司法院大法官解釋

（三十四）

司　法　院　　印　行

中華民國一〇五年九月

司法院大法官解釋（三十四）

目　　次

釋字第七二七號解釋 …… 1

【註銷不同意眷村改建原眷戶權益案】

對不同意改建原眷戶註銷居住憑證及原眷戶權益，不違憲；眷改條例未充分考慮不同意改建所涉各種情事妥適權衡法益，應儘速通盤檢討

釋字第七二八號解釋 …… 213

【既存祭祀公業派下員依規約認定案】

祭祀公業條例施行前已存祭祀公業之派下員依規約認定，合憲；有關派下員認定之規定，應與時俱進，兼顧國家保護女性義務及法安定性原則，適時檢討修正

釋字第七二九號解釋 …… 317

【立法院調閱偵查卷證案】

立法院經院會決議得調閱已偵結之偵查卷證原本或影本，調閱不得妨害偵查，應與憲法職權有重大關聯且議案目的範圍均須明確，釋字第325解釋應予補充

釋字第七三0號解釋 …… 459

【再任公立學校教職員重行退休年資計算案】

教職員退休條例細則第19條第2項，不符法律保留原則，違憲；退休後再任或轉任公立學校教職員之重行退休規定，應於1年內修正，屆期失其效力

釋字第七三一號解釋 …… 519

【區段徵收申請抵價地之期間起算日案】

區段徵收申請發給抵價地，僅以徵收公告日計算期間，違憲；應檢討於公告與書面通知時，併告知預估抵價地單位地價、異議時宜否展延期間等

釋字第七三二號解釋 …… 577

【捷運設施毗鄰地區土地徵收案】

捷運設施毗鄰地區土地徵收規定，不符合比例原則；大眾捷運法、土地聯合開發辦法就捷運設施毗鄰土地徵收規定，自解釋公布日起不予適用

釋字第七三三號解釋 …… 707

【職業團體理事長產生方式案】

人民團體法就職業團體理事長產生方式之規定，不符比例原則；第17條第2項限制職業團體內部組織及事務自主決定，逾必要程度，至遲1年失其效力

釋字第七三四號解釋 …… 759

【設置廣告物污染環境案】

廢棄物清理法第27條第11款，無違法律授權明確性原則，合憲；惟對未經核准設置之廣告物概予禁止並處罰之公告，已逾授權範圍，至遲3個月失其效力

附錄 …… 863

司法院釋字第七二七號解釋至第七三四號解釋關係法令及關鍵詞檢索表

司法院釋字第七二七號解釋

【註銷不同意眷村改建原眷戶權益案】

中華民國104年2月6日

院台大二字第1040004051號

解　釋　文

中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項）對於不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益部分，與憲法第七條之平等原則尚無牴觸。惟同意改建之原眷戶除依眷改條例第五條第一項前段規定得承購住宅及輔助購宅款之權益外，尚得領取同條例施行細則第十三條第二項所定之搬遷補助費及同細則第十四條所定之拆遷補償費，而不同意改建之原眷戶不僅喪失前開承購住宅及輔助購宅款權益，並喪失前開搬遷補助費及拆遷補償費；況按期搬遷之違占建戶依眷改條例第二十三條規定，尚得領取拆遷補償費，不同意改建之原眷戶竟付之闕如；又對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有規定。足徵眷改條例尚未充分考慮不同意改建所涉各種情事，有關法益之權衡並未臻於妥適，相關機關應儘速通盤檢討改進。

解釋理由書

憲法第七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（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七０一號、第七一九號、第七二二號解釋參照）。國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定（本院釋字第四五七號解釋參照）。立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等有關規定，自有充分之形成自由，得斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政狀況等因素，制定法律，將福利資源為限定性之分配（本院釋字第四八五號解釋參照），倘該給付規定所以為差別待遇之目的係屬正當，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。

八十五年二月五日制定公布之眷改條例第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項；下稱系爭規定）對於不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，而不能如同意改建之原眷戶享有依眷改條例第五條第一項前段規定承購依同條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款等權益，形成與同意改建者間之差別待遇。

軍人之眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第四五七號解釋意旨參照），其終止原不以配住眷戶之同意為必要。系爭規定之立法目的，係考量老舊眷村之特殊環境，為避免眷戶持續觀望而影響眷村改建整體工作之執行進度，徒使改建成本不斷增高，乃藉同意門檻之設定暨對不同意改建之原眷戶註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益之差別待遇手段，促使原眷戶間相互說服，以加速凝聚共識，並據以要求按期搬遷，達成土地使用之最佳經濟效益，以維護公共利益。所有原眷戶均有相同機會同意改建而取得相關權益，並明知不同意改建即無法獲得相關權益。是系爭規定所為差別待遇之目的要屬正當，且所採差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，與憲法第七條平等原則尚無牴觸。

惟同意改建之原眷戶除依眷改條例第五條第一項前段規定得承購住宅及輔助購宅款之權益外，尚得領取同條例施行細則第十三條第二項所定之搬遷補助費及同細則第十四條所定之拆遷補償費，而不同意改建之原眷戶不僅喪失前開承購住宅及輔助購宅款權益，並喪失前開搬遷補助費及拆遷補償費；況按期搬遷之違占建戶依眷改條例第二十三條規定，尚得領取拆遷補償費，不同意改建之原眷戶竟付之闕如；又對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有規定。足徵眷改條例尚未充分考慮不同意改建所涉各種情事，有關法益之權衡並未臻於妥適，相關機關應儘速通盤檢討改進。

附表編號一聲請人指摘眷改條例就系爭規定關於註銷部分，未設除斥期間，有違憲疑義，聲請解釋憲法部分，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，與本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九0號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件不合，應不受理。又附表編號二聲請人指摘最高行政法院九十九年度判字第三九一號判決所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請解釋憲法部分，因其等並非前開判決之當事人，此部分聲請與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，應不受理。另附表編號三聲請人指摘九十七年五月三十日修正發布之國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則第六點之（四）及九十七年六月十七日修正發布之辦理國軍老舊眷村改建注意事項第伍點之三，有違憲疑義，聲請解釋憲法部分，並未具體敘明該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，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

附表

編號	聲請人	原因事件或確定終局判決
一	臺北高等行政法院第五庭	臺北高等行政法院一００年度訴更一字第二一五號事件
		臺北高等行政法院一０二年度訴字第四一九號事件
二	王泰祥、崔台順、張湖光素、陳庾生、馬林貴香、蘇曉芃、蘇詠中、杜典崑、杜典武、杜典文、鄭淑雲、鄭世欽、鄭世傑、張孟嘗、郭清場	最高行政法院九十九年度判字第三九一號判決
三	陳文雄	臺北高等行政法院一００年度訴字第三六０號判決

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山

蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修

陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君

羅昌發　湯德宗

部分協同意見書　　大法官湯德宗　提出

聲請人楊熙榮等六人為高雄市自治新村之眷戶。緣國防部為辦理該村改建，於中華民國九十二年五月二十三日依相關規定舉辦輔導該村遷購翠華二期國宅說明會，備具說明書，說明原眷戶如同意遷購，應於說明會後三個月內，填具申請書，經法院或民間公證人認證，繳交列管單位；逾期或限期補正仍未繳交者，視為不同意改建。經調查，該村原眷戶除十戶之眷戶身分有待釐清外，僅八戶不同意改建；同意改建之比例高達百分之九十七，已逾法定門檻（原眷戶四分之三以上

之同意），國防部爰展開遷購作業，於九十四年八月同意於申請書增列眷戶得依法（註一）領取補助購宅款後搬遷之選項，並由前海軍後勤司令部（業於九十五年一月一日裁撤）以書函（註二）通知聲請人於九十四年八月底前至法院或民間公證人認證後送該部憑辦，再由前海軍後勤司令部及前海軍陸戰隊司令部（九十五年三月一日改制為海軍陸戰隊指揮部）派員親訪聲請人，告知不同意改建之法律效果。惟聲請人仍未配合辦理申請書認證作業，國防部乃於九十五年六月十四日註銷（註三）聲請人之「眷舍居住憑證」及「原眷戶權益」。聲請人不服，遞經訴願、行政訴訟，未獲救濟，乃以確定終局判決（註四）所適用之八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」（九十六年一月三日修正公布將「四分之三」修正為「三分之二」，並改列為第一項，餘內容不變）（下稱系爭規定），有牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條等規定等疑義，向本院大法官聲請解釋憲法。另十四件聲請解釋案（含二件法官聲請解釋案）亦指摘系爭規定違憲，因聲請解釋之標的相同，爰併本案審查。

關於本號解釋之「結論」（系爭規定尚屬合憲，然有關法益之權衡未臻妥適，應通盤檢討改進）與「論理」（國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循平等原則；系爭規定以是否同意改建為基礎，對不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，固形成其與同意改建之原眷戶間之差別待遇，惟其乃為促使原眷戶間相互說服，以加速改建老舊眷村，提高土地利用效益，增進公共利益，目的核屬正當，且所採取之差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，故與憲法第七條之平等原則尚無牴觸），本席敬表贊同，並協力形成可決之多數。為闡明本號解釋之深義，茲提出部分協同意見書如后。

一、本號解釋乃據「平等原則」（而非「平等權」）作成解釋

憲法第七條規定：「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」，一般多以「平等權」稱之，本院大法官解釋先例（註五）亦然。因第七條位列憲法第二章（人民之權利義務）之首，以「平等權」概括其內涵，堪稱允當。由於平等權本身並無特定之內涵（該條並未規定：中華民國人民之何種權利，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等），解釋上，人民就其憲法上所保障之各種權利，均得主張應受法律之平等保護。亦即，所謂「在法律上一律平等」係指人民之「憲法上權利」（或稱「基本權」）應受到法律之平等對待。（註六）準此，當人民不具有憲法所保障之權利時，即無從主張憲法第七條之「平等權」。

解釋理由書第三段援引本院釋字第四五七號解釋，明確定性「軍人之眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施」。（註七）亦即，將軍人之「眷舍配住」與釋字第四五七號解釋所涉之（對榮民之）「配耕國有農場土地」同視，認為皆屬國家為照顧軍人與榮民所為之「特殊優惠措施，與一般國民所取得之權利或法律上利益有間」（註八），遑論為憲法所保障之權利。（註九）「配住眷舍」既非憲法所保障之基本權（註十），本件聲請人自不得主張憲法上之「平等權」。

惟，解釋理由書第一段並援引本院釋字第四五七號解釋，明確釋示：「國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應遵循上開憲法之規定」（按即憲法第七條之規定）。此顯示大法官已然繼受德國基本權釋義學理論，承認憲法第七條不僅為一「主觀權利」（平等權），並為一「客觀價值／規範」（平等原則），應適用於所有法領域，指導行政、立法與司法。（註十一）是故聲請人雖不得主張憲法上之「平等權」，立法機關行使職權（制定法律）仍須遵循「平等原則」，違憲審查機關亦應依「平等原則」審查系爭規定。

因「平等權」與「平等原則」實際常處於競合狀態，故實務上兩者常相互混用，鮮有區別；本案則為少見之割裂狀態--人民（聲請人）無從主張「平等權」，但國家行使公權力（含私法形式的給付行政行為）仍應遵循「平等原則」，適可凸顯本號解釋之憲法意義。

二、何以釋字第四五七號解釋作違憲宣告，而本號解釋卻作合憲宣告，兩者有無矛盾？

智者或問：本號解釋關於「軍人配住眷舍」之關係，既與釋字第四五七號解釋關於「榮民配耕農地」之關係作相同之定性--皆國家為達成公行政任務，而成立之使用借貸關係，何以兩者審查後獲致相反之結論--本件宣告眷改條例第二十二條與平等原則尚無牴觸，釋字第四五七號解釋卻宣告退輔會房舍土地處理要點第四點第三項有違男女平等原則？兩者論證有無矛盾？此處涉及本院關於「平等原則」之審查操作，尤其是「審查基準」之選擇問題，應予申論。(註十二)

1. 釋字第四五七號解釋時本院尚未確立平等原則／平等權之審查架構

本號解釋理由書第一段即開宗明義，揭示審查原則：「憲法第七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（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七０一號、第七一九號、第七二二號解釋參照）」。亦即審查系爭規定是否違反「平等原則／平等權」係採二元分析架構--須檢視系爭規定之「目的」及「手段與目的之關聯」以為斷。

反觀釋字第四五七號解釋，不僅其時本院尚未發展出關於

「平等原則／平等權」的二元分析架構，其論理之方式與「比例原則」之審查亦無顯著之不同。是或為前揭兩號解釋結論差異之主要原因。

2. 兩號解釋所採取之審查基準（審查密度）亦不相同

綜觀本號解釋理由書第一段之原則宣示（「立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等有關規定，自有充分之形成自由，得斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政狀況等因素，制定法律，將福利資源為限定性之分配（本院釋字第四八五號解釋參照），倘該給付規定所以為差別待遇之目的係屬正當，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違」）及理由書第三段之論證歸結（「是系爭規定所為差別待遇之目的要屬正當，且所採差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，與憲法第七條平等原則尚無牴觸」），本號解釋顯然係以「低標」為基準進行審查。而究其所以採取「低標」作為審查基準，除考量「事物之本質」（眷舍配住屬給付行政之優惠措施）外，實施「差別待遇之分類基礎」實屬關鍵。

按「平等原則／平等權」審查基準之選擇雖為綜合評估之結果，然其中最關鍵之兩項因素厥為：「系爭權利之性質（重要性）」及「差別待遇之分類基礎」。前已言之，由於平等權並未指涉特定之內容，其受法律平等保護（平等對待）之程度，輒視個案所涉之基礎權利之性質而定，亦即愈重要之基本權，愈應受到法律之平等保障（平等對待）。是本院釋字第六九四號解釋鑒於「生存權」之重要性，而釋示：為確保「生存照顧之平等保障」，就該案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」。又釋字第六九六號解釋亦鑒於「婚姻與家庭」於憲法上之重要性，而認該案系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，亦應受「較為嚴格之審查」。本號解釋則將「眷舍配住」，一如釋字第四五七號解釋之

將「農地配耕」，定性為「使用借貸關係之福利措施」，不承認申請人有憲法上之權利得主張「配住眷舍」，聲請人乃無從主張憲法上之「平等權」，而須改依「平等原則」為審查，已如前述。是就「系爭權利之性質（重要性）」而言，本號解釋與釋字第四五七號解釋並無不同，則兩者審查結論之差異，當是兩案所涉「差別待遇之分類基礎」不同所致。

釋字第四五七號解釋所涉之差別待遇乃以「性別」作為分類之基礎，屬於憲法第七條所例示之「男女」平等問題；而本件系爭之差別待遇乃以「同意改建與否」作為分類之基礎，不在憲法第七條例示之列。

按平等權與平等原則之作用，旨在「禁止恣意」--不許國家（甚或私人）以與事物本質無關之事由，實行差別待遇，致使「等者不等之」（對相同事物，為不同之對待）或「不等者等之」（對不同事物，為相同之對待）。而鑒於人類社會生活關係極為多樣且複雜，為使立法機關得基於憲法之價值體系，斟酌規範事物之性質差異，而為合理之差別待遇，實務上關於「平等權」及「平等原則」之違憲審查，輒預設「低標」作為審查基準，再視個案所涉之「基本權性質（重要程度）」，以及「據以實施差別待遇之分類基礎」是否「可疑」--亦即，實施差別待遇之分類基礎，是否為某種「無法改變之（生理）特徵」(immutable characteristics)？或依各該社會之生活經驗觀之，是否為反映某種「刻板印象」(stereotype)之「社會烙印」(social stigma)？或是否針對實際上無法有效參與政治之「孤立而隔絕之少數」(discrete and insular minority)而設等-- 俾酌予提高審查基準。

釋字第四五七號解釋作成時，本院猶未注意區分個案之審查基準。惟由其以「主管機關若出於照顧遺眷之特別目的，使其繼續使用、耕作原分配房舍暨土地，則應考量眷屬之範圍應否及於子女，並衡酌其謀生、耕作能力，是否確有繼續輔導之

必要，使具相同法律上身分地位者，得享同等照顧，依男女平等原則，妥為規劃」為由，宣告系爭房舍土地處理要點第四點第三項：「死亡場員之遺眷如改嫁他人而無子女者或僅有女兒，其女兒出嫁後均應無條件收回土地及眷舍，如有兒子准由兒子繼承其權利」，其中規定限於榮民之子，無視其有無謀生能力及輔導必要，又不問結婚與否，均得繼承其權利。……僅以性別及已否結婚，對特定女性為差別待遇，與男女平等原則有違」觀之，應認其實際乃採「中標」審查--亦即，系爭規定之目的須為追求「重要」公共利益，且所採差別待遇手段與該立法目的之達成間須具有「實質關聯」，始屬合憲。蓋平等原則／平等權之審查中，「低標」所謂「合理關聯」通常僅考量差別待遇之手段是否「有助於」立法目的之達成，而不審究其手段是否「過當」(即有無其他「較不歧視」之手段亦能達成同一目的)之問題。釋字第四五七號解釋考量系爭房舍土地處理要點之規定無視女眷亦有「無謀生能力，而有輔導照顧之必要」，顯已逾越「低標」之審查範圍。

釋字第四五七號解釋所以提升審查基準（採「中標」審查)，或與「男女平等」乃憲法第七條所例示之「可疑分類」(suspect classification)有關。本院解釋先例對於何謂「可疑分類」，特別是憲法第七條所例示之五種分類是否應推定為「可疑分類」，從而應酌予提高審查基準，尚無系統之論述，其後續發展值得密切關注。

三、檢討改進之諭知應如何理解？

本件於認定系爭規定與憲法第七條之平等原則尚無牴觸後，理由書第四段進一步例示了三項眷改條例中法益權衡未臻妥當的情形，諭知相關機關應儘速通盤檢討改進：

1）同意改建之原眷戶除有依眷改條例第五條第一項前段所定得承購住宅及輔助購宅款之權益外，尚得領取同條例施行細則第十三條第二項所定之搬遷補助費及同細則第十四條所定之拆

遷補償費，而不同意改建之原眷戶不僅喪失前開承購住宅及輔助購宅款權益，並喪失前開搬遷補助費及拆遷補償費，是否失之過苛？

2）按期搬遷之「違占建戶」依眷改條例第二十三條規定，尚得領取拆遷補償費，而不同意改建之「原眷戶」竟付闕如。合法之「原眷戶」，僅因不同意改建，其待遇不如「違占建戶」，是否失之過苛？

3）對於因無力負擔自備款而拒絕改建之極少數原眷戶，應為如何之特別處理，亦未有例外規定。

依本席理解，前兩項例示旨在提醒有關機關注意檢討有無體系內法益失衡之不正義情形，並未諭知應為特定之處理。蓋如何改正違反平等之狀態（如究應刪除原有賦予權利之規定，或將受不利對待者納入目前有利之規範中，或重行規定差別待遇之基礎），原則上立法者應有自由形成之空間（本院釋字第四五五號解釋翁岳生大法官協同意見書參見）。尤其，眷改條例施行細則所定諸多改建搬遷之福利，原未見諸母法（眷改條例）。

至於第三項例示，其思考方向則有不同，亦為抽象違憲審查制度之侷限。蓋抽象法規審查既不以具體個案爭議為解釋法規有無牴觸憲法意旨之前提，釋憲機關僅能就法規內容適用之常態（常情）進行審查。即使眷改條例所提供之改建誘因一般而言已甚優渥，甚至各界多有批評（本院釋字第四八五號解釋即在此背景下作成），惟仍不能排除其適用之結果，於極少數個案可能出現因改建而危及原眷戶生存之情形，爰諭知應設有例外規定。

綜上，本席由衷希望，經過本號解釋與本院釋字第四五七號解釋之努力，憲法第七條之「平等」意涵及其適用，能更臻明確，審查結果更具有預測可能性(more predictable)。

註一：參見國軍老舊眷村改建條例（八十五年二月五日制定公布）第二十一條及該條例施行細則（八十九年三月二十四日修正發布）第十九條。

註二：參見海軍後勤司令部九十四年八月三日沛眷字第0940011425號函。

註三：參見國防部勁勢字第0950008066號函。

註四：最高行政法院九十九年度判字第二四二號判決。

註五：參見本院釋字第六八二號、第六四九號、第五八０號、第五七八號、第五００號、第三四一號解釋等。

註六：如此解釋始能彰顯「憲法上權利」（基本權）與「法律上權利」（由法律所創設並限定之權利）之區別。

註七：公務員配住宿舍，實務上一向定性為使用借貸關係。參見最高法院四十四年台上字第八０二號民事判例（因任職關係獲准配住系爭房屋，固屬使用借貸之性質……），九十一年台上字第一九二六號民事判例（因任職關係獲准配住宿舍，其性質為使用借貸，目的在使任職者安心盡其職責……），最高行政法院一０二年十月第二次庭長法官聯席會議決議（所稱「原眷戶」……係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。其資格之取得，實由於主管機關配住而來，此配住關係為行政機關基於管理財物之國庫行政而發生，係私法關係，非公權力之作用）。

註八：參見釋字第四五七號解釋之解釋文。

註九：本號解釋多數大法官所通過之「多數意見」（解釋文及解釋理由書）與少數大法官所持之「不同意見」，主要之差別即在於關於「眷舍配住」之定性（是否違憲法所保障之某種權利），以及「註銷」眷舍居住憑證之救濟。

註十：按眷改條例第三條第一項之定義，國軍眷舍來源包括：(一)政府興建分配者；(二)中華婦女反共聯合會捐款興建者；(三)政府提供土地由眷戶自費興建者；(四)其他經主管機關認定者。前開第(一)、(二)項來源之眷舍，均未辦理所有權登記；由政府提供土地由眷戶自費興建者，則有部分眷戶自行辦妥建物所有權登記（參見卷附國防部於本院一０四年一月十六日舉辦說

明會提出之書面資料）。

國防部六十二年八月二十四日修正發布「國軍在臺軍眷業務處理辦法」第八十六條規定：「凡列管眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不合作或拒不搬遷者，除撤銷其眷舍居住權外，應依法究辦。」。嗣後同辦法七十一年修正版本第一六二條第三款、七十五年修正版本第一七０條第三款、七十八年修正版本第一四一條第三款，皆有相同規定。

至於公地上自費興建之眷舍，國防部五十一年十二月三十一日修正發布「國軍在臺軍眷業務處理辦法」第一０二條明定其「一律視為營產列管，嚴禁出租或轉讓圖利」；同辦法五十七年五月二十七日修正發布第九十二條規定：「房舍歸房主所有，但建地不准出賣及做租押處分，將來國軍營地變更用途處理時，應配合實施，不得異議」；同辦法六十二年八月十四日修正發布第六十七條及六十七年九月九日修正發布第一百五十四條均規定：「房舍歸房主所有，但不准出租頂讓非軍人，或擅自出租他人經營工商業，建地不准出賣及做租押處分，將來國軍營地變更用途處理時，應配合實施，不得異議」。

足見配住之原眷戶並未具有本院釋字第四００號所釋示之「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」之憲法上「財產權」保障。

註十一：基本權之客觀面向濫觴於德國聯邦憲法法院一九五八年的呂特案判決(Lüth-Urteil)：「基本權首先是人民對抗國家的防禦權，然而在基本法的基本權規定中同時也體現了一個客觀的價值秩序，作為憲法的基本決定，客觀價值秩序對於所有的法領域皆產生效力。……立法、行政與司法皆由受其指導與推動。」, BVerfGE 7, 198 (205)。該案之中譯，參見黃啟禎，〈關於「呂特事件」之判決〉，收錄於《西德聯邦憲法法院裁判選輯》（一），頁 100～127 （司法院，79年10月）。

關於基本權客觀面向之介紹，參見張嘉尹，〈違憲審查

中之基本權客觀功能〉，月旦法學雜誌第185期，頁17～38（99年10月）；李建良，〈德國基本權理論攬要－兼談對臺灣的影響〉，月旦法學教室第100期，頁38～50（100年2月）；許宗力，〈基本權利的第三人效力與國庫效力〉，月旦法學教室第9期，頁61～73（92年7月）；陳愛娥，〈基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例檢討其衍生的問題〉，收於《憲法解釋之理論與實務》第二輯（李建良、簡資修主編），頁235～272（89年8月）。

註十二：關於「平等權／平等原則」之違憲審查操作方法，並請參見本席提出之釋字第六九四號解釋「部分協同暨部分不同意見書」、釋字六九六號解釋「協同意見書」及釋字第七0一號解釋「部分協同暨部分不同意見書」。

協同意見書　　大法官蘇永欽　提出

引起爭議的國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定，一方面將改建與否的決定繫於同意的原眷戶是否跨過一定人數門檻，另一方面又對不同意的眷戶強制註銷其原得於改建時享有的權益，從而與同意眷戶在待遇上高下立判，與現行法制中以多數同意為建物修繕、重建條件者，均不以其同意與否影響權益的分配相較，顯得非常獨特。本院審查的結果多數大法官認為此一差別待遇尚不違反平等原則，但整體法益權衡仍有未臻妥適之處，諭知相關機關檢討改進，就此結論本席固然贊同，惟系爭規定為何不違反平等原則，理由書僅簡單點出老舊眷村的改建不以同意為必要，至於眷戶使用公有地上的公有眷舍或僅公有地（自建戶），其法律關係為何，眷改條例第五條規定改建時賦予原眷戶的權利，又為何種性質，二者都關乎系爭規定中的同意是否源於眷戶的財產權，卻都未見闡明，因此先就此略作補充（第一段）。又縱其同意非改建所必要，而為單純政策誘因，其必要性及合目的性是否足以合理化此一差別待遇，理由書也僅點出老舊眷村的「特殊環境」，似有必要說得更清楚（第二段）。至於諭知

檢討改進部分，認為對不同意戶仍應給付搬遷、拆遷費用，其法理為何，低收入戶的特別處理，又有何憲法上的根據，也在最後一併表示看法（第三段）。

一、原眷戶因改建所得權益的憲法基礎為終止長期借貸的信賴保護

國軍老舊眷村的基本法律關係，包含了公法和私法的面向。後者或為土地和房舍的借貸，或為土地的借貸（房屋自建而保有所有權，但比照公產管理），都不是有對價的租賃（對於房舍配住的私法關係，最高法院向來不因使用人為此不再支領房租津貼即將其定性為租賃，七十九年台上字第二一七九號判例可參），因此也不會發生一如租賃在民法和土地法上部分物權化的效力（如民法第四百二十五條、第四百二十六條、第四百二十六條之二；土地法第一百條；釋字第五七九號解釋參照）。再從公法的角度來看，此一無償的使用關係實為政府於民國三十八年遷台後，對於離鄉背井、效死保台的軍人，在財政困難之際仍籌措興建簡陋眷村以安其家的福利措施，因此性質與一般職務宿舍也不盡相同。不過老舊眷村始終只有預算而無特別的法律基礎（國防部僅於民國四十五年公布職權命令性質的「國軍在台軍眷業務處理辦法」，民國九十一年配合行政程序法的施行改訂行政規則：「國軍軍眷業務處理作業要點」），自然也談不到任何公法上的請求權，本院對於此類福利給付，也僅認為國家在分配上仍應受平等原則的拘束，包括性別之間（釋字第四五七號解釋）與不同弱勢族群間（釋字第四八五號解釋）。惟和多數國家一樣，尚無針對是否給付不足或倒退，為比例原則審查的先例（所謂 Untermass- oder Rücktrittsverbot）。理論上國家自可因整體資源分配的考量而終止給付、收回自用，只是基於憲法課與國家的照顧義務（在一般性的生存權外，針對軍人尚見於增修條文第十條第九項），其福利的終止應特別審慎，在眷村已經存在數十年的情形下，其終止尤其不能不考量眷戶對持續給付的信賴，而給予適度的保護。

本院在釋字第七一七號解釋對於國家為授益性給付時信賴

保護義務的發生及其內涵，主要區分有期限與無期限而異其標準：「有施行期間者，在該期間內即應予較高程度之信賴保護，非有極為重要之公益，不得加以限制；若於期間屆滿後發布新規定，則不生信賴保護之問題。其未定有施行期間者，如客觀上可使規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。凡因公益之必要而變動法規者，仍應與規範對象應受保護之信賴利益相權衡，除應避免將全部給付逕予終止外，於審酌減少給付程度時，並應考量是否分階段實施及規範對象承受能力之差異，俾避免其可得預期之利益遭受過度之減損。」老舊眷村從前揭處理辦法有關配住目的及收回規定來看，都不是定有期間的類型，一直到民國六十二年修正時，也才首次出現有關收回改建的第八十六條規定：「凡眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不合作或拒不搬遷者，除撤銷其眷舍居住權外，應依法究辦。」足見老舊眷戶對於可長期使用確實有高度值得保護的信賴，故其終止首先必須檢驗是否確有一定的公益，眷改條例第一條就此臚列了多項目的，所涉公益應該已可符合此一要求：「為加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，……。」通過公益的審查，改建仍須「避免其可得預期之利益遭受過度之減損」，因此眷改條例第五條第一項前段所定原眷戶得承購住宅及輔助購宅款的權益，以及其施行細則第十三條第二項所定的搬遷補助費及第十四條所定的拆遷補償費等，其法理基礎即在滿足此一信賴利益的保護，降低終止給付的衝擊。釋字第四八五號解釋雖尚未從信賴保護原則的角度就此明確闡明，但對此一給付是否過度的疑義，原則上已為合憲的認定，僅在理由書中就若干細節要求主管機關通盤檢討改進。

綜合以上分析的基礎法律關係可知，第一，原眷戶並無足以對抗收回改建的財產權，第二，眷改條例基於信賴保護才規定了

種種原眷戶於改建時可得的權益。此一法律關係完全不同於多數所有權人於決定房舍改建時的法律關係，所以在解釋眷改條例第二十二條的同意門檻規定時，雖然和共有土地的處分（土地法第三十四條之一第一項）、公寓大廈的重建（公寓大廈管理條例第十三條、第三十一條）或為都市更新、土地重劃而改建（都市更新條例第十條、第二十二條、第二十二條之一；土地法第一百四十一條；農村社區土地重劃條例第七條、第九條）等，形式上十分類似，即其改建的決定都以同意者達到一定多數為條件，二者間卻有本質的不同，即在同意權人為所有人的各情形，基於既得財產權的保障，非經所有人同意，國家或他人根本不能作任何處分。在老舊眷村的情形，原眷戶沒有足以對抗國家收回的財產權，系爭規定的同意設計卻顯非基於其物權的處分權能而別無選擇，立法者完全是因為某種特別的考量（詳下段），才選擇把改建的決定也繫於原眷戶的「同意」是否達到一定門檻，此所以本解釋的理由書才會特別強調「其終止原不以配住眷戶之同意為必要」，從某些眷村縱因同意眷戶未達門檻而無法改建，主管機關仍得於眷改條例廢止後，依國有財產法第三十三條、第三十五條及其施行細則第二十七條的規定變更為非公用財產，強制騰空點還國有財產署接管，乃至進一步規劃改建，可以看得非常清楚，即使全體眷戶都不同意，實際上也只能暫時阻滯眷村的改建。換言之，基礎法律關係的不同，決定了改建「應」或「得」經使用人的同意。表面上差不多的同意門檻規定，其意義和效果其實大相逕庭。針對多數所有權的改建，若規定不同意者在改建後的權利分配將受到不利，當然會影響所有人同意與否的決定自由，而對財產權構成實質的侵害。相對於此，針對沒有所有權，本來就無權參與改建與否的決定，而只能基於信賴保護於改建後受到一定權益分配的眷村改建情形，對於不同意眷戶給予不同待遇，即不致發生侵害財產權的問題，有待討論的，只剩下信賴保護是否違反平等原則，可否合理化。因此無視於基礎法律關係的不同，

僅從同意門檻的規定就論斷其效果規定已構成財產權的侵害，自屬倒果為因。至於以其違反「民主原則」，則根本混淆了財產權原則和民主原則，本席在釋字第七０九號解釋的一部不同意見書第四段中已詳論其誤，此處不贅。

二、系爭規定以不同意眷戶失權的設計來加速改建，另有其合理考量

系爭規定使不同意改建的原眷戶一無所獲，雖因其本無所有權而不得主張註銷本身已構成財產權的侵害，但同為原眷戶，何以同意改建者和不同意改建者可以受到如此不同的對待，仍需要得到合理的解釋，否則仍可能違反憲法第七條的平等原則。

解釋就此所做的說明，主要強調的是改建進度的有效掌控：「為避免眷戶持續觀望而影響眷村改建整體工作之執行進度，徒使改建成本不斷增高，乃藉同意門檻之設定暨對不同意改建之原眷戶註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益之差別待遇手段，促使原眷戶間相互說服，以加速凝聚共識，並據以要求按期搬遷，達成土地使用之最佳經濟效益，以維護公共利益。」從該門檻規定實際上將使同意和不同意眷戶都陷入某種「自危」的情境，也就是說，不同意者固然將一無所獲，僅僅同意而無法使其總數跨過法定門檻，仍不能保證必有所獲，應可印證所謂促使相互說服，凝聚共識的論點；而施行細則第十三條使同意眷戶未能如期搬遷者也「視為不同意改建」，又可印證爭取多數同意的真正目的不在同意，而在藉此掌握改建進度，顯示系爭規定的獨特設計確有其合目的性的考量。從而再回到「所有原眷戶均有相同機會同意改建而取得相關權益，並明知不同意改建即無法獲得相關權益」的形式平等論點時，似乎已可找到不違反平等原則的堅實理由。然而若再從理性經濟人的角度進一步思考，眷戶既然明知不同意將一無所獲，為什麼還會有人把自己推到「吾與汝偕亡」的不理性境地，難道這樣的規定正是基於不理性的假設，其必要性到底有多高？這恐怕就需要對理由書中的一句頗有弦外之音的話：「老舊眷村之特殊環境」，再多作一番琢磨了。

閱讀為數已經相當可觀的眷村文學或者眷村社會學作品，也許對於理解這裡所說的「特殊環境」會有一些幫助。和一般公務宿舍相比，眷村的特色不僅在於其狹小簡陋和公共設施的不足，更明顯的不同應該在於其歷史形成的南腔北調、同船共渡的族群氛圍(Milieu)，和「竹籬笆」外的世界，宛若咫尺天涯。為了安家而存在的近九百個老舊眷村，只能暫時的隔離於外面的社會，卻一點也不能免於變遷的衝擊，當暫時近於永恆以後，眷村的存在實際上就是一個不斷移出和融入的過程，眷村子弟融入了台灣的每一個角落，老舊的眷村只留下不太能調適也不願意作根本改變的原生族群，一草一木都有無盡的依戀，行伍同僚則是自我認同僅存的見證。因此儘管改建只是結束這個過程無可規避的句號，若無視於凋零中殘存的剛烈，直接開動推土機，後果固然難以想像，縱使考量信賴保護而安之以利，若不能動員其成員共同面對、相濡以沫，很難保不在許多眷村遭遇無言頑抗，而使整體改建進度大幅落後，其成本更將遠高於該法規劃給付的信賴利益。從這個角度來看系爭規定，也許會看到它假設的被規範者的身影，更真實的貼近一個從來就不是「理性經濟人」的老兵。主管機關提供本院改建安置的統計，大體也可反映此一柔軟設計的合目的性。

三、搬遷補償為對於合法居住權人的最低信賴保護，其註銷有違平等

肯認其合憲性的同時，本解釋仍然針對註銷範圍及於「所有」原眷戶的權益引發的不公平，以及中低收入戶照顧的不足，諭知主管機關儘速通盤檢討改進。其中搬遷及拆遷補償費一併註銷的瑕疵，僅提到相對於違占建戶的不平等，實際上條例對於大量存在的違占建戶乃至眷村，也都作了特別處理，這裡也隱含了另一層的信賴保護，而不只有平等的問題，值得略作討論。

我國法制中常見對拆除建物或農作的搬遷、拆除補償，都是以合法拆除為其前提，比如都市計畫法第四十一條有關原有建物不合土地分區使用規定者，如有必要命其變更使用或遷移，「其

因變更使用或遷移所受之損害，應予適當之補償」。此一合法補償既不普遍見於其他對於基本權的限制情形，當然也需要有憲法上的依據。本席認為這同樣是一種基於信賴挫折所受到的保護，除了信賴必須是值得保護的信賴以外，其保護也必須適度。但在歸類上這是限權型（開始限權）而非授益型（授益終止）的信賴保護，也就是超乎期待的開始限制人民的基本權，此時需要的保護，不是任何可期待利益的填補，而毋寧是因開始限制、不及預防造成的損害。以建物拆除或使用人搬遷而言，就是拆除、搬遷的費用，而不及於繼續使用可期待的利益—有點類似民法中的信賴利益（相對於履行利益）。

本解釋提到的眷改條例第二十三條，對於違占建戶都給予一定的拆遷補償，似乎不符合不法者不得主張信賴保護的要求（本院釋字第七一四號解釋可參），但如參考民法權利失效(Verwirkung)的信賴保護類型，即有權排除違法者長期未排除而使違法者對其不排除已產生值得保護的信賴，仍可例外受到保護，老舊眷村的形成過程中，其實正好大量存在這種所謂違占建戶，主管機關實際上已經容任並將其列管，因此與這種例外類型也正好合致。換言之，該條的拆遷補償就是一種不同於同條例第五條的優先承購權及承購補助的信賴保護，此為限權型的信賴保護，彼則為授益型的信賴保護，不可混為一談。但如果違法建戶可以享有這樣的保護，合法眷戶當然也該享有，否則豈不太不公平？還好眷改條例的這個漏洞後來用施行細則的第十三條補了起來。有問題的只剩下合法眷戶中的不同意眷戶，系爭條文註銷了他們的權益，使得施行細則提供的拆遷補償解釋上也一併波及。這才造成合法與違法者受到相反境遇的另一平等問題。

從前面有關不同意眷戶與同意眷戶間差別待遇可否合理化的討論來看，似乎不能斷然說這裡的差別待遇一定不能比照處理。但另一方面，不同意者自甘承受不利的選擇，所能合理化的範圍若在替代使用的補償以外，還及於使其可以安然過渡而對於

因措手不及所生的損害給予的補償，顯然已經太過。解釋方法上，也不妨把本件解釋看成一種特別的合憲性法律解釋，也就是限縮系爭條文註銷的權益於條例本身創設的權益（即第五條規定者），不及於嗣後依條例授權所訂定的施行細則，基於其他法理創設的權益。解釋所以沒有明確採合憲性解釋方法，而在合憲認定之後，概括的諭知主管機關檢討改進，應該是讓主管機關有更大的空間去規劃現行法在改建善後處理上的不足吧。此所以和第四八五號解釋一樣，本解釋在諭知檢討時，也特別針對低收入戶的照顧加以提醒，不論從實現適足居住權（可參本席就第七０九號解釋所提一部不同意見書第一段）或增修條文相關規定的觀點來看，這確實都有高度的必要。現行眷改法令就此雖非全無著墨，除了一般性的降低繳納自備款壓力的規定，如自備款不足的補助（條例第二十條），自備款的優惠貸款（施行細則第九條）等以外，也有針對中低收入戶協助辦理優惠國宅貸款（臺灣省國軍老舊眷村重建對較低收入原眷戶輔導辦理國民住宅貸款要點），但如考量老舊眷村不少晚景淒涼的實況，主管機關當然還有努力的空間。（身為眷村子弟，寫完這篇意見書，內心澎湃幾難自已。）

協同意見書　　大法官林錫堯　提出

本案系爭規定【即八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項】，對於不同意改建之原眷戶得註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，使其因而不得享有眷改條例第五條第一項前段規定之承購住宅及輔助購宅款之權益（反之，同意改建之原眷戶得享有），此一規定，究竟涉及不同意改建原眷戶之何種基

本權？應以何種憲法原則予以違憲審查？

本文認為：系爭規定不涉及不同意改建原眷戶之財產權或居住自由，自無從以該等權利被侵害為由，適用比例原則加以審查；系爭規定僅涉及不同意改建原眷戶之平等權，因而僅得以平等原則加以審查。

茲詳細說明如下：

（一）關於依系爭規定註銷不同意改建原眷戶之眷舍居住憑證部分

依現行司法實務見解，軍人因任軍職而獲配住軍方所管理眷舍之法律關係，乃國家與軍人間所成立之私法上使用借貸關係（註一）。依其法律關係，當國家於自己需用借用物時，本即得終止使用借貸關係並收回借用物，眷舍借用人並無永久使用眷舍或眷村土地之權利。系爭規定所稱之眷舍居住憑證，係為證明上開私法上使用借貸關係，僅單純為私權證明文件，註銷該憑證係終止使用借貸關係之當然結果，自難僅以註銷該憑證即逕認不同意改建原眷戶之憲法上之財產權或居住自由受有侵害，就此而言，已不生比例原則之適用問題。且既係因國軍老舊眷村改建之政策需要而合法終止使用借貸關係並收回借用物，不論原眷戶是否同意改建，依法均應同等對待，即同樣因終止使用借貸關係而喪失其居住眷舍之權利，就此而言，當亦未侵害不同意改建原眷戶之平等權，自亦不生平等原則之適用問題。

（二）關於依系爭規定註銷不同意改建原眷戶之權益部分

按原眷戶依眷改條例及其施行細則相關規定，享有：承購依眷改條例興建之住宅、輔助購宅款、優惠貸款、搬遷費、房租補助費等權益。該等權益乃原眷戶依公法法規，得請求國家為特定給付之權利，依行政法上一般承認之「法規保障目的說」之理論，應屬原眷戶對國家之「公法上之請求權」。惟我國釋憲實務是否已將公法上請求權納入憲法財產權之保障範圍，仍有待探究（註二）。

本文參考德國聯邦憲法法院及學者見解（註三），認為：公法上請求權納入憲法上財產權之保障範圍，至少必須是具有財產價值之權利，且係基於「非不重要的自身給付（nicht unerhebliche Eigenleistungen）」(例如：付出勞力或投資等) 而取得，此二項要件（註四）。換言之，將憲法上財產權之保障範圍由法律形塑之私法上財產價值之權利（或法律地位）擴及於公法上請求權（或公法上法律地位），固係一種趨勢，惟仍宜有所限制，尤其當立法者以法律創設人民之公法上請求權時，有時純係基於照顧弱勢等之政策及國家財政等之考量，故僅由國家給付，而不須人民有所付出，此與私法上權利畢竟有所不同，倘因而逕將之納入憲法上財產權之保障範圍，進而使該法律受比例原則之拘束，對立法形成自由構成一定程度之限制，則立法者於制定或修正法律之際，勢將有所顧慮或猶豫，立法原意反受不當影響，似非憲法保障財產權之本旨。

準上所述，眷改條例及其施行細則賦予原眷戶之上開各種公法上之請求權，雖具有財產價值，但僅係國家基於照顧軍人、軍眷或遺眷所為，原眷戶能享有該等公法上請求權，僅肇因於其身分之具備，而非來自於其自身付出勞力、投資或其他給付所獲致。縱將上述「基於非不重要的自身給付而取得」之要件，從寬認定，適用上不以權利取得與自身給付之間有相當或對價關係為必要，然原眷戶就此等公法上權利之取得，既非屬法定俸給之列，亦不因其未領取顯不足道之少額房租津貼補助而可認係基於自身給付而取得。更遑論司法院釋字第 485 號解釋中曾指出：「惟鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生

活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。立法機關就上開條例與本解釋意旨未盡相符之部分，應通盤檢討改進。」等語。換言之，原眷戶取得此等公法上權利，純係出於國家照顧其生活所為，並非「基於非不重要的自身給付而取得」，核諸上開要件，自難認該等公法上請求權係屬憲法上財產權之保障範圍。亦因而，依系爭規定註銷不同意改建原眷戶之該等公法上請求權，應不生侵害原眷戶憲法上財產權之問題，且與原眷戶之居住自由無涉。

綜上所述，系爭規定既不涉及不同意改建原眷戶之憲法上財產權或居住自由，自無從以其憲法上財產權或居住自由受侵害為由，適用比例原則加以審查。

（三）系爭規定僅涉及不同意改建原眷戶之平等權，因而僅得以平等原則加以審查；且依其規範事項之特徵，僅能作寬鬆審查

系爭規定既已對於不同意改建之原眷戶與同意改建之原眷戶作差別待遇之規定，並使不同意改建之原眷戶喪失眷改條例第五條所定得承購住宅及輔助購宅款之權益，顯已形成對不同意改建之原眷戶之平等權之侵害，自得以平等原則加以審查。又鑒於平等權（平等原則）旨在防止無正當理由之差別待遇，平等原則本身是一種「空白公式 leere Form」，並未提供評價標準，評價標準必須另從憲法尋得（註五）；系爭規定又不涉及其財產權或居住自由，可資憑藉以提昇平等原則之審查密度與標準，復基於眷改條例本具有國家照顧軍人、軍眷或遺眷生活之優惠特性，以及系爭規定旨在加速眷村改建之立法目的（詳見解釋理由書），實亦無由對系爭規定是否違憲採取嚴格之審查。故解釋理由採取寬鬆審查，認「系爭規定所為差別待遇之目的要屬正當，且所採差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，與憲法第七條平等原則尚無牴觸」，應可贊同。

註一：因公務員任職關係獲准配住宿舍，其性質為使用借貸之判例及決議，可參見：最高法院44年台上第802號判例、91年台上字第1926號判例及最高行政法院102年10月份第2次庭長法官聯席會議決議。其他實務判決亦可參見：最高法院85年度台上字第1148號、台上字第2793號及86年度台上字第964號民事判決等。而國防部於104年1月16日提出之說明會資料指出：62年修正之「國軍在臺軍眷業務處理辦法」第86條規定：「凡眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不合作或拒不搬遷者，除撤銷其眷舍居住權外，應依法究辦。」始有收回改建之規定。此後，歷次之修正均有相關規定，如67年版第154條、71年版第162條、75年版第170條、78年版第141條均有相同之規定，86年版第31條則規定：「有下列情形之一者，撤銷其眷舍居住權收回眷舍：…八、凡列管眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不搬遷者。 前項經撤銷其眷舍居住權者，應於接獲通知後三十日內遷出。」是以在眷改條例制定前，依歷年修訂之「國軍在臺軍眷業務處理辦法」觀之，即有收回改建之規定等語。

註二：陳愛娥，〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收錄於劉孔中、李建良主編《憲法解釋之理論與實務》，二刷，1999年5月，頁405-407；蔡維音，〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》第11期，2006年6月，頁47-48。

註三：詳見Hans Hofmann, in： Bruno Schmidt-Bleibtreu/ Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., 2011, Art. 14 Rn.22.; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, §27 Rn. 44; Hans D. Jarass ,in：Hans D. Jarass/ Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., 2014, Art. 14 Rn. 10.; Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 2013,Rn.1146ff; Michael Kloepfer, Verfassungrecht Ⅱ, 2010, §72 Rn.46ff.

註四：按上註文獻與聯邦憲法法院實務中有，更列舉第三要件「保障生存基礎為目的」者，此有待於未來處理與彼所遇之相類情況時，再行斟酌。另有不同見解者，例如：Joachim Wieland, in：Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd1, 3.Aufl., 2013, Art. 14 Rn. 73ff（公法上權利是否屬憲法上財產權保障範圍，不應以私人是否基於自身給付而取得為準，而應如同私權屬憲法上財產權之立論依據一般，以私人是否具備「可利用性Privatnützigkeit」與「有處分權Verfügungsbefugnis」為準；私人對公法上許可雖具備「可利用性」，但尚乏「處分權」者，非屬憲法上財產權保障範圍）。

註五：Werner Heun, in: Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd1, 3.Aufl., 2013, Art. 3 Rn. 17, 32.

協同意見書　　大法官黃璽君　提出

本號解釋多數意見認中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項；下稱系爭規定）對不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益部分，與憲法第七條之平等原則尚無牴觸之結論，本席敬表同意，惟就獲致前開結論之理由，未充分針對聲請書所提疑慮回覆，尚具可資補充之處，爰提出協同意見書如后。

一、系爭規定不生侵害財產權、居住自由及違反比例原則之疑義

（一）眷舍居住憑證，僅係使用借貸關係之證明文件

按國軍在臺軍眷業務處理辦法第一百十一條規定：「現役軍人及遺眷、無依軍眷、經核定眷補有案者，得申請分配眷舍……」；第一百二十一條規定：「凡配住眷舍之眷戶，由

軍種單位建立『國軍眷舍管理表』……，並配發給眷戶居住證……」，可知眷舍居住憑證係因主管機關之配住眷舍而發給。又該配住關係係主管機關基於管理財物（註一）之國庫行政而發生，屬私法之使用借貸關係；本號解釋多數意見亦贊同此說。是眷舍居住憑證實僅係證明配住之使用借貸關係之文件。

（二）眷舍居住憑證本身不具財產價值，註銷該憑證未侵害配住眷戶憲法上之財產權、居住自由

眷舍配住既為使用借貸關係，主管機關為改建眷村，本得依民法規定，終止使用借貸關係，請求返還借用物（註二）。國防部更於六十二年八月十四日修正發布之「國軍在臺軍眷業務處理辦法（註三）」第八十六條規定：「凡眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不合作或拒不搬遷者，除撤銷其眷舍居住權外，應依法究辦。」嗣後歷次修正，皆有相關規定（註四）。是早於眷改條例制定前，即有因改建而收回之規範存在。原眷戶於接受配住之際，均得知悉主管機關有權依該等規定，隨時終止使用借貸關係，且無何應予補償之規定。故眷戶於主管機關因改建之必要，終止配住之使用借貸關係時，並無依眷舍居住憑證請求補償之權益存在。亦即該憑證係使用借貸關係之證明文件，本身不具財產上價值。系爭規定註銷該憑證，應係終止使用借貸關係，而註銷證明該使用借貸關係文件，此註銷未侵害其憲法上所保障之財產權或居住自由。

（三）原眷戶權益係眷改條例所予之優惠，須符合該條例所定要件者，始得享有。非眷戶原有權益

系爭規定所稱原眷戶權益係指眷改條例第五條第一項前段所定之承購依眷改條例興建之住宅及由政府給予輔助購宅款之權益（註五）。該權益係眷改條例所給予原眷戶之法定優惠（註六），須符合眷改條例所定要件始有權享有，

非眷戶原享有之權益。系爭規定明定須原眷戶四分之三（或三分之二）以上同意改建之眷村，其同意改建者始享有前述優惠給付，則不同意者未符合享有上開優惠給付之要件，尚不得享有該優惠，故註銷原眷戶權益僅係確定其不得取得上開優惠，未侵害原眷戶憲法上所保障之財產權。

（四）系爭規定未侵害原眷戶憲法上之基本權，不生違反比例原則問題

系爭規定註銷不同意改建之原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，既未侵害原眷戶憲法上之財產權或居住自由，又無其他基本權因系爭規定而受侵害，自不生違反比例原則之問題。

二、系爭規定未牴觸正當法律程序原則之要求

退而言之，縱認系爭規定已侵害不同意改建之原眷戶憲法上財產權，而有審查改建過程是否踐行正當法律程序之必要。然有關法律程序是否正當，本院釋字第七０九號解釋指出：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序。」並因都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。且於都市更新事業計畫之核定，限制人民財產權及居住自由尤其直接、嚴重，故認應由主管機關以公開方式舉辦聽證。

眷改條例第二十條第三項規定：「原眷戶可獲得之輔助購宅款及自備款負擔金額，依各眷村之條件，於規劃階段，由主管機關以書面向原眷戶說明之。」九十六年一月三日修正之眷改條例第二十二條增列第二項規定：「本條例修正施行前，經主管機關依第二十條第三項辦理改建說明會，原眷戶未逾四分之三同意改建之眷村，經原眷戶二分之一以上連署向主管機關申請重新辦理

改建說明會及認證者，適用前項之規定。」由該等規定可知，關於眷村改建，主管機關除以書面說明輔助購宅款等事項外，且辦理說明會。經電詢國防部政治作戰局軍眷服務處承辦人員，知悉說明會可分三階段：(一)第一階段：進行改建與否之權益說明，並給予三個月期間，考量補助內容(錢或房屋)。(二)第二階段：邀請技術服務廠商，針對未來改建進行規劃說明；此際，僅第一階段同意改建者得參與，並賦予其一個月考量期間，可針對前階段已選擇之補助內容進行變更。(三)第三階段：改建之細部規劃說明；此際，因已向地方政府申請相關建照，確定改建範圍，故不得再行變更補助內容。另依原因案件之確定終局判決記載之事實，主管機關除舉辦說明會、備具說明書，對原眷戶說明同意改建與否之權益外，且於原訂同意期限屆滿，同意人數達改建門檻後，仍以書面通知聲請人同意增列領取補助購宅款後搬遷之選項。綜上，考量眷村改建之實施，雖攸關重要公益之達成(眷改條例第一條參照)(註七)，惟原眷戶之權益既係依眷改條例所給予之優惠，系爭規定註銷原眷戶權益，並未侵害原眷戶之基本權，其為註銷前所採程序，已足以確保原眷戶等利害關係人知悉相關資訊，並無如本院釋字第七0九號解釋所示都市更新般利害關係複雜，權利限制亦非直接、嚴重，無要求主管機關須採聽證程序之必要，系爭規定尚不生違反正當法律程序原則之疑義。

三、系爭規定與民主原則無涉

雖謂於憲法之民主政治原則下，各種團體內部意見之形成，應遵守多數決之原則(本院釋字第五一八號、第六二八號解釋參照)，且對未贊同結論之少數應予尊重，使其亦能與多數意見共同享有相同之團體利益。惟此須為團體之一員，對該團體之決定有參與之權，始有其適用。眷村之眷戶係各自與配住機關間成立使用借貸關係，眷戶間並無參與他人決定之權，尚非所謂團體，系爭規定與民主原則無涉。

註一：本院釋字第557號解釋：「行政機關、公立學校或公營事業機構，為安定現職人員生活，提供宿舍予其所屬人員任職期間居住，本屬其依組織法規管理財物之權限內行為；至因退休、調職等原因離職之人員，原應隨即歸還其所使用之宿舍，惟為兼顧此等人員生活，非不得於必要時酌情准其暫時續住以為權宜措施。行政院基於全國最高行政機關之職責，盱衡國家有限資源之分配，依公教人員、公營事業機構服務人員任用法規、俸給結構之不同，自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。」參照。

註二：民法第470條、第472條規定參照。

配住之眷舍如係政府提供土地由眷戶自費興建，眷戶就土地部分成立使用借貸關係。其使用借貸關係終止後，無權再使用借用之土地，應拆屋還地。

註三：國防部為管理國軍眷村及眷舍，於45年訂定「國軍在臺軍眷業務處理辦法」，嗣於86年間修正法規名稱為「國軍軍眷業務處理辦法」。91年間配合行政程序法之施行，廢止「國軍軍眷業務處理辦法」，另定「國軍軍眷業務處理作業要點」。

註四：71年6月8日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法第162條第3款、75年6月30日修正發布之同辦法第170條第3款、78年6月26日修正發布之同辦法第141條第3款均規定：「凡列管眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不合作或拒不搬遷者，除撤銷其眷舍居住權外，應依法究辦。」

86年1月22日修正發布之國軍軍眷業務處理辦法第31條規定：「有下列情形之一者，撤銷其眷舍居住權收回眷舍：……八、凡列管眷村眷舍奉准收回標售、整建、遷建等，當事人或眷戶拒不搬遷者。」

關於自費興建之眷舍亦規定列為眷舍列管：

51年12月31日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法第102條規定：「凡未配眷舍，經奉准劃撥營公地或奉准在眷村範

圍內自費建築之房舍，一律視為營產列管，嚴禁出租或轉讓圖利……（第1項）前項自費在營公地建築房舍，於不需使用時應無條件交還各眷舍管理單位接管。（第2項）」

57年5月27日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法第92條第1項規定：「凡未配眷舍經奉准劃撥營地，或奉准在眷村範圍內自費建築之眷舍，房舍歸房主所有，但建地不准出賣及作租押處分，將來國軍營地變更用途處理時，應配合實施，不得異議。」

58年6月11日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法第92條第 1 項規定：「凡未配眷舍經奉准劃撥營地或奉准在眷村範圍內自費建築之眷舍，房舍歸房主所有，但不准出租，頂讓非軍人或擅自出租他人經營商業，建地亦不准出賣及作租押處分，將來國軍營地變更用途處理時，應配合實施，不得異議。」62年8月14日修正發布之第67條第1項及67年9月9日修正發布之第154條第1項僅將眷舍不准出租他人經營商業修正為不准出租他人經營工商業。

71年6月8日修正發布之國軍在臺軍眷業務處理辦法第152條第1項規定：「凡以前奉准在眷村範圍內公有土地上，自費建築之眷舍有案者，應列為公產管理，不准出租頂讓或經營工商業，建地不准出賣及作租押處分，將來國軍營地變更用途處理時，應配合實施，不得異議。」75年6月30日修正發布之同辦法第160條第1項、78年6月26日修正發布之同辦法第131條第1項、86年1月22日修正發布之國軍軍眷業務處理辦法第29條第1項規定亦同。

註五：眷改條例施行細則第9條、第13條第2項、第14條等所定同意改建之原眷戶所得享有之權益，非眷改條例母法所給予者，應非系爭規定所稱註銷之原眷戶權益。故本號解釋認系爭規定註銷原眷戶眷改條例第5條第1項前段規定之原眷戶權益係必要之差別待遇，與平等原則無違，所應檢討者，係因而亦不得領

取之眷改條例施行細則第 13 條第 2 項之搬遷補助費、第 14 條之拆遷補償費。

註六：釋字第 485 號解釋：「國軍老舊眷村改建條例及其施行細則分別規定，原眷戶享有承購依同條例興建之住宅及領取由政府給與輔助購宅款之優惠，就自備款部分得辦理優惠利率貸款，對有照顧必要之原眷戶提供適當之扶助」。

註七：眷改條例第 1 條規定：「為加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，特制定本條例。」

協同意見書　　大法官羅昌發　提出

本件涉及對不同意國軍老舊眷村改建之原眷戶處理方式之公平性，以及國家資源永續利用問題。中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷戶居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（下稱系爭規定；現行法將同意比例改為三分之二）多數意見認為對不同意改建之原眷戶註銷居住憑證及權益，與憲法第七條平等原則尚無牴觸，但就法益權衡未臻妥適之處，要求相關機關儘速檢討改進。本席雖認為現行規定對於不同意改建之眷戶並不全然公允，然考量本件原眷戶「權益」之性質，且眷村改建而將新眷舍轉讓特定群體之結果對國家土地永續利用亦有不利之影響，故對解釋主文敬表同意。然本席就本號多數意見之解釋方法及若干論點，認有補充或商榷餘地；對立法機關應檢討改進部分，亦有額外建議。爰提出本協同意見書：

壹、本件爭議之性質及所涉憲法權利

一、有關公法關係遁入私法之問題

（一）國軍眷戶與國防部間，均訂有借用契約。兩者間在民法上屬於使用借貸關係。如純依使用借貸關係而論，國防

部似可依契約之約定條件收回。然國防部興建及提供眷村，係為照顧國軍家庭，使其無後顧之憂，故國防部制定相關辦法（例如民國四十年間制定之「國軍在臺軍眷安置辦法」、四十五年間制定之「國軍在臺軍眷業務處理辦法」、八十六年間制定之「國軍軍眷業務處理辦法」及九十一年間制定之「國軍軍眷業務處理作業要點」），作為分配眷舍、授予相關利益及管理眷舍等之依據，以安定國軍眷屬生活。足見眷舍之借用，具有公法關係之性質，與單純私經濟行為之民事使用借貸關係不同；屬以私法型態執行行政機關應有之公法作為。故不應以眷戶與國防部之間訂有借用契約（即「公法關係遁入私法」），而否定眷戶與國防部之間存有給付行政之關係。本院自應以系爭規定有無違背憲法保障人民權利意旨予以審查。

（二）就此而言，多數意見認為：「國家機關為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，亦應循上開憲法之規定（即平等權之規定）」（見本號解釋理由書第三段及其所引本院釋字第四五七號解釋）。本席敬表同意。

（三）多數意見另稱：「軍人眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第四五七號解釋參照），其終止原不以配住戶之同意為必要」（見本號解釋理由書第一段）。文義上似賦予行政機關無條件之裁量空間。有斟酌餘地。蓋如前所述，軍人眷舍配住，雖以私法行為形式為之，然政府並非得毫無條件「終止」其關係。其「終止」仍應受憲法與行政法相關原則（例如平等原則及正當行政程序）之拘束。

二、有關社會給付之立法形成空間

（一）多數意見認為：「立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等有關規

定，有充分之形成自由，得斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政狀況等因素，制定法律，將福利資源為限定性之分配（本院釋字第四八五號解釋參照）」，惟仍受平等原則之拘束（見本號解釋理由書第一段）。就本件是否屬於「社會給付」而言，本席認有斟酌餘地；且本席對立法機關是否有「充分之形成自由」，亦認有進一步釐清之必要。多數意見認為此種立法形成自由受平等原則之拘束，而「國家財政狀況」則僅為考量因素之一；本席則認為「國家財政狀況」應為立法形成自由之重要限制條件。

（二）就本件是否屬於「社會給付」而言：本席認為，社會給付措施係指針對特定社會弱勢族群或其他須救助者所為之給付（如高齡、身心障礙、遺族、疾病與健康、生育、職業傷害與職業病、失業、貧苦家庭與未成年者、國民住宅所為之給付）。本件情形，得享眷改條例第五條及其施行細則第十三條與第十四條各項權益者，並非均為弱勢或須救助之一般社會大眾，而係限於有一定工作身分者；雖眷改條例第一條規定之立法目的在「提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」；其目的似有照顧中低收入戶之意旨；然得享眷改條例及其施行細則所列各項權益者，並非僅限於中低收入戶。故本件所涉各項權益之給付，屬於針對特定身分者而為之補助；其性質雖屬範圍較大之「給付行政」事項，但非「社會給付」之性質。眷改條例及其施行細則所賦予原眷戶權益之此種性質，在審查平等權受侵害時，自應納入利益權衡之考量。

（三）就立法形成空間而言：本席認為，某項給付縱屬社會給

付措施，其立法之形成，除受平等權之限制外，亦應嚴格受「代際正義」(intergenerational justice)或「代際衡平」(intergenerational equity)之約束；更何況非「社會給付」性質之給付行政事項，自更應受此約束。本席於本院釋字第七一七號解釋所提意見書曾表示，代際正義亦應適用於經濟與財政層面，以避免因本世代濫用資源，造成後世代不當之財政負擔或負債。由憲法解釋而言，「代際正義在憲法上縱尚非憲法具體列舉之基本權，最少具有極高之公益性質。在進行憲法第二十三條所規定以增進公共利益而限制憲法上自由權利之必要性之審查時，自應對代際正義賦予較高之權重。」（見本席於釋字第七一七號解釋所提協同意見書）由立法形成而言，代際正義，亦應作為立法者在決定各種給付的重要衡量標準。本院釋字第四八五號解釋亦謂：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係」。.其雖未明示代際正義之概念，然要求本世代避免濫用資源之意旨，已溢於言表。以本件情形為例，國家土地為有限且珍貴之資源，立法者自應以代際均衡之方式為利用與配置；眷村土地固然應予活化而為適當利用，以提高其經濟效益，然如係以建屋並將新眷舍所有權移轉之方式將利益授予特定群體，將使土地資源逐批喪失，並因而使後世代原應享有之國家資源，產生無法回復之減損結果（包括未來之軍人及其眷屬將漸無可以借用之眷舍）。本席對於立法機關將可能枯竭或無法回復之資源，轉讓特定群體之立法形成自由範圍，尚有相當保留。

三、本件所涉憲法上權利

（一）本件涉及平等權：國軍老舊眷村原眷戶因不同意改建而

受有不利之差別待遇，故涉及侵害平等權之問題；詳後述。

（二）本件未涉及適足居住權：本席在本院釋字第七０九號解釋所提出之意見書強調國際公約下「適足居住權」保護之重要。然本件情形與居住雖有間接關聯，但主要爭點並非在於人民因遭政府驅離家園而使其適足居住權受侵害；本件爭點毋寧在於不同意改建之原眷戶是否可以享有與同意改建之原眷戶相同之各項優惠給付之問題。

（三）本件亦未涉及憲法上之財產權：憲法第十五條規定，人民財產權應受保障。其所稱財產權之範圍，顯不限於私法所規定之物權與債權及若干公法所創設之智慧財產權，而應包括人民所擁有具經濟價值之其他財富（見本席於本院釋字第七０六號解釋所提意見書）。然所謂具有經濟價值之其他財富，須屬人民具有相當之法律上基礎得據以請求或排除他人侵害者。如非法律上得據以請求或排除侵害者，縱使人民有受給付之可能性，應不屬憲法第十五條財產權保障之範圍。本件情形，眷改條例第五條及其施行細則第十三條與第十四條對於同意戶所賦予之「權益」，經濟價值雖高（原眷戶之利益可能達新台幣數百萬元），但眷改條例第二十二條對此係稱「原眷戶權益」，而未規定為「原眷戶權利」。亦即，立法者已對此等給付定性為「非法律上權利」。原眷戶並不因眷改條例之規定，而對國家取得請求給付之公法或私法上權利。從而，此種「權益」受憲法保護之價值較低。如後所述，此種權益，僅受憲法平等權之保障。

（四）本件涉及民主原則之疑慮較低：論者或謂，依民主原則，贊成與反對之投票，僅能作為民主程序議決事務之方式，而不應作為賦予利益或課以不利益之基礎或標準；投票反對者不應因其投票態度而受不利對待之結

果。此項論點適用於應以民主決議之事務，固有其正當性；然如適用於給付行政事項，恐過度簡化問題之性質。給付行政事項，應以較細膩之平等權審查標準審查其合憲性，較能反應在何種條件與何種程度下，差別待遇將缺乏正當性。

貳、平等權之審查

一、平等權之解釋應納入「必要」要件之審查

（一）多數意見持本院以往見解，採兩步驟之審查方式。亦即，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之間，是否存有一定程度之關聯性（見本號解釋理由書第一段）。故第一步驟視受審查之法規目的是否合憲；第二步驟則視分類與目的之達成是否存有一定程度關聯。而何種程度之關聯始符合所謂「一定程度之關聯」，則視所涉權利及公共利益之重要性而決定。如涉及極重要之公共利益，則手段與目的間應具有極高度關聯。如涉及違反憲法所保障之重要權利，則應使差別待遇之規定，「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」（見本院釋字第六九六號解釋）。然就本件而言，僅涉及眷村改建補償與補助之給予，故如該分類標準及所採手段與目的兼具合理關聯，即與平等原則無違（見本號解釋理由書第一段）。

（二）本席認為，多數意見所採兩步驟之審查方式並不適當。蓋採兩步驟審查，將導致「全有與全無」之結果；亦即，一旦認定手段與目的之間有「合理關聯」或「實質關聯」或「高度關聯」，原則上即認定不違憲；而不再斟酌因歧視所影響人民權益之程度，以及是否可以較不歧視之方式，以降低或消除違憲程度。或有認為：平等原則與

其他自由權利不同，自由權受到限制時，其所犧牲的「量」是否適當，可以憲法第二十三條之規定加以檢視；而平等原則較屬「質」的問題，故平等原則的保障較屬絕對而不可限制，故只要符合「實質平等」，即屬平等，而不會有差別待遇是否合理的問題。本席認為憲法第二十三條仍應作為平等權或平等原則審查的基礎。理由在於所謂「實質平等」，應係經過利益衡量之後，確認縱使形式上有不平等之情形，然仍認為並未違反平等原則。換言之，認定某一法規或制度縱使形式上不平等，然仍符合「實質平等」，係經過利益衡量後所導致的結論。而利益衡量的基礎應在於憲法第二十三條的規定。且憲法第二十三條謂「以上各條所列舉之自由權利，除…所必要者外，不得以法律限制之。」依該條所示，倘某一法規或制度係對憲法權利（包括第七條平等權）的限制或剝奪，均應依該條所揭示之標準予以檢驗（見本席於本院釋字第六九二號解釋所提出之意見書）。故本席認為，違反憲法第七條規定之差別待遇究竟有無正當理由，仍應依憲法第二十三條之必要要件予以檢視。

二、平等權之適用，不限於憲法上權利

（一）憲法第七條規定：「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。」此規定一方面可以作為一項憲法上的重要原則，以確保人民所應擁有之「憲法上其他權利」，得以平等的方式享有。另一方面，該條雖未使用「權利」一詞，然其規定在憲法第二章「人民之權利義務」中的第一個條文，顯然憲法亦承認其為一項獨立且重要的基本權利。憲法第七條之規定除可確保人民以平等之基礎享有「憲法上其他基本權利」之外，如涉及「非憲法上的權利或利益」，該條規

定亦可使人民獲得憲法上平等權的保障。故承認其為獨立的權利，有其實質功能。例如，國家究應採何種社會給付之福利措施以保障人民生存與生活，應有裁量餘地；故採行福利措施之內容，原則上並非屬於人民得直接請求之憲法上權利；然倘其措施係以歧視方式實施，則人民非不得針對該措施主張憲法第七條之保障。我國憲法就此部分，與國際人權公約之規定方式不同。例如世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights)第二條係規定「人人有權享有本宣言所載之一切權利與自由，而不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何區別。……」(Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status...)換言之，僅該宣言所列之權利與自由，始為該條平等權保障之範圍。經濟、社會與文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)第二條第二項及公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights)第二條第一項，亦有類似結構。我國憲法有關平等權之規定內容與結構既與國際公約不同，自應依憲法文義與架構解釋，使其保護範圍較為周延（包括人民在憲法上權利之平等享有，以及在非憲法權利上之平等享有）。

（二）多數意見亦認國家為達成公行政任務，以私法形式所為之行為，以及立法機關各種社會給付，均應遵守憲法第七條之規定（見本號解釋理由書第一段）。而不限於憲法上其他權利之享有，始應遵守平等原則。就此而言，

本席敬表贊同。

三、平等原則審查之步驟及本案應有之解釋

（一）審查平等原則之第一步驟應在確認有無差別待遇：憲法第七條雖未界定「一律平等」的涵意，然該條的重點，應在比較人民在相同或類似的情形下，是否受到相同或不同的待遇。故該規定所規範的差別待遇，應包括二要件：其一，必須被比較的情形為「相同」或「類似」。其二，必須人民所受之待遇有所差異（亦即有法令上之差別待遇或有事實上之差別待遇）。本件中相比較的兩種情形顯然「類似」，且不同意改建與同意改建之原眷戶兩者所受待遇的確有所差異。蓋得享眷改條例第五條及其施行細則第十三條與第十四條各項權益及不得享有此等權益者，均為原眷戶；其作為眷改條例所欲處理之國軍老舊眷村住戶之身分，並無不同。雖原眷戶得享權益與否係因是否同意改建使然，然此程序差異（即同意改建與否之差異），應不影響不同意之原眷戶遭差別待遇之事實。

（二）審查平等原則之第二步驟應為依憲法第二十三條檢視，以確定其是否有正當性：本席曾於本院若干解釋所提意見書中，多次論述憲法第二十三條「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、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」之規定，應有之論述方式。簡言之，在憲法第二十三條下，任何限制或影響憲法權利的措施，應先確認有無為「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」之情形。在通過此項檢視之後，則應進一步依第二十三條所規定「必要」之要件，進行檢視。而「必要」與否的認定，則須衡量與平衡各種相關因素，包括某種規範「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，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。

（三）就系爭規定差別待遇所欲增進之公共利益而言：眷改條例第一條提及老舊眷村改建之目的在於「提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」；而系爭規定之目的，則在於「加速凝聚共識，並據以要求按期搬遷，達成地使用之最佳經濟效益」（見本號解釋理由書第三段）。故其似確有公共利益存在。然如前所述，眷村改建雖可活化土地利用，但其作法係將改建之房屋以甚低價格轉讓特定群體，使土地資源逐批喪失，並因而使後世代原應享之國家資源產生無法回復之減損之結果。由此而言，現行老舊眷村改建制度本身之公共利益並非明顯；且有代際均衡之疑慮。

（四）就系爭規定所形成的差別待遇對於所擬達成的目的可以提供的貢獻或功能而言：由於系爭規定有「加速凝聚共識」以「達成土地使用之最佳經濟效益」之功能（見本號解釋理由書第三段），故其對所擬達成之立法目的，確可以提供一定之貢獻。

（五）就系爭規定所形成的差別待遇對憲法上權利所造成限制或影響的程度而言：如前所述，本件情形，享眷改條例第五條及其施行細則第十三條與第十四條所賦予同意戶者，僅係憲法保護之價值較低之「權益」，而非賦予「權利」。不同意改建之原眷戶「縱使」原應享有此

項「權益」，然其亦非憲法上財產權。且此項「權益」之賦予對象，並非弱勢或須救助之一般社會大眾，而係限於有一定工作身分之群體；故各項利益，並非「社會給付」之性質。系爭規定之差別待遇，對不同意之原眷戶「憲法上權利」所造成限制或影響的程度，較不明確。

（六）就客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在而言：本席認為，國家以提供誘因之方式促使人民為符合政策之決定或行為，固有其正當性；但如其誘因之機制已經轉換為對不配合政策者之處罰，則可能輕重失衡。本件情形，對同意與不同意改建之原眷戶所形成差別待遇之程度甚大；同意者得享眷改條例第五條及其施行細則第十三條與第十四條各項權益（其金錢價值可能高達新台幣數百萬元，已如前述）；不同意改建者則完全無法享有此等權益。故系爭規定本欲作為鼓勵原眷戶同意改建之誘因，但其性質上已經轉變為對不同意改建者之懲罰。立法者實應審酌其他誘因或以改建以外之其他方式，達成眷改條例所擬促進之土地使用經濟效益、照顧原眷戶及中低收入戶等之目的；而非以類似懲罰之方式達成促使老舊眷村改建之目標。

（七）綜合而言，本席認為，系爭規定對於同意與不同意改建之原眷戶之待遇差異過大，且對其有類似懲罰之效果，對不同意改建之原眷戶，確有不盡公允之處；然基於原眷戶之「權益」並非憲法上權利，且亦非社會給付性質，且眷村改建之後將眷舍轉讓之結果，對國家土地永續利用亦有不利之影響，故本席認為系爭規定所形成之差別待遇並未逾越憲法第二十三條之必要要件。

多數意見另比較不同意改建之合法原眷戶完全喪失前述「權益」與違占建戶所可享有之拆遷補償，認有法益失衡；以及就真正弱勢之極少數原眷戶未有特別處

理，認有檢討改進餘地，本席敬表同意。真正弱勢之原眷戶，確為立法者應特別照顧之對象。

更重要者，依眷改條例將眷村改建後將眷舍配售予特定群體，故對國家有限土地資源之永續利用，有不利影響（包括將來之軍人及其眷屬亦將漸喪失借用眷舍之機會）；國家資源永續利用既屬立法裁量之限制條件，立法者自應作為眷改條例檢討改進之準則。

不同意見書　　大法官黃茂榮　提出

本號解釋多數意見認為：「中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：『規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。』（九十六年一月三日修正公布將四分之三修正為三分之二，並改列為第一項；下稱系爭規定）對於不同意改建之原眷戶得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益部分，與憲法第七條之平等原則尚無牴觸。」本聲請案之法律事實，涉及國軍眷舍配給之法律性質及其權益之憲法保障、民主原則之適用的效力極限、平等原則及比例原則之實踐等重要憲法問題，攸關國軍之住的照顧權益。對於就改建未為同意之表示者，系爭規定之規範內容為：「主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地」。本號解釋，以國軍眷舍配給之法律性質是使用借貸為出發點，認為該規定「與憲法第七條之平等原則尚無牴觸」。對該解釋意旨，本席不能贊同，爰提出不同意見書，敬供參考：

一、國軍眷舍配住關係定性之檢討

國家機關或公營事業機構與一個軍人先有任職關係，才有配給眷舍的關係。眷舍之配給的發生，以該任職關係之存在為前提。依雙方之明示或默示之約定，該配給關係的存續期間，得延續至該任職關係終止後，並不必然隨其任職關係之終止而終止。

相對於任職關係，其相隨之配給眷舍的關係在任職關係終止後，有後契約效力。這與退休給付之於任職關係，有後契約效力類似。鑑於如無任職關係之締結及依該任職關係而為服務在先，即無眷舍之配給，所以論諸實際，眷舍之配給在本聲請案，為軍人擔任軍職，提供勞務之對待給付。此由國家對未受眷舍之配給者，發給房租津貼可以為證（註一）。

然雖無法律之明文依據，最高法院向來認為，國家機關（註二）或公營事業機構（註三）將宿舍配給其員工之法律關係是民法上之使用借貸關係（註四），而不認為是其給員工之服勤待遇的一部分（註五）。不過，縱使認為是使用借貸關係，其存續效力或保障不應當是：與一般使用借貸相同，在借貸未定期限，亦不能依借貸之目的而定其期限的情形，貸與人得隨時請求返還借用物」（民法第四百七十條）；或縱使定有期限，貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者，得終止契約（第四百七十二條第一款），其是否因正當事由而有收回之必要，亦非所問（最高法院八十五年度台上字第一二二號民事判決）。

國軍眷舍之配給，依其實質，既以國軍之任職關係為基礎，因任職關係而發生，即具有「勞務對價」性質。不應在形式上，透過將之獨立於任職關係之外，定性為使用借貸，便弱化國軍眷舍配給利益之權利地位，以致如解釋理由書第三段認為：「軍人之眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第四五七號解釋意旨參照），其終止原不以配住戶之同意為必要。」使國軍眷舍之配給關係成為一種可以隨時恩義兩絕的打賞，了無法律地位與保障。

將眷舍配住關係定性為民法上之使用借貸關係，從而剝奪其應受法律保護之權利地位，弱化為只是一種「福利措施」。並以該論點為基礎，認為其終止原不以配住戶之同意為必要，實際上，亦即認為，其剝奪，不需要理由，國防部可以任意為之。既得任意為之，國防部在為剝奪時，也便既不需要理由，也無義務

補償。因此，眷舍配住戶自然也不能請求救濟。本席認為這是在相似於特別權力關係的背景下所持之法律見解。認為基於其上下服從關係，受命令的下屬，僅能無條件服從，下屬之利益縱使因此受到減損，亦無救濟，特別是不能享有司法救濟。

然參酌眷改條例第五條第一項：「原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。原眷戶死亡者，由配偶優先承受其權益；原眷戶與配偶均死亡者，由其子女承受其權益，餘均不得承受其權益。」眷戶享有之承購及輔助購宅款為具有財產價值之權益既然有得繼承性，自應解釋為：該等權益依該項規定，立法機關已明文肯認其權利地位，應定性為受憲法第十五條所保障之財產權。不應再沿襲向來實務，將之定性為使用借貸的見解，否認其應受保障之權利地位。不得隨意，據微不足道的事由，註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地。真有正當理由，要註銷其眷舍居住憑證及權益，應給予正當法律程序之保障及相當補償，以符憲法第十五條關於財產權之保障的規定。

雖然「規劃改建之眷村，其原眷戶有三分之二以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」為系爭規定所明定。但系爭規定之內容顯然是以使用借貸為基礎，其論據終究與同條例第五條之規定意旨相衝突。實務將眷舍配住關係定性為使用借貸關係，以及系爭規定之規範內容，與立法機關在第五條第一項明文表示之見解，既有衝突，自當予以檢討，以除去規範上之矛盾。不適合在未經體系檢討的情形下，便一仍舊慣，否認眷舍配住權益之權利地位。

按從軍為死生以赴之許諾，國家期待於軍人者為：不怕死，要其隨時有義無反顧，為國犧牲的慷慨壯志。是則，國家對其食衣住行應當有如何之照顧，方能使其無後顧之憂？今國家決絕提出「軍人之眷舍配住，為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第

四五七號解釋意旨參照），其終止原不以配住眷戶之同意為必要」（解釋理由書第三段參見）。對比該期待與該決絕，其反差，不覺令人神傷！

二、住戶同意權乃民主原則之展現

國軍老舊眷村為國軍及其家眷生活與終老之鄉。是親情及友情匯集之社區。當其因為老舊而必須改建，在以全體同意的方式為決議，有不能操作之情形時，自然應當循多數決的民主方式為之。系爭規定，關於規劃改建之眷村，其原眷戶有三分之二以上同意改建者，得辦理改建之規定，可謂本於民主原則而為規定。

無論將眷舍配住關係，定性為使用借貸關係或財產權，當公共事務事涉及之人數達到不再適合以全體同意為決議方法之程度，而退而求其次，由法律規定，於一定範圍內之人，以一定比例以上多數之同意，來決定與住戶有關之公共事務時，這是民主原則的適用。這固為一般接受之決議方法，然適用民主原則的結果，其效力，極其量應僅止於要求少數服從多數，少數與多數享有的權益（在項目上）應該相同，數量的計算標準，亦當一致，不應該使少數不同意者原享有之權益產生失權的效果。這才符合民主原則之運轉的規則。系爭規定「原眷戶有三分之二以上同意」之構成要件，只能提供改建之正當性，不能提供註銷不同意者之居住憑證及原眷戶權益的論理基礎。是故，不同意改建之眷戶，應仍得享有上開相同權益。眷改條例第二十二條第一項規定，「對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地」。其效力之連結顯然超過民主原則僅得要求少數應服從多數的限度。其利益的權衡，以及要件與效力之連結，有失均衡。

三、少數不同意眷戶權益之平等保障

本號解釋多數意見認為，系爭規定對不同意者，註銷其居住憑證及原眷戶權益之差別待遇手段，係為了促進老舊眷村改建整體執行進度，並據以要求按期搬遷，達成土地使用之最佳經濟效

益，具有維護公共利益之重要目的；且所有原眷戶均有相同機會取得相關權益，並明知不同意將無法獲得相關權益，而認為該手段有助於目的之達成，並具有合理關聯而與平等原則尚無牴觸。然這只是一種主張，尚未清楚論述其手段與目的間之必要性的關連。蓋關於改建條件，眷戶並無參與決定的權利，而僅有表示同意與否的機會。既然如此，其所謂有三分之二或四分之三之同意的表示，對於主管機關而言，僅具有民意調查的機能，對於眷戶並無共同決定的意義。是故，「註銷其居住憑證及原眷戶權益之差別待遇」之手段，是否為達成眷村改建目的之必要且最佳經濟手段，特別是否為對於眷戶權益限制之最小侵害手段，因未經具體論證，而有理由不備的問題。

按目的並不能絕對合理化手段。為達到國軍老舊眷村快速改建之目的，在手段之選擇上，除系爭規定所定「對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」之懲戒性手段外，承認原先不同意改建者，得享有與同意改建者相同之權益之較緩和的手段，是否就不能達到相同之目的，解釋理由中未為正反論證之推敲。何況，在三分之二以上同意改建時，依少數服從多數之民主原則，如前所述，在立法上，極其量只能賦予改建之正當性，但並沒有提供「逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益」之論理基礎，應予檢討。

四、國軍眷舍之信賴保護

即使如多數意見所採，將眷舍配住關係定性為使用借貸關係，對於不同意改建之眷戶的權益保障，亦應有信賴保護原則之適用。國軍為國家出生入死，難以期待其有軍事以外之謀生所需的專長。是故，國家有照顧國軍生活之義務，其中包括提供宿舍予其居住。當眷舍配住之關係已長達數十年之久，雙方即已建立相當之信賴關係，認為國家有繼續以配住之眷舍照顧軍人本身及其子女之住居的義務。

當國軍對於國家之照護義務已產生信賴關係時，且對於不同意者給予相同權益，不致於因而對國家產生財政困難之情形下，給予不同意改建者，得享有與同意改建者相同之權益的緩和手段，當亦能達到相同之目的。因此為達成加速老舊眷村改建之目的，並不能正當化以眷戶同意改建與否，作為註銷其居住憑證及原眷戶權益之懲罰性差別待遇的正當理由。

食衣住行為生活之大要。其中並以「住」的需要所占之財務負擔的份額最大。所以，就似此重要待遇，在規範立場上，採國家可以，「任意予之，任意奪之」的價值立場，在雙方勞務給付關係之規範規劃，其利益權衡顯失均衡。這在國家是當事人之一方的情形，尤應避免。其理由為：在雙方關係之發展，最忌諱的是強勢的一方，片面主導雙方關係之權利義務內容的形成。參諸「契約一般約款」及獨占事業濫用事場地位之禁止規定，皆本此意旨。如果國家不細體此中道理，由國家機關主導之各種法制及其運作，便難免漸漸向不公平的方向發展。其結果，人民在生活與職業活動之各種經驗中，倘發現其所遭遇之情境如是，而不能獲得應有之救濟時，必將對國家應是正義之化身的信念產生懷疑，進而集體沮喪，漸漸失去眾志成城的動能。

五、註銷其居住憑證及原眷戶權益是否符合比例原則

在「同意改建」及「不同意改建」之單一構成要件，除其法律效力之連結，要避免「全有」或「全無」之設計外。對於「不同意改建」，連結「全無」的效力除與民主原則不符已如前述外，亦與比例原則不符。其理由為：從權益之全有，至權益之全無間，有足夠之緩和設計的迴旋空間，自比例原則出發，沒有一下子即從全有，推向極端之全無的必要性與正當性。

好的法律制度，要盡可能與人為善，體諒規範對象面對僵硬法制可能遭遇的困難，不要輕率將其逼入絕境。推敲可達成目的之諸多可能手段中，所規定者，是否已是對於人民引起損害最小的手段，是比例原則要求於行使公權力者，應遵守之利益的權衡

過程，是法制人性化之根本所在。在司法實務上不可輕易論斷，手段與目的間之合比例性，而應嚴肅的處理。否則，比例原則在司法實務上將會演變為一個空泛的原則，了無實效性。

註一：勞動基準法第二條第三款將工資定義為：「謂勞工因工作而獲得之報酬，包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。」依該定義，亦將「以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與」論為工資。其意旨在於：防止雇主利用各種可能之名目，規避勞動基準法關於工資之保障的規定。行政院勞工委員會七十八年一月十日勞動二字第０００三二號函：「省府印刷廠 78.7.1. 起配合公教人員調整待遇案，將員工房租津貼併入專業加給項目發給，每月四百元，但有部分住公有宿舍者，每月須再行扣回四百元，其退休金平均工資計算應否包括房租津貼在內乙案，可依勞動基準法第二條第四款規定辦理。」行政院勞工委員會九十六年四月十三日勞保二字第０九六０００六七八０號函：「查勞工保險之投保薪資總額係以勞動基準法第 2 條第 3 款規定之工資為準，勞工保險條例施行細則第 32 條第 1 項定有明文。故勞動基準法、勞工退休金條例之工資，與勞工保險條例之月投保薪資之定義，三者均相同。依勞動基準法第 2 條第 3 款規定，工資：謂勞工因工作而獲得之報酬；包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。亦即無論給與之名稱為何，只要具「勞務對價」性質，均為勞動基準法之工資，應計入月投保薪資總額內。本案有關工資疑義，仍請就廢棄物回收工作是否屬清潔隊員本職工作之法定職掌事項，回收廢棄物之變賣所得金額是否為勞雇雙方合意之勞動契約內有「勞務對價」性質之工資，如經查明上開事項，勞雇雙方均認為廢棄物變賣所得金額為勞動基準法所謂之工資，則應計入勞工保險投保薪資總額。」

註二：最高法院七十九年度臺上字第二六七二號民事判決：「因任職關係獲准配住之房屋，係屬使用借貸之性質，如已離職，依借貸之目的，當然應視為使用業已完畢。」

註三：最高法院七十九年度臺上字第一五五五號民事判決：「按公營事業機構於實施單一薪給制後，已將對於員工之各項津貼，包括房租津貼，納入薪津之中，則借用宿舍之員工自不得支領房租津貼，而應由薪津中扣除，所謂扣收宿舍使用費，實即不給予房租津貼之意，並非使用宿舍之對價。」

註四：最高法院四十四年度臺上字第八０二號民事判例：「因任職關係獲准配住系爭房屋，固屬使用借貸之性質，然其既經離職，依借貸之目的，當然應視為使用業已完畢，按諸民法第四百七十條之規定，被上訴人自得據以請求交還系爭房屋。」最高法院五十八年度臺上字第七八八號民事判例：「貸與人因不可預知之情事自己需用借用物者，得終止契約，為民法第四百七十二條第一款所明定。本條之適用，不問使用借貸是否定有期限，均包括在內。所謂不可預知之情事，指在訂立使用借貸契約以後所發生之情事，而非訂立契約時所能預見者而言。而所謂自己需用借用物，祇須貸與人有自己需用借用物之原因事實為已足，其是否因正當事由而有收回之必要，不必深究。」

註五：最高行政法院一０二年十月份第二次庭長法官聯席會議決議，亦認為「此配住關係為行政機關基於管理財務之國庫行政而發生，係私法關係，非公權力之作用」。該決議文雖未指明係使用借貸關係，惟其決議之論理基礎係建立在使用借貸關係之上，該次決議法律問題之討論可資參照。

不同意見書　　大法官葉百修　提出

違憲審查機關對於審查是否違憲之法律或命令，於認定違憲時，固可就違憲之事由擇一認斷；然於認定合憲時，則應排除任何可能違憲之情形，此應為事物之本質與必然之道理。本件解釋關於國軍老舊

眷村改建事項，涉及諸多歷史因素與我國住宅政策歷來演變與未來發展趨勢，甚至在憲法層次上，關乎人民生存權、財產權、居住遷徙自由與是否有適足居住權之保障等重要議題；且本件解釋共計十五件聲請案—十三件人民聲請及兩件法官聲請案件，分別從不同憲法基本權利保障之觀點予以論述，顯見其案件之重要性與複雜度。

然本件解釋多數意見僅從平等權保障一端切入，即稱本件解釋審查之標的，即中華民國八十五年二月二日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱系爭條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（該規定於九十六年一月三日修正時，將同意比例降低，其餘對於不同意改建眷戶之處理方式不變，並增列第二項為改建說明會之程序（註一）；該程序復於九十八年五月二十七日增加至三項規定（註二）。原第二十二條規定及之後修正因增列其他項次而為同條第一項規定，關於不同意改建眷戶之處理方式部分，以下併稱系爭規定），與憲法第七條平等原則尚無牴觸而一筆帶過，對於本件解釋十五件聲請案聲請人其餘諸多指摘，毫無回應，選擇漠視而簡略操作平等原則之審查，完全避談是否與其他憲法基本權利保障有無牴觸之問題，本席無法贊同，爰提出不同意見如后。

一、受理程序要件說理含渾與裁判脫落，諭示檢討事項龐雜，更加凸顯違憲疑義

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「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。是以人民向本院聲請解釋憲法，就其憲法上所保障之權利予以指明，或本院大法官經認定所為聲請涉及憲法權利受有侵害。

（一）平等權以外其他基本權利有無受侵害未置一語，致生本件聲請人是否可續以聲請本院解釋之疑慮

承前所述，本件解釋計合併十五件聲請案，各件聲請案聲請人所指摘系爭規定限制或侵害其憲法所保障之權利，有憲法第七條、第十條及第十五條所保障之平等權、生存權、財產權、居住自由等，並因此牴觸憲法第七條平等原則及第二十三條之比例原則等主張。然本件解釋多數意見僅從平等權立論，單純從系爭規定以「同意」與否為分類標準，而形成不同意改建者，「主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」之差別待遇。

按法律本就是一種分類學；立法者本就針對其目的規範其法律適用之對象，分類標準之使用即充斥於所有法律規範之中。法律規範所為之分類，實際上有可能是權利限制之一種手段，但也有可能就是法律規範之必然結果。本件解釋多數意見既以軍人之眷舍配住，僅為使用借貸性質之福利措施，其終止原不以配住戶之同意為必要，因於論證所涉憲法權利時，並未依循歷來解釋之見解，對於本件解釋究涉及何種憲法基本權利受侵害，毫無所論。假如本件解釋多數意見因此認定憲法第七條所定之平等權保障，本身即具有憲法權利之獨立性質，而無須依附在其他憲法權利而成為「平等原則」之適用，本席亦欣然樂見。

然本件解釋多數意見針對系爭規定有無侵害聲請人等之居住自由、生存權、財產權或適足居住權等議題均未有明確回應，則本件解釋聲請人得否據同件聲請案，再度向本院聲請解釋憲法？本件解釋未曾解釋之部分，依本件解釋作成之程序要件應予受理後，再度予以解釋？則本件解釋何以不全盤檢視審查？令人不解。

（二）就聲請人所指摘違反比例原則、正當行政程序原則以及特別犧牲補償等均未予回應，理由不備而構成「違背法令」

就本件解釋所涉聲請案，聲請人所為之諸多主張，本件

解釋多數意見均未予以回應，於本院大法官目前採之書面審理之程序，縱然取決於本院大法官於受理時論斷之裁量，對於審查宣告違憲之聲請案件，或許得以如此依據大法官凝聚之多數共識，擇一作成解釋；然而在審查宣告合憲之聲請案件，卻不得如此等閒視之，而應就可能違憲之聲請主張逐一檢視並予回應。此於日後本院大法官解釋程序改以言詞辯論後，對於聲請人所為之主張，依據行政訴訟法之相關規定，應於斟酌全辯論意旨而為判決（註三），否則即有構成判決不備理由之情形而致違背法令（註四）。

是以本件解釋多數意見，對於相關聲請人所主張系爭規定牴觸憲法保障之居住自由、生存權、財產權而與憲法正當法律程序原則及比例原則之意旨不符之指摘，均未予以直接或間接回應，又如何杜悠悠之口，令聲請人等心服？

（三）解釋文一方面肯認系爭規定手段與目的具有「合理關聯」，卻又就系爭規定提出多項檢討修正之諭示，豈非相互矛盾？

既然違憲審查機關於作成合憲解釋或裁判宣告時，應就可能違憲疑義之各項因素予以全面參酌以綜合判斷後，若認仍有諭示檢討之必要，多數即與實體爭議無涉。然本件解釋多數意見一方面僅就有無牴觸平等原則加以審視，其餘可能構成違憲之爭議均未論斷，卻又出於與本院歷來解釋大相逕庭的作法，而解釋文中長篇列舉系爭規定不妥之處。試問：既已認定系爭規定有如此諸多不妥之處，應由相關機關檢討改進，另一方面確又仍宣稱系爭規定與憲法並無牴觸，豈非自相矛盾？

既然系爭規定有諸多尚待檢討修正之疑義，又如何與其所欲達成之公共利益具有合理關聯性？換言之，縱使系爭規定所為之分類標準適用合理審查基準，然所謂合理審查基準，亦非全然不為審查，或凡適用合理審查基準，其審查結果均為合憲。本件解釋既然有諸多亟待相關機關檢討改進之

處，亦為多數意見所不爭，則兩者是否真如多數意見所認具有合理關聯，豈非洞若觀火？

二、財產權保障就是財產權，不分重要與否與大小

對於本件解釋系爭規定所涉及之憲法權利保障，本席認為屬財產權保障之範疇。

（一）眷舍使用之法律關係，界定為使用借貸，有待斟酌

有關系爭規定所涉及之眷村改建爭議，原眷戶因為不同意改建，主管機關得依據系爭規定完全剝奪原眷戶所有權益，多數意見引用本院釋字第四五七號解釋，認定原眷戶與國家之間，係「以私法行為作為達成公行政目的之方法」，亦屬「國家為因應政府遷台初期客觀環境之需要，安置國軍退除役官兵，照顧此等有眷榮民之生活，經由行政院國軍退除役官兵輔導委員會將所經營之國有農場耕地配予榮民耕種，乃對榮民所採之特殊優惠措施，與一般國民所取得之權利或法律上利益有間。受配耕榮民與國家之間，係成立使用借貸之法律關係。」然系爭規定所涉及之國軍眷村，其實際眷戶使用眷舍之歷史成因與實際運作之情形，是否即如同本院釋字第四五七號解釋所處理之「國有農場耕地配予榮民耕種」之情形？配住眷舍之人民，其身份是否即為榮民？或有其他因為軍人職務關係所生之眷舍使用？眷舍之興建、土地及其地上物等權利歸屬等問題，是否均可與釋字第四五七號解釋所稱「使用借貸關係」一律等同？假如只是使用借貸關係，又如何於同意改建之眷戶，即可依據系爭條例第五條取得承購住宅及輔助購宅款以及系爭條例施行細則第十三條及第十四條規定之搬遷補助費及拆遷補償費？因此，多數意見直接援引釋字第四五七號解釋，認定本件解釋系爭規定眷舍使用屬使用借貸之法律關係，尚待斟酌。

（二）憲法保障財產權之目的，在於「實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」

縱使系爭規定所涉及者，僅屬眷戶與國家之間的使用借貸關係，然而，此種關係下所生之相關權利或利益，難道就不屬於憲法財產權所保障之範圍？憲法第十五條僅稱人民財產權應受保障，及至本院釋字第四００號解釋，將憲法保障財產權之意旨，解釋為「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。」對於財產權之保障類型，亦非以「所有權」為限。本件解釋多數意見將眷戶使用之法律關係，界定為使用借貸，言下之意，似否即謂眷戶對於土地或房屋既無所有權，其權利保障之強度或範圍，即與所有權不同，但是否即因此不受憲法財產權保障？既然憲法財產權保障之意旨，在於「實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」，系爭規定對於不同意改建之眷戶，逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，若房屋係眷戶自行興建，對其房屋難道並無所有權？否則何以有拆遷補償費？即便房地均非原眷戶所有，難道如此一筆勾消，不是侵害原眷戶「實現個人自由、發展人格及維護尊嚴」，進而有侵害其居住自由與生存權之疑義？

（三）依雙階理論，申請配住眷舍應屬公法上請求權，應受憲法財產權保障

對於眷舍使用，其必然是源自軍人向國家申請眷舍，則因為軍人身分而符合一定要件申請使用眷舍，將原本軍人於各部隊機關學校以外，提供住宅供其眷屬使用，固然有其歷史因素，如同本院釋字第四五七號解釋所稱「係國家為因應政府遷台初期客觀環境之需要」；然而，軍人宿舍之提供與使用，無論係國家基於軍人職務關係所提供給付之一環，或者作為使用借貸之關係，配住眷舍之申請，均須於法律規定之一定要件下為之，本身即為公法上請求權之一種，即應受憲法財產權之保障，至於申請配住後，其法律關係之認定，

無論是本件解釋多數意見所稱之使用借貸，抑或其他私法關係，均不影響其前階段因為公法上請求權所生之權利義務。因此，對於此種公法上請求權，應屬憲法財產權保障之範疇，其限制自應符合相關憲法原則如法律保留原則、明確性原則、正當法律程序原則、平等原則及比例原則等要求。

三、系爭規定不僅侵害財產權，更形同公權力之「制裁」與處罰

本件解釋多數意見認系爭規定之立法目的，在於避免眷戶參與改建之意願不一致，影響眷村改建之整體工作，以「加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀。」關於國金老舊眷村之改建，於立法之初立法者有認為應予國民住宅條例（註五）一體適用（註六），換言之，其屬於國家整體住宅政策之一環，雖將國軍老舊眷村之改建，獨立以系爭條例加以規範，對於其程序之要求，仍應符合憲法正當法律程序之意旨。

（一）財產權亦有正當行政程序之保障

關於財產權之限制，本院歷來解釋亦肯認有正當法律程序原則之適用。尤以系爭條例第二十二條第四項亦規定有都市更新程序之適用，系爭條例之立法目的亦承認，國軍老舊眷村之改建，亦為改善都市景觀，則對於改建程序涉及人民財產權，依據本院釋字第七０九號解釋，亦應有正當法律程序之保障。憲法上正當法律程序原則之內涵，固然視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序，例如確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利等。則系爭條例對於眷村改建之程序，究竟應如何設計以符合憲法正當法律程序之要求，本件解釋多數意見則毫無所及。

（二）財產權保障包括存續與價值保障

或謂本院釋字第七０九號解釋處理是人民所有權之保障，與系爭規定所涉及之「使用借貸」不同。然誠如本席所言，憲法保障人民財產權應不分所有權與否之優先順序。何況，憲法對於財產權之保障，同時包括存續保障與價值保障，即便系爭規定所涉及之國軍老舊眷村之眷戶，其使用眷舍之屋地均為國家所提供，然其對於屋地所增加之「價值」，似亦應為憲法財產權保障之範圍。

（三）系爭規定就不同意改建之建物所有權人未給予補償，且逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地並移送強制執行，形同制裁效果，有違憲法財產權保障之意旨

綜上所述，國軍老舊眷村使用眷舍之眷戶，其使用眷舍之歷史因素及其與國家之法律關係，均有複雜之事實背景，無論其是否僅屬於使用借貸關係，或者系爭條例所處理之國軍老舊眷村改建，是否應一體納入國家住宅及都市更新政策之一環，仍有待相關機關通盤檢討。然系爭條例處理既有眷戶對於眷舍之使用，即應注意避免過度侵害其居住自由及生存權之保障，尤其基於其財產權之存續與價值保障，對於不同意改建之眷戶，系爭規定美其名為加速改建之必要手段，實際上形同對於不同意改建之眷戶一種制裁或懲罰，既未給予一定之補償，亦未透過正當法律程序，以降低眷戶之間的紛爭，同時避免因為逕行註銷不同意改建之原眷戶之眷舍居住憑證及所有一切原眷戶權益，導致其財產權、居住自由及生存權受到過度侵害，凡此均為本件解釋多數意見所見，並於解釋文中加以諭示相關機關檢討改進，則當應檢討修正已逾越必要合理之範圍，而多數意見仍堅信系爭規定與憲法並無牴觸，其合憲論理過無薄弱，實難昭眾信。

註一：其第2項規定：「本條例修正施行前，經主管機關依第二十條第三項辦理改建說明會，原眷戶未逾四分之三同意改建之眷村，經原眷戶二分之一以上連署向主管機關申請重新辦理改建說明會及認證者，適用前項之規定。」

註二：其第2項至第4項分別規定如下：「原眷戶未逾三分之二同意改建之眷村，應於本條例中華民國九十八年五月十二日修正之條文施行後六個月內，經原眷戶二分之一以上連署，向主管機關申請辦理改建說明會。未於期限內依規定連署提出申請之眷村，不辦理改建。」「主管機關同意前項申請並辦理改建說明會，應以書面通知原眷戶，於三個月內，取得三分之二以上之書面同意及完成認證，始得辦理改建；對於不同意改建之眷戶，依第一項規定辦理。但未於三個月內取得三分之二以上同意或完成認證之眷村，不辦理改建。」「經主管機關核定不辦理改建之眷村，依第十一條第一項第六款規定辦理都市更新時，原眷戶應由實施者納入都市更新事業計畫辦理拆遷補償或安置，不得再依本條例之相關規定請領各項輔（補）助款。」

註三：行政訴訟法第189條第1項規定參照。

註四：行政訴訟法第243條第2項第6款規定參照。

註五：因住宅法之制定，業於104年1月7日經立法院三讀廢止。

註六：參見立法院第二屆第六會期國防、內政及邊政兩委員會第二次聯席會議紀錄，立法委員陳定南之發言，立法院公報，第84卷第55期，頁318。

不同意見書

大法官陳新民　提出

昔日的朋友，看啊，現在你們黯然神傷，滿懷愛與驚恐！不，走吧，別憤怒！你們不能在此安身立命。

你們必須再往遙遠、充滿冰雪與岩塊的國度拓荒去！做為一個人，你必須像獵人般，又需靈巧如羚羊。

德國哲學家　尼采

有為小孩說故事習慣的人，遲早會在伊索寓言故事裡發現，自己正如同那隻徘徊於鳥類與獸類之間無可歸屬的蝙蝠。總而言之，你們這個族群正日益稀少中，妳必須承認，並做調適。

作家　朱天心．想我眷村的兄弟們

本席無法贊同本號解釋多數意見認定中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第二十二條規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（下稱系爭規定）合憲之見解。本席必須指出：系爭規定對於不同意改建者，一概祭出「除權」手段，毋寧是「棒子與胡蘿蔔」的零和選擇，赤裸裸充當「棍棒條款」的粗暴角色。這種肅殺、暴恣氣十足，彷彿軍法對軍人抗命罪處罰之翻版，已牴觸法治國家所應遵奉的比例原則，更違反民主社會所強調的民主精神。

系爭規定正是典型違反比例原則的違憲案例，多數意見卻捨比例原則而不顧，專以平等原則為檢驗之標準，獲得合憲結論後，又在解釋文中以一半篇幅抨擊系爭規定「法益權衡並未臻於妥適」。系爭規定是否與憲法意旨相符？多數意見顯然搖擺不定，尤其認定系爭規定合憲之立論，不無薄弱與無力之嫌。憲法解釋不同於一般法律解釋，應更強調憲法之精神與理念，本席力爭無果，然為盡言責！爰提出不同意見於次，以抒塊壘。

一、界定眷舍使用為「私法性質之使用借貸關係」之錯誤

系爭規定合憲性的關鍵，在於原眷戶居住眷舍的法律關係為何？是屬於公法關係或私法關係。倘若屬於前者，不論是公物使用關係，或行政契約，則必須考慮行政法基本原則的適用，例如平等原則、比例原則、信賴利益保護原則等；若屬於後者時，則本於契約自由原則與雙方平等原則，除了行政私法契約，必須適用平等原則外，仍可依照民法的有關契約的規定來加以規範。

系爭規定許可主管機關強制註銷原眷戶居住憑證，使其喪失

支領搬遷費用與眷舍改建之權利，多數意見未就系爭規定違反比例原則、信賴利益保護原則等問題加以審查，在此多數意見援引本院釋字第四五七號解釋，認定眷舍配住乃「使用借貸性質之福利措施」，且「其終止原不以配住戶之同意為必要。」（解釋理由書第三段）明顯地認定屬於私法關係。雖然並未明言指出是否屬於行政私法契約，惟釋字第四五七號解釋認定榮民承耕公有土地屬於行政私法關係，只需檢驗有無違反平等原則即足。可見，多數意見的認定，亦將眷舍使用視為行政私法關係，但仍可界定在私法使用借貸關係之內。

多數意見之認定，是基於主觀來抉選最簡單、相信可以自圓其說的論證基礎，並未就眷舍使用關係的目的、長年來規範狀態與性質來予以論究，造成論理過程破綻叢生，可說俯拾即是。本席在此一一檢視之：

（一）眷舍使用關係為公法性質的「公物使用」關係

關於眷舍使用關係，恐非多數意見所指稱的為私法性質的「使用借貸關係」，亦非「行政私法」之性質，而應屬「公物利用關係」。當然公物利用關係，可以採行私法關係或公法關係來規範，端視主管機關或法令。在多數的情形，是以公法關係來規範。本號解釋之原因案件便是一例。

規範眷舍使用的法規範為主管機關民國四十年已制定，但在民國四十五年一月十一日重新有系統的頒布之「國軍在臺軍眷業務處理辦法」（下稱辦法）。該「辦法」第一條的立法目的「為謀安定在臺軍眷生活，使將士無後顧之憂，藉以振奮士氣，提高服務情緒，特訂定本辦法」；第二章第二條規定在界定軍眷之範圍，俾「得享受本辦法所規定之權利，及應盡之義務」；第四章第十二條規定「各單位軍眷以集中居住為原則...並受聯勤總司令部軍眷管理處監督指導」；第十三條規範軍眷戶違規的處罰事項；第三十五條第一項明定軍眷有遵守國防部所頒布有關軍眷應行遵守之一

切規定之義務，且第三十七條中亦規定「本辦法實施之監督考核，由各級政工單位擔任」。由前述條文可知，明顯採行公法性質的公物使用關係，來規範眷舍的使用關係。

若以「辦法」之屬性而論，顯然屬於主管機關單方面的「命令與服從」，具有高權、而非私法關係所強調的平等色彩，也不同於私法借貸關係，雙方擁有對契約內容形成的可能性，而是單方面屬於機關內部公物的使用關係。故上開「辦法」具有特別權力關係的色彩與「職權命令」的特徵。

反觀之，多數意見將釋字第四五七號解釋有關「榮民承耕退輔會所屬農場」之法律關係，援用於本案之上，即所謂「行政私法契約」，這種見解明顯有誤。按榮民承耕農場，除締約條件（締約人資格）為單方決定外，其他對於承租契約的內容，仍擁有甚大的形成自由，例如耕種種類、農產品之行銷與價格...等，仍悉聽尊便，退輔會與農場都不多加干涉，承耕之榮民與一般農民並無二致。惟眷舍使用則不然，不僅無法自由修建與增建、出租營利、從事商業活動，可說是幾乎無自由使用之空間。故不可將釋字第四五七號解釋之案例援引至此，而認為眷舍使用屬於行政私法性質之「使用借貸關係」。

由於影響眷戶的權利重大，必須具有法律授權基礎，否則在實施行政程序法後，將有牴觸法律保留原則之虞。然而長年來，該「辦法」卻未有法律的授權，不合乎我國在九十年一月一日實施的行政程序法，遂於九十一年十二月三十一日失效。國防部重新依行政程序法制定頒布行政規則性質之「國軍軍眷業務處理作業要點」（下稱要點），做為接續管理軍眷權益與公產之依據（註一）。足見不論是「辦法」或「要點」，都具備公法性質，制定之依據，不是中央法規標準法第七條，就是行政程序法第一百五十九條及第一百七十四條之一規定。

故早至民國四十年代開始，國防部即以單行法規規範軍眷管理相關事務，至民國四十五年以較完整的「辦法」及民國九十二年接續之「要點」規範管理眷舍業務以來，已長達六十三年之久，其中上開辦法修正達二十餘次之多，何曾見到其中有提到援引民法契約關係條文之處？實施至今，高達數十至百萬件計之配住、入住、註銷居住憑證、申請增建補建等事宜，何曾透過民事契約（例如書面簽訂契約、法院公證程序）來成立；又產生爭議時，是透過民事法院的訴訟程序，而非透過行政程序而解決之？

如今，多數意見貿然將眷舍使用定位在「使用借貸」關係上，卻未能由上開「辦法」及「要點」中獲得任何立論之依據，論斷過程是否失之於武斷與失實？

實則，對公有宿舍或眷舍之使用關係產生爭議的情形，並非罕見。關於對公有宿舍或眷舍使用事項，長年來都由主管機關以單行法規，亦即以組織法賦予之權限規定，無庸明白法律的授權，即以行政規則來規範之，具有內部拘束力之規範。為此，本院釋字第五五七號解釋明白肯認，「行政機關、公立學校或公營事業機構，為安定現職人員生活，提供宿舍予其所屬人員任職期間居住，本屬依其組織法規管理財物之權限內行為；……自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。」該號解釋係針對實務界對宿舍使用所產生之爭議，究應循行政訴訟或民事訴訟而作出的統一解釋，明確界定公有宿舍使用之法規依據具有公法色彩。該號解釋所涉及的標的為行政院所屬機關之宿舍，與本號解釋之國防部所屬眷舍，具有極高的同質性。故眷舍使用關係的性質，已極為明顯，何再有爭執之空間乎？

（二）眷舍的使用屬於國軍福利措施的一環

本號解釋多數意見在「淡化」系爭規定對不同意改建之原眷戶權益可造成「殺傷力」之論證上，特別強調「眷舍配

住為使用借貸關係之福利措施，其終止不以配住戶之同意為必要」（解釋理由書第三段），顯然將眷舍配住視為主管機關的「恩賜」，可隨時給予或收回之，皆不涉及對眷戶權利的損害。

闡釋前述收回眷舍行為「無侵權性」最赤裸裸者，無過於國防部在本號解釋作成過程中，提供之書面資料中認定「原眷戶權益如遭主管機關以系爭規定予以註銷時，應尚無基本權受侵害之疑慮。」

上開對軍眷所給予福利，可以不受法律保障，由主管機關隨意取消的見解，恐怕連當年政府、國防部，甚至蔣中正總統夫人（因蔣宋美齡女士所領導之婦聯會，曾大力募款興建眷舍），都不會贊同此種「可以自由取消」之立論！不管在國軍軍眷業務處理「辦法」或「要點」中，都明明白白宣示：所有軍眷業務都有安定將士軍心與振奮士氣的目的，將所有軍眷補助業務均屬於視同「法定待遇」之福利措施。在早期的「辦法」中，屬於給付性質的項目更多，就以四十五年剛頒布的「辦法」而論，在第五章「軍眷給與」第十四條以下，便有給與生活補助費、依軍眷人數（分大、中、小口）發給眷糧、副食實物（鹽、油、煤等），另外眷舍、醫療、就學與就業輔導，都有專章規定。顯示當時國家著眼於軍人收入微薄（薪俸），必須想方設法，多立名目實施「軍眷補助」，來實質增加軍人待遇，以提高其生活水準。故上述補助，與微不足道的薪俸，一併構成軍人與軍眷「實質待遇」的內涵。國防部對上述眷糧、副食實物的張羅、調控及發放所動員人力與組織之龐大，絕不亞於單純發放薪俸的規模。

在我國已進入富裕社會後，上開「要點」仍然維持許多補助措施，例如軍眷權益（各種水電優待、優惠存款、生育補助、急難救助、國軍醫院優待等）、獲得眷舍之分配及其他優待（包括因天災受損可得之救助、安置、口糧救濟金及

傷病慰問、輔助貸款購宅等）、子女就學補助…等，均屬於整體軍人待遇的一環。否則無庸在上述法規中明白界定「軍眷戶」的範圍，更明定具有此「受益人」資格。方能享受上法規所賦予之權利。

可見上述補助措施，並不是行政院或國防部一時性興起，或基於個人施恩所賦予，反而是正式形諸在有拘束力的規範之上。尤其是在行政程序法實施之前，這些由「辦法」所規定的補助措施，且被國防部認為乃「職權命令」，亦為「法規命令」，更是直接依據中央法規標準法第七條，基於國防部主掌之職權所頒布的命令。此非「具有法規基礎」，豈可由主管機關自由取消或廢止，是否視實施已達六十年的「要點」與「辦法」為無物？

多數意見將眷戶權益中的「眷舍使用及其相關權利」視為「使用借貸的福利措施」，而非具有「法規範基礎」的「福利措施」，試問其他「生活補助費、房租補助費、水電優待、眷糧及副食實物發給」，是否亦屬不具有法定基礎的「純粹恩給之福利措施」，而可隨時取消之？

多數意見此不無「大玩文字遊戲」之嫌！硬要將明明全是法定賦予的補助及福利項中，把「使用借貸關係」的福利措施抽出，是否與軍人及其眷屬、社會上的認知有太大的差異乎（註二）？

（三）眷戶與主管機關間具有「職務義務」性質之關係

由上開「辦法」中，亦可看出眷戶在享有由國防部單行規章所規定的各種權益之同時，也負擔許多義務，除眷村內部的公共秩序維護外，更及於個人行為，例如必須端莊（註三）或不得打麻將等，都列入眷舍管理的範圍。若有違反法令規定時，主管機關得停發眷補、強制遷出眷村，眷戶為現役軍人時，服役單位更得加以處罰。例如依六十七年修正頒布之「辦法」第一百六十三條規定，軍眷嚴禁在眷舍內賭博，

違者除涉及刑事應依法處理外，按左列規定辦理；軍眷在眷村賭博者，第一次停發其本人眷糧半年，第二次停發其本人眷糧一年，第三次勒命全戶遷出眷村，軍眷之配偶為現役軍人者，得依情節核予行政處分（註四）。此外，眷村的管理由自治會負責，在早期，如四十五年剛頒布的「辦法」，則由政工人員負責之。故對於眷村管理視同軍事紀律，違反眷舍管理規定之行為，如同軍人違反職務命令般，可由主管機關予以處罰，已非單純私法之「使用借貸關係」可言。

（四）若將眷舍使用視同私法之使用借貸關係，註銷眷戶憑證與辦理眷村改建，則無庸制定特別法

多數意見提到：「眷舍配住為使用借貸性質之福利措施（本院釋字第四五七號解釋意旨參照），其終止原不以配住戶之同意為必要」（解釋理由書第三段），若眷戶使用為私法關係，豈非只需透過民法規定，即可完整規範整個眷村改建的法律關係乎？立法院與國防部何必捨此現成法律規範而不用，特別制定多達三十個條文之眷改條例？豈非多此一舉？

由立法的必須性說明眷舍改建，涉及廣大原眷戶的權利，不許可主管機關逕自行使解約權，亦即多數意見所持「不以原住戶同意即可終止眷舍使用」之見解，顯然將涉及全國數萬老舊眷舍權利之問題過度簡單化！由「辦法」對各種軍眷權益的詳盡規定得知（以民國七十八年六月二十六日修正頒布之「辦法」為例，包含多達一百四十六條的龐大的法條結構可知，軍眷權益的廣泛與精密，都涉及人民權利事項，應依法律方得規範），眷舍改建牽涉原眷戶的權利極為重大，不能沒有法律授權，亦即不能以辦法層次來解決，必須以具有法律位階的專法方式來予以規範。故原本設想的民法使用借貸關係，或是具有職權命令性質的「辦法」都不足以根本解決全國眷村改建引發的法律爭議。眷改條例係創設公

法關係之專門立法，即不可再創設之公法關係，視為單純的私法使用借貸性質，否則將會產生論理上，忽爾為「公法關係」，忽爾為「私法使用借貸關係」的混淆與矛盾。

就此而言，最高行政法院一０二年十月第二次庭長法官聯席會議提及系爭規定的定性問題時認定，關於眷舍的配住關係，為主管機關基於管理財物之國庫行政行為，係私法關係，非公權力之作用。原眷戶若有購買改建眷舍之權利，為眷改條例所創設，而非眷戶憑證所創設，故眷戶憑證僅在證明眷戶之身分，並非授益行政處分。然而主管機關註銷不同意改建眷戶之憑證，則屬於「不利」原眷戶之行政處分，而非授益行政處分之廢止。上述最高行政法院之見解，顯然為多數意見所採納，惟主管機關註銷之行為，依上開會議決議，顯然又認為是不利之行政處分，是否即肯定發生私法借貸關係可以用行政處分的方式來予以解除？莫忘系爭規定最後仍以民事強制執行之方式，來處理眷舍之拆屋還地事項。如此，眷舍之使用借貸關係自始至終，都能定性在私法性質？（註五）

至於原眷戶所享有的權利，特別是原眷戶可以購買改建戶之權利，上開最高行政法院「決議」認定，乃眷改條例所創設。這種見解忽視原眷戶既領有居住憑證後，已享有法定的權利，例如住居權、財產權、購買改建後之房舍的期待權—這是具有「財產價值的期待權」（vermögenswerte Erwartungsrechte），可以享受憲法財產權的保障（註六）。故上開權利亦受信賴利益之保護，大法官在釋字第七一七號解釋所承認的信賴利益，不以嚴格法律創設的權利方值得憲法保障也，正是此意旨的展現。

二、未檢視系爭規定違反比例原則的問題

本號解釋諸多聲請人，都主張應檢驗系爭規定有無違反比例原則的問題，然而多數意見卻未審酌之，而僅專注在審查有無違

反平等原則，是否已有「疏漏」的瑕疵？

本席認為系爭規定，正是典型違反比例原則的案例，多數意見豈可不加以論究，到底有無「最小侵害」的其他手段？

（一）審查平等原則亦需適用比例原則

本席並不反對多數意見一併就系爭規定是否違反平等原則來予以審酌，畢竟許多聲請人同樣指摘系爭規定已與平等原則有所牴觸。惟立法措施採行差別待遇時，仍應考慮其手段是否符合比例原則。故本院在許多解釋中，皆將比例原則作為檢驗法規範是否違反平等原則之依據（例如釋字第四八五號、第五九三號、第六三九號及第六四九號解釋等），更明顯之例是釋字第六一八號解釋，亦提及：「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，為憲法第七條所明定。其依同法第十八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，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第二０五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。」

這也符合憲法學上的主流見解，對於以「適用者」為對象，「因人而異」採取之區別待遇，最容易流於恣意，同時不論對法益的重大侵害與否，均應適用比例原則方可來嚴格審查（註七）。

系爭規定既然剝奪原眷戶繼續住在眷舍、購買改建後眷舍的權利，難謂並未對原眷戶造成嚴重之侵害，即使檢驗此區別待遇有無違反平等原則，也應探究手段有無過度激烈，透過援引比例原則，採取嚴格之審查標準，而非如多數意見般，只採取寬鬆審查標準，來檢驗立法手段有無與達到目的間「具合理關聯」來論斷合憲性。

（二）對不同意改建者一律除權之規定－典型的「恣意」之行為

系爭規定對於不同意改建者，一律註銷其眷戶憑證，從而剝奪承購住宅、領取搬遷補助費、輔助購宅款等多項權利，多數意見在主文中雖藉著對比贊成改建者可以獲得的好處及少數持不同意見者權利之喪失，呈現後者悽慘下場，認為有權益失衡而有改進的必要，但卻在理由書第三段中提到「所有原眷戶均有相同機會取得相關權益，並明知不同意將無法獲得相關權益」，作為正當化區別待遇的合憲理由，是否前後立論也矛盾備至？

這種「順我者昌、逆我者亡」的差別待遇，豈非「胡蘿蔔與棍棒」？其正當性何在？多數意見認為是「加速眷改速度」，從本號解釋理由書第三段的說明，當可輕易了解此「加速論」的用意：「系爭規定之立法目的，係考量老舊眷村之特殊環境，為避免眷戶持續觀望而影響眷村改建整體工作之執行進度，徒使改建成本不斷增高，乃藉同意門檻之設定暨對不同意改建之原眷戶註銷其眷舍憑證及原眷戶權益之差別待遇手段，促使原眷戶間相互說服，以加速凝聚共識，並據以要求按期搬遷，達成土地使用之最佳經濟效益，以維護公共利益。」對不同意改建者祭出殺手鐧之理由，在擔心因眾意紛紛，使得眷舍改進速度受到拖延，而使成本升高。故純粹出於經濟與財政考量，同時也可「促使原眷戶間相互說服，以加速凝聚共識」。上述立法考量的理由，不無草率與粗糙，例如：

1. 眷改條例並非「限時法」，有極急迫之公益需求，在一定時間內完成法定任務，包括特別預算支出，方可要求被規範者應當急速配合的特別義務。眷改條例是典型的「長期法」，使全國的老舊眷村，一步步藉由該條例來實施改建。對未獲得改建共識的老舊眷村，亦可等待眷改條例逐步修正後，陸續實施之。顯見眷村改建並無「立即與危險」的

公益考量，最明顯的是系爭規定同意改建門檻，由原本四分之三，在實施十年後的民國九十六年，改為三分之二，便是一例。眷改條例甚至在實施十五年後的民國一百年，仍作出最新的修正（註八）。為何眷改條例隨時改變修正，而受其規範的原眷戶，就必須迅速配合改建不可？

2. 若謂擔心改建工程的蹉跎，會增加成本。首先這是設想問題，在現實生活中是否一定會增加太多成本，或是增加數量無法承受，仍有待個案中檢驗。眷村改建費用並非全由國家承擔，原眷戶也必須承擔一定比例之費用。故面對日後可能增加的成本，原眷戶負擔同樣會加重，並非單方面國家損失而已，且對於未獲改建共識的其他老舊眷村之眷戶而言，也勢將面對成本增加之問題，老舊眷村最終不免走向改建一途（註九），故以「日後成本增加」作為除權理由，顯不實際，否則眷改條例便應該改為嚴格的「限時法」不可！
3. 除了擔心日後改建會增加不必要的成本作為「除權」的理由外，多數意見尚舉出藉此「相互說服，以加速凝聚共識」的合憲正當理由。本席對此說法，更是驚訝萬分！民主法治國家，豈可用「使不同意者造成喪失重大權利」來作為說服的工具？這種形同運用「下馬威」的「棍棒」來強迫共識的形成，究竟是「說服」或「恫嚇」？
4. 主管機關對於不同意改建者，行使如此嚴格的除權措施定，在心態上，認定不同意改建者，是「為既得私利阻擾改建，侵犯大多數人的利益」，應予重罰，顯然是過去主管機關對眷舍所持「職權管理」之心態，對違反規定者，處以類似「抗命」的重責！這種為追求行政效率的單方面思考，不考慮採取更輕更和緩的手段，豈非公法學上「恣意」（Wilkür）的寫照？

（三）典型的違反比例原則之案例—仍存在不少「更和緩手段」的

可能性

誠然，依據過去的「要點」或「辦法」中，也可以找到原眷戶必須配合主管機關處理眷村改建時（包括收回標售、整建或遷建），無條件搬遷的規定。原眷戶的搬遷義務義務，也及於原眷戶的居住權利被撤銷或眷戶憑證被註銷之時（註十），不僅居住於公有眷舍之住戶，甚至及於奉准在眷村範圍內，自費建築眷舍者，換言之，這些本應屬於原眷戶之私人財產，仍可依上述「要點」或「辦法」，變成「公產」，且日後必須隨者「眷村用地」改變用途時，配合搬遷，不得有異議（註十一）。

上開規定，都已經與原眷戶的居住權、財產權、補助購宅權益結合在一起，即連上述的「要點」或「辦法」，也承認其具有權利性質（註十二），包括居住權利之註銷及眷舍倒塌、不堪居住的「眷舍註銷」等（註十三），顯示眷戶權益與眷舍存在息息相關，甚至眷舍毀損後，其配住權仍繼續存在。

為了眷村改建的公共利益，並非不得對上開權利加以限制。然而應先窮盡「限制之可能性」，方可考慮行使最嚴重之「除權措施」。就以限制的可能性而言，立法者可能考量的手段甚多，例如：1、對於不同意改建者，既強制要求接受改建的決議，何不一併許可其擁有與贊成改建者相同之權利？如此也不會影響改建目的之達成。2、退一步言，若要對堅決不贊成改建者給與嚴厲的處置，必須考慮有無訂定「落日條款」的可能，即規定通過同意改建門檻後，定下若干期間讓不同意改建者，能夠擁有回心轉意、變更意見之機會。3、既然法令（行政執行法或「辦法」）許可主管機關對不同意改建者，可逕行執行拆遷之強制手段，主管機關何妨即可利用此手段，一樣可達成改建之目的，且給不同意改建者較少之損害（註十四）？故對不同意改建者，保留其如

同其他贊成改建者之居住權利外，亦可強制執行返還房地，同樣可排除不同意改建者所造成的法令與事實上障礙。４、系爭規定對於奉准自費興建、增建房舍者，如其不同意改建時，亦可註銷憑證，而不給予任何補償，是否過度侵犯其財產權，造成不公平之後果乎？５、按註銷原眷戶居住憑證之行為，依最高行政法院一０二年十月第二次庭長法官聯席會議之見解，為不利之處分，依行政程序法第一０二條之規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」故是否應給與不同意改建者充分表達意見的機會？或是召開公聽會的程序？依國防部之見解，在改建說明會中已告知所有原眷戶此不利後果。故基於行政程序法第一０三條第五款規定：「行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。」行政機關得不給予陳述意見之機會。故對不同意改建者無庸給予表達意見與特別召開公聽會的必要。

國防部援引該條款不無錯誤之處，若參酌同條項第六款之規定：「限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。」方有不予陳述意見的機會。相形之下，註銷居住憑證對原眷戶權利侵犯之大，顯然必須給予陳述意見之機會。這也是大法官在釋字第七０九號解釋論及都市更新實施涉及人民財產權與住居自由侵害時，特別強調的「正當行政程序」（註十五），應賦予人民能夠充分表達意見來主張與維護權利之管道。

三、違反民主原則：

系爭規定同時違反了民主原則。誠然法治國家也視民主原則為基本原則之一，民主原則雖多半運用在國家、政黨、政府組織與運作之上，但亦非不能作為憲法保障人民基本權利之依據，只

是運用的機會較少而已。作為法治國家法律正當性來源的檢驗原則，民主原則也可以在基本權領域，作為詮釋的依據。特別是在言論自由的領域內，民主原則的實踐提供了少數意見的表達機會，使得民主社會追求的多元價值、理性辯論的可能機制，不至於被封殺。故民主原則的精神必須最大幅度地體現在規範基本人權的法律之中。（註十六）

系爭規定既然引進了全體住戶四分之三表決同意作為改建的門檻，已經明白採納民主精神「多數決」的體例，為何不能堅持到底，繼續採納更符合民主精神「精髓」的「少數服從多數」之制度？對於少數不同意改建之原眷戶，民主精神要求其能抒發異議、參與公共議論，更能使決策達到透明化與理性化（兼聽則明）。少數服從多數者的決議，除顯示多數決的拘束力外，此時更應容忍少數意見者，保障其擁有相同的權利。否則，以「勝者為王、敗者為寇」的心態，對持反對意見者予以打壓或其他不利對待時，正如同系爭規定的「除權」措施，豈非明明白白地與民主原則精神有違？

四、國防部頒布之行政規則違反法律保留原則

本號解釋聲請人之一指摘國防部民國九十七年五月三十日修正頒布之「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第六點之（四）及民國九十七年六月十七日修正頒布之「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第伍點之三認定：「凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬本條所稱「不同意改建之眷戶」，有違反法律保留原則之疑義。

上開規定以行政規則方式來詮釋系爭規定對於「不同意改建之眷戶」的概念。顯然將系爭規定的「自始不同意改建」，擴張到「自始同意改建，因嗣後產生的爭議不同意之情形」（凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬本條所稱「不同意改建之眷戶」），已非

系爭規定之文義所及，而認定之結果更導致原眷戶喪失相關權益之損失，更非技術性與細節性行政規則所可導出之法律後果。又觀之上開條文內容，特別是：其他未配合主管機關辦理各種改（遷）作業者，都一律視為「不同意改建者」，是否過於抽象與籠統，而有牴觸法律明確性之虞

若對比眷改條例施行細則第十三條第一項之規定：「為配合眷村改建，原眷戶應於主管機關公告期間內搬遷，未於期限內主動搬遷者，視為不同意改建，由主管機關依本條例第二十二條規定處理。」同樣屬於「事後不同意改建」的一例，亦擴張母法的概念。縱使此擴張解釋有獲得法律明確授權，但亦不無「子法超越母法」之嫌。

五、恐成「畫餅充飢」的檢討改進宣告

本號解釋多數意見也批評系爭規定沒有照顧到無力負擔自備款之原眷戶，對不同意改建者拒絕給予任何權益及對違占建戶尚且更高的補償，顯示系爭規定對「法益之權衡並未臻於妥適」，從而要求「相關機關應儘速通盤檢討改進」的宣告。

多數意見這種檢討改進的宣告，是否理論體系一貫，從而能促使主管機關與立法院從速糾正系爭規定之缺失？本席不敢樂觀以對！質言之：1、既然系爭規定獲得多數意見「所為差別待遇之目的要屬正當，且所採差別待遇手段與前開立法目的之達成間具有合理關聯，與憲法第七條平等原則尚無牴觸」的明確宣示言猶在耳（解釋理由書第三段），主管機關與立法機關何能推翻之？2、系爭規定的除權措施，多數意見拒絕援引比例原則來予以審查，亦即不考慮檢驗是否有侵害最小的手段措施採取之可能性。試問，主管機關能否「反其道而行」，將比例原則重新納入考慮，而大幅度修正系爭規定？3、多數意見之檢討宣告，既已言及系爭規定「法益之權衡並未臻於妥適」，是否已指明牴觸比例原則，特別是其中的「均衡性原則」（註十七）？

本席在此願重申：系爭規定是否符合比例原則，是本號解釋

的關鍵所在。多數意見一方面拒絕援引此原則檢驗系爭規定之違憲性；另一方面卻又僅援引平等原則，並以低標準審查密度審查，宣告系爭規定合憲，最後再使出一記「回馬槍」，認定系爭規定違反「法益均衡」，卻又不指明以何原則論定此「失衡」現象，以及檢討改進之方向與限度究竟何在。多數意見如花槍閃爍式的判斷與立論，是否「過度自由」乎？本席擔心，主管機關會否最後撿拾枝節修正，而讓真正不義之系爭規定不動如山！

六、結論—讓凋零的族群全部享有「苦盡甘來的遲來幸福」

將軍眷視為國民一份子來討論系爭規定的合憲性，應當以憲法法理的角度來予以探討。經由上文的詳細檢驗，當可獲得系爭規定違反比例原則、民主理念的明確論證。

再以軍人及其眷屬的立場來檢視，更應以「情、理、義」角度來予以論究。國家與軍人關係，遠不同國家與一般人民之間，除法律關係外，更建立在「忠義」精神之上。故在過去強調軍人為國奉獻犧牲，絕對服從，國家也應盡全力為照顧軍人以及眷屬，作為國家履行「道義義務」，此可稱為軍人對國家負「單方面」忠誠義務的時代（註十八）。

進入法治國家時代，這種軍人對國家單方面的忠誠義務已經遞嬗為「雙方互負忠誠」的法律義務。質言之，過去視為國家或元首「恩給」的國家照顧，由倫理性質，提升到具有法治國家原則位階的法律義務。雖然仍不無給付行政的特徵，允許立法者有較大的裁量空間，但立法者的裁量權仍應受到公法理論與法治國原則之拘束，最明顯的即是比例原則。國家的照顧義務不再是單向的恩惠，而是國家對軍人、公務員「忠誠義務」的實現！

提供國家照顧軍人與其眷屬之堅強憲法基礎的條文，可由憲法增修條文第十條第九項規定處獲得：「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」惟本號解釋審查系爭規定之結論，是否已將憲法條文之精神發揮淋漓透徹？或有背道而馳、且意猶未盡之憾？恐一思即知矣！

以我國過去對軍人及其眷屬的道義責任，是否已窮盡國家能力？憑心而論，這些居住在老舊眷村的原住戶們-除了極少數高級官員享有宏大寬廣的官舍外，絕大多數在過去長達半世紀以上的歲月中，所居住的環境，不論是在空間大小、衛生環境或公共設施的完善度上，是否達到社會一般住居標準之上？或只處於「勉強棲息」的程度？亦即是否接近「貧民窟」的邊緣？相信國人由國外影片目睹到許多大城市，例如巴西聖保羅市、菲律賓馬尼拉市郊外櫛比鱗次、違章搭建的貧民窟，都會有「似曾相似」的感覺！

故本席每次目睹此畫面，腦海中也不免浮起一個義大利文單字「Ghetto」，這是形容少數的族群，如蟻穴般聚居在城市的一角，形成特殊的生活方式與文化，也與外界頗多隔閡與疏離。在歐美城市的 Ghetto，其居民不外是少數民族，如猶太人、吉普賽人等居弱勢之人民，除了可能是難民為共通特色外，在臺灣卻是由軍眷所組成，為絕無僅有的一例。

無怪乎「眷村文學」興起，多少都會披露出那些生活在「門戶洞穿」的「無個人隱私年代」，眷村生活所呈現的品質！其中著名的小說家朱天心，在「想我眷村的兄弟們」的短篇小說中，有一句感傷的敘述：「有為小孩說故事習慣的人，遲早會在伊索寓言故事裡發現，自己正如同那隻徘徊於鳥類與獸類之間無可歸屬的蝙蝠。總而言之，你們這個族群正日益稀少中，妳必須承認，並做調適（註十九）。」

惟眷戶們要如何「調適」？眷舍狹小老舊，未經主管機關之許可，不得修繕、改建與增建。違者視同違規而可能遭到處分。即使獲得自費興建的許可，產權仍屬國防部、搬遷時不能自行拆除，亦即不得視為個人財產，要眷戶調適之說，除遷居一途外，談何容易？即使想要改善居住品質，亦困難重重！

幸而，如今國家已有較充沛的財力，可滿足原眷戶應享有的適足生活環境（參見釋字第七０九號解釋），履行憲法照顧軍人

及其眷屬的義務，只要並未過度圖利原眷戶時（參見釋字第四八五號解釋），政府應當「擴大戰果」，將福澤及於每位應享權利之人，方是政府應當承擔的法定與道義責任。

本此信念，本席願意摘錄一段拙文，乃八十三年六月出版的「軍事憲法論」序言，作為本席全程參與本號解釋作成過程後，內心油然而生一段的感慨：

「生長在甫結束顛沛流離的大時代，我回憶在民國四十年代的童年歲月，親身目睹許多為國家戎馬半生的軍人和眷屬蝸居在湫隘的斗室。一位熱血從軍的學長，正當黃金年華展開之際，就喪身在金馬前線的坑道之中。我耳中彷彿仍能聽到當時為國捐軀者的寡母夜半悲嚎！童年的回憶，益使我堅定國家不能「投機性」的期盼軍人的奉獻。國家具有法律及道義上的責任，在一切措施上「回報」軍人所付出的犧牲和忠誠！國家和社會必須把軍人視為親生子，給予尊重和呵護，否則「何以教戰」？西元前六百七十年，希臘一位詩人提妥斯（Tyrtaeus）曾寫到：「為國犧牲何其甜蜜和榮耀（dulce et decorum est pro patria mori）」！好一個「甜蜜和榮耀」！今天，我國軍人午夜夢迴時，回想國家為他們設立的制度和福祉，心中會否一絲絲甜蜜與榮譽感？國家和社會捫心自問後，會否給與一個截然的「肯定」答案？」（註二十）

本號解釋的作成，本席對國家美意「功虧一簣」感到遺憾！對於老舊眷村以及原眷戶，這些行將走入歷史的記憶以及凋落的族群，國家為何不全面讓其享有「苦盡甘來」的「遲來幸福」？國家若能力所及，卻吝而為之，是否有負軍人及其軍眷對國家數十年來的崇仰與期待乎（註二十一）？

末了，老眷戶們，在你們必須被驅離原已破舊落敗的棲所之際，除了懷有一連串過去生活「苦樂交集」的回憶外，恐怕已身無長物。本席慨嘆力不足回天，只能默頌一段德國大哲學家尼采的「自高山上」詩文，為你們送行與祝福：

「昔日的朋友，看啊，現在你們黯然神傷，滿懷愛與驚恐！

不，走吧，別憤怒！你們不能在此安身立命。

你們必須再往遙遠、充滿冰雪與岩塊的國度拓荒去！做為一個人，你必須像獵人般，又需靈巧如羚羊（註二十二）。」

註一：國防部93年5月14日勁勢字第0930006692號令修正。由「要點」之壹、目的，即表明原有之「辦法」，乃是依職權頒布之法規命令。為配合行政程序法的實施，方有將之改為行政規則的必要。然而「要點」既提及原來「辦法」已欠缺法律授權，即不能稱為「法規命令」。國防部之說明，顯然有誤。該辦法對人民，包括軍眷戶之權利如有限制時，必須獲得法律授權，否則應改為僅是規範內部關係之行政規則。這也可由該「辦法」遲至民國91年12月31日，即行政程序法實施兩年後才失效，符合行政程序法在民國89年12月27日急速增訂之第174條之1規定「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第7條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後一年內，以法律規定或以法律明列其授權後修正或訂定；逾期失效。前項期間屆滿前一個月，行政院認有必要，經立法院同意後，得以命令延長之。」顯見，原有「辦法」確有涉及軍眷權利之限制，故軍眷享有之權利包括眷舍居住憑證等，即具有憲法基本人權的地位。

註二：就以民國45年頒布之「辦法」第4章「軍眷管理」中第13條第15款中規定，軍眷不遵守本條各款之規定或不接受輔導與糾正者，應由官士原屬單位申請停發其「軍眷待遇」；第38條亦有官士與軍眷如有虛報冒領等情事時，停止一切「軍眷待遇」之規定，足見「辦法」中補助福利措施，都可視為「待遇」。

註三：例如民國45年頒布之「辦法」第4章「軍眷管理」中第13條第12款中規定「軍眷行為，不得浪漫以免損害軍譽。」；甚至同條第13款中規定，軍眷配偶死亡者，必須註銷軍眷身分後，方得自由擇嫁。

註四：例如軍人如奉准增建宿舍，即使有空屋，卻出租或轉讓圖利

時，應依陸海空軍懲罰法記過處罰，所屬各級長官也需受申誡等連帶處分，甚至移送法辦。參見民國51年頒布之「辦法」第102條之規定。

註五：該「決議」認眷舍配住並不是主管機關的公權力行為，而是國庫行政。顯然忽視配住權利的獲得，需經主管機關公權力的許可，方能發給居住憑證，故為公權力給付之行為，仍具有公法性質，故並非所有給付行政行為都必須透過國庫行政不可，亦可透過公權力為行為態樣。另外，該決議亦認為眷舍配住屬於「國庫行政」,連行政私法契約都不採納,則亦與多數意見有異。

註六：可參見陳新民，論憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論（上冊），2002年7月5版，元照出版社， 第293頁以下。

註七：可參見本席在釋字第682號解釋與釋字第712號解釋所提之不同意見書，有對此理論較詳盡之分析。

註八：眷改條例實施過程似乎都有在一定時間內實施完畢的說辭。例如民國94年立法院第6屆第2會期國防委員會第11次全體委員會會議（94.10.27），趙良燕委員提及「眷改條例即將在97年就要結束」及「眷改工作在民國97年前能夠順利達成任務」。見立法院公報，第94卷第64期第3頁。但上開說法並不見諸於法條之內，連國防部說也明白表示眷改條例並無施行期限之問題。

註九：據國防部提供之資料顯示，國防部列管之眷村共有897個之多，原列入改建計畫為161處，最後改為86處，佔全部眷村十分之一左右，共安置近7萬戶（69517戶）。顯示眷村改建工作，仍有漫長之路也。

註十：例如民國86年「辦法」第31條。

註十一：例如民國86年「辦法」第29條。

註十二：例如民國86年「辦法」第31條、第36條稱之為「眷舍居住權」；第32條、第34條「輔助購宅權益」；第35條「配舍權」或「眷舍居住權」。

註十三：參見民國86年「辦法」第36條、第37條。

註十四：參見民國86年「辦法」第34條規定，眷舍遭受重大損害時，眷戶得申請原地自力復健。此種「自建戶」，必須於眷村重建時無條件配合重建，並同意由軍方拆除之。可見得即連自建戶，都可由軍方拆除，無庸獲得原眷戶的同意與否。

註十五：參見釋字第709號解釋理由書：「都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。為使主管機關於核准都市更新事業概要、核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要求，並促使人民積極參與，建立共識，以提高其接受度，本條例除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。」

註十六：德國學者Katz認為民主原則可作為憲法整體意旨解釋原則，闡揚民主憲政精神，亦可以發揮在基本權規定的詮釋領域，特別在保障言論自由方面。可參見 A. Katz, Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht, 17, Aufl, 2007, Rdnr138-139

註十七：本席強調此時真正應檢驗者，是檢驗系爭規定是否屬於最小侵害之手段（即「必要性原則」）。

註十八：可參見陳新民，論公務員的忠誠義務，刊載於：憲法基本權利之基本理論（下冊），2002年7月5版，元照出版社，第159頁以下；法治國家的軍隊-兼論德國軍人法，刊載於：軍事憲法論，揚智出版社，2000年，第103頁以下。

註十九：朱天心，想我眷村的兄弟們，INK印刻文學生活出版社，2002年，第79頁。

註二十：參見陳新民，軍事憲法論，揚智出版社，2000年，第3頁。

註二十一：據國防部提供之資料顯示，目前因不同意改建，而遭到註銷眷戶權益者有452戶之多，倘若依眷改條例第5條給與購宅款補助，所需經費約21億5000萬元。

註二十二：周國平譯，尼采詩集，北京作家出版社，2012年，第73頁。

抄楊熙榮等六人釋憲聲請書

為提出解釋憲法聲請事：

壹、聲請解釋憲法之目的—國軍老舊眷村改建條例第二十二條第一項牴觸憲法

民國（下同）九十六年一月三日修正前之「國軍老舊眷村改建條例」（下稱眷改條例）第二十二條第一項：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（下稱系爭規定）（註一）。然而，此項規定牴觸憲法第十五條之財產權保障、第二十三條之比例原則與第七條平等原則，應由　鈞院大法官宣告違憲，以保障人民基本權利、維護合憲之法律秩序。

要言之，系爭規定對人民憲法基本權利的侵害包括以下三方面：

一、其剝奪原眷戶依法使用眷舍與相關權益，違反憲法第二十三條比例原則，並牴觸憲法第十五條保障人民財產權之意旨。

二、系爭規定以註銷眷籍、剝奪原眷戶居住權利與其他相關權益為手段，達成眷村改建之目的，對此等眷戶而言，係為公共利益所受之特別犧牲，基於憲法對人民財產權保障之意旨，國家應予以合理補償，惟眷改條例與相關法令就此完全未為規範。

三、系爭規定雖然授權主管機關行使裁量權，以決定是否註銷不

同意改建眷戶的居住憑證與權益。然而此項註銷權限發動之構成要件僅為「原眷戶不同意改建」以及「其他同意眷村改建之人數超過法定比例」，對不同意改建眷戶個別權益情狀的差異，卻完全未予考量。此等粗略規範亦導致主管機關實務上對所有不同意改建之眷戶，一律註銷其居住憑證與其眷戶權益，幾無例外。換言之，系爭規定面對的規範對象具有本質性差異，卻未在規制上設計合理的差別待遇，相反地僅恣意以相同的規定適用，自屬牴觸憲法第七條平等原則。

貳、疑義之性質、經過及涉及之憲法條文

一、違憲疑義之性質與聲請釋憲之依據

因聲請人等之眷舍居住憑證及原眷戶權益遭主管機關國防部註銷，致其憲法保障之基本權利（財產權、平等權）受到侵害，經依合法程序提起訴訟，仍未能獲得救濟，唯有透過　鈞院大法官解釋憲法，確認註銷處分及確定終局判決所適用之處分時眷改條例第二十二條第一項（系爭規定）牴觸憲法，聲請人等之憲法權利始能回復。是以，本件屬於人民聲請釋憲類型（學理上亦稱為「憲法訴願」），其聲請釋憲之依據為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款。

二、疑義之經過

（一）窮盡通常救濟程序

聲請人為原高雄市自治新村眷戶，國防部於九十二年五月間依據眷改條例就該村眷戶辦理遷購國宅計畫。因該村同意遷購、並經法院或民間公證人認證者超過原眷戶人數四分之三，國防部乃依系爭規定，以九十五年六月十四日勁勢字第０九五０００八０六六號函註銷前揭聲請人等之自治新村眷舍居住憑證及原眷戶權益。聲請人等不服，向行政院提起訴願遭決定駁回後，復提起行政訴訟，仍由臺北高等行政法院九十七年四月三日九十六年度訴字第七八七號判決駁回，再經最

高行政法院九十九年三月十一日九十九年度判字第二四二號判決實體駁回上訴。

（二）系爭規定為確定終局判決所適用

於最高行政法院九十九年度判字第二四二號判決中，該院認定自治新村眷村改建計畫已通過系爭規定之改建門檻，且聲請人(1)至聲請人(6)確未同意改建計畫，故國防部依該條規定註銷上訴人之原眷戶權益及身分，自屬於法有據。另外，該院亦認定國防部適用系爭規定未違反比例原則，因如不依法註銷聲請人等之眷戶身分及權益，無法達成眷村改建之行政目的，對於大多數原眷戶權益將造成損害；反之，註銷聲請人等居住憑證及其他權益，屬達成國家福利政策所必須，具有合目的性之考量，且使用之手段亦屬必要而妥當。

前述最高行政法院確定終局判決均適用處分時眷改條例第二十二條第一項（系爭規定）以為實體裁判之基礎，則其構成本件釋憲聲請之審查標的，自無疑義。

三、受侵害之憲法上權利與涉及之憲法條文

聲請人等受憲法保障之財產權及其實質法律地位受平等保障之權利，因系爭規定而受侵害，故本件釋憲聲請涉及之憲法條文為：憲法第七條、第十五條、第二十三條。

參、聲請人對本案所持立場及見解

一、系爭規定牴觸憲法第二十三條比例原則、第十五條財產權保障之意旨

（一）司法院大法官解釋建立之審查標準

按照歷來有關財產權保障之大法官解釋見解，國家基於公益目的，非不得以制（訂）定法令限制人民財產權，惟法令文字本身必須遵守法律明確性原則（註二），如由法律授權訂定法規命令者，亦須符合授權明確性原則（註三），另外限制財產權之措施或方法尚須符合比

例原則（註四），始屬合憲。由於系爭規定文義尚無不明確之處，且本件聲請之審查標的並非法律授權訂定的法規命令，因此以前述標準審查系爭規定是否牴觸憲法（實質合憲性審查）時，僅需進行下述兩層次之檢驗：憲法財產權之保護範圍是否及於聲請人遭註銷之眷舍居住憑證及原眷戶權益，如本項命題之結論為是，則需進一步檢討，系爭規定剝奪聲請人此部分財產權是否合乎比例原則。

（二）「眷舍居住憑證及原眷戶權益」在憲法財產權之保障範圍內

1. 眷舍居住憑證具有財產價值

按眷改條例第三條第二項規定，本條例所稱原眷戶，係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。若僅依此項規定解讀，眷舍居住憑證之意義似為證明或創設眷戶身分之公文書。然而眷舍居住憑證之意義不只於此。依據現行「國軍軍眷業務處理作業要點」（下稱作業要點）（註五）第陸之一點第一句規定，志願役現役軍人、撫卹期間遺眷及核定有案無依軍眷（經核發眷屬身分證有案）尚未配眷舍、輔助貸款、輔助購宅者，得申請分配眷舍。在九十一年十二月三十一日前，眷舍申請權之規範為「國軍軍眷業務處理辦法」第十七條第一項，該辦法為上述作業要點之前身，因其法律性質為職權命令，依行政程序法第一百七十四條之一規定廢止後，主管機關訂定上述作業要點（行政規則）作為處理軍眷照顧業務之依據。依照「作業要點」第拾貳點之一的規定，國防部進一步訂定「國軍軍眷業務處理作業注意事項」（註六）作為處理軍眷業務之作業規定及書表格式的依據。該注意事項第

八點明定：「依『國軍軍眷業務處理作業要點』陸、一、及柒、一、規定申請配舍、價購眷（國）宅或輔助購宅貸款之當事人……配住公有眷舍者由軍種單位建立『國軍眷舍管理表』……，並發給『國軍眷舍居住憑證』」。由上開規定可知，眷舍居住憑證不僅為眷戶身分之證明，更代表配住眷舍之申請獲得許可，並就特定眷舍擁有居住、使用的權利，這項權利乃具有財產價值的權利，可由「作業要點」中其他規定獲得輔證。依據第陸之一點第三句，獲配眷舍後，申請人原按月領取的房租補助費即無繼續受領之理由，應自配住眷舍之日起扣繳，可見眷舍居住的權利與（因獲配眷舍免於支出的）房屋租金或國家給付之房租補助費具有替代關係。另外，配住眷舍之權益亦得經軍眷業務權責機關核定後交換或轉讓（第陸之二點），實務上將配住眷舍的權益轉讓予未獲得配住者時，多約定有對價，此項對價亦足以證明眷舍居住權具有財產價值。

2. 系爭規定中「原眷戶權益」係指原眷戶享有依據眷改條例第五條第一項第一句之規定承購依該條例興建之住宅，及由政府給與輔助購宅款之權益。其一為購買特定性質之不動產的資格，另一為受領國家給與實質補貼的權利，二者本質上即為財產性權利，自無疑義。況且，依據同條項第二句規定，原眷戶死亡者，由配偶承受此項權益，如原眷戶與配偶均死亡者，由其子女承受其權益。因此，承購住宅與領取輔助購宅款之權益如不是具有財產價值之權利，此處所規定的「原眷戶權益承受」根本無從發生。

3. 「眷舍居住憑證與原眷戶權益」為公法性質財產權益

眷舍配住或原眷戶依據眷改條例所得享有之權

益，為國家對軍人（眷）的照顧或扶助性行政活動之一環（註七），亦屬國家實踐憲法委託（憲法增修條文第十條第九項）之具體措施。按行政活動的法律性質為公法或私法，學理上一般採取「權力服從說」或「實質之特別法說」作為判斷的標準。按申請眷舍之准否、眷舍分配，原眷戶承購依眷改條例興建之住宅時的資格認定，以及國家發給原眷戶輔助購宅款等照顧性與補助性行政活動，均為國家由眷改條例或前述軍眷照顧法令獲得行使高權的資格，以公權力主體的型態進行管理、支配或分配，因此無論採取「權力服從說」或者「實質特別法說」，這些均為公法性行政活動（註八），由其所獲得的財產性權益，自然同屬公法性質。

4. 憲法上財產權之保護範圍及於「眷舍居住憑證與原眷戶權益」

(1) 公法性給付請求權符合憲法上財產概念之條件

a. 憲法學理與比較法觀點

憲法對人民財產權之保護範圍應該區分私法性質與公法性質的財產權利兩方面來審視。就前者而言，保護範圍並不限於民法規範的物權與債權，更涵蓋所有在現行法秩序下具「私利用性」與「排他性」特徵的財產利益（註九），例如著作權、商標權、專利權亦屬之。司法院大法官釋字第六七一號解釋開宗明義指出：「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，不得因他人之法律行為而受侵害。」即重申上述憲法上財產權保障之意旨。根據此項憲法財產權之特徵，私法性具有財產價值的權益（能）基本上均能涵蓋於保護範圍中。若從比較

法的角度觀察，學理與實務上較有爭議的問題是：「公法性具有財產價值的權益」是否、且在何等範圍內亦受憲法財產權保護。尤其在討論各種社會福利給付請求權是否亦受憲法財產權保障時，換言之，人民得否基於憲法財產權要求國家維持特定社會性給付時，此項問題特別具有重要性。

為避免財產權保障無邊無際擴及所有公法性質的社會性給付，德國聯邦憲法法院將社會性給付是否以權利人「自己的給付(eigene Leistungen)」為基礎作標準，來劃定憲法財產權在此脈絡下的保護範圍。該法院認為，人民依據社會福利法令所擁有的財產價值權益，除了必須有私利用性以及排他性之特徵外，此項法律地位還必須「非微不足道地」(nicht unerheblich)以請求權人自己的給付為基礎，並以保障其生存基礎(Existenzsicherung)為目的，始得納入憲法財產權的保護範圍（註十）。適用這項標準後，則單純出於履行照顧國民之義務而完全由國家提供的社會性給付，將排除於財產權保護範圍之外（註十一）。這項標準雖然經過聯邦憲法法院長期採用而成為通說，但亦招致不少質疑。一方面並非所有以自身給付為基礎的社會福利請求權均含有保障生存基礎之目的。另一方面是，某些具有財產價值的公法性法律地位或資格，如營業執照或建築許可，由於與私法性財產權的緊密關係，學理上多認為屬於憲法財產權之保護範圍內（註十二），但如果採取前述聯邦憲法法院之劃分標準，此類公法性法律地位或資格也會被排除在

外，因其並非以權利人自身給付為基礎（註十三）。為解決這方面的疑義，德國學理上常援引前聯邦憲法法院法官W. Rupp-v. Brünneck在1971年提出的不同意見書，認為重點不在於是否基於權利人自身給付，而應取決於法律是否確實賦予人民具體的給付請求權，而非僅是對於給付的期待（註十四）。如果從此項見解出發，憲法財產權保護範圍的判斷標準在私法性與公法性財產權利將漸趨近似，或無區別的必要。另外，這項見解雖然將使社會福利給付廣泛地納入憲法財產權保護範圍，但並不會因此產生司法權逾越權力分立之界線，取代立法者逕為國家資源分配（政治性決定）的疑慮，立法者規範給付要件或給付內容之形成權限並不受妨礙，惟與所有規範財產權利之法令一樣，其對財產權之限制都必須符合憲法要求（註十五）。

上述比較法上的觀察，對於本件聲請案首先要處理的問題：眷舍居住憑證與眷改條例規定的原眷戶權益是否可納於憲法財產權的保護範圍中，亦有參考的價值。蓋眷舍配住或眷村改建為國家對現役軍人、軍眷與遺眷的照顧性措施，屬於給付行政活動之一環（司法院大法官釋字第四八五號解釋參照），如採取前述「自身給付理論」作為標準，此等給付或權益將被排除於憲法財產權保護範圍之外，則下一階段「比例原則」審查自亦無繼續進行之必要。因此，必須先確認我國是否也採取前述「自身給付」理論。透過以下對相關司法院大法官解釋的整理歸納，將可發現我國僅部分採取該理論，質言之，係以較寬鬆的標

準認定公法性財產權益受憲法保護的範圍。

b. 司法院大法官解釋採取之標準

由於本案涉及的權利是（經申請並獲得許可之）眷戶眷村居住權—其以眷舍居住憑證作為表徵，以及基於原眷戶的身分、依據眷改條例得享有的財產性給付請求權（承購住宅、領取輔助購宅款），二者均為公法性財產權益，已如前述。是以，在大法官解釋中整理公法性財產給付請求權受憲法保障之範圍時，應先排除以人民私法上財產權為基礎的公法性請求權—亦即該公法上權利係以保障或實現私法財產權為目的（註十六），針對其他純粹公法性財產給付請求權之解釋來歸納憲法上財產權保護範圍的判斷標準：

釋字第二六六號解釋突破傳統特別權力（身分）關係，使公務人員根據考績為財產上之請求卻遭拒絕者，得依法提起訴願或行政訴訟。在解釋理由構成上，該解釋指出：「公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權」。由此可以推知，公務人員考績獲評定後，其依法享有的財產請求權均屬憲法財產權保障範圍內之權利。大法官在釋字第三一二號解釋再次採取相同的見解，認為「依據法令規定請領福利互助金，乃為公法上財產請求權之行使，如遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權」（解釋理由書）（註十七）。至釋字第五二六號解釋，對於經建會人員要求依據退休金補償相關法令補償其於該會改制前的年資，大法官雖然並未針對憲法財產權範圍之劃定與限制深入論述，但是既然結論

認為銓敘部作成不應補償之函釋並未違反憲法財產權保障意旨，自然先以肯定經建會人員依法申請補償退休金，屬於財產權保護範圍內之權利，但考量經建會組織的沿革歷史及實質平等原則，銓敘部以該函釋限縮適用範圍是合憲地限制聲請人的財產權，並不牴觸憲法且屬於正確適用法令。顯然對於憲法財產權保護範圍的認定，大法官仍採取「依法令享有的財產請求權」之立場。在同一見解脈絡下的尚有釋字第六０五號解釋。由於各機關依「聘用人員聘用條例」以契約聘用之專業或技術人員，不適用公務人員俸給法、退休法、撫卹法，亦不得主張公務人員俸給銓敘之權利（該條例第六條參照）。因此大法官認為，公務人員俸給法施行細則將公務人員未具任用資格前、依前開條例受聘用之年資，於依法任用為公務人員後酌予核計為公務人員年資，本質上係國家對公務人員之優惠措施，並非限制人民之財產權。換言之，除了依法「酌予核計」為公務人員年資的聘用年資以外，其他部分並非依法得予核計的年資，並不在憲法財產權的保護範圍內。

在「自身給付」理論發源地的德國，社會福利給付的爭議是採用該理論的典型案例。反觀我國，大法官在釋字第五六０號解釋審查限制外國受僱人領取勞保喪葬津貼的合憲性時，僅提出勞工保險之財務基礎包括被保險人繳納之保險費、雇主分擔額以及各級政府按一定比例之補助，但是否有意藉此表示因為被保險人的「自身給付」（保險費），故勞保給付請求權屬於被保險

人之財產權，則未明確表示立場。不過從結論而言，大法官肯定聲請人主張的喪葬津貼請求權屬於憲法財產權保護之對象，蓋本號解釋既然直接審查上述限制有無牴觸比例原則，自然必須以該請求權被憲法財產權保護範圍所涵蓋為前提，始能繼續討論法律的限制是否合憲。另外，本號解釋和前述釋字第二六六號、第三一二號等解釋不同，大法官在此認為憲法財產權保護範圍並不以法令所規定之財產請求權為限。質言之，法律並未賦予當事人期待擁有的勞保給付請求權，大法官的論理仍肯定該請求權屬於財產權保護範圍內，惟法律得基於公益目的以合憲方式予以限制。

釋字第四三四號解釋就公務人員因退休以外之事由離職，仍應享有保險之養老給付請求權，採取類似「自身給付」理論作為解釋基礎。此號解釋認為，養老給付的性質近似儲蓄存款，在公務人員離職前，其承保單位已將一部分保費提撥為養老給付準備金，至被保險人離職時一次給付予被保險人，故被保險人請求養老給付相當於請求返還自己的「存款」，該請求權應受憲法財產權保障。然而，相對於一般的保險關係中，保費經繳納後與所有保費共同形成保險給付的資金基礎，保費繳納與保險給付間具有對價關係，但不具同一性，養老保險為特殊的保險類型。大法官以類似民事消費寄託關係（註十八）下的返還請求權解釋公保的養老給付請求權，以此論斷其受憲法財產權保障，則本案的推論能否成為公法性財產給付在憲法上保障範圍的一般

性判斷標準，即不無疑問（註十九）。

最後在釋字第五七一號解釋，大法官認定九二一地震災區住屋全倒、半倒者所發給的慰助金屬於國家「提供受非常災害者之緊急慰助」，與公權力行為造成人民財產權損失時所為之補償不同，所以「對於不符合慰助條件者，不予給付，本質上並未涉及人民財產權之限制」。依此號解釋意旨，國家實現人民（急難）照顧扶助任務時提供的金錢給付不屬於憲法財產權，其結論與前述德國標準相同，但二者推論方式卻有顯著的差異。質言之，大法官仍從私法性財產權出發，因為人民財產損失並非國家公權力行為造成，故其不得依據憲法請求國家（以特定方式或就特定範圍）填補，且因此國家此時提供的慰助性給付亦非行政補償，人民並無給付法令之外的請求權。

c. 小結

大法官對憲法財產權保護範圍的認定標準可以歸納為：法定的公法性財產給付請求權均包含在憲法財產權保護範圍內，至於法定請求權之外的主張，大法官則採取類似「自身給付」理論作為判斷標準。在兩件有關公法保險給付之解釋中，大法官均（非直接地）以被保險人曾繳納保費—提供自身給付，作為保險給付受憲法財產權保障的根據。然而大法官並無意將「自身給付」理論擴大運用在公法保險關係之外的所有公法財產給付請求權上。一方面根據考績評定所主張的財產給付（在釋字第二六六號解釋中為「工作補助費、不休假加班費及考績獎金」）本質為薪俸（註二十），並非人民亦提出自身給付後所獲

得之對待給付。另一方面，公務人員退休法自八十一年修正後，公務人員退休撫卹之經費從完全由國家負擔之「恩給制」，改由公務人員與政府共同撥繳費用建立之「公務人員退休撫卹基金」負擔（註二十一）。但是此項財政結構的轉變對大法官審查退休金或相關請求權是否屬於憲法財產權之保護範圍並無影響，亦未引入解釋論理的構成，而仍然採取「依法令享有的財產性權利」的見解。因此可見大法官並未將「自身給付」理論視為判斷憲法財產權保護範圍的一般性標準，而是採取相對比較寬鬆的標準，將所有「法令所定的財產性權利」均納入憲法財產權的保護範圍。

(2)原眷戶居住憑證與原眷戶權益均立於憲法財產權之保護範圍中

回到本聲請案之爭點。眷舍居住憑證代表眷戶獲得核准配發眷舍，並得排他地使用居住特定眷舍，為具有財產價值之權利，已如前述，而且志願役現役軍人、撫卹期間遺眷等有權居住眷舍者的申請權亦始終規範於法令之中；另外，原眷戶承購依眷改條例興建之住宅以及領取輔助購宅款之權益，則規定於眷改條例本身（第五條第一項）。因此，按照前述我國憲法解釋所採取的相對較寬鬆的判斷標準，本件釋憲聲請所涉及的「眷舍居住憑證」以及眷改條例規定的「原眷戶權益」均屬於憲法財產權保護範圍內之權利。

（三）眷改條例第二十二條第一項牴觸憲法第二十三條比例原則

1. 大法官解釋中的比例原則意涵

依據憲法第二十三條規定，國家基於公益目的以法律限制人民基本權利，僅得在「必要」範圍內為之。自釋字第四一四號解釋起，大法官將「比例原則」解釋為國家限制人民自由權利時必須遵守之限制（註二十二）；釋字第四二八號解釋後，大法官並直接將「比例原則」的憲法依據定位於憲法第二十三條。於釋字第四七六號解釋，大法官進一步闡釋，憲法上比例原則包括「目的正當性、手段必要性、限制妥當性」三階段下位原則（釋字第五四四號解釋參照）。比例原則的功能在於檢驗限制人民權利手段的合憲性，同時透過此項檢驗提供限制手段的正當性基礎。具體而言，比例原則檢驗分為四個步驟，首先須先確定限制權利係基於合憲目的而為（「目的正當性」）。其次，必須確認限制人民權利之公權力手段有助於前述合憲目的之達成（學理上稱為「適當性原則」）。接著，「手段必要性」則要求該限制手段必須是達成目的程度相同之各種手段中，限制程度最小的；最後，限制妥當性原則要求公益之迫切性必須能正當化對系爭公權力對權利之限制，換言之，公益與受限制之私益間須有合理比例關聯（學理上稱為「狹義比例原則」）。

2. 系爭規定牴觸目的合憲性審查

(1) 註銷權益手段的合憲目的與手段適當性

就比例原則檢驗的第一與第二步驟原則而言，註銷原眷戶權益的目的在於加速推動眷村改建計畫，這包括滿足同意改建之眷戶的居住需求，同時能提高土地使用經濟效益，照顧原眷戶中低收入戶，保存眷村文化，並改善都市景觀（眷改條例第一條參照）。這些目的可以在憲法第十五條保障人

民生存權、第一百五十五條國家對無力生活的人民給予適當的扶助與救濟、以及憲法增修條文第十條第九項國家對軍人的尊重、對退役軍人的照顧等規定中，找到其憲法上的依據，而即使在憲法文字並無直接依據，眷村改建的目的亦為符合憲法精神的公益目的。是以註銷原眷戶居住憑證與權益以實現上述合憲目的為出發點，在比例原則審查的第一步驟並無疑義。而將不同意改建的原眷戶居住憑證註銷，使原眷戶無法繼續居住、使用原有眷舍，必要時並得以強制執行排除原眷戶對眷舍之占有，的確有助於前述眷改目的之實現，因此第二步驟「適當性原則」亦屬符合。

(2)註銷權益手段不符合必要性原則

但系爭規定無法符合第三步驟「必要性原則」之要求，因為顯然存在對原眷戶權益限制更輕微、且能相同有效地達成前述眷改目的之手段。例如僅註銷不同意改建之眷戶的居住憑證，便足以達到排除占有、取回眷村土地以加速改建的目的；至於領取輔助購宅款以及承購改建後住宅的權利，乃是其基於原眷戶身分所擁有的權利，與原眷戶是否同意改建計畫並無關聯，亦與眷村改建工程的進行無涉，自然不需要一併註銷，因此系爭規定顯然已經超越實現眷改計畫之必要程度。此外，眷改條例並未要求主管機關必須改建所有的老舊眷村，此由眷村改建以一定時間內同意改建且完成認證之原眷戶超過法定比例為前提（現行眷改條例第二十二條第三項但書參照），亦可證明。因此，有限改建或部分原有眷舍維持原狀以安置不同意改建之眷戶（在數個老舊眷村合併於同一改建計畫時尤其可

行），並未違反眷改條例的立法意旨，亦無礙於其他同意改建眷戶的居住需求以及其他公益目的，且其不須註銷不同意改建者之居住憑證，自屬侵害程度較小之手段。然而系爭規定以至整部眷改條例顯然並未考量及此，對於不同意改建者逕行採取侵害程度最強烈之手段，自已不符合比例原則第三步驟之「手段必要性原則」。

(3)註銷權益手段不符合狹義比例原則

系爭規定既不符合必要性原則，按照比例原則的檢驗步驟，原不需繼續最後一階段的狹義比例原則審查，惟於釋憲聲請書中應周延指出系爭規定的所有違憲疑義，故以下仍以狹義比例原則檢驗系爭規定之合憲性。

在近年的司法院大法官解釋中，採取比例原則中狹義比例原則作為違憲審查標準者，大致可區分為兩方面：一是抽象地衡量法律所維護之法益與一般人民所受的權利限制是否恰當，如在釋字第六四九號、第六０三號、第五五一號、第四五二號解釋均以人民遭受顯不相當的基本權利限制而宣告法律違憲。另一方面，大法官同時著重法令在個案上對人民權利造成過分嚴重之限制，而與所欲實現之公益目的顯不相當。例如行為人犯罪或違章情節較輕微，但法律對人民權利之限制卻過重（釋字第六六九號解釋），或者依法計算出的處罰金額在個案上造成顯不相當的結果（釋字第六四一號解釋）。同樣在此脈絡下，雖未宣告法律違憲，但責成立法機關斟酌個案情節、區分法律適用對象的不同類型修正現行規定，以符合憲法比例原則意旨者，如釋字第六七三號、第六二三號、第五八三號解釋。

在本案檢討系爭規定是否牴觸狹義比例原則，亦應從上述兩方面進行審查。若在前一步驟認為註銷權益屬於對原眷戶權利侵害最小的必要性手段，則眷村改建的公益目的與原眷戶因不同意改建被註銷之權益進行抽象的比較時，將難以認為此等眷戶受到顯不相當的權利限制。但是，若進一步著眼個案情節或原眷戶不同意改建理由的差異，系爭規定則難以在狹義比例原則上獲得正當性。例如原眷戶有曾因舊有眷舍殘破不堪居住，故自行修繕或擴建眷舍者，其若同意改建，將不僅必須再花費更多金錢（承購改建後住宅之自備款），而且無法獲得與原眷舍條件相當之住宅。相對於此，亦有原眷戶因貧困而無法負擔改建期間的租屋費用以及承購改建後住宅之自備款者，由於經濟能力的缺乏，其不僅是不同意改建，事實上根本沒有同意改建的條件與能力。對此類眷戶而言，註銷其居住憑證相當於剝奪其生存基礎。換言之，其受侵害的憲法基本權利不只是財產權，更包括生存權。職此，立法者未考量原眷戶不同意改建的理由差異，一律適用系爭規定，在個案上對上述原眷戶造成顯不相當的權利侵害，參照前述大法官解釋意旨，系爭規定牴觸狹義比例原則，亦無可疑。

二、註銷原眷戶憑證與權益構成特別犧牲應予補償

（一）憲法解釋中的「特別犧牲」概念與要件

大法官於釋字第三三六號解釋（解釋理由書）首次提出「特別犧牲」(Sonderopfer)的概念。該案涉及經都市計畫劃為公共設施保留地之土地，如主管機關不即時以徵收或其他方式取得，不僅土地價值因使用管制而減損，土地所有權人因長期無法獲得對價，所蒙受之不利

益亦隨之遞增，故立法者應該就此等權利受有個別損害的情況（特別犧牲），予以不同程度之補償。此後，大法官每每在私有土地之徵收補償事項上運用「特別犧牲」概念，因土地徵收對土地所有權人而言，係為公共利益所受特別犧牲，所以必須給予所有權人即時且相當的補償。「特別犧牲」概念的定義性說明首見於釋字第四００號解釋理由書，往後相關之解釋亦循相同脈絡屢次強調。「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。惟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（參照土地法第二百零八條及第二百零九條），但應給予相當之補償，方符首開憲法保障財產權之意旨。」（相同意旨參見釋字第四二五號、第四四０號、第五一六號、第五七九號、第六五二號解釋）。大法官進一步在釋字第五六四號解釋闡釋成立「特別犧牲」的要件：並非一切對財產權之限制均構成「特別犧牲」，必須限制之程度已經逾越「人民財產權所應忍受之範圍」時，始足當之。至於該範圍如何認定，則仍適用比例原則予以檢驗，如果限制的手段對於目的實現尚屬適當，且限制程度至為輕微，則仍為合理的限制，屬於人民享受財產權同時應負擔之社會義務，不構成「特別犧牲」。新近的釋字第六七０號解釋，將「特別犧牲」概念不再侷限於限制或剝奪人民財產權，更擴張到人身自由權的限制。「人民受憲法第十

五條保障之財產權，因公益需要而受特別犧牲者，應由國家依法律予以補償，已迭經本院解釋在案……。人民受憲法第八條保障身體之自由，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要基本人權，尤其應受特別保護，亦迭經本院解釋在案……。是特定人民身體之自由，因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而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者，自應有依法向國家請求合理補償之權利，以符合憲法保障人民身體自由及平等權之意旨」。總結而言，在國家基於公益限制人民之自由權利，且限制程度違反比例原則、超越一般應容忍程度時，即構成「特別犧牲」，人民因此有權向國家請求合理補償。

（二）聲請人因系爭規定受有「特別犧牲」

眷改條例第二十二條第一項授權主管機關註銷不同意改建計畫之原眷戶的居住憑證與其他相關權益，目的在實現眷村改建計畫，是國家為維護公益所採取的措施。但主管機關執行此項規定之結果，對不同意改建之原眷戶財產權造成不符合比例原則的侵害，已如前述，則參照上述諸號大法官解釋意旨，此項註銷居住憑證與剝奪相關權益已構成原眷戶的「特別犧牲」，國家應對此等眷戶給付合理適當之補償，始符合憲法保障人民財產權之意旨。然而，不僅眷改條例自立法以來至今從未有提供補償之設計，主管機關對不同意改建之眷戶亦不曾提供任何補償性措施，因此系爭規定牴觸憲法之情事，自屬明顯。

於此尚應附帶指出的是，眷改條例既以至少一定比例的原眷戶同意作為進行眷村改建的前提，則改建意願調查應在尊重原眷戶意志自由的前提下進行，亦即應由

原眷戶在無任何心理負擔的前提下，自由地表達是否同意改建。然而，因為適用系爭規定，同意與不同意改建者的待遇有如天壤之別，則如何能期待原眷戶是在有充分意志自由下表達贊成或反對改建的意願？質言之，因為顧慮日後可能在同意人數超過法定比例、開始進行眷村改建後，居住憑證與其他權益遭到註銷，所以即使違反自身意願仍表示同意的情況，便非不可想像。是以，如法令能在剝奪不同意改建者的相關權益，以促進改建計畫之實現的同時，給予不同意改建者相當之補償，將能縮小同意改建與反對者的待遇在事實上的差距，將有助於原眷戶自由地表達其意願。否則，一如現行規定，在未提供任何補償的情況下，註銷憑證及相關權益將無異於法律對不同意改建者的「懲罰」。

三、系爭規定違反平等原則

釋字第四八五號解釋（亦為至今唯一針對眷改條例作成之解釋）曾針對國家對於原眷戶之照顧、扶助或優惠措施明確指出：「（國家）就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。」唯有如此，始符合憲法第七條對人民在法律上實質平等之保障。此項「法律地位實質平等」要求成為憲法第七條之內涵，並於日後解釋中屢屢援用（註二十三）。是以，基於憲法平等原則之要求，立法者必須斟酌規範對象在事物本質上的差異，並根據此等差異設計不同處遇的法令，所謂「不等者不等之」。

此項「法律地位實質平等」之要求，在系爭規定中完全未獲遵守。系爭規定雖然授權主管機關行使「決定裁量」，

以決定是否註銷不同意改建眷戶的居住憑證與權益。然而此項註銷權限發動之構成要件僅為「原眷戶同意眷村改建之人數超過法定比例」，且法律效果僅有維持與註銷兩項供主管機關選擇，對個別眷戶生活與財產權益情狀的實際差異完全欠缺考量。一如之前於狹義比例原則之檢驗時提出的幾項事例，若干原眷戶居住之房舍過去是以其自有經費翻整、重建或擴建，原眷戶投入之資金甚至比原有房舍之價值更高，則此類原眷戶與其他仍居住原配發眷舍的眷戶相較，對眷舍的財產權益自然有更高的保護必要（故其亦多傾向不同意改建）。又如若干原眷戶生活較為貧困，如同意眷村改建計畫，不僅日後無資力負擔承購改建後住宅之自備款，連改建期間必須租屋居住的費用，縱使主管機關提供一定比例的補助，亦無力負擔。對此類眷戶而言，居住於原有眷舍乃是其維持基本生活水準的唯一方式，其除了反對改建，再無其他選擇。再如少數眷戶原則上不同意改建計畫，但如果其他原眷戶大多數同意且超過法定比例，此類眷戶亦願意接受改建計畫，亦即這些眷戶以「附停止條件」的方式表示同意。此類眷戶在意願表達上容或較為投機，但此種表示同意的方式卻非眷改條例或其他法令所禁止。然而，實務上主管機關卻在同意改建人數超過法定比例後，仍將此類眷戶認定為「不同意改建」的原眷戶，並註銷其居住憑證與其他權益（註二十四）。這固然屬於主管機關是否正確解釋適用法律的問題，但是系爭規定過於簡化的規定，以致實務上主管機關對所有不同意改建之眷戶，均註銷其居住憑證與其眷戶權益，幾無例外。綜上所述，系爭規定顯然未考量原眷戶權益情況的種種本質性差異，而恣意地僅以「不同意改建」為構成要件以註銷原眷戶之憑證與權益，未設計合理的差別待遇，自已牴觸憲法第七條保障「人民法律地位實質平等」之意旨。

四、結論

綜上，處分時眷改條例第二十二條第一項以違反比例原則之方法，侵害不同意眷村改建之原眷戶受憲法保障之財產權，已牴觸憲法第十五條與第二十三條。又不同意改建者之眷舍居住憑證與相關權益被主管機關註銷，屬於為實現公益目的而特別犧牲其財產上之利益，國家應給予合理之補償，系爭規定及眷改條例均未就此有所規範，亦違反憲法保障人民財產權之意旨。最後，系爭規定欠缺對個案上不同意改建原因的差異，給予合理的考量，而一概以註銷權益的方式適用於所有本質上差異的情況，使人民實質法律地位的平等未獲得保障，已牴觸憲法第七條之平等原則。鑒於此等違憲情事，應由　鈞院大法官依憲法第 172 條宣告系爭規定為無效，並立即停止適用，聲請人始得依行政訴訟法第 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」，以向管轄行政法院提起再審之訴，回復應有之權益。

肆、關係文件之名稱及件數

本件釋憲聲請之關係文件共四件，茲臚列如下：

一、最高行政法院九十九年三月十一日九十九年度判字第二四二號判決。

二、臺北高等行政法院九十七年四月三日九十六年度訴字第七八七號判決。

三、國軍軍眷業務處理作業要點。

四、國軍軍眷業務處理辦法。

註一：該條例於96年1月3日修正後，辦理眷村改建所需的最低同意人數比例由原眷戶的四分之三降為三分之二。現行法係於 98年5月27日再次修正的結果，其中第22條部分針對「申請重新辦理改建說明會及認證」之程序修正第2項，並增訂第3、4項，

第1項之最低同意比例仍維持原眷戶的三分之二。

註二：參見：司法院大法官釋字第672號、第635號、第602號等解釋。

註三：參見：司法院大法官釋字第676號、第593號解釋。

註四：就此新近解釋：司法院大法官釋字第673號、第672號、第642號、第641號、第628號等解釋。

註五：國防部93年5月14日勁勢字第0930006692號令修正。

註六：國防部93年1月9日勁勢字第0930000416號令發布。

註七：參照前揭已廢止之「國軍軍眷業務處理辦法」第1條、「國軍軍眷業務處理作業要點」第壹之二點、眷改條例第1條。

註八：但國家出售該住宅與原眷戶購買的行為，以及後續的物權移轉行為則均屬私法上的買賣行為。

註九：此不僅為憲法學理普遍認同的見解，參見：Gerrit Manssen, Staatsrecht II-Grundrechte, 7. Aufl., 2010, Rn. 647; Jörn Ipsen, Staatsrecht II, 12. Aufl., 2009, Rn. 732，亦為德國聯邦憲法法院長期採取的立場，參見：BVerfGE 83, 201/209; 97, 350/371.

註十：此項見解的代表性裁判為BVerfGE 69, 272/300，此後採取此見解之裁判，參見：BVerfGE 72, 175/193; 78, 249/277; 97, 271/284; 97, 350/371; 100, 1/33; 117.

註十一：BVerfGE 69, 272/301; 88, 384/401.並可參見：Jörn Ipsen, a. a. O., 2009, Rn. 733.

註十二：Jörn Ipsen, a. a. O., 2009, Rn. 735; Brun-Otto Bryde, Art. 14, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Rn. 30; Rudolf Wendt, Art. 14, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., 2009, Rn. 36. 惟德國聯邦憲法法院就此仍未明確表明立場，參見：BVerfGE 17, 232/247 f.

註十三：Jörn Ipsen, a. a. O., Rn. 735; Joachim Wieland, Art. 14, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Band I, 2. Aufl., 2006, Rn. 64.

註十四：BVerfGE 32, 129/142.

註十五：Jörn Ipsen, a. a. O., Rn. 735; Joachim Wieland, a. a. O., Rn. 64.

