗，〈違憲審查基準體系建立初探〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第 6 輯，頁 581 以下，頁 612-613（2009 年 7 月）。

⁸ 並參見解釋理由書第 9 段（系爭規定「對計程車駕駛人曾犯一定之罪，並受一定刑之宣告者，限制其執業之資格，固有助於達成前揭目的，然其資格限制應以對乘客安全具有實質風險者為限，其手段始得謂與前揭目的之達成間具有實質關聯」）。

⁹ 參見釋字第 584 號解釋理由書第 2 段（「營業小客車為都會地區社會大眾之重要公共交通工具，因其營運與其他機動車輛有異，其駕駛人工作與乘客安危、社會治安具有密切關聯之特性。為維護乘客生命、身體及財產之安全，確保社會治安，建立計程車安全營運之優質環境，增進營業小客車之職業信賴，相關機關就營業小客車駕駛人主觀資格，設一定之限制，避免對於乘客具有特別侵害危險性者，利用駕駛小客車營業之機會從事犯罪行為，實屬防止妨礙他人之自由，維持社會秩序，增進公共利益所必要」）。

總之，本席以為，除主管機關能（提出統計或研究）證立（顯示）：具系爭規定所列犯罪紀錄之「計程車駕駛人」，於嗣後一定期間內，利用業務上便利，再觸犯系爭規定所列對乘客安全構成危害之罪名¹⁰之機率（再犯率）確實高於具系爭規定所列犯罪紀錄之「非計程車駕駛人」，於嗣後相同之一定期間內，再觸犯系爭規定所列相同罪名之罪之機率（再犯率）者外，應認系爭規定設定之主觀條件（須不具系爭規定所列犯罪紀錄）與重要公益目的（保護乘客安全及維護社會治安）之達成間，欠缺實質關聯。¹¹

爭點相對單純的解釋案，本適合在論理上有所突破，詎本件審議每為辭不達意所苦，致坐失澄清「較為嚴格」（或稱「中標」）審查

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及之規定包括道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第37條第3項：「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第230條至第236條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」94年12月14日修正公布之道交條例第68條：「汽車駕駛人，因違反本條例及道路之內涵、樹立論理典範之良機，殊為可惜！

¹⁰ 參見理由書第10段：系爭規定所列「罪名甚至有與乘客安全無直接關聯者（諸如刑法第320條第2項之竊佔不動產罪、第339條之1之由收費設備取得他人之物罪、第307條不依法令搜索罪等）」。

¹¹ 本院釋字第584號解釋與本解釋同涉道路交通管理處罰條例第37條之禁業規定。釋字第584號之系爭規定為該條第1項（「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第221條至第229條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」），本解釋之系爭規定為同條第3項（「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第230條至第236條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」），前者所列之罪顯較後者嚴重；且前者為「終身」禁業之規定，後者僅為「定期」（三年）禁業，卻皆宣告適用相同審查基準——「較為嚴格之標準」（或稱「中標」）。是否合理，不無商榷。實則，此後對於限制職業自由之「主觀條件」，是否仍應遵循德國聯邦憲法法院「藥房案」判決所建立之審查標準（「中標」），實值研究。

交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。」（99年5月5日修正為第68條第1項）及道交條例第67條第2項：「汽車駕駛人，曾依……第37條第3項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」此等規定之處罰要件為計程車駕駛人，在執業期中，犯「竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第230條至第236條各罪之一」（下稱道交條例第37條第3項所列之罪），經第一審法院判決有期徒刑以上之刑，甚或經判刑確定；其處罰之內容為吊扣執業登記證、廢止執業登記及吊銷駕照。

由於吊銷駕照的結果，使計程車駕駛人不但無法駕駛計程車，且更連帶無法駕駛其他營業小客車及一切非營業小客車與輕型機車，多數意見認為逾越憲法第23條所規定之必要程度而違憲，且應立即失效。本席敬表同意。惟本席就吊銷駕照究竟涉及憲法何種權利，有如後之補充。

另吊扣及廢止執業登記證（即禁業）部分，涉及計程車駕駛人之工作權。其吊扣或廢止執業登記證之要件（即在執業期中，犯道交條例第37條第3項所列之罪），確實過於粗糙而廣泛。故本席同意多數意見，認為其規定亦逾越憲法第23條之必要程度。然將來立法者應如何修改道交條例第37條第3項等規定，以符合本號解釋所宣告應依「其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」之標準，以決定是否得吊扣及廢止執業登記證，亦有探討之餘地。本席亦認有補充說明之必要。

爰提出本協同意見書，闡述如下：

壹、吊銷職業駕照究竟影響何種憲法上權利

- 一、本席在本院釋字第699號解釋所提意見書曾提及，吊銷駕照可能影響憲法第15條之工作權、憲法第10條之行動自由（特別是在須高度依賴開車代步之情形下，如無法開車，則行動自由將受限制者）及憲法第22條之駕車自由等。
- 二、以本件情形而言，由於持有小型車職業駕駛執照者本得駕駛小型自用車及輕型機車，故其不會擁有二張駕照；因而，小型車職業

駕照如遭吊銷，不但無法駕駛計程車謀生，且無法駕駛非計程車之「其他須職業駕照之車輛」謀生，甚至無法駕駛一般自用小客車與輕型機車。其中駕駛計程車與其他須職業駕照之車輛，涉及人民之謀生；故如依前開規定吊銷駕照，除「直接限制」了其駕駛計程車及其他須職業駕照之車輛外，並將「間接限制」其謀生之方式（工作權）。而吊銷駕照亦將限制人民駕駛一般自用小客車與輕型機車（一般行為自由）；如係在須高度仰賴機動車輛代步之客觀環境下，限制人民駕駛自用小客車與輕型機車亦將使人民自由移動受到限制（行動自由）。

三、多數意見認為有關前揭吊銷駕駛執照之規定，「除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由」（見本號解釋理由書第14段），本席固然同意；惟由於在憲法第22條之下之駕駛汽車自由（亦即自由決定開車與否）係一般行為自由之範疇，其對人民之重要性，顯不如憲法第10條之下之行動自由（亦即必須仰賴開車而得以進行較大範圍的行動）及憲法第15條之下之工作權（亦即駕駛計程車為業以謀生，或駕駛其他種類之營業小客車甚至自用小客車以經營生計）。在依憲法第23條規定檢視法律對人民之自由權利所為之限制是否符合必要性之要件時，所應賦予駕駛汽車自由之評價，與所應賦予行動自由及工作權之評價，其重要性，亦不能等量齊觀。故本席認為，如本件將行動自由之部分納入分析，將更為周延。

貳、立法者如何考量「計程車駕駛人犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」

一、如前所述，本號解釋文之意旨謂：道交條例第37條第3項規定，以「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第230條至第236條各罪之一」（下稱道交條例第37條第3項所列之罪），且「經第一審法院判決有期徒刑以上之刑」為條件，吊扣其執業登記證，並以「經法院判決有期徒刑以上之刑確定」為條件，廢止其執業登記；其僅以計程車駕駛人所觸犯

之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有「實質風險」，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記，就此而言，逾越憲法第23條所規定之必要程度。故本號解釋所劃下的標準為「計程車駕駛人之犯行是否對乘客安全具有『實質風險』」。如無「實質風險」，則縱計程車駕駛人有觸犯刑法罪章，亦不應吊扣或廢止其之執業登記證，使其無法從事駕駛計程車之工作以謀生。

二、本號解釋理由書對「實質風險」之要件雖有部分闡述，然本席認為並不充分，而應予補充說明：

- (一)「實質風險」之概念：本號解釋多數意見對此並無界定。本席認為，抽象而言，所謂「實質風險」應理解為發生實害的可能性確實存在；其標準應高於「單純理論上或遙遠的可能性」(mere theoretical or remote possibility)，但未達於即將發生或極有可能發生(going to happen or extremely likely to happen)的程度。亦即，只要立法者有立法資料足以支持將來所列舉的罪名及計程車駕駛人受判刑之情形，發生危害乘客安全的可能性確實存在，其規定吊扣及廢止執業登記證之處罰，即可通過「實質風險」要件之檢視。
- (二)以罪名判定有無「實質風險」：前揭道交條例第37條第3項所列之罪，如其罪名與乘客安全無直接關聯者（諸如刑法第320條第2項之竊佔不動產罪、第339條之1之由收費設備取得他人之物罪、第307條不依法令搜索罪等），自應認為不符合「實質風險」之要件（見本號解釋理由書第10段），而應由道交條例第37條第3項剔除。本解釋理由書此部分所列之刑法第320條第2項、第339條之1及第307條等罪名，僅係例示性質。立法者自應依相關資料，逐項檢視道交條例第37條第3項所列之罪，確認計程車駕駛人觸犯其罪，是否對乘客之安全具有「實質風險」。
- (三)以所宣告之有期徒刑之長短及有無緩刑之宣告作為有無「實質

風險」之「考量因素之一」：

1. 本段之標準與前段以罪名判定有無「實質風險」之標準不同；在前段之標準下，如以罪名判定之結果為無實質風險，則不問判刑長短及有無緩刑之宣告，均不應列為吊扣及廢止執業登記證之事由。本段之標準，則僅為立法者「考量因素之一」；而非作為不得吊扣及廢止執業登記證之「絕對標準」。
2. 多數意見稱：「僅宣告短期有期徒刑，甚或宣告緩刑，則此等計程車駕駛人是否均具有危害乘客安全之實質風險，而均需予相同之禁業限制，亦有檢討之必要」；且道交條例第37條第3項「僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記。就此而言，對計程車駕駛人工作權之限制，已逾越必要程度。」（見本號解釋理由書第11段）亦即，多數意見係認為，不能不問計程車駕駛人犯罪所受宣告有期徒刑之高低、有無受緩刑宣告，而對觸犯道交條例第37條第3項所列之罪者，一律吊扣及廢止執業登記證。該理由書之反面意旨應為：立法者應考量有期徒刑高低及有無緩刑宣告，而決定是否「一律」或「不要一律」吊扣或廢止計程車駕駛人之執業登記證。例如，縱使有緩刑之宣告，立法者如依據立法資料，衡量之結果，認為在某些條件下，仍確有在一定較短期間之內吊扣或廢止執業登記證之必要者，並非不可規定其仍應於一定較短期間之內吊扣或廢止執業登記證。
3. 另立法者究應認定所宣告之有期徒刑，低於如何之刑度，始符合可以被考量屬於無「實質風險」之情形，立法裁量範圍仍大。但無論如何，立法者必須有相當的立法資料，足以支持其所劃定之刑度界線。

（四）本號解釋雖以「實質風險」作為立法者限制計程車駕駛人工作權之客觀標準，然不同之計程車駕駛人縱使觸犯相同之罪名或宣告一樣之有期徒刑，其是否會對乘客造成「實質風險」，仍

可能有相當之差異。此種主觀之標準，僅能以個案評估方式認定。故長期而言，除以法律訂定客觀標準外，似應建立個案審查之機制，由獨立且專業之委員會，對觸犯修正後之道交條例第 37 條第 3 項所列之罪之計程車駕駛人（包括在其執業中，或在其擔任計程車駕駛人之前觸犯者），是否合適擔任，逐案認定。

三、計程車駕駛人固然多數均屬循規蹈矩的尋常人，但不可否認，有些駕駛人的言行舉止或媒體偶爾報導與計程車駕駛人有關之犯罪行為，確實也造成婦女、羸弱者甚至一般大眾搭乘計程車的極大心理抗拒因素。本號解釋劃定「實質風險」作為界線，目的在平衡計程車駕駛人的工作權及乘客安全。然本解釋對於改善一般人對計程車駕駛人的印象，並無實質助益；此部分，自有待業者與主管機關共同努力。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

本件解釋涉及對普羅大眾工作權之維護，有其憲法上重大意義。本席贊成本件解釋文之全部，解釋理由書內容亦大致同意，惟認為就關於執業登記證部分仍有論述略未臻詳盡，有進一步補充，免滋誤解之處，爰就該部分補充協同意見如下，用供參考，並請指正：

一、本件解釋仍延續本院釋字第 584 號解釋之肯定道路交通管理處罰條例第 37 條保障乘客安全目的之意旨，並未改變，此由本件解釋理由書第 8 段稱：「是系爭規定一就計程車駕駛人主觀資格，設一定之限制，以保護乘客安全及維護社會治安，係為追求重要公共利益，其目的洵屬合憲。」等語，即可知之。故本件解釋仍係於保障乘客安全之大前提下所作成，應先予敘明。

二、本件解釋與本院釋字第 584 號解釋之釋憲客體不同：本件解釋之客體為道路交通管理處罰條例第 37 條第 3 項，而本院釋字第 584 號解釋之客體則為同條第 1 項，因此，沒有所謂變不變更本院釋字第 584

號解釋之問題。

三、本件解釋之結論為違憲，固與本院釋字第584號解釋之結論為合憲，乍看似大不相同，但因如前所述，釋憲客體不同，故二者已並不相違逆。而且由本院釋字第584號解釋文末：「惟以限制營業小客車駕駛人選擇職業之自由，作為保障乘客安全、預防犯罪之方法，乃基於現階段營業小客車管理制度所採取之不得已措施，但究屬人民選擇職業自由之限制，自應隨營業小客車管理，犯罪預防制度之發展或其他制度之健全，隨時檢討改進；且若已有方法證明曾犯此等犯罪之人對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其駕駛營業小客車執業之限制，俾……能貫徹憲法人民工作權之保障……之意旨」之諭示，更可知：本院前輩大法官亦認為對計程車駕駛人職業自由之限制，為不得已之措施，主管機關應隨時檢討改進；並已進一步指出稱：「倘對乘客安全不具特別危險時，即應解除其限制」云云，即已進一步指出：可否對計程車駕駛人禁業（禁止以開計程車載客為職業）之判斷標準應為：該駕駛人所犯之罪是否會對計程車乘客安全具特別危險。而由本件解釋文第1段稱：「而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」云云，即知本件解釋係延續前本院釋字第584號解釋本同一意旨而作成，二者前後呼應。

四、道路交通管理處罰條例第37條第1項及第3項規定，固有禁業之期間不同（終身禁業與三年禁業）之別，也有罪名或所侵害法益輕重（第1項主要為人身重大法益、第3項主要為財產及較輕微法益）之不同，但均為對職業自由主觀條件之限制，故二規定是否違憲，自同應受較嚴格之審查。本件解釋採與本院釋字第584號解釋同一審查原則及相同判斷標準，雖然就是否違憲獲致不同結論，但係就不同情形，本於相同憲法原理而為，本件解釋之違憲結論應仍屬妥當。

五、因為本件係延續本院釋字第584號解釋意旨，以計程車駕駛人之犯罪是否對乘客安全具特別危險（實質風險）作判斷標準，而經查道路交通管理處罰條例第37條第3項相關立法資料及主管機關之說明，均充其量只能看出：該條項之犯罪罪名，為計程車駕駛人犯罪紀錄中

之較多者而已。但看不出列舉之各該犯罪名之犯行均與乘客安全之特別危險（實質風險）間有實質關聯，因此，乃認為本條項規定至少其中一部分為違憲，故應由有關機關以「是否對乘客安全具特別危險即實質風險」作為標準，檢視本條項所列舉罪名之妥當性，以及單以受有期徒刑以上宣告為條件，是否可能有由個案情節觀之，為過當之情形，而非屬合宜。至於實質風險 (substantial risk) 之意義為何，在我國法上不甚確定，未來須待實務及學說進一步闡釋，以利適用。

六、惟本件解釋並非否定該條項具有保障乘客安全之功能，也不是認為該條項所列舉之罪名對乘客安全均必然無特別危險。然因至少本席由聲請人所提出之確定終局裁判及所調得前案資料等，綜合觀察認為其中部分聲請人之犯行輕微，係偶一為之，甚至所為與計程車業務無關，也非利用所駕駛之計程車而為，即此種情形，對乘客安全應不具特別危險，故無依本條項限制其執行計程車業務之理，本席乃贊成本條項規定應即檢討修正。又 1、有關機關於檢討修正時，請依本件解釋意旨通盤檢討適當調整刪減不適當之罪名外，如依上述標準審查，而發現有應加入而原未加入之罪名者，則請依職責斟酌之，以維乘客安全。2、本席由調得之相關資料也發現，目前法院基於若干主客觀因素考量，量刑似有普遍偏低現象，而且法院非計程車業之主管機關，刑事審判尤與計程車駕駛人之禁業與否決定無關，故已不宜逕以法院是否諭知緩刑等，作為對計程車駕駛人禁業之唯一標準。更何況再累犯比率之考量為本院釋字第 584 號解釋所肯定，即同受緩刑或低度有期徒刑之宣告者，可能因其犯案情節不同或犯罪前案紀錄狀況，而異其對乘客安全之危險性，故可能不宜一概而論。因此，本件解釋固然肯定僅被宣告短期自由刑，甚至被宣告緩刑與否，可列入為檢討範圍，但只是以之為數可能考量因素之一部分而已，並無以之為不可禁業之絕對標準之意思，有關機關仍應自行綜合相關全部可能因素考量之，即有關機關若欲將之作為是否禁業之標準時，仍應依職權自行詳細審酌，以免因量刑普遍偏低之現實狀況，使本條項原有保障乘客安全之功能不達，致違反本件解釋之意旨。

七、又何謂「對乘客安全具特別危險即實質風險」之犯罪，而可列入禁業範圍？本席認為過往計程車駕駛人於執行計程車載客業務時，與乘客間之糾紛事例，尤其因此而涉及之對乘客犯罪統計，以及駕駛人在生理、心理及品性上是否適合駕駛之資料，均適宜列入為重要參考。

協同意見書

許志雄大法官 提出

本案之審查客體包括道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）下列三項規定：「計程車駕駛人，在執業期中，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，經第一審法院判決有期徒刑以上之刑後，吊扣其執業登記證。其經法院判決有期徒刑以上之刑確定者，廢止其執業登記，並吊銷其駕駛執照。」（第 37 條第 3 項）、「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。」（第 68 條第 1 項，即 99 年 5 月 5 日修正公布前之第 68 條）、「汽車駕駛人，曾依……第 37 條第 3 項……規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照……。」（第 67 條第 2 項）。本號解釋認定道交條例第 37 條第 3 項有關吊扣執業登記證、廢止執業登記及吊銷駕駛執照之規定不符比例原則，侵害憲法第 15 條保障之工作權；其吊銷駕駛執照部分，並與憲法第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自解釋公布之日起失其效力；因此，不得再以違反第 37 條第 3 項為由，適用第 68 條第 1 項之規定，而第 67 條第 2 項與第 37 條第 3 項吊銷駕駛執照有關之規定，應即併同失效。本席對於違憲結論表示贊同，但認為解釋理由書中有關第 37 條第 3 項吊銷駕駛執照侵害工作權部分之說理有所不足，且一般行為自由部分僅一筆帶過，過於簡略，實有補充說明之必要，爰提出協同意見書。

一、吊銷駕駛執照部分之違憲性

本號解釋首先認定道交條例第 37 條第 3 項有關吊扣執業登記證及廢止執業登記部分違憲，理由如下：一、作為禁業依據之罪名過廣，蓋該規定「主要係以罪章作為禁業規定之依據，而刑法同一罪章內所

列各罪之危險性與侵害法益之程度有所差異，其罪名甚至有與乘客安全無直接關聯者（諸如刑法第 320 條第 2 項之竊佔不動產罪、第 339 條之 1 之由收費設備取得他人之物罪、第 307 條不依法令搜索罪等）。」

二、立法資料及有關機關迄今所提出之統計或研究，仍不足以推論曾經觸犯該條項所定之罪者，在一定期間內均有利用業務上之便利，再觸犯各該罪，致有危害乘客安全之實質風險。亦即，基於立法事實之檢證，判斷尚無足以支撐其規制手段合理性之立法事實。三、又「僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記。就此而言，對計程車駕駛人工作權之限制，已逾越必要程度。」

關於吊扣執業登記證及廢止執業登記規定之違憲理由，本號解釋詳加論述。反之，對於吊銷駕駛執照違憲部分，僅謂：「依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 2 條規定，汽車駕駛人以從事計程車駕駛為業者，應於執業前向執業地直轄市、縣（市）警察局申請辦理執業登記，領有計程車駕駛人執業登記證及其副證，始得執業。故廢止執業登記，使其不得以駕駛計程車為業，已足以達成維護乘客安全之立法目的。」據而認定道交條例第 37 條第 3 項「有關吊銷駕駛執照部分，除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違……。」其以形式論理之方式，判定吊銷駕駛執照之規定違憲，在說理上未盡妥適。尤有甚者，本號解釋既先認定廢止執業登記之規定違憲，卻又以廢止執業登記已足以達成維護乘客安全之立法目的，認吊銷駕駛執照多此一舉，顯逾達成目的之必要程度，而構成違憲。此一論法，寧無悖理之處？

依計程車駕駛人執業登記管理辦法第 3 條規定，汽車駕駛人須領有職業駕駛執照，始得申請辦理執業登記。依理，原已辦理執業登記之計程車駕駛人，一有吊銷職業駕駛執照情形，應即廢止其執業登記。按道交條例第 37 條第 3 項吊銷駕駛執照規定之所以違憲，實質理由應

與廢止執業登記規定相同。因此，若仿照本號解釋之論法，先依同一理由認定吊銷駕駛執照規定違憲，然後再以形式論理方式論斷廢止執業登記規定違憲，則亦會出現既先認定吊銷駕駛執照之規定違憲，卻又以吊銷駕駛執照已足以達成維護乘客安全之立法目的為由，認廢止執業登記多此一舉，顯逾達成目的之必要程度，而構成違憲之悖理說法。有鑑於此，關於違憲之理由，吊銷駕駛執照部分與廢止執業登記部分，允宜合併論述，方能周全。

二、一般行為自由

在我國釋憲實務上，司法院釋字第 689 號解釋首度揭示「一般行為自由」概念¹。其解釋理由書指出：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第 603 號解釋參照）。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由（本院釋字第 535 號解釋參照），自在一般行為自由保障範圍之內。」

按憲法第 22 條為概括性權利保障條款，釋字第 689 號解釋從中導出一般行為自由，值得肯定。惟大法官僅以「人民依其意志作為或不作為」說明一般行為自由，無從據以理解其內涵、性質、在憲法權利體系中的地位及審查方法。更且，該號解釋將人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由納入一般行為自由保障範疇內，導致屬於人身自由之一環的行動自由與一般行為自由混淆不清。關於吊銷駕駛執照爭議之釋字第 699 號解釋，認行動自由應涵蓋駕駛汽車或使用其他交通工具之自由，其見解亦有概念及理論謬誤之問題。

本席認為，相對於憲法個別列舉之權利規定而言，憲法第 22 條概括性權利保障條款係居於普通法之地位，擔負補充之保障機能。凡是憲法其他條文已明定之權利，即無援引概括性權利保障條款之必要。

¹ 關於一般行為自由之概念及釋字第 689 號解釋之評析，詳參許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 155 以下。

如依釋字第 689 號解釋所示，一般行為自由係「人民依其意志作為或不作為」之自由，受憲法概括性權利保障條款之保障，則其性質上應屬概括性權利，與其他憲法上之權利立於普通法與特別法的關係，凡屬於其他憲法上之權利者，即不適用一般行為自由之保障。此處所謂其他憲法上之權利，包括憲法其他條文列舉之權利，以及由概括性權利保障條款導出而獨立成形之權利，如隱私權及人格權等皆是。

申言之，憲法上之權利包含憲法列舉之人權、由概括性權利保障條款導出之人權，以及其他權利。以現行憲法為例，人身自由（第 8 條）、表現自由（第 11 條及第 14 條）及宗教自由（第 13 條）等，屬於憲法列舉之人權；隱私權、身體權及人格權等，則係由概括性權利保障條款導出之人權。至於一般行為自由，因範圍廣泛，及於一切生活領域有關之行為，而不以有關人格利益或自律者為限，且未直接牽涉個人尊嚴之維護，是尚不宜列入人權範疇。惟其可排除國家之「違憲強制」或「違憲侵害」，有助於個人主體性之實現，故應為受憲法保障之其他權利，只是一般行為自由之審查密度通常較低，有關規制立法之違憲可能性亦相對減少。

各種人權莫不包含諸多行為態樣，例如表現自由可涵蓋散發傳單、使用擴音器及焚燒國旗等行為。這些行為是否可以認定為權利，容有討論空間，即使認定為權利，也只是「人權之行使」，並非「人權」本身，當然更不能說是獨立於表現自由之外的另一種人權。同理，吸煙、駕駛汽車、散步及登山等行為，均涵蓋於一般行為自由中，並非憲法於一般行為之外，同時保障吸煙自由、駕駛汽車自由、散步自由及登山自由等個別性主觀權利。準此，本號解釋將駕駛汽車之自由納入一般行為自由中，洵屬正確。而且，本號解釋不再誤用行動自由概念，值得肯定。

惟就道交條例第 37 條第 3 項規定觀之，其吊銷之駕駛執照應為職業駕駛執照，構成工作權之侵害。如前所述，一般行為自由既居於補充保障之地位，當無再論以侵害一般行為自由之必要。嚴格言之，係因同條例第 68 條規定：「吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類

之駕駛執照。」導致計程車駕駛人之職業駕駛執照經吊銷時，其普通駕駛執照一併遭吊銷。普通駕駛執照之吊銷部分，構成一般行為自由之侵害，不俟贅言。

道交條例第 37 條第 3 項之違憲性姑且不論，單就同條例第 68 條規定觀之，其與第 37 條第 3 項有關之部分，亦可能違憲。蓋第 37 條第 3 項所以為吊銷駕駛執照之規定，係因計程車駕駛人犯罪致有危害乘客安全之實質風險，而非其駕駛行為有違反道路交通安全之情形，故吊銷職業駕駛執照已足以達成目的，卻進一步連普通駕駛執照亦一併吊銷，致令計程車駕駛人完全不能駕駛汽車，剝奪其駕駛汽車之自由，則顯然不合理，違反比例原則，對一般行為自由造成「違憲侵害」。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為道路交通管理處罰條例（下簡稱道交條例）第 37 條第 3 項規定（下稱系爭規定一），計程車駕駛人於執業期中觸犯一定之罪者，經法院判決有期徒刑以上之刑者，吊扣其執業登記證，廢止其執業登記，並吊銷駕駛執照之規定均違憲。有關吊扣執業登記證、廢止執業登記之部分，限於二年內修正，逾期未修正者，失其效力；有關吊銷駕駛執照之部分立即失效。本席贊同本號解釋，並補充意見如下：

壹、系爭規定一立法不當之處

一、以犯罪人數之多寡，而非依據對人身安全之危害程度列為禁業罪名，不符合「保護乘客安全」之立法目的

本號解釋理由指出「鑑於有犯罪紀錄之計程車駕駛人以曾犯竊盜、詐欺、贓物及妨害自由罪較多，有關機關於 70 年 7 月 29 日修正公布道交條例，增訂第 37 條之 1 第 3 項，將犯竊盜、詐欺、贓物及妨害自由各罪列入定期禁業之範圍」，故知系爭規定一於立法時是以計程車駕駛人中犯有前科者，依所犯罪名之人數較多者，依序挑選出來作為禁業之依據，而非就計程車駕駛人所犯之罪中挑出對於乘客安全較有疑慮者列為禁業罪名。本號解釋指出系爭規定一違憲之理由在於「僅

以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」，至少有二個意涵，一是所列各罪未必與計程車業有關或可能對計程車之乘客構成安全威脅，二是其他未被列入禁業罪名者，有可能是社會危險性較高，並對乘客構成實質風險者，諸如：傷害罪章內有許多犯行具有乘客安全之疑慮，例如重傷罪（刑法第278條）及聚眾鬥毆罪（刑法第283條）等，相較於系爭規定一所列之罪名，對乘客安全之疑慮實更嚴重。足見目前所列禁業罪名與立法之目的間並無實質關聯，有重新檢討之必要。系爭規定一所列之罪名輕重失衡，茲舉數例說明：

- （一）計程車駕駛人與鄰人口角，口出惡言，被依犯恐嚇罪（刑法第305條）判刑，因恐嚇罪屬妨害自由罪章，應受三年禁業，但若計程車駕駛人將乘客毆傷，構成傷害罪，因傷害罪不在禁業範圍，該駕駛人反而不必受到禁業限制。又如觸犯恐嚇公眾罪（刑法第151條），其危險性顯較一般恐嚇罪（刑法第305條）為嚴重，反而未被列入禁業罪名，如此輕重失衡實極明顯。
- （二）又如計程車駕駛人將乘客之遺留物品據為己有，可能成立侵占罪（刑法第335條），不在禁業罪名；但若在超商順手牽羊成立竊盜罪，卻在禁業範圍。
- （三）列入系爭規定一之禁業罪名，有些與乘客安全無直接關聯，除解釋理由已指出之刑法第320條第2項竊佔不動產罪、第339條之1由收費設備取得他人之物罪、第307條不依法令搜索罪等為最明顯者外，其他諸如本號解釋聲請人中有二位係載運應召女郎至旅店與他人從事性交易而觸犯刑法第231條第1項前段之意圖使女子與他人為性交而媒介以營利罪之幫助犯，屬於妨害風化罪章而被列入禁業罪名，然而其犯行實僅為計程車駕駛人與應召業者間之財產交易行為，實難認為觸犯此罪者即對乘客安全可能構成威脅。

二、系爭規定一之立法方式並未達成篩選計程車駕駛人之目的

系爭規定一是以具有計程車駕駛人身分作為規範對象，若不具計

程車駕駛人身分者觸犯系爭規定一所定之罪，無論其犯罪情節輕重與所受判刑之刑期長短，均不影響其於犯罪後申請成為計程車駕駛人。

又觸犯系爭規定一所列舉之罪，情節較嚴重者（如經判處有期徒刑三年以上者），於服刑期間，本無擔任計程車駕駛人之可能，反而對於犯行較輕微者，如被判刑六個月以下得易科罰金，或受緩刑宣告者，實質限制其擔任計程車駕駛人之職業自由。可見系爭規定一之立法缺失無法達到防止具有犯罪前科者於一定期間內擔任計程車駕駛人之目的，解決之道應參考其他行業有關定期執業限制之起始點均以「執行完畢」或「服刑期滿後」尚未逾幾年（一般為三年或五年）之方式立法。

三、系爭規定一尚不足以作為增進計程車業者之安全形象與職業信賴之手段

系爭規定一於 70 年立法時，與以後歷次修改之立法紀錄，均列出立法目的在於「保障乘客之安全」。但主管機關於 99 年及 106 年回復本院之函指出系爭規定一之立法目的包括「增進計程車業者之安全形象與職業信賴」，因為該目的並未出現在立法資料，因此本號解釋並未以之為審查之標的。但本席認為交通部所指出增進「安全形象」與「職業信賴」之目的仍具有討論之價值。

交通部指出增進計程車業者之「安全形象」與「職業信賴」作為立法理由，似乎是認為列為禁業之罪名縱然有些是與乘客安全無關，但擴大禁業之罪名，讓更多有前科者被禁業，將使計程車業者素質更為「乾淨」，從而提升計程車業者之安全形象與職業信賴。對於如此之想法，本席認為目前之規定與該目的亦不合比例原則，且有違平等權，理由如下：

- （一）各行業都有提高形象與維持職業信賴之要求，為達此目的，許多行業以法律規定成員之資格限制，各行業均係以進入該行業之門檻之方式規定¹，標準有所不同，惟系爭規定一係以計程車

¹ 保全業法第 10 條之 1 第 1 項第 2 款規定，觸犯一定之罪者不得擔任保全人員，但同項第 3 款另規定不得擔任保全人員者包括「因故意犯前款以外之罪，受有期徒刑逾六個月以上刑之宣告確定，尚未執行或執行未畢或執行完畢未滿一年。但受緩刑宣告者，不在此限」。

駕駛人在「執業期間」犯一定之罪者，剝奪計程車駕駛人之執業資格一定期間，而非進入該行業之門檻的規定，已如前述。

- (二) 如對某特定行業成員之禁業規定過於嚴苛，甚至對於犯輕罪或受緩刑宣告者均不給予改過遷善之空間與機會，反而彰顯立法者對該行業成員之不信任感，形成對整體行業之負面標籤，對於所欲達成增進職業信賴之目的，不僅沒有幫助，反而有負面效果。

四、吊銷駕駛執照部分與立法目的無關，而且顯不合理

本號解釋文對於系爭規定一有關吊銷駕駛執照部分認為「顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力」，於解釋理由指出「廢止執業登記，使其不得以駕駛計程車為業，已足以達成維護乘客安全之立法目的」「系爭規定一有關吊銷駕駛執照部分，除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度」。本號解釋言簡意賅指出對於觸犯系爭規定一所定之罪者，於廢止執業登記之外，另外再剝奪其駕駛汽車之自由是沒有必要的。本席認為有必要補充說明吊銷駕駛執照之不合情理：

- (一) 系爭規定一所規定之罪名（竊盜、詐欺等）與駕駛行為並無關聯。道交條例第 67 條第 2 項所規定吊銷駕駛執照之事由，除系爭規定一之外，均與駕駛行為有關，如違反汽車裝載之規定致人重傷或死亡（道交條例第 29 條第 4 項）、酒醉、吸毒駕駛、拒絕酒測等（道交條例第 35 條第 3 項前段、第 4 項前段）。
- (二) 如有非計程車駕駛人觸犯系爭規定一所定之罪者，並不會被吊銷各種駕駛執照，仍享有駕駛之自由，可見系爭規定一是對計程車駕駛人為無理由之差別待遇，構成對計程車駕駛人之歧視。
- (三) 依道交條例第 68 條規定之結果，觸犯系爭規定一之計程車駕駛人不僅三年內不得從事計程車營業，並且連駕駛各級車輛之執照亦被剝奪，不僅不得駕駛一般汽車以從事日常生活事務，如載送子女上下學等，甚至連駕駛貨車營生亦不許可，實不合理。

貳、未來立法得考慮之方向

一、參考目前我國有關禁業規範之立法類型

本號解釋指出系爭規定一違憲之理由為「僅以計程車駕駛人所觸犯之罪及經法院判決有期徒刑以上之刑為要件，而不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險」，且限於二年內妥為修正。將來立法應考量的是如何確認何種犯行「足以顯示對乘客安全具有實質風險」。我國目前對於有前科者之職業選擇自由之限制分別規定於規範各行業之法規，可分為終身限制與定期限制。參考我國目前各行業對有前科者之執業限制規定方式有如下：

- 1、以所受判決之刑期為標準，而不論所犯罪名者，如私立學校董事（私立學校法第20條）、公證人（公證法第26條）及引水人（引水法第13條）等。此限制方式因所犯之罪與其從事之職業可能並無關聯，恐失之過苛。
- 2、僅就觸犯與業務上有關犯罪行為經判決確定者為終身禁業規定，如心理師法第6條、建築師法第4條及技師法第6條，如參考各該立法而僅規定與計程車有關或利用駕駛計程車之機會所為之犯罪行為而受有罪或一定刑期以上之宣告者為禁業規定，則可能失之過寬，因觸犯與業務無關之罪名亦可能有犯罪手段嚴重，且有較高潛在犯罪之風險者。
- 3、列舉特定之罪，而經判決有罪或一定刑期以上者為禁業規定，為目前系爭規定一及大多數定期禁業之立法態樣。雖然已經綜合前述二種情況為折衷性立法，但前二者之缺點依然存在。如同一罪名內所包括各種犯罪態樣，其實罪質差距很大，單以同一罪名為限制之依據，失之過苛；另一方面有些與業務有關之罪反而未被列入，以計程車駕駛人而言，如犯傷害罪未被列入終身或定期禁業，但傷害罪章內亦有犯罪情節相對嚴重者，對比其他較不嚴重之罪名，卻被列入禁業範圍，可知此種立法方式依然掛一漏萬，並不嚴謹。

二、德國立法例之參考

就此德國的立法應可作為我國參考。德國對於禁止執業及禁止駕

駛均規定於刑法。德國刑法第 70 條規定，若行為人濫用其職業或行業，或嚴重違反與其相關的義務而實施違法犯罪行為，遭有罪判決，或行為人係因無責任能力或其無責任能力之狀態無法被排除者，法院可禁止該人在一年以上五年以下從事該職業，如認為五年仍不能防止該行為所造成之危險，得永遠禁止其執業。值得注意的有兩點：1、限於濫用其執業或嚴重違反與其相關之義務，而被判決有罪者。2、法院可對該行為人及其行為進行整體評估後，決定為一至五年之禁業或終身禁業。

德國法之規定係針對個案進行評估，可以避免規範過嚴而傷害無辜，亦可避免規範過鬆而有漏網之魚。當然德國法官要用什麼樣的標準來進行「整體評價」，將會是有待研究的領域，但本席認為可以由各行各業之公會提供參考標準。法官既然有權力決定犯罪人坐監之刑期，甚至定人生死，則由其認定犯罪人受禁業之期間，也是順理成章。

另外德國刑法第 44 條亦規範「禁止駕駛」之處罰，其要件為「犯罪發生於駕駛機動車輛時，或與之有關或由於違反駕駛人員之義務，而被判處自由刑或罰金，法院得禁止其於街道駕駛一切或特定種類之機動車輛，期間為一個月以上，三個月以下」，於此亦可得知其特點為 1、限與駕駛有關之犯罪行為而被判處自由刑或罰金。2、由法院裁量是否禁止其駕駛。3、期間僅一至三個月。

由上可知德國係將職業禁止或駕駛禁止分開處理，而非如我國對於犯道交條例第 37 條第 3 項之罪者，一律禁止其駕駛，並從而剝奪了其擔任計程車駕駛人之機會，甚至使其無法駕駛自用車以從事一般日常生活，相較於德國就個案為衡量，我國目前一竿子打翻一船人之規定方式實過於嚴苛。

事實上在民國 70 年立法過程的討論中就有許多立法委員提出目前條文過苛，恐有侵害計程車駕駛人工作權之疑慮，亦有立法委員指出目前規定之犯罪行為內容駁雜，應該要另定辦法以審定所犯罪刑之寬嚴與廢止執業登記以及吊銷駕駛執照之關聯（見立法院公報第 70 卷第 56 期第 12 頁），可說是接近德國立法之想法，可惜三十餘年來，有關機關均未能依據這些想法對現行立法作出檢討改進。

參、避免因社會事件過度反應而制定嚴苛之法律

本號解釋作成前，瑞典發生了恐怖攻擊事件（2017年4月7日斯德哥爾摩發生卡車衝撞百貨公司購物人潮，造成4死15傷）。初步調查嫌犯為來自中亞的難民，因申請政府庇護未受核准，即將被遣返。這事件無疑地為將難民與恐怖份子劃上等號的人增加添油加醋的材料。全國哀悼聲中，瑞典總理致詞宣稱：「我們要發出清楚的訊息，你們（指恐怖主義）永遠不會勝利，我們決心不會讓我們最珍惜的價值——民主、人權以及自由，因為仇恨心而受到侵蝕破壞」（Our message is clear: You will never, ever win. We are determined never to let the values that we treasure—democracy, human rights and freedom—to be undermined by hatred.）²

2011年7月挪威發生右派青年瘋狂屠殺參加夏令營的青少年人事件，挪威總統 Jens Stoltenberg 含淚表示：「布瑞維克攻擊的是挪威的基本價值，也就是民主與開放，而挪威的回應之道就是更民主、更開放，攻擊案不會改變挪威作為一個包容社會的特質，會繼續容忍極端主義的見解，但絕不允許暴力。」他強調挪威人並非天真，而是心胸開闊。挪威總統之回應令德國法官亦表驚訝³。

每一次重大危害社會安全事件，都在誘引社會以維護安全之名而拋棄基本價值，但是禁不起誘引而拋棄原則的那一天，其實也就是被恐怖主義戰勝的日子。發生在85年12月1日的彭婉如命案造成社會強烈震撼，同年12月31日就通過修正道交條例第37條第1項，將原先僅對犯特定犯罪經判決確定者，二年內不得擔任計程車駕駛人之規定，修改為終身禁業。90年1月再次修正系爭規定一，取消原宣告緩刑或易科罰金即免受三年禁業限制之規定，只要受有期徒刑以上刑之宣告者，即吊扣執業登記證、吊銷執業登記證及吊銷駕駛執照。每次發生重大治安事件，最容易對特定社群貼上標籤，給予過度嚴厲之處分，瑞典的恐攻事件並沒有導致瑞典人立法限制在瑞典的難民的各種

² Sweden's Wisdom on Terrorism, The New York Times, April 13 2017, at 15.

³ Deutsche Richter Zeitung, April 2015, S.122.

自由權利。因為對特定社會群體之害怕或恐懼而對其貼上特定標籤，容易形成歧視。若對特定群體型塑刻板印象者是掌握話語權者，則被歧視的對象幾乎無力表述，長期被歧視者將以最激烈的手段報復歧視他們的社會。美國總統林肯曾說：世上沒有卑鄙的職業，只有卑鄙的人。因此應該把行業中的害群之馬與該行業作區隔，避免因該行業之個人行為產生之負面觀感，擴及至對於整個行業全體從業人員之刻板印象，而以「寧可錯殺一百，不可錯放一人」的態度過度立法。

部分不同暨部分協同意見書 詹森林大法官 提出

本解釋之聲請人主張略為：確定終局裁判所適用之道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第 37 條第 3 項、第 67 條第 2 項及第 68 條第 1 項（即 94 年 12 月 14 日修正公布之第 68 條）規定，對執業期間內犯特定罪之計程車駕駛人，吊扣執業登記證、廢止執業登記，並吊銷職業駕駛執照及其他各級車類駕照，且於三年內，禁止考領駕照，導致其三年內不得執業，前揭三規定有違憲之疑義。

本解釋認為，道交條例第 37 條第 3 項規定關於吊扣執業登記證及廢止執業登記部分，不符比例原則，有違憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，應於二年內修正；但在修正前，經依道交條例第 37 條第 3 項規定廢止執業登記之計程車駕駛人，於三年內，仍不得再行辦理執業登記。（參見下述壹）

本解釋另認為，道交條例第 37 條第 3 項規定關於吊銷駕駛執照部分，亦為不符比例原則，且違反憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨，應立即失效，同條例第 67 條第 2 項關於依第 37 條第 3 項吊銷駕駛執照者三年內不得考領駕駛執照部分，應從而併同失效。（參見下述貳）

此外，本解釋認為，道交條例第 37 條第 3 項規定關於吊銷駕駛執照部分，既經宣告立即失效，自不得再以違反該規定為由，適用同條例第 68 條第 1 項（即 94 年 12 月 14 日修正公布之第 68 條）之規定，吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照。（參見下述參）

壹、道交條例第 37 條第 3 項關於吊扣執業登記證及廢止執業登記部分

道交條例第 37 條第 3 項，就計程車駕駛人在執業期間內，犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一者，明定 3 種行政處分：

1. 如經第一審法院判決有期徒刑以上之刑，不待該判決確定，立即吊扣其執業登記證。
2. 如經法院判決有期徒刑以上之刑確定，則廢止其執業登記，並
3. 吊銷其駕駛執照。

一、關於吊扣執業登記證並廢止執業登記違憲部分

按道交條例第 37 條第 3 項針對於執業期間內，曾犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，並經法院判決有期徒刑以上之刑之計程車駕駛人，不問行為人於具體個案之犯罪動機、所犯罪名、宣告刑度、有無緩刑等情事為何，一律明定吊扣其執業登記證；有期徒刑以上之刑之判決確定者，並廢止其執業登記。依據立法資料，該規定之立法目的在於維護乘客安全，而其立法理由則主要係基於「經調查有犯罪紀錄之計程車駕駛人以曾犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由等罪較多」，及「強化婦女乘客之保障」。

維護乘客財產及人身安全，當然屬於正當之立法目的。但如以吊扣計程車駕駛人之執業登記證及廢止執業登記，為達成該目的之手段，則因其手段屬於限制計程車駕駛人受憲法第 15 條保障之工作權，故除應有法律或法律明確授權之命令為依據外，並應符合比例原則。

任何理性之人，本於一般經驗法則，均可輕易推知，計程車駕駛人於執業期間，縱曾觸犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一，在絕大多數情形，該犯行並非係其於駕駛計程車之時，且針對乘客所為¹。因此，如僅因計程車駕駛人曾犯前述各

¹ 例如，竊盜大都發生於住宅內或街道上，乃屬常識。以「竊盜&住宅」及「竊盜&街道」為關鍵字，查詢司法院「法學資料檢索系統」之臺灣高等法院刑事裁判，分別顯示 6268 筆及 124 筆之判決與裁定。參見臺灣高等法院 106 年度上易字第 788 號、106 年度上易字第 435 號等判決（侵入他人住宅竊盜）；臺灣高等法院 105 年度上訴字第 3126 號、105 年度上易字第 887 號、105 年度上易

罪之一，即限制其繼續執行駕駛計程車之職務，對於增進乘客之安全，並無助益。

或有認為，計程車駕駛人於執業期間，如有觸犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之情事者，為防範其將來亦有可能於駕駛計程車時，對其乘客，犯相同之罪，即有必要限制其至少於一段期間內，不得駕駛計程車，以維護乘客安全。

此項觀點，理論上固難謂為無據，但仍應有足夠統計數據，以彰顯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪行為人之再犯率，已達可能危害計程車乘客之程度，始能符合比例原則之要求。就此，本解釋指出：「立法資料及有關機關迄今所提出之統計或研究，仍不足以推論曾經觸犯系爭規定一所定之罪者，在一定期間內均有利用業務上之便利，再觸犯上開之罪，致有危害乘客安全之實質風險。」準此，縱使考量道交條例第 37 條第 3 項之規定具有預防風險之功能，仍無從因而認為該規定未違反比例原則。

反之，計程車駕駛人於執業期間，如犯道交條例第 37 條第 3 項所定各罪以外之罪，卻有可能彰顯其將來有危害乘客安全之虞。最明顯者，當然係屬犯傷害罪之情形。蓋計程車駕駛人，於執業期間，如有故意傷害他人（含其直系血親尊親屬）之身體或健康、故意使人受重傷（及因而致人於死），甚至聚眾鬥毆致人於死或重傷之情事（參見刑法第 277 條、第 278 條、第 280 條、第 281 條及第 283 條），則相較於曾犯道交條例第 37 條第 3 項所定竊盜等罪之情形，當然更具可能以相同犯行加諸計程車乘客之風險。然而，有傷害罪前科之計程車駕駛人，卻逸脫道交條例第 37 條第 3 項之管制²。由是亦可證明，該管制之手段難以實現管制之目的。

綜上，道交條例第 37 條第 3 項規定所選擇之「吊銷計程車駕駛人

字第 492 號等判決（街道竊盜）。反之，以「竊盜 & 利用駕駛計程車」為關鍵字，查詢臺灣高等法院刑事裁判，則僅顯示 1 筆裁判（臺灣高等法院 105 年度上易字第 2170 號判決）。以上之查詢日期均為 106 年 6 月 2 日。

² 就此，黃瑞明大法官於其就本解釋提出之協同意見書中，有更精闢之闡釋，敬請參閱。

執業登記證及廢止其執業登記」手段，與該規定所欲達成之「保障乘客安全」目的，欠缺實質關聯。本解釋因而認為，就此而言，該規定不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨有違，並要求有關機關至遲於解釋公布後二年內修定之。此項解釋意旨，自值贊同。

二、關於道交條例第 37 條第 3 項修正前，計程車駕駛人經廢止執業登記者，三年內仍不得再行辦理執業登記部分

本解釋明白揭示：「上開條例第 37 條第 3 項有關吊銷駕駛執照部分，……，應自本解釋公布之日起失其效力。從而，自不得再以違反同條例第 37 條第 3 項為由，適用同條例第 68 條第 1 項（即中華民國 99 年 5 月 5 日修正公布前之第 68 條）之規定，吊銷計程車駕駛人執有之各級車類駕駛執照。」

換言之，本解釋公布後，道交條例第 37 條第 3 項規定關於吊扣執業登記證及廢止執業登記部分，於二年內、修法前，仍為有效，但該規定關於吊銷駕駛執照部分，已立即失效，故計程車駕駛人縱有該規定所稱「於執業期中，犯該規定所定罪名之一，而經判決有期徒刑以上之刑確定」之情事，致遭依該規定而受「廢止執業登記」之處分，仍不會再遭依該規定而受「吊銷駕駛執照」之處分，從而仍得（繼續）持有其職業駕駛執照。至於本解釋公布前，計程車駕駛人經依道交條例第 37 條第 3 項，被廢止執業登記，從而依同條例第 67 條第 2 項規定，於三年內不得考領駕照者，於本解釋公布後，得以前揭二規定關於「吊銷駕駛執照」部分已經失效為由，立即重新考領職業駕照。

次應注意者，依本解釋意旨，本解釋公布後二年內，如道交條例第 37 條第 3 項之規定尚未修正，致計程車駕駛人經依該規定廢止執業登記者，不論該廢止執業登記之處分，係作成於本解釋公布前或公布後，亦不分該駕駛人係仍持有職業駕照，或重新考領駕照，均受三年內不得再行辦理執業登記之限制，從而於該期間內不得執行計程車駕駛職務。本解釋強調，此項限制之理由，係因「依本解釋意旨，計程車駕駛人自本解釋公布之日起至有關機關依本解釋意旨修正系爭規定一

（即道交條例第 37 條第 3 項）之前，經依系爭規定一廢止執業登記者，仍得繼續持有職業駕駛執照。即令本解釋公布之日前，經依系爭規定一吊銷駕駛執照者，亦得立即重新考領職業駕駛執照。……上開計程車駕駛人得持原有或新考領取得之職業駕駛執照，申請執業登記，故無法達到原系爭規定二（即道交條例第 67 條第 2 項）禁業三年之效果。」

本席以為，本解釋是項意旨，尚有疑義。

按本解釋公布前，計程車駕駛人經依道交條例第 37 條第 3 項規定吊銷駕駛執照者，固然必須從而適用同條例第 67 條第 2 項規定，禁止該計程車駕駛人於三年內重新考領駕照，並因而實現該第 67 條第 2 項規定三年內禁業之目的。

然而，本解釋既然宣告道交條例第 37 條第 3 項規定全部（即吊扣執業登記證、廢止執業登記暨吊銷駕駛執照），及同條例第 67 條第 2 項關於依第 37 條第 3 項吊銷駕駛執照部分，皆為違反比例原則，有違憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，故該第 37 條第 3 項關於吊扣執業登記證、廢止執業登記部分，應限期修正，關於吊銷駕駛執照部分，更應立即失效，且第 67 條第 2 項相關部分，亦併同立即失效，顯見本解釋蘊含該第 37 條第 3 項規定全部及第 67 條第 2 項相關部分，曾經不法侵害人民工作權之意味。況且，本解釋又認為，計程車駕駛人如被依前開第 37 條第 3 項規定吊銷駕駛執照者，該吊銷駕照之處分，若係作成於本解釋公布後，該計程車駕駛人得繼續持有小型車職業駕照，若係作成於本解釋公布前，則得立即重新考領小型車職業駕照。

因此，本解釋所應貫徹者，乃回復曾因前開第 37 條第 3 項及第 67 條第 2 項規定，致其工作權受不法侵害之計程車駕駛人之權益。詎料，本解釋卻反其道，就因第 37 條第 3 項吊銷駕照失效，而在此範圍內亦被宣告失效之第 67 條第 2 項，貫徹該第 67 條第 2 項之原定立法目的，繼續禁止工作權可能遭不法侵害之計程車駕駛人，三年內不得執行駕駛計程車職務。尚嫌未洽，難予贊同。

此外，倘若計程車駕駛人曾因一犯行（例如：犯竊盜罪，被宣告緩刑），經依道交條例第 37 條第 3 規定及第 67 條第 2 項規定，被禁

業三年，但在該三年屆滿前，該第 37 條第 3 項已因本解釋而經修正，且修正後之新法，不再將該犯行納入吊銷駕駛執照及禁業三年之原因案件中，則該計程車駕駛人於新法公布後、三年屆滿前，究竟係得依新法而再行辦理執業登記？或仍受本解釋此部分意旨之拘束，而依舊不得辦理執業登記？就此問題，本解釋亦未為進一步之交代。

貳、道交條例第 37 條第 3 項關於吊銷駕駛執照違憲部分

本解釋稱：「廢止執業登記，使其（即計程車駕駛人）不得以駕駛計程車為業，已足以達成維護乘客安全之立法目的。系爭規定一（即道交條例第 37 條第 3 項）有關吊銷駕駛執照部分，除限制工作權外，進一步剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。從而，自不得再以違反同條例第 37 條第 3 項為由，適用同條例第 68 條第 1 項……。」

前揭意旨，理由充分，結論正確，無待贅言。該意旨關於強調道交條例第 37 條第 3 項連結第 68 條第 1 項規定，導致剝奪人民駕駛汽車之自由，顯然逾越比例原則，從而違反憲法第 22 條保障人民一般行為自由部分，尤其值得贊同。

尚可一言者，係本段意旨與本院釋字第 699 號解釋之對照觀察。

本院釋字第 699 號解釋稱：「道路交通管理處罰條例第 35 條第 4 項前段規定，汽車駕駛人拒絕接受同條第 1 項第 1 款酒精濃度測試之檢定者，吊銷其駕駛執照。同條例第 67 條第 2 項前段復規定，汽車駕駛人曾依第 35 條第 4 項前段規定吊銷駕駛執照者，三年內不得考領駕駛執照。又中華民國 94 年 12 月 14 日修正公布之同條例第 68 條另規定，汽車駕駛人因第 35 條第 4 項前段規定而受吊銷駕駛執照處分者，吊銷其持有各級車類之駕駛執照。上開規定與憲法第 23 條比例原則尚無牴觸，而與憲法保障人民行動自由及工作權之意旨無違。」

依據本院釋字第 699 號解釋意旨，汽車駕駛人違反行政法規（拒絕接受酒測）者，即應吊銷其駕駛執照，且不因而侵害該駕駛人之一

般行為自由及工作權。

反之，依本解釋意旨，計程車駕駛人違反刑法（犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一），如因而吊銷其駕駛執照，即屬侵害其一般行為自由及工作權。

或有認為，本院釋字第 699 號解釋，乃處理汽車駕駛人因從事危害交通安全之行為（拒絕接受酒測），而受吊銷駕駛執照之處罰；本解釋則係處理計程車駕駛人因從事無關交通安全之行為（犯竊盜、詐欺、贓物、妨害自由或刑法第 230 條至第 236 條各罪之一），而受吊銷其駕駛執照之處罰。二者不無差別。

惟依憲法體系解釋要求，並考量舉輕明重法則，駕駛汽車而拒絕接受酒測者，僅為危險犯，仍得吊銷其駕駛執照，但計程車駕駛人觸犯刑事罪責者，縱該犯罪與其駕駛計程車有關，已屬實害犯，卻不得吊銷其駕駛執照。兩相對照，似有未洽。

本席以為，對照之下，釋字第 699 號解釋容有重新檢討之必要。要言之，僅因汽車駕駛人拒絕接受酒精濃度測試，即適用道交條例第 35 條第 4 項前段，吊銷其駕駛執照，並因而連動適用同條例第 67 條第 2 項與第 68 條規定，吊銷其所持有之各級車類駕照，且不准其於三年內考領駕駛執照，尚欠妥適，並有違反憲法保障人民一般行為自由及工作權意旨之疑義³。

參、道交條例第 68 條第 1 項規定部分

94 年 12 月 14 日修正公布之道交條例第 68 條規定：「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。」（99 年 5 月 5 日修正為第 68 條第 1 項）」

對此規定，本解釋意旨認為，由於道交條例第 37 條第 2 項業經宣告失效，故自無再以違反該規定為由，而適用前開第 68 條。

惟本席以為，依照本解釋所採取較嚴格審查標準，道交條例第 68

³ 參見就本院釋字第 699 號解釋，湯德宗大法官所提之「部分協同暨部分不同意見書」，及李震山大法官提出、湯德宗大法官加入之「不同意見書」。

條第1項立法目的在於維護交通秩序及確保交通安全，係為追求重要公共利益，其目的合憲。然為達成該目的，前揭規定不分吊銷駕駛執照處分之各別具體情況，一律以「吊銷其執有各級車類之駕駛執照」為手段，難謂與該目的間具有實質關聯，且該手段亦不符合最小侵害原則⁴。本解釋關於道交條例第68條第1項之違憲疑義，僅一語帶過，有意忽略其違反比例原則，殊為可惜。

本席期盼，未來立法者修正道交條例相關規定時，宜就該條例第68條第1項規定重新思考並予修正，以達到保障計程車駕駛人工作權及一般行為自由之意旨。

肆、結論

釋字第699號解釋保障人民工作權與一般行動自由之用心，應給予最大肯定。在此初衷下，釋憲機關僅能宣告經立法者制定之法律規定（例如本解釋所涉之道交條例第37條第3項、第67條第2項及第68條）有無違反憲法意旨；至於經違憲宣告之法律，應如何修正，本於權力分立原則，釋憲機關則應恪守司法者本分，尊重立法者之自由形成空間。

然而，仍可一語者，立法機關於制定法律時，應審時度勢，深思熟慮，不宜如制定道交條例第37條第3項之情形，於立法時，僅以犯罪人數多寡為依據，而不問該犯罪與計程車駕駛人工作權之限制，有無關聯，導致逾越比例原則，而未能達成保障乘客安全之立法目的。尤應避免者為，僅基於偶發之重大社會安全事件，為平息民眾因此產生之一時不安情緒，遂乖違憲法宣示之永恆人權價值，而制定「寧冤枉百人」之嚴酷法律，卻依舊未能達成「不錯放一人」之立法目的⁵。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

⁴ 同前註。

⁵ 就此，黃瑞明大法官就本解釋提出之協同意見書，有懇切呼籲，請務必參閱。

司法院釋字第七五〇號解釋

【以外國學歷應牙醫師考試之資格案】

中華民國 106 年 7 月 7 日

院台大二字第 1060018360 號

解 釋 文

行政院衛生署（改制後為衛生福利部）中華民國 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1，及考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款，關於國外牙醫學畢業生參加牙醫師考試之應考資格部分之規定，尚未抵觸憲法第 23 條法律保留原則、比例原則，與憲法第 15 條工作權及第 18 條應考試權之保障意旨無違，亦不違反憲法第 7 條平等權之保障。

解釋理由書

聲請人於 98 年 10 月間，持外國學歷報考 99 年第 1 次專門職業及技術人員高等考試牙醫師考試，考選部認其未依規定繳驗國內醫療機構開立之實習期滿成績及格證明，以 98 年 12 月 7 日選專字第 0983302554 號函（下稱原處分）通知聲請人，應更改報考類科為牙醫師考試分試考試第一試，第一試及格後，依醫師法施行細則規定，在得提供臨床實作訓練之醫療機構，於醫師指導下完成同施行細則第 1 條之 4 所定之科別及週數或時數之臨床實作，並持有該醫療機構開立之實習期滿成績及格證明後，始得再應牙醫師考試分試第二試。聲請人對原處分不服，先後提起訴願及行政訴訟。經最高行政法院 101 年度判字第 590 號判決（下稱確定終局判決）以上訴為無理由而駁回確定。

聲請人認確定終局判決所適用改制前之行政院衛生署 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1（下稱系爭規定一），以及考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫

師牙醫師考試分試考試規則（下稱分試規則）「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第1款（下稱系爭規定二），有牴觸憲法第7條、第15條、第18條及第23條之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所定要件相符，予以受理。嗣聲請人於106年6月5日以「考量已無應國內牙醫師考試之需求，認為現已無繼續聲請釋憲之必要」為由，撤回解釋憲法之聲請。惟本案業經受理，且人民聲請解釋憲法，除為保障其憲法上之權利外，並涉及法規違憲與否，攸關憲法秩序之維護，具公益性，核有作成憲法解釋之價值，應予准許撤回。本院爰作成本解釋，理由如下：

憲法第15條規定人民之工作權應予保障，故人民有從事工作及選擇職業之自由（本院釋字第584號、第612號、第634號、第637號、第649號及第749號解釋參照）。惟憲法第86條第2款規定，專門職業人員執業資格，應經考試院依法考選之。是人民選擇從事專門職業之自由，根據憲法規定，即受限制。又憲法第18條規定人民有應考試權，除保障人民參加考試取得公務人員任用資格之權利外，亦包含人民參加考試取得專門職業及技術人員執業資格之權利。對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上如屬應考試權及工作權之限制，自應符合憲法第23條法律保留原則及比例原則等憲法原則（本院釋字第682號解釋參照）。

一、系爭規定一及二無違憲法第23條法律保留原則

涉及人民工作權或應考試權之限制者，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許（本院釋字第443號解釋參照）。查醫師（含牙醫師，下同）屬專門職業人員，其執業應依專門職業及技術人員考試法規定，以考試定其資格。醫師法第1條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」第4條規定：「公立或立

案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者，得應牙醫師考試。」已就應考資格等重要事項予以規定；則其他屬於執行法律之細節性與技術性次要事項，主管機關自得發布命令為必要之規範。

系爭規定一規定：「（第1項）本法第2條至第4條所稱實習期滿成績及格，指在經教學醫院評鑑通過，得提供臨床實作訓練之醫療機構，於醫師指導下完成第1條之2至第1條之4所定之科別及週數或時數之臨床實作，各科別考評成績均及格，且持有該醫療機構開立之證明。（第2項）中央主管機關得就前項實習，辦理臨床實作訓練申請人與醫療機構間之選配分發，並得就該業務委託民間專業機構或團體辦理。」乃中央衛生主管機關基於醫師法第42條授權訂定之施行細則，而就同法第2條至第4條所稱「實習期滿成績及格」所為之規定，內容包括臨床實作訓練之醫療機構、臨床實作之科別及週數或時數之要求，以及考評成績之處理等，皆屬執行法律之細節性、技術性次要事項，其由中央衛生主管機關以命令為必要之規範，無違憲法第23條法律保留原則之要求。

88年12月29日修正公布之專門職業及技術人員考試法第5條規定：「（第1項）各種考試，得單獨或合併舉行，並得分試……。 （第3項）分試考試之類科及其考試規則，由考選部報請考試院定之。」同法第9條至第13條就全部類科人員之應考資格為一般規定，並於第14條授權考選部報請考試院於考試規則中訂定各分類、分科考試之應考資格，則考試院於訂定分試、分類、分科應考資格時，自得採酌各執業管理法規所定特殊資格。系爭規定二規定，得應專門職業及技術人員高等考試牙醫師考試分試考試者為：「公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，其實習期滿成績及格之認定標準，依行政院衛生署中華民國98年9月16日修正發布之醫師法施行細則規定辦

理。」此乃考試院依授權所訂定，其本文內容與醫師法第4條規定同，且其但書規定依系爭規定一辦理，並未逾越法律授權之範圍或增加母法所無之限制，不違反法律保留原則。

二、系爭規定一及二關於實習期滿成績及格之規定與憲法第23條比例原則無違

就專門職業人員考試而言，考試院有關考試方法及資格之規定，涉及考試之專業判斷，應予適度之尊重，且「實習期滿成績及格」為應醫師考試資格之要件，其認定標準攸關醫師之專業能力及醫療品質，理應尊重中央衛生主管機關之決定，以符憲法五權分治彼此相維之精神（本院釋字第682號解釋參照）。系爭規定一及二之目的如屬正當，且其所採取之手段與目的之達成間具合理關聯，即與憲法第23條比例原則無違。

系爭規定一及二關於實習期滿成績及格之規定，係為確保醫師之專業能力及醫療品質，以維護病患權益，增進國民健康，其目的應屬正當。其規定之內容，包括臨床實作訓練之醫療機構、臨床實作科別及週數或時數之要求，以及考評成績之處理等，皆有助於上開目的之達成，且無顯不合理之處。是系爭規定一及二尚難認違反憲法第23條比例原則而侵害人民受憲法第15條保障之工作權及第18條保障之應考試權。

三、系爭規定一及二有關國外牙醫學畢業生應考試之規定，與憲法第7條平等權保障意旨無違

憲法第7條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第682號、第694號、第701號、第719號、第722號、第727號及第745號解釋參照）。

系爭規定一對於國內牙醫學畢業生及國外牙醫學畢業生一體適

用，形式上固無差別待遇，惟國內牙醫學畢業生於取得畢業證書前，已可符合系爭規定一有關於「經教學醫院評鑑通過，得提供臨床實作訓練之醫療機構」臨床實作考評成績及格，且取得證明之要求，而國外牙醫學畢業生則無法取得該證明，故實際上仍存有差別待遇。又系爭規定二但書規定，國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，其實習期滿成績及格之認定標準，依醫師法施行細則（含系爭規定一）辦理，則對國外牙醫學畢業生而言，系爭規定二自亦存有差別待遇。此等差別待遇涉及牙醫師技能及醫療服務品質，故較適合由擁有醫療或考試專業能力之機關決定。其決定若目的正當，且其差別待遇與目的之達成間具有合理關聯，即不違反憲法第 7 條平等權保障之意旨。

醫療業務攸關國民身體健康及生命之安全，以醫師作為職業者，除應具備相當之專業知識外，理應於主管機關認可之醫療機構累積足夠之臨床實作訓練，以實地參與醫療業務，熟悉國內醫療環境、文化與疾病之態樣，始克勝任。系爭規定一及二係為確保此一要求之實現，目的應屬正當。

國外牙醫學畢業生未必受有足夠臨床實作訓練，且縱使受有臨床實作訓練，但於國外使用之語言、醫療文化及接觸之疾病型態，與國內情形並不相同，故仍欠缺前揭臨床實作經驗。系爭規定一及二規定，國外牙醫學畢業生須於主管機關認可之醫療機構完成一定之臨床實作訓練，可彌補臨床實作經驗之不足，皆有助於上開目的之達成，且無顯不合理之處。是此等差別待遇與其目的之達成間具有合理關聯，尚無違背憲法第 7 條平等權保障之意旨。

另聲請人認行政院衛生署 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 2 至第 1 條之 5 及行政院衛生署 99 年 3 月 12 日訂定發布之國外醫學及牙醫學畢業生臨床實作訓練選配分發作業要點，牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 18 條及第 23 條部分，均尚難謂客觀上已具體指摘上開規定有何牴觸憲法之處，核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定均應不受理，併予敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
黃虹霞 吳陳鐸 蔡明誠 林俊益
許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元

（湯德宗大法官迴避審理本案）

部分協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本席同意本件解釋之解釋文及除第4段至第7段以外其他解釋理由書之內容。但對於解釋理由書第4段至第7段關於系爭規定一（行政院衛生署98年9月16日修正發布之醫師法施行細則第1條之1）及系爭規定二（考試院98年10月14日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第1款）如何無違法律保留原則部分之論述，則認為為維五權憲法體制，應由憲法本身之規定著眼，次由專門職業及技術人員考試法暨相關規定次第論述；而不宜以經立法者三讀通過之醫師法第1條及第4條等關於醫師牙醫師之應考資格規定為論述依據，並已於審議過程中本於斯旨，提出附件供參。惟未得多數意見同意。茲謹提出本部分（關於系爭規定一及二是否違反法律保留原則部分）協同意見書（以本席同意未違反法律保留原則為前提，對未違反之理由論述提出不同看法），並將本席之意見說明如下，以盡本席之職責：

- 一、本件係關於牙醫師執業資格考試事項之爭議，與考試權最大相關，故應由憲法考試權相關規定暨考試權所屬之考試院主管相關法規入手。
- 二、牙醫師屬專門職業人員。依憲法第86條第2款規定，專門職業及技術人員執業資格之考試相關事項固屬考試院之職權，但因憲法第86條已明定「依法」考選銓定之，故考試院此部分職權之行使，毫無疑問應有法律保留原則之適用，以上並可參照本院釋字第155號、第341號及第682號解釋。

三、在五權憲法體制下，屬考試院職權之一之考試相關事項，行政院若無考試院之同意，行政院應不可逕提法律案規範之：

（一）、本件解釋延續本院釋字第 682 號解釋之憲法五權分治彼此相維之意旨（本件解釋理由書第 9 段參照）。

（二）、憲法增修條文第 6 條第 1 款明定：考試院為國家最高考試機關，掌理考試事項。憲法第 86 條第 2 款明定：專門職業及技術人員之執業資格，應經考試院考選銓定。另憲法第 87 條亦明定：考試院關於所掌事項，得向立法院提出法律案。足見依憲法規定，考試院就其職掌之專門職業及技術人員執業資格考試相關事項，係獨立於行政院之外，即考試院就屬其職掌事項之系爭專門職業及技術人員執業資格考試之相關事項，具有獨立性；且相較於無考試事項相關職權之行政院而言：考試院就系爭專門職業及技術人員執業資格考試相關事項，有專有考試職權。故而應認為除非經考試院同意，否則行政院暨所屬行政機關應無系爭專門職業及技術人員執業資格考試相關事項之法律案提案權，當然更無以行政命令位階之法律施行細則訂定上開資格考試相關事項之權。應如此解讀始符五權憲法體制下，考試權與行政權獨立分治並平等之意旨。

四、系爭爭議當時，考試院主管之專門職業及技術人員考試法尚無此等人員之應考資格依各該職業管理法規特別規定之明文，故在本件爭議當時，不論依憲法或法律，專門職業及技術人員執業資格考試之相關事項職權均僅在於考試院，不在於行政院或其所屬機關。因此，於斯時，非考試院主管而由行政院所屬機關主管之醫師法及其施行細則可否逕作為牙醫師高等考試之應考資格基準，顯然有疑。因為行政院衛生署並非屬考試事項之牙醫師高等考試應考資格規定之主管機關，醫師法第 1 條、第 4 條及系爭規定一等之合憲性需待考

試院以其憲法所賦與之考試職權支撐之，故應以考試院職權相關憲法、法律（專門職業及技術人員考試法）、相關考試規則等為主體框架，再經由考試院自己訂定之系爭規定二搭接系爭規定一，以完備全部牙醫師應考資格規定之合憲性。從而，本件解釋中關於系爭規定一及二未違法律保留原則之論述不宜如多數意見，而宜如附件所示，以免邏輯因果顛倒。

- 五、憲法增修條文第6條規定是否為憲法考試保留？憲法考試保留如果用以說明，考試相關事項之職權專屬考試院，獨立於行政權之外，應屬的論。但其所涉及之考試權與立法權可能爭執，則見仁見智，本席認為在本件解釋中不必然須就該可能爭執即下結論（本件爭議發生當時，尚無現行即於102年修正之專門職業及技術人員考試法第8條第1項但書「但各該職業管理法規有特殊規定者從其規定」規定故也。若在102年修正之後，則可能需面對上開可能爭執），且因該爭執涉及甚廣，仍待詳細討論，故應避免予人本院已經就該問題詳細討論、形成共識之誤解，從而對於本件解釋理由書第5段、第6段直接援引經立法院三讀通過之醫師法第1條及第4條規定及依醫師法第42條授權訂定之醫師法施行細則規定作為論述依據，有予人誤解可能，本席亦無法贊同其論述。
- 六、又本件解釋理由書第5段、第6段與第7段之論述似不相一致。蓋若第5段、第6段論述成理，則因第5段、第6段已以醫師法主管機關（按指行政院衛生署，後改制為衛生福利部）之地位出發，已認定系爭規定一之實質內容並未違反法律保留原則，而系爭規定二本身並無實質內容，系爭規定二只是適用系爭規定一之橋接規定而已，不待該系爭規定二另為規定，本當依系爭規定一之規定辦理，則系爭規定二又何可能需另經考試院之授權始無違法律保留原則哉？
- 七、爰為本部分協同意見書，用供參考，並請指正。

附件

解釋理由書第4段至第7段建議文字如下：

「涉及人民工作權或應考試權之限制者，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第443號解釋參照）。查憲法增修條文第6條規定，考試院為國家最高考試機關，掌理考試等；憲法第86條第2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之；而牙醫師屬專門職業人員，其執業資格自應依考試院考選部主管之專門職業及技術人員考試法相關規定，包括：1、以考試定其資格；2、各種考試得分試，分試之類科及其考試規則由考選部報請考試院定之；3、公立或立案之私立專科以上學校或經教育部承認之國外專科以上相當科、系、所畢業者，得應專門職業及技術人員高等考試；4、專門職業及技術人員高等考試之分類、分科應考資格，由考選部報請考試院定之（專門職業及技術人員考試法第1條、第5條、第9條及第14條參照）。另考選部依上開專門職業及技術人員考試法第5條規定，報請考試院訂定並於98年10月14日修正發布之「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則」，其第2條規定：「專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試分二試舉行。」第6條第1項規定：「中華民國國民具有附表一醫師牙醫師類科所列資格之一者，得分別應本考試醫師、牙醫師類科第一試。」而其附表一則規定，牙醫師類科之應考資格為「一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，其實習期滿成績及格之認定標準，依行政院衛生署中華民國98年9月16日修正發布之醫師法施行細則規定辦理。」（下稱系爭規定二）即關於國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，應牙醫師考試之第一試時，須先經實習期滿成績及格且所稱實習期滿及格之認定標準，依系爭規定二乃為如系爭規定一之內容乙節，係考試院依上開憲法規定、專門職業及技術人員考試法相關規定及其授權規定等，並本於憲法所

明文賦與考試主管機關之考試職權訂定，故系爭規定一及二自均與法律保留原則無違。」

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及之主要規定為 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1，及考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款，關於國外牙醫學畢業生參加牙醫師考試之應考資格部分之規定，要求應考者必須在經教學醫院評鑑通過，得提供臨床實作訓練之醫療機構，於醫師指導下完成第 1 條之 2 至第 1 條之 4 所定之科別及週數或時數之臨床實作，各科別考評成績均及格，且持有該醫療機構開立之證明，始得應牙醫師考試。多數意見認為，此等在國內實習及格始具考試資格之規定，並未違憲。本席敬表同意。

惟本席對於本件涉及之法律保留原則，究應適用憲法第 23 條抑或第 86 條之規定（此問題之本質並涉及考試、立法、行政及司法等中央權限之關係），以及適用不同條文是否影響法律保留原則之審查密度，認為應值進一步探討，爰提出本協同意見書，闡述如下：

壹、本件應適用憲法第 86 條有關考試事務法律保留原則之規定

- 一、憲法第 86 條規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格。」所謂「應經考試院依法考選銓定」，應有三層含意：其一為明示公務員任用資格及專門職業及技術人員執業資格，應經考選銓定。依此，憲法第 18 條所規定「人民有應考試服公職之權」，亦受憲法第 86 條考選銓定之限制；亦即人民雖有考試權，但如何考試及考試資格等，仍由考試院依法予以規範。其二為明示公務員任用資格及專門職業及技術人員執業資格考選銓定之主管機關為考試院；故非可由其他機關透過其他程序對公務員任用資格或專門職業及技術人員執

業資格，自行授予或認定。其三為明示考試院辦理考選及銓定時，必須「依法」為之。

二、憲法第 86 條所示「依法」考選銓定，係考試事務之法律保留原則。故在憲法上，除第 23 條之法律保留原則（該條規定「除……者外，不得以法律限制之」，意指限制人民權利時，須以法律為之）適用於所有限制人民權利之事項，及第 19 條之租稅法律主義（該條所稱「人民有依法律納稅之義務」，含租稅法律主義或課稅應有法律作為依據之意旨）適用於租稅事項之外，第 86 條之「依法考試銓定」則為適用於考試事務之法律保留原則。

三、多數意見直接適用憲法第 23 條之規定作為考試事務之法律保留原則依據（見本號解釋之解釋文與理由書第 3 段與第 6 段），而未論及憲法第 86 條作為考試事務之法律保留原則之依據，應有斟酌之餘地。

貳、憲法第 86 條除直接規範考試事務之法律保留外，亦間接規範考試、立法、行政與司法等各中央權限的關係

一、憲法第 86 條有規範考試、行政與立法相互關係之含意：由於依憲法第 86 條要求公務人員任用資格及專門職業與技術人員執業資格，均應經考試院「依法」考選銓定，故仍須由立法院制定法律，以作為考試院考選銓定之依據。就此而言，立法院自有關鍵之參與權限，以節制與規範考試院有關考選與銓定之事務。

又由於憲法第 83 條規定，考試院為最高考試機關，掌管考試與銓敘；憲法增修條文第 6 條第 1 項對考試院作為最高考試機關，掌管考試與銓敘事項，並未改變。參考此等憲法及增修條文之規定，應認為憲法第 86 條所稱之「法」，係由考試院提出法律案（由考試院單獨提案或由考試院與行政院會銜提案），並由立法院通過之法律。故應認為立法委員及行政院不應在未經考試院直接參與之情形下，向立法院提出考選

與銓定事項之法律案。

就此而言，本號解釋理由書第5段所提及之醫師法第1條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」第4條規定：「公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者，得應牙醫師考試。」均涉及考試事務；然醫師法係由行政院向立法院提出法律案，並經立法院通過成為法律。雖醫師之執業涉及醫療專業，考試院就其考試事務，仍應參酌並尊重醫師執業主管機關之意見，然依前揭說明，考試院既為考試之主管機關，醫師法有關考試資格之規定如未有考試院之會銜提案，實有憲法疑義。

二、憲法第86條亦有規範考試、立法與司法三權關係之意旨：亦即考試院有關考試事項之規範，如未規定於法律，則應由釋憲機關審查其是否違反憲法第86條有關考試事務之法律保留原則；如以法律授權考試機關制定行政規定，亦應由釋憲機關審查其授權是否符合憲法要求（如是否符合授權明確性）。換言之，憲法第86條有關考試事務之法律保留原則之規定，一方面由考試權透過法案之提案權約制立法權、一方面由立法權透過其制定之法律以規範或牽制考試權、再一方面由釋憲機關確認憲法設計此等中央機關互動關係是否被遵守。

參、憲法第86條考試事務之「法律保留密度」

一、本席於本院釋字第743號解釋所提出之協同意見書，曾針對憲法第23條之法律保留原則內涵表示：「某一事項是否屬於法律保留之範圍，情形有三：其一，絕對法律保留（國會保留），亦即其事項應以法律規定者；包括直接限制人民自由權利之事項，以及雖未直接限制人民自由權利，但涉及公益或實現人民基本權利保障之重大事項等兩種情形。其二，相對法律保留，亦即其事項得以法律明確授權，由行政命令而

為規定者；包括涉及公共利益或人民基本權利之保障，但情形非重大者，以及針對涉及公益或實現人民基本權利保障之重大事項所為之『補充規定』等兩種情形。其三，技術性與細節性之事項，無須法律授權，可直接由命令為規定。」

二、憲法第 86 條既屬有關考試事務之法律保留原則，故應探究此條法律保留原則之密度，是否與憲法第 23 條法律保留之密度相同。本席認為，其密度有相同與相異之處：

- (一) 考試事務國會保留之範圍與內涵：考試與銓敘事項，涉及人民考試權、服公職權、工作權、財產權等，故就應考試與銓敘事項所可能造成剝奪或嚴重侵害此等人民權利之核心內容者，亦應屬於國會保留事項。惟如前所述，考試事務為考試院依憲法所定之職權；故所謂國會保留，應係指國會依照考試院之提案，並相當程度尊重考試院專業職掌之前提下，由國會立法，作為考試院執法之依據。
- (二) 考試事務相對法律保留之範圍：由於國會應對考試院行使考試權予以適度尊重，故其得以法律明確授權考試院以行政命令而為規定之事項範圍較大。凡應考試與銓敘之規範事項並未造成剝奪或嚴重侵害人民考試權、服公職權、工作權或財產權，而僅規範限制人民行使權利之合理條件者，均應可以由法律明確授權考試院以行政命令定之。
- (三) 考試事務無須法律授權之範圍：考試事務中，技術性與細節性之事項，亦無須法律授權，而可直接由考試院以命令為規定。為尊重憲法所定考試院為最高考試機關之意旨，自應賦予考試院較大的裁量空間，以決定是否為技術性與細節性之事項。

三、本件情形，本席同意多數意見所認，有關國外牙醫學畢業生必須在經教學醫院評鑑通過且得提供臨床實作訓練之醫療機

構實習，始具備牙醫師考試之應考資格之規定，應尊重考試之專業，故應認屬於技術性與細節性之事項。此項應考資格之內容，規定於考試院發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」，固無問題；然其規定於前衛生署（即衛生福利部）發布之醫師法施行細則，依前揭說明，有憲法體例上之疑義。

協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋宣告，行政院衛生署（改制後為衛生福利部）98年9月16日修正發布之醫師法施行細則第1條之1，及考試院98年10月14日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第1款，關於國外牙醫學畢業生參加牙醫師考試之應考資格部分之規定，均屬合憲。其主要理由為：一、參照司法院釋字第443號解釋所揭示之層級化法律保留原則，認系爭規定皆係執行法律之細節性、技術性次要事項，由主管機關以命令為必要之規範，無違憲法第23條法律保留原則之要求。二、系爭規定涉及考試及醫療專業，應尊重主管機關之決定，故採取寬鬆之審查基準，從而認定與憲法第15條工作權及第18條應考試權之保障意旨無違，亦不違反憲法第7條平等權之保障。

關於工作權及應考試權領域之違憲審查，在基本態度與立場上，本號解釋與過去相關解釋（如釋字第547號及第682號解釋）之立場無殊。惟針對平等權方面進行審查時，本號解釋開宗明義指出：「憲法第7條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。」其對憲法平等權保障意旨之說明，與歷來解釋顯有不同之處。其變化如何？究竟有何意義？僅從解釋文及解釋理由書似尚難洞悉，實有加以闡釋之必要。

按平等有形式平等與實質平等之分，我國釋憲實務上，釋字第205號解釋最早於理由書中表示：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第7條所明定。其依同法第18條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，其為因應事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項，依法酌為適當之限制，要難謂與上述平等原則有何違背。」認應考試服公職之權在法律上應一律平等，係指實質上之平等。隨後釋字第211號解釋謂：「憲法第7條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限制法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」則進一步泛稱憲法第7條保障之平等為實質平等。此後，實質平等說成為司法院解釋之一貫見解，不斷出現於有關解釋中。迨釋字第485號解釋指稱：「憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」對平等觀念之敘述又有微妙變化。其所稱「憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等」，屢為後續解釋沿用，已成制式說法，如釋字第526號、第565號、第584號、第605號、第614號、第647號、第648號、第666號、第675號、第694號、第696號及第727號等解釋皆是。惟從平等概念之分類、自由與平等之關係，以及平等觀念之歷史演變等角度觀之，上開有關平等之理解及主張，蘊含下列諸多問題，有待商榷。

- 一、絕對平等與相對平等、機械平等與比例平等、形式平等與實質平等，乃三種不同層面之對照概念。制式說法將絕對、機械及形式混和，稱「憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等」。其所指為何，令人費解。
- 二、語云：「等者等之，不等者不等之。」意指憲法保障之平等係相對平等，而非絕對平等。換言之，恣意之差別待遇固與

平等原則牴觸，不許為之，而斟酌事實與實質之差異（例如貧富差距、犯人性格），在社會通念認為合理之範圍內，設定法律上差別處理事項（例如稅捐、刑罰），應不違反平等¹。亦即，在相對平等概念下，允許合理之差別待遇。制式說法先否定絕對、機械之形式平等，接著表明「立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」揆其本意，重點當係允許合理之差別待遇，而反對禁止任何差別待遇。若然，則理應直接明示採取相對平等立場，否定絕對平等，何必任意堆砌用語而橫生枝節，徒滋疑義？

三、如果制式說法所稱形式平等及實質平等，其意義與學理一般之界定無違，而斬釘截鐵斷言憲法第7條係保障實質平等，而非形式平等，則顯有謬誤。蓋如後所述，只要是立憲主義國家、資本主義國家，很難想像可以將實質平等列為平等之第一要義。本席推測，過去之解釋殆係混淆相關概念，並誤用實質平等一語，致有制式說法之產生。亦即，其主張之「實質平等」，本意應係「相對平等」。唯有如此理解，方不致背離法理。本號解釋改變說法，未出現形式平等與實質平等之用語，而代之以「憲法第7條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇……自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。」即出自相對平等概念，顯有導正之用意及效果。

四、從近代到現代之歷史發展觀之，平等理念係由形式平等出發，往同時重視實質平等之方向演變。形式平等要求法律處理之均等，屬於抽象法律層面名義上之平等。反之，實質平等重視事實關係之均等，意指經濟社會等關係中事實上之平等²。

¹ 蘆部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005年第3版第7刷，頁124。

² 阿部照哉、野中俊彥共著，平等の權利，法律文化社，1984年，頁75（阿部照哉執筆）。

詳言之，近代平等觀強調形式平等，基於個人尊嚴平等之核心理念，要求所有個人在法上均等對待，享有同樣之權利與自由，而不問其種族、性別、資質、能力或其他方面之差異。一般認為，形式平等著眼於出發點之機會平等，結果卻可能造成現實生活中不平等狀態之擴大。尤其隨著資本主義之發展，出現富者愈富、貧者愈貧現象，終至無法坐視不顧之地步。因此，20世紀之社會福利國家必須扶助社會經濟弱者，給予較優厚之保護，以促進結果平等，使能與其他國民同樣享有尊嚴之自由與生存。這種現代自由觀不以形式平等為滿足，為了矯正現實存在之社會、經濟及其他各種不平等狀態，進一步要求實質平等之保障³。據此，實質平等著眼於結果之平等，與形式平等截然不同。但是，若要追求徹底之結果平等，非有徹底強力之國家權力介入不可，如此一來，自由之理念將無立足餘地。鑑於現代立憲主義係建立在近代立憲主義之延長線上，平等理念須與自由理念調和，故現代自由觀絕非主張以實質自由完全取代形式自由，而實質平等之要求亦應有其範圍，止於能與自由（競爭）兩立之相對限度內⁴。論者或謂，實質平等應以確保機會平等之真正實現，而協助其基盤之建立為限⁵，良有以也。上開見解間存在一個關鍵性之差異，亦即實質平等係為追求結果平等之實現，抑或機會平等之真正實現，學者看法分歧，究以何者為是，容後討論。

如前所述，論者往往將形式平等與實質平等、機會平等與結果平等兩組概念對置，視為同義語。惟嚴格言之，二者屬於不同次元之分類，內涵未必一致，實有區隔之必要。形式平等與實質平等之區別，攸關平等保障之應有狀態；機會平等與結果平等，則涉及平等之實

³ 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法Ⅰ，有斐閣，1997年新版第1刷，頁254-256（野中俊彥執筆）。

⁴ 野中俊彥著，平等原則と違憲審査の手法，法學教室第195號，1996年12月，頁10。

⁵ 佐藤幸治著，憲法，青林書院，1996年第3版第5刷，頁467。

現過程或場合。實質平等往往與結果平等結合，反之形式平等亦經常伴同機會平等，但這並非絕對不可避免之現象。事實上，對機會平等可能為形式之保障，亦可能為實質之保障⁶。後者係實質之機會平等，不可與結果平等混同。例如，關於大學之入學考試方式及錄取標準，身心障礙者與其他應考者一視同仁時，屬形式之機會平等；若延長身心障礙者之考試時間，或調整作答方式，以方便其應試，則係實質之機會平等；至於提供身心障礙者入學保障名額，應屬結果平等之問題。

1789年法國人權宣言第1條規定：「人在權利上生來自由平等。非基於公共利益不得設置社會性差別待遇。」揭橥近代平等首要追求之目標，係將個人從封建之身分制解放出來。於人生之出發點，所有個人皆應享有平等之機會，不受制於特定之身分、職業。至於如何運用平等之機會，則委諸個人之自由與能力。人與人間出現不平等之結果，並不違反平等原理。重要的是，所有個人皆享有平等之機會。法國人權宣言顯示，近代人權首重自由，接著方為平等。因此，平等之內涵須與自由調和，而能與個人之自由活動調和者，係「機會平等」，要非「結果平等」。每個人之個性、能力不同，當目標指向「結果平等」，要讓所有個人之生活不生落差時，勢須廣泛限制自由之活動範圍，此非重視自由之近代人權觀所能接受者。然而，在現實不平等之社會狀況中，個人即使形式上或法上受機會平等之保障，實質上卻未能真正享有可以發展自我之機會平等，導致結果不平等之情況層出不窮。此種現象持續惡化，迨19世紀後半葉終於造成貧富差距懸殊等嚴重問題，非設法解決不可。職是之故，如何讓具有潛在能力，卻因欠缺財力或外在條件而無法發揮者，能真正運用機會平等加以實現，乃成為時代之重要課題⁷。以出發點上實質之機會平等彌補形式平等之不足，有助於紓解結果不平等之問題。雖然，對先天或後天能力處於弱

⁶ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2014年第4版第1刷，頁171。

⁷ 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006年初版第3刷，頁130、131。

勢者而言，僅自實質之機會平等角度設想，尚難助其從結果不平等中脫困。此種情形之結果不平等，甚至可能違反個人尊嚴或人性尊嚴，如何具有正當性？有鑑於此，本席認為實質平等之射程範圍固然以機會平等為主，但不應將結果平等完全排除在外。當代立憲國家重視社會權保障，關心身心障礙者、少數民族、老人及兒童之人權，而採取之各種保障政策及措施，不正是出於此等考量？

無論如何，解釋上我國憲法第7條之規定應該首重形式平等，而必要時得基於實質平等理念予以相對化，殆無疑義。憲法增修條文第10條第6項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」其所以特別強調「促進兩性地位之實質平等」，寧非因為考量憲法第7條原本保障之形式平等已然不足，有以致之？補充一言，實質平等與相對平等固屬兩種不同層面之概念，卻非毫無交集。基本上，在相對平等觀念下允許「合理之差別待遇」，而判定系爭規定是否屬於「合理之差別待遇」時，必須盡可能考量實質平等之旨趣。甚至可以說，當判斷實際採行之差別待遇是否合理時，實質平等是一個重要之考量因素。

協同意見書

詹森林大法官 提出

- 一、本解釋之爭點為：以外國學歷應牙醫師考試者，須在主管機關認可之醫療機構完成臨床實作訓練之規定，是否違憲？係本院在釋字第547號解釋¹及第682號解釋²之後，再度就醫

¹ 本院釋字第547號解釋之爭點為：中醫檢覈辦法就回國執業者補行筆試之規定，是否違憲？其所牽涉之問題為：考試院因配合民國75年1月24日專門職業及技術人員考試法之公布，而於77年8月22日會同行政院發布之「中醫師檢覈辦法」第10條規定：「已持有『僑』字中醫師考試及格證書者，回國執業時，仍應依照第6條之規定補行筆試」，是否違反當時之醫師法第1條：「中華民國人民經醫師考試及格者，得充醫師。」規定，及有無逾越當時之醫師法就中醫師考試應考資格所授權之範圍，或增加母法所無之限制？

² 本院釋字第682號解釋之爭點為：中醫特考有零分或專科平均或特定科目成績未達規定者不予及格，是否違憲？其所牽涉之問題為：考試院於民國90年7月23日修正發布之「專門職業及技術人員考試法施行細則」第15條第2項及「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」第3條第1項（其內容均為：採總成績滿60分及格……者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成

師考試資格之規定，所為之解釋。稍有不同之處在於：釋字第 547 號解釋及第 682 號解釋所牽涉者為中醫師考試，本解釋則為牙醫師考試。

二、本解釋延續本院釋字第 547 號解釋及第 682 號解釋所持看法而認為，基於醫師法授權而訂定之醫師考試資格規定，皆屬執行法律之細節性、技術性之次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範，且不因此違反憲法第 23 條法律保留原則之要求（參見本解釋理由書第 4 段至第 7 段），亦尚難認違反憲法第 23 條之比例原則，而侵害人民受憲法第 15 條保障之工作權及第 18 條保障之應考試權（參見本解釋理由書第 8 段至第 10 段）。

三、就本解釋所持結論，本席認為原則上尚堪贊同³。茲就本解釋

績不滿 50 分，或特定科目未達規定最低分數者，均不及格），暨 90 年 7 月 25 日修正發布之「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」第 9 條第 3 項（其內容為：應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿 50 分或專業科目中醫內科學成績未滿 55 分或其餘專業科目有一科成績未滿 45 分者，均不及格。）是否抵觸憲法第 23 條法律保留原則、比例原則及憲法第 7 條、第 15 條及第 18 條所分別保障之人民平等權、工作權及應考試權？

³ 惟應提醒者，在第 682 號解釋，針對該解釋所稱：「憲法設考試院賦予考試權，……；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重」等語，李震山、許玉秀及陳春生三位大法官所提部分不同意見書，重話指出：「憲法該項設計，固為建置獨立與專業考試權所必須，亦係維持考試客觀公平所必要，但並非保證在憲法加持下，考試權之判斷必定不會產生專業偏失與恣意，且必然只接受司法從寬審查之監督。」、「……事實上，在權力分立的圍牆內，已藉由國家各項權力相互體恤，構築自我感覺良好之循環論證體系，使公權力一致對外，進而輕易地將考試權、職業自由受限制的人民，摒擋在高牆外。既不能也不願對『文字魔術』除魅，復以消極之『司法自抑』為由，形成拒人民於千里之外之司法冷漠，此種制度設計與實踐之結果，與積極之『司法恣意』，又有何不同？」此項警惕，誠屬暮鼓晨鐘。李震山等三位大法官前開提示，對於本解釋所謂：「系爭規定一規定……乃中央衛生主管機關基於醫師法第 42 條授權訂定之施行細則，而就同法第 2 條至第 4 條所稱『實習期滿成績及格』所為之規定，內容包括臨床實作訓練之醫療機構、臨床實作之科別及週數或時數之要求，以及考評成績之處理等，皆屬執行法律之細節性、技術性次要事項，其由中央衛生主管機關以命令為必要之規範，無違憲法第 23 條法律保留原則之要求。」（參見本解釋理由書第 6 段），尤有省思功效。

標的之系爭規定一（行政院衛生署 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1）與系爭規定二（考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款）關於「實習期滿成績及格」部分，補充如下簡要意見。

- 四、依據本解釋，系爭規定一對於國外牙醫學畢業生而言，實際上存有差別待遇，而系爭規定二但書規定，對國外牙醫學畢業生而言，亦存有差別待遇，惟該二規定之目的在於確保國民身體健康及生命安全，具有正當性，且該二規定要求國外牙醫學畢業生須於主管機關認可之醫療機構完成一定之臨床實作訓練，可彌補臨床實作經驗之不足，有助於上開目的之達成，且無顯不合理之處。是此等差別待遇與其目的之達成間具備合理關聯，尚無違背憲法第 7 條保障人民平等權之意旨。本解釋並明示：「以醫師作為職業者，除應具備相當之專業知識外，理應於主管機關認可之醫療機構累積足夠之臨床實作訓練，以實地參與醫療業務，熟悉國內醫療環境、文化與疾病之態樣，始克勝任。」（參見本解釋理由書第 13 段至第 15 段）
- 五、本解釋前開意旨，符合本院關於平等權之解釋所一貫奉行之精義：「憲法第 7 條所保障之人民平等權，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」（本院釋字第 485 號、第 596 號、第 675 號等解釋參照）。
- 六、再者，本院於牽涉醫師相關事項之解釋中，亦一再強調，基於「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」，故得對人民應中醫師檢覈考試相關事項，依法予以酌為適當之限制，而無違授權明確性原則（本

院釋字第 547 號解釋），或基於「醫師執行醫療業務，以維護病人之生命、身體、健康為目的，醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康」，故「使不同醫術領域之醫師提供其專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師，其資格之取得要件各有不同」，乃符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸（本院釋字第 404 號解釋）。

七、本席認為應進一步指出者為：本解釋所謂「實地參與醫療業務」，係指國外醫師（包含牙醫師）因非於國內取得醫師或牙醫師學位，故不論其為本國籍或外國籍，如欲參加臺灣醫師（或牙醫師）考試，均應在臺灣本土參與醫院實習，並於熟悉臺灣醫療環境之醫師指導下，以臺灣民眾為病人，完成必要之臨床實作，再基於考試及格而取得臺灣醫師（或牙醫師）證照，始得在臺灣執行相關醫療業務。教育部 104 年 5 月 14 日臺教高（五）字第 1040050919 號函訂定之「大學校院辦理醫學生臨床實習實施原則」，於第一點揭示，臨床實習制度，係為「……使醫學生能結合學術與實務，培養未來工作場域與專業倫理之正確認知及保障病人健康與被照護之安全性」，亦可供參照。

八、換言之，本解釋所指「實地參與醫療業務」，乃「在臺灣當地參與醫療業務」而言。理由在於：醫療行為與病人之生命、身體或健康，關係密切，而各國人民之基因、體質及常患疾病，甚有差異；雖為同一國之人民，但居住在不同地域者，其基因、體質及常患疾病，亦有可能不同。例如：報導指出⁴：「2017 美國癌症統計報告顯示，總體而言肺癌、結直腸癌、攝護腺癌、乳腺癌是最常見的癌症死亡原因，占據所有癌症死亡病例的 46%，將近一半；但美國的亞裔群體則是這份統計報告中『與眾不同』的一群人——無論是肺癌、攝

⁴ 原文網址參見 <https://kknews.cc/zh-tw/health/5mgvm43.html>（最後瀏覽日期：106.07.06）。

護腺癌，還是乳腺癌、結直腸癌等，這些占據『半壁江山』的主要癌症疾病，亞裔群體的發病率都遠低於美國的其他種族。至於是什麼原因所致，目前尚未有定論——可能是基因因素所致，也有可能是飲食習慣導致。不過一番歡喜一番愁，胃癌和肝癌這兩種癌症，亞裔群體發病率要遠高於美國的其他種族。」又，歐美人民比亞洲及臺灣人民較易罹患皮膚癌，固為常識，但若非久居臺灣，恐不知臺灣有不少民眾因常吃檳榔而易罹患口腔癌。此外，臺灣人民十大死因，每年並不完全相同⁵。再者，攸關醫療行為成效及醫療事故責任判定之「醫療告知義務」施行狀況，在各國亦有不同⁶。

九、凡此種種，均在在顯示有意在臺灣從事醫療業務之醫師（包含牙醫師），的確必須藉由在地臨床實習，始能熟悉臺灣民眾疾病之可能成因及診療方法，並運用於實際醫療業務中，以提供真正符合臺灣民眾疾病診療需求之醫療水準，俾確實維護臺灣民眾之生命、身體及健康。從而，限制國外牙醫學畢業生須於主管機關認可之實地（在地）醫療機構完成一定之臨床實作訓練，始能應醫師（包含牙醫師）考試，確如本解釋所言，其目的係屬正當，且其限制之手段亦有助於目的之達成，並無違反憲法保障之人民平等權，亦未牴觸憲法所保障之人民工作權及應考試權。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

⁵ 參見衛生福利部公布之資料：<http://www.mohw.gov.tw/sp-GS-1.html?Query=%E5%8D%81%E5%A4%A7%E6%AD%BB%E5%9B%A0>（最後瀏覽日期：106.07.06）。

⁶ 參見曾品傑，我國醫療上告知說明義務之實務發展—最高法院相關判決評釋，科技法學評論，9卷1期（2012.06），15-49頁 https://ir.nctu.edu.tw/bitstream/11536/107614/1/9_1_2.pdf（最後瀏覽日期：106.07.06）；楊哲銘，醫療告知與保密義務的倫理法律競合，司法官學院出版，司法新聲，107期（2013.07），9-19頁。

司法院釋字第七五一號解釋

【命應履行負擔之緩起訴處分確定後再處罰鍰案】

中華民國 106 年 7 月 21 日

院台大二字第 1060019656 號

解 釋 文

行政罰法第 26 條第 2 項規定：「前項行為如經……緩起訴處分確定……者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」及財政部中華民國 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函，就緩起訴處分確定後，仍得依違反行政法上義務規定裁處之釋示，其中關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款及第 5 款所定事項之緩起訴處分部分，尚未牴觸憲法第 23 條，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。

同法第 45 條第 3 項規定：「本法中華民國 100 年 11 月 8 日修正之第 26 條第 3 項至第 5 項規定，於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁處者，亦適用之……。」其中關於適用行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項部分，未牴觸法治國之法律不溯及既往及信賴保護原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。

統一解釋部分，95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項雖未將「緩起訴處分確定」明列其中，惟緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之。

解釋理由書

附表編號 1 至 7 聲請人承審各該法院違反道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）聲明異議案件、交通裁決事件及違反就業服務法事件（聲請人聲請解釋憲法及統一解釋之原因案件、確定終局裁判及聲請釋憲客體，詳如附表；下同），因各案件之行為人均經檢察官為緩起訴處分並命履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款或第 5 款所

定事項（下稱應履行之負擔）後，復遭主管機關依行政罰法第 26 條第 2 項關於經檢察官命被告（犯罪嫌疑人，下同）為應履行之負擔之緩起訴處分部分（下稱系爭規定一）及同法第 45 條第 3 項規定，就關於適用行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項部分（下稱系爭規定二），於扣抵應履行之負擔後，命補繳罰鍰。前開聲請人認系爭規定一及二，牴觸一行為不二罰原則及違反信賴保護原則，依其合理確信有違憲疑義，於裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法，均核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理。

附表編號 8 聲請人何裕蓁因違反道交條例聲明異議事件，附表編號 9 聲請人羅喆強、龐玉華及黃紹業因私立學校法事件，經檢察官為緩起訴處分並命為應履行之負擔，復遭主管機關於扣抵應履行之負擔後，命補繳罰鍰。聲請人不服，提起行政救濟遭駁回，認確定終局裁判所適用之法規有違憲疑義，聲請解釋，核其聲請就系爭規定一及二部分，均與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

附表編號 10 聲請人黃麗兒及附表編號 11 聲請人黃玉鳳因綜合所得稅事件，附表編號 12 聲請人林世惟及附表編號 13 聲請人徐萬興因所得稅法事件，經檢察官為緩起訴處分並命為應履行之負擔後，主管機關又據財政部 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函（下稱系爭函一），適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項對聲請人裁罰。聲請人不服，經行政救濟遭駁回，認確定終局裁判所適用之法規，有違憲疑義，聲請解釋，核其聲請關於系爭函一部分，均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

附表編號 12 聲請人林世惟、附表編號 13 聲請人徐萬興因所得稅法事件，認確定終局裁判就緩起訴處分確定，有無 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項之適用所表示之見解，與臺灣高等法院 97 年度交抗字第 607 號交通事件裁定（下稱系爭裁定一）及 98 年度交抗字第 2209 號刑事裁定（下稱系爭裁定二）適用同一法律所表示之見解

發生歧異，聲請統一解釋，核其聲請均符合大審法第 7 條第 1 項第 2 款規定，應予受理。

按上述聲請案均涉及檢察官命被告為應履行之負擔而作成緩起訴處分後，主管機關得否再依違反行政法上義務規定處以罰鍰之爭議，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一未牴觸比例原則，與財產權之保障無違

憲法第 15 條規定人民之財產權應予保障。然國家為維持社會秩序、增進公共利益之必要，於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，非不得以法律對人民之財產權予以限制（本院釋字第 596 號及第 672 號解釋參照）。

行政罰法第 26 條第 1 項、第 2 項規定：「（第 1 項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。……（第 2 項）前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」其中第 2 項關於緩起訴處分部分（即系爭規定一），係行政罰法於 100 年修正時，為杜實務上關於緩起訴處分是否有該條項適用之爭議所增訂（立法院公報第 100 卷第 70 期第 185 頁以下參照）。

查緩起訴處分之制度係為發揮篩檢案件之功能，以作為刑事訴訟制度採行當事人進行主義應有之配套措施，並基於填補被害人之損害、發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的而設（立法院公報第 91 卷第 10 期第 943 頁及第 948 頁以下參照）。故緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式。就此而言，緩起訴處分既屬對被告不予追訴之決定，亦以聲請再議及交付審判程序作為告訴人之救濟手段（刑事訴訟法第 256 條第 1 項、第 258 條之 1 參照），故實係附條件之便宜不起訴處分。

又檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定，作成緩起訴處分時，得命被告於一定期間內遵守或履行該條項各款所規定之事項，

其中第4款規定，於一定期間內支付一定金額予國庫、公益團體或地方自治團體（103年6月4日第4款修正為僅向公庫支付）；第5款規定向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供一定時數之義務勞務（上開二款所規定內容即應履行之負擔）。

應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，為發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的，審酌個案情節與公共利益之維護，經被告同意後，命其履行之事項，性質上究非審判機關依刑事審判程序所科處之刑罰。惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利利益效果。從而國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度，以符比例原則之要求。

系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。尤以立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於100年修正行政罰法時，同時增訂第26條第3項及第4項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違。

為避免被告對緩起訴處分應履行負擔效果之誤解，檢察官擬作成應履行負擔之緩起訴處分，而徵求被告同意時，應併向被告說明，該同一行為如違反行政法上義務規定，行政機關仍可能依法裁處，併此指明。

二、系爭規定二未牴觸法律不溯及既往及信賴保護原則

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。因此，法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力（本院釋字第 574 號及第 629 號解釋參照）。又如法律有溯及適用之特別規定，且溯及適用之結果有利於人民者，即無違信賴保護原則，非法律不溯及既往原則所禁止。

行政罰法第 45 條第 3 項規定：「本法中華民國 100 年 11 月 8 日修正之第 26 條第 3 項至第 5 項規定，於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁處者，亦適用之……。」查系爭規定二係將 100 年 11 月 8 日修正增訂之行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項規定之效力，溯及於修正施行前，應受行政罰之行為而尚未裁處者，亦有適用，屬法律有溯及適用之特別規定。又查行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項，有關應履行之負擔得扣抵罰鍰之規定，減少人民財產上之不利益，核屬有利於行為人之新規定，自無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。

至部分聲請人主張若干地方法院關於緩起訴處分附帶履行負擔後不得再處罰鍰，已形成該院轄區內一致之見解，足為該院轄區內人民信賴基礎等語，按部分地區之法院，適用特定法規所表示之見解，縱有持續一致之情形，惟基於法官獨立審判原則，該見解對其他法官並無拘束力，尚難以之為信賴基礎，主張信賴保護，併予敘明。

三、系爭函一與法律保留原則無違

系爭函一謂：「主旨：關於一行為同時觸犯刑事法律及違反稅法上義務規定，經檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 為緩起訴處分後，稅捐稽徵機關得否就該違反稅法上義務再處以行政罰疑義乙案。說明：二、案經洽據法務部 96 年 2 月 16 日法律決字第 0960005671 號函（下稱系爭函二）意見略以：『緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明，既為不起訴即依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第

1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第 26 條第 2 項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。』」關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款及第 5 款所定事項之緩起訴處分部分，按緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，而其所附之應履行負擔，雖具有類似處罰之不利益效果，但並非經刑事審判程序依刑事實體法律所為之刑罰，如逕予排除罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為之評價即有不足，為重建法治秩序與促進公共利益，得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，俾對行為人之一行為進行充分評價。是上開函乃稅捐主管機關基於法定職權洽據法務部意見，說明 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定之適用原則，合於一般法律解釋方法，並未增加法律所無之限制或負擔，與法律保留原則無違。

四、95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項解釋上包括緩起訴處分

有關統一解釋部分，95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定：「前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」並未明文規定「緩起訴處分確定」是否有該規定之適用。下列裁判就此確有見解歧異：（一）附表編號 12 及 13 之確定終局裁判認為緩起訴處分，與不起訴處分之救濟途徑均係聲請再議，且均發生禁止再行起訴之效力，足見緩起訴處分實具有附條件不起訴處分之性質。應履行之負擔非得被告同意，檢察官亦無從強制其負擔，尤不能認具刑罰之性質。故緩起訴處分確定後，應視同不起訴處分確定，得依違反行政法上義務規定裁罰之。（二）系爭裁定一及二則認為緩起訴處分基本上係認被告有犯罪嫌疑而暫緩起訴，此與不起訴處分係因犯罪嫌疑不足而作成，顯有不同。應履行之負擔係基於刑事法律之處罰，仍有財產減少及負擔一定義務之影響，性質上具實質制裁之效果。故緩起訴處分自不應適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項。

查 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項雖未將「緩起訴處分確定」明列於條文中，惟應履行之負擔既僅具有類似處罰之不利效果，並非刑罰，緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之。

五、不受理部分

附表編號 1、3 及 4 聲請人聲請解釋行政罰法第 26 條第 2 項中關於緩刑之裁判確定部分，經查前開聲請案之原因案件，均屬人民之酒駕行為經緩起訴處分再受行政罰之情形，並未涉及緩刑之問題；又附表編號 1 至 7 聲請人聲請解釋行政罰法第 45 條第 3 項關於適用行政罰法第 26 條第 5 項部分，經查前開聲請案之原因案件，並無緩起訴處分或緩刑裁判確定後復經撤銷之情事，故該等部分並非前開聲請人審理原因案件應適用之規定，核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨不符；另附表編號 1 聲請人以健全法官聲請釋憲制度為由，主張應公開法官聲請書全文，並開放其他法官加入聲請或表示其他意見，據以聲請補充解釋本院釋字第 371 號解釋部分，查釋字第 371 號解釋並無文字晦澀或論證遺漏之情形，應無補充解釋之必要，俱應不受理。

附表編號 3 至 6 聲請人指摘道交條例第 35 條第 8 項規定違憲部分，經查前開聲請案之原因案件，均屬人民之酒駕行為經檢察官緩起訴處分而命為應履行之負擔，並無同條第 8 項規定：「經裁判確定處以罰金低於本條例第 92 條第 4 項所定最低罰鍰基準規定者，應依本條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分」之經裁判確定處以罰金之情形，故道交條例第 35 條第 8 項非前開聲請人審理原因案件應適用之規定。另附表編號 3 至 7 聲請人指摘 100 年 11 月 23 日增訂施行之行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項規定違憲部分，核其所陳，並未提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。是此等部分，均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件不符，俱應不受理。

附表編號8聲請人指摘行政罰法第26條及同法第45條第3項除系爭規定一及二以外之規定違憲部分，附表編號10聲請人指摘所得稅法第17條第1項第2款第2目第1小目、第110條第1項規定違憲部分，及附表編號11聲請人指摘財政部92年6月3日台財稅字第0920452464號令（下稱系爭令）違憲部分，均未具體敘明前開規定於客觀上究有何牴觸憲法之處，而使其憲法上權利因此受有如何之侵害。另附表編號12及13聲請人指摘系爭函二違憲部分，核該函內容係法務部對財政部洽詢法律問題所為之函復，非屬法律或命令，不得執以聲請解釋憲法。至附表編號12聲請人指摘最高行政法院102年度1月份第1次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）違憲部分，聲請人主張稅捐稽徵法第48條之3屬行政罰法之特別規定，系爭決議卻優先適用普通規定之行政罰法，實有違法律優位原則，而生牴觸憲法第172條之疑義等語，核其所陳，僅係法律適用之爭執，尚難謂已針對系爭決議如何違憲，為客觀具體之敘明。是上開聲請，核與大審法第5條第1項第2款規定不符，依同條第3項規定，俱應不受理。

大法官會議主席	大法官	許宗力			
	大法官	蔡炯燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發
		湯德宗	黃虹霞	吳陳銀	蔡明誠
		林俊益	許志雄	張瓊文	黃瑞明
		詹森林	黃昭元		

理由書附表

一、聲請憲法解釋部分

編號	聲請人	原因案件或 確定終局裁判	聲請釋憲客體	受理範圍
1.	臺灣苗栗地方法院 快股法官	臺灣苗栗地方法院 100 年度交聲字第 403 號、第 404 號及 101 年度交聲字第 8 號、第 10 號、第 16 號、第 20 號、第 22 號、第 24 號、第 28 號、第 31 號、第 32 號、第 34 號、第 39 號、第 40 號、第 44 號、第 46 號、第 48 號、第 51 號、第 52 號、第 54 號、第 61 號、第 63 號、第 67 號、第 73 號、第 74 號、第 76 號、第 77 號、第 80 號、第 81 號、第 83 號、第 91 號、第 100 號、第 124 號、第 158 號、第 162 號、第 164 號、第 169 號、第 175 號等違反道路交通管理處罰條例聲明異議案件（共計 38 件）	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴及緩刑部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 釋字第 371 號解釋之補充解釋	系爭規定一及二
2.	臺灣苗栗地方法院 行政訴訟庭 賢股法官	臺灣苗栗地方法院 101 年度交字第 13 號、102 年度交字第 35 號及第 51 號等交通裁決事件（共計 3 件）	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項	系爭規定一及二

3.	臺灣桃園地方法院行政訴訟庭柔股法官	臺灣桃園地方法院 101 年度交字第 11 號、第 24 號、第 134 號、第 137 號、102 年度交字第 56 號、第 88 號、第 121 號、第 175 號及 104 年度交字第 6 號等交通裁決事件（共計 9 件）	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴及緩刑部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項 (4) 道交條例第 35 條第 8 項	系爭規定一及二
4.	臺灣桃園地方法院行政訴訟庭昭股法官	臺灣桃園地方法院 101 年度交字第 42 號、102 年度交字第 7 號、第 20 號、第 55 號、第 245 號及 103 年度交字第 77 號等交通裁決事件（共計 6 件）	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴及緩刑部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項 (4) 道交條例第 35 條第 8 項	系爭規定一及二
5.	臺灣桃園地方法院行政訴訟庭語股法官	臺灣桃園地方法院 101 年度交字第 94 號交通裁決事件	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項 (4) 道交條例第 35 條第 8 項	系爭規定一及二

6.	臺灣桃園地方法院行政訴訟庭語股法官	臺灣桃園地方法院 101 年度交字第 102 號、102 年度交字第 111 號、第 226 號、103 年度交字第 117 號等交通裁決事件（共計 4 件）	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項 (4) 道交條例第 35 條第 8 項	系爭規定一及二
7.	臺灣桃園地方法院行政訴訟庭語股法官	臺灣桃園地方法院 103 年度簡字第 19 號違反就業服務法事件	(1) 行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴部分 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項 (3) 行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項	系爭規定一及二
8.	何裕蓁	臺灣高等法院臺中分院 101 年度交抗字第 418 號裁定	(1) 行政罰法第 26 條 (2) 行政罰法第 45 條第 3 項	系爭規定一及二
9.	羅喆強、龐玉華、黃紹業	最高行政法院 106 年度裁字第 377 號裁定、臺北高等行政法院 105 年度訴字第 1116 號判決	行政罰法第 26 條第 2 項關於緩起訴部分	系爭規定一
10.	黃麗兒	最高行政法院 98 年度裁字第 2506 號裁定、臺北高等行政法院 98 年度訴字第 397 號判決	(1) 所得稅法第 17 條第 1 項第 2 款第 2 目第 1 小目 (2) 所得稅法第 110 條第 1 項 (3) 系爭函一	系爭函一

11	黃玉鳳	最高行政法院 102 年度裁字第 903 號裁定、臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1778 號判決	(1) 系爭令 (2) 系爭函一	系爭函一
12.	林世惟	最高行政法院 100 年度判字第 1967 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 409 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 100 年度判字第 2020 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 408 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 102 年度判字第 93 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 2046 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二 (3) 系爭決議	系爭函一
13.	徐萬興	最高行政法院 100 年度裁字第 2147 號裁定、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 387 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 100 年度判字第 1968 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 384 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 101 年度判字第 400 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1747 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 101 年度裁字第 1753 號裁定、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1748 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一
		最高行政法院 101 年度裁字第 2240 號裁定、臺北高等行政法院 100 年度訴字第 1749 號判決	(1) 系爭函一 (2) 系爭函二	系爭函一

二、聲請統一解釋部分

上述編號 12 及 13 聲請人認最高法院 100 年度判字第 1967 號等裁判（相關裁判同前）與系爭裁定一及二，就適用同一法律所表示之見解發生歧異，均另聲請統一解釋。

部分協同意見書

張瓊文大法官 提出

本號解釋多數意見認為，行政罰法第 26 條第 2 項規定關於緩起訴處分部分（下稱系爭規定一）及財政部中華民國 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函，就緩起訴處分確定後，仍得依違反行政法上義務規定裁處之釋示，其中關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款及第 5 款所定事項（下稱應履行之負擔）之緩起訴處分部分，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違；及行政罰法第 45 條第 3 項規定，其中關於適用行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項部分，亦未牴觸法治國之法律不溯及既往及信賴保護原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違；又因緩起訴處分之性質與職權不起訴處分相類，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定（下稱 95 年系爭規定一），依違反行政法上義務規定裁處之。本席就此敬表贊成，惟鑒於本號解釋併案甚多，於審查過程中討論亦廣，最後論理過程容有遺珠之憾，為使有識者能見全貌，爰予補充之。

一、案件事實類型

本號解釋共併入 26 件聲請案，而涉及之原因案件共 74 件（計有法官裁定停止訴訟案件 62 件，確定終局裁判計有 12 件），聲請主體則分別有 13 人（計為苗栗地方法院法官 2 人、桃園地方法院法官 3 人、一般民眾 8 人）。又本案及相關併案案件，依其事件及所涉及個別行政法領域之不同，約可分為四類：

（一）酒駕類型（附表編號聲請人 1 至 6 及 8）：

即人民因酒後駕車，經檢察官就違反刑法第 185 條之 3 規定部分，依刑事訴訟法第 253 條之 1 及之 2 為緩起訴處分，並命為

義務勞務或支付一定金額後，復遭主管機關就違反道路交通管理處罰條例第 35 條規定部分，核算及扣抵應履行之負擔後，裁處罰鍰。部分案件係發生於 100 年 11 月 23 日行政罰法修正施行前，但尚未經裁處，故於裁處罰鍰時交通主管機關援引行政罰法第 45 條第 3 項規定，依行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項為扣抵。此部分以法官聲請解釋者居多，僅一件為人民聲請者。

(二) 所得稅法事件類型（附表編號聲請人 10 至 13）：

附表編號聲請人 10 及 11，因虛報捐贈扣除額，致觸犯稅捐稽徵法第 41 條第 1 項規定，經檢察官為緩起訴處分，並命為捐款新臺幣（下同）200,000 元、100,000 元，後經主管機關就違反所得稅法第 110 條第 1 項部分裁處罰鍰 787,700 元、3,153,264 元。

附表編號聲請人 12 及 13 為醫院負責人，因分別連續於 90 年至 93 年間於扣繳憑單短報各該醫院受僱醫師之薪資及執行業務所得，而觸犯稅捐稽徵法第 42 條第 1 項、第 43 條第 1 項及刑法第 215、216 條，均經檢察官為緩起訴處分，命為分別向桃園縣觀護人志工協進協會支付 50 萬元、並由所屬醫院集團共同舉辦義診 5 場，後經主管機關於緩起訴處分確定後，按年度分別對附表編號聲請人 12 裁處 3,696,500 元、4,098,673 元及 4,256,700 元；對附表編號聲請人 13 裁處 1,321,235 元、1,212,828 元、1,096,885 元、1,982,075 元、1,110,209 元。

(三) 就業服務法事件類型：

附表編號聲請人 7 因申請家庭外籍監護工時使公務員登載不實之偽造文書，經檢察官就違反刑法第 214 條規定部分為緩起訴處分，並命為支付國庫 60,000 元後，復遭主管機關據系爭規定一，依就業服務法第 5 條第 2 項第 5 款：「辦理聘僱外國人之申請許可、招募、引進或管理事項，提供不實資料或健康檢查檢體。」及同法第 65 條：「違反第五條第一項、第二項第一款、第四款、第五款、……者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬

元以下罰鍰。」於依行政罰法第 18 條酌減罰鍰，核算及扣抵應履行之負擔，裁處罰鍰 90,000 元。

（四）私立學校法事件類型：

附表編號聲請人 8 等三人因填載不實會計憑證，以無實際交易之發票辦理經費核銷事宜，觸犯商業會計法第 71 條第 1 款及刑法第 215 條，經檢察官就違反刑法第 214 條規定部分為緩起訴處分，並分別命為支付 10 萬元、10 萬元及 5 萬元後，復遭主管機關據系爭規定一，依私立學校法第 80 條第 1 項第 2 款規定：「學校法人董事長、董事、監察人、私立學校校長、主辦及經辦相關業務之人員，執行職務時，致有下列情形之一者，處上開行為人新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並得按次處罰至改善為止：……二、隱匿、毀棄會計憑證、帳簿、報表，或於上開文件為虛偽不實之記載。」扣抵緩起訴處分應履行之負擔後，分別裁處聲請人 30 萬元、30 萬元、25 萬元之罰鍰。本案所涉及之原因案件之多，為本院聲請案中所少見，但也因併案類型跨越數個行政法領域，益見系爭規定一所涉及之社會事實，絕非僅限於單一類型或特定法律領域所能涵括。故以系爭規定一此種具有「總則性規範」性質之法律而言，立法者應當享有更高之裁量空間。申言之，對違法行為是否或如何採取制裁手段，涉及社會環境、違法現象、民眾心理及制裁理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。

二、審查原則之選擇及解釋方法

（一）比例原則

1. 比例原則以「禁止過度原則」為操作之核心

如前所述，行政罰法係具有「總則性規範」性質之法律，與一般規範個別行政法領域法律關係之行政法規不同，其條文內容並無與具

體行為相關之構成要件及法律效果，大多屬原則性規定，此時如欲採取傳統的比例原則審查模式，以妥當性、必要性及狹義的比例原則進行審查，即會發生難以操作之困難。

即以系爭規定一為例，其立法目的僅係於 100 年修正時，為杜實務上關於緩起訴處分是否得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項（下稱 95 年系爭規定一）之爭議所增訂¹。如以此目的而言，則一行為經緩起訴處分確定者，採取得依違反行政法上義務規定裁處，或不得裁處，均能達到其立法目的，而符合妥當性原則之要求。而其手段僅有得再予裁處及不得再予裁處二種，既然二種手段均能達到其目的，則似應採取侵害性最小之手段，亦即不得併罰，始符合必要性之要求。就此而言，系爭規定一似應獲致違憲之結論。

惟此種操作方法，過於簡化論述的過程。

實則，立法者為杜實務上關於緩起訴處分是否有該條項適用之爭議，其目的乃欲判斷緩起訴處分之性質與 95 年系爭規定一之「不起訴處分」是否相類似，而將其歸類於適當之條項，俾符行政罰法本身之體系價值。按行政罰法關於一行為違反數行政法上義務規定而應處罰鍰者，依第 24 條第 1 項係採從一重處斷原則。同法第 26 條第 1 項對於一行為違反刑事法律及違反行政法上義務規定者，認為刑罰之懲罰作用較強，故予優先適用，基本上也是從一重處斷的概念。但如依刑罰優先原則處理後，不能達到處罰之目的，則行政罰即應啟動。質言之，即如認緩起訴處分與受有罪判決確定且執行刑罰完畢者相近，則應屬行政罰法第 26 條第 1 項之情形，而不得再予裁處。反之，則應納入 95 年系爭規定一之範疇，而得再予裁處。就此而言，緩起訴處分經定性為附條件之便宜不起訴處分，應履行之負擔非刑罰後，幾無其他手段可供選擇，故實無須判斷是否能通過必要性原則之檢驗。

故在比例原則的操作上，以系爭規定一而言，於定性緩起訴處分之性質後，則僅須考慮是否能通過狹義的比例原則即可，此亦為解釋理由書之所以於完成緩起訴處分之定性後，即進入「是否過度」之論

¹ 《立法院公報》，第 100 卷第 70 期，2011 年，第 185 頁以下參照。

述之主因。由此可見，既然比例原則之本質係在限制公權力作出必要且不過度之限制人權之行為，該原則乃一個整體的衡量標準，故以「禁止過度」原則作為判斷標準，即可處理本案的問題²。

2. 制裁法體系之整體評價是否過度

法律作為一種行為規範，必須具有「可貫徹性」與「可強制性」，始足具有可執行性。故任何強制或禁止規定，均須定有制裁條款，以作為違反這些規定時，以公權力進行制裁之依據，並透過制裁之手段，而得以達到該法律所欲達成之目的，並藉以維護社會秩序及保護人民之權利³。

制裁係較高位階之抽象概念，對於違反行政法上義務行為之罰鍰、觸犯刑事法律行為之刑罰及違反各個職業義務之處罰，如公務員懲戒處分，於釋憲實務上均認為係所謂的「制裁」⁴。又各種制裁各有其法律制度上之目的，彼此有互相補充之作用。尤以我國權力分立之現制以觀，國家的公權力制裁並非由司法權所壟斷，司法權所負責者，應僅限於以刑罰為手段的制裁，此外則應由行政權負責，而其抉擇則係立法者之權限。

此即本院釋字第 517 號解釋所謂：「按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比

² 陳新民，《憲法學釋論》，修正 8 版，2015 年，第 185 頁。

³ 林山田，〈使用刑罰或秩序罰的立法考量〉，刊載於《行政不法行為制裁規定之研究》，1990 年，行政院經濟建設委員會出版，第 17 頁。

⁴ 經以「制裁」一詞為關鍵字搜尋的結果，使用制裁一詞之情形，約可分為四類：

- (1) 刑事制裁：本院釋字第 689 號、第 687 號、第 646 號、第 623 號、第 602 號、第 594 號、第 558 號、第 476 號、第 204 號解釋
- (2) 行政制裁：本院釋字第 673 號、第 641 號、第 638 號、第 621 號、第 616 號、第 517 號、第 514 號、第 503 號、第 394 號、第 356 號、第 327 號、第 317 號、第 313 號、第 275 號解釋
- (3) 公務員懲戒：本院釋字第 491 號、第 298 號解釋
- (4) 其他制裁：同業紀律制裁（本院釋字第 509 號解釋）、議會對議長之制裁（本院釋字第 33 號解釋）

例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰……」之意旨。

可見刑罰與行政罰間是一種動態變化的情形，行政罰之倫理可非難性，亦未必低於刑罰。於實證法中時可見到原屬刑事犯罪行為而處以罰金等刑罰者，於除罪化後，轉為以「罰鍰」方式，持續加以控管，且金錢處罰之額度甚至會明顯提高⁵。故傳統上對於行政犯及刑事犯間究係「質」或「量」的區別雖迭有爭議，但近來採「質」的區別說者已屬少數⁶。

是以不同體系之制裁間，例如，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之競合情形，本於行政犯及刑事犯僅係量的區別，為免過度處罰，故立法者於行政罰法第26條第1項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」立法理由謂係考量刑罰之懲罰作用較強，依刑事法律處罰，即足資警惕，並無再依行政法規處以行政罰之必要。且依刑事法律處罰，係由法院依較嚴謹之刑事訴訟程序為之，對於人民權利之程序性保障更為周全，故予以優先適用。但罰鍰以外之其他種類行政罰及沒入，兼具維護個別領域公共秩序之作用，為達各該法律之行政目的，仍得併予裁處⁷。

惟論理上若採刑罰與行政罰為量的區別說，就行政罰法第26條第1項之規範而言即有矛盾，換言之，先基於兩者係「量」的區別而予競合，但卻認刑罰與行政罰乃本質上之不同逕以優先適用，加以刑事

⁵ 如90年11月12日修正之公司法第245條，即對於檢查人之檢查有妨礙行為者，或監察人不遵法院命令召集股東會者，由各科「新臺幣6萬元以下罰金」，修正為「處新臺幣2萬元以上10萬元以下罰鍰」；97年12月03日修正之動物用藥品管理法第36條，對於明知為動物用劣藥而販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列或貯藏者，原處6個月以下有期徒刑、拘役或科2,000元以下罰金，修正為「處新臺幣25萬元以上125萬元以下罰鍰」。

⁶ 吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，2016年9月，增訂14版，第482頁。

⁷ 《立法院公報》，第94卷，2005年，第382頁。

處罰及行政處罰分屬不同機關之職掌，構成輕重失衡評價不足之現象，即在所難免。例如，同屬酒駕事件，酒精濃度測試值高者因觸犯刑罰如僅受罰金刑，酒精濃度測試值低者因違反道路交通管理處罰條例而受罰鍰，若罰鍰額度高於罰金時，即有非難性較高之行為受到低度評價之失衡情形。同樣的情形也可能發生在緩起訴處分之情形，依道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項⁸ 規定，於經過完整刑事程序評價而處罰金刑者，尚且須繳納不足最低罰鍰之部分。而未經完整評價之附負擔緩起訴處分，如其金額少於最低罰鍰，卻無須繳納不足部分，豈非造成另一種評價不足之失衡情形？

（二）一行為不二罰原則

本號解釋多數意見因認緩起訴處分之負擔，係經過被告同意後所附帶之條件，其性質並非刑事處罰，即無「一行為二罰」之情形，故未採取一行為不二罰原則作為審查標準。惟於聲請人之陳述中，幾皆採一行為不二罰原則作為系爭規定一違憲之論理依據，且於本號解釋審查過程中雖曾討論，然終未於解釋理由中論述，爰於此補敘之。

首應說明者，所謂「一行為不二罰」原則，論者雖稱之為「原則」，惟其應有之內涵究竟如何？適用之範圍如何？至今仍莫衷一是。或有稱之為「一事不二罰」者，惟與程序法上已明白確立之「一事不再理」原則之用語近似，為免造成混淆，參酌釋字第 604 號解釋之用語，暫以「一行為不二罰」原則定名之。值得注意者，乃釋字第 604 號解釋中多數意見雖使用「一行為不二罰」之用語，但未見有所論述，協同意見書及不同意見書中則或有使用「一事不二罰」者，可見此用語及其概念即使於該號解釋作成時，亦未有一致之見解。

一行為不二罰的概念咸認來自拉丁法諺的「ne bis in idem」與「double jeopardy」，前者多譯為「一事不二罰」、「一事不再罰」或「一事不再理者」，後者亦多譯為「雙重危險禁止」或「禁止重複處罰」

⁸ 道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項規定：「前項汽車駕駛人，經裁判確定處以罰金低於本條例第九十二條第四項所訂最低罰鍰基準規定者，應依本條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分。」即係對不同機關間不同裁量標準所致輕重失衡的調整機制，性質上為行政罰法第 26 條第 1 項及第 2 項之特別規定。

等，已為法學界所慣常使用。故論者亦因此而多有認為此法諺之理念，已於歐美立法例中有所體現⁹，最為共通而無爭議之見解乃：1. 刑事訴訟程序之一事不再理原則為一行為不二罰原則之體現，且為多數民主法治國家所採。2. 刑事處罰領域必有該原則之適用，惟行政罰與行政罰間及刑罰與行政罰間則未必不能予以不同種類之處罰。

審諸一行為不二罰原則之核心概念——「一行為」及「處罰」之定義——於不同法領域中各有其獨立之概念，刑法上評價為一行為者，於行政法上即可能評價為數行為¹⁰，反之亦然¹¹，其行為數之認定並無通案之判斷標準，仍應依個案認定之¹²。

⁹ 如吳庚，前揭書，第 520 頁；洪家殷，《行政罰法論》，五南出版社，2006 年，增訂 2 版，第 120 頁以下；陳清秀，《行政罰法》，新學林出版社，2014 年第 2 版，第 215 頁以下；陳新民，〈行政罰的適用原則〉，刊載於氏著《公法學劄記》，自版，第 281 頁以下。舉重要之立法例如下：

(1) 德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一事實 (derselben Tat) 基於普通刑法法典處以多次處罰。」(2) 美國憲法第 5 修正案規定為：「同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。」(3) 日本憲法第 39 條規定為：「任何人，就行為時適法或已宣告無罪之行為，不受刑事責任之追究。又，同一犯罪，不重複受刑事責任之追究。」(4) 歐洲人權公約第 7 號議定書的第 4 條，亦就不受二次審判或處罰之權利 (Right not to be tried or punished twice) 規定：「任何人不應因已根據一國法律和刑事程式被宣判無罪或有罪的違法行為在同一國家管轄下的刑事訴訟中再次受到審訊或處罰 (第 1 項)。如有影響案件結果的新的事實或新發現的事實證據，或者在此前的訴訟程式中有根本性的缺陷，那麼前款規定不應妨礙根據有關國家的法律和刑事程式重審此案 (第 2 項)。締約方不得根據公約第 15 條採取剋減本條的措施 (第 3 項)。」

¹⁰ 以聲請人徐萬興聲請部分而言，檢察官緩起訴處分係就 90 至 93 年度間 4 個年度短扣部分，依 94 年刑法修正前之第 56 條連續犯規定視為「刑法上一行為」，而附帶 1 個 50 萬元之負擔。稅捐機關則認定為「行政法上數行為」，甚至就檢察官未於緩起訴處分包含之 89 年短扣部分亦分別予以罰鍰，以年度申報扣繳憑單義務計算構成 5 個違反行政法上義務行為，即為實例。

¹¹ 論者亦有提出此疑義者，惟其推論結果卻適與前例相反，即「行政法上一行為」，構成「刑法上數行為」，但無論如何，此種行為數不相等的情形應屬可預見。參見陳正根，〈論一行為不二罰—以交通秩序罰為探討重心〉，國立高雄大學法學論叢，第 4 期，2008 年 11 月，第 49 頁。

¹² 參見 95 年 3 月 15 日發布/函頒「研商行政罰法單一行為或數行為裁罰原則及處理程序會議紀錄」討論事項三、數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之（行政罰法第 25 條），單一行為或數行為如何認定？研討結果：應由各主管機關（單位）依據個案違規情形，本於職權認定之。

故以「一行為」的概念而言，刑法及行政法中即有歧異之行為數認定標準，即使可被認為一行為（或一事件）者，亦可能因不同的競合理論或規定而異其責任，此時於一法領域中未經評價為有責之行為，於另一法領域中再予有責之評價，例如，因想像競合犯規定而於刑法僅從一重處斷論以一罪者，其未論罪部分如再予罰鍰，是否構成「重複評價」而亦屬「二罰」？一行為除觸犯刑事法律外，於其他法領域仍應受評價者，例如，公務人員或專門職業人員之懲戒罰、公立學校學生因違法行為而遭受校規處分、公司董事或經理人因犯罪而遭解任（公司法第 30 條、第 193 條第 5 項）、政府採購法中於借用或冒用他人名義投標經刑事程序處分後復遭追繳押標金（政府採購法第 31 條第 2 項），經認定為不良廠商而限制於一定期間參加政府採購。此種多重之不利益是否均屬重複評價，即易衍生疑義。

又關於處罰之定義，最典型之「罰」乃刑罰及行政罰，二者之定義、適用原則及範圍，目前皆分別以刑法、行政罰法為規定。但於刑法中所規定之「制裁」卻未必為「罰」，事實上這些制裁，其種類、型態有許多變化，亦各自負擔不同之刑事政策目的。

例如，保安處分制度業經本院釋字第 528 號解釋認為：「刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，本於特別預防之目的，針對具社會危險性之行為人所具備之危險性格，除處以刑罰外，另施以各種保安處分，以期改善、矯治行為人之偏差性格；保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。」則保安處分作為刑事制裁之另一環節，其目的不在傳統應報主義的「罰」，而在於「教化」，即不能以傳統上「罰」的概念視之。刑事實體法中的制裁尚且不能以「罰」視之，本號解釋所涉及之刑事程序法上緩起訴處分所附帶之負擔，又豈能以其造成人民財產權受有不利益¹³，而逕認為「罰」？

¹³ 況緩起訴處分所附帶之負擔，其用意或係在「交換」緩起訴處分之作成，而得

又如行政罰法中將罰鍰、沒入以外之裁罰性不利處分，於該法第2條中擴充為其他種類行政罰，其範圍過於廣泛，向為論者所批評¹⁴。該條文使用裁罰性不利處分之定義用語，使得秩序罰及單純不利益行政處分的概念受到混淆，已屬不當。再細繹之，行政罰法第2條中所謂的限制或禁止行為之處分及剝奪或消滅資格、權利之處分，其內容多屬行政管制手段，於某些情形其實並不能完全適用行政罰之理論。例如，發現有疑似食品中毒案件時，命業者暫停作業、停止販賣¹⁵，此時對於行為人（業者）而言，是否仍須依行政罰法第7條第1項判斷其無故意或過失，而後始得處分？答案應屬否定，此種行政管制措施，實係為維護公眾身體健康安全之公益所為，不論行為人是否有責，均得命其暫停作業、停止販賣始屬合宜。

由上述說明可知，所謂「罰」的概念，實難取得一致之見解，又對於制裁手段採取刑罰或者行政罰，因涉及行政權與司法權之權力分立問題，應屬立法者享有高度裁量空間之範疇，於所採取之手段若無明顯過度或過苛之情形時，司法審查機關自應予以尊重。如率然對何謂處罰提出定義，是否會限縮了立法者的裁量空間，甚至使執法的行政機關亦發生窒礙？此點似應採取「司法自制」的態度為宜。

三、代結論—稅捐案件處罰輕重失衡之省思

本號解釋併案之類型中，逃漏稅案件之處罰於實務最具有特殊性。由於刑事法院對行為人多處以較輕之刑，以101年至105年地方法院一審稅法刑案科刑人數觀之，其中遭處6月以上有期徒刑人數僅占有罪人

免除刑事訴訟程序之勞費，以及遭受有罪判決的風險，整體言之，是否不利於人民，實有待商榷。

¹⁴ 吳庚，前揭書，第493頁。

¹⁵ 食品安全衛生管理法第41條第1項第5款規定：「直轄市、縣（市）主管機關為確保食品、食品添加物、食品器具、食品容器或包裝及食品用洗潔劑符合本法規定，得執行下列措施，業者應配合，不得規避、妨礙或拒絕：……五、接獲通報疑似食品中毒案件時，對於各該食品業者，得命其限期改善或派送相關食品從業人員至各級主管機關認可之機關（構），接受至少四小時之食品中毒防治衛生講習；調查期間，並得命其暫停作業、停止販賣及進行消毒，並封存該產品。」

數百分之 0.47 至 3.68，可見稅法刑案普遍遭受輕判，逃漏稅捐而受到自由刑制裁的案例不多。與之相對的違章漏稅案件行政裁罰事件，不僅在數量上有數百倍之多，裁罰金額平均更近 100 億（詳見附表）¹⁶。故就稅捐稽徵實務而言，我國可說是以漏稅罰之制裁為中心，由稅捐主管機關承擔絕大部分維持稅捐秩序之責任¹⁷。而人民所受到輕判的刑罰苦痛性，與行政罰鍰所帶來的高額財產剝奪感兩相比較，後者恐怕遠高於前者，相對而言，刑罰已不具有嚇阻性。不僅立法者設計之行政罰法第 26 條第 1 項採取刑事罰優先原則之目的無法達成，更可能提高行為人之道德風險，如遇有罰鍰金額遠高於罰金（或緩起訴處分負擔）之情形，不免有無視於刑罰的倫理非難性之行為人，存其僥倖之心，冀以低額的罰金（或緩起訴處分負擔），甚至低度之自由刑，換取免除高額的罰鍰¹⁸。故論者即有建議應提高我國逃漏稅捐罪對於拘役、科或併科罰金的金額，以強化其制裁效果者¹⁹。至於是否仿效德國秩序違反法之規定，由刑事司法機關統一處理犯罪追訴與行政裁罰競合之問題²⁰。則因我國之行政裁罰種類繁多，非僅如德國限於罰鍰一種，在此之前尚須先調整行政罰之種類及內容，否則刑事司法機關即無從處理。惟此種處理已非違憲審查所能涵括，容由立法者多方評估、整合，另謀解決之道。

¹⁶ 本表整理自財政統計年報 <https://www.mof.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=285&pid=64525> 最後瀏覽日為 2017/7/19；司法統計年報 <http://www.judicial.gov.tw/juds/> 最後瀏覽日為 2017/7/19。

¹⁷ 漏稅罰之立法模式，常見以漏稅額之若干倍處罰，於可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰是否逾越必要之程度，是另一值得關注的課題。

¹⁸ 吳庚亦認為：「……又因刑罰在先，罰鍰必須免除，行為人反而受益。」為了平衡此不義現象，實務上甚至認為緩起訴處分金雖非罰金，但仍得適用道路交通管理處罰條例第 35 條之規定，行政機關應依本條例裁決不足最低罰鍰額之部分。參見吳庚，前揭書，第 521 頁。柯格鐘，〈論漏稅罰—德國與臺灣稅捐法律規範之比較〉，東吳公法論叢，第 6 卷，2013 年 7 月，第 412 頁。

¹⁹ 柯格鐘，前揭文；柯格鐘，〈對於我國稅改政策之建議〉，稅務旬刊，第 2341 期，2016 年 10 月，第 27 頁。

²⁰ 見許澤天，〈刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則〉，台灣法學雜誌，第 261 期，2014 年 12 月，第 127 頁。

附表：

年度	違章漏稅案件行政裁罰件數	違章漏稅案件行政裁罰金額(千元)	地院一審稅法刑案終結件數	地院一審稅法刑案被告人數(A)	地院一審稅法刑案科刑人數		B / A (%)
					總人數	超過6月有期徒刑(B)	
101	179,362	10,559,680	118	325	277	5	1.54%
102	171,587	8,357,613	116	180	155	1	0.56%
103	131,525	9,299,023	94	196	177	5	2.55%
104	135,731	10,699,458	86	163	137	6	3.68%
105	245,991	10,953,491	35	212	123	1	0.47%

協同意見書

黃璽君大法官 提出

本解釋就行政罰法第26條第2項規定「前項行為如經……緩起訴處分確定……者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」其中關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第253條之2第1項第4款及第5款所定事項(簡稱應履行之負擔)之緩起訴處分部分(即系爭規定一)所為解釋，本席贊成其合憲解釋，惟理由尚有澄清或補充之必要，爰提協同意見書如後：

一、命應履行之負擔並非刑罰，亦非處罰，再處行政罰，不涉及一行為二罰問題。本解釋未肯認刑罰與行政罰間有一行為不二罰原則之適用。

本解釋多數意見認為「應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，為發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的，審酌個案情節與公共利益之維護，經被告同意後，命其履行之事項，性質上究非審判機關依刑事審判程序所科處之刑罰。」¹ 依憲法第8條第1項規定，裁處刑罰之主體係法官構成之獨任或合議法

¹ 見解釋理由書第11段。

院²，並非檢察機關，若將緩起訴處分中命應履行之負擔解釋為刑事處罰，無異違反憲法第8條第1項所定法官保留之規定，多數意見認為應履行之負擔並非刑罰之理由可加補充。

次按處罰，係指針對有責行為所為譴責性之高權反應³。檢察官於緩起訴處分中命被告應履行之負擔，須經被告同意，雖然被告不免有面對刑事程序之心理壓力，仍非在毫無自由意志下決定是否接受緩起訴處分之條件，應履行之負擔因而與處罰概念所具有之高權性質不同，並非處罰。本解釋認「應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。」⁴亦認應履行之負擔，僅具有類似處罰之不利益效果，亦即非處罰。

應履行之負擔既非刑罰，亦非處罰，則系爭規定一允許應履行之負擔之緩起訴處分確定後，再依違反行政法上義務規定裁處行政罰，自與一行為二罰問題無涉⁵。本解釋謂系爭規定一不涉及一行為二罰之問題，尚非肯認刑罰與行政罰間有一行為不二罰原則之適用。

二、履行之負擔係緩起訴處分之協商條件，其效果是否不利於被告，應與緩起訴處分之效果整體評量

多數意見認為「應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。」何謂「類似處罰之不利益效果」？何以具有「類似處

² 參照本院釋字第392號、第384號解釋。

³ 臺灣苗栗地方法院法官陳文貴，行政罰與刑罰法理之研究，司法院研究年報，29輯，民國101年12月，頁12。

⁴ 見解釋理由書第11段。

⁵ 本院釋字第638號解釋亦認「至於補足股份成數，係屬行政法上之義務，不具裁罰性，與罰鍰為行政制裁之性質不同，相關法令如規定違反行政法上義務之人受處罰後，仍不能免除其義務之履行，尚不生違反一事不二罰原則問題。」

罰之不利益效果」，均不明。

應履行之負擔係附隨於緩起訴處分，對被告是否純粹之不利益，應由緩起訴處分所生整體效力觀察，不應僅根據應履行之負擔對基本權所生之不利益效果認定，亦顯非得作為認定應履行之負擔具有類似處罰之性質之理由。本解釋聲請釋憲之原因案件，因酒駕而為之緩起訴處分，泰半事證明確，檢察官本應依刑事訴訟法第 251 條第 1 項，以刑法第 185 條之 3 提起公訴，而日後被告也有很高機率受刑事法院為有罪判決，多數意見是否因此認為檢察官作成緩起訴處分時，有非難被告違反刑事法律行為之意，其命被告應履行之負擔雖非刑罰，仍有類似處罰之效果？

惟如多數意見所言「緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式。」⁶ 刑事訴訟法第 253 條之 1 規定「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑 3 年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第 57 條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定 1 年以上 3 年以下之緩起訴期間為緩起訴處分」，並未以事證明確或應提起公訴或被告承認有罪為要件，而緩起訴處分亦無先行或暫時認定被告有罪之效果。檢察官在事證尚待追查，是否提起公訴仍未明之情形下，亦會與被告進行緩起訴處分之協議，雙方互相讓步，檢察官代表國家對人民可能之違法行為不再予以刑事追訴，被告履行檢察官於緩起訴處分中所命應履行之事項，不再爭執是否有違法事實存在，藉此終結該偵查程序。是檢察官作成緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款或第 5 款規定，得經被告同意，命其應

⁶ 見解釋理由書第 9 段。

履行之負擔，皆為達成緩起訴處分協議之條件。被告應履行之負擔，實乃獲取緩起訴處分之代價，是否有利亦應與緩起訴處分之效力整體評量，不能僅分割其對使基本權受限制之效果，而當然謂其不利益。

況且在諸如酒駕等事證已徵明確可提起公訴之案件，被告倘若因無資力等因素，不願接受檢察官所提應履行負擔之內容，而拒絕緩起訴處分，以致受刑事訴究，依行政罰法第 26 條第 1 項規定「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」⁷ 除諸如吊扣或吊銷駕照（參照道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項）、參加交通講習（參照道路交通安全講習辦法第 5 條第 1 項第 4 款）等其他種類之行政罰外，既已受刑事處罰，則不再課以罰鍰，如此亦難藉此評量緩起訴處分究竟是有利抑或不利。

三、命應履行之負擔係緩起訴處分之協商條件，與行政法之罰鍰而生之不利益，無法進行比例原則之操作

多數意見認緩起訴處分命應履行之負擔具有類似處罰之不利益效果，進而主張「從而國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度，以符比例原則之要求。」

然應履行之負擔，僅係獲取緩起訴處分之條件。就其獲得緩起訴處分，可立即停止被訴追；緩起訴處分期滿未被撤銷者，不再被追訴定罪，可免有罪前科紀錄，難謂附應履行負擔之緩起訴處分對被告當然不利益，已如前述，自無須與行政法之罰鍰合併評量其不利益之整體效果是否過度之問題。

⁷ 行政罰法第 26 條第 1 項所標示之刑事處罰優先原則是否妥適，亦非無疑。

以往有關處罰規定是否符合比例原則，多係審查某一法令所定處罰是否過度⁸。本解釋將之擴大至不同法條，且擴及至非處罰性質之應履行之負擔之不利益，亦須併入評量。準此，本解釋公布後，是否所有非處罰性質而對人民不利益之規定，均應合併評量。本席認為不宜擴大。理由為：

- (一) 非處罰性質而對人民不利益者，與具處罰性質之刑罰、行政罰等，性質不同，法規規範目的亦不相同，不應合併比較。
- (二) 不具裁罰性之不利益情形不一，散見於各法規，立法者制定法規時，難以預測將來之違規行為會涉及多少其他法條而預先予以合併評量，執行者若合併評量，認其不利益之整體效果，有過度情形，應以何規定為違憲？合併評量實施上有其窒礙之處。⁹

四、系爭規定一之合憲性與同條第3項及第4項無涉

本解釋理由書第12段謂：「系爭規定一……並未違反比例原則，……。尤以立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於100年修正行政罰法時，同時增訂第26條第3項及第4項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違。」¹⁰行政罰法第26條第3項及第4項規定，並非本解釋審查標的，只作為系爭規定一符合比例原則之補強理由。

如前所述，應履行之負擔其目的及性質與刑罰不同，系爭規定一許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，認不違反比例原則。則有

⁸ 本院釋字第643號、第685號、第716號解釋參照。

⁹ 刑罰、行政罰較有共通性，故刑法第55條、行政罰法第24條、第26條第1項，就一行為觸犯數罪名者或一行為違反數行政法上義務規定而應處罰鍰者或一行為為同時觸施刑事法律及違反行政法上義務規定者，分設有處理原則，可減少處罰過度情形。

¹⁰ 見解釋理由書第12段。

無行政罰法第 26 條第 3 項與第 4 項規定，均不影響系爭規定一之合憲性。

行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定「(第 3 項)第 1 項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。(第 4 項)前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。」雖然緩起訴處分命被告應履行之負擔，既係緩起訴處分之條件，當無於行政法之罰鍰中扣抵之必要，行政罰法第 26 條 3 項與第 4 項縱屬不當¹¹，但終究係對人民有利之規定，亦無違憲之問題，附此說明。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋認行政罰法第 26 條第 2 項規定命應履行負擔之緩起訴處分確定後，得再處罰鍰，不構成違憲。又同法第 45 條第 3 項得扣抵負擔之規定適用於 100 年行政罰法修正前尚未裁處之事件，未牴觸法律不溯及既往原則及信賴保護原則。以上見解，可資贊同。惟緩起訴處分雖非刑罰，是否可認為係「一事不二罰」所稱之「處罰」？一事不二罰是否為憲法原則？本件解釋對於憲法第 15 條所保障之人民財產權，與法治國信賴保護原則之適用是否妥適，仍有進一步闡明之意義。爰提出協同意見書如下：

一、一事不二罰原則宜一併作為本件解釋之論理基礎

一事不二罰原則（Grundsatz “ne bis in idem”），在我國

¹¹ 應履行之負擔，係獲取緩起訴處分之條件，其已履行之負擔，再用以扣抵罰鍰，則同一給付，可得二次利益。且違反行政法上義務，又涉及刑罰者，多屬情節較嚴重者，其履行負擔，獲得緩起訴處分，免除刑罰，再以履行之負擔扣抵罰鍰，則相當於僅處罰鍰，與原情節較輕不涉及刑罰者比較，違規情節輕重不同者，均僅處以罰鍰，是否公平，亦有待商榷。

有稱「一行為不二罰」¹，在程序法上有稱一事不再理。²同一件事不能再被處罰兩次（或多重起訴或審判），在文獻上亦有稱「一事不再理」，質言之，所謂「理」，包括起訴、審理或處罰，因此「一事不再理」算是比較中性，如欲強調處罰之意涵，或可稱之為「一事不二罰」。³

以上不同稱呼，是否具有完全同意義，仍有推敲之餘地。惟我國憲法就一事不二罰原則，未如美國憲法增修條文第5條⁴（二重危險禁止；double jeopardy）、德國基本法第103條第3項⁵（Verbot der mehrmaliger Strafverfolgung；多重刑事追訴禁止；有稱雙重刑罰禁止；Verbot der Doppelbestrafung）及日本憲法第39條⁶（一事不再理）予以明定。以上外國立法例，係於憲法中就刑罰，明定禁止重複處

¹ 此用語，參照本院釋字第604號解釋。

² ne bis in idem，等同於”bis de eadem re ne sit actio”(there cannot be an action on the same thing two times)，即所謂一事不再理。新程序不予許可，新實體判決予以排除(ein neues Verfahren ist unzulässig, ein neues Sachurteil ist ausgeschlossen)。於德國基本法第103條第3條明定後，聯邦憲法法院由該規定將”ne bis in idem”原則提升為憲法規則之位階，該規定與程序法的「前憲法整體圖像(das “vorverfassungsrechtliche Gesamtbild”)(BVerfGE 9, 96)」具有關聯性。(參照Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28.Aufl., München:Beck, 2014, §52 Rn.6f..)

³ 此用語，參照本院釋字第638號及第662號解釋。茲因認「一事」，比「一行為」，更具概括性，故本意見書主要以一事不二罰稱之，特先說明。

⁴ 美國憲法增修條文第5條規定：「……任何人犯同一罪，不受兩次生命或身體之處罰危險。……」(.....; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb;.....)

⁵ 德國基本法第103條第3項規定：「任何人不得因同一事實(derselben Tat)基於一般刑法，處以多次刑罰。」德國基本法之制憲者，因為納粹政權時代人民法院之濫權教訓，認為除罪刑法定原則外，將源自德國刑事訴訟法上的「一事不再理原則」，提升到憲法位階，有其必要。參照彭鳳至，一事不二罰原則與「一行為不二罰原則」之辯證～為司法院釋字第604號解釋請命(上)，司法周刊，1728期(2014年12月26日)，頁2。

⁶ 日本憲法第39條有關溯及處罰之禁止及一事不再理規定：「任何人於實行時合法之行為，或已認為無罪之行為，不得追究其刑事責任。就同一犯罪，不得重複追究其刑事上責任。」

罰。由於我國憲法未明文規定一事不二罰（或稱一行為不二罰），是否得認為其係我國憲法原則，不無疑義。從比較法觀察，一事不二罰原則，係指就同一行為事實（Tat），禁止多重（多次）處罰（刑罰），德國基本法第 103 條第 3 項規定之意旨，可追溯自羅馬法，首次由法國 1791 年憲法將之納入基本自由範疇。在德國，此項禁止原則在基本法明定之前，顯已持續適用，在 1877 年業已基於刑事訴訟法視為當然之原則。第二次大戰後，德國基本法第 103 條第 3 項成為國家刑罰請求權之重要界限，成為憲法上原則。⁷

在德國實務上，聯邦憲法法院判決透過基本法第 103 條第 3 項，將業已用盡訴訟之重複受理禁止，提升為憲法規則之位階，並作為法治國之獨立基本保障（eigenständige Basisgarantie），並有認為其不僅是程序性之規範，亦具有實體之保護權性質。⁸ 有將之納入程序基本權（Prozessgrundrecht），賦予個人之一定法安定性及依本質形成「刑罰追訴一次性權利」（Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung）。因此，國家刑罰請求權，於關係人之自由及尊嚴利益內受到限制。⁹ 該原則性之規定，並不禁止就同一行為事實以刑罰追訴後，另外再適用紀律性懲戒罰程序（例如公務員懲戒罰）、民事損害賠償程序及其他非基於一般刑法之程序（例如行政執行中強制手段）。¹⁰ 至刑事救濟

⁷ 參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3.Aufl., München: Beck, 2011, §21, 65.21, 65.

⁸ 參照 BVerfGE 12, 62(66) -Verbot der Wiederholung einer verbrauchten Strafklage(業已用盡刑罰之重複禁止); Schmidt-Abmann in: Mauz/Dürig, Komm. z. GG, Art.103 Rn. 257, 265.

⁹ 參照 Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2.Aufl., München:Beck, 2013, Art.103 Rn.44.

¹⁰ 有認為在刑罰之外併科非以刑罰為目的的制裁，……其適用原因及目的與刑罰皆不相同，故即使有違反法治國家其他憲法基本原則，譬如違反比例原則的可能性，但均不在德國基本法第 103 條第 3 項規定的適用範圍內，故皆不發生牴觸該項規定的問題。參照彭鳳至，同前揭註 5 文，頁 3。

(Strafbefehle)，原則上發生刑事訴訟用盡之效果。¹¹

另在歐盟基本權憲章 (GR-Charta) 第 50 條，同樣有二罰禁止規定。¹² 反而，歐盟人權公約起初並未明確規定，有時依該公約第 6 條第 1 項規定公平審判原則，可能阻止多重處罰。1988 年生效之歐盟人權公約第 7 號附加議定書 (Siebentes Zusatzprotokoll zur EMRK) 第 4 條第 1 項¹³，始將一事不二罰原則納入規定。¹⁴

美國文獻上，有使用拉丁文 ”ne bis in idem” 推論此原則，美國憲法則將「禁止雙重危險」 (double jeopardy) 規定於憲法增修條文第 5 條，後來於最高法院 *Benton v. Maryland* 案以正當程序適用到各州 (增修條文第 14 條)。¹⁵ 是從保障人權觀點，一事不再理原則其實在美國法及德國法上差異不大，在國際間 (例如歐盟) 亦成為基本權保護之基本原則之一。

從本院解釋觀之，基於法治國保障人民基本權之理念及原則，本院釋字第 168 號解釋已明確認定「一事不再理」是

¹¹ 參照 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München: Beck, 2008, §47 Rn.34.

