

司法院大法官解釋

(三十五)

司 法 院 印 行
中 華 民 國 一 〇 六 年 十 二 月

司法院大法官解釋（三十五）

目 次

司法院釋字第七三五號解釋·····	1

【不信任案於臨時會提出案】

立法院臨時會審議對行政院長不信任案，非憲法所不許；立法院組織法臨時會以決議召集之特定事項為限規定，與憲法不符部分應不再適用

協同意見書 蘇永欽大法官 提出·····	2
協同意見書 黃茂榮大法官 提出·····	9
協同意見書 陳春生大法官 提出·····	15
協同意見書 陳碧玉大法官 提出·····	23
協同意見書 羅昌發大法官 黃虹霞大法官 蔡明誠大法官 共同提出·····	25
協同意見書 林俊益大法官 提出·····	34
部分協同部分不同意見書 陳敏大法官 提出·····	50
部分不同意見書 葉百修大法官 提出·····	54
部分不同意見書 陳新民大法官 提出·····	57

司法院釋字第七三六號解釋·····	71

【教師因學校措施受侵害之訴訟救濟案】

教師法第 33 條未限制公立學校教師提行政訴訟之權，合憲；
教師認學校措施侵害權益得依法請求救濟，法院對學校專業所
為判斷應予適度尊重

協同意見書 蘇永欽大法官 提出·····	72
協同意見書 黃茂榮大法官 提出·····	84
協同意見書 羅昌發大法官 提出 黃虹霞大法官 加入·····	88

協同意見書 湯德宗大法官 提出 陳碧玉大法官 加入 黃虹霞大法官 加入	94
協同意見書 蔡明誠大法官 提出	106
協同意見書 林俊益大法官 提出	117
部分不同意見書 陳春生大法官 提出	132
部分不同意見書 陳新民大法官 提出	141
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出	161
不同意見書 陳敏大法官 提出 陳春生大法官 加入 黃璽君大法官 加入	164
司法院釋字第七三七號解釋	171
【偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案】	
偵查中羈押應使嫌疑人及辯護人獲知理由與證據，保障人身自由；獲知方式屬立法裁量範疇，惟均應符正當法律程序原則，刑訴法規定應於 1 年內修正	
部分協同意見書 湯德宗大法官 提出 林俊益大法官 加入	176
協同意見書 蘇永欽大法官 提出	181
協同意見書 黃茂榮大法官 提出	194
協同意見書 陳新民大法官 提出	202
協同意見書 羅昌發大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	223
協同意見書 蔡明誠大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	235
協同意見書 林俊益大法官 提出	246
部分協同部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出	267
部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出	274
部分不同部分協同意見書 葉百修大法官 提出	281
部分不同意見書 陳春生大法官 提出	290
部分不同意見書 吳陳鐸大法官 提出	297

司法院釋字第七三八號解釋 307

【電子遊戲場業營業場所距離限制案】

電子遊戲場業之營業場所設置距離限制相關法令，合憲；地方自治團體之限制規定，宜配合客觀環境及規範效果變遷，隨時檢討而為合理調整

協同意見書 蘇永欽大法官 提出 陳春生大法官 加入	312
協同意見書 黃茂榮大法官 提出	320
協同意見書 林俊益大法官 提出	322
部分不同意見書 葉百修大法官 提出	331
部分不同意見書 羅昌發大法官 提出	347
部分不同意見書 蔡明誠大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	358
不同意見書 陳新民大法官 提出	379
不同意見書 湯德宗大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	407
不同意見書 黃虹霞大法官 提出	424
公布更正 部分不同意見書 蔡明誠大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	434

司法院釋字第七三九號解釋 457

【自辦市地重劃審查案】

獎勵所有權人辦理市地重劃辦法第8條等規定違憲，1年內修正；籌備會人數、機關核定範圍及核准實施程序不符正當行政程序，籌備會職權規定違法律保留原則

部分協同意見書 湯德宗大法官 提出 黃虹霞大法官 加入 蔡明誠大法官 加入 林俊益大法官 加入	462
協同意見書 黃茂榮大法官 提出	472
部分協同部分不同意見書 蘇永欽大法官 提出	484
部分協同部分不同意見書 葉百修大法官 提出	502

部分協同部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出 吳陳銀大法官 加入	511
部分協同部分不同意見書 羅昌發大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	520
部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出 羅昌發大法官 加入	527
部分不同意見書 陳新民大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	533
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出	571
 司法院釋字第七四〇號解釋	 579
【保險業務員招攬保險勞務契約是否為勞動契約案】	
業務員招攬保險勞務契約，應依個案認定是否為勞動契約；以業務員得否自由決定勞務給付方式並自行負擔業務風險為斷，管理規則非認定依據	
協同意見書 黃茂榮大法官 提出	582
協同意見書 陳碧玉大法官 提出	596
協同意見書 羅昌發大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	601
協同意見書 湯德宗大法官 提出 陳碧玉大法官 加入 林俊益大法官 加入	604
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	609
協同意見書 蔡明誠大法官 提出 陳春生大法官 加入 黃虹霞大法官 加入	611
協同意見書 林俊益大法官 提出	621
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出	628
不同意見書 陳新民大法官 提出	635
 司法院釋字第七四一號解釋	 649
【宣告法令定期失效解釋適用原因案件範圍案】	

法令定期失效之解釋，其他曾聲請者亦得請求救濟，釋 725
應補充

部分協同意見書 蔡明誠大法官 提出 吳陳銀大法官 加入	651
協同意見書 羅昌發大法官 提出	658
協同意見書 湯德宗大法官 提出 陳碧玉大法官 加入 林俊益大法官 加入	662
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	666
協同意見書 林俊益大法官 提出	668
不同意見書 黃璽君大法官 提出	681

司法院釋字第七四二號解釋 689

【都市計畫定期通盤檢討變更之救濟案】

因都市計畫定期檢討致受損害者得請求救濟，釋 156 應予補
充；立法機關應於解釋公布日起 2 年內增訂相關規定，逾期準
用行政處分救濟規定

部分協同意見書 湯德宗大法官 提出	692
部分協同意見書 蔡明誠大法官 提出 陳碧玉大法官 加入 張瓊文大法官 加入	698
協同意見書 許宗力大法官 提出	711
協同意見書 羅昌發大法官 提出	719
協同意見書 林俊益大法官 提出	725
協同意見書 許志雄大法官 提出	732
協同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	741
部分不同意見書 黃璽君大法官 提出	747
不同意見書 吳陳銀大法官 提出	753

司法院釋字第七四三號解釋 763

【徵收之捷運用地得否用於聯合開發案】

徵收取得之捷運用地，不得用於同一計畫中辦理聯合開發。如因情事變更欲將原徵收用地所有權移轉私人，須有法律明確規定，以保障人民財產權

協同意見書	蔡炯燉大法官	提出		766
協同意見書	羅昌發大法官	提出		785
協同意見書	黃虹霞大法官	提出		794
協同意見書	許志雄大法官	提出		797
協同意見書	黃瑞明大法官	提出	詹森林大法官 加入	806
部分協同部分不同意見書	吳陳銀大法官	提出		813
部分不同部分協同意見書	林俊益大法官	提出		826
部分不同意見書	蔡明誠大法官	提出	林俊益大法官 加入 張瓊文大法官 加入	841
不同意見書	陳碧玉大法官	提出		862
不同意見書	黃璽君大法官	提出		868

司法院釋字第七三五號解釋

【不信任案於臨時會提出案】

中華民國105年2月4日

院台大二字第1050004090號

解 釋 文

中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」旨在規範不信任案應於上開規定之時限內，完成記名投票表決，避免懸宕影響政局安定，未限制不信任案須於立法院常會提出。憲法第六十九條規定：「立法院遇有左列情事之一時，得開臨時會：一、總統之咨請。二、立法委員四分之一以上之請求。」僅規範立法院臨時會召開之程序，未限制臨時會得審議之事項。是立法院於臨時會中審議不信任案，非憲法所不許。立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」與上開憲法規定意旨不符部分，應不再適用。如於立法院休會期間提出不信任案，立法院應即召開臨時會審議之。

解釋理由書

中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。（前段，下稱系爭憲法規定）如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。（後段）」不信任案制度係為建立政黨黨紀，化解政治僵局，落實責任政治，並具穩定政治之正面作用（中華民國八十六年五月第三屆國民大會第二次會議修憲提案第

一號說明參照)。為避免懸宕影響政局安定，系爭憲法規定乃規範不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內完成記名投票表決，並未限制不信任案須於立法院常會中提出。又憲法第六十九條規定：「立法院遇有左列情事之一時，得開臨時會：一、總統之咨請。二、立法委員四分之一以上之請求。」僅規範立法院臨時會召開之程序，並未限制臨時會得審議之事項。基於儘速處理不信任案之憲法要求，立法院於臨時會審議不信任案，非憲法所不許。惟立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」未許於因其他特定事項而召開之臨時會審議不信任案，與上開憲法規定意旨不符，就此部分，應不再適用。系爭憲法規定既未限制不信任案之提出時間，如於立法院休會期間提出不信任案，立法院自應即召開臨時會審議之。

立法院職權行使法第三十七條乃關於不信任案提出、進行審議程序之規定，固屬立法院國會自律事項，惟仍應注意符合系爭憲法規定所示，不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內完成記名投票程序之意旨，自屬當然，併此指明。

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	吳陳銀	
		蔡明誠	林俊益			

協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋以憲法增修條文第三條第二項第三款僅規定不信任案應於所定時限內完成記名投票表決，立法院若於臨時會中審議不信任案自無不可，立法院組織法第六條第一項規定與上開憲法規定意旨不符部分，應不再適用。即使在立法院休會期間提出不信任案，也應召開臨時會審議。本席同意此一結論，惟立法院依國會自律原則對憲法

規定進一步具體化的實踐，向為本院尊重（本院釋字第二五四號、第三八一號、第四三五號、第四九九號、第六四五號解釋參照），其與憲法有關立法院開會及行使職權的規定之間，如何適度掌握分寸，既不牴觸憲法意旨，也要為立法院保留足夠形成餘地，以隨民主政治發展而有所調適，本件解釋在主旨及旁論都刻意點到為止，不做深入的論述，即寓有此意。以下僅就本件解釋因論述較為簡約而可能未盡其意的兩個問題，分別再做若干申論：一是立法院臨時會審議議案究竟有何限制（第一段），二是解釋理由書最後有關立法院職權行使法第三十七條的「併此指明」應如何理解，上開憲法規定真正不可違逆的核心意旨為何，哪些則屬可由國會自主調整的空間（第二段）。

一、立法院臨時會審議事項的限制，除與憲法規定意旨不符者外，解釋上仍保有寬廣的自律空間

原因事件引發爭議的問題，在於立法院可否於開臨時會期間審議未列入議程的對行政院院長不信任案，立法院會議主席所為不予審議的裁決，是以立法院組織法第六條第一項的規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」為其依據，則本件解釋實有三個可能選項：第一，我國憲法第六十九條所規定的召集臨時會要件，既未如某些國家的憲法那樣規定臨時會以審議特定議案為目的（比如法國憲法第二十九條第一項、瑞典王國憲法法典中的國會法第十四條），甚至直接限制審議的範圍以該特定議案為限（比如墨西哥憲法第六十七條），顯然有意開放其行使職權，除有召集程序的限制外，一旦召開，即得行使所有立法院的職權，與常會無異。故立法院組織法的規定已增加憲法所無的限制，應屬無效，臨時會期間主持會議的主席如果據此規定否決不信任投票的提案，該裁決也已違憲。第二，憲法雖未對立法院臨時會的議程設有限制，但基於國會自律的基本原則，立法院自得自主形成相關規範，早在第十會期討論立法院組織法修正案時，立法委員就此問題即有深入討論（詳見立法院第十會期第十六、十七次會議速記

錄)，多位對議會法有研究的委員都指出，臨時會議程特定是為了控制會議時間，避免行政部門或立法委員橫生枝節，導致臨時會變成常會，當時雖有委員以追認緊急命令為例，說明應保留一定彈性，仍不為多數委員接受。此一立法院自主形成的規範行之有年，早已是有憲法位階的憲政慣例，本院應予尊重。果採此說，則主席否決不信任投票案的提案，即無違憲的問題。第三，立法院臨時會期間議程是否應受限制，基於國會自律原則，固應屬立法院可自主形成的空間。惟憲法賦予立法院合議行使的職權中，依其性質如有必須納入或排除會期屬性考量者，則為國會自律的上限，否則難以貫徹憲法設定該制的意旨。因此立法院組織法第六條第一項的規定既非當然違憲，也不是在任何情況下都與憲法相容，一旦就臨時會開會發生議案可否審議的爭議，仍應視所涉憲法規定為何而定，可說是折衷說。

本院前曾就國民大會臨時會可否在總統非以修憲為目的所召開的臨時會中審議修憲案，做成釋字第三一四號解釋，該解釋對於常會和臨時會就國民大會行使職權而言有無不同，先做一般性的認定：「國民大會遇有憲法第三十條列舉情形之一，召集臨時會時，其所行使之職權，仍係國民大會職權之一部分，依憲法第二十九條召集之國民大會，自得行使之，前經本院釋字第二十九號解釋釋示在案。」其論證似乎傾向以機關決定可行使的職權，而不受會期的影響，接近第一說。但接下去話鋒一變，又說：「該項解釋係就國民大會依憲法第二十九條定期集會時得行使之職權所為之釋示，非謂國民大會臨時會不問召集之原因及程序如何，均得行使國民大會之全部職權。」顯然認為常會或臨時會的屬性，仍有可能影響其得行使的職權，又好像向第二說傾斜。但其理由第二段細析修憲必須使人民有表達意見的機會，歷來國民大會修憲也都在臨時條款或增修條文中有明文規定由總統召集臨時會修憲，顯然認為「憲法之修改關係憲政秩序之安定及國民之福祉至鉅」，其集會應以修憲為目的而召開，因此不能在非

以修憲為目的召開的臨時會中審議修憲案。是又說明其否決以臨時會修憲的真正理由，不是第二說的僅因臨時會的屬性，其審議議案即不能超出臨時會召開時公告的目的，而是考量了國民大會行使修憲權的特殊意義，才有必要排除「非以修憲為目的」召開的臨時會，換言之，該解釋並未當然否定臨時會審議召開目的以外的其他議案，至少就此仍保持開放，因此正確的歸類還是折衷說。

回頭看本件解釋，在闡明憲法第六十九條關於立法院召開臨時會的規定時，也是先確認其「僅規範立法院臨時會召開之程序，並未限制臨時會得審議之事項。」，似乎採第一說的機關本可行使其所有職權，不容立法院以法律自我限縮行使職權範圍的觀點，但果真如此，邏輯推導出來的結論，應該只有宣告立法院組織法第六條第一項的規定違憲一途。理由書卻顯然不做此想，反而刻意再以憲法賦予不信任案審議權的特殊需要來強化「非為審議不信任投票案而召開的臨時會」仍得審議不信任案的正當性：「基於儘速處理不信任案之憲法要求，立法院於臨時會審議不信任案，非憲法所不許。」並因此得出該條項「未許於因其他特定事項而召開之臨時會審議不信任案，與上開憲法規定意旨不符」，僅「就此部分，應不再適用」的結論。換言之，立法院以委員所提法律案限制臨時會得行使的職權，並非一律牴觸憲法，只有當自律排除行使的職權，將使憲法賦予立法院此一職權的意旨無法落實時，才非憲法所能容許。因此並未認定系爭規定無效，而僅命與該憲法規定牴觸的情形，應不再適用。在方法上，和之前的釋字第三一四號解釋頗能前後呼應，都是從肯認國會應可行使其全部職權，不因處於常會或臨時會而有不同出發，但又必須儘可能尊重國會的自律，包括自我限縮臨時會得行使職權的範圍，只有當此一限縮已使憲法賦予特定職權的意旨無法落實時，才必須排除該限制。本件解釋的聲請人柯建銘等四十六位立法委員，實際上也未質疑系爭規定本身的效力，僅質疑立法院會

議主席的裁決未考量增修條文規定的落實，足見朝野立委對於臨時會期間審議議案的範圍應受召開目的限制的憲政慣例，尚無根本的分歧。本院在這兩號分別針對國民大會和立法院所做的解釋，對於限制臨時會行使職權範圍的規定，僅以解釋所涉職權——一為修憲權，一為不信任案審議權——有其特殊考量為限，始得例外排除，見解相當一致，文字上也都還留有餘地，為未來面對新問題時保留調適的空間。其妥適權衡國會自律與落實憲法規定核心意旨的苦心，值得各界留意。至於未來國會進一步改革，會不會考量社會的複雜度，臨時會的功能是否有擴大的必要，而考量修改立法院組織法相關規定，當然還是要由其以自律方式通過朝野協商做成決定，本院應予充分尊重。

二、憲法增修條文有關不信任投票規定的核心意旨在於兼顧冷卻與速決，其餘可由立法院自律

再看解釋理由最後論及的立法院職權行使法第三十七條有關不信任案審查程序的規定是否符合憲法增修條文第三條第二項第三款的規定，聲請人雖在聲請書中質疑其第二項有關七十二小時和四十八小時的起算點異於上開憲法規定，但從聲請書前言所敘述的爭議經過即知，系爭規定因會議主席裁決無法於臨時會處理不信任案而根本未予適用，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款「適用法律發生有牴觸憲法之疑義」要件顯然不符，因此本院無法受理審查，僅能以旁論方式諭知「應注意符合系爭憲法規定所示」，從其文字的簡略也可推知，此段論述目的僅在提醒，即使立法院得依國會自律原則制定法律對憲法所定不信任案的程序作進一步的規範，或通過實踐形成憲政慣例，仍不得逾越憲法規定依穩妥解釋可容忍的界線，本件解釋並未為實質審查，也未做成合憲或違憲的認定，有意留待未來確有國會無法和息的爭議時，才由本院做成解釋，殊無疑義。

惟比較立法院職權行使法第三十七條和憲法增修條文第三條第二項第三款的規定，確實會發現前者就其第二項有關七十二

小時和四十八小時起算點的規定，至少不是後者文義上「唯一」可能的解釋。甚至聲請書未質疑的前者第一項有關「提出」的方式，以及第三項四十八小時未完成表決即「視為不通過」的規定，是否也已違逆後者規定的意旨，解釋理由書所說的「應注意」，究竟有無任何微言大義，難免引發討論。從立法院職權行使法有關不信任案的程序規定，是在民國八十六年國民大會朝野政黨首度合作完成的修憲案中導入此制後，旋於八十八年初即在立法院通過朝野協商，由不同政黨立法委員共同連署提出法律制定案，並以逕付二讀方式所增訂，且在過去二十六年中三度行使此一職權，都完全按照該規定進行，未嘗有何爭議即知，朝野政黨自始對於憲法增修條文導入的不信任投票制有其共同一貫的解讀，首先是把此一對行政立法關係影響重大的程序仍然架構在既有的立法院議事制度下，其目的應該在保持「亂中有序」，七十二小時的不變期間本來就是參考德、法等民主先進國家的制度而設，要避免國會在激情下做成決定，讓朝野政黨內部或相互之間尚得做最後的努力，或使擺盪中的執政者得以穩定，或可協商建立一個更穩定的新政府，而四十八小時則是要使這樣的變局有明確終了之期。這樣的理解即使符合修憲者主觀的目的，是否已經逾越憲法文義的極限，或從二十七年後的今天看來，已不符合此制的客觀目的，而必須由本院介入糾正？或者正好相反，應認為這正是國會以自律方式形成的反映我國政治文化與社會條件、因此彌足珍貴的憲政慣例？可能還要正本清源，從我國憲法制定和後來修改的背景去找答案。

在制憲之初，政治協商會議原先決議採取不信任案制度，但嗣後政黨間再經妥協，終於在憲法本文中放棄此制，原因即在不信任案的提出容易造成政局動盪，故改以憲法第五十七條的覆議制度，使行政院向立法院負責，立法院仍有促使行政院長辭職的方法，其精神即在顧及內閣動搖的「有害無益」，對於這段歷史和目的，在制憲史的研究上向無爭議（可參張君勱，中華民國

主憲法十講之五)。民國八十六年修憲時，跨越朝野政黨的提案就首次導入不信任投票程序所做說明，也特別強調把立法院合議的期限寫進憲法，目的正在努力化解矛盾、維持政局穩定（可參本號解釋理由書）。比較憲法上，德國基本法第六十七條第二項也有類似的不變期間的規定（從提案（指倒閣）到選舉（指新總理）應有四十八小時），其理論與實務在起算點的解釋上，也都特別強調仍要架構在一般的國會議事程序內，以致比如提案文件仍以放置各議員信箱內才算到達，往往使此一冷卻期間比實際提出倒閣意思後數天才開始計算，認為此一規定真正在意者實為「最早」（frühestens）什麼時候才能表決，而不是「最晚」（spätestens）什麼時候一定要完成表決，乃至唯有當國會的決議做成於未滿冷卻期時，其決議才會因違反基本法該規定而無效，反之，如果決議因為任何原因拖到比法律規定的時間還晚才做成，反而不會構成憲法的瑕疵。從國民大會討論如何導入不信任投票制時，學界的討論多提到德國此制，更可明瞭立法院對於我國的不信任投票制為何會有類似的理解。只是我國在建立此制時，既費心的把冷卻期間拉長到比德國還多一天的七十二小時，又刻意的設定了可以開始議決後「最晚」的四十八小時，以免陷入長期不決。由此角度觀察職權行使法第三十七條的規定：「不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。」將七十二小時的冷卻期實際上從「提報院會」時起算，即有意的把不信任案這樣重大而特別的議案一方面仍然納入立法院一般的院會程序中，不另設更特別的開始程序規定；另一方面又依憲法精神給予特殊地位，使其能比原來排定的案件做更快速的處理。七十二小時的冷卻期間則未進行審議程序，顯然是把這段期間理解為專做政黨間政治

協商及政黨內部動員之用，而把開始審議的時間定於此一時限屆滿之後。審議仍應符合通常議事程序，因此「速決」的四十八小時起算點即定於全院委員會的召開，但從全院委員會開會起，到提報院會表決，又須按憲法速決的意旨，在四十八小時內完成，乃至使議而未決的情形，擬制為未通過。整個設計既要使陷入擺盪的政局仍可做最後努力，避免在激情中做成決定，另一方面又要使政治風波早日平息，一旦無法順利倒閣，即令其迅速回復秩序。背後追求政局穩定的政治文化十分昭然，也許不是最貼近增修條文文理的制度設計，但應該就是最符合當時政治行動者共識的設計，如此實際運作了三次，從無程序上的爭議，本院豈有再斤斤於文字，擅做不同於憲政慣例的解釋的餘地？

本件解釋在主旨的臨時會可否處理不信任案，和旁論的不信任案審議程序上，都非常小心的考量了國會自律與憲法意旨，本席認為應屬恰如其分的權衡。由於我國憲法有關行政立法的分權，自始即混合了內閣制與總統制的設計，民國八十六年修憲以後，更接近法國的半總統制，此類制度在許多環節都保有較大的因地制宜的選擇空間，此際若能由政治行動者通過協商達成共識，乃至反覆運作形成慣例，都是彌足珍貴的憲法成長，做為第三者的司法機關，只要確認此類續造未抵觸憲法的核心意旨，維護猶恐不逮，若還存有作之君作之師的想法而任意指點，實在已是角色的錯亂。用 Cass Sunstein 的比喻，應該就是「巨人症」的症候了。因此本席十分樂見本解釋的點到為止。

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

一、我國憲法規定兼具總統制及內閣制之特徵

憲法第三十五條前段規定，總統為國家元首。此為憲法採總統制的規定。然憲法又於第五十五條第一項規定：「行政院院長由總統提名，經立法院同意任命之。」第三十七條規定：「總統依法公布法律，發布命令，須經行政院院長之副署，或行政院院

長及有關部會首長之副署。」憲法增修條文第二條第二項規定：「總統發布行政院院長與依憲法經立法院同意任命人員之任免命令及解散立法院之命令，無須行政院院長之副署，不適用憲法第三十七條之規定。」此外，憲法第五十七條亦規定，行政院應依該條各款規定，對立法院負責（註一）。基於上開規定，我國中央政府組織兼具有總統制及內閣制之特徵：即不但總統之職權依上開規定，受到應有行政院院長之副署的制約，且行政院應對立法院負責，並由之導出憲法增修條文第三條第二項第三款所定之倒閣權：「……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。」以及與倒閣類似之憲法第五十七條第二款及第三款規定：「二、立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之。行政院對於立法院之決議，得經總統之核可，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議，行政院院長應即接受該決議或辭職。三、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。」該二款從就事論事，而不對人之觀點，規定得經總統之核可，移請立法院覆議，覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議或原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。

二、不信任案之規範需要

既兼採內閣制，則對於內閣之不信任案的提出，自屬憲法上重要的事項。憲法增修條文第三條第二項第三款「立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案」之

規定，乃「行政院應對立法院負責」之精神的具體規範，亦為「權力分立原則」於我國發展之具體表現。再者，依據憲法規定，不信任案之提出可能會導致解散國會之結果，並有「不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案」之限制，關係國家事務之順利運行。

因此，立法院須本於憲法及其憲法增修條文相關規定之意旨，就不信任案之提出、審議及表決，制定符合正當程序之相關規範，據為立法院行使與不信任案相關職權之準繩，以貫徹憲法及增修條文中行政院應對立法院負責之精神。

三、關於不信任案之規範問題

立法院行使不信任案之職權，規定於立法院職權行使法第六章以下。按關於不信任案在規範上有下列問題：首先為何時可以提出、如何提出；其次是在不信任案提出後，如何進行審議及表決之程序，方符合憲法增修條文之意旨。

（一）不信任之提出時點應不受任何限制

不信任案之作用，在於化解政治僵局、穩定政局安定，憲法增修條文規定「不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之」即顯示立法院對於行政院院長之不信任案係屬非常急迫、必須立即解決之事件，因此，沒有多餘的理由，以任何程序方式限制其提出時點或使其無法提出，且不信任案一經提出，就應該要立即、優先處理。

按中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」該款僅規定不信任案應以全體立法委員三分之一以上連署之方式提出，以及一旦提出，即應於所定時限內完成記名投票表決，並未就不信任案之提出時點予以限制。又憲法第六十九條：「立法院遇有左列情事之一時，得開臨

時會：一、總統之咨請。二、立法委員四分之一以上之請求。」該條僅係規定立法院臨時會之召開方式，並無臨時會不得審議不信任案之限制。換言之，依上開憲法規定，立法院只須符合「經全體立法委員三分之一以上連署」之要件，即得「隨時」對行政院院長提出不信任案。其在常會或臨時會中提出不信任案者，立法院均應於憲法增修條文第三條第二項第三款所定期限內完成審議並以記名投票表決之；如於立法院休會期間提出者，立法院亦應即召開臨時會審議之。立法院組織法第六條第一項：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」限制臨時會僅得審議決議召集臨時會之特定事項，排斥於臨時會中審議已符合提出要件之不信任案，要與憲法及憲法增修條文之意旨不符。就此部分，本號解釋多數意見認為應不予適用，本席敬表贊同。

（二）不信任案之提出及審議程序問題

關於不信任之提出及審議程序，主要規定於立法院職權行使法第三十七條：「（第一項）不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。（第二項）全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。（第三項）前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。」多數意見基於立法院職權行使法第三十七條屬立法院國會自律事項之理由，僅於解釋理由書中提醒立法院於行使職權審議不信任案時，應注意憲法有關不信任案提出七十二小時後應於四十八小時內完成記名投票程序之意旨。惟為避免違反憲法及增修條文意旨，立法院職權行使法第三十七條之規定恐有一些問題尚待解決，爰提出下述意見，供立法院及各界參考。

1. 關於立法院職權行使法第三十七條第一項規定

「不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。」該項規定限制不信任案之提出應在「院會報告事項進行前」，似為避免後續程序受到不信任案的干擾，惟此與不信任案得隨時提出、應優先處理之憲法意旨，恐有不符。再者，不信任案提出後主席應即交付全院委員會審查，旋即開始不信任案之審查程序，換言之，不信任案之提出具有中斷其他議案之效力，因此，該項規定限制不信任案應於院會報告事項進行前提出，是否有必要，亦有疑問。

其次，規定應於院會提出，其所稱院會究竟指立法院或指常會或臨時會進行中，不盡清楚。所以，宜規定按通常議案提出之方式，提出於立法院時即生提出之效力。

2. 關於立法院職權行使法第三十七條第二項規定

「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。」該項規定以「提報院會」，而非以「不信任案之提出」於立法院，為該七十二小時期間之起算點，此與憲法增修條文第三條第二項第三款關於起算點之規定顯然不同；再者，如此重要之議案，依該項規定須於耗盡七十二小時後，方要求院會開始審查，已先空轉七十二小時，亦與「立即」之概念不合。

3. 關於立法院職權行使法第三十七條第三項規定

憲法增修條文第三條第三項係規定「……不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」換言之，在不信任案提出後，不論通過或不通過，均必須經由記名投票表決之方式決定，而不能用未經投票之方式，認定是否通過。立法院職權行使法第三十七條第三項規定「前項全院委員會審查及提報院會表決時

間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。」明顯與憲法增修條文之規定有所衝突。

不信任案經立法委員三分之一之連署向立法院提出時，即如同法院不得拒絕審判一般，立法院必須依憲法增修條文所定記名投票表決之方式作出決定。惟依該項規定，不論以任何議事技術或杯葛的手段，只要能拖延超過四十八小時，該不信任案即「視為不通過」，無聲無息的結束。「視為不通過」之法律上效力即等同於「視為信任」，如此之規定不盡合邏輯。

為忠實於憲法增修條文第三條第二項第三款規定，立法院職權行使法第三十七條第三項應修正為：「前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成記名投票表決。」而不宜有「未於時限完成者，視為不通過」之文字。更重要的是，配合該規定，對於阻擋投票而使不信任案未能於四十八小時內完成記名投票者，應定有配套規定，俾確保議事順利。

四、結語

本案為關於不信任案之審議與表決時程的問題。不信任案之連署與提出總有一定之醞釀期間，不至於發生突襲的情事。所以關於憲法增修條文第三條第二項第三款所定期程之進行，應理解成關於法定期間之強制規定，除有不可抗力之情形外，務必在該款所定總時數（一百二十小時）經過前，完成記名投票之程序，決定立法院對行政院長提出之不信任案是否通過。不信任案審議之法定時程應自「提出不信任案」時起算，且在七十二小時後加四十八小時的期間，完成記名投票表決。立法院要如何分配該七十二小時加四十八小時的時間，固屬其自律事項，但仍應妥適規劃其相關議事程序的規定，不得有延宕的情事，俾使不信任案盡速塵埃落定。

註解：

註一：憲法第五十七條：「行政院依左列規定，對立法院負責：一、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。二、立法院對於行政院之重要政策不贊同時，得以決議移請行政院變更之。行政院對於立法院之決議，得經總統之核可，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原決議，行政院院長應即接受該決議或辭職。三、行政院對於立法院決議之法律案、預算案、條約案，如認為有窒礙難行時，得經總統之核可，於該決議案送達行政院十日內，移請立法院覆議。覆議時，如經出席立法委員三分之二維持原案，行政院院長應即接受該決議或辭職。」

協同意見書

陳春生大法官 提出

本號解釋認為，中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款規定之不信任案，旨在規範不信任案應於規定之時限內，完成記名投票表決，避免懸宕影響政局安定，並未限制不信任案須於立法院常會提出；立法院組織法第六條第一項，關於立法院臨時會以決議召集臨時會之特定事項違憲規定，與上開憲法規定意旨不符部分，不再適用；如立法院休會期間提出不信任案，立法院應即召開臨時會議審議等意旨，本席敬表同意。惟解釋理由書中，對立法院職權行使法第三十七條規定以「併此指明」方式加以指摘部分，謹略述管見如后。以下謹就本號解釋關於立法院組織法第六條第一項，以及立法院職權行使法第三十七條規定與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第三款之適用關係，略述淺見。

壹、本解釋受理標的為立法院組織法第六條第一項而排除立法院職權行使法第三十七條之理由

一、立法院組織法第六條第一項之受理依據

基於憲法第六十九條規定，立法院遇有左列情形之一時，得開臨時會：一是總統之咨請。二是立法委員四分之一以上之請求。而立法院組織法第六條第一項規定，立法院依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。臨時會之召開限於特定事項，此為憲法第六十九條所無之規定，則適用於不信任案提出於臨時會時，則有是否亦須適用立法院組織法第六條第一項之「特定事項為限」之疑義。此確合乎大審法第五條第一項第三款，立法委員就其行使職權，適用憲法發生疑義，亦即是否憲法第六十九條本就限制於臨時會提出不信任案。另於本案，實際上當時之立法院院長，以立法院組織法第六條第一項規定須以「特定事項為限」作為依據，拒絕不信任案於臨時會提出，則亦符合大審法第五條第一項第三款之三分之一以上立法委員，就其行使職權，發生適用法律有牴觸憲法之疑義，因此，應予受理。

二、立法院職權行使法第三十七條規定與大審法第五條第一項第三款之適用

本號解釋理由書指出，立法院職權行使法第三十七條乃關於不信任案提出、進行審議程序之規定，固屬立法院國會自律事項，惟仍應注意符合系爭憲法規定所示，不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時完成記名投票程序之意旨，自屬當然云。

本案關於大審法第五條第一項第三款之適用

（一）聲請人之主張

當事人之主張主要有四點，其中第一點，不信任案攸關權力分立與制衡、第三點，憲法未限制於臨時會期間不得提出不信任案、第四點，立法院組織法不得作為臨時會期間提出不信任案之障礙等，於本案有解釋價值，而其第二點認為不信任案提出後，立法院應依憲法規定時限內表決，並直指立法院職權行使法第三十七條

違憲之主張，則不應受理。因本案問題在於不信任案因故「未能提出」，與「提出後」可能依第三十七條進行之程序違憲，為兩回事之故。

（二）我國學界之見解

1. 主張程序從寬者認為，程序法之本旨之一係在保障實體法上權利之實現，故在可能之論證範圍內，不應過於嚴格解釋，以辭害意，而致本末倒置，反有礙此一目的之實現。如涂懷瑩大法官主張，大法官受理聲請解釋，由於其程序規定不似民事訴訟法詳盡，故反宜程序從寬，而應從實體上審究所聲請釋憲之內容，是否有解釋之價值；倘有價值，自可藉此解釋以發揮其釋憲之功能（註一）。亦有學者參考德國抽象法規範審查制度之見解，認該抽象法規範審查隱含架構合憲秩序之客觀目的，依此解釋我國此一制度，則不應以聲請人聲請時與具體案件有任何相關聯為必要，故實不應以行使職權為其要件；同時就立法院之職權本質觀，主要亦非在適用法律，故此一要件不應狹隘界定（註二）。或認為司法院大法官擔負憲法維護者之任務，大法官解釋憲法之程序，實具有憲法訴訟之性質，為發揮司法院大法官維護憲法之功能，凡具有解釋價值之案件，應從寬認定其程序是否合法（註三）。其說亦值得參考。

2. 曾華松大法官於釋字第四九九號解釋之不同意見書指出，「若立法委員於法律制定、修正之審議中，或法律修正草案尚在立法委員研擬中，或擬提案修憲，或對憲法增修條文本身合憲性發生懷疑，或預行假設憲法問題，徵詢本院意見者，均不應受理。良以司法權行使之前提，應該以有具體的爭議事件存在為前提，立法委員聲請釋憲，亦不例外。司法資源有限，

應予珍惜，未達具體性之憲法諸問題，立法委員應自行研究，以確定其意義，殊無許其聲請司法院解釋之合法根據。否則，司法解釋淪為諮詢意見，當非國家設立司法機關之本意。」（註四）有其見地。

3. 吳信華教授認為，吾國憲法訴訟中，「機關及三分之一立法委員聲請法令（律）違憲解釋」之類型，在法條上似均明白以行使職權為要件之情形下，若在論證上僅謂此制度係由德國而來，而即將此一要件虛辭化，論證上似欠缺說服力。又我國現行體系上不可能僅對「機關及三分之一立法委員聲請法令（律）違憲解釋」之「行使職權」加以界定，仍應顧慮憲法訴訟各類型間體系的完整性。且若將由立法委員三分之一以上提出之法令違憲訴訟類型解為乃一種客觀程序，並不以聲請人與該違憲法令有關聯性為必要者，行使職權此一要件，則應更為「與職權有關，而有請求解釋（闡明）之（重要）公共利益」所補充而解釋適用。如此界定，使此一原本在制度上純屬客觀程序的訴訟類型相對主觀化，乃為配合我國既有現況所為之整體思考（註五）等語，其說值得參考。

（三）我國過去三次不信任案之實務

自憲法增修條文規定不信任案以來，立法院曾三次對行政院院長提出不信任案，均依包括立法院職權行使法第三十七條之規定程序行之。即分別於民國八十八年二月（註六）、一〇一年九月（註七）以及一〇二年十月（註八），對當時之行政院院長蕭萬長、陳冲以及江宜樺提出不信任案，但表決結果均未通過。

（四）我國大法官向來之解釋意旨

依學者之研究（註九），本院向來就大審法第五條第一項第一款、三款之立法委員三分之一以上聲請釋

憲，以未行使職權為由不受理之八類型。其中包含大法官僅以「未行使職權」不受理，而未再予說明闡釋相關內容者，其常見之用語為：聲請人於聲請書上「未載明」或「未具體說明（指陳）」其係行使何種職權，發生適用憲法之疑義，或法令有牴觸憲法之疑義，而不受理本案（註十）。或在有些聲請案件，大法官認為，該聲請並非係就立法委員現時行使職權之具體事項，適用憲法規定而發生客觀上之疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義，而不受理（註十一）。

（五）比較法上——德國基本法第六十七條與國會議事規則規定

德國基本法第六十七條規定建設性之不信任投票程序（das Verfahren des konstruktiven Misstrauensvotums），只就其基本特質（Grundzügen）部分為規範。其詳細則委由聯邦議會於其議事規則（GO-BT）中決定，其乃依據基本法第四十條第一項之規定。依照基本法第六十七條第二項，建設性之不信任投票之提議與表決間須有四十八小時存在。此一期間規定，乃為避免國會未經深思熟慮，即貿然決定產生新政府。不信任投票案之提議人需要時間確定，是否新總理候選人能獲得必要之多數支持，以及建設性之不信任投票之提議，並非僅基於一時之高昂情緒而提起。由於此乃憲法所定之期間，故即使所有當事人同意，亦不得加以縮短。

而期間之計算依照議事規則第一百二十三條第一項第一句規定，包含依基本法第六十七條所提出之不信任案提議，其有關通知（印刷物）之投遞日不算在內。期間經過之計算，從投遞日之下一日起算。而當通知放置於議員同僚之信箱（或抽屜）（Fächer）內時，則即已投遞完成（議事規則第一百二十三條第一項第二句）。

通知投遞當天未算入期間內，此延長了基本法第六十七條第二項之憲法規定達一天。此一期間延長並無憲法上問題（註十二），因基本法第六十七條第二項只規定選舉最早可能（frühestmöglichen），而非最晚可能（spätestmöglichen）之時點（註十三）。

（六）本號解釋之評述

1. 無論採嚴格要件認定說或程序從寬處理或參考德國學說，均有其不同類型適用之價值，不能一概而論。惟若採程序從寬處理說，亦須有一定之基準或受理價值，否則流於只是多數大法官說了算，此對本院釋憲功能之發揮未必有利。
2. 本案不應採程序從寬處理說，因為立法院職權行使法第三十七條之合憲性疑義，固為抽象法規範審查，此種訴訟之提起，乃一種客觀程序。但上揭條文乃屬立法院之議事程序規範，應屬傳統國會自律事項，與一般抽象法律或有關機關組織、權限、或有關人民基本權利保護限制相關規定者不同。議事規則本屬立法院「內部事務」之程序規定，若有不妥，立法委員自行提案修法即可，非本院所宜置喙。更何況該條文規定，過去三次實際實施不信任案之提案，均無私毫爭議或窒礙難行之處，認為未來實施有困難而違憲之理由何在？若只是抽象、臆測之敘述，其根據仍不足。本案問題在於不信任案，「未能提出」，與「提出後」可能程序違憲為兩回事，更何況依過去三次實務經驗，不信任案依法提出及其審議過程，並無窒礙難行或違憲爭議發生。故即使從實體上審究，當事人所聲請釋憲之立法院職權行使法第三十七條，並無解釋之價值，或所聲請解釋事件仍尚未成熟；且並無學者所謂「與職權有關，而有請求解釋（闡明）之（重要）」

公共利益」之存在，從而本案對此為不受理之決定，乃為適當。

3. 實體上，以前述德國法制為例，審視我國立法院職權行使法第三十七條，則依照德國基本法第六十七條第二項規定，建設性之不信任投票之提議與表決間，須有四十八小時存在，與我國之須經七十二小時雖不同。但此一期間規定，同屬為避免支持一個在國會討論之熱頭上而未經深思熟慮所產生之政府。其特質在於規定選舉最早可能（frühestmöglichen），故不信任案相關物件其投遞當天未算入期間內，實際延長基本法第六十七條第二項之憲法規定達一天，但此一期間延長，在德國並無憲法上問題。如此，則立法院職權行使法第三十七條第一項之現行規定，雖未具體明定提出之起算點，但相較德國法，似更為四平八穩之規定。相對地第三十七條第三項之規定，則為要求立法院須決斷，不得懸而未決，為德國法上所無，但其規定特質，相對於第三十七條第一項提出之最早可能（frühestmöglichen），同條第三項則為最晚可能（spätestmöglichen）之時點，其目的正為避免憲政爭議之遲延不決，故規定未於時限完成者，「視為不通過」，應亦合乎增修條文第三條不信任案制度之精神，並無違憲之疑慮。又於不信任案表決過程，即使可能發生以議事手段杯葛、阻擾不信任案表決之情事，但此乃屬立法院長維持議會秩序之警察權行使問題。

貳、結語

正如學者所云，就大審法第五條第一項第三款，立法委員就其行使職權，適用憲法發生疑義，在訴訟要件之解釋上不論嚴格

或寬鬆，均應有客觀準則，以免使人誤解大法官乃依其所好或現實考量而決定是否受理，如此對法明確性之要求，實有妨礙（註十四）。於本案，本院實不須對立法院職權行使法第三十七條規定以「併此指明」方式加以指摘，因本案乃有關立法院本身行使職權之程序規定，屬國會自律事項，除非有類似重大明顯瑕（註十五）情況，本院應予以最大程度之立法裁量空間，不應介入，以免陷入杞人憂天或畫蛇添足之境地。

註解：

註一：涂懷瑩，大法官釋憲若干問題的商榷，憲政時代，1981年7卷1期，第6頁。

註二：類似見解參考陳愛娥，立法機關的社會政策形成自由與平等原則，台灣本土法學雜誌，14期2000年9月頁89以下。

註三：參考朱武獻，司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究（下）—司法院大法官會議解釋之效力，收於氏著，公法專題研究，頁12、13。

註四：司法院大法官會議解釋續編（十三），頁730參照。

註五：吳信華，「行使職權」作為機關聲請法令違憲解釋要件之探討，收於氏著憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」，元照出版公司，2009年10月，頁206、251、252。

註六：立法院公報第88卷第9期頁52以下參照。

註七：立法院公報第101卷第50期頁1以下參照。

註八：立法院公報第102卷第52期頁32以下參照。

註九：吳信華，前揭著5，頁217以下。

註十：參考立法委員謝錦川等57人之聲請案，立法院公報，38卷11期，頁55；立法委員丁守中等55人之聲請案，立法院公報，41卷10期，頁34。

- 註十一：立法委員李慶華等63人之聲請案，立法院公報，41卷1期，頁90；參考立法委員蘇煥智等62人之聲請案，立法院公報，41卷5期，頁90參照。
- 註十二：Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke, Grundgesetz Kommentar, 13. Auflage, 2014, Rn. 27.
- 註十三：“....., da Art.67 Abs. 2 GG nur den frühestmöglichen, nicht aber auch den spätestmöglichen Zeitpunkt der Wahl bestimmt.”
- 註十四：吳信華，「行使職權」作為機關聲請法令違憲解釋要件之探討，收於氏著憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」，元照出版公司，2009年10月，頁251。
- 註十五：本院過去解釋多有運用重大明顯瑕疵理論作為違憲審查基準，除適用於憲法機關職權行使之程序行為，例如釋字第342、419、499、520號解釋外，實體之法律亦得作為審查對象，例如釋字第618、712號解釋。參考陳春生，論大法官適用「重大明顯瑕疵」理論作為違憲審查基準之根據與發展，中華法學，第16期，2015年11月，111頁以下。

協同意見書

陳碧玉大法官 提出

立法委員柯建銘等依憲法增修條文第三條第二項第三款規定（下稱系爭憲法規定），於立法院臨時會中對於行政院長提出不信任案。立法院院長以憲法第六十九條及立法院組織法第六條第一項規定（下稱系爭規定）立法院臨時會以決議召集之特定事項為限，而系爭不信任案並非該臨時會應審議之特定事項為由，未就該不信任案為審議。就此，柯建銘等四十六人認立法院院長裁示無法於臨時會處理，有牴觸憲法權力分立原則及精神，聲請解釋。

系爭憲法規定，立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小

時內以記名投票表決之。明確規定自不信任案提出於立法院後必須經過七十二小時之冷卻期間，並於期滿後之四十八小時內以記名投票表決，亦即於一百二十小時內結束不信任案，以迅速解決政治僵局，避免政務之延宕，並以不信任案未經表決通過時，對於同一行政院院長於一年內不得再提出不信任案，暨於不信任案通過時，行政院院長應提出辭呈，並得同時呈請總統解散國會為制衡。

本案之爭點為：

1. 關乎一百二十小時之起算時點與完成時點之「提出」與「以記名投票表決之」之定義；
2. 在已召開之臨時會中得否審議不信任案；
3. 休會中如何為不信任案之審議，以及一百二十小時之起算點是否不同。

對於立法院臨時會中得提出及審議不信任案，於立法院休會期間有不信任案提出時應即召開臨時會審議之多數意見，本席敬表同意。蓋系爭憲法規定不信任案提出於立法院七十二小時後之四十八小時內以記名投票表決之，立法院即有遵循此期間規定之憲法義務，從而不僅於常會或召開中之臨時會，於休會中亦應立即召集臨時會審議之，以盡其憲法義務。

立法委員除應於立法院之常會與臨時會執行其法定義務外，選民服務亦為其部分職責。是憲法第六十八條乃規定立法院常會期間為每年二月至五月底、九月至十二月底，必要時得延長之，而非全年均為會議期間。又於第六十九條規定，臨時會之召開限於總統咨請或立法委員四分之一以上之請求時，始得為之。上開咨請及請求必須有其事由，是臨時會應為特定事項而召開並為審議，系爭規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」與上開憲法規定意旨並無不符。

如前所述，憲法並未規定不信任案應提出之時間，而不信任案有其急迫性，立法委員有於系爭憲法規定之期間內審議不信任案之義務，從而於已召開之臨時會中應就不信任案為審議，不因其非屬該臨

時會原定之特定事項而排除之。系爭規定於不信任案不適用之，就系爭規定應為合憲限縮解釋。

對於「以記名投票表決之」係指「完成記名投票」之多數意見，為對於計算不信任案應於一百二十小時審議之終點為明確定義，且防止以不正手段阻擋不信任案之記名表決程序之進行，就此部分本席亦表贊同。然本號解釋對於「提出」未為定義性之解釋，導致如何起算七十二小時冷卻期間並不明確，究指不信任案送達立法院議事處，或指審議開始，甚且於休會期間為此召集之臨時會又如何起算，其差距甚大，可能遠逾一百二十小時。以已發生過之三次不信任案（即八十八年二月、一〇一年九月及一〇二年十月，分別對當時之行政院院長蕭萬長、陳冲及江宜樺所提出之不信任案）均於常會中提出，且立法院均能遵循系爭憲法規定之期間完成記名投票表決而未就「提出」為定義性之解釋，是否妥適，值得商榷。

至於不信任案如何於常會或臨時會中開始進行及審議之程序，為國會自律事項，然必須遵守憲法之七十二小時之冷卻期及四十八小時內完成記名投票表決之多數意見，本席敬表贊同。立法院職權行使法第三十七條關於不信任案進行及審議程序規定，關於期間遵守之規定部分，應作相同之解釋，自屬當然。