註十六：相關大法官解釋包括：釋字第236號、第534號解釋（土地所有權人照原徵收價額收回土地請求權），釋字第291號、第350號、第408號、第451號解釋（時效取得地上權之登記請求權），釋字第400號解釋（既成道路徵收補償），釋字第406號解釋（申請解除限建），釋字第440號解釋（使用道路土地地下部分補償），釋字第581號解釋（申請自耕能力證明），釋字第600號解釋（區分所有建物之首次測量、登記）。由於與私法性財產權案件密切相關，是以此部分大法官解釋廣泛承認此類公法權利屬於憲法財產權之保護範圍。前述在德國對核准或許可是否為憲法財產權保障之爭議，在我國並不存在。

註十七：李志鵬大法官認為系爭互助金應屬私法性質契約，所生爭議亦應由民事法院管轄，反對多數意見認為依據行政命令請求領取互助金，即可認為行使「公法上財產請求權」，參見本號解釋不同意見書。

註十八：參見：最高法院57年台上字第2965號民事判例：「金融機關與客戶間之乙種活期存款契約，具有消費寄託之性質，客戶得隨時請求返還寄託物。」

註十九：此號解釋意旨與前述「自身給付」標準，相同之處僅為二者均以當事人過去的財產給付作為推論憲法財產權保障的出發點，其餘內涵則有相當的差異。由於解釋對象的特殊性，使釋字第434號解釋採用的「存款」觀點，較前述德國「自身給付」標準更為狹窄，後者只要求請求權人對給付的資金來源提供「非微不足道」的貢獻即為已足，公保的養老給付則完全是被保險人的保費與其孳息。另外，德國「自身給付」標準處理的爭議情況是，當現行法秩序下原本存在的公法性給付被削減或取消時，當事人能否根據憲法財產權保障要求

維持的問題；而釋字第434號解釋面對的情況則是，對現行法秩序下並不存在的公法性給付，當事人主張該給付受憲法財產權保障，應否賦予其此項請求權的問題。

註二十：參見該案聲請人據以聲請解釋之行政法院76年度裁字第303號裁定。

註二十一：參見該法第8條。

註二十二：「廣告係在提供資訊，而社會對商業訊息之自由流通亦有重大利益，故關於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……」。

註二十三：新近之解釋例如：釋字第675號、第666號、第648號、第647號、第614號解釋。

註二十四：在同意改建之人數超過法定比例後，此類眷戶同意的意思表示即已生效，且不會構成眷改計畫進行之阻礙，因此主管機關適法行使裁量權之結果，應該是保留其居住憑證以及其他接受補助或日後承購新建房舍之權利。然而，實務上主管機關並考量及此而一概註銷此類眷戶的憑證與權益，亦使人難以不質疑，主管機關適用眷改條例第22條第1項時，是否以「懲罰」不同意改建眷戶為出發點。

聲　請　人：楊　熙　榮
王　廣　安
康　其　貞
胡　立　強
楊　劉　雅　英
李　有　年

代　理　人：駱　怡　雯　律師

中　華　民　國　99　年　10　月　29　日

（附件一）

最高行政法院判決　　99 年度判字第 242 號

上　訴　人　楊　熙　榮
　　王　廣　安
　　康　其　貞
　　胡　立　強
　　楊　劉　雅　英
　　李　有　年

共　　同

訴訟代理人　駱　怡　雯　律師

被上訴人　國防部

代　表　人　高　華　柱

訴訟代理人　徐　克　銘　律師
　　洪　大　植　律師

上列當事人間國軍老舊眷村改建條例事件，上訴人對於中華民國97年4月3日臺北高等行政法院96年度訴字第787號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、高雄市自治新村（下稱自治新村）為國軍老舊眷村，上訴人原係該村原眷戶，被上訴人為辦理該村改建事宜，於民國（下同）92年5月23日依國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）及國軍老舊眷村改建融資計畫（下稱眷改融資計畫）等規定，舉辦輔導該村「遷購翠華二期國宅說明會」及備具「高雄市國軍老舊眷村輔導購置翠華二期國宅說明書」（下稱說明書），說明如原眷戶同意遷購，應於說明會後3個月內，填具高雄市老舊眷村輔導購置翠華二期國宅申請書（下稱申請書），並經法院或民間公證人認證。

該村原眷戶除其中10戶眷戶身分待釐清，僅8戶（上訴人6人及訴外人陳漢三、楊陳金治）不同意改建，遷購意願達97%，超過四分之三以上。被上訴人續行辦理遷購作業，嗣於94年8月同意於申請書增列眷戶得依眷改條例第21條及同條例施行細則第19條規定，領取補助購宅款後搬遷之選項，由前海軍後勤司令部（已於95年1月1日裁撤）以94年8月3日沛眷字第0940011425號書函通知上訴人於94年8月底前至法院或民間公證人認證後送該部憑辦，並由前海軍後勤司令部及前海軍陸戰隊司令部（95年3月1日改制為海軍陸戰隊指揮部）派員親訪上訴人，告知不同意改建之法律效果。惟上訴人及訴外人陳漢三仍未配合辦理申請書認證作業，被上訴人乃依眷改條例第22條規定，以95年6月14日勁勢字第0950008066號函（下稱原處分）註銷上訴人及訴外人陳漢三自治新村眷舍居住憑證及原眷戶權益。上訴人及訴外人陳漢三不服，提起訴願遭決定駁回，上訴人復提起行政訴訟，經原審判決駁回，遂提起本件上訴。

二、本件上訴人在原審起訴主張：被上訴人係就自治新村進行「遷購翠華二期國宅意願調查說明會」及「輔導購置翠華二期國宅認證程序」，並未依眷改條例進行眷村改建認證程序，且依「國軍老舊眷村原眷戶領取輔助購宅款購置國（眷）宅暨民間市場成屋作業規定」（下稱作業規定）第三點（二）3、(3)、【1】之規定，須「全村原眷戶達 100%同意配合遷購之眷村」始得進行遷購程序，被上訴人自不得以上訴人「不配合改建認證」而註銷其原眷戶權益云云，求為撤銷原處分及訴願決定之判決。

三、被上訴人在原審則以：作業規定第三、（二）、3、(3)、【1】點已明定眷村改建意願符於標準後即可改建，未以100%同意為改遷建之門檻。又被上訴人於92年5月23日舉辦輔導該村遷購翠華二期國宅說明會中所備具之說明書，其「壹、依據」部分亦載明本案係依眷改條例、眷改條例施行細則、眷改融資計畫之規定辦理，並未排除眷改條例之適用。復觀諸該說明書之「伍、遷購意

願」部分，亦載明「二、效力：各眷村原眷戶遷購意願達 100% 並經法院（民間公證人）認證者，本部將優先依相關作業程序辦理遷購事宜；未達 100%者，本部將統一納入評比程序。」並未排除眷改條例第 22 條所規定四分之三以上原眷戶同意之改建門檻，僅於各眷村原眷戶遷購意願達 100%時，得優先辦理遷購事宜。是以，自治新村眷村改建計畫既係依眷改條例、眷改條例施行細則、眷改融資計畫之規定辦理，且已通過眷改條例第22條之改建門檻，上訴人亦確未同意系爭眷村改建計畫，是被上訴人依眷改條例第22條註銷上訴人之原眷戶權益及身分，自屬於法有據等語，資為抗辯。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）按眷改條例第1條規定，該條例係為加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀而制定。而眷改條例並無國軍老舊眷村之「改建」，限於主管機關自行改建，參以同條例第 11 條規定，為執行國軍老舊眷村改建得運用之土地，除主管機關自行改建外，尚得按獎勵民間參與投資興建住宅社區、委託民間機構興建住宅社區、與直轄市、縣（市）政府合作興建國民住宅、以信託方式與公、民營開發公司合作經營、處分及管理及辦理標售或處分之方式處理。可見為貫徹眷改條例之立法意旨，舉凡可達到加速國軍老舊眷村之處理，改善原眷戶居住品質，更新都市景觀，發揮土地效益目的之方式，均屬眷改條例所稱之「眷村改建計畫」。（二）被上訴人辦理自治新村輔購翠華二期國宅，其說明書及參考資料暨意願調查表均記載係依眷改條例及其施行細則辦理，並分別載明：「……參、融資輔導眷戶遷購國（眷）宅原則：國防部為加速國軍老舊眷村改建進度，囿於目前眷改基金不足，故採『融資』方式（籌措基金）辦理，為配合行政院核定『融資計畫』去化國（眷）宅餘屋之精神與旨意，對於各眷村遷購意願達百分之百者優先辦理。」「國防部參考內政部營建署統

計指出，國內滯銷國宅及民間成屋已高達百萬戶，房地產景氣短期難以復甦，若眷改計畫仍以『興建』為主，可預見將因資金籌措不足難於期限內完成，除不符眷戶迫切改建之期盼，亦無法解決空屋過剩問題，基此，國防部將現行以『興建』為主之作法，調整為『減少興建，改以輔導眷村（戶）領款遷購國（眷）宅及市場成屋』方式推動，為解決資金不足問題，研擬『國軍老舊眷村改建融資計畫』呈報行政院並奉核准實施……」足見被上訴人係因眷改基金短絀，而選用輔導購置國宅方式辦理自治新村之改建，依前所述，自屬依眷改條例規定之國軍老舊眷村改建計畫。況被上訴人嗣亦對不同意遷購改建計畫之原眷戶8戶提供領取輔助購宅款後搬遷之選項，益見被上訴人辦理輔導遷購即為自治新村之改建計畫。是被上訴人取得自治新村原眷戶97%同意遷購，即係自治新村之改建規劃，業經原眷戶四分之三以上同意，自得對不同意改建之眷戶，依法註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地。（三）作業規定第三點（二）3、(3)、【1】並未規定改建計畫辦理遷購，須經全村原眷戶100%同意。依被上訴人92年5月23日被上訴人舉辦輔導自治新村遷購翠華二期國宅說明會中所備具之說明書「伍、遷購意願」部分所載：「……二、效力：各眷村原眷戶遷購意願達100%並經法院（民間公證人）認證者，本部將優先依相關作業程序辦理遷購事宜；未達100%者，本部將統一納入評比程序。」而參考資料暨意願調查表「肆、遷購國宅作業方式」部分，亦載明：「一、縣市政府有足夠國宅餘屋，且均已完工決算，眷村（戶）100%願意遷購者為優先。（列為第1類，由國防部直接辦理說明會及法院認證後搬遷）二、縣市政府有足夠國宅餘屋，且均已完工決算，眷村（戶）遷購意願未明者次之。（列為第2類，由列管軍種總部辦理遷購國宅說明會及意願調查後，呈報國防部統一排序推動）三、縣市政府國宅餘屋戶數足（尚未完工決算）或不足，眷村遷購意願未明者再次之。（列為第3類，由列管軍種總部辦理座談會，宣導遷購作業並了解眷

戶遷購意願呈報)」足見所謂原眷戶 100%同意遷購者，僅牽涉遷購之作業方式而已，並不影響改建計畫之成立與否。上訴人主張須經全村原眷戶 100%同意配合遷購之眷村始得進行遷購程序，尚有誤會。(四)綜上所述，本件原處分依法並無不合，訴願決定予以維持，亦無違誤，因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、上訴意旨略謂：(一)被上訴人辦理遷購翠華二期國宅時，上訴人等根本沒有權利選擇原眷村改建後之住宅，原處分、訴願決定及原判決卻逕將「翠華二期國宅」等同於法規明定之原眷村改建之住宅，明顯誤解眷改條例第21條規定意旨。又本案原眷戶遷購案不屬眷改條例第11條所擬規範之對象，原判決欲藉此項規定來說明系爭遷購案亦符合該條例之規定，並論證原處分註銷上訴人等權益非無法令依據，其適用法規明顯失當。且被上訴人單純基於「眷改基金短缺」或「消化國宅餘屋」等與上訴人或原眷戶個人條件、特質無關之理由，而對其進行差別對待，亦有不適用憲法、行政程序法、司法院大法官解釋有關平等原則之規定。(二)被上訴人未認識眷改條例第22條為授權裁量之規定，僅說明同意遷建之比例已達75%以上，即依法註銷上訴人等之眷戶權益，其構成「怠為裁量」至為顯然。原判決就此違法裁量情形不僅完全未予指摘，除構成「判決未適用法規」之違法外，對於上訴人此項起訴主張，未於判決理由中作出採納與否之判斷，亦構成「判決理由不備」之違背法令。縱原處分註銷上訴人眷戶權益乃被上訴人行使裁量權之結果，惟上訴人仍可採用如僅註銷該等眷戶就目前所居住房屋之使用權，保留其日後分配其他眷舍或眷改後房屋之權利等手段，被上訴人卻捨此不為，逕行採取侵害程度最強烈之手段－將上訴人等眷戶資格註銷，顯已不符比例原則之要求。(三)原處分之內容，除臚列前述條文及案件事實經過，再無其他論述足以說明「裁量斟酌之因素」，而這些原應於處分書中具體說明的內容，直接涉及被上訴人作成裁量處分時所應考量

之各種公、私法益，以及此等法益之間的利益衡量，而影響原處分之結論。是以此等理由論述不充足之情形，已違反行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款之規定，而構成行政處分得撤銷之原因云云。

六、本院按：

（一）查「國軍老舊眷村原眷戶領取輔助購宅款購置國（眷）宅暨民間市場成屋作業規定」第1條、「高雄市國軍老舊眷村輔導購置翠華二期國宅說明書」第1條、「本軍列管高雄市眷村輔導遷購國（眷）宅說明參考資料暨意願調查表」第2條、「眷改融資計畫」第3條及「遷購翠華二期國宅說明會」資料，均明載本件輔導遷購翠華二期國宅之眷村改建計畫，係依眷改條例及其施行細則所辦理，且於辦理本件眷改計畫之過程均有發放上述資料予自治新村原眷戶，且為原審所認定之事實，足見被上訴人因眷改基金短絀，而選用輔導購置國宅方式辦理自治新村之改建，即屬依眷改條例規定之國軍老舊眷村改建計畫。又眷改條例施行細則第9條第1項及第19條第4項、第5項業已明定遷購國民住宅作為眷村改建之辦理方式，此與主管機關自行興建住宅或原眷戶僅欲領取輔助購宅款後自行搬遷等方式，均可達成國軍老舊眷村改建之目的，且原眷戶遷購國民住宅仍可領取輔助購宅款，對其權益保障並無任何不周或違反平等原則之處，從而本件自治新村經被上訴人調查意願後，既有高達97%之原眷戶同意採取遷購國民住宅之改建方式，被上訴人據此辦理，當無任何違背眷改條例或違反平等原則之處。是以上訴人等稱本件眷改計畫並非依眷改條例辦理云云，顯屬無據。

（二）被上訴人於92年5月23日舉辦輔導該村遷購翠華二期國宅說明會中所備具之說明書，其「壹、依據」部分亦載明本案係依眷改條例、眷改條例施行細則、眷改融資計畫之規定辦理，並未排除眷改條例之適用。復觀諸該說明書之「伍、遷

購意願」部分，亦載明「二、效力：各眷村原眷戶遷購意願達100%並經法院（民間公證人）認證者，本部將優先依相關作業程序辦理遷購事宜；未達100%者，本部將統一納入評比程序。」並未排除眷改條例第22條所規定四分之三以上原眷戶同意之改建門檻，僅於各眷村原眷戶遷購意願達100%時，得優先辦理遷購事宜。自治新村眷村改建計畫既係依眷改條例、眷改條例施行細則、眷改融資計畫之規定辦理，且已通過眷改條例第22條之改建門檻，上訴人亦確未同意系爭眷村改建計畫，是被上訴人依眷改條例第22條註銷上訴人之原眷戶權益及身分，自屬於法有據。再者，眷村改建係為落實國家福利政策，改善老舊眷村生活條件為目的，被上訴人依此目的之指示及要求，積極推動自治新村改建，該村除其中10戶眷戶身分待釐清，僅8戶不同意改建，遷購意願達97%，已超過4分之3以上，若因上訴人等不同意而置逾8成眷戶意願及權益不顧，顯然不符公益原則。又被上訴人註銷上訴人眷戶身分前，已經相當冗長繁複之說明會、通知書、意願調查等程序，告知上訴人不同意改建之法律效果，業已賦予上訴人相當充分之考慮期間，惟上訴人仍拒絕不配合辦理申請書認證作業，被上訴人如不依法註銷其眷戶身分及權益，顯無法達到眷村改建之行政目的，對於大多數原眷戶權益將造成損害；是被上訴人依法註銷上訴人眷戶身分及權益，係為達成國家福利政策所必須，具有合目的性之考量，且使用之手段亦屬必要而妥當，與比例原則尚屬無違。上訴人謂原處分怠於裁量或違反比例原則云云，亦非可採。

（三）原處分於說明欄已分別敘明本件「自治新村」已有97%之原眷戶完成認證同意遷建，且被上訴人所屬機關已向上訴人等人多次溝通協調及拜訪說明，並增列領取輔助購宅款後搬遷之選項，惟上訴人等人仍拒絕辦理改建認證，故依眷改條例之規定註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益等語，依行政程序法

第96條第1項第2款規定，原處分之記載應已足使人民瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令，自難謂有何違法之處。且上訴人等人經被上訴人及所屬機關多年來之溝通協調，均已知悉被上訴人依法進行本件自治新村改建之立場，渠等推稱不明瞭原處分作成理由及法令依據云云，實屬推諉之詞。

（四）綜上所述，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，而駁回上訴人在原審之訴，且不逐一論述與判決結果不生影響之其餘攻擊防禦方法，核其所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與解釋、判例亦無牴觸，並無所謂不適用法規之違法。縱原審有未於判決中加以論斷者，惟尚不影響於判決之結果，與所謂判決不備理由之違法情形不相當。上訴論旨，猶執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段、第104條、民事訴訟法第85條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　99　年　3　月　11　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄陳文雄釋憲聲請書

為聲請解釋憲法事：

一、聲請依據：

按「司法院大法官審理案件法」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，對於確定終局判決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。聲請人爰依上述規定，聲請解釋憲法。

二、案件事實：

聲請人原屬坐落改制前臺南縣永康鄉國軍飛雁新村之原眷

戶，該眷村與影劇三村、大同新村均屬國軍老舊眷村，經國防部規劃為同期改（遷）建臺南縣影劇三村之改建基地，聲請人已完成申請選擇承購改建後住宅，自費增坪上一階坪型之手續。國防部則於91年5月21日舉辦臺南縣影劇三村改建基地第二階段(規劃草案）說明會，說明預估原眷戶輔助購宅款、房地總價及原眷戶應自行負擔之價款等相關事項，原眷戶如欲變更原改建需求選項，應於說明會後 30 日內，逕至法院認證變更原選項，並向列管單位以書面申請，逾期視為無異議維持原認證選項意願，而聲請人並未在前述期限內變更原選項。嗣臺南縣影劇三村改建基地完工後，國防部所屬總政治作戰局軍眷服務處分別於96年7月21日、97年12月23日及98年3月9日辦理承購原眷戶交屋作業，聲請人因自行負擔價款與原先說明會所述金額差距太大，無力繳納致未辦理交屋手續，復經列管單位即國防部所屬空軍司令部第四四三戰術戰鬥機聯隊以98年12月9日存證信函通知聲請人須於該存證信函寄達日起一個月完成辦理眷舍點交及交屋作業手續，逾期即註銷原眷戶權益，聲請人仍無力配合繳納，國防部乃以99年4月27日國政眷服字第0990005454號函（下稱原處分）註銷聲請人之眷舍居住憑證及原眷戶權益，並收回房舍。聲請人不服，提起訴願，經決定（行政院院臺訴字第0990107754號）駁回，遂提起行政訴訟，遭臺北高等行政法院（100 年度訴字第360 號判決）及最高行政法院（100年度裁字第2248號裁定）判決駁回起訴及裁定駁回上訴，業已確定。

三、判決理由：

按「國軍老舊眷村改建條例」第22條第1項規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有三分之二以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行」，「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款(編按：即解釋所稱第六點之（四），下同）規定：「原眷戶凡阻撓拆

除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業（抽籤、搬遷、交屋等）者，均屬『不同意改建之眷戶』，故經一再通知、送達及完成相關行政程序後仍未交屋者，準用其相關規定辦理……」，「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款（編按：即解釋所稱第伍點之三，下同）規定：「凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬本條所稱『不同意改建之眷戶』」，聲請人經國防部所屬業務單位通知，既未按通知辦理承購住宅點交搬遷作業，則國防部作成原處分註銷聲請人眷舍居住憑證及原眷戶權益，於法自屬有據。

四、「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款關於原眷戶凡拒繳價款者，即屬不同意改建之眷戶，準用相關規定，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款關於凡拒繳價款者，均屬國軍老舊眷村改建條例第22條所稱不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益等規定，均與憲法保障人民生存權、財產權之規定牴觸：

查「國軍老舊眷村改建條例」第22條固規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有三分之二以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益」，其理由係為加速眷村改造，促進都市更新，於原眷戶有三分之二以上同意改建時，不同意改建者因原有承購改建後房屋及領取購屋補助等二個選項可供選擇，卻既不選擇承購房屋，亦不選擇領取購屋補助，如任其不同意改建，實有礙眷村改建及都市更新發展，則撤銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，實無不合理處。惟對已配合政策同意改建並選擇承購改建後房屋者，嗣後若發生完工後實際購屋款與舉辦說明會時所表明購屋款懸殊甚鉅，致超出眷戶能力範圍，或改建後房屋品質不佳，與舉辦說明會時存有嚴重落差，當初選擇承購改建後房屋者若因財力不足或房屋品質不佳而

未繳納，此際因已不能放棄承購房屋改選擇領取購屋補助款，則由於上述因素未按通知繳款即遭註銷眷戶居住憑證及原眷戶權益，無異剝奪選擇承購房屋者嗣後對屋款或房屋施工品質表示異議之權利，換言之，眷戶選擇承購房屋後，嗣後無論國防部將屋款提高多少倍，或房屋施工品質如何粗糙，均只能默默忍受，不得就完工後屋款超出舉辦說明會時國防部所言屋款是否合理，及完工後房屋品質與舉辦說明會時國防部所承諾品質有差距是否構成違約，經由提起民事訴訟請求法院調查判定，否則國防部即得使出撒手鐧以註銷眷戶居住憑證及原眷戶權益作為要脅，故上述行政命令實已侵害人民之生存及財產權，而屬違憲無效，確定判決依該規定認定原處分並無違法不當，實無可予維持餘地。

綜上所述，聲請人謹依法聲請解釋憲法，請　鑒核賜准所請，以維法治，而保權益，至感公便。

附件一：原處分書、決定書、臺北高等行政法院判決書、最高行政法院裁定書影本各一份。

謹　狀

司　法　院　公鑒

聲　請　人　陳　文　雄

中　華　民　國　101　年　8　月　28　日

抄陳文雄補充理由書（一）

聲請人前於101年8月向　貴院聲請釋憲並提出（如附件一）釋憲聲請書一份，茲再補充釋憲聲請理由如后：

一、影劇三村改建住宅完工後，國防部要求聲請人繳納之價金與之前舉辦說明會時向眷戶所說之價金不同，且金額高出甚多，以致聲請人及其他多數眷戶均無力繳納，國防部即根據「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款等規定，認聲請人於完工後經通知仍未繳款屬於「國軍老舊眷村改建條例」

第22條規定之「不同意改建之眷戶」，得逕行註銷聲請人之眷舍居住憑證及原眷戶權益；聲請人則主張臺北高等行政法院判決確定國防部得據以註銷聲請人眷舍居住憑證及原眷戶權益之上引「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款等規定違憲。

二、聲請人茲再補充下列幾點事實，以說明國防部於改建住宅完工後要求原眷戶繳納之價金高於之前舉辦說明會時向原眷戶所言之價金確實不當，及國防部以原眷戶於完工後經通知仍未繳納價金而認定原眷戶為「不同意改建之眷戶」，所根據之「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款等規定係屬違憲：

（一）因國防部於改建住宅完工後要求原眷戶繳納較舉辦說明會時向原眷戶所表示更高之價金實為不當，因此「國軍老舊眷村改建條例」於100年12月30日修正時增訂第20條第5項：「住宅興建至主管機關核定完工決算價期間，因工程違約經主管機關已沒入賠罰款者，應按原負擔比例辦理補償。」及第6項：「本條例中華民國一百年十二月十三日修正施行前，經主管機關核定完工決算之住宅，且決算前已計入工程物價調整款或因工程違約經主管機關沒入賠罰款，承購戶價購住宅及基地，有自行負擔部分者，應按其負擔比例及達一定金額辦理退款，其一定金額由主管機關定之。」等規定，依該增訂之規定，國防部應將物價調整款按比例退還眷戶，足以證明國防部於完工後要求原眷戶繳納較之前更高之價金，實屬不當，以上有100年12月30日修正後之「國軍老舊眷村改建條例」（附件二）可參。

（二）國防部於「國軍老舊眷村改建條例」增修後，其下屬單

位陸軍第八軍團指揮部曾於102年3月25日發函予原眷戶之一張朝林，通知其於102年4月8日前提供資料辦理物價調整款退款事宜，亦可證明國防部於完工後要求收取較高之價金確實不當，以上有陸軍第八軍團指揮部102年3月25日陸八軍眷字第1020004362號函（附件三）可參。

（三）依監察院之調查報告，國防部辦理「敦化案」、「國運案」、「堅美案」、「懷德案」、「木柵案」等眷村基地改建工程，認定有施工不良及未依規定辦理採購……等缺失，與本件影劇三村基地改建工程之缺失雷同，完工後國防部未因工程缺失而降低價金，反而片面提高價金，原眷戶無力繳納則認定為「不同意改建」，不但未予原眷戶異議之機會，且逕註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，實使原眷戶之權益再三遭受侵害，以上有監察院調查報告（附件四）可參。

三、綜上所述，國防部於完工後要求原眷戶繳納較說明會時所言更高之價金，此一要求是否有理由，原眷戶是否應予接受；又完工後原眷戶是否能因房屋施工有缺失而拒不繳款，國防部能否罔顧房屋施工之缺失遽以原眷戶未繳款而註銷原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益；上述疑點原眷戶原均得尋民事訴訟程序以求保護，惟依國防部所依據之「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款等規定，國防部得將聲請人之未繳款認定為「不同意改建之眷戶」，並逕行註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，如此無異剝奪原眷戶對於國防部事後片面之提高價金及工程缺失以訴訟尋求保護之權益，而侵害人民之訴訟權、生存權及財產權，故上引規定實屬牴觸憲法之規定而為無效。

四、綜上所述，謹請　鑒核，賜准宣告上引規定為違憲無效，以維權益，實感德便。

附件一：釋憲聲請書影本一份。（略）

附件二：100年12月30日修正後之「國軍老舊眷村改建條例」一份。（略）

附件三：陸軍第八軍團指揮部102年3月25日陸八軍眷字第1020004362號函影本一份。（略）

附件四：監察院調查報告影本一份。（略）

謹　呈

司　法　院

聲　請　人　陳　文　雄

中　華　民　國　102　年　4　月　8　日

抄陳文雄補充理由書（二）

聲請人前於101年8月28日提出釋憲聲請書向　貴院聲請釋憲，復於102年4月8日提出釋憲聲請補充理由書，茲再一次提出釋憲聲請補充理由書：

一、90年3月20日國防部召開第一次說明會，僅說明原眷戶及違占戶之相關權益，及依原眷戶之住宅需求進行改建基地規劃，並未說明購屋價金，故第一次說明會後並未要求原眷戶選擇承購房屋或領取輔助購宅款。91年5月21日召開第二次說明會，國防部向原眷戶說明改建基地有關之規劃、設計、配置圖、價金及發包方式和輔助購宅款及自備款等相關事宜，並予原眷戶一個月時間決定是否變更選項，91年6月21日起即不准變更。92年底國防部又召開第三階段說明會，將第二階段原基礎條件內容（如規劃設計、配置圖、價金、發包方式）全部改變，且不允許原眷戶重新辦理認證變更選項，作風強硬，完全無視原眷戶的抗議。

二、按97年4月28日國防部召開完工交屋說明會，提供之房屋總價金與91年第二階段說明會認證時之價金相比，各坪型（含增坪）

相差達112萬至158萬元，造成聲請人及其他原眷戶不可預計之經濟負擔。舉例說明之：

若400萬元房價以傳統招標方式發包，以平均標比69.29%計算，完工結算房價為280萬元。同樣房價400萬元以統包方式發包，完工結算即為400萬元。不同招標方式影響原眷戶選擇意向，如選擇領取完工後輔助購宅款，以傳統招標方式只能領取280萬元x80%（眷改條例第20條第2項參照）為224萬元，無法於市面購置成屋，故選擇配售改建房舍，同理；若將統包方式招標告知原眷戶，完工後可領輔助購宅款為400萬元x80%為320萬元，相差甚鉅，故國防部於第二次說明會時告知原眷戶以公開招標方式辦理，顯然是欲誤導原眷戶選擇承購房屋及放棄領取輔助購宅款，俟原眷戶誤上賊船後，才轉而告知係依統包方式辦理，國防部此一欺瞞作風，竟可不受追究，實屬難以想像。

三、國防部是以第二階段說明會提出之規劃設計、公開競標方式，作為與選擇承購房屋之眷戶認證的條件，依理雙方均應受拘束，而不得違反認證之內容。依眷改條例第20條第3項規定，由國防部於完成細部規劃設計後，以書面向原眷戶說明，並辦理第三階段細部規劃說明會。準此，國防部僅能在大原則不變下，作細部變更，但如上述，國防部在第三階段說明會卻將規劃、配置、發包方式及價金等全盤變更，聲請人若知如此，則於第二階段說明會時絕不會選擇承購房屋。

四、政府自88年起即已採用統包方式辦理招標工程，但91年國防部於第二次說明會中仍以傳統招標採最低價決標方式讓原眷戶作認證選項之參考依據，導致以30坪型而言，房地總價差達：3,504,634元－2,617,806元＝886,828元，故國防部實不僅是違背誠信原則，實根本即為惡意欺騙。

五、綜上所述，國防部於91年舉辦第二階段說明會時，明知自88年起政府已採用統包方式辦理招標，卻錯誤告知原眷戶係採用公開招標，且未告知原眷戶所提供之價金、配置及設計圖將來均

會變動，及已經選項認證之原眷戶對其變更之價金及配置設計圖均不得異議，亦不得要求變更選項認證，導致選項承購住宅之原眷戶事後無能力繳交提高之價金而遭撤銷眷戶居住憑證及原眷戶權益。由上可知，國防部於91年舉辦第二階段說明會時，並未將與改建有關之資訊充分告知原眷戶，致原眷戶於不知下為錯誤之選項，則國防部上述作為實已侵害聲請人受憲法保障之知的權利，聲請人受害在先，如事後完全無異議尋求救濟之機會，一旦受通知而未繳款，國防部即得註銷聲請人之眷舍居住憑證及原眷戶權益，則實無異容認聲請人之訴訟權、財產權及生存權得任意遭受剝奪，故「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」第6項第4款規定及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」第5項第3款規定，實均牴觸憲法保障人民之基本權而應屬無效。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人　陳　文　雄

中　華　民　國　102　年　5　月　3　日

抄陳文雄補充理由書（三）

聲請人前於101年8月28日提出釋憲聲請書，嗣於102年4月8日、102年5月3日再提出補充理由書，茲謹再次提出補充理由書，敬供參酌：

一、依「國軍老舊眷村改建條例」（下稱本條例）第5條第1項規定，原眷戶享有承購興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益；又依本條例第20條第1項規定，輔助購宅款未達房地總價之不足款，由原眷戶自行負擔。然原眷戶於興建之住宅完工而未依限繳納應自行負擔之不足款時，能否準用本條例第22條第1項規定，由主管機關逕行註銷原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權

益？本條例並無明文規定，稽諸中央法規標準法第5條第2款規定：「左列事項應以法律定之：……二、關於人民之權利、義務者。」則主管機關於本條例無明文規定下，實不得將原眷戶未依限繳納不足款視為本條例第22條第1項規定之「不同意改建之眷戶」，遽依該條項規定註銷聲請人之眷舍居住憑證及原眷戶權益。

二、按本條例第5條第1項前段規定：「原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。」第22條第1項規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有三分之二以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」由上述規定合併觀察，原眷戶遭註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之條件為（一）原眷戶不願選擇承購依本條例興建之住宅，（二）原眷戶不願選擇由政府給與輔助購宅款，（三）有三分之二以上原眷戶同意改建。由此可知，原眷戶遭依本條例第22條第1項規定註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益前，其可選擇承購住宅或選擇由政府給與輔助購宅款，以免遭註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，甚且原眷戶縱使堅持不於上述兩種選擇中擇其一，然於同意改建之原眷戶未達三分之二以上門檻時，不同意改建之原眷戶仍可免遭註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，與上述情形有天壤之別者為聲請人於91年5月21日之第二階段說明會選擇同意改建並選擇承購住宅後，未於一個月內在法院公證改變選項為由政府給與輔助購宅款，即不得再改變選項，此後縱使房屋之規劃、設計與當初之說明不符，房屋品質出現嚴重瑕疵，及應由原眷戶自行負擔之不足款與當初之說明差距懸殊，如認原眷戶均應忍受依限繳納不足款，不得有何異見，原眷戶若未依限繳納，即得註銷原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，不僅與本條例第22條第1項不同意改建而遭註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之情形迥然有別，且剝奪原眷戶

因房屋有瑕疵經由訴訟而得主張不完全給付（民法第 227 條第 1、2 項），請求賠償損害（民法第226條第1項）、請求賠償遲延而生之損害（民法第231條第1項）、解除契約（民法第254條）、同時履行抗辯（民法第264條第1項）及原眷戶經由訴訟得主張主管機關不得違背誠信擅自提高不足款（民法第148條第2項）等權利，故主管機關對原眷戶未依限繳款遽依本條例第22條第1項規定註銷聲請人之眷舍居住憑證及原眷戶權益，實屬侵害聲請人之訴訟權，而構成違憲。

三、眷舍居住憑證及原眷戶權益，對聲請人而言，除具有財產價值外，亦為保障聲請人退伍後生活之憑恃，聲請人配合政府政策不但同意眷村改建而且撰擇承購住宅，在主管機關未與聲請人協商擅自變更房屋之規劃、設計及提高不足款，致聲請人無力繳納下，遭主管機關註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，則主管機關如此作為當屬侵害聲請人之財產權與生存權而屬違憲。

四、如前所述，本條例並無原眷戶未依限繳納不足款應如何處理等規定，本條例第29條規定：「本條例施行細則，由主管機關定之。」並未明確授權主管機關就原眷戶未依限繳納不足款得註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，則主管機關自行訂定「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」，並於第 6 項第 4 款規定，原眷戶凡拒繳價款者，即屬不同意改建之眷戶，準用相關規定，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益；及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」，並於第 5 項第 3 款規定，凡拒繳價款者，均屬國軍老舊眷村改建條例第22條所稱不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，顯屬違反比例原則，侵害原眷戶憲法所保障之訴訟權、財產權、生存權等權益，而屬無效。

五、檢呈監察院糾正案文一份（附件一），依該糾正案文，監察院認國防部以原眷戶將眷舍一部分房間出借予親戚而註銷原眷戶居住憑證及原眷戶權益為違反比例原則，基於同一價值與理念，

國防部實不得以聲請人及其他原眷戶未繳納超乎預期之不足款而註銷聲請人及其他原眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益。

附件一：監察院糾正案文影本一份。（略）

謹　呈

司　法　院

聲　請　人　陳　文　雄

中　華　民　國　102　年　8　月　26　日

抄陳文雄補充理由書（四）

聲請人前於101年8月28日提出釋憲聲請書，嗣於102年4月8日、102年5月3日、102年8月26日提出補充理由書，茲謹再具補充理由如后：

一、民國91年國防部辦理第二次說明會時，向眷戶告知係以傳統招標方式作為選項參考依據，聲請人及其他眷戶考量如選擇領取輔助購宅款，所得金額不足在外購屋及估計應自行負擔價差在可承受範圍內而選擇承購房屋，孰料聲請人及其他眷戶於法院認證選擇承購房屋後，國防部改告以係依統包方式決標，結果以此方式所計算應自行負擔價差與傳統招標方式差距懸殊，以聲請人所承購房屋而言，自行負擔價差從原來86.2萬餘元提高至130.2萬餘元，相差達44萬餘元，實已超出聲請人能力可承受範圍，如因聲請人無力負擔該價差，即將聲請人眷舍居住憑證及原眷戶權益註銷，顯為侵害聲請人受憲法所保障生存權及財產權，實不待言。

二、依立法院第二屆第六會期國防、內政及邊政委員會第一次聯席會議紀錄，民國84年10月9日審查「國軍老舊眷村改建條例草案」時，有關眷戶選擇承購房屋所應負擔價差問題，潘維剛委員提出下述質詢：「此外，本條例中有關眷戶的負擔規定，仍不夠明確。而且常會有工程追加款，例如：未來國宅是計劃蓋好

之後再計價，但是可能會因工程延誤，或是控制不周延，而造成費用增加。所以這部分可否定得更清楚？就像我買一戶預售屋，可以知道總價多少，這樣所有眷戶才有心理準備，知道要準備多少錢，否則一有變數，眷戶就會心急如焚。所以我們在做法上，是否可以更明確？」而針對潘委員上述質詢，國防部長蔣仲苓答覆：「我們有專家在計算，不會隨便加價，這並非做生意，而是服務性質的。我們會將成本壓到最低，精打細算，不會差得太遠。而且講定之後，會將模型做出，並向眷戶說明。」由此可知，自行負擔價差關係至眷戶支付能力，不能隨意調高，不僅潘委員如是認知，蔣部長亦認調高後金額與原來不可相差太遠，並應向眷戶說明，取得認同。然實際上調高後金額與原來金額差距懸殊，超出一般眷戶可承擔範圍，且國防部於通知繳款前並未事先向眷戶說明，使眷戶有所準備，國防部係於完工後突然要求眷戶繳交超出預期金額，於眷戶無力繳納時，即將眷戶居住憑證及原眷戶權益註銷，使眷戶頓失所恃，不近情理，置眷戶生存、財產權益於不顧，實幾近魯莽，以上有立法院第二屆第六會期國防、內政及邊政委員會第一次聯席會議紀錄（附件一）可資參酌。

三、聲請人於第二次說明會時選擇承購房屋，嗣因國防部改變發包方式致房屋總價及自行負擔價差發生變動，聲請人因而無力繳納價差，此與自始不同意眷改，顯屬有別，故「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」將未繳款者比照不同意改建眷戶處理，實已逾越母法精神並侵害聲請人生存權及財產權，上述規定均因牴觸憲法而屬無效。

附件一：立法院第二屆第六會期國防、內政及邊政委員會第一次聯席會議紀錄影本一份。（略）

此　致

司　法　院

聲請人陳文雄

中華民國 102 年 11 月 25 日

抄陳文雄補充理由書（五）

聲請人前於101年8月28日提出釋憲聲請書，並於102年4月8日、102年5月3日、102年8月26日、102年11月25日提出補充理由書，謹再補陳理由如后：

一、依國軍老舊眷村改建條例第22條第1項之規定，規劃改建之眷村同意改建之眷戶如達原眷戶三分之二以上，則除得進行眷村改建外，對不同意改建之眷戶尚得註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益。此一規定實甚不合理，多數眷戶既同意眷村改建，則依多數決原理將眷村付諸改建即可，倘又將原不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益註銷，無異對反對改建者予以懲罰，顯然違反民主原理，且與憲政潮流牴觸，應認與憲法牴觸而為無效。

二、規劃改建之眷村有三分之二以上眷戶同意改建而使眷村得以進行改建時，如對原不同意改建之眷戶得將其眷舍居住憑證及原眷戶權益註銷，此種情形實無異認同投票結果勝選者得對原未支持選民施予報復及進行剷除異己，使選民噤若寒蟬，不能遵從內心真意投票，而國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定即與此如出一轍，眷戶擔心事後被註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，不得不順從行政機關之意思選擇同意改建，故上引規定除允許對表決前持反對意見者施加懲罰而違反民主原理外，並使參與表決者因為懼怕秋後算帳而被迫選擇同意改建，同屬違反民主原理，均屬違憲法律而為無效。

三、依國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則第6項第4款規定，原眷戶拒繳價款者，屬不同意改建之眷戶，另辦理國軍老舊眷村改建注意事項第5項第3款規定，原眷戶拒繳價款

者，屬國軍老舊眷村改建條例第22條所稱不同意改建之眷戶；上述交屋處理原則及改建注意事項均將拒繳價款視為不同意改建，主管機關得比照不同意改建對拒繳價款眷戶註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，惟國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定為違憲無效，已如上述，又眷戶拒繳價款可能為住宅施工品質不佳或價金發生變動，例如完工後通知眷戶繳納價金較說明會所言價金高出數十萬元，於法院審理認定以前，咎在主管機關或眷戶，尚屬不得而知，豈能因眷戶拒繳即一概認咎在眷戶而註銷眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益，故上述交屋處理原則及改建注意事項使眷戶於不能經由訴訟究明何人應負責以前即遭註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，實屬侵害眷戶訴訟權與財產權而均屬違憲無效。

四、爰補陳理由如上，謹請　貴院鑒核，賜准所請，促進法治進步，實為公便。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人　陳　文　雄

中　華　民　國　103　年　10　月　8　日

（附件一）

臺北高等行政法院判決　100年度訴字第360號

原　　告　陳　文　雄

被　　告　國　防　部

代　表　人　高　華　柱　部長

訴訟代理人　張　靈　秀

上列當事人間國軍老舊眷村改建條例事件，原告不服行政院中華民國99年12月27日院臺訴字第0990107754號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

本件原告之訴計有：1.原處分及訴願決定均撤銷；2.行政契約無效，改領取輔助購宅款；3.依各眷村條件各自計價其輔助購宅款等3部分，其中2.及3.部分，因起訴不合法，本院另以裁定駁回之，先此敘明。

二、事實概要：

原告原屬坐落改制前臺南縣永康市之國軍飛雁新村之原眷戶，該眷村與影劇三村、大同新村均屬國軍老舊眷村，經被告規劃為同期改（遷）建臺南縣影劇三村之改建基地，原告已完成申請選擇承購改建後住宅，自費增坪上一階坪型之手續。被告則於91年5月21日舉辦臺南縣影劇三村改建基地第二階段（規劃草案）說明會，說明預估原眷戶輔助購宅款、房地總價及原眷戶應自行負擔之價款等相關事項，原眷戶欲變更原改建需求選項，應於說明會後30日內，逕至法院認證變更原選項，並向列管單位以書面申請，逾期視為無異議維持原認證選項意願，原告並未在前述期限內變更原選項。嗣臺南縣影劇三村改建基地完工後，被告所屬總政治作戰局軍眷服務處（下稱總政治作戰局眷服處）分別於96年7月21日、97年12月23日及98年3月9日辦理承購原眷戶交屋作業，原告則以自行負擔價款與原先說明會所述金額差距太大，要求調整未果為由，拒絕辦理交屋手續，復經列管單位即被告所屬空軍司令部第四四三戰術戰鬥機聯隊（下稱第四四三戰機聯隊）以98年12月9日存證信函通知原告須於該存證信函寄達日起1個月內完成辦理眷舍點交及交屋作業手續，逾期即註銷原眷戶權益，原告仍拒絕辦理，被告乃以99年4月27日國政眷服字第0990005454號函（下稱原處分）註銷原告之眷舍居住憑證及原眷戶權益，並收回房舍。

原告不服，提起訴願，經決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

三、原告起訴略以：

（一）原告配合被告之眷村改（遷）建政策，於第一階段即選擇同意改建，詎料被告強制原告接受違反當初意思合致之承諾事項，造成原告給付不能，且因原告不從其願，即作成註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，並收回房舍之處分，違反行政程序法第111條第7項規定、信賴保護原則及比例原則。原告並非出爾反爾，於同意承購房屋後又無故不承購房屋，而係被告在原告選擇承購房屋前提出之價格，與事後提出之價格相差過鉅，遠超出原告可承受之範圍，故原告無力，乃至於不願承購房屋。被告於88年起即採統包方式招標，卻以傳統最低價決標欺瞞原告，職是，不應由原告承受此不利結果。以傳統30坪型為例，採完工決算價之輔助購宅款為3,920,323元x80%＝3,136,258元，傳統招標最低價決標之輔助購宅款金額為2,617,802元x80%＝2,094,241元，差1,042,017元，影響原告選項甚鉅，違反誠實信用原則，及民法第73條「法律行為，不依法定方式者，無效。」之規定。

（二）不論被告係出於故意或過失，其於第二階段說明會告知原告，係以傳統招標最低價決標方式作為房屋價格，經臺灣臺南地方法院認證，則原被告間已建立公法法律關係，依行政程序法第135條及第137條規定，被告於92年第三次說明會時改以統包方式招標、30坪型完工決算價之價差達1,305,517元且不允許原告有變更選擇之機會，被告所為顯違反誠信原則，依民法第71條規定，應屬無效。雖被告主張其已事先說明，第二階段說明會資料所列房地總價、輔助購宅款、自付款、貸款等各項金額均屬預估，實際仍應以將來核定完工決算價為準等語，有違國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第20條第3

項規定及明確性原則。縱使被告已經註明所列房地總價為預估，原告仍不得不參考被告提供之預估價格，故被告之預估價格與將來完工決算價格不應差距過大，否則，被告自始即應提出核定之決算價格，供原眷戶作為取捨之標準。

（三）被告於第二階段說明會提出之資料與第三階段說明會提出之資料，有如下差異：1.規劃設計：由1塊建築基地改為2塊建築基地；2.將A基地即可容納所有戶數之11棟可容納原有戶數，變更成A基地9棟、B基地1棟，增加建築成本費用；3.由傳統最低價決標之方式改成統包方式，增加房屋總價成本；4.價金：各坪型（含增坪）之決算價，與當初7折發包價相較，每戶房價總價差達112萬元至158萬元。被告於第三階段說明會變更上開事項，卻不允許原告變更選擇，嗣原告無力繳納時註銷原告之原眷舍居住憑證及原眷戶權益，顯因違反法律之強制規定而為無效。

（四）按眷改條例第6條規定，決定眷村是否合併改建，應考量：1.眷村分布位置（可解為同一縣市，因事關土地價款差異性及原眷戶方便性），以及2.條件相近（原眷村土地經換算後可獲得之輔助購宅款是否相近）。以本件臺南縣影劇三村改建案觀之，各眷村條件相差懸殊，自不得共同規劃改建，否則對於條件較佳者而言，此行政裁量並非合法公平。依臺南縣國軍老舊眷村改建計畫，計劃辦理改建之老舊眷村共計8個村，經篩選規劃改建基地共計4個村，此4個基地相去不遠，此時應取決於輔助購宅款是否相近，被告應依條件相近併為同期改建（飛雁新村之輔助購宅款1,210萬元與湯山新村565萬元基地條件最為相近）。被告將飛雁新村併入影劇三村改建基地合併辦理改建，顯有恣意裁量之違法，罔顧原告合法改建權益，

有違平等原則（行政程序法第 4、9、10 條規定、最高行政法院94年度判字第1530號判決及司法院大法官釋字第593 號解釋意旨參照）。

（五）被告依據眷改條例第 22 條及國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則五、（一）1.（3）規定，註銷原告眷舍居住憑證及原眷戶權益，惟：依中央法規標準法第5 條第2 項及第6 條規定，關於人民權利義務，應以法律規定之，而不得以命令定之。被告自行訂定「國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則」、「國軍老舊眷村改建辦理法院裁定暨強制執行事件應行注意事項」，以及「辦理國軍老舊眷村改建注意事項」等規定，屬行政程序法第159 條第2 項第1 款規定之行政規則，依司法院大法官釋字第 505、506 及524 號解釋意旨，行政機關依其職權執行法律，雖得訂定命令對法律為必要之補充，惟僅能就執行母法之細節性、技術性事項加以規定，不得逾越母法之限制。被告89 年6 月23 日（89）祥社字第 07351 號令辦理國軍老舊眷村改建注意事項伍、三、（編按：即解釋所稱第伍點之三，下同）規定，凡阻撓拆除、妨礙工進、拒絕價款或其他未配合主管機關辦理改（遷）建作業者，均屬「不同意改建之眷戶」，其自行訂定裁罰性行政規則剝奪人民權利，此部分已逾越母法關於不同意改建之文義範圍，且恣意擴張、類推解釋，增加母法所無之限制，依行政程序法第158 條第1 項第2 款規定，應屬無效。故被告以前揭3 項行政規則限制人民自由權利，違反法律保留原則。

（六）被告於函復監察院時，承認同意改建書及認證書屬行政契約，則依行政程序法第147 條規定，原告得請求適當之調整契約內容，如不能調整，得終止契約，被告亦得於適當補償原告損失後，命原告繼續履行行政契約約定之

義務；惟被告拒不調整本件契約內容，原告自得終止契約，重行選擇領取輔助購宅款，且被告於補償原告損失前，不得命原告履行原約定之義務，更不可註銷原告之眷舍居住憑證及原眷戶權益。退步言之，縱如被告所言，本件非屬行政契約而僅為行政指導，按行政程序法第165條規定，以及最高行政法院96年度裁字第2184號裁定意旨，行政指導乃任意性事實行為，不具法律上拘束力，則何以原告未依認證書、同意書履約交屋，即須遭被告依國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，並經訴請拆屋還地？苟如被告所稱本件為行政指導，則被告註銷原告之原眷戶權益即有濫權之違法。又按司法院大法官釋字第533號解釋意旨，以及行政程序法第135條規定，行政機關基於法定職權，為達行政目的，得與人民訂定行政契約，俾助該機關執行職務，該機關亦負相對給付義務。故原眷戶與主管機關簽訂改（遷）建申請書（邀約）與第二階段說明會資料（承諾），加上臺灣臺南地方法院認證書之表示，即形成原眷戶與國家發生公法上權利義務之關係。被告為達成眷改條例第1條揭櫫之立法目的，依眷改條例第5條及第20條第1項規定，使原眷戶享有承購興建之住宅及政府給予輔助購宅款之權利，輔助購宅款以國有可計價土地乘以公告土地現值69.3%為分配總額並除以原眷戶數，並依同條例第20條第2項、第22條第1項、第24條及施行細則第13條規定，課予原眷戶自動配合搬遷、未於公告期間主動搬遷者視為不同意改建、於產權登記日起5年內不得出售、出典、贈與或交換、負擔房價總額20%、註銷不同意改建之原眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益並收回房地等義務、負擔或不利益，符合吳庚前大法官於釋字第533號解釋協同意見書所提之行政契

約要件。被告以第二階段規劃設計、公開競標方式，以此為認證之條件及基礎，按該認證內容，雙方當事人皆應受拘束，依私法自治原則及行政程序法第8條信賴保護原則，不得為違反認證內容之行為。眷村承購戶與被告依第二階段規劃、設計及其設計圖、公開競標方式與房屋總價為法院認證基礎，有認證書為憑；又依臺南縣影劇三村改建基地第二階段（規劃草案）說明書九、（三）規定，該說明書內容係詳述改建基地規劃草案構想報告，預估房地總價與原眷戶預估各項可獲之補助款、自備款金額，並供作辦理變更原法院認證之依據，及確認原眷戶住宅坪型戶數需求等，後續仍應依眷改條例第20條第3項規定辦理，於完成細部規劃設計後，由被告以書面向原眷戶說明，並辦理第三階段（細部規劃）說明會，惟不受理變更法院認證選項作業。準此，被告僅可於大原則不變下，作細部變更，惟本件被告之規劃、配置、發包方式及價金均已改變，違反被告自定之規定與程序，依行政程序法第141條第1項、第147條及行政訴訟法第203條規定，被告之變更無效，原告即可變更改領輔助購宅款。

（七）被告違反誠實信用原則，提供錯誤資料，將88年起即採用統包方式辦理招標工程，卻於第二次說明會中以傳統招標採最低價決標之方式，作為原眷戶認證之參考依據，導致完工決算房地總價與認證參考價格相差過鉅；以30坪型為例，房地總價相差886,828元（3,504,634元－2,617,806元），完工決算價3,920,323元較第二次認證金額高出1,302,517元，增加總價金額50%，而自費增坪自付款價差由327,100元增至522,124元。被告自88年起辦理眷村改建，即採取統包方式，此為不能否定之事實，被告指陳房地總價之造價成本繫於新建住宅時土地及營

建物價成本之高低，與何種發包方式無關，惟本件房地總價因建築工程發包方式不同而產生價差，並非被告所言來自土地及營建成本，92 年決算說明會類似之土地成本，與97 年決算後土地成本相較，決算後土地成本暴增，此係因建築基地增加及規劃戶數減少，形成反比現象，而非被告所言係公告地價上升所致（85 年公告地價每平方公尺17,239 元，91、96 年公告地價每平方公尺16,100 元），依影劇三村改建基地完工房地總價決算表顯示，營建成本部分增加係因物價指數調整，建築成本決標金額為1,716,434,222 元，決算金額則為1,918,824,719 元，增加207,877,344 元，調高幅度為11.6%，餘38.4%增加金額則係來自於被告恣意變更規劃與發包方式。又 97 年決算後建築成本明顯高於91 年預估工程預算及92 年決標工程費，此係因工程發包方式改變所致。被告未依法行政，顯有裁量逾越之違法。況果如被告主張，眷改條例並無原眷戶於行使其選擇權利後，仍可任意變更其選擇之法令依據，則被告使飛雁新村原眷戶邱昌麟、大同新村原眷戶劉鐵忠及影劇三村其餘原眷戶重新變更領取輔助購宅款後搬遷，又應作何解釋？原告之所以要求變更，即係因被告隱瞞事實、任意變更當初與原告約定合致之承諾條件，導致原告給付不能，故原告行使契約之解除權或撤銷權，使雙方權利義務歸於消滅。

（八）依眷改條例第 20 條第 3 項規定，原眷戶可獲得之輔助款及自備款負擔金額，係依「各眷村」之條件，於規劃階段由主管機關以書面向原眷戶說明，以字義而言，各眷村即指單一眷村，且按同條例第22 條規定，眷村改建之辦理係以單一眷村是否達到3 分之2 同意改建之法定門檻而定，既然以單一眷村計算門檻，原眷戶可獲得之輔助購宅款自以單一眷村計算可計價公告土地現值，始符立

法原意及眷改條例第1條揭櫫之照顧原眷戶立法精神，而非如被告主張，係將3個條件懸殊之眷村合計加總後除以3。又按被告所屬總政治作戰部86年5月6日祥祉字第0430號函，眷改條例第22條所指「規劃改建之眷村」係指單一眷村。按眷改條例第20條第1項，以及被告自定之國軍老舊眷村改建基地工程完工分戶房地總價計算式及計算標準五、（一）規定，輔助購宅款分配總額高於或等於房地總價時，其改建基地分戶住宅房地總價即為原眷戶可獲得之輔助購宅款金額，故原告之輔助購宅款金額12,100,640元高於房地總價3,920,323元，應無須繳交自備款784,065元，而其可領取之輔助購宅款為3,920,323元，並非被告所稱之3,104,160元。又按眷改條例第20條第1項、第2項規定，可證其立法意旨為「大村補小村（大村即土地大戶數少之村，小村即土地小戶數多之村）」，大村分配總額大於房屋總價時，超出部分係撥入眷改基金，而非發給原眷戶，如有眷村土地多非屬國有可計價土地，依眷改條例第20條第2項規定，原眷戶亦以負擔20%為限，不足部分由眷改基金補助，補助即來自於大村超出部分，分配總額少之眷戶亦受同等照顧，絕無被告所稱完全不能獲得任何輔助購宅款之情形，被告所言不足為採等語。並求為判決撤銷訴願決定及原處分。

四、被告抗辯略以：

（一）按眷改條例第22條第1項規定，規劃改建之眷村，其原眷戶有3分之2以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。辦理國軍老舊眷村改建注意事項、眷改條例第23條部分：三、凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬本條所稱

「不同意改建之眷戶」。國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則：四、處理時機：(一）承購戶：以本部通知「補辦交屋」之最後期日為準，按處理程序處理之。……五、處理原則：(一）屬承購戶（原眷戶及權益承受人）者：1.處理程序：(1)各軍種列管單位應將前項之適用對象於2週內彙整名冊陳報本部備查，另製作公文書敘明未完成交屋之權利義務、交屋最後期限、時效逾期之處理等，依行政程序法規定送達當事人；其為不能送達而具公示送達原因者，得依申請准為公示送達。前述公文書所訂交屋最後期限，自送達或公示送達發生效力之日起，以1個月為限。(2)自前項送達後期限屆止2週內，軍種列管單位應即彙整仍未交屋承購戶名冊及相關處理案卷陳報本部，經本部審查簽核後分依餘宅處理計畫或逕移業務單位辦理標售處分事宜。(3)本部應於2個月內依本條例第22條之規定註銷原眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益，以雙掛號送達當事人。……2.效力：依本條例第22條暨注意事項第伍之三點規定，註銷居住憑證及原眷戶權益，屬遷建村者收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。

（二）原告為選擇承購臺南縣影劇三村改建基地興建完工住宅之原眷戶，即應於被告通知之交屋期日配合辦理簽約交屋作業，然原告並未於正常交屋期日即97年7月21日、97年12月23日前來辦理簽約交屋作業，亦未於被告指定之最後補辦交屋期限即98年3月9日之前，配合辦理簽約交屋作業，經空軍第四四三戰機聯隊以98年12月9日存證信函通知原告，以其迄未辦理眷舍點交及交屋作業，請於該存證信函寄達日起1個月內完成改善，逾期將依規定註銷原眷戶權益。原告仍未配合辦理交屋作業，僅一再片面爭執房地總價過高，以及被告未依臺南縣影劇三

村改建基地第二階段說明會所說明之房地總價為最終配售之房地總價為由，拒絕配合。職是，原告既一再拒絕配合被告所執行之興建完工住宅簽約交屋改建作業，其依前揭辦理國軍老舊眷村改建注意事項相關規定，自屬不同意改建之眷戶，被告依國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則所定之處理程序，依眷改條例第22條第1項規定作成原處分，註銷原告眷舍居住憑證及原眷戶權益，依法核無違誤。

（三）被告頒發之臺南縣影劇三村改建基地第二階段（規劃草案）說明書，乃係依據各眷村之條件及改建規劃方案，以書面對原眷戶說明規劃構想草案及原眷戶可獲得輔助購宅款及自備款金額之預估情形，此觀該說明書記載「二、目的：於第一階段說明會後，參酌住宅需求坪型及戶數，將規劃構想等相關草案、原眷戶可獲得之輔助購宅款及自備款金額預估情形，以書面向原眷戶說明之」等語，即可知悉該說明書並無與原眷戶成立行政契約之意思存在，而充其量至多僅可謂為行政指導；只在讓原眷戶藉此書面說明瞭解改建規劃構想及輔助購宅款與自備款預估情形而已，此再觀諸被告所提供臺南縣影劇三村改建基地第二階段（規劃草案）說明書，對於該說明書所提及之房地總價、輔助購宅款、自付款、貸款均有載明係預估，該說明書附表三臺南縣影劇三村各坪型房地總價、輔助購宅款、自付款、貸款參考對照表，及附表四臺南縣影劇三村各坪型房地總價依建築工程發包預算與土地成本預估參考對照表之備註欄，亦均載明所列數值係依技術服務廠商規劃草案報告書內容為計算基準，其數額僅供參考，並按平均值計算。另並載明所列工程發包預算均為假設值，實際應以被告核定發包決算價為準。是被告業已於該說明書中詳細載明所列房地總

價、輔助購宅款、自付款、貸款等各項金額均為預估，實際仍應以將來被告核定決算價為準，原告卻執此主張被告業依該說明書中所載列之房地總價、輔助購宅款、自付款、貸款等金額與原告成立行政契約，此顯與事實不符。是就被告因辦理臺南縣影劇三村改建基地之改建作業所發各階段之說明書，均僅單純為說明資料，並無欲與原眷戶成立行政契約之意思可言，原告顯有重大誤會。

（四）依眷改條例第21條第1項規定，原眷戶放棄承購改建之住宅，自願領取前條之輔助購宅款後搬遷者，從其意願。惟該規定乃適用於原眷戶向主管機關以書面表示同意改建並經法院認證時，即選擇放棄承購改建後之住宅，自願領取輔助購宅款後搬遷者，方有適用。至於原眷戶向主管機關以書面表示同意改建並經法院認證表明選擇承購改建後之住宅，眷改條例中並無原眷戶於行使其選擇權後，仍可任意變更其選擇之法令依據存在。再按被告頒布之辦理國軍老舊眷村改建注意事項肆、國軍老舊眷村改建條例第21條部分：「一、原眷戶放棄承購改建之住宅，自願領取輔助購宅款搬遷者，應於改（遷）建申請書表達意願，並經法院認證後，逐級呈報主管機關辦理。二、原眷戶或違占建戶填具改（遷）建申請書經法院認證，並提送主管機關所屬各單位後，即不得申請變更意願；原眷戶意願需求經認證，並經送交主管機關所屬各單位後死亡，其權益承受人亦不得再申請變更意願。……」本此，原告要求重新辦理認證變更其意願改領取輔助購宅款，顯與前揭辦理國軍老舊眷村改建注意事項相違。又參照　鈞院95年度訴字第3979號判決意旨，對於同屬臺南縣影劇三村改建基地之原眷戶請求重新認證、變更原認證選擇改領輔助購宅款，認為原眷戶

以書面向主管機關行使其選擇權，選擇承購改建後住宅者，即無權於行使選擇權後再任意變更選項，申請改領輔助購宅款；且被告頒布之辦理國軍老舊眷村改建注意事項乃主管機關就辦理原眷戶表示改建意願之期限等執行眷改條例之細節性、技術性事項所為規定，並未逾越母法而增加法律所無之限制，要無違反法律保留原則可言。參之該判決意旨，原告自無權申請變更其認證選項。關於原告指摘被告以傳統招標方式提供資訊給原告參考，卻於其後以統包方式辦理招標，致決標金額高出預期甚多部分，此乃原告片面認知之錯誤主張；被告91年5月21日辦理臺南縣影劇三村改建基地第二階段說明會時，尚未完成該改建基地之新建工程招標發包作業，根本無確定之最低價決標價格存在，該說明會資料所載之工程預估決標價格，已明白揭示為規劃預估，原告不能視若無睹，更片面以該預估價格為確定決標價格，主張被告對其有何承諾云云。臺南縣影劇三村改建基地於93年改以統包方式招標並完成新建統包工程招標作業，並無原告所指88年即已採取統包方式招標之情事，況房地總價之造價成本繫於新建住宅時土地及營建物價成本高低，近年營建原物料時有非預期大幅上漲情事，為眾所周知之事，原告自不得徒以臺南縣影劇三村改建基地房地總價之完工決算價格較之前預估價格為高，即主張被告有詐欺、違反誠信原則等情事。

（五）依臺南縣影劇三村改建基地國有可計價土地69.3%輔助購宅款估算表所載，飛雁新村、影劇三村與大同新村同屬坐落於改制前臺南縣永康市之眷村，各村土地公告現值相去不遠，影劇三村與大同新村部分土地屬商業用地，價值甚高，考量土地使用經濟效益及改建基地可容納戶數等條件，乃將飛雁新村、影劇三村及大同新村規

劃為同一改建基地，並無不符眷改條例第6條第1項規定之情事，原告任意指摘，實無理由；況被告就辦理國軍老舊眷村改建，如何依眷改條例第6條第1項規定整體規劃並集中興建住宅社區，以將老舊眷村改遷建至新建住宅社區，核屬眷改條例賦予被告之職權，原告對於被告如何整體規劃集中興建住宅社區以辦理國軍老舊眷村改遷建作業，並無公法上請求權，被告自不受原告片面主張之拘束。至於眷改條例第22條規定，被告辦理改建雖須經單一眷村原眷戶3分之2以上同意，惟就改遷建作業如何規劃進行，則屬被告之職權行使，並無適用該條規定須取得原眷戶絕對多數以上同意之問題。再依國軍老舊眷村改建計畫中，臺南縣老舊眷村改建計畫所示，臺南縣經篩選規劃興建改建之基地共4處，分別於92、96年推動執行改建，92年推動改建之基地為精忠二村改建基地、影劇三村改建基地，上開2基地均位於臺南縣永康市，96年改建之基地則為二空新村改建基地及湯山新村改建基地，前者位於臺南縣仁德鄉，後者位於臺南市。又依眷改條例第6條第1項規定意旨，眷村改建係按眷村分布位置，依條件相近者採整體分區規劃，利用既有眷村土地或不適用營地集中興建住宅社區，故於決定以何一眷村土地為改建基地，首需檢討何一眷村土地建築面積較大，足以遷入安置較多眷村眷戶，再依改建基地可興建住宅戶數容納原眷戶遷入之情形，檢討將位置相近之眷村規劃遷入該改建基地。

（六）原告所屬飛雁新村位於臺南縣永康市，以92年推動改建之精忠二村改建基地觀之，精忠二村改建基地面積為47,646平方公尺，可興建之住宅戶數於規劃遷入原址改建之精忠二村原眷戶，以及鄰近之精忠九村原眷戶後，原眷戶戶數業已趨近飽和；影劇三村改建基地面積為

70,359 平方公尺，可興建之住宅戶數足以容納原影劇三村、飛雁新村及大同新村有需求承購改建後住宅之原眷戶，且影劇三村改建基地位於臺南縣永康市００路89號周邊，與精忠二村改建基地相去不遠，故被告將影劇三村、飛雁新村、大同新村規劃同期改建，遷入臺南縣影劇三村改建基地，應無不妥。大同新村原址位於臺南縣新化鎮，臨接臺南縣永康市東側，與影劇三村改建基地距離最近，故規劃大同新村遷入影劇三村改建基地，亦無不妥。

（七）原告主張飛雁新村與影劇三村、大同新村條件不同，不能納入影劇三村改建基地，而應單獨改建云云，純係原告以其主觀上片面計算各眷村國有可計價土地公告現值69.3%，再除以各眷村原眷戶戶數，而得出飛雁新村每戶可得輔助購宅款為1,210萬元、大同新村每戶為548萬元、影劇三村每戶為159萬元之結論，進而主張各眷村條件並不相近，實則原告嚴重誤解眷改條例第6條第1項之規範意旨，更錯把各眷村土地價值當成各眷村原眷戶之私產，豈有同屬臺南縣國軍老舊眷村之原眷戶，卻有各眷村原眷戶可得輔助購宅款金額自159萬元至1,210萬元不等、差異如此巨大之理，況國軍老舊眷村土地中，有許多非屬國有可計價土地，則此等眷村之原眷戶豈非完全不能獲得任何輔助購宅款，而不能與其他眷村一同改建。原告以其主觀片面主張計算輔助購宅款金額，進而主張影劇三村、飛雁新村及大同新村不應合併規劃改建，實屬無稽。

（八）飛雁新村及大同新村原眷戶戶數較少，影劇三村則屬原址土地可建築面積較大、而原眷戶戶數較多之眷村，影劇三村所興建住宅戶數除可容納影劇三村原眷戶外，尚可容納鄰近之飛雁新村及大同新村，而該2村土地面積較

小，無法集中興建較多之住宅戶數以容納較多之眷村眷戶，故被告將影劇三村、飛雁新村及大同新村規劃為同期改建，眷村遷入影劇三村改建基地，自無不妥，亦符合眷改條例第 1 條揭櫫「加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益」之立法目的。故被告以該3 眷村之改建計畫當期國有可計價土地公告現值 69.3%為分配總額，按該3 村原眷戶戶數、住宅興建成本及配售坪型計算該3 村原眷戶輔助購宅款，被告97 年7 月1 日國政眷服字第0970008191 號令據此依法核定原眷戶之輔助購宅款，並無違誤。原告片面執詞主張其為飛雁新村原眷戶，應按該村國有可計價土地69.3%為分配總額，以該村原眷戶戶數計算輔助購宅款云云，顯與眷改條例第 20 條第 1 項及第2 項規定不符，殊無可採等語。並聲明求為判決駁回原告之訴。

五、本件兩造爭執要點為被告審認原告拒絕配合交屋，符合眷改條例第 22 條第 1 項規定之不同意改建之眷戶，而以原處分逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，有無違誤？亦即原告主張其拒絕辦理交屋手續有正當事由，於法是否有據？

六、本院判斷如下：

（一）按眷改條例第22條第1項規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有3 分之2 以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」

（二）復按眷改條例施行細則第13條第1項規定：「為配合眷村改建，原眷戶應於主管機關公告期間內搬遷，未於期限內主動搬遷者，視為不同意改建，由主管機關依本條例第 22 條規定處理。」再者，國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則一、依據：「『國軍老舊眷村改建條例』（簡稱本條例）、『國軍老舊眷村改建條例施行細

則』(簡稱本細則)、『國軍老舊眷村改建配售坪型辦法』、『國軍老舊眷村及不適用營地之國有土地標售或處分辦法』及『辦理國軍老舊眷村改建注意事項』(簡稱注意事項)、『國軍老舊眷村改建辦理法院裁定暨強制執行事件應行注意事項』等相關規定辦理。」四、處理時機:「(一)承購戶:以本部通知『補辦交屋』之最後期日為準,按處理程序處理之。……」五、處理原則:「(一)屬承購戶(原眷戶及權益承受人)者:1.處理程序:(1)各軍種列管單位應將前項之適用對象於 2 週內彙整名冊陳報本部備查,另製作公文書敘明未完成交屋之權利義務、交屋最後期限、時效逾期之處理等,依行政程序法規定送達當事人;其為不能送達而具公示送達原因者,得依申請准為公示送達。前述公文書所訂交屋最後期限,自送達或公示送達發生效力之日起,以 1 個月為限。(2)自前項送達後期限屆止2週內,軍種列管單位應即彙整仍未交屋承購戶名冊及相關處理案卷陳報本部,經本部審查簽核後分依餘宅處理計畫或逕移業務單位辦理標售處分事宜。(3)本部應於2個月內依本條例第22條之規定註銷原眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益,以雙掛號送達當事人。……2.效力:依本條例第 22 條暨注意事項第伍之三點規定,註銷居住憑證及原眷戶權益,屬遷建村者收回該房地,並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。3.特殊情形之處理:基地動工前原認證選項為承購依本條例興建之住宅……,住宅完工後,原眷戶或權益承受人具下列情形之一者,得由當事人或監護人檢附應必備文件,專案申請改為領取輔助購宅款……經主管機關專案核定准予變更為領款者,其輔助購宅款之發放時機與款額,均與同規劃圈內,同階級坪型並領取完工決算價之輔助購宅款者相同。(1)符合社會救助法第 4 條所定低收

入戶身分者。(2)經法院宣告為禁治產人者。(3)原眷戶死亡，權益承受人為未成年人者。……」六、其他事項：「……（四）原眷戶凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業（抽籤、搬遷、交屋等）者，均屬『不同意改建之眷戶』，故經一再通知、送達及完成相關行政程序後仍未交屋者，準用其相關規定辦理，並應追回已發放之房租補助費及搬遷補助費；……。」又按辦理國軍老舊眷村改建注意事項肆、「二、原眷戶或違占建戶填具改（遷）建申請書經法院認證，並提送主管機關所屬各單位後，即不得申請變更意願；原眷戶意願需求經認證，並經送交主管機關所屬各單位後死亡，其權益承受人亦不得再申請變更意願。」伍、國軍老舊眷村改建條例第22條部分：「……三、凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬本條所稱『不同意改建之眷戶』。……」

（三）經查：原告原為國軍飛雁新村原眷戶，經被告規劃該眷村與影劇三村、大同新村為改（遷）建臺南縣影劇三村改建基地，原告已辦竣申購改建後校官階30坪型住宅乙戶，並自費增坪至將官階34坪之相關手續，迄上開改建基地完工後，被告所屬總政治作戰局眷服處已分別於96年7月21日、97年12月23日辦理承購原眷戶交屋作業手續，並於98年2月9日至同年3月9日再行補辦交屋作業手續，惟原告均未遵依規定辦理，復經列管單位即第四四三戰機聯隊於98年12月9日函知原告須於寄達日起1個月內完成辦理眷舍點交及交屋作業手續，逾期即註銷原眷戶權益，原告則以自行負擔價款與原先說明會所述金額差距過大，要求調整未果為由，拒絕辦理交屋及搬遷手續，被告乃作成原處分註銷原告之眷舍居住憑證及

原眷戶權益，原告不服，提起訴願，經決定駁回等事實，為兩造所不爭執，並有卷附國軍眷舍管理表（見原處分卷第 1 至 2 頁）、臺灣臺南地方法院 90 年度福字第 11842 號認證書（見原處分卷第 3 頁）、原告改（遷）建申請書（見原處分卷第 4 至 5 頁）、被告所屬總政治作戰局眷服處補辦交屋手續通知書（見原處分卷第 6 頁）、第四四三戰機聯隊存證信函（見原處分卷第 7 頁）、原處分（見原處分卷第 15 頁）、訴願決定（見本院卷第 17 至 24 頁）等件可稽。

（四）原告指摘原處分違法，所持理由無非以：1.被告以實際房屋改建完工時決算輔助購宅款，造成原告應負擔之自備款金額遠較被告在原告選擇承購房屋時所表示之價格，違反當初意思合致之承諾事項，違反信賴原則、誠實信用原則，雙方締結之行政契約構成行政程序法第 111 條第 7 款規定及民法第 73 條規定之無效事由；2.被告之預估價格與完工決算價格差距過大，卻不允許原告變更選擇，顯違反眷改條例第 20 條第 3 項規定及明確性原則；3.被告將飛雁新村併入影劇三村改建基地合併辦理改建，顯有恣意裁量之違法，罔顧原告合法改建權益，違反平等原則。4.被告頒行之辦理國軍老舊眷村改建注意事項伍、三、規定，凡阻撓拆除、妨礙工進、拒絕價款或其他未配合主管機關辦理改（遷）建作業者，均屬「不同意改建之眷戶」，已逾越母法關於不同意改建之文義範圍，且恣意擴張、類推解釋，增加母法眷改條例所無之限制，違反法律保留原則，應屬無效。5.原告依行政程序法第 147 條規定，得請求被告適當調整兩造間之契約內容，如被告拒不調整，原告有權中止契約，重行選擇領取輔助購宅款，被告不可註銷原告之原眷戶憑證及居住權益等情詞，為主要論據。

（五）惟按被告執行國軍老舊眷村改（遷）計畫，旨在加速更新國軍老舊眷村、提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，可見國軍老舊眷村之改建，除為照顧原眷戶權益外，尚須達成多重公共利益之目的，此稽之眷改條例第 1 條規定之立法目的可明。再者，國家資源有限，被告辦理眷村改（遷）計畫，尤應考量國家經濟及財政狀況，以妥善分配福利資源，不得僅側重申購人利益，給予過度之保護，而違背國家資源須合理分配及有效利用原則，忽略其他公益目的。復參照前引同條例第6條第1項已明定被告辦理國軍老舊眷村改建，應按眷村分布位置，依條件相近者採整體分區規劃，並運用既有眷村土地集中興建住宅社區，足見被告對於國軍老舊眷村之改建基地範圍，享有合目的性之裁量權限。又該條例賦予原眷戶享有配購改建住宅及領取輔助購宅款之恩遇措施，不能據以解為原眷戶對於老舊眷村改建範圍之規劃有決定權限。準此以論，原告主張被告將飛雁新村併入影劇三村改建基地辦理同期改建，顯有恣意裁量之違法，罔顧原告合法改建權益，違反平等原則，並據以拒絕辦理交屋及搬遷，於法難認有據。

（六）再依眷改條例第22條規定，被告於實施改建計畫時，須先經過統計原眷戶參與改建之意願及方式，始得進行眷村改建之細部設計，故原眷戶提出之改（遷）建申請書，僅用以確認原眷戶願否將配住之眷舍交付被告改（遷），並其選擇輔導購宅之方式，要無約定改建基地範圍之內容，不能據以主張被告已承諾不得將數眷村合併於同期規劃改建。蓋被告辦理老舊眷村改建業務，本應依眷改條例第6條第1項之規定為合目的性之規劃，其行使裁量

權，應參酌之因素當非以原眷戶之利得為優先，而包括眷村分布位置及條件是否相近及可否達成立法目的。至於選擇配購改建住宅之原眷戶，其可獲之輔助購宅款及應自行負擔部分，悉應依前引眷改條例第20條及同條例施行細則第17條、第18條第1項及第19條第1項至第3項之規定辦理，而依各該規定，選擇承購改建住宅之原眷戶，其可獲得輔助購宅款乃按分配總額分配之，並於改建房屋完工後決算房地總價與分配總額之差比，定其須否負擔自備款。易言之，申請承購改建住宅之原眷戶未俟改建房屋完工，仍不能確定輔助購宅款之明細，亦無法得知將來應負擔自備款之實際金額，此徵諸被告改（遷）建說明書載稱「概估」各原眷戶之輔助購宅款，並謂原眷戶皆有應自行負擔部分，以完工決算時之房地總價，減去輔助購宅款之差額為準可明，殊難謂被告係以該概估金額，作為原告可獲得之輔助購宅款，並已與原告達成意思表示合致。又揆諸行政程序法第147條第1項、第2項乃規定：「行政契約締結後，因有情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者，當事人之一方得請求他方適當調整契約內容。如不能調整，得終止契約。前項情形，行政契約當事人之一方為人民時，行政機關為維護公益，得於補償相對人之損失後，命其繼續履行原約定之義務。」本件兩造於原告申請承購改建住宅時，既無就原告可獲之輔助購宅款達成特定金額之合致，尚難認兩造間已成立行政契約，則原告徒以兩造間有締結行政契約，而完工後決算之輔助購宅款低於原概估金額，構成情事重大變更事由，得請求被告應予以調整，進而資為其得中止契約及變更原選擇改領取輔助購宅款之依據，要難採取。

（七）原告雖主張渠仍得變更原承購改建住宅之選擇，改為領

取輔助購宅款云云，然遍稽眷改條例之全部條文，就原眷戶選擇承購改建住宅後，得否變更為放棄承購，改領輔助購宅款乙事，並未明文規定。至於眷改條例施行細則第19條第1項、第2項：「（第1項）原眷戶依本條例第21條規定於規劃改建基地房屋建造完成前，自願領取輔助購宅款後搬遷者，應以書面向主管機關提出申請，經核定後發給，其與實際房屋建造完成當期決算之價格發生差異時，不予追加減。（第2項）前項輔助購宅款，其數額應於主管機關規劃改建基地建築工程發包後，依決標價格計算之。」之規定，僅係就自始選擇輔助購宅款之原眷戶，應如何辦理領取之事項為規定，難認可資為原眷戶於選擇承購住宅後，尚得變更其選擇之準據。再衡諸被告係經統計改建基地各原眷戶承購需求予以規劃改建，為敷實際供需，以發揮改建之效益，當不容原眷戶於改建完工經核算實際應自行負擔之自備款後，認改領取輔助購宅款，較為有利，即得單方恣意變更之。故被告於改建說明書第4項第1目及第2項限定原眷戶欲變更原改建需求選項者，應於說明會後30日內，辦竣相關手續，逾期視為無異議維持原認證選項意願（見原處分卷第93頁背面至第95頁），並於所頒行之前引辦理國軍老舊眷村改建注意事項第4項第2款規定，原眷戶或違占建戶填具改（遷）建申請書經法院認證，並提送主管機關所屬各單位後，即不得申請變更意願；而於前引國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則第5條第1項第3款例外規定須有：(1)符合社會救助法第4條所定低收入戶身分者；(2)經法院宣告為禁治產人者；(3)原眷戶死亡，權益承受人為未成年人者等特殊情形，始得專案報經核定准許變更之，並無牴觸眷改條例與其施行細則之立法精神。是核原告上開所述之變更事由，明顯

與變更選擇之規定要件不符。況且，原告可否變更原選擇，尚須報經主管機關專案核定，並非得由原告片面行使，即可產生法律效果。是原告主張其於選擇承購改建住宅後，仍得變更為領取輔助購宅款云云，容欠允洽，無從憑採。

（八）依前引眷改條例第22條第1項之規定，被告對於已達原眷戶3分之2以上之同意，而規劃改建之眷村，即得對不同意改建之眷戶逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行之。揆其規定旨趣，在賦予被告得有效執行老舊眷村改建計畫，排除不同意者之干擾及抵制，而改建計畫須至將改建住宅完成點交，並將原眷戶占用之舊眷舍及其土地收回，始稱執行完畢。故所稱不同意改建之眷戶，並不以自始不同意者為限，其事後不依原選擇承諾之事項履行者，亦該當之。復參照司法院大法官釋字第557號解釋意旨，政府機關或公立學校或公營事業機構，為安定現職人員生活，提供宿舍予其所屬人員任職期間居住，本屬其依組織法規管理財物之權限內行為；至因退休、調職等原因離職之人員，原應隨即歸還其所使用之宿舍，惟為兼顧此等人員生活，非不得於必要時酌情准其暫時續住以為權宜措施，主管機關基於職責，盱衡國家有限資源之分配，自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循，是故被告對於軍眷眷舍房地之管理及處理本得發布相關規定為必要合理之規範。而被告依法辦理國軍老舊眷村之改建，其本質亦為對於軍眷眷舍房地之管理及處理，其基於管理權人地位，對於軍眷眷舍之土地如何改建、規劃及利用，乃至於對於原眷戶輔助購宅款之計算，本得在未牴觸眷改條例之前提下，頒行細節性、技術性規範。況且眷改條例創設之改建配售措施，

明顯賦予原眷戶享有優於一般國民或公教人員之權益，乃典型給付行政，參照司法院大法官釋字第443號解釋意旨，因較不涉及人民生命、自由及財產權利之侵害，故其法律保留密度較低，在不涉及公共利益之重大事項時，自應允許主管機關以法規命令或行政規則訂定。是以眷改條例第29條既已概括授權被告就施行細則為規定，被告就眷改措施，本應基於其行政之積極性、公益性，酌量當時之社會經濟狀況、財政收支情形，除非涉及公共利益之重大事項，應有法律或法律授權之命令為依據之必要外，也應有其整體性考量之自由形成空間。茲審查前引眷改條例施行細則第13條第1項規定，原眷戶未於主管機關公告期間內主動搬遷者，視為不同意改建；被告頒行之國軍老舊眷村改建基地完工後無法辦理交屋處理原則第6條第4項（編按：即解釋所稱第六點之（四））規定，原眷戶凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業（抽籤、搬遷、交屋等）者，均屬不同意改建之眷戶，故經一再通知、送達及完成相關行政程序後仍未交屋者，準用其相關規定辦理；辦理國軍老舊眷村改建注意事項第5項第3款（編按：即解釋所稱第伍點之三）規定，凡阻撓拆除、妨礙工進、拒繳價款或其他未配合主管機關辦理各項改（遷）建作業者，均屬眷改條例第22條所稱之不同意改建之眷戶等諸規定，乃屬眷改條例授權範圍事項之行政命令，並無違反法律保留原則，核無悖離眷改條例第22條規定之旨趣，乃辦理國軍老舊眷村改建業務細節性、技術性之規定，自得據為執行眷改條例第22條第1項之準據。是本件原告經被告所屬業務單位通知，既表明拒絕辦理承購住宅點交搬遷作業，被告作成原處分註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，於法自屬有據。

七、綜上所述，原告上開主張各節，均非可取。被告作成原處分註銷原告之眷舍居住憑證及原眷戶權益，並收回房舍，認事用法俱無違誤，訴願決定予以維持，核無不合，原告訴請撤銷為無理由，應予駁回。

八、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘陳述及舉證，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併予敘明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　6　月　23　日

（本件聲請書其餘附件略）

抄黃克正等二十一人釋憲聲請書

為聲請人受最高行政法院100年度判字第198號判決、100年度判字第295號判決，適用國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，不法侵害聲請人財產權，依法提出聲請事：

壹、聲請釋憲之目的

請　鈞院大法官解釋民國（下同）96年1月3日修正前之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）第22條第1項規定：「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（本條例於96年1月3日修訂原眷戶比例為三分之二，並增列第二項），不法侵害人民受憲法第15條保障之「財產權」，牴觸憲法第7條「平等權」及第23條「比例原則」之疑義，係屬違憲，以維憲法保障人民權益之精神，並使聲請人得據以提起再審。

貳、疑義之性質與經過，及所涉及之憲法條文

一、聲請人黃克正等 21 人屬位於高雄市左營區崇實新村之原眷戶或其繼承人；聲請人朱順德為同區合群新村之原眷戶。

因國防部轄下所屬總政治作戰局，規劃將含聲請人所在之崇實新村、合群新村等十個眷村納入改建作業程序，改建方法略以於各眷村分別辦理改建認證，如同意改建原眷戶超過四分之三以上，該眷村即行騰空，如原眷戶選擇購置新建住宅者，全部搬遷至「自治新村」基地新建大樓安置。因此，依照85年2月5日公布之眷改條例及其施行細則等相關規定，於92年11月25日以勁勢字第0920014643號公告，宣示眷戶或違占建戶如同意改建者，應於改（遷）建說明會後三個月之特定期間內，填具改（遷）建申請書，並經法院或民間公證人完成認證手續，繳交相關文件予列管軍種（單位），以完成同意改建程序，其若因法定或不可抗力事由暫無法申辦者，應於法定期間內以書面完成報備，准於該事由消滅後補行辦理，並同時說明若眷戶逾期或限期補正仍未繳交同意書及相關文件者，視為不同意改建戶等相關資訊。聲請人等因未於期間內完成改（遷）建申請書之認證，或事先聲明不配合改建，或事後以書面表明註銷先前配合改建之同意書與認證書，經國防部所屬單位依照眷改條例第22條之規定，以96年12月6日昌易字第0960023812號函註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益。聲請人不服，提起行政救濟。惟歷經訴願決定及行政訴訟（臺北高等行政法院97年度訴字第2051號判決、最高行政法院100年度判字第295號判決，附件一；臺北高等行政法院97年度訴字第2535號判決、最高行政法院100年度判字第198號判決，附件二），均認原處分合法，而駁回聲請人之請求。茲因原行政訴訟當事人王海榮於100年1月2日逝世，繼承人為王蘭康、王蓓蓓、王薇薇等人（附件三）；另當事人卓崇生於100年5月21日逝世，繼承人為張凱溱、卓群、卓筠等人（附件四）。聲請人認為最高行政法院100年度判字第295號判決、100年度判字第198號判決所適用之眷改條例第22

條第1項規定有違憲疑義，聲請 鈞院大法官惠予解釋。

二、本案涉及之憲法條文

憲法第15條之財產權保障、第7條平等權及第23條比例原則之限制。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案之立場及見解

一、確定判決所適用之眷改條例第22條第1項規定，明顯牴觸憲法平等原則及比例原則

（一）憲法第7條平等原則之意義

按憲法第7條平等原則，其意旨在要求等者等之、不等者不等之；對不同之待遇，必須斟酌規範事物性質之差異，提出合理區別待遇理由，始無悖於憲法平等原則之要求，此為 鈞院大法官在釋字第211號、第224號、第485號、第565號、第618號、第626號解釋等諸多解釋採行之一貫立場。申言之，依平等原則之要求，若從憲法價值體系及立法目的檢驗，事物本質並無差異，即不應為差別待遇，如有事物性質之差異，所為之差別待遇，亦應為合理之區別對待，禁止立法者恣意為不合理差別待遇。此參諸司法院釋字第624號解釋，就冤獄賠償事件排除軍事審判案件，係認：「冤獄賠償法第一條規定，……未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，係對上開自由、權利遭受同等損害，應享有冤獄賠償請求權之人民，未具正當理由而為差別待遇，若仍令依軍事審判法令受理案件遭受上開冤獄之受害人，不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，足以延續該等人民在法律上之不平等，自與憲法第七條之本旨有所牴觸。」之意旨自明。又採行差別待遇之手段必須能有效達成目的，且手段與目的間亦必須有合理關

連，鈞院大法官釋字第485號、第593號、第626號解釋亦著有明文。如上開司法院釋字第626號解釋，大法官即認中央警察大學招生所以對色盲者設限制，係在：「求教育資源之有效運用，藉以提升警政之素質，促進法治國家之發展，其欲達成之目的洵屬重要公共利益；因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由。」即以比例原則與內在實質聯結性作為審查差別待遇是否合理正當之基準。

（二）原眷戶依眷改條例所可享受之權益

查，國軍眷村之存在，係國家於戰後尤其是38年間政府在內戰失利之後，為照顧人數龐大之大陸來臺軍人及其眷屬，使其在臺有居住之處所，而利用高雄左營地區日治時期遺留官舍群，或為其在國家或公有土地上所興建的臨時或非臨時性住宅，包括由政府出資興建分配、中華婦女反共聯合會捐款興建、或政府提供土地而由眷戶自費興建者等（眷改條例第3條第1項規定參照）。由於上述之住宅作為眷舍，均係集中在特定之國有或公有土地上建築，該等眷舍群聚之村落或社區因此被稱為眷村，並自然形成具有一定特色的村落或社區文化，即為所謂眷村文化，其豐富之人文、生態、軍事等文化景觀，更由地方政府高雄市政府於99年3月9日召開之文化資產審查會議決議登錄為「左營海軍眷村」文化景觀。雖然如是，由於臺灣的政治、社會與經濟環境，在解嚴後之十數年間急速變化，在國防部提案下，由立法院制定通過，總統於85年2月5日公布之眷改條例，在該條例第1條中即強調其進行老舊

眷村之改建，係為「提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，特制定本條例」之公益目的。從而，依該條例第3條第1項規定，凡在69年12月31日以前興建完成，並符合一定要件者，即為系爭之眷改條例所欲改建的老舊眷村。居住於上述區域中，領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或眷舍配住憑證等公文書的住戶，依據同條第2項規定，即為該條例所稱之原眷戶。

（三）眷改條例第22條第1項規定對是否表達反對意見之眷戶為無理由之差別待遇，違反平等原則

查，依眷改條例第22條第1項規定，行政主管機關對不辦理認證、認證後因認改（遷）建申請書所附條件不合法、不合理而註銷或作廢先前認證之原眷戶（如聲請人），得引用前揭條文作成註銷原眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益之行政處分。反之，如屬同意改建、有辦理認證之原眷戶，則得享有興建住宅優先承購權、購宅輔助款（眷改條例第5條參照）、搬遷補助費、房租補助費（眷改條例施行細則第13條參照）等。兩者眷戶權利天壤之別，然其採行差別待遇之原因，僅在於「是否有辦理改建認證」而已。申言之，眷改條例第22條第1項規定不區別眷戶「未同意改建」之原因，尤其「完全不同意改建，希望繼續居住原址即崇實新村」、「同意改建但不同意認證書違法附加之條件」或「雖有辦理認證，惟嗣後註銷先前同意之認證意思表示」等三種情形，均由主管機關逕以行政規則定義，凡未完成認證手續者，「等同眷改條例第22條所稱不同意改建原

眷戶」為註銷行政處分之對象，其所採行之手段與目的間之關聯何在？未辦理改建認證之原眷戶，或已經同意改建但不同意主管機關恣意添具改建條件之原眷戶何以不能獲得任何補償或協助？均無從得知。足見眷改條例第22條第1項註銷規定，僅以原眷戶是否辦理認證為差別待遇之標準，卻未見任何可資支持此項差別待遇之理由，亦未區分原眷戶不肯辦理認證之原因，應有違反憲法平等原則之情形。

況且，依據眷改條例之規定，眷村改建事宜僅由主管機關作成規劃案，是否進行改建，則委由眷村中之居民自行決定，主管機關不能越俎代庖代為決定，因此有眷改條例第21條之1、第22條原眷戶四分之三以上同意改建門檻問題（96年1月修正後為三分之二門檻）。如未通過此門檻，依據眷改條例施行細則第20條：「原眷戶未達四分之三同意改建之眷村，不辦理改建，於本條例廢止後，依國有財產法有關規定辦理。」之規定，眷村改建即無法進行。足見眷改條例之立法意旨，自始即以尊重眷村文化為原則，由原眷戶自我評估、利益衡量是否同意改建。如眷村認證（投票）結果為維持原狀、不進行改建，亦為之所許，並為法律所保障；換言之，法律係尊重原眷戶之意願表達自由，不論同意改建與否，是否參與改建認證程序，其表意過程與結果實均應為法律所保障。

準此，同意改建之原眷戶可取得諸多權益如前述；反之，基於認為眷舍尚屬新穎無改建必要、希望保留眷村文化（眷改條例第1條立法目的參照）、認為主管機關恣意加入之改建條件違法或不適當等原因，而未辦理改建認證之原眷戶，卻直接面臨眷

改條例第22條註銷眷籍、不得享有任何權益之「制裁」。換言之，眷改條例既然將眷村是否辦理改建之決定，委由原眷戶採民主方式自由決定，並本此意旨應貫徹照顧原眷戶及中低收入戶，保存眷村文化目的，由立法者與主管機關妥為設計因應（眷改條例第1條參照）。然立法者卻又於眷改條例第22條規定，不區分原因「嚴懲」「不同意」改建之原眷戶，再由主管機關恣意擴大解釋，將因認為眷舍尚屬新穎無改建必要、希望保留眷村文化、認為主管機關恣意加入之改建條件違法或不適當等原因而未參與改建認證之原眷戶均解釋為該條文之「不同意改建」原眷戶，從而援引該條文剝奪其可得享有之權益，其立法設計本身實屬前後矛盾。眷改條例復予有辦理改建認證之原眷戶諸多權益照顧，不區分與未辦理改建認證眷戶之關係，亦不區分「與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性為妥善之分配」，未採「關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給與明顯過度之照顧。」（司法院釋字第485號解釋文參照），實難謂眷改條例第22條已經充分考量憲法第7條所定平等原則之要求，亟待 鈞院作成該條文違反憲法財產權及平等保障之解釋。

另依眷改條例第23條規定，未具合法原眷戶資格而屬「違占建戶」者，亦得獲取主管機關比照當地地方政府舉辦公共工程拆遷補償標準，由改建基金予以補償後拆遷，提供興建住宅依成本價格價售並提供優惠貸款之待遇。相較於違占建戶仍得因眷

村改建結果而享有一定權益，僅屬未辦理改建認證之合法原眷戶卻無法獲得任何權益，面臨必須拆屋還地結果，益顯眷改條例有違反憲法平等原則及內在體系矛盾情形。換言之，即便非屬眷改條例第3條第2項定義之合法原眷戶（違占建戶），僅因維持照顧眷村內「住民」（許多違占建戶根本不具備軍人或榮民身分）生活之政策考量而使其得繼續居住於眷村當中，不予立即驅離而請求返還房地，再依據眷改條例第23條條文，無論該等違占建戶是否同意眷村改建，是否具備軍人或榮民身分，亦得享有諸多權益，顯然已經超乎眷改條例第1條本身所定眷村改建工作係在「照顧原眷戶及中低收入戶」之立法目的。則如聲請人等自始合法居住於眷村之原眷戶，均屬對國家與國防事業有卓越貢獻之人，僅因表達想繼續居住原址，或認改建申請書設有違法限制條件而拒絕辦理認證，依據眷改條例所賦予之機會而表達意願，即遭主管機關依眷改條例第22條第1項規定註銷眷舍居住憑證、原眷戶權益、不得享有任何利益及拆屋還地結果之「嚴厲制裁」。茲兩相比較，依法表達自由意思之合法眷戶，其待遇竟明顯次於違占建戶，益顯輕重失衡，足見眷改條例之設計自始存有違反憲法平等原則及比例原則之情形。

二、國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定牴觸憲法第23條比例原則及第15條財產權保障之意旨

（一）對於人民財產權干預之法律在憲法上的立法界限：

按我國憲法第15條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障。司法院大法官對於上述財產權應受憲法保障之意旨，進一步加以闡釋並予以具體化。在釋字第400號解釋中，大法官首先闡明：

「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，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨」，即已指出基於「達成公共福祉目的」之「必要性」理由，雖肯認國家得「依法律」之規定，對於特定私人所擁有之財產上權利，實施徵收等干預或侵犯行為，但對因此而受損害之人，基於後者係為公共福祉而進行特別犧牲之理由，即應給予「相當之補償」，方符合憲法保護人民之財產權的意旨。大法官隨後在釋字第 425 號解釋中，繼續以土地之公用徵收作為對象，指出「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，經由法定程序予以剝奪之謂。規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則，並應於相當期間內給予合理之補償。被徵收土地之所有權人於補償費發給或經合法提存前雖仍保有該土地之所有權，惟土地徵收對被徵收土地之所有權人而言，係為公共利益所特別犧牲，是補償費之發給不宜遷延過久」，明白闡述國家以徵收手段而侵犯人民之財產權者，不僅應受依法行政原則之拘束，須基於法律明文規定而為徵收行為以外，其徵收亦須符合比例原則，對因此而受有損害之私人，應發放合理之補償費，其給予亦不能耽擱過久，「如有延誤，自屬對人民財產權之侵害」。在釋字第 516 號解釋中，大法官除重申上述意旨，並表示對於私人之補償費係「填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損

失」，更以積極性的誡命，要求國家「補償不僅需相當，更應儘速發給，方符憲法第十五條規定，人民財產權應予保障之意旨」，因此若未及時發給補償費之徵收案，「即應失其效力」。若原發給之補償費，因政府機關之地價標準認定作業錯誤而短少者，亦要求原處分機關應於相當期限內，依職權撤銷原已確定的補償處分，另為適法之補償處分，其「逾期未發給補償費差額者」，依釋字第652號解釋，「原徵收土地核准案即應失其效力」。以上述之數項解釋為基礎，我國顯然已在司法實務上，完整地建構國家侵犯或干預人民應受保護之財產權的立法界限。亦即，國家無論是以「剝奪」或「限制」而干預人民財產權時，除須遵守法律明文規定之形式要件以外，尚須在法條規範中係基於「達成公共福祉目的」之必要性原則，並應符合給予相對人民以「相當且及時地補償」，否則將影響原處分機關在現實上所作成行政處分的效力，並有違反憲法第15條保護人民財產權規定之疑慮。

故而，徵收人民財產權之法律規範，必須依法且合於達成公共利益目的之必要性原則，並給予相對人以相當且及時地補償者，方為我國憲法所允許。至其補償方式，立法機關享「有一定之自由形成空間」，大法官在釋字第579號解釋中提及：「補償承租人之地價，應由主管機關於發放補償或依法提存時，代為扣交，係出租之耕地因公用徵收時，立法機關依憲法保障財產權及保護農民之意旨，審酌耕地所有權之現存價值及耕地租賃權之價值，採用代位總計各別分算代償之方法，將出租耕地上負擔之租賃權價值代為扣交耕地承租人，以為補償，其

於土地所有權人財產權之保障，尚不生侵害問題」。

上述同樣的立法界限，也存在德國憲法及實務中，依據德國基本法第14條第1項規定：「財產與繼承權應受保護」(Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet)、「其內容與限制依法律定之」(Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt)。又同條第3項規定：「徵收僅在為公眾福祉之目的下允許之」(Eine Enteignung ist nur zum Wohlou der Allgemeinheit zulässig)、「徵收僅能依據法律或法律之授權為之，並規定其補償之方法與範圍」(Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.)、「補償須依據公眾與相對人之利益作正確的衡量而決定之」(Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen)、「就補償之額度若有爭議者，得向普通法院提起訴訟救濟」(Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen)。學說上，對於基本法第14條第3項第2句有關徵收規範之法律規定，必須同時制定有關補償額度條款的規定者，稱為連鎖條款(Junktim-Klausel)（註一）。欠缺此等連鎖條款者，依據聯邦憲法法院之看法，縱使是依法而制定的徵收規範，亦屬違憲而無效(verfassungswidrig und nichtig)（註二）。德國學說上認為，聯邦憲法法院之所以如此強調有關補償費用之規定，必須交由立法者自己以法律明文規定的理由，除了係基於保護人民財產權的基本法規範意旨以外，主要的理由係基

於權力分立(Gewaltenteilung)（註三），亦即立法者應在自己行使預算高權(Haushaltshoheit)時，對於因為徵收之法律規範所必須負擔的補償費先具有一定概念，才能對於公眾與所涉及相對人民之利益作出正確的衡量。從而，僅有實定法律之規定作為國家進行徵收或限制人民財產權行使的規範基礎者，並不足以使該等條文因此合憲，尚須具有足以正當化之公共福祉目的(legitime Gemeinwohlziele)，並應合於比例原則(Verhältnismäßigkeit)（註四）。

實際上，是否在法律中明定對於相對人民給予金錢或其他相當之補償方式，正是立法者設立此等干預或侵犯之法律規範，是否仍符合憲法中有關比例原則要求(das Gebot der Verhältnismäßigkeit)的重要判斷依據（註五）。亦即，倘若實定法律僅規範剝奪或限制人民財產權之行使，卻未同時給予相對人以任何補償者，縱使其手段對於所欲達成之（具備正當化理由）公眾福祉目的具備適當性之要件，仍將無法通過比例原則中有關必要性與狹義比例性原則的檢驗，蓋剝奪或限制人民財產權的手段，只有在同時給予相對人民以金錢補償或其他相當之補償方式，例如對於土地被徵收者而言，可給予相對人民以交換土地或行使容積率的選擇可能性，方足以降低上述侵犯或干預手段對於所涉及人民財產權之影響，並使其對於公眾與涉及人民之正當利益間作正確的衡量，此為侵犯或干預人民財產權之法律規範，在立法時所應注意的憲法上界限。就本件眷改條例第 22 條第 1 項規定，誠如上述我國司法院大法官釋字第 579 號解釋所述，關於補償之方式，因屬立法者的形成空間，但若是完全不給予相對人任何補

償者，絕非立法者的規範形成空間，亦非立法者的規範形成自由。換言之，法律規範若剝奪或限制人民財產權，卻未同時規定國家或代表之行政機關應給予相對人以補償者，其屬違反比例原則，逾越立法者之規範形成空間，而成為違憲的法律規範。

（二）本件個案涉及人民應受憲法保障之財產權

又查，原眷戶依國軍眷舍居住憑證所取得之特定眷舍居住、使用權利，係具有財產價值之權利，蓋依「國軍軍眷業務處理作業要點」第陸之一點，申請人獲配眷舍後，原按月領取的房租補助費即無繼續受領之理由，足見眷舍與房租補助具有替代關係。再者，眷舍居住權可移轉給同具有眷舍身分之人，即非專屬於原眷戶之特權。足見國軍眷舍居住憑證所表徵之眷舍居住權，係屬具有財產價值之權利。

至於原眷戶居住於國軍之老舊眷村中，法律關係或有理解為私法上之使用借貸關係者。本聲請案之原審判決（最高行政法院100年度判字第295號判決），即將該等法律關係理解為私法上之使用借貸關係。蓋其認為原眷戶不論是居住在政府出資興建或由眷戶自費興建之眷舍中，至少其居住之房屋或房屋所座落的土地，均係國有或公有，眷戶並未支付任何金錢作為對價，即取得房屋或土地之使用權，故而主管機關為管理眷村之住戶，對於眷戶所核發之「眷舍居住憑證」或「眷舍配住憑證」，即屬於證明私權的公文書，僅為表彰原眷戶所享有居住權利的一種證明而已。

惟眷村之眷戶對於眷舍所享有的居住權，實際上並不完全等同於民法上的使用借貸關係，蓋倘若

為一般之使用借貸關係，借用人在借貸契約期限屆滿，或依照借貸之目的而使用完畢時，依據民法第470條第1項之規定即應向貸與人返還借用物。縱然借用物未依契約定有期限，亦不能依借貸之目的而定其期限者，則貸與人依據同條第2項之規定，係得隨時向借用人請求返還借用物。然而，系爭國軍老舊眷村之眷戶對於眷舍所享有的權利，現實之實際狀態並非如此。關於眷舍實際運作的狀態為，原眷戶在離開軍職後，本即應離開所屬機關配住的眷舍，至少其在解釋上即認應屬借貸之期限屆滿或基於借用之目的已達，原眷戶即應歸還所住的眷舍，但現實上原眷戶於其死亡前仍得繼續居住於當初所配住的眷舍中。甚且，原眷戶對於眷舍之居住權，在現實上不僅可由其本人行使，亦可由原眷戶之配偶或其子女所繼承，亦即配偶或子女仍可在原眷戶死亡後，向原眷戶所屬之原行政機關請求繼續居住於原先所配住的眷舍中。故而，國軍老舊眷村之原眷戶居住於眷舍的權利，縱屬如前開最高行政法院判決所認定之「使用借貸」關係，似亦應認其已具備物權化的特徵，猶如國家對於佃農以對於地主具有「物權化」傾向的耕地租賃權（大法官釋字第579號解釋文）加以照顧一般，係在體現國家當年欲加強照顧軍人及其家屬的本意。正是基於此等具物權化傾向之「使用借貸」關係，國家才會悖離於一般使用借貸關係常情的作法，發給屬於借用人之眷戶持有足以表彰其私權的居住或配住憑證。此一由公權力機關所發出的公文書，無非說明眷戶之居住權，有別於一般之使用借貸關係，應認其具有憲法上所保護之財產權特徵。原眷戶之居住權所具有的

物權化傾向，亦可在系爭眷改條例之以下數條文中見之：首先，原眷戶所享有之居住權，可讓其在符合一定條件（例如配合國防部所實施之眷村改建計畫）下，享有一定之公法上請求權，例如可依據眷改條例第16條之規定，請求直接配售眷村改建住宅社區後之新住宅。原眷戶亦可依據眷改條例第20條第1項之規定，向國家請求輔助購宅款，並可依據眷改條例第20條第2項規定，請求改建基金補助原眷戶自行負擔輔助購宅款超過其房地總價百分之二十部分。上述之公法上權利，依據眷改條例第5條第1款之規定，甚至可由原眷戶之配偶或其子女所繼承。姑且不論上述規定是否為國家選擇性地照顧部分人民，參諸大法官釋字第485號解釋意旨，眷改條例不得僅以軍階或身分之歧異，作為過度照顧並差別待遇的理由，否則即有違憲的疑慮。實際上正因眷改條例如此之規定，適足以顯示出國軍老舊眷村所適用對象之原眷戶，對於原居住眷舍所享有的權利，係認定其具有物權化之使用借貸關係，即應具備受我國憲法保障之財產權的特徵。原眷戶所享有之居住權，若果真如最高行政法院在其判決中所言，屬一般之使用借貸關係者，則貸與人（國防部或其所屬機關）在借用人（原眷戶）離開原服務單位後，或在其後的任何時間中，無論是何時，若欲向借用人要求返還借用物者，何須得到借用人之同意？縱借用人不同意返還，國家亦可藉由訴訟手段討還，又何須動用眷改條例以立法規範的方式，要求主管機關應先取得原眷戶超過一定比例以上之同意者，才能讓國家得以取回原本出借之借用物？取回之後，甚至還要讓國庫繼續支付改建之費用，建

完新屋之後再配售給原眷戶？從而，縱然原眷戶對於眷舍所享有的居住權益，僅屬對於眷舍之使用借貸法律關係，茲此為債法上的請求權，具有財產價值，具備可移轉性，亦屬憲法保護的私法上財產權範圍。

（三）逕行註銷即為剝奪或限制人民財產權之權利限制規範

按，眷村之存在，係國家為照顧大陸來臺軍人及其眷屬，使其在臺有居住之處所，而為其在國家或公有土地上所興建的臨時或非臨時性住宅，已如前述。在以原眷戶對於眷舍所享有之居住權，為我國憲法所保障之財產權的前提下，依眷改條例第 22 條規定，國家或代表之主管機關得對於不配合改建之原眷戶，無論是其未及時完成辦理認證手續或根本上即表示不願配合改建者，得以「逕行註銷」之方式，將原眷戶的居住權以及相關之一切財產上權益，全部均予廢止。

在前述大法官釋字第516號解釋中，即已表示對於私人之補償費，係以「填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失」。申言之，國家對於人民之財產權狀態或其行使，不論是依法而予「剝奪」或「限制」者，均屬大法官在該號解釋文中所提出之財產權被「徵收」的概念範圍。除非係某些在外觀上看似「限制」人民權利行使之法律規定，例如都市計畫法中有關土地分區使用限制的管制規定，或建築法中對於人民所有之建築物進行改建或修建權利的「限制」，因屬立法者(Gesetzgeber)在定義人民財產權之社會義務(Sozialpflichten)範圍時所作的內容決定(Inhaltsbestimmung)，此種內容決定並不涉及應給

予相對人以金錢補償或提供其他補償方法的問題，蓋只有所謂「剝奪」或「限制」人民之財產權行使的法律規範，亦即給予限制的法律規範(schrankenziehende Gesetze)，才涉及立法者應同時給予相對人以補償費之連鎖條款的問題。換言之，人民財產權之權利內容的決定（權利具體規範），與財產權的限制規範（權利限制規範），係屬兩個可分概念。儘管關於其界限劃分仍然存在爭議，但原則上，若以德國學界為例，仍係肯認這樣的兩種不同概念之法律規範的存在：所謂權利具體(Eigentumskonstituierung)規範，係指對於人民所擁有之財產權，給予一般性並未針對特定人之權利行使設下義務，亦即屬於一般性且義務中立(generell und pflichtneutral)的法律規範者，即為權利具體規範，例如民法物權編對於權利人行使權利的限制規定，或前文中所提及的都市計畫法或建築法規定均屬之，至所謂屬於財產權權利限制(Eigentumsbeeinträchtigung)規範者，則為在前述具體規範中原則上已容許權利人持有並行使的權利，當其具體的行使與國家所代表之公眾利益發生利益上的相互衝突，其以法律規範之形式剝奪或限制個別權利人之權利行使，包括要求其為特定之作為、不作為或負擔忍受義務(Handlungs-, Unterlassungs-und Duldungspflichten)，令其犧牲而成全國家所代表之公眾利益者，即為權利限制規範（註六）。但是如果一個權利具體規範，係將人民在過往法律規範或實際操作中已承認的權利內容，依據新的法律規範內容加以剝奪、限制或不再加以承認者，此種權利決定內容的法律規範，將同時具有權利限制的作用

(schrankenziehende Wirkung)（註七），立法者即應比照上述權利限制之法律規定，在該權利具體法律規範中，或者制定相關之補償或訂立過渡條款的規定，以為因應，方符合比例原則。

蓋原眷戶所取得之居住權，如前所述，係在眷改條例制定前，即已依照多年之行政慣例所發生。眷改條例固然也創設了對於配合改建之原眷戶一些公法上權利，例如前述有關配售住宅請求權或輔助購屋款之請求權，但眷改條例第22條卻規定，主管機關得對於未及時完成認證或不願配合改建之原眷戶，「逕行註銷」其眷舍居住憑證及原眷戶之一切權益。其註銷行為無異於完全剝奪，原眷戶本依照同一之主管機關在過往行政慣例中所承認之具物權化性質的居住權，本質上即屬徵收(Enteignung)人民財產權的權利限制規範，蓋因其具備徵收行為的典型特徵：為達成特定之公益目的，依法而對於個別人民受憲法保護之權利，採取高權措施而剝奪或限制其權利之合法行政行為。縱使參照最高行政法院在前述判決中所表示的見解，眷改條例應屬於權利具體化之法律規範，蓋其在判決中所謂創設原眷戶之權益，其意思應係指眷戶之權利係經由該法律規範而具體化。然而，立法者對於此等權利具體化之規範，如果係對於過往的權利狀態加以否定或限制者，如前所述，即應由立法者在同一法律規範中對於相對人制定補償措施或過渡條款，以為因應。現實上，立法者無論是在民國85年眷改條例制定時、92年本件系爭之改建計畫公告當時，或者此後至今，似乎從未考慮在眷改條例中設置連鎖條款之規定，給予相對人以金錢或其他補償方式。立法者在

系爭條例第22條之規定，猶如法律明文規定，若相對人不願配合搬遷或不認同國家徵收行為之合法性而予以爭執者，國家對於被徵收人民之土地，將不給予任何補償費一般的不合理，亦同時屬違憲的法律規範。

（四）法律規定國家之徵收行為竟未給予相對人以任何補償者，係逾越立法者的形成空間

按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（司法院釋字第400號解釋參照）。故有關財產權之保障，本應以存續保障為原則，不得以因公益目的而徵收人民財產權，才以金錢或其他方式為補償。然而，觀諸立法者所制定的眷改條例及相關法令規範，在不予存續保障的前提下，竟無任何對於不同意改建眷戶之金錢補償或其他補償方法之規定。申言之，對於不配合所謂改建「政策」之原眷戶，本可以以下幾種補償或補救措施之方式，降低對於該等人民之財產權侵犯的干預程度，以符合法治國家之比例原則的要求。例如，對於社區內相對少數不同意改建或未辦理認證之原眷戶，在多數眷戶同意改建之後，必須給付較高額之租金，以換取繼續居住原址之權益。或對於嗣後所興建的社區住宅，仍然給予配售住宅之請求權，亦即，眷戶之同意眷村改建與否，並不影響其對於國家原先所享有之受憲法保護的財產權。當然，原先不同意配合改建之原眷戶，其選擇嗣後新建之新住宅房型或坪數的權利，在行使順序上得設計為使之落後於其他先前已同意配合改建之原眷戶，但此等優劣順序之產生屬於本質上的必然結果，亦即同

意改建之原眷戶可同時依照公告程序進行將來配售住宅的選擇，其順序優於後來才加入選擇的原先不同意改建或未辦理認證之原眷戶，並不構成對於不同意改建之眷戶有歧視或過分侵犯其財產權的疑慮。又或者，立法者應給予不同意改建之原眷戶，選擇其他地方，但屬於同等地段或公告價位之國宅的承購權。最低限度之情形下，立法者亦應將不同意改建之原眷戶，以法律有明文規定為前提，比照眷改條例第21條之規定，視同其自願放棄承購改建後之新住宅，直接領取輔助購宅款後令其搬遷。讓不同意改建之原眷戶得向國防部或其所屬機關請領輔助購屋款者，本質上即具有填補國家對於原眷戶受憲法保護之居住權而給予金錢補償的意義。惟系爭之眷改條例第22條規定，對於不配合改建之原眷戶權益「逕行註銷」其居住權利者，將使原眷戶連同上述無論是配售新宅或其他國宅之請求權，或者是請求領取輔助購屋款的補償費權利均一概無法主張。就此而言，所謂「逕行註銷」者，實際上即係國家在懲罰未配合改建之原眷戶，而拒絕給予任何補償。

立法者固然對於徵收補償之方法選擇，享有其規範上之形成空間，但若立法者完全不作為，甚至拒絕在系爭眷改條例中設立補償條款者，已不享有規範之形成空間。換言之，眷改條例第22條「逕行註銷」不同意改建之原眷戶一切的居住權益，屬於財產權徵收性質，惟竟未給予任何之補償或補救者，係屬欠缺應具備之連鎖條款，應屬違憲而無效的法律規定，至為灼然。

三、綜上所述，系爭法律顯違反憲法第7條平等原則、第15條財

產權保障、第23條比例原則等規定。聲請人一生為國家與國防事業奉獻心血，保障臺海安全，使全體國民得安居樂業、穩定生活，終於造就國家高度經濟發展成果，貢獻甚為卓越。反觀聲請人居住現址均已達三、四十年以上，僅因行使法律所賦予表達意見權利，即遭受被剝奪安身之地的困境，更無任何補償措施，使聲請人臨老淪為次等公民，不再受到國家任何照顧與補償，在爭取權益過程中，漸漸凋零老逝。聲請人上開憲法保障之權利，竟因「照顧原眷戶」目的之眷改條例而遭剝奪，一生對國家、社會之奉獻犧牲，臨老竟反而受此待遇，冤屈竟無以伸張。鑑於行政救濟程序業已窮盡，求助無門，又確信系爭法律當有前開違憲情事，爰狀請大院鑒核，迅賜違憲及補救此一立法重大瑕疵之解釋，以保障人民權益，並符法制。

關係文件之名稱及件數：

附件一：臺北高等行政法院97年度訴字第2051號判決、最高行政法院100年度判字第295號判決。

附件二：臺北高等行政法院97年度訴字第2535號判決、最高行政法院100年度判字第198號判決。

附件三：王海榮繼承資料。

附件四：卓崇生繼承資料。

附件五：委任狀正本。

註一：Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, München 2009, § 38 Rn. 34; Jarass, in: Jarass/ Pieroth GG, München 2002, Art. 14 Rn. 83.

註二：BVerfGE 4, 219; BVerfGE 58, 319.

註三：Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, München 2009, § 38 Rn.34.

註四：Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, München 2009, § 38 Rn. 34.

註五：Wendt, in: Sachs GG, München 2003, Art. 14 Rn. 78.

註六：Wendt, in: Sachs GG, München 2003, Art. 14 Rn. 55.; Jarass, in: Jarass/Pieroth GG, München 2002, Art. 14 Rn. 36.12.

註七：Wendt, in: Sachs GG, München 2003, Art. 14 Rn. 56.

此　致

司　法　院　　公鑒

聲　請　人　黃　克　正、韓　行　祚
　　安　希　平、殷　洪　希
　　鄭　　洪、徐　忠　國
　　王　蘭　康、王　蓓　蓓
　　王　薇　薇、江　　鷲
　　薛　亞　姍、涂　春　根
　　張　凱　溱、卓　　群
　　卓　　筠、鍾　寶　龍
　　鍾　寶　霖、鍾　寶　霓
　　譚　自　明、張　陳　杏
　　鄭　玉　華、朱　順　德

代　理　人　林　石　猛　律師
　　張　宗　琦　律師
　　蔡　坤　展　律師

中　華　民　國　100　年　7　月　20　日

抄黃克正等二十一人補充理由書

為聲請人受最高行政法院100年度判字第198號判決、第295號判決，適用國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，不法侵害聲請人財產權，聲請人前已於民國100年7月20日依法聲請 鈞院大法官解釋，茲就未盡理由補行提出意見如下：

一、確定判決適用眷改條例第22條第1項規定，由原處分機關將不同意改建之原眷戶、同意改建但不同意原處分機關單方製作認證書違法附加條件、同意改建惟嗣後註銷先前同意認證意思表示等三種未辦理同意改（遷）建認證之原眷戶，一律「視為」不

同意改建原眷戶，作成註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之行政處分，與確定不辦理改建眷村中亦未辦理同意改（遷）建認證之原眷戶相較，明顯牴觸憲法平等原則及比例原則

（一）前提解釋憲法聲請書，業已敘明憲法平等原則之真義、於國軍老舊眷村改建程序中，原眷戶依據國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）可享之權益，及為何原處分機關即國防部、最高行政法院100年度判字第198號判決、第295號判決所引用之眷改條例第22條第1項何以違反平等原則之立場及見解（民國100年7月20日解釋憲法聲請書第5頁至第11頁參照）。

（二）進一步言，本件崇實新村、合群新村民國（下同）92、93年間辦理認證時，及96年12月6日原處分機關作成原處分時之眷改條例施行細則第20條，明文：「原眷戶依本條例第二十二條規定同意改建者，應於主管機關書面通知之日起三個月以書面為之，並經法院或民間公證人認證。（第一項）原眷戶未達四分之三同意改建之眷村，不辦理改建，於本條例廢止後，依國有財產法有關規定辦理。（第二項）」由是可知，經規劃改建之眷村，於辦理全部原眷戶是否同意改（遷）建意思表示認證程序結束後，對於原眷戶未達四分之三同意改建之眷村，確定不辦理改建，並於眷改條例廢止後，依國有財產法第六章第一節非公用財產處分相關規定辦理相關土地、房舍後續讓售申請等作業。乃原處分機關規劃改建之眷村，於辦理全部原眷戶是否同意改（遷）建意思表示認證程序中，必然有同意改（遷）建而辦理認證作業之原眷戶，亦有如本件聲請人般，因不同意改建、同意改建但不同意原處分機關單方製作認證書違法附加條件、同意改建惟嗣後註銷先前同意認證意思表示等三種未辦理同意改（遷）建認證，被原處分機關「視為」不同意改建之原

眷戶存在；蓋自眷改條例施行以來，鮮見有全部即百分比達百分之百之原眷戶同意所居住眷村改建之案例。則若屬同意改建原眷戶數未達四分之三以上之眷村，依據上揭眷改條例施行細則第20條規定其法律效果為確定該眷村不辦理改建作業，無論於認證程序中表達同意該眷村改建而辦理認證程序，或因不同意改建、同意改建但不同意原處分機關單方製作認證書違法附加條件、同意改建惟嗣後註銷先前同意認證意思表示等三種未辦理同意改建認證被原處分機關「視為」不同意改建原眷戶，俱得享有繼續維持原狀之權益，或因眷改條例施行細則第20條將該眷村房、地移交國有財產局後，申請讓售原居住房、地之權益。質言之，就確定不辦理改建之眷村而言，於認證程序中表達同意該眷村改建而曾辦理認證程序，與因不同意改建、同意改建但不同意原處分機關單方製作認證書違法附加條件、同意改建惟嗣後因故註銷先前同意認證意思表示等三種未辦理同意改建認證被原處分機關「視為」不同意改建原眷戶兩者，其法律地位、得享受之權益全無不同；眷改條例及其施行細則於此種最後決定不辦理改建之眷村，對於是否辦理同意改（遷）建認證作業之原眷戶，未設有不同處置之任何規定。

（三）眷改條例對於眷村改建與否之立法設計，既非委諸主管機關即國防部之片面決定，亦非交由地方政府循都市計畫更新程序辦理，更非交由眷村所在縣市住民公民投票決定，而係委諸該眷村內之合法原眷戶自行投票，以多數決方式決定所在眷村究竟是否維持原貌而存續，抑或決定辦理改建，並由主管機關賡續協助後續實施改建或遷建之作業程序。眷改條例既然採行此種民主制度之多數決方式，則無論參與投票之原眷戶表達何種意見，依

據民主國家原則，作為協助眷改作業之主管機關，或職司眷改事務立法之立法者，本應均予尊重，不得採取歧視或差別待遇作法，否則即難謂原眷戶於多數決程序中享有「自由意志」；蓋如預見表達意見結果會受有不利益待遇，於表達意見過程中，豈有「自由意志」可言？職是之故，如前述經主管機關規劃改建之眷村，於辦理全部原眷戶是否同意改（遷）建意思表示認證程序結束後，如屬同意改建之原眷戶未達四分之三同意改建「門檻」之眷村，依眷改條例本身設計確定該眷村不辦理改建，眷改條例本身與主管機關對此結果即予尊重，不再區分改（遷）建意思表示認證程序中原眷戶究竟表達何種意見而予不同處置，如此方符合眷改條例採多數決方式及尊重表意自由之平等原則原理。反之，如本件情形聲請人不過是行使表意自由爾，於是否同意改（遷）建意思表示認證程序結束，竟只因所處崇實新村、合群新村同意各別改建原眷戶超過四分之三，即遽然由主管機關依據眷改條例第22條之荒謬設計，剝奪聲請人之財產權即長期安身立命所在，在無國家任何奧援情況下臨老面臨拆屋還地結果。眷改條例第22條之荒謬設計，使如本件辦理改建之二個眷村中之聲請人，與前述最終結果不辦理改（遷）建眷村之認證程序中未辦理認證之原眷戶，本均為合法之原眷戶，卻面臨截然不同法律效果，其為差別待遇理由安在？著實難瞭。眷改條例與作為執行機關之主管機關及嗣後審理兩造爭議之行政法院，自始自終均未能給予聲請人一個最起碼的合理說法，遑論此種對合法原眷戶之差別待遇，如何能通過憲法平等原則之檢驗，謹請 鈞院明察。

（四）承上，既然眷改條例對於眷村改建與否委諸原眷戶以多數決方式自主決定，則對如本件辦理改建之二個眷村中

之聲請人，與決定不辦理改建眷村之未辦理認證程序之原眷戶，其法律地位之不同，依據現行眷改條例，顯然僅取決於改（遷）建「認證結果」此一「偶然事實」而已。申言之，如最終統計結果為該眷村辦理改建，則於過程中，因不同意改建、同意改建但不同意原處分機關單方製作認證書違法附加條件、同意改建惟嗣後因故註銷先前同意認證意思表示等三種未辦理同意改建認證被原處分機關「視為」不同意改建原眷戶，即由主管機關依據眷改條例第 22 條作成註銷原眷戶居住憑證及原眷戶權益之行政處分；如統計結果為不辦理改建之眷村，則無論過程中原眷戶表達如何意見、是否曾辦理改建認證，均無庸擔憂受到如何不利益行政處分。乃多數決過程實施中，表決結果本屬一偶然事實狀態，其不確定之結果，猶如行政法上行政處分之條件附款（行政程序法第 93 條第 2 項參照）、民法所稱條件之概念（民法第 99 條至第 101 條參照），其條件是否成就本身本屬價值中立而無色彩，不賦予任何法律效果或意義，然原眷戶究竟於眷改程序中得到如何法律地位，竟取決於眷改多數決結果此一偶然結果而南轅北轍，如此設計豈有立法設計體系性與目的性可言？對眷村改建工作、照顧原眷戶權益之立法意旨（眷改條例第 1 條參照）又有何助益？此間擔任不利益行政處分依據之眷改條例第 22 條，顯有合憲解釋空間。

（五）事實上，為使改（遷）建認證多數決結果確定改建之眷村，其改建工作能順利進行，眷改條例真正該設計之方法，是不區分是否曾辦理認證之原眷戶及違占建戶（違占建戶無表達意願之權利），而是針對事實上阻撓拆遷工程，或拒不配合程序進行之原眷戶、違占建戶，使之產生一定之失權效果，始能有效達成確定改建眷村其改建

工作順利進行，避免拖累多數人之權益，尤其不應如現行眷改條例第22條之立法方式，反而促使未辦理認證之原眷戶「就地抗爭」，造成「官逼民反」、拒絕為任何配合工作之反效果。由是可知，眷改條例第22條之設計，本末倒置，莫名針對未曾辦理改（遷）建認證之原眷戶，使主管機關得對之為不利益處分，在立法上反而置曾經辦理改（遷）建認證，卻因故阻撓拆遷工程、拒不配合之原眷戶於不顧，使主管機關無其他有效手段促使渠等配合整體改建工作，顯然無法達成使確定改建眷村其改（遷）建工作順利進行之目的，眷改條例第22條之矛盾設計與整體眷改條例手段與目的間體系之紊亂，彰彰甚明。

二、國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定牴觸憲法第23條比例原則及第15條財產權保障之意旨

（一）主管機關作成註銷原眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益之行政處分所依據之眷改條例第22條，為剝奪或限制人民財產權之權利限制規範，主管機關作成系爭行政處分且不予任何補償結果，顯屬剝奪、過度限制聲請人之財產權，尤其使聲請人無法再享 鈞院所念茲在茲之財產權存續保障權利，前提解釋憲法聲請書已有說明（解釋憲法聲請書第11頁以下）。

（二）茲有需再行補充者，為原眷戶與現在居住之「眷舍」間之關係。按「本條例所稱國軍老舊眷村，係指於中華民國六十九年十二月三十一日以前興建完成之軍眷住宅，具有下列各款情形之一者：一、政府興建分配者。二、中華婦女反共聯合會捐款興建者。三、政府提供土地由眷戶自費興建者。四、其他經主管機關認定者。本條例所稱原眷戶，係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。」

為眷改條例第3條所明文。可知眷村中實際提供原眷戶居住之房舍，除政府興建分配者、中華婦女反共聯合會捐款興建者或接收「日遺」之房舍外，另有「政府提供土地由眷戶自費興建」，此乃為因應各地眷村不同條件，尤其在政府經費拮据情況下，往往需倚賴各需求房舍之原眷戶「自力更生」，自行籌款於指定之土地上自費興建房舍而居。又無論原眷戶所居住房舍是否為政府、中華婦女反共聯合會所出資所興建，或直接進住「日遺」之房舍，歷來聲請人所處之崇實新村、合群新村，多有時間久遠、欠缺有效維修保養之房舍，遇有房舍需修繕或業已達不堪居住使用需全部重建（部分公文使用「新建」、「原址拆建」、「整建」、「翻修」用語，均指拆除原房舍建物重建之意；附件六）時，主管機關僅能就程序上予以「管制」即重建、修繕前須先經核准，至於實際修繕、重建所需費用，依然由原眷戶「自力更生」。聲請人均為配合眷村管理之合法原眷戶，歷來為求得安全安身所在，於重建、修繕前除程序上循序報准管理機關外，實際進行時則以自費方式辦理情形，原依據民法所有權觀念，更有原始取得房舍所有權情形，本應受物權法律與憲法財產權保障。乃聲請人體恤國家財力有限，自力更生重建房舍或維持房舍堪用狀態，數十年來不斷支出，所費不貲，近年來更就重建之房舍開始繳納房屋稅捐，克盡作為國民之光榮納稅義務（附件七）。豈料臨老竟由原應擔負照顧榮民、榮眷之眷改條例主管機關，藉由違反憲法之眷改條例第22條規定，註銷聲請人眷舍居住憑證，使聲請人失去繼續居住現址之法律上權源，更剝奪其依據眷改條例原得享有之原眷戶權益，在不予任何補償情況下，驅趕聲請人而奪占聲請人自力重建、修繕房舍之成果，如此行徑，實難令聲請人將之與強奪財物之

匪徒區辨。

（三）按改制前行政法院83年判字第1223號判例本已經指出：「按合法之授益處分除具有：一、法規有准許廢止之規定；二、原處分機關保留行政處分之廢止權；三、附負擔之行政處分受益人未履行該負擔；四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更致不廢止該處分對公益將有重大危害；五、其他為防止或除去對公益之重大危害等要件之一時，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止外，基於行政法上之信賴保護原則，行政機關不得任意廢止之。且原處分機關倘依『行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有重大危害』或『其他為防止或除去對公益之重大危害』之理由，而廢止授予利益之合法行政處分時，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。」指明廢止授予利益之合法行政處分時，對受益人因信賴該處分致遭受財產上損失應予合理補償，否則即屬行政處分違法情形；最高法院91年度判字第1429號判決同此意旨。此判例固係行政程序法施行前作成，然仍與行政程序法第123條、第126條：「授予利益之合法行政處分，有下列各款情形之一者，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止：一、法規准許廢止者。……四、行政處分所依據之法規或事實事後發生變更，致不廢止該處分對公益將有危害者。五、其他為防止或除去對公益之重大危害者。」「原處分機關依第一百二十三條第四款、第五款規定廢止授予利益之合法行政處分者，對受益人因信賴該處分致遭受財產上之損失，應給予合理之補償。」規定若合符節。次查，就本件眷舍爭議而言，聲請人係以自費就地將原老舊眷舍全部拆除而重行建築，原處分機關即國防部或其下轄機關從未補貼重建或修繕建物支

出，在原始取得所有權情況下，該重建之建物已非主管機關所得處分之財產。然依據眷改條例第 22 條作成之行政處分完全未顧慮此節，作成處分同時未依法給予相對人即聲請人補償，除使主管機關依據違憲手段取得房舍之不當利益外，更屬前揭法文及判例所指行政處分違法情形，然行政法院竟然僅憑仍有眷改條例為依據而予維持，自有由 鈞院糾正此種無法見容於憲法規範之眷改條例條文必要。

三、按「國家應尊重軍人對社會之貢獻，並對其退役後之就學、就業、就醫、就養予以保障。」為憲法增修條文第 10 條第 9 項所明文，以為我國重要基本國策之一。修憲者亟欲藉由憲法增修條文之明定，肯定軍人數十年來對國家及臺海穩定之貢獻，並因此貢獻，特別強調即便軍人退役，國家仍應在其就學、就業、就醫、就養等事項給予特別保障，且此等特別保障因屬修憲者特別衡酌事項，並不違反憲法本身所定平等原則，可稱之為合憲之優惠性差別待遇。因此，聲請人念茲在茲者，為眷舍之賦予及繼續居住之權利，本為憲法增修條文關於「就養」一項之重要實現方法，並以 85 年制定之眷改條例延續國家過往以行政命令方式規範對退役軍人或原眷戶之照顧義務。因此，聲請人於眷村改建程序中，不過係表達依據民主國家原則及眷改條例原所賦予之意見表達自由，豈可在無生危害於國家社會，或眷村改建政策之推動情況下，驟然依據眷改條例第 22 條規定，置憲法增修條文及眷改條例照顧原眷戶生活目的於不顧，「連根」拔起聲請人得以養老善終之基本權利？

四、基上所陳，無論自平等原則、財產權保障、比例原則觀點觀察眷改條例第 22 條及相關條文之設計，實難認該等條文得以通過合憲性檢驗，故有補充上開論述及事實之需要，謹供 鈞院卓參，得作成相關條文違憲及補救此一立法重大瑕疵之解釋，以維繫聲請人之尊嚴，落實憲法保障人權之宗旨。

關係文件之名稱及件數：

附件六：聲請人黃克正等報准拆建眷舍公文書 16 件。（略）

附件七：聲請人黃克正等房屋稅繳款書 13 件。（略）

此　致

司　法　院　　公鑒

聲　請　人　黃　克　正、韓　行　祚

安　希　平、殷　洪　希

鄭　　洪、徐　忠　國

王　蘭　康、王　蓓　蓓

王　薇　薇、江　　鷲

薛　亞　姍、涂　春　根

張　凱　溱、卓　　群

卓　　筠、鍾　寶　龍

鍾　寶　霖、鍾　寶　霓

譚　自　明、張　陳　杏

鄭　玉　華、朱　順　德

代　理　人　林　石　猛　律師

張　宗　琦　律師

蔡　坤　展　律師

中　華　民　國　100　年　11　月　28　日

（附件一）

最高行政法院判決　　100 年度判字第 295 號

上　訴　人　黃　克　正、韓　行　祚、安　希　平

殷　洪　希、鄭　　洪、徐　忠　國

王　海　榮、江　　鷲、薛　亞　姍

涂　春　根、卓　崇　生、鍾　寶　龍

鍾　寶　霖、鍾　寶　霓、譚　自　明

張　陳　杏、鄭　玉　華

共　　同
訴訟代理人　林　石　猛　律師
　　林　琇　君　律師
上　訴　人　黃　端　先
上十八人
共　　同
訴訟代理人　駱　怡　雯　律師
被上訴人　國　防　部
代　表　人　高　華　柱

上列當事人間有關眷舍事務事件，上訴人對於中華民國98年8月12日臺北高等行政法院97年度訴字第2051號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、緣高雄市崇實新村、明建新村為國軍老舊眷村，被上訴人於民國92年12月5日依當時之國軍老舊眷村改建條例（下稱眷改條例）及國軍老舊眷村改建條例施行細則等規定，舉辦高雄市自治新村改（遷）建認證說明會及備具高雄市自治新村改建基地改（遷）建第一階段（認證）說明書（下稱說明書），該說明書適用範圍包括崇實新村、明建新村，如原眷戶同意改建者，應於說明會後3個月內，填具高雄市自治新村改建基地原眷戶改建申請書，並經法院或民間公證人認證，若因法定或不可抗力事由暫無法申辦者，應於法定期間內以書面完成報備，准於該事由消滅後補行辦理，逾期視為不同意改建。上訴人黃克正、韓行祚、安希平、殷洪希、鄭洪、徐忠國、王海榮、江鷲、薛亞姍、涂春根、卓崇生等（下稱上訴人黃克正等11人）及上訴人鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓之被繼承人鍾鄭密為崇實新村原眷戶，

均未依限完成改（遷）建申請書之認證，明建新村原眷戶即上訴人黃端先則聲明不配合改建。因崇實新村、明建新村原眷戶同意改建之比例已各達96年1月24日修正前眷改條例第22條所規定之四分之三，被上訴人即依同條例第22條規定，以96年12月6日昌易字第0960023861號函〔下稱原處分（一）〕註銷上訴人黃克正等11人及訴外人鍾鄭密之崇實新村眷舍居住憑證及原眷戶權益，並註銷黃端先之明建新村原眷舍居住憑證及原眷戶權益。上訴人黃克正等11人及黃端先與訴外人鍾鄭密不服，提起訴願，訴願中鍾鄭密死亡，訴願遭駁回後，上訴人黃克正等11人及上訴人鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓遂提起本件行政訴訟。另訴外人譚周雲英、鄭鳳信及上訴人張陳杏係高雄市崇實新村原眷戶，就該新村改建之事，於93年2、3月間填具「高雄市自治新村改建基地原眷戶改（遷）建申請書」（下稱改建申請書），並經公證，復於94年5、6月間以書面表示註銷原經公證之改建申請書。嗣譚自明及鄭玉華分別於94年12月16日、96年3月16日聲明承受譚周雲英及鄭鳳信之原眷戶權益。被上訴人以上訴人張陳杏、譚自明及鄭玉華不同意改建，且明建新村同意改建原眷戶比例已達96年1月24日修正前眷改條例第22條所規定之四分之三，依眷改條例第22條規定，以97年3月10日國政眷服字第0970002702號函〔下稱原處分（二）〕註銷其等崇實新村原眷戶居住憑證及原眷戶權益。上訴人張陳杏、譚自明及鄭玉華不服，提起訴願遭駁回後，亦提起本件行政訴訟。

二、上訴人起訴主張：上訴人分別為高雄市崇實新村、明建新村之原眷戶或權益繼受人，然國防部總政治作戰局未經被上訴人依行政程序法第15條第1項規定合法委任權限，擅自為上開新村改建之公告、通知及認證等程序，顯逾越其權限，應認為無效，且所進行之程序並有諸多違法處。又其等於各該新村內所居住之房屋均曾經奉准改建，並非老舊眷舍，不屬眷改條例所規範改建之對象，且上訴人也非不同意改建，只是不同意被上訴人

改建所附加之違法條件，並已聲明如同意改建人數比例達總眷戶之四分之三，上訴人亦附條件同意。另被上訴人未能確實證明上開各該新村同意改建眷戶達四分之三，縱同意改建之眷戶已達法定人數的四分之三，依眷改條例第22條規定主管機關本具裁量權「得」逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，亦因前述違法處置或事實行為之違法導致被上訴人裁量縮減至零；又眷改條例第22條為關於合法授益行政處分廢止之法律依據，被上訴人既以改建認證程序各該新村同意改建人數超過四分之三為由作成本件廢止處分，則此廢止行為即應自該新村之全村同意改建人數超過四分之三之事實發生之時起2年內為之，然被上訴人對上訴人為註銷處分時點顯已逾越除斥期間。故被上訴人所為之註銷處分於法有違，訴願決定予以維持，非無違誤等語，求為判決1.撤銷行政院97年6月30日院臺訴字第0970086985號訴願決定及原處分（一）關於上訴人黃克正、韓行祚、安希平、殷洪希、鄭洪、徐忠國、王海榮、江鷲、薛亞姍、涂春根、卓崇生、鍾寶龍、鍾寶霖及鍾寶霓部分；2.撤銷行政院97年6月13日院臺訴字第0970086379號訴願決定及原處分（一）關於黃端先部分；3.行政院97年6月30日院臺訴字第0970086964號訴願決定及原處分（二）關於譚自明、張陳杏及鄭玉華部分。

三、被上訴人則以：高雄市崇實新村、明建新村均於69年12月31日前興建完成，為眷改條例第3條第1項所指之老舊眷村，無論嗣後有無整建，均無礙其為老舊眷村之認定。被上訴人轄下機關所為有關眷村改建相關之行政行為，乃基於機關間行政協助，並未逾越機關權限，且被上訴人於原處分之作成已踐行正當程序，但上訴人始終不同意改建，嗣崇實新村與明建新村均有逾四分之三以上原眷戶同意改建，是以，被上訴人依眷改條例第22條規定作成原處分（一）、（二），並無違誤等語，資為抗辯，求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：（一）被上訴人所

屬轄下機關所為公告及通知並未逾越機關權限：被上訴人既以89年5月19日（89）祥社字第05728號令，指揮所屬總政治作戰局辦理原眷戶法定說明會公告作業，則該局及該局轄下各列管軍種單位就系爭眷村改建說明會公告相關業務之行政行為，本應視為被上訴人基於事務主管機關指揮轄下所為之行政行為，並非被上訴人所屬總政治作戰局或各列管軍種單位（崇實新村由海軍總司令部列管、明建新村由海軍陸戰隊指揮部及海軍後勤司令部列管）逾越權限之行政行為。（二）被上訴人為處分前已踐行正當程序：被上訴人所屬總政治作戰局依被上訴人指揮於92年11月25日以勁勢字第0920014643號公告，核此公告所揭示改建認證之程序及相關資訊，就不同意改建者得為註銷處分之情節已具有相當預告性質，所揭示之資訊充分（申請書附有5選項，就原眷戶改建權益詳為說明），賦予決策之期間相當（3個月）。上訴人雖以被上訴人未能提出送達上開公告之回證為詞，主張其等並未收受上開書面通知云云。然上開公告及申請書等是否已到達上訴人，原不以送達回證為唯一且必要之證據。況被上訴人已提出認證說明會簽到簿上訴人之簽名、上訴人同意改建認證書、掛號信，上訴人徒以被上訴人未能提出公告通知之送達回證為詞，主張渠等並未收受書面通知云云，顯與事實不合。嗣因上訴人未出具申請書，或出具不同意書，或出具申請書後復撤銷其申請，嗣由國防部所轄海軍陸戰隊復就該改建案請上訴人就註銷處分於期限內提出陳述意見書，並明確記載法規依據及法律效果，此有海軍陸戰隊96年2月26日瀚工字第0960001529號函可稽，而上訴人更於96年9月間先後以存證信函向被上訴人陳述表達不願意配合改建之意，而經上訴人為此意見陳述後，被上訴人所為原處分（一）、（二）於說明欄已敘明上訴人未依限提出改建申請書完成認證，復一再聲明不配合改建，依據眷改條例第22條規定註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益，並教示得為提起行政救濟之期間等語，已足使人民

瞭解其受處分之原因事實及其依據之法令，自難謂有何理由不備。凡此足見為保障上訴人原眷戶權益，被上訴人及其轄下機關已為充分之資訊提供，上訴人亦參與表達意見，是故，原處分於正當程序之進行，並無不備，至於上開正當程序之踐行究係由處分機關或處分機關轄下機關為之，對上訴人權利其實並無妨礙。（三）「崇實新村」及「明建新村」之眷舍為眷改條例所規範之國軍老舊眷村：查依眷改條例第3條規定，凡於69年12月31日以前興建完成之軍眷住宅，均屬適用眷改條例之國軍老舊眷村，而本件「崇實新村」及「明建新村」之眷舍，包括上訴人所住眷舍均係69年12月31日前興建完成。上訴人黃克正、鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓、韓行祚、安希平、鄭洪、徐忠國、王海榮、江騖、薛亞姍、卓崇生、張陳杏等人雖主張其所住眷舍係於72年至91年間重新整建者，非屬國軍老舊眷舍云云，並提出其等當時經核准整建之文件為憑。惟徵諸眷改條例第1條所揭示之立法意旨以觀，其目的非侷限於改善軍眷之生活環境，「提高土地使用經濟效益、興建住宅照顧中低收入戶、協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」均在其中，是以，是否為老舊眷村應以各該眷村所占用地房屋整體以觀，而非以眷村內各房屋獨立判斷，否則如何整體規劃以提高土地使用效益？又如何協助地方政府取得公共設施？上訴人以上開眷村於69年12月31日興建後，少數經整建之房屋而論究各該眷村是否老舊，自非的論。本件系爭眷村既係於69年12月31日前興建，時距今日約30年，而高雄市近年來高度開發，亟須土地參與整體規劃、美化市容，被上訴人以上開眷村為眷改條例所規範改建之老舊眷村，進行改建，自無不法。（四）上訴人為不同意改建之原眷戶：經查，上訴人黃克正、韓行祚、安希平、殷洪希、鄭洪、徐忠國、王海榮、江騖、薛亞姍、涂春根、卓崇生及訴外人鄭鍾密（即上訴人鄭寶龍等3人被繼承人）等12人於原處分作成前均未曾提出同意改建申請書並依法認證，為

兩造所不爭執；而上訴人黃端先於92年12月28日自製不同意眷村改建聲明書，並經公證人認證；至於上訴人譚自明、張陳杏、鄭玉華等3人部分，其自身或其被繼承人雖曾提出申請認證書，惟譚周雲英（即上訴人譚自明之被繼承人）於94年6月6日提出郵局存證信函註銷認證申請書，上訴人張陳杏於94年5月9日提出註銷聲明書並經公證人公證、鄭鳳信（即上訴人鄭玉華之被繼承人）於94年5月16日提出註銷聲明書並經公證人公證，復有上開申請書、認證書在卷可稽，甚者，上訴人黃克正、韓行祚、安希平、殷洪希、鄭洪、徐忠國、王海榮、江騖、薛亞姍、涂春根、卓崇生、鄭鍾密（即鍾寶龍等3人之被繼承人）、譚自明、張陳杏、鄭玉華於96年9月11日、12日，分別再以存證信函向被上訴人表達「被上訴人未取得渠等之書面同意並將新建房屋列為公產管理前，不得有損及渠等眷戶權益之裁量行為」，渠等於斯時仍不同意被上訴人所提改建規劃，已至明確。至於上訴人所謂其等業已表示若該村同意改建眷戶已達四分之三以上，上訴人亦同意改建等語為由，主張其為附條件同意，而今條件成就（即該村同意改建眷戶已達四分之三以上），其等即為同意改建之原眷戶云云。惟按眷改條例中原眷戶之「同意」與否乃公法上賦予特殊效果（即開啟眷改規劃之實施程序）之同意權行使，且其行使同意權之對象乃主管機關之「眷改規劃內容」，當然不能再就規劃之內容為「附條件同意」，否則無異於變更原規劃內容，致令主管機關無從判斷原眷戶是否同意原規劃內容，而無從為符合最大多數利益之規劃修正，基此，對於同意改建與否附條件者，即屬不同意改建規劃內容者，應認係不同意改建眷戶。是上訴人為不同意改建眷戶之事實，並無疑義。（五）崇實新村、明建新村均達四分之三以上原眷戶同意改建：查崇實新村、明建新村原眷戶總數各計為376戶、508戶，此有被上訴人提出之各該眷舍管理表冊為憑，而依被上訴人所提出之經認證之申請書所示，崇實新村經認證之申請書為334

份、明建新村為402份，且均經法院或公證人認證。而經本院比對各該申請書與眷舍管理表冊：1.崇實新村部分：可堪確認為原眷戶所為經認證之申請書計330份，與原眷戶總數比例約為88%，屬已達法定四分之三門檻。2.明建新村部分：可堪確定之經認證之申請書為389份，與原眷戶總數比例約為76%，亦達法定四分之三門檻。上訴人雖主張崇實新村、明建新村眷戶總數不明，且被上訴人所提之申請書資料有多筆申請人並非眷舍管理表冊所列之原眷戶，此外，申請書書尾姓名多有印刷或蓋印非簽名、書尾簽名與簽名筆跡不同者均有瑕疵云云。惟上訴人空言泛稱上開眷舍管理表冊所載總眷戶戶數與事實不符云云，未能提出實證推翻上開眷舍管理表冊之真實性，其主張即無可採。至於上訴人質疑經認證之申請書多有申請書書尾姓名多有印刷或蓋印非簽名、書尾簽名與簽名筆跡不同者等瑕疵，有違公證法第3條第2項、第101條第1項乙節，此誠屬對於公證人辦理公證事務違法不當之指述，上訴人如有異議，應依公證法第16條、第17條規定向地方法院為之，由地方法院以裁定判定認證之效力是否確實，其等竟捨此而未為，而於本案訴訟中執此為否定認證效力之抗辯，亦無足採。（六）所謂原眷戶權益乃基於眷改條例所創設者，並非主管機關以行政處分所形成者，是以，同條例第22條有關註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之處分，固係不利處分，但非授益處分之廢止，並無行政程序法第124條廢止權行使2年除斥期間之限制。上訴人主張被上訴人為原處分（一）、（二），已罹除斥期間云云，亦無足採。另查國軍老舊眷村改建之政策目的之一，即係改善軍眷之生活環境，為政府對眷戶之福利措施，並以眷村有四分之三以上眷戶同意改建為條件，此符合公共政策追求最大利益之意旨。本件已於94年12月5日召開說明會後3個月內獲得四分之三以上眷戶同意改建，本應續行後續改建事宜，惟因上訴人原眷戶不同意改建，拒不搬遷，致使延宕改建時程，嗣經被上訴人轄下機關一再函

知儘速辦理認證後送被上訴人憑辦，並屢次通知上訴人等不同意改建之法律效果，惟上訴人始終不同意改建，此等程序拖延長達 2 年有餘，相對於已同意改建之住戶則造成期間延宕之損害，則被上訴人遲至96年、97年始以原處分（一）、（二）註銷上訴人原眷戶權益，實已斟酌本案歷經多年與上訴人等協調溝通程序仍未果之情事，及為顧及其他大多數同意改建眷戶之權益，應認其裁量權之行使並無任何逾越權限或濫用權力之處，更無違於比例原則。因將原決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴。

五、本院查：（一）按眷改條例第22條規定「規劃改建之眷村，其原眷戶有四分之三以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」（本條例於 96 年1月3日修訂原眷戶比例為三分之二，並增列第 2 項）第 16 條規定：「興建住宅社區配售原眷戶以一戶為限。每戶配售之坪型以原眷戶現任或退伍時之職缺編階為準；並得價售與第 23 條之違占建戶及中低收入戶；如有零星餘戶，由主管機關處理之。前項價售中低收入戶之住宅，得由主管機關洽請直轄市、縣（市）國民住宅主管機關價購，並依國民住宅條例規定辦理配售、管理。第一項住宅社區配售坪型辦法，由主管機關定之。」第 20 條規定：「原眷戶可獲之輔助購宅款，以各直轄市、縣（市）轄區內同期改建之國軍老舊眷村土地，依國有土地可計價公告土地現值總額百分之六十九點三為分配總額，並按其原眷戶數、住宅興建成本及配售坪型計算之。分配總額達房地總價以上者，原眷戶無須負擔自備款，超出部分，撥入改建基金；未達房地總價之不足款，由原眷戶自行負擔。前項原眷戶自行負擔部分，最高以房地總價百分之二十為限，其有不足部分，由改建基金補助。原眷戶可獲得之輔助購宅款及自備款負擔金額，依各眷村之條件，於規劃階段，由主管機關以書面向原眷

戶說明之。申請自費增加住宅坪型之原眷戶，仍依原坪型核算輔助購宅款，其與申請價購房地總價之差額由原眷戶自行負擔。」第 21 條規定：「原眷戶放棄承購改建之住宅，自願領取前條之輔助購宅款後搬遷者，從其意願。」第29條規定：「本條例施行細則，由主管機關定之。」國防部依同眷改條例第29條授權，訂定施行細則，其中第14條規定：「原眷戶於國軍老舊眷村內自行增建之房屋，由主管機關按拆除時當地地方政府舉辦公共工程拆遷補償標準，予以補償，其補償坪數計算方式如下：一、現有房屋總坪數（含原公配眷舍坪數與自行增建坪數），減去原公配眷舍坪數與輔助購宅坪型，等於補償坪數。二、由原眷戶籌款配合政府補助重新整建，或屬於本條例第3條第1項第3款自費興建者，以現有房屋總坪數，減去輔助購宅坪型，等於補償坪數。前項補償，以房屋為限，餘均不辦理補償。」第17條規定：「本條例第20條第1項所稱國有土地可計價，係指非屬公共設施之國有土地，按行政院核定改建計畫當期公告土地現值計算之價格。」第18條規定：「本條例第20條所定房地總價及第23條所定成本價格，依下列方式計算：一、房屋部分：依房屋及公用建築之建造費、工程管理費、墊款利息、有關稅捐及其他建築有關必要費用之總額與房屋自用總面積之比例，分戶計算之。二、土地部分：以房屋建造完成當期公告土地現值計價後，按各戶之應有持分比例計算之。前項土地不屬於本條例第4條第2項者，應以土地取得地價為準，包含墊款利息、開發費用及有關稅捐。」第19條規定：「原眷戶依本條例第21條規定於規劃改建基地房屋建造完成前，自願領取輔助購宅款後搬遷者，應以書面向主管機關提出申請，經核定後發給，其與實際房屋建造完成當期決算之價格發生差異時，不予追加減。前項輔助購宅款，其數額應於主管機關規劃改建基地建築工程發包後，依決標價格計算之。原眷戶於規劃改建基地房屋建造完成後，自願領取輔助購宅款搬遷者，其可獲輔助購宅款

之數額，依決算後之房地總價計算之。經主管機關輔導改建眷村內，原眷戶有四分之三以上放棄承購依本條例改建之住宅，自願領取輔助購宅款後搬遷者，其可獲輔助購宅款之數額，依主管機關選定之政府興建住宅、國民住宅或依本條例第28條第1項興建之眷宅，完工決算後之房地總價計算之。前項原眷戶領取輔助購宅款後，得依其意願購置主管機關選定之政府興建住宅、國民住宅或依本條例第28條第1項興建之眷宅。」第20條第1項規定：「原眷戶依本條例第22條規定同意改建者，應於主管機關書面通知之日起3個月以書面為之，並經法院或民間公證人認證。」又，國防部依眷改條例第16條第3項授權訂定國軍老舊眷村改建配售坪型辦法，其第2條、第4條分別規定：「配售及價售住宅坪型，以住宅之室內自用面積為準，不包括共同使用部分及陽台面積，區分如下：一、34坪型配售將官級原眷戶。二、30坪型配售校官級原眷戶。三、28坪型配售尉官、士官級原眷戶。四、26坪型價售違占建戶。五、12坪型依前4款對象，其屬鰥寡無依者申請配（價）售之。前項各款坪型面積，得彈性增減百分之二。」「原眷戶屬尉官、士官級或校官級者，得申請自費增購上一級坪型住宅，增坪所需費用由原眷戶自行負擔，改建基金不予輔（補）助及優惠貸款。」上訴人雖質疑上開施行細則第17條對於眷改條例第20條第1項所稱國有土地可計價之文義解釋及第19條第2項就原眷戶於規劃改建基地房屋建造完成後，自願領取輔助購宅款搬遷者，其可獲輔助購宅款之數額，依決算後之房地總價計算之規定，指其有違法律保留原則云云。然司法院釋字第557號解釋明白揭示：「行政機關、公立學校或公營事業機構，為安定現職人員生活，提供宿舍予其所屬人員任職期間居住，本屬其依組織法規管理財物之權限內行為；至因退休、調職等原因離職之人員，原應隨即歸還其所使用之宿舍，惟為兼顧此等人員生活，非不得於必要時酌情准其暫時續住以為權宜措施。行政院基於全國最高行政機關之

職責，盱衡國家有限資源之分配，依公教人員、公營事業機構服務人員任用法規、俸給結構之不同，自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。」基於同一理由，國防部對於軍眷眷舍房地之管理及處理本得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。惟因立法者基於社會政策考量而制定眷改條例保障原眷戶優於其他一般國民之權益，然無論如何，國軍老舊眷村之改建，本質上仍係國防部對於軍眷眷舍房地之管理及處理，其基於管理權人地位，對於軍眷眷舍之土地如何改建、規劃及利用，乃至於對於原眷戶補助購宅款之計算，只要未與眷改條例牴觸或有違於原眷戶間之平等，本得自為規範。況且，眷改條例所創設之原眷戶法律地位，優於其他一般國民，眷舍改建配售更是典型給付行政，原眷戶權益在層級化法律保留原則體系，應屬低密度法律保留，是以眷改條例第 29 條既已概括授權國防部就施行細則為規定，國防部就眷改措施，本應基於其行政之積極性、公益性，酌量當時之社會經濟狀況，財政收支情形，除非涉及公共利益之重大事項，應有法律或法律授權之命令為依據之必要外，也應有其整體性考量之自由形成空間。核諸上開施行細則、辦法等規定，既無悖離眷改條例之處，且係辦理國軍老舊眷村業務細節性、技術性規定，乃屬規範母法授權範圍事項之行政命令，核均無悖於法律保留原則，行政機關依此行政，即屬合法，應予尊重。本件上訴人（除鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓外）及訴外人鍾鄭密各為崇實新村、明建新村原眷戶，被上訴人就上開新村進行改建，並以上訴人（除鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓外）及訴外人鍾鄭密為不同意改建之原眷戶，而各該新村同意改建之原眷戶復已各達該村戶數四分之三以上為由，分別以原處分（一）、（二）註銷上訴人（除鍾寶龍、鍾寶霖、鍾寶霓外）及訴外人鍾鄭密其眷舍居住憑證及原眷戶權益之事實，為兩造所不爭。經查，依眷改條例第 2 條第 1 項規定，推動國軍老舊眷村改建之主管機關為被上訴人。被上訴人

為辦理本件改建事宜，依行政程序法第19條第1項規定，以89年5月19日（89）祥祉字第05728號令，授權所屬各級機關辦理眷改條例內原眷戶法定說明會事宜。此為上級機關要求下級機關為職務之協助，係在發揮行政一體之效能，為行政程序法第19條第1項所明定。故國防部總政治作戰局就辦理本件改建事實業經國防部授權，國防部總政治作戰局於92年11月25日以勁勢字第0920014643號公告召開高雄市自治新村改建基地認證說明會，並載明同意改建之原眷戶及違占建戶應於說明會後3個月內，填具改（遷）建申請書，並經法院或民間公證人認證後，連同相關資料一併繳交至列管軍種單位，逾未繳交者則視為不同意改建戶等作為核屬於法有據。本件嗣於92年12月4日及5日如期舉辦第1階段說明會及備具說明書，且由該說明書所附高雄市「自治新村改建基地」原眷戶改（遷）建申請書末段所載「此致國防部」等語，可知本件改建確係由被上訴人基於主管機關之地位所進行。國防部總政治作戰局依該令之授權辦理國軍老舊眷村改建相關事宜，無礙於被上訴人確係基於主管機關之地位辦理眷村改建。系爭「自治新村」改建基地之眷村改建，相關改建事宜由被上訴人指揮下級機關協助辦理，屬行政協助行為，並非權限委任，被上訴人為辦理原眷戶法定說明會事宜，前於89年5月19日以（89）祥祉字第05728號令，授權所屬各級機關辦理眷改條例內原眷戶法定說明會事宜。並辦理資料彙整之任務，然因眷村改建程序事項繁多，原難強責要求被上訴人就每一程序行為均親自為之，而不得由所屬機關提供協助，尚無疑義。從而上訴人主張被上訴人以無任何法律依據之行政委託方式即授權國防部總政治作戰局辦理改建程序中之公告權限係屬違法，且違反「管轄法定原則」云云，自非可採。（二）查依眷改條例第3條規定，凡於69年12月31日以前興建完成之軍眷住宅，均屬適用眷改條例之國軍老舊眷村，而本件「崇實新村」及「明建新村」之眷舍，包括上訴人所住眷舍均係69年12

月31日前興建完成，均屬老舊眷村無疑。依眷改條例施行細則第17條、眷改條例第20條規定，原眷戶可獲得之補助購宅款係以行政院核定改建計畫當期公告土地現值總額百分之六十九點三分配總額，並按其原眷戶數、住宅興建成本及配售坪型計算。且依眷改條例第22條第1項規定，規劃改建之眷村經原眷戶有3/4以上同意改建者，主管機關得逕行註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。又依眷改條例第20條第1項前段規定，若欲計算出原眷戶之輔助購宅款，除「國有土地可計價」外，尚包括「原眷戶數」、「住宅興建成本」、「配售坪數」等均須確定後方得計算；再依眷改條例第21條、眷改條例施行細則第19條規定，原眷戶放棄承購改建之住宅，於表達其自願僅領取輔助購宅款之意願後，即得先行搬遷，即改（遷）建申請書第1條第4項並無違背眷改條例第21條、眷改條例施行細則第19條之規定。而國家資源及預算本有其分配及執行之既定計畫及進程，所應照護者非僅侷限單一對象或特定事項，從而任何福利措施之採行本有其優先劣後之安排。上開申請書所附條件之第4選項「俟基金寬裕後，檢討發給。」等文句，僅在說明依當時因經濟環境情勢，致基金取得間或有所困難而發給金額必俟基金足堪負擔之時，始公告搬遷及依眷改條例暨相關規定為給付，以避免眷戶過度期待即將公告搬遷及發放之期程等情，與前揭規定並不相悖。上訴人主張所謂「俟基金寬裕後」並無確定期限，如財政收支持續處於緊縮狀態，即可置原眷戶於不顧，易造成主管機關職務懈怠之藉口，有違眷改條例保護原眷戶之立法目的云云，亦乏論據。（三）復按軍人因任軍職而獲配住軍方所管理眷舍之法律關係，乃私法上使用借貸關係，各該主管機關或其所屬權責機關所核發證明眷舍配住權證，雖係公文書，然原亦係單純私權證明文件。惟迄85年2月5日總統（85）華總字第8500027130號令制定公布眷改條例，其中第1條第1項：「為加速更新國軍

老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，特制定本條例。」第2條第1項：「本條例主管機關為國防部。」第3條「（第1項）本條例所稱國軍老舊眷村，係指於中華民國69年12月31日以前興建完成之軍眷住宅，具有下列各款情形之一者：……（第2項）本條例所稱原眷戶，係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。」第5條：「（第1項）原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。原眷戶死亡者，由配偶承受其權益，餘均不得承受其權益。……（第2項）前項子女人數在2人以上者，應於原眷戶與配偶均死亡情事發生之日起3個月內，以書面協議向主管機關表示由一人承受權益；逾期均喪失承受之權益。」第26條：「本條例第3條第1項第3款之軍眷住宅，其使用人不具原眷戶身分而領有房屋所有權狀者，比照原眷戶規定辦理之。」等規定，得見政府「為加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶及中低收入戶，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」之公共利益，始制定上開第3條第1項所指國軍老舊眷村與同條第2項所稱原眷戶，構建原眷戶享有承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益，發生公法之效力。職是，軍眷眷舍原眷戶之受配、收回所衍生之問題，厥為公法上之爭議。惟原眷戶權益乃基於眷改條例所創設者，並非主管機關以行政處分所形成者，同條例第22條有關註銷眷舍居住憑證及原眷戶權益之處分，固係不利於上訴人之行政處分，並非授益處分之廢止，且係因上訴人違反法定作為義務，經被上訴人依法註銷，原無補償問題。上訴人主張被上訴人為原處分（一）、（二），係屬授益行政處分之廢止，已罹行政程序法第124條第2項所定之除斥期間，且未予上訴人合理補償，有違同法第126條第1項之規定云云，亦無足採。（四）另查國軍老舊眷村改建之政策目的

之一，即係改善軍眷之生活環境，為政府對眷戶之福利措施，並以眷村有四分之三以上眷戶同意改建為條件，此符合公共政策追求最大利益之意旨。本件已於94年12月5日召開說明會後3個月內獲得四分之三以上眷戶同意改建，本應續行後續改建事宜，惟因上訴人原眷戶不同意改建，拒不搬遷，致使延宕改建時程，嗣經被上訴人轄下機關一再函知儘速辦理認證後送被上訴人憑辦，並屢次通知上訴人不同意改建之法律效果，惟因上訴人始終不同意改建，此等程序拖延長達2年有餘，相對於已同意改建之住戶則造成期間延宕之損害，則被上訴人遲至96年、97年始以原處分（一）、（二）註銷上訴人原眷戶權益，實已斟酌本案歷經多年與上訴人協調溝通程序仍未果之情事，及為顧及其他大多數同意改建眷戶之權益，應認其並無怠於行使裁量權，亦無任何逾越權限或濫用權力之處，更無違於比例原則。上訴人主張眷改條例第22條係規定對不同意改建之眷戶，主管機關「得」逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，故被上訴人作成處分仍應為適當之裁量，始符合比例原則，乃被上訴人於系爭處分（一）、（二）除揭示註銷居住憑證與眷戶權益之規制性內涵外，僅有法令依據，別無其他內容足以說明基於何種考量而選擇最嚴重之法律效果，作成剝奪不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，實有「怠為裁量」之違法，且違反比例原則云云，亦非可採。（五）末查「行政法院應依職權調查事實關係，不受當事人主張之拘束。」「審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據。」行政訴訟法第125條第1項、第3項及第133條前段分別定有明文。故事實審行政法院為期發現真實，本應充分行使闡明權，並就當事人主張之原因事實是否存在，依職權調查證據，俟調查後待證事實存否。本件上訴人於原審審理中均選任律師為訴

訟代理人，選擇之訴訟種類已經過專業之評估及考量，且上訴人訴之聲明及主張均甚明確，尚無不明瞭或不完足之處，原審審判長已盡其職責使當事人為事實上及法律上適當完全之辯論，上訴人主張原審未釐清法律及事實關係並為適當之闡明，亦未諭知上訴人以確認之訴訟為備位聲明，並據以指摘原判決違法云云，亦屬無據。（六）至於上訴人其餘述稱各節，無非重述為原審所不採之陳詞，乃上訴人以其對法律上見解之歧異，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，惟原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依論理及經驗法則判斷，並無違背論理法則或經驗法則，又證據之取捨與當事人所希冀者不同，致其事實之認定亦異於該當事人之主張者，不得謂為原判決有違背法令之情形。綜上所述，原判決所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與解釋判例，亦無牴觸，並無違背法令之情形。上訴意旨指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項、第98條第1項前段、第104條，民事訴訟法第85條第1項前段，判決如主文。

中　華　民　國　100　年　3　月　10　日

（本件聲請書其餘附件略）

臺北高等行政法院　函　　中華民國 103 年 3 月 10 日

院貞字股 100 訴更一 00215 字第 1030002389 號

受文者：司法院大法官

主　旨：檢送本院第五庭中華民國103年3月4日解釋憲法聲請書暨關係文件2件，請　鑒核。

說　明：

一、依據行政訴訟法第178條之1規定辦理。

二、本院審理100年度訴更一字第00215號國軍老舊眷村改建條例事件，依國軍老舊眷村改建條例第5條第1項規定，賦予原眷戶得依法享有之「原眷戶權益」，屬於憲法第10條及第15條所保障之人民居住自由及財產權之範疇，該條例第22條第1項規定主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及「原眷戶權益」，係屬限制人民居住自由及財產權之不利處分，其目的在於增進「順利推展眷村改建工作」之公共利益，固屬正當，且所採取之手段確可達到「順利推展眷村改建工作」之公益目的，惟並非可達到相同效果且對原眷戶權益損害最少之手段，違反憲法第23 條所定比例原則中之「必要性原則」，並有懲罰單純行使不同意改建權利之原眷戶之嫌；又國軍老舊眷村改建條例就主管機關行使註銷權未設有除斥期間之規定，此一法律漏洞，又無法藉由類推適用相同性質之除斥期間而得以填補，使主管機關註銷權之行使欠缺除斥期間之限制，非但有害於法秩序之安定性，對於原眷戶更構成過度之侵害，與比例原則亦有未符，為此特對前揭條例之適用聲請司法院大法官解釋。

院長　鄭　淑　貞

庭長　曹　瑞　卿　決行

抄臺北高等行政法院第五庭釋憲聲請書

壹、主旨：為審理臺北高等行政法院100年度訴更一字第215號國軍老舊眷村改建條例事件時，對於應適用之國軍老舊眷村改建條例第22條規定，依合理之確信，認為有牴觸憲法第23條所定比例原則，侵害人民受憲法第10條、第15條所保障之居住自由及財產權之疑義，爰聲請解釋憲法。

貳、說明：

一、聲請解釋憲法之目的：

國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，規劃改建之眷村，其原眷戶有2/3以上同意改建者，主管機關得逕行註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，既未選擇能達到相同效果且對原眷戶權益損害最少之手段，復未對主管機關「註銷權」之行使定有合理期間之限制，違反憲法第23條之比例原則，侵害人民受憲法第10條、第15條所保障之居住自由及財產權。本院於審理100年度訴更一字第215號國軍老舊眷村改建條例事件，對於應適用國軍老舊眷村改建條例之上開規定，依合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，因認有聲請司法院大法官解釋憲法之必要，俾供本院審理該事件有所依循，並保障原眷戶之財產權及居住自由，特此聲請解釋憲法。

二、適用憲法爭議之經過及涉及之條文：

（一）事實經過：

緣原告滿桂璽、劉翰卿、劉翰文之被繼承人劉景瑞前於民國59年間獲准受讓訴外人楊超植坐落高雄市建業新村36-1號國軍老舊眷村眷舍。92年12月4日及5日，被告國防部依90年10月31日修正公布之國軍老舊眷村改建條例及其施行細則等規定，舉辦高雄市自治新村改建基地等10村（含建業新村與明德新村合稱之「明建新村」）改（遷）建第1階段（認證）說明會並備具改（遷）建第1階段（認證）說明書，說明該眷村原眷戶及違占眷戶如同意改（遷）建，應於說明會後3個月內（即93年3月3日及4日前）填具高雄市自治新村改建基地原眷戶（違占建戶）改（遷）建申請書，經法院（或民間公證人）認證後，繳交列管單位，逾期或限期補正仍未繳交者，視為不同意改建；而原眷戶有3/4以上同意改（遷）

建，並經法院（或民間公證人）認證者，即按改建計畫及相關程序辦理改建，對不同意改建者，被告得逕行註銷原眷戶眷舍居住憑證（含公文書）及其權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定強制執行。被告嗣以93年12月24日勁勢字第0930019191號令核定高雄市「明建新村」遷建「自治新村改建基地」原眷戶認證結果統計案。因劉景瑞並未於上開期限內為同意改建之認證，且嗣於96年12月22日死亡，被告乃依國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，以98年9月8日國政眷服字第0980012508號函註銷劉景瑞之眷舍居住憑證，並將該意思表示通知原告（下稱「原處分」）。原告不服，提起訴願遭駁回，向本院提起行政訴訟亦被駁回，再向最高行政法院提起上訴，經最高行政法院以100年度判字第1825號判決廢棄，發回本院更為審理。

（二）涉及之憲法、法律條文及相關司法院解釋：

1. 憲法第10條：「人民有居住及遷徙之自由。」
2. 憲法第15條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」
3. 憲法第22條：「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。」
4. 憲法第23條：「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、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」
5. 國軍老舊眷村改建條例第1條：「為加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀，特制定本條例；本條例未規定者，適用其他有關法律之規定。」

6. 國軍老舊眷村改建條例第3條第2項：「本條例所稱原眷戶，係指領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷村住戶。」
7. 國軍老舊眷村改建條例第5條第1項：「原眷戶享有承購依本條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益。原眷戶死亡者，由配偶優先承受其權益；原眷戶與配偶均死亡者，由其子女承受其權益，餘均不得承受其權益。」
8. 國軍老舊眷村改建條例第22條第1項：「規劃改建之眷村，其原眷戶有3分之2以上同意改建者，對不同意改建之眷戶，主管機關得逕行註銷其眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送管轄之地方法院裁定後強制執行。」
9. 司法院大法官審理案件法第5條第2項：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」
10. 行政訴訟法第178條之1：「（第1項）行政法院就其受理事件，對所適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義時，得聲請司法院大法官解釋。（第2項）前項情形，行政法院應裁定停止訴訟程序。」
11. 司法院釋字第371號解釋：「憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第171條、第173條、第78條及第79條第2項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第80條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第5條第2項、第3項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。」

12. 司法院釋字第572號解釋：「按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經本院釋字第371號解釋在案。其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本院釋字第371號解釋，應予補充。」

三、聲請解釋之理由及對本案所持之立場與見解：

（一）聲請解釋之理由：

1. 按本院於審理100年度訴更一字第215號國軍老舊眷村改建條例事件時，對於所適用之國軍老舊眷村改建條例第22條規定，確信有牴觸憲法第23條比例原則之疑義，自得依行政訴訟法第178條之1、司法院大法

官審理案件法第 5 條第 2 項規定及司法院釋字第 371 號、第 572 號解釋，聲請司法院大法官解釋憲法，合先敘明。

2. 次按憲法第 10 條、第 15 條及第 23 條分別規定：「人民有居住……之自由。」「人民之……財產權，應予保障。」「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、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」並參酌司法院釋字第 583 號解釋意旨，可知，基於公益目的限制或剝奪憲法第 10 條、第 15 條所保障人民之居住自由及財產權，除應符合法律保留原則外，亦應遵守比例原則（包括應採取對人民權益損害最少之手段，以及公權力行使應有合理期間之限制等）。而依國軍老舊眷村改建條例第 5 條第 1 項規定，原眷戶享有承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益（下稱「原眷戶權益」）。惟同條例第 22 條第 1 項規定，規劃改建之眷村，其原眷戶有 2/3 以上同意改建者，主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益。該規定既未選擇能達到相同目的且對原眷戶權益損害最少之手段，復未對主管機關「註銷權」之行使定有合理期間之限制，已違反憲法第 23 條之比例原則，並侵害憲法第 10 條、第 15 條所保障人民之居住自由及財產權，應由司法院大法官宣告違憲而無效，或釋示所應類推適用之除斥期間規定。

（二）對本件所持之立場與見解：

1. 國軍老舊眷村改建條例第 5 條第 1 項規定，賦予原眷戶得依法享有之原眷戶權益，屬於憲法第 10 條及第 15 條所保障之人民居住自由及財產權：

(1)按憲法第10條規定人民有居住之自由，旨在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由（司法院釋字第443號解釋理由書參照）。又憲法第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（司法院釋字第400號解釋參照）。然國家為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，非不得以法律對於人民之財產權或居住自由予以限制（司法院釋字第596號、第454號解釋參照）。

(2)次按軍人因任軍職而獲配住軍方所管理之眷舍，乃私法上使用借貸關係，主管機關或其所屬權責機關所核發證明眷舍配住之眷舍居住憑證，雖係公文書，惟原僅係單純私權證明文件，以作為眷戶與國防部所屬配住機關間具配住眷舍私法上使用借貸關係之憑證，正如同一般配有宿舍之公務人員與配住機關之關係（司法院釋字第557號解釋參照），而未發生公法上之法律關係，自非授與國軍老舊眷村改建條例原眷戶權益之授益行政處分。

(3)迄至85年2月5日總統（85）華總字第8500027130號令制定公布國軍老舊眷村改建條例，為促進「加速更新國軍老舊眷村，提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀」（第1條規定參照）等公共利益之達成，經由符合同條例第3條第2項針對「原眷戶」為「領有主管機關或其所屬權責機關核發之國軍眷舍居住憑證或公文書之國軍老舊眷

村住戶」之定義性規定，以及同條例第5條第1項賦予「原眷戶」得享有「承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」，而創設「原眷戶」得依法享有之「原眷戶權益」，始發生公法上法律關係。亦即「原眷戶權益」乃基於國軍老舊眷村改建條例所創設，而非主管機關以行政處分所形成。

(4)「原眷戶權益」之內涵，係依法享有「（以成本價格）承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」。原眷戶於主管機關核定眷村改建前，本即有依其與眷舍管理機關間之使用借貸關係，選擇居住於其所獲配之眷舍，以營私人生活不受干預之自由；於主管機關核定眷村改建後，亦享有選擇居住於其「承購依該條例興建之住宅」，以營私人生活不受干預之自由，核屬憲法第10條所保障之人民居住自由。又原眷戶依法享有「（以成本價格）承購依該條例興建之住宅及由政府給與輔助購宅款之權益」，為法律所創設及保障且具有相當財產價值之法律上利益，亦屬憲法第15條所保障之人民財產權。

2. 國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，係屬限制人民居住自由及財產權之不利處分：

(1)依國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定，規劃改建之眷村，原眷戶有同意改建與否之權利，如同意改建之原眷戶達到法定改建門檻時，主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益。其重點係在註銷「原眷戶權益」，至於併同註銷眷舍居住憑證，乃基於國軍老舊眷村改建

條例第3條第2項規定原眷戶之認定係以領有眷舍居住憑證為前提所不得不然。

(2)由於不同意改建之原眷戶，係本於憲法第10條所保障之居住自由，依法行使法律所賦予同意改建與否之權利，並未違反任何行政法上之義務，故主管機關「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益之行為，固已剝奪原眷戶選擇於其所獲配之眷舍或其「承購依該條例興建之住宅」居住，以營私人生活不受干預之自由，亦剝奪原眷戶依國軍老舊眷村改建條例第5條第1項規定所得享有具有財產權性質之「原眷戶權益」，惟非屬裁罰性之不利處分（行政罰法第2條參照），而僅屬限制人民居住自由及財產權之不利處分，自應符合憲法第23條所規定之比例原則。

3. 國軍老舊眷村改建條例第22條第1項關於「主管機關得註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益」之規定，其目的固屬正當，手段亦有助於其目的之達成，惟並非對原眷戶權益損害最少之手段，違反憲法第23條所定比例原則中之「必要性原則」：

(1)按都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。國軍老舊眷村改建條例亦係兼為此目的而制定〔其目的尚包括提高土地使用經濟效益，興建住宅照顧原眷戶、中低收入戶及志願役現役軍（士）官、兵，保存眷村文化，協助地方政府取得公共設施用地，並改善都市景觀等〕，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第11條第1項規定參照）外，並作為限制

居住自由及財產權之法律依據。

(2)次按國軍老舊眷村改建條例第22條第1項關於「主管機關得註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益」規定之目的，則係「為免部分眷戶意願無法整合而影響眷村改建整體工作執行，……以期眷村改建工作得以順利推展」(立法理由參照)。核其目的係為增進「順利推展眷村改建工作」之公共利益，其目的洵屬正當。

(3)主管機關規劃改建之眷村，其同意改建之原眷戶如已達改建之法定門檻，國軍老舊眷村改建條例第22條第1項規定賦予主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，終止原眷戶與眷舍管理機關間之使用借貸關係，而使原眷戶喪失得繼續居住眷舍之權利，以避免因不同意改建之原眷戶繼續居住於眷舍，而延宕眷村改建工作，確可達到「順利推展眷村改建工作」之公益目的。

(4)然而，為達到「順利推展眷村改建工作」之相同效果，仍有對原眷戶權益損害較少之手段可資選擇：

①觀諸與國軍老舊眷村改建條例同具有「都市更新」公益目的之都市更新條例，同意參與都市更新計畫案之建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分，於符合法定門檻之比率並經主管機關核定後，實施者即得依序實施都市更新計畫案，且為順利遂行該都市更新計畫案，得依該條例第36條規定，通知權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物所有權人、管理人或使用人限期自行拆除或遷

移，屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，且實施者應補償因權利變換而拆除或遷移土地改良物之價值或建築物之殘餘價值。此外，針對不同意都市更新計畫案之建物及土地所有權人，仍保障其同等權利變換之權利，而非採取剝奪其建物及土地所有權之極端手段，以保障人民之財產權及居住自由。

②又為兼顧共有人權益之範圍，促進共有物之有效利用，以增進公共利益，土地法第 34 條之 1 規定，共有土地或建築改良物，其處分、變更及設定地上權、農育權、不動產役權或典權，雖得僅以一定比率共有人及其應有部分之同意為之，惟仍應保障不同意共有人應得之對價或補償，並給予不同意共有人得以同一價格共同或單獨優先承購之權，亦未採取剝奪不同意共有人之建物或土地所有權之極端手段。

③參酌上開立法例，可知縱為一定之公共利益，而有限制人民財產權或居住自由之必要，亦應採取對人民權益損害最少之手段，以符合比例原則中之「必要性原則」。

④主管機關規劃改建之眷村，其同意改建之原眷戶如已達改建之法定門檻，針對不同意改建之眷戶，立法者可選擇立法擬制「視為同意改建」或「視為參與改建」，並賦予主管機關得逕行收回該眷舍房地，且得移送法院裁定後強制執行之手段，亦可達到「順利推展眷村改建工作」之目的。且此一手段與國軍老舊眷村改建條例第 22 條第 1 項賦予主管機關得「註銷」不同意

改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益，收回該房地，並得移送法院裁定後強制執行之手段相較，非但可達到相同之效果，且仍可保障不同意改建眷戶之「原眷戶權益」，洵屬對原眷戶權益損害較少之手段甚明。顯見國軍老舊眷村改建條例第22條第1項關於「主管機關得註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益」之規定，並非對原眷戶權益損害最少之手段，非但違反憲法第23條所定比例原則中之「必要性原則」，且實與懲罰單純行使不同意改建權利之眷戶無異。

4. 國軍老舊眷村改建條例第22條第1項關於「主管機關得註銷不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及原眷戶權益」之規定，「縱」符合憲法第23條所定比例原則，惟立法者未就主管機關「註銷權」之行使訂定合理期間之限制，亦屬對於原眷戶之居住自由及財產權之過度侵害，而違反憲法第23條之比例原則：

(1) 國軍老舊眷村改建條例第22條第1項所定主管機關之「註銷權」，足以直接發生人民喪失「原眷戶權益」之法律效果，性質上屬於「形成權」。惟因原眷戶所得享有之「原眷戶權益」，係基於國軍老舊眷村改建條例第5條第1項所創設，而非授益性行政處分所授予，已如前述，是主管機關註銷不同意改建眷戶之「原眷戶權益」，並非授益行政處分之廢止，自無行政程序法第124條所規定2年除斥期間之適用（最高行政法院102年10月份庭長法官聯席會議決議參照）。

(2) 惟按權利之行使應有時效（包括請求權之消滅時效及形成權之除斥期間）之限制，不論私法上或

公法上之權利皆然。此所以司法院釋字第474號解釋理由書，針對公務人員保險現金給付請求權之消滅時效，認為時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須逕由法律明定（法律保留），自不得授權行政機關衡情以命令訂定或由行政機關依職權以命令訂之，並釋示於法律未明定前，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；以及司法院釋字第 583 號解釋理由書，針對公務人員懲處權（形成權）之行使期間（除斥期間），認為國家對公務員違法失職行為固應予懲罰，惟為避免對涉有違失之公務員應否予以懲戒，長期處於不確定狀態，實不利於維持法秩序之安定，亦不易獲致公平之結果，故懲戒權於經過相當期間不行使者，即不應再予追究，以維護公務員之權益及法秩序之安定，公務人員考績法未設懲處權行使期間之規定，致公務人員應受免職懲處之違法失職行為，自行為終了之日起經過一定繼續期間未受懲處，服務機關仍得據此行為追溯究問考評公務人員，而予免職處分，有違前開意旨，為貫徹憲法上對公務員權益之保障，故釋示有關公務員懲處權之行使期間，應類推適用公務員懲戒法相關規定。

(3) 準此，主管機關依國軍老舊眷村改建條例第22條第 1 項規定註銷不同意改建眷戶眷舍居住憑證及原眷戶權益之行為，對原眷戶而言，實屬一不利益之行政處分，為維持法律秩序之安定，並避免因主管機關無正當理由而恣意選擇不同時間註銷

而造成實質上之差別待遇，實不能任由主管機關長期怠忽行使，而使法律關係長期處於不確定狀態。是主管機關將不同意改建眷戶之「原眷戶權益」予以註銷，自應於一定期間內行使，即主管機關註銷權之行使應有除斥期間之限制。亦即主管機關之註銷權於經過相當期間不行使者，即不應再予註銷，以維護原眷戶之權益及法秩序之安定。惟國軍老舊眷村改建條例就主管機關行使註銷權未設有除斥期間之規定，此一法律漏洞，使主管機關註銷權之行使欠缺除斥期間之限制，非但有害於法秩序之安定性，對於原眷戶更構成過度之侵害，與比例原則亦有未符。

(4)由於廣義之時效制度（包括消滅時效與除斥期間）屬於憲法上法律保留事項（司法院釋字第474號解釋參照），國軍老舊眷村改建條例第22條第1項所定之「註銷權」，屬於形成權之性質，惟同條例並無除斥期間之規定，而與比例原則有違，已如前述，又因其非屬針對違法行政處分所為之「撤銷」，亦非屬對合法行政處分所為之「廢止」，更非屬對違反行政法上義務所為之「裁罰性不利處分」，現行行政程序法第131條針對公法上「請求權」所定之消滅時效固無適用之餘地，同法第121條、第124條針對「撤銷權」、「廢止權」及行政罰法第27條針對「裁處權」等「形成權」所定之「除斥期間」，亦無法適用於國軍老舊眷村改建條例第22條第1項所定之「註銷權」（最高行政法院102年10月份庭長法官聯席會議決議參照），且此一法定之註銷權，與上開形成權之性質亦欠缺明顯之類似性，而難以參酌司法院釋字第583號解釋意旨

類推適用上開除斥期間之規定。是司法院大法官縱認為國軍老舊眷村改建條例就該條例第22條第1項之「註銷權」未設除斥期間之規定，並未違憲，亦懇請釋示應類推適用何種法定除斥期間之規定，俾供遵循。

（三）綜上所述，國軍老舊眷村改建條例第5條第1項規定，賦予原眷戶得依法享有之「原眷戶權益」，屬於憲法第10條及第15條所保障之人民居住自由及財產權之範疇，該條例第22條第1項規定主管機關得逕行「註銷」不同意改建眷戶之眷舍居住憑證及「原眷戶權益」，係屬限制人民居住自由及財產權之不利處分，其目的在於增進「順利推展眷村改建工作」之公共利益，固屬正當，且所採取之手段確可達到「順利推展眷村改建工作」之公益目的，惟並非可達到相同效果且對原眷戶權益損害最少之手段，違反憲法第23條所定比例原則中之「必要性原則」，並有懲罰單純行使不同意改建權利之原眷戶之嫌；又國軍老舊眷村改建條例就主管機關行使註銷權未設有除斥期間之規定，此一法律漏洞，又無法藉由類推適用相同性質之除斥期間而得以填補，使主管機關註銷權之行使欠缺除斥期間之限制，非但有害於法秩序之安定性，對於原眷戶更構成過度之侵害，與比例原則亦有未符。

四、關係文件之名稱及件數

（一）本院卷宗節本（含原處分、訴願決定、兩造書狀）影本1件。

（二）立法院公報第84卷第54期院會紀錄關於國軍老舊眷村改建條例第21條草案（立法移列為第22條）立法理由說明節本影本1份。

此　致

司　法　院

聲　請　人：臺北高等行政法院第五庭

審判長法　官　曹瑞卿

法　官　黃桂興

法　官　張國勳

中　華　民　國　103　年　3　月　4　日

（本件聲請書附件略）

其餘聲請書及確定終局判決請參閱司法院大法官網站

司法院釋字第七二八號解釋

【既存祭祀公業派下員依規約認定案】

中華民國104年3月20日

院台大二字第1040007836號

解　釋　文

祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

解釋理由書

本件聲請人對最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決（下稱確定終局判決）所引中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條有違憲疑義，聲請解釋。查該管理章程非司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律或命令，本不得據以聲請解釋，惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定）為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的，合先敘明。

祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體（祭祀公業條例第三條第一款規定參照）。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情

形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

惟祭祀公業條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員……。」第三項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在。按「中華民國人民，無分男女……，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十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則

與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山

蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修

陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君

羅昌發　湯德宗

協同意見書　　大法官蘇永欽　提出

本件解釋審查的標的為祭祀公業條例第四條第一項前段，經以憲法第七條的消極平等原則審查，認定尚未違反而不至侵害女子的財產權。但另據憲法增修條文第十條第六項的積極平等原則又就該條第一項的全部作成「適時檢討」的諭知，其審查對象、審查基礎和審查結果似乎前後不盡一致，事涉在台灣有悠久傳統並仍相當廣泛存在的祭祀公業，條例代表政治部門面對巨大社會變遷所做的回應，解釋則是本院的憲法評價，有必要對其論證作更清楚的釐清。

台灣的祭祀公業，淵源上可遠溯宋代的祭田，其存在的目的在於教化子孫慎終追遠，即以一人或多人共同捐獻的不動產每年所生孳息供祭祀活動的開銷，對於宗族制度的維繫，有其物質與精神兩方面的實質功能。在台灣社會經歷工業化、城市化的重大變遷後，宗族組織多已凋零，民法固然自始即建立於個人主義的精神，而以大家庭為基本圖像規範人民的身分關係，但仍保留些微宗祧繼承的遺緒，如若干招贅婚的規定，後來連這些規定也都刪除。此一初級社會組織的變遷，除了反映於民事身分法的調整外，對於憲法保障的家庭權和家庭制度（釋字第二四二號、第五五四號、第六九六號、第七一二號解釋可參）當然也會有一定的影響。在個人人格發展自由的共同基礎上，回應此一初級社會團體組織和功能的自然變遷而限縮其保護範圍，對於仍然憧憬宗族主義，希望在家庭之上，另有以共同血緣為基礎的社會組織來強化人們相互的認同和歸屬者—即使現實上最多只能棄其

形而留其神—，雖已不宜再以家庭權為其憲法保障的基礎，但仍可在結社自由（如果是多人共同設立）或財產權（如果是一人捐助）找到基本權的支撐。換言之，即使在宗親血脈的連結已經失去了有力社會基礎的今天，人民基於宗族主義的信念而有心通過祭祀儀式來喚起親族，特別是後代子孫心靈的凝聚，仍然應該受到憲法的保障。縱其組織方式以血緣為前提而對成員身分的取得採世襲制，可自由退出但不得自由加入，與一般結社不同，因屬事物本質使然應仍不排除結社自由的保障。從這個角度來看祭祀公業條例的規定，其主要的「管制」目的，僅在於「健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用」（第一條），主要方法則是將此一傳統組織「法人化」，包括對既存祭祀公業使其登記為法人（第二十一條以下）—此部分引導大於強制，無罰則規定；對未來祭祀公業則依其性質登記為社團或財團法人（第五十九條）。除此以外對其繼續營運或新設均無特別限制，以成全其「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」的信仰（第一條），因此對於結社自由或財產權尚不構成侵害，無待深入的審查。

本件解釋要處理的憲法疑義，從原因案件引發的法律爭議即知，實在於條例對於不同性別的後嗣，在承繼派下員身分上給予不同待遇，有無違反憲法的平等保障？不論直接在法律規定上即存在的差別待遇（第四條第一項後段），還是通過規約內容認定的差別待遇（第四條第一項前段），因為同樣源於法律的規定，平等原則的檢驗對象都是國家行為—立法，即美國憲法實務所稱的 state action，因此還不需要討論到德國憲法學所謂的基本權水平效力，乃至援引其間接第三人效(mittelbare Drittwirkung)的理論，惟恐誤解，合先說明。這裡真正值得思考的是，如果沒有財產分配的問題，單純派下員身分取得對女性的排斥，是不是值得認真對待的差別待遇？憲法保障結社自由的精神，原即在使有相同喜好、信仰或其他價值認同者，得以不受拘束的交流、合作，維護共同的價值，或推而廣之。可以非常大眾、主流，也可以完全小眾、異端。男性可以為鼓吹男性沙文主義而結社，女性當然也可以為重建母系社會的信仰而結社。因此這樣的自由先天上已

經包容了成員選擇上的差別待遇，也可以說當我們肯認這裡已經無涉家庭制度的保障，而屬結社自由的領域時，原則上已為依性別選擇成員保留了最大的空間。如果祭祀公業的組織只有共同祭祀的功能，而不涉不動產的捐助及其派下員對該不動產潛在的財產利益，則即使大幅壓縮女性成為派下員的機會，因為符合這個組織的宗旨，也還在可以合理化的範圍。祭祀公業所以會引起強烈的歧視女性爭議，實在是因為派下權的內涵，除了參與祭祀外，還包含了基於該筆不動產上的公同共有關係，及其最終分割所生的分配請求權，而派下員身分既屬世襲取得，民事繼承法審慎落實的家庭內部男女平等規定，實質上即可能因為女性被排除在此一財產利益的分配之外，而被迂迴打破，本案的原因案件即可彰顯這樣的波及效果。換句話說，本件真正需要審查的問題，在於女性後嗣從繼承制度本可期待的不動產分配利益，有沒有因祭祀公業的派下權設計而受到無法正當化的差別待遇？