¹² 歐盟基本權憲章第 50 條規定，“Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.” (任何人不得在歐盟業已依法律判刑確定或無罪後，因一刑事行為，重新受刑事追訴或處罰。)

¹³ 歐盟人權公約第七號附加議定書第 4 條第 1 項規定，“Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.” (任何人不得業已依法律及國家刑事訴訟法判刑確定或無罪後，因一刑事行為，於同一國家之刑事訴訟，重新受刑事追訴或處罰。)

¹⁴ 參照 Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Heidelberg, Dordrecht, London, New York: Springer, 2012, Rn.988.

¹⁵ 參照 *Benton v. Maryland*, 395 US 784, 794(1969); Sue Davis, Corwin and Peltason's Understanding the Constitution, Wadsworth Cengage Learning, p.328(2008 17th. Ed); Richard T. Carlton, III, The Constitution versus Congress: Why deference to legislative intent is never an exception to double jeopardy protection, 57 How.L.J. 601, 611(2014).

刑事訴訟之基本原則，之後因各案聲請解釋之客體不同，另有本院釋字第 503 號及第 604 號等解釋。本院釋字第 168 號解釋之解釋文較為精簡，僅於解釋理由書中提到「按一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。」嚴格言之，其畢竟是針對刑事訴訟法原則。至本院釋字第 503 號解釋闡釋「除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。」¹⁶、釋字第 604 號解釋明白指出「法治國家一行為不二罰之原則」，上開二號解釋均釋示不得重複處罰乃法治國基本原則，惟所涉及者係屬同一處罰種類，即使是行為罰及漏稅罰，性質上同屬於行政罰。而本件則係可能涉及二個不同處罰種類（亦即刑罰與行政罰）。

究竟我國是否宜將「一事不二罰」（ne bis in idem）視為憲法原則？目前仍有不少值得探討之處¹⁷，前述外國憲法明定一事不二罰原則作為憲法原則之外國立法例，是否應予參酌採行，值得討論，實有必要再進一步闡釋本院釋字第 503 號及第 604 號¹⁸解釋。加上本件解釋可能係對於兼含兩種

¹⁶ 有認為行政罰法起草時，司法院大法官已作成釋字第 503 號解釋，明確釋示違反租稅義務之行為，不得重複處罰。故接受這項一行為不二罰之原則作為立法之基本立場，在條文技術上則仿德國之立法例。行政罰法第 24 條規定，一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。（第一項）前項違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同，如從一重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。（第二項）一行為違反社會秩序維護法及其他行政法上義務規定而應受處罰，如已裁處拘留者，不再受罰鍰之處罰。（第三項）參照吳庚，行政法之理論與實用，台北：三民，2013 年 8 月增訂 12 版 3 刷，頁 479-480。

¹⁷ 值得參考之見解，例如彭鳳至，一事不二罰原則與「一行為不二罰」之辯證——為司法院釋字第 604 號解釋請命（下），司法周刊，1730 期（2015 年 1 月）；林錫堯，關於建構「憲法上一行為不二罰原則」問題，法學叢刊，241 期（2016 年 1 月），頁 21 以下。又有認為一行為不二罰原則得獨立成為憲法原則，或認其宜以比例原則作為一行為不二罰原則之憲法依據，此等見解，均有所本，值得參酌。

¹⁸ 有認為我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求

不同性質之處罰（刑罰與行政罰）之爭議，因我國刑法及行政罰法有些規定，係參酌外國立法例（特別是參考德國法）制定或修正，故借用比較法，解釋一事不二罰原則是否作為我國憲法原則，自有其意義。因此，本件解釋宜與「一事不二罰」原則一併作為本件解釋之論理基礎，實較能窺其解釋原則之全貌。

二、緩起訴處分命應履行負擔之定性

本件解釋認為緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式，實係附條件之便宜不起訴處分，而其所附之應履行負擔，性質上究非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰。¹⁹惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之。

本件解釋爭點所在之緩起訴處分並命應履行事項之負擔，是否屬於一事不二罰所謂之處罰，頗值得推敲。於本件解釋，僅簡要指明不涉及一行為二罰之問題，逕認其不

之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是「一行為不二罰原則」具有憲法位階，應無疑義。……是我國的「一行為不二罰原則」可說是一種較廣義的概念，下含針對刑事制裁，適用於刑事訴訟程序的「一事不二罰原則」（「一事不再理原則」），以及針對秩序罰，適用於行政制裁程序的狹義「一行為不二罰原則」。至於廣義的「一行為不二罰原則」是否禁止就同一違法行為同時或先後為刑罰與秩序罰之處罰，仍有待深究，惟因與本件無涉，本院就此問題尚無須表示意見。參照許宗力，司法院釋字第 604 號解釋協同意見書，二、連續舉發、連續處罰與一行為不二罰原則，第一段。

¹⁹ 本件解釋使用附條件與負擔用語，宜認為其與行政程序法第 93 條第 2 項有關行政處分之附款規定之第 2 款條件及第 3 款負擔，兩者不同。否則可能因以「附條件」解釋負擔之概念，而有矛盾之疑慮。

過度而符合比例原則。上開論述實係以憲法第 15 條保障人民財產權之基本權限制之限制（Grundrechtsschranken-Schranken），亦即憲法第 23 條比例原則，或可稱為過度禁止（Übermaßverbot）之適用²⁰，作為論理基礎。惟本件實不宜迴避一事不二罰原則適用之前提問題，特別是本案牽涉刑罰與行政罰間，跨類處罰是否一併適用之問題。因為若避開一事不二罰所謂「罰」之概念定性及其適用範圍之解釋，則似難解決本件之核心爭議而達成完整之釋憲功能。

向來刑法與行政法，從本質上有自然犯（mala in se）（反倫理行為；刑事不法）及法定犯（mala prohibita）（無倫理非難性之行為；行政不法）之區分。²¹ 二次大戰後，不斷有環境法或經濟犯罪等之新型處罰規範，以處理新型態之不法行為，故由學理及實務上發展觀之，兩者之區別，有從質之區別慢慢轉變為量之區別趨勢，另有質量混合之區分等見解，均值得探討。²² 目前傾向非基於事物本質區分，而由立法者以其權限裁量。²³ 由此可見，隨社會變遷及新型態不法行為之持續發生，前述見解之探討，有利實務上運用，並避免發生規範失調之現象。就本件聲請解釋案而言，因涉及刑罰與行政罰（特別是如德國違反秩序法所科以金錢負擔之秩序罰），有關前述此種行政罰，如比較違反秩序法與刑法之不法行為相互重疊，解釋上宜參酌前述德國立法例，寧可認為其係屬

²⁰ 參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., München:Beck, 2015, C 28.

²¹ 參照吳庚，前揭書，頁 458 以下。

²² 學說上，有認為對於行政罰與刑罰如何區別之問題，不論採質的區別說、量的區別說或是無異於折衷說的質量混合說，皆無法得到令人完全滿意之答案。質的區別說之主要缺失在於社會倫理價值之變遷性，量的區別說則在於違法行為難以量化及立法裁量缺乏明確之標準，而折衷說雖可解決某些問題，但無可避免仍須同時承受兩說之缺失。因此，既無法獲得絕對完美之答案，則只能退而求其次，尋求相對較為可行之途徑。參照洪家殷，行政罰法論，台北：五南，2008 年 6 月二版二刷，頁 112。

²³ 參照吳庚，前揭書，頁 460-461 及註 14。

量 (quantitative) 之區別，而非僅發生質 (qualitative) 之區別。²⁴

再者，從比較法觀察，在德國，該國基本法第 103 條第 3 項規定，同一事件依一般刑法規定，不得重複處罰相同種類之刑罰。若另涉及其他行政罰，例如涉及違反秩序法之金錢處罰，解釋為處罰時，則適用一事不二罰原則，就不能再處罰。至於想像競合犯與實質之數罪併合情形，由於競合會產生同一法律規定內行為之競合，此刑法上犯罪行為（如德國刑法第 52 條之想像競合犯與第 53 條之併合罪之行為），依德國基本法學理見解，認其與德國基本法第 103 條第 3 項所稱行為事實 (Tat)，係指具有歷史性之過程 (geschichtliche Vorgänge)，此與德國刑法第 52 條之想像競合犯與第 53 條之併合罪之行為相比較，兩者有所不同。²⁵

處理一事不二罰之所謂同一行為事實，係依德國刑事訴訟法 (Strafprozeßordnung; StPO) 第 264 條第 1 項有關判決標的之規定，²⁶ 判決之事實發現，以起訴書內所指之行為事實，並經審理結果所顯示之事實者為限。²⁷ 換言之，其僅是具有歷史性之事實發生後，包含符合構成要件之整個事實之發展過程，但並不等於前述德國刑法第 52 條（有如我國刑法第 55 條）之想像競合犯，亦不同於德國刑法第 53 條併合罪（類似於我國刑法數罪併罰）。

另行政罰與刑罰在金錢處罰部分，如其行為事實相同，

²⁴ 參照 Sodan in: Helge Sodan(Hrg.), Grundgesetz, 3.Aufl., München: Beck, 2015, Art.103 Rn.29.

²⁵ 參照 Schmidt-Aßmann in: Mauz/Dürig, Komm. z. GG, Art.103 Rn. 281ff.; Degenhart, in: Sachs(Hrg.), Grundgesetz, 7.Aufl., 2014, Art.103 Rn.77f.

²⁶ 德國刑事訴訟法第 264 條第 1 項規定，“Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.”

²⁷ 德國刑事訴訟法第 264 條規定訴訟法之行為概念，係將行為事實 (Tat) 作為統一性、歷史性之生活過程 (einheitlicher geschichtlicher Lebensvorgang)。參照 Kuckein in: Rolf Hannich(Hrg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, München: Beck, 2013, §264 Rn.3.

雖兩者之名稱及法源依據不同，但兩者之處罰性質是否相同？亦即是否係屬同一行為事實而分別處罰之情形？是否重複處罰而違反一事不二罰原則？設若可以兩者併行處罰，而依刑法及行政罰法分別發生科處過度之金錢處罰時，則結果可能遭遇量上衡量之問題。從人民財產負擔觀點而言，不論罰金或罰鍰並無差異。是如從金錢負擔而予評價時，則可能傾向採取量之區別²⁸，並基於實質正義，在個案爭議中，衡量其有無過度，運用比例原則（過度禁止）予以衡量。

追溯到民國 93 年²⁹，行政院提出行政罰法草案函請立法院審查，其中行政罰法第 26 條第 1 項，係參考德國違反秩序法第 21 條規定³⁰，採取刑法優先原則³¹，因行政罰以補充性為原則，其立法理由認「依刑事法律處罰，即足資警惕時，

²⁸ 有認為於行政罰與刑罰間究竟為質的差別或量的差別，學說上之爭議由來已久，雖無論採取何者，皆有難以克服之缺點存在，惟現今之趨勢，可說已放棄純粹質的區別，而傾向於是量的差異，並由立法者決定，對該種行為科以刑罰或行政罰。現今量的區別說既已居於主流的地位，當然會直接衝擊到兩者併罰之基礎。參照洪家殷，前揭書，頁 134。

²⁹ 行政罰法於 94 年 2 月 5 日制定公布全文 46 條；並自公布後一年施行。該法第 26 條第 1 項之立法理由為，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰與行政罰同屬對不法行為之制裁，而刑罰之懲罰作用較強，故依刑事法律處罰，即足資警惕時，實無一事二罰再處行政罰之必要。且刑事法律處罰，由法院依法定程序為之，較符合正當法律程序，應予優先適用。但罰鍰以外之沒入或其他種類行政罰，因兼具維護公共秩序之作用，為達行政目的，行政機關仍得併予裁處，故為第一項但書規定。

³⁰ 德國違反秩序法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; OWiG) 第 21 條有關犯罪行為與違反秩序行為之競合規定，一行為同時為犯罪行為與違反秩序行為者，僅適用刑法。其他法律規定之從屬效果，得宣告之。但於第一項情形，該行為未處刑罰者，其得以違反秩序行為處罰之。((1) Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafgesetz angewendet. Auf die in dem anderen Gesetz angedrohten Nebenfolgen kann erkannt werden.(2) Im Falle des Absatzes 1 kann die Handlung jedoch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, wenn eine Strafe nicht verhängt wird.)

³¹ 2013 年 7 月 1 日公布 (2014 年 1 月 1 日施行) 之奧地利行政罰法第 22 條第 1 項規定係規範行政罰法與刑法之關係，原則上以行政罰法具有補充性，即採刑法優先原則，此與以往之規定不同。參照林錫堯，前揭文，頁 18-19。

實無一事二罰再處行政罰之必要」。³² 此明示刑罰與行政罰同時處罰，則可能有違反「一事不二罰」原則。惟有其他種類行政罰（例如沒入），則可能例外得以併罰。³³ 再者，從行政罰法第 26 條觀察，其將緩起訴處分，視同為不起訴處分，且實務上有將緩起訴之處分，解為一種特殊處遇措施，非刑罰（Strafe）³⁴，但若非刑罰，究何所指，是否可解為一種應負法律責任上之取代刑罰之替代性「處罰」，頗值得推敲。

如比較刑法上用語，學理上，對於刑法第 1 條所稱行為之處罰，有認為在雙軌制的刑法解釋上，當然包括刑罰與保安處分。可是 2005 年刑法第 1 條增訂「拘束人身自由之保安處分，亦同」，解釋上可能將非拘束人身自由之保安處分，認為可不受罪刑法定原則之限制，因此學說上有認此增訂係屬多餘。³⁵ 以上說法雖非針對緩起訴而言，然可見在刑法所稱行為之處罰，並不以刑罰為限。另參考德國刑法第 56 條 b 有關負擔（Auflagen）規定，係專對緩起訴而為規定，但從其有關負擔性質而言，其係使該不法行為者提供補償之類似刑罰之措施（strafähnliche Maßnahmen）。又該負擔未干預基本法第 2 條第 2 項個人自由，反而使之產生維護自由之

³² 有認為所謂一事不再理係指同種類之處罰而言，若刑罰與行政罰、行政罰與懲戒罰均可謂其種類不同，發生競合情形時並非不能併科，我國判解對此問題，亦採類似見解。……行政罰法放棄前述傳統理論。參照吳庚，前揭書，頁 500。

³³ 有認為對於人民同一之不法行為可否同時施以行政罰與刑罰之問題，就文獻上之看法而言，不得併罰乃為我國學者向來之態度。然有認為倘刑罰與行政罰之法律目的及處罰手段皆有不同，且無輕重關聯時，本於憲法之比例原則，依現有法制，應容許併罰。另對於刑罰所未規定之處罰種類，如勒令歇業、停止營業等，則往往又例外的承認可以併罰。參照洪家殷，前揭書，頁 138。

³⁴ 法務部 96 年 2 月 16 日法律決字第 0960005671 號函，認緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。

³⁵ 參照林山田，刑法通論（上冊），台北市：作者發行，2008 年 1 月增訂十版，頁 70。

結果。³⁶ 另有關緩起訴制度，德國規定於刑事訴訟法第 153 條 a，對於被告負擔及指示（Weisung）而所附之義務，性質上非屬刑罰。因終結程序而受負擔，其給付有如由前述刑法第 56 條 b 第 3 項規定，使該不法行為者提供補償之非屬刑法之特別制裁性質（Charakter besonderer nichtstrafrechtlicher Sanktionen）。³⁷

職是，若能釐清「一事不二罰」原則所指之「罰」，雖係指同一種類之刑罰不得重複，但本件解釋所涉及行政罰中之罰鍰，是否屬於前述所稱之「罰」，如能適度予以釐清，則可就本院釋字第 168 號、第 503 號及第 604 號等解釋，進一步發揮解釋之補充功能，另或可嘗試化解現在我國學理上對於質之區別與量之區別見解之歧異，並期待我國未來學說及實務上對此等問題解決、論理深化及我國一事不二罰成為憲法原則建構，有所啟發及助益。

三、法院間見解歧異是否構成信賴保護原則之信賴基礎要件

本件解釋部分聲請案件，係屬法院聲請釋憲，並主張若干地方法院關於緩起訴處分附帶履行負擔後不得再處罰鍰，已形成該院轄區內一致之見解，足為該院轄區內人民信賴基礎，本件解釋認部分地區之法院，適用特定法規所表示之見解，縱有持續一致之情形，惟基於法官獨立審判原則，該見解對其他法院之法官並無拘束力，尚難以之為信賴基礎，主張信賴保護。此以不符信賴保護原則之信賴基礎要件³⁸，固可贊同。惟部分聲請人主張本件聲請涉及本院釋字第 525 號

³⁶ 參照 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28.Aufl., München:Beck, 2014, §56b Rn.1，該書引用 BVerfG NJW 11, 3508.

³⁷ 參照 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 58.Aufl., München:Beck, 2015, §153a Rn.12.

³⁸ 信賴保護（Vertrauensschutz）原則之要件，通常包含信賴基礎、信賴表現及值得保護之信賴等三要件。（行政程序法第 119 條、第 120 條及第 126 條將之作為行政法之一般原則；本院釋字第 525 號、第 589 號及第 605 號等解釋參照）本件解釋則以信賴基礎要件作為解釋基礎。

及第 589 號等解釋有關信賴保護原則之適用問題，本件解釋並未明確予以回應，略嫌不足。

本院釋字第 525 號解釋：「信賴保護原則攸關憲法上人民權利之保障，公權力行使涉及人民信賴利益而有保護之必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止，即行政法規之廢止或變更亦有其適用。」釋字第 589 號解釋：「行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。」上開二號解釋，係屬行政法規之修正或廢止所引發之信賴保護問題，與本件釋憲聲請之情形仍有不同，因本件係就系爭規定一及二修正前，法院間對於緩起訴處分並命應履行之負擔是否具刑罰性質之見解歧異。其係屬法院裁判對於特定法規之定性，亦即僅屬各法院於個案裁判時，就緩起訴處分並命應履行負擔之法律見解有所歧異之問題，故兩者尚有不同。此外，本院解釋雖曾表示因信賴法院判決而與前婚姻之一方相婚者，該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，而將該法院判決作為信賴基礎，認依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。（本院釋字第 362 號解釋參照）前開解釋，固將先前法院裁判作為信賴基礎，惟其與前述法院間就特定法規定性之見解歧異，二者並有不同，故後者不宜認為其具備信賴基礎要件。是各法院間對於緩起訴處分並命應履行負擔之定性，如發生法律見解歧異之情形，原則上不宜認其構成信賴保護原則之信賴基礎，此並不生信賴保護之問題。因此，上述問題，宜參照前開本院解釋予以適度回應或補充，以釋其疑。

部分不同部分協同意見書 黃虹霞大法官 提出

千期萬盼中，本件解釋終於作成，有鬆一口氣的感覺，但仍然對花費較長時間才作出解釋，懷著歉意。要獲得作成解釋所需三分之二

以上大法官的共識，絕非易事，新接辦大法官不畏繁難、勇於任事，雖係盡本分行爲，此一精神仍足敬佩！本件爭議之關鍵，簡言之，就是現行行政罰法第 26 條第 1 項規定是否已達憲法高度，而非僅立於法律位階而已，從而已然為屬憲政體系法治國原則中之一罪或一行為不兩罰原則之內涵？就此，本席贊成多數意見，不予肯定之。又本席對本件解釋之大部分均表贊同，但對其中統一解釋聲請部分認非不同審判系統間之見解歧異，而且沒有受理價值，故應不受理，此與多數意見見解不同；另對部分解釋理由，亦有不同論述意見，爰為本部分不同部分協同意見書，並說明本席所持理由如下，期大方指正：

壹、部分不同意見部分

本席認為本件解釋附表之二、即編號 12 及 13 聲請人聲請統一解釋部分，應不受理，蓋：

一、就需符合係審判機關間見解歧異之統一解釋之要件部分

- 1、本院向來係認為僅指不同審判系統間，就同一法令所已表示之見解歧異而言，並常舉最高法院及最高行政法院作為係不同審判系統之事例。
- 2、惟是否不同審判系統應不全以形式觀察，而應探究實質。本院向來所舉不同審判系統之例示，係就一般情形而言，應非絕無例外。查統一解釋之目的在解決：依法同時併存，並依其職權於同時處理案件適用同一法令時，均有權各自表示其見解，且又互不相隸屬、無共同有權作成最終意見決定之上級機關之數機關間，就同一法令所已表示之見解歧異情形而設。本件聲請人所指臺灣高等法院刑事庭二裁定（即本件解釋理由書所稱系爭裁定一、二）與所指最高行政法院確定終局裁判，由形式觀之：固似符合不同審判系統要件，但實則此二機關並非於處理案件同時，均同時有適用聲請人所指 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定之職權。因為罰鍰屬行政罰，本與職司刑事審判相關職務之臺灣高等法院刑事庭無涉；而臺灣高等法院

刑事庭所以以系爭裁定一、二處理屬行政罰相關事務，係因於原交通專庭裁撤後，行政法院體系建立、交通行政裁罰事件移由行政法院體系處理前，此一過渡期間，由臺灣高等法院刑事庭暫行處理交通行政裁罰事件，故臺灣高等法院刑事庭與行政法院體系並未同時均有適用上開行政罰法第 26 條第 2 項之職權。尤有進者，臺灣高等法院刑事庭為系爭裁定一、二當時，係立於相當於行政法院之地位，所行使者為行政裁罰權，實質上為行政法院體系之一環，於斯時，臺灣高等法院刑事庭更不應被認為與行政法院係屬不同審判體系（此正如同目前因行政法院體系尚無第一審法院之設，而由地方普通法院行政訴訟庭依行政訴訟法第 229 條以下規定，辦理適用簡易訴訟程序之第一審行政裁罰等行政爭訟事件，但其上訴審依同法第 235 條規定，則為各該區管轄高等行政法院之情形，此時應認為各該辦理行政裁罰等事件之地方普通法院行政訴訟庭，與高等行政法院以上同屬行政法院體系）。因此，本件統一解釋聲請，與需係不同審判系統之見解歧異要件不合，應不受理。

二、就有無統一解釋之價值部分

- 1、臺灣高等法院刑事庭早已不再處理交通行政裁罰事件，其原有見解已成過去式；交通行政裁罰事件早已統由行政法院體系處理，即與此相關之如何適用行政罰法第 26 條第 2 項問題，已屬行政法院體系之權責，且各級行政法院間縱有不同見解，亦可經由行政法院體系自行統一見解即處理歧見（行政訴訟法第 235 條之 1 規定參照），故本件有無因有舊有臺灣高等法院刑事庭於便宜暫行使行政裁罰職權時所表示之見解，而另為統一解釋之必要，誠屬有疑。
- 2、又或謂由聲請人依釋憲結果聲請再審救濟之目的言，有受理統一解釋之價值。惟本件解釋並未肯認對聲請人有利之臺灣高等法院刑事庭於系爭裁定一、二所已表示之見

解，即聲請人無從以本件解釋為據救濟，則自更無受理本件統一解釋聲請之價值。

貳、部分協同意見部分

一、關於是否違反法律不溯及既往原則部分

- 1、此部分係指解釋文第2段及解釋理由書第14段至第16段，其解釋客體為行政罰法第45條第3項規定即系爭規定二，尤指其中「於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁罰者，亦適用之」部分。
- 2、本席贊同解釋文第2段文字所稱系爭規定二「未牴觸法治國之法律不溯及既往……。」即贊同合憲結論。但對其理由則有不同意見。一則系爭規定二只是本諸行政罰法第5條所已明定之裁罰程序從新從輕原則之再規定，即無系爭規定二之規定，依行政罰法第5條規定，其法律效果（修正施行前尚未經裁罰者，亦適用修正後之新規定）亦同。故系爭規定二沒有被認定為係溯及既往特別規定之必要，即本件根本不生牴觸法律不溯及既往原則問題，自然可以得到未牴觸法治國之法律不溯及既往原則之合憲結論。二則所稱「溯及既往」，學理上有「真正不溯及既往」與「不真正不溯及既往」兩種之別，二者在憲法上之定位應有不同。本件所涉及者是真正不溯及既往，固為多數看法，但非無異見；另解釋理由書第15段後半段稱「又如法律有溯及適用之特別規定，且溯及適用之結果有利於人民者，即……非法律不溯及既往原則所禁止。」是不是以有利、不利人民作為禁止之判斷標準？多數看法也認為縱對人民不利，也不當然為法律不溯及既往原則所禁止。惟解釋理由書內容應盡可能明確，儘量避免有不同解讀可能，而本席認為第15、16段文字，有引致不同解讀可能，宜予避免，從而本件應無以系爭規定二為法律之溯及既往特別規定，

再由此出發為論述之必要。

二、關於未肯定行政罰法第 26 條第 1 項規定內容為憲法原則部分

1、行政罰法第 26 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。……。」此一規定雖在聲請釋憲範圍，但依解釋理由書第 26 段，此部分釋憲聲請不受理，即多數意見並未肯認聲請人所為：行政罰法第 26 條第 1 項刑罰優先於行政罰尤指罰鍰且不兩罰之規定，非僅屬法律位階，而已屬達憲法位階之憲法原則，同條第 2 項規定因與之牴觸，故為違憲之主張。本席認為，行政罰法第 26 條第 1 項規定所示內容，與刑法上之一事不再理或一罪不兩罰原則已具憲法高度者，不可相互比擬。本席贊同不受理及行政罰法第 26 條第 2 項（即系爭規定一）未因之而違憲之結論。

2、本席認為行政罰法第 26 條第 1 項規定之立意或許良善，但以之為法律，已似屬超前之立法，因為刑罰的教化功能能否完全取代行政罰尤指罰鍰，即處刑罰即足資警惕，無再處罰鍰之必要嗎？應有疑義。蓋姑不論刑罰與行政罰之處罰對象不同，兩者之處罰目的不同，為刑罰之單處自由刑、處自由刑併科罰金刑、單科罰金刑，到底要如何與罰鍰比較？刑罰當然可以取代罰鍰之功能嗎？由 A、智慧財產法院 103 年度刑智上易字第 13 號，就大統長基食品廠股份有限公司違反食品安全衛生管理法涉嫌詐欺案，所為對大統長基公司科罰金共新台幣（下同）3,800 萬元及對該公司負責人處自由刑之刑事判決，及衛生福利部訴願委員會根據刑事判決暨依行政罰法第 26 條第 1 項規定，撤銷彰化縣政府對大統長基公司裁處 18.5 億元之處分；B、高雄高等行政法院 104 年度訴字第 336 號判決，就正義股份有限公司違反食品衛生管理法事件，以該公司行為業經檢察官提起公訴，暨依行政罰法第 26 條第 1 項規定，撤

銷高雄市衛生局對正義公司之 5,000 萬元罰鍰處分等二個著名案例（另日月光半導體製造股份有限公司涉嫌違反水污染防治法案，如非經無罪判決，而係經處刑罰，則也有依行政罰法第 26 條第 1 項規定，不得再處罰鍰 1 億餘元之問題）觀之：訴願及行政法院體系在現行行政罰法第 26 條第 1 項規定下，撤銷原罰鍰處分，固屬依法之當為，惟該免罰鍰之訴願決定或裁判不但有違一般國民對公平正義之法感情，不易為一般國民所理解及接受，一般國民質疑行政罰法第 26 條第 1 項立法理由之「科刑罰即足資警惕，沒有再處罰鍰必要」之邏輯妥當性，其質疑應非無據；而且從整個法體系之平衡及周全言：高額罰鍰與自由刑尤其得易科罰金之短期自由刑相較，高額罰鍰之警惕性可能更高；在沒收新制施行前，不論單科自由刑或併科罰金刑或單科罰金刑縱再加上沒收，均因不能有效斷絕犯罪利得而難以達成刑罰預防犯罪功能；即在沒收新制施行後，至少因為沒收之極限為全部利得金額，但就各種污染行為、食品、藥品等等毒害、攙偽行為，其對環境、生命、身體健康之直接、間接危害所造成之直接、間接損害暨相關回復費用支出，其金額可能超過沒收金額甚多，此部分超出金額原有可能以罰鍰之方式向行為人追償，但在行政罰法第 26 條第 1 項規定下，卻被禁止致需由全民承擔，此種結果，合於整個法體系之平衡與周全哉？！

- 3、又另比對如消費者保護法第 51 條關於消費者除本有之就實際損害額得為請求之權外，另可因係企業之過失、重大過失或故意，而分別向為行為之企業（相當於刑事被告）請求一倍至五倍之懲罰性賠償金之規定觀之：消費者得為超過實際損害額數倍之賠償請求，何以總結而言，需共同承受負擔終局直接、間接損害之全民（由國家代表）不得再對有罪被告科處法定罰鍰？此又如何而為符合法律體系

之平衡哉？！

- 4、現行行政罰法第26條第1項規定可能使行政法上連續處罰之規定，無法達成原有立法目的，而不具意義。蓋以聯合行為之連續處罰為例：公平交易法第40條就違反同法第15條聯合行為禁止規定之連續處罰鍰規定，將因該行為被依同法第34條規定所為有罪未緩刑裁判，而解免全部被連續多次所處之全部罰鍰，致失連續處罰之立法原意。
- 5、綜上，行政罰法第26條第1項規定，在現階段作為法律位階，其妥適性尚且有疑，遑論以之為憲法高度之憲法原則。而既非憲法原則，自不生因該規定致生聲請人所指違憲之問題。本席贊成本件解釋未予肯認刑法與行政法間有所謂一行為不兩罰憲法原則之多數意見，本席並認為行政罰法第26條第1項規定稍嫌超前，立法機關似可本諸立法權再予檢討其妥適性。

三、關於刑事訴訟法第253條之2第1項第4款、第5款緩起訴處分之附條件應履行負擔之性質等相關部分

- 1、本件解釋延續本院釋字第737號解釋意旨，認為偵查程序不宜以被告稱呼，而僅係犯罪嫌疑人（請見解釋理由書第1段）。
- 2、本件解釋就緩起訴處分充其量係以「附條件之便宜不起訴處分」稱之（請見解釋理由書第9段、第19段及第22段）；而就應履行之負擔部分，則肯認其非刑罰（請見解釋理由書第11段、第19段及第22段，故而本件爭議與行政罰法第26條第1項規定無涉），更因非屬處罰，故多數意見認為可以以「具有類似處罰之不利益效果」形容之（請見解釋理由書第11段、第19段及第22段，少數意見則進一步認為「類似處罰」四字亦可略去）。本件解釋也未對為緩起訴處分客體之行為是否應受非難及是否為

違法行為，為任何可否評價。

- 3、本席認為系爭緩起訴處分相關之應履行之負擔，當然不是刑罰，也不能是處罰，理由很簡單：檢察官無權科處為對等他造當事人之充其量為犯罪嫌疑人者刑罰或處罰。如肯定其為刑罰或處罰，則刑事訴訟法第 253 條之 2 規定即生違憲爭議。本席亦認為為緩起訴處分客體之行為，既未經法院確定終局裁判並認定為違法，則不能遽指為係應受非難之違法行為；即使犯罪嫌疑人曾經認罪，亦同。蓋犯罪嫌疑人所為認罪，可能係出於為求終結偵查程序之讓步，而且未經法院確定終局裁判，何罪之有？！
- 4、不論刑事訴訟法第 253 條之 1 或第 253 條之 2 均未明文規定，緩起訴處分以犯罪嫌疑人認罪為前提；依刑事訴訟法第 253 條之 2 規定之文義，依該條規定所為緩起訴處分，亦不必然需附應履行之負擔。但實務上，輒以犯罪嫌疑人認罪並附有負擔為條件。另就含系爭第 4 款、第 5 款在內之部分負擔而言，依第 253 條之 2 第 2 項規定則應經犯罪嫌疑人同意。查此一制度既建立在雙方當事人（檢察官及犯罪嫌疑人）協商之基礎上，並雙方相互讓步同意（以犯罪嫌疑人同意認罪及為應履行之負擔行為為條件，檢察官同意終結偵查追訴程序，不對犯罪嫌疑人提起公訴；犯罪嫌疑人則為終結被追訴程序，避免被提起公訴之危險，而同意認罪及為應履行負擔之行為），則核其性質與民事訴訟程序中之調解相似，從而本民事訴訟法第 422 條規定之相同意旨（程序中當事人所為之陳述或讓步，不得採為裁判之基礎），緩起訴處分書內所示犯罪嫌疑人之認罪陳述等，自不得於任何程序包括相關審判程序、行政及相關爭訟程序等中，被引為犯罪嫌疑人有應受非難之違法行為之證據或認定基礎。目前部分行政及相關爭訟程序中，如有與此相異之處理，此部分似有再思考之餘地。

四、就解釋理由書第 13 段部分

解釋理由書第 13 段要求檢察官於擬作成（即尚未作成前）應履行負擔之緩起訴處分，而徵求犯罪嫌疑人之同意時（即不是在犯罪嫌疑人同意之後，目的在使其得以先知悉後思考是否同意），應向犯罪嫌疑人說明在應履行負擔之外，行政機關可能另依法裁處行政罰，即不是只要依緩起訴處分命為應履行之負擔行為後，即可免行政罰。此一諭示具進一步保障人權之效果，爰予贊同。

部分不同意見書

陳碧玉大法官 提出

本席對於多數意見認行政罰法第 26 條第 2 項關於命應履行負擔之緩起訴處分確定後，得再處罰鍰規定（即本解釋系爭規定一），不違反比例原則，亦不涉及一行為不二罰之問題；財政部中華民國 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函（即本解釋系爭函一）與上開意旨相同，並未增加法律所無之限制或負擔，與法律保留原則無違；以及法律一旦發生變動，如有溯及適用之特別規定，且溯及適用之結果有利於人民者，即無違信賴保護原則，非法律不溯及既往所禁止部分之見解部分，敬表贊同。惟對於解釋理由書附表編號 3 至 7 之聲請人以行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定有違憲疑義聲請解釋部分，以未提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由為由，不予受理，以及認行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項有關因緩起訴處分所應履行之負擔，應於行政罰鍰內扣抵之規定，係為減少人民財產上之不利益，有利於行為人，使同法 26 條第 2 項關此部分之規定「更」與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違，暨同法第 45 條第 3 項規定（本解釋系爭規定二），因此不牴觸法治國法律不溯及既往與信賴保護原則之多數意見部分，礙難贊同。爰提出部分不同意見書。

一、行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定應納入審查範圍

理由如下：

1、行政罰法第 24 條規定，人民之一行為同時違反數行政法

上義務規定，致受數個行政罰之裁處時，除處罰之性質與種類不同，而得採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰（本院釋字第 503 號及第 604 號解釋參照），為複數行政罰同時存在時之處罰規定。同法第 26 條則為一行為同時觸犯刑事法律與行政法時應如何處罰之規定。其中第 1 項規定除刑罰與行政罰之處罰種類不同，得併罰者外，原則上應以刑罰優先。亦即，刑事處罰確定時，不得再處以行政罰，縱刑罰與行政罰皆為同種類（例如刑罰之罰金與行政罰之罰鍰），且行政罰鍰之金額較高於刑罰之罰金時，亦採刑罰優先，而非從一重處罰。¹ 第 2 項規定該違法行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，既未受刑事法律處罰，得依違反行政法上義務規定裁處之。第 3 項規定因緩起訴處分，緩刑宣告而支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於行政裁罰之罰鍰內扣抵之。第 4 項規定勞務扣抵罰鍰之金額之計算。第 5 項規定緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑宣告者，因已依刑事法律處罰確定，則依第 1 項前段規定意旨，不得再處以行政罰，因而已繳納之行政罰鍰應無息退還。惟因緩起訴處分已履行之負擔不予返還、已轉換金錢之義務勞務並不折算其金額予以賠償（刑事訴訟法第 253 條之 3 第 2 項規定參照）。

其中第 1 項刑罰優先、第 2 項未處以刑罰時處以行政罰、第 5 項因緩起訴處分被撤銷受刑罰確定時，原繳納之行政罰鍰應予退還規定，有法理上之一貫性。而第 3 項及

¹ 此規定與道路交通管理處罰條例第 35 條第 8 項：汽車駕駛人，經刑事裁判確定處以之罰金額低於該條例第 92 條第 4 項所訂最低罰鍰基準規定者，應依該條例裁決繳納不足最低罰鍰之部分規定，並不相同。

第4項關於因緩起訴處分而負擔之金額及義務勞務（折算金額），應於行政罰鍰內扣抵之規定（為100年修正行政罰法時為配合第2項新增之「緩起訴處分確定」所增訂），則係於「附負擔之緩起訴處分」與「行政罰」得併存（同條第2項規定參照）之前提下，為實際應繳納之行政罰鍰金額之計算，與同條第2項規定關係密切，自應一併審查²。

- 2、本解釋系爭規定二：「本法（行政罰法）中華民國100年11月8日修正之第26條第3項至第5項規定，於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁處者，亦適用之……。」乃以行政罰法第26條第3項、第4項規定為核心內容，本解釋將系爭規定二納入審查範圍，卻迴避對於同法第26條第3項、第4項之實質審查，難具說服力。
- 3、解釋理由書附表編號3至7之聲請人為承審法官，以確信將適用之行政罰法第26條第3項、第4項規定有違憲疑義，提出聲請，其聲請並不以有利於當事人為必要。若以該規定有利於當事人為由，認無受理之必要，亦非的論。
- 4、本解釋理由書於論證系爭規定一是否違憲部分，闡釋「立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於100年修正行政罰法時，同時增訂第26條第3項及第4項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違。」；於論證系爭規定二是否違憲部分，闡釋「行政罰法第26條第3項及第4項，有關應履行之負擔得扣抵罰鍰之規定，減少人民財產上之不利益，核屬有利於行為人之新規定，

² 行政罰法第26條第3項與同條第2項具重要關聯性，由行政罰法第26條第3項之立法理由：因緩起訴處分行為人受有財產之負擔或為勞務之付出，為符比例原則，明定其所支付之金額或提供之勞務應自依同法條第2項規定裁處之罰鍰扣除之，亦可得知。（立法院公報第100卷第70期院會紀錄第193頁參照）

自無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。」足見行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定與本案解釋客體之系爭規定一、系爭規定二均有不可分割之必要關連性。多數意見既決議不予受理此二項規定，自不應於理由書中多次援引為認定系爭規定一、二合憲之理由，否則似「隱含」就該二項規定為合憲判斷之實質審查之意，並不適宜。

綜上，本席認為應納入行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定為審查範圍，以整體觀察及評價立法者行使立法裁量時所為整體考量是否有其正當性、是否合乎體系正義。

二、行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項有關因緩起訴處分所應履行之負擔，應由行政罰鍰內扣抵之規定，違反體系正義，應屬違憲

理由如下：

- 1、檢察官為緩起訴處分命被告（含犯罪嫌疑人）應對公庫支付一定金額，或向指定之機關、團體提供一定時數之義務勞動負擔（下併稱「應履行之負擔」。刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款、第 5 款規定），固造成刑事被告財產權與人身自由等基本權之限制，對被告而言，表面上是一種不利益（多數意見稱之為「類似處罰之不利益效果」），實則係被告就事件之法效果為整體評估後，認履行之負擔對其實質有利（至少不是不利益）而同意，在評價上是否確屬「不利益」，即有疑義。

按刑事訴訟法第 253 條之 1 規定緩起訴處分，係授權檢察官為終結偵查所為之處分，其性質與同法第 253 條便宜不起訴處分相類。此對被告緩以追訴之處分，於緩起訴期間屆滿未經撤銷時，即不得再就該犯罪行為對被告進行刑事訴追或刑事處罰。其效力與證據不足予以不起訴處分相同，行為人並不因其違反刑事法之該犯罪行為受有刑罰，而成為有刑事犯罪紀錄之人。

被告之所以同意檢察官為命應履行負擔之緩起訴處分，係衡量其將因所為違反刑事法之行為受刑事訴追，於訴訟程序進行中精神、時間、財務及若經判處罪刑後刑責等負擔，與檢察官為緩起訴處分所命支付之金額或勞務負擔後，認為應履行之負擔相較於刑事責任之訴追、處罰，對其更加有利，故同意以履行緩起訴處分之負擔，換取其不因該違法行為受刑事責任之訴追、處罰。在此意義下，緩起訴處分之負擔對於行為人而言，係屬免受刑事訴追、處罰之對價，而非「實質上之不利益」。

2、處罰與非處罰之本質不同，不應將非屬處罰之金額併入處罰之金額，以衡量「處罰」是否過重

對應予非難之違法行為，視違法情節之輕重予以處罰，應注意責罰相當原則，以免過度處罰，為法治國基本原則。處罰是否過度，應就各該行為之可歸責性與所受處罰質與量之輕重，以及性質相同處罰之總數額，審究是否過度。「非屬處罰之負擔」與「處罰」在本質上即有不同，自不得加總其總額以為是否過重之衡量。

多數意見於審究系爭規定一時，即未將非屬處罰之應履行之負擔與屬於處罰之行政罰併計後，再審究其總額是否合於比例原則，而是謂：「系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。」（見解釋理由書第12段前段）

既然應履行之負擔與行政罰併存並不違反比例原則，縱無行政罰法第 26 條第 3 項扣減規定，亦無為相異判斷之理。

被告對於檢察官為命應履行之負擔之緩起訴處分，固有同意與否之選擇權，然選擇不同意或不履行檢察官為緩起訴處分所命應履行之負擔之結果，必須接受刑事訴追、處罰（我國起訴定罪率達 9 成以上³），同意並為負擔之履行者（刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項第 3 款規定），則除免受刑事訴追、處罰外，還能再依行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定，將同一筆履行負擔之金額自行政罰鍰中扣除，減免行政罰之責任，此經由立法程序給予行為人不當利益，形成「有錢判生」之法感，違反體系正義。

茲舉一例以為說明：行為人依據檢察官緩起訴處分履行支付新台幣（下同）100 萬元之負擔。而後行為人因該同一違法行為經行政機關基於行政罰法第 26 條第 2 項規定，裁處罰鍰 100 萬元。依同法條第 3 項應履行之負擔應自行政罰鍰金額中全額扣除規定，行為人於扣除因緩起訴處分已負擔之金額後，無須再支付任何行政罰鍰。嗣緩起訴處分期限屆滿未被撤銷，行為人因此不再因同一違法行為受刑事訴追、處罰，產生既無刑責、無犯罪紀錄，又無實質上行政法上責任之法律效果。亦即，行為人為應履行之負擔所支付之 100 萬元，既換取免於刑罰、不具有刑事紀錄之法效益，又使其免於支付行政罰鍰之責任，可謂受到雙重利益。是，縱然行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定，對行為人有利，亦已逸脫命履行負擔之緩起訴處分之立法原意，不符公平正義。

或謂行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定，係立法者為減輕人民負擔，所為有利於人民之規定，屬於立法裁

³ 參見法務部法務統計資訊網統計數據及表格（見 http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/common/WebList3_Report.aspx?list_id=806 最後瀏覽日 106/7/20）

量之範圍，然而，為預防人民為違法行為，就違法行為人課以適當之刑事處罰、行政處罰，具有維護社會秩序之重大利益。倘各該處罰規定符合比例原則，即與憲法第23條規定無違。行政罰法第26條第3項、第4項規定將非屬處罰之負擔，自同法條第2項依法課處之行政罰緩金額中扣除，減免行為人因違法行為應依法受非難之刑罰、行政罰責任，與刑罰、行政罰維護社會秩序之目的相悖，已逾越立法裁量之範圍，違反體系正義。

基於上述理由，本席礙難贊同多數意見謂：「立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於100年修正行政罰法時，同時增訂第26條第3項及第4項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違。」（解釋理由書第12段後半），以及「行政罰法第26條第3項及第4項，有關應履行之負擔得扣抵罰鍰之規定，減少人民財產上之不利益，核屬有利於行為人之新規定，自無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。」（解釋理由書第16段後半）之見解。

不同意見書

羅昌發大法官 提出

行政罰法第26條第2項規定：「前項行為（即該條第1項所規定「同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定」之「一行為」）如經……緩起訴處分確定……者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」（下稱系爭規定）刑事訴訟法第253條之2第4款則規定：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：……4、向公庫支付一定金額，並得由該管檢察署依規定提撥一定比率補助相關公益團體或地方自治團體。」（該款原規定於一定期間內支付一定金額予國庫、公益團體或地方自治團體）

本件最核心之問題為：在檢察官依刑事訴訟法第253條之2第4

款命犯罪嫌疑人支付一定金額（下稱命為公益支付）後，是否仍得依系爭規定，就違反行政法上義務規定，裁處罰鍰。¹多數意見認為，於檢察官命為公益支付後，再依系爭規定裁處罰鍰，並無違背比例原則，且不涉及一行為二罰之問題（見本號解釋文第1段及理由書第12段）。本席對多數意見之結論及推論過程，均有不同意見。本席認為，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，於經檢察官命公益支付而為行為付出代價之後，如再依行政法裁處，顯然逾越憲法第23條之必要程度，而屬違憲。爰提出本不同意見書，闡述如下：

壹、命為公益支付具有處罰之性質

- 一、多數意見謂：「應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，為發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的，審酌個案情節與公共利益之維護，經被告同意後，命其履行之事項，性質上究非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰。惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。」（見本號解釋理由書第11段）簡言之，多數意見一方面認為命為公益支付並非刑罰，另一方面則認其具有類似處罰之不利效果。
- 二、多數意見認為檢察官命犯罪嫌疑人为公益支付，並非刑罰，且其甚至隱含「公益負擔並非處罰」之意旨。其理由有三：其一，此種負擔非刑罰種類；其二，此種負擔係檢察官所命，而非法院所科處；其三，該負擔係經犯罪嫌疑人同意。然本席認為，由各種角度而言，公益支付均具有特殊類型之處罰

¹ 本件另一核心問題為：於檢察官依刑事訴訟法第253條之2第5款命「向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供40小時以上240小時以下之義務勞務」之後，是否仍得依系爭規定，就違反行政法上義務規定，裁處罰鍰。此問題（因一行為遭「命服義務勞務」及「科處罰鍰」是否違憲）與本意見書所論述之問題（一行為遭「命公益支付」及「科處罰鍰」是否違憲），有共通性，其答案均為有違憲疑義，故不再重複論述。

性質，甚為明顯：

- (一) 公益支付雖非刑罰之種類，但並不能因此而謂其當然非刑罰以外之處罰。法律創設各種以違反義務為前提之不同類型處罰，所在多有（例如各種行政罰）。
- (二) 公益支付雖非法院以判決所科處，然並不能因此而當然推論其必然不具處罰之性質：

- 1. 行政機關亦非法院，然法律賦予行政機關裁處罰鍰或其他處罰之情形，亦所在多有。故在我國法制下，並非僅有法院，始具有對人民科以一定處罰之權力。
- 2. 並且，依刑事訴訟法第 253 條之 1 之規定，緩起訴之前提為「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者」。其既稱「被告所犯」及「認以緩起訴為適當」，顯然必須檢察官已經確信犯罪嫌疑人有罪，而本得予以起訴，始得為此種附條件之不起訴。否則，如檢察官並無充分證據可對犯罪嫌疑人提起公訴，則法條不會武斷的規定「被告所犯」及「認以緩起訴為適當」；如檢察官非確信犯罪嫌疑人有罪，則其對犯罪嫌疑人應依法為不起訴處分，而無為此種附條件之不起訴處分餘地。既然檢察官已經認定被告有罪，則其命被告為公益支付，顯然係使犯罪嫌疑人付出檢察官所認定罪責之代價。如稱此種罪責之代價非一種特殊形式的處罰，甚難自圓其說。

- (三) 命為公益支付雖係經被處罰人同意，但此並不影響其屬處罰之性質：

- 1. 例如刑事訴訟法第 455 條之 2 第 1 項第 4 款就審判中，亦有類似之規定：「除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案

件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就下列事項於審判外進行協商，經當事人雙方合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決：……四、被告向公庫支付一定金額，並得由該管檢察署依規定提撥一定比率補助相關公益團體或地方自治團體。」此條所要求被告為相同於第 253 條之 2 第 4 款之公益支付，且亦係經被告同意，然不得因此而認其內容非法院判決對被告所為之處罰。基於相同道理，檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 4 款命犯罪嫌疑人所為之公益支付，亦不因其係該犯罪嫌疑人所同意，而認其不具處罰之性質。

2. 更何況，犯罪嫌疑人如自知有罪，為避免裁判結果對其更為不利，檢察官不論如何開價，其大約都不太有不同意的空間。犯罪嫌疑人縱使自認為無罪，但為避免訟累或為避免法院誤判之風險，亦常寧願同意公益支付。亦即，公益支付雖形式上係由犯罪嫌疑人自願同意，實際上，在檢察官提出公益負擔之條件時，其幾無不同意之空間。
3. 並且實務操作上，公益支付之金額多係檢察官片面決定；而部分檢察官對於某些種類之犯罪嫌疑人（特別是經營較大企業之犯罪嫌疑人），常有主觀偏見，認為必須命支付超高之金額始為適當。犯罪嫌疑人在金額之決定上，甚難有平等協商或爭取減低之機會。故公益金之額度，常比一般的罰金或罰鍰高出甚多。其對犯罪嫌疑人所造成「經濟上之痛」的程度，並不一定亞於正常之罰金或罰鍰。若稱其並非處罰，與一般

人民之法感情，亦有相當差距。

4. 再由犯罪嫌疑人之角度而言，其同意為公益支付，係就自己之行為付出代價。縱使自認清白，其同意公益支付可能純係避免訟累，然如前所述，倘其無罪之證據已甚為明確，檢察官自無命其為公益支付之餘地。故客觀而言，犯罪嫌疑人所為之公益支付，仍係為其犯罪嫌疑付出代價。公益支付之金額雖有大有小，但無論如何，此種代價均為其償付自己違法行為所造成之財產上之不利益；故雖其在名義上與罰金或罰鍰不同，但在性質與效果上，與此等處罰並無差異，而應為處罰的一種。故公益給付，非單純如多數意見所稱「有類似處罰之不利益效果」。

三、刑事訴訟法第 253 條之 2 第 4 款之規定有違憲疑義，應併予指明：

該款僅規定檢察官為緩起訴處分者，得「命向公庫支付一定金額」。其要件甚為籠統，甚至僅有結論而毫無要件可言；且其一定金額之決定過程如何以及考量基準如何，均毫無標準。故該條實際上賦予檢察官毫無限制之權限，以命犯罪嫌疑人向公庫支付一定金額。本席相信，多數檢察官都會定合理客觀的金額，命犯罪嫌疑人為支付。但不可否認，在法律規定要件寬鬆的現況下，亦不排除檢察官可能漫天開價；而犯罪嫌疑人基於前揭原因，幾毫無還價或商談之餘地。故該條既限制人民權利，然其額度及標準又毫無準據，實有違反法律明確性及限制人民權利不應逾越必要程度之憲法要求之疑慮。且不能因犯罪嫌疑人對其願意支付以及支付之額度有「形式上之同意」，而推論其毫無違憲疑義，甚至非處罰之規定。

貳、系爭規定逾越憲法第 23 條之必要程度

一、多數意見認「國家對人民一行為先後科以應履行之負擔以及

行政罰鍰並不過度」之論述，並不充分：

- (一) 「縱使」依多數意見所認，檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 4 款所命之公益支付，僅「具有類似處罰之效果」，其亦認為「國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度」（見本號解釋理由書第 11 段）。亦即，依多數意見，所謂「過度」與否，顯然應著重在「量」方面，以判斷「對人民造成不利之整體效果」，是否有所逾越應有之限度。
- (二) 然多數意見認為系爭規定重複科處並不過度之論述理由，則係在「立法者考量應履行之負擔其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，就整體效果而言，對人民造成之不利益，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。」（見本號理由書第 12 段）亦即，多數意見在認定系爭規定重複科處之實際上理由，並非在「量」方面，以「對人民造成不利之整體效果」作為有無違反憲法第 23 條之依據，而係以公益支付「與刑罰不同」作為理由。然多數意見自己已經說明，縱使公益支付之負擔與刑罰不同，仍應觀察整體不利益之效果，決定有無逾越必要程度。故其前後論述顯有齟齬。多數意見認為並無逾越必要程度的另二項理由為「應受責難之評價不足」及「重建法治秩序及促進公共利益」。然多數意見此等理由，亦與其所設定「對人民造成不利之整體效果」的標準無關；且如前所述，公益支付之額度基本上係檢察官片面決定，其金額訂定過程中，顯然已將犯罪嫌疑人「應受責難之評價之程度」以及「重建法治秩序及促進公共利益之因素」納入考量。

多數意見以此二項理由作為系爭規定合憲之基礎，亦甚薄弱。

二、系爭規定顯與憲法第 23 條不符：

（一）本席在本院釋字第 697 號解釋所提出之不同意見書中曾說明：「聯合國公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)）第 7 條規定：『任何人均不受凌虐或殘酷、不人道或羞辱的待遇或處罰……。』（“No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment…”）……其內容自得做為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據。……」另我國憲法雖無「一行為不二罰」之明文規定，然本院釋字第 604 號解釋已承認「法治國家一行為不二罰之原則」。而釋字第 641 號、第 685 號及第 716 號解釋，依憲法第 23 條「必要」要件之規定，另亦發展出「責罰相當」之原則。

（二）「一行為不二罰」及「責罰相當」顯然均係憲法第 23 條之下位原則；如對單一行為施以二次之金錢上處罰，縱使其處罰之名稱不同（以本件情形而言，其中一次處罰為公益支付，另一次處罰為罰鍰），仍應當然認為違反「一行為不二罰」及「責罰相當」之原則，而無待另依憲法第 23 條所要求，衡量與平衡各種相關因素（包括「所欲防止妨礙的他人自由」、「所欲避免的緊急危難」、「所欲維持的社會秩序」或「所欲增進的公共利益」的相對重要性；該規範對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能；該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度；以及客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在），以確認其對人民權利之限制是否逾越必要程度。

（三）「殘酷處罰」之用語雖帶有受處罰者及一般人民「感受」

之意味，然其亦可協助闡釋憲法第 23 條規定之法感情，使國家對人民權利之限制，不至過度。而如前所述，公益支付之額度為檢察官衡量案情所為之決定，法律上實無假設其額度「尚不足以充分評價違法行為」之餘地。公益支付既已充分評價違法行為，針對同一違法行為如另科以罰鍰，自屬過度，其對人民單一違法行為之整體處罰，已經達到殘酷之程度。

- (四) 多數意見稱：「尤以立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於 100 年修正行政罰法時，同時增訂第 26 條第 3 項及第 4 項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一（即本意見書所稱之『系爭規定』）更與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。」（見本號解釋理由書第 12 段）其意旨係謂：系爭規定本來即不違憲；加上行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項扣抵之規定後，使系爭規定更不違憲。然本席認為，不但系爭規定本身違憲，且行政罰法第 26 條第 3 項「經緩起訴處分……且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之」之規定，以及第 4 項有關勞務扣抵罰鍰核算之規定，並不能降低系爭規定違憲之疑義。蓋如前所述，檢察官於決定公益支付之額度時，並無客觀標準，由於檢察官於決定公益支付金額時已經知悉此等扣抵之規定，故其所決定之額度，即可能將此因素納入考量（亦即，檢察官可將未來可能扣抵的額度，預先加碼到公益支付之額度），而使扣抵之原意無法發生實際作用。行政罰法第 26 條第 3 項與第 4 項，實不能作為系爭規定不違憲或使其降低違憲疑義之理由。

不同意見書

湯德宗大法官 提出

本件所涉憲法疑義之核心，一言以蔽之，即一行為同時觸犯刑法及違反行政法上義務者，如經檢察官就觸犯刑法部分為「緩起訴」處分，並命履行刑事訴訟法第253條之2第1項第4款¹或第5款²所定內容（下稱「應履行負擔」）確定後，行政罰法第26條第2項³規定，行政機關仍得就違反行政法上義務部分裁處罰鍰。如此規定是否合憲？⁴

與此相關之憲法疑義則為：

- 1) 行政罰法第26條第3項⁵及第4項⁶關於「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，是否合憲？
- 2) 行政罰法第45條第3項⁷前段使前開同法第26條第3項及第4項得扣抵罰鍰之規定，溯及適用於100年行政罰法修正前應受

¹ 參見刑事訴訟法第253條之2第1項第4款：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：……四、向公庫支付一定金額，並得由該管檢察署依規定提撥一定比率補助相關公益團體或地方自治團體。」

² 參見刑事訴訟法第253條之2第1項第5款：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：……五、向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。」

³ 參見行政罰法第26條第2項：「前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」
並參見同條第1項：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」

⁴ 是本件以「命應履行負擔之緩起訴處分確定後再處罰鍰案」為標題。

⁵ 參見行政罰法第26條第3項：「第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。」

⁶ 參見行政罰法第26條第4項：「前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。」

⁷ 參見行政罰法第45條第3項：「本法中華民國一百年十一月八日修正之第二十六條第三項至第五項規定，於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁處者，亦適用之；曾經裁處，因訴願、行政訴訟或其他救濟程序經撤銷，而於修正施行後為裁處者，亦同。」

行政罰，而尚未裁處罰鍰之行為，是否合憲？

3) 行政罰法第 26 條第 2 項有關「緩起訴處分」部分係 100 年 11 月 8 日修法所增訂，在此之前財政部以 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函⁸（系爭函一），釋示緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，得再依該項裁處罰鍰。上開函釋是否合憲？

另，關於 95 年 2 月 5 日施行之（舊）行政罰法第 26 條第 2 項⁹得否適用於附「應履行負擔」之「緩起訴處分」，行政法院與普通法院發生見解歧異之情形，本解釋爰併為**統一解釋**（解釋文第 3 段、解釋理由書第 4 段、第 20 段至第 22 段參照）。

就前述核心疑義，本解釋（多數意見）雖肯定行政罰法第 26 條第 2 項關於檢察官命「應履行負擔」之緩起訴處分部分（下稱**系爭規定一**）¹⁰，尚未抵觸憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違（解釋文第 1 段參照），惟其論理十分簡略：「系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，

⁸ 參見財政部 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函：「主旨：關於一行為同時觸犯刑事法律及違反稅法上義務規定，經檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 為緩起訴處分後，稅捐稽徵機關得否就該違反稅法上義務再處以行政罰疑義乙案。說明：二、案經洽據法務部 96 年 2 月 16 日法律決字第 0960005671 號函（下稱系爭函二）意見略以：『緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明，既為不起訴即依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第 26 條第 2 項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。』」

⁹ （舊）行政罰法 26 條 2 項規定：「前項行為如經不起訴處分為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」

¹⁰ 刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項計有八款，規定各種得命被告遵守或履行之事項。本解釋所稱「應履行事項」僅限於其中第 4 款與第 5 款，其他如第 1 款之「向被害人道歉」、第 2 款之「立悔過書」等，均不在本解釋之範圍。

允許另得裁處罰鍰，就整體效果而言，對人民造成之不利益，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題」。至於其中之關鍵，包括：應履行之負擔，其「目的及性質」與刑罰究竟何所不同（，從而得以併罰）？「應履行之負擔」既對人民造成不利益，何以併處罰鍰並不違反「比例原則」？如何操作得知尚不違反比例原則？「應履行負擔」與「罰鍰」併罰，何以「亦不涉及一行為二罰之問題」？所謂「一行為不二罰」究何所指等，幾付闕如。而本件併案審理之聲請案多達26件（連原聲請案計有27件，其中7件為法官聲請，詳如本解釋「附表」），堪稱歷來所僅見，顯示系爭疑義在實務上已造成相當普遍之困擾，多數大法官以如此簡陋之解釋回應，恐難孚眾望，爰提出不同意見書如後。

首先，本席以為，系爭規定一與同法第26條第3項及第4項（可扣抵之規定）應合併審查。亦即，系爭規定一與同法第26條第3項及第4項係屬不可切分之條文（inseverable provision），須一體論斷其合憲性。其次，在此前提下，始能獲致上開三規定為「合憲」之結論。質言之，附「應履行負擔」之「緩起訴處分」確定後，憲法之所以允許行政機關仍得裁處「罰鍰」，乃因有同條第3項及第4項（應履行負擔得扣抵罰鍰之）規定故爾；反之，如無同條第3項及第4項之規定，系爭規定一即屬「違憲」（理由詳後文）。是本席不能認同多數意見拒不將行政罰法第26條第3項及第4項一併列為審查客體（審查標的），而單獨判定¹¹同條第2項中之系爭規定一「合憲」的結論及論理。更深一層說，本席以為本解釋應延續本院釋字第503號及第604號解釋之脈絡，進一步闡釋「一行為不二罰」原則於系爭規定一亦有適用，惟因有同條第3項及第4項之扣抵規定，乃無「過度處罰」（excessive punishment）之虞，故而合憲。此與多數意見立場認「應履行負擔」之「目的與性質」與「刑罰」不同，即不違反「比例原則」，亦「不

¹¹ 多數意見以為：行政罰法第26條第3項及第4項（得扣抵）之規定使得系爭規定一「更無違憲法」（解釋理由書第12段參照）。換言之，縱無前開兩項規定，亦不影響系爭規定一為「合憲」之結論。

涉及一行為不二罰之問題」，實屬迥異。試申論之。

壹、核心憲法疑義爭點一覽

為便讀者掌握本件核心疑義之爭論，作為開展下文之基礎，首先需簡要整理 27 件聲請書之內容。

一、法官聲請要旨

七件法官聲請書之見解大體相同，略謂：

1. 「一行為不二罰」原則已然具有憲法位階。司法院釋字第 503 號解釋闡釋：「除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」。嗣司法院釋字第 604 號解釋更援引「法治國家一行為不二罰之原則」作為審查依據。
2. 「一行為不二罰」原則之適用，應以處罰之性質與種類是否不同作為判斷之核心。而處罰性質與種類是否相同，應就處罰之本質，從實質上加以判斷，非謂罰鍰必然不同於人身自由拘束或強制性勞務提供，否則一行為不二罰原則將因機械性解釋而淪為具文。
3. 行政罰法第 26 條第 1 項¹² 前段規定（一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰）之「刑罰優先」原則乃「一行為不二罰」原則之宣示。刑罰與行政罰具有相同處罰性質者，亦應有「一行為不二罰」原則之適用。
4. 100 年 11 月 8 日修法增訂行政罰法第 26 條第 2 項之立法理由固謂：緩起訴處分之性質，實屬附條件之便宜不起訴處分；檢察官為緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 之第 1 項之規定對被告附加之「應履行負擔」（聲請書稱作「公益性負擔」），係一種特殊之處遇措施，並非刑罰。惟「應履行負擔」之內容，與刑罰上剝奪財產之罰金

¹² 同前揭前註 3。

刑及剝奪自由之拘役、徒刑，名義上雖有不同，但其剝奪財產或自由之痛苦內涵，則無二致。是「應履行負擔」雖無處罰之名，但在本質上應以處罰視之，且其處罰之種類，與刑罰並無不同。復鑑於被告尚未履行「應履行之負擔」，即須面臨緩起訴處分撤銷之後果（重新接受刑事追訴），是「應履行之負擔」實質上具有相當之強制性，被告並無履行與否之真正自由；他方面，倘被告履行「應履行負擔」，於緩起訴處分期滿後，即有與不起訴處分確定之同一效力（刑事訴訟法第260條參照），是「應履行之負擔」具有刑事處罰之替代作用，實質上與刑罰性質相同。

綜上，法官聲請意旨（隱含地）認行政罰法第26條第1項前段規定（刑罰與行政罰競合時，應以刑罰為優先）之「刑罰優先」原則即為「一行為不二罰」原則，並認命「應履行負擔」之「緩起訴處分」性質上等同「刑罰」，故系爭規定一（於檢察官命「應履行負擔」之「緩起訴處分」確定後，復允許行政機關裁處罰鍰之）已構成「重複處罰」而「違憲」。

二、人民聲請要旨

其餘20件人民聲請書之主張亦大體相同¹³，略謂：

1. 司法院釋字第503號解釋釋示「一事不二罰」原則：「按二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」。美國聯邦憲法修正條文第5條之「雙重危害條款」（double jeopardy clause）與我國憲法「一事不二罰」原則之內涵相通，既為現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在憲法第

¹³ 查20件人民聲請案中，有16件係出自同一律師事務所。

22 條保障之列。又，按美國聯邦最高法院之見解（United States v. Halper, 490 U. S. 435 (1989)，下稱 Halper 案）雙重危害條款亦適用於民事金錢裁罰（按：指民事罰金 civil penalty）。即一行為經處以刑罰（按：該案被告因虛偽陳述，詐領醫療保險補助，經判處 2 年有期徒刑及 5000 美元罰金）後，行政機關復對之提起民事訴訟，請求裁處民事罰金。聯邦最高法院認為，在後之民事訴訟若非基於「損害賠償」之目的，而係為「嚇阻」或「報應」之目的，即屬「雙重處罰」而違憲。

2. 緩起訴處分非行政罰法第 26 條所稱之「不起訴處分」。蓋兩者所依據之法源及作成之構成要件不同，不應等同視之。且緩起訴處分確定後，尚須經過一至三年不等之「緩起訴期間」，始能發生與「不起訴處分」確定相同之「一事不再理」效力。在「緩起訴期間」，受處分人隨時可能因另犯他罪，或因未履行「應履行負擔」等原因，而遭檢察官撤銷緩起訴處分。況緩起訴處分所附「應履行負擔」使人民承受一定之負擔，與不起訴處分大異其趣。
3. 緩起訴處分實質上為刑事罰。蓋緩起訴處分所附「應履行負擔」實質上與中華民國刑法第 33 條第 5 款之「罰金」或同法第 41 條「易服社會勞動」無異，同對行為人之人身自由及財產權產生相當之負擔。且，若「應履行負擔」（按：聲請書原作「指示或負擔」）僅為一種特殊的處遇措施，而非刑罰，則何以行為人未履行「應履行負擔」時，檢察官仍得重新開啟刑事追訴程序，請求刑事法院以刑事審判程序審理！至以緩起訴處分之作成未經刑事正當法律程序，故非屬刑罰之說，則有倒果為因之嫌。蓋刑罰處罰較重乃其因，故而須經較嚴謹之法院程序乃其果；不能逆向解釋，倒果為因。命「應履行負擔」之「緩起訴」處分既屬基於刑事法律所為之處罰，即須接受「一事不二罰」

或（禁止）「雙重危害」原則之檢視。

4. 緩起訴處分縱非屬刑罰，亦屬行政罰。檢察官作成緩起訴處分乃屬「行政機關」之職權行使，且緩起訴處分所附「應履行負擔」具有裁罰性質。是臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會刑事類提案第 36 號結論，即認「捐款行為」具行政罰鍰性質，故行政機關不得再就同一行為課處罰鍰。
5. 行政程序法第 7 條¹⁴為憲法上「比例原則」之具體展現。行政機關行使行政罰法第 26 條第 2 項之裁量權限時，應受比例原則之拘束。其所裁處之行政罰鍰不得對人民造成過度之侵害。立法院於 100 年 11 月 8 日增訂行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定，使緩起訴處分附加之「應履行負擔」得扣抵罰鍰，即為避免使人民遭受雙重處罰。

綜上，人民聲請之意旨認附「應履行負擔」之「緩起訴處分」性質上等同「刑罰」，或至少為「行政罰鍰」，故應有「一行為不二罰」原則之適用。系爭規定一（及系爭二函釋）視「緩起訴處分」為（行政罰法第 26 條第 2 項之）「不起訴處分」，已違反憲法第 7 條平等原則、第 23 條比例原則及司法院釋字第 503 號解釋所揭示之「一事不二罰原則」及（禁止）「雙重危害原則」，侵害人民依憲法第 15 條所保障之財產權。相較前述法官聲請意旨，人民聲請意旨對於「命應履行負擔之緩起訴處分」除優先定性為「刑罰」外，並備位定性為「行政罰鍰」；其聲明之憲法審查原則除「一事不二罰原則」（按：即「一行為不二罰」原則）外，並有「比例原則」。而其關於「一行為不二罰」原則之理解似重在有無「重複處罰」，而未強調「刑罰優先」。

¹⁴ 參見行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

貳、檢察官命「應履行負擔」之緩起訴處分確定後，行政機關得再就同一行為裁處罰鍰，已構成「重複處罰」；然因有「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，乃無過度處罰之虞，尚不違反憲法上「一行為不二罰」原則

一、憲法上「一行為不二罰」原則之意涵

1. 本院釋字第 503 號解釋首揭「一行為不二罰」之原則，謂：納稅義務人「一行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」。反之，「違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨」。嗣本院釋字第 604 號解釋就道路交通管理處罰條例對持續違規停車得予多次處罰之規定，釋示：「並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸」。

由如上兩件解釋可知：憲法上「一行為不二罰」原則（至少）係指：對同一行為不得重複施以相同性質／種類之處罰，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得併罰。其適用乃以數個相同性質／種類之處罰存在為前提，是憲法上「一行為不二罰」原則，並非謂「同一行為一概不得重複施以處罰」。¹⁵ 而對同一行為所以不得重複施以同種類之處罰，乃為避免人民遭受「過度處罰」¹⁶；至於不應過度處罰之基理（underlying rationale）或憲法基礎

¹⁵ 此亦德國聯邦憲法法院所持之見解。BVerfGE 83, 1（「對於單一及同一事件，不允許有兩次不利後果之一般法律原則，無論如何並不存在」）。

¹⁶ 參見釋字第 604 號解釋理由書第 3 段（對持續違規停車得予多次裁處罰鍰，乃因「罰鍰金額仍屬有限，衡諸維護交通秩序、確保交通安全之立法目的而言，尚未逾越必要之程度」）。

（constitutional basis）則為「法治（國）原則」，釋字第604號解釋爰逕以「法治國家一行為不二罰之原則」稱之。惟，憲法上「一事不二罰原則」並不等於行政罰法第26條第1項所定之「刑罰優先」原則。雖行政罰法第26條第1項前段規定「刑罰優先並阻斷行政罰鍰」之原則確可理解為：立法者為體現憲法上「一事不二罰原則」所為之立法抉擇。然該條所定之「刑罰優先」原則本有例外（該條項但書參照），且違反該原則亦不當然抵觸憲法上「一事不二罰原則」。¹⁷

2. 美國法上禁止「雙重危害」原則與憲法上「一事不二罰原則」理念相通。美國聯邦憲法增修條文第5條規定：「受同一犯罪處分者，不得令受二次生命或肢體上的危害」（nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb），通稱（禁止）「雙重危害條款」（double jeopardy clause）。其原意係指刑事案件的「一事不再理」（non bis in idem），包括：1）無罪判決後，不得就同一行為再為審判（Autrefois Acquit）；2）有罪判決後，不得就同一行為再為審判（Autrefois Convict）；嗣又發展出3）同一行為不得多次處罰（參見 North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969)）。與本案相關者厥為3）「禁止重複處罰」（double punishment）之要求。

德國基本法上亦有類似美國之「雙重危害條款」。其第103條規定：「任何人均不得因同一行為，根據一般性刑事法律多次被處以刑罰。」（Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals

¹⁷ 例如，當刑罰之處罰較行政罰為輕（如罰金之金額低於行政罰鍰之金額）時，為免發生責罰失衡之結果，道路交通管理處罰條例即不採「刑罰優先並阻斷罰鍰」之原則，反要求罰鍰須補足最低罰鍰之額度。參照道路交通管理處罰條例第35條第8項，其規定並不當然違反憲法上「一行為不二罰」之原則。

bestraft werden.) 據此，德國之「一行為不二罰」係就普通刑罰間而言。一般刑事法律之處罰與「其他處罰」之重複處罰，不在其適用（禁止）範圍。又，無論美國或德國憲法，其有關「一行為不二罰」之規定，皆不適用於本國刑罰與外國刑罰間之重複處罰，亦不適用於刑罰與行政罰間之重複處罰。美國聯邦憲法之「一行為不二罰」原則，僅係就聯邦刑罰而言。聯邦刑罰與邦刑罰間，以及各邦刑罰間，則不在其適用範圍。

惟前揭 *Halper* 案，聯邦最高法院更將（禁止）「雙重危害原則」適用於一行為同時觸犯刑事法律，處以刑罰後，再以民事訴訟請求民事罰金之情形，謂：在後之民事罰金訴訟是否構成二次刑罰，應視其目的與先前實施之刑事訴訟是否有別而定。因美國聯邦法律針對同一不法行為同時施以「刑罰」與「民事制裁」（含「民事罰金」、「沒入」等）作為制裁手段的情形日益普遍，該案之影響不容低估。

3. 憲法上「一事不二罰原則」固寓有「比例原則」之精神，但究非（典型／傳統之）「比例原則」。前揭本院釋字第503號解釋所稱「除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰」等語，顯示憲法上「一事不二罰原則」原寓有「比例原則」之精神。然其重點在於「重複處罰是否侵害過度（過度處罰）」。

多數意見以「應履行負擔」之目的及性質與刑罰不同，認為兩者併罰尚不違反「比例原則」。然其論理非常簡約，僅謂「為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性」。上

開操作方式，係將原用以評價「單個」處罰有無「過當」之個體式「比例原則」，套用以評價「多個」處罰併罰（加總）之結果（效果）是否過當，而悄然轉變（質變）為總體式「比例原則」。不僅造成法律用語之混淆（蓋此比例原則，非彼比例原則），檢驗方式且充滿困惑。例如：（「應履行負擔」與「罰鍰」）併罰之「目的」何以洵屬正當？其目的有無不正當者？如何得知併罰之整體效果「尚非顯失均衡」？又何以「尚非顯失均衡」即為「手段與目的間具有合理關聯」？

二、憲法上「一行為不二罰」原則之操作步驟

本席以為，是否違反憲法上「一行為不二罰」原則應依下列四個步驟檢驗操作：

1. 是否因「一行為」而生數個處罰？倘數個處罰並非基於同「一行為」，自無「一行為不二罰」原則之適用。所謂「一行為」，本席以為，原則上應指「同一原因事實」而言。所謂「同一原因事實」其意義約同於許宗力大法官釋字第604號解釋「協同意見書」中所稱之「自然單一行為」，亦即，指「以一個理性的非法律人，根據社會一般通念，或以自然觀察方法所理解的一行為」。
2. 是否為基於同一原因事實所生之「數個處罰」？關於基於「同一原因事實」而生之「單一」處罰是否合理（有無過當），乃屬典型之「比例原則」所處理的問題，無「一行為不二罰」原則可言。

至於何謂「處罰」（punishments, sanctions）？應如何界定？本席以為，為有效維護人權，應立於人民之立場，考量人民之感受，從寬界定為：凡具有非難意味之不利利益措施皆屬「處罰」，包括行政罰法所稱之各種「裁罰性不利處分」、懲戒罰等，而不限於「刑罰」。準此，系爭之命「應履行負擔」，或為財務上之不利利益（命支付一定金

額，刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款參見），或為一般行為自由之限制（命服義務勞務，刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 5 款參見），並連帶地對緩起訴處分相對人之名譽、心理有所制約。是無論「應履行負擔」是否定性為「刑罰」，其應屬「處罰」，殆無疑義。

3. 基於同一原因事實所為之數個處罰，其「性質與種類是否相同」？按本院釋字第 503 號解釋所示，僅基於同一原因事實所為之數個性質／種類相同之處罰，始構成「重複處罰」，而有「一行為不二罰」原則之適用。然，如何認定數個處罰之性質／種類是否相同？本席以為，應以系爭「處罰」侵害人民之「權利」法益類型為斷。人民之權利，按美國聯邦憲法之用語，可約分為三大類：生命（life）、自由（liberty）與財產（property）。雖然各國實定法上對於處罰之分類不盡相同，例如我國即有刑罰、行政罰、懲戒罰等之分，然就處罰之內容（即其侵害之權利類型）而言，主要仍不外前述三大類權益。以系爭之「應履行負擔」為例，「命支付一定金額」侵害者為被告（犯罪嫌疑人）之「財產」利益，其與「罰金」及「罰鍰」應屬相同性質／種類之處罰。至「命服義務勞務」所侵害者為被告（犯罪嫌疑人）之「自由」利益，而與「有期徒刑」、「拘役」屬相同性質／種類之處罰；嗣因行政罰法 100 年修正准許義務勞務核算為金錢，並扣抵罰鍰（第 26 條第 3 項及第 4 項參照），其乃轉為侵害被告（犯罪嫌疑人）之「財產」利益，而屬與「罰金」及「罰鍰」相同性質／種類之處罰。

茲，命「應履行負擔」之「緩起訴」處分，應如何定性？就此關鍵問題，多數意見僅謂：緩起訴處分所附加之應履行之負擔，「性質上究非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰」（解釋理由書第 11 段參照），然並未正面定性其為何；更未說明其「目的及性質」究與行政

罰有何不同，從而得併處罰鍰，論理顯有不足。

本席以為，檢察官命「應履行負擔」之「緩起訴」處分，應定性為「行政罰」，而非「刑罰」。關於命「應履行負擔」之「緩起訴」處分非為「刑罰」部分，本席同意多數意見之見解；然本席以為並應明確地將之應定性為「行政罰」。除因檢察官隸屬法務部，屬於行政部門，乃職司執法工作之行政官（law enforcement officers）外，「緩起訴」處分之性質（自其決定之程序、內容及效力觀之）實屬「行政處分」。100年修正行政罰法增訂第26條第3項與第4項規定，允許「應履行負擔」扣抵罰鍰，顯示立法者亦認為「應履行負擔」與「罰鍰」乃性質／種類相同之處罰（否則如何能為扣抵）。是命「應履行負擔」之「緩起訴」處分確定後，就同一原因事實再予罰鍰，因二處罰之性質／種類相同，即有「一行為不二罰」原則之適用。

4. 基於同一原因事實所生數個性質／種類相同之處罰，其「規範目的」是否相同？縱為數個相同性質／種類之處罰，雖已構成「重複處罰」，但如能證明各自追求不同之「規範目的」，則非屬「過度處罰」，仍不違反「一行為不二罰」之原則。按美國法院實務見解，一行為同時觸犯（刑事）「罰金」與「民事罰金」（civil penalty）者，因二者「規範目的」一般不同（前者為求「嚇阻」與「報應」，後者為求「損害賠償」），並不違反「一行為不二罰」之原則。我國學界通說略同。¹⁸

參、「應履行負擔」得扣抵罰鍰規定之溯及適用，無論認為系爭規定一合憲與否，其結果皆有利於人民，故為合憲

關於行政罰法第45條第3項¹⁹將同法第26條第3項及第4

¹⁸ 參見陳敏，《行政法總論》，第4版，頁716（2004年11月）（一行為同時觸犯「刑罰」與「行政罰」，因二者「規範目的」不同，並不構成重複處罰）。

¹⁹ 同前揭前註7。

項允許「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，溯及適用於 100 年行政罰法修正前應受行政罰而尚未裁處罰鍰之行為，是否合憲一節，多數意見循著前述判定系爭規定一「合憲」之結論，認其乃屬法律溯及既往之特別規定，且適用之結果有利於人民（蓋人民因而得減少所受之財產上不利益），自無違信賴保護原則，非法律不溯既往原則所禁止（解釋理由書第 14 段至第 16 段參照）。本席雖不同意多數意見關於系爭規定一「單獨合憲」之論斷，惟亦贊同溯及適用之結果有利於人民，而無違信賴保護原則。並以為

該溯及適用之修正，顯示立法者有意積極改正過去違反「一事不二罰」原則之違憲狀態。

肆、關於舊行政罰法第 26 條第 2 項適用範圍之見解歧異，應以否定說為正確

最後，關於舊行政罰法第 26 條第 2 項適用範圍之見解歧異部分，多數意見亦循序判定系爭規定一「合憲」之結論，認「應履行之負擔」既僅具有類似處罰之不利益效果，並非刑罰，緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之」（解釋理由書第 22 段參照）。亦即，承認（95 年 2 月 5 日施行之）舊行政罰法第 26 條第 2 項所謂「不起訴處分」，得擴張解釋包括「緩起訴處分」在內（解釋理由書第 20 段參照）。

本席既認命「應履行負擔」之「緩起訴」處分為行政罰，與「罰鍰」屬相同性質／種類之處罰，而舊行政罰法第 26 條第 2 項既無 100 年修法增訂之第 26 條第 3 項及第 4 項（允許「應履行負擔」得扣抵罰鍰）之規定，於緩起訴處分確定後，行政機關自不得再就同一行為裁處罰鍰。

不同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋多數意見認為檢察官為命被告應履行負擔之緩起訴處分確定後，行政機關仍得就同一行為依違反行政法上義務規定裁處，故認為民國（下同）100年修正之行政罰法第26條第2項有關緩起訴之規定，以及96年間財政部及法務部相同意旨之函釋，並未違憲。本席認為96年之函釋及100年之修法理由，與緩起訴規定之意旨不符，且不利緩起訴功能之發展，故無法贊同多數意見，爰提出不同意見書。

一、本件爭議之緣起：

91年2月8日刑事訴訟法增訂緩起訴制度，檢察官為緩起訴處分，經被告同意者，得命被告於一定期間內向公庫支付一定金額或提供一定時數之義務勞務（刑事訴訟法第253條之2第1項第4款及第5款參照）。

95年2月5日施行之行政罰法第26條規定：「（第1項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。……（第2項）前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」其中第2項對於被告履行緩起訴處分之條件，即支付一定金額或提供勞務後，是否即依第1項之規定優先適用刑事法之規定，而不再科處行政罰鍰，或應適用第2項之規定，仍得裁處行政罰，並無明文規定，故生爭議，不同法院法官對此有不同見解。

95年施行行政罰法時，第26條第2項並未列舉「緩起訴處分確定」，此究為立法之疏漏或立法之有意排除，依當時之立法資料未能判斷。但當時因緩起訴制度施行未久，因此被告依緩起訴處分之條件支付金額或服勞務以取代罰鍰，是否符合責罰相當之法感情，尚未有豐富之實務案例，故當時之行政罰法就此未明確規定。至95、96年間案例增多，因各地法院見解歧異，受到併罰者，認為違反行政罰法第26條第1項「刑事優先」之規定而受到雙重處罰；部分政府機關

則認為被告依緩起訴處分支付之金額往往遠低於行政罰鍰應科之金額，若依部分法院不得併罰之見解，則有輕縱被告而有害行政法上管制目的之達成。

對於同一法律條文不應長期存在各政府機關有迥異解釋之情形，行政機關對此爭議表明應得併科行政罰之見解。財政部 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函（即為系爭函一）援引法務部 96 年 2 月 16 日法律決字第 0960005671 號函（即為系爭函二）之見解：認為「檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰，因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第 26 條第 2 項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。」立法院於 100 年修正行政罰法時，採取系爭函一之見解，將緩起訴處分與不起訴處分等同對待，於第 26 條第 2 項增列「緩起訴處分確定」為得併罰之事由。依此，被告履行緩起訴處分之條件而向公庫支付一定金額或提供一定時數之勞務後，行政機關仍得對同一行為另就違反行政法部分裁處罰鍰，是為本件釋憲聲請案爭議之緣起。

二、本件爭議之本質：

本席認為本件爭議的本質在於檢察官於緩起訴處分時所命被告應履行之負擔是否過低，而發生責罰不相當之疑慮。解決之道其實有幾種方法：（一）依法實證研究檢討緩起訴之成效及產生之問題，並作較精緻之規定，例如對於單純觸犯刑法之案件，與同時違反刑法及行政法之案件，其緩起訴之條件是否應有所區隔？同時違反刑法與行政法之案件，尚可區分為違反稅法、道路交通管理處罰條例或食品安全相關法規等不同之類型，而作不同規定。（二）在檢察官為緩起訴處分時一併考量違反行政法之評價，令責罰相當，進而適用刑法優先原則，不再科處行政罰。（三）國家機關採取緩

起訴之負擔並未包括違反行政法評價之見解，故緩起訴之後尚得併科處行政罰。本席認為在這幾種選擇為考量時，除應考量行政罰法第26條第1項「刑事優先」及「一行為不二罰」之意旨外，尚應考量如何發揮緩起訴處分功能等問題。

系爭函一、二所列財政部及法務部之意見，認為緩起訴處分之負擔是一種「特殊處遇措施」，即採前述第三種處理方法。本席認為未對緩起訴之本質與功能深入討論而創設此名詞之目的，僅是避免將該負擔視為「處罰」，從而避免行政罰法第26條第1項之適用。100年修改第26條第2項之理由採相同見解，認為「對被告所為之措施及課予之負擔，係一種特殊之處遇措施，並非刑罰」（立法院公報第100卷第70期第189頁），但何謂「特殊之處遇措施」？為何非「刑罰」？並未進一步論述。本號解釋多數意見肯認100年之修法，將緩起訴處分應履行之負擔定性為「具有類似處罰之不利效果」。但本席認為系爭函一、二及100年之修法僅著眼於併處行政罰之利益，但卻未重視行政罰法第26條第1項「刑事優先」及「一行為不二罰」之意旨，並忽略對緩起訴制度之功能一併加以檢討之機會，如此之修法內容產生許多問題，如下論述。

三、「緩起訴」係以檢察官「足認被告有犯罪嫌疑」為前提，與不起訴處分本質不同：

犯罪嫌疑不足時，檢察官應為不起訴處分，而不應為緩起訴處分（刑事訴訟法第252條第10款規定參照），且被告受不起訴處分時，不須向公庫為任何支付，故二者本質不同。刑事訴訟法第253條之1規定檢察官為緩起訴處分時應參酌「刑法第57條所列事項」及「公共利益之維護」。刑法第57條規定科刑應以行為人之責任為基礎，且應審酌犯罪之動機、目的，犯罪時所受之刺激，犯罪之手段，犯罪行為人之生活狀況、品性、智識程度，與被害人之關係，犯罪行為

人違反義務之程度，犯罪所生之危險或損害，犯罪後之態度等，作為科刑輕重之標準。既然檢察官為緩起訴處分時是以行為人「犯罪」為前提，與不起訴處分之要件是「犯罪嫌疑不足者」，二者性質顯然不同，即為緩起訴之負擔應具有處罰性質之依據。系爭函一認為緩起訴是不起訴的一種，係依據系爭函二法務部之意見稱：「緩起訴乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明」。刑事訴訟法第 256 條規定不起訴處分及緩起訴處分均以再議作為救濟，僅因二者之救濟方法相同，即認為緩起訴是不起訴的一種，忽略了二者性質上之根本差異，如此之推論方式實無說服力，更無法「自明」。

四、對一違法行為評價，難以切割為違反刑法與行政法而分別評價：

本席認為違反刑法與行政法之評價難以切割，對一行為先為違反刑法之評價，作出附負擔之緩起訴處分，之後行政機關對同一行為再為違反行政法之評價，而加以裁罰，極可能重複評價，此應即為行政罰法第 26 條第 1 項所定刑事罰優先之原則，以避免對同一行為雙重評價，實現「一行為不二罰」之意旨。檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 規定為緩起訴處分時，應考量「公共利益之維護」，實難以理解公共利益可分割為刑事犯罪與違反行政法之不同評價，故依現行法之規定，檢察官為緩起訴處分時，自應對於行為人違反刑法部分及違反行政法之管制措施部分施以完整評價。參考德國秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）第 40 條規定：「除法律另有規定外，檢察官在刑事程序中對於犯行之追訴，亦有權考量秩序違反之法律觀點」¹。其立法理由應即為實現一行為不二罰之本旨。依本號解釋，檢察官所作「公共利

¹ 參見許澤天，刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則 - 評大統混油案之訴願決定，載台灣法學雜誌第 261 期，第 118 頁。

益之維護」之評價，並不包括違反行政法之評價，實務上是否能否作此切割，實有疑問。前述檢察官於緩起訴時，應考慮「犯罪行為人違反義務之程度」，以及「犯罪所生之危險或損害」，作此考量時，如何能切割違反行政法部分之行為？

五、緩起訴處分之負擔已產生終局處理案件之實質效果，故應認具有處罰性質：

本號解釋理由指出緩起訴制度之目的係「基於填補被害人之損害、發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的而設」，然而解釋理由隨即得出結論稱「故緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式。」本席無法同意此段論述，理由如下：

- (一) 解釋理由所述緩起訴處分之目的與刑法學對現代「刑罰」之功能之定位並沒有差別。
- (二) 增訂緩起訴制度之立法理由另指出緩起訴處分命被告應遵守事項「因課以被告履行一定負擔之義務，被告必需配合為一定之財產給付、勞務給付或至特定之場所接受處遇，人身自由及財產將遭拘束，且產生未經裁判即終局處理案件之實質效果，自應考慮被告之意願」（立法院公報第 91 卷第 10 期第 949 頁），既然認為已「產生終局處理案件之實質效果」即應認為是具有處罰效果，與刑罰之唯一差別祇是未經審判程序而已。
- (三) 被告之同意並不能排除被告履行之負擔具有處罰性質，因為被告係在檢察官「足認有犯罪嫌疑」認定之前提下，為免除刑事審判程序所作之給付，並非被告自願性之給付。在 103 年修法後，被告之給付限向公庫為之，而排除向公益團體或地方自治團體支付，該支付之處罰性質更加明顯，甚至已趨近「刑罰」。
- (四) 至於檢察官執行處罰是否會有違反法律保留原則或檢察

官擴權之疑慮，因係在被告同意免除進行刑事審判程序之條件下履行負擔，且告訴人亦得以再議及交付審判方式進行救濟，故應可排除此方面之疑慮。

六、緩起訴制度之目的係為減少案件進入審判程序，應同時考量減輕刑事與行政審判程序之負擔：

按建立緩起訴制度的目標在於「為使偵查精緻化並達到審慎起訴之要求，以減少案件進入審判程序的機會，俾檢察官確實走向法庭，充分實行公訴，以落實舉證之責任，活絡法庭活動，並使法院亦得以充分之時間、精力，致力於較繁雜或有爭議之案件，達到合理、有效、妥適運用有限司法資源之理想目標」（立法院公報第91卷第10期第935頁，刑事訴訟法部分條文修正草案總說明）。該立法目的所定的「妥適運用有限司法資源」實無理由僅考量刑事訴訟資源，而不將行政訴訟資源一併考量。為達此目標，緩起訴制度應發揮同時免除案件進入刑事審判與行政審判之功能，始為立法之真義。若於緩起訴之後尚須對行為人違反行政法上之義務裁罰，從而進入行政救濟程序，不僅未能減少案件進入審判程序，且於行政訴訟程序確定裁處罰鍰後，尚需與緩起訴所支付之金額或提供之義務勞務進行扣抵，反而增加行政作業負擔。事實上對一件違法事件應該尋求一次解決，始符行政效率並減輕司法負擔，並避免被告在不同之審判體系重複奔波，更可避免被告因同意履行緩起訴之負擔，而於未來進行之行政救濟程序，被視為被告已經「認罪」而成為對被告不利之證據。

七、如何解決緩起訴所定之負擔可能評價不足之問題？

本號解釋認同系爭規定一而認為「立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足」，本席認同實務上有可能發生此現象，但因緩起訴之負

擔具有處罰性已如前述，且為了實現「一事不二罰」以及發揮緩起訴之功能，本席認為此問題不應由併科行政罰解決，而應由緩起訴制度此源頭檢討改進，首先應區隔單純違反刑法與同時違反刑法及行政法之案件類型，於後者尚應加入其他考量因素，如認有行政管制之目的較強之類型，即應審慎採行緩起訴；如認緩起訴處分較為適當時，應可透過加強檢察官與行政機關之聯繫協調，訂出合適之負擔金額。檢察官對於犯罪行為較諸行政官有較大之調查權，可申請搜索、扣押、羈押，其所調查得知之事實較行政機關調查所得之事實更加完整，檢察官可參考行政機關之意見後，以決定緩起訴應負擔之金額，此部分應為實務上可以努力的方向。於此應特別提出的是緩起訴適用的對象限非重罪的案件（限被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪），以本件聲請人等計 20 餘件之聲請案，大致可分為道路交通事件、違反就業服務法案件與稅法案件等，均可研究由檢察官與行政官訂出裁量基準，以作為緩起訴之參考。

現行法對於檢察官與行政機關案件之聯繫已有所規定。行政罰法第 32 條第 1 項規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分移送該管司法機關。」第 3 項並規定：「前二項移送案件及業務聯繫之辦法由行政院會同司法院定之。」目前「行政機關與司法機關辦理行政罰及刑事罰競合案件業務聯繫辦法」僅限於卷宗及扣留物之移送等行政作業，但該辦法第 9 條規定：「行政機關與司法機關……，隨時保持聯繫及交換意見，並依任務需要建立必要資訊交換系統及聯繫機制」，並沒有理由不可在這聯繫機制中增加檢察官為緩起訴處分時所作負擔之考量，如此即可畢其功於一役，實質上簡省司法與行政資源之浪費，並減少人民之奔波。

本席亦特別指出緩起訴之功能是為了減輕人民和法院的

負擔，在此目標下，透過法實證之研究，決定適合緩起訴處理之違法類型，讓檢察官參考行政機關之意見後，決定緩起訴應負擔之條件，且在人民同意的條件下，一次性解決一件爭議，是值得努力的方向。

八、系爭規定二牴觸法律不溯及既往及信賴保護原則：

本號解釋理由認為 100 年修正之行政罰法第 45 條第 3 項，就關於適用行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項部分（即系爭規定二）有關應履行之負擔得扣抵罰鍰之規定，係有利於行為人之新規定，自無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，本席無法贊同。因於 100 年修法前緩起訴處分後能否併處行政罰，係處於不確定之狀況，立法後將其確認為「應受行政罰之處罰而未經裁處」即係屬對人民不利之溯及規定。雖然增加得「扣抵」之規定有利於人民，但卻是在「得併罰」之大不利益前提下之小利益，實質上對人民不利。

解釋理由又稱部分地區法院適用特定法規所表示之見解，尚難為信賴基礎，卻忽略了本案應受保護的信賴，是當事人認為若同意檢察官所提出緩起訴之條件，即可以「一次解決全部法律問題」。該注意者，在修法前，該「信賴」並非當事人一廂情願地想像，代表國家公權力之檢察官與被告達成合意時，亦可能有此認知，而成為雙方「合意」之基礎，該基礎並獲得許多法官之支持。故系爭規定二已侵害了人民對與國家公權力間合意之信賴，系爭規定二有溯及既往之效果，且對人民不利，已違反信賴保護原則。

九、本號解釋僅「併此指明」檢察官「應」說明事項，實有不足，應要求修法：

解釋理由指出「為避免被告對緩起訴處分應履行負擔效果之誤解」「檢察官擬作成應履行負擔之緩起訴處分，而徵求被告同意時，應併向被告說明，該同一行為如違反行政法上義務規定，行政機關仍可能依法裁處，併此指明」。本席

認為僅指明檢察官「應」說明上開事項，仍有不足。若檢察官未說明會產生何種法律效果，即有疑問。本席認為本號解釋既認同得併罰，則應要求修改刑事訴訟法第 253 條之 1，具體明定檢察官所考量之「公共利益」，並不包括違反行政法規定之評價，始能避免人民誤解；至少應要求修改刑事訴訟法第 253 條之 2 第 3 項，將緩起訴處分後仍得為行政罰之裁處的法律效果增列為緩起訴處分書之附記事項。另為避免被告同意履行緩起訴之負擔，於後續行政救濟程序中成為對被告不利之證據，亦應參考刑事訴訟法第 455 條之 7 的規定，於行政救濟之相關法律明確規定，被告同意履行緩起訴之負擔，不得於行政救濟程序中採為對被告不利之證據。

不同意見書

詹森林大法官 提出

本解釋認為，行政罰法第 26 條第 2 項規定，其中關於檢察官所為命被告向國庫支付一定金額或向政府機關等機構或團體提供義務勞務之緩起訴處分確定後，得就同一行為再處罰鍰部分，及持相同意旨之財政部台財稅字第 09600090440 號函，均未違憲。

本解釋又認為，行政罰法第 45 條第 3 項得扣抵緩起訴所命負擔之規定，適用於 100 年行政罰法修正前尚未裁處之事件，不牴觸法律不溯及既往及信賴保護原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。

本解釋另認為，經緩起訴處分確定者，有 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項之適用。

本席對於本解釋前開內容，均尚難認同，爰提出不同意見書。

壹、關於行政罰法第 26 條第 2 項部分

本解釋此部分之爭議在於：檢察官於緩起訴處分書所命被告應遵守或履行之負擔，其性質為何？

一、緩起訴處分所命被告應遵守或履行事項

依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項及第 4 項規定，檢察

官依同法第 253 條之 1 第 1 項規定為緩起訴處分者¹，得命被告於不逾檢察官所定緩起訴期間（一年以上三年以下）之一定期間內，遵守或履行下列事項：（1）向被害人道歉（2）立悔過書（3）向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償（4）向公庫支付一定金額（5）向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益之機構或團體提供 40 小時以上 240 小時以下之義務勞務（6）完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施（7）保護被害人安全之必要命令（8）預防再犯所為之必要命令。

另依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 2 項規定，檢察官命被告遵守或履行前述（3）至（6）事項中之任何一項時，應得被告之同意；且其中之（3）被告應向被害人支付財產上或非財產上損害賠償之命令，及（4）被告應向公庫支付一定金額之命令，並均得為民事強制執行名義²。

又依刑事訴訟法第 253 條之 3 規定，被告於緩起訴期間內，有該條第 1 項所定各款情事之一者³，檢察官得撤銷緩起訴處分，繼續偵查或起訴；於此情形，被告已履行之部分，

¹ 刑事訴訟法第 253 條之 1 規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」

² 緩起訴處分所為被告向被害人或 / 及公庫給付金錢、向政府機關等機構或團體提供義務勞務及完成戒癮治療等處遇措施之命令，應得被告同意；且其中之被告向被害人及向公庫給付金錢之命令，得為強制執行名義，其立法理由為：「第 1 項第 3 款至第 6 款之各該應遵守事項，因課以被告履行一定負擔之義務，人身自由及財產將遭拘束，且產生未經裁判即終局處理案件之實質效果，自應考慮被告之意願，增列第 2 項前段；又為求檢察官處分得以貫徹及有效執行，自宜使第 1 項第 3 款、第 4 款會被告為一定給付之處分得為民事強制執行之執行名義，以符合公平，增列第 2 項後段。」

³ 刑事訴訟法第 253 條之 3 第 1 項所定各款情事為：（1）被告於緩起訴期間內故意更犯有期徒刑以上刑之罪，經檢察官提起公訴（2）被告緩起訴前，因故意犯他罪，而在緩起訴期間內受有期徒刑以上刑之宣告（3）被告違背第 253 條之 2 第 1 項各款之應遵守或履行事項。

不得請求返還或賠償。

緩起訴處分所命應遵守或履行合計8種事項，可分為「公益負擔」及「非公益負擔」二類；「非公益負擔」，又可區別為「以被害人為相對人」及「無相對人」。

公益負擔，包含：（4）向公庫支付一定金額（5）向政府機關等機構或團體提供義務勞務。

非公益負擔，則包含：

1. 以被害人為相對人：（1）向被害人道歉（2）立悔過書，並以被害人為相對人⁴（3）向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償（7）保護被害人安全之必要命令（例如：被害人住所、居所、辦公處所及其他所在地，300公尺範圍內，被告均不得靠近）
2. 無相對人：（2）立悔過書，但非以被害人為相對人（6）完成戒癮治療等處遇措施（8）預防再犯所為之必要命令（例如：接受交通安全或環保等教育之講習課程等）

二、緩起訴處分所命被告應遵守或履行事項之性質

（一）本解釋所持見解

就緩起訴處分所命應遵守或履行事項之性質，本解

⁴ 刑事訴訟法第253條之2第1項第2款所定之「立悔過書」，依檢察官認定之被告所犯罪名，得為以被害人為相對人，亦得為無相對人。檢察官認被告觸犯刑法第277條第1項傷害罪、第304條強制罪、第305條恐嚇罪、第309條至第314條妨害名譽及信用罪、第320條竊盜罪等，屬於前者；檢察官認被告觸犯刑法第266條、第268條、第270條及第271條之賭博罪等，屬於後者。此外，檢察官認被告觸犯刑法第309條至第314條之妨害名譽及信用罪，而為緩起訴處分，並無須得被告同意，於緩起訴處分書附記（參見刑事訴訟法第253條之1第3項）被告應向被害人道歉或應向被害人立悔過書，其情形與法院依民法第195條第1項後段，判命被告為回復名譽之適當處分，即屬非常類似；其不同者，僅在於前者不得為執行名義（刑事訴訟法第253條之2第2項後段參照），後者則得為執行名義（強制執行法第4條第1、2款參照）。按本院曾以釋字第656號解釋表示，民法第195條第1項後段所定「回復名譽之適當處分」，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第23條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。準此，檢察官於緩起訴處分書命被告向被害人道歉或向被害人立悔過書者，亦不得有涉及被告自我羞辱等損及其人性尊嚴之情事。

釋稱：「應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，為發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的，審酌個案情節與公共利益之維護，經被告同意後，命其履行之事項，性質上究非審判機關依刑事審判程序所科處之刑罰。惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。」（本解釋理由書第 11 段）

此外，本解釋另稱：「關於經檢察官命被告履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款及第 5 款所定事項之緩起訴處分部分，按緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，而其所附之應履行負擔，雖具有類似處罰之不利益效果，但並非經刑事審判程序依刑事實體法律所為之刑罰，如逕予排除罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為之評價即有不足，為重建法治秩序與促進公共利益，得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，俾對行為人之一行為進行充分評價。」（本解釋理由書第 19 段）

（二）本解釋見解之商榷

1. 行政罰法第 26 條之立法意旨：「刑罰優先行政罰原則」、「一行為不二罰原則」

按 94 年 2 月 5 日公布之行政罰法第 26 條規定：「（第 1 項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。（第 2 項）前項行為如經不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」

本條規定，是否足以明證我國就刑事罰與行政罰

業已根本採納「一行為不二罰」原則，固可爭論⁵，但不可否認者為，綜合本條第1項前段及後段規定，一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定，而應分別受刑事罰及行政罰時，如該刑事罰及行政罰之種類相同，則僅得依刑事法律處罰之；惟如行政罰與刑罰非屬同種類，或依行政罰得沒入之物而未經法院依刑法宣告沒收者，則仍得裁處該其他種類之行政罰或沒入該物。因此，本於行政罰法第26條第1項，而主張我國業已承認刑罰與行政罰為同種類（或具相同性質）者，有一行為不二罰原則之適用，應屬有據⁶。

此外，為貫徹前述行政罰法第26條第1項規定「刑罰優先行政罰」之意旨⁷，並避免人民之同一行為

⁵ 關於「一行為不二罰」、「一事二不二罰」或「一事不二理」(ne bis in idem)之基本理論，及我國是否已因本院釋字第604號解釋，而承認「一行為不二罰」、「一事二不二罰」或「一事不二理」為憲法基本原則之爭議，請參見就該號解釋，大法官曾有田、許宗力、彭鳳至、城仲模，分別提出之協同意見書，及大法官廖義男提出之部分協同、部分不同意見書，暨大法官楊仁壽提出之部分不同意見書、大法官許玉秀提出之不同意見書。此外，請參看：彭鳳至，一事不二罰原則與「一行為不二罰原則」之辯證～為司法院釋字第604號解釋請命（上）、（中）、（下），司法週刊，第1728期（2014年12月）、第1729期（2014年12月31日）、1730期（2015年1月9日）；林錫堯，關於建構憲法上一行為不二罰原則之問題，法學叢刊，第241期，2016年1月，1-27頁。又，本院釋字第311號、第384號、第490號及第503號解釋，均明示同一行為原則上不得重複受罰。另外，請併參見本院釋字第638號及662號解釋。關於ne bis in idem在德國法及歐洲之發展情形，請參閱Hochmayr (Hrsg.), "Ne bis in idem" in Europa, Praxis, Probleme und Perspektiven des Doppelverfolgungsverbots, 2015.

⁶ 此亦為本解釋聲請人之一（臺灣苗栗地方法院法官）101年3月23日解釋憲法聲請書第4頁所持見解。

⁷ 行政罰法第26條第1項之立法理由略為：一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，由於刑罰之懲罰作用較強，依刑事法律處罰，即足資警惕，並無再依行政法規處以行政罰之必要。且依刑事法律處罰，係由法院依較嚴謹之刑事訴訟程序為之，對於人民權利之程序性保障更為周全，故予以優先適用。

^但罰鍰以外之其他種類行政罰及沒入，因兼具維護個別領域公共秩序之作用，為達各該法律之行政目的，仍得併予裁處。參見，立法院公報第94卷第382頁。行

有悖於該意旨而同時受刑罰及行政罰，94 年 2 月 5 日公布之行政罰法特設第 32 條規定：「（第 1 項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分送該管司法機關。（第 2 項）前項移送案件，司法機關就刑事案件為不起訴處分或為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，應通知原移送之行政機關。」

2. 緩起訴處分與 100 年 11 月 8 日修正之行政罰法

（1）爭議緣由及法務部函釋

刑事訴訟法第 253 條之 1 至第 253 條之 3 關於緩起訴處分之規定，係該法於 91 年 1 月 18 日修正時所增訂。超過 3 年後，於 94 年 2 月 5 日始公布之行政罰法第 26 條第 2 項規定所稱之檢察官處分，卻僅限於不起訴處分，而未包含緩起訴處分在內。實務因而發生下列爭議：檢察官為緩起訴處分並依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定，命被告遵守或履行一定事項者，於該緩起訴處分確定，且被告通常業已遵守或履行緩起訴處分書所命事項之後，是否仍有行政罰法第 26 條第 2 項之適用，而得就同一行為另依違反行政法上義務規定裁罰之？

就此爭議，法務部於 94 年 7 月 28 日召開行政罰法諮詢小組第 1 次會議，並依據參與該次會議之多數委員意見，而作成會議結論：「……緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明，既為不起訴即

政罰法第 26 條第 1 項規定所宣示之「刑罰優先行政罰原則」，與德國違反秩序法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten，簡稱 OWiG）第 21 條第 1 項，十分類似，而德國違反秩序法第 21 條第 1 項之立法理由，亦與行政罰法第 26 條第 1 項之立法理由，幾乎相同；參見 BeckOK OWiG/Sackreuther, 15. Ed. 15.4.2017, § 21 Rn. 1.

依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第 26 條第 2 項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。」

前開會議決議公布後，實務仍不時出現相反看法。法務部遂又於 95 年 12 月 22 日召開行政罰法諮詢小組第 5 次會議，討論之問題為：「是否仍維持前開 94 年 7 月 28 日第 1 次會議結論？如仍予維持，行政機關裁處之時點究為『緩起訴處分確定時』或『緩起訴處分期間屆滿且未被撤銷時』？」該次會議之結論為：「綜合今天各位委員的意見，共有 13 位委員發言，其中 8 位採甲說，2 位採丙說⁸，3 位採折衷說，認為應區分緩起訴處分負擔的種類。另關於時間點的問題，發言之委員似均贊成不必等期滿才做行政罰，而是在緩起訴處分確定，即可進行行政罰程序。本次會議意見係供參考，不作成結論。」

其後，財政部以 96 年 1 月 29 日台財稅字第 09604505140 號函，向法務部詢問「一行為同時觸犯刑事法律及違反稅法上義務規定，經檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 為緩起訴處分後，稅捐稽徵機關得否就該違反稅法上義務再處以行政罰？」法務部於 96 年 2 月 16 日以法律決字第 0960005671 號回函表示：「查旨揭疑義前於 94 年 7 月 28 日提經本部行政罰法諮詢小組第 1 次會議討論，獲致具體結

⁸ 所謂甲說、丙說，係指法務部法律事務司為本次會議所提供之初步研究意見。甲說之內容為「緩起訴處分確定視同不起訴處分確定」；丙說為「緩起訴處分為實質刑事處罰」。另有乙說，內容為「緩起訴處分期間屆滿且未經撤銷時，視同不起訴處分確定」。

論略以：『…緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明，既為不起訴即依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第 26 條第 2 項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。』嗣因實務有不同見解，本部爰於 95 年 12 月 22 日就上開議題再提經諮詢小組第 5 次會議討論，其結論並未變更第 1 次會議結論，是本部 95 年 2 月 10 日法律字第 0950000533 號函仍予維持。惟因本案所涉層面廣泛，本部刻正檢討是否另循修正行政罰法相關規定之方式解決。」

（2）行政罰法第 26 條、第 32 條及第 45 條之修正

法務部鑑於同一行為經檢察官緩起訴處分並命被告遵守或履行一定事項後，就同一行為是否仍得依違反行政法上義務規定裁罰，實務爭議不斷，遂起草修正行政罰法第 26 條第 2 項，並於同條增訂第 3 至 5 項，另為配合本條之修正，乃一併修正同法第 32 條及第 45 條。全部修正條文經立法院於 100 年 11 月 8 日通過，並由總統於同年月 23 日公布。

修正後之行政罰法第 26 條第 2 至 5 項分別規定：「（第 2 項）前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者⁹，得依違反行政法上義務規定裁處之。（第 3 項）第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之

⁹ 劃線部分為本條第 2 項新增之內容。

公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。（第4項）前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。（第5項）依第二項規定所為之裁處，有下列情形之一者，由主管機關依受處罰者之申請或依職權撤銷之，已收繳之罰鍰，無息退還：1. 因緩起訴處分確定而為之裁處，其緩起訴處分經撤銷，並經判決有罪確定，且未受免刑或緩刑之宣告。2. 因緩刑裁判確定而為之裁處，其緩刑宣告經撤銷確定。」

修正後之行政罰法第32條全文為：「（第1項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分移送該管司法機關。（第2項）前項移送案件，司法機關就刑事案件為不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑、撤銷緩刑之裁判確定，或撤銷緩起訴處分後經判決有罪確定者¹⁰，應通知原移送之行政機關。（第3項）前二項移送案件及業務聯繫之辦法，由行政院會同司法院定之。」

3. 「特殊的處遇措施」：遠離人民認知與感受的法律人自我對話

按，法務部94年7月28日第1次行政罰法諮詢小組會議結論稱：「緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第256條規定自明，既為不起訴即依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第253條之2第1項規定對被

¹⁰ 劃線部分為本條第2項新增之內容。

告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。」

另按，本解釋稱：「……故緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在，反係終止刑罰權實現之程序性處理方式。就此而言，緩起訴處分既屬對被告不予追訴之決定，亦以聲請再議及交付審判程序作為告訴人之救濟手段（刑事訴訟法第 256 條第 1 項、第 258 條之 1 參照），故實係附條件之便宜不起訴處分。」（本解釋理由書第 9 段）

對法務部前開會議結論及本解釋上開論述，本席認為尚待商榷，理由如下：

- （1）依前開會議結論，檢察官為緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定，對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。然而，何謂「特殊的處遇措施」？有何「特殊」？與何種其他處遇措施相比之下，該指示及負擔顯現「特殊」？本會議結論並無任何理由，實不足以服人。
- （2）前開會議結論及本解釋上開解釋理由，以刑事訴訟法第 256 條再議之規定為依據，將緩起訴處分完全比照不起訴處分，從該條文義觀察，已有未洽；蓋該條第 1 項但書明定：「……第 253 條之 1 之處分曾經告訴人同意者，不得聲請再議。」換言之，檢察官依刑事訴訟法第 253 條之 1 所為之緩起訴處分，有經告訴人同意者，亦有不經告訴人同意者，其經告訴人同意之緩起訴，告訴人不得再議；而檢察官所為之不起訴，如為刑事訴訟法第 252 條之絕對不起訴，

則無經告訴人同意之情形。準此，不起訴與緩起訴，仍屬有別。從而，法務部前開會議決議所謂：「緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第 256 條規定自明」，顯無充分依據，則該會議結論以之為理由，而稱：「（緩起訴）既為不起訴即依不起訴處理」，即不足採取。

- (3) 檢察官為不起訴處分者，無論其為刑事訴訟法第 252 條之絕對不起訴、同法第 253 條之相對不起訴或同法第 254 條之於執行刑無重大關係之不起訴，對於受不起訴之被告而言，均無任何因不起訴而附帶發生之不利益。但檢察官為緩起訴處分，並附加刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項規定之指示或負擔者（即法務部前開會議結論所稱之「附條件緩起訴」），被告即有應遵守或履行該指示或負擔之義務與壓力；此與不起訴處分之情形，顯有極大差異。而且，一般老百姓，尤其受不起訴與緩起訴處分之被告本人，絕對能輕易感受其差異。

- (4) 綜上，法務部前開結論及本解釋上開解釋理由，論證尚有不足；如以嚴苛立場觀察，更純屬法律人在理論層面的自我對話及論辯，遠離一般百姓在實際生活的切身認知與體會。

4. 以「未經刑事審判程序」認緩起訴非刑罰之商榷

如前所述，刑事訴訟法於 91 年 1 月 18 日修正時，即已增訂緩起訴制度。行政罰法則於逾 3 年後之 94 年 2 月 5 日始公布，而當時之行政罰法第 26 條第 1 項及第 2 項規定，即已就同時觸犯刑事法律及違反行政法義務規定之同一行為，確立「刑罰優先行政罰」、

「未受刑罰者始得另裁處行政罰」之立法意旨；但該第2項所定得另裁處行政罰之情形，卻未包含緩起訴處分在內。迄行政罰法於100年11月8日修正時，始將「緩起訴處分確定」及「緩刑判決確定」，納入該第2項所定內容中，導致同一行為縱曾經檢察官緩起訴處分確定或曾經法院判決緩刑確定，行政機關仍得對該行為裁處行政罰，並從而引發本件關於修正後行政罰法第26條第2項之違憲疑義。

就此疑義，本解釋選擇僅就與聲請解釋原因案件相關之刑事訴訟法第253條之2第1項第4款（命被告向國庫支付一定金額）及第5款（命被告提供義務勞務）所定事項（以下合稱應履行之負擔），而認為：

- （1）應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，為發揮個別預防功能、鼓勵被告自新及復歸社會等目的，審酌個案情節與公共利益之維護，經被告同意後，命其履行之事項，性質上究非審判機關依刑事審判程序所科處之刑罰。惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。（本解釋理由書第11段）
- （2）系爭規定一（行政罰法第26條第2項關於經檢察官命被告為應履行之負擔之緩起訴處分部分）允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不

足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題。尤以立法者為減輕對人民財產所造成之整體不利益效果，以避免過度負擔，於100年修正行政罰法時，同時增訂第26條第3項及第4項，規定應履行之負擔得扣抵罰鍰，系爭規定一更與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違。（本解釋理由書第12段）

依本席所見，本解釋前開理由，尚待商榷，詳如下述：

- （1）本解釋選擇刑事訴訟法第253條之2第1項所定命被告應遵守或履行合計8事項中之2項，而置其餘6項於不問，固可以其餘6項與本聲請案之原因案件無關為依據，但此種「鋸箭式」處理法，能否處理將來對附該其餘6項之緩起訴處分之憲法解釋聲請案，已非無疑。此由本解釋理由訴諸該2項應履行之負擔（支付一定金額予國庫、提供義務勞務）乃「經被告同意後，…」，已可見端倪。試問：檢察官未經被告同意而作成命被告向被害人道歉或命被告立悔過書之緩起訴處分確定後，行政機關得否適用行政罰法第26條第2項規定，就同一行為裁處行政罰？此項問題，本解釋既未直接給予答案，亦未間接給予得據以推論之理由。
- （2）本解釋認為緩起訴處分所命之負擔並非刑罰之

另一理由在於，緩起訴處分並非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰。此項論證，似具說服力，更似得以憲法第8條第1項為準據。惟同一行為經判決緩刑確定者，當然係審判機關依刑事審判程序對被告所為，但依行政罰法第26條第2項規定，行政機關就該行為，仍得裁處行政罰。由是可見，有無經審判程序，並非重點。

- (3) 況且，緩起訴既為刑事訴訟法明定之制度，且緩起訴處分確定者，等同於法律上認定被告有犯罪之事實，且緩起訴如附有應遵守或履行之事項，並經被告完全遵守或履行者，更等同於法律上已命被告承擔應負之刑事責任。又，緩起訴處分期滿未經撤銷者，有實質之確定力，非有刑事訴訟法第260條規定之情事，不得再行起訴¹¹，亦即有禁止再訴之效力¹²。此時之已確定緩起訴處分，與確定之有罪判決相較，在效果上，並無關鍵之不同，僅在程序上，緩起訴處分乃檢察官所作，而判決乃法官所作而已。就此程序之差異，其實可以在承認緩起訴制度合憲之前提下，並本於緩起訴亦具有適度減輕法官負擔之立法宗旨，而解為：緩起訴制度，乃憲法基於法治國精神，就刑事訴訟法第253條之1所定之輕微案件，將憲法第8條第1項所定法院（法官）依法定程序審問及處罰人民之權限，委由檢察官行使，故將檢察官依法定程序所為之確定緩起訴處分等同於法官所為之

¹¹ 林俊益，刑事訴訟法概論（下），2011年2月，10版，87-88頁。

¹² 林鈺雄，刑事訴訟法，下冊，各論編，2013年9月，7版，78頁。

確定裁判，並不違反憲法第8條第1項規定。

5. 緩起訴處分所命負擔評價不足之憂慮

本解釋認定100年11月8日修正之行政罰法第26條第2項規定合憲，真正理由，其實在於憂慮對同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定之同一行為，如僅課以緩起訴所命應履行之負擔，將有評價不足之情形，亦即可能因緩起訴處分而「輕放違反行政法之重犯」。本件聲請案原因案件中之逃漏稅捐案，即屬此情形。在該等案件中，稅捐機關對漏稅行為人裁處之罰鍰，多為緩起訴處分所命漏稅行為人應支付政府機關或其他公益團體金額之十數倍，甚至數十倍。

有鑒於此，本解釋遂稱：「緩起訴處分……所附之應履行負擔，雖具有類似處罰之不利益效果，但……如逕予排除罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為之評價即有所不足，為重建法治秩序與促進公共利益，得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，俾對行為人之一行為進行充分評價。」（本解釋理由書第19段）

本解釋用心良苦，不言可喻。然而，為貫徹行政罰法第26條第1項規定「刑罰優先行政罰」及「一行為不受同種類重複處罰」之意旨，該法特設第32條規定：「（第1項）一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，應將涉及刑事部分移送該管司法機關。（第2項）前項移送案件，司法機關就刑事案件為不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑、撤銷緩刑之裁判確定，或撤銷緩起訴處分後經判決有罪確定者，應通知原移送之行政機關。（第3項）前二項移送案件及業務聯繫之辦法，由行政院會同司法

院定之。」

依此規定，行政機關處理違反行政法上義務之案件時，如發現該案件行為人同時涉及觸犯刑事法律，即應暫緩作成行政罰，並將涉及刑事部分移送司法機關。此在違反稅法案件及違反其他行政法上義務規定之案件，皆無不同。

因此，為避免所謂「緩起訴評價不足」而「輕放違反行政法重犯」之情形，關鍵應在於行政機關與檢察機關確實做好業務聯繫，檢察官於作成緩起訴處分時，亦應妥適全盤評價；而非先放任行政機關與檢察機關各行其是，再以令人民先受緩起訴處分，續受行政裁罰，為補救國家機關聯繫疏漏之手段。

貳、關於行政罰法第 45 條第 3 項部分

如上所述，94 年 2 月 5 日公布，次年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，並未將緩起訴納入，故依當時之法律，人民，尤其不熟悉法律之人民，應可信賴如受緩起訴處分，並遵守或履行該緩起訴處分所命事項後，即為「事情了結」。此在檢察官使被告同意或接受緩起訴處分時，未告知被告可能尚須接受行政罰裁處之情形，更有可能。

準此，100 年 11 月 8 日修正之行政罰法第 45 條第 3 項規定，看似因溯及發生以緩起訴處分所命之負擔扣抵行政罰鍰之效力，而為有利於人民，但卻以 100 年 11 月 8 日修正之行政罰法第 26 條第 2 項亦連同溯及既往為前提；而此前提，與前述人民之信賴，顯然不無違背。本解釋就此，並未提出充分理由，即遽認該第 45 條第 3 項規定未牴觸法律不溯及既往及信賴保護原則（本解釋理由書第 15 段及第 16 段），實難贊同。

參、關於 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項是否包含緩起訴處分部分

就此部分，本解釋再度僅以「應履行之負擔既僅具有類似處

罰之不利益效果，並非刑罰」為由，而將 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項，解釋上可包含緩起訴處分在內（本解釋理由書第 22 段）。其理由為本席無法贊同，已如前述，無須複贅。

肆、結論

本解釋一方面稱：「緩起訴處分之本質，係法律授權檢察官為終結偵查所為之處分，其作用並非確認刑罰權之存在」、「（緩起訴處分所命）應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，……，性質上究非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰。」他方面又稱：「惟應履行之負擔，課予被告配合為一定之財產給付或勞務給付，致其財產或人身自由將受拘束，對人民而言，均屬對其基本權之限制，具有類似處罰之不利益效果。從而國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度，以符比例原則之要求。」

由是可見，本解釋深深困擾於如何合理解釋行政罰法第 26 條規定，始能在同一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定時，既保障人民財產權，不因同一行為而受重複處罰，以貫徹行政罰法第 26 條第 1 項之立法意旨，又避免該行為僅受不符評價之低度刑罰而脫逸應有之高度行政罰，以實踐行政罰法第 26 條第 2 項之立法目的。

為解決前述困境，本解釋選擇僅以附經被告同意而命應遵守或履行事項之緩起訴處分為解釋客體，置其餘情形之緩起訴處分於不問。就此而論，本解釋所採之方法論，已不無可議。

此外，本解釋又刻意避免採用「一行為不二罰原則」作為審查標準，而指稱系爭行政罰法 26 條第 2 項規定「不涉及一行為二罰之問題」，並論斷該規定「並未違反比例原則」（本解釋理由書第 12 段），但卻未提出為何不涉及一行為二罰之具體理由，亦未實質運用比例原則審查前開規定。此種論證方式，無異於先下結論再找理由，不僅有欠妥適，更屬遠離人民感受，實待商榷。

106 年 8 月 1 日

院台大二字第 1060020466 號

公布更正 不同意見書

湯德宗大法官 提出

本件所涉憲法疑義之核心，一言以蔽之，即一行為同時觸犯刑法及違反行政法上義務者，如經檢察官就觸犯刑法部分為「緩起訴」處分，並命履行刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款¹或第 5 款²所定內容（下稱「應履行負擔」）確定後，行政罰法第 26 條第 2 項³規定，行政機關仍得就違反行政法上義務部分裁處罰鍰。如此規定是否合憲？⁴

與此相關之憲法疑義則為：

1) 行政罰法第 26 條第 3 項⁵及第 4 項⁶關於「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，是否合憲？

2) 行政罰法第 45 條第 3 項⁷前段使前開同法第 26 條第 3 項及第 4

¹ 參見刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：……四、向公庫支付一定金額，並得由該管檢察署依規定提撥一定比率補助相關公益團體或地方自治團體。」

² 參見刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 5 款：「檢察官為緩起訴處分者，得命被告於一定期間內遵守或履行下列各款事項：……五、向該管檢察署指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。」

³ 參見行政罰法第 26 條第 2 項：「前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」

並參見同條第 1 項：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。但其行為應處以其他種類行政罰或得沒入之物而未經法院宣告沒收者，亦得裁處之。」

⁴ 是本件以「命應履行負擔之緩起訴處分確定後再處罰鍰案」為標題。

⁵ 參見行政罰法第 26 條第 3 項：「第一項行為經緩起訴處分或緩刑宣告確定且經命向公庫或指定之公益團體、地方自治團體、政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，支付一定之金額或提供義務勞務者，其所支付之金額或提供之勞務，應於依前項規定裁處之罰鍰內扣抵之。」

⁶ 參見行政罰法第 26 條第 4 項：「前項勞務扣抵罰鍰之金額，按最初裁處時之每小時基本工資乘以義務勞務時數核算。」

⁷ 參見行政罰法第 45 條第 3 項：「本法中華民國一百年十一月八日修正之第二十六條第三項至第五項規定，於修正施行前違反行政法上義務之行為同時觸犯

項得扣抵罰鍰之規定，溯及適用於100年行政罰法修正前應受行政罰，而尚未裁處罰鍰之行為，是否合憲？

3) 行政罰法第26條第2項有關「緩起訴處分」部分係100年11月8日修法所增訂，在此之前財政部以96年3月6日台財稅字第09600090440號函⁸（系爭函一），釋示緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，得再依該條項裁處罰鍰。上開函釋是否合憲？

另，關於95年2月5日施行之（舊）行政罰法第26條第2項⁹得否適用於附「應履行負擔」之「緩起訴處分」，行政法院與普通法院發生見解歧異之情形，本解釋爰併為統一解釋（解釋文第3段、解釋理由書第4段、第20段至第22段參照）。

就前述核心疑義，本解釋（多數意見）雖肯定行政罰法第26條第2項關於檢察官命「應履行負擔」之緩起訴處分部分（下稱系爭規定一）¹⁰，尚未牴觸憲法第23條之比例原則，與憲法第15條保障人民財產權之意旨無違（解釋文第1段參照），惟其論理十分簡略：「系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政

刑事法律，經緩起訴處分確定，應受行政罰之處罰而未經裁處者，亦適用之；曾經裁處，因訴願、行政訴訟或其他救濟程序經撤銷，而於修正施行後為裁處者，亦同。」

⁸ 參見財政部96年3月6日台財稅字第09600090440號函：「主旨：關於一行為同時觸犯刑事法律及違反稅法上義務規定，經檢察官依刑事訴訟法第253條之1為緩起訴處分後，稅捐稽徵機關得否就該違反稅法上義務再處以行政罰疑義乙案。說明：二、案經洽據法務部96年2月16日法律決字第0960005671號函（下稱系爭函二）意見略以：『緩起訴者乃附條件的不起訴處分，亦即是不起訴的一種，此觀諸刑事訴訟法第256條規定自明，既為不起訴即依不起訴處理。檢察官為緩起訴處分時依刑事訴訟法第253條之2第1項規定對被告所為之指示及課予之負擔，係一種特殊的處遇措施，並非刑罰。因此，刑事案件經檢察官為緩起訴處分確定後，宜視同不起訴處分確定，依行政罰法第26條第2項規定，得依違反行政法上義務規定裁處之。』」

⁹ （舊）行政罰法26條2項規定：「前項行為如經不起訴處分為無罪、免訴、不受理、不付審理之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」

¹⁰ 刑事訴訟法第253條之2第1項計有八款，規定各種得命被告遵守或履行之事項。本解釋所稱「應履行事項」僅限於其中第4款與第5款，其他如第1款之「向被害人道歉」、第2款之「立悔過書」等，均不在本解釋之範圍。

法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的顯屬正當。就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性，並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題」（解釋理由書第 12 段參照）。至於其中之關鍵，包括：應履行之負擔，其「目的及性質」與刑罰究竟何所不同（，從而得以併罰）？「應履行之負擔」既對人民造成不利益，何以併處罰鍰並不違反「比例原則」？如何操作得知併罰之整體效果尚非顯失均衡？「應履行負擔」與「罰鍰」併罰，何以「亦不涉及一行為二罰之問題」？所謂「一行為不二罰」究何所指等，幾付闕如。而本件併案審理之聲請案多達 26 件（連原聲請案計有 27 件，其中 7 件為法官聲請，詳如本解釋「附表」），堪稱歷來所僅見，顯示系爭疑義在實務上已造成相當普遍之困擾，多數大法官以如此簡陋之解釋回應，恐難孚眾望，爰提出不同意見書如後。

首先，本席以為，系爭規定一與同法第 26 條第 3 項及第 4 項（可扣抵之規定）應合併審查。亦即，系爭規定一與同法第 26 條第 3 項及第 4 項係屬不可切分之條文（inseverable provision），須一體論斷其合憲性。其次，在此前提下，始能獲致上開三規定為「合憲」之結論。質言之，附「應履行負擔」之「緩起訴處分」確定後，憲法之所以允許行政機關仍得裁處「罰鍰」，乃因有同條第 3 項及第 4 項（應履行負擔得扣抵罰鍰之）規定故爾；反之，如無同條第 3 項及第 4 項之規定，系爭規定一即屬「違憲」（理由詳後文）。是本席不能認同多數意見拒不將行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項一併列為審查客體（審查標的），而單獨判定¹¹同條第 2 項中之系爭規定一「合憲」的結論及論理。更深一層說，本席以為本解釋應延續本院釋字第 503 號及第 604 號解

¹¹ 多數意見以為：行政罰法第 26 條第 3 項及第 4 項（得扣抵）之規定使得系爭規定一「更與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違」（解釋理由書第 12 段參照）。換言之，縱無前開兩項規定，亦不影響系爭規定一為「合憲」之結論。

釋之脈絡，進一步闡釋「一行為不二罰」原則於系爭規定一亦有適用，惟因有同條第3項及第4項之扣抵規定，乃無「過度處罰」（excessive punishment）之虞，故而合憲。此與多數意見立場認「應履行負擔」之「目的與性質」與「刑罰」不同，即不違反「比例原則」，亦「不涉及一行為不二罰之問題」，實屬迥異。試申論之。

壹、核心憲法疑義爭點一覽

為便讀者掌握本件核心疑義之爭論，作為開展下文之基礎，首先需簡要整理27件聲請書之內容。

一、法官聲請要旨

七件法官聲請書之見解大體相同，略謂：

1. 「一行為不二罰」原則已然具有憲法位階。司法院釋字第503號解釋闡釋：「除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」。嗣司法院釋字第604號解釋更援引「法治國家一行為不二罰之原則」作為審查依據。
2. 「一行為不二罰」原則之適用，應以處罰之性質與種類是否不同作為判斷之核心。而處罰性質與種類是否相同，應就處罰之本質，從實質上加以判斷，非謂罰鍰必然不同於人身自由拘束或強制性勞務提供，否則一行為不二罰原則將因機械性解釋而淪為具文。
3. 行政罰法第26條第1項¹²前段規定（一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰）之「刑罰優先」原則乃「一行為不二罰」原則之宣示。刑罰與行政罰具有相同處罰性質者，亦應有「一行為不二罰」原則之適用。
4. 100年11月8日修法增訂行政罰法第26條第2項之立法理由固謂：緩起訴處分之性質，實屬附條件之便宜不起訴

¹² 同前揭前註3。

處分；檢察官為緩起訴處分時，依刑事訴訟法第 253 條之 2 之第 1 項之規定對被告附加之「應履行負擔」（聲請書稱作「公益性負擔」），係一種特殊之處遇措施，**並非刑罰**。惟「應履行負擔」之內容，與刑罰上剝奪財產之罰金刑及剝奪自由之拘役、徒刑，名義上雖有不同，但其剝奪財產或自由之痛苦內涵，則無二致。是「應履行負擔」雖無處罰之名，但在本質上應以處罰視之，且其處罰之種類，與刑罰並無不同。復鑑於被告倘未履行「應履行之負擔」，即須面臨緩起訴處分撤銷之後果（重新接受刑事追訴），是「應履行之負擔」實質上具有相當之強制性，被告並無履行與否之真正自由；他方面，倘被告履行「應履行負擔」，於緩起訴處分期滿後，即有與不起訴處分確定之同一效力（刑事訴訟法第 260 條參照），是「應履行之負擔」具有刑事處罰之替代作用，實質上與刑罰性質相同。

綜上，法官聲請意旨（隱含地）認行政罰法第 26 條第 1 項前段規定（刑罰與行政罰競合時，應以刑罰為優先）之「刑罰優先」原則即為「一行為不二罰」原則，並認為命「應履行負擔」之「緩起訴處分」性質上等同「刑罰」，故系爭規定一（於檢察官命「應履行負擔」之「緩起訴處分」確定後，復允許行政機關裁處罰鍰之）已構成「重複處罰」而「違憲」。

二、人民聲請要旨

其餘 20 件人民聲請書之主張亦大體相同¹³，略謂：

1. 司法院釋字第 503 號解釋釋示「一事不二罰」原則：「按二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基

¹³ 查 20 件人民聲請案中，有 16 件係出自同一律師事務所。

本原則」。美國聯邦憲法修正條文第 5 條之「雙重危害條款」(double jeopardy clause)與我國憲法「一事不二罰」原則之內涵相通，既為現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在憲法第 22 條保障之列。又，按美國聯邦最高法院之見解(United States v. Halper, 490 U. S. 435 (1989)，下稱 *Halper* 案)雙重危害條款亦適用於民事金錢裁罰(按：指民事罰金 civil penalty)。即一行為經處以刑罰(按：該案被告因虛偽陳述，向政府詐領醫療保險補助 585 美元，經判處 2 年有期徒刑及 5,000 美元罰金)後，行政機關復依 Civil False Claims Act 對之提起民事訴訟，請求裁處民事罰金 130,000 美元。聯邦最高法院認為，在後之民事訴訟若非基於「損害賠償」之目的，而係為「嚇阻」或「報應」之目的，即屬「雙重處罰」而違憲。

2. 緩起訴處分非行政罰法第 26 條所稱之「不起訴處分」。蓋兩者所依據之法源及作成之構成要件不同，不應等同視之。且緩起訴處分確定後，尚須經過一至三年不等之「緩起訴期間」，始能發生與「不起訴處分」確定相同之「一事不再理」效力。在「緩起訴期間」，受處分人隨時可能因另犯他罪，或因未履行「應履行負擔」等原因，而遭檢察官撤銷緩起訴處分。況緩起訴處分所附「應履行負擔」使人民承受一定之負擔，與不起訴處分大異其趣。
3. 緩起訴處分實質上為刑事罰。蓋緩起訴處分所附「應履行負擔」實質上與中華民國刑法第 33 條第 5 款之「罰金」或同法第 41 條「易服社會勞動」無異，同對行為人之人身自由及財產權產生相當之負擔。且，若「應履行負擔」(按：聲請書原作「指示或負擔」)僅為一種特殊的處遇措施，而非刑罰，則何以行為人未履行「應履行負擔」時，檢察官仍得重新開啟刑事追訴程序，請求刑事法院以刑事

審判程序審理！至以緩起訴處分之作成未經刑事正當法律程序，故非屬刑罰之說，則有倒果為因之嫌。蓋刑罰處罰較重乃其因，故而須經較嚴謹之法院程序乃其果；不能逆向解釋，倒果為因。命「應履行負擔」之「緩起訴」處分既屬基於刑事法律所為之處罰，即須接受「一事不二罰」或（禁止）「雙重危害」原則之檢視。

4. 緩起訴處分縱非屬刑罰，亦屬行政罰。檢察官作成緩起訴處分乃屬「行政機關」之職權行使，且緩起訴處分所附「應履行負擔」具有裁罰性質。是臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會刑事類提案第 36 號結論，即認「捐款行為」具行政罰性質，故行政機關不得再就同一行為課處罰鍰。
5. 行政程序法第 7 條¹⁴為憲法上「比例原則」之具體展現。行政機關行使行政罰法第 26 條第 2 項之裁量權限時，應受比例原則之拘束。其所裁處之行政罰鍰不得對人民造成過度之侵害。立法院於 100 年 11 月 8 日增訂行政罰法第 26 條第 3 項、第 4 項規定，使緩起訴處分附加之「應履行負擔」得扣抵罰鍰，即為避免使人民遭受雙重處罰。

綜上，人民聲請之意旨認附「應履行負擔」之「緩起訴處分」性質上等同「刑罰」，或至少為「行政罰鍰」，故應有「一行為不二罰」原則之適用。系爭規定一（及系爭函一）視「緩起訴處分」為（行政罰法第 26 條第 2 項之）「不起訴處分」，已違反憲法第 7 條平等原則、第 23 條比例原則及司法院釋字第 503 號解釋所揭示之「一事不二罰原則」及（禁止）「雙重危害原則」，侵害人民依憲法第 15 條所保障之財產權。相較前述法官聲請意旨，人民聲請意旨對於「命應履行負擔之緩起訴處分」除優先定性

¹⁴ 參見行政程序法第 7 條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

為「刑罰」外，並備位定性為「行政罰鍰」；其聲明之憲法審查原則除「一事不二罰原則」（按：即「一行為不二罰」原則）外，並有「比例原則」。而其關於「一行為不二罰」原則之理解似重在有無「重複處罰」，而未強調「刑罰優先」。

貳、檢察官命「應履行負擔」之緩起訴處分確定後，行政機關得再就同一行為裁處罰鍰，已構成「重複處罰」；然因有「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，乃無過度處罰之虞，尚不違反憲法上「一行為不二罰」原則

一、憲法上「一行為不二罰」原則之意涵

1. 本院釋字第 503 號解釋首揭「一行為不二罰」之原則，謂：納稅義務人「一行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則」。反之，「違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨」。嗣本院釋字第 604 號解釋就道路交通管理處罰條例對持續違規停車得予多次處罰之規定，釋示：「並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無抵觸」。

由如上兩件解釋可知：憲法上「一行為不二罰」原則（至少）係指：對同一行為不得重複施以相同性質／種類之處罰，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得併罰。其適用乃以數個相同性質／種類之處罰存在為前提，是憲法上「一行為不二罰」原則，並非謂「同一行為一概不得重複施以處罰」。¹⁵ 而對同一行為所以不得重複施

¹⁵ 此亦德國聯邦憲法法院所持之見解。BVerfGE 83, 1（「對於單一及同一事件，

以同種類之處罰，乃為避免人民遭受「過度處罰」¹⁶；至於不應過度處罰之基理（underlying rationale）或憲法基礎（constitutional basis）則為「法治（國）原則」，釋字第604號解釋爰逕以「法治國家一行為不二罰之原則」稱之。惟，憲法上「一事不二罰原則」並不等於行政罰法第26條第1項所定之「刑罰優先」原則。雖行政罰法第26條第1項前段規定「刑罰優先並阻斷行政罰鍰」之原則確可理解為：立法者為體現憲法上「一事不二罰原則」所為之立法抉擇。然該條所定之「刑罰優先」原則本有例外（該條項但書參照），且違反該原則亦不當然抵觸憲法上「一事不二罰原則」。¹⁷

2. 美國法上禁止「雙重危害」原則與憲法上「一事不二罰原則」理念相通。美國聯邦憲法增修條文第5條規定：「受同一犯罪處分者，不得令受二次生命或肢體上的危害」（nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb），通稱（禁止）「雙重危害條款」（double jeopardy clause）。其原意係指刑事案件的「一事不再理」（*non bis in idem*），包括：1）無罪判決後，不得就同一行為再為追訴（Autrefois Acquit）；2）有罪判決後，不得就同一行為再為追訴（Autrefois Convict）。嗣又發展出3）同一行為不得多次處罰（參見 *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 717 (1969)）。與本案相關者厥為3）「禁止重複處罰」原則（multiple punishment doctrine）。

不允許有兩次不利後果之一般法律原則，無論如何並不存在」。

¹⁶ 參見釋字第604號解釋理由書第3段（對持續違規停車得予多次裁處罰鍰，乃因「罰鍰金額仍屬有限，衡諸維護交通秩序、確保交通安全之立法目的而言，尚未逾越必要之程度」）。

¹⁷ 例如，當刑罰之處罰較行政罰為輕（如罰金之金額低於行政罰鍰之金額），為免發生責罰失衡之結果，道路交通管理處罰條例即不採「刑罰優先並阻斷罰鍰」之原則，而要求罰鍰須補足最低罰鍰額度（參照道路交通管理處罰條例第35條第8項）。其規定並不當然違反憲法上「一行為不二罰」之原則。

德國基本法上亦有類似美國之「雙重危害條款」。其第 103 條規定：「任何人均不得因同一行為，根據一般性刑事法律多次被處以刑罰。」（Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.）據此，德國之「一行為不二罰」係就普通刑罰間而言。一般刑事法律之處罰與「其他處罰」之重複處罰，不在其適用（禁止）範圍。又，無論美國或德國憲法，其有關「一行為不二罰」之規定，皆不適用於本國刑罰與外國刑罰間之重複處罰，亦不適用於刑罰與行政罰間之重複處罰。美國聯邦憲法之「一行為不二罰」原則，僅係就聯邦刑罰而言。聯邦刑罰與邦刑罰間，以及各邦刑罰間，則不在其適用範圍。

惟前揭 *Halper* 案，聯邦最高法院更將（禁止）「雙重危害原則」適用於一行為同時觸犯刑事法律，處以刑罰後，再以民事訴訟請求民事罰金之情形，謂：在後之民事罰金訴訟是否構成二次刑罰，應視其目的與先前實施之刑事訴訟是否有別而定。因美國聯邦法律針對同一不法行為同時施以「刑罰」與「民事制裁」（含「民事罰金」、「沒入」等）作為制裁手段的情形日益普遍，該案之影響不容低估。

3. 憲法上「一事不二罰原則」固寓有「比例原則」之精神，但究非（典型／傳統之）「比例原則」。前揭本院釋字第 503 號解釋所稱「除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰」等語，顯示憲法上「一事不二罰原則」原寓有「比例原則」之精神。然其重點在於「重複處罰是否侵害過度（過度處罰）」。¹⁸

¹⁸ "The rule is one of reason: where a defendant previously has sustained a criminal penalty and the civil penalty sought in the subsequent proceeding bears no rational relation to the goal of compensating the Government for its loss, but rather appears to qualify as punishment in the plain meaning of the word, then the defendant is

多數意見以「應履行負擔」之目的及性質與刑罰不同，認為兩者併罰尚不違反「比例原則」。然其論理非常簡約，僅謂：「為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，其目的洵屬正當。其所採另得裁處罰鍰之手段，連同應履行之負擔，就整體效果而言，對人民造成之不利益，尚非顯失均衡之過度評價，與目的間具合理關聯性」。上開操作方式，係將原用以評價「單個」處罰有無「過當」之個體式「比例原則」，套用以評價「多個」處罰併罰（加總）之結果（效果）是否過當，而悄然轉變（質變）為總體式「比例原則」。不僅造成法律用語之混淆（蓋此「比例原則」，非彼「比例原則」），檢驗方式且充滿困惑。例如：（「應履行負擔」與「罰鍰」）併罰之「目的」何以洵屬正當？其目的有無不正當者？如何得知併罰之整體效果「尚非顯失均衡」？又何以「尚非顯失均衡」即為「手段與目的間具有合理關聯」？

二、憲法上「一行為不二罰」原則之操作步驟

本席以為，是否違反憲法上「一行為不二罰」原則應依下列四個步驟檢驗操作：

1. 是否因「一行為」而生數個處罰？倘數個處罰並非基於同「一行為」，自無「一行為不二罰」原則之適用。所謂「一行為」，本席以為，原則上應指「同一原因事實」而言。所謂「同一原因事實」，其義約同於許宗力大法官釋字第604號解釋「協同意見書」中所稱之「自然單一行為」，亦即，指「以一個理性的非法律人，根據社會一般通念，或以自然觀察方法所理解的一行為」。
2. 是否為基於同一原因事實所生之「數個處罰」？關於基於

entitled to an accounting of the Government's damages and costs to determine if the penalty sought in fact constitutes a second punishment." *Halper*, 490 U.S. at 449.

「同一原因事實」而生之「單一」處罰是否合理（有無過當），乃屬典型之「比例原則」所處理的問題，無「一行為不二罰」原則可言。

至於何謂「處罰」（punishments, sanctions）？應如何界定？本席以為，為有效維護人權，應立於人民之立場，考量人民之感受，從寬界定為：**凡具有非難意味之不利措施皆屬「處罰」**，包括行政罰法所稱之各種「裁罰性不利處分」、懲戒罰等，而不限於「刑罰」。準此，系爭之命「應履行負擔」或為財務上之不利利益（命支付一定金額，刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款參見），或為一般行為自由之限制（命服義務勞務，刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 5 款參見），並連帶地對緩起訴處分相對人之名譽、心理有所制約。是無論「應履行負擔」是否定性為「刑罰」，其應屬「處罰」，殆無疑義。

3. 基於同一原因事實所為之數個處罰，其「**性質與種類是否相同**」？按本院釋字第 503 號解釋所示，僅基於同一原因事實所為之數個**性質／種類相同之處罰**，始構成「**重複處罰**」，而有「一行為不二罰」原則之適用。然，如何認定數個處罰之性質／種類是否相同？本席以為，應以系爭「處罰」侵害人民之「權利」法益類型為斷。人民之權利，按美國聯邦憲法之用語，可約分為三大類：生命（life）、自由（liberty）與財產（property）。雖然各國實定法上對於處罰之分類不盡相同，例如我國即有刑罰、行政罰、懲戒罰等之分，然就處罰之內容（即其侵害之權利類型）而言，主要仍不外前述三大類權益。以系爭之「應履行負擔」為例，「命支付一定金額」侵害者為被告（犯罪嫌疑人）之「財產」利益，其與「罰金」及「罰鍰」應屬相同性質／種類之處罰。至「命服義務勞務」所侵害者為被告（犯罪嫌疑人）之「自由」利益，而與「有期徒刑」、「拘役」

屬相同性質／種類之處罰；嗣因行政罰法 100 年修正准許義務勞務核算為金錢，並扣抵罰鍰（第 26 條第 3 項及第 4 項參照），其乃轉為侵害被告（犯罪嫌疑人）之「財產」利益，而屬與「罰金」及「罰鍰」相同性質／種類之處罰。

茲，命「應履行負擔」之「緩起訴」處分，應如何定性？就此關鍵問題，多數意見僅謂：緩起訴處分所附加之應履行之負擔，「性質上究非審判機關依刑事審判程序對被告所科處之刑罰」（解釋理由書第 11 段參照），然並未正面定性其為何；更未說明其「目的及性質」究與行政罰有何不同，從而得併處罰鍰，論理顯有不足。

本席以為，檢察官命「應履行負擔」之「緩起訴」處分，應定性為「行政罰」，而非「刑罰」。關於命「應履行負擔」之「緩起訴」處分非為「刑罰」部分，本席同意多數意見之見解；然本席以為並應明確地將之應定性為「行政罰」。除因檢察官隸屬法務部，屬於行政部門，乃職司執法工作之行政官（law enforcement officers）外，「緩起訴」處分之性質（自其決定之程序、內容及效力觀之）實屬「行政處分」。100 年修正行政罰法增訂第 26 條第 3 項與第 4 項規定，允許「應履行負擔」扣抵罰鍰，顯示立法者亦認為「應履行負擔」與「罰鍰」乃性質／種類相同之處罰（否則如何能為扣抵）。是命「應履行負擔」之「緩起訴」處分確定後，就同一原因事實再予罰鍰，因二處罰之性質／種類相同，即有「一行為不二罰」原則之適用。

4. 基於同一原因事實所生數個性質／種類相同之處罰，其「規範目的」是否相同？縱為數個相同性質／種類之處罰，已構成「重複處罰」，但如能證明各自追求不同之「規範目的」，則非屬「過度處罰」，仍不違反「一行為不二罰」之原則。按美國法院實務見解，一行為同時觸犯（刑事）「罰金」與「民事罰金」（civil penalty）者，因二者「規

範目的」一般不同（前者為求「嚇阻」與「報應」，後者為求「損害賠償」），並不違反「一行為不二罰」之原則。¹⁹我國學界通說略同。²⁰

參、「應履行負擔」得扣抵罰鍰規定之溯及適用，無論認為系爭規定一合憲與否，其結果皆有利於人民，故為合憲

關於行政罰法第45條第3項²¹將同法第26條第3項及第4項允許「應履行負擔」得扣抵罰鍰之規定，溯及適用於100年行政罰法修正前應受行政罰而尚未裁處罰鍰之行為，是否合憲一節，多數意見循著前述判定系爭規定一「合憲」之結論，認其乃屬法律溯及既往之特別規定，且適用之結果有利於人民（蓋人民因而得減少所受之財產上不利益），自無違信賴保護原則，非法律不溯既往原則所禁止（解釋理由書第14段至第16段參照）。本席雖不同意多數意見關於系爭規定一「單獨合憲」之論斷，惟亦贊同溯及適用之結果有利於人民，而無違信賴保護原則。並以為該溯及適用之修正，顯示立法者有意積極改正過去違反「一事不二罰」原則之違憲狀態。

肆、關於舊行政罰法第26條第2項適用範圍之見解歧異，應以否定說為正確

最後，關於舊行政罰法第26條第2項適用範圍之法院見解歧異部分，多數意見亦循序判定系爭規定一「合憲」之結論，認「應履行之負擔」既僅具有類似處罰之不利益效果，並非刑罰，緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解

¹⁹ 惟按前揭 *Hapler* 案之見解，訴求在後之民事罰金（130,000 美元）與該虛偽申報行為所造成之損害（不法詐領 585 美元）「顯然不成比例」（overwhelmingly disproportionate），而政府無法證明定裁處民事罰金與填補政府損害之目的間具有「合理關聯」（rational relation）時，應認「民事罰金」已質變為與刑罰相同之目的（嚇阻與應報），從而為憲法上所禁止之「重複處罰」。Halper, 490 U.S. at 449.