協同意見書

羅昌發大法官

黃虹霞大法官

蔡明誠大法官 共同提出

本件涉及重要之權力分立憲法議題。憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」（下稱系爭憲法規定）多數意見認為：立法院臨時會中應得提出及審議不信任案；不信任案提出後應於系爭憲法規定所示之期

限內完成記名投票表決；立法院組織法第六條第一項「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限」規定中，未許臨時會提出及審議不信任案之部分為違憲；立法院休會期間有不信任案提出時，應召開臨時會審議等。本席對此均敬表同意。惟本席深覺多數意見未能將立法院職權行使法（下稱職權行使法）第三十七條納入審查範圍，並釐清國會自律與憲法規範之界線，甚為可惜；對多數意見以概括文字表達職權行使法第三十七條屬國會自律事項，亦有疑義；就多數意見未能釐清憲法增修條文第三條第二項第三款所規定之七十二小時與四十八小時之計算及於期限內未完成投票之憲法效果，亦認有補充之必要。爰提出本協同意見書。

壹、系爭憲法規定之意旨及國會自律之界線

一、系爭憲法規定對立法院提出及處理不信任案之機制與程序設基本規範，為立法委員對行政院政策或施政有重大不滿時兩院互動之基礎，且為解決政治僵局與重大政治危機之方式之一。系爭憲法規定之意旨包括：其一，確認不信任案作為行政院對立法院負責之方式之一；其二，提出之門檻定為全體立法委員三分之一以上之連署，而無其他時間與條件之限制；其三，定有不得表決之冷卻期（提出時起算七十二小時）；其四，冷卻期之後要求儘速完成記名投票表決（此期限為四十八小時）。此等意旨含有平衡相關因素之設計：一方面賦予國會議員發動不信任案之權限，另一方面設有明確之門檻以免發動過於浮濫或受不合理限制；一方面設一定之冷卻期，避免激情而不負責之倉促決定，另一方面要求於一定期限內完成，以迅速解決僵局，避免延宕；對於因不當議事杯葛導致無法於期限內完成之情形亦可突顯其政治責任。解釋系爭憲法規定及審查立法院組織法第六條第一項及職權行使法第三十七條規定是否符合系爭憲法規定之意旨時，自不應打破系爭憲法規定之平衡設計。

二、國會自律之範圍及釋憲機關對國會行使職權相關規範審查之

界線：

- (一) 國會自律係指國會行使職權，應以自身通過之程序及行為規範為基礎；除受憲法及法律規範外，原則上非其他機關所得置喙（包括非司法機關所得審查）。故國會自律要旨有四：其一，國會自律之範圍係有關國會職權之程序規範及國會議員之行為規範；此均為國會內部事務。其二，國會應主動制定相關規範自我約束。其三，國會自律之規範，受憲法約束；國會議員之行為則另受法律規範。其四，國會自律之規範僅於有違反憲法時，始受司法機關審查。本院釋字第三四二號解釋理由書即載謂：「依民主憲政國家之通例，國家之立法權屬於國會，國會行使立法權之程序，於不牴觸憲法範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，議事規範如何踐行係國會內部事項。依權力分立之原則，行政、司法或其他國家機關均應予以尊重，學理上稱之為國會自律或國會自治。」
- (二) 國會自律並非毫無限制；其最根本之界線在於有無違反憲法規定；而決定是否違反憲法規定時，自應將憲法所規範之自由民主憲政程序納入考量。本院多次解釋對此項界線，均有明確闡釋。本院釋字第三八一號解釋謂：「自律事項之決定，應符合自由民主憲政秩序之原則」。釋字第三四二號解釋理由書另載謂：「……立法院行使職權之程序，憲法雖未詳加規定，惟其審議法律案，須依議事規範為之，而議事規範係由立法院組織法、議事規則及議事慣例等構成，與一般民主憲政國家國會所享有之自律權，並無二致。立法院於審議法律案過程中，曾否踐行其議事規範所定程序乃其內部事項，除牴觸憲法者外，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象，此在各國實務上不乏可

供參考之先例……。此係基於權力分立，各部門平等，互相尊重之意旨，司法機關就此等事項之審查權應受限制。」釋字第六四五號解釋理由書亦謂：「法律案經立法院移送總統公布者，曾否踐行其議事應遵循之程序，除明顯牴觸憲法者外，乃其內部事項，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象」。

二、審查權力分立及人民基本權利保障之釋憲案，究應有何差異：

（一）釋憲機關審查有關涉及人民基本權利保障之法令時，應基於憲法保障人民權利之意旨，確保人民權利受到最大保障；故在解釋憲法此等規範時，除以憲法文義出發之外，更應透過闡釋憲法相關文字，將國際人權規範之內涵納入，以作為憲法相關條文應有之意旨，使憲法成為一部活的憲法（Living Constitution）。

（二）而釋憲機關在審查權力分立之聲請案時，憲政傳統及憲政實務運作等現實層面，雖應納入考量，以尊重其他憲法機關之職權及各機關間之互動方式；然解釋之結果，仍不應逾越憲法文義及其規範意旨與民主憲政秩序之原則。如憲法文義或其意旨至為明顯，甚難有彈性解釋空間者，釋憲機關實難因釋憲案屬權力分立之議題或其涉及國會自律事項，而為超越憲法文字之解釋。

貳、立法院組織法第六條第一項雖屬自律事項，但未因憲法增修而為相應調整，造成逾越憲法界線結果

一、立法院組織法第六條第一項有關立法院臨時會以決議召集臨時會之特定事項為限之規定，係規範立法院臨時會審議事項之範圍，為國會行使職權之程序事宜，性質上固屬自律之事項；然如前所述，此種事項仍受憲法規範之限制。

二、如前所述，系爭憲法規定意旨之一在於設有明確之門檻以免發動不信任案過於浮濫或使其受不合理限制。此門檻為「全體立法委員三分之一以上連署」。立法委員如獲跨越此項門檻

之連署，自得基於其政治判斷，決定隨時提出不信任案，以處理政治僵局或重大政治危機。立法院組織法第六條第一項「立法院臨時會以決議召集臨時會之特定事項為限」制定於四十一年十二月十二日（當時規定於第十四條；至八十八年一月二十五日該法修正時，將該規定移列為第六條第一項，內容並未修正），故在系爭憲法規定制定前即已存在（系爭憲法規定制定於八十六年七月二十一日）；然因系爭憲法規定之增訂，使本因憲法無不信任制度而無違憲問題之立法院組織法第六條第一項，因未為相應調整許於臨時會中審議不信任案，而產生與憲法意旨不符之結果。多數意見以憲法文義及其規範意旨出發，基於系爭憲法規定「並未限制不信任案須於立法院常會中提出」及「基於儘速處理不信任案之憲法要求，立法院於臨時會審議不信任案，非憲法所不許」為理由，宣告立法院組織法第六條第一項「立法院臨時會以決議召集臨時會之特定事項為限」之規定違憲，本席敬表贊同。

參、職權行使法第三十七條宜納入審查且應宣告該條違憲之理由

一、應以職權行使法第三十七條屬聲請人聲請解釋之範圍或以「重要關聯」將其納入審查之理由：

（一）職權行使法第三十七條規定：「不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。（第一項）全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。（第二項）前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。（第三項）」聲請人在其「解釋憲法聲請書」中之「聲請解釋憲法之目的」及「疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文」等部分雖未提及職權行使法第三十七條，然其在「聲請解釋之理由及對本案所持之立場與見解」部分則概括提及職權行使法第三十

七條之規定，且認為該條有關「交付全院委員會審查」作為起算點之規定，違反系爭憲法規定之意旨。本院如將該條列為審查客體，應未違背聲請人之聲請意旨。

- (二) 縱認聲請人並未將職權行使法第三十七條之規定納入聲請釋憲之範圍，然基於該條與系爭憲法規定之解釋具「重要關聯」，本院亦應得予以審查。本院以往引用重要關聯作為理由，延伸釋憲之審查範圍，多係基於人民依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聲請解釋基本權利之憲法規定，涉及釋憲聲請書所未指摘但係確定終局裁判援引為裁判基礎之法令，與聲請人聲請釋憲之法令具有重要關聯者（本院釋字第五七六號、第六六四號、七〇三號解釋參照）。本件聲請人係基於其立法委員身分依大審法第五條第一項第三款就其行使提出及審議不信任案之憲法職權，適用系爭憲法規定發生疑義或適用法律發生牴觸憲法之疑義，提出聲請。因本院就依大審法第五條第一項第二款及第三款有關法律是否牴觸憲法之疑義所提出之聲請，均係進行抽象審查，故在確定審查範圍時，「重要關聯」之原則，自亦應適用於大審法第五條第一項第三款之解釋案。職權行使法第三十七條為系爭憲法規定在立法院實際運作之規範，與系爭憲法規定之適用，有密切、重要、直接之關聯，本院本應得就職權行使法第三十七條納入審查範圍。

- (三) 或謂在本聲請所涉及之不信任案，僅涉及立法院臨時會時主席未將不信任案交付臨時會審查之爭議；相關爭議並不包括職權行使法第三十七條是否違憲之問題；此規定既未發生實際爭議，故其尚未成熟至足以成為司法審查對象之程度；如本院予以解釋，係對憲法議題予以預先處理，有違司法謙抑及被動之精神。然本席認為，司

法雖不應將毫無爭議之議題自行納入審查範圍，惟亦不應將密切關聯之問題切割處理。本院既將有關不信任案之系爭憲法規定完整引述並將之納為解釋客體，對其規定之相關要件（包括不信任案之「提出」時機、「七十二小時後審查」是否由提出於院會始開始起算）及憲法效果（未能於「四十八小時內表決」之效果如何）予以闡述，自屬必要；而此闡述之結果，自涉及職權行使法第三十七條與此闡述是否相符之問題。故應無爭議尚未成熟之問題。

- （四）多數意見未將職權行使法第三十七條納入審查範圍，藉以釐清系爭憲法規定對國會自律及對立法院行使不信任案提案及審議之限制，而僅於理由書末段以甚為抽象之文字納為旁論，甚為可惜；其概括稱此規定屬國會自律事項，亦易造成誤解。

二、職權行使法第三十七條第一項有關「不信任案應於院會報告事項進行前提出」及該條第二項「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後」之規定與系爭憲法規定有違：

- （一）如前所述，系爭憲法規定對於不信任案提出之限制僅設有全體立法委員三分之一以上連署之門檻，而無其他時間與條件之限制。故依系爭憲法規定之意旨，不信任案應得於符合此項門檻時，隨時提出；立法院固得基於國會自律，對不信任案之提出，設合理之程序規範，然其程序規範不應直接牴觸憲法文字或實質改變憲法之意旨。
- （二）依立法院議事規則第二十條之規定，立法院會議於每星期二、星期五開會；會議超過一日者，經黨團協商之同意，得合併若干日為一次會議。換言之，如不信任案無法趕在星期二或星期五之院會報告事項進行前提出，則必須等待至下次星期五或星期二之院會報告事項前提

出；其時間落差可長達三或四日（例如耽誤星期五早上之院會報告事項，必須等到次星期二上午之院會始能獲得處理），而可能已超過系爭憲法規定七十二小時之冷卻期。如立法院將星期二至星期五合併為一次會議，則時間落差甚至可長達一星期，而超過系爭憲法規定七十二小時加四十八小時內將不信任案處理完畢以避免延宕之意旨。系爭憲法規定既僅設連署門檻，職權行使法第三十七條第一項有關「不信任案應於院會報告事項進行前提出」之規定，已在連署門檻之外設額外之限制，非屬單純之國會自律事項，而已破壞系爭憲法規定之平衡設計，自與系爭憲法規定之意旨有違。

- （三）職權行使法第三十七條第二項「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查」之規定，隱含七十二小時之起算點應為「不信任案『提報院會』之時」。然系爭憲法規定「不信任案『提出』七十二小時後」之意旨，顯係以不信任案向立法院提出時起算，而非以提報院會起算。如前所述，院會開會有一定日期，且可能將數日合併為一次會議；不信任案向立法院提出之時間與不信任案提報院會之時間，可能有數日之時間落差。職權行使法此一規定直接牴觸系爭憲法規定之文義；且已實質上延長系爭憲法規定之冷卻期；自不在立法院國會自律之範圍。

三、職權行使法第三十七條第三項有關「視為不通過」部分亦與系爭憲法規定有違：

- （一）系爭憲法規定係要求「不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。」多數意見提醒不信任案於提出七十二小時後，應於四十八小時完成記名投票（見本解釋理由書末段），以避免產生未於四十八小時之時限內完成，而造成「視為不通過」之結果，固

值肯定。然其對職權行使法第三十七條第三項所設「視為不通過」之法律效果是否符合系爭憲法規定，則未予明確宣示。

- (二) 系爭憲法規定對於未能於四十八小時內完成記名投票表決者，應賦予何種憲法效果，並未明文。或謂無法於期限內完成投票，視為不通過，應為系爭憲法規定當然之解釋；故職權行使法第三十七條第三項所設「視為不通過」僅係將系爭憲法規定當然之解釋形諸文字而已；否則難道反而應將之「視為通過」。
- (三) 本席並非認為職權行使法第三十七條第三項之規定應改為「視為通過」始合乎系爭憲法規定之意旨；而係認為職權行使法不應設系爭憲法規定所無之此項法律效果。
- (四) 首先，職權行使法第三十七條第三項所設「視為不通過」，既係賦予系爭憲法規定未能於期限內對不信任案完成投票情形之法律效果，顯然非屬單純之國會自律事項性質。
- (五) 更重要者，設若發生執政黨在國會佔少數席次之少數執政情形，少數席次之議員非無可能以正常議事以外之方法杯葛會議之進行，並導致不信任案未於提出七十二小時後起算四十八小時之期限內完成投票。如國會發生此種杯葛情形，而職權行使法又賦予「視為不通過」之法律效果，則隱然承認縱使以正常議事以外之方法杯葛，唯一效果僅有「視為不通過」；其結果將轉移杯葛不信任案投票者之政治責任，並且反而可能促使不當杯葛，以達到「視為不通過」之效果。如依系爭憲法規定，不規範未能於四十八小時內完成投票之效果，一方面不致於影響不信任案之正常運作機制（因為正常情形，不信任案均可於該四十八小時內完成投票）；另一方面使有意不當杯葛者認知杯葛無用，因而可促使避免採用不當

議事杯葛之手段；再一方面如仍有惡意杯葛者造成無法於期限內完成，其所應負之政治責任亦較為明確，而無法移轉。本席認為職權行使法第三十七條第三項有關「視為不通過」部分，破壞系爭憲法規定原來可以突顯政治責任之平衡設計，自與系爭憲法規定不符，實應宣告違憲。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件係立法委員柯建銘等四十一人，於中華民國一〇一年七月二十五日上午九時許，在立法院第八屆第一會期第一次臨時會原定議程進行之前，對行政院院長陳冲提出不信任案，主席立法院院長王金平，以該次召集臨時會特定事項業已決定為由，請各黨團負責人至議場主席辦公室進行協商並宣布休息，同日上午十一時二十分，主席宣布繼續開會，於未表決之情況下，以立法委員柯建銘等四十一人對行政院院長提出之不信任案，與立法院組織法第六條第一項「立法院臨時會，……以決議召集臨時會之特定事項為限」規定不符，裁示無法於該次臨時會處理。聲請人立法委員柯建銘等四十六人（相較於連署提出不信任案之人數多五人）於同年九月十九日，認立法院院長王金平未依中華民國憲法增修條文（下稱憲法增修條文）第三條第二項第三款所規定之程序處理，卻以「與立法院組織法第六條第一項」規定不符，而裁定「無法處理」，（註一）與憲法之權力分立原則及精神相牴觸，有違憲疑義，依司法院大法官審理案件法（下稱司法院大審法）第五條第一項第一款及第三款規定，聲請本院解釋。（註二）

本院以聲請人之聲請，符合受理要件而作成本號解釋，闡明憲法增修條文第三條第二項第三款及憲法第六十九條之規範意旨，既未限制不信任案須於立法院常會提出，亦未限制臨時會得

審議之事。並認立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會……以決議召集臨時會之特定事項為限」部分，未許於因其他特定事項而召開之臨時會審議不信任案，與上開憲法規定意旨不符，應不再適用。再敘明「如於立法院休會期間提出不信任案，立法院應即召開臨時會審議之」，本席敬表贊同。本件聲請，事涉國會自律與司法審查及權力分立原則之運作，屬於憲政重大爭議，具有重要之憲法價值，自有必要透過憲法疑義的釋憲程序而作成解釋。由於本號解釋針對國會自律與司法審查之判斷基準等若干概念或疑義，未及說明或論述，本席認為有予以補充闡述之必要，爰提出本協同意見書如下。

貳、程序問題

依司法院大審法第五條第一項第三款規定：「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」，立法委員得聲請解釋憲法。關於本件聲請要件之審查，（一）關於聲請人之要件：本件依聲請書所附之連署書簽名，計有立法委員柯建銘等四十六人，超過當時立法委員現有總額三分之一，符合聲請人之法定要件。（二）關於行使職權之要件（註三）：本件聲請人立法委員柯建銘等四十六人，行使憲法增修條文第三條第二項第三款有關立法院對行政院院長提出不信任案之職權，（註四）於臨時會提出不信任案，涉及權力分立及制衡，為憲法保留事項，是否受限於屬法律位階性質之立法院組織法第六條第一項，適用憲法，發生「不信任案得於何時、以如何方式提出、應如何進行審議與有無限制等抽象化」之憲法疑義，攸關立法院、行政院二憲政機關之互動，具有憲法上之原則重要性。本號解釋多數意見認為，本件聲請符合司法院大審法第五條第一項第三款規定之要件，應予受理。

至本件究屬依第三款之前段「適用憲法發生疑義」或後段「適用法律發生有牴觸憲法之疑義」聲請解釋，差異在於是否將立法

院組織法第六條第一項及立法院職權行使法第三十七條規定列為解釋客體，具體作出牴觸憲法與否之結論。本席認為，立法委員三分之一以上聲請解釋，應以有具體憲政爭議事件存在為前提，以避免將本院大法官視為憲法諮詢機關，並符合司法裁決具體爭議之本質，藉以維護司法超然、中立之被動角色。同時，若係聲請解釋法令牴觸憲法，原則上仍應符合本院釋字第603號解釋所示之「修法未果」要件。（註五）但若法令於憲法疑義闡明上具有重要關聯性，已為具體憲政爭議事件所適用或係爭議所在之關鍵性規定，且經闡明憲法意旨後，已可明白得知該法令規定已牴觸憲法，則不妨將之列為解釋客體，併予宣告，以達本院釋字第四四五號解釋理由書所揭示之「維護憲政秩序之目的」。（註六）

另司法院大審法第五條第一項第一款規定：「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，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。」之聲請主體，係中央或地方機關。立法委員現有總額三分之一，並非機關，自不得依此規定聲請解釋。（註七）因本院就聲請人以「適用憲法發生疑義」部分，依大審法第五條第一項第三款規定聲請解釋部分已作成解釋，就同一解釋客體（憲法增修條文第三條第二項第三款及立法院組織法第六條第一項），自無須再就大審法第五條第一項第一款部分，另為不受理之論述。

參、國會自律與司法審查之界限

所謂國會自律，係指國會得自主決定議事規則，就如何議事，議程安排、議案之讀會次數、乃至於會場內發言次序、時間、表決以及如何行使質詢及同意權等事項而為規範，學理上稱之為國會自治（Parlamentsautonomie）（註八），或稱國會議事自律、議會自治等。

國會自律之思想淵源，與國民主權暨制憲權理論息息相關。

在民主憲政國家中，國會乃國民主權之代表者，故國會自律基本上即係「人民代表之自我形構」之體現。是以立法機關本諸人民付託之立法權限，即得自我形成議事規則，決定如何進行立法程序，除非牴觸憲法明文或憲法基本原則，否則不生違憲之問題。（註九）

本件聲請之原因事實，係立法委員連署對行政院院長提出不信任案，並於立法院臨時會會議中提出，主席即立法院院長經黨團協商後，裁示與立法院組織法第六條第一項規定不符，而不處理之。上開爭議，涉及國會議事自律程序之問題。聲請人立法委員柯建銘等四十六人對此程序及裁示，認為其行使職權，適用憲法增修條文第三條第二項第三款發生疑義，聲請釋憲，涉及釋憲機關對國會議事自律之審查，要屬釋憲機關對國會自律之憲法控制問題。

本院關於國會自律之內涵，著有多號解釋（例如釋字第二五四號（註十）、第三四二號、第三八一號（註十一）、第四九九號解釋參照），確立國會自律事項，屬於釋憲機關之審查範圍（釋憲程序標的），國會議事程序雖屬國會自律事項，惟不得牴觸憲法之基本意旨（釋憲實體原則）。（註十二）其中釋字第三四二號解釋（註十三）理由書謂：「依民主憲政國家之通例，國家之立法權屬於國會，國會行使立法權之程序，於不牴觸憲法範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，議事規範如何踐行係國會內部事項。依權力分立之原則，行政、司法或其他國家機關均應予以尊重，學理上稱之為國會自律或國會自治。」（註十四）解釋文更提及：「法律案之立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告其為無效。惟其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，如尚有爭議，並有待調查者，即非明顯，依現行體制，釋憲機關對於此種事實之調查受有限制，仍應依議會自律原則，謀求解決。」揭示明顯重大瑕疵理論，作為判斷系爭法律是否違

憲無效之審查基準。足見於國會自律，應非全面排斥司法審查之介入，運用上有其界限。(註十五)

此外，本院釋字第四九九號解釋理由書謂：「至於相關機關所踐行之議事程序，於如何之範圍內為內部自律事項，何種情形已逾越限度而應受合憲性監督，則屬釋憲機關行使審查權之密度問題，並非謂任何議事程序皆得藉口內部自律事項，而規避其明顯重大瑕疵之法律效果」，再度指出「明顯重大瑕疵」理論，作為本院得審查涉及國會自律問題之界限。(註十六)

歸納本院關於國會自律與司法審查之解釋，以「明顯重大瑕疵理論」作為判斷國會自律事項是否違憲之審查基準如下：(註十七)

- (一) 國會審議法案，在不牴觸憲法之範圍內，得依其自訂之議事規範為之。
- (二) 議事程序不得有明顯而重大瑕疵，議事程序如有重大瑕疵，法案即不生其應有之效力。
- (三) 所謂明顯，係指事實一目瞭然、不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言，則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而達足以影響法律成立的重大程度，或違反修憲條文成立或效力之基本規範。

憲法增修條文第三條第二項第三款有關立法院提出不信任案與解散立法院之規定，係基於權力分立原則，規範行政權與立法權相互制衡之機制。本件聲請原因事實，涉及立法院行使不信任案職權時有關程序規範之合憲範圍，具有憲法上之重要價值，自屬本院得審查之範圍，且以明顯重大瑕疵理論，作為判斷立法院組織法第六條第一項規定是否違憲之審查基準。

肆、立法院提出不信任案與總統解散立法院

民國八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……

三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長

提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。」

上開規定，係民國八十六年五月第三屆國民大會第二次會議修憲提案所增訂，其提案說明謂：「總統得於諮詢行政院院長及立法院院長後，解散立法院，而立法院亦得對行政院院長行使不信任案。此項設計，有助建之政黨黨紀，化解政治僵局，落實責任政治，並於立法院無多數黨時，可促成政黨遵守聯盟承諾。解散權與不信任案之設計，具有穩定政治之正面作用，並可強化行政部門與立法部門之良性互動，產生自然節制之作用。立法院無多數黨時，必須組織聯合政府，此時若無解散權與倒閣權之設計，則政黨之聯盟承諾可隨時滅失，反而造成政治之不穩定。立法院之解散，因需耗費大量選舉成本，絕非任何委員或政黨所樂意為之。」

分析憲法增修條文第三條第二項第三款規定，具有闡明憲法真義，以解決本件具體憲政爭議，進而認定立法院組織法第六條第一項規定是否牴觸憲法之重要性。茲將該憲法規定之主要特色，簡述如下：

（一）不信任案之提案門檻要件

不信任案之提案，須經全體立法委員三分之一以上連署。此一連署門檻，與立法委員聲請釋憲案之連署門檻相同，具有尊重少數之意義。（註十八）

（二）先經冷卻期後再強制表決

不信任案提出七十二小時（學理上稱冷卻期）後，應於四十八小時內完成記名投票表決。

1. 提出不信任案之時間

關於不信任案之提出時間，憲法增修條文第三條第二

項第三款及憲法均無限制規定，本席認為，祇要全體立法委員三分之一以上認有必要，隨時均可提出，俾符儘速處理不信任案之憲法意旨。於立法院會期（常會）或延會期間，固可提出不信任案；於臨時會或休會期間，更可提出不信任案。

本號解釋多數見解認為，憲法增修條文及憲法對於不信任案之提出時間，既無規定，則不信任案隨時均可提出，不以於立法院會期（常會）、延會期間或臨時會為限，於休會期間亦得提出不信任案。況提出不信任案之人數門檻係「全體立法委員三分之一以上」，足以涵蓋憲法第六十九條所定請求召集臨時會之人數門檻即「全體立法委員四分之一以上」，是以本號解釋文最後二句乃謂：「如於立法院休會期間提出不信任案，立法院應即召開臨時會審議之」。

2. 提出不信任案之界定

所謂提出不信任案，如何界定「提出」？此攸關「七十二小時」之起算，亦關係七十二小時後之四十八小時內以記名表決，影響至鉅。可否提出於立法院收發室？抑或須提出於秘書處？或須提出於程序委員會？或應提出於立法院會期（常會）全院委員會？可否提出於立法院臨時會全院委員會？此等情形所提出之不信任案，是否起算七十二小時？此等均攸關七十二小時之起算點，雖可能具有爭議，但並非本件聲請解釋原因事實之爭點。

3. 提出後一百二十小時內強制表決（註十九）

立法院對行政院院長提出不信任案，攸關國家行政權之重大變化，自應急速處理，故憲法增修條文第三條第二項第三款規定之規範重點，在於提出七十二小時冷卻期後之四十八小時內，一定要完成記名投票表決（強制表決），不得擱置不理。

一般議會議事規則，採「對人秘密、對事公開」原則以作成決定。立法院對行政院院長提出不信任案之決定，不但對行政院院長之人，亦對行政院院長之施政，表示不信任，故以記名投票表決之。

4. 不信任案成立與解散立法院

立法委員記名投票表決結果，不信任案如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院。該制度目的，在於反制立法院倒閣之作為，並訴諸民意以解決政治僵局。

5. 提案不成一年內不得再提不信任案

立法委員記名投票表決結果，不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案，以求政局安定。

伍、立法院之會期與臨時會

立法院係合議制之憲法機關，行使憲法所賦予各項職權，均以議案方式，依會議程序作成決議。有關立法院行使職權活動之時間，立法院採行「會期」制度，在會期間，立法院開會行使職權，即為常會。會期屆至，必要時得延長會期。（註二十）會期以外，稱為休會期間，不開會。在此期間，如遇有重要而迫切之事項須由立法院處理者，即召開臨時會處理之。茲分別說明如下：

- （一）會期（即常會）：憲法第六十八條規定：「立法院會期，每年兩次，自行集會，第一次自二月至五月底，第二次自九月至十二月，必要時得延長之。」學理上稱立法院會期為「常會」，至於延長會期，則稱為「延會」。
- （二）臨時會：憲法第六十九條規定：「立法院遇有左列情事之一時，得開臨時會：一、總統之咨請。二、立法委員四分之一之請求。」僅就臨時會之召開程序而為規定。另立法院職權行使法第十五條第二項及第三項分別規定：「總統於立法院休會期間發布緊急命令，提交追認時，立法院應即召開臨時

會，依前項規定處理。」、「總統於立法院解散後發布緊急命令，提交立法院追認時，立法院應於三日內召開臨時會」，對總統發布之緊急命令，作追認之處理。同法第三十五條規定：「立法院休會期間，行政院移請覆議案，應於送達七日內舉行臨時會，並於開議十五日內，依前二條規定辦理之。」儘速解決行政院與立法院兩院間之爭議。

陸、不信任案得否於立法院臨時會提出之憲法疑義

立法院臨時會得處理之事項，憲法並無明文規定，是否要受限於召集臨時會之特定事項？此為本件聲請解釋案之爭點核心所在。容有不同看法如下：

- (一) 立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限」，非屬特定事項範圍之議案，不得處理。
- (二) 本件聲請人之主張：原則上，立法院臨時會以決議召集臨時會之特定事項為限，但不信任案之提出，屬於憲法保留事項，不在此限，亦得於非以處理不信任案為特定事項之臨時會，提出並審議之。

本席認為，從憲法第六十八條規定立法院會期、第六十九條規定立法院於會期外得開臨時會、立法院職權行使法第十五條第二項、第三項及第三十五條分別規定立法院休會期間召開臨時會，處理總統發布之緊急命令追認案及行政院移請覆議案等觀之，立法院臨時會機制之設計，本意係為休會期間處理「重大而急迫之議案」而設。立法院一般性之議案，不具急迫性，應於立法院會期或延長期間審議之；至休會期間，發生「重大而急迫之議案」，則應召開臨時會處理之。

立法院經全體立法委員三分之一以上之連署，對行政院院長提出不信任案，攸關立法院與行政院兩院之互動，何其「重大而急迫」，固可於立法院會期或延會期間提出，依立法院職權行使法第三十七條第一項及第二項規定之程序，於憲法增修條文所定

時限內，以記名投票表決之。如於立法院休會期間，依前揭召開臨時會機制之設計目的觀之，更應以處理不信任案為特定事項而召集臨時會處理之。如已有非以處理不信任案為特定事項而召開之臨時會時，更得利用該臨時會處理具有「重大而急迫」之不信任案。憲法增修條文第三條第二項第三款及憲法第六十九條既無明文限制提出不信任案之時間，更未限制不信任案應於立法院會期中提出，是以立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會，……以決議召集臨時會之特定事項為限」，未許於因其他特定事項而召開之臨時會審議不信任案，明顯不符上開憲法規定意旨，致影響重大事項（即立法委員連署提出之不信任案未能於憲法增修條文所定一百二十小時內以記名投票表決）之進行，存有明顯重大瑕疵，自應不再適用。

憲法第二十九條、第三十條關於國民大會之集會與其臨時會之召集所為規定，與前述憲法就立法院會期與臨時會之規定不同。蓋國民大會之集會，僅於為行使憲法第二十七條第一項所定選舉或罷免總統、副總統等職權時召集；國民大會臨時會之召集，亦限於憲法第三十條第一項所定補選總統、副總統案、審理總統、副總統彈劾案或修憲案等事項。從而因憲法第三十條第一項所列各款特定事項而召集之國民大會臨時會，自不得規避憲法關於召集程序之限制而逕行行使他項職權（例如修改憲法），本院釋字第三一四號解釋，（註二一）與本件聲請解釋之情形，並不相同，自不得比附援引，併此敘明。

柒、立法院職權行使法第三十七條之適用爭議

聲請人聲請釋憲意旨，提及立法院職權行使法第三十七條第二項規定：「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審，審查後提報院會表決。」與憲法增修條文第三條第二項第三款規定對於時限之起算點雖不一致，基於憲法優位原則，應以憲法增修條文之規定為準等語。

本院多數意見，認為綜觀聲請人全篇聲請意旨，尚難認定聲

請人將立法院職權行使法第三十七條第二項作為聲請釋憲標的。另本件立法院院長王金平裁示臨時會不處理不信任案，並未「適用」立法院職權行使法第三十七條第二項規定，自無「適用法律」發生有牴觸憲法疑義之問題！本席認為，立法院係國家最高立法機關，有議決法律制定案或修正案及提議與決議提出憲法修正案之專屬職權。是立法委員基於維護憲政秩序及法治原則之職責，於制定、修正法律或憲法時，本應自行審定符合憲法意旨之條文。倘憲法或法律公布施行經相當時日，立法委員認其有違憲疑義者，自應先行提出修正案，並於確定修法未成後，始與本院釋字第603號解釋「修法未果」意旨無違，從而符合司法院大審法第五條第一項第三款聲請解釋憲法中之「就其行使職權要件」。本件聲請人縱認適用立法院職權行使法第三十七條第二項發生牴觸憲法之疑義，允宜循修法程序提出修正案，並於確定修法未成後，始得提出釋憲聲請案。

又憲法增修條文第三條第二項第三款僅規定「立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任」。即立法院對行政院院長提出不信任案之決定，應由立法院以記名投票表決之，且應於全體立法委員三分之一以上連署提出七十二小時後之四十八小時內為之。至於全體立法委員三分之一以上之連署，應於何時（會期、延會期間、臨時會或休會期間），向立法院依何種程序向何單位「提出」連署書，憲法增修條文並無明文規定，要屬國會自律事項之範圍，且應符合憲法增修條文規定之意旨。是以本號解釋理由書第二段乃謂：「立法院職權行使法第三十七條乃關於不信任案提出、進行審議程序之規定，固屬立法院國會自律事項，惟仍應注意符合系爭憲法規定所示，不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內完成記名投票程序之意旨，自屬當然，併此指明。」

自民國八十六年憲法增修條文增訂迄今，立法院共有三次審議立法委員連署提出不信任案之憲政實證（參見以下附表），每

次皆係經立法委員三分之一以上連署，於立法院會期院會報告事項進行前提出不信任案，經主席邀請各黨團進行協商，報告院會，不經討論，交付全院委員會審查，之後皆井然有序地於法定時限一百二十小時內以記名投票表決之。由上益證，立法委員如何連署、如何提出不信任案、立法院應踐行如何之程序進行審查、記名投票表決等事項，於不牴觸憲法範圍內，要屬國會自律之範疇。如非引發本件聲請解釋之具體憲政爭議，且無明顯重大瑕疵時，釋憲機關自應予以尊重。

註解：

註一：詳見，立法院公報，第101卷第50期院會紀錄，頁1。

註二：立法委員柯建銘等人嗣於同年9月18日上午立法院第8屆第2會期第1次會議，再對行政院院長陳冲提出不信任案，於9月22日上午經記名投票表決不通過。

註三：關於行使職權之要件，可參閱，吳信華：「行使職權」作為機關聲請法令違憲解釋要件之探討，收錄於，劉孔中、陳新民主編，憲法解釋之理論與實務第三輯下冊，中央研究院中山人文社會科學研究所，2002年，頁205-55。

註四：立法委員依司法院大審法第5條第1項第3款規定聲請釋憲，經本院受理並作成之各號解釋，均認為所行使之職權，應為憲法所定之職權（如議決法律案、預算案及行使人事同意權），始符合「行使職權」之要件（相關解釋如下：釋字第645號、第633號、第632號、第603號、第601號、第585號、第543號、第499號、第485號、第481號、第472號、第467號、第463號、第461號、第450號、第436號、第426號、第421號、第419號、第401號、第392號、第388號、第387號、第380號、第342號、第329號、第325號解釋）。

註五：本院就立法委員3分之1以上聲請解釋法令牴觸憲法，以不符「修法未果」要件而議決不受理者，不在少數。近期者，例

如2009年7月31日第1343次會議議決不受理之會台字第8732號，認為：「倘憲法或法律公布施行經相當時日，立法委員認其有違憲疑義者，自應先行提出修正案，並於確定修法未成後，始與本院釋字第60三號解釋『修法未果』意旨無違，從而符合大審法第五條第一項第三款聲請解釋憲法中之『就其行使職權』要件」。其他例如2012年6月22日第1389次會議議決不受理之會台字第10954號與2015年2月6日第1428次會議議決不受理之會台字第12312號，分別認為聲請人聲請解釋都市更新條例及公職人員選舉罷免法規定牴觸憲法，均至少應先行提案修法，始可能符程序要件。

註六：立法委員3分之1以上依司法院大審法第5條第1項第3款規定聲請解釋，時未區分究係屬前段或後段之疑義，本院審理上亦不囿於聲請意旨，視審查具體情形而決定是否將相關法令列為解釋客體。舉例而言，釋字第380號解釋，聲請意旨明示係於審查大學法施行細則時，發生適用憲法第11條規定之疑義，並認該施行細則牴觸憲法，爰依司法院大審法上開規定前段聲請解釋。本院作成解釋則不但闡明憲法第11條講學自由與大學自治之意旨，亦同時宣告大學法施行細則牴觸憲法。其他例如釋字第426號解釋，聲請意旨明示係依司法院大審法上開規定前段聲請解釋，但又指明聲請解釋空氣污染防制費收費辦法是否牴觸空氣污染防制法，本院則均作成解釋。其他例如釋字第436號與第485號解釋，亦有類似情形。

註七：本院2000年12月7日第1155次會議議決不受理之第5案即稱：「依該款聲請解釋者，須為中央或地方機關，立法委員……等人逕依該款聲請解釋，自有未合。」

註八：許宗力，國會議事程序與國會議事自治，收錄於，氏著，法與國家權力，1993年，月旦，頁304。

- 註九：翁岳生，憲法之維護——省思與期待，收錄於，廖福特主編，憲法解釋之理論與實踐第六輯上冊，中央研究院法律學研究所籌備處，2009年，頁55-56。
- 註十：釋字第254號解釋理由書謂：「未依法宣誓之國民大會代表，可否出席會議問題，應由國民大會本議會自律之原則自行處理。」
- 註十一：釋字第381號解釋理由書謂：「憲法如何進行讀會以及各次讀會之出席及可決人數，憲法及法律皆未加以規定，於不牴觸憲法範圍內，得依議事自律之原則為之，惟議事自律事項之決定，應符合自由民主之憲政秩序，乃屬當然。」
- 註十二：請參照，翁岳生，同前註9，頁56。
- 註十三：關於該號解釋之評釋，可參李建良，國會議事自律與違憲審查——大法官會議釋字第三四二號解釋評釋（上），司法周刊，第676期，1994年6月8日，第2版。
- 註十四：釋字第381號解釋理由書亦謂：「民意代表機關其職權行使之程序，於不牴觸憲法及法律範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，學理上稱為議會自律或議會自治。」
- 註十五：構成國會自律之界限，可參閱，許宗力，同前註8，頁318-24。李建良，憲法理論與實踐（一），學林，2003年2版，頁233-34。
- 註十六：翁岳生教授即謂：「國會議事自律的司法審查，其核心關鍵即非是否『受理』，而是『如何審查』的問題，亦即大法官應以何種憲法準據審究立法程序的合憲性，以及應為何種程度的審查（審查密度）」參翁岳生，同前註9，頁55。
- 註十七：同上註，頁56-57。
- 註十八：請參閱，李惠宗，憲法要義，2012年6版，頁539。
- 註十九：同上註。
- 註二十：立法院職權行使法第5條規定：「立法院每次會期屆至，必要時，得由院長或立法委員提議或行政院之請求延長會

期，經院會議決行之；立法委員之提議，並應有二十人以上之連署或附議。」

註二一：釋字第314號解釋謂：「憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及國民之福祉至鉅，應使國民預知其修改之目的並有表達意見之機會。國民大會臨時會係依各別不同之情形及程序而召集，其非以修憲為目的而召集之臨時會，自不得行使修改憲法之職權，本院釋字第二十九號解釋應予補充。」

附表：歷來立法院對行政院院長提出之不信任案處理情形一覽表

立法院職權行使法第 37 條規定	88 年 2 月對行政院院長蕭萬長提出之不信任案處理情形	101 年 9 月對行政院院長陳冲提出之不信任案處理情形	102 年 10 月對行政院院長江宜樺提出之不信任案處理情形
第 1 項： 不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。	88 年 2 月 26 日至 3 月 2 日院會。 主席宣布開會，進行議程之前，有張委員俊雄等 81 人及馮委員定國等 82 人各提出對行政院院長蕭萬長之不信任案。 主席：有關不信任案處理的程序，為求程序周延起見，仍有待朝野黨團進一步協商。 10 時 3 分至 13 時進行協商，但仍有一些歧見。 主席宣布：88 年 3 月 1 日 14 時 30 分舉行全院委員會進行審查，並於 88 年 3 月 2 日 11 時 15 分開始投	101 年 9 月 18 日至 21 日院會。 主席宣布開會，進行報告事項前，有柯委員建銘等 43 人對行政院院長陳冲提出不信任案，經向法院會報告後，為使不信任案之行使和諧順暢，王院長金平立即召集朝野黨團進行協商。 11 時 13 分協商完畢，宣讀協商結論，決定交全院委員會審查。	102 年 10 月 11 日至 15 日院會。 主席宣布開會，進行議程之前，有柯委員建銘等 43 人對行政院院長江宜樺提出不信任案。 主席：這是本院第三次，也是本屆第二次依立法院職權行使法規定處理不信任案，為確定相關處理程序，休息協商。 11 時 58 分主席報告：協商無果，宣告：交全院委員會審查，於 10 月 14 日 11 時 30 分舉行全院委員會進行審查，並於 10 月 15 日 9 時院會，以記名投票表決。

	票，12時15分投票截止。		
	進行報告事項。	進行報告事項。	進行報告事項。
第2項： 全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。	88年3月1日14時43分召開全院委員會審查。 全案審查完竣。 決議：提報院會，以記名投票表決。	9月21日10時10分召開全院委員會審查。 全案審查完竣。 決議：提報院會，以記名投票表決。	10月14日11時30分召開全院委員會審查。 全案審查完竣。 決議：提報院會，以記名投票表決。
第3項： 前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。	88年3月2日11時11時進行記名投票表決。12時5分投票完畢。 決議：不通過。	101年9月22日10時5分進行記名投票表決。11時24分散會。 決議：不通過。	10月15日9時進行投票表決。11時30分投票完畢。 決議：不通過。
	立法院公報，第88卷第9期院會紀錄。	立法院公報，第101卷第51期院會紀錄。	立法院公報，第102卷第52期院會紀錄。

部分協同部分不同意見書 陳 敏大法官 提出

本院釋字第七三五號解釋，就立法院全體立法委員三分之一以上，得依中華民國憲法增修條文第3條第2項第3款規定，於因其他事項召開之臨時會，對行政院院長提出不信任案之解釋，本席敬表贊

同。惟本號解釋解釋文併就立法院組織法第6條第1項規定為解釋，認該規定未許於因其他規定事項而召開之臨時會審議不信任案，與憲法規定不符，應不再適用部分，及解釋理由書第二段併就立法院職權行使法第37條規定併為敘明部分，本席不能認同，爰分別敘明不同意見及協同意見如下：

一、關於立法院組織法第6條第1項部分之不同意見

司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……三、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。」（下稱大審法規定）惟立法院為國家最高立法機關，議決法律案原為其職權。立法院就其行使職權，立法委員現有總額三分之一以上，適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，本於權力分立及司法最後性之憲法原理，應先行行使其立法權，提案修正認有違憲疑義之法律，而修法未果，始得向本院聲請解釋，亦經本院釋字第603號解釋釋示在案。本號解釋之緣由，係立法委員柯建銘等46人（下稱聲請人），就於中華民國101年7月25日立法院第8屆第1會期第1次臨時會，對行政院院長陳冲提出不信任案，經立法院院長王金平以與立法院組織法第6條第1項規定不符而裁定不處理一事，認與憲法之權力分立原則及精神相牴觸，依上開大審法規定向本院聲請解釋。聲請人雖一再主張立法院院長王金平裁示於臨時會不處理不信任案之決定，有牴觸憲法權力分立精神之「爭議」。核聲請人聲請解釋之意旨，尚可認係因其於行使職權、適用憲法之過程中，產生抽象化之憲法疑義，與上開大審法規定相符，本院得就可否於臨時會提出不信任案之憲法疑義，予以受理而為憲法解釋，併就立法院組織法第6條第1項是否符合憲法而為說明。惟本號解釋多數意見竟認為，上開立法院組織法未許於因其他事項而召開之臨時會審議不信任案，與憲法意旨不符，就該部分應不再適用。本席認此一部份之解釋有待商榷。

查立法院組織法第6條第1項規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限。」（下稱系爭規定一）其規定事項源自41年12月27日修正公布之該法第14條，文字亦完全一致。立法院得對行政院院長提出不信任案之憲政制度，始見於86年7月21日憲法增修條文第3條第2項第3款規定。依該款前段規定：「立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。」（下稱系爭憲法規定）

系爭規定一所謂召集臨時會之特定事項，係指依憲法第63條規定，應由立法院議決之事項，因其發生突然且又重大，須於下一會期常會召開前即議決之。系爭規定一依循憲法區分立法院常會與臨時會之意旨，避免臨時會形同常會，限定以決議召集臨時會之特定事項為限，原未排除非其所預見及規範之不信任案，自亦無排除於臨時會審議不信任案而有違憲之可言。本號解釋多數意見，將不信任案強行納入系爭規定一之規範範圍，再宣示該部分與憲法規定不符，應不再適用。嗚呼，本來無一物，何處惹塵埃，竟有勞多數意見大法官虛擬實境於先，拂拭空氣於後。

即就聲請書觀之，聲請人明白表示：「總之，立法院組織法第6條所謂臨時會『特定事項』，解釋上應不涵蓋不信任案之提出。不信任案之提出既屬憲法保留事項，而憲法增修條文第3條第2項第3款既未明文規定立法院於會期中或臨時會中提出不信任案之限制，自不得恣意擴張立法院組織法第6條適用範圍，以不信任案非屬臨時會召集事項為由，遽限制憲法賦予本院制衡行政權之重要權限。」相同意旨之文句並多次重複出現於聲請書各段落。足見聲請人對系爭規定一並無違憲之疑義。所存在者，僅為聲請人與立法院院長間之爭議。本號解釋對聲請人並無違憲疑義之系爭規定一為違憲之認定，究係柳絮因風起，抑或浪起無風？

二、關於理由書第二段就立法院職權行使法第37條併敘部分之協同

意見

立法院職權行使法第37條規定：「不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。(第1項)全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。(第2項)前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。(第3項)」(下稱系爭規定二)聲請人於聲請書中主張：「……立法院職權行使法第37條規定，與憲法增修條文第3條第2項第3款規定對於時限之起算點雖有兩項不一致，基於憲法優位原則，應以憲法增修條文第3條第2項第3款規定為準……。」聲請人雖認為系爭規定二自不信任案「提報院會」起算所謂72小時冷卻期間，與系爭憲法規定自「不信任案提出」起算不同，「倘若院會遲未召開或不信任案遲未能排入院會，將造成72小時之冷卻期間無從開始計算，顯違反憲法依時限表決意旨。……。故法律適用上應依憲法規定為準，只要『自不信任案提出72小時後』，即開始計算48小時之表決時限，不論是否完成提報院會與交付全院委員會審查之程序，逾48小時未能完成表決時，不信任案視為不通過。」足見聲請人並未聲請解釋系爭規定二，並且明確表示「逾48小時未能完成表決時，不信任案視為不通過」之見解。立法委員曾分別於88年3月、101年9月及102年10月，三度依系爭憲法規定對行政院院長提出不信任案，其程序皆依系爭規定二為之，全無爭議。

聲請人並未聲請解釋系爭規定二，有如前述。縱認聲請人對系爭規定二自不信任案「提報院會」起算72小時，與系爭憲法規定自「不信任案提出」起算不同，有所質疑，可認已對系爭規定二有違憲疑義聲請解釋，聲請人並未就系爭規定二修法未果，應不得聲請，有如前述。況聲請人提出之不信任案既經立法院院長裁示不處理，即不存在該不信任案，並未續行適用系爭規定二。故就系爭規定二而言，縱認聲請人已對其提出釋憲聲請，亦與上

開大審法規定不合，應不予受理。本號解釋對應否受理之程序未有著墨，仍於解釋理由書第二段，以橫空出世之姿，神來一筆，併為「不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內完成記名投票程序」之敘述，雖顯示多數意見大法官對系爭規定二心存「疑慮」，但應不足以取代聲請人對系爭規定二有違憲「疑義」之聲請解釋憲法要件。

部分不同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋聲請人因於立法院召開臨時會期間，依據中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」（下稱系爭憲法規定）對行政院院長提出不信任案，經立法院院長以該不信任案於臨時會提出，與立法院組織法第六條第一項規定：「立法院臨時會，依憲法第六十九條規定行之，並以決議召集臨時會之特定事項為限」（下稱系爭規定一）不符為由，裁示不予處理。聲請人乃主張不信任案之行使，屬憲法保留事項，不得以系爭規定一加以限制；且系爭憲法規定所定「不信任案提出七十二小時」，並未規定其提出時點計算，而立法院職權行使法第三十七條第二項規定（下稱系爭規定二），則將系爭憲法規定不信任案提出之時點，規定為自不信任案「提報院會」七十二小時，將使系爭憲法規定所定「應於四十八小時內以記名投票表決」難以起算，有違憲法之意旨，以系爭規定一、二有牴觸憲法疑義，聲請本院解釋。