形式上看，原因案件所受確定終局判決適用的條例第四條第一項前段：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」只是一個中性的規定，依規約規定，有可能有男女的差別待遇，也可能沒有。構成性別差別待遇的反而是未經確定終局判決適用的後段：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」前後段連起來讀，會把它看成一個任意性的規定(ius dispositivus)，也就是儘管明確排除女系子孫取得派下員身分的機會，但以規約未為其他規定為前提，因此就如民法債編的有名契約一樣，僅以其為典型的交易方式，縱屬對女性的差別待遇，立法者也只是未積極消除差別待遇而已，且因參與交易的人民仍保有擺脫該差別待遇的空間，未必就構成平等原則的違反。如果再就整體「時」的效力一起思考，第四條的規定只適用於條例施行前，至於施行後，依第五條的規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」女系子孫已不再受到任何差別待遇，而且不再保留規約自治的空間，一律都視有無承擔祭祀來決定是否列為派下員，足見此一有關祭祀公業的立法，實際上使女性受

到差別待遇的情形限縮於施行前即已存在、且繼承事實也已發生的祭祀公業。不要說條例施行後新設的祭祀公業，就是施行前已存在的祭祀公業，只要繼承事實發生於施行後，都不會對後嗣女性的繼承權（財產權）有何不利。當然如果考量祭祀公業整體的數量和不動產價值畢竟相當可觀，所謂的規約自治，果真有不依傳統習俗讓女系子孫有相同機會成為派下員的，恐怕絕無僅有。因此就這部分的既成狀態，仍不能說對女性的繼承權沒有不利，只是這部分的不利，基於法律安定的保護才不溯既往，應該已可合理化。至於第五條有關施行後派下員認定的強制規定，對於結社自由或財產權（處分自由）的重大限制，則反過來又可用維護男女平等的憲法要求而合理化，無須贅論。

邏輯上真正需要交代的是，憲法增修條文第十條第六項課予國家的「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」義務，如果可以用來審查本條，而得出有關機關應適時檢討的結論，明文諭知於理由書中，為什麼之前對於條例第四條第一項前段的審查，又不以其為審查基礎，僅依憲法第七條的一般平等原則，從國家「不得造成不平等」而非「應消除不平等」的觀點，在解釋文中明確認定該規定尚不違反平等原則，對後嗣女性的財產權也就不構成侵害。此一解釋方法上的前後不一，原因實在於增修條文的積極平等義務，也就是國家的作為義務，如何畫出不可容忍的「底線」，而可以明確認定未達到最低要求的法律，已經構成違憲，方法上實在有其困難。作為義務不僅涉及國家資源有限的困難（釋字第四八五號解釋可參），指示如何作為又會有逾越司法與立法行政分權界限的疑慮，既然畫不出足供審查的底線，本院只好僅以一般平等原則作為認定有無違憲的審查基礎，而把增修條文的積極平等要求視為單純對政治部門的呼籲，因此也不以引發爭議的條例第四條第一項前段為限，而就該條整體，諭知有關機關就其仍有可作為空間時加以檢討改進。由於立法部門顯然已經注意及此，而有多個修法版本的提出，如前所述，只要掌握所要消除的性別歧視，主要在於女系子孫的財產繼承權，不能因為派下員身分的排除而未受到充分保護即可，本解釋未再就檢討方向作具體指明，也算謹

守司法權立場，不能率以空洞見責了。

協同意見書　　大法官陳新民　提出

法律首先是靠著風俗與國民信仰，而後靠著法學將之形成習慣法，這些都是如同國家內部寧靜孕育的力量，而不是僅靠著立法者的恣意而存在！

德國大法學家　薩維尼

本席贊同本號解釋多數意見，針對現行祭祀公業條例第四條所持之理念：第一項前段之規定，對於本條例施行前已經存在之祭祀公業，關於派下員資格的問題，完全依規約決定(以下簡稱系爭規定)；及第一項後段的規定，如果規約只限定由男系子孫擔任，不生違反憲法男女平等的問題。至於無規約或規約未約定者，基本上仍以男系子孫擔任，但無男系子孫時，女子如未出嫁或是在若干情形（如該條第二項與第三項的派下員絕對多數同意），得例外擔任之，亦不違反男女平等的原則。

乍觀之下，上述見解明顯採行對女系子孫不利的見解，排除其擔任祭祀祖先社團會員及可能分配財產之權利，與憲法明示「男女平權」之原則大相逕庭。因此質疑此制度違憲性的理由，及其立論之堅強，並不令人意外，也加重了本號解釋在論理上提出足以令人信服的「差別待遇正當性」之論述的必要性。

然多數意見認定此差別待遇，並不違反憲法第七條保障性別平等之意旨，並提及：「但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。……」，但何以尊重結社權、財產權、契約自由與私法自治的重要性，能夠凌越男女平等原則？其理由何在？多數意見在此並未詳述，使得理論層次顯得薄弱有如「縞素不纓強弩之鋒」，將無法令「違憲論」者信服，如此一來將無法釜底抽薪的解決問題。

本案既然涉及憲法基本權利適用的「法益均衡問題」，為求「以理服人」，本席認為多數意見尚未盡說理之周延，強調財產權保障功

能將有限，重點應在強調祭祀公業的特殊性與一般社團不同，已經跡近宗教團體，理應享有最大的自治空間，以樹立差別待遇的正當性。同時多數意見在方法論上亦有嚴重之缺陷，爰提出協同意見，以填補此論理及方法論上尚有不足之憾。

一、方法論的疑慮

首先應當注意到本號解釋多數意見在方法論上不無可慮之處。這出現在解釋理由書第一段所敘及之：本件聲請人聲請釋憲解釋的標的乃「中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條」。然而司法院大法官審理案件法所許可之人民或法人聲請解釋是否有違憲之虞的對象，專指「法律或命令」（第五條第一項第二款）。顯然有極大的差異！

如果聲請的對象「不適格」，依同條第三項之規定，大法官對此聲請，應不受理。本號解釋亦有大法官同仁持此意見者，認為應駁回之，即本於此嚴格的程序要件之理由也。

實則，本院大法官審理案件時，特重程序要件之審查，此由每年聲請案中，出現幾乎壓倒性絕對多數案件會以「不受理」駁回的現象，即可得知矣。然而，本號解釋理由書第一段已明白提及此點，卻又例外許可之，其理由乃是：確定終局裁判既已援用系爭規定（本條例施行前已經存在之祭祀公業，其派下員依規約決定之）作為判決依據，實質上已經援用了該「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」之規定，便得以作為審查的依據。大法官這種擴張了法定審查標的規定之範圍，乃援引「實質適用論」，方得以避免本案應不受理的命運。這種援引，顯然不無誤解，可析述如下。

（一）援引「實質適用論」之不當

我國大法官在過去的釋憲實務中曾不乏出現援引「實質適用論」之例，並將之作為決定審查標的之依據。此理論內容為：只要確定終局判決所持的法律見解，可以推斷出源於某一個法規範之規定（不論是全部或部分源於之），皆可認

為終局裁判已實質上援用該法規範，即可取之為釋憲的標的。這種「實質適用論」，係論及審判依據的法理關聯，採「真實主義」，不拘泥於是否援用相同或相當的文句，可以避免終局裁判有意無意規避將來成為釋憲標的，而不明白道及其所依據之法規範，而釋憲機關若亦持「形式依據論」時，將使該法規範不會成為釋憲標的，使釋憲機制架空，而有「見樹不見林」的弊病（見本院釋字第三九九、六一四及七一三號解釋）。

然而採用這種實質審查論之時機，必須是確定終局裁判形式上與實質上所呈現出判決依據之法規範，有不一致或不明之處，才有勞動用大法官「尋找」確定判決所「實質依循」的規範。倘若由確定終局裁判已明白顯現出其所依循的規範，即無庸援引「實質適用論」。

反觀本案，確定終局裁判所論究者的規範對象，即是「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」的具體內容，而予以「文義解釋」認定聲請人屬於女系子孫，為該條所不許擔任派下員，本意並無不合。故該條規定，不僅是確定判決的形式適用，也是實質適用。即使釋憲聲請書已明指該判決所依據的章程第四條，所為文義解釋不當，且違反最高法院民庭之決議，而有違反平等原則。因此，都明指同一條款，何庸再援引「實質適用論」？

其次，與「實質適用論」頗有類似之處，亦為大法官擴張釋憲標的者，乃「重要關聯理論」。這是指大法官審理釋憲權之標的，非僅以聲請書所指明者為限，且包含審理案件「須援引為審判基礎之法律」，並與聲請人聲請解釋憲法之法律，具有重要關聯性，或與原因案件相關聯之法條，而應一併審查者，皆可列為審查的對象（釋字第四四五、六六四、七〇三及七〇九號解釋）。大法官特別在釋字第四四五號解釋，對此一突破舊有已經形式化與僵硬化之「釋憲標的論」，

有重大價值的理論，予以深入的論述，值得特別重視之。

然而，這種重要關聯理論，所延伸到的成為大法官審查的法規範，只是突破當事人形式所聲請解釋的標的而言。這是因為聲請人未必是憲法專家，不能夠深入了解聲請案件所涉及的法理，以及闡釋相關法條必須一併審查其他相關的法規範，方得獲得周延的法理依據。

即使透過大法官援引重要關聯理論，成為其審查對象，仍必須「適格」，即必須仍是「法律或命令」，雖然實務上對上述作為判決或論理依據的命令，已採實質論，包括判例、最高法院民刑庭會議之決議、行政法院庭長法官聯席會議之決定、行政函釋等皆可納入之，但無論如何都具有公權力法規範之性質，而不及於人民間的契約規定—如本案聲請標的之個別祭祀公業規約。

因此，本號解釋多數意見在理由書第一段將確定終局裁判實質與形式援引的規定—即「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」，認定為「主要判決基礎」，即不能夠援引「實質適用論」，作為擴張釋憲標的的理由；而該祭祀公業規約，又非適格之法規範，亦不得作為「重要關聯理論」之對象，而成為大法官擴張釋憲之依據。

本號解釋理由書第一段顯然對於大法官放鬆嚴格要件審查之論據，究採實質適用論，或是重要關聯理論，以及援引此兩種理論都有值得商酌之處，如何自圓其說？皆未有詳細的說明。鑑於大法官援引實質適用論或重要關聯理論，雖為裁量權，但既然是對嚴格的釋憲程序要件所為例外性之擴張，大法官即負有仔細說明之義務，以維護權限分際之憲法原則（註一）。

（二）未涉及「對第三者效力理論」之問題

多數意見在理由書中驟然將私人法律關係的依據—呂萬春祭祀公業管理章程第四條納入審查範圍，已經牴觸了大

法官違憲審查乃抽象法規審查，不應及於私人的法律關係之中，否則容易跨界到「認事用法」或「判決憲法訴願」的領域（註二）。以大法官一貫的審理成例，此類聲請亦會駁回之。本號解釋理由書此段敘述，已經踏入接近此危險的一大步。

其次，本號解釋直接討論此法律關係有無牴觸憲法平等權的原則，無異是討論到憲法基本權利的規定能否直接適用到私人的法律關係之中。已觸及了學界爭議長達半個世紀以上，有關憲法的基本人權規定，能否在私人法律關係中產生直接的拘束力，而無庸透過特別立法的規定，而法官亦可直接引用之，作為裁判的依據，此即為所謂的「對第三者效力」(Die Drittwirkung)的問題，只是多數意見未體認而已。

這是一個早已討論到「汗牛充棟」程度的老問題，歐美實務界也累積了許多的案例。其主要的分歧點已經不在於基本人權的原則在私人關係中有無拘束力或規範力的問題（所謂「否認說」），亦即私人契約中完全否認基本人權存在的空間，已不復存在！所差異之處乃是如何援引基本人權的問題，亦即：基本人權的理念如何「進入」到私人法律關係之間的問題。在此即產生了「直接適用論」，以及須透過媒介條款的「間接論」。而歐美學術界與實務界多半主張「間接適用論」，我國學界也泰半如此。

主張「直接適用論」者，認為基本人權乃最高位階的法律，可以在私人法律關係間適用之，私人契約不得援引私法自治與契約自由來對抗之。不僅當事人，甚且法官都可以援引這些人權來對抗之。因此工作契約內不得限制宗教自由、平等權、言論自由以及侵犯人性尊嚴等原則。這種直接論者立意雖佳，但忽略了基本權利的規定乃單純與單方面的宣示，但民事關係中的複雜度使得現代國家人際間的權利權衡，多半屬於其基本權利間的衝突，情況是多面性。需要高

度的專業判斷，以為法益之權衡。在法治國家尊重法律安定性，此一任務宜交由立法者承擔，即立法者必須承擔起「法益權衡」的立法責任，避免造成法秩序的分崩離析。

所以「間接適用論者」之所以獲得歐美國家學界與實務界多數見解的支持，便是務實的承認民事關係的複雜度，不能夠單靠一方的人權訴求即可解決。同樣的，為了保障個人人格的自由發展，使得行為自由與財產自由能發揮最大的功能，人民只要本於自由意志，即應儘量尊重私法自治與契約自由。為此，個人犧牲其部分人權與自由，乃事理之當然。

況且，私法自治與契約自由，也同是憲法（第二十二條）所肯認的基本人權，與一般個別基本權利享有同樣憲法保障的位階。因此，在個別法律關係產生有過度侵犯人權時，可以認屬於權利之濫用、違反公序良俗，現行民法規定已有相關的衡平機制，來糾正這些濫用私法自治與契約自由的行徑。至於有無達到此種權利濫用以及牴觸公序良俗的程度，何妨交由對之較有專業訓練的法官來判斷，更能夠符合私法自治的原則，也加強了這些民法概括條款，特別是有民法「帝王條款」桂冠之譽的誠信原則（民法第一百四十八條）及公序良俗之規定，能夠積極發揮護衛基本人權理念的功能（註三）！

我國大法官過去的解釋一直沒有觸碰此理論，然而在理由書第一段將私人法律關係作為審查標的，復論及基本人權的男女平等原則，並未在該法律關係中受到侵犯，顯然已將此原則納入審查後才得到此結論。但本席認為，這些都是「表面現象」多數意見並未真正的將該私人的法律關係，即呂萬春管理章程第四條的內容加以檢驗。也未將男女平等原則「如何適用」在私人的法律關係中加以描述。對此，可再說明如下：

1. 對於呂萬春管理章程第四條的內容為何？本號解釋多數

意見中，完全未轉載其內容任何一款。多數意見理由書所討論的都是祭祀公業條例第四條第一項之規定，絲毫不言及該管理章程。只要詳觀釋憲聲請書與確定判決所引該項規定即可得知，章程的內容完全不同於該法律之規定。故本號解釋未審及原因案件的法律關係，即談不上哪一個基本人權有適用在原因案件的問題。

2. 多數意見表面上通過平等權的檢驗，實質上未進行上述檢驗，已於前述。然多數意見的不違憲結論，乃尊重私法自治與契約自由，與主張「間接適用論」同一法理，是否說明了本號解釋多數意見採納間接適用論？

誠然，論者或許會有：何妨透過本號解釋，大法官正式承認「對第三者效力理論」當採「間接適用論」，亦有助於我國憲法法理的澄清？

但本號解釋未具備利用此間接論澄清此憲法議題的條件：在確定判決中，法院、聲請人都未提及法律關係所繫之祭祀公業章程，有牴觸公序良俗或權利濫用之嫌。質言之，在整個法律訴訟中都未設想到援引概括條款的問題，倘若聲請人曾引概括條款，且要求容納相關之憲法原則，而為確定裁判所否准，則更可成為大法官解釋澄清此議題的良機。然而，本號解釋原因案件卻未產生此爭議。在大法官審理案件之成例，聲請人如冒然援引確定裁判對此種概括條款的法律見解為違憲時，極有可能遭到本院以「確定終局裁判未援引該條規定為判決理由」為由，而以不受理駁回之。

3. 本號解釋多數意見既然指明對相關之祭祀公業章程規定進行審查，同時也未實質進行基本人權有無適用在個案的法律關係之上，也未能稱上援用「間接適用論」來澄清「第三者效力理論」的問題。反而在整個多數意見中所作出的「不違反男女平等」的結論，乃是針對祭祀公業條例第四

條第一項的條文所作出的審查結果。就此審查標的之適格性而言，並無問題。至於該條文應否作為本號解釋的釋憲標的？釋憲聲請書雖然並未挑戰其合憲性，而單就其祭祀公業之相關章程合憲性提起釋憲，然大法官此時便可以認定：我國祭祀公業的法制規範，便是採行男系子孫為派下員的原則，個別規約如有排除此現象，便無牴觸男女平等之虞，即無產生違憲爭議；如未排除即有產生應予澄清是否違憲之必要。如無規定時，現行法律如何規定？目前偏向排除女系子孫是否造成違憲的後果，亦屬於整個祭祀公業派下員資格是否牴觸憲法男女平等的原則，大法官可援引「重要關聯理論」，將祭祀公業條例第四條之整個規範納入在審查範圍之內（註四）。然而，多數意見實質上納入審查之，但未言其理由，恐怕亦是未體認其援引個別法律關係之章程乃不妥之舉也！

綜上所述，理由書第一段將私人關係的「祭祀公業呂萬春管理章程第四條」納入本號解釋的審查範圍，不僅名實不符，反而引發其他不必要的爭議，應當刪除之，反而應當增加敘述，明示「重要關聯理論」，將祭祀公業條例第四條全部之規定納入在審查範圍之內，即可詳盡的就男系子孫方可為派下員是否違反男女平等為充分的討論。

二、本案法益保障的重點

（一）法益的衡量

本號解釋多數意見是以維護祭祀公業設立人及其子孫的結社與財產處分行為，可以包括在憲法所保障的結社自由（第十四條）、財產權（第十五條）、契約自由及私法自治（第二十二條）。

而在法益權衡的另一邊，則是男女平等原則（憲法第七條）及特別強調賦予國家積極排除歧視婦女現象的「國家保障婦女」之義務（增修條文第十條第六項）。尤其是，許多

訴諸私法自治或是契約自由的條款，以及以習慣作為法源的案例，都會隨著時代的腳步而遭到淘汰的命運。就以系爭案件為例，祭祀公業「只限男系子孫」方得為派下員之制度，乃淵源於傳統民俗，然此民俗是否如「違憲論」所指稱之屬於過去歧視婦女陋習之根源，可稱之為「封建遺俗」，早已與我國憲法所基之根本原則，且與世界思潮所違背（如多數意見理由書第三段所引之「聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約」），而應在民法相關編中，例如繼承編（例如女子不得繼承遺產，或不得與男系子孫平分遺產）、親屬編（例如男子可多妻、子女強制冠夫姓），加以修正或廢止。因此對於祭祀公業派下權「獨尊男性」的見解，似乎與上述歧視女性之舊制思維一脈相承，理應納入違憲之林云云。

面對「違憲論」如此凌厲的攻勢，來權衡天平的兩邊份量，即可看出憲法增修條文所課予國家應善盡排除歧視婦女現象的義務條款份量之重，當可壓過憲法泛泛保障的結社、財產及契約自由等。與之相抗衡的「合憲論」者，有何妙方來說服國民？

特別是關於違反平等權的檢驗密度，涉及到立法者採行差別待遇的自由度問題，對持「違憲論」者，更是一大「利多」的依據。

一般平等權的侵犯與否，如採中度或輕度審查者，恆以差別待遇屬於立法者形成權的範圍之內。只要立法者出於公益的考量，且此公益與差別待遇間有「實質關聯性」，即可認為不屬於立法者的「恣意」，而可獲得「差別待遇正當性」的合憲結論。

反之，如果立法者政策形成權的範圍越小，或是最容易造成侵犯平等權的危險，以及已經存在歧視的現象，而國家有義務根除時，此時立法者的裁量權萎縮，差別待遇的審查

密度便提高，此時差別待遇的「公益需求」的「質與量」也跟著提高，惟有壓過差別待遇所帶來的負面危害，方可以承認之。就以此嚴格的審查標準而言，以美國與德國聯邦憲法法院近年來的案件為例，涉及到性別、種族、宗教等因素所形成的差別待遇，皆以此種嚴格審查標準為之。例如以德國聯邦憲法法院近年來審理平等權的標準時，即以差別待遇是以「事件」或是「人」的區別作為差別待遇之界定，區分為嚴格審查—以「人」為適用對象而有差別待遇；反之，以「事件」為差別待遇之分時，則採寬鬆的審查標準。本席在釋字第六八二號解釋不同意見書、第七一二號解釋部分不同意見書已經特別指出這種解釋密度的趨勢。

故本號解釋多數意見，必須要在系爭規定所維護的法益部分，強調其具有極高度的公益價值，方足充分的正當性，以肯認其有繼續維持此「男系子孫」擔任派下員資格的舊制矣！

（二）祭祀公業的特殊性價值

本席認為本號解釋應當將論理重心置於「祭祀公業」的特殊性之上，若捨之而不為，僅泛泛強調私法自治、契約自由及保障財產權，正是陷入「授人以柄」作為攻擊自己弱點的危機！

按每個基本人權發生衝突的案例(Kollision der Grundrechte)，都是兩方基本人權間的權衡問題，這涉及到雙方人權種類的不同；甚至屬於同一種人權，但卻屬於性質不同的人權。因此，人權是一個概括名詞，各種人權間及同種人權間，還可以有各種不同的性質界分，顯示出法治國家保障人權體制的複雜性，及人民享受人權種類的多樣性。

人權衝突的解決之方，便是要區分其不同屬性，再依其法益的重要性，排列出其特殊性而在憲法上可以享受保護強度的層次。

就以保障人民的言論自由權而言，政治性言論的法益重要性，便超過商業性言論（釋字第四一四號解釋參照）。同樣的在結社權中，一般性質的結社權可受到一般法律的拘束，審查密度可以寬鬆為之。但如政治性結社的政黨，由於關涉到民主政治的運作，維繫法治國家的屬性，其任務之大，對政黨的保護，即比一般人民的結社自由來得嚴密。最明顯的莫如對政黨的解散，不可類似一般結社，由行政處分為之，再由一般法院審理其救濟程序即可，必須提升到「政黨違憲審判」的層次，由大法官組成憲法法庭，並以嚴格的程序（類似宣告法律違憲的投票門檻），方得宣布解散此一人民之政治結社，因此憲法學上也稱之為「政黨特權」(Das Parteienprivileg)（註五）。但也不至於被認定為牴觸憲法第七條所規定的「政黨」平等原則（無分是否有政黨隸屬，或有隸屬何政黨之別的平等）。

再以人民行使宗教性質的結社權而言，其受到國家保障的自治範圍，還高於政黨之上。例如，政黨的內部運作，所謂的「黨內民主程序」，都可以受到國家公權力依法的介入，所謂的「政黨自治」在憲法學中，並無太大的價值，且鑑於過去歐美不少國家產生極端政黨的前車之鑑，國家更應想方設法約束「政黨自治」，使其回歸民主與透明化。

但宗教性社團則不然，其組成與運作，已經構成宗教自由不可或缺的前提要件。宗教團體如何進行組織、會員資格與義務、教義的闡釋、儀式的進行等，國家法律應保障其享有最大的自治權限，其自治範圍之強，已非援引契約自由或私法自治所可比，而提升到最嚴格憲法保障的層次。就此而言，個別基本人權的規定，並非當然可以強制進入到此些宗教團體之內而適用之。例如，不能援引男女平等之原則，作為限制此宗教運作的理由。最明顯的例子，莫如回教之教長（阿訇）與天主教之神甫與主教等職務，教規向來規定只許

由男性出任；同時不少清真寺也只供男性信徒參拜，而排斥婦女的行使宗教權利等……，都是男女差別待遇的例證，國家豈能用男女平等為由，強制天主教與回教的神職人員開放女性擔任之？一般社團的領導職務必須依民主方式選舉產生，佛教的住持、天主教的主教、基督教派的長老，是否也非透過信徒選舉產生，方符合信徒平等的原則？同樣的，佛教及天主教自可採行「單身條款」，規定僧尼及神職人員必須獨身，否則會被逐出教門；反之，一般民間企業即不可於聘僱契約中規定此種條款（註六），避免對結婚之國民造成歧視。可見得一般社團與宗教團體對於男女平等原則的適用，即可有不同也。

這也就涉及了我國大法官所一再宣稱之：憲法的平等原則並非「機械性的平等」，立法者只要有正當的理由為差別待遇，大法官經過檢驗後，肯認差別待遇具有高度的公益理由，即可不被認為是歧視也（本院釋字第六九六、七一九、七二二及七二七號解釋參照）。

因此，本席之所以採取贊同多數意見的見解，乃是肯認我國社會對於祖先的祭祀，已經類同宗教信仰，甚至有過之而無不及，即使是無任何宗教信仰之國民，亦皆有崇拜祖先的習慣與儀禮。顯示「祖先崇拜」的重要性與普遍性不亞於「宗教崇拜」。

這種將祖宗提升到神明的程度，亦即相信列祖列宗神明有庇祐後代的神力，如同「祖宗神格化」（註七），更可看出我國人的崇拜祖先已經可以跨入憲法宗教自由的保障領域，從而享有類同檢驗宗教自由限制的嚴格標準。因此，祭祀公業已近於宗教團體，方可導出國家必須給予最大的尊重其規約自治的結論。

祭祀公業規約既然是國民為了維繫其與後代子孫血脈與家庭姓氏相傳，所訂定的「家訓」，其本只有約束自家子

弟的初衷，也是標標準準人民的「家務事」，既無教導後代子孫為非作歹，也沒有拘束本家以外其他家族子弟的效力。更何況各種章程不同，非所有男系子孫皆可為派下員，如果男系子孫一旦易他姓，亦不可為派下員！而後代子孫恪遵此由「家訓」遞升成為的「祖訓」，而祭祀之，已類似宗教團體，只是祭拜對象不同罷了，但期待庇佑之情並無不同，故應如同宗教內部享有高度的自治權限，國家公權力應給予最大的尊重，不予干涉，特別是援引平等權原則來強迫或禁止之。

因此我國祖先崇拜的神聖性既然已經上升到類似宗教，且並非為民眾所惡，且與公共利益有違之「非善良風俗」，則如同國家對於宗教團體的自治應當給予最高度的尊重，也同樣的必須施於祭祀公業的內部規範之上。因此，此結社權的特殊性即足以合理化系爭規定的差別待遇。

（三）財產權保障並非主導本號解釋的主要考量

多數意見雖然也認為「合憲論」乃基於保障祭祀公業設立人的財產處分行為，乃憲法保障人民財產權的結果。此立論固然並非「言而無據」，但並不足作為支撐合憲論的主要依據（註八），可析言如下：

1. 可源於財產權保障之理由—財產權的「私使用性原則」

憲法保障人民擁有財產權，可發揮在「制度性保障」之上。所謂的制度性保障乃是課予立法者必須在立法上尊重人民基本權的基本價值，不至於形成紙上人權。在財產權方面，則是「私使用性原則」(Die Privatnützigkeit)的實踐。這是指人民對財產權的標的，擁有完全依其意志使用、收益，及其他形成之權利，國家不得剝奪之。因此，立法者不可制定稅率過高的稅法，讓人民的收入幾乎都被稅收所掏空；國家應實施財產自由之體制（私有制），不得大幅度實施限制工商發展投資，而形成社會主義的經濟

體制（即公有制）……，都是此原則的制度性保障所然（註九）。

作為財產權的擁有者，可以自由處分財產。家長要將財產給與外人亦可，要給兒子，不給女兒，亦非法所不許。此時不得援引男女平等，請求法院撤銷家長之贈與。這種承認財產權人擁有處分財產之自由權限，又可透過私法自治與契約自由形成整個法治國家的自由財產與交易之法律秩序，其功能之大，構成憲法保障財產權的主要功能（註十）。祭祀公業既然是財產所有權人對其財產的處分，自應尊重贈與者的自由意志，承認乃其財產權的使用範圍。

2. 遺囑自由亦為憲法保障之人權

上述財產權人的「私使用性原則」，亦可以延伸到所有權人亡故之後。其生前意志所為之決定，應有繼續受到法律保障的功能，以維護法律安定性。其中對於財產部分的決定（遺產），有所謂的「遺囑自由」(Testierfreiheit)，也是可以列入憲法財產權保障的範疇。

不似其他國家之憲法（例如，德國威瑪共和國憲法第一百五十三條；德國基本法第十四條），我國憲法雖未明言規定，然大法官在釋字第六六八號解釋提及遺囑之制，但可惜未提升到憲法保障的層次。本號解釋可說已經接觸此問題，因為原因案件涉及到派下員的資格有無，可以影響其分配財產的利益，而發生爭論也。

而財產權的制度性保障，與遺囑自由權之保障（遺產保障）聯結在一起，可防止立法者為追求社會正義，消除「含金湯匙出生」帶來不勞而獲的社會不公現象，動輒採行高額度的遺產稅制度，進一步掏空了立遺囑人一輩子財富的累積（註十一）。這種完全尊重財產權人對其財產的處置權利，則與立法者的公共利益裁量有密切關係，除了遺產稅外，遺產贈送對象的選擇自由度，也可由立法者限

制之（註十二）。完全強調生前贈與自由度應當延伸至死後的遺產分配之法制者，自然不能贊同有所謂的「特留分」之制。試問，當遺產所有人（例如父親）對其所不喜與認為未善盡孝順責任之子女，只要彼等未達到法定剝奪繼承資格的程度，卻在死後仍可強制獲得分配遺產，即使與其本意完全相牴觸亦然，即已牴觸了財產權利「私使用性原則」矣。就此而言，特留分之制雖有保護我國「倫常」之公益價值，但常常反其道，無助於善良倫常之維繫與保障財產權的旨意，是仍有未合也。

但無論如何，本號解釋所涉及的後代子孫財產權侵害的問題，只是可能的不利益之一，因為不一定每個祭祀公業都有財產收益的問題。其次，如涉及繼承問題，早在遺產分配那一代人已完成分配，其他繼承人的後代子孫似乎無再對該遺產有請求分配之權。更何況每一個祭祀公業對於派下員的資格，可以有各種分配方式，不一定非採平均分配不可，例如，本號解釋的呂萬春祭祀公業管理規約，便規定由派下男系子孫推選一名派下員代表，其他有權繼承者再分配可能獲得的財產利益。因此，各祭祀公業的規約中可以呈現各式各類的財產利益分配規則，國家也應尊重其處置也。

3. 不足作為主導合憲論的缺點—立法者擁有極大的形成空間

不論是基於憲法財產權保障或遺產自由權所根源的「私使用性原則」，都有一個嚴重的缺憾以致於不能夠有效地對抗系爭規定「違憲論」者—便是涉及財產權的保障時，憲法賦予立法者有太大的形成空間。首先，在受到憲法財產權保障的範圍—即財產權的內容，本即有賴立法者來判斷，從而何種標的可以成為憲法財產權的保障內容，何者不可（例如禁制品、犯罪所得），立法者都有形成權

限。再如人民擁有一塊土地，所有權的內容可分為被列為建築用地、或列為山坡保育地，而不得建築，即屬於由各種法律來界定該財產內容的多寡與價值之典型例子。

其次，如同其他基本人權都必須受到公共利益的限制，在財產權方面，更因為財產權負有社會義務，個人的行使財產權利必須同時有利於公共利益，這也形成了立法者藉以型塑財產權內容的重要考量。國家任務的增加，也反映在法律對人民財產權的保障與限制愈來愈多樣與複雜之上。同時，過去自由法治國時代強調人民可以儘量利用契約自由與私法自治來充分行使財產權的階段，早已過去。從而立法者要加強社會公益來限制人民的財產權行使。因此，現代社會正義與公共利益之理念，所針對者正是對財產權人權利不可濫用的行為之上。

故立法者對財產權保障的界限擁有強大形成的權限，而釋憲機關對於立法所為之財產權限制的公益密度，恆以寬鬆的審查基準為之，僅有在涉及到剝奪財產權的案例（例如公用徵收），才會採行嚴格的審查標準。因此，對比釋憲審查基準對侵犯男女平等所援用的嚴格審查標準，訴請財產權保障的力道上，即有所不足矣！

三、結論—莫使「民德歸厚」的制度變成「民怨沸騰」的根源

不可諱言，本號解釋的確是觸及到憲法人權理念的神經線：傳統祭祀制度與姓氏血脈的連續VS.我國憲法世界潮流所推動的男女平等原則，兩者發生嚴重的衝撞。多數意見所認可的傳統見解合理化目前所採行的差別待遇，肯認傳統制度與見解的公益價值，足以凌越女系子孫享有參與祭祀公業所帶來的利益（包括財產利益在內）。這也是符合目前大多數國民之「民之所好」！在絕大多數祭祀公業成員的「法感情」(Rechtgefühle)中，由男系子孫一脈相傳來祭祀之，正符合祖先的期待。也寓有避免影響嫁出去的女系子孫祭祀夫家祖先的習慣之意！

按我國臺灣素來是以民風淳厚與保存中華傳統文化最完整而自豪。當年開臺先民，莫不手捧祖先牌位，九死一生橫越臺灣海峽黑水溝，而後在臺灣開枝散葉。人人莫不期盼祖先的庇蔭與賜福，當是臺灣先民奮鬥的主要精神力量。因此民間崇拜祖先之風，遍及全臺。就以日本據臺初期（一九０七年）的統計，全臺共有二二、一九九個祭祀公業；直到日本據臺後期（一九三五年），也還有一０、六六七個祭祀公業。到目前為止，據內政部統計亦仍有八千餘個之多，光擁有土地即達六萬四千餘筆（註十三）。可見得祭祀公業是深入臺灣民間各個角落的民間團體。

而祭祀公業的派下員資格，在上述由二萬餘家的高峰，演變到目前的八千餘家，幾乎都將男系子孫作為派下員資格的認定標準。顯見這種認知男系子孫方能接續姓氏香火，保持祖先祭祀血脈不致中斷的普遍性，並不是一家一族的偏見，反而是主流的全體共識！這種長達數百年的傳統，且迭經清朝、日本殖民政權以及我國法制的承認，都已經具有習慣法的地位矣！

為此，本席想起德國十九世紀最偉大的法學家薩維尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861)曾經大力主張，不能隨便見獵心喜於某些法理或外國的立法例，便匆匆忙忙的移植立法。必須根源於民眾的信仰與道德，才能夠使一個法律規定順利的成長與生存，故提出一句名言：

「法律首先是靠著風俗與國民信仰，而後靠著法學將之形成習慣法，這些都是如同國家內部寧靜孕育的力量，而不是僅靠著立法者的恣意而存在！（註十四）」

本席認為薩維尼大師此一句話，也應適用在祭祀公業的法制存廢與更易的問題之上。

本號解釋在達成大法官共識的過程，迭經正反意見的折衝，顯示出要否突破祭祀公業法制數百年成例的價值判斷之複雜性，遠非其他涉及人民結社權的案例可比。人數僅有十五位大法官的法理見解與價值觀就已分歧如此，又何況整個社會與民眾對

此制度更易的判斷與堅持乎？本席以為，這正是立法者，包括其他諸如政黨或民間團體，要來進行整合與統一國民意志之工作。一步步推動男女平權的全面實現，俾能符合世界潮流，作為努力的方向。就此而言，本號解釋多數意見在理由書第三段已經提到了祭祀公業條例第四條第二項以下，已經許可了女性子孫能夠出任派下員的資格；同法第五條也規定本條例施行後祭祀公業派下員發生繼承事實時，應以共同承擔祭祀者，即繼承人為派下員。顯示出立法者已經局部的強制祭祀公業應許可女系子孫加入祭祀公業，減緩差別待遇之考量（註十五）。

故倘立法者與其他政黨與社會團體，繼續本此方向，努力宣揚與鼓吹此種「新思潮」，促使所有現存祭祀公業主動修改其規約，假以時日，應當會有更多的祭祀公業歡迎女系子孫的加入。就以著名的英國聖公會(Church of England)為例，自十六世紀亨利八世創立以來，五百年間其聖職人員(牧師及主教)都由男性擔任。最後也終於順應民間及信徒要求，於一九九四年開放女生擔任牧師，今年(二０一五年)一月出現第一位女性主教(註十六)。天主教近年來要求開放婦女擔任聖職人員（神甫）的呼聲也日益高漲，遲早也可望步入聖公會之後塵矣。

如果吾人不採此溫和之途徑，而要一蹴可及地強制全體祭祀公業修改規約。一旦又有財產利益在焉，更會增加加入公業的動機。可以想像，各祭祀公業必須重新計算、徵集已出嫁之女系親屬名單，賦予派下員資格，全臺八千餘個祭祀公業想必都人仰馬翻，將引發不知多少的困擾與民怨！

子曰：「慎終追遠，民德歸厚矣」，祭祀公業之制度乃是崇尚民俗、使民德歸厚之制，如果卻揠苗助長，導致民怨沸騰之制，豈是明智之舉乎？本號解釋多數意見幸未採此種「猛藥」，當可慶也！

註一：可參見優遇大法官徐璧湖，釋憲實務有關「重要關聯性理論」之研析，刊載：月旦法學雜誌，第 228 期，2014 年 5 月，第

74 頁以下。

註二：例如，聲請人一再援引該呂萬春管理章程第 4 條的規定：「登記在案的派下員亡故時，其直屬有權繼承人，公推一名為代表繼任派下員，惟依政府有關規定，凡女子無宗嗣繼承權。」聲請人的先生即入贅，孩子亦冠母姓。同時依習慣其夫當可為派下員，且援引最高法院 70 年度第 22 次民庭決議：「奉祀本家祖先之女子及生子從母姓，均有祭祀公業繼承權」為由，同時也主張其早已有奉祀本家祖先之事實，包括修築墳墓之支出及負責祭祀、有香火牌的繼承事實等，認定確定判決違法，同時也爭議該章程第 4 條所謂「惟依政府有關規定，凡女子無宗嗣繼承權」乃保留政府有關規定是否開放女子有宗嗣繼承權的「可能性」（如同類似判例的該最高法院 70 年度的民庭決議）。然而，確定終局判決，卻認定該章程第四條的文義乃完全排除女系子孫的繼承權。本號解釋若將該管理章程第 4 條的內容加以審查，似乎便應對上述章程的文義、相關的最高法院 70 年度的民庭決議及確定判決是否一致加以審查，此即跨入了確定終局裁判是否有認事用法不當的問題，也屬於「裁判憲法訴願」的範疇也。這也和我國大法官釋憲權僅及於抽象法規審查並不相符也。

註三：關於此憲法學上重要的爭論，可參見，陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，刊載：憲法基本權利之基本理論（下冊），第 57 頁以下，元照出版社，2002 年 7 月，五版二刷。

註四：因為由解釋文一開始即提及：系爭規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」並未以性別為認定派下員之標準。似乎表明未牴觸平等權的問題，本號解釋即可能作為不受理而駁回，因為按大法官一貫審理的成例，既然系爭規定未強制排除女子擔任派下員，如有其他的祭祀公業之規約許可女子擔任派下員，亦非系爭規定所不許也。故原因案件的規約是否符合平等權的問題，乃認事用法之判斷，不涉及系爭規

定也。但解釋文接著敘及「雖相關規約因循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，……」，本號解釋方就此是否牴觸男女平等的問題進行審查而作出不違憲的結論。由解釋文前面提到的「系爭規定並未以性別為認定派下員之標準」，而後段又提到「實務上相關的規約都以排除女子為派下員……」且作為審查標的，而此正是祭祀公業條例第 4 條第一項後段「無規約或規約未規定者」的規範內容，大法官將之延伸為審查標的。須知此情形正是原因案件所截然不同—因為祭祀公業呂萬春管理章程第 4 條對派下員的規定已經有明白規定，且確定終局裁判並未援引此條規範。再依大法官一貫審理成例，對此規範提出釋憲聲請，也會以「確定終局裁判未適用該條文」為由，予以不受理駁回之。因此，為了填補系爭規定及祭祀公業條例第 4 條所構建實務上排斥女子擔任派下員之制度是否合憲之間的空檔，使之成為大法官釋憲的標的，大法官即可引用重要關聯理論來延伸其審查標的之範圍也。

註五：參見本席在釋字第 721 號解釋之協同意見書；可參見陳新民，憲法學釋論，修正 7 版，民國 100 年，第 211 頁。

註六：我國過去經常發生對受僱人強迫簽訂「單身條款」或「禁孕條款」之情事，但自從性別工作平等法制定後（91.01.16），第 11 條第 2 項明白規定：「工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。」同條第 3 項也規定：「違反前二項規定，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」，已將此陋習根除矣。可參見陳新民，憲法學釋論，修正 7 版，民國 100 年，第 156 頁。

註七：遙想基督教最初引進我國時，便認為中國人崇拜祖先，即與基督教所宣揚的「一神教」教義有違，必須放棄祖先崇拜後，方可成為基督教信徒。此種見解嚴重牴觸中國人的信仰，不利宣

揚基督教，教廷被迫承認中國人祖先崇拜不算「多神論」，才開啓了基督教在中國的傳教大門。

註八：學者陳昭如教授也認為祭祀公業派下員的資格繼承與西方個人財產所規定的財產繼承性質並不相同。祭祀公業條例第 4 條與第 5 條財產與宗祧繼承的分化，也是當初立法者所刻意設計的結果也。可參見陳昭如，有拜有保佑？—從最高法院九十二年度台上字第一二八０號判決論女性的祭祀公業派下資格，月旦法學雜誌，第 115 期，2004 年 12 月，第 261 頁。

註九：Peter. Budura, Staatsrecht, 5 Aufl., 2011, C.84

註十：關於財產權的制度性保障，可參見，陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載：憲法基本權利之基本理論（上冊），第 286 頁以下。

註十一：可參見本席在釋字第 668 號解釋之不同意見書。

註十二：Peter. Badura, aaO. C.88.

註十三：參見內政部函，民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函。

註十四：Fritjof Haft, Aus der Waagschale der Justitia, 3 Aufl., 2001, S.158; 中譯本可參照：蔡震榮、鄭善印、周慶東（譯），正義女神的天平，元照出版公司，2009 年，136 頁。

註十五：立法院各政黨委員已有數個修改系爭規定之提案，將派下員的資格由男系子孫方得擔任的規定刪除，改為所有子女皆可擔任。雖然何時完成立法尚不可知，但立法院已經走出修法的一大步，確是令人樂見其成的改革。見立法院總字第 1224 號，提案第 13104 號、14745 號、15037 號及 15681 號。

註十六：即 1 月 26 日冊封為斯托克波特主教(Bishop of Stockport)的蓮恩主教(Libby Lane)，她是 1994 年出任第一批的女性牧師之一。聖公會目前約有三分之一的牧師為女性。目前散布在全球 165 個國家的聖公會已出現 20 餘位女主教。但非洲地區仍拒絕由女性擔任。當然反對意見仍強，認為耶穌的十二位門

徒皆為男性，顯見耶穌不欲女子為其門徒也。有改革必有反彈，蓮恩出任主教之舉引發不少教徒及牧師轉而改信天主教及擔任神甫職務。但此改革全由英國聖公會自行決定，國家未給予絲毫的干涉。見ＲＩＴ中央廣播電臺新聞 http://news.rti.org.tw/news/newsSubject/?recordId=653 ， 2015 年 3 月 19 日。

協同意見書　　大法官湯德宗　提出

本案符合司法院大法官審理案件法（下稱「案件法」）第五條第一項第二款（註一）所定程序要件，本席贊成受理，但論理與解釋理由書第一段不同；本席並贊同本號解釋之審查結論—祭祀公業條例第四條第一項前段尚不違反憲法第七條之平等原則，但論證方式與解釋理由書第二段迥異。爰提出協同意見書如后，期提供另類思考，強化本號解釋之說服力。

本號解釋所涉核心問題，一言以蔽之，即祭祀公業條例是否已善盡國家之基本權保護義務（註二），而非是否過度侵害（限制）人民之基本權。是本件審查之重點應在於祭祀公業條例相關規定對於憲法「人民之權利義務」章整體所表彰之基本權客觀規範（尤其是男女平等之基本價值）是否（及如何）「保護不足」，而非是否（及如何）「過度限制」人民於憲法所保障之自由權（防禦權）或平等權。（註三）換言之，本案乃本院首次正面面對的所謂「不足禁止」(Untermaßverbot)案件，而非前此常見的所謂「過度禁止」(Übermaßverbot)案件！奈何通過之解釋文與解釋理由書未能分辨此一本質差異，仍因循「禁止過度侵害」之舊軌立論，致方柄圓鑿，論理曖昧。

一、本件何以應予受理？

聲請本院解釋憲法之案件，無論其所涉議題在憲法上如何重要，依照「先程序、後實體」之原則，皆須符合「案件法」所定要件，始得受理。解釋理由書第一段明白指出：本案確定終局判決（最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決）所引據之

「祭祀公業呂萬春管理章程」並非案件法第五條第一項第二款所稱之「法律或命令」，原不得據以聲請解釋。惟，多數意見以為：「確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定…為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據上開司法院大法官審理案件法規定聲請解釋…應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的」。

上述說法係由聲請人聲請解釋之法律依據（案件法第五條第一項第二款），推論聲請人真正希望本院解釋之標的乃確定終局裁判實際上所適用之「主要判決基礎」（祭祀公業條例第四條第一項前段）。如上論述至少需先檢視聲請人聲請解釋之「法律依據」為何，次需審究確定終局裁判實際上之法律依據（所謂「主要之判決基礎」）為何，始能認定聲請解釋之標的。如此迂迴的論證無非在顯示：本院憲法解釋之標的必屬「客觀上應可認係聲請人有意聲請解釋者」。反之，如客觀上無從認係聲請人有意聲請解釋者，即不能成為本院解釋之標的。

惟如上論述恐已悖離本院解釋先例。按本院至遲於八十七年一月九日公布之釋字第四四五號解釋已明白釋示：「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有無牴觸憲法情事而為審理。……以上僅就本院解釋中擇其數則而為例示，足以說明大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限」。換言之，抽象審查與個案裁判之性質不同，並非採嚴格之當事人主義，本院認定釋憲標的從來不受聲請人聲請意旨之拘束！

祭祀公業「管理章程」確非確定終局判決所適用之「法律或命令」，然確定終局判決所以援引該管理章程作成裁判，實由於祭祀公業條例第四條第一項前段規定（「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」）之結果。是為裁判國家關於祭祀公業之規範，是否已善盡其保護憲法所定男女平權價值之義

務，自須以祭祀公業條例第四條第一項前段之規定為起點。祭祀公業條例第四條第一項前段爰屬與該具體事件（原因案件）相關聯（註四）且必要之法條，應列為本案解釋之標的。

二、本件解釋標的應如何界定？

究前揭解釋理由書第一段所以必捨「重要關聯性理論」不用，另創「客觀認定聲請人真意」說，殆囿於「禁止過度侵害」之思維，恐審查失焦，乃執意限縮審查標的為「祭祀公業條例第四條第一項前段」。惟，審查「不足禁止」案件與審查「過度禁止」者不同，大法官須全盤審視相關規定以判斷國家對於人民基本權客觀秩序之保護是否尚有不足，庶幾可免以偏蓋全，俾謹守權力分立、相互制衡之原則，優先尊重立法裁量，免貽「法官治國」之譏。

準此，本席以為，本案至少應將祭祀公業條例第四條全文與第五條一併納入解釋範圍，列為系爭規定：

「第四條

本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。（以上第一項）

派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。（以上第二項）

派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：

一、經派下現員三分之二以上書面同意。

二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。（以上第三項）

第五條

本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承

事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」

本席之所以贊同多數通過之審查結論，認「祭祀公業條例第四條第一項前段尚不違反憲法平等原則」，主要係鑑於同條例第五條已明定：該條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員，不再分別男女，業已符合男女平權之要求。其次係鑑於同條例第四條第二項與第三項規定，對於該條例施行前已存在，而無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業，並規定於一定條件下，女子亦得為派下員，要已竭力貫徹男女平權之基本價值。反之，如該條例僅有第四條第一項前段之規定，而無第五條之規定，本席將認定國家並未善盡基本權保護義務！

三、系爭規定何以為合憲？

然，前揭祭祀公業條例第四條及第五條之規定何以尚屬合憲，仍需有正面之論理。

按本案涉及至少三項基本價值：法律不溯既往原則、私法自治原則、男女平等原則。且此三項基本原則間，並無絕對之優先順序，此與德國「墮胎合法化違憲案」（墮胎案 I）（墮胎案 I）（註五）中所涉（胎兒之）「生命權」及以之為基礎之「人性尊嚴」乃絕對優先於其他價值（如母親之隱私）者不同。次按憲法所規定的各種人民權利（基本權）除為人民對抗國家之（主觀）防禦權外，人民權利章整體也體現了一種客觀的價值秩序。該客觀價值秩序作為憲法的基本決定，對於所有的法領域皆有適用，並為立法、行政與司法提供指導與動力。（註六）基本權作為客觀的基本規範（基本的價值決定），除要求國家公權力之行使應消極地避免侵害人民之基本權外，並要求國家應積極地採取措施，防止權利主體遭受來自於第三人之侵害（是即國家之基本權保護義務）。（註七）然，要求國家不得過度「侵害」（限制）人民之基本權（所謂「過度禁止」），與要求國家善盡「保護」人民基本權之義務，使免於遭受第三人之侵害（所謂「不足禁止」），兩者具

有根本的結構差異。蓋「過度禁止」旨在禁止國家為「任何」過當之侵害行為，「不足禁止」則在課予國家採取「某種」適當之保護措施（含規範行為與事實行為）之義務，後者必含有裁量之空間。（註八）再按，基於「功能最適」的考慮，國家之基本權保護義務「首先」（或「主要」或「原則上）應由立法部門負擔—於各個法律中調和多元社會中的利益衝突，妥為規範；（註九）僅當立法者全然未採取任何保護作為，或其所為之利益衡量顯然失當時，司法者始應介入補漏。（註十）本此理解，本號解釋原應坦然說明：立法者於各種不同規範情境下（例如在祭祀公業條例施行前、後），就前述三項相互衝突的基本價值所為之權衡（調和），是否顯然失當？詎解釋理由書第二段閃爍其詞、不明就理。

質言之，立法者就「系爭規定」所為之價值權衡大致為：

1. 祭祀公業條例施行前：「法律不溯既往原則」優先於「男女平等原則」（如第四條）；祭祀公業條例施行後，因不涉法律不溯既往原則，則以「男女平等原則」優先（如第五條）。
2. 該條例施行前，又以「規約」之有無，區分為兩種情形：
   2.1 有規約者「依規約」，意即「私法自治原則」應優先於「男女平等原則」（如第四條第一項）；
   2.2 無規約或規約未規定者，於一定條件下，女性亦得成為派下員，意即「男女平等原則」有條件地優先於「私法自治原則」（如第四條第二、三項）。

如上規定體系井然，應認為立法者業已努力調和三種相互衝突之基本價值，謀求彼此間最大程度之實現。本院爰應予尊重，並釋示「系爭規定」與憲法尚無牴觸。

四、應如何檢討改進？

基於前述說明，系爭規定所為之價值權衡要屬合理，應予尊重，故本號解釋僅溫和提示：有關機關「應視社會變遷情形，適時檢討改進」。例如前揭系爭規定第四條第二、三項所定派下之

女子、養女、贅婿亦得成為派下員之條件，應隨時代變遷，酌予放寬。

本件堪稱本院首次正面審查「不足禁止」案件，無解釋先例可供參考，屬於困難案件(hard cases)。雖論理未臻理想，能邁出艱困的第一步，仍值肯定。

註一：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款：「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」。

註二：關於國家之基本權保護義務，參見吳庚，《憲法理論與政府體制》，頁 120～125（103 年 9 月）；張嘉尹，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，《當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 29～70（91 年 7 月）；李建良，〈德國基本權理論攬要－兼談對臺灣的影響〉，月旦法學教室第 100 期，頁 38～50（100 年 2 月）；陳愛娥，「基本權作為客觀法規範－以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題」，《憲法解釋之理論與實務》第二輯，頁 235～272（89 年 8 月）。

註三：祭祀公業條例第四條第一項規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」。所謂「依規約定之」，與其說牽強地說是國家以法律「侵害」人民之平等權，不如平實地問：上開規定對於「私法自治」是否太過「尊重」，從而猶未善盡國家關於憲法平等原則之保護義務？

註四：本院解釋先例所謂「重要關聯」，內容不盡相同。或指與「原因案件具體事件」相關聯者（如釋字第四四五號解釋），或指與「原因案件之裁判」相關聯者（如釋字第五三五號解釋），或指與「聲請釋憲之法律」相關聯者（如釋字第六六四號解釋）。

釋字第四四五號解釋理由書第七段謂：「本件聲請人因違

反集會遊行法案件，經台灣高等法院八十三年度上易字第五二七八號刑事判決以犯集會遊行法第二十九條之罪處以刑罰，因認其於憲法第十四條規定所保障之集會自由遭受不法侵害，對於確定判決所適用集會遊行法以不確定法律概念賦予警察機關事前抑制與禁止集會、遊行，發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。查聲請人所以受刑事法院判以罪刑，雖係因舉行室外集會、遊行未依集會遊行法第九條第一項規定於六日前向主管機關申請，致未獲許可，竟引導車隊及群眾遊行，經主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行，經制止而不遵從，為其原因事實，其牽涉之問題實係集會遊行法第八條第一項前段規定室外集會、遊行應向主管機關申請許可及相關規定是否牴觸憲法所發生之疑義，殊難僅就同法第九條第一項所定申請期限是否違憲一事為論斷。從而本件解釋應就集會遊行法所採室外集會、遊行應經事前申請許可之制度是否有牴觸憲法之疑義而為審理」。大法官卒就集會遊行法相關條文（含該法第八條第一項及第十一條各款）進行審查，作成解釋。

釋字第五三五號解釋理由書第一段謂：「所謂裁判所適用之法律或命令，係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象。就本聲請案所涉之刑事判決而論，聲請人（即該刑事判決之被告）是否成立於公務員依法執行職務時當場侮辱罪，係以該受侮辱之公務員當時是否依法執行職務為前提，是該判決認定其係依法執行職務所依據之法律—警察勤務條例相關規定，即與該判決有重要關聯性，而得為聲請釋憲之客體」。

釋字第六六四號解釋理由書第一段謂：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，顯然於該案件之裁判結果有影響者，各級法院得以之為

先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九0號解釋闡釋甚明。本院審查之對象，非僅以聲請書明指者為限，且包含案件審理須援引為裁判基礎之法律，並與聲請人聲請釋憲之法律具有重要關聯者在內。本件聲請人於審理案件時，認其所應適用之少年事件處理法第三條第二款第三目規定有違憲疑義，聲請本院解釋，符合聲請解釋之要件，應予受理。又同法第二十六條第二款規定，少年法院認有必要時得以裁定命少年收容於少年觀護所，第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育，均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定而進行少年事件處理程序時，所須適用之後續處置規定，與第三條第二款第三目規定有重要關聯，均得為本院審查之對象，應一併納入解釋範圍」。

註五：BverfGE, 39, 1。並參見 DONALD P KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 336-348 (1997)；陳英淙，〈由德國聯邦憲法法院之判決（BVerfGE 88, 203）探討墮胎合法化問題〉，《憲政時代》，第 28 卷第 1 期，頁 66-88（91 年 7 月）。

註六：BVerfGE 39, 1 (41); 7, 198 (205)。

註七：參見釋字第四00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）；釋字第四四五號解釋（國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行）。

註八：Robert Alexy, Theorie der Grundrechte 420f. (1994).

註九：BverfGE 39, 1 (42, 44); 46, 160 (164).

註十：參見本席釋字第七０九號解釋「協同暨部分不同意見書」（壹、四）。

部分協同部分不同意見書　　大法官陳碧玉　提出

本件多數意見認為：「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」之見解敬表贊同。惟對於理由陳述認有補充之處，對於本案於程序上是否受理則有不同意見，爰提出部分協同意見、部分不同意見如下：

一、本件聲請與大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，應不受理

原因案件兩造當事人因其等被繼承人於中華民國八十九年八月二日死亡，發生派下權及派下權益分配金爭議而提起確認派下權存在、確認權益分配金請求權存在事件，因認確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程（下稱管理章程）第四條規定，有違反憲法第七條平等原則之疑義，聲請解釋。然當事人並未就祭祀公業條例第四條第一項前段（下稱系爭規定）聲請解釋，本案於程序審查上，因該管理章程並非司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款所稱之法律或命令，不得為聲請憲法解釋之客體，本案即應不予受理。惟多數意見以：「惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會

議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的」，而受理本案之聲請。

果爾，爾後人民聲請解釋之案件，因都是依據大審法規定為聲請，其解釋客體，即得由大法官會議依確定終局判決所適用之法令而逕為認定，無待當事人之聲請。本席以為，聲請解釋之客體，仍應由聲請人於聲請書中指明違憲之法令，並就該法令有如何違憲之處為具體指摘，始符大審法規定之要件。又與聲請解釋客體有重要關聯性之法令，始得併為審查。本件聲請解釋之客體（即管理章程），既非大審法所稱之法律或命令，本不得為解釋，自亦無重要關聯性之適用。是本案將聲請人所未聲請之系爭規定作為解釋之客體，與司法被動原則有違，礙難贊同。

二、祭祀公業之設立、規約之訂定與修正為派下員組成私法法人（團體）之自由權與財產處分權之行使，基於私法自治原則應予保障

1.憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由等（本院釋字第六四四號解釋理由書參照）。又人民生前對其財產有自由處分權，除該財產因歸扣規定而屬於遺產受有特留分之限制外，其處分權為憲法第十五條所保障。

2.台灣之祭祀公業是以祭祀祖先及結合同姓同宗之親屬為目的而設置之獨立財產。祭祀公業之設立人及其繼承人稱為派下，為公業團體之社員，對於公業有一定之權利義務。原則上祭祀公業之設立人及其繼承人全部均得為派下，但得依各公業之規約或習慣限制之。設立人及其繼承人以外之人不得為派下（註一）。再者，祭祀公業由同「姓氏」者擔負祭祀責任。此觀養子、未出嫁之女子、養女，以及招贅婚之女子，因保有其「姓氏」而例外地得為派下員之規約或習慣即可得知，並不以血緣、男性為必要。從而女子所生之男性子孫，縱有血緣關係，然因非同「姓氏」而不得為派下員。此派下權之繼承，在於貫

徹祭祀同宗同族祖先之目的，而已婚女子習慣上冠夫姓，祭拜夫家祖先，所生子女從父姓，而被排除為本身家族祭祀公業之派下員。並非單純男女「性別」平等之問題。

3.祭祀公業均於憲法、民法之制定前所設立，自西元一九二三年一月一日起台灣並無新設立之祭祀公業（註二），迄今已逾九十年。實務見解乃認為：祭祀公業係於民法施行於台灣前依習慣法設立、活動，則依該習慣，祭祀公業之繼承係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從母姓），向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產。民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。（註三）又按祭祀公業規約為全體派下員多數意思表示趨於一致而成立之法律行為（共同行為或合同行為），除有違反強制或禁止規定或有背於公共秩序或善良風俗外，有拘束該祭祀公業全體派下員之效力。規約明定派下員之繼承，用以確保祭祀公業之存續、目的之達成，為結社自由權應予保障之範疇。

綜上，祭祀公業派下員資格之限制，係依規約定之，而規約以「同宗同姓」作為派下員資格之要件，為憲法第十四條結社自由所保障，系爭規定僅明定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」係對於結社自由之尊重，並未限制設立人及其為派下員之繼承人之結社自由權或財產處分權，即無是否妥當、是否恣意之問題。

三、私法自治之保障與調和—於繼承事實發生時因規約約定不能成為派下員之民法規定之繼承人，例如派下員之女子、養女或其等男女子孫，不得主張其受憲法保障之平等權受侵害

1.基於私法自治，作為民事主體者可以依照自己的意思表示形成私法上權利義務關係，包括權利義務關係的確定、變更與終止。人民依自己的理性判斷，管理自己的事物，在遵行強行法之原則下，應予承認其應有之法律效力。然而於私人往來關係

間，得否主張基本權受侵害，此乃基本權第三人效力之問題。基本權原則上是用以拘束國家公權力對人民之侵害，如何適用到私人間之關係，學說及實務容有不同見解。

2.惟本席以為，私人間契約自由原則為私法自治之體現，應予以尊重，不能以平等原則作為締約強制之基礎，亦不能以凡觸及他人基本權利者，即必然構成侵權行為。於單方行為例如遺囑，因遺囑自由為私法自治之重要內容，遺囑人於不違反特留分規定之範圍內，以遺囑處分其財產，縱違反男女平等原則或不合比例限制繼承人之其他基本權利，亦不能率以違背公序良俗視之（註四）。

3.是否得因繼承而成為祭祀公業派下員，事涉設立人及已成祭祀公業派下員子孫之結社自由權與財產處分權，屬私法自治原則之範疇。由於不能以平等原則作為強制他方締約之基礎，亦不能以財產之處分違反平等原則，而認為違反強制禁止規定，則因規約約定而被排除為派下員之繼承人，不得主張該規約違反憲法第七條平等原則。

綜上，祭祀公業規約係設立人或其繼承派下子孫基於意思表示所為之私法上結社及財產處分行為，以規約定其派下員，基於私法自治原則，除有違反強制禁止規定之情形，應有其法律效力，而無基本權第三人效力之適用。被排除為派下員之繼承人，自不得主張規約與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女性子孫之財產權。

四、祭祀公業條例第四條第一項後段規定與憲法第七條平等原則之意旨不符

如前所述，規約為設立人或其為派下員之子孫基於意思表示之合致而成立，此私法上法律行為，有拘束全體派下員之效力，因係單純之民事行為，無基本權第三人效力之適用。惟民事立法為國家公權力之行使，屬公法關係範疇，應為憲法權利效力直接所及，其內容如構成對憲法權利的侵害，且違反比例原則或平等

原則，應屬無效（註五）。祭祀公業條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」以性別為認定派下員之基準，限制女系子孫成為派下員，形成男女之差別待遇，與憲法第七條平等原則之意旨不符。

五、祭祀公業條例第五條規定與私法自治原則之調和

祭祀公業條例第五條：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」明定納入女性派下員之時間點為祭祀公業條例施行後發生繼承事實時（註六），且一體適用於有規約與無規約之祭祀公業（註七）。是本條例施行後，派下員發生繼承事實時，以民法繼承人之身分及共同承擔祭祀為條件，定祭祀公業派下員，且未履行祭祀義務之派下員，不問性別將被排除為派下員（註八）。上開規定固為主管機關與立法機關兼顧憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則所為派下員認定制度之改變，但此規定適用於有規約之祭祀公業時，是否與私法自治原則相牴觸，仍有待進一步之探討。

註一：台灣民事習慣調查報告，法務部編定，第六版，2004 年 7 月，頁 737、782、783。

註二：同註 1，頁 747。大正十一年敕令第四０七號令，自大正十二年一月一日，日本民法施行於台灣之日起，習慣上之祭祀公業不得新設。台灣光復後亦未新設祭祀公業（內政部 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號復本院函參照）

註三：最高法院 70 年 10 月 27 日第 22 次民事庭會議決議及司法院院字第 647 號、第 895 號及第 405 號解釋參照。

註四：許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第 9 期，2003 年 7 月，頁 64-69。

註五：蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於當代公法理論：翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集，1993 年 5 月，頁 171。

註六：祭祀公業條例第五條立法理由參照：「基於民法規定男女繼承

權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利，爰規定本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」

註七：內政部 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函參照。

註八：內政部 98 年 4 月 16 日內授中字第 0980032164 號及 98 年 3 月 2 日內授中字第 0980720054 號函參照。

不同意見書　　大法官李震山　提出

祭祀公業的形成，大多由子孫捐獻、集資購置或以分家產時預留的田產等，作為祭祀團體的財產，並以其收益提供祭祀祖先所需的費用。其建置與運作，本係親屬間慎終追遠、敬祖睦親的倫理道德私領域行為，國家應儘可能保持中立並尊重其自治。惟民國九十六年底所制定公布的祭祀公業條例（下稱本條例），除在「孝道發揚」、「宗族傳統延續」的「共同承擔祭祀」之立法目的外，以地籍清理為重點，大量融入國家管理之公共性規範內容，而具濃厚增進公益之目的。更重要的是，本條例順應民法揚棄以男性為中心的宗祧繼承規範，於第五條中將性別平等的基本權利效力引入私人與私人關係間，主動破除「既屬私法自治範圍，即不生違反平等原則」之迷思。縱於此情形下，本件解釋仍僅以「原則上應尊重私法自治」為前提，並加上「為維護法秩序之安定」的概括說辭，試圖淡化性別平等原則的適用，再據以審查本條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定），並獲得合憲的結論。該釋憲的結果，導致既存祭祀公業之「原始規約」，縱然於認定派下員資格存在男女不平等之要求，國家仍無限期予以容忍，亦即國家就「無分男女在法律上一律平等」、「維護婦女之人格尊嚴」、「消除性別歧視」及「促進兩性地位之實質平等」之憲法要求（憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項規定參照），可以不必有任何作為義務，形同將該領域打造成銅牆鐵壁的「憲法外空間」。對此，本席礙難贊同，

爰提本意見書。

壹、對「私法自治」的尊重，並不等同於將私人間法律關係皆排除於「基本權利效力」之外

本條例第一條前段規定：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」，應是祭祀公業成立之初始目的，本不具有公共性。但祭祀公業派下員彼此間，長久以來就其公同共有財產之管理權、使用收益權、繼承權、派下義務等問題，屢生齟齬。且在性別平等意識漸受重視的催化下，益發使身分權與財產權彼此糾葛不清而複雜難解，經代代相傳進而成為影響土地經濟與利用的公共議題。本條例第一條後段規定：「為……健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益」，就成為公權力介入祭祀公業紛爭解決的法律上正當性基礎。基此，本條例除祭祀公業之申報、法人登記、新訂規約及其監督等公法規定外，並連結地籍清理相關規範而採「標售」與「囑託登記為國有」等具有濃厚公權力色彩的強制措施（本條例第五十條、第五十一條及第五十五條規定參照）。因此，系爭規定中祭祀公業派下員之規約，已非純屬自治或自律的私權範圍，其所衍生之相關爭議，自非僅以「私法自治，原則上應予尊重」，就可一語帶過，亦非僅得以私法爭訟方式解決。顯見本件解釋一廂情願的預設與命題，既不合時宜，又作繭自縛。

更關鍵的是，本條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」明白承認除第四條規定情形以外，本條例施行後之祭祀公業派下員資格，只以「共同承擔祭祀」為要件，既不能再以性別為門檻，且繼承人與被繼承人亦不必屬同一姓氏，將傳統依宗祧繼承歧視女性之習俗，排除在現代憲政秩序之外。這正意味著，基本權利的效力不應僅及於國家與人民間的雙面關係，而可由法律直接賦予所謂「基本權利的第三人效力」(Drittwirkung der Grundrechte) 。猶如勞資關係本屬私人關係，但

於勞動基準法及其相關法令規範下已非純私人間關係，無須再經由代表公益的法院以詮釋「公序良俗」、「誠實信用」等抽象概念為途徑，「間接」迂迴地展現平等權拘束私人間法律關係的效力。據此，祭祀公業派下員之爭議屬私法自治領域而不應生違反平等原則問題之認知，即可不攻自破。所餘的問題則是，何以容許同一規範（本條例）中併存兩種對立的憲政秩序。換言之，僅以「法律生效時點」及「有無規約」區隔，立法者就可築起一道高牆，一邊是性別平等的和諧空間，另一邊卻是完全剝奪女性參與空間的性別隔離狀態？釋憲者除「私法自治」外，是否再添加「法安定性」為理由，就可使牆內牆外互不得越雷池一步？

貳、「法安定性」並不能作為既有祭祀公業派下員資格認定時，不受平等原則拘束之當然理由

在臺灣這塊土地上，祭祀公業隨著漢人移入而開展，先民缺乏男女平權理念，應可以理解。但三十六年底施行的憲法，其第七條規定即已例示「男女在法律上一律平等」，該啼聲初試的「特別平等」保障，卻格於非常態憲政戒嚴體制，縱在一般公法領域都難以開展，遑論在與傳統文化、禮俗、儀典聯結甚深的祭祀公業領域。動員戡亂時期終止後的八十一年五月，憲法增修條文第十八條第四項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，……消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」（現列於第十條第六項規定），就憲法第七條的男女平權領域，已從形式上要求國家「不得恣意為無正當理由之差別待遇」，或要求涉及平等權之規範，「所採取之分類標準及差別待遇之手段與目的達成間，應有一定程度之關聯性」的消極階段，向前跨一大步，邁進了實質上課予國家積極保護義務的新階段。該憲法增修條文的內容，是否屬憲法第七條男女平等射程的保護範圍(Schutzbereich)而屬人民可請求的主觀公權利，如同本院釋字第四四五號解釋，將國家「應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」的積極義務納屬集會自由的保護範圍；抑或屬基本國策而僅得作

為督促國家之依據，並非人民可主動請求之事項；皆須從實質內容觀察。以基本國策的方針性內容要去證立憲法人權清單所無之基本權利，並非易事，例如：環境權、健康權、文化權、社會權、和平權、語言權或集體權等，其除須結合憲法第二十二條規定外，尚要經詳細論證，方具說服力。（註一）但若基本國策規定之內容已相當明確，且又與憲法列舉權有直接關係，又另當別論。就本件解釋而言，如果僅因「消除性別歧視」規定於基本國策，就認其非為憲法第七條之男女平權應有的主觀功能，而將之定位為客觀上僅得作為國家視能力而選擇性執行之依據時，憲法第七條男女平權的規定，豈不成為失去靈魂的軀殼，而「國家應促進兩性地位實質平等」，將流於口號。就如同人民不能要求國家「保護集會自由安全」，僅要求國家消極不侵害，集會自由又該如何保障？應放諸人民「私法自治」或自力救濟嗎？不論如何，在此時期，祭祀公業男女不平等的現象，依然故我而紋風不動。

隨著不分黨派、朝野或團體皆贊成將國際人權規範內國化作為國家施政重點，且付諸行動後，或才對祭祀公業中性別隔離產生春風解凍的效果，對本條例問世有促成之功效。緊接著九十八年制定「兩公約施行法」，於第二條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」當然包括性別平等。行政院並設性別平等處，於一００年十二月公布「性別平等政策綱領」，企圖將臺灣性別主流意識與國際接軌，邁向共治、共享、共贏的永續社會。（註二）一０一年一月一日又施行「消除對婦女一切形式歧視公約施行法」。（註三）在此風潮下，社會上呼籲保障變性、跨性及同性應得到法律公平對待之議論，亦已甚囂塵上，而系爭規定自公布迄今，又已過了七個年頭。

本條例制定時，男女平等或性別平等的憲法規範與理念，已伴行以男性為中心的祭祀公業逾一甲子，各種涉及性別平等的法律皆已陸續翻新，（註四）應已給予祭祀公業中男性祭祀人，有

足夠的時間與訊息，可以預期立法者會制定新的合乎憲法意旨的規範。此時，欲將不遵守平等原則所生「憲法層次」的法安定性問題，矮化為既有祭祀公業維護男性為主的「法律層次」的安定性問題，再將之收納入「私法自治」的黑箱裏，欲使之永不見天日，實已缺乏正當性與說服力。若再以法律不溯既往所生之法安定性，去維護已不太值得保護的男尊女卑價值及所衍生之財產利益，能用力的空間就更加有限。誠如本院有關夫妻財產制亦涉及傳統與現代對立爭議所作成的釋字第六二0號解釋就指出：「本院釋字第四一0號解釋已宣示男女平等原則，優先於財產權人之『信賴』」。此種立論，應能對習於沈溺在傳統既得利益而不能自拔，且慣以「法安定性」為盾牌者，產生振聾啟聵的效果才是！

參、系爭規定對祭祀公業既有規約中具性別歧視部分，並無任何改善或補救之機制與作為，實難通過平等原則的檢證

系爭規定外觀上並未以性別為分類，但代代相傳的祭祀公業定其派下員資格，不論依規約或習慣，大多以男性為中心而生差別待遇，乃共知的不爭事實，無須待執行上統計結果加以驗證。（註五）再從本條例整體觀察，系爭規定是面對過去，採保持既有狀況之既往不咎態度，因而選擇法安定性優於法正義的立法方式，自可避免衍生法律溯及既往之問題。反之，本條例第五條規定則是面對未來，選擇平權優於法安定的立法方式，將派下員認定納入性別平等、尊重婦女人格尊嚴的憲法正軌。該貌似兼顧傳統與現代的四平八穩立法模式，固然標誌著立法者曾經努力過的功績，但在價值互斥中所作出的選擇，反而形成同一憲法規範下，併存兩種既對立又平行的憲政秩序，行百里者半九十、功虧一簣。此種以法律生效時點作為貫徹憲法平等原則的「停損點」，以丟銅板式的「有無規約存在」要件，所形成前後差別待遇的合理性，以違憲審查者守護憲法的高度，若未追究該二分法的缺失，確未盡責。（註六）再查本院過去解釋先例，大多不認同前述立法態度，除針對實質上以「性別」作為分類標準之規範，違

憲審查不採寬鬆審查標準外，從憲法整全性及應與時俱進的活憲法觀點下，亦常展現在憲法臥榻之側，不能忍受與憲法原則有違的法律一直鼾睡之堅定立場。最後，從課予國家保護義務的立場，釋憲者不深究立法者刻意忽視性別歧視的不作為狀況，自行選擇遺忘，實非智舉。凡此，皆有再扼要敘明的必要。

一、祭祀公業既有規約之性別歧視尚未終結，立法者應在符合憲法男女平等要求下，以特別規定或過渡條款補救之

本院就類似「傳統與現代」爭論議題之解釋，不乏採堅持維護憲法原則與制度、不輕易向傳統低頭，但仍會另採補救措施的先例。就以針對有關學校職員須經國家考試及格方得任用所作成的釋字第二七八號及第四０五號解釋為例。該兩號解釋面對大量未具取得國家考試及格資格之教職員，非一昧尊重長期既存事實與法律關係，而將「法安定性」凌駕憲政制度上。換言之，前解釋不是使之「就地合法」，而是要求仍應遵守憲法第八十五條規定意旨，令其僅得在原學校服務，且要求考試院於過渡期間應為其等舉辦考試，不是任令違法狀態持續，而毫不作為。至於接續的後解釋，更是展現本院堅守憲法，審查「立法形成自由」界限的傑作。（註七）

再舉與本件性質更類似，係有關夫妻財產制所作成的釋字第四一０號及第六二０號解釋為例。釋字第四一０號解釋公布於民法親屬篇修正後，針對仍有未盡貫徹男女平等之民法規定為審查而指出：「由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。」此一具有「追溯」效力的解釋，的確造成「法律秩序」的不安定，但該解釋認為，縱然如此也不能為「法安定性」而「由夫繼續享有權利」，明白捍衛憲法原則優於法

安定性的精神。釋字第六二0號解釋就前述情形進一步闡明：「立法者即有義務另定特別規定，以限制新法於生效後之適用範圍，例如明定過渡條款，於新法生效施行後，適度排除或延緩新法對之適用（……），或採取其他合理之補救措施，如以法律明定新、舊法律應分段適用於同一構成要件事實等（……），惟其內容仍應符合比例原則與平等原則。」又，「至立法者如應設而未設『限制新法於生效後適用範圍之特別規定』，即過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，而顯然構成法律之漏洞者，基於憲法上信賴保護、比例原則或平等原則之要求，司法機關於法律容許漏洞補充之範圍內，即應考量如何補充合理之過渡條款，惟亦須符合以漏洞補充合理過渡條款之法理。」該解釋顯然不贊成，「過去是過去，現在是現在」粗糙的二分思維模式。

本條例第五條規定非屬前揭解釋所指之「特別規定」或「過渡條款」，而是系爭規定除外情形之「個別規定」。縱然如此，系爭規定針對過去發生，但現仍存在，尚未終結之事實或法律關係，並未依規範「不真正溯及既往」(unechte Rückwirkung)之慣有模式，制定特別或過渡規定，反而是完全維持既有祭祀規約的效力，有甚大的改進空間。對此，本件解釋未嚴正指出立法者仍有義務採取必要的補救措施(kompersatorische Maβnahme)，對照昔日之解釋，顯得保守有餘而成事不足。

二、系爭規定係以性別作為分類標準，若循本院歷來針對性別平等所堅持之較嚴格審查密度，實無法通過平等原則之審查

本院歷來審查以「性別」作為分類標準之規範，基於「非屬人力所得控制之生理狀況」及「弱勢之結構性地位」等理由，大多不採寬鬆審查標準。例如：有關監護權原則由父行使之釋字第三六五號解釋、有關妻以夫之住所為住所之釋字

第四五二號解釋、有關禁止榮民女兒繼承耕作之釋字第四五七號解釋、有關性交易只處罰性工作者之釋字第六六六號解釋，且皆宣告系爭規定違憲。準此，本件解釋並無不採較嚴格審查的特別正當理由，故系爭規定所追求的目的，不僅只是政府一般「正當利益」，尚應被要求為「重要利益」。而其所維護一部分人民既有權益的安定性固是政府「正當利益」，縱其所維護者卻是長期以來已被評價為「不良善的規約或習慣」所生的權益。然而，犧牲另外一部分人追求平等權的利益，其屬國家消除性別歧視維護憲政秩序的「重要利益」，故系爭規定追求單向之「法安定性」之立法目的，即非必然正當。此外，其所形成的男女差別待遇是否合理，本件解釋認為需視系爭規定採取的方式與手段是否「恣意」而定。若僅以「時間」及「有無規約」為區隔或區別的方法或手段，而未採取其他過渡性的措施，放任不良善的規約或習慣在既存祭祀公業中繼續有效，「平行時空」期間可延長至逾百年，實難以想像。這使本席聯想到美國聯邦最高法院曾針對種族爭議於一八九六年 Plessy v. Ferguson 案作過「隔離但平等」(separate but equal)（註八）的判決，而「隔離是真，平等是假」的事實成為後世話柄，其以「空間」作為隔離種族的手段，本件解釋則以「時間」為區隔性別的方法，對象雖有異，違反平等的本質則相同，此種方法與手段還能規避「恣意」的指摘嗎？

此外，本件解釋未附理由，就明快承認既有祭祀公業派下員（大多為男性）享有財產權、結社自由與契約自由，但完全未提及未列為派下員之女性，是否亦應享有該等基本權利。更有甚者，在未分別論及各項基本權利的保護範圍、限制要件及其在系爭規定之定位，亦未就差別待遇部分作進一步比較，就得到「是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條平等之意旨有違」的結論，完

全棄既存祭祀公業具有繼承關係現存女性之基本權利於不顧，何嘗不是另一種型態的「恣意」！在「尊重私法自治」與「維持法安定性」的唸唸有詞加持下，竟能產生如此大的能量，令本席感到相當的不安。

三、國家就傳統性別不平等之現象，負有匡正之保護義務，立法者就此不但怠於履行，又以系爭規定加以維護，並不足取

就前述立法「不作為」的行為，若因此出現一私人剝奪他私人主張基本權利的參與權或話語權，極易造成一方不在場的「強凌弱、眾暴寡」基本權利侵害情形，國家即有介入保護義務，並須評價所採取補救措施是否違反禁止保護不足(Untermaβverbot)原則。從基本權利功能理論觀點出發，憲法所保障的基本權利不僅建構出對抗國家的防禦權，同時也從基本權作為客觀價值決定或客觀法秩序，進而構成國家應積極保護基本權法益的義務，使之免於受到來自第三人的違法侵犯。至於國家保護是否足夠，行政權與立法權保有很大預測及形成空間，因此，司法於證立「禁止保護不足」原則時，須審慎地從應受憲法保障權利之性質，其所生危害之程度與風險，相應組織、制度、程序之設計，以及所採取保護措施的有效性等為綜合判斷（摘自本席釋字第六八九號解釋部分不同意見書）。而系爭規定若只是著眼於避免日後申報清理行政程序複雜及增加司法爭訟，而以尊重傳統或法安定性為擋箭牌，未設任何過渡補救措施，以消除性別歧視，不只是「保護不足」而是「完全不作為」，致剝奪女子派下權繼承之財產權，還能不被評價為「恣意」而構成平等原則的違反嗎？

綜上，針對此種未顧及憲法整全性、轉型正義、法體系正義與去脈絡化的鋸箭式立法，本件解釋毫未加以指摘，既與維護憲法平權精神背道而馳，亦將使立法者失去卸除傳統落伍包袱而再創新的動力。並形同鼓勵主管機關，過去的規

範縱然違反平等原則，為法安定性之故，皆可保持現狀，只要未來的規範合憲即可，是本席最引以為憂者！（註九）

肆、結語—剎那成為永恒

祭祀公業條例在調和傳統與現代的性別平等意識上，主管機關曾作出相當的努力，惜只顧及起、承、轉的階段上，卻在「合」的步驟上，未能接上憲政的常軌，而釋憲者又未能適時地協助挽回，頗為遺憾。為避免既存祭祀公業在既有規約效力範圍下，成為平等光輝永遠無法照射的陰暗面，亡羊補牢之計，建議主管機關或可比照本條例第七條、第十四條等規定，修法再設定過渡時間，至少應就現生存女性關係人繼承之方式與時點，另行斟酌設定實體與程序要件，讓繼承人中「願共同承擔祭祀」之女性皆有請求納入派下員之權，逾時未申請方視同放棄，以定紛止爭。（註十）

英格蘭著名詩人布雷克(William Blake, 1757-1827)有一首長詩名為「天真的預言」(Auguries of Innocence)，本意見書擬借其廣受傳誦詩首的前四句：「一顆沙裏看出一個世界，一朵野花裏一座天堂，把無限放在你的手掌上，永恒在一剎那裏收藏。」（註十一）作為隱喻。系爭規定像那顆沙般，能看出現實世界普遍存在的不平等歧視現象；本條例第五條規定也可如那朵野花，照應出眾生平等花團錦簇的天堂和諧景象；若當多數人能將有助於提昇人性尊嚴與幸福的平等權之「無限」或「無量」捧在掌上，動心轉念之際，剎那就有可能成為永恒。倡議積極保障人權者，究係引領人們通往和平之路的天使，或是率眾通往奴役之途的魔鬼，皆會因政治意識型態或憲政價值觀的不同，而有殊異的主張，從而形成個別不同的「永恒」確信。當在此叉路須選擇或判斷時，本席仍願相信，致力於使平等光輝普照人間各個角落，不分彼此，不問過去或未來，才能不自愧於良知。

註一：李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心》，元照，96 年，第 27-29 頁。

註二：行政院性別平等委員會，《性別平等政策綱領》，可尋於：http://www.gec.ey.gov.tw/Upload/RelFile/1120/598/eba37c86-aee1-4f70-b306-e0a4577769c2.pdf（最後瀏覽日期，104 年 3 月 18 日）。

註三：聯合國大會 1979 年 12 月 18 日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)第 2 條規定：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：…… (e)採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；(f)採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、習俗和慣例……。」同公約第 5 條亦規定：「締約各國應採取一切適當措施：(a)改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型所產生的偏見、習俗和一切其他做法……。」

註四：定有反歧視條款之法律，包括老人福利法、身心障礙者權益保障法、入出國及移民法、原住民族工作權保障法、性別平等教育法、精神衛生法、傳染病防治法、人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例、勞動基準法、性別工作平等法、就業服務法等。

註五：釋字第 666 號解釋針對外觀上並未以「性別」為分類之原社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：一、意圖得利與人姦、宿者。」於解釋理由書稱：「鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰」，指明該規定實質存在之性別歧視。本件解釋針對之系爭規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」情形完全相同。又緊接系爭規定，本條例第 4

條第 2 項與第 3 項規定，雖承襲傳統設有得由女子為派下員之規定，亦均係以派下員之性別為分類標準而形成差別待遇。第 2 項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」第 3 項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」

註六：識時務者，大多會以立法者對未來已願維護男女平權，已兼顧傳統秩序與現代思潮，並適度調和法安定與法正義，只是改革未一步到位。既已有所作為，基於尊重該立法形成自由，釋憲者應予支持。若是如此，法安定性就極易成為主管機關不願積極面對立法困境與不遵守憲法原則的託辭。

註七：釋字第 278 號解釋作成後，立法院違反解釋意旨，修法將未經國家考試及格之學校職員應「繼續在原校任職」改為「並得在各學校間調任」。經考試院再次聲請釋憲，本院作成釋字第 405 號解釋，宣告所修正之規定違憲，更突顯本院解釋堅持憲法原則與制度的態度，既能定紛止爭，又能爭取人民對司法的信賴。

註八：「隔離但平等」(separate but equal)為 Harlan 大法官批評多數意見之語。Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 552 (1896) (Harlan J., dissenting).

註九：其他的矛盾現象，例如本件解釋多數意見堅持「尊重私法自治與法安定性」優於性別平等。而本條例第五條規定的內容，如依多數意見之論理，可謂幾乎是完全不尊重私法自治與法安定性的立法產物，多數意見是否會認為該條規定具有牴觸本號解釋意旨之疑慮？

註十：類似問題同樣會發生於新訂規約的情形，相信主管機關已累積相當的解決經驗。依本條例第 14 條第 1 項規定：「祭祀公業無原始規約者，應自派下全員證明書核發之日起一年內，訂定其

規約。」內政部 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函謂：「祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定並報經受理機關備案之規約，其內容與該條例第 4 條規定不同者，優先適用規約規定辦理；與該條例第 5 條規定不同者，優先適用條例規定辦理，且須變更規約內容。」

註十一：“To see a World in a Grain of Sand, And a Heaven in a Wild Flower, Hold Infinity in the palm of your hand, And Eternity in an hour.” 譯者：梁宗岱。徐志摩則譯為：「一沙一世界，一花一天堂。無限掌中置，剎那成永恒。」

不同意見書　　大法官黃茂榮　提出

本號解釋多數意見認為：「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」，其中關於祭祀公業條例第四條第一項前段（下稱系爭規定），基於私法自治原則上應予以尊重之見解，本席敬表贊同。惟就多數意見認為系爭規定「尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子財產權」之結論，其論述在事實之認知及價值之判斷尚未盡妥切，爰提出不同意見書，敬供各界參考。

壹、引言

祭祀公業之設立，原係以祭祀祖先為目的。由設立人捐助財產，指定供祭祀祖先之用，對於祭祀公業財產之權利稱之為派下權，而繼承派下權之人是為派下員。

設立之目的既為祭祀祖先，因此，早期只有擔負祭祀任務之男性子孫，始有資格取得派下權，自有其道理；然因少子化之趨

勢，派下權人死亡時無男性子孫繼承派下權的情形漸成常態，又在此種情形下，少見為延續祭祀之目的，而透過收養找到合適之男性養子。所以，如在規約或法令上繼續執著於只有男性子孫始得充為派下員，已無實際意義；另一方面，按諸與祭祀公業有關之訴訟，其爭執已多集中於財產利益的繼受與分配，而少有關於祭祀活動之參與。要之，隨著祭祀公業之祭祀任務日益式微，而其財產分享或繼承利益之重要性則越來越高之社會變遷，早期規約、習慣及現行法令等應如何調整，以符合憲法第七條男女平等之思潮，並滿足活化祭祀公業財產之利用及定分止爭的規範需要，成為本件聲請案要思考、面對之問題。

貳、祭祀公業之規範基礎

祭祀公業雖為由來已久之私法制度，但關於其設立程序、規範內容等因為法律並未給予明文界定，而致實際上在必須為裁判時，有規約時，按規約；無規約時，按習慣論斷。後來雖有祭祀公業條例（96.12.12.制定公布全文）第四條規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）（第一項）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員（第二項）。派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過（第三項）。」核其規定內容，仍與以規約或習慣關於派下員之資格之約定或規定內容相當。是故，論諸實際，該條規定之意義僅在於將習慣內容以制定法的方式予以規範化，不再以習慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要。

至於本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，同條例第五條規定，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員（註一）。該條所稱繼承人當指繼承法所定「法定繼

承人」全體。在此意義下，關於祭祀公業派下員之「繼受」，已被界定為「繼承」，以設立人子孫的身分為認定派下員資格的基礎。至其關於「共同承擔祭祀」的要件，應理解為：繼承派下權之負擔。亦即本條例施行後，派下權之繼承為附負擔之繼承。不履行負擔，可能導致失權，但並不生法定繼承人因此當然喪失派下員資格的事由（民法第四百十二條參照）。

有疑問者為：第五條規定之適用對象是否含設立於本條例施行前已存在之祭祀公業。從該條之文義觀之，其對象應含本條例施行前已存在之祭祀公業。所以，依第五條前引規定，在規範的層次，不論祭祀公業設立於該條例施行前或施行後，只要其派下權之繼承事實發生在本條例施行後，關於其派下員資格之取得，已不再有男女不平等的疑義。至於派下權之繼承事實發生在本條例施行前者，其派下員資格之認定，因仍應依本條例第四條之規定，適用繼承事實發生時法，所以尚有男女不平等的情事。

參、祭祀公業設立行為之法律性質

關於設立人設立祭祀公業行為之性質，可能有幾種不同觀點：（一）信託說：即認為，在祭祀公業設有管理人時，祭祀公業之設立類似於信託。其中，祭祀公業之財產為信託財產，祭祀公業之設立人為信託人，管理人為受託人，派下權人為受益人。（二）贈與說：設立人對於其財產之處分為以派下員為受贈人之贈與行為。贈與人（設立人）之處分權不受限制。（三）繼承說：設立人於生前固得自由處分其財產，然其係以設立人死亡為要件者，其處分之財產將因設立人（被繼承人）之死亡而成為遺產。這時該處分行為應定性為書立遺囑之執行行為。

無論採信託說、贈與說抑或繼承說，設立人之行為均為對其私有財產之處分，屬設立人之私法自治行為。其中差異在於，採繼承說時，因有民法繼承篇關於特留分之強制規定，所以，設立人（被繼承人）應受該強制規定之限制，在不違反特留分規定之範圍內，始得以遺囑，自由處分遺產（民法第一千一百八十七條

參照（註二））。

肆、祭祀公業條例第四條第一項之探討

祭祀公業條例第四條第一項：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」按該條規定，祭祀公業派下員或派下權之規範基礎，視具體情形分別定之：當其有規約之規定者，為規約；當其無規約或規約未規定時，則依習慣或法令，以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員。

在有規約之情形，關於祭祀公業，特別是有關派下員及派下權之規範，應從私法自治原則出發，認識到，祭祀公業之規約如何訂定，係屬設立人關於其財產之私法自治權，原則上應尊重設立人所表示之意思，於例外情形，始受強制規定，諸如：民法第七十一條（違反強行法之效力）、第七十二條（違背公序良俗之效力）、第七十三條（不依法定方式之效力）等拘束。另外，當財產處分行為與繼承有關時，亦須受民法繼承篇關於特留分之限制，已如前述。然而在此，尚不當然得以男女平等原則為理由，限制設立人關於祭祀公業之設立及規約之訂定的自治權。

憲法第七條平等原則得否介入私法自治領域，直接限制設立人自由處分其私有財產之行為？此為憲法規定之第三人效力的問題。如採肯定說，肯認憲法規定對於私法關係之約定，有直接拘束力，則於憲法秩序下、規約之規範內容應符合憲法意旨；如採否定說，認為憲法關於基本權利之保障規定對於私法關係之約定，無直接拘束力，亦即無第三人效力(Drittwirkung)，則祭祀公業之設立人基於私法自治原則，就其捐助之祭祀公業的財產，所定規約內容無憲法平等權之適用餘地。

在無規約或規約未規定，以習慣或法令為有關派下員或派下權之規範內容時。縱使在大多數情形，依習慣或法令所導出之規範內容，與早期祭祀公業之規約通常的內容並無二致。其共同之特徵為，從祭祀目的出發，肯認僅男系子孫才有派下員資格。然

而，以習慣或法令為規範基礎，與前述以規約為規範基礎，所涉及之憲法上問題仍不相同。有規約時，基於私法自治原則，無違反憲法第七條平等原則致生違憲之問題；當無規約或規約未規定，而以習慣或法律為其規範基礎時，關於習慣，因涉及習慣所形成之法秩序，有因社會變遷而不再具有習慣法之地位；關於法令，有因其為國家之立法結果，而應受憲法第七條平等原則之規範。

伍、本件聲請案之審查標的

本件聲請案以系爭規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」為審查標的。然而系爭規定，以規約為其構成要件內容之一部分。此為一種空白授權。亦即必須將規約之內容與系爭規定相結合，始能成為具有完全規範內容之規定。

只就系爭規定之規範內容而論，除非以該規定因含空白授權，致其規範內容不明確為理由，認為當然違憲。否則，在其未與特定規約結合前，尚不具有可評斷其合憲或違憲之實質內容，因此無違憲與否的問題。至當其與規約結合後，應按其結合後之實質的規範內容，在法律的層次，評斷其是否違憲。這時，規約因已與系爭規定結合成系爭規定的一部分，而成為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律，可以引為釋憲解釋之審查標的。

若非如此，一則，因規約本身屬設立人處分其財產之私法約定，非大法官審理案件法第五條第一項第二款所定之法律或命令，自不得為憲法解釋之審查標的；二來，因系爭規定含空白授權，其本身因不含男女平等、財產權、結社自由之具體規範內容，故尚無對於派下員之認定限制的規範作用。從而也無，據憲法關於基本權利之保障，予以檢討之餘地。

關於本件聲請案之審查標的應有兩種作法，第一，將系爭規定與規約結合作為審查之標的，對於本條例施行前已存在之祭祀

公業，以其規約之約定，僅限男系子孫為派下員為理由，解釋其與憲法第七條關於男女平等之規定不符；第二，即現行多數意見所採之方式，僅以系爭規定為審查標的，不含限以男系子孫為派下員之規約補充空白授權部分。在此情形下，本席認為，合於邏輯之解釋結果應為：系爭規定與憲法第七條保障性別平等之意旨無涉，所以尚無探討憲法平等原則之必要。否則，依現行多數意見之結論，不免讓人產生系爭規定，究竟可能有何處應受憲法第七條平等權檢驗之疑惑。

陸、如何處理祭祀公業問題

祭祀公業條例第四條、第五條規定無法釐清現行實務上因祭祀公業派下權衍生之複雜問題。為符合社會變遷、男女平權思潮之想法，滿足定分止爭，活化祭祀公業財產之利用的規範需要，就祭祀公業問題之調整方向，提出意見如下：

首先，在定有規約之情形，應分二方面來看：第一、就祭祀公業條例施行後新設之祭祀公業，在尊重私法自治原則之基礎上，視規約之內容是否違反民法上強制規定或民法繼承篇關於特留分之規定，規整其規約之內容。另外，於派下權人發生繼承之事實時，先將之定性為法定繼承人對於該派下權之繼承，依民法繼承篇之規定加以規範，而後再輔以祭祀公業條例第五條規定，以共同承擔祭祀之繼承人列為派下員。如此，即不當然排除女子成為派下員之權利，又能維護為祭祀目的而設立祭祀公業之宗旨。第二，就祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，立於尊重私法自治原則、顧及法秩序之安定性之基礎上，固然不宜就先前既存之狀態加以變動，然而，在男女平權思潮高漲、祭祀功能式微之今日，非不得以情勢變更作為調整規約之正當理由，並對日後派下權之再繼承之法律關係予以界定。本席建議，在最近一層派下權人死亡時，應採派下權人與其法定繼承人間之繼承關係，而不採設立人與其隔代子孫之繼承關係，來認定派下權之取得，以避免因派下權人各房間衍生之子孫人數多寡有別，從而增減各

派下員之派下權對於祭祀公業財產之份額。如此，不僅有助於釐清各別派下員之派下權、活化祭祀公業財產之利用，並與民法繼承篇之規定相符。

其次，若祭祀公業設立時並無規約或規約未規定時，則無論是祭祀公業條例施行前已存在或施行後始新設之祭祀公業，有關其祭祀公業派下員資格之取得，均應直接依民法繼承篇之規定加以規範。蓋就施行前已存在之祭祀公業而言，過去基於習慣所形成之男系子孫始得為派下員之限制，在男女平權思潮底下，該習慣顯然不再具備成為習慣法所需具備之法的確信，從而有對其調整之正當性；就施行後始設立之祭祀公業而言，現行民法繼承篇之規定，對於被繼承人財產權行使的合理規範，得加以適用。

註一：祭祀公業條例第五條：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」

註二：民法第一一八七條：遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。

不同意見書　　大法官葉百修　提出

本件解釋涉及祭祀公業條例對於祭祀公業派下員認定方式之規範，是否有違憲法保障性別平等之意旨—從聲請受理程序要件之判斷，到實體憲法爭點所涉及如何認定間接歧視或實質不合理差別待遇之存在、立法者於立法之初是否即有歧視預設之惡意，乃至於憲法對於人民基本權利保障與社會傳統文化之衝突與調和等，均為本件解釋所應處理之重要憲法問題。惟多數意見未能站在本院解釋憲法的高度，先以限縮受理解釋之範圍迴避本件聲請法律規範適用的整體違憲疑義，再以未經深入論證的片面之詞，逕為合憲之說法，本席無法贊同，爰提出不同意見如后。

壹、程序部分

祭祀公業呂萬春派下員呂進榮育有三子七女，本件解釋聲請

人分別為其長女與孫。呂進榮死亡後確認派下員之繼承時，僅一子在世。依據祭祀公業呂萬春管理章程第四條前段之規定，女子無宗祠繼承權，是呂進榮死亡後，其派下員僅由其子呂學川繼承。聲請人不服而提起民事訴訟，案經最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決，以適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」（下稱系爭規定）為由，即認應依祭祀公業呂萬春管理章程第四條前段規定，排除聲請人繼承其父祖派下員之可能性，以無理由駁回而告確定。聲請人乃以最高法院上開確定終局判決所適用之祭祀公業呂萬春管理章程有牴觸憲法第七條保障平等權之疑義，聲請本院解釋憲法。

一、祭祀公業規約之性質，非單純私人間之合意可比，應可作為憲法解釋之標的

（一）憲法解釋之標的

按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民得向本院大法官聲請解釋憲法，須係「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。」是以本院解釋憲法之標的，依現行法制，僅限於法律與命令。本席曾於本院釋字第六七五號解釋提出之協同意見書中，肯認本院對於解釋憲法之標的範圍，逐漸擺脫僵硬的形式認定，而採取實質認定之立場；惟如此認定之前提，仍應具有一般拘束力之抽象規範之性質，始得進一步從寬認定本院解釋憲法之標的。

於本件解釋中，對於聲請人於聲請書中，僅係指摘祭祀公業呂萬春管理章程相關規定違憲，從形式意義而言，該管理章程性質上應屬私人間所為之契約，自應非具有一般拘束力之抽象規範，而得以從寬認定為本院解釋之標的；除非於採行憲法訴願制度之下，透過審查法

院裁判而進一步判斷之合憲性。

（二）祭祀公業規約已成為法律規範之內涵

然而，本件解釋與一般情形不同，關鍵在於系爭規定之法規範結構之影響。私人間之合意行為，固非本院解釋憲法之標的，但系爭規定透過法律承認祭祀公業規約之效力，其性質已非私人間單純之合約可比，應具有法律層次之規範效力。多數意見迴避這個問題，逕以確定終局判決係以「適用」系爭規定為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，並認為聲請人既然依據司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款聲請本院解釋，「應可認」係就系爭規定而為聲請，如此婉轉而曲折之解釋，原因無非是迴避系爭規定所稱之「規約」，避免產生介入審查規約之「個案判斷」。然而，假如將管理章程以系爭規定已納入法律規範架構之一部分，則實際上本院仍係審查「法律」，而非私人間之合意行為。如此解釋，方得進一步認定系爭規定究竟如何形成差別待遇，而有牴觸憲法第七條平等權保障之問題，否則系爭規定所稱「依規約」，充其量只是一種中性法律規範之文字描述，根本無法導出多數意見所稱「實質上」形成差別待遇之可能。因此，本席認為，本件解釋之審查標的，不管聲請人於聲請書中，是否僅就上開管理章程而為聲請，由於本院解釋憲法，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，歷來均認為不以聲請人聲請書所指稱者為限（本院釋字第四四五號、第五七六號、第六六四號、第七０三號解釋參照），而基於上開說明認定之結果，本件解釋所涉及之祭祀公業呂萬春管理章程，實際上因為系爭規定而成為其法律規範之一

部分，具有特定「法律上」之效力。而本件解釋所為審查之標的，即為連結祭祀公業呂萬春管理章程之具體內容而形成法院適用系爭規定之裁判基礎，自應為本院解釋憲法之標的。

二、多數意見未將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項、第三項及第五條等規定，以與系爭規定有重要關聯而納入本件解釋之解釋客體，為德不卒

（一）大法官解釋憲法之職責

由於多數意見一方面為迴避直接介入審查祭祀公業呂萬春管理章程之個案判斷之爭議，另一方面也透過將祭祀公業條例現行認定派下員整體制度予以切割，於本件解釋中僅就系爭規定加以審查。然而，於國家透過立法管理祭祀公業後，以祭祀公業條例所建構之管理規範，不僅系爭規定，而係包含祭祀公業條例第四條及第五條規定，將祭祀公業派下員之認定制度，以該條例施行前後分別適用第四條及第五條之規定。如前所述，本院解釋憲法之目的，兼具保障當事人之基本權利與闡明憲法真義以維護憲政秩序兩者，是以本件解釋單純切割祭祀公業條例就派下員認定制度之適用規範，一方面除未能保障當事人之基本權利，亦即聲請人之一實際上係派下員女系子孫招贅夫所生冠母性之男子，依據祭祀公業條例第四條第二項後段之規定，本應亦得為派下員，於本件解釋多數意見中，並未進一步審查其因為係女系子孫，完全適用系爭規定，而無繼承為派下員之可能性；另一方面，從祭祀公業條例第四條第一項後段，於無規約或規約為規定者，立法者逕以「派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」加以規範，亦足以認定系爭規定業已成為法律規範之內容，始進一步導出同項後段之規範。

（二）系爭規定與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項、第三項及第五條規定，其制度適用上具有重要關聯性，應一併納入審查

再者，祭祀公業條例第四條第二項及第三項規定，與第一項甚至與系爭規定及同項後段規定間之適用關係為何，亦涉及第四條規範就該條例施行前已存在之祭祀公業，如何認定其派下員之整體制度適用。簡言之，祭祀公業於該條例施行後，依據該條例第二章第六條以下之規定，均應辦理申報，而申報時即應附具原始規約，而無原始規約或其內容不完備者，依據該條例第十四條規定，於一定時間內訂定或變更，則依據該條例第四條第一項後段規定，於訂定或變更規約前，其派下員即以此為認定而為申報，相關機關核發派下全員證明書後，無論其規約如何訂定或變更，實際上均係以該條例第四條第一項後段為具體規範內容，進而成為系爭規定而加以適用，此其一。其次，該條例第四條第二項與第三項之規定，究竟是否受限於規約？亦即，於系爭規定適用規約後，有無同條第二項及第三項之適用可能？亦即第四條所建構的規約優先適用制度的「規約」，已經有某種特定文化傳統之預設，始有第四條適用之順序；再者，該條例第五條為調和「民法男女繼承權平等」，於該條例施行後，「祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗，排除女性繼承派下之權利」，則依據系爭規定，該條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之，然該條例第五條係以「發生繼承事實」作為認定派下員之標準，則有規約內容與該條例第五條所定以「共同承擔祭祀」兩者產生規範衝突之可能性（註一）。

是依據本院釋字第四四五號、第五八０號、第六六四號、第七０九號等歷來解釋之意旨，關於系爭規定所

涉及之祭祀公業派下員之認定，其適用上均與同項後段、同條第二項、第三項及第五條規定有重要關聯性，本席認為，均應一併納入本件解釋審查之標的。誠然，多數意見為避免招致擴充解釋或訴外裁判之非議，將本件解釋解釋標的限縮於系爭規定，卻因此見樹不見林，無法體察祭祀公業條例透過第四條及第五條規定所建構祭祀公業派下員認定標準，其所內涵之歧視與整體制度適用上之體系不正義，縱使多數意見已經察覺而透過系爭規定「實質上縱形成差別待遇」以及將祭祀公業條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條納入檢討修正之諭示，一方面凸顯對於審查標的之認定錯誤，將可能影響審查結果之判斷（例如本席於本院釋字第七二七號解釋所提出之不同意見書所稱），另一方面更加證明系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二、三項與第五條之適用上，具有重要關聯性。

貳、實體部分

一、祭祀公業派下權兼具身分權及財產權之性質

（一）派下員與派下權

本件解釋多數意見係以聲請人之財產權之保障，與憲法平等原則有無牴觸而構成侵害，即本件解釋所涉及之憲法基本權利，為聲請人之財產權。依據祭祀公業條例第一條規定，該條例之立法目的，在於「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理，促進土地利用，增進公共利益」而設。由於我國之歷史傳統，祭祀公業之設立由來已久，特別是涉及不同年代法律規範對於祭祀公業之性質、定位及其財產、成員之管理，其事實之複雜度與管理之困難度均高，是直至民國九十六年十二月十二日始立法通過具體規範，隔年七月一日始為施行。然而，於祭祀公業條例施行前，

卻也嘗試透過內政部祭祀公業土地清理要點及臺灣省祭祀公業土地清理辦法，加強對於祭祀公業「土地」之管理與使用，顯見關於祭祀公業所涉及之規範重點，仍在於祭祀公業所有土地之管理與使用。此從祭祀公業條例第三條第一款所稱，祭祀公業為「設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體」。設立人就該祭祀公業之財產具有管理、處分之權利而成為祭祀公業派下員，並與繼承其派下權之人構成派下全員。是祭祀公業條例第三條第四款規定，祭祀公業之設立人及繼承其派下權之人為派下員，同條第五款則規定，祭祀公業或祭祀公業經依祭祀公業條例申報登記之祭祀公業法人，其所屬派下員之權利為派下權。從條文規範上而言，實際上並未具體說明派下員及派下權之性質與內涵，兩者成為一種套套邏輯的立法文字。

（二）身分權與財產權

從邏輯上而言，祭祀公業既然是設立人捐助財產所生之團體，其團體成員以具有「祭祀祖先或其他享祀人」之目的，是其身分應予該目的具有一定關聯，至於該關聯依據該條例第一條之規定，既以「延續宗族傳統」，則派下員之身分自應與宗族有所關聯。再者，祭祀公業既以財產為設立之團體，而為「健全祭祀公業土地地籍管理」，亦可見實際上祭祀公業之財產，係多以「土地」為主，並由其使用收益作為派下員祭祀祖先或其他享祀人之用。因此，對於派下員之權利，應同時具有身分權及財產權（註二），兩者原則上以派下員之身分權而衍生以該身分之權利，即參與派下員大會，以議決規約、業務計畫、預算、決算、財產處分、設定負擔及選任管理人、監察人之權利。兩者應可分離，即身分權所附隨之財產權，應可與身分權分離而獨立，但派下員之身分

確認後，始有自由處分其派下權之可能性。

以本件解釋為例，聲請人係以「請求確認權益分配金請求權存在」提起上訴，而確定終局判決係以聲請人不具繼承派下權之資格，「自無權領取祭祀公業呂萬春發放之權益分配金。」因此，本件解釋多數意見僅認聲請人之財產權並未因違反平等原則而受到侵害，然實際上聲請人因系爭規定而不得「繼承派下權」而為派下員，是否僅涉及財產權之侵害，抑或因系爭規定所形成之差別待遇，本身就因為限制其成為派下員之身分而構成「平等權」之侵害，仍有疑義。若如多數意見將本件解釋所涉及之憲法基本權利認定為財產權，則關於財產權之限制所適用之平等原則，本院究應適用何種審查標準？是否如多數意見一筆帶過，認為基於尊重私法自治，維護法秩序之安定，即以系爭規定尚非恣意之寬鬆審查？抑或明確辨別系爭規定所內涵之歧視，而該歧視又以生理性別作為分類標準，則依照本院歷來解釋之意旨，若非適用嚴格審查基準（例如釋字第六三五號解釋），亦應適用較嚴格之審查基準（例如釋字第四五二號解釋），絕非本件解釋多數意見如此寬鬆之審查基準。

二、差別待遇構成歧視還是保護義務之不足？

（一）侵害與保障是一體兩面

本件解釋多數意見以寬鬆審查基準判斷系爭規定之合憲性，一方面係因為系爭規定充其量是一中性法律規範，「形式上」並未以性別作為認定派下員之標準。果真如此，則適用平等權審查第一個要件便不存在，亦即系爭規定從法規範形式上並未以性別作為分類標準，即無形成差別待遇，自無生有無牴觸憲法平等權保障之問題。然而多數意見另一方面又進一步從系爭規定係因祭祀公業規約多數均依循傳統宗族觀念，僅以男系

子孫為派下員，而排除女子繼承派下權而成為派下員之可能性，實質上確已形成差別待遇。或謂於此情形下，並非國家「積極侵害」女性繼承派下權之權利，而係未能透過法律規範「積極保障」女性之權利。是以對於系爭規定之審查，並非平等權之侵害，而係國家保護義務之範圍問題。因此，以有無恣意判斷系爭規定排除這種「實質歧視」進而保障女性之義務；果真如此，對於祭祀公業第四條第一項後段、第二項及第三項規定，形式上確實以生理性別為分類標準而形成差別待遇，多數意見認為依據憲法增修條文第十條第六項規定：「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」，國家負有積極之保護義務，何以系爭規定所生之實質差別待遇，卻無上開憲法增修條文之適用？兩者豈非自相矛盾？

憲法保障人民基本權利，都應該是一體兩面—積極與消極、防禦與給付。基本自由權有積極行使與消極不行使，而積極行使時，國家有義務建構一定制度確保其行使，否則積極行使便成為空談。平等權保障亦是如此，不僅消極保障不受歧視或不合理的差別待遇，還要積極地消弭歧視，確保所謂「合理」的差別待遇。於平等權審查之案件中，對於分類標準所行之差別待遇，其結果可能因為涵括不足(under-inclusive)或過度涵括(over-inclusive)，構成差別待遇之目的及手段間關聯性不具一定程度而可能牴觸平等權，其中涵括不足，便是某種程度保護義務的要求，亦即該保障（限制）的對象不在保障（限制）之列，或者不應保障（限制）者卻予以保障（限制），均可認手段與目的不具各該要求之關聯性。因此，對於系爭規定乃至祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項，究是否以生理性別為分類

標準而形成差別待遇，取決於如何看待系爭規定之規範內涵，及其與祭祀公業條例第四條第一項後段、第二項及第三項於整體制度適用上所形成之可能歧視。

（二）直接歧視與間接歧視

從多數意見判斷系爭規定之合憲性，除了上述關於涉及國家是否直接侵害人民基本權利、間接未能給予積極保護而構成保護不足，抑或不願介入私人間之合意行為所涉及憲法基本權利保障之效力問題，根本上仍涉及對於平等權保障上直接與間接歧視之認知不足。

對於憲法保障人民基本權利之規範效力，的確存在不承認憲法對於人民基本權利之保障，其效力可擴張至私經濟領域之說法，而係透過第三人效力以法律實踐憲法意旨，並非直接援引憲法規範。誠然，憲法對於人民基本權利之保障，起於對於國家公權力侵害之防禦，因此，於公行政領域，憲法具有直接效力，而於私經濟領域，憲法基本權利之保障，原則上僅具有間接適用之效力，於特定領域始具有直接效力。例如關於憲法財產權之保障，於本院釋字第四００號解釋中即已明白宣示：「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。」是憲法對於財產權之保障，除了免於遭受公權力之侵害，亦包括來自其他人民之侵害。又如於本院釋字第四五七號解釋所稱：「國家機關訂定規則，以私法行為作為達成公行政目的之方法，亦應遵循上開憲法之規定。」因此，對於憲法規範效力之適用，若仍以僵化的公、私領域之不同而區分其效力，一方面是兩者之區分本屬不易，特別是當國家功能轉變，國家以私法行為達成公行政之目的日漸成

為趨勢，若仍以之作為適用憲法保障人民權利相關規定之判斷標準，已不符合現代社會之現狀，同時亦有使公法遁入私法而不受憲法規範拘束之疑慮。另一方面，隨著現代人類社會朝向資本主義發展，憲法保障人民基本權利之功能與角色，亦應予以調整。因此，對於私人行為是否有憲法規範之適用，值得省思。但無論如何，本件解釋系爭規定已非涉及單純私人行為，而係立法者透過系爭規定，將私人行為之規範，內化為法律規範之一部分，而本件解釋本院所應審查者，即是立法者這種立法行為是否符合憲法意旨？其立法程序與選擇，是否具有正當性基礎。此則涉及直接與間接歧視之判斷。

所謂直接歧視(direct discrimination)，係指法律規範本身以明確的分類標準所為之差別待遇，亦即本件解釋多數意見判斷系爭規定，認定其「形式上」並未以生理性別作為分類標準，進而不構成直接歧視。這種直接歧視之類型，隨著對於法律合憲性審查之重視，以及對於明確分類標準所生之權利意識日升，司法者對於直接歧視之審查越趨嚴謹，立法者自逐漸避免直接歧視。然而，歧視之所以應予禁止，在於國家或人民已經長期對於特定分類標準失去憲法權利保障之意識，甚至特定分類標準之適用，已經內化於國家公權力行為或人民私法行為之中，形成整個社會文化的差別待遇而視為理所當然。這種表面上或形式上以中性規範文字而未出現明確、特定之分類標準，而實際上係以某種特定政策或仍因此出現差別待遇或產生差別待遇之效果，即所謂間接歧視(indirect discrimination)。對於祭祀公業條例第四條第一項後段及第二項、第三項規定，顯係以生理性別為分類標準而形成差別待遇，構成直接歧視，其依據本院歷來解釋之意旨，自應適用嚴格或較嚴格之審查基準，

自不待言。

而系爭規定雖從形式上並未以生理性別為分類標準而形成差別待遇，但亦如同多數意見所稱，實質上形成差別待遇，其原因無非是立法者於規範祭祀公業之派下員認定制度時，其所持之立場或政策，雖係以維持傳統宗族觀念，以維護法秩序之安定，然根本上無疑是受到傳統宗族觀念之影響，而這種傳統宗族觀念，便是出自對女性的歧視與偏見，這種歧視與偏見，不僅是以女性之生理性別作為分類標準，甚至形成社會對於女性不足以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」之偏見與刻板印象，進而形成一種社會性別，而內化為祭祀公業派下員認定之分類標準。這種社會性別之分類標準，於立法者對祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員採取依據規約認定之立法選擇，無疑便是一種社會性別之預設。此種預設，從該條例第四條第一項後段更顯明確，實際上已是圖窮匕見。

（三）立法者歧視原意本質上構成違憲

這種立法者於立法程序中所顯露出對於特定族群之歧視或偏見，已完全喪失立法程序之公正性，無論是直接歧視或間接歧視，均與憲法保障平等權之意旨根本牴觸，本質上即已構成違憲，即便適用寬鬆之審查標準，仍無法認定為合憲。因此，對於系爭規定從整體規範架構上可知，雖形式上並未以生理性別作為分類標準而形成差別待遇，然而實際上仍以生理性別及其所生之社會性別為立法選擇之預設立場，進而實質上形成差別待遇。是系爭規定本質上即應違反憲法第七條所保障之平等權而構成違憲。

多數意見以立法者於系爭規定以外，於祭祀公業條例第四條第一項後段規定，明文以生理性別作為認定派

下員之分類標準，並形成差別待遇，雖有考量而以同條第二項及第三項減緩系爭規定及第四條第一項後段規定之差別待遇，實際上仍設有諸多限制，例如依第三項規定，女性繼承人得經派下現員三分之二以上書面同意，或經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過而成為派下員，試問：若派下員涉及派下權，而派下現員實際上均係男系子孫，是否真能同意女性成為派下員而「分享」其派下權？這是減緩還是進一步強化既有派下現員排拒女性成為派下員之性別歧視？

三、「文化傳統」作為歧視與差別待遇之理由？

即便以憲法第七條及本院歷來解釋之意旨，尚難推導出上述立法者歧視原意本質上即構成違憲之解釋方法與結論，回歸既有以生理性別為分類標準形成差別待遇之審查基準，本件解釋系爭規定及同條例第四條第一項後段、第二項及第三項，仍應適用嚴格或較嚴格之審查基準，則其差別待遇須追求重要的公共利益，其手段應符合最小侵害原則，而手段與目的間，須具有實質關聯。

（一）誰的文化傳統？

本件解釋多數意見雖然以「規約係設立人及其子孫所為私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予以尊重，以維護法秩序之安定」為由，實際上尊重私法自治而以規約依循傳統宗族觀念，無疑是一種文化傳統的說法。

以祭祀公業條例第一條所稱為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統之文化，系爭規定以規約認定派下員，無疑便是預設「僅」男系子孫得以「祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統」。亦即，系爭規定所宣示的文化傳統，係一種已從根本上排除女性之一切可能，而將生

理性別與社會性別之偏見與刻板印象，內化於這種文化傳統之中。換言之，多數意見所稱傳統之宗族觀念，究竟是「誰」的宗族觀念？這種文化傳統，究竟是以何人、何種標準所形成之文化傳統？當憲法面對這種文化傳統時，究竟應該予以完全尊重？還是應該回歸當代憲法秩序之中？憲法秩序又應如何介入文化傳統？是對立狀態而完全取代或居中協調？這涉及當代憲政主義與多元文化主義的論辯，需要進一步的研究與省思。但無論如何，本件解釋處理系爭規定，應該意識到這種論辯與衝突的可能性，而非雙手一攤，完全「尊重」。

從性別歧視與文化傳統兩者關係而言，絕大多數的文化傳統，都存在對於生理性別形成差別待遇，進一步內化成為一種社會性別而存在於社會規範與制度之中（註三）。除了對於個別女性因其生理性別而受到不合理的差別待遇，更進一步形成對於女性作為一種群體，因為社會性別而將這種不合理差別待遇，內化為一種制度或規範預設。本件解釋多數意見，何嘗不正是這一種文化內化的結果？尤有甚者，因為本件解釋多數意見之認定，所形成釋憲者對於這種內化於文化傳統之中的性別歧視，視若無睹，其所形成的後遺症，將非多數意見所樂見。

（二）傳統習慣不足以作為法治國原則之例外

本件解釋對於祭祀公業規約所隱含性別歧視之傳統習慣，多數意見認為應予尊重，本席亦無法贊同。傳統文化作為一個國家、社會、族群所形成之基礎，固然應予尊重，但傳統習慣並非一概毫無保留予以尊重。我國民法開宗明義第一條即規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」同法第二條亦規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗為

限。」是習慣之適用，在法律規範之後，自不得與法律之強制規定有所牴觸（民法第七十一條及第七十二條規定參照）；而所謂不背於公共秩序或善良風俗，除了習慣本身必須是一般社會普遍認同為善良者，此種善良與否之認定標準，亦應隨著社會變遷與時代發展而定。

例如本院早期於釋字第一二號解釋所認：「某甲收養某丙，同時以女妻之，此種將女抱男習慣，其相互間原無生理上之血統關係，自不受民法第九百八十三條之限制。」於釋字第三二號解釋中，則將習慣回歸民法規範，認：「本院釋字第十二號解釋所謂將女抱男之習慣，係指於收養同時以女妻之，而其間又無血統關係者而言。此項習慣實屬招贅行為，並非民法上之所謂收養，至被收養為子女後而另行與養父母之婚生子女結婚者，自應先行終止收養關係。」

又於釋字第三六五號中，本院亦以「民法第一千零八十九條：「對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之」之規定，制定於憲法頒行前中華民國十九年，**有其傳統文化習俗及當時社會環境之原因**。惟因教育普及，男女接受教育之機會已趨均等，就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾無軒輊，前述民法關於父母意思不一致時，由父行使之規定，其適用之結果，若父母雙方能互相忍讓，固無礙於父母之平等行使親權，否則，形成爭執時，未能兼顧母之立場，而授予父最後決定權，自與男女平等原則相違，亦與當前婦女於家庭生活中實際享有之地位並不相稱。」（粗體為本意見書所加）

本院延續對於傳統文化受時代變遷之解釋方法，於釋字第四五二號解釋中，亦以「民法第一千零零二條規定，妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。……不啻因性別暨該婚姻為嫁娶婚或招贅婚而於法律上為差別之規定，授與夫或贅夫之妻最後決定權。按人民有居住之自由，乃指人民有選擇其住所之自主權。住所乃決定各項法律效力之中心地，夫妻互負同居之義務，固為民法第一千零零一條前段所明定，惟民法並未強制規定自然人應設定住所，且未明定應以住所為夫妻履行同居義務之唯一處所。是夫妻履行同居義務之處所並不以住所為限。鑑諸**現今**教育普及，男女接受教育之機會均等，就業情況改變，男女從事各種行業之機會幾無軒輊，而夫妻各自就業之處所，未必相同，夫妻若感情和睦，能互相忍讓，時刻慮及他方配偶之需要，就住所之設定能妥協或折衷，而有所約定者固可，若夫或贅夫之妻拒不約定住所，則依民法第一千零零二條前段規定，他方配偶即須以其一方設定之住所為住所，未能兼顧他方選擇住所之權利及具體個案之特殊情況，與憲法上平等及比例原則尚有未符。」（粗體為本意見書所加）是以傳統習慣作為法律以生理性別為分類標準而為差別待遇，本院均以當代社會現狀而詮釋傳統習慣之正當性，絕非如本件解釋多數意見對於當代社會現狀視若無睹，對於傳統習慣如此心悅臣服。

目前我國當代社會現狀，已是迫不及待地朝向建立一個更符合性別正義的社會而邁進，不僅於憲法增修條文第十條第六項規定：「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。」又我國近年來不僅在各項立法如性別平等

教育法、性別工作平等法等法律，不斷強化對於性別平等之重視，於一００年六月八日制定公布消除對婦女一切形式歧視公約施行法，正式將聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women，以下簡稱 CEDAW 公約）所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，認定具有國內法律之效力（上開施行法第二條規定參照）。CEDAW 公約第二條即明白規定：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：(a) 男女平等的原則如尚未列入本國憲法或其他有關法律者，應將其列入，並以法律或其他適當方法，保證實現這項原則；……(c) 為婦女確立與男子平等權利的法律保護，通過各國的主管法庭及其他公共機構，保證切實保護婦女不受任何歧視；……(e) 採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女的歧視；(f) 採取一切適當措施，包括制定法律，以修改或廢除構成對婦女歧視的現行法律、規章、**習俗和慣例**……。」（粗體為本意見書所加）同 CEDAW 公約第五條亦規定：「締約各國應採取一切適當措施：(a) 改變男女的社會和文化行為模式，以消除**基於性別而分尊卑觀念**或基於**男女任務定型**所產生的偏見、**習俗**和一切其他做法……。」（粗體為本意見書所加）由此可見，基於生理或社會性別而為差別待遇之傳統習慣，本院應立於釋憲者之高度，衡酌當代社會現狀之發展，積極促進憲法第七條、憲法增修條文第十條第六項及 CEDAW 公約相關規定之意旨，對於系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定予以嚴謹審查，並提出符合憲法意旨之規範方向，尤其於

行政機關與立法機關業已意識到系爭規定及其同項後段、同條第二項及第三項規定之不妥之處，紛紛提出修法（註四），本院若未能雪中送炭，至少亦可錦上添花，豈可予以踩煞車而默認違憲法律狀態之繼續存在？

四、本件解釋解釋標的牴觸憲法第七條規定，應屬違憲

綜上所述，本席認為：

（一）本件解釋解釋標的存在間接與直接歧視

系爭規定構成間接歧視，該條例第四條第一項後段、第二項及第三項規定，則明定系爭條例施行前之祭祀公業規約，如僅以男系子孫為派下員，或於無規約或規約未規定者，逕以設立人及其男系子孫（含養子）為派下員，或派下員無男系子孫，其女子未出嫁，或派下女子、養女，具備一定條件下，始得為派下員，形成以派下員之生理性別為分類標準，於得否為派下員繼承派下權而為差別待遇。基於生理性別原則上非屬人力所得控制之生理狀態，又受社會文化依據生理性別繼以型塑個人與集體行為規範而形成社會性別。是以因生理或社會性別為分類標準所為之差別待遇，原則上為憲法第七條所禁止，僅於特殊例外之情形，例如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（本院釋字第三六五號解釋參照），方為憲法之所許；此種特殊例外之情形，須該差別待遇所追求之目的為極重要之公共利益，所採差別待遇之手段，對人民權利之限制為最小侵害，而與目的間有緊密關聯者，方符合平等原則之意旨。

（二）本件解釋解釋標的不具極重要之政府利益

系爭規定以施行前已存在之祭祀公業，其派下員原則上依規約定之；無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫，其目的在於尊重祭祀公業宗祧繼承

之傳統習慣，若以祭祀公業設立時起追溯納入女性得為派下員，將造成祭祀公業繼承系統表無法完整列製之困境而影響申報清理，同時破壞原有之權利分配，反增加司法爭訟（註五）。惟尊重祭祀公業宗祧繼承之傳統習慣，雖屬正當之公共利益，然祭祀公業既為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統，即不因生理性別之不同而影響其設立之目的；抑且，任何法律變動，均有法律安定性之考量，然祭祀公業條例制定後，有關派下權之繼承與派下員之資格認定，自以法律生效後之相關規定為之，該條例施行前已存在之規約，自應依據法律加以調整，並未破壞原有權利之分配，其繼承系統表自應依據法律規定加以重新列製，自無因無法完整列製，或為避免權利重新認定之困難，而逕以規約、或於無規約或規約未規定時，無視憲法保障平等權與財產權之意旨，逕以男系子孫為派下員。又若基於上開目的，該條例第四條第二項又豈有規定派下員無男系子孫，其女子為出嫁者，得為派下員，以及派下之女子、養女，須具備一定條件始得為派下員之情形。是系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，所追求之尊重傳統習慣及申報清理等行政程序之便利或避免增加司法爭訟者，均非極重要之公共利益，而與憲法第七條之意旨不符。

（三）本件解釋解釋標的手段並非最小侵害，與目的間不具緊密關聯性

又系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定，以規約認定派下員，或於無規約、規約未規定時，逕以男系子孫為派下員，且僅於無男系子孫而女子未出嫁者，始得為派下員，或派下女子、養子須得其他派下員多數同意始得為之，其所為差別待遇之手段，一方面反映對於生理性別在宗祧傳統上之固有印象，進而強化

社會對於生理性別之固有印象與性別偏見，形成不公平之差別待遇及次等公民之地位，使女子派下權繼承之財產權，將因此受到完全剝奪，或受有一定條件之限制，尚非對於人民財產權侵害最小之手段；另一方面，依規約所生之派下員，亦有女性之可能，或女性依該條例第四條第二項及第三項亦有為派下員之可能，同時，依據該條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」若此時祭祀公業並無規約，或規約僅限男系子孫為派下員，則於繼承事實發生時向主管機關申報備查，即與系爭規定所定依規約之情形不合，而有違體系正義。從而系爭規定及同項後段、同條第二項及第三項規定以生理及社會性別為分類標準，其所為差別待遇之手段，與達成宗祧繼承之傳統習慣、避免行政手續複雜或增加司法爭訟之目的間，並不具有緊密關聯性。

***

一九七八年，錢賓四先生於香港中文大學演講提到：「大部分的人不能認識時代，只能追隨時代，只能跟從時代。這一種追隨時代、跟從時代往前跑的，只是一般的群眾。照我們中國人的講法，一種『流俗』。每一個時代應該有它的理想—理想所需要的人物，理想所需要的學術，理想所需要的事業。那麼不認識這個時代，就不能配合這個時代的理想的標準。因此，生活在現時代，並不是要追隨時代的一種流俗，而是要有能領導時代的人物、學術、事業。」（註六）本件解釋多數意見未能體察當代平等權保障之趨勢，領導這個時代的理想，甚至是成為錢先生所說的流俗，誠然令人遺憾；然而作為釋憲者，多數意見未能善盡解釋憲法之職責，須知「臥榻之側，豈容他人酣睡？」對於釋憲者之自我期許，雖不敢誇言能成為錢先生所說的領導時代，但至少須認識這個時代，認識當代所處社會的理想，已經是積極促進

性別平等而力有未逮，又豈能如此懼於跨出釋憲者的腳步？本席只能期待，本件解釋多數意見如此隱晦的憲法理念，足以傳達給國家各機關及全國人民，持續加快腳步，以邁向一個更能符合性別正義的社會而前進。

註一：內政部中華民國 97 年 12 月 10 日內授中民字第 0970732948 號函即以：「祭祀公業條例第 4 條意旨係規範已存在之祭祀公業其派下員應具備條件之原則及例外，第 5 條意旨係基於民法規定男女繼承權平等，規範本條例施行後之祭祀公業即不得再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第 4 條規定不一時，優先適用規約規定辦理。祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，依法訂定規約，並報經受理機關備查有案，其規約內容如與祭祀公業條例第 5 條規定不一時，除應優先適用條例規定辦理外，並請變更其規約。」

註二：內政部中華民國 98 年 1 月 8 日內授中民字第 0970037208 號函參照。

註三：*See* Susan Moller Okin, *Is Multiculturalism Bad for Women?, in* IS MULTICULTURALISM BAD FOR WOMEN? 9-24, at 12 (Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum eds.,1999).

註四：有關祭祀公業條例第 4 條規定，目前有行政院版（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、政府提案第 15037 號，103 年 9 月 10 日）、立法委員林岱樺等 18 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 13104 號，101 年 4 月 11 日）、劉建國等 16 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 14745 號，102 年 3 月 20 日）及盧秀燕等 30 人（立法院議案關係文書，院總字第 1224 號、委員提案第 15681 號，102 年 11 月 27 日）提出之 4 個修正草案於立法院審議中（立法院

第 8 屆第 6 會期內政委員會第 24 次全體委員會紀錄，103 年 12 月 1 日，立法院公報，第 103 卷第 86 期，103 年 12 月 18 日，頁 69, 100-101, 107-108, 133-136, 139-142）。

註五：內政部中華民國 101 年 8 月 16 日內授中民字第 1015036552 號函參照。

註六：錢賓四先生主講、楊遠記錄，從中國歷史來談中國民族性及中國文化，新亞生活月刊，第 6 卷第 3 期，香港中文大學新亞書院，1978 年 11 月 15 日，第 1 頁。

不同意見書　　大法官羅昌發　提出

本件除涉及國家應如何積極消除歧視女性之傳統習俗外，亦有關如何適當權衡與平衡性別平等權、女系子孫之財產權及其參與祭祀公業運作之權、祭祀公業設立人財產處分權、祭祀公業設立人及派下員之結社權、私法自治（契約自由）、法律不溯及既往、法秩序安定等人民基本權利、憲法價值與公共利益間之衝突。多數意見權衡各項權利與公共利益之結果，認為祭祀公業條例（下稱本條例）第四條第一項前段規定並未違背憲法保障性別平等意旨。本席對其結論與權衡方式均難同意；爰提出本不同意見書。

壹、本條例相關規定所涉歧視女性之情形

一、本條例第四條第一項前段規定對女性之歧視：

（一）本條例第四條第一項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」多數意見認為，此規定「並未以性別為認定派下員之標準」（見解釋文），但「因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇」（本號解釋理由書第二段）。

（二）本席同意本條例第四條第一項前段之規定最少已經構成實質上差別待遇之結果。在認定有無憲法禁止之差別待遇時，確實不應單純以形式上觀察，否則無法正確釐清

雖無「形式上差別待遇」(formal discrimination)或「直接歧視」(direct discrimination)，但因法規之適用而產生「實質差別待遇」(substantive discrimination)或「間接歧視」(indirect discrimination)結果之可非難性。本條例第四條第一項前段表面上雖無歧視之文義，然我國社會以男性作為祭祀祖先主體之傳統宗族觀念根深蒂固，導致大多數祭祀公業規約均限定以男性為派下員；此種傳統已形成對女性之「結構性歧視」(structural discrimination)或「系統性歧視」(systemic discrimination)。本條例第四條第一項前段係在立法者認知祭祀公業傳統上存有系統性歧視情形下，仍規定「派下員依規約定之」，故係以法律規定保障系統性歧視之傳統，而非屬無歧視之中性條文。其規定已超乎「間接歧視」之情形，而極為接近形式上之差別待遇或直接歧視。

二、本條例第四條第一項前段規定與第五條之關係及歧視效果之緩和：

（一）本條例第五條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」其規定不分性別，凡依法有繼承權且願意共同承擔祭祀者，均得為派下員。符合性別平等之要求。然其規定與本條例第四條第一項前段之關係，仍有釐清之必要。

（二）本條例第四條第一項前段「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」之文字，並未限定其適用之時間範圍；換言之，該規定有可能解釋為「本條例施行前已存在之祭祀公業，『縱在本條例施行後發生繼承之事實，』其派下員依規約定之」。倘如此解釋，則此規定與本條例第五條規定有明顯衝突；蓋後者應得合理解釋為「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派

下員發生繼承事實時，『不問祭祀公業是否為本條例施行前已存者，亦不問其規約是否有相反規定，』其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員」。

（三）本席認為，應基於「合憲性解釋」，以本條例第五條為第四條第一項前段之例外規定；亦即在本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，不問祭祀公業是否為本條例施行前已存在，且不問其規約是否有相反規定，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。採此「合憲性解釋」方式，始能使該二規定適用上較符合性別平等之原則。

（四）然縱使如此解釋，本條例第四條第一項前段，仍有性別歧視之內涵。其一，本條例第五條並未處理「本條例施行前，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員已發生繼承事實時」之情形。故就此種情形，其派下權之認定仍依本條例第四條第一項前段之規定；而仍有前述歧視之結果。其二，本條例第五條僅處理祭祀公業財產繼承之層面，而未處理與祭祀公業有關之其他權利（如女系子孫參與結社及祭祀之權；後述）；就此部分，依本條例第四條之規定，仍生對女性歧視之結果。

三、本條例第四條第一項後段對女性之直接歧視：本條例第四條第一項後段所規定「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」，直接明文排除女系子孫作為派下員。其對女性歧視情形，與該條項前段相較，有過之而無不及。多數意見未以有重要關聯為由，將本條例第四條第一項後段亦列為審查客體，而僅以之納為要求立法者檢討改進之對象，殊為可惜。

四、本條例第四條第一項前段規定與該項後段、第二項及第三項之關係及歧視效果之緩和：

（一）本條例第四條第一項後段規定：「無規約或規約未規定

者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」同條第二項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」第三項規定：「派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。」此等規定對女性之歧視及其與本條例第四條第一項之關係，亦有釐清之必要。

（二）本條例第四條第一項前段與後段分別規定「有規約」與「無規約或規約未規定」兩種相對情形。而同條第二項及第三項與第一項之關係有兩種可能。第一種可能，為依體系解釋，認為本條例第二項與第三項屬於第一項（包括前段與後段）之例外；亦即，不論有無規約，在有第二項（「派下員無男系子孫，其女子未出嫁」或「該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓」）或第三項（派下之女子、養女、贅婿等有該項所列情形之一者）等情形，均例外使女子、養子、贅婿得為派下員。第二種可能，為依文義解釋，認為本條例第二項與第三項在文義上係接續第一項後段，故係在補充第一項後段有關「無規約或規約未規定」之情形；而不適用於「有規約」之情形，蓋有規約之情形本應依本條例第一項前段依規約定之。

（三）本席認為第一種解釋（亦即不問有無規約，於符合本條例第二項或第三項要件時，均得依該等規定認定派下員）較符合「合憲性解釋」之意旨；蓋在此解釋下，本條例第二項與第三項規定，有緩和第一項前段所產生之性別歧視效果，使第二項與第三項所規定特定情形下之女子等，得為派下員。多數意見亦認為此二項之規定，

「已有減緩差別待遇之考量」（見本號解釋理由書第三段）；本席敬表同意。

（四）惟本席仍應指出，本條例第四條第二項與第三項雖可緩和對女性不利之差別待遇，然其所設各項條件十分嚴格（包括第二項之「派下員無男系子孫」且須「女子未出嫁」及第三項之經派下員若干比例之同意等要件）。在派下員有男系子孫之情形，女性仍受直接而明顯之歧視（此已屬直接歧視，而非間接歧視）。

貳、本件涉及之憲法上權利與原則

一、女系子孫之財產權、結社權與憲法第二十二條所保障之權利受侵害：

（一）派下權包括「財產權」及「身分權」：本條例第三條第五款將派下權定義為：「祭祀公業或祭祀公業法人所屬派下員之權利。」在本條例制定前，派下權之內涵包括得參與祭祀公業運作之「身分權」，以及得為祭祀公業財產公同共有人（註一）與得享受祭祀公業解散後財產分配之「財產權」。在本條例制定且依之清理祭祀公業後，祭祀公業財產可能依法定程序成立「祭祀公業法人」、「財團法人」或將財產所有權「變更登記為派下員分別共有或個別所有」（本條例第五十條參照）；此時派下權仍包括得參與祭祀公業運作之「身分權」，以及可能於祭祀公業法人解散及清算後分配賸餘財產（本條例第四十八條第一項第三款參照）與登記共有或個別所有（本條例第五十條第一項第三款參照）之「財產權」。本條例之歧視性規定，自構成對女系子孫之財產權及身分權之侵害。

（二）派下權之「身分權」內涵：本席雖以「身分權」描述派下權之非財產權層面，然其非指因民法親屬關係所產生之身分權。而係包括依本條例成立祭祀公業法人之前，

派下員得參與祭祀公業運作，以及在依本條例成立祭祀公業法人後，派下員得參與該法人運作之權。此項權利之性質，屬憲法第十四條所規定之結社自由。另派下權亦包括享有祭祀祖先之特定身分。此項身分，則應屬於憲法第二十二條所規定之「其他自由權利」。

二、女系子孫之平等權亦受侵害：

（一）憲法第七條規定：「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。」並未對女性之歧視之概念有進一步界定。消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women；簡稱 CEDAW）之定義，應有助於瞭解憲法第七條所規定「無分男女……，在法律上一律平等」之具體涵義。CEDAW 第一條規定：「為本公約之目的，『對婦女之歧視』一詞指基於性別所為，在效果或目的上，有減損或剝奪已婚或未婚婦女應受肯認或應享有或應得行使之政治、經濟、社會、文化、公民或任何其他方面之人權與基本自由之任何區別、排除或限制。」（註二）本條例第四條前段及後段規定在「效果上」構成有「減損或剝奪」女系子孫應享有之經濟權利（財產權）、社會權利（參與祭祀祖先）、公民權利（結社自由）之「區別、排除或限制」。故應認本條例第四條前段及後段，構成對女系子孫憲法第七條權利之侵害。本條例第四條所規定之差別待遇雖因祭祀公業之規約而起，然法律對此種系統性及結構性之歧視給予保障，應屬法律本身違反憲法第七條保護性別平等之意旨。

（二）憲法第七條之性別平等及憲法增修條文第十條第六項之關係：

1. 憲法增修條文第十條第六項規定：「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。」此係要求國家採行措施，以積極促進性別之實質平等。國家此項義務屬於積極漸進之性質；雖非能立刻消除社會上普遍存在對女性之歧視情形，但須積極並逐步促其實現。

2. 上述憲法增修條文規定所要求之「消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」，應可藉由 CEDAW 第二條及第五條規定之意旨予以理解。CEDAW 第二條規定：「締約各國譴責對婦女一切形式之歧視，並同意尋求一切適當方式，且立即採行政策，以消除對婦女之歧視。為此目的，締約各國承諾：……(e)採取一切適當措施，消除任何個人、組織或企業對婦女之歧視；(f)採取包括制定法律在內之一切適當措施，以修改或廢止構成對婦女歧視之現行法律、規則、習俗與慣行……。」（註三）CEDAW 第五條規定：「締約各國應採取一切適當措施：(a)改變以男女為區別之社會與文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑之觀念或基於男女之角色定型，所產生的偏見、習俗與一切其他慣行；……。」（註四）在憲法增修條文前揭規定下，國家之責任並不限於消極地避免以法令或國家權力歧視女性；亦應積極地消除對女性具有歧視目的或效果及其對女性角色定型之偏見、習俗與慣行。以本件而言，女系子孫遭規約結構性及系統性地排除作為派下員之資格，雖為民間習俗或慣行，然其顯具有歧視目的與效果，且產生對女性作為派下員及擔任祭祀者角色定位之偏見，國家自有積極義務予以消弭。

3. 憲法第七條係要求國家不得以法令歧視女性。依憲法增修條文第十條第六項規定，國家有消除歧視之作為義務。兩者適用上有重疊之處。就本件情形而言，由

於本條例承認或維護普遍存在且系統性歧視女系子孫之習俗，不啻為國家以法令歧視女性，故應有憲法第七條之適用；而國家又有積極消弭具有歧視目的與效果且對女性角色定位存在偏見之民間習俗或慣行之義務。是就本件情形而言，國家有雙重之憲法上義務；而不應認為本件因屬憲法增修條文第十條第六項所規定之範圍，故不適用憲法第七條之規定。

三、祭祀公業設立人及派下員財產處分權、結社自由、私法自治及憲法第二十二條下之其他自由權利：

（一）多數意見認為「該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重」（見解釋文）。

（二）本席固同意規約之訂定與祭祀公業之設立，涉及設立人之財產處分自由及私法自治（契約自由）；而設立人設立祭祀公業行為、派下員參與祭祀公業運作與祭祀活動，亦屬結社自由及憲法第二十二條所應保障其他自由權利之範圍。然如前所述，如規約限於男系子孫始得擔任派下員，則此種對女性具有歧視目的及效果，且基於對女性定型角色之偏見、習俗與慣行，本為國家應以法律或其他適當方式消除之對象。故在權衡相關權利與公益以認定是否違背平等原則時（後述），應認此種歧視女性之財產處分自由、結社自由等，無賦予憲法保障之價值。多數意見未能區分其是否屬於國家應予消弭之歧視慣行，而認原則上應予以尊重；本席無法認同。

（三）另在無規約或規約未規定女系子孫擔任派下員資格之情形，並不涉及財產處分自由、私法自治或結社權之疑慮。蓋設立人既未立規約或未在規約中規定以男系子孫為派下員，則法律如要求祭祀公業應許女系子孫有相同之權利作為派下員，並享有派下員各項權利，此與設立

人之處分財產與私法自治之意旨並無違背，自無涉設立人之財產處分自由或其契約自由，或設立人及派下員之結社自由及憲法第二十二條下之其他自由權利。

四、法律不溯及既往、法安定性及既有法律秩序保障：

（一）多數意見強調「維護法秩序之安定」及「法律不溯及既往原則」（見本號解釋文及理由書第二段）。本席認為，此確為本件真正困難之處。蓋如宣告本條例第四條規定違憲，而應溯及至憲法在臺施行之時開始即應嚴守兩性平等原則，以決定派下員之資格及其所應享之財產權，則將影響數以千計之祭祀公業；且將因年代久遠、資料殘缺而造成難以妥適認定派下員之情形，並可能造成無數之爭議或訴訟。

（三）惟本席認為，國家既有義務採行一切適當措施以積極消弭對女性歧視之傳統習俗，故憲法第七條之性別平等權，應賦予較高保護；是消除對女性之歧視應優先於傳統習俗及法秩序安定等考量。更何況立法者並非不得設置適當之機制，合理解決因兩性平等原則溯及適用於有、無規約之情形，並緩和對法秩序衝擊之疑慮。例如，制定女系子孫回復請求權之適當程序與時效、要求相關機關（如戶政機關）積極協助釐清子孫系統（此亦應為憲法增修條文第十條第六項對國家所要求之積極義務）等，均為立法者得考量之方向。

參、所涉憲法權利與原則之權衡

（一）本件核心問題為本條例第四條有無違背憲法第七條平等權保障之意旨。本席曾多次在本院以往解釋中所提出之意見書中說明，審查法令有無違背憲法第七條平等權時，仍應依憲法第二十三條予以檢視。亦即應先確認有無「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之情形；如符合此等情形，則應進

一步依憲法第二十三條所規定「必要」之要件，衡量與平衡各種相關因素，包括某種規範「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，以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度。並進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」之措施存在。多數意見僅以立法者有無恣意作為為審查本條例第四條差別待遇之標準（見本號解釋理由書第二段），本席認為有斟酌餘地。

（二）如前所述，本條例第四條確有「維護法秩序之安定」之公益目的；然祭祀公業所涉及設立人及派下員財產處分權、契約自由及結社自由等，如具歧視女性之內涵，則無憲法保護價值。女性在憲法第七條下受性別平等之保護價值與重要性則相對較高。且立法者亦非不得設置適當之機制，以調和法秩序安定與兩性平等之積極確保與促進，故本席認為，本條例第四條各項與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，且逾越憲法第二十三條之必要程度。立法者自應積極迅速制定符合性別平等之相關規定與機制，導正其歧視女性之效果。

註一：本院釋字第六六三號解釋亦認為祭祀公業財產屬於公同共有財產。見該號解釋理由書第二段。

註二：“For the purposes of the present Convention, the term ‘discrimination against women’ shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social,

cultural, civil or any other field.”

註三：“States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake: ……(e) To take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise; (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women; ……”

註四：“States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women; ……”

【編按：以下照錄釋憲聲請書原文】

抄呂碧蓮、呂家昇釋憲聲請書

為聲請釋憲事：

一、聲請釋憲之主旨：

祭祀公業雖係地方習慣，仍不得違反憲法第七條男女平權之原則，其未經全體派下員同意所訂立欠管理章程，限制死亡派下員所遺派下權財產，女系子孫不得繼承，違反該規定，該違反部分之規定無效，各級審判法院不得援用。

二、聲請釋憲之理由：

（一）「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，得聲請解釋憲法」；司法院大法官

會議法第四條第一項第二款著有明文。

（二）「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者，自屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之範圍，應許當事人對之提起再審之訴，以貫徹憲法保障人民權益之本旨。」最高法院釋字第 177 號亦解釋在案，至於所稱確定判決消極的不適用法規，涉有疑義，該確定判決之當事人，非不可依上列規定聲請釋憲。

（三）本事件聲請釋憲之確定判決為台灣高等法院 97 年上字第 617 號及最高法院 99 年台上字第 963 號民事判決。

（四）上列判決消極的不適用憲法第七條男女平權之規定，顯然影響於裁判，所謂是否消極的不適用憲法第七條，以致影響裁判，涉有疑義，聲請人為該確定判決當事人，非不可依上規定聲請釋憲。

（五）該確定判決之二審判決之理由稱：「上訴人主張：呂進榮為使上訴人繼承本家宗祧，故令上訴人呂碧蓮招贅夫，生子從母姓，且呂進榮自75年起由呂碧蓮扶養，呂進榮死亡後，亦由上訴人呂碧蓮負責喪葬事宜、供奉其神主牌，呂進榮之墓碑亦鐫刻「陽三大房（包括上訴人呂家昇）立石」字樣，上訴人自得繼承呂進榮之派下權云云，並提出照片、墓地使用許可證、埋葬許可證、繳款書為證（原審卷第127、184、208至210頁；本院卷2第108、327、328頁；卷3第5、23、24、102、103頁）。惟查該公業經登記在案派下員49名中之呂芳契等44名訂立，未登記在案派下員全未參與訂立之管理章程第4條排除女系直屬有權繼承人得繼承派下權，且並無以派下員之女系直屬有權繼承人有扶養、埋葬派下員及事實上承繼該派下員宗祧之事實，例外得繼承派下權之規定。則縱令上訴人有扶養、埋葬呂進榮，及承繼呂進榮宗祧之事實，依上開規定，上訴人仍無從主張繼承呂進榮派下權，故上訴人此部分主張亦非可採。」云云，排斥女子繼承人，使不得享

有祭祀公業派下權，明顯違反憲法第七條之規定。

（六）最高法院上列判決理由稱：「經核於法並無違誤」（正本第3頁倒數第4行），消極的不適用憲法第七條，以糾正二審判決之違法，亦有消極的不適用憲法第七條男女平權之規定，以致上列二審判決違法，顯然影響於裁判，最高法院該項核定亦係違反憲法第七條。

（七）祭祀公業呂萬春制定之管理章程其第四條違反憲法第七條，該違法部分各級審判法院，不得授用，說明如下：

1. 祭祀公業派下員之權利義務，為全體派下員一致同意之規約，無規約者，新訂規約，應依內政部70.4.3.台內地字第11987號制頒之祭祀公業土地清理要點第12點規定，祭祀公業派下權之繼承依規約定之；同要點第14點規定，祭祀公業無原始規約，所補訂之規約，應經全體派下員之同意。本公業無原始規約，亦未經全體派下員同意補訂規約，該審判引用未經全體派下員一致同意訂立之管理章程第四條為派下權繼承得喪之依據，所規定女子無宗祠繼承權，而認定聲請人為女系子孫無派下權權益分配全請求權，違反憲法第七條男女平權之規定。

2. 該管理章程不具規約之效力，蓋該管理章程僅由登記在案派下員49名中之呂芳契等44名簽訂，未登記在案派下員均未參與，呂進榮係未登記之派下員，該管理章程僅有管理方面之效力，而不得規範派下權權益分配金繼承權之得喪，該判決認係公業規約，引用第四條女子無權之規定，違反憲法第七條。

3. 人民祭祀公業派下財產權之分配，為人民權利、義務事項，依中央法規標準法之規定，應以法律定之，該管理章程為部分派下員限制死亡派下員多數繼承人而規定公推男子派下員為代表派下員，該規定歧視女子，認女子無宗祠繼承權，而不得享有派下權益分配金之分配權，違反憲

法第七條男女平權之規定，其為違憲之判決。

三、謹此聲請釋憲，隨文附呈該判決之證物及各審判決書（略），仰企維護女權為適當之釋憲。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　8　月　24　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（一）

為提出釋憲補充理由書事：

一、憲法第七條規定：「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。」

二、最高法院70年度第22次民庭決議稱：「祭祀公業之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫或奉祀本家祖先之女子及從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫向無派下權，即不得繼承祭祀公業財產（參照司法院字第六四七號解釋），故民法所定一般遺產之繼承，於祭祀公業財產之繼承，不能為全部之適用。」

三、近日報載最高法院民刑總會之決議有判例之效力，各級法院應受其決議之拘束，聲請人提出之民事訴訟案號為板橋地院97年訴字第18號，台灣高等法院97年上字第617號，最高法院99年台上字第963號，均主張聲請人依最高法院70年度第22次民庭決議為奉祀本家祖先之女子及生子從母姓，均有祭祀公業繼承權，該判決採取該決議所採乙說前段認定相對人有繼承權，理應依該決議後段確認聲請人雖為女子，但係奉祀本家祖先及招夫生子從母姓亦有祭祀公業繼承權，但該判決漠視該決議，所稱奉祀本家祖先之女子及招夫生子從母姓亦有派下繼承權，只採取該決議乙說前段之男子繼承權，而漠視後段所稱奉祀本家祖先之女子之繼承權，作成違反憲法第七條男女平權之違法判決，剝奪聲請人應享之繼

承權，顯係歧視女子，破壞男女平權之憲法精神，敬請調取該卷證為違憲之審查。

四、顯見我國法制上以男女平權為立法原則。

五、中央法規標準法第五條第二款規定，人民權利義務之得喪，為法律事項，應以法律定之。

六、內政部祭祀公業土地清理要點規定，祭祀公業訂有原始規約者，派下繼承權依規約定之，如無原始規約，則應由全體派下員一致同意訂定新規約。

七、原判決以本公業管理章程第四條規定女系子孫無上項繼承權，但該條係規定死亡派下員有多數繼承人時，應公推1人為派下員代表，並未限制其他公推派下權之繼承人因公推而喪失原本之繼承權，不過依此情形應由公推之派下員代表，代表全體派下權繼承人行使權利，且第4條對女系子孫派下權之繼承權未加限制，不過規定一般女子依政府法令之規定無宗祠繼承權者無繼承權，至於依上民庭決議有派下權繼承權之非一般女子，仍有該項繼承權。

八、綜上以觀，凡依民庭決議乙說，有繼承權，仍非不得繼承。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　9　月　9　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（二）

為提出釋憲補充理由書事：

一、按最高法院民事案件審理牛步化，為眾所周知眾所詬病之事，每一民事案件，高等法院送卷之後，最高法院之宣判，長者費時三年二年，短者費時一年半載，而本事件台灣高等法院於99年4月7日送卷最高法院，而最高法院迅即於99年5月27日宣示判決，

自收卷至判決共歷時50天，既非三年五年，亦無須一年半載，最高法院審理本案迅如晴空火箭，效力之高，判決之速，令人咋舌，嘆為觀止，其中是否因涉及被上訴人重大金錢利益，令人生合理之懷疑。

二、本件送卷至宣判前後歷時50天，而本件證據自上證　至上證　，內容複雜，最高法院法官五人傳閱斟酌，絕非50日可以畢其功，而本件被繼承人呂進榮之祭典金，因為子女爭奪不休，經該公業保留於帳戶者達新台幣二千八百餘萬元，有該公業呈庭之97年8月1日民事陳報狀附件2公業存款存摺影本可證（詳附件），二審法官深知被上訴人一旦勝訴，立刻可領28、527、300元，最高法院以50日之短促時間，作成如此利益重大判決，時間之快速，效率之超過，以及事涉二千八百餘萬元之訴訟利益，其公然挑戰違背憲法第七條男、女平權之時代潮流，法律規定，瓜田李下，當然會使老百姓在合理懷疑之下，興起無限之遐想。

三、謹補充釋憲理由附具公業帳冊影本一份（略）。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　9　月　29　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（三）

一、「法官不語」在法庭以外，法官不得從事非訴訟之行為，為何別案如此，本案則否？

二、本件訴訟利益玖仟餘萬元，近程利益貳仟捌佰餘萬元，因為呂進榮公派下繼承權爭執未決，其祭典費（即權益分配金）貳仟捌佰餘萬元被公業扣留保存，待爭執解決後依法處理，如果呂學川勝訴，即領此款，卷證資料記載甚詳，且係二審核定命呂碧蓮補繳裁判費叁佰餘萬元。涉及重大利益迴避，承審法官豈有不知之

理？為何要打電話給律師轉請本人撤回訴訟？

三、本件二審駁回呂碧蓮變更之訴，承辦法官於呂碧蓮抗告後，立即電話訴代，勸諭訴代請呂碧蓮等撤回抗告及上訴，可以退費捌拾餘萬元裁判費，回鍋一審再打貳仟捌佰餘萬元新官司，訴代轉告呂碧蓮後，對造呂學川立刻向公業請求領款，呂碧蓮恐因此事使訴代得罪法官，日後律師必不好過，所以用訴狀向法官表明此事與訴代完全無關，有該報告狀在卷為證。

四、此後開庭，年已80多歲執業半世記之訴代律師，在法庭上受該法官公開羞辱，並責罵訴代連權利、義務都不懂云云；法官此項程序外進行之非訴訟行為，且以電話行之，訴訟上無此必要。本人尊重法律，尊敬法官，但別案不會發生此事，何以獨獨發生在本案之上？

謹　呈

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　11　月　3　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（四）

一、該確定判決稱祭祀公業呂萬春死亡派下權人呂進榮，已有親生子呂學川，繼承其派下權，其長女呂碧蓮雖然：「招夫王有坤，生子呂家昇從母姓，呂進榮生前指定呂家昇為其男系子孫第三房，與長房學山（學山逝於民國90年，父進榮逝於民國89年）二房學川，合稱陽男三大房，於其妻墓碑鐫刻陽三大房立石，進榮公逝後，學山、學川及家昇共立墓碑亦鐫刻陽三大房立石，以示家昇雖為贅婚王有坤所生，但不從父姓王而從母姓呂，且出於進榮公之指示，則進榮公已視家昇與學山、學川為其宗祧男系共同繼承人」該判決以上列情事，不足排除祭祀公業繼承人限於男子，女子無繼承權之習慣，並未說明其依據，仍認女子不得為祭祀公

業繼承人，重男輕女，違反憲法第七條：「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」所昭示男女平權之憲政原則。則該確定判決，違背憲法女男平權之規定，妄認為女男平權之憲法原則不及於祭祀公業，並未說明其依據。

二、憲法第七條「男女平權」之規定，不論法律、法規及涉及人民基本權利之習慣，在憲法明文上均無排除在外之但書規定，則涉及人民基本權利所謂男女不平等之習慣，若抵觸憲法第七條，該習慣仍非有效。

三、最高法院民事庭諸法官於祭祀公業繼承權，應適用一般民法男女平等繼承之原則，抑或適用習慣，凡生子從母姓之女子，均有該繼承權，但未嫁女子則否，而有甲說（前段）、乙說（後段）之爭，經議決採取乙說，凡奉祀本家祖先，生子從母姓之女子，亦有祭祀公業繼承權，此有最高法院70年度第22次民庭決議錄附後為證。則呂碧蓮奉父命不出嫁，招夫王有坤，生子呂家昇，從母姓，亦有繼承權甚明。

四、從而該判決違反憲法第七條及上列民庭決議，認呂進榮已有男子繼承，呂碧蓮無繼承權，顯然違反憲法第七條及上列民庭決議。

五、習慣違反憲法第七條女男平權之原則，該習慣應為無效，法律，政令，各審民事判決及習慣，違反此原則者亦均為無效，憲法既無例外之規定，當然如此解釋，審判機關不得為違憲之造法。

六、況且本事件二審中，承辦法官一再要求申請人撤回上訴，勸告領回二審裁判費80萬元，回頭一審，再打1,400萬元官司，或透過律師轉達，或於開庭時當面曉諭，但為申請人所拒絕，其行為違背法官之常規，可見本件之違憲判決，並非見解不同，恐係出於事實審之故意違法。

七、附：民庭決議乙份（略）。

謹　呈

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　11　月　17　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（五）

一、原確定判決以本公業管理章程第 4 條規定：「死亡派下員之繼承人有多數者，應公推 1 人為代表派下員，代表全體對公業行使權利；聲請人呂碧蓮為女子無此繼承權」云云，顯然違背憲法第 7 條男女平權之規定及立憲之精神；該確定判決，應為無效；蓋：

（一）被繼承人呂進榮於榮總病危通知時，因呂碧蓮與呂進榮共住二樓，上下不便，因此通知呂學川，請提供其一樓，以供呂進榮往生之所，但為呂學川拒絕，則呂學川對於其父呂進榮生不扶養，病不醫療，甚至拒絕提供病危往生之所，顯見呂學川對於呂進榮生前承認呂家昇為男系子孫第三房，立碑於其呂進榮夫妻，碑文之上，心存不滿，而生怨懟，其未盡義務反獨享權利，違背倫常、善良風俗、及憲法第7條規定之平等原則。

（二）憲法第7條所作男女平權之規定及精神；其效力優於一般法律、命令、習慣及法理。

（三）本公業管理章程第 4 條明文規定死亡派下員有多數繼承人時，應公推1人出面為代表派下員，並未規定受公推者以外之派下員，因公推而喪失派下繼承權，亦未限制一般女子以外之女子派下員繼承權，僅規定女子依法律規定無繼承權者，不得繼承派下權。

（四）習慣，無習慣依法理；女子之繼承已有憲法第 7 條之規定，原判決所謂習慣無適用之餘地。

（五）民法第1114條規定，父母子女互負扶養之義務及受扶養之權利，與憲法第7條男女平權之規定相符，自應比附援引適用於本事件。

二、謹具補充理由如上。

謹　狀

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　99　年　12　月　31　日

抄呂碧蓮、呂家昇補充理由書（六）

為提出釋憲補充理由書事：

一、中華民國憲法第七條規定：「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。」大法官釋字第 211 號解釋稱：「憲法第七條所定之平等權，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。」故而憲法第七條所定之平等權為絕對的，而非相對的；若要抵制憲法第七條所定之平等權，必須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。

二、祭祀公業呂萬春以登記在案全體派下員49名（未登記在案之其他派下員未計在內）其中44名訂立之管理章程，當時公業派下員登記在案依章程記載有49名，而倡議訂約者只有 44 名，故而該管理章程非全體派下員意思表示一致，僅有44名出面簽訂，派下權人呂進榮係未登記在案之派下員，未參與簽訂，故而該章程，係49 名派下員其中 44 名之契約，亦未經法律授權主管機關准予簽訂，故而該管理章程，違反憲法第七條之實質平等權，對於參與簽訂之44名以外已登記在案、及未登記在案之派下員均無效力，聲請人呂碧蓮係派下員呂進榮之長女奉父命招贅生子從母姓（呂家昇），而呂進榮自民國75年起至89年8月2日死亡之日止，均與呂碧蓮母子同住００市００街００號０樓及０樓，受呂碧蓮母子之扶養，其生老病死，均由呂碧蓮母子為之照顧，民國75年，呂進榮妻呂許梅死亡，樹立墓碑，呂進榮原有大房呂學山、二房呂

學川，另行指名呂家昇為其男系第三房子孫，而在呂許梅墓碑上刻男三大房立石，呂進榮89年死亡，大房呂學山、二房呂學川，均承認呂家昇係贅婚之子，從母姓呂，且經呂進榮生前指定為男系第三房，而由三人共同料理呂進榮之喪事，大房、二房亦承認呂進榮生前指示呂家昇為男系第三房，而在進榮墓碑鐫刻男三大房立石，以上事實有聲請人本案訴訟中提出之證物34件，而台灣高等法院及最高法院對此證物均視而無睹。

三、況且管理章程第四條係規定：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表，繼任為派下員；」「唯依政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。」其前段係規定直屬有權繼承人公推一名為代表，繼任派下員，未限定男子有權，女子無權。其後段係規定「依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權」，明示一般女子，依照政府規定，無宗祠繼承權，無權公推或被推為一名代表任派下員。至於聲請人呂碧蓮依最高法院70年度第22次民事庭會議決議採取之乙說「祭祀公業之繼承，依從習慣，係以享有派下權之男系子孫，或奉祀本家祖先之女子或從母姓之子孫為限，一般女子或不從母姓之子孫（例如招贅婚之子女係從父姓，原決議係從母姓，顯係父姓之誤）向無派下權，即不得繼承。」云云，係指未奉祀本家祖先之未出嫁或出嫁從夫之女子而言，呂碧蓮係奉祀本家祖先之女子，且贅婚生子從母姓呂，而非前段所稱之一般女子。而依院字第647號解釋第四款稱：「家族中之祭祀公業，以男系子孫輪管或分割，或分析者，係本於從習慣為家族團體之公共規約，在女子向無此權，苟非另行約定，自不得與男系同論」云云，呂碧蓮雖係女子，但呂碧蓮係奉祀本家祖先之女子，及贅婚生子從母姓之子孫，非647號解釋第四項所謂之女子，故而呂碧蓮招贅生子、從母姓呂，且為呂進榮生前直接扶養人，且奉祀本家祖先，贅婚生子且從母，經呂進榮指定為伊夫妻身後宗祧繼承之第三房，非無派下權之繼承權，有神主牌可證，從而該647號解釋，不能適用於呂碧蓮。

四、謹具補充理由如上。

謹　狀

司　法　院

聲　請　人：呂　碧　蓮

呂　家　昇

中　華　民　國　100　年　3　月　28　日

（附件）

【編按：以下照錄判決原文】

最高法院民事判決　　九十九年度台上字第九六三號

上　訴　人　呂　碧　蓮

呂　家　昇

共　　同

訴訟代理人　陳　正　磊律師

被 上訴 人　呂　學　川

訴訟代理人　廖　湖　中律師

上列當事人間請求確認權益分配金請求權存在等事件，上訴人對於中華民國九十八年十二月二十二日台灣高等法院第二審判決（九十七年度上字第六一七號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

本件上訴人主張：呂進榮為祭祀公業呂萬春之派下員，享有持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金權利，上訴人呂碧蓮及被上訴人依序為呂進榮之長女、三男。呂碧蓮前應呂進榮要求招贅夫王有坤，生育從母姓之子即上訴人呂家昇，繼承本家宗祧。呂進榮於民國八十九年八月二日死亡，呂進榮對於祭祀公業呂萬春之派下權應由兩造繼承，其權利為呂碧蓮、呂家昇二分之一，被上訴人二分之一，被上訴

人並代表派下繼任為祭祀公業呂萬春之派下員，得請求祭祀公業呂萬春給付權益分配金。詎被上訴人竟否認呂碧蓮、呂家昇係祭祀公業呂萬春之派下員，拒不給付權益分配金予呂碧蓮、呂家昇等情，求為確認被上訴人就祭祀公業呂萬春之已故派下員呂進榮持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金，於被上訴人領取該持分額之權益分配金時，呂碧蓮、呂家昇對於被上訴人有其中五九六一分之二七三點二五權益分配金請求權存在；被上訴人應向祭祀公業呂萬春申請領取呂進榮算至九十七年十月三十一日之權益分配金(即祭典費)新台幣(下同)二千八百五十二萬七千三百元之二分之一即一千四百二十六萬三千六百五十元給付呂碧蓮、呂家昇，並加計自領取之日起至給付日止按年息百分之五計算之利息之判決。

被上訴人則以：呂碧蓮、呂家昇並非祭祀公業呂萬春之派下員，無權請求伊給付該祭祀公業發放之權益分配金之二分之一等語，資為抗辯。

原審以：呂進榮育有三男七女，長男呂欽於昭和六年五月二十六日死亡，無男嗣。次男呂學山於九十年十二月二十八日死亡，生前育有女兒呂芬燕、呂芬峰、呂樅霓、呂佳香。三男被上訴人。長女呂碧蓮，於四十八年七月十日招贅夫王有坤，於五十二年一月八日生育從母姓之子呂家昇。次女呂碧玉、三女呂旻靜、四女呂阿素、六女呂玉英均出嫁。五女曾詩紜於四十二年四月二十八日出養。七女呂玉葉未婚嫁。呂進榮為祭祀公業呂萬春之派下員，呂進榮於八十九年八月二日死亡，被上訴人為其繼承人，對祭祀公業呂萬春有派下權，有戶籍謄本、結婚登記申請書、繼承系統表、祭祀公業呂萬春派下員大會會議記錄等件可稽。次查九十七年七月一日施行之祭祀公業條例第四條第一、二項規定：本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）；派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。其立法理由為：基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於已存

在之祭祀公業明定其派下員依規約定之，無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。可見於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，有關繼承取得祭祀公業派下權之資格認定，於祭祀公業之規約有規定者，應優先依該規定決之；祭祀公業無規約或規約未規定者，則應依民事習慣定之。祭祀公業呂萬春於七十五年七月三十一日制定之管理章程第四條前段規定：登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡女子無宗祠繼承權。依其文義，登記之派下員死亡時，該派下員之「直屬有權繼承人」原則上均具有繼承派下權之資格，但排除女子之繼承權。換言之，僅男系直屬有權繼承人有繼承派下權之資格。而男系直屬有權繼承人僅一人時，當然由該繼承人單獨繼承派下權，並繼任為祭祀公業呂萬春之派下員。男系直屬有權繼承人有多數時，則由全體男系直屬有權繼承人推選一人繼任為派下員，對祭祀公業呂萬春行使及履行派下權所涵括之一切權利、義務。至祭祀公業呂萬春發放權益分配金予該繼任為派下員之人後，則由該派下員依全體男系直屬有權繼承人間之內部關係分配該權益分配金。被上訴人係呂進榮之男系直屬有權繼承人，而呂碧蓮係呂進榮之女，呂家昇則係呂碧蓮之子，渠等二人均非呂進榮之男系直屬有權繼承人，自無繼承呂進榮派下權之資格。呂碧蓮、呂家昇既無繼承呂進榮派下權之資格，其自無權領取祭祀公業呂萬春發放之權益分配金。故呂碧蓮、呂家昇請求確認被上訴人就祭祀公業呂萬春之已故派下員呂進榮持分額五九六一分之五四六點五之權益分配金，於被上訴人領取該持分額之權益分配金時，呂碧蓮、呂家昇對於被上訴人有其中五九六一分之二七三點二五權益分配金請求權存在，及請求被上訴人向祭祀公業呂萬春申請領取呂進榮算至九十七年十月三十一日之權益分配金（即祭典費）二千八百五十二萬七千三百元之二分之一即一千四百二十六萬三千六百五十元給付呂碧蓮、呂家昇，並加計自領取之日起至給付日止按年息百分之

五計算之利息，為無理由，均不應准許。爰駁回上訴人呂碧蓮、呂家昇之訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中　華　民　國　99　年　5　月　27　日

（本件聲請書其餘附件略）

司法院釋字第七二九號解釋

【立法院調閱偵查卷證案】

中華民國104年5月1日

院台大二字第1040011956號

解　釋　文

檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料。其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議；要求提供參考資料者，由院會或其委員會決議為之。因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）。本院釋字第三二五號解釋應予補充。

解釋理由書

本件緣於立法院司法及法制委員會（下稱司法及法制委員會）為審查通訊保障及監察法部分條文修正草案等法律案，依立法院職權行使法第四十五條規定，向聲請人最高法院檢察署調閱該署一００年度特他字第六一號偵查卷證之通訊監察聲請書、筆錄、監聽譯文、公文等卷證文書影本及監聽光碟片。聲請人認依司法院釋字第三二五號、第五八五號解釋意旨，檢察官之偵查係對外獨立行使職權，與法官之刑事審判，應同受憲法保障，且偵查卷證係偵查行為之一部，為犯罪偵查不公開之事項，非屬立法院所得調閱之事物範圍。即令案件偵查終結後，若檢察官有違法、不當之情事，亦應由監察院調查。立法院僅能在制度、預算、法律等事項對檢察機關進行通案監督，應無介入

個案調閱偵查卷證之餘地等情，而拒絕提供調閱之卷證。司法及法制委員會因認聲請人之檢察總長迴避監督、藐視國會，將檢察總長函送監察院調查。是聲請人即有本於偵查職權而與立法院調閱文件之職權發生適用憲法之爭議，乃報請其上級機關法務部，層轉行政院聲請解釋憲法。經核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款、第九條之規定相符，應予受理，合先敘明。

立法院為行使憲法上所賦予之職權，除依憲法第六十七條第二項及憲法增修條文第三條第二項第一款辦理外，得經院會或其委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料；必要時並得經院會決議調閱文件原本。受要求調閱之機關非依法律規定或有其他正當理由不得拒絕。但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，立法院對之調閱文件本受有限制，業經本院釋字第三二五號解釋在案。嗣依循本院上開解釋意旨制定之立法院職權行使法第四十五條規定：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料（第一項）。調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本（第二項）。」第四十七條第一項前段復規定：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。」立法院要求提供參考資料權及文件調閱權，係輔助立法院行使憲法職權之權力，故必須基於與議決法律案、預算案或人事同意權案等憲法上職權之特定議案有重大關聯者，始得為之。為判斷文件調閱權之行使是否與立法院職權之行使有重大關聯，上開立法院職權行使法第四十五條第一項所稱特定議案，其目的及範圍均應明確。

按檢察機關之偵查卷證與偵查追訴犯罪有重要關係，有其特殊性與重要性。正在進行犯罪偵查中之案件，其偵查內容倘若外洩，將使嫌疑犯串證或逃匿，而妨礙偵查之成效，影響社會治安，基於權力分立與制衡原則及憲法保障檢察機關獨立行使職權，立法院自不得調閱

偵查中之相關卷證。至於偵查終結後，經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案（例如檢察實務上之簽結）之案件，既已終結偵查程序及運作，如立法院因審查目的與範圍均屬明確、且與其憲法上職權有重大關聯之特定議案所必要，又非屬法律所禁止，並依法定組織及程序調閱者，因尚無實質妨礙偵查權行使之虞，自得於經其院會決議調閱上述已偵查終結之卷證。另個案雖已偵查終結經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案，惟卷內證據資料如與檢察官續查同一被告或他被告另案犯罪相關者，倘因調閱而洩漏，將有妨害另案偵查追訴之虞，為實現檢察官獨立行使職權追訴犯罪，以落實國家刑罰權，檢察機關得延至該另案偵查終結提起公訴、或不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案後，再行提供調閱之卷證資料。至調閱與偵查卷宗文件原本內容相符之影本，因影本所表彰文書之內容與原本相同，依前述意旨，亦應經立法院院會決議。本院釋字第三二五號解釋應予補充。另立法院行使文件調閱權，如未符合憲法或法律上之要求，自構成受調閱機關得予拒絕之正當理由。

立法院行使憲法上職權，向檢察機關調閱偵查卷證之文件原本或影本，由於偵查卷證之內容或含有國家機密、個人隱私、工商秘密及犯罪事證等事項，攸關國家利益及人民權利，是立法院及其委員因此知悉之資訊，其使用自應限於行使憲法上職權所必要，並須注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），對依法應予保密之事項亦應善盡保密之義務；且不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議，始符合權力分立、相互制衡並相互尊重之憲政原理，乃屬當然。

立法院與監察院職權不同，各有所司。立法院之文件調閱權，以調閱文件所得資訊作為行使立法職權之資料；而監察院之調查權，則係行使彈劾、糾舉、糾正等監察職權之手段，二者之性質、功能及目的均屬有別，並無重疊扞格之處。是立法院行使文件調閱權，自無侵犯監察院調查權之問題，檢察機關自不得執此拒絕調閱。

立法院行使文件調閱權，如與受調閱之機關發生諸如：所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯、是否屬於法律所禁止調閱之範圍、是否依法定組織及程序調閱、以及拒絕調閱是否有正當理由等爭議時，立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。相關機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指明。

聲請人指摘司法及法制委員會決議通過之「監聽調閱專案小組運作要點」（下稱運作要點）第十一點、第十二點之內容，逾越立法院職權行使法第四十五條之範圍，牴觸憲法第六十三條及本院釋字第三二五號等解釋，聲請解釋。經查該運作要點僅係司法及法制委員會為行使立法院職權行使法第四十五條之文件調閱權，就如何調閱一００年度特他字第六一號偵查卷證之目的而自行訂定，俾作為該監聽調閱專案小組內部議事運作之作業準則（立法院中華民國一０三年五月七日台立院司字第一０三四三００二八０號函參照）。是該運作要點性質上乃該委員會之內規，用以協助所設調閱專案小組運作而訂定，要屬該委員會內部議事運作之事項，尚不生法律或命令牴觸憲法之問題。此部分聲請，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款規定不符，依同條第三項規定，應不受理。聲請意旨另以，司法及法制委員會依立法院職權行使法第四十五條第一項向聲請人調閱偵查卷證，惟聲請人依司法院釋字第五八五號、第六三三號解釋意旨及政府資訊公開法等法律規定，並無提供給閱之義務；再依法院組織法第六十六條第十項規定，檢察總長除年度預算案及法律案外，無須至立法院列席備詢，此與運作要點第十一點規定調閱專案小組會議召開時，得邀請被調閱文件之機關首長含檢察總長率同有關人員列席說明之見解，亦屬有異。為此，聲請統一解釋云云。按司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款本文規定：「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」得聲請統一解釋。核聲請人所陳，並未敘

明其與他機關對同一法律或命令所已表示之見解有異。是此部分統一解釋之聲請，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款之規定不合，依同條第三項規定，亦應不受理。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

協同意見書

大法官蘇永欽　提出

本件解釋要處理的核心爭議為立法院委員會成立的文件調閱小組可否調閱最高檢察署的偵查卷證，由於憲法無一字及於此一問題，有關立法院可否及在何條件下調閱其他機關的文件，完全由本院循憲法有關五院體制規定背後的精神以解釋續造，迄今先後已肯認：以委員在院會及委員會行使的質詢權為基礎的文件調閱權（釋字第三二五號解釋），及以立法院固有的立法調查權為基礎的文件調閱權（釋字第五八五號、第六三三號解釋），但皆有相當嚴格的條件。憲法賦予本院對各最高統治權之間如何區分及互動作最後解釋之權，責任之重，自不得恣意調弄以致反成憲政秩序的亂源；尤其從憲法第九十五條明文規定監察院對行政院及其部會的文件調閱權以觀，「明示其一，排除其他」，此類權力關係的續造更應從嚴，除在憲政實務上確有續造的必要外，在憲法法理上也應有堅強依據，以早期本院解釋風格之簡約，第三號有關監察院法律案提出權的續造解釋在論述上尚且特別嚴謹，足可說明。此所以本件有關立法院文件調閱權的解釋，如何得出立法院得於且僅得於偵查案件終結後、於符合一定條件下調閱相關偵查卷證的結論，對釋字第三二五號解釋又為何有所補充，實不能不將本院過去所為分權解釋遵循的原則先予整理闡明（第一段）。並在對審查結果有所說明以前，先給本件爭議的文件調閱權作一個明

確的定性，釐清其與憲法及憲法解釋肯認的調查權有何本質的不同（第二段），接著說明釋字第三二五號解釋對此一文件調閱權的行使所設程序要件，由於本解釋對於其中文件原本的要件有重要補充，使文件「影本」的調閱也要經過院會決議，理由書就此卻語焉不詳，因此特為較詳細的論述（第三段）。然後才就實體上為何針對偵查卷證的調閱最後做出應以案件終結為可容忍的最早時間點，並應符合其他嚴格條件，提出比較深入的論證（第四段）。最後，對於理由書就釋字第三二五號解釋並未提及，本案聲請人也未主張的爭議解決機制，何以見得我國憲政有此需要，解釋也於理由中逕襲釋字第五八五號解釋的故智作成題外的立法諭知，本席認為實屬畫蛇添足之筆，一併簡述理由於最後（第五段）。

一、有關分權的憲法續造需要較為一貫的理論基礎

中央政府分權的續造解釋，不能不從貫穿整體規定的原則出發，就此早期解釋多簡單以「五權分治，彼此（或平等）相維」作為最高指導原則（釋字第三號、第一七五號、第四六一號、第六八二號等解釋可參），民主化後逐漸凸顯機關間制衡的意旨，較近的釋字第六一三號解釋已經納入議會主義體制普遍強調的權力分立三大指導原則：A.功能最適(Funktionsgerechtigkeit)、B.相互制衡(Balance)及 C.核心領域(Kernbereich)，而有如下的概括性論述：「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地(A)，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利(B)。惟權力之相互制衡仍有其界限，除不能牴觸憲法明文規定外，亦不能侵犯各該憲法機關之權力核心領域(C)，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙（本院釋字第五八五號解釋參照）或導致責任政治遭受破壞（本院釋字第三九一號解釋參照），例如剝奪其他憲法機關為履行憲法賦予之任務所必要之基礎人事與預

算；或剝奪憲法所賦予其他國家機關之核心任務；或逕行取而代之，而使機關彼此間權力關係失衡等等情形是。」加上之前彰顯的彼此相維(D)—其內涵應包含德國近年開始討論，也見於本院釋字第四六一號解釋的「相互尊重」(Interorganrespekt)原則—，實際上已可說明現代民主政治在分權上都不可少的元素，只是民主體制各有其歷史、社經脈絡，從傳統著眼於行政立法關係的三分法：內閣制、總統制和半總統制（雙首長制），到制度政治學涵納更多民主元素的二分法：共識民主(consensus democracy)與多數民主(majoritarian democracy)，各國發展出的民主體制必然會走向最能回應其條件的混合，彼此間不可能雷同。有分權(separation of powers)明顯重於分工(division of functions)者，如總統制，也有分工明顯重於分權者，如內閣制，大體上只能說，其越分權者越強調B、C，越分工者則越強調A、D，我國憲法一方面屬於分權程度較高者，另一方面又強調行政立法的緊密互動與負責，反映了五權憲法的原始構想（按能分權），與在台灣民主化過程的經驗（行政對立法負責），使得四項分權原則沒有明顯的優先次序，其權衡變得更為複雜，當然在作任何續造時也更須審慎。由於這些原則表面上或偏向分，或偏向合，實際上體制在權力分合之間如果操作得當，往往更可相互正當化，比如核心領域原則如能配合落實功能最適原則，會更有說服力；相互制衡原則如能同時彰顯相互尊重原則，也可舒緩政府內部的緊張關係。本院在早期的分權解釋較少注意分權的面向而多彰顯分工，反映了威權體制的現實。隨著民主化的展開，又開始強調分權。從這個角度來讀前面提到的釋字第六一三號解釋所做的前提性論述，特別能理解其開始走向綜合的深刻用心，本件解釋其實也已對這幾個原則作了反覆的權衡。

二、無關立法調查而屬補立委質詢不足的文件調閱

本件審查的文件調閱權，依解釋理由書的認定，為本院釋字第三二五號解釋及立法院依該號解釋在立法院職權行使法所設

專章（第八章，共九條）創設的權力（民國八十八年一月二十五日公布第四十五條立法理由可參）。其性質與憲法第九十五條賦予監察院的文件調閱權，及嗣後依本院釋字第五八五號解釋，立法院得制定有關調查委員會的法律（迄未制定），並據以設置的調查委員會所得行使的文件調閱權，無論就權力來源與性質功能而言，都全然不同，因此在就相關爭議為憲法的論斷前，有先加釐清的必要。

監察院的文件調閱權為其調查權的一環，其調查權則為行使監察權（彈劾、糾舉和糾正）的必要工具。西方國家也多存在對政府部門的調查權，由國會獨占，其性質有依附於國會的核心權力、輔助其行使者，如立法調查權、糾彈調查權，也有獨立於這些權力，本身即為國會的核心權力者，可以不必以特定法案的審查或官員違失的糾彈為目的，單純了解國政的調查權。在國會有優越地位的古典內閣制國家，如英國、日本，都有這樣理論上不需要目的的國政調查權（惟多數日本學者仍主張國政調查權只能基於明確的目的而發動，如宮澤俊義、蘆部信喜等）。多數國家的調查權則屬前者，且多明文規定於憲法，如德國（僅少數德國學者主張其性質已非立法、糾彈的輔助權，如研究國會法的著名學者 Norbert Achterberg）。美國未見於憲法明文，但在一九二七年的 McGrain v. Daugherty 案確立其為國會固有、潛在的權力，並附屬於(auxiliary)立法權，在範圍上不得超越立法權及預算權（一九五九年的 Barenblatt v. United States）。我國憲法下的監察權，刻意從立法院抽出另設監察院來專一行使（核心領域觀點），是出於孫中山先生的構想，希望可以避免由政黨政治中心的立法院行使，重蹈許多民主國家國會調查委員會的覆轍，即因黨同伐異而難以實現其公正揭弊、懲前毖後的憲政功能（功能妥適觀點）。在憲法本文還配合聯邦色彩的省自治結構，使監察院兼有聯邦制國家上院某些職能的時期，它曾被認定與立法院、國民大會共同相當於西方國家的國會（釋字第七六號解釋），民主化改

革後已廢除其同意權，成為更純粹的監察機關，連帶的卻也使得更接近西方國家國會的立法院，是否也該「回復」其調查權的爭議，隨之而生。釋字第三二五號解釋即為處理民主化後立法院重新定位產生的有無固有（不待憲法明文規定）調查權的爭議，當時聲請解釋的立法院不僅肯認，而且主張立法院應有國會固有的糾彈權及國政調查權才夠完整，不因監察院已有糾彈調查權而受影響。另有陳水扁等立委提出的聲請案，則僅主張立法院應有輔助立法權行使的立法調查權，為輔助立法權而存在的固有職權。結果本院從核心領域的觀點，斬釘截鐵的指出：「……憲法增修條文第十五條規定施行後，監察院已非中央民意機構，其地位及職權亦有所變更，上開解釋（按指釋字第七六號解釋）自不再適用於監察院。惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院行使。」不僅否認立法院有與監察院監察權明顯重疊的糾彈權與調查權，明確認定憲法第九十五條、第九十六條的調查權應專由監察院行使，間接也否認了立法院另有所謂的立法調查權。但該解釋仍然創設了立法院的文件調閱權，只是其權力基礎為憲法賦予立法委員的質詢權，為達到質詢目的，在一定條件下肯認立法院有補強個別委員質詢權的文件調閱權，其性質實不啻輔助權的輔助權（此一權力定性在後來的釋字第四六一號解釋又明確的重申一次）。足見從其權力基礎與所受限制而言，釋字第三二五號解釋創設的文件調閱權既不能與國政調查權相提並論，就是和聲請解釋的立法委員所主張的立法調查權內含的文件調閱權比較，雖然都受到輔助立法權目的的拘束，但後者與立委質詢權的行使完全脫鉤，而又須與立法院審議的法案緊密相關，其內涵與所受的限制還是十分不同。

惟釋字第三二五號解釋對於立法調查權的間接否定，到了釋字第五八五號解釋已經改變，該號解釋開宗明義即強調：「立法

院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」至於此一調查權行使的方式，理由書又特別強調：「並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見，並得對違反協助調查義務者，於科處罰鍰之範圍內，施以合理之強制手段」，就此範圍，顯已超出釋字第三二五號解釋的文件調閱權甚多。而且正因為這樣以解釋擴張的立法調查權，對於被調查的機關人員影響甚大，凡有一張必有一緊，理由書即接著特別強調：「惟其程序，如調查權之發動及行使調查權之組織、個案調查事項之範圍、各項調查方法所應遵守之程序與司法救濟程序等，應以法律為適當之規範。」並諄諄叮囑：「各該法律規定之組織及議事程序，必須符合民主原則；其個案調查事項之範圍，不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙；如就各項調查方法所規定之程序，有涉及限制人民權利者，必須符合憲法上比例原則、法律明確性原則及正當法律程序之要求。」從制衡原則出發來合理化立法權的擴張，接下來就提到核心原則與相互尊重原則作合理調和。由於立法院迄未制定關於調查權行使組織和程序的專法，或在立法院職權行使法增修相關規定，除了該號解釋原因案件涉及到的個案立法（三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例）外，立法院還無從合憲的行使任何調查權，引發本件解釋的原因事件，也只是「立法院司法及法制委員會（下稱司法及法制委員會）為審查通訊保障及監察法部分條文修正草案等法律案，依立法院職權行使法第四十五條規定，向聲請人最高法院檢察署調閱該署一００年度特他字第六一號偵查卷證之通訊監察聲請書、筆錄、監聽譯文、公文等卷證文書影

本及監聽光碟片。」查相關函文也完全未表達行使調查權的意思，其性質為依釋字第三二五號解釋，以委員質詢權為基礎的一般文件調閱權，應無疑義。本件解釋即在此一定性上，就其爭議問題作成憲法的判斷。