²⁰ 參見陳敏，《行政法總論》，第4版，頁716（2004年11月）（一行為同時觸犯「刑罰」與「行政罰」，因二者「規範目的」不同，並不構成重複處罰）。

²¹ 同前揭前註7。

釋上自得適用 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之」（解釋理由書第 22 段參照）。亦即認（95 年 2 月 5 日施行之）舊行政罰法第 26 條第 2 項所謂「不起訴處分」，得擴張解釋包括「緩起訴處分」在內（解釋理由書第 20 段參照）。同理，多數意見認系爭函一與法律保留原則無違（解釋理由書第 18 段及第 19 段參照）。

本席既認為命「應履行負擔」之「緩起訴」處分為行政罰，與「罰鍰」屬相同性質／種類之處罰，而舊行政罰法第 26 條第 2 項既無 100 年修法增訂之第 26 條第 3 項及第 4 項（允許「應履行負擔」得扣抵罰鍰）之規定，於緩起訴處分確定後，行政機關自不得再就同一行為裁處罰鍰。同理，系爭函一無論有無法律明文授權，均屬違憲。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第七五二號解釋

【第二審初次受有罪判決者得上訴第三審案】

中華民國 106 年 7 月 28 日

院台大二字第 1060020314 號

解 釋 文

刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。」就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決者，規定不得上訴於第三審法院部分，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。惟就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起 10 日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定駁回上訴。

解釋理由書

聲請人張宗仁（下稱聲請人一）因竊盜案件，經臺灣宜蘭地方法院檢察署檢察官提起公訴。臺灣宜蘭地方法院以 104 年度易字第 125 號刑事判決，就檢察官起訴指稱之犯行，為部分有罪、部分無罪之判決。聲請人一及檢察官各就有罪與無罪部分，分別提起上訴。臺灣高等法院以 104 年度上易字第 2187 號刑事判決，就第一審判處有罪部分，均予維持；就第一審判決無罪部分，則就其中 5 項犯行改依刑法第 321 條判決聲請人一有罪。嗣聲請人一就第二審之有罪判決，提起

上訴。臺灣高等法院認聲請人一所犯刑法第 321 條竊盜罪，屬刑事訴訟法第 376 條（該條第 1 款及第 2 款下併稱系爭規定）第 2 款所定不得上訴於第三審法院之案件，以 104 年度上易字第 2187 號刑事裁定（下稱確定終局裁定），駁回其上訴。聲請人一認系爭規定之第 2 款適用於第二審維持第一審有罪判決及第二審撤銷第一審無罪判決並自為有罪判決部分，牴觸憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，不法侵害人民受憲法保障之人身自由及訴訟權，向本院聲請解釋憲法。

另一聲請人陳彥宏（下稱聲請人二）因違反性騷擾防治法案件，經臺灣高雄地方法院檢察署檢察官提起公訴。臺灣高雄地方法院認不能證明聲請人二犯罪，以 98 年度易字第 1416 號刑事判決，為其無罪之諭知。嗣檢察官提起上訴，臺灣高等法院高雄分院以 99 年度上易字第 476 號刑事判決（下稱確定終局判決），撤銷第一審無罪判決，並依性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定，改判聲請人二有罪。因前揭性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定，屬系爭規定之第 1 款所列「最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」，故聲請人二不得就該判決上訴於第三審法院而確定。聲請人二認系爭規定之第 1 款有牴觸憲法第 7 條保障之平等權及第 16 條保障之訴訟權，向本院聲請解釋憲法。

按司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。次按系爭規定明定：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。」查確定終局裁定係適用系爭規定之第 2 款，裁定駁回聲請人一之上訴，故聲請人一就系爭規定之第 2 款所為解釋憲法之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之要件相符，應予受理。另查確定終局判決雖未明文適用系爭規定之第 1 款，然系爭規定之第 1 款既係直接規範確定終局判決，使聲請人二不得上訴於第三審法院，故應認其已為該確定終局判決所當然適用，而屬大審法第 5 條第 1 項

第 2 款所規定確定終局裁判所適用之法律。原不待聲請人二單純為滿足該條之要件，提起明知將遭駁回之第三審上訴，促使法院於駁回之裁定中直接適用系爭規定之第 1 款，以便其依大審法前揭規定聲請解釋憲法。故聲請人二因系爭規定之第 1 款，使其無法就改判有罪之第二審判決上訴於第三審法院，認該款有牴觸憲法第 16 條之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與大審法前揭規定之要件相符，亦應予受理。

上開二聲請人雖係分別就系爭規定之不同款規定提出聲請，然系爭規定二款是否牴觸憲法，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照）。人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。此外，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定（本院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋參照）。

系爭規定限制人民上訴於第三審法院，涉及憲法第 16 條所保障人民之訴訟權。其規定旨在減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能（立法院 83 年 6 月 22 日議案關係文書院總第 161 號政府提案第 4969 號參照）。故系爭規定係立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，所為之裁量。倘就系爭規定所列案件，被告經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪

判決，因其就第一審有罪之判決，已有由上訴審法院審判之機會，就此部分，系爭規定不許其提起第三審上訴，屬立法形成範圍，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。

惟系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第 420 條以下所規定再審以及第 441 條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序。系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間（包括在途期間）者，被告及得為被告利益上訴之人（刑事訴訟法第 344 條第 4 項、第 345 條及第 346 條參照）得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起 10 日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依系爭規定駁回上訴。

聲請人一就本解釋之原因案件，曾於上訴期間內提起上訴，經第二審法院以確定終局裁定駁回，該程序裁定，不生實質確定力。該法院應依本解釋意旨，就該第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決部分之上訴，逕送第三審法院妥適審判。聲請人二就本解釋之原因案件，

得於本解釋送達之日起 10 日內，依本解釋意旨及刑事訴訟法上訴之相關規定，就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之部分，上訴於第三審法院。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠
林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本解釋係【第二審初次受有罪判決者得上訴第三審案】¹。

本席秉持著每件大法官解釋應比以往的解釋更為進步的信念，協力完成本解釋，從我國諸多有關訴訟保障意旨之解釋先例中，進一步創新憲法保障訴訟權的核心內容，確立【被告初次受有罪判決至少應有一次上訴救濟機會】的憲法原則，與公民權利與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 14 條第 5 項²之規範意旨相符，再度邁向憲法人權保障的新里程，殊值贊嘆與肯定！分析本件解釋，至少有下列三項特色：

一、重申訴訟權保障之核心內容：基於有權利即有救濟之憲法原則（本院釋字第 736 號解釋參照），人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲得及時「有效救濟」之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照）。

¹ 此一標題，僅敘明第二審初次受有罪判決者，如第一審判決為有罪判決時，即無法完全反映本件解釋創新訴訟權保障核心內涵的精義，實應改為：【初次受有罪判決者至少應有一次上訴救濟機會案】，始足以彰顯本件解釋的確實內涵！

² 條文內容：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」

二、創新訴訟權保障之核心內容：本解釋援引本院諸多訴訟權保障之解釋中所謂「**獲得有效救濟之機會**」，作為立論基礎，創新訴訟權保障之核心內容，認為被告初次受有罪判決時，其人身、財產等權利亦可能因所遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬於訴訟權保障之核心內容，殊值肯定。

三、准許若干通案得以溯及救濟：原則上，解釋自公布之日起向將來發生效力，但本解釋釋示，若干通案得溯及生效。於本解釋公布之日（7月28日），**尚未逾上訴期間者**，在此前提下，被告及得為被告利益上訴之人：**（1）如未上訴者**，得依法上訴；**（2）如已上訴而尚未裁判者**，法院不得依刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定駁回上訴。

關於本件解釋多數形成之結論，本席敬表贊同，審議過程中並協力形成可決之多數。茲就若干爭議部分（例如，1. 刑事訴訟法第376條第3款至第7款是否合併審查？2. 初次受有罪判決是否包括第二審更審有罪判決？3. 是否准許若干通案溯及生效等等），補充說明，爰提出本部分協同意見書。

貳、創新訴訟權保障之核心內容

本院諸多解釋（釋字第396號、第442號、第512號、第574號、第639號及第665號解釋參照），向來均認為，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定。至於第一審判決無罪，第二審改判有罪之情形，如不給予上訴救濟之機會，是否屬於訴訟救濟應循之審級及相關要件之問題？

本件解釋突破往昔傳統保守的思維，創新訴訟權保障之核心內容，本解釋特別澄清，**人民初次受有罪判決**，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益，為有效保障人民訴訟權，避免錯誤

或冤抑，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。是以刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款（下稱系爭規定）所列案件，第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，人民**初次受有罪判決**，至少應予一次上訴救濟之機會，系爭規定竟規定被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與上開訴訟權保障核心內容之「**初次受有罪判決**，至少有一次上訴救濟之機會」有違，故本件解釋宣告，就此部分（第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，被告不得上訴於第三審法院部分）違憲，自本解釋公告之日（7 月 28 日）起失其效力，回復得上訴於第三審法院之情形，由第三審法院適用刑事訴訟法第三審之規定審理本案。

於此值得深論者，如何界定「初次受有罪判決」之內涵？例如，檢察官起訴被告涉犯傷害罪嫌，第一審判決無罪，第二審改判有罪（過失傷害罪），依本解釋意旨允許其上訴於第三審法院，第三審撤銷原審判決發回更審，第二審更審仍判決有罪（傷害罪），此際是否仍屬於「初次受有罪判決」？否定說著眼於「初次係指第一次」，肯定說則著眼於前次有罪判決已被撤銷而不存在，故更審有罪判決仍屬於「初次」，爭論不下，從落實被告訴訟權保障之核心內容在給予有效救濟之觀點而論，本席採取肯定說之見解，為杜爭議，修正刑事訴訟法時，應對此爭議問題詳加規定為是。

由於本件聲請人二人所涉原因案件，僅涉及系爭規定，而不及於終局裁定裁判所未適用之刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款，基於司法不告不理被動原則，本解釋多數意見爰僅就系爭規定部分宣告違憲，而不及其他第 3 款至第 7 款之規定。雖或得以重要關聯且必要之理論（釋字第 445 號、第 737 號及第 747 號解釋參照），將之併入審查，然因無法形成多數的可決而無法將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款合併審查，功虧一簣，至為可惜！

參、通案救濟之適用範圍

關於本件解釋之效力，本院釋字第 592 號解釋固謂：「本院釋字第 582 號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。」³ 惟上開解釋，並不禁止對人民有利之溯及生效，故本解釋乃有若干小範圍的溯及生效。為便利說明本解釋之適用情形，先舉例說明如下。第二審於 106 年 7 月 3 日宣示判決，本解釋於 106 年 7 月 28 日公布，通案救濟射程一覽表如下：

案例	送達日期	上訴期間 末日	上訴否	通案救濟方式
案例一	7.18	7.28	未上訴	本件解釋文第二段前段所示，本件被告可上訴救濟，第二審法院送達裁定曉示得上訴，期間自裁定書送達翌日起算 10 日。
案例二	7.18	7.28	7.27 上訴 但未判決	本件解釋文第二段後段所示，受訴法院不得依刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定為理由而駁回上訴。
案例三	7.6	7.16	7.15 上訴 但未判決	本件解釋不適用之。
案例四	7.6	7.16	7.15 上訴 且已判決	本件解釋不適用之。

一、案例一之情形：屬於上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日 7 月 28 日，尚

³ 其他相同意旨之相關解釋，例如釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號、第 193 號、第 686 號解釋參照。

未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人未上訴時，得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起 10 日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。

二、案例二之情形，屬於上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，但被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依系爭規定駁回上訴。所謂「前揭上訴期間」，係指解釋文第二段所稱「於本解釋公布之日（7 月 28 日），尚未逾上訴期間者」之情形而言。

三、案例三之情形，其上訴期間早在 7 月 16 日即已屆滿，不符本解釋文第二段所稱「於本解釋公布之日（7 月 28 日），尚未逾上訴期間者」之要件，故無本解釋之適用。本席認為，此種情形，於本解釋公布前，被告已於上訴期間內上訴者，其上訴權之行使，與本解釋意旨相同，衡酌法安定性之維持與被告基本權利之保障（本院釋字 592 號解釋參照），應認上開情形，法院亦應依本解釋意旨審判之，不得以刑事訴訟法第 376 條規定為理由而駁回上訴，始符合憲法保障人權之本旨。本席此一看法，惜未能獲得多數意見之支持，至感憾事！

四、案例四之情形，如同案例三，茲不贅述。

肆、個案救濟之補充說明

關於本件聲請人一之個案救濟，值得補充說明如下。現今刑事訴訟實務見解⁴認為，程序上駁回上訴之裁判，不發生實質上之

⁴ 最高法院 25 年上字第 3231 判例要旨謂：「被告因傷害致人於死，經地方法院判決後，原辦檢察官於 2 月 13 日接收判決書，同月 15 日已具聲明上訴片到達該院，其上訴本未逾越法定期間，第二審法院審理時，因第一審漏將該片附卷呈送，致檢察官之合法上訴無從發見，並以其所補具上訴理由書係在同年 3 月 4 日，遂認為上訴逾期，判決駁回，此種程序上之判決，本不發生實質的確定力，原檢察官之上訴，並不因而失效，既據第一審法院首席檢察官，於判決後發見聲明上訴片係呈送卷宗時漏未附卷，將原片檢出呈報，則第二審法院自應仍就第一審檢察官之合法上訴，進而為實體上之裁判。」最高法院 80 年 11 月 5 日第五次刑事庭會議決議謂：「(3) 利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而從程序上為駁回上訴之判決確定者，當不屬於釋字第 271 號解釋之範圍，

確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判。本件聲請人一就本解釋之原因案件，曾於上訴期間內提起上訴，經第二審法院以確定終局裁定駁回，該裁定所適用之訴訟法第 376 條第 2 款規定，既經本解釋宣告違憲，失其效力，就聲請人一之原因案件而言，該誤合法上訴為不合法之程序裁定，不生實質上之確定力。是以本件解釋理由乃謂：「該程序裁定，不生實質確定力。該法院應依本解釋意旨，就該第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決部分之上訴，逕送第三審法院妥適審判。」併此敘明。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及程序之核心問題為：司法院大法官審理案件法（下稱大審法）所規定人民聲請解釋憲法客體之要件（即「確定終局裁判所適用之法律」），是否必須「形式上」或「實質上」為確定終局裁判所「適用」，始符合之，抑或包括雖未為確定終局裁判所「適用」，但直接限制被告對確定終局裁判上訴者；以及可否將解釋客體擴及於確定終局裁判所未適用，但與其適用之款項密切相關，而須整體評價之同一條文其他款項。多數意見在本件擴大「確定終局裁判所適用之法律」之範圍（如後述），而將刑事訴訟法第 376 條第 1 款納為審查客體，本席對其結論敬表同意。但多數意見未將第 376 條中，與解釋客體（即該條第 1 款與第 2 款）密切相關且須整體評價之它款（即第 3 款至第 7 款）一併納入審查，甚為可惜。

另本件涉及之實體問題為：二審終結之案件，如被告於第一審係受無罪判決，第二審始受有罪判決，於憲法第 16 條訴訟權保障之規定下，是否應給予被告上訴第三審之機會。多數意見認為憲法保障訴訟權之核心內容，應包括使在第二審始受有罪判決之被告，有上訴於第

仍應援用本院 25 年上字第 3231 號判例，亦即此種程序上判決，不發生實質上之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕依合法之上訴，進行審判，徵諸釋字第 271 號解釋文末僅謂：『最高法院 25 年上字第 3231 號判例於上開解釋範圍內，應不再援用』，益覺明顯。」

三審之機會，本席敬表同意。但本席認為其理由應可再予補充。

再者，本號解釋於解釋文宣示通案救濟，於解釋理由書末段另宣示個案救濟。本席敬表贊同。部分大法官認為，通案救濟部分，有「溯及適用」的疑義。本席就部分大法官此項見解有不同意見，有釐清之必要。

爰提出本協同意見書，闡述如下：

壹、程序部分

一、受刑事訴訟法第 376 條規範之第二審確定終局判決，無須「適用」該規定，被告應得對之聲請解釋憲法

（一）大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」故人民聲請解釋憲法之「客體要件」為「確定終局裁判所適用之法律」。

（二）本件其中一位聲請人因違反性騷擾防治法案件，於第一審受無罪判決，但第二審法院撤銷原判決，改判其有罪。因有刑事訴訟法第 376 條不得上訴第三審之規定，故該聲請人並未提起上訴，其案件因而確定。由於其並未提起第三審上訴，原第二審法院或第三審法院，自無從「適用」刑事訴訟法第 376 條規定，以裁定或判決駁回其第三審上訴。又原第二審有罪判決之實體與程序內容本身無關上訴第三審，自然也無可能「適用」第 376 條之規定，作為判決基礎。雖然該第二審有罪判決之末註記「不得上訴」等語，然此係書記官依第 376 條規定，在承審法官作成判決後，於製作判決書時依法所為之教示記載。故該教示記載，並非第二審法院有罪判決之實體或程序內容之一部分。亦即，如純粹以「形式上」觀察，刑事訴訟法第 376 條並非該聲請人原因案件確定終局判

決（即第二審之有罪判決）所適用之法律。由「實質上」而言，該條亦未為確定終局判決所「實質援用」。然倘若如此解釋，則等於迫使刑事訴訟法第 376 條所列案件之被告，必須先提起此種毫無意義、且注定要遭駁回之第三審上訴，以便自己之上訴最後確實被駁回，並因而使駁回之裁判「適用」第 376 條之規定，進而滿足大審法聲請解釋憲法之「客體要件」，即「確定終局裁判所『適用』之法律」。法律如以此種方式解釋，將導致荒謬之結果。

- （三）多數意見認為：「確定終局判決雖未明文適用系爭規定（按：即刑事訴訟法第 376 條前二款）之第 1 款，然系爭規定之第 1 款既係直接規範確定終局判決，使聲請人二（按：即原因案件為違反性騷擾防治法案件之聲請人）不得上訴於第三審法院，故應認其已為該確定終局判決所當然適用，而屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所規定確定終局裁判所適用之法律。原不待聲請人二單純為滿足該條之要件，提起明知將遭駁回之第三審上訴，促使法院於駁回之裁定中直接適用系爭規定之第 1 款，以便其依大審法前揭規定聲請解釋憲法。」其解釋大審法規定之結果，符合後述「避免荒謬之原則」，本席敬表贊同。然其所稱「已為該確定終局判決所『當然適用』」，則概念並不精確。蓋由第二審所為有罪判決之內容而言，不論由「形式」或「實質」而言，均無法謂其已經「適用」或「當然適用」刑事訴訟法第 376 條。

- （四）按法律之解釋應受「避免荒謬之原則」（absurdity principle）之規範。亦即，倘法律條文依通常文義解釋之結果，將導致荒謬之情形時，法院應避免此種解釋，而應選擇其他適當的解釋，以避免造成荒謬之結論。並且，司法之功能，應不能完全侷限於闡釋及適用法律既

有文字。在既有之法條文字下，解釋法律的結果將造成荒謬情形，而如要避免荒謬的結論，又必須適度造法時，司法機關自應行使「有限度」的造法功能，以填補遺漏或漏洞之功能。

- (五) 本席認為，刑事訴訟法第 376 條既然直接規範並限制受第二審判決之被告上訴於第三審法院，基於法律之解釋應避免荒謬之結果，自不應要求或期待被告提起無謂、必遭駁回之第三審上訴；且基於司法機關應有之「有限度造法功能」，以填補遺漏，並避免荒謬結論之意旨，本院自應以解釋方式，直接就此種情形，填補法律之明顯遺漏，許被告依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法。

二、多數意見未將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款納為解釋客體，有斟酌之餘地

- (一) 刑事訴訟法第 376 條之完整規定為：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。三、刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。四、刑法第 339 條、第 342 條之詐欺罪。五、刑法第 342 條之背信罪。六、刑法第 346 條之恐嚇罪。七、刑法第 349 條第 1 項之贓物罪。」多數意見基於二原因案件之最終確定終局裁判係分別適用或「當然適用」該條第 1 款與第 2 款，故僅針對該二款為解釋，而未將該條第 3 款至第 7 款納為解釋客體。本席認此見解有斟酌餘地。

- (二) 本院以往曾釋示：人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁

判所適用者為限（本院釋字第445號解釋參照）。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體（本院釋字第737號及第747號解釋參照）。

- （三）刑事訴訟法第376條規定若干案件不得上訴於第三審法院，其目的在「減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能」（見本號解釋理由書第6段）。立法者為此項立法裁量時，其所採之方式，部分係以刑度作為標準（即第376條第1款規定之情形），部分係選擇較為常見、且相對而言較為輕微之若干財產犯罪（包括竊盜、侵占、詐欺、背信、贓物、恐嚇取財等罪），而以具體之刑法條文予以列舉（即第376條第2款至第7款規定之情形）。本件情形，如本院解釋僅侷限於刑事訴訟法第376條第1款與第2款規定而為解釋，而未涵蓋第3款至第7款規定，並無法整體觀察及完整評價立法者行使立法裁量時所為之整體考量（亦即立法者部分選擇以刑度為標準、部分選擇以較輕微之財產犯罪之特定罪名為標準之考量）是否有其正當性。多數意見在審酌第376條之立法意旨（即「減輕法官負擔，使其得以集中精力處理較為重大繁雜之案件，以期發揮司法功能」，見本號解釋理由書第6段）時，實質上亦係在衡酌該條整體規範的立法意旨，並且已經對之為整體評價，而非僅侷限在衡酌及評價該條第1款與第2款之立法意旨。故本席認為，本件實難單以第1款與第2款作為審查客體而對之為單獨之評價；而應認第376條第3款至第7款之規定與該條第1款及第2款之間，為相關聯且必要，將該第3款至第7款規定納為解釋客體，以便整體評價。

(四) 再由實際結果而言，本件情形，如不將刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款納為解釋客體，將使各該款所列案件之被告，於本解釋公布後，且在立法機關尚未依本解釋意旨修改第 376 條規定前，仍不得就第二審法院由第一審無罪判決改判有罪者，上訴於第三審法院。其結果，本解釋反而造成第 376 條所列案件中，同因第二審法院由無罪改判有罪者，第 1 款與第 2 款所列案件之被告得上訴於第三審法院，第 3 款至第 7 款所列案件之被告則不得上訴於第三審法院之差別待遇。如此之解釋，不但無法真正闡明本院對刑事訴訟法第 376 條整體之憲法評價，以維護憲政秩序目的，反而因本院解釋造成明顯差別待遇之荒謬結果。本席認為，依前揭「法律解釋應避免荒謬結果」之相同意旨，自應將該條第 3 款至第 7 款納入解釋，一併處理，始為適當。

(五) 另就本件已經納為解釋客體之第 376 條第 1 款及第 2 款而言，如嚴守「確定終局裁判所適用之法條始納為解釋客體之原則」，則就第 1 款部分，應僅解釋「第 1 款適用於性騷擾防治法第 25 條第 1 項之部分」（而非「整個第 1 款」；因為該款適用範圍不僅及於性騷擾防治法第 25 條第 1 項，而係及於所有最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪之案件）；就第 2 款部分，亦應僅解釋「第 2 款中之刑法第 321 條部分」（而非整個第 2 款；因為第 2 款中之刑法第 320 條之部分，並未為原因案件所適用）。多數意見並未以此方式限定解釋範圍，而係將第 1 款及第 2 款完整的納為審查客體，足見多數意見實際上亦同意，將解釋客體的範圍適度擴充，有其必要。多數意見既可將解釋客體擴大到第 1 款及第 2 款之全部，卻不願將解釋客體擴大到第 3 款至第 7 款，邏輯上並不一致。

貳、實體部分

- 一、憲法第 16 條規定，人民有訴訟權。本院以往針對訴訟上之相關權利，區分為兩類。其一為「訴訟權之核心內容」，此種內容之訴訟權，不得以法律限制。此「核心內容」，即本號解釋理由書第 5 段所引本院以往諸多解釋之意旨：「人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會」。其二為「非訴訟權之核心內容」，亦即有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件等事項；此部分並非不得以法律為限制；然立法者在行使立法裁量時，應「衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定」（見本號解釋理由書第 5 段）。
- 二、本號解釋擴大「訴訟權之核心內容」，使其包括「受刑事有罪判決之被告，應有至少一次之上訴救濟機會」。本席敬表同意。在概念上，受刑事有罪判決是否應有至少一次上訴機會，本來屬於「審級」制度設計之問題。然如多數意見所稱，賦予此種最低限度之救濟機會，使此種救濟屬於憲法保障人民訴訟權之核心內容，係「為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑」（見本號解釋理由書第 5 段）。故將此種情形，由一般「審級」制度的立法裁量範圍劃出，使其歸於「訴訟權核心內容」，有高度正當性。
- 三、公民權利與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights；ICCPR）第 14 條第 5 項規定與：「凡被判定有罪者，應有權由一個較高級法庭對其定罪及刑罰依法進行審查。」（Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.）其第 32 號一般性意見（General Comment No. 32）第 47 段進一步表示：「違反第 14 條第 5 項的情況，

不僅包括第一審法院判決屬確定終局判決的情形，並且包括在下級法院宣判無罪後，由上訴法院或終審法院認定有罪，而依其國內法，無法由較高級之法院審查之情形。……」

（Article 14, paragraph 5 is violated not only if the decision by the court of first instance is final, but also where a conviction imposed by an appeal court or a court of final instance, following acquittal by a lower court, according to domestic law, cannot be reviewed by a higher court....）本院雖無法直接「適用」國際人權公約之規定作為憲法解釋之依據，然本院在解釋憲法時，實應參照公約內容，經由解釋之過程將公約之精神融入憲法條文，以適當賦予憲法第 16 條與時俱進且符合國際標準之內涵。參照前揭公約規定「由一個較高級法庭進行審查」之結果，自亦應作成如本號解釋之內容。多數意見未同意納入公約之此項規定，以強化本解釋之意旨，甚為可惜。

四、另本解釋稱「提供至少一次上訴救濟之機會」，依公約文義及本解釋論述，應指應對在第二審始受有罪裁判者，設上訴救濟之機會。故其重點並不在「一次」的機會，而係在「另有一審」的機會。是就刑事訴訟法第 376 條所列之案件，如被告在第一審獲無罪判決，第二審始受有罪判決，經上訴後，第三審撤銷第二審有罪判決並發回原第二審法院更審，而第二審法院於更審時，又判決被告有罪，此種情形，仍應在本解釋所稱應「提供上訴救濟機會」之範圍，而應使被告得就更審之有罪判決，上訴至第三審法院。

參、救濟部分

一、本號解釋宣示通案救濟（即解釋文第 2 段及解釋理由書第 8 段所載：刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款「所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴」）及個案救濟（即解釋理由書末段所賦予尚未提

出上訴之聲請人得上訴於第三審法院、已經提出上訴而遭裁定駁回之聲請人得受第三審法院審判)。本席認為，此通案與個案救濟，對人民權利之保障，有其重要意義，殊值贊同。

二、部分大法官認為，通案救濟部分，不但「溯及適用」於已經確定之案件，使其復活，並且將此種溯及效力適用於非聲請人。故其對通案救濟之宣示，有不同意見。

三、然本席認為，「倘無」本號解釋將第376條第1款及第2款宣告違憲，則該二款所列之二審終結案件，於第二審法院判決合法送達時，自然已經終局的確定，毫無問題。然本件情形顯有不同。本號解釋既然宣示該二款規定違憲，自應以本解釋公布日為基準，檢視該二款規定應屬違憲而立即失其效力的前提下，其所列案件之其他被告，是否已經逾上訴第三審期限。在第二審判決送達前，雖然尚未有本號解釋，故「表面上」，該判決於送達後似乎應即確定，然由於本解釋宣告該二款失效之故，使原來因送達而確定之基礎動搖。故本解釋有關通案救濟之宣示部分，並非使本解釋第1段內容，溯及於以往已經終局確定之第二審有罪判決，而僅係使本來即應未逾上訴第三審期限的案件，回復到應然之狀態，使被告得以有依本解釋意旨救濟之機會。是通案救濟之宣示，應無真正溯及適用於已經確定案件之問題，且因其宣示屬本解釋第1段應有效力之當然闡釋，故亦無不當適用於非聲請人之疑義。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

在全體大法官共同努力下，在收案不到半年內能作出本件解釋，主要有三個因素：本件爭點較單純、立法委員已有修法提案暨本院刑事廳也有類似修法擬議，及大法官間就解釋文第1段之共識高。本席贊同本件解釋之結論（解釋文）及理由，原無意提出意見書，但再思量後，認本件解釋就人權保障又向前跨出兩步，有兩大新亮點，值得

一提；且應仍有補充一些理由書中所未呈現的說理之必要。此外，對本件解釋未能本於平等原則進一步擴大救濟範圍（刑事訴訟法第376條第3款至第7款所列各罪之案件），更體現司法為民之旨，為德不卒，頗感遺憾。爰為本協同意見書，以盡言責：

壹、人權保障再向前一步

確立「人民初次受有罪判決者，應有至少一次上訴救濟之機會」為憲法原則，並與聯合國公民與政治權利國際公約第14條第5項規定相呼應。

一、本件解釋文第1段內容所示之解釋意旨與立法委員已有之關於刑事訴訟法第376條規定之修法提案意旨同，¹ 本院刑事廳之擬議修法方向亦同，² 但刑事廳之修法涵蓋範圍較廣。其與本件解釋之差異在於：本院解釋之解釋範圍原則上受原因案件之限制，而原因案件未涉及一審程序駁回檢察官起訴如不受理判決等之情形，故本院只能就一審實體有罪、無罪判決部分為解釋；但本院刑事廳之修法擬議應求取法體系之周延，其就是否應許第三審上訴之考量範圍自應更廣泛，即不應僅限一審無罪之實體判決之情形，而應將一審程序判決而二審撤銷一審判決並自為有罪判決之情形，一併納入考量。本院

¹ 立法委員周春米、蔡易餘、尤美女等25人提案之刑事訴訟法第376條修正草案為：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審判決無罪，第二審改判有罪者，被告得提起上訴：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第320條、第321條之竊盜罪。三、刑法第335條、第336條第2項之侵占罪。四、刑法第339條、第341條之詐欺罪。五、刑法第342條之背信罪。六、刑法第346條之恐嚇罪。七、刑法第349條第1項之贓物罪。」（底線部分為修正草案增加之處。）請參見，106年5月3日立法院議案關係文書，院總第246號，委員提案第20657號。

² 本院刑事廳所擬議之刑事訴訟法第376條修正草案為：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第320條、第321條之竊盜罪。三、刑法第335條、第336條第2項之侵占罪。四、刑法第339條、第341條之詐欺罪。五、刑法第342條之背信罪。六、刑法第346條之恐嚇罪。七、刑法第349條第1項之贓物罪（第1項）。前項規定，於第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，不適用之（第2項）。」（底線部分為修正草案增加之處。）

刑事廳為所當為，謹先予肯定。³

二、又不論立法院之修法提案或本院刑事廳本其為刑事訴訟法主管機關之權責提案修法，均屬立法形成範疇，並無須以法律違憲為前提，但本院憲法解釋則以法律（令）違憲為條件，斯有不同。本件解釋文第1段前段及後段之作成，均係基於：人民初次受法院有罪之判決者，因其人身、財產等權利可能因而遭受不利益，故為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，應予至少一次上訴救濟之機會，此屬訴訟權保障之核心內容（請見解釋理由書第5段）。即本件解釋在本院釋字第396號解釋等認向法院提起訴訟以獲及時有效救濟機會乃訴訟權保障之核心內容之後，進一步確立「人民初次受法院有罪之判決者，應予至少一次上訴救濟機會」之原則，並本此原則，而就第一、二審均有罪，因已有一次上訴機會而肯認刑事訴訟法第376條限制其上訴第三審權利之規定為合憲（即解釋文第1段前段及解釋理由書第6段）；另就第一審無罪但第二審改判有罪部分，因被告係初次被判有罪，為避免裁判錯誤或冤抑，被告應有至少一次上訴機會，故認刑事訴訟法第376條限制其上訴第三審之權利為違憲（即解釋文第1段後段及解釋理由書第7段）。本件解釋自己就人權保障再向前進一步。

三、聯合國公民與政治權利國際公約第14條第5項規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」本件解釋雖因未達共識而未能直接引之為解釋依據或參考，但本件解釋意旨已與之相呼應，亦可認為係釋憲上之進步。

³ 刑事訴訟法第369條第1項固於第二審撤銷原審判決並自為判決之原則之外，以但書規定：「但因原審判決論知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院。」惟該但書並未否定第二審法院就但書情形，有不發回而自為有罪判決之權，故本院刑事廳修法擬議將此種情形一併納入考量，應為確當。

貳、人權保障又再向前一步

諭知原初次有罪判決之法院應以裁定書曉示被告（就刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件，並以本件解釋公布之日尚未逾上訴期間者為限）得於該裁定送達之翌日起 10 日內，就原第二審判決上訴之旨。

- 一、本院解釋向自解釋公布之日發生效力，例外為聲請解釋人得以有利解釋為據尋求再審等救濟。
- 二、本件解釋文第 2 段許非釋憲聲請人之「於本解釋公布之日尚未逾上訴期間」之經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款案件被告（不以原因案件所指刑法第 321 條竊盜罪及違反性騷擾防治法第 25 條第 1 項案件為限），得提起上訴，係因刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 2 款限制該等被告上訴第三審之規定，既已經本件解釋認定為違憲而於公布之日失效，則就上述尚未逾上訴期間之第二審初次有罪判決案件言，**因原不得上訴第三審之限制已失效，故應當然回復得上訴第三審之原則狀態，從而得為上訴。**此方符本院解釋自公布之日起失效及人權保障之旨，且因未含於本解釋公布之日已逾上訴期間之案件被告，故不生本解釋效力溯及既往問題。又因已限定範圍，故符合得上訴三審條件之案件量應有限，當不致太增加第三審法院之負擔。
- 三、本院鑑於人民未必均當然知悉本院解釋之公布及公布日期，而刑事判決上訴期間僅 10 日，極短暫；且限制上訴係例外，就刑事訴訟法第 376 條規定之案件之第二審判決，在本解釋公布前，依例判決書會曉示「不得上訴」字樣，而該記載既因原規定被宣告違憲失效而得上訴，此種情形，自應由原第二審法院以裁定更正補充之，並因該裁定應認為係原第二審判決之一部分，且對被告權益有重大關聯，故應自該裁定送達之翌日起算其上訴期間，始符保障人權之旨。就此而言，

本件解釋之解釋文第2段係屬創舉，很高興人權保障又再向前一步。

四、因為被上級審撤銷之下級審判決已因被撤銷而失其效力，故論理上言：被告若依本件解釋上訴，而案經最高法院撤銷原第二審有罪判決發回更審，則於更審後，只要第二審變更原一審無罪判決而自為有罪判決者，該有罪判決仍為初次有罪判決，均應得上訴第三審。

參、本解釋未將刑事訴訟法第376條第3款至第7款併納入解釋範圍，未充分考量法體系完整並與平等原則不符，為德不卒

一、刑事訴訟法第376條第3款至第7款固非確定終局裁判所指刑法第321條之竊盜罪、違反性騷擾防治法第25條第1項案件，但系爭原刑事訴訟法第376條限制上訴第三審規定之文義為該條本文之規定，非其第1款、第2款之特有內容，故若謂解釋範圍應侷限於原因案件所涉及之犯罪案件，則刑法第320條竊盜罪，及違反性騷擾防治法第25條第1項以外之其他最重本刑為三年以下有期徒刑等罪之案件，也不應納入本解釋範圍，才合於邏輯。因此，不應以款次作為判斷應否納入解釋範圍之標準。

二、如前所述，限制第三審上訴是刑事訴訟法第376條本文之規定，而依本解釋所新確立之訴訟權核心內容（請見前壹），則刑事訴訟法第376條各款案件應均同適用，始合於法體系之完整性；而且因本解釋未將第3款至第7款一併納入，已致生在立法院完成該刑事訴訟法第376條修正前，第1款、第2款案件（在本件解釋之解釋文第1段後段範圍內者）可上訴第三審，而第3款至第7款案件則否之不合理差別，自亦與平等原則有違。

三、本解釋固未能將刑事訴訟法第376條各款案件均納入解釋範圍，但並非因各款案件有差別處理之必要，自應無礙立法、修法之各款併同處理。

肆、本解釋採應許上訴第三審救濟之方式，符合現有法架構

- 一、關於本件情形，其救濟方式在法例及學說上大致有兩種作法。
本解釋採上訴第三審救濟方式。另一說則認為應由第二審法院不自為有罪判決而發回第一審，其理由主要為第三審係法律審，上訴獲改判之機會低。
- 二、誠然，第三審上訴獲改判之比率低。但**本解釋之意旨只在、也應在於拿掉第三審上訴「限制」，即回復受限制前之原狀而已**（即在現有法架構下，因本解釋而可以不受限制地上訴第三審），不應使此種情形之被告較其他被告（原得上訴第三審案件之被告）獲得更多救濟利益，否則反生破壞法架構及對其他被告差別處理之結果，應非妥當。本解釋爰不採發回說，併此敘明。
- 三、本解釋只是認原不許上訴第三審部分（其他程序部分不在解釋範圍）之程序限制尚非合理而已，且未對實體有任何評價，該實體評價核屬受上訴之第三審法院之職權，亦併此敘明。

協同意見書

許志雄大法官 提出

關於憲法第 16 條保障之訴訟權，過去司法院大法官曾作過多號解釋，對訴訟權之意義與性質、訴訟權之限制、審級制度、公平審判、法定法官原則、訴訟程序及其他訴訟制度之事項有所釋示。本號解釋亦直接涉及訴訟權之保障問題，爭點在於刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款所列案件：1、經第一審判決被告有罪，而第二審駁回上訴或撤銷原審判決並自為有罪判決，不得上訴於第三審法院，是否違憲？2、經第一審判決被告無罪，但第二審撤銷原審判決而自為有罪判決者，不得上訴於第三審法院，是否違憲？

刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款為本案之解釋客體，規定：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪。」（下稱系爭規定）本號解釋之內容，大體以既

有解釋之立場為基礎，但就「第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分」，認定系爭規定違憲，並就通案救濟明示積極有效之方式，顯然超越既有解釋之範疇，展現新觀點，值得關注。本席認為不僅於此，藉新觀點之闡釋，反思既有見解之妥適性，亦屬必要，爰提出協同意見書。

一、訴訟權之意義與性質

我國實務及學界通說皆認為，訴訟權乃人民司法上之受益權。司法院大法官最初於釋字第 153 號解釋將訴訟權定性為司法上之受益權，緊接著於釋字第 154 號解釋進一步表示：「憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。」此後，無論稱：「憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第 243 號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。」（釋字第 396 號解釋）、「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」（釋字第 418 號解釋）、「所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。」（釋字第 446 號解釋）、「所謂訴訟權，乃人民司法

上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」（釋字第 482 號解釋）、「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」（釋字第 574 號解釋）或「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利……。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容……，不得因身分之不同而予以剝奪……。」（釋字第 653 號解釋），基本立場均維持不變。

綜合上開解釋，所謂訴訟權，係指人民於其權利受侵害時，有向法院提起訴訟，請求法院依正當法律程序，為公平之審判，以獲得及時有效救濟之權利。然嚴格言之，訴訟權包含積極內容與消極內容。在民事及行政事件方面，人民於其權利或利益受不法侵害時，得向法院請求為損害之救濟，法院不許「拒絕裁判」，是為訴訟權之積極內容。在刑事案件方面，訴訟權本係「非依法院之裁判，不受科處刑罰之權利」，或者「被告受公正裁判之權利」¹，明顯側重消極內容。亦即，訴訟權於民事及行政事件上，屬於受益權或國務請求權之一種，而於刑事案件上，則具有自由權之性質²。世界人權宣言揭示：「人人於其憲法或法律所賦予之基本權利被侵害時，有權享受國家管轄法庭之有效救濟。」（第 8 條）、「人人於其權利與義務受判定時及被刑事控告時，有權享受

¹ 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利著，憲法 I [新版]，有斐閣，1997 年，頁 489（野中俊彥執筆部分）。

² 蘆部信喜著，裁判を受ける權利，收於氏編「憲法 III 人權（2）」，有斐閣，1981 年，頁 284、299；蘆部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005 年第 3 版第 7 刷，頁 236。

獨立無私法庭之絕對平等不偏且公開之聽審。」（第10條），公民與政治權利國際公約明定：「人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。……」（第14條第1項），可資參照。

二、訴訟權之積極內容

本號解釋於理由書中指出：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第418號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第396號、第574號及第653號解釋參照）。人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。」其著眼於訴訟權之積極內容，似與刑事案件原本側重訴訟權之消極內容不符。按法院及訴訟制度之建立，目的係為藉由法之正確適用，以定分止爭，保障權利，維護公平正義。惟實際上，法院之裁判可能發生錯誤，當人民因法院之錯誤而受有罪判決時，其權利即遭到侵害（解釋理由書諱言「侵害」，而代之以「不利益」，實屬過慮），而有給予救濟機會之必要。此際，承認其上訴之權利，乃體現訴訟權之積極內容。要之，在刑事案件方面，訴訟權實兼具受益權及自由權雙重性格。

補充言之，近代權力分立機構齊備以前，司法權屬於君權之一部分，在支配與被支配之權力關係上最為突出。一切政治權力，最後無不以司法權力顯現。司法操生殺予奪之權，嚴重威脅人民之權利自由³。如今，在立憲民主主義下，司

³ 許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993年初版2刷，頁182。

法作為社會正義之最後一道防線，任務及角色已幡然改觀。惟司法具有權力性，人民之權利可能因法院錯誤裁判而受侵害，仍不容否認。公民與政治權利國際公約第 14 條第 5 項規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」本號解釋基於訴訟權之積極內容，認為人民初次受有罪判決者，至少應予一次上訴救濟之機會，旨趣相同，本席深表認同。

三、訴訟權核心內容之侵害

本號解釋維持歷來解釋之一貫立場，認為除訴訟權之核心內容外，凡「有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定（本院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋參照）。」廣泛承認立法形成空間。所謂訴訟權之核心內容，亦即本質性內容，如前引相關解釋所示，包括請求法院救濟之權利、正當法律程序、公平及時之審判，以及具實效性之權利救濟等。

本號解釋表示：「系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。系爭規定所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，初次受有罪判決之被告不得上訴於第三審法院之部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，以避免錯誤或冤抑，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」按第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪之情形，構成被告權利之侵害，應予其藉上訴以求救濟之機會。系爭規定不許被告上訴，係剝奪被告請求法院救濟之權利，侵害訴訟權之核心內容，自

屬違憲，故無再依憲法第 23 條規定審查有無違反比例原則之餘地。

蓋國家對憲法上權利之限制，須遵守絕對界限（絕對禁止）及相對界限（相對禁止）。所謂絕對禁止，係指國家無論具有任何公益上之理由，皆禁止介入。例如，思想良心自由及信仰自由屬於內在精神活動之自由，受憲法之絕對保障，國家必須嚴守絕對禁止之要求。人性尊嚴及各基本權之本質性內容或核心內容，亦然。至於相對禁止，則允許國家基於正當理由，為必要合理之限制，而是否合理，有無逾越界限，如何判斷合憲或違憲，則涉及違憲審查基準問題⁴。本案系爭規定關於侵害訴訟權之核心內容部分，既違背絕對禁止之要求，當然違憲。此與其他立法形成或立法裁量範圍之事項不同，無庸再依憲法第 23 條規定，以比例原則論究其違憲性。

另刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款規定：下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：「……三、刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。四、刑法第 339 條、第 341 條之詐欺罪。五、刑法第 342 條之背信罪。六、刑法第 346 條之恐嚇罪。七、刑法第 349 條第 1 項之贓物罪。」其雖非本案之解釋客體，但與系爭規定具有共通性，理應適用同一解釋原則，認屬違憲。

附帶一言，關於公務員懲戒制度之合憲性問題，釋字第 396 號解釋表示：「保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，

⁴ 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009 年初版第 2 刷，頁 69、70。

即謂與憲法第 16 條有所違背。」本席認為，懲戒案件之性質固與刑事案件有別，但懲戒與定罪科刑同係處罰，皆涉及權利之侵害問題，參照本解釋之法理，亦應予受懲戒處分之判決者上訴救濟機會。現行公務員懲戒法採一級一審制度，有待商榷。法官法有關法官之懲戒規定，亦同。

四、實效性之權利救濟

有權利即有救濟，且救濟須具實效性，乃立憲主義及法治原則之基本要求。憲法保障之權利受侵害時，若欠缺實效性之救濟方法，則其意義勢必減損，極端情形，甚至淪為畫餅充飢⁵。毫無疑問，司法救濟堪稱最重要之權利救濟方法，而憲法保障人民之訴訟權，亦係為了確保權利救濟之實效性。違憲審查制度建立後，實效性之權利救濟更加強化，不俟贅言。德國基本法第 19 條第 4 項規定：「任何人，於其權利受公權力侵害時，皆得提起訴訟。……」即具有確保實效性權利救濟之意涵⁶，可資參考。本號解釋沿襲一貫見解，認實效性之權利救濟為訴訟權之核心內容，洵屬允當。

本號解釋指出：「系爭規定就所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，亦規定不得上訴於第三審法院，使被告於初次受有罪判決後即告確定，無法以通常程序請求上訴審法院審查，以尋求救濟之機會。被告就此情形雖仍可向法院聲請再審或向檢察總長聲請提起非常上訴，以尋求救濟，然刑事訴訟法第 420 條以下所規定再審以及第 441 條以下所規定非常上訴等程序之要件甚為嚴格，且實務踐行之門檻亦高。此等特別程序對經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之被告，所可提供之救濟，均不足以替代以上訴之方式所為之通常救濟程序。」換言之，對於確定判決，刑事訴訟法雖設有再審及非常上訴等特別救濟程序，但

⁵ 佐藤幸治著，現代國家と司法權，有斐閣，1988 年，頁 257。

⁶ 笹田榮司著，實效的基本權保障論，信山社，1993 年，頁 235 以下。

就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決情形而言，從實效性之權利救濟角度考量，顯有不足。整體觀之，現行法制尚未能確保實效性之權利救濟，而其癥結在於系爭規定對上訴第三審之限制，故有關部分侵害訴訟權之核心內容，應屬違憲。

又關於系爭規定所列案件之通案救濟方面，本號解釋表示：「經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間（包括在途期間）者，被告及得為被告利益上訴之人（刑事訴訟法第344條第4項、第345條及第346條參照）得依法上訴。原第二審法院，應裁定曉示被告得於該裁定送達之翌日起10日內，向該法院提出第三審上訴之意旨。被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依系爭規定駁回上訴。」由此亦可看出，大法官為確保實效性之權利救濟，極其用心。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋保障受法院判決有罪者至少有一次上訴救濟機會，因此認定刑事訴訟法第376條第1款及第2款不得上訴第三審之規定，就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，自本解釋公布之日起失其效力。本席贊同本號解釋，並補充意見如下：

一、對於依本號解釋而上訴第三審之案件，上訴理由應酌予放寬：

本號解釋所保障之對象是人民初次受有罪判決者之上訴權，被告在第一審經判決無罪後，於第二審被改判有罪，此二審級法院不同判決的原因很有可能是因為對於犯罪證據證明力之判斷及犯罪事實之認定有不同見解。被告依本號解釋上訴於第三審，難以避免將會對第二審判決之證據判斷與事實認定有所爭執。但依現行制度，第三審是法律審，故「非以判決違背法令為理由，不得為之」（刑事訴訟法第377

條），若第三審法院嚴格依據此規定審查上訴理由，則恐怕本號解釋能帶給當事人之實益並不多。因此本席認為刑事訴訟法應適度修改，對於依本號解釋而上訴第三審案件之上訴理由酌予放寬，可以於未來修法時，酌予修改刑事訴訟法第377條或第378條，以免本號解釋未能發揮實益。修法前，最高法院亦應參酌本號解釋文及「公民與政治權利國際公約」第14條第5項之規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰」之規定，而妥適適用刑事訴訟法第377條及第378條規定，俾被告之上訴權獲實質保障。

二、本號解釋亦應適用於刑事訴訟法第376條第3款至第7款之案件：

本號解釋之二位聲請人依其原因案件所適用法條，分別聲請解釋刑事訴訟法第376條第1款及第2款是否牴觸憲法。本號解釋亦僅宣告此二款失其效力，故同條第3款至第7款之規定並不在本號解釋之解釋範圍內。然而刑事訴訟法第376條第2款至第7款之規定均有其共同點，即均為暴力成份比較不強之侵害財產法益之犯罪類型，且立法院於立法時，就第1款至第7款列入不得上訴第三審之案件類型，均係以減輕法官之工作負擔為理由，就此而言，第3款至第7款案件類型與本件聲請標的（第1款及第2款）關聯密切，應可一併納入審查範圍，以貫徹釋憲意旨（司法院釋字第569號解釋理由書參照），故本號解釋並未對第3款至第7款同時為違憲之宣告，美中不足。第3款至第7款犯罪類型之被告經第二審撤銷原審無罪判決並為有罪判決者，無法依本號解釋提起上訴，恐亦有違平等原則。目前立法院正進行刑事訴訟法第376條之修正，應就此一併考量，在修法前，法官審理時，應一併考量本號解釋之意旨，比照辦理。

三、依本號解釋上訴第三審，如經發回更審判決有罪，能否再提起上訴？

本號解釋文指出刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定「未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違」，解釋理由亦指出「至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容」。然而本號解釋在適用上仍可能有如下之疑義：依本號解釋上訴於第三審之案件，如經第三審撤銷原審判決而發回更審，更審判決有罪，被告能否依本號解釋再行上訴？解釋上有二種可能性：1、因本號解釋是保障「至少一次上訴救濟之機會」，被告經上訴後若經更審判決有罪，即已滿足「至少一次上訴救濟之機會」之要求，應回歸刑事訴訟法第376條之規定，經二審有罪判決確定，不得上訴於第三審。2、因為發回更審後，原審之有罪判決業經被撤銷不存在，故回復一審無罪、二審有罪之情形，依本號解釋意旨仍應得上訴第三審，第三審駁回上訴始告確定。以上二種解釋可能性究採何者，應於未來立法時明確規定以杜爭議。

四、本號解釋適度擴張適用範圍，符合保障人權意旨，亦不違反憲法原則：

本號解釋除給予聲請人得上訴第三審之救濟外，另外適用於非聲請人之其他被告，於本號解釋作成前已受有罪判決，但尚未逾上訴期間，以及已經上訴但尚未被駁回者，本席認為如此擴大本號解釋之適用範圍於解釋公布前之案件，乃適度之擴張，其範圍特定，且因所擴大適用之案件於本號解釋作成時均尚未判決確定（或已提請救濟），符合保障人權之意旨，且不違反憲法原則。

協同意見書

詹森林大法官 提出

本解釋宣告：刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款所定案件中，初次受有罪判決之人，應至少享有一次上訴救濟機會。抑有進者，本解釋同時宣告：前述案件中初次受有罪判決之被告，於本解釋公布之日（106 年 7 月 28 日），如尚未逾上訴期間，即得據本解釋提起第三審上訴；原判決之第二審法院，並應以裁定送達被告且於裁定中曉示其得上訴於第三審。

本解釋前述意旨，充分落實人民訴訟權之保障，當然值得贊同。惟本席尚有若干補充看法，爰提出本協同意見書。

壹、刑事訴訟法第 376 條第 3 款至第 7 款部分，亦應納入本解釋範疇

一、刑事訴訟法第 376 條所定案件之分類

刑事訴訟法第 376 條所限制不得上訴第三審之案件，計有 7 款¹：（1）最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪；（2）刑法第 320 條、第 321 條之竊盜罪；（3）刑法第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪；（4）刑法第 339 條、第 341 條之詐欺罪；（5）刑法第 342 條之背信罪；（6）刑法第 346 條之恐嚇罪；（7）刑法第 349 條第 1 項之贓物罪。至於每個具體刑事個案，如何認定是否屬於本條所定各款之案件，學說上有「起訴法條標準說」、「判決標準說」、「爭議標準說」²。惟參照本院釋字第 60 號解釋意旨，案件是否屬於刑事訴訟法第 376 條所列各罪之範圍，尚有爭執者，應視當事人在第二審言詞辯論終結前是否業已提出，如當事人

¹ 本條於 84 年 10 月 20 日修正公布前之規定內容為：「刑法第 61 條所列各罪之案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。」而當時之刑法第 61 條所列之各罪，分別為：（1）犯最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第 132 條第 1 項、第 143 條、第 145 條、第 186 條、第 272 條第 3 項及第 276 條第 1 項之罪，不在此限。（2）犯第 320 條之竊盜罪。（3）犯第 335 條之侵占罪。（4）犯第 339 條之詐欺罪。（5）犯第 349 條第 2 項之贓物罪。

² 林俊益，刑事訴訟法概論，2011 年 2 月，10 版，412-415 頁；林鈺雄，刑事訴訟法（下），2013 年 9 月，7 版，367-368 頁；黃朝義，刑事訴訟法，2007 年 8 月，增補 1 版，652-654 頁。

本已主張非本條所列各罪，第二審仍為認係該條各罪之判決者，始得上訴於第三審法院。

上開 7 款案件，其中第 1 款係以法定刑度為準，凡最重法定本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，均有該款之適用，如經第二審判決，即不得上訴於第三審法院。關於本條款所稱之「最重本刑」，依最高法院判例，應包含「依刑法分則規定加重後」之最重本刑，但不含「依刑法總則規定加重後」之最重本刑。詳言之：

- (一) 犯罪如因「刑法分則」規定之加重事由，致其最重本刑超過 3 年有期徒刑者，該犯罪即非屬刑事訴訟法第 376 條第 1 款所稱之罪。例如：刑法第 277 條第 1 項之普通傷害罪、第 304 條第 1 項之強制罪及第 315 條之 1 之妨害秘密罪，其法定最重本刑均為 3 年以下有期徒刑，故皆為刑事訴訟法第 376 條第 1 款所定之罪。惟如公務員假借職務上之權力、機會或方法，故意犯各該罪者，依刑法第 134 條本文規定，加重其刑至二分之一，則其法定刑度已伸長為 4 年 6 個月有期徒刑，即無刑事訴訟法第 376 條第 1 款之適用，故得於經第二審判決後，上訴於第三審法院³。公務員包庇他人犯刑法第 268 條之意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博罪（法定刑為 3 年以下有期徒刑，得併科 3000 元以下罰金）者，依刑法第 270 條規定，加重其刑至二分之一，亦無刑事訴訟法第 376 條第 1 款適用餘地。
- (二) 反之，犯罪之最重法定刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金，而因「刑法總則」規定之加重事由，致其最

³ 參見最高法院 46 年台上字第 451 號判例：「刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，雖屬同法第 61 條第 1 款之案件，經第二審判決後不得上訴於第三審法院。惟公務員假借職務上權力而犯同法第 277 條第 1 項之罪，依同法第 134 條即應加重其刑，即不受刑事訴訟法第 368 條之限制。」本判例所稱之刑事訴訟法第 368 條，相當於現行刑事訴訟法第 376 條。

重本刑超過3年以上有期徒刑者，該犯罪仍為刑事訴訟法第376條第1款所稱之罪。例如，被告犯刑法第277條第1項之傷害罪，且被告為累犯，依刑法第47條第1項規定，加重本刑至二分之一，但此乃宣告刑之加重，而非法定本刑之延伸，仍屬刑事訴訟法第376條第1款所定之案件，故經第二審判決者，不論判決有罪或無罪，判決有罪者，不論宣告刑是否超過3年，均不得上訴於第三審法院⁴。

前開最高法院判例見解，為多數學者所贊同⁵。

刑事訴訟法第376條第2款至第7款之案件，則以罪名為準，至於各該款所指犯罪之法定刑度，則如下列圖表所示：

刑法第320條 普通竊盜罪	5年以下有期徒刑、拘役或500元以下罰金
刑法第321條 加重竊盜罪	6月以上、5年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金
刑法第335條 普通侵占罪	5年以下有期徒刑、拘役或科或併科1000元以下罰金

⁴ 參見最高法院43年台上字第163號判例：「刑法第277條第1項之犯罪，如依刑法分則加重結果，其最重本刑超過3年以上有期徒刑時，即非同法第61條第1款前段之案件，不受刑事訴訟法第368條不得上訴第三審之限制。經原審認為上訴人具備累犯條件，應依刑法總則第47條加重其刑二分之一，既非依刑法分則加重，縱使加重結果最重本刑超過3年以上有期徒刑，仍不失為同法第61條第1款前段之案件，經第二審判決後不得上訴第三審法院。」

⁵ 褚劍鴻，刑事訴訟法論，2002年9月，5次修訂本，下冊，667頁；朱石炎，刑事訴訟法論，2010年1月，修訂2版，448頁；林俊益，刑事訴訟法概論，2011年2月，10版，408-410頁；林鈺雄，刑事訴訟法（下），2013年9月，7版，365-366頁；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007年，10版，684頁。不同意見，請看：黃朝義，刑事訴訟法，2007年8月，增補1版，651-652頁：「刑事訴訟法第376條所稱之『最重本刑』，在文義上並不排斥刑法總則之加重，上開（實務）見解之結論不知從何而來。另一方面，由於刑度之限制產生限制人民訴訟權之效果，基於人權保障之立場，本應作最有利於人民之解釋。因此，所謂之『最重本刑』應包含刑法總則與分則之加重。」

刑法第 336 條第 2 項 業務侵占罪	6 月以上、5 年以下有期徒刑，得併科 3000 元以下罰金
刑法第 339 條 普通詐欺罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金。
刑法第 341 條 準詐欺罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金
刑法第 342 條 背信罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金。
刑法第 346 條 恐嚇取財罪	6 月以上、5 年以下有期徒刑，得併科 1000 元以下罰金
刑法第 349 條第 1 項 普通贓物罪	5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 50 萬元以下罰金

二、本解釋未一併審查第 376 條第 3 款至第 7 款規定之商榷

（一）本解釋自行放棄一併審查第 376 條第 3 款至第 7 款規定

就刑事訴訟法第 376 條所定合計 7 款案件，本解釋僅選擇其中之第 1 款（最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪）及第 2 款（刑法第 320 條及第 321 條之竊盜罪）案件，關於第二審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪者，亦不得上訴第三審之情形，宣告本條第 1 款及第 2 款規定，在此範圍內為違憲。

至於本條第 3 款至第 7 款所定案件，如亦有第二審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪者，亦不得上訴第三審之情形，該第 3 款至第 7 款規定，在此範圍內，是否亦屬違憲，本解釋並無交代。

本院在討論本案過程中，曾有大法官提議，本院釋字第 445 號解釋業已揭示：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審

理」、「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」（參見該解釋理由書第7段），而刑事訴訟法第376條第2款以下規定，均係以較輕微之財產犯罪類型之特定罪名，列為不得上訴於第三審法院，故第2款與其後各款間，有其共通性，須整體評價，以確認立法者於行使立法裁量時所衡量之各項因素，有無正當性，是應將刑事訴訟法第376條第3款至第7款規定，一併納為審查客體。

然而，此項提議，因多數意見認為本解釋聲請案之全部原因案件，並無任何一件屬於刑事訴訟法第376條第3款至第7款所稱之案件，故無必要一併審查。

（二）限縮本解釋效力範圍

本解釋基於「人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容」，乃強調「人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，……至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。」（本解釋理由書第5段參照）、「系爭規定就經第二審撤銷原審無罪判決並改判有罪所應賦予之適當上訴機會，既屬訴訟權保障之核心內容，故非立法機關得以衡量各項因素，以裁量是否予以限制之審級設計問題。」（本解釋理由書第7段參照）。本於前開意旨，本解釋宣告刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定，就第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，亦禁止上訴於第三審法院，係屬違憲⁶。

⁶ 我國已故刑法及刑事訴訟法學者林山田教授曾明確指出，刑事訴訟法第376條規定剝奪特定被告之第三審上訴權，侵害平等權及訴訟權，實屬違憲。參見，林山田，刑事程序法，2004年11月，增訂5版，702-703頁。

由此可見，本解釋明顯認為，釋憲者於審查侵害人民基本權利核心內容之法令時，應扮演主動性的消極立法者角色，盡可能將違背憲法價值之法令，宣告違憲，以保障人民基本權利。

按刑事訴訟法第376條所列各罪之案件，有以較低刑度為標準者（即本條第1款規定之情形），亦有著眼於較輕微之財產犯罪者（包括竊盜、侵占、詐欺、背信、恐嚇取財、贓物等罪，即本條第2款至第7款規定之情形）。立法者將此等犯罪之案件，一律規定不得上訴於第三審法院，實際上已將本條所列各款事由一併考量。從而，本條第3款至第7款規定，在第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，亦禁止上訴於第三審法院，仍屬人民初次受有罪判決，而未給予一次上訴救濟機會。就此而言，本條第3款至第7款規定亦為侵害訴訟權保障之核心內容；惟本解釋卻未一併宣告該第3款至第7款規定在此範圍內違憲，導致限縮本解釋之效力範圍，殊屬遺憾。

（三）不符體系正義、製造人民負擔

本席另以為，本解釋有意不將刑事訴訟法第376條第3款至第7款規定納入審查範圍，乃不符體系正義且製造人民負擔。理由如下：

1. 理論上，誠如本院釋字第445號解釋前揭意旨所示，人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的。因此，人民據以聲請解釋憲法之確定終局裁判所適用之法律或命令，如有同一法條含多款規定，且各款規定具有相同立法目的之情形，則雖僅其中部分規定，為人民據以聲請憲法解釋之確定終局裁判所適用，從大法官釋憲角度而言，仍應盡量將立法目的相同之其餘

規定，一併予以審查，俾貫徹闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的。

2. 按本條於 84 年 1 月 18 日修正時，將該條所列合計 7 款案件，明定經第二審判決者，一律不得上訴於第三審法院，其立法理由為⁷：「依原刑事訴訟法第 376 條規定，除刑法第 61 條所列各罪之案件外，其經第二審判決者，均得上訴於第三審法院。因上訴第三審之刑事案件日增，法官不勝負荷，乃參照外國之立法例⁸，對於上訴第三審案件之範圍，再酌加限制，增列第 321 條之加重竊盜罪、第 336 條第 2 項之業務侵占罪、第 341 條之準詐欺罪、第 342 條之背信罪及第 346 條之恐嚇取財罪等案件，均不得上訴第三審法院……以減輕第三審法院之負擔，使其集中精力處理較為重大繁雜之案件。」由是可知，本條 7 款規定，均基於相同之立法緣由（上訴第三審之刑事案件日增，法官不勝負荷），並追求相同之立法目的（減輕第三審法院之負擔，使其集中精力處理較為重大繁雜之案件），且均屬限制人民訴訟權之核心內容；其中第 2 款至第 7 款所定之犯罪，更是性質相同（皆為侵害財產法益）、刑度接近（最重本刑均為 5 年有期徒刑）。因此，在體系正義要求下⁹，本條全部 7 款規定，

⁷ 參見立法院 83 年 6 月 22 日議案關係文書院總第 161 號，案由：司法院、行政院函請審議「刑事訴訟法部分條文修正草案」及「刑事訴訟法施行法第 1 條及第 5 條條文修正草案」案，說明一、貳、限制上訴第三審案件之範圍。

⁸ 前開司法院及行政院函請審議案之說明中，並未指明所謂「外國之立法例」，究為何者。

⁹ 關於體系正義，在我國釋憲史上，最經典之論述，首見於翁岳生大法官在本院釋字第 455 條解釋提出之協同意見書：「按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則。」

均應等同處理；第2款至第7款規定，更不得不同看待。

3. 準此，本解釋既然宣告本條第2款規定，在第二審撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，係屬違憲，則一併宣告其餘第3款至第7款規定，在有相同情形範圍內，亦屬違憲，方法上，極為自然，結果上，亦甚妥適。
4. 詎料，本解釋僅宣告本條第1款及第2款規定，在第二審法院撤銷第一審所為無罪判決並自行改判有罪之情形，係屬違憲，卻就與第2款性質相同之第3款至第7款規定，如有相同情形時之違憲疑義，置若罔聞。此種釋憲方式，保守有餘，創新不足。
5. 更有甚者，由於本解釋在此部分之沈默，可預料者為，本解釋公布後，就第3款至第7款規定，勢必再度發生是否違憲之爭議，導致立法者原本相同評價之本條全部7款規定，實務上，第1、2款規定與第3至7款規定，卻有完全不同之評價。而且，保守或固執之法官，就第3款至第7款規定之情形，必然依舊拒絕被告之第三審上訴，遭拒絕之被告僅得再次聲請本院解釋。本席大膽預言，就此類之解釋憲法聲請，本院應不至於作成有異於本解釋意旨之不同解釋。因此，除非立法者本於本解釋意旨，儘速修正本條規定，並修改為本條全部7款規定之案件，於第一審判決無罪，而第二審改判有罪時，為被告之利益，一律得上訴於第三審法院；否則，人民仍須一再奔波於出庭應訴、聲請解釋、提起再審，不僅製造人民無謂負擔，且與刑事訴訟法第376條所欲達成之「減輕法官負擔」背道而馳。孰令致之，孰使為之？

貳、第一審判有罪、第二審亦判有罪且加重其刑之情形

如前所述，依本解釋，刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，在該 2 款所定之案件，經第二審撤銷第一審所為無罪判決而自為改判有罪之情形，係屬違憲。

然而，如前述案件，第一審判決有罪，而第二審不僅維持有罪，且加重其刑¹⁰時，應如何處理？

按本解釋揭示，基於受憲法絕對保障之訴訟權核心內容，初次受有罪判決之人，應至少有一次上訴救濟機會。此之所指「救濟」，從訴訟權核心內容受憲法絕對保障而言，應不限於原本無罪而被初次改判有罪，而亦應包含原本輕刑而被初次改判重刑。蓋此兩種情形之被告，均為初次受更不利之裁判，自均應同等給予至少一次上訴救濟機會，始屬符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

部分協同部分不同意見書

黃昭元大法官 提出
陳碧玉大法官 加入
湯德宗大法官 加入三、不同意見部分
吳陳鐸大法官 加入三、不同意見部分

一、本意見書立場

[1] 本號解釋之結論：本號解釋之解釋文第 1 段宣告刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款限制上訴第三審之規定（下稱系爭規定），就「一審無罪，二審有罪」的案件類型部分違憲，其餘部分（如一、二審均為無罪或有罪判決者）合憲。解釋文第 2 段就本號解釋之效力範圍，除依解釋先例對兩位聲請人之原因案件發生個案溯及效力外（解釋理

¹⁰ 例如：第一審法院認定被告有起訴書所指觸犯刑法第 320 條普通竊盜罪之事實，遂判決被告有罪。被告及檢察官均提起第二審上訴，第二審法院不僅依舊認定被告確有前開觸犯刑法第 320 條普通竊盜罪之事實，並認定被告為累犯，乃依刑事訴訟法第 370 條第 1 項但書規定，撤銷第一審判決，並自為有罪判決，且依刑法第 47 條規定，加重其刑。

由書第9段），另將本號解釋之效力擴張到「於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者」之各相關案件（解釋理由書第8段）¹，而對「非聲請人或未曾提出聲請」之類似案件亦發生溯及效力。

[2] 本意見書立場：本席等贊成解釋文第1段所為部分合憲、部分違憲的結論，然對於解釋文第2段所宣告之通案溯及效力，則難以贊成。以下分別說明本席等之協同意見及不同意見。

二、協同意見部分

[3] 首度宣告涉及審級制度之法律（部分）違憲：過去本院解釋基於「有權利必有救濟」之憲法原則，認為憲法訴訟權有其核心內容，²一有欠缺，即屬違憲。然向來解釋仍只承認人民向「法院」提起訴訟，以獲及時、有效救濟的權利，才屬於訴訟權之核心內容（參釋字第396、574、653號解釋）；並曾多次明示審級制度並非訴訟權之核心內容，而容許立法者有充分的形成空間。（參釋字第396、442、512、574、629、639³號解釋）本號解釋應該是將訴訟權核心內容擴張至審級制度的第一號解釋，具有制度面的重大意義。

[4] 本號解釋之主要理由：本號解釋一方面承認審級制度原則上仍屬立法形成範圍，本應從寬審查，故立法者仍得決定是否及如何限制被告上訴第三審之權利。但為保障人民訴訟權之「有效」救濟，本號解釋就「一審無罪、二審有罪」的刑事判決，要求應給予被告至少一次的上訴機會。主要理由是：此種情形下的二審有罪判決，是被告「第一次」

¹ 本號解釋於2017年7月28日公布生效，故在2017年7月18日至27日間送達二審判決之案件（參刑事訴訟法第349條），雖原已確定，但如符合本號解釋之要件，仍有本號解釋之適用，而均得於8月7日（含）之前上訴。未曾上訴者，得上訴；之前已上訴者，法院不得再依刑事訴訟法第376條駁回其上訴，而應由第三審法院進行審理。然如其上訴另有其他不合法事由而應駁回者，第三審法院自仍得判決駁回其上訴，自不待言。

² 釋字第396號解釋理由書第1段：「…人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨不符。…」

³ 釋字第639號解釋理由書第2段：「…審級制度並非訴訟權保障之核心內容，立法機關非不得衡量訴訟案件之性質、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，決定是否予以限制，迭經本院解釋在案。…」

受到國家司法權之正式宣告有罪。鑑於刑事有罪判決對於被告人身、財產、甚至名譽等權利之重大不利影響，為避免刑事有罪判決之可能錯誤或冤抑，因此應給予被告至少一次上訴之憲法權利保障。⁴

[5] 得適用本號解釋之二審有罪判決：基於上述理由，本席等認為，只要被告在二審是第一次受到有罪判決，就應容許其上訴第三審。因此除了「一審無罪，二審有罪」的情形外，「一審免訴、不受理等，二審有罪」的類似情形，在法理上亦得類推適用本號解釋，而讓被告得以上訴第三審。

[6] 發回更審後之二審有罪判決：在二審第一次判決被告有罪的情形，如被告上訴後，第三審法院廢棄第二審有罪判決，發回更審。更審之第二審法院如再為有罪判決，此時的第二審有罪判決，本席等認為就已經不是所謂的「第一次」有罪判決，而無本號解釋之適用。因為第三審既已廢棄第二審之有罪判決，就表示第三審已經發揮過避免裁判錯誤及冤抑的功能，被告也曾獲得有效救濟。故本號解釋據以例外容許被告上訴第三審之考量，均已實現，而無再度給予被告上訴第三審機會之必要，以免落入上訴—發回—上訴—發回—上訴…的循環。至於立法者將來修法時，如要給予被告如此優厚之額外保障，事屬立法裁量下的政策選擇，而非憲法保障或要求之訴訟權核心內容。故本號解釋所稱「提供至少一次上訴救濟機會」，意指「第一次」的上訴救濟機會屬於憲法保障的訴訟權核心內容；至於第二次及以後的上訴救濟（如發回更審後之上訴），則非被告之憲法權利，立法者自得予以限制。

[7] 第三審的審查範圍：我國刑事第三審向為法律審，而非事實審，本

⁴ 公民與政治權利國際公約第14條第5項規定：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」與本號解釋爭點有關。按上述公約雖已經國內法化，但其形式上仍只是國會法律位階的規範，並無法成為聲請或解釋憲法的權利依據。其次，上述公約規定之文義範圍係泛指任何有罪判決都應有上訴機會，這和本號解釋之限於「一審無罪、二審有罪」的情形，顯然有別。即使參考公約委員會第32號一般性意見（General Comment No 32）的第47點，其所期待締約國保障上訴權的案件類型（包括終審法院撤銷下級審無罪判決而自為有罪判決等情形），亦明顯超過本號解釋所審理及承認的範圍。為免引發不必要的爭議，因此本號解釋沒有正式參考、引用上述公約及其委員會之一般性意見，而是直接闡釋憲法訴訟權應保障之核心內容。

號解釋並無意改變這項制度設計。換言之，在現行制度下第三審之為（也僅為）法律審（參刑事訴訟法第 394 條等規定），這仍然符合本號解釋所要求的上訴第三審之救濟保障。故有關事實認定的爭議，第三審法院基本上還是只能在「應調查之證據而未予調查」、「事實認定違反論理法則、經驗法則或證據法則」等有限程度內，發揮其救濟功能。

[8] 刑事訴訟法第 376 條第 3 至 7 款的類似限制：受限於不告不理原則，本號解釋只審查有提出聲請之刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，並宣告上述規定部分合憲、部分違憲。在法理上，同條第 3 至 7 款的類似限制，在「一審無罪、二審有罪」的情形，也應產生相同的違憲評價。未來有關機關在修正刑事訴訟法第 376 條時，宜參照本號解釋意旨，將同條第 3 至 7 款的限制一併放寬。

[9] 一審終結的公務員懲戒程序：本號解釋之標的是刑事判決之上訴第三審限制，故本號解釋所承認之訴訟權核心內容保障自不及於「人民一審勝訴、二審敗訴」的行政訴訟或民事訴訟判決。但就一審終結的公務員懲戒程序，過去本院在釋字第 396 號解釋，雖曾基於審級制度屬立法形成範圍之理由，認為不違憲。然本號解釋既已修正上述立場，則對於影響公務員身分及權益甚大之公務員懲戒程序，是否應繼續維持一審終結的司法救濟程序，亦有重新檢討的必要。

三、不同意見部分

[10] 依釋字第 188 號解釋（統一解釋部分）及向來實踐（憲法解釋部分），除解釋文內另有明定者外，本院解釋應自公布當日起發生效力，並無溯及效力。至於經本院解釋宣告違憲並失效之法令，除解釋文另定失效日期外，原則上亦自本院解釋公布當日起失效。然顧及聲請人原因案件之救濟，並為肯定聲請人對於維護憲政秩序之貢獻，故自釋字第 177 號起，本院宣告法令違憲之解釋效力，亦例外溯及適用於聲請人據以聲請之原因案件、及就同一法令已提出聲請的類似案件，從而發生個案的溯及效力。（參釋字第 177、185、193、686 號解釋）⁵

⁵ 依釋字第 188 號解釋，在統一解釋，就引起歧見之原因案件，也可發生個案溯

又即使是宣告違憲法令定期失效，依釋字第 725、741 號解釋，就已聲請之各原因案件亦可發生個案之溯及效力。

[11] 依本院向來解釋，不論是立即或定期失效之法令違憲解釋，得例外享有溯及效力的案件，均限於「已經提出聲請」的原因案件，而非「曾適用同一違憲法令」的類似案件。這是考量相關案件業經法院裁判確定，而已形成一定的法秩序。為免溯及效力之影響過大，因此有此限制。按溯及推翻確定裁判之效力，本屬例外性之救濟。對於是否溯及，原應審慎權衡，而非多多益善。基於司法不告不理、個案裁判的基本原則，當事人如未聲請解釋，自無任何憲法權利可以主張並援用本院違憲宣告解釋之利益，本院亦無憲法義務要讓此等當事人亦得當然享受違憲宣告解釋之利益。是否擴張溯及效力之範圍而及於此等未聲請的被告，至多是政策性的選擇。

[12] 本號解釋為貫徹「有權利必有救濟」的原則，進一步強調此救濟必須是「有效救濟」，因而宣告系爭規定「部分違憲」，並給予聲請人個案救濟的機會，確應支持。然解釋文第 2 段在未充分說明理由下，逕將溯及效力擴張及於「非聲請人、也未曾提出聲請」，且原已確定的相關類似案件，以致形成「未聲請，卻有救濟」的特殊待遇。又以本號解釋公布日之「前 10 日內」（即於 2017 年 7 月 18 至 27 日間）送達二審有罪判決之案件為溯及範圍，其時間點之選擇，亦使有無溯及效力之適用，受到與法理無關的事務性偶然因素（如製作判決書、郵務效率等）之更多影響，恐有恣意之嫌。

[13] 按擴張溯及效力之適用範圍固有利於部分被告之訴訟權保障，但即使是有利人權保障之目的，本席等向仍要求自己的說理能通過方法及理論面的起碼檢驗，以免落入「講人權而不講理」的目的熱、手段盲，或是跟著感覺走的邏輯跳躍。對於解釋文第 2 段之擴張溯及效力的適用範圍，本席等再三思考，自認仍無法形成足以說服自己的理由，遑論說服別人。因此難以支持，謹此敬表不同意見如上。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

湯德宗大法官 加入

吳陳鐸大法官 加入一、二部分

本解釋認刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款（即系爭規定）「就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」（解釋文第 1 段參照）本席敬表贊同。惟解釋文第二段對通案為溯及適用之諭知，本席尚難贊同，爰提部分不同意見如後：

一、本院釋憲解釋效力原則上係向將來生效，僅於原因個案例外發生溯及效力

按本院釋字第 185 號解釋理由書釋示：「憲法第 78 條規定，司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，旨在使司法院負闡明憲法及法令正確意義之責，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力」；第 188 號解釋釋示：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。」是本院憲法解釋與統一解釋均具有一般拘束力，拘束全國各機關（包括司法院）及人民，並基於法治國法安定性之要求，原則上自公布日起發生效力¹。於憲法疑義之解釋，受宣告違憲之法令原則上並非自始無效，無論本院解釋係明示「自本解釋公布之日起，應停止（不予）適用或不再（予）援用」或「應即失其效力」，抑或定期時效，本院解釋之效力均是於將來生效。

惟為兼顧個案正義，並鼓勵人民積極聲請釋憲，協助維護憲政秩序，本院釋字第 177 號解釋釋示：「本院依人民聲

¹ 本院釋字第 188 號解釋雖係就統一解釋之效力為之，同理，憲法解釋亦原則上自解釋公布之日發生效力。

請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，第185號解釋釋示：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。」是確定終局裁判所適用之法律或命令，經大法官解釋認為與憲法意旨不符者，原受不利確定終局裁判之聲請人，得以該解釋為再審或非常上訴之理由並拘束受訴法院；本院憲法解釋之效力爰例外地溯及於原因個案²。

二、本解釋諭知溯及適用於已確定之判決，與本院解釋先例相違，嚴重破壞法安定性

按刑事判決依刑事訴訟法第224條規定宣示而對外生效；未經宣示，而逕將裁判書之正本送達者，其效力自送達時發生。系爭規定所列案件原不得上訴第三審，其第二審判決，經宣示或送達發生效力時，即告確定，並無上訴期間可言。系爭規定經本院宣告違憲部分，原應自本解釋公布之日起失效；於本解釋公布前，系爭規定所列案件之第二審判決，因不得上訴，若已宣示或送達生效，即已確定。

詎本解釋多數意見一方面宣告系爭規定違憲部分自本解釋公布之日起失其效力，他方面卻主張「上開二款所列案件，經第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間者，被告及得為被告利益上訴之人得依法上訴。……被告於本解釋公布前，已於前揭上訴期間內上訴而尚未裁判者，法院不得依刑事訴訟法第376條第1款及第2款規定駁回上訴。」遂將本解釋之效力通案地溯及適用於本解釋公布之日前原已確定之判決。

² 定期失效亦有個案溯及之效力，參照本院釋字第725號、第741號解釋。另本院釋字第188號解釋就統一解釋之效力，亦例外溯及於原因個案。

在顯然欠缺公益理由下³，本解釋使本院解釋之效力一概溯及適用於「系爭規定所列案件，於本解釋公布之日，尚未逾上訴期間」者與本院一貫見解相違，嚴重破壞法安定性，實非妥適。又上訴期間屆滿前提起上訴尚未裁判者，甚或已獲有罪判決而尚未執行者，按多數意見之論理，何以未能享有溯及之利益？亦待商榷。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，
網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

³ 本院解釋例外溯及於原因個案，雖與法治國法安定性不合，但影響甚微，且為鼓勵人民聲請釋憲以維護憲政秩序之意旨，有溯及適用之必要。

司法院釋字第七五三號解釋

【全民健保特約之違約處置案】

中華民國 106 年 10 月 6 日

院台大二字第 1060026835 號

解 釋 文

中華民國 83 年 8 月 9 日制定公布之全民健康保險法第 55 條第 2 項規定：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」及 100 年 1 月 26 日修正公布之同法第 66 條第 1 項規定：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」均未牴觸法治國之法律授權明確性原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。

96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款規定：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約 1 至 3 個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段規定：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。」99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項規定：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」（上開條文，均於 101 年 12 月 28 日修正發布，依序分別為第 39 條第 4 款、第 47

條第1項、第42條第1項，其意旨相同）均未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符，亦未牴觸憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。

101年12月28日修正發布之同辦法第37條第1項第1款規定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之10倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨並無違背。

解釋理由書

聲請人財團法人天主教若瑟醫院代表人張世杰（現已變更為李聰明，並聲明承受本件聲請，下稱聲請人一），與改制前之行政院衛生署中央健康保險局（現已改制為衛生福利部中央健康保險署，下稱健保署）間訂有全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱特約）。於中華民國96年9月至10月間，聲請人一所屬外科主治醫師與病患共謀，將他人癌症組織混入該名病患之切片檢體，致使檢查結果為乳房惡性腫瘤，據而施行乳房切除手術等處置，再依此申報多筆醫療費用。案經檢察官偵辦而發現，健保署遂於99年7月29日，依行為時83年8月9日制定公布之全民健康保險法（下稱83年健保法）第55條第2項規定（下稱系爭規定一）之授權，於96年3月20日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）第66條第1項第8款停止特約部分之規定（下稱系爭規定二）、95年2月8日修正發布之同辦法第70條前段停止特約不予支付部分之規定（下稱系爭規定三）及特約第20條第1項規定，停止聲請人一外科（含門、住診）醫療業務特約2個月，涉案醫師於停止特約期間對保險對象提供之醫療服務，不予支付。聲請人一不服，提起行政救濟，另於100年5月4日，依99年9月15日修正發布之同辦法第39條第1項抵扣停約部分之規定（下稱系爭規定四），申請以扣減金額方式抵扣停約期

間之執行（下稱停約之抵扣），經健保署同意並核定扣減金額為新臺幣（下同）14,001,281 元。行政訴訟嗣經最高行政法院 101 年度判字第 929 號判決，以上訴無理由而駁回確定在案。聲請人一認系爭規定一至四，有違反憲法第 15 條及第 23 條法律保留原則、比例原則之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

另聲請人陳憲堂即東泰藥局（下稱聲請人二）與健保署間訂有特約。陳憲堂於 102 年 5 月 18 日中午 12 時至同月 19 日上午 10 時間，未親自在藥局執行藥師業務，卻由受聘藥師代為調劑藥品，並在處方箋上蓋用「東泰藥局陳憲堂」之印章，電腦系統填載陳憲堂為調劑藥師，再據以申報醫療費用。案經健保署於 103 年 6 月 12 日實地稽查發現，遂依 100 年 1 月 26 日修正公布之全民健康保險法（下稱現行健保法）第 66 條第 1 項規定（下稱系爭規定五）之授權，於 101 年 12 月 28 日修正發布之特管辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定六）及特約第 20 條規定，扣減申報之相關醫療費用 10 倍（下稱扣減醫療費用）之金額 311,710 元（註）。聲請人二不服，提起行政救濟，經臺北高等行政法院 105 年度簡上字第 55 號判決，以上訴無理由而駁回確定在案。聲請人二認系爭規定五及六，有違反憲法第 7 條、第 15 條、第 16 條及第 23 條法律保留原則之疑義，向本院聲請解釋憲法，核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，亦予受理。

按上述二聲請案，均涉及締結特約之保險醫事服務機構違約時，健保署為一定處置所依據之系爭規定一至六是否有違反法律保留原則、法律授權明確性原則而牴觸憲法之疑義，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

一、有關是否違反法律保留與法律授權明確性原則部分

健保署依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險（下稱全民健保）醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結特約，約定由保險醫事服務機構提供保險對象醫療服務，以達

促進國民健康、增進公共利益之行政目的，此項特約具有行政契約之性質，業經本院釋字第 533 號解釋在案。全民健保為強制性之社會保險，於保險對象在保險有效期間，發生疾病、傷害、生育事故時，由保險醫事服務機構提供醫療服務，健保署則依前揭特約支付保險醫事服務機構醫療費用。全民健保特約既為行政契約，健保署與保險醫事服務機構間之公法上法律關係，除依其性質或法規規定不得締約者外，該法律關係即得以契約設定、變更或消滅（行政程序法第 135 條前段規定參照）。按法治國法律保留原則之範圍，原不以憲法第 23 條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如屬涉及公共利益之重大事項者，仍應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第 443 號、第 743 號解釋參照）。全民健保特約內容涉及全民健保制度能否健全運作者，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項，仍應有法律或法律具體明確授權之命令為依據。至授權是否具體明確，應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，非拘泥於特定法條之文字（本院釋字第 394 號、第 426 號、第 612 號及第 734 號解釋參照）。

83 年健保法第 1 條揭示其立法目的為「為增進全體國民健康，辦理全民健康保險……，以提供醫療保健服務」。為辦理全民健保業務，承辦之健保署乃與醫事服務機構訂定特約，委由該特約之保險醫事服務機構提供醫療服務。是有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約，乃國家持續提供完善醫療服務之關鍵。於特約履行中，健保署認保險醫事服務機構違反特約，依系爭規定二至四及六予以停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等，屬全民健保制度能否健全運作之重大事項，並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權，依法治國之法律保留原則，應有法律或法律明確授權之命令為依據。上述停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等為對保險醫事服務機構之管理事項並屬違約之處理，同

法第 55 條第 2 項即系爭規定一已明定：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」於 100 年 1 月 26 日修正為第 66 條第 1 項即系爭規定五明定：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」即已授權主管機關就上開事項得以法規命令為之，故尚與法律保留原則無違。

至該授權規定有無符合授權明確性原則部分，查 83 年健保法第 31 條第 1 項規定，由保險醫事服務機構依法給予門診或住院診療服務；醫師並得交付處方箋予保險對象至藥局調劑；第 42 條規定，保險醫事服務機構對保險對象之醫療服務，經認定不符合健保法規定者，其費用應由該保險醫事服務機構自行負責；第 52 條規定，保險人為審查保險醫事服務機構辦理本保險之醫療服務項目、數量及品質，應組成醫療服務審查委員會審查之；第 55 條第 1 項規定，保險醫事服務機構為特約醫院及診所、特約藥局、保險指定醫事檢驗機構、其他經主管機關指定之特約醫事服務機構（91 年 7 月 17 日修正發布之第 55 條第 1 項僅修正文字，其意旨相同）；第 62 條規定，保險醫事服務機構對於主管機關或保險人因業務需要所為之訪查或查詢、借調病歷、診療紀錄、帳冊、簿據或醫療費用成本等有關資料，不得規避、拒絕或妨礙。經由上開健保法規定，立法者業已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針。違約之處理係屬一般契約之尋常內容，特約管理辦法之管理一詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內，故可推知立法者有意授權主管機關，以特管辦法規範保險醫事服務機構違約之處理，俾有效管理保險醫事服務機構，提供完善醫療服務之授權目的。綜上，系爭規定一就授權主管機關訂定特管辦法之目的、內容及範圍尚稱明確，與法治國之法律授權明確性原則尚無違背。系爭規定五明定違約處理為授權內容，其範圍益臻明確，亦與法治國之法律授權明確性原則無違。

二、有關特管辦法是否逾越母法部分

特管辦法係主管機關為辦理全民健保，用於特約及管理保險醫事服務機構或違約處理之準據規定，部分條文並納為特約範本內容之一部。健保局 99 年 2 月 12 日健保醫字第 0990072145 號公告之特約範本（下稱特約醫院範本）第 1 條第 1 項，以及 91 年 4 月 26 日健保醫字第 0910005868 號函公告之特約範本（下稱特約藥局範本）第 1 條第 1 項，均規定契約雙方應依照健保法、健保法施行細則、特管辦法等法令及合約規定辦理全民健保。特約醫院範本第 20 條第 1 項規定保險醫事服務機構若有特管辦法第 66 條規定（其中第 1 項第 8 款即系爭規定二）之情形，健保署應予停止特約；特約藥局範本第 20 條規定保險醫事服務機構若有特管辦法第 33 條規定（其中第 1 項第 1 款與系爭規定六意旨相同）之情形，健保署應予扣減醫療費用。

83 年健保法第 72 條前段雖規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以 2 倍罰鍰」。惟因保險醫事服務機構依特約，負有向保險對象提供醫療服務之義務，並享有得依支出成本向保險人申報及領取醫療費用之權利；且應據實申報醫療費用，不得以不正當行為或虛偽之證明、報告或陳述為之（下稱詐領醫療費用）；亦不得未依處方箋之記載提供醫事服務（下稱未依處方箋記載調劑）。立法機關為避免侵害全民健保資源、強化對保險醫事服務機構之管理及督促其確實依特約本旨履約，於保險醫事服務機構違約詐領醫療費用時，除前揭有關罰鍰規定外，並授權保險人與保險醫事服務機構得另行經由特約之約定，於保險醫事服務機構有違反特約之情形時，保險人得為違約處理之管理措施。系爭規定二明定：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約 1 至 3 個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」（101 年 12 月 28 日修正發布之第 39 條第 4 款規定意旨相同）系爭規定三明定：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療

保健服務，不予支付。」（101年12月28日修正發布之第47條第1項規定意旨相同）核其性質乃屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，與違反行政法上作為義務而課處罰鍰者有異，故系爭規定二及三，未逾越母法之授權範圍。

關於替代停約期間之執行，系爭規定四明定：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」（101年12月28日修正發布之第42條第1項規定意旨相同）規定替代停約期間執行之要件、程序及標準等，得由保險醫事服務機構申請，經健保署同意並依一定方式計算，由保險醫事服務機構以扣減金額方式，抵扣停約期間之執行。核其性質，係就上開停止特約之執行，規定得依保險醫事服務機構之申請及健保署之同意，以停約之抵扣替代之，保險醫事服務機構得繼續提供保險對象醫療服務，並申報醫療費用，仍屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，未逾越母法之授權範圍。

至未依處方箋記載調劑，系爭規定六明定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近1季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之10倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」係規定得經由特約而主張之債務不履行約定違約責任，亦為違約處理之處置，核屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，與現行健保法第81條第1項前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申報醫療費用者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用2至20倍之罰鍰」所規範之目的及規範對象之行為態樣、不法內涵有異，故系爭規定六，未逾越母法之授權範圍。

綜上，為特約內容一部分之系爭規定二至四及六，均未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符。

惟鑑於特管辦法之內容，關係全民健保制度之永續健全發展及保險醫事服務機構之權利義務至鉅，主管機關應依行政程序法以公開方式舉辦聽證，使利害關係人代表，得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成決定。現行特管辦法訂定程序應予改進，併此指明。

三、有關停止特約與不予支付涉及比例原則部分

依憲法第 155 條、第 157 條、憲法增修條文第 10 條第 5 項及第 8 項規定，全民健保為國家應實施之強制性社會保險，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務，關係全體國民福祉至鉅（本院釋字第 524 號、第 533 號及第 550 號解釋參照）。全民健保資源有限，於全民健保總額支付制下（83 年健保法第 47 條以下及現行健保法第 60 條以下參照），詐領醫療費用，將排擠據實提供醫療服務者所得請領之數額，間接損及被保險人獲得醫療服務之數量及品質，並侵蝕全民健保財務，致影響全民保費負擔，危及全民健保制度之健全發展（本院釋字第 545 號解釋參照）。故系爭規定二、三之停止特約及不予支付之目的，在於預防及處置詐領醫療費用，提供完善醫療服務，係為維護重要公共利益，應屬正當。而所採取之手段，係停止特約而不予支付，結果可能造成病患流失，又因公告周知而影響名譽，對詐領醫療費用有一定嚇阻及懲罰作用，自有助於目的之達成。且現行特管辦法就違約之各種情形，依情節輕重，大致區分為通知限期改善、違約記點、扣減醫療費用、停止特約及終止特約等不同處置。其中停止特約，更得視違約情節輕重不同而有 1 至 3 個月不同之處置（96 年 4 月 16 日修正發布全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條違規處分裁量基準參照），並得僅停止違約之科別或服務項目全部或一部、門診或住診；另又設有系爭規定四作為調節機制，並無顯不合理之處。是特約中有關系爭規定二、三之停止特約及不予支付，與憲法第 23 條比例原則尚無違背。

四、有關停約之抵扣涉及比例原則部分

系爭規定四停約之抵扣，係保險醫事服務機構報經健保署同意，依一定方式核算扣減金額，由保險醫事服務機構繳納金額後，替代停約期間之執行。且關於扣減金額之計算，係以受停約之該科別或服務項目前1年平均每月申報點數，配合受停約月數，以保險醫事服務機構位處全民健保分區最近1年平均點值，相乘後核算應扣減金額，與停約期間對保險對象提供醫療服務不予支付之金額相當。停止特約與憲法第23條比例原則既無違背，系爭規定四停約之抵扣，自無違反憲法比例原則之可言。

綜上，系爭規定二至四均未抵觸憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。

至聲請人二之聲請意旨另主張系爭規定六違反憲法第7條及第16條部分，經查並未於客觀上具體指摘，爰不另為處理，併予敘明。

附註：

註：健保署106年7月18日函復本院，略以：「……特管辦法第37條第1項第1款規定：『未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）』，應含處方箋調劑之人，除須具備藥師資格之主觀條件外，更應按相關藥事法規規定，在處方箋上簽章，方為足證已提供合於規定之醫事服務（藥品調劑），爰調劑與處方箋相符，但未親自為之部分，仍構成特管辦法第37條第1項第1款應處分之範圍……。」

大法官會議主席	大法官	許宗力				
	大法官	蔡炯燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發	
		湯德宗	黃虹霞	吳陳銀	林俊益	
		許志雄	張瓊文	黃瑞明	詹森林	
		黃昭元				
						(蔡明誠大法官迴避審理本案)

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【全民健保特約之違約處置案】。

本件解釋併案審理二聲請案，第一案聲請人醫院（下稱聲請人一）及第二案聲請人藥局（下稱聲請人二），前曾分別與健保署訂立全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱特約）。

聲請人一所屬外科主治醫師與病患共謀，將他人癌症組織混入該名病患之切片檢體，致使檢查結果為乳房惡性腫瘤，據而施行乳房切除手術等處置，再依此申報多筆醫療費用。健保署遂依特約內所引置之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）之相關規定（即本件解釋所稱系爭規定二至四），¹對聲請人一予以停止特約2個月；停止特約期間（下稱停止特約），聲請人一對保險對象提供之醫事服務，不予支付醫療費用（下稱不予支付）；嗣聲請人一報經健保署同意，以金額抵扣停約期間之執行（下稱停約之抵扣）。聲請人一不服，提起行政訴訟，嗣經最高行政法院判決以上訴無理由而駁回上訴確定在案。²

聲請人一聲請解釋意旨，主張83年8月9日制定公布之全民健康保險法（下稱83年健保法）第72條前段僅規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫

¹ 系爭規定二規定：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約1至3個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約1至3個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」

系爭規定三規定：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。」

系爭規定四規定：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」

² 最高行政法院101年度判字第929號判決。

療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以 2 倍罰鍰」。特管辦法有關停止特約、不予支付及停約之抵扣等相關法規命令，其處罰方式與目的，與罰鍰無異，自不應逾越母法就相同情形再為處罰，否則即係增加法律所無之限制，違反法律保留原則及授權明確性原則，侵害人民之工作權及財產權；聲請人一向健保署詐領之醫療費用僅新臺幣（下同）40,729 元，停約之抵扣卻高達 14,001,281 元，特管辦法之相關規定即系爭規定四，顯已違反比例原則。

聲請人二之負責藥師，未親自在藥局執行藥師業務，卻由受聘之其他藥師代為調劑藥品，但在處方箋上蓋用藥局負責藥師之印章，據以申請醫療費用（下稱未依處方箋記載調劑）。案經健保署依特約內所引置之特管辦法相關規定（即本件解釋所稱系爭規定六），³ 扣減申報醫療費用 10 倍之金額。聲請人二不服提起行政訴訟，嗣經臺北高等行政法院判決，以上訴無理由而駁回上訴確定在案。⁴

聲請人二聲請釋憲意旨，主張 100 年 1 月 26 日修正公布之全民健康保險法（下稱現行健保法）第 66 條第 1 項規定：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」（下稱系爭規定五）授權範圍僅「違約之處理」，並非「違約之處罰」，特管辦法有關扣減申報醫療費用 10 倍金額之規定（即系爭規定六），屬裁罰性條款，即有逾越母法授權，違反法律保留原則，侵害人民憲法所保障之權利。

關於本件解釋多數形成之結論，認為 83 年健保法第 55 條第

³ 系爭規定六規定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之十倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」

⁴ 臺北高等行政法院 105 年度簡上字第 55 號判決。

2 項、現行健保法第 66 條第 1 項（即系爭規定一及五）均未牴觸法治國之法律授權明確性原則，特管辦法有關停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用之相關規定（即系爭規定二至四及六），均未逾越母法之授權範圍，與法治國法律保留原則尚無不符，與憲法保障人民工作權及財產權之意旨無違，另系爭規定二至四亦未牴觸憲法比例原則，⁵ 本席敬表贊同，審議過程中並協力形成可決之多數。茲就若干爭議部分，例如：「1. 健保特約之內容，有無法律保留原則之適用？」「2. 健保法有關特管辦法之授權規定，是否符合法律授權明確性原則？」「3. 系爭規定二至四及六是否為裁罰性條款？有無逾越母法之授權？」補充說明，爰提出本部分協同意見書。

貳、本件解釋之特色

分析本件解釋，至少有下列 4 項特色：

- 一、重申健保特約具有行政契約之性質，業經本院釋字第 533 號解釋在案，再依其為行政契約之屬性而發揚光大，**認健保特約既為行政契約**，除依其性質或法規規定不得締約者外，**該法律關係即得以契約設定、變更或消滅**（第一段解釋理由參照），為特管辦法有無逾越母法授權範圍之說理，埋下伏筆。
- 二、依釋字第 443 號解釋所示層級化法律保留意旨，採用重要性理論，確認健保特約內容，**涉及健保制度能否健全運作「者」**，為攸關公共利益之重大事項，應有法律或法律具體明確授權之命令為依據。系爭規定二至四及六有關停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等規定，屬健保制度能否健全運作之重大事項，並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事人員之財產權與工作權，應有法律或法律具體明確授權之命令（採相對法律保留原則）為依據。本件系爭規定

⁵ 聲請人二就爭規定六並未指摘是否違反比例原則，基於司法被動原則，本件解釋爰未處理系爭規定六是否違反比例原則之問題。

一及五未牴觸法律授權明確性原則，系爭規定二至四及六未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則無違。

三、系爭規定二至四除無違法律保留原則外，亦無違反憲法比例原則。

四、指明特管辦法之訂定，應符合行政程序有關聽證程序之要求，以保障人權。

參、審查客體：健保法及特管辦法之相關規定

按人民或法人於其憲法上所保障之權利，受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款定有明文。

本件聲請人一、二分別與健保署締結健保特約，特約第1條引置全民健康保險法（下稱全民健保法）、全民健保法施行細則、特管辦法等規定辦理。系爭規定一及五為全民健保法之規定，系爭規定二至四及六為特管辦法之規定，分別為聲請人一、二引為主張其工作權及財產權被侵害之依據，且亦為行政法院確定終局判決所適用之法律或命令，聲請人等據以聲請解釋，主張健保特約中所引置之系爭規定二至四及六之法規命令，增加法律所無之限制，違反法律保留原則。

本席認為，保險醫事服務機構與健保署訂定特約之後，應受相關法規範之拘束，該法規範包括全民健保法、全民健保法施行細則、特管辦法等在內，是以不論上開特約有無引置特管辦法，均應受特管辦法之規範。該特管辦法，屬法規命令之性質，其所規範之事項，如系爭規定二至四及六所示之停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等，如涉及限制人民之自由權利者，應有法律保留原則之適用，是以本件之審查客體係系爭規定二至四及六，而非系爭健保特約，合先敘明。

肆、審查基準：法治國之法律保留原則

停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等事項，

涉及限制保險醫事服務機構及所屬醫事人員受憲法第 15 條所保障之工作權及財產權，系爭規定二至四及六，**是否符合憲法第 23 條法律保留原則之要求？**另停止特約等事項，勢必影響保險醫事服務機構代保險人向保險對象提供醫療服務，間接影響國家給付行政措施之施行，如涉及公共利益之重大事項者，依本院釋字第 443 號解釋所揭「關於給付行政措施，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據」及釋字第 614 號解釋⁶意旨，系爭規定二至四及六所規定之事項，是否亦應有法律或法律具體明確授權之命令為依據？**是以本件解釋，採用法治國之法律保留原則⁷作為審查基準。**先審查停止特約等事項，是否有法律保留原則之適用？如有，再審查系爭規定一及五之母法授權規定，是否符合法律授權明確性原則？再審查子法之系爭規定二至四及六，是否逾越母法之授權範圍？茲依序說明如下：

一、採重要性理論及相對法律保留原則，為審查基準鋪路

本件解釋先依本院釋字第 443 號及釋字第 614 號解釋所示，闡述法律保留之範圍，原不以憲法第 23 條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但「如」屬涉及公共利益之重大事項「者」，仍應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第 743 號解釋參照）。以此作為健保特約內容所引置之系爭規定二至四及六所涉事項應否有法律保留原則之適用，預作鋪路。

二、健保特約內容有無違反法律保留原則之判斷

本件解釋認為，健保特約內容有無違反法律保留原則，

⁶ 另釋字 614 號解釋釋示：給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第 23 條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令（本院釋字第 443 號解釋理由書參照）。

⁷ 釋字第 614 號解釋釋示：憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現。

應視情形（即事物本質之重要程度）而定。如屬涉及**健保制度能否健全運作「者」（這個「者」字非常重要）**，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康（現行健保法第1條第1項揭示之立法目的參照），事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項（釋字第614號解釋參照），仍應有法律或法律具體明確授權之命令為依據，採相對法律保留。反之，健保特約內容，如僅屬與執行法律之技術性、細節性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，無法律保留原則適用之問題。

本件解釋進而確認，健保署依特約內所引系爭規定二至四及六對特約醫院、藥局予以停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等：(1)「屬」**健保制度能否健全運作之重大事項**；(2)並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權，依法治國之法律保留原則，應有法律或法律具體明確授權之命令為依據。以此審查系爭規定二至四及六有無違反法律保留原則。

就健保署得否對特約醫院、藥局予以停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等，「屬」**健保制度能否健全運作之重大事項**，健保法並無明文規定，而採授權規定方式處理。83年健保法第55條第2項規定：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」及現行健保法第66條第1項亦規定：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」即已授權主管機關就上開公共利益之重大事項及影響人民財產權及工作權之事項，得以法規命令為之，故與前揭相對法律保留原則，尚無違背。茲以表格再說明如下：

行政契約	健保特約	涉及健保制度能否健全運作者，屬公共利益之重大事項	有相對法律保留原則之適用
		系爭規定二至四及六予以停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用： (1) 屬健保制度能否健全運作之重大事項；(2) 並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權	有相對法律保留原則之適用
		其他事項	本件解釋未論及
	其他契約	本件解釋未論及	

三、有無違反法律授權明確性之判斷

83 年健保法第 55 條第 2 項規定「特約及管理辦法」及現行健保法第 66 條第 1 項規定：「違約之處理及其他有關事項之辦法」，上開授權規定有關「管理」或「違約之處理」之授權，是否足以包括對違反特約者予以停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等處置？此乃本件解釋之關鍵，採肯定見解者，解釋原則為合憲；採否定見解者，本件解釋原則為違憲。按本院釋字第 394 號、第 426 號、第 612 號及第 734 號解釋意旨所示，上開授權規定，是否具體明確，應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，非拘泥於特定法條之文字。

本件多數意見，逐一檢視 83 年健保法第 42 條、第 52 條及第 62 條等相關規定之內容所示，保險醫事服務機構對保險對象提供醫療服務之項目、數量及品質，應由保險人組成醫療服務審查委員會審查之；保險人並得因業務需要，對於保險醫事服務機構訪查或查詢、借調病歷、診療紀錄、帳冊、簿據或醫療費用成本等有關資料；經保險人審查認定不符合健保法規定者，其醫療服務費用，應由該保險醫事機構自行

負責。本件多數意見認為，經由上開 83 年健保法規定及其整體所表現之關聯意義，立法者業已提供主管機關可資遵循之具體方針。況違約之處理係屬一般契約之尋常內容，特約管理辦法之「管理」一詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內，故可推知立法者有意授權主管機關，以特管辦法規範保險醫事服務機構違約之處理，俾有效管理保險醫事服務機構，提供完善醫療服務。系爭規定一就授權主管機關訂定特管辦法之目的、內容及範圍尚稱明確，與法治國之法律授權明確性原則尚無違背。系爭規定五明定違約處理為授權內容，其範圍益臻明確，亦與法治國之法律授權明確性原則無違。

本席認為，一般醫事服務機構，須與承辦健保業務之健保署訂定特約，始得成為保險醫事服務機構；而保險醫事服務機構服務之優劣，攸關國家得否提供完善醫療服務以增進全體國民健康之健保制度成敗。是保險醫事服務機構之特約，係國家得提供全民健保醫療服務之前提，特約訂定之後，如何管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約，更係國家得否持續提供完善醫療服務之關鍵，有必要詳加規範保險醫事服務機構之特約及管理，是以從全民健保法本身之立法目的在提供完善之醫療服務及上開法律整體規定之關聯意義為綜合判斷，應認上開授權規定之「管理」一詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內，尚在母法合理解釋之範圍，本席贊同多數意見之看法。

四、有無逾越母法之授權範圍

如前所述，本件解釋重申健保特約具有行政契約之性質，進而推論健保特約既為行政契約，除依其性質或法規規定不得締約者外，該法律關係即得以契約設定、變更或消滅，為特管辦法有無逾越母法之授權範圍之說理，埋下伏筆。本席再補充說明如下：

- (一) 關於系爭規定二及三之停止特約及不予支付，屬於債務不履行之違約責任，本件解釋認為，核其性質乃屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，暫時停止特約之效力1個月至3個月，不具裁罰性質，與83年健保法第72條前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以2倍罰鍰」，係就違反行政法上作為義務而課處罰鍰者有異，故系爭規定二及三，未逾越母法之授權範圍。
- (二) 關於系爭規定四停約之抵扣以替代停約期間之執行，核其性質，係就上開停止特約之執行，規定得依保險醫事服務機構之申請及健保署之同意（一方申請、一方同意，乃合意變更停止特約之執行方式），以停約之抵扣替代之，保險醫事服務機構得繼續提供保險對象醫療服務，並申報醫療費用，仍屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，基於特約雙方之合意而為，不具裁罰性質，自未逾越母法之授權範圍。
- (三) 關於系爭規定六，係規定得經由特約而主張之債務不履行約定違約責任，亦為違約處理之處置，核屬保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，亦不具裁罰性質，與現行健保法第81條第1項前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申請醫療費用者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用2至20倍之罰鍰」，所規範之目的及規範對象之行為態樣、不法內涵有異，故未逾越母法之授權範圍。

詳言之，現行健保法第81條第1項規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費

用」，針對相同行為態樣之違規行為，現行特管辦法第 39 條第 4 款已經有對應的違約處置，予以停止特約 1 個月至 3 個月；相同行為態樣且情節重大，現行特管辦法第 40 條第 1 項第 2 款更規定：「保險人予以終止特約」之處置。至於系爭規定六，係針對未依處方箋記載調劑藥品之違規予以處置，扣減申報醫療費用 10 倍之金額，屬違約金之性質，與現行健保法第 81 條第 1 項之罰鍰處分對象之行為態樣，並不相同。故系爭規定六並無逾越母法之授權範圍，亦無下位規範違反上位規範之問題。茲以表格對照說明如下：

行為態樣→法律效果	現行健保法	現行特管辦法
詐領醫療費用（有不實行為）→罰鍰及停止特約	第 81 條第 1 項：「 <u>以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述</u> 而領取保險給付、申請核退或 <u>申報醫療費用</u> 者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用 2 倍至 20 倍之罰鍰；其涉及刑責者，移送司法機關辦理。保險醫事服務機構因該事由已領取之醫療費用，得在其申報之應領醫療費用內扣除。」	第 39 條第 4 款：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人予以停約一個月至三個月。……四、 <u>其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。</u> 」 第 40 條第 1 項第 2 款：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，保險人予以終止停約。……二、 <u>以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用，情節重大。</u> 」第 2 項規定：「依前項規定終止特約者，自終止之日 1 年內，不得再申請特約。」

未依處方箋記載調劑 (無不實行為)→扣 減醫療費用 10 倍		第 37 條第 1 款：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之 10 倍金額：一、<u>未依處方箋</u>、病歷或其他紀錄之記載提供醫事服務。」

另現行健保法除於第 81 條規定罰鍰外，另於第 83 條規定：「保險醫事服務機構……有第 81 條第 1 項規定行為，保險人除依第 81 條及前條規定處罰外，並得視其情節輕重，限定其於一定期間不予特約或永不特約。」足徵立法者就現行健保法，針對第 81 條第 1 項的構成要件行為，並未限定僅有罰鍰一種處罰，排除其他處置之意，現行健保法第 83 條業已容許併行處置嚴重之特約期限 3 年屆滿後，得於一定期間內不予特約或永不特約，處置相對比較輕之停止特約 1 個月至 3 個月，自更無違反上位規範之可言，則比停止特約 1 個月至 3 個月處置更輕之扣減醫療費用 10 倍之金額，更無違反上位規範之問題。

伍、結論

行政程序法於 88 年 2 月 3 日制定公布，自 90 年 1 月 1 日施行，其中第 5 章行政契約，乃行政契約之理論正式成為法規範，影響深遠。90 年 11 月 6 日公布釋字第 533 號解釋，闡示健保特約係行政契約，應係受到行政契約法制化之影響，迄今已滿 15 年。誠如本件解釋之審查基準所言，**健保特約既為行政契約**，除依其性質或法規規定不得締約者外，**該法律關係即得以契約設定、變更或消滅**（行政程序法第 135 條規定參照），爾後健保特約所生之爭議，是否亦應按此前提處理之，或更能符合健保特約為行政契約之屬性。

部分協同意見書

張瓊文大法官 提出

本號解釋涉及全民健康保險醫事服務機構與行政院衛生署中央健康保險局（現已改制為衛生福利部中央健康保險署，下稱健保署）訂立全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱特約）後，保險醫事服務機構以不實資訊取得健保給付，健保署如何進行履約管理之相關問題。

本號解釋多數意見認為，中華民國（下同）83年8月9日制定公布之全民健康保險法（下稱83年健保法）第55條第2項規定（即本號解釋所稱系爭規定一）及100年1月26日修正公布之同法（下稱現行健保法）第66條第1項規定（即本號解釋所稱系爭規定五）均未牴觸法治國之法律授權明確性原則，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。另96年3月20日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）第66條第1項第8款規定（即本號解釋所稱系爭規定二）、95年2月8日修正發布之同辦法第70條前段規定（即本號解釋所稱系爭規定三）、99年9月15日修正發布之同辦法第39條第1項規定（即本號解釋所稱系爭規定四）、101年12月28日修正發布之同辦法第37條第1項第1款規定（即本號解釋所稱系爭規定六），均未牴觸法治國之法律保留原則及憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。鑒於全民健康保險自84年3月1日實施以來，歷經22年運作，已生根於我國並自成一個完整的法體系¹，對於多數意見所持合憲見解，本席敬表贊成。惟本號解釋雖特別指出特約具備行政契約之性質，且與系爭規定二、三、四及六均係基於系爭規定一及五所訂定，目的均係強化對保險醫事服務機構之管理及督促其確實依特約本旨履約，

¹ 根據全民健康保險署網站資料，全民健保法的相關法規，除全民健康保險法、衛生福利部中央健康保險署組織法2個法律位階的母法外，另訂定有37種法規命令、22種行政規則，共計有61種法規，並涉及全民健康保險署與28,113家特約醫事服務機構及全國人民之醫療服務關係，其相關問題之處理自有其專業性及特殊性而自成一體。https://www.nhi.gov.tw/Content_List.aspx?n=566F65327F08E4B3&topn=B7E0652B10F73024 最後瀏覽日 2017/10/6。

但就此特約之地位及是否影響系爭規定一至六之合憲性，卻未詳論。本席爰就此種具有行政契約性質之行政措施所涉及的容許性問題及定型化契約之特性，提出協同意見補充之。

一、行政契約的容許性問題

本號解釋多數意見認為：「……全民健保特約既為行政契約，健保署與保險醫事服務機構間之公法上法律關係，除依其性質或法規規定不得締約者外，該法律關係即得以契約設定、變更或消滅……」此段論述係參考行政程序法第135條規定為基礎²，旨在闡述行政契約內容之訂立，允許行政機關於其職權範圍內本於契約自由原則，對於契約之法律關係為契約設定、變更或消滅等約定，惟此契約自由之範圍並非漫無限制，仍須本於行政機關「依法行政」的義務，受到相關法律之約束，以銜接後段：「……政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如屬涉及公共利益之重大事項者，仍應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則……」，亦即行政契約之訂立雖應適用法律保留原則，但須以「涉及公共利益之重大事項者」為前提，此意見可茲贊同。

惟在此卻衍生另一個問題：所謂「除依其性質或法規規定不得締約者外」究何所指？將全民健保契約定性為行政契約，是否即無庸探求其性質是否屬於得以行政契約方式訂立之行政行為？

按全民健康保險制度係基於憲法第155條、第157條及憲法增修條文第10條第5項而制定之制度³，本身即屬國家

² 行政程序法第135條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」

³ 憲法第155條規定：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」

憲法第157條：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」
憲法增修條文第10條第5項：「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」

之基本國策，甚至具有憲法委託之性質，立法者須積極立法，但擁有較大的形成空間⁴。而 83 年健保法第 55 條（含系爭規定一）及現行健保法第 66 條第 1 項即系爭規定五均明文規定健保署得與保險醫事服務機構訂立特約，故立法者已明文授權健保署得以契約方式使保險醫事服務機構從事全民健康保險之醫療服務。就此而言，採取行政契約之方式，不僅未與法律牴觸，其且具有法律之授權，應符合行政契約之容許性要求。

惟此種論述僅係判斷特約是否屬於「法規規定不得締約者」之問題，尚屬法律解釋之範疇。更值得注意者，係判斷行政契約容許性的另一個要件：其性質是否得以行政契約方式訂立之？以憲法解釋方法而言，如其性質不能以行政契約方式為之，法律卻容許以行政契約方式為之即有可能構成違憲。

按我國行政程序法第 135 條主要係參考德國 1976 年制定之聯邦行政程序法第 54 條之規定而來⁵，但兩者間猶有不同之處。我國行政程序法第 135 條之規定為「但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限」，德國聯邦行政程序法第 54 條第 1 項第 1 句則是：「但法規另有相反之規定者，不在此限」，兩者相較，我國行政程序法第 135 條中所謂「依其性質」究何所指即有值得討論之處⁶。

⁴ 陳新民，《憲法學釋論》，自版，修訂 8 版，2015 年，第 1016 頁。

⁵ 德國 1976 年聯邦行政程序法第 54 條規定：「公法上之法律關係，得以契約設定、變更或消滅，但法規另有相反之規定者，不在此限。官署尤其得與欲對之為行政處分之相對人訂立公法契約，以代替行政處分。」參見吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，增訂 14 版，2016 年，第 426 頁。

⁶ 李建良，〈臺灣行政契約法的路徑依賴？—比較行政法方法論的局部反思〉，刊載：《2012 行政管制與行政爭訟》，中央研究院法律學研究所，2016 年，第 30 頁。另王必芳則指出「依其性質」係法國判例法上之概念，應可參酌法國法之見解。見氏著，〈論法國行政契約的特點—從我國行政程序法行政契約章的立法設計談起〉，刊載：臺北大學法學論叢，第 102 期，2017 年，第 76 頁。

由於「依其性質」係一種不確定法律概念，以目前的立法方式而言，係採取由行政法院藉由個案累積的方式，逐一使其明確化。惟以目前基於現代合作行政國家的理念，公私協力行為模式日漸大量化成長之趨勢而言，行政契約之運用勢必朝向長期化及定型化的方向，則對於法律明確性及安定性之要求更為增加。而此種立法模式將造成行政契約履約至一定程度之際，如發生履約糾紛，行政法院可能持此規定認定該行政契約屬性質上不得締結者，而使該行政契約面臨無效之風險，相同類型之行政契約亦將同時因此見解而歸於無效，有違法律安定性之要求⁷，故對於所謂「依其性質」之概念，即應予限縮解釋。

首先，應將此種性質的討論置於「契約形式之容許性」的範疇，亦即指行政行為所涉及之事項得否以契約定之⁸，至於契約內容則屬個案協商之結果，除有法規規定不得締約之情事外，應屬行政機關之裁量餘地，司法機關應予尊重。申言之，即行政行為之性質屬於僅能由行政機關單方行使，而不容經由協商程序決定者，則不得以契約為之。最明顯者如考試評分事項⁹，此種能力評鑑事項，如由受試者與評分者經由個別協商方式達成評分結果，則無法產生一個通案式的共同評分標準，考試所欲達成之公平鑑別之目的即無法達成。

又例如，行政警察事項、稅務事項、公務員地位法上事項及行政命令訂定權的行使¹⁰。這些事項在性質上均有對全體人民長期平等對待之要求，如容由行政機關任意與人民個別協商，則法秩序將呈現紊亂的失序狀況¹¹。但如主管機關

⁷ 學者中即有認為宜刪除者。陳新民，《行政法學總論》，自版，新9版，2015年，第335頁。

⁸ 李建良，前揭文，第32頁以下。

⁹ 陳新民，前揭書，第336頁。

¹⁰ 參見王必芳，前揭文，第88頁。

¹¹ 例如，警察與某特定私人或公司約定僅於臺北地區開立交通違規罰單，而對價

作成決定後，有關執行之事實活動，例如違規停放車輛之移置，感染口蹄疫之動物之銷毀及飼養場所之消毒，則非不得委由私人處理。

又我國行政契約法制，亦採取與德國相同之立法例，規定有代替行政處分之行政契約。而在德國聯邦行政程序法第 54 條後段所規定之「代替行政處分之行政契約」，在解釋上並非全無限制，於作成處分所依據之法律其本意及目的，或依該法律之整個體系解釋，僅能以行政處分為唯一可行手段時，即不得以行政契約為之¹²。此種以行政處分專屬性作為行政機關得否締結行政契約之判斷標準，或可用以作為我國行政程序法第 135 條中「但依其性質不得締約者」之參考。

審諸本號解釋之特約，實係健保署將憲法所委託之公醫制度及全民健康保險制度，再次委由保險醫事服務機構對被保險人提供醫事服務，而後再給付該醫事服務之費用，實具有委任契約之性質¹³，又此行為亦不以作成行政處分為唯一可行手段，自屬適於以契約方式所為之行政行為，當無疑義。

二、定型化行政契約之問題

本號解釋賡續本院釋字第 533 號解釋之意旨，認為：「健保署依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險（下稱全民健保）醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結特約，約定由保險醫事服務機構提供保險對象醫療服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，此項特約具有行政契約之性質，業經本院釋字第 533 號

為新臺幣若干元；稅務稽徵機關與某特定私人或公司約定綜合所得稅的稅率一律為 10%，而對價亦為新台幣若干元；行政機關與所屬公務員約定以新臺幣若干元即可取得升等資格等等。

¹² 吳庚，前揭書，第 426 頁。

¹³ 可參見本院釋字第 524 號解釋施文森大法官所提之部分不同意見書：「……蓋依健保之制度設計，『健保局』自身並不提供此項服務，而係委由醫事服務機構從事，因此保險人與被保險人、保險人與醫事服務機構間形成兩個各自獨立、不相關連之等邊關係；亦即前者屬保險契約關係；後者為委任契約關係……」。

解釋在案。……」此種見解可茲贊同，惟須注意者，乃此種特約係健保署依其特約範本而與保險醫事服務機構為簽署，屬於定型化契約¹⁴。

此種公法上定型化契約之概念，早於釋字第348號解釋楊建華大法官及吳庚大法官之協同意見書中即已出現¹⁵。並指出：「……就此種契約而言，人民僅有簽訂與否之自由，並無對其內容與行政主體協商修改之餘地，故其契約內容首重公平合理，不得使人民負不相當之對待給付義務。本件契約雖無此種情形，仍應於理由中詳為表明。」表示於定性為公法上定型化契約時，仍應審究該契約是否有顯失公平之情事。本號解釋就此未予詳論，與該號解釋皆有意猶未盡之憾，爰就此提出更詳盡之說明。

釋字第533號解釋雖已確立特約具有行政契約之性質，同時指出健保法規定健保署得對保險醫事服務機構處以罰鍰，使合約當事人一方之健保署享有優勢之地位¹⁶。

惟行政程序法第149條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」又民法第247條之1規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左

¹⁴ 全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第7條第2項：「前項契約應以定型化方式為之，其內容應每年檢討一次，如有修正，自下次續約日起適用。」另見蔡茂寅，《社會健康保險法制之研究》，元照出版社，初版，2017年，第272頁。

¹⁵ 本院釋字第348號解釋楊建華大法官及吳庚大法官之協同意見書中：「……公法契約固應由行政主體與他造當事人就約定之內容自由達成協議，因意思表示合致而成立。惟行政主體受依法行政原則之拘束，簽訂契約恒以法規為依據，或逕以法規之規定，作為契約內容之一部，此種公法上之定型化契約，亦屬常見……」。

¹⁶ 本院釋字第533號解釋：「……又為擔保特約醫事服務機構確實履行其提供醫療服務之義務，以及協助中央健康保險局辦理各項保險行政業務，除於合約中訂定中央健康保險局得為履約必要之指導外，並為貫徹行政目的，全民健康保險法復規定中央健康保險局得對特約醫事服務機構處以罰鍰之權限，使合約當事人一方之中央健康保險局享有優勢之地位，故此項合約具有行政契約之性質……」。

列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

審諸特約均係健保署依其特約範本而為簽署，具有定型化契約之性質，但行政契約本質上又必然使合約當事人一方之健保署享有優勢之地位，此際是否會因「顯失公平」而應依民法第 247 條之 1 之規定而成為無效之約定？

實務上關於行政契約條款是否準用民法第 247 條之 1 規定之問題，多未直接敘明，例如有認為如該當事人是為與特定個人或特定人數訂約而擬定該契約條款，該契約尚非屬民法第 247 條之 1 所要規範之附合契約（定型化契約）者¹⁷；或直接認為定型化契約與行政契約具有公定力及公益性之本質不盡相符，故無須準用民法規定者¹⁸。

惟細研之，本號解釋之特約誠如理由書所述：「……健保局 99 年 2 月 12 日健保醫字第 0990072145 號公告之特約範本（下稱特約醫院範本）第 1 條第 1 項，以及 91 年 4 月 26

¹⁷ 最高行政法院 100 年度判字 541 號判決：「……係關於附合契約（定型化契約）之規定，其特徵在於該契約條款是契約當事人一方（通常是工商企業者）預先擬訂，提供與不特定多數相對人（通常是工商企業者或消費者）訂立契約之用者。是以即使契約之訂定，係依當事人一方以書面預定之條款所為，如該當事人是為與特定個人或特定人數訂約而擬定該契約條款，該契約尚非屬民法第 247 條之 1 所要規範之附合契約（定型化契約）。本件選送訓練約定書，暫不論其是否屬工商企業者與工商企業者或消費者所訂定，已有疑問，以其係被上訴人為選送其院內醫師之上訴人，至高醫接受腎臟內科專科醫師訓練，而與上訴人所訂定，該約定書顯屬被上訴人與特定個人或特定人數訂約而擬定其契約條款，依上述說明，實與民法第 247 條之 1 所要規範之附合契約（定型化契約）有間，自無準用該規定之餘地……」。

¹⁸ 臺北高等行政法院 98 年度訴更二字第 54 號判決：「……按行政契約無效之情形，並未全盤接收民法有關無效之規定，而應依其性質加以限縮，查民法第 247 條之 1 與本件情形殊異，且所規範之定型化契約乃係現代經濟活動之產物，多存在於工商企業者與消費大眾間，與行政契約乃行政行為，具有公定力及公益性之本質不盡相符，故應非行政程序法第 141 條第 1 項準用之範圍，……」。

日健保醫字第 0910005868 號函公告之特約範本（下稱特約藥局範本）第 1 條第 1 項，均規定契約雙方應依照健保法、健保法施行細則、特管辦法等法令及合約規定辦理全民健保。特約醫院範本第 20 條第 1 項規定保險醫事服務機構若有特管辦法第 66 條規定（其中第 1 項第 8 款即系爭規定二）之情形，健保署應予停止特約；特約藥局範本第 20 條規定保險醫事服務機構若有特管辦法第 33 條規定（其中第 1 項第 1 款與系爭規定六意旨相同）之情形，健保署應予扣減醫療費用。」其該特約內容有多處均係直接援用特約辦法之規定，如以定型化契約條款視之，而依行政程序法第 149 條準用民法第 247 條之 1 用以判斷該特約是否「顯失公平」，則不啻係以民法的契約判斷標準審視法規命令是否公平？兩者之格格不入當可想像¹⁹。

又如欲以契約是否經雙方當事人磋商作為契約公平性之判斷。目前保險醫事服務機構已多達 28,164 家，即使僅以醫療機構計算，亦高達 20,962 家²⁰。尤如本號解釋所言：「……全民健保特約內容涉及全民健保制度能否健全運作者，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項，……」，如健保署須與保險醫事服務機構個別磋商，勢必耗費大量時間、精力及費用，極可能影響健保制度的運作，則有害於全體國民健康之維護。又此種定型化契約既係由健保署自行公告，為求所有保險醫事服務機構適用之公平性，不應也並無給予個別性磋商空間之可能。

¹⁹ 相同見解可參見林明鏘，〈我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例〉，刊載：《行政契約之基礎理論、法理變革及實務趨勢 / 行政程序法之最新發展》，台灣行政法學會主編，2013 年，初版，第 159 頁以下。

²⁰ 衛生福利部中央健康保險署 2017 年 9 月 26 日統計資料，file:///C:/Users/Administrator/Downloads/%E5%81%A5%E4%BF%9D-%E5%8F%83_10609.pdf 最後瀏覽日 2017/10/6。

為維持健保署與保險醫事服務機構間權利義務之衡平，特約第1條第3項約定：「本合約有效期間內，依法令授權甲方訂定之命令，其新訂或修正，而與甲乙雙方權利義務有關者，甲方應與乙方公推之相關團體代表就相關事項進行協商，以謀雙方權利義務之平衡」。事實上，特管辦法歷來之修正均由主管機關邀請醫師公會全國聯合會、牙醫師公會全國聯合會、中醫師公會全國聯合會、醫院協會、護理師護士全國聯合會等團體協商後，獲致決議始公告修正（健保署106年9月19日健保查字第1060044392函），雙方權利義務之衡平已有相當程度之確保。

又如前所述，特約範本的內容本身即包含了許多特管辦法及全民健康保險法之相關規定，且其本身亦須經過健保署對外公告之程序。故特約範本中之定型化行政契約條款，實具有法規命令之性質，除應適用行政程序法相關規定作為內部管控手段外，亦由立法者再予以外部管控。

詳言之，88年1月25日立法院職權行使法制定關於行政命令之審查程序後²¹，立法者對於法規命令之審查，相較於原本中央法規標準法第7條僅規定「即送立法院」之禮貌

²¹ 立法院職權行使法第10章行政命令之審查

第60條：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議（第1項）。出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有15人以上連署或附議，即交付有關委員會審查（第2項）。」

第61條：「各委員會審查行政命令，應於院會交付審查後2個月內完成之；逾期未完成者，視為已經審查。但有特殊情形者，得經院會同意後展延；展延以一次為限（第1項）。前項期間，應扣除休會期日（第2項）。」

第62條：「行政命令經審查後，發現有違反、變更或抵觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之（第1項）。前條第1項視為已經審查或經審查無前項情形之行政命令，由委員會報請院會存查（第2項）。第1項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於2個月內更正或廢止；逾期未為更正或廢止者，該命令失效（第3項）。」

第63條：「各委員會審查行政命令，本章未規定者，得準用法律案之審查規定。」

性程序，已改採取更為嚴謹之「準法案審查程序」。除應提報立法院會議外，如經由一定人數以上之立法委員之連署或附議，亦應交付有關委員會審查（立法院職權行使法第60條），且其程序亦係準用法律案之審查規定（立法院職權行使法第63條）。而甚且得通知原訂頒之機關更正或廢止之，逾期未為更正或廢止者，該命令即應失效（立法院職權行使法第62條）²²。

綜上所述，立法者於法規命令之訂定過程中已主動擔任更積極的角色，且對於法規命令之事後審查亦有相對應程序，就此種法規命令是否逾越母法授權範圍或因欠缺明確性而牴觸母法，而有違反法律保留原則之情形，自應尊重立法者之判斷。且本案所涉之全民健康保險事項，該制度本身所涵括之專業醫療知識與國家財政收支規劃事宜，相較司法機關而言，行政及立法機關更適合於此領域進行擘劃，故健保署所訂定之特約範本及相關特管辦法，既業經「準法案審查程序」而訂定公布，益可說明其係符合法律保留原則之要求。

三、結論——法制發展上的左支右絀

83年健保法於制定伊始，對於中央健康保險局與保險醫事服務機構之關係，並未認為係具有行政契約之性質，反而可能認其為民事契約或附負擔的行政處分。而此爭議一直存在，直至90年11月16日公布之本院釋字第533號解釋始明確的將其定性為行政契約。惟該號解釋之目的實係劃分公私法事件之審判權，當時適逢行政訴訟法於87年大幅修正後，復於89年正式施行。本院釋字第533號解釋之作成，實寓有提供新的行政訴訟體制一個「牛刀小試」之機會²³。

²² 關於法規命令的立法控制問題，可參見本院釋字第723號解釋蘇永欽大法官所提出之協同意見書。

²³ 本院釋字第533號解釋吳庚大法官之協同意見書即謂：「……在公法爭訟制度未臻完備之際，系爭合約之涉訟循民事途徑解決，或有其不得已之原因，就目前法制情形而言，無論基於實用性或整體性之考量，使同一法律同一條文所規定

值得注意的是，本院釋字第 533 號解釋將特約定性為行政契約後，代表國家締約之主體勢必為行政機關，似也引領出中央健康保險局應行政機關化的潮流，99 年 1 月 1 日施行之行政院衛生署中央健康保險局組織法，即進行大幅修改，將中央健康保險局的組織回歸行政機關，中央健康保險局總經理編制改為局長。此種法制的流變可以看出，於本院釋字第 533 號解釋作成時，事實上中央健康保險局似有維持「民營化」之可能性，惟經由該號解釋之推波助瀾，時至今日，健保署應當日漸強化其行政機關之屬性，故本號解釋對於健保署所為之特約管理行為雖未明確定性，但應可預見其管制手段之行政處分化。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件解釋認 83 年制定之全民健康保險法（下稱健保法）第 55 條第 2 項規定（系爭規定一）及其後因 100 年修法條次變更及內容修正後之第 66 條第 1 項規定（系爭規定五）、96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約管理辦法（下稱特約管理辦法）第 66 條第 1 項第 8 款規定（系爭規定二）、95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段規定（系爭規定三）、99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項規定（系爭規定四）及 101 年 12 月 28 日修正發布之同辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定（系爭規定六）均未違憲（包括不生違憲問題）之多數意見結論，固可贊同，惟其理由則本席之意見與多數意見截然不同，且就本件解釋之邏輯論理架構，尤其因部分大法官

之爭議，歸於相同之法院審判，法理上自屬正當。……」大法官復於本院釋字第 540 號解釋亦重申：「在 89 年 7 月 1 日行政訴訟法新制實施前，若干性質上屬於公法之事件，因行政訴訟欠缺適當之訴訟種類，而法律又未就其另行設計其他訴訟救濟途徑，遂長期以來均循民事訴訟解決，例如公務人員保險給付事件（參照本院釋字第 466 號解釋）、釋字第 524 號解釋公布前之全民健康保險法第 5 條被保險人與保險醫事服務機構間之爭議事件等，均其適例，此類事件嗣後自無再由民事法院審理之理由。」可見大法官對於新的行政訴訟制度所賦予之殷切期盼。

之堅持，故多數意見有意迴避，不由行政契約之角度出發，因而留下為契約一方當事人者，在契約架構下，仍得同時對他方當事人為行政處分之解讀可能等等疑問及疑慮，本席難以贊同。本席除已於審查過程中，盡一己之責詳予說明，經記錄在案外，另為予將來與行政契約相關之案件容留再思考可能，爰為本協同意見書，補充說明如下，敬供參酌：

一、由本件解釋全文及釋憲聲請書觀察，可知：本件爭議僅係關於衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）跟與其簽訂全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱健保特約）之醫事服務機構間，就健保署通知聲請人停止契約（含由此衍生之不予支付、停約之抵扣）或扣減醫療費用之爭執，不及於其他。因此，本憲法解釋極簡原則，本件自僅應針對此等爭執有關之部分作成有否牴觸憲法之解釋，而不應也不必擴及其他（本件聲請人固因確定終局裁判未由行政契約角度出發，而以系爭規定二至四及六作為依據駁回聲請人之請求，乃指摘原確定終局裁判所適用之系爭規定二至四及六有違反法律保留等原則之違憲情事，並據此聲請解釋。惟本院作成解釋時並不受聲請人主張之拘束，即本院無須因聲請人之主張或本件為健保特約保險醫事服務機構之特約、管理相關，就需對全部健保特約之內容及針對與健保特約條款所提及之法規含特約管理辦法之全部內容，為有無違憲之審查）。

二、行政契約與行政處分不同。在契約架構下，為行政契約一方當事人者通知他方停止契約、扣減醫療費用等，係該方本於其為契約當事人之地位，行使契約權利，其權利行使必須有契約約定或民法規定作為依據；該行政契約權利之行使，也與單方公權力之行使無涉，故本於行政契約所為停止契約等通知也不可能兼具行政處分性質，蓋：

（一）行政契約與行政處分固均屬行政行為，但係不同之行政

行為。行政契約為契約，屬雙方行為，雙方當事人之地位對等，給付相當，一方若欲對他方行使權利，其權利行使原則上需有契約約定或民法規定為依據，行政契約並準用民法相關規定（此乃契約本質之所應然，並請參見行政程序法第三章規定）；而行政處分則為本於法律或命令所為對所處分人民直接發生法律效果之單方行為（請參見行政程序法第二章規定）。故行政機關依行政契約對為契約對象（相對人）之人民所行使之權利，與其依法律或命令，本國家高權地位，對所處分對象（人民）所為行政處分，兩者性質截然不同；且本契約當事人對等原則，為一方契約當事人之行政機關，在契約架構下，其地位與私人無異，自無容許行政機關於契約權利之外，就同一契約爭議事項，擁有本於單方公權力地位對契約他方當事人（人民）為行政處分權力之理。即在已簽訂行政契約之情形，關於契約爭議事項，該為契約一方當事人之行政機關，就其契約相對人原則上應只有契約權利，沒有行政處分權力。

（二）又一定期間內停止契約是一種終止契約（一部終止），不是行政處分之內涵行為（命為或禁止為一定行為）；扣減醫療費用非課處罰鍰，故也不屬行政處分之內涵行為，從而，停止契約與扣減醫療費用本質上非關行政處分。

（三）綜上，本件停止契約與扣減醫療費用之爭議，無關行政處分，僅為行政契約之契約權利行使爭議而已。

三、本件屬行政契約之契約權利行使中之違約爭議與法律保留原則無涉，當然更無違反授權明確性原則問題，故無需論及此二部分：

（一）授權明確性原則之違反，係以有法律保留原則之適用為前提；若無法律保留原則之適用，則不生違反授權明確

性原則之問題。反之，若有法律保留原則之適用，且在該法律本身可以不自為規定，而且未自為規定，即規定授權主管機關另以命令訂定之情形，則需進一步探究該授權規定是否符合授權明確性原則。

- (二) 系爭規定二至四及六有對人民發生直接法律拘束力嗎？
如果沒有，與憲法法律保留原則等有何關聯？

由系爭規定二至四及六之文義可知：該等規定均僅對為健保保險人（即健保署）發生直接拘束力而已，並未直接拘束聲請人。只是因為健保署（保險人）在聲請人違約時，依健保特約中所含系爭規定內容之約定，行使契約權利時，才間接對為健保特約相對人之聲請人造成影響而已。查法律保留原則等意在保障人民憲法上之基本權，而健保署為行政機關（請見本件解釋理由書第5段），非人民，健保署並係系爭規定二至四及六所屬特約管理辦法之制定機關即衛生福利部之下級機關，健保署有遵守該部所定法規之義務，則系爭規定二至四及六與法律保留原則等何干？

- (三) 多數意見係以有法律保留原則之適用為前提，乃作成未違法律保留原則及授權明確性原則之結論。而其憑以作成未違法律保留原則及授權明確性原則之關鍵，與其說在於健保法中有系爭規定一、五之「授權」規定（此為憲法法律保留原則下之授權規定嗎？應有疑義，另容後述），毋寧在於認為本件爭議之「停止特約、扣減醫療費用」為「對保險醫事服務機構之管理事項並屬違約之處理」而且認為「違約之處理係屬一般契約之尋常內容，特約管理辦法之管理一詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內」（請見解釋理由書第6段及第7段）。然查：屬違約之處理之系爭停止特約、扣減醫療費用，既然係屬一般契約之尋常內容，而聲請人與健保署已簽定健保

特約，該特約為一種行政契約（請見解釋理由書第5段及本院釋字第533號解釋參照），則健保署就為一般契約之尋常內容之系爭停止特約、扣減醫療費用，何需另得法律授權？如果就屬一般契約之尋常內容者，還需法律授權，則行政契約與行政處分有何差別？行政程序法第135條許成立行政契約之立法意義何在？

本席的根本疑問是：沒有系爭規定一及五，健保特約中即不得為系爭停止特約、扣減醫療費用之違約處理約定嗎？如果答案是可以約定（本席認為可以約定，因為該約定是一般契約之尋常內容），則系爭規定一及五根本不是本件爭議之關鍵，本件根本無涉法律保留原則及授權明確性原則，從而不需贅論之。反之，如果答案是不可以約定，則連屬一般契約之尋常內容都需法律保留、授權明確，那除了行政契約條款如何免違憲之虞？如何藉由行政契約順利執行政務？均顯有重大疑慮外，上述屬一般契約之尋常內容之違約處理云云之論述，還適宜作為未違授權明確性原則之理由嗎？應該不可以，則還有其他未違授權明確性原則之強力支撐嗎？至少在本件解釋理由書中，未見之。本件解釋之論理恐難昭折服！

四、系爭規定一及五性質上是有憲法法律保留原則適用之「授權規定」嗎？

（一）是否為有憲法法律保留原則適用之「授權規定」，不應由是否法律已規定由主管機關訂定字樣判斷之，而應由如無由主管機關訂定字樣之法律規定時，主管機關得否依職權訂定之，以為判斷。若主管機關不得依職權訂定，則應屬法律保留範疇；反之，若主管機關得依職權訂定，不待授權，則該職權規定即應非屬有憲法法律保留原則適用之「授權規定」。

(二) 除已如前三(二)所述外，將系爭規定二至四及六納入為健保特約內容者，係健保署之前身行政院衛生署中央健康保險局（下稱健保局）函公告之健保特約「範本」（請見本件解釋理由書第9段；對照政府採購法第63條規定，與政府採購契約範本性質相似）。查範本是模範版本之意，具參考性質而已。訂定範本非屬主管機關之權責，而必須另得法律明確授權始有權訂定，否則即違反憲法律保留原則嗎？本席認為訂定範本應屬主管機關之職權事項，縱無系爭規定一及五，健保法中央主管機關衛生福利部（改制前為行政院衛生署）也有職權訂定健保特約之範本，並責成其下級機關之健保署（改制前為健保局）以保險人之地位並以該範本為原則，與醫事服務機構簽訂健保特約。故系爭規定一及五應非為有憲法法律保留原則適用之「授權規定」。

(三) 又在系爭規定一及五之下，健保特約範本有可能已先送立法院備查。而不論是健保局99年2月12日公告之健保特約範本（特約醫院範本）或91年4月26日公告之健保特約範本（特約藥局範本）第1條：在第1項甲乙雙方應依健保法及依系爭規定一及五訂定之特管辦法（含系爭規定二至四及六）辦理健保醫療業務之規定之後，又在其第2項稱：「甲乙雙方依法得主張實體與程序之權利，不因前項規定而受影響。」既已堅定肯定健保特約為契約之屬性暨契約雙方當事人之對等地位，故應已不可能再將系爭規定一及五定性為法律保留下之授權規定（在授權規定下訂定者，應具強制規範受規範對象如人民之性質，故不可能有如上述第2項之規定）。而且就健保特約條款，並未見立法機關有任何系爭規定一及五為其特別針對健保特約之重大公益性，所為之法律保留規定，從而不准予備查前開健保特約範本第1條

第2項約定，或有其他表達不同看法之作為，則系爭規定一及五是否必須被解讀為係應適用憲法法律保留原則之「授權規定」，誠可再斟酌。

五、言多必失，古有明訓。本件解釋論及法律保留及授權明確性原則部分，可能引起下列疑問（慮），而本件解釋可避免而未予避免，誠屬可惜：

（一）行政契約基於係雙方當事人合意之本質、契約自由原則及行政契約之功能考量等，應認為不適用法律保留原則。本件解釋為迴避系爭健保署之停止特約、扣減醫療費用之性質到底是行使行政契約權利，還是行政處分之爭議，故而未先予定性，即未由行使行政契約之角度出發。更因如此，乃未依契約之本質，直指系爭二至四及六規定，因已納入為健保特約約定之內容，故就本件停止特約、扣減醫療費用爭議言：已不再適用法律保留原則，當然更不生違反授權明確性問題。

（二）本件解釋是否肯定行政機關在行政契約架構下，就同一契約爭議事項，除契約權利外，同時對契約相對人（人民）擁有行政處分權力？

本件解釋未予肯定，但也未予明白否定，致此一爭議未解。本席之看法已如前述。

（三）行政契約內容是否有法律保留原則及授權明確性原則之適用？

本件解釋理由書第5段固稱政府之行政措施涉及公共利益之重大事項者，有法律保留原則等之適用；並稱健保特約內容涉及健保制度能否健全運作，事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項，仍應有法律或法律具體授權之命令為依據云云，但因未明指行政契約內容原則上無法律保留原則等之適用，故對此問題之見解未全然明瞭。多數意見的真意應該是健

保特約內容是特例，不表示行政契約內容均有法律保留原則之適用，但卻不予明說。這是本席不敢於讓步及必須以協同意見書補充己見之主要罣礙所在。

- (四) 尤其多數意見在本件解釋理由書第6段又另加稱：「……依系爭規定二至四及六予以停止特約……並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權……應有法律或法律明確授權之命令為依據。」暨解釋文每一段末均提及憲法第15條之工作權及財產權，未提及全民生存權及健康權之保障，則健保特約內容之所以需合於法律保留原則等，到底是因保障全民生存權及健康權目的，還是因保障醫事服務人員之工作權及財產權，還是二者加總？除了本件解釋理由書第5段與第6段之內容不甚一致外，解釋文與解釋理由書第5段也不相一致。本席所最擔憂的是：本件解釋被解讀為植基於醫事服務人員之工作權及財產權之保障，因為若作此解讀，則那個行政契約內容會與契約相對人之從業人員之工作、財產（所得）沒有與健保特約般間接關聯呢？則豈不是全部行政契約都將需合於法律保留原則了嗎？寧有斯理哉！

- (五) 本件解釋是否植基於醫事服務人員之工作權及財產權之保障？

從解釋文提及憲法第15條之工作權及財產權之保障用語，及前（四）所引本件解釋理由書第6段文字，若導引出肯定結論，非全然無據。惟多數意見真意應非如此，此由本件解釋解釋文及理由書中，就法律保留原則相關部分，均未引與基本權保障相關之憲法第23條規定，而以法治國之法律保留原則及法律授權明確性原則稱之，即足見之。但在行政契約架構下，系爭規定二至四及六不會直接適用於特約保險醫事服務機構，更遑

論直接適用於在特約保險醫事服務機構內服務之人員。系爭規定二至四及六是經由健保署以保險人之地位，將該等規定納入為健保特約內容，才生拘束與之簽訂健保特約之保險醫事服務機構之契約效力，並再因保險醫事服務機構違反健保特約規定，才由健保署依契約約定行使契約權利後，才衍生影響在特約保險醫事服務機構內從業之人員等工作及財產所得之可能性而已。此種情形，怎可謂系爭規定二至四及六已直接限制醫事服務機構或其從業人員之工作權及財產權呢？本件解釋實在不應不明說是因為系爭二至四及六規定並未直接限制醫事服務人員之工作權及財產權，故本件與憲法第 23 條之人民工作權等保障限制無涉。由此觀點，本件聲請人之工作權及財產權並未因系爭法令規定而受直接限制，故其聲請不符司法院大法官審理案件法之規定，應不予受理。

- (六) 特約保險醫事服務機構對健保署停止特約、扣減醫療費用之通知，可否以其違約處理過當，依民法規定請求法院核減？

行政程序法第 149 條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關規定。」民法第 252 條規定：「約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。」因為多數意見未從行政契約之角度出發，故而也未能在解釋理由書中一併就本問題為處理，誠屬遺憾。本席採肯定看法，並認為裁量權是法官之基本權責，法官應有權責適法適當裁量。

- (七) 關於違約時，為保險人之健保署停止特約、扣減醫療費用之約定是應由憲法高度，以法律保留原則加以保障的重大事項嗎？如是，系爭規定一及五已符合授權明確性原則了嗎？

由契約之觀點，停止特約、扣減醫療費用確實是一般契約之尋常內容，因此，應該不是應由憲法高度，以法治國或憲法第 23 條法律保留原則加以保障之重大事項。本件解釋理由書第 6 段以之為重大事項，是否有當，已有疑問。惟既以之為重大事項，則第 7 段又憑系爭規定一及五之不明確規定而認為符合授權明確性原則，其論理頭重腳輕，前後不相一致，亦不易昭折服。

六、另關於解釋理由書第 14 段要求主管機關於訂定特管辦法時應舉辦聽證程序部分，依健保署復本院函（健保署 106 年 9 月 19 日健保查字第 1060044392 號函），歷來特管辦法之修訂，均邀請相關團體代表協商，於達成共識之決議後，始公告修正特管辦法。主管機關既已與相關團體進行協商，況依行政程序法第 155 條規定，於訂定法規命令時，是否舉行聽證，實為主管機關職權，故是否有為保障醫事服務機構之權益目的，而要求主管機關必須採行聽證程序之必要，容有商榷之處。

七、不論系爭規定四或六之抵扣金額或扣減醫療費用之收入，均非罰鍰，而是違約之替代給付或賠償，在健保總額支付制度下，此等收入理應納入健保總額中分配予特約保險醫事服務機構，而不應入國庫，現行入國庫之作法，與健保總額支付制度之本旨應有未合，主管機關宜予檢討改進，因為違約者之行為所直接不當稀釋者為其他特約保險醫事服務機構全體權益（請見解釋理由書第 16 段），故實質受害人為其他特約保險醫事服務機構，而非國庫，併此指明。

綜上，本件因聲請人之憲法上權利並未遭直接侵害，故本件應不予受理。退而言之，本件根本不生違憲問題。

協同意見書

吳陳鑑大法官 提出

本件解釋文謂：「中華民國 83 年 8 月 9 日制定公布之全民健康保險法第 55 條第 2 項規定：『前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。』及 100 年 1 月 26 日修正公布之同法第 66 條第 1 項規定：『醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。』均未抵觸法治國之法律授權明確性原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。

96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款規定：『保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約 1 至 3 個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之証明、報告或陳述，申報醫療費用。』95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段規定：『保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。』99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項規定：『依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。』（上開條文，均於 101 年 12 月 28 日修正發布，依序分別為第 39 條第 4 款、第 47 條第 1 項、第 42 條第 1 項，其意旨相同）均未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符，亦未抵觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權之意旨尚無違背。

101年12月28日修正發布之同辦法第37條第1項第1款規定：『保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之10倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。』未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符，與憲法第15條保障人民工作權及財產權之意旨並無違背。」

其所舉上開法規均不違憲之結論，雖可贊同，但立論基礎難以認同，爰提出協同意見如下：

一、得否締結行政契約及其內容應依行政程序法規定，無需另有法律或法律明確授權之命令為依據

按本院於82年7月16日作成之釋字第324號解釋文已釋明：「……海關管理貨櫃辦法，……尚涉及公法契約之問題，關於公法契約之基本規範，亦宜由有關機關儘速立法，妥為訂定。」解釋理由書亦釋明：「……財政部訂有海關管理貨櫃辦法，定明以貨櫃裝運之進口貨物，卸存於貨櫃集散站者，集散站對之負保管責任，受關員之監視或抽核。放行時，應憑海關核准之文件，始得提貨出站。並由業者向海關立具保結，表示遵守該辦法之有關規定。……業者既須向海關立具保結，尚涉及公法契約問題，關於公法契約之基本規範，亦宜由有關機關儘速立法，妥為訂定，俾符依法行政原則。」次按本院於83年5月20日作成之釋字第348號解釋文釋明：「……教育部發布之『國立陽明醫學院醫學系公費學生待遇及畢業後分發服務實施要點』，係主管機關為解決公立衛生醫療機構醫師缺額補充之困難而訂定，並作為與自願接受公費醫學教育學生，訂立行政契約之準據。依該要點之規定，此類學生得享受公費醫學及醫師養成教育之各種利益，其第十三點及第十四點因而定有公費學生應負擔於畢業後接受分發公立衛生醫療機構服務之義務，及受服務未期滿前，其專業證書先由分發機關代為保管等相關限制，乃為達

成行政目的所必要，亦未逾越合理之範圍，且已成為學校與公費學生間所訂契約之內容。公費學生之權益受有限制，乃因受契約拘束之結果，並非該要點本身規定之所致。前開要點之規定，與憲法尚無牴觸。」解釋理由書亦釋明：「行政機關基於其法定職權，為達成特定之行政上目的，於不違反法律規定之前提下，自得與人民約定提供某種給付，並使接受給付者負合理之負擔或其他公法上對待給付之義務，而成立行政契約關係。有關機關為解決公立醫療機構醫師缺額補充之困難，以公費醫學教育方式，培養人才，教育部遂……發布『國立陽明醫學院醫學系公費學生待遇及畢業後分發服務實施要點』，作為處理是項業務之依據。該要點第十三點內規定『服務未期滿，不予核定有關機關頒發之各項證書或有關證明。其專業證書，先由分發機關代為保管』，於第十四點規定『公費畢業生於規定服務期間，不履行其服務之義務者，除依第十三點規定辦理外，並應償還其在學期間所享受之公費』，均為確保自願享受公費待遇之學生，於畢業後，照約受分發公立衛生醫療機構完成服務，以解決上述困難，達成行政目的所必要，亦未逾越合理之範圍。此項規定並作為與自願接受公費醫學教育學生訂立行政契約之準據，且經學校與公費學生訂立契約（其方式如志願書、保證書之類）後，即成為契約之內容，雙方當事人自應本誠信原則履行契約上之義務。從而公費學生之權益受有限制，乃因受契約拘束之結果，並非該要點本身規定之所致。前開要點之規定，與憲法尚無牴觸。」

該二號解釋，雖不僅事關人民之工作權及財產權，亦涉及防止走私¹或解決公立醫療機構醫師缺額補充困

¹ 本院釋字第324號解釋文：「……海關管理貨櫃辦法，其第二十六條前段，關於貨櫃集散站由於非人力所不能抗拒之原因，致貨物短少時，海關得於一定期間停止受理其申報進儲業務之規定，旨在確保海關對於存站貨物之監視效果，防止走私，為增進公共利益所必要。……又該辦法尚涉及公法契約之問題，

難² 公共利益之重大事項。但並未要求行政機關與人民締結行政契約或行政契約之內容，應受法律保留原則之羈束，而應有法律或法律具體授權之命令為依據。迨90年1月1日行政程序法施行後，本院於90年11月16日作成釋字第533號有關中央健康保險局與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構行政契約之解釋中，亦未要求行政機關與人民締結行政契約或行政契約之內容，應受法律保留原則之羈束，而應有法律或法律具體授權之命令為依據。亦即本院解釋一向之見解，均認行政機關與人民締結行政契約或其內容，並不以有法律或法律具體授權之命令依據為必要，不採授權說。³

關於公法契約之基本規範，亦宜由有關機關儘速立法，妥為訂定。」理由書：「貨櫃集散站之營業，除須由交通部核發許可證外，並應經海關登記，航業法第五十一條設有規定。因其與海關通關查驗及緝私之職務執行有密切關連，故財政部訂有海關管理貨櫃辦法，定明以貨櫃裝運之進口貨物，卸存於貨櫃集散站者，集散站對之負保管責任，受關員之監視或抽核。放行時，應憑海關核准之文件，始得提貨出站。並由業者向海關立具保結，表示遵守該辦法之有關規定。財政部於中華民國七十四年六月十八日修正發布該辦法，於其第二十六條前段規定：『貨櫃集散站對存站貨物負保管責任。如發現有冒領、頂替、變更標記、號碼、包裝或偽造證件朦混提運出站，或其他非人力所不能抗拒之原因，致貨物短少時，除應由貨櫃集散站負責繳納進口稅捐及依海關緝私條例或其他有關法令規定處理外，並得於一定期間停止受理其申報貨櫃及貨物之進儲業務。』就其『停止受理』部分言，此種存站貨物短少之情形一旦發生，即有發生走私等不法情事之可能。海關為確保其對於存站貨物之監視抽核，防止走私，自得為此『停止受理』之處分，以促使集散站改善其設施或管理，避免損害之繼續發生或擴大。既為增進公共利益所必要，亦為海關執行其通關查驗及緝私之法定職務所當為。……又業者既須向海關立具保結，尚涉及公法契約問題，關於公法契約之基本規範，亦宜由有關機關儘速立法，妥為訂定，俾符依法行政原則。」

² 本院釋字第348號解釋文：「……教育部發布之『國立陽明醫學院醫學系公費學生待遇及畢業後分發服務實施要點』，係主管機關為解決公立衛生醫療機構醫師缺額補充之困難而訂定，並作為與自願接受公費醫學教育學生，訂立行政契約之準據。依該要點之規定，此類學生得享受公費醫學及醫師養成教育之各種利益，其第十三點及第十四點因而定有公費學生應負擔於畢業後接受分發公立衛生醫療機構服務之義務，及受服務未期滿前，其專業證書先由分發機關代為保管等相關限制……。」

³ 所謂授權說，指行政契約受容許之範圍，以法律有明文規定者為限，法律無明

再按 88 年 2 月 3 日制定公布，自 90 年 1 月 1 日施行之行政程序法，已於第 3 章設行政契約之專章，其第 135 條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」行政契約之締結或其內容亦不採法律授權說，而採除性質或法規規定不得締約者外，均得締結行政契約之除外說。⁴

故依本院解釋一向之見解及行政程序法之規定，除有行政程序法第 135 條但書所定依其性質或法規規定不得締約或違反同法第 136 條⁵、第 137 條⁶、第 138 條⁷、第 139 條⁸、第 140 條⁹

文規定時，行政機關不得與人民締結行政契約。參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂 14 版，三民書局，頁 426-7 (2016)。

⁴ 所謂除外說，指除法律有排除締結行政契約之規定外，行政機關得選擇以與人民締結行政契約作為行政作用之方式。參見吳庚，上揭書，頁 426-7。

⁵ 行政程序法第 136 條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分。」

⁶ 行政程序法第 137 條第 1 項、第 2 項、第 3 項分別規定：「行政機關與人民締結行政契約，互負給付義務者，應符合下列各款之規定：一、契約中應約定人民給付之特定用途。二、人民之給付有助於行政機關執行其職務。三、人民之給付與行政機關之給付應相當，並具有正當合理之關聯。」「行政處分之作成，行政機關無裁量權時，代替該行政處分之行政契約所約定之人民給付，以依第九十三條第一項規定得為附款者為限。」「第一項契約應載明人民給付之特定用途及僅供該特定用途使用之意旨。」

⁷ 行政程序法第 138 條規定：「行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會。」

⁸ 行政程序法第 139 條規定：「行政契約之締結，應以書面為之。但法規另有其他方式之規定者，依其規定。」

⁹ 行政程序法第 140 條第 1 項、第 2 項分別規定：「行政契約依約定內容履行將侵害第三人之權利者，應經該第三人書面之同意，始生效力。」「行政處分之作成，依法規之規定應經其他行政機關之核准、同意或會同辦理者，代替該行政處分而締結之行政契約，亦應經該行政機關之核准、同意或會同辦理，始生效力。」

之情形或有同法第 141 條¹⁰、第 142 條¹¹、第 143 條¹² 規定契約無效之情形或依同法第 149 條¹³ 規定準用民法相關規定行政契約不生效力、無效之情形外，行政機關自得與人民締結合法有效之行政契約。至因締結行政契約而生移轉管轄權之結果者，依行政程序法第 15 條第 1 項、第 2 項¹⁴ 及第 16 條第 1 項¹⁵ 規定應有法規依據，則屬同法第 11 條第 1 項、第 5 項¹⁶ 管轄恒定原則之問題¹⁷，與行政契約之締結或其內容是否應受法律保留原則之羈束，而應有法律或法律具體授權之命令為依據，要屬不同之問題。

改制前之行政院衛生署中央健康保險局及改制後之衛生福利部中央健康保險署與各醫事服務機構締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約，亦無不同。

解釋理由既認：「健保署依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險（下稱全民健保）醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結特約，約定由保

¹⁰ 行政程序法第 141 條第 1 項、第 2 項分別規定：「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。」「行政契約違反第一百三十五條但書或第一百三十八條之規定者，無效。」

¹¹ 行政程序法第 142 條規定：「代替行政處分之行政契約，有下列各款情形之一者，無效：一、與其內容相同之行政處分為無效者。二、與其內容相同之行政處分，有得撤銷之違法原因，並為締約雙方所明知者。三、締結之和解契約，未符合第一百三十六條之規定者。四、締結之雙務契約，未符合第一百三十七條之規定者。」

¹² 行政程序法第 143 條規定：「行政契約之一部無效者，全部無效。但如可認為欠缺該部分，締約雙方亦將締結契約者，其他部分仍為有效。」

¹³ 行政程序法第 149 條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」

¹⁴ 行政程序法第 15 條第 1 項、第 2 項分別規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。」「行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之。」

¹⁵ 行政程序法第 16 條第 1 項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」

¹⁶ 行政程序法第 11 條第 1 項、第 5 項分別規定：「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規規定之。」「管轄權非依法規不得設定或變更。」

¹⁷ 參見吳庚，前揭註 3 書，頁 176。

險醫事服務機構提供保險對象醫療服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，此項特約具有行政契約之性質，業經本院釋字第 533 號解釋在案。全民健保為強制性之社會保險，於保險對象在保險有效期間，發生疾病、傷害、生育事故時，由保險醫事服務機構提供醫療服務，健保署則依前揭特約支付保險醫事服務機構醫療費用。全民健保特約既為行政契約，健保署與保險醫事服務機構間之公法上法律關係，除依其性質或法規規定不得締約者外，該法律關係即得以契約設定、變更或消滅（行政程序法第 135 條前段規定參照）」卻又謂：「按法治國法律保留原則之範圍，原不以憲法第 23 條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如屬涉及公共利益之重大事項者，仍應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第 443 號、第 743 號解釋參照）。全民健保特約內容涉及全民健保制度能否健全運作者，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項，仍應有法律或法律具體明確授權之命令為依據。……停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減醫療費用等，屬全民健保制度能否健全運作之重大事項，並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權，依法治國之法律保留原則，應有法律或法律明確授權之命令為依據。」難以認同。

蓋政府機關與人民締結行政契約，其內容多與為增進民眾福祉等公共利益之重大事項有關，並多涉及人民受憲法保障之權利，但未必有法律或法律具體授權之命令為依據。例如近年由於社會經濟、醫療環境、保險給付、人口結構改變及民眾對於醫療需求之期待提高等現象，致使住院醫師選擇執業科別之意願隨之改變，而生活品質、工時、醫療糾紛等

考量已成為重要因素之一，導致急重難症科別住院醫師招收不易，未來恐發生專科醫師人力失衡與地理分布不均問題，為挹注偏遠地區及重點科別醫師人力之不足，衛生福利部現正推動「辦理重點科別培育公費醫師制度計畫」，公費醫學士於新生註冊入學時，應與衛生福利部締結行政契約，¹⁸ 其內容雖攸關偏遠地區與醫療資源不足地區及內科、外科、婦產科、兒科及急診醫學科五大科專科醫師人力充實全國醫療保健制度之健全運作，並影響全民之生存權與健康權等公共利益之重大事項，且涉及公費醫師公費待遇項目、公費年數、服務年數、醫師證書保管與違約賠償 10 倍之財產權與工作權，¹⁹ 因無法律或法律明確授權之命令為依據，豈非不得納入行政契約？但該等內容卻是該行政契約主要之點，如無該等主要之點，依行政程序法第 149 條準用民法第 153 條之結果，該行政契約即無成立之餘地。²⁰ 更何況該行政契約之內容，依上揭本院釋字第 324 號、第 348 號及第 533 號解釋意旨，並無法律保留原則之適用，無需以法律或法律明確授權之命令為依據。

至行政契約違反強制或禁止之規定者，除其規定並不以之為無效者外，無效。行政契約有背於公共秩序或善良風俗者，無效。行政契約之締結，未以書面或法規另定之方式為之，除法律另有規定者外，無效。以不能之給付為行政契約標的者，其契約為無效。但其不能情形可以除去，而當事人訂約時並預期於不能之情形除去後為給付者，其契約仍為有

¹⁸ 衛生福利部，辦理重點科別培育公費醫師制度計畫（核定本），106 年 1 月修正，頁 1、20。 <https://www.mohw.gov.tw/dl-6100-3de046cd-24e5-44bd-b6f6-2142211f49ec.html> last visited at September 26, 2017.