本件解釋多數意見受理系爭規定一之聲請，認定系爭規定一「未許於因其他特定事項而召開之臨時會審議不信任案，與上開憲法規定意旨不符，就此部分，應不再適用」之結論，本席敬表贊同；惟就系爭規定二之聲請部分，多數意見以「併此指明」之方式，就立法院職權行使法第三十七條規定，雖屬國會自律事項，仍應注意符合系爭憲

法規定之意旨。對此，多數意見究係受理聲請人就系爭規定二之聲請、抑或為不受理之決議但仍附帶說明其憲法適用上之問題？不受理之事由為何？又何以逾越聲請人之聲請意旨，將系爭規定二以外於立法院職權行使法第三十七條規定一併指明？此程序審查之事項，多數意見均毫無論及，以魚目混珠方式將未經受理審查之系爭規定二及同條相關規定，諭示「仍應注意」之語，本席未能贊同，爰提出部分不同意見書如后。

一、國會行使不信任投票之現行憲法規範

系爭憲法規定就行政院對立法院負責之權力分立制度設計有四點重要內容，分別是：1.立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案；2.不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之；3.如經全體立法委員二分之一以上贊成，行政院院長應於十日內提出辭職，並得同時呈請總統解散立法院；4.不信任案如未獲通過，一年內不得對同一行政院院長再提不信任案。其立法目的在於「有助建立政黨黨紀，化解政治僵局，落實責任政治，並於立法院無多數黨時，可促成政黨遵守聯盟承諾。解散權與不信任案之設計，具有穩定政治之正面作用，並可強化行政部門與立法部門之良性互動，產生自然節制之作用。」（註一）然而，對於提出時間之會議方式、提出時間之時點計算以及未能依規定時間完成不信任案投票時，其法律效果為何等具體內容，系爭憲法規定均無明文，而上開各事項卻又與權力分立制度中，行政院如何向立法院負責之不信任案行使具有重要關聯，自屬憲政秩序之重要一環。

二、國會行使不信任投票，原則上具統治行為之性質

本院作為違憲審查機關，職司憲法保障人民基本權利與維護憲政秩序之角色，惟就憲法權力分立制度下，各權力機關既有相互彼此制衡之規範正常運作，司法機關自不宜輕易介入，此種學理上稱為統治行為或政治問題不予審查原則，亦經本院釋字第三二八號解釋所肯認。

就本件解釋所涉及行政、立法兩權在憲法規範上，設計由行政權向立法權負責之權力制衡關係，系爭憲法規定賦予立法院行使不信任投票之制衡行政院之制度設計，本應由立法院依其行使職權方式自行規範，本院原無須過早介入，本可不予處理。本院對此類國會行使立法權之程序，以「於不牴觸憲法範圍內，得依其自行訂定之議事規範為之，議事規範如何踐行係國會內部事項。依權力分立之原則，行政、司法或其他國家機關均應予以尊重，學理上稱之為國會自律或國會自治」，於釋字第三四二號解釋認「除明顯牴觸憲法者外，乃其內部事項，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象。」

惟本件解釋多數意見既已認定系爭憲法規定之規範有若干憲法疑義，進而受理作成解釋，自應基於違憲審查機關維護憲政秩序之角色，就該制度予以通盤考量，妥為解釋，豈有採取鋸箭方式，僅處理前端問題，而置後續爭議於不顧？

三、立法院職權行使法第三十七條應一併納入審查

基於權力分立、相互制衡之憲法架構，系爭憲法規定既以賦予立法院行使不信任案作為制衡行政院之方式，立法院就系爭憲法規定未具體規範不信任案投票之事項，逕以立法院職權行使法第三十七條自行規定，惟該規定尚有諸多憲法疑義，諸如該條第三項將逾時不能完成不信任案投票，視同不通過，然不能即時完成投票之事由，或因天災等不可抗力、或因人為因素並不一致，如何逕以視同不通過而認定其法律效果？由於事涉行政、立法兩權分立、制衡之重要憲法事項，姑且不論本件解釋聲請人是否於行使職權適用憲法發生疑義，本院基於維護憲政秩序之角色，自應有清楚解釋此項憲法重要事項之義務，而非率以國會自律為由而不予受理。況本件解釋聲請人係就系爭規定一、二聲請本院解釋憲法，本件解釋多數意見既以「併予指明」之方式，就立法院職權行使法第三十七條諭示其適用之憲法原則，則同條第一項及第三項並未為聲請人所主張，本院多數意見如何能一併指明？既

擴張聲請人聲請標的，卻又未明確說明不予受理之原因，前後邏輯錯亂，實與違憲審查機關之角色、功能與設置目的有所不符。

註解：

註一：參見第3屆國民大會第2次會議修憲提案（第1-128號），中華民國86年5月，修憲提案第1號，第3頁。

部分不同意見書

陳新民大法官 提出

否決權，實際上是立法權，但它是剎車器，而非發動機。

美國總統 威廉·H·塔夫特

本席對多數意見認定立法院在為特定事項，而非審議不信任案所召開的臨時會中，亦得審理對行政院長的不信任案之見解，敬表支持。同時也贊同多數意見的立論，依憲法中華民國憲法增修條文第三條第二項第三款規定：「行政院依左列規定，對立法院負責，……三、立法院得經全體立法委員三分之一以上連署，對行政院院長提出不信任案。不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。……」（以下簡稱系爭憲法條文），之立法目的乃在「避免懸宕影響政局安定」，從而在休會期間有提出不信任案時，立法院自應立即召開臨時會審議之。本席亦認為符合憲法之精神。

惟本席不能贊同多數意見對立法院職權行使法第三十七條（以下簡稱系爭條文）的見解——「不信任案提出、進行審議程序之規定，固屬立法院國會自律事項」（前段）。既然此條文位居系爭憲法條文位階之下，必須在「功能上」滿足憲法條文之「儘速」完成不信任案審議程序的意旨。故此履行憲法之規範不能完全委由國會自律，從而削弱或淡化了憲法建立不信投票的制度美意。故系爭條文已有違反「憲法委託」之明顯現象，宜明確剖陳，以指明立法院從速修法改正之，以使得此「憲政陣痛期」，能如憲法所期待，在不信任案提出起，在一百二十個小時內，能有充分的時間完成表決，讓內閣的去留，獲得一個明確的解決，以終止政潮，平穩政局也。

爰提出部分不同意見書如次，以略申此義焉。

一、國會自治範圍的界定

本號解釋多數意見將系爭條文（立法院職權行使法第三十七條），定性為國會自律事項。

但此種意見本席不能贊同。首先，此見解恐對法規定位有誤！按國會自律事項是以內規——即立法院議事規則——來規範；至於形諸法律層次之法規——如系爭條文之立法院職權行使法——乃是立法裁量之領域，即是立法形成範圍，已非「自律」而是「他律」也（註一）！同時，在條文內容，已經削弱了憲法增修條文設計迅速解決不信任投票制度的美意，亦即，立法院透過制定該系爭條文，使履行憲法增條文交付的任務「變調」，此正是負責違憲審查的大法官應當發掘出來，並指明其違憲性的職責所在。

按該系爭條文，共有三項條文，分別是：

「不信任案應於院會報告事項進行前提出，主席收受後應即報告院會，並不經討論，交付全院委員會審查。（第一項）

全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。（第二項）

前項全院委員會審查及提報院會表決時間，應於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過。（第三項）」

其中第一項並無產生疑義，也未遭到釋憲聲請書的質疑，剩下的第二項「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決」，將使得剩下的四十八小時能否完成表決，頗值懷疑，故提起釋憲。此即應為本號解釋所論究的標的。

此外，第三項提及「未於四十八小時內完成，未於時限完成者，視為不通過」的規定，是否逾越了憲法增修條文的規定，聲請書雖未明白提及，但既然論及表決時點的起算，以及一百二十小時內的審議期限，自然應一併提及「此期限規定」的法律效果，是亦為大法官職司法律違憲審查、澄清法律制度是否符合憲法的

規定，亦即條文規範的法律效果是否合憲，理當是此法律規定合憲性審查的範圍所及，根本毋庸援引所謂「重要關聯理論」也。故系爭條文第二項與第三項之規定應可作為本號解釋之標的，可再析陳如下：

（一）何時起算不信任案的提起——應屬於法律位階的規範對象

釋憲聲請書明白的指出系爭憲法條文明定：「不信任案提出七十二小時後……」，是以「提出」提案作為七十二小時的起算點，但系爭條文第二項規定卻是：「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決」，顯然是以「提報院會」以後起算，此二項時間計算點即產生差異。以憲法優於法律的位階論，即應釐清此二者間，有無子法牴觸母法的問題。

誠然，上位階的憲法系爭條文，只規定不信任案的「提出」時點，作為七十二小時的起算。鑒於憲法對於此七十二小時以及後繼表決程序的四十八小時，是以「小時」來計算，顯見每一個小時都必須斤斤計較，不可以任由國會自律的以內規自由處置，或由立法者視為立法裁量而擁有自由規範的權力，必須仔細衡量憲法的用意、配合其他法律，特別是民法的期限計算，以及訴訟法有關的「案件繫屬日」的計算方式，一併考量。乃因為前述之期日規定與繫屬日規定（以「日」為計算單位），皆與本案的「小時為計算單位」規定，有相同的立法目的，都分別涉及不同的法律目的、權利的實施期限與確保法律秩序的安定性。

（二）應該更精細的規範「提出起算點」相關事宜

因此，關於七十二小時的起算點，多數意見逕指為屬於國會自律事項（理由書第二段），恐失之籠統，國會非完全擁有以內規來決定之權限也。本席認為應當更精密的規範之，亦即：

1、關於何時為不信任案的提出時點，應以法律的位階，而

非國會內規來規定：

由於本案的以「小時計算單位」，既然與法院訴訟程序的「案件繫屬」時點的（以日為計算單位）規範，頗為類似，且都為法定的「不變期日或小時」規範，即應參酌法院的繫屬規定，探討其法規位階之問題。

按幾乎所有的訴訟法都有期間的規定，例如，民事與行政訴訟案件上訴期間為二十日、刑事訴訟案件為十日，這些上訴的期日規定，是以判決書狀送達當事人的時間點起算，且是由法律明定（例如，行政訴訟法第二百四十一條）。故為彰顯法定期日的明確性，此期日的起算點，應由法律之層次明白規定（註二），故本案之「小時計算單位」，應以法律層次之立法院職權行使法規定之，而非屬於國會自律事項的「立法院議事規則」來規定（註三）。

同樣的理由，也見諸於本號解釋系爭憲法條文性質類似的規定——即憲法第八條關於人身自由的保障規定——，亦在該條第二項與第四項皆有二十四小時移送法院審問與提審的規定，是同屬「以小時計」的期限規定，也是我國憲法「唯二」的以小時計之立法例。然而此逮捕與拘禁的限制人身行為，可以以人身自由遭到強制力量的限制之時起算，屬於法條的當然解釋，即毋庸非以法律的明白規定不可。不過究竟何種時間可納入或排除在此二十四小時的法定期間，仍應由法律予以明確規定，亦不可由子法予以規定，避免上位法規遭下位法規的掏空也（註四）。

2、至於何時完成「不信任案提出」的程序細節，可由國會內規規定之

國會與法院，皆是行使國家公權力的機關，同時也必須以書狀或是書面（或法定的類似意思表示，例如，刑事訴訟的按鈴申告，而後形諸文字書狀）的向法院提出，方可開始法定之偵審程序。故以國會的運作而言，如何才屬

於一個議案，以及不信任案的提出，涉及到立法院的會期、上班時間、議案提出的單位……（註五），都有各種的可能性，不若法院之認定繫屬日（例如，提出起訴書或釋憲聲請書以到達法院或司法院大法官書記處）的確定來得單純，故可由立法院的內規——即立法院議事規則，來對其完成不信任案提出程序中相關的細節及可能的疑義部分予以具體規定，俾作為時點的起算（註六）。

然而，正如同法院的案件審理期日，是以法定文書到達日起算（註七）。因此，既然憲法系爭規定注重在強調「三分之一以上立法委員聯名表達不信任」的意旨，並將之表達至立法院的有關單位，就應視為不信任案已合法提出，立法院縱使可以以內規為細部規範，但基本上不能違反憲法上位階的旨意（註八）。

故倘此國會自律的議事規則已遵守上開原則，除非有重大瑕疵外——亦即，國會內規只能為細節性的規定，不得超越此界限也——，否則釋憲機關應予尊重。

然而系爭條文規定：「全院委員會應自不信任案提報院會七十二小時後，立即召開審查，審查後提報院會表決。（第二項）」。³故依該規定，七十二小時必須繫於「提報院會」之後才起算——即須待立法院的召開院會，提案方轉交給主席（而非事先之交給議事處），主席向院會報告，進行政黨協商，而後交付給全院委員會時起，方起算七十二小時。故已經明顯的拖延了憲法所明定的七十二小時的起算點，有甚大的差別，即難謂非重大瑕疵也。以立法院迄今共行使三次不信任案的處理過程，都循此計算此七十二小時的規定，形成「上嚴下寬」的現象（註九）。

3、七十二小時的制度用意——冷靜期≠冷凍期

系爭條文第二項還有一個致命的錯誤認知，乃是對七十二小時期間的制度用意，將情緒的「冷靜期」誤解為：

不為一事的「冷凍期」，才會有由院長交付給全院委員會七十二小時後，方召開審查會的規定。

查考此七十二小時的用意，乃是仿效德國基本法第六十七條第二項的規定：「不信任案的提出，需要有四分之一以上眾議員的聯名向眾議院提出，且與表決之間必須距離四十八小時」以及法國憲法第四十九條第二項：「國民議會得對政府提出不信任案，須以十分之一議員的連署，始得提出。議案提出四十八個小時後，始得進行表決」。

德法兩國都有此同樣之規定，其目的便是避免不信任案的激情，同時也為了避免突襲投票，讓朝野兩黨，能夠冷靜下來。這是德國基本法衡量不信任案產生的當下，往往會有激昂的民氣與民粹思想的參差交雜，避免政客「假藉民氣可用」，因此期冀利用四十八小時來冷卻情緒，故稱為「冷卻期」（註十）。

然而，以常理即可來理解，此寶貴的四十八小時，當事人豈可「高卧而不為」？此表面上雖呈波平浪靜，但底下卻暗潮洶湧，朝野政黨正好利用此時間發動輿論、動員己方同志、穩住拉攏同盟，進行政權的保衛戰或攻擊戰。同時，戰場亦可能在國會內出現。但系爭條文第二項卻將此時限（且比德國多一半，增加二十四小時），視為毫無作為，猶如冷凍期般，最明顯的就是不進行屬於「形式面」審查的「全院審查會」審查程序。

故由系爭憲法條文規定：「不信任案提出七十二小時後，應於四十八小時內以記名投票表決之。」顯然可以得出「不信任案提出」與「表決程序」之間，有「無縫連接」的連續性，表明此案直接進入表決程序，不可增加無謂的審議過程，亦即，四十八小時乃「表決起跑界限」，應當嚴格遵守，絕不可挪為他用（註十一）。

系爭條文第二項卻將剩下寶貴的、原依憲法旨意純供

表決之用的四十八小時，挪為供全院審查會審查程序的分享，明白地壓縮掉表決的充裕時間，也為了同條文第三項的「逾四十八小時未完成表決者，不信任案視為不通過」的嚴重後果，添增了甚大的可能性！

因此系爭條文第二項的全院召開委員會進行不信任案的門檻審查，既然僅是形式意義，毋庸對不信任案比照其他議案般的陳述意見或辯駁，僅是為了直接表決進行形式合法性的審查所為之前置程序，故應在七十二小時內，而非經過七十二小時後才進行之。系爭條文第二項即有必要進行修正矣（註十二）。

二、表決四十八小時的法律效果——無效論的合憲性

系爭條文第三項論及「四十八小時內應完成表決」規定的法律效果為「未完成表決時，不信任案視同未通過」，雖然憲法系爭條文並未言及此法律效果，系爭條文是否牴觸憲法之規定？

論者或認為釋憲聲請書，並未指明此條文為違憲，故本院不得作為審查之標的，以免有「訴外裁判」之嫌。然而，釋憲聲請書既然指摘系爭條文的違憲性，乃會延誤法定七十二小時，以及全程一百二十小時的起算點，自然也會涉及延誤與超越法定期的法律效果，應當一併討論之，這也是基於大法官釋憲乃抽象法規審查，且在健全國家憲政體制的大方向下，對於重要法制的完整，尤其是後續法律效果的明確性，更應一併注意，毋庸以一般訴訟的「訴訟標的理論」來予嚴格的拘束之。

故憲法系爭條文強調「應於四十八小時內以記名投票表決之」，雖然是我國憲法的規定，德國基本法並無類似的規定，顯係強行規定，而非訓示規定，以達到憲法之要求在一百二十小時內，切實度過「憲政陣痛期」並獲得政局安定的重大目的。

論者或持有「權宜」式的見解，認為不妨持稍有彈性的作法，只要在四十八小時內進行投票，而不以四十八小時內「獲得結果」為必要，從而使得因表決計票等因素而稍微超過此時限，亦可「從

權」地承認其合法性，也是「小節出入可矣」；或亦有持採陰謀論者，認為如持此「嚴格期限論」，將可能促使反對不信任案者（例如，執政黨立委），儘量利用任何可能的杯葛程序，來阻撓表決過程，俾能「熬過四十八小時的黑暗期，以重獲光明」，而助長為敗壞國會秩序之行為？特別是近年來我國立法院已發生數起嚴重的阻撓議事程序之事例，更加重了此派意見者的疑慮！

本席不贊成此立論的主要依據，乃是：如將此四十八小時視為訓示規定，將造成骨牌效應，連帶著七十二小時也可能淪為訓示規定乎？如此一來我國憲法增修條文苦心詣旨七十二小時及四十八小時的二道防衛，豈非全部門戶大開？

其次，既然四十八小時乃攻防戰的極限，一旦不信任案通過對其不利者（如執政黨）必然希望議事程序不順遂，可能預期會採取各種阻撓措施。相對的，推動不信任案者（如在野黨）也並非不會預見此現象發生，豈會甘心束手就範？何況內有立法院長的警察權與議會自律之功能存在，外尚有媒體輿論與民氣的監督，也使得「不擇手段阻撓說」的危險性會有誇大與渲染之嫌。

同時四十八小時如果專供表決之用，絕對足供使用，因為只要投票表決後，即可獲得正反的結論。德國的間隔四十八小時後的投票，且先是通過繼任的總理人選投票後，方對現任總理行使不信任投票（所謂的建設性不信任案），不得反向的先通過不信任案，再投繼任人選，如此一來便可能造成「現任下台，繼任難產」的威瑪共和之「前車覆轍」也。故在此四十八小時之冷卻期中，還須動員政權攻防、又要協調新繼任總理人選，任務遠比我國單純的不信任投票來得困難。更可見得我國的四十八小時制度，當足供表決之用也。

三、結論——「一百二十小時」的「憲政陣痛期」

在第一次世界大戰爆發前擔任美國總統（1909-1913），並於交卸總統後，擔任聯邦最高法院首席大法官（1921-1930）的威廉·H·塔夫特（William H. Taft, 1857-1930）是一位政治經驗豐

富，且嫻熟公法學理論的學者型政治家，在 1916 年出版的「美國總統的權力」(Our Chief Magistrate and his Powers)一書中(註十三)，提及了：

「否決權，實際上是立法權，但它是剎車器，而非發動機。」的一句名言。

這一句話，說明了面對了同樣代表民意的國會，如果通過一定的議案，總統行使否決權時，一定要謹慎與謙遜，只能當作防止民意機關超速或暴衝決議之剎車器來使用，切勿視為「積極創造新的政治局面」的發動機，否則將引起連綿不斷的政爭、使得政局更加詭譎多變也。

旨哉，塔夫特斯言也！立法院行使不信任投票，既然是國會鬥爭最強力武器(註十四)，豈非對行政院長及其內閣執政團隊的行使「否決權」？不論通過與否，對內閣成員都是一種折磨！或謂接受這種折磨乃是責任政治所必經之考驗，但憲法增修條文既然定下了最多只應忍受一百二十小時的「陣痛期」，其設計著眼於為閣員的煎熬考慮較少，而是為了儘快終結此人事否決程序，以決定內閣去留，讓憲政秩序回復承平狀態。故此「限時審議」制度，即有終止「憲政陣痛期」的用意在焉！

誠然，不信任投票制也是國會權力鬥爭的常見制度，政治是一種統治權力爭奪的行為模式，也經常是赤裸裸的、利益與結果取向的鬥爭。因此，憲法之所貴，乃是能將此權力的角逐，納入在法規的掌控之內，故憲法對於此權力競逐、「引無數英雄盡折腰」的鬥爭過程，都能設下一個遊戲規則，俾使政治活力、政黨智慧、甚至國會自治、都能夠在此框架內獲得最大的活動空間。

本號解釋的作成，本應可藉此充分地探討與分析，究竟立法院制定的施行性條文(系爭條文)，是否完全落實憲法增修條文苦心詣旨所引進的一百二十小時「憲政陣痛期」制度，從而可以使日後產生的不信任案審議程序，如憲法所期待的，限時與順利的完成之。因此，本號解釋如能夠在承認在一般臨時會上亦可審

議不信任案外，同時宣示：1、立法院應以法律明白確定不信任案提出的時刻，俾作為「法定小時」的起算點，細節部分才以內規明確規範之；2、不信任案提出的七十二小時，並非冷凍期，朝野政黨可各顯神通、全力動員，立法院應進行審議；3、接著四十八小時專供表決之用，故即可提供此表決程序游刃有餘的運作空間，使憲法所定一百二十個小時的「總遊戲時間」之最重要框架規範，能夠實踐也。

顯然地，此一期待已落空矣，本來可望提醒立法院應儘速朝四個方向修法，以達成上述憲法規範的機會，多數意見卻只落得一個「臨時會亦得審議不信任案」十一個字的結論，此「取一捨三」的判斷，豈非有如可日行千里之良駒，卻令其行百里，與驚馬無異，徒然枉負天賦之資？多數意見何苦非堅持此種「自縛手腳」的保守與謙抑不可？不免令人有「枉入寶山」之嘆也！

何況國家憲政體制的完善，貴逾珠寶美玉，今難得有此良機，為國家憲政體制完善其制度之一角，卻聽任機會飛逝，本席在惜乎之餘，尚抱一線希望：本號解釋作成時，正是國會大換血之際，本意見書若能獲得若干立法院新血之共鳴，進而引發修改系爭條文之議，則本意見書之目的已達矣。

註解：

註一：這是我國立法院將該院行使的職權，分為法定職權的以法律位階之立法院職權行使法，以及關於該些職權行使的細部、技術性事項，以類似行政規則的「立法院議事規則」來規範，形成他律與自律的二分法。不似德國，由基本法位階（第40條第1項）直接賦予國會有制定議事規則的自律權，從而參眾議院即可制定「議事規則」。此「議事規則」雖然也類似法律的制定過程，也必須與法律一樣，刊載在聯邦法律公報上，但並不具備法律之位階。從而，法律的內容或制定程序縱然與之牴觸，未必影響其效力。同時，該規則也不能產生創造

或剝奪議員的職權。參見，P. Badura, *Staatrecht*, 6 Aufl., 2015, E. 41, 43.

註二：因此，法律規定即可將起算點的計算，予以完善的規定，例如依土地徵收條例第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。（第1項）前項公告之期間為三十日。（第2項）」；同條例第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。……」。但該公告期間與書面送達時間有異時，為保障被徵收人的「申請發給抵價地」的權益，該起算日的重要性屬於正當行政程序保障的範圍，依釋字第731號解釋之意旨，應以較後到達的書面通知之日起算，便是對於期日起算規定重要性的認知。

註三：就以德國而論，基本法第67條第2項規定不信任案的提出與表決之間，至少應有48小時的間隔。但是此48小時的計算，則由聯邦眾議院議事規則來規定。依據該規則第123條第1項規定，國會議員的提案，是以提案的文書，放入每個議員的信箱當日的次日凌晨起算。這是以「日」為單位的計算方式，而和基本法第67條第2項之以「時」為計算的方式頗為不同，且可能多達一日的差距。當然，依該規則第126條之規定，由出席三分之二以上的議員通過決議，可以更改該規則的任一條款，從而可以將第123條第1項的以議案發送日次日起算的規定，改為放置在信箱的小時（或下一個小時）開始起算。但德國眾議院迄今進行二次成功的不信任案，都未循此改變起算日的作法。在此便會產生期限遵守的問題。依該規則的以日起算，如經兩日後的48小時，可能比實際的發送文件為晚，德國學界通說認為此時進行的表決並不違憲，因為48小時是最早開始，而非最晚開始表決的期限。另外，如果表決

是在議員實際收到文書起算48小時後投票，而比規則所訂的文書發放次日起的48小時還早時，此表決仍屬有效。這是因為此投票乃符合憲法的規定，而牴觸規則的規定，當以憲法的規定為優先也。Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke, Grundgesetz Kommentar, 13. Aufl, 2014, Rdnr. 27 zum Art.67.; Herzog: im; Maunz / Dürig, GG-Kommentar, 1991, Rdhr. 27 zum Art. 67.; Epping in v. Mangoldt / Klein / Starck, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, Rdhr. 16 zum Art. 67.

註四：可參見刑事訴訟法第93-1條對於提審有關的24小時有不予計入的八項規定，可參照之。

註五：註2處所提及之德國聯邦眾議院議事規則第123條第2項便規定，若有個別議員因為設備故障或其他特殊意外，致使其書面提案未能如第1項之放入信箱之次日起算，但仍屬已經於該日收到，避免因為個別議員的意外，影響整個投票的有效性也。

註六：例如，對於臨時提案的處理，依立法院議事規則第9條第1項之規定：「出席委員提出臨時提案，以亟待解決事項為限，應於當次會議上午十時前，以書面提出，並應有十人以上之連署。每人每次院會臨時提案以一案為限，於下午五時至六時處理之，提案人之說明，每案以一分鐘為限。」但如何才算「提出」？當以事實上提案送交立法院相關機關（議事處）——依立法院組織法第17條規定其職掌乃：……六、關於議案文件之準備、登記、分類及保管事項。七、其他有關議事事項。

註七：依據公文文書處理的程序，類似起訴書等，以送交相關單位的收發室後，會編號、列入檔案並註明收受日，即可作為起算日，故十分明確。可參見行政院文書處理手冊（104年7月）第5點。

註八：例如，立法院可以就上述已完成法定門檻的不信任案已提出至議事處為完整的起算點為原則，規定若非向議事處提出，則以提案轉至議事處時刻起算之；或是提出議案的人數與簽名有不合格式，或不明時，如何補救的規定與補正後才起算……。以及提出時間既然以小時計，同時依民法第120條第1項之規定：「以時定期間者，即時起算」，則在一小時內某一分鐘的提出時，是否以下一小時為起算點？另外，是否在上班時提出，或下班提出後可否視為次日議事處上班時起算？都是細節性規範的例子。

註九：就以民國88年3月對蕭萬長院長的不信任案為例，由於88年2月26日上午9時院會開始報告有提出不信任案，隨即進行政黨協商（10:03～13:00），無結果，主席宣布3月1日下午2:30進行全院委員會審查，並於3月2日11:00投票，12:40結束，共從院會開始達4日3小時40分，計99小時40分，雖然短於120小時，但實際完成不信任的提出於立法院與提報院會之間的時間則未計算，且72小時也未從院會報告開始起算，而是由政黨協商後，主席宣布交由委員會審查開始。第二次的對陳沖院長不信任案，則由91年9月18日10時院會宣布，進行黨團協商，11時13分交由全院委員會，並在9月21日10時10分召開審查會（長達65人發言，與1日的審議），並於9月22日上午10時5分投票，11時24分表決公布；第三次為對江宜樺院長之不信任案，102年10月11日上午9時院會報告，進行協商，11:50協商無果，交由全院委員會，並於10月14日11:30進行審查；15日9時進行投票，11:43投票結束。審議時間與投票完畢達20小時30分。

註十：同見註3處。

註十一：以我國三次不信任案的過程，都顯示了審查期間迄表決開始，皆花去20個小時至24小時，故耗費48小時的一半，可參見註9處。

司法院釋字第七三五號解釋

註十二：但立法院的實務，則未嚴格遵守此形式審查的性質，就以第二次（對陳冲院長）的不信任案投票為例，審查會就有65人次發言，長達一日，便是一個違反憲法精神的案例也。

註十三：William H. Taft, *Our Chief Magistrate and his Powers*, New York City: Columbia University Press. 1916.

註十四：P. Badura, *Staatrecht*, E. 110.

（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>）

司法院釋字第七三六號解釋

【教師因學校措施受侵害之訴訟救濟案】

中華民國105年3月18日

院台大二字第1050007587號

解 釋 文

本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。教師法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。

解釋理由書

憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分或職業之不同即予以限制（本院釋字第四三〇號、第六五三號解釋參照）。

教師法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原

司法院釋字第七三六號解釋

則。至受理此類事件之法院，對於學校本於專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第三八二號、第六八四號解釋參照）。

另聲請人之一聲請就本院釋字第三八二號解釋為變更或補充解釋部分，經查該號解釋係關於學校對學生所為處分之救濟，最高行政法院一〇〇年度判字第一一二七號判決僅藉以說明公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，並未適用該號解釋論斷公立學校對教師之措施可否救濟，自不得據以聲請解釋。該聲請人又主張國立成功大學教師評量要點第二點第三項第三款及第六款關於教師申請免評量規定中所謂「卓越貢獻」、「具體卓著」等用語，違反法律明確性原則，與釋字第四三二號解釋有違；且審查程序仍須由院、校教評會審查，可能推翻系教評會由專業學者所為判斷，與學術自由之保障及釋字第四六二號解釋之意旨不符等語。核其所陳，尚難謂客觀上已具體敘明上開規定究有何抵觸憲法之處。是該聲請人上開部分之聲請，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	吳陳銀
	蔡明誠	林俊益		

協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋審查的標的是教師法第三十三條，原因案件之一的確定終局裁定對該條的解讀，是從「得按其性質」去推論：「足見教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，得否依教師法第三十三條規定提起行政訴訟請求救濟，端視其事件之性質而定，並非所有不服申訴、再申訴決定者，均可提起行政訴訟請求救濟。」在該條文及

教師法其他條文都未指示「如何按其性質」的情況下，該裁定直接依據本院有關公務員訴訟權的解釋（包括釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋），指出「公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。」但相關解釋明明是以公務人員為對象，教師又不是公務人員，如何用來限制教師法第三十三條的解釋？就此該裁定做了這樣的論證：「教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定。」從而依教師法第三十三條按聲請人受到學校處分的性質，認定為學校內部自治的管理措施，當然就以抗告無理由駁回。另一原因案件的確定終局判決也是從教師法第三十三條的「得按其性質」切入，卻是迂迴引據本院的釋字第三八二號有關大學生對大學懲處措施請求訴訟救濟的解釋，先認定公立學校具有機關的地位，再進一步推論：「公立學校聘用教師從事學術研究、教育工作，實具有公法法律關係之性質，公立學校教師之法律地位應等同公務人員。」從這「等同」二字上綱上線，舉凡學校措施「未影響其教師身分，或未發生重大影響者」，即不得提起行政訴訟。

本件解釋則明確認定教師法該條文「僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利」，實質上推翻了兩件確定終局裁判的整個論述。但本院無權對終審法院的決定作合憲性審查，本件解釋審查的標的當然只限於教師法第三十三條，只是把教師的行政救濟比照公務人員加以限縮確屬最高行政法院一貫的見解，應可認為已屬具有普遍性的活法（可參本席在釋字第七三二號解釋所提意見書），從這個角度來看，當然也可把本解釋看成對教師法第三十三條的合憲性解釋，也就是不論學校所為行為是否單純管理措施，今後不可逕自比照公務員而不受理教師提起的

行政訴訟，才符合憲法的訴訟權保障，從理由第二段對法院受理後為合法性判斷的界線所為「自屬當然」的闡明，其意應在緩解不比照公務員可能增加法院訟源的顧慮，可反面推知。至於起訴內容仍應符合行政訴訟法有關各訴訟類型的要件，則更不待言。本席肯定解釋釐清教師和公務人員的分際，在司法救濟上不應混同處理。但一則教師在公務員法制上經常被勾連處理，兩者間的關係始終藕斷絲連，再則本院過去有關公務員訴訟權的解釋中有聲請人為教師者（釋字第二四三號解釋），足見最高行政法院所持見解不能說全無所本。因此本件解釋形式上雖未變更或補充有關公務員訴訟權的解釋，實質上卻不能不承認至少已限縮了解釋適用的範圍，值得注意。有鑒於此，或許還有從憲法和事物本質的觀點，對於教師和公務員在法制上的牽連，和本解釋之後的脫鉤，再做一番說明的必要。

教師不論服務於公立或私立學校，都不是公務人員，本院早以釋字第三〇八號解釋講得很清楚。但教師傳道授業解惑的工作，不僅在儒家文化傳統下有其重要的社會功能，非一般營業可比，更因我國憲法給予的特別重視，而使其帶有「公共」的色彩（一如媒體被認為是「公器」，不當然等同於「公法」）。憲法第二十一條規定：「人民有受國民教育之權利與義務。」就該範圍內，教師實為協助國家履行憲法義務的專業人員。憲法復於第一百六十二條規定：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」第一百六十五條規定：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」依其意旨，立法機關更有就教育人員的考核、獎懲、保障及權利救濟等，以法律形成整體制度的空間——如果還不能說已屬憲法委託的話。但和同樣有公共色彩，卻實實屬於公權力的一環、受到憲法服公職權保障，乃至在行政院之外特設考試院以完善整體建制的公務人員，以及雖不以考試任用，卻同屬公權力一環的軍人相比，教師當然還是有其本質不同的身分，只是同為國家履行其憲法義務所倚賴，一般人慣性的即以軍公教並列，而與純粹營求私益的一般營業對比。又因為教師須要具備一定能力，長期聘用，給予穩定待遇

以安其心，並要求保持較高情操，全力投入教職而對其考核監督等，和服公職者在管理上確有相當類似之處——就此而言，公營事業人員有時也具可比較性——，正是基於這樣的原因，在立法習慣上過去即常傾向某種合流的規制，或以條文引致，或有相應法律依樣畫葫蘆，或乾脆明文整體準用（Gesamtanalogie），簡單整理如下：

表一：現行公務員法制與教師法制的牽連關係

公務人員法制	有無連帶規範 教師	教師法制的對應法規	內容比較
公務人員考試法	無	教師法	各自規範
公務人員任用法	另以法律定之	教育人員任用條例	各自規範
公務人員俸給法	另以法律定之	教師法、公立學校教職員敘薪辦法	結構相似
公務人員考績法	另以法律定之	公立高級中等以下學校教師成績考核辦法	結構相似
公務人員陞遷法	準用	無	整體準用
公務人員退休法	無	學校教職員退休條例	大致相符
公務人員撫卹法	無	學校教職員撫卹條例	大致相符
公務人員保障法	無	教師法（概括引致）	各自規範
公務員服務法	無	教師法	各自規範
公務員懲戒法	無	教師法	各自規範
公務人員協會法	無	教師法	各自規範
公務人員行政中立法	無	無	各自規範
公務人員訓練進修法	無	教師法	結構相似

說明：

一、連帶規範的方式：本表所整理法律中，對於教育人員（包括公立學校教師，教育人員任用條例第二條參照）有連帶規範者，多與交通事業人員及公營事業人員並列，且除公務人員陞遷法就教育人員的陞遷準用該法的規定外，都明定其相關事項「另以法律定之」，而將其排除於該法適用範圍外，公務人員任用法第三十三

條即為適例。

二、兩法制內容的比較：衡酌公務員與教師法制，其內容就不同事務約略可分為四種不同規範模式，內容相似程度由高至低為：整體準用、大致相符、結構相似、各自規範。大致相符者是就條文的體系及文字而言，例如公務人員退休法第四條、第五條、第九條的內容，與學校教職員退休條例第三條、第四條、第五條大致相符。結構相似則說的是規範內容雖有差異，但結構上仍有可供對照之處，例如公務人員考績法第六條以下與公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第四條以下所定的考績等第及標準皆有不同，但等第結構及相應獎勵則屬相似。至於各自規範者，則是在兩法制間還看不出有何可相互對照之處。

三、公務人員保障法並未連帶規範教師，反倒是教師法第三十三條概括引致「其他保障法律」，即為本案問題所在。

立法者在教師法制的形成上選擇以公務員法制為其參照對象，而以種種符合立法經濟的技術簡化其立法，背後並有落實體系正義的考量，自屬無可厚非。但比附援引如造成被規範者自我定位的錯覺，甚至司法者也受到誤導，在法律適用上做不當的牽拖，當然就值得檢討了。換言之，法制上這些攀比取捨雖都還在立法裁量範疇，非本院所宜置喙，惟從本案確定終局裁判從「得按其性質」引發的想像和延伸：「教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定」、「公立學校聘用教師從事學術研究、教育工作，實具有公法法律關係之性質，公立學校教師之法律地位應等同公務人員。」看來，太多的立法經濟考量，有時確實會連帶導致法律適用的粗枝大葉，甚至反而犧牲了體系正義。只要比較一下公務員法制和教師法制下對於「管理措施或工作條件之處置」所提供的行政救濟，即知教師受到牽拖的程度還真不小。沒有錯，民國八十五年因應憲法增修條文的修正而制定公務人員保障法時，已配合本院有關公務員訴訟權的解釋，以改變公務員身分、侵

益行政處分（舊法第十八條、第十九條）為提起行政訴訟的要件（以再復審為前置程序），而使服務機關所提供的工作條件及所為的管理，可請求的行政救濟僅到申訴及再申訴程序為止。本件解釋的標的教師法第三十三條雖在民國八十四年制定時即已訂入，從其將申訴及訴訟兩途徑並列，是否有比附當時公務員法制的意旨（雖尚無保訓會作為複審及再申訴機關，但當時確已區隔申訴及以復審為前置程序的行政訴訟兩程序），或者其實已寓有在行政救濟上採公教分流的思維，僅從立法院審議的紀錄看來，尚不十分明確。碰到這樣的灰色地帶，行政法院考量管理措施的事物本質，認為如同公務員法制也交由教育體系內設置的、有一定專業、獨立性的申訴評議委員會來做是否合法妥適的終局判斷應無不當，就藉由該條的「得按其性質」比附到公務員保障制度上，好像不能說其解釋有何過逾。但如再深入比較公務員法制中管理措施的終局救濟機關是設在考試院下的獨立機關（公務人員保障法第七十八條），而教師法規定的終局救濟機關則仍是教育行政體系內由所屬行政部門自行聘任組成的申評會（教師法第二十九條），其間的差距有多大，從下表二的比較即可見其端倪：

表二：教師、公務人員及一般人民行政救濟程序的比較

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
審議組織	各級主管機關教師申訴評議委員會	公務人員保障暨培訓委員會	各機關訴願審議委員會
組織成員	教師、教育學者、該地區教師組織或分會代表、主管機關代表、社會公正人士。	委員應就下列資格之一者遴用之： 一、曾任簡任職六年以上，成績卓著，而有專門著作者。 二、曾任教育部審定合格之公私立大學教授六年以上，對文官制度或法律學科著有研究者。 三、具有人事行政或法學之相關學識專長，聲譽卓著，而有專門著作者。 四、有關機關副首長。	本機關高級職員、社會公正人士、學者、專家。

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
人數及任命方式	十五人至二十一人；由機關首長遴聘。	委員十人至十四人，其中五人至七人專任，職務比照簡任第十三職等，由考試院院長提請總統任命之；餘五人至七人兼任，由考試院院長聘兼之。	訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。
酬勞	無給職	區分專兼任	
任期	二年	三年，任滿得連任。	
組成限制	未兼行政職務之教師不得少於委員總額三分之二	專任委員具有同一黨籍者，不超過其總額二分之一	社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一
主席特別規範	由委員互選之，任期一年，連選得連任；不得由該級主管機關首長擔任。	無	無
獨立性	無	於審議、決定有關公務人員保障事件時，應超出黨派，依據法律獨立行使職權。	無

程序類型	再申訴 (教師)	復審、再申訴 (公務人員)	訴願 (一般人民)
決議方式	經委員二分之一以上出席，始得開議；評議決定應經出席委員三分之二以上之同意行之；其他事項之決議以出席委員過半數之同意行之。	委員會議須有應出席人過半數之出席，始得開會。其決議以出席人過半數之同意行之。	決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。
主要法源	教師申訴評議委員會組織及評議準則	公務人員保障暨培訓委員會組織法	訴願法

從上表可知，當法院「按其性質」把不是公務員的教師比附適用公務員的保障法制時，教師因為學校管理措施或工作條件的處置違法時，就不能如同一般人民一樣向法院提起訴訟，而只能止於教育行政體系內的再申訴程序；同樣不能請求法院救濟的公務人員，另有為體現人民服公職權而在獨立於行政體系的考試院下設置的保訓會作為終局救濟機關，體制上又不能澤被比附過來的教師，教師左比右比都有不足，怎能說不是不當的牽拖？正因為教師法第三十三條的「得按其性質」並不一定要做這樣的比附解釋，本件解釋往更符合體系正義的「分流救濟」方向作合憲性解釋，自有必要。至於此處司法救濟的回復有無可能導致有限司法資源的濫用，會不會不當的干預專業自主判斷的空間，應該都是行政法院操作行政訴訟法時無法避免的問題，特別是在八十七年大幅修正行政訴訟法，開放多種訴訟類型後，不能不嚴謹面對的挑戰，若要為此而針對教師採不利於其訴訟權保障的解釋，恐難自圓其說。

本件解釋使教師權益的司法救濟與公務員法制脫鉤，對於公教分流的本質應有一定程度的釐清，雖基於前述立法經濟及體系正義的考

量，兩法制間的種種牽連關係可說其來有自，救濟以外的其他環節也還不會因本解釋而當然需要作何調整，但相信今後各權責機關對於相關法律的解釋會更明確的回到公教分流的基本出發點。行政法院會在司法救濟的環節做這樣的比附解釋，應該不是不清楚這一點，更根本的原因還是在於純粹舶來、卻又從來沒有被說清楚過的「特別權力關係」理論。本件解釋雖因從公教分流出發，形式上無從對過去使公務員得以擺脫「特別權力關係」理論陰影的解釋做任何補充——聲請書在理由中提到或一併聲請補充解釋的釋字第二九八號、第三八二號解釋未予受理審查也是基於此一考量——，但就實質效果而言仍可看成一件使教師脫離特別權力關係的解釋，因此以下再簡單的盤點一下此一理論在我國的發展現況，或許可以更清楚本件解釋的另一重要意旨。

本院從釋字第一八七號解釋開始，對行政法院基於特別權力關係理論排除的人民訴訟權保障，逐一修復，在基本權的保障上一直受到最多的肯定。雖然基於司法決定的本質，行政法院和本院從來都無法正本清源的說清楚特別權力關係的本質。十九世紀德國學者 Otto Mayer 是從基本權的功能在於使國家和人民保持一段必要距離（Distanz）出發，對於和國家之間無法保持基本權保障所預設距離的部分人民，即非處於一般權力關係而為一種特別權力關係，這些必須放在國家「內部關係」去處理而不能受到基本權保障的人民，只能另在內部關係尋求公平合理的待遇。此一距離遠近圖像排除掉的是整個主張基本權的空間，各種為保障基本權而對國家公權力所設的限制，如法律保留、平等原則、比例原則等，和主張基本權所必要的訴訟權，當然也無所附麗。二十世紀後期開始檢討此一理論，也是從揚棄此一圖像出發，把公務員、軍人等還是放回人民的位子，不因穿上制服而有何不同。從人民的定位，仍然可以把這些身分的特殊性放進基本權保障相關的考量內，這才展開修復的工作。有趣的是，十九世紀的德國主要是以這個理論來處理政府與國會之間的矛盾，重點都放在法律保留上，因此把公務員、軍人、學生、監獄受刑人等放在行政權保留的範疇，不得以法律規範，一直到了二戰以後，才開放到影響身分，

乃至有重大關係的部分，但都是對立法而言，他們的修復工作也集中在立法，最後即以「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)為法律保留的底線。國家以外的公法人和其「內部」人員也有類似特別權力關係的問題，最後也以重要性理論為底線，使基本權的保障穿透這些自治體。這個理論到了我們這裡，應該和民主分權體制成熟較晚有關，自始就未把重點放在行政和立法的制衡上，反而聚焦於訴訟權的排除，以致於本院開始承擔基本權保護的任務後，面對特別權力關係的歷史共業，修復的也是人民的訴訟權，被認為處於特別權力關係的特別人民，在法律的規制上好像一直沒有受到特別的歧視，至少就有重大影響的權利限制，大體都有了法律基礎，連監獄行刑法也是在行憲前就已制定。這一點社會背景不同造成的差異，本席在釋字第六八四號解釋的意見書已經點到。

因此正本清源的來看所謂特別權力關係理論在我國的「餘毒」及其修復的方向，訴訟權的修復其實還是應有兩面，一是限制有沒有足夠的法律基礎，二是訴訟權的限制是否符合比例原則。過去對於訴訟權的修復，如果已經回復到一般人民的狀態，自然沒有法律保留的問題，也沒有比例原則的問題，如釋字第六五三號、第六八四號解釋。如果只是從全部剝奪修復到部分限制，則依本院對法律保留原則所採的「重要性原則」(釋字第四四三號解釋理由書參照)，至少就受限制的部分對人民有重大影響者，仍應有法律基礎，至於所受限制相對於公共利益是不是過當，則是比例原則的問題，其審查仍要分開來進行。從這個角度來看公務員訴訟權的現狀，公務人員保障法明確排除了公務員就管理措施和工作條件的處置提起行政訴訟的機會，對於公務員而言，這當然有重大影響，法律保留的疑慮——也是民主正當性的疑慮——已經解決。其限制考量的公共利益應該是司法資源的經濟性和公共行政的效率，以與公務員的訴訟權相衡是否牴觸比例原則，本來還可以仔細論證，但本院向來把第一次的訴訟救濟——有權利即有救濟——拉高到訴訟權的核心(釋字第二四三號、第三九六號、第五七四號解釋參照)，如何合理化公務員就此類事務請求第一次訴訟救濟的排

除，實有不小的困難，到目前為止，因為相關解釋都只做含混處理，既未明確區分法律保留問題和比例原則問題，在採重要性理論時，也未為實質的比例原則審查，特別是從釋字第四三〇號解釋開始即慣用的絕對性論述：「人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分或職業之不同即予以限制」來看，可以說始終內含相當高的緊張關係，是否如有些學者的看法，這部分比例原則的違反，即為特別權力關係的「餘毒」，仍有待未來釐清。本席向來的看法，是在此作比例原則審查時，不能不把我國獨有的考試權保障納入考量，所提供的行政救濟已非行政體系內的救濟可以相比，而與司法救濟相當，或許可供參考。

再回頭看本件有關教師訴訟權的解釋，行政救濟的分流實際上就是把教師放回一般人民的位置，教師的訴訟權不再因司法解釋而受到公務員法的牽拖，和釋字第六五三號解釋的受羈押犯罪嫌疑人，第六八四號解釋的大學生一樣，其訴訟權已經完全修復，因此既沒有法律保留原則的問題，也沒有比例原則的問題。原來建立於法院實務（活法）的訴訟權限制，可能同時違反了法律保留和比例原則，確實是特別權力關係餘毒的擴散，卻因為教師法第三十三條文字的含混，只要確認其單純引致規範的定位，不需要宣告該條違憲就可以完全清除修復，真有點清風徐來，水波不興的味道。至於前面提到實質上仍然建立於特別權力關係理論上的釋字第二四三號解釋，其聲請人之一是一位退伍軍人轉任的國小教師，本院受理做成公務員訴訟權的解釋，可否認為本院間接已有把教師訴訟權併同公務員處理的想法？經查這位聲請人是臺東縣政府依法公開甄選後予以遴用（此所以聲請人自稱受「派任」而非學校「聘任」），後經臺東縣政府組織考績委員會，依照臺灣省政府的函釋做成免職處分，該號解釋才會說「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利」，足見該解釋並沒有把對公務員訴訟權的解釋概括用到所有公立學校教師身上的意思。本件解釋只

是單純釐清公教在司法救濟上的分流，不需要多做任何「善後」的補充或變更，應該已經很清楚。

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

本號解釋多數意見認為，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。本席敬表贊同。僅立基於本號解釋之意旨，就教師法第三十三條關於教師救濟之規定，補充個人意見，供各界參考。