三、調閱特定文件都應通過院會始符相互尊重原則

立法院依本院釋字第三二五號解釋及立法院職權行使法行使文件調閱權，應符合一定的程序，如不符合，被調閱機關拒絕調閱，即不能說無正當理由。由於該號解釋明確的說：立法院「得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。」立法院職權行使法第四十五條也據此規定：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本。」但本案司法及法制委員會並沒有經立法院院會的決議，就以台立司字第一０二四三００七七八號函給最高法院檢察署，請其於所定期日前「提供與正本相符之影本資料（含光碟）各一份」，影本可否為原本涵攝，從而需經院會決議才可調閱，或者既非原本，應該就只是參考資料，只需通過委員會決議，即成為程序合法性的主要爭點。可惜解釋文雖明確認定「其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議」，並就此明示釋字第三二五號解釋應予補充，卻未在理由中作進一步的闡述。實則如本席早年評論本件解釋時即已說明，解釋區分寬嚴不一的程序要件，關鍵本來就不在「參考資料」還是「文件」（二者在概念上必然大幅重疊），也不在「原本」還是「影本」（內容完全一樣時，就資訊取得而言即無不同，僅在檔案保存上意義有別），而在「要求提供」還是「調閱」，正是因為考量二者對其他機關「制衡」的程度，才會決定相對給予「尊重」的程度，程

序門檻高低有別，其故實在於此。

不妨先拉高到基本權力分配的體制類型，從行政立法分權的結構來說，分權多於分工的總統制，立法權完全掌握於國會，連提案權都沒有的總統，實際上只能通過同黨議員提出法案，國會對於不對其負責的總統當然也沒有質詢權，只好通過聽證會來從行政部門取得所需資訊。反之，在分工大於分權的內閣制國家，政府和議員都享有法案提案權，政府的法案(government bill)實際上還多處於主導的地位，立法部門則可通過各種質詢制度來監督政府，此時議員－特別是反對黨的議員－的質詢就有從行政部門取得法案相關資訊的重要功能，對於議員不兼官吏（憲法第七十一條），且因採雙元民主體制，有時會出現分裂政府或左右共治局面的我國體制而言，這樣的資訊需求更不以立法院的少數黨議員為限。不過理論上基於推動法案自身的利益，行政部門應該會盡最大可能去滿足立法部門的需要，立法部門則恆可藉法案的杯葛來迫使政府提供資訊。因此在立委的質詢以外（包括憲法第五十七條或增修條文第三條第二項第一款院會定期的總質詢和第六十七條各委員會機動的質詢），有無另外建制其他資訊工具的必要，仍非理所當然。釋字第三二五號解釋所以續造了補強質詢權的兩種資訊權，合理的考量應該即在我國的不純粹內閣制，換言之，除了前述可能造成行政立法部門間緊張關係的兩項因素外，內閣制為立法與行政設計的迫使對方負責的終極手段－倒閣與解散國會—，在我國憲法上也都十分孱弱，以致實務上確已使得政府對於立法委員的質詢有時流於實問虛答，因此在通過口頭或書面質詢仍不能取得足夠資訊時，解釋即明認立法院得另要求提供參考資料，或直接調閱文件。但這兩項資訊工具都不是由質詢權的主體—個別立法委員—來行使，而是由委員會或院會來行使，這樣的程序門檻有功能最適的考量，如前所述，更多的恐怕還有機關相互尊重的考量。就此有必要再分別從這兩種資訊取得方式的差異，和兩種對應的程序來作說明。

在政府所持資訊對全體國民原則上有公開義務的今天（包括主動公開和被動公開，政府資訊公開法第二、三章可參），此處所談立法院的資訊工具必然是針對行政部門依法尚無公開義務的資訊，固無須贅論。作為取得資訊的工具，個別立法委員的質詢即可生一般的答詢義務，所謂要求提供參考資料，即在口頭或書面答覆問題以外，要求提出進一步有助於立法院審議法案的參考資料，可以是更詳盡的綜合說明，或文件、圖片、語音檔案等，全文或節本，不一而足。參考資料一定包括了文件，就資料價值而言，也絕對不能說文件高於其他資料，同樣的，從檔案法的觀點來看，文件持有者對原本固然有較高的保存義務，但絕對不能說只有文件原本才需要在請求程序上作特別要求，其他資料，如語音檔的原件就不需要；而且在國家最高機關之間互動的層次，檔案法所考量的檔案保存的完整性，大概只在特殊情形可達到必須認真對待的程度，尚不需要一般性的影響到程序門檻的高低。作為取得資訊的方法，這裡真正會影響到機關間制衡而需要有相互尊重考量的，反而是兩造接近使用資訊的程度。簡單的說，從質詢到要求提供參考資料，只有或簡或繁的一步之遙，即從對問題的答覆義務(Beantwortungspflicht)，延伸或提升到相關資料的提供義務(Vorlagenpflicht)，二者的關係比較像是簡答和申論，行政部門在不知質詢者「已知」深淺的情形，試探性的簡答應該即已符合此制的期待。只有當立法者審議法案進入到更深階段而需要更多更具體資訊時，行政部門才有配合提出參考資料的必要性。但二者都可由提供資訊方針對要求的目的，就提供何種內容有所選擇，乃至對提供的方式和範圍作充分的裁量取捨，使其對於向立法院公開無公開義務的資訊，得就其合法性、必要性、安全性，乃至對第三人的保護，都處於可預為評估，並負起責任的狀態。相對於此，另一種資訊取得的方式—調閱文件，則是由要求方直接指定特定無公開義務的文件，由行政部門提供閱覽，不像前者仍得針對其目的而就相關資訊中有所取捨，而只能就該特

定文件在給與不給之間去作抉擇。被調閱的一方，當然仍可基於憲法的理由，或依據法律規定得不提供的理由，而拒絕立法院的要求，本件解釋也特別就此有所闡明，但此時被迫拒絕的一方反有說明義務，面對的壓力顯然已經大了很多。德國學者就行政立法之間資訊接近使用的程度（Zugänglichkeit，本院釋字第三六四號解釋曾使用此一概念），習慣上會從行政部門「自主性」的高低，區分他送資訊(Fremdinformation)與自取資訊(Selbstinformation)，如果把立委的質詢放在他送資訊的一端，監察院的調閱文件（憲法第九十五條、監察法第二十六條）放在自取資訊的另一端，則請求提供資料還在他送資訊範疇，立法調查權的調閱文件，因為其權力基礎為立法院「固有」(inherent)的資訊取得權而非由質詢權衍生(derived)而得，本院未作此一續造則已，既已以解釋肯認其存在，其文件調閱的性質應該又比基於質詢權的文件調閱更偏向自取資訊。相對於兩者，基於質詢權的文件調閱權在這五者之中，應該處於他送和自取之間，和基於調查權的文件調閱，及基於質詢權的要求答覆與提供資料，應該都有層次的不同。

回到釋字第三二五號解釋建立的程序門檻，應該可以清楚的看到該解釋針對立法—行政之間「一般性」的資訊取得，建構了三個不同的對應層級：委員質詢—政府人員答詢，委員會決議要求提供參考資料—政府人員所屬機關提供參考資料，立法院院會決議調閱文件—政府人員所屬機關提供該文件閱覽。要求方可以提高組織決策層級，比如質詢者可以是立法院黨團，當然也可以經由院會決議，要求提供參考資料，但不能降低層級。這裡也許有必要再對要求方的層級再作簡單說明。對反映全體國民意志而必須高度合議的立法院而言，真正能作決策的只有院會，個別委員不行，院長不行，黨團也不行。憲法建制立法院時，只是沿襲西方國會傳統設置常設委員會（第六十七條），其功能在協助龐大的院會於作成決策前，通過其專業化的組織把議案作得更為完

善，並通過相互妥協把爭議減到易於集中辯論表決的程度，故其儘管不可或缺，性質上仍只是院會的輔助機關，無任何議案決定權，最多如德國賦予其在憲法訴訟有關機關爭議程序中以「其他參加人」（anderer Beteiligter, 基本法第九十三條第一項第一款的用語）或「機關成分」（Organteile, 聯邦憲法法院法第六十三條的用語）的地位而有一定的發動權。釋字第三二五號解釋在課與行政部門於答覆委員質詢以外有提供參考資料義務時，要求須經委員會決議，背後應有相互尊重與功能最適的考量，避免上百位委員各有所求，導致資訊互動的分散重複、行政部門疲於奔命，而可由委員會通過其累積的專業整理評估選擇性的提出合理要求。另一方面，因為只是基於審案的需要而就有待瞭解的問題要求提供資料，而可由行政部門保留篩選合宜資訊的空間，也無需拉高到院會的層級。惟一旦調閱特定無公開義務的文件，不論從其接近使用他機關持有的資訊已到達更高的層級，如前所述，或從委員會的多數結構未必與院會多數結構相近，為避免不必要的機關間衝突，能經由院會決議確認調閱對於審理議案的重要性，自然更符合相互尊重的原則。

綜上說明，即知本件解釋認定；立法院調閱「與原本內容相同之影本」應和調閱原本一樣經過院會的決議，已有相當深入的考量。原因事件中司法及法制委員會調閱最高法院檢察署特定案號偵查卷證的通訊監察聲請書、筆錄、監聽譯文、公文等卷證文書影本及監聽光碟片，已非單純請求提供參考資料，所調閱的文件雖僅要求影本，因屬與原本內容相同的影本，既未經過院會決議，最高檢察署拒絕其調閱，只需提出此一程序不合的理由，即屬正當。

四、司法獨立和立法院資訊取得權之間作合理權衡

本件解釋對於可否調閱偵查卷證這個核心問題，則有相當清楚的答案和理由：「檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對

於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料。」簡言之，在結案前絕對不可以，在結案後，則須符合四個條件才可以，理由則為保障檢察機關獨立，其背後實現的是公權力各有其核心領域（以偵查為檢察權核心內容），並防止其他權力的不當干預（相互制衡）。把立法院為落實其核心的立法權，而對相關機關行使的資訊權，因觸及檢察權的核心而作這樣的特別限制，一直到脫離其核心地帶為止。

由於憲法就司法案件只提到審判獨立的保障，無一字及於檢察獨立，行政機關有基於公共政策考量，以法律使其職權行使保有一定程度不受其他機關干預的空間的，如各種獨立管制委員會，未必可在憲法上主張獨立的保障。對於憲法未置一詞的檢察權，此一獨立保障處於何種位階，確有釐清的必要。就此釋字第三二五號解釋其實已經有所闡明，理由書在歷數憲法列舉受獨立保障的法官、考試委員和監察委員之後，特別針對檢察官的獨立有以下的論證：「檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障。本院釋字第一三號解釋並認實任檢察官之保障，除轉調外，與實任推事（法官）同，可供參證。」顯然即以檢察官享有憲法保障的「外部」獨立。後來的釋字第三九二號解釋更直接把檢察權定性為廣義的司法，為其應受獨立保障提供明確的法理基礎：「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，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。憲法第八條第一項所規定之『司法機關』，自非僅指同法第七十七條規定之司法機關而言，而係包括檢察機關在內之廣義司法機關。」本件解釋排除立法院調閱偵查卷證，不再重複此部分意旨，而另外加上了某些公共利益的權重，可使社會各界更理解排除調閱的必要性：「檢察機關之偵查卷證與偵查追訴犯罪有重要關係，有其特殊性與重要性。正在進行犯罪偵查中之案件，其偵查內容倘若外洩，將使嫌疑犯串證或逃匿，而妨礙偵查之成效，影響社會治安。」以案件終結為調閱司法卷證的底線，使立法院對於繫屬中的案件完全無介入司法的空間，考量其為偵審的核心領域，非如此實連獨立的外形都難以維繫，應無庸懷疑。監察院依憲法規定得行使的糾彈調查權，早在民國四十五年即與司法院就其調查權與審判獨立的界限產生爭議，而在兩院反覆協調下達成以案件終結為底線的共識（「儘量避免對於承辦人員在承辦期間實施調查」），此所以釋字第三二五號解釋還特就此加以闡明：「訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」結案後調閱卷證，原則上已脫離司法權的核心領域，似乎沒有繼續排除立法院調閱的理由。但若考量立法權介入個案的後續效應，對於司法人員心理上形成的陰霾，仍很難確保其獨立性不受影響。此所以參考外國在這個問題上設定的界線，會發現多數國家都寧可給予司法獨立更大的權重。向國會負責的行政權，雖然在不少國家也被肯認有可以主張自我負責的行政核心領域，但相對而言都比不對國會負責的司法權要窄得很多。德國容許國會對司法機關進行調查，但不能以個別司法案件為對象，即使已經終結。多數國家縱使不會那麼絕對，考量到以實現立法或

預算等目的而要對司法個案進行調查，其關聯性通常不高，實際認定還是會趨於嚴格。日本就是如此，一九四八年曾經發生震驚社會的浦和事件，參議院法務委員會認為判決過輕而展開「有關檢察及裁判營運之調查」，作成事實認定不當、量刑過輕的結論，但學者和最高裁判所都強力批判調查已逸出立法權範圍，最後還是不了了之。只有美國的情形比較不同，在前述 McGrain v. Daugherty 案中，下級法院原來還認定參院調查司法部長不起訴的疏失與立法無合理關聯，所謂立法考量不過是「事後飾詞」(afterthought)，卻為最高法院撤銷判決，認為國會所為調查是否輔助立法，應為有利的推定。會做出這樣的權衡，實因總統制下行政立法部門間的抗拮寧為常態，只能依賴調查以獲取資訊的國會確有給予寬貸的必要。反之，對於行政部門本即享有提案權，並就其政策需對國會負責，經常接受其質詢的多數國家而言，傾向限制對司法個案調查，即不難理解。

從這個角度來觀察，則本件解釋對於結案後的偵查卷證的調閱，雖仍要求符合四個條件，也就是一、「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」，二、「與其行使憲法上職權有重大關聯」，三、「非屬法律所禁止」，及四、「無妨害另案偵查之虞」。但細思即知，一、二只是行使一般文件調閱權都必須滿足的要件，只是考量其為司法個案而在審查標準上提高—須達到明確與重大。三為立法院自己議決禁止調閱的情形，四則是已經結案要件的必要延伸，仍然在保障偵查獨立的核心領域內。因此對於立法院尚不能認為過苛。就實際發生院際爭議的情形，被要求調閱偵審文件的法官或檢察官，若能指出並無在目的與範圍上都足夠明確的法案待審，或立法院未說明該法案與調閱文件之間有何關連，或僅有空泛的說明，或者縱已符合前二條件，但對於調閱法有明文禁止，或該文件與偵查中的另案有關，調閱可能構成妨害，其拒絕調閱當然都屬於有正當理由。另外在探討調閱文件的憲法界限時，就機關間所生爭議還有需要再做區隔始能分別作成適當評價

者，本件解釋並未著墨，簡單的說，所爭執者可能只是單純基於輔助立法目的對司法個案文件的調閱，也可能已內含對於文件持有者的糾彈調查，後者在我國已屬越俎代庖，不當的侵入監察權的核心領域。若監察院同時已經展開調查，乃至也已調閱文件，或甚至如原因事件，偵查卷證的持有者也已成為檢察機關的偵查對象，則又有立法與監察、司法機關平行調閱乃至平行調查的問題(parallele Doppeluntersuchung)，不少國家在這種情形基於證據保護、減少證人受到的干擾等顧慮，更多則是避免司法受到污染的考量，會對立法的調查給予較大的限制，英國對於已經成為司法案件者，到判決確定前，國會都不得作平行調查，德國則有嚴格的限制（Flick 案調查委員會案BVerfGE 67, 100 及Neue Heimat 案 BVerfGE 77, 1 可參）。本件解釋因原因事件此部分事實不在聲請解釋範圍而未作任何判斷，僅就單純調閱偵查卷證問題作成抽象的憲法解釋。未來如再有立法院調閱文件的爭議，仍有依其情形作不同判斷的必要。

五、調閱爭議的解決可循既有機制無必要諭知立法

最後，解釋理由書就立法院調閱文件與受調閱機關之間可能發生爭議，特別諭知宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決。此一就機關間爭議解決之道所為諭知，在釋字第五八五號解釋已有先例，當時是針對立法院行使調查權的範圍，因於涉及獨立機關及行政特權時非毫無限制，為恐常啟爭執才作了如何排解爭議的諭知，但解釋至今十年有餘，立法院既未審議通過任何與調查權有關的法律案，當然也沒有發生過其他立法調查的爭議，顯見此一立法呼籲的多餘。以我國國情而言，機關間果有職權爭議，若連上級機關介入也無法和息，大概只有聲請本院解釋一途。德國針對聯邦議會調查委員會權限確曾於行憲半世紀之後制定單行法加以規範（德國聯邦議會調查委員會職權行使法，二００一年），並於該法第三十六條明定法院管轄（於不牴觸聯邦憲法法院管轄的情形由聯邦最高法

院管轄），此一立法例在其他國家尚不多見，恐怕有其特別的考量，但德國歷年來為數恐怕多達三四十個的調查委員會幾乎全部都是為輔助糾彈權而設，其經驗未必可供我國參考，我國與此相當者實為監察院的調查權，其運作實務迄未顯示有增設爭端解決機制的必要，現行監察法也未見任何法院管轄的規定。在客觀上未顯示有迫切需要的情形下，應否立法允宜尊重立法機關，本院實不宜任意為立法的諭知，釋字第五八五號解釋所為欠缺憲政洞視的諭知，迄今徒留尷尬而已，可一而不可再。本席在此只能負責的說，此段文字對於本院所承擔的裁決機關爭議的憲法職能，絕無任何削減，本院也絕無規避之意。

協同意見書　　大法官李震山　提出

立法院為有效行使憲法所賦予的職權，需取得相關必要的資訊，乃事理之當然。其除依憲法規定（憲法第六十七條第二項、憲法增修條文第三條第二項第一款等規定）有聽取報告與質詢權外，尚得輔以非由憲法明定而經本院釋字第三二五號、第五八五號及第六三三號解釋所確立之文件調閱權與調查權。前揭解釋皆屬立法院於「資訊不對稱」的結構因素下，要求其他憲政機關提供資訊所引起的「機關爭議」案件，而本件解釋所指涉爭議的本質亦同，是立法院欲調閱檢察機關偵查與追訴犯罪相關卷證所生之憲法爭執。司法院大法官於審理立法院資訊權(Informationsrecht)（註一）所引起的機關爭議案件（與純粹抽象規範審查案件性質有異）時，應如何兼顧權力分立與制衡原則、國家利益（公益）及人民基本權利，並逐案從定分止爭中發揮與時俱進守護憲法之功效，進而累積健全法制的經驗與要素，誠屬重要之憲法課題。基此，本意見書願提出淺見補充，敬供參考。

壹、「立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」，而文件調閱權與調查權相需相成，彼此難以完全切割。另從該憲法層次權力之輔助工具性質言，應非屬監察院（修憲前、後）的禁臠

憲法固僅於第九十五條及第九十六條規定：「監察院為行使監察權，得向行政院及其各部會調閱其所發布之命令及各種有關文件。」；「監察院得按行政院及其各部會之工作，分設若干委員會，調查一切設施，注意其是否違法或失職。」但得否以「明示其一，排除其他」，作為排斥監察院以外之憲政機關行使該等權限的理由，不無疑問。本院釋字第五八五號解釋明確指出：「監察院為國家最高監察機關，其為行使憲法所賦予之彈劾、糾舉、糾正、審計權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，仍應專由監察院行使。其與立法院於憲法之職能各有所司，各自所行使之調查權在權力性質、功能與目的上並不相同，亦無重疊扞格之處。」另又稱：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」從而獲得「立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」之結論，堪稱允當。

前揭解釋固僅提及「調查權」，但文件調閱權是調查權重要方法之一，兩者間是大圓內之小圓關係，殊難想像能河水不犯井水地將其逕行分割。換言之，若上述解釋「必要輔助性權力」之結論，不適用於文件調閱權，既掏空調查權，等同破壞資訊權的完整性。若因而產生見樹不見林，明察秋毫卻未見輿薪的不妥現象，就不難理解。至於本件解釋雖刻意聚焦於釋字第三二五號解釋的「文件調閱權」，避免提及釋字第五八五號解釋之「調查權」，是強烈希望達成分割的目的。但真相只有一個，本件解釋終究還是將兩者併論而指稱：「是立法院行使文件調閱權，自無侵犯監察院調查權之問題，檢察機關自不得執此拒絕調閱。」（理由書第五段）為描敘上述糾纏的情境，引用南宋詩人楊萬里的詩作「桂源鋪」：「萬山不許一溪奔，攔得溪聲日夜喧。到得前頭山腳盡，堂堂溪水出前村。」毋寧是相當地貼切。

貳、憲法保障檢察機關偵查與追訴犯罪之相關卷證不得任意公開，究係基於「行政特權」或「司法特權」，相關的定位影響釋憲者的立場與態度甚鉅

就立法院欲調閱檢察機關偵查與追訴犯罪相關卷證所生之憲法爭議問題，本院釋字第三二五號解釋僅指出：「訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證……立法院之調閱文件，應受限制。」其保障檢察機關獨立行使職權之用意甚明，而從整體刑事偵審程序言，在「決定起訴否」的重要階段，為「偵查不公開」打造純淨不受干涉的空間，確有其必要。惟該解釋並未交代「應受限制」之法理原因，究係基於檢察機關行使上述職權屬行政權本質之「行政特權」；或屬司法權中審判獨立之「司法特權」。對此，本院釋字第五八五號解釋明確表示：「行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權(executive privilege)。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書。」很顯然的，該「行政特權」是透過憲法權力分立與制衡原則詮釋而得，並非由憲法明文所保障；而「司法特權」則是由憲法第八十條與第八十一條直接明文保障，屬憲法保留事項；兩者之區分，顯有其實益。

就本件解釋而言，釋憲者若就立法院行使資訊權所欲監督的是「行政權」或「司法權」有不同的認知，自會於審理案件時影響判準，並形成寬嚴不一的立場。其次，「行政特權」與「司法特權」對檢察獨立保障的效果固然接近，但若因此就認為，檢察機關的偵查與追訴犯罪行為應受到憲法對「審判獨立」同樣規格的保障，在該種倒果為因的推論下，常會以「司法獨立」替代「檢察獨立」為擋箭牌，除提高民意監督的困難度，當「檢察獨立」

遭受指責時，必殃及「審判獨立」，有損人民對司法的信賴。更重要的是，「行政特權」與「司法特權」的辨明，應有助於解開由來已久所形成的「剪不斷理還亂」又常生指鹿為馬的「廣義司法機關」糾結。該認知形成於本院釋字第一三號有關「檢察官與法官受相同保障」之解釋，以及釋字第三九二號有關「憲法第八條第一項所規定之司法機關，……係包括檢察機關在內之廣義司法機關」之解釋，致今法院組織法設有「檢察機關」一章（第五章）、各檢察署冠上法院名稱、法官法納入檢察官一章（第十章），以及司法院下有「法官學院」、法務部下設「司法官學院」等，一連串既難分又難捨的現象。因此，釋字第五八五號解釋以上有關「行政特權」的定調，就極具憲法的啟發意義。

在前述渾沌的狀況下，就涉及權力分立與制衡之機關爭議案件，作為純司法權的釋憲者，更須保持客觀超然的立場與態度。本件解釋並未重申釋字第五八五號解釋前揭「行政特權」的立場，已隱約含有將「檢察獨立」等同「司法獨立」保障而優於「國會資訊權」之意，且略有「檢察獨立」若不受充分保障，將危及「審判獨立」的憂慮感，而此種從本是同根生而來之愛屋及烏的心理投射，若予人有釋憲立場偏向檢察權的不中立印象，解釋的信度與效度將大打折扣。更現實的問題是，將檢察機關一概披上司法獨立的外衣，對本就權大勢大的檢察權如虎添翼，若有恣意之虞，立法與司法權要對之有效制衡，恐難上加難，若失卻均衡並非憲政與人民之福。以上的懷疑，皆肇因於本件解釋刻意與本院釋字第五八五號解釋劃清界限，得不償失。

叁、本件解釋就立法院文件調閱權雖增設不少憲法層次的要件，在揭弊求真相，要求政府公開、透明、乾淨的時代民氣下，恐難令立法權甘心雌伏於現行法制之下

本件解釋重申權力分立與制衡以及保障檢察機關獨立行使職權後，先將立法院對於偵查中案件相關卷證之調閱，從本院釋字第三二五號解釋所稱「應受限制」改稱為「不得調閱」，再就

已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證部分，除援用本院釋字第五八五號解釋中「重大關聯」、「行政上本質核心功能」外，增設諸多限制調閱文件的要件。其包括「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」、「非屬法律所禁止」、「因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料」、「文件內容含有國家機密、機關內部討論形成政策過程、不宜公開之犯罪事證」、「因調閱以致可能影響或干預有關機關之公務運作，或對其權力之行使造成實質妨害」、「至調閱與偵查卷宗文件原本內容相符之影本，因影本所表彰文書之內容與原本相同，亦應經立法院院會決議」與「依法定組織及程序調閱」等。至就資訊利用部分，則另有限制：「因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）」。若再加上立法院職權行使法第四十七條第一項前段規定：「受要求調閱文件之機關，……依法律或其他正當理由得拒絕」，所佈下的天羅地網，究會使立法院行使文件調閱權插翅難飛，或更激化對立形成政治僵局，有待觀察。

縱然增加立法院文件調閱的限制要件，但當爭議機關就各該限制要件仍堅持自我的詮釋時，仍需由釋憲機關出面解決。（註二）若釋憲機關無法即時而有效解決該等紛爭，向來以標榜代表民意積極參與國家政策形成及監督，而必須快速回應人民意向之立法權，在當今揭弊求真相、要求公開透明的民氣加持，以及透過網路社群文化所形成的壓力氛圍下，未必就甘心雌伏於檢察權可輕易援引的前揭抽象概括限制要件；彼此僵持不下，只好如本件解釋原因案件，適用立法院職權行使法第四十八條規定：「政府機關或公務人員違反本法規定，於立法院調閱文件時拒絕、拖延或隱匿不提供者，得經立法院院會之決議，將其移送監察院依法提出糾正、糾舉或彈劾。」拋出燙手山芋。

惟監察權之性質，應屬對公務人員或其工作之違法失職的事

後控制，僅為開啟公務員懲戒程序之要件，並非嚴謹的司法決定，自不得將其行使糾正、糾舉或彈劾等案成立與否之理由，當成「機關爭議」是非對錯的答案。若因本件解釋大肆提高限制門檻，又未促成建立解決紛爭的司法機制，以致造成由監察權瓜代司法院大法官，而成為類似案件實質「釋憲機關」的不符憲政體制結果，恐會是無心插柳柳成蔭的結局。

肆、相關爭議問題，有賴以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之—他山之石可以攻錯

本院釋字第五八五號解釋曾指出：「如於具體案件，就所調查事項是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。」但如何將憲法未明定且具高度政治爭議之國會資訊權爭執的司法解決機制，建構出合於本土且有助長治久安的法規範，仍是一大挑戰。以下僅就司法院大法官審理案件法及立法院職權行使法規範所未及之處，且惜未成為本件解釋討論對象者，並將焦點集中於「國會政黨爭執」及「聯邦憲法法院與其他專業終審法院分工」兩部分，徵引德國法制以供參酌。

一、就國會內政黨間之相關爭議，依尊重多數保護少數、爭議之解決優先尊重國會自律、自律不成方由司法介入等前提，增修相關法律

我國因總統直接民選，已傾向總統制的行政雙首長制；德國採議會內閣制，其國會議員得兼任內閣成員，立法與行政高度重疊；兩國的相關法制，似無可比較基礎。但當兩國的國會多數與政府結合，監督政府的重任大多落在非執政的少數黨身上，（註三）此時，調查權或文件調閱權就成為國會少數監督政府的有力武器。我國司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款，就機關爭議有保障國會少數（三分之

一）之規定；（註四）立法院職權行使法第四十五條第一項規定，（註五）亦寓有保障少數的意涵。但規範層次不如德國般高，且規範脈絡亦欠分明。德國法制係以基本法第四十四條之規定，保障國會少數（四分之一）組成調查委員會、課予法院及行政機關對之有協助義務，並將憲法法院及聯邦專業法院共同納入定分止爭的行列。（註六）再以前揭規定為基礎，制定國會調查委員會職權行使法（下稱調查委員會法），（註七）以落實憲法的精神。（註八）（本意見書所述及之德國法規範原文，可連結至 www.rechtliches.de 搜尋）

在內閣制國家之憲法中，對於少數席次政黨之國會議員的地位，均有較為詳細之規範，大多會賦予其特定權限，使其有能力與政府行政部門及國會多數政黨相互競爭並制衡。我國憲法並無明文，且因長期一黨獨大的政治現實，立法院職權行使法以及關乎政黨興替的選舉、結社等法律，皆未以此為重點。當少數立法委員欲組成調查或文件調閱委員會，若調查事項與對象涉及執政黨成員或執政之行政團隊，而受到國會多數的抵制與杯葛，似乎習以為常。而該等爭議事項未必合乎現行司法院大法官審理案件法機關爭議的聲請要件，立法院的少數恐救濟或解決無門，而形成規範漏洞。該漏洞若不填補，將成為很多與國會資訊權有關案件的葬身之地，永不得見天日，大大增加政黨惡鬥的可能性。

依德國調查委員會法第二條第三項之規定，國會認少數國會議員申請設立調查委員會有違憲之虞者，得針對委員會設定條件或限制其調查標的(Untersuchungsgegenstand)，少數國會議員若對之有所不服，得向聯邦憲法法院起訴。依同法第十八條第三項前段規定，調查委員會或其四分之一的成員申請調取證物而被拒絕時，就該拒絕之合法性，得聲請聯邦憲法法院裁定之。這些規定皆符合少數服從多數與多數尊重少數之民主原理，可避免強凌弱、眾暴寡的現象，對維繫自

由民主憲政的品質，深具價值。復於國會自律不成，方由司法介入，尊重國會自律之制度設計，值得我國立法參考。（註九）

二、德國聯邦憲法法院與其他專業終審法院的分工

前述爭議若非屬憲法爭議，而仍需由司法解決者，德國法制皆以法律明定交由聯邦專業法院審理，亦可供我國參考。依德國調查委員會法第十七條第四項規定，調查委員會拒絕特定證據之調查或拒絕使用經依法聲請的強制方法(Zwangsmittel)時，其成員四分之一得聲請聯邦普通法院為裁判。（註十）又依德國調查委員會法第十八條第三項後段規定，若所提供之物證被列為密件而遭拒絕提供時，就該密件之列等是否合法，得聲請聯邦普通法院裁判之。另依同條第四項規定，若法院及行政機關依基本法規定，未履行對國會調查委員會之法律上及職務上協助義務而生爭議，調查委員會或其四分之一之成員得聲請聯邦普通法院裁判之。聯邦普通法院於審理前述案件，若認為成立調查委員會的決議違憲，且其裁判取決於該決議之有效性時（即所謂的先決問題），依德國調查委員會法第三十六條第二項應停止審判程序，將案件提請聯邦憲法法院裁判之。

涉及私人應提供證物之情形，德國調查委員會法亦有相關之規定可供參酌。依該法第二十九條規定，私人所持有或管領之重要物證，經調查委員會之要求，除該證物所含資訊具強烈個人特質(wegen streng persönlichen Charakters)而難以期待當事人提交者外，皆有交付之義務。依法應提出而不為者，調查委員會得科處證物管領人一萬歐元以下的罰鍰。為強制取得證物，經調查委員會或其成員四分之一之聲請，聯邦普通法院得為裁定管收當事人，或扣押證物後交付調查委員會。若事實證明所需證物確在某一處所時，為達扣押目的，亦得下令搜索該處所。當事人若認該等調查措施違法侵

害其權益時，得依同法第三十六條第三項規定，向聯邦普通法院提起訴訟。

伍、附論：不受理決定中不應內含實體審查見解；添加「機關相互尊重」作為憲政理念的再斟酌

本件解釋末段中，以「是該運作要點性質上乃該委員會之內規，用以協助所設調閱專案小組運作而訂定，要屬該委員會內部議事運作之事項，尚不生法律或命令牴觸憲法之問題。」為由，而議決不受理部分，係於程序不受理的理由中，夾帶實體見解，本席有所保留，未繼續申論的原因，係為免逾越「協同意見書」之分寸。

另，本件解釋在憲法權力分立相互制衡原則外，添附所謂「機關相互尊重的憲政理念」（理由書第四段），是否有其必要，容有討論空間。本院釋字第四九九號解釋已將「權力分立與制衡原則」，列屬「具有本質重要性，亦為憲法整體基本秩序之所在」的憲法核心原則，但長期實踐的結果，其並未與「國家是為人民存在」、「權力分立相互制衡是手段，保障人民基本權利方為目的」、「憲法忠誠」、「機關間在法律上與職務上有相互協助的義務」等憲法理念融會貫通，是需要加把勁的地方，徒增「機關間相互尊重」，恐係畫蛇添足之作。復查「相互尊重」之用語，曾出現在本院釋字第四六一號解釋，係針對國防部參謀總長應否到立法院委員會備詢事件，相關內容略謂：「至司法、考試、監察三院院長，本於五院間相互尊重之立場，並依循憲政慣例，得不受邀請備詢。」若將此「立場或慣例」搖身一變為「憲政理念」，甚至成為「憲法原則」，果真有機關爭議之雙方互以「他機關未遵守相互尊重原則」而生憲法機關爭議，本院大法官應否受理？若受理應如何將類似「追求和諧」的道德性用語，妥適地和權力分立與制衡原則區隔，以防免「機關相互尊重」在權力自我規制難以期待的現實下，不會淪為政治烏托邦的虛構假象，須待日後始能分曉。

陸、結語—時間並不必然站在司法這邊

增設國會文件調閱權的憲法要件，固有助於釐清相關權力行使的界限，但就各該涉及抽象概念之界限詮釋與遵守的爭議機關，仍難免各堅持己見，形成互不相讓的僵局，若本院大法官不能有效逐案定分止爭，又未前瞻地指出規範漏洞，提供相關解決問題配套規範所依恃的憲法理念，自不能期待獲得田園牧歌式的憲政運作榮景。其實，本院大法官有憲法再造與填補憲法漏洞之權限，而本件解釋卻自限於補充本院釋字第三二五號解釋，僅跨出一小步，只仿效十年前本院釋字第五八五號解釋於解釋之末指出：「主管機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指明。」錯過站在該號解釋的肩上，前瞻地認識司法改革的正確方向，為促成更完備的法制而作出貢獻，仍將問題留後待決，殊為可惜。

註一：該用語係參考德國聯邦憲法法院第二庭於2014年10月21日，針對德國軍備輸出監督(Rüstungsexportkontrolle)案之判決主文，略謂：德國聯邦眾議院代表民意並向人民負責，必須監督聯邦政府，因而對之有詢問及資訊權(Frage-und Informationsrecht)。聯邦政府就國會的資訊要求(Informationsanspruch)有答覆的義務(Antwortpflicht bzw. Auskunftspflicht)，權利與義務相需相成。Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.10.2014-2 BvE 5/11. NVwZ 24/2014, S. 1652ff.

註二：例如：爭議機關皆指涉對方違反「權力分立」原則，且均依釋字第613號解釋：「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。」自認是功能最適的機關，且其所行使的皆屬「不容侵犯的核心權力」，自仍需由釋憲機關審理之。其他如「重要關聯」、「正當理由」等不確定法律概念亦同。抽象的限制要件

愈多，解決的難度就更加提升。

註三：例如：為因應歐元區的國債危機、歐元區會員國提供希臘財務援助並創建所謂的「救援保護傘」(Rettungsschirm)，德國政府參與並承受一定財政上的負擔，但國會少數黨要為納稅人看緊荷包卻不易從政府取得必要資訊，自難以盡到代表民意監督政府應公開、透明施政的責任。德國非執政的綠黨，乃向聯邦憲法法院提起「歐洲穩定機制」(Europäischer Stabilitätsmechanismus, ESM)之機關爭議訴訟案，即是國會議員行使資訊權的一種手法。該判決內容詳參黃相博譯，〈「歐洲穩定機制」判決，BVerfGE 131, 152 德國聯邦憲法法院第二庭2012年6月19日判決—2 BvE 4/11-〉，收於，《司法院德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五）》，103年，第291頁以下。

註四：司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款規定：「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者」，得向大法官聲請解釋憲法。該解釋類型中與「機關爭議」有關者，不外：(1)行使個別立法委員職權（例如：質詢權、參與法案審議權），適用憲法發生疑義者而由三分之一以上之立委集體聲請（本院釋字第342號、第435號、第461號與第632號解釋參照）。(2)現有總額三分之一以上立委欲行使立法院職權，適用憲法發生疑義者（包括立法院因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議）（本院釋字第261號、第325號、第329號、第387號、第388號、第391號、第401號、第419號、第461號、第499號、第543號、第585號與第633號解釋參照）。

註五：立法院職權行使法第45條第1項規定：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。」

註六：德國基本法第44條規定：「一、聯邦議會有設置調查委員會之權利，經議員四分之一建議，並有設置之義務，調查委員會應

舉行公開會議聆取必要證據。會議得不公開。二、證據調查準用刑事訴訟程序之規定。書信、郵政及電訊秘密不受影響。三、法院及行政機關有給予法律及職務協助之義務。四、調查委員會之決議不受司法審查。但法院對調查所根據之事實得自由評價及定斷。」

註七：有關德國相關法制，參考陳淑芳，〈德國之國會調查權〉，收於氏著，《權力劃分與權限歸屬》，元照出版公司，100年，第74～79頁。該文原刊於《台灣本土法學雜誌》，第78期，90年1月，第53～66頁。

註八：2001年6月19日制定德國國會調查委員會職權行使法（Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages 簡稱 Untersuchungsausschussgesetz-PUAG，國會調查法，最後修正為2004年5月5日）。

註九：有關英、法、美、日、德等民主國家國會調查權之歷史發展與現況、我國立法院職權行使法的修改建議，以及立法院調查法之芻議，請參閱陳清雲，《立法院調查權法制化之研究》，國立中正大學法律系研究所博士論文，103年1月，第117-216，403-429頁。

註十：該等事件之所以由聯邦普通法院管轄，諒係因基本法第44條第2項第1句規定:「證據調查準用刑事訴訟法規定」。

協同意見書　　大法官陳春生　提出

本號解釋主要補充釋字第三二五號解釋，對此本席敬表同意。其重點有四，首先，立法院對於檢察機關偵查中之案件，不得向其調閱卷證。其次，對於檢察機關已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，在一定條件下，立法院仍得調閱，亦即，其須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止或妨害另案偵查者。再者，除調閱偵查卷證之文件原本應經立法院院會決議外，調閱與原本內容相同之

影本者，同樣須經立法院院會決議。最後，因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並應注意維護關係人諸如名譽、隱私、營業秘密等權益。

以下謹就與本解釋意旨相關者，提出協同意見。

壹、本號解釋與釋字第五八五號解釋之關聯

一、立法院調查權行使應由立法院依法設立調查委員會為之

本號解釋乃就釋字第三二五號解釋意旨加以補充，而未特就釋字第五八五號解釋關於立法院調查權為論述。本院釋字第三二五號及第五八五號解釋（包含釋字第六三三號解釋），就立法院之文件調閱權與調查權，分別說明與界定。本號解釋則專就釋字第三二五號解釋所宣示之立法院文件調閱權為解釋。雖然釋字第五八五號解釋指出：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」，惟於該號解釋理由書亦指出：「立法院調查權係協助立法院行使憲法職權所需之輔助性權力，其權力之行使應由立法院依法設立調查委員會為之。」換言之，須為依法設立之調查委員會（如三一九真相調查委員會）方得行使調查權，與釋字第三二五號解釋之經院會決議調閱文件原本不同。

二、釋字第五八五號解釋宣示的解決機制，是針對該號解釋就具體個案調查的特殊情況，也許牽涉機關的行政特權等等，此與立法院固有的文件調閱權不同

而本號解釋雖未進一步闡述立法院之文件調閱權與調查權之關係，只就立法院對於檢察機關行使調閱相關卷證之文件調閱權，乃謹守釋字第三二五號解釋所宣示之權限，亦未牴觸釋字第五八五號解釋所揭示之在一定條件下立法院

得行使調查權之意旨。

三、立法院對偵查終結而不起訴處分確定案卷之調閱，須與行使憲法所賦予之職權有重大關聯

本號解釋採釋字第五八五號解釋之意旨，即立法院所得調查之對象或事項，並非毫無限制。同樣地，本號解釋揭櫫立法院所欲調閱之文件，必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯。本席敬表贊同。

貳、本號解釋所補充釋字第三二五號解釋之意旨

一、本號解釋補充釋字第三二五號解釋之處

釋字第三二五號解釋指出：「但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」

本號解釋對於檢察機關已偵查終結而不起訴處分確定之案件卷證，在一定條件下，立法院仍得調閱，這是釋字第三二五號解釋所未宣示者。所謂一定條件，包含：1.其須基於目的與範圍均屬明確之特定議案、2.與其行使憲法上職權有重大關聯、3.且非屬法律所禁止或妨害另案偵查者。設定此條件其理由在於立法院要求提供參考資料權及文件調閱權，係輔助立法院行使憲法職權之權力（註一）。

其中2.乃重複釋字第五八五號解釋精神；3.乃釋字第三二五號解釋之意旨；至於1.則係本號解釋具體指出，依釋字第三二五號解釋意旨所制定之立法院職權行使法第四十五條第一項所稱「特定議案」，其目的及範圍均應明確，此亦為補充釋字第三二五號解釋之意旨。

二、對於聲請解釋爭議案件，應解決至如何程度？

本號解釋於理由書第六段指出，關於立法院行使文件調

閱權，如與受調閱機關間發生行使上爭議時，立法院與受調閱機關，宜尋協商機制解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。則對於如本案之聲請解釋爭議案件，應解決至如何程度？

（一）就本案之聲請憲法爭議之解決，如前述，本號解釋既已明確指出，對於檢察機關已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，在一定條件下，立法院仍得調閱。姑不論進一步探討其具體的條件內容與要求為何？或立法院行使文件調閱權，與受調閱機關間若發生爭議時，該如何解決問題，本號解釋已對於系爭爭議作一明確決斷，即對於檢察機關已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，在一定條件下，立法院仍得調閱。

（二）本號解釋關於立法院行使文件調閱權，如與受調閱機關間發生爭議時，指出宜由立法院與受調閱機關，尋協商機制解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。如此之諭知解決方式，過去已有先例，如釋字第五二０號解釋關於行政院會議決議停止執行法定之預算項目，立法院與行政院間該如何解決其爭議時，對各種情況諭知其解決方式，而「倘立法院作成反對或其他決議，則應視決議之內容，由各有關機關依本解釋意旨，協商解決方案或根據憲法現有機制選擇適當途徑解決僵局」。其他如釋字第五八五號解釋亦同。

（三）但本號解釋，即使未有上述於理由書第六段關於有爭議時，宜尋協商機制解決或由司法機關審理解決之諭知，亦能經由憲法規定（如行政院與立法院間之相互制衡機制），或如立法院職權行使法第四十八條經立法院院會決議，將政府機關或公務人員以其違反本法規定，將其移送監察院調查，必要時提出糾正、糾舉或彈劾等方式

解決。

參、從權力分立角度論立法院之文件調閱權與調查權

一、西方三權分立原則下之權力分立與制衡

現代國家往往於憲法中首先創設國家之各種權力(Konstitutierung der Gewalten)，一般三權分立國家為行政、立法與司法三權（註二）。其次於憲法中為各種權力之配置(Zuordnung der Gewalten)，換言之，將這些國家所擔負之任務與功能配置於適當之國家機關加以實現。最後，經由權力之配置過程，以獲得權力之均衡(Balancierung der Gewalten)，亦即，透過各權力間彼此之抑制與控制，以求得國家權力之均衡，進而人民能獲得政治上之自由。權力之均衡可說是憲法秩序之本質重要構成部分。而權力之均衡，有待於憲法精神中之自由、民主、法治價值與秩序之實現才能獲得（註三）。

二十世紀以來由於國家職能之改變，權力分立已改變成國家事務之功能分配，三權之間變成功能分配，且有分工合作(Kooperation)之現象（註四）。美國之公法學者 Davis 更進一步指出，除非吾人能接受「主要」之立法權屬於國會，「主要」行政權屬於總統，以及「主要」司法權屬於法院之事實，否則美國政府之重要特徵便是非屬於三權分立之政府，因為美國憲法明文規定使三種權力混合(blending)。它規定總統透過對法案之同意或拒絕而參與立法過程，而眾議院掌有彈劾公務員之權限，參議院則具有審判所有彈劾案件之權限。Davis 因此認為，也許在世界史上從未有任何政府「曾經」維持完全之權力分立，也許沒有任何政府能夠使其完全分立（註五）。因為國家權力係整體的，吾人很難將其分割行使。

然雖現今世界上並無真正澈底權力分立之實踐，但是權力之間似仍存有不可逾越之核心領域（註六），當然此一核

心領域之範圍為何，仍未有定論（註七），仍須於具體案件判斷之。因為當初洛克、孟德斯鳩等所主張之權力分立，並非如後世般將其作為釋義學化之理論，亦即將其從立法制定規範、行政執行規範、司法為機械地、論理地執行角度加以理解，而企求獲得一個超越時空、普遍妥當性之原則；而只是歷史上的理論，換言之，係在一定歷史狀況下，對於現實之政治勢力及其活動，為確保政治上自由所提出之理論（註八）。

二、我國五權憲法下之權力分立與制衡

我國依孫中山創立之五權憲法，將國家權力分立分設五種機構掌理，「分立之中仍相聯屬，不致孤立，無傷於統一」（見孫文，中華民國建立之基礎）。其所謂五權分立，分工合作，造成萬能政府之主張，如前述，亦有其論據，仍合乎目前世界之潮流（註九）。因此，權力分立原則，在今天也不能脫離本國之歷史發展、具體的國家秩序及其前提條件而適用，換言之，以行政與立法之關係，即須考慮我國憲法第五十七條與增修條文第三條第二項規定之內涵之行政院對立法院負責之規定（註十）。就本號解釋與權力分立關係：

（一）釋字第三二五號解釋宣示，憲法增修條文施行後，監察院已非中央民意機構，其地位及職權固亦有所變更，惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院行使。

（二）釋字第三二五號解釋肯定立法院具有文件調閱請求權，本號解釋如同釋字第五八五號解釋般，將立法院之文件調閱權定性為「輔助立法院行使憲法職權之權力」。

（三）釋字第五八五號解釋指出：「立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」，其權力之行使並

應由立法院依法設立調查委員會為之。換言之，須為依法設立之調查委員會（如三一九真相調查委員會）方得行使調查權，與釋字第三二五號解釋之經院會決議調閱文件原本不同。

（四）本號解釋雖補充釋字第三二五號解釋，但仍謹守釋字第三二五號解釋以來五權分立下之權力相互制衡且相互尊重（註十一）之原則。

肆、系爭之「監聽調閱專案小組運作要點」之法性質

一、立法院基於憲法所賦予之職權，本其固有之權能，自有就其內部營運或議事程序等，訂定自治規則之權限，惟仍應符合法律優位與法律保留要求。同樣地，本院解釋亦曾宣告，最高司法機關本於司法自主性，就審理事項有發布規則之權；於行使司法行政監督之目的範圍內，亦得發布命令，但仍須合乎法律優位與法律保留原則（註十二）。

二、「監聽調閱專案小組運作要點」（下稱運作要點）似非行政程序法義涵下之行政規則，亦非立法院（國會）之自治規則，因其只是立法院之委員會所訂定。因此，本號解釋理由書，對該運作要點之法性質，認係「僅係司法及法制委員會為行使立法院職權行使法第四十五條之文件調閱權，就如何調閱一００年度特他字第六一號偵查卷證之目的而自行訂定，俾作為該監聽調閱專案小組內部運作之作業準則……」之定性，且對之不予受理之見解，值得贊同。

三、而舉重以明輕，運作要點之內容自不得牴觸法律，且非有法律具體明確之授權，亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制。惟若有類似本運作要點規定之內容，是否有牴觸法律保留而有違憲疑義時，依本院向來對抽象「法令」，係採較寬廣解釋之實務，依具體案件情況，應不排除有作為解釋客體之可能。

伍、結語

本號解釋雖補充釋字第三二五號解釋，但仍謹守釋字第三二五號解釋以來五權分立下之權力相互制衡且相互尊重（註十三）之原則，亦即，憲法增修條文施行後，監察院雖已非中央民意機構，其地位及職權固亦有所變更，惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院行使之見解，值得肯定。

國內論者，或有依三權分立原則，主張我國即使廢除考試、監察兩院，亦符合權力分立原則精神云云。此見解本席無法贊同，因我國之五權憲法若經由修憲程序，變更為三權憲法，依據憲法前言規定（基於孫中山創立中華民國之遺教—五權憲法），在法理上，基於新舊憲法間已失其同一性，則將逾越修憲之界限（註十四）。再者，國家機關之行為是否違反權力分立之審查基準，如前所述，由西方權力分立原則之歷史發展實務觀察，並無絕對、明確之標準，因此，應回歸中華民國憲法規範之憲政秩序下，經由本院向來關於權力分立解釋所建立之價值與基準判斷之。

註一：本號解釋理由書第二段參照。

註二：權力分立原理乃十七、十八世紀自由主義哲學思辯之產物，而談到權力分立必然聯想到洛克、孟德斯鳩，洛克為最初之理論家，而孟德斯鳩為完成者，孟德斯鳩幾等於權力分立之象徵。孟德斯鳩之法意第十一卷第六章“英國之國家構造”中描述了權力分立之原理，其影響為美國各州憲法及美國憲法將之採為具體之制度，法國一七八九年人權宣言第十六條揭示：“權利保障未獲擔保，權力分立未規定之社會，全部未擁有憲法。”亦即權力分立乃憲法不可或缺之構成要素。孟德斯鳩權力分立理論之特徵，在於使各權力間之關係對等並列，使其相互抑制(Pouvoir arrete Pouvoir)以獲得平衡，如此才能獲得政治上之自

由，其理論乃將國家之事務分配給不同之國家機關。

註三：K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl. Rnr. 495.

註四：Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl. Rnr. 492 ff.

註五：K. C. Davis, Administrative Law Treatise, Vol. 1, 1978, §2: 5.

註六：Vgl. BVerfGE 9, 268 (280); 30, 1(27f).

註七：K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 Aufl. Rnr. 478.

註八：Hesse, a.a.O., 492 ff.

註九：參考陳春生，「副總統兼任行政院長合憲性之研究」，論法治國之權利保護與違憲審查，新學林，2007年，頁321。

註十：只是，本院於釋字第五八五號解釋，以發揮權力分立與制衡之機能為根據，肯定立法院之調查權，卻又以「不能違反權力分立與制衡」為理由宣告真調會條例第八條及第十三條部分規定違憲，但各該條文違反權力分立與制衡原則之相關論述，卻語焉不詳，殊為可惜。

註十一：例如本號解釋指出，有爭議時「循協商途徑合理解決」、釋字第五二〇號解釋之「由各有關機關依本解釋意旨，協商解決方案或根據憲法現有機制選擇適當途徑解決僵局」、釋字第五八五號解釋諭知：「立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決」。

註十二：釋字第五三〇號解釋指出：「最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許。惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制」。

註十三：釋字第五八五號解釋參照。

註十四：參考陳春生，釋字第七二一號解釋協同意見書。

部分協同部分不同意見書　　大法官林錫堯　提出

一、本案問題是：立法院行使文件調閱權可否調閱個案偵查卷證？而究問題之本質，乃立法權與司法權之界限問題。

按本案依事實經過、聲請意旨與相關文書與說明，可認其問題性在於：立法院或其委員會依本院釋字第 325 號解釋意旨及立法院職權行使法第45條規定，行使文件調閱權（即調閱文件原本或立法院職權行使法第47條第1項所稱之複本（含影本）），向檢察機關調閱偵查卷證影本（按如同解釋理由書所指，調閱與偵查卷宗文件原本內容相符之影本，因影本所表彰文書之內容與原本相同，故其所行使者並非僅要求提供參考資料權，而是行使文件調閱權），是否合憲？

又按「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」（釋字第392號解釋參照，亦為釋字第624號解釋理由書所肯認）。從而檢察權為司法權之一環，檢察官之偵查係對外獨立行使職權，與法官之刑事審判，應同受憲法保障；檢察官依據刑事訴訟法之偵查行為，本質上是行使國家公權力中之司法權之行為，而偵查卷證與偵查追訴犯罪有重要關係，係偵查行為之紀錄與蒐集之證據，當屬司法權之範疇，是故立法院得否對個案偵查卷證行使文件調閱權，本質上即涉及立法權與司法權之界限問題。換言之，姑不論其行使文件調閱權是否依法定組織及有無踐行法定程序，首當釐清者即為：從憲法上權力分立原則觀察，其行使是否有違於釋字第325號解釋意旨而逾越立法權？是否侵及司法權？此乃本號解釋必須面對之問題。從而，本案所涉問題應係屬諸如檢察機關獨立行使職權受憲

法之保障或司法權核心範圍等之問題，而不涉及行政特權之問題（註一）。

二、本案係依據司法院大法官審理案件法第5條第1項第1款解釋憲法，僅能就前述問題作抽象解釋，不能為具體個案之認定或裁判，因而就釋字第325號解釋為補充解釋；個案爭議應經協商或法律另定之訴訟程序解決。

司法院大法官審理案件法第5條第1項第1款：「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。本案係依該款聲請解釋憲法，而其問題即為「立法院行使文件調閱權可否調閱個案偵查卷證」及因而衍生之相關憲法上問題，則大法官解釋憲法，僅能就此一問題作抽象解釋，以建立憲法上標準或法則，並非就個案認定事實、適用法則而為裁判。

至於某一特定偵查卷證是否應提供立法院之個案具體爭議，除經由協商解決外，因係以具體事實之認定為基礎，允宜另以法律規定之機關訴訟程序解決，此正如同釋字第585號解釋文針對該號解釋所指之國會個案調查權行使發生爭執時如何解決之問題乙節，明白指出：「立法院行使調查權……。如於具體案件，就所調查事項是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。」可供本號解釋參佐。因此，本號解釋理由書指明「立法院行使文件調閱權，如與受調閱之機關發生諸如：所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯、是否屬於法律所禁止調閱之範圍、是否依法定組織及程序調閱、以及拒絕調閱是否有正當理由等爭議時，立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相

關要件與程序，由司法機關審理解決之。相關機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指明。」但未能將本段納入解釋文，以強化其拘束力，並與釋字第585號解釋文相呼應，不無遺憾。

又關於「立法院行使文件調閱權可否調閱個案偵查卷證」之問題，首次肯認立法院行使文件調閱權之釋字第325號解釋文業已指明：「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」更於解釋理由書指明：「但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，例如法官依據法律獨立審判，不受任何干涉，考試委員、監察委員獨立行使職權，憲法第八十條、第八十八條、憲法增修條文第十五條第六項均有明文保障；而檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障。本院釋字第十三號解釋並認實任檢察官之保障，除轉調外，與實任推事（法官）同，可供參證。上述人員之職權，既應獨立行使，自必須在免於外力干涉下獨立判斷。」

依上開解釋意旨，關於涉及調閱個案偵查卷證部分，係從「檢察機關獨立行使職權應受憲法保障」之憲法上基本觀點出發，而文義上已明示「對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證」。至於偵查終結起訴之案件，依上開文義「訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證……立法院之調閱文件，亦同受限制」可認此類案件在裁判確定前，立法院亦不得調閱相關卷證。此外，「已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證」，立法院可否調閱？仍未明示，自有就釋字第325號解釋為補充解釋之必要。

另從聲請釋憲前之事實經過與相關文件（含釋憲聲請書及其

附件、立法院相關文件等），均顯示本案僅涉及釋字第325號解釋之立法院行使文件調閱權之問題，且立法院職權行使法第45條亦係依據釋字第325號解釋而為規定，因此，本案當與釋字第585號、第633號解釋所揭示之國會個案調查權無直接關聯，故僅能為釋字第325號解釋之補充解釋。但釋字第585號、第633號解釋所揭示之國會個案調查權解釋意旨符合第325號解釋意旨者，可參酌納入本號補充解釋內容。多數意見本此解釋原則而為解釋，當可認同。

三、多數意見業本於釋字第325號解釋意旨，並參酌釋字第585號、第633號解釋意旨與相關法理，闡明立法院行使文件調閱權之各種實體要件、程序要件與界限，但仍有未盡周明致未能盡予認同之處。

按關於立法院行使文件調閱權，如同其他國家機關行使公權力一般，從憲法觀點而論，大致可分別就其實體要件、程序要件及界限三方面討論。

就實體要件而言，依本號解釋文及解釋理由書所述，可包含：(1)須係基於行使立法院憲法上職權。(2)須係基於特定議案：即須先有要審議之議案，而該議案之目的與範圍均屬明確，且與立法院憲法上職權有重大關聯。(3)必要性。(4)非屬法律所禁止（就調閱偵查卷證而言，尚須不妨害偵查者）。就程序要件而言，即指應依法定組織及程序；另解釋文已指出「其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議；要求提供參考資料者，由院會或委員會決議為之」。惟解釋文及解釋理由書就上開實體要件與程序要件之論述，仍有未盡周延之處。再就其界限而言，此乃本件解釋最困難之處，本號解釋文及解釋理由書雖有所說明，但仍有諸多界限問題並未予詳細說明，而尚有待釐清。茲分別說明如下：

（一）本號解釋未充分討論並說明立法院行使文件調閱權之界限問題

任何公權力之行使，除應遵行之實體要件與程序要件外，均尚有其不得逾越之界限，更何況立法院文件調閱權僅係立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力，其行使更當有其應遵行之界限。然而，其界限何在？釋字第 325 號解釋及立法院職權行使法第 47 條均表明「受要求調閱文件之機關，依法律或其他正當理由得拒絕」，然而，何謂「正當理由」？誠釋憲者無可推諉而應予釋明之問題。本號解釋雖於解釋理由書內說明「立法院行使文件調閱權，如未符合憲法或法律上之要求，自構成受調閱機關得予拒絕之正當理由」，惜乎並未詳予論述，僅作局部立論。

德國聯邦憲法法院曾以裁判詳細說明該國國會調查委員會蒐集證據權之五項強制性憲法上界限，其內容略以（註二）：

（1）經由特定調查任務劃出界限：由設置調查委員會時所賦予之特定調查任務，足以明白劃出「調查標的」(Untersuchungsgegenstand)之界限，用以保障少數黨、因行使調查權受干涉或強制之關係人（政府、第三人）等，並確定相關機關職務協助之範圍。

（2）基於權力分立原則，調查委員會取得資訊之權力應受限制：如政府依國會之要求提供資訊，足以使本屬政府單獨決定權之事項，導致第三者共同參與之情形，則原則上政府無義務提供。例如：政府作成決定所準備之資訊，於作成決定前，通常無義務提供。

（3）基於國家利益之界限：如將應保密之資訊予以揭露，將危及國家利益。於判斷是否因提供文件而危及國家利益時，應斟酌調查委員會處理此類文件之保密規定，以及國會與政府均應維護國家利益之因素。

（4）調查委員會應尊重基本權：因此對蒐集證據權有所限制。

（5）權力濫用構成界限。

立法院調閱司法機關個案卷證（含各檢察官偵查、法院審判、公務員懲戒委員會乃至大法官審理案件之個案卷證等，以下同），是否存有憲法上界限？可能涉及下列幾個面向：(1)涉及國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、(2)涉及司法權之核心事項、(3)涉及比例原則、(4)涉及國家利益（國家機密）或人民基本權利保護事項（如名譽、隱私、營業秘密等），均存有立法院行使文件調閱權之界限問題。

本件解釋文及解釋理由書，僅從釋字第325號解釋文揭示之「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如……訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等……，立法院之調閱文件，亦同受限制。」意旨出發，明白指出「檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證」，但仍有諸多界限問題並未予詳細說明，而尚有待釐清。

如再參酌釋字第585號解釋文所指：「其個案調查事項之範圍，不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙。如就各項調查方法所規定之程序，有涉及限制人民權利者，必須符合憲法上比例原則、法律明確性原則及正當法律程序之要求。」更可推論立法院調閱司法機關個案卷證時，尤有「不得侵害司法機關之權力核心範圍」以及「應符合有關基本權保障之憲法上要求」之界限問題。其中「不得侵害司法機關之權力核心範圍」之界限，可認係基於權力分立原則，而釋字第325號解釋雖已敘及「權力分立與制衡原則」，但於本號解釋實有待進一步釐清：立法院調閱司法機關個案卷證是否已侵害司法權之核心事項，而有違權力分立原則？（其他有關基於國家利益、人民基本權保障而發生之

界限問題，容後說明）

按基於法治國家之權力分立原則，國家各種權力除在功能、組織與人事上互相限制外，亦應保障各個權力之「核心範圍」(Kernbereich)，任何國家權力之行使，如造成對他權力「核心範圍」之干涉，即屬違反權力分立原則。至於何種情形始構成對他權力「核心範圍」之干涉？其判斷標準，宜視干涉之目的、強度與數量等因素而定。因此，不得有剝奪他權力之目的，不得對他權力有特別重大之干涉，亦不得對某一功能領域有大量干涉之情形(BVerfGE 68,76(100))；又一併考量功能上與組織上權力分立之結果，亦不得將某種權力之功能委由「與其組織結構及其行使之『基本功能』不相符之機關」行使（註三）。另外，有所謂「禁止濫用形式 Verbot des Formenmissbrauchs」，與權力分立原則有密切關係。即從權力分立原則觀點而言，各個國家權力行使憲法所賦予之手段時，不得違反目的而介入他權力之功能領域（註四）。

準上所述，如立法院對偵查或審判中（含公務員懲戒委員會審議中與大法官解釋案件審理中等）之司法機關個案卷證，行使文件調閱權，固已屬對司法權之特別重大干涉，而干涉司法權之「核心範圍」。縱於偵查終結、確定判決或審議、審理結案後，始調閱該司法機關個案卷證，有鑑於此種個案卷證乃司法機關之活動紀錄與判斷憑據，立法院之調閱對司法人員之心理會有一定程度之影響，從而對其獨立行使職權之功能亦有一定程度之影響，倘非基於行使其憲法上職權之目的而有必要（諸如欠缺目的正當性、手段必要性等違反比例原則之情形，容下述），即屬不當介入司法領域，亦屬權力分立原則所不容。

（二）本號解釋未詳細說明立法院行使文件調閱權應符合比例原則

按釋字第325號解釋文已指出：「立法院為行使憲法所賦

予之職權，除依憲法第五十七條第一款及第六十七條第二項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本」等語，已明白表示立法院行使文件調閱權應具備必要性。同號解釋理由書更進一步指出：「為使立法院發揮其功能，憲法於第五十七條第一款規定，『行政院有向立法院提出施政方針及施政報告之責，立法委員在開會時有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權』，於第六十七條第二項規定，『各種委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢』，則立法委員本得於開會時為質詢或詢問，經由受質詢人或應邀列席人員就詢問事項於答覆時所說明之事實或發表之意見，而明瞭有關事項。如仍不明瞭，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，以符憲法關於立法委員集會行使職權之規定」等語，對行使文件調閱權之必要性更敘明，應先行使「質詢或詢問」、「要求提供參考資料」之手段，如尚有必要，始得行使文件調閱權（最後手段；必要手段）。本於上述必要性觀點，立法院職權行使法第45條第1項乃先規定得「要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料」，繼而於第2項明文：「調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本。」

本號解釋僅於理由書中指出：「至於偵查終結後，經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案（例如檢察實務上之簽結）之案件，既已終結偵查程序及運作，如立法院因審查目的與範圍均屬明確、且與其憲法上職權有重大關聯之特定議案所必要……，自得於經其院會決議調閱上述已偵查終結之卷證。」其中所稱「與其憲法上職權有重大關聯之特定議案所必要」，即含有必要性之要求。因本號解釋係釋字

第325號解釋之補充解釋，上開釋字第325號解釋意旨仍屬有效，並不因本件解釋未重複敘述而失其憲法上效力。

然綜觀上開各解釋內容，實已含有比例原則之適用。換言之，立法院行使文件調閱權應符合比例原則。因此，所要求者，為比例原則之四項內涵：目的正當性與手段適合性、必要性、狹義比例性。惜乎本件解釋未能加以闡明。

按比例原則並非僅奠基於基本權之保障，亦奠基於法治國家原則，因此，比例原則之適用範圍，不僅適用於國家與人民之關係，亦適用於國家各種權力間之相互關係與界限問題（註五）。而立法院行使文件調閱權亦屬國家公權力之行使，自當亦受比例原則之拘束。故如立法院所調閱之文件，非基於行使其憲法上職權（欠缺目的正當性），或無助於其憲法上職權之行使（不符手段適合性），或由行使「質詢或詢問」、「要求提供參考資料」之手段即可達成目的（不符手段必要性），或造成受調閱機關過度負擔而與其調閱所欲達成之公益目的顯失均衡（不符狹義比例性）者，即有違於比例原則而違憲。縱係調閱偵查終結、確定判決或審議、審理結案之司法機關個案卷證，亦然。且於具體個案如符合要件與界限而得調閱者，亦當依比例原則判斷得調閱文件之範圍。

（三）本號解釋未積極闡明國家利益（國家機密）及人民基本權保護二者與立法院文件調閱權之關係

1. 關於國家利益（國家機密）與立法院文件調閱權之關係

如前所述，德國聯邦憲法法院曾以裁判詳細說明該國國會調查委員會蒐集證據權之五項強制性憲法上界限中，有「基於國家利益之界限：如將應保密之資訊予以揭露，將危及國家利益。於判斷是否因提供文件而危及國家利益時，應斟酌調查委員會處理此類文件之保密規定，以及國會與政府均應維護國家利益之因素。」之見解。參酌

此一見解，本案是否亦當有以國家利益（國家機密）構成立法院行使文件調閱權之界限問題？此一問題，即在於：受調閱機關得否以國家機密為理由，拒絕提供？又如不得拒絕，則如何要求立法院保密？立法院目前保密機制是否已完備？確有釐清之必要，亦屬本號解釋所缺漏。

釋字第325號解釋對此問題並未說明。釋字第 585 號解釋則以國家機密事項屬行政權本質所具有之行政特權，「立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書」（註六）。上述釋字第585號解釋見解係針對該解釋所揭示之國會個案調查權而發，可否適用於立法院行使文件調閱權而納入本件之補充解釋？若屬肯定，則立法院所欲調閱之文件（含偵查或審判中之司法機關個案卷證）涉及國家機密事項部分，受調閱機關即得拒絕。又若非屬肯定，則如何解釋？

按司法機關個案卷證，如涉及國家機密事項，不論是否偵查終結、確定判決或審議、審理結案，均發生保密之問題。對此，國家機密保護法第25條規定：「法院、檢察機關受理之案件涉及國家機密時，其程序不公開之（第 1 項）。法官、檢察官於辦理前項案件時，如認對質或詰問有洩漏國家機密之虞者，得依職權或聲請拒絕或限制之（第2項）。」第24條第2項規定：「監察院、各級法院、公務員懲戒委員會、檢察機關、軍法機關辦理案件，對其他機關或人員所提供、答復或陳述之國家機密，應另訂保密作業辦法；其辦法，由監察院、司法院、法務部及國防部於本法公布六個月內分別依本法訂之。」另司法院亦訂定「法院辦理涉及國家機密案件保密作業辦法」、法務部訂定「檢察機關處理涉及國家機密案件保密作業辦法」，均旨在建立國家機密保護制度，確保國家安全及利益，而

嚴格要求司法人員等之保密義務。

至立法院方面，按立法院職權行使法第52條早已規定：「文件調閱之調閱報告書及處理意見未提出前，其工作人員、專業人員、保管人員或查閱人員負有保密之義務，不得對文件內容或處理情形予以揭露。但涉及外交、國防或其他依法令應秘密事項者，於調閱報告及處理意見提出後，仍應依相關法令規定保密，並依秘密會議處理之。」其立法理由：「立法院對文件調閱所發現之事實及相關事項之經過，民眾有知曉之權利，但為使調閱委員會及調閱專案小組能在不受外界干擾之環境下，提出公正之報告書及處理意見，爰為本條前段之規定。另在文件調閱過程中調閱之相關人員可能知曉國家外交、國防或擬議中之重大財經政策等事項，依法令仍有保密之必要，故為本條後段但書之規定。」而國家機密保護法第22條規定：「立法院依法行使職權涉及國家機密者，非經解除機密，不得提供或答復。但其以秘密會議或不公開方式行之者，得於指定場所依規定提供閱覽或答復（第1項）。前項閱覽及答復辦法，由立法院訂之（第2項）。」立法理由明白表示：「一、本條規定國家機密提供予立法院之方式。二、立法院依法行使職權涉及國家機密者，如予答復或提供，則國家機密將無法維護，故規定非經解除機密，不得為之。但為免影響該院職權之行使，特設例外規定，即以秘密會議或不公開方式行使職權時，得予於指定場所依規定提供閱覽或答復。爰為第一項規定。至於立法院仍應依草案第二十四條第一項規定，配合保密。三、提供國家機密予立法院閱覽或答復時，為避免於該等過程中發生洩漏國家機密之情形，爰於第二項明定由立法院訂定閱覽及答復辦法，以資維護。」等語。法務部95年01月11日法政字第09400 44083號函說明三（三）指出：「是解釋上，涉及國家機密

事項，非經解除機密，不得提供予立法院，如立法院以秘密會議或不公開方式行使職權時，國家機密之提供方式應依立法院相關閱覽及答復辦法為之。據了解立法院現訂有『立法院秘密會議規則』（41年4月29日修正）、『立法院秘密會議注意事項』（89年12月15日修正）等規定。」等語。

倘若認為受調閱機關不得以文件（個案卷證）涉及國家機密而拒絕調閱，則上述立法院之國家機密保護制度，是否已足以排除因調閱涉及國家機密事項之文件（含偵查或審判中之司法機關個案卷證）而可能妨害國家安全及利益之疑慮？有待實務驗證，且宜就個案斟酌國家機密之內涵與性質等因素判斷。要之，國家安全及利益可能成為立法院文件調閱權之界限，當無疑義，此一界限，或構成拒絕調閱之正當理由，或要求立法院應有足以排除可能妨害國家安全及利益疑慮之國家機密保護制度。

2. 關於人民基本權保護與立法院文件調閱權之關係

如前所述，德國聯邦憲法法院亦以「人民基本權之保護」作為該國國會調查權之界限。按司法機關個案卷證，亦不免涉及人民基本權保護之事項，雖與涉及國家機密事項之情形難予同等看待，然人民基本權之私益如與立法院文件調閱權之公益相較，孰重孰輕？當有待具體個案之利益衡量，故亦不能完全排除以「人民基本權之保護」作為立法院文件調閱權界限之可能。又於「人民基本權之保護」不足以作為立法院文件調閱權界限之情形，應有何等保護人民基本權之機制？此又涉及一般公務機密事項（即國家機密以外公務員依法規應保密之事項）之問題，目前相關機制是否已足？均有待釐清。

3. 本號解釋之見解仍未釋明界限

本號解釋文僅簡單表示：「因調閱卷證而知悉之資

訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）」。解釋理由書雖進一步說明：「立法院行使憲法上職權，向檢察機關調閱偵查卷證之文件原本或影本，由於偵查卷證之內容或含有國家機密、個人隱私、工商秘密及犯罪事證等事項，攸關國家利益及人民權利，是立法院及其委員因此知悉之資訊，其使用自應限於行使憲法上職權所必要，並須注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），對依法應予保密之事項亦應善盡保密之義務；且不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議，始符合權力分立、相互制衡並相互尊重之憲政原理，乃屬當然。」即以限制使用資訊與善盡保密義務之要求（方法），來維護國家利益（國家機密）及保護人民基本權。準上開說明，本號解釋對於何種情形下，基於國家利益（國家機密）及人民基本權保護，可構成立法院行使文件調閱權之界限問題，仍未能充分釋明。

四、結論

（一）關於立法院文件調閱權所涉憲法上問題，釋字第 325 號解釋及本號解釋雖有相當程度之說明，但並非完足，仍有某些尚待釐清之問題，尤其關於文件調閱權之憲法上界限問題，已如上述，仍有待未來深入討論。

（二）本號解釋雖著眼於「立法院得否對個案偵查卷證行使文件調閱權」之問題，但本質上係立法權與司法權之界限問題，因此倘涉及「立法院得否對法院審判、公務員懲戒委員會乃至大法官審理案件等之個案卷證行使文件調閱權」之問題，是否因其問題本質相同而得參照？乃至，立法院對行政機關行使文件調閱權，涉及立法權與行政權之界限問題，有無其他考量（諸如：行政特權、行政核心範圍之問題）？均有待未

來遇相關釋憲案時再予釐清。

（三）本號解釋所建立之法則仍屬抽象法則，於立法院行使文件調閱權之具體個案，如與受調閱之機關發生爭議時，可能涉及事實認定、解釋或適用法律、憲法（含業經大法官解釋之各項法則）之疑義等具體問題，其牽涉層面容因個案而有不同，均有由客觀、中立之第三者（法院）依訴訟程序決定之必要（參考德國法制，即 Gesetz zur Regelung des Rechts der Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (Untersuchungsausschussgesetz-PUAG) § 36），故本號解釋理由書敘明「立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。相關機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制」。如能積極建立此種解決個案爭議之機制，當可使相關法律或憲法上疑義，更獲得明確之答案。

註一：釋字第585號解釋理由書雖謂：「又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權(executive privilege)。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書」、「另涉及國家機密或偵查保密事項，行政首長具有決定是否公開之行政特權，亦已述之如前，立法院行使調查權若涉及此類事項，自應予以適當尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書」等語，其所舉行政特權之例「有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊」、「偵查保密事項」，與偵查行為之司法權本質不符，亦與刑事訴訟法第 245 條所規定之偵查不公開原則不符。

註二：Christian Bumke/ Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht,

2013, Rn. 2109f.詳見 BVerfGE124, 78 (118ff)。按德國國會調查權與本案討論之立法院文件調閱權固未盡相同，但該國聯邦憲法法院有關國會調查權之界限之憲法上論述，涉及立法權與司法權或其他權力之界限問題者，當可供參考。

註三：Michael Kloepher, Verfassungsrecht Ⅰ, 2011, §10 Rn.77ff.

註四：Michael Kloepher, Verfassungsrecht Ⅰ, 2011, §10 Rn.88.

註五：Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, jn: Peter Badura/ Horst Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht (2001), S. 448ff; Hartmut Maurer, Staatsrecht Ⅰ, 2007, § 8 Rn. 55.惟容有不同見解，此不詳述。

註六：詳見註一。

部分協同部分不同意見書　　大法官蔡清遊　提出

本號解釋多數意見認為：「檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料。其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議；要求提供參考資料者，由院會或其委員會決議為之。因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）。本院釋字第三二五號解釋應予補充。」本席原則敬表贊同，惟對於立法院文件調閱權與立法院調查權予以切割，不加論述部分，認有補充論述之必要；對於調閱偵查卷證與原本內容相同之文件影本者，應經立法院院會決議部分，則有不同意見，爰提出部分協同、部分不同意見書。

一、本件聲請人似忽略本院釋字第三二五號、第五八五號解釋部分重要意旨

本件聲請人以立法院司法及法制委員會向其調閱聲請人一００年度特他字第六一號偵查卷證（調閱時已偵查終結而簽結），發生適用憲法之爭議部分，經由法務部函請行政院轉請本院解釋，檢視其聲請之理由，大致有下列幾點：(1)聲請人一００年度特他字第六一號刑事個案之卷證，係檢察官獨立行使職權，所為偵查行為之一部，依本院釋字第三二五號解釋檢察官獨立行使職權受憲法保障，以及本院釋字第五八五號、第六三三號解釋有關立法院對獨立機關行使調閱權應受限制之意旨，應非立法院所得調閱、調查之事務範圍。(2)依憲法第九十五條、第九十六條有關監察院行使調查權之規定，及本院釋字第五八五號解釋意旨，有關檢察官偵查終結後案卷資料之調閱及調查檢察官有無濫權監聽之違失等節，應專屬監察院行使調查權之範圍，立法院司法及法制委員會為釐清特偵組等是否違法監聽等節，調閱特偵組檢察官個案偵查卷證資料等行使職權之行為，顯與憲法上權力分立及制衡原則有違。(3)檢察機關是否同意立法院之調閱，係屬檢察官職權行使之行為，基於權力分立及制衡原則，凡受憲法保障獨立行使職權之國家機關，即非立法院所得調查之事物範圍。(4)檢察官之偵查犯罪，係獨立行使國家刑罰權，應受憲法保障，其犯罪偵查之相關資訊之不公開，係屬行政權具有之「行政特權」，要不因立法院行使調查權，而有強制行政部門公開此類資訊或提供相關文書之適用。(5)聲請人一００年度特他字第六一號案經簽結後，因認有其他涉嫌犯罪事實，共簽分三案，其中聲請人繼續偵辦一案，二案發交臺灣臺北地方法院檢察署續行偵查，是原一００年度特他字第六一號卷內，仍有涉及該三案之偵查秘密之虞，若予調閱將有礙檢察官偵查權之行使。(6)偵查終結後之個案卷證資料，不應同意立法院調取。(7)聲請人於聲請統一解釋（此部分業經本號解釋另諭知不受理）之函文中，另提及立法院司法

及法制委員會適用立法院職權行使法第四十五條第一項調取臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查中原屬聲請人之卷證所採係屬該條項所稱「參考資料」之見解，與聲請人認「參考資料」不包含本案原始卷證之見解有異。

惟除調閱偵查卷證之文件影本是否視同調閱文件原本而仍須經立法院院會決議（此點本席有不同意見，詳如後述），及如因調閱而有妨害另案偵查者，檢察機關得於該另案經偵查終結提起公訴、或不起訴處分確定、或以其他方式結案後，再行提供調閱之卷證資料部分外，其餘聲請人所採拒絕調閱卷證之憲政上理由，似有意忽略本院釋字第三二五號、第五八五號部分解釋意旨。蓋檢察機關並非獨立之憲政機關，僅檢察官獨立行使偵查職權時，始受憲法保障。所謂檢察官獨立行使職權受憲法保障，係指其依法行使偵查職權時，基於其係行使國家刑罰權，故應與法官之審判同受憲法之保障，如已偵查終結，而未行使偵查職權，純係偵查終結後之行政行為者，自無獨立機關應受憲法保障之可言。本院釋字第三二五號解釋已明白闡述立法院為行使憲法所賦予之職權，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件之原本。本院釋字第五八五號解釋更確認立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊；立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力；立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見；行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權

本質所具有之行政特權。依上開二號解釋意旨，應可得理解立法院有文書調閱權，除正在進行中之犯罪偵查之相關資訊，係屬行政權本質所具有之行政特權，及訴訟案件（指已提起公訴）在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證以外，已偵查終結不起訴處分（包括簽結在內）確定之偵查卷證，及判決確定後之偵、審卷證，均在立法院得行使文件調閱權之範圍內。乃聲請人竟謂其係獨立機關，應受憲法保障，有關檢察官偵查終結後案卷資料之調閱，係專屬監察院行使調查權之範圍，立法院不得調卷；檢察官之偵查犯罪（其意包括偵查終結後），其相關資訊之不公開，係屬行政權具有之行政特權，要不因立法院行使調查權，而有強制行政部門公開此類資訊或提供相關文書之適用云云。按聲請人為國家最高檢察機關，似有意忽略上開二號解釋上述部分之解釋意旨，誠屬令人不解。惟既然本號解釋再次確認在一定要件下，立法院得向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未行起訴而以其他方式結案之案件卷證；妨害另案偵查者，須另案終結後始得調閱；調閱偵查卷證之文件影本者，應經立法院院會同意，而補充解釋本院釋字第三二五號解釋，自亦有其受理之價值。

二、本號解釋並未釐清參考資料與文件之區別

釋字第三二五號解釋謂：「立法院為行使憲法所賦予之職權，……得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。」該號解釋公布後，立法院制定立法院職權行使法，乃依據上開解釋，於第四十五條規定：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。（第一項）調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本。（第二項）」、第四十七條第一項前段規定：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供

之。」究竟何謂參考資料？其與文件如何區別？文件原本是否包括文件影本在內？要求提供與調閱又有何區別？從釋字第三二五號解釋及立法院職權行使法上開條文中均無法得知。經查閱釋字第三二五號解釋案卷宗，參與該案之前大法官們就何者為參考資料，何者為文件，並未為明確之討論與區隔，甚至有前大法官已質疑究竟參考資料與文件應為如何之區分，惜未獲釋疑之結論。而立法院於回覆本院之函文中則謂：「同法條（指立法院職權行使法第四十五條）第二項規定在於調閱委員會或調閱專案小組向有關機關調閱之議案所涉及事項之文件係指原本，方須經院會之決議，然本案係向最高法院檢察署調閱該署一００年度特他字第六一號卷影本，自毋須經院會決議」（註一），係謂上開偵查卷宗影本係立法院職權行使法第四十五條第一項所指之參考資料，而非同條第二項所指之文件原本。本席以為，參考資料與文件實很難加以區分，參考資料有可能為文件，亦可能為非文件，亦即文件之涵意可包含參考資料在內。此觀之立法院職權行使法第四十七條前段、第四十八條、第五十條至第五十二條，均只以文件取代第四十五條之參考資料及文件原本自明。至何謂要求提供？何謂調閱？要求提供，可以口頭質詢時為之，亦可函請有關機關為之，其與向有關機關之調閱行為，實亦無從為明確之劃分。

三、調閱文件影本是否如同調閱文件原本，須經立法院院會決議始得為之

本號解釋雖然侷限於調閱偵查卷證與文件原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議，惟如此解釋，恐導致不論偵查卷證之全部或一部分，只其中一、二頁之文書影本，甚或檢察機關以外之其他行政機關所保管文件全部或一部之影本（本號解釋只侷限在偵查卷證而為論述），均仍須立法院院會同意。本席以為，立法院代表民意監督政府機關之施政，既然釋字第三二五號、第五八五號解釋已確認立法院為行使憲法所賦予之立法職權，而擁有文件調閱權（包括要求提供參考資料權，以下簡稱文件調閱

權），則此項文件調閱權之行使要件實不宜限制過嚴。如動輒須經立法院院會同意，則很容易受政治爭鬥影響，苟多數黨因某種特定因素考量而不願調閱，少數黨立法委員之文件調閱權恐被封殺。故如連調閱偵查卷宗或其他行政機關所保管文件其中一小部分，仍須立法院院會同意，本席認為限制過嚴。雖本號解釋多數意見認為須與原本內容相同之影本，始須經立法院院會同意，惟影本內容必然與原本相同，否則影本即有可能係偽造或變造，故以影本須與原本內容相同為要件，實無意義。又因立法院委員會委員人數較少，如僅由極少數委員同意，即可決議調閱偵查卷宗全部影本，實亦形同規避調閱文件原本須經立法院院會同意之結果，此亦不可不加顧慮。

本席以為釋字第三二五號解釋及立法院職權行使法第四十五條第二項規定已清楚表示調閱文件之原本，始須經立法院院會同意，既特別載明文件原本，自係有意排除影本，如何能因影本與原本內容相同，或以偽造、變造文書影本與偽造、變造文書原本所負罪責相同為由，而謂調閱文件影本仍須立法院院會同意（註二）。文件（包括偵查卷證）影本，仍應視為參考資料，如調閱該文件之全部影本，尤其是本件偵查卷證之全部影本，受調閱之機關應可以因影本所表彰文書之內容與原本相同，如僅由立法院委員會極少數委員決議，形同意在規避調閱原本須經立法院院會決議之規定，即可以有正當理由為由加以拒絕。蓋釋字第三二五號解釋及立法院職權行使法第四十七條第一項前段，並未界定有其他正當理由得拒絕之情形，解釋上凡不符合本號解釋所定調閱文件之要件，諸如調閱尚在偵查中之卷證，或調閱卷證與立法院之行使憲法上職權並無重大關聯，或釋字第三二五號解釋所指國家機關獨立行使職權受憲法保障者之情形，或釋字第五八五號解釋所指屬行政權本質所具有之行政特權等，均屬於有正當理由得拒絕調閱之情形。故如立法院委員會要求提供文件全部影本，如客觀上可認為形同規避調閱文件原本須經立法院院會決議

之規定，受調閱之機關自得以有正當理由為由，而拒絕調閱。綜上所述，本席不贊同本號解釋以影本與原本內容相同為由，不論係調閱文件之全部或一部，一律認為調閱文件影本，均仍須經立法院院會之決議，始得為之之結論。如果認為調閱文件全部或一部之影本，仍須經立法院院會決議，則宜由立法院修正相關法條，以為明確之規範。

四、立法院文件調閱權與其個案調查權，是否可明確區隔

本件解釋討論中，有大法官主張釋字第三二五號係就立法院文件調閱權而為解釋，與釋字第五八五號則專就立法院個案之調查權而為解釋，二者截然不同，不可混為一談，致本號解釋全未引用釋字第五八五號解釋之意旨。本席對此持不同看法，本席認為立法院文書調閱權，亦屬立法院調查權之一環，不論文件調閱權或個案調查權，均屬立法院之調查權，此從釋字第五八五號解釋所謂「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」「立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見」，該號解釋乃進而補充釋字第三二五號解釋。釋字第五八五號解釋所謂立法院行使調查權時，自得要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料，或向有關機關調閱文件原本，正係釋字第三二五號解釋所闡述之內容。是立法院調查權自可包含文件調閱權，如何能謂釋字第三二五號解釋之立法院文件調閱權與釋字第五八五號解釋之立法院個案調查權截然不同。

五、立法院或相關機關應儘速制定由司法機關審理解決立法院行使調查權與受調閱機關爭議之法律機制

釋字第五八五號解釋已明示「如於具體案件，就所調查事項

是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。」該號解釋於民國九十三年十二月十五日公布，迄今已屆十年餘，立法院仍未制定由司法機關審理解決之法律機制。本號解釋理由書第六段固參考釋字第五八五號解釋上開文字（惟未載明參照該號解釋意旨），再指明主管機關應儘速建立上開機制，誠如本號解釋理由書第六段所載爭議之情形，有些是較偏向於事實認定之爭議，例如是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯者，是否屬於法律所禁止調閱之範圍，是否依法定組織及程序調閱，拒絕調閱有無正當理由等，實由司法審判機關審理認定即可，而不須一有爭議即聲請本院解釋。立法院如不欲制定新法，亦可於修正立法院職權行使法，或修正行政訴訟法，建立解決上開爭議之法律機制。

註一：立法院秘書長103年5月7日台立院司字第1034300280號函參照。

註二：立法院為制定立法院職權行使法之主管機關，其既已函示，立法院職權行使法第45條第2項規定之文件須原本，始須經立法院院會決議，然本案係向最高法院檢察署調閱該署100年度特他字第61號偵查卷證影本，自毋須經院會決議，如註一，主管機關之立法原意實應予適度尊重。

部分協同部分不同意見書　　大法官陳新民　提出

國會若欠缺對事實的調查權，當導致其必會合憲地作出外行，且愚笨的判斷。

德國大社會學家　馬克斯．韋伯

認為毋庸透過正當程序，即可揭露真相，乃最危險不過的想法。

美國著名法學家　亞倫．德蕭維茲

本號解釋多數意見認為，對於已偵查終結而不起訴確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，只要在一定的條件下，即許可立法

院調閱，以供其行使憲法所定職權所需之用。這是有效提升立法品質，加強民意監督的必要手段，且合乎法治國家之原則。對此結論，本席敬表支持。

然而，本席認為多數意見在解釋方法論上，猶有兩處未盡妥適之處。

首先，多數意見乃「畫地自限」專就釋字第三二五號解釋之文件調閱權，作為本號解釋的標的，並且只以該號解釋所樹立的原則作為論究基準，且作成「補充」該號解釋之結論。

這忽視了立法院調閱卷證，應屬其調查權行使的方式之一，本號解釋即應一併斟酌與賡續釋字第五八五號解釋有關立法院調查權之精神，而不得有意切割之（註一）。例如，釋字第五八五號解釋所宣示的「行政特權」作為拒絕履行交付卷證或配合調查權行使的法定理由（法律或正當理由），能否一併適用於本號解釋（註二）？多數意見皆未觸及。實則此亦為原因案件中，立法院調閱專案小組所行使的權限內容之一（要求檢察總長率員赴院備詢與答覆調閱事宜），更進而造成聲請人聲請統一解釋之原因也。

其次，就解釋標的之範圍而言，本席認為應專就聲請意旨所主張的「偵查終結之案件卷證」為標的（本席稱之為「小解決」方案），並援引「重要關聯理論」，將已裁判確定之審判卷證是否一併許可調閱之爭議納入審查。這是基於前者乃本號釋憲聲請人主張之標的，同時專以釋字第三二五號及第五八五號解釋之反面解釋，都會獲致不論是偵查終結或裁判確定後的司法案件卷證，都可以調閱的結論。故本席認為本號解釋應集中精力與焦點，專注於此目前仍呈現模糊的問題，來避免會獲得可調閱已裁判確定之卷宗，致造成侵犯獨立審判的嚴重後果。

雖然多數意見在解釋主文中正確地採行「小解決」為釋憲標的，但卻在解釋理由中採「中解決」模式，將解釋標的擴張至所有的文件調閱，不以司法機關為限。使得其理由之敘述，都形成拘束效力頗有爭議的「傍論」，反而對裁判確定後的審判卷證應否許可調閱，未置

一詞，且顯有贊成之含意。對此，造成解釋主文與理由間產生「擴張」的質變，首尾不能相顧，使得本號解釋面臨實施上的窒礙，不免引發國會與被調閱機關間的摩擦。本席不無遺憾，謹提出部分協同意見書闡述其理。

次而，本號解釋聲請統一解釋案理由之一，乃指摘立法院司法及法制委員會依該院職權行使法第四十五條之規定，以通過之「監聽作業專案小組運作要點」之規定，要求最高法院檢察署檢察總長本人及率同有關人員列席說明，已牴觸法院組織法第六十六條第十項之規定（總長除年度預算及法律案外，無須至立法院列席備詢），故聲請統一解釋。本號解釋多數意見竟認為該要點乃議事運作的內部規範，不對外生效，而非法規為由，予以不受理。就此而言，本席肯認該要點為具有對外效力，且聲請人拒絕配合調閱，致遭移送監察院調查懲戒，此昭昭事實，既不可謂之並無法律效力，且兩方的確呈現出各引法律規定，有矛既有盾，法秩序呈現莫衷一是。故本院應受理之，以澄清現行制度的不明確。爰提出部分不同意見，以申論多數意見之非也。

一、方法論的徘徊不定

（一）本號解釋不能刻意切割釋字第五八五號解釋，專就釋字第三二五號解釋之文件調閱權予以補充解釋

本號解釋文最後兩行，指明本號解釋乃「補充」釋字第三二五號解釋。而不提及比該號解釋更晚十年才作出的釋字第五八五號解釋，可知多數意見乃欲切割該號解釋，才會出現此「補充釋字第三二五號解釋」的敘述。這種規避態度，忽視當年釋字第五八五號解釋作出時，已經極為細緻與周詳地斟酌釋字第三二五號解釋的立論而加以擴充、精細化地作出該號解釋。因此，本號解釋竟然採行不置一詞的排斥態度，實乃「明察秋毫，不見輿薪」，本席不能贊同這種太過狹隘的視角。

誠然，本號解釋標的乍看之下，只屬於文件調閱權，與

釋字第三二五號解釋一致，但釋字第五八五號解釋的標的雖擴及調查權，也一併及於文件調閱部分（特別是其對行政特權的例示說明）。故兩者應適用同樣的原則。況且，自該號解釋後已確認調閱文件乃調查權的手段之一，既然討論其下位概念的文件調閱權，豈可忽視涵蓋其上的整個調查權法制？牽一髮，必動全身，若文件調閱制度目前仍有欠缺時，必然是在釋字第五八五號解釋作成之後仍然存在者。如要補充之，也必然須一併補充釋字第五八五號解釋的意旨不可。多數意見的排斥釋字第五八五號解釋，忽視了我國立法院的調查權，係由「零」開始，透過兩號大法官的解釋，才形塑至本號解釋作出前的現狀。由此制度的成形歷史過程觀之，即可驗證矣。

按我國憲法未如同其他許多外國憲法賦予國會強制性質的調查權（註三），而只給予質詢權，包括院會及委員會行使之質詢權。並未包括文件的調閱權以及其他調查事實的權力。這是因為採行五權憲法的我國憲政體制，將此調查權主要是賦予監察院行使，俾作為追究行政或司法官員的政治與法律責任之用。

然而，釋字第三二五號解釋開啟了承認立法院僅有文件調閱權在先，釋字第五八五號解釋繼之承認立法院有包括傳喚證人的調查權在後，已經賦予立法院擁有一定的調查權限。本號解釋的原因案件，立法院司法委員會實已行使此兩種權限（調閱已偵查終結案件卷證及要求檢察總長出席備詢說明）。本號解釋作出前，我國立法院已經擁有何種文件調閱權及調查權，又有如何不足，而需要「補充」之處，是本號解釋作出前，應當了解的客觀事實。可略述如下：

1. 釋字第三二五號解釋方面：立法院在「議案涉及事項」可以要求有關機關提供參考資料，有關機關惟有在「非依法律或其他正當理由」，不得拒絕。此「拒絕的理由」，該號

解釋舉例說明為：「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等」，都屬於不必提供卷證的範圍。

上述見解中，與本號解釋標的已經十分接近的敘述為：「訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證」，如作反面解釋，是否已經足以給本號解釋提出答案乎？

2. 釋字第五八五號解釋：本號解釋認定立法院得「行使憲法所賦予之職權有重大的關聯者外，可向有關機關調閱文件，並且在一定的程序下（院會決議）得要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見」，並得對違反此協助調查義務者，科處罰鍰。而有關機關，惟有在「國家獨立行使職權受憲法保障者」，以及例示性的說明「又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權」，亦可不必提供資訊。同時，也明白宣示就具體案件產生是否符合行政特權的爭議時「立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序由司法機關審理解決之。」本號解釋的另一個特色是，強調調查權行使時，應遵守比例原則及正當法律程序，避免造成濫權，侵犯人民基本權利的後果。

由比較此兩號解釋的內容，即可得知國會行使調查權，不論是單純的文件調閱權，或是範圍較廣的調查權（包括調閱文件資訊或是傳喚相關政府人員），都必須以釋字第

三二五號及第五八五號解釋構建出的整個調查權法制—不論是行使的要件、程序及被要求機關的配合義務與拒絕條款，來綜合的適用之，亦即：釋字第五八五號解釋已經比釋字第三二五號解釋作出範圍更廣、內容更多的見解，本號解釋不可走回頭路的有意切割、漠視釋字第五八五號解釋的存在—即使本案涉及的立法院文件調閱權，乃依據立法院職權行使法第四十七條之規定「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。」這是配合釋字第三二五號解釋後的立法，而非根據釋字第五八五號解釋所為。一旦適用本條文，則所謂「法律或其他正當理由」的拒絕事由，自包括了釋字第五八五號解釋有異於釋字第三二五號解釋理由，即所謂的「行政特權」理論在內。故此亦可運用「舉重以明輕」之法理，在範圍更廣、拘束力更強的調查權範圍，皆可援引行政特權來拒絕之，則作為調查權手段之一的文件調閱權，自可援引該「拒絕條款」。更何況，釋字第五八五號解釋所例示的「行政特權」理論，正是指明為「文件調閱的限制」也—即如理由書所言「立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書」，是為明證也。

一言以貫之，本號解釋既然是第三個有關國會調查權的案子，就必須在兩號解釋整體構成的法規體系上，再進一步發展。即使在現有規範基礎上，沒有進一步擴張國會調查權的範圍，而僅在舊有範圍內為更細密，也屬於填補漏洞的「補充解釋」，亦無不可。但也必須以該兩號解釋整體的內容作填補對象，而不可以專就其一而捨其二也。本號解釋這種詮釋方法顯然有誤！

（二）本號解釋的實際功用何在？本號解釋「補充」之處又何在？

本號解釋多數意見有意排斥賡續釋字第五八五號解釋

意旨，所以才明言「補充」釋字第三二五號解釋。這種不當切割的理由，已於前述。然而，是否多數意見卻也十分「誠實」表明本號解釋，實質上未更動釋字第五八五號解釋所構建下的調查權之重要原則？在此可檢驗本號解釋的主要內容，以及其到底有無突破過去見解，也就是其實際的功用何在？

綜論本號解釋的內容，可臚列如下：

1. 偵查已終結而不起訴處分確定或未經起訴但以其他方式結案之案件卷證，得成為調卷標的。
2. 行使上述調閱權須基於目的與範圍明確之特定議案，且與憲法行使職權有重大關聯，非屬法律所禁止或妨害另案偵查者為限。
3. 立法院行使調閱權如未符合憲法或法律上之要求，自構成受調閱機關得以拒絕之正當理由。
4. 程序方面：調閱原本或影本，須經立法院院會決議；至於一般參考資料，可由委員會決議即可。
5. 調閱卷證而知悉之資訊，使用應限於憲法職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），且不得為與職權無關之評論或決議。
6. 在具體個案是否屬於法律禁止調閱之範圍、有無遵守法定程序及行使拒絕權是否正當，立法院與受調閱機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序由司法機關審理解決，相關機關應儘速成立該法律機制。

吾人一一檢驗上述幾個要件可知：

第 1.部分關於解釋偵查中的案件不可調閱，而待終結後不起訴等案件方可調閱。實則此項「解禁」可由釋字第三二五號解釋的反面解釋而得到此結論，同時釋字第五八五號解釋甚至明白地將「偵查中案件」視為行政特權之一。因此，由此兩號解釋的反面解釋，自然會獲得第 1.部分的結論也。

故此部分實無出人意表的創見可言。

第 2.部分，雖然比釋字第三二五號解釋所提及的「議案涉及事項」的要件來得更周延，但卻完全與釋字第五八五號解釋所提及的「憲法所賦予之職權有重大關聯者」，並無二致。惟在此提到特殊之處乃是將「妨害另案偵查之虞」，作為拒絕理由之一。實則，這是對「偵查中」的文義所為之解釋。由防止妨害偵查權行使的角度以觀，導出此當然結論亦不意外。且此種字義解釋，泰半可透過法院在具體爭議案件中解釋即可，毋庸大法官作出此簡單的推論也。本席亦認為此部分並無太值得一述的積極功能。

而在立法院的行使職權部分，本號解釋多數意見且特別加以說明：「必須基於與議決法律案、預算案或人事同意權案等憲法上職權之特定議案有重大關聯者，始得為之。」並且認為所謂的「特定議案」，目的與範圍皆應明確。這個說明反而漏出明顯之破綻。

多數意見對立法院行使職權範圍所為的詮釋—必須基於法律案、預算案或人事同意權案，到底是列舉性說明，亦或是例示性說明？由行文的口氣「始得為之」，似乎僅限於列舉性，以避免浮濫！但本席反而願意解釋為「例示性」，然立法院行使的職權，除了上述的三種議案外，還有監督行政院施政，以及「參與國家重大政策的決定權」（釋字第五二０號解釋參照）。因此，其職權對人、對事都可含括，範圍頗為寬廣，尤其是弊案調查，幾乎許多都可納入立法院的職權，這也與立法院獲得調閱資料後的運用界限有關（見以下第5.部分）。因此，多數意見限於三項議案的說明似乎不無有「蛇足」之憾！

至於第3.部分的拒絕權部分，應是最重要、核心的規範內容。在第2.部分的調閱權已提到須「非屬法律所禁止者為限」，在此又重複提到「如未符合憲法或法律上之要求」，此

亦見諸於釋字第三二五號解釋「法律與正當理由」及釋字第五八五號解釋「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者」，及屬於行政特權，皆可拒絕提供。同時立法院職權行使法第四十七條也重複使用此用語：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。」都無新意！此外，理由書第三段就此相關的論述，除了闡釋偵查終結後方得調閱的理由外，兼論及涉及另案偵查應不許調閱外，就只有關於有無遵守「調閱的程序」，可作拒絕調閱之正當理由罷了。

至於何種事項屬於憲法或法律上正當理由，本號解釋多數意見未有再進一步的論述，這是調查權的「核心內容」，亦為多數意見對於開創立法院調查與調閱權，並沒有大格局與具體成效的一個顯例也。

在第4.部分的程序要求，本號解釋似乎頗為重視，對如有違反時且視之為可拒絕調閱的正當理由。但此程序的要求，特別是區分原本與一般參考文件的調閱決議，前者必須出自於院會以示慎重，後者只須委員會決議即可，乃出自釋字第三二五號解釋，並明確規定於立法院職權行使法第四十五條第二項。故本號解釋多數意見重複提及，不無贅文之感。

第5.部分，約束立法委員對於取得資訊的運用，應合乎行使職權所需，並注意維護人民的隱私等權利，這是本號解釋的創見，也是真正的補充了釋字第三二五號解釋，更可作為釋字第五八五號解釋中，就行使更強力的調查權所獲得之資訊，其應有的運用限制。易言之，更應該是補充釋字第五八五號解釋也。

審其根源，自可回溯至釋字第五八五號解釋所強調的保障人民基本權利，如隱私權及營業秘密權，以及遵守比例原則。此立意固然正確，然而在實際功能上，多數意見卻僅將之作為「注意事項式」的訓示規定，於立法院悍然不顧人民

隱私而加以侵犯時，本號解釋並未提供足夠的保護效果。雖然亦提到「對依法應予保密事項應盡保密之義務」，但並未明白將此人民隱私列為「應保密事項」，尚須待立法者透過立法的方式來納入之（註四）；同時，針對由偵查案件終結後的卷證中，所獲得關於不起訴或結案的結論與內容，亦表示：「不應為與行使職權無關的評論或決議」。但此亦為訓示規定，並無任何強制效果。即使立法委員妄為評論或委員會作出任何不當決議，亦無法律效果。更何況，國會調查權制度產生的目的，乃是「曝光與吸引公眾注意」，調閱文件與調查結果，應該以公開討論為原則。此時，因該資訊足以吸引社會大眾的注視，對立法委員的言論，自有極大的吸引力，而促其公開議論。為避免不必要的公務或私人資訊被揭露，自應有一定的國會自律或他律（例如，德國法制要求以刑事訴訟法相關程序來規範之），都是應有的立法措施（註五）。否則，若立委抒發此種言論也可能藉著言論免責權，而逃避可能產生的法律責任（註六）。

總而言之，本號解釋未將人民的隱私權明確列為國會調查權的法定界限，使得本號解釋真正出現的「唯一創見」，卻顯得疲軟而無力，至為可惜（註七）。

第6.部分，至於應否行使調閱權，拒絕權是否存在……等具體案件所產生的爭議，本號解釋提出的應儘速立法，交由法院解決的見解，完全出自釋字第五八五號解釋的意旨，亦屬重複陳述之一例也。本席以為，既然釋字第五八五號解釋已經陳述相同意旨，迄今已滿十年，面對立法機關的蹉跎，過去不乏其例，大法官可起而糾正之。就以最近所作出的釋字第七一八號解釋為例，對於緊急性與偶發性集會，毋庸事前向主管機關申請許可。大法官在釋字第四四五號解釋中已經要求立法機關應修法檢討改進，然立法不作為持續達十五年之久且遲無修法徵兆，大法官遂作出釋字第七一八號

解釋，宣布相關條文八個月後失效。本號解釋何妨亦比照此方式？本席認為本案既然涉及到刑事案件，故其調閱之卷證是否屬於議案所必須？有無太過浮濫及侵害他人法益或公益之虞？（例如，洩露線民、秘密證人與情報來源的資料，其他輔助性的辦案資訊……），此時唯有審理刑案經驗之刑事法院方具備可勝任之資格。故可倣效本院釋字第六二七號解釋對於總統提出之資訊是否適用國家機密保護法及相關的法規爭議，創設由高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官五人組成之特別合議庭，並適用刑事訴訟法的相關規定審理之成例。使在新法制定前，有一個過渡的審理機制，並藉以督促立法腳步也。本席認為，由於本號解釋涉及調閱司法刑事案件，故應交由刑事法院體系審理（德國聯邦眾議院調查委員會職權行使法第三十六條，乃交由最終審之聯邦法院刑事庭審理），至於向其他行政機關的調閱產生之爭議，可交由行政法院審理，亦屬立法裁量之範圍（註八）。惜乎，多數意見不採納此「創造暫時過渡秩序」的建議，立法機關何時才會履行此義務？吾人且拭目以待。

（三）契合聲請意旨的解釋方法—應當採納「小解決」的解釋標的

本號解釋在方法論不妥之處，除了有意規避釋字第五八五號解釋所樹立的原則，使得本號解釋的「傳承意旨」遭到割裂的效果外，在解釋體系上，也出現解釋主文與理由混亂的現象，此弊病乃根源於對解釋標的選擇的錯誤。

按本號解釋首先應當確認解釋的標的。以解釋標的的大小，可以存在三種選項：第一種為「大解決」(Große Lösung)；第二種為「中解決」(Mittle Lösung)；第三種為「小解決」(Kleine Lösung)。都會影響最終解釋內容的深度與周延性。標的越大，即有議論空泛的危機，是乃「備多力分」，所不可避免的後果。如時間有限，規劃與重新構建一個雄偉新法制的共識與構想仍欠缺時，即應採行「小而美」的解決標的

論，以實事求是也，則是本席在本號解釋形成過程，一再堅持的立場。

按所謂的「大解決」乃雄心壯志地在本號解釋中，建立一整套完整的調查權法制，當然包括文件調閱權在內，以期畢全功於一役。但前提條件必須是：須為原因案件聲請統一解釋的範圍所及，是乃形式要件；以及大法官對於構建整套體制已有腹案。但對本案而言，顯然兩者皆不具備。

所謂的「中解決」，乃專就文件調閱權的完善度著眼，雖然必須以目前包括釋字第五八五號解釋所共同構建的法理來探究與填補，但終究是以整個文件調閱制度為標的，不僅司法案件之卷證，更及於其他卷證，如一般行政卷證，亦應保密之。惟國防、外交及情治卷證，唯恐極為多樣及複雜，可能須有不同的制度設計也。本號解釋在解釋理由書部分，便呈現出典型「中解決」的詮釋方法。

而「小解決」則是專就本號解釋原因案件聲請人所聲請解釋的標的—「已偵查終結的案件」，來予詮釋。本號解釋的主文，即是以「小解決」為對象，並透過對釋字第三二五號解釋與釋字第五八五號解釋的反面解釋，獲得了應提供卷證的結論。

本席認為，本號解釋即應當採行「小解決」的方法論，即可以得到下述的優點：

第一，避免理由書淪為大多為「傍論」的後果。按理由書如果逸出了聲請案的聲請意旨，以及解釋文的主軸，即形同類似「訴外裁判」，即為所謂的「傍論」(obiter dicta)。雖然其構成理由書一部分，亦應有拘束力，但其效力正當性的質疑，始終存在於學術界（註九）。同時本號解釋文與理由書竟然標的不同，前後首尾不能相互銜接的矛盾，體系不無紊亂之嫌。

第二，如果專注於司法卷證的調閱，更可以將此領域精

細規範。按本號解釋多數意見，已經對釋字第三二五號解釋與釋字第五八五號解釋採行反面解釋，而獲得對偵查終結案件的卷證開禁。但同樣的反面解釋，是否也及於該兩號解釋同時提及的「審判中」案件的卷證，而得到「確定終局裁判」後的卷證，一樣可由立法院調卷？且法官（含書記官等），亦可赴立法院備詢的結論？導出此結論的可能性恐怕非空穴來風矣！

本席認為，如採「小解決」之標的論，自然可將探究的標的及於確定終局裁判後的卷宗，其理由為：既然本案採行反面解釋，則與偵查相關的審判案件，自可依「重要關聯理論」一併審查之。故本案解釋標的即可延伸至「確定終局裁判」後的卷證，而無「訴外裁判」之虞。

然而，本席卻認為，確定終局裁判後的卷證不應提供立法院調閱。這是基於審判與偵查之權限性質不同，屬於憲法所保障的獨立機關行使職權之範疇。而審判是否合法或妥當，事涉司法公務員的懲戒問題，自有監察體系職掌之，非立法院的職權所及（本號解釋理由書第五段已特別澄清）（註十）。另外，還有必要澄清之疑處，乃專對審判的案件，釋字第三二五號解釋曾經指出「司法機關審理案件所表示之法律見解」與「考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷」，都屬不受立法院調閱之範疇。故上述案件，不論終結與否，都不可調閱，乃憲法機關及其人員獨立行使職權，與權力分立原則的實現。這是極明白的闡釋。

而其中「司法機關審理案件所表示之法律見解」的卷證，既然在案件終局審判後亦不必提供。而對比該號解釋接續提到可拒絕的事項另有「訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等」，顯然兩者差別之處，一為「司法機關審理案件之法律見解」，另一為「訴訟案件在偵查與

審判中的處置及其卷證」，差異何在？顯然本號解釋未予答覆。本席以為，應尊重司法機關獨立行使職權的法治國分權原則，前述「司法機關審理的案件」，乃專指法院而言。故不論訴訟終結與否，個案訴訟卷證皆毋庸作為調閱之標的，因司法權不對立法權負責也（註十一）。至於後者雖然亦提及「訴訟仍未確定前的審判卷證」，不可調閱，即可結合前要件，而作出即使裁判確定後亦不必提供卷證的結論（註十二）。

故審判行為不似檢察權的行使，仍屬行政權，其行使過程雖受獨立行使的保障，不受任何干涉。但對其行使的良窳亦可追究其行政、政治及法律責任。在民主國家如果偵查權濫行起訴（司法迫害）或不起訴（有意放水），極有可能形成朝野政黨爭論的焦點也。

故本號解釋惜乎未能就此問題加以澄清，使得本號解釋的「反面解釋論」，會造成許可立法院調閱已確定司法案件的卷證，恐會有形成侵擾司法審判空間之危機，令人不禁為之擔憂也。

第三，本號解釋若採行「小解決」即可專對司法案件的特性，作更詳盡的詮釋，可使得涉及司法與裁判權力是否遭到調閱權與調查權之可能侵害之問題，得到更完美的解決。可舉例說明之。

就以文件調閱以外，釋字第五八五號解釋已提到立法院可傳喚政府機關人員與人民擔任證人，負有協助調查的義務。則檢察官與法官可否擁有「免為證人與證言」的特權？故釋字第五八五號解釋的規範始終如影隨形。原因案件已出現立法院要求檢察總長與相關人員應赴立法院備詢。多數意見雖然對聲請人此要求不予受理（理由書第七段），然此問題依舊存在。

若結合偵查案件終結即許可調閱卷證的法理，乃是因為

不再有侵犯偵查權行使之虞，則會導出顯然檢察官等相關人員（包括書記官或鑑定人等），即應赴立法院接受備詢之結論。而對確定判決案件的法官，亦同。如採此種見解，是否應討論此些人員是否屬於「行政機關內部意志形成」的一份子，是否屬於行政特權的核心理論？此些行政內部的文件，以及參與人的意志與言論，都屬於不必公開的資訊。政府資訊公開法第十八條第一項第二款：「公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。」及第三款「政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。」都有類似的規定，只是對司法案件的終結與否未明文與更進一步的規範，日後在調閱的實務上，也可能發生檢察主管機關，得否對於哪些卷證屬於內部意志形成過程的文件，援引行政特權（例如，線民或秘密證人的資料），而拒絕提供；或哪些工作人員乃幕僚與作業人員，無須出席備詢或作證等，都可能造成爭議也。同樣的，審判機關也會面臨類似的問題。

本號解釋，如果不採行「中解決」方案，以免備多力分，而採行「小解決」即可望對此問題作一個澄清。本席認為，為避免立法院形成個別刑事案件的另一個戰場，對於審判案件終結，固不可調卷及傳喚法官為證人外，對於偵查終結案件，既然許可調閱，自然也及於可以傳喚相關人員之備詢，雖可有益於國會監督偵查權的行使，但可能會使國會更大幅度界入監察權的體系，亦可能會對檢察官等行使職權造成嚴重的干涉。就以對個案的檢察權決定所為之立法監督，即容易混淆政治監督、行政監督與法律監督。而檢察官所為之偵查決定很容易納入其法律見解，依法官法的規定（法官法第八十九條），檢察官享有幾乎與法官相同的行使職權之保障，其偵查權的行使的見解，如納入法律見解時，且不為檢

察官評鑑的標的也。釋字第三二五號解釋，也特別提到「檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障。」所以應當將檢察官就刑事偵查的權限，與其受到立法院的監督界限，與法官同等看待（註十三），此亦為原因案件聲請釋憲的主要訴求之一。因此，對檢察官應與一般行政官有相當的區別，是否也應反應在其擁有免赴立法院備詢，及免為擔任證人等協助調查義務之特權乎？

本號解釋多數意見似乎未有任何的表示，只提及立法院及其委員不得就該案件的偵查過程等或不起訴等結論及內容，為與憲法上職權無關之評論或決議（理由書第四段），似乎可詢問與傳喚相關人（釋字第五八五號解釋），只是不能夠作出類似譴責，或要求重新起訴等決議罷了。

因此，這裡面臨「兩難困境」：一方面承認許可調閱已偵查終結之案件卷證，不致於影響偵查權；另一方面又認為傳喚個案檢察官，了解其偵查作為是否妥適，可能造成壓迫檢察官之副作用，而對此權存有疑慮。此時得否獲得一個妥協方案：即「人與文件相區分」—調閱卷證可，傳喚人員不可。但如此一來，會否又認為立法院的調查權即不完整與破碎，光審查文件而無法詢問當事人，勢必無法獲得事情真相與全貌也。

多數意見也提及「……不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議」（理由書第四段），也透露出多數意見對於立法院使用文件調閱權，可能影響偵查權行使之顧慮。

因此，如何在立法前就此問題求得一個兩全的共識，並非易事，但也是一個必須立刻著手進行研議的議題也（註十

四）。可惜本號解釋亦未給予任何解決的藥石之方。

二、不同意見之處—應受理審查檢察總長有無赴立法院委員會就調閱文件或調查權行使範圍備詢與答覆之義務

聲請人同時認為司法及法制委員會決議通過之「監聽調閱專案小組運作要點」（下稱運作要點）第十一點、第十二點之內容，逾越立法院職權行使法第四十五條之範圍。且據該要點第十一點規定，調閱專案小組會議召開時，得邀請被告機關之首長率同有關人員列席說明。聲請人（檢察總長）依據法院組織法第六十六條第十項，認為毋庸前往，而拒絕之，引發其遭立法院移送監察院調查懲戒，遂向本院聲請解釋。然而，多數意見卻以該要點乃委員會之內規，協助調閱小組運作而訂定，「要屬該委員會內部議事運作之事項，尚不生法律或命令牴觸憲法之問題。」遂以不受理駁回之（理由書第七段）。

本席對此不表贊同。誠然，如果國會規範純粹內部組織（如委員會成立）、運作（如人員編制）或其他行使職權的相關內部事宜，則屬於國會自律與國會自治的範疇，基本上可納入「議事規則」(Geschäftsordnung)，屬於內部規範，而不能限制人民的基本人權（註十五）。但國會既然享有自治權，則可在憲法所許可範圍內，享有一定之公權力，例如，國會建築內的秩序與管理權(Hausrecht)，以及拘束人身與行動自由的警察權(Polizeit)，同時這些公權力可和其他國會權力，包括調查權，以國會的「議會議事規則」，或是法律形式來規範之。就以德國聯邦眾議會行使的調查權而論，早於一九四九年公布的基本法第四十四條，已經明白賦予國會行使調查權的憲法基礎，但是如何透過法律方式來加以細部規劃，則一直無法獲得朝野共識。最後只能在一九六九年透過增訂議事規則（第七十四條之一）的方式，將此權力納入。不似巴伐利亞邦，早在一九七０年，就透過立法的方式，將巴伐利亞邦議會的調查權用邦法明白地規定出來。德國聯邦眾議會則遲至二００一年六月十九日才制定「聯邦眾議院調查委員會職權

行使法」(註十六)。因此，這種屬於國會立法權限，可以出自議事規則，亦可透過制定專屬法，都不僅只是內部規則。同時，這些國會法的上位法規，亦可比照享有自治權的自治團體，亦可在法律授權的範圍頒布內部規章(Satzung)，相當於行政機關的行政命令（及行政規則，如多數意見認為該要點為「作業準則」)。這種內部規章，不乏可見，如依大學法第三十二條的授權，大學在享有大學自治範圍內，可以自行頒訂管理學生學習與學籍有關的「學則」，便有可拘束人權、行使公權力的規範效果（註十七)。

因此，多數意見認定立法院委員會的運作要點，純屬內部法規、議事規則，不無唐突與錯誤。須知該運作要點乃依立法院職權行使法第四十五條所訂定（立法院「得」設調閱委員會，或經委員會決議「得」設調閱專案小組)，該條文是具有法律位階的法規，且可以作為運作之依據，具有外部約束之效力。

此外，聲請人另外援引法院組織法第六十六條第十項之規定（檢察總長僅在年度預算及法律案，方須至立法院備詢)，認定立法院司法委員會所援引的立法院職權行使法第四十五條，要求檢察總長赴院備詢，兩條規定很明顯語意上產生衝突，而要求本院統一解釋。持平而論，這是毫無疑義的語意矛盾，同時，檢察機關承認立法院具有可實施的法規範效力，本號解釋多數意見卻認為，檢察總長所提之釋憲不合法定程序，試問日後再發生類似的爭議，檢察總長是否應予拒絕？而檢察總長的憲法智識，竟會不明若此，豈非不可思議乎？

尤其是，造成本號解釋聲請的原因案件中，檢察總長拒絕立法院司法委員會三次要求調閱的決議。且該委員會係依照監聽調閱小組所議決的調閱文件內容，而作出的調閱決定。經最高檢察署三次拒絕後，司法委員會遂邀請檢察總長就此事到會報告備詢，檢察總長則援引法院組織法第六十六條第十項規定，婉拒出席。司法委員會遂援引立法院職權行使法第四十八條之規定移送監察院調查懲戒（註十八)。而監察院則函覆，將視大法官解釋

後再行處理（註十九）。

如果依多數意見，不僅該要點無拘束力，則監聽調閱小組依該要點召開會議、決定調閱內容及其範圍的決定，以及司法委員會根據此程序行文有關機關的效力，都不存在，試問今後立法院各委員會行使調查權時，將如何進行？而本號解釋原因案件，既然司法委員會之調閱函不具法律效果，則立法院的函送監察院調查懲戒，即應不發生移送效果？而監察院所為的受理（且待大法官解釋後才進行處理）是否也屬違法，而應退回之？

本席認為，本號解釋應當針對此客觀的權限爭議，予以受理。究竟法院組織法在第六十六條第十項明白規定檢察總長僅在年度預算及法律案，方須至立法院備詢之規定，乃在民國九十五年二月三日修正增訂之條文。惟應注意者，當時修法，乃特重檢察總長的職權，不僅增設最高法院檢察署特別偵查組，職司總統、副總統等最高級文武官員的貪瀆、大選舞弊及重大案件（增訂第六十三條之一）。同時，提升檢察總長的產生過程，不再由總統直接任命，改為由總統提名，經立法院同意任命之，任期四年，不得連任（增訂第六十六條第八項）。這種對檢察總長制度的重新調整，且其任命程序之嚴謹，與大法官的程序無異，且將曾擔任大法官作為可擔任檢察總長的資格之一，顯示出立法院對檢察總長職位的期待與尊榮。故增訂第十項「最高法院檢察署檢察總長除年度預算案及法律案外，無須至立法院列席備詢。」的立法院「自我設限條款」。這種「設限條款」的解釋必須嚴格，惟有法律明白擴張時，才可增加其赴院備詢之種類。例如，法院組織法第六十三條之一第五項即明白規定：「立法院得於第一項第一款（總統及最高級文武官員貪瀆）、第二款（全國大選舞弊）之案件偵查終結後，決議要求最高法院檢察署檢察總長赴立法院報告。」便是一例。值得注意的是上述赴院報告，不包括第三款的「重大貪瀆與經濟犯罪」之事項，顯見立法院對檢察總長職權是何等的尊重。

如今，檢察總長受國會尊崇的地位似乎不復從前，且特偵組降為高等法院檢察署管轄。但終究法院組織法第六十六條第十項的規定依舊存在，可否作為拒絕立法院文件調閱權的法律依據？本問題本號解釋既不受理，本席亦未便妄加臆論，避免有「未審先判」之慮。然而爭議必定繼續存在，本號解釋為何不為之定紛止爭乎？

三、結論—國會調查權法制，應有「利刃」，也要「刀鞘」

我國憲法原本對立法院並沒有賦予調查權的權限，本不足為奇，蓋乃繼承古典的立憲主義，將國會僅作為代表民意與政黨意志來辯論政策、質詢內閣的「議論殿堂」。但這種讓國會只有「夸夸其談」的制度設計，已經不能夠制約龐大的行政權力。

德國在德意志帝國憲法（一八七一—一九一九年）實施時代，未賦予國會調查權，為此，德國偉大的社會學家馬克斯・韋伯(Max Weber)便在一九一八年的夏天，以本人親歷了第一次世界大戰四年以來，國會對於執政當局所進行的諸多政策，包括「無限制潛艇政策」等，都無法進行有效的監督，故思起應對國家官僚體制與政黨角色、功能重新調整，因此撰寫出一篇極重要的論文「德國重整下的國會與政府」(Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland)，對於國會的權限，作出極為深刻的檢驗與批評。韋伯認為，控制官僚體制已經成為國會的首要任務，相對於階級嚴整與具有專業智識的官僚體制，政治人物必須要有與之抗衡的「抗力」(Gegengewicht)，故應該給予國會充分的調查權，包括文件調閱、親自查看，在特殊情形可在國會委員會中，召喚相關人員擔任證人，以獲得真相。唯有如此，國會才能夠掌握事實與專業智識。德國國會因為欠缺此種權力，韋伯也因此慨嘆，而說出了這一句名言：

「國會若欠缺對事實的調查權，當導致其必會合憲地作出外行，且愚笨的判斷。（註二十）」(Dem Reichtag fehlt das Recht dazu: er ist verfassungsmäßig zur dilettantischen Dummheit verurteilt.)

國會擁有調查權，但如韋伯所言，並不是要國會長篇大論來調查與公布調查結果，只不過是要「偶而為之」，以鞭策行政首長說出實話，並透過媒體的公開及讀者的知曉，使得國家的「政治成熟度」因之提升。韋伯因此認為這種調查權的行使，不是為了政治目的的鬥爭（例如彈劾部長或是導致不信任內閣），而是持續地有效控制官僚政治使然。否則，國會必淪為不是「無知的民粹政治」(kenntlose Demagogie)，就是「反覆式的無能」(routinerte Impotenz)，甚至兩者兼備也（註二十一）。也正因為韋伯的大聲疾呼，一年後制定的威瑪憲法便在第三十四條中採納了韋伯的見解，明定國會擁有調查權力。

的確，追究政治責任與監督行政權的有效性，必須給予國會充分的事實調查權力，吾人相信，國會藉此獲得嚴肅與客觀事實，而非靠著立法委員以訛傳訛，甚至臆造、拼湊枝節獲來的資訊，作為立法的動機與標的，更能夠提升立法的品質。

但有利必有其弊，一路開綠燈的擴大國會資訊取得的權限，也應當同時保障可能侵及國民的基本權利，例如隱私、通訊、人格權與人性尊嚴等，亦可能干涉國家司法權力與其他憲法機關的權限，破壞法治國家的權力分立原則。正如同賦予國會強有力的調查權限，有如給與「利刃」一把，但該利刃可以自傷傷人，仍應給與「刀鞘」。

故本號解釋雖然已提出了立法院應注意維護關係人權益及尊重其他憲法機關權限的「警語」，但其效力仍極空泛而無力，有待立法院及朝野政黨，努力行使自制與填補憲政漏洞的職責。例如，德國聯邦憲法法院在一九八四年七月十七日公布著名的「弗立克案」(Flick-Urteil)（註二十二）中曾經提及者：要行政機關主動提供卷證，讓國會找出破綻與違法之處，供其追究責任，的確是強人所難，但這也是行政向立法負責的特徵所在。但在要求私人協助國會調查義務方面，則刑事訴訟法上強調「不自證己罪」(nemo tenetur)的原則，仍應當適用之。這也是將刑事訴

訟法原則，一併適用到國會調查權行使之上，我國立法院調查權的法制對此仍極空泛，而有加強立法之必要（註二十三）。

本號解釋多數意見在保障人權方面很睿智的踏出了一步，強調了立法院行使調查權亦應尊重正當程序，這是法治國家對所有實施公權力都課予的「程序正義」。也惟有靠著程序正義取得的真相，才有理由相信，基於該「真相」所採行的任何對策，才不致於欠缺正當性。為此，本席想起了曾經讀到美國著名的法學家亞倫・德蕭維茲(Alan Dershowitz)在一本著名的大作「給年輕律師的信」一書中，所說出的一句名言：

「認為毋庸透過正當程序，即可揭露真相，乃最危險不過的想法。（註二十四）」(There are few more dangerous ideologues than those who believe that truth can be arrived at without process.)

我們贊成立法院要有充分的調查權，包括文件的調閱權在內，但我們也同時堅持：國會必須依法治國的原則嚴肅且節制的行使此權力，決不可濫用之，以侵犯人權與分權之原則。亦即：必須以嚴整的法律程序規範此最有濫權之虞的權限，才能夠確保此制度不致於使此最高民意的「神聖機關殿堂」質變，淪為揭發、渲染與傳播國民隱私或抒發個人恩怨的是非之所。立法院應當從速完善構建此一法制：既要磨礪調查權這把利刃，同時要打造一個完善護衛刀鋒的刀鞘，兩者缺一不可，我國國會立法與國政監督的品質提升，即將有恃也。

註一：大法官在釋字第633號解釋亦曾論及立法院調查權之問題，但未逾越釋字第585號解釋之範疇，故以下論述仍以釋字第585號解釋為主。

註二：按本院另在釋字第627號解釋提及行政特權的理論，在該號解釋認為此特權為「行政權固有之權能」，有可能「影響或干預行政部門有效運作之資訊」都包括在內。但該號解釋意旨則顯然偏重在屬於國防、外交或其他國家機密等事項，方可包括在此特權的範圍。如果採此狹義的範圍論（行政特權無異於「機

密特權」)，則除少數刑事案件會涉及機密外，其他絕大多數的刑事偵查案件，即不會涉及此，從而無法作為拒絕交付卷證的理由。本號解釋是否維持釋字第585號或第627號解釋的意旨？即有必要加以澄清。

當然，就行政特權的理論是否完善而足以充分的引入調查權行使的實務之中？釋字第585號解釋引入時，並沒有詳加討論。實則，此理論雖產生在美國，但也並非可以作為行政權抗拒國會調查權的有效利器。就以喧騰一時的「水門案」為例，對國會與聯邦最高法院要求尼克森總統交出白宮所擁有的錄音帶，尼克森總統便祭出行政特權理論而拒交，但聯邦最高法院終究還是作出裁判，認定尼克森提出的行政特權無效，必須交出錄音帶。可參見美國訴尼克森案(United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974))。

註三：例如，日本憲法第62條及德國基本法第44條、威瑪憲法第34條。

註四：例如德國聯邦憲法法院，在2009年6月17日作出了一個重要的「國家情報局」判決(BND-Urteil, BVerfGE124, 78ff.)便認為主管機關必須對於國會調查委員會所要求提供的文件，如基於類似我國釋字第585號解釋所提及的行政特權理論，例如，行政機關內部政策形成過程的文件，凡是政策的準備、參與部會人員的意見等等，屬於行政自我負責的核心領域，都可以拒絕提供。但主管機關必須要說明清楚。然而，德國聯邦憲法法院也對國會此種文件，以及要求相關人員作證的調查權限，提出五個強制的憲法界限：必須基於特定的提案程序；遵守分權的原則；如涉及到國家機密時要強調國家福祉的優先；應注重保障基本人權，特別是人性尊嚴；應遵守禁止權力濫用原則，一旦涉及權力濫用時，國會調查權即應消滅。見BVerfGE124, 118ff.

註五：Peter Badura. Staatsrecht. 5. Aufl. 2012. E. 47.

註六：德國基本法第44條即明文提到：「國會調查委員會之決議不受

司法審查」。從而即使人權因該決議而受有侵害，人民仍不得訴請法院就此決議加以審查，或追究國會議員之責任。

註七：例如，德國聯邦眾議會調查委員會職權行使法第36條規定，涉及到隱私的案件，如作為證據，必須比照國防或外交機密等，以秘密會議的方式審議，同時，議員與工作人員即負有保密的義務。立法院職權行使法第52條亦有類似的規定：「文件調閱之調閱報告書及處理意見未提出前，其工作人員、專業人員、保管人員或查閱人員負有保密之義務，不得對文件內容或處理情形予以揭露。但涉及外交、國防或其他依法令應秘密事項者，於調閱報告及處理意見提出後，仍應依相關法令規定保密，並依秘密會議處理之。」該條文有必要再擴充其內容，將資訊涉及人民隱私、營業秘密、通訊自由等，一併比照秘密事項處理，且保密人的範圍應及於立法委員之上。可參見陳淑芳，德國之國會調查權，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，第53頁以下。

註八：例如釋字第633號解釋論及三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例中，於第8條之2第2項規定：「接受調查之有關機關、團體、事業或有關人員，不得以任何理由規避、拖延或拒絕。但經舉證證明確有妨害重大國家利益或因配合調查致本身有遭受刑事處罰或行政罰之虞者，不在此限」。同時同條第5項規定，對於第2項發生爭議時，交由行政法院審理。大法官在此號解釋宣告第5項規定並不違憲。應注意這是指一般行政機關之卷證，非專指偵查案件而言。故法院的管轄規應有不同。

註九：可參見吳庚，憲法解釋與適用，修訂三版，民國93年，第432頁。陳新民，憲法學釋論，第八版，民國104年5月，第844頁。

註十：特別是我國立法院不似有些國家—例如，日本國會，可以享有「法官彈劾權」。國會針對法官的職務內外之行為可以組成彈劾委員會（日本國會法第126至129條），則可能產生與調查權重疊與混合的危險。見劉志鵬，日本國會調查權與司法權界限

之探討（上），憲政時代，第九卷第四期，1984年4月，第66頁。儘管如此，日本學界也普遍認為兩種性質應有差別，法官的彈劾調查，不屬於國會的調查權範圍，見吳煜宗，日本國會調查權序說，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，第81頁。

註十一：廖元豪教授亦認為，立法院的調查權與文件調閱權應有其界限，只限「司法、考試及監察院三權」方能免於立法院的調查。見廖元豪，論立法院調查權的界限與範圍—釋字第五八五號解釋與美國經驗的參照，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，第85頁。

註十二：日本的學術界主流見解，可參見劉志鵬，日本國會調查權與司法權界限之探討—浦和事件之借鑑，憲政時代，第10卷第1期，1984年7月，第92頁。至於德國國會調查權行使的對象乃專對行政機關而言，便不涉及對法官的調閱與調查之上。而德國的法官彈劾，是交由聯邦憲法法院而非國會來行使。

註十三：可參見李惠宗，立法院行使調查權應有的法制設計—從釋字第五八五號解釋出發，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，第100頁。

註十四：就以日本國會調查權的運作實務以觀，這也是一個困難的議題。日本學界普遍承認檢察權為準司法權，應獲得國會高度的尊重，不管偵查終結與否，皆不得介入之。但普遍認為，這種界限並無法律效力，屬於國會自制，因此如有逾越亦不違憲也。見吳煜宗，日本國會調查權序說，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，第78頁。

註十五：Peter Badura. Staatsrecht. 5. Aufl. 2012. E. 43.

註十六：Peter Badura. Staatsrecht. 5. Aufl. 2012. E. 47.

註十七：大學法規定：「大學為確保學生學習效果，並建立學生行為規範，應訂定學則及獎懲規定，並報教育部備查。」

註十八：立法院司法及法制委員會102年11月4日台立司字第

1024300727號、102年10月14日台立司字第1024300762號、102年11月29日台立司字第1024300819號、102年12月10日台立司字第1024300888號函參照。

註十九：監察院103年2月18日院台司字第1032630095號函參照。

註二十：In: Hergb. J. Winckelmann, Max Weber, Gesammelte Politische Schriften, 4. Aufl., 1980. SS. 352, 353.

註二十一：Max Weber, aaO. S355.

註二十二：BVerfGE67, 100.這也是本院釋字第五八五號解釋中，所援引之「行政特權」理論的來源之處。可參見陳新民，憲法學釋論，第633頁，註十八處。

註二十三：可參見陳淑芳，前述文，第58頁。

註二十四：see Alan Dershowitz, Letters to a young lawyer, 2001, Basic Books, P. 60.

部分協同部分不同意見書　大法官羅昌發　提出

本件涉及職司國家立法之立法院與職司犯罪偵查之最高法院檢察署間之權限爭議。如何確保國家兩項重要權力互動之平衡與兩者職權之完整行使，對國家發展及憲法原則之確保，至為重要。本號解釋多數意見兩項主旨，包括立法院不得調閱偵查中案件之卷證，但得在一定條件下調閱已結案之偵查卷證。本席對此敬表同意。然本席對於多數意見就有關立法院調閱已結案偵查卷證所設條件，認為尚有全盤思考及補充之必要；對於不受理部分，亦認仍有討論之餘地。爰提出本部分協同部分不同意見書，期有助於立法院及檢察機關之合理互動及未來制定或修改相關法律之參考。

壹、立法院調閱權之性質及其憲法界線

一、立法院調閱權係國會行使其職權所當然附隨之權力，為輔助其憲法職權之重要工具。立法院透過向其他機關行使要求資訊之權(power to seek information)，獲取相關文件、資訊，使其行使職權更為妥適周延。為達此目的，受調閱機關，自有

在符合憲法原則之條件下，充分配合之義務。然受調閱機關亦有其憲法或法律上之固有權能，且有正常行使其職權之義務。由於立法院與受調閱機關各有憲法或法律上權限，兩者不免發生衝突。基於憲法原則釐清此等界限，關乎機關間之合理運作及憲法之妥適適用。

二、多數意見認為，立法院調閱權之界線，係基於權力分立(separation of powers)與相互制衡(check and balance)之原理。本席同意分權之下五院間之互動與運作，應受此原則之規範。權力分立與相互制衡之目的在透過國家行政、立法、司法等權力之相互牽制與制約，而達到防止機關濫權之目的。故有關立法院行使文件調閱權界線之釐清，亦應由此原理出發。立法院對國家其他機關行使調閱權，自對其他機關產生制衡效果；而其他機關在嚴格條件下（如已影響其獨立行使職權時）得拒絕調閱文件，亦屬對立法院之制衡。

三、惟權力分立與相互制衡係抽象之憲法原理，無法自行運作而解決實際爭議。本院自須提供完整而可資操作之判斷準則，協助釐清國家不同權力（特別是立法院與國家其他權力）間之合理互動關係。

四、本席認為，立法院得否對其他機關行使文件調閱權，應以二階段方式判斷。第一階段應判斷所欲調閱之文件是否屬於豁免調閱之事項；亦即，應先確認調閱文件是否屬於受調閱機關依憲法或法律獨立行使職權或屬行政特權之範圍。第二階段則應權衡相關因素；亦即，立法院所擬調閱之文件如非屬於受調閱機關獨立行使職權或行政特權之事項，則應考量文件之調閱與立法院整體及個別立法委員行使職權關聯性之高低、對保障人民基本權利或促進公共利益程度高低、對人民基本權利負面影響之程度、調閱之範圍及對受調閱機關正常行使職權之影響、立法院之決議情形等因素，以決定立法院得否行使調閱權；而在綜合判斷此等因素時，應朝有利於允

許立法院行使調閱權之方向思考。故就第二階段而言，立法院是否得就特定事項行使調閱權，並非有簡易且機械式之答案；而應係整體衡酌相關因素之結果（其操作方式見後述）。

五、多數意見所提供之判斷因素包括：目的與範圍明確之特定議案、與立法院憲法職權有重大關聯、非法律所禁止等實體要件（見本號解釋文及理由書第二段與第三段）。雖較為簡易，但未能考量所欲行使調閱文件之權對公益、人民權利、受調閱機關正常行使權力等之正面與負面影響，完整性自有不足而有補充必要。

六、立法院調閱權與其行使調查權之關係：

（一）如前所述，立法院調閱權係國會行使職權所當然附隨之權力，為輔助其職權之重要工具。而依本院釋字第五八五號解釋，立法院調查權亦係「立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力」，使其得以「有效行使憲法所賦予之立法職權」。立法院行使調查權之方法並非特定，其可能以調閱文件之方式行使調查權；然其調閱權之行使，亦可能與立法院行使調查權毫無關係。故立法院調閱權與其調查權，在行使時可能有重疊之處；然兩者並無必然之隸屬關係。

（二）由於本號解釋與本院釋字第五八五號解釋所規定之要件並非完全相同（例如釋字第五八五號解釋規定，調查權之程序，如調查權之發動及行使調查權之組織、個案調查事項之範圍、各項調查方法所應遵守之程序與司法救濟程序等，應以法律為適當之規範；如因特殊例外情形，就特定事項之調查有委任非立法委員之人士協助調查之必要時，則須制定特別法。此為本號解釋所無）。故如立法院有因行使調查權而必須調閱文件時，究應依釋字第五八五號解釋抑或本號解釋所揭示之原則為之，不無疑問。本席認為，立法院如有行使國會調查權

時，自應「整套」適用釋字第五八五號解釋所定之原則；亦即因行使國會調查權所附帶進行之調閱文件措施，屬於調查權的一環，自應一體適用該號解釋。

貳、第一階段之判斷：所擬調閱文件是否獨立行使職權或行政特權之範圍

一、立法院對他機關獨立行使職權之事項不得行使調閱權：

（一）「受憲法保障獨立行使職權」與「受法律保障獨立行使職權」：國家機關獨立行使職權，有受憲法層次保障及受法律層次保障之差異。前者如憲法第八十條所規定法官依據法律獨立審判、憲法第八十八條所規定考試委員依據法律獨立行使職權、憲法增修條文第七條第五項所規定監察委員依據法律獨立行使職權。此等獨立行使職權，不僅為各該機關或人員之義務，亦屬其憲法上之保障。本院釋字第三二五號解釋即載謂：「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷」。後者（受法律層次保障者）如公平交易委員會組織法第八條所規定公平交易委員會委員依法獨立行使職權。

（二）立法院對「受法律保障獨立行使職權」之機關行使調閱權同受限制：釋字第三二五號解釋僅宣示立法院對於「受憲法保障獨立行使職權」之國家機關及其人員行使調閱文件之權，受有限制；但未宣示立法院對於「受法律保障獨立行使職權」之國家機關及其人員行使調閱文件之權，是否亦受相同之限制。本席認為，以法律保障國家機關及其人員獨立行使職權者，係因其職權在性質上必須以客觀中立方式行使，始能達成法律賦予之任務並實現立法目的；故在立法院調閱權問題上，與「受憲法保障獨立行使職權」之情形並無實質上差異。立法院

對之行使調閱權，自亦有本質上之限制，而不應導致影響其依據法律獨立行使職權之結果。

（三）行使文件調閱權之限制，僅包括確有影響「獨立行使職權」之事項：前述本院釋字第三二五號解釋已明確宣示，受獨立行使職權保障之機關，並非所有事項均得排除立法院調閱權。該號解釋就獨立行使職權之事項舉例謂：「如司法機關審理案件所表示之法律見解」、「考試機關對於應考人成績之評定」、「監察委員為糾彈或糾正與否之判斷」等。故倘此等機關受立法院調閱之事項並非獨立行使職權之範圍（例如此等機關之預算執行等事項），自仍屬立法院調閱權行使之對象。

（四）檢察機關屬「受憲法保障獨立行使職權」之機關：檢察機關屬於廣義司法之一環。雖檢察機關在行政體系上係歸於行政權之下，然其行使職權之獨立性，已明定於法律（即法院組織法第六十一條所規定「檢察官對於法院，獨立行使職權」）。且本院釋字第三二五號解釋更進一步宣示：「檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權行使之重要程序，兩者具有密切關係……，其對外行使職權，亦應同受保障」。釋字第三九二號解釋亦謂：「檢察機關行使之職權當屬廣義司法之一」。故檢察官行使職權之獨立性，在憲法原理上，亦屬「受憲法保障獨立行使職權」之範圍。在其獨立行使職權之範圍內，立法院對之自不得行使文件調閱權。

（五）檢察機關獨立行使職權之範圍：檢察官獨立行使職權之範圍，包括犯罪偵查與追訴。案件偵查進行中，立法院自不得調閱偵查卷證。偵查終結後，如已起訴而在法院審理程序中，因法院亦屬憲法保障獨立行使職權之機關，故立法院亦不得調閱其卷證；此部分亦屬明確。有疑問者，在不起訴處分確定後，檢察機關是否得以有另

案偵查為由，拒絕立法院調閱卷證。多數意見以立法院在此情形進行調閱卷證，須非「有妨害另案偵查追訴之虞」之情形（見本號解釋文及理由書第三段）。本席認為，允許以另案偵查為理由拒絕調閱文件，可能造成檢察機關以另案偵查作為規避立法院行使文件調閱權之藉口。故在個案認定檢察機關是否有因獨立行使職權之事由而得拒絕立法院行使調閱權時，自應嚴格檢視是否確有另案偵查在進行中，且調閱文件是否對另案之偵查確有妨害。

（六）「簽結」之問題：本號解釋文提及「未經起訴而以其他方式結案」（未使用「簽結」之語）；解釋理由書則提及「檢察實務上之簽結」（見理由書第三段）。由於「簽結」（或稱「行政簽結」）並非刑事訴訟法所明文承認，與法律保留原則尚有扞格；且簽結程序又不受任何法律規範，易使犯罪偵查過程受不當影響，且可能剝奪或減損關係人應有之權益。制度上，實有檢討及法制化之必要。監察院亦曾通過糾正案（糾正案文號為一〇一年八月十六日院台司字第1012630324號函）指出，法務部逕以行政規則准「他字案件」行政簽結，欠缺法律授權依據，且難以完全排除影響人民權益的可能，不符法律保留原則，有違法治國積極依法行政原則。本件多數意見將法制上有疑義之「簽結」納入解釋理由書，不啻係本院以憲法高度，肯定此種有法制疑義之實務作法。本席認為甚不妥適。

二、立法院對行政特權之事項應予尊重：

（一）行政特權(executive privilege)之概念及其範圍：本院於釋字第六二七號解釋曾表示：「依權力分立與制衡原則，行政首長依其固有之權能，就有關國家安全、國防及外交之國家機密事項，有決定不予公開之權力，屬行

政首長行政特權之一部分，本院釋字第五八五號解釋足資參照，此即我國憲法上所承認行政首長之國家機密特權。」故我國憲法上應承認行政特權之概念，作為拒絕立法院調閱文件之原因；而其範圍，應限於國家安全、國防及外交等國家機密事項。本院釋字第五八五號解釋則謂：「行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重。」其對行政特權之界定，包括「依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊」。按行政特權固在避免國會藉由調閱文件而干預行政部門之有效運作；然不應擴張至凡足以干預行政部門有效運作者，均屬行政特權之範圍。故釋字第五八五號解釋對行政特權之界定，顯然過度廣泛。

（二）本席認為，行政特權係憲法原理所推衍而來，目的在界定專屬於行政機關而得不與立法機關分享之特殊行政領域。為使國會有效行使職權，自不宜過度限制其要求資訊之權；故國家機關如欲以行政特權為由排除立法院所行使之調閱權，實不應過於氾濫。應限於個案有合理基礎可信調閱該文件將影響國家安全（例如國防、外交及其他國家機密事項）時，始許行政機關以行政特權為由拒絕立法院調閱文件。故行政特權之範圍，應以釋字第六二七號解釋所列者為準。

（三）檢察機關職司犯罪之偵查與追訴，而非主管國家安全事項，故應無本於其職權而生之行政特權。有關立法院對檢察機關行使文件調閱權之限制，主要應在確認是否影響檢察機關獨立行使職權；檢察機關並無拒絕立法院調閱卷證之行政特權。然如個案有合理基礎可信所調閱之

偵查卷證涉及國家安全，且如所涉之行政機關（如國家安全、國防、外交之主管機關）明確要求檢察機關拒絕立法院之調閱時，檢察機關在有關國家安全機密事項範圍內，仍應尊重行政機關之行政特權，而拒絕立法院對偵查卷證之調閱。多數意見未處理此部分，自有補充之必要。

參、第二階段之判斷：是否允許調閱權應衡酌之因素

一、如前所述，立法院行使文件調閱權，如屬於受調閱機關獨立行使職權或屬行政特權之事項，自不應許其調閱。如非屬此等事項，則應考量文件之調閱與立法院整體及個別立法委員行使職權關聯性之高低、對保障人民基本權利或促進公益程度高低、對人民基本權利負面影響之程度、對受調閱機關正常行使職權之影響、立法院決議情形等因素，以決定立法院得否行使調閱權以及其行使調閱權之範圍；且在綜合判斷上述因素時，應朝有利於允許調閱之方向思考。本件情形，涉及調閱檢察機關偵查卷證；如偵查終結而不起訴確定後，已不屬於檢察機關獨立行使職權之範疇，自應依此等因素判斷立法院是否得對檢察機關行使調閱權。

二、相關因素之衡酌：

（一）調閱文件與立法委員行使職權關聯性之高低：多數意見認為所欲調閱之文件必須與立法院行使其憲法上職權有「重大關聯」（見本號解釋文及理由書第二段）。本席認為，不宜以通案之方式設置過高之調閱門檻。調閱文件與立法院或立法委員行使職權關聯程度高低，應僅為衡量因素之一。例如，倘立法院所擬制定之法律或立法委員所擬行使之職權與保障人民基本權利或促進重要公共利益關係甚為密切，縱使尚未能明確證明所調閱之文件與其法案或職權之關聯達重大之程度，仍應許立法院行使調閱權。

（二）對保障人民基本權利或促進公共利益程度高低：權力制衡之最原始功能在於避免國家機關濫權，並使人民權利得以確保。故在衡量立法機關在個案得否行使調閱權時，自應考量調閱之目的所保障人民基本權利或促進公共利益程度之高低。倘若立法事項屬於較為技術性之法規，而與人民基本權利及公共利益關係較不密切者，則調閱權之行使，自應較為審慎。倘涉及保障人民基本權利或促進公共利益之程度甚高，則應對立法院調閱權之行使給予有利之考量。

（三）對人民基本權利影響之程度：立法院對行政機關行使文件調閱權，固可能積極促進人民權利及公益之保障，然其亦有可能造成部分關係人權益受損害。例如本件多數意見所提及個人名譽、隱私及營業秘密等事項，可能因調閱而受侵害。如所擬調閱之文件涉及影響人民基本權利之事項，自應較為審慎；然倘立法院在調閱時明確宣示其在調閱過程中設有保護此等名譽、隱私及營業秘密等之具體方法，則應予以有利之考量。

（四）調閱之範圍及對受調閱機關正常行使職權之影響：如所欲調閱文件之範圍甚廣，以較審慎之態度決定調閱權之行使，較為適當；如調閱之內容較為限定，則應朝較有利於調閱權行使之方向考量。另如調閱權之行使將影響受調閱機關正常行使職權（例如行政機關必須耗費大規模人力、物力準備受調閱文件；或調閱文件原本將影響其行政程序之進行；或調閱文件將對行政機關人員合法行使職權造成不當之寒蟬效應等），應以較為謹慎之方式決定調閱權之行使。

（五）立法院決議情形：倘立法院係由院會決議調閱某項文件，則其正當性甚高；在衡酌是否允許調閱及決定調閱範圍時，應給予最大的空間。倘立法院係由委員會作成

調閱文件之決議，則對所欲調閱之文件與其職權行使間關聯性，應有較高的要求；就其調閱是否對機關之正常行使職權產生影響，亦應以較為謹慎之態度判斷。多數意見認為，有關偵查終結後調閱偵查卷證原本及與原本內容相同之影本者，應經立法院院會同意；要求提供參考資料者，由院會或其委員會決議為之。其係以機械性公式決定立法院內部決議程序，似過度介入立法機關之運作方式，並非適當。立法院內部之決議過程，應僅為考量其得否行使調閱權之因素之一。

三、立法院對所調閱文件之使用，屬於其自律範圍，且可能涉及立法委員言論免責權之事項，本院應無過度置喙之餘地。多數意見認為，立法院及其委員對於因調閱文件而知悉之資訊，「不得就個案偵查之過程、不起訴處分或以其他方式結案而未經起訴（例如簽結）之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論或決議」（見本號解釋理由書第四段）。本席認為，此項限制有過度干涉立法院及其委員職權行使方式之嫌；本席無法同意。

肆、解決爭議之機制

一、多數意見認為，立法院行使文件調閱權而與受調閱機關發生之個案爭議，宜由雙方循協商途徑合理解決，或以法律明定由司法機關審理解決之法律機制（見本號解釋理由書第六段）。本席敬表同意。

二、本席認為，由於立法院為國家最高立法機構，受調閱之機關多予尊重，故其與國家其他機關產生之個案爭議，並不常見。且調閱所生之爭議，常與憲法之解釋與適用有密切關係。本院大法官對解決此種個案爭議，應責無旁貸。將來立法時，自宜以本院大法官為審理此種爭議之機關。由於本號解釋已宣示處理此種爭議案件之憲法原則，所欠缺者僅為司法機關審理程序之依據。立法院現階段正審查司法院大法官審理案

件法（下稱大審法）修正草案；本席認為，在大審法中增列立法院文件調閱權之個案爭議由大法官組成憲法法庭審理之規定，最為可行。另本院釋字第五八五號解釋謂：「如於具體案件，就所調查事項是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。」故在增列立法院調閱權個案爭議之處理機制時，自應就立法院調查權個案爭議之處理，一併納入。

伍、有關不受理部分之不同意見

一、「監聽調閱專案小組運作要點」第十一點及第十二點應得為解釋憲法之客體：

（一）依大審法第五條第一項第一款規定，「中央或地方機關……因行使職權與其他機關之職權，……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。本件聲請機關係主張立法院司法及法制委員會決議通過之「監聽調閱專案小組運作要點」（下稱運作要點）第十一點（「本小組會議召開時，得邀請被調閱文件之機關首長率同有關人員列席說明。」）及第十二點（「本小組為應調閱文件需要，得赴調閱對象之所在地或相關單位查訪；及訪談相關人士。」）之規定，逾越立法院職權行使法第四十五條之範圍，牴觸憲法第六十三條及本院釋字第三二五號解釋。多數意見係以該運作要點性質上屬立法院司法及法制委員會內部議事運作之事項，而不生法律或命令牴觸憲法之問題（見本號解釋理由書末段）。

（二）本席認為，多數意見對於大審法第五條第一項第一款所規定「命令」涵義之解釋過於狹隘。本院以往曾多次將無直接拘束外部效力之行政規則納為解釋對象（例如以

諸多行政機關內部之函釋作為本院解釋客體）。某一規範究竟是否得為本院解釋客體，關鍵在於其規定內容以及實際適用上，是否可能或已經「溢出」內部規範之效力，而產生外部之效果。倘某一規範，可能或已經產生外部效果，而影響人民基本權利或其他機關職權之行使，自有檢視其是否符合憲法規範之必要，而不能純以機關之內部規則或事項視之。運作要點之目的固在於協助調閱專案小組之內部運作，然其第十一點及第十二點不僅規範內部運作，且分別規定邀請被調閱文件之機關首長率同有關人員列席，及赴調閱機關之所在地或相關單位查訪及訪談相關人士等。此係規範立法機關與受調閱機關之互動關係。故此等規定已發生規範受調閱機關及其人員之效果。本院對此種規範，自有予以解釋之正當性與必要性。多數意見未能藉此釐清行使調閱權之方法是否得包括邀請被調閱機關人員列席及赴被調閱機關查訪及訪談，以及邀請列席、查訪、訪談有無一定憲法上界線，甚為可惜。本席無法同意。

二、本件亦應有中央機關適用法律見解歧異之情形，而應予以統一解釋：

（一）大審法第七條第一項第一款係規定，「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」，得聲請統一解釋。本件聲請機關係主張立法院司法及法制委員會依立法院職權行使法第四十五條第一項向聲請機關調閱偵查卷證；惟聲請機關依本院釋字第五八五號、第六三三號解釋意旨及政府資訊公開法等法律規定，並無提供給閱之義務；且依法院組織法第六十六條第十項規定，檢察總長除年度預算案及法律案外，無須至立法院列席備詢；此與運作要點第十一點規定調

閱專案小組會議召開時得邀請被調閱文件之機關首長含檢察總長率同有關人員列席說明之見解亦屬有異。多數意見則認為聲請機關並未敘明其與他機關就同一法律或命令所已表示之見解有異（見本號解釋理由書末段）。

（二）本席認為，大審法第七條第一項第一款規定「所持見解」及「所已表示之見解」，與同條項第二款規定「所表示之見解」及「所已表示之見解」應有不同之解釋。大審法第七條第一項第二款係規定「人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者」，而聲請解釋。自必須有不同審判系統之二法院所為之確定終局裁判見解有異。且其見解必定已經表示於確定終局裁判之裁判書中。然同條項第一款係處理二機關之見解歧異；多數情形，機關產生歧異，係呈現於表現在外之明確措施或作為，而非先以文字明示其見解於已經對外發布之文件，再依據此種見解作成決定。倘若本條項第一款所謂「表示之見解」限於以往已經發布之文件，則該款適用之機會將甚為有限。本院以往依大審法第七條第一項第一款規定作成統一解釋者甚為罕見；本院釋字第三三四號解釋為唯一在此條款之下所作成之解釋。該解釋係因立法院不同意行政院於計算各級政府發行公債未償還餘額時，皆將一年以上之賒借數額排除，以向銀行及勞工退休基金等單位長期借款，規避公債發行上限，而向本院聲請解釋（見該解釋所附立法院聲請書）。該案聲請書並未指稱行政院在何種「文件」曾經記載其「見解」；而係因行政院計算各級政府發行公債未償還餘額之「作法」，作為行政院所已表示之「見解」；而將立法

院對行政院之作法不予同意，作為自己所持之見解。本院釋字第三三四號解釋並未要求必須先有記載於文件之見解作為前提。該解釋認為，此種情形屬於立法院與行政院間，就其職權上適用中央政府建設公債發行條例第二條所持之見解，彼此有異；故立法院聲請本院統一解釋，符合大審法第七條第一項第一款之規定，應予受理（見該號解釋理由書第一段）。本席認為，機關依照某一法令所採行之措施、作為或所為之決定，如已經表現在外，自構成大審法第七條第一項第一款所稱之該機關已表示之見解。本件情形立法院既已向聲請機關要求調閱卷證，而聲請機關則認為不應給予調閱，依照前述說明，自屬於兩機關就立法院職權行使法第四十五條調閱文件之界線，以及該條有關調閱文件權是否包含得邀請被調閱文件之機關首長率同有關人員列席說明等，產生見解歧異。多數意見以狹隘之方式解釋大審法第七條第一項第一款所規定之「所持見解」及「所已表示之見解」，本席未能同意。

部分協同部分不同意見書　　大法官湯德宗　提出

立法院司法及法制委員會（下稱「司法委員會」）為調查聲請人最高法院檢察署（下稱「最高檢察署」）所屬特別偵察組（下稱「特偵組」）有無違法監聽，俾審議通訊保障及監察法修正草案及法院組織法第六十三條之一（特偵組職掌）等法律案，依立法院職權行使法第四十五條（註一）之規定，於一〇二年九月三十日決議成立立法院司法及法制委員會監聽調閱專案小組（下稱「專案小組」），並於同年十月二十三日上午議決訂定「立法院司法及法制委員會監聽調閱專案小組運作要點」（下稱「運作要點」）。同日下午專案小組召開第一次委員會，議決通過「立法院司法及法制委員會監聽調閱專案小組調閱文件內容及範圍」（下稱「調閱文件清單」）。

司法委員會旋於一０二年十月二十九日以台立司字第一０二四三００七０八號函，要求法務部於一週內將「調閱文件清單」所列以下各項送達立法院指定場所：

1）特偵組特他字第六一號偵查卷證（下稱「系爭偵查卷證」），內含：

1.1通訊監察聲請書及附件偵查計畫書（含事證資料）。

1.2通訊監察書（監聽票）。

1.3執行單位期中報告書（通保法第五條第四項）。

1.4通訊監察續監聲請書（續監監聽票，含事證資料）。

1.5陳報通知書（通保法第十五條）。

1.6約詢計畫及卷內所有全文筆錄、完整監聽譯文。

1.7簽結公文（含內簽）以及發交地檢署偵辦之公文（含內簽）。

1.8申請通聯記錄之公文及文件。

1.9監聽之所有原始光碟。

2）台灣台北地方法院一０二年監通字第０００一九九號卷宗所有資料；

3）柯建銘委員受監聽後應發之通訊監察結束通知書；

4）九十六年至一０二年間檢察機關（含特偵組）監聽立法院０九七二節費電話之相關資料；

5）九十六年至一０二年各地地方法院視察通訊監察執行報告書；

6）特偵組成立以來，監聽柯建銘委員使用立法院０九七二節費電話之監聽票、電信通信紀錄（CDR）之電子檔、及立法院七支節費電話之各通聯總數；

7）黃世銘檢察總長自九十九年上任後進入總統府及官邸之會客記錄；

8）特偵組自成立以來，特偵組總機、黃世銘總長及楊榮宗檢察官等人之通聯紀錄；

9）法務部遴選「監聽事件調查小組」之遴選過程、決定、歷次開會紀錄、報告內引用之物證、書證等資料。

因請求未果，司法委員會復於一０二年十一月十五日以台立司字第一０二四三００七七八號函，要求最高檢察署於同月十九日前提供與前揭「調閱文件清單」所列第 1 點資料（即系爭偵查卷證）之正本相符之影本資料（含光碟）。嗣因最高檢察署拒絕提供，司法委員會乃於同年十二月二日再次以台立司字第一０二四三００八四六號函，要求最高檢察署於同月四日檢送「調閱文件內容及範圍」所載第 1、3、4、6、8 點等資料。嗣司法委員會於同年月二十四日復以台立司字第一０二四三００九七０號函，要求最高檢察署提供「勘驗最高法院檢察署監聽立法院０九七二節費電話之 21 片光碟片」。

最高檢察署始終以檢察官之偵查係依據憲法獨立行使職權，立法院之調查權與文件調閱權不應及於檢察官偵辦之個案為由，拒絕提供前開資料予立法院。其間司法委員會曾於一０二年十一月十八日以台立司字第一０二四三００七八三號函及同年月十七日以台立司字第一０二四三００九三八號函，兩度通知檢察總長就調閱卷證一事到會報告、備詢。最高檢察署率以法院組織法第六十六條第十項之規定（註二）為由，婉拒出席。司法委員會遂以聲請人迴避監督、藐視國會為由，四度將檢察總長函送監察院調查懲處。（註三）監察院於一０三年二月十八日函復司法委員會，略謂將俟司法院大法官解釋後，處理本案。

聲請人認為偵查卷證係檢察官依據憲法獨立行使職權所為偵查行為之一部，依司法院大法官釋字第三二五號、第五八五號解釋意旨，應非立法院所得調閱之事物範圍。至案件偵查終結後，偵查卷證之調閱及檢察官有無違法偵查之情事，亦應專屬監察院行使調查權之範圍。詎立法院以聲請人拒絕提供系爭調閱文件（含系爭偵查卷證），乃迴避監督、藐視國會，將聲請人函送監察院調查。聲請人爰以其行使（偵查）職權與立法院行使（調閱文件）職權，發生適用憲法之爭議為由，報請法務部，層轉行政院，聲請本院解釋憲法。

經審議後，多數大法官認為：本件聲請符合司法院大法官審理案件法（下稱「案件法」）所定「機關權限爭議」之要件（註四），決議受理聲請（解釋理由書第一段參見），並釋示四項基本原則如解釋文：

一、關於偵查中之案件，立法院不得調閱卷證；

二、偵查終結而未起訴之案件（含不起訴處分確定或以其他方式結案者），立法院調閱卷證應以與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止或不妨害另案偵查者為限；（註五）

三、立法院調閱偵查卷證之原本或與原本內容相同之影本，應經立法院院會之決議；

四、立法委員及相關人員因調閱卷證獲悉之資訊，應注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）。

關於上述四項解釋原則，本席敬表同意，僅於其表述方式或細部內容不盡贊同；至多數意見刻意規避前揭兩機關間諸多具體權限爭議，不為裁決，而僅就「立法院委員會得否調閱偵查卷證」之疑義，作成一般性之闡釋，本席則歉難贊同。懍於守護憲法之職責，爰提出部分協同暨部分不同意見書如后。

一、協同意見部分

就前揭解釋文所釋示之四項原則，本席有四點補充（修正）意見。

1.「保障檢察機關獨立行使職權」乃「權力分立原則」之部分內涵，兩者非為並立關係

關於偵查中之案件，立法院所以不得調閱卷證，乃因檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，係屬依據憲法獨立行使職權之行為，基於權力分立、相互制衡並相互尊重之原則，應免於其他權力部門之干涉（參見本院釋字第五八五號解釋（註六））。亦即，「保障檢察機關獨立行使職權」乃「權力分立原則」之部分內涵，兩者所言僅為一理；非謂「基於權力分立與制衡原則」之外，另「為保障檢察機關獨立行使職權」。準此，解釋文第一句所稱「基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察

機關獨立行使職權」，顯有語病。該「且」字應予刪除，免滋誤會。

2. 限制立法院調閱偵查卷證「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」，有違事理，勢難執行

關於偵查終結而未起訴之案件（含不起訴處分確定或以其他方式結案者），立法院調閱卷證固應有所限制，然多數意見於「須與其行使憲法上職權有重大關聯」（註七）、「非屬法律所禁止」（註八）及「不妨害另案偵查」等三項限制外，更要求「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」始得為之（解釋文第二及第三句參見）。對此，解釋理由書第二段說明：「為判斷文件調閱權之行使是否與立法院職權之行使有重大關聯，上開立法院職權行使法第四十五條第一項所稱特定議案，其目的及範圍均應明確」。

查此一限制實際係將原為落實「層級化法律保留原則」（註九），以保障人民權利，而課予立法者於授權行政機關訂定法規命令以限制人民權利時，應遵守之「授權明確性」要求(Bestimmtheitgebot)（註十），強行套用於立法機關與其他平行憲法機關間之權力互動關係。此舉恰如坊間所謂「張飛打岳飛」，牛頭不對馬嘴！因全然昧於事理，勢必窒礙難行。試問：立法院倘因弊案傳聞而向有關機關調閱文件以便修法，該修法議案之目的與範圍豈為自始全然明確？抑或必隨弊案之發展而時常調整？

其實本院釋字第三二五號解釋肯認立法院有「文件調閱權」，釋字第五八五號解釋進一步肯認立法院有「調查權」，其前提始終為「為使立法院有效行使其憲法所賦予之立法職權」。而其指導原則（前決之憲法結構認知）乃「五權憲法架構迄未變更」。是監察院為行使糾彈權應有個案調查權，立法院為行使立法權應有調查權（含文件調閱權）。前揭兩號解釋並為立法院調查權之行使設定兩道界限：「凡國家機關獨立行

使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍」，及「所欲調查之事項須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者」。究本號解釋多數意見所以執意增設「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案」之限制，實為避免「裁決」機關間具體之權限「爭議」（詳後二、2）。

3. 立法院調閱「與文件原本內容相同之影本」，亦應經院會之決議，乃本號解釋對釋字第三二五號解釋之補充

為期慎重，立法院調閱文件（含偵查卷證）之「原本」應經院會之決議，業經本院釋字第三二五號解釋釋示在案。該號解釋固未論及「影本」之調閱程序，然就調閱文件之目的乃為獲悉（其中所載之）資訊而言，調閱「與原本內容相同之影本」實與調閱「原本」無殊。故立法院調閱之文件，除係得由受調閱機關自行審酌提出之「節本」或「參考資料」，而僅須有委員會之決議外，凡與原本內容相同之「影本」（如本件原因案件之情形），自亦須經院會之決議，始得為之。在此範圍，本號解釋對本院釋字第三二五號解釋確有補充。

4. 因調閱文件而獲悉之資訊應注意維護公益及私益，然不限於「使用」一端

立法委員及相關人員因調閱文件（含偵查卷證）而獲悉之資訊，應注意維護公共利益及關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等），揆諸相關法令（註十一），本屬當然。多數意見（解釋文第四句）再次提醒原無不可，惟其措辭「因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）」，因強調資訊之「使用」應受限制，乃有語病，易滋誤會。

按資訊(information, data)之管理可大別為三個階段：「蒐集」(collection)、「處理」(processing)與「使用」(use,一稱「利用」)，包含「公開／揭露」(disclosure))。前揭「注意義務」（因調閱文件而知悉之資訊，應注意維護公共利益及關係人之權

益）實際兼指上述三個資訊管理階段。立法委員及相關人員因調閱文件而獲悉之資訊，固不得任意「公開」（使用），而損及公益或私益；然亦不得任意「蒐集」（如攜出指定處所自行保管）或「處理」（如掃瞄鍵入電腦以備他日之用），而損及公益或私益。（註十二）

二、不同意見部分

多數意見明知本件為機關間之憲法權限爭議案件，與本院為闡明系爭法令有無牴觸憲法，而為之抽象法規疑義解釋案件迥不相同；卻一意規避就前揭「調閱文件清單」所列各項文件得否調閱之爭執，作成具有拘束力之裁判。如此「處理」機關權限爭議，本席礙難贊同，主要理由有二：

1. 我國憲法建構之違憲審查制度兼具「具體審查」（爭議裁判）與「抽象審查」（疑義闡明），不容偏廢

憲法第七十八條明定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。並於第一百七十一條第二項規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之」，以確保經立法院通過且總統所公布之法律不得牴觸憲法；第一百十四條規定：「省自治法制定後，須即送司法院。司法院如認為有違憲之處，應將違憲條文宣布無效」，以確保省自治法不得牴觸憲法。凡此俱為制憲者欲使司法院大法官職司「抽象審查」（或稱「規範控制」）之明證。惟憲法第一百七十三條復明定：「憲法之解釋，由司法院為之」，足見司法院大法官之憲法解釋權絕不限於「抽象審查」（規範控制）。

嗣立法院秉承憲法意旨，制定「案件法」以規範司法院大法官解釋權之行使。該法第五條詳細規定得聲請大法官解釋憲法之各種「疑義」（含法令有無違憲之疑義及憲法本身之疑義）與「爭議」（含中央機關相互間之權限爭議及中央地方機關間之權限爭議）。另，憲法增修條文更賦予大法官組成憲法法庭，審理「政黨違憲解散案件」及「總統、副總統彈劾案件」之權。

此兩項新增職權，核其性質，亦屬具體行為有無違憲之「爭議」審查，而非抽象法規有無違憲之「疑義」審查。積多年之實作經驗，本院釋字第五八五號解釋（理由書）嘗成功地歸納違憲審查制度之立意：「憲法解釋之目的，在於確保民主憲政國家憲法之最高法規範地位，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，作成有拘束力之司法判斷」。

是為忠於憲法之付託，貫徹憲法解釋之目的，司法院大法官不僅應維護憲法之至高性，而進行抽象審查，確保各種法規不得牴觸憲法；並應勇於面對「機關權限爭議」，依據憲法意旨定分止爭，以維護憲法結構（政府體制）於不墜。抽象審查與具體審查，猶車之兩輪，鳥之雙翼，同屬制憲之原意，不可偏廢。

2. 本號解釋僅宣示立法院調閱偵查卷證之處理原則，避不裁決立法院與最高檢間之具體爭議，未善盡司法權「定分止爭」之天職

我國憲法第七章（司法），開宗明義首先於第七十七條明定：「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」；次於第七十八條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。足徵制憲先賢肯認「個案裁判、定分止爭」乃司法權之本質（核心），與其他法治先進國家並無不同。雖我國釋憲制度（憲法所稱「解釋憲法」）或受歐陸思潮影響，並不限於「個案或爭議」(cases and/or controversies)，（註十三）並及於（法規有無牴觸憲法之）「疑義」(doubts, Zweifel)，（註十四）然無論學理上、現行法（「案件法」）或釋憲實務，皆未禁止大法官審理機關憲法權限爭議得作成具有拘束力之判決！（註十五）大法官既為司法權之一環，斷難否認「定分止爭」乃司法之天職，猶如「保家衛國」乃軍人之天職一般。

多數意見既知本件為機關權限爭議，並援引「權力分立」

原則，釋示處理本件爭議之原則，何不順理成章，並就各項爭議(「調閱文件清單」所列各項文件)作成具有拘束力之裁判？解釋理由書第六段提出說明：「立法院行使文件調閱權，如與受調閱之機關發生諸如：所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯者、是否屬於法律所禁止調閱之範圍、是否依法定組織及程序調閱、以及拒絕調閱是否有正當理由等爭議時，立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。主管機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指明」。

然所謂「所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯者、及拒絕調閱是否有正當理由等」，無一不涉及我國「憲法結構」(constitutional structure)之認定（究為內閣制、總統制、半總統制、抑或五權憲法制？），並連帶關係「權力分立、相互制衡並相互尊重之原則」(doctrine of separation of powers)之詮釋。試問：這不正是前述憲法設置大法官以解釋憲法之初衷？不亦正是「案件法」規定「機關權限爭議」得聲請大法官解釋憲法之目的？大法官何不訂定必要之審理程序，自為裁決？而指望法律規定交由（其他哪個）「司法機關」審理解決此類爭議？！（註十六）

三、結語

本案乃本席就任大法官三年半以來首件受理之機關權限爭議。（註十七）詎多數意見僅願就「疑義」作成抽象之「解釋」，不願就「爭議」進行具體之「判決」，形同實質棄權。此與一般「有權力者恆樂於行使權力以保持權力」之認知迥異，能無省思？

當政黨輪替已然成為常態，社會發展日趨多元時，司法部門如何保持獨立，贏得人民信賴，從而能夠發揮定分止爭，維持社

會安定之功能，實為國人之殷切期盼。我國違憲審查始於烽火漫天之際，幾經艱難（註十八），幸賴全體大法官群策群力垂七十載，累計作成解釋七百二十九件（含本號），勉力維繫憲政體制、保障人民權利。惟刻正面臨「解釋效率遞減」（參見表一）及「意見分歧日增」（參見表二）之瓶頸，非大刀闊斧改革（註十九），恐難符人民期許。

【表一】大法官作成解釋速率

統計至 104 年 4 月 30 日

解釋 屆別（任期）	公布解釋案件數 （起訖案號）	解釋件數 ／任期（年）	每年平均作成 解釋案件數
第一屆 (37/07～47/08)	79 （釋 1～釋 79）	79／9 年	8.78 件／年
第二屆 (47/09～56/08)	43 （釋 80～釋 122）	43／ 9 年	4.78 件／年
第三屆 (56/09～65/09)	24 （釋 123～釋 146）	24／9 年	2.67 件／年
第四屆 (65/10～74/09)	53 （釋 147～釋 199）	53／9 年	5.89 件／年
第五屆 (74/10～83/09)	167 （釋 200~釋 366）	167／9 年	18.56 件／年
第六屆 (83/10～92/09)	200 （釋 367～釋 566）	200／9 年	22.22 件／年
不分屆次 (92/10～104/04)	162 （釋 567～釋 728）	162／11.56 年	14.01 件／年
翁岳生法庭 (92/10～96/09/30)	67 （釋 567～釋 633）	67 / 4 年	16.75 件／年
賴英照法庭 (96/10/01～99/10/08)	48 （釋 634～釋 681）	48／3.08 年	15.58 件／年
賴浩敏法庭 (99/10/13～104/04)	47 （釋 682～釋 728）	47／4.48 年	10.49 件／年

資料來源：依據司法院網站（http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p05.asp, 最後瀏覽日 2015/04/30）資料，由作者自行統計之結果。

【表二】大法官解釋意見分歧程度

統計至104年4月30日

解釋 / 屆別（任期）	憲法解釋			統一解釋		
	個別意見書（註二十）件數(A)	公布解釋件數(B)	意見分歧程度(A/B)	個別意見書件數(C)	公布解釋件數(D)	意見分歧程度(C/D)
第一屆 (37/07/14～47/09/24)	NA (註二十一)	NA		NA	NA	
第二屆 (47/09/25~56/10/01)	2	2	100%	33	27	122.22%
第三屆 (56/10/02~65/10/01)	4	2	200%	32	18	177.78%
第四屆 (65/10/02~74/09/01)	27	18	150%	32	17	188.24%
第五屆 (74/10/02~76/08/27)（釋200～釋218）	7	5	140%	3	2	150%
第五屆 (76/08/28~83/10/01)（釋219～釋366）	92	56	164.29%	10	8	125%
第六屆 (83/10/02～92/10/01) 釋367～釋566	161	87	185.05%	15	2	125%
不分屆次 (92/10/02~104/04) 釋567～釋728	520	156	333.33%	31	6	516.66%
翁岳生法庭 (92/10/02~96/09/30) 釋567～釋633	106	66	160.60%	2	1	200%
賴英照法庭 (96/10/01~99/10/08) 釋634～釋681	126	46	273.91%	8	2	400%
賴浩敏法庭 (99/10/13~104/04) 釋682～釋728	288	44	654.55%	21	3	700%

資料來源：第一至五屆部分，參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，輯於《違憲審查與動態平衡：權力分立新論卷二》，頁454（增訂四版2014）；第六屆及不分屆次部分，按司法院網站中司法統計專區「92年10月起大法官所作各號解釋所提意見書一覽表」（http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p05.asp，最後瀏覽日期2015/04/30）資料，由作者自行統計之結果。

註一：立法院職權行使法第四十五條：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。（第一項）調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本（第二項）」。

註二：法院組織法第六十六條第十項：「最高法院檢察署檢察總長除年度預算案及法律案外，無須至立法院列席備詢」。

註三：參見卷附立法院司法及法制委員會一０二年十一月四日台立司字第一０二四三００七二七號函、同年月十四日台立司字第一０二四三００七六二號函、同年月二十九日台立司字第一０二四三００八一九號函、及同年十二月十日台立司字第一０二四三００八八八號函。

註四：參見司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或地方機關，於其行使職權……與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議……」。並參見同法第九條：「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」。

註五：至於偵查終結並起訴之案件，於裁判確定前，立法院就偵查、審判所為之處置及其卷證，調閱本受有限制，業經本院釋字第三二五號解釋在案。本號解釋理由書第二段亦予指明。

註六：司法院大法官釋字第五八五號解釋：「立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力，基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍」。

註七：語出大法官釋字第五八五號解釋。見同前揭註。

註八：語出大法官釋字第三二五號解釋（「立法院為行使憲法所賦予

之職權……必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕」)。嗣載入立法院職權行使法第四十七條第一項：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。但相關資料或文件原本業經司法機關或監察機關先為調取時，應敘明理由，並提供複本。如有正當理由，無法提供複本者，應提出已被他機關調取之證明」。

註九：參見大法官釋字第四四三號解釋：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障……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……涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定……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」。

註十：「授權明確性要求」源於德國基本法第八十條之規定(「法律得授權聯邦政府、聯邦邦長或邦政府公布法規命令。此項授權之內容、目的及範圍，應以法律定之」)。其義涵參見許宗力，〈行政命令授權明確性問題之研究〉，載《臺大法學論叢》，19 卷 2 期，頁 51～59（78 年 6 月）。

至本院相關解釋，參見釋字第三一三號解釋(「涉及人民權利之限制……應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確」)、釋字第六八０號解釋(「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充……其授權之目的、內容及範圍應具體明確」）等。

註十一：參見國家機密保護法、檔案法及同法施行細則、通訊保障及監察法及同法施行細則、個人資料保護法及同法施行細則、犯罪被害人保護法及同法施行細則、去氧核醣核酸採

樣條例及同條例施行細則、性侵害犯罪防治法及同法施行細則、營業秘密法、電子簽章法及同法施行細則等。

註十二：至於解釋理由書第四段更限制立法院調閱偵查卷證所獲悉之資訊，不得「為無關之評論或決議」，似不切實際。蓋發表評論之立法委員毋寧應於個案衡平所涉公益（如國家機密、立法職權）與私益（如關係人名譽及隱私），就其言行自負責任，而非概予禁止。

註十三：大法官僅得「為達成裁判個案爭議之目的，附帶地闡明憲法意旨」者，即為「具體違憲審查」制度(concrete constitutional review)。詳見湯德宗、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《違憲審查與動態平衡：權力分立新論 卷二》，頁 181 以下（增訂四版，2014 年 9 月）。

註十四：大法官得不受「個案或爭議」之拘束，而「以審查法規有無牴觸憲法為目的，特地（專事）闡明憲法意旨」者，即為「抽象違憲審查」制度(abstract constitutional review)。同前揭註。

註十五：大法官對於機關權限爭議案件多作出具體明確之裁決，例如：釋字第七六號解釋（就憲法上之地位及職權之性質而言，應認國民大會、立法院、監察院共同相當於民主國家之國會）、釋字第四六一號解釋（參謀總長非憲法規定之部會首長，無需至立法院院會備詢；惟屬憲法第六十七條第二項所指政府人員，除非因執行關係國家安全之軍事業務而有正當理由外，不得拒絕應邀到立法院各委員會備詢，惟詢問內容涉及重要國防機密事項者，免予答覆）、釋字第六一三號解釋（行政院為國家最高行政機關，基於行政一體，須為包括國家通訊傳播委員會（以下簡稱通傳會）在內之所有行政院所屬機關之整體施政表現負責，並因通傳會施政之良窳，與通傳會委員之人選有密切關係，因而應

擁有對通傳會委員之人事決定權。立法院對行政院有關通傳會委員之人事決定權固非不能施以一定限制，以為制衡，惟制衡仍不能將行政院之人事決定權予以實質剝奪或逕行取而代之。國家通訊傳播委員會組織法第四條第二項、第三項及第四項關於委員選任程序部分之規定，及同條第六項關於委員任滿提名及出缺提名之規定，實質上幾近完全剝奪行政院之人事決定權，逾越立法機關對行政院人事決定權制衡之界限，違反責任政治暨權力分立原則）、釋字第六四五號解釋（公民投票法第三十五條第一項「行政院公民投票審議委員會，置委員二十一人，任期三年，由各政黨依立法院各黨團席次比例推荐，送交主管機關提請總統任命之」，關於委員之任命規定，實質上完全剝奪行政院依憲法應享有之人事任命決定權，顯已逾越憲法上權力相互制衡之界限，自屬牴觸權力分立原則）。

惟近年來最明顯之機關權限爭議案件—行政院為停止興建核能第四電廠並停止執行相關預算，與立法院行使職權，發生適用憲法之爭議，本院釋字第五二０號解釋卻僅釋示「行政院應儘速將立法院補行報告並備質詢」，而避就「行政院片面停止執行核四興建預算之決定是否有（生）效」進行裁決，刻意將「爭議」當作「疑義」處理。詳見湯德宗，〈憲法結構與違憲審查—司法院大法官釋字第五二０號解釋評釋〉，輯於《憲法結構與動態平衡：權力分立新論 卷一》，頁101以下（增訂四版，2014年9月）。

註十六：按本院釋字第五八五號解釋釋示：「立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之」，迄今十年有餘，立法院仍未制定此等法律，要已說明國家機關間之權限爭議難以循此籠統之立法解決（或至少顯示立法院無意循立法模式，解決與其他機關之具體權限爭議）。本號解釋（理由書第六段）

再次為相同之釋示，果能催生此等立法？抑或大法官應重新確認「機關權限爭議」之事物本質？！

註十七：本席於釋字第七一三號解釋之〈部分不同意見書〉註 1 曾坦陳：「司法院大法官解釋憲法原有三項重要功能：一、維持權力間的水平分權制衡（所謂「五權分治、平等相維」）；二、維持權力間的垂直分權制衡（所謂「受憲法保障的中央、地方均權關係」）；三、保障人民憲法權利（避免各權力部門沆瀣一氣，侵害人民的基本權）。惟近年來前兩項功能已嚴重萎縮，末項功能因拒不開放「憲法訴願」，乃無法即時對治違憲的裁判。撫今思昔，距離建構「無漏洞的違憲審查」理想仍遙，能不惕勵？！」

註十八：不滿本院釋字第七六號解釋（「國民大會、立法院、監察院共同相當於民主國家之國會」），立法院於民國四十六年修正「司法院組織法」，規定：「大法官解釋憲法，應有大法官總名額四分之三之出席，及出席人數四分之三之同意，方得通過」。此後二十年間大法官幾乎無法作成憲法解釋。田炯錦院長於《司法院大法官會議解釋彙編》（民國八十年八月）再版序言（1974 年1月）婉言：「依照民國四十七年七月二十一日頒布之『司法院大法官會議法』規定解釋之範圍與限制，頗為嚴格，因而每年解釋案件，平均僅達三件，而聲請解釋案件，每年平均達六十餘件之多，能否受理解釋之比例，顯極懸殊。……今後為期更能提高解釋權之效用，適當修正司法院大法官會議法有關聲請解釋範圍及程序之限制，或有必要」。林洋港院長於〈迎接憲政發展的新時代〉直言：「自民國四十七年司法院大法官會議法公布以後……第二屆大法官作成解釋四十三件，其中憲法解釋八件，第三屆大法官會議僅作成解釋二十四件，其中憲法解釋僅僅兩件，我國的釋憲工作，至此已幾乎陷於停頓。當然，造成這種現象的原因很多，而法制的不健全，卻

是學者專家一致公認的主要因素」(載《司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集》，頁1以下（頁2）(77年9月))。並參見仲肇湘，〈大法官會議法制定之過程與要點〉，《法律與經濟》，1卷1期，頁5-6（1958年9月)；涂懷瑩，〈大法官釋憲制度的「演變」、「貢獻」及「改進問題」〉，載《司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集》，頁49以下。

大法官釋字第四九九號解釋宣告1999年第五次憲法增修條文部分違憲後，國民大會即於第六次憲法增修條文（2000年4月）第五條第一項增列第二句：「司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定」。

註十九：*See e.g.*, Justice Dennis T. C. Tang, *Constitutional Review on Taiwan: Review and Prospects* (Invited speech delivered at *Humboldt-Kolleg Changsha 2015*, April 18, 2015)；翁岳生，〈司法院大法官釋憲制度新發展〉，載《憲政時代》，39卷4期，頁14以下（2014年4月)；張升星，〈台灣需要這麼多大法官？〉，2015年4月24日聯合報。

註二十：「個別意見書」即「廣義的不同意見書」，指參與合議之大法官於多數意見書（解釋文及解釋理由書）之外，個別具名提出之意見書，含協同意見書、不同意見書、一部協同暨一部不同意見書等。

註二十一：「大法官對解釋文草案，得提出意見書」之制度，始於司法院大法官會議法(1958/07/21)第十七條及同法施行細則(1958/10/03)第七條。

部分不同意見書　　大法官陳碧玉　提出

按立法院向有關機關調閱文件應遵行之程序、實體要件，其與監察院依憲法第九十五條、第九十六條規定行使個案調查權之職權劃分，以及不得向檢察機關調閱偵查進行中之個案卷證等，業經本院釋字第三二五號解釋在案。本號解釋為對釋字第三二五號解釋之補充。核其補充之主要部分有二：(1)向有關機關調閱文件須經立法院院會決議，且不因調閱之範圍或文件為影本或原本而異其程序。(2)向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之個案卷證（文件），其卷內證據資料，如與檢察官續查同一被告或他被告另案犯罪相關者，倘因調閱而洩漏，將有妨害另案偵查追訴之虞者，檢察機關得延至該另案偵查終結提起公訴、或不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案後，再行提供調閱卷證。

對於多數意見上開(1)之論點，因立法委員以集會行使其憲法上之職權，立法委員個人僅在院會或委員會會議時得向行政院院長、行政院各部會首長，以及相關政府人員為質詢或詢問（憲法第五十七條第一款、第六十七條第二項參照）。對外行使調查權時亦應以集會議決之方式為之。立法院職權行使法第四十五條規定，立法院就特定議案涉及事項要求有關機關提供參考資料時，應由院會決議設置之調閱委員會或各委員會決議設置之調閱專案小組為之。有調閱文件原本之必要時，應由調閱委員會或專案小組經院會決議向有關機關調閱之。蓋文件之調閱係直接指定所欲調閱之文件，與相關機關依請求而自行提出之參考資料不同，基於機關間相互尊重原則，程序上須經院會之決議而後為之。又文件影本內容與原本相同，卷證之全部或一部，同為資訊之提供，其調閱之程序並無區分之必要。是立法院調閱委員會或各委員會之調閱專案小組未經院會決議，不得逕向相關機關調閱指定卷證文件之原本或影本、全部或一部。

對於多數意見關於上開(2)之論點，礙難同意，爰就此部分提出不同意見：

憲法雖未明文規定立法院有調查權（註一），然立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，自需獲取行使職權相關資訊（註二），以善盡民意機關職責，本院釋字第三二五號解釋肯認立法院有參考資料取得權與文件調閱權。釋字第五八五號解釋則進一步謂調查權係協助立法院行使憲法職權所需之輔助性權力，立法院本其固有權能自得享有一定之調查權。由相關機關取得參考資料或向相關機關調閱指定文件，均為立法院調查權行使之方式。關乎本號解釋之文件調閱權之行使，其程序與實體要件不得違反權力分立與相互制衡之憲政原理（註三）。