¹⁹ 同上註，頁 6、18-22。

²⁰ 民法第 153 條第 1 項、第 2 項分別規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」

效。附停止條件或始期之行政契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約為有效。依照當事人一方預定用於同類行政契約之條款而訂定之行政契約，為下列之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。要屬依行政程序法第 149 條、第 141 條第 1 項規定準用民法第 71 條至第 73 條、第 246 條及第 247 條之 1 規定之當然結果，與法律保留原則無涉。

二、全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法中有關停止特約 1 至 3 個月、於停止特約期間對保險對象提供之醫療保健服務不予支付、扣減金額抵扣停約期間及扣減申報之相關醫療費用 10 倍金額之規定，已成為特約醫事服務機構與改制前行政院衛生署中央健康保險局間締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約之內容，特約醫事服務機構之權益受有限制，乃因受所締結行政契約約束之結果，並非上開規定本身所致，上開規定及其授權依據，與憲法並無牴觸

查 96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款規定：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約 1 至 3 個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段規定：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。」99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項規定：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險

對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」

（上開條文，均於 101 年 12 月 28 日修正發布，依序分別為第 39 條第 4 款、第 47 條第 1 項、第 42 條第 1 項，其意旨相同）已成為財團法人天主教若瑟醫院與改制前之行政院衛生署中央健康保險局間締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約之內容，依本院釋字第 348 號解釋意旨，財團法人天主教若瑟醫院之權益受有限制，乃因受所締結行政契約約束之結果，並非上開規定本身所致，上開規定，與憲法第 15 條及第 23 條法律保留原則、比例原則並無抵觸。至財團法人天主教若瑟醫院就改制前之行政院衛生署中央健康保險局依行政契約內容所為有關停止特約 1 至 3 個月、於停止特約期間對保險對象提供之醫療保健服務不予支付、扣減金額抵扣停約期間之處置，若有爭執，係屬履約爭議，依本院釋字第 533 號解釋意旨，²¹經該院依全民健康保險法第 6 條申請全民健康保險爭議審議會審議，對審議結果如仍不服，應依行政訴訟法第 307 條之 1 準用民事訴訟法第 247 條及行政訴訟法第

²¹ 本院釋字第 533 號解釋文：「……中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。締約雙方如對契約內容發生爭議，屬於公法上爭訟事件，依中華民國八十七年十月二十八日修正公布之行政訴訟法第二條：『公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。』第八條第一項：『人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。』規定，應循行政訴訟途徑尋求救濟。保險醫事服務機構與中央健康保險局締結前述合約，如因而發生履約爭議，經該醫事服務機構依全民健康保險法第五條第一項所定程序提請審議，對審議結果仍有不服，自得依法提起行政爭訟。」

2 條、第 3 條規定提起確認法律關係存在之確認訴訟或依行政訴訟法第 8 條規定提起財產上給付之給付訴訟。

次查 101 年 12 月 28 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之 10 倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」亦已成為東泰藥局與改制前之行政院衛生署中央健康保險局間締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約之內容。依本院釋字第 348 號解釋意旨，東泰藥局之權益受有限制，亦係因受所締結行政契約約束之結果，並非上開規定本身所致，上開規定，與憲法第 7 條、第 15 條、第 16 條及第 23 條法律保留原則亦無牴觸。至東泰藥局就改制前之行政院衛生署中央健康保險局依行政契約內容所為有關扣減其申報之相關醫療費用 10 倍金額之處置，若有爭執，亦係屬履約爭議，依本院釋字第 533 號解釋意旨，經東泰藥局依全民健康保險法第 6 條申請全民健康保險爭議審議會審議，對審議結果如仍不服，應依行政訴訟法第 8 條規定提起財產上給付之給付訴訟。

96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款規定、95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段規定、99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項規定（上開條文，均於 101 年 12 月 28 日修正發布，依序分別為第 39 條第 4 款、第 47 條第 1 項、第 42 條第 1 項，其意旨相同）及 101 年 12 月 28 日修正發布之同辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定，既已成為改制前之行政院衛生署中央健康保險局與特約醫事服務機構間締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約之內容，依本院釋字第 348 號解釋意旨，特約醫事服務機構之權益受有限制，乃因受所締結行政契約約束之結果，並非上揭規定本身所致，上開規

定，與憲法並無牴觸。83年8月9日制定公布之全民健康保險法第55條第2項規定及100年1月26日修正公布之同法第66條第1項規定，自亦不發生與憲法牴觸之問題。

三、本件解釋文

96年3月20日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第66條第1項第8款規定、95年2月8日修正發布之同辦法第70條前段規定、99年9月15日修正發布之同辦法第39條第1項規定（上開條文，均於101年12月28日修正發布，依序分別為第39條第4款、第47條第1項、第42條第1項，其意旨相同）及101年12月28日修正發布之同辦法第37條第1項第1款規定，已成為改制前行政院衛生署中央健康保險局與特約醫事服務機構間締結之全民健康保險特約醫事服務機構合約之內容，特約醫事服務機構之權益受有限制，乃因受所締結行政契約約束之結果，並非上揭規定本身所致，上開規定，與憲法並無牴觸。83年8月9日制定公布之全民健康保險法第55條第2項規定及100年1月26日修正公布之同法第66條第1項規定，自亦不發生與憲法牴觸之問題。

協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋指出，全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱特約）具有行政契約性質，特約內容涉及健保制度能否健全運作者，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，事涉憲法對全民生存權與健康權之保障，屬公共利益之重大事項，應有法律或法律具

體授權之命令為依據。本號解釋並認定：全民健康保險法（下稱健保法）之授權規定，即 83 年 8 月 9 日制定公布之健保法第 55 條第 2 項規定（系爭規定一）、100 年 1 月 26 日修正公布之同法第 66 條第 1 項規定（系爭規定五），均未牴觸法治國之法律授權明確性原則；依上開系爭規定一之授權，於 96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）第 66 條第 1 項第 8 款停止特約規定（系爭規定二）、95 年 2 月 8 日修正發布之同辦法第 70 條前段停止特約不予支付規定（系爭規定三）、99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項停約之抵扣規定（系爭規定四）、101 年 12 月 28 日修正發布之同辦法第 37 條第 1 項第 1 款扣減申報費用規定（系爭規定六），均未逾越母法之授權範圍，與法律保留原則尚無不符；系爭規定二至四均未牴觸憲法第 23 條比例原則。

本案事涉全民健保有關規定之合憲性問題，本號解釋一方面認為，全民健保之特約雖屬行政契約，但仍有法律保留原則及法律授權明確性原則之適用，另一方面從解釋理由書可以看出，無論對於形式或實質觀點之審查，多數意見皆採取較寬鬆之標準，從而作成合憲之結論。就此，本席深表贊同。茲為闡明其中蘊含之司法哲學、審查基準及判斷方法之考量，爰提出協同意見書。

一、司法哲學之思考

在違憲審查之司法哲學方面，向有司法消極主義與司法積極主義之分。所謂司法消極主義，係指行使違憲審查權時，應對立法部門及行政部門等政策決定者（policy-makers）之決斷，採取最大限度之謙讓與敬意（modesty and deference）立場；反之，違憲審查機關積極介入政治部門之決斷，為求貫徹憲法意旨，勇於宣告法令違憲或發揮政策形成功能，則為司法積極主義¹。本席認為，司法消極主義與司法積極主義各有擅場，並無絕對之優劣地位，應非處於二者擇一之關係。

¹ 許志雄著，司法消極主義與司法積極主義，月旦法學雜誌第 2 期，1995 年 6 月，頁 40。

大法官必須熟悉司法消極主義與積極主義雙方之特點，在不同場合運用不同方法，截長補短，方可達到適當之效果，而善盡憲法維護者之任務。

基本上，本席主張以雙重基準理論為基礎，兼採司法消極主義與積極主義之特點。申言之，鑑於精神自由與經濟自由性質之差異，以及司法在經濟規制領域中之能力界限，違憲審查機關於判斷立法之合憲性時，應區分精神自由與經濟自由，而適用寬嚴不同之違憲審查基準。蓋精神自由乃民主之生命線，必須盡力維護，不讓有關規制立法輕易存在。唯其如此，庶幾可以發揮民主過程之正常功能，當經濟自由遭立法不當限制時，政治部門還有自我矯正之機會。反之，違憲審查機關若放任不當限制精神自由之立法繼續存在，則民主政治過程必然受到扭曲或斷傷，難以期待透過政治過程將該等立法修正或廢止。因此，判斷其規制立法之合憲性時，應排除合憲性推定原則之適用，採行嚴格之審查基準，不讓限制精神自由之法律輕易過關，俾確保民主政治過程之正常運作，進而維護包括經濟自由在內之各種人權。至於經濟自由之規制立法，大多與經濟政策或社會政策有關，進行合憲性判斷時，必須考量各種複雜之利益調整，並為政策取捨。違憲審查機關在這方面之能力顯然比較欠缺，允宜自我節制，尊重行政、立法等政治部門之政策形成空間或裁量，避免越俎代庖，原則上適用合憲性推定原則及較寬鬆之審查基準，非必要不輕易作成違憲結論。誠然，在精神自由之範疇中，有些未必直接涉及民主政治過程；對精神自由之規制，屬於內容面向或方法面向，意義亦不盡相同。而經濟自由之規制，有些與社會經濟政策有關，有些則不然；有些必須進行繁複之利益評估，有些則以簡易方法即可得到答案。因此，無論精神自由或經濟自由，其憲法判斷方法及違憲審查基準皆非一成不變。

二、實質觀點之審查

違憲審查有形式觀點與實質觀點之分，依理，形式觀點之審查應先於實質觀點之審查，於形式觀點之審查過關後，方進一步為實質觀點之審查。若形式觀點之審查已獲致違憲結論，即無須進行實質觀點之審查。因此，本號解釋先從形式觀點，認定系爭規定與法治國之法律保留原則及法律授權明確性無違後，接著以比例原則搭配合理性基準（釋字第746號及第750號解釋參照），進行實質觀點之審查。惟為行文之方便，以下權且改變順序，先就實質觀點論之。

系爭規定二明定：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約1至3個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約1至3個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」系爭規定三明定：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。」系爭規定四明定：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」各該規定涉及之憲法上權利，主要為保險醫事服務機構與醫事服務人員之財產權及工作權，屬經濟自由領域，且與健保制度之社會政策有關，蘊含複雜之利益衡量與調整。特管辦法歷次修正均曾邀請醫事團體及其他相關團體協商，由專業及具代表性之人士與會，謀求共識。是如上所述，宜基於司法消極主義立場，採取較寬鬆之審查基準。在實體觀點之審查方面，本號解釋結合比例原則

與合理性基準（釋字第 746 號及第 750 號解釋參照），認系爭規定並無顯不合理之處，與比例原則尚無違背。其採取寬鬆之審查基準，宣告系爭規定合憲，堪稱允當。

三、形式觀點之審查

本案之解釋客體，無論屬健保法或特管辦法之規定，皆涉及委任立法之課題。從法律保留原則審查，委任立法是否合法合憲，包含三個問題：其一、有關事項可否委任立法？其二、委任立法是否符合法律授權明確性原則？其三、委任命令有無逾越母法授權範圍²？

先就第一個問題言之，司法院釋字第 443 號解釋指出：「關於人民身體之自由，憲法第 8 條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第 392 號解釋理由書），而憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」又釋字第 743 號解釋表示：「政

² 亘理格著，法律の規律密度と委任命令，法學教室第 323 號，2007 年 8 月，頁 61、62。

府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則……。」二者建立層級化之法律保留，為可否委任立法提供可行之判斷標準。按全民健保係以提供醫療服務為手段，增進全體國民健康為目的（健保法第1條參照），本質上屬於攸關重大公共利益之給付行政範疇，其可能涉及之人民權利為生存權、健康權、財產權與工作權，參照上開解釋，有關事項應容許委任立法；而特約為全民健保之重要機制，自不例外。

至於第二及第三個問題，於解答前宜針對特約之法律性質加以釐清，並探究特約與依法行政原理之關係。蓋特約本身雖非審查客體，但系爭規定係就特約內容相關事項所為之規定，是否遵守委任立法之界限，有無違反法律保留原則及法律授權明確性原則，亦皆與特約之性質息息相關。

特約屬於行政契約，乃國內通說，亦為釋字第533號解釋所承認。本號解釋參照該解釋，表明：「健保署依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險（下稱全民健保）醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結特約，約定由保險醫事服務機構提供保險對象醫療服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，此項特約具有行政契約之性質……。」

行政契約與依法行政原理之關係如何，可從締約自由及內容形成自由兩方面論之。就締約自由而言，學界主要有授權說與除外說對立。依前者，行政契約之締結，以有法律特別授權者為限。依後者，行政機關原則上得自由締結行政契約，但法律明文禁止締約，或規定應以行政處分為之者，另當別論。行政程序法受戰後德國通說影響，於第135條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性

質或法規規定不得締約者，不在此限。」顯然採取除外說。本席認為，行政契約之締結係出於雙方之合意，頗符合當代給付行政之需要，並可緩和行政機關與人民之權力緊張關係，以及彈性、合理有效解決個案問題，有助於行政任務之達成，故除外說堪稱妥適。性質上，給付行政本非公權力之行使，原則上行政機關於該領域應有行政契約之締約自由。惟如前述，全民健保乃攸關重大公共利益之給付行政，不宜與一般給付行政相提並論，而健保特約又係全民健保能否健全運作之關鍵性因素，故要求特約之締結須有法律授權，亦即應有法律保留原則之適用，較符合法治國之要求。事實上，無論從系爭規定一、二或健保法其他規定皆足以認定，健保法對健保署已有締結健保特約之授權。

關於行政契約之內容形成自由方面，基於契約之本質，通常應無法律保留原則之適用，但契約內容仍應遵守法律優越原則，不得牴觸法律規定³。換言之，行政契約與私法契約相同，係因雙方當事人意思合致而成立之法律行為。行政契約既屬合意之結果，則當事人理應具有契約之內容形成自由，故一般情形不適用法律保留原則。惟一切行政活動皆不得違反法律既有規定，乃法治國之要求，行政契約既屬行政活動之一環，自同受法律優越原則之拘束。行政程序法第149條規定：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」而契約自由為民法之基本原則，尚且不能免除法律之限制（民法第71條參照），則屬於公法領域之行政契約，更當遵守法律優越原則。

³ 日本之地方公共團體經常與業者基於合意，締結公害防止協定，約定業者應為之公害預防措施，以及公害發生時應採取之對策。此種行政契約之內容，往往超越法律規定，致生是否違反法律優越原則之疑義。惟論者主張，公害防治法律規定之管制，僅係最低標準，而非絕對標準，故公害防止協定尚不生違反法律優越原則之問題。此一見解運用解釋論之操作，於環境法領域巧妙規避法律優越原則之違反疑慮，對公害防治及環境保護之助益頗大，在日本成為有力之學說。

系爭規定二、三、四及六有關之停止特約、不予支付、停約之抵扣及扣減申報費用，均為違約之處理事項，本屬一般契約之尋常內容，似無法律保留之必要。惟本號解釋認該等事項「屬全民健保制度能否健全運作之重大事項，並涉及保險醫事服務機構及所屬醫事服務人員之財產權與工作權，依法治國之法律保留原則，應有法律或法律明確授權之命令為依據。」卻又旋即以系爭規定一及五已授權主管機關就上開事項得以法規命令規範之，亦即健保法已授權主管機關訂定特管辦法為由，作成尚與法律保留原則無違之結論。其論斷或有前後寬嚴失衡之嫌，但對本案有無違反法律保留之審查標準，係採較低之「規範密度」要求⁴，傾向於司法消極主義之立場，而達成合憲結論，尚稱合理。

系爭規定一明定：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」系爭規定五明定：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」對於上開規定是否符合法律授權明確性原則部分，本號解釋同樣抱持司法消極主義之態度，予以肯定。多數意見就授權規定之文義、事項之性質、健保法其他相關規定、以及立法者授權之旨趣，綜合判斷，認為授權之目的、內容及範圍已屬明確，未違反法律授權明確性原則。對此，本席同表贊成。又法律保留與委任立法涉及自由主義正當性與民主主義正統性問題，除要求人權之限制不得逾越界限外，亦強調行政活動應受民主之統

⁴ 關於委任立法之統制，其法律保留之「規範密度」，應依對象為侵害行政或給付行政（受益行政）、強制性行政作用或任意性行政作用，以及對自由領域介入之程度，而有高低不同之要求。參照駒村圭吾著，憲法訴訟の現代的轉回——憲法の論證を求めて，日本評論社，2013年，頁306。

制⁵。委任立法之授權規定若規範密度低，恐有導致民主主義正統性不足之虞。惟立法院職權行使法第 10 章「行政命令之審查」⁶，對行政命令設有國會事後監督機制，應可紓減上述疑慮。

最後，就有關特管辦法是否逾越母法部分論之。83 年健保法第 72 條前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以 2 倍罰鍰」，現行健保法第 81 條第 1 項前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申報醫療費用者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用 2 至 20 倍之罰鍰」，二者均屬罰鍰（行政罰）之規定。本號解釋認為系爭規定二、三、四及六，乃保險人為有效管理保險醫事服務機構並督促其確實依特約本旨履約之必要措施，與違反行政法上作為義務而課處罰鍰者有異，故未逾越母法之授權範圍。言下之意，就此部分，各該系爭規定皆未違反法律保留原則。惟嚴格而言，所涉乃命令有無牴觸母法規定，亦即合法與否問題，應屬法律優越原則之範疇。雖然，大法官之解釋往往以法律保留原則處理此類問題，如釋字第 395 號、第 423 號、第 505 號、第 566 號、第 586 號及第 609 號解釋皆是。

⁵ 駒村圭吾著，憲法的論證における「法律の留保」一人權制約の實體的正當化の一步手前で，法學セミナー第 647 號，2008 年 11 月，頁 14、15。

⁶ 立法院職權行使法第 60 條規定：「（第一項）各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議。（第二項）出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有十五人以上連署或附議，即交付有關委員會審查。」第 62 條規定：「（第一項）行政命令經審查後，發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之。……（第三項）第一項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期未為更正或廢止者，該命令失效。」

我國憲法第 157 條規定國家應推行公醫制度，憲法增修條文規定國家應推行全民健康保險（第 10 條第 5 項），民國 84 年 3 月開始實施的全民健保制度，就是為了實現此憲法交付的任務。實施 20 多年來已改變了國內醫療環境，對國內貧苦民眾提供了較佳的醫療保障。

本號解釋討論期間美國川普總統正努力推動新法案，試圖廢止歐巴馬總統推動的全民健保制度，但是新法案在國會無法獲得其同黨議員的全部支持，原因包括聯邦與州政府負擔健保費用的程度以及對低收入者之保障是否足夠等議題，同黨議員間意見嚴重分歧，由此可以印證全民健保制度的複雜性及所涉問題的廣度與深度。

國家推動全民健保制度，涉及各方（包括醫院、醫師、藥師、藥廠、藥商以及不同收入的民眾間）的權利義務分配，彼此關聯互動，必須在財務收支與醫療資源的使用上尋求平衡。在全民健保制度推動過程中，持續出現了许多問題，需要不斷地調整改進，始能永續發展，保障國民健康。本院亦曾對全民健保制度推動過程中產生的問題作出多號解釋，協助解決此制度的相關問題。

本號解釋的聲請人為全民健保特約醫院，該院醫師混用其他病人的癌症檢體以施行不必要之手術，詐領醫療費用，受到行政院衛生署（現已改制為衛生福利部）中央健康保險局（現已改制為中央健康保險署，下簡稱健保署）的處罰；另一聲請人係藥師，未親自在藥局執行藥師業務，卻由受聘藥師代為調劑藥品，在處方箋上蓋用聲請人之印章，電腦系統填載聲請人為調劑藥師，再據以申報醫療費用，也受到健保署的處罰。

聲請人主張健保署執行處罰所依據的全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下簡稱特管辦法）有關違約處罰之規定過於嚴苛，違反比例原則，另特管辦法是行政機關訂定的法規命令，超出全民健康保險法之授權，有違法律保留原則及法律授權明確性而違憲。本席支持本號解釋文之意見，並補充理由如下：

一、審查契約條款是否公平，必須就契約整體之內容為綜合判斷，

而不能單獨就特定條款為審查：

受處罰之醫院主張其院內醫師混用其他病人之癌症檢體，施行不必要之手術，所申請的醫療費用僅新台幣 40,729 元，遭健保署停止外科醫療業務特約 2 個月，該醫院申請以扣減金額方式抵扣停約期間之執行，經健保署同意並核定扣減金額高達 14,001,281 元，顯然過重，有違比例原則。受處罰的醫師主張其受扣減申報費用 10 倍金額的處罰過重。本席認為違約處罰是否過重，不能僅就違約所獲利益與受處罰金額作比較，尚須就履約雙方權益為綜合判斷，本件處罰尚未違反比例原則，至少有如下理由：

- (一) 醫療行為涉及專業及隱密性，醫師工作自主性高，醫療過程如涉不實造假，外人極不易察覺，因此以較重的違約處罰以收警惕之效乃有必要。且醫療行為數量多，以健保署的人力、物力不可能一一查核，而有賴醫院自主管理，因此發現違約之後予以較重之處罰，亦可督促醫院應加強其管理與監督責任。
- (二) 系爭違約行為並非單純商業行為之違約，而是違背醫事人員核心價值之行為，醫療行為涉及廣大民眾之生命、身體與健康，社會大眾期待醫師除具醫療專業外，尚期待醫事人員符合其專業倫理。本案涉及的檢體造假已違反專業人員之核心價值，並非單純申報金額錯誤與專業技術之違反。
- (三) 至於僅因醫院中少數醫師之違法行為，對同一服務項目或科別於一定期間停止特約之處罰，可能波及同科室之其他無辜醫療人員之問題，因為與健保署簽約的是醫療機構，而非個別醫療人員，因此對簽約對象的處分，必然會影響同一醫療單位之其他人員，此為合約關係之必然。但是從管理之角度而言，此亦為不得已之選擇。因為同一科室醫療人員本就是榮辱與共，況醫療不法行為

之隱密性已如前述，對同一單位內之人員一併處罰，可敦促其扮演吹哨者之角色檢舉身邊之不法行為。

二、違約處罰條款是否須以法律規定？若僅規定於特管辦法，而後納入特約，是否有違反法律保留原則與授權明確性原則？

- (一) 特管辦法對醫事服務機構的違約行為扣減醫療費用、停約或終止特約之規定，固係對醫事服務機構權益之侵害，但違約處理是所有合約都會有的標準條款，以督促契約之一方忠誠履約，因此合理的違約處罰，並無逾越法律保留原則之疑慮。況健保法已明文規定，保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之（行為時全民健康保險法第 55 條，現行法第 66 條意旨相同），該條授權行政機關訂定特約與管理事項，其範圍即應包括違約處罰之條件。鑑於全民健保制度之複雜度及專業性，立法機關於全民健康保險法寬泛授權主管機關訂定特管辦法以管理醫療服務機構，並履行契約事項，司法機關應予以尊重，若非衡量各方權益，認為對醫療服務機構之處罰已過度，將對人民權利造成侵害，否則不應輕易宣告特定契約條款違憲。
- (二) 政府機關與民間機構訂立契約後，政府機關同時具有管理者之角色與契約相對人之角色，政府機關固不能濫用其主管機關之地位，但並不因此而喪失其管理監督之角色，與行使行政處分之權能，因此本件健保署依特管辦法行使停止特約之權利並不違法。
- (三) 特管辦法所定違約處罰之條款經納入健保署與醫事服務機構間簽署之全民健保特約而具有合約條款與法規命令雙重性質（全民健保特約合約範本第 1 條，第 19 條至第 21 條）。或有認為健保給付為醫事服務機構之主要收入來源，因此醫事服務機構處於弱勢地位，對於特約條款只能全盤接受，因此必須考量各特約條款是否對醫

事服務機構不利。但本席認為醫療團體在國內並非弱勢團體，不僅在立法院有醫界代表，且並不缺乏意見表達之管道，況全民健保制度之成功與否有賴各方之共同努力，並無一方處於絕對不利之地位。而健保署用以給付醫療費用之經費係由全民負擔，健保署有責任確保醫療資源之合理使用。另由全民健保特約合約範本第1條第3項規定：「在本合約有效期限內，依法令授權甲方訂定之命令，其新訂或修正，而與甲乙雙方權利義務有關者，甲方應與乙方相關團體代表就相關之事項進行協商，以謀雙方權利義務之平衡。」亦可見醫療團體有機會對全民健保特約和特管辦法之條款表達意見，以平衡各方之利益與負擔。

- (四) 全民健康保險法中有關違約處理之授權規定，若與促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）關於違約處理之授權規定相較，全民健康保險法之授權明確性實不如促參法第52條。

促參法係為促進民間參與公共建設，該法規定主辦機關與民間機構簽訂投資契約時應有的契約架構（第11條）。另促參法第52條對於民間機構經營不善或其他重大情事發生時，主管機關依投資契約應處理之步驟，均有明確規定（類似規定見獎勵民間參與交通建設條例第43條），其有關民間機構違約處理之規定顯然較健保法第55條（現行法第66條）更為詳盡。然而是否因此即謂全民健康保險法授權不明確而違憲，本席並不以為然。

促參法下由民間機構與政府機關簽定之投資興建合約（即BOT模式之合約）於國內外有許多類似或相同架構之案例，許多合約的重要原則可資參照並予以類型化，而每個興建案有其獨特性，各機關於與民間機構

議約時，因應不同興建案的個別差異，有較寬廣之議約空間，但也因此有必要以法律就違約事項之處理作較明確之規定，作為雙方議約之框架。反之，全民健康保險法下之全民健保特約將由健保署依同一版本與為數眾多之醫療機構（2萬8千多家）於不同時間簽定，並無個案議約之空間，且全民健保特約為全國醫療機構共同適用，國內並無其他類似合約存在，於國外亦無相接近之案例可供參考，難以類型化，因此立法院對行政機關就其內容作較寬泛之授權為合理，但隨著全民健保制度施行後經驗之累積與檢討，應將有爭議的重大違約事項之處理方式於全民健康保險法明文規定。

部分協同暨部分不同意見書 湯德宗大法官 提出

[1] 本件兩聲請人均為健保特約醫療院所¹。聲請人一（財團法人天主教若瑟醫院）因所屬外科主治醫師於民國96年9月至10月間將他人癌症組織混入病患之正常病理切片檢體，導致不正確之化驗結果（乳房惡性腫瘤），進而施行手術，並申報醫療費用計新臺幣（下同）38,671元，遭前行政院衛生署中央健康保險局（現改制為衛生福利部中央健康保險署，下稱健保署）於99年7月29日依「全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法」（下稱特管辦法）中「停止特約」²及「不予支付」³之規定，予以「停止外科門診及住診醫事業務特約2個月」及「所屬涉案醫師於停止特約期間，對保險對象提供之醫療服務，

¹ 參見全民健康保險法第66條第1項：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構……。」

² 參見96年3月20日修正發布之「特管辦法」第66條第1項第8款：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約一至三個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約一至三個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之証明、報告或陳述，申報醫療費用。……」

³ 參見95年2月8日修正發布之「特管辦法」第70條：「保險醫事服務機構受停止或終止特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間或終止特約之日起一年內，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。但因第六十七條第二項受終止特約者除外。」

不予支付（醫療費用）」之處置⁴。聲請人不服，提起行政救濟，並於100年5月4日依「特管辦法」中「**抵扣停約**」⁵之規定，申請以該醫療院所違規科別前一年申報量及該分區總額最近一年確認之平均點值核算**扣減金額**，**抵扣停約**期間之執行，嗣經健保署同意，並核定扣減金額14,001,281元。⁶聲請人一不服，遞經行政爭訟，經最高行政法院101年度判字第929號判決以無理由駁回確定在案。

[2] 聲請人二（陳憲堂即東泰藥局）因102年5月18日中午12時至同年月19日上午10時間未在藥局親自執行藥師業務，卻由受聘藥師代為調劑，並在處方箋上蓋用「東泰藥局陳憲堂」印章，據以申報醫療費用，遭健保署於103年8月19日依「特管辦法」中「**扣減申報（醫療）費用10倍金額**」之規定⁷，扣減申報相關醫療費用計311,710元。⁸聲請人二不服，遞經行政爭訟，經臺北高等行政法院105年度簡上字第55號判決以無理由駁回確定在案。

[3] 上開兩聲請人以各該確定終局判決所適用之特管辦法有關規定及其據以訂定之全民健康保險法（下稱健保法）有關規定有牴觸憲法之疑義，分別向本院聲請解釋。經大法官決議併案審理，並作成本解釋。

⁴ 參見行政院衛生署中央健康保險局99年7月29日健保醫字第0990073103號函。

⁵ 參見99年9月15日修正發布之「特管辦法」第39條第1項：「依前二條規定所為之停約或終止特約，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約或終止特約一年，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，**抵扣停約**或終止特約期間。」

⁶ 參見行政院衛生署中央健康保險局100年5月27日健保南字第1005056113號函。

⁷ 參見101年12月28日修正發布之「特管辦法」第37條第1項第1款：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，**扣減其申報之相關醫療費用之十倍金額**：一、未依處方箋、病歷或其他紀錄之記載提供醫事服務。……」

並參見健保署106年7月18日健保查字第106004435號函（特管辦法第37條第1項第1款所謂「**未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）**」包含「未依醫師處方箋所指示藥物調劑」及「**調劑與處方箋相符，但未親自為之**」等情）。

⁸ 參見健保署103年8月19日健保南字第1035050276號函。

[4] 本件核心爭議在於：特管辦法中之「停止特約」、「不予支付」、「抵扣停約」及「扣減申報費用10倍」等四項規定是否合理（有無過苛）？多數大法官議決通過之多數意見由「法律保留原則」及「比例原則」立論，肯認前述四項規定及其所依據之授權規定（83年8月9日制定公布之全民健康保險法第55條第2項⁹及100年1月26日修正公布之同法第66條第1項¹⁰）均為「合憲」（解釋文參照）。本席對於合憲之結論，敬表贊同；然於其論理，則多有保留，爰提出「部分協同暨部分不同」意見書。茲析述如後。

一、健保特約為行政契約（公法契約）

[5] 健保署與醫療院所簽訂特約，約定由醫療院所對保險對象提供醫療服務，再據以向健保署申報醫療費用，乃行政機關（健保署）為達成其法定任務（辦理全民健康保險，以增進國民健康，健保法第1條參照），所為之契約安排。故（健保）特約應定性為「行政契約」（本院釋字第533號解釋參照）。

二、特約之內容涉及健保制度能否健全運作者，應有法律或法律授權之命令為依據

[6] 行政機關為達成行政任務，原則上本得依其裁量，選擇以締結行政契約之方式為之（行政程序法第135條¹¹參照）。亦即行政契約之締結，原則上並無「法律保留原則」之適用。依照本院釋字第四四三號解釋釋示之「層級化法律保留原則」¹²，限制或剝奪人民自由或權利之「侵害行政措施」原則上固應有法律或法律明確授權之命令為依據；

⁹ 參見83年8月9日制定公布之「健保法」第55條第2項：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」

¹⁰ 參見100年1月26日修正公布之「健保法」第66條第1項：「醫事服務機構得申請保險人同意特約為保險醫事服務機構，得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」

¹¹ 參見行政程序法第135條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」

¹² 參見吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，頁54～56（106年9月，增訂五版）。

至「給付行政措施」僅「涉及公共利益之重大事項者」，始「應有法律或法律授權之命令為依據之必要」。¹³ 鑑於全民健康保險為強制性社會保險，健保特約之內容不僅攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，體現憲法對人民生存權與健康權之保障，並因全民健保實施「總額支付制度」（global budget system）¹⁴，就健保支出為宏觀調控，而間接影響（限制）醫事服務人員之財產權與工作權，多數意見爰釋示：「全民健保特約內容涉及全民健保制度能否健全運作者」，應「屬公共利益之重大事項」，而有法律保留原則之適用（解釋理由書第5段及第6段參照）。

[7] 實務上，健保特約為一定型化契約。前揭系爭「停止特約」、「不予支付」、「抵扣停約」及「扣減申報費用10倍」等規定，均載於健保署訂定發布之「特管辦法」中，再以「特管辦法」納（併）入健保特約（參見特約醫院適用之「特約醫院範本」第1條第1項¹⁵及特約

¹³ 並參見本解釋理由書第5段：「按法律保留之範圍，原不以憲法第23條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如屬涉及公共利益之重大事項者，仍應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第443號、第743號解釋參照）。」

¹⁴ 總額支付制度指付費者與醫療供給者，就特定範圍的醫療服務，如牙醫門診、中醫門診，或住院服務等，預先以協商方式，訂定未來一段期間（通常為一年）內健康保險醫療服務總支出（預算總額），以酬付該服務部門在該期間內所提供的醫療服務費用，並藉以確保健康保險財務收支平衡的一種醫療費用支付制度。在實際運作上，我國總額支付制度係採支出上限制（expenditure cap），即預先依據醫療服務成本及其服務量的成長，設定健康保險支出的年度預算總額，醫療服務是以相對點數反映各項服務成本，每點支付金額則採回溯性計價方式，由預算總額除以實際總服務量（點數）而得。當實際總服務量點數大於原先協議的預算總額時，每點支付金額將降低，反之則將增加。（參見 www.2017.nhi.gov.tw/Resource/webdata/Attach_13635_1_8.1：總額支付制度意涵.doc，最後瀏覽日2017/10/05）。

¹⁵ 參見行政院衛生署中央健保局99年2月12日健保醫字第0990072145號公告之特約範本（特約醫院範本）第1條第1項：「甲乙雙方應依照健保法、健保法施行細則、全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法、全民健康保險醫療辦法、全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法、行政程序法、行政罰法、其他相關法令及本合約規定辦理全民健康保險（以下簡稱本保險）醫療業務。」

藥局適用之「特約藥局範本」第1條第1項¹⁶)。是為審查系爭規定有無違反「法律保留原則」，首應究明：特管辦法所由訂定之母法（健保法）授權是否具體明確（是否符合「法律授權明確性」要求）？次應究明：特管辦法前揭四項規定有無逾越母法授權之範圍（而增加法律所無之限制）？

1. 健保法授權訂定「特管辦法」之規定，符合授權明確性原則

[8] 按法律「授權是否具體明確，應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，非拘泥於特定法條之文字（本院釋字第394號、第426號、第612號及第734號解釋參照）」（解釋理由書第5段末句參照）。83年健保法第55條第2項雖僅載：「前項保險醫事服務機構之**特約及管理辦法，由主管機關定之。**」惟綜觀同法有關規定，要「已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針」；且所謂「管理」一詞，按通常之文義理解，應包含「違約之處理」在內，故堪認其授權之目的、內容及範圍尚稱明確。至於100年1月26日修正公布之健保法第66條第1項已明定：「……得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」其授權之目的、內容及範圍益臻明確（解釋理由書第7段參照）。

2. 系爭特管辦法四項規定核屬違約金之約定，故未逾越母法授權之範圍

[9] 系爭特管辦法中之「停止特約」、「不予支付」及「扣減申報費用10倍」等規定，核屬**違約金之約定**，與83年健保法第72條前段¹⁷及

¹⁶ 參見行政院衛生署中央健保局91年4月26日健保醫字第0910005868號函公告之特約範本（特約藥局範本）第1條第1項：「甲乙雙方應依照健保法、健保法施行細則、**全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法**、全民健康保險醫療辦法、全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法、其他法令及**本合約規定**辦理全民健康保險（以下簡稱本保險）藥事服務事宜。」

¹⁷ 參見83年8月9日制定公布之「健保法」第72條前段：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以二倍罰鍰；其涉及刑責者，移送司法機關辦理。」

現行健保法第 81 條第 1 項¹⁸所定之行政罰（罰鍰），在構成要件部分固有若干重疊，然兩者性質究有不同，尚難謂已逾越母法之授權範圍（解釋理由書第 10 段及第 12 段參照）。惟其既屬違約金之約定，如其約定有顯失公平者，行政法院自得於個案中酌減¹⁹（行政程序法第 149 條²⁰、民法第 252 條²¹參見）。多數意見應予補充。

至特管辦法中「抵扣停約」之約定，旨在替代「停止特約」之執行，以緩和「停止特約」之違約制裁，並兼顧保險對象之就醫權益或防免其他公益之重大危害，亦難謂已逾越母法之授權（解釋理由書第 11 段參照）。

三、特管辦法之訂定，應循正當行政程序

¹⁸ 參見「健保法」第 81 條第 1 項：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申報醫療費用者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用二倍至二十倍之罰鍰；其涉及刑責者，移送司法機關辦理。保險醫事服務機構因該事由已領取之醫療費用，得在其中申報之應領醫療費用內扣除。」

¹⁹ 依特管辦法系爭規定所為「停止特約」之處置，行政法院有認為係屬「行政處分」者，參見最高行政法院 95 年 7 月 18 日庭長法官聯席會議（二）；亦有認為行政契約中「不予支付及追扣醫療費用」之性質，屬履約爭議所為之意思表示，並非行政處分者，參見臺北高等行政法院 105 年度簡上字第 55 號判決。

近日最高行政法院之見解似傾向於後者，參見最高行政法院 106 年 3 月 14 日庭長法官聯席會議決議：「按『行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。』行政程序法第 149 條定有明文。民法有關違約金之規定與行政契約不相牴觸，自得準用於行政契約。警察專科學校為執行確保國家培養警察人員且能及時補充警員人力之行政職務，辦理 95 年專科警員班第 25 期正期學生組行政警察科學生招生，於招生簡章拾・五載明『前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用』，係為確保學生應於 99 年 12 月 31 日前通過警察特考及格並分發任職之義務之履行，經應考錄取並就學者，其性質即屬違約金之約定。而契約雙方約定之違約金是否相當，須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，為斟酌之標準。系爭個案中甲未於約定期限內通過警察特考並分發任職，致雙方締約之目的無法達成，而甲僅應返還所受領之公費及津貼，並未為額外之賠償，故其固有財產未遭受剝奪，且甲於就學期間完成警察養成教育取得學位及參加警察特考之應試資格之利益仍然存在，審酌雙方之損益，該違約金之金額並未過高。甲主張雙方約定之違約金過高，請求準用民法規定予以酌減，並無理由。」

²⁰ 參見行政程序法第 149 條：「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」

²¹ 參見民法第 252 條：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」

[10] 鑑於全民健保為強制性社會保險，特管辦法之內容關係全民健保制度之永續發展及保險醫事服務機構之權利義務至鉅，主管機關應依行政程序法以公開方式舉辦聽證，使利害關係人代表，得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成決定。²² 現行特管辦法訂定程序²³ 應予改進，併此指明（解釋理由書第 14 段參照）。

[11] 如上釋示旨在健全特管辦法之命令訂定程序，以提升決策之理性，降低恣意可能性，並強化司法監督²⁴，以補「法律保留原則」形式審查之不足。茲為避免健保醫療服務中斷，本解釋未以此程序瑕疵，而為定期失效之宣告，盼有關機關善體本解釋之意旨，儘速落實特管辦法之正當訂定程序。

四、特管辦法四項系爭規定既為契約約定，不生是否違反「比例原則」之問題

[12] 多數意見既將特管辦法四項系爭規定定性為行政契約之約定，其約定內容如有顯失公平者，應由行政法院於個案酌減，已如前述。則特管辦法四項系爭規定即不得同時又作為特約醫療院所違反行政法上作為義務（以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用）時，健保署施予行政罰（行政處分）所依據之法規命令，自無需審查其內容是否違反「比例原則」，況現制下本院對

²² 行政程序法第 155 條規定：「行政機關訂定法規命令，得依職權舉行聽證。」惟本解釋如上釋示已使上開裁量空間，於健保署訂定特管辦法時，縮減至零。按本院已先後於釋字第 709 號解釋及第 739 號解釋釋示，按憲法上正當行政程序之要求，主管機關於「核定都市更新計畫」及「核准實施市地重劃計畫」前，應依行政程序法有關規定舉行聽證，健保特約內容關係全民健康，較諸都市更新與市地重劃影響影更大，自體系性解釋觀點言，本解釋如上釋示要屬當然。

²³ 實務上歷來特管辦法之訂定（含修正）均曾邀集相關團體研商，但未曾召開公聽會，遑論舉行聽證。參見健保署 106 年 9 月 19 日覆本院秘書長函。

²⁴ 參見湯德宗，〈論行政立法之監督 -- 「法規命令及行政規則」章起草構想〉，《行政程序法論 - 論正當行政程序》，頁 211 以下（92 年 10 月，增訂二版）。

關於行政機關於行政契約關係中，得否作成行政處分之討論，參見林錫堯，〈行政契約與依法行政原則之關係〉，台灣法學雜誌第 310 期，頁 49-50（105 年 12 月）；江嘉琪〈行政契約關係與行政處分之容許性〉，律師雜誌第 303 期，頁 62-67（93 年 12 月）。

於具體之行政契約並無違憲審查權。多數意見一方面為避免特管辦法四項系爭規定逾越母法之授權範圍（而增加 83 年健保法第 72 條及現行健保法第 81 條第 1 項所無之處罰），乃將之定性為「違約金」（違約罰）之約定；他方面復以特管辦法四項系爭規定作為發動行政處分（罰鍰）所依據之「法規命令」，而審查其有無違反「比例原則」（解釋理由書第 16 段及第 17 段參照），**論理前後矛盾**。

部分不同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及的法令規定較多。依本解釋理由書所排列及審酌的順序，解釋客體包括：

1. 系爭規定一，即 83 年 8 月 9 日制定公布之全民健康保險法（下稱 83 年健保法）：「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之。」此部分應審查其是否符合法律保留原則（即特約事項是否得授權子法訂定）與授權明確性。
2. 系爭規定二，即 96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）第 66 條第 1 項第 8 款：「保險醫事服務機構於特約期間有下列情事之一者，保險人應予停止特約 1 至 3 個月，或就其違反規定部分之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月：……八、其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用。」此部分應審查其是否逾越母法規定及是否符合憲法第 23 條之必要要件。
3. 系爭規定三，即 95 年 2 月 8 日修正發布之特管辦法第 70 條：「保險醫事服務機構受停止……特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間……，對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。」此部分亦應審查其是否逾越母法規定及是否符合憲法第 23 條之必要要件。
4. 系爭規定四，即 99 年 9 月 15 日修正發布之特管辦法第 39 條第 1 項：「依前二條規定所為之停約……，有嚴重影響保險對象就醫權益之虞或為防止、除去對公益之重大危害，服務機構

得報經保險人同意，僅就其違反規定之服務項目或科別分別停約……，並得以保險人第一次處分函發文日期之該服務機構前一年該服務項目或該科申報量及各該分區總額最近一年已確認之平均點值核算扣減金額，抵扣停約……期間。」此部分仍應審查其是否逾越母法規定及是否符合憲法第 23 條之必要要件。

5. 系爭規定五，即 100 年 1 月 26 日修正公布之全民健康保險法（下稱現行健保法）第 66 條第 1 項規定：「醫事服務機構……得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之。」此部分應審查其是否符合法律保留原則（即特約事項是否得授權子法訂定）及授權明確性。

6. 系爭規定六，即 101 年 12 月 28 日修正發布之特管辦法第 37 條第 1 項第 1 款：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近 1 季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之 10 倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」此部分應審查其是否逾越母法規定及是否符合憲法第 23 條之必要要件。

本席同意多數意見之部分有三項：

1. 有關未違背法律保留之部分：多數意見所稱「法律保留原則」，其實包括不同的兩個含意。第一個含意係指特定事項是否應由法律本身加以規定或可授權行政命令訂定，抑或無須法律授權，而可以由命令直接加以規定。本號解釋理由書第 6 段所提及之法律保留原則，屬於此種含意。第二個含意係指在特定事項可以授權行政命令訂定的前提下，該行政命令之內容是否逾越母法之規定；如逾越母法之規定，則亦違反法律保留原則。本號解釋之解釋文第 2 段與第 3 段及理由書第 10 段至第 12 段所提及之法律保留原則，屬於此種含意。

就法律保留原則之第一個含意而言，本席認為，健保之特

約、管理措施、違約處理等事項，雖涉及人民健康之公共利益及醫療機構重要權益等重要事項，但畢竟非屬於直接剝奪或限制人民生命、身體自由、尊嚴等極重要事項，故屬於相對法律保留之範圍，而非國會保留之事項；可以由法律明確授權行政命令規定相關管理與處罰事項。系爭規定一及五既然係以法律授權主管機關訂定相關辦法，故應認為尚未違背第一個含意之法律保留原則。就此部分，本席同意多數意見。

2. 有關係爭規定五未違反授權明確性部分：本席認為，該條已經明確將授權範圍（即「得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項」），極盡可能地列舉，就此部分，本席同意多數意見，認為尚未違背授權明確性原則。
3. 多數意見針對特管辦法訂定過程所應遵守之正當程序原則，附論謂：「鑑於特管辦法之內容，關係全民健保制度之永續健全發展及保險醫事服務機構之權利義務至鉅，主管機關應依行政程序法以公開方式舉辦聽證，使利害關係人代表，得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成決定。現行特管辦法訂定程序應予改進」（見本號解釋理由書第14段）。本席同意將正當程序原則適用於重要法令（公益性高、影響層面廣、影響人民權益程度深之法令）之制定過程。特管辦法之制定過程，應受正當程序之規範，除因特管辦法所規定之事項關係健保制度健全發展及醫事服務機構之權益至鉅外，更重要之根本原因在於健保制度涉及國際人權公約所宣示人民健康權（right to health）之保障。特管辦法制定過程受正當程序規範之結果，一方面使其規定之品質提高，另一方面亦使受規範者以及利害攸關者（或其適當之代表）之權益（特別是人民健康權），均有被認真考量及確保之機會。此項附論所要求之程序，實應規定於健保法中。

除此三點之外，本席無法認同多數意見就系爭規定一所為

極其粗略之授權，仍認為符合授權明確性原則；亦無法認同多數意見認為系爭規定二至四及六，未逾越母法之規定；且無法認同多數意見所認系爭規定二至四未逾越憲法第 23 條之必要程度。

爰提出本部分不同意見書，說明如下：

壹、系爭規定一違反授權明確性

一、多數意見認為，系爭規定一縱使並未明文規定醫事服務機構違反特約時應如何處罰，然其基於下列二理由，該規定仍符合授權明確性：

第一，多數意見引 81 年健保法第 31 條第 1 項（醫事服務機構給予醫療服務；醫師交付處方箋）、第 42 條（醫事服務機構之醫療服務不符合規定者，其費用自行負責）、第 52 條（保險人為審查醫療服務項目、數量及品質，應組成醫療服務審查委員會審查）、第 55 條第 1 項（醫事服務機構為特約醫院及診所、特約藥局、保險指定醫事檢驗機構、其他經主管機關指定之特約醫事服務機構）、第 62 條（醫事服務機構對於主管機關或保險人因業務需要所為之訪查或查詢、借調病歷、診療紀錄、帳冊、簿據或醫療費用成本等有關資料，不得規避、拒絕或妨礙）等母法之諸多規定，認為「立法者業已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針」（見本號解釋理由書第 7 段）。

第二，多數意見並謂「違約之處理係屬一般契約之尋常內容，特約管理辦法之管理一詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內，故可推知立法者有意授權主管機關，以特管辦法規範保險醫事服務機構違約之處理，俾有效管理保險醫事服務機構，提供完善醫療服務之授權目的」（見本號解釋理由書同段）。

二、然本席認為，多數意見就授權明確性之部分，過度放寬審查標準：

- (一) 除涉及限制人民權利之事項，應符合憲法第 23 條之規定，有「具體、明確」之授權外，其非涉及人民權利之事項，如事涉公共利益之重大事項，而應屬法律保留範圍者，立法者如以法律授權行政機關訂定行政命令，亦應符合相同標準之授權明確性（見本號解釋理由書第 5 段）。且涉及人民權利或公共利益愈重大者，憲法所要求具體、明確性之程度亦應愈高、愈嚴格。
- (二) 特管辦法的內容有三重特性：其一方面係規範全民健保機關與醫事服務機構之間以及全民健保機關與人民之間的權利義務關係，其內涵屬於給付行政的範圍，且屬涉及全民健康之維護與國家醫療資源分配的重大事項。該辦法另一方面規範醫事服務機構違反特管辦法之處罰（違約處理），故亦屬憲法第 23 條之限制人民權利之事項。再一方面，違約處理（特別是停止特約）更影響人民就醫的權利（涉及人民健康權）。由於特管辦法之三重特性及其涉及公益之程度較為重大，故特管辦法訂定之權源，應更為明確；就特管辦法內容所要求之授權明確性，應較為嚴格。
- (三) 另以本院最近之釋字第 734 號解釋就授權明確性所設之標準為例：該號解釋就廢棄物清理法第 27 條列舉 10 款應禁止之污染環境行為之後，另外概括規定「其他經主管機關公告之污染環境行為」，認為該概括規定符合授權明確性。其主要理由係該條已經列舉十種應禁止之污染行為可資參照，而其所授權公告之其他應禁止之污染行為，又可以由該法整體規範得以推知授權之範圍。故該解釋認為廢棄物清理法該款規定並未違反授權明確性。由此解釋可以推知：如擬由母法整體規範予以觀察，以決定是否得以推知授權範圍，必須在母法中已經有具體的跡象作為推論基礎；而非僅由母法中其他無具體關

聯之規定，憑以推論謂母法應有授權之意旨。本件如後所述，多數意見係引母法中其他無具體關聯之規定，推論立法授權意旨；而無其他具體關聯且足資參照之條文，作為基礎，以推知授權範圍。

- (四) 本席雖然同意多數意見所持：系爭規定五「得申請特約為保險醫事服務機構之醫事服務機構種類與申請特約之資格、程序、審查基準、不予特約之條件、違約之處理及其他有關事項之辦法，由主管機關定之」之規定，符合「授權目的、內容及範圍均應具體明確」之見解。

然相較於系爭規定五，系爭規定一所規定「前項保險醫事服務機構之特約及管理辦法，由主管機關定之」之內容，極為概括及抽象；且健保法本身已經有諸多違反健保規範之處罰條文。受規範者客觀上實無法由該法整體規範，充分理解、推知或預見授權之範圍，將包括外加於健保法本身所規定行政處罰的違約處罰（包括停止特約、扣減數十倍於醫療費之停約金額或處醫療費用10倍金額等嚴重處罰）。多數意見認為立法者已經透過母法相關規定，提供主管機關可資遵循之具體方針，且違約處理為契約尋常內容；並進而認為系爭規定一與法律授權明確性無違（見本號解釋理由書第7段），其對於法律授權明確性之把關，實過於寬鬆。

- (五) 前述多數意見所引81年健保法第31條第1項、第42條、第52條、第55條第1項、第62條等諸多規定，實與立法者對於違規處罰之事項是否有授權訂定特管辦法，或在母法所規定違規處罰之外，針對相同事項授權訂定額外的嚴格違約處罰，幾乎毫無關係。倘若依多數意見，豈非所有母法的授權條款，只要有「有關本法立法目的之事項，於本法未規定者，均由主管機關定之」之授權規定，均將符合授權明確性原則；因為參照多數

意見的審查方式，任何人都可以同樣援引受審查之母法中之其他諸多規定（甚至由第1條到最末條），認為「立法者業已就授權之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針」。多數意見此項見解將造成本院審查法律授權明確性之重大缺漏。本席對此表示憂慮。

貳、系爭規定二至四及六逾越母法部分

一、83年健保法第72條第1項前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以2倍罰鍰」。現行健保法第81條第1項前段規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申報醫療費用者，處以其領取之保險給付、申請核退或申報之醫療費用2倍至20倍之罰鍰」。亦即，倘若涉及「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者」，健保法（母法）已有處罰之規定。母法對某項行為既然已經明確規定應如何處罰，自無須由子法（特管辦法）對該行為訂定額外處罰之規定。否則甚難謂「重複另行處罰之子法規定」未逾越母法規定。

二、系爭規定二至四所規範及適用之行為為「其他以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用」；系爭規定六所規範及適用之行為則為「未依處方箋……之記載提供醫事服務」。其行為內涵均包含於母法所規範及處罰之「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用」行為。母法對於不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用等事項既然已經有明確規定其處罰之要件與內容，特管辦法（即系爭規定二至四及六）對母法已有處罰規定之事項，額外規定其處罰，由母法與子法間之關係而言，已明顯逾越母法之規定。

三、另應附帶指明者，系爭規定六所規定之要件為「未依處方箋

之記載提供醫事服務」。由於醫師所開立之處方箋本身，並不會指明執行調劑藥品之藥師，故「有執照的調劑藥師在處方箋上蓋用另一有執照的調劑藥師印章，並憑以申報醫療費用」之情形，並不構成「未依處方箋之記載提供醫事服務」。亦即在文義上，系爭規定六並不適用於「有執照的調劑藥師在處方箋上蓋用另一有執照的調劑藥師印章，並憑以申報醫療費用」之情形。本件聲請人之一的負責藥師不在藥局，卻由受聘藥師代為調劑藥品，並在處方箋上蓋用該負責藥師之印章；其情形顯不符合系爭規定六之構成要件。此問題本屬法律解釋問題，並非憲法解釋之範圍；然多數意見於解釋理由書第2段以附註方式，引用衛生福利部中央健康保險署106年7月18日函復本院所載：「……特管辦法第37條第1項第1款規定：『未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）』，應含處方箋調劑之人，除須具備藥師資格之主觀條件外，更應按相關藥事法規規定，在處方箋上簽章，方為足證已提供合於規定之醫事服務（藥品調劑），爰調劑與處方箋相符，但未親自為之部分，仍構成特管辦法第37條第1項第1款應處分之範圍……。」等於是本院對於主管機關此種違背法律解釋原則之見解，於釋憲之理由書中予以背書肯定。本席認為並不允當。

參、系爭規定二至四及六逾越必要程度部分

- 一、本件二聲請人中，僅其中之一之原因案件涉及系爭規定六。然該聲請人並未針對系爭規定六違背憲法第23條必要要件之部分提出聲請，故多數意見並未處理系爭規定六是否違反憲法第23條必要要件之問題。然本席認為，系爭規定六之實體內容明顯違憲；多數意見未以關聯性為理由將之納為審查客體，甚為可惜。本席認為，系爭規定二至四，以及應以關聯性納入審查範圍之系爭規定六，均無法通過憲法第23條必要要件之檢視，理由如下。

二、就系爭規定二至四及六共通之問題而言：如前所提及，在現行規範下，醫事服務機構單一的「其他以不正當行為或以虛偽之証明、報告或陳述，申報醫療費用」行為，或單一的「未依處方箋……之記載提供醫事服務」行為，可能於受主管機關依母法規定處以罰鍰之後，再由其以契約當事人之身分，依特管辦法及特約之規定處以停止特約、不予支付、停約之抵扣等違約罰。雖然母法所規定之處罰為行政罰，而系爭規定二至四及六所規定者為違約罰，然其處罰所造成不利益之類型相同（系爭規定二至四之停止特約、不予支付、停約之抵扣，均為使違規者遭受金錢上不利益）。由單一行為可能受母法及子法（與特約）重複處以金錢上不利益而言，應認此等規定違反一行為不二罰之原則，因而與憲法第23條所禁止逾越必要程度之規定不符。

三、就系爭規定二至四而言：該三條所規定同一行為之三種法律效果，係相互關聯。系爭規定二之法律效果為停止特約1至3個月；系爭規定三之法律效果為停約期間不予支付；系爭規定四之法律效果則為以扣抵金額替代停止特約。

1. 此三項法律效果，隨特約醫事服務機構規模大小而異。倘若兩個醫事服務機構分別有完全相同的違規行為，且若其涉及的虛報金額亦完全相同，適用此等規定的結果，醫院規模愈大者，因停止特約、不予支付、停約之抵扣而受到的不利益愈大。且差異的比例可能極為懸殊。
2. 依系爭規定二停止特約的結果，受影響者不僅是違規的醫師以及負監督責任的醫療機構，且將直接波及受停止特約的科別或項目之其他醫師與護理人員（包括其工作權及財產權均可能直接受到衝擊），並將損及該醫事服務機構病患就診之權益。其「處罰」到無辜第三者之不當外溢效果，範圍甚廣，程度亦甚巨。
3. 系爭規定四賦予醫事服務機構選擇權（且亦賦予主管機關

審核同意權），在表面上係對醫事服務機構提供替代方式，因而似乎對該醫事服務機構有利。按醫事服務機構選擇系爭規定四之扣減金額，甚少係為避免損及病患權益；較多的情形應係為其自身利益。然如比較停約之抵扣金額與違規申報醫療費用金額之大小（見次段所述），實難同意：因系爭規定三對醫事服務機構提供了選擇權，而認其符合憲法第 23 條所規定之必要要件。反而由兩者金額相互比較之結果，可以進一步說明系爭規定四及系爭規定二之規定，實已巨幅逾越必要程度。

4. 依改制前行政院衛生署中央健康保險局於 102 年 6 月 13 日以健保查字第 1020044046 號函向本院提供 99 年 9 月 15 日至 101 年 12 月 31 日間之申請抵扣停約表所示，有醫事服務機構虛報 2 萬餘元者，其抵扣之金額為 3 千 4 百餘萬元；有虛報 17 萬餘元者，其抵扣金額為 1 千 6 百餘萬元；有虛報 41 萬餘元者，其抵扣金額為 3 千 3 百餘萬元；有虛報 30 萬餘元者，其抵扣金額為 3 千餘萬元；有虛報 15 萬餘元者，其抵扣金額為 1 千 4 百餘萬元。相較於虛報金額，其抵扣金額有達於 1 千 700 倍者；而達於數十倍甚至接近百倍者所在多有。醫事服務機構願意以如此高倍數的金額，以抵扣停止特約，顯示停止特約對其衝擊可能甚至高於此種高額的抵扣額度。
5. 多數意見認為不違反比例原則（即憲法第 23 條所規定之必要要件）之主要理由之一為「現行特管辦法就違約之各種情形，依情節輕重，大致區分為通知限期改善、違約記點、扣減醫療費用 10 倍、停止特約及終止特約等不同處置。其中停止特約，更得視違約情節輕重不同而有 1 至 3 個月不同之處置……，並得僅停止違約之科別或服務項目全部或一部、門診或住診；另已設系爭規定四調節機制，應無顯不合理之處」。然此等規定，並未改變處罰極苛之

情形；此由前段所示抵扣金額有達於虛報金額之數十倍甚至達1千餘倍之情形，足以說明在多數意見所謂「調節機制」，並無減低或消除系爭規定二至四可能處罰過苛之結果。

6. 健保制度的健全極為重要，毋庸置疑。且醫事服務機構及全民都有悉心保護的責任，亦應為全民共識。然此並非謂：為達到健全健保制度，違約的處罰即可毫無限度，並因而遠遠逾越必要程度。僅由抵扣額度數十倍甚至上千倍於虛報金額而言，其逾越憲法第23條之必要原則，已甚為明顯。

四、就系爭規定六而言：該規定就「未依處方箋……之記載提供醫事服務」之行為，「以保險人公告各該分區總額最近1季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之10倍金額」。除前述共通之問題（即與母法重複處罰）外，其未依處方箋之記載情形，顯亦應有惡性高低、影響大小與情節輕重之不同。參照本院釋字第716號解釋「公職人員利益衝突迴避法第15條規定：『違反第九條規定者，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰。』於可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度」及第685號解釋「稅捐稽徵法……關於營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應自他人取得憑證而未取得者，應就其未給與憑證、未取得憑證，經查明認定之總額，處百分之5罰鍰之規定，其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度」所釋示，甚難謂「扣減其申報之相關醫療費用之10倍金額」無造成顯然過苛（或個案過苛）之處罰。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

本號解釋關於認為保險醫事服務機構特約及管理辦法，對違約之醫療服務提供者所為有關停止特約、不予支付與停約之抵扣規定，未逾越母法（全民健康保險法）之授權範圍部分，本席敬表贊同。

但本號解釋關於 101 年 12 月 28 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，以保險人公告各該分區總額最近一季確認之平均點值計算，扣減其申報之相關醫療費用之 10 倍金額：一、未依處方箋……之記載提供醫事服務。」（即本號解釋所稱之系爭規定六）部分，多數意見僅審查其形式合憲性，亦即僅審查該規定有無逾越母法授權範圍，而未進一步論述該規定是否符合比例原則之要求，其論證與結論，均有待商榷。

爰提出部分不同意見書如下：

壹、系爭規定六將扣減申報費用金額一律定為 10 倍，與母法授權之目的未盡相符

本號解釋多數意見認系爭規定六未牴觸法律保留原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權意旨並無違背，其推論大致可分為下列層次：

首先，關於健保特約內容是否有法律保留原則之適用，多數意見認為，健保特約內容涉及健保制度能否健全運作，攸關國家能否提供完善之醫療服務，以增進全體國民健康，屬公共利益之重大事項，應有法律或法律具體授權之命令為依據。（本號解釋理由書第 5 段參照）

其次，在審查授權是否符合授權明確性原則部分，多數意見採取以「法律整體所表現之關聯意義」為依據之寬鬆審查標準，並據此從健保法第 42 條、第 52 條、第 62 條等規定綜合判斷，認為立法者業已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針。以此為基礎，多數意見認為 100 年 1 月 26 日修正之健保法第 66 條第 1 項（即本號解釋所稱之系爭規定五）所稱「違約之處

理」，係屬一般契約之尋常內容，而特約管理辦法之「管理」，客觀上應包含違約處理方式之決定，其授權之目的、內容及範圍尚稱明確。（本號解釋理由書第7段參照）

此外，多數意見認為，系爭規定六所定之扣減申報費用10倍金額，係規定得經由特約而主張之債務不履行之約定違約責任，亦為違約處理之處置，與現行健保法第81條第1項前段所定「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付、申請核退或申報醫療費用」之行為態樣及不法內涵有異。多數意見並據此得出系爭規定六未逾越母法之授權範圍之合憲結論。（本號解釋理由書第12段參照）

對於多數意見選取寬鬆的授權明確性審查基準，本席甚感疑惑。多數意見首先認為健保特約內容屬公共利益之重大事項，應有相對法律保留之適用，然而在授權明確性的審查上，卻又寬認只須以法律整體所表現之關聯意義為判斷標準，即為已足。為何涉及健保制度能否健全運作且攸關人民自由權利之重大事項，僅適用寬鬆之授權明確性審查標準？多數意見對此欠缺充分論證。況且，本院於釋字第524號解釋中，對於健保給付範圍之規定，除要求授權之目的、範圍與內容須具體明確外，尚從法律明確性原則出發，要求該規範「須為被保險人所能預見」（參見釋字第524號解釋文第1段）。何以過去如此嚴格的審查基準，在本號解釋中卻退縮至如此寬鬆之要求？理由何在，並未見於多數意見之論述。本席認為，全民健康保險為強制性之社會保險，攸關全體國民之福祉至鉅，本號解釋所處理者，雖非如釋字第524號解釋之國家與被保險人間之保險關係，然而由於強制全民納保之制度，事實上大幅壓縮醫療服務提供者對健保署所得主張之「締約自由」，從國家對此等事物之決定性支配而觀，本號解釋對於授權明確性之要求，縱使無須如釋字第524號解釋嚴格，亦不宜如本號解釋之多數意見，僅以寬鬆之「法律整體所表現之關聯意義」，即容認過關。

關於系爭規定六所定扣減申報費用 10 倍，其性質究係屬行政契約履約管理之意思表示，抑或是對過去義務違反之裁罰，非無爭議。然而，姑不論扣減申報費用 10 倍之違約處置措施是否具有裁罰性質，從現行健保法第 81 條以下之處罰規定可知，健保法對於不同之違約事實，依其情節輕重，定有不同之裁罰標準¹，俾主管機關得依個案情況行使其裁量權。多數意見僅以系爭規定六與健保法第 81 條第 1 項前段所規範之行為態樣、不法內涵有異，即認系爭規定六未逾越母法之授權範圍，卻忽略母法針對不同違約情節，事先預留給行政機關於個案中得行使之裁量空間。換言之，系爭規定六導致個案中因不同狀況而未依處方箋、病歷或其他記錄之記載提供醫事服務者，不分情節輕重，「一律」適用扣減申報費用 10 倍金額之處置，損及法律授權主管機關裁量權之行使，無異於架空母法預留之裁量範圍，與母法授權之目的未盡相符。

貳、大法官審查之範圍，不受聲請人主張之違憲理由拘束，本院應進一步審查系爭規定六是否符合比例原則

系爭規定六縱使如多數意見所稱未牴觸法律保留原則、授權明確性，仍應進一步審查其是否符合比例原則，始能得出該規定「與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權意旨並無違背」之結論。對於多數意見以聲請人未主張系爭規定六違反比例原則，即止步於形式合憲性之審查，本席不敢苟同。

關於大法官解釋之範圍，本院於釋字第 445 號解釋理由書第 7 段曾論及：「……惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故

¹ 例如健保法第 83 條規定：「保險醫事服務機構違反第六十八條規定，或有第八十一條第一項規定行為，保險人除依第八十一條及前條規定處罰外，並得視其情節輕重，限定其於一定期間不予特約或永不特約。」；第 86 條規定：「特約醫院之保險病房未達第六十七條所定設置基準或應占總病床之比率者，依其不足數每床處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，保險人並應令其限期改善；屆期未改善者，按次處罰。」；第 88 條第 1 項規定：「保險對象違反第十一條規定參加本保險者，除追繳短繳之保險費外，並處新臺幣三千元以上一萬五千元以下罰鍰。」

其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理……大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限。」此段論述通常被視為大法官「擴張審理」之濫觴²，然而所謂「不全以聲請意旨所述者為限」尚可區分為聲請意旨指摘之違憲法令與主張之違憲理由。前者涉及憲法解釋之標的，本院於歷來之解釋中，常以「關聯密切」、「具有重要關聯」或「主要之判決基礎」等理由，擴張審理當事人根本未聲請之標的³；後者則僅屬解釋原則之問題，大法官解釋憲法具有維護客觀憲法秩序之性質，審查時自不應受聲請人主張之拘束。因受聲請人所主張之違憲理由影響，而未完足審查法令合憲性，李震山大法官於釋字第648號解釋提出之不同意見書對此即有批評：「本件聲請人對系爭規定是否逾越母法授權範圍並未有所指摘，蓋系爭規定若因逾越母法授權範圍而違憲，免罰之依據將消失，自不利於聲請人，本院若強加解釋亦難免遭致『聲請外解釋』之批評，但『大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限』……未適用之法令尚且可藉『重要關聯性』加以聯結而成為解釋對象，本件系爭規定乃是直接適用且屬前提性之規定，釋憲者自不應視若無睹、消極以待。」

本席認為，「聲請外解釋」確實為釋憲者應謹慎面對之課題，即使大法官解釋憲法具有維護客觀憲法秩序之性質，仍不應無限制、無標準可循地擴張審理範圍。然而，本號解釋實無「擴張審理」之問題，對於聲請人所指摘，且符合確定終局裁判「所適用」要件之法令，釋憲機關審查時自不受聲請人所主張之拘束。就此，湯德宗大法官於釋字第724號解釋所提部分協同暨部分不同意見書中指出：「換言之，聲請人只需主張『自己』（而非他人）之

² 吳信華，大法官規範審查程序中「擴張審理標的」之研究—以「重要關聯性」的探究為中心，東吳法律學報，第24卷第4期，2013年4月，頁6-7；湯德宗，具體違憲審查與正當程序保障—大法官釋字第535號解釋的續構與改造，憲政時代，第29卷第4期，2004年4月，頁464註80。

³ 例如第569號解釋、第576號解釋、第728號解釋皆為明顯之事例。

『基本權』遭受侵害，且其主張並非全然無據（太過離譜），即已滿足該要件（即司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所定『人民、法人或政黨因基本權遭受侵害』之要件）。……一旦決議受理後，為有效遂行規範控制，大法官審查之範圍（所謂確定終局裁判所適用之『法令是否違憲』）即不受聲請人主張（含其所主張之違憲理由及違憲法令）之拘束。」湯大法官並於該意見書之註8指明：「釋字第719號解釋，聲請書主張系爭規定侵害其平等權、財產權及契約自由，大法官卒以平等權、財產權及營業自由作為審查基礎。」

質言之，大法官審查之範圍不受限於聲請人主張之違憲理由。本號解釋對系爭規定六之合憲性審查，自不因聲請人僅主張該規定逾越母法授權範圍，大法官即須止步於法律保留原則之檢驗。職司維護客觀憲政秩序之大法官，固然不應隨意擴張審查客體，但對於確定終局裁判所適用，且人民已指摘之法規範，自應完整檢視其合憲性。本號解釋多數意見未進一步審查系爭規定六之實質合憲性，除無法解釋何以不同於過去不受限於聲請人主張之審查範圍外，更非無怠於審查之嫌。

參、系爭規定六未預留裁量範圍，亦未設適當之調整機制，逾越必要之程度，不符憲法第23條之比例原則

我國全民健保制度兼具社會保險與社會救助性質，乃存在於被保險人（人民）、保險人（健保署）與保險醫事服務機構間，相互構成三方法律關係。健保署透過與醫事服務機構締結合約，約定由醫事服務機構向被保險人提供合乎規定之醫療服務，並由健保署承擔醫療費用之給付，以提供廣泛之醫療保障。在此三方法律關係中，特約管理制度呈現本土特色。如何在健保總額支付制之下，使有限的健保資源發揮最大成效，攸關國家能否提供完善之醫療服務，實現醫療資源合理分配之目標，達成增進國民健康之目的。

本號解釋中之系爭規定六，其目的即係基於前述「管理」之

思維，透過對保險醫事服務機構之管理措施與不利益之法律效果（即扣減醫療費用 10 倍金額之約定違約責任），以嚇阻醫療服務機構違約提供不符合健保本旨之服務，避免影響醫療服務給付之統籌與分配，排擠其他醫療服務者之資源，自符合重要公益之要件。此一違約處理之管理措施，理論上亦有助於督促特約醫事服務提供者提供合乎健保本旨與品質之醫療服務。

然而，一律以扣減醫療費用 10 倍金額作為違約之處理，未設依個案情節輕重之適當調整機制，是否為較小侵害之手段，非無疑義。釋字第 713 號解釋理由書第 2 段：「扣繳義務人之扣繳義務，包括扣繳稅款義務及申報扣繳憑單義務，二者之違反對國庫稅收及租稅公益之維護所造成之損害，程度上顯有差異……一律按應扣未扣或短扣之稅額處 1.5 倍之罰鍰，未許稅捐稽徵機關得參酌具體違章狀況，依情節輕重裁量罰鍰之數額，其處罰顯已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違……」，釋字第 716 號解釋理由書第 7 段：「系爭規定二⁴處違規交易行為金額 1 倍至 3 倍之罰鍰，固已預留視違規情節輕重而予處罰之裁量範圍，惟交易行為之金額通常遠高甚或數倍於交易行為所得利益，又例如於重大工程之交易，其交易金額往往甚鉅，縱然處最低度交易金額 1 倍之罰鍰，違規者恐亦無力負擔。系爭規定二可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違……」兩度論及法令應依輕重情節預留予主管機關裁量空間，使其得於具體個案中落實比例原則，實現憲法上之誡命。

在現行健保醫療費用總額支付制度下，針對保險醫療費用總額及其分配方式，醫事服務提供者可透過選派代表參與全民健康保險會之審議，共同擬定相關重要事項。然而，在由健保署作為

⁴ 此之系爭規定二，係指公職人員利益衝突迴避法第 15 條規定：「違反第九條規定者，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰。」

單一保險人之制度架構下，透過參與議約程序提升醫療專業自主固然立意良善，但無可否認者，國家對此等事項之決定性支配地位。因此，不管扣減申報費用 10 倍金額與違反行政法上作為義務而課處罰鍰，性質上是否有別，此等管理措施仍屬基於健保行政目的對醫事服務機構所為之不利益法律效果，自應依其違約之情節輕重，設有不同之調整機制。系爭規定六未預留裁量範圍，亦未設適當之調整機制，逾越必要之程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權及財產權意旨，亦有違背。

不同意見書

陳碧玉大法官 提出

本件聲請人財團法人天主教若瑟醫院（下稱聲請人一）與陳憲堂即東泰藥局（下稱聲請人二），均與健保署訂有全民健康保險特約醫事服務機構合約（下稱健保特約）。原因案件之事實為：

聲請人一之受僱人 A 醫師於中華民國 96 年 9 月至 10 月間，將他人癌症組織混入病患切片檢體，施行乳房惡性腫瘤切除手術等處置，聲請人一據此申報多筆醫療費用。健保署於 99 年 7 月 29 日依行為時全民健康保險法（下稱 83 年健保法）第 55 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）之授權，於 96 年修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法（下稱特管辦法）第 66 條第 1 項第 8 款規定（下稱系爭規定二），以及 95 年修正發布之特管辦法第 70 條前段規定（下稱系爭規定三），以聲請人一有「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付」為由，停止聲請人一外科門、住診醫療業務 2 個月，不予支付停約期間上開 A 醫師對保險對象提供之醫療服務費用。聲請人一另於 100 年 5 月 4 日依 99 年修正發布之特管辦法第 39 條第 1 項規定（下稱系爭規定四）申請以核定之扣抵金額方式抵扣停約期間之執行（下稱停約抵扣），經健保署同意並核定扣抵金額為新臺幣（下同）14,001,281 元，抵扣停約期間自 100 年 7 月 1 日起至同年 8 月 31 日止，聲請人一業已繳清扣抵金額。

聲請人二陳憲堂藥師，於 102 年 5 月 18 日至同月 19 日間，未親

自在藥局執行藥師業務，卻由受聘藥師代為調劑藥品，並在處方箋上蓋用「東泰藥局陳憲堂」章，填載陳憲堂為調劑藥師，據以申報醫療費用。健保署依 100 年修正公布之健保法（下稱 100 年健保法）第 66 條第 1 項規定（下稱系爭規定五）之授權，於 101 年修正發布之特管辦法第 37 條第 1 項第 1 款（下稱系爭規定六）以其「未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）」¹為由，扣減以相關醫療費用 10 倍計算之健保醫療給付 311,710 元。

多數意見認系爭規定一及五未牴觸法治國之授權明確性原則，系爭規定二、三、四及六未牴觸法治國之法律保留原則，系爭規定二、三及四未牴觸憲法第 23 條比例原則。本席礙難贊同，爰提出不同意見書：

本案之爭點為健保署於

- 1：聲請人一有以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付之違約情事時，得否依據系爭規定一授權訂定之系爭規定二，對聲請人一為停約 2 個月之處罰（等同於虛報保險費用之 343 倍），並依據系爭規定三停止支付聲請人一負有行為責任之 A 醫事人員（下稱涉案醫事人員），於停約期間對保險對象所提供之醫療保健服務之費用？
- 2：聲請人二有未依處方箋之記載提供醫事服務，而申報醫療費用、領取保險給付之違約情事時，得否依據系爭規定五授權訂定之系爭規定六，對聲請人二扣減其申報之相關醫療費用之 10 倍金額？

¹ 衛生福利部中央健康保險署 106 年 7 月 18 日函復本院，略以：「……特管辦法第 37 條第 1 項第 1 款規定：『未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）』，應含處方箋調劑之人，除須具備藥師資格之主觀條件外，更應按相關藥事法規規定，在處方箋上簽章，方為足證已提供合於規定之醫事服務（藥品調劑），爰調劑與處方箋相符，但未親自為之部分，仍構成特管辦法第 37 條第 1 項第 1 款應處分之範圍……。』至於系爭個案係由具藥師資格者依處方箋之記載調劑，並由健保特約當事人聲請人二聲請健保給付，是否有上開特管辦法規定所稱「未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）」之情事，屬原因事件確定終局判決認事用法當否之爭執範疇。

亦即作為健保特約內容之系爭規定一及五，是否合於授權明確性原則。系爭規定二、三、四及六，是否合於法律保留原則與比例原則。

壹、健保法訂有「罰則」專章，列舉規定違約之態樣及其處罰內容，包括種類、方式、限度，乃至執行方法等在內，並未授權就罰則章已列舉之違約態樣之處理方式，得以命令訂定相異處理方式或為重複處罰。系爭規定一有關「管理」辦法、系爭規定五有關「違約之處理」辦法，授權主管機關訂定，其授權之範圍，在客觀上不包含「違約處理方式之決定」在內。系爭規定二停止特約、系爭規定三不予支付、系爭規定四停約抵扣等為健保法所無之違約處理方式規定，系爭規定六扣減申報費用為與健保法相同但重複處罰之規定，逾越授權範圍，不得以系爭規定一、五為授權依據而以命令訂定

一、健保特約具有行政契約之性質（本院釋字第 533 號解釋參照），依健保特約範本第 1 條、第 20 條約定，系爭規定一至六均為健保特約內容之一部分。因健保特約內容攸關健保（強制性社會保險）制度之健全運作，並影響全民之生存權與健康權，以及保險醫事服務機構與醫事人員之財產權與工作權等重要事項，依法治國之法律保留原則，特約內容應有法律加以規定。如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容及範圍均應具體明確。

二、83 年健保法除於第六章保險醫事服務機構章之第 55 條第 2 項規定，對於保險醫事服務機構之特約及「管理」辦法，授權主管機關訂定（系爭規定一）外，復於第八章罰則專章之第 69 條至第 78 條，明定各種違約態樣及其處罰內容，包括種類、方式、限度，乃至執行方法等在內。100 年健保法仍採立法保留方式，舉凡違約態樣、處罰種類、方式，仍於第十章罰則專章之第 81 條至第 92 條為明確規定，並未授權就相同之違約態樣，其處罰種類、方式等得以命令為相異之規

定。系爭規定五為系爭規定一之修正，此二規定有關「管理」「違約之處理」之用詞，在客觀上難謂包含違約處理方式之決定在內。

- 三、針對健保醫事服務機構之行為，符合「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用」之違約態樣要件時，83 年健保法第 72 條明定對於該「保險醫事服務機構」依其因此領取之保險給付或申報之醫療費用處以 2 倍罰鍰；罰鍰執行方法為：在保險醫事服務機構申報應領費用內扣除；並對於涉及刑責之醫事人員，移送司法機關辦理。100 年健保法第 81 條、第 83 條為上開第 72 條處罰規定之修正，除將違約罰鍰之額度由 2 倍修正為 2 至 20 倍外，並增加處罰之內容，其方式有二，（1）得公告違規情節重大之保險醫事服務機構及負責醫事人員、行為人之名稱、姓名及違法事實，並得（2）於健保特約「期滿後」之一定期間內不與保險醫事服務機構訂定特約或永不特約。

健保法並未授權特管辦法得就保險醫事服務機構於特約合約「期滿前」，有上開相同違約態樣之違約行為時，得對於該保險醫事服務機構另為系爭規定二停止特約、系爭規定四停約抵扣等相異之違約處理方式之規定，或為系爭規定六重複扣減申報費用之規定。更未授權對非契約當事人之該保險醫事服務機構之負責醫事人員及涉案醫事人員個人，得另為系爭規定三不予支付之違約處罰規定。

- 四、再者，停約處罰對於保險醫事服務機構財產法益之侵害程度遠高於健保法之罰鍰處罰（例如聲請人一之個案，虛報保險費用 40,729 元，處以 2 倍罰鍰為 81,458 元，以停約抵扣替代停約 2 個月處罰之金額為 14,001,281 元，為虛報保險費用之 343 倍）。侵害較輕之罰鍰處罰以健保法明文規定，侵害較重之停約處罰豈能經由授權以命令訂定。

多數意見以依據 83 年健保法第 31 條第 1 項、第 42 條、

第 52 條、第 55 條第 1 項，以及第 62 條等規定，應認立法者業已就特管辦法之內容，提供主管機關可資遵循之具體方針。違約之處理係屬一般契約之尋常內容，系爭規定一、五之「管理」「違約之處理」用詞，客觀上應包含違約處理方式之決定在內，與法治國之授權明確性原則尚無違背，礙難贊同。

貳、系爭規定二至四及六，逾越母法健保法之授權規定，與法律保留原則有違

- 一、依法律授權而訂定之命令，其規定內容是否違反法律保留原則，應就授權規定之法律整體觀之，而非僅就授權條文規定為審究。是倘若授權之法律業已就特定違約行為處罰之成立要件、處罰內容，暨其執行方法等為明確規定時，則授權發布之命令，即不得就該特定之違約行為，另行訂定與授權法律規定意旨不符之違約處理方式，始與法律保留原則無違。
- 二、醫療法第 57 條規定：「醫療機構，應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定，執行業務。」督導所屬醫事人員親力親為、以該專業應有之水準為業務之執行，及據實申報醫療費用，為保險醫事服務機構應負之履約義務。健保法已於罰則章就保險醫事服務機構發生違約情事者，依其違約態樣為不同之事後處罰規定。
- 三、系爭規定二：保險醫事服務機構，於健保特約存續中有「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付」之違約行為時，應就該保險醫事服務機構或就其違反規定之診療科別或服務項目停止特約 1 至 3 個月。按停止特約，並未「停止」隸屬於該保險醫事服務機構之醫事人員（縱為涉案醫事人員，於受停止醫療行為之處分前，例如廢止醫師執照，仍得執行醫療業務），於停約期間在該醫事服務機構，繼續對保險對象提供醫療服務，而是對於停止特約期間該等醫事人員於上開保險醫事服務機構之醫療服

務，不為健保給付。停止特約為事後之處罰，其處罰內容係「以不付錢為手段之對違約保險醫事服務機構所為之金錢處罰」，與 83 年健保法關於保險醫事服務機構不得「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付」，違反時予以罰鍰處罰之規定，無論在規範目的、規範對象之行為態樣、不法內涵，以及處罰種類等均無不同。

茲以聲請人一原因案件為例：依據 83 年健保法第 72 條之罰鍰處罰規定，與依據系爭規定二停止外科門、住診醫療業務 2 個月之處理（罰）規定，其規範之：

1. 違約事實同為：聲請人一之受僱人 A 醫師於 96 年 9 月至 10 月間將他人癌症組織混入病患切片檢體，施行乳房惡性腫瘤切除手術等處置，聲請人一據此申報多筆醫療費用；
2. 違約態樣同為：以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付 40,729 元；
3. 處罰目的同為²：確保健保制度之健全運作，維護全民之生存權與健康權；
4. 處罰種類同為：金錢上之處罰；
5. 僅處罰之執行方式不同：前者由申報之應領費用內扣除。後者或就停約月份之健保醫療服務不為健保給付，或由保險醫事服務機構先行支付依系爭規定四計算之金額，換取健保署對於原應停約月份之醫療服務，續為健保給付。

再以聲請人二之原因案件為例：依據 100 年健保法第 81 條之罰鍰處罰規定，與依據系爭規定六扣減其申報之相關醫療費用 10 倍計算之金額處理（罰）規定，其規範之：

1. 違約事實同為：聲請人二之受僱人藥師 A 依處方箋之記載，

² 多數意見認特約合約內容納入系爭規定二、三，目的在使保險人有效管理保險醫事服務機構，並督促其確實依特約本旨履約。然其終極目的就是「確保健保制度之健全運作，維護全民之生存權與健康權。」

提供藥品調劑醫事服務，卻填載藥師 B 為調劑藥師，據以申報醫療費用，即謊稱調劑藥師為 B，並據此虛偽不實之陳述，申報醫療費用；

2. 違約態樣同為³：以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而申報醫療費用、領取保險給付 31,171 元；
3. 處罰目的同為：確保健保制度之健全運作，維護全民之生存權與健康權；
4. 處罰種類同為：金錢上之處罰；
5. 處罰之執行方式同為：扣減其申報之醫療費用；

就上開同一違約行為，發生處罰種類相同之重複處罰結果，多數意見卻認健保特約當事人，本得以契約約定對保險醫事服務機構違反特約時之管理措施。停止特約（系爭規定二）、停止支付（系爭規定三）、停約抵扣（系爭規定四），以及扣減申報費用（系爭規定六）均為管理措施，得於健保法罰鍰處罰規定外，再另為屬於「管理措施」範疇內之上開規定。然系爭規定二、四及六對保險醫事服務機構之財產權有重大影響，是事後對於保險醫事服務機構為金錢上之處罰，屬於違約處理方式之決定，逾越「管理措施」之範疇。

依多數意見本案將構成重複處罰⁴。就聲請人一部分，除依 83 年健保法第 72 條規定處以申報金額 2 倍計算之 81,458 元罰鍰外，再加上依系爭規定二或系爭規定四停止外科門、住診醫療業務 2 個月之應減少收入 14,001,281 元之處罰（為虛報保險費用之 343 倍），合計 14,082,739 元。

³ 多數意見認為，系爭規定六所謂「未依處方箋之記載提供醫事服務（藥品調劑）」申報健保給付，其違約態樣非屬 100 年健保法第 81 條所稱「以不正當行為或……以虛偽之……陳述而申報醫療費用、領取保險給付」。

⁴ 實務上之見解亦同。衛生福利部中央健康保險署罰鍰處分書（105 年 11 月 1 日健保高字第 1050066625 號）對保險醫事服務機構整形外科門診醫療業務為停約 2 個月之處罰，另依健保法第 81 條處以申報醫療費用 5 倍計算之罰鍰。

對聲請人二部分，除依 100 年健保法第 81 條規定處以申報金額 2 至 20 倍計算之 62,342 元至 623,420 元罰鍰外，再加上依系爭規定六處以 10 倍申報金額計算之 311,710 元之處罰，合計最高達 935,130 元（623,420 元+311,710 元，為虛報醫療費用之 30 倍）。

系爭規定二、六對聲請人之同一違約行為、違約態樣、為維護相同目的，為與健保法規定種類相同之處罰，牴觸健保法規定。系爭規定四為系爭規定二之替代，亦同。

四、系爭規定三：保險醫事服務機構受停止特約者，其負責醫事人員或負有行為責任之醫事人員，於停止特約期間對保險對象提供之醫療保健服務，不予支付。為對保險醫事服務機構之負責醫事人員、涉案醫事人員之個人另為處罰之規定，為健保法所無之處罰規定，不符法律保留原則，侵害其等受憲法保障之工作權、財產權。且基於契約關係理論，非經該第三人同意，亦不得經由契約約定，命契約當事人以外之第三人負責。

綜上，系爭規定二、三、四、六均牴觸母法健保法之規定，與法律保留原則有違。多數意見認系爭規定二停止特約、系爭規定三不予支付、系爭規定四停約抵扣，以及系爭規定六扣減申報費用等規定，為有效管理、督促保險醫事服務機構依特約本旨履約之必要措施，於健保法罰鍰規定外，再為上開規定，無違法律保留原則，礙難贊同。

參、縱如多數意見認系爭規定二至四及六合於法律保留原則，然此特約內容（特管辦法）之規定必須無違於比例原則，始為憲法之所許。系爭規定二、三、四停止特約之處罰約定，除侵害保險對象就醫權利外，仍違一行為不二罰原則、責罰相當原則、逾越必要性原則，及狹義比例性原則，而與憲法第 23 條比例原則有違。系爭規定六不能依個案為必要之調整，且構成重複處罰，亦不符比例原則

- 一、系爭規定二、三、四及六為保險醫事服務機構有違約行為時之處罰，侵害、限制保險醫事服務機構及醫事人員之工作權與財產權。限制規定須目的正當、手段必要與關聯，無其他侵害較小之手段，並不得就同一行為為相同種類之處罰、始與憲法第 23 條比例原則無違。
- 二、如前所述，系爭規定二、四、六與 83 年健保法第 72 條、100 年健保法第 81 條、第 83 條規定，均為事後處罰規定，且無論在規範對象、規範目的、規範之行為態樣、不法內涵，以及處罰種類等均無不同，此重複的就同一違法行為所為處罰規定，違反比例原則。
- 三、系爭規定二、三停約處罰規定，無合理最高額之限制，無具體個案調整機制，處罰之輕重依受停約處罰之保險醫事服務機構組織之大小，而非依可非難性而異，又非侵害最小之手段，違反比例原則。系爭規定四為系爭規定二之替代，亦不符比例原則。

依據改制前健保局回復本院函附件二資料⁵顯示，自 99 年 9 月 15 日起至 101 年 12 月 31 日止，因受停約處罰而申請抵扣，並經核准之案件總數 21 件。其核定抵扣停約金額與虛報金額之比例由最小之 2.06 倍至最大之 1200 倍不等。前者因容留未具醫師資格者三人執行診療業務，並據以虛報健保費用 5,954,107 元，因而停止其內科、外科門診，其後核定之扣抵停約金額為 12,315,013 元（2.06 倍）。後者因虛報醫療費用 28,683 元，而停止該保險醫事服務機構外科門、住診 2 個月，健保署核定之扣抵停約金額為 34,477,622 元（1202

⁵ 改制前健保局 102 年 6 月 13 日健保查字第 1020044046 號函。經核計此 21 件個案所核定之抵扣停約金額與其虛報金額之比例，分別為 94.93、59.56、120.2、32.25、81.27、13.05、4.35、88.62、101.17、33.76、108.34、2.06、12.70、7.88、4.56、22.76、154.41、35.58、34.99、61.74 等不同倍數。另一件則因未依處方箋、病歷或其他記錄之記載提供醫事服務，且有經扣減醫療費用三次，再有扣減醫療費用，雖查無虛報金額，仍為停止該院骨科住院特約 1 個月之處罰。其核定扣抵停約金額為 5,613,790 元。

倍)。此不依違約情節輕重、虛報金額大小等可非難性，而是以保險醫事服務機構組織之大小，受差異處罰之規定，使保險醫事服務機構因組織規模較大而負與虛報醫療費用不成比例之違約處罰責任，並使無辜受殃及之醫事人員越多，責罰顯然不當。

系爭規定二、三雖明定停約處罰之期間為1至3個月，然並無最高額之限制，極可能造成個案顯然過苛之情形（如註5列舉停約處罰造成金錢上之損害，超過虛報金額百倍以上之具體個案）。又未設有適當之調整機制，得對於具體個案依其違約情事、個案之承受度為必要之調整，其處罰亦已逾越必要之程度（本院釋字第641號、第673號、第716號解釋參照）不符憲法第23條之比例原則。

四、以金額抵扣停約期間之執行（系爭規定四），其主動權在於受停約處罰之保險醫事服務機構，系爭規定四維護公益之目的，未必能經由此手段達成。且系爭僅以先行支付罰款之手段，即可替代系爭規定二之停約處罰，將使停約處罰成為非屬處罰最輕之手段，而與比例原則有違。

系爭規定四除聲請人不是全保險醫事服務機構都受停約之處罰者外，健保署必須基於有無嚴重影響保險對象就醫權益之虞，或為防止、除去對公益之重大危害之考量為准駁。而按停約處罰，不問受處罰之保險醫事服務機構是否位於醫療資源足夠區，勢必影響保險對象之就醫權益（例如病患甲長期以來即是保險醫事服務機構A科非涉案又不負監督責任之醫師B之病人，在此停約處罰期間，除非甲願意自費醫療，即不能在A醫事機構受B醫師之診治），然系爭規定卻將以金額抵扣停約執行之主動權，歸於違約之保險醫事服務機構。倘該保險醫事服務機構基於不同之因素考量（例如趁機關掉不賺錢之部、科、項目等）不為停約抵扣之聲請，衛

生署又無主動權⁶，將如何維護公益？系爭規定維護公益之目的，不能經由此手段達成。

而是，此規定將使系爭規定二之停約處罰成為非屬處罰最輕、侵害最小之有效必要手段。蓋系爭規定四以停約期間前之金錢給付，替代系爭規定二停約處罰，本質上仍為停約處罰，只是執行方式不同，對於受停約之保險醫事服務機構在財產上之減損，幾盡相同。然卻對受停約處罰之該機構為維持機構之正常運作、避免病患流失造成長遠性損害、以及公告停約處罰對聲譽之影響，有重大之不同。此為違約保險醫事服務機構選擇以停約抵扣替代停約處罰之重大考量因素⁷。系爭規定四停約抵扣之處罰，對於違約之保險醫事服務機構為處罰較輕之手段，健保署基於公益之考量，全數接受，則停約處罰即非達到處罰目的之較輕手段，系爭規定二違反比例原則。

五、保險醫事服務機構有未依處方箋之記載提供醫事服務，申領健保給付，與 100 年健保法第 81 條規定之「以不正當行為或……以虛偽之……陳述而申報醫療費用、領取保險給付」為相同之違約態樣，就保險醫事服務機構之同一違約行為，以系爭規定六為重複金錢之處罰，又不得依個案為必要之調整，處罰過苛，亦與比例原則有違。

綜上，縱認系爭規定二、三、四及六合乎法律保留原則，然其處罰金額無上限、處罰之輕重不以違約行為之可非難性為據、就同一違約行為為同一目的之相同種類之重複處罰，以及無個案調整機制，而與比例原則有違。另系爭規定二停約處罰並非侵害最小之手段，亦不符憲法第 23 條比例原則。

⁶ 健保署對本院之函復（106 年 9 月 26 日健保查字第 1060044395 號）健保署基於公益性考量及確保民眾就醫權益，原則上均同意保險醫事服務機構之申請，至目前受處分之特約醫院為是項申請者，尚未有不同意之個案。

⁷ 健保署對司法院秘書處 106 年 9 月 4 日秘台大二字第 1060023832 號函說明參照。

再者，多數意見認系爭規定二、三、四及六得為特約合約之一部分，則於違約情事發生時，保險醫事服務機構得否以該違約責任約定過重為由，於訴訟個案請求法官酌減？本號解釋未予交代，是否徒增實務運作上之紛擾，有待觀察。

又受停約處罰之保險醫事服務機構之非涉案醫事人員或非負有監督責任之醫事人員⁸，其等在停約期間於其他保險醫事服務機構對於保險對象提供之醫療服務，請領健保給付，固不受影響（系爭規定三），然依現行醫師執業之行政要件規定，醫事人員於所隸屬之保險醫事服務機構受停約處罰期間，得至其他保險醫事服務機構從事醫療行為，獲取健保給付⁹，實屬事實不能，致其工作權、財產權受有侵害。為實際承受停約處罰外溢效果之無過失醫事人員。

健保制度的維繫，有賴法制之完整性，近年來健保法及相關特管辦法等經多次修正，以配合健保制度實施後所面臨之法制面問題。如何防杜保險醫事服務機構之違約行為，侵蝕健保制度，自應給予涉案醫事人員相當之處罰，課未盡監督責任之保險醫事服務機構相對應之責任，但不得殃及非涉案又非負監督責任之無辜醫事人員。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

⁸ 例如原因案件之行為人A醫師之醫師證書於99年4月12日被廢止。健保署就聲請人一所為停約處罰2個月之期間為99年10月1日至99年11月30日，A醫師業已去職，停約處罰之財產上不利益直接由停約期間任職於聲請人一之外科部醫事人員負擔。

⁹ 健保署以此為由，認此無過失責任之醫事人員之工作權、財產權未受侵害。見註5附件三說明。

司法院釋字第七五四號解釋

【填具進口報單逃漏稅捐併合處罰案】

中華民國 106 年 10 月 20 日

院台大二字第 1060027920 號

解 釋 文

最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議有關：「……進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題」之決議，與法治國一行為不二罰之原則並無牴觸。

解釋理由書

聲請人朱田江即一路通商行於中華民國 97 年向財政部高雄關稅局（現改制為財政部關務署高雄關，下稱原處分機關）報運進口貨物，經原處分機關稽核發現該批貨物之實際交易價格，與報單申報內容不符，有繳驗偽造發票、虛報所運貨物價值及逃漏稅款情事，原處分機關除追繳所漏進口稅、營業稅外，另依海關緝私條例第 37 條第 1 項第 2 款，按所漏進口稅額處 2 倍罰鍰新臺幣（下同）328 萬 1,708 元，並依行為時加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）第 51 條，按所漏營業稅額處 1.5 倍罰鍰 73 萬 8,380 元。聲請人對上開處分提起行政救濟，高雄高等行政法院以 101 年度訴字第 148 號判決駁回，聲請人不服，提起上訴，經最高行政法院 101 年度判字第 1037 號判決（下稱確定終局判決）以其上訴為無理由而駁回。就其中罰鍰部分，確定終局判決援用同法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）：「關稅係對國外進口貨物所課徵之進口稅；貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務，及進口貨物所課徵之稅捐，三者

立法目的不同。依關稅法第16條第1項、貨物稅條例第23條第2項暨加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）第41條規定，進口稅、貨物稅及營業稅均採申報制，且貨物進口時，應徵之貨物稅及營業稅，由海關代徵。雖為稽徵之便，由進口人填具一份進口報單，再由海關一併依法課徵進口稅、貨物稅及營業稅。但進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為3個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第37條第1項第4款、貨物稅條例第32條第10款暨營業稅法第51條第7款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題。」（其中營業稅法第51條第7款部分於100年1月26日修正公布時改列為第51條第1項第7款）為判決依據，聲請人認為系爭決議對單一不實申報行為強行割裂為3個申報行為，並予數罰，顯已構成過度處罰，牴觸憲法第23條比例原則，侵害人民受憲法第15條所保障之財產權，違反司法院釋字第503號及第604號解釋所揭禁一行為不二罰之原則，向本院聲請解釋憲法。

按司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第5條第1項第2款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。次按最高行政法院決議如經法官於裁判上援用，應認其與命令相當，得為憲法解釋之客體（本院釋字第374號、第516號、第620號及第622號解釋參照）。查確定終局判決援用系爭決議，以上訴為無理由駁回聲請人之上訴，是本件聲請，應以系爭決議為審查客體，故聲請人就系爭決議所為解釋憲法之聲請，核與大審法第5條第1項第2款規定之要件相符，應予受理。爰作成本解釋，理由如下：

違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時，如係實質上之數行為，原則上得分別處罰之。至行為數之認定，須綜合考量法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素。進口稅係對國外進口貨物所課徵之稅捐；

貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務及進口貨物所課徵之稅捐。是進口貨物可能同時涉及進口稅、貨物稅及營業稅等租稅之課徵。立法者為使主管機關正確核課租稅，並衡諸核課之相關事實資料多半掌握於納稅義務人手中，關稅法第 17 條第 1 項規定：「進口報關時，應填送貨物進口報單、並檢附發票、裝箱單及其他進口必須具備之有關文件。」貨物稅條例第 23 條第 2 項規定：「進口應稅貨物，納稅義務人應向海關申報，並由海關於徵收關稅時代徵之。」營業稅法第 41 條規定：「貨物進口時，應徵之營業稅，由海關代徵之；其徵收……程序準用關稅法及海關緝私條例之規定辦理。」明定人民於進口應稅貨物時，有依各該法律規定據實申報相關稅捐之義務。納稅義務人未據實申報，違反各該稅法上之義務，如致逃漏進口稅、貨物稅或營業稅，分別合致海關緝私條例第 37 條第 1 項、貨物稅條例第 32 條第 10 款及營業稅法第 51 條第 1 項第 7 款之處罰規定，各按所漏稅額處罰，3 個漏稅行為構成要件迥異，且各有稅法專門規範及處罰目的，分屬不同領域，保護法益亦不同，本得分別處罰。至於為簡化稽徵程序及節省稽徵成本，除進口稅本由海關徵收（關稅法第 4 條參照）外，進口貨物之貨物稅及營業稅亦由海關代徵，且由納稅義務人填具一張申報單，於不同欄位申報 3 種稅捐，仍無礙其為 3 個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為。

綜上，系爭決議有關：「……進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題」部分，與法治國一行為不二罰之原則（本院釋字第 604 號解釋參照），並無抵觸。

國家基於不同之租稅管制目的，分別制定法規以課徵進口稅、貨物稅及營業稅，於行為人進口貨物未據實申報時，固得依各該法律之

規定併合處罰，以達成行政管制之目的，惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神，併此指明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元

部分協同意見書

詹森林大法官 提出

本解釋理由書末段指出：「國家基於不同之租稅管制目的，分別制定法規以課徵進口稅、貨物稅及營業稅，於行為人進口貨物未據實申報時，固得依各該法律之規定併合處罰，以達成行政管制之目的，惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神。」就此部分，本席敬表贊同。然於目前稅捐行政罰之架構下，應如何避免個案併合處罰過苛，操作上容有進一步細緻化之必要與可能，爰就此提出部分協同意見書如下。

按人民進口應稅貨物時，應依相關法律規定，據實申報有關稅捐；如未據實申報，違反各該稅法上之義務，致逃漏進口稅、貨物稅或營業稅者，其未據實申報之行為，究為一行為或數行為，判斷上固須綜合考量法規構成要件、保護法益及處罰目的等因素。惟多數意見對於處罰目的之論述，以「納稅義務人未據實申報，違反各該稅法上之義務，如致逃漏進口稅、貨物稅或營業稅……各有稅法專門規範及處罰目的，分屬不同領域，保護法益亦不同」，作為認定「3 個漏稅行為……得分別處罰」理由之一（本號解釋理由書第 3 段參照），顯將不同稅目之功能目的，直接等同為處罰逃漏稅捐之目的。惟尚有疑義者，不同之行政法規皆有其不同之行政目的，倘直接以行為人所違反行政法規之行政目的，作為判斷行為個數之標準，則必然得出「以違反之法規數目計算行為個數」之結論，從而忽略行政目的與處罰間之

關係¹。準此，多數意見在此部分之論述，容有更詳細說明之空間。

對於海關緝私條例、貨物稅條例與營業稅法上不實申報之競合，學說上亦有討論，其重點多置於「一行為」之判斷基準。有認為各種課稅標的、課徵方式雖有不同，然各不實申報之行為具有總體關聯，在同一法律體系內之管制目的相同，且行為目標同一，視為「一行為」擇一重處罰²；亦有採社會生活經驗為判斷基準，以一般生活經驗理解，是否屬單一之生活事件，將前述不實申報之競合，廣泛認屬一個申報進口貨物之行為，應從一重處罰³。

前述學說見解，或可理解為避免對不實申報處罰過苛之方法。然而此等「擴張構成要件」之解釋方式，判斷上仍有許多抽象模糊之處。質言之，我國法制上之行政罰種類繁雜，行為數之判斷又與採取刑罰與行政罰「量的區別」或「質的區別」有關。在目前行為數認定紊亂之情況下，本席認為，倘囿於裁罰種類複雜、處罰效果過重等現實問題，而寬泛認定法律上之一行為，反可能造成更多問題。在行政罰之競合理論發展出較明確之標準前，以刑法學中「構成要件之行為單數」（包括一罪），以及「自然之行為單數」（接續犯）之認定標準為據，亦不失為一相對明確之方式⁴。

尤應強調者，現行稅法對逃漏稅捐所處之「漏稅罰」，常以所漏稅額之比例或倍數作為裁罰基準，卻未設上限，導致個案中，併合處罰時，倘金額過鉅，又無合理之調整機制，造成個案顯然過苛之處罰者，即有逾越比例原則，侵害人民財產權之虞（本院釋字第641號、第685號及第716號等解釋參照）。

許玉秀大法官於釋字604號不同意見書指出：「依照多數見解，

¹ 洪家殷，行政罰一行為與數行為問題的探討—以行政罰法施行後之實務見解為中心，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月，頁19。

² 李惠宗，一行為不二罰的判斷基準論：兼論海關緝私條例與貨物稅條例上申報不實的競合，法令月刊，第62卷第10期，2011年10月，頁21-22。

³ 陳清秀，虛報進口貨物價值，應適用一行為不二罰原則—最高行99判1251，台灣法學雜誌，第173期，2011年4月，頁5-7。

⁴ 參林明昕，從德國法制之比較論行政罰法中之「單一行為」概念，法務部委託研究計畫，2007年12月，頁80-83。

數個罰鍰合併計算，並沒有逾越法定最高額的問題，但是，人民卻可能因而寧願選擇將違規停車行為界定為刑事犯罪行為，而且採用罰金刑，因為罰金是刑罰，必須嚴格遵守重複評價禁止原則……即使因情節嚴重而明定提高法定刑，也有法定最高刑的限制，比起多數見解的數違規行為觀點，科罰金對行為人較為有利。」

同理，在本解釋所涉稅捐罰之情形，從人民之觀點而言，縱使其所逃漏之稅捐為多數，致應被處以多數漏稅罰，但如該多數漏稅罰合計後之罰鍰總額，事實上對同一漏稅行為人造成過重之負擔者，即使稅捐機關於決定個別之漏稅罰鍰上，均已在法定裁量範圍內，選擇最輕之比例或倍數，該造成過重負擔之罰鍰總額，仍屬過度評價。

現行之行政罰法，就同一人被處以數罰鍰時，並無如同刑法第 51 條，就同一人犯數罪設有併合處罰以避免刑罰顯然過苛之機制，故數行為併合處以罰鍰時，究應如何避免顯然過苛，乃個案操作上之重要問題。本席認為，基於行政法領域之管轄法定原則，不同裁處機關間固然無從對於合併處罰顯然過苛之情形，作總法律效果之調整，但就同一行政機關對數行為併合處罰而有處罰結果顯然過苛之情形，立法上即應明定該機關有決定裁量之權限，於總體法律效果有過度評價之虞時，得就其中部分違規行為，不發動其裁處權；對數行為各自處以罰鍰之數機關，如有共同之訴願管轄機關時，該訴願機關，若認為該多數罰鍰合計後之總額對受處罰者顯然過苛，亦應本於行政罰法第 18 條規定之意旨，作個案上之適當調整。行政法院於不違反權力分立、侵害行政機關裁量權之前提下，就多數罰鍰合計後之顯然過苛總額處罰，亦應為適當之調整，以確保比例原則中狹義比例性之要求。

以本解釋之原因案件為例，依據營業稅法第 41 條及貨物稅條例第 23 條第 2 項規定，貨物進口時，應徵之貨物稅及營業稅，由海關代徵。基於此項法定委託，財政部高雄關稅局（已改制為財政部關務署高雄關）取得核課及後續依相關法律裁處之權限，故對於逃漏進口稅、貨物稅及營業稅之行為，均由高雄關稅局負責裁罰。此時，如納稅義務人未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，儘管海關緝私條例

第 37 條第 1 項第 4 款「處以所漏進口稅額二倍至五倍之罰鍰」、貨物稅條例第 32 條第 10 款「按補徵稅額處一倍至三倍罰鍰」，及營業稅法第 51 條第 7 款「按所漏稅額處五倍以下罰鍰」等規定，已分別針對各該逃漏稅捐行為，明定「效果上裁量」，但制度設計上，仍應使高雄關稅局於併合處罰時，享有「決定上之裁量」（例如於已充分評價之情形下，不發動部分已合致構成要件之處罰），以避免各該罰鍰金額機械加計後，發生罰鍰總額顯然過苛情形。

誠如葛克昌教授所言，漏稅罰所漏之稅本應補稅追繳，以調整其所受利益，至於漏稅之處罰部分，則旨在對納稅義務人違反量能平等負擔，破壞自由市場競爭秩序之制裁，非重在國庫收入，且與所漏稅額倍數無關，亦不宜以過重倍數之罰鍰影響納稅義務人個人或其家庭與企業之生存，故漏稅罰亦宜有上限⁵。倘所漏稅額嚴重者，則應正本清源處以稅捐刑罰，而非以過高之罰鍰作為重罰人民之工具。就此，李震山大法官與許玉秀大法官於釋字第 641 號解釋所提出之協同意見書亦謂：「單就立法考量確欠周延所產生法規定及法執行之責與罰失衡之風險，概由雖可咎責之被處罰人完全承受，恐亦非事理之平。」足供省思。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋之爭點，主要在於填具一張進口報單逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，係屬於一行為或數行為？如認為數行為而可併合處罰時，是否形成處罰過苛之問題。本席同意本號解釋結論。又本號解釋作成於最近本院釋字第 751 號解釋之後，對於所謂一行為或二罰之意涵，或許仍可能存有不同之理解，而本號解釋，從憲法出發，再次重申法治國之一行為不二罰原則，茲可贊同。惟對於行為數之判斷，及併合處罰結果是否過苛與比例原則問題，提出協同意見如後：

一、行為數判斷標準尚待形成共識

⁵ 葛克昌，稅捐罰與憲法解釋，月旦法學雜誌，第 202 期，2012 年 3 月，頁 138-139。

行政秩序罰係針對行為人違反行政法上義務行為之制裁，有關違反行政法上義務行為個數之判斷，具有重要意義，直接影響處罰結果。學說及實務觀點所提出之行為數判斷標準，相當歧異，並未形成明顯之共識，大致可區分為：1. 偏向刑法理論，認為行政秩序罰領域應採用與刑罰領域類似的行為數判斷方式，將一行為區分為自然的單一行為（有另細分自然意義的單一行為與自然的單一行為者）及法律的單一行為；2. 著重行政秩序罰之特殊性，強調行政罰不同於刑罰，於是乃有各種不同之標準出現，如依：(1) 立法意旨或處罰目的，(2) 法規之構成要件、處罰規定或法條，(3) 保護法益或不同義務，(4) 行為態樣及社會通念，(5) 處分機關等。¹ 茲表列如下，以供參酌：

	行政罰法規定	處罰原則	判斷標準
行為單數	行政罰法第 24 條 一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。 前項違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同，如從一重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。 一行為違反社會秩序維護法及其他行政法上義務規定而應受處罰，如已裁處拘留者，不再受罰鍰之處罰。	從最高額裁處與不得重複裁處；罰鍰與其他種類行政罰併為裁處	1. 借用刑法理論，將一行為區分為自然的單一行為及法律的單一行為； 2. 著重行政罰之特殊性，如依： (1) 立法意旨或處罰目的； (2) 法規之構成要件、處罰規定或法條； (3) 保護法益或不同義務； (4) 行為態樣及社會通念； (5) 處分機關等，作為區分之標準。

¹ 參照吳庚，行政法之理論與實用，台北：作者發行，2013 年 8 月增訂 12 版，頁 479-481。陳清秀，行政罰法，台北：新學林，2014 年 9 月修訂 2 版，頁

行為複數	行政罰法第 25 條 數行為違反同一或不同行政法上義務之規定者，分別處罰之。	併合處罰	

從德國法比較觀察，行為單數（Tateinheit；一行為）與行為複數（Tatmehrheit；數行為）之區別，因德國逃漏稅捐行為之處罰，可能被處以刑罰或違反秩序之罰鍰，是有關行為單數與行為複數區別，有參酌刑法規定予以論斷。同一行為（dieselbe Handlung）觸犯數個刑法法規，或數個行為觸犯同一刑法法規者，構成行為單數；此時僅處以一個刑罰，以刑罰最重之法規處罰之。（德國刑法第 52 條第 1 項及第 2 項有關行為單數規定參照）² 如同一稅捐聲明（derselbe Steuererklärung）內數個不實事項，在實體意義下，係屬一個或同一行為（ein- und derselben Tat）。至於多數稅捐種類之逃漏稅捐（Hinterziehung von Steuern mehrerer Steuerarten），任一不實之稅捐聲明，原則上認定為德國刑法第 53 條³ 所稱之單一行為。如所提出之稅捐聲明，涉及不同稅捐種類、不

236-245。洪家殷，行政罰一行為與數行為問題的探討 ---- 以行政罰法施行後之實務見解為中心，月旦法學雜誌，155 期（2008 年 4 月），頁 6-16。林明昕，從德國法制之比較論行政罰法中之「單一行為」概念，法務部委託研究計畫，2007 年 12 月，頁 51-74。劉建宏，一行為不二罰原則中行為數之認定 --- 最高行政法院 105 年度判字第 290 號判決評析，月旦裁判時報，62 期（2017 年 8 月），頁 8-11。

² 於德國，在刑罰與行政罰之間，有採量的區別說，故其違反秩序罰法（OWiG）對行為之認定，亦傾向刑法之理論，將一行為區分為自然的單一行為及法律的單一行為，即屬刑法上普遍之做法。此種依賴刑法理論之做法，固有深厚之理論基礎，惟難免有忽視行政罰特性之疑慮。（參照洪家殷，同註 1 文，頁 7-8。）上述見解，值得留意。

³ 德國刑法第 53 條（行為複數）第 1 項規定，觸犯數犯罪行為，同時受審判，而被科處數個自由刑或數個罰金刑者，應宣告合併刑。

(§53 (Tatmehrheit)(1) Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird auf eine Gesamtstrafe erkannt.)

同課稅時段或不同稅捐義務，則從行為複數論斷。例外情形，構成行為單數，如由同一聲明逃漏，或由一個身體之行為，同時提出數個稅捐聲明；該判斷之決定因素，在於稅捐聲明之提出，於外在過程是恰巧同時發生（例如共同信封）及於聲明中有關課稅基礎之內容，具有相同一致之不實說明。⁴

在判斷行為單數時，所謂同一行為，可能有三種基本形式，即指觸犯多數之罰鍰構成要件（Bußgeldtatbestände）、多次觸犯同一罰鍰構成要件，與不但觸犯多數罰鍰構成要件且多次觸犯一個或多個罰鍰構成要件。所謂一行為（eine Handlung），係指一個直接具有意思之身體活動、多個勞動組合成一個自然之行為單數、法律之行為單數，以及在整體發展過程中具意義關聯（Sinnzusammenhang）性之程序意義行為單數（Prozessuale Tateinheit）。⁵ 另外，多數作為或不作為如不構成前述自然或法律之行為單數，且未構成行為之複合情形，而不構成法條競合時，係屬行為複數（實質競合；Realkonkurrenz）；於此情形，如被科處數種罰鍰時，則按其金額累計之，此屬於併合原則（Kumulationsprinzip）。⁶ 此與採吸收原則，因競合而從最重或最高額裁處者，有所不同。

綜上可見，對於行為數之判斷，因行為之概念與判斷標準之見解不盡一致，似難免仁智之見。就行為數判斷標準或輔助判斷方法，如何形成共識，尚待學界及實務界共同一起努力。

二、實務上宜盡速確立判斷行為數之輔助方法

有關行政罰之一行為⁷以競合（Konkurrenzen）方式而從

⁴ 參照 Jäger in: Klein, AO(Abgabenordnung) §370 Rn. 230f., 13. Auflage 2016 - beck-online.

⁵ 參照 Bohnert/Krenberger/Krumm, OwiG, 4. Auflage 2016, §19 Rn.2f., 21 ff. -beck-online. 此參考德國刑事訴訟法第 155 條及第 264 條。

⁶ 參照 Bohnert/Krenberger/Krumm, OwiG, 4. Auflage 2016, §21 Rn.1f. -beck-online.

⁷ 一行為之分類，我國學說上有參考德國見解，將之區分為自然的單一行為與法

一重處罰，或認為數行為而併合處罰，於行政罰法第 24 條與第 25 條分別規定之。制定前開兩條規定之立法理由，明示其參考德國秩序違反法第 19 條與第 20 條之外國立法例。在德國學理及實務上，探討秩序罰之競合時，亦參考前述德國刑法第 52 條及第 53 條規定。因此，在判斷行政罰之想像競合或併合問題，雖可能有些特殊情狀約略不同（例如德國秩序違反法第 21 條涉及刑罰與秩序罰競合問題）外，前述德國所採之判斷原則，仍有參考價值。⁸

本號解釋之系爭決議，係最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議，有關進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，該申報稅捐之行為，外觀形式上是合填一張報單之行為單數形態，系爭決議認納稅義務人如未據實申報，致逃漏三項稅款，亦即進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰。本號解釋認上開情形屬三行為之行為複數形態，因三個漏稅行為構成要件迥異，保護法益亦不同，本得分別處罰，為簡化稽徵程序及節省稽徵成本，由納稅義務人填具一張申報單同時申報，仍無礙其為三個申報行為之本質，故不生牴觸法治國一行為不二罰原則之問題。本號解釋之核心問題，在於如何認定一行為或數行為之差異。

行為數多寡之判定，影響處罰結果甚至處罰與否，其可能係採從一重處罰，或併合處罰，甚至罰前或罰後行為不另處罰等，可見因行為數之認定，導致不同處罰效果。判斷行為為數，在實務上及學理上宜建立一套可資認同之判斷標準，

律的單一行為。另有將自然的單一行為，更進一步區分為自然意義的行為單數、自然的行為單數與構成要件的行為單數。此種分類，在是否採取競合處罰，及分辨行為數時，值得留意。

⁸ 參照 Bohnert/Krenberger/Krumm, OwiG, 4. Auflage 2016, §19 Rn.1-beck-online.

但不宜因避免處罰過苛，而強解為一行為，認其屬行為之競合，而從一重裁處。本號解釋之爭議所在，一張進口貨物申報單上，具有進口稅、貨物稅及營業稅三種稅目，如未據實申報，是否認為係三種逃漏行為。從本案有關之進口報單及附表說明中可見，外觀形式上是將進口稅、貨物稅及營業稅放入同一表單，但分別列於不同欄位，係一表單三欄位，並說明其不同計算方法，其中有些屬於關稅以外代稅捐稽徵機關徵收之稅捐，如從實質內容觀之，稅捐性質、稅目及課徵目的均不相同，而分屬處罰⁹構成要件不同之稅捐逃漏行為，並部分稅捐係由其他機關代徵。如欲解為一行為，仍須有更多之說明，而非以處罰是否過重，作為行為數判斷之出發點。故本案之基本問題，在於如何客觀合理區分行為數之多寡，特別是稅捐申報行為¹⁰，如不考慮其分屬不同欄位，卻因進口貨物之形式報單外觀係屬一張，而認納稅義務人未據實申報相關稅捐屬於一行為，從最高額裁處，其最後結果往往反而可能發生獨厚於進口貨物之情形，因如係國內貨物，除須補繳各項所漏稅額以外，並就不同之稅捐逃漏行為各別科處罰鍰，如為進口商則可能免除如國內貨物因分別逃漏貨物稅及營業稅而被各別科處之漏稅罰，在此情形，可能發生對類似貨物卻因進口與否而發生不同稅捐負擔之不合理現象。

倘若顧慮其經認定為數行為後，予以併合處罰，最後處罰結果可能出現過苛之情形，則宜另就個案處罰結果，認定

⁹ 當立法者規定不同之處罰種類時，係藉由不同的干預及效果而發揮其制裁功能，進而確保其立法目的之實現。參照洪家殷，同註1文，頁22。

¹⁰ 一行為與數行為乃源於刑事處罰的概念，評價一個侵害法益的客觀行為事實，以積極的侵害行為為主要行為態樣，且刑法法益保護對象，生命、身體、自由、財產法益等，係先法律而存在。相形之下，稅捐裁罰則源於稅法強行規定，係創設與架構起來的稅捐協力義務與納稅義務規範體系……毋寧仍應透過稅法規範評價來判斷違章行為數。至於所謂法律上一行為，在未建立一套符合稅捐違章評價的目的性與標準之前，不過是一些空虛且不具有操作可能性的概念結果罷了！參照黃士洲，行政罰法應如何適用於稅捐裁罰，財稅研究，37卷第6期（2005年11月），頁168。

其是否符合責罰相當原則或比例原則精神，故兩者宜分別論斷。

本號解釋就系爭最高行政法院決議作成解釋後，可能仍無法平息目前對於行政罰行為數判斷標準之分歧及爭議。往昔透過本院解釋，解決國內學說及實務之爭議，固不乏其例。但對於行為數之判斷標準，因違反行政法義務之行為態樣頗為複雜，似不易僅透過一號解釋而解決多年爭議不斷之難解問題。

判斷一行為或數行為之標準，如前所述，我國學理及實務上見解尚未趨於一致，故難定於一尊，或難期待僅透過本院一號解釋，即能解決所有問題。此或可參考前述德國立法例判斷行為數之原則，其涉及行為主觀之意思、外在身體舉動、自然與法律上意義，及實體法與程序法上意義等，須考慮因素甚多，由此可見其判斷之不易。基本上因處罰之前提，須符合處罰之構成要件，所以如先就處罰構成要件（如前述罰鍰構成要件），判斷其處罰目的及類型，之後再輔以行為外觀與主觀意思綜合考量其是否為單純一行為、想像競合或實質競合，作為判斷之出發點。

為期公平合理之課稅，未來仍有待實務界與學界努力，比較外國之經驗，再深入精進之探討，以期發展出具有合乎我國現況需求，而具有客觀合理之判斷行為數之輔助方法。

三、個案併合處罰不應過苛之問題

本號解釋於最後「併此指明」，於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神¹¹，具有呼籲之性質。此種方式，可與本院釋字第 641

¹¹ 比例原則在行政罰法上的適用，其中一種類型為，行政機關或法院進行裁罰處分或判決時，應適用責罰相當性原則，亦即適用所謂責任程度原則，按照行為人之個別案件違規情節輕重，適度處罰，其量罰額度應符合個別案件的妥當性。不應有過於嚴苛以致顯失公平合理的情形，也不應有過於放縱，以致於根本無法填補違規行為所造成之損害或預防再犯之處罰目的。參照陳清秀，同前

號解釋相呼應。按釋字第 641 號解釋，係針對當時菸酒稅法第 21 條規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，基於菸酒稅法第 21 條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，併予指明，應依該號解釋意旨另為符合比例原則之適當處置。¹² 於公權力干預基本權時，須符合比例原則中之必要性及相當性，有稱之為過度禁止（Übermaßverbot）。¹³ 如運用於稅捐實務¹⁴，就行政罰之併合處罰，為避免個案處罰之過苛，亦應要求其符合過度禁止原則之精神。亦即，按違反據實申報稅捐或逃漏稅捐事實之情節輕重，從個案判斷之，以符合責罰相當原則，藉以避免因認定為逃漏稅捐行為複數而併合處罰，致生課稅個案過苛之疑慮。此一呼籲，值得思考，於未來稅捐實務上重新增訂裁罰基準及個案裁處時，可提供進一步確立實務上判斷行為數之輔助方法，並在學理上能更深化其判斷行為數之理論。

揭註 1 書，頁 79、83。

¹² 本院使用「避免過苛處罰」或類似之用語，不乏其例。例如本院釋字第 641 號解釋（應設適當之調整機制，以避免個案顯然過苛之處罰）；釋字第 646 號解釋（電子遊戲場業管理條例應足以避免過苛之刑罰）；釋字第 685 號解釋（處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰）；釋字第 716 號解釋（立法者針對特別應予非難之違反行政法上義務行為，視違規情節之輕重處以罰鍰，固非憲法所不許，惟為避免個案顯然過苛之處罰，應設適當之調整機制）；釋字第 746 號解釋（有關機關就滯納金之加徵方式，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免等，檢討修正）等。

¹³ 參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2015, C28. 比例原則作為基本權限制之限制（Schränken-Schranke），從警察法中衍生過度禁止之概念。國家不得過度干預人民之基本權。（參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 4. Aufl., München: Beck, 2014, §9 Rn.14.）

¹⁴ 稅法的法律秩序也應受法治國家原則的支配，比例原則或稱為禁止過分原則，亦為法治國家原則所導出的原則。參照陳清秀，稅法總論，台北：元照，2016 年 9 月修訂 9 版，頁 61、62。

協同意見書

許志雄大法官 提出
陳碧玉大法官 加入
林俊益大法官 加入
黃昭元大法官 加入

本號解釋宣告，最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議有關：「……進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題」之決議，與法治國一行為不二罰之原則並無牴觸。

由解釋文可知，系爭決議是否合憲，關鍵在於行為數之認定，以及一行為不二罰原則之適用問題上。如解釋理由書所示，多數意見審查之重點在於前者，而對於後者，僅一筆帶過，未見任何闡釋。換言之，納稅義務人於一張進口報單申報進口稅、貨物稅及營業稅，因填載內容不實，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，其申報行為（不實申報行為、漏稅行為）究屬一個行為或三個行為，本號解釋詳予審查，並作成三個行為之結論。多數意見認為既屬數行為，即得分別處罰，自無一行為不二罰原則之適用，故直接表示系爭決議與法治國一行為不二罰之原則並無牴觸。然作為審查原則之一行為不二罰原則，是否確屬法治國之憲法原則？法理基礎何在？意義及射程如何？凡此皆有疑問，實有加以探討之必要，爰提出協同意見書，略抒一二。

刑事法上之一事不再理原則，一事不二罰原則及「雙重危險」（double jeopardy）禁止原則，攸關人身自由之保障，不論憲法有無明文規定，皆屬憲法原則，要無疑義。惟行政法上是否另有具憲法位階之一行為不二罰原則，或者憲法上是否尚有一個涵蓋不同法律領域之一行為不二罰原則，則國內外學說皆有爭議，迄無定論。

釋憲實務上，一行為不二罰原則之用語首見於司法院釋字第 604

號解釋，但該號解釋僅表示，道路交通管理處罰條例有關違規停車之行為得為連續認定及通知其違規事件之規定，乃「立法者對於違規事實一直存在之行為，考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時除去該違規事實外，並得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸。」至於其所稱之一行為不二罰原則，究何所指，則並無著墨。因此，適用該原則時，不免產生困惑。例如，何謂一行為？一行為與數行為如何區分？不二罰係絕對或相對要求？又所謂不二罰，係指何種處罰不二罰？其範圍限於行政罰（秩序罰）之間，或尚包括行政罰與刑罰、懲戒罰乃至執行罰？這些問題之解答，從釋字第 604 號解釋本身得不到明確指引或線索，而論者見解分歧，勢所難免。

基本上，一行為不二罰可能包含兩種情形：一、一行為違反一個規定者，不得重複依該規定處罰；二、一個行為違反數個規定者，僅得依其中一個規定處罰，而不得依各個規定分別處罰之。第一種情形，無論從法安定性原則、信賴保護原則或比例原則考量，均屬當然。一行為不二罰若指此種情形，如釋字第 604 號解釋之案情所示，則將其定位為法治國之憲法原則，並無不可。第二種情形，於數個規定之立法目的、性質、構成要件、處罰種類及效果不同時，卻絕對要求僅能依其中一個規定處罰，顯有不合理之處。例如公務員一違法行為，同時符合行政罰之罰鍰與懲戒罰之休職要件者，限定僅能就罰鍰與休職擇一處罰。又如一行為同時涉及兩個行政罰規定，其處罰種類分別為禁止輸入、禁止販賣，亦不得併罰。上述兩個例子之處理方式，顯失合理性，適足以印證，第二種情形之一行為不二罰一旦全面適用，將會問題重重。有鑑於此，一行為不二罰原則之射程若要及於第二種情形，其範圍非予限縮不可。至於如何限縮，似可參照釋字第 503 號解釋之意旨為之¹，以是否擇一處罰即「已足達成行政目的」作為界定

¹ 釋字第 503 號解釋之解釋文表示：「……行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達

標準。就行政罰而言，處罰種類相同，且從其一重處罰已足達成行政目的者，宜有該原則之適用。另外，處罰之種類雖不同，但採用一種處罰已足達成行政目的者，亦可含蓋在內。惟無論如何，一行為不二罰之範圍如此限縮，將不再具備普遍適用之性質，是否尚能稱為「原則」，恐有待商榷。而且，此種情形之法理基礎在於比例原則，有無於比例原則外另創一行為不二罰原則之必要，值得斟酌。

一行為不二罰原則繼受自德國，在我國出現水土不服之現象，其來有自。按德國違反秩序罰法第 19 條規定：「（第一項）同一行為觸犯規定得科處罰鍰之數法律或數次觸犯同一法律時，則僅處罰一罰鍰。（第二項）觸犯數法律時，依規定罰鍰最高額之法律處罰之。但其他法律規定之從罰，仍得宣告之。」揭示單一行為不予二罰之原則²。我國行政罰法第 24 條仿德國立法例，規定：「（第一項）一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。（第二項）前項違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同，如從一重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。（第三項）一行為違反社會秩序維護法及其他行政法上義務規定而應受處罰，如已裁處拘留者，不再受罰鍰之處罰。」通說亦認係一行為不二罰原則之明文。但是，我國行政罰之種類與德國差異甚鉅，能否相提並論，非無疑問。依德國

行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰……。」文中雖未出現一行為不二罰原則之用語，實則蘊含有關旨趣。惟嚴格言之，其所述行為似包含一行為與數行為（數行為時，應與一行為不二罰無關，但涉及比例原則問題），不限於一行為。而且，依上開引文前段，只要處罰之性質與種類相同，即不得重複處罰；甚至處罰之性質與種類雖不同，但採用一種處罰方法或手段，已足以達行政目的時，亦不得重複處罰。依後段，則須處罰種類相同，且從一重處罰已足達成行政目的時，始不得併予處罰。其不二罰之要件，前後論述未臻一致。揆其意旨，一行為究竟不二罰或得併罰，應取決於是否「已足達成行政目的」或「達行政目的所必要」，而與處罰種類是否相同無關。是釋字第 503 號解釋強調目的與手段之關聯性，似以比例原則作為立論基礎。

² 林錫堯著，行政罰法，元照，2012 年 2 版，頁 61。

法制，行政罰（秩序罰）基本上就是罰鍰，故稱德國上開規定揭示一行為不二罰原則，自無不可。而我國法制上之行政罰種類繁雜，除罰鍰外，尚包括諸多具行政制裁性質之不利處分（行政罰法第1條及第2條參照）。行政罰法第24條之規定，就罰鍰部分固然採取一行為不二罰，而對於不同種類之行政罰則廣泛允許併罰。如此，卻將一行為不二罰原則定位為該條文之基本立場，顯然犯了以偏概全之謬誤。尤有甚者，一行為不二罰原則之射程若不限縮，而泛稱為法治國之原則，則行政罰法第24條規定恐難脫違憲之嫌。此一情況顯示，比較法之運用必須審慎，以免橘踰淮而為枳。

本號解釋既將有關之申報行為認定為數行為，自不生一行為不二罰問題。惟顧及行政管制目的與處罰之均衡性，解釋理由書末段特別表示：「國家基於不同之租稅管制目的，分別制定法規以課徵進口稅、貨物稅及營業稅，於行為人進口貨物未據實申報時，固得依各該法律之規定併合處罰，以達成行政管制之目的，惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第23條比例原則之精神，併此指明。」

本席認為，若姑且將行政罰法第24條之規定擱置一旁，單就一行為不二罰原則論之，則即使認定有關之申報行為屬一行為，且分別就進口稅、貨物稅及營業稅部分科處漏稅罰，參照前述釋字第503號解釋之意旨，亦未必與一行為不二罰原則牴觸。因為，我國稅法上漏稅罰係按所漏稅額之倍數計算罰鍰，原則上罰鍰金額之多少與所漏稅額成正比，亦即所漏稅額愈多，罰鍰金額亦愈多，用以有效制裁及預防漏稅。罰鍰金額之決定性因素為所漏稅額，而非行為數，並與所漏稅目為一種或數種無關。本案情形，無論認定為一行為或三行為，所漏之稅額都不變。為達成有效制裁及防止漏稅之目的，理應同樣採取併罰手段。惟如上開解釋理由書之指明，於個案裁罰時仍應注意，不得過苛或違反比例原則。由此可見，行政罰法第24條第1項「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處……。」之規定，固然立意良善，但適用於漏稅罰時，反失允當。

不同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議之決議：「……進口稅、貨物稅及營業稅均採申報制，且貨物進口時，應徵之貨物稅及營業稅，由海關代徵。雖為稽徵之便，由進口人填具一份進口報單，再由海關一併依法課徵進口稅、貨物稅及營業稅。但進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題」（下稱系爭決議）。

多數意見同意最高行政法院見解，認為未據實申報進口稅、貨物稅及營業稅雖係因填具 1 份進口報單，但仍為 3 個行為，故如予 3 次處罰，並不違反法治國一行為不二罰原則。

本席同意一行為不二罰之憲法原則（本席於本院釋字第 751 號解釋所提出之不同意見書曾闡釋，「一行為不二罰原則」應為憲法第 23 條之下位概念）。但本席對多數同仁有關「一行為不二罰原則」中「一行為」（即「行為數」）之認定以及本件是否應有該原則之適用之見解，均無法贊同。爰提出本不同意見書，理由如下：

- 一、多數意見認為系爭決議並不違背一行為不二罰原則之意旨，理由在於：(1) 數行為違反數處罰規定得分別處罰；「行為數」之認定，須綜合考量法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素。(2) 如進口貨物同時涉及進口稅、貨物稅及營業稅等租稅之課徵，所涉及之 3 個漏稅行為要件迥異，且各有稅法專門規範及處罰目的，分屬不同領域，保護法益亦不同，本得分別處罰。(3) 納稅義務人未據實申報 3 種稅，縱使納稅義務人僅填具一張申報單同時申報，仍無礙其為 3 個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為（見本號解釋理由書第 3 段）。

二、有關是否為數行為標準：本席認為，多數意見所考量之「法規範構成要件、保護法益及處罰目的」等因素，僅著眼於「規範面」，而完全忽視「行為面」，容有疑義：

- (一) 倘若依多數意見，在實務上，將極不可能發生「一行為」觸犯數處罰規定之情形；因為不同之處罰規定，自然不會有完全相同的處罰要件、完全相同之保護法益及完全相同之處罰目的。適用多數意見之結果，凡是符合構成要件不同之兩條處罰規定，均將構成兩行為。亦即，凡是合致兩條法律構成要件時，幾乎不可能有「一行為」之情形。法治國一行為不二罰之原則，將幾無適用機會。此種解釋「一行為」之方式並不合理，甚為明顯。
- (二) 倘若依多數意見，行政罰法第 24 條第 1 項與第 3 項所稱「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者」及「一行為違反社會秩序維護法及其他行政法上義務規定而應受處罰」，以及同法第 26 條第 1 項所稱「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者」之情形，亦將不會發生。因為此等規範間（特別是刑事法律與行政法規範圍）之構成要件、保護法益及處罰目的均不相同。依照多數意見所定之「行為數」認定標準，只要違反數個處罰規定，將構成數行為，自然不會再有一行為觸犯數個處罰義務，而適用行政罰法前列規定之機會。行政罰法該等規定將被架空。
- (三) 本席認為，「行為數」之認定，不應如多數意見，以「規範面」為考量因素（因為以「規範面」為考量因素，意義不大；其得出之結果，幾乎均將導致「所有符合不同法條構成要件之情形，均將被認定為數行為」之結果，已如前述），而應以「行為面」（包括行為之外觀與行為之實質內容）為認定標準。畢竟本件所涉及之問題，為憲法上「『一行為』不二罰原則」，而非「『違反數

處罰規定』是否應不二罰」之問題。

- (四) 本席認為，以「行為面」為認定標準之結果，如行為之「外觀」為單一，自應為「一行為」（此屬「自然意義之一行為」；此應為判斷是否為一行為之最基本標準）；另由行為之實質內容而言，縱使行為人有自然意義上之數個「動作」，且發生不同的法律上結果，然數個動作間如有「密切關連或相互依存」之關係時，該數個「動作」，亦應認係法律上之單一行為，而應有一行為不二罰原則之適用。

三、以本件情形而論，如依「行為面」之標準，不論以行為外觀是否單一，或以數個動作間是否密切關連或相互依存，均應認為合致「一行為」之要件：

- (一) 以外觀而言：本件情形所涉及者，係進口人填具一份進口報單，再由海關一併依法課徵進口稅、貨物稅及營業稅3種或其中2種租稅。進口人填寫1份報單，自然屬於「自然意義之一行為」。填寫1份報單之不同欄位，僅係單一行為中之不同之「動作」（如同行為人在1份報單上填寫的每一個字，或每一個字的不同筆畫，均為一行為中之不同「動作」），而非法律意義上之不同「行為」。多數意見認為，填寫一份報單，「仍無礙其為3個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為」（見本號解釋理由書第3段）。其見解完全無視於「行為數」之認定應以「是否為自然意義之一行為」之最基本判斷標準。
- (二) 以數個動作間是否密切關連或相互依存而言：本件情形，既係填寫1份報單，故已屬自然意義之一行為，而無須另外討論數個動作間是否「密切關連或相互依存」，已如上述。為論證目的，「假設」法律並未簡化程序，而仍要求進口人以3份報單，分別申報進口稅、貨物稅及

營業稅，而進口人為不實申報。本席認為，此種情形，應屬於進口人係進行「密切關連或相互依存」之數個「動作」，仍應合致「一行為」之要件。蓋進口稅如係從價課徵，係以進口貨物之完稅價格（即海關根據關稅法等規定所估定之價格）乘以進口稅率計算；倘進口人虛報價格，將逃漏從價課徵之進口稅。進口稅如係從量課徵，係以進口貨物之數量或重量，乘以一定之稅額計算；倘進口人虛報數量或重量，將逃漏從量課徵之進口稅。營業稅則係以進口貨物之價額加上進口稅之後的總額，乘以百分之5。貨物稅又係以進口貨物之價額加上進口稅以及加上營業稅後所計算之總額，再乘以貨物稅率。3種租稅環環相扣，相互為計算之基礎。只要虛報1項（亦即，只要有「單一之虛報進口價格或數量」因而虛報進口稅），「必然」因而一連串導致後續虛報另外兩種稅的結果（倘若某一進口貨品僅受兩種稅之課徵，則必然同時導致虛報另外一種租稅的結果）。而不會有：「單一的虛報進口價格或數量」，僅限於虛報1種進口稅（而不同時導致虛報其他兩種租稅）的結果。是故，縱使法律要求進口人以3份格式申報此3種稅，由於此3種稅之間有「密切關連或相互依存」之關係，故完全無法切割；其3個申報過程，應認為僅係基於單一虛報價格或數量之數個不同動作；法律上應認為屬於一行為，而仍應有一行為不二罰規定之適用。

四、或謂：同時逃漏進口稅、營業稅及貨物稅3者，如僅處罰其一，將未能充分評價其違反行政規範之行為，且將無法達到嚇阻及處罰之結果。然一行為不二罰原則，係憲法所承認之法治國原則（本號解釋理由書第4段及本院釋字604號解釋參照），原意即係在使單一行為免受重覆之評價及處罰，以平衡處罰之有效性與避免過當。更何況，行政罰法第24條第

1 項規定：「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。」已經要求「從一較重之規定處罰」，且對裁處最低額已有規範，應無評價不足之問題。又對申報者而言，其所犯之錯誤，僅是單一的不正確價格或數量；如僅給予 1 次較重（即「從一重」）的評價，則其所犯之錯誤與法律評價之間，亦無不均衡可言。

不同意見書

湯德宗大法官 提出

[1] 本件聲請人於民國 97 年間多次進口冷凍蝦仁，每次進口時依法須填具一張進口報單，嗣遭財政部高雄關稅局以「虛報貨物價值」為由，先後依海關緝私條例第 37 條第 1 項第 2 款，按所漏進口稅額之 2 倍，裁處**逃漏進口稅罰鍰**計新臺幣（下同）328 萬 1,708 元¹，及依加值型及非加值型營業稅法第 51 條，按所漏營業稅額之 1.5 倍，裁處**逃漏營業稅罰鍰**計 73 萬 8,380 元²。聲請人不服，遞經行政爭訟未獲救濟，以確定終局裁判（最高行政法院 101 年度判字第 1037 號判決）所援用之同法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議³（下稱系爭決

¹ 參見最高行政法院 101 年度判字第 1037 號判決。

² 參見最高行政法院 101 年度判字第 1037 號判決（理由一、「（一）進口報單第 BD/97/V867/0052 號（即原判決附表編號 6）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 13 萬 2,261 元。（二）進口報單第 BD/97/U648/0038 號（即原判決附表編號 5）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 11 萬 9,293 元。（三）進口報單第 BD/97/W345/0050 號（即原判決附表編號 9）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 15 萬 7,912 元。（四）進口報單第 BD/97/W211/0014 號（即原判決附表編號 8）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 10 萬 8,583 元。（五）進口報單第 BD/97/V029/3013 號（即原判決附表編號 2）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 9 萬 7,060 元。（六）進口報單第 BD/97/W026/0019 號（即原判決附表編號 7）：處所漏營業稅額 1.5 倍之罰鍰計 12 萬 3,271 元。」）以上 6 筆逃漏營業稅罰鍰合計 73 萬 8,380 元。

³ 最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議：「關稅係對國外進口貨物所課徵之進口稅；貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務，及進口貨物所課徵之稅捐，三者立法目的不同。依關稅法第 16 條第 1 項、貨物稅條例第 23 條第 2 項暨加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）第 41 條規定，進口稅、

議)有違反本院釋字第503號及第604號解釋釋示之「法治國家一行為不二罰」原則之疑義，聲請解釋憲法。多數大法官認為：聲請人(每次)雖僅填具一張申報單，然其不實申報之行為實際已分別合致數個法律規定之處罰要件，⁴故應屬實質上之數行為，不生一行為不二罰之問題，從而無違法治國一行為不二罰之原則(解釋文及解釋理由書第4段參照)。如此解釋避重就輕⁵，喪失了憲法解釋應有的高度，本席礙難贊同。

[2] 本院釋字第503號解釋首揭「一行為不二罰」之理念，謂：「納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件者，例如營利事業依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，就納稅義務人違反作為義務而被處行為罰與因逃漏稅捐而被處漏稅罰而言，其處罰目的及處罰要件，雖有不同，前者係以有違反作為義務之行為即應受處罰，後者則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當，除二者處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為沒入，或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形，必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。從而，違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法

貨物稅及營業稅均採申報制，且貨物進口時，應徵之貨物稅及營業稅，由海關代徵。雖為稽徵之便，由進口人填具一份進口報單，再由海關一併依法課徵進口稅、貨物稅及營業稅。但進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為3個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第37條第1項第4款、貨物稅條例第32條第10款暨營業稅法第51條第7款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題。本院84年7月份第2次庭長評事聯席會議決議不再援用。」

⁴ 查本件聲請人進口之貨物(冷凍蝦仁)，因非貨物稅條例所規定之「應稅貨物」，而無貨物稅條例之適用。是其實事與系爭決議所稱未據實申報，致生逃漏進口稅、貨物稅及營業稅等3種稅捐者，略有不同。

⁵ 本解釋實際僅有一段論理，且內容多半複製「系爭決議」。似此合憲解釋，究有多少憲法價值，不免令人質疑。

保障人民權利之意旨」（釋字第 503 號解釋理由書第 2 段參照）。準此，是否違反一行為不二罰之原則，其審究重點應在於：對自然意義下之一行為，重複施予相同性質或種類之處罰，是否過當，而形成「過度處罰」（excessive punishments）。此與美國法院近年來強調聯邦憲法增修條文第 5 條所謂「雙重危害條款」（double jeopardy clause）⁶ 包括「禁止重複處罰」（multiple punishment prohibition）⁷ 之旨趣，正相吻合。

[3] 嗣本院釋字第 604 號解釋進一步將前揭理念，正名為「法治國家一行為不二罰之原則」，然未及深論其憲法上之基礎，遑論建立一套可以操作之檢驗方法。不唯如此，釋字第 604 號解釋所釋示者，毋寧為一行為不二罰原則之例外，謂：關於道路交通管理處罰條例對於自然意義下之單一而持續之違規停車行為，得予多次處罰之規定，乃「立法者……考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響」，而使主管機關得「對於違規事實繼續之行為，為連續舉發者，即認定有多次違反行政法上義務之行為發生而有多次違規行為，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸」（釋字第 604 號解釋理由書第 1 段參照）。今本解釋將填具一張進口報單之（自然意義之）單一行為，認定為數個申報行為，實即步隨釋字第 604 號解釋之後塵。所不同者，釋字第 604 號解釋猶指出：單一而持續之違規停車行為之所以「得藉舉發其違規事實之次數，作為認定其違規行為之次數」，乃「考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響」使然；本解釋對於單一

⁶ 美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：「受同一犯罪處分者，不得令受二次生命或肢體上的危害」（nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb），通稱（禁止）「雙重危害條款」（double jeopardy clause）。

⁷ North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969). See also, Carissa B. Hessick & F. Andrew Hessick, *Double Jeopardy as a Limit on Punishment*, 97 CORNELL L. REV. 45 (2011); Note, *Civil Sanctions and the Double Jeopardy Clause: Applying the Multiple Punishment Doctrine to Parallel Proceedings After United States v. Halper*, 79 VA. L. REV. 1251 (1990).