一、申訴、再申訴

教師法第二十九條第一項：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」同法第三十三條規定：「教師『不願申訴』或『不服申訴、再申訴決定』者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」

依上開規定，教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當致損其權益者，依其意願，可以選擇：（1）循申訴管道，先向各級教師申訴評議委員會提出申訴、再申訴。

（2）不循申訴管道，逕按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。換言之，教師法有關申訴、再申訴等救濟管道之設計，與稅務案件中，納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，需先依規定格式，敘明理由併同證明文件申請復查後，仍有不服方始進入訴願及行政訴訟程序（稅捐稽徵法第三十五條、第三十八條參照）不同。按現行教師法之規定，申訴、再申訴極其量僅為進入司法救濟程序前之前置程序，且此一前置程序是否踐行，繫諸於教師個人之意願，並非強制規定，亦不會影響教師嗣後得否尋求司法救濟。

二、教師法第三十三條之解釋

教師法第三十三條「得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟」所指為何？

依該規定之文義，按其性質有三個途徑：1、向普通法院提起民事訴訟（暫稱為民事司法救濟途徑）；2、向行政法院提起行政訴訟（暫稱為行政司法救濟途徑）；3、依其他保障法律之規定救濟（暫稱為依保障法之救濟途徑）。其中，所以有第1、2類救濟途徑之別，乃因我國訴訟制度就普通法院與行政法院有審判權限之劃分所致（行政訴訟法第二條（註一）參照）。有疑問者係，第3類「依保障法之救濟途徑」，與民事、行政司法救濟途徑間，其區別之依據為何？第3類與第1、2類救濟途徑間，究竟係屬併行關係，抑或為前置、先行關係？

本件聲請案之確定終局裁定（最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四裁定）以：「……按教師法第29條第1項、第31條第2項規定，教師對學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得依申訴、再申訴程序請求救濟。又依同法第33條規定，教師不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。足見教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，得否依教師法第33條規定提起行政訴訟請求救濟，端視其事件之性質而定，並非所有不服申訴、再申訴決定者，均可提起行政訴訟請求救濟。復參酌司法院釋字第187號、第201號、第243號、第298號解釋意旨，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第77條第1項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定，故關於教師所受工作條件及管理必要之處分，不得提起

行政訴訟。」我國行政法院判決亦多採此見解。乃將教師法第三十三條後段之「依保障法之救濟途徑」與同條前段之民事、行政司法救濟途徑併列；並透過準用公務人員保障法及援引本院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨之方式，限制公立學校教師向法院提起司法救濟之權利。

多數意見以：教師法第三十三條僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。對教師法第三十三條作成合憲之解釋。於說理上似未能解決判決實務上對於教師法第三十三條後段關於「……其他保障法律等有關規定，請求救濟」所生之疑義。

按教師法第三十三條後段雖規定「……其他保障法律等有關規定，請求救濟」，然實則，現行法制並無直接針對教師法所稱之教師（註二）之保障法律，且按公務人員保障法第三條（註三），僅「公立學校編制內依法任用之職員」為公務人員保障法明文規定之適用對象。因此，僅以公立學校教師與學校間具有公法上勤務關係，或其所受之保障類似於公務員等理由，準用公務人員保障法之規定對教師之救濟途徑予以限制，恐有違法律保留原則。再者，憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民就其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求「法院」救濟之權利。不得僅因身分或職業之不同而予以剝奪或不當之限制。此乃有權利即有「司法」救濟之重要憲法原則，業經本院多號解釋闡釋甚明。縱認為教師得準用其他保障法律之規定請求救濟，從訴訟權保障之立場，第3類「依保障法之救濟途徑」亦應理解為一種補充性的權利，極其量，僅與訴願、復審程序相同，均屬向法院提起司法救濟前之前置、先行程序，而非可排斥司法救濟之替代程序。在稅務案件，向行政法院提起訴訟前固然必須先行復查、訴願等程序，然而，絕不因為已給予納稅義務人復查、訴願之機會，即不許人民向法院提起訴訟。更況，按教師法第二十九條及第三十三條之規定，

申訴、再申訴並非法定必須先行之訴訟前置程序，是否申訴、再申訴仍繫諸於教師個人之意願，因此，更不能以申訴、再申訴為教師之最終救濟方式，剝奪其向法院提起訴訟之權利。

綜上所述，教師法第三十三條後段關於「……其他保障法律等有關規定，請求救濟」部分，與民事、行政司法救濟途徑間非併行關係，縱準用其他保障法律之規定請求救濟，其亦僅如同復查、訴願、復審程序等，極其量僅為民事、行政司法救濟途徑之前置、先行程序而已，最終勢必給予權利或法律上利益受侵害之教師，有進入法院接受公平審判之機會，方符合有權利即有司法救濟之憲法原則。本號解釋多數意見有關教師法第三十三條與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背之結論，惟有按上開說明理解，方能避免教師法第三十三條法條文義上所產生之矛盾。

註解：

註一：行政訴訟法第二條：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」

註二：參教師法第三條：「本法於公立及已立案之私立學校編制內，按月支給待遇，並依法取得教師資格之專任教師適用之。」

註三：參公務人員保障法第三條第一項：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。」

協同意見書

羅昌發大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件涉及教師因學校措施受侵害時是否均享有憲法第十六條之訴訟救濟權利。教師法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定請求救濟。」本號解釋二項主要結論：其一，此條僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時所可依循請求救濟之途徑，而未真正限制教師提起行政訴訟之權利；其二，依憲法第十六條規定之意旨，教師因權利或法律上利益受侵害時，得尋求司法救濟。本席對此等結論，均敬表同意。由於本號解釋對憲法第十六條訴訟權保障範圍採廣義之詮釋，且徹底將公立學校教師排除於特別權力關係概念之外，均有重要憲法意義。爰提出本協同意見書予以補充、闡釋，並表達對未來進一步全面終結特別權力關係之期待。

壹、訴訟權保障範圍採廣義之詮釋：權利與法律上利益同受憲法訴訟權之保障與救濟

- 一、人民訴訟權之內涵：憲法第十六條規定：「人民有……訴訟之權。」憲法此一條文所規定之訴訟權，有諸多內涵；包括人民於其權益受侵害而尋求救濟時，有接近利用法院之權，以及在利用司法救濟之時有受司法正當程序與公平審判保障之權及刑事被告在訴訟上享有充分防禦之權等。
- 二、「有權利即有救濟」之保障範圍：前述接近利用法院之權之部分，本院以往均以「有權利即有救濟」作為主要內涵。而所謂「有權利即有救濟」之憲法意旨，要素有二：其一為有「何種權利」應賦予救濟機會；其二為如有權利，應賦予「何種救濟」。就有「何種權利」即應賦予救濟機會而言，本院以往解釋較為分歧；有以人民「憲法上權利」遭受侵害始享有憲法第十六條之救濟保障者；例如本院釋字第三八二號解釋理由書：「『憲法上權利』遭受不法侵害者，自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權，於最後請求司

法機關救濟，不因其身分而受影響」。本院較多解釋則將其範圍放寬至有「權利」(包括憲法上及法律上之權利)遭受侵害時即受憲法第十六條之保障；例如本院釋字第三九六號解釋理由書：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其『權利』遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障」；第五七四號解釋文：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其『權利』遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容」；第六五三號解釋理由書：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其『權利』遭受侵害時，有請求法院救濟之權利」；釋字第六六七號解釋理由書：「人民於其『權利』遭受公權力侵害時，有權循法定程序提起行政爭訟，俾其權利獲得適當之救濟。」釋字第六八四號解釋理由書：「人民於其『權利』遭受公權力侵害時，得循法定程序提起行政爭訟，俾其權利獲得適當之救濟」。釋字第六八一號解釋理由書：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其『權利』遭受侵害時，有請求法院救濟之權利」。本院解釋亦有更放寬至有「權利及法律上利益」遭受侵害時即受憲法第十六條之保障者；例如釋字第四三〇號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，人民之『權利或法律上利益』遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟。」

- 三、本號解釋採最大範圍之保障，於解釋文及理由書中強調，憲法第十六條訴訟權所保障者，包括人民於其「權利或法律上利益」遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。以本案而言，聲請人之一受曠職登記、扣薪、年終考核結果留支原薪之處置；另一聲請人則爭訟教師評量問題；其中扣薪部分固然涉及聲請人之財產權；其他處置，則非直接侵害聲請人之財產權或其他憲法或法律上權利，然該等處置或評量，均可能影響其晉敘陞遷之機會甚至間接影響其任職；聲請人顯有法律上利益。本號解釋理由書具體指明：「教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自

得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則。」本席深表贊同。

貳、公立學校教師不再受特別權力關係殘跡之束縛

- 一、本院歷次解釋對特別權力關係所形成之枷鎖逐漸解放，但仍有亟待消除之殘跡：我國以往由德國引進特別權力關係理論，建立國家與公務員及軍人、學校與學生、監獄與人犯及受羈押者、其他營造物與其利用者間命令服從之不對等關係（包括國家、學校、監獄、其他公營造物在此等關係之下所為之處置，排除法律保留原則之適用及排除當事人司法救濟之權等）。就此類不對等關係，本院解釋逐步透過賦予公務員、軍人、受刑人、學生等之訴訟救濟權利，而逐步縮小特別權力關係之適用範圍。例如釋字第一八七號及第二〇一號解釋許公務人員就請求核發服務年資及請領退休金等爭議提起行政爭訟。釋字第二四三號許公務員對免職處分提起行政爭訟；然該解釋仍認「公務人員考績法之記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，上開各判例不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無牴觸」；且「上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，並非影響公務員身分關係之不利益處分，公務員自不得訴請救濟」。釋字第二九八號解釋則就對公務員之懲戒，認為「得視其性質於合理範圍內以法律規定由其長官為之。但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。」釋字第三一二號解釋就公務員退休請領福利互助金之爭執，賦予公務員爭訟權。釋字第三二三號解釋就人事主管機關對各機關擬任之公務員為任用審查，評定為不合格或降低原擬任之官等者，賦予公務員爭訟之權利。釋字第三三八號解釋就主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等，以及對公務員級俸之審定，賦予公務員爭訟之權。釋字第四三〇號解釋宣示現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，

如對之有所爭執，既係影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟。釋字第六五三號解釋賦予受羈押者就執行羈押之決定提出爭訟之權；並闡釋謂：「受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟，始無違於憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨。」釋字第六八一號解釋賦予人民就撤銷假釋處分依法向法院提起訴訟尋求救濟之機會。釋字第六八四號解釋就大學對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，縱非屬退學或類此之處分，認仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，而無特別限制之必要。整體而言，此等解釋逐步放寬或排除特別權力關係理論對公務員、軍人、受刑人與受羈押者人、學生請求司法救濟之束縛；對人民行使憲法第十六條之訴訟權之保障，具積極之意義。具體而言，此等解釋對學校與學生間之關係而言，賦予學生幾乎毫無限制之爭訟權利（釋字第六八四號解釋參照）；對受刑人與受羈押者亦賦予相當廣泛之爭訟權（釋字第六五三號解釋參照）；對國家與公務員間之關係而言，雖賦予公務員爭訟權，然此權利仍受限制（亦即限於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，始賦予公務員爭訟權；釋字第二九八號參照）。由於此項限制，使公務員於所受者非「重大影響」之不利處置時，無法請求司法救濟；此屬特別權力關係尚待清除之殘跡。

- 二、本號解釋使公立學校教師與公務員之保障及限制脫鉤，並因而使教師脫離特別權力關係之束縛：前述特別權力關係，原來並未涵蓋學校與教師間之關係。本院釋字第四六二號解釋對受升等評鑑及資格審查之教師，亦賦予提起行政訴訟之權。本院以往對教師是否應與公務員同受其他訴訟權之限制，未曾表示意見。惟行政法院實務上均將公立學校教師比照公務員，使其受公務員有關保障及限制之約束。由於公務員請求司法救濟所受限制係特別權力

關係概念之殘跡，公立學校教師因比照公務員而亦受特別權力關係殘跡之束縛。本件原因案件之一最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定即謂：「參酌司法院釋字……第二九八號解釋意旨，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定，故關於教師所受工作條件及管理必要之處分，不得提起行政訴訟。經查抗告人所不服之系爭處分係學校內部自治之管理措施，尚非對教師之身分、財產權或其他重大權益之處分，揆諸首揭說明，抗告人不得對之提起行政訴訟」。本號解釋雖未明示公立學校教師不再準用公務員；然透過「教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」之宣示，賦予公立學校教師與一般人民享有相同程度及內涵之訴訟權，並因而使公立學校教師與公務員之保障與限制脫鉤；使公立學校教師不再準用有關公務員爭訟權受限制之規定。其結果，公立學校與其教師之間之關係，完全由特別權力關係之束縛解脫。故本號解釋可稱係消除特別權力關係殘跡之重要一步，值得特別重視。

- 三、公立學校教師與其學校不再係單純之服從關係：或謂「賦予公立學校教師對學校任何內部管理事項（例如排課、績效考核、評量）提出爭訟是否妥適，值得懷疑」。然公立學校教師如欲對學校內部管理處置提起行政爭訟，仍須說明其何種權利或法律上利益受侵害；此為門檻之一。如有權利或法律上利益受侵害，受理之法院，仍必須適度尊重學校之專業判斷（本號解釋理由書第二段及釋字第六八四號解釋理由書參照）；僅於其判斷或裁量違法或顯然不當

時，得予撤銷或變更（釋字第三八二號解釋理由書參照）；此為門檻之二。於學校處置確有違法或顯然不當（按：「顯然不當」應係指有具體事證顯示其為不當）時，倘若仍不予救濟，實有違有權利即有救濟之憲法意旨；倘若學校處置並無違法或顯然不當，則教師縱有爭訟權，然學校之專業處置仍將獲得法院之尊重，無損於學校行政管理。學校教師與學校間不存在單純之服從關係。將來行政法院不應再以公立學校教師與學校之間內部管理處置不得爭訟為由，因而將訴訟以不合法為理由駁回；而應實體審理學校處置究竟有無違法或顯然不當。

四、有關訴訟類型之問題：或謂「公立學校對教師所為之處置或所採之措施，未必均屬行政處分；而行政處分則為人民提起撤銷之訴之前提（行政訴訟法第四條第一項參照）。如許公立學校教師對一切影響其權益之學校處置均得提起行政訴訟，豈非破壞行政訴訟法體制」。然本解釋並未宣告「不論學校處置是否為行政處分，受處置影響之教師均得提起撤銷之訴」。受公立學校處置影響之教師，自應依該處置之性質，決定提起撤銷之訴或給付之訴。本號解釋並非改變行政訴訟之體制。

五、公立學校與私立學校教師在訴訟權之差異：本號解釋宣示「教師」權利或法律上利益因學校具體措施受侵害之救濟；故不論公立學校或私立學校教師，均享有相同之行政爭訟權利。然私立學校與其教師間係私法契約關係，故私立學校教師可能進行之爭訟方式為提起民事訴訟；公立學校與其教師間之聘任關係，性質上屬行政契約關係，故公立學校教師可能進行之爭訟方式為提起行政訴訟。雖其訴訟形式因法律關係之差異而有不同，然公立學校教師與私立學校教師同受憲法訴訟權之保障，而不應受限制，就此部分，兩者並無差異。

參、特別權力關係之完整終結有待努力

一、如前所述，本院以往解釋，雖逐步大幅消除基於特別權力關係之概念對特定身分之人民（公務員、學生、人犯等）接近利用法院

所為之限制；然仍未能完全終結特別權力關係概念下若干不合理之限制。最明顯之例子為前述釋字第二九八號就公務員之司法救濟權，限於針對足以改變公務員身分或對公務員有重大影響之懲戒處分。由於此種限制，使司法實務上均以記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施等管理措施或工作條件之處置等，不足以改變公務員身分，亦非屬對公務員有重大影響之懲戒處分，因而使受處置之公務員不得提起行政訴訟。

- 二、國家與公務員間及公立學校與其教師間之救濟問題類似。於本號解釋下，如學校處置確有違法或顯然不當，不論是否足以改變教師身分或對教師有重大影響，亦不問其性質上是否屬於懲戒處分，甚至不論有無「行政處分」，只要對教師為任何具體處置，均應許其提起行政爭訟（依情形決定給付之訴或撤銷之訴）；基於相同憲法意旨，實無任何理由限制公務員就影響其身分及有重大影響懲戒處分之外之管理措施或工作條件處置，提起行政訴訟，以為救濟。倘若國家機關對公務員之處置確有違法或顯然不當，如賦予行政爭訟之權，恰可糾正此種違法或顯然不當；此對法治之彰顯、行政管理之維護、建立領導威信，均有正面影響。倘若國家機關之處置並無違法或顯然不當，則公務員縱有爭訟權，然國家機關之專業處置仍將獲得法院之尊重，無損於國家對公務員之行政管理。本席期待本院於有適當之聲請案時，做成賦予公務員完整司法救濟權限之解釋，使我國法制全面擺脫特別權力關係概念之長年不當束縛。

協同意見書

湯德宗大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

黃虹霞大法官 加入

聲請人蔡滿庭為桃園縣立草漯國中（註一）教師，前以該校校長

涉嫌妨害名譽，向臺灣桃園地方法院檢察署提起告訴。該署受理（註二）後發出傳票，命聲請人於民國九十七年五月二十九日到場接受偵訊。聲請人認為接受偵訊係履行法定義務，乃於同年月二十八日依教師請假規則（註三）向學校申請「公假」，詎同年月三十日遭否准，並請改以其他假別辦理。（註四）聲請人不從，該校爰登記聲請人同年月二十九日「曠職一日」，並「扣薪一日」；（註五）嗣於辦理九十六學年度成績考核時，更考列「留支原薪」（註六）。聲請人不服，就前開三項處分向桃園縣政府提出申訴，經桃園縣教師申訴評議委員會於九十八年六月十七日作成申訴無理由駁回之決定（註七）。聲請人不服，於九十八年九月十一日向臺灣省教師申訴評議委員會再申訴，經該委員會於九十九年一月二十八日作成決定，仍以無理由駁回（註八）。聲請人仍不服，續提行政訴訟，迭遭駁回（註九）。茲以確定終局裁定（最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定）所適用之教師法第三十三條（註十）（下稱系爭規定），有違憲疑義，聲請本院解釋。（註十一）

本解釋依「有權利即有救濟」之原則，明確釋示：「教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」；至系爭規定「並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背」。以上釋示言簡意賅，饒具新意，足堪欣慰。茲略申其義：

一、「特別權力關係」可望就此解構

本解釋明白宣告：法院以後不得再以「特別權力關係」為名，限制「公立學校教師」之「行政訴訟權」。希促成「特別權力關係」之全面檢討。

按「法治」（rule of law）一稱「法治國」（État de droit, Rechtsstaat），乃一與時俱進之概念，其內涵輒隨各國社會發展而不斷演進。法治發展過程中，為達成公行政之特定目的，先進國家曾不約而同地發展出各種理論（註十二），限制加入某些職業

或具有某些身分之國民於法院控告國家的權利（行政訴訟權），使處於較「一般」國民更加服從國家統治（管理）的地位。其中我國經由日本繼受德國君主立憲時期發展之「特別權力關係」（*besonderes Gewaltverhältnis*），即在正當化國家與所謂「權力臣屬者」（*Gewaltunterworfenen*），包括：軍人（武官）、公務員（文官）、（公立學校）教師、監獄受刑人（囚犯）、學生等間之特別從屬關係。相較於一般國民與國家間之「一般權力關係」（*allgemeines Gewaltverhältnis*），特別權力關係之臣屬者須受三項特殊限制（亦稱特別權力關係三特徵）：一、臣屬者不得以憲法上之基本權利對抗（侷限）國家公權力之行使；二、國家得以行政命令訂定規範，管理權力臣屬者，無需法律之授權，不適用「法律保留原則」（*Vorbehalt des Gesetzes*）；三、臣屬者對於國家之管理處置如有不服，僅得在行政體系內部進行救濟（如申訴或訴願），不得向（行政）法院提起行政訴訟。（註十三）

民國草創，法制未備之際，為穩固國家與軍人、公務員及教師等間之關係，迅速建構國家法秩序，「特別權力關係」理論之引進，不難理解。雖「特別權力關係」一詞從未正式見諸法規，司法實務長期奉為圭臬。（註十四）以本案所涉之「訴訟權」限制而言，本院自民國七十三年作成釋字第一八七號解釋（註十五）以降，始本「有權利即有救濟」之法理，經由憲法第十八條「應考試服公職權」及第十五條「財產權」（公法上財產請求權）之解釋，逐步放寬對軍人、公務員、受刑人、學生等提起行政訴訟之限制。（註十六）本解釋盱衡社會發展情勢，含「公、教分途」之立法趨勢、教師法「一體適用」（於公、私立學校教師）之立法原則、及續將公校教師視同「公務員」之合理性與必要性等，決意徹底掃除特別權力關係對於公立學校教師訴訟權之限制。本件與釋字第六八四號解釋（註十七）合觀，已足顯示：本院今後將不再容許以「特別權力關係」之名，籠統限制前此各類「權力臣屬者」之基本權利！有關機關及法院允宜善體本解釋之意旨，

迅就原「特別權力關係」影響所及各類身分或職業人員之各種基本權限制，進行通盤檢討。

按現行司法（法院）二元體制，私校教師與學校乃屬私法契約（聘約）關係，如有爭執應循民事訴訟尋求救濟；至公校教師與學校間之聘約，實務上多認係「行政契約」，（註十八）如有爭議應循行政訴訟解決。惟因特別權力關係之影響，公校教師長期以來並受國家教育公權力之規範。對於學校行使公權力所為處置，如有爭議，實務上（註十九）（含本案確定終局裁定，詳後三、）率皆「準用」本院有關公務員權利救濟之解釋，限制公校教師僅得就對其權益有重大影響之「行政處分」提起行政訴訟（撤銷之訴），其餘概屬（內部）「管理措施」，不得提起行政訴訟。為期全面解禁，本解釋乃開宗明義，明確釋示：「教師之權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」。

申言之，使用「學校具體措施」一詞，乃為打破前此公校區分「行政處分」與「管理措施」，僅許教師就前者提起行政訴訟之傳統思維，使公校教師就一切具體之學校決定，均得依法提起訴訟（民事訴訟或行政訴訟）。為消弭疑慮，解釋理由書第二段特以本件原因案件所涉學校諸處置，例示「學校具體措施」之意涵，闡明：「教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等），認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則」。至本解釋後，公校教師就哪些學校具體措施得提起「撤銷訴訟」，哪些學校具體措施得提起「一般給付之訴」，應由行政法院於個案審查決定。

另，全面開放公校教師行政訴訟之後，行政法院仍得本於職權發展出各種不同審查密度之審查基準以為因應。故解釋理由書第二段乃併予指明：「至受理此類事件之法院，對於學校本於專

業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第三八二號、第六八四號解釋參照）。又，今後教師既不再「準用」公務員關係，學校行使「公權力」自應以法律明文授權者為限（例如大學辦理教師升等審查，本院釋字第四六二號解釋（註二十）參見），公校與教師之關係當如私校與教師般，回歸以契約（聘約）規範為原則。主管機關與教師工會當可協商議定更對等而合理之契約條款，明確規範彼此之權利、義務關係。庶幾各種爭議（如近日有關教師有無「導護」義務者）可減至最少。

二、訴訟權之保障範圍從此確定

按本院前此關於訴訟權「保護範圍」(Schutzbereich)之闡釋要非一致。或謂：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言」（參見本院釋字第一八七號、第四一八號、第四八二號、第六六三號、第六六七號、第六八一號解釋）；或謂：「憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均得依法請求救濟」（參見本院釋字第四八六號、第五六九號解釋）；或謂：「不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟，始無違於憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨」（參見本院釋字第三八二號、第六五三號、第六八四號、第七二〇號解釋）。唯本院釋字第四三〇號解釋闡釋最為完整：「憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，人民之權利或法律上利益遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟」。（註二一）

本解釋參照本院釋字第四三〇號解釋，明示：「教師之權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」，盼從此確定憲法第十六條訴訟權之保障範圍。（註二二）

三、釋憲制度改革於焉萌芽

本號解釋除回復公校教師之訴訟權，並確立訴訟權之保障範圍外，更難得地打破禁忌，實質審查並變更確定終局裁判認事用法之見解。

關於本案確定終局裁定（最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定）所適用之系爭規定，本解釋明白釋示為「合憲」。解釋文：「教師法第三十三條規定：『教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。』僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背」。然，何以本案聲請人提起行政訴訟卻遭駁回？曰：確定終局裁定「解釋」系爭規定使然也！

查確定終局裁定理由三、有謂：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，得否依教師法第三十三條規定提起行政訴訟請求救濟，端視其事件之性質而定，並非所有不服申訴、再申訴決定者，均可提起行政訴訟請求救濟」。而確定終局裁定何以如此解釋系爭規定所稱「按其性質」？同裁定理由三、繼謂：乃「復參酌司法院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定，故關於教師所受工作條件及管理必要之處分，不得提起行政訴訟。經查抗告人所不服之系爭處分係屬學校內部自治之管理措施，尚非對教師之身分、財產權或其他重大權益之處分，揆諸首揭說明，抗告人不得對之提起行政訴訟，

原法院以抗告人提起行政訴訟，顯非合法為由，駁回抗告人在原審之訴。經核原裁定並無不合，抗告人上開主張，尚不足採。抗告人指摘原裁定違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回」。

兩相對照可知，多數大法官認為本件確定終局裁定形式上所適用之「系爭規定」並未限制公校教師之訴訟權，實乃確定終局裁定「誤解」前引本院諸解釋，致誤使教師「準用」有關公務人員之規定，以抗告人（即本案聲請人）所不服之系爭處分係屬學校內部自治之管理措施，而不許其提起行政訴訟以為救濟。

按確定終局裁定援引之前揭本院諸解釋皆係針對公務人員或軍人所為，原無「準用」於公校教師之意思，故確定終局裁定以之準用於公校教師即有「誤解」。故此，本號解釋並未補充或變更前揭各號解釋。

究本解釋所以罕見（註二三）地經由抽象法規審查，變更確定終局裁定認事用法之見解，實因大法官不忍見終審法院假「特別權力關係」理論，「準用」公務人員相關規定，剝奪公校教師行政訴訟之機會。

本席到院服務倏乎四年有餘，屢呼籲（註二四）同仁借鏡德國憲法訴願制度（Verfassungsbeschwerde）之精神，從寬認定憲法解釋之客體，俾能適時變更終審法院之違憲見解，填補現行釋憲制度之漏洞，惟迄未成功。本案由抽象法規審查入手，實質審查並變更確定終局裁判之見解，以落實人權保障，或為釋憲制度改革之先聲，亦未可知。

時代在變，社會在變，人心尤其求變，法院何能無動於衷、禁錮不變？唯隨感而應，與時俱進，庶幾合於生生不息之易理。

註解：

註一：現更名為桃園市立草漯國民中學。

註二：參見臺灣桃園地方法院檢察署歲股九十七年度他字第一八六二號妨礙名譽案。

- 註三：參見教師請假規則（教育部民國九十五年五月八日訂定）第四條第一項第十款：「教師有下列各款情事之一者，給予公假。其期間由學校視實際需要定之：……十、應國內外機關團體或學校邀請，參加與其職務有關之各項會議或活動，或基於法定義務出席作證、答辯，經學校同意。……」
- 註四：參見桃園縣立草漯國民中學九十七年五月三十日○○人字第0九七000一九九五號函。
- 註五：參見教師請假規則（教育部民國九十五年五月八日訂定）第十五條：「教師未依第十三條第一項規定請假而擅離職守或假期已滿仍未銷假，或請假有虛偽情事者，均以曠職論；無故缺課者，以曠課論。曠職或曠課者，應扣除其曠職或曠課日數之薪給。」
- 註六：參見公立高級中等以下學校教師成績考核辦法（教育部民國九十四年十月三日修正發布）第四條第一項第三款：「教師之年終成績考核，應按其教學、訓輔、服務、品德生活及處理行政等情形，依下列規定辦理：……三、在同一學年度內有下列情形之一者，留支原薪：……（三）事、病假期間，未依照規定補課或請人代課。……」
- 註七：參見卷附桃園縣教師申訴評議委員會九十八年六月十七日申訴評議書（案號：九八00四號）。
- 註八：參見卷附臺灣省教師申訴評議委員會九十九年一月二十八日再申訴評議書（案號：九八0三五號；案號：九八0三六號；案號：九八0三七號）。
- 註九：參見臺北高等行政法院九十九年度訴字第七六一號裁定（九十九年十二月八日，起訴不合法駁回）；最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定（一〇〇年四月二十一日，抗告無理由駁回）。

司法院釋字第七三六號解釋

註十：參見教師法第三十三條（「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟」）。

註十一：另一聲請人蔡耀全以最高行政法院一〇〇年度判字第一一二七號判決適用教師法第三十三條及本院釋字第二九八號解釋有違憲疑義，聲請解釋及補充解釋案（會台字第一〇八六一號），經決議併入本案審查。

註十二例如法國法上有所謂「行政內部秩序措施」(les mesure d'ordre intérieur administrative)，see, e.g., Cocâtre-Zildien, *La Nature Juridique des Mesures d'Ordre Intérieur*, *Revue International des Sciences Administrative*, Vol. XXIV, 1958, n^o4, pp. 487-500.; Marcel Waline, *Traite Elementaire de Droit Administratif* (Paris: Recueil, 6^e ed., 1955); L. Neville & John S. Bell, *French Administrative Law* 154 (4th ed. 1993)；王必芳，〈監所收容人的權益保障〉，《憲法解釋之理論與實務》，第八輯，頁445以下，頁475-481（中研院法律所，2014年7月）。美國法上有所謂「權利／特惠區分說」(right-privilege distinction)，see, e.g., *McAuliffe v. New Bedford*, 155 Mass 216, 29 N.E. 517 (1892); Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 HARV. L. REV. 1439 (1968); Rodney A. Smolla, *The Reemergence of the Right- Privilege Distinction in Constitutional Law*, 35 STAN. L. REV. 69 (1982); 湯德宗，〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，第32期，頁253-316（1985年12月）。

註十三：See generally Hans-Ulrich Evers, *Das Besondere Gewaltverhältnis* (Athenäum Verlag, 1972); Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 158-161 (9 Auf. 1994).

註十四：參見司法院院字第三三九號解釋（「因官吏身分受行政處分，純屬行政範圍；非以人民身分，因官署處分受損害者可比，不得援引本（訴願）法提起訴願」）；院字第一二八五號解釋（「已退休之公務員，關於養老金支給數額及其方法，依公務員卹金條例所規定，係為公務員之特別身分而設實為公法上之權利，故其請求被原官署為駁回之處分後，無論是否受有損害，要不得依訴願法第一條提起訴願」）；行政法院五十年判字第九十八號判例（「軍事人員向國防部報請核計軍籍年資，純係以公務員身分向該管官署報請核辦之事件，屬於人事行政範圍。原告對於被告官署所為核計年資之行為，認為有何不當之處，祇能向上級主管官署請求救濟，要不能按訴願程序提起訴願。原告現雖已正式退役，無現役軍官身分，但該項核計年資之行為，既係基於公務人員關係而發生，自不因原告現已退役已無公務人員之身分而變更其性質」）。

「特別權力關係」理論盛行之際，翁岳生教授首先引介德、日兩國戰後發展，提出檢討。參見翁岳生，〈論特別權力關係之新趨勢〉，《臺大社會科學論叢》，第20輯，頁133以下（1970年7月）；翁岳生，〈行政法院對特別權力關係之審查權〉，《臺大法學論叢》，第1卷第1期，頁131以下（1971年10月）。嗣學界翕然風從，卒促成本院大法官釋字第一八七號解釋。參見林紀東，《行政法》，頁124-126（初版，1976年1月）；涂懷瑩，《行政法原理》，頁334（初版，1980年4月）；楊日然，〈我國特別權力關係理論之檢討—兼論釋字第一八七號解釋的意義〉，《臺大法學論叢》，頁31以下（1984年6月）。

註十五：參見本院釋字第一八七號解釋：「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」。

註十六：其以「公法上財產請求權」為論據者，參見本院釋字第一八七號解釋（公務人員請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，得依法提起訴願或行政訴訟）、第二〇一號解釋（公務人員依法辦理退休請領退休金，發生爭議得提起訴願或行政訴訟）、第二六六號解釋（公務人員基於確定之考績結果，請求發給考績獎金遭拒，得依法提起訴願或行政訴訟）、第三一二號解釋（公務人員退休請領福利互助金，發生爭執得依法訴願或行政訴訟）。

其以「服公職權」為論據者，參見釋字第二四三號解釋（公務人員依考績法受免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權；至依考績法受記大過處分者，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，不許提起行政訴訟）、第二九八號解釋（改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人於有關法律修正前，得提起行政訴訟以資救濟）、第三二三號解釋（公務人員擬任官等之審查，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如有不服，得依法訴願或行政訴訟）、第三三八號解釋（公務人員不服級俸審定者，得提起訴願及行政訴訟）、第四三〇號解釋（現役軍官聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，既影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟）。

註十七：參見司法院大法官釋字第六八四號解釋（「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他

基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更」)。

註十八：參見最高行政法院一〇三年度判字第二六二號判決、最高行政法院一〇〇年判字第一七二七號判決、最高行政法院一〇〇年判字第五四三號判決。相關討論參見吳庚，《行政法之理論與實務》，頁438（增訂11版，2010年10月）；林明鏘，〈我國行政契約理論與實務發展趨勢——以全民健保醫療契約為例〉，《法學叢刊》，第58卷第2期，頁9-10（2013年4月）。

註十九：參見最高行政法院一〇四年度裁字第四六六號裁定、最高行政法院一〇三年度裁字第一五三七號裁定、最高行政法院九十九年度裁字第九二九號裁定、最高行政法院九十七年度裁字第二九〇八號裁定、最高行政法院九十六年度裁字第一三九九號裁定、最高行政法院九十三年度裁字第一四〇四號裁定、最高行政法院九十二年度裁字第一一〇九號裁定。

註二十：本院釋字第四六二號解釋：「各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，均應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分」。

註二一：一九九八年修正之行政訴訟法第四條業已明定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經……得向高等行政法院提起撤銷訴訟」。

註二二：參見本院釋字第六九一號〈協同意見書〉（湯大法官德宗提出，李大法官震山加入）。

註二三：按本院以抽象法規解釋，對法院裁判之見解進行實質審查者，殆僅釋字第二四二號（鄧元貞案）、第三六二號、第五五二號解釋等。關於此三件解釋之制度意義，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32-34（2010年10月）。

註二四：參見本院釋字第六九七號〈一部不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七〇〇號〈不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七一三號〈部分不同意見書〉（湯德宗大法官提出）、第七二九號〈協同意見書〉（湯德宗大法官提出）。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件解釋就教師之權利或法律上利益受侵害，重申本院向來解釋所揭櫫憲法第十六條保障人民訴訟權之有權利即有救濟之意旨，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，符合憲法所保障現代法治國之基本原則，本席敬表贊同。惟本件解釋係基於有權利即有救濟之法理、原則、憲法原則或意旨？又權利與法律上利益之概念為何，是否採取重大影響說等議題，實有進一步闡述之必要。爰提出協同意見書如下：

一、本件解釋係基於有權利即有救濟之法理、原則、憲法原則或意旨？

法治國原則下「有權利有救濟」的基本法理，乃指人民所享有之法律上利益，採取法律上之力說（註一），換言之，一旦國家法（Staatsrecht）創設為「權利」，國家如未設權利救濟之法制，或雖法律上設有合法之救濟措施（合法性），但卻形同虛設而無實效性時（妥當性），則如同剝奪或不法或不當限制人民之權利，皆不符「有權利即有救濟」之法理。如法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理，此為民法第一條所明定，亦即法理得作為法源，以補充法律規定之不足。至於法之原則，往往不待明確規定於法律之中，得為法之解釋或適用時採用之。本院解釋曾以法律

保留原則、比例原則及平等權（有稱平等原則）保障等，明示其為憲法原則（本院釋字第六八二號解釋參照）。本件解釋似擬將早期所謂「有權利即有救濟」之法理，提升至憲法原則。換言之，在秉持一般法律解釋方法以外，是否尚須符合該憲法原則，頗值得探究。

從比較法觀察，有德國法學者認為，如從法之內在結構觀之，法（das Recht）係由法原則（Rechtsprinzipien）與法規則（Rechtssätze）而產生。法規則係指由特定之生活事實作為構成要件事實（Tatbestand）及與其相關聯之法效果所組成之規範，作為直接適用之法源。反之，法原則係包含法形成之準則，其構成法規發展或評價之基礎，但非法爭議事件之直接決定者。法之原則，不但直接源自於法之理念，或憲法所衍生之原則（Grundsätze），諸如人性尊嚴之尊重、恣意禁止、合乎比例、法安定性、誠實信用要求，亦包括以部分的法秩序（Rechtsordnung）作為基礎之原則，諸如規定於民法之少年保護原則或權利表見原則。（註二）職是，向來本院為憲法解釋，而使用法理、憲法原則或意旨（Sinn）等用語時，是否將憲法原則、法理或意旨作為解釋方法或適用原則，甚至作為法源依據，從法解釋論或法源論而言，仍有深究之價值。

本件解釋採用「有權利即有救濟」作為解釋依據，如比較本院所為解釋例，本院釋字第二四三號解釋所稱「有權利即有救濟之法理」（本院釋字第三九六號解釋理由書重申引用此號解釋所提出之法理），釋字第五四六號解釋，續以有權利即有救濟之「法理」，認為人民倘主張服公職之權利遭受公權力之侵害，自應許其提起爭訟，由法院依法審判，該號解釋亦延伸前開二號之解釋意旨，稱有權利即有救濟為法理。至本院釋字第六五三號解釋，認受羈押被告之憲法上權利之保障，與一般人民所得享有者，原則上並無不同，基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，

以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分之不同而予以剝奪（本院釋字第六五三號解釋理由書參照），本號解釋將前述解釋所稱「有權利即有救濟之法理」，改以「有權利即有救濟之憲法原則」稱之。另本院針對大學所為非屬退學或類此之處分，主張權利受侵害之學生得否提起行政爭訟，作出釋字第六八四號解釋，則以本於憲法第十六條有權利即有救濟之「意旨」稱之（本院釋字第六八四號解釋理由書參照）。從以上幾號解釋觀之，使用有權利即有救濟之用語時，早期較多以「法理」（註三）稱呼，之後有以「原則」或「意旨」稱之。本件解釋雖於解釋文沿用釋字第六八四號所稱之「意旨」，但於解釋理由書中所稱「有權利即有救濟之憲法原則」，是否有意將「有權利即有救濟」視如民主原則、法治國原則或社會國原則般，將之提升為類此之憲法原則（註四），頗值得推敲之。質言之，設若有權利即有救濟，係作為與憲法第十六條人民訴訟權之保障具有關聯性之基礎者，則以「有權利即有救濟」之「意旨」稱之，蓋已有憲法規定作為依據，不用以法理稱之。反之，如認為有權利即有救濟，尚未為我國憲法或法律所明文規定，或可以法理稱之，作為憲法解釋方法之依據。

二、權利與法律上利益之概念與是否繼續採取重大影響說，有待釐清

公立學校聘任之教師係基於聘約關係，擔任教學研究工作，與文武職公務員執行法令所定職務，服從長官監督之情形有所不同，故聘任之教師應不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員。此類教師如兼任學校行政職務，就其兼任之行政職務，仍有公務員服務法之適用。（本院釋字第三〇八號解釋參照）又本件解釋係攸關公立大學教師，如受到不利具體之措施，除兼任行政職務者外，如前所述，其非屬於公務員服務法適用之對象，故其性質上，非屬於公務員之懲戒、懲處與其他不利具體之處分或措施之適用對象。

至本件解釋涉及曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、

教師評量等具體措施，係屬於發生權利或法律上利益受侵害之原因事實，其造成不利後果，有係依民法等私法為請求權基礎者，亦有依公法而發生之權利或請求權者。在公法方面，有係直接或間接之干預、妨害、侵害（註五）或影響者，亦有屬於工作權（例如身分變更、不續聘或解聘）、財產權（例如公法上財產請求權）或對名譽、信用等人格權之干預、妨害、侵害或影響者。此自得依教師法第三十三條規定，教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。本件解釋認為該規定僅係規定教師認其權利或法律上利益受侵害時，給予其「權利保護保障」之救濟途徑，並未限制學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨無違。此見解以該規定文義上似給予教師有相當機會選擇其救濟途徑，認為其與憲法保障訴訟權之意旨相符，固無可厚非。另依教師申訴評議委員會組織及評議準則第十六條第一項規定，提起申訴之教師就申訴案件或相牽連之事件，同時或先後另行提起訴願、行政訴訟、民事訴訟、刑事訴訟，或依勞資爭議處理法申請調解、仲裁或裁決。其立法意旨似有意指明，欲賦予教師多元之救濟途徑，但實務上適用該規定時，往往囿於傳統或修正之特別權力關係之見解，反而將前開規定解釋為「並非均得提起行政訴訟請求救濟」，須「視事件的性質」而定，從而限制教師提起行政訴訟之途徑。（註六）

此外，目前訴訟實務上，行政法院有些判決將教師之法律關係，準用公務人員之規定，並依本院有關公務人員之解釋，而限制教師之行政爭訟權。其限制之理由，有以學校對教師所為具體措施，是否足以改變其教師身分，或對於教師權益有無重大影響之措施，亦有從學校與教師之關係是否屬於內部關係、管理關係或工作條件等，加以限制教師之行政訴訟救濟途徑。本件解釋認不得僅因身分或職業關係之不同，即限制人民依法律所定程序提起訴願或訴訟，在此情形，教師權利保護與司法救濟途徑是否准

許，視對教師所為具體措施內容而定，此似有意揚棄或避開以身分或職業作為判斷標準之傳統或修正特別權力關係理論。(註七)惟宜再加探究者，此所謂具體措施，其所干預、妨害、侵害或影響之權益（或稱權利或法律上之利益）為何？因其如涉及憲法所保障之自由或財產等權益之影響，此時似可不必再考慮其影響權益是否重大，逕認為構成該自由或財產等權利之干預、妨害、侵害或影響，得以尋求司法救濟。惟教師之權益類型多元而非法律得以一一列舉，並可能涉及教師之權益係直接或間接受到影響之情形，此時是否仍應維持本院若干解釋所採須具有重大影響（註八）之見解。本件解釋或許有意留待未來法院實務上個案判斷或學說理論上發展。質言之，由於本件解釋所稱有權利即有救濟，其核心問題，似非在於「救濟」，而是有何種「權利」可作為救濟之權益主張基礎或請求權基礎。本件解釋將民事及行政救濟等均予以涵蓋，通常得依民法或私法規定，向普通法院請求司法救濟，原本未見太大問題存在。但所謂權利（Recht），如借用德國法之用法，其可能涵蓋為主觀化法律之權利與客觀化權利之法律。(註九)除私法上主觀私權利外，另為主觀公權利，此係在公法救濟時為救濟對象之主觀權利。(註十)又參考行政訴訟法第四條用語，除「權利」以外，更加入「法律上之利益」(註十一)，此所謂法律上利益為何，對於教師之權益而言，其與前述權利或非法律上利益之區別何在，均仍有進一步探討之餘地。(註十二)

從基本權觀點出發，因聲請憲法解釋之權利內容，主要以憲法所保障之基本權為主要對象，惟隨時代推移及社會變遷，基本權之保障種類及內容，迭有更易，在比較憲法學上，有認為二十一世紀之人權憲法課題，從第一世代之人權，即自由權（信教自由與政教分離、表現自由等），第二世代之人權，即社會權（生存權與保護給付（受給）權、勞動權等），轉而第三世代之人權，檢討隱私權、自己決定權，現至第四代之人權，即探討和平的生

存權（註十三）。此種觀點是否放之四海皆準，固有進一步探討之空間。惟配合時勢發展，將人權之內涵重新檢討之想法，頗值得參考。另有關德國基本法之論著，有認為德國聯邦憲法法院已從往昔「權利救濟途徑保障」（Rechtsweggarantie），發展至「權利保護保障」（Rechtsschutzgarantie），由規範形塑出給付基本權（Leistungsgrundrecht），即積極賦予個人享有實質上向法院請求有效保護其主觀權利，而非僅是形式上保障個人接近使用法院之權利救濟途徑（Rechtsweg）。（註十四）藉由上述此等觀念，對於教師之基本權（人權）究竟推移致第幾世代之權利理念，固有待學者專家加以深入探究。但透過本院解釋較清楚之說明，或許可將教師之權利或法律上利益，作出更具體引導方向或賦予實質之規範內涵，以供相關機關實務上之運用，並有助於理論上建構或推展。

除前述權利以外，尚有影響未達侵害憲法或法律所明文保障之權利者，可能包括補充性或攔截性之權利，此等權利是否包括在教師權益之內，甚至現行法律無明文規定者，但其在法律上對一定利益發生影響者，是否一律均得向法院提起訴訟，是否須以重要或重大影響為其構成要件事實（註十五）。即是否參酌德國聯邦憲法法院於特別權力關係（註十六）終結後，其所發展出之重要性理論（註十七），藉以解決法律保留（尤其是國會保留）之問題，進而運用於基本權之限制及司法救濟（審查）等議題，凡此均有待再釐清。

註解：

註一：此所謂法力說，藉以說明權利之本質，所謂權利是受法律保護，得享有特定利益的法律上力量，已為多數學者所接受，成為現今之通說。權利有兩項要素，即法律利益（法益）與法律實力（法力）。權利與反射利益不同。（參照施啟揚，民

法總則，2011年，頁49-51；王澤鑑，民法總則，台北：作者發行，2014年2月增訂新版，頁110。）

註二：參照 Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 37.Aufl., München: Beck, 2013, §1 Rn.4.

註三：本院解釋其他曾使用「法理」者，例如釋字第六二〇號解釋，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。

註四：本院解釋曾使用憲法原則者，諸如釋字第六二二號、第六六〇號、第六七四號、第六八五號、第六九三號、第七〇三號及第七〇六號等解釋，主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；類似有關稅法之解釋，例如釋字第六〇七號、第六〇八號、第六二二號、第六二五號、第六三五號、第六六〇號等解釋，如係秉持一般法律解釋方法，且符合相關憲法原則，即與租稅法律主義無違。另如釋字第六八二號解釋，對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上如屬應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留原則、比例原則及平等權保障等憲法原則；釋字第六七九號解釋，非依據憲法原則，要求得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪併合處罰時，即必然不得准予易科罰金；釋字第六六五號解釋，法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。釋字第六一四號解釋，主管機關依法律授權所訂定之法規命令，其屬給付性質者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。釋字第五四二號解釋，行政機關訂定之行政命令，其屬給付性之行政措施具授與人民利益之效果者，亦應受相關憲法原則，尤其是平等原則之拘束。釋字第六一一號解釋，憲法第十八條保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權。晉敘陞遷之重要內容

應以法律定之。主管機關依法律授權訂定施行細則時，為適用相關任用及晉敘之規定而作補充性之解釋，如無違於一般法律解釋方法，於符合相關憲法原則及法律意旨之限度內，即與法律保留原則無所牴觸。釋字第三七九號解釋，國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，係憲法第一百四十三條第四項所揭櫫之國家土地政策；土地法第三十條第一項前段規定，私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，第二項復規定，違反前項規定者，其所有權之移轉無效，即屬首開憲法原則之體現。

註五：基本權之干預與其侵害及妨害，宜加以區別。因為儘管基本權干預（Grundrechtseingriff）或重要妨害（eine wesentliche Beeinträchtigung）經確認時，則非必然已經存在基本權侵害（Grundrechtsverletzung）。對於基本權之干預，排除先經關係人之同意以外，毋寧是依憲法本身、依法律（durch Gesetz）、或基於法律之授權（auf Grund eines Gesetzes），或事後亦經關係人之同意，而具有正當性（或具有阻卻違法事由）。其他要件是該干預須合乎比例原則。參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3.Aufl., München: Beck, 2011, §9 Rn.1.至於行政訴訟法第四條所稱損害，或許是行政爭訟法上之操作定義，但如嚴謹而言，損害是侵害行為或措施所發生之不利後果，宜將侵害（infringement）與損害（damage）分別為宜。

註六：參照許育典，消逝的教師權利救濟請求權---評最高法院一〇三年度裁字第八九一號裁定，月旦法學雜誌，第234期（2014年11月），頁288。

註七：如從德國特別權力關係發展而言，十九世紀，法律保留之重要例外，國家統御行為原則上免除法律之拘束。但比較一般權力關係涉及人民情形，在當時所謂特別權力關係之保留，是特別具有其重要性。至於行政機關相對於國會之參與請

求，保留於行政機關所屬之獨立而非受法律拘束之領域。諸如學校（Schule）、公務員關係、軍事勤務、刑事執行等。當時於國家內部，非屬法律關係，並且不給予國會共同參與之機會。此係於前民主時代之觀念，直至基本法生效施行時代仍有相當長期間被採納。1972 年始為聯邦憲法法院（典型案例：BVerfGE 33, 1ff. - Strafgefangene；最後 BVerfG, NJW 2006, 2093 - Jugendstrafvollzug）所明確取代，基本權亦得適用於特別權力關係，其基本權干預亦須有法律正當性。其他終結特別權力關係之聯邦憲法法院判決，另如 BverfGE 34, 162, 192 - Hessische Förderstufe；BverfGE 41, 251, 259 - Speyer- Kolleg；BverfGE 45, 400, 417 - Oberstufenreform；BverfGE 47, 46, 78 - Sexualkunde；zuletzt BverfGE 108, 282 - Kopftuch。（參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §9 Rn.3.）

註八：有關公務員之本院解釋，例如釋字第 二九八 號及第三三八 號解釋，關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人如有不服，得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服。

註九：參照王澤鑑，前揭書，頁 111。

註十：從基本權之功能或層面而言，憲法所保障之基本權，於具體個案，對特定個人所衍生之權益，是一種主觀公權利（ein subjective öffentliches Recht）。（參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., München:Beck, 2015, C5.）但如從基本權人之主觀權利之請求權而言，換言之，即從客觀法之基本權內容所生之主觀權利是否存在，則有爭議。但有關主觀公權利之防衛功能（status negativus），而非就基本權人之主觀請求權出發，則較無爭議。參照 Stern in: Klaus Stern/Florian Becker, Grundrechte-Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 2010, Einl. Rdn. 32f., 82. 德國學者，亦有從給付權之基本權功能，賦予基本權之積極功能之地位（status positivus）。（參照 Volker

Epping, 5. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2012, Rdn. 5.)