按國家機關獨立行使職權受憲法保障者，固非立法院所得調查之事物範圍（本院釋字第五八五號解釋參照）。惟刑事訴訟案件，係以被告及犯罪事實所構成，同一被告之同一犯罪事實為一案件；若同一被告不同犯罪事實、一個犯罪事實有多名被告或多個被告多個犯罪事實時，則為不同之數案件（註四），僅於程序上檢察官得以同時起訴或得由法院合併管轄、審理（刑事訴訟法第六條、第七條及第二百八十七條之一參照）。是以，檢察機關獨立行使偵查權之時點，應依具體個案而定，於該個案經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案時，檢察機關就該個案之偵查權即告終止。檢察官續查同一被告或他被告另案犯罪相關者，係就不同案件為偵查，與「已偵查終結經不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案」之個案非屬同一，就此已偵查終結個案，檢察機關無獨立行使偵查職權受憲法保障之可言，且無刑事訴訟法第二百四十五條第一項偵查不公開原則之適用，不應將偵查不公開原則延續至他案件，而使檢察機關得主張行政特權拒絕提供卷證（註五）。

其次，本號解釋理由書第三段指出：「……倘因調閱而洩漏，將有妨害另案偵查追訴之虞，為實現檢察官獨立行使職權追訴犯罪，以落實國家刑罰權，檢察機關得延至該另案偵查終結提起公訴、或不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案後，再行提供調閱之卷證資料。」係建構於調閱後有洩漏之可能，洩漏之結果將有妨礙另案偵查

追訴之虞之論點，然資訊之保護有其法律依據（註六），調閱機關應依法定程序進行必要之保護措施（例如：秘密會議等），而非直接禁止（拒絕）文件之調閱。此由本號解釋理由書第四段明示立法院及其委員因調閱而知悉之資訊使用，限於行使憲法上職權所必要，且須注意維護關係人之名譽、隱私、營業秘密等權益。對於應保密之事項應善盡保密之義務，不得就個案偵查之過程、不起訴處分或未經起訴而以其他方式結案之結論及內容，為與行使憲法上職權無關之評論與決議，即明其理。是以資訊有秘密性（註七）、有洩漏可能性作為拒絕調閱之正當理由，將致立法院文件調閱權徒具其名。

再者，將「有無妨害另案偵查追訴之虞」之判斷權限交由檢察機關決定，將導致各偵查終結卷證得以「有妨害另案偵查追訴之虞」為由，拒絕卷證之調閱。參酌德國調查委員會法第十八條規定，除憲法上界限外，聯邦政府、聯邦行政機關或其他行政主體，有提供調查委員會物證（尤其是調查對象所涉及之檔案文件）的義務。如果拒絕提供或所提供之物證等級列為密件時，應以書面向調查委員會說明據予列為密件之理由。就拒絕提供是否合法之問題，調查委員會或其四分之一成員得聲請聯邦憲法法院偵查法官裁判之（註八）。然我國就「有無妨害另案偵查追訴之虞」之裁量判斷尚無相關規範或法院得以介入審查之機制，本號解釋逕將此裁量權交予爭議一方之檢察機關，將使該項權力不受限制，相對地使立法院之調閱權限受到限縮甚至無行使空間。是本席以為自應透過法規範約束該項權力，使立法院之文件調閱權與檢察機關之行政特權間產生得以抗衡之力量，不致形成過度保障，而有礙權力分立與相互制衡之憲政原理。

末按中央機關因行使職權與其他機關之職權發生適用憲法之爭議者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款定有明文。本院歷來對於機關爭議案件，諸如釋字第三二五號解釋八十一年憲法增修後，監察院是否仍為國會？仍專有調查權？立法院調閱文件權要件；釋字第三八七號解釋立法委員改選後，閣員應否總辭？釋字第四一九號解釋副總統可否兼任行政院長？釋字第四六一

號解釋參謀總長應否受立法委員質詢？得否拒絕至各委員會備詢？釋字第五二０號解釋行政院停建核四應否向立法院報告？釋字第五五０號解釋全民健康保險法令地方政府補助保險費規定是否違憲？釋字第五五三號解釋北市府延選里長之決定是否合憲？釋字第五八五號解釋三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例是否違憲？釋字第六三二號解釋立法院遲未行使監察委員人事同意權是否違憲？等機關爭議案件為解釋，使爭議機關間有所遵循。而本號解釋理由書第六段列出立法院行使文件調閱權應具備之程序與實體要件，並諭知雙方對於調閱要件之爭議，應循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決。則在相關法律制定前，普通法院或行政法院對於未涉及憲法爭議之文件調閱是否符合相關之程序或實體要件無從審理。概由檢察機關定奪「有無影響他案偵查之虞」，能否為立法院所接受？其爭議顯然無從逕依本號解釋平息。

註一：日本憲法第六十二條規定兩議院得各自調查國政，要求證人出席與作證並提出記錄（蘆部信喜作，李鴻禧譯，憲法，1995年1月初版，頁278）。國會是國家唯一的立法機關，對於立法事項當然有權從事調查，對於行政，具有一般監督者的權限（宮澤俊義著，林秋水譯，日本國會議院之國政調查權及司法獨立，收錄於：日本法政論集（林秋水著），1977年初版，頁162-163）。德國基本法第四十四條規定：「(1)聯邦議會(Bundestag)有權，且在四分之一之成員聲請下有義務成立調查委員會，委員會以公開審理方式調查必要的證據。公開方式得排除之。(2)調查證據準用刑事訴訟的相關規定。信件、郵政及電信秘密仍不得侵犯之。(3)法院及行政機關有法律協助及職務協助之義務。(4)調查委員會之決議不受法官之審理。法院不受對於調查基礎事實之評價與判斷的拘束。」（陳淑芳，德國之國會調查權，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，頁53）。美國國會之一般性調查權規定於聯邦法典(United States Code)第二編第六章以下。聯邦法院承認強制調查權乃是憲法默示之

國會附隨權之一，是國會為了履行職權所制定「必要且適當」的法律。不論是政府官員或是私人，只要與國會或公共政策有關聯者，均在調查權範圍之內，但國會調查權不得任意干預私人權利，乃國會調查權之界限（廖元豪，論立法院調查權的界線與範圍—釋字第五八五號解釋與美國經驗的參照，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，頁89-91）。

註二：係指「立法院有補強質詢與詢問權之文件請求權」，蘇永欽，走向憲政主義，1994年6月，頁228。

註三：基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，國會調查權亦同受有限制（本院釋字第三二五號、第五八五號解釋參照）。

註四：林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，總論編，2010年9月，頁261-262；林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊），2006年10月，頁289。

註五：「行政特權並非行政機關違法行為的保護傘。」且「行政特權不是絕對的，更不能凌駕國家利益，可否主張行政特權必須衡量『因資訊不公開而導致國會無法完成憲法所賦予功能的不利益』和『因資訊公開而導致行政機關無法完成憲法所賦予功能的不利益』」。謝哲勝，三一九真調會條例法律爭議解析，第2屆三一九槍擊事件真相調查特別委員會調查報告，2007年，頁119。

註六：立法院職權行使法第50條第2項、第52條，國家機密保護法規定參照。

註七：日本帝國（明治）議會時代的議會法規定，各議院不得向人民發布告示、不得為審查而召喚人民及派出議員、不得與國務大臣及政府委員以外的官署及地方議會有照會來往等，使得各議

院在從事調查時，其所具有的手段，僅僅向政府要求必要的報告及文書而已。然而，議會法亦規定，政府對於「涉及秘密者」得拒絕議院之要求（議會法第七十四條）。此條規定之結果，導致各院所據調查權不具實際效果（蘆部信喜作，李鴻禧譯，憲法，1995年1月初版，頁161）。

註八：陳淑芳，德國之國會調查權，台灣本土法學雜誌，第78期，2006年1月，頁59。

不同意見書　　大法官黃茂榮　提出

關於立法院調閱偵查卷證案，本號解釋多數意見認為：「檢察機關代表國家進行犯罪之偵查與追訴，基於權力分立與制衡原則，且為保障檢察機關獨立行使職權，對於偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證。立法院向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件卷證，須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯，且非屬法律所禁止者為限。如因調閱而有妨害另案偵查之虞，檢察機關得延至該另案偵查終結後，再行提供調閱之卷證資料。其調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議；要求提供參考資料者，由院會或其委員會決議為之。因調閱卷證而知悉之資訊，其使用應限於行使憲法上職權所必要，並注意維護關係人之權益（如名譽、隱私、營業秘密等）。本院釋字第三二五號解釋應予補充。」本席有以下不同意見，僅供將來相關法制之發展上參考。

壹、檢視本案問題核心

本件聲請案源起於立法院司法及法制委員會為審查通訊保障及監察法部分條文修正草案，向聲請人最高法院檢察署調閱偵查卷證資料影本及監聽光碟。聲請人認為，偵查卷證非屬立法院得調閱事項之範圍，拒絕提供調閱之卷證；然立法院司法及法制委員會則認為聲請人之檢察總長迴避監督、藐視國會，將檢察總長函送監察院調查。聲請人遂以院際間職權行使產生憲法上爭議

為由，向本院聲請解釋。職此，本件其實很單純，即聲請人欲請求本院就「立法院是否有權向檢察機關調閱偵查卷證」作成解釋，以釐清院際間適用憲法所生之爭議。然本號解釋現在之審查範圍，推展至卷證影本得否調閱、立法院行使文件調閱權之限制等問題，使本院釋字第三二五號、第五八五號解釋，以及基於釋字第三二五號解釋制定之立法院職權行使法第四十五條等相關規範基礎，霎時間變得模糊不清，這不僅無法立於本院既有解釋之基礎上逐步確切處理本件聲請人所面臨之問題，在將來亦可能誘發更多立法院與受調閱機關間之機關爭議，影響國會監督制度之健全發展。

貳、立法院職權行使範圍之確立

在國家權力區分的民主憲政體制，國會受人民之付託，代表人民行使立法權、議決預算案及國家其他重要事項（憲法第六十二條、第六十三條參照），並監督行政機關依法行政（憲法增修條文第三條、行政程序法第一條參照）。在司法方面，司法機關雖不受國會之監督，但仍應依據法律而為審判（憲法第八十條參照）。由此彰顯，在國家權力區分之民主憲政體制下，行政、司法機關皆必須尊重國會以人民之名義所作之決議，並依據法律行使其職權，除非國會之決議明顯牴觸民主憲政體制或有違憲之疑義，否則對於民主正當性所賦予國會之無上權威，任何機關均無由託詞公然抵抗。

本院釋字第三二五號解釋文：「本院釋字第七十六號解釋認監察院與其他中央民意機構共同相當於民主國家之國會，於憲法增修條文第十五條規定施行後，監察院已非中央民意機構，其地位及職權亦有所變更，上開解釋自不再適用於監察院。惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院行使。立法院為行使憲法所賦予之職權，除依憲法第五十七條第一款及

第六十七條第二項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」此號解釋傳遞二個重要訊息，其一，在臺灣，監察院之職權逐漸在演變；演變中，已僅剩立法院相當於民主憲政國家之國會；其二，有關彈劾、糾舉、糾正以及為行使此等職權依憲法第九十五條、第九十六條具有之調查權，仍應由監察院行使。是故，其他部分之調查權，依該號解釋文之整體意旨，應已劃歸由立法院，在臺灣以唯一之國會機關的地位行使。可惜的是，有關調查權部分釋字第三二五號解釋未再多加闡述，而僅針對立法院之「文件調閱權」部分，認為應與監察院之調查權同受限制。因此，本席認為，應以釋字第三二五號解釋為基礎，論述立法院之「文件調閱權」。今既僅提出立法院之文件調閱權，應與監察院之調查權同受限制，則立法院所享有之國會調查權，理當不受超過監察院調查權限制以外之限制。以這樣的標準理解國會調查權在臺灣之適用，才能比較合理的還原一般民主憲政國家之國會調查權當有之形貌與功能。再者，本院釋字第五八五號解釋：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。」是調查權及文件調閱權為立法院本於固有職權所得享有之權力，業再次經本院解釋在案。

承上，既有本院釋字第三二五號、第五八五號解釋，法制上也制定了立法院職權行使法第四十五條相為因應，為何立法院文

件調閱權之行使在今日仍遭受到困難，二院間職權行使仍存在機關權限之爭議？因此，如何在本院解釋及法律規定之基礎上，確立立法院之調查權，應是本件聲請案引領釋憲機關去面對、正視之問題，亦為本號解釋積極意義之所在。

叁、偵查中案件卷證不得調閱之理由

解釋文中認為，「偵查中之案件，立法院自不得向其調閱相關卷證」。基於「偵查不公開原則」，本席贊成多數意見「在偵查中，立法院自不得向檢察機關調閱相關卷證」之結論，但不同意以「基於權力分立與制衡原則」為理由。蓋如非以「偵查不公開原則」為論據，檢察單位以外之上級行政機關豈非皆得以「行政一體」，未受「權力分立與制衡原則」之制約為理由，向檢察機關任意要求調閱偵查中案件之卷證？！

肆、已偵結案件卷證得否調閱之問題

向檢察機關調閱已偵查終結而不起訴處分確定或未經起訴而以其他方式結案之案件（下稱已偵結案件）之卷證部分，解釋理由書第二段末稱，「立法院要求提供參考資料權及文件調閱權，係輔助立法院行使憲法職權之權力，故必須基於與議決法律案、預算案或人事同意權案等憲法上職權之特定議案有重大關聯者，始得為之。為判斷文件調閱權之行使是否與立法院職權之行使有重大關聯，上開立法院職權行使法第四十五條第一項所稱特定議案，其目的及範圍均應明確。」該段理由對立法院之文件調閱權，設下立法院職權行使法第四十五條所無，得由司法機關審查之新的限制性門檻。這種釋示方式，首先與憲法第八十條法官必須「依據法律獨立審判」的規定不盡相符。其次，基於國會調查權，文件調閱的必要性應屬於立法機關之裁量權，這與法院在審判程序中關於事實或證據之調查有裁量權基本上是相同的（行政訴訟法第一百二十五條、刑事訴訟法第一百六十三條、第一百六十三條之二參照）。至於立法機關職權行使如發生濫用之情形，自有人民透過選舉來加以制約，因此，容不得在釋憲解釋中，

另設「須基於目的與範圍均屬明確之特定議案，並與其行使憲法上職權有重大關聯」對其加以限制。蓋所謂「特定議案」，在文法上，所指者應只是「某一個議案」，沒有從「特定議案」引伸出該議案「基於目的與範圍均屬明確」的問題。若非如是，在制定法律過程中，因一切尚待形成共識，殊難想像如何要求立法機關告知明確之目的與範圍？此外，亦無須有該議案必須與立法院「行使憲法上職權有重大關聯」之限制。難不成真認為，司法機關適合介入立法院或其委員會之決議，審查立法委員在立法院之所為是否「與其行使憲法上職權有重大關聯」？司法機關不擔心因此捲入立法與行政機關間之政治糾葛，而使司法中立之形象受到質疑嗎？

本席認為合宜的作法應為，依立法院職權行使法第四十七條第一項前段：「受要求調閱文件之機關，除依法律或其他正當理由得拒絕外，應於五日內提供之。」受要求調閱文件之機關如認為其有得拒絕提供文件之除外事由而得拒絕立法機關之調閱時，應就該等正當事由之存在負舉證、說明之責任，由本院就受要求調閱文件之機關所主張之除外事由是否存在為調查，而後認定其拒絕提供是否屬正當事由。再者，本件聲請案之原因案件涉及檢察機關對人民或國會監聽有無濫權的問題。國家機關為偵查犯罪之必要而對人民為監聽固有其正當性，惟因監聽對於人民基本權利之危害性甚大，必須要讓從事監聽的機關清楚意識到，其監聽行為事後必然將受到監督，以防止其恣意而為。立法院文件調閱權於此即係為發揮此一監督制衡機制，而應予肯認。基此，解釋意旨，極其量應僅使檢察機關得提出拒絕調閱之正當事由，供本院進行判斷，而非對於立法文件調閱權之行使，增加至今本院解釋及法律所無之限制。

關於妨害另案偵查部分，基於文件之可分性，不適合籠統論述，而應指明已偵結案件卷證中，如有全部或部分與偵查中之另案有關，則應將該部分分割出來，視為尚未偵結之卷證處理；至

於與偵查中之另案無關部分，應即依立法院職權行使法第四十五條提供卷證，以防止受調閱請求之機關依該條規定，規避應提供卷證的義務。

伍、破壞司法中立形象之隱憂

本號解釋並未深入論究，監察院式微後，國會調查權應有之內容與範圍，以適應現代民主憲政國家國會對於行政機關之制衡的需要，即以補充解釋之名，對釋字第三二五號解釋肯認之國會文件調閱權予以限制，此舉非但可能阻礙民主憲政國家透過立法與行政相互制衡而合理發展的可能性，更使司法機關在立法及行政之衝突中，有被疑為選邊站之風險，論述過於速斷。

另外，關於文件影本與原本等同之論述，按文件向有原本及影本之別，依立法院職權行使法第四十五條：「立法院經院會決議，得設調閱委員會，或經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。調閱委員會或調閱專案小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本。」其明文僅規定調閱文件原本需經院會之決議未及於影本。本席以為，如認為立法院在制定立法院職權行使法第四十五條時，對於影本部分得否調閱、其調閱程序為何等，考慮未盡周延，則妥適之解釋應是經由本院要求，立法院再行審慎思量，在該條中明白就影本之調閱，是否需經院會之決議加以規定，以藉此彰顯司法機關對於立法機關決議之尊重，並促進立法院在立法技術上之精進。然今本號解釋在法律未明文規定影本應與原本適用相同規定前，逕為解釋：「調閱偵查卷證之文件原本或與原本內容相同之影本者，應經立法院院會決議」。自己在解釋中，直接將影本與原本為等同之規定。這不僅衍生該等同之見解或規定，是否能夠放諸其他案件亦皆適宜的疑問，且經由司法機關之解釋，不但擴大法律明文規定，應經立法院院會決議始得調閱之文件的範圍，而且同時增加受調閱機關得拒絕調閱的正當事由。在該擴大及增加之拒絕事由的範圍，本號解釋對

立法院文件調閱權之行使，增加法律明文所無之限制。假設後來立法院在第四十五條明定，調閱影本不須經院會之決議，則該爭議豈不演變成行政、立法及司法機關間之爭議！

在前開氛圍中，司法中立之形象易趨模糊，而使司法機關基於中立第三權角色，定分止爭的功能，可能受到影響。該可能的發展，不能不讓人深感不安。

陸、本聲請案所涉法律問題立法院在立法上無能為力

本號解釋理由書第一段，既然認為：「本件緣於立法院司法及法制委員會（下稱司法及法制委員會）為審查通訊保障及監察法部分條文修正草案等法律案，依立法院職權行使法第四十五條規定，向聲請人最高法院檢察署調閱該署一００年度特他字第六一號偵查卷證之通訊監察聲請書、筆錄、監聽譯文、公文等卷證文書影本及監聽光碟片。聲請人認依司法院釋字第三二五號、第五八五號解釋意旨，檢察官之偵查係對外獨立行使職權，與法官之刑事審判，應同受憲法保障，且偵查卷證係偵查行為之一部，為犯罪偵查不公開之事項，非屬立法院所得調閱之事物範圍。即令案件偵查終結後，若檢察官有違法、不當之情事，亦應由監察院調查。立法院僅能在制度、預算、法律等事項對檢察機關進行通案監督，應無介入個案調閱偵查卷證之餘地等情，而拒絕提供調閱之卷證。司法及法制委員會因認聲請人之檢察總長迴避監督、藐視國會，將檢察總長函送監察院調查。是聲請人即有本於偵查職權而與立法院調閱文件之職權發生適用憲法之爭議，乃報請其上級機關法務部，層轉行政院聲請解釋憲法。經核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款、第九條之規定相符，應予受理，合先敘明」後，卻又在第六段認為，「立法院行使文件調閱權，如與受調閱之機關發生諸如：所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯、是否屬於法律所禁止調閱之範圍、是否依法定組織及程序調閱、以及拒絕調閱是否有正當理由

等爭議時，立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。相關機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指明。」而不即在本號解釋中對於立法院得否調閱已偵結案件之卷證資料給予明確之判斷。試問，本件聲請案既涉及司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款所定之憲法上爭議，類此問題，還能要求立法院儘速建立解決機關爭議之哪種法律機制？

柒、後語

在國家權力區分之憲政體制，必須體認，行政一方「權、錢獨大」之現實，需要立法機關經數代人之努力，才有可能加以馴服。因此，不僅行政機關應謙沖自牧行使其行政權，以善盡管理眾人之事的任務，立法機關亦應用心充實自己的知識與能力，理性監督行政機關，不可偷懶率性而為，耽溺於外表上可以對於行政人員頤指氣使之虛幻的權力中，以致於難以真正監督行政機關。對於立法機關所作之決議，基於民主正當性所賦予之權威，任一機關應加以尊重，且在無牴觸民主憲政原則或產生違憲疑義之前提下，法律如有所不完足，應由立法機關自行透過立法或修法方式解決，而此時，司法機關應協助維護立法權之尊嚴，使權力分立制度順利運行；當立法機關所作之決議產生牴觸民主憲政原則或違憲之疑義，或與他機關職權行使產生權限爭議時，則應訴諸司法（釋憲）機關依法加以判斷。正因釋憲機關是民主憲政運作下對於爭議之最後審判機關，當其被聲請解決機關權限爭議時，應積極、嚴正面對之。倘一時真有不能提出妥適之判斷，則應遵守寧缺勿濫之原則，守住中立的角色與立場。否則，一旦稍有引起偏袒於哪一方的疑問，司法權未來將難再作為行政、立法雙方均可信賴之第三權，以平息權力區分體制運作中，所引起之非儘速平息不可之憲政爭議。

以本案而言，立法院調查權所涉及之範圍至多至廣，其爭議之解決，難以期待畢其功於一役，試圖以一個解釋將全部問題解

決。倘容透過釋憲機關逐一面對問題，就具體發生之機關權限爭議逐一處理，假以時日當能形成穩定、和諧的權力分立制度。本號解釋如一時真有困難，就立法院職權行使法第四十五條，仍不適合率然解釋調閱內容與原本相同之影本，應與原本一樣，先經院會之決議；極其量應僅可解釋，由立法院以立法的方式，再次確認關於影本的調閱是否需要經立法院院會決議。在其以立法方式明確規定後，各方皆應遵守國會之立法權威，不得抗拒。

【編按：以下照錄釋憲聲明書原文】

抄最高法院檢察署聲請書

主　旨：有關立法院司法及法制委員會成立「監聽調閱專案小組」行使調查權及調閱權，函請本署特別偵查組檢察官提供偵查卷證資料等節，因檢察機關是否同意調閱之職權行使有適用憲法及牴觸憲法之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第5條第1項第1款規定，聲請　大院惠予解釋。

說　明：

一、聲請解釋憲法之目的

立法院司法及法制委員會依立法院職權行使法第 45 條之規定，決議成立「立法院司法及法制委員會『監聽調閱專案小組』」（下稱監聽調閱小組），並訂定「立法院司法及法制委員會『監聽調閱專案小組』運作要點」（下稱監聽小組運作要點），據以要求本署特別偵查組（下稱特偵組）提供檢察官偵查卷證資料，並於監聽小組運作要點第 11 點及第 12 點明定得邀請被調閱文件之機關首長率同有關人員列席說明、得赴調閱對象之所在地或相關單位查訪及訪談相關人士之規定，本署認為立法院司法及法制委員會前述調閱及調查權之職權行使，對於檢察機關是否同意調閱之職權行使有適用憲法之爭議及適用法律與命令有牴觸憲法之疑義，爰聲請　大院大法官解釋，以釐清爭議，俾便遵從。

二、疑義性質與經過及涉及之憲法條文

（一）立法院第8屆第4會期司法及法制委員會於102年9月30日第3次全體委員會議決議通過「針對最高法院檢察署特別偵查組以『100年度特他61號』案件涉嫌濫權監聽長達數年，甚至含國會總機在內之事件，充分顯示特偵組蔑視憲法揭示之權力分立制度、視人民秘密通訊自由為無物。為瞭解檢調系統是否涉及濫權違法監聽，及現行法制上通訊監察之監督機制是否妥善落實，是否符合『通訊保障及監察法』之相關規定？是否具有偵查手段之最後必要性？實有進一步了解之必要，爰建請本委員會成立文件調閱專案小組，依據立法院職權行使法進行調查，以釐清特偵組是否違法監聽。」提案，成立監聽調閱小組，並於同年10月23日第11次全體委員會議通過監聽小組運作要點，復於同日經召開監聽調閱小組第1次全體委員會議，決議調閱文件內容及範圍。立法院司法及法制委員會即於同年月29日以台立司字第1024300708號函，檢附前述監聽小組運作要點及「監聽調閱專案小組」第1次全體委員會議議事錄及附件（即調閱文件內容及範圍），要求法務部等機關於文到一週內將相關文件資料送至指定場所。而臺灣臺北地方法院檢察署（下稱臺北地檢署）係於102年9月初，就有關特偵組檢察官以100年度特他字第61號案件監聽立法院0972節費電話是否涉嫌違法監聽部分簽分案件進行偵查，並於同年11月1日以102年度偵字第21687、21688及21689號為不起訴之處分確定在案。

（二）所要求調閱之文件內容及範圍部分：

立法院司法及法制委員會函示所要求調閱之文件編號第1項特他字第61號之卷證；第6項特偵組成立以來，監聽柯建銘委員使用立法院0972節費電話之監聽票、電信通信紀錄(CDR)電子檔及七支節費電話之各通聯總數；第7項黃世銘檢察總長自2010年上任後進入總統府及官邸之會客紀錄；第

8項特偵組自成立以來，特偵組總機、黃世銘總長及楊榮宗檢察官等人自上任以來之通聯紀錄等部分，為與特偵組有關之資料部分，其中編號第1項及第6項部分為特偵組100年度特他字第61號刑事個案之卷證，係檢察官獨立行使職權所為偵查行為之一部，依　大院大法官釋字第325號解釋檢察官獨立行使職權受憲法保障，以及第585號、第633號解釋有關立法院對獨立機關行使調閱權應受限制之意旨，應非立法院所得調閱、調查之事物範圍。另依憲法第95條、第96條有關監察院行使調查權之規定，及　大院大法官釋字第585號解釋意旨，有關檢察官偵查終結後案卷資料之調閱及調查檢察官有無濫權監聽之違失等節，應專屬監察院行使調查權之範圍，立法院司法及法制委員會為釐清特偵組等是否違法監聽等節，調閱特偵組檢察官個案偵查卷證資料等行使職權之行為，顯與憲法上權力分立及制衡原則有違。

（三）有關監聽小組運作要點部分：

立法院司法及法制委員會決議通過之監聽小組運作要點第11點、第12點分別規定：「本小組會議召開時，得邀請被調閱文件之機關首長率同有關人員列席說明。」「本小組為應調閱文件需要，得赴調閱對象之所在地或相關單位查訪；及訪談相關人士。」其中，有關要求機關首長率同有關人員列席說明，及查訪相關機關、訪談相關人士等部分，顯已逾越立法院職權行使法第45條有關立法院經委員會之決議，得設調閱專案小組，要求有關機關就特定議案涉及事項提供參考資料。監聽調閱小組於必要時，得經院會之決議，向有關機關調閱前項議案涉及事項之文件原本之規定之母法授權範圍，並與　大院大法官釋字第585號解釋於立法院必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見等之意旨不符。

（四）對檢察官偵查中及不起訴確定後之同一案件，行使調閱權及

調查權部分：

立法院司法及法制委員會於臺北地檢署檢察官偵辦期間，即於102年9月30日通過以瞭解特偵組「100年度特他61號」案件是否違法監聽等由，成立監聽調閱小組，並在檢察官偵查中即同年10月29日函請法務部提供相關卷證，顯係針對偵查中之個案，行使調閱權及調查權，有違前述大法官釋字第325號解釋之意旨。又雖臺北地檢署檢察官於102年11月1日就特偵組檢察官是否有違法監聽部分為不起訴之處分確定在案，惟立法院司法及法制委員會於檢察官偵查終結後，仍以為瞭解同案有無違法監聽等由，行使文件調閱權及調查權，形同對個別刑事案件重新調查，對司法獨立性造成直接或間接影響之侵害，並有違前揭大法官釋字第325號解釋意旨。

（五）按中央機關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款定有明文，是綜前所述，立法院司法及法制委員會前述職權之行使，與檢察機關是否同意調閱之職權行使（詳後述）確有適用憲法之爭議，適用法律與命令亦有牴觸憲法之疑義，爰依法聲請　大院解釋。

三、本件聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解。

（一）檢察機關是否同意立法院之調閱係屬職權行使之行為

按政府機關或公務人員違反本法（註：指立法院職權行使法）規定，於立法院調閱文件時拒絕、拖延或隱匿不提供者，得經立法院院會之決議，將其移送監察院依法提出糾正、糾舉或彈劾；彈劾案經監察委員九人以上之審查及決定成立後，監察院應即向懲戒機關提出之；又公務員應受懲戒之情事限於有違法、廢弛職務或其他失職行為，此有立法院

職權行使法第48條、監察法第8條及公務員懲戒法第2條之規定可資參照。是對於本件立法院司法及法制委員會所要求調閱檢察官偵查案件卷證乙節，檢察官如不同意調閱，即有受懲戒之可能，而檢察官應受懲戒之事由，以其行為有無違法或失職為限，本件檢察官如不同意調閱，則有可能構成懲戒事由，足見本件檢察官同意調閱與否，即為檢察官職權行使之行為，事理至明。

（二）檢察官獨立行使職權受憲法保障，犯罪偵查資訊之不公開「行政特權」，應不容任意侵犯

按「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，例如法官依據法律獨立審判，不受任何干涉，考試委員、監察委員獨立行使職權，憲法第80條、第88條、憲法增修條文第15條第6項均有明文保障；而檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障。本院釋字第13號解釋並認實任檢察官之保障，除轉調外，與實任推事（法官）同，可供參證。上述人員之職權，既應獨立行使，自必須在免於外力干涉下獨立判斷。故如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」　大院大法官釋字第325號解釋理由書闡明甚詳，是檢察官對外獨立行使職權，並享有與法官相同之身分保障，乃直接根植憲法而受保障。

大院大法官釋字第585號解釋謂：「……立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力。基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權

有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍（本院釋字第325號、第461號解釋參照）。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，例如涉及國家安全、國防或外交之國家機密事項，有關政策形成過程之內部討論資訊，以及有關正在進行中之犯罪偵查之相關資訊等，均有決定不予公開之權力，乃屬行政權本質所具有之行政特權(executive privilege)。立法院行使調查權如涉及此類事項，即應予以適當之尊重，而不宜逕自強制行政部門必須公開此類資訊或提供相關文書。如於具體案件，就所調查事項是否屬於國家機關獨立行使職權或行政特權之範疇，或就屬於行政特權之資訊應否接受調查或公開而有爭執時，立法院與其他國家機關宜循合理之途徑協商解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。」是堪可認檢察官之偵查犯罪，係獨立行使國家刑罰權，應受憲法保障，其犯罪偵查之相關資訊之不公開，係屬行政權具有之「行政特權」，要不因立法院行使調查權，而有強制行政部門公開此類資訊或提供相關文書之適用。

（三）立法院之文件調閱權有憲法上限制

1. 立法院行使調閱權不僅侵犯監察院職權，且國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，監察院對之行使調查權本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件亦同受限制

按「本院釋字第76號解釋認監察院與其他中央民意機構共同相當於民主國家之國會，於憲法增修條文第15條規定施行後，監察院已非中央民意機構，其地位及職權亦有所變更，上開解釋自不再適用於監察院。惟憲法之五院體制並未改變，原屬於監察院職權中之彈劾、糾舉、糾正權及為行使此等職權，依憲法第95條、第96條具有之調查權，憲法增修條文亦未修改，此項調查權仍應專由監察院

行使。立法院為行使憲法所賦予之職權，除依憲法第97條第1款及第67條第2項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」大院大法官釋字第325號解釋已有明文。另「監察院為國家最高監察機關，其為行使憲法所賦予之彈劾、糾舉、糾正、審計權，依憲法第95條、第96條具有之調查權，仍應專由監察院行使。其與立法院於憲法之職能各有所司，各自所行使之調查權在權力性質、功能與目的上並不相同，亦無重疊扞格之處。」　大院大法官釋字第585號解釋理由書亦同此意旨。是立法院與監察院行使之調查權各別，前者僅能就議決法律案、預算案等通案調查，後者則能就個案予以調查，兩者並不相同，惟監察院調查權之行使，針對受憲法保障獨立行使職權之機關，都受有限制，則立法院對於通案之調查，對於上述機關亦應同受限制。是本件立法院司法及法制委員會函示所要求調閱之文件編號：1、特他字第61號之卷證，包括：1.1 通訊監察聲請書及附件偵查計畫書（含事證資料）；1.2 通訊監察書（監聽票）；1.3 執行單位期中報告書（通保法第5條第4項）；1.4 通訊監察續監聲請書（續監監聽票，含事證資料）；1.5 陳報通知書（通保法第15條）；1.6 約詢計畫及卷內所有全文筆錄、完整監聽譯文；1.7 簽結公文（含內簽）以及發交地檢署偵辦之公文（含內簽）；1.8 申請通聯紀錄之公文

及文件；1.9 監聽之所有原始光碟；6、特偵組自成立以來，監聽柯建銘委員使用立法院 0972 節費電話之監聽票及電信通信紀錄(CDR)之電子檔及七支節費電話之各通聯總數；6.1 若本院其他委員有意願調閱者，比照辦理等部分，係屬刑事個案之偵查資料，並不在立法院行使調查權、調閱權之適用範圍。

2. 基於權力分立及制衡原則，凡受憲法保障獨立行使職權之國家機關，即非立法院所得調查之事物範圍

依　大院大法官釋字第585號解釋明示：「立法院為有效行使憲法所賦予之立法職權，本其固有之權能自得享有一定之調查權，主動獲取行使職權所需之相關資訊，俾能充分思辯，審慎決定，以善盡民意機關之職責，發揮權力分立與制衡之機能。立法院調查權乃立法院行使其憲法職權所必要之輔助性權力，基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。」可知立法院調查權所得調查之對象或事項，亦必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯，而基於憲法上之權力分立及制衡原則，對於受憲法保障獨立行使職權之機關，即非屬立法院所得調查之事物範圍。

3. 調閱檢察官於偵查中執行通訊監察之文件，依我國憲法規定，係專屬監察院行使調查權之範圍，立法院上開所為，已逾越其調查權所行使之範圍

(1)依　大院大法官釋字第585號解釋意旨：「其個案調查事項之範圍，不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙。」因此同號解釋針對三一九槍擊

事件真相調查特別委員會條例（下稱真調會條例）相關條文之合憲性表示：「『本會行使職權，不受國家機密保護法、營業秘密法、刑事訴訟法及其他法律規定之限制』、『本會或本會委員行使職權，得指定事項，要求有關機關、團體或個人提出說明或提供協助。受請求者不得以涉及國家機密、營業秘密、偵查保密、個人隱私或其他任何理由規避、拖延或拒絕』其中關於專屬管轄、移交卷證與涉及國家機關獨立行使職權而受憲法保障者之部分，有違權力分立與制衡原則，並逾越立法院調查權所得行使之範圍；規定涉及國家機密或偵查保密事項，一概不得拒絕之部分，應予適當修正。」真調會條例即因立法權兼刑事犯罪偵查權侵害檢察官之權力核心範圍，違反權力分立及制衡原則，而遭宣告違憲。

(2) 本案立法院司法及法制委員會係因特偵組偵辦100年度特他字第61號案，對登記為立法院使用之0972XXXXXX號電話實施通訊監察，然宣稱未錄得任何內容，因認有調查之必要而來函調閱上開文件。惟不論本署100年度特他字第61號通訊監察部分卷證（編號1部分），以及特偵組自成立以來，對柯建銘委員使用0972XXXXXX電話實施通訊監察部分（編號6部分），均係檢察官獨立行使職權所為偵查行為之一部。若發現有個人違法、不當情事，係由監察院依憲法第95條、第96條規定行使調查權後，依憲法第97條第2項、第98條行使糾舉或彈劾權；若發現係機關涉有違失，則依憲法第97條第1項規定提出糾正案，此為前述　大院大法官解釋所指憲法機關之權力核心範圍，不容侵犯。亦即，立法院司法及法制委員會自不得無視憲法明文規定及權力分立、制衡原則之要求，向本署調閱上開偵查案卷。

(3) 況本署100年度特他字第61號案經簽結後，因認有其他

涉嫌犯罪事實，共簽分3案，其中本署繼續偵辦1案，2案發交臺北地檢署續行偵查，是原100年度特他字第61號卷內，仍有涉及該3案之偵查秘密之虞，若予調閱將有礙檢察官偵查權之行使，依　大院大法官釋字第325號及第585號解釋意旨，亦不應提供與立法院。

4. 偵查終結後之個案卷證資料，不應同意立法院調取

(1)再「同條例（即真調會條例）第8條第1項第2款但書規定，審判中案件資料之調閱，應經該繫屬法院之同意，乃維護法院依法獨立行使審判權所必要。而國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍，業經本院釋字第585號解釋在案。是依同項第2款規定向前述機關調閱資料或證物，應經各該機關之同意，乃屬當然。」　大院大法官釋字第633號解釋理由書雖有明文。然為維護我國現行憲法之權力分立及制衡原則，對於檢察官、法官處理個案是否有違法不當，除刑事不法與一般公務員相同，均由檢察官起訴、法院審理外，涉及行政不法部分無論係由檢察官、法官評鑑委員會發動，或由監察院、公務員懲戒委員會所為，立法權僅能在制度、預算、法律等通案上對司法權進行監督，要無立法權介入個案之餘地，否則與立法、行政權相互制衡之司法權，將因立法權介入個案，而全然喪失獨立行使職權之意義，我國憲法第80條保障法官依據法律獨立審判，及前述釋憲機關認定檢察官對外獨立行使職權，亦將形同具文。

(2)立法院調閱權既無從介入個案，憲法亦未賦予事後監督之權力，則刑事案件終結後，亦僅監察院等有權機關可行使調查權而調閱卷證，故立法院調取個案卷證，礙難同意。

（四）對司法獨立性及檢察官獨立行使職權造成直接或間接之侵

害，並逾越立法院調查權所得行使之範圍

1. 按立法院行使調查權，針對司法機關部分，基本上應限於整體性之司法制度，例如是否符合立法目的，以及整體運作情形有關者，針對特定個案部分之調查應受限制，尤其對於法官或檢察官之審判或偵查會造成直接、間接影響之調查，或可能對司法獨立造成壓力或影響者，均應該嚴格限制。國會調查權在案件進行司法程序之後，應即停止介入調查，在司法程序終結後，調查亦應受限制，雖然立法院行使調查權不會改變案件之確定判決或偵查結果，惟立法院行使調查所認定之結果，與案件判決或偵查結果不同時，必然會對司法獨立性造成危害。
2. 有關本署特偵組檢察官以100年度特他字第61號案件，監聽立法院0972節費電話是否涉嫌違法監聽部分，臺北地檢署業於102年9月初分案進行偵辦調查，並於102年11月1日以102年度偵字第21687、21688及21689號為不起訴之處分確定在案。是立法院司法及法制委員會於檢察官偵辦期間，即於102年9月30日通過「針對最高法院檢察署特別偵查組以『100年度特他61號』案件涉嫌濫權監聽長達數年，甚至含國會總機在內之事件，……，爰建請本委員會成立文件調閱專案小組，依據立法院職權行使法進行調查，以釐清特偵組是否違法監聽。」之提案，成立監聽調閱小組，並在偵查中即同年10月29日函請法務部提供100年度特他字第61號相關卷證，顯係針對本署特偵組100年度特他字第61號案件有無違法監聽之個案，行使調閱權及調查權，此已對偵查中之個別案件形成干擾，有違前述大法官釋字第325號解釋「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處

置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制」之意旨。

3. 又臺北地檢署雖已於102年11月1日為不起訴之處分確定在案，亦即承辦檢察官業就100年度特他字第61號案有無違法監聽部分，本於司法獨立之職權而為不起訴處分之認定，是立法院司法及法制委員會於檢察官偵查終結後，要無以為瞭解特偵組100年度特他字第61號案件有無違法監聽等由，行使文件調閱權及調查權，否則形同對個別刑事案件重新調查，對司法獨立性造成直接或間接影響之侵害，並有違前揭大法官釋字第325號解釋「不能違反權力分立與制衡原則，亦不得侵害其他憲法機關之權力核心範圍，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙。」之解釋意旨。

四、言詞辯論及其代理

聲請人依司法院大法官審理案件法第13條第1項之規定，聲請　大院就本聲請進行言詞辯論，並惠予許可聲請代理人出席辯論。

五、關係文件之名稱及件數

附件：

（一）102年9月30日立法院第8屆第4會期司法及法制委員會第3次全體委員會議議事錄。

（二）102年10月23日立法院第8屆第4會期司法及法制委員會第11次全體委員會議議事錄。

（三）102年10月23日立法院第8屆第4會期司法及法制委員會「監聽調閱專案小組」第1次全體委員會議議事錄。

（四）102年10月29日立法院司法及法制委員會台立司字第1024300708號函。

（五）102年11月1日臺灣臺北地方法院檢察署102年度偵字第21687、21688及21689號檢察官不起訴處分書。

（六）102年11月15日立法院司法及法制委員會台立司字第1024300778號函。

此　致

司　法　院　公鑒

聲　請　人：最高法院檢察署

法定代理人：黃世銘

中　華　民　國　102　年　11　月　29　日

（本件聲請書附件略）

司法院釋字第七三0號解釋

【再任公立學校教職員重行退休年資計算案】

中華民國104年6月18日

院台大二字第1040016638號

解　釋　文

學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定，欠缺法律具體明確之授權，對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。

解釋理由書

人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。公立學校教職員依學校教職員退休條例（下稱系爭條例）請領退休金之權利，乃屬憲法保障之財產權。對上開權利加以限制，須以法律定之或經立法機關具體明確授權行政機關以命令訂定，始無違於憲法第二十三條之法律保留原則（本院釋字第四四三號、第四八八號解釋參照）。系爭條例施行細則第十九條第二項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限……。」（下稱系爭規定）係限制同條第一項所指已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校之教職員，依系爭條例請領退休金之權利，自應經法律具體明確授權始得定之。

系爭條例第五條第二項前段規定：「一次退休金，以退休生效日在職同薪級人員之本薪加一倍為基數，每任職一年給與一個半基數，最高三十五年給與五十三個基數。」同條第三項前段規定：「月退休

金，以在職同薪級人員之本薪加一倍為基數，每任職一年，照基數百分之二給與，最高三十五年，給與百分之七十為限。」其立法意旨係為規定退休金計算之基數，並受三十五年最高退休金基數之限制，惟未明確規定對於何種任職年資應予採計、退休後再任公立學校教職員之再任年資是否併計等事項。另系爭條例第二十一條之一第一項規定：「教職員在本條例修正施行前後均有任職年資者，應前後合併計算。但本條例修正施行前之任職年資，仍依本條例原規定最高採計三十年。本條例修正施行後之任職年資，可連同累計，最高採計三十五年……有關前後年資之取捨，應採較有利於當事人之方式行之。」其立法意旨係為配合該條例第八條有關公立學校教職員退休金制度之變革，解決公立學校教職員於新制施行前後均有任職年資，其年資如何計算之新舊法適用問題，乃明定其修法前後年資應合併計算，惟亦未明確規定公立學校教職員重行退休年資應與前次退休年資合併計算最高採計三十五年。又系爭條例第十四條規定：「依本條例退休者，如再任公教人員時，無庸繳回已領之退休金；其退休前之任職年資，於重行退休時不予計算。」於公立學校教職員依法退休後再任公立學校教職員之情形，係採取分段方式計算任職年資，仍未明確規定公立學校教職員重行退休年資應與前次退休年資合併計算其年資之最高標準。

系爭條例第十四條僅規定退休前之任職年資與再任年資應分別計算，且同條例第五條第二項前段、第三項前段及第二十一條之一第一項均不能作為系爭規定之授權依據，而系爭條例施行細則又僅係依據同條例第二十二條概括授權所訂定，是系爭規定欠缺法律具體明確授權；且無從依系爭條例整體解釋，推知立法者有意授權主管機關就再任或轉任公立學校教職員重行退休年資是否合併計算其最高退休年資之事項，以命令為補充規定。系爭規定就再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過系爭條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限，對其退休金請求權增加法律所無

之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，自與憲法第二十三條法律保留原則有違。

為實踐照顧退休公立學校教職員之目的，平衡現職教職員與退休教職員間之合理待遇，有關退休後再任公立學校教職員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公立學校教職員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公立學校教職員與非再任公立學校教職員之退休給與有失衡之情形、是否基於整體公立學校教職員退休權益之公平與國家財政等因素之考量而有限制最高退休年資之必要等，均應妥為規畫，並以法律或法律具體明確授權之法規命令詳為規定。相關機關至遲應於本解釋公布之日起一年內，依本解釋意旨，檢討修正系爭條例及相關法規，訂定適當之規範。屆期未完成修法者，系爭規定失其效力。

聲請人之一認最高行政法院九十九年度裁字第一八一七號裁定及臺北高等行政法院九十九年度訴字第一００號判決，所適用之銓敘部九十年四月十日九０退三字第二０一０七五七號書函（下稱系爭書函），有牴觸憲法第十八條及第二十三條規定之疑義，聲請解釋。查該聲請人曾就上開臺北高等行政法院判決提起上訴，經上開最高行政法院裁定，以未具體指摘原判決違背法令，上訴不合法駁回確定，是應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決，合先敘明。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。另一聲請人認系爭條例施行細則第十九條第一項規定，有牴觸憲法第十五條、第二十三條及第一百七十二條規定之疑義，聲請解釋部分，核其聲請意旨，尚難謂客觀上已具體敘明該規定究有何違反憲法之處。是聲請人等上開聲請，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

部分協同意見書　　大法官李震山　提出

公務人員領取退休（職、伍）給與後再任者，於計算其重行退休年資時，究應在現行齊頭式的三十年或三十五年上限下，(註一)「分別」或「合併」計算其前後服務年資之有關規定，除影響擇領月退休金或一次退休金之決定而關乎退休金多寡的財產權外，又因退休之贍養而涉及最低生存尊嚴的生存權，更可回溯影響當事人應否重行投入公職的生涯規劃，至關職業選擇自由及人格自我發展權，對實現公務人員服公職權利有重大影響，自非細節性或技術性事項，應以法律定之。縱然得以命令定之，法律授權亦應具體明確且命令內容不能逾越母法規定，方符合憲法法律保留原則。類似案件早經本院釋字第六五八號解釋在案，本件再為雷同之解釋，為確保聲請人基本權利，本席敬表贊同。惟針對相同內容之規範重行解釋，以及解釋之中未附理由地將應保障的基本權利從「服公職權」轉換為「財產權」，均有再闡明的必要，爰提本意見書，敬供參考。

壹、本件解釋與本院釋字第六五八號解釋大多重複，原因有多端。相關制度與思維若不更迭，類似浪擲並虛耗國力的戲碼，將一再重演

本院曾於民國九十八年四月十日作成釋字第六五八號解釋，認不應以法規命令（按指：公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定（註二））規範重行退休年資計算事項，並認該細則：「欠缺法律具體明確授權；且其規定內容，並非僅係執行公務人員退休法之細節性、技術性事項，而係就再任公務人員退休年資採計及其採計上限等屬法律保留之事項為規定，進而對再任

公務人員之退休金請求權增加法律所無之限制，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力。」主管機關因而提案修法，並於民國九十九年八月四日修正公布公務人員退休法第十七條第二項，明定「再任公務人員」之退休年資應「合併計算」前後服務年資。（註三）但這只是「頭痛醫頭」之舉措，因為完全比照該遭違憲宣告細則而規定之學校教職員退休法施行細則第十九條第二項並未同步修正，（註四）且續為教育主管機關執法及行政法院審判的依據，因而引起爭議。釋憲聲請人於提起復審、行政訴訟經判決駁回確定後，同樣內容的細則再度成為釋憲客體。推一下才動一下的本位被動心態下，爭議究將伊于胡底！

針對上述是非，依素樸的法感也不難判斷，卻仍勞動本件解釋依本院釋字第六五八號解釋之樣畫葫蘆，縱然葫蘆裏的膏藥已被抽換，解釋的結果仍然相同，復指摘該施行細則之規定：「對退休金請求權增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，自與憲法第二十三條法律保留原則有違。」何以會陷於如此既擾民又浪擲社會成本、虛耗國力的窘境，顯然在司法制度下存在著一部「權力絞肉機」，不容分辯地執行一貫的威權。而該機器早在有關公務人員退休金釋憲之本院釋字第一八七號及第二０一號解釋就發過威，即「甲判例被宣告不再援用，那就援用與甲判例意旨雷同的乙判例，你奈我何」之案。（註五）針對此種狃於寧願維繫既有不正法秩序，吝於追求法實質正義的思考慣性痼疾，本席向來就不以為然，亦曾多次為卸除「共犯結構」的道德愧咎表明立場，（註六）奈何猶如犬向空山吠，此次再鳴不平，也只能求得內心短暫的寧謐。

單就違憲審查而言，若只在形式上宣告命令違反法律保留原則而違憲，並未另再具體指出其內容有何實質違憲之處，亦是造成前述糾結的重要原因之一，因為主管機關往往原封不動地將命令挪移到法律，其他一切照舊，船過水無痕。有鑑於此，本院釋

字第六五八號解釋在解釋理由書末段就有相當的提醒，（註七）表面上是尊重立法形成自由，實質上有違憲警告之意，惟該諭知並未受到正視。其原因可能是出自，不同的法令主管機關各自為政，彼此不便越俎代庖，乃至不擅於共採包裹方式提出法律修正案，藉以同步修改相關法令，畢其功於一役。公權力缺乏憲法整全性理念在先，對釋憲效果不尊重在後，機關相互間職務協助精神不足，常生割裂適用法律的矛盾現象，也就見怪不怪。（註八）若需大開大闔，實有針對基本權利保障事件，慎重考慮引進德國「憲法訴願」(Verfassungsbeschwerde)制度的必要性。（註九）就以本件解釋為例，透過「憲法法院」方有可能針對原因案件爭議問題的總源頭，（註十）包括「三十年或三十五年退休年資上限」；「基本權利主體的定位」，例如：服務於公立學校的工友、未具公務人員任用資格的學校職員、經國家考試及格任用之學校職員、學校教師等；以及公營事業員工轉任公務員或教職等有關服公職權保障範圍之憲法爭議問題，直搗黃龍地表示違憲審查者的見解，以彌補專業法院習依「法律」審判而非依「憲法」審判所產生的漏洞，標本兼治地解決問題，以免人民在司法分工的空泛預設下，機關間互踢皮球，致所有風險皆加諸在事件當事人身上的不公現象一再發生。（註十一）

貳、針對本件解釋未附理由地將應保障的基本權利從「服公職權」抽換為「財產權」，「承先」之餘究能發揮多少「啟後」的功效，本席甚感懷疑

在「特別權力關係」理論昂揚而暢行無阻的年代裏，就公務人員請領退休金爭議釋憲案，本院釋字第一八七號與第二０一號解釋，憑藉「有權利即有救濟」的法理，矢志突破「禁止公務人員司法救濟」的桎梏，而僅概括指稱：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利」。前輩大法官在解嚴前，憲法保障人權之理論與實務相對貧乏的環境下，能因陋就簡先求有「訴訟權」再求基本權利保障體系化的策略，

縱未指明依附「訴訟權」所應保障之權利屬性，已屬難能可貴而瑕不掩瑜，並不會動搖本席對該等解釋在釋憲史上正面評價的定見。解嚴之後，本院方於釋字第二六六號解釋補充指出，公務人員請領退休金的限制「影響人民之財產權」，並於該號解釋出現「服公職權」與「財產權」雙軌併列的情形，已可觀察到公務員權益保障春風解凍的跡象。（註十二）至就「降低原擬任官等」事件同時涉及公務員身分保障與薪資給付多寡的情形，本院釋字第三二三號及第三三八號解釋，則一併以「於其憲法所保障服公職之權利有重大影響」含括之，有效擴大公務人員權利保障空間。到了公務人員脫離「義務凌駕並淹沒權利」而跨入「後特別權力關係」的時代，本院釋字第四八三號解釋開始引進「憲法上服公職權利所受制度性保障」，並於釋字第五七五號解釋稱：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」釋字第六０五號、第六五八號解釋隨後跟進。該種演變趨勢，很明顯地將公務員權利保障由點擴大至面、由個案隨機轉變成通案制度、使服公職保障部分客觀功能主觀化，而將公務人員法制改革推到浪頭上，居功厥偉。

於上述期間，在釋憲者理據的奧援下，各界同步開展軍、公、教、公營事業員工、技工、工友等之服公職權權利主體定位工作，以及公務員定義的分殊化、服公職權保障範圍的精確化，填補國家功能快速遞嬗所生法制不備之空隙。該正面而蓬勃的發展，確有助於公法領域中公務員法制脈絡化、體系化的建立，而「公務人員保障法」的制定及「公務員懲戒法」的修訂，皆與此發展趨勢有密切關係。豈料，本件解釋多數意見倏然以「財產權」取代「服公職權」作為審查對象，回到「特別權力關係」時的原點，不顧多年累積成果，未體察情勢變更、保障意識高漲的人權內涵理論專精化現況，大有捨棄原有方向而另起爐灶分道揚鑣之勢。長期奮進的努力若戛然止於本件解釋，「服公職權」將分別被財

產權、生存權、工作權、人格權、人性尊嚴等零碎化，而有歸於無形之虞。大多數同仁率然的決定，除令本席有「今是昨非」的現實錯愕感受外，亦曾一度陷入「眾人皆醒我獨醉」的自我困惑之中。復經努力思索，仍找不到合理的憲法理論，說服自己去同意多數意見。

憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」第十八條規定：「人民有應考試服公職之權。」暫且不論「服公職權」是否需以「應考試權」為前提的爭議問題，茲就「服公職權」保障範圍所及的「身分保障權」言，是與工作權及其內含的職業選擇自由本質無異；至就「服公職權」所保障的俸給、退休金給與等權，則與生存權、財產權內涵難有重大區別。顯見，憲法第十八條的服公職保障若失去第十五條的生存、工作、財產等核心內涵，將成有體無魂的空洞規定。由此推知，憲法第十八條是具問題意識地在一般人民之外，特別為與國家產生公法上職務忠誠關係，而衍生國家對公職人員生活照料義務所特設的規定，並使「服公職權」與「財產權」產生競合。重點是於違憲審查時，究應將何者列為優先審查對象，自應有所本，其標準與要件並非不論因果而可隨興拈來。（註十三）

茲參考德國 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger 兩位教授合著，具指標意義的國家法(Deutsches Staatsrecht)教科書第三十二版，於論及基本權利競合(Grundrechtskonkurrenz)時，舉出甚多德國聯邦憲法法院見解為佐證後，認為應優先審查「特別基本權利」(spezielles Grundrecht)，並就如何分辨「特別」(Spezialität)要件，借用刑法學的競合理論；即當一基本權利的構成要件，含括另一基本權利的構成要件，尚還存立其他構成要件時，則屬特別基本權利。（註十四）據此，「服公職權」相對於「財產權」，即具有「特別」性質無疑。再就解釋實益言，單從財產權切入之審查，既不能突顯出服公職權的特色，只會予人不願面對權利主體區辨困難致生駝鳥心態的印象。更有甚者，本件解釋針對「財

產權的保護範圍及限制」毫無著墨，說服力自不可能憑空獲得。反之，若從服公職權切入，除不會遺漏財產權的審查外，更將細緻化財產權在公務人員領域應有的保障範圍及限制界限，審查態度毋寧是積極審慎且負責的。何況本件釋憲聲請人之一，併同主張生存權、財產權與尊嚴受有侵害，而另一件之聲請人則始終陳明其憲法上所受侵害之基本權利，是「憲法第十八條服公職權所衍生之退休金請求權」，審查相需相成的基本權利，實不容刻意擇一或任意割裂，而是在擇定優先順序後兼籌並顧。立異並不足以鳴高，又何需劃地自限若此，實令本席費解不已！

叁、結論

以宇宙天體運轉為喻，繁多「釋字」依其重要性，分別扮演不離天體運行軌道的行星、衛星、慧星等角色，共同環繞在憲法這顆恒星下互串為星系。若個別星體運行被外力吸引而偏離軌道，將成為快速殞落的流星，吾人只能遺憾地欣賞其一時的閃鑠。釋憲理論若依循在基礎紮實及說服力足夠的憲法軌道上，解釋的成案經得起時間考驗的機率就愈大。惟本件解釋並未交代或著墨任何理由，就以「財產權」取代「服公職權」，並刻意刪除有關「細節性、技術性事項」的說理，（註十五）其所生輕率轉變的示範作用，難保不會因大法官成員變更而使前後解釋再變動不羈，若反覆偏離憲法常軌而遭致「大法官解釋像月亮，初一、十五不一樣」之譏評，對釋憲公信力毋寧又是一種斲喪。凡走過必留下痕跡，本席向來不敢小覷表面上水波不興的釋憲案，因為洶湧的暗潮就是逐案累積而成！

註一：民國 99 年 8 月 4 日修正公布之現行公務人員退休法第 29 條第 1 項規定：「公務人員在退撫新制實施前、後均有任職年資者，應前、後合併計算。但退撫新制實施前之任職年資，仍依原規定標準最高採計三十年。退撫新制實施後之任職年資，可連同併計，最高採計三十五年。任職年資逾三十五年者，其前、後年資之採計由當事人取捨。」民國 97 年 8 月 6 日修正公布之

公務人員退休法第16條之1第1項規定：「公務人員在本法修正施行前後均有任職年資者，應前後合併計算。但本法修正施行前之任職年資，仍依原法最高採計三十年。本法修正施行後之任職年資，可連同累計，最高採計三十五年。有關前後年資之取捨，應採較有利於當事人之方式行之。」

註二：公務人員退休法施行細則第13條第2項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）金基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本法第六條及第十六條之一第一項所定最高標準為限，其以前退休（職、伍）或資遣已達最高限額者，不再增給，未達最高限額者，補足其差額。」

註三：公務人員退休法第17條第2項規定：「曾依本法或其他法令辦理退休（職、伍）、資遣、離（免）職退費或年資結算核發相當退休、資遣或離職給與之公務人員、公立學校教育人員、政務人員、公營事業人員、民選首長及中華民國八十四年七月一日以後轉任之軍職人員與其他公職人員，於再任或轉任公務人員並依本法重行退休、資遣之年資，連同以前由政府編列預算支付退休（職、伍）金、資遣給與、離（免）職退費或辦理年資結算給與之年資合併計算，以不超過第九條及第二十九條所定最高採計年資為限。」

註四：學校教職員退休條例施行細則第19條第2項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限，其以前退休（職、伍）或資遣已達最高限額者，不再增給，未達最高限額者，補足其差額。」

註五：釋字第187號解釋指出：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，

在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。本院院字第三三九號及院字第一二八五號解釋有關部分，應予變更。行政法院五十年判字第九十八號判例，與此意旨不合部分，應不再援用。」依行政法院當時審判實務見解，該解釋中宣告「不再援用之判例」，並不能當然擴及與該判例內容雷同之其他判例，因而可再援用內容實質違憲的判例。本院釋字第201號解釋乃進一步指出：「公務人員依法辦理退休請領退休金，非不得提起訴願或行政訴訟，經本院釋字第一八七號解釋予以闡釋在案。行政法院五十三年判字第二二九號判例前段所稱：『公務員以公務員身分受行政處分，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，不能按照訴願程序提起訴願』等語，涵義過廣，與上開解釋意旨不符部分，於該解釋公布後，當然失其效力。」其實，肩負確保行政機關合乎憲政秩序行政職責的行政法院，並非不得就違憲的命令逕予排斥不用，本院釋字第137號、第216號、第407號等解釋參照。

註六：針對該種「法安定性」優於「法正義」理念支配下的產物，本席曾在本院相關解釋所提之意見書中，一再指摘其為不妥。尤其是最近作成的釋字第720號、第725號、第728號等解釋。

註七：其稱：「為實踐照顧退休公務人員之目的，平衡現職公務人員與退休公務人員間之合理待遇，有關退休後再任公務人員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公務人員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公務人員與非再任公務人員之退休給與有失衡之情形、是否基於整體公務人員退休權益之公平與國家財政等因素之考量而有限制最高退休年資之必要等，均須相當期間妥為規畫，並以法律或法律具體明確授權之法規命令詳為規定。相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正公務人員退休法及相關法規，訂定適當之規範。屆期未完成修法者，上開施行細則第十

三條第二項失其效力。」

註八：茲以與本件解釋原因案件有關的學校教職員任用資格問題為例，本院釋字第275號與第405號解釋均明確指出：「未經考試及格之職員僅得在原學校任職」，並宣告教育人員任用條例第21條第2項「並得在各學校間調任」之規定違憲。迄今已逾19年，該規定並未修正，不知在這段長期間內，相關機關如何適用已遭違憲宣告之法律而行政或審判，委實難以想像。

註九：德國人民提起憲法訴願的依據為聯邦憲法法院法第90條規定：「任何人得主張，其基本權利或在基本法第二十條第四項、第三十三條、第三十八條、第一百零一條、第一百零三條及第一百零四條所規定之權利，遭受公權力侵害，而向聯邦憲法法院提起憲法訴願。（第 1 項）對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於其他法律救濟利用之途已窮時，始得提起憲法訴願。在未用盡其他法律救濟途徑前提起憲法訴願，如具有普遍重要性，或因訴願人如先遵循其他法律救濟途徑時，將遭受重大或無法避免之損害時，聯邦憲法法院亦得立即加以裁判。（第2項）依據邦憲法規定，向邦憲法法院提起憲法訴願之權利，不受影響。（第3項）」我國是否應引進類似「憲法訴願」制度，向來有贊成與反對見解，且理由各異。不可諱言的是，若為人民基本權利保障的周延性與有效性，是引進該制度的「光」，但相對地大大增加司法負荷則是它的「影」，但可以肯定的是，要落實司法為民爭取人民信賴，而同時又要減輕司法負擔，恐怕需要大智慧。無論如何，是否引進德式「憲法訴願」的深入本土化學術研究，應受官方積極鼓勵，以免錯失時機。

註十：本件解釋原因案件係2案併同審理，其中1件係聲請人從民國46年10月8日至74年3月10日任公立學校工友職務計27年5個月，領取退職金後再任職同校編制內職員，迄98年1月16日辦理屆齡退休年資共計23年9月餘。聲請人深信在為學校奉獻一生，可在年老時依學校教職員規定辦理退休，以月退休金供給退休

後之基本經濟需求，豈知因法令變更及相關函釋類推適用，致使服務23年9個月後卻只能以7年6個月之年資辦理一次退休金。與該聲請人情形雷同之另一案件，當事人於提起復審救濟時，吳登銓、林昱梅、程明修三位公務人員保障暨培訓委員會委員，曾針對「本件復審人曾任工友之服務年資，多數意見認為應併計復審人再任公務人員年資，受退撫制施行前最後採計30年，前後合併最高採計35年規定之限制，復審人無法領取月退休金，僅得核給一次退休金15個基數，於法尚無違誤，應予維持。」之復審決定提出不同意見書。其係基於公務人員之照顧原則(Alimentationsprinzip)及平等原則，認為復審人無法享有領取月退休金之權利，「本會多數意見對本件復審案予以無理由駁回，容有法理未洽之處」，相關論理值得參考，詳見公務人員保障暨培訓委員會96公審決字第730號復審決定書，刊載，《考試院公報》，第27卷第6期，97年7月30日，第39-46頁。經併案審理之另1件則與首件情形類似，差別主要在於係由公營事業單位轉任教職之年資併計受有限制。聲請人並於聲請書中特別提及，最高行政法院95年判字第875號判決，針對由事業單位轉任公務員年資併計問題，勇於面對爭議解決問題令人讚佩，該判決直陳：「限制其最高年資，……，已逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍，損及再任公務人員重行退休時之權益，本院於審判案件時，自不受上開施行細則規定之拘束。」且年資併計上限事項，「核屬立法政策事項，涉及再任公務人員請領退休金之權利，似應由法律定之，以符法制。」亦值參考。由上可見，行政救濟機關並非沒有問題意識，但能本於權責於個案爭議中保障人民基本權利者，鳳毛麟角。

註十一：本席曾於本院釋字第682號解釋部分不同意見書（與許玉秀、陳春生大法官共同提出）之註3與註6，以及釋字第690號解釋不同意見書（與林子儀大法官共同提出）之「叁、一」處，表示贊同「憲法訴願」制度之意。此外，尚可重述本席

於本院釋字第705號解釋協同意見書結語中的一段話表明心跡：「綜上，在類似釋憲案件中，違憲審查者明晰的憲法意識，以及維護憲法價值的熱忱，益顯重要；若只冷漠地隱身於『司法分工』的保護傘下，尊重向來就鮮少積極審查命令是否違反法律或不常表示深刻憲法意旨的行政法院見解，久而久之，在河水不犯井水的心態下所形成的三不管地帶，正是成為人民對釋憲者失望，連帶流失對司法信賴所寄存之處，這些作為與態度的是非功過，都將靜待歷史作最後的裁判。」

註十二：釋字第266號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，……惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第一八七號及第二０一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，行政法院四十八年判字第十一號判例與上述意旨不符部分，應不再援用。」

註十三：本席曾於本院釋字第715號解釋部分不同意見書之「叁、一」處，認為應以職業選擇自由而非服公職權作為保障依據，因該號解釋係針對國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章之應考資格限制，報考人尚未進入國軍訓練或教育體系，難謂已受服公職權保障，但卻當然受職業選擇自由保障。本院釋字第626號解釋就警大招生簡章，亦係以平等受教育權為保障依據，並未認為尚未進入警大之報考人受服公職權保障。本件聲請人情形不同，既已擔任公職，又涉及公職年資併計與請領退休金問題，自應以服公職權為違憲審查之依據。

註十四：相關原文載於該書（2008 年）第 203 頁：「Spezialität eines Grundrechts liegt vor, wenn das speziellere Grundrecht alle Tatbestandsmerkmale eines allgemeineren Grundrechts enthaelt

und zudem noch mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal aufweist」;「Spezialität eines Grundrechts in einem weiteren Sinn liegt auch dann vor, wenn das speziellere Grundrecht nicht generell, aber im Einzelfall die Tatbestandsmerkmale eines allgemeineren Grundrechts mit umfaβt.」

註十五：針對此點，本席曾於本院釋字第682號解釋意見書（與許玉秀、陳春生大法官共同提出）中指出，「司法自抑或司法恣意」僅是一線之隔，同時亦表明「人權保障遇到權力分立」時，制衡因素的重要性。另於釋字第705號解釋協同意見書則表示，對法律保留背後的憲法根本問題不能視而不見，因為「只有真誠面對憲法問題，方能蓄積根本解決問題的能量」，立場已經非常清楚！

協同意見書　　大法官　黃茂榮提出

關於再任公立學校教職員重行退休年資計算案，本號解釋以：「學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定，欠缺法律具體明確之授權，對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」就施行細則不宜增加法律所無之實體事項的規定或增減人民之權利義務，否則即與憲法法律保留原則相違部分，本席敬表贊同。然本號解釋僅從「法律保留」此一觀點處理再任公立學校教職員重行退休年資計算之規範形式的問題，未從退休金實為勞務報酬之一部分的實質觀點，檢討退休金之性質、其給付與提撥之關聯、退休前後之任職關係的獨立性，以釐清退休金給付之最高基數限制以及退休後再任公務人員或公立學校之教職員之所

以成為問題的根本所在，誠屬可惜。爰此，本席以協同意見書就退休金給付之規制問題，提出意見，供為退休金制度將來發展之參考。

一、退休金之性質

退休金不是額外的恩給，與薪資同為勞動報酬的一部分，皆是雇主或國家對於勞工或公務人員、教職員勞務之對待給付的重要部分，二者互有朝三暮四或朝四暮三之消長的關聯。國家除基於社會安全政策，為確保人民退休後之最低生活需要，而有最低退休準備之提撥的干預必要外，並不適合過度介入退休金之高低及其最高基數的限制。其給付關係宜朝年金保險給付的方向規劃。只有在國民中有不能負擔最低年金給付之保險費的情形，其保險費始由國家負擔。其預算財源應來自從薪資課徵之所得稅。超出該部分的退休給付基本上皆應由國民，不論其為勞工、公務人員或教職員，透過契約，自由規劃。

二、退休給付與提撥之關聯

當將退休給付定性為年金之保險給付，其提撥自當以保險費的方式為之。從而退休給付之多寡，原則上取決於所繳納之保險費之高低，自保險費積累之本利和支應，其保險意義展現於全體被保險人退休後之餘命的長短：餘命長者，在生存中領取之保險年金總額較多；餘命短者，在生存中領取之保險年金總額較少，二者間互有相互調節之作用，而沒有如現制，介入退休金準備之提撥的必要。

三、退休前後之任職關係的獨立性

由於退休金的現制皆有與社會福利年金（國民年金）之機能混淆的因素，所以特別是在以國家為給付義務人之公務人員或公立學校教職員之退休給付，當由於退休準備金之財務管理的缺失，導致國家有依法或依約給付退休金之困難時，便衍生國家各種事後調整退休給付標準的情事，誘發國家信譽及世代利益之磨擦的疑義。例如本案所涉學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項規定，退休前後之任職年資應予併計，以利用最高基數之

限制來縮減退休人員之退休金請求權。

鑑於退休前後之任職關係有獨立性，退休後之任職關係並非退休前之任職關係的繼續。所以該項關於退休前後任職年資應予併計的規定並不是一個理想的解決方法。正本清源，關於退休金複雜問題之解決，還是首先要與國民年金之思維脫鉤，而後規劃：可以任由勞工、公務人員或公立學教職員自由選擇投保之年金保險給付。

協同意見書　　大法官　羅昌發提出

本件涉及公立學校教師及不具公務員身分之公立學校職員退休待遇限制問題。多數意見認為學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定（下稱系爭規定），欠缺法律具體明確之授權；係屬對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違。本席對其結論敬表同意。由於公立學校所聘用前述兩種不同身分人員受憲法上保障之理由未必相同，且其所涉法律保留原則之基礎是否僅為憲法第二十三條，亦有釐清之必要，爰提出本協同意見書。

壹、本件所涉及兩種不同身分人員

一、不具公務人員身分之公立學校職員：本件聲請人之一為在教育人員任用條例施行前所進用不需辦理公務人員或技術人員改任換敘，其職稱列入所服務學校或其附屬機構之編制，經主管教育行政機關核准有案，且屬編制內有給專任職員。此種人員不具公務員身分。

二、公立學校教師：本件另一聲請人為公立學校教師。依教育人員任用條例之規定，除公立學校職員之任用應適用公務人員

任用條例或技術人員任用條例外，其他教育人員（包括公立各級學校校長、教師、職員、運動教練、社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構研究人員），均受教育人員任用所定任用資格及任用程序之限制。

貳、憲法第十八條服公職權規定於本件之適用

一、服公職權之概念與範圍：憲法第十八條規定：「人民有應考試服公職之權。」此規定包括人民應考試之權及其服公職之權。其適用之前提為涉及「公職」之擔任；而其所規定「服公職」之保障，包括人民「擔任公職之權」及對服公職者賦予制度性保障。

二、就是否為「公職」而言

（一）符合憲法第十八條所規定「服公職」之「職位」範圍甚廣，但其職位須依法令設置：本院曾解釋憲法第十八條公職之範圍包括所有依法令從事於公務者。例如釋字第四二號解釋載謂：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」本院以往解釋，亦有以是否為相關法律所稱之公務人員，決定憲法第十八條之適用。例如本院釋字第四八三號及第六一一號解釋係將憲法第十八條之規定適用於公務人員任用法下之公務人員；釋字第四九一號解釋將該規定適用於公務人員考績法下之公務人員；釋字第五八三號解釋將之適用於公務員懲戒法下之公務員；釋字第六０五號解釋將之適用於公務人員俸給法下之公務人員；釋字第六一四號及第六五八號解釋將之適用於公務人員退休法下之公務人員。不論為各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者，其職位均係依法令而設置。

（二）職務之主要內涵須為參與公務（即有關國家之治理事項及其他公共事務）：本院釋字第五八三號解釋載謂：「人

民有服公職之權，旨在保障人民得依法擔任一定職務從事公務」。釋字第七一五號解釋亦謂：「人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利。」本席在本院釋字第七一五號解釋所提之意見書曾對服公職之概念予以論述：世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights)第二十一條第一項：「人人有直接或通過自由選擇的代表參與治理本國的權利。」(Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.)第二項：「人人有平等機會參與本國公務的權利。」(Everyone has the right of equal access to public service in his country.)另公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR))第二十五條（參政權）亦規定：「每個公民均應享有下列權利與機會，不分第二條所列情形（按即：不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何差異），且不受不合理的限制：……(c)在一般的平等的條件下，參與其本國公務。」(Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: … (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.)此等「參與治理本國」之權(the right to take part in the government)及「參與本國公務」之權(the right of access to public service)，在我國憲法體制下，部分屬於憲法第十七條之參政權；部分屬於憲法第十八條之服公職權。其保障之範圍為「國家治理」及「國家公務」；內涵較接近本院釋字第四二號解釋所界定之「依法令從事於公務者」。

（三）公立學校教師之工作性質與國家之治理事項及其他公共事務有別：教師之工作在於從事相關教學研究，為國家培育人才。基於憲法第十一條講學自由之規定，大學教師之學術自由，受制度性保障（本院釋字第三八０號及第四五０號解釋參照）。由於教育對象與目標不同，高級中學以下教師與大學教師所享有之學術自由程度固未必完全一致（例如高級中學以下學校教材之採用，有較多之限制），然其教學內容及方式，以及社會價值與公益理念之傳遞，仍應有相當程度之自由，並在憲法第十一條下，受制度性保障。另依教育基本法第八條第一項之規定，對於各級學校教師，亦應尊重其專業自主權。教學工作係教師基於其學術訓練及專業知識與良知，以自主之方式，對學生傳道、授業、解惑，與國家事務之治理、決策與執行過程，應尋求人民之廣泛參與者，有本質上差異。故公立學校教師之職務，並非憲法第十八條規範及保障對象之公職。但如後所述，由於公立學校教師資格及任用過程均嚴格以法律訂定，其工作之重要性並不亞於公職人員，在待遇上自應比照公職人員所享有之制度性保障。

三、就保障人民「擔任公職之權」而言

（一）憲法第十八條保障人民得透過擔任公務職位，參與國家治理或其他公共事務。法制健全之後，人民擔任公務職位均係依法定程序為之；例如以應公務人員考試之方式擔任公職。依本院釋字第四二號解釋所示，各級民意代表，亦屬憲法第十八條公職之範圍。故擔任此種公職，係透過選舉程序為之。本院解釋曾有以職位之任命程序及職務之內容，決定是否屬於憲法第十八條所稱之公職。例如本院釋字第七一五號解釋即謂：「志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、

任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。」

（二）人民固多係依法定之任用程序擔任一定職位，以參與公共事務，但憲法第十八條並未要求特定之任用程序。在法制健全之前，倘人民擔任公職並非依法定方式為之，只要其職位屬公職之範圍，亦應有憲法第十八條之適用。

（三）就此而言，不具公務人員身分之公立學校職員所參與者屬於公立學校之管理事項，故為公務；此與具公務員資格之公立學校職員所參與者為公務，並無不同。雖其係在法制健全之前（即教育人員任用條例施行之前）所進用，而未經公務人員或技術人員考試等法定程序予以任用，然其職位既屬公職，且現行法律亦承認其地位，故甚難謂其不受憲法第十八條之保障。多數意見並未論及此種職員受憲法第十八條保障之情形，本席認為有補充說明之必要。

四、就服公職受制度性保障而言

（一）憲法第十八條所規定服公職之權，包括對公職人員制度性之保障：本院諸多解釋（如釋字第五七五號、第四八三號及第六０五號解釋）一再闡明，憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。故服公職者相關權利之保障（包括本件所涉退休金及其計算問題），屬於憲法第十八條規範與保障之範圍。

（二）公立學校教師應透過憲法第二十二條比照公職人員權利之保障：本席在本院釋字第七０七號解釋所提之意見書中曾表示：「公立學校教師與公務人員在性質上及諸多法律適用上，雖多有不同，然兩者間亦有甚多類似之處。公立學校教師與公務人員之任用者均為國家；兩者

在任用前均須經相當嚴格的考試或甄選程序；兩者均須具備相當高門檻的任用或聘用資格（實際上，公立學校教師之聘用條件及資格，並不低於一般公務人員）；且兩者均擔負國家職務（公務人員服務國家，並依法履行其職責；公立學校教師在培育國家人才，責任重大）。實際上，軍公教人員在法律規範上，亦曾一體化；其後由於公務人員與教師各有其特殊性且基於尊師重道精神，而使其待遇及保護，在法律層次上，予以分殊化。然由憲法角度而言，公立學校教師，毋寧為一種特殊的公務員類型。公務員諸多法規雖未必均適用於公立學校教師，且公立學校教師在憲法上的保障雖未必高於一般公務人員，然亦絕無低於一般公務人員之理。」「本院釋字第六０五號解釋載謂：『憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障（本院釋字第五七五號、第四八三號解釋參照），惟其俸給銓敘權利之取得，係以取得公務人員任用法上之公務人員資格為前提。』依此解釋，公務人員俸給銓敘權利之取得，係以取得公務人員任用法上之公務人員資格為前提。公立學校教師並非取得公務員任用法上之公務人員，故公立學校教師未必可直接適用憲法第十八條有關人民有服公職權利之規定；且其非釋字第六０五號解釋所直接涵蓋之範圍；故難直接由憲法第十八條得到教師亦應受制度性保障之結論。然本席認為，應可透過憲法第二十二條『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』之規定，使公立學校教師在憲法上的地位及保障，不低於一般公務人員所受之憲法上所要求的制度性保障。亦

即，基於類似情形應受類似保障的基本法理，應以憲法第二十二條為基礎，使公立學校教師之俸給與銓敘等權益，亦受法律層次的制度性保障。如未能使公立學校教師權益受法律層次的制度性保障，則應與憲法保障人民權利之意旨有違。」本席仍持此項見解，認為公立學校教師之待遇（包括退休金及其計算等），應透過憲法第二十二條之規定，比照憲法第十八條對公職人員制度性保障之內涵，予以保障。

參、憲法第十五條保障工作權規定於本件之適用

一、憲法有關人民工作權之保障並不限於民間工作：憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，其內涵包括選擇職業之自由及執行職業之自由（釋字第五八四號、第六八二號解釋參照）。憲法第十五條所稱之工作，並不限於民間工作；政府職務（包括文、武職之公職），亦屬該條所稱「工作」之一環（本席於本院釋字第七一五號解釋所提意見書參照）。

二、服公職權與工作權之「競合適用」或「累積適用」關係

（一）本席於本院釋字第七一五號解釋所提出之意見書曾表示：「在具體個案中，涉及工作權者未必涉及服公職權；例如限制人民擔任計程車司機，屬於對人民工作權之限制，但與服公職權無關（此種情形無『競合適用』或『累積適用』之問題）。然涉及服公職權者，基本上均與工作權有關……。故在擔任公職之情形，將產生憲法第十八條（服公職權保障）與第十五條（工作權保障）之『競合適用』或『累積適用』關係……。本院以往解釋曾提及憲法第十八條之服公職權亦『關係』或『涉及』人民工作權。例如釋字第二六八號解釋謂：『憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權。人民依法參加考試，為取得公務人員任用資格或專門職業及技術人員執業資格之必要途徑，此觀憲法第八十六條規定甚明。此種

資格關係人民之工作權，自為憲法所保障之人民權利，不得逕以命令限制之。』釋字第四九一號解釋謂：『憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權……。』然此等解釋並未提及服公職權如何『關係』到人民工作權或如何『涉及』其工作權，且未釐清此二憲法條文之間究應如何適用。」本席在該意見書提出：「應依『公職』之性質，以決定究應以服公職權或工作權之審查標準為依據。如某一職務之政治性較高（如政治性任命）或其職務係依選舉產生，則應較著重服公職之權。於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬競合適用關係。其職務之性質較著重參與國家之治理及公共事務之參與；工作權並非其職務之主要性質；故應重於憲法第十八條服公職之保障，自應僅依一般必要性原則加以審查。然如某一職務之政治性較低且非依選舉產生，雖人民參與該職務仍屬服公職之範圍，故依憲法第十八條之規定應確保人民之平等及合理參與機會；然其更屬人民選擇職業之自由，而受憲法第十五條之保障；於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬累積適用關係，故應同時符合此二條規定之要求。在依憲法第二十三條審查限制第十八條服公職權之法令時，應確認其限制符合一般必要性要件；在依第二十三條審查限制第十五條工作權之法令時，如涉及對主觀條件之限制，應提高審查標準，而應確認其限制符合重要公共利益。至於職務之政治性高低，則應依其任命方式、職務內容、參與政府決策之程度等因素個案認定。」

（二）本件情形涉及公立學校職員，其職務之政治性較低；故在審查法令對其退休權利之限制時，應累積適用憲法第十八條有關公職之制度性保障及第十五條有關工作權

之保障。惟本號解釋僅觸及法律保留原則之違反，而未處理系爭規定有關合併計算之最高標準，是否與工作權及財產權之保障或與公職人員制度性保障之意旨有違。另就公立學校教師而言，其職務無涉政治性，故除比照憲法第十八條之制度性保障外，亦應有憲法第十五條工作權保障規定之適用。

肆、本件法律保留原則之基礎容有討論餘地

一、憲法有關法律保留原則之依據

（一）憲法直接或間接提及法律保留原則者有二：其一為憲法第十九條所規定「人民有依法納稅之義務。」該條一方面係對人民課以納稅之憲法上義務；另一方面則要求國家在對人民課以納稅義務時，必須依法律為之。其二為憲法第二十三條所規定：「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、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」依後者規定，限制憲法所列各項自由權利之前提，為須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）；如非以法律為之，無論其對人民自由權利之限制理由如何正當，仍無法通過憲法第二十三條之檢視。

（二）本院解釋就「涉及公共利益之重大事項」額外創設之法律保留原則之類型：釋字第四四三號理由書載謂：「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。」釋字第六一四號解釋亦謂：「給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第二十三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者，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。」依此等解釋的結果，縱非屬限制憲法上人民基本權利之情形，然如涉及重大事項，仍應有法律保留原則之適用。此法律保留原則之適用，並非依據憲法第二十三條之要求而來，而係基於法治國原則所應有之結論。本席在本院釋字第七０七號解釋所提之意見書認為：「究竟何種事項屬於公共利益或重要事項，較易產生疑義。例如涉及全國退休公務員優惠存款之事項，由於涉及人數眾多，且又涉及財產給付，故在此等解釋之推論下，即有可能被認為屬於重要事項而必須立法規範。」

二、本件多數意見僅以憲法第二十三條之法律保留原則為基礎，有商榷餘地

（一）多數意見認為：系爭規定係增加法律對前述人員退休金之權利所無之限制，與憲法第二十三條法律保留原則有違（見本號解釋文及理由書第三段）。而未同時基於其「涉及公共利益之重大事項」，認為屬於法律保留之範圍。

（二）不具公務人員身分之公立學校職員人數未必眾多，但因其退休待遇屬於憲法第十八條「制度性保障」之範圍，自屬涉及公共利益之重大事項。另就公立學校教師而言，由於其人數眾多，且在待遇上又應透過憲法第二十二條比照憲法第十八條給予制度性保障，自更屬於公共利益之重大事項。本件自應同時以限制此等人員退休金給付合併計算之最高標準，涉及公共利益之重大事項，而宣告違反法律保留原則。

部分協同部分不同意見書　　大法官蘇永欽　提出

本件解釋以學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項規定已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重

行退休時，其退休金基數或百分比應連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，不得超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定的最高標準，欠缺法律具體明確的授權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，已構成財產權的侵害。和本院六年前通過的釋字第六五八號解釋審查公務人員退休法施行細則第十三條第二項的規定，可說異曲同工，結論也都認定與法律保留原則有違。但比較其論述即知，在作為審查基礎的基本權上，從服公職權改為財產權，在法律保留原則的審查上，也明確揚棄了施行細則只能對母法作細節性、技術性補充的限制。且未如更近的釋字第七二三號解釋那樣恣意擴張「絕對」法律保留（國會保留）的範疇—連有關請求權時效事項都要求只能以法律直接規定，就此部分，因理由書未作任何說明，本席即以第一、二兩段略作論理上的補強，是為協同部分。但本件解釋雖已把法律保留原則的審查限縮於有無具體明確的授權，因其採取明顯較為嚴格的標準，最後仍導出違反該原則的結論，就此本席終究還是無法贊同，第三段即再簡單剖析不同意的理由。更大的問題則在於解釋規避了實質的爭議，一如釋字第六五八號解釋，在確認細則的規定違反了法律保留這樣一個形式、程序的原則之後即默然無語，把合併計算有無違反平等原則這樣實質的基本權爭議丟給立法者去決定，聲請人將很難據以得到任何救濟，倒還不是主要問題。在原因案件已經具體反映此一實體憲法問題後，作為釋憲者的本院仍不作實質審查，究竟是有利分權、尊重立法的合理自抑，還是不合理的延滯終局憲法判斷的作成，不利於人民基本權的保障，本席實有深刻的疑慮，因此特以第四段對於此一先後被釋字第六五八號及本件解釋規避的核心問題，提出看法。

一、服公職權的制度性保障無法涵蓋所有主觀服公職權範圍，此所以不論教師是否為主觀服公職權所及，在審查得否合併計算年資的退休保障時，都只能以涵蓋更全面的財產權為審查基礎。

同樣處理退休金年資上限規定，就再任或轉任而重行退休的情形如何計算的爭議，釋字第六五八號解釋因為處理的是兩段公

務員的年資，在憲法第十八條「公職」的涵攝上向無爭議，因此就延續始於釋字第六０五號解釋，繼之以釋字第六一四號解釋的服公職權新論述，即把有關公務員身分保障事項，也就是客觀的制度性保障一併納入服公職權的規範意旨，不再以主觀的「參與」公職為限，相較於過去對公務員保障制度的違憲審查也和其他人員一樣以財產權為基礎（如釋字第三一二、四三四、五二六等號解釋），在體系上無疑更可凸顯憲法保障服公職權的完整內涵。但到了本件解釋，兩個原因案件涉及的兩段退休法律關係，不再是單純的公務員退休後「再任」公務員的退休（設若以A代表公務員，再任公務員的法律關係實為單純的A1與A2），而是在法律定位有一定差異的兩段退休法律關係，在聲請人林靜子的情形為從公立學校的工友退休後轉任學校編制內職員而至退休（即B與A），聲請人呂阿福的情形則更是從國營事業人員退休後轉任公立大學教師至退休（即C與D）。這樣的差異會不會影響服公職權的涵攝，乃至是否違反法律保留、平等原則的判斷，自應詳為斟酌。

本席在釋字第七一五號解釋提出的意見書中，已對憲法第十八條的服公職權主體不以考試任官者為限，而還包括通過選舉（釋字第一五號、第四二號、第二九０號、第四六八等號解釋）或依憲法所為政治任命（釋字第三八七號解釋）者做過分析，但認為該號解釋最重大的突破，在於首度肯認在憲法明定的各種服公職管道外，還可能存在其他服公職權的主體，也就是非通過選舉、政治任命，迄今也未通過國家考試即可出任的常業軍職。意見書也從此一基本權的系譜認為服公職權可簡單定性為「人民參與國家公權力運作之權」，並與德國基本法第三十三條第二項、世界人權宣言第二十一條第二項、公民與政治權利國際公約第二十五條第三項所規定者大體同旨，其規範重心在於保障人民有平等參與統治權運作的機會，並只能依客觀、無私的標準擇優選任。沒有進一步探究的是，服公職權的主體是否還能擴張到其他

與公共事務密切相關的職業，如教師、公證人或受委託執行檢驗的人員等。此一問題在現代國家的角色及其與社會的關係一變再變，公權力以各種面貌分散在不同組織和個人手上後，確實已經變得特別迫切：當人民只在一時或一事上成為國家左右手時，憲法是否也要和永久且身分上即為國家左右手的公務員同視？如果仍把公職權的主體限縮於常業文官體系的成員，忽略社會參與公共事務，以及行政趨於多元，乃至公私就某類事物為緊密合作的事實，而僅以一般的平等原則去規範人民參與此類公共事務，無疑將使憲法保障人民服公職權背後藉著具體建構人民「主動地位」(status activus)來落實主權在民原則的深意逐漸削弱。但也正因為國家與社會功能的交錯，在本屬人民自由參與的工作權領域，不能僅因活動範圍有一定的國家因素即一律轉而成為公職權規範所及，對於民間社會的自主動能反而會有不利的影響，因此儘管服公職權的主體逐漸擴散，不再過度拘泥於傳統的、形式的定義，但以德國為例，對於每一次擴張還是經過相當審慎的權衡。以承擔教育工作的教師而言，德國迄今也還不認為其屬公職(öffentliches Amt)的一種（大學則因其公法人化而使作為主要成員的教授例外被認為是一種公職）。我國是不是要把教師當成一種公職，同樣需要深入的論證，不宜僅因其高度的公共性，即輕易認定—雖然無關高權行使這一點也不當然即可排除其屬公職的可能性。

惟無論如何，本席認為在作是否公職的定位時，必須區隔主觀服公職權和對該服公職權的客觀制度性保障，後者在我國憲法特以考試專章規定由具有憲法機關地位的考試院職司公務員的各種事項，一方面課予考試選任的常業文官特別高的義務和責任，另一方面又給予最完整的福利和保障，因此在因應社會變遷而逐步擴張主觀服公職權「參與」面向之際，其正當性並不能延伸到參與之後的制度性保障，比如對接受行政委託或擔任行政助手者也給予完整的公務員保障，其理實已甚明。卻也正是基於常

業與保障之間的不可分割性，本席才會在釋字第七一五號解釋的意見書中對於該解釋既肯認常業軍人為公務員的定位，又未能如釋字第二七八號、第四０五號解釋那樣，堅持此類人員也應通過國家考試才能任職，且對於其所受保障不像常業文官那樣完整，也有正視的必要。反之，如果只是單純主觀服公職權的擴張，憲法僅對其參與的開放性有所要求，還未達到必須提供制度性保障的程度，則仍不能從服公職權推導出國家的保障義務。德國基本法在第七十三條規定專屬聯邦立法事項的第一項第八款就刻意用不同於公職的「公務員」(öffentliche Dienst)概念來描述相關的制度性保障，也就是要限縮可受到完整保障的公職範圍。類此在涵蓋範圍上因規範目的而作區隔的例子，還可舉我國憲法第八十條和第八十一條的「法官」來說明，本席曾在釋字第七０四號解釋的意見書第三段有所剖析，指出憲法第八十條受到獨立保障規範所及的，在職業法官之外至少還包括了律師懲戒覆審委員會的非法官委員（釋字第三七八號解釋），以及規劃中未來可能依法參與審判的人民，甚至實授法官職之前的候補、試署法官都是如此，憲法第八十一條規定為強化審判獨立所設的制度性保障，解釋上就不能一併擴及此類人員。

由此可知，不論要不要把教師、工友等納入憲法第十八條保障的公職概念，至少就該條的制度性保障來思考，應該以狹義的常業文官為限。本件解釋看到了所涉人員與釋字第六五八號解釋不盡相同之處，大法官雖早已認知主觀服公職權並非全無擴張及於教育人員的可能，但憲法對公務員身分的制度性保障，在範圍上終不及於非常業公務員，所以才改以財產權為審查基礎的基本權，其背後的考量值得各界注意。

二、本件解釋不再輕易擴張「絕對保留」事項，且相對於在審查標的上最接近的釋字第六五八號解釋，本件解釋也明確揚棄了「細節性、技術性」的不當限制，使法律保留原則的操作更符合開放委任立法的憲法意旨。

本件解釋主要是對系爭施行細則作法律保留的審查，由於我國憲法對於國會授權行政部門作規範的補充—委任立法，並無明確的規定，本院解釋實務明顯受到德國基本法的影響，雖然兩國憲法就此有四個常被忽略的重大差異：第一，我國憲法並沒有像德國基本法那樣，對於各基本權得以何種方式加以限制，採列舉式的層級化保護。第二，我國憲法也沒有像德國基本法那樣對於委任立法作一般性的限制（德國基本法第八十條第一項）。第三，我國中央政府的分權非如德國那樣賦予唯一有直接民意基礎的國會較優越的地位，總統也有直接的民意基礎，最高行政首長則由其任命，因此行政部門創設規範應較德國的行政部門有更高的正當性。第四，我國的立法院職權行使法使委任立法一般性的採行「廢止保留」，因此也為行政部門提供了更大的造法正當性。就這樣的結構性差異，法律保留原則的操作不應該受到像德國那樣的層層拘束，更不要說比德國還嚴格。有關這個基本出發點，本席已經在多個解釋的意見書中反覆說明（請參釋字第七０七、七二三等號解釋），此處不復贅論。但整體而言，可從釋字第四四三號解釋理由書首次作的整理出發，該解釋大體複製了德國基本法所賦予法律保留原則的內涵，就基本權保障部分採層級化的保留，而對委任立法則要求授權應符合具體明確原則。如把前述四個結構性差異充分納入考量，即可逐步對委任立法的空間再予放寬。

很不幸的是，自釋字第四四三號解釋之後，本院有關法律保留原則的操作反而在多處呈現嚴重的不一致，而且整體趨勢不但不是放寬委任立法的空間，反而增加了許多連德國都沒有的限制。以最近的釋字第七二三號解釋為例，竟認為「不論其係公法上或私法上之請求權消滅時效，均須逕由法律明定」，不得授權行政部門訂定，比起涉及生命、人身自由等法益剝奪的刑法都還嚴格（釋字第五二二、六八０等號解釋可參），卻除了引據釋字第四七四號解釋的先例外，完全提不出來任何憲政法理的論證

（其詳可參本席所提不同意見）。另外一個影響更為深遠的則是對授權立法在內容上的一般性限制，也就是授權是否只能到執行法律的細節性、技術性次要事項，不容許把逾越細節、涉及政策的部分也交給行政部門決定？儘管釋字第四四三號解釋理由書對此已經作了相當清楚的諭知，釐清之前幾號解釋留下來的謎團，但在釋字第四四三號解釋之後，本院就這個問題表示的見解反而越來越亂，而且對於委任立法的空間也越縮越緊，以致本件解釋最接近的先例釋字第六五八號解釋，在對系爭命令為法律保留原則的審查時，即再次整理先例建立了下列的判準：「上開應以法律規定之退休年資採計事項，若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確。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命令為必要之規範，惟其內容不得牴觸母法或對公務人員之權利增加法律所無之限制（本院釋字第五六八號、第六五０號、第六五七號解釋參照）。」以如此狹隘的內容限制來審查，會得出違憲的結果實不足奇，人們可能也不禁要問，多如牛毛的法規命令，能通過這樣嚴格審查的又會有多少？這真的是我國憲法為規範行政立法分權，以及基於基本權保障有意加上的緊箍咒嗎？還有哪個現代國家會這樣限縮立法的授權(delegation)？

回到釋字第四四三號解釋，在此之前有關內容限制的解釋，首見於審查營業稅法施行細則的釋字第三六七號解釋所做的整理：「若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則。本院釋字第二六八號、第二七四號、第三一三號及第三六０號解釋分別闡釋甚明。」其後審查所得稅法施行細則的第四一五號解釋即已不見對授權內容作如此全面的限縮：「主管機關基於

法律概括授權而訂定之施行細則，僅得就實施母法有關之事項予以規範，對納稅義務及其要件不得另為增減或創設。」釋字第四四三號解釋對法律保留原則的全面整理，就所謂細節性、技術性事項更採取了完全翻轉釋字第三六七號解釋的立場：「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。」這段話放在「涉及人民其他自由權利之限制」，也就是最低法律保留層次之後，因此是連授權都可省略的「豁免法律保留」領域，換言之，本院當時總結了法律保留原則操作的經驗，試圖建立比較體系化的幾個層次時，是把細節性、技術性次要事項的訂定，當成必須法律保留的「下限」，一旦行政權可決定的內容低到此一層次時，根本已無需任何直接或間接的法律保留，屬於行政部門可以自己決定的範圍，與一年兩個月後通過的行政程序法有關行政規則的規定，正可呼應，且可從同一會期通過的立法院職權行使法有關一般性廢止保留的新規定，為真正的委任立法取得強大民主正當性的挹注。相對於前此釋字第三六七號解釋所持的以「細節性、技術性」規定為行政部門決定「上限」的立場，自可說是旋乾轉坤，顛而覆之。對於現代國家委任立法有研究者大概都會同意，此制的設計不能不防止行政部門凌越立法成為真正的立法者，但防弊一旦到了只許授權作細節性、技術性規定的程度，委任立法背後的功能妥適性分工，乃至因事、因時制宜的考量，已無任何空間，這樣的行政立法分工已經毫無意義。

令人扼腕的是，釋字第四四三號解釋的體系化努力，很快就被同屆大法官相互矛盾的操作稀釋掉，第四五六、四八0等號解釋又回到了以細節性、技術性補充為授權立法上限的說法，但同一屆大法官到了第五一九號解釋似乎又回了神，上限再被拉回成為下限：「惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，於符合法律意旨之限度內，尚非不得以行政命令為必要之釋示。」給人強烈的隨個案需要恣意為論證選擇的印象。因

此即使立法院依其職權行使法規定審查法規命令不認為有違反、變更或牴觸其議決的法律，本院只要認定其內容已逾越了細節性、技術性的範圍，而增加了法律所無的限制，在授權機關都已經放行的情形下，仍可強以解釋命其失效（釋字第五六六、五八一、六五七等號解釋可參）。千萬不要以為此一大幅限縮授權立法的解釋，影響力僅及於本院自己有限的審查案件，由於本院解釋對於各類各級法院都有拘束力，而任何法官在審理案件時，對於所要適用的法規命令也都可以作先決性的違憲審查，而於認定不符憲法意旨時得不予適用，各級法院受到本院解釋的影響，往往即僅以法規命令的規定已非細節性、技術性規定而不予適用，對於法秩序的穩定及執法效率所造成的傷害，實難以估計。還好本院有關授權內容限制的解釋，到最近幾年已明顯受到節制，比如釋字第七0五號解釋已明確的指出：「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」。從這個角度來讀與本件解釋標的十分接近的釋字第六五八號解釋，儘管結論相似，但在審查所用判準上並不相同，因此理由書雖未再次釐清相關法理，兩相對照即可明瞭。

換句話說，在法律保留原則的操作上，本件解釋有意的跳出了近年經常陷入的兩個重大誤區，至少已經回到釋字第四四三號解釋所標定的基本方向：第一，不像釋字第七二三號解釋那樣，把僅涉及財產利益的消滅時效規定都拉高到必須以法律直接保留的位置。對於顯然比後端時效規定更直接影響人民財產權的本權所受限制，本件解釋仍以其「須以法律定之或經立法機關具體明確授權行政機關以命令訂定」，即達到相對保留即可，並明確指示回到本院釋字第四四三、四八八等號解釋的先例，舉重以明輕，可說已經實質上捨棄了釋字第七二三號解釋的錯誤見解。第二，同樣處理再任、轉任的年資計算問題，本件解釋不再用「細節性、技術性」的內容限制進行審查，一如釋字第六五八號解釋，逕以系爭規定內容「並非僅係執行公務人員退休法之細節性及技

術性事項，而係就再任公務人員退休年資採計及其採計上限等屬法律保留之事項為規定，進而對再任公務人員之退休金請求權增加法律所無之限制」，即導出已與憲法第二十三條法律保留原則有違的結論。本件解釋明確跳脫了這兩個法律保留原則的誤區，對於委任立法的理論和實務自有重大意義，因此特為以上說明。但這樣的調整其實也只是回到原點，未來能不能再從我國憲法與德國基本法的結構性差異出發，為委任立法的合理空間作進一步的釋放，還有待更多的努力和觀念上的溝通。

三、本件解釋仍認系爭規定違反法律保留原則，是以較為嚴格的授權明確性標準審查的結果，相對於其他案件，此處採嚴格標準有何理由，實不得而知。如果回到一般的寬鬆標準，系爭規定應該沒有超越授權範圍。

本件解釋最後是以系爭施行細則在學校教職員退休條例欠缺具體明確的授權，因此對其請領退休金的權利增加了法律所無的限制，而認定違反了財產權的保障。授權具體明確原則的建立，始於釋字第三一三號解釋，當時僅針對法規命令中有罰鍰規定而設，要求「若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確」，到了釋字第三六七號解釋，標的已經擴大到所有基本權的限制，不一定要與裁罰有關，必須具體明確授權的事項也增加了「目的」:「如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法之所許」。由於法律保留原則的適用，依釋字第四四三號解釋的整理，不限於憲法第二十三條限制基本權的情形，還另包括給付行政措施中「涉及公共利益之重大事項者」，此類情形的法律保留同樣可以通過授權以命令來完成，這時也要遵循具體明確授權的原則（釋字第六一四、六五八、七０七等號解釋可參）。至此授權明確性原則已經適用於所有屬於法律保留的領域，更精確的說，只要允許相對保留，授權具體明確就是接下來必須遵守的原則。和德國基本法第八十條第一項針對所有委任立

法（不以法律保留情形為限）宣示的授權具體明確原則，雖還有段距離，但也差不了太多了。

不過正如一般的法律明確原則，需要明確到什麼程度，不能不考慮社會現實和文字的侷限，只有逐漸摸索形成可操作的標準（釋字第四三二、四九一、五二一、五九四、六三六、六九０等號解釋可參）。授權具體明確原則如果寬鬆的操作，只要屬於授權法規範直接間接所及的事項，且不違反該法可客觀理解的規範目的，被授權機關所做的補充規定，通常都不至於違反授權具體明確原則。但如果嚴格的操作，不僅目的、範圍和內容的宣示，授權條款必須在形式上達到一定的可認知度，實質上還需要對被授權者有相當具體的指示，僅留下有限的選擇空間。以這樣的標準去要求，對立法者無疑會增加不小的負擔，就現實法制而言，能通過嚴格標準審查的授權法有多少，恐怕就很難講。本院就此一原則的操作標準，最早區分出嚴格標準者為釋字第五二二號解釋：「至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」其明確性的判準為「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，提高標準的理由則是影響的法益重大。但這是針對母法有沒有作足夠具體明確的授權，所設的嚴格標準。本院審查的大部分案件則是針對被授權訂定的子法，審查的是子法規定有沒有超出授權，實際上是把違反具體明確授權的效果加諸子法身上。此時操作的標準又當如何？如果仔細比對相關的解釋即不難發現，本院一方面必須面對數量可觀的授權立法大多為概括性質，很難期待授權法逐一交代授權目的、範圍及內容的現實，另一方面又確有不少法規命令涉及裁罰，而使人民往往不留意即被下游的命令掃到，此類形式審查既不能陳義過高，以免影響委任立法制度的合理運用，也不能

過於妥協，致使人民有太高「誤觸法網」的隱憂，寬嚴之間，的確需要很審慎的拿捏。

第一件以授權具體明確原則審查法規命令的釋字第三九四號解釋，就選擇對形式的可認知度原則上採寬鬆的認定：「若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字；……建築法第十五條第二項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。」此一「整體推知，個別省略」的寬鬆判準，實際上幾乎解除了所有概括授權在形式上不夠明確的危機（釋字第四二六、四八0、四九七、五0六、五三八、五四七、五九三、六0六、六一二、六四三、六五一、六七六、七一0等號解釋可參）。沒能通過此一原則的審查的，大概都有特殊的原因。事實上第一件的釋字第三九四號解釋就是在形式要件通過寬鬆標準的審查後，因系爭規定可生撤銷登記證書的效果，具有行政處罰的性質，隨即又拉高了審查的標準，最後還是認定系爭規定欠缺具體明確的授權而應停止適用。其後類此者，尚有釋字第四0二、六一九、六三八等號解釋。換言之，當涉及裁罰規定時，授權條款就其授權目的、範圍及內容都要有較高的可預見性，以釋字第六三八號解釋為例：「如違反同一行政法上義務者有多數人時，其歸責方式，以按其行為情節之輕重分別處罰為原則（行政罰法第十四條第一項規定參照），若就其是否應負各平均分擔責任等歸責方式，有為不同於上開原則規定之必要者，涉及人民權利限制之程度，亦應另以法律或法律具體明確授權之法規命令為特別規定，始符合憲法第二十三條之法律保留原則。」雖無需達到釋字第五二二號解釋為刑罰所定的「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，

至少也要顯示立法者已有一定的規範意圖，使被規範者可以有所警惕。除了裁罰規定以外，近期的釋字第七一0號解釋又因涉及人身自由的剝奪，認為「如授權以命令定之，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」，從而認定「兩岸關係條例第十八條第六項僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法補充規定得暫予收容之事由。前揭強制出境辦法第五條之規定未經法律明確授權，牴觸法律保留原則」。此外，如果授權法在授權的內容上不作比較具體明確的指示，因為法律整體呈現的規範狀態容易造成誤導，使被規範者反而忽略了法規命令足以影響其權益的規定的存在，這時也應例外認為授權法有升高的具體明確義務。本席在釋字第七二三號解釋所提意見，針對健保法制下的請求權消滅時效規定如何以授權具體明確原則審查，即從此一角度肯認應提高審查的標準：「如考量行政程序法第一百三十一條第一項的規定：『公法上之請求權，除法律有特別規定外，因五年間不行使而消滅』，除已一般性的規定了五年時效期間外，並明確規定特別時效期間應以法律規定。此處在立法解釋上自不能排除立法者仍以委任方式為之，但縱令更長或更短的時效期間得以法規命令規定，並不當然違憲，在授權的明確性上恐怕已不能再用寬鬆的標準，否則一般的時效期間明定於立法院議決的法律，該法律又明確要求特別時效期間也以法律規定，則若立法者在此委任立法，應該就有升高的授權明確性要求，否則不啻誤導查詢相關法律者，以為沒有特別的時效規定。」

本件解釋審查教職人員重行退休時年資計算的規定其授權條款是否符合具體明確原則，既無關行政處罰，也無關人身自由的剝奪，為單純財產權的保障問題，而其整體呈現的規範狀態也不至於對系爭退休金計算問題發生任何誤導，因此採一般的寬鬆標準應該無誤。惟在實際審查時，並未就作為授權基礎的學校教職員退休條例去作整體推知，認定依其整體規範目的及規範事

項，是否可認為施行細則的規定仍在可預見範圍，而非已達到一般人會認為有突襲的情形，果如此即應認定其授權尚未欠缺具體明確。由於月退休金的給付在年資採計及額度上定有上限，已見於該條例第五條的規定，立法者也已預見少數再任而有重行退休的情形，可從該條例第十四條得知，則重行退休是否合併計算年資，是否仍如非再任者受到最高年資、額度的限制，在施行細則裡作進一步規定，無論採何種決定，都不能說其授權有欠具體明確，而系爭規定已逾越授權範圍。只有當提高審查標準時，才需要逐一檢視授權法的相關條文，有無對系爭規定的內容有何具體的方向指示（應否合併，是否同受上限），以避免被規範人如僅閱讀法律而忽略施行細則，其重大法益將受到不利。如果一般寬鬆標準的操作也都要深入到這樣的程度，回頭看過去以整體推知方法去審查的解釋先例，如釋字第四八０、五四七、五九三、六一二、六四三、七一０等號解釋，不論從被規範者對法規命令內容的可預見性之低，或法規命令相關規定內容的政策含量之高，都等同或遠超過本件解釋，應該無一可以通過審查，何以這些先例都被認定未違反授權明確原則，本件解釋反而無法通過審查？就舉同樣涉及退休金規定的釋字第六四三號解釋為例吧，授權法根本通篇未提退休制度！因此若要合理說明本件解釋所採的審查方式和審查結果，只能另外論證本件解釋涉及的是和裁罰規定或人身自由保護同等的重大法益，因此才會採高標準的審查，最後也才會推出授權有欠具體明確的結論。但這樣的論證顯然十分困難，即使認為這裡涉及的不只是一般的財產利益，而與人民服公職權的保障有關，而且本席剛好在釋字第七一五號解釋的意見中也確曾表明基於主觀服公職權攸關主權在民的憲法原則，其考選資格如授權以命令訂定，授權具體明確的標準也應提高，儘管該解釋最後僅採一般標準，並認定系爭考試簡章尚未違反法律保留原則，本席仍應一貫支持提高審查標準的少數見解。只是釋字第七一五號解釋涉及的公職考試確實在憲法第十八條所保障的

主觀服公職權範圍，此部分的提高標準是否意味其客觀制度性保障的部分也應以高標準審查，恐怕未必。故以此觀點來看釋字第六五八號解釋，所稱服公職權實僅為對公職人員的客觀制度性保障，無關主觀服公職權與主權在民的落實，以其重在保障財產利益的內涵能否與行政裁罰或人身自由的剝奪在法益權衡上等量齊觀，已經不無可疑，更何況本件解釋涉及的人員未必都能涵蓋於公職，也因此才會改以財產權作為審查基礎，已於第一節做過分析，此處更無理由以其涉及服公職權即主張應於審查授權具體明確原則時，一律採嚴格標準。

故本席無法認同本件解釋最後得出違反法律保留的結論，其整體論理主要還是依循釋字第六五八號解釋的先例，雖然在審查基礎上已經從服公職權改為財產權，在法律保留原則的審查上，也走出了釋字第七二三號解釋和釋字第六五八號解釋方法上的誤區，可惜最終還是沒有看到釋字第六五八號解釋在審查授權具體明確原則時選用標準的失衡，偏離了本院從釋字第三九四號解釋以來相當務實而一貫的解釋方法，因此才不能不正本清源的一次說清楚。整體而言，本院從引進授權具體明確原則到逐案實踐發展至今，不斷面臨要不要堅持形式主義的分權信仰，還是更深入體會民主憲政在此處必然要作的權衡，結果和美國處理委任立法在十九世紀初期建立的「禁止授權原則」(nondelegation doctrine)一樣，搖搖擺擺了兩百年，卻找到越來越多實際的理由否定禁止的必要，到今天為止真正被最高法院以此原則宣告授權法違憲而不用的，也只有兩個案例，實非無故。本席不能不擔心本院的解釋實務在法律保留原則的操作上，儘管在方法論的理論層次已經取得了一定的覺悟，但某種莫名的、源於論理怠惰的形式主義信仰仍如不散的幽靈恣意飄盪，實質的憲政主義反而離我們越來越遠。

四、本件解釋一如釋字第六五八號解釋，規避了平等原則的審查，無法以審查簡約主義來合理化。更因本件所涉再任工作的性質改

變，平等原則的審查更不容迴避。僅以法律保留原則作形式上的審查，既未回應聲請人的主張，也使立法者陷入解釋後仍無所適從的困境。

最後，本件解釋和前此的釋字第六五八號解釋一樣，其實是費了很大力氣去回應一個假問題：系爭規定有沒有超出母法的授權？卻迴避了原因案件確已暴露、聲請人也認真主張的真問題：把兩次退休的年資合併計算後置於一次退休者的年資與額度上限之下，有沒有違反平等原則？司法自抑可以是一種美德，但也只有當比較核心的爭議獲得處理後，再對其他問題做出任何判斷都不足以改變結果時，把這些可以留到其他案件再處理的問題擱置不決，既不影響求助司法者得到救濟，也可以讓更多人有時間考量更多事實和觀點而做出更符合公平的答案。反之，如果擱下實質爭議的理由，只是爭議法規範在產生程序上的瑕疵得到確認，而可排除其效力，這時反而因為沒有對主要的爭議做出判斷，不僅必須填補規範漏洞的立法者無法確定，只要排除立法程序上的瑕疵即可，內容上大可重來一遍？還是必須改弦易轍，否則仍可能因內容而再被宣告違憲？即使對「勝訴」的聲請人而言，系爭規定違憲的既只是形式的不足，要想據以請求法院以特別程序給予救濟，法院仍然欠缺實體的理由，結果還是白忙一場。

釋字第六五八號解釋和本件解釋對系爭規定在實質內容上有無違憲的疑義不作判斷，很明顯不是有意義的司法自抑，道理其實已經很清楚。釋字第六五八號解釋的原因案件涉及同一人兩段公務生涯退休年資的計算問題，行政法院甚至為此爭議舉行研討會，有從退休年資依據的是執行公職的法律關係，對於再任者採計的退休年資如把前一公職關係也強加進來，和非再任者相比當然是不平等。也有從同一人從事公務，如僅因中斷再任而可在年資採計上受到較小的限制，對於未中斷者顯屬不當的差別待遇。該號解釋未就此做出憲法判斷，法院即仍然莫衷一是。認定違憲的雖然是施行細則的規定，但其憲法瑕疵實際上是在母法授

權的不夠具體明確，則有義務排除該瑕疵的還是立法者，此時在解釋未就平等問題作成決定的情形下，排除了程序瑕疵的新法仍可能再度面對挑戰，而使本院在不久以後必須再度作成解釋。更不要說，聲請人在系爭規定失效後，仍然無法得到救濟。如前所述，釋字第六五八號解釋處理的兩段關係因屬再任而可用 A1 和 A2 來表達，本件解釋的兩個原因案件則都是改變工作性質的轉任，因此是差異更大的 B 和 A，以及 C 和 D，所涉平等原則的爭議，也可能會和釋字第六五八號解釋得到不同的憲法評價，本院繼續保持緘默的結果，實際上只會造成更大的混亂，絕對是司法的不完全給付，而非可以自抑來自我告慰的美德。

本席認為平等原則的審查，恆應從差別待遇的認定出發，然後才從實質平等的角度評價此一差別待遇是否已達到無法合理化的程度。差別待遇又有源於作為和不作為之分，前者指國家對條件相同的人民給予不同的對待，後者則指國家對條件不同的人民給予相同的對待。在前一情形，只要確認條件相同而待遇不同即可，後一情形必須認定國家有無應作為而不作為，容任不同條件者應得而未得不同的待遇。正因人與人間恆有各種不同之處，何時才構成不同條件而屬應得而未得不同待遇，即不像作為的差別待遇可直接認定，此類不作為的差別待遇實際上已經預設了「應得」的憲法評價，必須在作有無差別待遇的認定時，即先由司法者加以評價。本席在釋字第六九六號解釋的意見書中已就此類不作為差別待遇的認定方法表達過意見，簡單說即從反映民意的立法者對於何種條件的差異有其意義應有較大的裁量空間，本院則仍應就條件的差異從憲法觀點去作評價，肯認其差異是否更能落實憲法的價值。以釋字第六五八號解釋和本件解釋處理的爭議而言，聲請人從平等原則提出的疑義，都是從不作為的差別待遇出發，換言之，不是施行細則的系爭規定直接造成了什麼差別待遇，而是該規定應該區隔不同的退休法律關係卻未區隔，才間接造成了差別待遇。因此本院首先應該就聲請人主張的不同條件

去作第一次的評價，也就是這裡是否存在應區分而未區分的差別待遇，被指稱的不同條件是否在立法上加以區分更符合憲法的意旨？前面分析的A1/A2（再任），以及A/B和C/D（轉任），就可能出現都有區分必要、都沒有區分必要和僅其中之一有區分必要的三種答案，在確認有區分必要而未區分，從而有差別待遇存在後，才和作為差別待遇一樣，進入差別待遇有無合理目的及關聯的第二次評價，以做出是否違反平等原則的判斷。

從系爭規定是否違反平等原則的不同立場去分析即知，此處所謂的不同條件，有從職務關係的角度切入，認為再任和轉任之間有應予區分的差異，因此合併而一律適用同一基數上限，就是一種差別待遇。也有從承擔職務的人的角度切入，認為既是同一人，則再任和轉任之間的區分就不那麼重要，因此不存在應區分而未區分的差別待遇。可見當我們在關係和人的因素間，選擇何者放在較高的位置時，就會得到不同的評價。而再任和轉任之間又拉大了關係的差距，可能影響這樣的選擇，比如就釋字第六五八號解釋處理的公務員再任問題，認為同一人的事實比較重要，而不認為這裡有差別待遇，但在本件解釋處理的轉任問題，不同職務關係的事實又比較重要，因此認為這裡的確存在應區分而未區分的差別待遇。本席即以此說最有說服力，從憲法課予國家照顧人民生活義務的觀點來看，再任和轉任之間確實有其不同，因此認為本件解釋比起釋字第六五八號解釋就平等原則的核心爭議而言，更有積極作成判斷的價值。

不過縱使肯認了差別待遇的存在—不論對釋字第六五八號及本件解釋，或僅對本件解釋—，仍只是判斷是否違反平等原則的起步。接著要問的是，國家作這樣的差別待遇有沒有合理的目的和關聯？釋字第六五八號解釋和本件解釋分別審查的公務人員退休法施行細則及學校教職員退休條例施行細則，其系爭規定背後的理由都在於兩點：合理減輕國家財務負擔，以及合理所得替代率可避免打擊工作士氣。若從此處國家儘管面對的法律關係

不盡相同，但都是以國家為雇主，而基於照顧民生的憲法義務去為退休人員提供必要的照顧，以上兩個不能說言之無物的政策理由，對於再任和轉任這兩種情形確實都有其合理性，則除非採嚴格的標準，否則應該都可以通過平等原則的審查。而不論基於憲法第七條的列舉重大事項，或本院過去建立嚴格標準的原因，一般的給付行政都還不是採取嚴格標準的事由，因此整體而言，應該可以判斷系爭規定尚未違反平等原則。從而立法者在依本解釋（和釋字第六五八號解釋）匡正授權不夠具體明確瑕疵的同時，如仍維持施行細則所訂的政策，固無其他憲法的疑慮。未違反平等原則的判斷，當然也不至阻止立法者回應多數民意，重作政策上的評價，比如認為再任、轉任的不同情形應在某個環節上做出不同的對待。合憲判斷無意拘束主管機關於單一的政策選擇，剛好相反，超過憲法要求的「更多」差異化，正凸顯了民主政治可貴之處。此所以在修正公務人員退休法時，如果考量工友待遇微薄，在退休照顧上應作更有利的考量而排除轉任併計的範圍，也不會有任何憲法上的疑慮。

本席向來反對本院的違憲審查不當限縮政治部門回應民意作政策裁量的空間。但對於假自抑之名，搪塞實質憲法爭議不作決定的作法，同樣無法贊同。

部分協同部分不同意見書　　大法官陳新民　提出

你的生涯半度，時針移動，你的心兒在顫抖！它久久徘徊的踱步，尋而未得—它在猶疑什麼？　　德國大哲學家　尼采

本號解釋的標的—學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項（以下簡稱系爭規定），乃規定曾退休者再任教職後，再度退休，其得請領退休金之基數如何計算（包括最高標準）的問題。其性質與本院釋字第六五八號解釋，幾乎完全一樣，只不過釋字第六五八號解釋是以一般公務員為對象，本號解釋則以公立學校教職員為對象，而其所涉及者亦為再領退休金的計算及最高基數之問題。

此外，本號解釋且同樣涉及以子法（施行細則）來規範退休金計算的標準—包括最高基數在內，以致引發有無逾越法律保留原則之問題。兩案獲致的結論—違憲，也無二致。故乍看之下，本案實為一個簡單的釋憲案例。特別是我國常年以來，悉將「軍、公、教」視為一體，舉凡權利、義務及福利的法制，皆系出同源，更易導出此兩號解釋結論的同質性。

然則，本號釋憲案提出（民國九十九年十二月八日）至今已屆四年半之久。按理說，本號解釋如只援引六年前作出釋字第六五八號解釋之立論，即可迅速且輕易的作成結論，何以延宕至今？是否在論理上已有更易？值得略加闡述。爰提部分協同意見以闡明此「貌似尋常」的案件，其實已有「袖裡乾坤」之新意也。另外，聲請人指摘「銓敘部九十年四月十日九０退三字第二０一０七五七號書函」，亦違反法律保留原則部分，多數意見（見理由書第五段），則以該書函並未為原因案件及確定終局裁判援用為由，而予以不受理之決定。本席認為這種認定違背事實，歉難贊同之。

爰提出部分協同與部分不同意見書於次，敬抒淺見，以申其理。

一、部分協同意見書

（一）違反法律保留原則的徵象，十分明確無疑

本號解釋多數意見的結論，認定系爭規定違反法律保留原則，實乃明確且無疑義的判斷。任何人只要詳觀系爭規定的內容：「有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限」，明顯地即可得知，該系爭規定將所有「已領退休（職、伍）給與或資遣給與者」，而再任教職員時，皆納入規範。按母法（學校教職員退休條例）關於再任公教人員之年資與退休金計算之條文，僅有第十四條：「依本條例退休者，如再任公教人員時，無庸繳回已領之退休金；其退休

前之任職年資，於重行退休時不予計算。」故子法有關再任教職者的範圍，應當不能逸出母法第十四條的範圍，亦即僅限於「依本條例退休者」而已。

如今，系爭規定卻將適用範圍及於依母法退休的教職員外，還延伸至依其他法律「退休」（一般公務員、公營事業人員）、「退伍」（軍人），以及「退職」（政務人員），明顯地有「子法逾越母法」之嫌。

按系爭規定對適用對象範圍的不當擴張，固已侵犯法律保留原則，且系爭規定之內容又涉及再任教職者退休金的計算方式，核屬確定退休金額的重要事項，而非純技術性與細節性的規定，必須由法律明確規定，或明確授權由行政機關以命令定之。後者，本號解釋雖未如釋字第六五八號解釋明白闡釋，但不影響系爭規定明顯牴觸法律保留原則的認定也。

（二）本號解釋的法益，不在於保障人民服公職之權，而在保障教職員的財產權

本號解釋多數意見最值得重視的創見，乃在改弦更張，確認本號解釋的標的是確保憲法所保障公教人員的財產權之上。

按我國大法官歷年來的釋憲實務，並未能正視人民擔任公務員後，依法獲得之薪給可以視為憲法所保障的公法上財產權。此從大法官打破行之有年的特別權力關係，所作出的釋字第一八七號解釋，即可看出此端倪。在該號解釋中，對公務員請領服務年資證明的權利，該號解釋僅泛泛地提出「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障」。其次，是在「訴訟救濟」方面，認為「在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟」，來實踐上述的「權利保障」。

然而，吾人不禁會有疑問：在「公務人員依法辦理退休

請領退休金」以及「行使法律基於憲法規定所賦予之權利」之間，顯然「請領退休金」應當是「憲法所賦予之權利」。但大法官在該號解釋卻導出了「保障訴訟權」的結論。如果該退休公務員請領服務年資的證明，目的不是為了計算退休金，那麼保障其訴訟權所為何事？難道是為了滿足「人生志業」或為「面子」而奮爭？答案當然是極為明顯的。本席在釋字第七０七號解釋協同意見書中，已經提出此質疑矣。而大法官卻隱晦地不明指此訴訟目的，乃出於保障該退休金的財產法益，以致於影響後續的數號解釋（註一）。

這恐怕也是當時大法官普遍的認知係請領退休金的權利與服公職權不可分所致。其顯著代表者，係「衍生說」—請領退休金的權利衍生自憲法第十八條保障服公職之權，以釋字第六一四號解釋的論述最為清晰。

釋字第六一四號解釋理由書第二段即已言明：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。國家則對公務人員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務」。因此，此薪俸權未能獨立視為憲法財產權保障的範圍，而是從屬於服公職之權後，所衍生的「法定權利」（註二）。

然而，當否將公務員的薪俸獨立視為憲法財產權保障的範圍，由於在我國憲法中未將公務員的權利義務，有別於一般國民予以特別規定，而係與一般人民相同對待。雖可導出立法者可以區分一般國民與公務員，而享有不同之法律上的權利義務。但即使法律對公務員為有異於一般人民的限制基本人權之規定，仍然須適用比例原則及公益原則。質言之，立法裁量的空間，亦有憲法的界限也。故人民進入公職，其應獲得薪俸的高低、資格與限制，固是立法裁量範圍所及，但仍應受到憲法相關理念的拘束，財產權的保障理念即是其

中之一也（註三）。

本號解釋未再援引釋字第六一四號及第六五八號解釋的「衍生論」，而專提及保障教職員的財產權的另一個寓意，當係否認人民擔任公立學校教職員工作，屬於憲法第十八條所保障人民「服公職」之權利。在邏輯上，只要排除了擔任教職員屬於「服公職」之權利，而係同屬憲法所保障的職業權或工作權，即可「釜底抽薪」地免除了「衍生論」的負擔，光明正大地援引受憲法保障的「工作所得」的財產權，作為審查的標準也。

這是大法官擺脫了過去解釋上一貫將公立學校教職員視同公務員，即人民服公職權利的實現，並將之「正常化」為一般職業與工作權的定性，不能不說是一個巨大的改變，只惜乎本號解釋在理由書中，並未特別提到此種與傳統見解「分道揚鑣」的理念歧異。

當然，本號解釋這種創見，也含有兩個意義，第一，只是排除公立學校教職員屬於憲法服公職的範疇而已，至於公務員的薪俸是否能夠獨立視為財產權保障之範圍，而毋庸與服公職權相掛鉤，固為本號解釋效力範圍所不及，還有待大法官繼續努力澄清之。第二，此種教職員與服公職的公務員在基本權利適用種類定位的「分流」，並非表示立法者得將若干規範公務員權利、義務、甚至福利的法制，施於教職員之上。亦非否認立法者應當負有儘量照顧教職員的憲法義務，此觀諸憲法第一百六十五條，國家應保障教育工作者的生活，並依國民經濟的進展隨時提高其待遇。同時，在規範教職員的薪俸及福利等事項，立法者仍然保有相當的立法裁量空間，但必須遵循平等原則（依規範對象本質不同，而為合理差別待遇）、比例原則及法律保留原則（如本號解釋、釋字第七０七號及第六五八號解釋），是為當然。本號解釋破除了過去立法上將軍公教一體看待，並在相關立法上也相

互抄襲、援引，甚至民間也無法區分彼此的差異，這種「大混元一體」的立法體例。立法者應當儘速檢討，分別立法。本號解釋可視為此種分別而詳盡的立法之催生者矣（註四）！

（三）薪俸權不再視為國家的給付行政

如上所述，本號解釋已十分清楚地確認了教職員的薪俸權可視為財產權保障的立論。就此而言，如比較與本號解釋之標的性質甚為接近—高級中學以下教師的待遇，且公布時間亦頗為接近（民國一０一年十二月二十八日）的大法官釋字第七０七號解釋，將更顯出本號解釋的正確。

釋字第七０七號解釋的優點，乃是仔細援引憲法第一百六十五條之規定，闡述國家應當妥善照顧教育工作者的薪俸。這是本號解釋所欠缺者。同時，也正式提到高級中學以下教師的待遇屬於財產權之保障，亦屬涉及公共利益之重大事項，應適用法律保留原則。則是與本號解釋前後呼應（註五）。

此外，釋字第七０七號解釋亦有異於往昔見解，但卻十分迂迴的表明—即將教師薪俸權認定屬於「行政措施」，而非釋字第六一四號解釋所明白提及的「給付行政」的概念。由於釋字第七０七號解釋在理由書中，一開始即提及：「基於憲法上法律保留原則，政府之行政措施雖未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者，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（本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號解釋參照）。」

此處援引的三號解釋中都涉及到法律保留的密度問題，除了釋字第六五八號解釋涉及公務員退休年資的計算，該號解釋認定為重要事項，必須適用法律保留原則，已於前述外，另外兩號解釋（釋字第四四三號、第六一四號解釋）

則特別指出關於「給付行政」的領域及適用較低度法律保留原則的問題。尤其是釋字第六一四號解釋的立論—對公務人員退休金的計算事宜（公營事業人員轉任公務員年資合併計算問題）認為屬於「給付行政措施」，並不涉及人民權利之限制，可由子法逕行規定—，很容易令人聯想到該號解釋會被賡續下來。

然而，這只是虛驚一場，釋字第七0七號解釋提出了「基於憲法上法律保留原則，政府之行政措施雖未限制人民之自由權利……」，似乎與釋字第六一四號解釋一脈相承！但，細觀釋字第七0七號解釋卻說明為「政府之行政措施」，顯然未再援用「給付行政措施」，此處刪掉了「給付」兩字，恐非無心之作，乃寓有深意焉！

誠然，儘管屬於給付行政的範疇，可以適用密度較低的法律保留原則，但一旦涉及重要事項，且與公益有關，仍應適用法律保留原則（釋字第四四三號解釋之意旨）。因此，釋字第七0七號解釋採納釋字第四四三號解釋的「公益重要性」意旨，儘管同樣地與釋字第六一四號解釋，都面臨了母法不備的窘境（註六），但立論的重心，已偏向規範事項具有「公益重要性」之認定，至於該退休金的計算事宜，是否仍屬給付行政的概念，已不是關鍵因素矣。故才會導出釋字第七0七號解釋與釋字第六五八號解釋一致地作出違憲論（分別為三年失效及二年失效），而不同於釋字第六一四號解釋採取容忍的合憲論。這也是釋字第七0七號解釋在用語上輕描淡寫地易「給付行政措施」為「行政措施」，並未具有影響解釋結論的重要性，而僅是避免不必要的困擾而已（註七）。

本號解釋就此點而言，則是更進一步，完全避談公教人員薪俸權利，是否為行政措施或給付行政的性質，可以避免釋字第六一四號解釋所犯下的錯誤：其誤解了「給付行政」

為「行政給付」，且給付行政並非和民法的「給付」同其意義！且其與民事與行政訴訟法的「給付之訴」亦非同義。「給付行政」是一種新興的行政法學術語，有別於傳統的高權行政與秩序行政，而係描述國家針對一般或特殊國民所為福利、公共建設、水電等民生供應措施（註八），而非著眼於國家或政府的「支付行為」（註九）。故本號解釋將退休金視為財產權保障之客體，祛除了釋字第六一四號解釋「給付行政措施」的敗筆與概念糾纏不清，更是明智之舉。

二、部分不同意見書

本席對多數意見不表贊同之處，乃是對理由書第五段所通過的不受理部分。此處不受理主要是針對銓敘部九十年四月十日九０退三字第二０一０七五七號書函（下稱系爭書函），並未為確定終局裁判（臺北高等行政法院九十九年度訴字第一００號判決）所援用，而作為不受理之理由。

然而，以該系爭書函的內容而論：「依公務人員退休法施行細則第十三條規定，且為避免政務人員、教育人員或公營事業人員退休（職）後轉任公務人員重行退休時，要求援引比照不受最高採計年資之限制，並避免對於久任公務人員其任職年資超過最高採計上限者，產生不公，工友退職再任公務人員重行退休者，其已領取工友退職金年資，仍應併計受三十五年限制」。很明顯地，本書函是以「公務人員退休法施行細則第十三條」之規定作為解釋標的，原則上不應適用在公務員或教職員退休後，仍再任教職員的事項之上。然而，原處分的依據，以及系爭確定判決，皆引為判決之依據，故其已援用，只是屬於不當與違法的援用。

原因案件中復審決定書（九八公審決字第０三五五號），亦於理由一中明白提及：「又八十四年七月一日退輔新制施行前，工友退職轉任公務人員後，依公務人員退休法辦理退休時，其已領取工友退職金年資，仍應併計受三十五年限制，業經銓敘部九十年四月十日九０退三字第二０一０七五七號書函釋在

案……」，同樣的敘述，一字不漏地又出現在確定終局判決的判決理由書中，作為說明原處分的合法性理由之一。顯見復審決定及系爭終局判決作成的理由，或許多端，但無疑地已將系爭函釋列為判決理由，恐係難以推辭的事實也。

這也反映出當時銓敘部將公務員退休的規定，一概適用到教職員的退休事務之上，例如，銓敘部曾行文教育部就類似的學校教職員依事務管理規則領取退休金的最高基數或百分比，也是援引公務人員退休法及施行細則的規定辦理之（九十年十二月十九日銓敘部九十退三字第二０九三九四六號函；九十二年四月三十日部退三字第０九二二二三九二三八號函等，不勝其數）。

這種將公務員退休金計算的子法，用於教職員之上，顯然違反法律保留原則。然而，本號解釋多數意見卻認為終局判決未作為判決的依據而不予受理，顯然違背事實。

其一，判決必須附具理由，行政處分亦然。本號解釋原因案件對於聲請人服務年資的計算依據，一定有所本。在受理的部分，已經明確地違反法律保留原則，並無疑義。則此些依循違憲且無母法授權的系爭規定，如何自圓其說而振振有詞地認定其法源依據，其來有自？原處分機關、復審決定及確定終局判決，有無「自創法理或法源依據」？顯然沒有。質言之，相關機關適用此函釋，早已視為理所當然，且得心應手，豈有懷疑其合憲性及摒斥不用之理乎？

更何況，行政訴訟中法官的裁決必須附具理由，受到依法行政、法律保留及法治國家原則的嚴格拘束，法官裁判的法源依據，常以成文法規為準，此不似民事法官，在法律無明文規定時，還必須努力「尋找法源」，甚至援引法理、習慣、學說，甚至個人理念，作為判決依據，故享有甚大的「法官造法」之空間。

這種行政法院法官必須找到法源依據作為判決之本，並有詳盡說明之義務(Die Begründungspflicht)，也強制了法官必須找到「正確的法規依據」。

或認為行政實務上，包括本號解釋原因案件的復審決定與終局判決，本不應適用系爭函釋，但卻適用了，乃是屬於法官「認事用法」，並非是大法官所審查的範圍。否則大法官將之宣布失效，是否使其原本應當產生規範的事項，反而無法可依？質言之，儘管法院作成終局判決，是援引錯誤的法律或法令，亦非釋憲範圍所及。

這種見解，首先通不過釋憲的目的，乃是審查「終局判決所依據的法令」是否具有合憲的品質。因此，不管是實質或形式援用，都應列入審查的範圍。甚至，終局判決竟然「因陋就簡」地將未規範或不充足規範的法律，擴充適用到不妥適的事項，亦可能造成牴觸法律保留原則或「規範不足」、「保護不足」的違憲後果；或是終局判決有意或無意逃避成為違憲審查的標的，將相關函釋或行政命令，略而不引，是否即可了遂其願？答案是否定的。這也是本院大法官為了避免釋憲制度可能形成被規避與淪為具文，故自釋字第三九九號解釋以還，已經採行「重要關聯理論」（同見釋字第四四五號、第六六四號、第七０三號、第七０九號解釋），將確定判決所持的法律見解，儘管僅是一部分作為判決理由，或是作為駁斥的立論，也儘管未使用相同的用語，但只要有「思路上的脈絡」可尋，即可將之納入審查的範圍（註十）。

故認定是否要採行重要關聯理論，權屬大法官之裁量，但為了體系正義以及「凡作為判決理由者，即應接受審查」的客觀性，本席認為應當從寬認定，以合理加大基本人權保障網的射程（註十一）。

因此，尤不可以法院終局判決援引錯誤的法規，作為判決基礎，卻可以躲入「法院認事用法」的保護傘之下，而釋憲機關卻束手無策，眼睜睜目睹釋憲權的淪喪。如此一來，以後各級法院大可援引錯誤法律，來取代正確法律，但有違憲之虞的條文，反而可規避違憲審查之利。這種「認事用法說」的想法，其弊之大，是否會印證目前外界已形成強烈的呼籲：我國釋憲制度應當要增

加「裁判憲法訴願」的機制，以強化保障人民權利與法治國家原則的必要性，且將釋憲範圍，至少應及於終局判決適用法律的見解、援引法條與法規範的正確性之上，其次才推及判斷證據力的取捨，甚至及於裁量權運用是否妥適之上乎？

三、結論—莫令教職員有「年老方憂稻粱謀」之嘆

本號解釋能夠務實地承認教職員福利與待遇的事宜，具有財產權價值，屬於重大事項，應受到法律保留原則的拘束。這是進步的說法。但本號解釋對此法益為何具有重要性，似乎擬同一般人民的財產權，要受到國家的保障而已。未能如釋字第七０七號解釋強調國家應當對教職員的待遇，提升到憲法的義務，從而立法者不僅僅是要將法律當作規範教職員薪俸權利的工具而已，以滿足形式的「法律保留原則」，而是立法者還必須「隨時注意」提高教職員的待遇（憲法第一百六十五條）（註十二），讓教職員能以全力培養國家下一代，並藉以提振學術、教育與文化的發展，教職員從事此領域的工作，都是「利他」而無「利己」也。

國家必須善盡照顧公務員及教職員，免有「老境淒涼」之嘆，使其能夠同享唐朝大詩人白居易樂天的「退休觀」—臨老仍不憂稻粱謀。故能悠悠的詠出這一句令天下讀書人欣羨的名句：「少年猶不憂生計，老後誰能惜酒錢？」（白居易，《與夢得沽酒閒飲且約後期》）。

職員與教員同樣是服務在傳道授業的神聖場所，在庠序內共同承擔培育英才的任務。雖然任務有別，但理應懷有類似的志業抱負。國家對此教職員都應善盡照顧之義務，莫使其一入教職之門，卻始終懷有「蓄財以備終老之思」！且現代法治國家的崇文教禮的時代精神，也不再容許有出現清末文學大師龔自珍的《詠史詩》內之「著書都為稻粱謀」。由此名句的上一句乃是「避席畏聞文字獄」，已透見其乃反映「國之不國」的悲慘現象也。

因此，國家應當致力於建立較為優渥的退休金法制，來回饋教職員一生奉獻教職的付出。倘若不然，當教職員齒危髮禿之

際，猶有斷炊之憂；或是臨老待退之時，還要為過時與殘缺的退休法令與公門纏訟，其處境之可憐可憫，表示國家斯文不振（註十三）。我不禁想起了德國大哲學家尼采一首小詩《懷疑論者的話》:「你的生涯半度，時針移動，你的心兒在顫抖！它久久徘徊的踱步，尋而未得—它在猶疑什麼？（註十四）」頗可描寫此種「蒼淒晚景」的心境於萬一。

將心比心，本席壯年以還即入教職，似也從未曾有過蓄謀財貨以備老時之思。故今睹兩教職員逢此際遇，不覺同悲，爰補綴數語，一則既贊同本號解釋創新、務實與非高調的見解；二則期盼國家立法機關日後形塑教職員權利法制，能存有「獎文教禮」的一絲心念，則國家下一代在此風薰陶下，能培養出優美與好禮的人格，即有望焉矣！

註一：其中間有承認公務員的保險養老給付，涉及人民財產權之保障者，例如釋字第四三四號解釋：「公務人員保險法於第十六條第一項關於養老給付僅規定依法退休人員有請領之權，對於其他離職人員則未規定，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，應即檢討修正。」但這是基於被保險人已經繳付了一定比例的負擔，故方有侵犯其財產權之立論，此觀乎該號解釋的理由：「公務人員保險法規定之保險費，係由被保險人與政府按一定之比例負擔，以為承保機關保險給付之財務基礎。而保險費經繳付後，即由承保機關運用於該保險事務之中，並於保險事故發生時，作為保險給付之基金……」甚明。與公務員請領退休金之條件中，並無支付類似保險費之情形不同，自非可相比也。而至於較為強調與財產權之保障有密切關聯的解釋，則有釋字第二六六號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第二四三號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。……惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字

第一八七號及第二０一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，……」，是乃曇花一現的少數解釋。

註二：將公務員的薪俸權視為法定權利，亦非不能充分的享受憲法保障，憲法第二十二條可作為依據。只不過用語上容易誤解立法者擁有極大的裁量餘地，應受釋憲機關的尊重。實則，公務員的權利應當受到所謂「贍養原則」(Die Alimentationsprinzip)之拘束，亦即國家具有法律與道德義務，妥善照顧公務員及其家屬，作為其對國家忠誠與服勤之義務，尤其是終身任職的公務員。這具有憲法位階的原則，可以拘束立法者，也因此公務員的福利與薪俸法制，具有憲法制度性保障的位階與特徵。見 P. Badura, Staatsrecht, Aufl. 6, D. 105. 另就薪俸權是否為基本人權，抑或法定權利，為此，德國聯邦憲法法院在最近的二０一二年二月十四日所作出的關於聯邦教授薪俸改革法違憲案之判決，特別指出基於這種國家的贍養原則，立法者有義務制定合適的薪俸法，是屬於公務員的「與基本權利相同的權利」(Das grundrechtsgleiche Recht)，見BVerfGE 130, 263.

註三：在比較憲法制度上，德國基本法對於公務員薪俸權的保障，並不源於財產權，而係源於基本法第三十三條第五項所明白規定「傳統公務員體制」，故即可導源出公務員薪俸權利可享受憲法位階規範的保障。可參見本席在釋字第七０七號解釋協同意見書，特別是註十五處的討論。

註四：這種對於公教人員權利義務與法制，應當就公務人員退休法整體規定一體看待。從而對於解釋相關條文時，特別是子法的規範，要由立法者的真意，以及體系正義來觀察，以認定這種子法對適用範圍的「擴充」有無符合制度本意，而毋庸斤斤計較子法的措詞。可參見徐璧湖大法官、葉百修大法官在釋字第六五八號解釋所共同提出之不同意見書。

註五：釋字第七０七號解釋：「……教育為國家社會發展之根基，教師肩負為國家造育人才之任務，其執行教育工作之良窳，攸關

教育成敗至鉅，並間接影響人民之受教權。為使教師安心致力於教育工作，以提昇教育品質，其生活自應予以保障。憲法第一百六十五條即規定，國家應保障教育工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。教師待遇之高低，包括其敘薪核計，關係教師生活之保障，除屬憲法第十五條財產權之保障外，亦屬涉及公共利益之重大事項。是有關教師之待遇事項，自應以法律或法律明確授權之命令予以規範，始為憲法所許。……」。

註六：由於釋字第七0七號解釋涉及教育部以子法（公立學校教職員敘薪辦法）規定教師薪級、薪額、計敘標準、本職最高薪級以及在職進修取得較高學歷之改敘等，事涉上開教師待遇之所得事項。而母法卻從缺（教師法第十九條授權行政院以命令規定實施日期，但當時尚未實施），形成牴觸法律保留原則之現象。其情形與釋字第六一四號解釋頗為類似。該號解釋涉及對公營事業人員轉任公務員後，其退休時的退休金年資合併計算之認定問題。該號解釋認為此問題事屬給付行政措施事務，主管機關所受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆。在此類法律制定施行前，曾任公營事業人員無從辦理年資之併計，主管機關自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。故主管機關發布命令，對上述公營事業轉任公務員後退休的服務年資計算，與曾任政務人員、教育人員、軍人或公務員轉任公務員後，其退休的服務年資計算縱有所差異，即不屬恣意而有牴觸平等權之虞，亦未違反法律保留原則而違憲。

註七：可參見本席在釋字第七0七號解釋所提出的協同意見書二處的批評。

註八：給付行政的概念中，也會有涉及「行政給付」的事實與現象，例如，政府設立的獎助金、貸款或紓困措施，這些情形可能成為行政訴訟中的給付訴訟之內容。例如，大法官釋字第三四八號解釋，即涉及學校與公費生締結行政契約，即可產生對待給

付的權利義務。即係以行政契約達成給付行政，並形成行政機關有為給付的義務也。

註九：這是釋字第六一四號解釋囿於給付行政的字面（給付），所導出來的錯誤見解。就此本席早即主張應當將「給付行政」譯為「服務行政」，否則連本號解釋多數意見都會誤用此概念，遑論不諳德文的莘莘學子矣。然而，積非成是，本席這種呼籲恐怕「石投淺井」，只有回聲一二而已。請參見陳新民，服務行政與生存照顧的原始概念—談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，刊載：氏著，公法學劄記，三版，二００五年，第四十五頁以下。

註十：可參見徐璧湖，釋憲實務有關「重要關聯理論」之研析，刊載：月旦法學雜誌第二二八期，二０一四年五月，第七十四頁以下。

註十一：可參見陳新民，憲法學釋論，修正八版，民國一０四年五月，第七百九十七頁。

註十二：這個見解，如同德國聯邦憲法法院早在一九七七年三月二十日所作的判決，所顯示的意旨。該案乃就公務員及公立學校教育人員（該案指大學教授）的薪資是否適切的違憲爭議，聯邦憲法法院的見解認為：雖然公教人員的薪資乃由立法裁量決定之，但立法者亦有義務應給予其符合職務高低與責任程度的薪資，能過著符合社會地位與社會關係的生活，俾使其能夠將其全副精力貢獻給憲法所賦予之任務。BVerfGE 44, 249/265.惟德國係將公立學校教員視為公務員，因此與一般公務員皆包含在憲法（基本法第三十三條第五項）所明白規定「傳統公務員體制」的權利與義務範圍之內。嗣後，德國聯邦憲法法院作出甚多號解釋，規定立法者對於公務員與教職員的薪俸等級、兒童與地區津貼及其他補助事項，都可質疑立法者的判斷有無符合國家的贍養原則。見P. Badura, Staatsrecht, Aufl. 6, D.105.

註十三：德國聯邦憲法法院在前註的判決中，還特別指明國家應當妥

善照顧公務員及教職員的生活義務，不僅僅止於滿足衣食住行的生活所需，還要以社會的標準，使其能過著「起碼的舒適生活」(ein Minimum an Lebenskomfort)，法院特別指明類似：能過著電氣化（收音機與電視機）的生活，能支付報紙、雜誌、觀賞電影及其他藝術活動，買得起私家車、渡假及支付貸款與疾病、人壽保險、繼續在職進修，及參與其他社會、政治及休閒活動的經費。因此，國家的贍養原則，不僅是只要保障公教人員過著清寒的生活水準，還要讓其能夠超越社會一般舒適生活水準之上。德國聯邦憲法法院雖然承認國家行政機關（公教人員之雇主）與立法機關擁有政策形成權力，但國家課予此二個機關在善盡此決策權時，必須考慮上述「生活水準」的支出，不能不說是令人敬佩的見解矣。相形之下，我國儒家思想一貫強調「居陋巷，一簞食，一瓢飲」的所謂「安貧樂道、君子謀道不謀食」的理想，以鼓舞公教人員習於清貧生活，是否已經是過於泥古與僵化的道德主義之訴求？

註十四：尼采著，周國平譯，尼采詩集，北京作家出版社，二０一二年，第一百七十五頁。

（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）

司法院釋字第七三一號解釋

【區段徵收申請抵價地之期間起算日案】

中華民國104年7月31日

院台大二字第1040020589號

解　釋　文

中華民國八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例第四十條第一項規定：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。……」（該條於一０一年一月四日修正公布，惟該項規定並未修正；下稱系爭規定）關於應於公告期間內申請部分，於上開主管機關依同條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，未以送達日之翌日為系爭規定申請期間起算日，而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，有違憲法第十五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。

解釋理由書

人民之財產權應受憲法第十五條之保障。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（本院釋字第四００號、第五一六號、第五七九號、第六五二號解釋參照）。土地徵收條例（下稱系爭條例）之區段徵收，原土地所有權人得申請以徵收後可供建築之抵價地折算抵付補償費（系爭條例第三十九條第一項參照），該抵價地之抵付，自屬徵收補償之方式。而申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制，自應踐行正當之行政程序，包括應確保利害關係人及時獲知相關資訊，俾得適時向主管機關主張或維護其權利（本院釋字第六六三號、第六八九號、第七０九號解釋參照）。

系爭條例第十八條規定：「直轄市或縣（市）主管機關於接到中

央主管機關通知核准徵收案時，應即公告，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。（第一項）前項公告之期間為三十日。（第二項）」準此，關於徵收處分，直轄市或縣（市）主管機關應踐行公告及書面通知之程序，以確保土地或土地改良物所有權人及他項權利人知悉相關資訊，俾適時行使其權利，必要時並請求行政救濟。而於區段徵收之情形，依系爭條例第三十九條第一項規定，有現金補償及抵價地補償二種法定補償方式可供原土地所有權人選擇。如原土地所有權人不願領取現金補償，依系爭規定，則應於徵收公告期間內向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。惟於徵收公告內容以書面通知原土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，如不以送達之翌日為該申請期限之起算日，而仍以徵收公告日計算前揭三十日之期間，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請，將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，並享有前述三十日之選擇期間，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五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。

為確保原土地所有權人取得充分資訊以決定是否申請抵價地，主管機關宜於徵收公告及書面通知時，一併告知預估之抵價地單位地價；又原土地所有權人對於徵收補償價額提出異議時（系爭條例第二十二條參照），其申請發給抵價地之期間宜否隨之展延，均事涉區段徵收土地所有權人之權益保障，主管機關應就相關規定一併檢討，併予指明。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山
蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗

部分協同意見書　　大法官湯德宗　提出

聲請人石金印為嘉義市下路頭段土地所有權人，緣嘉義市政府為辦理嘉義市湖子內區段徵收開發案，需用其土地，經報奉內政部於民國九十八年七月十五日核准徵收（註一）。嘉義市政府旋於九十八年七月二十八日以府地劃字第０九八一六０三五八七號公告徵收（公告期間自九十八年八月三日起，至同年九月二日止，計三十日），並於九十八年七月二十九日以府地劃字第０九八一六０三五八八號函（下稱系爭函）通知聲請人：「台端如要申請發給抵價地，應於公告期間內（九十八年九月二日前）檢具抵價地申請書及相關證明文件，親至受理申請地點提出申請或以掛號郵寄方式向本府提出申請，逾期不予受理」（註二）。嗣聲請人於九十八年九月四日申請發給抵價地，嘉義市政府以其未於徵收公告期間內提出申請為由，否准（註三）所請。聲請人以系爭函遲至九十八年八月五日始送達，故九月四日提出申請仍在三十日之申請期限內，不服否准，遞經訴願（註四）、行政訴訟（註五）均遭駁回確定。爰以確定終局裁判（高雄高等行政法院 99 年度訴字第 128 號判決）所適用之土地徵收條例第四十條第一項（89/02/02 制定公布，迄未修正）規定：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。……」（下稱系爭規定）有違憲疑義，聲請本院解釋。

本號解釋明確釋示：行政處分以「公告」（大眾）並「書面通知」（特定人）之方式為告知者，如書面通知係在「徵收公告日」之後始送達，應以送達之翌日起算系爭規定之「徵收公告期間」。然，書面通知於「徵收公告日」後始「送達」者，何以應即以送達之翌日起算原公告所定之期間，而不應採前審等所持「徵收公告期間為除斥期間，乃法定不變期間」之見解？

解釋理由書第一段謂此乃正當行政程序之要求：「申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制，自應踐行正當之行政程序，

包括應確保利害關係人及時獲知相關資訊，俾得適時向主管機關主張或維護其權利」；理由書第二段並直言：「如不以送達之翌日為該申請期限之起算日，而仍以徵收公告日計算前揭三十日之期間，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請，將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，並享有前述三十日之選擇期間，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨」。然，書面通知在「徵收公告日」（即公告徵收期間起始日）之後送達者，何以非變更原公告所載公告期間之起算日，不能符合憲法要求之「正當（行政）程序」？或反面言之，按憲法正當（行政）程序之要求，書面通知在「徵收公告日」（公告徵收期間起始日）之後始送達者，何以須改以送達之翌日起算原公告之（三十日）期間？「送達」及「徵收公告期間之起算」究與「正當（行政）程序」何干？前揭理由書之說理未盡透徹，應予補充，爰提出部分協同意見書如后。

本席以為，本號解釋之貢獻乃在其明白釋示：「受告知權」(right to be informed)亦屬憲法所要求之「正當法律程序」(due process of law)（包含「正當行政程序」(due process of administrative procedure)）之內涵！茲分述之。

一、「受告知權」乃「正當程序」之核心概念

「正當法律程序」(due process of law)，一稱「正當程序」(due process)。其本身非為某種特定權利，毋寧乃指隨著現代「正義」(justice)觀念之演進，所逐漸形成的各種權利、習慣、程序與傳統之集合，旨在要求政府遵循法律與既定程序，以公平、合理之方式，行使公權力（對待人民、作成決策）。是美國法率以「正當程序保障」(Due Process Guarantee)稱之。

「正當程序」恆需因時、因地、因事而制宜，始為「正當」。美國聯邦最高法院前大法官 Felix Frankfurter 對此曾有鞭辟入裡之闡述：（註六）

「『正當程序』，不同於某些法則，要非具有固定內涵，而無關乎時間、地點及情境之技術性概念。……代表著一種人與人

間，尤其個人與政府間，關於公平的深刻態度，『正當程序』乃由歷史、理性、過往的決策軌跡，以及對吾人所宣稱的民主信仰的力量的堅定信心所組成。正當程序並非機械式的工具。亦非一把碼尺。而是一種程序，一種必然涉及受憲法付託而開發此一程序之人（按：指釋憲機關）之判斷作用的精緻調整過程。」

「正當程序」雖難以精確定義，其核心理念則相當明確。按「正當程序」源自英國普通法(common law)之「自然正義法則」(rules of natural justice)。所謂「自然正義」，按法院之判決（註七），包含三項要素：

1）被指控的人應有「獲悉指控的權利」(right to be informed of charges)，是即「受告知權」；

2）「就指控進行答辯的權利」(right to be heard in answer to those charges)，是即「聽證權或防禦權」；及

3）「於公正法庭前受審的權利」(right to heard by an unbiased tribunal)，是即「公正受審權」。

以上三要素並可化約成兩句法諺：「兩造兼聽」(*Audi alteram partem*, both sides shall be heard)與「任何人不得自斷其案」(*Nemo judex in causa sua*, no man shall be a judge in his own case)。「兩造兼聽」所以「公平」(fairness)，「不得自斷其案」所以「公正」(impartiality)（註八）。其中，「兩造兼聽」實為「獲悉指控權」（受告知權）與「就指控為答辯權」（聽證權或防禦權）（註九）之結合，一般乃合稱「通知暨答辯之機會」(notice and opportunity for hearing)。

二、本號解釋首次闡明違反「受告知權」之法律效果

按「憲法所要求之正當行政程序」一詞，固首見於本院釋字第七〇九號解釋（解釋文）（註十），惟前此本院已於多號解釋釋示行政機關作成行政處分時應遵循之各式正當程序（註十一）。例如：釋字第四〇九號解釋（85/07/05）謂：「徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，

前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討修正」。解釋理由書並具體指示：「於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，俾公益考量與私益維護得以兼顧，且有促進決策之透明化作用」（註十二）。主管機關於徵收計畫確定前應「聽取土地所有權人及利害關係人之意見」，即土地所有權人及利害關係人應有「聽證權」（防禦權）。

釋字第四八八號解釋（88/07/30）針對「接管金融機構」之行政處分，釋示：「銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東（社員）、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分前，如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見設置明文……與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符」。所謂「陳述意見」之機會，即「聽證權」（註十三）（防禦權）之一種。

釋字第四六二號解釋（87/07/31）釋示「大學教師升等」之正當程序：「大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則。……各大學校、院、系（所）教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷」。解釋理由書更諭示：「評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術

能力以多數決作成決定」。上開「先送專家學者審查」及「教評會決策限制」乃教師升等審查程序中特有之「公正作為」要求（公正受審權），而「給予辯明之機會」則屬「聽證權」，皆為實現「專業評量」目的，所應遵循之正當程序。

釋字第四九一號解釋（88/10/15）釋示「考績免職」之正當程序：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」。解釋理由書並補充：所謂「立場公正之委員會」，乃指「委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應力求相當」。上開「立場公正之委員會」乃公務人員考績免職程序中特有之「公正作為」要求（公正受審權），「陳述及申辯機會」乃屬「聽證權」，而「處分書應附記理由及救濟教示等」則屬「受告知權」。

本號解釋首度針對違反「受告知權」之處分，明確釋示其法律效果：書面通知在「徵收公告日」（公告徵收期間起始日）之後始送達者，應以送達之翌日起算原公告所定之（三十日）期間，以保障原土地所有權人確實享有原公告所定之（三十日）選擇（是否申請抵價地）期間。畢竟，決定徵收之權力在於政府，而「書面通知」於「徵收公告日」（即公告徵收期間起始日）之後始送達者，原土地所有權人既於送達時始知悉公告期間，自須改以送達之翌日起算原公告所定之三十日申請期間，始屬合理！「不教而殺之」（註十四），豈為公權力之合理行使？！

三、「受告知權」乃有效行使權利之前提，故屬正當程序之一環

本席嘗定義行政程序中之「受告知權」，乃「行政程序之當事人或利害關係人及時獲悉與其利害攸關之事實及決定的權利」（註十五）。所謂「利害攸關」，或前揭釋字第四九一號解釋釋示之「處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」，

或本號解釋釋示之「徵收公告內容以書面通知原土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者」，應「以送達之翌日為系爭規定申請期間起算日」，在在顯示：為使程序上之當事人或利害關係人得有效行使權利，應賦予其人「受告知權」；凡攸關其權利行使之資訊（含事實或公權力行使之決定），皆屬「受告知權」保障之範圍（註十六）。

美國憲法增修條文固僅兩處（註十七）出現「正當法律程序」(due process of law)一語，然細繹其內容，有關正當程序之規定實居泰半。例如：增修第四條之禁止「無理之搜索、扣押」(unreasonable search and seizure)，增修第五條及第六條之「米蘭達權」(Miranda Rights)（註十八）、「不自證己罪」(against self-incrimination)，聘請律師辯護權(right to have the Assistance of Counsel for his defence)、「與證人對質權」(right to be confronted with the witnesses against him)、「傳喚利己證人權」(right to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor)、「一罪不兩罰」(double jeopardy)，增修第八條之「罪罰相當」(the punishment must fit the crime)、禁止「過高保證金」(excessive bail)、「過重罰金」(excessive fines)及「苛酷異常之處罰」(cruel and unusual punishments)等。其中增修第六條（註十九）規定：「在一切刑事訴訟中，被告有權……獲悉控告之性質及事由」(right to “be informed of the nature and cause of the accusation”)，即為確保被告嗣後能夠獲得「公平」之審判，而賦予之「受告知權」。蓋被告如未能即時獲悉其受指控之罪名與理由，其接受「公正之法庭」，行「迅速、公開審判」之權利，即無從實現。

我國憲法雖未有「正當程序」一詞，然第八條規定綦詳，滿載程序保障，與同章其他人權條款皆甚簡約者，迥異。該條第一項首先揭示「人身自由之原則」：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定

程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」。僅此第一項，「法定程序」出現了三次。第二項具體規定以犯罪嫌疑為由，限制人身自由時應遵循之正當程序：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審」。是即藉課予逮捕拘禁機關以「書面告知」（本人及其本人指定之親友）之義務，賦予本人及其本人指定之親友「受告知權」，以便其啟動「提審」（由法官主持之特快聽證）之保障。又鑑於我國一向獨尊行政權，並無司法獨立之傳統，第三項乃更規定：「法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。」最後，為落實人身自由保障，第四項特設即時咎責規定：「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理」。第八條既滿載程序保障，本院釋字第三八四號解釋據以引進「正當程序」原則，並於釋字第三九六號解釋（1996/02/02）正式使用「正當法律程序」一詞，實屬自然。

「受告知權」與程序當事人或利害關係人行使其他程序權利之因果關聯，並得由孫中山先生倫敦蒙難之故事反思得知。孫氏當年之蒙難，表面上是清廷駐英使館強行挾持（非法逮捕、拘禁）使然，實際係因其「受告知權」被剝奪所致：逮捕拘禁機關（清廷駐英使館）應將，而未將，逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，致孫氏本人及其友人康得黎未能即時聲請提審，卒遭非法拘禁達十三日（1896/10/11~1896/10/23）。

四、本件之後

本號解釋謹守權力分立原則，適度尊重立法（及行政）裁量，僅宣示：書面通知在「徵收公告日」（亦即公告徵收期間起始日）之後始送達者，應以送達之翌日起算原公告所載之公告期間（三

十日）。既未禁止以「公告」並「書面通知」之方式（註二十），為行政處分之告知；亦未宣告系爭土地徵收處分無效。究其實，本解釋僅在貫徹「書面之行政處分應自送達相對人（即已知之利害關係人）時起，依送達之內容對其發生效力」之原則（註二十一）。書面通知與公告傳達之內容（含期間之始日規定）不一致時，應以書面通知為準，殆亦歐洲聯盟法院(European Court of Justice)（註二十二）所持之見解。

綜上，本件解釋看似小題小作，實有至理藏焉。

註一：參見內政部民國九十八年七月十五日內授中辦地字第０九八０七二四九五五號函。

註二：參見土地徵收條例第十八條（89/02/02 制定公布，迄未修正）：「直轄市或縣（市）主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時，應即公告，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。（第一項）前項公告之期間為三十日（第二項）」。

註三：參見嘉義市政府九十八年九月十一日府地劃字第０九八五０二五七七四號函。

註四：參見內政部九十八年十二月二十五日台內訴字第０九八０二０七四一七號訴願決定書。

註五：參見高雄高等行政法院九十九年度訴字第一二八號判決（九十九年六月八日，無理由駁回撤銷之訴）；最高行政法院九十九年度裁字第二二二九號裁定（九十九年九月二十三日，上訴不合法駁回）。

註六：‘“[D]ue process,” unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances…… Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, “due process” is compounded of history, reason, and past course of decisions, and stout

confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process.' Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGarth, 341 U.S. 123, 162-63 (1951) (Frankfurter, J., concurring).

註七：*See* Ridge v. Baldwin, 2 All E.R. 66, at 114 (1963); Byrene v. Kinematograph Renters Society, 2 All E.R. 579, at 599 (1958).

註八：Kanda v. Government of Malaya, A.C. 322, at 337 (1962).

註九：法國中央行政法院在 Trompier Gravier 一案宣示，行政機關於剝奪既存權利之決定前，應予當事人適當之防禦機會，是為「防禦權」(droits de la défense)。參見湯德宗，〈第十六章　行政程序法〉，輯於翁岳生編《行政法二０００（下冊）》，頁787以下（頁810～811）（台北：翰蘆，2000年3月二版），頁917～919。

註十：查釋字第六六三號解釋之理由書已使用「憲法所要求之正當行政程序」一詞。

註十一：參見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，收於氏著，《行政程序法論—論正當行政程序》，頁167以下（增訂二版，2003）。

大法官所釋示之「憲法所要求之正當行政程序」，乃屬憲法解釋，其效力自應高於法律（尤其行政程序法）之規定。參見釋字第四九一號解釋吳庚大法官協同意見書：「行政程序法……之除外條款……內容並非妥適……其第三項第七款所稱：『對公務員所為之人事行政行為』顯係囿於舊日『特別權力關係』之說法，欲將行政程序侷限於所謂『一般權力關係』之事項，殊不知人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基

本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已。目前行政程序法尚未施行，各級機關切勿以民國九十年一月一日該法實施後，依新法推翻舊解釋之理，排除本解釋之適用，因為本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗也。再者，有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序，不必僅限於免職處分，蓋本解釋未及於免職以外之懲處處分者係針對聲請標的而為之故」。

註十二：上述「應聽取關係人意見」（聽證權）之釋示，較行政程序法第一百零二條全面給予將受不利處分之相對人以書面答辯（陳述意見）之機會，猶早兩年。

註十三：關於行政程序法上「聽證權」之概念，參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於氏著，《行政程序法論—論正當行政程序》，頁26～28（增訂二版，2003）。

註十四：參見《論語》第二十「堯曰」篇。

註十五：「告知」依其「時點」及「作用」，約可分為三種：一、「預告」(prior notice or advanced notice)，例如：行政程序法第三十九條、第五十五條及第一百零二條；二、「決定告知」，例如行政程序法第四十三條及第一百條；三、「救濟途徑之教示」，例如行政程序法第九十六條第一項第六款。詳見湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於氏著，《行政程序法論—論正當行政程序》，頁20～26（增訂二版，2003）。

註十六：參見行政程序法第五十五條（「行政機關舉行聽證前，應以書面記載下列事項，並通知當事人及其他已知之利害關係人，必要時並公告之……」），第一百零四條（「行政機關依第一百零二條給予相對人陳述意見之機會時，應以書面記載下列事項通知相對人，必要時並公告之……」），第九十六條第一項（「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：……」）。

同理，本件解釋理由書第三段併諭知：「主管機關宜於徵收公告及書面通知時，一併告知預估之抵價地單位地價」，俾原土地所有權人得取得充分資訊，以決定是否申請抵價地。

註十七：美國聯邦憲法增修條文第五條規定：「任何人……非經法律正當程序(due process of law)，不應受生命(life)、自由(liberty)或財產(property)之剝奪」(“No person shall be…… deprived of life, liberty, or property, without due process of law”)。增修條文第十四條第一項亦有類似規定。前者用以拘束聯邦政府，後者用以拘束各州政府。

註十八：Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)（被告於拘禁中，經訊問而取得之供述，不論是否對被告有利，原則上不得作為證據使用）。

註十九：The sixth Amendments to the US Constitution: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

註二十：現行法中規定主管機關應「公告」並「（書面）通知」者不在少數，例如：土地法（100/06/15 修正公布）第二百二十七條第一項、平均地權條例（100/12/30 修正公布）第二十八條、地籍測量實施規則（102/08/28 修正發布）第一百九十九條、都市更新事業接管辦法（88/03/31 訂定發布）第四條、濕地保育法施行細則（104/01/30 訂定發布）第二條及第四條、政府採購法（100/01/26 修正公布）第六十一條、市地重劃實施辦法（104/07/13 修正發布）第十二條、民間

參與教育設施接管營運辦法（96/01/5 訂定發布）第三條及第十一條等。

註二十一：行政程序法第一百十條第一項及第一百條第一項參見。

註二十二：Case 56 and 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] E.R.C. 299 at 377.

協同意見書　　大法官林錫堯　提出

本意見書僅就本案有關「正當行政程序」之憲法上論述，說明如下：

一、申請發給抵價地，屬公法上請求權之行使。系爭規定就該權利限制於一定期間內行使，係對憲法所保障之財產權之限制。

按土地徵收條例第 39 條第 1 項既明文：「區段徵收土地時，應依第三十條規定補償其地價。除地價補償得經土地所有權人申請，以徵收後可供建築之抵價地折算抵付外，其餘各項補償費依第三十一條至第三十四條規定補償之。」因此，在區段徵收程序上，土地所有權人向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地，係一種具有財產價值之公法上請求權，屬應受憲法第 15 條保障之財產權。而土地所有權人提出申請，係行使其公法上請求權。

又按系爭規定（即土地徵收條例第40條第1項規定：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。……」中規定「應於徵收公告期間內」申請部分），其法律性質，係申請期限之規定，依其立法意旨，逾期即不得再行申請。縱依土地徵收條例第 40 條第 3 項規定：「……。經核定發給抵價地或已領竣徵收補償地價之土地所有權人，得向直轄市或縣（市）主管機關申請，改按原徵收補償地價發給現金補償或發給抵價地，經直轄市或縣（市）主管機關徵得

需用土地人同意後核准。」畢竟附有「徵得需用土地人同意」之條件，與原來的申請權不同。故系爭規定之法律性質，應係對人民上述公法上請求權之限制，即屬對人民應受憲法第15條保障之財產權之限制。

二、在區段徵收程序上，土地所有權人申請發給抵價地之請求權係憲法保障之重要財產權，故對其限制須符合正當行政程序。

再按，所謂區段徵收，係指於一定區域內之土地，予以重新規劃、分宗整理，而為全區土地徵收之綜合性土地改良事業（註一）。換言之，區段徵收係指政府基於一定目的（例如新都市開發建設或舊都市更新等），就一定區域內之私有土地全部予以徵收，重新加以規劃整理開發，並於興建必要公共設施之後，一部分由土地所有權人按一定比例領回或配售，一部分由政府讓售予國宅或其他需地機關建設使用，剩餘土地則辦理公開標售、標租或設定地上權，以其收入作為償還開發總成本之一種土地整體開發方式（註二）。是故，在區段徵收程序上，土地所有權人向主管機關申請發給抵價地之公法上請求權，涉及其土地所有權之剝奪與重新取得，是一種重要的財產權，應受憲法之適當保護。而系爭規定使土地所有權人逾徵收公告期間即不得再行申請，等同使被剝奪土地所有權人喪失正當補償之權利，即屬對人民重要財產權之限制，基於憲法第 15 條保障財產權之意旨（基本權之客觀規範效力），此一申請期限之規定，自有遵行正當行政程序之必要。

三、正當行政程序之要求：法律設上述申請期限之規定，應使土地所有權人獲悉充分資訊以及給予相當期間，而可合理期待其適時行使權利。

具體而言，基於憲法第15條保障人民財產權之意旨，法律對具有財產價值而受憲法保障之公法上請求權，設申請期限而逾期不得行使之規定者，應以可合理期待權利人行使之期間為限，否則即與憲法保障財產權之意旨有違（註三）。

在現行法制下，系爭規定及土地徵收條例其他相關規定適用之結果，於主管機關依同條例第18條規定書面通知土地所有權人之送達日期，係在徵收公告日之後之情形，可能因猶豫期間不足或時間短促，致不能合理期待土地所有權人適時行使其權利（此部分解釋文與解釋理由書已詳細說明）。此外，尤因徵收公告及書面通知內容之資訊不足，而使土地所有權人難以本其意志作成決定，致不能合理期待其適時行使其權利。

蓋依土地徵收條例施行細則第 21 條之規定，依同條例第 18 條規定，徵收公告應載明之事項，僅明列「徵收之土地或土地改良物及其應補償之費額。」等事項，並未明列「抵價地之單位地價」等足資土地所有權人瞭解其可能因而取得之抵價地面積之資訊，通知土地所有權人之事項亦未見此種資訊，衡諸常理，自不能合理期待土地所有權人適時行使其權利。此亦可構成系爭規定違反前述憲法上要求之正當行政程序。

雖土地徵收條例第45條規定抵價地之計算基準；同條例施行細則第 50 條及其附件二又規定原土地所有權人領回抵價地權利價值及面積計算公式；區段徵收作業手冊（註四）參考範例27 區段徵收通知函說明：「六、本區段徵收區抵價地總面積為徵收私有土地面積百分之００，被徵收土地所有權人應領回抵價地之面積，按其申請發給抵價地補償地價與區段徵收補償總地價總額之比例計算其應領之權利價值，並以該抵價地之單位地價折算之。」然徵收公告及書面通知內容並未具體記載「抵價地之單位地價」等足資土地所有權人瞭解其可能因而取得之抵價地面積之資訊，何能合理期待其適時行使其權利？

註一：林庭長秋華、劉法官錫賢、莊法官金昌、蔡法官紹良、許法官武鋒、詹法官日賢編撰，吳院長明鴻籌編、審查，《法官辦理土地徵收事件辦案參考手冊—土地徵收條例逐條釋義》，司法院，2014 年7 月，頁345-346。

註二：陳明燦，《土地徵收導論》，新學林，2013 年9 月，頁12。

註三：參考 Helmuth Schulze-Fielitz, im: Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar Band Ⅰ Präambel, Artikel 1-19, 3.Aufl. 2013, Art. 19Ⅳ Rn. 101.