不實申報之行為，何以非併予數漏稅罰，不足以達成哪樣行政目的，則未有說明。

[4] 按本席釋字第 751 號解釋「不同意見書」所建議之操作方法，首先，所謂「一行為」原則上應指基於「同一原因事實」而言之一行為。其義約同於吳庚前大法官所稱「自然的一行為」（Natürliche Tateinheit），指「單純的一個決意一個動作，或雖由若干部分組成但仍基於一個決意，且時間與空間緊密連結，旁觀者通常視之為一個行為」⁸，或許宗力大法官釋字第 604 號解釋「協同意見書」所稱之「自然意義之單一行為」，亦即「以一個理性的非法律人，根據社會一般通念，或以自然觀察方法所理解的一行為」⁹。準此，本件聲請人每次為進口貨物（冷凍蝦仁）而填具一張進口報單之行為，除主管機關能提出具體之公益（含公共秩序）理由，而得為不同之法律上認定者外，應認其為一行為。¹⁰

[5] 其次，基於同一原因事實所為之數個處罰，其「性質與種類是否相同」？本件基於「不實申報」進口貨物價值之單一行為所導致之數個（種）漏稅罰，其所侵害者皆屬人民之「財產」利益，並同屬行政罰鍰，故應認該數個漏稅罰為相同性質與種類之處罰。

[6] 再次，基於同一原因事實所生數個性質與種類相同之處罰，其「規範目的」是否相同？多數意見（及系爭決議均）以「關稅係對國外進口貨物所課徵之進口稅；貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務，

⁸ 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 470（增訂第十五版，106 年 9 月）。

⁹ 參見許宗力大法官釋字第 604 號解釋之協同意見書。

¹⁰ 參見吳庚，前揭（註 8）書，頁 471- 472（「民國一〇〇年五月二十四日最高法院庭長法官聯席會議對一個向海關虛報進口貨物產地之行為，認為違反關稅法、貨物稅條例及營業稅法，蓋行為人『填具一份進口報單，需分別填寫進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交』，『故實質上為三個申報行為，而非一行為』，應併合處罰，並對該院八十四年七月份第二次聯席會議所作申報行為同時違反海關緝私條例及貨物稅條例，係屬法條競合，應從一重處罰之見解認為應不再適用。最高法院這一最新見解，本書並不贊成。若要在學理上尋找其正當性，只能歸類為自然的一行為，為裁判機關認作法律上數行為」）。

及進口貨物所課徵之稅捐」為由，認定「三者之立法目的不同」。惟倘概以如此形式且狹隘之觀點，論斷「規範目的」，則不同之法律所規定之處罰，其「規範目的」豈有相同者？！¹¹是本席以為，為落實本院釋字第 503 號解釋之意旨，除有關機關能提出反證者外，各種漏稅罰鍰雖名目不一、構成要件各異，然其規範目的終不外為填補政府（因人民違反行政法上義務之行為而遭受）之損害（含稽查成本之支出）。

[7] 本席雖不認同多數意見，已如前述；然關於解釋理由書第 5 段併此指明：「惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神」，則敬表贊同。蓋縱使對實質上數行為併合處罰，國家仍應注意避免併罰之結果造成「過度處罰」，此與法治國一行為不二罰原則之精神正相符合。又，數行為依數法規併合處罰時，其處罰總和是否過度，究與一般典型之「比例原則」旨在審查一行為按「單一法規」所為之個別處罰有無過當之情形有別，¹²是前揭論知謂：數行為併罰時，「亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神」，其表達較釋字第 751 號解釋精確，應予肯定。

[8] 本院釋字第 384 號解釋嘗以闡明憲法第 8 條第 1 項所稱「依法定程序」，引進「正當（法律）程序」保障（Due Process Guarantee），謂：「係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當」。憲法上「一行為不二罰之原則」即屬「法律內容須實質正當」，或稱「實質上正當程序」（substantive due process）之範疇。以俗話說，一條牛之所以不得剝兩次皮，乃為確保法律規定之內容在實質上係屬正當。從而，違反「一行為不二罰原則」之法律，將因「惡法非法」，而不具有法規範的正當性。惟自本院釋字第 503 號解釋揭槩「一行為不二

¹¹ 或正因慮及於此，前揭釋字第 503 號解釋乃特別指明：行為罰與漏稅罰「二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰」。

¹² 關於「一行為不二罰」與「比例原則」之異同，參見本席釋字第 751 號解釋「不同意見書」第 26 段。

罰」理念以來，雖已經釋字第 604 號、第 751 號¹³及本（第 754）號等解釋，其內涵依然渾沌，遑論明確之操作方法。感覺上，國家法網越織越綿密，一行為不二罰原則越來越幽渺！¹⁴

不同意見書

黃虹霞大法官 提出

對於本件所涉及之進口稅、貨物稅及營業稅申報係三個行為乙節，本席沒有不同意見，但本件解釋作成之根本前提，即本件是否涉及憲法爭議，暨應否受理之考量取捨，本席與多數意見之見解不同，爰為本不同意見書。謹將理由簡要說明如下，供參：

一、本件未涉及憲法爭議：

（一）本院釋字第 604 號解釋固提及法治國一行為不二罰原則，本件解釋沿襲之。但何謂法治國一行為不二罰原則？其在行政法上有無及如何適用？尤其行政罰法第 24 條規定可否被認為即為所稱法治國一行為不二罰原則之具體化法規範，從而該規定具憲法效力高度？以上疑問或未見進一步闡釋說明（法治國一行為不二罰之意義及適用範圍部分），或未必已具共識（在行政法之適用部分）。即所稱法治國一行為不二罰原則與行政法之關聯，仍待學說及實務發展，是否已即合宜以勉強作成本院解釋之方式引領之，非無商榷餘地，合先陳明。

（二）系爭決議在進口稅、貨物稅及營業稅應併合處罰之結論

¹³ 釋字第 751 號解釋釋示：一行為同時觸犯刑法及違反行政法上義務，於檢察官就觸犯刑法部分作成緩起訴處分，並命行為人（犯罪嫌疑人）履行（一定之金錢或勞務）負擔（參見刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款、第 5 款）確定後，行政機關仍得依法（參見行政罰法第 26 條第 2 項）裁處罰鍰，「並未違反比例原則，亦不涉及一行為二罰之問題」。

¹⁴ 本件案情相對單純，僅涉及一個申報行為所生之數個「漏稅罰」。非如釋字第 503 號解釋之同時涉及「行為罰」與「漏稅罰」；更非如釋字第 751 號解釋涉及「附負擔之緩起訴處分」是否為「處罰」？又，如其為處罰，則其與「行政罰鍰」是否為「同性質與同種類之處罰」等難題。即使如此，多數大法官仍以為本件「不生一行為不二罰之問題」；識者不免要問：什麼樣的案件始有法治國一行為不二罰原則之適用？！

之後，固有「不生一行為不二罰之問題」之用語，然除應係指「不生一行為二罰之問題」外，且未必即與所稱法治國一行為不二罰原則有關，因為作成系爭決議之最高行政法院不是有權解釋憲法之機關，故毋寧應認為系爭決議僅係最高行政法院在其適用法律職權（在行政罰法第 24 條及第 25 條兩規定間）之取捨，即是法律見解當否問題，也就是行政罰法第 24 條及第 25 條兩規定間界線劃分之問題，原則上不涉憲法爭議。從而本件應不受理。

二、本件沒有作成解釋之大價值，且應選擇決議「不受理」以保留彈性：

- （一）本件係合憲解釋，即肯定系爭決議。惟本院本有選擇案件之權力，本件如決議不受理，同樣也有未否定系爭決議之效果。然為何不選擇「不受理」，而選擇「受理且合憲」？在取捨之間自宜有特別需予作成解釋之目的（有大價值），但由本件解釋全文，似未能洞見之。
- （二）不受理與合憲解釋之效果，差異在於：本院日後另為不同看法時之困難度不同。前者，本院較具彈性；一旦作成解釋後，欲變更時，必須考量法安定性，極為困難。因此，原則上在二者之間作取捨時，宜選擇不受理。
- （三）稅法與全民均有關，但也因為極細微複雜並具專業性，故僅少數人嫻熟之，因之，有法官也只能唯稅捐機關主張是從之譏，此說應有過當，但多少反映稅捐機關具極強勢地位之事實。本司法為民之旨，就稅捐相關爭議，應寧取不受理，而不輕易作出合憲解釋，保留彈性，以示本院無時不關注稅捐公平正義之心意。
- （四）本件解釋之末，併此敘明併合處罰時，應注意避免過苛等語，本席贊成。惟若干稅目如印花稅早經倡議廢除多年，迄未完成立法；貨物稅應否存續也有爭議，此由屬

行政院財政改革委員會之自行研究報告之稅捐主管機關財政部，於民國91年6月即已主辦完成「貨物稅之檢討」一文中，各界要求刪除的聲音甚殷，亦可得見。本件解釋未趁便反映民意，提醒相關機關適當檢討改進，誠屬可惜。本席併此籲請有關機關適當處理之。

三、本件解釋未詳予說明應為數個申報行為之理由，說理不足：

之所以應係數個申報行為而非一個申報行為，故而乃係數個漏稅行為，應併合處罰，其原因應不在於有數個法律規定人民負申報義務，或稅目名稱不同；而應在於相關各稅目之性質等有別，沒有彼此相互包含之關係。就此，本件解釋未詳予說明，恐難以服人。本席於討論過程中曾提出如附件文字，未經列入解釋理由書，僅併附之供參。

附件：本席建議之解釋理由書第3段

違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時，如係實質上之數行為，原則上得分別處罰之。至行為數之認定，須綜合考量相關稅捐之性質及其法規範之目的等因素為之。進口稅係對國外進口貨物所課徵之稅捐；貨物稅乃對國內產製或自國外進口之貨物，於貨物出廠或進口時課徵之稅捐；營業稅則為對國內銷售貨物或勞務及進口貨物所課徵之稅捐。進口稅之性質為邊境稅，貨物稅及營業稅則均為內地稅，故進口稅與貨物稅及營業稅之性質不同。又進口稅之主要目的在於平衡國內外貿易等政策考量；貨物稅之課徵對象為物，課徵主要考量為內地貨物均衡調節之政策目的，除了滿足財政收入之目的外，尚應兼顧經濟發展與社會政策；營業稅係消費稅，課徵對象為人，並以有交易行為為前提，其主要目的為財政收入考量。故進口稅、貨物稅及營業稅之目的有別，本應分別申報及得分別稽徵。惟為簡化稽徵程序及節省稽徵成本，除進口稅由海關徵收（關稅法第4條參照，其歸入機關為海關）外，進口貨物之貨物稅及營業稅亦由海關代徵（貨物稅條例第23條第2項及貨物稅稽徵規則第55條，營業稅法第41條參照，其歸

入機關則為財政部賦稅署），且由納稅義務人填具一張申報單同時申報，仍無礙其為三個申報行為之本質，其不實申報之行為自亦應屬數行為。

不同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋支持最高行政法院系爭決議之見解，認為進口人填具一份進口報單申報進口稅、貨物稅及營業稅，如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，係數行為，依各該稅法處罰鍰，並併合處罰，與法治國一行為不二罰之原則並無牴觸。本席不認同上開見解，認為系爭決議所述申報行為屬「一行為違反數個行政法上義務規定」，應依行政罰法第 24 條第 1 項從一重處斷，爰提出不同意見書，理由如下：

一、同一張報單申報三個稅，應併罰或從一重處斷，是行政罰法第 24 條或第 25 條適用之問題：

進口人申報不實之行為同時逃漏進口稅、貨物稅及營業稅應併罰或從一重處斷之爭議由來已久，實務見解分歧，最高行政法院庭長法官聯席會議決議結論反覆¹。本席認為應以民國 94 年 2 月 5 日公布（自公布後一年施行）之行政罰法為分界點，自該法公布施行後，即應以該法之規定作為依據。

行政罰法第 24 條第 1 項規定：「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。」另同法第 25 條規定：「數行為違反同一或不同行政法上義務之規定

¹ 84 年 7 月份第 2 次庭長評事聯席會議決議：「按海關緝私條例第 37 條第 1 項第 2 款，係以報運貨物進口有虛報所運貨物之品質、價值或規格為處罰前提，而貨物稅條例第 32 條第 10 款則以國外進口之應稅貨物未依規定申報為科罰要件，兩者之處罰要件相同，係屬法條競合，應從一重處罰。」85 年 9 月份庭長評事聯席會議決議改變見解，認違反海關緝私條例第 37 條第 1 項第 3 款及貨物稅條例第 32 條第 10 款，應予併罰。85 年 11 月份庭長評事聯席會議決議，對於違反海關緝私條例第 37 條第 1 項第 3 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款、營業稅法第 51 條第 7 款之規定，認應予併罰。系爭決議亦認為違反海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款，及貨物稅條例第 32 條第 10 款，以及營業稅法第 51 條第 7 款之情形，應予併罰。

者，分別處罰之。」二者適用之區別，即在於系爭事實是屬「一行為」或「數行為」。

行政罰法第 24 條之立法理由，根據行政院所提之行政罰法草案重要原則與內容，說明本法採「一事不二罰」之原則（立法院公報第 94 卷第 6 期院會紀錄第 348 頁），規定一行為同時違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，從法定罰鍰最高額規定裁處（即行政罰法第 24 條第 1 項前段），故知「一事不二罰」原則已具體規定於行政罰法第 24 條。

至於「一事不二罰」與本號解釋所稱之「法治國一行為不二罰原則」之意涵是否相同，因憲法與大法官解釋均未對二者作出定義或解釋，故未能置論²。「一事不二罰」之「事」指「同一事件」而言，其文義範圍應較「一行為」為寬。既然行政罰法第 24 條之立法原則是「一事不二罰」，則於解釋行政罰法第 24 條所稱之「一行為」之概念，亦應參照「同一事件」之意涵，而不應作過度狹窄之解讀，始符合立法者制定行政罰法第 24 條避免對人民作過度處罰之意旨。若認系爭決議已違反行政罰法第 24 條第 1 項，則同時違反該法所採「一事不二罰」之原則。

二、行政罰法第 24 條有關「行為」之定義，應參考本院釋字第 503 號解釋：

（一）行政罰法第 24 條係參考刑法第 55 條、司法院釋字第 503 號解釋及德國違反秩序罰法第 19 條而制定（參見立法院公報第 94 卷第 6 期院會紀錄第 380 頁）。本院釋字第 503 號解釋既為制定行政罰法第 24 條之依據，則釋字第 503 號解釋即應為探討該條適用範圍的重要參考。釋字第 503 號解釋主旨說明行為如同時符合行為罰與漏稅

² 有關德國法上「一事不二罰」之原則與「一行為不二罰」之原則的比較，可參考本院釋字第 604 號解釋之意見書，包括彭鳳至大法官協同意見書、楊仁壽大法官部分不同意見書及許玉秀大法官不同意見書。

罰之處罰要件時，不得重複處罰。違反作為義務之行為同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從一重處斷已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰³。

釋字第 503 號解釋文中所稱同時符合行為罰與漏稅罰之「行為」，其範圍如何，應由釋字第 503 號解釋之背景理解。在釋字第 503 號解釋之前，至少有釋字第 327 號（82 年 10 月 8 日公布）、第 337 號（83 年 2 月 4 日公布）與第 356 號解釋（83 年 7 月 8 日公布），均在處理有關稅法上行為罰與漏稅罰之問題。按釋字第 503 號解釋補充釋字第 356 號解釋，釋字第 356 號解釋認為營業稅法對營業人違反作為義務之行為課處行為罰並不違憲⁴。另本院釋字第 327 號解釋認為所得稅法對扣繳義務人已依法扣繳稅額，但未於法定期限前按實填報或填

³ 本院釋字第 503 號解釋：「納稅義務人違反作為義務而被處行為罰，僅須其有違反作為義務之行為即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得為之。二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。本院釋字第 356 號解釋，應予補充。」

⁴ 本院釋字第 356 號解釋：「營業稅法第 49 條就營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金之規定……係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事。上開規定，為增進公共利益所必要，與憲法並無牴觸。……」

本院釋字第 327 號解釋：『所得稅法第 114 條第 2 款前段：「扣繳義務人已依本法扣繳稅款，而未依第 92 條規定之期限按實填報或填發扣繳憑單者，除限期責令補報或填發外，應按扣繳稅額處百分之二十之罰鍰，但最低不得少於 1500 元；逾期自動申報或填發者，減半處罰」，旨在掌握稅源資料，維護租稅公平，就違反此項法律上作為義務應予制裁部分，為增進公共利益所必要，與憲法尚無牴觸。惟對於扣繳義務人已將所扣稅款依限向國庫繳清，僅逾期申報或填發扣繳憑單者，仍依應扣繳稅額固定之比例處以罰鍰，又無合理最高額之限制，應由有關機關檢討修正。』

發扣繳憑單者，處以行為罰之規定，並不違憲⁵。釋字第356號與第327號解釋均對於營業人已繳納其應納稅額之情形下，行為罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯納金與怠報金，又無合理最高額之限制，主管機關應注意檢討修正。由上可知釋字第327號與第356號解釋肯認營業稅法與所得稅法得科處行為罰，但對於併課行為罰與漏稅罰，又無合理最高額限制的部分，要求有關機關檢討修正。

本院釋字第337號解釋之理由書說明行為罰與漏稅罰之區別⁶。然而對於違反行為罰與漏稅罰應否併罰，釋字第337號解釋理由指出「其違反義務之行為係漏稅之先行階段者，如處以漏稅罰已足達成行政上之目的，兩者應否併罰，乃為適用法律之見解及立法上之問題，併予說明。」並未對應否併罰提出明確意見。

民國89年本院作成釋字第503號解釋，明文指出行為如同時構成行為罰及漏稅罰之處罰要件時，則不得重複處罰，故釋字第503號解釋實已總結並同時補充釋字第327號、第337號及第356號解釋，對於行為罰與漏稅罰不得重複處罰作出結論。對於釋字第503號解釋所稱「行為」之意涵，必須由其作成之歷史脈絡理解。

⁵ 本院釋字第327號解釋：『所得稅法第114條第2款前段：「扣繳義務人已依本法扣繳稅款，而未依第92條規定之期限按實填報或填發扣繳憑單者，除限期責令補報或填發外，應按扣繳稅額處百分之二十之罰鍰，但最低不得少於1500元；逾期自動申報或填發者，減半處罰」，旨在掌握稅源資料，維護租稅公平，就違反此項法律上作為義務應予制裁部分，為增進公共利益所必要，與憲法尚無牴觸。惟對於扣繳義務人已將所扣稅款依限向國庫繳清，僅逾期申報或填發扣繳憑單者，仍依應扣繳稅額固定之比例處以罰鍰，又無合理最高額之限制，應由有關機關檢討修正。』

⁶ 本院釋字第337號解釋理由書：「……此項行為罰與漏稅罰，其處罰之目的不同，處罰之要件亦異，前者係以有此行為即應處罰，與後者係以有漏稅事實為要件者，非必為一事。」

(二) 釋字第 503 號解釋提出「同一違反租稅義務之行為」之概念

釋字第 503 號解釋理由指出，「納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰與漏稅罰之處罰要件者，例如營利事業依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，就納稅義務人違反作為義務而被處行為罰與因逃漏稅捐而被處漏稅罰而言，其處罰目的及處罰要件，雖有不同，前者係以有違反作為義務之行為即應受處罰，後者則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當，除二者處罰之性質與種類不同……必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰。」其中「應給與他人憑證而未給與」之行為，即屬釋字第 327 號與第 356 號解釋所稱之行為罰；至於「短報或漏報銷售額」之行為，即屬釋字第 337 號解釋所稱之漏稅罰，二者可能非於同一時日發生，在外觀上亦可能視為不同之行為，而且處罰目的與處罰要件均不同。釋字第 503 號解釋理由統稱其為「同一違反租稅義務之行為」，不得重複處罰。依此，本院釋字 503 號解釋所稱不得併罰之行為罰與漏稅罰所指涉之行為核屬「同一違反租稅義務之行為」，行政罰法第 24 條係參考釋字第 503 號解釋而制定，所稱之一行為亦應循此脈絡加以理解，方符合立法理由所稱之「一事不二罰」原則。

(三) 系爭決議與本號解釋均未完整理解釋字第 503 號解釋之意涵。

系爭決議於會議提供討論之甲說（主張應予併罰）引用釋字第 503 號解釋理由「違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時可否併合處罰，因行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異，如係實質上之數行為違

反數法條而處罰結果不一者，其得併合處罰」，與釋字第 503 號解釋理由原文比對可知，甲說所摘錄部分省略了解釋理由中接下來的「固不待言」四個字，然而由前後行文可知解釋理由中「固不待言」之前所說的只是一般原則，該號解釋要進一步闡釋的理念即在「固不待言」之後的論述。本不同意見書前段所述「同一違反租稅義務之行為」之內涵，即為該號解釋於「固不待言」之後的論述。然而系爭決議及本號解釋均未加以考量，實為遺憾⁷。

- (四) 或謂釋字第 503 號解釋僅係說明稅法上之行為罰與漏稅罰不得重複處罰，然而系爭決議所涉三項處罰均為漏稅罰，因此沒有參考適用之餘地。然而本席認為行政罰法第 24 條參考釋字第 503 號解釋而制定，係適用於違反各種行政法上義務而受處罰之情形，而非侷限於稅法，更未侷限於稅法中之行為罰與漏稅罰之適用問題，故釋字第 503 號解釋所建立「同一違反租稅義務之行為」之概念，於多數漏稅罰之間亦有其適用。

三、系爭決議中違反三個稅法上義務之行為，實為同一違法事實：

本號解釋理由指出「至行為數之認定，須綜合考量法規範構成要件，保護法益及處罰目的等因素」，但並未對系爭決議所涉三個稅法之「法規範構成要件」是否相同加以討論。本席認為系爭決議所述之事實雖違反三個稅法構成要件，但實為同一違法事實，詳論之：

- (一) 本號解釋原因事實之確定終局判決認定聲請人逃漏進口稅而受處罰鍰之依據為海關緝私條例第 37 條第 1 項第 2 款「虛報所運貨物之品質、價值或規格」及第 3 款「繳

⁷ 系爭決議之甲說另引用司法院院字第 487 號解釋「行政罰無適用刑法總則關於合併論罪規定之餘地」，但卻未註明該號解釋係公布於民國 20 年 3 月 28 日，在當時刑法尚未制定，更不用說於 94 年公布之行政罰法所建立之「一事不二罰」原則之後，院字第 487 號解釋究尚有何參考價值，實難理解。

驗偽造、變造或不實之發票或憑證」，第3款所定之事實應係第2款之方法行為，但本條規定並未列為二個行為而分別處罰，故同時符合第2款及第3款之規定者亦僅處一個罰鍰。又確定終局判決認定聲請人逃漏營業稅而處罰鍰之依據為裁處時之營業稅法第51條第7款「其他有漏稅情事」，即指行為人所違反海關緝私條例第37條第1項第2、3款之相關事實。（確定終局判決所認定不實申報進口價值之貨品因當時未課貨物稅，故無貨物稅條例之適用。）

- （二）系爭決議範圍包括因逃漏貨物稅而應處罰鍰者，故逃漏貨物稅情事仍屬本號解釋範圍。系爭決議認貨物稅條例第32條第10款「國外進口之應稅貨物，未依規定申報」，與海關緝私條例第37條第1項第4款「其他違法行為」實質上為三個申報行為，而非一行為。然而本席認為就法條構成要件而言，二者實指同一違法事實。（系爭決議僅討論海關緝私條例第37條第1項第4款，確定終局判決係適用同條項第2、3款，但就本號解釋之審查目的，因同條所列各款之行為就本號解釋之審查目的並無差別，故將同條項各款一併納入審查範圍）。
- （三）進口人虛報貨品價值，違反海關緝私條例第37條第1項各款之規定，均符合貨物稅條例第32條第10款之規定「國外進口之應稅貨物，未依規定申報」，故其構成要件，均為就同一事實之重複規定。至於營業稅法第51條第7款所稱之「其他有漏稅情事」，其實就是指違反海關緝私條例及貨物稅條例之行為，因此三個法律所指涉違法行為之文字雖有不同，但均指同一違法行為，至少是指同一違法事實，依「一事不二罰之原則」，即應依行政罰法第24條之規定，認屬「同一行為」，應從一重處斷。本號解釋理由指出「3個漏稅行為構成要件迴

異」，但卻未對其有何迥異之處提出任何論據⁸。

- (四) 另行政罰法第 24 條規之立法理由指出該規定係參考刑法第 55 條之規定，則探討行政罰法第 24 條中有關「行為」之內涵自亦得參考刑法第 55 條有關「行為」之概念，而包括「自然一行為」與「法律上一行為」。對「行為數」之評價應包括對行為本身為觀察。按進口稅、貨物稅及營業稅之計算彼此關聯。進口稅是由海關依納稅義務人所申報進口貨物之交易價格，及其他有關進口貨物之資料核定關稅完稅價格後，加以課徵；貨物稅係以貨物之關稅完稅價格加計進口稅捐之總額為計算基礎；營業稅則係以關稅完稅價格加計進口稅之數額，並加計貨物稅額後之數額為計算基礎，此三種稅之計算基礎彼此連貫。就納稅義務人基於同一虛報進口貨品價值之事實，無論是在同一份進口報單或分別在不同的申報單上申報進口稅、貨物稅及營業稅，均係同一意思決定下連貫之計算行為，故應屬「同一違反租稅義務之行為」。由釋字第 503 號解釋理由書「違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰」可知，依釋字第 503 號解釋認為應從一重處斷之「同一違反租稅義務之行為」外觀上可能係可分之行為，否則即無一行為構成另一行為之一部分，或彼此間具有方法結果之關係。因行為人於報運貨物進口時，未據實申報之行為，即使是於不同申報單申報，必然同時產生逃漏進口稅、貨物稅及營業稅之結果，於金額之計算上，前申報行為構成後申報行為之

⁸ 另有學者提出「稅法上一行為」，應從一重處斷。參見陳清秀，虛報進口貨物價值，應適用一行為不二罰原則 / 最高行 99 判 1251，台灣法學第 173 期，頁 175-181，2011 年 4 月。

一部，即應屬「同一違反租稅義務之行為」，在法律評價上應視為一行為，而得適用行政罰法第 24 條之規定從一重處斷⁹。

- (五) 系爭決議與本號解釋均以合併申報只是為了簡化稽徵程序及節省稽徵成本，於不同欄位申報 3 種稅捐，因此無礙其為 3 個申報行為之本質。然而事實上基於前述理論，行為人同一違法申報貨品價格之行為，在海關緝私條例、貨物稅條例及營業稅法規定之構成要件相同，其稅額計算行為連續，應屬「同一違反租稅義務之行為」，符合行政法上一行為之概念，無論是在一張申報單申報，或分開填寫三張申報單，均應認為「一行為」或「一事」，而符合行政罰法第 24 條之規定。本號解釋忽略了 3 種稅捐能在同一張報單申報之原因，其實是因為違法事實相同以及申報金額連續計算之緣故，並非單純為了稽徵便利即可合併申報。

四、同一違法事實，不應再以「違反不同行政管制目的」為理由而決定行為數：

系爭決議主張應併合處罰理由包括，關稅、貨物稅及營業稅「三者立法目的不同」。本號解釋理由指出，「3 個漏稅行為構成要件迥異，且各有稅法專門規範，及處罰目的分屬不同領域，保護法益亦不同，本得分別處罰」，本號解釋並未對「構成要件迥異」加以論述，而本席認為 3 個漏稅規定其實是指同一違法事實，已如前述。又不同之行政法規必有不同之立法目的，若以行為人所違反之數個行政法規各有不同之目的為理由，而排除行政罰法第 24 條之適用，則行政罰法第 24 條將沒有適用之餘地。行政罰法第 24 條既係參考

⁹ 有學者主張違章行為數應按「課稅週期」判斷，另外針對具有因果關係的先行行為有手段以及同時伴隨的違章結果，基於期待可能性的欠缺，實無併同裁罰的必要。參見黃士洲，行政罰法應如何適用於稅捐裁罰，財稅研究第 37 卷第 6 期，頁 152-173，2005 年 11 月。

刑法第 55 條想像競合犯之規定而制定。而刑法第 55 條並未因一行為觸犯數罪名之保護法益有所不同即排除其適用。同理，行政罰法第 24 條自不應因一行為違反數個行政法之立法目的不同，即排除其適用¹⁰。況由行政罰法第 24 條之立法理由，所謂一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰所舉的例子是，在防制區內之道路兩旁附近燃燒物品，產生明顯濃煙，足以防礙行車視線，係同時違反空氣污染防制法及道路交通管理處罰條例之規定，因行為單一，且違反數個規定之效果均為罰鍰，處罰種類相同，從其一重處罰已足達成行政目的，故僅得裁處一個罰鍰（參見立法院公報第 94 卷第 6 期院會紀錄第 379 頁）。按上開舉例所違反之二法律規定立法目的不同，可見單一行為違反數個行政法之立法目的不同，仍應適用行政罰法第 24 條。

本號解釋理由指出「法治國一行為不二罰原則」係參照本院釋字第 604 號解釋，該號解釋主要意旨即在於判斷行政法上之行為數須考量行政法之管制目的。本號解釋理由指出「至行為數之認定，須綜合考量法規範構成要件、保護法益及處罰目的等因素」。本席同意行政法上之管制目的應為判斷行為數應參考的標準之一，但若違法行為屬同一事實，即不應再就其同時違反不同行政管制目的而定為多數行為¹¹。

綜上，本席認為就系爭違反三個稅法規定之事實，自 82 年開始討論行政罰與漏稅罰能否併罰（釋字第 327、337、356 號解釋），89 年確立行政罰與稅漏罰應從一重處斷（釋字第 503 號解釋），至 94 年確立「一事不二罰」之行政罰法

¹⁰ 參見吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用（增訂第 15 版），頁 469-472，2017 年 9 月。

¹¹ 有關以違犯法規之「行政管制目的」作為行為單、複數之見解，以及釋字第 604 號解釋有關行為數認定之見解，有許多學者加以討論。參見劉建宏，一行為不二罰原則中行為數之認定—最高行政法院 105 年度判字第 290 號判決評析，月旦裁判時報第 62 期，頁 7-13，2017 年 8 月；林明昕，從德國法制之比較論行政罰法中「單一行為」概念，法務部委託計畫，頁 73，2007 年 12 月。

第 24 條，其大方向應是減輕人民受行政處罰之負擔。系爭決議於討論過程片面援引釋字第 503 號解釋之理由，且對於行政罰法第 24 條之要件及立法理由未加考量，致與行政罰法第 24 條之立法意旨不符，侵害人民受憲法保障之財產權，有違比例原則，故系爭決議應不予援用¹²。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

¹² 同見解請參考戴邦芳，行政秩序罰上行為數認定問題之研究，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，頁 120-127，2012 年 7 月。

司法院釋字第七五五號解釋

【受刑人司法救濟案】

中華民國 106 年 12 月 1 日

院台大二字第 1060031845 號

解 釋 文

監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款之規定，不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。相關機關至遲應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。

修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，並得不經言詞辯論。

解釋理由書

聲請人謝清彥（下稱聲請人一）於受自由刑執行期間，因不滿監獄人員禁止其使用「獄卒」一詞，乃於書信批判監所，遭法務部矯正署桃園監獄（下稱桃園監獄）以其違規為由予以處分，聲請人一不服，依監獄行刑法第 6 條（下稱系爭規定一）及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款（下稱系爭規定二）等規定申訴後，向臺灣士林地方法院聲請撤銷原處分，經該院以 104 年度聲字第 884 號刑事裁定（下稱確定終局裁判一），認「受刑人如不服監獄之處分，自應循監獄行刑法第 6 條第 1 項、同法施行細則第 5 條第 1 項之規定進行申訴程序救濟」，而駁回其聲請確定。又聲請人一不服法務部矯正署臺北看守所（下稱

臺北看守所) 所長強制保管其原子筆並限制其寄發賀卡之處分，逕向臺灣臺北地方法院聲請撤銷該處分，經該院以 104 年度聲字第 1968 號刑事裁定(下稱確定終局裁判二)，認「本件受刑人如對臺北看守所之各該處分有所不服，應依循立法者所規定之前開程序(按：即系爭規定一及二)進行救濟」，而駁回其聲請確定。另聲請人一認桃園監獄典獄長以違規處分恫嚇並刪除其陳情書，逕向臺灣桃園地方法院刑事庭聲明異議，嗣並向臺灣高等法院提出抗告。該院以系爭規定一所稱監督機關係指法務部矯正署，法院並非監獄之監督機關，認「刑事法院對判決確定後刑之執行，包括監獄對受刑人之管理、處分情形，於檢察官簽發執行指揮書將受刑人發監執行，即已脫離審判權範圍，刑事法院既非監獄監督機關，對監獄及其主管機關所為之處分自無權審究」，以 104 年度抗字第 972 號刑事裁定(下稱確定終局裁判三)駁回確定。

聲請人劉育華(下稱聲請人二)因不服法務部矯正署宜蘭監獄臨時取消教化活動、變更午晚餐菜色及要求受刑人支付餐具清潔用品費用等處分，經依系爭規定一及二申訴後，向臺灣宜蘭地方法院聲請撤銷變更處分遭駁回後，嗣向臺灣高等法院提出抗告，該院以 105 年度抗字第 757 號刑事裁定(下稱確定終局裁判四)，認「抗告人為受刑人，其不服監獄所為處分，應依監獄行刑法規定，經由典獄長申訴於監督機關或視察人員」，而駁回其抗告確定。

聲請人徐千祥(下稱聲請人三)因不服法務部矯正署屏東監獄就其申請外役監審查未獲選之處分提起訴願，經訴願機關決定不受理後提起行政訴訟，嗣經最高行政法院以 105 年度裁字第 1249 號裁定(下稱確定終局裁判五)，認前審裁定以「監獄行刑法第 6 條及其施行細則第 5 條已明定受刑人不服監獄之處分時，僅得向典獄長或視察人員提出申訴，並規定刑事執行監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定權，上開規定為立法機關與主管機關就受刑人不服監獄處分事件所設之申訴制度，屬立法形成之自由，故於監獄之處分符合刑罰執行性質及實現刑罰內容而不能提起行政爭訟之範圍內，難謂有違憲法第 16 條規定保障人民訴訟權之意旨，仍應加以適用」一節，並無違誤，而

駁回其抗告確定。

聲請人邱和順（下稱聲請人四）因不服臺北看守所否准其申請寄送信函之決定提起訴願，經訴願機關決定不受理後提起行政訴訟，經最高行政法院以 102 年度判字第 514 號判決（下稱確定終局裁判六），認「監獄依監獄行刑法對於受刑人通訊與言論自由所為管制措施，就剝奪人身自由或生命權之刑罰而言，乃執行法律因其人身自由或生命權受限制而連帶課予之其他自由限制，連同執行死刑前之剝奪人身自由，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。故前揭監獄行刑法第 6 條及其施行細則第 5 條明文規定受刑人不服監獄之處分時，僅得向典獄長或視察人員提出『申訴』，並規定刑事執行監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定權（法務部係最終監督機關），於該處分符合刑罰執行性質及實現刑罰內容而不能提起行政爭訟之範圍內，尚難謂有違於憲法第 16 條規定保障人民訴訟權之意旨，仍應加以適用」，而駁回其上訴確定。

查聲請人一至四均係主張各該確定終局裁判所適用之系爭規定一及二有違憲疑義，向本院聲請解釋憲法。核系爭規定一及二為確定終局裁判一、二、四至六所適用。又系爭規定一為確定終局裁判三所引用並予論述，亦應認係該裁定所適用。是聲請人一至四之聲請，核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，均應予受理。

聲請人臺灣臺北地方法院刑事庭正股法官就該院 104 年度聲更（一）字第 19 號聲明異議事件，認應適用之系爭規定一及二有牴觸憲法第 16 條疑義，依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由據以提出聲請，符合本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件，亦應予受理。

上開聲請人所提出之聲請均涉及受刑人不服監獄處分或其他管理措施之救濟程序規定是否牴觸憲法，有其共通性，爰併案審理，作成

本解釋，理由如下：

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同即予以剝奪（本院釋字第 736 號解釋參照）。

法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第 1 條參照）。受刑人在監禁期間，因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制。鑑於監獄為具有高度目的性之矯正機構，為使監獄能達成監獄行刑之目的（含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等），監獄對受刑人得為必要之管理措施，司法機關應予較高之尊重。是如其未侵害受刑人之基本權利或其侵害顯屬輕微，僅能循監獄及其監督機關申訴程序，促其為內部反省及處理。唯於監獄處分或其他管理措施逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，始許其向法院提起訴訟請求救濟。

系爭規定一明定：「（第 1 項）受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。（第 2 項）典獄長接受前項申訴時，應即時轉報該管監督機關，不得稽延。（第 3 項）第一項受刑人之申訴，得於視察人員蒞監獄時逕向提出。」系爭規定二明定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」上開規定均係立法機關與主管機關就受刑人不服監獄處分事件所設之申訴制度。該申訴制度使執行監禁機關有自我省察、檢討改正其所為決定之機會，並提供受刑人及時之權利救濟，其設計固屬立法形成之自由，惟仍不得因此剝奪受刑人向法院提起訴訟請求救濟之權利。

按系爭規定一係於中華民國 34 年 12 月 29 日制定，35 年 1 月 19 日公布，自 36 年 12 月 14 日施行，其後僅對受理申訴機關之名稱予

以修正（由監督官署修正為監督機關）。而系爭規定二則係於 64 年 3 月 5 日訂定發布，其後並未因施行細則之歷次修正而有所變動。考其立法之初所處時空背景，係認受刑人與監獄之關係屬特別權力關係，如對監獄之處分或其他管理措施有所不服，僅能經由申訴機制尋求救濟，並無得向法院提起訴訟請求司法審判救濟之權利。惟申訴程序屬機關內部自我省查糾正之途徑，與向法院請求救濟之審判程序並不相當，自不得取代向法院請求救濟之訴訟制度（本院釋字第 653 號及第 691 號解釋參照）。雖法務部矯正署於 101 年 4 月 5 日以法矯署綜字第 10101609910 號函所屬矯正機關：有關受刑人之申訴救濟，於監獄行刑法修正前，「循送法院刑事庭處理之程序辦理，不受現行監獄行刑法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款規定之拘束。」並於 101 年 11 月 7 日以法矯署綜字第 10101194401 號函重申此意旨。然前揭函並無拘束法院之效力，且系爭規定一、二迄未修正，故仍有由本院作成解釋之必要。

就系爭規定一及二合併觀察，其不許受刑人就受監禁期間，因監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。相關機關至遲應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。

修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，並得不經言詞辯論。其經言詞辯論者，得依同法第 130 條之 1 規定，行視訊審理。

又系爭規定二未要求監督機關設置具外部公正或專業人員參與之委員會，以審查及處理申訴事件，相關機關應併檢討修正，併予指明。

另聲請人一就本院釋字第 639 號、第 663 號及第 667 號解釋聲請補充解釋部分，查上開解釋並無文字晦澀或論證不周而有補充之必要。是此部分之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定，應不受理。另聲請人四就監獄行刑法第 66 條、同法施行細則第 82 條及第 81 條第 3 項等規定聲請解釋憲法部分，因與聲請人一至三及五聲請解釋之標的不同，故另案處理。均併此敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 蔡明誠 林俊益
許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元

（吳陳鏗大法官迴避審理本案）

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

[1] 本解釋與同日公布的釋字第 756 號解釋，分別從程序及實體兩方面，正式宣告「特別權力關係」（das besondere Gewaltverhältnis）理論¹在我國從此走入歷史！

[2] 本（釋字第 755）號解釋讓陽光得以射入「特別權力關係」最後一個陰暗的角落——監獄，開啟了受刑人司法救濟的大門：今後「受刑人就監獄之處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟」（解釋文參照，下稱「受刑人訴訟權保障範圍」）！

[3] 茲就多數大法官所通過之解釋文及解釋理由書，略作補充，以明究理，俾利遵行：

一、受刑人與學生訴訟權保障範圍之辨明

[4] 前揭受刑人訴訟權保障範圍之釋示：「受刑人就監獄處分或其他管

¹ 關於「特別權力關係」理論之簡介，參見釋字第 691 號解釋湯德宗大法官提出、李震山大法官加入之協同意見書（三、（二））。

理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟」，很容易讓人聯想到本院釋字第 684 號解釋關於大學生訴訟權之釋示：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋²應予變更」（下稱「學生訴訟權保障範圍」）。兩者之比較確有助於辨明本解釋之精義。

1. 受刑人與學生之基本權利遭受侵害，皆限於「且非顯屬輕微者」，始得向法院請求救濟

[5] 字面上看，前揭釋字第 684 號解釋釋示之學生訴訟權保障範圍，並無本解釋釋示受刑人訴訟權保障範圍所謂「且非顯屬輕微時」等語，然兩者實際皆以基本權利受不法侵害「且非顯屬輕微者」為要件。蓋監獄作為矯正機構，與大學作為教育機構，皆屬具有高度目的性之設施，司法機關對此等設施為達成其建置目的所為之管教措施，原應予較高之尊重，避免輕易介入審查。是其管教措施如未不法侵害受刑人或大學生之基本權利，或其不法侵害顯屬輕微者，僅能循申訴程序，促其為內部反省及處理。唯於其管教措施逾越達成各該機構之建置目的（監獄行刑目的或教育目的）所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，始許其向法院提起訴訟請求救濟（本解釋理由書第 9 段參照）。

2. 關於基本權利遭受侵害「且非顯屬輕微」之判斷，於受刑人與學生並非相同

² 參見釋字第 382 號解釋（解釋文）：「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟。行政法院四十一年判字第六號判例，與上開意旨不符部分，應不予援用，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨」。

[6] 惟因「監獄行刑」之目的³，與「大學教育」之目的不同，機構屬性（監禁閉鎖 v. 自由開放）迥異，受刑人與學生之基本權利遭受不法侵害時，所謂「且非顯屬輕微」之判斷，自非相同。以「發受書信之檢閱」為例，無論其於監獄或大學實施，皆屬侵害人民秘密通訊自由之措施；然其侵害秘密通訊自由之程度，對大學生而言固「非顯屬輕微」，對監獄受刑人而言則未必（本院釋字第 756 號解釋參照）。是外界不宜僅以兩解釋用語相近，遽論本解釋使監獄受刑人與大學生享有相同保障內涵之訴訟權。法官亦應於個案悉心審酌（判斷）監獄之處分或其他管理措施，對受刑人基本權利之不法侵害是否已達「非顯屬輕微」之程度。

[7] 總之，所謂**特別權力關係之服從者**，無論其為公務員、軍人、警察、公立學校教師、學生或監獄受刑人，皆為憲法基本權利之主體，得享有憲法所保障之基本權利（含憲法第 16 條保障之訴訟權）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同即予以剝奪（本院釋字第 736 號解釋及本解釋理由書第 8 段參照）。惟於為達成機構建置目的（如監獄行刑目的或大學教育目的）所必要之範圍內，仍得就其基本權利之行使，給予適度之限制（如前揭本解釋釋示之受刑人訴訟權保障範圍、釋字第 684 號解釋釋示之學生訴訟權保障範圍等是）。

二、系爭規定果「不許」受刑人就監獄處分或其他管理措施向法院請求救濟？

[8] 監獄行刑法第 6 條規定：「受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。（以上為第 1 項）典獄長接受前項申訴時，應即時轉報該管監督機關，不得稽延。（以上為第 2 項）第一項受刑人之申訴，得於視察

³ 所謂「監獄行刑之目的」，包含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等（本院釋字第 756 號解釋理由書第 5 段參照）。

人員蒞監獄時逕向提出。（以上為第3項）」；同法施行細則第5條第1項第7款並規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」上開二規定（下併稱系爭規定）雖未明文「禁止」受刑人就監獄處分或其他管理措施向法院請求救濟，然考其立法背景，應可認其原意確在「禁止」訴訟（本解釋理由書第11段援引本院釋字第653號及第691號解釋參照）。其次，法務部矯正署101年4月5日法矯署綜字第10101609910號函雖釋示：有關受刑人之申訴救濟，於監獄行刑法修正前，「循送法院刑事庭處理之程序辦理，不受現行監獄行刑法施行細則第5條第1項第7款規定之拘束。」並於101年11月7日以法矯署綜字第10101194401號函重申斯旨。然前揭二函並無拘束法院之效力，⁴且由本解釋理由書第1段至第4段關於各原因案件之事實敘述可見，縱受刑人向法院提起訴訟，亦輒遭駁回（含受訴法院自認無審判權而為不合法駁回）。縱上，本解釋爰認系爭規定「不許」（禁止）受刑人就監獄處分或其他管理措施，向法院請求救濟（本解釋理由書第11段參照）。此與本院釋字第748號、第747號、第745號、第742號、第477號解釋等，指謫各該系爭規定「未許」（漏未規定）……，致對於人民基本權利之保障顯有不足者不同，應併指明。

三、關於本解釋公布後立即開放訴訟之諭知

[9] 本解釋除宣告相關機關應限期（2年內）檢討修正系爭規定外，並諭知：「**修法完成前**，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後30日之不變期間內，**逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟**。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，並得不經言詞辯論。」以上諭知雖不免流於瑣細，然其為避免訴訟洪流衝垮法院之用心，當可鑒察。至盼本院儘速協調有關機關，補強基層法院法官人力；並盼基層法官參酌前文意見，妥為判斷監獄處分

⁴ 參見本院釋字第38號、第137號、第216號及第530號解釋。

或其他管理措施對受刑人基本權利之不法侵害，是否已達於「非顯屬輕微」之程度，以緩解可能增加之案件負荷，勉力促進人權保障。

[10] 本席何其有幸見證「特別權力關係」對於人民訴訟權之束縛，如何「由財產（關係）⁵而身分（關係）⁶」、再「由公務員⁷、而學生⁸、而軍人⁹、受羈押人¹⁰、公立學校教師、終至監獄受刑人」逐步解禁的歷程，並得親與樹立人權保障里程碑的最終戰役。自問戒慎恐懼，但求能合理兼顧社會公益（含犯罪被害人之人權）與受刑人之人權，使我國更向法治國理想邁進一步。

⁵ 參見本院釋字第187號解釋(73/05/15)（公務人員請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，得依法提起訴願或行政訴訟）、第201號解釋(75/01/03)（公務人員依法辦理退休請領退休金，發生爭議得提起訴願或行政訴訟）、第266號解釋(79/10/05)（公務人員基於確定之考績結果，請求發給考績獎金遭拒，得依法提起訴願或行政訴訟）及第312號解釋(82/01/29)（公務人員退休請領福利互助金，發生爭執得依法訴願或行政訴訟）。

⁶ 參見釋字第243號解釋(78/07/19)（公務人員依考績法受免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權；至依考績法受記大過處分者，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，不許提起行政訴訟）、第298號解釋(81/06/12)（改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人於有關法律修正前，得提起行政訴訟以資救濟）、第323號解釋(82/06/18)（公務人員擬任官等之審查，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如有不服，得依法訴願或行政訴訟）及第338號解釋(83/02/25)（公務人員不服級俸審定者，得提起訴願及行政訴訟）。

⁷ 同前註6。

⁸ 參見釋字第382號解釋(84/06/23)（各級學校之退學或類此之處分行為，足以改變學生身分並損及其受教育之機會，於用盡校內申訴途徑仍未獲救濟者，得提起行政救濟）；釋字第684號解釋(100/01/17)（大學對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，應許其提起行政爭訟）。

⁹ 參見釋字第430號解釋(86/06/06)（軍人就影響其軍人身分存續或損及其服公職權利之處分，得提起行政訴訟）。

參見釋字第653號解釋(97/12/26)（受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟）。

¹⁰ 參見釋字第736號解釋(105/03/18)（教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則）。

部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋認監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款之規定，不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。受刑人如對監獄之處分或處置有所不服，在一定要件下准許受刑人之權益受不法侵害時，得向法院請求救濟之意旨，固可贊同。惟憲法第 16 條所保障之人民訴訟權，既係基於有權利即有救濟之原則，給予監獄受刑人對外救濟管道，亦應探討何種權利或法律上利益受到侵害，憲法所保障訴訟權與其他基本權利亦應予區分，是本號解釋之部分論述，仍值得商榷，爰提出部分協同意見如下：

一、所謂「有權利即有救濟」之權利為何

本號解釋相關原因案件之一，未許受刑人（或受監禁者）發受書信、刪除部分書信內容或不准發送投稿之文稿，係屬對其向外書信往來之權利或特權之限制，是否違反憲法所保障之基本權之問題。至於發受書信之檢閱或刪除等監獄主管之處置，是否得依法循求法院救濟，則屬於程序基本權之訴訟權¹是否受到侵害而違反憲法第 16 條保障意旨之問題。

本號解釋僅以憲法所保障基本權利作為侵害權利之客體，而非針對受刑人可能主張之權利或法律上利益而為立論，頗值得推敲。如基於有權利即有救濟之解釋意旨，既賦予救濟之訴訟權，進而宜就何種權利受到侵害予以定性。又受刑人是否享有書信往來之權利或特權，如係肯定，其是否係屬行政訴訟法第 4 條第 1 項規定所稱權利，或係屬介於權

¹ 憲法第 16 條所保障的訴訟權，與其他基本權不同的是，訴訟權為程序進行及救濟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。（參照陳慈陽，憲法學，台北：元照，2016 年 3 月三版，頁 762。）

利與反射利益之間值得保護之法律上利益？凡此可能因監獄行刑法所參考之外國立法例不同，而有不同規範之模式及內容。另此等基本問題，係屬與權益相關之實體問題，我國既計畫修正監獄行刑法及相關法規，有關機關亦值得參酌本號及本院釋字第756號解釋之意旨，深思相關實體問題如何定性，及救濟程序如何設計之良策。

二、基本權侵害非顯屬輕微之意義為何

本號解釋認基本權之侵害非顯屬輕微時，始得向法院請求救濟，雖強化提起行政爭訟救濟之門檻，以免濫訴。惟何謂非顯屬輕微，本院解釋雖曾使用「尚屬輕微」（例如本院釋字第564號、第577號及第689號解釋），本號解釋更強調侵害程度係顯屬輕微。另行政訴訟法第229條第2項第4款規定「因不服行政機關所為告誡、警告、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類之輕微處分而涉訟者」，除該法別有規定外，適用簡易訴訟程序，係以輕微處分而涉訟為要件之一。上開規定宜解為尚屬輕微而非顯屬輕微之處分，適用簡易訴訟程序。但顯屬輕微與輕微如何判定，有無客觀合理之判斷標準，尚待推敲。此是否會增添實務上認定之困難度或爭議，因其涉及侵害程度之高低及是否具顯著性，兩者在實務個案認定時，往往不易建立客觀且合理之標準。

三、申訴、訴願與行政訴訟作為行政救濟管道之問題

行政機關所為之處分或處置，若人民認為損害其權利或法律上利益時，許其提出申訴、訴願或行政訴訟。惟就公法上爭議起訴之前，應先經過法院外行政救濟程序，否則不得提起，此乃所謂行政訴訟之先行政程序。² 申訴與訴願之程序上關聯性，係採取擇一雙軌併行、任意先行之救濟管道，向為

² 提起行政訴訟依法應先經過行政上處理程序或行政上聲明不服之程序，概有下述類型：(1) 先經訴願程序，(2) 先經聲明異議程序，(3) 特殊人員之行政救濟先行程序（取代訴願程序），(4) 先經請求確認處分無效之程序，(5) 先經協議賠償程序等等。（詳參陳清秀，行政訴訟法，台北：元照，2013年9月六版，頁35-49。）

處分或處置之機關或其監督機關提起申訴，或依訴願法提起訴願。之後，如仍有不服，得依行政訴訟法第4條第1項等規定提起行政訴訟。

本件所涉及之監獄行刑法第6條第1項規定「受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。」及同法施行細則第5條第1項第7款規定「監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」細釋該等規定，母法監獄行刑法第6條第1項僅係規定得為申訴之救濟管道，實未防阻另提起訴願或行政訴訟之機會。又前開施行細則規定雖稱監督機關對申訴事件有最後之決定，係針對申訴之救濟層級，至監督機關為止。就行政機關之處分或處置提起申訴，係審議其處分或處置之合法性及合目的性。此在訴願程序時，亦如申訴程序一般，係就處分或處置之違法或不當，進行兼具合法性及合目的性之審查，促使相關機關內部反省所為處分或處置之合法性或合目的性。至行政訴訟中之撤銷訴訟，原則上係就公權力機關所為之處分，審理其合法性。換言之，監獄行刑法雖設有申訴制度，但解釋上³，實無禁止另依法提起訴願或行政訴訟之理。⁴因此，本席認為充其量僅能言監獄行刑法第6條第1項規定就訴願或行政訴訟之救濟方式，因未予以明定，而有規範不足⁵之情事，因國家亦有

³ 例如我國司法實務雖採行傳統的特別權力關係理論，而限制受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟，但尚未見諸解釋或判例，毋寧僅是一種司法實務上通行之法律見解。（參照林錫堯、陳春生，本院釋字第653號解釋部分不同意見書。）

⁴ 本院釋字第653號解釋的部分不同意見書亦有類似見解。有謂系爭規定內容與運作功能，容有未符合現代法治國家之要求標準而有待檢討修正之處，但依其文義解釋，均難認其規定內容含有「不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟」之禁止規範。（參照林錫堯、陳春生，本院釋字第653號解釋部分不同意見書。）另有認為系爭法規，從其文義並未明文排除被告之其他救濟管道，因此不能認為與憲法訴訟權保障之意旨有違。系爭法規從法律合憲性解釋原則角度應屬合憲，且本解釋應採取所謂警告性宣示，較能法理一貫。（參照陳春生，本院釋字第653號解釋部分不同意見書。）

⁵ 不足禁止（Untermaßverbot）原則，與過度禁止（Übermaßverbot）原則為對立概念。（相關論述，詳參李建良，論憲法上保護義務與保護請求權之關係——以

保護受刑人之程序基本權之義務，應使其亦得向法院提起救濟，並依正當程序接受公平審判與給予及時有效救濟，故應明定賦予受刑人相關行政爭訴之救濟管道。因此，縱使監獄行刑法或相關法規未明定受刑人在監禁期間，其權利或法律上利益受到監獄之處分或措施侵害，如認有不法或不當之情事，得依訴願法或行政訴訟法等法規，請求行政救濟，實不宜限縮解釋或目的性限縮現行監獄行刑法第6條及同法施行細則第5條第1項第7款之規定，而逕認現行監獄行刑法及相關規定，係不許受刑人有依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會。退而言之，縱使認為前開規定與憲法保障訴訟權之意旨不符，亦宜僅就監獄行刑法施行細則第5條第1項第7款有關「最後決定」之規定，認為違憲，至於監獄行刑法第6條第1項關於賦予受刑人申訴之救濟管道部分，宜認為其並不違憲。

四、訴訟救濟管道之設計細節係屬立法形成自由之裁量範疇

本號解釋明確表示，於修法完成前，受刑人認其權益受到侵害時，得於申訴決定書送達後30日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。或許基於考量如未明確指明其訴請救濟之法院，恐未來對救濟法院之管道，引發實務上不必要爭議。惟對於受刑人權益之限制，可能係因刑罰之執行，⁶此階段屬於司法之行政處分，⁷可能

「不足禁止原則」的論證構造為中心，載於李建良，人權思維的承與變——憲法理論與實踐〔四〕，台北：新學林，2010年9月1版1刷，頁171以下。）

⁶ 裁判之執行程序屬於廣義刑事訴訟程序之一部分，且為刑事訴訟之最終程序。（蔡墩銘，刑事訴訟法論，台北：五南，2002年10月五版，頁652。）裁判之執行原非訴訟程序之一環，而屬於廣義刑事訴訟之一部，因現制將裁判執行規定於刑事訴訟法中，以執行程序稱之。（參照林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），2007年9月初版，頁277。）

⁷ 本院釋字第681號解釋認最高行政法院中華民國93年2月份庭長法官聯席會議決議：「假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為廣義之司法行政處分，如有不服，其救濟程序，應依刑事訴訟法第四百八十四條之規定……。」部分，並未剝奪人民就撤銷假釋處分依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會，與憲法保障訴訟

被解為向普通法院聲明異議。⁸如係監獄行刑之後續階段，進行受刑人之監禁、教化、處遇等，此時由監獄主管所為處分、處置或其他公權力措施，干預或侵害受刑人之權利或法律上利益，性質上如認屬於矯正機構所為之行政處分，則可能被解為向行政法院提起行政爭訟，由行政法院管轄。至於行政爭訟所適用之程序，如係屬於簡易訴訟事件，如前所述，適用行政訴訟簡易程序（行政訴訟法第229條以下參照），以期盡速作出決定。否則，如待受刑人已出獄，始作出是否勝訴之裁判，雖事後總算斷其是非曲直，但遲來正義，恐失其實益。惟於修法完成前，如前所述，監獄對受刑人所為之處分或措施，或有認屬司法行政處分，或有認屬一般行政處分，如屬後者而又係非屬輕微處分而涉訟之事件，是否均依本號解釋仍認應適用行政訴訟簡易程序，或是不再適用簡易訴訟程序，而改為適用一般行政訴訟程序，此等訴訟程序之設計及適用，實有再思考之必要。

綜上，本號解釋仍留下不少尚待確定之問題，尤其如認為訴訟救濟管道之設計細節，係屬立法形成自由之裁量範疇，⁹本號解釋於最後卻又指明相關案件之審理，準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，雖有特殊考量，亦即擬透過本號

權之意旨尚無牴觸。

⁸ 假釋屬刑之執行之一環，我國刑事法學說及實務向來以此為理由，基於刑之執行基本上係屬「有罪判決所宣告之刑罰是否應予實現」之問題，就事務性質及法律整體規範體系而言，認為假釋或撤銷假釋之要件、程序應由刑法或刑事訴訟法加以規範，始為合理。（參照林子儀、許玉秀，本院釋字第681號解釋協同意見書。）

⁹ 憲法第16條規定有關訴訟權，本院釋字第416號解釋認「此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，為合理之規定。」，及第418號解釋曾闡釋「訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」由此可見，訴訟權行使及訴訟救濟程序等決定，給予立法自由形成之空間。又釋字第416號解釋理由書首段文字除對訴訟權給予定義之外，同時宣示一項意旨：訴訟權的制度設計，立法機關享有相當充分的自由形成空間。（參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2015年9月增訂3版，頁276。）

解釋，藉由準用方式，填補現行法律之不足或漏洞。惟此仍屬暫時之權宜措施，有關監獄處分或其他管理措施，採行何種救濟程序為妥，未來在立法設計上，另宜通盤詳加檢討，並以法律明定之，以期建立完善之受刑人訴訟救濟制度。

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【受刑人司法救濟案】。

本件解釋併案審理5件聲請案，均涉及受刑人不服監獄處分或其他管理措施¹之申訴決定，不許受刑人向法院請求救濟，是否抵觸憲法疑義，有其共通性而併案審理。

本件解釋之審查客體，係監獄行刑法第6條規定：「（第1項）受刑人不服監獄之處分，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。（第2項）典獄長接受前項申訴時，應即時轉報該管監督機關，不得稽延。（第3項）第1項受刑人之申訴，得於視察人員蒞監獄時逕向提出。」（下稱系爭規定一）及同法施行細則第5條第1項第7款規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」（下稱系爭規定二）就此二規定合併觀察，其不許受刑人向法院請求救濟，是否侵害受刑人受憲法保障之訴訟權？

本件解釋之主要爭點如下：（1）受刑人有無司法救濟權？（2）如採肯定說，其與一般人民之司法救濟權，有無不同？（3）如有不同，其理論基礎為何？（4）依何種程序請求法院救濟，尊重相關機關之立法形成自由，但修法完成前，應否給予過渡時期之救濟？（5）如給予救濟，究應依刑事訴訟法向刑事法院或依行政訴訟法向行政法院請求救濟？

本件釋字第755號解釋，有3項宣示：

¹ 例如，違規懲處、強制保管原子筆、限制寄發賀卡、刪除陳情書、臨時取消教化活動、變更午晚餐菜色、要求受刑人支付餐具清潔用品費用及申請外役監審查未獲選。

1. **部分違憲**：系爭規定一及二不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，² 於（1）逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，（2）不法侵害受刑人憲法所保障之基本權利，（3）侵害非顯屬輕微（下稱**司法救濟權 3 要件**）時，得向法院請求救濟之**部分**，逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。
2. **定期檢討修正**：相關機關至遲應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。
3. **過渡時期之救濟**：修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕³ 向監獄所在地之地方法院⁴ 行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序⁵ 之規定，並得不經言詞辯論。

97 年 12 月 26 日，本院釋字第 653 號解釋打破特別權力關係，給予沉重的一擊，9 年後，106 年 12 月 1 日，本件解釋，肯認受刑人之司法救濟權，擺脫特別權力關係之桎梏，自本件解釋公布之日起，立

² 系爭規定一僅明定受刑人不服監獄之「處分」，易被誤會僅限於行政處分，受刑人僅得提起撤銷之訴尋求救濟。然現行行政訴訟法已設有包括一般給付之訴在內之各種訴訟類型得資運用，且依行政訴訟法第 2 條規定，公法上爭議，除法律別有規定外，均得提起行政訴訟。故本件解釋擴及於「其他管理措施」，指除行政處分以外之其他公權力措施，受刑人亦同得向行政法院尋求救濟，以符實際需要。

³ 「逕」向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，意即不必再經訴願程序，併此敘明。

⁴ 行政訴訟法規定之第一審程序，可能係高等行政法院通常訴訟程序（第 104 條之 1 以下規定參照），可能係地方法院行政訴訟庭簡易訴訟程序（第 229 條以下參照），為杜爭議，爰指定由地方法院行政訴訟庭為第一審。

⁵ 因為行政訴訟法規定第一審由地方法院行政訴訟庭審判之情形，有簡易訴訟程序（第 229 條以下之規定參照）及交通裁決事件訴訟程序（第 237 條之 1 以下之規定參照），為杜爭議，乃特別明定準用簡易訴訟程序之規定。

即改變目前司法實務，使受刑人之司法救濟權得以實現，摧毀被稱為「我國特別權力關係之最後堡壘」——監獄，樹立憲法保障人權的新里程碑。再創新局，影響深遠！

對於本件聲請之解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得補充說明之處，爰提出部分協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之背景說明

一、受羈押被告之司法救濟權：從無到有

本院釋字第 653 號解釋，宣告羈押法第 6 條及同法施行細則第 14 條第 1 項之規定，「不許」受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，⁶與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違，相關機關至遲應於解釋公布之日起 2 年內，依解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。

不料過了 3 年，仍未完成修正，羈押法之主管機關法務部，為因應本院釋字第 653 號解釋意旨，確保受羈押被告之訴訟權，乃以 100 年 12 月 9 日法授矯字第 1000200150 號函，通令各矯正機關，有關受羈押被告申訴之救濟，應循送法院刑事庭處理之程序辦理，不受現行羈押法及其施行細則之約束。值得注意者，上開函示，法院並不受其拘束。

由於相關法規仍遲未修正，本院乃於 103 年 5 月 16 日作成釋字第 720 號解釋，指明在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第 416 條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。為此，法務部乃以 103 年 5 月 27 日法矯署綜字第 10302001900 號函，再度通令各矯正機關，受羈押被告對於申訴決定不服者，應依刑事訴訟法第 416 條等有關規定，提

⁶ 釋字第 653 號解釋之審查客體，包括羈押法第 6 條第 1 項、第 2 項及同法施行細則第 14 條第 1 項第 1 款至第 7 款，真正違憲者，係「不許」受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之「部分」，故宣告上開條文部分違憲。

起準抗告。

二、受刑人之司法救濟：本號解釋公布前尚無救濟之途

就系爭規定一及二合併觀察，監督機關對受刑人之申訴事件有最後之決定，故受刑人對監督機關之申訴決定，不得再向法院請求救濟。法務部受到本院釋字第 653 號解釋之影響，曾於 101 年 4 月 5 日以法矯署綜字第 10101609910 號函，及於 101 年 11 月 7 日再以法矯署綜字第 10101194401 號函，二次通令各矯正機關，在監獄行刑法修正草案完成立法前，有關受刑人申訴之救濟，**不受系爭規定二之拘束，亦即不限制受刑人向法院提起訴訟請求救濟**。此後，受刑人如向法院請求救濟，各矯正機關不再禁止，而係轉送受刑人擬訴請救濟之法院。雖如是，但上開函示，法院仍不受其拘束。

又所謂法院，究何所指？

如受刑人向刑事法院請求救濟者，刑事法院通說見解認為：「受刑人在監獄所受之處遇或處分，包括為拘束人身自由、受刑人健康與安全、監獄管理、矯治等目的，所為之必要措施，與檢察官有關執行指揮及執行方法無關，監獄之處遇或處分之救濟，**應屬行政爭訟之性質**。」「刑事法院對判決確定後刑之執行，包括監獄對受刑人之管理、處分情形，於檢察官簽發執行指揮書將受刑人發監執行，即已脫離審判權範圍，刑事法院既非監獄監督機關，自無權審究監獄及其主管機關所為之處分。」（最高法院 106 年度台抗字第 164 號裁定參照）。

反之，如受刑人向行政法院請求救濟者，行政法院通說見解則認為：刑法對於刑罰之具體執行方法並未規定，而係由刑事訴訟法、監獄行刑法及行刑累進處遇條例加以規範，監獄依監獄行刑法 第 20 條對於受刑人所為累進處遇措施，係為促其改悔向上，適於社會生活，應分為數個階段，以累進方法處遇之，就剝奪人身自由之刑罰而言，乃執行法律因

其人身自由受限制而連帶課予之其他處遇方式，連同執行死刑前之剝奪人身自由，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，**自非行政程序法所規範之行政處分**，受刑人「不得」循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟（本件聲請人三及四之原因案件最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決、105 年度裁字第 1249 號裁定及非聲請原因案件之 106 年度裁字第 1908 號裁定參照）。

本席認為，法務部係監獄行刑法施行細則之主管機關，既認為系爭規定二所定「最後之決定」並無拘束力，為何不速把系爭規定二刪除或修正？僅表面上、形式上發函、再發函各矯正機關，允許受刑人向「法院」提起訴訟請求救濟？等到受刑人依其意旨向刑事法院請求救濟時，刑事法院則認為：**此乃行政爭訟性質**。受刑人轉向行政法院請求救濟，行政法院又以：監獄處置並非行政程序法所規範之行政處分，且刑事執行監督機關對於受刑人申訴事件有**最後之決定權**（法務部係最終監督機關），該處分符合刑罰執行性質及實現刑罰內容，**不能提起行政爭訟，又轉回監督機關有「最後之決定」**之系爭規定二。繞了一圈，又回到原點，受刑人之司法救濟權成為刑事法院與行政法院間之司法皮球，踢來踢去，人民何辜，足徵系爭規定二對於受刑人之限制有多大！

行文至此，深深感受到人民投訴無門之痛苦！何以致之？此豈係號稱人民的司法所應有之作為？人民實在無法理解？！

參、本件解釋之特色

為實踐憲法保障人權之意旨，解決受刑人投訴無門之苦，本件解釋至少展現 3 項特色如下：

1. 繼本院釋字第 653 號解釋及第 691 號解釋相繼打破特別權力關係，依序肯定受羈押被告之司法救濟權及受刑人對否准假釋之

司法救濟權之後，本件釋字第 755 號解釋，再度揚棄特別權力關係，肯定受刑人之司法救濟權。

2. 再度重申有權利即有救濟之憲法原則，一般人民受憲法保障之基本權利，不得僅因身分之不同即予以剝奪，⁷ 原則上，受刑人亦有之，⁸ 監獄處分或其他管理措施，具備司法救濟權 3 要件者，受刑人有權向法院請求救濟。
3. 自本解釋公布之日起，在修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認為符合司法救濟權 3 要件者，得向地方法院行政訴訟庭提起「行政訴訟」，獲得「及時」、「有效」之救濟。不必等修法完成，本件解釋立即改善受刑人無法向法院請求救濟之窘境（從無到有），發揮立竿見影之效！

肆、審查客體之檢討：採合併觀察法

關於系爭規定之審查，因審查方法不同，結論可能有所不同，茲分別說明如下：

一、單獨審查系爭規定一

系爭規定一有 3 項，第 1 項規定，賦予受刑人有申訴權，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員；第 2 項規定典獄長負有應將申訴即時轉報於該管監督機關之義務；第 3 項規定受刑人得不經典獄長之轉報，逕向視察人員申訴之時機。本席認為，如單獨審查系爭規定一，依文義解釋觀之，系爭規定一並無任何隻字片語限制或禁止受刑人向法院請求救濟，有無違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，值得商榷。⁹

⁷ 本件解釋之解釋理由第 2 段特別指出，不得僅因身分之不同即予以剝奪。所謂剝奪，係指毫無向法院提起訴訟請求救濟之可能性。本解釋之爭點即在於，是否得僅因受刑人之身分，即剝奪其向法院請求救濟之權。

⁸ 人性尊嚴普世價值，縱受刑人亦應同享，除行刑目的必要外，基本人權應受保障。

⁹ 類似爭議，於本院釋字第 653 號解釋亦發生過，詳請參閱該號解釋，許宗力大法官提出之協同意見書（採違憲說）、林錫堯大法官及陳春生大法官共同提出之部分不同意見書（採合憲說）。

二、單獨審查系爭規定二

系爭規定二明定：「監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定」，監督機關對申訴事件之處理有最後之決定，受刑人不得對該申訴決定再聲明不服，當然更不得再向法院請求救濟，剝奪受刑人受憲法保障之訴訟權。單獨審查系爭規定二，以施行細則位階之一款規定，剝奪受刑人受憲法保障之訴訟權，有無違反法律保留原則？

按對於憲法所保障人民基本權利之限制，須以法律或法律具體明確授權之命令定之，始無違憲法第 23 條之法律保留原則；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範（本院釋字第 443 號解釋參照）。本席認為，單獨審查系爭規定二，不許受刑人向法院請求救濟，係剝奪受刑人受憲法保障之訴訟權，而非技術性或細節性次要事項。如前所述，系爭規定一既無明文規定不得向法院請求救濟，且監獄行刑法亦無具體明確授權主管機關訂定命令予以規範，系爭規定二顯已違反憲法第 23 條之法律保留原則。

三、合併觀察系爭規定一及二

本席認為，本院釋字第 653 號解釋，合併觀察羈押法第 6 條及同法施行細則第 14 條第 1 項（共有 7 款），參酌羈押法第 6 條係制定於民國（下同）35 年間及羈押法施行細則訂定於 65 年間受到特別權力關係桎梏之歷史背景因素（本院釋字第 653 號解釋理由參照），採立法解釋及歷史解釋法，認該二條文規定中不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之「部分」，違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，而宣告違反之「部分」違憲。

多數意見認為，本件釋字第 755 號解釋之解釋客體，與本院釋字第 653 號解釋之客體類似，自應採相同之解釋方法，就系爭規定一及二合併觀察，參酌系爭規定一及二制定或訂

定時受到特別權力關係桎梏之歷史背景因素，認系爭規定一及二中，「不許」¹⁰受刑人向法院請求救濟之部分，如屬於：

1. 具備前揭司法救濟權 3 要件者，該部分逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。

2. 不具備前揭司法救濟權 3 要件者，該部分尚無違憲。

多數意見，合併審查系爭規定一及二，認系爭規定一之母法不許受刑人向法院請求救濟，故系爭規定二不許受刑人向法院請求救濟，並無違反法律保留之問題。對此種合併觀察之處理方式，本席表示贊同。

茲將上開審查結果，表示如下：

【系爭規定一及二剝奪受刑人司法救濟權之違憲審查結果分析表】

	審查客體	審查結果
監獄處分 或其他管 理措施	系爭規定一及二 許受刑人申訴部分	不論是否具備司法救濟權 3 要件，均得申訴，尚無違憲。
	系爭規定一及二 不許受刑人向法院請求救濟部 分	具備司法救濟權 3 要件者之 部分，違憲。
		不具備司法救濟權 3 要件者 之部分，尚無違憲。
司法救濟權 3 要件：		
1. 逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍。		
2. 不法侵害其憲法所保障之基本權利。		
3. 侵害非顯屬輕微。		

伍、再度揚棄特別權力關係

受刑人因刑之執行而拘禁於監獄，人身自由及因人身自由受限制

¹⁰ 多數意見合併觀察系爭規定一及二，認定系爭規定一「限制」受刑人向法院請求救濟部分違憲，故解釋文謂：不許受刑人……得向法院請求救濟（本院釋字第 684 號解釋，則謂尚「無許」其提起行政爭訟之餘地）。反之，如認為系爭規定一消極不作為，「未規定」受刑人得向法院請求救濟，則解釋文應改為：「未許」受刑人……得向法院請求救濟。

而影響之其他憲法所保障之權利（例如居住、遷徙、職業、集會自由等），當然受到限制；如有褫奪公權時，更依法限制其為公務員或公職候選人之資格（刑法第 36 條規定參照）。此外，受刑人是否亦受憲法之保障？其受憲法保障之基本權利，是否亦受到限制？

按我國憲法第 2 章保障人民之權利，並未明文排除受刑人，且憲法第 7 條又規定，中華民國人民，無論男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。是以受刑人當然受憲法之保障。此外，公民與政治權利國際公約第 2 條第 1 項亦規定：「本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。」另可參酌聯合國大會 1990 年 12 月 14 日 A/RES/45/111 號決議通過之受監禁者待遇基本原則（Basic Principles for the Treatment of Prisoners）第 5 點規定：「**除可證明屬監禁所必要之限制外，所有受監禁者均保有其在世界人權宣言，以及（如各該國為後列公約之締約國者）經濟社會文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約及其任擇議定書所規定之人權及基本自由，並包括聯合國其他公約所規定之其他權利。**」由此可知，除執行自由刑之本質所使然而必須剝奪受刑人之自由及相關自由權利外，受刑人其他受憲法所保障之基本權利，仍應受保障（另有公民與政治權利國際公約第 10 條規定¹¹及聯合國人權事務委員會第 21 號一般性意見¹²可資參照）。

¹¹ 第 10 條第 1 項規定：「自由被剝奪之人，應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。」第 3 項前段規定：「監獄制度所定監犯之處遇，應以使其悔悟自新，重適社會生活為基本目的。」

¹² 第 21 號一般性意見：自由被剝奪之人的人道處遇（《公約》第 10 條）……2. 《公民與政治權利國際公約》第 10 條第 1 項適用於**根據國家法律和公權力而被剝奪自由並被關在監獄、醫院（特別是精神（專）科醫院）、收容所或矯正機構或其他地方的任何人**。締約國應確保在屬其管轄的**所有受拘禁人的機構和設施**內遵循該項所規定的原則。3. 第 10 條第 1 項為締約國規定了對那些因自由被剝奪而極易受害者而承擔的一項積極義務，並補充了《公約》第 7 條所載的禁止酷刑或其他殘忍、不人道或有辱人格之處遇或懲罰規定。因此，不僅不得以違反第 7 條的方式對待被剝奪自由者，包括不得對其進行醫學或科學實驗，而且不得使其遭受與喪失自由無關的任何困難或限制。**如同自由的人一樣，必須保障這些人的尊嚴得到尊重**。喪失自由者除在封閉環境中不可避免須受的限制

然而目前我國現狀，監獄人權一直未能受到社會大眾與主流民意之正視，在應報觀念之主導下，總是認為受刑人係罪有應得，少有同情，短時間要改變觀念，尚有困難。尤其是，長久以來，受羈押被告及受刑人一直與公務員、軍人及學生被視為特別權力關係之對象，¹³實務上認為，除法律有明文規定外，監獄管理人員為達成監獄行刑之目的，得依監獄行刑法施行細則限制或剝奪受刑人之基本權利，受刑人有容忍服從義務，而不得向法院請求救濟。然而此種特別權力關係，嚴重悖離人權理念，不符現代法治國原則之要求，隨著時代之演進，特別權力關係日見傾頹，逐漸動搖，終遭逐一揚棄，自 73 年 5 月 18 日本院釋字第 187 號解釋後，盤據我國半世紀之久之特別權力關係，逐漸化為歷史的灰燼！

97 年本院釋字第 653 號解釋，僅宣告羈押法第 6 條及同法施行細則第 14 條第 1 項規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分違憲，受限於聲請釋憲之審查客體，而未能論及受刑人之司法救濟權。迄今公布本件釋字第 755 號解釋，宣告系爭規定一及二，具備司法救濟權 3 要件者，不許受刑人向法院請求救濟之部分違憲，此雖係 97 年間可得預期之應有作為，¹⁴ 然前後相距 9 年，實在太久了！

回顧歷史，系爭規定一係 34 年 12 月 29 日制定，35 年 1 月 19 日公布，36 年 12 月 14 日施行，其後僅對受理申訴機關之名稱予以修正（由監督官署修正為監督機關）。而系爭規定二則係於 64 年 3 月 5 日訂定發布，其後施行細則雖歷經多次修正，但系爭規定二並未有所變動。考其立法之初所處時空背景，係認受刑人與監獄之關係屬特別

外，享有《公約》規定的所有權利。4. 以人道和尊重人格的方式對待喪失自由者是一項基本和普遍適用的通則。因此，這項規則的適用絲毫不取決於締約國現有的物質資源水準。必須不加任何區別地適用這項規則，不論種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他主張、民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分。

¹³ 參照翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，79 年 9 月 11 版，頁 155。

¹⁴ 李震山大法官於釋字第 653 號解釋提出之部分協同意見書，早已指出訴訟權保障應由受羈押被告擴及於受刑人，相關機關不應「推一下、才動一下」。

權力關係，如對監獄之處分或其他管理措施有所不服，僅能經由申訴機制尋求救濟，並無得向法院提起訴訟請求司法審判救濟之權利。司法實務多數見解（例如本件原因案件之最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決，前引最高行政法院 106 年度裁字第 1908 號裁定參照），亦基於此種理解，歷來均認受刑人不服監獄處分或其他管理措施，僅得依上開規定提起申訴，不得再向法院請求救濟。本件解釋，與釋字第 653 號及釋字第 691 號解釋意旨相同，亦認申訴在性質上屬機關內部自我省查糾正之途徑，與得向法院請求救濟之訴訟審判並不相當，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度。就系爭規定一及二合併觀察，其中具備司法救濟權 3 要件者，**不許受刑人向法院請求救濟之部分**，與憲法第 16 條規定保障人民訴訟權之意旨有違，宣告該部分違憲，再度揚棄特別權力關係！¹⁵

陸、受刑人司法救濟權應具備 3 要件之理論基礎

本院釋字第 653 號解釋解釋文，雖僅釋示受羈押被告得向法院提起訴訟請求救濟，表面上初步觀之，似未設任何條件限制，然依解釋理由述及「受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，**逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利**，自應許其向法院提起訴訟請求救濟」等語觀之，實際上，仍應具備司法救濟權 2 要件。本件解釋，援引本院釋字第 653 號解釋之先例，亦認就監獄處分或其他管理措施，如具備司法救濟權 3 要件，受刑人始得向法院請求救濟。前後相較，後者之限制多一要件，限制稍嚴。茲再敘述其理論基礎如下：

一、逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍

關於受羈押被告之司法救濟權，本院釋字第 653 號解釋釋示，刑事被告受羈押後，為**達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要**，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與

¹⁵ 不服申訴可訴訟，監獄人權有保障；接軌國際有進步，再接再厲會更好！

一般人民所得享有者，原則上並無不同（本院釋字第 653 號解釋理由參照）。是以受羈押被告不服看守所之處分或處遇，得向法院請求救濟，亦以上開處分或處遇，**逾越達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要範圍為要件。**

至於受刑人之司法救濟權，依監獄行刑法第 1 條規定：「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」受刑人入監後，受到監禁、嚴密戒護（監獄行刑法第 3 章監禁、第 4 章戒護），其人身自由當然遭受限制，附帶造成其他自由權利（如居住、遷徙、職業、集會、家庭……等自由）亦受到限制。鑑於監獄為具有高度目的性之矯正機構，¹⁶ 為使監獄能達成監獄行刑之目的（含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等），**監獄對受刑人得為必要之管理措施，司法機關應予較高之尊重。**是以監獄處分或其他管理措施，**是否逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍**，即成為受刑人司法救濟權之第 1 要件。如未逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，諸如調查程序、戒護管理、作業分派、教化安排及總務事務等，與刑罰之執行無重大影響，屬於監獄內部行政管理之範疇，司法機關應予較高之尊重，理應限制受刑人後續之司法救濟，無須司法權之介入，即不得向法院請求救濟。

二、不法侵害受刑人憲法所保障之基本權利

除上開基於達成監獄行刑目的所必要之範圍而對受刑人之自由加以限制外，其他人性尊嚴、身體權、健康權、醫療照護權、平等權、表現自由、秘密通訊自由、宗教信仰自由、生存權、財產權……等自由權利，以及訴願權、訴訟權等，則未必隨受刑人入監執行喪失人身自由而當然應受限制或剝奪。基於憲法保障人民訴訟權之意旨，本於有權利即有救濟

¹⁶ 監獄行刑法第 20 條第 1 項前段規定，對於刑期 6 月以上之受刑人，為促其改悔向上，適於社會生活，應分為數個階段，以累進方法處遇之。

之憲法原則，對憲法所保障之基本權利，¹⁷ 不得僅因身分之不同即予以剝奪（即毫無向法院請求救濟之可能），故以不法侵害受刑人憲法所保障之基本權利，作為司法救濟權之第2要件。

三、侵害非顯屬輕微

監獄處分或其他管理措施，雖侵害受刑人憲法所保障之基本權利，惟如侵害「顯屬」輕微，達到足以忽略之程度者，即欠缺權利保護必要，基於侵害微量不受保障之原則（或稱法益侵害輕微性法則），則不予保障，避免過多欠缺權利保護必要之案件，癱瘓司法程序之正常運作，¹⁸ 故以侵害非顯屬輕微，作為司法救濟權之第3要件。

綜上，茲將受羈押被告與受刑人之司法救濟權比較，表示如下：

【受羈押被告與受刑人之司法救濟權對照表】

	受羈押被告之司法救濟權	受刑人之司法救濟權
相應解釋	本院釋字第 653 號解釋	本院釋字第 755 號解釋
適用對象	看守所之處分或處遇	監獄處分或其他管理措施
適用要件	1. 逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍。 2. 不法侵害其憲法所保障之權利。	1. 逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍。 2. 不法侵害其憲法所保障之基本權利。 3. 侵害非顯屬輕微。
救濟程序	尊重立法形成自由	尊重立法形成自由

¹⁷ 向來本院解釋闡示憲法第 16 條訴訟權保障之內涵時，均謂憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其「權利」遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（例釋字第 243 號及第 396 號解釋）。但本院釋字第 736 號解釋，擴大訴訟權之保障範圍而謂：憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其「權利或法律上利益」遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。本院釋字第 653 號解釋，以受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，不法侵害其「憲法所保障之權利」者，得向法院提起訴訟尋求救濟。本件釋字第 755 號解釋所涉之受刑人，情形較接近末者，因此受刑人僅於其「憲法所保障之基本權利」遭受侵害時，始有請求法院救濟之權利。

¹⁸ 欠缺權利保護必要之要件，普遍適用於所有訴訟案件。

過渡階段之救濟程序	修法完成前，準用刑事訴訟法第 416 條等有關準抗告程序之規定，向為羈押裁定之法院提起準抗告請求救濟（釋字第 720 號解釋）。	修法完成前，準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴請求救濟。
理論基礎	受羈押被告係未決之人，基於無罪推定原則，原則上，除為羈押目的及維持押所秩序所必要之範圍外，受刑人與一般人同受憲法基本權利之保障。	受刑人係已決之人，必須依監獄行刑法入監執行。原則上，除為達成監獄行刑目的所必要之範圍外，受刑人受憲法保障之基本權利，仍應受保障。此外，另基於 侵害微量不受保障之原則 ，避免過多欠缺權利保護必要之案件，癱瘓司法程序之正常運作。

柒、過渡時期受訴法院之確定

人民向法院請求救濟，應依何種程序向何法院請求救濟，應由相關機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的及司法資源之有效配置等因素，就訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，制定相關之法律規範。是以關於受羈押被告及受刑人之司法救濟法院，原則上，尊重立法形成自由。

惟因立法延宕多時，影響人民受憲法保障訴訟權之實現甚鉅，殊有必要於修法完成前，先行給予受羈押被告及受刑人及時有效之救濟。本院釋字第 720 號解釋釋示：在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，許其準用刑事訴訟法第 416 條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。

基於上開理由及法務部一再函示系爭規定二不具拘束力，為避免受刑人之司法救濟權成為刑事法院與行政法院間之司法皮球，影響受

刑人之司法救濟權，本件釋字第 755 號解釋爰釋示：修法完成前，受刑人就監獄之處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，並得不經言詞辯論。

本席基於下述理由，支持多數意見之見解：1. 監獄對受刑人之處分或其他管理措施，性質上皆係為達成監獄行刑目的而為之行政行為；2. 申訴制度係使執行監禁機關有自我省察、檢討改正其所為決定之機會（本院釋字第 653 號解釋參照），與訴願¹⁹之性質相當；3. 對申訴決定聲明不服請求救濟，具有行政爭訟之性質；4. 行政訴訟法第 2 條²⁰以下規定公法爭議依行政訴訟法解決（本院釋字第 691 號解釋理由參照）；5. 行政訴訟法第 130 條之 1²¹設有視訊審判之完善規定。

本席在此特別籲請相關主管機關，對受刑人因行使司法救濟權所生案件量之增加，加重地方法院行政訴訟庭法官的辦案負荷，應提供

¹⁹ 本院釋字第 243 號解釋：該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。

²⁰ 行政訴訟法第 2 條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」

²¹ 行政訴訟法第 130 條之 1 規定：當事人、代理人之所在處所或所在地法院與行政法院間，有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接審理者，行政法院認為適當時，得依聲請或依職權以該設備審理之。前項情形，其期日通知書記載之應到處所為該設備所在處所。依第一項進程序之筆錄及其他文書，須陳述人簽名者，由行政法院傳送至陳述人所在處所，經陳述人確認內容並簽名後，將筆錄及其他文書以電信傳真或其他科技設備傳回行政法院。第一項之審理及前項文書傳送之辦法，由司法院定之。

反觀，刑事訴訟法僅就證人之訊問，於第 177 條規定：「證人不能到場或有其他必要情形，得於聽取當事人及辯護人之意見後，就其所在或於其所在地法院訊問之。前項情形，證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適當者，得以該設備訊問之。當事人、辯護人及代理人得於前二項訊問證人時在場並得詰問之；其訊問之日時及處所，應預行通知之。第二項之情形，於偵查中準用之。」經比較前後二法規，應以行政訴訟法之規定較為周延，有利受刑人司法救濟權之行使。

全方位周全的必要協助（人力及物力等），及早規劃，周詳準備，妥適因應。

捌、結論

本院自 73 年 5 月 18 日作成釋字第 187 號解釋以來，基於憲法保障人民訴訟權之意旨，依有權利即有救濟之憲法原則及法律保留原則，陸續針對公務員與國家間、學生與學校間、軍人與軍隊間、受羈押被告與看守所間、受刑人就否准假釋案與法務部間之法律關係，強調憲法保障人民之訴訟權，不得僅因身分之不同即予以剝奪，作出諸多打破特別權力關係具有正面貢獻之解釋（本院釋字第 201 號、第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 312 號、第 323 號、第 338 號、第 382 號、第 430 號、第 462 號、第 653 號、第 684 號、第 691 號、第 736 號）。本院今日公布本件釋字第 755 號解釋，肯定受刑人之司法救濟權，再度揚棄特別權力關係，樹立我國人權保障史上另一個新里程碑！對未來法治的正面發展，勢必產生重大且深遠的影響！

協同意見書

許宗力大法官 提出

為何我們要關心受刑人的人權？

長期以來，台灣社會不解於司法體系為何要保護「壞人」；對於違法亂紀而侵擾、甚至摧毀他人人生的犯罪者，法官為何不願治亂世用重典，反而選擇「與魔鬼為伍」，不厭其煩地強調程序正義的重要性。在社會安全秩序與人權保障之間，法官的價值判斷往往與多數善良國民的法感情有落差，這或許是當前社會人民對司法信任低落的重要原因之一。

本件解釋多數意見認為受刑人在監獄中所受處分或其他管理措施，如侵害其憲法基本權利，應有權向法院請求救濟。本席贊同多數意見延續過往解釋，進一步刨除監所中特別權力關係的餘燼。然而，這似乎更加坐實了司法獨厚「壞人」人權保障的社會觀感。為免司法公信力因此持續探底，本席有義務向國人說明大法官為何關注受刑人人權的進一步理由。爰提出以下五點協同意見予以補充。

一、受刑人只是穿「囚服」的國民，並非憲法基本權保障的「棄民」

依照憲法權利義務篇章規定，基本權保障應普遍適用於所有人民身上，沒有例外，不因身分不同而有基本權保障有無之分。因此，我們應該有一基本認識，受刑人人身自由雖被限制在監獄之中，但並未因此就被憲法放逐而成為不受基本權保障的「棄民」或「化外之民」，他（她）只是穿囚服的國民，而不是「非國民」。因此，受刑人基於同受憲法基本權保障的（穿囚服）國民身分，在監禁期間，其所擁有各種基本權利中，除人身自由遭受限制，以及附帶造成其他自由權利的當然限制外，其他憲法所保障之基本權利，監獄如欲加以限制，仍需符合目的正當，手段合乎比例性的憲法要求（憲法第 23 條）。例如書信檢查，限制其秘密通信自由；禁止接見家人，限制其家庭權；施用戒具，限制其不可侵犯的身體權，均需符合憲法比例原則的要求，不得恣意。這是國家應忠實履行而不得恣意妥協、棄守的憲法誠命。

受刑人基於基本權，除了可以防禦來自國家的恣意侵犯外，若監所內的生活條件未能符合基本人類需求而侵害其人性尊嚴，譬如欠缺足夠的食物及飲水、乾淨的生活空間、適足的醫藥及心理健康照護等等，受刑人也有權向國家主張所涉人性尊嚴基本權的受益權功能，請求國家提供一定物質與勞務給付。另外，監所中每每存在幫派結社的次文化，此亦對受刑人的基本權產生莫大威脅；譬如受刑人之人身自由、免於身心傷害之身體權及人性尊嚴等皆可能受獄中同儕危害。此時，國家亦應履行基本權之保護義務功能，確保受刑人不受第三人之侵害。

二、受刑人的「再社會化」，甚至是憲法的誠命

受刑人除享有前述傳統的基本權外，晚近比較憲法上，甚至根據人性尊嚴與自由發展人格條款發展出受刑人「再社會化」（Resozialisierung）的憲法誠命。受刑人的「再社會

化」，強調國家透過執行監禁等刑罰所欲達成的目的，並非使受刑人因「非人」生活感到痛苦，而對國家法律感到畏懼；也不是透過監禁，將其從「正常社會」予以隔離，讓一般人視而不見而感到安心。而是在於使受刑人改過自新並重新復歸社會（我國監獄行刑法第1條參照）。其內涵，具體而言，指國家應採取必要之措施，使受刑人培養出親近社會、適於社會生活的能力：其一方面得以理解為何應尊重他人、肯認他人價值與道德主體地位；另一方面，尋回生活目的與自我價值感，並有能力自立自強，在社會中自主發展有意義的生活。向來通說認為「再社會化」只是監獄行刑的政策目標，無關憲法要求。但細究「再社會化」的內涵，例如重建其自我價值及自主發展生活等等，皆與憲法維護人性尊嚴、保障個人主體性以及自由發展人格之意旨有深刻連結。「再社會化」因而提昇為公民與政治權利國際公約第10條第3項的保障內容，德國聯邦憲法法院也在多次裁判強調「再社會化」是源自人性尊嚴之保障的憲法誡命¹，國家有採取必要措施以協助受刑人培養回歸社會之能力的積極義務。雖然應採取何種措施，始滿足再社會化的憲法誡命，承認國家有一定的自由形成空間²，但國家的措施如與「再社會化」的憲法誡命背道而馳，則可能被宣告違憲。

三、保護受刑人基本權，也保護社會安全

或許有人仍不死心質疑為何憲法要保障「壞人」基本權，質疑為何需對受刑人的「再社會化」負擔如此沈重之憲法義務。本席在此嘗試從另一角度指出，保障受刑人的基本權利，除了是憲法的要求外，更具有維繫整體社會公共安全之工具性價值。試想，若受刑人未能免於國家恣意侵害、無法獲得

¹ BVerfGE 35, 202, 219ff., 235f; 36, 174, 188; 45, 187, 238f.; 64, 261, 276f.; 98, 169, 200, 204ff.; 109, 133, 150; 113, 154, 164; 116, 69, 85.

² Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, Art.1 Rdnr. 50.

基本生活所需、甚至時時擔心最起碼的人身安全受到威脅，將持續性地處於恐懼與匱乏之中。而恐懼是人性的腐蝕劑，日復一日的蒙受被剝奪感、處於高壓環境並受到無所不在的監視，矯正機構中密集相處的人與人之間將難以存在信任。受刑人若連僅僅是維持生物性的活存都未必可得，如何期待其發展有意義的生活、學會尊重他人並理解遵守社會規範之道德意義，從而邁向再社會化？

在未能培育與他人相互尊重地相處、親近社會的能力之下，受刑人若回歸自由生活，監所在他們身上曾造成的負面影響，也將使其可能再度成為社會公共安全的刀剪。另一方面，監所作為一種「總體機構」（Total Institution），意圖依賴單純的權力關係穩固內部安全，但當受刑人在監獄活下去都成為奢望，又怎不會成為監獄管理與安全的不定時炸彈？簡言之，當監所中的生活處境無法符合人道條件，未能落實其基本權保障，使受刑人無法有效復歸社會；最終受害、反噬的不只是矯正人員、受刑人自己與家人，還將包括整個社會。

因此，唯有在監獄中讓受刑人活得像人，受刑人未來才可能順利復歸社會，有能力與其他社會成員共同生活³。這就意味著需創造出使受刑人免於恐懼與匱乏、享有個人安全的制度與物質條件，才能期待他逐漸學會承認、尊重他人的價值。而反映在深層的價值取捨上，這更意味著在要求受刑人看重他人的道德地位之前，我們必須先願意肯認受刑人同樣享有人性尊嚴，不忍見其落於非人道的生活處境而受苦；也就是說，我們對受刑人肩負著同一社群成員之間的互惠道德

³ See Sharon Dolovich, *Prison Conditions*, in REFORMING CRIMINAL JUSTICE, VOL. 4: PUNISHMENT, INCARCERATION, AND RELEASE 261-293, at 263 (Erik Luna ed., 2017). Available at: http://academyforjustice.org/wp-content/uploads/2017/10/13_Criminal_Justice_Reform_Vol_4_Prison-Conditions.pdf (last visited Dec. 1, 2017).

義務。從而，在一個自由民主的憲政秩序之下，期待受刑人再社會化，並因此維護受刑人的人性尊嚴及人道需求，便只能導向同一結論，亦即受刑人應受憲法基本權利之保障。

四、保障後端訴訟權救濟，也需前端外部參與的申訴救濟程序

接著繼續談到本號解釋關心的受刑人的司法救濟權。監獄這種幾乎與社會隔絕而獨立封閉的場域中，成為貫徹特別權力關係的最佳樣版。世界各國對於受刑人對外尋求司法救濟，多抱持保守的立場，原因在於一旦此封閉機構受到外部司法機關的質疑，維持監獄運作的特別權力關係將面臨嚴峻挑戰。也因此在本院釋字第 653 號解釋駁斥「基礎關係與經營關係區分理論」，未設任何條件限制地揚棄特別權力關係，准予受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟後，相關機關本該舉一反三，即刻對受刑人的權利救濟問題，與釋字第 653 號解釋為相同處理，卻要遲至將近 10 年之後的今日，才有機會倚賴本號解釋攻下此一特別權力關係的最後灘頭堡，真令人不勝唏噓。或許受刑人是觸犯法律而被定罪的「壞人」，不易博得社會大眾同情，有以致之吧。本席前面既根據憲法應然面的要求，以及保障受刑人藉以保護社會大眾安全的工具性理由，呼籲應保障受刑人的基本權，基於「有權利即有救濟」的理由，支持本號解釋多數意見，承認受刑人於其憲法保障之基本權利受侵害時，有向法院請求救濟的權利，自屬邏輯之必然。本席也支持多數意見認為受刑人基本權利唯於侵害非顯屬輕微時，始得向法院請求救濟，理由除了「微量侵害不構成侵害」的所謂「微量保留」(Bagatellevorbehalt)⁴理論外，也在於珍惜寶貴司法資源，避免因濫訴而遭到濫用。

司法救濟固然是確保人民基本權利的最後與最起碼手段，然而在監獄的總體特徵下，無論是監獄在行政管理的強

⁴ J. Isensee, Abwehrrecht und Schutzpflicht, in: HStR IX, 2011, §191 Rn.119, 239. m.w.N.

制力或受刑人的次文化影響下，受刑人透過司法救濟以期改善其監獄處遇，往往緩不濟急，甚至法院裁判在現行訴訟制度下，能否有直接透過像美國法院所核發的「禁制令」般具體介入監獄處遇的效力，也是我國面臨受刑人訴訟權保障議題的實際難題。因此，本號解釋透過憲法正當法律程序原則的精神，要求監獄的監督機關，應設置具有公正及專業的外部人士所參與之機制，避免監獄因為其內部封閉性質而根本阻斷受刑人申訴進而提起司法救濟之機會，以彌補司法救濟之不足，本席予以贊同。

五、監獄設施與處遇應朝向符合人性尊嚴之多元彈性調整

最後，於監獄此種總體機構之下，受刑人人格特質被完全消滅，成為行政管理下適用相同設施與處遇的客體。然而，若要維護受刑人之人性尊嚴、個人主體性及人格自由發展空間，監獄除了應改善整體設施與處遇外，對於具有特殊需求之受刑人，須有相應之彈性作法。例如世界各國都面臨的監獄收容受刑人人數過多所生之問題，美國聯邦最高法院即曾於 *Brown v. Plata* 一案⁵ 中，認定監獄受刑人過度擁擠構成酷刑與非人道之處遇，牴觸聯邦憲法第八增補條款。聯合國藥物及犯罪署（United Nation Office on Drugs and Crime）於2009年發布之「處理受刑人特殊需求之工作手冊」（*Handbook on Prisoners with Special Needs*）⁶，其中亦針對精神疾病患者、身障者、少數族裔、外籍人士、同性戀者、性別重置者、老年者及判處死刑者等不同身分之受刑人，其於受刑期間所面臨之不同需求，提出各該問題之解決建議作法。

以身障者為例，基於其生活所需，監獄是否於不同處所設置無障礙空間，是否提供必要輔具、醫療照顧以及相關專

⁵ See 563 U.S. 493 (2011).

⁶ 參見該署網站：https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Handbook_on_Prisoners_with_Special_Needs.pdf（最後瀏覽日：2017年12月1日）。

業人員協助⁷等，均涉及身障受刑人能否於監禁期間受到平等與符合人性尊嚴之對待。以我國為例，監獄行刑法第 17 條規定：「受刑人因衰老、疾病或身心障礙不宜與其他受刑人雜居者，應分別監禁之。」僅要求將身障受刑人分別監禁；然而，監所是否提供無障礙設施，或依據個人需求提供合理調整？於條文中均無從得知。此外，分別監禁是否等同某種程度的生活隔離而不符平等要求，亦有待憲法檢驗。身心障礙者權益保障法第 85 條固然規定：「身心障礙者依法收容於矯正機關時，法務主管機關應考量矯正機關收容特性、現有設施狀況及身心障礙者特殊需求，作必要之改善。」然本條規定是否足以作為身障受刑人請求國家積極作為之請求權基礎，仍不明確。我國簽署聯合國 2006 年身心障礙者權利公約（Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD），並制定身心障礙者權利公約施行法後，相關機關就監獄設施及處遇應如何妥適規劃，以符合身障受刑人之權利保障並避免歧視，即成為急迫而應加以面對的問題。

又監獄中往往複製社會性別二元結構。譬如對於受刑人監禁施以性別隔離⁸；僅限「入監婦女」有權請求攜帶未滿 3 歲之子女⁹。而對性別認同不一致之受刑人，究竟應監禁於何處，於刑之執行期間得否進行賀爾蒙治療或性別重置手術？對同性戀之受刑人，依據其生理性別而為監禁時，如何於監獄處遇上予以平等對待？譬如受刑人之接見及發受書信，以最近親屬及家屬為限¹⁰，則同性伴侶如何認定？

⁷ See generally Margo Schlanger, *Prisoners with Disabilities*, in REFORMING CRIMINAL JUSTICE, VOL. 4: PUNISHMENT, INCARCERATION, AND RELEASE 295-323 (Erik Luna ed., 2017). Available at: http://academyforjustice.org/wp-content/uploads/2017/10/14_Criminal_Justice_Reform_Vol_4_Prisoners-with-Disabilities.pdf (last visited Dec. 1, 2017).

⁸ 參照監獄行刑法第 4 條規定。

⁹ 參照監獄行刑法第 10 條第 1 項規定。

¹⁰ 同法第 62 條本文規定參照；又如同法第 73 條第 1 項所稱之「最近親屬」之認定。

以上問題，固然尚無法透過本號及釋字第756號解釋一併處理，但在受刑人掙脫特別權力關係桎梏之後，相關機關應當秉持憲法保障受刑人基本權利之意旨，儘速檢討修正監獄行刑法，逐步改善監獄設備與監獄處遇決定之程序，開拓我國受刑人權保障之新貌。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及「特別權力關係」概念下所遺留對受刑人尋求司法救濟之法律限制。相關規定包括監獄行刑法第6條第1項前段所規定：「受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。……」及同法施行細則第5條第1項第7款之規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」（下併稱系爭規定）

多數意見認應就監獄行刑之相關措施，賦予受刑人司法救濟之權；且於修法完成前之期間，設置過渡性質之救濟途徑，以對受刑人提供司法救濟。本席敬表同意。然本席就多數意見限制司法救濟之範圍，而未能給予受刑人完整接近利用司法程序之權利，甚覺可惜。爰以本協同意見說明如下：

一、有關受刑人司法救濟權利的條件

- （一）多數意見認為：「監獄行刑法第6條及同法施行細則第5條第1項第7款之規定，不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，逾越憲法第23條之必要程度，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違」（見解釋文第1段；另解釋文第2段針對過渡期之救濟，亦設有相同之條件限制）。在此意旨下，受刑人所提起之行政訴訟，如非基於「不法侵害受刑人憲法所保障之基本權利」，

或受刑人起訴所主張基本權利遭侵害之情形「顯屬輕微」時，將不賦予受刑人提起訴訟請求救濟之權；受刑人於此種情形下所提起之訴訟，法院將以其訴不合法為由，裁定駁回。由於法院就此情形係以裁定駁回受刑人之訴，故其極可能習慣性地以受刑人書狀所示之事實，表面觀察受刑人是否有基本權利受侵害，以及其侵害是否顯屬輕微，即作成裁定；而未能深入探究或思慮受刑人權利是否真正遭受侵害。

- (二) 本席認為，將來在立法時，實無須以「不法侵害受刑人憲法所保障之『基本權利』」及「侵害是否顯屬輕微」為受刑人是否得請求司法救濟之要件。蓋本解釋雖以此為條件，然其並非禁止立法者基於立法裁量，賦予受刑人限制較小之訴訟權保障。基於有權利即有救濟之憲法原則，受刑人只要主張其「法律上之權利」甚至「法律上應享有之利益」（而非一般的利益）受到侵害，本來即應享有接近利用法院之權（right of access to the courts），使其所主張之侵害措施，受司法審查。至於受刑人是否確有權利或法律上利益、其權利或法律上利益是否確實受到侵害、其侵害是否微不足道以及其侵害是否屬於監獄管理之合理範圍，應屬有無理由之層次。經實體審查後，如法院認為受刑人之主張確無理由，自應以判決之形式駁回。如此始能使受刑人享有較充分、實質之司法救濟機會。此種充分接近利用法院的機會，對督促監獄管理的合理化，應有正面的功能。

- (三) 聯合國「所有受任何形式監禁之人之保護原則」（Body of Principles for the Protection of All Persons under any Form of Detention of Imprisonment）原則第33點第1項及第4項規定：「受拘禁人或其律師有權就其所受處遇（特別是就所受之拷問或殘酷、不人道或降等之

待遇），向該監禁處所之管理機構或其上級機構，且（於必要時）向有權審查或提供救濟之當局，提出要求或投訴（A detained or imprisoned person or his counsel shall have the right to make a request or complaint regarding his treatment, in particular in case of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment, to the authorities responsible for the administration of the place of detention and to higher authorities and, when necessary, to appropriate authorities vested with reviewing or remedial powers.）「對每一項要求或投訴，均應儘速處理，不得遲延。如投訴者之要求或投訴遭到拒絕，或對其處理有不合理的延遲，則其有權向司法機關或其他主管機關請求救濟……。」（Every request or complaint shall be promptly dealt with and replied to without undue delay. If the request or complaint is rejected or, in case of inordinate delay, the complainant shall be entitled to bring it before a judicial or other authority. ...）依此意旨，受拘禁人向法院尋求救濟之機會，亦不限於基本權利受侵害之情形；而包括「受拘禁者所受處遇」。雖其亦例示性的規定「特別是就所受之拷問或殘酷、不人道或降等之待遇」，然其範圍顯不以此為限。聯合國「所有受任何形式監禁之人之保護原則」之此等規定，自可作為將來立法之重要參考。

二、有關 2 年修法期限與過渡期之關係：

- （一）多數意見一方面稱：「相關機關至遲應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」（見解釋文第 1 段）其意「似乎」係指於 2 年內系爭規定仍為有效。然多數意見又稱：「修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行

刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得……逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。」（見解釋文第2段）其意「似乎」又係以系爭規定應立即失效（否則不會設有「立即取代」系爭規定內容的過渡性救濟機制）。

（二）本席認為，由於本院解釋文第2段宣示「修法完成前，受刑人得向法院起訴請求救濟」，故解釋文第1段實應宣告系爭規定違憲部分「立即失效」，以使邏輯具有一貫性；避免發生「一方面仍讓系爭規定違憲部分繼續有效，另一方面又以過渡措施取代系爭規定」之不一致情形。

（三）基於此等說明，就目前呈現的解釋文第1段與第2段而言，兩段關係應解讀為：系爭規定有關獄政監督機關「最後決定」之部分，其實已經在本號解釋下立即不再援用，而應以解釋文第2段之過渡期救濟機制代之。另解釋文第1段雖不能被解讀為使系爭規定在2年內仍為有效，然其2年之規定仍可賦予一定的意義；亦即，該2年之期間，純粹係釋憲機關為促使立法機關儘速立法而設，而非定期失效之期間。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認現行法令不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，違反憲法第16條及第23條，相關機關至遲應於解釋公布之日起2年內完成修法。於修法完成前，受刑人不服申訴決定者，得提起行政訴訟，應是對受刑人之人權保障之一大進步，尤其是對於以後我國監獄管理文化應會有重大影響，本席敬表贊同，並提出協同意見如後。

一、美國聯邦最高法院曾以不符人性尊嚴為理由限期要求加州政府改善監獄擁擠狀況：

2011年5月23日美國聯邦最高法院在 *Brown v. Plata* 案判令加州政府必須採取措施緩解監獄的擁擠狀況，限於二年內減少在監人數。本案主筆大法官甘迺迪（Anthony M. Kennedy）即以人性尊嚴（human dignity）為判決之主要理由。甘迺迪大法官在該案判決意見中至少有二次提到人性尊嚴：「在監受刑人仍保有任何人均享有之人性尊嚴之本質，尊重人性尊嚴才能活化聯邦憲法增修條文第8條」¹

（Prisoners retain the essence of human dignity inherent in all persons. Respect for that dignity animates the Eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishment.）² 以及「監所若剝奪監所受刑人基本生活之需，包括足夠的醫療照護，即不符人性尊嚴而不應存在於文明社會」（A prison that deprives prisoners of basic sustenance, including adequate medical care, is incompatible with the concept of human dignity and has no place in civilized society.）³

二、美國以德國監獄維護「人性尊嚴」之管理模式為學習對象

美國近年來進行大規模刑事司法改革運動，以求改善治安並減少其在監服刑人數。2015年美國二位刑事法方面之學者組團參訪德國監獄，這個參訪團正是大規模司法改革運動的一部分，團員包括州長、檢察總長、學者、研究機構代表、社會運動者、宗教團體，甚至包括前在監服刑者。二位學者

¹ 美國聯邦憲法增修條文第8條：不得要求過重的保釋金，不得課以殘酷的、逾常的刑罰。

² *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493, 510(2011). See also, Nicholas Turner and Jeremy Travis, What We Learned from German Prisons, N.Y. TIMES, Aug. 7, 2015, at A27 <https://www.nytimes.com/2015/08/07/opinion/what-we-learned-from-german-prisons.html>.

³ *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493, 511(2011). See also, Adam Liptak, *Justices, 5-4, Tell California to Cut Prisoner Population*, N.Y. TIMES, May 24, 2011, at A1

參訪後於紐約時報發表 *What We Learned from German Prisons* (我們從德國監獄學到的一課)⁴，其他團員亦後續發表多篇文章，引發諸多回響與討論⁵。最值得注意的是這些文章都推崇德國尊重人性尊嚴的理念，認為德國基本法第1條「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家權力之義務」，已深入德國監獄管理之各個層面，值得美國借鏡。茲整理參訪團多篇反省心得如下，以供參考：

- 1、美國監所人員驚訝於看到德國監獄內受刑人著日常便服，而非囚服，每間牢房均有自然光線，有清潔的床單，牆上掛著家人的照片。人犯一般在監獄內得自由活動，白天在工作場工作，晚上始回監房。德國監獄受刑人得以作業所得購置食品自行烹煮，公共廚房備有刀、叉等具危險性之廚具。
- 2、美國參訪團有位成員曾在美國監獄內服刑19年，現為社會工作者，他驚訝發現德國受刑人作業每日所得為10至20歐元（約新台幣400元至800元），而他以前分派在廚房工作每小時僅獲23美分（若一天工作8小時，約得2美元，即約新台幣60元）。

⁴ 二位學者分別為 Nicholas Turner (president of the Vera Institute of Justice) 及 Jeremy Travis (president of John Jay College of Criminal Justice)，本文參見 Nicholas Turner and Jeremy Travis, *What We Learned from German Prisons*, N.Y. TIMES, Aug. 7, 2015, at A27 <https://www.nytimes.com/2015/08/07/opinion/what-we-learned-from-german-prisons.html>.

⁵ See Maurice Chammah, *What Can America Learn from Germany's Prison System* (Jun. 16, 2015, 7:45PM), https://www.vice.com/en_us/article/9bgbb7/what-can-america-learn-from-germanys-prison-system-616. See also, Maurice Chammah, *German Prisons Are Kinder, Gentler and Safer Than the Ones in America* (Jul. 10, 2015, 8:00AM), https://www.vice.com/en_us/article/exqbgm/german-prisons-are-kinder-gentler-and-safer-than-the-ones-in-america-617. See also, The Koffel Law Firm, *How Germany's Prison System Teaches Us about Human dignity* (Aug. 10, 2015), <https://www.koffellaw.com/columbus-criminal-defense-blog/2015/august/how-germanys-prison-system-teaches-us-about-huma/>. See also, Steve Rempe, *Lessons from Germany* (Oct. 12, 2015), <https://www.prisonfellowship.org/?s=lessons+from+Germany>.

- 3、柏林監獄有 33 位醫生照護 4200 位受刑人，醫病比為一位醫師照顧 127 位受刑人；而美國維吉尼亞州的監獄 750 位受刑人才分配一位醫師。
- 4、德國認為國家對罪犯之處罰應於判決確定時即已實現，入監服刑並非執行處罰，而係為教育與矯正使受刑人不再犯罪。美國司法系統的基本心態仍強烈認為監獄最大的功能是「懲罰犯罪」之性質。
- 5、以人口比而言，德國在監人犯僅為美國的十分之一（以 2015 年 8 月而言，德國 8 千萬人口，有 6 萬 3,500 人在監，即每 10 萬人中有 79 人在監；而美國 3 億 2 千萬人口，有 220 萬人在監，即每 10 萬人中有 700 人在監）⁶，其中最關鍵因素是德國監獄以促進受刑人融入社會為教育目標，故人犯出監後很少再犯，而美國再犯率高。
- 6、美國監所之工作人員只受了幾個月的訓練，而德國監所工作人員須受訓練二年。
- 7、德國和美國均重視公眾之安全，但是想法不同。德國如有出監人員再犯，獄方人員會考慮有哪些工作沒有作好，而美國人如遇出獄人犯再犯，通常只想更加嚴厲，甚至取消優惠的處遇措施。
- 8、德國史上曾犯下種族屠殺（Holocaust）錯誤，但德國由錯誤中反省而深刻內化到所有法制，基本法第 1 條即為明證。美國學者慨嘆美國尚未從其蓄奴之制度中完全反省，聯邦憲法第 8 條增修條文雖亦禁止殘酷和逾常之刑罰，但執行程度不如德國。政客常以「嚴厲對待罪犯」（Tough on Crime）為號召，

⁶ 於 2014 年 9 月底，台灣在監服刑人數為 57,814 人，以人口 2300 萬人計算，約為每 10 萬人中，有 251 人在監，介於美國與德國中間。參見羅秉成、羅士翔，〔推薦序〕審判之後，正義之前，收於：失控的懲罰——剖析美國刑罰體制現況（2014 年）。

更是火上加油。

- 9、多篇文章中提到美國與德國監所管理最大的不同在於對於監所價值（value）之基本思考不同，德國所展現的模式是：監所制度以保護人性尊嚴為前提，目標是讓人犯出獄後於社會上過有責任的生活（to lead socially responsible lives）。美國尚須努力把監所之價值由處罰（retribution）轉換成為重視可靠性（accountability）以及修復（rehabilitation）。
- 10、總結參訪之意見，德國和美國監獄管理呈現不同面貌，根本原因在於核心價值不同，德國基本法第1條「人性尊嚴不容侵犯」實現於監獄行政的各個層面，包括監所之管理法令、監所之人員訓練及其使命等。就此，人性尊嚴並非僅是法律上的抽象名詞。

三、聯合國、歐洲及斯堪地那維亞國家有關監獄之規章

聯合國、歐洲及斯堪地那維亞國家均分別訂有規章以規範監獄對受刑人處遇之準則⁷，茲摘錄其中部分規定以供參考

- （一）聯合國受監禁者處遇標準底線規範（U . N . Minimun Standard Rules for Treatment of Prisoners，S M R）第5條第1項規定，監獄體制應該尋求讓監獄生活以及自由生活之間的差異最小化，該差異傾向減輕犯人的責任或是減輕對於它們身而為人的尊嚴之尊重（The prison regime should seek to minimize any differences between prison life and life at liberty that tend to lessen the responsibility of the prisoners or the respect due to their

⁷ 參見 Lea Holst Reenberg, (Special advisor with the Danish Prison and Probation Service), *Presentation at the 2017 International Symposium on Human Pights and Family Issues of Prisoners organized by Red Heart Association, Taiwan* (Aug. 1, 2017). 發表於2017年10月5日及6日中華民國紅心字會受刑人家庭服務組主辦「2017年受刑人之人權暨家庭議題國際交流研討會」，地點：國立台北大學國際會議廳。

dignity as human beings.)

(二) 歐洲監獄規章 (European Prison Rules) 第 5 條規定，
Life in prison shall approximate as closely as possible the
positive aspects of life in the community.

(三) 斯堪地那維亞監獄的正常化原則 (The Principle of
Normalization in Scandinavian prisons)

正常化原則一個重要的部分是指監獄和緩刑服務有義務確保除了行動的自由之外，犯人的公民權必須被尊重，並由此而衍生了開放性原則 (The Principle of Openness)、責任性原則 (The Principle of Responsibility) 與安全性、最小干涉和最佳化資源使用原則 (The Principle of Security, Least Possible Intervention and Optimal Use of Resources)。

四、由美國各界參訪德國監獄後之反省，可見對於監獄受刑人之處置與國力無關，而與各國對於監獄行刑之目的設定有關：

美國已認知德國監獄之作法係因其貫徹基本法第 1 條尊重人性尊嚴之意旨，美國以德國為借鏡而反思，我國自亦可參考、反思。

發生於 2015 年 2 月震驚全國之大寮監獄人犯奪槍挾持人質事件，受刑人奪取槍械後，並未向監所人員施暴，最後選擇集體自盡，受各方關注。本席認為此案實表示受刑人對管理人員並無仇視怨恨之心，其絕望之舉應是對整個制度之控訴。在嚴格的管控心態之下，其實受刑人與監所人員都蒙受不必要之壓力。本席認為大寮監獄挾持人質之 6 位人犯以生命為代價訴求三振法案不得假釋是惡法、一罪一罰刑期過長、醫療照顧不足等問題，與美國參訪團所發現美國監獄之弊端實為相似，但尚未獲社會足夠之重視。本席認為欲達成社會安全之目的，並非投注更多經費增強監獄之鐵門與戒護人員，而是應該效法德國，增加更多之治療、矯正與教育之資源，方為治本之道，也才是有效的方法。

五、目前監獄行刑法規可能涉及違憲之規定：

本號解釋做成後，監獄行刑法至遲於二年內應修正，於此本席願提出監獄行刑法規其他可能違憲之規定，可考慮一併檢討：

- (一) 監獄行刑法施行細則規定有關類別或集體教誨之教材，包括國父遺教、總統言行及民族英雄故事等（第 53 條第 1、3 款），均為威權時代之產物且對受刑人之教誨沒有實益，應予檢討改進，提供真正有助於受刑人重返社會之教材，才能達到監獄教化之功能。
- (二) 監獄行刑法規定受刑人有脫逃、自殺、暴行或其他擾亂秩序行為之虞時，得收容於鎮靜室（監獄行刑法第 22 條），鎮靜室之設置係「按獨居房形式設置」，且以不易撞擊成傷之物料製作（監獄行刑法施行細則第 30 條），應注意若受刑人長期獨居，斷絕與任何人接觸互動之機會，且若無窗口讓受刑人足以接觸外在世界，其因此產生之「鎮靜」效果是否構成殘忍、不人道或有辱人格之待遇，致對受刑人之身心造成重大傷害而有侵害人權之虞，亦應注意檢討。美國各界所組成之德國監獄參訪團注意到在德國監獄若令受刑人獨居，每次不得逾 8 小時，值得我國參考⁸。

協同意見書

黃昭元大法官 提出

一、多數意見及本席之立場

[1] 本號解釋認為受刑人如對監獄之「處分或其他管理措施」（包括行政處分及各類事實上行為、處置等）於申訴後仍有不服，應得向法院請求救濟，因此宣告監獄行刑法第 6 條及同法施行細則（下稱細則）第 5 條第 1 項第 7 款有關禁止受刑人請求法院救濟的規定違憲，並要

⁸ See Maurice Chammah, *German Prisons Are Kinder, Gentler and Safer Than the Ones in America* (Jul. 10, 2015, 8:00AM), https://www.vice.com/en_us/article/exqbg/german-prisons-are-kinder-gentler-and-safer-than-the-ones-in-america-617.

求相關機關於兩年內修法。於修法完成前，受刑人經申訴後，得逕向各該管地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。

[2] 對於本號解釋承認受刑人應有上述之訴訟救濟權，本席支持其方向及原則。但對於起訴要件繫於「逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時」（解釋文第1段、理由書第9段），則認限制過嚴。然基於「70分總比0分好」的想法，本席仍予支持，以待未來。又對於多數意見之部分理由，另有補充意見。

二、監獄行刑法施行細則第5條第1項第7款之效力

[3] 細則第5條第1項第7款規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」這是向來實務上用以限制受刑人請求法院救濟的依據。

[4] 法務部矯正署曾於2012年4月5日以法矯署綜字第10101609910號函¹陳報法務部，該函說明二認為：「有關受刑人之申訴救濟，……於監獄行刑法修正草案完成立法前，……循送法院刑事庭處理之程序辦理，不受現行監獄行刑法施行細則第5條第1項第7款規定之拘束。」故法務部矯正署代表在本院說明會中主張，上述細則規定並未限制，且各矯正機關也已經不限制受刑人向法院起訴請求救濟。

[5] 這實在是很奇怪的主張。按法務部依法發布監獄行刑法施行細則，並有修正之權。如果法務部真的有意讓受刑人可以向法院起訴續行其申訴救濟，大可直接刪除上述細則有關「最後效力」的規定，或直接規定受刑人於監督機關認其申訴無理由後，得向法院起訴請求救濟。捨此正途不為，卻僅以一行政函釋（而且還不是對外公開的函釋），來處理此一重大問題，令人不解。

[6] 在行政爭訟實務上，不管是法務部訴願審議委員會或行政法院，至今仍然認為受刑人於申訴之後，不得提起訴願或行政訴訟，亦即

¹ 參法務部矯正署出席本院於2017年11月8日舉行之「司法院大法官審理會台字第11918號邱和順等聲請解釋案說明會」，所提出之書面說明資料。該函另收於法務部矯正署（編印），矯正署函令彙編，第154頁（2015年8月）。

承認上述細則規定之拘束力。如法務部 2015 年 4 月 1 日法訴字第 10413501280 號訴願決定書理由三即認為：「本件本部矯正署對於申訴結果之處理，屬刑事執行之一環，為廣義司法權之行使，並非屬訴願救濟之範圍，訴願人對之提起訴願，於法不合，應不予受理。」² 可見法務部矯正署上述函釋之見解，也未能說服同部之訴願審議委員會。

[7] 在行政法院部分，最高行政法院至今仍認受刑人對於監獄之處分，僅得依上述細則規定「提出申訴，並由刑事執行監督機關對申訴事件有最後之決定權，尚不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。」³ 可見行政法院也是承認並適用上述細則規定，而不採取法務部矯正署上述函釋之見解。⁴ 暫且不論上述細則規定之合憲性，就其解釋與適用，法務部矯正署反而應受行政法院裁判見解之拘束，而不應再持該函自言自語。

[8] 基於上述理解，本號解釋先認定上述細則規定仍然是具有形式拘束

² 其他類似意旨之訴願決定如法務部 2015 年 10 月 2 日法訴字第 10413503950 號訴願決定書（理由四）等。或有認上述訴願決定書之意旨為受刑人應得向刑事法庭聲明異議，以獲司法救濟。果如此，為何不見上述訴願決定書同時為此諭知或教示？

³ 最高行政法院 106 年度裁字第 1908 號裁定之理由三、（二）。另參同法院 105 年度裁字第 1249 號裁定、103 年度裁字第 577 號裁定、102 年度判字第 514 號判決等，立場相同。在行政法院實務上，至今似乎只有台北高等行政法院 101 年度訴字第 1318 號判決曾受理受刑人對其申訴所提起之行政訴訟，但仍以無理由駁回。惟台北高等行政法院上述判決之見解，之後亦為最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決所推翻。

⁴ 另最高法院 106 年度台抗字第 164 號刑事裁定（2017 年 9 月 13 日）理由三、（二）認：「監獄之處遇或處分之救濟，應屬行政爭訟之性質。……於檢察官簽發執行指揮書將受刑人發監執行，即已脫離審判權範圍，刑事法院既非監獄監督機關，自無權審究監獄及其主管機關所為之處分。……」。臺灣高等法院 105 年度抗字第 948 號刑事裁定（2016 年 9 月 23 日）之理由四認為：「另受刑人所提法矯署綜字第 10101609910 號函……亦難逕以比附援引，且本件受刑人係不服監獄處分，非聲明異議之標的，縱該函對監獄處分救濟有所釋明，仍不得依此作為聲明異議之依據……」。臺灣高等法院 105 年度抗字第 757 號刑事裁定（2016 年 7 月 19 日）之理由四、（三）更認為：「況抗告人為受刑人，其不服監獄所為處分，應依監獄行刑法規定，經由典獄長申訴於監督機關或視察人員一節，法有明文，苟前開函文牴觸法律規定，當屬無效。……」上述刑事法院裁定都否定矯正署上述函之效力，且認受刑人不得就監獄處分向刑事法院聲明異議。

力的命令，再進而宣告其違憲，不論是在方法或論理上，都應該是比較正確的作法。

[9] 從歷史及現實脈絡來看，本席認為矯正署上述函釋的實際目的及效果可能是：以後各監獄不得再動用書信檢查權，而拒絕替受刑人寄送訴願及訴訟書狀。如此而已。然而各監獄是否如此聽話？以法務部2017年9月30日法訴字第10613504800號訴願決定書所處理之事件為例，上述訴願決定書理由欄三記載：

「訴願人於106年8月9日及11日向本部矯正署新竹監獄（下稱新竹監獄）提出訴願起訴狀，新竹監獄審認訴願人於該等訴願起訴狀背面及附件另書寫與該監職權無涉之訴願狀，為避免損害訴願人之權益，爰檢還訴願人處理後再提出。訴願人不服，分別於106年8月11日及16日提起訴願。」

理由四則說明法務部不受理本件訴願之理由：

「查本件新竹監獄所為檢還訴願人之訴願起訴狀之處置，非就訴願人之請求有所准駁而生法律上之效果，屬單純之事實行為，自非訴願法上之行政處分，訴願人對之提起訴願，於法不合，應不受理。」

監獄以「為避免損害訴願人之權益」為由，逕自退回受刑人之訴願書狀，使訴願書狀根本出不了監獄大門。這個理由聽起來很像是：我是為你好！法務部訴願審議委員會則認為退回書狀只是沒有法律效果之事實行為，因而不受理訴願。這個理由可能要加個說明：昨夜雨疏風驟，信箋隨之飄落。如果實況至此，更有必要承認受刑人之訴訟權。

三、限於「憲法上權利」受侵害，才能向法院請求救濟？

[10] 多數意見認為監獄措施「逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍」，而不法侵害受刑人「憲法所保障之基本權利」且「非顯屬輕微」時，受刑人於申訴後，應得向法院起訴請求救濟。這是本院解釋首度全面承認受刑人之訴訟權，具有制度面的重大意義，自應贊成。惟上述有關「逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍」，究屬訴訟是否合法之程序要件？或屬有無理由之實體要件？容有解釋空間。多數意見似乎傾向前者，但本席認為未來一般法院應將之解釋為有無理由之實體要件，

以免不當限縮受刑人之訴訟權。

[11] 過去本院解釋在破除特別權力關係理論對於訴訟權之限制時，大多以憲法權利受到侵害為其程序要件，例如釋字第 684 號（大學生）、第 653 號（受羈押人）、第 243 號（公務員）解釋等。在上述之歷史及理論脈絡下，本號解釋依循路徑相依，因而延續同一立場，固有所本。但如此限制，等於是將特別權力關係通往法院的大門只打開半邊，而留下一扇門未開。

[12] 按此處所要給予受刑人之訴訟權，並不是向本院聲請憲法解釋的憲法訴訟權，而是向一般法院起訴的訴訟權，並無當然限於憲法上權利之必要。又一般所謂有權利必有救濟之權利，本就不以憲法上權利為限，而包括法律上權利，甚至可能及於法律上利益或事實上損害。本院過去在破除特別權力關係之初，採取比較謹慎、保守的立場，將公務員、大學生、受羈押人等之訴訟權要件，限於憲法上權利受到侵害，可能是顧慮法院遭到突然增加的大量訴訟淹沒。此項顧慮固然正當，但仍宜隨時代演進，於法院人力、行政訴訟之三級三審等相關制度實際改善後，適時調整放寬上述各類型訴訟權之程序要件，逐步擴大訴訟救濟的權利範圍。

[13] 在受刑人訴訟的類型，本席基於以下幾點理由，認為尤有放寬上述「權利」要件的必要。（1）受刑人訴訟權之開放，其主要實益應該是在所謂管理關係（監獄內部管理措施）所生之爭議。這些爭議，未必均與憲法上權利有關。多數意見之容許受刑人得就監獄「處分或其他管理措施」向法院請求救濟，不以爭執行政處分為限，亦係此意。又因顧慮受刑人濫訴，因此另加上「非顯屬輕微」之要件。本席認為後者已足以讓法院有效控制可能出現之濫訴，而不必再加上憲法上權利之限制。（2）和公務員、大學生等生活在自由社會中的人相比，受刑人所處之監獄具有高度封閉性，受刑人可說是最被隔離的群體。奴隸尚可與家人同住，多數受刑人只能求一週一面會。⁵ 同樣「被特別權

⁵ 行刑累進處遇條例第 56 條：「各級受刑人接見及寄發書信次數如左：一、第四級受刑人每星期一次。二、第三級受刑人每星期一次或二次。三、第二級受刑

力」過的其他群體，例如公務員、大學生等，其法律上權利受侵害時，他們就算無法起訴救濟，但仍有在臉書抱怨、投書報紙、上街抗議、向政府機關陳情等各種訴訟外管道可用。受刑人如果沒有機會享受到溫暖而有人性的訴訟制度，大概就只能抱棉被哭哭。如果說絕對的權力使人絕對的腐化，則絕對的隔離也容易導致絕對的濫權。身處也深處事實上高度隔離環境中的受刑人，應該是最容易受到公權力或其他強勢力量壓迫的群體。在別無充分且有效的申冤管道時，是可以考慮放寬有關「權利」要件的限制。不然，就只好期待未來法院在決定是否受理時，能從寬解釋「憲法上權利」之類型及保障範圍。⁶

[14] 多數意見之所以限縮受刑人訴訟的大門，另一個考量是以申訴為其救濟管道，也就是以行政機關的內部救濟，補充或取代司法救濟。本席也同意在受刑人救濟之情形，申訴如能有效運作，既可迅速回應受刑人之不滿，亦可減少受刑人之濫訴。在此前提下，本席也支持申訴前置主義及強化申訴制度等，以補充司法救濟之侷限。然申訴前置只能延遲訴訟之發生，若要能真正減少訴訟，仍必須是申訴程序確能發揮其救濟功能，而不是官官相護，⁷ 如此的申訴制度才可能補充或取代法院救濟。

四、申訴的定位

[15] 多數意見宣示受刑人在申訴後，如仍不服申訴結果，即得逕行向法院起訴，不必再提起訴願。這等於是將受刑人向監獄（及監督機關

人每三日一次。四、第一級受刑人不予限制。」

⁶ 如對照過去法院相關裁判見解，本席認為法院在未來就不應再繼續將所有的監獄管理措施都一律看成是「均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，並未創設新的規制性效果」。最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決之理由六、（三）。

⁷ 據矯正署統計，105 年度全國各矯正機關（包括監獄、看守所、戒治所、少年觀護所、少年輔育院及矯正學校等，共 51 所）收容人申訴案件共 205 件。各矯正機關向矯正署陳報收容人不符各矯正機關申訴審議結果之案件共 91 件，矯正署審議結果，撤銷原處分者 3 件，變更原處分者 5 件，維持原處分或申訴無理由者 83 件。在各矯正機關，收容人之申訴成功率不明；在矯正署階段，依上述統計，收容人之申訴成功率為 8.79%。參法務部矯正署 2017 年 11 月 17 日法矯署安字第 10601867230 號函（「司法院大法官審理會台字第 11918 號邱和順等聲請解釋案說明會」之書面說明資料），問題八之說明，頁 5。

矯正署)所提起的申訴程序,看成是相當於訴願的先行政程序,以免受刑人於申訴後還要訴願,一再於行政機關內部重複提起救濟,徒然浪費人民時間與行政資源。

[16] 就有關撤銷行政處分之行政救濟程序而言,本席對於我國至今仍採之訴願前置主義,向來質疑其必要性。但基於以下理由,本席認為在受刑人救濟的程序設計,是有必要繼續採取申訴(相當於訴願)前置主義。⁸

[17] 受刑人申訴之客體,並不限於行政處分,而也包括各類管理措施。後者多為事實上行為,且會包括許多本就無法尋求法院救濟的事項(如單純妥當性爭議等),原本就只能以行政機關(監獄)內部的申訴程序處理。加上監獄屬於封閉性空間,有其管理上的特殊性。在現行制度下,任何受刑人之訴訟書狀,都仍須經過監獄之檢查、閱讀才可能送出。既然監獄必然會知悉受刑人對何事項不服及其理由,則讓監獄先審理申訴,一方面可以讓監獄發揮專業能力,並有自我修正機會;另方面可減少訟源,從而減輕法院之案件負擔。又在現實上,如果申訴程序有其存在的必要性,而又不可能根本廢除訴願前置主義,則在現行行政救濟程序的架構下,不如先承認申訴相當於訴願的地位,如此反而是相對有利於受刑人權利救濟的務實作法。

[18] 多數意見在理由書第14段要求監督機關(法務部矯正署)在審查監獄呈轉之受刑人申訴事件時,應「設置具外部公正或專業人員參與

⁸ 美國在1996年制定Prison Litigation Reform Act (PLRA),對於受刑人之向法院起訴,增加了應先窮盡行政內部救濟程序(exhaustion of available administrative remedies)的要求,採取了類似我國的訴願前置主義,可說是一般訴訟要件的例外。”No action shall be brought with respect to prison conditions under section 1983 of this title, or any other Federal law, by a prisoner confined in any jail, prison, or other correctional facility until such administrative remedies as are available are exhausted.” 42 U.S. Code § 1997e(a) (last amended Mar. 7, 2013). 其主要考量及目的也是在減少受刑人之濫訴,並對抗許多法官之過度同情受刑人。另外也希望借重監獄的專業管理能力,先行自我修正。關於PLRA施行後,受刑人訴訟變化之分析, see, e.g., Margo Schlanger, *Inmate Litigation*, 116 HARVARD LAW REVIEW 1555 (2003); Margo Schlanger, *Trends in Prisoner Litigation, as the PLRA Enters Adulthood*, 154 UC IRVINE LAW REVIEW 153 (2015).

之委員會」，這固然是參考訴願法有關訴願審議委員會⁹組織之規定，所為之要求。以使未來監督機關之審理申訴事件，更接近訴願審議委員會之組織。但多數意見對於外部人員之比例、審議程序等，並無進一步的具體要求。因此只能期待監督機關取法乎上，勿以多數意見之上述表面要求為已足。其次，我國現行法對於行政機關之各種委員會，常常要求須有外部人員參與，甚至進一步規定外部人員之比例，¹⁰這固然有其正面意義。但在實施上，如果外部人員之具體人選都仍由各該機關選定，外部人員也可能淪為花瓶，未必能真正發揮其獨立及中立性等。在制度設計上，尤其是考量監獄的封閉性特質，如果要讓外部陽光真的可以照入黑牢之內，似有必要進一步將外部委員的實質選任權也交給「外部」，例如由人權團體、律師公會、社工團體、更生保護會等民間團體等自行推派適當人選，再由法務部矯正署遴任為外部委員。這才更能期待他們於必要時，可以發揮保障受刑人人權、制衡監獄的關鍵功能。

部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出

——在監獄高牆頂上，開了一扇訴訟救濟天窗，讓司法陽光照進監獄

受刑人與一般人相較，其受憲法保障之基本權利固有不同，但受刑人受監禁，其受憲法保障之基本權利如訴訟權不當然因之而均受限制或剝奪。故如監獄處分或其他管理措施，客觀上有涉及侵害受刑人受憲法保障之基本權利可能時，究竟於如何範圍內，應在現行監獄行刑法所規定之申訴制度之外，另給予受刑人向法院尋求訴訟救濟之權利，以符憲法第16條保障人民訴訟權之意旨，係憲法相關爭議，自有

⁹ 訴願法第52條第1項：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。」第2項：「訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。」

¹⁰ 如訴願法第52條第2項就規定訴願審議委員會之外部人員「不得少於二分之一」。又法務部也已經要求各監獄設置之收容人申訴處理小組，其成員9人中，外部人員應有5人。參法務部2016年10月24日法制字第10513504480號函，說明二、（四）（3），頁3。但此項要求不及於監督機關（矯正署）本身。

由本院解釋之必要，斯即為作成本件解釋之基本目的。

本席肯定上旨，並且認為本院經由本件解釋已在監獄高牆頂上，開了一扇訴訟救濟天窗，讓司法陽光照進監獄，稍稍擴大人權保障，此部分爰予贊同。但對於本件解釋之受理範圍（是否聲請人之全部聲請均予受理）、解釋客體（是否應包括監獄行刑法第6條規定）及修法前之過渡處理（本件解釋文第2段）等部分，本席有不同意見，爰提出本部分協同部分不同意見書。

監獄行刑原屬一種特別權力關係，本席贊同持續鬆綁特別權力關係，但也贊同監獄管理有其特殊性，故對一般人民訴訟權之限制與對受刑人訴訟權之限制非不可有差異。因此，對本件解釋未全盤否定現行監獄行刑法所定申訴制度，僅於監獄處分或其他管理措施1、逾越達成監獄行刑目的（請見監獄行刑法第1條）所必要之範圍，2、侵害受刑人受憲法保護之基本權利，且3、其侵害非顯屬輕微等時，受刑人方受訴訟權之保障之解釋原則，表示贊同。即本席贊同就監獄處分及其他管理措施不服之救濟，如本件解釋所示：採申訴與訴訟雙軌併存制，凡不符上述三訴訟要件者，其爭議仍僅以申訴程序處理之；必須以符合上述三條件為前提，才能獲訴訟救濟。惟何謂在監獄行刑目的下之受刑人受憲法保障之基本權利？何謂其侵害非顯屬輕微？很抱歉在現行大法官抽象解釋體制下，本件解釋無法具體界定，故仍有待經由法院、法律學說、實務共同努力，以形成共識。

但本席認為本件聲請人一之聲請中關於強制保管其原子筆並限制其寄發賀卡之處分、聲請人二部分及聲請人三部分，或無關其受憲法所保障之基本權利或情節顯屬輕微或在監獄行刑目的必要範圍內，故均可不予受理，然多數意見仍併予受理，且未明示上開情形不得訴訟，有引致誤解可能，本席無法全部贊同。

又監獄行刑法第6條雖僅提及受刑人就監獄之處分得申訴，而未正面提及訴訟，但該條也未規定受刑人不得訴訟，故本件解釋不應、也無以監獄行刑法第6條為解釋客體之必要（單獨以本件解釋所示之系爭規定二為審查客體即可作成本件解釋）。至於該法施行細則第5

條第1項第7款（即系爭規定二）部分，確係特別權力關係制度下之規定，固然在本院釋字第653號解釋後，法務部矯正署已以101年4月5日以法矯署綜字第10101609910號函（請見本件解釋理由書第11段）函聲明：得循送法院刑事庭處理之程序處理，不受系爭規定二之拘束云云。且法院實務尤其刑事庭也並非一概否定受刑人之訴訟權（只是認係行政爭訟事項或非行政處分，如臺灣高等法院104年度抗字第972號、105年度抗字第757號刑事裁定及最高行政法院105年度裁字第1249號裁定），與本院釋字第653號解釋當時之情況（實務概認為不得訴訟），已有所不同，但因法務部迄未修正系爭規定二，行政法院體系仍一致否定監獄之處分為行政處分，並絕大多數以系爭規定二為拒絕受理受刑人之起訴之依據，故爭議未決，從而多數意見認有作成本件解釋宣告系爭規定二違憲之必要，此部分可予贊同。

關於解釋文第2段部分：本席理解多數意見係出諸善意，也為法院實務因應作了一些考量處理，但是本席仍無法贊同之，理由如下：

- 1、本件多數意見既認為有給予相關機關二年立法期間之必要，則若另有過渡處理之必要，也應該是針對在二年期滿而未完成修法之情形為解釋即足。本席不認為有應於修法前即給予受刑人訴訟救濟急迫情事。
- 2、究竟係循刑事訴訟之何種程序或行政訴訟之何種程序處理，立法上有超過二種之選擇可能，且此核屬立法形成自由。故在修法前作過渡處理，無可否認地將可能被質疑是否僭越立法權。本院本司法謙抑之旨，理應充分尊重其他機關之職權，從而，非有絕對必要，不宜輕易為之，即本院理應儘量避免僭越立法權。
- 3、尤其依法務部矯正署上開101年4月5日函釋說明二，法務部已提出之監獄行刑法修正草案係選擇由受刑人向刑事法院聲明異議，而不是提起行政訴訟。此與多數意見所採取之循行政訴訟中之簡易程序處理不同。解釋文第2段之過渡處理方式指定，不但難以避免指導立法之譏，而且若將來立法選擇為相異處理，也可能另造成其他困擾。

- 4、如一定要在修法前作過渡處理，則本席贊成由刑事法院依聲明異議處理。因為(1)監獄行刑是刑之執行，刑之延伸，屬刑事相關事務，與刑事法院較相關，刑事法官較嫻熟；(2)由法務部及臺北監獄書面說明觀之，如由刑事庭以聲明異議處理，其案量應不致太加重刑事法院負擔（當然，在本院解釋後，案量難以正確預測，此亦係本席不贊成解釋文第2段之理由之一，另如下述）；(3)聲明異議在刑事訴訟法上本已有一套不必開庭之書面處理程序，較簡便易行，若循此程序，本院無須就程序細節深度介入；(4)反之，依解釋文第2段係將申訴類比、取代訴願，但申訴機關之組織與訴願機關有別，是否可類比為訴願並適宜當然取代訴願程序，似非無疑。再者，若循行政爭訟程序，則應歸類為撤銷行政處分訴訟，其性質不必然為簡易訴訟事件，本院適宜指定必循簡易訴訟程序嗎？又撤銷行政處分之行政爭訟是以開言詞辯論庭為原則，尤其要不要行言詞辯論、如何行言詞辯論，均涉及受刑人基本權利之保護，並屬立法應考量及可裁量範圍，本院雖本善意（慮及行政法院開庭提解人犯安全、作業及因此可能大大增加不服申訴之案量負擔）作成解釋文第2段，但以解釋立場宜否如此深度介入，亦值商榷（如有必要而暫以刑事聲明異議處理，則較無相同之顧慮）。
- 5、固然依法務部矯正署提供之數據，受刑人申訴案量有限。但本件解釋後，情事難以準確預料，而不論刑事法院或行政法院體系，無法立即因應本件解釋而機動增加必要人力，乃明顯之事實。故而依本件解釋立即擴大受刑人之訴訟權保護，無可避免將影響甚至排擠現有案件之處理，間接影響其他人民之保護，當然更加重法官之負擔，此為本席之所最關切，並因而難以贊同本段解釋。尤其案量之增加不是等比例分配至全國法院（有些法院管轄區域內沒有監獄，如臺灣臺北地方法院、臺灣士林地方法院），以臺灣桃園地方法院行政訴訟庭為例，轄區內有四個監獄，共有超過10,000個受刑人服刑其中，首當其衝，

但其編制內則僅有三位行政訴訟庭法官，怎能不令人掛心啊！

- 6、這件解釋首要期待：本院已在監獄高牆頂上開了一扇訴訟救濟之天窗，陽光已經可以照進監獄之內，陽光除了有淨化、殺菌作用外，監獄管理措施如有違法不當，更將被公開攤在司法陽光（法官）下，由法官守護檢驗。希望監獄管制措施能因有此一更公開透明之外部監督新制而更合法、合理，並因此能不致太增加申訴、訴訟案量。其次，徒法不能以自行，人權擴大保護，司法機關責無旁貸，但政府尤其法院需付出相當之人力、物力代價，此部分尤需全民、立法及其他相關機關配合支持。

部分協同部分不同意見書 許志雄大法官 提出

監獄行刑法第6條規定：「（第1項）受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。（第2項）典獄長接受前項申訴時，應即時轉報該管監督機關，不得稽延。（第3項）第一項受刑人之申訴，得於視察人員蒞監獄時逕向提出。」同法施行細則第5條第7款規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：……七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」本號解釋宣告，上開規定不許受刑人向法院請求救濟，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違；相關機關至遲應於2年內檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範；修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施不服，得經申訴後提起行政訴訟，請求救濟。就此部分，本席敬表同意。

惟多數意見表明，受刑人「唯於監獄處分或其他管理措施逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，本於憲法第16條有權利即有救濟之意旨，始許其向法院提起訴訟請求救濟。」本席認為，其過度壓縮受刑人請求法院救濟之權利，涉及訴訟權核心內容之侵害，礙難同意。又系爭規定何以違憲，解釋理由書之論述似未盡周延，且本案涉及在監關係之性質與

法理，以及受刑人之人權等問題，實有探究之必要，爰提出部分協同部分不同意見書，析述如下。

一、特別權力關係理論之突破

受戰前德國及日本影響，特別權力關係理論在我國盛行數十年。依該理論，特別權力關係適用特殊之法理，與一般權力關係大相徑庭。其主要特徵如下：一、公權力無須法律依據，即具有命令權及懲戒權等概括性之支配權；二、即使無法律依據，公權力亦可限制相對人之人權；三、公權力之行為，原則上不受司法之審查，相對人之訴訟權遭限制。要之，特別權力關係理論適用之特殊法理，包含法治主義（法律保留原則）之排除、人權保障之排除及司法審查之排除。按公務員關係、在學關係及在監關係（含監獄與看守所），堪稱典型之特別權力關係事項。惟三者成立之原因不一，或出於相對人自願，或基於法律之強制性規定，且其事物性質差異甚鉅，如何能藉特別權力關係統一說明¹？易言之，特別權力關係理論係以一般性、抽象性之「特別權力關係」概念，涵蓋各種實質迥異之法律關係，而藉演繹方法將其特殊法理一體適用。此一理論欠缺正當性及合理性，不待贅述。尤其，上開特殊法理顯然背離立憲民主精神，無怪乎特別權力關係被稱為法治國家之黑森林或原始林²，備受質疑。

戰後德日實施新憲法，強調法治國家原則，特別權力關係乃喪失存續之基礎；如今，特別權力關係理論已成明日黃花，學說見解紛紛以特別法律關係或特別義務關係代之。我國自1960年代中葉起，學界開始引進新理論。而釋憲實務上，1984年司法院釋字第187號解釋首開先河，對特別權力關係事項不得爭訟之原則加以挑戰。嗣經大法官數十年努力，累

¹ 松本和彥著，特別な法律關係における人權保障，收於小山剛、駒村圭吾編「論點探究 憲法」，弘文堂，2005年，頁72、73。

² 室井力著，特別權力關係論，勁草書房，1979年第6刷，頁279。

積近 20 號解釋後，於公務員關係及在學關係方面，皆已突破特別權力關係之窠臼。公務員關係部分，承認法律保留原則之適用（釋字第 246 號、第 270 號、第 455 號、第 491 號、第 614 號及第 658 號解釋參照）、公務員服公職之權利與訴願訴訟等爭訟權之保障（釋字第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 312 號、第 323 號、第 338 號、第 483 號、第 491 號及第 575 號解釋參照）。在學關係部分，承認法律保留原則之適用（釋字第 380 號解釋參照）、學生受教育權與其他基本權利及爭訟權之保障（釋字第 382 號及第 684 號解釋參照）。

至在監關係方面，特別權力關係亦見鬆動，於受羈押被告部分，釋字第 653 號解釋認受羈押被告之憲法權利之保障，除人身自由及因人身自由受限制而影響之權利外，原則上與一般人民所得享有者並無不同，並肯定受羈押被告之訴訟權應受保障³；於受刑人部分，釋字第 691 號解釋表示，基於憲法保障人民訴訟權之意旨，受刑人不服行政機關不予假釋之決定，得請求司法救濟。本號解釋又往前跨越一步，承認受刑人有受憲法所保障之基本權利，且於基本權利受侵害時，有循訴訟請求司法救濟之權利。但如解釋理由書所示，監獄對受刑人所為之管理措施「如其未侵害受刑人之基本權利或其侵害顯屬輕微，僅能循監獄及其監督機關申訴程序，促其為內部反省及處理。唯於監獄處分或其他管理措施逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基

³ 釋字第 653 號解釋理由書：「……刑事被告受羈押後，為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。是執行羈押機關對受羈押被告所為之決定，如涉及限制其憲法所保障之權利者，仍須符合憲法第二十三條之規定。受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟，始無違於憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨。」

本權利且非顯屬輕微時，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，始許其向法院提起訴訟請求救濟。」受刑人訴訟權之保障範圍仍受侷限。由此可見，於在監關係上，特別權力關係理論之遺毒仍未盡祛。

二、受刑人之人權

人權乃人之為人當然享有之權利，係維護個人尊嚴所不可或缺者，具備固有性、不可侵犯性及普遍性等特性。受刑人雖因犯罪而受處罰，但其作為人之尊嚴應予尊重，仍為人權之主體，原則上與一般人相同，享有一定之人權。職是之故，公民與政治權利國際公約第 10 條第 1 項明定：「自由被剝奪之人，應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。」聯合國大會 1990 年 12 月 14 日 A/RES/45/111 號決議通過之受監禁者待遇基本原則（Basic Principles for the Treatment of Prisoners）第 5 點進一步規定：「除可證明屬監禁所必要之限制外，所有受監禁者均保有其在世界人權宣言，以及（如各該國為後列公約之締約國者）經濟社會文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約及其任擇議定書所規定之人權及基本自由，並包括聯合國其他公約所規定之其他權利。」

惟在監關係之存在及其自律性，應屬憲法本身承認之憲法秩序構成要素（憲法第 8 條規定參照）。對受刑人之人權加以限制，所以具有正當性，根據在此。蓋受刑人入監服刑，於監獄形成之生活關係異於通常社會，故在監關係有其特殊性，可謂具備一定自律性秩序之特別法律關係。基於此一前提，受刑人之法律上地位難免產生變化，與一般國民有所不同。而且，監獄行刑包含監禁、戒護及矯正等目的，加上監獄之秩序、紀律及安全必須確保，則受刑人與一般人相比，權利受到較大之限制，要難否認⁴。問題是，何種權利、於何種程度內受限制？

⁴ 蘆部信喜著，憲法學Ⅱ，有斐閣，1994 年第 1 版第 2 刷，頁 249、272、273。

本席認為，受刑人之人權限制問題，既不能以特別權力關係為由，予以漠視，亦不能僅因屬於特別法律關係之範疇，而劃一處理。原則上，應依權利種類、性質之不同，個別檢討認定之。受刑人權利之保障及限制，可分成下列三種類型⁵：一、基於在監關係，受刑人之人身自由應受限制，固不待言，其他權利如居住遷徙自由、職業自由及集會結社自由，因性質關係，亦連帶不受保障，自屬當然。二、思想自由及信教自由，屬內在精神活動之自由，本受絕對保障，不許任何限制，受刑人應與一般人享有同等保障。三、其他權利，特別是表現自由（集會結社自由除外）及秘密通訊自由，受刑人固然享有之，但為維持在監關係之存立，於合乎「限制較小之可選擇手段」（less restrictive alternatives, LRA）基準下，得為一定之限制。亦即，受刑人之表現自由及秘密通訊自由，其限制即使較一般人多，仍須在「必要最小限度規制」之範圍內，始得為之。

本號解釋之理由書指出：「法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第1條參照）。受刑人在監禁期間，因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制。鑑於監獄為具有高度目的性之矯正機構，為使監獄能達成監獄行刑之目的（含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等），監獄對受刑人得為必要之管理措施，司法機關應予較高之尊重。」依其意旨，受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，而連動造成居住與遷徙等自由權利亦當然受限制外，受刑人之其他自由權利並未受剝奪。惟監獄必須保持一定之自律性秩序，是監獄對受刑人得為必要之管理措施，司法機關應予較高之尊重。茲所謂「較高之尊重」，就司法審查之層面考量，不外指法律

⁵ 同前註，頁274以下。

保留之密度可以降低，審查基準亦宜適度放寬⁶。徵諸前述在監關係之特性，本席認同此等多數意見之立場及見解。

三、受刑人訴訟權之保障與限制

訴訟權係程序性之基本權，以保障其他權利及法律上之利益為目的。釋字第154號解釋表示：「憲法第16條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。」言簡意賅，一語道出訴訟權之意義、性質及目的。之後，大法官更多次表明，基於有權利即有救濟之法理，人民於其權利受侵害時，有向法院請求救濟之權利；此為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪（釋字第396號、第574號、第653號及第752號解釋參照⁷）。向法院請求救濟之權利既屬訴

⁶ 高橋和之認為，在監關係上，法律保留於某種程度內緩和，既然憲法承認監獄制度，則內在於制度本身之人權限制未必須有法律根據，而且委任立法之範圍較一般場合廣泛；但人權之限制內容是否正當之審查，並未放寬。參照氏著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2005年初版第3刷，頁110。其對法律保留與審查基準採取兩套標準，似有立場前後不一之嫌。本席認為，在監關係之存在及其自律性，乃憲法本身承認之憲法秩序構成要素；審查基準適度放寬，與一般情形有所區別，無寧較符合在監關係之特性。參照穴戶常壽著，憲法解釋論の應用と展開，日本評論社，2011年第1版第3刷，頁85；長谷部恭男著，Interactive 憲法，有斐閣，2006年，頁141。

⁷ 釋字第396號解釋理由書：「人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第243號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。」

釋字第574號解釋理由書：「憲法第16條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」

釋字第653號解釋理由書：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利……。基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容……，不得因身分之不同而予以剝奪……。」

釋字第752號解釋理由書：「憲法第16條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第418號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第396號、第574號及第653號解釋參照）。」

訟權之核心內容，亦即本質性內容，理應絕對禁止限制。

本號解釋之理由書一方面嚴正表示：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分之不同即予以剝奪（本院釋字第 736 號解釋參照）。」他方面卻又認為受刑人「唯於監獄處分或其他管理措施逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，始許其向法院提起訴訟請求救濟。」前後文對照，關於訴訟權保障之範圍，於受刑人部分明顯限縮。蓋如文字所示，一般人於「權利或法律上利益」遭受侵害時，即可向法院提起訴訟請求救濟；而受刑人則須「侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時」，始能為之。法律上利益與憲法所保障之基本權利有別，而權利除憲法所保障之基本權利外，尚有法律上之權利。為何將受刑人之法律上之權利及利益排除在訴訟權保障範圍外⁸？如此豈非違背訴訟權核心內容絕對禁止限制之原則⁹？如前所述，基於在監

⁸ 釋字第 684 號解釋表示：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」其就在學關係之訴訟權保障範圍，雖僅提到「受教育權或其他基本權利」，但未如本號解釋一般，明確將訴訟權保障範圍侷限於憲法所保障之基本權利，故解釋上未必將法律上之權利及利益排除在外。

⁹ 司法院大法官歷來之解釋從寬界定財產權，凡與金錢有關者，殆皆納進財產權保障範圍。而且，德國聯邦憲法法院及學界通說均將一般行為自由歸入基本權保護領域，我國司法院釋字第 689 號解釋亦承認一般行為自由受憲法第 22 條所保障，屬於憲法上之權利。在財產權與一般行為自由之影響下，「憲法所保障之基本權利」與「權利或法律上利益」之差距，或許不如想像之大，但只要受刑人之法律上之權利及利益被排除在訴訟權保障範圍外，其違背訴訟權核心內容絕對禁止限制原則之問題，即不會消失。

關係之特性，受刑人之實體性基本權保障已不如一般人，何以屬程序性基本權之訴訟權亦加以壓縮？就此，多數意見並未說明，莫非僅因受刑人身分即視為當然？若是如此，豈非與前揭「不得僅因身分之不同即予以剝奪」之意旨矛盾，而殘留特別權力關係理論之陰影？誠然，基於在監關係之自律性，監獄公權力之行使有廣泛之裁量權，除非出現裁量逾越或濫用情形，否則受刑人實質上難以獲得司法救濟¹⁰。即使如此，仍不得任意限制或剝奪受刑人之訴訟權。況受刑人入監服刑，與一般社會隔絕，並脫離政治運作過程；其人權問題通常不為社會所關心，亦非政治部門重視之事項。在監關係充滿權力色彩，受刑人每日處於全面性管制之環境，權益極易受侵害，而當權益受侵害時，難有求助之對象，法院往往是最後甚至唯一可以寄望者¹¹。在此意義上，受刑人乃最弱勢之一群，如果連向法院提起訴訟請求救濟之權利亦予壓縮，則顯不合理。

本號解釋表示，相關機關應於2年內，依解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。修法完成前，受刑人就監獄之處分或其他管理措施不服者，得於申訴後循行政訴訟程序請求救濟。按有關訴訟制度之設計，例如採刑事訴訟或行政訴訟程序，立法者保有立法形成空間，釋憲機關的確不宜置喙。在過渡期間，監獄之處分或其他公權力措施事件循行政訴訟程序請求救濟，符合事物之性質，堪稱允當。此外，訴訟權於行政事件上，屬於受益權或國務請求權之一種，而於刑事案件上，則以自由權為重心¹²。受刑人因在監關係提起之訴訟，

¹⁰ 松島諄吉著，在監關係について——傳統的な「特別權力關係理論」への批判的一考察——，收於「現代における法の支配」（磯崎辰五郎先生喜壽記念），法律文化社，1979年，頁276、277。

¹¹ 井上典之著，司法の人權救済論，信山社，1992年，頁243、244。

¹² 嚴格言之，訴訟權包含積極內容與消極內容。在民事及行政事件方面，人民於

係為求權利之救濟，其訴訟權顯然側重在受益權或國務請求權之面向，則採行政訴訟程序相當合理。

四、監獄行刑法亟須徹底檢討修正

監獄行刑法於民國 34 年制定，35 年公布，36 年施行，時值國民政府時期，內容十分欠缺人權保障觀念。43 年該法雖全文修正，但在戒嚴、動員戡亂之緊急體制及威權統治下，一般人之人權尚且未受重視，更遑論被劃歸特別權力關係範疇之受刑人之人權；就此角度而言，其內容仍然乏善可陳。嗣後監獄行刑法又經多次修正，僅零星變更若干條文，而原本蘊含之問題並未解決。現行監獄行刑法及相關法令（如監獄行刑法施行細則、行刑累進處遇條例及其施行細則等）之諸多規定，特別是對受刑人之教化、接見、發受書信、書信之檢閱與刪除、文稿之投寄等規制，涉及思想自由、秘密通訊自由及表現自由等基本權利之限制，其規制目的是否正當，規制手段能否經得起 LRA 基準之檢驗，均有深入檢討之必要。總之，監獄行刑法及相關法令充斥著特別權力關係色彩，居然能夠存在於今日，不免令人有時代錯誤之感覺。或謂，一個國家之人權發展程度如何，從受刑人之人權狀態即可判斷。職是之故，監獄行刑法及相關法令非儘速徹底修正不可！為落實立憲民主之精神，於追求監獄行刑目的之實現時，須以充分尊重受刑人之人權為前提，勿讓特別權力關係之幽靈為虐。本席堅信，這是未來修法應該秉持之原則與方向。

其權利或利益受不法侵害時，得向法院請求為損害之救濟，法院不許「拒絕裁判」，是為訴訟權之積極內容。在刑事案件方面，訴訟權本係「非依法院之裁判，不受科處刑罰之權利」，或者「被告受公正裁判之權利」，明顯側重消極內容。亦即，訴訟權於民事及行政事件上，屬於受益權或國務請求權之一種，而於刑事案件上，則具有自由權之性質。固然上訴權之承認，旨在人民之權利因法院錯誤裁判而受侵害時，提供救濟機會，亦屬訴訟權積極內容之體現，兼具受益權性質，但仍無法否認，訴訟權於刑事案件上係以消極內容及自由權為重心。參照本席釋字第 752 號解釋協同意見書。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本解釋多數意見認監獄行刑法第6條（下稱系爭規定一）及同法施行細則第5條第1項第7款（下稱系爭規定二）不許受刑人就受監禁期間，因監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非屬輕微時，得向法院請求救濟部分，逾越憲法第23條之必要程度，與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違；並定期2年內修法，本席敬表贊同。

惟多數意見認修法完成前，即應予救濟，並宣示救濟之程序，就此部分尚難支持，爰提出部分不同意見書如下：

一、本解釋既諭知定期修法，惟未附理由即創設定期修法期間之過渡措施，實有未當

- （一）本解釋多數意見以系爭規定一、二部分違憲，定期2年內修法，復諭知修法前得逕向法院請求救濟。所謂「修法前」包括於所定期限內完成修法及逾期末修法完成二種情形，亦即自本解釋公布日起，即可逕向法院請求救濟，無須待所定修法期限屆滿。
- （二）自國家權力功能之分配而言，司法機關作為法律之適用者，相較於立法機關，較欠缺民主正當性，亦較無法決定何者為「較正確」之立法。本院採行宣告法規違憲「定期失效」或「定期修法」，正是基於上述司法機關無從直接取代立法機關之修法考量，除對立法機關產生制衡，亦對本院職司法規違憲審查係制衡立法者之權限自我節制，避免司法權過度積極侵害立法權¹。此種司法權對於立法權自我節制之要求，係來自權力分立之憲法要求。於立法機關逾期末修法時，因已嚴重立法怠惰，則

¹ 按本院宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨，然並不影響本院宣告法令違憲之本質（本院釋字第725號解釋參照）。

諭知採取過渡措施，尚可容許。而對於命定期修法，諭知在所定修法期間之過渡措施，因欠缺如立法者逾期未修法之急情情事，自應更為審慎嚴謹，否則定期修法即失其定期之意義。而過渡期間之過渡措施僅具暫時性，除不得自行造法外，自亦應以對現行法制影響最小之措施為之；且本院必也對於定期修法過渡期間是否採取過渡措施以及採取如何之過渡措施，附理由予以說明，始得以過渡措施確保本院解釋內容之實現。

- (三) 本解釋多數意見或以權利救濟之及時性，而認有於命定期修法期間採取過渡措施之必要，惟定期修法期間現行法令違憲狀態之存續何以難以忍受，必須於立即於定期修法期間採取過渡措施，應予以說明。此種狀況，與宣告立即失效諭知過渡措施之效果無任何差別。就本解釋而言，則必須對目前監所受刑人之基本權利狀況進行評估，始能決定是否採取過渡措施，立即改正受刑人欠缺司法救濟之違憲狀態。監所受刑人之基本權利受不法侵害情狀，尚非嚴重，或基本權利受不法侵害之情形並不多見，則無立即於定期修法期間採取過渡措施之必要。
- (四) 本院既以修改法令所需時程、促使主管機關審慎周延立法以符合本院解釋意旨等事由（本院釋字第 725 號解釋參照），命立法者定期修法。就本解釋所涉受刑人即時有效救濟之訴訟制度而言，參照本院釋字第 653 號解釋「受羈押被告不服看守所之處遇或處分，得向法院提起訴訟請求救濟者，究應採行刑事訴訟、行政訴訟或特別訴訟程序，所須考慮因素甚多，諸如爭議事件之性質及與所涉刑事訴訟程序之關聯、羈押期間之短暫性、及時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，均須一定期間妥為規畫。」以及釋字第 691 號解釋「從而受刑人不服行政機關不予假釋之決

定，而請求司法救濟，自應由法院審理。然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。」之解釋意旨，關於訴訟制度之設置，立法者皆須考量眾多因素始能妥為立法。本解釋對何以須於定期修法期間，採取過渡措施，卻未說明理由，實有未當。

（五）綜觀本院歷來解釋，釋字第 691 號解釋係針對審判權爭議統一解釋，非對定期修法所諭知之過渡措施；釋字第 720 號解釋係因釋字第 653 號解釋諭知定期修法後，立法者逾期未修法，為確保本院解釋內容之實現所為，並非定期修法期間之過渡措施；其他有於宣告法令定期失效，同時諭知在法律修正前，應斟酌解釋意旨妥為適用法令者，如本院釋字第 300 號²、第 523 號³、第 641 號⁴解釋；亦有同時諭知相關規定修正前之執行方式者，如本院釋字第 677 號解釋⁵。上述解釋或僅為適用法令斟酌

² 本院釋字第 300 號解釋「對羈押展期之次數未加適當限制部分，與憲法保障人民身體自由之本旨不合，應儘速加以修正，至遲應於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適用。在法律修正前適用上開現行規定，應斟酌本解釋意旨，慎重為之。」

³ 本院釋字第 523 號解釋「不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第 11 條第 1 項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第 8 條、第 23 條及前揭本院解釋意旨不符，應於本解釋公布之日起一年內失其效力。於相關法律為適當修正前，法院為留置之裁定時，應依本解釋意旨妥為審酌，併予指明。」

⁴ 本院釋字第 641 號解釋「系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第 21 條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」

⁵ 本院釋字第 677 號解釋「監獄行刑法第 83 條第 1 項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分，使受刑人於刑期執行期滿後，未經法定程序仍受拘禁，侵害其人身自由，有違正當法律程序，且所採取限制受刑人身體

解釋意旨，或僅為執法方面之諭知，所須考量事項較簡單，而本解釋諭知於定期修法期間，即予救濟，並對審判權歸屬、審判程序之準用作出指示，須考量因素多，且無緩衝時間造成之影響廣大，如無重大理由，諭知本解釋公布後立即採行，亦難謂妥適。

二、本解釋諭知逾期未修法之過渡措施，仍應準用現行法制規定為限，不得造法

- (一) 本院歷年解釋於命定期修法，並伴隨對逾期未修法為預告性諭知，有令法令失其效力者，如本院釋字第 551 號⁶、第 709 號⁷、第 731 號⁸、第 739 號解釋⁹；或命應依解釋意旨適用法令者，如本院釋字第 737 號解釋¹⁰；或命直接適用現行規定者，如本院釋字第 748 號解釋¹¹；且

自由之手段亦非必要，抵觸憲法第 8 條及第 23 條之規定，與本解釋意旨不符部分，應自中華民國 99 年 6 月 1 日起失其效力。有關機關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範。相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。」

⁶ 本院釋字第 551 號解釋「有關機關應自本解釋公布之日起兩年內通盤檢討修正，以兼顧國家刑罰權之圓滿正確運作，並維護被誣告者之個人法益；逾期未為修正者，前開條例第 16 條誣告反坐之規定失其效力。」

⁷ 本院釋字第 709 號解釋「不符憲法要求之正當行政程序。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」

⁸ 本院釋字第 731 號解釋「仍以徵收公告日計算申請期間，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請之規定，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，應自本解釋公布之日起一年內檢討修正。逾期未修正者，該部分失其效力。」

⁹ 本院釋字第 739 號解釋「相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」

¹⁰ 本院釋字第 737 號解釋「偵有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

¹¹ 本院釋字第 748 號解釋「有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」

鑑於立法者逾期未修法之情形者益發普遍，近年亦有對逾期未修法之情形，諭知採取過渡措施者，如本院釋字第 720 號、第 742 號¹²、第 747 號解釋¹³。

(二) 基於命定期修法後，立法者若逾期未修法將導致違憲之法令狀態不斷延續，且毫無限期，對於預告逾期修法之過渡措施，自應容許本院有較大介入空間。惟本院為司法機關，雖職司法令之違憲審查，尚無法全面取代立法者，對逾期未修法之過渡措施仍應有其界限，應於現行法制下，選取較適宜者，不得自行造法。

(三) 本解釋諭知：「修法完成前，受刑人就監獄處分或其他管理措施，認逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微時，經依法向監督機關提起申訴而不服其決定者，得於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定，並得不經言詞辯論。」理由書中並謂：「其經言詞辯論者，得依同法（行政訴訟法）第 130 條之 1 規定，行視訊審理。」就所採過渡措施可分述如下：

1. 於修法完成前採行，修法後自應適用新法規定。
2. 不限於監獄處分，尚包括其他管理措施。
3. 須監獄處分逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而

¹² 本院釋字第 742 號解釋「立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」

¹³ 本院釋字第 747 號解釋「有關機關應自本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例妥為規定。逾期未完成修法，土地所有權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」關於本院釋字第 747 號解釋，本席亦曾提出不同意見書。

不法侵害其憲法所保障之基本權利且非顯屬輕微者。如屬達成監獄行刑目的所必要之範圍；或雖逾越監獄行刑目的所必要範圍但未侵害其憲法所保障之基本權利；或所侵害之基本權利顯屬輕微者，均不符請求法院救濟之要件，得認其訴為不合法，裁定駁回。

4. 須先依法（即監獄行刑法及其施行細則等）向監督機關提起申訴。
5. 須於申訴決定書送達後 30 日之不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴。以申訴程序代替訴願程序，無庸再經訴願程序。
6. 案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定。其應依簡易訴訟程序規定繳納裁判費¹⁴，自不待言。
7. 得不經言詞辯論。
8. 如須行言詞辯論者，得依行政訴訟法第 130 條之 1 規定，行視訊審理。

（四）行政訴訟法之簡易訴訟程序，除訴不合法，以裁定駁回，或訴顯無理由者，得不經言詞辯論外，須經言詞辯論。¹⁵本解釋諭知得不經言詞辯論，經言詞辯論者，得行視訊審理，固為避免提解受刑人之勞費與安全問題，惟於現行行政訴訟法簡易訴訟程序應行言詞辯論之規定，另外形成得不經言詞辯論之簡易訴訟程序，實有未當。又行政訴訟法之簡易訴訟程序，其提起撤銷訴訟或課以義務訴訟者，原則上須經訴願程序¹⁶，並於訴願決定書送達後 2 個月之不變期間內提起¹⁷。本解釋即採行行政訴訟法之簡易訴訟程序，為配合現有監獄行刑法所定申訴程

¹⁴ 行政訴訟法第 98 條第 2 項後段規定參照。

¹⁵ 行政訴訟法第 107 第 1 項、第 3 項、第 188 條第 1 項、第 3 項規定參照。

¹⁶ 行政訴訟法第 4 條、第 5 條規定參照。

¹⁷ 行政訴訟法第 106 條第 1 項規定參照。

序，因與訴願程序同為自省程序，乃以申訴程序代替訴願程序，固有相當理由，惟何以起訴期限未採相同規定，於申訴決定書（代替訴願決定書）送達後2個月內為之，而另諭知於30日內提起，創設不同之起訴期間，亦顯非妥當。

- （五）諭知逾期未修法之過渡措施時，係為防止修法怠惰導致法令違憲狀態無限延續而設，立法者修法時並不受拘束，亦屬當然。

三、監獄處置之救濟應循刑事救濟途徑為宜

- （一）本解釋多數意見雖未對採取上開過渡措施之理由詳加說明，但似認監獄行刑措施係屬公法性質，故於相關機關依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，於修法完成前，以行政訴訟程序為過渡措施，本席未全然贊同。
- （二）按刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其間代表國家從事「刑之執行」之機關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一（本院釋字第392解釋參照¹⁸）。刑之執行本身而言，可分為刑罰是否繼續執行即假釋，以及刑罰如何執行即監獄行刑¹⁹。本席於本院釋字第691