- 註十一：使用法律上之利益用語，例如本院釋字第四三〇號解釋。有認為對於權利與反射利益之中間型態，即所謂法律上利益，此係從客觀解釋論出發，採取新保護規範理論，透過客觀法律意旨之探求，以尋繹出法律上客觀之意旨。例如本院釋字第469號解釋「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」雖該號解釋係針對限制被害人請求國賠之判例是否違憲而所作出解釋，但有認為其係採取新保護規範說，故可資參酌。
- 註十二：本院釋字第五四六號解釋文對於權利與利益概念有所闡釋，該解釋認為所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。似對於權利或法律上利益之概念有所限縮，雖聲請憲法解釋之事實不同，固不宜完全比照，但其進一步闡釋權利或法律上利益之概念，或可資參照。
- 註十三：參照辻村みよ子，比較憲法，東京：岩坡書店，2006年3刷，頁91以下。
- 註十四：參照 Christoph Gröpl / Kay Windthorst / Christian von Coelln, Grundgesetz-Studuenkommentar, 2.Aufl., München: Beck, 2015, Art. 19 Rn. 70f..

註十五：最高行政法院104年8月份第2次庭長聯席會議（一），就公務員經評定年終考績列丙等，該公務員得否提起行政訴訟求為救濟？表決結果：採乙說。惟比較決議與乙說之文字，略有差異。乙說認為「對於公務人員之公法上財產請求權及陞遷權（憲法第18條保障人民服公職之權利，也包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權，司法院釋字第611號解釋意旨參照）亦有影響。基於憲法第16條有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。」但決議文則為：「…於晉敘陞遷等服公職之權利影響重大…」。兩者對照，決議文則增加「重大」，是否服公職權利之影響，是否最後決議仍採重大影響作為判斷依據？甚至預留採納重大影響說之可能性？凡此等議題，頗有推敲之餘地。

註十六：我國實務或理論上如能真正完全揮別或揚棄特別權力關係後，改採否定說，如日本原採取特別權力關係或修正特別權力關係時，將法治主義之排除、人權之限制及司法審查之排除等運用於特別權力關係之公務員、在監受刑人、在學關係之學生等，改採可以適用法治主義、基本權（人權）保障及司法審查（救濟）。此後，值得再思考是否引用德國重要性理論之問題。

註十七：有關德國學理及聯邦憲法法院所發展出之重要性理論，可追溯於 Oppermann（第五十一屆德國法學家年會所提出之專家報告 C，[1976, C48]），聯邦憲法法院再加以闡明，無論如何，立法者須依形式法律規定學校之一切「重要性」（wesentlich）問題。重要性於此係指基本權重要性（grundrechtswesentlich）。之後形成重要性理論之概念，此當然非屬學術上意義之理論。（參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §9 Rn.4.）於此情形，重要性非為固定之概念，毋寧認為是詮釋學中滑梯公式之一種（eine Art hermeneutischer Gleitformel）。越是持續涉及或危及基本權，法律規定越是

須要精確且緊密。參照 Schnapp in: Schnapp / Wigge Vertragsarztrecht §4 Rdn.27, Verlag C. H. Beck im Internet, beck.de.。該見解係參考 Maurer 教授見解，另參照 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: Beck, 2011, § 6 Rdn. 14; 本院釋字第六八四號解釋之陳春生大法官協同意見書。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本號解釋【教師因學校措施受侵害之訴訟救濟案】，係合併審查二件聲請案件，茲將原因事實及爭點概要說明如下：

第一件聲請案，聲請人係桃園縣立草漯國民中學（現已更名為桃園市立草漯國民中學，下稱草漯國中）之教師，於民國（下同）九十七年間，向臺灣桃園地方法院檢察署，以草漯國中前校長觸犯妨害名譽罪提出告訴，經該署檢察官發出傳票，通知聲請人到地檢署接受訊問。聲請人認其到地檢署接受檢察官訊問，係履行公法上義務，乃以此為由，依教師請假規則第四條第一項第十款規定，向學校提出公假之假單。學校認聲請人不符給公假之規定，數度函聲請人依教師請假規則辦理請假事宜，否則將以曠職辦理。然聲請人認其符合公假要件，且已完成請假手續，堅持不更改假別。（註一）學校乃對聲請人作成下列處置：（1）對聲請人未到校一事，以「記曠職一日」登記處理；（註二）（2）根據「記曠職一日」，予以「扣薪一日（註三）」；（註四）（3）聲請人年終成績考核，經以有「記曠職一日」事由，考核結果為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第四條第一項第三款之「留支原薪（註五）」。（註六）聲請人對上開三項處置，分別提起申訴、再申訴，均遭駁回，乃提起行政訴訟，經臺北高等法院九十九年度訴字第七六一號裁定以起訴不合法予以駁回，聲請人提起

抗告，亦經最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定（下稱確定終局裁定）認抗告無理由予以駁回。

聲請人以確定終局裁定所適用之教師法第三十三條規定（下稱系爭規定），涉有牴觸憲法第七條平等原則、第二十三條法律保留原則，侵害憲法第十六條所保障之訴訟權及第七十七條行政訴訟審判權等規定，依司法院大法官審理案件法（下稱司法院大審法）第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

第二件聲請案，聲請人係國立成功大學教授，於九十七年間依該校教師評量要點第二點第三項第三款及第六款規定申請「免予評量」，經系教評會、院教評會、校教評會均否決申請，遂提出申訴、再申訴，均遭駁回。嗣向高雄高等行政法院提起行政訴訟，經該院九十八年度訴字第六〇三號判決認為該校否准聲請人申請免接受評量之決定，不涉教師身分之變更，亦非屬重大影響之懲戒處分，純屬內部考核管理行為，並非行政處分，不得對之提起行政訴訟，駁回其訴。嗣上訴至最高行政法院，經該院以一〇〇年度判字第一一二七號判決（下稱確定終局判決），適用系爭規定，認對於學校措施，教師得否於申訴、再申訴後續行行政訴訟，應視其性質而定，原審認學校該決定為不得提起行政訴訟事項，於法並無不合，因而駁回上訴而告確定。

聲請人以確定終局判決所實質適用之釋字第三八二號解釋及上開該校教師評量要點規定，有牴觸憲法第七條平等原則、第十一條學術自由、第十五條工作權、財產權及第十六條訴訟權等疑義，依司法院大審法第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

第一件聲請，本院認其聲請系爭規定符合受理要件而作成本號解釋，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。系爭規定僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨

尚無違背。第二件聲請，雖然聲請意旨並未明示聲請解釋系爭規定，但確定終局判決顯係依系爭規定而未就聲請人所指摘之事項於實體上審理，因而就聲請意旨所指摘訴訟權受侵害乙節，系爭規定具有重要關聯，故可納入本號解釋，併為處理。本席對上開多數意見，均敬表贊同。

本號解釋，重申有權利即有救濟之憲法原則，就教師之訴訟救濟，揚棄特別權力關係理論，肯定教師與其他人民享有相同之訴訟權，惟對教師之訴訟權保障若干概念或疑義，未及說明或論述，本席認為有予以補充闡述之必要，爰提出本協同意見書如下。

貳、程序問題

依司法院大審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」，人民得聲請解釋憲法。第一件聲請之聲請人就學校對其為「曠職登記」、「扣薪一日」及「年終成績考核留支原薪」等相關處置不服，業經申訴、再申訴及行政訴訟，最終經確定終局裁定駁回確定，已依法定程序用盡審級救濟，認為其訴訟權遭受不法侵害，主張確定終局裁定所適用之系爭規定，牴觸憲法第十六條有關訴訟權保障之規定，而聲請解釋。第二件聲請之聲請人，就學校對其否准「免予評量」之處置提起行政訴訟遭駁回確定，向本院聲請解釋，確定終局判決所適用之系爭規定，顯然係判決未予實體審理之關鍵性規定，因此系爭規定雖未明示於聲請意旨之內，但並無礙於其聲請已符合受理程序要件，因此將之納入本號解釋。此二件聲請案，事涉以傳統特別權力關係理論限制教師之訴訟權，是否應予開放及其開放程度之問題，屬於憲法第十六條訴訟權之重大爭議，具有重要之憲法價值。

參、系爭規定基於合憲性解釋並無違憲

本件聲請解釋及審查客體係系爭規定，本號解釋據以審查之基本權利係憲法第十六條人民訴訟權之保障，審查原則係系爭規

定有無違反憲法保障之基本原則而侵害人民之基本權利？

一、系爭規定之制定沿革

為規範教師資格之檢定、審定、聘任、權利義務、待遇、進修、研究、退休、撫卹、離職、資遣、保險、教師組織、申訴及訴訟等事項，八十四年八月九日經總統公布制定教師法，關於教師之申訴及訴訟，第二十九條第一項規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」第三十一條第一項及第二項前段規定：「教師申訴之程序分申訴及再申訴二級。」「教師不服申訴決定者，得提起再申訴。」第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」共同架構教師權益受侵害時救濟制度之基礎，（註七）且上開規定迄今均未曾修正。

二、系爭規定之規範目的

教師法雖架構上開救濟制度，然而易滋生爭議者，係系爭規定之規範目的為何？係實質限制教師提起行政爭訟之權利？抑或僅規定教師權利或法律上之利益受侵害時之救濟途徑？解釋上應可區分為「實質限制說」與「訴訟途徑說」：

（一）實質限制說

目前行政訴訟實務見解，認系爭規定中之「按其性質」，有其特別意義，是作為得否提起行政爭訟之重要關鍵。主管教育行政機關或學校對教師有關其個人之措施，如其事件之性質屬於：（1）改變教師之身分關係，直接影響其服公職之權利者；或（2）對教師之公法上財產請求權受到影響者；（3）對於教師有重大影響之懲戒處分者；得對之提起行政訴訟以資救濟。如其事件之

性質非屬於前述三類態樣者，諸如未改變教師身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，則不許提起行政訴訟。因此系爭規定「按其性質」，實質產生限制教師提起行政爭訟之權利。相關見解不勝枚舉，且如出一轍，大致意旨如下：

按「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」教師法第三十三條亦定有明文。因此，教師是否得依行政訴訟法請求救濟，端視事件性質及處分內容而定。又關於公務人員權益之保障，依司法院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二六六號、第二九八號、第三一二號、第三二號、第三三八號、第四三〇號、第四八三號、第五三九號等解釋意旨，公務人員得依法提起行政訴訟救濟者包括：足以改變公務員身分關係，直接影響其服公職之權利者；或對其公法上財產請求權受到影響者；以及對於公務人員有重大影響之懲戒處分等。至於若未改變其公務員身分關係之存續，或未對其應有權利有重大影響之人事行政管理措施，則不得提起行政訴訟。（註八）因此，諸如記大過、記過處分、申誠懲處、考績評定、免除行政兼職，或機關長官、主管所為不同區域或職務之調任、工作指派、所發布之職務命令、所提供之福利措施等，核屬公務人員保障法第七十七條第一項所指之工作條件或管理措施，則不得提起行政訴訟。（註九）教師雖非公務人員任用法所稱之公務人員，惟教師之保障範圍，與公務人員幾無軒輊，上開有關公務人員權益之司法院解釋，於內容性質不相牴觸時，對於教師自得「準用」。是教師對於其服務學校所為未改變其教師身分或未對其權益有重大影響，且無損其公法上財產請求

權之內部管理措施處置，如有不服，僅得依教師法規定提出申訴、再申訴，經再申訴決定後，即不得再提起行政訴訟。（註十）

（二）訴訟途徑說

此說認為，系爭規定僅係「揭示」訴訟途徑，闡述教師因學校措施致其權益受侵害時可能尋求司法救濟之途徑而已，並無特別意義。所謂「按其性質」，僅係因我國司法審判權劃分為普通法院及行政法院，故指明教師應依爭議性質分別依法提起不同訴訟，亦即系爭規定僅為轉引規定，並無實質內容。因此，依法條文義解釋，教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損害其權利或法律上之利益時，可能之救濟途徑如下：

1. 得不按申訴、再申訴之程序請求救濟，逕按學校措施之性質，依民事訴訟法、訴願法或行政訴訟法之規定要件，提起民事訴訟、訴願或行政訴訟，請求救濟。
2. 得按申訴、再申訴之程序請求救濟，之後再按學校措施之性質，依民事訴訟法或行政訴訟法之規定要件，提起民事訴訟或行政訴訟，請求救濟。

本號解釋多數意見認為，系爭規定僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制「公立學校」教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。換言之，係排除可能引起特別權力關係違憲限制訴訟權疑義之「實質限制說」，而採取「訴訟途徑說」，是在系爭規定同時具有違憲與合憲之可能解釋中，基於合憲性解釋方法，闡明憲法第十六條保障訴訟權之意旨所得出之結論。事實上，由系爭規定制定時之立法目的而言，不論行政院或立法委員所提出之草案說明，均明示教師於申訴、再申訴後，「得按其性質依法請求救濟」、「得於期限內」「依法

提起民事、刑事或行政訴訟」，足見「訴訟途徑說」，方符合立法意旨。(註十一)而本院運用類似解釋方法，以避免所審查之標的僅有宣告違憲一途，非無前例。例如，釋字第五〇九號解釋針對刑法第三百十條誹謗罪規定，以相當理由、轉換舉證責任等方式，導入憲法對於言論自由之保障，而限縮該規定之適用範圍。又如釋字第六五六號解釋針對民法第一百九十五條第一項後段回復名譽之適當方法，以人性尊嚴及不表意自由為據，指明判決依該規定命加害人公開道歉之憲法界限，不得涉及命加害人自我羞辱等情事，均屬適例。(註十二)

綜上，本席認為，系爭規定非但未限制「公立學校」教師提起行政訴訟之權利，亦未限制「私立學校」教師提起行政訴訟之權利。(註十三)解釋文之所以強調並未限制「公立學校」教師提起行政爭訟或訴訟之權利，係因本件原因案件之聲請人為「公立學校」教師，為回應聲請人之聲請意旨，故解釋文特別揭示並未限制「公立學校」教師提起行政訴訟之權利。同時，並於解釋理由書中特別舉例說明，教師因學校具體措施(諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量)致權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。(註十四)至主管教育行政機關對教師個人所為之措施，亦同。本號解釋基於系爭規定規範價值目的，在文義解釋範圍內，為避免人民受限於特別權力關係理論而無法尋求司法救濟，本於憲法意旨而宣告系爭規定於「訴訟途徑說」下合憲，值得贊同。(註十五)

惟值得注意的是，本號解釋雖揚棄特別權力關係理論(或稱特別權利關係、特別法律關係(註十六))，但基於學校對教師之諸多具體措施，涉及專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應認享有專業判斷餘地(例如學校對教師之懲

處，屬於高度屬人性之評定，學校教評會容有判斷餘地，應予以適當尊重，（註十七）法院對系爭行政行為合法性，採取較低之審查密度）。故本號解釋理由書第二段特別指出，至受理此類事件之法院，對於學校本於專業及對事實真象之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第三八二號（註十八）、第六八四號（註十九）解釋參照）。

肆、重申有權利即有救濟之憲法原則

從系爭規定所生之訴訟救濟爭議之立論基礎而論，涉及有權利即有救濟之憲法原則的適用，殊值進一步論述。

關於人民訴願權及訴訟權之保障，本院釋字第二四三號解釋文首度揭示「有權利即有救濟之法理」，其次在諸多解釋理由書中援用「有權利即有救濟之法理」或「有權利即有救濟之原則」。（註二十）本院釋字第六八四號解釋文再度重申「本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨」，並於解釋理由書闡明，人民之訴願權及訴訟權為憲法第十六條所保障。人民於其權利遭受公權力侵害時，得循法定程序提起行政爭訟，俾其權利獲得適當之救濟（本院釋字第四一八號、第六六七號解釋參照），而此項救濟權利，不得僅因身分之不同而予以剝奪（本院釋字第二四三號、第三八二號、第四三〇號、第四六二號、第六五三號解釋可為參照）。

按行政訴訟法就提起訴訟之要件，係以「權利或法律上之利益」遭受損害為要件，然本院釋字第六八四號解釋對學生提起訴訟之權利受侵害要件部分，係稱：「如侵害學生受教育權或其他基本權利」（以「基本權利」為保護客體），得提起行政爭訟。雖然法律上權利或利益在論述上，仍有極大可能與憲法基本權利連結，但該號解釋與行政訴訟法規定不一，為不爭事實。是否寓有限制學生提起訴訟之意，或增加起訴時論述舉證之困難，不得而知。但本號解釋稱教師依系爭規定，於「權利或法律上利益受侵害時」，得續行訴訟，即與行政訴訟法規定一致。兩相對照，由

「受教育權或其他基本權利」之用語，改為「權利或法律上利益（註二一）」（或可稱為「權益」（註二二））之用語，顯然對人權保障更進一步，並澈底落實有「權利」即有救濟之憲法原則，以避免實務見解不當限縮憲法保障之訴訟權。

因此，同為人民之教師，對於其服務學校所為（未改變其教師身分或未對其權益有重大影響，且無損其公法上財產請求權之內容）管理措施處置，侵害教師權利或法律上之利益時，自不應準用公務人員之相關規定，限制教師提起行政訴訟。本席亦認為，現行教育人員，除公立學校編制內依法任用之職員外，尚無法律規定適用或準用有關公務員服務、保障或懲戒之規定（註二三）（公務員服務法第二十四條（註二四）、公務人員保障法第三條第一項及第一百零二條（註二五）及公務員懲戒法等相關規定參照）。目前行政訴訟實務，僅以現今教師之保障範圍與公務人員並無軒輊，即限制教師就其權利或法律上之利益受侵害時提起行政訴訟之權，與法律保留原則尚有未符。

申言之，依憲法第二十三條及本院自釋字第四四三號解釋以降所建立之「層級化法律保留原則」，從未有「保障範圍相同」，故「權利限制相同」，而可「準用」之見解。涉及給付行政之受益公權力措施，雖然「法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆」，但「倘涉及公共利益之重大事項」，仍應遵守法律保留原則，更遑論權利限制事項。行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」行政法院若能本於公法審判權，對於系爭規定依憲法意旨而為解釋與適用，與本院大法官針對法令之抽象解釋權，即可形成妥適分工。甚至行政法院可大幅邁步於本院解釋之前，採取人權保障為原則，限制應依憲法所定法律保留等原則為之之堅定立場。而非亦步亦趨，認為須經本院釋示後人民方有司法救濟權，甚至將並非傳統特別權力關係一環之教師捲入。藉此以揚棄特別權力關係下基本權利限制是原則、保障是例外的思維。（註二六）則對於人民訴訟權之

保障，當不致有所疏漏，引發類似於本件聲請解釋之訴訟權爭議，即可休矣。

本號解釋多數意見，認為本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施而受侵害時，自得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院（行政法院、民事法院）請求救濟。於解釋理由書內再加闡述，基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上之利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，不得僅因身分或職業之不同即予以限制（本院釋字第四三〇號、第六五三號解釋參照）。（註二七）

因此，教師法第二十九條規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」除學校對教師個人所為之措施外，主管教育行政機關亦可能對教師為有關個人之措施，本號解釋雖僅就「教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害」作成解釋，於「教師認其權利或法律上利益因主管教育行政機關具體措施遭受侵害」，解釋上，亦有本號解釋之適用。

目前行政訴訟實務，認為教師雖非公務人員任用法所稱之公務人員，惟教師之保障範圍，與公務人員幾無軒輊，有關公務人員權益之本院解釋（釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二六六號、第二九八號、第三一二號、第三二三號、第三三八號、第四三〇號、第四八三號、第五三九號解釋），於內容性質不相牴觸時，對於教師自得準用。教師對於其服務學校所為未改變其教師身分或未對其權益有重大影響，且無損其公法上財產請求權之內容管理措施處置，如有不服，僅得依教師法規定提起申訴、再申訴，經再申訴決定後，即不得再提起行政訴訟。於本號解釋公布後，即應有所調整。

註解：

註一：參照，臺灣省教師申訴評議委員會再申訴評議書，案號98035號（曠職一日案），頁6-7；案號98036號（曠職一日扣薪案），頁9-11；案號98037號（96學年度成績考核案），頁3-4。

註二：詳見臺灣省教師申訴評議委員會98035號再申訴評議書。

註三：依教師請假規則（依教師法第18條之1規定訂定）第15條後段規定：「曠職或曠課者，應扣除其曠職或曠課日數之薪給」，可知曠職與扣薪有連帶關係。

註四：詳見臺灣省教師申訴評議委員會98036號再申訴評議書。

註五：年終成績考核留支原薪（不晉本薪，且無獎金），相當於公務人員考績丙等。最高行政法院104年8月25日第2次庭長法官聯席會議已決議：公務員經評定年終考績列丙等，該公務員得提起行政訴訟求為救濟。

註六：詳見臺灣省教師申訴評議委員會98037號再申訴評議書。

註七：關於系爭規定與教師救濟權利之關係，請參閱，吳志光，教師申訴程序與訴願程序之關聯——以教師法第33條規定為核心，憲政時代，第32卷第2期，95年10月，頁135-56。

註八：參似為最高行政法院肇始將相關解釋準用至教師之96年度裁字第929號裁定意旨。

註九：參最高行政法院103年度判字第450號判決。

註十：參最高行政法院103年度判字第596號判決。其他相同意旨之裁定，諸如97年度裁字第2908號、98年度裁字第1110號、99年度裁字第2893號、第3318號、第3434號、100年度裁字第974號、102年度裁字第128號、第1656號、104年度裁字第466號、第1378號等裁定。

註十一：教師法草案於二讀會時，行政院版本、立法委員陳哲男版本與立法委員謝長廷版本，3版本之系規定均明示教師於申訴、再申訴後，得「按其性質」依法提起訴訟尋求司法救濟。請參閱，立法院公報，第84卷第46期，頁147-48。

註十二：釋字第509號解釋吳庚大法官所提出之協同意見書即稱：「本件係以轉換（Umdeutung）同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋（verfassungskonforme Gesetzesauslegungen）。」釋字第656號解釋李震山大法官所提出之協同意見書亦稱：「本件解釋係基於前例，並在『系爭規定之文義解釋範圍內，且不違反立法者的規範價值與目的（按：指回復名譽）』，以尊重立法形成自由及既成之法秩序為前提，所審慎理性抉擇的釋憲方法。」並認為除釋字第509號解釋外，釋字第535號解釋亦為合憲性解釋之適例，且申言：「由大法官基於補遺的補充性原則（Subsidiaritätsprinzip），闡明憲法真義，使系爭規定之適用與解釋趨近憲法，即具有憲法上原則重要性。」由人民角度而言，行政法院對系爭規定實務見解採取「實質限制說」，但礙於無抽象法令存在，無法符合司法院大審法第5條第1項第2款規定之要件。倘若本院大法官對聲請解釋系爭規定之案件，以屬認事用法之當否或法院個案見解而不受理，豈非坐視人民訴訟權遭受侵害而毫無作為？況且行政法院上開實務見解，均以「準用」本院有關公務員之數號解釋，作為限制教師訴訟權之依據。然而「準用」係法有明文指引，本院有關公務員之解釋並未明示，因此嚴格而言，應屬「類推」。當限制基本權利可能與法律保留原則有違時，本院自應由憲法保障人權之角度，將系爭規定解釋與適用之立場表明，並據以審查系爭規定是否違憲。

註十三：私立學校對教師亦非不可能為公權力措施，典型例如教師升等，業經本院釋字第462號解釋釋示在案。

註十四：許育典，消逝的教師權利救濟請求權，月旦法學雜誌，第234期，103年11月，頁278-95。

- 註十五：參釋字第665號解釋李震山大法官提出之部分不同意見書，針對刑事訴訟法第101條第3款重罪羈押規定是否違憲稱：「針對抽象規範審查持『合憲的法律解釋』（verfassungskonforme Gesetzesauslegungen）方法之前提，必須『在系爭規定之文義解釋範圍內，且不違反立法者的規範價值目的』。」
- 註十六：請參閱，吳庚，行政法之理論與實用，104年10月增訂13版，頁220-24。
- 註十七：釋字第462號解釋理由書：「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。」
- 註十八：釋字第382號解釋理由書：「受理學生退學或類此處分爭訟事件之機關或法院，對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真象之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更，併此指明。」
- 註十九：釋字第684號解釋理由書：「受理行政爭訟之機關審理大學學生提起行政爭訟事件，亦應本於維護大學自治之原則，對大學之專業判斷予以適度之尊重（本院釋字第四六二號解釋參照）。」
- 註二十：釋字第396號解釋理由書，重申釋字第243號解釋所謂有權利即有救濟之法理；釋字第546號解釋理由書：「方符有權利即有救濟之法理」；釋字第653號解釋理由書：「基於有權利即有救濟之原則」。
- 註二一：早在86年6月6日公布之釋字第430號解釋理由書即謂：「人民之『權利或法律上利益』遭受損害，不得僅因身分或職

業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟」，可資參照。

註二二：與本號解釋有關之教師法第29條亦規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其『權益』者」。

註二三：考試院與行政院共同會銜於101年3月27日函請立法院審議之公務人員基準法草案，第1條為確立公務人員法制基準，並規範權利、義務及管理基本原則，第2條第1項係有關公務人員之定義，同時於第2項規定：「前項規定不包括軍職人員、公立學校教師」，亦認為公立學校教師不屬於公務人員。

註二四：公務員服務法第24條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員，以及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」

註二五：公務人員保障法第3條第1項規定：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。」第102條規定：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。」

註二六：舉例而言，針對傳統特別權力關係下之重要一環，即軍人與國家間之關係，本院最早曾於釋字第201號解釋中，有意不碰觸軍人申請停役退伍事件得否爭訟之疑義。但行政法院即曾於本院尚未解釋下，率先肯定軍人「申請志願退伍」或「請求繼續留營服役」事件，亦得提起行政爭訟，並駁斥本於特別權力關係所生事項不得爭訟之過時主張。本院因而接續作成釋字第430號及第459號解釋，認為「聲請續服現役未受允准，並核定其退伍」及「兵役體位之判定」，本於憲法第16條訴訟權之保障，軍人均得提起訴訟尋求救濟。論者即對上開行政法院做法，評釋為「先向前邁步」，

給予高度肯定。參吳庚，同前註16，頁213-14。本院上開2號解釋所針對之事項，均涉及軍人身分之喪失或認定，仍不脫基礎關係得提起訴訟、經營關係則否之二分法，然並無礙於行政法院本於憲法第16條及行政訴訟法第2條規定，受理軍人針對其他事項所提起之訴訟。實則不惟訴訟權，於其他憲法基本權利之保障與限制亦然，各級法院法官本於憲法意旨而適用法律審判個案，不但可避免引發與本院抽象解釋權之緊張關係，在憲法訴願制度是否採行仍待討論下，亦屬值得鼓勵之事。再以憲法第14條保障之集會自由為例，本院釋字第445號及第718號解釋並未宣告許可制違憲，僅以「偶發性」及「緊急性」集會毋庸事先申請許可。然針對國道收費員未事先申請許可，於國道上抗議政府未妥善處理工作保障與轉介等事務，於警察機關隨行於國道下，雖未當場命令解散，但事後仍遭以違反道路交通管理處罰條例而「逕行舉發」。臺灣桃園地方法院104年度交字第30號行政訴訟判決，即以「和平」等作為不予裁罰之理由，並稱：「殊不論本件是否屬緊急性、臨時性或偶發性集會遊行而無須事先申請（釋字第七一八號解釋）的爭議。至少集會遊行本係民主社會中以『異議』方式表達抗議之常態，只要其中並無暴力成分，仍不脫其屬和平性集會之本質，不會因為沒有事先申請許可」，即不予保障。足見適用憲法意旨保障人權，毋庸事事均等待本院解釋。

註二七：釋字第684號解釋理由書：「此項救濟權利，不得僅因身分之不同而予以剝奪。」該號解釋係針對大專院校對學生所為之公權力措施；另釋字第243號解釋，係針對公務員受免職或記過處分；釋字第382號解釋，係針對學校對學生所為之退學或類此處分；釋字第298號解釋，係針對公務員就主管官署對其所為之懲戒處分而作解釋。本號解釋揚棄特

別權力關係，本席並認為基於公教分流等考量，係有意排除釋字第243號、第382號等有關解釋，以示區別。

部分不同意見書

陳春生大法官 提出

本號解釋指出，教師法第三十三條規定僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨無違背之見解，本席敬表同意。惟理由書中指出：「教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則」，但其對本案爭議最重要關鍵之最高行政法院適用本院釋字第二九八等號解釋，認為「抗告人不得對之提起行政訴訟」之結論，不置可否；亦未就聲請人對於本院釋字第二九八號解釋提出「已顯然有不洽當之處」之疑義加以回應或補充；又本號解釋所賦予教師因學校之措施，認為權利或法律上利益受侵害，得提起司法訴訟之權利，乃在現行司法制度下，當事人本就具有之權利，則本號解釋作成之意義何在，誠難理解。關於上述各點，謹述個人部分不同意見如後。

壹、本號解釋所賦予教師因學校之措施，認為權利或法律上利益受侵害，得提起司法訴訟之權利，乃在現行司法制度下，本就具有之權利

一、憲法第十六條訴訟權涵蓋之範圍，包括凡人民憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判（註一）。

又訴訟權保護之要素之一為及時有效之權利保護，而所謂權利保護指基於法治國原則，對於國家之違法行為造成權利損害，可以經由獨立之法院加以救濟。而權利保護包括：（一）救濟管道之提供，以德國法為例，其基本法第十九條第

四項規定，任何人因公權力之行使，而權利受侵害時，必須提供其救濟途徑。

(二) 此權利除包含提起憲法訴願之前提之基本權利外，尚包括其他權利。而由本條項可推導出有效權利保護之要求，亦即，當人民因公權力之行使，而權利受侵害時，必須提供其迅速、簡單及可期待方式之救濟途徑（註二）。

二、本案之問題在於法院實務對本院釋字第二九八號等解釋之解釋適用不當，而非系爭教師法第三十三條本身與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違。

三、如同本院釋字第六五三號林錫堯大法官與本席共同提出之部分不同意見書指出：

「按我國司法實務採行傳統的特別權力關係理論，拒絕特別權力關係相對人得如同人民一般對特別權力關係內之措施向法院提起訴訟請求救濟，依解釋例與判例所示，可追溯自民國十九年之院字第三三九號解釋，且從該年以來，此種拒絕特別權力關係相對人司法救濟之理論已支配著司法實務，故於系爭法規制定或訂定之時，鑑於此種特別權力關係相對人不得提起爭訟之理論，乃另設申訴制度。換言之，司法實務拒絕受理此類訴訟在先，系爭法規建立申訴制度在後；如無司法實務拒絕受理此類訴訟之法律見解，則無完全仰賴系爭法規建立申訴制度之必要。顯然，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟的是傳統的特別權力關係理論與司法實務所持法律見解，而不是系爭法規。」

因此，對於釋字第二九八號解釋加以補充，本為本院之職掌（註三），惟多數意見並未加以回應。

貳、本號解釋對實務之影響

本件系爭裁判之一的最高行政法院一〇〇年度裁字第九七四號裁定指出：「足見教師對主管教育行政機關或學校 有關

其個人之措施，得否依教師法第三十三條規定提起行政訴訟請求救濟，端視其事件之性質而定，並非所有不服申訴、再申訴決定者，均可提起行政訴訟請求救濟。復參酌司法院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。」

又「教師雖非公務人員服務法所稱之公務人員，惟教師所受保障範圍，與公務人員應無不同，自得準用有關公務人員之規定，故關於教師所受工作條件及管理必要之處分，不得提起行政訴訟。經查抗告人所不服之系爭處分係屬學校內部自治之管理措施，尚非對教師之身分、財產權或其他重大權益之處分，揆諸首揭說明，抗告人不得對之提起行政訴訟……。」

一、本最高行政法院裁定應為行政法院向來穩定之見解，其重要之點包含：

- (一) 教師所受保障之範圍得準用有關公務人員之規定。
- (二) 最高行政法院依本院釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨，歸納認為，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟以資救濟；相對地，若依公務人員保障法第七十七條第一項所指之管理措施或工作條件之處置，則不許提起行政訴訟。此亦準用於教師。
- (三) 本件當事人所不服之系爭「曠職一日」、「扣薪一日」及「留支原薪」處分，係屬學校內部自治之管理措施，尚非對教師之身分、財產權或其他重大權益之處分，抗告人不得對之提起行政訴訟。

- (四) 最高行政法院所推導出之結論，乃從系爭「曠職一日」、「扣薪一日」及「留支原薪」處分，係屬學校內部自治之管理措施，無外部效力，不得採取訴願、行政訴訟之救濟，其前提為認定上述三個處分其性質為公法關係，均非屬對教師權益有重大影響之處分，因此不得提起撤銷訴訟類型之行政訴訟。但並未否定當事人得提起其他類型之行政訴訟，或當事人認屬民事契約法律關係而提起民事訴訟。

二、本號解釋對當事人主張及最高行政法院之論據與見解，均未直接回應或論駁

本號解釋之多數見解，有以下未盡周延之處：

- (一) 對當事人之聲請補充本院釋字第二九八號解釋之主張，未予回應。
- (二) 對行政法院向來穩定之見解，不予引用、確認，亦未明白否定。因理由書中固指出：「教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則」，但並未回應本案最高行政法院認為「抗告人不得對之提起行政訴訟」之結論。就本案系爭三處分，最高行政法院認定其均屬公法、內部關係，故應採訴願、行政訴訟途徑救濟；而本號解釋對此未加以討論。
- (三) 對於最高行政法院有關「教師所受保障之範圍得準用有關公務人員之規定」之見解，亦未明白肯定或否定。對本院有關釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二九八號解釋意旨，歸納認為，公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權或對於公務人員有重大影響之懲戒處分，得對之提起行政訴訟程序以資救濟之見

解是否亦適用於教師，亦未予置一詞。

三、本號解釋隱含對公務員與教師保障制度分流之思考，卻忽視本院向來對人民基於權利保障，向法院提起訴訟救濟時，不得僅因其身分或職業不同即予以限制之意旨，以及本院釋字第二九八號解釋以降，來自於重要性理論之思考，未進一步發展或置喙。

（一）例如本院釋字第四三〇號解釋理由書指出：「因公務員身分受有行政處分得否提起行政爭訟，應視處分內容而定，其足以改變公務員身分或對於公務員權益有重大影響之處分，受處分之公務員自得行使上開憲法第十六條之權利，請求司法機關救濟，迭經本院釋字第一八七號、第二四三號、第二九八號及第三三八號等分別釋示在案。軍人負有作戰任務，對軍令服從之義務，固不能與文官等同視之。惟軍人既屬廣義之公務員，與國家之間具有公法上之職務關係，倘非關軍事指揮權與賞罰權之正當行使，軍人依法應享有之權益，自不應與其他公務員，有所差異。現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，如對之有所爭執，既係影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟。」

（二）又本院自釋字第二九八號解釋始於解釋文或理由書中有「對於公務員有重大影響之懲戒處分」（釋字第二九八號解釋文）、「服公職之權利有重大影響」（釋字第三二三號、第三三八號解釋文）、「對人民憲法上受教育之權利有重大影響」（釋字第三八二號解釋文）、「公務員權益有重大影響之處分」（釋字第四三〇號解釋理由書）等類似重要性理論運用之解釋方式。

四、本號解釋對行政法院向來前述見解並不生影響，因為如前所述，本案爭點在於最高行政法院所推導出之結論，乃從系爭

處分，認係屬學校內部自治之管理措施，無外部效力，不得採取訴願、行政訴訟之救濟，其前提為其認定上述三個處分為公法關係，且均非屬對教師權益有「重大影響之處分」，因此不得提起撤銷訴訟類型之行政訴訟。但並未否定當事人得提起其他類型之行政訴訟，或當事人認屬民事契約法律關係而提起民事訴訟。但本號解釋對最高行政法院上述思考並未直接回應，因此，對行政法院向來之見解，似無影響。

參、發展「權益有重大影響」之處分之積極意義

基於重要性理論之功能，行政法院今後應繼續具體化、形成化本院自釋字第二九八號解釋以來所建立之重大影響之意旨，更積極發展我國式重要性理論之「權益有重大影響」概念，以落實人民基本權利之保護。詳論之：

一、法律保留與授權明確性之檢驗

- (一) 立法者對於在規範領域所有重要之決定，必須自己加以規範。所謂重要的，如同法院一再所強調者，即對基本權利之實現是重要者。傳統之法律保留之基本權利相關者，仍然維持，但相應於基本權利功能之增大，其所保護基本權利之範圍亦相對地擴張。而重要性理論雖超越（jenseits）傳統之侵害保留（Eingriffsvorbehalt），但並未否定它，侵害保留仍然存在（fortbesteht），重要性理論只是確保基本權利重要部分不被減損（reduziert）。且重要性理論所擴張之法律保留部分（der erweiterte Teil des Gesetzesvorbehalts），其基礎仍與基本權利相關，重要性理論並未創設（konstituiert）基本權利，而只是將基本權利具體化（konkretisiert）（註四）。

(二) 重要性理論與授權明確性之關係

關於重要性理論與德國基本法第八十條第一項第二句之（授權）明確性要求間之關係問題，德國學界與實務界對此見解不一，而儘管有個別之不同，但可

化約為兩個見解（選擇）。第一個主張認為，兩者（重要性理論與授權明確性要求）必須區別，且相應地有二階段之審查程序：是否存在重要性事項？若是，則不得授權。若否，則固可授權，但其授權須依照基本法第八十條第一項第二句之規定。依照第二說之見解，則重要性理論與明確性要求，兩者係相互關聯且相互支持。但其仍存在之問題為究竟其出發點為何？是重要性理論也可依照明確性要求來解釋？還是明確性要求必須依重要性理論來詮釋？聯邦憲法法院對此之見解並不一致。有採第二說（BVerfGE 58, 257, 277 f）亦有採第一說（BVerfGE 91, 148, 162 ff）者。--- 如果純從基本法第八十條第一項第二句來理解，國會保留與重要性理論必須另外地推導出；當其具有實質上意義，則在其（第八十條第一項第二句）範圍內，重要性理論之要求必須被檢驗。因此學者 Maurer 認應採第二說（註五），吾人亦贊同其見解。因為如下所述，重要性理論存在著一個階梯（層級）效果（Stufenfolge），亦即從專屬國會立法者須自己規範之完全重要性事項，再者為亦可授權命令發布者加以規範之較少重要性事項。

二、階梯般之法律保留與授權明確性原則之連動（層級化法律保留——本院釋字第四四三號解釋理由書參照）

猶如本院釋字第四四三號解釋所宣示的層級化之法律保留，所謂對當事人權益有重大影響，可類比重要性理論之內涵加以理解，亦即所謂重要性，如同我國之「對權益有重大影響」用語，並非確定之概念，而是如同某種之滑動公式（Gleitformel）。如果某一事務對於市民且（或）對公益越是重要，則對立法者之要求則越高。由此推導出規範密度：對於個別市民之基本權利越不利或越受威脅、對於公益影響越

重大且於公共性中對問題之複雜性有爭議時，則法律之規範必須越詳細與越嚴格。依此存在著一個階梯（層級）效果（Stufenfolge），亦即從專屬國會立法者須自己規範之完全重要性事項，再者為亦可授權命令發布者加以規範之較少重要性事項，直至不屬於法律保留且可由行政加以規範之非重要性事務。階梯效果對於不同要求所需之規範密度當然不是特定之規範，而是如同階梯般顯現。即使重要性理論之傾向是可理解且合理的（價值），但亦不得誤以為它在個別案件幾乎不以重要結果為目標。聯邦憲法法院透過於判決中之論述，對規範事項之不同效果，予「重要性（Wesentlichkeit）」以更明顯之輪廓，並將此視為聯邦憲法法院自己之任務（註六）。

三、基於確保權利保護（Rechtsschutz）之救濟途徑之落實

重要性理論除要求，從專屬國會立法者須自己規範之完全重要性事項，再者為亦可授權命令發布者加以規範之較少重要性事項，直至不屬於法律保留且可由行政加以規範之非重要性事務。若公權力之行使違反法律保留或授權明確性時，基於當事人之權利保護，則依據重要性理論，如同我國之「對權益有重大影響」概念，得作為判斷能否提起行政救濟之基準。本院自釋字第一八七號、第二四三號、第二九八號及第三三八號等解釋之意旨，亦足以相類比。

四、重要性理論之防漏（Auffang）功能

當具體案件，依憲法本身即可推導出必須有法律上規範，或已有法律規範時，則不須重要性理論介入。只有當是否應有法律規範有疑義時，重要性理論可作為依據之判斷基準，因此是具防漏性功能。依本院釋字第一八七號、第二四三號、第二九八號及第三三八號等解釋之意旨，若公務人員對於改變身分、影響公法上財產之請求權者，得對之提起行政訴訟以資救濟。若未改變公務員身分，但屬對於公務人員

有重大影響之處分，亦得對之提起行政訴訟。而何謂重大影響之處分，此猶如德國之重要性理論所強調之「基本權利之實現為重要部分」者，則於具體案件，由專業法院（主要為行政法院）加以具體化或類型化。

肆、結語

- 一、過去我國行政訴訟制度只存在撤銷之訴，固須以行政處分存在為前提方得提起，而民國八十九年七月一日起施行之新修正行政訴訟法，其訴訟類型不以撤銷訴訟為限，是以當事人所受處分即使非行政處分，亦可能提起撤銷訴訟以外之行政訴訟。
- 二、本案之問題在於行政法院實務，對系爭本院之相關解釋適用有斟酌空間，而非系爭教師法本身，本號解釋所賦予教師因學校之措施，認為權利或法律上利益受侵害，得提起司法訴訟之權利，乃在現行司法制度下，教師本就具有之權利。系爭行政法院裁判認為當事人「不得提起行政訴訟」，嚴格說係指「不得提起撤銷訴訟類型之行政訴訟」，而並不禁止其提起如課予義務之訴或給付之訴類型之行政訴訟。
- 三、行政法院今後應繼續發展本院自釋字第二九八號解釋以來所建立之重大影響之意旨，更積極地具體化、形成化我國式重要性理論之對「權益有重大影響」概念，以落實人民基本權利之保護。

註解：

註一：參考吳庚大法官本院釋字第三六八號解釋協同意見書。

註二：陳春生，釋字第六五三號解釋部分不同意見書參照。

註三：如同德國聯邦憲法法院關於何謂重要事項，認為聯邦憲法法院得透過於判決中之論述，對規範事項之不同效果，予「重要性（Wesentlichkeit）」以更明顯之輪廓，並將此視為聯邦憲法法院自己之任務。Vgl. H. Maurer, a. a. O., S. 120 (Rn. 11b).

註四：H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, S.120 (Rn.11a).

註五：H. Maurer, a. a. O., S. 121 (Rn. 11c).