註四：張元旭總編輯，《區段徵收作業手冊》，臺北：內政部，2004年12月，頁264。

協同意見書　　大法官黃茂榮　提出

關於區段徵收申請抵價地之期間起算日案，本號解釋以：「中華民國八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例第四十條第一項規定：『實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。……』（該條於一０一年一月四日修正公布，惟該項規定並未修正；下稱系爭規定）關於應於公告期間內申請部分，於上開主管機關依同條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，未以送達日之翌日為系爭規定申請期間起算日，而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，有違憲法第十五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。」就書面通知在徵收公告之日後送達，仍以徵收公告日計算申請期間者，有違正當行政程序部分，本席敬表贊同。

區段徵收，係國家以公權力強制剝奪或限制被徵收者對於其土地或地上物之權利。被徵收者已承受他人所無承受之特別犧牲，因此，在可能的範圍內，相關法制之設計應充分體諒被徵收者之特別犧牲，給予相當補償，並降低其相對的被剝奪感，促進社會之和諧。關於補償方法，如有限制之規定，該規定須符合憲法比例原則及正當行政程序原則之要求。本號解釋僅審理其中一小部分，錯失簡明彰顯關於公法上權利之行使期間的規定，在資訊之具備上，應受正當行政程序，在補償方法之選擇上，應受比例原則之制約的機會，爰此，本席以協

同意見書就區段徵收補償之規制提出意見，謹供各界參考。

壹、土地徵收法制之建制原則

任何法制在建制上皆應取向於其自憲法規定導出之建制原則。在土地之徵收，因其限制或剝奪人民對於其土地或地上物之權利，亦即侵奪其受憲法第十五條保障之基本權利中的財產權。因此，必須國家機關不能在市場，透過自由交易，取得其為行政目的所需之土地或其地上物之權利時，始得以徵收的方式，強制取得。此即土地徵收之最後手段原則。其次，因徵收之結果，使被徵收者對於其土地或地上物之權利遭受別人所無之特別犧牲，因此對於被徵收者，應給予相當補償。所謂相當補償之數額，在客觀上，指足供被徵收者在市場購得具有相當效用及價值之標的所必要之費用（民法第二百十三條參照），這在恰如其實時，即為被徵收土地或其地上物之權利的市價。此即土地徵收之相當補償原則。如有替代現金之補償方法，應規劃讓被徵收者自由選擇其所好，以將因徵收而對於被徵收者所造成之損害降至最低，此乃被徵收者主觀上所認知之補償的相當性，亦即比例原則所要求之最小侵害原則。

此外，土地徵收及人民與其相關權利之行使的限制，應符合正當法律程序原則，不得藉由不當之程序規定，使原土地所有權人就其因徵收所遭受之特別犧牲，喪失申請或選擇相當補償的權利。關於區段徵收之補償方法，既有補償金及抵價地可供原土地所有權人申請或選擇，且在制度規劃上，抵價地係由被徵收之土地按一定百分比劃出，恰好足供全體原土地所有權人補償之所需。所以，除應容其選擇依其偏好的方法補償外，為確保原土地所有權人能選擇其認為較有利之補償方法，應對其提供與補償金及抵價地有關之基礎資訊。是故，不但應將徵收公告內容以書面通知合法送達，而且至少尚須使原土地所有權人獲悉補償金在法定基準日之計算基礎（土地徵收條例第三十條第一項（註一）、同條例施行細則第三十條）（註二），及得領回抵價地之權利價值

（同條例第四十四條第一項第一款）與區段徵收後之評定單位地價等關於領回抵價地之計算基準的信息（同條例第四十五條）（註三）；另對於徵收補償價額，原土地所有權人有異議者、不服復議結果者、依法提起行政救濟者，視情形，須使原土地所有權人獲悉異議、復議或行政訴訟結果後，始為選擇（註四）。蓋如是，方能消除徵收機關與原土地所有權人間之資訊不對稱，以使其在受有相關必要資訊之情形下，自由選擇，俾符合正當行政程序原則之要求。

貳、區段徵收補償制度之檢討

一、區段徵收制度介紹

區段徵收，指政府基於一定之目的，將一定區域內之私有土地全部予以徵收，依都市計畫或土地使用計畫重新加以規劃、整理、開發後，一部分土地規劃為抵價地由原土地所有權人按一定比例領回，一部分土地作為公共設施用地或讓售與國宅或其他需地機關建設使用，剩餘土地則辦理公開標售、標租或設定地上權，以其收入償還開發成本之一種土地整體開發方式（註五）；規定於土地徵收條例（下稱系爭條例）第四章，其相關程序及補償，該章未規定者，準用該條例第二、三章規定（註六）。

區段徵收所生法律關係之當事人有三：（１）需用土地人（即區段徵收申請人）（２）被徵收土地所有權人（３）徵收機關【包含「徵收之准駁決定機關（內政部）」與「徵收之執行機關（直轄市或縣（市）政府）」】。這當中，徵收之准駁決定機關及徵收之執行機關與需用土地人及被徵收土地所有權人有法律關係，而需用土地人及被徵收土地所有權人間並無法律關係。當直轄市或縣（市）政府為需用土地人時，需用土地人與徵收執行機關將為同一主體。

依憲法第一百零八條第一項第十四款規定（註七），公用徵收，為中央立法事項，然其執行，可由中央執行，或交

由省縣執行。依系爭條例之規定，在區段徵收，需用土地人為興辦公共事業或實施國家經濟政策而需要徵收土地時，無直接徵收他人土地之權利，必須檢具詳細徵收作業計畫書、附具徵收土地圖冊或土地改良物清冊及土地使用計畫圖，送由徵收之准駁決定機關（內政部）核准，並副知該管直轄市或縣（市）主管機關（系爭條例第十三條第一項）（註八），由其辦理公告及書面通知之程序（系爭條例第十八條）及後續之補償工作。在區段徵收，該管直轄市或縣（市）政府為受內政部委辦之執行機關（註九）。

二、區段徵收之補償方法

（一）法定補償方法：補償金或抵價地

系爭條例第三十九條第一項規定：「區段徵收土地時，應依第三十條規定補償其地價。除地價補償得經土地所有權人申請，以徵收後可供建築之抵價地折算抵付外，其餘各項補償費依第三十一條至第三十四條規定補償之。」亦即在區段徵收，現行法定有二種補償方法：領取現金補償或以抵價地折算抵付。另依系爭條例第四十條第一項：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。……」是依現行法架構，係以現金補償為原則，抵價地折算抵付為例外，不願領取現金補償而欲以抵價地折算抵付者，須向主管機關提出申請。

（二）補償金之計算

補償金之計算，定於系爭條例第三十條。修法前以「徵收當期之公告土地現值」補償其地價；現行法則改以「徵收當期之市價」補償其地價。而所謂之「徵收當期之公告土地現值」及「徵收當期之市價」，係指徵收公告期滿次日起算第十五日之「公告土地現值」及「經

地價評議委員會評定之當期市價」（註十）。

（三）抵價地之計算

抵價地之計算，主要規定於系爭條例第四十四條第一項第一款、第四十五條、同條例施行細則第五十條。以原土地所有權人應領地價補償費與區段徵收補償地價總額之比率，乘上預計供分配抵價地（經地價評議委員會評定）之總地價，計得各該原土地所有權人應領之權利價值，再以該權利價值除以原土地所有權人選擇之抵價地（經地價評議委員會評定）之單位地價，計算其可得領回之抵價地面積。

承上開計算式，原土地所有權人對預計供分配之抵價地的關係，實際上可理解為：預計供分配之抵價地由土地被徵收之原土地所有權人全體所共有，並由各原土地所有權人，以其應受補償地價對於全體所有權人應受補償地價之和的比例，為其對預計供分配抵價地之持分（應有部分）。日後，依各該持分，領回抵價地。

三、補償方法之選擇實質上應無限制之必要

依系爭條例第三十九條第二項（註十一），在區段徵收，依法應保留徵收總面積百分之五十，規劃作為可供分配之抵價地。如情況特殊，需用土地人需擬具具體理由，在區段徵收計畫書報核前，先報經上級主管機關核准（系爭條例施行細則第四十條）（註十二）。惟抵價地面積仍不得低於百分之四十。又依系爭條例第三十八條、同條例施行細則第三十五條、第三十六條、第三十八條，及區段徵收實施辦法第二條規定，於徵收計畫提交中央主管機關審議階段，需用土地人所需之土地及公共設施所需土地皆已優先劃出，能受到完全之滿足，且亦已規劃保留足供全部原土地所有權人皆選擇以抵價地為補償時所需之抵價地面積。此外，當原土地所有權人選擇領取補償金時，雖必須先調度現金，以為支應，而後

才待最後結算時，決定處分剩餘抵價地償還預先調度之現金，或另籌財源，保留該剩餘抵價地。但由於市場利率一般低於區段徵收後抵價地地價之漲價比率，所以該現金之調度應不至於對區段徵收執行機關造成財務上之負擔。

容許土地所有權人，自由選擇以補償金或抵價地補償，既不影響需用土地人用地之需求，亦不增加徵收執行機關之財務負擔，並無對於原土地所有權人選擇補償方法之權利，加以限制之必要。因此，應儘可能滿足原土地所有權人自由選擇，以現金或以抵價地受補償之權利，以符合憲法特別保障原土地所有權人之財產權的意旨。系爭規定有關「應……向該管直轄市或縣（市）主管機關申請」部分，形式上雖規定為「應申請」，但實質上應解釋為原土地所有權人「得為申請或選擇」，方為允當。換言之，直轄市或縣（市）主管機關僅就申請人形式、資格上是否符合申請要件為審查，而不宜就符合要件者，為准否其選擇補償方法之決定。

四、選擇補償方法之限制應符合正當行政程序原則

徵收實務作業上，基於補償費應於徵收公告期滿後十五日內發放完竣，否則徵收失其效力之規定，故有謂「為儘早確定原土地所有權人是否有領取抵價地替代現金補償之意願，俾利現金補償之發放、確保徵收程序之順利進行，系爭規定要求原土地所有權人需於一定期間內選擇補償方法，限制之目的洵屬正當」。惟因系爭規定涉及原土地所有權人財產權及其選擇補償方法之權利行使的限制，故應受正當行政程序之檢驗：包含其限制是否妨礙原土地所有權人知悉為有利其選擇所需之相關資訊，並適時向主管機關，透過言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。特別是，不應有利用程序上要求，在無必要資訊的情況下，命原土地所有權人短期內即應為申請之規定，否則，將導致實質上剝奪原土地所有權人選擇補償方法之權利的結果。

關於「確保原土地所有權人知悉相關資訊之可能性」，本號解釋認為，系爭規定關於申請期限三十日之限制，在徵收公告內容以書面通知送達原土地所有權人之日，晚於徵收公告日之情形，仍以徵收公告日計算申請期間，不符正當行政程序原則，要求主管機關檢討修正，本席敬表贊同。惟為使原土地所有權人「知悉相關資訊之可能性」，除應使當事人或利害關係人「及時」獲悉與其利害相關之訊息外，該資訊內容亦須足資作為當事人或利害關係人為有利之決定的參考基礎。否則，如僅空有「及時獲悉之訊息」，但訊息內容空泛、非必要或不確定，當事人或利害關係人之「受告知權(right to be informed)」還是未受到完善之保障。因此，在區段徵收，除須要求徵收公告之內容應以書面通知合法送達原土地所有權人外，相關法令之規定，尚須確保原土地所有權人可獲悉關於補償金與抵價地之充分、明確資訊，供其判斷領取補償費或抵價地，何者較為有利，並確保其作成選擇決定所需之合理期間，始符正當行政程序原則之要求。

五、選擇補償方法所需之充分、必要、明確資訊

（一）法定之徵收補償價額

徵收公告中，雖已有徵收補償價額，但該補償價額尚非法定相對確定之數額。蓋依系爭條例施行細則第三十條，補償價額定有其計算基礎之法定基準日：即以徵收公告期間滿次日起算第十五日之當期市價（舊法時期為「徵收公告期滿次日起算第十五日之公告土地現值」）為基準，決定原土地所有權人之應受補償價額。直到是日，補償價額始因法律之規定，而相對上可得確定。又抵價地是從補償金蛻變而來的另一種受補償方式。承前所述，可理解為各原土地所有權人以其應受補償地價對於總補償地價之比例，為其對預計供分配之抵價地之持分（應有部分）。因此，原土地所有權人自己之應受補

償地價，以及徵收區域內之其他原土地所有權人應受之補償價額，均將影響區域內各別原土地所有權人對於預供分配抵價地之（持分的）權利。

在現金補償，該法定基準日所決定之補償價額，雖非終局確定之價額，但為適用於最多數人、最接近確定結果之補償價額，假定其正確性為百分之九十七，則各該原土地所有權人對於預供分配抵價地之持分，其正確性亦為百分之九十七，二者存在同步關係。因此，為確保原土地所有權人選擇補償方法所需之充分且明確之資訊，俾使其依自由意志行使其選擇補償方式之權利，關於補償方法之選擇，不應無視法律明定之補償價額計算之法定基準日，而要求原土地所有權人「應於徵收公告期間內」，憑藉尚未確定之補償價額選擇其補償方法。

（二）區段徵收後抵價地經評定之地價

依系爭條例第四十五條，直轄市或縣（市）主管機關應估計各路街之區段徵收後地價，提經地價評議委員會評定，作為領回抵價地之計算基準。原土地所有權人係以其應受補償地價對於總補償地價之比例，乘上抵價地區段徵收後之總地價為其權利價值，再以該權利價值除以其所選擇（或抽籤抽中）街廓之抵價地之單位地價，計算最後所能領取之抵價地面積（系爭條例第四十四條第一項第一款）。因此，抵價地在區段徵收程序中經核定之地價，亦為原土地所有權人在選擇補償方法時之重要資訊。

然而，現行法並未明文規定區段徵收後地價應於何時評定完成，按實務作業，通常係於進行抵價地分配前評定完成，且在抵價地分配前舉行之說明會時才提供各該街廓之區段徵收後地價資訊給原土地所有權人。換言之，依現行實務作業，關於區段徵收後抵價地之地價資

訊，在「徵收公告期間」內尚未存在。原土地所有權人無從知悉各該街廓之區段徵收後之單位地價將調整至多少，也未能預期其未來選擇（或抽籤抽中）各該街廓時，可得領取之抵價地面積多寡。命其處於高度不確定狀態中選擇預受補償之方式，並不符合法治國家下，人民對正當行政程序之期待。

（三）依個案情形考量

在個案情形，原土地所有權人如對補償價額不服，尚得依系爭條例第二十二條規定，提出異議及行政救濟。因此，當原土地所有權人依上開規定提出異議或依法提起行政救濟時，該補償價額在地價評議委員會作成復議決定或行政救濟確定前，仍未確定。為使原土地所有權人在正確之資訊基礎上，選擇補償方法，其申請抵價地補償之時點，亦應隨之展延至復議決定作成或行政救濟確定後；或者，在復議決定或行政救濟確定後，另給予原土地所有權人申請領取抵價地之機會。抵價地既足供原土地所有權人選擇，該容許對於徵收補償之執行機關並不會帶來財務上之不利，因此，在補償方法之行政程序的規範規劃上，宜盡最大之努力，使遭受特別犧牲之原土地所有權人得自由選擇，以使其所受之特別犧牲的損失，能夠獲得最大的撫平。特別是不應有一種想法：認為對補償價額不服者，僅得請求以補償金，而不得以抵價地，為補償方法。

六、補償方法之限制應符合比例原則

關於補償方法，現行法定有現金補償及抵價地補償二種方法，供原土地所有權人選擇，且依法文架構，係以現金補償為原則、抵價地補償為例外，不願領取現金補償者，須向直轄市或縣（市）政府提出申請並經審查核准，方得領取抵價地補償。

然本院審查本件聲請案時，曾函詢內政部，依該部提供之各區段徵收區申領抵價地比例一覽表可知，原土地所有權人申領抵價地之比例逐年攀升，多數地區申領抵價地比例更高達百分之九十八、九十九，可見區段徵收實務上，多數原土地所有權人係偏好選擇抵價地作為其補償方式。另參一０一年一月四日修正系爭條例第四十條之立法理由第二點：「……二、抵價地之申請期限雖於第一項明定應於徵收公告期間提出，惟屢有原土地所有權人領竣地價補償費後始向徵收主管機關請求改領抵價地，徵收主管機關尚無法照准，致引發民怨。鑑於目前之區段徵收補償制度雖係以領取現金為主，惟實務上開發機關仍係以發給抵價地作為補償依據，故如領取現金補償之地主仍願意改為領回抵價地，除有助於開發機關之財務計畫外，且亦不影響區段徵收作業，有利區段徵收業務之推動，爰修正第三項，增訂該等領取現金補償之原土地所有權人，得按已領取之徵收補償地價，申請改發給抵價地。」由以上資料可見，實務上實際以發給抵價地補償為常態。現行法規定以現金補償為原則，抵價地補償為例外之制度規劃，因不能滿足原土地所有權人主觀上對於現金補償或抵價地補償之經濟價值上的偏好，不但屢生爭議，常引發民怨，而且不利於區段徵收作業之順利進行。此外，亦因大多數原土地所有權人選擇以抵價地為補償方法，而使申請及核准之作業，徒增原土地所有權人及徵收補償執行機關之遵守與行政成本。

基於以上說明，關於補償金或抵價地之申請或選擇，其制度應如何規劃，方可使限制補償方法之申請或選擇期間，對行政機關之行政成本及原土地所有權人之時間成本較低，且對原土地所有權人之選擇補償方法之權利侵害最小，顯而易見。現行法將常態之補償方法，以例外的方式加以規定，並於抵價地足供全部被徵收人申請，以抵價地折算抵付

補償金的情況下，使逾越申請期間未申請發給抵價地者，不得再為申請，徒增不必要之行政成本，更非對原土地所有權人合理且最小侵害之手段，有違憲法第二十三條之比例原則。

參、區段徵收補償之法律關係及財務規劃

一、現行制度設計之缺失

關於區段徵收之補償，土地徵收條例第四十八條規定：「區段徵收之程序及補償，本章未規定者，準用第二章及第三章規定。」因此，準用同條例關於一般徵收之第十九條規定：「徵收土地或土地改良物應發給之補償費，由需用土地人負擔，並繳交該管直轄市或縣（市）主管機關轉發之。」及第二十條規定（註十三），需用土地人如未於徵收公告期滿後十五日內籌措補償費所需資金交由執行機關發放完竣，徵收將失其效力。另外，選擇領取現金補償者，其對原土地之權利義務於主管機關補償費發放完竣時終止（註十四），其對於可供分配抵價地權利價值（持分），有謂因此將歸屬於需用土地人，由其自由處分、標售、標租或設定地上權，以填補其預先籌措發給補償金之資金缺口。從而認為，原土地所有權人領取補償金或抵價地之決定，將影響需用土地人之資金調度。同條例第四十條第三項後段並因此規定「經核定發給抵價地或已領竣徵收補償地價之土地所有權人，如向直轄市或縣（市）主管機關申請改發給現金補償或改發給抵價地，需經直轄市或縣（市）主管機關『徵得需用土地人同意後核准』」。

然其實，在區段徵收，被徵收土地原所有權人得領受之補償費，無須由需用土地人負擔，並繳交該管直轄市或縣（市）政府發放之。蓋正如系爭條例第四十四條及第四十五條所定，抵價地為區段徵收範圍內土地所包含，且足夠供全部原土地所有權人申請採為補償方法，不須動用到現金。如

有原土地所有權人申請以補償金為補償方法，在財務之調度上，儘可利用本來可供為抵價地補償之土地，設定最高限額抵押，向金融機構融通必要之資金，以為支應。待補償程序終結時，才最後決定，要拍賣剩餘之抵價地，清償向金融機構融通之資金（同條例第四十四條第一項第五款），或另籌財源償還，保留該抵價地，供作其他應用。是故，在區段徵收之規範規劃沒有必要，也不適合規定，需用土地人對於原土地所有權人有直接的補償義務，以及如有原土地所有權人選擇以補償金為補償方法時，其對應之抵價地改歸屬於需用土地人。而應簡單明瞭規定，僅徵收土地之執行機關分別與需用土地人及原土地所有權人有法律關係：(1)需用土地人應繳交其分得之土地，按區段徵收後之評定地價計得之地價款，予徵收執行機關。至於區段徵收所需之各種費用，應計入區段徵收區域內土地之「區段徵收後之評定地價」之計算上的成本費用，而不宜逐項向需用土地人收取。(2)徵收土地之執行機關應對原土地所有權人，依其申請之補償方法（補償金或抵價地），補償其因區段徵收所遭受之特別犧牲。

關於區段徵收之補償，土地徵收條例第四十八條雖規定，第四章無規定者，準用第三章關於一般徵收之補償規定。但因其規範內容與區段徵收之規範規劃及其運作機制，格格不入，應從體系及目的衝突的觀點，認定該準用規定，無效。

二、區段徵收之意義

關於徵收當事人間所生之法律關係部分，是否適合規定為：由需用土地人負責籌措補償金，且未經原土地所有權人申請領取之抵價地部分之權利價值歸屬於需用土地人，得由其自由處分、標售、標租或設定地上權以取得資金周轉？在其利益之權衡，首先值得思考之處在於，區段徵收之核心意義為何。

按區段徵收之目的，乃為透過對區域內土地之重新規劃、整理、開發，取得國家、政府公共建設所需之用地。在此意義下，其他非公用、非公共設施之土地，原則上本應發還原土地所有權人（註十五）。然因區段徵收屬自償性之開發計畫，故有規劃部分土地供標售、標租或設定地上權等，以取得財源支付區段徵收計畫所需之工程款及其他費用之需要。因此，土地徵收條例第三十九條第二項前段規定：「抵價地總面積，以徵收總面積百分之五十為原則。因情況特殊，經上級主管機關核准者，不在此限。但不得少於百分之四十。」用以保障原土地所有權人取得區段徵收計畫開發後之土地的權益，並使其得以共同享有開發所帶來之利益。基此，需用土地人所需之土地、其他公用或公共設施所需土地、未來欲標售、租或設定地上權以取得區段徵收計畫財源之土地，均不得損及法定預供分配為抵價地之下限，並以該預供分配抵價地所表彰之價值，為被徵收土地原所有權人全體應受補償之權利價值的總和，由原土地所有權人全體所共享。

三、區段徵收補償之財務規劃

區段徵收係依審議通過之都市計畫內容執行，在區段徵收計畫報請內政部核准徵收階段，即已規劃需用土地人所需之土地、未來將登記為公有之土地與其他公共設施用地等，並與作為抵價地分配之用的土地明確劃分。假設報經核准之抵價地比例為百分之四十五，則需用土地人之用地需求，在其餘百分之五十五之土地範圍內，應已可獲得滿足。另外，對原土地所有權人而言，承前所述，保留給原土地所有權人分配之抵價地，實際上可理解為全體原土地所有權人所共有，並以各別原土地所有權人應受領之補償費占全部區段徵收總補償地價之比例，為其對預供分配之抵價地總面積之持分。因此，該保留給原土地所有權人分配之抵價地，除能滿

足全部原土地所有權人皆選擇以抵價地之方式受補償外，如原土地所有權人選擇領取補償金，其補償所需之現金，亦能以該抵價地，按其權利價值，以向金融機構設定最高限額抵押權之方式，取得資金周轉。換言之，因徵收所需支付給原土地所有權人之對價（補償），不論原土地所有權人選擇領取現金或領取抵價地，其所需資金或抵價地，完全可以在保留給原土地所有權人分配之抵價地範圍內處理完畢，與需用土地人不生財務上之牽絆。

由此可見，不論在用地需求上，或是財務規劃上，需用土地人與原土地所有權人間均可以截然劃分。在制度設計上，沒有必要也不宜使需用土地人在徵收補償發放過程中，以資金提供者的身分介入，並取得選擇領取補償金之人對於全部抵價地之持分。否則，無非肯認，需用土地人可以透過提供資金，額外取得徵收計畫所需用地以外之土地。如此，事前關於徵收計畫之公益性、必要性評估等程序將失其意義；又倘若需用土地人日後出售該抵價地所得之價款，超出其原先支出之補償金，需用土地人將平白獲得該抵價地之漲價利益；再者，如認為需用土地人可取得對於抵價地之權利，會節外生枝，不當衍生出系爭條例第四十條第三項後段規定之問題：原土地所有權人日後如欲變更補償方法，需受制於需用土地人是否同意。該規定不利於原土地所有權人之選擇權的行使，複雜化區段徵收之補償關係，使其從原土地所有權人與徵收執行機關間之雙方關係，轉化成原土地所有權人與徵收執行機關及需用土地人之三方關係。其實，關於徵收執行機關與需用土地人間，徵收執行機關應專注者為：如何使需用土地人，完全負擔因該區段徵收所發生之費用，以符受益者付費原則。

四、區段徵收補償之法律關係

在區段徵收，直轄市或縣（市）政府受內政部之委辦，

負責區段徵收計畫之執行，徵收執行之法律關係應存在於直轄市或縣（市）政府與需用土地人、及直轄市或縣（市）政府與原土地所有權人之間，而不應使需用土地人與原土地所有權人發生財務上或其他利害關係之牽連。執行機關應認識，需用土地人所需土地、公有或其他公共設施所需土地與預供分配之抵價地，依區段徵收之制度的精神，均已明確劃分。直轄市或縣（市）政府作為執行者，應秉持公正公開之立場，在保留可供分配抵價地之範圍內，妥適辦理補償事宜，保障原土地所有權人應受補償之權利。欲領取抵價地者，依其權利價值、按期程公平發給抵價地；欲領取現金補償者，則由執行機關先以預供該原土地所有權人分配之抵價地「持分」，按其權利價值，向金融機構設定最高限額抵押，取得資金周轉，待抵價地發放作業辦理完竣後，再就未經領取之抵價地，視情形，由徵收之執行機關公開標售，以償還貸款；如有溢價，可視情形，公平分配予原選擇領取補償金之全體原土地所有權人，使預供分配抵價地因區段徵收計畫所帶來之漲價利益，全數歸屬於選擇領取補償金之被徵收土地之所有權人。而在直轄市或縣（市）政府與需用土地人間，前者，應負責監督並促使區段徵收計畫順利進行；後者，應按照審查通過之開發計畫使用分得之土地。需用土地人不宜（以避免其獲取核准徵收計畫以外之利益）也無須以補償資金提供者之角色，介入補償金發放之法律關係中。蓋在區段徵收，其劃分預供補償所需之抵價地，已足以完全覆蓋為補償所需之資金及土地。

肆、補償費發放之期間限制應併予檢討

系爭條例第二十條，關於補償費應於徵收公告期滿後十五日內發給完竣，否則徵收失其效力之規定，其立法目的固為保障土地權利人能儘速獲得補償。然區段徵收與一般徵收不同，除現金補償外，法律明文賦予原土地所有權人申請或選擇以抵價地作為

補償之權利。因此，於檢討區段徵收相關制度時，立法機關毋須受限於前開儘速發放補償金之規定，而應配合原土地所有權人行使其選擇補償方法之權利的適當時點，併為調整，改規定為，應在原土地所有權人選擇其補償方式後，相當期限內發給之。

伍、結語

在民主憲政國家，人民之基本權利的保障，雖然最具體無疑的是人身自由與財產權，但依然是困難重重。土地之徵收在近年由一般徵收、區段徵收、聯合開發、都市更新，陷入一個不可思議的困境。其中是非，固然常因見仁見智，一時難明，莫衷一是。但區段徵收之補償規定，卻是其中比較可能理性檢討的類型。其理由為：區段徵收之財務可自給自足；法律關係究其實際，乃分別存在於徵收（執行）機關與原土地所有權人，及徵收（執行）機關與需用土地人間。由於其補償可自抵價地自給自足，所以，在規範規劃上，原土地所有權人與需用土地人不須有任何瓜葛。守住該法律關係的架構，可簡化現行法中一些複雜而不合理的規定，以便徵收（執行）機關可以把注意力主要集中在：如何處理好區段徵收之土地區塊的開發與建設，含電信、電力、瓦斯、自來水、污水等各種管線，道路、學校、體育場、消防、醫院等設施之配置、建設，並按其正面及負面外部性效應，規劃安排其補貼及經費之分擔。

本案所涉利益為：補償方法之申請或選擇的期限限制及其起算點。其相關規定，是否符合正當行政程序及比例原則。正當行政程序為程序上之形式原則，比例原則為實體上之實質原則。二者的違反皆涉及國家權力之濫用。與正當行政程序有關部分，主要為：關於補償方法，補償金或抵價地，在法定申請或選擇期間屆滿前，是否確保原土地所有權人取得為申請或選擇時所必要之資訊，並給予適當權衡利益的時間；其與比例原則有關部分，主要為：關於補償方法，補償金或抵價地之申請或選擇的規範規劃，在假定補償金或抵價地皆能公平補償原土地所有權人因徵收

而遭受之特別犧牲，而原土地所有權人對於補償金或抵價地，有價值上之偏好時，「以補償金補償為原則，以抵價地補償為例外」，及「以抵價地補償為原則，以補償金補償為例外」兩種規範模式，何者之申請及核准的件數較少，從而其行政成本較低？何者對於原土地所有權人之經濟價值較高，從而使人民權益損害最少？何者符合行政程序法第七條第二款，關於「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」為之的規定？以上為「行政行為之比例原則」對於限制或剝奪人民基本權利之規範規劃所提出應予考量的問題。

對上開問題，在行政法上，關於公法上權利之行使，常常在申請程序的規定，冒出帶有短期申請期限之要求，從而在一般之消滅時效期間外，植入額外之法定期間的規定。此種規定不但壓縮人民權利之存續期間，而且莫須有的導入行政機關，對於人民如何行使權利之裁量權。像在區段徵收之補償，因區段徵收在補償上之財務能自給自足，對於徵收（執行）機關根本無財務上之負擔或行政上之急迫性。但卻在有多種補償方法，且抵價地足夠補償全體原土地所有權人之損失時，本來好端端的可從容規劃為：由原土地所有權人，依其選擇，向徵收機關請求以給付補償金或抵價地之方法，補償其損失。其提出申請者，按其意願，必要時，以抽籤或競標的方法，分配抵價地；其未申請者，依公法上財產權之相關時效規定規範即可。惟現行法系爭條例第四十條第一項，關於補償方法之申請或選擇，卻對原土地所有權人給予顯不符合正當行政程序原則及比例原則之申請期限的限制，確實不妥。本號解釋，未對系爭規定關於違反正當行政程序原則及比例原則之全部，而僅就其一部分之缺失，加以解釋，宣告其違憲，誠屬可惜。

註一：101年1月4日修正之土地徵收條例第三十條第一項前段規定：「被徵收之土地，應按照徵收當期之市價補償其地價。」修法前（89年2月2日制定）該條項前段規定為：「被徵收之土

地，應按照徵收當期之公告土地現值，補償其地價。」

註二：101年6月27日修正之土地徵收條例施行細則第三十條規定：「本條例第三十條第一項所稱徵收當期之市價，指徵收公告期滿次日起算第十五日經地價評議委員會評定之當期市價。前項當期市價低於徵收公告之市價，仍按徵收公告之市價補償。」修法前（91年4月17日制定）該條規定為：「本條例第三十條第一項所稱徵收當期之公告土地現值，指徵收公告期滿次日起算第十五日之公告土地現值。但徵收公告後，公告土地現值依平均地權條例第四十六條規定評定，加成補償成數依本條例第三十條第二項規定評定，評定結果徵收補償地價降低者，仍按徵收公告時之徵收補償地價補償。本條例第三十條第二項所稱一般正常交易價格，指經由調查當年期一般正常交易價格所估計之區段地價。」

註三：土地徵收條例第四十四條第一項第一款：「區段徵收範圍內土地，經規劃整理後，除依第四十三條規定配回原管理機關及第四十三條之一規定配售外，其處理方式如下：一、抵價地發交被徵收土地所有權人領回。其應領回抵價地之面積，由該管直轄市或縣（市）主管機關按其應領地價補償費與區段徵收補償地價總額之比率計算其應領之權利價值，並以實際領回抵價地之單位地價折算之。」依該項規定，被徵收土地所有權人得領回抵價地之權利價值，以其應領地價補償費及補償地價總額之比率定之。該比率與上述補償金連動。土地徵收條例第四十五條規定：「實施區段徵收時，直轄市或縣（市）主管機關應預計區段徵收土地平均開發成本，並斟酌區段徵收後各街廓之位置、地勢、交通、道路寬度、公共設施及預期發展情形，估計區段徵收後各路街之路線價或區段價，提經地價評議委員會評定後，作為原土地所有權人領回抵價地之計算基準。」其評定結果之「領回抵價地之計算基準」，即是單位面積之「評定區段徵收後地價」（同條例第四

十六條）。

註四：依現行規定，對於徵收補償價額有異議者，得於公告期間屆滿之次日起三十日內以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關提出異議。權利關係人對於異議之查處不服者，該管直轄市或縣（市）主管機關得提請地價評議委員會復議，權利關係人不服復議結果者，得依法提起行政救濟（土地徵收條例第二十二條第二項、第三項）。

註五：參陳明燦，土地徵收導論，新學林出版，2013 年 9 月，一版一刷，頁12。土地徵收作業手冊，內政部編印，102 年12 月，頁12-13。

註六：土地徵收條例第四十八條：「區段徵收之程序及補償，本章未規定者，準用第二章及第三章規定。」

註七：憲法第一百零八條第一項第十四款：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……十四、公用徵收……。」

註八：土地徵收條例第十三條第一項：「申請徵收土地或土地改良物，應由需用土地人擬具詳細徵收計畫書，並附具徵收土地圖冊或土地改良物清冊及土地使用計畫圖，送由核准徵收機關核准，並副知該管直轄市或縣（市）主管機關。」

註九：憲法第一百零八條第一項第十四款規定，公用徵收由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。配合該條規定，憲法第一百二十七條規定：「縣長辦理縣自治，並執行中央及省委辦事項。」地方制度法第二條第三款規定：「委辦事項：指地方自治團體依法律、上級法規或規章規定，在上級政府指揮監督下，執行上級政府交付辦理之非屬該團體事務，而負其行政執行責任之事項。」地方制度法第十四條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）為地方自治團體，依本法辦理自治事項，並執行上級政府委辦事項。」同法第二十九條規定：「直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所為辦理上級機關委辦事項，得依其法定職權或基於法律、中央法規之授權，訂

定委辦規則（第一項）。委辦規則應函報委辦機關核定後發布之；其名稱準用自治規則之規定（第二項）。」財政收支劃分法第三十七條規定：「各級政府之支出劃分如下：一、由中央立法並執行者，歸中央。……三、由縣（市）立法並執行者，歸縣（市）。……（第一項）。前項第一款及第三款如需交由下級政府執行者，其經費之負擔，除法律另有規定外，屬委辦事項者，由委辦機關負擔；屬自治事項者，由該自治團體自行負擔（第二項）。」因此，上開條文所定之「委辦」，與行政程序法所定之委任或委託並不屬於同一類型。法務部 94 年 01 月 14 日法律字第 0930053730 號函：「二、行政程序法第十五條規定：『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（第一項）。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（第二項）。前二項情形，應將委任或委託事項及法規依據公告之，並刊登政府公報或新聞紙（第三項）』係指行政機關依據法律、法律具體授權或概括授權訂定之法規命令，將涉及公權力行使之權限移轉所屬下級機關或同一行政主體（公法人）不相隸屬之其他機關而言，本件彰化縣政府將違章建築之查報工作委由鄉鎮公所辦理，因屬不同行政主體間之權限移轉，與行政程序法第十五條規定有間，其性質似屬委辦，因涉地方制度法之適用，宜函詢主管機關內政部表示意見。」

註十：參前註一、二。

註十一：土地徵收條例第三十九條第二項：「抵價地總面積，以徵收總面積百分之五十為原則。因情況特殊，經上級主管機關核准者，不在此限。但不得少於百分之四十。曾經農地重劃者，該重劃地區部分不得少於百分之四十五。」

註十二：土地徵收條例施行細則第四十條：「本條例第三十九條第二項所稱因情況特殊，經上級主管機關核准者，指抵價地總面積非為徵收總面積百分之五十時，經需用土地人擬具具

體理由，於區段徵收計畫書報核前，先報經上級主管機關核准者。所稱曾經農地重劃者，指原有土地曾參加農地重劃並分擔農路、水路用地，且該農路、水路用地已登記為直轄市、縣（市）或農田水利會所有者。抵價地發給比例因土地所有權人領取現金補償或選擇高價區位土地較多者，致實際發給面積比例降低，視為已符合本條例第三十九條之規定。」

註十三：參土地徵收條例第二十條第二項前段：「需用土地人未於公告期滿十五日內將應發給之補償費繳交該管直轄市或縣（市）主管機關發給完竣者，該部分土地或土地改良物之徵收從此失其效力。」

註十四：參土地徵收條例第二十一條第一項：「被徵收土地或土地改良物之所有權人，對於其土地或土地改良物之權利義務，於應受之補償費發給完竣時終止。」同條例第四十條第三項前段：「申請發給抵價地者，對其土地之權利義務，於接到該管直轄市或縣（市）主管機關核定發給抵價地通知時終止。」

註十五：參立法院公報，第八十九卷第七期，委員會紀錄，蘇委員煥智發言，頁53。

協同意見書　　大法官葉百修　提出

徵收是國家因公益需要，對私有財產權之一種侵害行為，不是國家為圖國庫利益取得私有財產權之手段，更不是公益與私益衝突之調整工具，而是一種因公益需要侵害私有財產權之最後萬不得已之手段，故徵收須符合憲法上之比例原則。而國家對私有財產權，因公益需要遭受侵害所生之特別犧牲損失，應予補償。此項補償，不僅要相當，更應儘速發給，藉使被徵收人得依此補償，而回復其被徵收前之原有財產狀況，俾符憲法第十五條保障財產權之意旨，此為徵收補償之基本法理。我國土地徵收制度，具有諸多缺失，屢受學者批評，尤

以區段徵收為甚。此從媒體報導，主管機關經常藉由區段徵收方式，謀取國庫利益，引起人民諸多不滿，力主積極改革可見一斑。

本席就任大法官一職即將屆滿七年，所參與之眾多解釋中，少有觸及土地徵收之解釋案件，更遑論區段徵收。本件解釋涉及區段徵收之爭議，難得一見，惟解釋論點僅從未能提供正確資訊觀點，宣告土地徵收條例第四十條第一項規定，以徵收公告日為起算申請發給抵價地之起算日，而非以徵收公告送達日起算，不符憲法上正當程序之要求，結論固屬無誤，惟所持論據，可能衍生更多爭議。爰就可能衍生之法律問題，及正確解釋原則，提出協同意見如后。

一、衍生之法律問題

（一）抵價地之申請改採自書面通知送達起算者，對徵收處分公告後所生之法律效力，影響甚廣；且如徵收公告倘未以書面通知者，申請發給抵價地之申請期間因無起算日，將永無寧日

土地徵收條例是於民國八十九年二月二日制定，早於行政程序法九十年一月一日施行前既已存在。該條例第十八條「直轄市或縣市主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時，應即公告並通知被徵收關係人」之規定（註一），是徵收處分對外生效之特別規定，應優先於行政程序法（註二）而受適用。準此，核准徵收案應經公告及通知，對外始生徵收處分之效力。惟如核准徵收案「僅通知而未公告」，或「公告而未通知」時，徵收處分是否發生法律效力，則不無疑問。雖本院釋字第五一三號解釋認為，徵收處分未經公告不生效力，但對公告而不通知之效果並未闡明（註三）。對此，在學說及裁判上意見並不一致（註四）。而本件解釋對申請發給抵價地之期間，採通知說而不採公告說，似認「公告而未通知者」不生效力。如此一來，將遭致土地徵收條例中，若干徵收公告後即生法律效果之諸多規定（註五），受到波及，影響甚廣；抑且徵收公告未為通知者，有遭致徵收處分不生效力之虞。果爾，倘認徵收處分未為通知既已不生

效力，何來申請發給抵價地補償之可言；縱認公告而未通知者徵收處分亦生效力，也因本件解釋之作成，因申請發給抵價地之起算日無從確定而有遭致申請期間永無寧日之虞，而使徵收關係無法順利完成，影響事業之興辦。

（二）被徵收之原土地所有權人（下稱原土地所有權人）無地價補償請求權，何來申請發放抵價地之權利

徵收補償雖係不同之處分，但二者之法律關係互為依存。大體言之，無徵收無補償、有徵收未必給予補償。徵收未予補償者，其法律效果如何，各國制度不同。對此，我國土地徵收條例是採徵收失效說，非採補償請求權發生說（註六）。依土地徵收條例第十九條規定，徵收補償費雖由需用土地人（費用負擔人）負擔，繳交補償機關轉發，但該條例並無強制需用土地人有繳交義務之規定。是被徵收人在公告期滿後十五日內，未獲補償費之通知者，僅發生徵收處分失其效力之法律效果，並無享有請求發給補償費之權利，必待補償機關（即直轄市或縣市主管機關）通知發給補償費後，被徵收人始因該補償處分所形成之行政法上之債之關係，而享有領取徵收補償金之權利。依我國現制，徵收補償以現金補償為原則，法定補償範圍有五項，即：地價補償（註七）、土地改良物補償（註八）、土地改良費補償（註九）、營業損失補償（註十）及遷移費補償（註十一）。而抵價地是區段徵收中地價現金補償之代償，被徵收人於尚未收受發放地價現金補償處分之通知前，既無地價補償金請求權，何來具有自收受徵收公告通知送達後三十日內可申請發給土地抵價地之權利。

（三）申請發給抵價地之性質，非為選擇權之行使

本件解釋理由書一再強調，原土地所有權人可選擇受領地價補償金或申請發給抵價地。惟選擇之性質如何，並未闡明。選擇之性質從其字面意義以觀，易使人認屬一種選擇權

之行使。然選擇權之行使，是存在於民法選擇之債之法律關係。民法上選擇之債是指在多數給付之中，由選擇權人選擇其一作為給付之義務；選擇權人，可能為債權人，亦可能為債務人；然不論屬於何者，選擇權之性質為形成權，一經選擇即告確定（註十二）。徵收補償非民法上債之關係可比，其補償金額係採法定補償標準（註十三），非得由徵收補償關係人任意約定，而申請發放抵價地，亦僅得由原土地所有權人申請，需用土地人或補償機關並無主動發給之權利；且原土地所有權人申請發給抵價地時，尚須補償機關審查核准，並非一經申請即生效力。準此以觀，申請發給抵價地之性質，並非選擇權之行使，而係一種為保障原土地所有權人之財產權，從徵收補償關係衍生之公法上請求權。

二、本件解釋之正確原則：原土地所有權人於收受發放地價補償金之通知時起三十日內，得向主管機關申請發給抵價地；該管主管機關應於十五日內審查決定

土地徵收條例第十八條第一項規定：「直轄市或縣（市）主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時，應即公告，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。」同條第二項規定：「前項公告之期間為三十日。」該條公告應載事項，依土地徵收條例施行細則第二十一條第一項規定甚多（註十四），其中第四款僅載明：「徵收之土地或土地改良物及其應補償之費額。」並無明確發給之時間、地點，純係一種徵收補償金額之預告，並非應發給之確定補償金額。補償機關尚須依土地徵收條例第三十五條（註十五）及平均地權條例第七十九條（註十六）規定，就被徵收之土地或建築改良物應有之負擔、應納未納之土地稅捐及滯納金予以清償及代為扣繳後，如仍有餘額，始通知發給。故補償機關必待需用土地人已依土地徵收條例第十九條規定（註十七），於公告期滿後十五日內，將徵收補償金繳交補償機關，由補償機關踐行上開程序後始能據以通知發給。其發給之時

間、地點與方式，仍應由補償機關於備妥補償費狀態下，另為補償金之發放通知，而原土地所有權人始因收受該補償處分之通知所形成之法律關係，才具有受領現金補償之權利，如有不服，亦得對該補償處分，以補償機關為被告，對之提起撤銷訴訟。倘原土地所有權人對徵收補償金額並無不服，但不願領取現金補償者，才得據以申請發給抵價地。惟有如此解釋，始符合土地徵收條例第四十條第一項規定所稱「……原土地所有權人『不願』領取現金補償者……」之意旨（註十八）。原土地所有權人申請發給抵價地之期間，仍為三十日，俾與土地徵收條例第十八條第二項所定公告期間為三十日之規定意旨相符。且主管機關於收受發給抵價地之申請後，併應於十五日內審查決定，不宜拖延太久，俾與本院釋字第五一六號解釋所宣示徵收補償應儘速發給之意旨一致，且與土地徵收條例第二十條規定現金補償須於公告期滿十五日內發給之規定（註十九），保持均衡，土地徵收條例第四十條第五項（註二十）及同法施行細則第四十二條規定（註二十一），均應併予修正。

註一：土地徵收條例第 18 條規定：「直轄市或縣（市）主管機關於接到中央主管機關通知核准徵收案時，應即公告，並以書面通知土地或土地改良物所有權人及他項權利人。

前項公告之期間為三十日。」

註二：行政程序法第 3 條第 1 項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。」同法第 110 條第 1 項規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。」

註三：釋字第 513 號解釋解釋文：「……依土地法辦理徵收未依法公告或不遵守法定三十日期間者，自不生徵收之效力……。」

註四：徵收僅公告而未通知者，學者間有採「徵收處分不生效力說」（參見李建良，損失補償，載翁岳生等，行政法（下），元照

圖書公司，2006年10月，第681頁。）、「對權利人不生效力說」（參見廖義男，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論第24期，民國99年7月，第11頁；氏，道路規劃與用地取得之法律問題，載公共建設與行政法理（行政法論集（2）），三民書局，民國83年8月，第103頁。）及「徵收處分仍生效力說」（參見陳立夫，土地徵收之公告通知、補償給付與徵收效力，載黃宗樂教授六秩祝賀論文集公法學篇（二），新學林，民國91年5月，第212至213頁。）等不同見解。

實務見解上，最高行政法院亦有採「無效說」（最高行政法院101年度判字第294號判決參照）及「有效說」（改制前行政法院79年度判字第1895號、81年度判字第994號、84年度判字第181號以及最高行政法院93年度判字第1571號等判決參照）之不同見解。

註五：徵收處分公告後，分別對需用土地人發生「工作實施權」（土地徵收條例第21條及土地法第231條規定參照）、「繳交補償費」（土地徵收條例第19條及第20條規定參照）之效力；對被徵收人發生「徵收土地之效力」、「提出異議期間之起算」、「被徵收土地禁止分割、合併、移轉或設定負擔」（土地徵收條例第22條規定參照）、「工事進行之限制」（土地徵收條例第23條第1項規定參照）及「他項權利之確定」（土地徵收條例第23條第2項、第24條及土地法第229條規定參照）等；以及對補償機關發生「發給補償費義務」（土地徵收條例第20條第1項、第22條第2項及第4項規定參照）、「清算結束地上負擔」（土地徵收條例第24條、土地法第231條、土地法施行法第59條及平均地權條例第79條規定參照）及「存入專戶」（土地徵收條例第26條第1項及其施行細則第26條規定參照）等效力。

其中依土地徵收條例第23條第1項規定，被徵收之土地

於公告後，土地權利人或使用人不得在該土地為建築改良物之新建、增建、改建或採取土石、變更地形或為農作改良物之增加種植；其於公告時已在工作中者，應即停止。此為對土地權利人「惡意投資」之禁止，此種禁止是屬於一種公法上之公用限制。若僅公告而未通知，將對被徵收人之財產權影響甚大。

註六：土地徵收條例第20條第1項前段規定：「徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給之。」參照。

註七：土地徵收條例第30條規定：「被徵收之土地，應按照徵收當期之市價補償其地價。在都市計畫區內之公共設施保留地，應按毗鄰非公共設施保留地之平均市價補償其地價。

前項市價，由直轄市、縣（市）主管機關提交地價評議委員會評定之。

各直轄市、縣（市）主管機關應經常調查轄區地價動態，每六個月提交地價評議委員會評定被徵收土地市價變動幅度，作為調整徵收補償地價之依據。

前三項查估市價之地價調查估計程序、方法及應遵行事項等辦法，由中央主管機關定之。」

註八：土地徵收條例第31條規定：「建築改良物之補償費，按徵收當時該建築改良物之重建價格估定之。

農作改良物之補償費，於農作改良物被徵收時與其孳息成熟時期相距在一年以內者，按成熟時之孳息估定之；其逾一年者，按其種植及培育費用，並參酌現值估定之。

建築改良物及農作改良物之補償費，由直轄市或縣（市）主管機關會同有關機關估定之；其查估基準，由中央主管機關定之。」

註九：土地徵收條例第32條規定：「徵收土地公告前已領有建築執照或於農地上為合法改良土地，依第二十三條第一項規定停止

工作者，其已支付之土地改良費用，應給予補償。」

註十：土地徵收條例第33條規定：「土地或土地改良物原供合法營業之用，因徵收而致營業停止或營業規模縮小之損失，應給予補償。

前項補償基準，由中央主管機關定之。」

註十一：土地徵收條例第34條規定：「徵收土地或土地改良物時，有下列情形之一，應發給遷移費：一、依第五條第一項第一款或第二款規定遷移者。二、徵收公告六個月前設有戶籍之人口必須遷移者。但因結婚或出生而設籍者，不受六個月期限之限制。三、動力機具、生產原料或經營設備等必須遷移者。四、因土地一部分之徵收而其改良物須全部遷移者。五、水產養殖物或畜產必須遷移者。

前項遷移費查估基準，由中央主管機關定之。」

註十二：參見孫森焱，民法債編總論，上冊，自刊，民國102年7月修訂版，第416頁。

註十三：徵收補償之法定項目有五種，即地價補償、土地改良物補償、土地改良費補償、營業損失補償及遷移費補償。如以地價補償為例，土地徵收條例第30條第1項係規定：「被徵收之土地，應按照徵收當期之市價補償其地價。在都市計畫區內之公共設施保留地，應按毗鄰非公共設施保留地之平均市價補償其地價。」而該條項所稱之市價，依同條例施行細則第30條第1項規定，係指「徵收公告期滿次日起算第15日經地價評議委員會評定之當期市價」，即採法定補償標準。

註十四：土地徵收條例施行細則第21條第1項規定：「依本條例第十八條規定所為之公告，應載明下列事項：一、需用土地人之名稱。二、興辦事業之種類。三、核准徵收機關及文號。四、徵收之土地或土地改良物及其應補償之費額。五、公告期間。六、得提出異議及行政救濟之期限。七、公告徵

收後之禁止事項。八、得申請一併徵收之要件及期限。九、其他依規定應公告之事項。」

註十五：土地徵收條例第 35 條規定：「被徵收之土地或建築改良物應有之負擔，除申請發給抵價地者依第 41 條及第 42 條規定辦理外，其款額計算，以該土地或建築改良物應得之補償金額為限，由該管直轄市或縣（市）主管機關於發給地價補償費或建築改良物補償費時為清償結束之。

前項所稱應有之負擔，指他項權利價值及依法應補償耕地三七五租約承租人之地價。」

註十六：平均地權條例第79條規定：「被徵收或照價收買之土地，應納未納之土地稅捐及滯納金，由該管直轄市或縣（市）政府於發放補償金時，代為扣繳，並以其餘款，交付被徵收或收買之土地所有權人。」

註十七：土地徵收條例第19條規定：「徵收土地或土地改良物應發給之補償費，由需用土地人負擔，並繳交該管直轄市或縣（市） 主管機關轉發之。」

註十八：土地徵收條例第40條第1項規定：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管直轄市或縣（市）主管機關申請發給抵價地。該管直轄市或縣（市）主管機關收受申請後，應即審查，並將審查結果，以書面通知申請人。」

註十九：土地徵收條例第20條規定：「徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給之。但依第二十二條第五項規定發給應補償價額之差額者，不在此限。

需用土地人未於公告期滿十五日內將應發給之補償費繳交該管直轄市或縣（市）主管機關發給完竣者，該部分土地或土地改良物之徵收從此失其效力。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、於公告期間內因對補償之估定有異議，而由該管直轄市或縣（市）主管機關依第二十二

條規定提交地價評議委員會復議。二、經應受補償人以書面同意延期或分期發給。三、應受補償人拒絕受領或不能受領。四、應受補償人所在地不明。」

註二十：土地徵收條例第40條第5項規定：「申請發給抵價地者，直轄市或縣（市）主管機關不受第二十條第一項發給期限之限制。」

註二十一：土地徵收條例施行細則第42條規定：「土地所有權人依本條例第四十條第一項申請發給抵價地者，主管機關於收件後，應於徵收公告期滿後二個月內審查完畢。審查結果，應予補正者，應通知申請人於接到通知書之日起三個月內補正；申請人於補正期限屆滿之日前提出請求展延補正期限者，在不影響整體開發作業及時程原則下，得酌予展延。主管機關應於申請人補正後十五日內審查完畢，並將審查結果，以書面通知申請人。屆期未補正者，應核定不發給抵價地。

前項申請發給抵價地、補正及主管機關審查期限，應於公告徵收時，載明於公告內，並通知土地所有權人。」

協同意見書　　大法官陳春生　提出

本號解釋謂，土地徵收條例（下稱系爭條例）第四十條第一項規定（下稱系爭規定），實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償時，應於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管主管機關申請發給抵償地之規定，於主管機關依系爭條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，未以送達日為系爭規定申請期間起算日，而仍以徵收公告日為起算日，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，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨，本席敬表同意。惟本號解釋認當事人所涉受侵害之權利，為憲法第十五條財產權之見解，本席認為值得斟酌；另本號解釋之審查原則，除正當行政程

序外，比例原則亦得作為審查基準。以下謹述個人協同意見如下：

壹、當事人何種憲法上所保障之權利受侵害

一、本案所涉之憲法上權利非財產權，而是有關補償方式究採現金補償或要求發給抵價地之選擇權

（一）本院釋字第五八０號解釋理由書：「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源」。而本院釋字第五九六號解釋指出：「為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制。」惟本號解釋並未具體地指出，在申請發給抵價地過程中，當事人其財產權於存續狀態中，其使用、收益或處分權能，三者中究竟何者遭受侵害？本案爭點，不在於徵收土地所造成之財產權限制或剝奪，而在於補償方式，即在區段徵收中多了一個申請抵價地之選擇。而系爭規定是否不當地限制當事人此種選擇權，是本案之爭點。

（二）針對本號解釋是否涉及憲法上財產權的問題，本席認為，徵收必須給予補償，本案是區段徵收，除現金補償外，還可以選擇發給抵價地，從此角度言，乃一種選擇權。換言之，不論按照一般徵收補償之現金補償，或申請發給抵價地，即使當事人因為遲誤期間，依實務上對系爭規定之解釋適用，結果被排除以申請抵價地方式補償，但仍有補償金，其財產權並未受侵害。本案涉及補償的方式，在區段徵收中多了一個抵價地可以選擇。不論是現金補償或以抵價地補償，應該相當於其財產權依法被徵收的對價補償，當事人爭執者為他想要（選擇）用什麼方式來補償，故此種情況並無財產權受到侵害。當事人雖因系爭規定有關期間的規定，而被排除行使用

抵價地補償之方式，可是其現金補償還是存在，其財產權並不受影響。

二、本件牽涉的是憲法第二十二條之一般行為自由

（一）本院釋字第六八九號解釋指出：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格自由之發展，應受憲法保障……。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，亦受憲法第二十二條所保障。」本件法律賦予當事人選擇究竟以現金補償，或請求發給抵價地之選擇權。對當事人而言，有時不只是錢多寡的問題，也可能是情感上對土地之執著或偏好，既然法律賦予其得選擇抵價地，而不限於現金補償，則依當事人所主張權利之憲法依據，如不能適當地適用憲法所列舉的基本權，本席認為可以適用一般行為自由。

（二）德國法上之關於一般行為自由(Allgemeine Handlungsfreiheit)（註一）

德國法上之關於一般行為自由之見解如下：

1. 意義：

德國基本法所保障一般行為自由，係指，每個人之行為，不妨害他人權利或牴觸合憲秩序或公共秩序者，依基本法第二條第一項：「有作為或不作為之行為自由」。其中心概念之合憲秩序指規範整體形式上及實質上合憲；他人權利則係合憲秩序之本質部分。當無法律規範時，公共秩序係行為自由之界限。一般行為自由乃具最廣義保護領域之基本權利，從聯邦憲法法院於此領域之判決歷史觀察，其出發點為基本權利於總括意義上保護行為自由，每個人得援引。但對於人格發展而言，行為之比重如

何，並無關係，例如在公園餵養鴿子，亦受保護。

2. 定性：

一般行為自由對憲法所列舉之基本權利乃具從屬性或防漏性格。經由保護領域之廣泛定義，原則上，只要在憲法上列舉之基本權利範圍內之所有行為，均得被理解為一般行為自由。如存在著對憲法上列舉自由權之侵害存在時，一般行為自由相對於其他列舉之自由權利乃屬從屬性或防漏性，因此，一般行為自由常常在憲法列舉之自由權審查完後才被考慮。

3. 比例原則之適用：

對一般行為自由干預之法律亦須合乎比例原則。基本權利常因公權力之命令規範而受干預。此規範可以是法律、法規命令、規章或行政處分。德國最高行政法院判決例外地，關於於經濟上之競爭領域，對於同業之競爭者給予許可，所造成之侵害具明顯比重時，該事實上侵害，視為干預。

對一般行為自由之干預，因此須被審查干預之法律，其形式上與實質上是否合法。每一違反合憲秩序之法律，也牴觸基本法第二條第一項之一般行為自由。此外，干預之法律亦須合乎比例原則。

貳、本號解釋重申釋字第六六三號與第六八九號解釋之正當行政程序原則

一、本號解釋認系爭規定，於主管機關依系爭條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，未以送達日為系爭規定申請期間起算日，而仍以徵收公告日為起算日，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。在本院釋字第七０九號解釋及之前的第六六三號解釋揭示，正當行政程序是行政機

關為行政決定過程，被要求之重要應遵循原則。本號解釋亦前後一貫地宣示，系爭規定於主管機關依系爭條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達者，未以送達日為系爭規定申請期間起算日，而仍以徵收公告日為起算日，要求原土地所有權人在徵收公告期間內為申請之規定，將無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊，並享有三十日之選擇期間，不符憲法要求之正當行政程序。

二、系爭條例及其施行細則（下稱系爭施行細則）雖在民國（下同）一〇一年修正中，強化民眾參與，增加許多公聽會相關之規定。系爭施行細則第三十九條雖然也增加一些說明事項，但只是規定作成紀錄，既不須論辯或答覆，也不須送達，只須公告，很顯然是不足的，否則不會有後來系爭條例第四十條第三項之新增規定。且系爭施行細則第三十九條還是規定「公聽會」，現行法無法具體規範，現在之土地爭議或都市更新相關問題，多因主管機關未在程序上嚴格把關及監督所致。詳言之，本案的審查原則既為正當行政程序，就必須斟酌系爭條例第十條及系爭施行細則第三十九條規定。系爭條例第十條第三項規定特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者，若有爭議，應依行政程序法舉行聽證。但同條其他項規定之情形還是採用公聽會的方式。系爭條例於一〇一年修正，除了增訂第四十條第三項可以錢換地或以地換錢外，系爭施行細則第三十九條第一項也清楚規定舉行公聽會時，應公告或通知的內容，同條第二項並規定：「前項公聽會應作成會議紀錄，並將紀錄公告於區段徵收土地所在地……之適當公共位置；需用土地人並應於其網站張貼公告及以書面通知土地或土地改良物所有權人。」亦即，踐行程序的結果有二：作成會議紀錄及將紀錄公告。

但是，一〇二年四月二十六日本院公布的釋字第七〇九號解

釋，是在系爭條例及系爭施行細則於一０一年修正後作出。釋字第七０九號解釋公布後，系爭條例第三十九條是否面臨修正？該號解釋文特別強調「應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人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核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人」，比行政程序法之規定還詳細、嚴格。是以，都市更新與本案申請換發抵價地，同樣應從財產權保障的角度審查，要求正當行政程序之踐行。

總之，修正後之系爭條例第四十條第三項及系爭施行細則第十條雖增列一些公聽規定，但基於釋字第七０九號解釋所揭櫫正當行政程序之聽證，本席認為仍應避免立法者或行政機關從聽證逃向公聽。吾人不易理解，為何特定農業區需要聽證，其他地區只要舉行公聽即可？此規範顯然沒有遵守行政程序法第五十四條至第六十六條聽證程序及第一百零二條至第一百零九條陳述意見及聽證之規定。本席認為可以再貫徹釋字第七０九號解釋之精神。

參、系爭規定對人民自由權利之限制亦違反比例原則

系爭規定，對實施區段徵收，原土地所有權人不願領取現金補償時，只能於徵收公告期間內，檢具有關證明文件，以書面向該管主管機關申請發給抵償地之規定，而對於主管機關依系爭條例第十八條規定以書面通知土地所有權人，係在徵收公告日之後送達之情況，仍僅以徵收公告日為起算日，此一不分情狀，一律適用之規定，違反比例原則。換言之，為何系爭規定，未考慮不同情況，讓土地被徵收之所有權人無法充分獲得資訊，作出最好的選擇。

向來實務之見解認為，系爭條例第四十條第一項針對區段徵

收，土地所有權人如未於徵收公告期間內申請發給抵價地，就會被排除分配土地，所以是除斥期間的規定。系爭條例第四十條在一０一年透過第三項的修改後似乎比較有彈性，但依其規定：「申請發給抵價地者，對其土地之權利義務，於接到該管直轄市或縣（市）主管機關核定發給抵價地通知時終止。經核定發給抵價地或已領竣徵收補償地價之土地所有權人，得向直轄市或縣（市）主管機關申請，改按原徵收補償地價發給現金補償或發給抵價地，經直轄市或縣（市）主管機關徵得需用土地人同意後核准。」規定可知，即使未依第四十條第一項程序申請獲得抵價地，惟只要經過需用土地人之同意，補償金部分還是可能換發抵價地，第四十條第三項的解釋顯然是放寬。系爭規定，至少應讓當事人於不同情況，也能充分了解資訊，有適當的期間可以考慮是否選擇申請發給抵償地。因此，系爭規定對當事人一般行為自由之限制，已違反比例原則。

肆、結論

系爭規定，因不符憲法上之比例原則與正當行政程序，有違憲法第二十二條保障人民一般行為自由之意旨。

註一：以下參考 Gerrit Manssen, Grundrechte, 2000, Rn. 184 ff.

協同意見書　　大法官羅昌發　提出

本件涉及受區段徵收之原土地所有權人申請發給抵價地，是否為受憲法保護之財產權，以及以「公告」作為失權效果之計算期限基礎，在憲法上應如何評價等問題。

中華民國八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例第四十條第一項係規定：「實施區段徵收時，原土地所有權人不願領取現金補償者，應於徵收公告期間內，……申請發給抵價地。……」（下稱系爭規定）多數意見認為，系爭規定以公告而非以送達為計算申請發給抵價地期限之基礎，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第十五條保障人民財產權之意旨。本席對此敬表同意。本席認為，系爭規定

所侵害之財產權內涵及本件涉及之正當行政程序本旨，有進一步說明之必要。又系爭規定並非純屬程序規範，而係有失權效果之實體規定，故應另依憲法第二十三條檢視其是否符合必要原則。爰提出本協同意見書以為補充。

壹、區段徵收之憲法要件及「申請發給抵價地」作為憲法保護之財產權

一、本院以往多次解釋（例如釋字第五一六號、第五七九號、第六五二號解釋等）曾一再宣示，國家徵收人民土地，係使原土地所有權人及該土地之其他財產權人因公共利益而受特別犧牲，應符合因公用或其他公益目的之必要，始得為之。並應對被徵收之原土地所有權人及該土地之其他財產權人給予合理補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。且其補償不僅需相當，更應儘速發給，方符憲法第十五條人民財產權應予保障之意旨。至於補償方式之決定，立法者有一定之自由形成空間。本院有關徵收之解釋，其原因案件均涉及一般徵收之情形。

二、本件原因案件涉及區段徵收。區段徵收為國家機關基於都市開發、更新或變更區域土地用途等需求（土地徵收條例第四條參照），對於規劃區域內之全部土地均予徵收，並將徵收之土地重新整理開發；嗣開發完成後，除規劃為公共設施之用地由國家機關直接支配外，規劃作為建築之土地，部分作為抵價地以供原土地所有權人申請；部分作為開發目的或撥供需地機關使用；其餘部分藉由辦理公開標售等方式使需地機關獲取收入，以抵付開發費用。（註一）由憲法保障人民財產權之意旨言，區段徵收與一般徵收相同，均係使土地所有權人及該土地之其他財產權人為公共利益受特別犧牲，自亦須因公益目的之必要，始得依法為之；並應對被徵收土地之所有權人及該土地之其他財產權人給予相當且迅速之補償，以填補其財產權被剝奪或其權能受限制之損失。區段徵收與一

般徵收主要差別在於兩者補償方式；於區段徵收之情形，除現金補償外，尚有以徵收後可供建築之抵價地折算抵付地價補償（土地徵收條例第三十九條第一項參照）。本號解釋肯定區段徵收亦受有關一般徵收要件（包括須因公用或公益之必要以及須給予合理補償等要件）之規範；且間接確認徵收機關得以抵價地折算抵付地價，作為合理補償之方式之一（見本號解釋理由書第一段）。本席均敬表同意。

三、本院針對一般徵收，要求徵收機關之補償必須相當及迅速，並承認立法機關就補償方式有一定之自由形成空間。惟本院未曾就區段徵收之補償，設有額外規範。由於土地徵收條例就區段徵收設有金錢補償及發給抵價地二種補償方式，原土地所有權人就此二種補償方式是否有受憲法保護之選擇權（特別是有無選擇抵價地之權），應值進一步說明。系爭規定要求不願領取現金補償之原土地所有權人，應於徵收公告期間內，「申請」發給抵價地。其規定雖未明示原土地所有權人之「選擇請求發給抵價地之權」，然其申請發給抵價地，除期限及若干程序要件（如檢具相關證明文件、以書面提出申請等）外，並無任何實體條件之限制。且如前所述，區段徵收係國家機關將徵收之土地重新整理開發後，將部分得作為建築之土地，供原土地所有權人申請領回作為抵價地，並以其他土地供相關用途。故發給抵價地應為區段徵收之核心內涵。且經整理後之土地單位價值較高，將來亦有可增值之期待；由原土地所有權人申請發給抵價地作為補償，亦係使其減少財產權損失之重要方式。立法者就補償方式固有一定之自由形成空間，然法律既使原土地所有權人得申請發給抵價地，且抵價地又具重要財產價值，而抵價地之發給亦為減少侵害原土地所有權人財產權之方式，故抵價地之申請具有憲法保護價值。自應認申請發給抵價地為以法律創造具有財產價值之公法上選擇權，應為原土地所有權人受憲法保障之財

產權。法律如對此種選擇權予以限制或剝奪，自屬對憲法第十五條所保護財產權之限制。多數意見稱「申請發給抵價地之申請期限，涉及人民財產權之限制」，雖未明示原土地所有權人之選擇權，然應已肯定受徵收之人民選擇申請抵價地，為憲法保護之財產權。本席對此敬表同意。此項財產權並非係針對「特定坐落之土地」之權利；原土地所有權人於提出申請，須嗣土地整理後，以抽籤等公平、公開方式決定抵價地之具體坐落。故本件所涉憲法保護之財產權係「選擇發給抵價地之權」。

貳、本件所涉及之「受通知後決定之權」

一、「受通知後決定之權」(right to make informed decision 或right to make informed choice)並非獨立的憲法上權利，而係附屬於特定基本權之作用。例如，病患或參與人體實驗者有受充分告知始作成決定是否同意特定醫療或實驗行為之權（此即「受告知後之同意」；informed consent）；此項受告知之權，乃基於病患或參與人體實驗者之人格與身體自主權而來。又例如受逮捕者放棄「尋求律師協助之權」(right to counsel)，必須在受充分告知其有權選擇及委任律師協助或可接受法律扶助，並了解自己所處情形後，所為之決定，始符合「受通知後決定」之意旨；此乃基於人身自由之保障而來。

二、本件情形，原土地所有權人既有「選擇發給抵價地」之受憲法保障之財產權，則其選擇請求發給抵價地，自應附有「受通知後決定是否選擇發給抵價地」之權，以充分實現憲法對人民財產權之保障。多數意見基於程序保障之意旨，將此稱為「正當行政程序」；應可贊同。

三、「受通知後決定是否選擇發給抵價地」之權應有三內涵：

（一）原土地所有權人「必須受通知」(being informed)；如未受通知，法律無法期待人民作出維護其權益之選擇。倘法律欲以擬制方式認定人民已受通知（例如公示送

達），其擬制必須符合嚴格的要件（例如應為送達之處所不明之情形）。系爭規定基於單純公告，即要求原土地所有權人於一定期限內作出選擇，自不符合原土地所有權人「必須受通知」之要件。多數意見認公告之方式「無法確保原土地所有權人適時取得選擇補償方法所需之資訊」，而應以送達作為認定基礎（見本號解釋理由書第二段），本席敬表同意。

（二）所通知之內容，應符合「通知當時客觀上可最充分提供之資訊」。法律要求人民做出影響其權利之決定，不應期待其在訊息不明之下，以猜測或賭注之方式為之；而必須確保人民獲有必要明確程度之資訊，以便作成「受通知後之選擇」。由於區段徵收之性質，在原土地所有權人決定是否選擇抵價地時，若干資訊尚未明確（例如抵價地之具體坐落等）；若干資訊則可能已經明確或可得估算（例如預計抵價地之總面積、預計抵價地之總地價、原土地所有權人應領抵價地之權利價值、原土地所有權人應領抵價地面積、原土地所有權人實際領回抵價地地價之計算公式等）。故所通知之資訊內容，應包括在「通知當時客觀上可最充分提供之資訊」。多數意見僅以確保原土地所有權人知悉「相關資訊」（見本號解釋理由書第二段），而未對所通知之訊息應達於如何之程度，本席認為有補充必要。

（三）受通知後應有合理之決定期限。系爭規定要求原土地所有權人應於公告期限提出申請；而依土地徵收條例第十八條第二項之規定，公告期間為三十日。如該三十日期限係以通知送達後起算，則其作為原土地所有權人作成初步決定之期間尚屬合理（但如後所述，遲誤此三十日期限不應具有失權效果）。多數意見肯定由送達翌日起算之三十日選擇期間（見本號解釋理由書第二段）；本

席認為，在此期限不具有失權效果之前提下，應可同意。

參、系爭規定之實體失權效果應以憲法第二十三條審查

一、系爭規定雖未明示原土地所有權人未於徵收公告期間內申請發給抵價地者，將喪失申請抵價地之選擇權；然由系爭規定僅許原土地所有權人於一定期間內申請發給抵價地而言，未於該期限提出申請，確將產生失權效果。是系爭規定不但屬於提出申請之期限之程序規範，且為具有失權效果之實體規範。系爭規定既有實體效果，自應另依憲法第二十三條之必要要件審查。

二、本席前曾多次於意見書中表示，憲法第二十三條必要要件之審查，應包括相關規範「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以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響的程度；在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。

三、系爭規定間接賦予失權效果，目的在使徵收機關得以儘速確定補償費之發給，以符合前述儘速發給補償費之憲法要求及土地徵收條例第二十條所規定「徵收土地或土地改良物應發給之補償費，應於公告期滿後十五日內發給」之要件；故有其公益內涵。然使原土地所有權人得以選擇抵價地，不但減少補償費支出，而無害於公益，且有助於對原土地所有權人之保護。再者，為達成儘速發給補償費之要求，並非必然須以首次通知後三十日期限內未提出申請者立即賦予失權效果之方式處理；而應有其他較不侵害原土地所有權人選擇權之方式存在。例如在三十日期滿之後，對未提出申請者先暫定發給補償費並存入保管專戶，但仍許原土地所有權人於後續一定合理期限內（例如通知其補償費存入保管專戶後一個月內）繼續申請，即為不影響補償費發放進度，而又對原土地所有權人之選擇權限制較小之替代方式之一。一〇一年一月

四日修正公布之土地徵收條例增列第四十條第四項規定：「……申請改發給現金補償或改發給抵價地者，應於核定發給抵價地通知之日，或現金補償發給完竣之日，或通知補償地價存入保管專戶之日起一個月內為之，並以一次為限。……」此規定並未明示改變系爭規定之失權效果，然賦予原土地所有權人第二次行使選擇權之機會。由此亦足以說明，使系爭規定不具失權效果，許原土地所有權人於受通知補償地價存入保管專戶之日起一個月內仍得繼續行使選擇權，並無客觀上之困難；而不要求立即產生失權效果，又可對土地所有權人之抵價地選擇權提供較周延之保障；且因發給抵價地使徵收機關無須以現金補償，故可減少徵收機關財政負擔；而使原土地所有權人受通知補償地價存入保管專戶之日起一個月內不生失權效力，亦不影響區段徵收程序。故本席認為系爭規定使未於首次三十日期限內申請發給抵價地之情形，發生失權效果，與憲法第二十三條之必要要件未盡相符，系爭規定失權效果之內涵，亦有修正必要。

註一：參見內政部地政司網頁有關區段徵收之說明，http://www.land.moi.gov.twchhtml/landfaq1.asp?fqid=811&cid=2。

（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）

司法院釋字第七三二號解釋

【捷運設施毗鄰地區土地徵收案】

中華民國104年9月25日

院台大二字第1040026226號

解　釋　文

中華民國九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法（下稱九十年捷運法）第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（下稱七十七年捷運法）第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法（下稱開發辦法）第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」此等規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例（下稱徵收條例）第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用。

解釋理由書

憲法第十五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（本院釋字第四００號及第七０九號解釋參照）。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制，亦為憲法第一百四十三條第一項所明定。又人民居住自由亦屬憲法第十條保障之範圍。國家徵收人民土地，不但限制人民財產權，如受徵收之土地上有合法居住者，亦嚴重影響其居住自由。徵收人民土地除應對土地所有權人依法給予合理及迅速之補償外，自應符合公用或其他公益目的之必要，始無違於憲法第二十三條之規定。

九十年捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」（下稱系爭規定一）許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收大眾捷運系統路線、場、站（下稱捷運設施）土地之毗鄰地區土地。所稱依法報請徵收，係指依徵收條例之規定為之。徵收條例第一條第二項規定：「土地徵收，依本條例之規定，本條例未規定者，適用其他法律之規定。」就徵收土地之範圍而言，徵收條例未規定者，應適用其他法律之規定。徵收條例第三條第二款規定：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限：……二、交通事業。……」準此，其徵收除應為興辦該第三條所規定之事業外，其徵收土地之範圍，並應確為興辦該事業所必須。大眾捷運系統屬徵收條例第三條第二款所規定之交通事業，其所得徵收土地之範圍，應為捷運交通事業所必須之土地。依系爭規定一所得報請徵收作為開發用地之毗鄰地區土地，包括與捷運設施用地相連接、與捷運設施用地在同一街廓內且能與捷運設施用地連成同一建築基地、與捷運設施用地相鄰之街廓而以地下道或陸橋相連通等之土地（九十年捷運法第七條第二項參照），此等徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須，其徵收非捷運交通事業所必須之土地，自已限制人民之財產權，並對其上合法居住者嚴重影響其居住自由。又七十七年捷運法第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」（下稱系爭規定二）雖未設有前述「依法報請徵收」之要件，然其程序自應受當時有效之徵收法律之規範。開發辦法第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」（下稱系爭規定三）對聯合開發用地之取得，亦設有「依法報請徵收」之要件。徵收條例係八十九年二月二日制定公布，故聲請人之一原因案件所適用之七十七年捷運法，應以當時之土地法有關徵收之相關規定作為報請徵收之依據。然就徵收土地之範圍言，土地法第二百零八條第二款規定：「國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定，徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限。……二、交

通事業。……」故其徵收除應為興辦該第二百零八條所規定之事業外，其徵收土地之範圍，並應確為興辦該事業所必須。然系爭規定二、三許興辦捷運交通事業時，就聯合開發用地報請徵收；七十七年捷運法對「聯合開發之用地」並無範圍之界定。是依系爭規定二、三報請徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須，其徵收非捷運交通事業所必須之土地，亦已限制人民之財產權，並對其上合法居住者嚴重影響其居住自由。

國家以徵收方式剝奪人民土地所有權，甚而影響土地上合法居住者之居住自由，如非為公用，則須符合其他公益之正當目的。徵收捷運交通事業所必須之土地，屬為興辦交通事業公用之目的；而主管機關辦理毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得（立法院秘書處編印，《法律案專輯第一百一十四輯—大眾捷運法案》，立法院秘書處，七十八年，第二五三頁等所示立法目的參照），固有其公益上之目的。然國家為利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地（下簡稱非交通事業所必須之土地），將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。另為達利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成。系爭規定一、二、三以使土地所有權人遭受特別犧牲之方式，徵收非交通事業所必須之土地進行開發，並非達成土地資源有效利用、地區發展並利國家建設經費之取得目的所不得不採之必要手段，且非侵害最小之方式。其許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收非交通事業所必須之土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用。

聲請人之一認最高行政法院九十九年度判字第一二五九號判決（下稱確定終局判決）所適用之九十年捷運法第七條第一項、第二項及第七項、開發辦法第四條第一項及第六條、徵收條例第十條第二項但書、第十三條、第十四條及第十五條等規定違憲，惟該等規定並未為確定終局判決所適用，自不得據以聲請解釋。另一聲請人就七十七年捷運法第七條所規定毗鄰地區之土地，認為違反法律明確性，同條第一項認違反比例原則，惟本解釋已宣告系爭規定二於許主管機關為土地開發之目的，報請徵收土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地部分，不予適用；且聲請人此部分聲請意旨，亦難謂已客觀具體指摘究有何違反憲法之處。是上開聲請，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　林錫堯　池啟明　李震山

蔡清遊　黃茂榮　陳　敏　葉百修

陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君

羅昌發　湯德宗

中華民國104年11月25日

院台大二字第1040032013號

公布更正

協同意見書

大法官蘇永欽　提出

本件解釋審查大眾捷運法有關徵收捷運設施毗鄰地區的規定，認定這些規定僅在「許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例（下稱徵收條例）第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地」範圍內有違比例原則，應「不予適用」。沒有任何條文的任何部分失其效力，立法者不需要因本解釋而對本法作任何修正，只有行政和司法機關未來將因該

條文必須限縮解釋，就原可朝一定方向解釋的部分，受到「不予適用」的拘束，可說是典型的「合憲法律解釋」(verfassungskonforme Gesetzesauslegung)方法的操作，就此結論，本席敬表贊同。

但本件解釋如何推出上開結論，理由卻相當薄弱，即使只是這樣一種溫和的中間決定，在方法論上也還有更精緻化的必要：同樣是合憲性解釋，何種情形該用限定合憲，何種情形該用限定違憲的方式表述？從過去不少這類解釋的先例，本院應該已可找到較具可操作性而免於恣意的方法。因此以下的協同意見將分別從比例原則的論述有何不妥（第一段），其合憲限縮的重心顯然應在徵收原因法定（第二段），轉而探究合憲性解釋的類型與適當操作方式（第三段），乃至本件為什麼僅宜採限定合憲解釋的理由（第四段），略作說明。

一、本件比例原則的論述較為空泛且不一致

本件從比例原則這樣的實質的基本權保障原則，而非法律保留或法律明確性原則這樣形式的原則切入審查，最困難之處，即在面對一個就特定事物領域加以規範的法律，僅就其中為需用土地所做的「得依法報請徵收」的單純引致規定，在別無任何有關徵收要件、範圍、程序、效力的特別規定的情形下，如何認定其欠缺憲法容許的公益目的，且就該目的的達成不符合必要、最小侵害或損益相當？由於後面這三個比例原則要作的檢驗，都毫無下箸之處，唯一比較可以作成評價的就是公益目的，而憲法對於徵收人民土地這樣嚴重影響財產權，乃至居住自由、營業自由的決定，本來也應該從「原因」上就嚴格把關。系爭規定涉及大眾捷運系統的建設，配合所做的土地開發，開發本身不會有問題，公私合作聯合開發也不會有問題，憲法上值得深究的只有：如果只是為了開發土地，在何種情形、何種條件下始得徵收私人土地？這裡顯然非屬憲法第一百零八條提到的公用徵收，那麼第一個要問的便是憲法是否容許公用以外的其他公益的徵收？即使肯定，還要問這樣的公益必須達到什麼程度？

本院對於可以合理化剝奪私人土地的法益，早期也曾以憲法

第一百零八條為依據，似乎僅把「公用」當成可容許的原因，如釋字第二三六號、第四０九號、第四二五號、第五三四號解釋等，但這樣的論述究竟是因為所涉規定剛好與公共事業有關，並無排除其他可能原因之意，或者確以憲法僅能容忍公用徵收，僅從中央地方權限分配規定的文義上還很難斷言。無論如何，從釋字第四００號解釋開始，本院對於土地徵收已出現「因公用或其他公益目的之必要」的論述，且在以後漸漸變成固定的論述模式（釋字第五一六號、第五七九號、第六五二號、第七三一號等解釋可參）看來，顯然認為在公用或公用事業（public utilities,可為公營或民營）的公共利益以外，還有其他非關公用的公共利益，可以合理化私人土地的徵收，徵收理念會有這樣的演變，反映了社會發展的需要，應該沒什麼不妥。問題只在私用(private use)的徵收，是否在用途上要有限制，且私用所創造的公共利益，必須達到何種高度，不能不講清楚。本院迄今卻從來沒有加以闡明，或至少如德國基本法第十四條第三項那樣，強調須有比公共利益(das öffentliche Interesse)更高的「公共福祉」(das Wohle der Allgemeinheit)，來要求犧牲私人財產所可創造的公共價值，不能只是在質與量上有限度的增加而已。憲法這部分的留白，使得國家對徵收的管控，始終只能先由徵收主管機關逐案判斷是否足以合理化，再通過行政救濟程序由法院作最後判斷。從保障基本權的觀點而言，如果能由本院揭示若干基本原則，自然更為理想，此所以本院受理本件解釋，即面臨這樣的挑戰，既然從比例原則切入，各界期待的應該也是一個較可引導執行的憲法原則的宣示。可惜這部分審查的結果，並無法滿足這樣的期待。

最清楚的界線當然是根本否定任何公用以外的公益徵收，但如前所述，憲法第一百零八條原意是否如此，已不易考據。從台灣地狹人稠，土地的私益與公益必須比地廣人稀的國家作更大程度的調和，土地所有權也必須負擔更大社會義務來看，本院解釋刻意的在徵收目的上從公用徵收逐漸擴張到「其他公益目的」的

徵收，應該已經考量了社會重大變遷而更能符合憲法本意。放眼各國的徵收法制，即使在最重視私有財產的美國，也同樣不再以公用為絕對的底線，則對特別強調土地公益性的我國憲法（第一百四十三條可參），不以公用公益絕對大於私用公益，也十分合理。如果現在要回到公用徵收的單一目的，又有什麼憲政法理上的依據？但只要肯認非公用的其他公益目的，要在此一範疇內許可徵收，就必須進一步畫出至少與公用相當的公共利益，不論是種類的質的劃分，或可計算利益的量的最低要求。可惜理由書的論述，在是否允許私用公益的徵收，和如果允許，其最低要求為何，這兩個層次的問題上反覆夾纏，終究還是沒能提出任何可指引執行的原則。邏輯的錯亂，更是前此的徵收解釋中所未見。本席的春秋之責有沒有太過，可以仔細讀一下理由書。

跳過論證上意義不大的第二段，本件主要的審查論述見於理由書第三段，先肯定徵收的目的有公用和其他公益兩種，並未以公用為唯一可以合理化徵收的公共利益：「國家以徵收方式剝奪人民財產，甚而影響土地上合法居住者之居住自由，如非為公用，則須符合其他公益之正當目的。」但對於非為公用的其他公共利益，在何種情形下可以合理化徵收，過去的解釋從未做過任何闡明，在沒有足夠學理支撐下，本件解釋仍無法就此有所突破，只能直接肯定系爭規定的公益目的：「徵收捷運交通事業所必須之土地，屬為興辦交通事業公用之目的；而主管機關辦理毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設經費，固有其公益上之目的。」重點是這個公益目的是否大到足以合理化徵收？理由書立刻給了以下的答案：「然國家為土地資源利用、促進地區發展及籌措建設經費之目的，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地或聯合開發用地，將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。」這段不清楚的話加上後面一段「必要性」、「最小侵害性」的論述，

共同構成了違反比例原則的理由，因此從結果來看，應該是認為開發交通事業所必須者以外的毗鄰地區，其公共利益沒有大到足以合理化徵收的程度，或者借用德國憲法的概念，就是還無法認定為一種公共福祉。問題在於其否定的論證，竟是「使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲」，已和公用或私用，乃至公共利益的大小完全無涉，只在乎土地產權主體的移轉，然而產權主體的移轉不正是「所有」徵收共同的特徵？如果從這個結果即可否定徵收的公益目的，還有什麼徵收是合憲的？但審查最後認定違反比例原則的又僅限於「非交通事業所必須」的部分，為何同樣是開發捷運設施毗鄰地區，只要仍在交通事業所必須的範圍內，原土地所有權人遭受土地損失的特別犧牲又可容許，背後的想法可能還是以交通事業為公用事業，則繞了半天，又回到以公用事業為限始可徵收的解釋，公用以外的國有或者私用，不論其創造的公共利益有多大—比如私用的預期結果可把一塊荒地變成可供萬人居住，千人就業的黃金地—都不是憲法容許的公益目的。果然如此，除了和前面對「其他公益目的」的明確肯定自相矛盾，對於近年諸多為開發土地或經濟發展而明定徵收手段的法律，還會立即引發是否同樣違憲的質疑，比如新市鎮開發條例第六條，科學工業園區設置管理條例第十二條，國際機場園區發展條例第十一條，加工出口區設置管理條例第十一條、第十二條，發展觀光條例第十四條、第十五條等等。本件解釋沒有指出以土地開發為目的公益要多大，才足以合理化徵收，反而在肯認為公用以外目的的公益也可徵收之後，又否認非公用目的的徵收。本席只能負責的說，這真的是一段沒有任何意義的論述。

第二個被認定的違憲瑕疵是系爭規定的徵收不符合必要性與最小侵害性：「系爭規定一、二、三以使土地所有權人遭受特別犧牲之方式，徵收非交通事業所必須之土地進行開發，並非達成土地資源有效利用、地區發展並利國家建設經費之取得目的所

不得不採之必要手段，且非侵害最小之方式。」這裡仍然犯了邏輯上的不相干謬誤，徵收是不是達成上述土地開發目的的必要手段和侵害最小方式，和在交通事業所必須或非所必須的土地上開發，不會有任何關係。個案中徵收是否符合必要和最小侵害，是徵收主管機關和提供司法救濟的行政法院依土地徵收條例必須嚴格檢驗的事項，徵收非交通事業所必須的土地進行開發，可能通得過這兩種檢驗，徵收交通事業所必須的土地進行開發，也可能通不過這兩種檢驗，這樣不合邏輯的論斷，恐怕只會淆亂主管機關和法院的判斷，起不了任何指引的作用。至於之前鋪墊的一段話：「另為達利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成。」更是費解，因為這些選擇正好都寫在大眾捷運法第七條，該條並未以徵收當然優先於其他選擇，個案中是否有其他選擇比徵收更合目的，或侵害更小，立法者除了為土地需用人提供選擇外，也有讓主管機關和法院去依法檢驗的意思，如何從這樣的規定推出後面的結論—在非交通事業所必須的範圍徵收土地，對於開發目的的達成不符合必要和侵害最小原則？不說別的，區段徵收、土地重劃都是大面積的變更土地產權，如何能說一定是較小侵害的手段？台北市捷運系統的建設已有二十年的歷史，毗鄰地區被徵收的面積加在一起還不到九百平方米，這樣的說法不能成立，已經非常清楚。

總之，面對大眾捷運法這樣一個單純引致的規定：「得依法報請徵收」，要作比例原則的審查，最多只能用合憲法律解釋方法去排除徵收內含的違憲危險，本件解釋因為沒有學理的足夠支撐，無法提出對於私用公益目的的最低要求，已經註定無法作任何有意義的指引，至於所謂必要性和最小侵害性的審查，更是全

無置喙餘地。最後提出的合憲解釋方向－徵收土地不得逾越交通事業所必須的範圍－，根本已經和比例原則的審查沒有任何關係。如果說這樣的結論還可以接受，是因為另從較為嚴格的徵收法律保留觀點來審查，確實可以得出同一結論。以下就改從這個觀點來作簡單的審查，看看是不是可以作為合理化結論的理由。

二、合憲性解釋的重心應回到徵收法律保留

如前所述，徵收人民財產的決定影響如此之大，若能經由多層次的管控，保障自然較為周全。在本院除了補償以外，尚無法對公益的最低要求進一步提出憲法原則，以指引主管機關和行政救濟機關為個案審查前，法律保留原則的採行至少可使立法機關就可為徵收的事物領域作先期的決定，通過民選代表的審議辯論，使何種公益可能達到足以合理化徵收的程度，具有一定的可預見性，應該是符合憲法保障人民財產權的意旨。事實上民國八十九年制訂公布的土地徵收條例第三條：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限：……」其第十款為「其他依法得徵收土地之事業」，即為法律保留的規定，換言之，未見於本條或其他法律明列得徵收土地的事業，即使有非常大的公益需要，也不得辦理徵收。但此一法律創設的徵收法定原則只是法律原則，徵收的法律保留能不能進一步提升為憲法原則，也關乎本件解釋能不能從憲法的高度對系爭規定作法律保留原則的審查。

本院過去的徵收解釋中，曾闡述此一原則的只有釋字第四０九號解釋，該解釋同樣是以憲法第一百零八條第十四款為依據：「徵收土地之要件及程序，憲法並未規定，係委由法律予以規範，此亦有憲法第一百零八條第一項第十四款可資依據。」有意的把中央地方權限劃分的此一規定，解釋為內含保障人權的法律保留，則土地徵收條例第三條第十款的規定即可認為是憲法原則的落實。問題是，在土地徵收條例以外的許多法律，往往只有簡單就需用土地的取得，規定「得徵收之」或「得依法報請徵收」，

此時是否都可認為已經構成土地徵收條例第三條第十款的「其他依法得徵收土地之事業」，從而即使不在前九款範圍的土地，也因涵納於「兜底」的第十款而可徵收？或者應考量該規定僅為單純引致，並未創造九款以外的獨立興辦事業原因，而仍只能就前九款範圍內的土地辦理徵收？恐怕需要逐一審酌。這時形式與實質的觀點都不能省略。就形式而言，當立法用語是「得依法報請徵收」時，所依的法當然就是土地徵收條例，則可推定該法並無意創設九款以外的特別原因，因而沒有第十款的適用餘地。反之，如果該法有意在土地徵收條例第三條的九款情形之外另創獨立的徵收原因，其用語應該就是去掉「依法」的「得徵收之」。但這樣的形式觀察仍只能當成初步徵憑，實質的觀察還要併同立法資料顯示的立法者主觀意思，以及其他相關條文來綜合判斷，立法者有沒有在九款以外另就其他事物領域的事業，為需用土地者提供徵收的最後選擇。

以本案而言，九十年捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」（下稱系爭規定一）七十七年捷運法第七條第三項規定：「聯合開發用地……得徵收之。」（下稱系爭規定二）這兩個納入審查的條文，在用語上雖不一致，較早的系爭規定二在形式上原可推定為特別的徵收原因，但不僅從七十九年二月十五日訂定發布的大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項的規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」在用語上已經明確加上「依法」二字，其後八十六年五月二十八日修正的大捷法條文也已明文改為「依法報請徵收」至今，再從相關立法資料也完全看不出來立法者在此有另創獨立徵收原因的意圖，且以大眾捷運系統主要用於人口稠密的都會看來，純粹基於土地開發目的而對捷運設施以外的毗鄰地區為徵收的必要，顯然不高，這一點和前述機場建設便不能相提並論。換句話說，土地資源的充分利用和開發，當然是所有大眾捷運系統

建設在提高交通便利以外必然的考量，只要想想各場站使用的土地，如何需要美化，以及善用其築巢引鳳的效果，大概沒有一個國家的捷運會只考量交通本身的需要。但這些經濟考量原則上都是「結合」交通建設的需要而生，和機場、高鐵等建設，更進一步的以這些建設為槓桿去開發一些偏鄉，在目的設定上有本質的不同。因此在主觀立法意圖以外，從客觀的立法目的來判斷，應可認定至少就徵收土地這樣的最後手段而言，兩個系爭規定都沒有把毗鄰地區的開發當成獨立於捷運建設目的以外的獨立目的，故除非法律就此有所修正，否則主管機關尚不得「僅」為有效利用土地資源、促進地區發展，准許就捷運設施毗鄰地區土地為土地徵收條例第三條第二款所規定的交通事業（針對系爭規定一）或土地法第二百零八條第二款所規定交通事業（針對系爭規定二）所需範圍以外的徵收，主管機關或法院對系爭規定的解釋如果與此不同，即因違反法律保留而構成對人民財產權、居住自由等的侵害，本件解釋最後諭知系爭規定就該範圍自本解釋公布之日起應「不予適用」，真正的意思，就是不可以逾越法律為此類徵收預設的興辦事業類型，往實質上法律所未規定的目的方向去適用。

除了大眾捷運法，還有不少法律有類此的「得依法報請徵收」或「得徵收之」的規定，就規範功能而言，雖然同屬「引致」性質，也就是就具體情形可否徵收、如何徵收，都仍要回到一般的徵收法規去作判斷，並不因有此一規定而變成「必可徵收」或甚至「應徵收之」。但從前面簡單的分析可知，有沒有「依法」的帽子，基於徵收原因法定的原則，還是有可能會在一般徵收原因以外另創設獨立可徵收原因的差別，但仍必須就該件法律的規範事物領域、立法目的及需用土地的性質綜合判斷。本席相信，徵收原因法定雖未能提供實質內容的保障，而只是迫使任何啟動徵收的可能都需要經過國會的審議，或至少授權，也迫使國會就要不要開放另一個徵收的可能性作充分的辯論，其意義仍然非常重

大。就本件解釋而言，比例原則論述造成的思考的撞牆，也可得到緩解，多數大法官最終會同意以「交通事業所必要」為徵收毗鄰地區土地合憲的底線，真正的原因恐怕也是至此才浮現。但即使法律保留原則可以合理化最後合憲法律解釋的結論，其方法是否恰如其分，仍有可以再講究的空間。

三、合憲法律解釋的類型與正確操作的方法

本件解釋最後的判斷：「在……範圍內已構成違憲，應不予適用」，和過去常見到的、從法律適用上去限縮的另一種判斷：「在……範圍內尚不構成違憲」，同樣都是合憲法律解釋方法的運用，德國學者常以這種合憲法律解釋與一般理解的部分違憲比較－比如僅宣告審查的法條第二項第三款違憲－，後者在形式上雖有部分內容失效，前者則保有整條的效力，但實質上前者原有的適用可能性減少了，其規範力同樣已經減損，因此有後者為「量」的部分違憲，前者則為「質」的部分違憲之說。不論正面表述的限縮適用，還是反面表述的限縮適用，都有類似外科手術的排除法條違憲瑕疵，保留法條整體生命的功能。

韓國學者把這兩種合憲性解釋分別稱之為限定合憲解釋和限定違憲解釋，憲法裁判所的正式統計也把這兩種合憲性解釋和「與憲法不一致」並列為三種「變形決定」。二次戰後依一九四八年新憲法建制的義大利憲法法院，也是以法律的違憲審查為其核心任務，而且在一九五六年就參考德國憲法法院在三年前創設的合憲法律解釋決定，並漸次發展出這兩種表述的形式，義大利憲法法院對於法官聲請的法律違憲案，可為單純有理由成立的判決(sentenze di accoglimento)或無理由駁回的判決(sentenze di rigetto)，前者有使法律失效的普遍拘束力(erga omnes)，後者則只拘束聲請法院(inter partes)。介於單純合憲和單純違憲之間的解釋性判決(sentenze interpretative)，採正面表述的是解釋性的駁回判決(sentenza interpretativa di rigetto)，其主文形式為：「系爭法條如循此方向解釋則與憲法尚無不合」，並即駁回法官的請求。採反

面表述的是解釋性成立判決(sentenze interpretative di accoglimento)，其主文形式則為：「系爭法條『就此部分』(nella parte in cui)或『在此範圍內』(in quanto)已達違憲」。但韓國憲法裁判所對於何種情形該作成限定合憲，何種情形該作成限定違憲的決定，迄無很清楚的判準。而司法權真正的龍頭—大法院，則一向認為憲法裁判所依憲法只能做出合憲或違憲的判斷，這種視法律如何解釋才能判斷其合憲性的決定，因為已干預了大法院的最終法律解釋權，一律不承認其拘束力，並不因其為限定合憲或限定違憲而有不同。反之，義大利同樣在此處引發了如何調適因憲法解釋權和法律解釋權衝突而生的緊張關係的問題。他們很快就在憲法法院和普通法院之間形成一個默契，就是當憲法法院以正面表述方式回復聲請的法官時，其指引的法律解釋僅對該法院有拘束力，但當憲法法院以反面表述方式，也就是具體指出某種解釋方向違憲時，該法律解釋應對所有法院都有拘束力。在效力不同的情形下，什麼時候應作何種解釋，就不能沒有比較清楚的判準，法學底蘊深厚的義大利憲法法院發展出來的判準便建立於其更早提出的活法(diritto vivente)理論上。最簡單的說，活法就是各級法院對特定法律解釋或適用形成的通說，用在妥善劃分憲法法院的憲法解釋權和各終審法院的的法律解釋權上，就是當系爭問題在法院體系已經有穩定的見解而形成活法時，若這樣的活法見解剛好與憲法牴觸，而法律仍有為其他解釋的空間時，基於對普通法院釋法權的尊重，反而應該作成限定違憲的解釋，並對所有法官都有拘束力。如果活法見解並未牴觸憲法，反倒是聲請法官自己的少數見解與憲法不合時，憲法法院會直接諭知聲請法官回到活法而駁回其聲請（這時稱糾正駁回判決：sentenze corretive）。但當活法尚未形成時，憲法法院同樣基於對終審法院釋法權的尊重，只宜作成正面導引的限定合憲解釋，這時並不堅持其普遍拘束力，為法院形成統一見解保留空間。如此細膩的操作，可說兼顧了憲法意旨的貫徹，外部的司法立法分權，以及司

法內部的釋憲釋法的分權，真的令人神往。

回到我國的憲法，因為特別彰顯本院大法官解釋憲法的職能（憲法第七十八條及第一百七十三條），對於因合憲性判斷而作的法律解釋，向來未區分其為正面表述還是反面表述，隱隱然以其都是憲法解釋的延伸而可拘束所有機關人民，學者及法院方面也不因為本院選擇了限定合憲解釋或限定違憲解釋，而對其效力有不同的看法。儘管如此，在思考兩種決定的判準時，仍可參考對釋憲釋法權的調和最有利的活法理論，使本院決定作成合憲法律解釋時，應採限定合憲還是限定違憲，不但有一個比較可預見並可查驗的方法，而且明顯較為合理。循此思路去回顧本院過去作的合憲法律解釋，特別令人驚豔的是，歷任大法官無意中的選擇竟和這樣的理論大體暗合！簡言之，和義大利的憲法法院一樣，只有在法院已經形成穩定一致的見解，而這種見解正好是憲法要避免的情形，大法官才會選擇限定違憲解釋，多數的情形，不是已有活法而活法並不違憲，或尚未形成活法，大法官都會選擇比較溫和的限定合憲解釋。在本院作成本件解釋之前，唯一的限定違憲解釋就是處理兩岸人民重婚問題的釋字第二四二號解釋，最高法院定於一的配偶仍得撤銷後婚姻的解釋，違反了憲法保障的家庭權，大法官才會基於「對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序」的考量，宣告「就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸」。其他如較早期的釋字第一八0號、第二六五號、第二七二號、第二七八號、第二九五號等解釋，近期如釋字第五0九號、第六五六號、第六八九號、第七一二號等解釋，全屬限定合憲的類型。即以受到較多注意、有關侵害他人名譽被判令登報道歉的第六五六號解釋為例來說明，最後基於「惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事

者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由」，本院還是宣告：「依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違」。從本院審查本案時整理的諸多民事案例可知，法院對於登報道歉的必要性，當時確實尚無一致穩定的見解。在此之前，日本的最高裁判所和韓國的憲法裁判所也曾就非常類似的爭議做出判決，日本認定未侵害人民的基本權，韓國則做出限定違憲的判決（侵害了人民的良心自由），頗堪玩味。

由於本件解釋是本院作的第二件限定違憲解釋，相對於過去的許多限定合憲解釋先例，有無充分的理由，有再加以檢驗的必要。

四、本案尚不符合限定違憲解釋預設的條件

如前所述，只有當各級法院所持見解趨於一致時，倘該法條仍有為合憲解釋空間時，本院可不作法條違憲的宣告，但為扭轉違憲的錯誤解釋，應為更進一步的限定違憲解釋，而不以限定合憲為足。本案有關捷運設施毗鄰地區得依法報請徵收的規定，如果各級法院對於毗鄰地區超過交通事業所必要範圍，僅基於資源效率和地區開發的目的所為徵收決定，都以其並無不法，則本院不論基於比例原則或徵收法定原則，作成限定違憲解釋即不為過。

但根據台北市政府捷運工程局回函提供的資料很清楚的顯示，在捷運設施毗鄰地區納入開發範圍的二十一處基地中，有包括原因案件之一所涉新店線萬隆站（交六、七）在內的六處土地是採徵收方式取得，其地主有包含該原因案件聲請人的鄭耀南先生在內的九人，面積合計八百九十點一三平方公尺，占全部辦理聯合開發基地總面積四十八萬七千四百九十三點五平方公尺的千分之一點八。聯合開發基地大部分是用來設置捷運設施，或者為提供使用者連通道、轉乘停車位和 YouBike 設施，唯一屬於為資源效率和開發地區目的的利用—在捷運端末站延伸住宅區，用

的都是捷運機廠上的土地，和毗鄰地的開發無關。因此至少就最大的台北市捷運系統而言，根本沒有毗鄰基地是為交通事業所必須者以外的利用而被徵收；九位被徵收的所有人中，有七人無意參與開發而選擇了領徵收補償，一人先簽約參與開發，後又放棄，改為選擇領取補償。鄭先生則是簽約後因無法履約才被徵收。而且除了鄭先生以外，其餘八人都沒有為徵收提起行政救濟，連免費的訴願都沒有。至於另一原因案件（媒體所稱的「美河市案」），被徵收土地根本是機廠用地，不是毗鄰地區，因此不在本件解釋所要合憲限縮的範圍。這些事實很清楚的顯示，法院到現在可能對於毗鄰地區為興辦交通事業以外目的而徵收是否合法，求一表達見解的機會都不可得，更不要說已經形成穩定一致的活法，而對人民財產權的保障構成任何危險。在這種情形下，本院仍如釋字第二四二號解釋處理可能有數百乃至上千件老兵重婚案件的先例，作成限定違憲的解釋，而非援釋字第六五六號解釋處理法院判令登報道歉的先例，作成限定合憲的解釋，在方法上無法自圓其說，應該已經不辯自明。換言之，解釋的結果可能是主管機關和法院都無須在執法、司法上作任何調整，且兩個原因案件也無救濟可能，限定違憲的宣告，到底要表達什麼？本席從本案在方法上的失措有很深的感觸：面對已經民主化二十五年的國會一再修改的法律，司法者的違憲審查該用什麼態度，是天真的假設每個法條都可以實現多數人民的意志而讓全民利益得到滿足，還是用深層的憂慮乃至對其他政府部門的不信任去解讀每個法條？義大利活法理論的可貴，在於把審查的標的法律，從「出廠」的時點往後推到通過市場或行政部門的實際操作，再經法院的糾正認可而形成的現貌，審查者既可對於依憲法享有最終釋法權的法院保持最大的尊重，又可以從一個中性的立場和真正務實的觀點去對系爭法律做出憲法的最終判斷。在本院爾後必有許多機會作這類中間決定時，如果能借鑑這樣的方法去審慎抉擇，相信更能兼顧良善政策目的實現和人民基本權的保障，並

在本院釋憲和終審法院釋法之間畫出一條黃金中線。

本件解釋從結果看並無不當，但比例原則的論述明顯不合邏輯，限定違憲的表述則又乖離社會經驗。憲法解釋的生命難道只剩下所謂的法律感情？

中華民國104年11月25日
院台大二字第1040032013號
公布更正

協同意見書　　大法官李震山　提出

本件解釋審查之客體為民國九十年五月三十日修正公布的大眾捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議價購、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議價購方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」經綜合考量確定終局裁判所適用之法令，以及聲請人所客觀具體指摘違憲之規定，將審查範圍框限於：「欲取得毗鄰地區辦理開發所需之土地，得以協議價購方式辦理，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」並依法將七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第七條三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」以及七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……」，納入審查，併稱為系爭規定。又經審查後，本件解釋認系爭規定：「許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用。」本席敬表贊成，爰就本件解釋因故未予闡釋或尚待釐清部分，提補充意見書，敬供參考。

壹、緒論－不能等閒視之的土地徵收問題

在「公益」概念寬泛難以確立，土地徵收及其前置行政計畫行為尚難符合正當法律程序時，（註一）系爭規定與相關法律彼此層疊轉接適用的結果，竟然可將徵收之私地於開發之後，移轉登記為其他私有而成為私用，（註二）顯已逸脫「公用徵收」（憲法第一百零八條第一項第十四款規定）、「為興辦公用事業」或「為其他公益目的」而徵收之範圍。就此，本件解釋指出：「此等徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須，其徵收非捷運交通事業所必須之土地，自已限制人民之財產權，並對其上合法居住者嚴重影響其居住自由。」（第二段參照）；「依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。」（第三段參照），應屬不偏不倚之的論。

就上述土地可移轉登記為其他私有而成為私用之法令，潛藏著無限商機與龐大的經濟利益，對參與開發的企業或財團有強烈的吸引力。若因系爭規定欠妥致政商關係扭曲，造成浮濫徵地或變相圈地，進而衍生土地、居住、文化生態、劫貧濟富等不公不義的負面景象，實乃事理之所必至。再從土地徵收屢引起激烈抗爭的生活經驗言，會發生前揭情況，絕非憑空想像或無的放矢，至少仍在合理懷疑的範圍內。更關鍵的是，系爭規定的爭議與土地被徵收人之生存、財產、工作、居住、平等、人格與人性尊嚴等自由權利有密切關係，深具憲法原則重要性，值得高度關切！

貳、「政策性土地徵收」與公益目的間之糾葛

依系爭規定的文義，毗鄰地既不屬大眾捷運系統路線、場、站之土地，即難列屬土地徵收條例第三條第二款所規定之興辦「交通事業」所必須之範圍（土地法第二百零八條第二款參照），而是同條第十款所規定之其他依法得徵收土地之「其他事業」的範疇（土地法第二百零八條第九款參照），並無疑義。至於大眾捷運法之所以能成為前揭第十款規定之「他法」，則係根據土地

徵收條例第一條第二項規定：「土地徵收，依本條例之規定，本條例未規定者，適用其他法律之規定。」再者，系爭規定之「聯合開發」得與「政策性徵收」接軌，則另有法律依據，即土地法第二百零九條規定：「政府機關因實施國家經濟政策，得徵收私有土地。但應以法律規定者為限。」一再移花接木轉引結果，將公有公用的「公用徵收」巧妙的聯結得私有私用之「政策性徵收」，確為力主經濟開發主義的政商打通任督二脈，且預鋪四通八達的利多網絡。就以原因案件之一為例，所興建鱗次櫛比的住、商、辦公大樓，即係將與交通事業脫勾的毗鄰地，漸次的由卵、蟲、蛹而蛻變為政商利益的美麗蝴蝶。系爭規定之目的既欠缺正當性，其目的與手段間又缺乏必要關聯性，實難以公權力口頭禪式的「犧牲小我，完成大我」等泛公益道德訴求或「拼經濟」等口號所可掩飾。不論如何，系爭規定是應接受憲法比例原則的嚴正檢驗。

國家得依法徵收人民土地之大前提是，「公用之需要」（本院釋字第二三六號、第四０九號解釋參照）或基於「公用或其他公益目的」（本院釋字第四００號、第五一六號、第五七九號、第六五二號解釋參照）。惟「公益」概念既不確定且概括，任何經濟性、政策性的土地徵收，都不愁找不到「公共利益」或「公共福祉」的理由，例如：可因充滿商機而增加稅收與就業機會、可引進民間資金減少國家財政負擔、可促進地區發展繁榮從而使周邊土地房舍增值、可提昇都市景觀的美學層次等等，皆在公益概念的射程及詮釋範圍內，被徵收土地人再費盡唇舌為自己爭取權益，也難以招架公權力詮解公益的話語權。況且，土地被徵收以外之一般人，因沒有切膚之痛，自難生同理心，泛公益的說詞對之則頗具催眠功效，營造「樂觀其成」的氛圍後，等同為公權力張目，迫使相對弱者就範的可能性大增。因此，針對系爭規定公益性問題，自不應以寬鬆標準審查之，或僅以立法形成自由而美其名「司法謙抑」虛應之，而應要求該等徵收「應具極重要的公

益」目的，而以較嚴格標準面對之。

系爭規定追求的公益目的若是交通，當然有其正當性，若是追求交通以外之「經濟」目的，且得將所徵收的毗鄰地移轉為私有或供私用，僅以「土地活化」、「促進地區發展」、「建設經費之取得」、「住宅政策」等一般公益性目的，是否足以證立「得脫離公用徵收範圍」的正當性，頗有疑問。本席認為，需求土地人就事業計畫內容要通過必要性、適當性及合比例性之審查，首先需有「極重要的公益」目的作為要件，例如：為排除公眾健康或安全之嚴重危害、為消弭強者寡占土地形成嚴重社會不公等現象等，（註三）惟從系爭規定的文義中，並不能當然闡釋出該等要件。公益目的既難謂正當的情況下，本件解釋因而認系爭規定：「使土地所有權人遭受特別犧牲之方式，徵收非交通事業所必須之土地進行開發，並非達成土地資源有效利用、地區發展並利國家建設經費之取得目的所不得不採之必要手段，且非侵害最小之方式。」從而遭宣告其有悖比例原則，該違憲之結果應不意外。

參、「毗鄰地區土地」與法律明確性原則

本件解釋所合併審理兩件釋憲聲請案中之一件，具體指摘七十七年大眾捷運法第七條第一項之規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，地方主管機關得自行開發或與私人、團體聯合開發大眾捷運系統場、站與路線之土地與毗鄰地區之土地。」並未就毗鄰地區之內涵與範圍詳為具體明確之規定，自不符法律明確性之要件，應屬違憲。惟該規範情況已有所改變，即九十年同法第七條第二項將之增修為：「有下列情形之一者，為前項所稱之毗鄰地區土地：一、與捷運設施用地相連接者。二、與捷運設施用地在同一街廓內，且能與捷運設施用地連成同一建築基地者。三、與捷運設施用地相鄰之街廓，而以地下道或陸橋相連通者。」多數意見或認為，後法之規定既已取代前法且內容相對明確，即無再予解釋之必要，應不予受理。本件解釋則就不受理之理由稱：「惟本解釋已宣告系爭規定二於許主管機關為土地開發

之目的，報請徵收土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地部分，不予適用；且聲請人此部分聲請意旨，亦難謂已客觀具體指摘究有何違反憲法之處。」本席並未贊成該「倒果為因」的論證方法，為正本清源，茲補充說明如次。

前述毗鄰地區之「立法定義」與系爭規定「毗鄰地區」之內涵，應無二致。系爭規定既被宣告違憲，主管機關本就有通盤檢討修正該「立法定義」的必要，但因不具強制性，立法怠惰而原地踏步的風險甚大。若併予宣告違憲，主管機關就必須認真面對下述與法律明確性原則未必符合之規定，包括；第一款所規定「相連接」一詞，文義上應指所涉土地與捷運設施有所連接，然究應以土地地號數字是否相連，抑或應依其他標準認定，規定並不明確。其次，第二款及第三款所規定之「街廓」，應指四周由道路圍繞之一定區域；然圍繞道路以都市計畫公告之道路或以現有巷道為準，差異甚大，將影響街廓大小，該規定就此亦不明確。最後，第三款所規定「相鄰之街廓」，除兼具上開兩類疑義外，解釋上，範圍可包括與捷運設施相鄰之四面八方，射程可及於數個街廓；該規定將界限設定為地下道或陸橋連通，然地下道或陸橋之範圍與連通與否，係由相關機關依不同目的決定與建造，使鄰近街廓之範圍可隨相關機關政策而決定涵蓋大小，範圍亦不明確。對此顯具有違反法律明確性原則之疑慮，且屬土地徵收重要前提問題，倘一概視而不見或以鋸箭方式處理，恐就為德而不卒。

審酌法律明確性原則，若以本院慣用：「苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違。」之套句相繩，重點在於本院釋字第五九四號解釋所稱：「個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見」。而「所得預見」，係指該不確定法律概念是否足夠明確(hinreichende Bestimmtheit)，得使一般受規範者可預見國家干預之風險。申言之，法律明確性原則，是讓

憲法立於受規範者之立場去要求立法者，而非任令立法者怠惰於先，等事件發生之後，才由其他公權力機關自行詮釋定奪。當土地被劃為「毗鄰地區」的不確定因素及風險仍大時，聯合開發就能取徑「毗鄰地區土地」而暢行無阻，法院或違憲審查機關豈能不嚴予把關！

肆、「協議先行」規範之偽善性

一般而言，打著公共利益或公共目的旗號下之官民協議，雖形式上仍標榜你情我願的自願前提，基本上則是雙方處於不對等的地位。其間的弔詭是，若「協議不成」而無法各自回到原點時，往往就急轉為「強制的前提要件」，且該強制所聯結的又是國家所預設的價值基礎，該種「協議不成，即報請徵收」翻臉不認人的設計，與協議基本精神反差甚大。茲以醫療法中「告知後同意」原則之適用為對比，醫生欲對於有意識能力之病患進行侵入性醫療行為前，需先充分完整告知病患能理解之相關資訊，並取得其同意。惟有在狀況急迫而為維護病患生命、身體之重要權利時，才有未經同意而強制的正當性。同理，需用土地人欲就不屬「交通事業所必須」之毗鄰地為徵收，且自始即擬聯合開發並因而將土地所有權移轉於第三人所有時，更應尊重當事人意願。協議不成後須違反當事人之意願而徵收其土地時，就應審慎考量前曾述及的「極重要的公益」要件是否具備，而非僅基於一般的公益理由，就強制徵收而剝奪人民的財產權與居住自由。猶如上述病患必須已涉及生命與身體的重要權利，而非僅以空泛的「促進健康」為理由，醫生就可執意進行手術而摘除器官。若是如此，致生「採取之方法所造成之損害與欲達成目的之利益顯失均衡」的機率極大，這恐不是將「協議先行」制度美化或淡化為公權力的謙抑或德政，就可一筆勾銷其所生的弊害。

除系爭規定外，現行法律有關「協議不成時，得依法報（申）請徵收」之規定，並非少見。（註四）但存在者並非即合理或合憲，且各該規定之立法目的非全然相同，自不能率然以彼例此。

況且「協議不成，即報請徵收」制度，有如下堪慮之處；首先，協議不成的不利後果與責任概由土地被徵收人承擔，包括被迫領取經提存而低於市價的補償費；迫使與土地有深切連結的相對弱勢群體，離開原有生活圈造成生活的困頓與文化上的衝擊。其次，若整體建設因而延緩，土地被徵收人又將成為政府卸責的對象，甚至被輿論污名化為進步繁榮之阻礙者；權益受損在先，又需背負沈重包袱於後。其三，魔鬼就藏在「協議先行」程序細節中，因為其制度設計並未以充分尊重人民的「資訊權」與「程序基本權」（註五）為前提，包括：正視資訊落差下充分資訊提供的被告知權、評估自願的自主性程度、明定協議後撤回同意之要件與程序等，皆僅是聊備一格而已。最後，在不當的壓力或瞞哄下所達成的協議，並不會正當化協議的結果；缺乏正當程序支持，亦難證成「自願不構成侵害」之法理。總之，在相關配套未完成之前，「協議先行」制度恐係「政策徵收」意圖的煙幕彈，不易發揮保障土地被徵收人的財產與居住自由的功效。違憲審查者若不能站在相對弱勢的一方，以憲法原則把關，就不免在此領域發生骨牌效應或滑坡效果，社會將付出沈重的代價。

至就「得依法報（申）請徵收」一節，以主管機關執行政府既定的經濟政策，為早日確定相關權利狀況，所形成箭在弦上的焦慮氛圍，在所難免，亦可理解。主管機關若還能心平氣和地「依法」再就徵收的公益性、必要性、合比例性詳為斟酌，甚至推翻原「開發經濟政策」，或採取侵害較小之方法，必受到喝彩。然依常理判斷，主管機關在「基於利用土地資源及促進地區發展」之泛公益目的下，仍通過土地徵收之可能性較高。這也是何以「泛公益論」是扈從國權優先於人權、秩序重於自由理念者，所不肯輕易鬆手的擋箭牌。綜上，「得依法報（申）請徵收」若是圖窮而現的匕首，就更能彰顯土地徵收事件中「協議先行」之規定，所採取「先禮後兵」、「敬酒不吃，吃罰酒」的偽善面貌。

伍、曲終—「任性者」的獨白

本件解釋是本席忝列釋憲成員八年任期內，所參與作成的最後一號解釋（自釋字第六三四號解釋以降），爾後自可揮別與自己的言語、文字、理念艱辛搏鬥的歲月。此時此刻，願借旅居紐西蘭已故的華語詩人顧城(1956-1993)所寫「我是一個任性的孩子」詩中的幾句，表達本席參與違憲審查一直以來所抱持的心境：

我是一個任性的孩子
我想塗去一切不幸
我想在大地上
畫滿窗子
讓所有習慣黑暗的眼睛
都習慣光明

自認也保有上述天真的率性，其除源自遺傳的稟性外，大都是孕生於對憲政主義以及積極保障人權的認同、想像與期待，若對所引入的光感到刺目而不適或不悅者，本席感到抱歉。至於參與會議中所表示的見解或隨本院解釋公布的意見書，都是凡走過而必留下的痕跡，其隨著電子科技的發達，幾乎得以永恆的方式公諸於世或完整保存。對這些因「爾俸爾祿，民脂民膏」供養，而由本席所留下的文字資料，已不能再按「刪除」鍵，實質上亦無法主張「被遺忘的權利」(right to be forgotten)，自當坦然接受公評，並將得失對錯作為餘生反省的素材。對於蘇軾所描寫：「人生到處知何似，應似飛鴻踏雪泥；泥上偶然留指爪，鴻飛那復計東西？」的灑脫心境，只有憑空豔羨。最後，誠摯希望違憲審查大業能更精進，進而促成立法與審判品質的提昇，使人民對司法更信賴，而愈訟簡無事。

註一：例如：89年2月2日修正公布之土地徵收條例第10條第2項規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」但書中「已舉行公聽會或說明會者，不在此限」之規定，

並未區分已依其他規定所舉行之公聽會或說明會，與依該條原應舉行之公聽會，在目的與功能上是否相同或可以替代，一律許其不再舉行公聽會，即與正當行政程序未必相符。

註二：就以本件解釋2件原因案件為例，第1件鄭耀南所聲請，係就有關「臺北都會區大眾捷運系統新店線萬隆站工程」，因被徵收3筆毗鄰地第4種住宅區土地，供聯合開發之用，而聲請釋憲。第2件由廖曾鳳琴等9人聲請，其等被徵收之土地亦為前述新店線，是與「新店機廠聯合開發後土地轉登記為私有」案（媒體簡稱為「新北美河市案」）有關。聲請人認系爭規定使主管機關將原本以「交通用地」徵收之土地，變更為與建商合作之聯合開發基地，供建商在徵收土地中未興建捷運場、站等設施之部分，蓋16棟20至30層高不等住、商、辦大樓出售，從而指摘系爭規定違憲。至於授權政府徵收土地後得移轉私人使用之法律依據，例如：依土地法第212條及土地徵收條例第4條所規定的「區段徵收」，即可將規劃整理後的土地出售。又例如：土地法第92條第1項規定：「新設之都市，得由政府依都市計畫法，將市區土地之全部或一部依法徵收整理重劃，再照徵收原價分宗放領，但得加收整理土地所需之費用。」

註三：學者陳仲嶙認為：「嚴格審查標準首先要求，立法必須出於追求極為重要的政府利益(compelling interests)之目的。在私用徵收之脈絡下，有一些立法目的可以符合此一要求。」見氏著，〈徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心〉，《臺大法學論叢》，第40卷第3期，2011年9月，頁1066。

註四：商港法第7條：「……協議價購或以其他方式取得使用權利，……其他新增用地無法價購或取得使用權利時，得依法申請徵收。」離島建設條例第8條：「……其所需用地屬私有土地時，……協議不成或無法協議時，目的事業主管機關得辦理徵收……。」新市鎮開發條例第6條：「新市鎮特定區核定後，主管機關對於新市鎮特定區內之私有土地，……未能達成協議

者，得實施區段徵收，……。」都市更新條例第25條之1規定：「……協議不成立者，得……申請該管直轄市、縣（市）主管機關徵收後，讓售予實施者。」

註五：李震山，《多元、寬容與人權保障—以憲法為列舉權之保障為中心》，元照，2007年2版，頁195以下，頁263以下。

協同意見書　　大法官黃茂榮　提出

關於【捷運設施毗鄰地區土地徵收案】，本院解釋：「中華民國九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法（下稱九十年捷運法）第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（下稱七十七年捷運法）第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法（下稱開發辦法）第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」此等規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例（下稱徵收條例）第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用。」本席雖敬表贊同，但其解釋內容引起，毗鄰地區土地有可能是交通事業所必須的疑惑，在將來容易埋下似是而非的爭端。爰提出協同意見書，供相關法制將來研討之參考。

一、土地徵收須有法律依據：徵收類型及徵收事由法定原則

土地是人民一生可能擁有之最重要的財產，往往必須積數十年之努力工作，才可能購置。不但是其終可賴以為生活之中心，而且常是想傳諸於後代之生活記憶。後來如果竟被徵收，對於大多數的土地所有權人，可謂是如遭晴天霹靂，打亂全盤之生活規劃。因為土地徵收之結果剝奪人民對其土地之所有權，且相當全面深入地介入人民自由平等發展自己經濟的機會，故國家要徵收

人民之土地，除必須有法律為其依據，且須確實為法律明文規定之目的而為徵收，再者，此目的必須為「增進公共利益所必要」，而不得有假公濟私的情形，更不可如同兒戲，事後竟將徵收所得之土地，轉供原來徵收目的以外之用途。

土地法第二百零九條規定：「政府機關因實施國家經濟政策，得征收私有土地。但應以法律規定者為限。」該條規定在私有土地之徵收上的意義為，政府機關必須為「實施國家經濟政策」之目的，始得為徵收，此屬關於「徵收目的」之限制規定，但該條規定尚非政府機關得直接引用為徵收私有土地之規範基礎，國家為實施經濟政策之需要，而徵收人民之土地，仍須另有法律為其依據（註一）。

徵收條例第一條第二項規定：「土地徵收，依本條例之規定，本條例未規定者，適用其他法律之規定。其他法律有關徵收程序、徵收補償標準與本條例牴觸者，優先適用本條例。」此一規定為土地法第二百零九條但書所定之法律的基礎規定，如另有得為土地徵收的法律，該法律之規定內容仍應符合徵收條例關於徵收之目的及範圍、程序、補償標準之基礎規定。亦即，其徵收仍應受徵收條例關於「徵收類型」及「徵收事由」法定之限制。

（一）徵收類型法定

依徵收條例、土地法及其他相關法律規定，關於徵收人民土地之方式可分為：一般徵收、區段徵收、一併徵收、保留徵收（註二）四種徵收類型。為保障人民對於土地之所有權，國家作為徵收權人，僅得依法律之規定，在上開四種「徵收類型」中擇一辦理，此即徵收類型法定（註三）。

九十年捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議價購、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議價購方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」簡言之，依上開條文，

以「一般徵收」作為取得辦理開發所需土地之手段，已自始被排除於法文之外。至同項後段規定「其依協議價購」辦理者，於協議不成時應如何處理，本席認為，該條項前段既已將協議價購與市地重劃、區段徵收等方式並列供選擇，故當協議價購不成時，自應回到前段規定，採用市地重劃或區段徵收等方式來取得土地，而不應容許主管機關在協議不成後，反而能以一般徵收之手段，強制剝奪人民之土地所有權。換言之，該條項後段有關「經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收」部分所謂之徵收，應係指區段徵收之方式，而非一般徵收方式。現行實務在協議不成後，許主管機關得採用一般徵收之手段，強制徵收人民之土地，有違憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。

除在法律規定之形式上、法律之解釋上，所謂協議不成而得由主管機關依法報請「徵收」，應指區段徵收之方式外；從實質上觀察，區段徵收較諸一般徵收能平等照顧全體土地被徵收所有權人之利益，使在開發範圍內之原土地所有權人，有平等之法律地位；且在區段徵收制度下，原土地所有權人能選擇以抵價地或補償金作為其補償方式，故開發所產生之利益較能與開發所需土地之原所有權人共享。

（二）徵收事由法定

關於徵收事由，首先有土地法第二百零八條規定：「國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定，征收私有土地。但征收之範圍，應以其事業所必需者為限。一、國防設備。二、交通事業。三、公用事業。四、水利事業。五、公共衛生。六、政府機關地方自治機關及其他公共建築。七、教育學術及慈善事業。八、國營事業。九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。」後有徵收條例第三條規定：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限：一、國防事業。二、交

通事業。三、公用事業。四、水利事業。五、公共衛生及環境保護事業。六、政府機關、地方自治機關及其他公共建築。七、教育、學術及文化事業。八、社會福利事業。九、國營事業。十、其他依法得徵收土地之事業。」此為土地徵收應有法定事由之規定，上開規定所定之事業，有為國家機能之維持（國防事業、政府機關、地方自治機關及其他公共建築）、基礎建設（交通事業、水利事業）、公用事業、另有為負面外部性之衡平（公共衛生及環境保護事業）或正面外部性之扶助（教育、學術及文化事業、社會福利事業）等，均具有增進公共利益之意義。

土地法第二百零八條與徵收條例第三條所不同之處在於：土地法第二百零八條第九款：「其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。」雖以概括方式為規範，但該款尚歸納同條項一至八款規定所具備之共同特徵，即要求必須「由政府興辦」且屬「以公共利益為目的之事業」。而徵收條例第三條第十款則以：「其他依法得徵收土地之事業。」依該概括規定，徵收土地得既不限於「由政府興辦」，亦無須屬「以公共利益為目的之事業」，只要屬於「依法得徵收土地之事業」即可。而所謂「依法得徵收土地之事業」，在實務上執行的結果，形成國家攀附該規定，即可不受徵收條例第三條第一款至第九款之限制，動用公權力徵收私人土地，提供給徵收條例第一款至第九款以外之事業。因而衍生出依大眾捷運法第七條第四項規定，政府機關得徵收大眾捷運系統路線、場、站之毗鄰地區的土地辦理開發，且而後不經公開拍賣，將該土地私相授受給私人企業開發的情形。

綜上以觀，本件聲請案即起因於，國家未意識到土地法第二百零九條不得逕為徵收私有土地之規範基礎，而僅依該規定，即認為國家得為「經濟政策之目的」強制徵收人民私有土地，有所謂之「政策性徵收」（註四）之權力，視土地

法第二百零八條、徵收條例第三條關於法定徵收事由之限制為無物；又徵收條例第三條第十款之規定過於籠統，使其第一款至第九款之限制形同虛設，以致有大眾捷運法第七條第四項關於為土地之開發，得徵收大眾捷運系統路線、場、站之毗鄰地區土地的規定。且本來依九十年捷運法第七條第四項規定，為取得辦理開發所需之土地，僅得依有償撥用、協議價購、市地重劃或區段徵收方式為之，換言之，如欲以徵收之手段，僅得以區段徵收之方式為之。惟因該項後段規定：「主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收」，致主管機關認為得以一般徵收的方式，徵收毗鄰地區土地，甚至認為得將其以「一般徵收」取得之土地，移轉於私人事業開發。

其所以發展至此，乃因國家無視於徵收人民土地係屬人民財產權之強制剝奪，無法體認土地徵收對人民財產利益之介入極深，而未恪守徵收類型與徵收事由法定原則所致。如此一來，將使財產權保障淪為口號。

二、須為捷運交通事業路線、場、站所必須始可徵收私人土地

九十年捷運法第七條第一項規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。」其中「大眾捷運系統路線、場、站」所需用之土地當然是交通事業所必須，也正是徵收條例第三條第二款所明文規定國家為興辦事業可徵收私人土地之情形。而「毗鄰地區土地」與徵收條例第三條第二款之「交通事業用地」乃相互矛盾的概念，既稱為毗鄰地，即非徵收條例第三條第二款所謂之「交通事業所必須之土地」。

何況，國家辦理毗鄰地區土地之開發，縱係為有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設之經費（註五），應另尋適法之途徑。蓋國家如有財政上需要，師出有名之作法，應是於毗鄰地區土地因捷運系統場、站、出口之建設，使其獲得

更有效之利用或提高經濟效益之範圍內，對因而受益之毗鄰地區土地土地所有權人課徵工程受益費或調整地價、房價來取得較高的地價稅、房屋稅，以挹注國家建設支出及財政收入之需要，方始正當，而非強行徵收人民私有土地並逕行開發，獨享開發利益，甚至將其轉由私人企業開發。

再者，依九十年捷運法第七條第二項，所謂毗鄰地區土地係指「與捷運設施用地相連接」、「與捷運設施用地在同一街廓內，且能與捷運設施用地連成同一建築基地」、「與捷運設施用地相鄰之街廓，而以地下道或陸橋相連通」者。換言之，實務上「毗鄰地區土地」之範圍，不限於捷運場、站之出入口所及之土地，而擴及與捷運設施用地相連接、在同一街廓內且能與捷運設施用地連成同一建築基地、甚至透過天橋或地下道可以相互連通者。如此一來，形成捷運設施蓋在任一個街廓，捷運局就如同取得對該街廓之都市更新權一般，賦予國家可以任意劃定徵收範圍之權限並取得開發權，導致鄰近地區人民之財產權及居住自由權利受有高度不確定之風險。

本席認為，為求根本避免上述問題，九十年捷運法第七條第四項關於毗鄰地區土地之規定根本不應該存在，國家因辦理交通事業而依捷運法徵收人民土地應僅限於「為捷運交通事業路線、場、站所必須」之土地，超出這個範圍均為非所必要，不得動用公權力強制徵收。如有開發之需要，極其量在「捷運交通事業路線、場、站所必須」之土地的垂直空間上作開發利用，尚可接受（例如將原本二層樓的設計加高到三十層樓），若是捷運出口連到某一街廓，該街廓就歸由捷運事業自行或聯合其他投資人為開發，這樣的規定，將難以善終。

三、聯合開發之問題

縱使承認國家得為有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設之經費，而得徵收人民之土地進行開發，亦應

正視以國家之手介入自由經濟市場，以及開發利益歸屬之問題。

七十七年捷運法第七條第一項：「為有效利用土地資源，促進地區發展，地方主管機關得自行開發或與私人、團體聯合開發大眾捷運系統場、站與路線之土地與毗鄰地區之土地。」依該規定，首先應探討準備開發到何種程度，實務上顯示，主管機關透過捷運法之規定徵收取得毗鄰地區土地後，往往欠缺自行開發之能力，須轉而與私人、團體聯合開發。然而，國家透過公權力徵收取得私人土地給特定事業使用，在現代競爭法或國家經濟法下，是一個很大的忌諱，在自由經濟體制下，如容許國家介入市場自由競爭機能，將無法使市場經濟正常運轉。再者，在「有效利用土地資源、促進地區發展」的立法目的下，如要強調聯合開發而徵收人民之土地，則因土地所有權人所提供者，乃為聯合開發所需之重要生產因素（土地），因此，應當使原土地所有權人分享開發後之經濟效益，國家縱因主導、參與建設而或許得以主張分享開發後之經濟效益，然該開發利益之分配方式，應符合共同出資、聯合開發之合夥意旨與精神。

依實務作法，不僅排除原土地所有權人作為聯合開發者之可能性，且在協議不成的情形下，允許主管機關得以一般徵收之手段取得非交通事業所必須之土地，轉由其他私人企業進行開發，一方面背離於市場經濟之運作，使開發後之經濟利益由第三人享有，另一方面又僅給予原土地所有權人與開發後該筆土地之經濟效益顯不相當的徵收補償。例如在本件聲請案，捷運局在九十二年為其授予聯合開發權之私人事業報請徵收聲請人之系爭土地時，僅願以七十八年之土地公告現值為補償基準，亦即不以徵收時，而以十四年前之土地公告現值核計其補償金（註六），如此作法，如何能信服於人民？

註一：例如，憲法第二十四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」依該條規定，

人民因公務員違法侵害人民之自由或權利，而要向國家請求賠償，必須另有法律為其依據。該條規定並不能引為其請求權之規範基礎。

註二：參土地徵收作業手冊，內政部編印，102年12月，頁13-19。所謂一般徵收，係指國家因興辦公益事業之需要，以個別方式徵收私有土地而言；所謂區段徵收，係指政府將依定區域內之私有土地全部予以徵收，依都市計畫或土地使用計畫重新加以規畫、整理、開發後，一部分土地由原土地所有權人按一定比例領回，一部分土地做為公共設施用地或讓售給其他需地機關建設使用，剩餘可建築土地則由政府公開出租，標售以償還開發成本；所謂一併徵收，係指徵收土地時其上改良物一併徵收；所謂保留徵收，係指就舉辦事業將來所需用之土地，在未需用以前，預為呈請核定，公布其徵收之範圍，並禁止妨害徵收之使用。

註三：土地法（100.06.15修正公布）第一百四十七條：「土地及其改良物，除依本法規定外，不得用任何名目徵收或附加稅款。但因建築道路、堤防、溝渠、或其他土地改良之水陸工程，所需費用，得依法徵收工程受益費。」該條所定「除依本法規定外，不得用任何名目徵收」之意旨即是徵收類型及徵收事由法定。

註四：參交通部中華民國102年5月20日交路字第1025005474號函之附件資料：「……二、至聯合開發土地採徵收後得否移轉與私人乙節，說明如次：（二）77年7月1日制定公布之大眾捷運法第7條有關聯合開發之規定，參酌其立法說明係為「有效利用土地資源，促進地區發展，並利大眾捷運系統建設經費之取得」，是聯合開發用地之徵收性質應屬前述「政策性徵收」，與一般為公用事業所辦徵收而僅得為公共之使用有別。」

註五：參大眾捷運法第七條規定；立法院秘書處編印，法律案專輯第一百一十四輯-大眾捷運法案，立法院秘書處，七十八年，第253頁。

註六：參台北市政府中華民國103年12月4日府捷聯字第10314224300號函，說明（四）以下。「３、……內政部於92年5月2日核准徵收。……４、鄭君土地地價補償，依土地契約書約定，以78年7月1日公告土地現值核計。……」

協同意見書　　大法官陳春生　提出

本號解釋認為大眾捷運法第七條第四項規定，大眾捷運系統其毗鄰地區辦理開發所需土地，得由主管機關依法報請徵收；大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項規定，聯合開發之用地取得，得由主管機關依法報請徵收等之規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布日起不予適用之見解，本席敬表同意。惟關於違反比例原則之論述，謹述個人淺見如下，以供參考。

壹、本案關於比例原則之審查

一、目的正當性

大眾捷運法第七條第四項，為對於毗鄰地區可以開發，以及經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收，係因同條第一項規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。」但其徵收目的正當性值得商榷：

1. 對毗鄰地區土地徵收之法源依據幾近空白授權

大眾捷運法雖於第七條規定得徵收毗鄰地區之規定，但其徵收之公益目的明確性不足。未如土地徵收條例第三條所列各款之事業性質及其種類。本案最主要問題在於，大眾捷運法將「大眾捷運系統路線、場、站」與「毗鄰地區」二者一併於第七條規範。「大眾捷運系統路線、場、站」既可從土地徵收條例第三條第二款，又可從大眾

捷運法第六條作為徵收依據，固無問題。問題在於「毗鄰地區」透過大眾捷運法第七條併同規範，亦即「大眾捷運系統路線、場、站」固得依土地徵收條例第三條第二款及大眾捷運法第六條解決，而且就其徵收方法、協議價購等，土地徵收條例規定非常清楚，但是否第七條僅規定「毗鄰地區」即可同樣適用？

2. 關於毗鄰地當事人間之協議定性不明

又關於毗鄰地的協議常常透過契約的方式進行，其法律形式從其契約目的來看應屬行政契約。而行政契約的訂定與私法契約不同，必須合乎比例原則、平等原則、信賴保護原則等。

3. 民眾參與規定不足，無法正當化其目的之合憲性

大眾捷運法後來修法雖於施行細則強化民眾參與，加強公聽會之機會，但公聽畢竟不等同於聽證，其正當性仍不足。或為何不直接規定聽證程序而非舉辦公聽會。

二、不易通過狹義比例原則之檢驗

1. 大眾捷運法第七條其目的固為有效利用土地資源，促進地區發展之公益目的，但其結果，卻可能僅止於滿足私益而已。本案，依大眾捷運法第七條第一項固規定，為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得辦理大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發。由同條第四項復規定對毗鄰地區辦理開發所需之土地，依協議價購辦理者，於協議不成情況，得由主管機關依法辦理徵收。本條規定對毗鄰地之徵收，固有法源依據，其目的亦係為公益。惟就其效果言，一、本條之協議價購，依其契約目的與內容觀之，性質上應屬行政契約，而行政契約之訂定，應不違反平等原則與比例原則。二、本條之適用，基於行政法上參與及合作之原則，

應避免造成出賣公權力之結果，亦即其出發點之目的固為公益，但若造成之效果僅部分私人獲有利益，而與社會大眾之利益無關者，則其得徵收之正當性便有疑問。

2. 國家因公益需要得徵收人民土地，而關於徵收公共使用之限制問題，美國聯邦最高法院Kelo案之判決（註一），引起輿論熱烈討論以及興起反對徵收濫用之運動。依學者研究，此判決後促使許多州為法制上之改革，這些改革可分為三類：一是對以經濟發展為目的之使用徵收加以限制；二是給予比傳統上認定之正當補償更多之補償；三是發展規劃與協商等程序面向上之改革（註二）。值得吾人參考與借鏡。

3. 比較法上，日本最高法院關於政教分離判決（註三）所揭櫫之「目的－效果」判斷方式，值得參考。

日本最高法院之判決指出：

「憲法第二十條第三項規定，國家及其機關，不得為宗教教育及其他任何宗教性活動。此所謂宗教性活動，若對照前述政教分離原則之意義，並非指凡國家及其機關之活動，與宗教有聯繫之所有行為，而是指其聯繫，依照前述，若已逾適當之限度者而言，即該當行為之目的，具有宗教之意義，其效果為對宗教之援助、助長、促進或壓迫、干涉等行為而言。其典型為憲法該條所例示，如宗教教育之宗教佈教、教化、宣傳等活動，其他宗教上之慶典、儀式、行事等，其目的效果於前述意義下，當然包含在內。因此，當檢討某一行為是否該當前述之宗教活動時，必須從該當行為之主導者是否為宗教家、其作法順序是否依宗教所定方式等，不只從該行為之外觀掌握，該行為所為之場所、該行為對一般人之宗教評價、該當行為者對該行為之意圖、目的及宗教意識之有無、程度，與該行為給予一般人之效果、影響

等，諸般情事加以考慮，依社會通念，客觀地判斷。」

依大眾捷運法第七條第一項及第四項規定，由主管機關依法報請徵收後，應回復到土地徵收條例的徵收程序。一開始雖為公益目的，但最後毗鄰地區土地，有可能透過聯合開發將土地登記為其他私人使用之疑慮。因此，大眾捷運法第七條第四項之「目的係為公益，但其結果卻僅為私人所用」，故不符狹義比例原則而違憲。

貳、本解釋仍未釐清之處

一、基於聯合開發所訂契約應定性為行政契約

聯合開發似屬行政法學上之參與合作關係，原則上應為憲法所許，聯合開發當事人間之協議應定性為行政契約，因此有平等原則與比例原則之適用，且應避免造成出賣公權力之結果。我國在實務上關於當事人之參與及合作之行為方式，產生一種特殊之行政行為形式，即行政機關與人民之間同時以行政契約及行政處分並用之行為方式，或稱內含行政處分之行政契約。典型之案例可參考一九九九年最高行政法院之一判決（註四）。該判決牽涉教師未能依契約與學校配合（協力），於原訂時間返國服務，將被視為辭職之案例。法院於判決中指出：「原告申請延長進修一年，（被告學校認）與該校改設專科原任高職教師進修計畫不符，要難同意，仍請依限於八十四年八月一日如期返校報到等語。觀其內容，除否准原告延長進修期限之申請外，更包括以原告未如期返校服務視同辭職之方式，免除原告之教職。該部分既非原進修計畫內容所涵蓋，縱該進修計畫已發生兩造簽訂行政契約之效力，則關於免除原告教職部分，亦顯係其間契約效力以外之被告所為另一公法上法律效果之單方行政行為，應屬行政處分。」亦即行政法院以被告機關之函覆內容，除否准原告之申請外，尚包含「視同辭職」意思表示之行政處分。對於這樣見解，學者有提出批判者，認為凡行政機關締結行政

契約後，除非係對等性之行政契約外，即不得再以行政處分併用之方式，去形成或變更消滅同一事件之法律關係，否則即與行政程序法第一百三十六條、第一百三十七條及第一百四十五條規定意旨有違（註五）。此一見解，應可贊同。而本號解釋固有大眾捷運法第七條依法報請徵收之規定，似合乎法律保留，但基於徵收乃對於財產權侵害之最後手段，應強化當事人之程序參與，以確立徵收之正當性。

二、聯合開發應如何強化民眾參與

對於毗鄰地區土地，法律僅規定「為有效利用土地資源，促進地區發展」得徵收人民土地，如此規定，其目的是否充足？類似的規定例如土地法第二百零九條國家為經濟政策可以徵收，該條文事實上也有學者提出質疑。本席從這個角度出發，認為系爭規定關於毗鄰地區徵收規定部分確有問題，因此，國家應規定相關參與程序，以強化徵收目的之正當性。例如非規定召開公聽會而是應舉行聽證。土地徵收條例第十條第二項規定應舉行公聽會，但現行法並沒有對公聽會有明文界定，雖然許多法律規定有公聽會之舉行，但其拘束力未如聽證，有一嚴謹的體系規定，而且在一定情況下我們已將聽證當作是一個憲法上之審查原則（參考本院釋字第七０九號解釋）。同條例第十條第二項規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見」，用的是「公聽會」，但相關內容卻語焉不詳，且有但書規定可以免舉行公聽會。其後又透過同條例施行細則規定得非常嚴謹，甚至比聽證程序還嚴謹，例如曾經舉行公聽會者，限已舉行兩次且在三年以內，才得免再舉行。但施行細則只是命令的位階，而母法有關公聽會的規定看不出其效力為何，不像聽證程序是規定在法律中，如有違反即違法，甚至違憲。土地徵收條例施行細則第十一條關於公聽會，規定得非常嚴謹，為何不

於母法直接規定須經聽證程序？其實，母法土地徵收條例第十條第三項對於特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者是規定要舉行聽證，所以是回歸適用行政程序法，其於程序上、效力上非常清楚。

參、結語

一、系爭規定固基於大眾捷運法第七條第一項及第四項，規定對於毗鄰地區可以開發，以及經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收，但其徵收目的正當性值得商榷。因其目的出發點固為公益，但其結果造成不分是否「交通事業所必須」而一體適用，有產生純為私人之用的疑慮，故違反比例原則。

二、對於如本件般於大眾捷運領域，為聯合開發而徵收毗鄰地區土地之新型徵收類型，固不能一刀兩斷，逕認不能允許。惟為強化公益徵收目的之正當性，應再深化徵收程序，尤其當事人之程序參與，須合乎正當行政程序，以平衡公益與私益。

註一：Kelo v. City of New London, 545 U.S. 469 (2005).

註二：參考陳仲嶙，徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心，台大法學論叢，第 40 卷第 3 期，2011，頁 1051。

註三：日本關於政教分離最高法院 1977 年判決(最大判昭 52.7.13, 民集 31 卷 4 號 533 頁)。

註四：即最高行政法院八十八年判字第三八三七號判決。對於本判決之評釋，參考林明鏘，行政契約與行政處分－評最高行政法院八十八年度判字第三八三七號判決，台大法學論叢，第三十三卷第一期，2004 年 1 月，頁 93 以下。

註五：參考林明鏘，前揭行政契約與行政處分－評最高行政法院八十八年度判字第三八三七號判決，頁 105。

協同意見書　　大法官陳碧玉　提出

本號解釋認中華民國九十年修正公布之大眾捷運法第七條第四項、七十七年制定公布之大眾捷運法第七條第三項，以及七十九年訂

定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項，有關聯合開發用地許可主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地之規定部分，不符憲法第二十三條比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違。就此多數意見之結論，本席敬表同意。惟就上開規定如何違反憲法第二十三條比例原則之論述，尚有補充之必要，爰提出協同意見如后：

一、私有土地所有權人除有法律規定或契約約定外，無須與他人共同決定其土地之使用、收益及處分。合法居住者亦有權決定是否在該處繼續住居，此為憲法第十五條及第十條保障之財產權與居住自由權之核心。國家為公用或公益之需要徵收土地，被徵收人係為公共利益而受特別犧牲，因此除即時合理之補償為徵收生效要件（註一）外，徵收應遵循憲法所要求之正當行政程序，然仍以徵收之目的符合公用或其他公益目的之必要為前提。

二、大眾捷運法（註二）第六條規定：「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收或撥用之。」第七條第四項規定：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依……、協議價購、……方式取得之；其依協議價購方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」上開關於徵收之規定，核屬「一般徵收」，應符合土地徵收條例第三條所規定之三要件：公益需要、興辦事業為該條所列舉之事業，以及徵收範圍以該事業所必須者為限。徵收土地雖不再限於公共（公用）事業所需，然仍應符合公共利益之需要。

三、大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區之土地辦理開發時，所需土地之取得方法除公有土地採有償撥用外，私有土地採協議價購、市地重劃或區段徵收等三種方法（註三）為之。其中區段徵收與市地重劃（註四）均為國家基於公權力之行使所為之行政處分，無須徵得土地所有權人之同意，與協議價購為私法上之買賣關係，基於當事人之合意不同。主管機關有權決定開發用地取得

之方法以符合個案之需求，難謂協議價購、區段徵收、市地重劃，乃至一般徵收等不同方法，何者為侵害較小之手段。本案之爭點應依聯合開發之本旨，審究協議價購不成時得以一般徵收之方法強制取得開發用地規定之合憲性。

四、聯合開發用地於協議價購不成後，予以徵收之法源依據，並非全部均有土地徵收條例第三條第二款規定之適用。其理由如下：

1. 聯合開發用地係指大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地，經主管機關核定為土地開發之土地（註五）。為捷運系統所需用地與非捷運系統所需用地之總和。前者因係交通事業之必要用地，具公益性，符合土地徵收條例第三條所定之徵收要件。後者因非交通事業所需用地，本即不符土地徵收條例第三條第二款之徵收要件，不能僅因係「聯合開發」用地之故，而使全部土地成為交通事業用地，一體適用土地徵收條例第三條第二款規定。

2. 大眾捷運法第七條第一項規定聯合開發之目的是「為有效利用土地資源，促進地區發展」，與大眾捷運興建之目的在於「為加強都市運輸效能，改善生活環境，促進大眾捷運系統健全發展，以增進公共福利」（大眾捷運法第一條參照）並不相同，且聯合開發之事業亦與運輸效能之提升無直接關連性。

3. 大眾捷運系統土地開發辦法第七條規定，主管機關為辦理各開發用地之興建前，應將用地範圍、土地使用分區管制規定或構想、建物設計指導原則（含捷運設施需求及設計）、開發時程及其他有關土地開發事項公告並刊登政府公報。是聯合開發案於計畫階段已規劃非捷運系統所需用地之用途構想，諸如辦公室、商店、住宅，餐廳、電影院，百貨公司、超級市場等，為大眾運輸功能提升後所帶動之經濟活動，屬不動產興闢事業（註六），非運輸功能提升之交通事業，欠缺統一規劃之必要性。

4. 於執行開發（施工）階段亦同樣具有可分割性，就以本解釋原

因案件為例，爭議之萬隆站聯合開發大樓係於民國一０一年落成，捷運新店線於八十八年十一月通車營運；美河市案係於一０一年取得使用執照，捷運小碧潭線則於九十三年九月二十九日通車，即可證明。是，結合捷運設施與非捷運設施之聯合開發案，從規劃、設計到興建階段皆可分割。

5. 聯合開發用地中屬於捷運系統需用土地部分，可依大眾捷運法第六條及土地徵收條例第三條第二款規定辦理徵收興建，無礙於快速有效提升大眾運輸功能與公共福利目的之達成。非捷運設施用地之毗鄰地區私有土地，與公共運輸功能提升無關，不得藉與捷運設施用地共同開發之名，而將其視為「交通事業」，以土地徵收條例第三條第二款規定作為徵收法源。

6. 綜上，主管機關決定以協議價購（買賣）為取得非捷運系統所需用地之毗鄰地區私有土地之方法，而未能徵得所有人同意出售土地時，主張價購協議前已擬定之開發計畫包含該私人土地在內，具不可分割性，為開發計畫之執行，該私人土地應屬交通事業必需用地、予以徵收乃「倒果為因」之論點。此與因私有土地所有人同意以土地參與共同開發案後，再經整體設計將原非捷運系統需要用地規畫為捷運路線、場、站不可或缺之設備用地，而成為交通事業必需用地之情形，並非同一（註七）。

五、聯合開發土地中非捷運系統需用土地，其徵收法源為大眾捷運法第七條第四項（下稱系爭規定）。系爭規定後段「經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收」部分規定，係指因符合土地徵收條例第三條第十款規定，而使該部分土地成為一般徵收之客體。是系爭規定為土地徵收條例第三條第十款所稱之「其他『依法』得徵收土地之事業」之法律（註八），而非僅為協議價購先行程序之規定。此規定增加以一般徵收為取得開發用地之法源依據，以公權力之強制徵收取代原定之私法上之買賣，其正當性應依比例原則審究。

六、基於下列理由認系爭規定欠缺目的正當性，與比例原則有違，聯

合開發用地中之非捷運必需用地部分，於協議價購不成後，即應由一般徵收用地範圍中剔除。仍屬捷運必需用地部分應依大眾捷運法第六條暨土地徵收條例第三條第二款規定進行徵收：

1. 土地徵收條例第三條規定雖不以公用之需要為限，然徵收之目的應「為公用之需要」、「因公用或其他公益目的之必要」、「以興辦公共利益為目的之公共事業或公用事業之必要者為限」、「公共事業之需要」（註九）等業經本院大法官解釋在案。「公用或其他公益目的之必要」並列，在解釋上所謂「其他公益」，在「質」的考量上必須與公用（公共）事業為全民共用之目的相當，否則絕大多數之開發案，不問為政府自行開發或與私人共同開發，將被以「對公眾產生某種附隨之利益即為公共利益之增進」為由，否決一般徵收法定三要件之「公益需要」之限制。不動產闢建事業，不問作為商辦、百貨公司、超級市場或住宅等使用，並不屬於需仰賴徵收取得土地，否則無從興建之具有公益重要性之事業，而據此所為之徵收處分，將使一個人之財產權因為另一人財產上利益而被犧牲，其結果是使社會資源較少之被徵收人成為徵收處分之被害人，取得重分配財產之受益人，或為政府或為社會資源較多之投資人（註十）。為有效利用土地資源促進地區發展目的所為徵收處分，倘其主要之結果並非實質公眾利益之達成，而是為私有財產之重行分配，不得認其目的正當。
2. 七十七年將毗鄰地區劃入聯合開發範圍之立法理由：「為有效利用土地資源，促進地方發展並利大眾捷運系統建設經費之取得。」（註十一）又大眾捷運法第七條之一第一項第一款及第二款（註十二）規定出售（租）因土地開發所取得之不動產及經營管理之部分收入、辦理土地開發業務所取得之收益或權利金，得作為土地開發之基金來源。惟以徵收取得之土地再行出售、出租、經營之收入，作為土地開發之基金，無疑是以徵收人民土地之手段，取得捷運設施興建及土地開發所需之經費。

然而大眾捷運系統建設經費之取得應不得作為徵收私有土地之正當理由。縱大眾捷運法第七條之一第一項第三款(註十三)規定開發用地基金來源包括主管機關循預算程序之撥款，然大眾捷運系統興建所需之經費來源，亦應符合財政收支劃分法第四條（註十四）規定，而不得經由徵收私有財產籌措之。

3. 初始設計之聯合開發用地中私有土地之取得方法為市地重劃與區段徵收，目的係為「配合」大眾捷運系統之營運與發展，而由營運單位自行開發或與私人團體聯合開發大眾捷運系統場站與路線之土地及毗鄰地區之土地，一方面使營運單位取得開發基金（註十五），另方面土地所有人亦可經由區段徵收以及市地重劃方法（註十六）拿回部分土地，自行開發利用以分享開發之利益，公私兩利（註十七）。然而，於無從依市地重劃、區段徵收方法取得聯合開發土地，私有土地所有人亦無意參予共同開發，或出售土地時，為務必取得聯合開發用地，乃增列協議不成得徵收之規定，此乃「棍棒在後之協議價購」。而按聯合開發事業於規畫階段已有初步使用計畫，並依該使用計畫核定聯合開發用地範圍，經協議價購、市地重劃、區段徵收或一般徵收之方法取得後，由主管機關自行開發或公告徵求投資人合作開發之，或與投資人訂定契約共同開發(註十八)。開發完成後，與捷運系統無關之地上物（建物）及土地，由主管機關與（或）投資人取得所有權或經營權（註十九），獲取開發後之財產上利益。此私法上之財產利得本質與土地原所有人並無不同，原所有人之財產權卻因此被剝奪。

4. 綜上，系爭規定以一般徵收手段取得非捷運系統必須用地之毗鄰地區私有土地部分，興建完成後作為辦公室、住宅、百貨公司等用途之地上建物，非公益所必要；又以有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設經費之目的就私有土地財產作如此之重新分配，顯欠缺目的正當性。

七、結論

憲法保障私有財產，興辦事業人為公益事業之必要需用私有土地時，理應盡力交涉取得權利人之合意，依契約關係取得之。徵收處分為公權力之行使，發生強制剝奪被徵收人財產權、居住自由權之結果，自應以之為最後不得已之手段。徵收制度應屬備而不用之制度，而非取得私有土地之必要、優先乃至於唯一之制度（註二十），徵收土地應以該目的事業之公益需要範圍為限。徵收之土地不得作為徵收目的以外之使用（註二十一）。參以美國、德國、日本之立法例及其實務之運作（註二十二），經濟發展、稅收之增加均不得作為徵收之目的，土地取得之方法或採協議價購、集中換地，或採區段徵收與都市計畫之配合，取代一般徵收。系爭規定「為有效利用土地資源，促進地區發展」，使無意願參與聯合開發之私有土地所有權人，僅因其私有土地與捷運設施用地為鄰，而被國家機關以徵收之強制手段剝奪其財產權，來完成與運輸功能提升無關之不動產闢建事業，如前所述，因不具目的正當性，無法通過比例原則之審查。

註一：憲法第十五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 號及第 709 號解釋參照）。土地徵收條例第三章徵收補償規定，其中民國 101 年修正前第 30 條第 1 項規定被徵收之土地，應按照徵收當期之公告土地現值補償其地價。第 31 條第 1 項規定建築改良物之補償費，按徵收當時該建築改良物之重建價格估定之。所稱之公告土地現值及建物重建價格之補償，與重置必須以市價為之之事實不符，難謂其為「合理」之補償。

註二：本意見書以 90 年修正公布之大眾捷運法及 89 年制定公布之土地徵收條例規定作說明。

註三：按 76 年行政院提出之草案只有聯合開發之規定，惟該法案於立法院審查時，捷運局認為行政院所提之草案有實際上作業困

難，乃提出之修正案增列二種用地取得方式：區段徵收與市地重劃。惟於法案後續審理時立法委員乃提議增列「協議不成得徵收」之規定。

註四：除平均地權條例第58條第3項規定，自辦市地重劃應徵得一定比例之私有土地所有權人之同意辦理之外，無需當事人之同意。

註五：大眾捷運系統土地開發辦法第3條規定參照。

註六：同註5。

註七：此部分應依大眾捷運法第6條、土地徵收條例第3條第1項第2款規定並遵行憲法所要求之正當行政程序辦理徵收。

註八：科學工業園區設置管理條例第12條、促進產業升級條例第25條、產業創新條例第42條、發展觀光條例第14條、文化資產保存法第43條、墳墓設置管理條例（已廢止）第8條等規定參照。

註九：本院釋字第236號、第400號、第409號及第425號解釋參照。

註十：陳仲麟，徵收之憲法拘束：以私用徵收的違憲審查為中心，台大法學論第四十卷第三期，2011年9月，頁1047至1050。

註十一：立法院秘書處編印，《法律案專輯—大眾捷運法案》，78年，頁253。

註十二：大眾捷運法第7條之1第1項第2款乃93年5月12日增定。

註十三：93年5月12日由第2款移列為第3款。

註十四：財政收支劃分法第4條規定，各級政府財政收支之分類依附表一附表二之所定。依附表一所示，財政收入來源以稅收為主，不包括徵收私有土地之收入。

註十五：大眾捷運法第7條之1規定土地開發基金之來源為出售（租）因土地開發所取得之不動產及經營管理之部分收入、辦理土地開發業務所取得之收益或權利金(93年5月20日增定)等。

註十六：土地徵收條例第39條規定抵價地為土地總面積之百分之五十且不得少於百分之四十。平均地權條例例第60條之1規定

市地重劃由所有人負擔重劃費用後取回完整形狀之可建築用地。

註十七：立法院秘書處編印，《法律案專輯—大眾捷運法案》，78年，頁253、201。77年將毗鄰地區劃入聯合開發範圍之立法理由：「為有效利用土地資源，促進地方發展並利大眾捷運系統建設經費之取得」。「希望在捷運系統興建時，很快的取得用地，以聯合興建的方式取代土地之徵收，以創造利潤，並帶動都市更新工作，藉由實質上結合運輸設施及其他土地使用，使建築物內部動線及空間安排構成為單一的複合體，使捷運建設機關及私人投資業者均能分享開發利益。」（時任捷運局副局長陳世圯之發言紀錄）此挹注建設經費與開發利益共享（公私兩利）之目地，如以協議（參與共同開發契約或買賣契約）、市地重劃（土地所有人分擔重劃費用後，享有重劃完成後土地增值之利益）、區段徵收（土地所有人抵價地之取得）私有土地所有人享有開發之利益與一般徵收私地主不能享有開發利益不同。

註十八：大眾捷運系統土地開發辦法第14條規定參照。

註十九：大眾捷運系統土地開發辦法第21條、第23條規定參照。

註二十：陳立夫，評二０一二年土地徵收條例修正條文—以徵收程序與補償規定為中心，月旦法學雜誌，第212期，2013年1月，頁101。

註二十一：土地徵收條例地第49條、土地法第219條參照。

註二十二：密西根州憲法第2條修正案(MICH. CONST. art. X §2) “Public use” does not include the taking of private property for transfer to a private entity for the purpose of economic development or enhancement of tax revenues. California Constitution, Article I, Section 19 (b) The State and local governments are prohibited from acquiring by eminent domain an owner-occupied residence for the purpose of

conveying it to a private person. Alaska Statutes 2014, Article 04, Sec. 09.55.240. (d) The power of eminent domain may not be exercised to acquire private property from a private person for the purpose of transferring title to the property to another private person for economic development purposes. Indiana Code Ann, IC 32-24-4.5-1 Sec. 1. (b) This chapter applies to a condemnor that exercises the power of eminent domain to acquire a parcel of real property: (1) from a private person; (2) with the intent of ultimately transferring ownership or control to another private person; and (3) for a use that is not a public use.

德國建築法典第87條第1項規定對於公共建設所需用地得實施土地徵收而實務多以市地重劃方式為之（陳明燦教授於104年6月3日本院舉行之說明會所提供之書面資料）。日本為推動鐵道建設與宅地之聯合開發，而於1989年制定公布之大都市地域宅第開發及鐵道整備推動特別措置法（大都市地域における宅地開発及び鉄道整備の一体的推進に関する特別措置法），其中對於用地之取得並無辦理徵收之規定，而係協議價購及創設整體形勢地重畫制度以集中換地方式取得鐵道所需用地，對於公共建設本身所需用地皆不採徵收制度。（陳立夫教授於104年6月3日本院舉行之說明會所提供之書面資料）。

協同意見書

大法官羅昌發　提出
大法官蔡清遊　加入

本件核心問題為國家為興辦交通事業而有徵收人民土地之必要時，是否得一併徵收毗鄰地區土地作為開發之用。

中華民國九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法（下稱九十年捷運法）第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」（下稱系爭規定一）七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（下稱七十七年捷運法）第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」（下稱系爭規定二）七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」（下稱系爭規定三；以上三項規定，合稱系爭規定）許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地。多數意見認為此種情形不符憲法第二十三條之規定，而侵害人民財產權及居住自由。本席敬表同意。本件涉及徵收所影響之憲法上權利、徵收公益性應如何判斷、徵收程序有無改進空間等，均有進一步補充之必要。爰提出本協同意見書。

壹、本解釋首次宣示土地徵收除剝奪財產權外，亦有影響居住自由之效果

一、本院以往有關土地徵收之解釋，均僅提及土地徵收涉及人民財產權之保障（例如釋字第二三六號、第四００號、第四０九號、第四二五號、第四四０號、第五一三號、第五一六號、第五三四號、第五七九號、第六五二號及第七三一號解釋）。本解釋首次將人民居住自由納入，並謂「國家徵收人民土地，不但限制人民財產權，如受徵收之土地上有合法居住者，亦嚴重影響其居住自由。」本席對於多數意見重視土地徵收對人民居住自由之影響，並將之納入憲法第二十三條之分析，

敬表支持。本院釋字第七０九號【都市更新事業概要與計畫審核案】解釋中已經提及，如因都市更新導致強制人民遷離其居住處所，將屬限制人民財產權與居住自由。相較於都市更新，徵收人民土地對人民財產權及家園之維護影響更鉅，本解釋乃認如因政府徵收人民土地而導致其必須遷離居住所，自亦有限制居住自由之問題。

二、本席在釋字第七０九號解釋所提之意見書中曾說明，如因國家措施使人民被迫遷離家園，係涉及國際人權公約所保障之「適足居住權」(the right to adequate standard of housing)。以土地開發為名進行徵收，並因而迫使人民遷離家園，自應受極嚴格之規範。本解釋尚未直接肯定「適足居住權」因土地徵收而遭剝奪之情形。本院將來之解釋如能進一步肯定土地徵收涉及強制將人民驅離家園，因而侵害人民適足居住權（著重於適當生活條件之家園之建立與維護），而非僅涉及居住自由（著重於居住於何地之選擇），將有更重要意義。

貳、本解釋已宣示國家不應為興辦捷運交通事業而徵收額外土地以供開發

一、本解釋宣示之基本原則甚為明確，亦即為興辦交通事業（本件涉及捷運交通事業）而徵收人民土地，其徵收土地之範圍，應限於交通事業設施（本件為捷運系統設施）所必須。如所徵收者為「該交通事業所必須者以外之土地」，不論該土地是否與該交通事業之設施毗鄰，均有違憲法第二十三條之規定。本解釋在文字上雖未完全排除為興辦捷運事業而徵收毗鄰地區土地之可能，但明確宣示不得徵收「非交通事業所必須」之毗鄰地區土地。其結果，將使依照系爭規定一報請徵收之土地，幾乎限於土地徵收條例第三條第二款所規定「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限：……二、交通事業」之情形；亦使依系爭規定二、三報請徵收之土地，幾乎限於土

地法第二百零八條第二款所規定「國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定，征收私有土地。但征收之範圍，應以其事業所必需者為限。……二、交通事業」之情形。且本解釋亦隱含：依土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定興辦交通事業而徵收人民土地，即不應再以前者第十款「其他依法得徵收土地之事業」或後者第九款「其他由政府興辦以公共利益為目的之事業」作為擴大徵收土地範圍之依據。亦即系爭規定原雖許主管機關為聯合開發之目的而報請徵收毗鄰地區之土地，但依本解釋，主管機關依系爭規定徵收毗鄰地區土地之可能性，幾已完全遭排除。

二、本解釋並未否定土地所有權人自願性參與之聯合開發：本解釋雖然排除主管機關為聯合開發之目的而報請徵收毗鄰地區土地之可能，然並未否定聯合開發可能產生之正面意義。土地所有權人在自願之前提下，於政府興辦交通事業時，參與聯合開發，並無憲法疑義。故本解釋不應被錯誤解讀為排除或敵視所有形式的聯合開發。

三、本解釋並非在阻礙經濟發展：或有認為，系爭規定有助於捷運設施毗鄰地區土地之開發，以促進經濟發展；而本解釋限制為土地開發而徵收，則有阻礙經濟發展之疑慮。惟本席認為，此種疑慮毫無必要。其一，地區開發與經濟發展並非至高無上之價值；而必須在確保人民基本權利受適當保護之前提下進行。其二，如本解釋理由書第三段所示，國家須採取對人民權利造成較小侵害之其他方式，以達成土地開發及地區發展之結果；雖其程序可能較為繁複或周折，時間可能較為緩慢而看似較無效率，然相較於保障人民基本權利之最高價值，開發程序之周折、時間之拖延或效率之降低，應為使人民基本權利受週延保障而不得不然的結果。

叁、土地資源有效利用、地區發展、籌措經費等，不應作為徵收土地之公益性理由

一、本院以往之解釋就徵收人民土地應是否適用及如何適用憲法第二十三條之規定，見解並不一致。例如釋字第四二五號解釋：「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，經由法定程序予以剝奪之謂。規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則……。」直接引用必要性原則作為審查標準，而未提及憲法第二十三條。又例如釋字第五一六號解釋：「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……。」亦僅引述必要性原則，而未提及憲法第二十三條。似乎意謂土地徵收係受獨立於憲法第二十三條之外之必要性要件審查。但釋字第五三四號解釋：「……相關法律所規定之徵收要件及程序，應符合憲法第二十三條所定必要性之原則。」則以憲法第二十三條之必要性原則為審查基準。本號解釋明確以憲法第二十三條之規定為審查基準，並認為徵收應符合公益之必要性（見本解釋主文及理由書第一段），且分析系爭規定之目的正當性、手段必要性與最小侵害性（見本解釋理由書第三段）。

二、本席同意審查土地徵收規範之合憲性，應依憲法第二十三條規定進行。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、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」在此規定下，自須確認徵收人民土地之規定是否符合公共利益；以及於符合公共利益之情形下，是否亦符合必要性之要件。本席於以往意見書中，針對如何適用憲法第二十三條之必要性，有甚多論述。本件情形關鍵在於如何認定系爭規定之公共利益；倘若不符合公共利益之要件，自無符合該條所要求「公共利益所必要」之必要性要件之餘地。

三、系爭規定之立法目的在於有效利用土地資源、促進地區發展及並利大眾捷運系統建設經費之取得。多數意見雖稱系爭規定「固有其公益上之目的」，而未明示此種徵收之目的，應

受憲法負面評價；然多數意見亦認為徵收毗鄰地區土地作為開發之用，將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲（見本解釋理由書第三段），隱然對系爭規定之公益目的亦有質疑。

四、如徵收人民土地確為「公用」之目的，原則上其應有公益性，而符合憲法第二十三條所規定「為增進公共利益」之要件。憲法第一百零八條第一項第十四款亦規定，中央得立法規定「公用徵收」；此亦足以支持「公用徵收」之公益性。故在「公用徵收」之情形，原則上僅須審查其是否符合必要性之要件。如徵收人民土地僅為「公益」之目的，憲法雖無禁止，然由於涉及人民重要財產權之保障及其家園之維護，不但應嚴格檢視公益是否存在，且應要求其公益確可達成「明顯提升公共福祉」之程度；亦即在質上，其公益確具有高度之重要性；在量上，其公益確可造福普遍社會大眾。

五、認定法律規範是否符合憲法第二十三條所規定之「為公共利益」，不應僅以立法者宣稱其規定係為公益，在進行違憲審查時，即毫無保留認該規定具有公益之正當目的。亦即審查公益目的時，不應僅為形式上審查，而應予以實質審查是否確為公共利益之目的。否則憲法第二十三條「為公共利益」之要件，將成為具文；該要件之審查，亦將徒具形式。在為公益要件之審查時，縱使法令之制定係以公益為名，然實質上將導致圖私人利益之結果者，不應認為符合憲法第二十三條之增進公共利益要件。

六、如上所述，系爭規定之立法目的在有效利用土地資源、促進地區發展及並利大眾捷運系統建設經費之取得。本席認為，以土地資源利用與地區發展為由所為之徵收，名目上似乎係為公益；然此種徵收涉及資源利用與地區發展之龐大商業利益，其公益性（即「明顯提升公共福祉」）要件之判斷，自

應衡酌在制度設計上，徵收所得利益歸屬情形。倘法律要求土地所有權人忍受個人之特別犧牲，而許國家機關以資源利用及地區發展為名進行毗鄰地區土地之徵收，使土地資源之主要利益重新分配或移轉予其他私人享有或由國家機關為營利使用（如開發做為商場使用或建築住宅販售），其情形，已經幾近「私益徵收」；其徵收之公益性及正當性甚微。另國家機關籌措建設經費，應循正當方式。倘人民自願以其土地參與聯合開發，使國家亦因而獲得財政收入，固屬國家籌措經費正當方式之一種。然若以法律規定，使土地所有權人遭受特別犧牲，藉以籌措國家建設經費，則非憲法所應承認之公益徵收。系爭規定既無法符合一般公共利益之要求，自更難謂其在質上確屬重要公益，或在量上確可造福普遍社會大眾，而達成明顯提升公共福祉之程度。此種徵收之目的自無正當可言。

簡言之，國家不應以公益為名，慷人民之慨，以徵收人民土地之方式，犧牲其重要財產權且侵害其家園，供私人企業進行商業開發，或供國家募集經費。

肆、「毗鄰地區土地」之範圍過於擴大，且要件亦過於含糊

一、本解釋已宣示不得徵收非興建交通事業所必須之毗鄰地區土地；亦即毗鄰地區土地可被徵收之範圍，極為有限。有關可以徵收之「毗鄰地區土地」範圍既然受有嚴格限制，實質上，已無須認定「毗鄰地區土地」之規定，是否符合法律明確性之要求。故本席同意多數意見，不對有關毗鄰地區土地範圍之相關規定，進行審查。然違憲審查之範圍，原可包括受聲請人質疑且確有審查之抽象價值之法令。基此，本席認為有針對大眾捷運法有關毗鄰地區土地規定之明確性，予以說明之必要。

二、依憲法第二十三條規定，為增進公共利益之必要而限制人民自由權利，須以法律或法律明確授權之方式為之。由於徵收

土地對人民財產權及適足居住自由造成嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，且用語應具體明確（本院釋字第四０九號解釋參照）。九十年捷運第七條第二項規定：「有下列情形之一者，為前項所稱之毗鄰地區土地：一、與捷運設施用地相連接者。二、與捷運設施用地在同一街廓內，且能與捷運設施用地連成同一建築基地者。三、與捷運設施用地相鄰之街廓，而以地下道或陸橋相連通者。」依此，毗鄰地區之範圍甚廣，徵收之土地可能擴及之範圍亦甚大。此項定義係輔助系爭規定一之適用，故亦限制人民財產權及適足居住權，而應具體明確詳加規定。惟該規定第一款未就「相連接」之要件，限制其適用範圍；第二款與第三款未就「街廓」之內涵與範圍，詳為具體明確之規定；均應認為不符前述法律明確性之要件。此種立法方式，幾如許主管機關圈地；凡因客觀上相連或人為方式受連接而遭「沾黏」到之土地，均有可能被納入徵收之範圍。又七十七年捷運法對毗鄰地區土地之內涵與範圍更毫無具體明確之界定，自更不符前述法律明確性之要件。將來均有配合本解釋一併檢討修正之餘地。

伍、免舉行公聽會之問題

一、土地徵收條例第十條第二項規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」聲請人之一質疑其中「已舉行公聽會或說明會者，不在此限」部分之合憲性。此部分雖經本解釋宣告不受理，但其規定實有檢討改進之餘地。

二、有關公聽會之辦理，徵收條例施行細則第十條規定：「需用土地人依本條例第十條第二項規定舉行公聽會，應至少舉行二場，其辦理事項如下：……三、說明興辦事業概況、展示相關圖籍及說明事業計畫之公益性、必要性、適當性及合法

性，並聽取土地所有權人及利害關係人之意見。後場公聽會並應說明對於前場公聽會土地所有權人及利害關係人陳述意見之明確回應及處理情形。四、公聽會應作成會議紀錄，並將紀錄公告周知……。五、依前二款規定所為前場公聽會紀錄之公告及書面通知，與對於前場公聽會土地所有權人及利害關係人陳述意見之回應及處理，應於舉行後場公聽會前為之。」故公聽會不但應舉辦至少二場，且具有與土地所有權人就事業計畫之公益性、必要性、適當性及合法性，直接進行雙向實質溝通之功能；需用土地人亦必須就溝通之意見予以回應及處理。土地徵收條例第十條第二項但書規定：「已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」而依徵收條例施行細則第十一條規定：「本條例第十條第二項但書……所稱已舉行公聽會或說明會，指下列情形之一：一、興辦事業計畫於規劃階段已舉行二次以上公聽會，且最近一次公聽會之舉行距申請徵收三年內。二、興辦事業計畫已依都市計畫法舉行公開展覽及說明會，並通知土地所有權人，且最近一次公開展覽及說明會之舉行距申請徵收三年內。三、原事業計畫已舉行公聽會，於申請徵收後發現範圍內土地有遺漏須補辦徵收。四、原興辦事業為配合其他事業需遷移或共構，而於該其他事業計畫舉辦公聽會或說明會時，已就原興辦事業之遷移或共構，聽取土地所有人及利害關係人之意見者。」惟查：(1)興辦事業計畫於規劃階段所舉辦之公聽會，目的與功能上未必可取代需用土地者已備有具體事業計畫內容，而得以之與土地所有權人就其公益性、必要性、適當性及合法性辦理雙向溝通，且就溝通之意見予以回應及處理之公聽會。(2)依都市計畫法第十九條所舉行之公開展覽及說明會，並未要求就事業計畫內容與土地所有權人就其公益性、必要性、適當性及合法性辦理雙向溝通及就溝通內容回應處理，故原則上亦應無法取代原應舉辦之二次公聽會。(3)需用土地人雖已就

原事業計畫舉行公聽會，但申請徵收後所發現範圍內有遺漏須補辦徵收之土地所有權人，並無機會進行原應舉辦二次公聽會之雙向溝通及就溝通內容回應處理。(4)原興辦事業為配合其他事業需遷移或共構，而於該其他事業計畫舉辦公聽會或說明會時，雖已就原興辦事業之遷移或共構，聽取土地所有人及利害關係人之意見，然此亦與需求土地人就事業計畫內容之公益性、必要性、適當性及合法性，與土地所有權人進行溝通所應辦理及就溝通內容回應處理之公聽會不同，目的與功能亦未必可取代原應舉辦之二次公聽會。土地徵收條例第十條第二項但書有關「已舉行公聽會或說明會者，不在此限」之規定，未區分已依其他規定所舉行之公聽會或說明會，與依該條原應舉行之公聽會，在目的與功能上是否相同或可以替代，一律許其不再舉行公聽會，實有檢討之必要。

陸、欠缺聽證程序之問題

一、本解釋未能審查土地徵收條例有關徵收程序中欠缺聽證程序之要求，甚為可惜。

二、憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第六八九號及第七０九號解釋參照）。土地徵收係國家因公用或公益之需要，經由法定程序予以強制取得，對人民受憲法保障之財產權受嚴重影響，徵收程序之相關規定自應周全（釋字第四０九號解釋參照）；更何況徵收人民土地可能破壞人民辛苦建立之家園。為使主管機關於核准事業概要時，確實符合公用或明顯提升公共福祉之目的、不得不採行之必要措施及以最小侵害之方式為之等原則以及法律規定之其他要件，立法者除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，實應按主管機關之審查事項、處分之內容與效力、

權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見等，以主張或維護其權利。再者，土地徵收事業計畫核定後，辦理徵收前，立法者實亦應納入由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人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核定之規定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨（本院釋字第七０九號解釋參照）。土地徵收條例有關徵收程序之規定，欠缺此等正當行政程序之要求，相關機關自應僅討改進，以落實人民權利之程序保障。

中華民國104年11月25日
院台大二字第1040032013號
公布更正

部分協同部分不同意見書　　大法官陳新民　提出

國家不論用任何手段強奪人民的財產，人民手中必然握有一把復仇的匕首。

義大利大政治家　馬基維利．《論提圖斯．李維的前十卷》

本案件是大法官歷年來第一次審理到所謂「有利私人之徵收」(Die Enteignung zugunsten Privater)的案例（註一）。這是國家冠上追求公共利益的美名，行使強制剝奪人民財產的徵收行為，但結果卻全部或一部分轉入私人之手中，形成「公益挾帶私益」的現象。這種美其名為「公私協力」，利用徵收私人土地，來達成一定的公共利益，卻造成圖利特定他人的結果，能否符合法治國家保障人民財產權的意旨？鑑於現代國家許多公共事業，都不再由國家所獨攬，許多傳統承擔公共福祉任務的國營事業，且紛紛「去國營化」而轉為公私合營或純粹民營的事業來經營，以取得效率與彈性化的優勢。在此「民營化」

的潮流下，私人土地為此種「民營公用事業」所徵收，是否可符合憲法保障財產權的意旨？涉及到憲法學理對「徵收公益」的探究。其論究的範圍，不僅限於「得不得」為私人徵收，且及於「若許可時」的條件與限制之問題。

本號解釋多數意見對於七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」（以下稱為系爭規定），而後移轉予國家或其他私人，認定已違反比例原則，而否認此種有利於私人之徵收目的之合憲性。本席敬表支持。

但此立論，卻未對上述徵收公益的性質加以探究，也未對民營化潮流侵襲下，有利於私人的徵收，是否應予許可的問題，及其應有的限制加以論述。由結論顯示，容易導出本號解釋將一律反對任何「有利於私人徵收」的合憲性。倘導出這種結論，是否陳義過高而與現實脫節？抑或應承認在立法者已確認有重要且急迫的公益需求、且對徵收土地能保證「持續運用於公共用途之上」，並課予相關機關嚴格與審慎的監督權限之下，例外的許可之？本席認為有必要澄清之，而採後者之見解。故為闡述此關涉憲法徵收法制的重要原則，本席敬提協同意見，以明多數意見所未能洞見之義理也。

此外，聲請人指摘土地徵收條例第十條第二項之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」，而認定該條文對於公聽會之舉辦僅限於「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前」，而對計畫已獲主管機關同意後，經過甚久時日，情況已變遷，卻並無再舉辦公聽會之權利，故認為此規定違憲。然多數意見卻認為確定判決未適用該規定，而不予受理。本席認為上述規定已被系爭判決實質適用，只是法院專就法條「許可前」為文義解釋，而反對聲請人所主張的見解罷了。此條文的違憲性，聲請人贊成之，法院反對之，豈能因此強曰：「法院未適用之」？且為彰顯本院自釋字第七０九號解釋強調保障人民財產權，應注重其正當行政程序的理念，自不應受

到此種狹隘與僵化的「形式援用論」所束縛，而戕害人民應享有正當行政程序所賦予的「聽證權」也。爰提出部分不同意見書析述之。

一、部分協同意見書

本號解釋的多數意見，認定徵收非為事業所需的土地—例如，系爭規定所肯認的「為整體開發之目的得徵收毗鄰地」，已違反比例原則而違憲。顯見是以比例原則作為審查的手段，也和一般人權法律的違憲審查程序無異。

此方法論忽視了憲法對徵收行為所定下的「許可界限」，首先應審查其「徵收目的」—即徵收公益的嚴格要求之上。由多數意見所隱含的見解—理由書第三段的敘述：「……國家以徵收方式剝奪人民財產，甚而影響土地上合法居住者之居住自由，如非為公用，則須符合其他公益之正當目的。徵收捷運交通事業所必須之土地，屬為興辦交通事業公用之目的；而主管機關辦理毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展及籌措大眾捷運系統建設經費……，固有其公益上之目的。」—即可得知多數意見承認系爭規定仍具有公益的價值。系爭規定為聯合開發而徵收毗鄰地，此立法目的，固然具有公益的理由，只因徵收毗鄰地後，並轉給他人，而違反比例原則罷了。此由同段理由書的敘述，即可得知此立論：「……然國家為利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地或聯合開發用地（下簡稱非交通事業所必須之土地），將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。另為達利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成」（註二）。

這種見解，雖然結論妥適，且能達成防止私人土地藉聯合開

發之名進入私人之手的目的。但是其由「手段必要性」著手，顯然未能明白承認「立法者不得以一般的公共利益而作為徵收的正當性與合法性來源」的基本認知也。

如此一來，多數意見視徵收公益的份量要求—包括有利他人之徵收公益，與一般限制人權的公益並無差別，只須運用傳統檢驗限制人權的模式—對限制人權公益性質為輕度的審查，而重心置於限制手段的必要性審查—即足。

此外，這種訴諸必要性的檢驗，而宣告「徵收私人土地後移轉給國家或私人」，牴觸比例原則，將會導致解讀上，一律不許可「有利於私人之徵收」。是否答案必須如此斬釘截鐵，抑或應例外許可？則有待於對「徵收公益性」加以深入的分析之。

（一）徵收公益非一般公益可言，而係最高度的公益—由憲法財產權保障的重要性來作判斷

我國憲法對於財產權的保障與限制，與一般基本人權同，在憲法第二十三條處，以一般的公益及比例原則，作為限制的要件。如以本條文之規範方式，將不能凸顯出憲法對財產權應有特別重要的保障價值，實有待學理來填補與澄清此缺憾。

在憲法的人權清單中，並非所有基本人權皆處於同樣的價值位階。若干人權具有特別突出的價值，足以在利益衡量時，居有優勢的地位。例如，人身自由作為享受其他人權的基礎，自有最重要的「保障性」，從而許可由法律予以限制的公益考量即有「質量上」的要求，非為一般泛泛之公益即可限制之。其違憲審查的密度愈高，愈壓縮了立法裁量與價值判斷的空間。

其次，言論自由（商業言論除外）表彰思想自由，亦為人性尊嚴與價值之核心；財產作為人民生存的物資基礎，並藉以作為形成其人格的物質依據，也成為最重要的基本人權之一。再如人性尊嚴，亦有類似的價值位階。所以我國釋憲

實務上，早已承認各種人權具有不同的位階（註三），以作為立法限制人權及釋憲密度與許可性之參考。

上述基本人權的限制，也與其正當性的基礎—即公益份量，息息相關。即以本案所涉及的財產權為例，如欲對財產權加以限制，自可由一般公益取得立法之依據。如涉及到許可徵收的公共利益，即有在質量上提升的必要性。一方面基於在法治國家中，憲法保障人民財產權的主要防禦對象，正是針對國家的徵收公權力（註四）；另一方面，著眼於公益的浮濫，任何國家機關所執行的任務，都可列入公共利益的範圍。如此一來，幾乎所有涉及公共利益之事項，皆可作為徵收私人財產的理由，將使人民財產陷於高度的不安定狀態之中。因此，徵收的公共利益，即非一般立法動機或行政執法動機所維護的公共利益可比，必須具有更重要的質量方可，即所謂的「加重公益」的要件(qualifiziertes öffentliches Interesse)。

然而，何以認定「加重公益」的內容？雖然有些國家的憲法，為了強調徵收公益與一般泛泛公共利益不同，特別使用類似「公共福祉」(Gemeinwohl)的用語來表示其差異（註五）。但「公共利益」，以及「公共福祉」都是典型的不確定法律概念，因此要將之明確的定義幾乎不可能。這種「人言人殊」的概念定義，本席曾稱之為一個「羅生門」式的概念（註六）。解釋上，曾有多種嘗試，例如，「受益對象論」—公益主要是以不特定的大多數人民，以及國家社會的利益作為受益人為特徵，這是最古老與多數意見。但現代國家理念，照顧弱勢的個人，亦可能符合公益。於是，亦有所謂的「目的論」—以公共利益是為了達到由憲法漸次所規定的國家任務而產生的價值判斷。

這種涉及到憲法所追求目的位階性的「內容論」，也可以多方面的考量每種法律所追求的公共利益之份量，以及其

對人民權利侵害的程度，與斟酌憲法所欲保障的強度，為綜合的考量，所獲得具有正面價值與享有利益的結果，即可認定為公共利益。這當是比較可採的見解。

在徵收的公益判斷，並不出上述學界討論的「受益對象論」或「目的論」（內容論）的範圍，結論當採「目的論」為宜。故土地徵收條例第三條之二第一項，即採此種公共利益的判斷模式—對於每一個徵收計畫案的公共利益考量，必須通過所有涉及社會因素、經濟因素、文化及生態因素、永續發展因素等予以公平公正的衡量後，方得許可此一徵收計畫也（註七）。

因此，憲法對財產權的保障，迥異於其他人權，設下了兩道關卡：首先，必須經過立法承認，具有特別優勢的公共利益，方得許可行政機關動用徵收的強制權力。其次，在實行的程序，除了嚴格的必要性外，仍須給予公正的補償。就此第二道，也是屬於「次要的」防衛功能而言，「財產權保障」(Eigentumsgarantie)才轉變成為「財產價值之保障」(Eigentumswertgarantie)。此一字之差，必須代表憲法財產權保障的第一道關卡的重要性，質言之，若謂「只要給予公正，甚至優惠、超過市價的補償，即可行使徵收權，而不屬於對人民財產權的侵害，……云云」，都是對憲法財產權所產生的嚴重誤解，應當嚴予駁斥（註八）。

（二）徵收公益的內容—仍以公用徵收為主、公益徵收為輔

雖然徵收公益應有別於一般公益的份量要求，上述的目的論僅提供論理上的依據。但作為國家建設不可或缺的一項公權力，徵收的許可性及其界限，一直隨同法治國家理念及憲法保障人民財產權的原則，同步發展。此可由關涉法治國家原則發展居關鍵地位的比例原則，最早被適用的領域，即是規範徵收的案件之上，可以得證。

可先由財產徵收本來的原意，乃是「公用徵收」(Public

Use)談起（例如，美國憲法增修文第五條之規定）。國家為了一定的公共任務所需，方得徵收人民的財產，成為法國大革命之後立憲國家所公認的原則。影響後世，包括我國土地法及土地徵收法規在內的德國普魯士邦，在一八七四年公布一部「土地徵收法」，開始實施此種徵收模式。本法將得以徵收的要件—限於國家為了達到公共福祉，而興辦各種之「公共事業」，包括政府機關、能源水電、交通、國防、教育等，都賦予得以徵收的公益理由。這些有利於公益的事業機構都是公立、且提供公共服務之用。國家強制徵收的結果，即是將此私有財產移轉為公有財產。這種「財產權人」更易的過程，形成財產標的由「服務私益」轉為「服務公益」為特色，以「新財產權人」為實現公益的「主體」，公用徵收也形成「為公共事業創造財產」的制度（註九）。

既然徵收僅限於政府機構與公共事業（即公法人之泛稱）得為徵收主體，且僅以其法定職務範圍內方可行使徵收，又須予全額補償，則徵收的濫用危機可望減少，也不易產生圖利私人的問題。被徵收的人民容易被「犧牲小我，貢獻社會」的道德律所說服，徵收行為即容易獲得民眾的諒解與支持。此種徵收模式被稱為「古典徵收」(Klassische Enteignung)，自從普魯士邦制定此徵收法後，迅即為各邦徵收法所採納，甚至遠播至日本、我國。影響所及，目前德國各邦的徵收法制都仍循此一百五十年老法的模式也。

財產徵收等於「公用徵收」的代名詞，一直到了一次大戰後，為了解決難民的房荒、國家欲改善人民生活水準，許可私營水電能源企業徵收土地以興建管道、高壓電線之設備以及為增加就業機會，得實施各種經濟政策，古典公用徵收概念才遞變為「擴張的徵收概念」(erweiterer Enteignungsbegriff)。「公用徵收」即為「公益徵收」所取代。徵收公益概念已由「公用」變為「概括公益」（註十）。

我國的徵收法制也呈現出此種現象。土地法第二０八條即仿效古典徵收的概念，第一項第一至八款，採列舉式的方式，臚列可徵收私人土地的公共事業；第九款概括規定「其他由政府興辦，以公共利益為目的之事業」，亦可為徵收之目的。這些都是典型的為公用之徵收，且徵收主體為國家而非私人，如此，至少還能保持徵收土地為公有。

然而土地法第二０九條則規定，為實施經濟政策，得實行徵收。自始，凡是立法者認為有利國家發展的政策，不論是狹義或廣義的經濟政策，如社會政策、土地改革政策、工業政策，無一不可涵括在此擴張的徵收公共利益之下。故國家制定的獎勵投資條例（第五十五、五十七條），實施耕者有其田條例（第十條），國民住宅條例（第十條），都有許可徵收私人土地而後轉入工業投資者、佃農及國宅承購人之規定（註十一）。

土地法此種徵收的公益分為古典與擴張的法制，也被後來制定的土地徵收條例所繼承。依該條例第三條之規定：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限。」同條第一款至第九款倣效土地法第二０八條的公用事業種類之規定，但第十款的概括條款「其他依法得徵收土地之事業」和土地法第二０八條第九款概括規定「其他由政府興辦，以公共利益為目的之事業」，仍強調以「公辦公共利益事業」為限的規定迥然不同，顯示土地徵收條例的許可徵收要件，已經擴張到任何法律皆可基於其不同立法目的，開啓許可徵收之大門。故儘管土地徵收條例並未如土地法第二０九條明示為經濟政策可為徵收，及許可將徵收土地轉於私人之上，但第三條第十款的「全面授權」，已將徵收的公用原則大幅度轉變為「公益徵收」矣。徵收的公益也「降格」為一般公益，是為立法與學界所漠視的現象。

然而，儘管我國的徵收法制，雖由作為徵收基準法的土地徵收條例以觀，仍是古典意義「公用徵收」為主，現代意義的「公益徵收」為輔，但實際運用上，並不妨礙立法者隨時得以公共利益之名賦予行政權力行使徵收之權，以及移轉土地於私人之上，故對於徵收的公益及有利私人的徵收，應予有效的界定之，已為要務矣（註十二）。

（三）有益私人徵收的許可性

1. 學術界的探究與呼籲

由上述的探究可知，在古典徵收時代，徵收僅是侷限於為公共事業所需，方得將私人財產徵收後，轉移到公共事業之上。自從國家任務擴充，導入擴張的徵收目的形成廣義的公益徵收後，連帶著發生了「公益挾帶私益」的有利私人的徵收，也引發是否濫用徵收權及使徵收制度「變質」的議題。

開啟此一問題探究的先鋒有二位著名的學者，一為賴耶教授(M. Layer)，二為布林格(Martin Bullinger)教授。都有發人省思的高見，本席願意在此一述之。

早在一九０二年，德國學者賴耶，目睹德國在一八七０年普法戰爭勝利，成立德意志帝國後，各邦都大力發展工業、形成現代化。在此由農業轉型成工業化時代，國家無法自行興辦所有之公共事業，遂透過「特許制度」(Konzession)，由私營企業來興辦與經營之。為便利此些企業，各邦政府從寬解釋土地徵收法的「國家興辦事業」之規定，只要私人企業興辦，亦可為之行使徵收之權力，私人土地遂可進入此私營企業之手。

賴耶教授便針對此種情形，於該年撰就的「徵收法之原則」(Principien des Enteignungsrechts)，對此提出警語。賴耶教授不否認私人企業如果獲得經營公用事業的特許，可以滿足公共福祉的要求，而可以徵收私人土地。但

國家也要盡到下列的責任：

(1) 國家應負有義務「時常審查」被徵收土地有無「持續用在服務公益」之上。

(2) 一旦發現土地未（或未再）為公共所需時，應許可被徵收人民行使買回權。國家應協助人民實現此權利，以貫徹「徵地公用」的原則。

賴耶的警語，可惜並未為德國實務界所採納。隨著第一之世界大戰的爆發，許多私營企業都投身到國防工業的生產，因此，可徵收之公益範圍遂形擴張，運輸、化學、鋼鐵及軍火工業亦可要求政府徵收私人土地以為擴張事業規模之用。由於此些特許事業攸關國之存亡，有利私人之徵收儘管開始普遍與變本加厲，也鮮招批評。一次世界大戰後帶來的難民潮與國家任務的擴充，如同上文所提及，國家須在積極的社會政策（如房屋政策）、經濟產業政策及民生福利政策上提供服務，更使得有利私人的徵收不絕如縷，且逐漸視為尋常。

在此風潮中，起先都仍只是擴張解釋公共福祉的概念，法律上尚未出現明目張膽承認可為私營企業徵收土地的現象。一直到一九三五年十二月十三日納粹政權制定了著名的「能源經濟法」(Energiewirtschaftsgesetz)，第二條規定，為了使國民享受到公共能源的照顧，任何經營公共能源的公司，不論其法律型態為何，皆可申請徵收私人土地。這是納粹政權秉於每位國民都應當能享受低廉的水、電、瓦斯與暖氣的供應的理想，而規定每一個公立或私立之能源公司，不應如營利事業及市場經濟般斤斤計較興建管線的成本考量，應負有普及推動能源供給之義務。且納入國家行政機關嚴格的監控與指揮之中。為了配合其履行之公共任務賦予其能獲得所需私人土地的特權。此立法例在某些背景上，可端詳到古典徵收「特許」行業的色彩！

此立法例被認為是將古典徵收由公辦事業，方能獨佔徵收公益的現象打破，及於其他同類事項的民營企業之上，不能不說是一個「務實」且符合時代思潮的立法例。此法律及基本精神直至現在仍在適用也。就此新型的概念轉變，給予德國行政法學大師福斯多夫(E. Forsthoff)後來開創「給付行政」(服務行政）理論的靈感。福斯多夫將國家此種對人民「生存照顧」(Daseinsvorsorge)的精神，視為國家任務與行政權力運作的典範，連同另一個同時代的法律—一九三四年的地區大眾運輸法，本法與能源法精神一致，規定為了滿足鄉區人民交通的便捷需要，任何公私立客運公司，都應當不計成本，儘量讓偏遠的居民能夠享受到大眾運輸系統的服務—，構成了福斯多夫在一九三八年提出重要的著作「視為服務主體的行政」的兩條典型服務行政之法律的主軸。福斯多夫也是因此著作主張現代行政法已非古典行政法所強調的秩序行政，而係滿足人民生存照顧的給付行政（註十三），而躍身成為現代行政法學奠基者的權威人士。

在二次大戰結束前，這種有利於公益與私利的徵收合法性，已經在許多法律中出現，漸漸形成了學術界與立法界的共識，即以徵收的發動，端視有無服務公益，不以受益人是否為公法人或私人為論。

故在二次大戰後，西德各邦忙於建設，都立法許可為攸關人民生活所急需的公共與民生事業，來徵收私人土地。因此，舉凡能源公司興建輸送管道、高壓電線及其他硬體建築所需土地，一一可假借徵收公權力之便，而轉入私人企業之手，甚至，為了增加就業機會，增加稅收，許多邦皆許可為大型企業修改都市計畫、土地及環保法令，並行使徵收權力，以為企業消除擴張其事業規模之阻力。「官商合作」以逼迫小民交出土地的情形，日漸嚴重。

一九六二年一位布林格教授，在其就任德國著名的海德堡大學公法學教授職位所舉行的演講中，便發表一篇論文「有利私人之徵收」，對此問題提供了深入的批判，並提出了改革的建議（註十四），而成為德國憲法學界討論此議題的經典論著。

鑑於許多公共事業已經不再由國家或地方政府所獨攬，委由或開放民間經營已為不可違逆之潮流。既然無法阻擋之，只能善加規劃，為嚴密之管控。故布林格教授再三呼籲有益私人的徵收固然可行，但也僅限於有最重大與優勢的公共利益存在時，方可以使某些私人承擔此犧牲品的角色。同時呼應半個世紀前賴耶教授的主要見解—國家要善盡監督義務—，在執行此類的徵收時，還要「窮盡一切的法律手段」，來確保被徵收的土地，能持續的運用在有利於公共利益的用途之上。否則，企業容易為一時之需，把徵收視為「短暫的信託制度」，公共利益之名成為過渡的手段（註十五）。

比起賴耶教授，布林格更重視「防患」的措施。國家必須「窮盡一切的法律手段」，來監督「徵地公用」。首先必須在法律上，就將公共利益的範圍嚴格的界定出來。這也是因為公共利益或公共福祉，甚至重大的公共利益，都是不確定的法律用語，在解釋上存有甚大的彈性。因此，為了使有益私人的徵收，能與一般的徵收公益有所區分，就有待於立法者事先即界定出哪些是最重要、不可或缺的公益，方得許可之。從而，公共利益便分成三種：第一種為一般的公益，可作為普通基本人權限制所須。人民財產權權可因此受到的限制亦可透過財產權的社會義務性來合理化此限制；第二種為加重的公益，亦為重大公益，亦即上文所提到「徵收公益」，德國憲法學經常以「公共福祉」，以示與一般公共利益有別。在此布林格所提出的第

三種公共利益，即比一般徵收公益更為強烈與重大，方可作為同時有利於私人的徵收的正當性來源。此「三層公益理念」的區分，來顯示徵收公益與財產權保護的關聯，如同憲法學上對工作與職業自由的保護，分為基於三種不同份量的公共利益之考量，而有不同的限制可能性與檢驗密度，亦即由德國聯邦憲法法院由一九五０年代「藥房案」所導源出的「三階段理論」，有異曲同工之妙（可參見司法院釋字第五八四、六四九號解釋）（註十六）。

為了強調許可有利私人徵收，必須基於之最優勢的公共利益所需，也多半是具有急迫性與例外性，布林格教授認為必須由立法者把守「第一關」。這涉及到立法者的立法行為有無侵犯到憲法保障人民財產權的意旨。這也是本號解釋所應當要集中檢驗火力的標的所在——到底大眾捷運興建的公益，可否「愛屋及烏」的延伸到由毗鄰地與整體開發所獲得利益之上，從而使後者的利益提升為公益，並能擁有獲得徵收而來土地之權利也。

就此而言，釋憲機關所審查的徵收合法性，已經不繫於檢驗「手段的必要性」為重，而根本在「正本清源」地徵收目的之檢驗之上（註十七）。就此而言，亦是本號解釋多數意見所未能特別重視之處。本席將於下文討論比例原則時，再敘及之。

其次，在立法嚴格確定「例外時」方許可有利私人徵收的情形下，仍須有賴行政機關的把關，一般徵收的許可有賴行政處分的實施。行政機關應當透過附負擔、條件等方式，將法治國的界限課予徵收土地的實施之上。在以行政契約的方式執行時，也應將此列入契約的內容。因為此類的徵收，已經與一般公用徵收大相逕庭。行政機關不能夠以傳統於徵收後的徵收程序視之，而應課予「持續的監督」，按此類的徵收，已經將傳統由公行政承擔的履行公

共任務，移轉到私人之上。因此，國家不能夠認為已經完全把履行公共任務責任託付給私人，自己即可擺脫責任（註十八）。

因此，布林格的大作，提出了下列的結論立法者必須：(1)確定那些能移轉為私營企業所有的徵收之目的，不能夠籠統與概括授權的規定；(2)惟有在例外情形方得許可，亦即為特例而非常態；(3)從而其違憲審查應採最嚴格的標準及(4)立法者必須採行一切有效的預防方法來保證土地能持續的為公益服務，這種見解已經成為德國學界的通說（註十九），包括確保人民的買回權（與賴耶的見解同）。

2. 德國聯邦法院的見解

上述布林格教授的見解，具有理智與高度的前瞻性，不僅成為學界的主流思想，也影響到德國聯邦法院的實務見解。不僅聯邦憲法法院，即連聯邦行政法院及聯邦普通法院，都採行之。可略述如下：

(1) 德國聯邦憲法法院之見解

德國聯邦憲法法院日後在審理有關有利於私人的徵收，所持的見解，大致不出布林格教授的見解。例如，最經典的案例莫過於一九八七年三月二十四日所判決的「波克斯堡徵收案」(Boxberg-Enteignung)（註二十），這也是德國聯邦憲法法院對有關此議題所作出第一個案例，迄今已成為權威與經典案例。本案乃是德國著名的賓士汽車公司，打算在波克斯堡小鎮附近興建一個汽車測試廠，預計十年內可提供九百個工作機會。當地政府遂修改都市計畫，將農林用地劃歸為工業用地。汽車公司雖然收購部分所需土地，仍有若干地主不願出售土地，汽車公司遂申請地方政府，依據聯邦建設法的規定，以配合都市計畫之名進行徵收。最高行政法院肯認

此徵收計畫能夠帶來優勢的公共利益，法院認為以賓士汽車公司雄厚的財力與信譽，能夠確保持續維持九百個工作機會，此對於飽受失業率高漲及財政收入困乏的地方政府而言，此徵收公益無疑具有優越無比的價值。然而，聯邦憲法法院所作出的結論卻宣布此徵收計畫違憲。憲法法院認為，徵收的公共利益，特別是可轉讓給私人之徵收，必須極為優勢。以必須透過立法者在法律中明白確認此種公益的存在為前提。憲法法院曾經援引該院在過去一九八四年三月二十日所公布的「能源經濟法案」判決（亦即延續一九三五年的法案）的見解，認定凡是私人企業受到公共任務的委託，提供公共事業的服務時，例如能源、交通等，可以肯定其具有得為有利私人之徵收（註二十一）。因為這是滿足人民「生活照顧」所需，且自一九三五年以來一直受到肯認。但是如果僅是為了增加就業機會，以及增加稅收，以改善地方政府的財政狀況，就不可與上述「能源經濟法案」的公益份量，相提並論。否則，以後任何大企業都可以到失業率高、財政不佳的地區，大肆收刮私人土地乎？

其次，聯邦建設法雖賦予地方政府為了執行都市計畫的目的，而可實行徵收，但該法是為都市計畫而規定，而非為徵收目的所設。而達到都市計畫的方式很多，農地的地主亦可配合都市計畫而改變農地之使用。故不得用此建設法概括的規定，變成有利私人的徵收理由。故聯邦憲法法院認為，這種以增加就業機會等為名的徵收，只是「間接」服務公共福祉，既不能滿足徵收的公益要求，更不能將徵地移轉給企業也。

對於憲法如何許可此類有利私人的徵收？憲法法院認為立法者應當要就各種許可的徵收公益，為實體上與程序上予以詳盡的規範，使得徵收的得利者，在平衡

被徵收的人民與行政權力的三角關係中，能經得起比例原則與平等原則的檢驗，特別是徵收的必要性原則，應當仔細的審查之。此外，企業徵收私人土地後，必須要確保其非一時性的，而是持續性的為公眾服務，這也是立法者應有仔細規範的義務（註二十二）。顯然憲法法院已經採納賴耶與布林格教授的見解矣。

由上述德國聯邦憲法法院波克斯堡徵收案的經典案例可知，立法者雖然有決定徵收公益及轉讓予私人之徵收的權限，但必須極為慎重。大凡在傳統公用事業的徵收問題不大，但在增加工作與稅收的考量，即不足以構成徵收的理由，這是頗重要的一個觀點，對本號解釋的立論，應有甚大的參考價值。

(2)德國聯邦行政法院的見解

接續德國聯邦憲法法院一九八四年「能源經濟法案」判決及上述「波克斯堡徵收案」的立論，德國聯邦行政法院在二００二年七月十一日，也作出一個著名的案件，表達承認對私人徵收土地後轉讓給私營能源公司的合法性見解（註二十三）。聯邦行政法院除了援引上述聯邦憲法法院的能源法案之見解，而特別強調該徵收已具備「國家的能源與經濟措施監督的權限」的要件之上。鑑於現代能源經濟的發達與迅速革新，都使得原本一九三五年版本的「地區化」能源法已形落伍，地區性的能源系統已不敵「跨區性」或「全國性」的能源網，從而大公司兼併地區小公司已成趨勢，將會面臨卡特爾法與公平交易法等多法的規範管制，故能源公司遭到國家經濟法與能源法的多重管制，當可以確保其妥善與合乎徵收目的的使用所徵收之土地也。

(3)聯邦普通法院的見解

德國聯邦普通法院民事第三庭，在今年（二０一五

年）三月十二日也作出了一個有利於私人徵收合法性的判決。本案是一個能源公司將在鄉鎮公園上興建八個風力發電機。聯邦法院援引上述二００二年聯邦行政法院的見解，認定此種有利於民眾能源供應的徵收計畫，乃是符合公共福祉，得為徵收之依據。從而有關輸送電源的管道及其他調控設施，包括供電網的設立都可徵收私人的土地，且能轉移給民營電力公司。聯邦法院認定，只要能源主管機關能夠持續監控所徵收來的土地，移轉於私人後，可繼續用在公共用途之上，即可符合徵收的公益。至於，主管機關對於設置風力發電的必要性評估，包括日後是否有多少需電量的估算，聯邦法院認為這是主管機關的預測與估算的裁量權限，法院只能夠審查其方法有無可非難，以及有無合乎事理的理智判斷而已—亦即承認行政法學所謂「判斷餘地」的理論。至於，在具體徵收計畫的必要性上，包括徵收的範圍等，法院則有完全的審查權限（註二十四）。

聯邦法院的見解，雖然重心不在有利於私人徵收的問題，但也對行政機關必須對徵收土地的用途「持續用於公共事務之上」，也符合學理與實務的通說。

3. 國庫利益的「非徵收公益性」

次一個問題，由系爭規定許可聯合開發主要的目的，正是措籌興建捷運的經費，已經觸發了對於國庫利益是否屬於得以徵收的公益的問題。按國庫利益，自屬公共利益，否則憲法不會許可人民負有依法納稅的義務。然而，在行政法學上，早就將圖利國庫的徵收，排除在徵收的許可範圍之外。例如，威瑪共和時代，帝國法院便宣示了此一原則。而在一九五０年巴登邦的高等法院也在一個普受注目的判決中，支持這種見解（註二十五）。因此，有利於國庫的公共利益，不足以作為徵收的公益理由。因此，

政府不得藉著徵收私人的土地，來充裕國庫，否則便是「肥了國家，瘦了人民」，而與憲法保障人民財產權的意旨背道而馳。反之，如果非為了充裕國庫所為「加害型」的徵收，而是真正為公用或公益而徵收後，徵收的補償標準，固應正當與適當，然而，國庫支付能力實在無法全額以市價補償時，學理上基本上仍可視為基於公共利益的考量，並非全為憲法所不可也。但此情況應有賴民意機關來嚴格的檢視國庫的支付能力。而其監督與判斷，釋憲機關在此情形，泰半會尊重之（註二十六）。

（四）我國法制對有益私人徵收許可性的規定

上述依我國土地法實施徵收的時代，有利於私人的徵收已數見不鮮，似乎從未遭到學界、立法實務界的批評與反對（註二十七）。例如，土地法第二０八條的公用徵收事業，第八款即將「為國營事業之需要」即可徵收。然而國營事業雖有配合國家政策，提供人民需求為目的，可列為公益的內容（見國營事業管理法第二條），但國營事業仍有營利的目的，與民營事業無異，實乃追求國庫利益之事實。卻許可為之徵收土地，甚為不妥。連同同法第二０九條許可為實施經濟政策而徵收，並且可移轉至私人之手，且嗣後為土地改革及提倡工業化與振興經濟的法律中，也一再實施這種有利於私人的徵收。都為私營企業獲得土地，開了方便之門。

就以造成本案原因案件的大眾捷運法而論，類似得以徵收土地予私人企業的立法例，亦有數個，例如，產業創新條例（第四十二條）、獎勵民間參與交通建設條例（第十一條）、離島建設條例（第八條第二項）、促進民間參與公共建設法（第十六條第一項）、運動產業發展條例（第二十八條）、科學工業園區設置管理條例（第十二條第一項）、商港法（第七條）、國際機場園區發展條例（第十一條）、農業科技園區設置管理條例（第十一條第一項第一款），皆有類似的立法

例。

如以德國聯邦憲法法院及學界的主流見解來檢驗，由系爭規定所許可的徵收毗鄰地，以及聯合開發，此有利私人的徵收制度已揭露出下述的問題：

(1)立法許可性：

誠然，個別的有利於私人的徵收，應透過立法明白確定其要件，不可概括與含混的授權行政機關。就此要件而言，系爭規定將徵收的目的，限於「大眾捷運」的興建之上。此亦符合土地徵收條例第三條第二款的交通事業。但儘管無後者的規定，系爭規定亦可獨立成為徵收的目的。

但所謂的「聯合開發」則過於空泛與籠統。相對於徵收公益—建築大眾捷運設備的目標，極為明確。則聯合開發究竟為何目的？此應由開發案的內容而異其答案，但無疑的，都是興建「有商品價值」之建築物—如住宅、百貨公司、電影院與遊樂場。無一與徵收應有的高份量公共利益有關。

甚至系爭規定且是許可所謂的「雙軌制」—行使徵收權以便興建大眾捷運系統之用地，而後再進行聯合開發。前階段可援引徵收之規定，符合徵收目的；後者，則僅限毗鄰地部分，其使用全然與建設交通設備切割，而全為聯合開發之目的。因此，在原因案件便可以產生前者徵收土地以為交通建設之計畫已經完工及使用數年之後，才開始聯合開發計畫的「雙頭開發」之現象也（註二十八）。但是針對這種「併行制」的合憲性，不僅最高主管機關（註二十九），甚至行政法院（註三十），皆不質疑。

不爭的事實，乃是聯合開發的範圍大小可直接牽涉可徵收毗鄰地的大小，且完全可由開發計劃來決定之。此由所謂的毗鄰地之法定解釋—九十年大眾捷運法第七條第二項第三款之規定為「與捷運設施用地相鄰之街廓，而以

地下道或陸橋相連通者」(註三十一)。可見,其範圍可「小大由之」,任由開發商之「胃口」,透過各種開發計畫而異其範圍。但各級法院卻漠視這種計畫全是「人為」的後果。此見諸聲請人針對毗鄰地有無符合必要性的質疑,最高行政法院確定判決所援引之:「(整體開發)係採共構型式設計、整體開發、結構一體,必須使用全部之基地範圍,而無法分割,自有一併徵收之必要」。毫無疑問地,「整體開發、結構一體」的說法並不可信,因為每一個整體開發藍圖,都可以因不同「設計」(或共構設計),而「異其結構」,更何況,天下哪有一個建設藍圖自始至終都不可以修改?甚至,施工後亦可以在「安全無虞」的考慮下,加以修改,尤其是減小規模式的修改。因此,此「必須完全依開發商提出藍圖建設」之見解,毫不可取。更可以看出:開發商擁有「豐儉由己」的決定力,竟為法院所不察也(註三十二)。

(2)有利私人的徵收,應基於急迫的公益,與例外的情形方得為之,在系爭規定,及其他類似的立法中,且視為常態性與持續性的立法。

(3)聯合開發的目的,雖然法定理由有多端,但真正的直接目的僅有一個—籌措建築大眾捷運的財源。此觀諸大捷法第七條之一:「主管機關為辦理前條第一項之土地開發,得設置土地開發基金;其基金來源如下:一、出售(租)因土地開發所取得之不動產及經營管理之部分收入。二、辦理土地開發業務所取得之收益或權利金。……」尤其第二款的規定,顯然將聯合開發視為徵收所要達到真正公共利益,及其他「生財之開發」所需費用的來源矣。至於有效利用週邊土地,以繁榮地區云云,難道週邊毗鄰地的地主,不會知道有此商機,而營利嗅覺十足的開發商,不會主動與地主接洽,以優惠價錢購得土地,或以其他方式實

施真正的「聯合開發」，而一樣能使週邊土地最有效的使用而繁榮乎？這也是本號解釋多數意見所認為：捨徵收一途外，仍有其他對人民更和緩的手段也。

故聯合開發的公益取向，明顯是朝「有利於國庫」，一則可分擔捷運建設的費用，如有盈餘，則納入國庫。至於整體開發顯然則是全部利益的來源，亦即：本號解釋原因案件是典型的「公益挾帶私益」。而聯合開發的業者無疑的是最大的獲利者。但這種圖利國庫，或是著眼於財政利益的考量，既不應作為徵收之目的，更不能作為許可有利私人之徵收。聯合開發之制，剛好與此原則相悖之！

(4)所謂聯合開發之名，似乎美其名為「聯合開發」。與系爭規定立法之初。亦曾說明：本規定雖為有效利用土地資源與促進地方發展，而採取聯合開發的制度，可讓地主參與聯合開發，共享利益，以化解其抗拒徵收的阻力。質言之，是一種「公私協力、共享共榮」的徵收案（註三十三）。實則不然，由毗鄰地主不可能具有龐大的資金與開發技術能力，上述地主與徵收機關「共同開發」，從未有任何一個案件實施過，遂於民國九十五年後，改為完全由主管機關，取得徵收土地，獨自開發，或尋找其他私人企業參與開發。易言之，立法當初的「地主參與開發享受開發成果」，形成鏡花水月（註三十四）。

如今，地主被強制徵收土地後，僅有少部分使用於公共建設，而絕大多數徵來的土地建起堂皇的住宅，生意興隆的百貨公司與遊樂場所，企業主獲益頗豐，而原地主頗多且欲入住一宅而不可得，此豈非「有害人民之徵收乎」？

(5)有益私人之徵收的立法的合憲性，應當給予最嚴格的合憲性檢驗。同時各個許可該種徵收的法律，應當在程序及實質面給予詳盡的規範，俾使釋憲機關及法院得對之行使最嚴格的審查。顯然相關法律都未能滿足這種詳盡規範的義

務。

（五）比例原則的檢驗

本號解釋多數意見將系爭規定的檢驗標準，使用比例原則，特別是必要性原則，而推論出並無徵收毗鄰地的必要性。就此而言，本席敬表贊同。正如同本席在前言已提及，比例原則最早便出現在徵收的法令之上，此見諸德國普魯士一八七四年的土地徵收法，便強調徵收的範圍，限於公用事業的必要性之上，亦即，必須是最後手段(ultima ratio)。從而徵收處分的必要性，一直都是行政法院審查的範圍（註三十五）。

然而，本席之強調徵收的公益檢驗，應置於公益的本身，而非手段的必要性為主，主要是考量倘若釋憲者因循傳統的人權法律違憲審查，如以比例原則為手段時，經常會對侵權立法措施的公益性，採行寬鬆的審查標準，而將保障人權的關鍵於在手段的管控之上，即比例原則。而在此原則的檢驗又集中在必要性與均衡性，對目的性的審查容易形式化。就必要性與均衡性的審查，如果不能切實把握必要性的重要因素，則很容易被均衡性的審查結果來予誤導—以德國聯邦憲法法院波克斯堡徵收案為例，聯邦行政法院便堅持：對一個窮困無工作機會的小鎮，可以提供養活九百個家庭的工作機會，其利益之大，豈非幾個小農，只擁有幾公頃的林地的利益所可比擬？同樣的說詞，也可用到類似的原因案件—面對一大批巍峨、堂皇的新市鎮與遊樂中心，加上捷運出口，所帶來的社會產值之大，與原有地主若繼續保留其土地的利益，何有天淵之別？

是否憲法的正義觀與保障財產權的價值，應以世俗的功利觀來做標準？這種「數量」，而非應含有保護弱勢，維護社會正義的「質量」觀，很容易誤導「均衡論」的結論—吾人可試觀本院釋字第六四九號對就業服務法保障盲人獨佔

按摩業，被宣告為違憲的主要立論，乃是該獨佔盲人服務按摩業的立法，縱然有強烈的憲法依據，也符合必要性原則，但卻通不過均衡原則的檢驗，其理由是：開放按摩業予明眼人可以繁榮按摩產業，造就更多的就業機會也。

這是本席擔心，將系爭問題的檢驗，全部置於比例原則之上，可能產生失衡的弊病。故強調亦應將重心置於公益許可的檢驗之上的本意所在矣。否則，隨著人民靠薪資生活的人數比例，已經遠超過農業時代之依賴土地而生活者。工商業的產值也遠超過土地的租賃或耕種所得，這在衡量徵收處分會給雙方帶來的損益，亦即比例原則經常使用的狹義比例原則（利益均衡），擁有土地的一方，將永遠是輸家，如果不能重視徵收制度的「最優勢公益」性質，是具有憲法位階、且濃厚保障私人財產權的用意，否則誤用此僵硬的利益均衡判斷，將扮演著為「徵收有利巨戶」現象的「合理化依據」（註三十六）。

二、部分不同意見書

本席不同意多數意見「不受理」的範圍包括了聲請人其未能獲得聽證或表達意見的機會，而有違正當行政程序之原則。按聲請人指摘土地徵收條例第十條第二項之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」而認定該條文對於公聽會之舉辦僅限於「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前」，而對計畫已獲主管機關同意後，卻經過甚久時日，情況已變遷，卻並無再舉辦公聽會之權利，認為此規定違憲。

多數意見以土地徵收條例第十條未經終局裁判適用為由，而不予受理。實則，由確定終局裁判（最高行政法院九十九年度判字第一二五九號判決），已明顯得知，聲請人要求依據該條之規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應

舉行公聽會」，但法院則以該條文乃「……許可前」方有「應舉行公聽會」之必要。而該案已在「許可後」，故無舉行公聽會之必要。顯然法院已運用此條文，而採用不同於聲請人的見解罷了，何能說一定要符合法條的原意，方得作為已適用乎（註三十七）？

本席認為，應以更高的視野，而非拘泥於判決文句中的枝微末節，以正視人民維護其財產權「程序正義」的問題。鑑於行政程序法（第一０四與第一０七條），對於行政機關作出不利人民行政處分前，應給予陳述意見的機會。同時，鑑於我國大法官在釋字第七０九號解釋，已經將保障人民財產權，應給予充分的聽證權，使此正當行政程序提升到憲法的層次，且為立法者的義務（亦可配合上述德國要求立法者應在實體與程序面仔細規範的義務）。在都更僅是限制人民財產權的案例，大法官對正當行政程序都持如此嚴肅與周全的精神，在本處剝奪人民財產權的場合，卻採如此僵化與保守、不合論理邏輯的心態，豈完全牴觸釋字第七０九號的初衷？

三、結論：切莫實施「必焦小民」的徵收政策

的確，吾人不可諱言，現代國家的確需要民營的企業參與投資與經營有利於國計民生的公共事業，加上民營化與BOT等制度的風行，都使得徵收有必要為私人企業而行之，自然帶來了可能假以時日，淪入私人之手的弊病。故由德國學理與實務的經驗可以得知，這是可以在立法與行政監督上，努力克服的難題，只是在有無決心罷了。

正如同布林格教授早在半個世紀前所提出的：立法者負有把關的義務，對可能有利私人徵收的可能性，應作最嚴密的監控與擘劃，避免淪為完全圖利私人。否則，正如同本案可能潛在的弊害—讓聯合開發大眾捷運系統的制度成為一個「紙面上的美景」—讓地主心悅誠服貢獻土地、政府機關順籌措所需經費、隨捷運路線開通與入口興建造就週遭繁榮、地價可騰升，理論上是完美

的「三贏」(政府、被徵收之人民與得利之廠商，皆獲得好處)。但卻造成「廠商獨贏」，而幻滅成「鏡花水月」！

君不見，被徵地主甚早即被排除在聯合開發行列，已無共享聯合開發好處之可能。「聯合開發者」只剩政府與廠商。雖有可能形成「雙贏」，但形成「單贏」(得利之廠商)，及「三輸」(政府、被徵收之人民與公平正義)的可能性，早已為社會輿論與學界所詬病(註三十八)！故無論如何，被徵收土地的人民一定是「必輸」。因此，我國應當努力在立法上尋求至少能確實保障人民財產權的方法。多數意見在解釋理由書第三段已提到許多種「損害較輕」的手段：「……非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成。……」不失為良好的主意。然而在立法院審議大眾捷運法第七條時(註三十九)，已提到對取得上述整體開發的土地，除公地撥用及協議購買外，應採區域徵收或市地重劃的方式，但立法委員也明知：若採區域徵收，須返還地主至少百分之四十之土地，採土地重劃更高達百分之五十五，皆認為不可能在聯合開發中實現也(註四十)。顯然立法時，立法委員已明知要動用徵收一途來取得整體開發之必要手段也。然而，卻未對此行使此權力詳加規範，不禁令人合理的懷疑：究竟是立法過失，還是有意欺瞞民眾，而為此有利於開發商與政府公權力大開方便之門(註四十一)。

此外，德國布林格與聯邦憲法法院的見解，實值得我國立法院虛心學習。首先，國家應盡力維持徵收的公用性質，如布林格教授所主張者，徵地以建築低價國宅，或興建工業區，其買受人可能若干年又轉讓給他人，形成「公益轉私益」，形同財產權重分配，即對原土地所有人不公。應該立法限制其轉讓權，包括長時效的買回權制度(註四十二)。同時，應建立徵收之土地，並

無買斷效果，只有信託使用的制度。故此種國宅應當「只租不賣」讓行政機關永遠有低價之國宅，滿足弱勢族群「居住的正義」。對於近年來屢屢高呼要「廣建社會住宅、合宜住宅」的我國地方政府，實可慎重採行此政策矣（註四十三）！

最近偶讀到明代的雜記《芙蓉鏡》，有一篇「栗諫」的文章（註四十四），記載遼國皇帝與大臣家奴的對話時，家奴將治國之方比喻為煎烤栗子：「小者熟，則大者生；大者熟，則小者必焦。使大小均熟，始為盡美。」其中精采之處為「大者熟，則小者必焦」。指出了，國家之施政，如只顧既得利益集團的利益，那小老百姓們豈有活路矣？正可以作為本文不能贊同大、小財閥，藉著聯合開發捷運設施之便，行使巧奪人民財產之實的註腳。此種聯合開發，豈非「必焦小民」的徵收之策乎？

特別雪上加霜的是，我國大眾捷運法（第七條第八項），與獎勵民間參與交通建設條例（第十條）都有相同的立法例，許可行政機關由聯合開發所獲得的權利，擁有免於土地法或國有財產法所規定的各種之拘束。此類規定，雖然有助於活化主管機關與開發商進行聯合開發的彈性與裁量空間，但也無疑的帶來了雙方利益交換或糾葛的危機，也增加了貪瀆的風險與誘因。目前已有數件主其事者涉及牢獄之災，是否已有一葉知秋的徵兆乎？

義大利啟蒙時代著名的政治學者馬基維利，在其與「君王論」(The Prince)齊名的著作「論提圖斯．李維的前十卷」(Discourses on the First Ten Books of Titus Livy)第三卷第六章中，有一句著名的警語：「國家不論用任何手段強奪人民的財產，人民手中必然握有一把復仇的匕首。」

如今不少公共建設的聯合開發案，利用公益挾帶私益，雖然公共建設已成，但卻帶來鉅額圖利廠商，甚至造成「必焦小民」的徵收後果。這些被徵收人民的怨恨，如果轉化成復仇的匕首，我心為之同悲矣！

註一：見拙著，公益徵收的目的，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），2002年，第5版，第370頁以下。亦有稱為「私用徵收」(Privatnützige Enteignung)，以有別「公用徵收」。陳仲嶙，徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心，刊載：國立臺灣大學法學論叢，40卷3期，第1029-1088頁。

註二：此理由書第三段的敘述，主要都援引自立法院秘書處編印，《法律案專輯第一百一十四輯—大眾捷運法案》，民國78年，第253頁，其中關於捷運法第7條第1項規定的立法理由說明。

註三：這可表現在憲法對各種人權有不同的保護強度，立法對其是否有限制可能種類的劃分，包括得以概括的限制、特別條款的限制，及無限制的保留（例如，保障人民的生存權，是否應解釋為不許可死刑的存在？即屬一例）。此保護的強度亦可由釋憲權的審查密度來予確保，例如，釋字第443號解釋所闡釋的「階層化法律保留制度」所存在之立論，即基於各種人權的價值高下也，亦屬一例。可參見拙著，憲法學釋論，104年5月，第8版，第161、173頁。

註四：至於財產權的保障效力，亦須及於防禦來自於私人—盜匪非法的侵犯。但在實施法治國家之前，所有專制國家刑法皆有處罰盜匪的規定，可見得對私人財產權侵害的保護，不僅在實施法治國理念才有。更可見得對於法治國家憲法的財產權保障之對象，正是來自防禦國家的侵犯。至於，要防制的國家侵犯，如涉及違法的侵犯，則有國家賠償的制度。而合法的侵犯才是表彰憲法財產權的重心。此種合法的侵犯，包括租稅權力與徵收的侵犯，前者囿於立法裁量的範圍甚大，援引憲法財產權理念（制度性保障）來防止過度苛刻的稅捐規定（所謂的「窒息式稅捐」）的效果甚為有限，形成純理論，故憲法學界對人民財產權保障的防衛對象，主要置於徵收的侵犯之上。可參見拙著，憲法學釋論，第338頁以下。

註五：例如，德國威瑪憲法（第153條第2項）及德國基本法（第14

條第3項）。

註六：見拙著，公共利益的概念，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第129頁。

註七：陳明燦，我國土地徵收條例修正草案之評析—以財產權保障觀點為中心，台北大學法學論叢，第85期，第17頁以下。

註八：這是德國威瑪共和時代著名的憲法學者 Martin Wolff 所提出之名言。見拙著，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第326頁。

註九：德國著名的學者 Werner Weber 便以「財產創設過程」(Güterbeschaffungsvorgang)，形容徵收變成財產易主的程序。Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 371. 見陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第318頁。

註十：可參見胡博硯，論土地徵收中公益性與必要性之評估，東吳公法論叢，民國104年8月，第8卷，第136頁以下。

註十一：這個將經濟政策採行極廣義的見解，在今日的類似立法例中，亦不乏見。就以現行的「產業創新條例」而言，政府即可以成立「產業園區」為由，行使徵收權力。但此產業的定義，依同條例第1條第2項之規定，指農業、工業及服務業等各行業。尤其是服務業包含在內，已使得五花八門的各種行業都可包括在內，哪一日說不定連「觀光夜市」都可能成為「觀光文化產業園區」，而行使徵收權也。此產業的範圍及徵收公益未免過於浮濫？

註十二：堅持財產徵收仍應以公用事業為主的見解，仍為學術界與立法界的主流，例如，德國各邦的土地徵收法都仍沿襲普魯士邦徵收法的立法例，只不過將列舉項見更為細緻罷了。例如，德國巴伐利亞邦1978年的土地徵收法也臚列了8種公共事業的需要；日本土地收用法（昭和26年）第3條且臚列徵

收的事業達35項之多。可見得德日立法者仍欲將徵收侷限在為公共事業服務之上。

註十三：福斯多夫提出此給付行政理論，當然亦有其盲點，最重要的是採取全面授權行政權力來行使監督權。而在二次大戰後，福斯多夫將此理論修正，透過法治的原則，由立法者來實現此目的。可參見拙著，服務行政及生存照顧的原始概念—談福斯多夫的〈當作服務主體的行政〉，公法學劄記，2005 年，第3版，第47頁以下。

註十四：至於早在實施古典徵收概念時，私人若獲得國家的特許來經營特定業務，例如，交通、礦業、軍火工業等，即經常透過徵收方式取得私人之土地。這也說明了大企業與政府「水乳交融」與「魚水關係」的密切關聯。但布林格並不認為這是典型的有利私人之徵收。因為這些特許企業都是承擔國家的公共任務，亦即國家透過特許，也將公權力與公共任務轉移到私人企業，此情形不像後來形成弊案的圖利私人之徵收，乃假借少量、一時性的公共任務，行攫奪他人土地之實。見 Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, in: Der Staat, Bd. 1. 1962, S. 466.