¹⁸ 本院釋字第392號解釋「刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其間代表國家從事『偵查』『訴追』『執行』之檢察機關，其所行使之職權，目的既在達成刑事司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一。」

¹⁹ 盧映潔，論監獄處分之救濟途徑—兼評最高法院92年度裁字第267號裁定、高雄高等行政法院93年度訴字第468號判決、最高行政法院93年度裁字

號解釋不同意見書，已依上開見解，認假釋係作為刑罰執行之緩衝機制，與刑罰權之具體實現具有不可分離之關係，則否准假釋之決定雖屬公法上爭議，但應依行政訴訟法第2條除外之規定，將相關爭議交由刑事法院審理²⁰。同理，雖然監所隸屬於法務部，基於管理或實踐行刑目的所為對受刑人產生效力之決定，性質上雖具有國家行政權行使之性質，但如何執行刑罰始能達成行刑目的，實與刑罰權之具體實現具有不可分離之關係，亦含有刑事司法性質。究應由何法院審理，本應由立法自由形成，在立法完成前，如有諭知過渡措施之必要，本席認應由刑事法院審理，較為恰當。理由如下：

1. 監獄行刑法之主管機關法務部已研擬監獄行刑法修正草案，修正草案第105條規定「（第1項）受刑人就涉及個人權益事項，不符監獄所為申訴之決定，得向法院聲明異議。（第2項）受刑人不服監督機關依前條所為申訴之決定，得向監督機關所在地之地方法院聲明異議，並準用第106條至第108條規定。」其中第107條、第108條之立法理由敘明係參酌刑事訴訟法規定訂定，主管機關裁量結果，於草案中採行刑事訴訟程序給予救濟，本解釋於監獄行刑法及相關法規修正前，採行政訴訟法簡易訴訟程序為過渡救濟措施，難免有未尊重其立法裁量之議，且待上開監獄行刑法修正草案修法完成後，將造成受刑人就監獄處分或其他管理措施所依循之救濟程序前後時期不一致，產生銜接之問題。
2. 由羈押法第38條「羈押被告，除本法有規定外，監

第538號裁定，月旦法學雜誌，第124期，2005年9月，頁259。

²⁰ 本院釋字第681解釋雖認不服撤銷假釋之決定，應由刑事法院審理，但於釋字第691號解釋卻又認不服否准假釋之決定，於相關法律修正前，由行政法院審理。

獄行刑法第4章至第11章、第13章及第14章之規定，於羈押性質不相牴觸者準用之。」之規定，可知羈押被告與受刑人在監所內所受處遇差別並不大。而受羈押被告認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，經申訴後，仍不服時，本院釋字第720號解釋係諭知「在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第416條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。」且行政院於99年7月15日函請立法院審議之羈押法修正草案，除強化申訴程序外，亦於修正草案第97條規定²¹，得向該管法院（按指羈押之法院）聲明異議，並準用刑事訴訟法有關規定，其立法考量趨向由辦理刑事案件之法院審理。而實務上，全國看守所均設有監獄之分監，本解釋對受刑人所採行政訴訟救濟之過渡措施，與受羈押之被告所採之刑事救濟程序不同，則在同一矯正機構，因受刑人或受羈押被告之身分不同，須採不同之救濟程序，易生紊亂，亦非適當。

（相關聲請書及裁判請上司法法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

²¹ 羈押法修正草案第97條規定「（第一項）被告因看守所關於下列各款所為之處分，應受及時有效權利保護者，不服再審議小組所為決定，得向該管法院聲明異議：一、第9條第2項至第5項之規定。二、第15條第1項至第4項及第17條第1項、第2項之規定。三、第55條、第57條第3項、第58條第1項、第62條及第63條第1項至第3項之規定。四、第75條第1項及第77條之規定。五、其他損害被告權利者。（第二項）法院認為聲明異議不合法或無理由者，應以裁定駁回之；認為有理由者，應以裁定將原處分及原決定撤銷。（第三項）第一項聲明異議，準用刑事訴訟法第409條至第411條、第416條第3項、第417條、第418條第1項前段之規定。（第四項）前三項之規定，於軍事審判案件準用之。但軍事審判法另有規定者，不在此限。」立法院第7屆第6會期第1次議案關係文書參照。

司法院釋字第七五六號解釋

【受刑人秘密通訊與表現自由案】

中華民國 106 年年 12 月 1 日

院台大二字第 1060031846 號

解 釋 文

監獄行刑法第 66 條規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」其中檢查書信部分，旨在確認有無夾帶違禁品，於所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯之範圍內，與憲法第 12 條保障秘密通訊自由之意旨尚無違背。其中閱讀書信部分，未區分書信種類，亦未斟酌個案情形，一概許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制，於此範圍內，與憲法第 12 條保障秘密通訊自由之意旨不符。至其中刪除書信內容部分，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符比例原則之要求，於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。

監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款規定：「本法第 66 條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第 18 條第 1 項第 1 款至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。」其中第 1 款部分，如受刑人發送書信予不具受刑人身分之相對人，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定，均未必與監獄紀律之維護有關。其與監獄紀律之維護無關部分，逾越母法之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。

監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，

如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」違反憲法第 23 條之法律保留原則。另其中題意正確及監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。其中無礙監獄紀律部分，未慮及是否有限制較小之其他手段可資運用，就此範圍內，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。

前開各該規定與憲法規定意旨有違部分，除監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項所稱題意正確及無礙監獄信譽部分，自本解釋公布之日起失其效力外，其餘部分應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。

解釋理由書

聲請人邱和順因受死刑判決確定，人身自由受限制期間，為請求在外友人協助出版，向監所申請寄出個人回憶錄。經法務部矯正署臺北看守所檢視後，認部分內容有影響機關聲譽，請其修改後再行提出。聲請人不服，經監所召開評議會議，請其再行檢視內容並修正後，始提出申請。聲請人嗣向法院提出行政訴訟，經最高行政法院認其爭訟事項不得提起行政訴訟，以 102 年度判字第 514 號判決（下稱確定終局判決）駁回確定。聲請人主張確定終局判決所適用之監獄行刑法第 66 條（下稱系爭規定一）、同法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款（下併稱系爭規定二）及第 81 條第 3 項（下稱系爭規定三）等規定違憲，對之聲請解釋憲法。

核聲請人聲請解釋之系爭規定一及三，為確定終局判決所引用並予論述，應認係該判決所適用。其所聲請解釋之系爭規定二，雖非確定終局判決所適用，但為系爭規定一之解釋性規定，屬於適用系爭規定一之一環，本院自得將之納為審查客體。核聲請人之前開聲請，均符合司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款解釋憲法之規定，應予受理。爰作成本解釋，理由如下：

一、有關係爭規定一許監獄長官檢、閱及刪除受刑人發受書信部分

憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就

通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並係保障個人生活私密領域免於國家、他人任意侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 631 號解釋參照）。又憲法第 11 條規定，人民有言論及其他表現自由，係鑑於言論及其他表現自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制。國家對之自應予最大限度之保障（本院釋字第 509 號、第 644 號、第 678 號及第 734 號解釋參照）。

法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第 1 條參照），並非在剝奪其一切自由權利（註）。受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制外，其與一般人民所得享有之憲法上權利，原則上並無不同。受刑人秘密通訊自由及表現自由等基本權利，仍應受憲法之保障。除為達成監獄行刑目的之必要措施（含為維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等之措施）外，不得限制之。受死刑判決確定者於監禁期間亦同。

系爭規定一明定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」所稱「檢閱」一詞，包括檢查及閱讀，係對受刑人及其收發書信相對人秘密通訊自由之限制。其中檢查旨在使監獄長官知悉書信（含包裹）之內容物，以確認有無夾帶違禁品，並不當然影響通訊內容之秘密性，其目的尚屬正當。如其所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯（例如開拆後檢查內容物之外觀或以儀器檢查），即未逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 12 條保障之秘密通訊自由之意旨尚無違背。

至系爭規定一許監獄長官閱讀受刑人發受書信部分，涉及通訊內

容之秘密性，屬憲法保障秘密通訊自由之核心內涵。倘係為達成監獄行刑之目的，其規範目的固屬正當。然其未區分書信種類（例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信），亦未斟酌個案情形（例如受刑人於監所執行期間之表現），一概認為有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制。於此範圍內，與憲法第23條比例原則之意旨不符，有違憲法保障秘密通訊自由之意旨。

系爭規定一後段規定：「……如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」除限制發受書信之受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由外，亦限制其表現自由。上開規定許監獄長官刪除受刑人發受書信之內容，係為維護監獄紀律，其規範目的尚屬正當。惟刪除之內容，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符比例原則之要求。於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。

二、有關係爭規定二闡示母法之妨害監獄紀律之虞部分

法律授權行政機關發布命令為補充規定者，該命令須符合立法意旨且未逾越母法授權之範圍，始為憲法所許（本院釋字第568號解釋參照）；法律概括授權行政機關訂定之施行細則是否逾越母法授權之範圍，應視其規定是否為母法規定之文義所及而定（本院釋字第710號解釋參照）。系爭規定一限於維護監獄紀律所必要，始許監獄長官刪除相關部分。監獄行刑法第93條之1規定：「本法施行細則，由法務部定之。」據此訂定之系爭規定二規定：「本法第66條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第18條第1項第1款至第4款及第6款、第7款、第9款受刑人入監應遵守事項之虞。」系爭規定二第1款部分，如受刑人發送書信

予不具受刑人身分之相對人，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定，均未必與監獄紀律之維護有關。其與監獄紀律之維護無關部分，逾越母法之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。相關機關如認系爭規定一前列「有妨害監獄紀律之虞」尚不足以達成監獄行刑之目的，應修改法律明定之。

三、有關係爭規定三限制受刑人投稿部分

對憲法所保障人民基本權利之限制，須以法律或法律具體明確授權之命令定之，始無違憲法第 23 條之法律保留原則；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範（本院釋字第 443 號解釋參照）。系爭規定三明定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」係對受刑人憲法保障之表現自由之具體限制，而非技術性或細節性次要事項，監獄行刑法既未具體明確授權主管機關訂定命令予以規範，顯已違反憲法第 23 條之法律保留原則。

又人民之表現自由涉及人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，為憲法保障之重要自由權利。國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲（本院釋字第 744 號解釋參照）。為達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。系爭規定三之規定中，題意正確部分涉及觀點之管制，且其與監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。另監獄紀律部分，屬重要公益。監獄長官於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等），本得採取各項預防或管制措施。然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行投稿之足夠機會（例如保留原本俾其日後得再行投稿，或使其修正投稿內容後再行投稿等），

而不得僅以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投寄報章雜誌。系爭規定三有關「受刑人撰寫之文稿，如……無礙監獄紀律……者，得准許投寄報章雜誌」，就逾越上述意旨部分，亦與憲法第11條保障表現自由之意旨有違。

系爭規定一至三與前開憲法規定意旨有違部分，除系爭規定三所稱題意正確及無礙監獄信譽部分，自本解釋公布之日起失其效力外，其餘部分應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿2年時，失其效力。

四、有關不受理及另案處理部分

聲請人就監獄行刑法施行細則第82條全文聲請解釋，除系爭規定二與原因案件有關，應予受理外，其餘各款與原因案件無關，核與大審法第5條第1項第2款規定不合，依同條第3項規定，應不受理。另聲請人就監獄行刑法第6條及同法施行細則第5條第1項第7款等規定聲請解釋憲法部分，業經本院作成釋字第755號解釋在案。均併此敘明。

註：參照聯合國大會1990年12月14日A/RES/45/111號決議通過之受監禁者待遇基本原則（Basic Principles for the Treatment of Prisoners）第5點規定：「除可證明屬監禁所必要之限制外，所有受監禁者均保有其在世界人權宣言，以及（如各該國為後列公約之締約國者）經濟社會文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約及其任擇議定書所規定之人權及基本自由，並包括聯合國其他公約所規定之其他權利。」（Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.）

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 蔡明誠 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元

（吳陳鑾大法官迴避審理本案）

部分協同意見書

蔡炯燉大法官 提出

監獄行刑法第 66 條規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」（依解釋理由書，下同稱系爭規定一）本號解釋認為，上開條文中之「書信」，解釋上不包括受刑人向報章雜誌投稿文件，故主要¹涉及憲法第 12 條秘密通訊自由所保障受刑人得發受之各式書面文件（含包裹）²。同時系爭規定一對憲法第 12 條保障受刑人秘密通訊自由之干預是否合憲，本號解釋採取低度即最寬鬆之審查標準，僅要求系爭規定一所追求之規範目的為正當（legitimate），且所採取之各種干預手段（此處為檢查書信、閱讀及刪除書信內容）與所欲達成之規範目的（此處為監獄紀律之維護³）間具有合理關聯性（rational relationship）即可⁴。⁵

¹ 本號解釋認為，僅於系爭規定一後段有關刪除受刑人發受書信內容之部分，除限制受刑人（與通訊相對人）之秘密通訊自由外，尚限制其憲法第 11 條所保障之表現自由。見解釋理由書（網路版），段次 8。

² 見解釋理由書（網路版），段次 6。

³ 解釋理由書中關於檢查書信部分，所提及之「確認有無夾帶違禁品」（解釋理由書（網路版），段次 6），以及關於閱讀書信部分，所提及之「監獄行刑之目的」（解釋理由書（網路版），段次 7），都屬於系爭規定一後段「監獄紀律」規範目的之概念範圍。

⁴ 關於違憲審查的各種標準，參見林子儀，言論自由與新聞自由，元照，1998，頁 143 以下；湯德宗，釋字第 696 號解釋協同意見書（網路版），頁 5 以下；湯德宗，違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想，收於：憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），中研院法研所籌備處，2009，頁 612 以下。

⁵ 見解釋文（網路版），段次 1 及解釋理由書（網路版），段次 6 至 8。

因本號解釋認為，系爭規定一前段中之「書信」，解釋上不包含受刑人向報章雜誌投稿文件，故系爭規定一與憲法第 11 條所保障受刑人之表現自由幾無⁶關連；根據此一論述，本號解釋認為，監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」（依解釋理由書，下同稱系爭規定三），係對受刑人憲法第 11 條表現自由之限制，此一非技術性、細節性事項之限制，欠缺監獄行刑法之明確授權，違反憲法第 23 條之法律保留原則⁷。同時系爭規定三對受刑人憲法第 11 條表現自由之干預是否合憲，本號解釋採取中度之審查標準，要求系爭規定三所追求者必須為重要（substantial, significant, important）之規範目的，且所採取干預手段與所欲達成之規範目的（此處僅監獄紀律被視為重要目的）間必須具有重要關聯性（substantial relationship）。⁸

前述本號解釋結論，本席敬表尊重。惟本席認為，對於系爭規定一中「書信」之意涵，及系爭規定三對於受刑人投稿文件予以特別規定之現存立法模式，仍有進一步說明之必要，爰提出部分協同意見書如下：

壹、依文義解釋與合憲性解釋，系爭規定一中之「書信」應包含憲法第 11 條及第 12 條所規定之各種書面文件

多數意見於本號解釋理由書中並未明確說明，為何系爭規定一前段中之「書信」，不包括受刑人向報章雜誌投稿文件？多數意見對系爭規定一前段「書信」之限縮解釋，直接導致系爭規定三牴觸憲法第 23 條法律保留之效果。本席認為，基於法律解釋方法中合憲性解釋之觀點，僅在法規範之可能文義範圍內，竭盡努力仍無法對該法規範作成合憲之解釋時，方可宣告此一法規範違

⁶ 見前揭註 1。

⁷ 見解釋文（網路版），段次 3 及解釋理由書（網路版），段次 12。

⁸ 見解釋文（網路版），段次 3 及解釋理由書（網路版），段次 13。

憲⁹。據此，對系爭規定一較為正確解釋之方法應是系爭規定一前段中之「書信」，依其文義範圍，可指涉各式信函及文書，亦可涵蓋各種類型之書面文件；換言之，系爭規定一中之「書信」文義內涵，應可及於受刑人欲投寄報章雜誌之文稿。故系爭規定三考量監獄紀律此一公益目的，對受刑人投稿報章雜誌之限制，應有系爭規定一之明確授權。此一解釋方法，方使系爭規定三不致產生牴觸憲法第 23 條法律保留之效果，而符合上開合憲性解釋之觀點。

貳、依憲法第 11 條言論自由及第 12 條秘密通訊自由之關係，系爭規定一中之「書信」應包含憲法第 11 條及第 12 條所規定之各種書面文件

多數意見或認為，系爭規定一與憲法第 12 條秘密通訊自由直接相關，系爭規定三則直接涉及憲法第 11 條言論自由，攸關上開兩憲法條文之違憲審查標準強度有別，故立法者應分別於不同條文加以規定，在立法技術上似無法將涉及秘密通訊自由與言論自由之書信發受類型，規定於單一條文之中；故系爭規定一之「書信」，概念上不包括系爭規定三之「文稿」，從而系爭規定一無法作為系爭規定三之法律授權依據。

然此一見解容有商榷餘地。首先，多位學者主張，凡把個人心中所思以各種形式表現於外之自由，皆屬言論自由或表現自由之範疇；據此，憲法第 11 條所規定「講學」、「著作」及「出版」自由、第 12 條之「通訊」自由、第 14 條之「集會」與「結社」自由等，都可視為言論自由或表現自由之一類。¹⁰ 本號解釋之解

⁹ 黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書 32，6 版（2009），頁 534；陳慈陽，憲法學，元照，3 版（2016），頁 153 以下；許育典，憲法，元照，7 版（2016），頁 30；蘇永欽，合憲法律解釋原則，收於氏著「合憲性控制的理論與實際」，1994，頁 77 以下。

¹⁰ 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），三民，8 版（1998），頁 148、175、207；林子儀，言論自由與新聞自由，元照，1998，頁 3，註 1；李惠宗，

釋理由書¹¹亦認為，系爭規定一後段規定：「……如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」除限制受刑人之秘密通訊自由外，亦限制其「表現自由」¹²。據此，本號解釋顯然認為受刑人之秘密通訊自由，在概念上亦與其言論自由或表現自由密切相關¹³。既然言論自由與秘密通訊自由，皆具有個人得自主表達所思於外之性質，則立法者將兩者攸關之事項，規範於單一條文，或如本席所主張者，以系爭規定一中之「書信」作為系爭規定三中「文稿」之法律授權依據，有其理論基礎。

此外，監獄長官依系爭規定三檢閱受刑人之投稿文件，並根據該條之限制作出否准其投寄報章雜誌之處分，亦同時侵犯受刑人與投稿對象（報章雜誌）之秘密通訊自由及受刑人之言論自由。由此亦可得知，在本號解釋中所呈現受刑人之秘密通訊自由與言論自由，兩者極具重疊之處，多數意見依憲法第11條及第12條規定，對系爭規定一及三之規範客體予以嚴格區分，並據此認定系爭規定三違反法律保留原則，此種作法似無必要。

參、德國立法例——書信包含文稿

有關受刑人書信監管及處分，德國在2006年9月以前¹⁴統一

憲法要義，元照，7版（2015），頁189以下、219、235以下；許育典，憲法，元照，7版（2016），頁236、259；許志雄等，現代憲法論，元照，4版（2008），頁139以下。

¹¹ 解釋理由書（網路版），段次8。

¹² 德國聯邦憲法法院判決（BVerfGE 35, 35(39)）亦採類似見解，認為監所主管對受羈押之被告與配偶間之信件往來予以監管，並在受羈押之被告於信件中對繫屬之刑事訴訟程序或審判法官作出不客觀正確之陳述時，扣留受羈押被告之信件，這種作法侵犯受羈押被告於基本法第5條第1項所保障之言論自由。

¹³ 相同見解，亦可見陳慈陽，憲法學，元照，3版（2016），頁661。

¹⁴ 2006年9月1日後，雖然屬於德國聯邦法律層級的德國刑罰執行法依然有效，但各邦可自行立法取代之；換言之，上開日期之後，德國刑罰執行法對於各邦並無絕對之拘束力，該法規之立法權限，已由德國聯邦議會轉移至德國各邦議會。見 <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fges%2FStVollzG%2Fcont%2FStVollzG%2Ehtm>（最後瀏覽日：106年11月30日）

規範於「自由刑及拘束人身自由保安處分之執行法」(Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, Strafvollzugsgesetz – StVollzG) (下稱德國刑罰執行法) 第 28 條、第 29 條及第 31 條¹⁵。上開條文皆使用「書信」(Schreiben) 或「書信往來」(Schriftwechsel) 等概括用語，並未依受刑人所撰寫者為信件或投稿文件，作出分別規定。倘若監所主管欲作出扣留受刑人書信之處分，德國刑罰執行法第 31 條第 1 項詳細列舉，監所主管應衡量之各款重大公益目的。根據德國刑罰執行法相關註釋書之說明，本法所謂之書信，包含信函 (Brief) 與投稿文件等各式能讓寄件人與收件人達成溝

¹⁵ 德國刑罰執行法第 28 條 (書信往來權) 規定：「(第 1 項) 受刑人享有無限制發受書信之權。(第 2 項) 監所主管得禁止受刑人與特定人之書信往來，1. 倘若監所之安全或秩序有遭致危害之虞，2. 倘若受刑人與非屬刑法所稱之親屬所為之書信往來，可能對受刑人造成有害影響，或可能妨礙其適應監所環境時。」

德國刑罰執行法第 29 條 (書信往來之監管)：「(第 1 項) 受刑人與辯護人之書信往來，不受監管……。(第 2 項) 受刑人向聯邦及各邦之民意機關及民意代表所寄送之書信，不受監管，只要該書信係寄往前述民意機關之地址，且該書信上正確標明寄件人。本項規定，於受刑人向歐洲議會及議員、歐洲人權法院、歐洲人權委員會、歐洲防範刑求及不人道侮辱處遇措施或刑罰委員會，以及德國聯邦及各邦資料保護監察官寄送文件之情形，準用之。本項第 1 句及第 2 句所稱機關，向受刑人所寄送之書信，如寄件人之身分確認無誤，不受監管。(第 3 項) 其他書信之往來，基於監所之處遇、安全或秩序所必要者，應予監管。」

德國刑罰執行法第 31 條 (書信之扣留)：「(第 1 項) 監所主管得扣留受刑人之書信，1. 若該書信將危害刑罰及保安處分執行之目的或監所之安全或秩序，2. 若轉交該書信之內容，將實現某一犯罪構成要件或行政罰鍰之構成要件，3. 若該書信嚴重不正確或明顯扭曲陳述監所之情況，4. 若該書信含有重大侮辱之內容，5. 若該書信可能危害其他受刑人對監所生活之適應，6. 若該書信以暗語、或以無法閱讀、無法理解之方式加以書寫，或在欠缺有力理由下以外國語言加以書寫。(第 2 項) 含有不正確陳述內容之書信，於受刑人堅持寄送之情形下，得附加於 (含有澄清內容之) 附隨書信內一併寄出。(第 3 項) 當受刑人之書信遭扣留時，將通知該受刑人。遭扣留之書信將退回給寄件人；若該書信無法退回，或基於特別理由該書信之退回並非恰當，則由監所保管之。(第 4 項) 依本法第 29 條第 1 項及第 2 項不受監管之書信，不得扣留。」前述德國刑罰執行法第 31 條第 2 項括弧中之文字，為求易於理解，為額外所附加；括弧中文字之內容，見 StVollzG-Calliess/Müller-Dietz, 11. Aufl. (2008), § 31 Rn. 1; StVollzG-Schwind, hrsg. von Schwind/Böhm/Jehle, 4. Aufl. (2005), § 31 Rn. 14.

通（Kommunikation）或思想交流（Gedankenaustausch）功能之文件，非泛指一切書面文件；缺乏寄件人與收件人間思想溝通功能的書面文件，例如廣告文件等，並不在上開條文中之書信範圍內¹⁶。相關註釋書並指出，由於德國聯邦憲法法院判決¹⁷認為，德國基本法第5條第1項有關言論自由之規定，有其特殊之重要性，因此監所主管依德國刑罰執行法第31條對受刑人投稿文件，認有扣留之必要時，應對扣留此一文件所欲達成之利益與受刑人之言論自由間，進行較為慎重之利益衡量¹⁸。

肆、結論

本席認為，參照上述德國刑罰執行法相關立法例，本號解釋對監獄行刑法關於受刑人發受書信之事項，似不須刻意依受刑人遭受侵害之權利為秘密通訊自由抑或言論自由，作出分別處理。未來我國監獄行刑法之修法，或可仿效德國刑罰執行法之立法例，僅須透過單一法條就受刑人發受書信之監管措施予以規定，並於法條中詳細列舉監所主管欲對受刑人發受書信或其內容進行干預時，所應衡量之各項重大公益目的。同時在我國監獄相關管理上，法務部矯正署應要求監所主管對於事涉受刑人言論自由之文稿，以較嚴格之標準，進行更為慎重之利益衡量，以落實本號解釋對憲法第11條言論自由最大限度保障之意旨。此種作法之優點在於，讓監所主管對於受刑人之文稿得以事前審查，若發現法條所列之重大公益有遭受侵害之虞（例如受刑人之投稿將構成犯罪或危害監獄安全及秩序等），得以事前預防，避免損及重大公益。

¹⁶ 見 StVollzG-Schwind, hrsg. von Schwind/Böhm/Jehle, 4. Aufl. (2005), § 28 Rn. 3; StVollzG-Calliess/Müller-Dietz, 11. Aufl. (2008), § 28 Rn. 1。

¹⁷ BVerfGE 7, 198(208); 15, 288(295)。

¹⁸ 見 StVollzG-Schwind, hrsg. von Schwind/Böhm/Jehle, 4. Aufl. (2005), § 31 Rn. 1; StVollzG-Calliess/Müller-Dietz, 11. Aufl. (2008), § 31 Rn. 1。

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

林俊益大法官 加入

[1] 本（釋字第 756 號）解釋與同日公布的釋字第 755 號解釋，分別從實體及程序兩方面，正式宣告「特別權力關係」（das besondere Gewaltverhältnis）理論¹在我國從此走入歷史！本解釋更是大法官首度涉足「特別權力關係」的深水區，審查監獄內部管理措施是否合憲，影響深遠，尤應戒慎。

[2] 關於多數大法官議決通過之解釋文第 1 段至第 3 段，本席以為應作如下文字修正（建議刪除部分如雙刪節線所示，建議新增部分如**粗體斜體**所示）：

監獄行刑法第 66 條規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」其中「**檢查（而不閱讀）**」書信部分，旨在**倘與**確認有無夾帶違禁品之目的，於所採取之**檢查手段與目的之達成間**，具有合理關聯之範圍內，**即不違反**與憲法第 12 條保障秘密通訊自由之意旨**尚無違背**。其中「**（檢查並）**閱讀」書信部分，未區分書信種類，亦未斟酌個案情形，一概許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制，**有違於此範圍內**與憲法第 12 條保障秘密通訊自由之意旨**不符**。至其中「刪除（書信內容）」部分，應以維護監獄紀律（**含監獄安全**）所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，**以符比例原則之要求**，於此範圍內，**始符**與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨**尚屬無違**。（以上為解釋文第 1 段）

監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款規定：「本法第 66 條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、

¹ 關於「特別權力關係」理論之簡介，參見釋字第 691 號解釋湯德宗大法官提出、李震山大法官加入之協同意見書（三、（二））。

造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第 18 條第 1 項第 1 款至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。」其中第 1 款部分，如於受刑人發送書信予不具受刑人身分之相對人時，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定部分，倘無關均未必與監獄紀律之維護有關，即屬其逾越母法之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。（以上為解釋文第 2 段）

監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」欠缺法律之具體明確授權，有違反憲法第 23 條之法律保留原則。另其中「題意正確」及「監獄信譽」部分，均尚難謂係重要公益，而與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符；至其中「無礙監獄紀律」部分，未慮及是否有限制較小之其他手段可資運用，就此範圍內，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。倘為避免受刑人之投稿對監獄紀律（含監獄安全）之維護造成具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等），且已保留予受刑人其他表意之機會（如保留原本俾其日後得再行投稿），則與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。（以上為解釋文第 3 段）

[3] 如上修正（解釋理由書亦應配合修正，不贅）旨在清楚顯示本解釋之論理邏輯：按系爭管理措施侵害基本權利之種類及強度，分別訂定適當（不同）標準，以期兼顧監獄之教化管理與受刑人之人權保障。前開第 3 段解釋文之修正建議，並為參考美國聯邦最高法院 1974 年 *Procunier v. Martinez*（416 U.S. 3976 (1974)）案之見解，明示受刑人向媒體之投稿亦屬應受「檢查並閱讀」之書信類型（本解釋解釋文第 2 段參照），監獄對此所為之事前審查應符合「較嚴格之（合憲性）

審查標準」(俗稱「中標」)之要求²，俾與本院釋字第 744 號解釋³相區別，以免外界誤會(以為本解釋僅考慮受刑人之基本權，罔顧監獄合理管理之需要⁴)。

[4] 本席何其有幸見證「特別權力關係」對於人民訴訟權之束縛，如何「由財產(關係)而身份(關係)」，再「由公務員、而學生、而軍人、受羈押人、公立學校教師、終至受刑人」逐步解禁的歷程，並得親與樹立人權保障里程碑的最終戰役。自問戒慎恐懼，但求能合理兼顧社會公益(含犯罪被害人之人權)與受刑人之人權，使我國更向法治國理想邁進一步。

部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋與本院釋字第 755 號就程序部分所為解釋，兩者具有關聯性，本號解釋係屬實體問題，本席雖亦認為相關原因案件事實所涉監獄行刑法第 66 條及其施行細則相關規定之合憲性爭議，具有憲法解釋之價值，惟就所涉基本權之定性、書信發送收受之權利性質，及在監受刑人(或受監禁者)基本權保障及其限制等問題，認有進一步釐清之必要，爰提出部分協同意見如下：

一、本號解釋所涉基本權定性之再思考

就現行監獄行刑法第 66 條規定對於受刑人於監獄中書信發受之限制，其所涉憲法保障之基本權，本號解釋主要將之定性為秘密通

² 亦即該事前審查須係為追求「重要之公益」(an important or substantial government interest)，並限於為合理促進該重要公益之目的所必要之範圍，且設有相應之程序保障者，始為合憲。

關於各種違憲審查基準之介紹，參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，輯於廖福特(主編)，《憲法解釋之理論與實務》(第六輯)，頁 581 以下(民國 98 年 7 月)，並參見釋字第 696 號解釋湯德宗大法官協同意見書。

³ 釋字第 744 號解釋採用「嚴格審查標準」(俗稱「高標」)，審查並宣告化妝品廣告(商業性言論)事前審查制度違憲。並參見釋字第 744 號解釋湯德宗大法官部分協同意見書。

⁴ 美國聯邦最高法院於 Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987) 案，更以「低標」審查肯認監獄得限制「受刑人相互間」之書信來往，如其與合法之監獄行刑利益(目的)具有合理之關聯(reasonably related to legitimate penological interests)。

訊自由及表現自由。從比較法觀之，在德國，受刑人之書信往來權（Briefverkehrsrecht），係認受基本法第2條¹第1項一般行為自由（allgemeine Handlungsfreiheit）之保護。受刑人之發送書信，如包含價值判斷等，可能涉及基本法第5條²第1項第1段第1半段規定之自由意見表現基本權。另就受羈押人發受書信之管制方面，有認其涉及基本法第10條³第1項保障之書信秘密基本權。然而，受刑人之資訊自由基本權（基本法第5條第1項第1段第2半段）保障，不及於私人書信之收受。若是對於配偶或其他親屬發送書信時，則基本法第6條第1項婚姻與家庭應受國家特別保護⁴之作為價值決定之原則規範（wertentscheidende Grundsatznorm），應另予以尊重；此亦適用於受監禁之成年子女與其父母間之書信往來管制。由上可見，在德國法，受刑人之對外書信往來所涉及憲法（基本法）基本權利，比照本號解釋僅就秘密通訊自由、表現自由及訴訟權等基本權作為基礎，其具更多面向之思考。

本號解釋未特別論及是否賦予受刑人或受監禁者享有無限制之書信發受（往來）權，或許認為保留主管機關未來修法或實務上運用之

¹ 德國基本法第2條

- 一、任何人有自由發展其人格之權利。但以不侵害他人之權利或不違犯憲政秩序或道德規範者為限。
- 二、任何人有生命與身體之不可侵犯權。個人之自由不可侵犯。此等權利僅依法律，始得干預。

² 德國基本法第5條

- 一、任何人有以語言、文字及圖畫自由表示及傳布其意見之權利，並有自一般公開之來源接受知識而不受阻礙之權利。出版自由及廣播與電影之報導自由應保障之。檢查制度不得設置。
- 二、此等權利，得依一般法律之規定、保護少年之法規及因個人名譽之權利，加以限制。
- 三、藝術與科學、研究與講學均屬自由，講學自由不得免除對憲法之忠誠。

³ 德國基本法第10條

- 一、書信秘密、郵件與電訊之秘密不可侵犯。
- 二、前項之限制，僅依法律，始得為之。如限制係為保護自由民主之基本原則，或為保護聯邦或各邦之存在或安全者，法律得規定該等限制不須通知有關人士，並由國會指定或輔助機關所核定者代替爭訟。

⁴ 德國基本法第6條第1項規定，婚姻及家庭應受國家之特別保護。

裁量空間。此外，本號解釋原因案件中受刑人寄送之書信，包括回憶錄之文稿，除前述基本權以外，因涉及文稿之發送，嚴格言之，其實已非純屬狹義之書信問題，因投稿具有公開發表及出版（重製及發行等）之性質，可能涉及著作及出版自由（憲法第 11 條參照）之問題。

二、本號解釋原因案件所涉書信發受之權利性質及其限制

監禁於監獄之受刑人，究竟有何種權利或特權，亦值得探究。本號解釋原因案件所涉受刑人之書信發送收受，究係一種權利（right; Recht），還是特權（Privilege）？或是其他利益？有關權利與特權之區分，雖有認為不甚重要，特殊情形亦不明確區分。但通常情形，可能仍有區分之實益。⁵ 若以相關通信對象區分，有將之分為一般性與享有特權之通信，而受到不同程度事前審查之限制。

從比較法觀察，在美國⁶實務上，於 1974 年 *Procunier v. Martinez*⁷ 案，最高法院認受刑人之直接私人書信之事前檢查（censorship of direct personal mail of prisoners），限制受刑人與其通訊者憲法增修條文第一條之言論自由；對於受刑人之書信以開拆、閱讀或沒入方式之事前檢查，僅限於符合與監獄有關之三項重要政府利益（substantial government interests）之一，即安全（security）、秩序（order）或受刑人之更生（rehabilitation of inmates），始具有正當性；此外，事前檢查須未超過所欲達成之相關政府利益所必要者。為因應該判決之要求，

⁵ 權利，係依法律、習慣或本質而賦予權利主體（如自然人或法人）享有之利益。至於特權，係對特定人或團體免除其責任或豁免處罰之特別利益。有以美國憲法第 1 增修條文為例，認於公有地和平集會，係屬權利。但於私有地集會，則屬須受土地所有人准許，始能享有之特權。

⁶ 美國法對於受刑人地位的闡述，主要可區分為四個時期：國家奴隸時期、不介入理論時期、權利時期及權利衰退時期。相對於日本從特別權力關係中解放，修法明文規定受刑人所享有的權利，美國在歷經權利時期的爆量受刑人訴訟後，不論是立法者或是司法者，均開始重新思考先前對受刑人訴訟的開放態度，進而作出許多限制受刑人權利的判決或立法。（參照吳佳霖，粉碎特別權力關係的最後一道堡壘——論監獄行刑事件的權利救濟途徑，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 30。）其中美國國會於 1996 年通過的受刑人訴訟改革法（Prisoner Litigation Reform Act），對於提起訴訟的受刑人及受理訴訟的聯邦法院，制定眾多限制條款。（該法具體內容，詳參前揭論文第 4 章，頁 115-134。）

⁷ 416 U.S.396(1974).

美國各州監獄主管機關按所欲達成政府利益，分別訂定規則，規範受刑人書信之不同處遇，將之區分為一般性或享有特權之通信（general or privileged correspondence）。對於一般性之通訊，監獄主管得開拆、閱讀或沒入受刑人發送或收受親屬或朋友之書信，未侵害憲法增修第一條保障之受刑人或其通信對象之權利。反之，憲法保障受刑人與特定人間特權通信之言論自由，例如與律師、政府機關及法院間之通信，對之不得事前檢查。⁸ 之後，美國最高法院 1989 年於 *Thornburgh v. Abbott* 案⁹，認有關准許監獄主管拒絕出版社寄送出版物給受刑人之規定合憲，因該規定與正當之監獄管理利益具有合理關聯（reasonably related to legitimate penological interests），本案中對於受刑人收受私人通信（incoming personal correspondence），就直接影響其憲法增修條文第一條保障權利之限制，法院首次採用合理基準（a reasonableness standard）¹⁰ 審查，並不區分收受出版社之出版物（publications）或其他書信（mail）。至於前述 *Procunier v. Martinez* 案所採中度嚴格審查基準（intermediate scrutiny standard），美國有些巡迴法院將之限於適用發送之書信（outgoing correspondence）。¹¹ 以上對受刑人相關書信權利之保障，因通信對象及在監獄內發送與收受書信等而異其審查基準。本號解釋就監獄行刑法第 66 條規定之書信檢查（即如開拆後檢查）部分，採「具有合理關聯」審查標準。至關於監獄對受刑人言論之事前審查，則認須為重要公益且應有實質關聯。上述美國實務之經驗，對我國是否可供比較參考。在違憲審查密度方面，有關監獄之處分、處置或其他管理措施之合憲性判斷，基於監獄之安全、秩序或紀律之要求，並尊重監獄環境及在監受刑人身分之特殊性要求，宜有較一致之標準，特別是究竟其係採取中度嚴格審查基準，或採取較低審查密

⁸ 參照 Daniel M. Donovan, *Constitutionality of Regulations restricting Prisoner Correspondence with the Media*, *Fordham Law Review*, May 1988, 1151-1153.

⁹ 490 U.S. 401(1989).

¹⁰ *See id.* at 413-14.

¹¹ 參照 Samuel J. Levine, *Restricting the Right of Correspondence in the Prison Context: Thornburgh v. Abbott and Its Progeny*, 4 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 891-93.

度之合理標準，凡此均值得再檢討。

另如德國刑事執行法第 28 條¹² 第 1 項，原則上認為受刑人有無限制之書信往來權（Recht auf Schriftwechsel）。例外情形，得禁止與特定人間發送或收受書信。該法規定從書信往來之對象，區分其是否屬與特定人書信往來¹³。在與特定人書信往來方面，例如與辯護人、聯邦及各邦之民意代表機關、民意代表機構之議員且正確載明民意代表機關地址與發送人，及聯邦及各邦資料保護監察官，上開書信不受監管（Überwachung）。另如寄信給歐洲議會及其議員、歐洲人權法院、歐洲人權委員會、歐洲預防刑求及不人道侮辱之處遇或刑罰委員會，亦不受監管。如非與特定人書信往來，則屬於其他種類之書信往來（Der übrige Schriftwechsel），其因監所之處遇、安全或秩序所必要者，得予以監管。¹⁴ 另德國刑事執行法第 31 條規定，對於受刑人的書信，如有危害執行目的、監獄之安全或秩序（wenn das Ziel des Vollzuges oder die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährdet würde）等情事，監獄主管得予以扣留（Anhalt des Schreiben）。在日本法，則在特別情事，得以部分刪除、重製或保留等處置。在我國監獄行刑法，此種監管，可能包含檢、閱、刪、退回等處置（監獄行刑法第 66 條及第 67 條規

¹² 德國自由刑及自由剝奪保安處分之執行法（刑事執行法）第 28 條（書信往來權）

(1) 受刑人享有無限制之發送及收受書信權。(Der Gefangene hat das Recht, unbeschränkt Schreiben abzusenden und zu empfangen.)

(2) 監所主管得禁止下列特定人之書信往來：

1. 危害監所之安全或秩序者。
2. 非屬刑法所稱受刑人之親屬，因書信往來可能對受刑人具有傷害性之影響或妨礙其適應監所之虞者。

¹³ 在少年犯之執行，德國有些邦法，例如 Sachsen-Anhalt 邦少年刑罰執行法（Gesetz über den Vollzug der Jugendstrafe in Sachsen-Anhalt）第 58 條第 2 項規定，亦有類似規定，即監所主管因有危害監所之安全或秩序（die Sicherheit oder Ordnung der Anstalt）者，得禁止與特定人為書信往來，此特定人係屬於受刑人之親屬，如因書信往來有傷害性影響受刑人，或妨礙其適應監所之虞，或監護權人不同意者。

¹⁴ 參照德國刑事執行法第 29 條（書信往來之監管）（Überwachung des Schriftwechsels）規定。

定參照)¹⁵。以上可見，各國對於書信發受之權利性質及其限制，在法律規定及實務運作上，雖有不少共通之處，但存在若干差異。

三、監獄與受刑人之特別身分關係及其對外書信發受限制之合憲性

監禁於監獄之受刑人或極刑犯（死刑犯）、監禁於看守所之受監禁者，分別適用或準用監獄行刑法，因其身分特殊，且處於專制環境（Authoritarian Environments）¹⁶，現今其是否仍適用傳統特別權力關係，不無疑義。受刑人於監獄中之言論，是否受到絕對保障，或在有關監獄之重要公益（如安全、秩序或受刑人更生）（security, order or rehabilitation of inmates）情形，就受刑人之書信，是否得事前檢查（如開拆、閱讀或沒入等）？質言之，受刑人或受監禁者與公權力（行政）之權利及義務關係，往昔係認屬特別權力關係¹⁷（besondere Gewaltverhältnisse），現則認為其法律關係仍特別受到一定程度之限縮¹⁸，

¹⁵ 監獄行刑法第 66 條（發受書信之檢閱及限制）

發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。

監獄行刑法第 67 條（書信之保管）

凡遞與受刑人之書信，經本人閱讀後，應保管之，於必要時，得令本人持有。

¹⁶ 於美國文獻，將軍隊、監獄及學校中之軍人、受刑人及學生之言論，認屬於專制環境之言論（Speech in Authoritarian Environments），三者雖在內涵上顯有不同，在法院均類似地對其特別顯著對待，且此等地方之受規範人常處於非自願之狀態。在內部管理上，雖有其不同之專制環境，但非民主運作之地方。（參照 Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, §11.4.4, 1188.(4th ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011)）

¹⁷ 在特別權力關係下，事前不受法律保留原則之羈束，事後相對人不能循行政爭訟途徑，尋求法院的救濟。（參照陳新民，行政法學總論，台北：三民，2005 年修訂八版，頁 131-134；林明鏘，行政法講義，台北：新學林，2017 年修訂三版，頁 80。）於二次世界大戰之後，特別權力關係在德國發生變更，這與基本法之規定、法院之裁判及學界之詮釋有關。（參照黃錦堂，法令月刊，62 卷 9 期（2011 年 9 月），頁 1-24。）為釐清是否許可提起爭訟之界線，1956 年德國 Carl Hermann Ule 教授提出基礎關係與管理關係理論。惟在德國聯邦憲法法院發展出重要性理論之後，已受到大幅修正。（參照陳新民，前揭書，頁 137-139；林政緯、張祐齊，從憲法基本權論公務員司法救濟範圍—兼論「特別權力關係」理論之消逝，中山學報，31 期（2010 年 12 月），頁 16。）

¹⁸ 有主張以特別法律關係代替特別權力關係，作為公務員關係之法理基礎，並進一步建議以特別法律關係全面取代特別權力關係，作為傳統理論所包括之各個範圍

在德國有稱之為特別身分關係¹⁹（Sonderstatusverhältnisse）。²⁰此特別身分關係²¹，包括公務員、學生、軍人、服替代役者及受刑人；基本權保障及基本權干預之法律保留，亦適用於此等特別身分者。²²因此，受刑人雖因其特別身分，可能受到干預或限制，但其仍可享受憲法保障之基本權，如對其限制（Schranken），須符合法律保留原則。如係對基本權限制之限制（Schranken-Schranken），應符合比例原則之要求。²³

此外，歐洲人權及基本自由保護公約（EMRK），因德國屬於歐盟會員國，故在德國文獻上亦有參考該公約第8條第1項規定作為論據，認任何人享有尊重其私人及家庭生活、住居及通訊（Korrespondenz）之權利。²⁴同公約同條第2項規定，機關僅限於法

（公務員關係、軍事服役關係、在學關係、監獄受刑人關係等）的上位概念。（參照吳庚，行政法之理論與實用，台北：三民，2016年增訂14版，頁223-224。）特別法律關係說也可稱為特別身分關係說。（參照黃錦堂，前揭文，頁22。）

¹⁹ 有認特別身分關係一詞更適於表達與國家具有特別聯繫者之法律地位。在憲政國家裡，處於特別身分關係者亦享有基本權保障，乃理所當然之事；然而，因各種特別身分關係的目的，要求對特別身分關係者之基本權作不同的限制，至於得以限制特別身分關係者之基本權的範圍則取決於比例原則。（參照陳愛娥，憲法與行政法的互動場域：第一講 從特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室，103期，頁43。）

²⁰ 參照 Schwarz in: Mauz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80.EL Juni 2017-beck-online, Art. 17a GG Rn.9ff.

²¹ 德國學者 Wolfgang Loschelder 指出，於此必須考量國民置身於國家內部的特殊事理法則。公務員、學生、受刑人等進入行政的內部流程裡，國家與個人緊密交錯，個人置身於國家為實現特定目的所安排的流程裡…；在此等關係中，既非國家也非個人的法益當然處於優先地位。處其中之個人的法律地位也難以作一般性的界定，個人的自由地位應依其置身之國家內部的事理法則以決。（參照陳愛娥，前揭註19文，頁44。）

²² 參照 Herdegen: Mauz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. EL Juni 2017-Beck-online, Art.1 Abs.3 Rdnr. 47.

²³ 告別特別權力關係，並非完全抹煞行政內部關係與外部關係之區分必要性，只是此等區分迥異於往昔特別權力關係與一般權力關係截然二分之情境，在肯認行政內部關係亦屬法律關係之前提基礎上，繼之而起者，乃法律保留原則之適用可能性以及機關內部措施之判別、法律關係、權利侵害態樣、行政訴訟類型和司法審查密度等課題。（參照劉淑範，論公務員職務調動之概念及法律性質：揮別我國特別權力關係思維之遺緒，臺大法學論叢，42卷1期（2013年3月），頁40。）

²⁴ 參照 Schultheis in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7_Aufl., 2013-beck-online, §119 StPO, Rn.29.

律規定，及對於民主社會、國家或公共安全、國家經濟福祉、秩序維護、犯罪行為防範、健康或道德之保護、或他人之權利及自由之保護所必要者，始得對於前開權利予以干預。上開通訊自由權，係指包括透過 email 等電子書信往來，或電話等之所有通訊方式。如係對於受羈押人及受刑人之書信往來監管，被告與辯護人間通訊之限制，其干預須符合比例原則。²⁵ 因此，關於書信往來之限制，因已規定於前開公約第 8 條第 2 項，其限制自無違反法律保留原則，但個案之干預或限制，仍須符合憲法之比例原則。綜上，在德國法及歐洲人權及基本自由保護公約，就受刑人之對外書信往來之限制，須符合憲法或國際公約所要求之法律保留原則與比例原則。

四、監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定是否違反法律保留與比例原則問題

受刑人在監發送文稿，例如本號解釋有關回憶錄之文稿與書信對外發送之情形，從出版實務上，雖其可能投稿期刊雜誌連載，而後集結成書出版，但亦可能直接以書籍形式出版回憶錄。而監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項僅規定發表於期刊雜誌之文稿，是否包括由出版社以書籍形式加以發行，未來修法亦值得留意。又前開限制規定，未規定於母法監獄行刑法中或有明確授權法令訂定，本號解釋既認其與憲法第 23 條法律保留原則不符，因而該基本權之限制，自有違憲之虞。則本號解釋就該項規定之審查（題意正確或監獄信譽等），似毋庸再論該細則規定是否符合比例原則，蓋因其規定與授權規範目的間是否適合或必要，雖不無疑義，但比例原則之審查，係基本權限制之限制，如基本權之限制既不符合法律保留，已構成違憲，實無用再論其是否符合比例原則。比較外國立法例，例如德國刑事執行法第 31 條有關監獄主管得予扣留受刑人之書信（Anhalten von Schreiben）及日本刑事收容措施及被收容人處遇法第 129 條及第 132 條有關被收容人書信發受之禁止、刪除等處置，已明定於法律之中，則審查時再就

²⁵ 參照 Schädler/Jakobs : Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2013-beck-online, Artikel 8 MRK, Rn.2, 5.

具體情事判斷對監獄內紀律及秩序維護之妨害，是否具相當蓋然性，同時有無妨礙受刑人之教化，作為判斷之要素。²⁶ 如認其限制係在合理且必要範圍內，則不構成違憲。²⁷ 因前述外國立法例，非如我國法係規定於施行細則，未違反法律保留，在違憲審查時，就法律規定監獄主管得對受刑人書信發受之限制（例如扣留、退回或刪除等），此時始須就其限制所欲達成之公共利益（例如監獄之安全或秩序維護）與受刑人之書信往來權利間，是否具有相當性（即所謂狹義比例原則，或稱衡量性），進行利益衡量。

綜上，於違憲審查時，對受刑人發送書信或文稿之限制，須規定於母法監獄行刑法中或有明確授權法令訂定，始認符合法律保留原則。至於相關母法或授權訂定之法規命令所設受刑人之書信或文稿發送之基本權限制之限制，於符合法律保留原則情況下，再進行憲法第 23 條比例原則之合憲性審查，探究其相關規定之限制，是否與憲法保障基本權之意旨相符。

²⁶ 有關此等案件之日本最高法院裁判翻譯，參照李茂生譯，因閱讀自由受侵害損害賠償事件，（最高法院昭和五十八年六月二十二日大法庭判決），載於日本國最高法院裁判選譯第一輯，司法院印行，91 年 12 月，頁 60-64，該判決採取具體情事判斷，對監獄之紀律及秩序所不可忽視之障礙，是否具有相當之蓋然性（概然性）。另有判決認為如對於監獄內規律及秩序之維持產生妨害，同時有礙受刑人之教化，對於報紙之報導、機關刊物之記載及受刑人所發書信為部分塗銷，並不違反憲法第二十一條（該條係有關集會、結社、表現之自由、檢閱之禁止及通信之秘密）規定。（參照劉姿汝譯，受刑者之書信收發事件（最高法院平成十年四月二十四日第一小法庭判決），載於日本國最高法院裁判選譯第二輯，司法院印行，93 年 12 月，頁 243-245。）

²⁷ 有關日本在監者之人權，因特別權力關係理論受到批判，對於其人權限制之正當化，有從在監關係與其自律性之憲法秩序之構成要件觀點出發，例如從日本憲法第 18 條有關不受奴隸或苦役之自由及第 31 條有關生命或自由剝奪或科處刑罰之法定程序保障，加以觀察，學理上即所謂憲法秩序構成要素說。如欲對在監者人權加以限制，須符合合理之必要最小限度所許範圍。在合憲性判定之審查基準方面，實務上對於受刑人之閱讀文書圖畫，係從監獄之防止逃亡與維持監獄內之紀律及秩序，發生明顯立即（明白現在）之危險之蓋然性作為基準。但該基準在舉證要求可能過於嚴苛，可能不適於在監受刑人之情形。另有採相當之具體的蓋然性基準，考慮監獄之特殊性，就具體情事，要求其對於監獄紀律與秩序危害具有相當之蓋然性。（參照芦部信喜，憲法學 II 人權總論，東京：有斐閣，1997 年 1 版 5 刷，頁 273-279；芦部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書店，2013 年 5 刷，頁 108-110。）

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件針對受刑人受憲法保障權利範圍之宣示，有重要的憲法意義。

監獄行刑法第 66 條規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」（下稱系爭規定一）監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款規定：「本法第 66 條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第 18 條第 1 項第 1 款至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。」（下稱系爭規定二）監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」（下稱系爭規定三）本件解釋標的雖限於系爭規定一至三之條文而為，然其對受刑人受憲法保障之權利範圍，顯然有全面的意涵。爰提出本協同意見書，以為補充：

一、有關受刑人所應享有之基本權利：

- （一）本席同意多數意見所認，受刑人除下列兩種實際上或法律上的限制外，應與一般人民享有相同的憲法上權利：其一，因自由刑之執行，「當然附帶造成」其自由權利的限制（如多數意見所舉之「居住與遷徙自由」之例，以及在監獄中無法享有諸多一般行動自由、無法返家團聚享受完整的家庭權）；其二，雖非因自由刑之執行而「當然附帶造成」的限制，但為達成監獄行刑之目的所為之必要措施，而額外限制受刑人之權利（如限制受刑人取得或持有監獄所特別禁止之違禁品）（本號解釋理由書第 5 段參照）。
- （二）有關受刑人所應享有之基本權利，本號解釋附註援引之聯合國大會通過之受監禁者待遇基本原則（Basic Principles for the Treatment of Prisoners）第 5 點規定：「除可證明屬監禁所必要

之限制外，所有受監禁者均保有其在世界人權宣言，以及（如各該國為後列公約之締約國者）經濟社會文化權利國際公約、公民與政治權利國際公約及其任擇議定書所規定之人權及基本自由，並包括聯合國其他公約所規定之其他權利。」（Except for those limitations that are demonstrably necessitated by the fact of incarceration, all prisoners shall retain the human rights and fundamental freedoms set out in the Universal Declaration of Human Rights, and, where the State concerned is a party, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights and the Optional Protocol thereto, as well as such other rights as are set out in other United Nations covenants.）除此之外，諸多其他國際人權文件，對於受刑人所應享有之基本權利，亦有相關之闡釋，足以支持多數意見有關受刑人應享有基本權利之論述。例如公民與政治國際權利公約（International Covenant on Civil and Political Rights；ICCPR）第7條即規定：「對任何人均不得加以折磨或施以殘忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罰。……」（No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment...）同公約第10條第1項亦規定：「對所有被剝奪自由之人應給予人道及尊重其固有之人格尊嚴的待遇。」（All persons deprived of their liberty shall be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person.）聯合國第21號一般性意見（General Comment No. 21）第4點規定：「以人道與尊重人格的方式對待喪失自由者，為基本且普世適用的規則。因此，此項規則乃最低標準，其適用，不得基於會員國物質資源是否充裕而有異……」（Treating all persons deprived of their liberty with humanity and with respect for their dignity is a fundamental and universally applicable rule. Consequently, the application of this rule, as a minimum, cannot

be dependent on the material resources available in the State party. ...) 聯合國受刑人處遇最低標準規則 (United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; the Nelson Mandela Rules) 規則一規定：「所有受監禁者應被以尊嚴及符合人之價值的方式待之……。」 (All prisoners shall be treated with the respect due to their inherent dignity and value as human beings) 規則三規定：「……除因正當隔離或維護紀律所因而造成的限制外，監獄體系不得使受監禁者受到更惡化的待遇。」 (... prison system shall not, except as incidental to justifiable separation or the maintenance of discipline, aggravate the suffering inherent in such a situation.) 歐洲監獄規則 (European Prison Rules) 第 1 點及第 3 點規定：「自由受剝奪之人之人權應被尊重。」 (All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for their human rights.) 「自由受剝奪之人仍保有其未遭判決合法剝奪之一切權利。」 (Persons deprived of their liberty retain all rights that are not lawfully taken away by the decision sentencing them or remanding them in custody.)

二、有關本件涉及憲法權利之內容部分：

- (一) 多數意見認為系爭規定一有關檢閱受刑人書信部分，涉及憲法第 12 條所保障人民之秘密通訊自由；系爭規定一後段有關刪除書信內容部分，涉及憲法第 12 條所保障之秘密通訊自由及第 11 條所保障之表現自由；系爭規定三有關限制受刑人投稿部分，涉及憲法第 11 條所保障之表現自由。本席均敬表同意。
- (二) 本席認為，系爭規定三另侵害受刑人之思想自由 (freedom of thought)。蓋憲法第 11 條所規定人民之言論及表現自由，除明文保障表現在外之言論自由外，亦寓有保障尚未發表於外之內在思想自由之意旨。思想自由目的在保障人民內在精神活動，係人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障之基本人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，

不容國家機關基於任何理由（諸如因應緊急事態），以任何方式予以侵害（本院釋字第567號解釋參照）。亦即，思想自由應受憲法「絕對之保障」。監獄雖負有教化受刑人，使其改過遷善，然不應賦予監獄長官審查受刑人發受之信件或撰寫之文稿題意是否正確，始決定是否准許受刑人發受或投寄，否則等於係要求受刑人內在思想以及表現在外所撰寫之文字內容符合一定之內涵或教條，乃對受刑人內在精神活動之限制，已非單純對表現自由的限制。其對受刑人思想予以檢查及干涉，侵害其受憲法絕對保障之思想自由。多數意見未能論及系爭規定三亦侵害受刑人思想自由，甚為可惜。

三、有關將系爭規定一區分「檢查書信」、「閱讀書信」及「刪除書信部分內容部分」、「投稿」予以審查：

（一）多數意見將系爭規定一區分為「檢查書信」、「閱讀書信」及「刪除書信部分內容」三部分而為審查，並使其受不同密度之憲法審查。亦即，檢查書信之部分，如未涉及書信內容的讀取，則受較寬鬆之審查（見本件理由書第6段）；閱讀書信及刪除書信部分因涉及秘密通訊之核心內涵，故審查密度較高（見本件理由書第7段及第8段；多數意見雖未明示其所採者為中度審查標準，然依其意旨，實際上係採此標準）。另多數意見針對系爭規定三限制投稿部分，涉及對受刑人言論之事前審查，雖非採最嚴格之審查標準，亦即未採本院釋字第744號解釋之「原則上違憲」（按：該案意旨應係「推定為違憲」），然仍採中度之審查標準。本席雖未必完全贊同以機械之方式，區分審查密度，作為憲法第23條「必要」要件的操作模式；然本席對多數意見重視及保障受刑人基本人權（特別是涉及秘密通訊自由及表現自由之核心部分提高審查密度）之基本立場，敬表贊同。

（二）有關審查結果之闡釋：

1. 本解釋針對不同規定，呈現較為奇特之違憲或合憲限縮之解釋結果。

2. 針對系爭規定一中之檢查書信部分，解釋理由書第6段稱：「如其所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯（例如開拆後檢查內容物之外觀或以儀器檢查），即未逾越憲法第23條之必要程度，與憲法第12條保障之秘密通訊自由之意旨尚無違背」。此部分雖然係呈現「合憲限縮」之解釋，然實質上，含有部分違憲之意旨（亦即，監獄檢查書信之手段，如與確認有無夾帶違禁品無合理關聯，即屬違憲）。立法者在修改法律時，對此部分仍宜依解釋意旨修正，而不應看到解釋文有合憲之文字（即「於所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯之範圍內，與憲法第12條保障秘密通訊自由之意旨尚無違背」等文字），即忽略修法之重要性。
3. 針對系爭規定一中之閱讀書信部分，解釋理由書第7段稱：「未區分書信種類（例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信），亦未斟酌個案情形（例如受刑人於監所執行期間之表現），一概認為有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制」。故多數意見係認其為部分違憲。其主要意旨係在「不應無差別的一律閱讀受刑人寄送或接收之書信」。至於應如何消除「無差別的閱讀信件」，本號解釋要求立法者提供兩種差別處理方式，作為立法之標準。其一為收發書信之對象（與公務機關或委任律師往返之書信）應有之差異；其二為收發書信之受刑人（其執行期間之表現）應有之差異。將來立法者針對此兩類情形應如何具體化，仍有部分之立法裁量空間，然最少應將本號解釋所例示情形，納入法令之規定。
4. 針對系爭規定一中之刪除書信部分，解釋理由書第8段稱：「刪除之內容，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符比例原則之要求。於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。」此部分亦係以「合憲限縮」之方式處理，然實質上，其解釋亦含有部分

違憲之意旨（亦即，監獄刪除之內容，如「非維護監獄紀律所必要」，或「未保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還」，則為違憲）。立法者將來在修改法律時，對此部分亦應依此解釋意旨修正。

5. 有關係爭規定三限制投稿部分：多數意見一方面認其與法律保留原則不符（見本號解釋理由書第 12 段）另一方面進一步審查其內容，並認其內容不符憲法第 11 條之表現自由（見本號解釋理由書第 13 段）。本席對於多數意見完整審查系爭規定三所涉及之形式層面問題（即違反法律保留部分）及實質層面問題（即侵害表現自由部分），敬表贊同。或謂：系爭規定三既與法律保留原則不符，本應違憲，自無須繼續審查其實質內容。然本席認為，本院不宜就此部分採行「司法經濟」（或「訴訟經濟」）（judicial economy）原則，而僅處理最小範圍（即法律保留原則之部分）。蓋本院如對系爭規定三所涉及違反表現自由之部分未予解釋，將來立法者可能誤以為只要直接將系爭規定三之內容提升到母法中規定，即可符合憲法要求。如立法者僅處理法律保留之問題，而將系爭規定三之內容直接提升到母法予以規定，則將來該法律規定仍屬侵害受刑人之表現自由；本院仍須另案處理該母法之規定之違憲問題，反而增加不必要之訟源。

協同意見書

許志雄大法官 提出

受刑人即使入監服刑，仍為人權之主體，除人身自由被剝奪，居住遷徙自由及集會結社自由必然連帶受限外，原則上享有之人權與一般人應無不同。言論出版等表現自由具有優越地位，秘密通訊自由亦極為重要，性質上皆不因在監關係而喪失，是以受刑人應受保障，即使為達成監獄行刑之目的，非予限制不可，亦須符合「必要最小限度規制」之要求，始能合憲。本號解釋於闡述秘密通訊自由及表現自由之意義與重要性後，稱：「除為達成監獄行刑目的之必要措施（含為維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉

其他違法行為等之措施)外,不得限制之。」正表明此一旨趣。

表現自由一般定性為外在精神活動之自由,而秘密通訊自由重在隱私之維護,二者之間似有扞格之處。惟秘密通訊自由本以通訊自由為前提,而通訊係藉書信、電話或網路等方式,將意思傳達於他人之表現行為,故通信自由屬表現自由之一環。就此,秘密通訊自由不僅如本號解釋所言,乃憲法保障隱私權之具體態樣之一,並且與表現自由息息相關¹。實際上,從表現者(發信者)之角度觀之,表現自由確有強烈之外在性,但另一方面就訊息之接收者(受信者)而言,其大部分屬於自己一人之精神世界,亦即「內心自由」之世界。秘密通訊自由所保護之客體,係在發信者與受信者之封閉回路內交換之資訊,於此範圍內,其處理方式應與「內心自由」類似²,予以高度保障。有鑑於此,對於受刑人秘密通訊自由及表現自由之限制立法,其合憲性之審查基準容或低於一般情形,仍不可過於寬鬆,採取「必要最小限度規制」基準,應屬允當。

如上所述,書信之發受,同時攸關秘密通訊自由及表現自由之問題。本案系爭之監獄行刑法第66條規定:「發受書信,由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞,受刑人發信者,得述明理由,令其刪除後再行發出;受刑人受信者,得述明理由,逕予刪除再行收受。」其中有關書信之閱讀部分,涉及秘密通訊自由之重大限制,一概許監獄長官閱讀書信內容,而非例外始准閱讀,形同完全否定受刑人之秘密通訊自由,顯然逾越「必要最小限度規制」之範圍,構成違憲。

本號解釋之解釋文表示:「未區分書信種類,亦未斟酌個案情形,一概許監獄長官閱讀書信之內容,顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由,造成過度之限制,於此範圍內,與憲法第12條保障秘密通訊自由之意旨不符。」其為違憲之認定,洵屬允當,但採部分違憲之宣告,並限期2年失效,解讀上恐會產生困惑。按照解釋之

¹ 日本國憲法第21條規定:「(第1項)集會、結社、言論、出版及其他一切表現之自由,應受保障。(第2項)檢閱,不得為之。通信之秘密,不得侵害之。」其將秘密通訊自由與表現自由納入同一條文,可資參照。

² 奧平康弘著,憲法Ⅲ—憲法が保障する權利,有斐閣,1993年,頁157。

含意，書信依其種類之不同，有可閱讀者與不可閱讀者。惟可閱讀與不可閱讀之書信種類如何區分？解釋理由書雖有「是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信」之例示，但並未訂立完整之區分標準，因此尚無法從中確知何種類書信之閱讀違憲。同樣，可否閱讀應「斟酌個案情形」認定，但如何斟酌，除解釋理由書所舉「受刑人於監所執行期間之表現」外，其他應斟酌之因素為何，亦有疑問。要之，所謂「於此範圍內」違憲，其範圍未臻明確，如何界定，難免滋生疑義。縱使如此，有關機關仍應善體解釋意旨，秉持原則不閱讀，例外始准閱讀之精神，於2年內儘速修法；修法完成前，書信之閱讀範圍應依相同態度有所節制，避免出現違憲之適用或運用情形。

關於書信內容之刪除部分，監獄行刑法第66條後段之規定，在「必要最小限度規制」基準之審查下，亦有違憲之嫌。惟解釋理由書表示：「除限制發受書信之受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由外，亦限制其表現自由。上開規定許監獄長官刪除受刑人發受書信之內容，係為維護監獄紀律，其規範目的尚屬正當。惟刪除之內容，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符比例原則之要求。於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。」多數意見認為，書信內容之刪除，同時構成秘密通訊自由及表現自由之限制。惟本席認為，就性質而言，重點在於表現自由之限制。又關於上開規定之意涵，本號解釋採取從嚴解釋，明示書信內容之刪除應限定在維護監獄紀律所必要之範圍內，且應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還；從而作成尚無違憲之結論。於文義解釋上，如此解釋容有不自然之處，然為兼顧監獄紀律之維持，以及受刑人之人權保障，本號解釋運用合憲限定解釋之憲法判斷方法，將規制範圍收斂至必要最小限度，尚稱允當³。至監獄紀律之維護，固屬正當之規範目的，其範圍仍須加以節制，原則上以防止集體抗爭、暴動、放火及逃獄等具體危險為限，否則會與「必要最小限度規制」之精神牴觸。詎知監獄行刑法施行細則第82條反其道而行，

³ 棟居快行著，憲法學の可能性，信山社，2012年，頁243-249。

規定：「本法第 66 條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第 18 條第 1 項第 1 款至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。」其第 1 款及第 7 款之內容，未必與監獄紀律之維護有關，其中無關部分，經宣告違憲。至於第 2 款部分，即使未經宣告違憲，有關機關解釋適用時仍須審慎，切忌出現違憲之運用現象。

最後，就有關限制受刑人投稿部分論之。按投稿係以發表為目的，對象為不特定多數人，帶有一定之社會效果，與一般書信不同。受刑人入監服刑，社會性自由既遭剝奪，能否享有投稿之自由，或有疑問⁴。惟投稿乃表現形式之一種，從表現自由之保障觀點著眼，自不應加以禁止。又自由刑之執行，目的在使受刑人改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第 1 條參照）。若因投稿帶有一定之社會效果，即予剝奪或限制，更不免與監獄行刑之目的有違。本席認為，為兼顧受刑人表現自由之保障，以及監獄行刑目的之達成，關於受刑人投稿之限制，仍以適用「必要最小限度規制」基準為宜。

監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」其涉及表現自由之限制，既非由法律規定，亦欠缺法律具體明確授權，顯然違反法律保留原則。依形式審查，上開規定違反法律保留原則，已屬違憲，按理並無另為實質審查之必要。然為揭示「必要最小限度規制」之要求，釐清憲法上可容許之規制目的及手段，以作為未來修法之準據，大法官爰不厭其煩，復為實質審查。上開規定經實質審查結果，如解釋理由書所示，有關題意正確及監獄信譽部分，難謂係重要公益，均屬違憲；監獄紀律部分，以限制過大，且無彌補或替代措施為由，宣告部分違憲。本席認為，題意正確事涉觀點之管制，已觸及

⁴ 阿部照哉著，特別の法律關係における人權，收於蘆部信喜編「憲法Ⅱ」，有斐閣，1978 年，頁 126。

思想自由之敏感地帶，萬萬不可。監獄紀律部分，所以與前述書信內容之刪除規定不同，未採取較溫和之合憲限定解釋，殆因文稿審查未通過，依規定即不准投寄，比書信內容之刪除嚴重，有以致之。

協同意見書

張瓊文大法官 提出

本號解釋係賡續本院釋字第 755 號解釋，就受刑人不服監獄處分或其他管理措施之救濟程序相關規定是否抵觸憲法之問題，進行解釋，並針對監獄受刑人之特別權力關係作出突破後，對於救濟程序後續開展所可能衍生之監所管理措施是否合乎比例原則之實體問題，再予檢討。

釋字第 755 號解釋就監獄處分或其他管理措施，認為逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而侵害受刑人憲法所保障之基本權利，且非顯屬輕微時，得提起司法救濟程序，此舉可為我國特別權力關係中最黑暗的角落作出適度之開放，以強化受刑人基本人權之維護，亦為我國監所管理法制投入新的修正契機，此立論殊值贊同。

惟本號解釋多數意見更進一步認為監獄行刑法第 66 條（即本號解釋之系爭規定一）及同法施行細則第 81 條第 3 項（即本號解釋之系爭規定三），為最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決（下稱確定終局判決）所引用並予論述，故「應認係該判決所適用」。就此而言，本席認為法令經確定終局判決所引用並予論述，而逕認該法令即屬司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款中「確定終局裁判所適用之法律或命令」，程序受理要件上雖容有商榷餘地。惟基於提供人民基本權利更完整的「一次到位」保障之目的，應可予以贊同，為說明此二號解釋相互間之影響，爰提出協同意見。

一、大審法第 5 條第 1 項第 2 款「適用」之解釋

按大審法第 5 條第 1 項第 2 款所謂「確定終局裁判所適用之法律或命令」，形式上觀之有三個要件：1. 須以確定終局裁判所涵括之法令為範疇；2. 須為法律或命令；3. 須經確定終局裁判所適用。

本件聲請案之確定終局判決係最高行政法院所作成，且係以「本

件上訴為無理由」駁回聲請人之上訴，故為大審法第5條第1項第2款之「確定終局裁判」。又聲請人所爭執之系爭規定一、三，屬於法令之性質亦無疑慮。唯一值得討論者，應屬系爭規定一、三是否為確定終局判決所適用。

按法律適用過程，係指適用者（包含當事人、訴訟代理人及法院）一方面斟酌案件事實，並尋找可能適用的相關規定，作為判斷的依據，並加以涵攝之過程，亦即須確認案件事實是否涵蓋於該法規之要件中。以法院裁判而言，法的適用過程亦可分為認定事實及法律解釋二大部分，而以習用的三段論法，將事實套用於法規範，俾導出判決結論¹。惟在大多數的案件中，其事實認定及各種相互關聯之法規間往往彼此反覆牽動，形成複雜而流動的相互調整的確定過程²。

以一般最高行政法院之判決而言，其理由構成可分為幾個部分：1. 事實陳述；2. 上訴人原審起訴主張；3. 被上訴人答辯意旨；4. 原判決之理由；5. 上訴意旨；6. 最高行政法院之結論。此種分段論述之方式，充分體現適用過程中交互流動的特性，在法院裁判中亦時常可見其「尋覓法規範」之踪跡。於此意義下之「適用」，其範圍廣泛，過程中所涉及之法規可能與事實相關，但卻未必是最終達成主文結論之依據。

審諸人民聲請憲法解釋制度，兼具有保護人民基本權利及維護憲政秩序之目的，亦即就人民係因確定終局裁判所依據或獲致結論之法律或命令，有侵害其受憲法保障之基本權利之虞，故須聲請憲法解釋藉以保障其權利，並維護憲法價值秩序。是以業經本院解釋之事項，其受不利裁判者，得於解釋公布後，依再審或其他法定程序請求救濟（本院釋字第135號、第177號及第185號解釋參照）。

質言之，大審法第5條第1項第2款所謂之「適用」，應可分為二階段處理：首先，在確定終局裁判中，如已具體載明所適用法令之

¹ 楊仁壽，《法學方法論之進展——實踐哲學的復興》，作者自版，2013年，初版，第397頁

² 楊仁壽，前揭書，第408頁以下。

名稱、條次或函文編號，形式上即可認定已適用該法令³。其次，所謂適用必須限於確定終局裁判之依據或裁判之獲致結論（主文），與所引用的法令有密切關係，否則，即使該裁判的陳述中提及某一法令，亦非所謂的「適用」⁴。

本號解釋原因案件係確認行政處分違法事件，而聲請人於原審起訴主張系爭規定三逾越系爭規定一之授權，應屬無效；又監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款（即本號解釋之系爭規定二）各款均與監獄紀律之維持無涉，故該條規定亦因逾越母法之授權而無效。

法務部矯正署臺北看守所則以「被上訴人檢閱上訴人書信係依監獄行刑法第 66 條、監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 項第 1 款、第 2 款及第 7 款規定辦理等語」答辯。

第一審判決駁回上訴人之理由係「監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項、第 82 條，並未逾越母法（監獄行刑法第 66 條）規定」，聲請人之上訴意旨亦重申系爭規定二及三均逾越母法系爭規定一之授權而無效⁵。

確定終局判決形式上雖將系爭規定一、三之條次及內容摘錄於判決書內，惟其形成裁判之依據卻係：「按刑法對於刑罰之具體執行方法並未規定，而係由刑事訴訟法與監獄行刑法加以規範，監獄依監獄行刑法對於受刑人通訊與言論自由所為管制措施，就剝奪人身自由或生命權之刑罰而言，乃執行法律因其人身自由或生命權受限制而連帶課予之其他自由限制，連同執行死刑前之剝奪人身自由，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。……」

³ 徐璧湖，〈司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定「所適用」之研析〉，刊載：月旦法學雜誌，第 222 期，2013 年 11 月，第 134 頁。

⁴ 吳庚，《憲法的解釋與適用》，作者自版，2004 年 6 月，第 3 版，第 383 頁以下。

⁵ 參見確定終局判決理由二、三、四及五。

由此可見，就系爭規定一、三而言，法院僅以「監獄依監獄行刑法對於受刑人通訊與言論自由所為管制措施」一語帶過，判斷其「自非行政程序法所規範之行政處分」，而推導出「受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟」之結論。故確定終局判決之作成依據，並非列明於判決書中之系爭規定一、三，反而是行政程序法第92條第1項、訴願法第1條第1項及第3條第1項、行政訴訟法第6條第1項。

嚴格言之，確定終局判決並未將系爭規定一、三作為法規範而予以適用，反而是作為案件事實的小前提看待，並進而以上開行政程序法第92條第1項等條文予以涵攝。易言之，此際如將系爭規定一、三自判決書中移出或不予論斷，單純依據聲請人於監獄服刑之事實，亦可獲致「監獄依監獄行刑法所為管制措施，非行政程序法所規範之行政處分」之結論，而作成駁回上訴之判決。此際，即難謂系爭規定一、三屬於確定終局判決作成之依據。

惟如作此結論，在聲請人聲請解釋而獲致有利之結果時，僅能使聲請人得以重新開啟司法救濟程序，但就實體上所可能適用，而有違憲疑慮之法規，卻置之不論，則聲請人於費盡萬難取得有利之解釋結果後，須再經過一次訴訟，始能使該等實體法規成為審查標的，而釋憲者仍須再次作成解釋，不僅多耗費一次程序開啟的成本，對聲請人之救濟亦難謂為「及時」。

二、更具救濟功能之憲法解釋制度

按我國現行憲法解釋制度雖係抽象法規審查制度，然針對人民權利遭受私人或國家公權力侵害時，能及時予以救濟，本係制憲者賦予司法權之功能，亦構成一般人民之合理期待。

此亦為本院歷來解釋一再強調：「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。」（本院釋字第741號解釋參照）之意旨。

值是之故，對於大審法第 5 條第 1 項第 2 款之「所適用之法令」之考量，除了前述的一般適用原則外，對於本號解釋此種「救濟程序」憲法解釋案件之特殊性，即需予以更全面的考量。如實體法規已載明於屬程序性質之確定終局裁判，雖該裁判係以程序問題為由而駁回，但經聲請人就該實體法規提出違憲之質疑，且該法規與聲請人後續訴訟有密不可分之關聯性時，即得予以一併審查，俾使聲請人獲得更完整之救濟，以免令聲請人有成功聲請憲法解釋，卻無法獲得救濟之嘆。

是以，多數意見於作成釋字第 755 號解釋後，不憚辭費，另就本號解釋原因案件實體規定之合憲性，另作成一號解釋，並於同日公布，俾使聲請人除得依釋字第 755 號解釋重新進入訴訟程序請求救濟外，就其所爭執之實體事項，在程序再度開啟後，亦同時有依據更符合憲法保障秘密通訊自由之法令予以評價之機會。

雖我國係採取抽象法規審查制度，且本於司法之被動性，不得不使審查範圍受限於確定終局裁判所適用之法令。惟如能兼顧對人民基本權利之保障，又可減少法院及當事人程序上之勞費，此要件實有斟酌於個案情事而為調整之必要，使司法權能立足於更貼近人民之立場，發揮更全面之救濟功能，而不致使憲法第 16 條所保障之訴訟權流於僅開啟程序之形式保障，俾發揮真正定訟止紛之功能，此即本號解釋殊異於其他解釋而值得予以說明之處。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認定目前監獄行刑法第 66 條（系爭規定一），以及監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款（系爭規定二）有關閱讀及刪除受刑人發受書信部分之規定，與同施行細則第 81 條第 3 項（系爭規定三）有關審查受刑人投寄報章雜誌之文稿之規定，均部分違憲，本席敬表贊同，並提供協同意見如後，作為未來立法之參考。

一、哪些受刑人之書信應不檢閱？

本號解釋認「未區分書信種類」，例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信，亦「未斟酌個案情形」，一概允許監

獄長官閱讀書信之內容，已違反憲法第 12 條保障之秘密通訊自由，本號解釋對於「個案情形」舉的例子是「受刑人於監所執行期間之表現」，亦即監獄應斟酌個別受刑人之表現，而不得全面檢閱受刑人之書信，依此，至少應有幾種修法參考方向：

- (一) 可參考韓國之例子「原則上不檢查收容人的信件，但若特別危險的收容人就會檢查」¹，至於何謂「特別危險的收容人」，可由監獄依具體情況定之。依據韓國中央日報報導，韓國法務部定出了得檢查之例外情形是：毒品、組織暴力罪犯，違反監獄紀律正在接受調查或正在執行懲罰的囚犯，以及與其他囚犯寫信等²。
- (二) 若無法開放到韓國之程度，至少可開放對部分受刑人不再檢閱書信。

依目前之法令，對行刑累進處遇下之各級受刑人仍然全面檢閱書信，依本號解釋意旨，應可修法適度放寬。目前行刑累進處遇條例第 58 條規定，第二級以上之受刑人，於接見時，得不加監視。依同理，可考慮對第二級以上之受刑人，或其中再篩選出來之受刑人，不再檢查其書信，以百分之百尊重其隱私權，俾培養其自尊與自律，而為其出獄後適應社會生活預作準備。

- (三) 另外日本法對於受死刑判決之受刑人給予特別通信之規定，本號解釋通過後將修法放寬對受刑人之通信自由之限制，可就此一併考慮。

二、受刑人之書信與文稿之審查標準：

系爭規定一規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。……」，因此目前對受刑人所有之書信皆全面檢閱，沒有例外。系爭規定一後段係以「有妨害監獄紀律之虞」作為刪除受刑人發受書信之理由，系爭

¹ 法務部矯正署，「韓國矯正機關參訪紀實」出國報告，頁 21(2014 年)。

² 韓國中央日報，2012 年 9 月 21 日。

規定二規定監獄長官審查受刑人之書信是否違反監獄紀律之標準。對受刑人投寄報章雜誌之文稿之審查部分，系爭規定三規定：「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌」。

因目前法規對於審查受刑人之書信與其投稿分別規定於不同之條文，故本號解釋亦分別加以審查，並宣告此三條文均部分違憲。本席認為未來修法時對於受刑人書信與文稿不必區別對待，可用相同標準審查，且本號解釋對系爭規定二及三之見解可合併觀察。本號解釋指出系爭規定三「題意正確」部分，涉及觀點之管制，且與監獄信譽部分，均難謂係重要公益，與憲法保障言論自由之意旨不符，已抵觸憲法第 11 條保障表現自由之意旨，且違反法律保留原則，應於本解釋公布日起，失其效力。依相同標準，未來立法亦不應以「題意正確」與「無礙監獄信譽」為理由審查受刑人之書信。

三、如何認定書信或文稿違反「監獄紀律」？

系爭規定二係為解釋系爭規定一中有關「妨害監獄紀律之虞」而定，本號解釋認其部分違憲；本號解釋認為系爭規定三有關以「無礙監獄紀律」而准否受刑人投稿之規定亦違憲，對於違反「監獄紀律」部分，則自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力，亦即本號解釋於審查系爭規定二及三均同時討論「監獄紀律」之問題，未來應如何修法，即有進一步探討之必要：

- (一) 本號解釋理由第八段認為「監獄紀律部分，屬重要公益」，但是對於何謂「監獄紀律」，本號解釋於審查系爭規定三時將其界定在「投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等）」，依此，系爭規定二有關解釋母法之「妨害監獄紀律」部分，亦應限於「對於監獄秩序及安全可能產生具體危險」之情形。
- (二) 另外本號解釋理由第七段有關係爭規定二闡釋母法之妨害監獄紀律部分，對於「監獄紀律」之範疇卻未如本號解釋第八段提

出明確之界定，僅稱「系爭規定二第1款部分，如受刑人發送書信予不具受刑人身分之相對人，以及第7款所引同細則第18條第1項各款之規定，均未必與監獄紀律之維護有關」。依此例，受刑人發送書信予「具受刑人身分之相對人」，是「維護監獄紀律所必要」，其理由可能是擔心受刑人彼此之間透過通信串聯以進行「受刑人脫逃、監獄暴動」之計謀，或是受刑人與受刑人間之書信達到「顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞」。至於受刑人與不具受刑人身分之相對人之書信，如涉及「受刑人脫逃、監獄暴動」，應仍屬「監獄紀律」之範疇，此為解釋上之必然，亦符合本號解釋理由對於系爭規定三中有關「監獄紀律」之審查標準。

- (三) 事實上系爭規定二最大的問題在於第1款所規定「顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙，造成心理壓力或不安之虞」，實亦為空泛籠統，本號解釋就此未加以明確指摘，僅稱「均未必與監獄紀律之維護有關」，而由立法機關定之。本席認為未來立法不應讓監獄長官有過大之裁量權，例如受刑人如果對獄中生活有所描繪或對長官之管教不滿而有所抒發，甚至以誇大之方法描寫獄中風雲等，是否屬「顯為虛偽不實」，即容易產生爭議。監獄長官自然傾向認定對獄中管理與生活之描繪為「虛偽不實」，且可能對受信之人或監獄長官造成「心理壓力或不安」，然而若比照本號解釋第三段所認定監獄信譽部分，均難謂係重要公益，則有關受刑人書信涉及監獄信譽者，亦應認係「尚難謂係重要公益，與憲法第11條保障表現自由之意旨不符」。
- (四) 至於系爭規定二之第7款有關違反第18條第1項第1款至第4款、第6款、第7款及第9款受刑人入監應遵守事項，認其「均未必與監獄紀律之維護有關」故違憲，至於何部分與監獄紀律

之維護有關則未加申論。本席認為監獄行刑法施行細則第 18 條各款均為有關監獄生活應注意事項，屬紀律性之規定，其立法之格式均係先以道德性之標準，而後規定不得有之行為。（例如第 1 款：改悔向上，不得有損害國家利益或團體榮譽之行為。第 2 款：服從管教，不得有違抗命令或妨害秩序之行為），至於受刑人之書信內容，不會構成各款後半段所稱之「行為」。

（如不可能在書信內容構成第 6 款所稱之飲酒、賭博或紋身之行為），如以各款前段之道德性要求來審查書信之內容，則顯然過於空泛。故系爭規定二第 7 款之規定應無法認與監獄紀律有關而得作為審查書信之依據。

四、有必要限制受刑人發受書信之對象嗎？

監獄行刑法第 62 條規定「受刑人之接見及發受書信，以最近親屬及家屬為限」，依行刑累進處遇條例之規定，隨著累進處遇之進級，至第三級時，得准其與非親屬接見及發受書信。因投稿寄送之對象為一般報章雜誌，原應不受允許，但目前實務上係依第 62 條但書之規定「但有特別理由時，得許其與其他人接見及發受書信」而允許受刑人寄送文稿至報章雜誌。因受刑人與外界通信與其投稿報章雜誌，本質並無不同，應可一併規定，用相同標準審查。至於目前累進處遇之規定限於累進處遇至第三級時，始准其與非親屬發受書信，似將放寬發受書信之對象作為獎勵措施，並無矯治之意義。本席建議對所有受刑人均應放寬其發受書信之對象，以符合矯治與教育之目的。

五、放寬對受刑人書信之審查是否會造成管理負擔或危害監獄聲譽？

放寬對受刑人書信種類之審查，對部分受刑人不再審查書信、文稿，以及放寬刪除之標準，將可減輕監獄管理之負擔。若受刑人之書信與文稿有涉及監獄管理部分而被視為虛偽不實或有害監獄聲譽，於社會大眾已了解監獄不再審查受刑人部分書信，並對涉及監獄管理部分已不再列為刪除項目之後，其實社會大眾對於受刑人之立論自會有所評價，這是民主開放社會之真諦，若依現狀全面審查受刑人之書信並要求刪除批評監獄管理部分，反而令外界擔心、質疑，實得不償失。

部分協同部分不同意見書 黃璽君大法官 提出

本解釋多數意見認監獄行刑法第 66 條（下稱系爭規定一）部分合憲，部分違憲、同法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款、第 7 款（下稱系爭規定二）部分違憲及第 81 條第 3 項（下稱系爭規定三）違憲。本席雖對監獄行刑法第 66 條部分之結論敬表贊同，惟理由有部分尚須澄清。而就上開規定是否得為本案受理之釋憲客體，以及系爭規定二、三違憲部分之解釋則難贊同，爰提出部分協同部分不同意見書如下：

一、本案確定終局判決未適用系爭規定一、二、三，不得為聲請解釋客體

本件聲請人係受死刑判決確定而監禁於法務部矯正署臺北看守所（下稱臺北看守所），因申請寄發個人回憶錄予友人出版，對臺北看守所請其修改後再行提出之處置不服，經申訴、訴願未果，提起行政訴訟，嗣經最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決（下稱確定終局判決）駁回確定。聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定一、監獄行刑法施行細則第 82 條（其中第 1 款、第 2 款、第 7 款即系爭規定二）及系爭規定三違憲，聲請解釋。¹

本解釋多數意見認為，聲請人聲請解釋之系爭規定一及三，為確定終局判決所引用並予論述，而認係確定終局判決所適用；監獄行刑法施行細則第 82 條，雖非確定終局判決所適用，但為系爭規定一之解釋性規定，屬於適用系爭規定一之一環，乃將其中與原因案件有關之第 1 款、第 2 款及第 7 款（即系爭規定二）納為審查客體，其餘各款依大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 3 項規定，不予受理。

按人民依大審法第 5 條第 1 項第 2 款²聲請解釋憲法，其聲請解釋之客體限於「確定終局裁判所適用之法律或命令」，且須其憲法上所保障之權利，因而遭受不法侵害。所稱「適用」除直接適用外，由於

¹ 聲請人就監獄行刑法第 6 條第 1 項前段、同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款聲請解釋憲法部分，另案處理（本院釋字第 755 號解釋）。

² 人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。

「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的」³，本院諸多解釋又發展出「實質適用」及「重要關聯性」理論，對上開規定之「所適用」擴張解釋，以擴大釋憲審查之客體。是故確定終局裁判所適用之法律或命令，應以確定終局裁判直接或實質適用之法令，或與上開法令有重要關聯性者為限，始得為聲請解釋憲法之客體。

所謂適用法令，係將個案中一項或多項具體事實，經過解釋與涵攝過程，以認定其與法令抽象規定要件是否相符，如相符即將該法令規定之效果，賦予該具體事實而具體化。是所謂裁判所適用之法令，應指法院為獲致裁判結果所依據之法律或命令，若法院所引述之法令並非裁判之依據；或與裁判獲致之結論非密切相關者，而僅係法院於裁判書單純形式上提及或重覆當事人之爭訟意旨，皆非確定終局裁判所適用之法令（包括直接適用或實質援用）。換言之，非確定終局裁判據以論斷之法律或命令，縱令違憲，與確定終局裁判之結論並無影響，當事人之基本權利未因而受侵害，即非上開規定所稱之適用。除符合「重要關聯性」理論，得納入審查範圍者外，尚不得作為審查客體，對之聲請解釋憲法。

查確定終局裁判駁回聲請人之上訴，係以：監獄依監獄行刑法對於受刑人發出書信之管制措施：屬於國家基於刑罰權之刑事執行之一環，未創設新規制效果，非行政程序法所規範之行政處分，尚不得提起行政訴訟，請求撤銷該管制措施，或請求作成無條件准許其發信之處分，或依行政訴訟法第6條第1項後段請求確認行政處分違法之訴訟。聲請人訴請確認臺北看守所拒絕其寄出回憶錄之處分為違法，乃不備起訴要件，行政法院本應依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，逕以裁定駁回。原判決（臺北高等行政法院102年度訴字第514號判決）認臺北看守所拒絕聲請人寄出回憶錄之處分為行政處分，從實體認定該處分並未違法，而以判決駁回上訴人之訴，雖與前開論述

³ 本院釋字第445號、第737號、第747號解釋參照。

不符，但其結論尚無不合，仍應予維持。⁴

是確定終局判決僅以程序規定為判決之依據，雖引述實體規定之系爭規定一、三，但未直接或實質以其規范文義作為立論之基礎，非為論斷之依據，自非確定終局判決所適用。其與所適用之程序規定，亦無何重要關聯，不得作為本件釋憲客體。監獄行刑法施行細則第82條（含系爭規定二）未經確定終局判決所適用，且系爭規定一既不得作為本件解釋客體，自無從併入為解釋客體。聲請人聲請就系爭規定一、三及監獄行刑法施行細則第82條解釋憲法，均不合大審法第5條第1項第2款規定，應依同條第3項規定，不予受理。

二、監獄行刑法第66條部分違憲之解釋理由，仍有待澄清與補充

系爭規定一規定：「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」本解釋將系爭規定一前段之檢閱分為檢查與閱讀，因前段未如後段規定，須有妨害監獄紀律之虞情形始可檢閱，故為達成監獄行刑目的之必要措施，即可予以檢閱。後段法條明定「有妨害監獄紀律之虞」部分始能刪除，兩者審查標準不同。多數意見將為達成監獄行刑目的之必要措施中較確定部分，即維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉及其他違法行為等明列，惟監獄行刑目的不限於所列3項。而有妨害監獄紀律之虞範圍應較為達成監獄行刑目的範圍為小。

有關檢查部分，既與閱讀部分分別審查，則單純檢查而不閱讀內容，未涉及通訊內容之秘密性，故為合憲性解釋。關於閱讀部分，當然涉及通訊內容之秘密性，如係為達成監獄行刑之目的，仍可為之。本解釋認為系爭規定一「未區分書信種類（例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信），亦未斟酌個案情形（例如受刑人於監所執行期間之表現），一概認為有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘

⁴ 確定終局判決雖以程序上理由駁回上訴，惟原審臺北高等行政法院係以實體理由判決駁回起訴，故上訴審以判決維持原審判決。

密通訊自由，造成過度之限制，與此範圍內，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符」。亦即認例示情形許監獄長官閱讀部分違憲。就與相關公務機關或委任律師間往還之書信而論，因公務機關之收發信均須依規定處理，律師有職業規範，客觀上較少有妨害監獄行刑目的情況發生，是原則上無閱讀之必要，但如發現有妨害監獄行刑之目的情形，應許其閱讀。至收受之信件是否確為公務機關或委任律師所寄，監獄得進行調查。又現行法制，依外役監條例規定，由表現較佳受刑人中選出至外役監服刑，可直接與外界聯絡，與未管制通訊無異。是否尚須由仍於一般監獄服刑之受刑人中，再選出部分受刑人給予免閱之通訊自由？有待商榷。

三、於釐清何謂「監獄紀律」前，系爭規定二尚難謂逾越母法之授權

系爭規定二係依監獄行刑法第 93 條之 1 授權訂定之施行細則，闡示系爭規定一之「妨害監獄紀律之虞」，規定「本法第 66 條所稱妨害監獄紀律之虞，指書信內容有下列各款情形之一者：一、顯為虛偽不實、誘騙、侮辱或恐嚇之不當陳述，使他人有受騙、造成心理壓力或不安之虞。二、對受刑人矯正處遇公平、適切實施，有妨礙之虞。……七、違反第 18 條第 1 項第 1 款至第 4 款及第 6 款、第 7 款、第 9 款受刑人入監應遵守事項之虞。」本解釋多數意見僅認「系爭規定二第 1 款部分，如受刑人發送書信予不具受刑人身分之相對人，以及第 7 款所引同細則第 18 條第 1 項各款之規定，均未必與監獄紀律之維護有關。其與監獄紀律之維護無關部分，逾越母法之授權，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。相關機關如認系爭規定一所列『有妨害監獄紀律之虞』尚不足以達成監獄行刑之目的，應修改法律明定之。」（解釋理由第 10 段參照）是多數見解僅認系爭規定二第 1 款中，受刑人發送書信予不具受刑人身分之相對人，及第 7 款部分違憲，默認系爭規定二第 1 款其餘部分及第 2 款合憲。第 2 款係關於矯治處遇，與監獄紀律有關，並不違憲。而第 1 款受刑人對外發送之書信如載有諸如恐嚇他人等違法情事之內容，在受信人為其他受刑人時，則監獄長官刪除該內容，仍屬維護監獄紀律所必要，並不違憲；惟受信人為不具受

刑人身分之他人時，雖然「避免受刑人涉及其他違法行為」係監獄行刑目的之一，但因已逾越母法維護監獄紀律之目的，則監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款許監獄長官刪除該違法內容，與憲法第 23 條法律保留原則不符。就此部分，本席尚難贊同。

監獄紀律之概念範圍為何，事涉系爭規定二是否逾越母法規定文義所及範圍而違憲。多數意見雖認為監獄行刑之目的，包含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉及其他違法行為等，但其中未列有監獄紀律。多數意見亦未曾就監獄紀律與監獄行刑目的之關係予以釐清或說明，僅能由解釋理由書第 10 段推知多數意見似認為「避免受刑人涉及其他違法行為」未必與監獄紀律有關；但對第 2 款矯正處置則默認包含於監獄紀律之概念內。而由解釋理由書第 13 段亦可知監獄之安全與秩序當然包含於監獄紀律範圍內。

本席認為監獄行刑之目的在於透過剝奪受刑人之人身自由，使其與社會隔離，以處罰其犯罪行為，並嚇阻社會其他潛藏之犯罪，以及教育、輔導受刑人，使其改過向上，從新適於社會生活，以矯正其過往偏差之行為。而達成監獄行刑目之首要之務，在於確保監獄之安全與秩序並維護監獄紀律係。監獄紀律若從廣義，除包括監獄安全與秩序外，受刑人涉及其他違法行為即違反應遵守之紀律，且受刑人正實施違法行為，無論該書信係由何人收受，既由受刑人所發送，即難謂與監獄紀律毫無干係。是受刑人涉及其他違法行為自應屬監獄紀律之概念範圍。是系爭規定二第 1 款在系爭規定一文義所及範圍，未逾越母法之授權，無違憲法第 23 條法律保留原則。

四、稿件亦係書信之一種，系爭規定三關於監獄紀律部分，並未違反憲法第 23 條法律保留原則

系爭規定三規定「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」乃對受刑人投稿之處理規定。

按監獄行刑法於第 9 章（第 62 條至第 68 條）規定接見通信。有關書信部分，僅有第 62 條規定「受刑人之接見及發受書信，以最近親屬及家屬為限。但有特別理由時，得許其與其他之人接見及發受書

信。」及系爭規定、第 67 條書信之保管、第 68 條發信郵資等規定，未就投稿另設規定，是投稿應屬投寄書信之一。其施行細則亦相對應於第 9 章（第 79 條至 82 條之 1）規定接見及書信。監獄行刑法第 62 條但書規定許受刑人與其他之人（最近親屬及家屬除外）發受書信，應可包含受刑人向報章雜誌投寄文稿，是同法施行細則第 81 條第 3 項係基於同法第 91 條之 1「本法施行細則，由法務部定之。」之規定，為例示同法第 62 條但書之情形所為之規定。監獄行刑法第 62 條係規定受刑人發受書信之對象，本文規定以最近親屬及家屬為限，但書係規定例外得發受書信之對象。此由但書「但有特別理由時，得許其與其他之人接見及發受『書信』。」即明。投稿如係對最近親屬及家屬以外之人投寄，即屬監獄行刑法第 62 條但書情形，系爭規定三係就此為規定。惟監獄行刑法第 62 條係規定發受書信之對象，未及於書信之檢閱及發受限制，有書信之檢閱及發受限制係規定於系爭規定一。是投稿之檢閱及發受限制，亦應依系爭規定一辦理。多數意見認系爭規定三全部均未經授權，違反法律保留原則，然依上所述，系爭規定一許受刑人發受書信，於有妨害監獄紀律之虞時，得經刪除後再發受，系爭規定三關於須無礙於監獄紀律者，始許投寄部分（有礙者經刪除後即可符合投寄要件），應無違反系爭規定一，與法律保留原則無違。至系爭規定三有關題意正確及妨礙監獄名譽部分，與系爭規定一不合，且無其他授權規定，又非細節性或技術性規定，違反法律保留原則。

受刑人之投稿固涉及表現自由之事前審查，可否與一般書信為相同處理，外國立法有相同方式辦理者⁵，有為特別規定者。我監獄行刑法未為特別規定，尚難認即當然違反憲法保障表現自由之意旨。多數意見亦不反對受刑人投稿時，監獄長官為事先檢閱，惟僅限於投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等）情形，較系爭規定一之「妨害監獄紀律之虞」審查範圍為嚴。然投稿內容如妨害監獄紀律，亦不許限制，監獄即難以管理。是投稿之檢閱與限制，可與一般書信已相同方式處理，僅於認定是否妨害監獄

⁵ 德國自由刑及自由剝奪保安處分之執行法第 31 條參照。

紀律之虞時，採取較嚴格之認定標準，避免過度侵害受刑人之表現自由。

另需進一步說明者，本解釋多數意見就刪除部分言論內容而發表與禁止發表全部言論內容，何者對表現自由之限制較小，似有未明。多數意見於審查系爭規定一刪除書信內容再行寄發或收受時，既未以尚得採取不予寄發受刑人之書信或退回寄予受刑人之書信為由，宣告該規定違憲，亦未言明是否允許採取不予寄發或退回書信之手段，僅在容許刪除書信內容之手段下，謂「刪除之內容，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還，以符比例原則之要求」。然在審查監獄行刑法施行細則第81條3項之禁止受刑人投稿時，多數意見認單純完全禁止受刑人投稿違憲，並就「另有限制較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行投稿之足夠機會」，例示以「保留原本俾其日後得再行投稿」（即禁止投寄文稿並保留原本）、「使其修正投稿內容後再行投稿」（即刪除原稿內容修正再行投稿）二種類型。本席認為，刪除部分言論內容而發表與禁止發表全部言論內容，二者對表現自由造成之限制難分軒輊，惟所造成限制甚為嚴重且甚至已達剝奪之效果，故單純不予寄發或退回書信以及單純完全禁止投寄文稿，皆非對表現自由最小限制之手段，必也於後續採取諸如影印或保留原本之手段，始能與比例原則相符。

部分協同部分不同意見書 黃昭元大法官 提出

一、多數意見及本席之立場

[1] 這是一件典型的困難案件，涉及事實和規範都很複雜的受刑人權利問題，也挑動複雜的價值與利益權衡，從而本號解釋的結論及理由也相當複雜、繁瑣。因此本席力求以整合方式來分析相關爭點，以免繁上加繁令人煩。有關本號解釋多數意見及本席對各個具體爭點的立場及比較，請參本意見書末之附表。

[2] 本號解釋的審查標的共有 3 項，涉及受刑人的對外通信¹ 權及表現自由。

- (1) 多數意見認為監獄行刑法第 66 條（系爭規定一）有關全面「檢查」受刑人書信的規定「合憲」（理由書第 6 段），全面「閱讀」受刑人書信的規定「部分違憲」²（理由書第 7 段），本席支持上述兩項結論。至於多數意見認為同條有關「刪除」書信規定「（附條件³）合憲」之結論（解釋文第 1 段、理由書第 8 段），本席無法贊成。
- (2) 多數意見（a）固認為系爭規定二即監獄行刑法施行細則（下稱細則）第 82 條第 1 款及第 7 款規定違反法律保留原則而「違憲」，但完全沒有非難這兩款的實質內容；（b）然對於同樣受理的同條第 2 款規定，卻未置一詞（本席解讀為默示承認其「合憲」？）⁴，（c）甚至還暗示相關機關可以修法將監獄行刑法第 66 條後段所定「有妨害監獄紀律之虞」的管制目的，擴大為「達成監獄行刑之目的」，而使監獄長官得以有更多理由據以刪除受刑人書信（解釋文第 2 段、理由書第 10 段）。本席對於上述（a）之理由及（b）、（c）之結論，都無法贊成。
- (3) 多數意見宣告系爭規定三（即細則第 81 條）違反法律保留原則而全部「違憲」，同時宣告其中「題意正確」及「無礙監獄信譽」之目的根本「違憲」；至於「無礙監獄紀律」之

¹ 此處使用「對外通信」一詞，而非「對外通訊」，是因為本案審查標的只涉及書信、投稿之文字性通訊，不包括聲音、影像、數位等形式之通訊。

² 解釋理由書第 7 段認為這項規定「未區分書信種類（例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信），亦未斟酌個案情形（例如受刑人於監所執行期間之表現）」，而一律准許監獄長官閱讀，在此範圍內違憲。

³ 多數意見對於刪除書信內容的規定，附加了「應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之」的條件，從而宣告合憲。至於「應以維護監獄紀律所必要者為限」之要求，屬於目的之管制，但因欠缺對於監獄紀律的具體界定，在適用上並無太大實益。

⁴ 多數意見在解釋理由書第 10 段只就第 1 款及第 7 款明白宣告違憲，而對納入審查範圍之第 2 款故意沈默，其效果等於是默示的合憲宣告。

目的雖合憲，但「事前審查」手段則「部分違憲」（解釋文第3段、理由書第13段），本席雖不盡滿意，但仍支持其違憲宣告的結論。

二、本號解釋之基本立場：受刑人原則上仍享有憲法權利

[3] 受刑人是國家的奴隸？現代憲法在理念上固然已經否定源自種族、身分、階級等因素的奴隸制度，但長期以來，在很多國家（包括我國），那些曾犯罪或被犯罪⁵的受刑人，仍常被看成是次等公民，任憑國家管控（例如不承認其有憲法權利、權利之限制無須法律保留等），或認監所對於受刑人之各項管制「均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環」，而不提供司法救濟。⁶ 如此地位下之受刑人，雖有法律人格之名，卻無權利主體之實。如此受刑人，無異國家的奴隸（slaves of the state）。

[4] 受刑人也是人，不是國家的奴隸。多數意見在理由書第5段宣示：「受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制外，其與一般人民所得享有之憲法上權利，原則上並無不同。受刑人秘密通訊自由及表現自由等基本權利，仍應受憲法之保障。」這是本院歷年解釋首次如此正面宣示受刑人本於其權利主體地位，原則上仍得繼續享有其憲法權利，不因其受刑人身分有別於一般人民，而當然喪失（人身自由及其附帶限制以

⁵ 各國均曾有過的政治犯是比較常見的「被犯罪」之受刑人，如中國已經去世的劉曉波、剛在11月28日被中國法院判刑的李明哲等。因宗教信仰而入獄的良心犯，如拒服兵役的耶和華見證人王國信徒（參釋字第490號解釋之原因案件），也可算是某種非典型之受刑人。

⁶ 最高行政法院102年度判字第514號判決理由六、（二）：「按刑法對於刑罰之具體執行方法並未規定，而係由刑事訴訟法與監獄行刑法加以規範，監獄依監獄行刑法對於受刑人通訊與言論自由所為管制措施，就剝奪人身自由或生命權之刑罰而言，乃執行法律因其人身自由或生命權受限制而連帶課予之其他自由限制，連同執行死刑前之剝奪人身自由，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。」（**粗體**為本文所加）

外的)其他憲法權利。⁷鐵窗之內,仍有憲法,也仍然適用同一部憲法。本席認為:這是本號解釋對於受刑人法律地位的重要宣示,也是本號解釋最重要的憲法意涵。

[5] 憲法承認一般人民得享有各項憲法權利,其核心理念是要承認一個人基於其權利主體地位,可以自主決定並自己負責,無須國家或他人代為決定,也不容國家或他人任意以家長、管理人或代理人等各類名義,基於無限好意或無限惡意,事前或事後恣意干預一個人的自主決定。個人權利之保障「範圍」或「程度」是可以限制,但權利主體之「地位」則不容否認。換句話說,現代憲法是先預設每個權利主體都是「有能力自己決定並自己負責的人」,再進一步發展出控制國家及他人干預的各項規範原則,並透過司法違憲審查在內的各項機制予以確保。這在一般人民的情形,應該已經是民主國家憲法學理的基本假設,無須進一步深論。問題是,本號解釋之承認受刑人原則上仍然繼續享有各項憲法權利,是否也同樣預設受刑人「原則上」也仍然是「有能力自己決定並自己負責的人」,從而承認在監獄服刑的受刑人,於憲法保障的權利範圍內,也應該如同在監獄之外的一般人民,可以自主決定、自己負責,無須國家過於操煩?⁸無可否認的,如此假設在經驗上是非常反直覺的。因為我們所面對的不是一般人民,而是被認為是「壞人」的受刑人。

[6] 受刑人是當然不平等的權利主體?本號解釋多數意見一方面宣示上

⁷ 本院釋字第653號解釋理由書第2段宣示:「刑事被告受羈押後,為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要,其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利,固然因而依法受有限制,惟於此範圍之外,基於無罪推定原則,受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者,原則上並無不同。」(釋字第654號解釋理由書第2段亦有類似宣示)受羈押被告之繼續享有各項憲法權利,是基於無罪推定原則。本號解釋則進一步宣示已受有罪判決並在監服刑的受刑人,除人身自由及其附帶限制外,原則上亦得主張各項憲法權利,以利其復歸社會。

⁸ 舉例來說,住在學校宿舍的成年學生,如要寫信給他人,學校能不能說:因為你這封信的內容涉及誹謗、恐嚇他人或談到學校設施,所以不准寄?或仿監獄行刑法規定,命其修正後再寄?還是只能說:要寫隨你寫,但責任自負!

述原則性立場，但在實際操作時卻從寬審查，且多半只計較管制手段的合憲性，而忽略對目的之審查。這似乎是隱然先認為受刑人本來就是不一樣的（壞）人，因此當然可以給予較大的管制。所以審查重點也就直接放在對於受刑人權利限制「程度」的合憲性上，而完全跳過平等的關懷。故本號解釋也沒有針對受刑人是否屬於被隔離的群體，從而對於以受刑人為分類所為之差別待遇，是否涉及敏感分類，而不應如此放寬審查標準，有所斟酌。

[7] 問題根源：受刑人圖像。本席認為，不管是在任何國家，受刑人群體之內仍有其異質性，而包括至少以下幾類：故意或慣性犯罪且難以期待其悔改更生者、過失或偶然犯罪而有悔改更生可能者、錯判誤判之無辜者等。當我們宣稱受刑人原則上仍應享有憲法權利時，我們心中的受刑人圖像究竟為何？是一群死不悔改的奸惡之徒？還是如馬賽克拼圖般的百態人等？這應該是多數意見沒有明白說明的第一個基本難題。鐵窗之內，固然適用同一部憲法。然由於各人心中各有不同的受刑人圖像，再加上各種目的（如監獄安全或教化等）及事實因素（監獄之封閉性）之考量，受刑人得主張的憲法權利所受保障之具體範圍，很容易會被認為是與非受刑人當然有別，且當然是較少保障。在特別權力關係飄盪的眾幽靈中，這應該是最難去除者。但本席顧慮的是：如果對於各類現實考量因素，過於妥協，則上述憲法權利保障的原則性宣示，恐將流於口惠，甚至導致同一部憲法有兩種面貌：窗外版和窗內版。

三、對受刑人書信及投稿之管制，涉及「誰」的「什麼」權利？

[8] 多數意見將監獄行刑法第 66 條之限制，按其階段，區別為檢查、閱讀及刪除。由於前兩者直接破壞個人書信之秘密性，多數意見認涉及憲法第 12 條之秘密通訊自由。刪除因直接限制書信之內容，故除秘密通訊自由外，認另限制憲法第 11 條之表現自由。至於細則第 82 條各款則為有關刪除目的之解釋性規定，細則第 81 條亦屬對於表現自由之限制。本席雖贊成以上述兩項權利為審查依據，然有以下補充理由。

[9] 先就涉及的權利類型而言，獄方如果只是單純檢查而不同時閱讀書

信內容，固然不會直接涉及表意自由之限制。故多數意見只以秘密通訊自由為審查依據，尚無太大問題。然獄方之閱讀受刑人書信，是否只是破壞其通訊之秘密，而沒有限制到表意自由？按秘密通訊自由除保障個人通訊之秘密性外，當然也保障具表意成分的通訊本身。對一名通常人而言，如預先知道其書信一定會被他人閱讀，在現實上必然會產生某種程度的自我檢查，而無法暢所欲言，這就是限制言論之寒蟬效應（chilling effect）。就此而言，「閱讀」應該還是會同時限制了發信的受刑人或非受刑人之表意自由，且構成對於通訊（表意）內容之事前審查。如果我國憲法並無第 12 條，則秘密通訊自由的保障範圍應該會納入第 11 條的言論自由。既然憲法在第 11 條之外，另外明定第 12 條保障表意自由，則兩者之關係如何，即屬解釋論層面所需面對的問題，雖然這基本上可說是法律人的茶壺內漣漪。可惜多數意見對此並沒有進一步釐清，有待他案解釋或學界研究。⁹

[10] 再就權利主體而言，秘密通訊自由有一項特徵是一般表意自由所無：「雙方」（或對應的）權利主體。如以書信為例，發信人一旦寄出書信，就會有對應的受信人，發、受信雙方應該都是秘密通訊自由的權利主體，相生相伴。由於秘密通訊自由預設有發、受信之雙方權利主體，因此發信受刑人的相對受信人（如其家屬、朋友等，通常為非受刑人）之秘密通訊自由，往往也會因為受刑人之受到限制，而同受限制。反之，在受刑人為受信方時，現行法令允許監獄長官檢查、閱讀並刪除由獄外之非受刑人所寄發的書信，更是直接限制了發信之非受刑人的秘密通訊自由及表意自由（除非是受刑人寫信給受刑人）。所以在本案並不是只有受刑人的權利受到限制，而是另有許多「人」的類似權利受到相同限制，因此不能只用受刑人為權利主體來審查有關書信檢查規定的合憲性。本號解釋在解釋文第 1 段、理由書第 6、第 7 及第 8 段都提及「受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由」，正

⁹ 對此，本席的基本想法是：秘密通訊自由至少保障通訊（表意）「對象」、「方式」及「內容」的秘密，在此範圍內，構成表意自由的特別規定，而優先適用。

是此意。可惜的是，多數意見在實際審查時，由於採取寬鬆審查標準，對於與受刑人通訊之相對人的秘密通訊自由，往往予以忽略，或完全比照受刑人之待遇處理。用個不太精確的比喻來說，好人寫給壞人的信，其地位與壞人寫的信一樣。並且將對於壞人的種種限制，理所當然地擴張適用於好人身上。本號解釋一方面宣示受刑人原則上亦享有憲法權利，顯係有意打破所謂特別權力關係之桎梏。但在書信審查部分，卻又在無意間另外承認了一個特別權力關係的「普拉斯」（plus）版。

四、審查標準之選擇

[11] 多數意見對有關「檢查」受刑人發受書信之規定，承認「確認有無夾帶違禁品」為正當目的，手段「如不當然影響通訊內容之秘密性」，即與目的之達成「具有合理關聯」；就「閱讀」部分，則承認「達成監獄行刑之目的」為正當目的，惟認「未區分書信種類」及「未斟酌個案情形」之全面閱讀，造成過度之限制，而部分違憲。故就檢查及閱讀所涉及的秘密通訊自由而言，多數意見應都是採取寬鬆審查標準，只要求目的「正當」，手段應具有「合理關聯」。至於就涉及表意自由的「刪除」書信部分之規定，多數意見亦承認監獄行刑法第66條後段明定的「維護監獄紀律」為正當目的，¹⁰也原則上支持刪除之手段，只是附加「應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之」的要求，以符比例原則之要求。本席認為：這也只是寬鬆審查而已。

[12] 惟就管制受刑人投稿之細則第81條規定，多數意見則認系爭限制手段屬於對受刑人言論之事前審查，而改採較為嚴格的中度審查標準，要求其目的須為「重要公益」，且手段與目的之達成間應有「實質關聯」。此與上述有關刪除書信之僅採寬鬆審查標準，顯然有別。

[13] 按本院釋字第744號解釋對於化粧品廣告（商業性言論）之事前審查，明示採取嚴格審查標準。監獄對於受刑人書信及投稿之檢、閱、

¹⁰ 在承認維護監獄紀律為正當目的之前提下，多數意見對於細則第82條第1款及第7款規定，雖以違反法律保留原則為由宣告違憲，但並未同時非難上述規定之實質內容，顯係承認上述各款規定符合監獄行刑法第66條所稱「維護監獄紀律」之正當目的。

刪，當然也是一種事前審查。對此本院是否也應採取相同嚴格的審查標準？還是可以放寬？放到多寬？這是本號解釋在方法及理論面上，必須面對的問題。

[14] 多數意見在理由書第13段考量「為達成監獄行刑與管理之目的」，因此未沿用釋字第744號解釋之嚴格審查標準，而改採相當於中度的審查標準，但也沒有降低到最寬鬆的審查標準。

[15] 為何中度，而非嚴格？本席認為多數意見所稱之「為達成監獄行刑與管理之目的」，應是考量監獄之日常管理及運作，具有高度封閉和專業性，比起一般自由開放社會，也更重視內部秩序及安全。因此基於對監獄行政的尊重，調降對其事前審查機制的審查標準。理由固簡，但對此結論，本席仍然支持。

[16] 惟本席要強調的是，多數意見對於細則第81條限制受刑人投稿規定所採之中度審查標準，也應該同時適用於書信檢查規定。監獄對受刑人發受書信之檢查、閱讀及刪除，其限制程度固然有別，但共同構成獄方對於受刑人對外通信及表意內容的事前審查機制，甚至還會涉及對於通信相對人之「非受刑人」的秘密通訊及表意內容之事前審查，不應驟降至如此寬鬆的審查標準。¹¹

[17] 此外，監獄有其封閉性，其內部管理措施及實況，常不易為外界得知。而受刑人處於空間、資訊、人員均與外界隔離的狀態下，亦難對外尋求及時有效的救濟。封閉常為濫權的溫床，隔離則與歧視互為因果。受刑人在失去人身自由的情形下，對外通信及投稿等言論表達，已經是他們發抒鬱悶、維持身心平衡、甚至尋求救濟的少數管道（其他管道如面會家人等）。如果說人身自由的限制像是綑綁受刑人的手腳，則通訊及言論自由的事前審查就好比是將受刑人的嘴唇縫起來，不讓其出聲。這已經不是單純的「國家基於刑罰權之刑事執行之一環，

¹¹ 至於監獄對於物品等其他事項之檢查，因不當然涉及表意自由的限制，法院可採取寬鬆的審查標準。又對於受刑人身體之檢查，因涉及人身自由之重要憲法權利，且其效果類似搜索，亦以中度審查標準為宜。可見同樣的檢查手段，法院本就應考量其所涉及的事項性質及權利類型，而選擇不同的審查標準。

並未創設新的規制效果」，而可能是刑上加罰。法院對於此種通訊及言論自由的事前審查機制，仍應保持適當的監督，以免監獄過度濫權。[18] 依本席所見所聞，我國監獄實務對於受刑人對外通信及投稿之檢查，應該一直是位在比較嚴苛、恣意、人治的光譜那端，而非相對容忍、開明、法治的一端。戒嚴時期之恣意沒收受刑人之遺書、日記、回憶錄等，固屬過去憾事。¹² 即使是民主化後的今日，相關法令對於受刑人對外通信的限制及實踐均仍嚴苛。¹³ 以致受刑人之書信常根本無法寄出，而其親友寄給受刑人的書信，寄信人也常難以得知是否及完整送達受刑人收受。在此歷史及現實脈絡下，本院仍應採取中度審查標準，不宜完全放鬆。

[19] 再者，依法務部矯正署訂定之「監獄受刑人違規情節及懲罰參考標準表」規定，「受刑人未經檢查、私發書信或書信內容影響機關聲譽者」，各監獄得處以「一、訓誡。二、停止接見一至三次、三、停止戶外活動一至三日。」的懲罰。¹⁴ 換言之，受刑人寄發之書信不僅會因事前審查而被攔阻，甚至還可能因此受到違規之處罰。不僅如此，如受刑人有意舉發監獄人員之不當行為，也有可能會被當成是「書信

¹² 在白色恐怖時期，許多受刑人（死刑犯）的遺書都曾被當時獄方扣留，歷數十年均未交付家屬。參呂蒼一、胡淑雯、陳宗延、楊美紅、羅毓嘉、林易澄（合著），《無法送達的遺書：記那些在恐怖年代失落的人》，台北：衛城（2015）。1988年間，新店軍人監獄在監察院啟動調查之後，迅即焚燬1970年雷震出獄時沒收的400萬字雷震回憶錄。本席當時正在同監服役（還好不是服刑），至今難忘。

¹³ 監獄行刑法第62條規定：「受刑人之接見及發受書信，以最近親屬及家屬為限。但有特別理由時，得許其與其他之人接見及發受書信。」行刑累進處遇條例第55條：「第三級以上之受刑人，於不妨害教化之範圍內，得准其與非親屬接見，並發受書信。」至少已經限制了（第四級）受刑人與朋友通信的權利。另參法務部2015年11月10日法訴字第10413504310號訴願決定書理由三記載：訴願人於宜蘭監獄執行期間，「寄發信件予…新竹監獄…收容之受刑人謝○彥，經新竹監獄以謝○彥現為第4級受刑人，且查閱其書信內容後認無通信之必要，爰予退回信件，…」（**粗體**為本文所加），足見獄方對於受刑人與其朋友間的通信，確有准駁之決定權。

¹⁴ 參收容人違規情節及懲罰參考標準表，表一之（二十一），法務部矯正署官網（矯正出版品——矯正法規輯要），<http://www.mjac.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=325315&ctNode=35497&mp=801>（最後瀏覽日：11/30/2017）。

內容影響機關聲譽」，而受到處罰。法務部矯正署 2013 年 9 月 13 日法矯署安字第 10204004330 號函說明二：

「收容人如有民事、刑事或行政法上權利受侵害，本可依循民事、刑事或行政程序救濟，收容人寄發涉及機關內人員管教不當之陳情或檢舉性質之書信，當為其法律上之權利，各機關不得以安全檢查為由，而積壓或扣留收容人之書信。此外，各機關不得僅據前揭權責機關之不受理決定、不起訴書或無罪判決等資料，遽以辦理收容人違規，而應審辨收容人係以法律途徑尋求救濟，抑或以誣控、濫告之手段，達報復、威脅或對抗管教之目的，再參酌平日對收容人之具體性行考核而審慎判斷，以減少違規處理不當之爭議。」

從法務部矯正署要特別發函提醒各矯正機關不要因受刑人舉發不成立，就「遽以辦理收容人違規」，不難想像受刑人膽敢舉發不當管教後所可能面臨的後果。這或許本席是以小人之心，度君子之腹。但本席確實是顧慮現行規定的事前審查機制，不僅有沒收言論的寒蟬效應，更同時有秋後算帳的殺雞儆猴功能。

[20] 基於上述考量，本席認為：本院對於有關受刑人通訊及言論等表意自由之事前審查機制，於目前仍應先採取較為嚴格的中度審查標準，而非高度容忍的寬鬆審查。將來如監獄內的法治實踐有明顯改善，且受刑人之訴訟權也得到有效保障，再來考慮是否逐步或分類型降低為寬鬆審查標準。

五、本案所採中度審查標準之具體內涵

[21] 多數意見在理由書第 13 段先宣示：「監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。」這是相當於中度的審查標準，並且進一步具體說明其審查標準的具體內容：

「監獄長官於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等），本得採取各項預防或管制措施。然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制

較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行投稿之足夠機會（如保留原本俾其日後得再行投稿，或使其修正投稿內容後再行投稿等），而不得僅以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投寄報章雜誌。」

[22] 上述理由包括了以下4項具體的操作標準：（1）在目的部分，投稿內容必須是會「對於監獄秩序及安全可能產生具體危險」，才可禁止。在手段部分，則有3項，分別是（2）對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益；（3）是否另有限制較小之其他手段可資運用；（4）應留給受刑人另行投稿之足夠機會，亦即是否還留下足夠的表意機會給受刑人。

六、目的之審查

[23] 先就目的而言，此處所謂監獄秩序及安全，必須是限於所謂物理性（physical）的安全及秩序，而不包括心理性的不安。單純令監獄管理者不悅的冒犯性言論，或對監獄管理措施的批評等，尚不足以當然構成對監獄秩序及安全的危害。其次，由於本號解釋並非嚴格審查，因此並不要求目的須限於防免「直接、立即且難以回復危害」（參釋字第744號解釋），也不要求是為了避免「明顯而立即危險」（參釋字第445號解釋）。基於中度審查標準，多數意見要求立法所擬防免的危險至少應該是要「有實現可能的具體危險」，而不只是抽象的風險顧慮。更深入的說，事前審查機制的立法目的不可以是對言論的直接鎮壓（如言論不正確、資訊內容錯誤、令人不悅、冒犯他人等），而需另有無關鎮壓言論的中立性目的（例如維護監獄秩序及安全）。依此標準，細則第81條第3項有關「題意正確」之管制目的，不僅是直接針對言論內容的鎮壓，而且更是觀點管制。不要說難以成為重要目的，甚至不能算是最起碼的正當目的。至於同條項「無礙監獄信譽」部分，等於是在禁止一切傷及監獄名聲的冒犯性言論（＝有傷監獄面子？）¹⁵，本就未必會和監獄秩序及安全有關，更遑論是否足以產生具體危險，故亦非重要目的。至於同條項之「監獄紀律」，也應解釋

¹⁵ 參前註14及其相關本文說明。

為「對監獄秩序及安全所可能產生的具體危險」，在此限度內，始為合憲的重要目的。

[24] 如依本席主張（參第 [20] 段），以中度審查標準來審查監獄行刑法第 66 條及細則第 82 條第 1、2 及 7 款規定，本席認為：（1）監獄行刑法第 66 條有關檢查部分，係以確認有無夾帶違禁品為其目的，此項目的與鎮壓言論無關，也是監獄秩序及安全的具體態樣之一，即使適用中度審查標準，仍可認是重要目的而合憲。至於閱讀部分，多數意見係以「為達成監獄行刑之目的」為其合憲目的（理由書第 7 段），這是比「監獄紀律」、「監獄秩序及安全」更寬廣（包括教化等）、更空泛的目的；且以教化目的來限制言論，極容易淪為言論內容、議題或觀點的實質審查，難認是重要目的。¹⁶ 關於刪除部分，多數意見承認「監獄紀律」為正當的合憲目的，如將之限縮理解為「監獄秩序及安全」，則可成為合憲的重要目的。¹⁷

[25] 其次，（2）有關細則第 82 條第 1、2 及 7 款規定部分，由於本條各款都是闡釋監獄行刑法第 66 條所定「監獄紀律」意涵之解釋性規定，多數意見既然承認「監獄紀律」為合憲目的，因此就只就第 1 款及第 7 款「與監獄紀律之維護無關部分」，宣告其違反法律保留原則。對此結論，本席認為過於保守。按第 1 款規定多僅涉及心理性不安，而非物理性秩序及安全之危害（例如鼓吹或煽動監獄暴動、抗爭等）。而其所稱「之虞」，究屬抽象想像或具體危險，依其文義，仍難以確定。

¹⁶ 多數意見在理由書第 5 段也將「達成監獄行刑目的」當成是限制受刑人秘密通訊自由及表現自由之合憲目的，並且還舉例說明包含「為維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等」。後兩項例示目的恐怕過於廣泛（overbroad）、模糊不明確（vague）；又如「避免受刑人涉其他違法行為」之目的，也很容易成為監獄管理者濫權限制的廉價藉口，都顯然無法通過本文所稱重要目的之要求。

¹⁷ 法務部研擬中的監獄行刑法修正草案第 73 條（相當於現行法的第 66 條），已準備將「監獄紀律」修正為更具體的「監獄秩序或安全」。參法務部 2016 年 10 月 24 日法制字第 10513504480 號函附件（監獄行刑法修正草案條文對照表）（本號解釋卷）。然本號解釋多數意見卻仍直接肯定「監獄紀律」的合憲性，而沒有對之為限縮性的合憲性解釋，實在可惜。

多數意見承認獄方對於相對人（多為非受刑人）寄給受刑人的信，得基於第1款之抽象目的，而為審查及刪除，簡直是將非受刑人當受刑人管制，實有不妥。¹⁸又第7款規定所連結引用的同細則第18條第1項各款，如可能涉及言論（例如第1款），其目的明顯都是在直接鎮壓言論，這已不是逾越母法之授權而已。更有可議的是第2款，本號解釋將之納入審查標的範圍，但理由書對其合憲性卻保持沈默，等於是默認其合憲。然這款規定在實務上既常被監獄適用，其目的及效果也正是在直接鎮壓受刑人對於監獄管理措施的批評，正當性最為薄弱，實難認係合憲目的。多數意見對之視而不見，本席對此結論及處理方式，深感不安。

七、手段之審查

[26] 再就手段之審查而言，上述3項具體標準所共同表彰的核心意涵是：監獄應先採取不直接管制言論內容的手段，例如不閱讀書信內容之檢查方式；如需閱讀，則應盡量不刪除投稿內容。此外，並應留給受刑人有發表言論的足夠機會。在此意義下，本席認為：就算承認監獄有事先審查受刑人通訊及言論的權力，也不當然等於承認監獄有刪除受刑人通訊及言論內容的權力。承認監獄有刪除受刑人表意內容之權力，等於是承認監獄有沒收受刑人表意之權力，這已經觸及表意自由之紅線，必須非常、非常地認真看待。

[27] 多數意見在理由書第13段仍然保留給監獄有禁止言論（包括直接或要求刪除投稿內容、或根本禁止其發表等）的權力，本席對此雖然勉強支持，但希望將來這會是最後的不得已手段，不得單獨使用，而應有配套的緩和措施。例如不得直接破壞投稿原文之內容完整性，以

¹⁸ 依照多數意見立場，受刑人寫給罵其家人，因與監獄紀律無關，監獄不可限制。但如受刑人之家人寫信罵受刑人，由於這類文字可能會有造成收信之受刑人「心理壓力或不安之虞」，依照本條第1款規定及監獄行刑法第66條規定，監獄是可以「敘明理由，逕予刪除」相關文字後，再將信交給收信人。問題是：國家需要將受刑人當成如此脆弱的媽寶嗎？且不管是受刑人寫信詐騙、侮辱或恐嚇監外之人，或相反情形，本就另有刑法、民法等相關規定等可以讓被害人事後追究法律責任，何勞監獄事前審查？

致不可回復；如需破壞原文，則應保留全文影本；先只暫時扣留違規之投稿原文，等受刑人出獄時發還；或將投稿退回受刑人，而非逕自刪除或沒收（如沒收雷震回憶錄之舉）等。又多數意見雖然沒有同時賦予受刑人在預定發表言論日前尋求「及時有效司法救濟」的權利，但至少應該給予受刑人事後尋求司法救濟的權利（參本院釋字第 755 號解釋）。

[28] 上述有關監獄刪除受刑人投稿的配套及緩和機制，也應適用於監獄依監獄行刑法第 66 條規定刪除受刑人之對外發信。

[29] 其次，關於監獄行刑法第 66 條所定之書信檢查，本席認為在手段上，應區別受刑人之發信或收信。在受刑人收信的情形，除了某監之受刑人寫信給他監受刑人的情形外，由於發信人多半是監獄外的非受刑人，監獄應無逕自刪除非受刑人來信的權力，而只能退回（如有必要，影印原稿後退回）。故現行監獄行刑法第 66 條後段有關「受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受。」之規定，應屬違憲。

八、特殊書信

[30] 有關監獄行刑法第 66 條授權監獄長官閱讀受刑人發受書信部分，多數意見在理由書第 7 段認為系爭規定「未區分書信種類（例如是否為受刑人與相關公務機關或委任律師間往還之書信）」，「一概認為有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制。」而違憲。多數意見上述意旨係在要求相關機關將來應建立某種「特殊書信」（名稱暫訂）制度，並讓此種特殊書信享有免於閱讀的特殊地位。依此意旨，特殊書信既然不許監獄長官閱讀，自更不容刪除。然於不閱讀、刪除內容的前提下，監獄長官應仍得對之檢查，以確認有無夾帶違禁品。

[31] 上述特殊書信制度，在許多國家早已行之多年，並有相當詳細的規範，¹⁹ 包括其對象（如政府機關及人員之範圍、律師、媒體代表等）、

¹⁹ 美國法有關特殊書信（Special Mail）的相關規定，參 28 CFR §§540.2, 540.12(b) & 540.18-20.

格式、收發程序等。有關特殊書信之具體規定，仍有賴相關機關未來進一步立法明定之。

[32] 由於特殊書信仍應接受監獄之檢查，為免侵害受刑人之重要權益，並減少爭議，相關機關在立法設計特殊書信制度時，或可參考其他國家（如美國）之制度，賦予收信之受刑人在監獄實施檢查時，可以有到場權。

九、結語

[33] 本號解釋應該是本席就任大法官以來，考量最糾結、內心最掙扎的困難案件。在理念及理論上，本號解釋所涉及的受刑人地位與權利、言論的事前審查等議題，都是傳統自由主義思想下，具指標性的石蕊試紙，可以檢測一個人對自由主義的信仰及對國家角色的信任程度。在個人經驗層面，由於本席曾在新店軍人監獄服役將近兩年，看過黃信介、張俊宏等美麗島政治犯、以及耶和華見證人王國教徒的良心犯，當然也看過走私軍火、殺人搶劫的兇惡之徒，或貪污舞弊的將軍犯人。既在夜間巡邏過當年的槍決場，也曾值班過容許夫妻子女相會的外見室。雖然不敢說透徹瞭解監獄實況，但也感受深刻，至今歷歷。

[34] 在操作面上，像本案的爭議類型，其實較適合以個案訴訟或裁判憲法審查的途徑來救濟，抽象審查終究有其明顯的困境。對於本席而言，本案是在理念與經驗的交錯影響下，對於自由與安全的不斷權衡，並在抽象價值與現實顧慮間反覆辯證。

[35] 在思索權衡之後，本席認為：受刑人不是國家的奴隸，也不因犯罪在監拘禁，而當然成為次等公民。如果說有權利，必有救濟。那麼有控制，也必有抗拒。有網路長城，就有翻牆的人民（連習大大都有VPN！）。有鐵窗的言論管制，就有想破窗而出的玫瑰花。如果將現行法對於受刑人言論的控制模式抽象化，大概就是幾個集權國家透過網路監控人民言論的模式翻版：全面檢查、全面閱讀、全面刪除，哦，Error 404。法院對於如此徹底的全面監控模式，應保持必要的警戒。

附表：多數意見及本席立場之分析對照表

審查標的	限制	憲法權利	審查標準	目的	手段	結論	本席立場
系爭規定一 行刑法 6 (書信)	檢查	§ 12	寬鬆	正當	有合理關聯	合憲	贊成
	閱讀	§ 12	寬鬆	正當	部分限制過度	部分違憲	贊成 (補充理由)
	刪除	§ 12+ § 11	寬鬆	正當	得刪除， 但須保留 全文影本	合憲性解釋	反對
系爭規定二 細則 82 (定義監獄紀律)	定義刪除之目的	§ 11	寬鬆	第 1、7 款違反法律保留		第 1、7 款違憲 第 2 款合憲 (未明示)	第 1、7 款違憲結論：贊成 (實質違憲) 第 2 款合憲部分：反對 (實質違憲)
系爭規定三 細則 81III (投稿)	事前審查	§ 11	中度	題意正確、監獄信譽：非重要 監獄紀律：重要 (監獄秩序安全之具體危險)	事前審查應符合以下要件： (1) 利 > 弊 (2) 限制較小之替代手段 (3) 其他投稿機會	題意正確、監獄信譽之目的：違憲 監獄紀律之目的：實質合憲，但違反法律保留 事前審查手段：實質部分違憲 + 違反法律保留	目的全部違憲、手段違憲

部分不同意見書

陳碧玉大法官 提出

本件聲請人因不服法務部矯正署臺北看守所（下稱臺北看守所）以其申請寄出之 16 張名為「個人回憶錄」之信函部分內容，有影響機關聲譽為由，命其修改信函內容後再行提出之處分，提起申訴。法務部矯正署迄未正式針對其申訴作成決定。聲請人向臺北高等行政法院提起「請求確認臺北看守所拒絕其寄出回憶錄之處分為違法」訴訟，該院以聲請人之訴為無理由駁回。聲請人提起上訴。最高行政法院 102 年度判字第 514 號判決（確定終局判決）以聲請人之訴不符起訴應備要件，行政法院應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，逕以裁定駁回；原審法院雖未予以程序駁回，然因結果並無不同，因予維持原判，駁回聲請人之上訴。

聲請人主張確定終局判決所適用之監獄行刑法第 66 條（下稱系爭規定一）、同法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款（下併稱系爭規定二），及第 81 條第 3 項（下稱系爭規定三）等規定違憲，聲請解釋。原為一聲請憲法解釋案件；嗣經大法官同意，將聲請案件分為程序與實體二案。其中程序部分併同其他聲請人聲請案，本院另作成釋字第 755 號解釋。實體部分本案為唯一之原因案件。原聲請案既分為二案審理，則是否合乎受理要件，即應就個案分別認定。

誠然，本席對於由聯合國大會 1990 年 12 月 14 日 A/RES/45/111 號決議通過之「受監禁者待遇基本原則」第 5 點規定出發，肯認受刑人受憲法保障之基本人權，不因其為受刑人之身分而被全然否定。並以監獄、看守所是具高度目的性之矯正機構，司法機關就監獄、看守所為達成維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇，以及避免受刑人涉其他違法行為等監獄行刑目的，所採取之必要管理措施，應予較高之尊重，而僅許受刑人就監獄處分或其他管理措施，於逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，且侵害其受憲法保障之基本權利又非顯屬輕微時，有訴訟救濟權之多數意見（本院釋字第 755 號解釋），敬表贊同。對基於同一理論基礎，以比例原則、法律保留原則來審查「檢查、閱讀、刪除受刑人發送書信（包括文稿）」之系爭規定，是

否違反憲法保障人民之祕密通訊自由與表意自由之本號解釋多數意見，亦能表贊同，然卻因本案欠缺受理要件，而認應不受理。

其理由如下：

一、司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義時，始得聲請大法官解釋。其中裁判「所適用」之法令，係指該法令已納入裁判結果的涵攝過程，並據以作成裁判之基礎而言。倘與裁判之結果無關，非裁判之基礎者，縱確定終局裁判曾經敘及，仍非確定終局裁判所適用之法律或命令，自不得據以聲請解釋。¹又裁判是否適用特定法令應以裁判記載之內容，用法令適用方法檢驗之一項「事實」，而非大法官可不受事實調查結果拘束，逕自決定該裁判應適用之法令。²

¹ 參照本院釋字第730號解釋：「……次查系爭書函係銓敘部就公務人員退休法所為函釋，確定終局判決則依學校教職員退休條例及其施行細則規定為裁判，並非援用系爭書函作為裁判依據，不得據以聲請解釋」。其他不受理議決部分參照1、中華民國106年2月24日司法院大法官第1454次會議議決（會台字第13304號）：惟查確定終局判決係根據遺產及贈與稅法第4條第2項作成，系爭規定並非確定終局判決作為裁判依據之法令，聲請人自不得以之為聲請解釋之客體。2、105年12月30日司法院大法官第1451次會議議決（會台字第13255號）：按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱確定終局裁判適用法律或命令，係指作為確定終局裁判基礎之法律或命令而言；倘與裁判之結果無關，非裁判之基礎者，縱確定終局裁判曾經敘及，仍非確定終局裁判所適用之法律或命令，自不得據以聲請解釋。3、105年11月11日司法院大法官第1448次會議議決（會台字第13091號）：系爭規定一及系爭解釋一未為確定終局判決所適用，且系爭規定二、系爭規定三及系爭解釋二雖為確定終局判決所記載，但非確定終局判決所為裁判基礎之規定，自不得以之為聲請解釋及補充解釋之客體。4、105年7月29日司法院大法官會議第1444次會議議決（會台字第13024號）：惟查，確定終局裁定二係以聲請人就確定終局裁定一聲請再審，未具體表明再審理由，其再審聲請不合法，予以駁回，非以系爭規定為裁定論斷基礎，未適用系爭規定，自不得執之聲請解釋。5、同次會議議決（會台字第13053號）：惟查，確定終局裁定係以聲請人未具體指摘原裁定如何不當或違法，抗告無理由予以駁回，非以系爭規定為裁定論斷基礎，未適用系爭規定，自不得執之聲請解釋。

² 徐壁湖，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定「所適用」之研

二、最高行政法院於確定終局判決所持見解全文如下：本院按：

（一）法務部組織法第2條規定：「本部掌理下列事項：…十、所屬機關（構）辦理犯罪調查、行政執行、廉政、矯正、刑事偵查、實行公訴與刑事執行之指導及監督…」；法務部矯正署組織法第1條、第2條依序規定：「法務部為規劃矯正政策並指揮、監督全國矯正機關（構）（以下簡稱矯正機關）執行矯正事務，特設矯正署（以下簡稱本署）。」、「本署掌理事項如下：…三、矯正機關收容人教化、性行考核、輔導、教導、教務、訓導、社會工作、累進處遇、假釋、撤銷假釋之規劃、指導及監督事項。…」；監獄行刑法第6條、第66條依序規定：「受刑人不服監獄之處分時，得經由典獄長申訴於監督機關或視察人員。但在未決定以前，無停止處分之效力。典獄長接受前項申訴時，應即時轉報該管監督機關，不得稽延。第一項受刑人之申訴，得於視察人員蒞監獄時逕向提出。」、「發受書信，由監獄長官檢閱之。如認為有妨害監獄紀律之虞，受刑人發信者，得述明理由，令其刪除後再行發出；受刑人受信者，得述明理由，逕予刪除再行收受」；監獄行刑法施行細則第5條第1項、第81條第3項依序規定：「受刑人不服監獄處分之申訴事件，依左列規定處理之：一、受刑人不服監獄之處分，應於處分後十日內個別以言詞或書面提出申訴，其以言詞申訴者，由監獄主管人員將申訴事實詳記於申訴簿，以文書申訴者，應敘明姓名、罪名、刑期、原處分事實及日期，不服處分之理由、簽名、蓋章或按指印，並記明申訴之年月日。…三、原處分監獄典獄長對於受刑人之申訴認有理由者，應撤銷原處分，另為適當之處理。認為無理由者，應即轉報監督機關。四、監督機關

對於受刑人之申訴認為有理由者，得命停止、撤銷或變更原處分，無理由者應告知之。五、視察人員接受申訴事件，得為必要之調查，並應將調查結果報告監督機關處理。調查時除視察人員認為必要者外，監獄人員不得在場。…七、監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定。」「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准投寄報章雜誌」；行政程序法第3條第3項第4款規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：…四、犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為。」

- (二) 按刑法對於刑罰之具體執行方法並未規定，而係由刑事訴訟法與監獄行刑法加以規範，監獄依監獄行刑法對於受刑人通訊與言論自由所為管制措施，就剝奪人身自由或生命權之刑罰而言，乃執行法律因其人身自由或生命權受限制而連帶課予之其他自由限制，連同執行死刑前之剝奪人身自由，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，其目的在實現已經訴訟終結且確定的刑罰判決內容，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，受刑人不得循一般行政救濟程序提起訴願及行政訴訟。故前揭監獄行刑法第6條及其施行細則第5條明文規定受刑人不服監獄之處分時，僅得向典獄長或視察人員提出「申訴」，並規定刑事執行監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定權（法務部係最終監督機關），於該處分符合刑罰執行性質及實現刑罰內容而不能提起行政爭訟之範圍內，尚難謂有違於憲法第16條規定保障人民訴訟權之意旨，仍應加以適用。此與司法院釋字第653號解釋理由所示：……，係以尚未判決罪刑確定之在押被告為解釋基礎之情形，尚有不同，自難援引該號解釋意旨，謂受刑人不服監獄所為執行刑罰的

相關處分，均得向法院提起訴訟請求救濟。何況有關刑罰執行方法的爭議事件與刑事訴訟法具有關連性，其爭議之救濟途徑未必應循行政訴訟程序，此觀該號解釋意旨自明。

- (三) 本件上訴人（按即聲請人；受死刑判決，經最高法院於100年7月28日以100年度台上字第4177號判決駁回上訴確定）於100年12月2日向被上訴人（按即法務部矯正署臺北看守所）申請寄出16張名為「個人回憶錄」之信函予友人，經被上訴人檢視信函部分內容，認有影響機關聲譽，於100年12月14日請上訴人修改信函內容後再行提出；上訴人不服，爰於100年12月26日向被上訴人提出申訴書，請求法務部矯正署准予寄出該信函；雖經被上訴人於101年1月12日召開收容人申訴案件處理小組評議會議，評議決定：請上訴人再行檢視信函內容並予修正後提出，被上訴人自當重行審查辦理，並以101年1月19日北所戒字第1010800107號書函將前開評議決定通知上訴人後，遲至同年3月20日始將此申訴案函報法務部矯正署處理，而該署於接獲上訴人回覆稱系爭「個人回憶錄」信函已經自行撕毀等語後，亦迄未正式針對其申訴作成決定，但上開被上訴人依監獄行刑法對於受刑人發出書信之管制措施，對上訴人而言，乃執行法律因其生命權受限制而連帶課予之其他自由限制，連同其人身自由亦被剝奪，均屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，並未創設新的規制效果，自非行政程序法所規範之行政處分，揆諸前揭規定及說明，上訴人僅得向最終監督機關法務部申訴或陳情，尚不得提起行政訴訟，請求撤銷該管制措施，或請求被上訴人作成無條件准許其發信之處分，或依行政訴訟法第6條第1項後段規定提起所謂「確認已執行而無回復原狀可能

之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟」。故本件上訴人請求確認被上訴人於 100 年 12 月 14 日拒絕其寄出回憶錄之處分為違法訴訟，乃不備起訴要件，行政法院本應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，逕以裁定駁回。原判決認被上訴人 100 年 12 月 14 日拒絕上訴人寄出回憶錄之處分為行政處分，從實體認定該處分並未違法，而以判決駁回上訴人之訴，雖與本院前開論述不符，但其結論尚無不合，仍應予維持。

三、準此，確定終局裁判係依據上開 2（一）規定及 2（二）之首開說明，認臺北看守所依監獄行刑法對於受刑人發出書信之管制措施，屬國家基於刑罰權之刑事執行之一環，並未創設新的規制效果，自「非行政程序法所規範之『行政處分』」，聲請人對管制措施若有不服，僅得向最終監督機關法務部申訴或陳情，不得提起行政訴訟，請求撤銷該管制措施，或請求臺北看守所作成無條件准許其發信之處分，或依行政訴訟法第 6 條第 1 項後段規定提起所謂「確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟」。行政法院對系爭個案無審判權，聲請人提起本案訴訟，欠缺起訴必備要件，應依行政程序法第 107 條第 1 項第 10 款規定，逕予裁定為程序駁回。

對於列於上開 2（一）之監獄行刑法第 66 條（即系爭規定一）以及同法施行細則第 81 條第 3 項（即系爭規定三）規定之實體內容，是否有違反憲法保障受刑人祕密通訊自由與表意自由等疑義，則因其無權審理，而未置一詞，此二規定非確定終局裁判判決基礎（無審判權、起訴要件不備）所適用之法律，至為明確。監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款（即系爭規定二），未列於上開 2（一）所示規定中，亦非確定終局判決基礎所「適用」之法令，均不得為本案違憲審查之客體。

四、確定終局判決以監獄就受刑人之發受書信、文稿之管制措施，非行政處分為由，不許受刑人經由行政訴訟程序請求救濟，所持見解是否有當，為另一問題（本院釋字第755號解釋參照），然不能因此使非確定終局判決裁判基礎之系爭規定因此成為審查之客體。多數意見以系爭規定一、三為確定終局判決「**所引用並予論述**」，即認係該判決所適用之法令之論據，並作成本號解釋，自難贊同。本號解釋，違反程序不合，實體不論之訴訟法基本原則。

綜上，確定終局判決所引用且加以論述之法令，未必即是該判決基礎所適用之法令。大法官們於相關案件，屢有爭論，不斷的提出意見書。如何展現司法程序之客觀公正性、可預期性，已是討論提出可行之判斷基準之時候了。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

本號解釋旨在審查監獄行刑法第66條（系爭規定一）、同法施行細則第82條第1、2、7款（系爭規定二）及第81條（系爭規定三）等限制受刑人發受書信及投稿報章雜誌之規定，是否符合憲法保障人民基本權利之意旨。質言之，在受刑人因服刑致人身自由當然受限制之期間，國家於如何範圍內，得限制受刑人之秘密通訊自由與言論及表現自由。

多數意見認為，系爭規定一關於許監獄長官「檢查受刑人發受之書信」部分，並不當然影響通訊內容之秘密性，符合憲法第23條比例原則；惟關於許監獄長官「閱讀受刑人發受書信部分」，對受刑人及其收發信件相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制，不符憲法第23條規定之比例原則，有違憲法保障秘密通訊自由之意旨。本號解釋前述看法，本席敬表贊同。

然而，多數意見認為，系爭規定一關於許監獄長官「刪除受刑人發受之書信」部分，係為維護監獄紀律，規範目的尚屬正當，如為維護監獄紀律所必要，得刪除受刑人發受之書信內容，僅須保留書信全

文影本，俟受刑人出獄時發還，即屬符合比例原則之要求；於此範圍內，即屬無違憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨。本號解釋上開見解，本席礙難支持。

此外，本號解釋就系爭規定二之審查，只見關於第1款及第7款之論述，卻不見針對第2款之說明，有欠周詳，本席認為尚有不妥。

至於系爭規定三，多數意見認其非屬執行法律之細節性、技術性事項，未以法律或法律具體明確授權之命令定之，違反法律保留原則，本席對此結論敬表贊同。然關於限制受刑人投稿部分，是否如多數意見所述，在可能產生具體危險之情況下，禁止受刑人投稿報章雜誌，得為適當之管制措施，而有助於達成維護監獄秩序及安全之目的，本席對此有所保留。

爰就本號解釋提出部分不同意見書。

壹、刪除受刑人發受書信之內容文字，效果形同沒收人民之言論，手段極為嚴重，侵害受刑人及其收發書信相對人之秘密通訊自由及表現自由甚鉅，為過度之限制，違反憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨

一、系爭規定一對受刑人基本權限制之態樣

系爭規定一對受刑人基本權之限制，可區分為「檢查書信」、「閱讀書信」及「刪除書信內容」三種態樣。

關於「檢查」及「閱讀」受刑人發受之書信所造成之限制，多數意見以「是否影響通信內容之秘密性」，區分兩種不同輕重程度之侵害手段，並認為：

1. 檢查書信部分「旨在使監獄長官知悉書信（含包裹）之內容物，……，並不當然影響通訊內容之秘密性，如所採取之檢查手段與目的之達成間，具有合理關聯，……即未逾越憲法第23條之必要程度，與憲法第12條保障之秘密通訊自由之意旨尚無違背。」（參見理由書第6段）
2. 閱讀書信部分「涉及通訊內容之秘密性，屬憲法保障秘密通訊自由之核心內容。倘係為達成監獄行刑之目的，

其規範目的尚屬正當。然未區分書信種類……，亦未斟酌個案情形……，一概認為有妨害監獄行刑之目的，而許監獄長官閱讀書信之內容，顯已對受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由，造成過度之限制。於此範圍內，與憲法第23條比例原則之意旨不符，有違憲法保障秘密通訊自由之意旨。」（參見理由書第7段）

至於「刪除」受刑人發受之書信所造成之限制，多數意見一方面雖言及刪除書信內容「除限制發受書信之受刑人及其收發書信之相對人之秘密通訊自由外，亦限制其表現自由」，他方面卻認為系爭規定一許監獄長官刪除受刑人發受之書信，「係為維護監獄紀律，其規範目的尚屬正當。惟刪除之內容，應以維護監獄紀律所必要者為限，並應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還之，以符比例原則之要求。於此範圍內，與憲法保障秘密通訊及表現自由之意旨尚屬無違。」（參見理由書第8段）

二、「刪除」受刑人發受書信之內容，不僅剝奪受刑人與信件收發相對人間之秘密通訊自由，且限制其言論自由，與「檢查」及「閱讀」受刑人發受書信相較，應受更高審查要求；多數意見反其道而行，有待商榷

首應強調者，對書信往來所蘊含之秘密通訊自由而言，「刪除」所造成之侵害，與「檢查」及「閱讀」相較，顯屬更為嚴重。蓋「檢查」與「閱讀」，均不致影響書信內容。惟「刪除」受刑人發、受書信之內容，不論令其刪除後始許發出，或逕予刪除後才准其收受，皆無可避免地破壞書信原來內容之完整性，而嚴重干擾受刑人及其書信相對人之秘密通訊內容。對此種嚴重之限制，當然應予以較「檢查」及「閱讀」書信更為嚴格之審查要求。

然而，對於系爭規定一之「閱讀書信」部分，多數意見已認為該規定未區分情況一律閱讀，而屬違憲；但對於系爭規定一之「刪除書

信內容」部分，多數意見卻採合憲性解釋之方式，認為在「維護監獄紀律所必要」及「應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還」之範圍內，並未違憲。申言之，對於侵害人民通訊自由情節較為輕微之「閱讀書信」，多數意見尚且認為系爭規定一有違憲情事；對於侵害情節嚴重甚多之「刪除書信內容」，多數意見卻容忍該規定得為合憲。此二結論，輕重失衡，不言可喻。

三、「刪除」受刑人發受書信之內容，無異沒收人民言論，嚴重侵害人民基本權利，且不能達成維護監獄紀律之目的

多數意見以「維護監獄紀律所必要」及「應保留書信全文影本，俟受刑人出獄時發還」，作為符合比例原則之要求，其力求兼顧「維護監獄紀律」與「保障秘密通訊自由」，用心良苦，固堪感佩。

惟本席認為，「保留影本，俟出獄時發還」，於受刑人發信之情形，並未減輕對受刑人表現自由之侵害程度；於受刑人受信之情形，亦未減緩對發信相對人沒收言論之效果。尤應指出者，「維護監獄紀律」之概念過於抽象，且刪除受刑人發受書信內容，為何足以達成維護監獄紀律之目的，更屬難以理解。試舉例說明如下：

與監獄紀律有關，且屬最嚴重之情形，莫過於監獄暴動、越獄及劫獄。惟縱使受刑人發信給其最近親屬或家屬¹，表示其將於監獄內暴動或越獄，或受刑人最近親屬及家屬去信受刑人，慫恿受刑人暴動或越獄，或告知將協助受刑人暴動、越獄或劫獄，但監獄長官在閱讀此類信件後，既已知悉，即應且可採取預防措施，甚至逕行警告受刑人或來信之最近親屬、家屬，以防止受刑人或／及來信人之不法行為得逞。在此之外，為何仍須刪除書信內容，始能避免暴動、越獄或劫獄，俾維護監獄紀律²？況且，受刑人或／及其最近親屬、家屬，若確實決心暴動、越獄，或（配合）劫獄，則藉由刪除與該暴動、越獄或劫獄

¹ 監獄行刑法第 62 條規定：「受刑人之接見及發受書信，以最近親屬及家屬為限。但有特別理由時，得許其與其他之人接見及發受書信。」

² 監獄長官發現來信含有慫恿受刑人暴動、越獄或告知將協助受刑人暴動、越獄或劫獄內容，如認為業已構成犯罪，可逕行告發。縱使基於「維護監獄紀律」，將來信退回即可，何有必要刪除該內容後，再交予受刑人？

相關之書信內容，又豈能防範該暴動、越獄或劫獄，以達「維護監獄紀律」之目的？

再如，受刑人去信最近親屬或家屬，表示將於監獄內輕生，或受刑人之來信內容為其最近親屬或家屬死亡、重傷，或其他足至嚴重影響受刑人在監獄內日常生活之情事，容或亦與監獄紀律有關，但刪除該去信或來信此部分之內容，又能如何防範受刑人輕生³，或使受刑人正常持續日常生活⁴？

比較法上，德國自由刑及自由剝奪保安處分執行法（Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung/ StVollzG），第 28 條明定受刑人所得往來書信之相對人⁵，第 29 條明定受刑人往來書信是否受檢查之情形⁶，第 31 條則為監所長官（Anstaltsleiter）扣留監所人犯書信（Anhalten von Schreiben des Gefangenen）之規定。第 31 條第 1 項明定監所長官得扣留監所人犯書信之事由⁷，同條第 2 項規定：「發出之信件含有不正確

³ 本席認為，監獄長官因閱覽受刑人去信而得知其有輕生念頭時，不僅不得刪除該去信內容，反而除應立即安撫該受刑人及瞭解是否肇因監獄管理疏漏外，視其情形，若有必要，更應積極聯絡其最近親屬及家屬，以配合安撫受刑人。

⁴ 發給受刑人之信件內容，如記載任何足以影響其日常生活之情事，則即使監獄長官影印該部分內容後刪除之，再交予受刑人收受，受刑人仍不免質疑被刪除之內容為何，而影響其正常服刑。況且，受刑人享有接見待遇時，依舊可能於受接見時，被告知該情事。準此，刪除信件內容，能否有助監獄紀律之維護，實屬可疑。

⁵ 依本條規定，受刑人得往來信件之相對人，原則上不受限（第 1 項）。但相對人之特定書信往來，有危害監所安全與秩序之虞（第 2 項第 1 款），或非受刑人「刑法」含義之親屬，如其通信對受刑人或其服刑有危害之虞（第 2 項第 2 款），監所長官得禁止受刑人與該特定人員之通信。

⁶ 依本條規定，受刑人與其辯護人之書信往來（第 1 項），及受刑人對聯邦民意機構、邦民意機構、聯邦或邦民意機構之議員、歐洲議會及其議員，歐洲人權法院，歐洲人權委員會，歐洲防止酷刑及不人道或有辱人格待遇或處罰委員會、聯邦及邦資訊保護保護官員所發出之書信（第 2 項），監所不得予以檢查。至於受刑人與其他人之往來信件，基於監所處置及監所安全或秩序之必要，得檢查之（第 3 項）。

⁷ 第 1 款「對行刑目的或監所安全及秩序，有危害之虞」、第 2 款「如知悉書信內容而仍予轉交（揭露），有使刑事或行政罰鍰之構成要件實現之虞」、第 3 款「書信含有對監所狀況重大不正確或嚴重扭曲之陳述」、第 4 款「書信含有重大

之陳述者，如受刑人堅持送出，得予附加另一信件。」，第3項規定：「信件經扣留者，應通知受刑人。經扣留之信件應退回寄信人；不能退回或退回因特殊理由不適當者，由監所保管之。」由是可見，該法雖賦與監所長官得檢查、閱讀及扣留受刑人往來書信之權力，但監獄長官於閱讀受刑人往來書信後，即使發現該書信內容對監所安全或秩序有受危害之虞（第31條第1項第1款），仍不得刪除之。

總之，以侵害之態樣而言，刪除受刑人發受書信之內容，不僅侵害受刑人與其信件相對人間之秘密通訊自由，而且形同沒收人民之言論，侵害受刑人及其收發書信相對人之表現自由。本席堅信，縱使基於維護監獄紀律之目的，國家仍無沒收人民言論之權力。況且，依現行規定，受刑人發受書信之對象，原則上僅限於其最近親屬及家屬，在此等限縮之範圍內，於檢查、閱讀書信內容外，另又容許監獄刪除受刑人發受書信內容，實屬過度之限制，抵觸憲法第11條、第12條所保障之表現及秘密通訊自由。

貳、系爭規定二計有三款（監獄行刑法施行細則第82條第1、2、7款），多數意見僅審查其中之第1款及第7款，完全忽略第2款規定，恐起爭議

聲請人就監獄行刑法施行細則第82條，係聲請本院解釋其全部款次皆屬違憲，此有聲請書在卷可稽。惟本院僅受理其中與聲請人所涉原因案件有關之第1、2、7款；其餘款次，則以無關原因案件，而不受理。（參見本號解釋有關不受理及另案處理部分之說明）

按本院既已決定受理該1、2、7款之憲法解釋聲請，即應明白宣告各該款次是否違憲。然而，多數意見僅就第1款及第7款規定，認定有逾越母法授權情事，違反憲法第23條之法律保留原則；就第2款規定之合憲性審查，卻無隻字片語。

本席認為，法規範一旦列為憲法解釋之客體，大法官即有清

侮辱內容」、第5款「書信可能危害其他受刑人適應（監所生活）」、第6款「書信以暗語、無法閱讀或無法理解方式撰寫，或無急迫理由而以外國文字撰寫」。

楚交代審查結論及其理由之義務。否則，對已列為審查客體之法規範，經大法官解釋後，若未交代該規範係屬合憲或違憲，勢必徒留違憲與否之爭議。本號解釋，於解釋文及理由書，對系爭規定二中第2款規定，並未交代任何審查意見，更無經審查後之結論。況且，本號解釋理由書於第10段最末，明白指出「相關機關如認系爭規定一所有妨害監獄紀律之虞尚不足以達成監獄行刑之目的，應修改法律明定之。」但相關機關依該意旨而所應修改者，究竟僅限於經本號解釋明白宣告逾越母法授權之第1款及第7款規定，抑或應將第2款規定，一併納入？此項疑問，純粹肇因於本號解釋既受理第2款之釋憲聲請，卻於受理後，在解釋全文中，完全置之不問。就此而言，本席深感不妥。

參、限制受刑人投稿，屬對受刑人言論之事前管制，應採嚴格之審查密度。維護監獄信譽，非屬急迫、重大之公益；至於監獄秩序與安全之戒護，縱屬急迫、重大之公益，但以題意正確且無礙監獄紀律及信譽作為條件，限制受刑人投稿報章雜誌之權利，其手段無助於規範目的之達成，與憲法第11條保障表現自由之意旨有違

多數意見認系爭規定三「受刑人撰寫之文稿，如題意正確且無礙監獄紀律及信譽者，得准許投寄報章雜誌。」係對受刑人憲法保障之表現自由之具體限制，而非技術性或細節性次要事項，故監獄行刑法未具體明確授權主管機關訂定命令予以規範，顯已違反憲法第23條之法律保留原則（參見理由書第12段）。就此，本席敬表贊同。

惟關於系爭規定三之實質審查，多數意見雖言及「人民之表現自由涉及人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，為憲法保障之重要自由權利。國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲」，隨即卻又認「為達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。」多數意見此等論述，顯係基於監獄

行刑與管理之目的，降低本號解釋對言論事前審查之審查標準。就此部分，本席礙難贊同。

人民之表現自由涉及人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，此種與思想、心靈層面高度關聯之基本權利，倘對其為事前審查，無異形同對人民思想之管制或箝制。多數意見並未說明何以「為達成監獄行刑與管理之目的」，得為降低審查標準之理由，從而不免使人起因身分烙印而有不同對待之疑竇。本席認為，對受刑人之言論事前管制，縱係出於維護監獄秩序與安全戒護等正當目的，仍不得即據此降低其審查標準。本院既已於釋字第 744 號解釋揭示事前言論管制原則上應為違憲之態度，即不應僅因其管制對象為受刑人而有所改變。

誠如多數意見所言，監獄信譽尚難謂係重要公益。然縱使在多數意見之脈絡下，認為監獄秩序與安全之戒護乃重要公益，本席亦不認為，以受刑人投稿報章雜誌權利之手段，有助於上開目的之達成。詳言之，無論以題意正確或無礙監獄紀律及信譽作為條件，限制受刑人投稿報章雜誌之權利，殊難想像其與維護監獄秩序與安全間之關聯。國家刑事矯治制度之運作，目的在使受刑人悔改向上、適於社會生活。本席認為系爭規定三對受刑人所為之事前言論審查，其手段無助於上述目的之達成，侵害過鉅，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。

本院於釋字第 653 號解釋中稱：「受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同」⁸ 目的即在破除特

⁸ 本院釋字第 653 號解釋，宣告羈押法第 6 條及同法施行細則第 14 條第 1 項規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法保障人民訴訟權之意旨有違。此項結論固值贊同，惟其理由訴諸：「……，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同」，尚可商榷。受羈押之被告，如超越羈所必要之範圍，致其基本權利受公權力侵害時，憲法應即發揮保障功能，並非基於無罪推定，而係基於受羈押被告，並未因羈押而喪失「人民」之身分。因此，受羈押之被告，雖被推定無罪，但基於羈押之必要，仍當然得限制其憲法第 10 條之居住及遷徙、及憲法第 22 條之與配偶及親屬同居自由；反之，受羈押被告之宗教自由，乃基於其為「人」所享有之基本權，故除因人身自由受限制，導致不得主張上教堂或在特定地點膜拜

別權力關係此項「落伍」之概念⁹。然而，在不同的特別權力關係領域中，受刑人應屬當前亟待檢討改進之一環，其與國家之間的關係，多半仍禁錮於服從與管理之思維中，社會對於監獄的想像，亦仍出於「應報」之思維。如謂受刑人之人性尊嚴及其他應有之基本權利，不免遭以維持監獄紀律、保障監獄安全為由，而被犧牲，應非妄語。

對於受刑人，國家在其服刑期間中，於如何範圍內，得因其人身自由已受限制，從而亦得限制受刑人之其他基本權利，確實是非常艱難之問題。惟無論如何，國家加諸受刑人之公權力措施，不僅不得逾越監獄行刑法第1條所標示「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的」之立法宗旨，亦不許僅因其為「受刑人」之身分，即減少對其基本權利之尊重。事涉受刑人之人性尊嚴時，除與受刑人之服刑有不可分離之關聯者外，尤應如此。大法官作為「基本權利之守護者」，更應從憲法價值觀點，扮演中立公正之審查者角色。

德國聯邦憲法法院早於1972年3月14日之「受刑人判決」即宣示4項有關受刑人基本權利之要旨¹⁰。回首我國，大法官遲

外，其宗教自由，仍受憲法保障，而得讀聖經、可蘭經、佛經。此與「無罪推定」，並不相關；即使已經法院確定裁判證明有罪，仍享有憲法保障之宗教自由及其他基本權利。

⁹ 參見許宗力大法官就該號解釋提出之協同意見書第7頁。

¹⁰ BVerfGE 33,1- Strafgefangene. 此4項有關受刑人基本權利之要旨分別為：

- (1) 即使是受刑人之基本權利，亦僅得以法律或基於法律限制之。(Auch die Grundrechte von Strafgefangenen können nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden.)
- (2) 然而，無法律依據而對受刑人基本權利所為之干預，於一段過渡期間內，應予忍受。(Eingriffe in die Grundrechte von Strafgefangenen, die keine gesetzliche Grundlage haben, müssen jedoch für eine gewisse Übergangsfrist hingenommen werden.)
- (3) 對受刑人基本權利之限制，僅於為達到基本法價值體系涵蓋之社會目的，所不可欠缺者，始得為之。(Eine Einschränkung der Grundrechte des Strafgefangenen kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist.)