註六：H. Maurer, a. a. O., S. 120 (Rn. 11b).；另本院釋字第六八四號解釋，陳春生之協同意見書參照。

部分不同意見書

陳新民大法官 提出

誰能夠將他的理念與行為分開，或將他的信念與職業分開？

黎巴嫩文學家·紀伯倫《先知》

本席對於本號解釋多數意見不能贊同之處，乃是在理論層面的雜亂割裂，同時有意漠視現行法制的迂陋與落伍，因此表現在整個理由書刻意沒有針對大法官過去論斷公立學校教師與公務員司法救濟管道有無所繫的釋字第二九八號解釋與其他相關解釋，是否已達到功成身退的階段，質言之，還在承認釋字第二九八號解釋的立論，是本號解釋沒有創造出任何學理上進步的價值；同時昧於現實，沒有對現制提出任何違憲批評的藥石之方，白白浪費了可以推動我國完全根除特別權力關係殘渣之契機。亦未大力要求立法者應針對目前公務員權利義務法制「一體化」與「簡化」的施於公立學校教師之上，以及混淆公、私立教師與學校間權利義務關係，且一律給予同樣的權利救濟管道，形成「大鍋炒」的落伍法制現狀，而有必要極速全盤改進的義務。故對此急就章式的多數意見，本席保留若干不同意見，敬陳於次，以盡職責：

一、令人啼笑皆非的結論

有如行雲流水般之本號解釋多數意見，狀似一個打破舊有陳規，開放了所有教師提起救濟之門的冠冕堂皇之作，但是在整個行文上，卻將「應然面」(Sollen)與「實然面」(Sein)相互混淆。透過美化現制，把原本不存在的應然理想層面，描述成現制理應存在的規範。

這在多數意見對於教師法第三十三條（下稱系爭規定）的合憲性上，多數意見認定——其只是中性、純屬工具性質的規範，只指明教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背——，即可得知矣！但更關鍵的是，在系爭規定所明白指明的教師「訴權」，在現制的實體法上到底何在？其在法院的審判實務中有無獲得完整的承認？多數意見則未予審查。故多數意見心目中的教師權益保障之「完整訴權」是否只是鏡花水月的幻覺？此證據出在理由書第二段，所導出的明白結論：「一旦教師因學校措施致權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。」的結論，似乎依目前的現制，任何公、私立學校教師因學校的措施，認有侵犯、影響其權利之時，即可提起救濟。沒有區分係身分關係，抑或管理關係（釋字第二九八號解釋之立論），皆可為之。同時此救濟的途徑可區分為民事訴訟（私立學校教師之可運用），行政訴訟（公立學校教師之可運用），似乎目前法制提供的救濟途徑堪稱完善也。

上述多數意見的見解，是真的存在乎？在此短短的形諸在解釋文與兩段理由書中，清楚地呈現出多數意見「美化」了目前各級學校教師權利保障與訴訟救濟法制的現制。果如多數意見所示，則本號解釋的二位聲請人，本來都可以透過行政訴訟的方式，取得了法院實質審查其所受的學校措施是否合法，包括實質合法與形式合法性，顯然地，聲請人皆遭所有訴訟程序的敗訴，且都敗於形式不合法，亦即赤裸裸的事實，正好與多數意見的結論相反。所有訴訟審級之法院全部依循釋字第二九八號解釋及相關解釋之立論，以及依此解釋所形成的公務員與教師權利保障與救濟途徑的法制，即，限於身分關係方得提起行政救濟（訴願及行政訴訟），至於其他的措施，例如，考績評定、留支原薪等，屬於管理關係，而不得提起上述的救濟來作為程序駁回的理由。

難道多數意見對明白與其見解唱反調的終局裁判之見解，會寬容至漠視的程度乎（註一）？

正是這種指摘現制的不合理與違憲性，才給予聲請人提起聲請本號解釋的動因。如今，多數意見卻認為：系爭規定與救濟的法制並無違憲、且釋字第二九八號解釋並未在終局裁判中獲得適用、當事人依系爭條文之意旨本來便有充分的訴訟程序，也導致了本號解釋多數意見自然毋庸指摘現狀有任何違憲與值得改進之處。

這種推論方式，豈非彷彿一位已病入膏肓者前往求助於醫生，醫生診斷後，未針對病症開出藥方，反告以：「汝本無病，乃庸人自擾也」。原因案件的聲請人讀到本號解釋文後，發現大法官說明法條內容沒錯，而且相關法院的裁判也沒錯，當事人本即可以提起行政訴訟。但卻遭行政法院否決此權利，使得所有政訴訟及釋憲程序皆白走一趟，徒然耗費數年的時間與期待，結果法院的決定還是沒錯。那麼到底問題出在哪裡？豈非爛仗一場？多數意見豈不令聲請人豈不啼笑皆非、哭笑不得乎？

二、為何不解開盤根錯結之處——釋字第二九八號解釋豈能「巍然不動」？

既然本號解釋多數意見刻意不回應本號解釋聲請書最重要的聲請意旨——要求大法官檢驗釋字第二九八號解釋的論理依據是否早已不合時宜。此種不去觸動釋字第二九八號解釋的理由，恐謂該號解釋乃是針對公務員的懲戒事件，以及依懲戒結果能否提起救濟而聲請，從而獲出了「必須限於公務員身分或於其有重大影響之懲戒，方應有救濟程序」的原則；與本號解釋的標的——公立學校教師受懲處——並不相同，因此，毋庸將之列入審查標的……云云。

這種見解，本席難以認同！首先，吾人應強調：大法官的解釋有拘束人民與各機關的效力（釋字第一八五號與第五九二號解釋），故其性質與效力猶同法律，可以作為立法的依據，亦可為

行政法之法源。在建立釋憲機制的國家，以釋憲意旨替代憲法明文規定的「憲法委託」作為立法的動因更為常見。也因此，作為最權威的法源來源，大法官解釋高不可攀，也唯有時時檢討作為立法依據的大法官解釋是否已過時，而有修法與立法的必要，方是促使國家法律制度能夠符合社會進步的良性運作之方。本號解釋卻與此精神背道而馳。在此應驗證釋字第二九八號解釋的過時。

的確，釋字第二九八號解釋是針對公務員的權利救濟的解釋，而非針對公立學校教師而作成。但是，判斷該號解釋要否成為本號解釋審查檢驗的標的，不是論其原因案件的類別，而在於是否在相關法制中是否已經成為規範本案之相關法制，所涉及之人民以及其權利義務之主要依據而論，否則會造成「見樹不見林」的後果。

正如本意見書前所示，本號解釋的標的，乃觸及傳統特別權力關係理論之體系的一環。在該體系內，公務員、公立學校教師、公共機構（公營造物）內的規範對象——如學生或監獄受刑人等——，都是受到此理論的約束而無法如一般人民般，對公權力機關所為的措施，視為行政處分而得提起訴願與行政訴訟。因此，大法官歷次作出有關打破特別權力關係理論對上述人民訴訟權利所為的制梏之解釋，卻都是針對其中某一種規範對象而來，而後再擴張的將該開放原則，施於其他種類之規範對象之上。易言之，該號解釋起了「催化劑」的觸媒作用，而起了連鎖反應。

就以吹起打破特別權力關係理論第一聲號角的釋字第一八七號解釋，便是以「公務員申請給予未領退休金憑證之決定」為對象，而開始以認定公務員的財產權利可提起救濟；釋字第二〇一號解釋針對公務員請領退休金之權利，而許可提起救濟，都是可以延伸到公立學校的教師之上。同樣的推理，可見諸釋字第二四三號解釋，其原因案件當事人有三位，為併案審查，其中二位為公務員，一位為公立學校教師，但同為該號解釋的效力所及。

該號解釋在主文與理由書中雖皆以公務員為論述對象，但明顯的仍將公立學校教職員的相關規定納入（註二）。同時理由書將大法官前二號相關解釋（釋字第一八七號與第二〇一號解釋）所開放的救濟意旨——即公務員基於身分關係所受到的處分應以其內容作為判斷可否提起救濟的依據——，一樣可用在教師之上。從而，認定「唯有涉及改變公務員身分，直接影響服公職權利者」方屬行政處分，可提起行政救濟。除此之外，僅依考績法記大過的規定，既然未涉及身分的改變，即不得訴請救濟。釋字第四六二號解釋亦針對教師升等被拒，認為屬於教師身分上之權益受損，得提起行政救濟，亦適用上述公務員救濟權之法理。

因此，大法官明顯地採納德國一九五五年，也就是著名的德國烏勒（C.H. Ule）教授所提出的「外部、身分關係」與「內部、管理關係」，作為界分公務員受到行政機關處置能否提起行政救濟的標準，實從本號解釋奠下基礎（註三）。

至於在釋字第二六六號解釋，則將釋字第二四三號解釋所強調的身分關係，配合前幾號有關財產權受侵，可得提起救濟的意旨，調整作出公務員非為免職處分之考績結果，本不涉及身分變更，但如有影響財產之利益時，即應可提起救濟。同樣地，此號解釋也應及於教師之上。

至此，此幾號解釋所累積的見解，已經為了釋字第二九八號解釋奠定了理論基礎——公務員與公立學校教師——，都受到同樣的原則——身分關係受到影響，以及財產權受到侵犯為限——，方得提起行政訴訟，是為身分關係與管理關係二分法適用的結果也。都有一脈連貫的關聯。

此關鍵性的釋字第二九八號解釋，實質上乃是針對了大法官對於改弦更張特別權力關係所作的結論，比上述釋字第二六六號解釋更進了一步，由「身分關係受損」，增加到「重要影響」。故該號解釋明白提及：

「但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之

懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。」

但在此有二點值得特加重視：

第一，大法官雖然將身分關係的要件，改採「重要性理論」（Wesentlichkeitstheorie），但何為此重要性？其判斷標準為何？大法官卻未有任何敘述。此雖然符合德國當時（與現今同）流行的主流理念，但卻仍屬不確定法律概念，可留有法律予以細部規定，同時保留司法解釋的空間。在司法實務上，且可由法院來形成「案例類型」，來予以確定是否具有重要性的人權價值，從而可以在法律保留原則上，與論定該類型行政措施是否具備行政處分的特色，並可提起訴願與撤銷之訴（註四）。

第二，該號解釋雖然明白提及規範對象乃是懲戒處分為限，但同時也提及儘管並非基於公務員懲戒法所為之免職處分（涉及身分改變），但係基於考績法所為之類似處分，釋字第二四三號解釋既然已提到了類似的處分，已影響公務員之憲法保障之服公職權利，在相關法律修正前，同樣應許可提起救濟。釋字第二九八號解釋指出釋字第二四三號解釋應當加以補充之點，只是加上重要性要件的可訴理由，並沒有更易上述影響身分的考績結果，仍可提起救濟的結論也。

因此，釋字第二九八號解釋並沒有將學術界頗為贊揚、理應可以為朝向開放更多公務員權利救濟之門的「重要性理論」提出更多可以運用的資訊，來加速裂解特別權力關係規範體系的速度。但更值得吾人關注的，恐應該是該號解釋畢竟已經開啟了希望之門，然而，此希望之門上，仍繫著一把「只限懲戒處分，以及考績結果涉及免職者」的門鎖。至於最有可能納入並援引重要性理論的考績法所定的考績結果，諸如，記過、調職……，該號解釋仍然維持未改變舊有見解釋的立場也。也因此幾乎學界對此號解釋的批評甚多，都集中在此點上。

因此，就釋字第二九八號解釋的開拓性而言，只是言而不

行，還有待大法官日後是否「再鼓餘勇」罷了。

例如，釋字第三一二號解釋（公務員退休請領福利互助金所生爭執之救濟程序）、釋字第三二三號解釋（對不合格或降低官等之審查不服不得爭訟之判例違憲）、釋字第三三八號解釋（認公務員對級俸審定之爭執不得爭訟之判例違憲）……，都是認定以涉及公務員身分（例如，釋字第三二三號解釋的官等評定；以及釋字第四三〇號解釋認定軍人的要求續服現役權利）或為財產權利益，認為屬於影響重大之決定也。此後少有對公務員部分，有進一步大開大闔的創見出現！

由上述的敘述可知，釋字第二九八號解釋雖然似乎閃現了大法官開啟採用重要性理論大門的一線靈光，但不論是基於魄力與雄心不足或是後繼無力，本理論並沒有繼續發揚光大，反而是本理論且形塑成公務員與學校教師權利救濟「二分法」的基礎，此觀諸於民國（下同）八十一年釋字第二九八號解釋作成後，即為於八十五年十月十六日制定公務人員保障法提供理論基礎，其中公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得提起復審（該法第十八條）；至於，對於服務機關所提供之工作條件及所為之管理認為不當者，只得依提出申訴、再申訴（該法第二十三條），而不能夠視為行政處分而提出行政訴訟。至於教師是否適用該法？依該法第三十三條（現行法改列為第一〇二條）第一項，雖然只限於「教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員」，不包括教師在內（註五）。

至於教師的救濟管道，依八十四年八月九日制定之教師法，則只有申訴與再申訴一種內部救濟，此見諸第二十九條之規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」以及第三十一條之規定：「教師申訴之程序分申訴及再申訴二級（第一項）。教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校

及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同（第二項）」。

而教師法與公務人員保障法的公布時間極為接近，乃是當時國家開始實施「公教分流」，而不欲將公務員與公、私立教師一體看待。然而，教師的救濟途徑，使用公務員兩種救濟制度中的一種名稱，明顯地會產生誤解，認為教師救濟並無提起訴願或行政訴訟的機制。此理由，乃基於教師法適用對象乃包括公私立學校教師在內（教師法第三條，本法於公立及已立案之私立學校專任教師適用之）。至於私立學校與教師的關係，應屬民事關係；反之，公立學校者則屬行政契約關係，皆非訴願制度進行所牽涉的撤銷訴願，必須限於行政處分為前提，所能包含者。故教師法第三十三條（亦為本號解釋的系爭規定），方有下列極為含混的規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」顯示了公私立教師雖有多重訴訟救濟管道，但絕不可狹義的認為必須受限於公務員的申訴體系，亦即受到釋字第二九八號解釋的框架拘束。

在立法的過程中，系爭規定的立法旨意：由於本條文的內容糾雜不清，是否僅准許公立學校教師的權利受損，僅得透過訴願與再訴願的程序，方得提起訴願與行政訴訟，亦即申訴先行主義，抑或可直接提起行政訴訟？在立法過程中產生甚大的爭議。然而，由主管機關的代表（教育部次長李建興）的澄清，系爭規定的主要精神乃在於：1、儘量保護教師的訴訟權利；2、申訴制度與訴訟制度乃是「併行制」，因此不必以申訴制度為前行要件，才會出現系爭規定有「教師不願申訴……」之用語；3、申訴制度的存在乃是為了學校安定，讓校內爭議儘可能在學校內解決；4、學校與教師間有可能產生之關係為民事關係，故使用「措施」（教師法第二十九條第一項）一詞，取代訴願所必須的「處分」用語，顯然乃行政訴訟與民事訴訟皆為法定的救濟途徑也；5、教師的救濟體制自始便未考量烏勒教授與公務員法制所依據

的二分法，所有侵犯其權利者，都可提起救濟。因此，教師即有三種救濟管道：申訴（再申訴）、行政救濟與民事訴訟，可嘗試選擇（註六）。

但在實務的運作上，上述教師法系爭規定的彈性與開明特性，便產生曲解，特別是對系爭規定中，涉及訴訟救濟可能性的「按其性質」一語的詮釋，留下了「病源禍根」！亦即可提供操作限制訴訟權的把柄也。這也是源於司法實務長年來將軍公教人員體制一體看待，而將公務員的權利義務關係，準用在教師之上。就以待遇而論，大法官在釋字第三一二號解釋針對公務員退休請領福利互助金所生爭執之救濟程序，即將此救濟程序由公務員及於所有的「公教人員」之上（註七）。

這種將公教人員權利保障及課予義務，同樣適用相同的法律規範，且具有極高的憲法意義，與保障法益之態度，大法官直到最近都沒有變更，最明顯的例證，乃出自釋字第七一七號解釋關於公務員退休優惠存款利率的法制，教育部且以行政命令，而非法律位階的規範，實施此制度，獲得該號解釋合憲性的評判，大法官並未區分一為公務員，一為教師而應有本質上的不同，而有不同的價值評判也（註八）。

無怪乎本號解釋原因案件在終局裁判（最高行政法院一〇三年度裁字第八九一號裁定），且明白的承認公立學校教師與公務員的地位類似，應適用同樣的規範：「……又公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位，業經司法院釋字第三八二號解釋在案，而公立學校之教師，與學校間則具有公法上勤務關係，與所服務學校間之身分關係，與公務人員類似，故司法院關於公務人員因身分而受處分，得否提起行政訴訟之解釋，於公立學校教師亦應比照適用。而參諸司法院釋字第二四三號解釋、第二六六號、及第二九八號解釋，……」。同樣的見解，也出自另一號終局裁判（最高行政法院一〇三年度判字第五九六號判決）的敘述更為清楚：「……另關於公務人員權益之保障，

依司法院釋字第一八七、二〇一、二四三、二六六、二九八、三一二、三二三、三三八、四三〇、四八三、五三九等號解釋意旨，公務人員得依法提起行政訴訟救濟者包括：足以改變公務員身分關係，直接影響其服公職之權利者；或對其公法上財產請求權受到影響者；以及對於公務人員有重大影響之懲戒處分等。至於若未改變其公務員身分關係之存續，或未對其應有權利有重大影響之人事行政管理措施，則不得提起行政訴訟。教師雖非公務人員任用法所稱之公務人員，惟教師之保障範圍，與公務人員幾無軒輊，上開有關公務人員權益之司法院解釋，於內容性質不相牴觸時，對於教師自得準用，是教師對於其服務學校所為未改變其教師身分或未對其權益有重大影響，且無損其公法上財產請求權之內部管理措施處置，如有不服，僅得依教師法規定提出申訴、再申訴，經再申訴決定後，即不得再提起行政訴訟。……」。

由上述二個終局裁判，已經可以洞見行政法院的實務，已經將公立學校教師權利義務，包括訴訟救濟權利「擬公務員化」，因此釋字第二九八號解釋的規範意旨，自然延伸在此類案件，並由終局裁判作為判決的依據也。而在行政法院的實務中，此法制更已形成定見，判決多如牛毛也。

這是實務上曲解了教師法有異於公務員保障法而獨立立法的制度原意，又曲解了系爭規定所許可教師提起司法救濟的美意，導致了教師申訴之性質，理應類似訴願，卻在實務上反偏向公務員申訴之制度（註九）。可舉一例證明之：訴願決定書應附記提醒提起行政訴訟的「教示制度」（訴願法第九十條），但在申訴決定書上，並沒有類似的記載。顯示實務上已經牴觸了教師法的意旨，多數意見豈能不察乎？

因此，吾人不能夠光以釋字第二九八號解釋的規範對象僅係懲戒，又並非及於考績結果，亦非及於教師，而不予審查其合憲性，而是應檢驗該號解釋所立下的門檻，是否已經不合時代所需，本號解釋多數意見的基本態度即有誤也。

三、釋字第六八四號解釋的衝擊

釋字第二九八號解釋所構建的公務員與教師救濟體制中，除了涉及公務員與教師之財產及身分利益外，大法官在迄今為止的大法官解釋中，尚未有肯定其他權利之影響具有類似的「重要性」。但是，在此過程中，大法官已在兩個週邊類型案件中，啟動了另一波解構特別權力關係的手術。

在觸及最典型的特別權力關係之受羈押被告，認執行羈押機關對其所為之不利決定，釋字第七二〇號解釋，已認為若該決定已逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟。值得注意的是，大法官不以身分關係或管理關係來檢驗（因為此類型之處置多為管理關係），而是以人身自由的重要性作為判斷基礎；至於在較早的釋字第六八一號解釋，對於撤銷假釋的決定，反而不重視人身自由的重要性，而是以保障正當法律程序為判斷標準。前者的不利決定一定比後者對人身自由的限制來得輕，反而作為開放救濟權的依據，顯示身分關或重要性原則，並非決定人民擁有訴訟權範圍與否的唯一標準也，還有其他的人權與憲法原則可供判斷。

另一個對本案有影響的大法官解釋，為釋字第六八四號解釋對於學生訴訟權利開放所應該帶來的巨大衝擊。

在該號解釋中，大法官已經明白揚棄了釋字第二九八號解釋以來僅限於影響學生就學與身分權利者，方許可提起行政救濟的傳統見解。此觀諸理由書：「……本院釋字第三八二號解釋就人民因學生身分受學校之處分得否提起行政爭訟之問題，認為應就其處分內容分別論斷，凡依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會時，因已對人民憲法上受教育之權利有重大影響，即應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，而得提起行政爭訟。至於學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害

其受教育之權利者（例如記過、申誡等處分），則除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。……」，而改變了見解：「……惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更」。

大法官在該號解釋也不採納所謂的重要性理論，凡是屬於學生受教育權或其他基本權利，都允許學生提起司法救濟，亦即以「權益受損」取代「重要權利受損」。然而，本號解釋並非隱含著大法官承認學生可以漫天認定所有學校的管理措施皆會侵犯學生的權利，從而可訴請法院救濟。而係僅限於「受教育權或其他基本權利」，故學校本於行政管理（即建築物管理權，Hausrecht），或其他基於大學自治權限，仍有不少得以規範的權限。退一步而言，法院儘管承認學生有起訴權，但起訴後有無理由，仍可由大學自治權限所訂下的規範，取得法源規範力，為此司法裁量應予尊重也。所以，不至於讓校園失序，學校管理當局喪失管理運作大學的能力。

因此，釋字第六八四號解釋，所強調的「有權利即有保障」的原則，應當有散發熱力的效果，至少，應當直接衝擊大學教師與大學間的權利救濟體制，然後，再選擇性的一步步影響公務員的救濟體制。

以大學教師的權利為例，特別是公立大學。按公立學校本為公共機構（公營造物），其特徵為一定的設備與運作人員所組成，而其使用者則為單方面被規範之對象。因此教師，特別是大學教師的重要性，是構成公共機構運作的骨幹，其權利義務應該給予最大的保障，同時亦是大學自治的制度性保障意志的來源及實際運作者。雖然，公立學校教師在傳統行政法學上，頗多視為國家

教育公務員的一環，這也造成了我國過去實務上，將教師擬公務員化的現象。但究竟已經是過去式。隨著釋字第六八四號解釋承認此種公共機構的運用者——學生——享有高度保障之訴訟權，豈可不隨著提升教師的訴訟權利乎？

因此，釋字第六八四號解釋應當扮演「火車頭」的角色，帶領立法者儘量擴張其理念於教師與公務員的救濟途徑之上（註十）。

然而，這種火車頭的角色顯然並未被實務所採納。在上述二個最高行政法院的終局裁判，都認為大學與學生的關係，縱有受到釋字第六八四號解釋的調整，但對於教師與公務員的權利救濟無涉，同時認為釋字第二九八號解釋的效力仍不受影響（註十一）。

此便是實務界承認釋字第六八四號解釋效力範圍的有限性，故解鈴還需繫鈴人，大法官本應當透過本號解釋的機會，發揚釋字第六八四號解釋的精神，澄清實務見解以及對教師法系爭規定在操作上的謬誤，顯然多數意見未能體現之，可惜良機已失！

四、多數意見忽視尚有巨大立法工程尚待進行

本號解釋多數意見似乎過度樂觀的認定，本號解釋已經打開了各級學校教師就學校處置的救濟之門，一切訴訟的障礙已然清除矣！然而，卻忽視了本號解釋仍未澄清目前下列混亂與相互糾結的權利救濟法制：

1. 現制糾結著公務員與公立學校教師的救濟制度；必須分開立法規範，而其內容必須大幅修正現行規定。基本上，公務員與公立學校教師受到義務拘束的來源並不相同，前者可由公務員法體系，後者應由行政契約獲得拘束。雖然兩者應有共通之處，特別是行政契約為行政權力之一種，與行政處分般受到同樣公法原則的拘束。但在此即可得知，公立學校教師與學校間的義務來源，既然都由行政契約而來，且規範內容多類同行政處分

般，取得可提起行政訴訟之資格。相形之下公務員與機關間，即容有甚多屬於內部規範之空間。因此兩者權利救濟的屬性，已經有甚大的差異，應當反應在其提起行政訴訟的可能性差異之上。這也需要透過法制的改新來呈現。

2. 現制糾結著公立學校的教師與私立學校的教師的救濟途徑。且完全適用一種途徑（申訴與再申訴）。雖然經本號解釋澄清不以經過申訴為必要，可逕行起訴（民事或行政訴訟）。然而，正確的解決方法，前者為行政契約關係；後者則為民事關係（註十二）。從而教師法的現行申訴規定即與大法官解釋的意旨互有矛盾，似乎應當在教師法中明定申訴制度乃任意條款，並非起訴的先行程序，尤以民事訴訟為然。然而幾乎整個教師法的救濟規定都必須大動手術不可。
3. 現制糾結著大學、中學與小學。釋字第六八四號解釋僅限大學生與學校之關係，同時大學教授享有制度性保障及講學自由等，比中小學教師有更多的權利保障，各種學校應有不同的制度設計。
4. 即使許可教師可有多元訴訟途徑，但公務員的救濟之門仍應打開，整體構建仍可循：行政處分之救濟（撤銷之訴與行政訴訟）、一般給付之訴（非行政處分性質之處置，包括要求重新調職、人事檔案資料的更換……）（註十三），以及仍屬內部規範的工作指示與安排，納入申訴範圍，而不得提起救濟等三分法（註十四）。但是在實施此二分法時，特別是上述的一般給付之訴（行政訴訟法第八條），或是給予行政處分之訴（行政訴訟法第五條），雖然前者不限於行政處分的行政給付義務為對象，不似後者般，即可以配合擴大公務員權利救濟的範圍，不以認為行政處分的行政措施為限，例如，人事檔案的附記、不當調職的重新安排職務，甚至保守的不承認考績評定為行政處分，仍可採撤銷之訴之方式，而請求主管機關重新審查程序，並重作評定……，都是可行之方（註十五）。

然而，這套較為進步的行政救濟體系與概念，是否隨著本號解釋公布後，行政法實務界（行政機關及法院），都可以瞭然採納，而無需透過其他相關法制，包括訴願法以及行政訴訟法的修正，而讓公務員及教師可以藉以提起行政救濟乎？恐無可能。

故本席亦主張本號解釋可賡續過去大法官逐案打開特別權力關係樊籠的成例，一步步就系爭的措施種類，斷定其是否具有透過行政訴訟來予保障的必要性。就以本號解釋而言，所涉及的遭到曠職處分、扣薪、留支原薪以及「申請免評量遭駁回」等措施，是否得以救濟，加以闡釋後，可以進一步釐清目前仍處於混沌未清的「內部處分」的範圍。這也是靠著司法累積，消弭特別權力關係影響力的一種方式也。當然，本號解釋如採此方法，也必須對於判斷的理論依據有所說明，顯然地，重要性理論的重要性相形降低，而權益說可望受到重視。本席以為，過去大法官解釋恆重視財產利益（並視為符合重要性理論），準此，本號解釋涉及的標的，例如，曠職扣薪，可得獲大法官之青睞（註十六）。但公務員與教師的權利，不以財產權為主，舉凡人格權、名譽權以及生涯發展權利，都是最重要的人權之一，從而行政機關若有其他侵犯人性尊嚴的舉措，更應賦予受侵害者提起救濟的權利。而在另一個原因案件中，聲請人要求審查其所申請之教授「免評量」，致遭大學駁回。此乃事涉學校當局對於教授服務與教學成果的評判，此決定猶如行政處分，將帶來積極的利益與不利，例如，通過此免評量者，可以免除評量的義務——比如車輛定期的檢驗與換照——難道不是一種給予積極利益的決定與行政處分相類似？更何況此種對教授學養的評定，可比如公務員的官等，雖不一定涉及到財產利益，但是對於教授的尊榮，以及若干年內免除評審的壓力負擔，使其能夠更自由的投入其所鍾意的學術工作，豈非對教授的權利有極重大的影響？多數意見且將此部分聲請，認為未具體指摘，而不予受理之，更是本席所不敢苟同者。

因此，本席認為公務員、教師的榮譽權與人格權都是其人性

尊嚴的體現。在本號解釋的原因案件涉及到教師違背認真教學義務所為的曠職處分，大法官豈能斤斤著眼於其可能帶來的財產損失（扣薪一日），而作為其可提起行政救濟之理由，而置學生、教師同仁與家長可以指指點點教師「曠職、不盡責」的人格侵犯與榮譽感喪失而不顧，難道師道尊嚴不敵一日之俸給？夫子之道竟然折腰於五斗米不到的小俸，豈不斯文掃地乎？故本號解釋實宜勇於澄清過去許多解釋「重幣輕譽」的沈疴矣！

綜上所述，可略為說明公務員與教師權利救濟法制仍處於「百廢待興」之階段。本號解釋多數意見忽略了仍有巨大的立法工程必須迅速進行，有必要督促立法者全盤檢討目前公務員與各級學校教師的權利救濟法制，把目前因陋就簡的制度全盤更新。但多數意見卻吝惜對立法督促予以一言提及，亦為憾事一件。

五、結論——尊師重道，由最大幅度保障教師權益做起

法治國家的進步，第一步必須在「理念認知」上，有隨時致力查覺「今是而昨非」的思想行動，獲得學理上的確信；其次，必須在實踐上將此確信，反映在國家法治體系的毅然更新之上。這才會使得國家的法治文明之質量，與日俱增。

在有樹立違憲審查權體制的國家，例如，我國，正是應當妥善與大力運用大法官行使審查權的機會，將老舊的法治思想與體制，予以適時的更新，方得使此機制的存在，使國家的法治進步產生最大的動力。

對於當年形塑與支撐起老舊的特別權力關係理論，最重要的概念——不承認公務人員能和一般人民一樣擁有最充分的權利保障與救濟地位，千方百計創造出此種公法理論來合理化這種將公務員視為當權者「奴僕」的角色。幸而，在數十年中經由許多學界與大法官先賢們的努力，透過許多解釋逐步揭開此「法治國家叢林」的黑幕，也一度獲得學界熱烈的稱譽，然而此進程卻只到達二十年前釋字第二九八號解釋為止。然而本號解釋本可以利用此良機，把五年前開放大學生權利救濟之門的釋字第六八四號

解釋意旨擴張到教師，特別是大學教師之上，再進一步推及公務員，使得特別權力關係的理念影響力，壓縮最小的空間，以顯示出我國已經成為高水準的法治國家。

然而，多數意見並沒有在此理念工程上獲得應有的掌聲。白白喪失了批判與揚棄此已經接近二十五歲高齡的老舊釋字第二九八號解釋與依其概念所構建的陳舊法制之機。

可惜，本號解釋又未能夠體會出教師會對青年學生在國家法治國屬性的體認與學習上，實扮演著極為重要的角色。語云：「師者，傳道、授業、解惑也」。如今連學校的教師，受到學校任何一個自認不公不義的對待，國家法制尚不許給予其伸冤訴理的訴訟機會、不給予其完整的公民人權保障。試問老師內必何以甘服？如此一位心懷怨懟的老師，何能期待其在課堂上與生活輔導的場合，會教導學生對國家法治國原則及其發展前景，產生一個樂觀與正確的認知？當莘莘學子正值可塑性最高的階段，其腦中深深烙下了老師親身遭到國家法制與司法機關不公正對待的案例，豈為法治國家之福？

在公務員方面亦然！此讓本席想起多年前研究與推展德國軍人法的理念，受到德國五〇年代軍事改革家包狄辛（Wolf Graf von Baudissin, 1907-1993）所強調公務員與軍人同屬「穿著制服的公民」（Staatsbürger in Uniform）的理念甚深。包狄辛的理念，大力排斥普魯士軍隊傳統的視軍人為服從的機器，不必顧及其享有基本人權的必要。而認為法治國家必須改弦更張，將軍人（及公務員）作為國家，以及一個法治國家的護衛者，也因為要扮演好此角色，應該儘量承認公務員與軍人享有最大的人權保障，須知，唯有軍人與公務員都能充分享受到法治國家原則與人權保障體制的好處時，才會體認國家的體制，值得彼等奉獻全部生命與健康來護衛之（註十七）！國家豈可再忍心剝奪其等伸冤之權限？

因此，本席認為，要尊師重道，就要由最大程度保障教師的

權利做起，給予其充分的救濟管道，以其言行作為學生「為權利而抗爭」（德國耶林大師的名言）的活生生教材也。一個理想的老師，不應只是學生的「經師」，也是生活與人生觀正確方向的「人師」。教師必須「言行如一」，這也是黎巴嫩文學家紀伯倫在其大作《先知》的一句名言：

「誰能夠將他的理念與行為分開，或將他的信念與職業分開（註十八）？」

尊師重道，請將教師的尊嚴以及完整的訴訟權還給教師！

註解：

註一：也許亦有論者會認為，這是行政法院訴訟實務「認事用法」的問題，不應由抽象審查的大法官來予論斷。這一種「遁向認事用法」以及「遁向指摘聲請理由未具體說明釋憲理由」（見本號解釋理由書第三段），雖是本院釋憲實務經常使用作為不受理與程序駁回的理由，本席認為應當儘量節制。尤其是前者的理由，切不可用在本案，按原因案件是否因為司法實務已經完全誤解與曲解立法者原意，且形成實務的見解，甚至提到大法官來解釋，反而將之推回認事用法之領域，如此一來，今後所有司法實務誤解法律文義，都可脫免違憲的宣告，國家釋憲體制可以休矣！

註二：可參見該號理由書第二段：「因公務員身分受行政處分得否提起行政爭訟，應就處分內容分別論斷，業經本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋闡釋在案，中央或地方機關依公務人員考績法或公立學校教職員成績考核辦法，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障服公職之權利，在相關法律修正前，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權，於最後請求司法機關救濟。」其中已經將「公務人員考績法」與「公立學校教職員成績考核辦法」併列，即為一明證。

- 註三：可參見拙著，行政法學總論，新九版，2015年10月，第72頁以下。
- 註四：這也是在行政實務上經常會涉及一個行政機關之決定是否符合行政處分的定義（行政程序法第92條第1項），尤其是是否為「對外直接發生法律效果」，亦即所謂的「外部效力」（Außenwirkung）的特徵。無怪乎幾乎所有的行政法教科書，都會在論及行政處分的概念時，針對各種不同類型與態樣的行政機關決定，論究其是否僅是屬於行政機關對內部人員的工作指示、有拘束性的規範等，屬於內部性質的決定，抑或是屬於外部規範力的行政處分也。
- 註五：雖然依據公務員任用法第33條，有對教育人員的任用另以法律定之的規定。似乎將教育人員亦有任用的制度（與聘用併行），而視為廣義的公務員之立意，同時立法院尚制定有「教育人員任用條例」將之規範，但已經脫離了公務人員任用法的體系，只有職員才適用之（第21條第1項）。因此，教育人員任用條例制定已走出了公教分流的一大步。
- 註六：可參見立法院公報第83卷第43期委員會紀錄，第304頁。
- 註七：此觀諸該號解釋的法規乃「中央公教人員福利互助辦法」即可得知。
- 註八：可參見該號解釋理由書第7段：「公教人員退休制度，目的在保障退休公教人員之生活條件與尊嚴，俾使其於在職時得以無後顧之憂，而戮力從公。相關機關檢討退休人員優惠存款之規定時，除應符合本解釋意旨外，亦應避免使其退休所得降低至影響生活尊嚴之程度。在衡量公教人員退休所得合理性時，對較低階或情況特殊之退休公教人員，應通過更細緻之計算方式，以減緩其退休後生活與財務規劃所受之衝擊」。
- 註九：可參見吳志光，教師申訴程序與訴願程序之關聯——以教師法第33條為核心，憲政時代，第33卷第2期，2006年10月，第141頁。

註十：可參見本席在該號解釋之不同意見書。

註十一：這已經成為行政裁判實務界的一致見解，在審理本案過程中，曾有同仁以系爭規定為關鍵字搜尋最高行政法院裁判，獲得計有66件裁判的結果，再以是否可提起訴訟，乃以是否影響教師身分（包括財產權或重大權益），為爭議內容者，共有25件。此25件的結論中，共有23件引有釋字第298號解釋之立論，至於採取二分法作為是否許可提起行政訴訟的標準，上述25件全部贊成採納之。

註十二：雖然此亦為本號解釋多數意見的見解，也是學術界的通說。但亦有部分學者認為，即使私立學校也是在某些事項，例如，學生學籍管理、學位的授與以及教師升等的評定等，屬於公權力的授與，就此部分而言，具有行政處分的性質。因此，即使私立學校與教師間所簽訂的契約，仍屬行政契約，而非私法契約。故關於此問題，仍有討論的空間也。持此意見者，例如，廖義男，人事爭訟之爭議問題，刊載：憲法及行政法制，2015年2月，元照出版社，第517頁以下。

註十三：例如，學界亦有認為在教師升等被拒絕時，可能併行撤銷之訴、或課予義務之訴及一般給付之訴。可見得，關於訴訟的種類，即有待繼續釐清。可參見廖義男，前述書，第515頁。

註十四：Köpp, Öffentliches Dienstrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2Aufl., 1986, S.391.

註十五：就此點而言，論者亦有認為依我國目前的行政法法理，亦許可公務員依行政訴訟法第8條之規定請求主管機關另為決定也，實際上凡此類似的爭議，特別是關於考績（乙等、丙等考績）、調職（主管改調非主管），只要不影響本俸、官等、等級，都不認為是可以提起行政救濟。可參見廖義男，前述書，第512頁。而影響當事人權利最大的當屬考績丙等，實務界本不認為可提起救濟，但考績改列丙等會

影響年終考績獎金、不得辦理陞任、三年內不得選拔為模範公務員、以及升等訓練。故最高行政法院104年8月份第2次庭長法官聯席會議（一），已決議認為有對公務員的權利造成重大的影響，應得提起行政救濟。該決議的見解是採納釋字第684號解釋的「有權利必有救濟」的法理，可見得釋字第684號解釋具有散發影響力至公務員救濟體系的功能矣。

註十六：例如，最高行政法院在系爭裁判（最高行政法院103年度第891號裁定）亦認為如果曠職處分，只是導致留支原薪，既不侵犯教師的身分與教學資格，即不得提起訴訟。至於，曠職處分導至曠職日的薪俸應扣還，也如同曠職處分雖會導致考績列丙等或其他處置，但「並非系爭曠職處分所當然附隨之效果」，從而不得提起爭訟。反面言之，若有直接導致財產權損失的處置，即當然得以提起訴訟也。

註十七：可參見，拙著，法治國家的軍隊，刊載：軍事憲法論，揚智出版社，2000年，第67頁以下。

註十八：許慧真譯，紀伯倫詩選集，宇楨出版社，1989年，第149頁。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本解釋多數意見認為教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，且教師法第33條規定未違反憲法第16條規定意旨。本席贊同教師法第33條部分，其餘部分尚難贊同，爰提部分不同意見如后。

一、本院以往解釋，將公務員、公立學校教師及軍人視為廣義公務員，對於公務員之處置可否司法救濟之解釋，於公立學校對教師之處置應可適用

（一）釋字第187號解釋：原因案件係聲請人向國防部請發「未核給

退伍金」，解釋內容則係公務員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，得依法提起訴願或行政訴訟。

(二) 釋字第243號解釋：原因案件係國小教師遭免職，解釋內容則係中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，得提起訴願及行政訴訟。

(三) 釋字第430號解釋：明示軍人係廣義公務員，現役軍官聲請續服現役未受允准，影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，與公務員同，得提起訴願及行政訴訟。

(四) 釋字第462號解釋：係關於大專院校教師升等之評審結果，可否司法救濟之解釋。所採標準與公務員相同，以對教師之資格等身分上之權益有重大影響，認得提起行政訴訟，並宣告行政法院 51 年判字第 398 號關於公務員之判例不再適用。

由上開解釋可見，本院以往解釋，將公務員、公立學校教師及軍人視為廣義公務員，對於公務員之處置，公務員不服，可否司法救濟之解釋，於公立學校對教師之處置應可適用。

二、本解釋似採全面開放，與以往適用關於公務員之解釋標準不同，本解釋既未對相關解釋為變更或補充解釋，亦未說明其理由，易滋爭議

(一) 本院解釋關於對公務員之處置，公務員不服，可否提起行政訴訟，概認視處置內容而定。可歸納為涉及公務人員之公法上財產請求權者，不論價值多寡，均可提起行政訴訟（例如釋字第187號、第201號、第266號基於確定考績結果之財產上請求部分、第312號解釋），未涉及公務人員之公法上財產請求權，僅與公務員身分服公職權有關者，則限於改變身分或對公務員之服公職權有重大影響者，始得提起（包括釋字第243號、第266號考績部分、第298號、第323號、第338號解釋）

(二) 本解釋謂「教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受

侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」，觀解釋理由「得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」，似採全面開放。惟何以得此結論，尚有疑問。所引據之釋字第430號解釋雖亦謂：「憲法第16條規定人民有訴願及訴訟之權，人民之權利或法律上利益遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟」，然仍肯認「因公務員身分受有行政處分得否提起行政爭訟，應視處分內容而定，其足以改變公務員身分或對於公務員權益有重大影響之處分，受處分之公務員自得行使上開憲法第16條之權利，請求司法機關救濟」。本解釋基於相同論述，何以獲得不同結論，並未說明。

（三）如前所述，上開有關公務員之解釋於公立學校教師應有適用（註一），且釋字第462號解釋關於教師升等評審結果，亦採對教師之資格等身分上之權益有重大影響標準，本解釋採全面開放，而未對上開有關解釋為處理，則有不同標準之解釋存在？

（四）如依本解釋理由，有權利即有救濟，不得僅因身分或職業之不同即限制其向法院提起訴訟，是否意含因公務員身分（含軍人）而限制其訴訟權違憲？可否以法律限制（參公務人員保障法第25條、第26條、第60條、第72條、第77條、第84條規定（註二）及陸海空軍懲罰法第32條規定（註三））？

三、本院解釋目前仍限制公務員部分訴訟權，有其必要，公立學校教師情形亦同

機關之各項行政工作，係分由所屬公務員為之，如何分配、指揮、管理所屬公務員，使行政工作順利完成，應屬機關行政權之核心，除於公務員有重大影響情形外，司法不宜介入，且有些處置，涉及全體人員之評比，如年終考績甲等或乙等，法院亦無從實體審查，許其提起行政訴訟，並無實質救濟可能，徒增勞費。

故現解釋仍對公務員之訴訟權為部分限制，尚有必要。公立學校具有機關地位（註四），教師與公立學校之關係和公務員與機關之關係相當，故尚不宜全面開放。

註解：

註一：確定終局裁定係將公務員之解釋準用於公立學校之教師，如認上開解釋適用範圍不含公立學校教師，其準用錯誤，此僅屬確定終局裁定適用法令之見解問題，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，不得就此為解釋。

註二：依公務人員保障法第84條規定，申訴、再申訴未準用第60條及第72條規定，故對再申訴仍不服者，不得再向法院提起救濟。

註三：依陸海空軍懲罰法第32條規定，降階、降級、罰薪、悔過處分得訴願及行政訴訟；其餘記過、申誡、罰勤、罰站等處分，向上級申訴。

註四：釋字第382解釋參照。

不同意見書

陳 敏大法官 提出

陳春生大法官 加入

黃璽君大法官 加入

本號解釋緣於二公立學校教師，分別因「曠職扣薪等事件」及「申請免評量遭駁回事件」提起行政訴訟，遭最高行政法院駁回，認教師法第33條及其他相關法規之規定有違憲疑義，聲請解釋，並聲請補充解釋本院釋字第382號解釋。對於本號解釋認為教師法第33條並未限制公立學校教師提起行政訴訟，與憲法第16條規定尚無牴觸部分之解釋意旨，本席敬表贊成。至於本號解釋所稱，本於憲法第16條規定，教師之權利或法律上利益因學校具體措施受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟部分之解釋意旨，本席對

其內容固無異見，惟對本號解釋由教師法第33條不違憲之基礎，空泛論述學校教師得依行政訴訟法或民事訴訟法請求司法救濟之解釋方法不能認同，爰為不同意見書如下：

壹、雲霧繚繞之解釋意旨

本號解釋之文字淺顯，然雲霧繚繞，語意隱晦。固不待言之表面意思：教師法第33條不違憲；「教師」之權利或法律上利益，因學校具體措施受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法，向行政法院或一般法院請求權利保護。圖窮匕見之內層意思：「公立學校教師」之權利或法律上利益因學校具體措施受侵害時，得向行政法院提起撤銷訴訟，請求權利保護。欲說還休之深層意思：「公立學校教師」之行政訴訟，不適用公務人員訴訟之限制。

貳、教師法第33條未「規定」及「限制」教師之救濟途徑

教師法第29條第1項規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」依同法第31條規定，教師之申訴程序分申訴及再申訴二級，不服申訴決定者，得提起再申訴。同法第33條則規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」（下稱系爭規定）故學校教師，對主管教育行政機關或學校有關其個人所為之措施，無論係公法或私法之性質，其為公法性質者，亦無論是否行政處分，皆得自行決定是否提起申訴、再申訴。對私法性質之措施，得不經申訴、再申訴程序，逕依民事訴訟法提起民事訴訟。對公法性質之措施，得不經申訴、再申訴程序，逕依訴願法、行政訴訟法規定，對行政處分提起訴願、撤銷訴訟，及逕依行政訴訟法規定，對其他措施提起確認訴訟或一般給付訴訟。教師撤回其申訴、再申訴，或不服申訴、再申訴決定者，亦皆得依學校措施之性質，依民事訴訟法、訴願法、行政訴訟法等有關規定，提起民事訴訟或行政爭訟，並對行政處分性質之措施，得提起訴願、撤銷訴訟。

教師法第33條規定，僅係「指引」教師於其權利或法律上利益受侵害時，得依循相關法規尋求救濟，並未「規定」，更未「限制」公私立學校教師提起民事訴訟或行政訴訟之權利。故本號解釋認系爭規定並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨尚無違背之解釋意旨，應可贊同。

參、如何得經由系爭規定為合憲之解釋，推導教師對學校具體措施之司法救濟？

本院向來之解釋，類皆以解釋客體之全部或部分為違憲，宣告該違憲部分不再適用，或定期要求有關機關檢討改正，屆期未改正，失其效力。本號解釋則以系爭規定未違憲為前提，導出「教師之權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟」之解釋意旨。由「系爭規定未違憲」之「無」，而生「得請求司法救濟」之「有」，可謂「無」中生「有」，殊為罕見。似此在解釋客體並不違憲之基礎上，借題發揮，抒發釋憲者心中塊壘，從而建構或推翻一項法制，是否符合行使司法權之釋憲機關角色，本席不無疑慮。

由本號解釋解釋文、解釋理由書之文句及所援引之本院多號解釋觀之，無可諱言，事關所謂「特別權力關係」中「公立學校教師」之訴訟權。公私立學校教師與學校間之法律關係，其性質備極多樣。依現行法制，存在公立學校與教師間者，係以行政契約性質之聘約建立之公法法律關係，惟仍可能在個別事件成立私法法律關係（例如宿舍借用、損害公物之賠償事件）。存在私立學校教師與學校間者，係以私法性質之聘約建立之私法法律關係，惟仍可能在個別事件成立公法法律關係（例如受教師法規範之解聘、停聘、不予續聘、不予升等事件）。公私立學校教師與學校間之法律爭執，屬公法性質者，得提起行政訴訟；私法性質者，得提起民事訴訟，乃屬當然，固不待言（註一）。故對「公私立學校教師」，肯定其得依民事訴訟法提起民事訴訟，或對「公立學校教師」肯定其得依行政訴訟法提起行政訴訟中之一般給付

訴訟或確認訴訟，要屬口惠，並無實質意義。如具實質意義，當在於肯定公私立學校教師，得對學校之具體措施提起撤銷訴訟。惟本號解釋銜枚疾馳，驟獲教師得依行政訴訟法向行政法院請求救濟之空泛論斷，對問題核心未置一詞，令人錯愕。

對特別權力關係餘悸猶存或難以忘情者，在公立學校教師與學校間，固猶有教師之訴訟權受限制之刻板印象。惟縱然在早年特別權力關係擅場時期，公立學校教師與學校間之公法爭執，僅撤銷訴訟可能受有限制，提起一般給付訴訟、確認訴訟，並無限制（註二）；至於私法爭執可以提起民事訴訟，自更無論矣。如今特別權力關係早已消褪，並無任何法律規定，公立學校教師不得對學校之具體措施提起撤銷訴訟。公立學校教師之撤銷訴訟如受有限制，其原因非出於法律有此規定，而在於所爭執之學校措施是否為行政處分。行政處分之概念，已分別規定於民國89年施行之訴願法第3條及民國90年施行之行政程序法第92條，迄今凡十數年。依訴願法及行政訴訟法規定，不服行政處分者，得提起撤銷訴願或撤銷訴訟，原無身分限制。至於行政法院實務上，在個案中或類推或逕自適用管理措施或工作條件措施理論，駁回公立學校教師之撤銷訴訟，本質上係行政法院認事用法之範疇，本院縱不認同，亦難以置喙也。

肆、公立學校教師與公務員之撤銷訴訟有何不同？

公立學校教師與公務人員，皆與所任教學校或任職機關立於公法之法律關係，為分擔國家之教育或行政任務之工作人員。其與學校或機關間之緊密關係，自不同於國家與一般人民之關係。公立學校教師或公務人員與任教學校或任職機關之關係，無論沿襲舊日之特別權力關係，或以特別法律關係，或以其他稱謂名之，皆不能改變其內涵本質，亦不能使與法治國家理念相齟齬之事項得以魂兮歸來。法學及法律實務上應努力之方向，應在於配合此一緊密關係之本質，建立可確保教師、公務人員權益，又無礙該法律關係之紀律及功能之實定法制度或法理架構。現有之公

務人員保障法、教師法等法律，本院就相關事項所為之多號解釋，以及行政法院在實務上之努力，皆在實踐此一精神。自本院釋字第187號解釋以還，有關特別法律關係中限制當事人提起撤銷訴訟之判例或有此意涵之法規，已遭本院各號相關解釋及補充解釋翦除殆盡。時至今日，處理國家與公務人員、公立學校教師關係之法律救濟問題時，實應以更健康及更積極之態度面對，無須再召喚特別權力關係之幽靈。

公立學校教師原亦屬我國廣義之公務人員概念範疇。依公務人員任用法第33條規定，教育人員之任用，另以法律定之，即顯示教育人員亦為公務人員，但另以法律定其任用事項。教育人員任用條例第2條明文規定，各公立各級學校之教師為該條例所稱之教育人員。本院大法官有關公務人員司法救濟之解釋甚多，惟各號解釋中所謂之公務人員應包括公立學校教師。各號解釋中且有根本由公立學校教師提起，而解釋文仍僅指稱公務人員者，例如釋字第243號解釋。

有鑑於公立學校教師之任用資格、俸給、退休及保障等事項，與一般公務人員有所不同，近年法制作業上已有分就公務人員與教師建立規範體系之趨勢。故將教師由一般公務人員抽離，就其權利保護另為解釋，尚非不宜。惟依現制，公立學校教師係與學校經由締結行政契約，而建立聘任關係。在此一行政契約之法律關係中，學校得就如何之事項，對教師為行政處分？教師之權利或法律上利益因學校之措施受損害時，又得就如何之事項，依行政訴訟法提起撤銷訴訟、一般給付訴訟或確認訴訟？凡此皆非一言可蔽之者。本號解釋僅就教師得依行政訴訟法提起行政訴訟立論，似意在與公務人員之行政訴訟相區隔，惟欲說還休，終究未形諸文字。此外，本院各號解釋以及行政法院審判實務，多年來有關公務人員及公立學校教師得如何行使行政訴訟權之努力成果，似亦揮別教師而去，豈不可惜。