註十五：Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 477.

註十六：可參見本席在釋字第659號解釋之協同意見書。

註十七：Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 470.

註十八：Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 471.

註十九：P. Badura, Staatrecht, 6 Aufl., 2015, C.86; V. Epping, Grundrechte, 3 Aufl., 2007, Rdnr. 473.

註二十：BVerfGE, 74, 264;中譯本可參見江嘉琪譯，波克斯堡徵收案，司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十），民國91年12月，第129頁以下。

註二十一：BVerfGE, 66, 248;江嘉琪，前述文，第137頁。

註二十二：江嘉琪，前述文，第152頁。

註二十三：BVerwGE, 116, 365.

註二十四：BGH, 12. 3. 2015, III ZR 36/14, EnWZ 2015, 269.

註二十五：財產的公益徵收，就應當和稅捐徵收會有不同的概念也，後者的概念，稅捐的收入乃形成公共財產內容的主要來源，反之，公益徵收，則不可視為公共財產的「附帶制度」(Nebeninstitut)，這是德國行政法大師韋伯(W. Weber)的名言。見陳新民，公益徵收之目的，收錄：「基本權利」（上冊），第360頁。

註二十六：拙著，論公益徵收的補償原則，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第416頁。

註二十七：本席甚早（1985年）即撰文對此問題援引布林格教授的見解，予以批評，參見註1處。

註二十八：甚至，兩種目的可以分別獨立，各自完成。以本號解釋原因案件為例：捷運出口等建築完工使用（民國87年12月）後，其他整體開發案五年後（民國93年4月）才發給建築執照，民國96年才取得使用執照，即是一例。

註二十九：參見行政院民國103年5月5日台交字第10301333000號函覆監察院，認定內政部與交通部對於實施此種「併行制」，以及將徵收之毗鄰地轉移給聯合開發商的行為，並不違法與違憲（……本院對相關權責機構之見解表示尊重）。

註三十：例如，最高行政法院101年度判字第722號判決，即認為此制度並無程序違法及違憲之虞。

註三十一：此對所謂的毗鄰地之法定解釋，乃是民國86年5月28日才增訂，在此之前的條文，當然即有欠缺法律明確性原則的違憲疑義。即使此增訂內容後的規定，也不免過於空泛與寬鬆—只要路橋或地下道可及之處，皆可納入毗鄰地的範圍，而無最遠距離的限制，難謂不夠明確。故亦有違反明確性之虞！

註三十二：雖然實務上這些計畫內容都會經內政部土地徵收審議委

員會審查，但泰半是尊重原計畫內容，而不致對其為結構上的刪減，也不可能改變對其的整體規劃。以開發商作為投資人的立場，將本逐利，視為當然。因此能否有效制止開發商加大規模而增加獲利機會，實足令人懷疑。

註三十三：可參見立法交通、司法兩委員會所提出「大眾捷運法草案」審查報告，立法院公報，第77卷，第46期會議紀錄，第35頁、第36頁。委員會在該報告也提及：這種公私協力想法甚佳，但不詳備，必遭諸多窒礙難行。同時強調應採用最小侵害方法，例如可利用現有建築物某一樓層（如地下室一樓或二樓）作為通風口或出入口，但以提高容積率為回報，即可避免徵收，並可獲地主支持。以及公私協力讓地主分享共同開發之利益，宜以法律明文規定等。這些立法過程的見解，皆極正確，但日後本法實施的發展，卻完全與立法過程的立法意旨相悖矣！

註三十四：依台北市（民國84年12月11日）「台北都會區大眾捷運用地毗鄰土地劃定為聯合開發用地作業原則」草案（該原則於民國81年1月19日通過實施），許可地主若有二分之一以上願意共同參與開發時（或有三分之二土地以上之地主者），得由其開發。但無一申請案得依此規定開發之。隨著大眾捷運法第7條於民國93年5月12日通過後，改由政府自行決定與私人開發，該原則遂於民國95年7月28日廢止之。見台北市政府民國103年12月4日府捷聯字第10314224300號致司法院秘書長函。

註三十五：這種重視法院對徵收計畫公益性與比例性原則的審查權限，也涉及到「立法徵收」的合憲性的探究。所謂的立法徵收，乃相對於行政徵收而言。立法徵收是立法者直接在法律中規定一個徵收計畫（例如，興建水庫、堤防），而非一般徵收，由行政機關在個案援引法律來予個案徵收。德國聯邦憲法法院在1968年著名的漢堡堤防案件(BVerGE

24, 367)已經認為：僅限於例外的情形，透過一般行政徵收途徑，可能緩不濟急時，方得為之。憲法法院的理由主要即是針對在此種由立法者決定的徵收，一般法院很難審查徵收計畫的公益性及比例原則，甚至補償基準，而須由憲法法院方有此職權，因此限於極為例外的情形，方可許可之，避免人民訴訟權利遭到甚大的侵犯。拙著，公益徵收的目的，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第382頁以下。本判決的中譯本，可參見蕭文生譯，堤防案判決，司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十），民國91年12月，第23頁以下。

註三十六：我國行政法院的實務上，也有發現利用均衡原則來審查徵收合法性的案例，但幸好其作成了妥善的結論。例如，最高行102年度判字第371號判決：「……3.符合比例原則：因興辦公共事業徵收私有土地所欲達成之公益目的，與徵收強制剝奪人民財產造成人民財產權損害之私益及未徵收所維持之公益中利益，相互權衡輕重後，確認因興辦公益事業所造成之損害與欲達成目的之利益並無顯失均衡之情形，始符合憲法第23條及行政程序法第7條規定之比例原則，其強制徵收私有土地，始為適法。……足見系爭土地之徵收係以犧牲屬於特定農業區之優良農地為代價，而該特定農業區農地如原本即種植農糧，則值此世界糧食短缺，國家重視糧食自足之時，被上訴人於核准徵收時，自應針對此二者之公益為衡量，必須徵收所帶來之公益遠大於維持農用所保護之公益及土地所有權人之私益時，其徵收始符合比例原則。……」。

註三十七：即以行政訴訟法而言，第242條所謂的不適用法規，乃指不僅不適用法規或適用不當而言。第243條第1項所謂判決不適用法規，乃指適用法規錯誤，或消極不適用法規在內。

註三十八：類似的案例亦可參見監察院93年1月21日就大台北捷運新店線新店機廠聯合開發案所提出的糾正案；另見，陳仲嶙，圈地惡法立即停止：對私用徵收的憲法批判，台灣法學雜誌，第159期，第9頁以下。

註三十九：九十年大眾捷運法第7條第4項：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議購買、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」

註四　十：可參見立法院公報，第77卷，第46期院會紀綠，第35至36頁。

註四十一：可參見大眾捷運系統土地聯合開發辦法（民國99年1月15日修正）第3條第2款：「二、土地開發：係指主管機關自行開發或與投資人合作開發開發用地，以有效利用土地資源之不動產興闢事業。」說明了土地開發乃是主管機關自行或與投資人合作開發用地，而該投資人也當然可取得「不動產新闢事業」。第18條規定主管機關應與投資人簽訂投資契約書。第21條甚且許可將「建物全部或部分出租、設定地上權或以其他方式交由投資人統一經營……」。都可以得見聯合開發實際上是將開發成果，由行政機關與投資人分享，豈非赤裸裸的「官商共同營利」？

註四十二：這是早在百年前賴耶教授所提的見解。然而，現今買回權制度的僵硬，本來土地法第219條只限於5年的買回期，時間甚短，幾乎無任何功能，但土地徵收條例改為二十年（第106條第1項）較為有利，但對於如何屬於未依計畫使用，則多半採寬鬆見解，例如，主體工程有興建即可，使得買回權形成形式意義。因此，立法機關有必要就此制度重新檢討，可參見拙著，憲法財產權保障的陰暗角落—論徵收的買回權問題，刊載：東亞行政法學會第七屆國際

學術大會論文，2006年11月。

註四十三：Martin Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, S. 449. 見拙著，公益徵收之目的，收錄：憲法基本權利之基本理論（上冊），第372頁。

註四十四：楊沁，栗諫，讀者雜誌第9期（2014年9月）。

中華民國104年11月25日
院台大二字第1040032013號
公布更正

部分協同部分不同意見書

大法官黃璽君　提出
大法官池啟明　加入
大法官陳　敏　加入

本號解釋多數意見認中華民國九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法（下稱九十年捷運法）第七條第四項、七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（下稱七十七年捷運法）第七條第三項及七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法（下稱開發辦法）第九條第一項等規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，宣告其違憲不予適用。其餘聲請則不予受理。關於不受理部分，贊同其結論，部分不受理理由及受理部分則礙難贊同，爰提部分協同部分不同意見如后。

壹、程序方面

一、原因案件甲（最高行政法院九十九年度判字第一二五九號確定終局判決一）部分

此部分聲請人聲請解釋客體除九十年捷運法第七條第四項外，其餘部分均經決議不受理，敬表贊同。

二、原因案件乙（最高行政法院一〇一年度判字第七二二號確定終局判決二）部分

此部分聲請人聲請解釋客體為七十七年捷運法第七條第一項、第三項及開發辦法第九條第一項。經查原因案件乙係因聲請人之土地經依七十七年捷運法第六條規定徵收確定，聲請人並已領訖補償金。嗣聲請人申請撤銷該徵收處分，遭否准，乃循序提起行政訴訟，經確定終局判決二駁回確定。是本件與七十七年捷運法第七條第一項、第三項及開發辦法第九條第一項規定無關，難認係經確定終局判決二所適用（註一），不得據以聲請解釋。本號解釋將七十七年捷運法第七條第一項及開發辦法第九條第一項列為解釋客體，尚難贊同。七十七年捷運法第七條第三項雖未予受理，結論相同，惟理由不同，亦難贊同。

貳、實體方面

一、本號解釋解釋文與解釋理由不一致

（一）本院解釋對比例原則之審查

最近本院解釋審查比例原則，多認須符合下列要件（本院釋字第七一四號、第七一六號、第七一八號、第七一九號解釋參照（註二））

1. 目的正當（即目的正當性）
2. 所採手段有助於立法目的之達成手段（即手段適當性或合目的性）
3. 無其他侵害較小之手段可產生相同效果，係達成立法目的之必要手段（即手段必要性）。
4. 對基本權之限制尚非過當，與其所保護之公共利益間並非顯失均衡（即手段合比例性或狹義比例性）。

（二）本號解釋理由不明

解釋理由第一段僅謂徵收土地「應符合公用或其他公益目的之必要，始無違於憲法第二十三條之規定」。此似指徵收須符合公用或其他公益目的始具備目的正當性，且上開論述多用於解釋客體不具備該要件情形。

惟解釋理由第三段再次重申徵收土地須具備公用或其他公益之正當目的。嗣敘及毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展並利經費之取得等，認有公益上之目的，依上開目的徵收毗鄰土地，將造成原土地所有權人之特別犧牲（註三），並未確認系爭規定一（註四）之徵收是否目的正當（註五），真意不明。

（三）解釋理由與解釋文不一致

解釋理由第三段後段認為達成上開目的，有侵害較小之方式，徵收非必要手段，故認系爭規定一違反比例原則。惟如有徵收以外之方式可達成上開目的，則同理毗鄰地區土地不論是否交通事業所必須者，徵收均非最小侵害手段，為何僅就徵收非交通事業所須者以外之毗鄰土地宣告違反比例原則，而未宣告全部違憲，顯非一致。

（四）本號解釋認有其他侵害較小之方式可達成，與事實未盡相符

本號解釋理由第三段後段所例示之侵害較小方式，其中區段徵收、市地重劃各有其限制，非所有毗鄰地區土地均可選擇以該方式（註六）取得；另如可達成聯合開發，自無徵收問題，是並非所有毗鄰地區土地之取得均有其他侵害較小之方式可達成（註七），則此情形，系爭規定一許其徵收，應未違反比例原則之手段必要性，本號解釋一律認違反比例原則，宣告不予適用，亦有未當。

（五）開發辦法業於八十九年十月二日修正發布，除名稱為「大眾捷運系統土地開發辦法」，並改列為第十一條（文字修正為「大眾捷運系統開發所需用地……，得由主管機關依法報請徵收。」內容相同（註八））。依本院釋憲慣例，舊條文經宣告違憲不予適用，其違憲部分新規定

內容相同者，應一併宣告不予適用，本號解釋既宣告系爭規定三（註九）部分違憲不予適用，未併將新條文內容相同之八十九年大眾捷運系統土地開發辦法第十一條規定併入宣告，與慣例不同。

二、系爭規定並未違反比例原則

（一）徵收均應具公益性及必要性

系爭規定一係規定得依法徵收，可徵收之範圍仍須依土地徵收條例規定認定，應具備公益性及必要性始得為之（註十），並非毗鄰地區土地即一律可依系爭規定一予以徵收，且徵收行為亦應符合比例原則（註十一）。

（二）系爭規定一於該條項列有不同之取得毗鄰地區土地取得之方式，並無違反手段必要性原則，而係行政機關之徵收行為是否違反行政法之比例原則問題

九十年捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發所需之土地，得依有償撥用、協議價購、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議價購方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」微論區段徵收或市地重劃對原土地所有人之侵害是否必較徵收之侵害小，然該條項既將各種取得毗鄰地區土地方式列入，非僅限徵收一途，是如何取得毗鄰地區土地，主管機關可斟酌個案情況選擇最小侵害方式為之。此係行政機關為行政行為應遵守之行政法上比例原則，如有侵害較小之方式而不採，逕採徵收方式，其徵收行為即不符行政法上之比例原則，惟此非系爭規定一違反憲法上之比例原則。至可否徵收解釋文所指交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地（意指僅為開發目的之徵收），似涉行政機關之徵收是否符合行政法上之狹義比例性問題（註十二）。

註一：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「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。」所謂「適用」，係指確定終局裁判作為裁判依據之法令（本院釋字第一五四號、第一八七號解釋參照）。聲請人得聲請解釋之法令，應指因確定終局裁判適用該有違憲疑義法令而致憲法上所保障之權利受侵害。如確定終局裁判雖論及該法令，如與裁判結果無影響者，即非作為裁判依據之法令，非屬上開規定之「適用」。

註二：本院釋字第七一四號、第七一六號解釋就比例原則各要件逐一審查。

註三：徵收均致原土地所有權人之特別犧牲，故應予以補償，與徵收是否具目的正當性無關。

註四：九十年捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」見解釋理由第二段。

註五：開發毗鄰地區土地之目的既認具公益性，則相同目的之徵收，似難認完全不具公益性。

註六：平均地權條例第五十三條第一項規定：

「各級主管機關得就左列地區報經行政院核准後施行區段徵收：

一、新設都市地區之全部或一部，實施開發建設者。

二、舊都市地區為公共安全、公共衛生、公共交通之需要或促進土地之合理使用實施更新者。

三、都市土地開發新社區者。

四、農村社區為加強公共設施、改善公共衛生之需要、或配合農業發展之規劃實施更新或開發新社區者。」

土地徵收條例第四條第一項規定：

「有下列各款情形之一者，得為區段徵收：

一、新設都市地區之全部或一部，實施開發建設者。
二、舊都市地區為公共安全、衛生、交通之需要或促進土地之合理使用實施更新者。
三、都市土地之農業區、保護區變更為建築用地或工業區變更為住宅區、商業區者。
四、非都市土地實施開發建設者。
五、農村社區為加強公共設施、改善公共衛生之需要或配合農業發展之規劃實施更新者。
六、其他依法得為區段徵收者。」

平均地權條例第五十六條第一項規定：

「各級主管機關得就下列地區，報經上級主管機關核准後，辦理市地重劃：
一、新設都市地區之全部或一部，實施開發建設者。
二、舊都市地區為公共安全、公共衛生、公共交通或促進土地合理使用之需要者。
三、都市土地開發新社區者。
四、經中央主管機關指定限期辦理者。」

註七：以原因案件甲為例，其原已參加聯合開發，嗣所提供參加開發之土地遭債權人假扣押，已不能繼續參與聯合開發，且僅其一人土地不能依聯合開發方式提供，亦不合以區段徵收或市地重劃方式取得土地，無解釋理由書例示較小侵害方式。或認本件聲請人已簽訂開發契約而未履行，可依契約請求移轉土地所有權或設定地上權等，惟其既遭假扣押，其土地處分權遭限制，無法依約移轉土地所有權或設定地上權等，即無法達成目的。

註八：開發辦法第三條第二款規定：「聯合開發用地：係指大眾捷運系統場、站與路線之土地及毗鄰地區之土地中……。」八十九年十月二日修正發布之大眾捷運系統土地開發辦法第三條第一款規定：「開發用地：係指大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區之土地……。」系爭規定三之「聯合開發之用地」

與八十九年大眾捷運系統土地開發辦法第十一條之「大眾捷運系統開發所需用地」，均指大眾捷運系統場、站與路線之土地及毗鄰地區之土地，兩者內容相同。

註九：開發辦法第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」見解釋理由第二段。

註十：土地徵收條例第三條、第三條之二參照。

註十一：行政程序法第七條參照，與憲法比例原則之手段適當性、手段必要性及狹義比例性相當。

註十二：應視個案情形斟酌開發之公益（不予開發於公益之損失）與徵收對人民權益之限制何者為重認定。如於開發規劃期間，有不同意開發條件者，其徵收公益性較小；如已進行開發，嗣因少數人個人因素未能配合開發，如原因案件甲情形，若停止開發，所形成之公益上損失較大。本席以為不宜均認此有違比例原則，一律不許徵收。

部分協同部分不同意見書　　大法官葉百修　提出

本席於本院釋字第七三一號解釋提出協同意見書時，已指出該號解釋對於涉及人民財產權與居住自由等重要憲法權利之土地徵收案件，未能就土地徵收制度之重要憲法問題予以闡釋清楚；詎連續第二件涉及土地徵收案件之憲法爭議，本號解釋多數意見仍未能針對涉及土地徵收制度所應踐行之正當行政程序，以及土地徵收之要件等憲法問題加以澄清，致未就我國土地徵收法制迭生不窮之違憲疑義，善盡憲法守護者之職責，本席無法贊同，爰提出部分協同、部分不同意見書如后。

壹、針對不受理土地徵收條例第十條第二項但書規定（下稱系爭規定）部分之不同意見

一、本件解釋所涉聲請案之事實

（一）爭訟經過

本件解釋涉及二件聲請案，分別為：鄭耀南及廖曾

鳳琴等九人聲請本院解釋憲法。有關鄭耀南聲請案，其事實略以：臺北市政府為辦理臺北都會區大眾捷運系統新店線萬隆站工程，需用坐落於臺北市文山區興隆段四小段第三五一之四、第三五二及第三五六之一地號之三筆土地（此三筆土地屬交通用地），以及坐落於同段第一九九之六、第三五一之三及第三五六地號之三筆土地（此三筆土地則屬毗鄰地，住宅區，下稱系爭土地）等六筆土地，面積零點０三二八公頃，乃檢附徵收土地計畫書及圖等有關資料，報經內政部以中華民國九十二年五月二日台內地字第０九二００六０九二五號函核准徵收，交由臺北市政府以九十二年六月三日府地四字第０九二０二０九一０００號公告，並發函通知鄭耀南（下稱聲請人）。聲請人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟。經臺北高等行政法院以九十三年度訴字第一五九八號判決撤銷原處分及訴願決定。被告機關內政部及參加人臺北市政府（下稱需用土地人）不服，提起上訴，經最高行政法院以九十六年度判字第二０七七號判決將原判決廢棄，發回臺北高等行政法院更為審理，經該院以九十七年訴更一字第三號判決駁回聲請人之訴，聲請人不服提起上訴，復經最高行政法院九十九年判字第一二五九號判決駁回上訴而告確定（下稱確定終局判決）。

（二）聲請人於行政爭訟程序中之主張

1. 系爭土地原非行政院七十五年四月四日台七五交六七五三號函所准興辦之交通事業所需土地，既因情事變更而致奉准興辦之事業目的已有變更，自應依土地徵收條例第十條第二項規定，就變更後新興辦之事業，重行報請目的事業主管機關許可，並於報請許可前，依土地徵收條例第十條第二項前段規定舉行公聽

會。惟內政部及需用土地人並未舉證證明最近五年內，需用土地人就系爭土地曾舉辦任何說明會、公聽會，則依前次七十八年說明會迄需用土地人報請內政部核准徵收，已有十四年之久，因設施興建及事實狀態之改變，以十四年前作成時間已久之都市計畫說明會、公聽會用以代替本件徵收前應為之說明會、公聽會，自屬與法有違。

2. 土地徵收條例第十條第二項前段應舉行公聽會之程序，亦應以於最近一次通盤檢討期間內（至多為五年）所為者為限。但內政部及臺北市政府並未舉證證明：最近五年內需用土地人就系爭土地曾舉辦任何說明會、公聽會，而原判決以七十八年五月十三日及十六日所舉辦之都市計畫說明會用以代替本件徵收前應為之說明會、公聽會，自有適用土地徵收條例第十條第二項但書規定不當之違背法令。

（三）確定終局判決指駁理由

前開確定終局判決駁回聲請人之訴理由略以：「『需用土地人興辦之事業依法應經目的事業主管機關許可者，於申請徵收土地或土地改良物前，應將其事業計畫報經目的事業主管機關許可（第一項）。需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限（第二項）。』土地徵收條例第十條定有明文。此之公聽會應係為徵求關於興辦土地徵收條例第三條各款所定事業與否之意見所舉行，於興辦之事業已獲目的事業主管機關許可後，自無再舉行前開公聽會之必要。本件參加人〔即臺北市政府〕為臺北都會區捷運系統之交通事業之興辦，於申請徵收土地前，經目的事業主管

機關行政院以七十五年四月四日台七五交字第六七五三號函許可興辦。觀之該函內容，行政院所核定准許參加人興辦之事業為臺北市都會區捷運系統紅線、藍線、綠線（即新店線）、桔線、棕線之交通事業，此有該函附卷為憑，而該許可既仍有效存在，參加人於九十二年間為興辦該業經許可之交通事業而申請徵收系爭六筆土地前，自無須再就事業計畫報經目的事業主管機關請求許可，亦無於申請該許可前舉行公聽會之可言等情，業經本院於前次發回時闡明在案，上訴人再爭執土地徵收條例第十條第二項規定應舉行公聽會之程序，應以最近一次通盤檢討期間內（至多為五年）所為者為限。被上訴人〔即內政部〕及參加人並未舉證證明最近五年內需用土地人就系爭土地曾舉辦任何說明會、公聽會有適用土地徵收條例第十條第二項規定不當之違誤云云，尚不足採。」

二、聲請意旨

聲請人乃以確定終局判決所適用之七十九年二月十五日交通部（七九）交路發字第七九0二號令、內政部（七九）台內營字第七五二一四號令會銜訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第四條第一項、第六條規定、八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例第十條第二項但書、第十三條、第十四條及第十五條規定及九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法第七條規定（本件解釋標的），違反正當行政程序，有牴觸憲法第十五條及第二十三條規定之疑義，聲請本院解釋憲法。

三、本件解釋不受理理由

本院多數意見逕認聲請人所主張上開法令規定「均未為確定終局判決所適用」而予以不受理。

四、本席認為系爭規定一應予受理

本席認為本件解釋多數意見所持不受理理由，不能贊同，爰就系爭規定一不受理部分提出不同意見如后。

（一）確定終局判決確已適用系爭規定一

按民事與行政訴訟之性質互異。前者在保護私益；後者兼有維護公益之作用。故民事與行政訴訟程序之規定未必相同。次按判決書應記載主文、事實、理由，而事實項下應記載：「言詞辯論時當事人之聲明及所提攻擊或防禦方法之要領；必要時，得以書狀、筆錄或其他文書作為附件。」、理由項下，應記載：「關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。」此觀行政訴訟法第二百零九條第一項至第三項規定甚明。我國行政訴訟制度雖採三級二審制，但上訴審係採法律審，故「對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之」，行政訴訟法第二百四十二條定有明文。又「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」，復為同法第二百四十三條第一項所明定，其所稱「判決不適用法規」，包括適用法規錯誤與消極不適用在內。此外，「最高行政法院應於上訴聲明之範圍內調查之」、「最高行政法院調查高等行政法院判決有無違背法令，不受上訴理由之拘束」，復為行政訴訟法第二百五十一條所明定。準此，在確定終局判決中，凡引用作為對上訴是否合法或有無理由之裁判依據之法律或命令者，均應認已適用。查確定終局判決既明確地於判決理由中引用系爭規定一，並以之認定因適用系爭規定一而於聲請人系爭土地受徵收前無須再行公聽會，因而聲請人主張臺北高等行政法院更審判決適用系爭規定一之見解與系爭規定一有違提起上訴，確定終局判決以此予以駁回，顯已適用系爭規定一資為駁為聲請人上訴意旨之依據。

（二）即認未適用系爭規定一，但該規定仍與本件解釋標的具有重要關聯

本院對於司法院大法官審理案件法所稱之「適用」，本席曾於本院釋字第六七五號解釋之協同意見書中多有闡述，惟無論係採嚴格或寬鬆標準認定確定終局裁判是否有「適用」法律或命令，始得成為本院解釋之標的，就本件解釋系爭規定一而言，無論是確定終局判決本身駁回聲請人上訴之理由，或者是確定終局判決引用或同意前審判決之見解，均不影響確定終局判決就系爭規定一之認定，而據以成為駁回聲請人上訴的理由，而從確定終局判決文字的使用與前後論證之理由，均可認系爭規定一實已為確定終局判決所適用。縱認確定終局判決僅係以臺北高等行政法院更審判決為依據，而未具體適用系爭規定一，然從確定終局判決駁回聲請人上訴主張，對於徵收系爭土地得依十餘年前進行都市計畫所舉行之公聽會，而逕以取代依據土地徵收條例第十條所應遵循程序要求之一端而言，對於聲請人因此就系爭土地主張徵收程序有違憲法上正當行政程序而言，亦難謂不具有重要關聯性而應受理。

（三）對系爭規定一之聲請解釋，具有重要憲法價值

1. 正當行政程序之內涵

本院於釋字第七０九號解釋將正當行政程序認定為具有憲法位階而成為憲法上正當法律程序之一部分後，對於正當行政程序之要求，自應一本釋字第七０九號解釋之意旨，適用於其他相關解釋聲請案。按釋字第七０九號解釋以「有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會」，並就「未要求主管機關應將

該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人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核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人」，均不符憲法要求之正當行政程序，而有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。其中使關係人參與公聽會、陳述意見之機會，為正當行政程序之內涵之一。

2. 土地徵收不問當事人意思如何，強制剝奪其財產權，且徵收完成後之法律效果為原始取得，較都市更新更為嚴重，更應有正當行政程序之適用

其次，本院於釋字第七０九號解釋所處理者，係人民是否及如何參與都市更新，而本件解釋所涉及者，則係人民土地之徵收，相較之下，土地徵收不問當事人意思如何，強制剝奪其財產權，且土地徵收程序完成，對於人民原有財產權係為原始取得，人民財產權係完全歸於消滅，已較釋字第七０九號解釋所涉及參與都市更新之情形更為嚴重，而依現行土地徵收條例第十條第二項規定：「需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」、第三項規定：「特定農業區經行政院核定為重大建設須辦理徵收者，若有爭議，應依行政程序法舉行聽證。」及第四項規定：「需用土地人興辦之事業無須報經目的事業主管機關許可者，除有第二項但書

情形外，應於與所有權人協議價購或以其他方式取得前，先舉行公聽會。」上開規定所舉辦之公聽會，係被徵收關係人於徵收程序中，唯有之陳述意見之機會，而此項公聽會，系爭規定一又規定：「但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限。」不但剝奪被徵收關係人有陳述意見之機會，是與正當行政程序之要求不符外，上開「已舉行公聽會或說明會之情形」，依同條例施行細則第十一條之規定（註一），又擴及到都市計畫之說明會在內。然按都市計畫之說明會，與興辦事業計畫之公聽會，無論在聽取之內容與對象均有不同，如認得以取代，將更剝奪被徵收關係人有陳述意見之機會，將使釋字第七0九號解釋所確立之正當行政程序之要求，於土地徵收之適用上，受到嚴重減損。因而，應讓被徵收關係人於徵收程序中，有陳述意見之機會，是憲法保障人民財產權之重要價值，系爭規定一應予受理為是。

貳、協同意見部分

就本件解釋多數意見認九十年五月三十日修正公布之大眾捷運法第七條第四項規定：「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」（下稱系爭規定二）七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第七條第三項規定：「聯合開發用地……，得徵收之。」（下稱系爭規定三）七十九年二月十五日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項規定：「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵收……。」此等規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第三條第二款及土地法第二百零八條第二款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法保障人民財

產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用，本席敬表贊同。然而，此項結論無非係法律解釋之必然，本件解釋多數意見捨系爭規定一之不論，僅係重申法律解釋當然之理，不僅使得本院錯失釐清土地徵收法制相關重要憲法議題之機會，單就本件解釋之說理，亦呈現前後矛盾之困境，爰就本件解釋所涉及土地徵收之重要概念加以補充，提出協同意見如后。

一、徵收之憲法原則

按土地徵收之憲法理論，具有三項重要基本理念：（一）、徵收之目的必為公益；（二）、徵收必為最後萬不得已之手段，並應遵守憲法第二十三條所定之比例原則；（三）、徵收必須給予補償，原則上以金錢補償為之，而補償必須使被徵收人可回復到徵收前原來財產權的狀況（註二），因此，德國聯邦普通最高法院裁判上乃創設所謂「重新籌置理論」(Wiederbeschaffungstheorie)（註三）。

二、徵收目的概念之擴張，從為「公用事業」，擴張到為「公益」

德國古典徵收概念，其徵收目的係為興辦公用事業，將土地所有權人之權利消滅後，移轉給事業興辦人，此種古典徵收概念，於德國威瑪憲法施行後即告崩潰，改認徵收目的不以興辦公用事業為必要，只要基於公益上之目的，即可為徵收。此種理論，復為德國基本法第十四條第三項（註四）所繼受。因而學說乃有主張，徵收目的既為公益，即將「公用徵收」一詞以「公益徵收」所取代。徵收目的既為公益，公益係為不確定法律概念，其衡量並非一種量的差別，而是一種質的差別（註五），而財產權受憲法保障為私有財產權人之私益，兩者利益發生衝突，故須加以衡量徵收所欲達成之利益，有遠較私有財產權人之私益重要之公益者，始得為之。故徵收所欲達成之公益，須為一種「極重要」之公益，而非一般泛稱之公益，國庫利益不得作為徵收之目的。

系爭規定二、三透過徵收取得「毗鄰地區辦理開發所需

之土地」，依據系爭規定二、三所稱聯合開發之目的，在於「有效利用土地資源，促進地區發展」，立法目的兼及「並利大眾捷運系統建設經費之取得」（註六）。然此種籌措建設經費之目的，僅係國庫私益，其利益價值並未大於私有財產權人之私益，以之為徵收目的，而得徵收毗鄰土地者，實與上開徵收之憲法基本原則不符。

三、公益概念已具體化，徵收毗鄰土地非屬興辦交通事業範圍

由於公益係不確定法律概念，其內容與對象均不明確、特定，須由立法者透過法律將之具體化，法院亦得就該概念所形成之具體內涵加以審查。而目前我國現行法律將公益予以具體化並作為徵收之目的者，概有以下二種：（一）、為土地徵收條例第三條第一項所稱「國家因公益需要，興辦下列各款事業」之列舉九款「事業」，以及第十款所稱「其他依法得徵收土地之事業」之概括條款（註七），但仍以「事業」為其必要條件。惟此項所稱之「事業」，尚須經目的事業主管機關許可始得徵收私有土地（註八）。（二）、為土地法第二百零九條規定之「實施國家經濟政策」；此雖非為事業，惟該政策之具體內容亦須以法律明文規定者為限。而大眾捷運法第七條第一項所稱「辦理大眾捷運系統路線、場、站土地」得予徵收，係以該土地為大眾捷運系統所必須，而興辦大眾捷運系統，係屬土地徵收條例第三條第二款之交通事業之範圍；然對於「毗鄰地區土地」之開發，其目的既在有效利用土地資源、促進地區發展，則土地開發既非興辦交通事業，而毗鄰地區土地又非興辦交通事業所必須之範圍，其以興辦土地徵收條例第三條第二款所指交通事業為由予以徵收者，似與憲法第二十三條比例原則有違，自不待言。

四、系爭規定二僅係有關徵收目的之規定，非即為徵收之法律

系爭規定二、三所稱「聯合開發用地……，得徵收之。」及「聯合開發之用地取得……，得由該主管機關依法報請徵

收……。」其所謂「得依法徵收」之法律性質，應非屬徵收法律之意。按徵收是一種對人民財產權之合法侵害行為，其所稱合法，即因其具有法律依據之故。而此種法律，除係指係國會立法制定之法律者外，該法律尚須符合「結合條款」(Junktimklausel)之要件，始足當之。所謂結合條款，係指法律對於徵收之要件、補償標準及金額均有明確之合併規定之謂。從而非由國會制定之法律，或違反結合條款之法律，均非徵收之法律，自不得以之作為徵收之法律依據。行政機關適用不符合上開要件之法律而為徵收者，係屬對人民財產權之違法侵害，人民若有不符，則應循國家賠償途徑謀求救濟。

查系爭規定三並非國會立法制定之法律，而系爭規定二雖為國會制定之法律，然系爭規定二僅規定「得徵收之」，其性質僅為一種徵收要件，且同法並無任何補償標準或金額之規定，若認為係屬徵收法律，無疑係違反上開所論結合條款之要求，即屬違憲，自不得作為徵收之法律依據。因此，系爭規定二充其量僅屬一種徵收要件之規定，其徵收之法律依據，仍應求諸土地法第二百零九條或土地徵收條例第三條等相關徵收之法律。

註一：土地徵收條例施行細則第 11 條規定：「本條例第十條第二項但書所稱具機密性之國防事業，指具有軍事機密與國防秘密種類範圍等級劃分準則規定之機密性國防事業；所稱已舉行公聽會或說明會，指下列情形之一：

一、興辦事業計畫於規劃階段已舉行二次以上公聽會，且最近一次公聽會之舉行距申請徵收三年內。

二、興辦事業計畫已依都市計畫法舉行公開展覽及說明會，並通知土地所有權人，且最近一次公開展覽及說明會之舉行距申請徵收三年內。

三、原事業計畫已舉行公聽會，於申請徵收後發現範圍內土地有遺漏須補辦徵收。

四、原興辦事業為配合其他事業需遷移或共構，而於該其他事業計畫舉辦公聽會或說明會時，已就原興辦事業之遷移或共構，聽取土地所有權人及利害關係人之意見者。」

註二：本席於本院釋字第652號解釋提出之協同意見書參照。

註三：BGHZ 6, 270, 293, 295.詳細討論，參見葉百修，損失補償法，2011年6月，初版，頁195。

註四：德國基本法第14條第3項規定：「財產之徵收，必須為公共福利始得為之。其執行，必須根據法律始得為之，此項法律應規定賠償之性質與範圍。賠償之決定應公平衡量公共利益與關係人之利益。賠償範圍如有爭執，得向普通法院提起訴訟。」

註五：參照本席於本院釋字第709號解釋提出之協同意見書，並參見土地徵收條例第3條之1規定：「需用土地人興辦事業徵收土地時，應依下列因素評估興辦事業之公益性及必要性，並為綜合評估分析：

一、社會因素：包括徵收所影響人口之多寡、年齡結構及徵收計畫對周圍社會現況、弱勢族群生活型態及健康風險之影響程度。

二、經濟因素：包括徵收計畫對稅收、糧食安全、增減就業或轉業人口、徵收費用、各級政府配合興辦公共設施與政府財務支出及負擔情形、農林漁牧產業鏈及土地利用完整性。

三、文化及生態因素：包括因徵收計畫而導致城鄉自然風貌、文化古蹟、生活條件或模式發生改變及對該地區生態環境、周邊居民或社會整體之影響。

四、永續發展因素：包括國家永續發展政策、永續指標及國土計畫。

五、其他：依徵收計畫個別情形，認為適當或應加以評估參考之事項。」

註六：參照立法院公報，第77卷第46期，77年6月7日，第30頁。

註七：此規定不同於土地法第208條規定:「國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定，征收私有土地。但征收之範圍，應以其事業所必需者為限。一、國防設備。二、交通事業。三、公用事業。四、水利事業。五、公共衛生。六、政府機關地方自治機關及其他公共建築。七、教育學術及慈善事業。八、國營事業。九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。」

註八：參照土地徵收條例第10條第1項規定：「需用土地人興辦之事業依法應經目的事業主管機關許可者，於申請徵收土地或土地改良物前，應將其事業計畫報經目的事業主管機關許可。」

不同意見書　　大法官林錫堯　提出

本件意見書主要係對聲請人之一鄭耀南聲請案爭執違憲部分，回應多數意見，合先敘明。

本件解釋多數意見就程序受理要件之操作與實體爭點之論述，均有違誤。首就程序面言，多數意見將中華民國90年5月30修正公布之大眾捷運法第7條第4項規定「大眾捷運系統……其毗鄰地區辦理開發所需之土地……，得由主管機關依法報請徵收。」（下稱系爭規定）納入審查，對於「納入違憲審查客體之規範是否為確定終局裁判所適用」之判斷標準，顯然不同於以往釋憲實務所採取之標準，復未能提供充足理由而淪於恣意，使本號解釋必須承擔「違憲審查機關本身未嚴格遵守正當程序之困窘」，也要將確定終局判決根本沒有適用的條文納入審查，實有未妥。另從實體面言，多數意見認為系爭規定違反比例原則，然而多數意見對於比例原則之操作，理由互相矛盾，倒果為因，根本不成違憲之理由，況以比例原則審查系爭規定，本文認為亦尚難得出違憲之結論。

以下就程序及實體問題分別詳述。

壹、從程序面言，多數意見受理鄭耀南聲請案中指摘系爭規定違憲部分，因確定終局判決未適用系爭規定，不符司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之規定，應不受理。

依該件聲請書所示，雖指摘系爭規定違憲，然查該件原因案件之確定終局判決（最高行政法院 99 年度判字第 1259 號判決）並未適用系爭規定，聲請人自不得據以該規定聲請解釋憲法。多數意見卻認確定終局判決「已適用」系爭規定，而將之納入審查客體，本文殊難認同。

本文認為確定終局判決並未適用系爭規定，可從確定終局判決之形式及內容等方面確認。

首先就確定終局判決之形式觀察，確定終局判決在七、本院按：（一）部分，僅為事實之描述，固不生適用何法令之問題。而在七、本院按：（二）中敘明『……足見參加人並非以上該契約約定上訴人違反約定時，得徵收土地所有權人土地之條款，為報請徵收系爭土地之惟一依據，原審判決就參加人報請徵收系爭土地並無權利濫用等情事，業於理由內詳為論述，經核並無違誤，上訴人仍主張參加人報請被上訴人徵收系爭土地有權利濫用云云，尚不足採。』等語。該部分之判決內容當係針對上訴意旨而發，對於聲請人主張之上訴意旨說明「臺北市政府並非以聲請人違反契約規定即報請徵收」，繼而以「該徵收並無權利濫用等情事」業經原審判決詳為敘明為由，認聲請人之上訴主張尚不足採。從確定終局判決之形式觀察，確定終局判決顯然未引用系爭規定，亦未就上訴意旨所爭執之爭點引用系爭規定作為論斷依據。是以本文認為，系爭規定並未為確定終局判決所適用。

次就確定終局判決之內容觀察，縱將「確定終局判決所適用」之範圍擴張至確定終局判決整理之上訴意旨部分，亦未見系爭規定為確定終局判決所適用。確定終局判決在六的部分，乃最高行政法院整理聲請人之上訴意旨，該部分聲請人除主張法院認定事實未依證據、未就重要之攻擊方法說明不足採之理由云云外，其中（四）主要就未舉行公聽會（即土地徵收條例第 10 條第 2 項但書規定）加以爭執，而確定終局判決於七、本院按之（三）就此部分之上訴意旨回應並據為判決理由如前所述。除此之外，上訴

意旨並未提及系爭規定，確定終局判決自無就系爭規定為具體論述之可能。基此，實難僅以確定終局判決之末以「至於上訴人其餘主張，均經原審於判決內詳為敘述，經核亦無違誤……」之用語，而認確定終局判決已適用系爭規定。

茲將確定終局判決中之上訴意旨與確定終局判決之回應對照如下表：

確定終局判決整理之上訴意旨： 六、上訴意旨復執前詞並主張：	確定終局判決對於上訴意旨之回應： 七、本院按：
（四）原判決……，惟依土地徵收條例第10條第2項規定應舉行公聽會之程序，亦應以於最近一次通盤檢討期間內（至多為5年）所為者為限。但被上訴人及參加人並未舉證證明：最近5年內需用土地人就系爭土地曾舉辦任何說明會、公聽會，而原判決以78年5月13日及16日所舉辦之都市計畫說明會用以代替本件徵收前應為之說明會、公聽會，自有適用土地徵收條例第10條第2項但書規定不當之違背法令。	（三）按「需用土地人興辦之事業依法應經目的事業主管機關許可者，於申請徵收土地或土地改良物前，應將其事業計畫報經目的事業主管機關許可（第1項）。需用土地人於事業計畫報請目的事業主管機關許可前，應舉行公聽會，聽取土地所有權人及利害關係人之意見。但因舉辦具機密性之國防事業或已舉行公聽會或說明會者，不在此限（第2項）。」土地徵收條例第10條定有明文。此之公聽會應係為徵求關於興辦土地徵收條例第3條各款所定事業與否之意見所舉行，於興辦之事業已獲目的事業主管機關許可後，自無再舉行前開公聽會之必要。……上訴人再爭執土地徵收條例第10條第2項規定應舉行公聽會

	之程序，應以最近一次通盤檢討期間內（至多為5年）所為者為限。被上訴人及參加人並未舉證證明最近5年內需用土地人就系爭土地曾舉辦任何說明會、公聽會有適用土地徵收條例第10條第2項規定不當之違誤云云，尚不足採。
（五）系爭土地……參加人報請徵收系爭土地前，已有對於被徵收土地所有權人損害最少之方式可供選擇，且此僅係輕而易舉之行政查詢作業。然參加人均未考慮，即無視上訴人已掛件申請建造執照、聯合開發契約亦未有效解除，仍逕行報請徵收，被上訴人仍予核准，自有違反必要性原則而屬裁量濫用。上情均經上訴人於原審提出以為重要攻擊方法，原判決均未予審酌，亦未論明不可採之理由，有消極不適用比例原則及判決理由不備之違背法令云云。	（二）經查，……因此，上訴人於系爭土地遭查封期間已無法履行上該契約所定之義務，參加人為臺北都會區捷運系統之興辦，於系爭土地遭假扣押查封歷時19個月之92年3月19日始向被上訴人申請徵收系爭土地，係為維護公共利益所不得不採取之手段，尚與比例原則無違，足見參加人並非以上該契約約定上訴人違反約定時，得徵收土地所有權人土地之條款，為報請徵收系爭土地之惟一依據，原審判決就參加人報請徵收系爭土地並無權利濫用等情事，業於理由內詳為論述，經核並無違誤，上訴人仍主張參加人報請被上訴人徵收系爭土地有權利濫用云云，尚不足採。

然多數意見並未敘明何以確定終局判決有適用系爭規定，如以確定終局判決有「經核亦無違誤」之文字為由，認確定終局判決已適用系爭規定，顯與先前做成之解釋案及議決之不受理案（註一）所採取之標準存有差異。如此漫無邊際擴張「確定終局判決所適用之法令」的概念，將使「所適用」的標準浮濫。倘依本案多數意見之標準操作，確定終局判決所適用之法令又何止系爭規定（註二），此一寬鬆幾乎近於浮濫的標準是不是將來一體適用於所有聲請案件？亦或是多數意見神來一筆的發想而屬本案限定？本文實難認同此種結果導向的程序受理標準。

貳、從實體面言，於系爭規定「依法報請徵收」時，毗鄰地區土地是否徵收、所涉及需徵收之毗鄰地區土地範圍為何等問題，仍須就個案依土地徵收條例之公益性及必要性等徵收合法要件，加以判斷。系爭規定並不容許「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」，乃屬當然。多數意見認系爭規定違反比例原則之理由論證矛盾，且於法律違憲審查之過程，將非屬比例原則應考量之因素納入，倒果為因，致比例原則之操作悖離正當合理之方法，根本不成違憲之理由。

一、聲請意旨指摘違憲理由

聲請意旨指摘該規定違憲之理由係以：該規定依相關規範所示之利用情形係興建聯合開發大樓後租售私人，實屬私用徵收而非公共使用，不符合土地徵收之目的性，且規定私有地主僅能與主管機關協議價購，而排除市場法則之其他機制，協議不成即報請徵收，違反必要性及最小侵害性原則等語。

二、系爭規定「得依法報請徵收」之文義，係指依土地徵收條例有關實體與程序規定報請徵收，並非含有「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」之內涵

大眾捷運法第7條係就辦理開發所為之規定。該條第4項規定「大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理開發

所需之土地，得依有償撥用、協議購買、市地重劃或區段徵收方式取得之；其依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收。」，則係就取得土地之方法為相關規定。換言之，取得開發土地，可從有償撥用、協議購買、市地重劃或區段徵收四種方式中選擇。其選擇本即當依比例原則決定，乃行政法理之當然，不待法律明文。

適用比例原則之結果，若無法以協議購買方式取得土地，且有償撥用、市地重劃、區段徵收等其他侵害較小之手段均無法採取時，該項規定始允許由主管機關依法報請徵收。此時「依法報請徵收」，非指依據系爭規定即得就毗鄰地區土地進行徵收。該項所稱「依法」，仍應回歸到土地徵收條例中，依徵收應具備之公益性及必要性等相關規定，加以判斷後，方得進行徵收。雖然大眾捷運法第7條係就辦理開發所為之規定，然而於須動用徵收此一侵害嚴重人民財產權之方式時，徵收所應具備的公益性及必要性（甚至狹義比例性）等土地徵收條例所規定之合法要件，自不在話下。縱使一開始係單純基於開發目的而將毗鄰地區之土地納入規劃，但至「依法報請徵收」時，自應與開發目的脫鉤而需回歸到徵收之公益性及必要性等合法要件加以判斷。簡言之，當「報請徵收」時，自不存在所謂「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」。此觀土地徵收條例第3條規定亦可知悉：國家因公益需要，興辦該條規定之事業時，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限。再者，土地徵收條例第3條之1及第3條之2規定中，亦對徵收之公益及必要性等加以要求。而第1條第2項、第3項規定（註三），更足證應優先適用土地徵收條例。

是以，系爭規定雖然在辦理開發的規範體例下，然該項規定僅係就取得開發土地的方式加以規定，當各該方式都無

法達成時，才能以徵收方式取得土地，然而重要的是，以徵收方式取得土地就必須回到土地徵收條例相關的實體及程序要求，也就是公益性及必要性等合法要件的判斷，而不再存有「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」之規範內涵。

三、原因案件具有特殊性，行政法院判決仍係以「交通事業之必要性」說明徵收之合法性

細究原因案件可知，聲請人所有之三筆交通用地，於行政院75年間核定准許臺北市政府興辦臺北市都會區捷運系統交通事業後，原已經內政部核准徵收。因後續辦理聯合開發案，始經由內政部撤銷該三筆交通用地之徵收。嗣於聯合開發案中，聲請人願意提供另外三筆住宅用地（即大眾捷運法第7條所稱之毗鄰地區土地）參與聯合開發，並已進行致相當程度。後因聲請人自身所生之糾紛致聯合開發案延宕，迫使臺北市政府報請內政部核准徵收聲請人所有之六筆土地。原因案件雖肇因於聯合開發，惟當原因案件進入「以徵收方式取得土地」時，徵收之合法性自然成為訴訟雙方當事人之攻防重點（註四）。

前曾述及，系爭規定係對取得開發土地之方法加以規範，惟如需以徵收方式取得土地時，仍應回歸土地徵收條例之公益性及必要性等合法要件加以判斷，確保徵收之合法性。基此爭點—徵收之合法性，行政法院於訴訟過程中亦對此加以論述。

其中，臺北高等行政法院97年度訴更一字第3號判決，曾於該判決理由四、經查（二）2.及3.說明本件徵收之公益性及必要性。該判決指出：『2.查本件依都市計畫委員會決議係以聯合開發方式將「交6」、「交7」交通用地與住宅區毗鄰地一併興建，並採聯合開發大樓與捷運設施共構之型式規劃設計。而本件聯合開發係採聯合開發大樓與捷運設施共構之型式規劃設計，共同坐落在包括10筆交通用地與15筆毗鄰

地等合計25筆土地上（見本院卷更一參證1），仍屬廣義之交通事業。更言之，本件系爭6筆土地，其中前3筆屬交通用地，後3筆屬住宅區（毗鄰地），因都市計畫委員會決議以聯合開發方式將「交6」、「交7」交通用地與住宅區毗鄰地一併興建（見原判決第2卷參證5及參證15），且係採共構型式設計，整體開發，結構一體，必須使用全部之基地範圍，而無法分割，自有一併徵收之必要，故系爭土地自有依大眾捷運法第6、7條規定一併徵收之必要。3.又系爭聯合開發大樓已完工（見更一參證2），業已於96年7月30日取得使用執照（見更一參證1）暨完成所有權登記，亦可證系爭3筆住宅區土地仍為興辦捷運系統所必要。原告主張系爭3筆住宅區土地非為興辦捷運系統所必要，要與事實不符，無足採憑。』等語。

依上述判決內容，足見縱然原因案件肇因於聯合開發，惟當原因案件進入報請徵收之階段時，系爭土地徵收與否，透過原被告雙方、參加人對此徵收之合法性有所爭執，行政法院仍是回到土地徵收條例的公益性及必要性等合法要件加以判斷。

四、以比例原則檢驗系爭規定

本席曾於釋字第699號解釋協同意見書中對於比例原則之操作為相當之說明。茲簡言之，比例原則內涵包括：國家措施（立法所採取之手段）之目的正當性、手段符合適合性、必要性與狹義比例性四個步驟按序審查。首先確認系爭規定之立法目的具有正當性；進而法律所採取之手段是否符合比例原則內涵之適合性原則，其判斷標準係以該手段是否有助於立法目的之達成，並不以該手段能完全有效達成立法目的為必要，能夠證明法律所採取之手段完全無助於立法目的之達成，方與適當性原則有違；至於法律所採取之手段是否違反比例原則內涵之必要性原則，係指如有數種合法有效之手

段可資運用，須斟酌公益及第三人利益後採取對人民權利侵害較少且可達相同效果之手段。縱存有可達相同效果之手段可選擇之，該手段亦需未造成公益或第三人利益過度負擔始符合必要性原則；最終在狹義比例性判斷採取之方法所造成之損害（私益）不得與所欲達成之目的（公益）顯失均衡。以下分別就本案操作比例原則之結果，說明如下：

（一）關於目的正當性的問題

就系爭規定之目的正當性而言，可從大眾捷運法第7條之立法目的出發。依交通部函復（註五）指出，大眾捷運法第7條第1項之立法目的係「為有效利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，爰明定地方主管機關得自行開發或與私人、團體聯合開發大眾捷運系統場、站、路線之土地」及「毗鄰大眾捷運系統場站、路線之私人土地，則需依有關法律或商請土地所有權人聯合開發。」雖大眾捷運法第7條係就辦理開發所為之規定，然該條之立法目的仍係出於公益之考量，非如聲請意旨所指摘僅有私益性質。進而於系爭規定，允許主管機關對辦理開發所需之毗鄰地區土地協議購買，如協議不成則依法報請徵收。本文前曾說明此時的「依法」，非僅依系爭規定即得逕行徵收，而應理解為依土地徵收條例相關實體及程序規定。

因此，從目的正當性檢視可知，系爭規定允許主管機關於協議購買不成後，報請徵收，其目的實係因國家為興辦土地徵收條例第3條各款之事業，在「公益需要」下徵收私有土地（毗鄰地區土地）。系爭規定得依法報請徵收，已非「僅以開發為目的」，而是為興辦土地徵收條例第3條各款事業之目的。簡言之，系爭規定「得依法報請徵收」之立法目的，係為興辦具有公益性之相關事業，此一立法目的具有正當性，應無疑義。

（二）關於手段適合性的問題

手段適合性要求採取之方法應有助於目的之達成，是以有關系爭規定之手段適合性問題，應理解為：採取「徵收」之手段是否有助於達成「國家興辦具公益性事業」之目的。

由於土地徵收乃國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪。本文認為，採取徵收之手段，從「國家因公益需求而興辦相關事業而有取得所需土地」之目的一事，以徵收手段取得私人土地，當有助於前開目的之達成。是以，採取徵收之手段，係為達成「國家因公益興辦事業」之目的，亦無疑問。

（三）關於手段必要性的問題

必要性原則要求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。換言之，是否符合必要性，必須從立法者之廣泛評價空間出發，依下列二個標準認定：(1)除立法者所選擇之手段外，是否另有本質上可達成相同效果之手段；(2)此種另有之手段較立法者實際上所選擇之手段是否對人民基本權侵害較少之手段，如無此種手段，則立法者所選擇之手段符合必要性。土地徵收乃國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪，前已述及。正因土地徵收對人民之侵害甚大，國家於興辦公共事業所需之土地，必須用盡所有法律之手段均不可得時，最後始得以徵收方式為之。換言之，土地徵收並非國家取得土地所有權之唯一方式，而應是一種最後不得已之手段。

從必要性檢視系爭規定可知，取得土地之方法，可循 1.有償撥用、2.市地重劃、3.區段徵收及 4.協議購買

四種方式為之，而非一開始即以徵收為之。況系爭規定更規定「其依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請」，亦即主管機關尚應訂定優惠辦法處理協議購買，經由優惠辦法協議購買不成者，最終才循徵收途徑取得土地。因此當國家基於「興辦具公益性事業目的」而為徵收，即無違反必要性原則之問題。

多數意見認為本案與必要性原則有違。惟本件原因案件基於交通事業之目的，應徵收範圍多大，甚至有無將毗鄰地區土地納入徵收範圍之必要，係屬個案判斷問題，而非規範本身之必要性問題。況行政機關於規劃取得所需土地時，系爭規定本身即具有「必要性」之考量。換言之，行政機關自得從有償撥用、市地重劃、區段重劃或協議購買四種方式中，思考眾多達到目的之手段中選擇對人民侵害最小的方式為之。倘今行政機關選擇以協議購買之方式，意即行政機關認為「協議購買」乃對人民侵害最小之方式。惟當協議不成後進入徵收，此時自應回歸土地徵收條例之公益性及必要性判斷。就本案而言，就是以「興辦交通事業目的」，考量徵收毗鄰地區土地之公益性及必要性。

因此，系爭規定之必要性，考量有多種方法（有償撥用、市地重劃、區段徵收及協議購買）可以取得土地，惟當基於「興辦具公益性事業」目的而為徵收，考量此一徵收本應屬最終手段性，於協議購買不成後，如尚有其他對人民財產權侵害較少的手段（包括市地重劃、區段徵收依個案可認係侵害較少手段之情形），即應採取該手段，如無此等侵害較少的手段，始得徵收。比例原則除具有憲法層次的效力外，對於法律的制定、解釋或適用亦具有指導功能。換言之，在本案中，系爭規定及

土地徵收條例相關規定之解釋、適用，也應遵循比例原則。故立法者採取此一徵收手段之規定，與必要性原則並無違誤。

（四）關於狹義比例性的問題

判斷狹義比例性原則，就是衡量「所欲追求致必須侵害基本權之公益」與「對關係人法益之影響」二者間有無失衡。本案即須將「興辦具公益性事業」與「私人土地所有權之剝奪」兩者相互權衡，確保基本權侵害之程度與措施所欲達成之目的間，不得有「明顯不合比例」之情形。

本文認為，司法審查應限於該利益衡量是否已就「侵害程度」與「侵害所依據之正當理由之重要性」間保持合理的界限，換言之，個人負擔之程度與一般人享受利益之程度，其間是否有合理關係。以本案言，國家興辦土地徵收條例第3條各款相關事業時，已賦予國家必須就各該事業之公益性加以評估且具備後，始得徵收私人土地。雖徵收乃剝奪人民就其土地之所有權，顯對個人負擔程度甚大，但依法應予相當補償。且如徵收之公益性未能優於私人財產權之保障，即不容許徵收手段，系爭規定「得依法報請徵收」之規定，並無容許排除此一公益優越性之要求之意旨（已如前述），自難認其規定有違於狹義比例性。

五、退步而言，縱如多數意見所認，系爭規定含有「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」之意旨，依比例原則作為法律違憲審查基準之一般適用方法，亦不能認其規定有違反比例原則（此一問題與個案之徵收目的、手段、範圍等是否符合比例原則之問題應有所區別，不可混淆）

多數意見誤認系爭規定含有「僅以開發為目的而徵收毗鄰地」之意旨，因而據以論述其規定違憲。對此誤認，本文

以詳述意見如上。惟退步言，縱從多數意見之上開見解出發，如依比例原則之一般適用方法（如前述），亦不能導出系爭規定違憲之結論。茲分別說明如下：

（一）關於目的正當性的問題：系爭規定所設定的立法目的具有正當性

依主管機關所述，系爭規定之立法目的係因當時有關開發用地取得之規定，不符實際作業需要，爰參考平均地權條例第55條之2、第60條之立法例，將77年制定之大眾捷運法第7條第3項規定修正增訂為同條文第3、4、5項，明確規定開發用地之取得方式及作業程序，以利適用（註六）。除規範開發用地之取得方式，系爭規定所蘊含之目的，應配合大眾捷運法第1條及第7條第1項規定探究。大眾捷運法第1條規定：「為加強都市運輸效能，改善生活環境，促進大眾捷運系統健全發展，以增進公共福利，特制定本法。」而第7條第1項規定之立法目的乃「為有效利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，爰明定地方主管機關得自行開發或與私人、團體聯合開發大眾捷運系統場、站、路線之土地」及「毗鄰大眾捷運系統場站、路線之私人土地，則需依有關法律或商請土地所有權人聯合開發。」因此，系爭規定雖涉及開發，但毗鄰地區之土地需結合「大眾捷運系統路線、場、站（及其毗鄰地區）」。換言之，整體開發係透過與大眾捷運系統路線、場、站及毗鄰地區土地一併開發，係為有效利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，併兼顧加強都市運輸效能及實現都市計畫之目的。是以，系爭規定將毗鄰地區納入開發之所稱開發，乃配合興辦交通事業（具公益性）一併辦理之考量，實有交通政策與都市發展之公益性考量。故系爭規定之立法目的「為有效

利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，併兼顧加強都市運輸效能及實現都市計畫」，其目的應屬正當。

（二）關於手段適合性的問題：採取徵收手段應有助於目的之達成

系爭規定之目的既在於「有效利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，併兼顧加強都市運輸效能及實現都市計畫」。而為達成此一目的，系爭規定所採取之手段，即允許就毗鄰地區土地於協議不成後，依法報請徵收。興辦都會區大眾捷運系統，屬都市建設之一環，亦攸關整體都市計畫。基此，大眾捷運系統路線（含場、站）之設計，自難隔絕於都市發展而獨立規劃。鑑於土地資源有限，如以大眾捷運系統路線、場、站結合毗鄰地區土地開發，除可避免浪費土地資源，亦能為一整體性規劃而促進地區發展。捷運路線、場站周邊土地之利用，透過整體性開發，無須浪費過多資源即能就有限的土地為有效率之利用，將土地使用與市民生活環境結合，達致完善之都市發展。是以，系爭規定以「依法報請徵收」之方式取得毗鄰地區之土地，應可相當程度地達到有效利用土地資源等立法目的。

（三）關於手段必要性的問題：依系爭規定及土地徵收條例相關規定，應限於不能依其他較溫和之手段達成相同效果，始得採行系爭規定之徵收手段，故系爭規定未違反必要性原則

系爭規定依法報請徵收之手段，是否為必要手段？因土地徵收乃國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪。徵收本應屬最後不得已之手段，各公共建設事業之需用土地人不應輕易

利用徵收機制，此即前開所說明的：比例原則除據有憲法層次的效力外，對於規範的解釋、適用結果，也應受到比例原則的拘束。

首先，系爭規定對於取得大眾捷運系統、場、站及毗鄰地區之開發土地，可循 1.有償撥用、2.市地重劃、3.區段徵收及 4.協議購買四種方式為之，而非一開始即以徵收為之。再者，系爭規定以「依協議購買方式辦理者，主管機關應訂定優惠辦法，經協議不成者，得由主管機關依法報請徵收」，亦即主管機關尚應訂定優惠辦法處理協議購買，經由優惠辦法協議購買不成者，最終才循徵收途徑取得土地。從法制面言，系爭規定對於取得開發土地分列四種選擇方式，實已納入必要性之考量。縱選擇以協議價購之方式取得開發用地，於協議不成後依法報請徵收，係指協議不成後，仍須檢驗土地徵收條例中要求之公益性、必要性，判斷後方得對毗鄰地區土地進行徵收，而非協議不成後即實施徵收。於協議購買不成後，如尚有其他對人民財產權侵害較少的手段（包括市地重劃、區段徵收依個案可認係侵害較少手段之情形），即應採取該手段，如無此等侵害較少的手段，始得徵收。故此一徵收手段之規定，自與必要性原則無違。況以系爭規定立法目的「有效利用土地資源，促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，併兼顧加強都市運輸效能及實現都市計畫」可知，倘認系爭規定允許「協議不成，依法報請徵收」非屬必要手段，而認協議不成後，亦不得以徵收之國家強制力取得土地，無異於協議不成後即放棄開發，實有本末倒置之嫌。綜上所述，系爭規定採取「依法報請徵收」，考量現實規劃之可行性及徵收之最終手段性，自與必要性原則無違。

（四）關於狹義比例性的問題：依系爭規定採取之方法所造成

之損害（私益），與所欲達成之目的（公益）兩相權衡，並非顯失均衡

依狹義比例原則審查，係就規範層次而言，即「開發所欲達成之公益」與「私人土地所有權被剝奪之私益」兩者相互權衡，是否有顯失均衡之情形。從整體都市發展與土地資源利用之角度出發，將毗鄰地區納入開發實存有公共福祉之考量。雖徵收使人民之土地所有權遭受剝奪，顯對個人負擔程度甚大，但依法應予相當補償。且如徵收之公益性未能優於私人財產權之保障，即不容許徵收手段，系爭規定「得依法報請徵收」之規定，並無容許排除此一公益優越性之要求之意旨（已如前述），判斷後無從導出顯失均衡之情形，自難謂系爭規定違反狹義比例原則。

六、關於個案適用比例原則之問題

本文前已述及，法律是否違反比例原則之判斷，與個案操作是否違反比例原則之問題，應分別看待，不可混淆，尤不可僅以個案操作違反比例原則而逕任法律違反比例原則。

原因案件之個案正當性究應如何理解？聲請人所有之3筆住宅用地（即毗鄰地），係與臺北市政府簽訂土地開發契約書後，臺北市政府因毗鄰地地主全數同意參加開發而為整體規劃。就正當性而言，該聯合開發案係與交通事業（大眾捷運系統新店線萬隆站部分）一併規劃，進而後續之發包施工，實際均係以作為捷運之使用，而屬廣義之交通事業。換言之，原因案件之個案正當性，乃於都市計畫階段，聲請人要求將毗鄰地區納入一併開發時存立。

而於適合性方面，將聲請人所有之毗鄰地區，於協議不成後依法報請徵收，是否有助於該交通事業完成？前已述及，該開發案屬廣義交通事業。依臺北高等行政法院判決所示，聲請人所有之3筆住宅用地（即毗鄰地），經都市計畫委

員會決議以聯合開發方式將「交6」「交7」交通用地與住宅區毗鄰地一併興建，係依都市計畫規定及大眾捷運系統新店線萬隆站聯合開發計畫圖書規定，且採共構型式設計，整體開發，結構一體，必須使用全部之基地範圍而無法分割。臺北市政府捷運局於本院說明會表示，因毗鄰地地主全數同意參加開發，故就交6、交7出入口與通風口予以整體規劃。換言之，捷運站體設施已於聯合開發時納入毗鄰地區土地為整體規劃，自無法分離於交通事業。如未納入毗鄰地區土地，將使原先設計規劃面臨調整更動，涉及該交通事業站體結構安全性、出入動線等問題。是以，就手段適合性而言，徵收聲請人所有之毗鄰地區，應有助於交通事業之完成。

至關於個案之必要性，則應探求「以徵收手段取得開發用地之範圍」是否符合必要性。前已述及，系爭規定規範本身即蘊含要求行政機關選擇對人民權益侵害最少之意義。依內政部於本院說明會表示，如採取市地重劃或區段徵收，事實上較不可行，理由在於相關所涉面積將會擴大，須協調更多人來達成市地重劃或區段徵收之目的，如此對捷運場、站之建設是否有必要性，不無疑問。因此，當行政機關選擇以協議價購之方式取得開發土地，本身即含有必要性之判斷。但當協議價購不成，而須採取徵收此一最終手段獲取開發土地，此時報請徵收之範圍自應受土地徵收條例中必要性原則之嚴格檢視，避免行政機關恣意擴張不必要之開發範圍，而有違土地徵收之必要性原則。縱原因案件存有捷運站體因納入毗鄰地區土地而為一整體規劃之情形，然報請徵收之範圍是否對於交通事業確有必要性存在，實際使用情形與變更設計之可能性等，均可能影響徵收該毗鄰地區土地之必要性。是以，個案徵收範圍之必要性，實為本案之重要爭執，行政機關與法院自應就此為詳細說明，以符徵收之必要性要求。

以狹義比例原則檢驗個案可知，建設都會區大眾捷運系

統具有加強都市運輸效能，改善生活環境等目的，對於都市發展具有舉足輕重之地位。況透過不特定多數人利用該大眾捷運系統，亦對公共利益存有影響。雖徵收聲請人所有之毗鄰地區土地，使其所有權遭受剝奪，惟該徵收仍應補償被徵收人之損失，權衡公共利益與私益後，兩者並無顯失均衡之處。

七、多數意見認系爭規定違反比例原則之理由論證矛盾，且於法律違憲審查之過程，將非屬比例原則應考量之因素納入，倒果為因，致比例原則之操作悖離正當合理之方法，根本不成違憲之理由。以下即就多數意見論述顯有違誤之處說明

1. 本文前已述及，系爭規定之「依法報請徵收」，係指如需報請徵收時，即應回歸土地徵收條例，依照土地徵收條例所要求之公益性及必要性等徵收合法要件判斷徵收之範圍。解釋理由書第二段指出「準此，其徵收除應為興辦該第三條所規定之事業外，其徵收土地之範圍，並應確為興辦該事業所必須。大眾捷運系統屬徵收條例第三條第二款所規定之交通事業，其所得徵收土地之範圍，應為捷運交通事業所必須之土地。」卻又稱「依系爭規定一所得報請徵收作為開發用地之毗鄰地區土地……，此等徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須……。」明顯存有矛盾。簡言之，報請徵收之範圍倘本應回歸土地徵收條例，如果符合土地徵收條例所要求之公益性及必要性，又怎麼會得出「此等徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須」之結論？何況，行政及司法實務並非如此適用系爭規定，已如前述。多數意見顯有論證之矛盾，無異是為了宣告違憲而誤擴大系爭規定內容，將本不屬於系爭規定內容之事項納入，作為違憲宣告之客體而已。

2. 再者，解釋理由書第二段亦認為「故其徵收除應為興辦該第二百零八條所規定之事業外，其徵收土地之範圍，並應

確為興辦該事業所必須。」卻又矛盾地得出「是依系爭規定二、三報請徵收土地之範圍，難謂全為捷運交通事業所必須，其徵收非捷運交通事業所必須之土地」的結論，再次突顯多數意見混淆了「依法報請徵收」的涵義。多數意見既無法大膽地認為系爭規定本身就取代了土地徵收條例對於公益性及必要性之要求（這樣的認定也幾乎不可能，理由在於超脫了立法者的意旨，系爭規定充其量只是銜接土地徵收條例的規定，而非僅依系爭規定就可報請徵收土地毫無限制。），卻又想把系爭規定本身就不具備的規範功能強加於其上，然後勉強地得出「報請徵收土地之範圍，非交通事業所必須之土地」，不僅取代法院跨進個案徵收判斷，亦不免流於以自我想像設定違憲結論才拼湊理由之形式。

3. 從而，在欲先得出違憲結論的前提下，多數意見對於比例原則之操作難核實地面對根本性的問題，而須以其它不相干的論述支撐違憲理由。解釋理由書第三段首先提及主管機關辦理毗鄰地區土地之開發，係在有效利用土地資源、促進地區發展並利大眾捷運系統建設經費之取得，固有其公益上之目的，即肯定立法目的具正當性。惟後續卻以「然國家為利用土地資源、促進地區發展並利建設經費之取得等目的，依法報請徵收交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地（下簡稱非交通事業所必須之土地），將使土地資源之利益重新分配或移轉予國家或其他私人享有，造成原土地所有權人遭受土地損失之特別犧牲。」開展比例原則之審查。本文前亦述及，比例原則各該子原則有其穩定慣用的判斷標準及內涵，多數意見導入這部分之論述明顯與比例原則無關，除無助於比例原則之判斷，反而模糊了問題的焦點。

4. 況且多數意見以前開所述之立法目的（即土地資源利用、

促進地區發展並利建設經費之取得等目的）認「非不得以適當優惠方式與土地所有權人合作進行聯合或共同開發、以市地重劃之方式使原土地所有權人於土地重新整理後仍分配土地、以區段徵收使原土地所有權人取回與原土地同價值之土地、或以其他適當且對土地所有權侵害較小之方式達成。」進而判斷不符最小侵害之方式而違反必要性原則。然本文於比例原則之操作部分業已說明，比例原則除具有憲法層次的效力，法律的制定、解釋或適用等亦有比例原則的適用。本文認為縱依多數意見的理解，徵收已是最終選擇手段，在此之前自應採取最小侵害之方式自不待言，多數意見據以作為論述之理由，正應是依比例原則解釋、適用系爭規定的結果。但這是個案上適用比例原則之問題。系爭規定並未排除個案適用比例原則，反而在「依法報請徵收」時，固應適用土地徵收條例有關規定，而來強調個案應適用比例原則，何以能因而作為違憲之理由，豈不倒果為因？多數意見竟未意識到此點，反而得出違憲之結論，本文實難認同，令人回想，論者有針對「先有結論，再找理由」之詬病。

註一：會台字第 10379 號、第 10308 號、第 11747 號、第 12124 號及第 11669 號等聲請案之不受理理由，多為確定終局裁判未適用聲請人所指摘之聲請客體，而不予受理。倘探究上開各該原因案件之確定終局裁判可知，多數意見對於「所適用」之標準，在本件明顯採取了最寬鬆的認定，而異於過往之標準。

註二：聲請意旨尚對開發辦法、土地徵收條例第 13～15 條亦有爭執。這兩部分的條文，不受理的理由卻是「未適用」，如此即與受理範圍的條文產生矛盾。同樣未被確定終局判決所引用的條文，竟然有一部分（想受理）就會變成「所適用」，顯然更匪夷所思。

註三：土地徵收條例第 1 條第 2 項及第 3 項規定：「土地徵收，依本條

例之規定，本條例未規定者，適用其他法律之規定。（第2項）其他法律有關徵收程序、徵收補償標準與本條例牴觸者，優先適用本條例。（第3項）」

註四：可參見臺高行93年度訴字1598號判決原告主張之理由7.；被告主張之理由3.；參加人主張之理由4.及6.；法院認（陸）的三及（柒）的四。亦可參見臺北高等行政法院97年度訴更一字第3號判決，其中三、兩造之爭點：（一）原告主張之理由2.4.以及7.；（二）被告主張之理由2.；（三）參加人主張之理由8.。足見在訴訟過程中，原被告以及參加人都對徵收之必要性有所爭執。

註五：交通部中華民國103年12月25日交路字第1035015759號函，頁1。

註六：交通部中華民國103年12月25日交路字第1035015759號函，頁2。

（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）

司法院釋字第七三三號解釋

【職業團體理事長產生方式案】

中華民國104年10月30日

院台大二字第1040029636號

解　釋　文

人民團體法第十七條第二項關於「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」之規定部分，限制職業團體內部組織與事務之自主決定已逾必要程度，有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十四條保障人民結社自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。

解釋理由書

憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由（本院釋字第六四四號解釋參照）。結社團體代表人或其他負責人產生方式亦在結社自由保障之範圍。惟各種不同結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異，受法律限制之程度亦有所不同。對上開產生方式之限制，應視結社團體性質之不同，於所採手段未逾必要程度內，始無違憲法第二十三條之比例原則。

人民團體法第十七條第二項規定：「前項各款理事、監事名額在三人以上者，得分別互選常務理事及常務監事，其名額不得超過理事或監事總額之三分之一；並由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之……。」其中有關「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」部分（下稱系爭規定），明定理事長應由理事選舉之。雖因同法第四十一條及第四十九條分別就社會團體與政治團體選任職員之選任，均明定得於其章程中另定之，而使系爭規定適用於社會團體與政治團體部分不具強制性；但就職業團體而言，除其他法律有特別規定外（同

法第一條規定參照），系爭規定仍屬對理事長產生方式之強制規定，自係對人民團體內部組織與事務之自主決定所為之限制。

查系爭規定之目的在於輔導人民團體健全發展（立法院公報第七十七卷第三十八期，第一八九頁參照）。又職業團體係以協調同業關係，增進共同利益，促進社會經濟建設為目的，由同一行業之單位、團體或同一職業之從業人員組成之團體（人民團體法第三十五條規定參照）。職業團體之理事長，除對外代表該團體參與各項活動外，依人民團體法第十八條「人民團體理事會、監事會應依會員（會員代表）大會之決議及章程之規定，分別執行職務」之規定，負有執行職務之義務；且依同法第二十五條第一項「人民團體會員（會員代表）大會，分定期會議與臨時會議二種，由理事長召集之」及第二十九條第一項「人民團體理事會、監事會，每三個月至少舉行會議一次，並得通知候補理事、候補監事列席」等規定，亦負有召集會員（會員代表）大會及召集理事會之義務。該等職務之履行，事關內部組織及事務運作，影響團體之健全發展。法律規定對理事長產生方式之限制，如未逾達成其立法目的之必要程度，固非不許，惟職業團體理事長不論由理事間接選舉，或由會員直接選舉，或依章程規定之其他適當方式產生，皆無礙於團體之健全發展及促進社會經濟建設等目的之達成。系爭規定強制規定「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」，致該團體理事長未能以直接選舉或由章程另定其他方式產生，已逾越達成系爭規定立法目的之必要。是系爭規定限制職業團體內部組織及事務之自主決定已逾必要程度，有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十四條保障人民結社自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。至某些性質特殊之職業團體，其他法律基於其他公益目的，就其理事長產生之方式所為之限制規定，不在本件解釋範圍。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　黃茂榮　陳　敏　葉百修
陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君
羅昌發　湯德宗　黃虹霞　吳陳鐶
蔡明誠　林俊益

協同意見書

大法官黃茂榮
大法官陳碧玉　提出
大法官吳陳鐶

就【職業團體理事長產生方式案】，本號解釋以：「人民團體法第十七條第二項關於『由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之』之規定部分，限制職業團體內部組織與事務之自主決定已逾必要限度，有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十四條保障人民結社自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。」本席敬表贊同，僅就本案解釋理由中，關於選舉方式之選擇部分，予以補充。

壹、結社自由之內涵應包括選舉之自由

憲法第十四條規定：「人民有集會及結社之自由。」按該條所保障之結社自由，含與其組織、運作有關之團體意思的形成自由。法律如規定人民團體，應以間接選舉或直接選舉之方式，選舉其理事、監事、常務理事、常務監事、理事長，則其關於選舉方式之強制，已構成對於結社權行使之限制，自應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

貳、直接或間接選舉制度之利益衝突

關於選舉方式，有直接選舉及間接選舉二種不同方式。

直接選舉或間接選舉，就像政治體制中之總統制與內閣制之區別，其優劣及與民主原則之實踐程度，並不必然可以自始斷然決定，尚需視當地時空背景及人文條件而形塑。這主要表現於選舉過後，團體重要事務之共同決定，在形式上是否最符合多數會員之意見，在實質上是否符合大多數會員之利益之同時亦照顧到少數、不同族群或偏遠地區會員的利益，並使其意見能夠被聽到

與被納入考量。

選擇選舉制度之利益衝突主要為：民主原則之實踐可能。如規定採直接選舉，因團體內每一個會員均取得選舉權，固不生選舉權之限制問題；但在會員數眾多且分散於各地區以致集會困難之情況下，有可能在實踐上遭遇不能有足夠比例之會員參與投票的問題，此時，採直接選舉反而難以契合其規範需要；此外，少數、不同族群或偏遠地區會員的代表性可能欠缺或不足。如規定採間接選舉，固使會員對於團體事務之直接影響力下降，且可能發生選舉結果與會員之多數意見不一致的狀況。惟間接選舉始有可能按區域別、職業別或少數族群規劃小選區，以保障其選出代表之可能性。因此，主張應採直接選舉者，主要論據應為直接選舉最能體現民主精神；反之，主張採間接選舉者，則應論證該團體之特殊情況有遭遇參與投票者比例太低的困難，而導致直接民主機能失效之可能；或該團體會員之利益有區域性、職業性或族群性之差異，且非先以區域、職業或族群別為其選舉單元，產生代表其利益之代表，將使少數意見容易被忽略。

另外，從選任監督的面向觀察，按人民團體選舉罷免辦法之規定，原選舉人對其所選之會員代表、理事、監事、常務理事、常務監事、理事長得經一定程序罷免之（註一）；又理事長、常務理事、常務監事或理事、監事之辭職應經理事會、監事會決議准許，並報告於會員大會（註二）。換言之，就選任理事長而言，如採間接選舉，因其權利之取得及行使，尚受到理事與理事會之制約，從而帶有集體領導之意涵。會員數較多之團體，所以先選理事，再推舉常務理事，而最後再推舉理事長之選舉運作機制的積極意義在此。反之，當理事長由會員全體直接選舉，則因其民主正當性高，且理事亦無罷免權可對其選出之理事長加以制約，故重要會務之決策或決定遂趨向於由理事長一人決定後交由會務人員執行。其他理事再無參與制衡之餘地。是故，制度運作之結果如適得其反，不符合大多數會員之期待，將產生實質上獨裁

之結果。

人民團體依其任務、屬性（營利或非營利；法人或非法人團體）、組成（自然人或法人）、組織之幅員、會員之數量、跨越之區域、族群或職業的單一性或多樣性，在類型或性質上有所不同，且因團體運作方式之不同，對其會員之社會或經濟利益之重要性與影響程度亦有所不同。因此，選舉制度之規範與直接或間接選舉方式之選擇究當如何，對其會員始最為公平，且符合其業務操作之需要，並不能一概而論，實務運作上應取決於會員利益之保護及團體運作之機制的需要，不宜強制團體以直接選舉或間接選舉之方式辦理。只要章程有相關配套規定足以克服其團體運作之困難，並符合相當程度之民主原則要求，原則上應容許人民團體以章程自由規定。例如當採直接選舉得不到法定之最低得票數時，章程規定退而求其次，改採間接選舉之方式；或因考量不同區域或族群之需求，先按區域或族群分別產生其代表，而後才由其代表選舉其較高或最高層級之代表人，以符合組織上需求等，原則上應尊重團體在其章程中所做之選擇。

叁、人民團體法之選舉制度

按人民團體法第十三條：「人民團體之會員代表係指由會員單位推派或下級團體選派或依第二十八條規定分區選出之代表；其權利之行使與會員同。」第十六條：「人民團體會員（會員代表）有表決權、選舉權、被選舉權與罷免權。每一會員（會員代表）為一權。」第二十七條前段：「人民團體會員（會員代表）大會之決議，應有會員（會員代表）過半數之出席，出席人數過半數或較多數之同意行之。」第二十八條：「人民團體會員（會員代表）人數超過三百人以上者，得劃分地區，依會員（會員代表）人數比例選出代表，在合開代表大會，行使會員大會職權。前項地區之劃分及應選代表名額之分配，應報請主管機關核備。」及同法第十七條第一項規定：「人民團體均應置理事、監事，就會員（會員代表）中選舉之，……」歸納之，就會員大會

決議事項，有由會員全體共同為意思決定，每一會員為一選舉權單位之直接選舉，亦有先由會員推選會員代表，再以會員代表為一選舉權單位之間接選舉方式。且對理事、監事之選舉方式並無應採直接選舉或間接選舉之強制規定。

然在選任常務理事、常務監事及理事長的層次，人民團體法第十七條第二項卻規定：「前項各款理事、監事名額在三人以上者，得分別互選常務理事及常務監事，其名額不得超過理事或監事總額之三分之一；並由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之。常務監事在三人以上時，應互推一人為監事會召集人。」該規定強制人民團體，如要設置常務理事、常務監事，應由其理事中互選；其理事長，應由理事就常務理事中選舉一人為理事長；未設常務理事者，由理事就理事中互選之。亦即以法律規定剝奪會員，以直接選舉之方式，產生團體之常務理事與理事長。

誠如前述，選舉制度之規範與直接或間接選舉方式之選擇，究竟如何對其會員始最為公平，且符合其業務操作之需要，不能一概而論。是故，以法律對人民團體之選舉制度予以強制，該規定本身除難以周全外，更易致生該規定是否對於結社自由及團體自治，逾越限制之必要性的問題。因此，基於結社自由所含之自治精神，應保留由團體考量其任務、屬性、組織幅員、會員數量等因素，以章程共同自主決定其團體理事、監事、常務理事、常務監事及理事長之產生方式，不適合以法律自始強制其應採間接選舉或直接選舉之方式為之。

肆、過渡規定之闡明

按本號解釋意旨，人民團體法第十七條第二項關於「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」之規定，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。惟本號解釋中，就人民團體依現行法令以間接選舉方式所產生之理事長，並未指明，其任期如於本號解釋公布之日起

一年後尚未屆滿者，該理事長之當選效力，是否因本號解釋宣告系爭規定失其效力而受影響。

是故，系爭規定經本號解釋宣告定期失效時，顯有必要更為過渡規定之闡明：本號解釋公佈後，人民團體依現行尚未失效之法令選舉產生之理事長，不因系爭規定經宣告違憲應定期失效，而影響其任期，得繼續擔任其受選舉之職務，至該屆任期屆滿時為止，且應在其任期屆滿前二個月，完成改選。

伍、其他特別法律之限制規定亦應符合本號解釋之精神

按人民團體法第一條規定：「人民團體之組織與活動，依本法之規定；其他法律有特別規定者，適用其規定。」關於團體理事、監事、常務理事、常務監事、理事長及其他經選舉任命人員之產生方式，除其他法律未有特別規定而應適用人民團體法者，例如本件聲請案由教師結社組織之教師會（註三）外；應適用其他法律特別規定，例如：漁會法第二十條（註四）、商業團體法第二十條（註五）、工業團體法第二十條（註六）、律師法第十三條（註七）等。

人民團體法為人民結社組織團體時，一般性之基礎規定。依本號解釋之意旨，基於人民之結社自由權，原則上應由人民，以章程自主決定其內部組織與事務之運作方式，而不適合由立法者強制規定其選舉方式；再者，以立法強制規定選舉方式，容易產生前述未能符合團體性質、滿足會員需要及確保運作順利之風險。因此，本號解釋之客體，固為人民團體法第十七條第二項（註八），但其他關於團體組織與活動之特別法律，如有限制團體須以間接選舉方式產生其理事、監事、常務理事、常務監事、理事長之規定，剝奪會員透過章程自主決定選舉方式時，該規定有無違反比例原則，主管機關仍應本於本號解釋之精神，予以檢視。

註一：人民團體選舉罷免辦法第二條：「本辦法所稱人民團體之選舉或罷免，係指依法設立之各級人民團體選舉或罷免理事、監

事、常務理事、常務監事、理事長或會員代表而言。前項會員代表，係指依法令或章程規定分區選出之出席會員代表大會之代表。」第四十六條：「人民團體之原選舉人對於所選之理事長、常務理事、常務監事、理事、監事或會員代表，非經就位之日起滿六個月後，不得罷免。」第四十七條：「罷免案應擬具罷免聲請書，敘述理由，經原選舉人總數三分之一以上之簽署，方得向該團體提出，並副知主管機關。」

註二：人民團體選舉罷免辦法第四十四條第一項：「人民團體之理事長、常務理事、常務監事或理事、監事之辭職應以書面提出，並分別經由理事會或監事會之決議，准其辭職，並於會員（會員代表）大會舉行時提出報告。」

註三：教師法第二十六條：「教師組織分為三級：在學校為學校教師會；在直轄市及縣（市）為地方教師會；在中央為全國教師會。學校班級數少於二十班時，得跨區（鄉、鎮）合併成立學校教師會。各級教師組織之設立，應依人民團體法規定向該管主管機關申請報備、立案。地方教師會須有行政區內半數以上學校教師會加入，始得設立。全國教師會須有半數以上之地方教師會加入，始得成立。」

註四：漁會法第二十條：「漁會置理事、監事，分別組成理事會、監事會。理事、監事由會員（代表）選任之，其名額依下列之規定：一、區漁會理事九人至十五人。二、全國漁會理事十五人至二十一人。三、漁會監事名額不得超過其理事名額三分之一。四、漁會置候補理事、監事，其名額不得超過理事、監事名額二分之一。漁會理事、監事應有三分之二以上為甲類會員。漁會理事、監事應分別互選一人為理事長與常務監事。上級漁會理事、監事不得兼任下級漁會理事、監事。」

註五：商業團體法第二十條：「商業同業公會置理事、監事，均於會員大會時，由會員代表互選之，並分別成立理事會、監事會；其名額規定如下：一、縣（市）商業同業公會之理事不得逾二

十一人。二、直轄市商業同業公會之理事，不得逾三十三人。三、全國商業同業公會之理事，不得逾三十九人。四、理事名額不得逾全體會員代表人數二分之一。五、監事名額不得逾理事名額三分之一。六、候補理事、候補監事名額不得逾各該理事、監事名額三分之一。前項各款理事、監事名額在三人以上者，得分別互選常務理事及常務監事，其名額不得逾理事或監事總額之三分之一，並由理事就常務理事中選舉一人為理事長；其不設常務理事者，就理事中互選之。常務監事在三人以上者，應互推一人為監事會召集人。」

註六：工業團體法第二十條：「工業同業公會置理事、監事，均於會員大會時，由會員代表互選之，並分別成立理事會、監事會，其名額規定如左：一、省（市）工業同業公會理事不得逾二十一人。二、特定地區工業同業公會之理事不得逾二十七人。三、全國工業同業公會之理事不得逾三十三人。四、工業同業公會之監事名額，不得超過各該公會理事名額三分之一。五、工業同業公會應置候補理事、候補監事，其名額不得超過其理事、監事名額三分之一。前項各款理事或監事名額在三人以上時，應分別互選常務理事及常務監事，其名額不得超過理事或監事總額三分之一，並應由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不置常務理事者，就理事中選舉之。」

註七：律師法第十三條：「律師公會置理事、監事，由會員大會選舉之；其名額如左：一、地方律師公會，置理事三人至二十一人，監事一人至七人。二、全國律師公會聯合會，置理事九人至三十五人，監事三人至十一人。前項理事、監事任期三年，連選得連任一次。」

註八：解釋理由書第三段末段：「……至某些性質特殊之職業團體，其他法律基於其他公益目的，就其理事長產生之方式所為之限制規定，不在本件解釋範圍。」即在說明其他法律對理事長產生之方式所為之限制規定，因非為本號解釋之客體，故不在解

釋範圍，有無違反比例原則之情形，尚須個別判斷。

協同意見書

大法官羅昌發
大法官黃虹霞　提出

本件涉及國家對人民結社自由干涉之界線。多數意見認為，人民團體法（下稱人團法）第十七條第二項「前項各款理事、監事名額在三人以上者，得分別互選常務理事及常務監事，其名額不得超過理事或監事總額之三分之一；並由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之。常務監事在三人以上時，應互推一人為監事會召集人」規定中，有關「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」之部分（下稱系爭規定），限制憲法第十四條所保障人民之結社自由，且逾越憲法第二十三條之必要程度。本席對此敬表同意。由於多數意見對人團法介入人民結社自由之界線，說明並不完整；且人團法以管制角度出發之老舊規範思維與方式，實有全面檢討之必要，爰提出本意見書進一步說明。

壹、非營利團體不分職業團體、社會團體及政治團體，其結社自由均應予較高程度之保障

一、相較於營利結社，國家對非營利結社應給予較高程度結社自由之保障

多數意見認為：「各種不同結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異」。就結社自由之保障而言，不同團體之差異，在營利與非營利結社之情形，較為明顯。營利結社（如公司）之目的在透過該團體與他人交易，獲取經濟利益。為保障交易安全，國家介入其組織形式（例如限定特定種類的公司型態）之正當性較高；如營利結社之成員為數眾多（例如公開上市公司之股東為數甚多），甚至其營業涉及金融安全（例如金融業務）等特殊業務，國家不但有介入其組織形式以保障交易安全之正當性，且更應適當介入其組織之運作，以保障個

別組織成員以及金融安全等正當利益。亦即，國家對營利結社之介入，常有較高的公共利益；因而營利結社受憲法第十四條結社自由之保障程度較低。不同於營利結社，國家對於非營利結社，應給予完整且嚴格之保障（下述）。人團法係規範非營利結社，對人民結社自由，應僅為最低限度之限制，而應賦予較高程度之保障。

二、非營利團體無須進一步區別其團體類別，以決定介入其組織運作之程度

人團法將人民團體區分為職業團體、社會團體及政治團體，而對之有不完全相同之介入。以本件所涉及之理事長產生方式而言，人團法第七章有關職業團體之規範，並無排除系爭規定之條文，使職業團體理事長選舉之方式，必須由理事就常務理事中選舉或由理事中互選，而不得以會員直接選舉或章程所定之其他方式產生。然第八章有關社會團體之規範一方面承認「社會團體選任職員之職稱及選任與解任事項，得於其章程另定之」（其規範相較職業團體之管制，顯有放寬）；另一方面又規定「須經主管機關之核准」（因而又賦予國家得以高度介入之權限）（見人團法第四十一條）。第九章有關政治團體之規範，一方面要求政治團體「選任職員之職稱、名額、任期、選任、解任、會議及經費等事項，於其章程中另定之」（相較職業團體之管制，亦有放寬）；另一方面則要求「政治團體應依據民主原則組織與運作」（因而又以法律介入其組織與運作）（見人團法第四十九條）。此涉及兩項基本問題：其一，以職業團體、社會團體及政治團體作為區分標準，決定國家介入人民團體內部運作及其事務處理之程度，有無正當性；其二，不論何種非營利團體，國家對其所為之介入，有無正當性（後者將於本意見書第貳部分討論）。

就前者（即區分職業團體、社會團體及政治團體作為決

定國家介入之程度）而言，本席認為欠缺正當性。蓋究竟人民團體涉及公共利益程度較高，應受結社自由之較高度保障，而排除國家干涉，抑或人民團體涉及公共利益程度較高，國家因而可以有高度介入其運作之正當性，並不明確。本席認為，人民團體涉及公益程度之高低與憲法結社自由保障之程度，實無邏輯必然關係。且職業團體、社會團體及政治團體涉及公益程度高低亦未必一致；社會團體目的可能為推展文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益為目的（人團法第三十九條參照），不一而足。聯誼團體所關聯之公共利益程度，應不高於以確保專門職業人員執業品質為重要目的之職業團體。然職業團體如係在「協調同業關係，增進共同利益」（人團法第三十五條參照），則可能應受更高度法律規範，以避免同業間透過協調而進行違法的「聯合行為」。又政治團體與公共利益關聯之程度是否即必定高於醫療、衛生、慈善團體，亦無必然結論。故人團法以職業團體、社會團體及政治團體之分類，作為國家介入其組織結構程度之高低及賦予內部事務處理自主性之範圍之標準，理由並非正當。不但系爭規定無法通過憲法第二十三條之檢驗，整部人團法依據三種團體分類所設計之規範模式，亦欠缺邏輯基礎。

貳、國家應於極例外之情形始可在必要範圍內限制人民結社自由

一、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、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」本條包括「必要」的要件，以及所列舉「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」之要件。本席在以往意見書多次提出憲法第二十三條之審查方式：亦即，應先確認有無為「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」之情形。如其情形非為此等目的之一，則顯然無

法通過第二十三條的檢視。在通過此項檢視之後，則應進一步依第二十三條所規定「必要」之要件，進行檢視。故屬兩階段的檢視過程。而「必要」與否的認定，係一種衡量與平衡各種相關因素的過程(a process of weighing and balancing a series of factors)，包括某種規範「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之目的可以提供的貢獻或功能，以及該規範對憲法上權利所造成之限制或影響的程度。在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。

二、就人團法限制人民團體組織運作是否係為「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」之目的而言：結社自由與人民諸多基本權利（例如言論自由、參政權、工作權等）息息相關；國家對非營利團體結社自由之限制，自應為最大程度之自我節制，使人民及其團體得以充分自主決定其結構之安排及事務之處理。公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights; ICCPR)第二十二條第二項規定：「除係由法律所規定，且在民主社會中為維護國家安全或公共安全、公共秩序，保護公共衛生或道德，或保護他人的權利與自由所必須之限制外，對此項權利【按：即同條第一項所規定之結社自由】的行使不得加以限制。」(No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those which are prescribed by law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.)歐洲人權公約(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第十一

條第二項亦有類似之規定。此等規定，對解釋憲法第二十三條之「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」或「欲增進公共利益」，應有助益。包括憲法中「維持社會秩序」與 ICCPR 中維護「公共秩序」之間，及憲法中「防止妨礙他人自由」與 ICCPR 中保護他人權利之間，均具有共同性。然 ICCPR 另列舉國家安全或公共安全、公共衛生或道德等極高的公共利益。立法者顯然不應以抽象之「增進公共利益」或空泛之「輔導團體發展」作為限制人民結社自由之充分理由，而應以其介入人民團體運作所根據之公益，是否達於國家安全或公共安全、公共衛生或道德、公共秩序、保護他人的權利與自由等之程度，作為可否限制人民結社自由之準據。由此而言，多數意見所列系爭規定之目的（輔導人民團體健全發展），實不屬國家安全或公共安全、公共衛生或道德之公共利益，亦甚難認此屬於公共秩序或保護他人權利與自由之性質。系爭規定自無法通過憲法第二十三條之第一階段檢視。

三、就衡量與平衡各種相關因素而言：系爭規定及其他有關人民團體內部組織與運作之限制，如何可以達成維護何種國家安全或公共安全、公共衛生或道德、公共秩序或保護他人何種權利與自由之目的，亦不明確。「縱使」承認輔導人民團體健全發展屬憲法第二十三條規定之公共利益，然達成輔導人民團體健全發展之方法甚多（諸如提供有關人民團體運作之參考模式、提供相關經驗與諮詢等）。客觀上既有諸多「較不侵害憲法權利」的措施存在，系爭規定以及人團法其他有關內部組織與運作限制之規定，均甚難通過憲法第二十三條必要要件之檢視。

參、人團法應全面改革，徹底改變以管制角度出發之立法方式，使人民團體作為民主社會體制充滿活力之泉源

一、人民團體甚多純為私益而結合，與公益無關；對此種團體，國家實無介入管制之理由。對於推動社會發展及各項重要基本價值者，例如環境保護、永續發展、社會正義、消費者保護、強化婦女及弱勢之保障以及其他保護人權之團體等，國家對其結社自由，自更應妥為保護，使其自主發展，而無介入管制之理由。對於有害國家安全或公共安全、公共衛生或道德、公共秩序、或有礙保護他人的權利與自由者，在不逾越必要程度內，國家始有干涉之餘地。

二、人民團體之蓬勃且多元發展，對國家社會至關重要，對確保及維護充滿活力之民主社會體制(vibrant democracy)，亦甚為關鍵。然現行人團法多延續戡亂時期人民團體法之思維，以管制角度出發，對人民結社自由，設置諸多與國家安全或公共安全、公共衛生或道德、公共秩序、保護他人的權利與自由毫無關係，且無必要性之限制。其規定導致限制人民團體之蓬勃及多樣發展，反而不利於發展多元社會及提升民主社會活力之公共利益。僅舉數例而言：第三條所規定目的事業主管機關之「指導、監督」；第五條所規定人民團體組織以行政區域為原則；第七條允許其他法律得限制同一區域內設置二個以上團體；第九條有關必須經發起人會議、籌備會議等程序及主管機關派員列席；第十條之「核准」要件；第十七條有關理監事名額之規定；第二十條有關理事長連任之限制，均甚難認與維護國家安全或公共安全、公共衛生或道德、公共秩序、保護他人的權利與自由有何關聯。人團法實均有儘速全面檢討修正之必要。

三、將來之立法應遵守國際原則：歐洲安全與合作組織(Organization for Security and Co-operation in Europe; OSCE)下之民主體制與人權辦公室(Office for Democratic Institutions and Human Rights) 2015 年所出版之「結社自由準則」(Guidelines on Freedom of Association)建議執行結社自由之若

干重要原則，殊有參考價值。例如法律制度應「推定結社之成立、目的及活動均係合法」(Presumption in favour of the lawful formation, objectives and activities of associations)（見該準則第 27 段及「原則 1」)。國家對團體及個人行使結社權不應干預，且應保護團體免於受非國家機構之干涉；國家亦應創造有利於團體運作之環境，促進結社自由之行使；包括簡化規範要件、確保此等要件均不至於構成不當的負擔、促使團體得以接近利用各種資源、採行積極措施協助弱勢個人或團體以克服各項困難(The state shall not interfere with the rights and freedoms of associations and of persons exercising their right to freedom of association. It shall protect them from interference by non-state actors. The state shall also facilitate the exercise of freedom of association by creating an enabling environment in which associations can operate. This may include simplifying regulatory requirements, ensuring that those requirements are not unduly burdensome, facilitating access to resources and taking positive measures to overcome specific challenges confronting disadvantaged or vulnerable persons or groups.)（見該準則第 27 段)。任何人均應有決定加入或不加入團體或維持團體會員資格之自由；任何人均不應被強迫成為團體的會員，或因參與或不參與團體而遭處罰；團體應有決定其成為會員之規則，此種規則應僅受不歧視原則的限制(Everyone shall be free to decide whether or not to join or remain a member of an association. No one shall be compelled to belong to an association or be sanctioned for belonging or not belonging to an association. Associations shall be free to determine their rules for membership, subject only to the principle of non-discrimination.)（見該準則第 28 段)。團體亦應有決定其目標及活動（包括運作範圍）之權(Freedom to determine objectives

and activities, including the scope of operations)（見該準則第29段及「原則 4」）。將來人團法修法時，不應閉門造車，而應以國際人權相關標準與實踐，作為修法之準據，使憲法第十四條對人民結社自由之保障，真正成為促進社會多元、進步、充滿活力之根基。

協同意見書　　大法官湯德宗　提出

關於本號解釋之結論：人民團體法第十七條第二項（下稱系爭規定）限制職業團體一概僅能經由會員選出理事，再由理事就常務理事中選舉一人為理事長，或由理事互選產生理事長之規定，違反憲法第二十三條「比例原則」，過度限制人民於憲法上所保障之「結社自由」（含團體內部組織與事務自主權），本席敬表贊同。然，本席有兩點保留。

一、解釋理由書之論理過於模糊，應予改進。試問本解釋係採取哪種違憲審查基準？如何認定系爭規定之限制過當？

二、解釋理由書第三段末句「至某些性質特殊之職業團體，其他法律基於其他公益目的，就其理事長產生之方式所為之限制規定，不在本件解釋範圍」，應予刪除。所謂「某些性質特殊之職業團體」與「其他法律基於其他公益目的……之限制規定」，語意曖昧，不知所云；而所謂「不在本件解釋範圍」尤屬畫蛇添足。按本號解釋僅宣告系爭規定一概不許職業團體之會員直接選舉理事長之限制為違憲，原未禁止各職業團體依其性質與需要，自訂章程採取「間接選舉理事長」制；亦未限制其他法律（性質上屬人民團體法之特別法）一概不得規定「間接選舉理事長」制。系爭規定以外的其他法律規定本來皆不屬本件解釋之範圍（因本解釋未曾予以審查），何需就「此外」中之「部分」（所謂「某些性質特殊之職業團體」）特予排除（聲明「不在本件解釋範圍」）？如多數大法官擔憂外界未能正確解讀本解釋之意旨，至少應直截了當地說：「至於其他法律為規範性質特殊之職業團體，而限制理事

長產生之方式，是否合憲一節，本解釋未予審查，併此指明」。前述兩點保留意見實際上是相關聯的。唯有逐案建立審查基準，精緻論理，才能提升憲法解釋的可預測性與說服力，避免外界錯誤解讀。

中華民國104年12月9日
院台大二字第1040033443號
公布更正

部分協同部分不同意見書　　大法官陳新民　提出

民主就是領導者的遴選；由國民中選擇出來的領導人是「應召」出來，而擔任領導；而非顧忌其背後追隨之群眾，而由群眾掌控其領導。

德國大法學家　賴特布魯赫

本席贊成本號解釋多數意見對於人民團體法（以下簡稱人團法）第十七條第二項人民團體理事長採由理事間接選舉產生的規定（以下簡稱系爭規定）為違憲的結論，也贊成違憲的立論乃此硬性只准間接選舉之規定，未尊重人民團體應有「自主決定權」來決定其團體的運作與職員的選任方式。從而理事長的產生方式，應由章程自主決定，採取直選或間接選舉皆無不可。故系爭規定無例外地許可直選，而「獨尊」間接選舉的硬性規定，已牴觸此團體自主原則，違反比例原則而無效。

這是基於憲法保障人民結社自由權，所衍生的當然與簡單的結論，並無太大的疑慮，也毋庸在憲法學理大作文章。然而，惟恐外界解讀本號解釋會「失偏」，誤以為多數意見採行「獨尊直接選舉」的論述主軸，亦即斷定「團體自主權＝直接選舉理事長，例外時方准許間接選舉」—而非僅是認定系爭規定—「未設例外時得由章程許可直接選舉」而構成違反比例原則（註一）。此理由不僅是文字排列遊戲，而是斟酌職業團體的會員結構，多採個人會員與團體會員制，從而非全以直選制為可行也。

其次，本席也須強調，本號解釋應有提醒與督促立法者修正已嫌落伍的人團法與系爭規定的必要性。故觀察與評判本號解釋的重點，不應忽視本號解釋理由書第一段的宣示意旨：「……惟各種不同結社團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異，受法律限制之程度亦有所不同。對上開產生方式之限制，應視結團體性質之不同，於所採手段未逾必要限度內，始無違憲法第二十三條之比例原則。」亦即，在尊重團體內部意見的大前提下，立法者必須針對不同人民團體的性質，「量身定做」各種規範其內部組織與運作的「最低度」標準，這是立法者必須善盡的判斷義務，至於領導者的產生，及其相關的制度，方屬次要的問題也。亦即不可陷入惟有「直接選舉」方等於「團體自主原則」的迷思之中。爰提出協同意見以闡述之。

此外，本號解釋並未正視原因案件所引發的「法規範依據衝突」問題。亦即，聲請人為高雄教師會為要求直選理事長的法規依據，究係依人團法（系爭規定），抑或依據工會法之規定，形成法規衝突的問題。此雙軌制鬧出的「選制雙胞案」，已經影響人民結社權甚鉅，亦應構成大法官釋憲的標的。本號解釋多數意見雖未明言不予受理的理由，但顯以傳統之「不受理個案爭議」，或係法院「認事用法」之事由，而未予審查。本席則認為，事關法規範的衝突外，亦涉及教師會的定位為一般職業團體，抑或為工會，影響教師爭取自身權益頗為巨大，大法官實有義務為之澄清。為此，爰提出部分不同意見書，以申其理。

一、人民團體各有其性質，公權力對其內部組織與運作的干預，應有不同之密度

我國憲法第十四條規定人民有集會及結社的自由。此兩項人權，都在確保人民擁有「集合團體」表達共同思想與言論，或追求共同利益的權利。只不過集會權是短暫的集合意思，而結社權則為持續性質的集合權，同受憲法的保障。此結社權，如同一般的人權，除了積極的意義外，例如，發起、參與結社自由外，自

然包括了消極的結社權—即不參加結社的權利在內。

憲法對人民結社權的保障與限制，基本上也和一般人權無異，在符合公共利益及比例原則的前提下，得依法限制之。此限制的正當法律程序，首先繫於立法者對於不同人民團體應基於各種不同公益，而有不同的規範內容，此即對立法者的「區隔式要求」(Differenzierungsgebot)，不可對所有人民團體的內部秩序以「一以貫之」的標準統一規範之。

我國人團法第四條雖然區分為：職業團體、社會團體、政治團體等三種。但此區分十分籠統，不僅不無相互重疊之疑，同時，同一種團體內卻容納多種性質、公益性與公權力應介入的密度，極為迥異的團體於一處，即不合此「區隔規範」的原則。就以社會團體而論，社會團體係以推展文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益為目的，由個人或團體組成之團體（人團法第三十九條），即應將宗教團體排除，而納入政治團體中不屬於政黨的其他政治性團體。

按政治團體，依同法第四十四條的定義：「政治團體係以共同民主政治理念，協助形成國民政治意志，促進國民政治參與為目的，由中華民國國民組成之團體。」顯然又過於寬廣，應當僅限於「參與選舉」為目的的政治團體—即政黨。其餘當劃入一般社會團體。

如此一來，重新「洗牌重組」的人民團體，即可以因其對國家民主政治影響的重要性、以及其性質應否受到（主要是規範政治權利正當性的）民主原則某種程度之拘束，而可以區分成：社會團體，政黨與宗教團體，而異其受到公權力介入的密度。

首先，在規範所有三種在民主國家中作為具體而微的「小國家」的人民團體，都有構鑄其法制的「三根棟樑」—團體自治、民主原則及符合團體的「本質」。立法者即有義務，必須仔細地衡量之。

鑒於人民可憑自由意志來組織與參與結社之運作，稱為「組

織自主權」(Organisationautonomie)，及「運作自由原則」(Betätigungsfreiheit)，都源於「私法自治原則」(Privatautonomie)，而轉變成為「結社自治」(Vereinautonomie)。此由章程來決定其組織與運作的基本原則。然而如同所有的私法自治，皆不可違反公序良俗、權利濫用及其他法令的約束，違反時，自由受到國家的監督。民法對此已有詳盡的規範，而結社自治亦同，可由民法及其他法律加以約束。

三種人民團體，幾乎都享有此結社自治的權限，但在涉及到民主原則時，便有不同的標準。在國家應否援用民主理念來規範人民團體的內部秩序時，此原則的介入，即可分成強、中、弱三種光譜。

（一）最強的民主原則拘束力—政黨的內部民主

在最強的光譜部分，當指政黨的內部民主原則。鑒於政黨是彙集人民的政治意見、進而參與選舉、獲得主導國家或地方政權、擬定政策的機會之團體，已是法治國家運作不可或缺的制度。從而，人民組織與參與政黨的權利，亦即自由政黨的制度，與宗教團體一樣，都形成了結社權的憲法制度性保障(Institutsgarantie)，如同財產權一般。使得政黨與宗教團體，和一般的人民結社權，甚至組成或參加非政黨性質的政治性結社不同，具有在立法上特別重要的「制度性保障」之地位（註二）。

因此，政黨的內部運作，既然攸關國家的法治前景，如果其組織與運作不能符合民主法治體制，形同培養與訓練獨裁者的溫床，日後國家將政權交予此種政黨，豈非「將羊群交付給惡狼」？威瑪共和的命運終結於反民主結構的納粹黨（尊奉黨內一元領導，不得有雜音與異議的領袖獨裁制），便是一個活生生的例子，也是台灣俗語「養老鼠咬布袋」的寫照！

故為避免前車覆轍，德國基本法第二十一條第一項第二

款便明白規定政黨內部秩序應符合民主的基本原則。同時此內部民主制度，且列為政黨存在與合憲性的必要條件。

政黨的內部組織及其運作，必須依據民主與自治的程序產生，故其領導的組織（例如，採取主席制或委員會制），以及產生的程序（例如，黨員直選或間接選舉），由黨章決定（註三），但不可實施無任期或獨裁等領導體制（註四）。故此不符合民主的體制，儘管透過黨員自由意志與章程的規定，亦不能免除遭憲法法院宣告違憲的後果（五０年代德國聯邦憲法法院宣告兩個極左與極右的政黨違憲的理由之一，即不僅基於其主張的理念違憲，也包括其領導結構的反民主）（註五）。

人團法第四十九條雖已有類似的訴求：「政治團體應依據民主原則組織與運作，其選任職員之職稱、名額、任期、選任、解任、會議及經費等事項，於其章程中另定之」。但其對章程的概括授權，也留下了極可能利用「章程自治」掩飾黨內不民主之體制與運作的實情，亦即，欠缺強而有力的「外律」，將無助迅速整建國家各政黨成為「從裡至外」及「從上至下」都是踐行民主理念的「示範團體」！

最明顯的例證之一，即人團法並沒有採行類似德國政黨法般，對政黨的各階層組織的構成—特別是處理黨員的權利、義務與懲戒等爭議所必須設立的黨內仲裁制度，採行強制規範，俾使能「依法治黨」。故欠缺詳盡的規定。儘管本條文自誕生以來（民國七十八年一月二十七日修正），已近三十年，類似國家法院訴訟成立三級三審的黨內仲裁法庭為例，卻沒有一個政黨的內部秩序完全符合「德式標準」。可見得該條文已淪為訓示規定矣。此由前二年喧騰一時的撤銷王金平院長黨籍案的風波中，也看出法院對國民黨處理黨籍撤銷的考紀制度，不表支持的見解（臺北地方法院一０二年度訴字第三七八二號及臺灣高等法院一０三年度上字第四

九一號判決)。而法院在此判決的理由，仍是援引民法第五十條第二項第四款之將開除社員作為總會的職權之一，及類似的人團法第十四條：「人民團體會員（會員代表）有違反法令、章程或不遵守會員（會員代表）大會決議而致危害團體情節重大者，得經會員（會員代表）大會決議予以除名。」的見解，並運用在政黨開除黨員之上（註六）。

這種見解，顯然脫離了政黨的現實。按政黨的規模並非一般社團可比，召集社員大會豈易經常召集？同時開除黨員，事涉複雜的違紀行為之曲直，非一時召集與閉幕之大會可作決定，否則即可形同「公審」！故應當比照國家的訴訟程序（特別是行政訴訟)、以貫徹正當法律程序，以突顯政黨內部秩序符合民主與法治。且黨員行為致招懲戒除名，泰半基於其不當言行，此時更應確保除名程序的公開與公正，方可免於政黨陷入「一言堂」的危機！

因此，黨員的除名事宜，不應以人團法的召集總會方式決議，而應當委由專責的仲裁機構來解決之（註七)。王金平案件的判決結果顯示出一審、二審法院也脫離不了傳統思維的巢臼，更可提醒吾人政黨法的立法，已經迫在眉睫矣！

但我國人民團體法卻將這三種結社規範在同一法內，如以目前人團法不精確的分組—例如，上文已特別提及之社會團體應移入非政黨之政治團體，而將宗教團體移出。否則，卻將最重要的內部組織與運作，只限定在職業團體，對於政治團體與社會團體反而許可另以章程規範之(人團法第四十一條與第四十九條)，故對於內部民主秩序的實踐，影響最重的，尤其是職員的產生規範，即對社會團體及政治團體無適用之餘地。則顯然失之過偏，例如，後者（第四十九條）對政治團體的內部民主原則，雖有強調「民主原則組織與運作」，但卻只是紙上原則。考其因，乃原本人團法制定時，朝野黨派有「期待政黨法制定與規範」的共識，才會對如此

重要且強制的規範，輕輕一筆帶過，才會演變出我國目前各政黨內部民主制度無法落實的窘境也。

（二）民主原則拘束力最弱者—宗教團體

相反的，處於民主原則拘束力光譜最弱者的一環，當指宗教團體。宗教信仰受到國家憲法保障的力道，遠超過結社權，此乃基於西方民主法治國家的發展與宗教自由有特殊的關聯所致。宗教自由也經常涉及思想自由，國家應給予最大的保障，不僅保障人民參與與進行宗教儀式的自由(Kultusfreiheit)，也保障人民有宣揚與創造新教義、成立新宗教與教派的權利，國家不得審查宗教的內容作為許可宗教成立的條件等等（註八）。

宗教既然涉及人民精神層面的信仰與價值判斷，存在人民的內心思維領域，因此，很難以科學或其他人為的規範來拘束之。故對宗教團體須給予最大程度的自治，尤其內部組織，更可依其教義、歷史傳承及目的性，而有自行規範的廣大空間。

故宗教團體內部並不存在民主制度的必要性，宗教團體可以自行決定其領導階層的產生。以歷史最悠久的天主教而論，長達二千年的歷史，並不實施任何的民主制度，其主教、樞機主教及教宗，並非由教區教友及全體神職人員直接或間接選舉產生，而靠上級指定。幾乎所有的基督教與回教的教派，亦莫不如此。

同樣的，不僅民主原則如此，即使平等權亦復類似。男女平等原則幾乎亦不適用在許多宗教團體的領導階層產生之上。例如，天主教的神甫、主教，皆不得由女性擔任。回教亦同。本席在釋字第七二八號解釋協同意見書已提到，為了合理化給予祭祀公業的派下權規範，為了尊重傳統之只有男系子孫（包括入贅）能擔任派下員，而免除男女平等原則的適用，唯有將人民信仰祖先崇拜及視祭祀公業，相當於宗

教團體，才可以賦予其憲法不同對待的合憲性基礎。可參照本席之立論。

（三）中度的民主原則要求—社會團體亦有三級密度之區分

除了兩極的政黨與宗教團體外，屬於中度民主原則介入的社會團體，仍可以分成三種管制光譜。

最寬鬆的當係一般的人民團體，並不涉及強制入會或公權力的賦予者。在我國人團法中，主要是指社會團體—係以推展文化、學術、醫療、衛生、宗教、慈善、體育、聯誼、社會服務或其他以公益為目的，由個人或團體組成之團體（人團法第三十九條，但應排除宗教，並納入非政黨之政治團體已於上述）。這些社會團體，與公共利益的關聯性較低，國家的介入可比宗教團體稍強，能對其內部秩序與民主原則為框架性與原則性的限制—例如，規定一定的組織（例如代表會）的職權，與定期的開會等，以確保起碼民主理念的實踐與會務運作即可。

應較嚴格干預者，則在未有「強制入會」(Zwangsmitgliedschaft)、賦予公權力及不屬於排他性與獨占性的一般職業團體。基於此種職業團體仍負擔結合同業，維護共同利益等，有助於同類產業或職業者的權利與發展，與公共利益的關聯較為密切，國家自宜給予較高的管制，故人團法有關職業團體之規定，即以此類之職業團體為規範之對象，已經有相當強制與起碼的規範—例如，理、監事的制度，及系爭選舉理事長的規定。

至於最嚴格的則屬於強制入會，且賦予公權力的「獨占式結社」(Monopolverein）或「排他結社」(Exklusive Verein)時，則應當給予公權力更大與高密度的介入權。

然而，這種最高管制密度的職業團體，由於多半採行「強制入會」的制度，例如不參加特定的職業團體（例如，律師公會、會計師公會），即不能執業，便是因為此類似的公法

人具有一定的公共任務，甚至被賦予公權力（例如，職業專業訓練、證照的發給及懲戒權的行使），被排除會員資格者，甚且喪失行使職業自由的效果。故對於人民的權利義務限制甚大。同時，也強調「力量集中原則」，常有數量的管制（亦即一地只有一個職業團體），所謂的「排他團體」時，亦復如此。立法者基於重要性原則，必須對此種人民團體的運作、權限給予較為細密的規範，避免領導與運作階層的權力濫用（例如，不得實施「閉門」政策，而是強制採行「開大門」政策，開放會員自由入會），行政機關的監督與法院的審查密度皆必須隨之提高也（註九）。故都會採行單獨立法的模式，以求規範之明確與周詳，並且具有公法的性質。這已經形成立法潮流，也掏空了人團法的規範力。但在理論及體系上仍有納入的一席之地。

故就此而言，以德國憲法學界對於結社權的保障，主要是實現在組成與參加或不參加私法性質的結社（所謂的「私法自治」也）。至於，公法性質的結社權，則可由公法來構建其法律關係。這也是基於憲法的結社權，雖包括「消極的結社權」—不加入結社的權利，但僅限於私法結社而已。至於在公法結社上，即無此消極的結社權可言，可由不同的公法職業團體的規範上，限制此消極權也。這也是因為這種強制加入的規定，事涉職業自由，也屬於一般行為自由權的限制問題，才使其由結社權脫離而出也（註十）。

職業團體既存在多元性，其任務及權限各有不同。故大法官在釋字第七二四號解釋理由書第四段已有相關的論述：「人民團體中之職業團體，其現行相關法制，基於歷史背景，雖強制會員入會，但並未普遍賦予公權力，相關法規對其又採較強之監督，主管機關宜考量當前社會變遷，於立法政策上審慎調整各種職業團體應有之功能及相應配合之監督強度，建立適當之法制規範，併此指明。」顯見凡是賦

予公權力、強制入會（方能執業）及限定數量的團體，亦即非自由參與性質，屬於「獨占式結社」時，公權力的介入既然相對提高與密集，自然可在其自治範圍給予較高的管制（註十一）。只不過我國人團法對於職業團體卻未對此兩種職業團體特加區分也。

綜上所述，整個國家公權力及民主原則的介入，以及團體自主權範圍的大小問題，由緊密至寬鬆，在理論體系上，可以下述五種光譜表列顯現之：

政黨→獨式職業團體→非獨占職業團體→社會團體→宗教

由此表，吾人即可以立即發覺人團法違反「區隔規範」情況嚴重矣！

二、人團法「包山包海」的落伍立法方式，應速修正

我國人團法對於人民團體的規範，除了在分類上已經含糊混亂、相互重疊。以職業團體而論，就必須區分有無公權力的授予，以及是否自願參加。質言之，必須排除許多由公法創建之公法人的適用，由其可對其內部組織與運作給予特殊的規定。這也是人團法第一條的「其他法律優先適用原則」。例如，醫師法、會計師法或律師法等，幾乎所有專門技術類的職業，都有專業團體法的制定及其必要，故人團法的職業團體之規範的重要性，已形降低。

人團法因此必須退縮為基準法與普通法的地位。主要剩下規範其他屬於私法性質的結社。在立法上，立法者即有審慎判斷所規範之人民團體的任務、公益的依賴，及對團體成員權利保障的重要性等，而決定應否自行規範其內部秩序，或交由人團法來依一般程序規範之。故立法者必須受到如釋字第七二四號解釋意旨的拘束，非有廣泛的形成自由權可言。

而上述人團法系爭規定的適用對象，便受到上述人民團體「性質與定位」的拘束，這也是立法者的判斷應受到人權憲法位

階的審查。

本號解釋原因案件顯然衝擊了人團法與相關規定的合憲性，人團法讓應當最嚴格的審查標的—政黨，與最寬鬆的—宗教團體，同樣准許其以章程另行訂定。這簡直是「雞兔同籠」。此二種團體理應各自立法，卻「遁向章程」(Flucht in die Satzung)，也是立法怠惰的表現！

而在相對而言，應當有必要給予原則性規範的社會團體，卻如同宗教團體，留予章程自由決定；非獨占性職業團體，應較寬鬆規範，卻與較嚴格的獨占性職業團體適用同樣的規範，且頗為僵硬的規範，形成了該寬卻緊、該緊卻寬的混亂現象。

這說明了人團法的立法，時處甫解除戒嚴之時，絕大多數的條文乃承繼動員戡亂時期的法令而來，雖然在立法當時不無有美其名為「輔導」或「示範」當時有如雨後春筍般所冒出的許多的人民團體訂立章程的初衷。但時過境遷至今，難免已落伍過時至極，然而多數意見卻未有要求儘速修正的期許。似乎對此不合時宜與體系混亂的「不良立法」，有超乎想像的容忍力，確令本席無法贊同也！

三、直選迷思？立法者可否以「間接選舉」作為「選舉基本模式」，而非「直接選舉」，以彰顯系爭規定僅是「最低民主要求」？

如同本席在本意見書一開始所提出的疑慮：擔心外界會有對本號解釋的用意，乃是「獨尊直選」的重要性。為避免此可能帶來誤解的來源—本號解釋的立論（本號解釋理由書第三段），加以澄清。

首先，本號解釋理由書第三段，有下述的文字，明白承認直選制與間接選舉制，都符合民主的原則：「……惟職業團體理事長不論理事間接選舉，或由會員直接選舉，或依章程規定之其他適當方式產生，皆無礙於團體之健全發展及促進社會經濟建設等目的之達成。……」由此段的內容，可知乃肯認理事長的選舉方式，不論直選、間接選舉，甚或章程決定的其他方式，都能確保

職業團體成立的目的。亦即持「選制中立」的態度，這是對「選制本質上的確認」。

故不論立法者採行A制（直選），或B制（間接選舉），或同時許可採行A制或B制，都符合憲法的目的也。如此一來，即令系爭規定採行B制，亦不致於違憲。但此命題即和解釋文牴觸，顯見此命題必須修正，以免邏輯上的不周全。

亦即，除非另有其他憲法上的原則必須遵守外，否則立法者採行上述三種選制，純屬立法裁量權，皆無損人民的結社權及人團的順利發展。

然而，理由書卻風頭一轉，接著「……系爭規定強制規定『由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之』，致該團體理事長未能以直接或由章程另定其他方式產生，已逾越達成系爭規定立法目的之必要……」可知此時多數意見的敘述，便指摘立法裁量只選擇B制，而未選擇A制或A、B制，即屬違憲（註十二），但未言明立法裁量權為何不得如此之原因，自然容易令人產生聯想，此論理頗獨鍾A制。易言之，倘若系爭規定乃是強制適用A制，是否即可符合上述論述的要求？還是理由書會同樣的出現下述的意旨：「致該團體理事長未能以間接或由章程另定其他方式產生……」？恐怕令人懷疑。故此種論述並非妥適。

因此，吾人應當在立法者的裁量權應予以限制的部分，稍加論述：

首先，上述三種立法裁量可選擇的方式，並非全部都有「等值功能」，立法者應當對各種團體的特性以及適會哪種選制，給予明白的判斷：如果涉及幅員廣大的團體—例如，世界性的組織（世界台灣商會聯合總會即為一例），或是團體成員夾雜有團體與自然人時，亦不適合實施理事長直選制，而只得以間接選制為妥。

就此而言，本號解釋理由書第三段所明白引用人民團體織法

第三十五條的規定：「職業團體既然是為同一行業之單位、團體或同一職業之從業人員所組成」，可見得職業團體是由「單位、團體」以及「從業人員」為組成員，亦即，其組成員並非全由自然人（從業人員）所組成，亦有其他的團體成員，此時，如何進行「組成員直選理事長」？因採行直選制會有許多技術上的困難，容易引起爭議，最明顯的例子莫如：應以組成員一人一票制，或是團體成員以其會員為實際票數，而非一票計？這都是引用民主原則來論斷「理事長直選制」正當性必須解決的前提。反之，採取間接理事制，則可因團體會員與個別會員人數的比例，區分為團體代表與個人代表的理事席位，更合乎公平與可行。

在本案原因案件適用的教師法，亦有同樣的情形。

按教師組織分為三級：在學校為學校教師會；在直轄市及縣（市）為地方教師會；在中央為全國教師會（教師法第二十六條第一項）。而教師法施行細則第二十五條則對上述三種教師的組成有更明確的規定：「本法第二十六條第一項所稱學校教師會、地方教師會、全國教師會，其定義如下：一、學校教師會：係指各級學校專任教師所組成之職業團體。二、地方教師會：係指於直轄市、縣（市）區域內以學校教師會為會員所組成之職業團體。三、全國教師會：係指由各地方教師會為會員所組成之職業團體。」

由上述的規定清楚的得知，唯有學校教師會，才是採取個人會員制；其餘地方教師會及全國教師會是以各校或各地方之教師會為會員，即團體會員制。顯然只有在學校教師會實施直選較為可行也。豈可仍然一面倒的「獨尊直選」乎？

故如立法者鑒於同一種職業團體，如基層組織可採行直選與間接選舉制，中高層只能採行間接選舉制，恐此「二元選舉制」會形成困擾，為圖統一與簡便，才決定採行各階層組織皆可適用的間接選舉制，作為「基本款」，亦非完全可指摘其無理由也。質言之，系爭規定的違憲性並不算嚴重。只不過，為了權衡尊重

立法裁量，以及在情況許可下，儘量尊重團體自主權的重要性，可以導出：立法者應當例外許可由章程另定，採行直選的可能性，否則即可能違反比例原則（註十三）。

如此一來，則是以間接選舉作為最起碼與最低限度的民主選舉方式。故本席不吝多費筆墨，在此不得不澄清多數意見並未「獨尊直選」與墜入「直選為較民主」的迷思之也。

四、不同意見部分—應解決聲請釋憲意旨的「法規範依據衝突」的問題，而不應以「具體個案為由」而不予受理

本號解釋在理由書第三段最後出現了下列的文字：「至某些性質特殊之職業團體，其他法律基於其他公益目的，就其理事長產生之方式所為之限制規定，不在本件解釋範圍。」

其究竟意所何指？頗啟人疑竇。由字面上意義，可知乃指若有其他特別法關於理事長的選舉方式—例如，律師法、會計師法，不在本解釋的範圍。這是當然解釋，理由書第二段也引申人團法第一條之已有此規定特別法的優先適用，何庸此贅筆乎（註十四）？

故是否本段文字意指，本解釋不擬涉及個案原因事件所涉及的教師會的定性，以及是否適用其他法律—例如工會法，選舉理事長特殊規定的合憲性問題。尤其本號解釋理由書最後未如往例般有明白說明「不受理的部分」，故實質上並未對原因案件所援引教師法與工會法的違憲性問題，加以解釋，此段「不在本件解釋範圍」恐怕即指此「不受理的部分」罷了。

這種迂迴說法，徒引起不必要的猜測。按原因案件主要是針對教師法第二十六條第一項規定：「教師組織分為三級：在學校為學校教師會；在直轄市及縣（市）為地方教師會；在中央為全國教師會。」由直轄市教師所組成的教師會，應否適用工會法或人民團體組織法的規定，涉及到人民結社權的實踐與保護，本即屬於大法官釋憲的職責。

原因案件的產生，便基於此適用法律的爭議：按教師成立維

護自身共同利益，並促進教育政策的品質與效率，而組成的職業團體，固然可依人團法組成之；亦可以因其具有類似勞工身分，得為進行團體協約之行為等，而組織工會之方式，即可適用工會法。因此，應適用何種法律？

由教師身分組成之團體，由人團法之規定乃是普通法，並無優先適用的強制效力。而觀乎教師法第二十六條第一項所成立的教師會，依同條第三項之規定：「各級教師組織之設立，應依人民團體法規定向該管主管機關申請報備、立案。」顯然應以人團法為適用的基準法。

故由教師法第二十六條的規定，明白以人團法作為各級教師會的設立程序。已獲法院的肯認。

然而，這種解釋有其歷史背景：教師法第二十六條制定於民國八十四年八月九日，實施至今。而當時之工會法第四條（民國三十八年一月七日修正公布），明定：「各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會。」明白排除教師組成工會，故教師只有依據人團法之規定，行使結社之權利一途。

然而，工會法已經於民國九十九年六月二十三日修正第四條，其第三項已經規定：「教師得依本法組織及加入工會。」教師組成工會的禁令已然刪除，回復到教師得依人團法之規定及工會法之規定，組成一般職業團體性質或工會法性質的教師會。其程序則以所依據的法律為規範，其任務與存在之目的，也各依該法的規定。從而教師法（第二十六條第三項）與工會法（第四條第三項）的規定，即形成「法規範依據的衝突」。如果此法源的衝突不能澄清，何以解決下游的依法行政與依法裁判的問題？

為解決此問題，可由兩方面著手：第一，應詳予論究結社與團體的目的與任務取向；第二，就一般「法規適用衝突」的解決模式—後法與前法的關係，來尋得解套之方。

第一，如以結社的目的與任務取向而論，工會法有明白的「目的取向」—工會以保障勞工權益，增進勞工知能，發展生產事業，

改善勞工生活為宗旨（工會法第一條）。同時其任務有洋洋灑灑十四款之多（工會法第五條），都環繞在爭取勞工最大的利益。同時在今日工業的時代，靠薪金為生的藍領階級儼然成為國民最大的族群，為了維持社會正義及勞工福祉，現代民主國家恆以保障勞工階級能透過團體協商與抗爭，來取代個別勞工與資方的單打獨鬥，故尊重與扶持勞工的結社權，尤其是工會的結社權，儼然成為國民結社權中最重要的一環（註十五）。

一語以蔽之：人民結社權在憲法上的地位中，關於政治性質的結社權已由政黨及政黨法所取代；宗教性質的結社權，已由宗教自由與宗教法所掏空；營利性質的結社權，成為財產權保障，以及公司法等商業團體法所規範的重心。故人民的結社權，殘餘的重要性唯有置於確保人民勞動結社的重要性，特別是履行勞動條件與勞工權利所繫之團體協約的工會之上（註十六）。對此而言，世界人權宣言第二十條，及公民政治權利國際公約第二十二條與經濟社會文化權利公約第八條，都有類似的宣示，顯示重視勞工結社權，已經形成國家政治憲法與經濟憲法最重要的架構之一（註十七）。

相形比較，人民參加人團法所規定的職業團體，只在第三十五條泛泛提到職業團體的定義（註十八）。此外，對職業團體的目的與追求的利益，卻不置一詞。但在本號解釋原因案件所涉及的教師工會的屬性而言，雖然依教師法第二十六條第二項定位為應依人團法成立，顯然歸類為職業團體，同時第三項對地方教師會及全國教師會的組成要件的嚴格規定：「地方教師會須有行政區內半數以上學校教師會加入，始得設立。全國教師會須有半數以上之地方教師會加入，始得成立。」明顯的又將之規劃入「獨占式」的職業團體，從而對其內部的組織與自決權利，公權力享有更高密度的介入空間。

但在另一方面，教師會偏向公會的屬性更為強烈。此由教師法第二十七條，已對教師會的任務有較周詳的規定（註十九），

已完全和工會法的精神並無二致（註二十）。因此，教師會應定位為工會，故應以工會法為其規範之基準法，而非規範泛泛其他一般性質職業團體之人團法也。這當屬於開放教師成立工會時的立法過失，而應透過此次解釋來予糾正。

第二，援引法律解釋方法上，最典型的「後法優先前法」的原則。工會法既然已於民國九十九年六月二十三日經過修改工會法第四條，開放教師成立工會的權利，此效力理應先於民國八十四年通過的教師法有關教師會依據人團法成立的規定，是乃依據立法者最新的意志：教師的結社屬於教師工會，可納入國家扶助與支持教師透過團體力量以爭取教師福利與工作環境的意旨（註二十一）。

故本號解釋原因案件便爭執其所成立的直轄市教師會應否依據工會法的規定行使選舉理事長（註二十二），並援引工會法第十四條的相關規定。但確定終局裁判則明白否認當時在遭行政機關不利處分時，應適用之未開禁教師組織教師會的條文，在判決時雖已修正開禁，但仍不得溯及適用。同時也反對工會法第十四條（理事長直選規定）能援引適用本案的見解，而作成駁回上訴的立論。因此，聲請人於聲請意旨中認定最高行政法院的確定判決，不採納當事人的主張，應適用工會法第十四條的直選規定，而硬性要適用對其不利的人團法系爭規定，致遭敗訴而侵犯其結社權，方提起本號解釋。此極為明確的違憲訴求，豈可謂「原因案件的確定判決未適用工會法第十四條的直選規定」為由，而作出不受理的決議。此種說詞是否難以自圓其說，與不合邏輯之甚乎？

或謂此乃行政法院「認事用法」之錯誤，亦不構成大法官受理的理由—亦即，終審法院應適用A法律，卻誤用B法律；或法院應適用A法律的C法條，卻誤用為D法條，則屬於「用法」（適用法律）的錯誤，應循一般法律救濟程序來挽救，非可循釋憲救濟之途徑。蓋釋憲制度非「糾正終局審判違法判決」的「超級第

四審」也。從而在本案，行政法院應當援引工會法的直選規定，而非人團法的系爭規定，即可平抑事件的爭端，故屬於「誤用法規」的錯誤，即是一般法院的錯誤判決，非關釋憲機關之事！

倘持此見解，恐更難獲得外界的認可與支持！按此時已非僅是個案的認事用法問題，而提升到「法律位階層面」的違憲之上。查考確定終局裁判斬釘截鐵地引述人團法的系爭規定，且不懷疑其違憲性，認定教師工會應僅適用人團法而非工會法之規定，且否認此種見解會有公權力過度介入人民自治事項之處。法院的合法性信心十足，連教師法規定教師會應依人團法程序的依據都不引用，顯見得我國法制對教師會的法律定位存在著高度的不確定，才會引起最高行政訴訟的終審法院有此確認，身為釋憲機關，豈有不澄清與糾正立法機關所造成的嚴重疏失，未能在工會法於民國九十九年解禁教師組成工會後，一併確定教師工會是否為一般的工會或一般的職業團體，從而有不同的專屬法律規範，才會造成本號解釋原因案件的產生，立法機關豈有不檢討改進的餘地，而一味指摘確定終局判決的「認事用法錯誤」，試問被指責的終局最高行政法院可甘服乎？

本號解釋的多數意見儘管作出「不受理個案曲直」的不受理決定，但對系爭案件的教師會之屬性，也仍然未加定論，相信收到本號解釋文後，聲請人恐怕仍茫然不知：到底大法官給我們的權利，提供了什麼保障？我們教師會已經明白由章程規定直選，為何不必依工會法已有的規定，承認工會理事長直選的合法性與合憲性，反而要依人團法的規定不可，且還要等待本號解釋作出一年內，立法院通過系爭規定的修正，許可職業團體透過章程決定直選時，方可透過此方式產生本會的理事長。請問，此種「答非所問」的解釋方式，豈非將「一蹴可及」的解釋，卻要捨近求遠，迂迴轉進「九轉十八彎」，憲法秩序僵化與僵硬，莫此為甚，本席只得徒呼負負矣！

五、結論—選舉領導人首重信任及領導人的自我操持，否則任何選制

都無助於團體內部民主秩序的建立

本號解釋的標的既然針對人民團體理事長的選舉方式，並強調團體自主意志的重要性。同時在理由書第三段特別強調理事長的職務執行，足以影響團體的健全發展，顯示出理事長職位的重要性。

誠然，人民團體能否依靠組成員的力量，而無國家與公力的支持，而能妥善與合乎目的地運作，光賴硬性的內部秩序之法規範，是不足夠的，仍需要「人」的運作—健全的領導，乃是確保憲法保障人民擁有結社權利所能達到合憲目的不可或缺的要素。

德國在二十世紀初威瑪共和時代，最著名的法學家之一的賴特布魯赫(Gustav Radbruch)，在德國全民族幾乎全部深埋入納粹主義的民粹狂潮中，甚至法學家也不能倖免此主張訴諸直接民主、鄙視間接民主的代議政體之風潮。但賴特布魯赫是極少數「眾人皆醉我獨醒」的例外。在目睹此一狂潮毒害德國十三年後，賴特布魯赫提出了其沈痛的反思：

「民主就是領導者的遴選；由國民中選擇出來的領導人是『應召』出來，而擔任領導；而非顧忌其背後追隨之群眾，而由群眾掌控其領導。」

這一句名言坦陳民主體制，仍然離開不了領導者的遴選，並受領導者的領導。但領導者必須了解其責任與職權的產生目的，而必須為整個國民而負責，而非狹義的自認為為其支持者之群眾所付託，且進一步的為其黨羽群眾的意志所左右與支配（註二十三）。

賴特布魯赫這席話，十分貼切的將民主原則、人民團體的妥善運作與領導人遴選等「三角關係」密切的聯結在一起。沒有領導人的領導，任何人民團體無從施展其抱負。而以民主的理念與制度選出理想的領導人（及組織）（註二十四），更應操持維護民主原則的責任感，如此一來，主要靠著自律為主、他律為輔的團體自治原則，或結社自由原則，方有可能走上正軌。否則任憑直

選制或間接選制，再如何妥善，都無法樹立團體內部的民主秩序也。

因此，本號解釋的作出，希望不要造成全國各地各種人民團體，包括職業團體在內，會誇大與渲染「直選論」的重要性，進而紛紛修改章程，改選理事長等，徒增紛擾與引發內鬥外鬥之動盪，則本號解釋未見其利，反見其害，是否更得不償失？但本席寧可抱著樂觀的態度，有失必有得。大凡重大的改革，都必須先觸及心扉之痛，才會有痛下決心改革的可能，本號解釋—雖然僅侷限在有限的打擊範圍—，但也足以捅到人團法此已腐朽萬分之立法的馬蜂窩！立法者應當痛下決心摘下此螫人的蜂巢，全盤整治人團法、重新制定宗教團體法、政黨法，以及其他許許多多有關工商產業團體的法律，該符合民主與法治精神的內部民主機制，能夠貫徹在所有規範人民團體的法律之上（註二十五）。

（本修改版本乃是本席於本號解釋作成當日會議結束前修改之版本。）

註一：就以邇來外界對大法官解釋的解讀有無失真，引發要求大法官對解釋文字應當要更精確易懂的風風雨雨，故擔心外界有誤解解釋主文與理由之虞，顯非過慮之舉也。可參見，王健壯，大法官要重修法律語言學，2015年10月11日聯合報專欄。

註二：關於基本人權的制度性保障，以及其對立法者的規範重要性，可參見陳新民，憲法學釋論，2015年5月，修訂八版，第141頁以下。

註三：1967年制定的政黨法第6條以下，對於每一個政黨的黨章，應當對哪一些內部組織應有規定，有明白的說明。例如，第11條第1項規定：黨的理事會，至少每二年應選舉一次，其成員不得少於三人。至於選舉方式，在基層黨組織可採直選，但超過250個黨員者，可採取間接選舉方式產生上級黨部之職員（第8條第1項）。

註四：就此點而言，德國最著名的行政法學者福斯多夫(E. Forsthoff)，

在1950年基本法甫公布時，便明白的表示，基本法第21條第1項的政黨內部民主原則，便是要摒棄法西斯政黨的「領袖制」，黨意應當「由下至上」作成之，不可反方向「由上至下」形成。Forsthoff/Loewenstein, Die politischen Parteien im Verfassungsrecht, 1950, S. 16;可參見，陳新民，論政黨的內部民主原則，刊載：憲法基本權利之基本理論（下），2002年7月5版，第224頁。

註五：亦即1952年10月23日公布禁止極右的「德國社會帝國黨」(SRP)違憲案判決(BVerfGE 2, 1)及1956年8月17日作出的極左的「德國共產黨」(KPD) 違憲案判決(BVerfGE 5, 85)。可參見陳新民，論政黨的內部民主原則，刊載：憲法基本權利之基本理論（下），第211頁。

註六：可參見，陳新民，憲法學釋論，第332頁註5處。

註七：在德國，即使一般人民團體，如果有內部的仲裁制度—例如，榮譽法庭，來審查會員的違紀時，亦可由其審理開除會籍的權限。德國聯邦法院在1967年3月6日作出一個著名的判決，至今常為教科書所援用(BGHZ 47, 172, NJW 1967, 1268)：榮譽法庭若由章程設定負責會籍的剝奪時，會員必須於進行該法庭的申訴程序並無效後，方可請求法院審查該剝奪會籍之決定。但有難以要求的理由致使該會員無法進行該申訴程序時，不在此限。法院得審查有無事實上的理由，以及是否無程序上的瑕疵，以斷定該開除決定的合法性。不過，法院在採行這種審查的密度方面屬於較寬鬆，留給仲裁制度較大的判斷空間。可見得在一般人民團體亦得以章程，由特別成立的機構審理會籍的剝奪，毋庸透過代表大會，只是應確保會員的申訴權利也。

註八：可參見德國聯邦憲法法院對於巴哈伊教判決(Bahai)，BVerfGE 83, 341.

註九：故對於法院的審查權限，便和法院尊重一般社團等享有高度自治，如同註7處所述，法院雖可審查紀律處分是否在實質與程

序面有無合法，但多半只是形式審查，及權力有無明顯濫用之虞，尤重會員的申訴權利有無落實。但在此類的排他與獨占團體，事涉會員的職業機會、生存權與人格發展權，不能讓諸領導階層及仲裁機構的可能濫權。故對其合法性的要求，已偏近行政訴訟，法院可審查任何來自實質判斷的瑕疵，至於程序的瑕疵更不在話下矣。P. Badura, Staatrecht, 6 Aufl., 2015, C. 65.

註十：這是德國學界幾無異議的通說，見 R. W. Füßlein, Vereins-und Versammlungsfreiheit, in Neumann/ Nipperday/ Scheuner, Grundrechte, Bd. II, 2 Aufl. 1968, S.431; Jarass/ Pieroth, GG Kommentar, 13 Aufl., 2014., Rdnr. 7 zum Art. 9.

註十一：因此，對於會員的加入與開除與否，即非可由章程，或由團體的決策人員所決定，此和一般宗教團體、社會團體，甚至無公權力的職業團體能享有接納會員之自由權，有極大的差別也，顯示公權力的介入程度甚深。Jarass/Pieroth, GG Kommentar, Rdnr. 16 zum Art. 9.

註十二：如此時能加上類似的一句：「反之，若只選擇 A 制，而不許可B制，亦同樣侵犯團體自主權」的敘述，庶可避免語意上產生的誤解，而顯出真正的「選制中立」的態度。

註十三：如果立法者未對應有特殊不同規定必要的例外情形，卻未給予彈性的法律效果時，大法官解釋可視為牴觸比例原則，已經數見不鮮。例如，釋字第641號解釋（米酒案）、釋字第669號解釋（空氣槍案）、釋字第711號解釋（藥師執業處所限制案）、釋字第712號解釋（收養大陸地區人民限制案）、釋字第716號解釋（禁止公職人員及其關係人與服務機關交易案）、釋字第718號解釋（緊急性及偶發性集會遊行許可案）等。

註十四：或謂如此一來，目前有關於工商同業工會或其他職業團體的法律，有關理事長的選舉，如出現類似系爭規定之情形，即毋庸比照本號解釋的精神，致使本號解釋所指摘的違憲選制

繼續存在，而使得本號解釋的功能極度限縮乎？以釋憲乃司法性質之行為，儘管我國採抽象法規審查，仍不免侷限於聲請的法規為效力的拘束對象，故無論如何，不可能擴充所謂系爭人團法規定（或本席所主張的工會法與教師法），於其他與原因案件無關的法律之上。但其他法律若有本號解釋所宣示的違憲性，立法者自有從速修正相關法律的義務，這也是本席在本號解釋一再強調立法者有仔細判斷各種人民團體之性質與選制的可行性，而量身制作最合適法律的義務也。易言之，本號解釋可以充當火車頭的進步功能也。

註十五：著眼於這是一種「結合式」的人權，以組成團體為行使的結社權，即個人的利益端靠團體集體的力量來獲得與確保，而非靠著個別人權的保障來達成，因此憲法學上可稱此權利為「結合團體自由權」(Verbandfreiheit) 或「團體權」(Koalitionsfreiheit)。P. Badura, Staatrecht, C. 98.

註十六：為了突顯此類勞動團體的重要性，德國基本法在第 9 條第 3 項特別例外的承認：「基本人權第三者效力理論」，保障人民參與此類維護其工作條件的結社自由權，並不受私法契約有排除規定的影響，亦即：此類結社權有在私法契約中強制實施的效力。

註十七：工會的重要性，也由傳統的職業團體脫離而出，在所謂的「統一產業工會原則」(Prinzip der Einheitsgewerkschaft)，使得勞工參加的工會集中在同一種產業，且統一組織的產業工會，俾使人數眾多，聲勢強大，方足以與資方抗衡，獲得最多的談判籌碼。而這種「實力取向」的參加工會原則已經取代了過去以「意識型態」（如是否為極左或偏左的團體），為主導的產業公會。同時也以「工業產業工會原則」(Industrieverbandsprinzip)，以工業別來組建產業工會，取代以往的「職業別」所成立的職業工會(Berufverbandsprinzip)。P. Badura, Staatrecht, C.99.

註十八：人團法第 35 條：「職業團體係以協調同業關係，增進共同利益，促進社會經濟建設為目的，由同一行業之單位，團體或同一職業之從業人員組成之團體」。

註十九：教師法第27條：「各級教師組織之基本任務如下：

一、維護教師專業尊嚴與專業自主權。

二、與各級機關協議教師聘約及聘約準則。

三、研究並協助解決各項教育問題。

四、監督離職給付儲金機構之管理、營運、給付等事宜。

五、派出代表參與教師聘任、申訴及其他與教師有關之法定組織。

六、制定教師自律公約。」

註二十：尤其教師法第 28 條的規定：「學校不得以不參加教師組織或不擔任教師組織職務為教師聘任條件。學校不得因教師擔任教師組織職務或參與活動，拒絕聘用或解聘及為其他不利之待遇。」此和工會法第35條以下，特別保障參與工會活動，特別是工會幹部不會遭到「秋後算帳」的精神完全一致。

註二十一：如果考察教師法第 26 條成立教師組織及依據人團法的歷史淵源，也可看出教師會依循人團法規定立論的薄弱。原本依據行政院提出教師法草案（80 年 12 月 13 日，立法院公報第 80 卷第 101 期，193-212 頁）第 19 條，已有規定：「教師得組織教師工會」（第 203 頁）。至於應循何法，則未明言，但其屬於工會則極為明顯。故當時立委謝長廷即在二讀會時主張應依工會法之規定成立教師工會（立法院公報第 84 卷第 46 期，第 79 頁），但當時教育部長反對，認為應依人團法規定，而遂成定案。

註二十二：按原因案件的終局裁判作出時（最高行政法院99年度判字第1243號判決），當時有效的工會法第14條第2項（舊）對工會職員產生的方式，雖仍以間接選舉為主（前項各款理、監事名額在三人以上時，得按名額多寡互選常務理

事、常務監事一人至十七人，常務理事名額在五人以上時並得互選一人為理事長），和本號解釋系爭規定理事長產生的方式頗為相近。然而細觀兩者差別，則工會法的規定「得」互選一人為理事長。因此在實施上，即保留了可由章程自行決定是否理事長可由全體會員直接選舉產生的可能性。故法院甚早（在一件有關中鋼工會理事長直選案判決）便持此規定非強制規定為由，認定工會得自行決定理事長的直選產生，並對選舉程序與要件擁有自行規範的權利（高雄地方法院91年度簡上字第282號判決），此件判決也被主管機關勞委會所採納，可參見行政院勞工委員會民國93年10月8日勞資一字第0930050077號函：「有關理事長、常務理事、常務監事之選舉規定非屬法律強制規定，故工會理事長、常務理事、常務監事之直接選舉若確依工會章程、或不牴觸章程規定所訂定之內部規章規定程序產生，且未違反內部民主原則，自不生選舉無效之情事。」至於工會法在民國99年6月23日則進一步修改第14條第2項，將理事長的產生規定刪除，另定第3項：「工會應置理事長一人，對外代表工會，並得視業務需要置副理事長。理事長、副理事長應具理事身分。」更明顯將理事長的產生，委由工會的章程決定之。因此，工會法實始終不反對會員直選工會領袖也。

註二十三：原文為：Demokratie ist Führeraulese, die vom Volke gewählten Führer sind berufen zu führen, nicht um in ängstlichem Rückblick auf die ihnen folgende Masse sich von ihr führen zu lassen. in: Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, 1963, S. 53.