至 2011 年 10 月 21 日，始有機會透過釋字 691 號解釋，肯定憲法對受刑人之訴訟權保障。本號解釋對於受刑人於服刑過程中所受之憲法上其他基本權保障，固然有所貢獻，仍有許多值得檢討之處。兩相對照對特別權力關係之除魅，實不免有時間錯差之感慨。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

-
- （4）界定兼顧受刑人之思想自由及刑罰有秩序且有意義之執行，將是刑事執行法之任務。（Es wird Aufgabe eines Strafvollzugsgesetzes sein, eine Grenze zu ziehen, die sowohl der Meinungsfreiheit des Gefangenen wie den unabdingbaren Erfordernissen eines geordneten und sinnvollen Strafvollzuges angemessen Rechnung trägt.）

司法院釋字第757號解釋

【釋字第 706 號解釋補充解釋案】

中華民國 106 年 12 月 15 日

院台大二字第 1060033279 號

解 釋 文

本件聲請人就本院釋字第 706 號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依本院釋字第 706 號解釋意旨，以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。本院釋字第 706 號解釋應予補充。

解釋理由書

聲請人永安租賃股份有限公司為本院釋字第 706 號解釋（下稱系爭解釋）之聲請人，於系爭解釋公布後，據該號解釋向最高行政法院提起再審之訴，經最高行政法院 102 年度判字第 212 號判決（下稱確定終局判決一）以「再審原告（按：指本件聲請人）自不因 706 號解釋而享有逕向再審被告（按：指財政部臺北國稅局）請求依板橋地院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額」為理由，駁回其訴。聲請人不服，復提起再審之訴，經最高行政法院 102 年度判字第 736 號判決（下稱確定終局判決二），認前開再審判決並無違誤而駁回其訴。聲請人不服，又提起再審之訴，經最高行政法院 103 年度裁字第 235 號裁定（下稱確定終局裁定）以再審之訴提起時，距原判決（最高行政法院 97 年度判字第 63 號）確定時已逾 5 年為由，認再審之訴不合法而駁回。

聲請人另於中華民國 103 年 3 月 19 日申請扣抵溢繳之營業稅款，經財政部臺北國稅局大安分局 103 年 4 月 21 日財北國稅大安營業字第 1030458069 號函否准。聲請人不服，向財政部提起訴願，經該部 103 年 8 月 27 日台財訴字第 10313940740 號訴願決定書（下稱訴願決定），

以聲請人於本院釋字第 706 號解釋公布前，承受應課徵營業稅貨物，其相關進項稅額扣抵銷項稅額已提起行政救濟並經駁回確定案，依財政部 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令，無法以執行法院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額為由駁回（註 1）。

聲請人主張前開確定終局判決一及二，係擷取系爭解釋理由中「相關機關應依本解釋意旨儘速協商……依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證」之片段文字，誤解系爭解釋宣告法令違憲之本旨，違反聲請人就原因案件應得據以聲請再審或其他救濟之重要意旨。爰就系爭解釋聲請補充解釋。

按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核有正當理由者，應予受理（本院釋字第 503 號、第 741 號及第 742 號解釋參照）。本件聲請人因扣抵營業稅事件經確定終局判決一及二引用系爭解釋作為判決依據，惟系爭解釋未明示該案聲請人得否逕以執行法院核發之繳款收據，作為買方營業人進項稅額之憑證，致系爭解釋之部分聲請人未能獲得救濟。核其聲請具有正當理由，應予受理。爰作成本解釋，理由如下：

本院所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。又本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力（本院釋字第 177 號及第 185 號解釋參照）。原因案件之聲請人，自解釋公布之日起，即得據有利之解釋，依法行使其權利，以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻（本院釋字第 725 號及第 741 號解釋參照）。

按系爭解釋理由書釋示：「執行法院依法進行之拍賣或變賣程序嚴謹，填發之非統一發票之收據有其公信力，拍定或承受價額內含之營業稅額可依法定公式計算而確定，相關資料亦可以上開法院筆錄為證（營業稅法第 10 條、法院行政執行機關及海關拍賣或變賣貨物課徵貨物營業稅作業要點第 2 點、第 4 點、統一發票使用辦法第 4 條第 22 款參照）。故執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證。」有拘束全國各機關及人民

之效力。準此，系爭解釋之聲請人，自得持執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據（註2），作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額，以為救濟。

另系爭解釋理由書釋示：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第33條第3款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」部分，旨在要求相關機關以更具體之通案標準，處理聲請人以外之同類型案件。並不影響聲請人得依系爭解釋意旨，逕以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。然系爭解釋聲請人，迄未能經由訴訟（確定終局判決一及二參照）或向稅捐稽徵機關再次申報獲得扣抵（訴願決定參照），無以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。爰參照本院釋字第747號解釋，補充解釋如解釋文所示。

至於系爭解釋原因案件，得據以扣抵銷項稅額之進項稅額數額，應由稅捐稽徵機關減除業已實際准予扣抵之數額核計（財政部臺北市國稅局松山分局94年8月1日財北國稅松山營業字第0940017835號函參照），自屬當然，併予指明。

另聲請人請求對稅捐稽徵法第28條第2項作補充解釋及依據確定終局裁定聲請補充解釋部分，經查：稅捐稽徵法第28條第2項並非系爭解釋之解釋標的，且系爭解釋並未為確定終局裁定所適用，核與司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定不合，依同條第3項規定均應不予受理，併此敘明。

註1：經查：聲請人曾就此依稅捐稽徵法第28條第2項提起行政訴訟，請求退還溢繳稅款並加計利息，經臺北高等行政法院103年度訴字第1565號判決駁回。聲請人不服，提起上訴，經最高行政

法院 104 年度裁字第 873 號裁定認上訴為不合法，予以駁回。

惟聲請人並未據上開裁判聲請解釋。

註 2：財政部中華民國 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令列舉下列三項作為進項稅額之憑證：1. 動產拍定證明書或不動產權利移轉證書影本。2. 繳款收據影本。3. 承受案件未按拍定價額足額繳款者，其不足額部分得以強制執行金額分配表或執行清償所得分配表影本替代。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳鏗 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

如果當初本院釋字第 706 號解釋採納本席建議，一併諭知給予聲請人個案救濟，當無作成本解釋之必要。¹

雖然如此，本席仍欣然協力作成本解釋，明確釋示：「本件聲請人（按：亦本院釋字第 706 號解釋之聲請人）就本院釋字第 706 號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依**本院釋字第 706 號解釋意旨**，以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。**本院釋字第 706 號解釋應予補充**」（解釋文參照）。

惟本解釋通篇並未指謫本院釋字第 706 號解釋本身有何「文字晦澀或論證遺漏等不周之處」，且前揭解釋文不僅明言係「依本院釋字第 706 號解釋意旨」所為，其中關鍵文字更直接摘自釋字第 706 號解釋理由書（第 4 段與第 5 段參照）。讀者不免疑問：前揭解釋文末句所謂「**本院釋字第 706 號解釋應予補充**」，究何所指？本席懷於職責，

¹ 參見本院釋字第 706 號解釋湯德宗大法官提出之協同意見書。

試補充說明如后。

一、按我國違憲審查自肇建以來，即採抽象審查制（而非具體審查制）。亦即，大法官僅抽象地審查法規規定本身有無違憲，並不審查國家機關（包含法院）於個案適用法規（認事用法）有無違憲（本院釋字第2號解釋參照）。²然為提供聲請人適切誘因，以貫徹「有權利即有救濟」之訴訟權保障本旨³，本院解釋早已確立「凡確定終局裁判所適用之法令，經本院解釋宣告為違憲者，原受不利確定裁判之聲請人即得據各該解釋，提起再審或非常上訴，循求個案救濟」之原則。釋字第177號解釋釋示：「**本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力**」；第185號解釋更釋示：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。**確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由**」，足為代表。

二、因本院釋字第177號及第185號解釋均係就法令經本院宣告違憲且令「立即失效」者而言，未釋示法令經本院宣告違憲且令「定期失效」者，對聲請人之原因案件是否亦有效力，嗣本院釋字第725號解釋爰作補充：「本院就人民聲請解釋憲法，**宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者**，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令

² 關於我國違憲審查制度之比較法分析，參見湯德宗、吳信華&陳淳文，〈論違憲審查制度的改進--由「多元多軌」到「一元單軌」的改進方案〉，輯於湯德宗，《權力分立新論·卷二》，頁169以下（2014，增訂四版）。

³ 參見本院釋字第725號解釋湯德宗大法官提出（陳碧玉大法官、林俊益大法官加入）之協同意見書。

於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。……」（釋字第 725 號解釋文參照）。由於釋字第 725 號解釋不僅將本院釋字第 177 號及第 185 號解釋之效力，擴及於確定終局裁判所適用之法令經本院宣告違憲並命「定期失效」之情形，而且進一步釋示法院再審時之裁判準據（即本院解釋有諭知者，依其諭知；未諭知者，俟新法令生效後依新法令裁判），故其乃謂：「本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充」。值得注意者，釋字第 725 號解釋雖係依本院釋字第 709 號解釋之原因案件當事人之聲請所為之解釋，其前揭解釋文明確宣示其所補充解釋者，乃本院釋字第 177 號及第 185 號解釋，而非本院釋字第 709 號解釋，足徵其思考之脈絡。

三、釋字第 725 號解釋公布後，有七位釋字第 709 號解釋原因案件之當事人（但均非釋字第 725 號解釋之聲請人）引據釋字第 725 號解釋，分別提起再審之訴，循求救濟，詎均遭最高行政法院以「其等並非釋字第 725 號解釋之聲請人」為由駁回，爰向本院聲請補充解釋本院釋字第 709 號及第 725 號解釋。本院於民國 105 年 11 月 11 日作成釋字第 741 號解釋，釋示：「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充」（釋字第 741 號解釋文參照）。值得注意者，上開釋示雖仍秉承前揭本院釋字第 177 號、第 185 號解釋以來之思考脈絡，允予解釋聲請人個案救濟，然其並未如前揭釋字第 725 號解釋，

宣示其乃為補充本院釋字第 177 號及第 185 號解釋，而宣示其乃釋字第 725 號解釋之補充解釋。由釋字第 741 號解釋理由書第 1 段之說明：「惟系爭解釋（按：指本院釋字第 725 號解釋）未明定『聲請人就聲請釋憲之原因案件』之適用範圍，其聲請補充解釋，即有正當理由，合先敘明」，可知釋字第 741 號解釋乃鑑於釋字第 725 號解釋關於聲請人個案救濟之諭知有所不足（未明示其諭知之效力是否於該解釋前本院所為定期失效解釋之原因案件亦有適用），而作成該解釋以補充釋字第 725 號解釋。然，關於聲請補充解釋本院釋字第 709 號解釋部分，則以「聲請人並未具體指明上開解釋有何文字晦澀或論證不周之情形，其聲請補充解釋難謂有正當理由」，決議不予受理（釋字第 741 號解釋理由書第 4 段參照）。從此，倘就本院解釋（宣告法令違憲並命「定期失效」時一併）諭知之聲請人個案救濟，有所補充者，亦以「補充解釋」稱之。

- 四、本解釋理由書第 4 段謂：「系爭解釋（按：指本院釋字第 706 號解釋）未明示該案聲請人得否逕以執行法院核發之繳款收據，作為買方營業人進項稅額之憑證，致系爭解釋之部分聲請人未能獲得救濟。核其聲請具有正當理由，應予受理」；解釋理由書第 7 段末句並謂：「補充解釋如解釋文所示」。再對照首揭解釋文，可知本解釋確在補充解釋本院釋字第 706 號解釋。

綜上，猶如知名廣告稱「斯斯有兩種」，本院「補充解釋」（至少）亦有兩種，爰予辨明。

部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【執行法院開立之收據作為進項稅額憑證補充解釋案】。

本件聲請人係本院釋字第 706 號解釋（下稱系爭解釋）原因案件之聲請人，於系爭解釋公布後，據該解釋先後三次向最高行政法院提起再審之訴，均遭駁回。¹ 聲請人乃轉逕向財政部申請扣抵溢繳之營業稅款，仍遭稅捐稽徵機關否准，嗣再提起訴願，亦遭財政部駁回。² 聲請人四處碰壁，求救無門，認系爭解釋有窒礙難行之處，聲請本院補充解釋系爭解釋。

本件聲請解釋之主要爭點如下：（1）本件是否符合補充解釋之要件？（2）如符合補充解釋之要件，系爭解釋有何需要補充之處？（3）如作成補充解釋，是否應賦予聲請人時效利益之保障？

本席協力完成之多數意見認為，本件聲請，符合補充解釋之要件，爰作成本件釋字第 757 號解釋：本件聲請人就系爭解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依系爭解釋意旨，以「執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據」（下稱執行法院出具之收據），³ 作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。

對於本件聲請之解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出部分協同意見書，以為補充。

¹ 經最高行政法院 102 年度判字第 212 號判決以「再審原告自不因 706 號解釋而享有逕向再審被告請求依板橋地院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額」為理由，駁回其訴。聲請人不服，復提起再審之訴，經同法院 102 年度判字第 736 號判決，認前開再審判決並無違誤而駁回其訴。聲請人不服，又提起再審之訴，經同法院 103 年度裁字第 235 號裁定，以再審之訴提起時，距原判決（最高行政法院 97 年度判字第 63 號判決）確定時已逾 5 年為由，認再審之訴不合法而駁回。

² 聲請人另於中華民國 103 年 3 月 19 日申請扣抵溢繳之營業稅款，經財政部臺北國稅局大安分局 103 年 4 月 21 日財北國稅大安營業字第 1030458069 號函否准。聲請人不服，向財政部提起訴願，經該部 103 年 8 月 27 日台財訴字第 10313940740 號訴願決定書，以聲請人於本院釋字第 706 號解釋公布前，承受應課徵營業稅貨物，其相關進項稅額扣抵銷項稅額已提起行政救濟並經駁回確定案，依財政部 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令，無法以執行法院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額為由駁回。

³ 例如，本件臺灣板橋地方法院 87 年 4 月 9 日民執字第 018197 號民事強制執行案款收據（第 4 聯收據）。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有 3 項特色如下：

1. 肯認本院釋字第 367 號及第 706 號解釋之解釋意旨，並無錯誤，另補充解釋系爭解釋。
2. 重申本院解釋之效力並肯定聲請人對維護憲法之貢獻：本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力，聲請人得據有利之解釋，提起再審之訴，更得依法行使其權利，以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻（本院釋字第 725 號及第 741 號解釋參照）。
3. 補充系爭解釋，逕賦予聲請人個案救濟：援引本院釋字第 747 號解釋之處理方式，補充系爭解釋，直接明示本件聲請人得自本解釋送達之日起 3 個月內，以執行法院出具之收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額，避免稅捐稽徵機關再以其他要件欠缺而否准其救濟，發揮立竿見影之效！

參、聲請補充解釋之要件

依歷來本院大法官所作之補充解釋而觀，可分為三種類型：

1. 機關聲請補充解釋；⁴
 2. 人民聲請補充解釋；⁵
 3. 大法官依職權逕行補充解釋。⁶
- 關於人民聲請補充解釋之要件，以大法官第 607 次⁷及第 948 次⁸會議決議內容作為判斷基準。綜合二次決議內容

⁴ 例如，釋字第 254 號（補充第 199 號）、第 299 號（補充第 282 號）及第 592 號（補充第 582 號）解釋。

⁵ 例如，釋字第 156 號（補充第 148 號）、第 503 號（補充第 356 號）、第 741 號（補充第 725 號）及第 742 號（補充第 156 號）解釋等。

⁶ 例如，釋字第 610 號（補充第 446 號）解釋。

⁷ 67 年 11 月 24 日大法官第 607 次會議決議：「人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款之規定，予以解釋」。

⁸ 81 年 3 月 27 日大法官第 948 次會議決議：「當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請解釋時，依大法官會議法有關規定視個案情形審查決定之。」

觀之，明確指出人民聲請補充解釋之**2種途徑及要件**：即1. 人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核**確有正當理由**應予受理者，得依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第5條第1項第2款規定，予以解釋；⁹ 2. 當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請解釋時，依大審法有關規定**視個案情形審查決定之**。¹⁰ 前揭決議所稱「**確有正當理由**」、「**視個案情形審查**」，係指**確有受理之憲法解釋價值**而言。

本院釋字第503號解釋釋示補充解釋之意義及要件，本席認為，依該解釋意旨，所謂補充解釋係指，當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核**確有正當理由**者而言。補充解釋之要件如下：1. 須**確定終局判決引用本院解釋作為判決之依據**；2. 該號解釋對某事項（即爭點事項）**並未明示**，足認聲請補充解釋即有正當理由。

嗣本院釋字第741號¹¹及第742號解釋¹²仍重申前開要件。本件聲請補充解釋，亦同，故解釋理由敘明：按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核有正

⁹ 例如，釋字第156號（補充第148號）解釋，解釋理由書第2段明文指出：「按本院大法官會議第五百零七次會議議決：『人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院大法官會議法第4條第1項第2款之規定，予以解釋』。本件聲請，依照上項決議，認為應予補充解釋。」

¹⁰ 例如，釋字第503號（補充第356號）解釋，解釋理由書第1段首句指出：「按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理。」

¹¹ 本院釋字第741號（補充第725號）解釋釋示：「本件聲請人因都市更新事件，經最高行政法院確定終局裁定引用本院釋字第725號解釋（下稱系爭解釋）作為裁定之依據，惟系爭解釋未明定『聲請人就聲請釋憲之原因案件』之適用範圍，其聲請補充解釋，即有正當理由，合先敘明。」

¹² 本院釋字第742號（補充第156號）解釋釋示：「本件二聲請案之聲請人各因都市計畫事件提起行政爭訟，分別經最高行政法院確定終局裁判引用本院釋字第156號解釋（下稱系爭解釋）作為裁判依據。系爭解釋之解釋文釋示：『主管機關變更都市計畫，具有行政處分之性質，與都市計畫之……通盤檢討……有所不同。』聲請人就都市計畫定期通盤檢討所作變更是否為行政處分，及得否提起行政爭訟部分，聲請補充解釋，經核有正當理由，合先敘明。」

當理由者，應予受理（本院釋字第 503 號、第 741 號及第 742 號解釋參照）。本件聲請人因扣抵營業稅事件經**確定終局判決一及二引用系爭解釋**作為判決依據，惟系爭解釋**未明示**該案聲請人得否逕以執行法院核發之繳款收據，作為買方營業人進項稅額之憑證，致系爭解釋之部分聲請人未能獲得救濟。**核其聲請具有正當理由，應予受理。**

本件補充解釋具有正當理由之憲法價值係，重申本院解釋之效力，補充解釋系爭解釋，逕賦予原因案件聲請人依法得行使權利。按往昔本院解釋（如釋字第 185 號解釋參照），僅釋示原因案件之聲請人得**向法院提起再審之訴或依其他法定程序請求救濟**，系爭解釋**未載明**原因案件聲請人之個案救濟（依本院釋字第 177 號及第 185 號解釋意旨，本自明之理，毋庸贅言明示）及可否依法行使權利，本件解釋補充釋示：原因案件之聲請人，自解釋公布之日起，**即得據有利之解釋，依法行使其權利（賦予個案救濟）**。藉此說清楚、講明白，以杜爭議，**即為本件補充解釋之憲法價值所在。**

肆、本院解釋之效力

人民主張其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法令發生有牴觸憲法之疑義，經本院解釋，該確定終局裁判所適用之法令有牴觸憲法，該法令當然失其效力。此一解釋結果，對聲請人之人民，有何影響？本院釋字第 177 號解釋後段謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」所謂「亦有效力」，究何所指？該號解釋理由特別闡明：「該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，**聲請人得依法定程序請求救濟。**」嗣本院釋字第 185 號解釋理由更闡示：本院釋字第 177 號解釋所稱「本院依人民聲請所為之解釋」，係指人民聲請所為之解釋而言，該項解釋之效力，及於該聲請人所據以聲請解釋之案件，俾得依法定程序請求救濟。

本院感於下級法院憲法意識不足，乃藉釋字第 185 號解釋，確立大法官解釋之「對世效力」、「一般拘束力」之憲法規範。該解釋謂：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」此外，並重申釋字第 177 號解釋後段意旨，而謂：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。」

依前揭解釋意旨，本件聲請人既係系爭解釋原因案件之聲請人，本得據有利之解釋，提起再審之訴或依法行使其權利，詎竟四處碰壁（3 次再審、逕申請扣抵及訴願均遭駁回），求救無門。是以本院作成本件補充解釋。**重申：**本院所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。又本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力（本院釋字第 177 號及第 185 號解釋參照）。原因案件之聲請人，自解釋公布之日起，即得據有利之解釋，依法行使其權利（即得持執行法院出具之收據，作為進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額），以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。

伍、系爭解釋致生誤會之釐清

系爭解釋作成後，聲請人據以向行政法院提起再審之訴或向稅捐機關申請扣抵均遭否准或提起訴願亦遭駁回，從聲請人事後尋求救濟均未成功之客觀事實觀之，系爭解釋或有遭誤解之處，必須予以明示，否則聲請人依法行使權利，仍可能遭無法救濟之風險！

【系爭解釋之前後二段解釋理由之意旨分析】

系爭解釋理由	解釋意旨
前一段敘述：執行法院依法進行之拍賣或變賣程序嚴謹，填發之非統一發票之收據有其公信力，拍定或承受價額內含之營業稅額可依法定公式計算而確定，相關資料亦可以上開法院筆錄為證。……故執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證。	針對聲請個案，依釋字第 177 號及第 185 號解釋意旨，賦予聲請人個案救濟。
最後一段敘述：相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。	針對聲請個案以外同類型案件，要求相關機關達成通案處理標準。

關於以進項稅額扣抵銷項稅額時，其憑證之種類及應載事項，營業稅法第 33 條規定：「營業人以進項稅額扣抵銷項稅額者，應具有載明其名稱、地址及統一編號之左列憑證：一、購買貨物或勞務時，所取得載有營業稅額之統一發票。二、有第 3 條第 3 項第 1 款規定視為銷售貨物，或同條第 4 項準用該條款規定視為銷售勞務者，所自行開立載有營業稅額之統一發票。三、其他經財政部核定載有營業稅額之憑證。」至於執行法院出具之收據，因非統一發票，更非載有營業稅額之憑證，依文義解釋，不符上開營業稅法第 33 條之規定，尚難作為得以進項稅額扣抵銷項稅額之憑證。本件聲請人為系爭解釋原因案件之聲請人，依本院釋字第 177 號及第 185 號解釋意旨，自系爭解釋公布之日起，本得據有利之系爭解釋，提起再審之訴或依法行使其權利，毋庸贅言。¹³然因稅捐稽徵機關對此仍有誤會，是以本件解釋乃補充說明：「準

¹³ 系爭解釋合併審查 3 件聲請案，其中之一之鴻立鋼鐵股份有限公司，後據系爭解釋向高雄高等行政法院提起再審之訴，經該院 102 年度再字第 2 號判決，確認聲請人就執行法院拍賣取得債務人之不動產及動產已繳足拍定價金所餘進項稅額，得以執行法院核發之不動產權利移轉證書影本及繳款收據影本申報扣抵銷項稅額之權利存在。

此，系爭解釋之聲請人，自得持執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額，以為救濟。」¹⁴

至於聲請人以外同類型案件，為符合營業稅法第 33 條之要求，是以系爭解釋之解釋理由最後一段敘及「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就……依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證」，係要求財政部與司法院儘速協商，就聲請人以外之同類型案件，達成通案¹⁵情形之處理標準。嗣財政部 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令列舉下列作為進項稅額之憑證：1. 動產拍定證明書或不動產權利移轉證書影本。2. 繳款收據影本。3. 承受案件未按拍定價額足額繳款者，其不足額部分得以強制執行金額分配表或執行清償所得分配表影本替代。

系爭解釋公布後，詎財政部竟將上開 2 段理由混為一談，誤以為系爭解釋對本件聲請人並無溯及效力，聲請人仍應持符合經財政部核課執行法院出具之收據可作為載有營業稅額之憑證，始得主張扣抵。然因稅捐稽徵機關以拍賣未收到營業稅款為由拒絕核課，致本件聲請人無從以執行法院出具之收據，作為進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。是以本件解釋最後乃謂：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商」部分，旨在要求相關機關以更具體之通案標準處理聲請人以外之同類型案件，並不影響聲請人向稅捐稽徵機關申報營業稅時，得依系爭解釋意旨，逕以執行法院出具之收據，作為進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。

陸、結論

自本院 101 年 12 月 21 日作成系爭解釋，迄今 106 年 12 月

¹⁴ 同一見解，請參照湯德宗大法官於系爭解釋提出之協同意見書。

¹⁵ 前揭高雄高等行政法院 102 年度再字第 2 號判決，亦了解系爭解釋意旨而謂：財政部嗣依照系爭解釋意旨及營業稅法第 33 條第 3 款規定之授權，基於法定職權為通案性之核定等語。

15 日作成補充解釋，整整 5 年，始得貫徹系爭解釋意旨，人民爭取其權益獲得保障的過程，實在太辛苦！是以本件解釋，表面上觀之，雖僅賦予原因案件個案之特別救濟，然本件解釋再次嚴正重申：本院所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之；聲請人得據有利之解釋，提起再審之訴或依其他法定程序請求救濟，**更得依法行使權利**，俾保障聲請釋憲者之權益，並肯定聲請人維護憲法之貢獻，仍有其憲法價值！

協同意見書

陳碧玉大法官 提出

本件解釋聲請人，亦為本院於中華民國 101 年 12 月 21 日公布之第 706 號解釋（下稱系爭解釋）聲請人之一¹，持對其有利之系爭解釋向最高行政法院提起再審訴訟三次，該院依序以「再審原告（按：指本件聲請人）自不因 706 號解釋而享有逕向再審被告（按：指財政部臺北國稅局）請求依板橋地院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額」「前開再審判決並無違誤」「再審之訴提起時，距原判決（最高行政法院 97 年度判字第 63 號）確定時已逾 5 年」為由²，駁回確定。聲請人另於 103 年向財政部臺北國稅局大安分局申請扣抵「溢繳」營業稅款遭否准後，提起訴願。財政部訴願委員會以聲請人於系爭解釋公布前，承受應課徵營業稅貨物，其就進項稅額扣抵銷項稅額之行政救濟程序已核課確定，依財政部 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令（下稱財政部 103 年令）³，無法以執行法院核發

¹ 系爭解釋原因案件有三，聲請人分別為永安租賃股份有限公司（即本案聲請人）、可成科技股份有限公司、鴻立鋼鐵股份有限公司。其中鴻立鋼鐵股份有限公司依系爭解釋意旨，循行政訴訟程序，已獲得救濟（高雄高等行政法院 103 年 9 月 3 日 102 年度再字第 2 號判決參照）。

² 最高行政法院 102 年度判字第 212 號、第 736 號判決及 103 年度裁字第 235 號裁定。

³ 此函釋為財政部依系爭解釋關於：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」釋示部分，為聲請人以外之同類型案件所設定之具體

之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額為由，駁回訴願⁴。聲請人未能因對其有利之系爭解釋獲得應有之救濟，而聲請本院就系爭解釋為補充解釋。

對於准聲請人得自本解釋送達之日起3個月內，依系爭解釋意旨，以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據（下併稱執行法院出立之收據），作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額之本號解釋多數意見，本席敬表贊同。惟其理由仍有補充之必要，爰提出協同意見如下：

壹、原因案件聲請人依本院釋字第177號解釋、第185號解釋意旨，本得自對其有利之解釋公布日起，依法定程序獲得救濟，無待本院為個案救濟諭知

按本院解釋有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。又人民聲請解釋，經解釋之結果於聲請人有利者，該解釋之效力，應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟（本院釋字第177號解釋、第185號解釋參照）。準此，原因案件聲請人，自本院解釋公布日起，即得持對其有利之解釋，依法定程序獲得合乎該解釋意旨之救濟，無待本院為個案救濟之諭知。

查財政部77年6月28日修正發布之修正營業稅法實施注意事項（100年8月11日廢止）第3點第4項第6款規定（即系爭解釋客體之一），及85年10月30日台財稅第851921699函（即系爭解釋客體之二），有關法院拍賣貨物，由稽徵機關於徵起營業稅後，始填發營業稅繳款書第三聯作為買方營業人進項稅額憑證部分，因違反憲法第19條租稅法律主義，業經系爭解釋諭知

通案標準。

⁴ 財政部103年8月27日台財訴字第10313940740號訴願決定書。聲請人就前開訴願決定不服，提起行政訴訟，復經臺北高等行政法院104年2月12日103年度訴字第1565號判決駁回，及最高行政法院104年5月21日104年度裁字第873號裁定駁回在案。

不再援用在案。而系爭解釋理由書釋示：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」部分，旨在要求相關機關以更具體之通案標準處理聲請人以外之同類型案件，自不排除聲請人得逕依系爭解釋意旨，持由執行法院於受領拍定或承受價額時，開立予買方營業人之「相當於賣方營業人開立之憑證」之收據，作為向稅捐稽徵機關申報營業稅時之進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。

受理法院以及財政部迄未依系爭解釋意旨，予聲請人應有之救濟，與本院釋字第 179 號、185 號有關本院解釋效力之解釋意旨不符。本件補充解釋，使系爭解釋原因案件之聲請人獲得救濟。

貳、營業稅法自 74 年修正改採加值型營業稅制時起，即將該次買賣應徵營業稅額內含於買賣價金中。營業稅雖由買受人負擔，但賣方營業人有收取、申報、繳納，以及出立憑證之義務，此法定義務不因買方是否為營業人而異。為防範、杜絕逃漏營業稅，於 77 年修正第 32 條第 2 項，增列買受人非營業人時，賣方營業人出立之憑證應將營業稅內含於總價中，並再次於 100 年為相同意旨之修正。營業稅應內含於價金中，並非起始於 100 年營業稅法第 32 條第 2 項之修正

營業稅法於 74 年修法時（75 年 4 月 1 日起施行），改採以**進銷差額**課徵的新營業稅制（法案名稱於 90 年 7 月修法時變更為加值型及非加值型營業稅法），明定在中華民國境內銷售貨物，均應依法課徵營業稅。賣方營業人為營業稅納稅義務人，於銷售貨物時應自買方（包括營業人與非營業人）收取法定營業稅額，作為賣方營業人之銷項（營業）稅額，同時也是買方營業人之進項（營業）稅額。「營業稅額」計算公式為：賣方營業人之銷售額（指賣方營業人收取之全部代價，即賣方營業人之成本與利潤，但不包含該次買賣行為應收取之營業稅額）乘以法定營業稅稅率

（同法第 1 條、第 2 條、第 14 條、第 15 條、第 16 條規定）。茲舉一例以說明：

營業稅申報繳納周期：99 年 4 月至 6 月

買賣契約內容：

1. 99 年 4 月 5 日（第一次買賣）：甲營業人以價金 9,000 元將應課營業稅之羽毛球（下稱 A）出售予乙營業人。
2. 99 年 4 月 20 日（第二次買賣）：乙營業人以 10,000 元將 A 出售予丙營業人。
3. 99 年 5 月 15 日（第三次買賣）：丙營業人以 11,000 元將 A 出售予丁營業人。
4. 99 年 6 月 25 日（第四次買賣）：丁營業人以 9,500 元將 A 賠售予乙營業人。
5. 99 年 6 月 28 日（第五次買賣）：乙營業人以 11,100 元將 A 售予戊非營業人。

各次買賣之價金、銷售額與營業稅額，整理如下：

買賣次序	第一次	第二次	第三次	第四次	第五次
定價 = 銷售額 + 營業稅額	9,000 元	10,000 元	11,000 元	9,500 元	11,100 元
銷售額 = 定價 / 1.05	8,571 元	9,524 元	10,476 元	9,048 元	10,571 元
營業稅額 = 銷售額 * 0.05	429 元	476 元	524 元	452 元	529 元

就 A 物之多次買賣行為，買、賣雙方營業人應申報、繳納營業稅額如下：

買賣方	銷項稅額	進項稅額	本期應繳營業稅額 = 銷項稅額扣減進項稅額
甲	429 元（第一次）		+429 元
乙	476 元（第二次） 529 元（第五次）	429 元（第一次） 452 元（第四次）	+124 元（476+529-429-452）

丙	524 元 (第三次)	476 元 (第二次)	+48 元
丁	452 元 (第四次)	524 元 (第三次)	-72 元
戊 (非營業人)		無須申報進項稅額 (第五次買賣)	

就 A 物之買賣總計應繳營業稅為：

429 元 +124 元 +48 元 -72 元 = **529 元** (即最後賣價 11,100 元內含之營業稅額，實際上是最後買受人負擔。而經由買賣過程中之買賣雙方營業人，依加值型營業稅法規定，分別列為賣方銷項稅額及買方進項稅額，定期申報繳納。財政部收到該應稅貨物之營業稅總額，並不因買受人為營業人或非營業人而異)。

因此，賣方營業人於銷售該應稅貨物時，應收取銷售額與營業稅額。是，「銷項稅額」係外加於「銷售額」，而與銷售額合計成為該買賣契約之「定價 (價金)」，因而「內含」於定價之內。又賣方營業人依同法第 32 條第 1 項「營業人開立銷售憑證時限表」規定，於收受貨款時，即應開立統一發票。如買方為營業人，憑證上分別記載「銷售額」、「銷項稅額」，以及前二者之總和 (總計) 價金 (同法第 32 條第 2 項規定)⁵。

新稅制實施後，因營業稅法第 32 條第 2 項規定，僅明定買

5

統一發票 (三聯式)

買受人姓名		買受人地址		買受人統一編號	
統一編號：		中華民國 年 月 日		營業人簽章	
地 址：		郵政信箱		營業人蓋用統一發票專用章	
品 名		數 量		單 價	
金 額		金 額		金 額	
1. 銷 售 額		合 計		總 計	
2. 營 業 稅		應 稅 額		稅 額	
3. 總 計		合 計		總 計	
總計金額		總計金額		總計金額	
(中文大寫)		總計金額		總計金額	

5. 營業稅、營業額、免稅金額等欄應分別填註「營業額」、「營業稅」、「免稅金額」等字樣。營業人簽章應蓋用「營業人簽章」章。營業人蓋用統一發票專用章。營業人簽章應蓋用「營業人簽章」章。營業人簽章應蓋用「營業人簽章」章。

自 74 年實施新營業稅制後，賣方營業人開立予買方營業人之統一發票，即將銷售額 (上圖 1.)、營業額 (上圖 2.) 分別列出，再加總二者列於總計金額 (上圖 3.)。分別列出之目的，在便於營業人營業稅之申報。是，營業稅自 74 年起即內含於價金中。

100 年修法之立法理由：「營業稅屬消費稅性質，營業人銷售貨物或勞務，均應計算銷項稅額，連同銷售額向買受人一併收取；惟營業人常以排告價或報價未含營業稅為由，要求買受人除標價外再支付營業稅，以阻卻買受人索取統一發票之意願，規避開立統一發票，破壞加值型營業稅制度，而達逃漏營業稅之目的。為遏阻前開情事，爰增定第二項規定應稅貨物或勞務之定價應內

7

自 74 年實施新營業稅制後，除法律規定應減免徵收營業稅外，不問買受人是否為營業人，均應就該買入之應稅貨物，負擔以銷售額乘以百分之五稅率計算之營業稅額。因買方非營業人無須作營業稅之申報，統一發票上無須分別列出銷售額、營業稅額，及二者總計，而直接列出總價金。

含營業稅，亦即定價應等於『銷售額』加計『銷項稅額』，以杜取巧。」⁸

足證營業稅自 74 年改採以進銷差額課徵的新營業稅制後，買賣應稅貨物之價金，即為「銷售額」與「銷項稅額」之總和⁹，並非因 100 年之上開修法而新增。如前開「貳」部分所舉案例所示，每次買賣價金均內含營業稅，該營業稅額即為賣方營業人當期之銷項稅額，買方營業人當期之進項稅額。買賣雙方營業人均應據此申報銷、進項稅額，並各就其差額繳納營業稅。營業人就該應稅貨物所繳納之營業稅總額，即為最終買受人所繳價金所內含之營業稅額。

參、聲請人於 87 年自執行法院承受債務人之土地及建物，係以其依法定分配程序受分配之債權額，以及向執行法院繳納之保證金暨補繳金額之總和為承受價額，經執行法院核准後，完成法定承受程序。此承受價額依法應內含營業稅。承受人（聲請人）確已將營業稅交付予執行法院。

本件聲請人主張其係於 87 年間經由執行法院拍賣程序，以繳交保證金 174,015,000 元（占承受價額之 10%），第二順位債權人受分配金額 112,531,222 元（占承受價額之 6.47%），以及補繳 1,453,583,778 元（占承受價額之 83.53%），總計 1,740,130,000 元承受債務人之土地與建物¹⁰，其中建物部分金額 1,326,690,000 元，內含營業稅額 63,175,714 元，暨稅捐稽徵機關於 94 年間已由債務人徵起該案營業稅 12,716,172 元等情，為財政部臺北國稅局（原名稱財政部臺北市國稅局）所不爭，此有最高行政法院 97 年度判字第 63 號、102 年度判字第 212 號及第 736 號判

⁸ 立法院公報第 98 卷第 75 期院會記錄，頁 419 參照。

⁹ 營業稅法第 32 條第 2 項前段規定，自 74 年修法以來，除於 100 年修正時，原文不動移列第 3 項外，未曾變更。統一發票總計欄之金額，即為銷售額與銷項稅額之總和。因此自 74 年採新營業稅制後，營業稅額即內含於買賣總價金。

¹⁰ 臺灣板橋地方法院 86 年度執實字第 4591 號卷，民事強制執行案款收據筆錄及債權人分配表參照。

決書，暨財政部臺北市國稅局松山分局 94 年 8 月 1 日財北國稅松山營業字第 0940017835 號函可稽。此建物價金內含營業稅之事實認定，核與上開「貳」說明行為時營業稅法第 32 條第 2 項規定意旨，暨行為時（84 年 11 月 1 日發布）法院及海關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點第 4 點規定：「拍賣或變賣之貨物其屬應繳納營業稅者，應依左列公式計算營業稅額：應納營業稅額 = 拍定或成交價額 / (1 + 徵收率 5%) * 徵收率 5%（建物總價金 1,326,690,000 / 1.05 = 1,212,635,143 元銷售額；銷售額 * 0.05 = 63,175,714 元營業稅額）」¹¹相符，應認聲請人於 87 年時，已將上開營業稅額內含於全部價金中，交付與執行法院。依營業稅法第 32 條第 1 項、第 15 條第 1 項規定，賣方營業人即應開立憑證，由聲請人（即買方營業人）據以行使進項稅額扣抵權，與當期之銷項稅額扣抵，而僅就其差額負繳納營業稅之義務。

肆、債務人因執行法院完成「含營業稅在內之承受價金」之分配，而實質降低其未清償債務總額，為變形的收取營業稅額。其未依法申報、繳納營業稅，稅捐稽徵機關以其為納稅義務人向其追徵，與本院釋字第 367 號解釋意旨暨營業稅法第 2 條第 1 款規定相符

本院釋字第 367 號解釋（83 年 11 月 11 日公布）以營業稅係採加值稅之型態，營業稅額於售價（銷售價）之外另加，而由買受人負擔（按此即為營業稅法第 14 條第 2 項、第 16 條第 1 項及第 32 條第 2 項規定：買賣價金為銷售價與營業稅之總和，營業稅由買受人負擔，賣方營業人有收取、申報、繳納營業稅，及開立包括銷售額、營業稅額及兩者總額之憑證與買方營業人之義務），75 年 1 月 29 日發布之營業稅法施行細則第 47 條關於法院拍賣貨物，由拍定人申報繳納營業稅之規定，暨財政部 75 年 4 月 1 日臺財稅字第 7522284 號函發布之「法院、海關及其他機關拍賣或變

¹¹ 若建物價金不內含營業稅，則營業稅額應是 1,326,690,000 * 0.05 = 66,334,500 元，顯然與財政部核定之營業稅額不符，此種承受價額不含營業稅之論點，為無可採。又執行法院命鑑定人就拍賣物所為鑑價，其金額並不同於執行法院所定之拍定價，鑑定價是否內含營業稅，即無論述、審究之必要。

賣貨物課徵營業稅作業要點」第二項有關不動產之拍賣、變賣由拍定或成交之買受人繳納營業稅之規定，並未增加買受人額外稅負，但究屬課予買受人申報、繳納之義務，變更租稅主體，牴觸營業稅法，有違憲法第 19 條及第 23 條保障人民權利之意旨。

準此，營業稅內含於價金，由買受人負擔，賣方營業人則有收取、申報、繳納進銷差額之營業稅之義務。納稅義務人（租稅主體）為賣方營業人。買賣雙方有關稅捐負擔之約定，僅得依契約關係解決，不能因此變更營業稅之納稅義務人。稅捐稽徵機關僅能向賣方營業人追徵積欠營業稅。

另，執行法院將行為時尚非屬優先受償權之營業稅款，分配予優先受償之債權人時，債務人原債務額在此範圍內因獲得清償而消滅。債務人尚未清償之債務餘額因此下降，應認已收取該營業稅額，卻未依法履行以系爭營業稅額作為銷項稅額，申報、繳納進銷差額之營業稅義務。稅捐稽徵機關自得依營業稅法第 2 條第 1 款規定向其追徵積欠之營業稅額。

伍、聲請人依法應負擔之營業稅，已內含於承受價金內，付予執行法院，本號解釋使聲請人得以行使其法定進項稅額扣抵權，並非不當得利

系爭解釋審查客體之法令，使經由執行法院買受應稅貨物之拍定人或承受人，因無法於交付拍定價金時，即時取得法定進項稅額憑證，而不能依營業稅法第 15 條第 1 項規定，將其於該拍定或承受價額中受轉嫁之進項稅額，扣減其當期之銷項稅額，對拍定人或承受人增加法律所無之租稅負擔（應於當期扣而不能扣，至必須先行繳納，嗣取得憑證後，始准扣抵），違反租稅法律主義，侵害憲法保障之買方營業人之財產權。該法令不再援用。

本院於系爭解釋公布後，積極的與財政部協商，而有財政部 103 年令之發布。該令即本於系爭解釋意旨，准拍定人、承受人得持執行法院開立之收據，作為進項稅額憑證，不再以財政部自債務人收到營業稅款，始行出立之憑證為必要。此通案適用之函

令，使因執行法院出立之收據，不得作為進項稅額憑證之拍定人、承受人之財產權因而獲得保障，排除因公權力機關運作不協調所導致之侵害。

聲請人為系爭解釋原因案件之聲請人，本於本解釋意旨，自得於本解釋送達之日起3個月內，依系爭解釋意旨，持執行法院出立之收據，作為進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額，無不當得利可言。稅捐稽徵機關除應減除已實際准予抵扣之數額（例如財政部臺北市國稅局松山分局94年8月1日財北國稅松山營業字第0940017835號函）外，對於聲請人據以申報扣抵銷項稅額之進項稅額額度，不得拒絕。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件係延續本院釋字第706號解釋而來。本席認為，本號解釋對釋字第706號解釋所為補充解釋之「正當理由」、以「個案救濟」作為補充解釋之適當性及解釋理由之拘束力等，有須進一步說明之處，謹針對此三問題，提出本協同意見書，闡述如下：

一、有關本件補充解釋正當理由

（一）本院釋字第706號解釋的背景與內涵：

依照77年修正的營業稅法實施注意事項、100年修正發布之加值型及非加值型營業稅法施行細則以及釋字第706號解釋所示之財政部函釋（下併稱系爭命令）之規定，法院拍賣客體如係應課徵營業稅之貨物，必須由稽徵機關另外填發營業稅繳款書扣抵聯，始能作為買受人之進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額；而無法直接以法院所發給之收據作為進項稅額憑證。稽徵機關是否核發營業稅繳款書之扣抵聯，以及扣抵聯所載額度如何，則視稽徵機關參與分配拍賣價款的結果，實際上是否獲得分配以及分配之額度而定。換言之，依系爭命令，如果稽徵機關沒有獲得分配或分配不足營業稅的稅款，則稽徵機關將不發給營業稅繳款書之扣抵聯（或僅發給記載實際上獲得分配額

度的繳款書扣抵聯)。

本院釋字第 706 號解釋之解釋意旨在於，系爭命令增加法律所無之限制，故違反租稅法律主義。該號解釋理由書進一步闡釋：「強制執行法上之拍賣或變賣，係由執行法院代債務人立於出賣人之地位，經由強制執程序，為移轉拍賣或變賣物所有權以收取價金之行為。出賣人如係適用加值型營業稅之營業人，而拍賣或變賣應稅貨物者，其拍定或承受價額亦內含營業稅……。故執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證」（見該號解釋理由書第 3 段）。簡言之，釋字第 706 號解釋認為，法院的拍賣價格已內含營業稅；法院開立的收據，與一般記載營業稅額之發票相同；只要法院拍賣之買受人持法院開立之收據，即可作為其進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。

- (二) 有關本件補充解釋之理由，多數意見參照本院釋字第 503 號、第 741 號及第 742 號解釋，認為：「當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核有正當理由者，應予受理」。故多數意見係認為，釋字第 706 號解釋有「發生疑義」。但多數意見並未就「正當理由」究何所指，進一步闡釋。
- (三) 本院近年來針對補充解釋之聲請，如不擬受理，均以聲請人所聲請補充解釋之本院解釋，「並無文字晦澀或論證不周而有補充之必要」作為不受理理由（例如本院釋字第 755 號解釋末段有關不受理之論述）。本院如擬受理補充解釋之聲請，其情形不一而足，但均不「直接」以本院解釋有「文字晦澀」或有「論證不周」為補充解釋之理由，而以有無「正當理由」為準。
- (四) 本席認為，可以聲請補充解釋之正當理由，最少應包括如下之情形：
 1. 所聲請補充解釋之原解釋，對於原聲請解釋之客體，有漏未解釋之情形；亦即本院原解釋僅就聲請人所聲請解釋之部分客體

為解釋，而漏未對原聲請解釋之其他部分客體為解釋。本院以往均無因聲請解釋之標的漏未解釋，而為補充解釋之情形。倘若有此情形發生，應認原聲請人補充解釋之聲請，有正當理由。

2. 原解釋雖無漏未解釋的情形，但因解釋文或解釋理由，在「客觀上」論述確有不周，導致法院適用該解釋時發生疑義之情形。例如本院釋字第 741 號解釋所稱：「該解釋雖未就『聲請人就聲請釋憲之原因案件』等語，明定其適用範圍，然由系爭解釋文所稱『本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者』等語可知：凡本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。」惟本院於該案中，並未明白表示其解釋有「論證不周」之情形。倘本院先前之解釋確實有客觀上論述不周之情形發生，亦應認為聲請人補充解釋之聲請，有正當理由。
3. 原解釋並無漏未解釋，客觀上論述亦無不周延，但有進一步就相關聯之「額外問題」為解釋之情形。例如釋字第 686 號解釋所稱：「本院就人民聲請解釋之案件作成解釋公布前，不同聲請人以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，而未經合併辦理者，如其聲請符合法定要件者，其據以聲請之案件，是否亦可適用上開釋字第 177 號解釋，本院釋字第 193 號解釋尚未明確闡示，自有補充解釋之必要。」又例如釋字第 725 號解釋所稱：其所補充之本院先前解釋，「並未明示於本院宣告違憲之法令定期失效者，對聲請人之原因案件是否亦有效力，自有補充解釋之必要」。均屬此種情形。如有此情形發生，本院本可以獨立之解釋之方式，或以補充解釋之方式作成解釋。然必須斟酌「所聲請解釋之爭議是否有解釋憲法之價值」以及「對解決個案或通案爭議之重要性」，以判斷是否受理。
4. 原解釋並無漏未解釋，論述在客觀上亦無不周延，但法院「主觀解讀上」仍發生錯誤。如有此情形發生，本院亦必須斟酌「所

聲請解釋之爭議是否有解釋憲法之價值」以及「對解決個案或通案爭議之重要性」，以判斷有無正當理由。如認為無解釋憲法價值，則可能以該爭議之性質為「法院認事用法」問題（亦即：法院錯誤解讀本院解釋，如同法院錯誤解讀法律，屬認事用法之錯誤），而不受理。換言之，受理與不受理之間，並無絕對之公式，而屬憲法價值判斷之問題。

- （五）本件情形，屬前列之第4種情形。釋字第706號解釋理由書末段載謂：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第33條第3款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」此段係針對同類型之案件，對相關機關作出「應儘速協商」之「通案作法」指示；其意旨甚為明確。由該段文字應可知悉其不適用於聲請人之個案情形。蓋聲請人之個案情形，已有該號解釋之解釋文宣告系爭命令立即失效以及該號解釋理由書第3段所載「執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證」之明確釋示，作為決定法律關係與法律效果之依據。稽徵機關依此宣示，本即可直接憑法院開立之收據，作為進項稅額憑證；法院本亦可直接依解釋意旨而為相同結果之判斷。然最高行政法院誤以解釋理由書末段文字亦適用於聲請人之個案，兩度以判決駁回再審之訴，認聲請人不因本院釋字第706號解釋而有權逕向國稅局請求依法院核發之繳款收據，作為進項稅額憑證以扣抵銷項稅額。故依本件多數意見，本件爭議係因最高行政法院未能適當解讀釋字第706號解釋末段有關之通案性指示之文字而起，而非該解釋在客觀上有論證上之不周延。本件實為本院補充解釋之新類型。
- （六）就本件為補充解釋之正當理由而言，由於法院判決數度明確違反本院解釋意旨，本院以補充解釋之方式，實現本院在個別解釋案中所宣告之意旨以及維護憲法解釋制度之本旨，應有重要

憲法價值；且以宣告個案救濟方式為補充解釋，亦可貫徹本院使聲請人就其原因案件得以循求個案救濟，「以保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻」（本院釋字第725號解釋參照）之釋憲制度重要精神。故多數意見認為本件有受理之正當理由，本席敬表同意。

二、有關以「個案救濟」作為補充解釋方式之問題

- （一）本院以往補充解釋，多係進一步闡釋原來的解釋標的或相關解釋標的之實體內涵。本件則直接以個案救濟為補充解釋之方式。本席敬表同意。蓋補充解釋主要目的在貫徹原解釋之意旨；至於以何種方式貫徹原解釋意旨為適當，本院應有裁量餘地。本件情形，由於釋字第706號解釋在客觀上並無不明，而係因法院未能適當解讀解釋內容導致本件爭議，故直接使聲請人獲得個案救濟，應為適當之補充解釋方式。
- （二）或謂：本院釋字第706號解釋僅宣告系爭命令違反租稅法律主義；亦即其僅宣告系爭命令，形式上違憲（其內容應改由法律本身或由法律明確授權之命令加以規定之，而不應逕以函釋為之），而非實質上違憲（其內容並未被宣告違憲）；故不宜以個案救濟方式為補充解釋。然如前所述，該解釋於理由書中明白記載：「執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證。」是故，釋字第706號解釋已經實質上宣告系爭命令之內容違憲。為個案救濟之宣告，應無正當性之疑義。
- （三）我國目前對人民聲請解釋憲法者，僅許人民「對於確定終局裁判『所適用之法律或命令』發生有牴觸憲法之疑義」之情形為之（司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款參照）。現制尚未採行「裁判憲法訴願」，以對違憲之法院「裁判」，進行違憲審查。本件情形，相反於聲請人所據以聲請解釋之最高行政法院判決之意旨，直接賦予聲請人個案上之救濟，已有「裁判憲法訴願」之意涵；將來可銜接我國制度上擬採行之「裁判

憲法訴願」。

三、有關本院解釋之理由書拘束力問題

- (一) 多數意見引本院以往解釋，認「本院所為之解釋有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之」；且「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」；「原因案件之聲請人，自解釋公布之日起，即得據有利之解釋，依法行使其權利」（見本號解釋理由書第5段）。多數意見據此進一步認：釋字第706號解釋之理由書有關「執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證」之釋示，「有拘束全國各機關及人民之效力」（見本號解釋理由書第6段）。
- (二) 本院以往對於本院解釋對全國各機關及人民產生拘束力之部分，是否限於解釋文之內容，抑或包括解釋理由書，並未明確釋示。然由前段說明可知，多數意見顯係認為，本院解釋對全國各機關及人民產生拘束力之部分，並不限於解釋文之內容，而更包括解釋理由書。本席對此敬表同意。惟由於此項宣示仍係載於理由書，故該段理由書所載「理由書有拘束全國各機關及人民之效力」之意旨，是否確實發生拘束全國各機關及人民之效力，將來仍有可能受到挑戰。

協同意見書

許志雄大法官 提出

本案聲請人即釋字第706號解釋之聲請人，於該號解釋獲得有利解釋後，卻又纏訟多年，其權利保障始終無法實現，不得不聲請補充解釋，以求救濟。究其原因，除有關機關未能恪遵釋字第706號解釋意旨外，解釋本身語焉不詳或欲語還休，恐亦係癥結所在。

本案之主要爭點，在於釋字第706號解釋之聲請人能否持執行法院開立之收據作為營業稅之進項稅額憑證，據以扣抵銷項稅額。茲參照釋字第706號解釋之理由書所述，就法院拍賣與一般銷售在有關事項之處理上有何異同，比較如下：

- 一、強制執行法上之拍賣或變賣，係由執行法院代債務人立於出賣人之地位，經由強制執行程序，為移轉拍賣或變賣物所有權以收取價金之行為。
- 二、凡在中華民國境內適用加值型營業稅之營業人銷售應稅貨物，應將營業稅額內含於貨物之定價；強制執行法上之拍賣或變賣，出賣人如係適用加值型營業稅之營業人，而拍賣或變賣應稅貨物者，其拍定或承受價額亦內含營業稅。
- 三、營業人應於收款或發貨時開立、交付載明買方營業人名稱、地址、統一編號及營業稅額之統一發票或其他經財政部核定載有營業稅額之憑證；執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證。
- 四、買方營業人於交付價金予賣方營業人時，因已支付買受該特定貨物而依法受轉嫁之營業稅，自得據該憑證行使進項稅額扣抵權，由當期銷項稅額中扣減，僅就其餘額負申報繳納營業稅之義務，不以開立憑證之賣方營業人已依限申報繳納營業稅款為要件；至於執行法院開立予買方營業人之收據，如何扣抵，該解釋理由書並未敘明，但既稱該收據相當於賣方營業人開立之憑證，自當比照辦理，買方營業人得以該收據行使進項稅額扣抵權，由當期銷項稅額中扣減，僅就其餘額負申報繳納營業稅之義務，不以賣方營業人已依限申報繳納營業稅款為要件。

財政部 77 年 6 月 28 日修正發布之「修正營業稅法實施注意事項」第 3 點第 4 項第 6 款及 85 年 10 月 30 台財稅第 851921699 號函，為釋字第 706 號解釋之系爭令函，明定法院拍賣或變賣應稅貨物之買方營業人須以非賣方營業人之稽徵機關所填發之營業稅繳款書第三聯（扣抵聯）作為進項稅額憑證，又附加以營業稅款之收取或徵起為稽徵機關填發營業稅繳款書之要件，排除執行法院所出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價

額之收據，得作為進項稅額之憑證。該號解釋認上開規定牴觸營業稅法第 32 條第 1 項賣方營業人應於收取價金時就營業稅之全額開立憑證，及第 33 條第 3 款財政部係對賣方營業人開立憑證為核定，而非命以稽徵機關開立之憑證為限之規定，使買方營業人不能依營業稅法第 15 條第 1 項規定將其於該拍定或承受價額中受轉嫁之進項稅額，扣減其當期之銷項稅額，影響其於當期應納營業稅額，而增加法律所無之租稅義務，與租稅法律主義不符，均應不予援用。

惟釋字第 706 號解釋之解釋文僅宣告系爭令函「均違反憲法第 19 條租稅法律主義，應不予援用」，並未就原因案件能否救濟及如何救濟有所表示。而且，解釋理由書末段以「must do」方式，附帶提示：「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」有關機關於釋字第 706 號解釋作成後，不僅未對聲請人採取救濟措施，且遲遲未處理前揭提示事項。嗣經一年多，財政部 103 年 1 月 7 日台財稅字第 10204671351 號令終於同意營業人得持法院核發之繳款收據作為進項稅額憑證，據以扣抵銷項稅額，卻同時明定：「營業人於司法院釋字第 706 號解釋公布前，拍定或承受應課徵營業稅貨物，其相關進項稅額申報扣抵銷項稅額已核課確定案件及上開案件於該解釋公布後始提起行政救濟者，仍以稽徵機關填發之繳款書作為進項稅額憑證。」逕行將釋字第 706 號解釋之原因案件及其他類似案件排除在救濟之外。財政部所以採此作法，諒係基於維護稅收，避免產生外溢效果（稅捐稽徵法第 28 條參照）之立場。然其他案件姑且不論，至少就原因案件部分，為保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻，應予聲請人救濟機會（釋字第 177 號、

第 185 號、第 725 號及第 741 號解釋參照），方屬正辦。又釋字第 706 號解釋理由書末段之提示，其用意如本號解釋理由書所示：「旨在要求相關機關以更具體之通案標準，處理聲請人以外之同類型案件。並不影響聲請人得依系爭解釋意旨，逕以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。」由此可見，大法官原本出於善意，仔細叮嚀，卻遭到曲解。有關機關一誤再誤，應深切反省、檢討。

論者或認為，自 74 年營業稅法修正，改採加值型營業稅迄今，買受人為營業人時，營業稅始終為「外加」；而買受人為非營業人時，自 77 年修法後，變更為「內含」。其理由為二者之統一發票記載方式不同，亦即 77 年營業稅法修正，於第 32 條第 2 項規定，買受人為營業人者，進項稅額應與銷售額於統一發票上分別載明；買受人為非營業人者，應與銷售額合計開立統一發票（100 年修正，同法第 32 條第 3 項改為應以定價開立統一發票；現行法亦同）。論者復認為，執行法院非銷售營業人，所定拍賣底價或拍定價，均未加計營業稅，並以釋字第 367 號解釋之理由書所稱：「財政部於 75 年 4 月 1 日以臺財稅字第 7522284 號函發布之『法院、海關及其他機關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點』第二項之（一）有關不動產之拍賣、變賣由拍定或成交之買受人繳納營業稅之手續規定，亦與營業稅法之規定不符，雖因營業稅係採加值稅之型態，營業稅額於售價之外另加而由買受人負擔，上開細則及要點之規定，並未增加額外稅負……」為證。從而主張，釋字第 706 號解釋原因案件之承受價額不含營業稅，聲請人並未繳納營業稅，自不能以執行法院出具之收據作為進項稅額憑證，據以扣抵銷項稅額。

本席認為，上述見解存有諸多盲點，應無可採。首先，所謂「外加」或「內含」，係依銷售貨物之定價有無包含營業稅而定，與統一發票上應如何記載進項稅額及銷售額並無直接關係。申言之，若定價只是營業稅法所定之銷售額，則買受人除定價外，尚須繳付營業稅，是為「外加」。若定價包含銷售額及營業稅，則買受人僅依定價支付，無須再加計營業稅，是為「內含」。按定價是否包含營業稅，74 年修正之營業稅法並未明定，而實務上一般皆採營業稅「外加」之方式處理。惟「外加」方式與一般民眾之消費習慣不符，時起糾紛，財政部乃於 77 年訂定之「修正營業稅法實施注意事項」第 3 點第 1 項規定「營業人銷售應稅貨物或勞務之定價應內含營業稅」。該行政命令規定之內容，屬執行法律之細節性、技術性次要事項，應無違反租稅法律原則或法律保留原則之問題。100 年營業稅法修正，於第 32 條第 2 項明定：「營業人對於應稅貨物或勞務之定價，應內含營業稅。」自更加允當。綜上，77 年「修正營業稅法實施注意事項」訂定後，無論買受人為營業人或非營業人，稅捐實務上皆採「內含」方式，要無疑義。

其次，在法院之拍賣方面，83 年釋字第 367 號解釋所引 75 年「法院、海關及其他機關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」第 1 點一般規定（四）明定：「拍賣或變賣之貨物，其屬應繳納營業稅者，應依左列公式計算營業稅額：拍定或成交價金 $\times$ 徵收率（5%）＝應納營業稅額」。其營業稅採取「外加」方式，確實無誤。77 年一般銷售已改採「內含」，但法院之拍賣仍然依上開作業要點規定，維持「外加」。釋字第 367 號解釋稱：「營業稅係採加值稅之型態，營業稅額於售價之外另加而由買受人負擔，上開細則及要點之規定，並未增加額外稅負……」確與當時法院拍賣實務之作法吻合。然翌（84）年 11 月 1 日財政部修正「法院及海關拍賣或

變賣貨物課徵營業稅作業要點」，於第4點規定：「拍賣或變賣之貨物，其屬應繳納營業稅者，應依左列公式計算營業稅額：應納營業稅額＝拍定或成交價額÷（1＋徵收率5%）×徵收率（5%）」，顯然改採「內含」。而且，該作業要點第5點及第6點規定，稽徵機關應依第4點之公式計算營業稅，依法向法院聲明參與分配。營業稅若非「內含」，何能如此？實務上雖然常有參與分配而未能完全獲償之情形，但對以進項稅額扣抵銷項稅額之適用，應不生影響。無論如何，釋字第706號解釋及本號解釋之聲請人，係於87年承受法院拍賣之房地，當時營業稅已採內含方式，承受價額應包含營業稅，不言可喻。無論以營業稅係「外加」，法院拍賣之底價、拍定價或承受價額均不含營業稅，或者營業稅實際未能徵起，作為拒絕准予扣抵稅額之理由，皆無法自圓其說。

最後，本號解釋參照釋字第747號解釋之作法，直接宣示：「本件聲請人就本院釋字第706號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起3個月內，依本院釋字第706號解釋意旨，以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。」頗有快刀斬亂麻之態勢，反映出多數大法官實事求是，希望訟累就此劃上休止符之心情。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋作成之前，有關法院、行政執行機關執行拍賣或變賣貨物，拍定人所繳納之價金是否包含營業稅？若是，於稽徵機關未能由拍賣價金受分配徵起營業稅時，拍定人能否以執行法院開立予買方營業人之收據，作為進項稅額憑證，以扣抵其銷項稅額？以上二個爭點分別於本院釋字第367號及第706號解釋作出釋示。本號解釋聲請人

即為釋字第 706 號解釋之聲請人之一，但於本院作出釋字第 706 號解釋之後，依據釋字第 706 號解釋分別提出 3 次再審，均被駁回，另向稅捐稽徵機關再次申請扣抵，亦未獲准，提出行政訴訟，亦敗訴確定，可說已用盡所有救濟途徑而未獲救濟。本號解釋乃釋示聲請人得自本解釋送達之日起 3 個月內，以執行法院出具之收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。本號解釋是繼釋字第 725 號、第 741 號及第 747 號解釋之後，再次釋示給予聲請人具體的救濟，以保障釋憲案聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。本席對本號解釋敬表同意，並提供協同意見如下。由於相關解釋涉及之法規及財政部函令均極冗長，閱讀費力，因此本篇協同意見書不重複引述相關法規及函令之全文，僅以較精簡之文字說明本件解釋案之本旨。

一、民國 83 年 11 月 11 日釋字第 367 號解釋之意旨：

民國 74 年 11 月 15 日修正公布營業稅法（自 75 年 4 月 1 日施行）採取加值型營業稅，財政部於 75 年 1 月 29 日發布之營業稅法施行細則第 47 條及 75 年 4 月 1 日發布之「法院、海關及其他機關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」¹（下稱作業要點）規定法院或其他機關拍賣貨物時，應由拍定人向稅捐稽徵機關申報繳納營業稅或取得免稅證明，法院才能將拍定貨物點交給拍定人。至於營業稅額之計算，依當時之作業要點一般規定（四）規定為，拍定或成交價金 × 徵收率（5%）= 應納營業稅額。依該規定，拍定人應繳交由拍定或成交價金「外加」5% 之營業稅。

釋字第 367 號解釋即釋示上述規定「與營業稅法之規定不符」，已牴觸營業稅法並且違憲，應自解釋公布之日起至遲於屆滿一年時失其效力。該號解釋之解釋理由書同時指出「主管機關如認為法院及其他機關拍賣或變賣不動產與普通

¹ 該作業要點嗣於 84 年 11 月 1 日修正，並更名為「法院及海關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」；於 101 年 3 月 29 日再經修正發布名稱為「法院行政執行機關及海關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」。

營業人銷售之情形不同，為作業上之方便計，其申報繳納營業稅之義務人有另行規定之必要，亦應逕以法律定之，併此指明」。

二、釋字第 367 號解釋後續之修法已明確規定法院拍賣貨物之價金內含營業稅：

- (一) 自釋字第 367 號解釋公布後，主管機關並未制定任何法律以區隔法院之拍賣與普通營業人之銷售，反而修改營業稅法施行細則及作業要點等相關規定，致法院之拍定價金內含營業稅，更臻明確。
- (二) 84 年 11 月 1 日修正作業要點第 4 條規定，應納營業稅額=拍定或成交價額÷(1+徵收率5%)×徵收率5%。與釋字第 367 號解釋作成前之計算方式截然相反，由計算公式已知營業稅內含於拍定或成交價額內。
- (三) 84 年 11 月 1 日修正營業稅法施行細則第 47 條第 3 項規定：「法院拍賣或變賣貨物前，應通知主管稽徵機關。主管稽徵機關如認該貨物屬應課徵營業稅者，應依法向法院聲明參與分配。」很明確地規定營業稅與其他債權立於同等地位，由拍賣價金中分配。
- (四) 為配合民國 77 年 5 月 27 日修正營業稅法而於 77 年 6 月 28 日修正發布之「修正營業稅法實施注意事項」一般規定第(一)條規定「營業人銷售應稅貨物或勞務之定價應內含營業稅」，並規定「銷售額=定價÷(1+徵收率)；銷項稅額=銷售額×徵收率」。由上規定可知產品之定價與銷售額為不同之概念，銷售額不含營業稅，但是定價則已包含營業稅。法院之拍賣價金相當於貨物之定價，而非稅法上之銷售額，故法院之拍賣價金內含營業稅。當時營業稅法第 32 條第 2 項規定：「營業人依第 14 條規定計算之銷項稅額，買受人為營業人者，應與銷售額於統一發票上分別載明之；買受人為非營業人者，

應與銷售額合計開立統一發票。」，故二者合計即為產品之定價（或售價）²。至於100年1月26日修正公布之營業稅法第32條第2項規定：「營業人對於應稅貨物或勞務之定價，應內含營業稅。」其實只是延續前述77年6月28日修正發布之「修正營業稅法實施注意事項」一般規定第（一）條之規定。且依民國100年修改營業稅法增訂第32條第2項之立法理由，當時增訂32條第2項之立法目的為「杜絕與消費者間之爭議」³，其理由為「營業人常以牌告價或報價未含營業稅為由，要求買受人除標價外再支付營業稅，以阻卻買受人索取統一發票之意願，規避開立統一發票，破壞加值型營業稅制度，而達逃漏營業稅之目的。為遏阻前開情事，爰增訂第2項規定應稅貨物或勞務之定價應內含營業稅，亦即定價應等於銷售額加計銷項稅額，以杜取巧。」⁴。若謂第32條第2項規定係於民國100年所增訂，而主張100年之前銷售之貨物於定價之外另外收取營業稅，實為誤解。

- （五）至若認為法院拍賣時依專業鑑價所定之「底價」並未加計營業稅而謂拍賣價金不含營業稅，實無任何根據，且與前述法院拍賣相關之法令有違。

三、民國101年12月21日釋字第706號解釋之意旨：

自釋字第367號解釋之後，法院拍賣貨物之拍定人於繳足拍定價金後不須另行繳納營業稅，即可取得拍定物之所有權。稅捐機關就出賣人應繳納之營業稅則以普通債權人之身分就拍賣價金參與分配。但債務人之貨物被法院拍賣時，通

² 該條項於100年1月26日修正為同條第3項：「營業人依第14條規定計算之銷項稅額，買受人為營業人者，應與銷售額於統一發票上分別載明之；買受人為非營業人者，應以定價開立統一發票。」其義相同。

³ 見立法院公報第98卷第66期委員會紀錄第484頁。

⁴ 見立法院公報第98卷第75期院會紀錄第419頁。

常已設定抵押或債務纏身，有多數債權人，故稅捐機關聲請參與分配的營業稅債權，往往無法獲得分配。依當時之「修正營業稅實施注意事項」一般規定第（四）條規定及財政部 85 年 10 月 30 日台財稅第 851921699 號函，拍定人必須取得稽徵機關填發之營業稅繳款書，始能就其所繳納之拍定價額中內含營業稅之部分申報為進項稅額，以扣抵銷項稅額。當稽徵機關未獲分配取得營業稅，則不填發營業稅繳款書，拍定人即無法申報扣抵，故依當時之規定未能徵得營業稅之風險，仍由拍定人負擔。

釋字第 706 號解釋之意旨即釋示縱然稅捐稽徵機關未獲分配取得營業稅，但並不影響拍定人之拍賣價金已內含營業稅之本質，因此該號解釋乃釋示「執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，亦相當於賣方營業人開立之憑證」，依該號解釋意旨，拍定人持法院開立之收據，即可作為進項稅額憑證以申報扣抵銷項稅額。

四、民國 100 年 11 月 23 日修正稅捐稽徵法第 6 條規定營業稅之優先權：

法院拍賣債務人之貨物時往往有多數債權人，因此稅捐稽徵機關聲明參與分配之營業稅往往無法獲得受償。為此，稅捐稽徵法於 100 年 11 月 23 日修正公布第 6 條第 2 項後段規定「法院、行政執行處執行拍賣或變賣貨物應課徵之營業稅，優先於一切債權及抵押權」。本條文之修正至少有二層意義：

- （一）本條文係延續自釋字第 367 號解釋作成之後，對於作業要點以及營業稅法施行細則第 47 條之修改意旨，即肯認營業稅已內含於拍賣價金之中。本條文肯認營業稅是由拍賣價金中參與分配，僅優先於一切債權及抵押權。
- （二）自本條修正之後，營業稅獲優先分配，因此拍定人繳足價金後，營業稅通常可以足額徵起，故釋字第 706 號解

釋所得適用之情形（即營業稅未獲分配，拍定人所繳之價金中內含之營業稅能否作為進項稅額以扣抵銷項稅額），即已大幅減少。因此101年12月21日公布之釋字第706號解釋所得適用之案件應是介於84年11月11日之釋字第367號解釋與100年11月23日修正稅捐稽徵法第6條期間之案件。本號解釋聲請人之原因案件即發生於此期間（於87年4月9日取得板橋地院核發之強制執行收據）。

五、聲請人原因案件未能透過再審或向稅捐機關再次申報獲得扣抵：

- （一）聲請人聲請釋憲成功，經本院釋字第706號解釋作成違憲解釋後，即依該解釋向法院聲請再審。但法院以釋字第706號解釋理由書最後一段「相關機關應依本解釋意旨儘速協商，並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第33條第3款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證」為理由，駁回聲請人之再審（即確定終局判決一及二），本號解釋就此提出澄清，確認釋字第706號解釋理由最後一段「旨在要求相關機關以更具體之通案標準，處理聲請人以外之同類型案件。並不影響聲請人得依系爭解釋意旨，逕以執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。」
- （二）聲請人二度聲請再審遭駁回後，曾第三次提出再審，但遭最高行政法院已逾越再審期間為由，再審不合法而駁回，最高法院計算再審期間是以釋字第706號解釋之原因案件之作成之日（即97年3月13日最高行政法院97

年度判字第 63 號判決）起算 5 年，如此之計算方式固然符合目前法律之規定（行政訴訟法第 276 條）及本院相關之解釋（釋字第 209 號解釋認再審期間 5 年自原因案件判決確定之日起算），但如此再審期間之規定，對於釋憲聲請人實為不利，說明如下：

聲請人針對 97 年 3 月 13 日作成之確定終局判決（最高行政法院 97 年度判字第 63 號判決）聲請釋憲，經本院於 101 年 12 月 21 日作出釋字第 706 號解釋，時間已過了 4 年 8 個月，距離再審之 5 年期限僅餘 3 個多月，聲請人雖於期限內提出再審，但因最高行政法院對釋字第 706 號解釋之意旨理解有誤，而遭無理由駁回（確定終局判決一）。聲請人針對確定終局判決一聲請再審，亦以相同理由遭駁回（確定終局判決二），聲請人第三次提出再審時，即遭最高行政法院已逾 5 年再審期間之限制而遭裁定駁回（確定終局裁定），對於釋憲聲請人於釋憲成功之案例，其再審期間於釋憲審理期間並未中斷，導致聲請人於聲請釋憲成功後，卻僅餘很短的時間再審期間即屆至。實務上亦有可能聲請釋憲成功後，已逾原因案件之確定終局判決之後 5 年再審期間，致聲請人之權益無法經由再審途徑獲得保障。本院已有多位大法官在以前多號解釋之意見書對目前再審期間之規定對於釋憲聲請人保障不足，提出修法建議⁵，本席在此亦重申相同之呼籲，應儘速修改司法院大法官審理案件法及其他法律，以提供釋憲聲請人享有合理之再審期間，俾聲請釋憲之後有獲得救濟之機會。

（三）本院釋字第 706 號解釋公布後，財政部於 103 年 1 月 7 日發布台財稅字第 10204671351 號函令（103 年函令），

⁵ 參見釋字第 725 號解釋陳春生大法官部分協同部分不同意見書、陳新民大法官部分協同部分不同意見書，釋字第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書。

基本上是依據釋字第 706 號解釋之意旨，規定營業人得檢具法院核發之文件，以申報進項稅額扣抵銷項稅額。聲請人原得依據 103 年函令重新申報，但該函令對於得依釋字第 706 號解釋檢具法院核發之文件即可申報者，限於「營業人於 101 年 12 月 21 日司法院釋字第 706 號解釋公布前」「其相關進項稅額申報扣抵銷項稅額已提起行政救濟尚未核課確定案件」，至於「營業人於司法院釋字第 706 號解釋公布前」「其相關進項稅額申報扣抵銷項稅額已核課確定案件」則「仍以稽徵機關填發之繳款書作為進項稅額憑證」。如此之分類已逾 706 號解釋之範圍。聲請人雖曾提出釋憲，釋憲成功後提出再審，仍遭財政部訴願會認定為「應屬司法院釋字第 706 號解釋公布前，拍定或承受應課徵營業稅貨物，其相關進項稅額申報扣抵銷項稅額屬已核課確定案件」（訴願決定）。導致聲請人亦無法透過重新向財政部申請扣抵而獲得救濟。釋字第 706 號解釋之另一聲請人鴻立鋼鐵公司，於高雄高等行政法院聲請再審，經法院認定其「已費盡心力聲請釋憲並獲得有利解釋，嗣僅因財政部 103 年 1 月 7 日函實質類型化之核定結果，致本件具體個案是否可適用該函所示一之（二）之規定，又滋生疑義」「對於不可歸責於當事人之法律狀態之變更，亦不應歸由人民承擔其不利益」等為理由而判決鴻立鋼鐵公司勝訴確定（高雄高等行政法院 102 年度再字第 2 號判決）。該判決不因 103 年函令所規定「尚未核課確定」之條件成為阻礙聲請人獲得救濟之理由，即已體現保障釋憲聲請人之意旨。

六、本號解釋貫徹對釋憲聲請人權益之保障：

本號解釋乃延續本院為保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻之多號解釋（釋字第 177 號、第 185 號、

第 741 號、第 742 號及第 747 號解釋) 後又作出解釋以保障聲請人權益。本號解釋特別之處在於聲請人曾多次透過行政及司法程序尋求救濟而未獲得有利結果，本院衡量聲請人未獲得救濟之原因均非可歸責於聲請人，乃以特別諭知之方式作出本號解釋，給予聲請人特別救濟，亦符合司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項之規定「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。」乃為貫徹對釋憲聲請人權益之保障。

協同意見書

詹森林大法官 提出

本號解釋補充本院釋字第 706 號解釋，並宣告本件聲請人就釋字第 706 號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依釋字第 706 號解釋意旨，持執行法院出具之收據，作為進項稅額憑證，據以扣抵銷項稅額。

對本號解釋上開結論，本席敬表贊同。茲就其中關於聲請人「得自本解釋送達之日起 3 個月內」一語，從人民聲請釋憲之目的及憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，提出協同意見書。

一、人民聲請解釋憲法或聲請統一解釋，其終局目的仍在「贏回官司」

依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 7 條第 1 項第 2 款規定，人民聲請解釋憲法或聲請統一解釋，須窮盡審級救濟途徑，並認確定終局裁判所適用之法律或命令侵害其基本權利。換言之，人民係因其權利受不法侵害而輸了官司，遂聲請解釋憲法或聲請統一解釋，企求透過違憲審查制度，宣告該官司中侵害人民權利之法律或命令違憲或統一解釋不同審判系統間所產生之見解歧異，並據此循特殊救濟程序，翻轉官司，贏回勝訴。

違憲審查之角色固非第四審，然而大法官究應如何在抽象規範審查與人民之個案救濟保障之間取得平衡，仍是重要

之課題。人民聲請解釋憲法或聲請統一解釋之前述目的，在本院釋字第 177 號解釋，獲得大法官肯定之回應。該號解釋於解釋文第 2 段稱：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，又於解釋理由書最後一段指出：「次查人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款¹，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟。」

二、「贏回官司」，必須依據有利之解釋提起再審之訴或聲請再審或非常上訴

釋字第 177 號解釋理由書所稱之「聲請人得依法定程序請求救濟」，係指「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」而言（釋字第 185 號解釋文、釋字第 188 號解釋文參照）。

因此，人民雖於聲請釋憲程序獲得有利於己之大法官解釋，但倘欲達成「贏回官司」之終局目的，仍須循特殊救濟程序為之。原先之敗訴官司，如為民事訴訟或行政訴訟事件，或公務員懲戒案件，尚須提起再審之訴；若為刑事訴訟案件，則尚須聲請再審或非常上訴。

三、「提起再審之訴」，在民事訴訟及行政訴訟，應受 5 年期間之限制

人民於聲請釋憲程序獲得有利於己之大法官解釋後，該解釋之原因案件如為刑事訴訟案件或公務員懲戒案件，並無提起再審之訴、聲請再審或非常上訴期間之限制²；但原因案

¹ 本院釋字第 177 號解釋係於民國 71 年 11 月 5 日作成，當時之「司法院大法官會議法」第 4 條第 1 項第 2 款，相當於現行「司法院大法官審理案件法」第 5 條第 1 項第 2 款。

² 刑事訴訟案件部分，參見刑事訴訟法第 420 條至第 448 條；公務員懲戒案件部

件若為民事訴訟或行政訴訟事件，則應於判決或裁定確定後5年內提起再審之訴或聲請再審（民事訴訟法第500條第2項但書及第3項、第507條；行政訴訟法第276條第4項、第283條）³。逾越5年期間，始提起再審之訴者或聲請再審者，法院應駁回之（民事訴訟法第502條第1項但書、行政訴訟法第278條第1項）。

提起再審之訴或聲請再審，應於裁判確定時起5年內為之，是否亦適用於人民依據大法官解釋而提起再審之訴或聲請再審之情形？對此問題，最高法院曾於74年6月18日函請本院補充解釋，其來函內容為：「本院確定之終局裁判，適用法令所表示之見解，苟經大法官會議解釋，為違背法令之本旨時，依大法官會議釋字第188號解釋，當事人得據該解釋為再審之理由，惟其提起再審之訴或聲請再審之30日不變期間，究應自裁判確定時起算，抑應自據以提起再審之訴或聲請再審之解釋公布日起算，該釋字第188號解釋未有明示，擬請鈞院大法官會議賜予補充解釋，以資遵循。」

案經本院作成釋字第209號解釋：「確定終局裁判適用法律或命令所持見解，經本院解釋認為違背法令之本旨時，當事人如據以為民事訴訟再審之理由者，其提起再審之訴或聲請再審之法定不變期間，參照民事訴訟法第500條第2項但書規定，應自該解釋公布當日起算，惟民事裁判確定已逾5年者，依同條第3項規定，仍不得以其適用法規顯有錯誤而提起再審之訴或聲請再審，本院釋字第188號解釋應予補充。」該解釋並以「俾兼顧法律秩序之安定性」，為其理由（參見解釋理由書第2段）。

四、5年期間之限制不合理且恐侵害人民之訴訟權

依據本院釋字第209號解釋，曾受不利確定終局民事裁

分，參見公務員懲戒法第64條第1項第9款、第65條第2項。

³ 原因案件為刑事補償事件，而聲請重審者，亦同（刑事補償法第22條但書）。

判或行政裁判之人民，縱於聲請釋憲程序獲得有利於己之大法官解釋，惟如該解釋作成時，距離原裁判確定已超過5年者，依舊無從依據該解釋，而提起再審之訴或聲請再審以「贏回官司」。

前述5年再審期間固然為立法者基於維護法安定性所作之決定，然而前述「民事裁判確定已逾5年者，依同條第3項規定，仍不得以其適用法規顯有錯誤而提起再審之訴或聲請再審」是否妥適，值得探討。以行政訴訟法而言，行政訴訟法第273條第2項規定：「確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。」同法第276條第4項卻未將聲請解釋憲法之前述情形排除5年之期間限制，不僅造成「人民聲請釋憲，縱使成功，對其自身之案件亦無實益」之不合理狀態，使人民無法藉由聲請解釋憲法或統一解釋以達成「贏回官司」之終局目的，並可能產生「法律或命令違憲而侵害人民權利，卻不許其救濟」之情形。準此，目前民事訴訟法第500條第2項但書及第3項，暨行政訴訟法第276條第4項規定，未就經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者另為救濟期間考量，是否符合憲法第16條保障人民訴訟權之意旨，實有可疑。人民於受不利之確定終局裁判後不久，即已依法聲請解釋憲法或統一解釋，卻在等待本院作成解釋過程中，經過該5年期間者，尤然。

在本院釋字第725號解釋，又發生該案釋憲聲請人雖聲請釋憲成功，但如據該解釋提起再審之訴，已逾行政訴訟法第276條第4項本文所定5年不變期間之窘境。就此，陳春生大法官對該號解釋提出之部分協同部分不同意見書第9頁稱：「本號解釋對於聲請人之原因案件，未考慮其於本號解釋公布後可能已逾再審期間，而給予當事人如三十天之提起再審機會；復未就各聲請案，斟酌是否應予諭知，則有違憲

法保障人民基本權利之本旨。」陳新民大法官提出之部分協同部分不同意見書第12頁更直言：「本號解釋完全未糾正原因案件因釋憲過程所可能造成之而逾越再審期間，使當事人無法提起救濟的弊病。以人民喪失權利救濟之機會為代價，保障法律安定性與僵化再審的除斥期間之性質，殊為不妥！」

五、本號解釋之情境及解決之道

本號解釋之聲請人曾就原因案件聲請解釋憲法，經本院作成釋字第706號解釋。聲請人據該706號解釋兩度提起再審之訴，經最高行政法院分別以102年度判字第212號及第736號判決駁回。聲請人不服，又提起再審之訴，經最高行政法院103年度裁字第235號裁定，以再審之訴提起時，距該原因案件之原始確定判決（最高行政法院97年度判字第63號）已超過5年為由，而駁回之。該103年度裁字第235號裁定理由並稱：「按再審之訴自判決確定時起，如已逾5年者，不得提起。……；對於再審確定判決不服，復提起再審之訴者，前項所定期間，自原判決確定時起算。……，行政訴訟法第276條第4項……定有明文。而上開『提起再審期間最長以5年為限』之規定，並未將依行政訴訟法第273條第2項之聲請釋憲案件排除在外。」「本件再審原告因營業稅事件，經本院97年度判字第736號判決（下稱原判決）確定後，曾先後多次提起再審之訴，均經本院分別判決駁回在案。……經查原判決係於民國97年3月13日確定，……再審原告於102年12月31日始提起本件再審之訴，距原判決確定時，已逾5年。……則其本件再審之訴依首開規定及說明，顯不合法，應予駁回。」

本號解釋有鑑於最高行政法院前開見解，遂於解釋文特

別諭知本件聲請人就釋字第 706 號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依釋字第 706 號解釋意旨，持執行法院出具之收據，作為進項稅額憑證，據以扣抵銷項稅額。

此項作法，對本件聲請人，可發揮個案救濟功能，固不待言⁴。如何通案解決人民聲請釋憲成功，卻無助贏回官司之困境，毋寧更為釋憲制度應徹底檢討之課題。本院於修正司法院大法官審理案件法時，已於修正草案中規定，據以聲請解釋之案件，其受不利確定終局裁判之聲請人，得以該解釋為由，依法定程序請求救濟，不受作成解釋所耗期間之影響。至於其具體之方案，究採聲請人得於解釋公布（或送達）後一定期間提起救濟，或原法定期間停止進行，則留待立法者形成。惟在修法之前，依「人民於其聲請案件繫屬國家機關期間，不須承擔因法定期間經過而失權之不利益」（參照民法第 129 條第 1 項第 3 款、第 137 條第 2 項）之法理，本院嗣後作成解釋時，如遇相關案例，即應參考本號解釋前述作法，繼續為個案救濟之諭示，以強化違憲審查保障人民權利之意旨。

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出
吳陳銀大法官 加入
張瓊文大法官 加入

本號解釋認「本件聲請人就本院釋字第 706 號解釋之原因案件，得自本解釋送達之日起 3 個月內，依本院釋字第 706 號解釋意旨，以

⁴ 本院釋字第 747 號解釋諭示：「本件聲請人就聲請釋憲原因案件之土地，得自本解釋送達之日起三個月內，依本解釋意旨請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」、釋字第 752 號解釋諭示：「聲請人二就本解釋之原因案件，得於本解釋送達之日起 10 日內，依本解釋意旨及刑事訴訟法上訴之相關規定，就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決之部分，上訴於第三審法院。」皆具有相同之個案救濟功能。

執行法院出具載明拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，或以標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之拍賣筆錄等文書為附件之繳款收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。本院釋字第706號解釋應予補充。」惟釋字第706號之意旨及目的何在，是否須要補充解釋，不無疑義，爰提出部分不同意見如下：

一、本院釋字第706號解釋之意旨何在？

1. 以租稅法律主義為審查原則

本院釋字第706號解釋公布於中華民國（下同）101年12月21日，其爭點在於買受法院拍賣物限以非賣方之稽徵機關所填發營業稅繳款書第三聯（扣抵聯）為進項憑證，是否違憲？該號解釋認為財政部77年6月28日修正發布之修正營業稅法實施注意事項第3點第4項第6款及85年10月30日台財稅第851921699號函有關上開爭點之部分，明定法院拍賣或變賣應稅貨物之買方營業人須以非賣方之稽徵機關所填發之營業稅繳款書第三聯（扣抵聯）作為進項稅額憑證，均違反憲法第19條租稅法律主義¹，應不予援用。

2. 法院拍賣在實體法之法律性質採私法說

釋字第706號解釋理由書第3段謂「強制執行法上之拍賣或變賣，係由執行法院代債務人立於出賣人之地位，經由強制執程序，為移轉拍賣或變賣物所有權以收取價金之行為。」該號解釋與我國部分學說及德國立法例採公

¹ 按學理上，支配租稅法全體之二項基本原則，係租稅法律主義與租稅公平主義（或稱租稅平等主義）。近代國家將兩者分開，前者係有關課稅權之行使方法之原則，係有關法形式之原則或原理。後者主要係有關租稅負擔（即國民之間租稅力）公平分配之原則（或稱公平負擔之原則）（日本憲法第14條有關「法下之平等」），係有關內容之實質的原則或原理。（參照水野忠桓，租稅法，東京：有斐閣，2011年4月30日5版1刷，頁6-18。）有認基於日本憲法有關地方自治之保障規定，將自主財政主義，亦作為現行租稅法之基本原則之一。（參照金子宏，租稅法，東京：弘文堂，2012年7月15日17版2刷，頁70-95。）

法說²之見解，有所不同。其與我國法院向來之實務見解相呼應，亦即從法院拍賣之實體法上關係進行觀察，認其性質及效果與民法上買賣類似，故在實體上採私法說之見解。³如將法院拍賣解為類似民法上買賣之私法行為。本原因案件係執行法院拍賣不動產，通常以核定價格為最低價額，以供拍賣。（強制執行法第80條參照）⁴在法院強制執行處之實務運作上，是否必要先預設是否由營業人拍定，而核定不同拍定對象之最低價額，值得推敲。

3. 擴張營業人進項稅額之憑證範圍及其是否須經核定

² 由法院執行官所進行之變價，係屬於公法之執行程序。拍賣過程，即如投標、拍定及其後續之所有權取得，係屬公法之性質。又雖有認為法律上在拍定時，係有關出價最高投標而生單方公權力行為（durch das Meistgebot ausgelösten einseitigen Hoheitsakt）。另有不同見解，認此發生投標與拍定間之類似買賣之公法契約（ein kaufähnlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag）。但一致見解認為，從有關投標與拍定間之法律效力而言，上述見解之爭議，在實務上不具有意義。（參照 Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3.Aufl., 2015, ZPO § 817 Rn. 2, 5-6, beck-online.）

³ 學理上有認法院拍賣採公法行為說為當，而拍賣之出賣人為執行法院，拍定人能原始取得拍賣物所有權。此說與德國學說上採公法行為說相呼應，認應買人之要約與執行機關之拍定行為成立類似買賣之公法契約，其構成以後移轉所有權之法律原因。採此說者，如陳榮宗，強制執行法，台北：三民，2002年修訂二版二刷，頁344-346；葉百修，司法院釋字第706號解釋協同意見書。另有認就拍賣處分（非拍賣程序）而言，仍為私法上買賣行為。故其效力，仍應適用民法上買賣之規定。執行機關係債務人之法定代理人，出賣人仍為債務人。（參照陳計男，台北：元照，2012年2月初版1刷，強制執行法釋論，頁310-311。）又有明確表示在理論上，以折衷說較當，認拍賣為公法上之處分，同時亦具有民法買賣之性質與效果。例如張登科，強制執行法，台北：作者發行，民國99年2月修訂版，頁271-273, 320。此外，我國實務上將執行程序及實體法上所生之效果分別處理，與折衷說之見解一致（此說係參考石志泉先生之見解）。但學者有認實務上採私法說。（參照楊與齡，強制執行法論，台北：五南，民國96年9月修正13版，頁390-391。）此外，有認為1996年修正強制執行法時，立法者之意思已於立法理由中說明清楚，採公法說者就此點未加以說明，說理即有所不足，且不宜隨便取其中之一判決或裁定，即認為實務採取何說。（參照許士宦，強制執行法，台北：新學林，2014年8月1版1刷，頁158-165。）

⁴ 強制執行法第80條規定，拍賣不動產，執行法院應命鑑定人就該不動產估定價格，經核定後，為拍賣最低價額。

釋字第 706 號解釋之原因案件，係屬法院就不動產拍賣之拍定人（買方營業人）取得不動產價金是否內含購買貨物或服務之營業稅（進項稅額），得否申報扣抵當期之銷項稅額（銷售貨物或服務之營業稅）之問題。⁵ 該號解釋先特別指出依營業稅相關規定，買方營業人於交付價金予賣方營業人時，因已支付買受特定貨物而依法受轉嫁之營業稅，自得據憑證行使進項稅額扣抵權，由當期銷項稅額中扣減。並謂營業稅法第 33 條第 3 款規定⁶：「其他經財政部核定載有營業稅額之憑證。」⁷ 乃為因應需要，授權財政部對於賣方營業人依法開立之同條前二款統一發票以外之憑證為核定。之後，另認執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據，相當於賣方營業人開立之憑證。釋字第 706 號解釋於此段理由書之說明，與前段有所不同，並未明示財政部應予核定之論述。又於最後一段之解釋理由書中，諭知「相關機關應依本解釋意旨儘速協

⁵ 在法院、行政執行處執行拍賣或變賣貨物時，因相關稅法並沒有規定：由執行拍賣或變賣之法院、行政執行處代徵營業稅。所以在此種情形，實務上認為不能如同海關拍賣或變賣貨物一般，直接由海關代徵，並以海關填發之「貨物清單扣抵聯」作為進項稅額的扣抵憑證。相反的，法院及行政執行機關拍賣或變賣貨物，必須待稽徵機關自法院、行政執行處取得扣繳稅款，並繳納國庫後，始由稽徵機關填發營業稅繳款書扣抵聯，供買受人據為扣減進項稅額之扣抵憑證。（黃茂榮，司法院釋字第 706 號解釋協同意見書及其註 2 至註 4。）

⁶ 加值型及非加值型營業稅法第 33 條（以進項稅額扣抵銷項稅額時其憑證之種類及應載事項）

營業人以進項稅額扣抵銷項稅額者，應具有載明其名稱、地址及統一編號之左列憑證：

一、購買貨物或勞務時，所取得載有營業稅額之統一發票。

二、有第三條第三項第一款規定視為銷售貨物，或同條第四項準用該條款規定視為銷售勞務者，所自行開立載有營業稅額之統一發票。

三、其他經財政部核定載有營業稅額之憑證。

⁷ 銷項、進項與銷售貨物或勞務之憑證等，營業稅法均有相關明文規定。而私人開立之憑證，於統一發票以外，因其營業性質之特殊性或小額營業，雖得免用統一發票，而得以其製發之普通收據為憑證，然其真實性未免有疑，故須另經財政部予以核定。（葉百修，司法院釋字第 706 號解釋協同意見書及其註 8。）

商」。隨後在同段解釋理由之後半段，卻又諭知「並由財政部就執行法院出具已載明或另以拍賣筆錄等文書為附件標示拍賣或變賣物種類與其拍定或承受價額之收據，依營業稅法第 33 條第 3 款予以核定，作為買方營業人進項稅額之憑證。」則在實際引用該號解釋時，在提示相當於進項稅額憑證之文書或收據之後，是否尚須經主管機關之核定，值得再斟酌。

再者，所謂依該號解釋意旨協商之議題為何，因釋字第 706 號解釋並非以實質之租稅公平主義出發立論⁸，而係以形式之租稅法律主義⁹為釋憲審查原則。其目的在於增加營業人得以進項稅額扣抵銷項稅額之憑證種類，包括執行法院於受領拍定或承受價額時開立予買方營業人之收據。然而，是否有此可能性，亦即執行法院所出具文書，即可作為進項稅額之憑證而行使進項稅額扣抵權，還是仍須由財政部依法核定。質言之，前述釋字第 706 號解釋之意旨，不論有無涉及核定之爭議，其主要爭點在於買受法院拍賣物，不限以非賣方之稽徵機關所填發營業稅繳款書第三聯（扣抵聯）為進項憑證，容許有其他種類之憑證，作為營業稅扣減之憑證。故有關前述注意事項及函釋不符租稅法律主義，始屬該號解釋可能文義之解釋意旨之所在。

4. 釋字第 706 號解釋是否賦予聲請人進項稅額憑證扣抵銷項

⁸ 租稅法律主義之內容，包括課稅要件法定主義、課稅要件明確主義、合法性原則及手續的保障原則。釋字第 706 號解釋之審查原則係基於憲法第 19 條租稅法律主義，而未採租稅公平主義。

⁹ 憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律定之。惟主管機關於職權範圍內適用之法律條文，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關之立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與租稅法律主義無違。（參照本院釋字第 607 號、第 625 號、第 635 號、第 660 號、第 674 號及第 685 號等解釋）

稅額之請求權

依加值型及非加值型營業稅法相關規定，銷售貨物或服務，如符合該法開立之憑證，或經財政部核定載有營業稅額之憑證，得據該憑證行使進項稅額扣抵權，由當期銷項稅額中扣減。諸如銷售貨物或勞務時，依規定應收取之營業稅額（銷項稅額），大於買受貨物時所支付之進項稅額者，則屬於應納稅額。反之，如銷項稅額小於進項稅額，其屬於溢付稅額，則得請求退款。

我國釋憲制度現仍採抽象規範審查為主，並未採裁判違憲審查（或稱德國式裁判憲法訴願），本院解釋若特別諭知聲請釋憲個案之回溯效力，通常被認為係對聲請人之獎勵性質。本院釋字第 706 號解釋，並未特別諭知相關原因案件之解釋效力如何，亦即該號解釋並未表示是否賦予聲請人請求權或其他解釋效力，有認為並非該號解釋所涵蓋，因大法官解釋效力係向後生效，而個案救濟係向前生效，故若未特別諭知，視為當然，不待明示。且依本院釋字第 725 號解釋之意旨，如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。就本院釋字第 177 號及第 185 號解釋予以補充。（本院釋字第 725 號解釋參照）綜上，其未明示賦予買方營業人以執行法院出具文書¹⁰作為進項稅

¹⁰ 司法院 100 年 12 月 5 日院台廳民二字第 1000030630 號函修正辦理強制執行事件應行注意事項第 16 點規定，其中（四）規定如下：

（四）土地增值稅、拍賣土地之地價稅、拍賣房屋之房屋稅、拍賣或變賣貨物之營業稅，應依稅捐稽徵法第六條第三項扣繳，不適用本法關於參與分配之規定。

100 年 12 月 5 日修正前之規定如下：

十六 關於第三十一條、第三十八條部分：

（四）土地增值稅、拍賣土地之地價稅、拍賣房屋之房屋稅，應依稅捐稽徵法第六條第三項扣繳，不適用本法關於參與分配之規定。

由上開注意事項規定可見，於 100 年 12 月 5 日修正前，應依稅捐稽徵法第 6 條第 3 項扣繳，不適用強制執行法關於參與分配之規定者，並不包括「拍賣或變

額憑證而扣抵銷項稅額之請求權。¹¹ 若認前述憑證得由主管機關為個案或通案之核定，以本號解釋之原因案件事實而言，本件原因案件事實發生於 87 年間，本案有關確定終局判決「最高行政法院 97 年度判字第 603 號判決」中，顯示「依被上訴人所屬松山分局 94 年 8 月 1 日財北國稅松山營業字第 0940017835 號函，已確認上訴人於本案有扣抵銷項稅額之權利，並准予扣抵已徵起之 12,716,172 元」，亦即主管機關業已核定，僅因核定所依據案件事實之基礎

賣貨物之營業稅」。

- ¹¹ 財政部 101 年 3 月 29 日台財稅字第 10104532910 號令修正發布之「法院行政執行機關及海關拍賣或變賣貨物課徵營業稅作業要點」之第 4 點至第 7 點規定如下 (103 年 1 月 7 日財政部台財稅字第 10204671352 號令再度修正發布，此部分相同)：

- 四、拍賣或變賣之貨物，其屬應繳納營業稅者，應依下列公式計算營業稅額：
應納營業稅額＝拍定或承受價額 ÷ (1 + 徵收率 5%) × 徵收率 5%
- 五、經執行法院或行政執行機關執行拍賣、變賣或交債權人承受之貨物，執行法院或行政執行機關應於拍定或准許承受五日內，將拍定或承受價額通知當地主管稽徵機關。
- 六、主管稽徵機關應於接到執行法院或行政執行機關通知之日起七日內，查明該貨物應否課徵營業稅，其屬應課徵營業稅者，應將應納稅額函復執行法院或行政執行機關並予建檔。
- 七、執行法院或行政執行機關接到主管稽徵機關復函後，應於拍定或承受價額內，優先於一般債權及抵押權，代為扣繳營業稅。

101 年 3 月 29 日修正發布前之上開作業要點則無以上第 7 點規定內容，僅於第 6 點中規定「主管稽徵機關應以公文書面向法院聲明參與分配，並向法院陳明係以法院拍定或成交價額依第四點之計算公式計算之應納營業稅額，為參與分配之金額。」

100 年 11 月 23 日修正公布之稅捐稽徵法第 6 條（稅捐之優先權）：

稅捐之徵收，優先於普通債權。

土地增值稅、地價稅、房屋稅之徵收及法院、行政執行處執行拍賣或變賣貨物應課徵之營業稅，優先於一切債權及抵押權。

經法院、行政執行處執行拍賣或交債權人承受之土地、房屋及貨物，執行法院或行政執行處應於拍定或承受五日內，將拍定或承受價額通知當地主管稅捐稽徵機關，依法核課土地增值稅、地價稅、房屋稅及營業稅，並由執行法院或行政執行處代為扣繳。

可見，101 年 3 月 29 日修正發布之上開作業要點第 7 點規定，係配合稅捐稽徵法第 6 條之修正才增加之修正。

認定上差異。最高行政法院 102 年度判字第 212 號判決則以「再審原告（按：指本件聲請人）¹² 自不因 706 號解釋而享有逕向再審被告（按：指財政部臺北國稅局）請求依板橋地院核發之繳款收據作為進項稅額憑證並扣抵銷項稅額」為理由，駁回其訴。換言之，在此情形，宜認為其係確定終局裁判適用法令之問題，即其屬於適用本院釋字第 706 號解釋之認事用法當否之爭議。

二、本號解釋是否為釋字第 706 號之補充解釋

本院解釋，通常被認為有憲法位階之效力。如就先前解釋再作補充解釋¹³，或稱「就某號解釋應予補充」¹⁴，不乏其例。對於本院解釋之補充，如在可能解釋文義範圍內，因解釋意旨不明或不完整時，在傳統法律解釋上，有稱為補充解釋¹⁵，或稱補充釋明¹⁶。有時補充解釋，係就特定概念予以限縮解釋或目的性限縮。¹⁷ 惟從現代法之適用及解釋方

¹² 再審原告主張依司法院釋字第 706 號解釋文，財政部對於是否核定執行法院所開立之收據作為進項稅額憑證，其裁量權已減縮至零。

¹³ 例如本院釋字第 28 號、第 107 號、第 147 號及第 174 號等解釋，以補充解釋稱之。

¹⁴ 例如本院釋字第 165 號解釋，地方議會議員在會議時就有關會議事項所為之言論，應受保障，對外不負責任。但就無關會議事項所為顯然違法之言論，仍難免責。本院釋字第 122 號解釋應予補充。另如本院釋字第 254 號、第 299 號、第 503 號、第 572 號、第 590 號、第 610 號、第 686 號、第 725 號、第 741 號及第 742 號等解釋，其以「應予補充」稱之。

比較補充解釋與解釋應以補充，兩者在解釋理由書中通常相互運用。在解釋文中，目前則以就 000 號解釋「應予補充」，較常使用。

¹⁵ 例如本院釋字第 28 號解釋，本院院字第 2747 號及院解字第 3004 號解釋，僅就養父母方面之親屬關係立論，初未涉及其與本生父母方面之法律關係，應予補充解釋。本院釋字第 107 號解釋，本院院字第 1833 號解釋，係對未登記不動產所有人之回復請求權而發。至已登記不動產所有人回復請求權，無民法第 125 條消滅時效規定之適用，應予補充解釋。

¹⁶ 例如本院釋字第 156 號解釋，本院釋字第 148 號解釋應予補充釋明。

¹⁷ 例如本院釋字第 147 號解釋，本院院字第 770 號解釋（二）所謂妻請求別居，即係指妻得主張不履行同居義務而言，非謂如外國別居立法例之得提起別居之訴，應予補充解釋。

法而言，如超過法解釋之可能文義範圍，則被認為法之補充，可能成為法之續造（Rechtsfortbildung），其係屬於法漏洞之填補，而非屬於法之解釋。因此，本院解釋於沿用先前解釋時，如不顧及先前解釋之原旨或當時解釋之時間限制（Zeitsbestimmung），超越先前解釋之意旨範圍，寬認其解釋意旨，隨意補充或擴張先前解釋之原旨，此實已非補充解釋，而屬於解釋補充。¹⁸ 換言之，此時已非屬於先前解釋之補充解釋，而是就先前解釋之未討論爭點或已討論爭點而未採納見解之重新解釋。再者，如前所述，其係屬於主管機關或法院適用本院釋字第 706 號解釋之認事用法當否問題，並非該號解釋有何文義不明或漏洞存在。是本號解釋宜認為其非釋字第 706 號之補充解釋。

綜上，釋字第 706 號解釋並未出現基於租稅公平主義之實體法論述及未論及個案救濟之法律解釋效力，本號解釋難免過度擴張釋字第 706 號解釋意旨。如欲再為解釋，因其業已逾越先前解釋之多數意見部分，宜認其係屬重新解釋，似已非先前解釋之補充解釋。

三、本號解釋是否賦予時效重新起算

為獎勵聲請人聲請釋憲，予以釋憲個案回溯效力並准予時效重新起算，固有所本。惟本件原因案件既早已發生於 87 年間，而釋字第 706 號解釋係公布於 101 年，本號解釋則公布於 106 年，距離原因事件發生時間已相差 10 餘年，如何重行起算，且如何確定所謂扣抵當期銷項稅額之當期¹⁹，雖委由主

¹⁸ 本席在本院釋字第 741 號意見書中，認補充解釋與解釋補充兩者，宜予區分。

¹⁹ 加值型及非加值型營業稅法第 35 條第 1 項（營業稅之申報方法）

營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每二月為一期，於次期開始十五日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報。

管機關個案核定或處理，但本號解釋如不預先設想所謂當期意義之如何解釋，透過不甚精準之通案性解釋方式適用於個案申報營業稅之扣減，如此恐徒增個案核定之困難，並有違反租稅公平之疑慮。又本號解釋有關「得自本解釋送達之日起3個月內，……據以申報扣抵銷項稅額。」是否時效重新起算，更是釋字第706號解釋當時所未論知，並未明示於解釋文或理由書中，本號解釋之核心爭點在於給予聲請人個案救濟時主張營業稅扣減之請求權，其有無時效重新起算之機會²⁰，此一核心爭點，既未為釋字第706號解釋所涵蓋，此更顯見本號解釋並不宜作為釋字第706號解釋之補充解釋，充其量僅是重新解釋。縱使重新解釋，基於租稅公平及法安定性要求，是否再就本原因案件之時效重新起算，亦值得商榷。

不同意見書

蔡烱燉大法官

黃虹霞大法官 共同提出

本件係對本院釋字第706號解釋之補充解釋，而且係經由本件解釋給予聲請人即本院釋字第706號解釋之聲請人救濟。惟一則本件聲請人固係本院釋字第706號解釋之聲請人，但本件聲請不符補充解釋

²⁰ 加值型及非加值型營業稅法施行細則

第29條(103年5月2日修正)

本法第四章第一節規定計算稅額之營業人，其進項稅額憑證，未於當期申報者，得延至次期申報扣抵。次期仍未申報者，應於申報扣抵當期敘明理由。但進項稅額憑證之申報扣抵期間，以十年為限。

第29條(100年6月22日修正)

本法第四章第一節規定計算稅額之營業人，其進項稅額憑證，未於當期申報者，得延至次期申報扣抵。次期仍未申報者，應於申報扣抵當期敘明理由。但進項稅額憑證之申報扣抵期間，以五年為限。

第29條(77年6月25日修正)

本法第四章第一節規定計算稅額之營業人，其進項稅額憑證，未於當期申報者，應於申報扣抵當期敘明理由。

須注意者，如前開條文所示，自聲請人於87年4月9日拍定時起，該條文已數次修正，法院應如何適用，即成問題。

要件，其補充解釋之聲請應不受理，因為本院釋字第 706 號解釋只是宣告財政部兩個令函違背租稅法律主義，即程序違法（不得以命令規定而以命令規定），並未及於實體（包括聲請人之何種憲法所保障之實體基本權利受到如何之侵害等等）；¹ 二則本院解釋給予聲請人之救濟有二種：即一般救濟（本院釋字第 177 號、第 185 號、第 725 號及第 741 號解釋參照，即不待於解釋文中特予提及，該號解釋之聲請人即得憑該號解釋依法請求再審等救濟）與特別救濟（如本院釋字第 747 號解釋，在解釋文中特別指明給予聲請人如解釋文所述之救濟），兩者不同。而由本件解釋理由書第 5 段所引本院解釋觀之，本件解釋對聲請人之救濟應係一般救濟，而非特別救濟。惟一般救濟，無待補充解釋；但對照本件解釋文用語則顯然非為一般救濟，已然應屬特別救濟範圍，本件解釋文與理由書已自相矛盾。更何況本院釋字第 706 號解釋作成當時，係以違反租稅法律主義為審查原則，不及於實體基本權利，也未以營業稅法第 33 條（係關於營業稅進項稅額憑證之規定）作為審查客體，怎得逕由財政部一、二個關於法院拍賣之命令（釋字第 706 號解釋之審查客體）違反租稅法律主義，即推論法院拍賣繳款收據屬營業稅法第 33 條規定之進項稅額憑證？此外，參與作成本院釋字第 706 號解釋之大法官們，係經討論而不作成給予聲請人特別救濟之決定，² 則何得再以補充解釋為由，以本件補充解釋給予本件聲請人特別救濟，這是補充解釋嗎？已然是變更解釋！可以假補充解釋之名，不論究實體爭點，即行變更解釋之實嗎？

另關於法院拍賣部分之營業稅相關事項，自本院釋字第 367 號解釋起，似有若干值得再省思之事項（比如：本件實體關鍵：在 87 年系爭拍賣當時，在營業人銷售貨物或勞務予營業人之情形，營業稅是外加還是內含？），需要再釐清，但本件解釋全置之不理，不管法院拍

¹ 本院釋字第 706 號解釋審查會資料及蘇永欽大法官提出、羅昌發大法官提出之協同意見書參照。

² 本院釋字第 706 號解釋審查會資料及湯德宗大法官提出之協同意見書參照。

賣實務，至少在系爭拍賣當時，其拍賣底價仍未含營業稅之事實，暨系爭營業稅仍未全額徵起（依拍賣當時之強制執行款分配表：營業稅完全未受分配，但本件聲請人以第二順位抵押權人之地位受分配），故其不足額需由全民負擔等等事實。基於以上考量，本席等無法贊成本件解釋，爰提出本不同意見書，本席等不同意之理由除程序部分已如前述外，就本件解釋所置之不理之實體部分，另詳述如下，就教大方並存查，尤其希望有助於法院拍賣部分之營業稅法制：

一、74 年修正營業稅法之前

- （一）營業稅法於 20 年制定公布，幾經修正，但均係就所有銷售階段行為之營業額向銷售營業人課徵營業稅，即為「所有階段之毛額型銷售稅」，在零售市場之售價表相為依標價「不外加營業稅」，各階段銷售營業人則於銷售後自行依銷售價額（營業額）向稅捐稽徵機關申報繳納營業稅，且沒有所謂進項稅額與銷項稅額扣抵問題。
- （二）在此一階段，營業稅之徵收與法院拍賣完全無關，且儘管銷售營業人應自付營業稅，但從未有稅捐稽徵機關以該拍賣物應繳納營業稅為由，主張對拍賣價款行使參與分配權。為何如此？已可見法院拍賣具特殊性。

二、74 年全面修正營業稅法

74 年間全面修正營業稅法（自 75 年 4 月 1 日起施行）轉型改採取「加值型營業稅」制度，而為現行「消費稅」（消費型加值稅）性質之新營業稅法，法律名稱仍為「營業稅法」。現行「加值型及非加值型營業稅法」名稱則是 90 年修正時始變更。在 74 年修正之後，則：

- （一）營業稅為一般消費稅，納稅義務人雖是銷售營業人（營業稅法第 2 條），但經濟上之負擔者為最終消費者，營業人之角色僅限於為國庫代徵稅捐，而不是要加銷售營業人經濟上負擔（請見營業稅法第 14 條第 2 項規定：「銷項稅額，指營業人銷售貨物或勞務時，依規定應收取之

營業稅額」；另請見本院釋字第 688 號解釋理由書末段第 1 至 3 行，稱：「依營業稅之制度精神，營業稅係對買受貨物或勞務之人，藉由消費所表彰之租稅負擔能力課徵之稅捐，稽徵技術上雖以營業人為納稅義務人，但經由後續之交易轉嫁於最終之買受人，亦即由消費者負擔」）。

（二）法院拍賣建物是否應有營業稅法之適用？

1、建物は消費品嗎？

營業稅已轉型為消費稅，則營業稅當然應該是針對消費品課徵；如果不是消費品，應無對之課徵營業稅（消費稅）之理。營業稅法係針對貨物及勞務之銷售行為，課徵營業稅，但營業稅法本身沒有規定「建物」為貨物，也沒有何謂貨物之定義。而如參考貨物稅條例，則由其用語：產製、出廠、進口等（請見其第 1 條、第 2 條規定；營業稅法第 3 條第 3 項第 1 款亦使用產製、進口字樣），暨其列舉之徵收客體（請見其第 2 章規定），貨物應係指動產，而建物非動產。

2、執行法院是營業稅法所稱之營業人嗎？

應該沒有人會認為執行法院是營業稅法所稱之營業人。法院拍賣行為也應非營業行為。³營業稅法本身沒有提及執行法院之拍賣應適用營業稅法，也沒有特別規定在法院拍賣之情形，誰是營業人。法院拍賣執行債務人之建物，是一種強制措施，不是

³ 法院之拍賣行為屬營業行為，在 100 年 11 月 23 日修正稅捐稽徵法第 6 條第 2 項、第 3 項，以及 100 年 1 月 26 日修正加值型及非加值型營業稅法第 32 條第 2 項後，已明確受到立法者承認；至於立法者此種認定是否妥適，則為另一個問題。事實上，法院之拍賣行為，「本質上」是否屬於營業行為，學者間有不同見解。相關見解的綜合整理與討論可見，李惠宗，房屋被法院拍賣也是一種營業行為？—台北高等行政法院 98 年度訴字第 1207 號判決評釋，月旦法學雜誌第 182 期（2010 年 7 月），頁 264 以下。

當事人（執行債務人）自己將建物之所有權移轉與他人，而是由法院發給拍定人權利移轉證書（即不是營業稅法第3條第1項規定之「銷售貨物」行為），也不是執行債務人委託執行法院代銷貨物（即也不是營業稅法第3條第3項尤其第4款規定之「視為銷售貨物」行為）。

- 3、法院拍賣在概念上不是零售，也未定價，故與營業稅為消費稅暨定價外加或內含，兩不相合；法院拍賣時之執行債務人包括非營業人與營業人，法院只定底價等等，故不適內含營業稅。

又因為至少在系爭拍賣當時，執行法院依專業鑑價所定者係拍賣「底價」，既非與營業稅法相關之「零售價」或「定價」，故與營業稅為消費稅性質及其課徵最終為消費者之意旨不同；且系爭拍賣當時，並未另加計營業稅（底價是以鑑價為基礎訂定，而鑑價未提及營業稅），因此，如果在拍定價（拍定價不等於拍賣底價，當然更非「零售價」或「定價」）中扣除營業稅，則等於是加銷售營業人（如以為營業人之執行債務人為營業稅法上之銷售營業人）經濟上負擔，不但有違營業稅法立法本旨，對執行債務人不公道（不論先分配或後分配營業稅），而且侵害執行債權人之權利（如果先扣除營業稅，則在分配不足之情形，執行債權人可能因而獲償額減少致其權利受侵害）。另就87年間之系爭拍賣言：如認聲請人得依本院釋字第706號解釋意旨以法院收據作為進項稅額憑證全額扣抵，並已生本件解釋聲請人因受超額分配（其所受分配金額中含所謂之內含營業稅）而不當得利之結果。⁴

⁴ 本院釋字第706號解釋黃茂榮大法官提出之協同意見書。

- 4、稅基應公平，營業稅法也應無經由進項稅額扣抵銷項稅額之機制，使為買受人之營業人獲利之意思（如果買受人支付之價款未含營業稅，則因進項稅額為「0元」，故應沒有進項稅額可供扣抵銷項稅額）。

如前所述，系爭拍賣當時，法院之拍賣底價並未內含營業稅，即拍定人未負擔營業稅，故應無進項稅額可供扣抵，但此種情形如許拍定人以法院拍賣之繳款收據，作為扣抵銷項稅額之進項稅額憑證，自己使拍定人獲利，與營業稅法規定之意旨不符。

另拍定人可能為營業人，也可能為非營業人，但進項稅額扣抵利益僅營業人有之，如許為營業人之拍定人扣抵，則其買進成本較非營業人之拍定人減少百分之5，與稅基應公平之旨不合。尤有進者，為營業人之拍定人再出售拍定建物時，如仍可向後手收取建物賣價百分之5之營業稅，則此一銷項稅額復可扣抵其另購買之其他建物等，其另購新建物之進貨成本相較於非營業人，再減少建物價格之百分之5；如此循環，益加深稅基不公平，並間接鼓勵人民組設公司，以買賣房屋為業，投資建物、炒作房產，嚴重妨礙「住者有其屋」目標之達成，不符社會正義。

- 5、本院釋字第367號解釋已認定營業稅外加，故於法院拍賣，使拍定人於拍定價之外另負擔營業稅，並未額外增加拍定人之額外負擔云云，此部分之認定，洵屬正確。惟在運用租稅法律主義原則，未考慮法院拍賣之特殊性，而未從法院拍賣是否有營業稅法適用下手，則為美中不足。

蓋執行法院非銷售營業人，法院拍賣也非營業行為，法院不必開立統一發票；執行法院也不是零

售業，法院拍賣也不是將消費品一件一件地出售給消費者；法院所定者係拍賣「底價」，不是「零售價或定價」、也不等於銷售價，在營業稅優先受分配規定立法前（此一立法在87年之後之100年修正稅捐稽徵法時始增訂，即系爭拍賣當時尚無關於法院拍賣中營業稅分配及優先分配之規定），執行法院為什麼當然應該如零售銷售業者向消費者收取營業稅般，向拍定人收取營業稅？在租稅法律主義原則下，執行法院為何應該如銷售業者般向拍定人收取營業稅？其「法律」規定之依據何在？

三、本院釋字第706號解釋係以自77年起營業稅額即已內含於貨物之定價為前提基礎展開論述（請見該號解釋之理由書第2段之首5行），而其依據不是營業稅法本身之法律規定，只是為租稅法律主義所不容之行政命令（77年6月28日修正發布之修正營業稅法實施注意事項）。即本院釋字第706號解釋之實質關鍵為營業稅在100年營業稅法再修正前，就買受人為營業人之情形，究為內含或外加？此一實質關鍵爭點在作成該解釋前，未被充分討論甚至忽略（其原因應為在本院101年間作成釋字第706號解釋當時營業稅法已於100年間增列定價應內含營業稅之規定之故），甚而又被不準確用詞之上開行政規則誤導，致以「77年間在買受人為營業人之情形，營業稅已由外加修正為內含」，作為作成該解釋之基礎，其前提有誤，違憲之結論即不可能正確：

（一）自74年營業稅法修正起迄今，在統一發票開立上：

1、就買受人為營業人部分，始終均為「外加」（請見74年修正營業稅法第32條第2項規定：「營業人依第14條規定計算之銷項稅額，應於統一發票上分別載明之。」）

2、反之，就買受人為非營業人部分，在77年再修正當

時之營業稅法第 32 條第 2 項前，依前引 74 年修正營業稅法第 32 條第 2 項規定，係「外加」；77 年修正營業稅法第 32 條第 2 項後迄今（但 100 年修法增列第 2 項後，本項規定項次變更為第 3 項），則由「外加」變更為「內含」。⁵

（二）74 年修法當時迄 100 年再修法增列現行營業稅法第 32 條第 2 項定價應內含營業稅之規定前，也就是在系爭 87 年拍賣當時，營業稅額確實是在銷售價之外另加即「外加」，其根據如下：

- 1、營業稅法第 14 條第 2 項明定：「銷項稅額，指營業人銷售貨物或勞務時，依規定應收取之營業稅額。」（即營業稅係在銷售價之外，另向買受人收取並由銷售營業人代轉繳交國庫者）。
- 2、於 83 年 11 月 11 日作成之本院釋字第 367 號解釋理由書末段稱：「……營業稅係採加值稅之型態，營業稅額於售價之外另加而由買受人負擔……。」
- 3、註 5 所引財政史料文獻稱：「77 年 5 月：銷售與非營業人之發票記載方式由稅額外加修正……。」（意指：77 年 5 月前銷售與營業人或非營業人之發票記載方式均為外加；77 年 5 月之後，銷售與營業人之發票記載方式仍為外加。）
- 4、74 年營業稅法改採加值型營業稅型態當時之報導稱於銷售價之外另加（外加，如附件）。

（三）至於為本院釋字第 706 號解釋前提基礎之財政部為配合 77 年 5 月 27 日總統令修正營業稅法之施行，而於 77 年 6 月 28 日修正發布之修正營業稅法實施注意事項第 3 點

⁵ 請見現行營業稅法第 32 條第 3 項規定及財政部史料陳列室之財政史料文獻，該文件稱：「77 年 5 月：銷售與非營業人之發票記載方式由稅額外加修正為內含……。」（<http://museum.mof.gov.tw/ct.asp?xItem=15579&ctNode=62&mp=1>，最後瀏覽日：2017 年 12 月 14 日）。

第1項固稱：「營業人銷售應稅貨物或勞務之定價應內含營業稅……。」（請見該號解釋之理由書第2段之首5行），但上開為釋字第706號前提基礎之注意事項規定，不是營業稅法本身之法律規定，充其量只是為租稅法律主義所不容之行政規則，其法令位階低，一則其是否可以作為其他法令是否違憲之認定依據，顯已非無疑（甚至屬較高法律位階之兩公約及其施行法是否得作為違憲認定之依據，迄無定論）；二則經查本院釋字第706號解釋當時審查會之資料，沒有提及營業稅法第14條第2項規定，沒有就所謂於87年當時定價是否應內含營業稅乙節，有任何懷疑，可能是想當然耳地，故而未就有此部分之充分討論。至其想當然耳之原因可能是在101年作成本院釋字第706號解釋前，營業稅法甫於100年間修法，並於其第32條第2項增列營業稅內含之規定有關。⁶然則本院釋字第706號解釋原因案件之拍賣時點分別為87年、97年及98年，即均在100年之前，故各該原因案件均應無100年營業稅法第32條第2項規定之適用，即釋字第706號解釋所引上開所謂配合77年營業稅法修正之注意事項規定是否合於當時（指100年修法前）之營業稅法本文規定？顯有必要於作成該第706號解釋前先予釐清。但由以下分析可知：至少就拍定人為營業人之情形，拍賣當時之營業稅法不是定價內含營業稅，而是外加：

1、77年營業稅法修正沒有說：「定價內含營業稅」（而是100年修正才為規定）；

2、77年營業稅法修正，共修了第7至9、13、15、

⁶ 請見該號解釋理由書第2段首5行、黃茂榮大法官提出之協同意見書及其註1、葉百修大法官提出之協同意見書及其註7、羅昌發大法官提出之協同意見書，以及湯德宗大法官提出之協同意見書。

23、24、26、29、32、35、36、46、58 及 60 條，除第 14 條未修外，上開修改條文中只有第 32 條部分可能有關。而對照該修正前後第 32 條之規定，則是其第 2 項規定由原來的「營業人依第 14 條規定計算之銷項稅額，應於統一發票上分別載明之」，修正為「營業人依第 14 條規定計算之銷項稅額，買受人為營業人者，應與銷售額於統一發票上分別載明之；買受人為非營業人者，應與銷售額合計開立統一發票」。再加上前引財政史料文獻（請見註 5 及 77 年配合修正之營業稅法施行細則第 32 條之 1 規定係針對非營業人部分為規定，⁷ 可知：所謂 77 年間定價改為內含營業稅是指買受人為「非營業人」之情形，不包括買受人為「營業人」之情形。而本件聲請人及其他本院釋字第 706 號解釋之聲請人均非「非營業人」，即均為「營業人」，乃本院釋字第 706 號解釋未先釐清上開注意事項之規定內容是否與 77 年營業稅法所修正之內容是否相符，更未查明在 100 年再修法前，營業稅法中關於買受人為營業人部分自 74 年修法時起即為「外加」，而非「內含」營業稅。而關於在買受人為營業人之情形，在 100 年營業稅法再修正前，營業稅係外加而非內含，早經本院釋字第 367 號及釋字第 688 號解釋之理由書敘明在案，已如上述。

3、綜上所述，本院釋字第 706 號解釋以上開 77 年注意

⁷ 77 年修正公布之營業稅法施行細則第 32 條之 1 規定：「本法第 4 章第 1 節計算稅額之營業人，銷售貨物或勞務與非營業人，依本法第 32 條第 2 項規定將銷項稅額與銷售額合計開立統一發票者，其依本法第 35 條應申報之銷售額與稅額之計算公式如左：

銷售額＝當期開立統一發票總額 ÷ (1 + 徵收率)

銷項稅額＝銷售額 × 徵收率

前項銷項稅額，尾數不滿通用貨幣一元者，按四捨五入計算。」

事項為前提基礎之論述，應有未當。

4、參與作成本院釋字第 706 號解釋之大法官可能喊冤稱：「釋字第 706 號解釋是以 100 年修正增列之營業稅法第 32 條第 2 項為據，而且我們拒絕給予釋憲聲請人特別救濟，至於聲請人是否符合一般救濟部分，則眾所周知，應由法院判斷之。」上開說詞確言之成理，但適足證明本件解釋竟以本院釋字第 706 號解釋晦澀不明為由，再補充解釋使聲請人獲特別救濟之謬誤。

（四）就本院釋字第 706 號解釋另引法院行政執行機關及海關拍賣或變賣貨物課徵貨物營業稅作業要點第 4 點為據部分言：該規定仍只是法令位階低之行政規則，怎能以該行政規則變更就買受人（拍定人）為營業人時，依營業稅法營業稅應外加之法律規定（已如前述）？更何況 1、如營業稅內含，則所收取之營業稅不是拍賣出售執行債務人財產之對價，而是法院代收稅款，怎得分配給包括本件聲請人在內之執行債權人？2、據了解上開作業要點係為因應本院釋字第 367 號解釋之便宜措置。如該作業要點之真意在拍定價內含營業稅，則與本院釋字第 367 號解釋理由書中營業稅外加之意旨不符；反之，由拍定價款未先扣除營業稅而全額分配給執行債權人之事實，並上開作業要點第 4 點只是一個計算公式，而且不稱「營業稅額」而稱「應納營業稅額」（系爭案件原因事實為未收取營業稅），再加上被本院釋字第 706 號解釋宣告違反租稅法律主義中之法律保留原則之兩個行政命令，可知：上開作業要點第 4 點之真意，不在拍定價應內含營業稅，而只是以營業稅已徵起為條件，說明「應納營業稅額如何計算」而已，不應被解讀為營

業稅內含於拍定價中，蓋：營業稅如內含，則攸關執行債務人、執行債權人之屬受憲法保障之財產權，怎可以上開作業要點規定之？上開作業要點不是顯然違反本院釋字第 367 號及第 706 號解釋所示之租稅法律主義原則嗎？

假如拿掉 100 年修正營業稅法第 32 條第 2 項規定，本院釋字 706 號解釋之依據就只剩下兩個行政命令，但怎麼可以拿兩個同位階的違背租稅法律主義之行政命令，指摘另兩個行政命令違背租稅法律主義為違憲呢？本院釋字第 706 號解釋之謬誤不是至為昭然嗎？

四、本院針對法院拍賣之營業稅在本號解釋之前，已作過釋字第 367 號及第 706 號兩號解釋，加上本號解釋共三個解釋，但剪不斷理還亂。釋字第 367 號解釋雖然沒有由法院拍賣不適用營業稅法下手，美中不足，但已指引主管機關可以在營業稅法中規定法院拍賣物如屬應課徵營業稅者，其納稅義務人為拍定人；暨在加值型營業稅制下，營業稅外加並由拍定人負擔，未額外增加拍定人之稅賦負擔之旨。只可惜財政部未依本院釋字第 367 號解釋之建議完成修改營業稅法，而便宜以數個用詞可能引人錯誤之行政命令搪塞，財政部也有責任。本院釋字第 706 號解釋如以 100 年修正營業稅法第 32 條第 2 項為據，也未必為無理，但本號解釋之原因事實發生於 87 年間，根本尚無 100 年修正營業稅法第 32 條第 2 項之適用，則本件解釋無憲法或法律依據，且理由不備，自然完全無法被接受，本件解釋確有錯誤。

五、法院拍賣實務，適用營業稅法確實有扞格之處，並潛藏諸多可能爭議，營業稅不在法院拍賣中收取，在嗣後拍定人轉手時可以再收取，故有關機關應可考量在營業稅法中明文規定法院拍賣不適用營業稅法，企盼之。



認識加值稅

與現行稅制課徵手段不同 以稅額外加方式表示稅負

本報記者狄雅傑

實施加值稅以後，消費者在購買東西的時候，除非是免稅的貨品，消費者就要多付五％的錢，才能買到貨品。

這種購物付款方式的改變，是加值稅制度下，稅額外加的正常現象，並不是漲價。

例如，一件襯衫標價一千元，現在消費者祇要付一千元就可以買回家了，而實施加值稅以後，如果這件襯衫的標價仍然是一千元，消費者除了要付一千元外，還要另外多付五十元的稅，才能買到這件襯衫。

造成這種現象的主要原因，就是現行稅制與加值稅制的稅額表現方式不同，因為現行稅制的稅負是內含的方式，也就是廠商標價一千元的襯衫中，廠商已經把營業稅加在標價裡賣給顧客了，可是在加值稅制度下，廠商的標價並沒有將稅計入價格中，而是在賣出的時候另外再收的，這也就是加值稅以稅額外加的方式表示稅負。

由於稅額內含與稅額外加這兩種方式，祇是稅額表現出來的方式不同，實際上都是消費者負擔，因此對消費者來說，負擔稅捐的實質並沒有改變，改變的祇是將以往看不見的營業稅變成看的見的營業稅，使得直接負擔稅捐的事實可以很明顯的擺在眼前。

這種負擔稅捐的形式改變，剛開始時，對所有的消費者來說，心理上的感受會比實質上的負擔要強烈，在支付外加稅額時，直覺上就感到物價已經上漲，因為以前祇要花一千元就能買到的襯衫，要付出一千零五十元才能買到，心裡總是覺得怪怪的。

實際上這種直覺式的反映並不很正確。

因為現在標價一千元的襯衫中，已經包括了營業稅，而改制實施加值稅時，貨品的標價都是不含稅的價格，因此這件襯衫的標價不應該還是一千元，而應該是九八八．五元。然後消費者在購買時再支付外加的稅額，如果同一件襯衫在實施加值稅後仍然標價一千元，這是售貨的廠商沒有將以前內含的稅負扣除，消費者買進時等於付了兩次的稅。(本報記者狄雅傑)(17)

【1985-11-25/經濟日報/02版/】



身邊的經濟訊號

認識加值稅

楊士仁

加值稅一旦從明年三月一日起施行，一般人的消費習慣將隨著改變。

現在，消費者到商店買東西、餐廳吃飯、菜市場買菜、加油站加油，只要按照訂價或雙方講好的價錢付款即可；加值稅施行後，必須加付百分之五的加值稅，才能拿走東西，或走出餐廳的大門。

這究竟是什麼稅，怎麼在消費者身上動腦筋，徒增大眾的稅負呢？

其實，這不是新增的稅制，而是將現行部分貨物稅、營業稅、印花稅及附徵的教育捐合併改制而成，稱為加值稅、新型營業稅、加值型營業稅或營業加值稅。

加值稅是就營業加值額課稅，與現行營業稅就營業毛額課稅不同。加值稅的計算十分簡單，例如進貨一百元，銷貨一百廿元，加值為廿元，如果加值稅稅率百分之五，則應付加值稅一元。

現行營業稅是內含在商品的售價內，例如訂價一百零

五元的商品，已將營業稅加入，但加值稅的稅款是外加的，例如訂價一百元的商品並不含稅，消費者在付款時必須另付五元（假設稅率百分之五）的稅款，總計一百零五元。加值稅要消費者來付，消費者感受上負擔加重了；現行營業稅則由廠商負擔，與消費者似乎無關，實際上羊毛出在羊身上，消費者還是要負擔稅款，只是不覺得而已。依據財稅當局的構思，實施加值稅後，總稅收並不增加，只是有的行業稅負提高，有的行業稅負降低而已。

是否買所有東西，從事所有消費行為都得負擔加值稅呢？

依據規定，有些人不必負擔加值稅，有些商品的交易可以免除加值稅。諸如農民出售農作物、漁民出售魚貨，都可免稅，但是漁販出售魚貨則不能免稅；房地產交易，土地部分可以免稅，房屋部分要繳加值稅；外銷商品可以不必負擔加值稅；飲食業中，消費者到一般飲食店、餐廳消費，要負擔加值稅（限於使用統一發票的商號），到夜總會或有女性陪侍的場所則不要付加值稅。

實施加值稅後，消費者會直接感受到國民納稅的義務，惟因加值稅是在商品的整個產銷過程中，一個環節扣緊一個環節，由上游層層反映至下游，最後交給消費者負擔，因此如果消費者付出了加值稅，而忘記索取統一發票，則等於讓所有廠商應負的加值稅都逃光了。

【1985-12-09/聯合報/12版/綜藝】

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，
網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第758號解釋

【依民法請求政府機關返還土地事件審判權歸屬案】

院台大二字第 1060034027 號

106 年 12 月 22 日

解 釋 文

土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

解釋理由書

本件原因案件原告葉水源（下稱原告）以桃園市八德區公所（桃園市改制為院轄市前為桃園縣八德市公所）未經其同意即在其所有坐落於桃園市八德區之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地。惟該院以原告係依據本院釋字第 400 號解釋主張上開土地尚不符公用地役權之成立要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以該院 104 年度桃簡字第 860 號民事裁定，將原因案件移送臺北高等行政法院。前開民事裁定因兩造未於法定期間內提起抗告而告確定。臺北高等行政法院受移送後，分案編號為該院 105 年度訴字第 696 號。嗣該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第 7 條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限。聲請人以其就本件有無受理訴訟權限與臺灣桃園地方法院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行政訴訟法第 178 條聲請本院解釋。核其聲請，

合於司法院大法官審理案件法第7條第1項第1款統一解釋之要件及行政訴訟法第178條規定，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第448號、第466號及第695號解釋參照）。土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

查原告係本於土地所有權依民法第767條第1項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院臺灣桃園地方法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林 黃昭元

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

[1] 就臺灣桃園地方法院與臺北高等行政法院關於原因案件審判權歸屬之爭議，本解釋釋示：「土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響」（解釋文參照）。本席對此敬表贊同，並協力形成可決之多數。茲謹就前揭解釋文之意涵略作補充，以利適用。

[2] 綜觀本院有關審判權劃分之解釋先例，其要義可歸納為兩點：

1) 法律有規定者，從其規定（本院釋字第297號、第448號、第466號、第540號及第691號解釋參照）；

2) 法律未規定者，由本院依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，

定其救濟途徑。即關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第448號、第466號、第691號及第695號解釋參照）。

[3] 原因案件之事實（被告桃園市政府未經原告同意，逕於其所有之土地鋪設柏油路面，供公眾通行，原告爰訴請刨除柏油路面，返還土地）涉及兩種可能的請求權：以民法第767條第1項¹前段與中段為基礎之「所有物返還請求權與妨害除去權」，以及以學說²與判決先例³為基礎之「公法上結果除去請求權」。兩者之要件與訴訟實施（如舉證責任之分配等）原不盡相同，然於請求權競合時，本應尊重權利人之選擇。茲因原因案件之原告經受移送之臺北高等行政法院法官行使闡明權後，仍堅持以民法第767條第1項為基礎，請求回復其土地原狀。本解釋爰釋示：「土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判」（前揭解釋文前段參見）。亦即應依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，而定事件之審判權。惟因涉及請求權之競合，前揭解釋文爰續謂：「縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響」（前揭解釋文後段參見）。例如，倘被告（桃園市政府）抗辯系爭土地已成立公用地役權，縱其屬公法關係所生之爭議，亦不影響前述審判權之判定

¹ 參見民法第767條第1項：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之」。

² 參見吳庚，《行政爭訟法論》，頁340~341（第8版，105年9月）；陳敏，《行政法總論》，頁1265~1270（第9版，2016年9月）；李惠宗，《行政法要義》，頁630~631（第2版，2002年10月）；陳清秀，《行政訴訟法》，頁200~201（第6版，2013年9月）；吳志光，《行政法要義》，頁506~508（修訂第8版，2017年9月）。

³ 參見最高行政法院94年度判字第1708號判決（「人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第127條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權」）。類似判決並參見同法院99年度3月第1次庭長法官聯席會議決議、97年度判字第374號及101年度判字第983號判決等。

（訴訟仍應由普通法院審判）。

[4] 所謂「兩造攻擊防禦方法」原為中性之描述，將隨原告主張之請求權而異其內容，故其亦可能涉及私法關係所生之爭議。以本件原因案件為例，倘原告以「公法上結果除去請求權」為基礎，提起一般給付之訴⁴，請求桃園市政府作成剷除柏油之行政事實行為，以排除對其土地所有權之侵害，則因其性質屬公法關係所生之爭議，按本解釋之意旨，其訴訟即應由行政法院審判。倘被告（桃園市政府）抗辯原告對系爭土地並無所有權，縱其屬私法關係所生之爭議，亦不影響前述審判權之判定（訴訟仍應由行政法院審判）。是即，無論兩造攻擊防禦方法涉及公法或私法關係所生之爭議，均不影響本解釋「依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，而定事件審判權」之意旨。

[5] 末需附帶說明者，定審判權之目的僅為便利當事人開始遂行訴訟，與訴訟之結果並無必然關係。案件能否勝訴端視實體主張有無理由，而定審判權之歸屬則貴在有簡明可行之標準。至凡依本解釋意旨而有審判權之法院（無論其為普通法院或行政法院），於請求權競合時，對於兩造攻擊防禦方法（無論其涉及公法或私法爭議）有無理由，均應為實質審理，自屬當然。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋係【依民法請求政府機關返還土地事件審判權歸屬案】。

本件原因案件原告，以桃園市八德區公所未經其同意即在其所有之土地，鋪設柏油路面供民眾通行為由，以桃園市政府為被告，依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定（下稱民法規定）向臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）民事庭起訴，請求被告剷除

⁴ 參見行政訴訟法第 8 條第 1 項前段：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟」。

其所有土地上之柏油路面，並返還該部分土地。惟該院以原告係依據本院釋字第400號解釋主張上開土地不符公用地役權之要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，以民事裁定¹將原因案件移送臺北高等行政法院（下稱北高行）。前開裁定因兩造未抗告而告確定。北高行受移送²後，該院第六庭（下稱聲請人）向原告闡明，其請求可能符合行政訴訟法（下稱行訴法）第8條第1項之一般給付訴訟，或確認公用地役關係不存在，合併同法第7條返還土地之請求，惟原告仍主張其請求權基礎為民法規定，屬民事爭議。聲請人乃以原告係根據民法規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無「受理訴訟權限」（下稱審判權）。聲請人以其就本件有無審判權與桃園地院上開移送裁定所示見解歧異為由，依行訴法第178條規定聲請本院解釋。

本件聲請解釋之主要爭點如下：土地所有權人依民法規定請求剷除柏油路面並返還土地事件，縱攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議者，其審判權是否仍歸普通法院？

本席協力完成之多數意見認為，本件聲請，確有受理之必要，爰作成本件釋字第758號解釋：土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

對於本件聲請之解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有2項特色如下：

- 一、重申本院釋字第448號、第466號及第695號解釋之意旨，依爭執事件之本質，性質上係私法關係所生之爭議，或係公法關

¹ 該院104年度桃簡字第860號民事裁定。

² 分案編號為該院105年度訴字第696號。

係所生之爭議，以決定訴訟應由普通法院或行政法院審判。

二、土地所有權人依民法規定請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。

參、本件應予受理之理由及依據

一、本件應予受理之理由

本件普通法院依民事訴訟法（下稱民訴法）第31條之2第2項規定，認其無審判權而依職權裁定將訴訟移送至行政法院，裁定確定後，行政法院認其並無審判權，可否再裁定移送普通法院？此涉及普通法院之移送裁定對行政法院有無拘束力之問題。如採有拘束力說，本件聲請即有受理之必要；如採無拘束力說，本件聲請即無受理之必要。

詳析之，上開爭議之產生，實歸因於民訴法與行訴法規定不同所致。行政法院認其無審判權者，依行訴法第12條之2第2項規定：「應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」即由行政法院移送至普通法院，原則上，普通法院應受其拘束，例外時，如普通法院仍認其無審判權，必須依同條第3項規定：「以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」經大法官解釋認其無審判權，始得再移送至行政法院（本院釋字第540號解釋³參照）。反觀，民訴法第31條之1僅於第2項規定：「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」至於行政法院如認其無審判權時，民訴法並無類似行訴法第12條之2第3項之規定，致生普通法院移送至行政法院，行政法院是否受其拘束⁴之疑義。

³ 本院釋字第540號解釋：事件經本院解釋係民事事件，認提起聲請之行政法院無審判權者，該法院除裁定駁回外，並依職權移送有審判權限之普通法院，受移送之法院應依本院解釋對審判權認定之意旨，回復事件之繫屬，依法審判，俾保障人民憲法上之訴訟權。

⁴ 最高行政法院採肯定說，105年度裁字第928號裁定：「新竹縣政府於100年

本席認為，本件聲請應予以受理，其理由如下：

- （一）關於審判權限之爭議，我國早期民訴法及行訴法均規定訴訟事件不屬於其審判權限者，採裁定駁回制，⁵以裁定駁回起訴，人民徘徊在普通法院與行政法院之間，不得其門而入，讓人民有法院互踢皮球的感覺，侵害人民受憲法所保障之訴訟權。⁶嗣因應本院釋字第540號解釋意旨，並解決裁定駁回致人民投訴無門之困境，行訴法及民訴法相繼於96年7月4日及98年1月21日修正公布，皆增訂條文改採裁定移送制（二法之修正比較對照表如附表一所示），不再裁定駁回，⁷採取同一步調的處理方式。從相關立法過程觀之，殊難得出立法者有

10月18日制定新竹縣新竹瓦斯股份有限公司組織自治條例（下稱自治條例），並於101年1月1日起將轄下新竹縣瓦斯管理處改制為新竹瓦斯股份有限公司。抗告人乃改制前新竹縣瓦斯管理處依臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法進用之人員，依該自治條例第9條第2項規定，其薪給、福利、考成、保險、退休、資遣及撫卹等事項，仍適用原相關法令規定。抗告人陳……、范……、宋……係改制前、其餘抗告人則於改制後申請退休，均經新竹縣政府核准等情，業經新竹地院調查無訛，復為兩造所不爭，該院據以認定本件有關退休爭議係屬公法關係，而將抗告人之訴訟裁定移送原法院審理，並因兩造未聲明不服而告確定，行政法院及兩造均應受該裁定之拘束。」

- ⁵ 例如，行政法院對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬行政法院之權限者，依96年7月4日修正公布前行訴法第107條第1項第1款之規定，行政法院應以裁定駁回之。至於普通法院（民事庭）對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬於普通法院之權限者，依98年1月21日修正公布民訴法第249條第1項第1款規定，法院應以裁定駁回之。
- ⁶ 本院釋字第305號解釋：人民就同一事件向行政法院及民事法院提起訴訟，均被以無審判之權限為由而予駁回，致其憲法上所保障之訴訟權受侵害，而對其中一法院之確定終局裁判所適用之判例，發生有牴觸憲法之疑義，請求本院解釋。
- ⁷ 修正行訴法第107條第1項第1款規定，行政法院對於原告之訴，如認為訴訟事件不屬行政法院之權限者。但本法別有規定者，從其規定。所謂「本法別有規定」，係指同法第12條之2，採取裁定移送制，即不得以裁定駁回之，讓人民有解決其爭議之可能。修正民訴法第249條第1項第1款規定：「訴訟事件不屬普通法院之權限，不能依第31條之2第2項規定移送者」始得以裁定駁回，即訴訟事件雖不屬普通法院審判之權限，但若合於第31條之2第2項規定者，普通法院應為移送，不得依第1款規定以裁定駁回。

意使行政法院移送至普通法院之裁定，對普通法院有拘束力（見行訴法第12條之2第3項）；普通法院移送至行政法院之裁定，對行政法院並無拘束力（民訴法無規定）。是以尚難以民訴法第31條之1並未設有如行訴法第12條之2第3項規定為由，認為普通法院移送至行政法院之裁定，對行政法院並無拘束力。

- （二）況行訴法第12條之2第3項增訂在先，而民訴法修正在後，立法者早即預料可能有此爭議，是以在行訴法第178條增訂規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」即係針對普通法院移送至行政法院之情形而設。吳大法官庚於其大作曾謂：若民訴法修正後設與第12條之2相同規定時，第178條之規定即成贅文而應刪除，⁸可資佐證。本件聲請，行政法院既依行訴法第178條規定聲請解釋，本院自應受理之，尚難以民訴法未設類似行訴法第12條之2第3項規定為由，認行政法院不受普通法院移送裁定之拘束，得再裁定移送至普通法院，而主張本件聲請應不受理。

二、本件聲請受理之審核依據

本件聲請人之聲請既屬有據，本院審查之依據又為何？依憲法第78條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」由此可知，大法官依憲法賦予之職權係在解釋憲法與統一解釋法律及命令。行訴法第178條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」有關審判權限之爭議，係法律派給大法官的解釋⁹工

⁸ 吳庚，行政爭訟法論，103年9月修訂第7版，頁59。

⁹ 法律派給大法官的解釋工作，尚有：

(1) 民訴法第182條之1第1項規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」

作之一，並非憲法上之要求！該條文所謂「聲請司法院大法官解釋」，係指統一解釋而言，而非解釋憲法。而關於統一解釋，依司法院大法官審理案件法第7條第1項第1款明文規定：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。」是以本件在審查應否受理時，本件解釋乃謂：「核其聲請，合於司法院大法官審理案件法第7條第1項第1款統一解釋之要件及行政訴訟法第178條規定，爰予受理」，即係回應上開疑義之說明。

肆、審判權歸屬之決定基準

審判權歸屬之爭議，如何判斷？首先應視法律有無明定？如無，再依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。

一、法律明定

關於訴訟應由「如何之法院」受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第170號¹⁰、第297號¹¹及第448號¹²解

官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」

(2) 職務法庭辦理職務案件應行注意事項第15點(4)規定：「職務法庭就其受理訴訟之權限，如與行政法院或普通法院確定裁判之見解有異，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋（準用行政訴訟法178）。」

(3) 地方制度法第43條第5項規定：「第1項至第3項議決自治事項與憲法、法律、中央法規、縣規章有無牴觸發生疑義者，得聲請司法院解釋之。」

(4) 公民投票法第29條第3項規定：「立法院、直轄市議會或縣（市）議會依第1項第2款制定之法律或自治條例與創制案之立法原則有無牴觸發生疑義時，提案人之領銜人得聲請司法院解釋之。」

¹⁰ 本院釋字第170號解釋：人民有訴訟之權，憲法第16條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之。

¹¹ 本院釋字第297號解釋：人民有訴訟之權，憲法第16條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之，業經本院釋字第170號解釋於解釋理由書闡明在案。

¹² 本院釋字第448號解釋：司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第77條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。又依憲法第16條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第297號解釋在案。

釋在案。是以審判權歸屬之爭議，首先依法律規定決定之。

至於法律如何規定？本院諸多解釋業已指出其決定基準：立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的及司法資源之有效配置等因素，而就訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，以法律或法律授權主管機關訂定命令限制者，應符合憲法第 23 條規定，方與憲法保障人民訴訟權之意旨無違（本院釋字第 160 號、第 378 號、第 393 號、第 418 號、第 442 號、第 448 號、第 466 號、第 512 號、第 574 號、第 629 號、第 639 號及第 653 號解釋參照）。本院釋字第 540 號解釋更釋示：「立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。」另本院釋字第 691 號解釋亦釋示：「然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時¹³有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。」

二、事物本質

如法律未明文規定，具體個案發生審判權衝突時，應如何處理？本院諸多解釋先例釋示：我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。依此原則推之，土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，依其起訴主張訴訟標的之請求權基礎¹⁴觀之，核其性質，屬私法關係所