依現行公務人員保障法（下稱保障法）第三章規定，公務人

員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得提起復審，對復審決定仍有不服，得續提起行政訴訟（保障法第60條參照）。另依同法第四章規定，公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得提起申訴、再申訴。再申訴人不服再申訴決定者，並無得續提起行政訴訟之規定。足見保障法之立法意旨，係肯定服務機關或人事主管機關可對公務人員作成行政處分。此際，公務人員當係以其為享有自身權利或法律上利益之人格者地位，與國家（服務機關或人事主管機關）相對待，故國家得對其為行政處分，而公務人員不服該行政處分時，亦得請求復審及續行行政訴訟。至於公務人員立於可替代性之工作人員地位，與服務機關相對待，而受服務機關之管理措施或有關工作條件之處置時，相關之處置當非行政處分，公務人員固可對之提起申訴、再申訴，但不得續行撤銷訴訟。至於服務機關對公務人員之處置是否行政處分，則屬個案之認事用法之問題。

在公立學校教師與學校之法律關係中，教師權益之保障、學校紀律及功能之維護，與公務人員與任職機關之關係，並無本質之不同。在教師與學校之法律關係中，無可諱言，亦存有管理及工作條件之問題。在法制未備前，苟無損於大學自治、學術自主，行政法院於認定教師所爭執事項是否存在行政處分，而為是否許可提起撤銷訴訟之判斷時，自得類推或參酌公務人員關係之相關規定或法理。要不能因本號解釋有教師權益因學校具體措施受侵害時，得依行政訴訟法向法院請求救濟之意旨，即認為行政法院應一律許可教師對學校之具體措施提起撤銷訴訟。

註解：

註一：早年教師遭學校解聘者，司法實務上甚且許其提起民事訴訟。

註二：在行政訴訟法僅有撤銷訴訟此一訴訟類型時，不得提起一般給付訴訟或確認訴訟，無關特別權力關係。至於不得提起撤銷訴訟之制度上理由，則在於公務人員（包含公立學校教師）非國家公行政外部之人民，國家無從對其「對外」作成行政處分。無行政處分存在，自無提起撤銷訴訟之可能。

（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>）

司法院釋字第七三七號解釋

【偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案】

中華民國105年4月29日

院台大二字第1050011308號

解 釋 文

本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。

解釋理由書

本件係因賴素如及其偵查中選任辯護人李宜光律師為聲請閱覽偵查中聲羈卷案件，認臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）所適用之刑事訴訟法第三十三條第一項規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法，經大法官議決應予受理，並依司法院大法官審理案件法第十三條第一項通知聲請人及關係機關包括司法院（刑事廳）及法務部指派代表及代理人，於中華民國一〇五年三月三日到場，在憲法法庭行言詞辯論，並邀請鑑定人到庭陳述意見。

聲請人賴素如、李宜光主張刑事訴訟法第三十三條第一項規定抵

觸憲法第八條、第十六條及第二十三條規定，其理由略謂：一、允許辯護人於偵查中羈押審查程序閱卷，有利於檢察官遵循義務，與偵查不公開並無矛盾。二、憲法第八條、第十六條所蘊含之正當法律程序原則，應保障被告有充分之防禦權；偵查中聲請羈押程序有對立當事人之訴訟結構，故亦有武器平等原則之適用。三、限制被告及其辯護人檢閱聲請羈押卷宗之權利，涉及被告之訴訟權、人身自由，以及辯護人之工作權與其作為司法一環應具備之辯護權。再者，刑事訴訟法第三十三條第一項並非最小侵害手段，有違憲法第八條、第十六條之意旨。四、刑事訴訟法第一百零一條第一項及第一百零一條之一第一項各款羈押事由，與本件爭點有關聯必要性，應為本件解釋範圍。五、司法院大法官應諭知聲請人賴素如得據以聲請刑事補償或國家賠償等語。

關係機關司法院（刑事廳）略稱：一、憲法第十六條明定人民有訴訟權，檢察官聲請羈押被告程序，雖處於偵查階段，然被告仍得享有程序保障，使其得充分有效行使防禦權。武器平等原則旨在落實被告之防禦權，基此防禦之需求，國家應提供被告得與代表國家之檢察官，立於平等地位進行攻防之制度性程序保障，故聲請羈押被告程序自有武器平等原則之適用。二、閱卷權乃實現被告基本權訴訟權核心，即防禦權之重要內涵，依據我國憲法，應許可被告之辯護人於聲請羈押程序中有檢閱聲請羈押卷宗之權利；縱囿於偵查不公開之考量，有限制上必要，亦不應全面禁止。刑事訴訟法第三十三條第一項限制辯護人於起訴前完全不得行使閱卷權，與此意旨不符；刑事訴訟法第一百零一條第三項規定亦仍不足以落實被告之防禦權等語。

關係機關法務部略稱：一、偵查不公開原則係為貫徹無罪推定原則、保障相關人之權利、維護偵查效能等；限制偵查中辯護人之閱卷權，乃偵查中保全程序本質之急迫性及隱密性使然，允許辯護人於偵查程序中閱卷，對偵查及訴訟程序並無助益，且有妨害，甚至與羈押之目的相悖。二、於偵查程序中無武器對等原則適用。三、我國刑事訴訟法已充分保障被告於偵查程序中之防禦權，包括刑事訴訟法第二

條、第二十七條、第三十四條、第三十四條之一、第九十五條、第九十六條、第一百六十三條、第二百十九條之一、第二百二十八條第四項、第一百零一條第三項、第二百四十五條等。刑事訴訟法第三十三條第一項是否違憲，應綜觀被告於偵查中之相關辯護權保障是否完備，刑事訴訟法就此有以上充分保障，已對被告為適度之資訊揭露，是刑事訴訟法第三十三條第一項並未違憲等語。

本院斟酌全辯論意旨，作成本解釋，理由如下：

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」其目的在使基本權受到侵害之人得聲請本院解釋憲法。本件解釋之聲請人有二，即被告（未起訴前應為犯罪嫌疑人，現行刑事訴訟法稱為被告，以下稱犯罪嫌疑人）及其辯護人。犯罪嫌疑人雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係犯罪嫌疑人選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋參照）；辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符。又本件聲請人主張刑事訴訟法第三十三條第一項有牴觸憲法疑義，而未主張同法第一百零一條第三項違憲，且該條項亦未為確定終局裁定所適用。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限（本院釋字第四四五號解釋參照）。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。本件聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，然其憲法疑義之本質為犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序是否有權以閱卷或其他方式獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據

資料，以有效行使防禦權，並避免犯罪嫌疑人人身自由遭不法侵害。故本院除審查刑事訴訟法第三十三條第一項規定外，亦應將同法第一百零一條第三項納入審查，始能整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體理由、證據資料是否足以使其有效行使防禦權。本件自應將相關聯且必要之同法第一百零一條第三項一併納入解釋範圍。均先予敘明。

人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序，始得為之，憲法第八條規定甚明（本院釋字第三八四號、第四三六號、第五六七號、第五八八號解釋參照）。另憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現（本院釋字第五七四號解釋參照）。羈押係於裁判確定前拘束犯罪嫌疑人或刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分。此一保全程序乃在確保偵審程序順利進行，以實現國家刑罰權。惟羈押強制處分限制犯罪嫌疑人或刑事被告之人身自由，將使其與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大，故應以無羈押以外其他替代方法為前提，慎重從事（本院釋字第三九二號、第六五三號解釋參照）。偵查階段之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請裁准之程序。此種聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。惟為確保國家刑罰權得以實現，於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，自得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個

別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及有關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關證據之方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。惟無論採取何種方式，均應滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求。

至偵查不公開為刑事訴訟法之原則，係為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之重要制度。然偵查中之羈押審查程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要資訊，屬正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權益所必要；且就犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊之範圍，上開解釋意旨亦已設有除外規定，已能兼顧犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之保護及刑罰權之正確行使。在此情形下，偵查不公開原則自不應妨礙正當法律程序之實現。至於羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。

又因偵查中羈押係起訴前拘束人民人身自由最為嚴重之強制處分，自應予最大之程序保障。相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，併此指明。

另聲請人認刑事訴訟法第一百零一條第一項及第一百零一條之一第一項各款所列羈押事由，應為本件聲請解釋範圍等語，惟查上開條文未經確定終局裁定所適用，且與本件解釋亦難謂有重要關聯，自不得據以聲請解釋。又聲請人請求國家賠償或刑事補償等救濟之諭知

部分，則非屬大法官之職權。均與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款不符，依同條第三項應不受理。

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 吳陳銀
蔡明誠 林俊益

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

林俊益大法官 加入

本案聲請人一賴素如因涉嫌違反貪汙治罪條例，於民國一〇二年三月二十八日遭臺灣臺北地方法院檢察署聲請羈押，（註一）同年月三十日由臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）裁定羈押禁見。（註二）賴素如委任之辯護人李宜光（本案聲請人二）於一〇二年五月三日具狀向臺北地院聲請閱覽卷證，臺北地院以「於法無據、礙難准許」為由，駁回其閱卷聲請。（註三）李宜光不服，向臺灣高等法院提起抗告；經該院於一〇二年五月二十八日以一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定無理由駁回確定。（註四）茲二聲請人以前揭高等法院確定終局裁定所適用之刑事訴訟法第三十三條第一項有違憲疑義，聲請本院解釋。

「於法無據、礙難准許」，其果然乎？豈其然乎？如此冠冕堂皇的說辭，背後多少耐人尋味的往事……。

按刑事訴訟法第三十三條第一項僅規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」，此外並無犯罪嫌疑人及其辯護人得於偵查中閱卷之規定，實因我國刑事訴訟辯護制度初僅限於「審判」程序。（註五）李師科案發生後，為杜絕刑求，（註六）七十一年八月四日刑事訴訟法乃修正第二十七條第一項：「被告得隨時選任辯護人」。此後辯護制度擴及於偵查階段，然辯護人之作用實際殆僅限於

得於訊問犯罪嫌疑人時在場。(註七)八十四年十二月本院作成釋字第三九二號解釋，釋示：「憲法第八條第一項、第二項所規定之『審問』，係指法院審理之訊問」，並宣告其時刑事訴訟法授予檢察官羈押（被告之）權之相關規定（註八）違憲。八十六年十二月十九日刑事訴訟法修正，遂將偵查中之羈押改由法院（法官）審查，並配合增訂第一百零一條第三項：「第一項各款（按：指檢察官聲請羈押）所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」，使法官向犯罪嫌疑人及其辯護人提示部分聲押資訊。在律師界的努力下，八十九年修正刑事訴訟法第二百四十五條第二項（註九），更予辯護人（於訊問犯罪嫌疑人時有）在場「陳述意見」之權。時隔十六年後，本案聲請人進一步主張：犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中之羈押審查程序並應有閱卷權。

「於法無據」是事實（存在），但未必即是憲法之規範意旨（當為）。為集思廣益，經舉行言詞辯論，聽取聲請人、關係機關代表及鑑定人等到庭陳述意見後，全體大法官連月來開誠思辨、反覆研議，卒深心體認憲法第八條及第十六條保障人身自由及訴訟權之本旨，乃確立解釋原則：羈押審查之程序，須使犯罪嫌疑人或被告得以有效行使防禦權，避免發生違法羈押，始符合憲法正當法律程序原則之要求。(註十)茲偵查階段之羈押，既係由檢察官提出理由及證據，向法院聲請裁准，則法官是否裁准羈押之依據，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾其得為有效之防禦。(註十一)爰解釋文具體釋示：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據」。惟綜觀刑事訴訟法相關規定，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人所受告知者，僅為羈押事由所據之「事實」，而不及於檢察官聲請羈押之「理由與證據」，乃與上開解釋意旨不符。解釋文爰併諭知：「有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴

訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之」。

如上審查結論，兼顧國家刑罰權之正確行使與犯罪嫌疑人及關係人權益之保障，符合本院有關人身自由與訴訟權之解釋先例，本席敬表贊同。即其間為凝聚可決共識、勉力作成解釋，而創新之解釋方法，例如：認為本案二聲請人（犯罪嫌疑人及其辯護人）得合力（而非單獨）建構適格之釋憲聲請人；（註十二）為闡明系爭憲法疑義，應整體評價相關法規（而不限於確定終局裁判形式上所引據者）；（註十三）關於偵查羈押「閱卷權」，應從憲法正當程序原則（即程序正當之觀點），為實質理解（而不囿於特定形式）（註十四）等，本席亦皆多所協力。餘所希冀者，解釋文果能併予釋示：「偵查中之羈押審查應概採強制辯護制度」（註十五），本解釋將益臻圓滿，而功德無量矣。

註解：

註一：參見臺灣臺北地方法院檢察署 102 年度北檢治字第 87 號羈押聲請書。

註二：參見臺灣臺北地方法院 102 年度聲羈更（一）字第 3 號刑事裁定。

註三：參見臺灣臺北地方法院 102 年 5 月 10 日北院木刑來 102 偵聲 79、81 字第 1020005603 號及第 1020005624 號函。

註四：參見臺灣高等法院 102 年度偵抗字第 616 號刑事裁定（「三、經查……本件被告賴素如因涉嫌貪汙治罪條例案件既仍在偵查中，而刑事訴訟法第 33 條第 1 項及其立法理由已明文規定，辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以在『審判程序中』者為限，原審據此駁回抗告人閱卷之聲請，於法核無違誤，抗告人具狀指摘原裁定不當，其抗告為無理由，應予駁回」）。

註五：參見刑事訴訟法（24/01/01 修正公布）第 27 條第 1 項（「被告於起訴後，得隨時選任辯護人」）。

- 註六：參見刑事訴訟法（71/08/04 修正公布）第245條第2項立法理由（「二、為使實施偵查程序之公務員對被告或犯罪嫌疑人合法實施偵訊，並確保被告或犯罪嫌疑人之合法權益，爰修正本條增列第二項，規定辯護人得於檢察官訊問被告或司法警察官、司法警察調查犯罪嫌疑人時在場。又為確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行，如偵查中訊問被告時辯護人之到場毫無限制，亦非所宜，故設第二項但書之規定，以期周密」）。
- 註七：參見刑事訴訟法（71/08/04 修正公布）第245條第2項（「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之」）。
- 註八：參見刑事訴訟法（84/10/20 修正公布）第101條、第102條第3項準用第71條第4項、第105條第3項、第120條、第121條第1項及第259條第1項。
- 註九：參見刑事訴訟法（89/07/19 修正公布）第245條第2項：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見」。
- 註十：本解釋釋示之「犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及證據權」，性質上屬於憲法「正當法律程序」(due process of law) 中之「受告知權」(right to be informed)。關於「受告知權」之意涵，參見本席於本院釋字第731號解釋提出之「部分協同意見書」。
- 註十一：聲請人賴素如於105年3月3日言詞辯論稱：「聲請釋憲，係因偵查過程中，檢方以密件突襲，讓我不知為何被羈押。」

我們懇切希望知道被羈押之原因為何，能夠加以防禦並作一些答辯，但是沒有。剛才聽法務部代表之說明，才知原來密件就是監聽譯文。這是一個客觀存在之資料，被告無法湮滅，檢方已有錄音存檔。以此為由，不讓我知道，而將我羈押了四個多月，這樣對嗎？我們想告訴各位大法官，為何被告或辯護人要有資訊獲取權，因為我們無法及時說明或答辯，當下若是知道，我就可以說明」。參見卷附105年3月3日言詞辯論筆錄，頁59；並參見臺灣高等法院102年度偵抗字第616號刑事裁定：（「一、本件抗告意旨略以：……（5）……本案檢察官於偵查中對被告賴素如聲請羈押，並於聲押庭中突襲地當庭提交所謂「密件」，而由原審法院據此得到羈押被告賴素如心證的理由，且聲押庭審理時檢察官及法官均不准被告賴素如及其辯護人知悉、閱覽所謂「密件」性質、名稱、內容，使被告賴素如及辯護人完全無從知悉聲押的具體事證，更遑論能對之提出任何辯駁」）。

註十二：參見解釋理由書第5段前半部之論述。

註十三：參見解釋理由書第5段後半部之論述。

註十四：參見解釋文（「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」），及解釋理由書第7段之論述。

註十五：蓋偵查中之羈押，乃起訴前拘束人民人身自由之強制處分；其對人身自由之危害猶甚於審判中之羈押，理應給予最大限度之程序保障。且，為貫徹本解釋意旨，使犯罪嫌疑人或被告得以有效行使防禦權，並為避免無力委任或未委任辯護人之犯罪嫌疑人受到差別保護，亦應採取強制辯護制度。

本席相信立法者終將接力走完這最後一哩路，為我國人權保障豎立新的里程碑！

協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋為本院首次就偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊的問題作成解釋。一方面認為，基於憲法正當法律程序原則的要求，其獲知的範圍應及於聲請羈押的有關證據，以利其有效行使防禦權。另一方面，又認為在有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞的情形，得予限制或禁止。據此展開審查，先在標的上從聲請人主張的刑事訴訟法第三十三條第一項，依職權擴及未主張的同法第一百零一條第三項，接著又以前所未見的整體觀察方法，認為唯於綜觀二法條後，始可確認犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知的資訊範圍，尚不符合憲法要求。要正確理解本解釋整體思路及違憲宣告的實質意涵及效力——儘管理由書已盡力說明——，以其論述及宣告方式的異於以往，恐怕仍不容易。本席支持解釋結果及其基本論證，但為避免誤讀，乃至陷入各說各話，願意嘗試更深入的分析背後的憲法思維，包括偵查中羈押審查程序所涉的法益權衡、程序的本質、司法審查與立法選擇的界限等，藉以明瞭本案創設所謂整體觀察違憲宣告方式的必要性及其具體效力。以下即分成十點做簡要的分析。

一、容許對尚未起訴、嗣後有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人加以羈押，自應有特別的憲法理由，主要應在於國家有發現犯罪事實、以正確有效行使刑罰權的義務。

聲請人主張，在偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人或辯護人應有權檢閱卷證，才能有效行使防禦權。在展開憲法審查前，應先建立明確的、足以判斷人身自由受到剝奪的犯罪嫌疑人在資訊上是否確有不足的標準。人身自由的重要性，僅從憲法第八條罕見的高密度規範，即可了然；究竟還有何種法益足以平衡此一重大人權，是在探討審查標準前必須仔細思考的。相對於審判中羈押被告，偵查中的羈押不僅也有無罪推定的憲法考量（可參閱本院釋字第六六五號解釋），要對根本尚未起訴、事後甚至有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人，剝奪其人身自由，自

應有更為特別的憲法理由，此所以偵查中的羈押（Untersuchungshaft）向來被認為是刑事訴訟法中最敏感的憲法問題。一般多即以社會大眾對國家有效行使刑事司法權的需求，為平衡人身自由保障的重大公共利益。近年來義大利憲法法院在審查嚴格證據排除法則的合憲性時，從其憲法中檢察官有對犯罪行為起訴之責的規定（第一百十二條），推導出國家有發現真實、實現國家刑罰權的義務（可參 Judgement n. 24/1992, n. 254/1992, 255/1992）。德國憲法法院也在三年前審查有關認罪協商制度是否違憲的判決中，明確肯認從法治國的罪責原則（Schuldprinzip）可導出國家有發現真實的義務（可參 BVerfG HRRS 2013 Nr. 222 Rn. X）。本院迄今雖未明確肯認國家負有此一義務（僅曾從反面角度肯認罪責原則，可參本院釋字第六八七號解釋），但本席認為唯有明確肯認國家有發現犯罪事實以利正確有效行使刑罰權的義務，才更能合理說明偵查中羈押犯罪嫌疑人的制度。本件解釋就有關偵查中羈押審查程序的資訊獲取規定所建立的審查標準，實際上即建立於保障人身自由與發現真實二義務的權衡上，從避免危害偵查的除書的提出，特別清楚。惟在凸顯國家發現真實義務以利正確行使刑罰權的同時，更要注意羈押的實際結果與刑罰的近似性，而應用心檢討被羈押人所受處遇的合理性，就此範圍聲請人賴素如在言詞辯論庭的最後陳述值得相關機關給予更高的關注。

二、本件解釋的核心爭議在於：羈押審查程序中的資訊獲取規定應如何妥適權衡國家保障人身自由與發現真實的義務，儘量避免使程序本身反而對應否羈押的權衡構成干擾。

刑事訴訟法有關羈押原因的規定，第一百零一條第一項第一款的虞逃要件與第二款的滅證、勾串要件，顯然都是為了避免阻礙檢察官發現真實。本院前曾以第六六五號解釋對第三款重罪要件加以審查，雖未認其違憲，但要求在適用時應以其實質含有虞逃或滅證、勾串之虞，始能構成羈押的理由，足見本院在審查有

關羈押原因規定時建立的標準，即為保障人身自由與發現真實義務的權衡。本案涉及的問題不在羈押的原因——也就是人身自由的限制可容忍底限的問題——，而是涉及羈押審查程序中，資訊提供與取得的正當程序問題，此處同樣需要就人身自由與真實發現作妥適權衡，以達到最大程度的兼顧。因為一方面可能被剝奪人身自由的犯罪嫌疑人需要足夠資訊，以為充分自我防禦，法官也需要有充分資訊，始能作成應否羈押的合理判斷。另一方面，偵查羈押本即源於檢察官尚未掌握足夠事實與證據，而無法決定是否對犯罪嫌疑人或其他潛在的犯罪者起訴，僅於犯罪事實與證據已掌握到相當程度時，為保全證據，不得已才採取羈押的手段。故倘若羈押審查程序中的資訊提供或取得，反而有礙於真實發現，即與此程序的目的發生根本矛盾。

換言之，有關羈押原因的限縮，即建立於人身自由與發現真實的妥適權衡上。落實此一規定的羈押審查程序，若不同時考量發現真實的義務，而僅注意人身自由的保障，即可能使本院在有關應否羈押所作的小心翼翼的權衡受到扭曲，從而嚴重影響程序目的的實現。類似的思維，見於國家課稅若不能注意簡政，以致課徵成本過高，可能降低課稅的正當性，乃至應考量停徵此稅；或如營業秘密法的訴訟程序，如未能注意營業秘密的保護，也同樣會受到投鼠毀器的質疑。

三、憲法特別針對偵查中羈押犯罪嫌疑人規定應由法院審問，其本質顯非發動審判權，而是藉由獨立、公正的法官審問，始得為憲法宣示的人身自由提供足夠的制度性保障。

在審查相關資訊規則前，又有必要先就偵查中羈押審查程序的本質作前提性的定位。由於檢察官尚未起訴，法官的審判權無從發動，法官在此只是因其受高度制度保障的公正獨立地位而承擔令狀審查核發者的功能，並非憲政體制邏輯必然的唯一選項，這就和審判權只能由法官行使有所區隔（我國見於憲法第八十條的規定），此所以歐洲人權及基本自由保障公約第五條第三項就

此處的角色分配僅規定應由法官或「依法執行司法權力之其他官吏」(other officer Authorized by law to exercise judicial power) 審查，其後的聯合國公民及政治權利國際盟約第九條第三項與美洲人權公約第七條第五項也與此類同，都未要求必須為法官。我國的情形因為憲法第八條第一、二項已經都規定由「法院」「審問」，本院在釋字第三九二號解釋才以此為據論證其主體應限於法官，但仍不以法官行使者為審判權，還特別強調法官「並非對案件之實體為審理，如德國現行刑事訴訟法第一百十七條之『羈押審查』(Haftprüfung)，第一百十八條之羈押『言詞審理』(Mündliche Verhandlung)，即均係起訴前決定羈押與否之規定。」足見審前的羈押聲請雖由法官審理，仍屬偵查程序的一環，其消極目的雖在確認限制人身自由的必要性，積極目的也在協助檢察官發現真實以利其決定是否起訴，與起訴後以法官為主體的審判程序，其目的在發現真實以利法官決定可否及如何定罪，不論目的與結構都不相同。

四、刑事訴訟法對於審檢辯角色的分配必須由立法裁量以反映人民的價值偏好，在依憲法應採對審的審判程序尚且如此，對非必須採對審結構的羈押審查程序更應開放選擇。

檢察官聲請法官核准羈押特定犯罪嫌疑人，此一審查程序應以何種方式進行才符合正當程序的要求，涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人的角色分配問題。為落實人民訴訟權公平審判的要求，本院對於法官行使審判權的程序，向來要求應採對審結構（參閱本院釋字第四三六號、第五八二號解釋），並遵守當事人對等原則。起訴前的羈押審查，其性質既非審判，則若採非對審結構，即以法官為程序中心，分別與聲請機關檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人建立兩面關係，由檢察官敘明應羈押的理由，提出相關證據以說服法官，另由法官以適當方式告知犯罪嫌疑人或其辯護人，使其得為人身自由作有效的防禦，應該也是符合目的的程序。我國刑事訴訟法規定，羈押之聲請由檢察官提出，審

查的進行則規定於第一百零一條第一項，由法官訊問被告；第二項僅規定檢察官得於訊問時到場陳述理由，及提出必要的證據。同條第三項規定，法官應將羈押所依據的事實告知被告及辯護人，並記載於筆錄，顯然即採此種非對審結構。

起訴前的羈押審查程序是否應採對審方式而須符合當事人對等原則，本院於審理釋字第三九二號案件時，聲請人雖有主張，但未獲肯認，顯然並不以對審方式為正當程序要求的底限。若從羈押審查程序的目的是兼顧人身自由的保障與發現真實，則由法官扮演二者「最大利益照顧者」的角色，由法官單向從檢察官獲取必須羈押犯罪嫌疑人的事實及相關證據，經考量避免妨害真實發現而為必要過濾後，再單向對犯罪嫌疑人或其辯護人提供為有效防禦必要的資訊，應同樣可實現羈押審查程序的目的，而無違憲之虞。影響我國刑事訴訟法制甚大的德國刑事訴訟法，原來也採非對審方式，後來改制是因歐洲人權法院於二〇〇一年連續在 Garcia Alva、Lietzow 與 Schöps 三案判德國敗訴（值得注意的是，三案在德國憲法法院的憲法訴願，都被以「無勝訴希望」未經實體審理即駁回），判決明確要求德國依歐洲人權公約第五條第四項建構其羈押審查程序時，應按公約有關公平審判原則的第六條意旨，在立法上以對審方式（kontradiktorisch）對檢方與受聲押人之間的關係依武器平等原則來設計。此一近於顛覆德、法等許多歐陸國家刑事訴訟原則的判決，實源於公約訂立時該部分受到英美法影響較大，其結果是歐陸等國只能在立法上儘量調適，但刑事法學者迄今對武器平等原則的內涵仍言人人殊，多數不認為應藉此導入過多當事人進行原則的元素，而寧可將其稀釋為基於一般平等原則衍生的「機會平等」。

我國當然也可以把本質上非屬必要三面關係的羈押審查，擬制為如同審判的三面關係進行，但若維持現行非對審的結構，應該也無違反正當程序的問題。又在三面關係的審判程序，向來有當事人進行原則（Parteiengrundsatz; adversarial）及職權進行主義

(Amtsgrundsatz; inquisitorial) 的二分，涉及卷證是否併送、證據取用及調查方式、證據排除法則等環節，分別標示英美法系國家與多數歐陸法系國家刑事訴訟程序之特徵。美國學者 Herbert Packer 認為，在二種刑事訴訟程序模式的背後，反映的是二種不同的意識型態 (ideology)，一為正當程序 (due process)，另一則為犯罪控制 (crime control)。我國近年刑事訴訟法改革，即逐漸從職權進行轉向當事人進行，其選擇既在反映社會民眾的多數價值偏好，自應屬立法決定範圍，而不宜由司法機關藉憲法名義代為決定。同理，羈押審查程序可採非對審方式，也可採對審方式，在後一情形也還須保留職權進行或當事人進行的選擇，在憲法全未著墨的情形，都不宜由本院擅斷。就此既無涉人權的普世價值，不在歐洲屋簷下的我們不必像德、法一樣被歐洲人權法院牽著鼻子走，反而有較多的立法選擇，倒是可以慶幸的事。

五、本院的任務是建立一個不論採何種羈押審查程序都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準，以此為基礎再對相關資訊取得規定進行程序是否正當的檢視。

偵查中的羈押審查程序究應採何種模式，既無法由憲法的正當程序原則導出，本院即應尊重立法者的選擇。本院的任務應該是建立一個不論採何種程序模式都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準。再以此為基礎，於確定立法者選擇的程序模式後，去對爭議的資訊取得規定作是否符合正當程序的判斷。不論採對審或非對審的結構、職權進行或當事人進行的原則，有關資訊獲取的規定都必須通過前述標準的檢視。另一方面，本院於審查有爭議的資訊獲取規定是否符合該標準時，即不能無視於現行法對羈押審查程序已明確選擇的規範模式，倘若不考慮爭議的資訊取得規定在整體程序中的功能，逕依不同程序理念的考量認為該資訊取得規定已違反上述標準，其結果不是造成不同程序理念並存的混亂，就是因某一環節的改變，實質上顛覆了整套的程序理念，有如為換一雙襪子而不得不換整套的西裝，

其不合理自不言可喻。

此所以本解釋的第一個重點即在於審查標準的提出：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」其表述方式即有意的超越各種可能的程序模式，從緊接著說：「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」即知重點在於犯罪嫌疑人及其辯護人至少應「獲知」資訊的最低份量，及為了避免有礙發現真實，可以從中排除的例外範圍。至於獲知的方式，或於採非對審模式時由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，或於採對審而又維持職權進行的模式時，因卷證併送而基於武器平等原則由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影，又或於採對審而以當事人進行配套的模式時，因卷證不併送而基於武器平等原則由檢方為證據的開示，不一而足，但各自都需要通過前揭標準的檢視。

六、兩位聲請人質疑刑事訴訟法的閱卷規定未及於偵查羈押，但羈押審查實見於第一百零一條第三項，考量此處有制度選擇問題，只能先依職權擴及後一條文才好綜合判斷。

我國刑事訴訟法有關羈押審查程序，主要見於第一百零一條的規定，因此如果針對該條發生犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊不足的爭議，則在尊重立法者所為制度選擇的前提下，其違憲審查的範圍即可限於該條，自無疑義。本案特殊之處在於，二位聲請人都質疑刑事訴訟法第三十三條的閱卷規定未及於偵查羈押，而無視於我國現制下，第一百零一條才是犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知羈押相關資訊的管道，僅如此當然還不到必須依職權擴張審查標的的程度。考慮法條編排的體系性，對個別法條為違憲審查往往須觀照其他相關法條，才能做出合理判斷，並不表示該相關法條也非要一併納入審查不可，就此本院的解釋不乏先

例，比如從法律保留原則延伸出來的委任立法必須在授權上達到具體明確的程度，對於授權法條是否違反具體明確原則的判斷，本院經常會強調「整體」的解釋方法：「授權明確與否，則不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷。」（釋字第七三四號、第七一〇號、第六四三號、第六五一號、第六一二號、第六〇六號、第五九三號、第五四七號、第五三八號解釋、第五〇六號、第四九七號、第四八〇號、第四二六號、第三九四號等解釋可參）；另外在操作依一般法治國原則引申出來的法律具體明確原則時，也多會強調所謂「法體系整體關聯性」：「如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且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，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第六九〇號、第六〇二號、第五九四號、第五二一號、第四三二號等解釋參照）。

本件解釋必須擴張審查客體於聲請人未主張的第一百零一條第三項有關法官告知的規定，主要是基於以下三點考量，缺一不可未必有正當性：第一，該條才是現行羈押審查程序犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知資訊的管道；第二，依前揭審查標準並就相關法條做整體觀察的結果，可確認犯罪嫌疑人及其辯護人無法獲知有關聲押必要的資訊；第三，聲請人主張的開放閱卷和第一百零一條第三項規定的由法官告知是兩種不同的獲知資訊方式，本院如果仍以閱卷規定為限，作犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之資訊是否不足的判斷，解釋結果會造成羈押審查制度的混亂，立法者亦將無所適從，已如前述；反之，如果改以法官告知規定為主要審查對象，而略過聲請人對閱卷規定的違憲質疑，又可能被認為解釋隱含憲法僅容許現行法所採非對審模式之意。因此唯一可以避開這些疑慮的方法，就是把閱卷和告知規定都納入審查，以利通過整體觀察做成決定。換言之，本件解釋確實是因為聲請人主

張違憲的切入點挑動了羈押審查程序的制度選擇問題，而本院為尊重立法者的裁量空間，才依職權擴張了審查客體。外界苟有「聲東擊西」的疑慮，或可稍解。

- 七、刑事訴訟法第一百零一條第三項使法官告知範圍僅限於構成羈押理由的事實而不及於證據，在審判前尚無從藉閱卷獲知證據的情形，犯罪嫌疑人顯然無法為有效的防禦。

刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」對於偵查中被羈押的犯罪嫌疑人，因為還不在「審判中」，其辯護人還不能依據本條對法院繫屬的聲押案件請求檢閱任何卷證。同法第一百零一條第三項則規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」犯罪嫌疑人及其辯護人可以從而獲知者，也僅限於聲請羈押事由所依據的事實，並未包括檢察官聲請羈押的各項理由的具體內容及其相關證據，如果法官以此為範圍所為告知，還要扣除「有事實足認有湮滅或偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」的部分，犯罪嫌疑人及其辯護人還能不能為有效的防禦，自不能無疑。依前述的檢驗標準，即犯罪嫌疑人及其辯護人所能「獲知」的資訊，顯然沒有達到必要的底線。

換言之，解釋不是因為刑事訴訟法第三十三條第一項無法通過檢驗，同法第一百零一條第三項也無法通過檢驗，所以認定兩個條文都對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求給付不足而認定兩條文「都」違憲，而是整體觀察兩條文所能滿足的資訊獲知，認定兩條文加在一起對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求，所給付者未能達到憲法的最低要求。對加在一起的兩條文作違憲的宣告，當然不包含對任一條文「單獨」的憲法判斷，本解釋既沒有確認刑事訴訟法第三十三條第一項違憲，也沒有確認第一百零一條第三項違憲。也許可以打個比方，如果每個人吃兩個麵包可以飽，吃兩碗米飯也可以飽，現在有人只得到一碗米飯，

當然就沒有飽。此時不能說沒有飽的原因在於沒給他麵包，也不能說沒有飽的原因在於只給他一碗米飯，真正邏輯的說法是，沒有飽的原因在於「一共」只給他吃了一碗飯。

八、本件解釋既以整體觀察認定犯罪嫌疑人及其辯護人依系爭條文的規定尚無法及時獲知必要資訊，則立法者無論修改任一法條，只要能使獲知必要資訊即可排除違憲狀態。

正確理解此處依整體觀察所做違憲宣告的意旨後，對於立法者要如何排除此一違憲狀態，應該比較不會有太多困惑。簡言之，未來立法者不論仍以法官的告知為主，擴大其告知的事項，或者改以閱卷為主，除明定限制或禁止的事項外，原則上使辯護人得檢閱檢察官併送的所有卷證。甚至在審判程序改採徹底的當事人進行模式的情形，就審前的羈押審查程序也以檢察官開示證據的方式做配套的修改，只要總體而言，能讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知可為有效防禦的必要資訊，都可排除本解釋確認的違憲狀態。由此即可清楚看出，在落實憲法第八條保障人民人身自由以外，此一解釋念茲在茲的，就是為立法者保留合理的制度選擇空間，避免在做憲法判斷時因過度聚焦於閱卷規定這樣的技術規範，而不必要的注入大法官個人的信仰，限縮了本應由立法者反映多數民眾價值偏好的制度選擇空間。以下整理的簡表或可更清楚的看到三種可能的制度選擇：

附表 偵查羈押審查程序類型的比較

程序目的	為發現完整事實、確認應否起訴，而以羈押犯罪嫌疑人為保全手段。	
價值權衡	人身自由≡發現真實（實現國家刑罰權）	
程序類型	對審（擬制審判）	非對審
程序構造	三面關係（審檢辯）	二面關係（審檢、審辯）
指導原則	武器平等	照顧雙方最大利益
檢察官是否應	是	得到庭（刑訴法第 101 條第

到庭			2 項)
主要審問模式	當事人交互詰問		法官訊問被告（刑訴法第 101 條第 1 項）
程序原則	當事人進行	職權進行	職權進行
卷證是否併送	否	是	是（檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 21 點）
提供資訊方式	證據開示	檢閱卷證	法官以適當方式提供
偵查秘密的最後控管	檢察官提出聲押	法官准駁閱卷之聲請	法官告知（刑訴法第 101 條第 3 項）
提供資訊時點	審理前	審理前	審理中
資訊提供有無除外條款	有		有
程序後果	人身自由 > 發現真實	人身自由 ÷ 發現真實	
代表法制	美國	德國	台灣（刑訴法第 101 條第 3 項依本解釋修正後）

九、如僅從妥適權衡人身自由與發現真實的角度來評價，現行審查程序採非對審結構而由法官選擇傳遞必要資訊毋寧為更佳的選擇，但此一決定仍應歸屬立法者而非司法者。

就上表所列的三種方式，包括我國所採的非對審方式、德國所採的職權主義對審方式，及美國所採的當事人進行主義對審方式而言，其實際影響確實不一。在三者都使犯罪嫌疑人取得足以自我防禦的資訊，也有除書規定合理限縮檢察官提供資訊或犯罪嫌疑人取得資訊範圍的前提下，最主要的差異即在法官可能取得資訊的範圍。

就非對審方式而言，因為以二面關係的方式進行，作為審查者的法官可以扮演雙方利益最大照顧者的角色，因為法官不是阻礙發現真實的危險源，而檢察官為向法官爭取最有利的決定，會

選擇提供盡可能完整的資訊，而由法官作為把關者，權衡犯罪嫌疑人有效答辯的需要及避免影響偵查，為合理的、選擇性的告知。相對於此，採當事人進行主義的對審模式，檢察官在審查程序前開示證據時，即必須審慎選擇，避免所提供的資訊因直接由犯罪嫌疑人或辯護人取得，而影響偵查，以致常陷入在爭取法官有利決定與避免影響偵查之間，僅能就掌握的相關資訊，作一定比例的提供。其結果可能是因資訊不足而未獲准羈押，或資訊較多而增加滅證勾串風險，雖得到羈押的有利決定，仍有妨礙偵查的危險。因此法官得到可供應否羈押判斷的資訊較不完整，整體而言，對於犯罪嫌疑人人身自由的保障自較有利，而於國家發現真實、實現刑罰權較為不利。至於採職權主義的對審方式，以德國為例，由於採取卷證併送制度，檢察官提供的羈押理由及證據仍可充分供法官審查，同時對於犯罪嫌疑人或辯護人閱卷的範圍加以限縮，其影響應接近非對審模式。相對於此，當事人進行主義的對審模式下，例如美國，因採卷證不併送制度，且原則上禁止單方秘密提供證據（*ex parte, in camera*），故法官所能審酌的資訊相對較少。

但這樣簡單的後果分析，當然不可能是全部立法裁量的因素，既涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人、辯護人的角色分配，就會有許多附麗於此一角色分配的制度因素，乃至歷史、文化因素，只宜由立法者反映民眾的價值偏好去做選擇，也可因時間推移觀念改變而修法變制，而非由司法者依其信仰去做選擇，且因以憲法之名為之，把制度與時而轉的空間也大幅限縮。

- 十、本院就基本權保護不足所為定期失效解釋，倘於期限屆至後仍未完成修法，基於保護基本權的考量，原法條尚不致失效，本解釋更特別諭知法院此時應逕依解釋意旨處理。

有關本件解釋的效力，還有需要說明者，是其被確認違憲之處，實質上在於刑事訴訟法有關資訊獲知的規定，從人身自由和訴訟權保障的觀點來看仍有不足，因此命相關部門修法填補不

足，和實質意義的「作為」違憲明顯有間。因此同屬命定期修法，在後者如果屆期未完成修法，只有使違憲規定失效一途，因為此時一定有避免規範空白的考量，定期失效既已把立法者所需的合理立法期間考量進去；而且從人民調適的困難來看，定期失效背後往往還寓有保護人民對法的信賴、「容許過渡以利調適」的涵意，時間一到這樣的正當性也不復存在，此時發生失效結果不需要存有任何懸念。反之，國家立法給付不足的違憲，即未必適合做相同的處理，如果一碗飯吃不飽，失效的意思就是連一碗飯也沒得吃了，對於本案所涉的正當程序原則而言，就是讓不夠正當的程序變成完全不要求正當程序，這當然不是命定期完成修法的解釋希望看到的結果。

不久前的先例就是第七〇九號解釋，該解釋因都市更新條例第十九條第三項前段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的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，而認定違反憲法的正當行政程序原則，即命「相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」但該解釋公布於一〇二年四月二十六日，到了一年以後立法院仍未完成修法，如果系爭條文真的失效，則辦理都更不但不能強制聽證，連原來要求的公聽也不要了，豈有是理？故內政部於一〇三年四月二十七日即發佈新聞，宣示：「為避免都市更新條例修法不及致目前推動中之都市更新案件受違憲條文失效影響，內政部已於一〇三年四月二十六日修正都市更新條例施行細則部分條文規定，根據大法官解釋意旨，針對資訊公開、確保民眾知悉都市更新相關資訊、都市更新事業概要應經適當組織審議、給予民眾適時陳述意見之機會、都市更新事業計畫應經聽證程序及核定之計畫應送達相關當事人等事項，納入都市更新條例施行細則中規定，以使都市更新案均能符合釋字第七〇九號解釋所要求之正當行政程序。」確實是更符合

解釋意旨的作法。

本件解釋有意省略屆期失效的宣示，直接諭知法院「應依本解釋意旨行之」，就是要避免上述可能的誤解。這裡值得探討的反而是：在整體觀察下所做的命定期修改的違憲宣告，重點即在尊重立法者的制度選擇權，已如前述，此一尊重在立法事實上未作為的情形——不論是不作為或有作為卻無法達成修法共識——，未必當然可以轉移到非民意機關的法官身上，因此法官如何「依本解釋意旨行之」，就不能不有所限制。本席以為，法官此時適合作的，就是在現行法制下補其不足，也就是在採非對審結構的現制下擴大法官告知範圍及於相關證據，而非替代立法者另做其他制度的選擇。本件解釋再次顯示現行解釋制度未注意作為違憲和不作為違憲的差異，確有改進的餘地。本席去年應邀參訪中歐國家的憲法法院時，才知道匈牙利二〇一一年的憲法法院法特別在第四十六條針對這個問題有原則性的規定，且迄今已有不少實踐（去年一整年八十件實體決定中有六件作出立法不作為的違憲宣告），或許可供參考：「（第一項）倘憲法法院於行使職權之程序中，對立法者之不作為致違反基本法為違憲之宣告，其應定期限令該不作為之機關加以履行。（第二項）以下應認屬立法者之不作為：a）立法者怠於履行國際條約導出之義務；b）經法規明確授權予立法者，其仍未據以訂頒該法規；c）就基本法可明確導出之部分，法規之重要內容不完整。」

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

本號解釋基於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權保障之意旨，認為在偵查中之羈押審查程序，應使犯罪嫌疑人及其辯護人能有必要之資訊，供為實質有效辯護之需，方符合正當法律程序原則之要求。就此部分結論，本席敬表贊同。惟本號解釋就應在何時，以如何之方式提供相關資訊，其解釋文與解釋理由書之內容，所言似尚不

盡意，爰提出協同意見，供後續發展之參考。

一、聲請人於本件聲請案之核心訴求

為實質有效辯護之需，在檢察官向法院聲請羈押後、聲押庭開庭前，不應以案件尚未在審判中為理由，依刑事訴訟法第三十三條第一項規定，否准聲請人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物；另外，在聲押庭開庭中，亦不應以同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」為理由，否准告知聲請人有關檢察官據以認定其有該條第一項各款所定事實之理由及證據方法。

二、法律漏洞之違憲問題

向來關於法律之違憲審查，以法律之規定內容，而不以其應規定而未規定之內容為審查標的。

由於刑事訴訟法第三十三條第一項以正面表列的方式，規定容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之時段為：「於審判中」；而同法第一百零一條第三項以正面表列的方式，規定應予告知之資訊為：「第一項各款所依據之事實」。因此，就上開已規定之部分，難以認定有「妨害犯罪嫌疑人或其辯護人之防衛或辯護權」。至其「聲押後、聲押庭開庭前」之時段，因未為同法第三十三條第一項正面表列之時段所包括，致實務上不容許「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」；或在聲押庭中，因「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」未為同法第一百零一條第三項正面表列之應告知之資訊所包括，致實務上法官不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之理由及證據方法」。這時，就其未規定之部分，是否得認定其「妨害犯罪嫌疑人及其辯護人之防衛或辯護權」，有牴觸憲法第八條關於人身自由之正當法律程序及第十六條關於訴訟權之保障規定？引起疑問。蓋法官之所以不容許犯罪嫌疑人或其辯護人「檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」或不准許告知「據以認定有第一項各款所定事實之證據方法」，是該二規定在具體案件適用之結果，而非法條本即明文規定之內容。這

是法律漏洞之違憲問題。此涉及該二條規定之適用範圍，按諸其規範意旨，是否有應予規定而未規定，構成法律漏洞，應透過目的性擴張予以補充的問題（註一）。

三、應以刑事訴訟法第三十三條未為目的性擴張為審查標的

本號解釋以：「……刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。……」，首創以「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項、第一百零一條第三項後，所得之規範情形，作為違憲審查之標的。

其考量為，刑事訴訟法第三十三條第一項規定，從法文上觀察，係為「審判程序」之規定，而未直接涉及「偵查中」是否得為檢閱卷宗、證物或抄錄、錄影之限制；實務上犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查階段所受之限制，非個別條文規定所致，而係綜合刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定所得之結果，故「整體觀察」後認為，上開規定與正當法律程序不符，有妥為修正之必要。

惟按刑事訴訟法第三十三條第一項規定，辯護人僅在審判中始得申請檢閱、抄錄或攝影卷宗證物（下簡稱閱卷），關於得申請閱卷之期間，因該條規定採正面表列（即「於審判中」）之方式，致未於表列容許之期間內（例如聲押後、起訴前之期間）閱卷者，受到限制。本件聲請案之確定終局裁定（臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定）即以：「……又按辯護人於『審判中』得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，刑事訴訟法第33條第1項定有明文；該條立法理由載明：『刑事訴訟法第245條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『於

審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以『審判程序中者』為限。……」由此可見，確定終局裁定實際上適用之法律規定為「刑事訴訟法第三十三條第一項經反面解釋之規定內容」，亦即「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」。此為未將該項規定之時段（即「於審判中」）目的性擴張至包含「聲押後、聲押庭開庭前」所形成之規範狀態。

是故，本號解釋不妨直接以刑事訴訟法第三十三條未經目的性擴張之規定內容為審查標的，而認為該「在『審判中以外之聲押程序』，不准辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗及證物」之規定，與憲法第八條所定之正當程序保障及憲法第十六條所定訴訟權之保障的意旨不符，應不予適用。無須迂迴創造「整體觀察」之審查及論述方式，導致審查標的不明確之現象。

四、羈押審查程序應相當於通常審判程序

關於羈押要件，刑事訴訟法第一百零一條規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：一、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。三、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者（第一項）。法官為前項之訊問時，檢察官得到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據（第二項）。第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄（第三項）。」另依同法第一百零一條之一規定，犯該條第一項所列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，亦得羈押之。所以，犯罪嫌疑人必須有該二條所定之羈押事由，始得聲請法院准予羈押，法院亦始得為准予羈押之裁定。而上開羈押事由是否具備，應依調查所得之證據認定之。因此，檢察官在聲請羈押時，在羈押聲請書中應即載明，犯罪嫌疑人應予羈押之事由及所據以認定之證據

方法，供承審羈押案件之法院據以裁定，是否准予羈押。

鑑於准予羈押之裁定，雖非有罪判決，但卻與有罪判決中之有期徒刑的判決一樣，會產生限制犯罪嫌疑人之人身自由的結果；蓋一旦准予羈押，即於有罪判決確定前，提早限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，當限制犯罪嫌疑人人身自由之時點，已因羈押審查程序之啟動而提前，則應認為等同於通常審判程序已提前展開。換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項所定之「審判中」之時點即已向前移動，俾使犯罪嫌疑人及其辯護人能根據相關證據方法，從事必要之防衛與辯護。

縱認羈押審查程序不等同於通常審判程序，而不得適用刑事訴訟法第三十三條規定給予辯護人閱卷，然基於憲法第八條人身自由保障之意旨，以及無罪推定原則之要求，對於犯罪嫌疑人及其辯護人就羈押事由有關之卷宗、證物，除確有防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律明文加以限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人於羈押審查程序中，有與通常審判程序相當之防衛及辯護之權利與機會，俾符合憲法第二十三條法律保留原則及比例原則。刑事訴訟法第三十三條僅就審判中，而未對起訴前，特別是聲押前、聲押庭開庭時，犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱、抄錄或攝影卷宗、證物等防衛及辯護權妥為規定，因此發生對於犯罪嫌疑人及其辯護人一時性之限制結果，與憲法第二十三條意旨不盡相符。是故，就其適用範圍除應儘速修法外，在修法前，並應予目的性擴張，以符該條規定之規範意旨。

五、如何給予犯罪嫌疑人及其辯護人實質有效之防衛及辯護權

實質有效之防衛及辯護，應兼從時間、方式及內容三個面向來落實。本號解釋以「……偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者

外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。……整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。……」上開解釋之意旨，無非從「時間、方式及內容」三個方面來論述。於內容方面，多數意見認為，現行偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知者，僅為聲請羈押所依據之事實，而未及於檢察官聲請羈押各項理由之具體內容及相關證據，與憲法所定剝奪人身自由所應遵循之正當法律程序原則不符，並認為除「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」得予限制外，應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之有關證據。就此部分，本席敬表贊同。

惟在時間方面，多數意見認為應「及時」，而何謂及時，於解釋理由中並未予具體表示；在方式部分，多數意見認為所謂「適當方式」不以由犯罪嫌疑人及其辯護人檢閱卷宗並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽等方式亦無不可，而究採何種方式係屬立法機關自行裁量之範疇。就此二部分，本席意見如下：

（一）關於時間

羈押審查程序攸關犯罪嫌疑人之人身自由是否受到限制，其當遵守之正當法律程序之內涵為何，本院應正面面對，並於解釋文中明文闡釋本院之具體意旨，而不宜以不確定、看似合理的文字作為結論。

本號解釋僅要求應「及時」使犯罪嫌疑人及辯護人獲知，輔以肯認由法官提示、告知或交付閱覽之方式使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關卷證資訊。不免令外界困惑，本號解釋多數意見所謂之「及時」，究竟所指為何？係聲押庭開庭前？開庭中？抑或法院作出羈押與否之決定以前？也因此，為未來修法、司法實務操作埋下不易處理之疑難，致本

號解釋之意旨恐無法儘早獲得貫徹。

由於犯罪嫌疑人欲證明其無罪或不符合羈押事由，係就消極事實所為之舉證，所以，在證據方法之提出上確有困難，或甚至是不可能的。因此，為使犯罪嫌疑人及其辯護人能為實質有效之辯護，除責由主張有犯罪事實之一方（在此即檢察官）向法院聲請羈押時應具體表明聲請羈押之事實、理由，並提出必要之證據外，同時，上開事實、理由以及必要證據（除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外），亦應讓犯罪嫌疑人及其辯護人知悉，俾使其能針對檢察官所指控之事實、認定事實所憑據之證據逐一回應，為其清白而為辯護。

因此，所謂之「及時」應指於「聲押庭開庭前」即令犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押所據之事實、理由及證據，並給予充分時間為聲押庭之答辯做準備，而不能至聲押庭開庭中、甚至法院作出羈押與否之裁定前，始讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊。

（二）關於方式

本號解釋認為，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證或其他適當之方式，均無不可，並指明此部分要屬立法裁量之範疇。

然而事實上，多數意見對於「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」之情形，已有得為限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲悉相關卷證資訊之共識。換言之，多數意見已就犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中獲悉相關卷證資訊，本於憲法比例原則、正當法律程序原則，以及偵查實務之狀況，予以通盤考量。因此，當無上述「有事實足認有湮滅、偽造、

變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」情形時，究有何正當理由再限制犯罪嫌疑人之辯護人，不能如同通常審判程序一般，檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影？其差別之理由為何？就此，本號解釋並未加以論述。

固有意見認為，人民應信任法官為客觀中立之審判機關，由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，即應無損於犯罪嫌疑人之利益，並非只有許辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，始符合正當法律程序。惟上述說法似有幾個盲點：第一，忽視「法官提示、告知或交付閱覽」與「辯護人自行閱卷」，在卷證資訊之取得，本質上有間接及直接之差異。第二，按現行規定，通常審判程序中亦採辯護人自行檢閱卷證並得抄錄或攝影之方式，而非由法官提示，而依一般觀念，並不會將辯護人閱卷制度之設計，認為是對於法官提示卷證之不信任。第三，如前所述，羈押審查程序乃於有罪判決確定前，提早決定是否限制犯罪嫌疑人之人身自由。因此，在羈押審查程序中，應以使犯罪嫌疑人獲得與通常審判程序相同之程序保障為原則，當有特殊目的考量，而有限制之必要時，自應符合憲法法律保留原則及比例原則之要求，並須具備差別待遇之正當理由，方得為之。

六、結論

處理本案問題首先必須理解到，犯罪嫌疑人欲證明無罪或無受羈押之事由，是關於消極事實之舉證。這在證據方法的提出上是有困難，甚至是不可能的，因此，必須由主張有犯罪事實之一方（即檢方）提出認為有羈押必要之事實、理由，以及證明其主張之證據，而後犯罪嫌疑人及其辯護人方有可能針對檢察官之指控，為實質有效之防衛與辯護。於羈押審查程序，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要之卷證相關資訊，乃為保護犯罪嫌疑人憲法上權益所必要，其應當踐行之正當法律程序究竟為何，本號解釋

僅以「及時」、「適當方法」等抽象文字名之，恐因保留過多空間予立法裁量，而致將來修法之結果，不能符合本號解釋多數意見之意旨及多數人民之期待。是否會有如此之演變與發展，值得持續關注，以供將來釋憲解釋措辭上之參考。

註解：

註一：Canaris, Die Feststellung von Lücken um Gesetz, 1964 Berlin, S. 89ff..