註二十四：值得玩味的是，賴特布魯赫在此句名言中，對「領導人」是採用複數用語，是否蘊含著對領導人毋庸採「付託於一人」的制度乎？由其甫歷經希特勒一人獨裁的經歷，此推

測不無理由也。

註二十五：至於為了加速立法的程序，不妨採用所謂「包裹立法」或「綜合立法」的方式，將所有類似的法條，統一修改後以一個立法程序完成修正。可參見，陳新民，一個新的立法方式—論「綜合立法」的制度問題，刊載：法治國家論，學林出版社，2001 年，第 361 頁以下。

中華民國104年12月9日
院台大二字第1040033443號
公布更正

部分不同意見書　　大法官蘇永欽　提出

本件解釋認定人民團體法第十七條第二項有關理事長選舉部分（下稱系爭條文），對職業團體內部組織與事務的自主決定所為限制已逾必要程度，與憲法保障人民結社自由的意旨不符，應於一年內完成修正，否則即失其效力，惟其他依特別法組成的職業團體，就其理事長產生方式所為的限制規定，不在本件解釋範圍。就此範圍所為判斷，本席均表贊同。但違反比例原則的主要論點為「職業團體理事長不論由理事間接選舉，或由會員直接選舉，或依章程規定之其他適當方式產生，皆無礙於團體之健全發展及促進社會經濟建設等目的之達成。」就現行法而言，將使一些以法律特別規定而對公共利益影響重大，或有高度外部性的職業團體，僅因為該法未就理事長的產生作特別規定，而落入本件解釋適用範圍，其理事長的產生也一併不以民主選舉的方式為必要，本解釋原因案件所涉地方教師會即為一例，其違憲認定的範圍是否仍牽延過廣，以致一定程度合理必要的管制也遭到強制排除，本席仍不能無慮。因此以下即針對這部分問題提出不同意見（第一段）。並對未來人民團體法制的重建，也簡單表達看法（第二段）。

一、特別職業團體理事長的產生應符合民主原則，但仍應保留合理的

章程決定空間

人民團體法目前的立法方式，是以其為所有人民團體的通則性立法，因此人民團體如另有特別立法，可優先適用該法（第一條），但特別法未為特別規定的情形，仍應適用本法。人民團體從幾十人的圍棋社、登山社，到影響力可觀的工商協進會、律師公會全國聯合會，其功能類型之複雜，規模地位之迥異，實不言可喻。這種一體規範的法律，實源於在宗族與國家之間欠缺「民間社會」的民國初期中國社會，而基於「訓政」思維才建立的階段性法制。台灣在解嚴後雖已大幅調整，但始終維持此一「雞兔同籠」式的立法架構，以致即使在各環節儘量加入了若干彈性，仍難免流於僵硬，為各國罕見。受限於此一立法框架，本院就其任何法條進行審查時，除了必須觀照整體人團法制外，還不能不仔細比對人團法與個別立法間的規範關聯，切切避免僅憑粗枝大葉的處理，即作成一視同仁的判斷。本件審查有關人民團體理事長選任的系爭條文，是規定在人團法總則性的章節，要判斷有無過度限制人民結社的組織自由，即須先仔細比對相關規定，理出其間適用的關聯，再就不同類型團體各自權衡，所得結論才不致失輕失重。

本件解釋確已先對本法「分則」部分的社會團體和政治團體相關規定作了檢視，認定「第四十一條及第四十九條分別就社會團體與政治團體選任職員之選任，均明定得於其章程中另定之，而使系爭規定適用於社會團體與政治團體部分不具強制性」，原則上雖無大誤，但再深究細節即知仍不夠精準。第四十一條的章程保留，還有「但須經主管機關之核准」的門檻要跨，第四十九條的章程保留，則不許偏離「依據民主原則組織」的基本方針，因此和解釋最後對職業團體理事長的產生，認為應該完全開放，即使章程規定採非選舉的方式，也無不可，只要不到「不適當」的程度—想像中大概只有如採明顯帶有種族、性別歧視或靈童轉世的神秘方式始足當之。兩相對照，類型最廣，從文化、學術到

聯誼、服務，規模上也可能差異最大的社會團體，其理事長的產生如以章程作不同於系爭規定的規定，一律要經核准，反而職業團體理事長的產生，既不需符合民主原則，如政治團體，也不待主管機關核准，其選擇從直接選舉、間接選舉，到社會上常見的按資深、年齡、貢獻、財力，由元老「公推」或在數人中輪流擔任，抽籤或自告奮勇等，皆無不可。從人團法制整體觀照，這樣大而化之的權衡有失輕重，已經非常明顯。

即使把社會團體、政治團體放在一邊不論，只看解釋最後聚焦的職業團體，類型也仍然非常多樣。本法第三十五條寬鬆的納入了所有「以協調同業關係，增進共同利益，促進社會經濟建設為目的，由同一行業之單位、團體或同一職業之從業人員組成之團體」，都是職業團體，包括了有專法加以規範者，如工商團體、各種專門職業的團體等；以及其餘沒有專法加以規範、即單純依民法上的共同行為自由組成者，又包括了依專法必須登記為法人，如工業團體法、商業團體法所定的工商團體等，或得自由選擇是否依民法規定取得法人人格，及現實上大量存在的未取得法人人格的非法人團體。其理事長的產生，有在專法特別規定者，如工業團體法中的工業團體（第二十條、第五十七條），醫師法中的醫師公會（第三十七條）；也有雖受專法規範但該專法並未就此有特別規定者，如律師法中的律師公會、教師法中的教師會。至於無專法加以規範的職業團體，則不論其有無登記為法人，就理事長的產生都要回到人團法受系爭規定的規範。本件解釋已經認知此處規範的複雜性，而明確諭知「某些性質特殊之職業團體，其他法律基於其他公益目的，就其理事長產生之方式所為之限制規定，不在本件解釋範圍。」大幅降低了全稱式的判斷未能反映職團之間性質功能差異的問題。但僅僅排除部分有專法規定的職團，仍有若干有專法規範但針對理事長產生卻未為規定的職團，以及取得法人地位卻無專法規範的職團，仍為本解釋效力所及，其理事長的產生方式原則上將都完全開放自主，是否妥

適，當然不能無疑。

本席在本院釋字第七二四號解釋的意見書中，已經對職業團體的類型做了初步的整理（參見附表一、附表二），國家為反映某些職業的傳統特質，或基於公共政策、間接行政的考量，會以專法或法律的專章對特定職業團體就其成立要件、加入強制、承擔任務、組織方式、乃至部分公權力的賦予做完整或部分的規定，此時不論個別會員的利益，乃至相關人民、團體與機關的利益，相當程度都可能受到該職團的影響，對於往往攸關職團運作的理事長產生方式，如果和其組成運作未受國家管制的單純自由結社，在結社自由的保障上做一體的判斷，以其「對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，與公共利益之關聯程度亦有差異，受法律限制之程度亦有所不同」，在採相同的限制時，對於單純自由結社而言，固然可能過度，對於應受一定管制的結社而言，可能反屬必要而最小的限制。比如考量所有會員的重大利益須被適度代表並對有代表權者課責，至少應要求理事長由選舉產生，並定期改選。某些組織的強制，嚴格而言未必可以解讀為國家管制，反而是通過強制結社對該職業高度自主運作的制度性保障，各種專門職業的公會即是如此（本席在第六八二號解釋所提意見書可參），因此法律若就其理事長產生的方式放任不管，反而可以認為是國家強制人民結社卻又無合理配套，對相關人民造成的傷害。本件解釋主要著眼於單純的自由結社，認為若有職團以其性質純屬服務，理事長的產生無須大費周章，由會員輪流擔任或由其他方式產生均無不可，系爭規定的間接選舉強制，即屬過度。殊不知，仍有以專法規範的職團，該法對於理事長的產生卻未置一詞，從而仍須適用系爭規定，本件排除系爭規定效力的解釋，將使此類職團也可以章程決定其理事長不以選舉方式產生，不啻排除了國家對結社自由所設的合理必要限制，從前述對於某些職業原屬制度性保障的觀點來看，此一組織上的鬆綁反而可能對其會員和影響所及的其他人民、團體、機關利益，造成一

定程度的傷害。比例原則的操作若不能盡到精雕細琢的能事，大碗喝酒大塊吃肉大筆一揮大快人心，就會造成某部分更不合比例的結果。弔詭的是，引發原因案件爭執的地方教師會，正好就在此一可能「未蒙其利，先受其害」的範圍。

原因案件所涉地方教師會是由教師法以第八章為特別規定，該法第二十六條對於地方教師會明定須有行政區內半數以上學校教師會加入，始得設立，顯然具有獨占性，同法第二十七條且明定六項基本任務包括：「一、維護教師專業尊嚴與專業自主權。二、與各級機關協議教師聘約及聘約準則。三、研究並協助解決各項教育問題。四、監督離職給付儲金機構之管理、營運、給付等事宜。五、派出代表參與教師聘任、申訴及其他與教師有關之法定組織。六、制定教師自律公約。」對於攸關教師利益的多項事務涉入甚深，則為強化其意見代表性及可課責性，就理事長的產生自有強制依民主原則訂定規範的必要。本解釋使地方教師會若以章程規定理事長不以選舉產生，法律也不得介入，連像社會團體那樣由主管機關作最後把關的機會都沒有。原因案件所以會發生爭議，在於聲請人認為系爭規定強制理事長「只能」由會員選舉產生的常務理事或理事互選產生，還「不夠」民主，若有教師會決定理事長逕由全體會員選舉產生，使其對外代表教師利益有更高的民主正當性，將更有利於法定任務的達成，因此選舉方式的強制，即非必要與最小的限制，聲請人從未以民主原則的強制有何過度。此所以本席認為，本件解釋在比例原則的審查上，至少要區隔單純按民法自主組成，不具獨占地位且未負擔任何法定任務的職團，和像地方教師會這樣的職團，對前者而言，強制其理事長只能以選舉方式產生，即屬過度，對後者而言，則僅就強制其理事長只能以間接選舉方式產生，始屬過度，如把民主原則和間接選舉的強制一起排除，就和把嬰兒和洗澡水一起倒掉無異。聲請人雖然同樣可以得到排除「惡法」的結果，但連民主原則的強制也不復存在，對這些覺得不夠民主的教師而言，是

不是「喜出望外」，恐怕還不得而知。如果再仔細比對其他有專法規範、該專法並對理事長產生有特別規定的職業團體，也就是本解釋刻意排除適用的部分，如工業團體、商業團體、農會、醫師公會、法醫師公會、獸醫師公會、護理師公會等，無一例外的都規定以間接選舉產生理事長；同有專法規範而受到管制程度也相當的職團，如教師、律師、建築師、會計師等公會，僅因該專法未就理事長產生方式有特別規定，原來也都回到系爭規定同樣以間接選舉產生。本解釋卻使這些職團在法律上將受到全然不同的待遇：大多數受專法規範的職團仍不得以直接選舉方式產生理事長，而教師、律師、建築師、會計師等少數職團，則甚至可以章程約定理事長不以選舉方式產生。這樣明顯違反平等原則的現象，就是本院粗枝大葉操作比例原則所造成的非常不合比例的結果。

同樣的問題也會發生在有法人地位的職業團體—不論是有專法規範者還是無專法規範者—，當國家賦予此類團體獨立於個別會員的獨立人格時，以其高度的外部性即可合理要求國家為職團交易相對人的利益而對職團的組織，包括理事長的產生，為一定程度的干預。由於職業團體在定義上已排除營利性質者，非營利的社團法人也有對會員的被代表性及有代表權者的可課責性為一定保障的必要。有無法人地位的差異性，同樣在本件解釋中完全被忽略，其不當也毋庸贅敘。

二、國家對一般人民團體應採放任原則，基於輔導或示範目的之結社管制已無必要

解嚴迄今已近三十年，台灣社會已經完全符合社會學對多元社會的定義，通過人民的自由結社，以實現自我，並整合不同的價值、利益，對社會各領域的健全發展都至關重要，也只有強韌的民間社會可以協助政府面對未來各種繁重的治理問題。從這個角度來看國家對結社自由之限制，自應更為審慎，現行人民團體法揮之不去的訓政思維，首先即表現於其大一統的立法模式上。

本席以為，對歷經重大社會變遷的台灣而言，即使把本法從強制輔導的硬法全面轉型為示範引導的軟法（模範法），都已不合時宜。真正合理的調整，應該是回到有限政府的基本模式，即只就確有對人民團體的組織及運作有管制必要者，才以專法或法律的專門章節條款加以規定。一般而言，社會團體需要特別規範的應該不多，攸關民主政治體質的政治團體，也包括陽光法案中已經涉及的利益團體，比較值得考量是否以專法規範。職業團體部分，到底該延續已有百年歷史的歐陸式強制結社(「業必歸會」)，僅針對其諸多缺失加以調整，或轉向英美的多元主義傳統，走向全面自由化，或僅選擇性的保留某些確有提供制度性保障的職團，恐怕最需要深入的評估，就此本席也已在釋字第七二四號解釋中有所著墨，此處不復贅論。

附表一：我國人民團體的憲法基礎與國家管制空間

<table>
<tr><td colspan="2">組織類型</td><td colspan="2">公法團體法人</td><td>依民法設立的社團法人</td><td>依民法組成的非法人團體</td></tr>
<tr><td colspan="2">團體自主性的憲法基礎</td><td colspan="2">住民自治／間接行政</td><td>結社自由</td><td>結社自由</td></tr>
<tr><td rowspan="5">規範管制空間</td><td>成立</td><td colspan="2">強制成立</td><td>自由</td><td>自由</td></tr>
<tr><td>加入</td><td colspan="2">強制加入</td><td>自由</td><td>自由</td></tr>
<tr><td>獨占性</td><td colspan="2">獨占</td><td>非獨占</td><td>非獨占</td></tr>
<tr><td rowspan="2">監督</td><td>運作規範*</td><td>得為高度管制</td><td>得為中度管制</td><td>至多僅得為低度管制</td></tr>
<tr><td>內容監督</td><td>在一定條件下亦可介入</td><td>在一定條件下亦可介入</td><td>至多僅得為低度管制</td></tr>
</table>

*人事、組織規範

附表二：各種職業團體受管制程度比較

	工商團體	專門職業團體	農田水利會
法人地位	法人 （工業團體法第 2 條、商業團體法第 2 條）	未規定 （主管機關核准、向法院辦理法人登記）	公法人 （水利法第 12 條）
成立	法定要件成立 （工業團體法第 7 條、商業團體法第 8 條）	法定要件成立 （律師法第 11 條）	發起核准、政府設立 （農田水利會組織通則第 6 條）
入會（退會）	強制，非有法定事由不得退出。未加入得處罰，但非執業必備要件 （工業團體法第 14、59 條、商業團體法第 14、63 條）	強制， 可自由退出。 執業必備要件 （律師法第 11 條）	強制 非執業必備要件 （農田水利會組織通則第 14 條）
任務	法定 （工業團體法第 4 條、商業團體法第 5 條）	法定	法定 （農田水利會組織通則第 10 條）
公權力	無 需行政委託	無 需行政委託	徵收建造物使用費、餘水使用費 （農田水利會組織通則第 28 條）
組織分工	法定 （工業團體法第 20、23 條、商業團體法第 20、23 條）	法定 （少數團體未規定，如會計師法）	法定 （農田水利會組織通則第 16 條）

（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）

司法院釋字第七三四號解釋

【設置廣告物污染環境案】

中華民國104年12月18日

院台大二字第1040034892號

解　釋　文

廢棄物清理法第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背。

臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告重行發布，內容相當），不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力。

解釋理由書

人民基本權利之限制，原則上應以法律為之，依其情形，固非不得由立法機關授權主管機關發布命令為補充規定（本院釋字第四四三號、第四八八號解釋參照）。惟其授權之目的、內容及範圍均應具體明確。主管機關據以發布之命令，亦不得逾越授權之範圍，始為憲法之所許，迭經本院解釋在案（本院釋字第五六八號、第六五八號、第七一０號、第七三０號解釋參照）。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（本院釋字第三九四號、第四二六號解釋參照）。按廢棄物清理法第一條揭示其立法目的為「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」。第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」（下稱系爭

規定）係授權主管機關就指定清除區域內禁止之該法第二十七條所列舉十款行為外，另為補充其他污染環境行為之公告，則主管機關據此發布公告禁止之行為，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度。另從其中第三款：「於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物」及第十款：「張貼或噴漆廣告污染定著物」規定應可推知，該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為限，其他有礙環境衛生與國民健康之行為亦屬之。故系爭規定尚與憲法第二十三條之法律授權明確性原則無違。

臺南市政府於九十一年十二月九日據系爭規定發布之南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告：「公告事項：一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告）以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染環境行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。主管機關應儘速依前開意旨修正相關規範，使未經主管機關核准而設置廣告物者，仍須達到前開污染環境相當之程度，始構成違規之污染環境行為。並自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力。

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障。鑒於言論自由具有實現自我、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，國家應給予最大限度之保障（本院釋字第五０九

號、第六四四號、第六七八號解釋參照)。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（本院釋字第四一四號、第六二三號解釋參照），而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性，併此指明。

聲請人另認最高行政法院九十九年度裁字第三四九一號裁定就八十七年十月二十八日修正公布之行政訴訟法第二百三十五條「原則性」所為之闡釋，對同類事件之認定過嚴，限制人民訴訟權。惟此核屬對於法院認事用法之指摘。又聲請人主張臺南市政府環境保護局一００年一月十一日環管字第一０００五０三九九０號公告將臺南市所轄行政區域均列為指定清除地區，有涵蓋過廣之虞。經查確定終局判決並未適用上開公告，自不得以之為聲請解釋之客體。上開聲請解釋部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，均應不予受理，併此敘明。

大法官會議主席　大法官　賴浩敏

大法官　蘇永欽　黃茂榮　陳　敏　葉百修

陳春生　陳新民　陳碧玉　黃璽君

羅昌發　湯德宗　黃虹霞　吳陳鐶

蔡明誠　林俊益

協同意見書

大法官蘇永欽　提出

本件解釋以受到憲法保障的權利僅得以法律加以限制的法律保

留原則，對廢棄物清理法第二十七條第十一款作授權是否具體明確的審查，認定尚無違背。又對依該法授權臺南市政府所發布的有關廣告物設置的公告加以審查，得出已逾越母法授權範圍的結論，要求在三個月內修正，本席都可以贊同。惟廣告物的設置雖可能有諸多基本權為其基礎，因其本質上為一種意見表達的方式，任何設置行為的管制，都可能間接造成言論自由的限制，考量到地方政府為維護城市環境的整潔和交通的順暢，普遍都對廣告物的設置進行大大小小的管制，有沒有使言論自由的高度憲法價值—與身體自由一樣為許多基本權的前提性權利—，在此類直來直往的功能法執行中有意無意的受到侵蝕之虞？其實才是本案真正值得國人關注之處，解釋到了理由書最後才以傍論方式把相關問題作了極為簡要的撮述和相當抽象的諭知，自有進一步說明的必要。因此以下先對法律保留原則審查的標準作一個簡單的整理，希望多少有助於提高本原則在操作上的可預見性（第一段）；再就本院迄今尚未做過任何闡述的言論自由問題—人民可否在公共空間行使？—加以申論；並簡介美國最高法院發展出來的公共論壇理論，不少國家的法院也已導入類似見解（第二段）；特別是正因廣告物多樣而大量的存在於公共空間，而確有為事前管制的必要，所以更應留意，會不會形成對於言論的事前內容審查，致與本院過去對此採取高度警戒的立場有違；若再從調和言論表達與環保、交通等公共利益的觀點來思考，即知積極管理的必要，在此一領域越來越常見的因取締可容忍的微小行為，或反過來因考量言論自由而坐視空間霸凌行為長期存續所生爭議，顯示在涉及言論自由時執法的過猶不及，更可印證本件解釋對於現代城市管理應具備的正確憲法認知確有其重要意義，有必要一併說清楚（第三段）。

一、本院在限制人權法律保留原則的兩面審查向來是一寬一嚴

法律保留原則依本院向來的解釋，原則上不排除立法機關授權主管機關發布命令為補充規定，惟在這種授權補充的情形，一方面對於母法即有授權具體明確的要求，另一方面又對於子法有不得逾越授權的要求。過去人民做這方面的指摘，多僅執一端主

張，本院做法律保留原則的審查，若從較有問題的一端切入已可解決，也很少兩頭並進，本件因僅以法律保留為主要的審查原則，且聲請人確就授權立法兩端分別提出主張，才同時對二者都有所著墨。審查結果認為，廢棄物清理法第二十七條第十一款表面上雖為空白的授權，但若不拘泥於文字而併就相關規定作整體觀察即知：「主管機關據此發布公告禁止之行為，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度」，且從第三、十款也可推知，所謂污染環境的行為並無須以棄置廢棄物為限，認為已經符合具體明確的要求。後者卻沒有做類似的「合憲命令解釋」，比如以該公告這樣未設前提所列舉的設置廣告物行為，仍應以達到一定污染程度為限始得處罰，從而尚不違憲。反而認為它「以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染環境行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍。」對母法寬而對子法嚴，十分明顯。但在這表面上的論證差異背後，其實正凸顯了本院向來對法律保留原則的一些基本思維。

首先，使基本權的限制須以法律規定，或至少通過具體明確的授權，才可以改由被授權機關以命令規定，都是從被規範的人民觀點思考，一方面要讓這些限制至少是在國會監督之下進行（現行法即指立法院職權行使法第六十條以下的強制送審制），且藉法律與法規命令的公告可使影響人民權益的法律資訊較有效的傳達，另一方面當然也要考量對規範制定者的期待可能性。因此就法律而言，首先要看的是，相關基本權的限制是否已經嚴重到「只能」以法律定之的程度（「絕對」的保留），在此種情形，任何授權都已違反法律保留。但即使在絕大多數不需要絕對保留的情形，審查授權是否具體明確的要件時，仍然會從其影響人民的程度去決定審查具體明確的標準。特別明顯的是，就對人民可

能造成最大不利益的刑事制裁，其犯罪行為的要件如有通過授權命令來具體化時，本院要求須達到「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」（釋字第五二二號解釋可參），既可避免行政部門的恣意，也使畏刑的人民在讀法律時即可獲取足夠的資訊而知所警惕。另外一個涉及影響範圍的因素應該也很相關，就是授權訂定子法的範圍，如果授權的結果是開枝散葉，則對母法要求嚴格一些，也比逐一嚴審子法有無逾越授權範圍，更為合理。其他情形，都會採比較寬鬆的標準，因為對規範者而言，更直接而必須掌握的行為規範毋寧是內容比較具體的授權命令，而且對於面對長遠未來只能在人事時地物上盡可能抽象的母法，如何要求在授權上具體明確到什麼程度，恐怕並不具有太高的可期待性，因此只要通過其他條文作整體觀察，大致已可掌握其授權範圍，而非真正的空白授權即可。檢視過去直接或間接審查母法是否授權明確的十三件解釋，僅有三件因未符合前揭兩點而認定違憲，即可理解。

至於下游的命令有無逾越授權範圍，案件量較多，背後的考量顯然也較為複雜，應該是綜合觀察授權的方式為概括（多數即屬施行細則的授權）或就特定目的和範圍為之。對被規範者而言，前者確實較難掌握，因此除非在整體觀察下仍可相當程度的釐清其範圍，否則即會傾向做違憲的判斷。在這兩個因素以外，子法在目的上能不能明確對應於授權的母法，也很重要，作為母法的工具，如果相當程度逸出母法的目的，或是否符合其目的仍不夠明確，本院也傾向做出違憲的判斷。綜合而言，這些做成判斷的理由其實一定程度都和母法本身的授權是否具體明確有原因結果的關係，也可以說，在授權立法有一定瑕疵的情形，本院往往會選擇宣告子法違憲，而不嚴格追究母法授權的不夠具體明確，因為可以較快速的修改而同樣達到法律保留原則的目的，這背後反映的其實也是一種方法上的司法最小主義(judicial minimalism)。迄今授權命令經認定合憲的有十一件，違憲的也達

到十一件，與前述授權法審查的結果，確實可以看出審查標準的寬嚴不一。

附表：本院解釋有關法律保留原則在授權以命令補充時的審查標的、原則及其判斷因素與結果

1. 授權規定必須具體明確：以授權的母法為審查標的，或以經授權訂定的子法為審查標的，而就授權的母法先作前提性審查者（違憲3件，合憲10件）

釋字	審查標的	授權訂定子法數量	法律效果	解釋結果
680	懲治走私條例第 2 條第 3 項	多數	強 （刑罰）	違憲
676	全民健康保險法第 86 條、第 21 條第 1 項、第 22 條第 2 項	多數	中度 （投保金額）	合憲
643	商業團體法第 72 條	多數	中度 （退休金給付）	合憲 檢討
629	行政訴訟法第 229 條第 2 項	少數	中度 （訴訟程序類型）	合憲
604	道路交通管理處罰條例第 92 條	多數	中度 （罰鍰）	合憲 檢討
593	公路法第 27 條第 2 項前段	多數	中度 （特別公課）	合憲
559	家庭暴力防治法第 52 條	多數	強 （人身處置或財產的強制執行）	合憲 檢討
547	醫師法關於訂定中醫師檢覈辦法的授權	多數	中度	合憲
522	證券交易法第 177 條第 3 款	多數	強 （刑罰）	違憲

釋字	審查標的	授權訂定子法數量	法律效果	解釋結果
491	公務人員考績法第 12 條第 2 項前段	少數	中度（懲處）	違憲
426	空氣污染防制法第 10 條	多數	中度（特別公課）	合憲
394	建築法第 15 條第 2 項	多數	中度	合憲
313	民用航空法第 87 條第 7 款（同法第 86 條第 7 款亦同）	多數	中度（罰鍰）	應檢討

2. 授權命令不得逾越母法授權範圍：以經授權訂定的子法為審查標的的解釋類型（違憲11件，合憲11件）

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
730	學校教職員退休條例施行細則第19條第2項就重行退休給付限制的規定	概括	低	少	違憲
723	全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法第 6 條第 1 項關於時效的規定	概括	低	少	違憲
710	大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法第 5 條關於暫予收容的規定	概括	低	少	違憲

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
682	專門職業及技術人員考試法施行細則第 15 條第 2 項、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第 3 條第 1 項及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 項等關於及格標準的規定	特別	高	多	合憲
676	全民健康保險法施行細則第 41 條第 1 項第 7 款關於投保金額分級的規定	概括	高	多	合憲
658	公務人員退休法施行細則第 13 條第 2 項就重行退休給付限制的規定	概括	低	少	違憲
643	工商團體會務工作人員管理辦法第 45 條第 2 項關於會務工作人員退休金給付標準的規定	概括	高	少	合憲檢討
638	公開發行公司董事監察人股權成數及查核規則第 8 條第 1 項及第 2 項後段關於處罰對象及歸責方式的規定	概括	低	少	違憲
614	公務人員退休法施行細則第 12 條第 3 項關於年資併計的規定	概括	低	少	合憲檢討

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
612	廢棄物處理機構管輔辦法第31條第1款關於撤銷合格證書的規定	概括	高	多	合憲
604	違反道路交通管理事件統一裁罰標準及處理細則第12條第4項，以「每逾二小時」為連續舉發標準的規定。	概括	高	多	合憲
602	多層次傳銷管理辦法第5條關於人民退出多層次傳銷計畫或組織的權利義務規定	概括	低	少	違憲
593	汽車燃料使用費徵收及分配辦法第2條、第3條關於徵收方式的規定	特別	高	少	合憲
559	警察機關執行保護令及處理家庭暴力案件辦法第十九條第1、2項關於保護令核發方法的規定	概括	高	少	合憲
524	健康保險醫療辦法有關保險關係權利義務事項等規定	概括	高	少	違憲
497	大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法及大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法	特別	高	多	合憲

釋字	審查標的	概括或特別授權	與授權目的的關聯程度	整體觀察的可參酌因素	解釋結果
465	行政院農委會公告指定象科為瀕臨絕種保育類野生動物	特別	高	少	合憲
456	勞工保險條例施行細則第25條第1項關於投保資格的規定	概括	低	少	違憲
426	空氣污染防制費收費辦法	特別	高	多	合憲
402	保險代理人經紀人公證人管理規則第48條第1項第11 款對於違反義務行為得予裁罰性行政處分的規定	概括	高	少	違憲
394	營造業管理規則第 31 條第 1 項第 9 款關於撤銷登記證書並刊登公報的規定	概括	高	多	違憲
313	民用航空運輸業管理規則第 29 條第 1 項及第 46 條關於罰鍰裁處的規定	概括	高	少	違憲

＊這裡需要做一點補充說明的是，憲法第十九條的租稅法律主義，也是一種法律保留，但依本席見解應與基本權限制無涉（納稅義務的具體化），因此在統計上不予計入。本院對租稅法律主義的解釋一向認為立法者就各部分－含各租稅義務構成要件，如租稅主體、客體、稅率等核心事項－都可授權以命令規定，但授權命令仍不得逾越授權範圍，在審查標準上大抵與基本權限制的法律保留原則類似，在迄今做成的16號相關解釋中，有9件合憲（釋字第219號、第361號、第397號、第438號、第480號、第506號、第606號、第615號、第651號），7件違憲（釋字第210號、第367號、第415號、第566號、第650號、第657號、第706號解釋）。

和這些解釋先例比較，本件解釋審查的母法無關刑責，授權公告污染環境行為，因為已列舉十款相當具體的規定，僅在該範圍內授權做補充公告，不至於有開枝散葉的危險，因此經過整體觀察認定尚不違反具體明確的要求，在審查標準上可說相當一致。臺南市政府依授權發布的公告，雖以特別的授權條文為基礎，非概括授權，且從廢棄物清理法第二十七條第十款有關廣告物的規定來看，也不能說把廣告物設置納入污染環境行為的態樣過於突兀，為一般受規範者完全無法預見，但在授權目的的關聯程度上，逕「以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染環境行為，概予禁止並處罰」，確實有藉防污之名來全面管制街頭廣告之嫌，不能說未脫逸授權的原始目的，廣告物五花八門，體積上有大有小，並不乏賞心悅目，甚至極具藝術品味者，所置位址、時間對通行的一般公眾構成的干擾程度也有極大差異，公告對未經核准者一律認定違規，未明確限縮至確實已達污染程度（含視覺污染）始予取締，以此認定已逾越母法授權範圍，應該也和本院操作法律保留原則迄今所採標準大體吻合。在授權對象為中央機關的情形，本席過去考量立法院職權行使法的強制送審制，偏向尊重立法院的審查而放寬認定，在本案發布公告的主體為地方自治團體的情形，似又不宜相提並論。且主管機關有三個月的時間對公告內容去做微調，應無困難，在廣告物管制上還不致造成空窗。本席相信，現行實務多數情形應該已經掌握此一分寸，因此無須作太大的改變，修改公告真正的意義，就是要避免少數過度執行或因憚於言論自由的抗辯而怠於執行的情形，自不能說沒有必要。

二、人民在公共空間主張表達意見的自由，並不以集會自由為限

理由書到了最後才輕描淡寫的說：「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（本院釋字第四一四號、第六二三號解釋參照），而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。」就言論自由的保護範圍而言，這段話卻有十分不凡的意義。因為人民在自己可支配的範圍，不論是基於物權或契約或公法的特許，為意見的表達，當然沒有問題，講學、著作和出版便是如此。反過來說，在別人可支配的範圍，不能任意為意見的表達，也是自明之理。不清楚的是，可不可以在自己和別人都不能單獨支配的公共空間，主張言論自由？公物（含轉為公用的私有物）提供公用必有一定之目的（即德國公物法所說的 Widmungszweck），可供一般人進出的公共場所，其設定公用的目的是否自始或後來已經從通行、停留延伸至言論表達？正因為這類公共場所的公用目的通常不會見於具體的規範文件，而有一定約定俗成的開放性，因此這個問題的回答，對於言論自由的保護實至為關鍵，其肯定或否定，關係到其限制是否須符合比例原則？如果此一言論的表達未逾越通常使用範圍，是否即不需得到事前的許可？當然還可以進一步推論，對於在公共空間發表的言論可否為事前的內容審查？對這樣的空間使用方式，基於與其他使用方式的合理權衡而為時間、場地及方式的規劃時，是否因其屬言論自由保護範圍而需作特別的審酌？

首先當然應該從憲法的文本去找答案。憲法第十一條的言論、著作、出版和講學，加上第十四條的集會自由，同屬表現自由的內涵（本院釋字第四四五號解釋參照），也可以說是廣義的言論自由，如前所述，其中只有集會自由以使用公共場所為其必要特徵，且因由多數人共同行使，本質上即易對社會原有運作秩序產生影響，但因屬實施民主政治的重要基本人權，憲法特以第十四條明文給予保障（本院釋字第七一八號解釋參照），他如著作、出版及講學都無涉公共空間的使用。可否因此推論，集會遊

行是唯一受到憲法保障，得於公共場所為言論表現的方式，因為第十一條還有一個「一般」的言論自由，自不能無疑。一定要從憲法另立一條規範集會自由，即推論其他使用公共空間的言論發表—指非多數人或非關公共路面靜態或動態的使用，乃至非關意見而為單純資訊傳遞、藝術表演等—，必不在第十一條言論自由保護的範圍，恐怕沒有太強的說服力。至少就公共空間概念上最無爭議的公共路面而言，其目的的設定通常都非以法令為之，而聽由社會自然形成其可供使用的各項功能，因此正確的問法應該是，言論的發表是否也和通行、短暫休憩或小型流動叫賣等一樣，已經約定而俗成？

美國最高法院正是從這個角度開始討論。在一八九零年代法院還很堅定的認為在公園、高速公路、活動中心等地進行抗議演說或高談闊論，並非上述場所原本設置的目的，可由政府全權管理，政府限制公園、街道等地方的使用，就如同私人限制其宅內的使用一般，此說代表即對言論自由有重大貢獻的大法官 Oliver Wendell Holmes。但到了一九三九年大法官 Owen Roberts 在主筆的判決中已肯認街道、廣場、人行道屬於公共論壇(public forum)的範圍，指出：只要某個場所是被冠以街道或公園之名，且已難查考的長久以來(immemorially)這些地點都是開放給公眾，尤其是給公民間相互溝通討論公共議題，乃至以集會形式來進行，則該場所便具有公共論壇的性質。其後美國實務上甚至曾短暫認為，只要言論發表者所表達的內容，基本上並未與該公共場所的性質不符合，那麼言論發表者都可以透過這個場所接近聽眾、傳達訴求。不過一九八三年 Perry Education Assn v. Perry Local Educators' Assn 案後又峰迴路轉，美國最高法院對於使用公共空間的憲法保障開始作若干限縮，指出公共領域有三種，第一種從歷史和傳統觀點來看，這些空間原本就是用來作為表達意見的論壇（如：街道、公園、人行道）；第二種是政府創設出提供民眾作為意見表達的公物（如佈告欄）；第三種則是從功能上或歷史

觀點來看，並非提供給公共意見交流的地方（如郵筒）。此種看法在聽眾出沒的地點漸漸多元化以後，對要在公園、街道、人行道以外的地方進行言論發表者，法院往往認為這些地方雖然都是公共資源，卻因原始用途並非作為言論表達之用，即落入第三種類別而受到限制。因此，相對於一九三九年對公共空間中公共論壇寬鬆的認定，Perry 案的標準顯然嚴格了許多。以後即漸漸形成完全開放的公共論壇、部分開放的公共論壇（或「指定公共論壇」）和關閉的公共論壇的三分法。

這樣的理論後來在不少國家都加以借鑑，德國在公共空間管制的實務上，即有類似的發展，一般認為若不超出公物的通常使用(Gemeingebrauch)範圍，原則上應該容忍此種公共論壇(Forum des Gemeinwesens)的存在。例如街道、人行道、公園除了供群眾、車輛通行，當然還有人與人交換意見、溝通的目的，在這樣的地點中人民進行一般言論表達，應不需要事前許可。至於什麼是通常使用，德國各邦一般的規定是「不至造成其他人為通常使用不可期待之妨害」，較為抽象， 但實務上很早即認為應朝有利於言論自由的觀點解釋（可參考 OLG Stuttgart, NJW 1976, 201; OLG Frankfurt, NJW 1976, 203.）。日本最高裁判所昭和四十三年十二月十八日（一九六八年）的大法庭判決處理的也是對所謂「屋外廣告物」加以規制的法律是否合憲的問題，伊藤正己裁判官所提的補充意見就已經指出：「本條例規制對象之屋外廣告物，很明顯包括傳達政治意見、資訊之招貼物、海報等，這些物件在公眾容易進入眼簾之場所，揭示物件，係具有非常容易將意見、資訊傳達效果之方法。再者，與於街頭等傳布廣告物等方法相比，具有永續地廣範圍地傳布於人的效果之優點，且費用低廉，特別是對於有經濟負擔者，係簡便有效果之傳達表現之方法。」「如此，將廣告物、海報等貼附於適當場所、物件，雖道路、公園等性質各異，我將之稱為具公共論壇性質者」，「如此則特別欲對關於思想、意見為規制時，只以維持美觀風致與公共福祉相符之目的便

加以規制，輕易地為合憲判斷，乃過於速斷。」（陳春生大法官譯本）近年發生在加拿大溫哥華市，和本件解釋原因案件的事實十分接近，也是因法輪功信徒使用街道傳布意見而起的 Vancouver (City) v. Zhang, 2010 BCCA 450 案，英屬哥倫比亞上訴法院的判決在審查溫哥華市自治條例是否牴觸憲法人權憲章第二條第二項時，同樣先深入的討論了這個根本問題，提到了首席大法官 McLachlin 和 Deschamps 大法官在一先例案件中共同提出的檢測方法（第35段）：「在公有土地上為言論表達，基本上要問的是該公有地是否人們期待可受憲法保護為言論表達的處所，也就是在該地發表言論不至於牴觸憲章第二條第二項所要追求的三項目的：1、民主對話，2、發現真實，3、自我實現。要回答這個問題，應考量以下兩個因素：1、該地的歷史和現實功能，2、該地其他相關因素顯示作言論表達無損於言論自由的價值」。顯然也是原則上肯定公有地有提供言論表達的功能。

我們如果用同樣的方法來自問，在公物形成的公共空間向不特定多數人為意見的表達，就臺灣社會而言是否仍很陌生？答案似乎相當清楚。多年以來，言論表達方式如動態的發傳單、演講或靜態的設置立牌、懸掛旗幟，乃至站崗、快閃、各種行為藝術等，不論南北，都早屬生活的常態，與公共空間最典型的使用方式，如街道、橋樑、廣場的通行或為小規模的流動式交易，公園的徜徉遊憩，同樣的自然，雖因非由多數人共同為之，也未必涉及政治意見的表達，從而已逸出集會自由保障的範圍，一般人仍會認為就是一種言論表達的方式，如果沒有超過通常使用的範圍，而對其他的正常使用方式造成明顯的妨礙，即應受到一般言論自由的保障。這樣的法意識確實已經在基層法院的裁判中浮現，臺北地方法院行政訴訟庭在處理一件因違反道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第一款規定而被開罰單的案件（一０四年度交字第一八八號判決）時，法官在判決中寫了這樣一段話：「……於涉有人民行使其表現自由之情形，行政機關於執法時，

自應更嚴格審酌……以免造成言論自由之不當限制。本件原告係以看板之文字圖片於人行道表現其意見，此也為民主國家常見之情景，然被告並未充分審酌原告於前揭時地持看板於人行道行為之各個具體情況，而尚未達足以妨礙交通，即以處罰條例第八十二條第一項處罰，不但已有違誤，復造成對於原告言論自由之不當限制，原處分自當予以撤銷。」顯示承審法官雖未必知道而未援用所謂公共論壇的理論，但對於這樣的言論表達仍在言論自由保障的範圍，無疑已經有非常明確的法意識。我們有理由相信，在全球化發展的趨勢下，我們在臺灣對於公共空間的這類使用方式的確已經約定俗成。足見理由書輕描淡寫的一句話，總結了言論自由在保護範圍上應延伸到包括街頭設置廣告物的各種言論表達，實際上是在世界許多角落已逐漸形成的共識。從這個大前提出發，也許更容易理解理由書最後一段其他部分的微言大義。

三、廣告物內容的事前審查應修正，對於空間霸凌則宜積極管理

既已確認憲法保障人民在公共場所自由表達言論，前段預設的幾個問題也就有了答案：第一，其限制必須符合比例原則；第二，如果此一言論的表達尚未逾越通常使用的範圍，即不需得到事前的許可；第三，不可以對其言論內容為事前的檢查，除了極例外的情形；第四，對這樣的空間使用方式基於與其他使用方式的合理權衡而為時間、場地及方式的規劃時，仍需審酌其屬言論自由保護的範圍而慎重處理。解釋理由書所做的諭知則是：「系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性。」顯然即從前揭第一點肯認的比例原則出發。至於該如何修正，才不致造成限制基本權且違反比例原則的結果，也可從前揭其他三點去理解。

最重要的，應該就是對言論內容做事前檢查這一點。由於都會型的地方自治團體幾無例外的都對廣告物的設置作了事前許可的管制規定（據黃虹霞大法官提供的搜尋結果，包括臺北市、基隆市、新北市、桃園市、苗栗縣、臺中市、彰化縣、雲林縣、臺南市、高雄市、屏東縣等，都有自治條例或法規，且多採事前許可管制），且於廣告物設置以外多在同一或其他規範中對廣告內容也作了若干管制，比如臺北市的臺北市廣告物暫行管理規則第七條第二項就禁止廣告物內容有妨害公共秩序、善良風俗或虛偽、誇大不實的情事。本件解釋審查的臺南市政府系爭公告，以設置廣告物未經核准為違法要件，有關廣告物核准的規定也另見於九十四年五月二十日制定公布的臺南市廣告物管理自治條例，該自治條例於一０一年十二月二十二日廢止，但同日又制定公布，故本件原因案件的確定終局判決（高雄高等行政法院九十九年度簡字第二一四號判決）在適用系爭規定及系爭公告時，也實質適用了舊自治條例有關核准的規定，包括：舊條例的第四條：「廣告物除有特別規定外，應經審查核可後始得設置。經核准後非經許可，不得擅自變更內容、規格或形式。但電影廣告內容依電影法經核准者，得逕行更換內容。」、第十五條第一款：「廣告物之設置應符合下列規定：一、廣告內容不得有妨害公共秩序、善良風俗或違反法律規定。」與此內容相當的新條例第四條第一項前段：「設置廣告物應先經主管機關許可。」、同條第二項：「前項應經許可之廣告物設置後，非經主管機關許可，不得擅自變更其內容、規格、材料、形式或設置位置。」及第十二條第一款：「設置廣告物應符合下列規定：一、廣告內容不得妨害公共秩序、善良風俗或違反法令。」等有關事前審查廣告內容的規定，新自治條例也都還保留。對於決定是否核准廣告物的設置，規定由主管機關審查其廣告內容，原則上即已構成對言論自由的嚴重限制，其限制是否違反比例原則，當然是首先要檢討的地方。

從必要性、最小侵害性與合比例性的觀點而言，類此的規定

對言論自由所生限制過度的疑義，主要在於其把內容檢查夾帶於廣告物設置的許可管制，使人民的言論有可能被主管機關阻絕於進入言論市場之前，其優點固然可使公共利益受到更完整的保護，缺點卻在言論的正誤臧否也將完全由政府部門掌控，可能因政府片面觀點即無法進入言論市場，失去由市場評價的機會。對於這樣的事前檢查，本院迄今的見解相當清楚而一致。簡言之，事前許可管制的對象若為無關內容的時間、場地與方式，縱所涉者為非商業性的言論，如有重大公共利益的合理考量，其事前管制的規定也不當然違反比例原則（本院釋字第四四五號、七一八號解釋可參）。但若觸及言論內容之限制，即使所限制者為商業性言論的廣告，也只在所涉公共利益相當重大時，如有關藥物的廣告，可容許採包括事前管制在內的限制（本院釋字第四一四號解釋參照）。由於廣告作為以得直接或間接使非特定的一般或相關大眾共見共聞的訊息傳播行為，並不因其為商業或非商業而有不同，因此前述審查原則都有適用餘地。對於非商業的集體言論表達做事前的內容管制，釋字第四四五號解釋認定以「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」和「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」作為得不許可的要件，都有欠具體明確，對於為言論表達前「尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能」，即由主管機關作為准否的依據，已構成違憲。以此來看現行許多自治團體管制廣告物設置所規定的不得有違公序良俗，是否同樣不夠具體明確，就事中和事後管制而言，因為無須採嚴格審查標準，應該還可過關，但如屬事前的內容管制而必須採最嚴格的審查標準，要能通過的機會顯然不大。

其次，此類言論表達所彰顯的外部特徵，也如集會遊行一般易與不特定他人在公物使用上產生衝突排擠，但非如集會遊行的本質在補強民主政治的不足，因此在權衡時可給予較其他使用方式優先的地位。此類言論表達雖然也因屬言論自由保護範圍而應

予充分審酌，但在與其他使用方式，尤其是在公共路面為通行的典型使用相衡，縱不能說後者必然優先，至少也需要做同等的考量。如再省思此類言論表達在空間、時間的範圍必遠大於組織性的集會遊行，國家自是有權、甚至有義務積極介入做有效的管理，以因時因地去妥為規劃。臺灣目前呈現的管制實況，一方面有不分所涉情節、影響大小而有過苛之弊，另一方面也常見為言論表達者已明顯逾越通常使用範圍，執法者卻仍憚於其言論自由的道德強勢而怠於介入管理，聽任少數人長期、固定的使用公共空間，對其他有權使用者形同空間的霸凌。足見主管機關既要原則上避免對此類言論的內容做事前檢查，也要積極的對此類言論的表達，在時間、場所和方式上做較為細緻的管制，通過某種事前管制來兼顧所有人對公共空間的合理使用。

前揭加拿大英屬哥倫比亞上訴法院的判決所處理的法輪功案，就是一個很值得參考的案例。其基本事實為法輪功團體自本世紀初起即在溫哥華中華人民共和國總領事館前進行各種抗議政治迫害及種族滅絕的活動，從舉牌到三百小時絕食、靜坐、在1米寬2米長的帳棚內為二十四小時不間斷的守護。二零零六年市長終於以違反自治條例為由聲請發予禁令，二零零九年取得地方法院所發禁令，法輪功團體即以其言論自由受到侵害為由向上訴法院聲請撤銷禁令。結果上訴法院認定原審判決自治條例的管制確實「未」把此類言論表達應受憲章言論自由的保護考量在內，就該部分應屬違憲而無效，除命溫哥華市撤銷對於法輪功人士所做的處分外，並應於半年內完成條例的改正，使人民得在政治權利及言論內容不被侵害的前提下，其利用公物的抗議行為仍可得到適度的規範。二零一一年四月溫哥華市即改訂新條例，規定因抗議而設置之物可容許的最大尺寸（4：5：3呎），且每日最多放置12小時，即須拆移，一次申請上限為30日，每60日才能重新搭置。此一明確的新管制，立刻使此一困擾多時、管制上過猶不及的爭議圓滿落幕。

現代城市的空間管理，經緯萬端，除應滿足人民對公共空間的各種使用需求外，也要基於安全、秩序、衛生、景觀等公益，對有限空間的使用進行基本的分配，避免明顯的不公，以維持整體的和諧秩序，對於逾越通常使用之行為，依各地區之特性建立事前、事中及事後之合理控管與分配，自有其必要。從公共空間管理的角度來看，可將整體社會看成各次體系交互運作的集合體，立法者有時從物的角度切入，比如對道路、廣場、公園、巷道、湖泊、建築外牆等去作規範，有時又從功能的角度切入，比如對交通、衛生、治安、交易等去作規範，這些規範的整體即構成公共空間管制法。但這些用意良善的功能法，一旦間接涉及言論表達的限制，就和集會遊行的管制一樣，主管機關不能不提升到憲法的高度，去思考這背後的重大憲法價值，而在制度規劃和執行上投入更多的心力。但一個城市真正偉大之處，不也就在這些細節嗎？

協同意見書　　大法官黃茂榮　提出

一、授權制定法規命令與授權明確性原則

授權明確性原則所涉者指授權規定就其授權，在目的、內容、範圍是否明確。至其子法所涉者，非明確性的問題，而是其有無表明其制定之授權依據，以及其規定之內容是否逾越授權範圍，亦即是否有子法抵觸母法的情形。

二、依廢棄物清理法應清理之廢棄物

廢棄物清理法第一條規定：「為有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」同法第二條第一項規定：「本法所稱廢棄物，分下列二種：一、一般廢棄物：由家戶或其他非事業所產生之垃圾、糞尿、動物屍體等，足以污染環境衛生之固體或液體廢棄物。二、事業廢棄物：（一）有害事業廢棄物：由事業所產生具有毒性、危險性，其濃度或數量足以影響人體健康或污染環

境之廢棄物。（二）一般事業廢棄物：由事業所產生有害事業廢棄物以外之廢棄物。」該項所定廢棄物具體所指究竟為何，依其規定尚有不確定性，僅點出廢棄物之共同特徵：其原所有主欲廢棄之物。此種物所以應予清除，乃因其對於環境之外來性，必須加以清除，始能維持環境之原來狀態。

另按同法第二十七條規定，尚可將廢棄物具體化為：「一、隨地吐痰、檳榔汁、檳榔渣，拋棄紙屑、煙蒂、口香糖、瓜果或其皮、核、汁、渣或其他一般廢棄物。二、污染地面、池塘、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。三、於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物。四、自廢棄物清除、處理及貯存工具、設備或處所中搜揀經廢棄之物。但搜揀依第五條第六項所定回收項目之一般廢棄物，不在此限。五、拋置熱灰燼、危險化學物品或爆炸性物品於廢棄物貯存設備。六、棄置動物屍體於廢棄物貯存設備以外處所。七、隨地便溺。八、於水溝棄置雜物。九、飼養禽、畜有礙附近環境衛生。十、張貼或噴漆廣告污染定著物。十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」其中第一款、第三款、第五款、第六款、第七款及第八款所定之物顯然為其所有主廢棄之物；而第二款、第九款及第十款則偏重於污染，與廢棄的關連性較低。該條已將該法規範之客體範圍（廢棄物之處理）自廢棄物擴張至污染物。惟何謂污染該法並無立法解釋。

廢棄物清理法以廢棄物之處理為名，是否因此限制其規定在客體上，得規範之範疇？該法第一條規定，廢棄物清理法之立法目的為「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」，按其規定之內容，乃透過「有效清除、處理廢棄物」，以達到「改善環境衛生，維護國民健康」之目的。所以是否得以其目的在於「改善環境衛生，維護國民健康」，而將為達成其目的所需「處理廢棄物」以外之手段，包括進來。此與該立法目的是否足以引為將該法規範之客體範圍擴張至廢棄物以外之物的論據有關，值

得探討。

鑑於廢棄物清理法係為保護環境而制定之法律，處理廢棄物不過為保護環境之諸多手段之一，且其所以有處理之需要，乃因其會污染環境，而污染物與廢棄物之不同僅在於廢棄物含有其所有主有予以廢棄之主觀意思，而污染物則純從其對於環境之客觀的污染性著眼（註一），是故，為保護環境，將廢棄物清理法之規範客體擴張至含污染物，尚符其規範意旨。依該條規定，廢棄物清理法及其授權制定之命令，固當符合「有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」之需要，但也只要符合該需要，自得規範其相關足以污染環境之行為，含禁止污染環境之行為及清除污染狀態之義務。是本號解釋多數意見認為:「該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為限，其他有礙環境衛生與國民健康之行為亦屬之。故系爭規定尚與憲法第二十三條之法律授權明確性原則無違。」在此範圍內，本席敬表贊同。

三、污染防制與言論自由之價值與利益的衝突

環境原來狀態之改變的因素，首先可分成二類：定著物之附加及非定著物之附加。定著物之附加首先主要屬於建築法所規範之事項；非定著物之附加，其對於環境之影響，如足以妨礙交通，並為交通法規規範之對象；其如屬於廣告物，在商業廣告並為其廣告客體所屬目的事業主管機關職掌之法規的規範對象；在非商業廣告，事涉言論自由，應受與言論有關之相關規定規範。

當中有疑問的是，言論之表達是否基本上應利用平面（文本）、廣電（廣播、電視）或互聯網傳遞電子文件、影音等媒體之表達工具，而不適合利用公共空間懸掛廣告物，以避免對於交通安全或環境安全衛生帶來影響，值得檢討。此為造成污染環境結果的行為，可能亦為正當行使權利之行為的衝突問題。例如以公共空間為媒體表示言論之行為。在這種情形，如根本禁止該正當行使權利之行為，可能引起為防止造成污染環境，而在結果上使正當行使權利之行為成為廢棄物清理法或其授權制定之命令

所禁止，並在違反前開禁止規定時，得對之課以法律責任之行為。該事態將形成環保規定與言論自由之保障規定間的規範衝突。因該衝突的存在，固必須基於體系因素，解釋相關法令，權衡互相衝突之利益與價值，除去其衝突狀態，重新界定其分別規範之內容，以呈現其體系和諧共治的規範狀態。有疑問者為：針對其相衝突之利益與價值，如未以例外的規定，明文將其排除在禁止規定之適用範圍外，是否全部（或在無例外免責的限度內）即構成違憲？或認為，該規範衝突本來即可透過解釋消除，未涉及違憲的問題，應容許其執行機關及法院透過解釋，視具體情形，而為認定。這是一直存在於利益與價值之衝突所需之權衡需要，難以一概而論。如無法律之明文規定，原則上應由法院視個案之具體情節，衡平認定。在相衝突之規定之一方屬於禁止規定時，這應從禁止規定之違反的阻卻違法事由主張與考量。為維持禁止規定之規範的出發點，有一般禁止之規範模式的需要，要難在禁止規定之規範規畫上，要求就例外不予禁止之事由，事先預為完整規定。

四、關於「其他經主管機關公告之污染環境行為」

廢棄物清理法第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」核其規定內容，屬於就「污染環境行為」對行政機關之具體化的授權，其意義在增列第一款至第十款以外之污染環境行為的類型，具有授權制定法規命令相同之意義。因此，首先有其授權是否明確，而後有其公告之污染環境行為，是否在實質上不屬於污染環境行為，而有子法牴觸母法的問題。

在授權明確性部分，當其授權明確，是否即授予主管機關定義或形成污染環境行為概念之權限？如採肯定見解，則主管機關無論將何種行為界定為污染環境行為，皆因授予判斷餘地(Beurteilungsspielraum)（註二），而屬法律上正確！反之，如採否定見解，認為所授權之定義權並未至使其享有定義之絕對的形成

自由，則其定義之污染環境行為仍應在實質上具有污染環境之結果的能力。是故，主管機關如將不具污染能力之行為界定公告為污染環境行為，該公告便牴觸授權規定。

至於當另有行為對於環境雖有污染的作用，但是否因其行為之目的在於表達一定之言論，而使該表達言論之污染環境的行為取得正當性，可阻卻對污染環境之禁止規定的違法性？如採肯定之見解，將面臨：在主管機關為污染環境行為之界定及禁止規定時，是否即應就其可能之阻卻違法事由預設為例外不予禁止之污染環境行為；其未為例外事由之預設，是否即構成言論自由之侵害；又其阻卻違法之主張及其事由之存在應由誰負舉證責任等問題。

各種可能之阻卻違法事由中，比較常態性且涉及重要基本權利之行使者，例如言論之表達中不容易利用書本、報章雜誌之廣告，或廣播、電視或其他大眾傳播方式為之，而有必要利用集會遊行或在公共場域張掛布條、海報作為其表達言論之方式者，基於該基本權利之保護及行政經濟之考量，在維護環境，避免污染之法規的規劃上，應妥適權衡言論自由及集會遊行之保障與環境污染間之衝突，規劃其合理行使之限界，供污染環境行為涉及言論之表達或集會遊行者遵循。如有相關核准許可之規定時，固得課以一定之負擔，限制其時間、地點、表達方式與期間、場所之回復原狀的義務，但其核准之裁量標準仍不得含內容之事前審查。

五、廢棄物清理法之法規命令不得有審查廣告物內容之規定

本聲請案所涉廣告物之處罰依據為廢棄物清理法第二十七條第十一款，且該款只規定，在指定清除地區內嚴禁有「其他經主管機關公告之污染環境行為」。所以與該公告有關之相關法令是否有違憲的問題，其審查範圍應限於與該款之適用有關連的部分。亦即所適用之命令的目的，是否因在於「處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」（廢棄物清理法第一條），而可認為在

該款授權之範圍內；或因不在於「處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康」，而可認為不在該款授權之範圍內。關於是否核准在公共場域張掛商業或非商業廣告，如欲審查其內容，廢棄物清理法並非其適合之法律依據。是故，依廢棄物清理法之授權而制定之法規命令，如有審查廣告物之內容的規定，該法規命令之制定已逾越授權範圍。

六、環境保護為自治事項

依地方制度法，直轄市衛生管理及直轄市環境保護為直轄市（第十八條），縣（市）衛生管理及縣（市）環境保護為縣（市）（第十九條），鄉（鎮、市）廢棄物清除及處理為鄉（鎮、市）（第二十條），山地原住民區廢棄物清除及處理為山地原住民區（第八十三條之三）之自治事項。就自治事項，地方自治團體依憲法或地方制度法規定，得自為立法並執行（第二條）。

廢棄物清理法第二十七條第十一款之規定對於依地方制度法之上開規定所定之地方自治權，是否有限制的意義，值得檢討。應採否定之見解。惟當關於環境保護有關事項，認為地方政府有自治權時，須有關於其自治法規之違反責任的地方法規為其配套。目前由於該配套規定之欠缺，使關於環境保護之地方法規不完全。

註一：空氣污染防制法第二條第一款規定：「空氣污染物：指空氣中足以直接或間接妨害國民健康或生活環境之物質。」水污染防治法第二條第四款規定：「污染物：指任何能導致水污染之物質、生物或能量。」土壤及地下水污染整治法第二條第七款規定：「污染物：指任何能導致土壤或地下水污染之外來物質、生物或能量。」

註二：關於行政機關及法院對於不確定概念之判斷餘地，請參考 *Larenz*, Methodenlehre der Rechts-wissenschat, 5. Aufl., Berlin, 1983, S. 283ff.; 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂六版，2011年九月，台北，頁324。

協同意見書　　大法官葉百修　提出

本件解釋聲請人於中華民國九十八年六月間，在臺南市中西區民族路與永福路道路兩側張掛抗議中共及宣揚法輪大法好布條等物品，經臺南市環境保護局以聲請人之行為，有違該局依據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為」之授權，於九十一年十二月九日以南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告）：「公告事項：一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」之規定而予以裁處罰鍰。聲請人不服提起行政爭訟後均遭駁回，乃向本院聲請解釋憲法，主張：系爭規定所謂「指定清除地區」及其未明確規範「廣告物」之定義，有牴觸憲法第二十三條之法律明確性及法律授權明確性原則；系爭公告無論廣告物所涉及之言論內容價值高低而一律予以管制，有違廢棄物清理法第一條之立法目的而屬涵括過廣，牴觸憲法第二十三條之比例原則，侵害人民受憲法第十一條保障之言論自由等語。

本院以聲請人之聲請符合受理要件並作成本件解釋，認定系爭規定並未牴觸法律授權明確性原則；而系爭公告「不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符」等結論，本席敬表贊同。本件解釋所涉及之系爭規定與系爭公告，形式上涉及國家與地方政府對於環境污染行為之管制，實質上卻

因為系爭公告對於認定有無環境污染之廣告物設置管理，因為廣告物所指涉之內容，會涉及人民以廣告物作為行使其言論自由之工具，乃具有重要之憲法價值。本席認為本件解釋多數意見並未充分就所涉言論自由限制之憲法爭議部分詳予論述，致使本件解釋徒為法規範形式違憲審查之判斷，大幅減低本件解釋之重要性，亦無助於本件解釋所涉憲法爭議之解決，爰提出協同意見如后。

一、廣告物內容依其性質涉及不同基本權利，其違憲審查基準亦隨之不同

本件解釋多數意見以廣告兼具意見表達性質，從而認定本件解釋系爭公告對未經核准設置廣告物予以處罰，泛稱屬言論自由或其他憲法基本權利之限制。本院歷來解釋，固就廣告本身及管制所涉及之憲法基本權利，曾認定分別涉及工作權（本院釋字第二０六號解釋參照）、兼具財產權及言論自由（本院釋字第四一四號、第五七七號解釋參照）、兼具財產權及人身自由（本院釋字第五九四號解釋參照）等不同基本權利。人民不同基本權利之侵害，於憲法違憲審查判斷之基準認定，亦隨之不同，例如前開釋字第四一四號及第五七七號解釋所涉及之商業廣告或釋字第六二三號解釋涉及之性交易之訊息散布廣告，本院皆以其涉及公共利益之程度，予以較嚴格之審查。

是以系爭公告對未經核准設置之廣告物予以管制處罰，其違憲程度之判斷，自應依其涉及基本權利之類型不同而有異，多數意見就此僅以形式判斷，認定系爭公告不問設置廣告物是否違反廢棄物清理法第一條及第二十七條前十款之立法意旨，逕認凡未經核准設置廣告物即屬污染環境行為，概予禁止處罰，逾越系爭規定之授權範圍，與法律保留原則不符，並要求主管機關通盤考量系爭公告否准設置廣告物對人民言論自由或其他基本權利限制之必要性與適當性，顯與本院涉及廣告之解釋方法略有調整。換言之，廣告物內容依其性質而涉及不同基本權利，其違憲審查之判斷標準即有所不同，例如對於商業言論與財產權，立法者可

為較嚴格之管制；若涉及政治言論，對於事前管制而可能直接審查言論內容本身，本院審查基準則較為嚴格（本院釋字第六四四號解釋參照）。而對於言論自由行使之時間、地點及方式管制而不涉及言論之內容與目的者，本院係以立法者為維持社會秩序及增進公共利益所必要，而屬立法自由形成之範圍（本院釋字第四四五號解釋參照）。亦即本院歷來關於言論自由之解釋，已建立如美國司法實務以管制方式區分是否以內容或目的為主(content-based)或屬不涉言論內容(content-neutral)之雙軌理論，以及以管制內容之價值高低區分之雙階理論等審查模式。是系爭公告違憲性之判斷，自將因廣告物之內容與設置時間、地點、方式之不同而有異。

以本件解釋聲請之原因案件為例，涉及聲請人政治與宗教言論之訴求，系爭公告以事前核准之方式加以管制，即非其他廣告物內容可以比擬。多數意見固然以系爭公告非為限制人民言論自由或其他權利而設，未就系爭公告之合憲性予以具體審查，然系爭公告實質上限制人民言論自由，顯為不爭之事實，亦為聲請人所明確主張，本院即應予以具體判斷，而非如多數意見以旁論輕輕放下。

二、廣告物既為表達廣告內容之工具，依其內容而受憲法言論自由保障，自應與廢棄物之認定標準不同，系爭公告逕依系爭規定為授權依據，即有不合

其次，從廢棄物清理法第二條第一項規定可知，該法所指廢棄物，區分為一般與事業廢棄物兩種，且均以廢棄物須已達影響人體健康或污染環境衛生為要件。此亦多數意見以廢棄物清理法第一條及第二十七條第三款及第十款規定合併觀察，認定系爭規定授權主管機關以「公告」而認定「污染環境行為」，業已具體明確而與憲法第二十三條之法律授權明確性無違。然而綜觀廢棄物清理法相關規定，並無界定何謂「污染」，而多數意見以該法第二十七條前十款規定整體觀察，系爭規定之公告禁止行為，仍

須達到與之所定行為類型污染環境相當之程度，然除第一款及第五款至第九款尚可認明確規範所謂污染環境行為外，其餘規定仍充滿不確定法律概念，例如第二款、第十款所稱「污染」、第三款所稱「有礙衛生整潔之物」等，於系爭規定之規範有待確定前，又如何要求系爭公告已具明確授權？若認系爭規定符合法律授權明確性原則，則系爭公告明確以未經核准設置廣告物而「認定」為污染環境行為，又如何指稱系爭公告禁止之設置行為非「污染」行為？（註一）因此，系爭公告所為之廣告物設置管制，關鍵不在於設置行為是否為污染行為，而係廣告物本身是否為廢棄物而足以污染環境或有礙衛生整潔。

再者，任何言論之表現或行使，均需透過一定方式，無論是口語或文字傳達，均需工具與場所而為制度規範上的配合，因此，憲法保障人民言論自由，並非僅保障人民有表意或不表意之自由，而同時保障人民有透過一定媒介表意之自由與權利。例如於現代傳播媒體科技下，本院於釋字第三六四號、第六七八號解釋肯認人民有平等「接近使用傳播媒體」之權利；透過一定組織社團方式與結社自由集體表意之保障，於本院釋字第六四四號、第七三三號解釋予以肯定；透過一定組織與集會遊行自由集體表意之保障，於本院釋字第四四五號解釋及第七一八號解釋予以肯認；透過人民個人行使新聞自由之保障，於本院釋字第六八九號解釋予以肯認。因此，對於言論自由保障之範圍，及於言論表現之工具與場所，應為本院歷來解釋及外國違憲審查實務上（註二）所肯認。然而在現代社會資源分配不均之現實條件下，人民對於言論自由之表達，除了透過網路等新興傳播媒體而於個人臉書、網站、部落格等工具或方法，避免因為言論表現之工具或方法之限制而因此限制或剝奪表意自由外，以最直接、簡易的廣告物表達言論，亦應受憲法言論自由保障，而釋憲者亦應重視此種表意工具或方法之管制而侵害人民言論自由之可能性。特別是當廣告物之內容涉及所謂高價值言論如政治性言論時，對於廣告物之管

制，即應謹慎為之，釋憲者於審查基準上亦應有所不同，其保障具體內容，亦應如本院釋字第四四五號解釋所稱：

> 對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。……國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。……以法律限制集會、遊行之權利，除應遵守憲法第二十三條必要性原則外，尚須符合明確性原則，使主管機關於決定是否限制人民之此項權利時，有明確規定其要件之法律為依據，人民亦得據此，依正當法律程序陳述己見，以維護憲法所保障之權利。

三、廣告物之設置地點涉及公物利用合法性與正當性之判斷：重新思考雙軌與雙階理論之審查基準

如同前述釋字第四四五號解釋所稱，「對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑」，人民透過設置廣告物之方式，亦屬因不易接近或使用媒體言論管道之重要途徑，除了因其廣告物內容而決定事前管制之合憲性與正當性之外，廣告物設置之時間、地點、方式，是否即如釋字第四四五號解釋所稱，「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍」，亦值進一步商榷。

本件解釋系爭公告係以未經主管機關「核准」，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物設置廣告物，即認定為污染環境行為，「一律」予以禁止處罰，形式上並未區分廣告物之內容而有不同規範，性質上屬於言論自由關於地點及方式之事前管制，依照釋字第四四五號解釋之意旨，釋憲者似乎無須提高審查基準而與言論內容管制等同觀之。然就釋字第四四五號解釋就保障集會遊行自由所確立之原則，「國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預；積極方面應提供適

當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」，則就集會遊行之地點，就不應輕易由立法者以形成自由予以限制。

若以憲法保障言論自由之意旨，在於「言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的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」，則言論內容之事前管制，確係「限制人民表現自我、實現自我，所限制之言論亦無從進入言論思想之自由市場，而無法為思想、意見或資訊之傳遞與交流，不僅使得思想、言論匱乏，更危險的是將使執政者代替大眾選擇，而唯有其喜好或符合其利益之言論或思想方得以呈現或傳布，與憲法保障人民言論自由之意旨，根本背道而馳」（註三）。然而，對於言論行使的時間、地點及方式之事前管制，並不當然就沒有不當限制言論自由之疑慮，甚至對於時間、地點及方式之事前管制，可能根本阻絕任何言論的散布與接收，其效果上即與言論內容之事前管制並無分別，亦即對於以言論管制是否涉及言論內容、目的或者與之無關之言論中立之管制，其管制手段之分別與釋憲者隨之適用審查基準不同之基本假設與原則，釋憲者亦應審慎適用。尤有甚者，一旦釋憲者為此分別，亦容易導致立法者率以言論表現或行使之時間、地點及方式之事前管制，迴避對於言論內容之事前管制而容易招致釋憲者以嚴格基準予以審查之風險（註四）。

因此，本件解釋系爭公告對於廣告物設置地點與方式之事前審查，是否僅依其非為限制人民言論自由所設而無須進一步具體審查，多數意見於此可能鑑於其事前管制無涉言論內容而留由主管機關通盤考量，然若未就其實質影響言論自由之效果予以闡述，恐仍將有本席上開疑慮之存在。再者，多數意見雖然亦以「公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通」一語（註五），提醒立法者對於言論表現行使之場所、地點之管制正當性與合理性，然何謂公共場所？何謂通常使

用方式及如何構成妨礙，多數意見均未予以明確界定，此種於公共場所形成言論表達之憲政慣例而為「公共論壇」(public forum)之說（註六），在我國憲法規範架構與民主社會文化之發展下，應如何與言論自由之保障相結合，公共論壇是否僅限於公共場所？私人場所（註七）或受管制之場所地點，例如臺北一０一大樓正門廣場、各法院或行政機關前廣場、學校、圖書館、機場、大眾運輸系統等場所地點，乃至於非物理上之實體場所、地點如公司內部郵件信箱、臉書專頁或網路電子布告欄等，是否亦有公共論壇之適用，公私機關團體即不得任意予以限制人民接近使用作為表達言論之途徑？限制之目的又為何？所謂公共利益如本件解釋系爭公告所欲追求之環境衛生、整潔是否即足以限制廣告物設置之事前審查？（註八）依據本院釋字第四四五號解釋之意旨，國家有無積極設立公共論壇之義務？有無可能造成言論表達之場所地點之二次限制？抑或是在言論表達途徑之選擇上，有優先順序而僅於無適當途徑時，始有廣泛的場所、地點之選擇自由？（註九）由於本件解釋以系爭公告作為審查客體而受限其規範內容與適用範圍，多數意見誠不易亦不宜過度擴張解釋，而選擇以旁論方式提醒立法者。為免立法者不察，本席爰提出協同意見如上以作補充。

註一：同屬以「公告」授權主管機關制定具體規範，本院於釋字第680號解釋則為「授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則」之結論。

註二：例如歐洲人權法院於 Autronic AG v. Switzerland (1990) 12 EHRR 485 一案中，即認為：「歐洲人權公約第10條就表意自由之保障，不僅適用於資訊之內容，同時也包括資訊傳達與接收之工具，因此，任何該工具之限制，均可能構成收送資訊權利之侵害。」 (Article 10 (art. 10) applies not only to the content of information but also to the means of transmission or reception since any restriction imposed on the means necessarily interferes

with the right to receive and impart information.) *Id.* at para 47. 原判決參閱歐洲人權法院網站：http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57630（最後瀏覽：2015年12月16日）。

註三：參照本院釋字第644號解釋，林子儀大法官提出之協同意見書。

註四：進一步討論，可參閱 KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 1121-1123, 1190-1192 (18th. ed., 2013)

註五：此種說法顯然考量我國行政法上關於營造物與公物利用關係之討論基礎，可參閱吳庚，行政法之理論與實用，增訂12版，2012年10月，頁158-162、182-189；然而，此種利用關係如何與憲法關於人民基本權利之保障，仍有待釋憲者未來以解釋加以釐清。

註六：最著名者莫過英國倫敦海德公園(Hyde Park)。有關美國憲法上關於公共論壇之討論，可參閱 SULLIVAN & FELDMAN, *supra* note 4, at 1156-1222.

註七：日本最高裁判所曾以私人財產權與管理權之保障優於表現自由而認為限制並不違憲，參閱野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法I，第5版，2012年，頁389。

註八：日本最高裁判所於大阪市屋外広告物条例違反事件一案判決（最大判昭和43年12月18日刑集22巻13号1549頁）中，即以「維持都市美觀風致」是維持公共福祉之必要，而認為限制表現自由具有合理性與正當性；而於大分県屋外広告物条例違反被告事件一案判決（最判昭和62年3月3日刑集41巻2号15頁）中，多數意見延續前揭判決之看法，惟伊藤正己裁判官提出補足意見則認為，單純以「維持都市美觀風致」而認定是維持公共福祉之必要目的，稍嫌速斷，而認為該目的與表現自由之保障兩者間，應有進一步利益衡量之審查。進一步討論，可參閱野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，前揭（註7）書，頁387-388。

註九：南非司法實務上有採取表意工具選擇適當性之判斷標準，可參閱 DARIO MILO, GLENN PENFOLD & ANTHONY STEIN, FREEDOM OF EXPRESSION, *in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 42-63-65 (Stuart Woolman & Michael Bishop eds., 2nd. ed., 2013).

105年2月15日
院台大二字第1050004319號
公布更正

協同意見書　　大法官陳春生　提出

壹、前言

本號解釋宣示，廢棄物清理法第二十七條第一款規定「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背；又臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告之公告事項一、二，不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型之污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力之見解，本席敬表同意。惟對於解釋文中雖以憲法第二十三條法律保留原則作為審查基準，而未對當事人所受何種憲法保障之基本權利受限制為論述，只於理由書中以無拘束力之「併此指明」方式提及言論自由之保障，未對可能受限制之宗教自由、藝術自由或一般行為自由等為闡述；又本件解釋與傳統公物利用關係之運用亦密切相關，但解釋中幾無著墨。因此，就上述兩點，謹述個人協同見如下。

貳、本件所涉憲法保障之基本權利—一般行為自由、宗教自由、藝術

自由、言論自由與公共論壇

一、一般行為自由

（一）本件原因案件之當事人乃主張，無論言論文宣之張掛、懸繫是否對環境衛生與國民健康有所影響，採取一律禁止之手段，逸脫廢棄物清理法之規範目的，如同事前限制人民之言論自由，違反比例原則等語，即明白主張憲法所保障之言論自由受限制。而本案系爭規定之廢棄物清理法，其立法目的係為清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（第一條），而並非專以規制言論自由為目的。因此，從另一角度觀察，此時似不須問受系爭規定規制者其動機為何，而當事人首先即可能受憲法第二十二條一般行為自由之保障。而對於一般行為自由，如本院釋字第六八九號解釋理由書所宣示：「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（本院釋字第六０三號解釋參照）。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，亦受憲法第二十二條所保障。」之意旨，亦即德國法上之「人民依其意志有作為或不作為」(tun und lassen, was er will)之一般行為自由(BverfGE 80, 137, 152f.)。換言之，本解釋另一思考方式為，若系爭規定並非以言論自由為限制之目的，則以一般行為自由作為審查原則亦為一思考方向，因為，從一般行為自由角度，自不必再強調當事人之行為動機（註一）。

而系爭公告，乃根據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定：「……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為」而發布，要求當事人須先經過核准方得為之。

按臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市

環廢字第０九一０四０二三四三一號公告一之內容：「一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。」，其前半段接近廢棄物清理法第二十七條第二款規定；後半段污染環境之行為較接近同條第十款規定。先不論其內容事項是否須經主管機關核准，先探求系爭公告結合廢棄物清理法第二十七條第二款與第十款，可否針對廣告物為禁止？從下述傳統公物利用關係，針對公共用物之非一般使用情況，主管機關得要求當事人須先獲得許可或特許方得使用公物，此自為法之所許。換言之，主管機關根據第十一款規定，應有此種權力。

（二）宗教自由、藝術自由、言論自由與其他憲法保障基本權利

至於本案是否涉及言論自由，宗教自由、藝術自由等憲法保障之基本權利，正如解釋理由書中所述，系爭公告非為限制人民言論自由或其他憲法所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，造成限制人民言論自由或其他憲法所保障之基本權利之結果。換言之，其可能造成對言論自由之限制，並非直接而是間接之效果，另一方面，本案除對言論自由外，亦可能間接產生對宗教自由、藝術自由或其他憲法所保障基本權利之限制結果。

（三）臺南市政府之系爭公告，其依據為廢棄物清理法第二十七條第十一款及第五十條授權，至於環境權，因為第二十七條本身所要保護的就是維持環境整潔，而與該法益有衝突的個人行為應受節制，所以對受限制的行為人而

言，受侵害的並非環境權。系爭規定之廢棄物清理法，其立法目的係為清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（第一條），而並非專以規制言論自由為目的，因此，本案所涉及者，應屬一般行為自由。

二、公共論壇—以日本為例

（一）日本最高裁昭和62年3月3日（1987年）第三小法廷判決

最高法院判決指出：

「大分縣屋外廣告物條例係基於大分縣屋外廣告物法而制定，與前述法律相同，係為維持美觀風致（景）及防止對公眾之危害，對屋外廣告物表示之場所及方法與對於屋外廣告物其設置與維持，所為必要之規制而制定。此乃基於以國民之文化生活之向上為目的之憲法目的下，維持都市之美觀風致，乃為保持公共福祉，前揭程度之規制，係為公共福祉，應解為對表現自由之受允許的必要且合理之限制。因此，對Y於本件所為，適用同條例第三十三條第一號、第四條第一項第三號規定所為處罰，也並不違法憲法第二十一條第一項。」

對於此判決，伊藤正己法官提出補充意見：

1. 本條例規制對象之屋外廣告物，很明顯地包含傳達政治意見、資訊之招貼物、海報等，這些物件在公眾容易進入眼簾之場所，揭示物件，係具有非常容易將意見、資訊傳達效果之方法。再者，與於街頭等傳佈廣告物等方法相比，此具有永續地廣範圍地傳佈於人的效果之優點，且費用低廉，特別是對於有經濟負擔者，係簡便、有效果之傳達表現之方法。“如此，將廣告物、海報等貼附於適當場所、物件，雖道路、公園等性質各異，我將之稱為具公共論壇性質者。”、“如此則特別欲對關於思想、意見為規制時，只以維持美

觀風致與公共福祉相符之目的便加以規制，輕易地為合憲判斷，乃過於速斷。”

2.「街頭中散佈廣告物、演說或其他廣告活動等作為傳達同樣內容之方法，這些與廣告物之揭出，即使其性質相異，公共揭示場是經充分之準備，被禁止之場所、物件係受限定，這些以外，能作為貼附對象，適合向公眾傳達之處亦廣泛存在時，則本條例所作之規制，我想也不能認為違憲」「本件中，所有上述之點並不清楚」，「又獲得所有者同意，利用私人房屋或牆壁等作為揭出場所也是可能」，但「一般，想獲得所有權人同意，其難易程度很難預測，關於表現自由之保障，特別是對無法獲得一般社會大眾共鳴之思想表現，對其加以確保（保障），更具有重要意義。從此角度思考，對此種表現欲得所有者同意，未必容易，因此，利用私有場所、物件作為表現場所之可能，不能過大評價」。

3.「本條例與表現之內容完全無關，而是為美觀風致之維持等目的，對屋外廣告物之揭出場所、方法所為一般性規制」，「此種情況，適用嚴格之基準，未必適當」，但「依照這些事件之具體情事，諸如廣告物貼附之場所具有何性質？其周圍情況如何？所貼附廣告物之數量、形狀、揭出之方式等，綜合地考量。其地域美觀風致受侵害之程度，與揭出廣告物之表現所具有之利益加以比較衡量結果，當表現之價值所具有之利益，優越於維持美觀風致之利益時，本條例所規定之課處刑事罰，則其適用即難免於違憲」。在本件「事實關係下，即使謹慎為前述考量，原判決肯認Y於本件所為之可罰性，亦可肯定。」

（二）基於補充落實接近使用傳播媒體角度

現代社會雖網路之運用與傳佈非常方便與活絡，除本院過去釋字第三六四號解釋所宣告之接近媒體使用權外，國民能言論表達之管道與方式亦愈加多元，但無可否認，仍有不少國民不能或不便運用網路，傳統之與於街頭等傳佈廣告物等言論表達方法，對其而言，仍屬費用低廉，特別是對於有經濟負擔者，係簡便、有效果之表現方法，在我國社會，似仍不能不加考慮。

本院釋字第三六四號解釋所確立之對於人民平等「接近使用傳播媒體」意旨之落實角度，亦應考慮使公共空間之利用，亦能作為表達言論自由之地點與方式。

三、其他受憲法保障之基本權利

（一）本號解釋理由書指出，「主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性」等語，值得肯定。

在本案，多數大法官認為宗教自由為言論自由所吸收，因此不予討論。可是在現今時代，有些其他自由是言論自由、宗教自由或藝術自由等憲法列舉之自由權利所無法涵括？德國的一般行為自由，乃隨著時代發展，其運用愈來愈多。過去只是從消極防止公權力侵害角度觀察，現在變成包含個人積極追求幸福或人格發展權利之視野考量。

（二）本案廢棄物清理事務有無辦法涵蓋既有之憲法所列舉之基本權利？例如在歐、美、日本，甚至我國目前日漸增多之無人機（空拍機）在公共空間操作、飛行之案例，是屬表現自由、或其他何種自由？一般行為自由於現在社會運用相當廣泛，尤其重視保障積極發展個人人格自

由或追求幸福權利方面，例如於德國，甚至將在沙灘上騎馬、於都市餵養鴿子等行為，亦可劃歸一般行為自由領域（註二）。所以，本案思考上若屬一般行為自由之論述，此時會產生對憲法第二十二條一般行為之限制，是否合乎比例原則的問題。

參、與公物使用關係之關聯

解釋理由書第三段指出，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（本院釋字第四一四號、第六二三號解釋參照），而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通之見解顯示，本件因廢棄物清理法之適用，牽涉當事人公物之使用與限制，連帶引起諸如言論自由等憲法上所保障基本權利受侵害之疑慮，因此，理解行政法學上關於公物之使用與管理之法律關係，為有意義與必要的課題。而解釋理由若從公物使用出發，是否有涵蓋不足或規範漏洞問題，如下所述，本席認為應不至於發生。

一、公物與公共用物、一般使用（通常使用）與特別使用。

關於公物，我國主要規範法源為國有財產法。依國有財產法第四條規定，國有財產分為公務用、公共用及事業用國有財產。國內學者對於公物有各種分類，惟關於公物使用關係，其論述則大同小異，尤其與德國、日本學界實務界之論述相通（註三）。而所謂公共用物，指經行政主體提供公眾自由在該物使用目的範圍內，且無需特別許可而使用之物，例如道路、橋樑、廣場、河川等（註四）。但欲超出該物使用目的範圍而為特殊使用者，例外需經許可，例如在道路舉辦路跑、設攤，設自動販賣機等。

廣告物表達之空間概可分為私有物、公用物、公共用物三類，一般言，公物乃提供公用之物，但可分為公用物與公共用物。換言之，道路、河川等公共用物，其本質在於提供不特定多數之公眾之用。而實務上因公物之性質不同，在相

關法律有個別規定。例如，道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第八款。

相對地，關於公用物，例如機關之建築物、國公立學校之校舍等，實際上得使用之人，應依法律所限制得使用者之範圍為前提，機關之建築物，即使各種各樣外部人民時常出入，但終究其目的乃提供公務員勤務之用，通常非公物管理法之規範對象，而毋寧說係屬中央或地方財產之目的外使用問題（註五）。

二、公共用物之使用關係，基本上為一般、通常（自由）使用。相對的為許可使用與特許使用。

（一）一般使用

所謂一般使用指民眾不用為任何意思表示，而得利用公物之謂。如道路上開車、河川就航、海灘戲水等。公共用物之基本方式即為一般使用（註六）。但此非完全自由，須遵從法律（註七）或管理者之規定而受限制。又時常亦須服從公物警察所為之限制，如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項規定。

（二）許可使用

許可使用指基本上屬自由使用領域，但事先對使用行為禁止，只有當申請獲得許可後，方解除禁止而得使用之制度（註八）。此一許可，概念上可能同時包含公物管理作用上之許可，同時是公物警察上之警察許可。例如道路上之工事作業，同時須道路法與道路交通雙方之許可。

公共用物如超出該物使用目的之範圍，則須經許可（註九），例如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項第五、六、八、九、十款，其中第八款即有關廣告物之設置問題。

（三）特許使用

特許使用指公物之使用須由公物管理權者設定特別之使用權方得行使之謂。例如於道路設置電線桿、埋設瓦斯管線等。特許使用非自由使用，因此就該公物，承認特定人之特定的排他利用。但因使公共用物，因此排他性有其界限（註十）。

（四）公共用物使用關係之問題點

1. 公共用物之使用關係，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利

公共用物使用關係之最原來型態為自由使用。自由使用為公共用物使用之最大特色。亦即，個人在社會中之本來就被允許的自由活動。但此與私人本來之自由領域之承認不同，此自由利用，其前提為公共用物目前提供為公共使用，因此其使用，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利，因此，當廢止道路，使不再能自由使用時，向來之利用者，不能主張自由使用權，而攻擊該廢止處分違法，亦即就道路廢止處分，不具原告適格地位。但公共用物之廢止，若產生日常生活或日常業務之顯然障礙之情況，日本下級審法院，則有承認原告適格者。公用廢止並非屬管理者之完全裁量權，管理者有維持保存公物適合其目的之義務。因此，不能任意地使其公用廢止，而須待公物已失其供公的目的之用之必要已不存在時方可（註十一）。

國內學者亦有認為，對現有供一般使用之公用道路，基於憲法第二十二條對人民行動自由之保障，人民應有對於已提供作為公用道路為一般使用之公權利，而非僅有反射利益。但人民之權利尚不及於新設或繼續維持之既有道路，值得參考（註十二）。

2. 當私人對公務之自由使用受到第三人之妨害時，應認為此乃屬民法上之不法行為問題（註十三）。
3. 隨時代演變與社會發展，自由使用權內容，其本身亦非不變，例如，何謂妨害他人之自由使用權，則須依使用內容，彈性地解釋。
4. 許可使用與特許使用之分類，及自由權利之回復與創設之區別之營業上許可與企業特許，我國現行法未必以此為基準區分，但有些情況仍有其存在價值。
5. 何謂一般使用（通常使用），有時不易判斷，例如河川之利用，游泳或洗衣，是否一般使用？道路除提供人行走，若鋪設光纖，促進資訊流通，是否通常使用？本案關於公物所包含公共空間中，是否為言論表達亦為通常使用，是否亦承認作為公共論壇，亦為通常使用？即有討論空間。
6. 公共用物之使用許可，得適用行政處分附款之規定，即得附條件、期限等。

三、公用物之使用關係

（一）公用物之使用之本來使用

公用物又稱行政使用之公物，指為達成行政任務直接使用之物。但僅為行政主體或行政機關供內部使用之公物，又稱公務用物，例如警察與軍隊之裝備、公務大樓及其動產。

公用物不論是公家機關之建築物，或是國立大學之建築物，該當建築物之存在，均為提供特定行政目的之用，管理者有依其目的管理之義務。進入該建築物者，須服從管理者之管理權（廳舍管理權、校舍管理權、醫院管理權等）。

（二）公用物之目的外使用

目的外使用一般亦及於公共用物，如道路法、河川

法般，公物之目的外使用，吸收於該當法律之許可制度。因此，所適用之範圍為法定外公共用物及公用物，實務上較多者為公用物。以下敘述公用物之目的外使用之問題點：

1. 在具體情況究為公用物之目的內使用或目的外使用，有時並不易判斷。例如於公官署之建築物中經營職員用之餐廳、開商店、設置職員團體事務所等。但日本學者認為，討論是否目的外使用有時並無實益，因無論目的內或目的外使用，均須經許可亦可能。又使用費用之徵收，無論是否目的外使用，均可能適用（註十四）。
2. 關於公用物之目的內或目的外使用，有時不易明確區分。若依國有財產法則應依行政財產是否有效利用之角度掌握之。而近年國家地方自治團體從財政角度，重視效率性，因此將廳舍等公用財產，出租給民間，以促進國有財產有效率之運用。此種出借給民間之方式，無論是否屬公用物之目的外使用，此乃平行於公用物之合目的使用外，另一使用方式。

四、公物使用之結論：

（一）無論公共用物或公用物均有可能透過許可程序限制人民使用。

（二）論及一般使用、通常使用，係指公共用物情況；至於公用物，應從是否公用物之目的外使用角度論之，此時公物管理機關具有廳舍等公用物之管理權管理之。

（三）公共用物之使用關係，只是承認一般人之使用自由而已，而非設定使用權利。

（四）公物使用應隨時代發展而與時俱進：

1. 公物使用應可補充落實接近媒體使用權與得作為某一形式之公共論壇。

2. 公物之存在無法與周圍環境隔絕，因此，公物之管理也須從環境管理角度考量（註十五）。除地面上外，地下之光纖管線、地下水、空中之無人機（空拍機）之管理等均須與時俱進，因此在公物使用關係中，牽涉廣告物之管理時，須注意如本案之言論自由及其他受憲法保障之權利。

肆、結語—制定廣告物法之必要

基於以下理由，我國應有制定廣告物法專法之必要：

一、隨時代與社會發展，須規範之事項愈專業與複雜化，應有上位階之中央法律統一規制。例如廣告業者、與環保相關之光污染等、透過中央法律之制定，可統一中央與地方，以及主管機關與目的事業主管機關間之權限界分、相關重要概念之界定，例如，何謂廣告物。

二、與其他現行法律之整合，例如廢棄物清理法、道路交通處管理罰條例、水利法、文化資產保存法、公路法等，以避免機關間多頭馬車或兩不管之情況。

三、納入對廣告業者之管理、監督規範，此對廣告物之管理，可收事半功倍之效。

四、在公共場所，人民之一般行為自由及其他自由權利，很容易與廣告物之規制而競合或衝突，此時須專業與細膩之法規範。因此，應在法律中明定類似本號解釋理由書中之文字，如「本法及依本法訂定之自治條例於適用時，應注意避免對人民之言論自由，或其他憲法上所保障基本權利為不當之侵害。」（註十六）

註一：德國基本法第二條第一項，在德國除如聯邦憲法法院所一再強調之屬於「補充其他特別基本權」。它保障構成獨立之人格保護基本權，以及一般行為自由等未明文列舉之基本權利。

註二：Vgl. Friedhelm Hufen, Schutz der Persönlichkeit und recht auf informationelle Selbstbestimmung, in Festschrift 50 Jahre

Bundesverfassungsgericht，Zweiter Band, 2001，S. 105.關於本論文之翻譯，參考翁曉玲譯，人格保護與資訊自決權，收錄於蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經出版公司，2010年，113頁以下。

註三：參考李震山，行政法導論，三民書局，2009年9月，頁117以下；陳敏，行政法總論，新學林，102年9月，頁1035以下；陳新民，行政法學總論，新九版，104年，頁177以下；林錫堯，行政法要義，元照出版公司，2006年，頁551以下；吳志光，行政法，修訂六版，新學林，2014年9月，頁132以下。

註四：參考李震山，前揭註，頁121。

註五：參考塩野 宏，行政法III，行政組織法，第三版，有斐閣，2006年，頁350以下。

註六：參考林錫堯，前揭註3，頁561，其所謂普通使用，即為此之一般使用。

註七：陳敏，前揭註3，頁1046。

註八：陳新民，前揭註3，頁181。

註九：吳志光，前揭註3，頁134。

註十：塩野 宏，前揭註5，頁350以下。

註十一：塩野 宏，前揭註5，頁344以下。

註十二：參考吳志光，前揭註3，頁134。

註十三：日本最高法院見解亦認為此乃屬民法上之不法行為問題。

註十四：塩野 宏，前揭註5，頁351以下。

註十五：參考塩野 宏，前揭註5，頁358、359。

註十六：隨時代演進與社會發展要求，如日本在最高裁昭和43年12月18日（1968年）大法廷判決之後，修改屋外廣告物法，即1973年屋外廣告物法第十五條（現為第二十九條）修正，規定有：「本法及依本法訂定之條例於適用時，應注意避免對國民政治活動之自由，及其他國民基本人權為不當之侵害。」值得我國未來制定法律之參考。

協同意見書　　大法官陳碧玉　提出

本案爭點為臺南市政府於中華民國九十一年十二月九日依據廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）授權發布之南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告，重行發布相當之內容，下併稱系爭公告）是否逾越系爭規定之授權範圍，違反法律保留原則。

按環境衛生與人民健康之促進與維護息息相關。廢棄物清理法（下稱廢清法）之立法目的在於改善環境衛生與維護國民健康，具有重大公共利益，採取之廢棄物應予清理、環境污染行為應予禁止之手段，如為達成上開目的所必要且適當，即難謂與比例原則有違。然禁止人民於公共空間為不逾越其通常使用目的之行為，為對人民受憲法保障之行為自由權之限制，從而與系爭有關之設置廣告物行為，如何成為「環境污染行為」？其要件為何？自應以法律定之。如以命令定之，除授權之目的、內容及範圍應具體明確外，主管機關據以發布之命令，亦不得逾越授權之範圍，始為憲法所許。

廢清法第二十七條、第五十條第三款為禁止人民為污染環境行為並予以處罰之規定，其中第二十七條前十款以列舉方式規定「環境污染行為」之態樣，並於第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」是主管機關據此授權規定公告應禁止之「環境污染行為」，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度。第五十條第三款為結果犯之處罰規定，對於造成環境污染結果之行為人，裁處新台幣一千二百元以上六千元以下罰鍰，經限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰。

廢清法第二十七條第十款規定：「張貼或噴漆廣告污染定著物」之行為為環境污染行為，應予禁止，明定其構成要件有三：以張貼或噴漆之方法為之、將廣告置於定著物上，以及造成污染該定著物之結

果。此為設置廣告於定著物上為污染環境行為之法定要件規定，缺一不可。縣市主管機關所發布之關於設置廣告物於定著物上，為污染環境行為之法規命令，其構成要件自應相當。

臺南市政府依系爭規定授權發布系爭公告，以管制廣告物之設置行為，其內容為：「一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。……」。再依臺南市政府環境保護局一００年一月十一日環管字第一０００００五０三九九０號公告，將臺南市所轄行政區域均列為指定清除地區以觀，則凡在臺南市政府行政轄區內之任何土地定著物（包括牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘、或公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊、其他供公眾通行之地方，或其他土地定著物）上，以任何方法（張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法）設置廣告物者，是否即為「環境污染行為人」，其認定之唯一準據在於「該廣告物設置前是否已取得主管機關之核准」，未以造成污染定著物之結果為要件，與廢清法第二十七條第十款規定不符。

廣告物非屬廢清法第二條第一項第一款所稱之廢棄物，在未被認定設置行為為環境污染行為前，該廣告物亦非「視同廢棄物（註一）（指與維持正常運作兩相權衡後，被捨棄之物）」。設置未經許可之廣告物亦不當然即為環境污染行為。查廣告物管理辦法（內政部於九十三年七月二十三日廢止，改由各縣市以自治法規規範之）係以維護公共安全、城鄉景觀與交通秩序為規範目的（第一條），與廢清法以改善環境衛生與國民健康之目的不同。依該辦法規定，廣告物內容依法應先經目的事業主管機關核准者，須先經該機關核准後，再由廣告物主管機關核准（第六條），對內容為雙重管制；廣告物之文字圖畫不得違反法令規定、妨害公共秩序或善良風俗（第七條）；不得設置廣

告物之處所為：一、高岡處所或公園、綠地、名勝、古蹟等內部處所（但經各目的事業主管機關核准者，不在此限）；二、妨礙公共安全或交通安全處所；三、妨礙市容、風景或觀瞻處所；四、妨礙都市計畫或建築工程認為不適當之處所；五、公路兩側禁建限建範圍內不得設置之處所，以及六、其他法令禁止設置之處所（第八條）。張貼廣告之處所則限於政府核准之廣告張貼處（公職人員選舉宣傳或公定宣導另有規定者，從其規定，第十條），如違反上開第八條或第十條關於設置、張貼場所之規定，而符合廢清法處罰規定之要件者，依廢清法處罰（第二十一條）等，對於廣告物之內容與設置場所，採事前管制原則，與廢清法對於廢棄物之清除、污染行為之禁止及處罰為事後管理原則，顯然不同。又依上開規定，設置行為人亦僅於違反關於設置、張貼場所之規定，且符合廢清法處罰規定之要件時，始依廢清法規定處罰。換言之，於禁止場所為廣告物之設置行為，固然違反廣告物管理辦法之相關規定，但必該行為符合廢清法處罰要件—造成污染環境之結果，設置行為人始成為環境污染行為人，而依廢清法規定處罰。系爭公告認設置之廣告物未先經主管機關核准，設置人即為環境污染行為人，逾越授權範圍。

廣告物設置於土地定著物前，除須取得土地所有人之同意外，依上開廣告物管理辦法規定必先取得主管機關之許可。由於廣告物之本質為「視即知悉」廣告物內容所欲表達之意思，與出版、講學、電影（註二）等之內容為何，必須閱讀、觀看後「始得知悉」之情形不同；且廣告物之內容固定，與集會、遊行主張之內容有於進行中變更亦有不同。因此，主管機關於廣告物設置前因審核廣告物之尺寸、材質、設置地點、期間等要素之同時，實質上已對廣告內容進行了事前審核。對於廣告內容為事前審查之規定（註三），是否合憲，乃審查所欲維護之法益與限制言論自由等法益之結果，權衡其是否合乎比例原則而定（註四），不宜一概而論。又倘廣告物因內容、尺寸、材質、設置地點、期間等任一要素不符規定而被否准設置，且該設置之廣告物造成環境污染之結果，被認定為污染環境行為時，設置行為人應依

廢清法規定負其責任，言論自由、宗教自由等之維護目的，並不能阻卻該設置行為為污染環境行為之認定。

不問廣告物之管理或污染環境行為之禁止規定，其目的均不在於言論自由及憲法保障之其他基本權利之限制，但因廣告物為所有人意見表達之媒介，事前否准廣告物之設置，或設置後以該設置行為為污染環境行為，進而命行為人應予清除（改善），將會對行為人造成限制言論自由、宗教自由、良心自由等基本權之結果，因此設定廣告物或環境污染行為之審查基準時，應考量衡平不同權益之維護。

惟對於「言論自由之限制」乃為設置未經核准之廣告物之行為，經認定為環境污染行為後之附帶結果，若以言論自由之保障為出發點論斷系爭公告之合憲性，未免有離題之嫌。從而，本席贊同本號解釋之多數意見，不特別指出所涉之基本權，僅認系爭公告不問該未經許可而設置之廣告物是否有礙環境衛生，及設置行為是否已達與廢清法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即逕以之為污染環境行為，對設置行為人裁處清除及罰鍰處分，逾越授權範圍，違反法律保留原則，應於三個月內修正。爰提出協同意見書如上。

註一：工廠管理輔導法第二十三條第四項、石油管理法第五十二條第三項、建築法第九十六條之一第二項、道路交通管理處罰條例第八十二條第二項、第八十五條之三第四項、漁港法第十七條第一項第一款、違章建築處理辦法第八條規定參照。

註二：電影法第九條：「申請電影片、電影片之廣告片審議分級者，應填具申請書，並檢附相關文件、資料，報中央主管機關核准（第一項）。電影片、電影片之廣告片非經中央主管機關審議分級並核准者，不得映演。但教育行政機關主管之教學電影片，不在此限（第二項）。……」。

註三：例如廣播電視法第三十四條：「廣告內容涉及藥品、食品、化粧品、醫療器材、醫療技術及醫療業務者，應先送經衛生主管機關核准，取得證明文件。」；藥事法第六十六條第一項前段：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言

詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」；食品安全衛生管理法第二十八條第三項：「中央主管機關對於特殊營養食品、易導致慢性病或不適合兒童及特殊需求者長期食用之食品，得限制其促銷或廣告；其食品之項目、促銷或廣告之限制與停止刊播及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。」；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。」；醫療法第九條：「本法所稱醫療廣告，係指利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為。」第八十五條第二項：「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」等。

註四：本院釋字第四一四號解釋文：「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。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，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，與憲法第十一條及第十五條尚屬相符。……」參照。

協同意見書

大法官羅昌發　提出

本件表面上涉及較為技術層面之廢棄物清理法及地方主管機關依據廢棄物清理法所發布視為污染行為之公告，實質上則涉及環境衛生（包含市容整潔）、國民健康、人民之言論自由、宗教自由間如何權衡之實體問題。另由於本解釋理由甚為簡略，相關機關解讀本解釋意旨時，易生疑義。為避免相關機關及人民誤認為，基於本解釋，所有街頭廣告之設置將毫無限制；且為釐清人民各項自由權利與環境衛

生及國民健康間之關係，本席認為有予補充闡述之必要。爰提出本協同意見書。

壹、有關廢棄物清理法第二十七條第十一款授權主管機關公告污染環境行為之部分

一、廢棄物清理法第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」（下稱系爭規定）多數意見認為，解釋上，主管機關據此發布公告禁止之行為，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度；且由該條其他款（如第三款「於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物」及第十款「張貼或噴漆廣告污染定著物」）規定應可推知，該法所稱污染環境行為，不以將廢而不用或擬丟棄之物品為「棄置」之行為為限，而包括其他有害環境衛生與國民健康之行為；故系爭規定尚可合理理解，而與授權明確性原則無違。

二、本席對多數意見有關系爭規定為合憲之結論，敬表同意。由本解釋理由書第一段可知，多數意見並非毫無條件地認為系爭規定合憲；而係在將該規定解讀為「其他經主管機關公告『達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度』之行為」之前提下，始為合憲。故多數意見有關系爭規定之部分，本質上屬於「合憲性解釋」。系爭規定並非空白授權予主管機關發布有關污染環境行為範圍之公告；主管機關依系爭規定發布公告時，自須將污染環境之條件納入其公告之內涵。

三、另多數意見並未界定所謂達到「與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度」，係何所指。本席認為，「污染環境」之概念雖非無法合理理解，然由字面而言，該詞可能包括「在特定場所內或於該條第二款所稱之『定著物』上，為非其原來或通常使用目的之放置或設置任何物品之行為，然本質上不當然構成污染環境者」。例如人民在合法集會或遊行時，可能於廣場或道路上放置或設置布條或其他

形式之標語，或於地面以易於除去之方式黏貼或以粉筆塗上標語；在其合法集會或遊行過程中，此等行為應非污染行為，其物品則非系爭規定所應涵蓋之廢棄物；應俟其合法集會或遊行之後，仍有未除去時，始構成污染行為。又例如人民在短暫而非長期佔用，且不妨礙公共場所原來使用功能之情況下，以易於除去之方式設置標語，以表達憲法所保護之言論（如政治、學術、藝術言論）或為宗教教義之宣傳；其設置行為，亦不當然構成為污染行為。再例如，商家於門口牆壁上刊登遷移啟示，或於門口牆壁黏貼對聯或春到、福到等年節標語，亦非當然構成污染行為。系爭規定如未為合憲性之限縮解釋，有可能被主管機關錯誤解讀為包括此等「與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境不相當」之行為。

四、探究所謂「與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度」，應先將各該款抽象化，以獲其立法真意，並因而確認是否「相當」。由該條各款觀之，必須屬生活上拋棄或由身體排出者（該條第一款、第六款、第七款、第八款、第九款參照）、經濟活動上排放或拋棄者（第四款、第五款、第六款、第八款、第九款參照）、或其物本質上有礙衛生整潔者（第二款、第三款、第十款參照），始屬該條禁止之污染行為範圍。故所謂須達到「與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度」，應指有類於生活、經濟活動或其他活動排放或拋棄，或本質上有礙衛生整潔之情形。前所舉之數例，於集會或遊行時設置布條或其他形式之標語、短暫設置標語以發表應受憲法保障之言論而不妨礙原場所使用者、於門口牆面設置遷移啟示或對聯等，均非排放或拋棄物品或本質上有礙衛生整潔之行為；在本解釋之下，自均非可依系爭規定納入公告，將其視為污染環境行為。

貳、有關地方主管機關公告為污染行為之部分

一、廣告物與廢棄物之關係：所謂廣告物，文義上包括商業與非商業廣告物；為倡導或推動任何個人或團體之理念或業務，而以文字或圖樣於有形之物體上設置者，均可涵蓋在廣告物概念之範圍。廣告物自未必為污染環境之廢棄物。主管機關依據廢棄物清理法而發布規範廣告物設置之公告，自應以廣告物設置行為有污染環境者為限。應先敘明。

二、臺南市政府於九十一年十二月九日依據系爭規定發布南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告及該府改制後於一００年一月十三日重行發布南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告；其公告事項包括：「一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」（下稱系爭公告）多數意見認為，其規定不問設置該廣告物是否有害環境衛生與國民健康，及是否已達廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，而予以禁止並處罰，乃逾越母法授權之範圍。本席敬表同意。

三、由於本解釋宣告系爭公告為違憲，相關機關及民眾或可能誤以為將來對民眾設置廣告物之行為均不得予以管理，並憂心全國各處普遍成為濫設廣告物之天堂。本席認為有釐清必要。實際上系爭公告所列之多數情形，本質上確為污染行為；然其所列者亦有非本質上屬於污染行為之情形。本席認為，系爭公告違憲之關鍵在於其「視為」污染行為之效果（使本質上未必為污染行為者亦遭禁止），以及所列「其他方法」之文義過廣（使其範圍無所不包）。就此自有進一步闡述之必要。

四、系爭公告雖僅稱所列之設置廣告物行為「為」環境污染行為；而非稱「視為」污染環境行為。然其意旨顯然係將此等行為「視為」污染環境行為。以前所舉之情形為例，集會或遊行時之布條或其他形式之標語，如係於道路張掛、懸繫、黏貼、樹立、置放或其他方法設置，則文義上將受系爭公告所涵蓋；因而將被視為污染環境行為，並屬禁止之列；然如前所述，系爭公告所據以發布之母法（即系爭規定），並不應包括禁止此種行為。又例如短暫設置且不妨礙原場所（如廣場或寬闊之人行道）使用而發表憲法保障之政治、學術、宗教等言論之標語，亦將遭視為污染行為，而屬系爭公告禁止之範圍；然系爭公告所據以發布之母法，亦不應包括禁止此種行為。再例如黏貼於商店門口牆面之遷移啟示或有顯示贈與廠商名稱之對聯等，文義上屬於在牆壁上黏貼之廣告物，將遭「視為」污染行為，而屬系爭公告禁止之範圍；然其本質上亦不應在母法禁止範圍之列。凡此均不應被「視為」污染環境行為。此為系爭公告逾越母法之原因之一。

五、系爭公告所規定「視為」污染行為之範圍，包括涵蓋甚廣且無客觀標準之「其他方法設置廣告物」。例如以不影響他人通行或行動之方式，手持小型標語於人行道或廣場走動，或於私人之非營業汽機車上黏貼小型標語而駕駛於道路上等，是否屬應受取締之污染行為，容有疑義；然在系爭公告下，此等情形均可能受此概括文字之涵蓋。系爭公告有關「其他方法設置廣告物」之部分，既無任何客觀標準且其範圍又毫無限制，自亦有逾越母法之疑義。

參、有關系爭公告可能因而限制人民言論自由及宗教自由之問題

一、廣告物、廢棄物與言論及宗教自由之關係：如前所述，廢棄物清理法所稱之廢棄物，包括排放或拋棄者，以及雖非排放或拋棄然其物本質上有礙環境衛生與國民健康者；故廣告物可能為廢棄物，亦可能為非廢棄物。另廣告物之內容含有一

定言論之表達（含商業或非商業言論）或宗教教義之宣傳；然言論表達或宗教教義宣傳則未必附著於廣告物。有言論或宗教內涵之廣告物，如已遭拋棄或本質上有礙環境衛生與國民健康者，自屬廢棄物清理法規範之範圍。然此並非謂所有廣告物均得依廢棄物清理法取締。

二、本件涉及聲請人在街道上長期設置布幔等標語，宣傳一定宗教信仰或教義（如記載「法輪大法好」字樣）；且其內容另包括政治訴求（如記載「聲援退出中共黨」、「制止盜賣活人器官」等語）。故其設置廣告物之行為涉及憲法第十一條之言論自由（因聲請人係在我國管轄領域內為言論表達，故屬我國憲法言論自由保障之範圍）及第十三條之信仰宗教自由（雖聲請人係主張該宗教之信仰者在大陸受迫害，然其係在我國領域內宣揚其教義，故屬我國憲法宗教自由保障之範圍）。另由於聲請人在當時所欲表達者係其宗教團體在中國大陸之結社遭迫害，而非在我國之結社自由遭任何限制，故其廣告物遭受取締，尚與我國憲法保障之結社自由無關。基此說明，系爭公告雖在規範廣告物之設置，然其執行，可能溢出於原規範目的之範圍，而造成限制人民憲法上保障之權利（如本件所涉及之言論及宗教自由）之結果。

三、憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在確保人民意見得以自由表達及散布。對於發表言論者而言，憲法之保障使其得以實現自我，並進而影響他人；對於其他人而言，則藉由言論自由之保障而可以獲得充分資訊。信仰宗教自由則確保人民思想不受羈絆與良知得以受啟發、支持、維繫或寄託。言論及信仰宗教自由均為維護國家與社會進步及多元發展之重要基石；國家對其干預，均應限於最小之範圍，而不得逾越憲法第二十三條所規定之必要程度。

四、人民在系爭公告所列之公路、人行道、廣場或其他供公眾通行之場所等空間，表達及散布言論及宣揚宗教教義，雖非隨

處可見，但亦非難以想像。人民於此等空間為有關政治、學術、宗教等不以獲取財產利益為目的之言論表達或教義之宣傳，不論係以廣告或其他方式呈現，國家本非不得於憲法第二十三條規定之條件下，就其表達之「時間、地點、方式」為合理之限制，以保障環境衛生及國民健康，甚至維護他人之通行及合理利用公共空間等公共利益。要求人民於為此種表達或宣傳時，限於一定之時段（例如要求非於人員往來之尖峰時段設置，以避免干擾通行及他人合理利用相關空間）、一定地點（例如規定不應在狹窄的人行道設置，以避免通行及確保安全）、一定之方式（例如限制布幔或標語之大小或限制發出之音量，以避免干擾他人活動），均屬憲法容許之範圍。然法律或法律授權之命令縱可對以廣告方式為前述言論表達之「時間、地點、方式」為合理限制，仍應注意使人民之此種言論或信仰仍有適當表達之機會；而不應透過對「時間、地點、方式」之規範，造成完全排除此種言論或宗教信仰於供公眾通行之場所表達或宣揚之合理機會之結果。

五、另系爭公告稱「未經主管機關核准……，為污染環境行為」；據此，主管機關有權對廣告物之設置為事前之審查。如主管機關係審查廣告物設置之「時間、地點、方式」，原則上並無疑義，已如前述；然如係審查廣告之「內容」，則將構成對言論表達及宗教教義之宣傳內容之事前審查。亦即，主管機關於執行系爭公告時，可能因而對以廣告方式呈現之言論表達內容或宗教教義之宣傳內容造成事前審查之結果。就此部分，顯有憲法疑義。蓋在檢視憲法第二十三條之必要要件時，應權衡與平衡限制人民權利之規範所擬保障公益之重要性、對於所擬達成的目的可以提供之貢獻或功能、以及該規範對憲法上權利所造成限制或影響之程度；在權衡與平衡此等因素之後，憲法解釋者應進一步考量客觀上是否存有「較不侵害憲法權利」的措施存在。「環境衛生、國民健康、他人之通

行及合理利用公共空間」等公益雖非不重要，然其可能造成人民在憲法所保障之言論及信仰自由等重要權利事先箝制之結果；而為政治、宗教言論「內容」之事先審查，卻又對「環境衛生、國民健康、他人之通行及合理利用公共空間」等公益之維護，無重要功能。並且以對廣告設置之「時間、地點、方式」予以事前審查（而非對其「內容」為事前審查），顯然較不侵害人民之言論及宗教信仰自由，卻又較能達到維護此等公益之目的。主管機關於修正系爭公告時，自應以明確方式規定，避免對政治或宗教言論等造成事前審查之結果。例如，在修正後之公告中規定，如涉及諸如政治或宗教之言論或教義之宣傳，不得要求申請設置廣告者提出廣告之內容。

六、再者人民於此種空間所為以獲取財產利益為目的之商業性言論，包括以廣告或以其他方式呈現者，除得就言論表達之「時間、地點、方式」為較嚴格之限制外，對言論之「內容」，於有重大公共利益時，亦得為事前或事後之限制。例如主管機關對於藥物廣告之內容，自得基於人民生命與健康維護之重大公共利益，而為「內容」之事前審查。系爭公告適用於商業廣告物時，縱可能因而使主管機關對其「內容」為事前審查，然如確係基於重大公共利益（諸如國民健康、公共秩序、善良風俗），則無違憲疑義。主管機關於修正系爭公告時，自應將廣告物之性質（是否為商業廣告），納入考量，使商業廣告物與前述政治、學術、藝術之言論表達或信仰之宣傳之廣告物，為適當之區別規範。

協同意見書　　大法官蔡明誠　提出

本解釋認廢棄物清理法第二十七條第十一款規定與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背，及臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一

０００００五０七０一０號公告重行發布，內容相當。下稱系爭公告）有逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符之結論，謹表同意。惟在指定清除地區內設置廣告物之行為，並非純屬於廢棄物清理法與憲法保障基本權利之範疇，因廣告物所呈現之內容、方式或時地等，亦可能與廣告相關法規所欲規範者發生重疊，因此本號解釋仍有進一步闡明之意義。茲提出協同意見如下:

一、不宜單純依廢棄物清理法處理廣告物設置問題

廢棄物清理法之立法目的，係為有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康（該法第一條參照）。同法第二十七條第十款規定，在指定清除地區內嚴禁張貼或噴漆廣告污染定著物之行為，此屬於禁止特定地區污染環境行為之例示規定，為避免規範不足，掛一漏萬，另於第十一款概括規定「其他經主管機關公告之污染環境行為」。地方主管機關於實務上，往往依前開第十一款法律授權而發布公告，有如本解釋原因案件所涉及之系爭公告事項，針對廣告物設置之事前核准時，其所列之要件事實，不無與前述第十款規定重疊或重複之情形，並泛稱廣告物，不區分廣告之類型及設置所附著之物，均視同廢棄物，概依廢棄物清理法予以嚴禁取締。（註一）此單純以廢棄物處理廣告物設置，仍有商榷之餘地。尤其是廣告物所表現之廣告內容，可能涉及言論或資訊等傳播自由，如單純依廢棄物清理法處理廣告物設置問題，難免有侵害人民之行為自由或言論自由等憲法所保障基本權之疑義。

二、處理廣告物設置時應考量「廣告法」適用問題

規範廣告之立法模式，從外國立法例觀之，有採取綜合式獨立之規範模式，亦有採分散式規範模式，我國屬於後者之立法模式。例如分散規定於廣播電視法、有線廣播電視法、衛星廣播電視法、公平交易法、兒童及少年福利與權益保障法等。例如廣播電視法中，將節目與廣告分開規定，有關廣告內容之禁止規定，準用節目之規定。由此可見，我國將廣告之規範，分別就規範之

目的及廣告所呈現不同類型，而將之分散規定於各種不同法規之中，此一便宜性之立法模式，固無可厚非。惟如同時欲對廣告予以規制，主管機關不宜單純從設置廣告物所附著之有體形式而逕認其為廢棄物或視同廢棄物，而宜視廣告之性質或內容，依據規範目的、對象，分別為不同範疇之保護及不同程度之限制。諸如廣告內容、方式或時地及廣告物設置行為對公共利益影響之程度，加以保護或限制。其限制如涉及言論內容之事前審查，原則上宜予避免。如有事先核准之必要時，應適用嚴格審查標準。(註二)再者，對於具有商業性質之廣告，其屬於商業言論(commercial speech)或經濟性廣告(Wirtschaftswerbung)（註三），該類廣告因針對內容或內容中立，或其言論價值高底，是否因此在憲法上保障程度有所不同（此有稱雙軌、雙階理論），可能有不同之見解。（註四）惟一般而言，言論自由之保障，可使人民之意見自由流通，取得充分資訊及增進自我實現之機會，此言論包括商業言論（如經濟性廣告），並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則，受憲法言論自由之保障，此可參照本院釋字第四一四號解釋之意旨。因此，有關廣告物設置之處理，因廣告物上可能含有廣告內容之意見表現，故應同時考量廣告法規範適用問題，並根據「廣告法」之規範意旨及目的(Sinn und Zweck)，作出適當且必要之規範。

三、從憲法保障基本權觀點，廣告與廣告物宜予區別

廣告兼具意見表達之性質，以付費為常見型態。但如採取廣義解釋，則可能包括不需付費之意見表達或資訊傳播。至於廣告所附著物之型態各有不同，而呈現出不同形式之廣告物。本件原因案件，涉及廣告物所欲呈現言論表現之廣告，是否宜認為廢棄物或視同廢棄物，概予以取締，不無疑義，已如前述。

廣告之內容，往往利用廣告所附著之物，例如容器、包裝、海報、招牌等廣告物，呈現其語文、圖形、視聽影像等廣告內容，此為廣告相關規定所欲規制之對象。如前所述，我國既未制定綜

合性單一廣告法，屬於分散式廣告法之立法模式。本解釋所涉及廣告物，係因廢棄物清理法授權公告之命令，使設置於特定清除區域之廣告物，未經主管機關核准，而被視同廢棄物，地方主管機關據以取締之法令是否牴觸憲法發生疑義。為避免主管機關以規範廢棄物，間接達成限制廣告物設置之目的。如有利用廢棄物清理法，以便宜措施事前規制廣告等商業言論之嫌疑，自應受到嚴格之審查。又因廣告規範係屬於傳播規範之一部分，有關本解釋認為違憲部分，檢討修正涉及廣告物設置或廣告製作等規範，在憲法基本權之保障範圍，除考量傳統言論自由權外，宜留意資訊自由權（如資訊自主權等，釋字第五八六號解釋參照），及包括媒體自由(Medienfreiheit)等之傳播自由(Kommunikationsfreiheit)基本權之保障、限制（如法律保留原則）及其限制之限制(Schranken-Schranken)（如比例原則）。至於廣告物所呈現之廣告內容，未涉及意見表達之言論自由權，單純將廣告物視同廢棄物，處罰污染環境之廣告物設置行為，此行為規範所干預之基本權，因我國未如德國基本法第二條第一項規定從人格自由發展，創設出一般行為自由(allgemeine Handlungsfreiheit)（或稱一般自由權（註五）），與言論自由競合時，因言論自由權屬於特別自由權，應優先適用。蓋一般行為自由屬於作為適用上補充之攔截性基本權（有稱截堵性基本權）(Auffanggrundsrecht)，亦即一般行為自由之補充性(Subsidiarität)（註六）。由於我國憲法未明文規定，故宜解為得由憲法第二十二條（有稱為概括基本權）導出一般行為自由基本權，有如人格權（釋字第五八七號及第六六四號等解釋參照）一樣。因此如純從廣告物設置行為，宜認為可能涉及一般行為自由基本權之保障問題。但如論及廣告內容之意見或事實報導等言論表現時，因可能涉及言論自由等自由權，故宜先釐清其所涉及特別自由權之保障範圍、干預及限制等情形，藉以確認廣告所歸屬之基本權類型。職是，從憲法保障之基本權觀察，宜將廣告與廣告物區別。換言之，廣告所涉及言論之意見表

現與該言論所附著媒介之設置，兩者不同，可能適用不同規定，故從憲法觀點，其可能適用憲法上所保障之不同基本權。此外，如有兩種以上基本權或憲法保障之法益（如環境衛生、國民健康、都市景觀、公共安全等）之競合或衝突，似得採取「務實諧和原則」（註七）及比例原則予以衡量，以適當保障有關廣告之憲法上基本權。

四、違憲定期失效宣告之問題

本解釋所涉及之系爭公告，係依中央法規廢棄物清理法所為之公告，且此一公告似非其獨有創設，若干其他縣市政府因相互參引，亦發布類似內容之公告。理論上如單獨針對某一地方機關之公告或命令宣告違憲而立即失其效力或無效，固無不可，惟將公告之效力，立即歸於無效，恐其影響層面過廣，因此，本解釋採取類似奧地利式定期失效制度（註八），尚符合向來本院解釋常見之宣告方式。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，以期符合司法院解釋意旨，於不影響司法院宣告法令違憲之本質，因而宣告違憲法令之定期失效。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，於此另有釋字第七二五號解釋為補充解釋。（註九）惟從我國實務上觀察，近年來，宣告定期失效之解釋，略多於以往。定期失效宣告，有時雖有其必要性存在，惟如法律或命令在本質內容上具有不符合憲法價值或公平正義等原則要求，是否宜另定其效力仍在一定期間存續，以待新法令之檢討修正，頗有疑問。實務上，如難期待主管機關或立法機關準時完成立法、修法或迅速檢討，或無法律上須要等待或準備必要時，原則上宜直接宣告自解釋公布之日立即失效或不予適用，如此較為明確，並從「無效」之文義觀之，似較符合憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條所定法律或命令與憲法牴觸者無效之規範意旨及目的。至於如何解決法令違憲之空窗期，除聲請解釋之原因案件當事人外，其他與憲法解釋標的相

關案件者之權利保障或法律救濟，法令經違憲宣告後之適用疑義，均宜有相關規範配合。

此外，憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條所定法律或命令與憲法牴觸者無效，係使用「無效」用語，但在大法官解釋，卻使用「失其效力」，偶稱為「停止適用」（釋字第二一八號及第六四一號解釋等參照）。我國學理上有認為前開憲法規定所謂無效，旨在強調憲法具有最高效力，尚不能從中獲致我國釋憲機關解釋的效力採無效主義。我國大法官解釋的效力，全賴其解釋創設。（註十）對此問題，在我國學者間雖有不同見解，惟如本解釋所涉及系爭公告，因不少地方主管機關亦有類似公告或規定之發布，且有認為被宣告違憲之公告並非全部違憲而是部分違憲等情形，若宣告其與憲法不符，使立法者有充分自由形成空間，修正法律，似較符合大法官解釋之意旨。換言之，此時比逕予無效宣告，其所生之衝擊力似較小，故在此情形，可否不逕予為違憲「無效宣告」(Nichtigerklärung)，而另發展出德國式之「與憲法不符」宣告(Unvereinbarerklärung)（註十一），頗值得考慮。又參照德國學者之見解，德國聯邦憲法法院可為抽象違憲審查與具體違憲審查，特別針對平等原則所為之審查，除違憲無效宣告外，另可作出與憲法不符之宣告，並不以具體違憲審查案件為限。（註十二）因此，我國大法官解釋雖採取抽象違憲審查制度，且未如德國憲法法院法第七十八條明定，得宣告無效或與憲法未符，惟我國大法官解釋實務上不乏出現「不符」或類此用語之情形，相對於違憲之用語，似較為緩和。本院釋字第二一八號及第六四八號等解釋，亦曾使用「停止適用」之用語，可供參考。故未來本院解釋時，似可再斟酌此種宣告方式之可行性，亦即不宣告「失其效力」或「無效」，而宣告「與憲法不符」而停止適用某抽象規範。

綜上，為補充本解釋若干值得再進一步推敲或闡明部分，爰提出協同意見書如上。

註一：類似規定，如道路交通安全處理條例第八十二條第一項第八款及第二項規定，對於未經許可在道路設置廣告牌，經勸導行為人不即時清除或行為人不在場，該設置廣告牌行為，如構成交通安全之妨礙，該妨礙物視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。

註二：如參考公共論壇原則，於使用政府所有財產（例如公園及人行道）時，政府於憲法上負有提供言論使用之義務。政府如欲為言論之限制，須符合一定要件。即如除非內容限制符合嚴格審查(strict scrutiny)，否則所規制之內容中立(content-neutral)。另須為重要政府利益而為合理之時間、地點或方式限制。有關公共論壇使用之核准或許可制度，除非係為重要之目的，始賦予核准機關依明確標準審核，否則幾乎不給予自由決定，並提供程序保障(如核准申請之快速決定及核准拒絕之司法審查)等。參照 Erwin Chemerinsky, Constitutional Law: principles and policies, p.1167 (4th ed. 2011) .

註三：參照 Epping/ Hillgruber (Hrsg), BeckOK GG/ Schemmer GG Art. 5 Rn. 20-21 (01.09.2015).

註四：有認為意見納入意見自由保障範圍，非繫於品質上價值標準之實現。國家不應區分界定意見之有價值與無價值，亦不問價值判斷在感性上正確或錯誤，或理性上有無理由。傳播自由包括意見自由、資訊自由及媒體自由等。在確定傳播自由之保障範圍時，係以表達及散布之意見為標的，如政治、文化、世界觀或經濟關係，而是否為其理想上所欲追尋之目標或獲利意圖，並非重要。如於確定意見自由保障範圍時，捨棄品質上預先規定，原則上商業廣告受保護。廣告包含意見且對接收者信念形成有所影響。對其保護，於往昔憲法上不爭論。美國最高法院自1975年後之判決發展，及歐洲人權法院對於商業言論加以保護。之後德國法院陸續有裁判對於醫療廣告等亦予以保護。有認為如廣告具有可評價、意見形成之內容或包含說明者，經濟性廣告得主張意見自由基本權。另如出版物之廣告，則屬於德

國基本法第五條第一項第二段規定之出版自由保障範圍。（參照 Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2010, §69 Rn.19-22.）

註五：參照 Horn, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechts-Kommentar, Koeln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Art. 2 Rn. 6, 20.

註六：此於一般行為自由作為德國基本法第二條第一項之原則上補充性規定，即所謂具有適用上補充性之攔截性基本權(sog. Auffanggrundrecht mit Anwendungssubsidiarität)。參照 Mauz/Dürig, GG-beck-online, 74. EL Mai 2015, Art. 2 Rn. 21ff..

註七：基本權利與其他憲法保護之法益間，於問題解決時相互歸屬，而獲取其實在性，創設基本權界線，此係德國所謂務實諧和原則(Prinzip praktischer Konkordanz)，並為基本權與基本權界限之法益間合乎比例所必要之歸屬。參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller, Neudruck der 20. Aufl., Rn. 72, 317. 有關基本權與基本義務之間的調和，釋字第 688 號解釋之蘇永欽大法官協同意見書，曾提及如何使其得到最務實的和諧(praktische Konkordanz)。另參照法治斌、董保城，憲法新論，台北市：元照，2010 年，頁207-208。

註八：奧地利憲法第一百三十九條第五項針對命令違憲，但如法定準備所必要者，得定六個月至十八個月，及第一百四十條第五項針對法律違憲，得定不得超過十八個月，使之失其效力。參照 Mayer/ Muzak, Bundes-Verfassungsrecht, 5. Aufl., Wien:Manz, 2015, B Art. 139 IV. 4..

註九：另參照李震山大法官釋字第七二五號解釋部分協同意見書及該意見書註 2，引用吳信華教授對於德國法上無效宣告及與憲法不一致宣告之論述。李大法官並認為未來若欲宣告「定期失效」，須同時就避免「造成法規真空狀態」、「法秩序驟然發生重大之衝擊」兩要件盡舉證與闡明義務，否則，即應儘可能採

宣告「立即失效」之方法，回歸憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條規定之精神。

註十：參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北：作者發行，民國 104 年 9 月增訂三版，頁 756。

註十一：依德國憲法法院法第七十八條第一段規定，憲法法院於裁判主文上，得視個案而就違憲之法律宣告無效，另可為與憲法不符之宣告，有稱 “Unvereinbarkeitserklärung”，此屬於單純與憲法不符之宣告(eine bloße Unvereinbarerklärung)，或對違反基本權之規範之違憲宣告。（參照 Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar Band 2, München: Beck, Dezember 2014, §78 Rn. 57ff..）德奧相關制度之比較，參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁 755。

註十二：參照 Michael Sachs, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 2010, Tübingen: Mohr Siebeck, Rn. 156ff., 221f..

部分協同部分不同意見書　　大法官陳新民　提出

一幅狂野的標語，比一匹橫衝直撞的馬更危險，它不僅對騎士、群眾、玻璃窗造成危害，也危及了放在玻璃櫥窗內易碎的瓷器。

德國大法學家　賴特布魯赫

本席對多數意見針對廢棄物清理法（以下簡稱本法）第二十七條第十一款規定：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」（以下簡稱系爭規定），是否牴觸授權明確性原則之問題，認定主管機關臺南市政府據以發布的兩個公告（九十一年十二月九日發布之公告，以及替代其的一００年一月十三日公告，以下簡稱為「臺南市公告」），規定所有臺南市政府所轄之區域內，所有廣告物的張貼、設置等行為，都要獲得市政府的許可，否則得視為廢棄物，而可由市政府逕予禁止、處罰及清除。乃是不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置

行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。就此見解，本席敬表支持。

然而，本席對此部分仍有部分不同的見解，乃是多數意見（理由書）以系爭規定可援用同法條第三款及第十款之規定推知，該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為限，其他有礙環境衛生與國民健康之行為亦屬之。這種見解，乃不當延伸法律明確的特別規定及於系爭規定之內，已經超越了法律授權之範圍。謹提協同意見書以明之。

次而，本號解釋卻是一件未能「對症下藥」，從而導致「捨本逐末」的解釋。由於本案起因於一個宗教團體，為了宣揚某種政治理念，利用於街道邊長期懸掛標語的方式表達之。但因未申請許可，遭主管機關以本法視同廢棄物般強制清除。

因此，本號解釋應將重心置於探究「廣告物設置的許可」，是否應要有一套完整的法源依據之問題。是否必須基於法律保留原則，而非可以由本法藉著比照清除垃圾等廢棄物，將未經過許可程序的廣告物，以「視同為廢棄物」的方式，夾帶授與主管機關擁有廣告物許可權的制度。

然而，多數意見卻未對此廣告物的管制法源，有欠缺法律保留的核心問題，加以論述。反而承認主管機關仍得藉著現行的本法之授權，雖然僅限於決定造成污染環境之廣告物的法源，但仍可維持許可制，卻對「不合法又未構成污染的廣告」的法律效果又未明言，顯然仍須交予自治規章，故效果有限。同時，此只能決定污染性廣告的權限，又以同法條第十款「張貼或噴漆廣告污染定著物」的規定重覆，而有疊床架屋之嫌。

故本席認為，多數意見應宣告臺南市公告有關廣告物的管制規定為違憲，臺南市本即可由自治條例取得規範一般廣告物的法源，毋庸與本法專門處理廢棄物的立法目的相掛鈎。即可不採狹義的廢棄物概念，作為規範廣告物之公益目的—例如，追求景觀與市容公益等。同時本席也反對多數意見未以重要關聯理論，將主管機關（臺南市政府）

制定的「臺南市廣告物管理自治條例」之合憲性納入本號解釋的審查範圍，形成了「雙胞制」，也可能造成規範競合之弊。再者，本席也反對多數意見對廣告認定為保障言論自由為主要法益，而非基於一般的行為自由，將使檢驗的標準輕重失衡，無法自圓其說。

上述不同意見之處，本席雖抒陳再三，然未能蒙持多數意見同仁採納，謹敬提不同意見書於次，再盡言責於萬一也。

一、協同意見部分

（一）系爭規定應採嚴格與狹義的解釋

本號解釋既然以系爭規定為解釋的標的，審查此規定的授權，是否過於抽象與空泛，從而牴觸明確性原則。因此，正確的審查標準，當是把握本法的基本精神，當是重點。

由母法第一條前段的立法理由：「為有效清除、處理廢棄物，改善環境衛生，維護國民健康，特制定本法」可知，本法只限於「清除廢棄物」，如果非屬廢棄物，即使造成環境污染，亦不可作為規範內容，除非有特別規定，將其定義為「視同廢棄物者」(註一)。抑或是廢棄物，即使未造成環境污染，亦可依本法來清理之。顯示本法是緊緊連繫著廢棄物的認定，又鑑於系爭規定的「嚴禁行為」屬性，故應採嚴格與狹義的解釋。故不能任意擴充「廢棄物」及「污染」概念。

多數意見認定系爭規定僅限於許可主管機關決定何種「造成污染」的廣告，係授權主管機關就指定清除區域內禁止之該法第二十七條所列舉十款行為外，另為補充其他污染環境行為之公告，則主管機關據此發布公告禁止之行為，自須達到與前十款所定行為類型污染環境相當之程度，未逾越授權的範圍，且可推論出此「造成污染」可有明確的範圍。

系爭規定的詮釋，既然限於「其他有礙環境衛生與國民健康之行為」，這是客觀現象，亦即物理狀態呈現出來的有害環境衛生與國民健康，且多半侷限於環保或衛生單位的認

定，屬於狹義的「污染環境之行為」，不能擴張到美學、維護傳統文化價值、甚至調和地方族群、特殊宗教族群與文化等等可概稱為「景觀價值」之其他法益。

至於上述景觀、市容等其他法益的廣告管理，屬於美學或視覺上的「防止污染」的法益，自可由其他法源中獲得依據（下述），毋庸與清除廢棄物的本法聯結在一起，而產生有無逾越授權目的的爭議。可惜多數意見未能夠明正言順的將此區分予以論述，否則，更可以正本清源的澄清一般廣告物的規範，可以追求廣義與狹義的美觀、污染等涉及公共利益的立法價值。

（二）本號解釋擴張了「污染」與「廢棄物」的概念

雖然多數意見對系爭規定的授權採取狹義與嚴格解釋，但卻又不能夠嚴格把持法律保留的精神，以致於錯誤的將特別的例外規定視為一般規定，可為概括授權的內容。此值得斟酌的見解出現在理由書第一段中：「另從其中第三款：『於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物』及第十款：『張貼或噴漆廣告污染定著物』規定應可推知，該法所稱污染環境行為之內涵，不以棄置廢棄物為限，其他有礙環境衛生與國民健康之行為亦屬之。」可知多數意見將第三款與第十款的特別規定昇華為一般性通案概念，並使用於對系爭規定授權範圍的解釋之上。顯然將本法所規定的廢棄物之概念由無使用、保有價值的用品（註二），演變成「具污染影響性」的物品，延伸至其他侵及環境衛生與國民健康的物品之上。這種將「污染物」與「廢棄物」脫勾，使得「廢棄物」的範圍擴充之作法，與系爭規定應採行嚴格的解釋的基本精神不符。

故本於本法的立法基本精神，本法的解釋應完全限制在純粹的廢棄物之上。本席贊同於必要時，亦可將擬制為廢棄物者（視同廢棄物），準用本法的規定以求「立法經濟」（註

三）。但不能贊成這種系爭規定，可以援引法定的特殊例外規定，而造成超越授權目的的後果。

（三）多數意見承認臺南市政府公告仍可採行許可制，其法律效果有限

多數意見承認臺南市政府公告並未失效，而僅是在行使系爭規定所賦予之許可權時，對未獲許可的廣告，限定必須造成污染後果，方得予以清除或課予行政罰鍰之責，即如理由書所述：「以未經主管機關核准，於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。主管機關應儘速依前開意旨修改相關規範，使未經主管機關核准而設置廣告物者，仍須達到前開污染環境相當之程度，始構成違規之污染環境行為。……」。

此無異承認地方政府仍然保有一般廣告物的許可權限。經許可者自無污染之虞的問題（這也自始即不構成問題者），而對未經許可的廣告，即不能逕以處罰，僅限於經主管機關認定造成污染者—且是狹義的污染為限—，方可裁罰與清除。但對於其他未經許可，又未造成污染的廣告物，雖不能適用系爭規定，然主管機關仍可依據地方政府本有的廣告物管理自治規章來予清除。故對人民的違法廣告，一樣會遭到制裁的後果，只不過主管機關將處罰權，由左手（系爭規定）交到右手（自治規章），本號解釋只扮演著「轉手」的角色罷了。

如此一來，多數意見承認地方政府根據系爭規定—僅是授權得認定「類同污染物」的權限—仍可擴張到能擁有規範一切廣告物的決定權，享有「廣告物許可制」的立法與裁罰

權。惟其法律效果極為有限，反而有賴廣告自治規章，才可以清除其他一切不合法的廣告物也。因此，本號解釋何不明白指明本法應與廣告物的許可程序分離，最多只要將其他法律視同廢棄物的規定準用本法也。本席也已提及之。

（四）造成「疊床架屋」的重覆規定

針對會造成污染的廣告物，本法並未忽視此種頗為普遍情形。本法第二十七條第一項第十款規定：「張貼或噴漆廣告污染定著物」，亦為同條文所禁止之行為。在此已經列舉了「可以污染定著物的廣告」，易言之，廣告物任意張貼，而引起環境污染的事務，已可由本款獲得處罰的依據，毋庸再由系爭規定來重覆規定—即如多數意見所要求者—。故多數意見的結論，無疑是一種「疊床架屋」之舉。例如，系爭的臺南市公告：「公告事項：一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。……」很明顯的，即將「其他土地定著物張掛……置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。」，豈非第十款的內容乎？

除本法的重疊規定外，可再試舉一例說明之：

目前對於競選過後的選戰廣告，並不採利用系爭規定，認定為「視同廢棄物」的方式，而是將之歸為「污染定著物」的廣告，依本法第二十七條第一項第十款規定，處罰與清除之，便是顯例（註四）。

更何況，在何種情形之下，一個廣告物的張貼或噴漆會造成「定著物之污染」，可以由主管機關就個案予以認定，亦可以透過制定「判斷標準」的行政規則，由各下級機關統一行使認定的裁量權（行政程序法第一百五十九條第二項第二款），毋庸法律的明白授權也。如此一來，可能造成多重

立法—有法律依據的法規命令性質之「公告」，及無法律依據之行政規則之「標準」也。

但無論如何，本款（第十款）的規定，都必須侷限於「造成污染」之虞者，與將廣告物納入一般管制、採行許可制所涉及的景觀或美學價值無涉（註五），故更偏向本號解釋的意旨，是顯示出系爭公告更不應造成與本款「重覆規定」的結果也。

二、不同意見部分

（一）應宣布臺南市公告為無效—同時將臺南市廣告自治規章納入審查，並承認地方自治團體擁有規範廣告之立法權限

本席認為，本號解釋應宣告現行地方政府依據系爭規定而頒布的廣告規範—採行許可制的公告—為無效，同時此規範廣告一般權限應交由地方自治團體自治規章規範之。然多數意見未採納之。

按廣告規範，如同一般人權事項，可由中央及地方法規限制之。亦即不僅在個別專法之中，國家除了可透過法律，取得廣告物的規範權外，且得授權、委託地方政府執行此類事宜；亦可依據中央與地方分權原則，由地方取得自行規範廣告事宜之權力，以「因地制宜」維護地方的特色。

在前者情形，例如建築法第七條，將固定設立的廣告牌視為「雜項工作物」與其他建築物一般，皆須以獲得許可為前提。而同法第九十七條之三且規定：「一定規模以下之招牌廣告及樹立廣告，得免申請雜項執照。其管理並得簡化，不適用本法全部或一部之規定（第一項）。招牌廣告及樹立廣告之設置，應向直轄市、縣（市）主管建築機關申請審查許可，直轄市、縣（市）主管建築機關得委託相關專業團體審查，其審查費用由申請人負擔（第二項）。」即分別賦予中央機關與地方機關就廣告事務的管理權限。中央機關之內政部，也因此依建築法第九十七條之三第三項之規定，發布

「招牌廣告及樹立廣告管理辦法」(註六)。地方政府，如臺北市，亦制定「臺北市一定規模以下廣告物委託審查作業準則」(註七)。另外其他法律，如道路交通管理處罰條例第八十二條第二項，亦規定在一定的條件下，直接將廣告物的設置納入規範，同時，也可採取視同廢棄物之立法方式（註八），而明白地準用本法的規定。

至於後者，亦即地方政府能斟酌地方特殊的公益考量，包括市容景觀的規劃、保護地方有特色的建築、環境與觀光利益，而依地方自治的中央與地方分權原則之方式，透過制定各種關於廣告物設置的自治條例或自治規章（註九）。

就本號解釋的原因案件而言，臺南市政府本即制定此種法規，例如，九十四年五月二十日（及一０二年十二月二十二日）制定臺南市廣告自治條例，規定該市所轄的地區內廣告物的內容必須獲得主管機關的核准，而後方得申請設置的程序規範，且作為原因案件訴願決定（臺南市政府訴願決定書九十九年度訴字第三四號）的裁罰依據。

同時本席亦認為大凡實施地方自治的國家，地方政府皆應有此權限。故本號解釋通過後，各地方政府仍可以就其已頒布一般性的廣告規範自治條例，繼續適用。

如此一來，就以臺南市政府為例：一則可以依據系爭規定發布公告，認定「屬於污染物」的廣告；二則可以依據廣告物自治條例，規定一切廣告物的許可要件，及違反者的裁罰。顯然，臺南市政府表面上「左右逢源」，有二種法規可供使用。但後者亦可能與前者產生「規範競合」，此時顯然前者有優先效力？又可否併罰？而且，地方廣告自治條例，可將美學與景觀利益納入，更合乎地方的需求，範圍比前者更廣，何必非分兩法來規範？

顯然的，於此種針對同一事務而有雙重規定之情形，上述臺南市政府的廣告自治條例，應當納入本號解釋的審查標

的，方可避免「掛一漏萬」之弊。

由上述不少法律皆可以將廣告物的設置與張貼等行為納入規範，是為國家對人民一般行為自由的管制，並無太大的特殊性。國家及地方政府將之列為平常的法律管制事項，適用求法律保留與比例原則，如有公益之必要，而對其張貼與內容進行審查與許可制，違反時，自可以相關法律予以裁罰，或命其清除，例如，地方廣告物管理自治條例可以規定罰則以及執行罰。

只有在若干特殊的事件（如前述的道路交通處罰條例事件），方採行「擬制為廢棄物」的規範。但此屬於立法裁量範圍，應當由立法者明確地作出決定，不能如系爭規定的立法方式，採含混的攀引手法，將造成犧牲嚴格法律保留原則之代價。

如前所述，除了其他法律能規範廣告的管理事宜外，地方自治團體本即擁有對於廣告物的一般管理權限。廣告物的張貼，以及內容的審核，可採取許可制，即課予人民不得隨便張貼廣告的義務。此「不行為的義務」，如有違反時，自可課以罰鍰等「秩序罰」，以及承擔「清除義務」。最明顯的莫如道路交通管理處罰條例第八十二條第一項對違反該條例規定之張貼廣告物者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，並可處行為人或其雇主新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰。

又例如，德國巴伐利亞邦即透過制定「邦社會秩序維護法」(Landesstraf-und Verordunugsgesetz, vom 22.05.2015)的方式（第二十八條），規定各個地方為了維護自然、藝術或古蹟，得規定對特定公開之場所不得張貼任何佈告，特別是廣告、傳單標語。以故意或過失違反此義務者，得處以罰鍰。地方政府對違反義務者，得命其清除之。便是對張貼廣告物廣泛採行許可制的一例（註十）。

另歐美城市多半會設立「廣告柱」，在通街要衝處設置水泥圓型柱，專門提供張貼廣告之用。對廣告的尺寸、甚至視覺效果、內容等，都有一套規定。這些代表城市品味的廣告柱，如羅馬、巴黎、倫敦、柏林等，已成為此類城市都市文化景觀的一景，絕不可能任由人民張貼成「大字報」般的街景。同樣的，各城市也可指定地區，許可居民張貼廣告，亦得限定尺寸及其他的要求，而以地方自治團體的法規律定之。

同時，即使在地方自治法規對於違反廣告管理的行為，除了行政罰的罰鍰、命清除義務外，也可以由地方制度法取得行政執行罰—在行為人不履行此義務時之「代履行」或「直接強制」的制度，由行政機關強力執行此義務，且可收取履行費用。這是不論中央行政或地方自治行政實務上，每天都上演的公權力戲碼，乃是行政執行的常態。

故廣告物管理既可採行中央或地方法規範所明白賦予的許可制，如主管機關許可權力濫用、違反比例原則，且有常態性的行政救濟途徑以防杜之。這也是我國目前法制已有的建構，也堪稱完善（註十一）。故表現在規範廣告物的法制事務，目前的建構，在地方政府的立法層次（例如，臺南市政府廣告物管理條例），其立法的合憲性基礎，基本上並無疑慮（註十二）。可惜未有透過本號解釋來予驗證與肯定之機會。

中央層次的其他相關法律，仍可規範廣告事宜，已於前述，惟地方自治團體的相關規定與公告是否已遵守法律授權明確性原則，以及不應擴張成為授權地方自治團體以「授權命令」取代上述地方廣告自治條例的地位，是為我國目前廣告法制的重大合憲性瑕疵。

如能補正此缺憾，現行絕大多數關涉廣告物的管理、個案處分與救濟程序，仍可繼續適用，因此按照多數意見的見

解，不只不能釐清目前我國廣告法制所存在的一項重大缺憾，反而有混淆現行法制運作的後遺症，而造成「去簡就繁」，愈解釋反而把整個廣告的規範與法理，弄得更模糊與抽象，豈非「作繭自縛」，陷入「應最大程度享受言論自由保障」的魔音之中？

（二）保障法益的爭議—不應專注在言論自由

本號解釋多數意見似乎也對本號解釋標的（設置廣告物）所牽涉的法益—即人權種類之認定，視為言論自由，亦不無私偏之嫌。可分三點來分析：

第一，必須界定廣告的人權屬性—不能專注言論自由，而應屬於意見表達的方式，且張貼設置廣告，屬於憲法第二十二條保障的一般行為自由。

本號解釋對於廣告的規範所侵犯的法益，顯然置於言論自由的保障之上，此在理由書第三段已經引述本院釋字第五0九號、第六四四號及第六七八號解釋的意旨，將此法益提升無與倫比的重要性。顯然，本號解釋的重心乃在保障言論自由，也種下了本號解釋會意圖聯結到解決公共論壇的許可性問題。

對於廣告與言論自由的關係，多數意見雖然在理由書第三段提及：「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」，有意將廣告不完全涵括於言論自由的範圍之內。但將廣告視為言論自由的範圍之一，亦即廣告範圍較小，言論自由較大也。

實則，剛好相反，這種「獨尊言論自由」，正是漠視了廣告所牽涉更多種類的人權（如，財產權、宗教自由、創作自由、學術自由）。廣告其實應當作為人民「表意」的平台：不僅涉及了追求商業利益的財產權行使、宗教與信仰自由（如本號解釋原因案件）、藝術創作自由、政黨與參政權（政治與競選言論）、學術與思想自由，和一般最普通的言論自

由。這些都可屬於人民的「表意自由」，端視其呈現的方式，可以由不同的法律，形塑其保護的機制，與其他應配合適用的原則，也因此可以有不同的檢驗標準。

例如，利用集會遊行的方式顯現之，則以集會遊行法來規範；如以出版方式宣達，或在報章媒體刊載，更可由新聞法規來規範之；如形諸於競選之時，更可由選舉罷免法規來予以規定（註十三）。

至於，一般的廣告，且絕大部分是商業性質的廣告，雖然人民經常可透過張貼廣告的方式，抒發個人的政治、宗教及其他人生觀，同時，利用此種方式亦可能刊登在媒體上，使廣告與新聞自由聯結在一起，能在憲政實務上產生重大的影響（註十四）。但還以商業廣告為主。

釋字第四一四號解釋已經首次的闡釋了廣告在基本人權中的定位：「……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。……」又同時提到藥事法對廣告的核准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。

此號解釋理由書的立論，顯然採納了美國的言論保障，區分為保障程度較低的商業言論（低價值言論），以及保障程度較高的非商業言論（高價值言論）（註十五）。在本號解釋，將低價值的商業性言論（此處是指藥品廣告而言），雖然也受憲法言論自由的保障，但主要是屬於人民財產權的自由實施（獲得財產而從事之經濟活動）。

此號解釋強調，一般的商業性廣告的保護理由，也由言論自由移往財產權的保障。在此作出了言論自由的法益高過財產權的利益。實質而言，這也可以由憲法的財產理念獲得驗證。

所有人民財產權的行使與保有，受到公共利益甚大的制約，亦即「財產權的社會義務性」，使得財產權的運作「必須同時有利於公共利益」，已經是現代法治國家憲法的共識（註十六）。故即便是普通商業廣告也應符合公共利益，更何況涉及公共健康與衛生的藥品、食品或其他醫療或涉及公共服務與執業（例如，律師不得以廣告招攬業務），所為維護更優勢公益、且更高度的限制！

而本號解釋卻一反釋字第四一四號解釋，對於可能涉及商業與財產利益的廣告，卻一頭栽進「屬於言論自由」的領域，未免為「跳躍式的思路」？

所以，本號解釋理由書第三段的敘述：「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」剛好正反相反，應當改為「廣告兼具言論表達之性質，屬於憲法第十一條所保障之範疇，但屬於意見表達的方式之一」。人民張貼與設置廣告物的行為，即可不論其「廣告的內容」如何，而應視其外在的行為模式「張貼、設置、塗噴」，應當屬於憲法第二十二條保障的「一般行為自由」，這也可以由系爭規定的用語「在指定清除地區內嚴禁有下列行為」，明顯的是以「行為」作為嚴禁的對象，豈非對人民一般行為（包括放置、處理廢棄物的行為）的自由乎（註十七）？

第二，涉及到檢驗其合憲性的嚴格或寬鬆。

這種區分法益保障的歸屬，也涉及檢驗其合憲性的嚴格或寬鬆。如涉及言論自由，特別是非商業性質者，應以較嚴格的審查標準。然而本號解釋顯然未採嚴格的審查標準，顯與言論自由的保障原則背道而馳。

故本號解釋多數意見，既然曲解了廣告所呈現的多種人權實踐的面相，對憲法法益認定錯誤；以及忽略了國家與地方自治團體，得為重要的公益，不僅是環境衛生，也及於景觀美化、族群與宗教和諧等，對廣告的設置予以法律詳盡的

規範並課予義務。但此法制必須與廢棄物清理法「脫勾」，否則諸如現行法制此種抱殘守缺式的「夾帶實施廣告物許可制」，以及多數意見仍許可此現象存在的「捨本逐末」現象。

討論這種法益的歸屬，不僅是學理的價值而已，而涉及到檢驗的標準。如同在釋字第四一四號解釋已經提及了，如果屬於商業言論，其「值得保護性」已降低；若涉及藥物或食品安全等，其「值得保護性」更形降低。此外，在「非商業言論」方面，也並非全部採行「同質量的嚴格檢驗」標準。即以大法官過去的解釋而言，政治性言論最受大法官青睞。例如，釋字第五０九號解釋：「……憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的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，國家應給予最大限度之保障。……」便是一例。

反之，對於立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，認定為有礙風化的言論與出版自由，則原則上採最寬鬆的認定，以尊重立法的判斷（釋字第六一七、四０七號解釋）。

此些標準，不僅涉及其內容，也在於其表達的方式、呈現於大眾的機會（例如，上述釋字第六一七號解釋涉及猥褻出版品的販賣、陳列）。而橫亙在其中，涉及宗教自由、創作自由，既然在管制內容方面沒有其他的法律規範，即享有甚大的自由，故仍能在「表現在外」的領域予以限制，宗教自由表現宗教行為之自由與宗教結社之自由，釋字第四九０解釋仍可以公益為由限制之。該號解釋未特別提及檢驗的標準，似乎即和一般公益的限制無異。例如，燃燒金紙、廟宇的建築與安全設施標準、張貼宗教廣告……，都是其例。

此時，言論自由的重要性，已經退讓至更大範圍的人權種類，例如，上述宗教廣告可納入宗教行為的自由領域，而

可由規範該行為的法律及其寬嚴標準，來規範之，毋庸斤斤於其屬於「言論自由」的保障機制。

本號解釋卻「獨尊言論自由」，理由書第三段甚且援引釋字第五〇九號解釋的立論，將言論自由列為憲法最嚴格保障的人權種類，頗有信誓旦旦將給予最嚴格的保障—包括藉以檢驗是否符合法律保留原則與授權明確性原則，遑論比例原則—。更何況，系爭規定已經明白指出：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為……」，這裡使用了最嚴格的「禁令」措詞，顯然人民相關的行為受到最嚴厲、毫不通融的限制，也最容易違反比例原則。此時正是需要釋憲機關採行嚴格的審查標準，以避免上述立法的「嚴格禁令」可能過度侵犯人權。

同時多數意見仍採取極寬鬆的標準，讓系爭公告仍可以夾帶規範廣告物的許可制規定，只不過是限於會造成污染部分，易言之並不在根本立法上質疑其合憲性的瑕疵！原來「雷聲大雨點小」，結論豈不令人洩氣乎？

近年來，在公私建築物上經常看到的「塗鴉」(vandalism)更常被援引為「藝術表現」，此時，對此塗鴉的容忍度，端視立法者與國民的法感情，採嚴格者如新加坡，一九九四年便曾發生過轟動一時的「麥可．費」(Micheal Fay)案件—對一個美籍十八歲青年，一再觸犯塗鴉罪，而遭處六下鞭刑，引發全美抗議的事件—（註十八）。

至於絕大多數國家皆採寬鬆者，如英美國家及我國。但也都會為維護城市景觀為由，不許可塗鴉行為，只不過不會動用到刑事罰，尤其是鞭刑等觸犯人身自由、屬於酷刑的重罰，最多處以行政罰鍰而已。故其檢驗標準則不會上升到釋字第五〇九號解釋的「民主政治核心價值」，甚至所謂的「城市景觀利益」，連衛生、安全的顧慮都提不上，也不能與「商業言論」可聯結言論自由與財產權，屬於低價值的言論權，

相提併論。因此，其值得保障性的位階更低也。

故綜上所述，廣告光以其行為模式，屬於人民一般行為自由之表現與應受之限制，可由各種法律以其追求的目的來規範之。不得以某些廣告涉及言論自由之領域，則以言論自由保障的尺度與標準來適用到整個廣告的法制之上，否則無疑以偏概全。正如同地方政府，對一個不應張貼廣告之處所違法張貼之廣告，行使清除權時，豈能針對不同廣告的內容，而給予不同的審查標準，例如，抒發政治言論的廣告，應給予最大的保障，從而限縮清除權的行使；反之，涉及藥品及食品廣告，以及塗鴉作品，則以最嚴格的尺度清除之；而宗教性的內容廣告，則以正常的執法態度……？顯然，背離了廣告法制執法的平等原則與廣告的立法目的！

第三，廣告的規範也不限於公共空間，也及於私人空間。

本號解釋試圖將解釋範圍及於公共論壇，故將展示於公共空間的標語、廣告視為言論自由，期冀能以公共論壇的模式用在廣告行為之上。此用意固然令人欽佩，但出發點也不免狹隘，因為廣告的規範，雖然以公共空間為主，但也多半及於私人擁有的土地、定著物及附著物之上。例如，為求都市的景觀美麗與一致，私人建築物的外牆常常被課予一定的維持義務，例如，必須勤於維修、保養，不得顏色斑落而顯得破舊，也不得任意張貼廣告與標語。一般小面積，張貼於店鋪門牆固以自由開放為原則外，但較大尺寸或涉及到景觀與市容，則在管制之列，這亦是「財產權社會義務」的原則。就以系爭規定，廢棄物清理法第二十七條第三款：「於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物」的規定，所禁止的「屋外或屋頂」顯然即以私人房舍為規範對象。同樣的在第十款：「張貼或噴漆廣告污染定著物」，則公私所有之定著物皆包含在內。再如，建築法第七條，將固定設立的廣告牌視為「雜項工作物」，更是主要規範私人土地上設立的固定

廣告牌。因此，不能專以公共空間作為設想規範廣告物的場域。

（三）公共論壇概念的引述未能達到澄清的效果

誠然，本號解釋涉及了利用張貼廣告表達一定的意見（宗教團體表達政治意見），而且是利用道路等公眾得以自由出入的場所張貼之，已經涉及到憲法學上所謂「公共論壇」(public forum)的議題，這也是近年來歐美公民社會討論的熱門議題，論究人民在不影響其他人民自由行動、安寧或其他公物設置的目的（例如，花園與公園是為了安靜、平抑心情的休閒目的所設、宗教建築是為信徒的禮拜與集會之目的所使用）的前提下，在公共空間（一般公園、街角、廣場）發表意見（包括英國海德公園式的個人肥皂箱上演說、散發或懸掛廣告等），應否給予充分保障的問題。

這也早是行政法學所探究的問題。早在德國行政法學創立之始（十九世紀末 Otto Mayer 教授），即對公物的使用，區分為一般的使用（例如，人民使用道路通行），即毋庸申請許可。至於作為特別使用（例如，利用路邊來舉行婚禮或喪禮），即須經過許可。從而，利用公共空間，即可仿效公物的使用方式，將違反公物目的的張貼廣告等，視為需經申請的特別使用行為。例如，德國道路與交通法(Straßen-und Wegegesetz) 第二十一條，便有此「特別使用許可」(Sondernutzungserlaubnis)的制度。我國也有相同的立法，例如，道路交通管理處罰條例第八十二條第九款之規定：「未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為」，同樣的也及於廣告物的設置（見同條文第八款：「未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物」）。因此，早已成為行政法學有關公物的主要論究標的也（註十九）。

同時，由於這些公共空間泰半屬於地方自治團體所興建

與管轄，這也是地方自治團體得以自治規章來予以規範的領域。

再則，多數意見雖然有意將公共論壇的概念引入，從而使保障言論自由的嚴謹度能夠納入在廣告的規範之中，才不惜甘冒可能造成「曲解」廣告的本質之嫌，而使其化身為言論自由的一環。此用意顯現在理由書第三段的論述「……系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。主管機關於依本解釋意旨修正系爭公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性，併此指明」。

此「警告」的用意，顯然指出廣告的法規可能觸犯言論自由及其他人權，故應注重比例原則。然而，這是所有規範、限制人權的法令規章都應遵守的原則，究竟是一般「隨時應注意改進」般的「警示意義」？還是確有應予「檢討改進」之處？語焉不詳。但研讀再三，當以前者為然。

多數意見顯然嘗試要突顯本號解釋的立論，已涉及到「公共空間」的使用許可性問題，才會一方面將本號解釋的標的（廣告物）視為言論自由，而又在理由書第三段提及「而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通」，顯然已將公共論壇的概念納入，然而，這種提示恐怕未必能達到澄清的效果。

綜上所述，本席相信，當本號解釋送達到原因案件主管機關時，主管機關極可能茫然無從。

因為既然規範一般廣告物的臺南市廣告物自治條例未經審查，即維持合憲性。同時通篇解釋文未有一言一語提及：為符合法律保留原則，應對廣告物的許可制等規範事

項，應透過嚴格、明確的立法程序。但在此又提到地方政府應注意在「具體個案行使審查廣告內容及設置之時間、地點、方式」是否侵犯言論自由及其他人權，故要求應符合比例原則。顯然，只著眼在主管機關執行個案會否符合比例原則，屬於「個案合法性」的階層。多數意見的目光為何不再往上關注到「地方廣告法制」的合憲基礎之上？

同時，此「專注個案」的立論，也再度呼應了本席所一再指摘—多數意見許可地方政府透過系爭公告的方式，取得全盤規範廣告事宜的立法權限、規避法律保留原則，從而可以在個案決定廣告張貼地點、內容的審駁上，享有全權，致產生了多數意見所擔心的「個案違反比例原則」之弊也！

三、結論—狂野粗暴的廣告猶如類似性質的人民行為，毋庸視為高價值的言論自由，而予最高度的保障

的確，廣告是一種標語，反之亦然，都是抒發人民意見、宗教信仰、政治理念，甚至藝術、學術見解的工具與平台。同時，也是將之散布於大眾，冀獲得更多的共鳴與支持。

在法治國家這是典型的行為自由，不僅僅只為言論自由而生，也因此會產生與他人合法權利以及公共利益衝撞的後果，自然可以透過合憲的途徑—嚴格的法律保留、授權明確性及比例原則來予以限制之。就此而言，國家法律規範人民張貼、放置廣告物的「行為自由權」，可納入一般人權的管制，並無太大的特殊性也。

故，如廣告與標語竟然逾越了法律的許可性，不僅僅是張貼、放置的合法規定，即便是內容方面，亦非不可由立法者基於重大的公共利益，例如，維護合憲秩序、禁止煽動犯罪行為的言論，或為維護族群和諧、人性尊嚴，禁止抒發、散布種族仇恨的言論，以及為了維持青少年身心發展或社會公序良俗，禁止懸掛涉及猥褻之虞的廣告與藥品等，都是法治國家所毋庸視為侵犯人權的立法措施。

在此，本席可舉德國大法學家賴特布魯赫(Gustav Radbruch)，所提出的一句名言，表示毫無顧忌的「公共言論」，可能給社會帶來的嚴重弊害：

「一幅狂野的標語，比一匹橫衝直撞的馬更危險，它不僅對騎士、群眾、玻璃窗造成危害，也危及了放在玻璃櫥窗內易碎的瓷器」（註二十）。

賴特布魯赫在一九四六年二次世界大戰甫結束的次年，說出此句沈痛的話語，當係其目睹德國納粹政權在一九三三年奪取政權前十年，已經極盡「廣告、標語宣傳戰」的能事，宣揚迫害政治異己與猶太人的正當性理由。迨獲得政權後，更是開足國家機器之馬力，透過全國到處懸掛的標語，徹底的給全民政治洗腦，一步步地視宣揚的暴戾之氣為尋常的真理，也最終清除了絕大部分國民的良知判斷力（註二十一）。

正如同這種德國稱之為「粗暴廣告」(Wildplakatierung)，會破壞人民與社會視覺上與情緒上的平和氣氛。同時，會傳播不和諧的暴戾之氣，散布傳染，變本加厲，才會使賴特布魯赫說出此句控訴標語廣告可能是「狂野、粗暴的」的名言。不過，正如同某些國民的行為，亦可能是粗暴與違法。吾人何妨以平常心視之，毋庸將張貼標語廣告的行為，視為特殊化。此亦為本席提出此份意見書所不得不一再言及者。

註一：所謂「視同廢棄物」的特別規定，例如，道路交通管理處罰條例第82條第1項第8款規定：「未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。」可責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣一千二百元以上二千四百元以下罰鍰。同時同條第2項規定：「前項第一款妨礙交通之物、第八款之廣告牌、經勸導行為人不即時清除或行為人不在場，視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。」，則專對妨礙交通的廣告物，在兩種情形下（勸導行為人不即時清除及行為人不在場），可視同廢棄物，依廢棄物法令清除之。

註二：參見廢棄物清理法第二條對所謂廢棄物的定義（一般廢棄物、事業廢棄物）都完全限制在一般人民所能理解的拋棄與無用之物。

註三：本法可以概括的規定，其他法律規定視同廢棄物的處理，得依本法之規定行之。例如，註 1 所提及的道路交通管理處罰條例第 82 條第 2 項，便是一例。即將本法作為廢棄物清理的基準法。如此可以保留各種法律以其不同目的，決定何種物品已構成廢棄物的要件，非必與本法的要件相同不可。這種方式，當比多數意見在此種「純粹廢棄物事件」來作抽象規範還來得明確可行。

註四：按依公職人員選舉罷免法第52條第4項：「競選廣告物之懸掛或豎立，不得妨礙公共安全或交通秩序，並應於投票日後七日內自行清除；違反者，依有關法令規定處理。」此處的「依有關法令規定處理」，究依系爭規定或是第10款的污染廣告？實務上採後者，例如，行政院環境保護署民國94年9月27日環署廢字第0940074277號函：「一、查內政部於93 年7月23日已廢止『廣告物管理辦法』。競選期間選舉廣告物之管理應依『公職人員選舉罷免法』相關規定辦理。二、競選期間前張貼廣告管理，請依廢棄物清理法第27 條第 10 款在指定清除地區內嚴禁張貼或噴漆廣告污染定著物規定辦理。另懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條之廣告物管理，應依內政部「招牌廣告及樹立廣告管理辦法」相關規定辦理。」

註五：在此情形，既然廣告的張貼依地方廣告管制自治規章採行許可制，對於未獲許可的廣告，儘管實際上造成「美化」定著物的效果，亦仍可視為應罰鍰與強制清除的不法廣告物，而非污染之廣告物。

註六：招牌廣告及樹立廣告管理辦法（民國 93 年 6 月 17 日發布）第14條：

「下列處所不得設置招牌廣告及樹立廣告：

一、公路、高岡處所或公園、綠地、名勝、古蹟等處所。但經各目的事業主管機關核准者，不在此限。

二、妨礙公共安全或交通安全處所。

三、妨礙市容、風景或觀瞻處所。

四、妨礙都市計畫或建築工程認為不適當之處所。

五、公路兩側禁建、限建範圍不得設置之處所。

六、阻礙該建築物各樓層依各類場所消防安全設備標準規定設置之避難器具開口部開啟、使用及下降操作之處所。

七、其他法令禁止設置之處所。」

註七：中華民國100年4月7日臺北市政府(100)府法三字第10030993400號令訂頒。

註八：參見註1處。

註九：例如，高雄市廣告物管理自治條例第1條：「為管理本市廣告物，以改善市容觀瞻、維護公共安全及塑造都市特色，特制定本自治條例。」即未明示其法源。同時，得援引地方制度法第26條有關於罰鍰，課予清除義務，以及連續處罰的執行罰的權限，能擁有規範廣告的完整權限也。

註十：參見前註9之高雄市廣告物管理自治條例。

註十一：例如，德國便經常採行此種方式，對於違法張貼的廣告物，加以處罰及強制清除，例如，近年來德國聯邦憲法法院在2009年9月24日，公布的一個「德國國家黨廣告拆除案」(NPD-Plakate-Urteil)便認為：地方政府根據相關法律，對於不法的張貼廣告，可以依據行政執行法來清除之，並不屬於侵犯人民言論自由權，故屬於合憲之行為。本案起因於進右傾的德國國家黨(NPD)在2009年8月的選戰中，在許多鄉鎮懸掛為了納粹侵略波蘭的行徑翻案的廣告「侵犯波蘭？別再扯了！」(Polen-Invasion Stoppen.)，被地方政府控告違反所屬麥可倫堡—佛波門邦(Mecklenburg-Vorpommern)的社會秩序維護法，因為該項廣告的內容觸犯刑法破壞種族和諧，及

鼓吹納粹思想等煽惑犯罪之嫌，而命拆除，並處5,000歐元的罰鍰。國家黨不服而起訴，最終並經邦高等行政法院2009年9月19日以裁定駁回而上訴確定。國家黨認為此舉侵犯其政治抗爭之言論自由權。但德國聯邦憲法法院以極快的效率作出了裁定：認定對比起生活在波蘭族群及人民的生存、人格權與人性尊嚴而言，這種彰顯政治鬥爭的言論顯為「低價值的本質」(minderwertige Wesen)。2 BvR 2179, Beschluss vom 24.09.2009.故聯邦憲法法院的立論，顯然認為廣告標語，雖是政治抗爭中的言論自由，但並不將之如美國般，視為最高價值的法益，而給予最嚴格的保障，反而將其與其他牽涉的人權相對比，而得出了「低階法益保障」的結論。同時本案也涉及對於廣告內容的審核，也未以「事前審查之禁止原則」來論究，也不論及以社會秩序維護法來制止或除去有違反該法之嫌的廣告是否違憲的問題。德國聯邦憲法法院本件判決，可以給本案在方法論上的一個極佳之思考方向。

註十二：例如，德國各個鄉鎮幾乎都有類似的廣告物規則，由規定除了自家商店門窗、牆壁張貼廣告外，其他地方張貼廣告皆要獲得許可。德國各鄉鎮的情況乃委託民間公司，負責申請、張貼、收費等事宜，以求一致性，瑞士亦同。日本各地方也不乏類似的廣告，例如，全國性質的「屋外廣告物法」（昭和24年6月3日，法律第百八十九號；最後改正平成23年6月3日，法律第六十一號），各地方，如北海道屋外廣告條例（昭和25年11月25日，條例第70號），以及北海道屋外廣告條例施行規則（最後改正平成26年12月24日，規則第95號）。顯然，臺南市政府所制定的廣告物管理規範，與日本頗為類似。

註十三：例如，公職人員選舉罷免法第45條第5款，有不得懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條等廣告物為候選人宣傳之規定；第52條有極為詳盡關於宣傳品印發及競選廣告物之懸掛豎

立注意事項；其中第4項還有：「競選廣告物之懸掛或豎立，不得妨礙公共安全或交通秩序，並應於投票日後七日內自行清除；違反者，依有關法令規定處理。」的規定，與本案原因案件頗有密切的關連。

註十四：例如，美國涉及新聞自由最重要的案例，New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)。便是源於一則刊登在紐約時報的廣告，涉及誹謗，而使紐約時報涉訟，紐約時報援引新聞自由，將言論自由納入此自由的保障範圍之下，美國最高法院才作出此保障新聞自由涉及言論自由時，必須符合「誹謗須具備真實惡意」要件的著名案例。

註十五：法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法義務，刊載：前述書第51頁；林子儀，言論自由與名譽權保障之新發展，刊載：焦興鎧（主編），美國最高法院重要判例之研究（1990～1992），中央研究院，歐美研究所出版，民國84年，第13頁；可參見陳新民，憲法學釋論，修正8版，民國104年5月，第283頁以下。

註十六：可參見陳新民，憲法學釋論，第350頁以下。

註十七：否則，在論理上可否合理化系爭規定所援的廢棄物清理法第27條的其他1到第10款為「一般行為自由」之管制，而第11款突然一變轉為言論自由之限制乎？

註十八：可參見陳新民，李光耀的法治觀—以中國法家思想來驗證，當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，上冊，元照出版社，2002年7月，第682頁。

註十九：陳新民，行政法學總論，新九版，2015年10月，第181頁。

註二十：Gustav Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, 1963, S. 111.

註二十一：賴特布魯赫這句名言「也危及了放在玻璃櫥窗內易碎的磁器」，馬上會令人聯想到著名的1938年11月9日晚上納粹政權發動反猶太人的暴動，全國砸碎了 7,500 家猶太人的商店，致使全國到處城市街道上撒滿了碎玻璃，史稱「碎

玻璃窗之夜」(the Night of Broken Glass)。但在德國國家宣傳機器—宣傳部長戈培爾的煽惑，改稱為「水晶之夜」(Kristallnacht)，而將此暴動神聖化。賴特布魯赫當是指此史實為戒。

部分協同暨部分不同意見書　大法官湯德宗　提出

聲請人涂彩紛於中華民國九十八年六月二十二日在臺南市民族路口與永福路口（赤崁樓附近）張掛抗議中共活摘法輪功學員器官之布條及宣揚法輪大法好之布幔，遭臺南市政府環境保護局（下稱原處分機關）以於指定清除區域內，任意懸掛廣告，違反廢棄物清理法（下稱廢清法）第二十七條第十一款規定（註一）為由，依同法第五十條第三款（註二）裁罰（註三）新臺幣一千兩百元。聲請人不服，提起訴願（註四），經臺南市政府撤銷原處分。嗣原處分機關重新審查後，就同一事由，另行裁罰（註五）聲請人新臺幣六佰元罰鍰。上訴人不服，迭經訴願（註六）、行政訴訟（註七），均遭駁回確定，爰以確定終局判決（高雄高等行政法院九十九年簡字第二一四號判決）所適用之「廢清法」第二十七條第十一款（下稱「系爭規定」）及臺南市政府九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告（下稱「系爭公告」）有違憲疑義，聲請本院解釋。

本號解釋多數意見先以合憲性解釋方法（註八），認定「系爭規定」尚不違反法律授權明確性原則（解釋文第一段及解釋理由書第一段參見）；繼而認定「系爭公告」以未經主管機關核准而設置廣告物者，即屬污染環境行為而概予取締，已逾越母法授權，違反法律保留原則，並宣告限期失效（解釋文第二段及解釋理由書第二段參見）。本席對此敬表贊同。惟，關於本件聲請之核心問題—地方主管機關以維護環境衛生為名，規定非經其許可不得於該地方自治團體所轄行政區域內（註九）設置廣告物，是否過度限制人民於憲法上所保障之言論自由—多數意見僅在解釋理由書第三段以「併此指明」之方式，作了無關痛癢的教示，本席礙難同意。爰提出部分協同暨部分不同意見

書如下。

一、本號解釋應併宣告系爭公告與臺南市廣告物管理自治條例相關規定違憲

關於大法官無法形成可決多數之關鍵疑義，本席以為於通過之解釋理由書第二段後，應增補理由書第三及第四段如下：

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障。鑒於言論自由具有實現自我、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，國家之干預應減至最小限度，俾給予最大程度之保障（本院釋字第五〇九號、第六四四號、第六七八號解釋參照）。針對言論內容（觀點）所為之預先審查(censorship, prior restraint)，因本質上與言論自由之保障幾難相容，違憲審查機關應推定其為違憲。（註十）除國家能證明預先審查之特定措施乃為維護極重要之公益（例如為防止客觀上明顯而立即之危險（註十一），或國家安全之極端危險（註十二）），且為直接達成該極重要公益之最小侵害手段(the least restrictive means)者外，不得為之。又，人民在依法得自由進出之公有開放空間（如公園、廣場、人行道等）發表言論，亦屬憲法言論自由保障之範圍。（註十三）國家及地方自治團體固得基於公共利益之目的，對於人民在前述公共論壇(public forum)或開放性論壇(open forum)發表言論之時間、地點及方式，為必要之限制（含事前許可），以期兼顧該空間之一般用途(Gemeingebrauch)或通常活動(normal activities)；惟如欲依言論之內容（觀點）而為限制者，則應考量各種言論對於促進實現自我、溝通意見、追求真理、形成公意等價值之貢獻不一，而給予不同範疇之保障及不同準則之限制（本院釋字第四一四號解釋參照）。

系爭公告縱非為限制人民言論自由而設，然依其文義，

主管機關既得以「未經核准」為由，處罰設置廣告物之表意行為(expressive conduct)，自有侵害（限制）人民言論自由之虞。而地方主管機關是否核准廣告物之設置，應依相關自治條例之規定辦理。是臺南市廣告物管理自治條例（九十四年五月二十日制定公布）之相關規定，包括第四條：「廣告物除有特別規定外，應經審查核可後始得設置。經核准後非經許可，不得擅自變更內容、規格或形式。但電影廣告內容依電影法經核准者，得逕行更換內容」及第十五條第一款：「廣告物之設置應符合下列規定：一、廣告內容不得有妨害公共秩序、善良風俗或違反法律規定」等（下併稱「自治條例相關規定」，該條例於一０一年十二月二十二日廢止，同日制定公布名稱相同之自治條例，其第四條第一項前段及第十二條第一款意旨相同）與「系爭公告」在適用上即具有重要關聯性，聲請人雖未聲請解釋，本院亦得將之納入解釋範圍（本院釋字第七０九號解釋、第六六四號解釋參照）（註十四）。上開規定就廣告物設置所為之事前審查，不限於廣告物設置之時間、地點與方式，並及於廣告物之內容。其不問是否為維護極重要之公共利益，及是否為直接達成該極重要公益之最小侵害手段，概就廣告物內容進行事前審查，顯已逾越必要程度，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害憲法第十一條所保障之言論自由，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿六個月時失其效力。

據此，於通過之解釋文第二段之後，並應增補第三段解釋文如下：

系爭公告及臺南市廣告物管理自治條例（94年5月20日制定公布）第四條及第十五條第一款不問是否為維護極重要之公共利益，及是否為直接達成該極重要公益之最小侵害手段，概就廣告物內容進行事前審查，顯已逾越必要程度，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害憲法第十一條所保

障之言論自由，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿六個月時失其效力。

二、系爭公告何以逾越母法之授權？

多數意見以「涵蓋過廣」(over-breadth)，為由，認定「系爭公告」逾越母法（廢清法第二十七條第十一款）之授權，結論固甚正確，然其論理之方式（「不問……，即……，概予……」）毋寧更近於「比例原則」檢驗中之「必要性」子原則之操作（不分青紅皂白，「一竿子打翻一船人」，顯非必要），大眾讀者恐不易理解。本席以為，宜並由「原則與例外錯置」的觀點立論。

申言之，廢清法第二十七條第十一款所謂「其他經主管機關公告之污染環境行為」，僅在授權主管機關隨時得以「公告」補充規定各種「污染環境之行為」。亦即，主管機關負有以「公告」方式，行使委任立法（一稱傳來立法）權，創設「禁令」之義務。是凡未經主管機關公告禁止者，人民皆得自由為之（含設置廣告物之表意自由）。詎「系爭公告」擅自規定，未經主管機關核准者，概不得設置廣告物。無異於主管機關任意委棄立（造）法義務，而將規範闕如之不利益轉嫁於人民。蓋按系爭公告，人民除經主管機關核准者外，將無設置廣告物之表意自由。綜上，依母法（系爭規定），人民設置廣告物表達意見以自由為原則，經公告禁止者始受限制；依子法（系爭公告），則人民設置廣告物表達意見以限制為原則，經主管機關核准者始得例外為之。兩相對照，原則與例外錯置，子法逾越母法之授權，寧非昭然！

本件聲請人指摘歷歷，大法官卻未能形成可決之多數，就具有憲法價值的疑義，作成具有拘束力的解釋，促成我國人權保障的進步，殊為可惜。（註十五）唯有略抒己見，以待來者。

註一：參見廢棄物清理法第二十七條（九十年十月二十四日修正公布，迄未修正）：

「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：

一、隨地吐痰、檳榔汁、檳榔渣，拋棄紙屑、煙蒂、口香糖、

瓜果或其皮、核、汁、渣或其他一般廢棄物。

二、污染地面、池塘、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。

三、於路旁、屋外或屋頂曝晒、堆置有礙衛生整潔之物。

四、自廢棄物清除、處理及貯存工具、設備或處所中搜揀經廢棄之物。但搜揀依第五條第六項所定回收項目之一般廢棄物，不在此限。

五、拋置熱灰燼、危險化學物品或爆炸性物品於廢棄物貯存設備。

六、棄置動物屍體於廢棄物貯存設備以外處所。

七、隨地便溺。

八、於水溝棄置雜物。

九、飼養禽、畜有礙附近環境衛生。

十、張貼或噴漆廣告污染定著物。

十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」

註二：廢棄物清理法第五十條第三款：「有下列情形之一者，處新臺幣一千二百元以上六千元以下罰鍰。經限期改善，屆期仍未完成改善者，按日連續處罰：……三、為第二十七條各款行為之一。」

註三：參見臺南市環境保護局九十八年七月十日南市環廢處字第九八０七０七四號裁處書。

註四：參見臺南市政府九十八年十一月十三日南市行救字第０九八二六五九三五六０號訴願決定書。

註五：參見臺南市環境保護局九十八年十二月二十一日南市環廢處字第０九八一二０八七號裁處書。

註六：參見臺南市政府九十九年四月十六日南市行救字第０九九二六五二八二四０號訴願決定書。

註七：參見九十九年九月十七日高雄高等行政法院九十九年簡字第二一四號判決（無理由駁回）；九十九年十二月二十三日最高行

政法院九十九年度裁字第三四九一號裁定（以訴訟事件所涉法律見解不具有行政訴訟法第二百三十五條所定之原則重要性為由，駁回上訴）。

註八：亦即就系爭規定客觀理解之文義，更為限縮解釋：所謂「其他經主管機關公告之污染環境行為」係指「同條所列舉十款行為以外，而與該十款所定行為污染環境程度相當之行為」。合憲性（限縮）解釋表面雖為「合憲」之宣告，實則為「部分違憲」之意。本院合憲性解釋先例甚多，參見釋字第五０九號解釋、釋字第三七二號解釋等。

註九：參見臺南市政府環境保護局一００年一月十一日環字第一００００五０三九九０號公告（「基於環境衛生需要，公告臺南市清除地區，為所轄之行政區域」）。

註十：*See, e.g.,* Lovell v. Griffin, 303 US 444 (1938); Near v. Minnesota, 283 US 697 (1931).

註十一：*See, e.g.,* Brandenburg v. Ohio, 395 US 444 (1969); Schenck v. United States, 249 US 47 (1919).

註十二：*See, e.g.,* New York Times Co. v. United States, 403 US 713 (1971).

註十三：本院釋字第三六四號解釋業已肯認「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍」；本件多數大法官卻不願意承認人民於傳統之公有開放空間表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍，殊難理解。

註十四：參見本院釋字第七０九號解釋理由書第一段（「確定終局判決所適用之舊都市更新條例第十九條第三項前段雖未經聲請人聲請釋憲，惟此係規定直轄市、縣（市）政府主管機關核定都市更新事業計畫前應遵行之程序，乃同條例第十條第一項直轄市、縣（市）主管機關核准都市更新事業概要之後續階段，都市更新事業概要是否核准為都市更新事業計畫是否核定之前提問題，足見舊都市更新條例第十九條第三項前

段與第十條第一項之規範功能，具有重要關聯性，爰將舊都市更新條例第十九條第三項前段一併納入審查範圍」)、第六六四號解釋理由書第一段（「少年法院認有必要時得以裁定命少年收容於少年觀護所，第四十二條第一項第四款規定少年法院得以裁定令少年入感化教育處所施以感化教育，均為聲請人依同法第三條第二款第三目規定而進行少年事件處理程序時，所須適用之後續處置規定，與第三條第二款第三目規定有重要關聯，均得為本院審查之對象，應一併納入解釋範圍」)。準此，本件「自治條例相關規定」既為地方主管機關適用「系爭公告」，就廣告物設置為准駁之依據，應認其與聲請人聲請解釋之「系爭公告」在適用上具有重要關聯性，從而得納入作為解釋之標的。

註十五：本席到院服務四年，言論自由釋憲聲請案十餘件，無一受理。其中，一〇三年十二月三十一日大法官一四二六次會議決議不受理會台字第一二三二七號聲請案（焚燒國旗）及一〇一年十月五日大法官一三九四次會議決議不受理會台字第九七二五號聲請案（污損國旗），尤具受理價值。

部分不同意見書　　大法官黃璽君　提出

本解釋多數意見認廢棄物清理法第二十七條第十一款規定（下稱系爭規定）與法律授權明確性原則無違部分，本席敬表贊同。惟多數意見認臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第〇九一〇四〇二三四三一號公告之公告事項一、二（下稱系爭公告）與法律保留原則不符，宣告自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力，本席礙難同意。爰提部分不同意見如后。

一、系爭公告係依據系爭規定之授權而為

系爭規定謂：「在指定清除地區內嚴禁有下列行為：……十一、其他經主管機關公告之污染環境行為。」即授權主管機關以公告方式補充規定除廢棄物清理法第二十七條第一款至第十款

以外，與該十款相類之污染環境行為。

二、系爭公告內容與廢棄物清理法第二十七條第二款、第十款規定相類，尚未逾越授權範圍

（一）系爭公告內容為：「公告事項：一、本市清除地區內，未經主管機關核准，於道路、牆壁、樑柱、電桿、樹木、橋樑、水溝、池塘或其他土地定著物張掛、懸繫、黏貼、噴漆、粉刷、樹立、釘定、夾插、置放或其他方法設置廣告物者，為污染環境行為。二、前項所稱之『道路』，指公路、街道、巷弄、安全島、人行道、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」

（二）公告事項一係規定於其所示之場所，以所示之方式設置廣告物者，為污染環境行為。其所示場所均屬廢棄物清理法第二十七條第二款：「污染地面、池溏、水溝、牆壁、樑柱、電桿、樹木、道路、橋樑或其他土地定著物。」所定禁止污染場所；其所示方式，與廢棄物清理法第二十七條第十款所定禁止之廣告方式，或相同（註一）或相類（註二），有相似之污染環境結果。公告事項二，則係就公告事項一所示場所中之「道路」，詳定其範圍，難認系爭公告逾越系爭規定授權範圍。

三、系爭公告並非不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，一律禁止廣告物之設置

系爭公告僅禁止在所示場所，以所示方式設置廣告物，其所示場所限於例示之道路等及其「定著物」上，故如於道路散發傳單、穿著印有廣告之衣物，或於所著衣物張貼廣告等，均不在系爭公告禁止範圍。且於所示場所以所示方式設置廣告物，均會造成污染環境之結果，已如前述，並無多數意見所認不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，一律禁止廣告物之設置情形。

四、系爭公告尚無不問是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，概予禁止情形

於系爭公告所示場所以所示方式設置廣告物，均會有不同程度之污染環境，其污染環境程度因設置廣告物之場所、廣告物規模，設置時間之長短等各因素而異。某設置廣告物行為之污染環境程度縱較小，然集合多數即可能造成嚴重之污染環境，故難以事先設定標準（註三），而均有予以管制之必要。系爭公告以主管機關核准方法管制，適可區分污染環境程度，未達廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度者，可許其設置（註四）；已達該程度者，否准其設置。

五、結論

系爭公告內容與廢棄物清理法第二十七條第二款、第十款規定相類，並無不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，概予禁止並處罰罰情形，且未增加系爭規定所無之限制（註五），是尚未逾越系爭規定授權範圍，難謂與法律保留原則不符。

註一：噴漆、黏貼

註二：「粉刷、樹立、釘定」等固定方式設置廣告物，其污染環境結果與「噴漆」、「張貼」相同，「張掛、懸繫、夾插、置放」等非固定方式，亦會造成污染環境之結果，雖其污染較固定方式易於除去，然如不予禁止，任其長期設置，其造成之污染環境結果，即與固定方式無異。

註三：事先設置標準，許其不經核准即設置，如同時有多數人依標準於同一場所設置，亦將造成與廢棄物清理法第二十七條前十款相同之污染環境。

註四：核准程序可以併管制設置廣告物時間、場所及規模，並避免同一場所設置過多廣告物過度污染環境。

註五：或謂系爭規定並未規定須經核准始得設置廣告物，系爭公告以須經核准始得設置廣告物，乃增加法律所無之限制而有違法律保留原則。惟查系爭公告係公告在其所示場所以所示方式設置

廣告物者，原則上為污染環境行為，禁止為之，例外經核准者，始得設置。核准係例外之放寬條件，非對原非污染環境行為者，加以限制。

不同意見書　　大法官黃虹霞　提出

本號解釋多數意見認廢棄物清理法第二十七條第十一款規定，與憲法第二十三條之法律授權明確性原則尚無違背，而臺南市政府中華民國九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告之公告事項一、二（該府改制後於一００年一月十三日以南市府環管字第一０００００五０七０一０號公告重行發布，內容相當；下併稱系爭公告），「不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第二十七條前十款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。」惟本席對本件解釋是否應予受理、是否涉及言論自由，及系爭公告是否已達違憲程度，皆礙難同意多數意見之見解，爰提出不同意見書如下。

一、本件解釋所欲保護之人民基本權利究指何而言？不甚明確，主要可能是言論自由，並兼及於一般行為自由。

二、言論自由係民主基石，應予高度適當保障，迭經本院大法官多次解釋在案，故不待贅言。惟本件係屬人民聲請解釋案件，應以人民受憲法所保障之權利受到不法侵害，經提起訴訟而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為聲請要件。而

（一）經查系爭案件之原因事實顯示：本件聲請人根本未依規定申請許可，即逕自於公有廣場長期豎立系爭大型廣告物（屬污染環境行為應無疑義），且經取締及處罰後仍繼續同一行為，此一聲請人之未經申請許可之污染環境行為，已非適法；且因其未申請許可，故主管機關根本也無比如藉由廣告物內容之審查箝制聲請人言論自由等之舉措，故亦難認聲請

人有何憲法上之權利遭受不法侵害。從而，本件解釋結果是否得由聲請人據以聲請再審，應非無疑（能否再審之終局決定權在法院，不在大法官）外，能否謂本件聲請與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定意旨相符而應予受理，亦值商榷；

（二）本件主管機關係依廢棄物清理法規定（本件廢棄物主管機關係依該法第二十七條第十一款規定為處罰，實則本件應符合同條第十款規定之禁止態樣，得直接以第十款規定作為取締依據，即根本無須另援引系爭公告），本廢棄物清理法主管機關之地位為取締及處罰；而廣告物是否為廢棄物，與廣告物之內容應無涉，即如廣告物應歸屬為廢棄物，則不應因其內容涉及言論自由事項，而使該廣告物變更為非廢棄物，不必且不能予以清除。因此，本件爭議之關鍵應不在系爭廣告物之內容如何；而應在於系爭廣告物是否符合廢棄物清理要件，即本件與言論自由之限制間沒有必然關聯；

（三）本件解釋亦肯認系爭公告非以箝制言論自由為目的（如有，當為偶然及機關執行上不當並應係例外之不法行為），而係為維護環境衛生及國民健康（應包括身心靈之整體健康）等重大正當公益目的，則非有絕對必要，即捨此而無他法，否則不宜遽冠以違憲之名，此種違憲之指摘如屬過重，反而不符「比例原則」。即本件退而言之，若有受理價值，也應以合憲限縮即提醒相關機關應注意切勿藉清理廢棄物等名義，行箝制言論自由或侵害人民其他憲法所保障之基本人權之實為已足；

（四）依解釋理由書之記載：廣告物之設置既非不應事前申請許可，則主管機關若有藉內容等之審查行箝制言論自由之事實或侵害其他憲法所保障之基本人權之違憲行為，廣告物之設置者，可據以尋求救濟，以保護其個人權利，相關審判機關亦應積極保護之；沒有在欠缺具體侵害基本人權行為個案

時，即預以因依系爭公告審查結果可能造成言論自由等侵害之結果為由，逕指系爭公告為違憲之必要，對系爭公告為合憲限縮解釋已可達同一目的。

（五）再查：言論自由應不是本件爭議的直接焦點，解釋理由書第三段論及言論自由之保護，其前提應先論究公共場所尤其公有公共場所通常使用權問題（第三段提及公共場所似本於一般行為自由論述）。因為本件若不以公共場所設置廣告物係人民基本權利為前提，則根本不生系爭公告限制該使用權利而違憲之問題。於就公共場所設置廣告物言，屬憲法所保障之人民基本權利嗎？本席認為除了以供人民發表言論為設置目的之場所外，人民利用公共場所口頭發表言論之行為在我國本已非普遍常見，但本於對言論自由之尊重及因其不涉及媒介物之設置，故應可不受廣告物管理或廢棄物清理相關法令之拘束，而得自由為之。惟若與諸如交通安全、廣告物之設置或廢棄物之清理等相關，則自仍應受相關規定之限制；亦即，即便是應受高度保護之言論自由，亦不能舉言論自由之大旗，以當然拒卻交通法規、廣告物設置、廢棄物清理等相關法令之規範，更遑論受較低度保護之一般行為自由。基此，本席認為以我國國情，地窄人稠，與設置廣告物相較，純淨的空間才是國人更殷切盼望的！廣告物設置者以外的人民之免受視覺、聽覺、心靈…污染，享受公共場所通常使用目的之使用及維持空間純淨之自由，才應更值得或至少應同等被重視。此外，若認為於公共場所設置廣告物係憲法所保護之人民基本權利，則本件解釋效力將超越廢棄物清理法、廣告物設置規定，而及於所有公共場所之管理，即各公共場所管理機關是否不得禁絕人民利用公共場所以口頭以外方式發表言論，而只能就其利用時間等為管制，也可能引致爭議而生困擾。尤有進者，還可能引發各公共場所管理機關是否有依人民之要求，積極提供實現人民言論發表措施

之協力義務之爭議（包括提供措施使人民得以發表其對該公共場所管理機關或其他機關或人員不滿之言論）。因此，本席認為以我國國情言，人民應無於公共場所設置廣告物之基本權利，故本件也應不涉違憲問題。

（六）此外，經查系爭公告內容中所指污染環境行為，與廢棄物清理法第二十七條前十款列舉規定比對，並無程度顯不相當之情形，且依廢棄物清理法第二十七條原規定，原本應係嚴禁之行為（無由主管機關例外核准之），而系爭公告則以經主管機關核准為前提，許其為公告所示之行為，反而係於原母法嚴禁之外，開設得設置廣告物行為之窗，較諸母法言，係放寬限制，而非加重限制。查廢棄物清理法第二十七條前十款規定既為合憲，則系爭公告自更無違憲之理。

（七）綜上所述，本件聲請人未必符合聲請要件，且充其量係主管機關執行當否之爭議，不是法律或命令違憲問題，本件聲請應與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，故本件不應受理。又憲法解釋除聲請人之立場外，其他共同使用公共場所之人民之權益亦應併同權衡；且應考量各種解釋結果之利弊得失，而為採擇。本件尚非已有機關具體侵害人民言論自由等實況發生，而即有予被侵害人民救濟必要之情形；本件充其量係有機關藉清理廢棄物之名而侵害人民言論自由之虞之情形，即本件狀況尚非急迫而有即予違憲解釋之必要。再者，違憲宣示將引致現況之變更，除必有社會成本支出，另機關及其人員需配合調整外，其他共同使用公共場所之人民亦必然受間接影響，因此，違憲解釋較可能有超乎預想之狀況發生。反之，若以合憲限縮方式處理，其變動影響較有限，即相較言之，違憲宣示之作用較可能超乎預期及引致困擾。從而，本件退而言之，以合憲限縮提醒機關於依系爭公告審查時注意憲法關於言論自由及其他基本人權保護規定即可，應尚未達宣示違憲之程度。

三、又違憲宣示並諭令檢討改進者，應儘可能說明具體可行之舉措，俾機關憑以改善。惟本件因為系爭公告內容所指污染環境行為，與母法相較尚無顯不相當之情形，故經宣示系爭公告違憲並諭令檢討改進後，主管機關究應如何改善始符解釋之意旨要求，似欠具體明確。另關於解釋理由書第三段固未宣示違憲，而僅提醒警示，惟關於諭令檢討改進部分，究竟要求機關應如何改進，更乏具體指示，主管機關如何遵照執行，亦恐非無困難。

四、又本件解釋文關於廢棄物清理法第二十七條第十一款規定為合憲部分，其結論固足資贊同，惟此部分之解釋文意旨與司法實務上通說應無不符，故應無須特予解釋以解爭議，即該部分亦不具原則重要性，從而此部分，亦無受理價值，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）

附錄：司法院釋字第七二七號解釋至第七三四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
727 104.2.6	中華民國憲法第七條 司法院釋字第四五七號、第四八五號、第六八二號、第六九四號、第七0一號、第七一九號、第七二二號 中華民國八十五年二月五日制定公布之國軍老舊眷村改建條例第五條、第二十二條、第二十三條 中華民國九十六年一月三日修正公布之國軍老舊眷村改建條例第二十二條第一項 中華民國八十五年七月二十三日訂定發布之國軍老舊眷村改建條例施行細則第十三條第二項、第十四條	平等原則、立法形成自由、眷改條例、眷舍居住憑證及原眷戶權益
728 104.3.20	憲法第七條、第十四條、第十五條、第二十二條 憲法增修條文第十條第六項 祭祀公業條例第三條第一款、第四條第一項前段、第四條第一項後段、第四條第二項、第四條第三項、第五條 司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款 聯合國消除對婦女一切形式歧視公約第二條、第五條	性別、規約、派下員、財產權、祭祀公業、性別平等、宗族觀念、分類標準、差別待遇、結社自由、契約自由、私法自治、保護義務、法安定性原則、法律不溯及既往原則

729 104.5.1	憲法第六十三條、第六十七條第二項 憲法增修條文第三條第二項第一款、第五條第一項、第六條第二項、第七條第二項 司法院釋字第三二五號、第五八五號、第六三三號解釋 立法院職權行使法第四十五條、第四十七條第一項 法院組織法第六十六條第十項 立法院司法及法制委員會監聽調閱專案小組運作要點第十一點、第十二點	立法院、要求提供資料參考權、文件調閱權、立法院職權行使法、檢察機關、偵查權、偵查卷證、權力分立與制衡、文件原本、影本、釋字第三二五號解釋、通訊保障及監察法
730 104.6.18	憲法第十五條、第二十三條 司法院釋字第四四三號、第四八八號解釋 學校教職員退休條例第五條、第八條、第十四條、第二十一條之一第一項、第二十二條 學校教職員退休條例施行細則第十九條第一項、第二項	公立學校教職員、再任或轉任、重行退休、年資合併計算、退休金限制、財產權、法律保留原則
731 104.7.31	憲法第十五條 司法院釋字第七０九號、第六八九號、第六六三號、第六五二號、第五七九號、第五一六號、第四００號解釋 土地徵收條例第十八條、第二十二條、第三十九條第一項、第四十條第一項	區段徵收、抵價地、徵收補償、申請期間、公告期間、送達、財產權、正當行政程序

732 104.9.25	憲法第十條、第十五條、第二十三條、第一百四十三條第一項。 司法院釋字第四００號、第七０九號。 土地徵收條例第一條第二項、第三條第二款、第四條第三項、第四項。 大眾捷運法第七條第三項（77.7.1）、第七條第二項、第四項（90.5.30）。 大眾捷運系統土地聯合開發辦法第九條第一項（79.2.15）。 土地法第二百零八條第二款。	徵收、毗鄰地區土地、聯合開發、捷運設施、交通事業、財產權、居住自由
733 104.10.30	無	無
734 104.12.18	憲法第十一條、第二十三條 廢棄物清理法第一條、第二十七條 臺南市政府九十一年十二月九日南市環廢字第０九一０四０二三四三一號公告 臺南市政府一００年一月十三日南市府環管字第一０００五０七０一０號公告	廢棄物清理法、公告、污染環境行為、法律授權明確性原則、道路、土地定著物、廣告、法律保留原則、言論自由、公共場所