¹³ 應係「及」時之誤植。

¹⁴ 即以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明（起訴之聲

生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，因公用地役關係存在與否，並非訴訟標的之請求權基礎，故其審判權之歸屬，亦不受影響。

上開釋示意旨，亦為現今最高法院及最高行政法院判決實務通說所遵循，有附表二最高法院及最高行政法院相關判決一覽表可佐。查本件原因案件之原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府刨除柏油路面並返還土地事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院之桃園地院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，因公用地役關係存在與否，並非訴訟標的請求權之基礎，故其審判權之歸屬，亦不受影響。

伍、公法上之結果除去請求權

依公法學者之通說¹⁵認為，國家公權力在人民私有土地上鋪設柏油路面或設置工作物，致所有權人無法有效行使權利，人民在公法上有結果除去請求權。實務上，最高行政法院諸多判決（97 年度判字第 374 號、101 年度判字第 983 號及 106 年度判字第 458 號等判決參照，詳如附表三），均承認公法上結果除去請求權。是以同一原因事實，因人民起訴主張之訴訟標的¹⁶係私法上之請求權或公法上之請求而異其審判權之歸屬。本件聲請之原因案件，如原告本於所有權人依公法上結果除去請求權，向行政法院起訴，請求刨除柏油路面並返還土地時，屬於公法關係所生之爭議，行

明）為判斷依據（民訴法第 244 條第 1 項第 2 款及第 3 款，行訴法第 105 條第 1 項第 2 款及第 3 款參照）。

¹⁵ 有關結果除去請求權之論述，請參閱，陳敏，行政法總論，105 年 9 月 9 版，頁 1264 以下。

¹⁶ 最高行政法院 105 年度判字第 615 號判決：按基於當事人主義及當事人之程序選擇權，法院應依原告起訴主張之訴訟標的性質，判斷審判權之歸屬。本件上訴人既表明其係依「公法上」不當得利請求權提起本件訴訟，行政法院即應受其主張之拘束，並據以實體認定其請求是否有理由，尚不得反於上訴人之意思，逕依行政訴訟法第 12 條之 2 第 2 項規定將本件移送至民事法院，附此敘明。

政法院對該訴訟即有審判權。如原告起訴聲明之內容，包括請求對象、訴訟種類及標的態樣有不明確時，行政法院自應依行訴法第125條第3項規定予以闡明。¹⁷ 本件聲請意旨謂：「本件原告於本院審理中，明確表示其請求權基礎為民法第767條第1項規定，並非公法上之結果除去請求權」，如原告願意更改訴之聲明，行政法院即有審判權，詎原告拒不修正，行政法院又受普通法院移送裁定之拘束，不得已乃聲請本院解釋。

陸、結論

本件解釋，解決一項本不成為問題的問題，僅因普通法院誤為裁定移送且當事人對移送裁定不抗告，裁定乃告確定致生僵局，有賴本院解釋解決之。依最高法院及最高行政法院向來的通說見解，土地所有權人之土地被政府機關鋪設柏油路面，所有權人依法有權請求政府機關剷除柏油路面並請求返還土地，其起訴方式，或依民法第767條前段及中段向普通法院起訴請求，或依公法上結果除去請求權向行政法院起訴請求，均無不可。惟無論何者，普通法院對於先決問題或攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，如當事人未以訴訟標的主張者，普通法院本得審理之；反之，行政法院對於先決問題或攻擊防禦方法涉及私法關係所生之爭議，如當事人未以訴訟標的主張者，行政法院亦得審理之，不因先決問題或攻擊防禦方法涉及他法律關係所生之爭議而受影響，本解釋僅重申此一重要觀念而已！

最後，衷心期盼本解釋有助於其他審判權歸屬爭議之解決。

¹⁷ 最高行政法院98年度判字第347號判決：行政主體所為之行政事務具有多樣性，其或在公法領域內，以統治者之地位，行使公權力，或在私法領域內，以國庫之地位，從事私法活動。是行政主體與人民間之爭議究係基於公法上之關係或私法上之關係，應依事務之性質而定。如因私法上之關係而生爭議，行政法院並無審判權限，上訴人如向行政法院起訴，依現行行政訴訟法第12條之2第2項規定，行政法院應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。如因公法上之關係而生爭議，固得提起行政訴訟，但應遵守行政訴訟法有關訴訟種類之規定；如其起訴聲明之內容，包括請求對象、訴訟種類及標的態樣有不明確時，行政法院應依行政訴訟法第125條第3項規定予以闡明。

附表一：行訴法與民訴法有關無審判權而裁定移送規定對照表

要旨	行訴法	民訴法
受移送法院之聲請解釋	移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。（§ 12-2 III） ★本條項係規範普通法院得聲請大法官解釋之依據。	無對應規定
解釋後再行移送	受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。（§ 12-2 IV）	依本院釋字第 540 號解釋意旨辦理
先受理者先裁定	當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。（§ 12-2 V）	當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。（§ 31-2 III）
得抗告	前項裁定，得為抗告。（§ 12-2 VI）	前項裁定，得為抗告。（§ 31-2 IV）
事先徵詢意見	行政法院為第 2 項及第 5 項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。（§ 12-2 VII）	普通法院為第 2 項及第 3 項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。（§ 31-2 V）
受移送法院聲請司法院大法官解釋	（普通法院移送行政法院時之聲請解釋） 行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。（§ 178） ★因事涉公益而無合意管轄之規定。	（行政法院移送普通法院時之聲請解釋） 普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。（§ 182-1 I） 第 1 項之合意，應以文書證之。（§ 182-1 II）

附表二：最高法院及最高行政法院相關判決一覽表

法院裁判	裁判要旨
最高法院 90 年度台上字第 1624 號民事判決	系爭坐落台中縣豐原市圳寮段第 24 之 2 地號土地並非既成道路，且上訴人（按：台中縣豐原市公所）亦未依法辦理徵收補償為原審所合法確定之事實，準此，上訴人並無在系爭土地上鋪設柏油路面及碎石路面之權限，被上訴人依民法第 767 條規定請求上訴人除去並返還土地，而為上訴人敗訴之判決，並不違背法令。
最高法院 95 年度台上字第 2769 號民事判決	是被上訴人主張上訴人無權占有使用系爭土地如附圖所示甲、乙、丙部分鋪設柏油道路，妨害其所有權，依民法第 767 條之規定，請求上訴人（按：嘉義縣中埔鄉公所）將附圖所示甲、乙、丙部分土地上之柏油路面剷除回復原狀，返還土地予被上訴人，為有理由，應予准許。
最高法院 106 年度台上字第 116 號民事判決	系爭土地（按：鋪設柏油路面）是否為司法院大法官會議釋字第 400 號解釋所指因時效而成立公用地役關係之既成道路？抑為依建築法規或民法等之規定，而作為公眾通行之道路？即有調查審認之必要。原審未遑細究，逕認系爭土地為上開解釋所稱之既成道路，進而為不利上訴人之論斷，自屬可議。（按：被上訴人係苗栗縣政府）
最高行政法院 100 年度判字第 1849 判決	而判斷行政法院就具體訴訟有無受理權限，係依為訴訟標的之法律關係，究屬公法關係或私法關係定之。至於訴訟標的之法律關係所由生之法律關係，乃該訴訟之先決問題，並不成為判斷行政法院有無受理訴訟權限之標準。 為本件訴訟標的法律關係者，乃被上訴人就系爭 1586 地號土地之返還請求權，此為私法關係，即令上訴人之請求有無理由，可能涉及被上訴人是否得行使行政程序法第 117 條撤銷權之判斷，然此僅為先決問題，本件訴訟標的法律關係既為私法關係，其爭訟應循民事訴訟途徑，行政法院無受理權限。

最高行政法院 105 年度判字第 625 號判決	民法第 767 條第 1 項固規定「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」，然該條係賦予所有權人得於所有物遭受侵害時，得依該規定保障其私權，無論該占有人係私人或政府機關，惟均屬私權爭執，應依民事訴訟程序為救濟。

附表三：最高行政法院承認公法上結果除去請求權之判決一覽表

判決文號	判決內容
94 年度判字第 1708 號判決	本院按：人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。
97 年度判字第 374 號判決	上訴人依民法第 767 條及行政訴訟法第 8 條第 1 項前段之規定，提起本件訴訟，請求被上訴人除去系爭路燈，核其性質，係主張其權利受被上訴人公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。
101 年度判字第 983 號判決	建立在憲法基本權保障之理論基礎上，排除公行政所造成之違法事實結果，使權利得以回復到未受侵害前之原狀，乃係公法上結果除去請求權之目的所在。公法上結果除去請求權之成立，應具備「須為被告機關之違法行為（其行為除行政處分外，尚包括其他高權行為或作成行為時雖為合法，嗣因法律之變更，為違法）」、「須直

	接侵害人民之權利」、「須該侵害之違法事實結果繼續存在，且有回復到未受侵害前之原狀之可能」、「須被害人對於損害之發生無重大過失」等要件。由於公行政手段態樣之不同，相應而生之公法上結果除去請求權亦有執行結果除去請求權及一般結果除去請求權之差異。
103 年度判字第 54 號判決	又結果除去請求權，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利。
104 年度判字第 209 號判決	由本院 99 年度 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議可知，針對屬行政事實行為之國家侵害行為，人民享有「公法上結果除去請求權」，據此請求除去對權利圓滿狀態之事實上影響或不法結果，以回復原有之狀態。
105 年度判字第 145 號判決	又「結果除去請求權」係對國家違法行政行為所造成人民損害之結果，請求法院以判決除去，以回復未受侵害前之狀態。
106 年度判字第 458 號判決	所謂「結果除去請求權」乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復原有狀況之權利，其目的在於排除違法行政行為之結果，以回復於違法干涉前存在之狀態。
99 年 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議	國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受侵害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為。系爭註記事實上影響其所在土地所有權之圓滿狀態，侵害土地所有權人之所有權，土地所有權人認系爭註記違法者，得向行政法院提起一般給付訴訟，請求排除侵害行為即除去系爭註記（回復未為系爭註記之狀態）。

協同意見書

許志雄大法官 提出

我國現行司法採多元審判系統，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院掌理，一般稱為「二元訴訟制度」。除法律別有規定外（例如公職人員選舉罷免法第 126 條、國家賠償法第 12 條），因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（行政法院組織法第 1 條、行政訴訟法第 2 條參照）；因私法關係所生之爭議，則由普通法院審判（法院組織法第 2 條參照）。

本號解釋涉及審判權歸屬問題，解釋文宣示：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」對此，本席表示贊同。

按法有無公法與私法之區別？若有，則標準何在？此等問題包含理論性與技術性（或制度性）兩種不同層面之問題，方法上須明確分辨。公法與私法之理論性區別，係針對各個法規範之本質而論，與現實之制度或實定法並無邏輯上之必然關聯，屬於先驗之法概念。公法與私法之理論性區別是否存在，法學上素有爭議。法一元論否定公法與私法之區別，當否姑且不論，其主要處理理論性區別問題，殆無疑義。至於公法與私法之技術性區別，則係基於制度上或實定法之技術上必要而生之區別，為歷史之產物，受時與地之制約。例如，德意志於繼受羅馬法前，不知有公法與私法之區別，而英美法向無公法與私法之區別。一切法規範，在社會主義下或皆屬於公法性質；反之，無政府主義所追求者，殆係無公法存在餘地之純粹私法秩序¹。我國因採二元訴訟制度，為確定審判權歸屬，公法與私法之技術性區別殊有必要。

惟技術性區別之學說林立，標準不一而足，無論主要之利益說、權力說（從屬說、意思說）、主體說或新主體說（特別法規說），乃至輔助性之傳統說及事件關聯說，均各有優缺點，無法單獨解決所有

¹ 宮澤俊義著，公法・私法の區別に関する論議について——方法的反省の必要——，收於氏著「公法の原理」，有斐閣，1986 年初版第 2 刷，頁 1 以下。

問題²，加上技術性區別又有現實性、便宜性及合目的性等考量，致時起爭議。司法院過去曾多次對公私法認定及審判權歸屬問題作成解釋，如釋字第89號、第115號、第305號、第448號、第466號、第518號、第533號、第540號及第695號解釋皆是。上開解釋依案件之不同，兼採各種學說，足見技術性區別有其困難之處，實務上亦常有通權達變之處理方式。

本案有關審判權歸屬爭議，性質上為公法與私法之技術性區別問題。惟正確言之，所謂「公法與私法之區別」問題中，實包含「『公法』與『私法』之區別」問題，以及「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」問題，只是論者一般未予明確區分³。在個案之認定上，依前者或後者判斷，結果通常相同，但亦有出現不一致之可能。如後所述，本案普通法院與行政法院之認定所以相左，即因普通法院係就後者判斷，而行政法院係就前者判斷，有以致之。

查本案原因案件之原告，以桃園市八德區公所未經其同意即在其土地鋪設柏油路面供民眾通行為由，依民法第767條第1項前段及中段規定向臺灣桃園地方法院民事庭起訴，請求桃園市政府返還土地。惟該院以原告係依據司法院釋字第400號解釋主張上開土地不符公用地役權之要件，隱含確認無公用地役關係之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟為由，裁定將原因案件移送臺北高等行政法院。而臺北高等行政法院以原告係根據民法第767條第1項前段及中段規定起訴之明確主張，認為本件非屬公法關係所生之爭議，而為私法關係所生之爭議，應由普通法院審理，該院並無受理訴訟權限，爰依行政訴訟法第178條聲請解釋。

本席認為，基本上臺灣桃園地方法院係以原告能否請求桃園市政府返還土地，關鍵在於該土地有無公用地役權之存在，依「『應適用公法之社會事象』與『應適用私法之社會事象』之區別」，原因案件之性質屬於『應適用公法之社會事象』，故為公法事件，應由行政法

² 吳庚、盛子龍著，行政法之理論與實用，三民，2017年增訂第15版第1刷，頁25、26。

³ 藤田宙靖著，新版行政法I（總論），青林書院，1985年新版第1刷，頁25。

院審理。反之，臺北高等行政法院則以原告係根據民法第 767 條第 1 項前段及中段規定起訴，而從「『公法』與『私法』之區別」角度判斷，認該規定顯屬『私法』性質，故為私法事件，應由普通法院審理。

本號解釋採納臺北高等行政法院之見解，認定原因案件之訴訟應由普通法院臺灣桃園地方法院審判，理由在於原告係本於土地所有權依民法第 767 條第 1 項前段及中段規定，起訴請求桃園市政府返還土地，其性質屬私法關係所生之爭議，縱兩造攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，亦不受影響。多數意見雖提及攻擊防禦方法上之公法關係爭議，但主要仍係針對「『公法』與『私法』之區別」問題立論，而獲致其為私法事件，應由普通法院審理之結論。

關於此類事件，原告同時具有公法與私法兩種請求權，亦即民法第 767 條之物上請求權，以及公法上之結果除去請求權，而有選擇向普通法院或行政法院起訴之可能。訴訟實務上，普通法院及行政法院普遍尊重原告之選擇，並依其主張之請求權性質認定審判權歸屬。尤其，原告依民法第 767 條向普通法院起訴，即使攻擊防禦方法涉及公用地役關係存否之公法關係爭議，普通法院對此先決問題，亦未因其屬公法事項而規避審查，故無審理上之障礙。誠然，若以『應適用公法之社會事象』為由，認此類案件應由行政法院審判，亦言之成理。惟具體事件究屬『應適用私法之社會事象』或『應適用公法之社會事象』，有時相當複雜，非進入實體就各種因素綜合考量，無法作成結論。於認定審判權歸屬之程序階段就深入實體問題，是否妥適，有待商榷。而且，法院能否適應，亦有疑慮。準此，本號解釋依原告主張之請求權，作為公私法區別及審判權歸屬之認定基礎，既未改變訴訟實務之作法，亦未增加法院之負擔，同時又尊重原告之選擇，堪稱允當。

事實上，臺北高等行政法院亦認知原因案件具有『應適用公法之社會事象』性質，而曾向當事人闡明訴訟法律關係，並曉諭原告「可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，主張公法上之結果除去請求權。」據此，該院即有審判權。惟原告不為所動，仍堅持原有主張。既然原告主張之訴訟標的及訴之聲明屬於私法性質，臺北高等

行政法院受其所限，自不得越俎代庖，逕以公法事件受理並為審判。在現行制度下，唯有聲請解釋，以求解決。

附帶一言，行政訴訟法第178條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」同法第12條之2第2項及第3項規定：「（第2項）行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。……（第3項）移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」依上開規定，普通法院及行政法院遇有審判權爭議時，皆可停止訴訟程序，並聲請解釋。

本席認為審判權之歸屬，如同公法與私法之技術性區別，係基於制度上或實定法之技術上必要而生之劃分，難免會有模糊地帶。當普通法院與行政法院之間發生爭議時，須有解決途徑，聲請司法院大法官解釋，乃現行行政訴訟法採行之方式。惟聲請解釋往往耗費時日，對原因案件之審理造成延宕，恐不符司法經濟之要求。相形之下，德國採取受移送法院不得拒絕之方式，或許較為可行。

協同意見書

張瓊文大法官 提出

詹森林大法官 加入

黃昭元大法官 加入

我國是採公私法二元審判的國家，但民國（下同）89年7月行政訴訟法新制上路前，由於法律規定的行政訴訟制度過於簡略，無法提供人民訴訟權完整之保障，民事及刑事法院便責無旁貸的承擔起部分原應由行政法院審判之事務。例如，國家賠償法規定國家賠償事件由民事庭辦理，道路交通安全管理處罰條例規定，交通裁罰案件由刑事庭辦理；本院釋字第466號解釋就公務人員保險事件亦明白釋示其具有公法性質，但因相關救濟制度尚未整備，在行政訴訟制度修正前，有關公務人員保險給付之請求，許向普通法院提起訴訟謀求救濟，亦屬同旨。

新制行政訴訟法上路後，由於救濟制度業已完整，調整原先非常態下不得已之審判權分配，自屬當然。故有法制面的結構性調整，

例如交通違規裁罰事件由刑事庭移由行政法院體系辦理；本院釋字第 533 號解釋就全民健康保險特約醫事服務機構合約之性質，認屬行政契約，締約雙方如對契約內容發生爭議，屬公法爭議，得依新制行政訴訟法提起爭訟，改變釋字第 466 號解釋對相同屬性之公務人員保險審判權之分配，亦係因訴訟制度之修正而調整審判權之例。此外普通法院也清楚意識到，除法律有特別規定者外，傳統上由普通法院審判之案件可能包含過去行政訴訟制度未整備時期，額外加諸普通法院的負擔，因而開始用心檢視審判權之問題。

專業及效率是我國區分審判權，訴訟制度採二元化的目的，檢視過去制度不完整下的非常處置，正確區分審判權，固有助於上開目的之達成。惟審判權畢竟是司法權內部的分工問題，不宜使之成為障礙人民進入訴訟的因素，爰提出協同意見書，以為補充。

一、審判權問題應儘速確定

我國民事訴訟法及行政訴訟法原均規定，人民向無審判權之法院提起訴訟，其訴訟不合法，而且屬無法補正之情事，法院應以起訴不合法為由予以駁回。受本院釋字第 540 號解釋首度提出審判權錯誤採移送制之啟發，行政訴訟法及民事訴訟法先後於 96 年、98 年修正，分別增訂第 12 條之 2 第 2 項¹及第 31 條之 2 第 2 項²，採取於二審判權間允許相互移送

¹ 行政訴訟法第 12 條之 2 規定：「(第 1 項) 行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第 2 項) 行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。(第 3 項) 移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。(第 4 項) 受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。(第 5 項) 當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。(第 6 項) 行政法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如行政法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院。有審判權之管轄法院有數個，而原告有所指定時，應移送至原告所指定之法院，爰參酌司法院釋字第五〇號解釋意旨，於第二項明定之。」

² 民事訴訟法第 31 條之 2 (98 年 1 月 21 日修正)：「(第 1 項) 普通法院認其有受

之制度，大幅降低原告因起訴法院選擇錯誤所造成訴訟程序延誤之可能。但修正後二訴訟法並未採用德國法院組織法第17條之1第2項第3句之機制，亦即移送裁定確定後，受移送之法院應受該裁定拘束。而採受移送法院認其亦無審判權——亦即審判權消極衝突時，得聲請大法官解釋之機制，使審判權爭議落幕之時間拉長，審判權爭議之不利益亦持續由人民承擔，殊為可惜。或許立法者對於法院是否能本於其職責，正確認知公私法律關係之辨明，且先受理之法院不會濫用該制度所賦與之「尚方寶劍」，猶有疑慮所致吧！

由本號解釋原因案件事實可知，原告對行政機關可能有數請求權存在——即民法第767條之物上請求權及行政法上之結果除去請求權³，此二請求權如有其一獲得勝訴判決，

理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。(第2項)普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。(第3項)當事人就普通法院有無受理訴訟權限有爭執者，普通法院應先為裁定。(第4項)前項裁定，得為抗告。(第5項)普通法院為第二項及第三項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。(第6項)第二十九條、第三十一條規定，於第二項之情形準用之。」

立法理由：「三、為不使訴訟審判權歸屬認定困難之不利益由當事人負擔，如普通法院認其對訴訟無審判權，應依職權以裁定移送至有審判權法院，爰參酌司法院釋字第五四〇號解釋意旨及行政訴訟法第十二條之二第二項規定，於第二項明定之。」

³ 行政法之法律關係相較於民法之法律關係，未必單純。但除行政程序中寥寥可數之實體法規定外，並無統一之法律規範。除性質上無不相容之情形者，可以類推適用民法之有關規定外，亦須借助學理以補充之。學理上所稱公法上結果除去請求權，與民法第767條及第962條之物上返還請求權相類似，實務上已逐漸為行政法院所承認。例如，最高行政法院106年度判字第458號判決已明白指出：「……末按學說上所謂之『公法上結果除去請求權』，乃人民因其權利受公權力之違法干涉，請求排除該違法干涉之事實結果，以回復人民未受干涉前原有狀況之權利，是應具備下列要件：1. 須干涉人民之權利；2. 須為公權力之干涉；3. 須產生違法狀態；4. 須違法狀態尚在持續中。蓋於法治國家，由公行政構成之違法狀態，不容維持其存在，而公法上結果除去請求權之目的，即在於排除違法行政行為之結果，以回復違法公權力干涉前之狀態。是以，人民主張行政機關拒絕授予利益為違法者，由於在其主張行政機關違法拒絕之前，其並未獲得利益，故人民不得基於公法上結果除去請求權，據以請求行政機關為授予利益之行政行為（詳參陳敏，行政法總論，第8版，第1254至1263頁）。……」其他事例尚可參考99年3月9日最高行政法院99年度3月

另一請求權之目的即同時達成而消滅，故為請求權競合之情形，只不過此種競合關係跨越公、私法二法域。該二請求權既分屬私法及公法不同性質之法律關係，民事法院及行政法院即均分別具有審判權。權利人本得選擇行使任一請求權提起訴訟，其選擇私法請求權者，由民事法院審判；選擇公法請求權者，由行政法院審判。此一標準簡易而明確，容易操作，可使案件儘速進入實體審判，提升訴訟之效率。至於本院過去有關審判權之解釋，例如釋字第 466 號、第 595 號及第 695 號解釋等，均屬單一請求權之定性問題，與本號解釋原因案件係同一原因事實，而原告可能有分屬公法及私法之數請求權競合，故二類法院均有審判權之情形不同。

在日趨複雜的社會環境之下，不論哪一類型的法院審理案件，都會遭遇案件之先決問題屬其他專業法院之審判權範圍之情況。在當事人願意另行向他類法院起訴之情形下，受理法院本得停止訴訟程序，俟先決問題經他類法院裁判確定後，再行審判。如本件原因案件之原告在民事法院起訴請求排除侵害，如其同時向行政法院請求確認公用地役關係不存在，民事法院自得依民事訴訟法第 182 條之規定，停止訴訟程序，俟行政法院就公用地役關係之裁判確定後再行審判。惟就先決問題另向他類專業法院起訴並非當事人之義務，如當事人無意另闢程序，追求專業審判之利益時，基於尊重程序主體權及選擇權之法理，法院仍應就先決問題予以判斷，僅其判斷並無既判力，對他專業法院亦無拘束力而已。行政訴訟法第 12 條規定：「民事訴訟或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訴程序確定之。」應作如是解。

份第 1 次庭長法官聯席會議、最高行政法院 105 年度判字第 145 號判決、104 年度判字第 388 號判決、104 年度判字第 209 號判決、103 年度判字第 54 號判決及 101 年度判字第 983 號判決。

至於行政法院及民事法院所適用之各該訴訟法，前者採用職權探知主義，後者採用辯論主義，原則上雖有不同。但民事訴訟法第199條規定審判長之闡明權行使，與行政訴訟法第125條第1、2項並無不同，民事訴訟法第288條規定：「法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。」已明定以職權調查補充辯論主義之不足。再加以不論學術或實務均認為，行政訴訟當事人雖無主觀舉證責任（民事訴訟所採用者），但在法院依職權調查，事實仍不明之情形下，當事人仍有客觀證明責任存在。故採取公或私法之訴訟途徑，就判決之結果而言，並無因制度上所採取調查原則之不同，而必然產生結果歧異之情形。

二、法院等價

行政訴訟法第12條之2第1項規定：「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」民事訴訟法第31條之2亦採取相同之立法方式，乃就同一案件經行政法院裁判確定者，嗣後原告再行向普通法院起訴請求裁判，縱使普通法院認為案件應屬普通法院審判權之範圍，行政法院不應裁判，惟依前述規定，後受理之法院受前裁判之拘束，應以一事不再理之理由，駁回後訴。反之亦然。

此係現行制度上為提升程序之效率、避免訴訟資源浪費，所展現之法院等價之概念。民事訴訟法第182條之1第1項規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」係採取更寬鬆之作法，在當事人同意之情形下，可以變更審判權法院，將審判權予以管轄權化，充分展現法院之等價。

在此立法趨勢下，實有更進一步參考德國法院組織法第

17 條之 1 第 5 項規定：「對於不服裁判提起救濟進行裁判之法院，不審查所採取之法律途徑⁴是否合法。」之制度，亦即在當事人並無爭議之情形下，下級審法院亦以自己有審判權之前提而為裁判時，上級審不再就審判權是否正確為審查，以免審判程序曠日廢時，有損當事人之權益。

三、公私法不同性質之請求權，合併向某類法院起訴之可能性

既然在法院等價之概念下，審判權已有管轄權化之趨勢，那麼公私不同性質之請求權或法律關係，可否合併由某類法院審判？論者介紹德國學者提出之「基於實質關聯性之審判權」理論，並指德國法院組織法第 17 條第 2 項規定：「合法法律途徑之法院，應於考量所有可能之法律觀點下，裁判法律爭議⁵。」認為在公私法請求權競合時，不論事件繫屬於民事法院或行政法院，各該法院均得就超過其審判權範圍之法律上理由一併予以審判。而且德國法院組織法第 17 條之 1 第 1 項（類似我國民事訴訟法第 31 條之 2、行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項規定）規定，先審判之確定裁判對後繫屬之他類法院同一案件發生拘束力⁶之規定，即代表該國承認公私請求權得於同一程序中合併作為訴訟標的主張。

以我國之情形以觀，民事訴訟法第 248 條規定：「對於同一被告之數宗訴訟，除定有專屬管轄者外，得向其中一有管轄權之法院起訴。但不得行同種訴訟程序者，不在此限」。依前所述，既然民事訴訟第 182 條之 1 第 1 項係採得以合意定審判機關，則前述同法第 248 條合併起訴之二類障礙，「專

⁴ 此處所謂法律途徑相當於我國之審判權。本條項翻譯引自連孟琦譯，《德國刑事訴訟法——附德國法院組織法選譯》，元照出版社，2016 年 9 月，第 476 頁。

其德文原文為：「Das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, prüft nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist.」

⁵ 德文原文為：「Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten.」

⁶ 沈冠伶，〈民事訴訟與行政訴訟之分工與合作（上）——專業審判與權利有效救濟間之選擇——〉，《台灣本土法學雜誌》，第 45 期，2003 年 4 月，第 27 頁。

屬管轄」及「不得行同種訴訟程序」，即不復存在。

公私法請求權競合事件，合併向民事法院起訴，在現行民事訴訟制度下應予許可。至於行政訴訟法雖無明文規定，但行政訴訟法第307條之1規定：「民事訴訟法之規定，除本法已規定準用者外，與行政訴訟性質不相牴觸者，亦準用之。」既有概括準用民事訴訟法規定之明文，且關於審判權爭議之問題，二訴訟法近年之發展，由前所述，已有日漸趨於一致之情形下，在行政訴訟程序中原告合併主張私法之法律關係，亦應允許。如此一來，不僅節省訴訟資源，使爭議得以一次解決，也可以避免裁判歧異之情形。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，本席敬表贊同。並就本案以及實務上行政法院與普通法院有關審判權歸屬之爭議，提供協同意見如下：

一、本號解釋認為審判權有無之判斷，以原告之主張為主，但法院仍得就爭議之本質加以審核：

本號解釋解釋理由書指出：「土地所有權人依民法第767條第1項請求事項，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」依上，審判權之決定以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實、應受判決事項之聲明為依據（民事訴訟法第244條第1項第2、3款），但法院並非毫無審查之空間，而是應「核其性質」屬於私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判。在「核其性質」時，不應以兩造間之攻擊防禦方法可能涉及公法關係所生之爭議，即認其屬公法爭議，而逕行移送至行政法院。這是本號解釋最主要之意旨。但本號解釋仍認法院有「核其性質」之空間，

則「核其性質」時應考量那些因素，應仍有待個案衡量。但本席認為應縮小審核之空間，必原告依起訴主張之訴訟標的及原因事實，已明確與其起訴之對象法院審判權不符時，始能例外地加以移送。且移送時應尋求法院彼此間業務協調管道為之，避免互踢皮球，而影響當事人權益。

二、審判權之歸屬僅係法院審判事務分配事項，不應因其爭議導致遲滯訴訟，甚至損害當事人權益：

我國採二元訴訟制度，本院釋字第 448 號解釋：「關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判」，雖然在司法二元化之下，區分普通與行政法院，但該區隔僅屬法院內部事務分配事項，不應影響當事人之權益。但公、私法之分類已非絕對，若僅因爭議事項究屬公法爭議或私法爭議，就耗費當事人及法院龐大之時間及精力，而未探究爭議之本質，實非定審判權之本意。

本件爭議普通法院因聲請人之起訴狀述及公用地役權，即認定本件爭議「隱含」公法爭議，而忽略了當事人是以民法第 767 條作為請求權之基礎。桃園地方法院將本件移送至臺北高等行政法院後，行政法院多次曉諭當事人改為主張公法上之結果除去請求權，建議其可提起行政訴訟法第 8 條第 1 項之一般給付訴訟，實已介入當事人之實體爭議事項，按當事人既決定以民法第 767 條作為其請求權基礎，必有其考量。雖然實體上或許另可併存公法上之結果除去請求權，但是二者請求之要件未必完全相同，且涉及舉證責任分配之考量，若僅因要讓行政法院有審判權而令當事人變更其請求權基礎，無異削足適履，亦有違當事人進行主義。

對於公、私法區別之理論，迄無定論。學者依其區分之客體可以大別為二個面向，一是「法律條文的屬性界分」，另一為「法律事件的性質認定」，前者較常被提及者，有所

謂利益說、權力說（即隸屬說）及新主體說三種理論¹。可見公、私法間之區分並不絕對，社會生活關係複雜多樣，人民與政府機關間可能形成之法律關係非可單純區分為公、私法，政府機關之行為究屬私經濟行政或高權行政，其界限亦非明確而有賴實體認定。此由德國於行政與普通法院之外，另設有社會法法院即可知。若是為了配合二元訴訟制度，將人民與政府間之所有關係硬要區分為公法或私法關係，並為此分類而爭議不止，而忽略了對案件實體之審查，實為本末倒置。

三、審判權之定性與實體法爭議之確認有所區隔：

當事人間爭議之性質究屬公法關係或私法關係，隨著訴訟程序之進行及當事人雙方之主張及舉證，其認定可能有所變化。但事實無必要隨著公、私法屬性認定之變化而變更受理之法院。普通法院依法並非不能審查公法上之抗辯事由，而行政法院於審理公法案件時必須先行判斷私法關係者亦所在多有。因此為定審判權歸屬所為爭議性質屬公法或私法之認定，僅係為了開啟訴訟程序之目的，與雙方進行訴訟攻防後各自提出新證據與主張之後之認定未必相同。若隨著訴訟之進展隨之變更法院之審判權，恐將延滯訴訟進行，增加法院之工作負擔並且損及當事人之權益。目前對於公、私法之爭議所導致之審判權之認定，已延伸至實體之認定，導致對審判法院系統之認定幾乎即可影響到實體判決之方向，且在當事人未進行實質辯論前就對此加以認定，顯然不恰當。

學者亦指出在處理有關公法與私法區別的問題時，恆須著眼於上述區別實益，是屬於程序性之問題（例如：救濟管道問題），還是實體法上的問題（例如行政法處分與行政契

¹ 參李建良，公法與私法的原則（上），月旦法學教室第5期，頁41至43，2003年3月。另請參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，頁25，2017年9月增訂15版，有4種不同標準：利益說、從屬說、舊主體說及新主體說。

約的認定與解釋適用問題），以免陷入無謂的概念爭辯，從而忘卻原本所涉法律問題的爭點所在²。

四、認定審判權之歸屬應以當事人之主張及其陳述之事實作形式審查即可，毋須介入實體爭議事項：

既然在訴訟程序開啟前，為認定審判權之歸屬，已決定爭議之性質究屬公法或私法爭議，則審查之標的應以原告訴之聲明，請求權之基礎及其原因事實之敘述，或可待被告為初步答辯後就其答辯理由合併觀察，因其目的僅為認定審判權之歸屬，而尚未決定當事人之請求是否有理。

五、應儘速修法就法院間因審判權爭議限於第一審判決前為一次移送，而不應於上訴審復行爭執：

目前就審判權之爭議並未就其審級有所限制，實務上亦不乏案件經第一審甚或第二審判決後，上訴審法院認原審法院無審判權而廢棄原判決，將案件移送至其他審判系統之法院之情形。案件進行了多年，甚至已就實體內容作出判決，僅因上級法院對於爭議之性質屬於公法或私法爭議之見解不同，就廢棄已進行多年之審判結果，實為訴訟資源之浪費，增加法官之工作負擔，並增加人民對司法之怨恨。因此有必要限制法院間就審判權之歸屬之爭議限於第一審法院判決前，且受移送之法院不應再行爭議，其相關配套之法包括：（一）明文規定普通法院亦可審理涉及行政高權之法律關係，其判決對行政機關亦具拘束力。（二）明文規定行政法院亦可審理行政經濟行為。（三）於法院組織法中增設有關「審判權歸屬」之認定機制，在法院間以最快速度一次性解決審判權之歸屬問題。要之，審判權之歸屬係屬法院行政事務，與實體審判之認定應加以區隔，且不應因審判權之爭議而延宕訴訟程序。

² 參李建良前揭文，頁41。

協同意見書

詹森林大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

壹、民事訴訟與行政訴訟之審判權區分

我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，採二元制，分別由普通法院及行政法院審理。至於普通法院與行政法院審判權之劃分，除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之（本院釋字第448號解釋文、第466號解釋文第1段、第695號解釋理由書第1段參照）。國家立法機關負有義務，衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能，妥善設計，使具體案件之訴訟，究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，清楚明確，以保障人民之訴訟權，在其權利受侵害時，得依法定程序提起訴訟並受公平審判，以獲得適當之救濟（本院釋字第466號解釋文第1段、第533號解釋理由書第1段參照）。

因此，行政訴訟法第2條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」民事訴訟法雖無類似之明文，但最高法院判例再三指明：私法上之權益關係所生之爭執，即屬於民事訴訟範圍，應受普通法院之審判¹；但非私權關係之爭執，即不得依民事訴訟程序向普通法院訴請裁判²。

然而，具體案件之訴訟，究為公法關係所生爭議，或為私法關係所生爭議，有時固甚易認定，有時卻混雜不明。從而，曾經發生數起人民因普通法院及行政法院「互踢皮球」之審判權消極衝突情事，求助無門，最終必須仰賴大法官解釋確定個案之審判權歸屬，以捍衛人民之訴訟權。本院釋字第89號、第533號、第540號、第695號等解

¹ 參見最高法院20年上字第1712號判例。請並參看最高法院99年度台聲字第1302號裁定：「依土地徵收條例第11條規定，土地徵收前之協議價購行為，並非徵收程序，需用土地人與土地所有權人若對於徵收前之價購協議發生爭執，性質上屬於私法爭議，應由普通法院行使審判權。」

² 參見最高法院40年台上字第1890號、41年台上字第1565號、69年台上字第4155號、76年台上字第1203號判例。

釋，即為其例。

96年7月4日修正公布之行政訴訟法，增訂第12條之2，其第1至4項分別規定：「（第1項）行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。（第2項）行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。（第3項）移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。（第4項）受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。」

此外，98年1月21日修正公布之民事訴訟法，增訂第31條之2，其第1項及第2項分別規定：「普通法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之羈束。」「普通法院認其無受理訴訟權限者，應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」又，同法第182條之1第1、2項分別規定：「普通法院就其受理訴訟之權限，如與行政法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。」「經司法院大法官解釋普通法院無受理訴訟權限者，普通法院應將該訴訟移送至有受理訴訟權限之法院。」³

前述行政訴訟法第12條之2第1項及民事訴訟法第31條之2第1項，分別明定行政法院或普通法院，就繫屬之訴訟事件，展現積極態度而予受理並為裁判確定者，其他法院即不得再以任何理由爭執該法院之審判權。立法宗旨充分反應「法院等價原則」，立法目的則在於避免人民奔波於普通法院與行政法院，徒然浪費時間金錢。

然而，為德不卒，行政訴訟法第12條之2第2、3、4項，及民事訴訟法第31條之2第2項與第182條之1第1項，卻賦與態度消極之

³ 民事訴訟法第182條之1，係於92年2月7日修正公布時增訂第1項，並於98年1月21日修正公布時，參酌行政訴訟法第12條之2第4項規定意旨，增訂第2項。

行政法院及普通法院，得聲請大法官解釋，以推諉繫屬具體訴訟個案之裁判。

貳、因公法、私法二元化所生審判權區分不易之不利益，不應由人民負擔

學者早已指出，基於憲法上訴訟權所內含之公正程序請求權（Recht auf faires Verfahren），以公法、私法二元化為基礎，而創設之審判權限分屬不同法院之訴訟制度，如因公法、私法不易區分而衍生不利益，不應由人民承擔不良後果；而且，審判權分配之規定僅具有管轄規範之意義，法院縱然欠缺審判權，其所為之裁判，亦僅係違背法律，尚不致有違憲，似無必要由有「憲法守護神」之稱的憲法法院（現行之大法官會議）予以判定⁴。

本件原因案件，聲請人（該原因案件之原告）自始至終，明確主張其所有之系爭土地遭桃園市八德區公所不法鋪設柏油並成為公眾通行道路，乃基於民法第 767 條前段及中段之物上請求權，請求被告桃園市政府剷除柏油並返還土地。準此，該原因案件，案例事實清楚，法律關係單純。詎料，自最初起訴時起，迄今日為止，業已歷時 2 年有餘，聲請人仍在渴望敲開法院大門！

曾經受訴之普通法院（臺灣桃園地方法院）及行政法院（臺北高等行政法院），各自以最嚴格之標準檢視聲請人之主張及請求，導致普通法院以桃園市政府可能持公法關係抗辯為由，而自認無審判權；行政法院則以民法第 767 條乃私法關係，亦自認無審判權。

反之，受理本件原因案件之普通法院或行政法院，如曾分別積極適用民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項，或行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項，不僅本號解釋不必問世，原因案件恐亦早已判決確定。

參、法官，請給我一條路走；而且，要快

訴訟當事人關心者，是迅速、公平的審理，而不是高深、繁瑣的程序，此亦為憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心所在。審判權二元化，

⁴ 沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作，收於「訴訟權保障與裁判外紛爭處理」，第 2 版，2012 年，67、69、70 頁。

目的在精緻審判專業，以提升裁判水準，而非在阻礙人民正當使用法院。法官，不論服務於普通法院或行政法院，皆應深刻體會：與其因自己困惑於審判權歸屬，致人民輾轉於普通法院及行政法院，不如迅速勇敢開啟審理程序，公平作出裁判。因為，勞累奔波的人民已經在吶喊：法官，請給我一條路；而且，請快點！

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

為解決當事人依民法第 767 條第 1 項前段及中段請求除去妨害及返還所有物，訴請政府機關剷除土地上鋪設之柏油後，返還土地事件之受理訴訟權限之爭議，本院作出本號解釋，認「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」認因私法關係所生之爭執，由普通法院審判之類似解釋，固有先例¹。惟有關審判權衝突是否宜認為憲法上爭議，應由大法官解釋，及所謂兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨與目的為何，並以本號解釋所涉公用地役關係認屬公法關係等問題，仍有推敲之餘地。爰提出部分不同意見如下：

壹、審判權衝突非必須由大法官解釋

人民提起訴訟後，法院認其無受理訴訟權限者，現行法律係規定普通法院或行政法院應依職權裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。（民事訴訟法第 31 條之 2 第 2 項及行政訴訟法第 12 條之 2 第 2 項規定參照）至發生審判權衝突時，採取何種紛爭解決途徑，現行法係採由行政法院或普通法院聲請大法官解釋之方式。（民事訴訟法第 182 條之 1 第 1 項及行政訴訟法第 178 條規定參照）何類訴訟事件屬於普通法院或行政法院之審判權限，實為公、私法二元分離、審判權限分屬不同法院之司法體制下，所滋生之問題，例如德

¹ 例如本院釋字第 448 號解釋「關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。」

國、臺灣。在採單一系統法院制度之國家，例如美國、英國，並無此問題。德國立法例及學說，在法律用語上，有謂與其稱審判權之衝突，不如稱為管轄權之衝突，因從本質而言，不管任何法院之支系（Gerichtszweige），均是行使司法主權而為審判，各法院彼此間，並無不同，故究其性質宜稱為管轄權爭議²（Zuständigkeitsstreitstreit）或受理訴訟權限之衝突（Kompetenzkonflikt）³。此又可區分為積極的權限衝突（positiver Kompetenzkonflikt）與消極的權限衝突（negativer Kompetenzkonflikt）。⁴在積極的權限衝突（即民事、行政、其他法院皆認有受理訴訟權限）之處理途徑，係採優先原則，即以繫屬在先者，有受理訴訟之權限。消極的權限衝突（即各種法院皆認本身無受理訴訟權限）時，係採移送方式加以解決，即自認無審判權之法院，應移送於有權限之他種法院，此種移送並有絕對拘束力，受移送法院不得再移送回原法院或另移送其他法院。⁵因此，在上述之立法設計下，⁶關於審判權衝突爭議之解決途徑，並非聯邦憲法法院所審理之範圍。⁷

² 採此見解者，如陳啟垂，訴訟途徑錯誤的處置——民事法院與行政法院之間訴訟案件的移送制度，興大法學，3期（2008年5月），頁5-6。

此說值得比較及參考，惟本文仍沿用國內通常用語，稱之審判權衝突，以利行文及理解。

³ 例如德國專利法院（Patentgericht）之受理訴訟權限衝突，參照 Schäfers/Schwarz, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Auflage 2015-beck-online, PatG §68 Rn.23f..

⁴ 在德國國際訴訟管轄（Internationale Zuständigkeit）、民事訴訟或行政訴訟之積極及消極的受理訴訟權限，參照 Kindler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2015-beck-online, EuInsVO Art.3 Rn.42ff.; Heinrich, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage 2017, ZPO §72 Rn. 26f.; Berstermann, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.07.2017, VwGO §53 Rn.7f..

⁵ 基於憲法上訴訟權所內含之公正程序請求權，此種因公私法二元分立法律體制所衍生出來之問題，不應由人民承擔不利益。在比較法上，德國為求審判專業化，將審判權予以劃分；但在另一方面，為使人民之權利得以有效保護，就各法院間之地位，則採取法院等價或審判權等價性原則，以解決審判權衝突之問題。（參照沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作（上）——專業審判與權利有效救濟問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，45期，2003年4月，頁23-24。）

⁶ 德國於1990年修正法院組織法第17條至第17b條，立法目的在於減少訴訟途徑的爭執，以及因此衍生的訴訟拖延及費用增加，對於訴訟途徑儘早地確定。（參照陳啟垂，同註2文，頁22。）

⁷ 從德國法觀察，儘管將一定的訴訟事件範圍分配予各個訴訟途徑，達到任務分

至於我國，現行民事訴訟法及行政訴訟法之立法設計，於審判權發生消極衝突之情形，法院應以裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。然從本院釋字第 540 號解釋觀之，該號解釋參照釋字第 466 號解釋意旨，認「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其拘束全國機關及人民之效力，並不受影響，各級審判機關自亦有遵循之義務。」由以上本院解釋可見，審判權歸屬或解決紛爭程序之設計，容許立法自由形成，非必經大法官解釋作為解決衝突之途徑。因此，經由大法官解釋作為審判權歸屬或衝突之解決途徑，實非必要且適當之方式。⁸ 由大法官解釋為最後之終局認定，無異延長關於審判權確定之程序。⁹ 亦即，如能透過法律明文規定或實務上個案經驗之累積，即可事前預防可能發生之審判權衝突，由法之補充或解釋，則足以處理解決，特別是基於法院等價及審判權爭議得以迅速解決之考量，實不宜將此審判權衝突之訴訟程序爭議，過度依賴大法官解釋代為決定。且憲法法院（現制為司法院大法官）屬稀少資源，須有效利用。又審判權之分立，係為專業分工審判，在專業審判與權利迅速有效保護之間，如有衝突，在處理上，宜採取同於管轄權欠缺之方式（民事訴訟法第 30 條第 1 項參照），於移送之裁定

配的專業化，但是因法官的獨立性在所有的法院支系同等地受到保障，不論訴訟事件在哪個訴訟途徑中被裁判，由基本法第 19 條第 4 項及法治國原則所保障的權利保護已經具備。（參照陳啟垂，同註 2 文，頁 22。）

⁸ 基於法院等價及儘速確定審判權原則，在消極權限衝突之情形，是否有必要再由大法官會議（憲法法院）為最終認定，仍值商榷。（參照沈冠伶，民事訴訟與行政訴訟之分工與合作（下）——專業審判與權利有效救濟問題間之選擇，台灣本土法學雜誌，46 期，2003 年 5 月，頁 40。）

⁹ 以聲請司法院大法官解釋方式釐清訴訟事件性質，浪費當事人寶貴的時間，對當事人的權益有所損害。未適度權衡輕重地讓司法院大法官成為所有法律問題的最終決定者，而造成司法資源的不當使用與浪費。（參照陳啟垂，同註 2 文，頁 14。）

確定時，即確定審判權，受移送之法院即受其羈束。¹⁰

貳、攻擊防禦方法涉及公法關係所生爭議之意旨為何

關於行政訴訟與民事訴訟之審判，我國現行法律規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。（本院釋字第448號解釋參照）公法與私法之區分，非純屬法之認識論問題，其在實務上應適用之實體法及法律救濟途徑（Rechtsweg）仍有其區別實益。¹¹惟自古迄今，如何區分之理論¹²，難定於一尊。¹³

關於係屬何種性質事件之爭議¹⁴，另亦可能與訴訟標的與攻擊防禦方法具有關聯，但因存在不同學說內涵，而可能導致不同之認定。我國學說及實務見解，有採取傳統（舊）訴訟標的理論者，認訴訟標的，即為原告在實體法上之請求權（給付之訴）或形成權（形成之訴）。¹⁵採新訴訟標的理論者，則認訴訟標的係原告之受領給付地位

¹⁰ 參照沈冠伶，同註5文，頁25-26。

¹¹ 參照 Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch(BGB), München:Beck, 2016, Einl. Rd.2.

¹² 公法與私法如何區別，有不同的區別標準：1. 利益說，2. 從屬說（權力說），3. 舊主體說，4. 新主體說（修正主體說）。（詳參吳庚、盛子龍，行政法之理論與實用，台北：三民書局，2017年9月增訂15版，頁25；李建良，公法與私法的區別（上），月旦法學教室，5期，頁41-43。）另有關德國公法與私法之區分及評論，參照 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18.Aufl., München:Beck, 2011, §3 Rn.7 ff. 在德國法，往昔採從屬說（Subordinationstheorie）（即上下隸屬說；Über-Unterordnungstheorie），並以利益說為輔。現採取新主體或特別法說，作為公法與私法之區分公式，即如至少一方係屬公權力主體，該法律關係屬於公法性質；如非屬公權力主體，其與私人間之關係，將之歸屬於私法。（參照 Palandt/Sprau, a.a.O., Einl. Rd.2.）當然，以上任一說法，終究非盡善盡美，仍不免受到批評。惟基於實務上需要，對於具體個案判斷，可參酌上述相關見解，尋找其適當之區別標準。

¹³ 既然公法與私法之區別標準，亦不一定精準，如要堅持兩者之區別，而不予適度且彈性之判斷餘地，將扭曲法院提供當事人透過訴訟途徑所欲達成紛爭解決之意旨及目的（Sinn und Zweck）。

¹⁴ 一個法律上爭訟事屬於公法上性質或私法上性質之爭訟，在法律未有明定救濟途徑的情形，應如何判斷，不無疑義，就此德國學說判例概認為應依據導出訴訟上請求權之法律關係的法律性質，來加以決定。換言之，公法爭議與私法爭議之區別，應以導出訴訟請求權之「法律關係的真正性質」為準，而不以原告本身所主張之請求權之法律上定性為準。（詳參陳清秀，行政訴訟法，台北：元照出版，2015年9月7版，頁22-23。）

¹⁵ 我國實務上，有法院判決明確表示其不採新訴訟標的理論者，例如最高法院 99

(給付之訴)或形成地位(形成之訴)，而實體法上具體請求權、形成權，僅為攻擊防禦方法，係居於辯論主義之層次。新訴訟標的理論，又陸續發展出各種不同見解，例如一分肢說(或稱一項說、聲明說)、二分肢說(二項說)¹⁶(即以訴訟上請求(Antrag; 訴之聲明)、作為請求事實基礎之訴訟原因(理由)來特定訴訟標的)及相對論等見解。¹⁷傳統與新的訴訟標的理論，各有特色，值得參酌。茲因其並非此所欲探討之重點，容不予深論。惟所謂訴訟標的，可能因其所採理論不同，有將訴訟上請求(訴之聲明)，或將訴之聲明及作為請求事實基礎之訴訟原因(理由)等內容，作為訴訟標的。故此所謂攻擊或

年度台上字第 948 號民事判決，認基於處分權主義及辯論主義，訴訟標的應由當事人自行表明，法院不得代當事人為之(民事訴訟法第 199 條之 1 第 1 項立法理由參照)，此與法院應就其認定之事實依職權適用法律，以判斷其法律效果，不受當事人所表示法律意見之拘束，係屬二事。又我實務上並未採用學說上所謂之新訴訟標的理論(最高法院 42 年台上字第 1352 號、47 年台上字第 101 號、67 年台上字第 3898 號判例參照)，自不得以原告已表明對被告之受給權(請求之法律上之資格或地位)，即謂其已為訴訟標的之特定。另有認為在民事訴訟法修正前，最高法院就訴訟標的理論固採傳統的理論，但訴訟的變更問題上，則曾從寬解釋，認為如事實同一，不妨得將侵權行為賠償損害改為不當得利(最高法院 56 年台上字第 3064 號判例參照)。(參照呂太郎，適時提出主義，台灣本土法學雜誌，19 期(2001 年 2 月)，頁 103。)

¹⁶ 此二分肢訴訟標的概念(Zweigglieðriger Streitgegenstandsbegriff)，在德國民事訴訟法之學說及判決，雖仍受到若干批評，但目前成為通說，民事訴訟之訴訟標的，非屬於民法第 194 條規定適用消滅時效之請求他人作為或不作為之權利(實體法之請求權)。此係由民事訴訟所必要而特定之一種獨立之程序上訴訟標的概念(ein eigenständiger prozessualer Streitgegenstandsbegriff)。此所謂訴訟標的，係由訴訟上請求(Antrag)與以其為基礎之生活事實(Lebenssachverhalt)，以作為等同評價之要素所構成。(參照 Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016-beck-online, Vorbemerkung zu §253 Rn.32. 在德國行政訴訟，訴訟標的理論有如民事訴訟，亦採「二分肢訴訟標的概念」，與從訴訟聲明(Klageantrag)所呈現之法律效果，以及訴訟理由(原因)(Klagegrund)(即該法律效果所發生之事實)之訴訟上請求權相同。(參照 Lindner, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 43. Edition, Stand:01.10.2017, §121 Rn.33.)

¹⁷ 另有所謂相對的訴訟標的理論及訴訟標的相對論(參照邱聯恭，司法之現代化與程序法，頁 213 以下)等見解。有就訴訟標的相對論之架構，以雙方當事人在實體利益與程序利益之衡平，另提出浮動的訴訟標的之概念。(參照黃國昌，新民事訴訟法下之訴訟標的圖像：訴訟標的相對論的再構成(上)---以法官之闡明義務、當事人之程序利益與證明困難之交錯為中心，台灣本土法學雜誌，844 期(2003 年 3 月)，頁 46 以下。)

防禦方法，可能因訴訟標的理論之不同，而異其內涵，或因其是否適時提出，而異其效力。（民事訴訟法第196條第1項參照）故本號解釋使用攻擊防禦方法之用語是否嚴謹，值得再斟酌。

此外，以兩造攻擊防禦方法是否涉及公法關係所生之爭議，雖屬一種判斷案件性質是否為公法關係之方式，惟此所謂攻擊或防禦方法，如解為當事人就系爭案件之本案聲明所提出之聲明、陳述或舉證，即如當事人所提出之主張、否認、抗辯、異議、本案以外之各種程序上聲明、證據聲明等，可見其內涵相當廣泛。至於訴之變更、追加、反訴、中間確認之訴、訴訟參加之聲明等，本質上係新訴之提起或撤回，屬於本案聲明，則非所謂攻擊或防禦方法。¹⁸

就本號解釋之原因案件所涉及法律關係，客觀上觀察，並不複雜，聲請人之起訴書狀，係向普通法院提出，並以民法第767條第1項前段返還所有物請求權及中段妨害除去請求權，作為請求權基礎。如從實務上所採傳統訴訟標的理論而言，顯屬私法關係之爭議，宜認由普通法院審理。至於被告（桃園市政府）於系爭訴訟中可能提出公用地役關係作為攻擊防禦方法，此認為其性質有如民法第765條規定所稱法令限制之範圍。¹⁹亦即，縱使被告以成立公用地役關係作為抗辯，係屬是否構成民法第765條所稱公法或私法上限制之問題。不論公用地役關係或所謂公用地役權，性質上係屬公法或私法上之法律關係或權利，均不宜認為其可能影響審判權歸屬認定，故於本案宜認為其並不生審判權之衝突。綜上，就本號解釋聲請人所提出書狀觀察，其既主張民法第767條第1項兩種請求權，並非主張結果侵害排除請求權

¹⁸ 參照呂太郎，同註15文，頁101。

¹⁹ 民法第765條規定，所有人於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。實務上將公用地役關係，解為所有權之限制者，例如最高法院61年判字第435號判例，既成為公眾通行之道路，其土地之所有權，縱未為移轉登記，而仍為私人所保留，亦不容私人在該道路上起造任何建築物，妨害交通。原告所有土地，在二十餘年前，即已成為農路，供公眾通行，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在，則該農路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖有其所有權，但其所有權之行使，應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之農路，以竹柱、鐵線築為圍籬，阻礙交通，意圖收回路地，自為法所不許。

或公法上不當得利請求權，故從其訴訟標的而論，本質上屬於民事案件，應由普通法院審理。

另外一種可能為，若普通法院採取通說，認為公用地役關係屬公法上爭議，且認為係本原因案件之先決問題（Vorfrage），除非有特殊法院之設計（例如智慧財產法院於審理專利權侵害時得對專利有效性進行有效性判斷），通常認應由行政法院先行判斷先決問題。於此可能需要裁定停止民事訴訟，等待行政法院就先決問題作出有無公用地役關係存在。惟此時仍不影響當事人訴請返還土地及妨害除去係屬民事事件之性質，宜由普通法院審理。

參、公用地役關係之定性問題

我國實務及學說上通說將公用地役關係認為非屬民事物權，而係屬公法上地役關係²⁰，因往昔不承認習慣或習慣法得以創設物權，故不認為公用地役權係屬民法上物權。本號解釋延續通說之見解，將公用地役關係，不認屬民事物權，而係公法之物上關係。此說為最高行政法院（改制前稱行政法院）45年判字第8號判例²¹及本院釋字第

²⁰ 有認為在此情形，得以通行公用地役關係土地之不特定公眾，僅係該公用地役關係而享有公法上之反射利益，尚不得執以對抗土地所有人。（參照謝在全，民法物權論（下），台北：作者發行，103年9月修訂6版，頁22。）

²¹ 最高行政法院45年判字第8號判例，行政主體得依法律規定或以法律行為，對私人之動產或不動產取得管理權或他物權，使該項動產或不動產成為他有公物，以達行政之目的。此際該私人雖仍保有其所有權，但其權利之行使，則應受限制，不得與行政目的相違反。本件土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項道路之土地，即已成為他有公物中之公共用物。原告雖仍有其所有權，但其所有權之行使應受限制，不得違反供公眾通行之目的。原告擅自將已成之道路廢止，改闢為田耕作，被告官署糾正原告此項行為，回復原來道路，此項處分，自非違法。之後，最高行政法院判例再次重申，其見解未變更者，例如最高行政法院59年判字第638號判例「水利法第66條規定由高地自然流至之水，低地所有人，不得妨阻，與民法第775條第1項規定，完全相同。又民法第852條規定地役權以繼續並表見者為限，因時效而取得。故本院於45年所著判字第8號判例釋示土地成為道路供公眾通行，既已歷數十年之久，自應認為已因時效完成而有公用地役關係之存在。此項見解，本院迄未變更。」

255 號解釋²²所採，其後仍受實務上最高法院判決²³、最高行政法院判決²⁴及學說上所肯認，特別是本院釋字第 400 號解釋更確定成立公用地役關係之構成要件²⁵，並為法院判決所引用。²⁶

公用地役關係，係屬於既成道路因年代久遠而由時效所生之關係²⁷，此關係存在於人與物之間，而非物與物間之供需不動產所生之

²² 本院釋字第 255 號解釋理由書最後段併予指明，廢止有公用地役關係之既成巷道，事涉公眾利益，以於都市計畫有關法規作明確之規定為宜。

²³ 採公用地役關係為公法關係之實務見解者，例如最高法院 102 年度台上字第 701 號民事判決，公用地役關係為公法關係，私有土地具有供公眾通行使用之公用地役關係者，土地所有權人之權利行使，固不得違反供公眾通行使用之目的，惟特定之人倘違背公用地役關係，無權占用有上開關係之私有土地，受有不當利得時，土地所有人非不得行使物上請求權，及請求該特定之人返還不當得利。

²⁴ 例如最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決「既成道路之土地，經公眾通行達一定年代，應認已因時效完成而有公用地役關係之存在，其所有權雖仍為私人所有，亦不容其在該公用道路上起造任何建築物，妨害公眾之通行，經本院著有 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例可循。」

²⁵ 本院釋字第 400 號解釋理由書第 3 段「公用地役關係乃私有土地而具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（參照本院釋字第 255 號解釋、行政法院 45 年判字第 8 號及 61 年判字第 435 號判例）。既成道路成立公用地役關係，首須為不特定之公眾通行所必要，而非僅為通行之便利或省時；其次，於公眾通行之初，土地所有權人並無阻止之情事；其三，須經歷之年代久遠而未曾中斷，所謂年代久遠雖不必限定其期間，但仍應以時日長久，一般人無復記憶其確實之起始，僅能知其梗概（例如始於日據時期、八七水災等）為必要。至於依建築法規及民法等之規定，提供土地作為公眾通行之道路，與因時效而形成之既成道路不同，非本件解釋所指之公用地役關係，乃屬當然。」

²⁶ 例如最高行政法院 90 年度判字第 2283 號判決，司法院釋字第 400 號解釋理由中，就既成道路成立公用地役關係之要件定為……（略）。本件系爭土地縱如被告所稱申請建築時，原土地所有權人已同意提供作建築基地使用，配置為集合住宅之私設道路。但系爭土地申請建築執照時間為 68 年 8 月間，使用執照則於 69 年 1 月間核發，自是時起系爭土地作道路通行迄原告 84 年 7 月間於系爭土地上設置路障，不過十餘年，與前述判例及解釋所述要件不符，是否已形成公用地役關係非無疑問。

²⁷ 最高行政法院判決中，於判斷究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係時，有類推適用民法物權編取得時效相關規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。例如最高行政法院 92 年度判字第 1124 號判決，至究須經公眾通行達若干年代，始足取得公用地役關係，司法院釋字第 400 號解釋理由僅謂「應以時日久遠」，而未指明確切年代。於此，即應類推適用民法第 772 條、第 769 條及第 770 條規定，為認定公用地役關係取得時效之年限。

不動產役權（昔稱地役權）。是故所謂既成巷道經一定期間形成之公用地役關係，實際上係存在於行人（人）與道路（物）間之關係，性質上較接近於人役權或人役關係²⁸。人役權（Personalservituten）與地役權（Real-（Prädial-）servituten），同屬於羅馬法上所謂役權（Die Servitut; servitutes）。之後，為法國及德國等之民法所採行。因我國民法立法之初，參考日本立法例，當時有謂東亞國家非如歐陸國具有人役權之習慣，故未明文承認。²⁹ 現行民法物權編第 757 條既已修正，得由習慣創設物權³⁰，雖實際上是否有何種物權可能成為習慣上物權，

²⁸ 有關人役權之論述，參照謝在全，前揭民法物權論（下），頁 15-17，我國仿日本民法之例，認無人役權之習慣所以不予採取，僅設以土地為供、需役之對象而設地役權制度。嗣於 2010 年民法物權編修正時，擴大為不動產役權，固可補地役權適用範圍較為狹隘之問題。惟在法律及實務運作上，不乏人役權色彩之權利出現。例如典權對他人不動產得為廣泛之使用收益，民法第 1204 條規定用益權遺贈，以及森林法第 20 條所定「森林所有人因搬運森林設備、產物等有使用他人土地之必要，或在無妨礙給水及他人生活安全之範圍內，使用、變更或除去他人設置於水流之工作物時，應先與其所有人或土地他項權利人協商；協商不成或無從協商時，應報請主管機關會同地方有關機關調處；調處不成，由主管機關決定之。」，依該森林法規定，森林所有人可能取得使用他人土地或水流供作物之權，此權利與前述權利均具有人役權之性質。又 2010 年之民法修正，以人役權大抵可依使用借貸或租賃等債之關係解決，而未加採行，前揭書認為其不無憾焉。此論點值得下次修正民法物權編時參考。

²⁹ 參照 Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München: Beck, 2014, § 28 Rn.3.) 在人役權方面，內容為用益權、使用權及住居權。德國民法第五章標題稱役權（Dienstbarkeiten），對於物、權利及財產之用役權，係屬一般人役權，即前述羅馬法之第一種用益權。至於前揭使用權及住居權，則以限制人役權（beschränkte persönliche Dienstbarkeiten）稱之。故有認可謂有羅馬法之精神，而無羅馬法之形式也。至東亞各國，無人役權之習慣，學者認人役權足以妨害經濟之發達，故僅有關於地役權之規定。（參照黃右昌，民法銓解，頁 267-268。）惟另持不同見解者，認民間有指定某項田地之收益作為養老之費用（俗稱養老田者）。此外有以房宅為標的物者，權利人至於死亡為止，於不處分房宅之限度內，得為使用收益，以保障其晚年生活，按其性質，有認其實係一種人役權。民法不予採用，未始非一缺憾。（參照張企泰，民法物權論，大東書局，頁 113。）另有類似說法，認不動產物權化，雖有助於利用人，然此尚為不足。於此，用益權及限制的人的役權之制度，似不無利用之價值。參照史尚寬，物權法論，台北：作者發行，民國 64 年 7 月臺北 4 版，頁 200-203，其認羅馬法有關人役權，除前述三種外，另有第四種為奴隸及動物使役權，請留意之。

³⁰ 有關習慣法形成之物權，參照謝在全，民法物權論（上），台北：作者發行，103 年 9 月修訂 6 版，頁 34-41。

我國學說及實務上不無質疑存在。惟既然法律明定習慣（有稱習慣法）得以創設物權，本號解釋涉及之人役關係（人役權），可能是其適例。

另有關地役關係，舊民法稱地役權，修正民法已改稱為不動產役權，故嚴格言之，公用地役權應改稱「公用不動產役權」或公用役權。³¹再者，從物權本質而論，不動產役權係供役不動產（供役地）與需役不動產（需役地）之不動產（土地）間所生之關係。如前所述，我國民法並不認為人役權屬法律所明定之物權種類，現如以人役權稱之，故有違反物權法定原則之疑慮。但如從物權之概念及分類，就既成巷道而形成之人役關係，具有一定期間之社會慣行存在，並如能形成法之確信，且不違反公共秩序或善良風俗（民法第1條及第2條參照），則可能使人役權符合習慣創設物權之要件，亦即將之認為一種習慣物權，並藉以人役關係，重新正名與界定公用地役之意義及內容。當然，本號解釋延續通說，將公用地役關係認屬公法關係，固無可厚非。惟從上述可知，縱使強調其作為公眾行走之道路而具有公用性，但如繼續肯認該法律關係，在我國實務或法規上宜就公用地役權或公用地役關係重新定性。至於此應使用何種法律用語，固屬立法形成之自由或立法裁量範疇。惟未來是否將其稱為公用不動產役權或關係，甚至改稱為公用人役權或類似用語，尚待更多討論，以期形成共識。

肆、從法院等價及公法與私法互補功能觀點展望未來

以本號解釋之原因案件而言，所涉及之爭議，係民法第767條第1項中段除去妨害請求權及前段所有物返還請求權，其性質原本就是

³¹ 在公用地役關係之成立要件之探討時，有認為其不以有需役不動產為前提，性質與民法之不動產役權完全不同。於審酌其成立要件時，應嚴加適用。參照謝在全，前揭民法物權論（下），頁21-23註5及註6。以上見解，值得留意。另有認我國法並不承認人役權之概念及其物權上地位，故性質上較難將公用地役關係，與民法上現有物權類型相比較，此說固有所立論，值得比較參考。惟此亦認為有關公用地役關係或物權之定性，的確仍需要時間討論，使學界及實務界逐漸形成共識。此外，在我國民法物權編修正時，既已承認習慣可創設物權而跨出劃時代一步之際，或許正是我們再思考此一民法制定之初，雖認無此人役權之習慣，但時至今日，宜重新找尋其在物權體系上定位之契機。

私法關係（所有權關係）所生之物上請求權，顯屬民法之請求權，實不待本院解釋予以定性。惟其中可能涉及前述公用地役關係（或公用人役關係）之爭議，由於國內通說認屬公法性質，應由行政法院審理，遂引發法院受理權限之爭議。惟如前所述，於個案可能隨所採不同訴訟標的理論及公法與私法區別標準，而異其定義及內容，導致不同的認定結果。特別是公法與私法區分，現仍難有放諸四海皆準之區分標準。本號解釋認本件聲請應由普通法院審判，固可就本號解釋原因案件之個案救濟上審判權衝突，提供最直接之解決途徑，值得肯認。惟因本院解釋性質上具有抽象規範之一般性效力，於本案中，因聲請人亦主張其訴之請求應由普通法院審理，所以本號解釋之結果，符合聲請人之本意，較無爭執。反之，設若聲請人訴請政府機關剷除土地上鋪設之柏油並返還土地，同時主張其他公法上請求（例如公法上侵害結果除去請求權或不當得利返還請求權等），且堅持系爭事件係屬公法上之爭議³²，此時之審判權歸屬，是否應改由行政法院審理。於此情形，如不考慮當事人主張之民法第 767 條第 1 項前段及中段之請求權，性質上係民事實體法上請求權，而僅因訴訟主體涉及公權力主體，即認其係公法爭議，進而認定行政法院具有受理訴訟權限，如此則不無商榷之餘地。

另從當事人提起訴訟之目的而言，在於期待法院為其解決法律紛

³² 於此有關公法上請求權，可能涉及對造所提出公用地役關係之抗辯或反訴，或原告提出侵害結果除去請求權或公法上不當得利請求權之備位聲明。又實體法上公法侵害結果除去請求權（die öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch），係由法院判決及學說對直接可歸責國家之不法侵害之賠償責任，而發展出之公法上請求權，解為公法上爭議，由行政法院審理。為簡化其主張程序，結果除去請求權得予撤銷訴訟一併提起，並法院得就兩者同時作出判決。（參照德國聯邦行政法院法第 40 條第 1 項規定）（參照 Papier/Shirvani, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2017, BGB § 839 Rn.80-87.）有將之類推適用德國民法第 1004 條（妨害除去及不作為請求權）（其中部分規定類似我國民法第 767 條第 1 項中段妨害除去請求權）及第 812 條第 1 項（不當得利之返還請求權）規定。（參照 Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 33. EL Juni 2017, VwGO § 113 Rn91.）另公法上不當得利請求權，有稱之公法返還請求權，可參照我國行政程序法第 127 條。

爭，並受到法院公平審判與獲得及時有效救濟。若於法院進行訴訟審理之初，就因系爭案件之性質，究竟係公法或私法之爭議，影響當事人選擇其提起訴訟救濟途徑（Rechtsweg）或接近使用法院之機會，實不符法治國保障人民之訴訟程序基本權之意旨。另從法院之定紛止爭功能而言，各種不同法院審判權並無優劣之別，應予以等同評價（所謂法院等價）。

又從現行民事訴訟法及行政訴訟法之規定，將審判權衝突之最後解決途徑，偏向聲請大法官解釋。惟此一解決途徑，宜認為其係不得已之非常手段，畢竟非屬常態。換言之，或可事先由法院間協商，或先行受理之法院，闡明當事人之訴訟上請求（訴訟標的）之意旨，並宜尊重當事人之意思，判斷其是否繼續負擔審理之責。如須移送，經移送後，受移送之法院，基於法院之等價及相互尊重，並為保障訴訟當事人之程序利益，實不宜再以其無受理訴訟權限，而拒絕受理。因此，展望未來，先行受理法院或受移送法院，宜積極發揮其審判功能，先就系爭事件之性質，分別從公法或私法作為出發點，如公法有所不足，由私法補充之；反之，亦然。公法與私法兩者之間，宜發揮互補功能，不使之造成對立之障礙。如屬於請求權之競合時，除有先決問題須由其他法院先作出先決問題之判斷外，若多項請求權間屬相容併存或競合者，宜由先行受理法院，認其有受理權限，使之負全部案件審理之責，並可避免法院裁判產生歧異。是故，處理所謂審判權之衝突，客觀上宜從法院等價及公法與私法互補功能之觀點出發，不宜執著於公法與私法區別及法院審判權歸屬爭議，而浪費司法資源。況且，本號解釋之原因案件，特別涉及民事請求權，因民事訴訟係採處分權主義，當事人在訴訟進行中扮演重要角色，如忽視當事人主觀上所提出訴訟標的之主張或陳述，難免有違民事訴訟本質及原則之疑慮。因此，在法院決定其有無受理訴訟之權限時，如亦能充分探求當事人提起訴訟之真意，則較符合憲法保障訴訟當事人程序基本權之意旨。

不同意見書

許宗力大法官 提出

本件解釋原因案件之原告以桃園市政府未經其同意，逕於其所有土地鋪設柏油，供公眾通行，侵害其土地所有權，根據民法第 767 條前段與中段，向桃園地方法院提起民事訴訟，請求被告桃園市政府剷除柏油，返還土地。桃園地院認原告之請求實質上涉及公用地役關係存否之爭議，屬公法事件，乃以裁定移送台北高等行政法院。台北高等行政法院認本件涉及公法上結果除去請求權，乃向原告闡明可變更訴之聲明，改依行政訴訟法上一般給付訴訟請求返還土地，惟原告仍堅持其請求權基礎為民法第 767 條。台北高等行政法院認原告既不變更訴之聲明，其就欠缺審判權，但又無法將案件移回桃園地院，乃依行政訴訟法第 178 條向本院就審判權究應由普通法院或行政法院行使，聲請統一解釋。

本件解釋多數意見認：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」其背後理據乃本件原因事實涉及民法第 767 條之物上請求權以及行政法上之結果除去請求權兩者之競合，該競合之二請求權一為私法關係，一為公法關係，民事普通法院與行政法院分別具有審判權，而權利人有權選擇行使那一請求權，並依其選擇行使之請求權之法律性質向普通或行政法院提起訴訟，受訴法院必須尊重，不得因攻擊防禦方法涉及非屬其審判權所及之法律關係爭議，而拒絕審理。

多數意見所持見解有「先到先磨」，讓審判權問題儘速確定，以及展現司法二元體制下法院依然等價之理念，無論從訴訟權之保障所強調之權利的迅速、及時救濟，或是提升程序之效率、避免訴訟資源浪費等觀點觀之，均值得肯定，其實本席應無再多言之必要。惟為促進行政法學的進一步發展，本席願意嘗試從另一觀點，為多數意見與通說（如果多數意見是通說的話）提供一點點學術上之刺激。本席的主張是，本件原因事實其實並未涉及請求權之競合，而是單一的公法上結果除去請求權，因此普通法院將原因案件移送行政法院，應非無

據，受移送之行政法院則應直接受理審判，不受原告堅持請求權基礎為民法第 767 條之影響，也毋須向本院請求統一解釋。所持理由如下：

壹、訴訟途徑的問題，應依訴訟標的判定

按訴訟標的是訴訟上之請求，必須經由訴訟理由，進一步予以確認。法律爭議是何種法律性質，除了應依其訴訟上請求是否有理由之實體法上法規（請求權基礎）之法律性質判定，也應一併根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷。特別在對抗國家高權行為的撤銷訴訟或其他防禦訴訟場合，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，以致於在訴訟目的要求被告機關為一公法性質之高權行為（亦包括事實的高權行為）時，縱令其請求權基礎本身觀之是具私法性質，其訴訟上請求顯示出者，依然是公法性質¹。據此，一般給付訴訟，其訴訟對象係涉及應歸屬於公法性質之行政事實行為者，應循行政訴訟途徑提起救濟²。例如當人民之財產權、名譽權或隱私權遭國家之高權行為侵害而提起防禦請求權的訴訟，請求國家停止或除去侵害，雖然該憲法所保障的法益也是民法所承認，其請求權基礎可能是民法規範，具私法性質，但既然所欲對抗的國家高權行為具公法性質，請求國家不作為（停止）或作為（除去侵害）本身也是具公法性質之高權行為，整個訴訟標的還是應判斷為公法性質³，也就是以侵害源的法律性質判斷訴訟標的的法律性質，較符合司法二元制的本意，否則由民事法院判命行政機關做成一定的高權行為，不管是行政處分或行政事實行為，終究與司法二元所要求專業導向與功能最適原則格格不入。以上是本席思考上的基本理路。

貳、存有公用地役關係之土地係他有公物

¹ Eyermann/Geiger, VwGO §40 Rn 31,32. 陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，第 40 條，邊碼 31,32。

² Eyermann/Geiger, §40 Rn 80.

³ Eyermann/Geiger, §40 Rn 80

公用地役關係乃私有土地但具有公共用物性質之法律關係，與民法上地役權之概念有間，久為我國法制所承認（本院釋字第 400 號解釋參照）。該道路（私有土地）長期供公眾通行，因時效完成而存在公用地役關係，成為他有公物⁴。

行政主體亦因公用地役關係之存在而取得該道路之管理權，而本於此管理權，得為該道路鋪設柏油及整建，俾免於因管理有所欠缺，造成人民之損害，需負國家賠償責任⁵。上開鋪設柏油及整建等行為，屬事實行為，且因出於高權行使，屬性上屬公法性質之行政事實行為。

參、對行政事實行為之權利保護，可主張結果除去請求權

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。憲法保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為⁶。

公行政有應為之行政事實行為而不為，或不應為而為之，或所為之行政事實行為有其他違法情事，致侵害人民之財產權時，人民對該事實行為有「作為」或「防禦」（排除或不作為）之請求權。人民請求「作為」或「防禦」之行政事實行為，為公法性質者，在法理上成立應由行政法院審理之「作為請求權」或「防禦請求權」（Abwehranspruch）。其正確的訴訟種類，在請求行政機關為事實行為時，為一般給付訴訟；對違法行政事實行為的排除，人民具有可由憲法基本權利、民法第 767 條及第 962 條導出之「結果除去請求權」（Folgebeseitigungsanspruch），此一請求權之訴訟途徑亦為一般給付訴訟⁷。申言之，國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之「公法上原因」，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提

⁴ 參見陳敏，行政法總論，9 版，105 年 9 月，頁 1049。

⁵ 參見廖義男，國家賠償法，增訂版，82 年 7 月，頁 72。

⁶ 最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議參照。

⁷ 參見陳敏，前揭（註 4）書，頁 633 及 1265。實務見解可參見最高行政法院 106 年度判字第 458 號、97 年度判字第 374 號及 95 年度判字第 1136 號等判決。

起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為⁸。

本件解釋系爭道路柏油之鋪設，影響聲請人其所在土地所有權之圓滿狀態，屬侵害土地所有權人之所有權，土地所有權人認其違法者，得向行政法院提起一般給付訴訟，請求排除侵害行為即除去該柏油而回復未鋪設之狀態。

肆、人民提起一般給付訴訟，請求行政機關排除違法之行政事實行為，行政法院不因人民主張其請求權基礎為民法第 767 條而無審判權限

民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」民法第 767 條第 1 項規定：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」請求權之主體為物之所有人，請求權之相對人，則為任何對所有權為妨害之人⁹，包括私人，亦包括行政主體。

物之所有人，向其他私人主張民法第 767 條物上請求權，因所排除之事實行為應非屬國家高權之行使，屬私法上之爭議，故民事法院享有審判權限無疑。物之所有人，向行政主體主張民法第 767 條物上請求權，則應視其所擬排除之事實行為是否屬公法性質而定，如所擬排除之事實行為屬國庫行為（例如行政機關租用民宅租約到期不還），因非係國家高權之行使，此私法上之爭議，固仍應由民事法院審理；惟如所擬排除之事實行為出於國家高權行使之行政事實行為，例如行政主體基於公物之管理權而鋪設柏油，屬公法上之爭議，則應由行政法院審理之，與物之所有人單純主張結果除去請求權，或併為主張結果除去請求權之情形，並無二致。即使當事人還是主張其請求權基礎為民法第 767 條，如前述，其訴訟標的除了做為人民直接請求權基礎之法律關係外，還包括其所欲對抗之高權行為之授權依據的法律關係，雖然兩者要做整體之評價，但往往後者的份量遠高於前者，亦即作為

⁸ 實務見解亦持相同意見，參見最高行政法院前揭（註 6）決議。

⁹ 王澤鑑，民法物權第一冊，3 版，1993 年 3 月，頁 150。

侵害源之鋪設柏油此一行政事實行為的公法性質的比重，遠高於作為直接請求權基礎之民法第 767 條，所以結論是訴訟標的依然應定性為公法性質，而由行政法院審理。

伍、現行行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可向行政法院提起一般給付訴訟

往昔行政訴訟之類型僅有撤銷訴訟一種，人民如欲提起給付訴訟排除行政事實行為對所有權之侵害，僅得向民事法院請求，從而亦僅得主張民法第 767 條。我國於 89 年 7 月 1 日行政訴訟法修正施行後，行政訴訟之訴訟類型齊備，人民可逕向行政法院提起一般給付訴訟，排除行政事實行為對所有權之侵害。本件原因案件，人民起訴聲明請求被告機關應將其私有土地上之柏油刨除並返還土地，依前開之說明，其屬公用地役關係存否之公法上之爭議，此際，人民基於憲法財產權保障之防禦功能即得請求法院判決命除去此侵害，不應因人民僅引民法第 767 條為據，反將事件拒絕於行政法院大門之外。

不同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及地方政府行使公權力侵害人民土地權利之爭議，其審判權究應由普通法院或行政法院行使之統一解釋。

原因案件之原告（下稱原告）於普通法院民事庭依民法第 767 條「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之」之規定，提起民事訴訟。普通法院認原告係依據本院釋字第 400 號解釋，主張其土地之使用，不符公用地役權之要件，故原告實質上有確認公用地役關係不存在之請求，屬公法關係所生之爭議，應提起行政爭訟以為救濟；故以裁定將原因案件移送臺北高等行政法院。臺北高等行政法院受移送後，開始審理時，向原告闡明依行政法上一般給付訴訟請求返還土地，惟原告仍堅持其請求權基礎為民法第 767 條第 1 項。臺北高等行政法院因無法將該案移回普通法院，乃依行政訴訟法第 178 條向本院聲請解釋。

多數意見認：「土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，

性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」固非無據，且有其實際上可行性；然本席認為，應有就本案所涉及的普通法院與行政法院管轄權劃分，提出不同思考面向之餘地。爰提出本不同意見書，說明如次：

- 一、本席曾於本院釋字第 695 號解釋提出協同意見書，說明：
「我國審判體系，除法律另有特殊設計（如智慧財產法院）外，基本上仍維持二元訴訟制度。其審判權之區分，除法律有特別規定之情形（如選舉事件、國家賠償事件及交通事件之訴訟由普通法院管轄）外，原則上係依『爭議之性質』為公法關係或私法關係所生，決定由行政法院或普通法院審判……。由於政府與人民往來型態以及法律規定內容愈趨複雜與多樣，愈來愈多的爭議究屬因公法或私法關係而生，甚難判斷決定。此為二元訴訟制度下必然發生的問題。」以及
「由於某一爭議究屬因公法或私法關係而生，性質上有時甚難判斷，故在決定某類爭議的救濟管道時，自亦應同時將人民所可能獲得實質保障的因素納入考量，始符合憲法第 16 條賦予人民訴訟權的意旨，以使人民真正獲得程序上救濟的機會。」
- 二、本件於審查過程中，本席之部分同僚所提出之少數意見，認為所有權人起訴的主要意旨係在排除國家行使公權力之事實行為，屬於公法上之爭議，應由行政法院審理。本席認為此項見解較有說服力。
- 三、首先，在認定公法爭議或私法爭議時，有關應以當事人所主張之法律依據為準，抑或以事件之本質為準之問題，多數意見顯然係認為應以當事人主張者為準。故其認為，本件原告既然係依民法第 767 條第 1 項提起訴訟，自屬私法關係，而應由普通法院審判。惟本席認為，當事人之主張，固應為決定某一爭議之公法或私法屬性之參考因素，然決定審判權之

劃分時，仍應就爭議或事件之本質，作為最核心之判斷基礎。否則將使我國法制下二元訴訟制度的設計，甚難預測且不確定；甚至造成諸多完全相同類型之爭議，有些由普通法院審判，有些則由行政法院審判的歧異結果。

四、本件情形，如探究事件之本質，其爭議實應屬公法性質，並較合適由行政法院審判，理由有四：

（一）本件人民所挑戰之對象為地方機關之公權力行使：

原因案件之爭議係源自地方政府「行使公權力」（在私人土地上鋪設柏油路面供公眾通行），並造成土地所有人受損害的結果。

（二）本件關鍵及核心爭點為公權力之行使有無正當性：

蓋法院所須探究的「最核心問題」在於，究竟地方政府行使公權力是否於法有據；亦即，地方政府以鋪設柏油路面之方式所行使之公權力，是否係基於公用地役關係（即本院釋字第400號解釋所稱「私有土地而具有公共用物性質之法律關係」），而有其正當性。此種問題，並非「單純」為「民事請求」之「先決問題」而已。

（三）本件最終之救濟內容為除去公權力侵害：

蓋土地所有權人所期待獲得的救濟，本質上係要求行使公權力之地方政府，除去其公權力之侵害（即除去所鋪設之柏油路面，返還土地）。故其所請求之救濟，在本質上亦屬公法爭議。

（四）處理私法關係之普通法院較不合適擔負命行政機關除去公權力侵害之職責：

確認公權力之侵害是否合法、要求行使公權力之機關除去公權力侵害之結果等，本質上既屬於公法事件，除法律有特別規定外，自較合適由行政法院做成決定，而較不合適由決定私法關係之普通法院審判。此應為劃分二元訴訟制度之原意。

五、行政法院就本件是否「可能」作成實體之「原告勝訴判決」之問題：

- (一) 持多數意見之同僚所考量者或為：本件經臺北高等行政法院法官行使闡明權之後，原告仍然堅持依民法第 767 條之規定提出請求，其自然必須移由普通法院審判；否則其僅有將此「民事請求」駁回一途，反而不利於原告。
- (二) 就此，本席認為：本件之本質既為公法爭議，原告請求之本旨在於除去柏油之鋪設並返還，故雖其堅持引用民法第 767 條之規定，然由公法之角度觀之，其請求，實「相當於」行使公法上排除侵害或結果除去請求權。法官在闡明後，仍非不得依其情況，認定原告之請求，「即係」或「兼含」此種公法上請求權之意旨，並據以作成有無理由之裁判。如行政法院認為系爭土地並不存在公用地役權，自可在實體上，判決原告勝訴。

六、由當事人最終獲得救濟之機會而言：

- (一) 持多數意見之同僚所考量之另一因素或為：行政法院「可能」在見解上較為保守，較易傾向維護行政機關之作為；且行政法院原則上係採三級二審制，相較於普通法院原則上採三級三審制，後者對人民保障較高；又民法第 767 條並無土地所有權人必須「無重大過失」之要件，然針對公法上的排除侵害或結果除去請求權，有論者認為，請求權人必須「無重大過失」。故相較之下，多數意見認為，由普通法院審判，對人民權益的保障較為有利。
- (二) 然本席認為，人民對行政法院傾向維護行政機關之印象，實應儘速打破（此部分自然亦須行政法院法官共同努力）。特別是針對本件原因案件的爭議類型，本席並無任何跡象或基礎足以認為，由行政法院審判，會對原告較為不利。且三級二審與三級三審，係制度的設計，何者對人民的保障較高，實難一概而論；無法逕以行政

訴訟採三級二審之設計，即認其對原告較為不利。

- (三) 有關公法上的排除侵害或結果除去請求權是否應限於原告「無重大過失」，始能行使之問題，本席認為，並無任何法律或學理基礎，足認此種公法上請求權之行使，應符合原告「無重大過失」之要件。此項請求權在我國現行法下，雖無法律明文規定作為其直接之基礎，但其係基於民法第 767 條相同之法理而來；公法上此項權利之法理基礎既然由民法第 767 條而來，其要件自不應有所差異。本席實無任何理由相信，行政法院對於人民就其土地行使其排除侵害或結果除去請求權，對照人民行使民法第 767 條之權利，會對其較為不利。

不同意見書

黃虹霞大法官 提出

為什麼要為實質理由只有十多行的超迷你解釋，大費周章撰寫不同意見書呢？是固執己見，是想不開嗎？再吸一口氣，思考一下，不是如此。就本件言：認為應不受理，不是本席之獨見。為什麼應該不受理，其理由無法在解釋文及理由書中呈現。如果此中隱含大法官統一解釋之應有內涵（要件）之爭，並與立法當否有關，也可以提供日後類似聲請案是否應受理之反思機會，是不是就值得相對大篇幅發表不同意見書呢？！請容本席敘說如下：

壹、本件不是如本院釋字第 448 號、第 540 號及第 695 號解釋等解釋般，係關於事件「實質」（以本院釋字第 540 號解釋為例：係關於國民住宅條例第 21 條第 1 項第 7 款規定事件）究應屬私權或公法爭議之經由個案以解決通案爭執之事例。本件係在相關兩法院（臺灣桃園地方法院及臺北高等行政法院）均認同通案原則（以當事人原告起訴請求權基礎為判斷基準：原告本於私權請求者，受理訴訟權限在普通法院；原告本於公法請求權起訴者，受理訴訟權限在行政法院）¹ 下，相關兩法院對於當事人原告起訴請求權

¹ 請見臺北高等行政法院第六庭釋憲聲請書及臺灣桃園地方法院移送裁定（該院

之「程序」定性（依當事人原告之主張，其所本之請求權究應屬私權請求權或公法請求權）個案認定上產生與適用同一法令無關之歧見，故無關通案爭執，而只是偶發之個案見解歧異而已。因此，本院雖曾受理釋字第 448 號解釋等件，並作成解釋，但不等於本件亦應受理及作成解釋，首應辨明。惟多數意見未予區別。

貳、由大法官統一解釋要件觀察

- 一、大法官統一解釋權源自憲法第 78 條：「司法院……並有統一解釋法律及命令之權。」及第 79 條並憲法增修條文第 5 條。即大法官統一解釋之客體為「法律及命令」。
- 二、本件個案（臺北高等行政法院 105 年度訴字第 696 號，被移送前原為臺灣桃園地方法院 104 年度桃簡字第 860 號）兩相關法院之歧見僅在於：依本件原因案件原告（下稱原告）之主張（依民法第 767 條第 1 項請求並提及本院釋字第 400 號解釋），原告所本之請求權究應屬私權請求權（臺北高等行政法院認定）或公法請求權（臺灣桃園地方法院認定）而已，就此而言：兩法院間充其量為認事孰為妥當之爭執，兩法院間並未適用同一法律或命令，何由大法官統一解釋？

參、由受理訴訟權限之管轄法院之各相關規定分析，暨由本件有無由大法官作成統一解釋之必要性觀察

- 一、本件聲請人臺北高等行政法院第六庭係本於行政訴訟法第 178 條規定聲請解釋。惟：
 - 1、該條所稱行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異，係指就同一事件，普通法院與行政法院發生消極之權限衝突而言。²
 - 2、聲請人與臺灣桃園地方法院（下稱桃園地院）間就原告起訴如以民法第 767 條第 1 項為請求權基礎，審判權限應歸

104 年度桃簡字第 860 號民事裁定）。另本院曾函詢最高法院及最高行政法院，二法院均肯定此為實務通說，只是最高行政法院另認可由事件核心爭點決定受理訴訟權限之管轄法院，但本件解釋未採之。

² 立法院公報第 87 卷第 36 期，院會紀錄，頁 307 參照。

屬普通法院乙節，並無爭議；就原告起訴如以公法上結果除去請求權為請求權基礎，審判權限應歸屬行政法院，亦無爭議，難謂聲請人與桃園地院間就同一事件，發生消極之權限衝突。

- 3、尤其統一解釋之客體為「法律或命令」係憲法之明文規定，為法律位階之行政訴訟法第 178 條規定所稱聲請司法院大法官解釋，應不能超越憲法，另為大法官創設統一解釋之客體。從而是否得依行政訴訟法第 178 條規定聲請統一解釋，仍應以是否存有屬各自職權行使上適用同一法律或命令之見解歧異為斷。本件如前 1 及 2 部分所述，並無因職權適用同一法律或命令之法律見解歧異情形，而係非屬受訴法院職權認定事項、非關法律見解之爭議，自與統一解釋聲請要件不合，故不能因有行政訴訟法第 178 條規定即須予受理。

二、行政訴訟法第 12 條之 2 規定

- 1、本條不在聲請人主張範圍。
- 2、相關之第 3 項規定文義所指，得據此規定並以無受理訴訟權限為由，聲請司法院大法官解釋者，明顯係指行政法院以外之其他受移送法院而言，不包括行政法院，故本條規定與本件爭議無涉。
- 3、更何況如前一、2 及一、3 所示統一解釋應以不同機關依職權適用同一法律或命令結果，所生法律見解歧異為限之意旨，本件與此要件根本不合，應不受理。

三、民事訴訟法第 182 條之 1 規定

- 1、本條規定意旨與行政訴訟法第 12 條之 2 規定相似，只是得因受理訴訟權限有無見解歧異而聲請司法院大法官解釋之主體為普通法院而已。
- 2、本條不在聲請人主張範圍，依本條文義，得聲請者為普通法院，不包括為行政法院之聲請人，故本條規定與本件爭

議無涉。

3、同前二、3 所述。

四、本件爭議之解決，非有由本院統一解釋之必要

- 1、本件爭議係因桃園地院認其無受理訴訟權限，而依民事訴訟法第 31 條之 2 規定，將原因案件裁定移送臺北高等行政法院而起。
- 2、查原告自起訴伊始，即委任律師代理訴訟，並主張其係本於民法第 767 條規定請求，故向為普通法院之桃園地院起訴，即其就有受理訴訟權限者為桃園地院乙節，知之甚詳。而且依民事訴訟法第 31 條之 2 第 5 項規定，桃園地院認該院無受理訴訟權限而欲為移送裁定前，應先徵詢當事人之意見，故原告依法已有機會在移送裁定前，明確陳述關於：因其係依民法第 767 條規定請求，不是本於公法請求權起訴，故受理訴訟權限應在於普通法院，而非行政法院之旨主張；而且就該移送臺北高等行政法院之裁定，當事人若有不服，得為抗告（該裁定末亦已依例載明得抗告等意旨），但原告卻未以抗告聲明不服，致令該移送裁定確定。

一方面若原告於普通法院審理期間未明確主張，則原告有可歸責；退而由另一方面言之，原告應對移送裁定抗告而未抗告，亦可歸責。此外，該移送裁定既因原告未抗告而確定，致臺北高等行政法院應受該移送裁定之羈束，不得更移送他法院（民事訴訟法第 31 條之 2 第 6 項規定準用第 30 條規定參照），³ 則至少也應認為原告認同該移送裁定所為其係本於公法請求權起訴之旨，因而有義務根據公法請求權，補正其在臺北高等行政法院訴訟之訴之聲明等，並於其補正後，由臺北高等行政法

³ 民事訴訟法第 31 條之 2 第 6 項規定實際上僅提及準用第 29 條及第 31 條規定，未提及準用第 30 條規定，但法理上應無不準用該條之理，此疑係立法疏漏。

院依法裁判。如原告違反禁反言原則，拒不補正，則臺北高等行政法院得依行政訴訟法第107條第1項第1款訴訟事件不屬行政訴訟審判之權限，且原告經命補正而不補正為由，敘明原告係本於私權請求，而以裁定程序駁回原告之起訴。又因為行政法院並未為實體終局裁判，故無礙原告另向普通法院起訴之權利。綜上，本件並非除由大法官統一解釋外，別無其他解決原因案件實體爭議之方法，自更無破例，勉為統一解釋之理。

3、另民事訴訟法在抗告救濟程序之外，對違背法令之確定裁定另設有再審救濟程序（民事訴訟法第507條規定參照），原告非無其他救濟途徑。

肆、本件受理統一解釋聲請，對個案之迅速解決無益，且徒然破壞統一解釋係為解決通案爭議之原則，故亦應不受理

一、大法官採全員集體審議制，除了每年數百件不受理案需要審查及程序決議外，剩餘時間能實質審議並作成解釋之案件數，本即有限，實值珍惜；且因對每件解釋均極慎重其事，故從列入受理至作出解釋，依先來後到順序處理，正常狀況約需排隊候審一至二年。就本件原因案件言，自最初起訴至今已兩年餘，等待本院解釋，以確定原告之請求權基礎性質（究屬私權或公法請求權），之後再由有受理訴訟權限之法院進行實體審理，如此這般，對個案之迅速解決，顯然無益。因此，縱不論與統一解釋要件不合，上述由法院聲請司法院大法官解釋之立法規定（即行政訴訟法第178條）之合宜性，仍誠值商榷。

二、由憲法規定統一解釋之客體為法律或命令，即知統一解釋係為解決通案爭議而設，而且係為解決機關間之法律見解歧異，故統一解釋，不可更不應被用於兩個法院間，非關職權適用同一法令所生法律見解歧異之其他爭議。否則，除與憲法規定牴觸，徒然破壞統一解釋係為解決通案爭議之原則

外，更坐實已有之對上述由法院聲請司法院大法官解釋之規定，係以大砲打小鳥之譏！其為不當至明。

三、大法官之設，非在解決「大是大非」耶？怎忍任令大法官處理兩法院間偶然且原不應發生而發生之個案認定小歧異？但願大法官放眼更高境界，俾集中心力處理亟待解決，並更具福國利民意義之通案案件。

伍、關於最高行政法院所提，以核心爭點決定受理訴訟權限之管轄法院究應為普通法院或行政法院之見解，確有相當學理見地，此種說法並與許宗力大法官於其不同意見書所主張之「法律爭議是何種法律性質，須依其訴訟上請求是否有理由之實體上法規（請求權基礎）之法律性質而定，並應根據所有於請求權基礎範圍內應考慮到的法規範，作整體評價而判斷」之看法正相呼應。此一見解若用於其他不同審判體系間受理訴訟權限之消極爭議，則應屬的論，可予支持。惟針對如本件之公用地役關係存否相關爭訟，因係常有的尋常成熟訴訟類型，可說是法官（不論普通法院或行政法院）之基本功，由其等處理該等爭議應均非屬困難；實務通說亦認為原告可選擇向普通法院或行政法院起訴，端視其主張之請求權基礎為私法或公法而定，即此類訴訟應非兩法院審判系統間之消極爭議。其次，審判區分普通或行政法院二元，非關邏輯，僅係權宜，即沒有哪一個審判系統本質上可或不可審判特定訴訟之問題，而對於受理法院之決定予人民主張權利之方便應亦列入考量。再者，對本件已成熟之訴訟類型如強加以學理，認只有公法請求權得予主張，可能反而造成困擾。又特別是所稱公法上結果除去請求權無法律明文依據，而學說及實務發展是否已臻完備、其構成要件與民法第 767 條之構成要件是否完全相同，似非全然無疑。基此，本席尚難贊成就公用地役關係相關爭訟，以核心爭點決定訴訟權限之管轄法院，併此敘明。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

司法院釋字第759號解釋

【（前）省營事業機構人員撫卹金爭議審判權歸屬案】

中華民國 106 年 12 月 29 日

院台大二字第 1060034641 號

解 釋 文

（前）臺灣省自來水股份有限公司依（前）「臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法」遴用之人員，依據「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」請求發給撫卹金發生爭議，其訴訟應由普通法院審判之。

解釋理由書

原因事件（臺灣嘉義地方法院 99 年度勞訴字第 29 號民事裁定，下稱確定裁定）原告（顏雅雲、顏珮娜、顏玉滿、顏伯奇、顏廷育）之父（顏益財）原任嘉義縣東石鄉鄉長，於中華民國 79 年 3 月 1 日任滿退職，依「臺灣省縣市長鄉鎮長縣轄市長退職酬勞金給予辦法」獲核發退職酬勞金在案。嗣再依臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法（79 年 11 月 15 日修正發布，106 年 3 月 2 日廢止，下稱省營事業機構人員遴用辦法）經遴用為臺灣省自來水股份有限公司（後改制為台灣自來水股份有限公司，下稱省自來水公司）第五區管理處工程師兼主任，於 94 年 9 月 30 日病逝於任內。原告於 99 年 9 月 28 日向臺灣嘉義地方法院（下稱嘉義地院）起訴，請求省自來水公司依「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」（80 年 12 月 17 日訂定發布，下稱省營事業機構人員退撫辦法）發給撫卹金及其利息。

嘉義地院審理認為，顏益財為臺灣省政府所屬省營事業之人員，屬勞動基準法第 84 條所稱「公務員兼具勞工身分者」，應適用公務員法令之規定辦理撫卹。原告依省營事業機構人員退撫辦法第 6 條及第 12 條規定，向被告請求發給撫卹金，乃公法上財產請求權之行使，如有爭議應循行政爭訟程序尋求救濟，普通法院無權審判，爰依民事訴

訟法第 31 條之 2 第 2 項之規定，以確定裁定移送高雄高等行政法院審理，因當事人均未提出抗告而告確定。

嗣高雄高等行政法院審理認為，顏益財雖由省自來水公司依省營事業機構人員遴用辦法遴用，究非屬依法任用之公務人員，依本院釋字第 270 號解釋，無從依公務人員退休法辦理退休，自亦無從適用公務人員撫卹法請領撫卹金。又顏益財亦非屬依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務，或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等，在公司服務之人員，依本院釋字第 305 號解釋，其與省自來水公司間應屬私法關係。是其訴請省自來水公司發給撫卹金乃屬私法爭議，應由普通法院審理。高雄高等行政法院因就其受理訴訟之權限，與普通法院確定裁定適用同一法令所持見解有異，爰依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 7 條第 1 項第 1 款及行政訴訟法第 178 條規定，聲請本院統一解釋。核其聲請，合於大審法第 7 條第 1 項第 1 款統一解釋之要件及行政訴訟法第 178 條規定，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

按我國目前係採二元訴訟制度，關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 691 號解釋參照）。法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號、第 691 號、第 695 號及第 758 號解釋參照）。

次按勞動基準法第 84 條本文明定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定」。同法施行細則第 50 條前段規定：「本法第 84 條所稱公務員兼具勞工身分者，係指依各項公務員人事法令任用、派用、聘用、遴用而於本法第 3 條所定各業從事工作獲致薪資之人員」。省營事業機構人員退撫辦法第 2 條第 5 款並規定：「本

辦法所稱各機構人員，係指左列省營事業機構員額編制表或預算員額表所列公務員兼具勞工身分之人員：……五、臺灣省自來水股份有限公司」。依確定裁定卷附資料，顏益財係依省營事業機構人員遴用辦法遴用之人員，省自來水公司屬勞動基準法第3條所定之各（事）業，而顏氏生前所任職務（省自來水公司第五區管理處工程師兼主任）為省自來水公司員額編制表所列「公務員兼具勞工身分」之人員，乃確定裁定到庭兩造所不爭。

前揭勞動基準法第84條本文固謂：公務員兼具勞工身分者，其有關撫卹等事項，「應適用公務員法令之規定」，惟其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。揆諸前揭本院解釋先例，爰應依爭議之性質定審判權之歸屬。關於公營事業機構與所屬人員間之關係，本院釋字第305號解釋釋示：除「依公司法第27條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係」者外，「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，雙方如就契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決」。是依公司法設立之公營事業中，除前述特定人員以外，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係。雖主管機關就省營事業機構人員之退休撫卹發布省營事業機構人員退撫辦法，使其人員之退休撫卹有一致之標準，惟其僅係主管機關對公營事業之監督關係，並不影響公營事業與該人員間之私法關係屬性；且勞動基準法第84條亦未改變公營事業人員與所屬公營事業間原有之法律關係。據上，本件原因事件原告之父與（前）省自來水公司間之關係既為私法上契約關係，而請求發給撫卹金係本於契約關係所生之請求，且前揭退撫辦法亦為上開私法契約關係之一部，是原告依前揭退撫辦法之規定，向（前）省營事業機構請求發給撫卹金發生爭議，應屬私法關係所生之爭議，應由普通法院臺灣嘉義地方法院審判之。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 吳陳鑲 蔡明誠
林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元

協同意見書

蔡炯燉大法官 提出

司法院釋字第 759 號解釋（下稱本號解釋）原因事件——臺灣嘉義地方法院 99 年度勞訴字第 29 號民事裁定（下稱嘉義地院民事裁定）——原告之父（顏益財）原任嘉義縣東石鄉鄉長，於中華民國 79 年 3 月 1 日任滿退職，依「臺灣省縣市長鄉鎮長縣轄市長退職酬勞金給予辦法」獲核發服務年資 25 年 1 月，51 個基數一次退職酬勞金。嗣原告之父再依「臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法」（下稱省營事業機構人員遴用辦法）經遴用為臺灣省自來水股份有限公司（後改制為台灣自來水股份有限公司，下稱省自來水公司）第五區管理處工程師兼主任，於 94 年 9 月 30 日病逝於任內。

原告主張，被告省自來水公司應依「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」（下稱省營事業機構人員退撫辦法）給付原告 30.5 個基數之撫卹金。惟被告抗辯，原告之父病逝時擔任該公司之職位，性質上屬於公務員兼具勞工身分之人，依勞動基準法第 84 條本文規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定……」原告之父撫卹事項應依省營事業機構人員退撫辦法規定及其他公務人員退休法規辦理；依上開相關規定，原告得請領撫卹金之退休金基數，應連同原告之父先前退休金基數合併計算，並受最高限額（30 年 45 個基數）之限制，故僅給付原告之父家屬 10 個基數之撫卹金，而拒絕其餘 20.5 個基數撫恤金之請求。原告於 99 年間向嘉義地院起訴，請求被告發給其餘 20.5 個基數之撫卹金。

嘉義地院審理認為，依勞動基準法第 84 條、同法施行細則第 50

條前段¹、省營事業機構人員退撫辦法第2條第5款²等規定，原告之父為臺灣省政府所屬省營事業之人員，屬勞動基準法第84條所稱「公務員兼具勞工身分者」，應適用公務員法令規定辦理撫卹。原告依省營事業機構人員退撫辦法第6條及第12條規定，請求被告發給撫卹金，乃公法上財產請求權之行使，如有爭議應循行政爭訟程序尋求救濟，普通法院無權審判，依民事訴訟法第31條之2第2項之規定，移送高雄高等行政法院審理。

嗣高雄高等行政法院審理認為，原告之父雖係依省營事業機構人員遴用辦法遴用，究非屬依法任用之公務人員，依本院釋字第270號解釋，無從依公務人員退休法辦理退休，自亦無從適用公務人員撫卹法請領撫卹金。又原告之父亦非屬依公司法第27條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務，或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等，在公司服務之人員，依本院釋字第305號解釋，其與被告間應屬私法關係。是其訴請被告發給撫卹金乃屬私法爭議，應由普通法院審理。高雄高等行政法院因就其受理訴訟之權限，與普通法院確定裁定適用同一法令所持見解有異，爰聲請本院統一解釋。³

本號解釋文：「（前）臺灣省自來水股份有限公司依（前）『臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法』遴用之人員，依據『臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法』請求發給撫卹金發生爭議，其訴訟應由普通法院審判之。」及闡釋之理由，本席敬表同意。惟本席認為，對於與本號解釋相關之本院釋字第269號、第270號及第305號解釋之論述脈絡與所引發之爭議，以及本號解釋對於相關爭議之解決，仍有進一步說明之必要，爰提出協同意見書如下：

¹ 勞動基準法施行細則第50條前段規定：「本法第84條所稱公務員兼具勞工身分者，係指依各項公務員人事法令任用、派用、聘用、遴用而於本法第3條所定各業從事工作獲致薪資之人員。……」

² 省營事業機構人員退撫辦法第2條第5款規定：「本辦法所稱各機構人員，係指左列省營事業機構員額編制表或預算員額表所列公務員兼具勞工身分之人員：……五、臺灣省自來水股份有限公司」

³ 見高雄高等行政法院統一解釋法律聲請書，頁2-3。

壹、與本號解釋相關之本院釋字第269號、第270號⁴及第305號解釋—
其論述脈絡及所引發之爭議

本院釋字第269號解釋文釋示：「依法設立之團體，如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，以行使該公權力為行政處分之特定事件為限，有行政訴訟之被告當事人能力。行政法院60年裁字第232號判例⁵，與此意旨不符部分，嗣後不再援用。至關於勞動基準法第84條之爭執，究應提起行政訴訟，或提起民事訴訟，與上開判例無涉，不在本件解釋範圍內……」該號解釋理由書認為：「……政府機關以外之團體，原不得作為行政訴訟之被告。惟依法設立之團體，如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，在其授權範圍內，既有政府機關之功能，以行使該公權力為行政處分之特定事件為限，當有行政訴訟之被告當事人能力。……」據上，該號解釋似已將政府機關以外團體（包括依公司法規定設立之公營事業機構），定位為私法人，除非受政府委託行使公權力之特定事項（在該號解釋中，此為依公司法規定設立之公營事業機構具有行政訴訟被告當事人能力之原因），原則上政府機關以外之團體不具行政訴訟之被告當事人能力。惟該號解釋對於勞動基準法第84條所引發之審判權爭議問題，並未予以明確解釋，導致此一爭議懸而未決。

本院釋字第270號解釋認為，公營事業人員之任用，依公務人員任用法第33條，應另以法律定之。在此項法律制定前，公營

⁴ 經查本院釋字第269號、第270號二號解釋之原因事件當事人為同一人，主張其為勞動基準法第84條規定公務員兼具勞工身分之人，被中油公司依「經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法」規定，要求提前於屆滿63歲時退休，於法有違。該當事人分別提起行政訴訟及民事訴訟，請求救濟。最高行政法院77年度裁字第434號裁定，援引行政法院60年裁字第232號判例，以中油公司無行政訴訟被告當事人能力為由，駁回其訴；最高法院78年度台上字第489號確定終局判決，以中油公司引用上開合法之行政命令審定其退休，於法並無不合為由，駁回其上訴。參照司法院大法官解釋（四），司法院印行，民國98年10月，頁204、213-214。

⁵ 行政法院60年裁字第232號判例全文為：「依公司法規定設立之公營事業機構，既非官署，自無被告當事人能力，若對之提起行政訴訟，即為法所不許。」

事業人員無從依公務人員退休法之相關規定辦理退休；該號解釋並認為，行政院發布之「經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法」第 17 條第 2 項有關限齡退休標準之規定，在公營事業人員任用及退休法律制定前，乃為促進經濟部所屬國營事業人事新陳代謝及企業化經營而設，不生牴觸憲法問題，惟公營事業人員之任用及退休，關係此等人員之權利義務，仍應儘速以法律定之。本解釋衍生之問題為：於公營事業人員任用及退休法律制定前，逕依「經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法」來解決公營事業人員之任用及退休問題，或為促進經濟部所屬國營事業人事新陳代謝及企業化經營所必要，惟對於此等人員相關權益之保障，似有不周。

本院釋字第 305 號解釋，原則上依循釋字第 269 號解釋之結論，認為「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，雙方如就契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決。……」並對釋字第 269 號解釋之結論稍作補充，認為「……依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係……。」換言之，釋字第 305 號解釋原則上肯認依公司法規定設立之公營事業與其人員間為私法上契約關係。並認公營事業與經國家或其他公法人所派任或上揭依法任用之人員間，仍為公法關係。

貳、本號解釋終局解決勞動基準法第 84 條之審判權爭議

本號解釋理由書末段說明：「前揭勞動基準法第 84 條本文固謂：公務員兼具勞工身分者，其有關撫卹等事項，『應適用公務員法令之規定』，惟其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。揆諸前揭本院解釋先例，爰應依爭議之性質定審判權之歸屬。關於公營事業機構與所屬人員間之關係，本院釋字第 305 號解釋釋示：……是依公司法設立之公營事業中，

除前述特定人員以外，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係。雖主管機關就省營事業機構人員之退休撫卹發布省營事業機構人員退撫辦法，使其人員之退休撫卹有一致之標準，惟其僅係主管機關對公營事業之監督關係，並不影響公營事業與該人員間之私法關係屬性；且勞動基準法第84條亦未改變公營事業人員與所屬公營事業間原有之法律關係……」據此，本號解釋闡釋勞動基準法第84條所稱「公務員兼具勞工身分者」並未改變公營事業人員與所屬公營事業間原有之私法關係屬性，從而其間有關退休撫卹等爭議，自應由普通法院審判。本院釋字第269號解釋所遺留爭議，終獲解決。

參、結語——相關機關應儘速完成有關公營事業人員任用及退休之立法

本院釋字第270號解釋文末固指出：「公營事業人員之任用及退休，關係此等人員之權利義務，仍應從速以法律定之。」惟自79年12月7日該號解釋公布以降，已過27個寒暑，相關機關仍遲未能將有關法案提交立法院審議，完成立法，致使有關爭議（例如本號解釋原因事件所涉原告之父之前任用公職年資，應否與之後再任職務之年資，併計其得請領撫卹金基數之問題）不斷產生，相關機關實難辭懈怠之責。期盼相關機關能早日依上開解釋意旨，儘速完成相關法律之立法工作。

協同意見書

陳碧玉大法官 提出

本案係以本院釋字第305號解釋有關「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係……。」為基礎，認本件原因事件原告之父，縱為（前）臺灣省自來水股份有限公司（下稱（前）省自來水公司）依（前）「臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法」遴用之人員，原告依據「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」請求發給撫卹金，仍因原告之父生前與（前）省自來水公司間之關係為私法上契約關係，原告請求發給撫卹金，即屬本於契約關係所生之請求，所生爭議，其訴訟應由普通法

院審判之。

就此繫屬於法院之原因事件，歷經 7 年有餘，其審判權之歸屬終於底定，由普通法院審判之結論，本席敬表贊同。爰以詹大法官森林於前一審判權劃分解釋案（本院釋字第 758 號）提出之協同意見書（本席加入）之最後一段，作為此刻之心情寫照：「『法官，請給我一條路走；而且，要快』訴訟當事人關心者，是迅速、公平的審理，而不是高深、繁瑣的程序，此亦為憲法第 16 條保障人民訴訟權之核心所在。審判權二元化，目的在精緻審判專業，以提升裁判水準，而非在阻礙人民正當使用法院。法官，不論服務於普通法院或行政法院，皆應深刻體會：與其因自己困惑於審判權歸屬，致人民輾轉於普通法院及行政法院，不如迅速勇敢開啟審理程序，公平作出裁判。因為，勞累奔波的人民已經在吶喊：法官，請給我一條路；而且，請快點！」¹

然必須提出的是公營事業人員如為勞動基準法（下稱勞基法）第 84 條規定之公務員兼具勞工身分者，其與事業間原有之身分上法律關係，並不因本號解釋而改變，就此部分，提出意見如下：

壹、本院於中華民國 79 年 12 月 7 日公布之釋字第 270 號解釋，固認為在相關法律制定前，公營事業人員不得逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法規定，然亦指出 73 年 7 月 30 日制定公布迄未修正之勞基法第 84 條規定，具有公務員兼具勞工身分者，仍得適用行為時有效之相關「法令」，辦理退休。並未排除公營事業人員，已依相關法令取得之勞基法第 84 條規定之公務員身分

本號解釋意旨為：依公務人員任用法第 33 條規定，公營事業人員在任用法律制定施行前，無從依公務人員退休法辦理退休。勞基法第 84 條規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）

¹ 普通法院與行政法院，均曾就勞基法第 84 條所謂「公務員兼具勞工身分者」之退休爭議事件為審判，例如本件原因案件繫屬時之最高法院 99 年度台上字第 1535 號民事判決、臺灣高等行政法院 97 年度勞上字第 81 號及 97 年度勞上易字第 104 號民事判決，與最高行政法院 99 年度判字第 616 號判決；其後亦有最高法院 106 年度台上字第 1873 號、102 年度台上字第 1557 號民事判決以及最高行政法院 105 年度裁字第 928 號裁定等可資參照。依行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項、民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項規定，即可解決審判權爭議。

免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定」。其所謂「應適用公務員法令之規定」，亦非使公營事業人員之任用或退休，在相關法律未制定前，逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法，而排除現行有關法令之適用。

是，公營事業人員之任用或退休，不得逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法規定，但不排除現行有關「法令」（於該案係指「經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法」第17條第2項規定）之適用。

貳、本院釋字第305號解釋，並未審究勞基法第84條公務員兼具勞工身分者，是否因該解釋而失去該法條所規定之公務員身分

本號解釋意旨為：公營事業之組織形態，應本企業所有與企業經營分離之原則為之。公營事業依公司法規定設立公司者，法律性質上仍為私法人，具有獨立之人格，自為權利義務之主體。因之，公營公司以私法人地位，依其人事規章，經由委任（選任、聘任或僱用）與其人員間成立者，為私法上契約關係。對於人員之解任行為，亦非行使公權力之結果，而係私法上終止契約之意思表示，契約關係因而消滅。縱令公營公司人員之任免考核事項，法令定為應由政府機關參與決定，此種內部行為係政府機關與公營公司間之另一監督關係，並不影響公營公司與其人員間契約關係之存在。倘雙方就此契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決，而不屬行政法院之權限範圍。

是，依公司法成立之公營事業公司為私法人，為權利義務主體，其與事業人員間經由委任（選任、聘任或僱用）所成立之私法上契約關係，不因法令規定應由政府機關參與任免考核事項之決定，而影響二者間為私法上之契約關係。

本院釋字第305號解釋，並未審究勞基法第84條公務員兼具勞工身分者，是否因該解釋而失去該法條所規定之「公務員身分」。

參、本院釋字第 305 號解釋末尾所稱：「『至於』依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係……。」在於指明於公營事業公司服務之此類人員，與指派其任職之國家或其他公法人之間仍為公法關係，不因服務於公營事業公司為私法人而異

上開解釋因非屬「除……外」之諭知，而不得作排他性之解讀。本號解釋逕以：「本院釋字第 305 號解釋釋示：『除』依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係者『外』，公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，雙方如就契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決。是依公司法設立之公營事業中，除前述特定人員『以外』，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係。」（解釋理由書第六段參照），而認除上開解釋文末段所指事業人員外，其他公營事業人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係之排他性解釋，核與本院釋字第 305 號解釋此段之意涵不符，礙難贊同。

肆、勞基法第 84 條規定之公務員兼具勞工身分者，與所屬公營事業間原有之身分法律關係，並未因公營事業，係依公司法規定成立之私法人而改變。省營事業人員是否為勞基法第 84 條之公務員兼具勞工身分者，必須依據相關法令為具體個案之認定，本號解釋不得作為公營事業人員身分認定之基礎

省營事業人員是否為勞基法第 84 條之公務員兼具勞工身分者，應以勞基法施行細則第 50 條前段：「本法第 84 條所稱公務員兼具勞工身分者，係指依各項公務員人事法令任用、派用、聘用、遴用而於本法第 3 條所定各業從事工作獲致薪資之人員。」臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法第 2 條第 5 款：「本辦法所稱各機構人員，係指左列省營事業機構員額編

制表或預算員額表所列公務員兼具勞工身分之人員：……五、臺灣省自來水股份有限公司。」臺灣省地區省（市）營事業機構分類職位人員遴用辦法等規定，以及行政院 74 年 11 月 15 日 (74) 台人政壹字第 36664 號函二、（一）、4 及內政部 74 年 11 月 30 日 (74) 台內勞字第 366681 號函，作為個案勞工是否兼具勞基法第 84 條所稱公務員身分者之認定依據。若為勞基法第 84 條規定之具有公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令審理之。

勞動基準法第 84 條僅為公營事業人員如兼具公務員及勞工之雙重身分時，有關任免薪資、獎懲、退休、撫恤及保險等事項，應適用之準據法規定。既未規定公營事業人員與公營事業間之法律關係為公法關係或私法關係，則本號解釋理由所稱：「勞動基準法第 84 條亦未改變公營事業人員與所屬公營事業間原有之法律關係。」應係指公營事業人員與公營事業間是何種法律關係，或勞工是否具雙重身分之認定，均與該法條規定無關。如此解讀，方能避免適用法律上之困擾。蓋勞工是否兼具公務員身分，與其法定權義（例如年資是否併計，有無公務員懲戒法停職、不得辦理退休規定之適用等）密切相關，非審判權劃分解釋案所應處理。

協同意見書

許志雄大法官 提出

依照傳統行政法之學說理論，公私法區別之意義及必要性大致有下列三點¹：一、行政法乃關於行政之公法，為確定行政法之範圍，以及行政法學之研究對象，以建立與民商法等私法有別之獨立行政法體系及行政法學，須為公法與私法之區別。二、行政法不同於憲法、民法及刑法等領域，並無統一之法典。因此，就行政法上之法律關係為法之解釋與適用時，會出現種種疑問，而為解決這些疑問，須先定性該行政上之法律關係為公法關係或私法關係，或者規律該法律關係之

¹ 參照室井力著，公法と私法の區別，收於成田賴明編「行政法の争點」，有斐閣，1980 年，頁 30。

法為公法或私法。三、現行司法採「二元訴訟制度」，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院掌理。除法律別有規定外（例如公職人員選舉罷免法第 126 條、國家賠償法第 12 條），因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（行政法院組織法第 1 條、行政訴訟法第 2 條參照）；因私法關係所生之爭議，則由普通法院審判（法院組織法第 2 條參照）。當行政上之法律關係發生紛爭，為決定審判權之歸屬，亦即認定其訴訟應由行政法院或普通法院審判之必要，須先釐清該法律關係究屬公法或私法性質。本號解釋係針對審判權歸屬所為之統一解釋，主要與上開第三點有關；惟於判斷審判權歸屬時，不免觸及第二點之面向，而衍生其他爭議。

本號解釋理由書指出：「關於民事訴訟與行政訴訟審判權之劃分，應由立法機關通盤衡酌爭議案件之性質及既有訴訟制度之功能（諸如法院組織及人員之配置、相關程序規定、及時有效之權利保護等）決定之」、「法律未有規定者，應依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判」。而本案原因事件之審判權歸屬爭執，關鍵即在於法律是否已就審判權歸屬予以規定？若未規定，則原因事件係因公法關係或私法關係所生之爭議？

原因事件原告以其父原任職臺灣省自來水股份有限公司，病逝於任內，乃向臺灣嘉義地方法院起訴，請求省自來水公司發給撫卹金及其利息。嘉義地方法院因該人員為省營事業之人員，屬勞動基準法第 84 條所稱「公務員兼具勞工身分者」，應適用公務員法令之規定辦理撫卹，認原告依「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」第 6 條及第 12 條規定，向被告請求發給撫卹金，乃公法上財產請求權之行使，如有爭議應循行政爭訟程序尋求救濟，爰裁定移送高雄高等行政法院審理。惟高雄高等行政法院略以省自來水公司為私法人，且該人員非屬公司法第 27 條所稱經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務，或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等，在公

司服務之人員，依司法院釋字第305號解釋，二者間應屬私法關係。況其簽訂之聘用契約與民事僱傭契約之內容相同，益可認屬私法契約關係。是原告訴請省自來水公司發給撫卹金乃屬私法爭議，應由普通法院審理。因就其受理訴訟之權限，與普通法院確定裁定適用同一法令所持見解有異，爰依司法院大法官審理案件法第7條第1項第1款及行政訴訟法第178條規定，聲請統一解釋。

本號解釋首先表示：「勞動基準法第84條本文固謂：公務員兼具勞工身分者，其有關撫卹等事項，『應適用公務員法令之規定』，惟其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。」接著依爭議之性質，認定原因事件屬私法關係所生之爭議，應由普通法院審判。多數意見基本上依循釋字第305號解釋之論理，採納高雄高等行政法院之見解。

按勞動基準法第84條明定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。」就本案而論，該規定蘊含下列三個問題，須予探討。

第一，勞動基準法究屬公法或私法，不無疑義。惟該法主要規範勞動契約及其他勞雇關係，對象為私法性質之法律關係，無庸贅言。當勞工與雇主因勞動契約發生紛爭，勞工以勞動基準法規定為依據，起訴請求雇主為一定給付時，其屬私法契約（私法關係）之爭議，應由普通法院審判，而與勞動基準法究屬公法或私法並無直接關係。

第二，公務員兼具勞工身分者，既為廣義之公務員，亦為勞工，同時具備雙重身分，在不同場合、不同事項上，可能分別適用公法或私法規定²。勞動基準法將公務員兼具勞工身分者納入規範，明定其有

² 如釋字第308號解釋理由書所示：「公立學校聘任之教師係基於聘約關係，擔任教學研究工作，與文武職公務員執行法令所定職務，服從長官監督之情形有所不同，故聘任之教師應不屬於公務員服務法第24條所稱之公務員。惟此類教師如兼任學校行政職務，就其兼任之行政職務，仍有公務員服務法之適用。」兼任學校行政職務之教師，為教師兼具公務員身分，亦有雙重身分。其以教師身分擔任教學研究工作時，為教師身分，不適用公務員服務法；但在兼任之行政職務上，則為公務員，而有公務員服務法之適用。

關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）外之事項，原則上仍應適用勞動基準法之規定，即係著眼於其勞工身分上，亦即基於私法契約（關係）之立場考量。換言之，公務員兼具勞工身分者簽訂之聘用契約，整體觀之，應係私法契約。除外事項固應適用「公務員法令」之規定，但仍屬私法契約（關係）之內容，其法律關係之性質不會因此改變。

第三，釋字第 305 號解釋釋示：「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，雙方如就契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決。」公務員兼具勞工身分者之退休撫卹等事項，依勞動基準法第 84 條規定，固應適用「公務員法令」之規定，而「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」，屬職權命令性質，應為此處所稱之「公務員法令」，但參照前引解釋及第二點之說明，其規範之退休撫卹等事項，仍為私法性質之法律關係，並為私法契約內容之一部分。依照第一點之論理，公務員兼具勞工身分者之一方，因退休撫卹發生紛爭，以上開辦法為依據，請求省自來水公司為一定給付時，其屬私法契約（私法關係）之爭議，應由普通法院審判，與該辦法究屬公法或私法並無直接關係，亦不因該辦法為廣義之「公務員法令」而受影響。本號解釋認其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判，爰依爭議之性質，認定原因事件應由普通法院審判，實屬合理。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

詹森林大法官 加入

本案原因事件原告之父曾任嘉義縣東石鄉鄉長，任滿退職後又擔任省自來水公司之工程師兼主任，病逝於任內，原告依省營事業機構人員退撫辦法請求發給撫卹金，該訴訟應由普通法院或行政法院審判？本號解釋認為應由普通法院審判之，本席贊同，並提供協同意見如下：

壹、普通法院將原因事件移送行政法院審理之理由並不可採：

本席認為本號解釋基本上是延續本院釋字第 758 號解釋對於審判權決定之原則：即以原告起訴主張之訴訟標的及其原因事實，應受判決事項之聲明為依據，而由法院審核其性質是屬公法爭議或私法爭議。

本案原因事件之原告係向普通法院即臺灣嘉義地方法院起訴，請求省自來水公司給付撫卹金，請求權之依據為省營事業機構人員退撫辦法。嘉義地方法院以裁定將本件訴訟移送至高雄高等行政法院主要理由有二：（一）參照最高法院 76 年台上字第 1203 號判例。（二）本件原告之父屬勞動基準法第 84 條所稱公務員兼具勞工身分者，依該條規定，有關其撫卹事項應適用公務員法令之規定。故認本件原告之主張，屬公法上財產請求權之行使，乃依職權將本件移送高雄高等行政法院審理。

嘉義地方法院之移送理由不可採之原因如下：

- 一、最高法院 76 年台上字第 1203 號判例之原因事件，當事人是依公務人員撫卹法之規定請求撫卹金，最高法院認為撫卹金係基於公法關係所生之請求權，因此認為普通法院無審判權。但本件原因事件原告起訴所主張之依據既為省營事業機構人員退撫辦法，其法之位階與公務人員撫卹法即有所不同，其請求權依據之公、私法定位即有所區別，嘉義地方法院未就此加以考量。本號解釋之解釋理由書就此指出「雖主管機關就省營事業機構人員之退休撫卹發布省營事業機構人員退撫辦法，使其人員之退休撫卹有一致之標準，惟其僅係主管機關對公營事業之監督關係，並不影響公營事業與該人員間之私法關係屬性」。
- 二、勞動基準法第 84 條規定公務員兼具勞工身分者，其有關退休、撫卹等事項「應適用公務員法令之規定」。然而法律上公務員之定義自廣至狹，分別定於不同之法規，其範圍並不一致¹。本院釋字第 270 號解釋之解釋文指出「惟公營事業人員

¹ 有關公務員廣狹不同之定義，參見刑法第 10 條第 2 項，公務員服務法第 24 條，公務人員任用法施行細則第 2 條、公務人員退休法第 2 條及公務人員撫卹法第 2 條等。

之任用及退休，關係此等人員之權利義務，仍應從速以法律定之。」解釋理由書指出「並非使公營事業人員之任用或退休，在上述相關法律未制定前，逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法，而排除現行有關法令之適用。」依釋字第270號解釋，公營事業人員中兼具公務員與勞工身分者雖因勞動基準法第84條之規定，而「應適用公務員法令之規定」，但並不「逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法」。依此，符合勞動基準法第84條所定「公務員兼具勞工身分者」，其身分與得適用公務人員任用法或公務人員退休法所規定之公務員尚有不同。故該等人員與公營事業間之關係究為私法契約關係或為公法關係，仍應由個案認定。嘉義地方法院僅憑勞動基準法第84條之規定，即認為本案爭議之性質屬公法上之請求權，而忽略了本院釋字第270號解釋，其以此為理由而移送行政法院即不可採。本號解釋之解釋理由書乃延續本院釋字第270號解釋之意旨，認為勞動基準法第84條規定，「並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。」探究其理由，即依勞動基準法第84條之規定公務員兼具勞工身分者，「應適用公務員法令之規定」之結果，並非認其得適用所有有關公務人員之法令，亦未認其均具有狹義公務員之身分，更非認定其請求撫卹金即屬公法上之請求權。此外，本號解釋進一步援引釋字第305號解釋，以說明公營事業與其人員間，除特定人員外，為私法上契約關係，並不因勞動基準法第84條之規定而成為公法關係。

本號解釋雖認本件訴訟性質上屬私法關係而應由普通法院審判，但該認定對於本案之實體判決應無拘束力，原因事件之爭議包括勞動基準法第84條之規定所得適用公務人員之法令，究係指何法令，公務員兼具勞工身分者與其任職機構間之關係是否屬私法關係等，仍應依個案認定。

貳、本號解釋並未對公營事業「遴用」之人員與公營事業間之法律關係作出解釋：

本件高雄高等行政法院提出之統一解釋聲請書主張原告之父為省自來水公司依據臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法遴聘之人員，故依本院釋字第305號解釋，其與省自來水公司間屬私法關係。然而於嘉義地方法院之移送裁定中，「遴用關係」未經兩造主張，亦未於裁定中作為移送之理由，本號解釋並未對此加以論斷。但由高雄高等行政法院聲請書之主張亦可知，系爭兩造間之法律關係可能隨著訴訟程序之發展及兩造之攻防而有新事實新證據之提出，可能影響系爭案件屬公法或私法關係之認定。本席認為公、私法關係之認定僅為開啟訴訟程序之目的，實無必要於訴訟程序開啟後仍就此持續為爭執。

參、依勞動基準法第84條所為之請求，普通法院與行政法院均應有審判權，不應任意移送：

依勞動基準法第84條所為之請求，涉及的法律爭點包括：公務員兼具勞工身分者，其與公營事業間之關係是私法上之契約關係或公法關係？該公務員係依公務人員人事法規任用、派用、聘用或遴用有無差別？該條所稱之「應適用公務員法令之規定」，得適用之法令為何？其適用範圍為何？

以上之爭點可能依個案而有不同之答案，殊難以一定之標準以決定系爭個案之性質是公法爭議或私法爭議。類似之事件有認為應由行政法院審理者²，但亦有由普通法院審判者³。最值得注意的是最高行政法院95年度判字第1823號判決，該判決認為「本案實屬私權爭議，本應循民事訴訟程序解決，而上訴人逕行提起本件行政訴訟，即非合法，原審法院本應以裁定駁回其起訴，然其竟以實體判決駁回，其所持之理由自有違誤。」然而該院雖認行政法院無審判權，但該院並不

² 如最高法院76年台上字第1203號判例（但本案是以公務人員撫卹法為請求權基礎，已如上討論）、最高法院97年度台上字第2411號民事判決、最高行政法院105年度裁字第928號裁定及最高行政法院99年度判字第616號判決。

³ 如最高法院101年度台上字第1202號民事判決。

以原審無審判權為理由而廢棄原審判決，反而直接為實體判決⁴。本席不贊同該院認為原審法院本應以裁定駁回原告起訴之見解，但贊同該院在認無審判權之情況下，自為實體判決之「態度」。由該判決可知，行政法院亦得就私法關係之爭執而為實體判決，反之亦然。故區別公法關係或私法關係之爭議而分別定由行政法院或普通法院有審判權，僅具法院審判行政分工之目的，不應因此拖延訴訟。有關公法關係或私法關係之區別在實體判決中作為判決理由即可，無須對審判權之有無為爭議。何況目前行政訴訟法及民事訴訟法均已特別規定，在行政法院（或普通法院）認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院應受該裁判之羈束（行政訴訟法第 12 條之 2 第 1 項及民事訴訟法第 31 條之 2 第 1 項參照）。本席認為應將各該條文均修改為「而為第一審判決者」，其他法院就審理權限即應受羈束，而不應就其審判權之有無再行爭執，方符保障人民訴訟權之意旨。

不同意見書

湯德宗大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

[1] 本解釋釋示：「（前）臺灣省自來水股份有限公司依（前）『臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法』遴用之人員，依據『臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法』請求發給撫卹金發生爭議，其訴訟應由普通法院審判之」（解釋文參照）。如上解釋刻意忽視勞動基準法（下稱勞基法）第 84 條本文的規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定」，恐已背離了上週才公布的釋字第 758 號解釋意旨。

⁴ 最高行政法院 95 年度判字第 1823 號判決理由：「原審判決結果仍與本院之終極判斷一致（同應駁回上訴人在原審之訴），而依本院目前所持之法律見解，認為得以裁判結論之角度論斷上訴有無理由，故應認本件上訴人之上訴核無足採，原審駁回上訴人在原審之起訴，雖所持理由尚非妥適，但就最後之判決結論而言，尚無違法。上訴意旨求予廢棄，難謂有理由，應予駁回。」

[2] 按本院解釋先例，關於普通法院與行政法院審判權劃分之爭議，應遵循兩個原則決定：第一、法律有規定者，從其規定；第二、**法律未規定者，由本院依爭議之性質並考量既有訴訟制度之功能，定其救濟途徑。**亦即，關於因私法關係所生之爭議，原則上由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，原則上由行政法院審判（本院釋字第297號、第448號、第466號、第540號、第691號、第695號及第758號解釋參照）。此為本案15位大法官全體一致之共識。

[3] 本案原因事件原告之父生前擔任臺灣省自來水股份有限公司（後改制為台灣自來水股份有限公司，下稱省自來水公司）第五區管理處工程師兼主任，其職務依（前）省自來水公司員額編制表係屬「公務員兼具勞工身分」之人員，乃確定裁定（臺灣嘉義地方法院99年度勞訴字第29號民事裁定）到庭兩造所不爭，並經本院函詢省自來水公司確認（參見卷附該公司民國106年12月5日函覆）。本案大法官對此均無質疑。

壹、法律可有規定？

[4] 本案原因事件原告之父依據「臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法」（80年12月17日訂定發布，下稱省營事業機構人員退休撫卹辦法）請求發給撫卹金，發生爭議**應由何種法院審判？**按前揭本院解釋先例，首應探求：**法律對此有無規定？**多數意見以為：「前揭勞動基準法第84條本文固謂：公務員兼具勞工身分者，其有關撫卹等事項，『應適用公務員法令之規定』，惟其並未規定因此所生之爭議，究應由普通法院抑或行政法院審判。揆諸前揭本院解釋先例，爰應依爭議之性質定審判權之歸屬」（解釋理由書第6段第1句及第2句參照）。由於前揭勞基法第84條確實未有「其訴訟由某某法院審判」等語，本席也同意應依爭議之性質定審判權之歸屬。

貳、原因事件（爭議）之性質為何？

[5] 多數意見共提出三個理由，認定本案原因事件為因私法關係所生之爭議，應由普通法院審判之。第一個（也是主要）的理由為關於本院釋字第305號解釋的文義解釋。解釋理由書第6段第3句及第4句說：

「關於公營事業機構與所屬人員間之關係，本院釋字第 305 號解釋釋示：除『依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係』者外，『公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，雙方如就契約關係已否消滅有爭執，應循民事訴訟途徑解決』。是依公司法設立之公營事業中，除前述特定人員以外，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係」。

[6] 本席以為，前揭釋字第 305 號解釋所謂「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係」，係就公營事業及其所屬人員間法律關係的一般性（原則性）釋示，容有各種例外。是該解釋並謂：「依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係」。換言之，多數意見以為前揭「依公司法第 27 條……仍為公法關係」那句解釋文乃屬「列舉」的性質，此由前揭理由書第 6 段第 4 句（「除前述特定人員以外，其他人員與其所屬公營事業間之法律關係為私法關係」）可知。¹ 本席則以為其乃「例示」的性質，應舉一反三，公營事業人員與其所屬公營事業間屬於「公法關係」者，並不限於該句所釋示的情形。

[7] 查前揭勞基法第 84 條之規定於本院作成釋字第 305 號解釋前即已存在（且迄今未有修正），乃作成該號解釋之大法官所明知（釋字第 305 號解釋審查會速紀錄參照），而該號解釋並未將之宣告違憲，足見釋字第 305 號解釋無意否定立法者有創設中間類型的公營事業人員（例如「公務員兼具勞工身分者」），並明定其相關事項應準據之法律的權力（通稱立法裁量空間）。準此，前揭釋字第 305 號解釋「依公司法第 27 條……仍為公法關係」那句話，解為「例示」的性質似較

¹ 查前揭本解釋理由書第 6 段第 3 句乃多數意見對於本院釋字第 305 號解釋之詮釋，並非釋字第 305 號解釋之原文呈現。尤其「除」字乃多數意見所自添。

為合理。

[8] 多數意見的第二個理由見於理由書第6段第5句：「雖主管機關就省營事業機構人員之退休撫卹發布省營事業機構人員退撫辦法，使其人員之退休撫卹有一致之標準，惟其僅係主管機關對公營事業之監督關係，並不影響公營事業與該人員間之私法關係屬性；且勞動基準法第84條亦未改變公營事業人員與所屬公營事業間原有之法律關係」。這句話的前半句意在否定「省營事業機構人員退撫辦法」得作為認定系爭事件成立「公法關係」之論據；後半句意在否定勞基法第84條得作為系爭事件成立「公法關係」之論據。姑不論「原因事件之爭議不是……」的否認式論述原無法證立「原因事件之爭議是……」的積極命題，其論述因拒不正視勞基法第84條存在的事實，而欠缺說服力。

[9] 按前揭勞基法第84條不僅承認公營事業人員中有兼具公務員與勞工兩種身分的人員（所謂「公務員兼具勞工身分者」），且明定此等人員「有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定」。而本院釋字第305號解釋及本解釋既均未否定其效力，則實務上由勞基法第84條所衍生的諸多法令，包括：同法施行細則第50條關於「公務員兼具勞工身分者」之定義、行政院74年11月15日臺（74）台人政壹字第36664號函（函釋公務員兼具勞工身分者之認定標準）、以及與本案直接相關的臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法、省營事業機構人員退撫辦法等，自均屬該條所稱（應適用之）「公務員法令之規定」的範疇。本院釋字第758號解釋釋示，應依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，以定事件之審判權。是本解釋本應尊重立法者的政策決定（關於「公務員兼具勞工身分者」之撫卹等事項，應適用「公務員法令之規定」，而非勞工法令之規定），從「形式上」認定本件原因事件原告請求撫卹金所依據之「省營事業機構人員退撫辦法」乃屬「公務員法令規定」的一部分，以維法規範之體系協和。

[10] 或因前述兩個理由皆未能證立「本案原因事件為因私法關係所生之爭議」的命題，多數意見乃提出第三個理由。解釋理由書第6段第

6 句（亦末句）說：「據上，本件原因事件原告之父與（前）省自來水公司間之關係既為私法上契約關係，而請求發給撫卹金係本於契約關係所生之請求，且前揭退撫辦法亦為上開私法契約關係之一部，是原告依前揭退撫辦法之規定，向（前）省營事業機構請求發給撫卹金發生爭議，應屬私法關係所生之爭議，應由普通法院臺灣嘉義地方法院審判之」。²姑不論在「結論」中夾帶「理由」是否妥當，其論述內容亦難令人信服。

[11] 蓋原告明明是依據其父死亡時有效，且迄今仍屬有效之省營事業機構人員退撫辦法之規定，向（前）省營事業機構（省自來水公司）請求發給撫卹金，怎麼能僅因其父與省自來水公司所簽訂的聘用契約中有一條規定「乙方應遵守政府頒佈之一切法令之規定」，就說「前揭退撫辦法亦為上開私法契約關係之一部」？！此無異於「先射箭、再畫靶」。吾人只需更換其中的關鍵字，即可得出全然相反的結論：「據上，本件原因事件原告之父與（前）省自來水公司間之關係既為公法關係，且請求撫卹事項係本於公務員法令之規定為之，而前揭省營事業機構人員退撫辦法亦為上開公務員法令之規定之一部，是原告依前揭退撫辦法之規定，向（前）省營事業機構請求發給撫卹金發生爭議，應屬公法關係所生之爭議，應由高雄高等行政法院審判」！

[12] 綜上，本案唯有正視勞基法第 84 條的規定，才能獲致合理的解釋。質言之，本件原因事件原告請求撫卹金的基礎是省營事業機構人員退撫辦法，而其為由勞基法第 84 條所衍生之命令，以規範省營事業機構中「公務員兼具勞工身分者」之退撫事項，自屬該條所稱（應適用）之「公務員法令之規定」。本院釋字第 758 號解釋既釋示，應依原告之請求權基礎，判斷爭議之性質，以定事件之審判權，則本件原告之請求權基礎既屬（廣義之）「公務員法令」，自應認其係基於「公法關係」而為請求，因此所生之爭議乃應由行政法院審判。

[13] 或謂：倘依本席前述意見，尊重勞基法第 84 條的政策決定，而認前揭省營事業機構人員退撫辦法為「公務員法令規定」的一部分，恐

² 「據上」二字以下者，按中文表達習慣，即屬結論。

抵觸本院釋字第 270 號解釋³之意旨？本席以為尚不至於。⁴ 蓋實務上基於前揭勞基法第 84 條之規定，為規範「公務員兼具勞工身分者」有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，已訂頒諸多命令，自成一系，與狹義的公務員（通稱公務人員）辦理類似事項所應適用的公務人員任用法、公務人員俸給法、公務人員考績法、公務人員退休法、公務人員撫卹法等法律，顯有不同。亦即，釋字第 270 號解釋諭知有關機關應從速制定的公營事業人員任用及退休法律，雖迄今猶未制定，但公營事業人員中「公務員兼具勞工身分者」並未因而「逕行適用」⁵ 前述公務人員撫卹法等法律，辦理退撫等事項。本案原因事件就是一個例子。

[14] 本案並非困難案件（hard cases），原不擬撰寫意見書。唯恐識者批評「大法官解釋像月亮，初一十五不一樣」，爰勉力提出不同意見書如上。至箇中原委，留待後人評。

～民國 106 年行憲紀念日～

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）

³ 本院釋字第 270 號解釋釋示：「公營事業人員之任用，依公務人員任用法第三十三條，應另以法律定之。在此項法律制定前，依公務人員退休法第二條及該法施行細則第二條規定，公營事業人員無從依公務人員退休法辦理退休。行政院於中華民國七十年一月二十三日核定修正發布之『經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法』第十七條第二項有關訂定分等限齡退休標準之規定，在公營事業人員任用及退休法律制定前，乃為促進經濟部所屬國營事業人事新陳代謝及企業化經營而設，不生抵觸憲法問題，惟公營事業人員之任用及退休，關係此等人員之權利義務，仍應從速以法律定之。」

⁴ 細釋本院釋字第 270 號解釋可知，該案大法官首先禁止公營事業人員適用公務人員退休法辦理退休，其次並諭知應從速制定法律規範公營事業人員之任用及退休，再次則務實地宣告經濟部所屬事業人員退休、撫卹及資遣辦法尚不違憲。準此，在公營事業人員退休、撫卹法律制定前，公營事業人員仍得依現行有關公營事業人員退撫等命令，辦理退撫等事項。

⁵ 釋字第 270 號解釋理由書第 2 段有謂：「勞動基準法第八十四條規定……其所謂『應適用公務員法令之規定』，亦非使公營事業人員之任用或退休，在上述相關法律未制定前，逕行適用公務人員任用法或公務人員退休法，而排除現行有關法令之適用」

附錄：第七四四號解釋至第七五九號解釋關係法令及關鍵詞
檢索表

解釋號次 公布日期	相 關 法 令	關 鍵 詞
744 (106.1.6)	中華民國憲法第 11 條、第 23 條 司法院釋字第 414 號解釋 司法院釋字第 577 號解釋 司法院釋字第 623 號解釋 化粧品衛生管理條例第 3 條、第 6 條、第 7 條、第 16 條、第 24 條第 1 項、第 2 項及第 30 條	化粧品廣告、言論自由、商業言論、事前審查、直接、立即及難以回復危害、直接及絕對必要關聯、立即司法救濟
745 (106.2.8)	中華民國憲法第 7 條、第 19 條、第 23 條 司法院釋字第 371 號解釋 司法院釋字第 572 號解釋 司法院釋字第 590 號解釋 司法院釋字第 682 號解釋 司法院釋字第 722 號解釋 司法院釋字第 607 號解釋 司法院釋字第 615 號解釋 司法院釋字第 625 號解釋 司法院釋字第 635 號解釋 司法院釋字第 660 號解釋 司法院釋字第 674 號解釋 司法院釋字第 685 號解釋 司法院釋字第 693 號解釋 所得稅法第 4 條、第 11 條第 1 項、第 13 條、第 14 條第 1 項第 2 類、第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款、第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2 執行業務所得查核辦法第 4 章 執行業務者費用標準	綜合所得稅、薪資所得、薪資所得特別扣除額、必要費用、執行業務所得、自力營生、授課鐘點費、平等權、租稅法律主義、量能課稅、客觀淨值

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	財政部 (74.4.23) 台財稅第 14917 號函、財政部 (102.11.4) 台財稅第 1020014746 號函	
746 (106.2.24)	中華民國憲法第 15 條、第 19 條、第 23 條 司法院釋字第 311 號解釋 司法院釋字第 472 號解釋 司法院釋字第 588 號解釋 司法院釋字第 616 號解釋 司法院釋字第 660 號解釋 司法院釋字第 693 號解釋 司法院釋字第 745 號解釋 稅捐稽徵法第 20 條、第 26 條、第 39 條第 1 項及第 2 項第 1 款 遺產及贈與稅法第 30 條第 2 項、第 4 項、第 51 條 契稅條例第 30 條 關稅法第 79 條第 2 項第 2 款至第 4 款 訴願法第 93 條第 1 項 行政訴訟法第 116 條第 1 項 民法第 233 條第 1 項 財政部台財稅第 790445422 號函 (80.4.8)、台財稅第 811680291 號函 (81.10.9)、台財稅第 811688010 號函 (82.1.5) 納稅義務人申請延期或分期繳納稅捐辦法	滯納金、法定期限、比例原則、財產權、租稅法律主義、滯納利息、合理關聯、怠金、給付遲延、顯然過苛、調整機制、督促履行、消極利益

747 (106.3.17)	中華民國憲法第 7 條、第 15 條 司法院釋字第 400 號解釋 司法院釋字第 440 號解釋 司法院釋字第 445 號解釋 司法院釋字第 503 號解釋 司法院釋字第 709 號解釋 司法院釋字第 732 號解釋 司法院釋字第 737 號解釋 司法院釋字第 741 號解釋 司法院釋字第 742 號解釋 土地徵收條例第 3 條、第 11 條、第 57 條第 1、2 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 臺北市府府工二字第 373130 號臺北市都市計畫說明書二 (78.11.06)	徵收、徵收地上權、徵收補償、特別犧牲、財產權、整體評價、時效期間
748 (106.5.24)	中華民國憲法第 7 條、第 22 條、第 23 條 中華民國憲法增修條文第 10 條第 6 項 司法院釋字第 242 號解釋 司法院釋字第 362 號解釋 司法院釋字第 365 號解釋 司法院釋字第 552 號解釋 司法院釋字第 554 號解釋 司法院釋字第 585 號解釋 司法院釋字第 601 號解釋 司法院釋字第 647 號解釋 民法第 4 編第 2 章 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 9 條、第 13 條第 1 項	經營共同生活、親密性、排他性、永久結合關係、婚姻自由、平等權、同性婚姻權、自主選擇結婚對象、重要基本權、一夫一妻、一男一女、人格健全發展、人性尊嚴、異性婚姻、立法上之重大瑕疵、性傾向、差別待遇、難以改變之個人特徵、審查標準、重要公共利益、實質關聯、繁衍後代、基本倫理秩序、規範不足

	內政部台內戶字第1010195153號函(101.05.21) 法務部(83)法律決字第17359號函(83.08.11)、 法律字第10000043630號函(101.01.02)、法律字第10103103830號函(101.05.14)、法律字第10203506180號函(102.05.31) 戶籍法第2條	
749 (106.6.2)	中華民國憲法第15條、第22條、第23條 司法院釋字第371號解釋 司法院釋字第572號解釋 司法院釋字第590號解釋 司法院釋字第404號解釋 司法院釋字第510號解釋 司法院釋字第584號解釋 道路交通管理處罰條例第37條第3項、第67條第2項、第68條 刑法第230條至第236條、第296條至第308條、第320條至第324條、第339條至第341條、第349條至第351條 計程車駕駛人執業登記管理辦法第2條、第3條	道路交通管理處罰條例、計程車、計程車駕駛人、定期禁業、執業期中、有期徒刑、有期徒刑以上之刑、吊扣執業登記證、廢止執業登記、吊銷駕駛執照、乘客安全、實質風險、比例原則、工作權、一般行為自由、職業自由、重要公共利益、實質關聯、犯罪紀錄、竊盜、詐欺、贓物、妨害自由、妨害風化、不問、一律、計程車駕駛人執業登記管理辦法

750 (106.7.7)	醫師法第 1 條、第 2 條、第 3 條、第 4 條、第 42 條 醫師法施行細則第 1 條之 1、第 1 條之 2、第 1 條之 3、第 1 條之 4(98.9.16) 專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則「附表一：專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款(98.10.14) 專門職業及技術人員考試法第 5 條、第 9 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條 (88.12.29)	法律保留原則、比例原則、工作權、應考試權、平等權、牙醫師考試
751 (106.7.21)	中華民國憲法第 15 條、第 23 條 司法院釋字第 574 號解釋 司法院釋字第 596 號解釋 司法院釋字第 629 號解釋 司法院釋字第 672 號解釋 行政罰法第 26 條第 2 項、第 45 條第 3 項 財政部台財稅字第 09600090440 號函 (96.03.06) 行政罰法第 26 條第 2 項 (95.02.05) 刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 4 款或第 5 款	比例原則、財產權、違反行政法上義務、緩起訴處分、附條件之便宜不起訴處分、應履行之負擔、行政罰、刑罰、罰鍰、類似處罰之不利益效果、合理關聯性、一行為二罰、一行為不二罰、法律不溯及既往原則、信賴保護原則、法律保留原則

752 (106.7.28)	中華民國憲法第 7 條、第 16 條 司法院釋字第 396 號解釋 司法院釋字第 418 號解釋 司法院釋字第 442 號解釋 司法院釋字第 512 號解釋 司法院釋字第 574 號解釋 司法院釋字第 639 號解釋 司法院釋字第 653 號解釋 司法院釋字第 665 號解釋 刑事訴訟法第 344 條第 4 項、 第 345 條、第 346 條、第 376 條第 1 款及第 2 款與第 420 條以下及第 441 條以下 之規定 性騷擾防治法第 25 條第 1 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 立法院 83 年 6 月 22 日議案 關係文書院總第 161 號政府 提案第 4969 號	初次受有罪判決、至少一 次上訴救濟機會、訴訟權 保障、有權利即有救濟、 立法形成
753 (106.10.6)	中華民國憲法第 15 條、第 23 條、第 155 條、第 157 條 中華民國憲法增修條文第 10 條第 5 項、第 8 項 司法院釋字第 394 號解釋 司法院釋字第 426 號解釋 司法院釋字第 443 號解釋 司法院釋字第 524 號解釋 司法院釋字第 533 號解釋 司法院釋字第 545 號解釋 司法院釋字第 550 號解釋 司法院釋字第 612 號解釋 司法院釋字第 734 號解釋 司法院釋字第 743 號解釋	全民健保特約、詐領醫療 費用、未依處方箋記載調 劑、停止特約、不予支付、 停約之抵扣、扣減醫療費 用、行政契約、生存權、 健康權、財產權、工作權、 違約之處理、債務不履行、 約定違約責任、法治國、 法律授權明確性、法律保 留、比例原則、聽證

	全民健康保險法第 55 條第 2 項 (83.08.09)、第 66 條第 1 項 (100.01.26) 全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款 (96.03.20)、第 70 條前段 (95.02.08)、第 39 條第 1 項 (99.09.15)、第 37 條第 1 項第 1 款 (101.12.28)	
754 (106.10.20)	中華民國憲法第 15 條、第 23 條 司法院釋字第 503 號解釋 司法院釋字第 604 號解釋 海關緝私條例第 37 條第 1 項 關稅法第 4 條、第 16 條第 1 項及第 17 條第 1 項 貨物稅條例第 23 條第 2 項及第 32 條第 10 款 加值型及非加值型營業稅法第 41 條及第 51 條第 1 項第 7 款	一行為不二罰原則、一行為、數行為、行為數、進口稅、關稅、貨物稅、營業稅、比例原則
755 (106.12.1)	中華民國憲法第 16 條、第 23 條 司法院釋字第 653 號解釋 司法院釋字第 691 號解釋 司法院釋字第 736 號解釋 監獄行刑法第 1、6 條 監獄行刑法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款	監獄處分或其他管理措施、監獄行刑目的、訴訟權保障、及時有效救濟、申訴、有權利即有救濟、居住與遷徙自由

756 (106.12.1)	中華民國憲法第 11 條、第 12 條、第 23 條 司法院釋字第 443 號解釋 司法院釋字第 509 號解釋 司法院釋字第 568 號解釋 司法院釋字第 631 號解釋 司法院釋字第 644 號解釋 司法院釋字第 678 號解釋 司法院釋字第 710 號解釋 司法院釋字第 734 號解釋 司法院釋字第 744 號解釋 監獄行刑法第 66 條 監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項、第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款	受刑人、發受書信、檢閱、監獄紀律、秘密通訊、表現自由、題意正確、言論事前審查、監獄信譽
757 (106.12.15)	營業稅法第 33 條第 3 款 司法院釋字第 706 號解釋 司法院釋字第 177 號解釋 司法院釋字第 185 號解釋 司法院釋字第 725 號解釋 司法院釋字第 741 號解釋 司法院釋字第 742 號解釋 司法院釋字第 747 號解釋 司法院釋字第 503 號解釋 財政部台財稅字第 10204671351 號令 (103.01.07)	營業稅、執行法院開立之收據、拍賣筆錄、進項稅額憑證、銷項稅額。
758 (106.12.22)	司法院釋字第 400 號解釋 司法院釋字第 448 號解釋 司法院釋字第 466 號解釋 司法院釋字第 695 號解釋 司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 1 款 民法第 767 條第 1 項 行政訴訟法第 178 條	土地所有權人、返還土地、攻擊防禦方法、公用地役關係、請求權基礎、審判權

759 (106.12.29)	司法院釋字第 270 號解釋 司法院釋字第 305 號解釋 司法院釋字第 448 號解釋 司法院釋字第 466 號解釋 司法院釋字第 691 號解釋 司法院釋字第 695 號解釋 司法院釋字第 758 號解釋 司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 1 款 行政訴訟法第 178 條 臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法 臺灣省政府所屬省營事業機構人員退休撫卹及資遣辦法 勞動基準法第 84 條 勞動基準法施行細則第 50 條	二元訴訟制度、公營事業機構、遴用、公務員兼具勞工身分者、撫卹金、審判權

國家圖書館出版品預行編目

司法院大法官解釋 . 三十六 / 司法院大法官書記處編纂 . --

初版 . -- 臺北市：司法院，民 107.11

面；公分

ISBN 978-986-05-8004-4 （平裝）

1. 中華民國法律 2. 判例解釋例

582.8

107022099

司法院大法官解釋（三）

中華民國一〇七年十一月初版（西元 2018 年 11 月）

編纂者：司法院大法官書記處

發行者：司法院

地址：臺北市重慶南路一段一二四號

網址：<http://www.judicial.gov.tw>

排版印刷：捷騰數位科技有限公司

地址：臺北市大安區羅斯福路二段 79-1 號 7F

電話：02-2368-5353

定價：新臺幣肆佰肆拾元整

GPN：1010702417

ISBN：978-986-05-8004-4