協同意見書

陳新民大法官 提出

視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！

明朝·海瑞·《申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文》

政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之；故非萬不得已者，斷不可押。

清朝·汪輝祖·《學治說贅》

本席贊同本號解釋多數意見的結論，認為：即使在偵查階段的羈押審理程序，應賦予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，且此權利不一定須與刑事訴訟法（以下簡稱本法）第三十三條第一項（以下簡稱系爭規定），所賦予的律師卷證檢閱權的內容完全一致，可由立法裁量之。本席對於多數意見所呈現出對人民訴訟權利以及正當法律程序原則的重視亦表示讚佩之意。

惟為了更進一步強化憲法保障人民訴訟權的防衛功能，以及逐步豐富憲法正當法律程序的內容、提升我國刑事正義的文明指標，本號解釋似乎可再稍加擴張審查範圍，及於審查系爭規定限定在審判期間唯有辯護人——而非被告——，方得擁有充分的資訊獲得權，以供防禦之用之部分；另外，多數意見未肯認系爭規定已經侵犯律師之職業自由與工作權，顯示出其未特別重視與論述律師角色與人民訴訟權間的「唇齒關係」，本席也認為係忽視了人權理念之發展——特別是訴訟基

本權的發展——，實與律師協助訴訟制度乃同步發展之史實也。本席亦將對此加以陳述。

其次，多數意見未能將系爭規定是否合憲的問題，予以明確說明，但字裡行間仍持合憲見解。雖然其所持立論並非無據，但恐仍不免解讀出各說各話的後果。此方法論的運用，似乎為我國大法官實務所鮮見，自有憲法釋義學的學術價值。而理由書中，甚且認為我國羈押審查程序未採對審結構，從而無武器平等原則的適用，似未能反映出大法官在過去若干號解釋（如釋字第六五四號與第六六五號解釋），與本號解釋的意旨，都在具體的制度上，強化犯罪嫌疑人與被告的防衛能力與律師的辯護功能，豈非在行動上實踐「武器平等」的精神乎？

本席不才，謹願提供若干淺見，寫成此協同意見，敬陳於次，俾供有識者與有興趣者繼續思考相關問題的素材。

一、本號解釋涉及的法益，除了被告或犯罪嫌疑人之訴訟權外，仍應包括律師的職業自由與工作權

本號解釋的重心固然應當集中在援引正當法律程序，以保障被告或犯罪嫌疑人之人身自由與訴訟權。然而，是否應如聲請人所主張，亦及於辯護人之工作權之問題，本號解釋未置一語，只是在理由書敘及辯護人得否為本號解釋之聲請人時，肯定其「適格性」時，乃基於：「辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符」，顯然地係因辯護人在程序上為終局裁判之當事人（抗告人），而所侵犯者（被拒絕得以檢閱檢察官聲請羈押之卷證），係屬「被告之防禦權」，而非基於其身為律師。此裁定以及其所依據的法律，已經侵犯律師受憲法保障之正當業務與職業行為，亦即其工作權也。此種見解，似有待商榷，因為已忽視律師在保障人民享有充分的辯護權利上，已具有不可忽視的重要性。

(一) 「律師專業協助」已成為現代法治國家保障人民訴訟權不可或缺的制度

在今日的科技與工業化的時代，國家依法而治，所導致的現象，已是法律數量繁多、法律秩序細如法網，有如繁星般的交錯盤雜。且專業分工之細，即連一般法律專業人士也未必能夠完全掌握。更何況一般人民？故一旦面臨訴訟，一般人民倘未獲得律師的協助，幾乎很難理解實體法與程序法上的繁複規定，又如何能順遂地透過訴訟程序來最大程度的維護自己的權利？另外，也要考慮到法庭的森嚴氣氛，往往會令人望之生畏。一旦身入法庭，面對檢方這個充滿敵意，且有備而來之專業團隊，能夠從容以對者，已屬難得，更何況要在答詢得條理分明、不失分寸地維護其權利，已經是百中不得其一也。這也是美國最高法院八十年前作出一件關於重犯應強制獲得律師協助辯護的經典案件「包維爾案」(Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)) 中，多數意見執筆的蘇特蘭大法官 (George Sutherland) 所描述的現象：「在許多案件裡，如果被告沒有律師的協助，則其訴訟權沒有什麼益處。即使智力很高且受過教育者，在法律專業方面只有很少的知識，甚至不懂。在訴訟攻防，對於訴訟與證據的規則完全不懂，也無法主張有利的證據，亦無法反駁控方引用非法的證據，因此，在對其有利的案件，往往失去了勝訴的機會。……在智力很高的被告受審時，亦不免狼狽如此，試想那些愚蠢、不識字或智力不高的人，會糟到什麼地步（註一）？」

此段關於法庭對人民的震攝力，以及人民面對法律爭議的「無抵抗力」之敘述，令人敬佩。可見得法庭實務上，人民訴訟權利的充分保障離不開律師的協助，否則，儘管憲法如何強調訴訟權利的重要，仍只是紙面文章的鏡花水月假象而已。亦正如同美國著名的法學家也是「包維爾案」最高法

院承審法官之一的卡多佐（Benjamin Cardozo）在本案的意見書所強調的：「裁判有無提供律師協助，已構成正當法律程序的要素，而在個案必須考慮被告的種族（七名失業黑人）以及有無聘請律師出庭的可能性與能力（在數天內經過三次審理，每次審理一天內宣判），來作判斷。因此，公平審判不僅僅是『理論概念』，也是『事實概念』。（註二）」

蘇特蘭大法官正確地強調了現代訴訟中律師角色的不可忽視性。也促使了律師的職業與社會發展同步之專業化。律師成為國家法治化，監督公權力（包括行政與司法權力）是否有依法行使，而無濫權之虞的重要制度。同時又是人民的職業之一，更具有代表人民行使上述監督權限的民主意義。故律師能否發揮其法律專業、使其能夠發揮確保人民享有法定的權利，律師的角色對法治國家的重要性不言可喻，所以律師正因法令對行使職務有所限制或禁止，使其上述功能受到妨礙，即屬侵犯其憲法職業自由與工作權保障範圍之問題。

同樣的例子，可舉醫師說明。醫生應當盡其醫療專業知識來診治病人。如今法令動輒限制其不能開刀、用藥等，以致其專業無法施展，豈非侵犯其工作權與職業自由乎？其理自明。

由上述之討論可知，國家的憲政理念能發展到將人民的訴訟權利，聯結到獲得律師的協助，進而納入憲法上正當法律程序保障的範圍，當是經過相當漫長時間的醞釀，經過多少法庭不正義的判決，社會良知對這些案件的檢討與醒悟後，獲得共識的人權理念，才將此見解形塑成正當法律程序的概念範圍之內，得來並不容易。

依據古典的憲法人權理念，人民訴訟權的保障，甚早便是將律師協助融和在此權利的體系之中。可觀諸美國憲法修正案第六條的規定：「在所有刑事案中，被告人應有權提出

下列要求：要求由罪案發生地之州及區的公正的陪審團予以迅速及公開之審判，並由法律確定其應屬何區；要求獲悉被控的罪名和理由；要求與原告的證人對質；要求以強制手段促使對被告有利的證人出庭作證；並要求由律師協助辯護。」易言之，早在二百二十年前，西方的人民訴訟權，已經將人民得請求律師協助辯護的權利，提升到憲法保障的位階。這是值得重視的史實，顯示出憲法的人權理念，特別在人身自由與訴訟權的保障方面，必須透過律師的協助不可。因此，律師的功能與人權理念是同步發展、亦步亦趨的始終相隨也。

當然，隨著國家人權理念的提升，二百年前美國這種律師辯護權本是「自願原則」，由人民自願聘請律師之辯護為保障的對象，逐漸的擴充到對重罪的「強制辯護」，如前述的「包維爾案」。並且更進一步地延伸到對窮困、無力訴訟者的被告亦享有獲得律師協助的權利，否則不能符合憲法正當法律程序的原則。例如，一九六三年三月十八日美國最高法院所作出膾炙人口的案例——「基甸案」(Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963))，宣告了一個窮困的被告，即使是犯輕罪，如果要求律師協助而不果時，其審判即不能符合憲法正當法律程序的原則（註三）。這已經將自然正義的理念，融入了人民能獲得公正審判的契機，而形成正當法律程序的一環。

這種制度已經成為國際社會的潮流。一九九〇年八月二十七日至九月二十七日，在古巴哈瓦那市召開的聯合國預防犯罪與罪犯待遇大會通過一個文件「關於律師角色的基本原則」(Basic Principles on the Role of Lawyers)，前言已宣示：「被拘留的人皆有權獲得法律顧問的協助，有權與法律顧問聯絡與諮商。同時，要求所有人都有獲得獨立法律人士就其無論是經濟、社會、文化、公民與權利方面，提供法律

服務。」其中第七條宣示各國政府應確保被逮捕或拘留之人，不論是否受刑事指控，均應有機會與一名律師聯繫，且至遲自逮捕起算不得超過四十八小時。同時第十六條亦規定各國政府也應確保律師能夠不受干擾、不受恫嚇地履行本公約的職權。雖然我國並非本公約的簽字國，且此公約似乎仍只是立法建議的性質，但也可理解律師角色與人權保障的密切關聯，已是國際社會的文明指標。

我國刑事訴訟體制發展至今，也不遑多讓，本法第三十一條，除了對於重罪（最輕本刑為三年以上有期徒刑案件及高等法院管轄第一審案件），應予強制辯護外，且對於弱勢族群（如精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，或被告具原住民身分者），以及被告為低收入戶或中低收入戶，亦應指定公設辯護人或律師為被告辯護。

不惟寧是，我國且在二〇〇四年一月七日，公布「法律扶助法」將扶助弱勢族群及窮困民眾之訴訟救助，由刑事衍伸至民事與行政訴訟，亦是本院所捐助之「財團法人法律扶助基金會」所執行的業務，已經有二十一個分會，十年來付出的努力，有目共睹，當可積極促進我國人民訴訟正義的實踐。

因此，本號解釋多數意見在理由書，甚且建議立法者可以考慮將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序之中，以保障人身自由。基於儘量維護人身自由的領域，嚴格限制羈押的行使，以及確保每個國民的刑事辯護權的功能，此建議本席樂觀其成。

（二）學術主流見解認定律師的資訊獲得權為其「法定權利」

本號解釋既然不承認系爭規定中律師的閱覽或知悉其當事人被聲請羈押的有關證據，乃是獨立的、受憲法保障的職業與工作權範圍，反而必須寄託與依靠當事人的訴訟與防禦權，而作出了其應擁有該證據與資訊的知悉權，顯然地已

經衝擊了目前我國刑事訴訟法學界的主流見解——將律師的檢閱相關卷證權視為律師的「固有權」，而非其當事人訴訟權的「傳來權」(註四)，亦即將該條文乃賦予辯護人之權利(與交通權、在場權、出庭辯護權及聲請權……)，都是權利的主體，而非以被告為主體(註五)，並不一致也。

但本號解釋似乎未對此問題提出闡釋，然而值得注意的是，本號解釋所專注者仍在「偵查中」、而非「審判中」的資訊告知權限問題，導致的結論也侷限於「犯罪嫌疑人與辯護人」皆有獲得聲請羈押證據與相關資訊之權。亦即獲得資訊的權利人有二：犯罪嫌疑人與辯護人；相形之下，系爭規定所規定的審判中資訊獲得權利人只有一個(律師檢閱權)的合憲性，仍未改變，而被告(起訴後身分已由犯罪嫌疑人改為被告)，並未擁有此權利。易言之，律師在審判中的檢閱權，仍維持「固有權」的特徵。反之，在偵查中律師的資訊獲得權，由上文的法益討論，多數意見認為乃寄託在其當事人的防禦權上，且犯罪嫌疑人亦得獲得資訊，是否已由「固有權」改為「傳來權」乎？一樣的律師「資訊獲得權」(Recht auf Information)實施在兩個訴訟階段，竟會在屬性上造成二元，能否在刑事訴訟法學界獲得共鳴？仍有待觀察也。

(三)即使承認涉及律師的工作權，與職業自由，亦屬低度的憲法保障

誠然，如持承認應保障律師的職業自由與工作權之見解，會有利於聲請人一方，蓋其增加了釋憲機關應放入「衡量天平」上的籌碼也。現今許多的法律都會牽涉不只單一人權種類，也可能觸及兩種人權，例如，多數意見也認為羈押制度不僅限制人身自由，且因將其「家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大」(見理由書)，因此，形成複數人權的侵犯問題。

因此，一個立法措施的違憲與否，往往面臨數個人權的保障、侵犯與衝突，都是釋憲機關須納入考量，尤其是在後者的情形，這些複數人權間往往形成競爭關係，亦即法律往往會保障一種人權，進而侵犯（限制）另一種人權，典型的例子是言論自由權與名譽、人格尊嚴的衝突。此時的立法判斷便是一種公益選擇，且無異於「法益衡量」——高位階的法益之「應保障性」（Schutzwürdigkeit）應超越低位階的法益。本號解釋也是同樣的情形。故釋憲機關進行雙方法益衡量時，對於另一方可以納入判斷的人權種類，如同其砝碼般，不可忽視，以避免其「法益份量」的縮水。本號解釋如須平衡人民的訴訟權與防止影響偵查的利益比較時，如增加律師的工作權與職業自由之法益，自然可以獲得更高的優勢也。

儘管如此，這種對於律師職業自由所為的限制，以憲法學的角度而言，卻未能發揮關鍵性的作用。依據學界與我國大法官實務界對職業自由所盛行的檢驗標準，乃是依循德國聯邦憲法法院在一九五六年所作出的「藥房案」中所創設的「三階段理論」，這在我國大法官已普遍採納的檢驗標準（見釋字第五八四、六一二、六四九、六五九、六八二、七一號解釋），將職業自由區分成寬鬆、中度及高度審查。而對於職業自由與職業行為所為的限制，只要非涉及選擇或從事某種職業的主觀條件限制（採中度審查），或客觀條件限制（採高度審查）外，皆是寬鬆審查。故舉凡職業行使的限制、可為與不可為的行為種類……，都屬於此類，只要立法者出於公共利益的考量，並遵循比例原則與平等原則，即可為之限制也，同時釋憲機關亦應給予高度的尊重。

依照此審查標準，律師的行為準則，可屬一般公共利益，立法者當可為必要的限制。因此，雖然此權利可和被告與犯罪嫌疑人的訴訟權法益共同聯結，但其實質上能獲得釋

憲機關青睞的份量，仍然有限也。但無論如何，雖然其只基於次要與輔助性質的角色，但憲法解釋學是強調原則與理論體系的學問，故亦應善盡嚴謹的方法論也。

二、熱鬧與門道——本號解釋的方法論商榷

俗語說：「外行看熱鬧，內行看門道」，可以適用在本號解釋的論理之上。可由下面幾點來觀察：

（一）方法論的玄妙——勿忘所謂「整體觀察」的詮釋方式

系爭規定只許可律師在審判中擁有閱卷的權利，是否違憲？本號解釋似乎語焉不詳，讀者若不查，會導出其「違憲」的結論。因為本號解釋已經在解釋文中作出違憲的結論：「整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正本法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」既然已同時指明立法者應在一年內完成修正本法的義務，是否即表明了系爭規定已違憲，從而立法者應當在一年內修正，讓律師，以及犯罪嫌疑人都可獲得聲請羈押有關證據及其資訊的權利？

倘若讀者獲得此結論，遺憾的，乃誤解了本號解釋的意旨。多數意見的大法官同仁，已經殫精竭慮地利用巧妙、不無複雜的論理方式，作出了系爭規定並不違憲的結論（註六）。何以有此可能造成各說各話的差距？有必要詳論本號解釋的微言大義，以了解其立論的精妙所在。

多數意見在解釋文作出違憲結論時，提出要「整體觀察」系爭規定及同法第一百零一條第三項規定後，才會導出偵查階段律師與犯罪嫌疑人僅受告知羈押事由所據之事實，與正當法律程序原則等意旨不符之結論。易言之，不能光從系爭規定，也不能由第一百零一條第三項單獨作解釋，來導出是否符合正當法律程序原則的結論。此種敘述，除了在理由書

亦將此作為必須援引重要關聯理論，而將聲請人所未聲請釋憲之標的，但卻是恰好關於羈押程序的第一百零一條第三項納入審查範圍的理由外，亦復於理由書中重覆出現：「現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下略）及同法第一百零一條第三項規定（下略）致偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲請羈押事由所依據之事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符」。

所謂的「整體觀察」的功能顯然有二：第一，乃是將本法第一百零一條第三項納入審查範圍；第二，乃是將本號解釋審議的焦點，專指「偵查中」的資訊獲得權問題，而不論及系爭規定的本義乃指「審判中」，唯有律師才擁有的資訊獲得權之規定，是否違憲的問題。

至於上述所指的第一個功能，按照法律詮釋的方式，如果判斷一個行為、當事人的見解，甚至學說的合法與正確與否，都需要將相關的論述、規定、事實與證據作整體的觀察與判斷，避免流入「斷章取義」、「見樹不見林」或「以偏概全」的弊端，論事如此、聽訟也如此。法律規範一個制度，不可能由一個法條全部規範之，此時由若干法條構成的法律制度，是否合憲，當然要將所有相關條文納入審查，以求全貌，包括原則與例外規定。因此，在此第一種功能若只是就應當審查相關條文，強調須使用「整體觀察」的方式，乃為最稀鬆平常不過之舉，沒有釋義上的特殊之處。

本號解釋最玄妙與最重要之處，乃是第二個功能，此時，產生了審查標的之「乾坤大挪移」，將違憲焦點由聲請人所指摘的系爭規定（只准許審判中資訊獲得權，不准許偵

查中有此權利，乃過度的侵犯訴訟權），巧妙的移到整個本法未規範偵查中資訊獲得權的問題之上，才會導出立法者應當要儘速修法、建立一套全新的偵查中資訊獲得權的法制也。

（二）立法者應如何對待系爭規定？

既然如多數意見所示，系爭規定只是規定審判中的資訊獲得權，而非偵查中的資訊獲得權問題，立法者規範自有不足，應當重新立法補足此漏洞。故聲請人本期待大法官能夠宣告系爭規定因「規範不足」、「保護範圍不夠」而違憲，卻轉變為獲得了「應積極立法」的結論。儘管，最終聲請人仍能夠願望實現，亦即經過大法官宣示的立法期限（一年）後，立法者完成增訂規範偵查中資訊獲得權之法制。我國的訴訟人權法制也隨之更上一層樓。

但此在我國大法官解釋實務中似乎並未出現的解釋方法（易宣告原條文過於狹隘與過時之違憲，為原條文不違憲，由立法者定期訂立新法來修補原條文不足之處（註七），能否廣為釋憲實務所採納？恐怕仍有待觀察也。

在此產生一個困難：立法者究竟要如何對待系爭規定？由於本號解釋並不指摘本條文的違憲性，從而本條文沒有修正的絕對必要，因此仍可維持其合憲性，在此即會產生下列現象：

1. 系爭規定只准許審判中律師的閱卷權，不及於被告，既然繼續維持合憲性，而在偵查中卻許可犯罪嫌疑人擁有充分的資訊獲得權。雖然後者的獲取權不一定須與前者（閱卷權）一致，本號解釋理由書臚列數種立法選項（究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式），屬於立法裁量之範疇，但一定也會滿足正當法律程序的要求。但何以同一個國民，只要因身分的不同（犯罪嫌疑人

或被告)，就擁有不同的資訊獲得權？本席在本意見書前文已經提到了律師的資訊獲得權也會因此產生兩種「屬性」的不同，也是基於同樣的疑惑也。

特別是，系爭規定的不許可被告擁有閱卷權的立法理由，乃是避免被告會破壞不利於己的卷證。而律師為維持其職業前途及工作權利，且有懲戒等制裁，當較可防止此種危害。故我國立法者才會否認被告擁有資訊獲得權，而只賦予律師也（註八）。同樣的危險，難道在偵查階段時，不會發生在犯罪嫌疑人之上乎？其次，依同條文第二項，雖然准許無辯護人的被告「於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，其所獲得的資訊，也極為有限，且不得檢閱所有的卷宗，或抄錄與攝影，也無法檢視證據，可見得現行法「防範」被告之周密，彷彿其已犯罪確鑿，不無牴觸「無罪推定原則」精神之嫌。

此外，如以對人民權利產生侵害性的程度上而論，偵查階段遠不如審判階段的重要。前者不一定導致起訴違論定罪。後者則在起訴之後，涉及有無犯罪的關鍵角色。理論上，更應當給予人民在後階段擁有更大的防衛能力與資訊。這也是本號解釋多數意見迴避審查系爭規定違憲性後，仍不能解開的盲點。

2. 立法者何去何從？——本席的建議

雖然立法者在本號解釋公布後，必須建立一套偵查中的資訊給予權制度，理由書也提供了幾種立法方式，但是這是細節，重點是在如何處理系爭規定的問題，其方法可如，多數意見所宣示，可以增訂新的條文固是一個方式。依本席之見，應當釜底抽薪、一勞永逸地修正系爭規定及第三十三條第二項。可再分析如下：

(1) 在修正系爭規定部分：

固然只要將律師閱卷權的許可階段，改為「偵查

中與審判中」，亦即，增訂三個字，便可將本號解釋的意旨涵括在內。但比較起同條文第二項——無辯護人之被告，可要求給予筆錄副本的有限資訊，同時亦有除外規定如下：「但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」雖然只是規範在無辯護人之被告的資訊獲得權之上，但顯然也是立法疏漏，在可提供給律師閱卷的資料上，豈可洩露該資訊乎？因此，有必要透過此次修法一併填補之。

至於除外規定的內容方面，也應求一致性。但上述第二項的除外規定與多數意見在解釋文所宣示應給予偵查中律師與犯罪嫌疑人相關資訊的除外情形（有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外），並不一致，在修法時可以考慮重新整理，以本號解釋所新宣示的除外規定取代舊規定。

(2) 至於第三十三條第二項亦有必要重新整理：

目前該項條文僅僅適用在「無辯護人之被告」，範圍過狹，應該推廣到不僅被告（不論有無辯護人），及連犯罪嫌疑人，皆應包括在內；其次，在資訊內容方面，也只給予極為有限的資訊獲得權（於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本），與本號解釋保障人民資訊獲得權與正當法律程序的精神不符，應當擴張其資訊獲得權的方式與種類（包括除外規定）已於前述，本號解釋理由書已有例示說明，可由立法者決定。

本席相信，立法者若依此方式大幅度修正系爭規定及同條文第二項，當可以完整且一步到位地建立起犯罪嫌疑人與被告的資訊獲得權之法制。

三、武器平等原則的適用？

針對聲請人所主張必須給予羈押程序中的犯罪嫌疑人及辯護人擁有資訊獲得權之目的，乃在提供充分之防禦權，以獲得武器平等的可能性，以符合正當法律程序之主張。本號解釋多數意見在理由書以下列的文字表明立場：「至於羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」顯然採取否認的立場，認為此種資訊獲得權無涉武器平等原則之適用，而是訴訟結構的問題，亦即只有採取「對審制」方有此原則的適用也。

多數意見此種見解，將武器平等原則推向「訴訟體制」，亦即羈押審查程序不採行對審結構。似乎在討論到我國刑事訴訟體制，並未採納英美法制所流行的「當事人進行主義」，而實施該制度者，也會建立起一套證據制度，例如，「開示制度」——控辯雙方相互分享所獲得之證據，也是武器平等原則的體現。就此證據的相互擁有與分享而言，這和大陸法系國家所流行的「職權進行主義」，或是我國在二〇〇二年以後所採行的所謂「改良式當事人進行主義」，都並不完全一致，我國的制度之所以稱為「改良式當事人進行主義」，即為系爭規定之精神，由被告辯護人單方面檢閱檢察機關所獲得的證據，而已方有利之證據卻毋庸提供予檢察機關也。也因此顯現出雙方攻防所擁有的資訊與證據並不對等也。

其實武器平等原則乃是強調立法者在規範各種案件的訴訟程序上，應儘可能的給予被告充分的防禦資訊以增強防衛的能力，尤其是應使雙方擁有同等攻防的機制，此不僅涉及比例原則，也同屬平等原則的適用。這些都構成了正當法律程序的內容。特別在刑事案件，偵查一方的國家機關擁有龐大的國家資源與公權力，形成優勢的一方，故人民方面更應當給予廣泛的行為權限，俾作為捍衛自己權利之用。比例原則即扮演著關鍵的角色。而在民事訴訟程序，本原則一樣發揮了規範的角色，尤其是在法官的闡明權方面（民事訴訟法第一九九條）（註九），顯示出

不論民事訴訟或刑事訴訟，都有武器平等原則之適用，也是關涉到平等權、法官中立的憲法原則也。因此，並不一定要將武器平等原則與是否實施當事人進行主義的問題綁在一起，而限縮了武器平等原則在其他方面亦可發揮的功能。

大法官對於武器平等原則，亦認定須以比例原則為依據，此見諸大法官釋字第六六五號解釋——該號解釋也針對羈押審查，與本號解釋頗為類似，同時也是審查同一個法條（本法第一百零一條），只是非審查第三項，而是第一項。

釋字第六五四號解釋已經對武器平等的精神為詳盡地宣示，僅是未明白提出「武器平等原則」的用語而已。這是針對當時法律許可看守所於羈押中被告會見律師時，得予以錄音、錄影等監視，同時可將錄音、錄影所獲得的資訊，如有辦案需要時，提供檢察官參考。易言之，被告與律師間的會面言論，本應具秘密性質、涉及攻防策略，無疑曝光予對方。該號解釋便認為此規定，已經侵犯了憲法確保人民有受公平審判、正當法律程序以及刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人之權利（註十）。故本席在該號解釋協同意見書，便直指該號解釋即貫徹「武器平等」的原則，方可有效確保人民有受公平審判的可能。尤其是，儘管看守所可以監看律師的會面，但是所獲得的資訊，不得提供檢方使用，否則即屬於非法取得之證據，會導致判決不合法之結果。同時也不致於違反武器平等的公平審判與自由辯護的原則（註十一）。

本於同一意旨，大法官復於釋字第六六五號解釋對本法第一百零一條第一項重罪羈押合憲性的審查時，更以比例原則作為武器平等原則的審查標準，並提及：「亦即單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則」。

故大法官所指的我國「現行刑事訴訟法既未採對審結構」，似乎取代了我國現行訴訟「未採當事人進行主義」，會使人誤解

「對審」的意義。因為我國大法官過去對所謂「對審」制度，多半指原被告雙方可進行辯論、對質的攻防行為，亦即類似法院開庭的程序，例如，釋字第三九六號解釋之要求公務員懲戒委員會在組織與決議上，應採行類似法院裁判之體制，而有「對審」的制度（註十二）。因此對審制度已形同法院內的辯論與對質之程序，而與未經當事人辯論，以及當事人未受法官詢問與答詢機會的「書面審理程序」迥異的制度，釋字第五八二號解釋便是此一意旨：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障（本院釋字第三九六號、第四八二號解釋參照）。刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一」。

因此「對審制度」似乎當指有無當事人雙方言詞辯論、對質等攻防的程序而言，在羈押偵查庭中，既然許可被告與辯護人獲得羈押事由與證據的權利，亦即可以檢驗該些資訊的真偽，從而提出申辯；而立於相反一方的檢察機關亦可反駁，而終由法官裁決。此一來一往之攻防，豈非實施對審制？而訴訟法學界討論武器平等原則，率多與辯論主義合而為一，因此既然羈押審查容有辯護、反駁的機制，即容有辯論，實施對審制度與要求武器平等的空間也。

據此，吾人可以導出一個結論：只要涉及人民合憲的訴訟權利，必然應實施辯論與對審制度，即應符合武器平等原則，與賦予人民充分的防衛能力。如此的訴訟程序，才可符合正當法律程序原則也。因此，本號解釋既然一方面宣示目前羈押程序中未給予犯罪嫌疑人與辯護人充分的資訊獲得權，已減損其防禦權，牴觸正當法律程序；另一方面又宣稱目前羈押審查程序並未實施對審制，而無武器平等原則的適用，豈非矛盾？

本號解釋的作出，豈不是證明出大法官已又進一步、念茲在茲地重視武器平等原則的實踐乎？大法官同仁實可有此自信也。

四、結論——政之累民，莫如管押

由前所述，基本人權強化了訴訟權的功能。然而不僅西方的人權與法治思想都要求司法權力要儘量謹慎、避免濫權實施羈押，即連對現代司法訴訟精神極為陌生的我國儒家文化，也可以尋覓出類似「恤民」的思想。

本席近來偶爾夜讀古籍，也發現到古代先賢此種要求司法官「謹慎羈押」以及查明被押人民有無不法之冤屈，以及有無確須羈押必要的義務。舉例之一，乃是明朝大政治家，也是民間僅次於「包青天」，而學術界且更敬仰的清官海瑞，在其「申軍門吳堯山并守巡道請改招詳文」一文中（註十三），嚴詞批評地方司法官未能夠體恤民情，動輒濫用羈押權力，而喪失了公平正義。海瑞為此說出一句悲憤的名言流傳於世：「視民冤而不為言，知奸發而莫一告，慢上殘下，何以為民父母哉！」

好一句「視民冤而不為言」！這可為兩解：

一是，司法官見到有人民之冤案，而不替之申冤，因此是司法官應有「見冤而申」的言詞義務，包括替人民向上級司法官爭取正義在內，顯示出下級司法官員不畏上級威勢的勇氣；二是，司法官必須讓人民「有冤必申」，讓人民的冤屈、自身清白的理由得以申訴，而予裁決。亦即「視民冤而予言」也。無論如何，都有讓人民自證其清白的機會也。已有了保障訴訟權的概念雛形。

其次，在清朝夙有「幕學權威」，也是撰寫類似師爺教科書的名人汪輝祖，在其「學治說贅」對於辦案者（師爺），亦因為管押環境的惡劣、獄政人員的腐敗欺凌，故一再叮嚀：「政之累民莫如管押；管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之；故非萬不得已者，斷不可押。」以及辦案者必須有良心（盡其心）詳細審明被押者有無冤屈：「既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽」（註十四），都可以顯示出羈押權力的濫用，真乃「政之累民莫如管押」，也是屬

於海瑞所稱的「殘下之法」也。

故本席在此協同意見書一再強調多數意見所未特加論述的律師對人民訴訟權利之保障功能，並且以歷史的角度，由前引二百二十年前美國憲法增修條文第六條的規定。揭示了律師的協助體系已納入訴訟基本人權的發展，且與現代人權理論同步發展的歷史淵源。

而律師在訴訟程序內參與的不可或缺性，以國際潮流而論，也是一步一步地擴大其實施範圍，由「自願辯護」改採有條件的「強制辯護」，且後者也逐漸擴張其實施範圍，由死罪、重罪延伸到窮困、或其他弱勢族群在內。在此風潮中，也會對律師辯護的功能性——能夠獲得的資訊、辯護的程序以及相關的證據法則，朝有利於發揮辯護功能的方向發展。

因此，本席一方面強調本號解釋將對我國人民人身自由的保障體系提供更進一步的動力，同時也強化了律師保障委任人人身自由、監督司法公權力的能力，對於我國法治國家的品質，將有莫大的貢獻，值得朝野的重視。同時也希望本號解釋應當能產生一個強大的「放射功能」(Ausstrahlungswirkung)，將此進步的理念加以延伸、擴大戰果，不僅應納入審判中被告的資訊獲得權外，也要延伸到與羈押類似的「管收案件」之上。這是基於大法官在釋字第五八八號解釋已提及：管收對人身自由的限制與羈押無異，應當給予受管收人正當法律程序的保障以及充分的防禦機會，以維護其人身自由（註十五）。該號解釋未提及辯護人的資訊獲得權，即應援引本號解釋的意旨，使辯護人亦得在管收程序，擁有資訊獲得之權利也。

如此一來，即可透過大法官的解釋，一步一腳印地累積司法智慧的成果，逐漸豐富我國憲法保障人民訴訟權的體系與正當法律程序的內容。

本席尤其贊成本號解釋強調了國家對人民自由的剝奪，應當屬於「最後手段」(ultima ratio)，應基於最重大的公益與比例原

則最嚴格的檢驗（註十六）。此乃因為未曾經歷過被剝奪人身自由者，不知身陷囹圄者在身體與心理上的苦楚，也因此，國家必須儘量賦予人民證明清白、司法公權力避免作出違法羈押人民之「冤、錯、假案」的機率。

我國司法與刑事制度的文明程度之提升，哪一日可驕傲地與國際法治先進國並駕齊驅——超英美、趕德日（超越海洋法系的英、美等國及大陸法系的德、日諸國），便有賴焉！

註解：

註一：可參見安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年，頁130。

註二：A. L. 考夫曼著，張守東譯，卡多佐，北京法律出版社，2001年，頁548。

註三：關於本判決的來龍去脈，可參見，安東尼·路易士所著，李伯恬譯，基甸的號角，自華書店，1987年。

註四：參見黃朝義，刑事訴訟法，2006年9月，頁80；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2007年1月，頁133；林山田，刑事程序法，2004年，第5版，頁202。

註五：林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），2003年9月，第3版，頁195以下。

註六：對聲請人而言，此也關涉其有無提起個案救濟的可能性也。

註七：系爭規定既然依明白的條文意義及立法意旨，乃排斥律師在偵查程序擁有閱卷權，沒有通融之餘地。且形成實務界的見解，並經本號解釋原因案件確定終局裁判所援用之理由。而今如要「網開一面」，認為本條禁令不及於偵查階段，學說上最常援用之方法，乃使用所謂的「法律合憲解釋」，限縮系爭規定的效力，只在審判階段，不及於偵查階段，亦即，利用「限縮解釋」的辦法，來避免宣告一個保護不足、規範不週的法律，導致無效的結果，以儘量維持法律的效力。經典案

例可舉德國聯邦憲法法院在 1987 年的判決（BVerfGE74, 264），依德國集遊法（第 14 條）亦曾有規定：室外集會應於 48 小時前向警察機關報備之義務。後經聯邦憲法法院採取合憲限縮之解釋方式，將該條文的適用範圍，僅限於一般室外集會，但不及於突發性集會之上，以避免該條文淪為違憲之後果。大法官在釋字第 709 號解釋亦使用此方法。但使用此解釋方法，仍必須將該系爭條文納為審查的標的，並明文加以限縮其意義，明白規定效力未及之處，以便立法填補也。

註八：按學界也主張此被告為權利的主體，但為防止破壞卷證，立法折衷之計才賦予律師也。如此立論顯然律師的閱卷權，並非完全固有，而是「移轉」而來也。見林鈺雄，前揭書，頁 195。

註九：許士宦，戰後臺灣民事訴訟法學發展史，月旦民商法雜誌，第 35 期，2012 年 3 月，頁 15。

註十：釋字第 654 號解釋：「……憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。……羈押法第二十八條規定：「被告在所之言語、行狀、發受書信之內容，可供偵查或審判上之參考者，應呈報檢察官或法院。」使依同法第二十三條第三項對受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，牴觸憲法保障訴訟權之規定。」

註十一：此即「聽而不錄」及「聽而不報」的原則（Watching, Hearing without Using）。可參見本席釋字第 654 號解釋之協同意見書。

註十二：釋字第 396 號解釋：「公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。惟懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。

註十三：參見欽定四庫全書，備忘集卷二。

註十四：參見汪輝祖，學治說贅，管押簿：「管押之名，律所不著，乃萬不得已而用之、隨押隨記大概賊盜之待質者最多，審則重者禁，輕者保無關者省釋，立予銷除。命案牽連應即時詰證取保，勢不能速結者、至四五日斷不可不為完結，若詞訟案件，自可保候、覆訊不宜差押、政之累民莫如管押，且關係甚重，或賊押而捕縱行竊，或命押而怕累輕董（監督之意），至訟案押而招搖撞騙，百弊錯出，向有班房夜間，官須親驗以防賄從。數年前，禁革班房名目，令原差押帶私家，更難稽察，似不如仍押公所為安。役之貪狡者，命案，訟案及非正盜正賊藉偷押以恣勒索，每系之穢污不堪處所，暑令熏蒸，寒令凍餓，至保釋而病死者不少。故非萬不得已者，斷不可押，既押須親自查驗，幕猶恐被人欺止能求盡其心、官則心盡而力可自盡，慎勿為人蒙蔽，不設此簿或有遺忘，勢且經旬累月，民受大害矣。」

註十五：釋字第 588 號解釋：「……管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「拘

禁」，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障」。

註十六：這也是符合德國的憲法學主流想法，對於重要的基本人權，例如，關涉生命與身體自由、人性尊嚴等權利，除要強調比例原則的重要性外，還要利用更周詳的程序規定來確保之，換言之，至少先將程序的保障，視為實體保障的「前哨戰」也。可參見李建良，論基本權利之程序功能與程序基本權—德國理論的借鑑與反思，刊載司法院大法官九十二年度學術研討會，司法院，民國93年10月，頁137、頁143以下。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

黃虹霞大法官 加入（註一）

本件係有關在偵查中之羈押審查程序，是否應許犯罪嫌疑人及其辯護人閱卷或以其他方式獲知檢察官據以聲請羈押之具體理由與相關證據。多數意見認為，應於偵查中羈押審查程序，以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由與相關證據，使其得以有效行使防禦權。本席敬表同意。本件在程序上，涉及聲請解釋憲法適格要件之特殊問題；在實體上，則涉及人身自由保障、訴訟權、正當法律程序、有效行使防禦權及武器平等原則等之內涵與其間之關係；並涉及「整體觀察」解釋客體之新的違憲審查方法、偵查不公開原則是否為憲法原則、辯護人行使職權在憲法上應賦予之地位等諸多待進一步補充之問題。爰提出本協同意見書。

壹、「非抗告程序當事人之犯罪嫌疑人」及「非人身自由受侵害之辯護人」個別均應得聲請解釋憲法

- 一、依大法官審理案件法（下稱大審法）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。此款所規定聲請解釋憲法之要件有三：其一，聲請者必須主張其憲法所保障之權利遭受不法侵害；其二，須經依法定程序向法院提起訴訟或提出其他救濟程序，並經上訴或抗告等而用盡審級救濟程序，因而已有確定終局裁判；其三，須主張裁判所適用之法令有違憲疑義。原則上，憲法權利遭受侵害之人與向法院提起訴訟或提出其他救濟程序之人，應為同一人。亦即聲請解釋憲法之人，必須為憲法權利遭受侵害且已完成司法救濟程序並為確定終局裁判對象之人。然本件情形，應屬極少數之例外情形。
- 二、本件聲請人二人中，一為犯罪嫌疑人之辯護人；另一為犯罪嫌疑人。辯護人為向法院聲請閱卷及提出抗告之人，因而為該程序之當事人，但人身自由受侵害者為其所辯護之犯罪嫌疑人，而非辯護人本身；犯罪嫌疑人則非向法院聲請閱卷及提出抗告之當事人，但其人身自由之保護及訴訟權因其辯護人無法閱卷，而直接受影響。多數意見認為：「本件解釋之聲請人有二，即被告及其辯護人。被告雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係被告選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）；辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受被告選任於羈押審查程序，檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助被告行使防禦權，是二聲請人共同聲請釋憲，核與前揭聲請釋憲要件相符。」本席對多數意見所認二人得「共同聲請」解釋憲法，固敬表同意；然多數意見就二人如非共同聲請，而係個別聲請，是否亦符合聲請釋憲之要件，並未闡釋，甚為可惜。
- 三、本席認為，聲請閱卷最終目的既係在保障犯罪嫌疑人之人身

自由與訴訟權，犯罪嫌疑人在形式上雖非閱卷之聲請人及抗告程序之抗告人，然辯護人為犯罪嫌疑人之權益聲請閱卷且依法定程序提起抗告，應認犯罪嫌疑人已符合大審法第五條第一項第二款所規定「經依法定程序提起訴訟」之要件，而得單獨聲請解釋憲法；否則難以有效保障其人身自由與訴訟權。又辯護人係聲請閱卷及遭裁定駁回抗告之當事人，其不但為犯罪嫌疑人之行使防禦權，以保障犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權，且如後所述，辯護人亦應有其憲法上固有之辯護權；故對辯護人而言，包括「傳來於」犯罪嫌疑人之人身自由及其訴訟權，以及辯護人自身之固有權利，因遭法院拒絕閱卷而受侵害，故符合大審法第五條第一項第二款所稱「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」之要件，而得單獨聲請解釋憲法。亦即，辯護人及受聲請羈押之犯罪嫌疑人均應有分別單獨聲請解釋憲法之權。

貳、犯罪嫌疑人於偵查中羈押審查程序所應享人身自由保障、訴訟權、有效防衛權、武器平等及正當法律程序之內涵

一、「訴訟權」適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵：

（一）憲法第十六條訴訟權包括正當程序、公平審判及充分防禦權：本席在本院釋字第七三六號解釋所提出之協同意見書中曾提及，憲法第十六條所保障之人民訴訟權，有諸多內涵；「包括人民於其權益受侵害而尋求救濟時，有接近利用法院之權，以及在利用司法救濟之時有受司法正當程序與公平審判保障之權及刑事被告在訴訟上享有充分防禦之權等。」多數意見就犯罪嫌疑人之訴訟權，僅提及憲法第十六條之訴訟權「係以人民權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現」（見本號解釋理由書）。而未提及本院以往解釋（如釋字第五八二號、第六六五、第六八一號、第七三六號等

諸多解釋)所提及之「公平審判」及「充分防禦」之權等更具體之內涵,殊為可惜。蓋本件所涉及之核心議題為應如何確保犯罪嫌疑人於偵查中之羈押審查程序中受公平審判及使其享有充分防禦之權。

- (二) 刑事偵查程序雖非起訴後之訴訟程序,然偵查中之羈押審查程序,由法院審理,並由代表國家追訴犯罪之檢察官與犯罪嫌疑人及其辯護人,就羈押之事由與證據進行攻防,故應屬憲法第十六條「訴訟權」保障之範疇。多數意見明確將憲法第十六條所規定訴訟權保障之範圍適用於偵查中之羈押審查程序,本席敬表同意。

二、人身自由保障適用於偵查中羈押審查程序應有之內涵:

- (一) 偵查中羈押審查程序涉及犯罪嫌疑人可能因法院審查之結果而受強制隔離,其人身自由可能於起訴前(將來是否起訴尤屬未知;如將來確受起訴,最後是否受有罪判決,更為未定之天),即遭受剝奪。犯罪嫌疑人自應受憲法第八條之保障。
- (二) 憲法第八條就逮捕、拘禁、審問、處罰之主體與法定程序,以及移送法院之時間及法院之提審等程序有具體規定,然其第一項就「人民身體之自由應予保障」之原則性規定,隱含著剝奪或限制人身自由之一切國家措施,均應「踐行必要之司法程序或其他正當法律程序」之要求(本院釋字第 0 八號解釋理由參照)。所謂必要之正當法律程序,自應包括使人身自由已經遭受侵害或即將遭受侵害者,得以在相關程序中有效行使防禦,使其人身自由不受限制或剝奪之權。

三、人身自由與訴訟權之保障於本件同時為正當法律程序之基礎:

憲法就人身自由、財產權等實體權利受侵害,或訴訟權等程序權利之行使,均以正當法律程序之要求予以保障。故

在不同之憲法解釋事件中，因所涉基本權利之不同，自有可能以不同的憲法條文作為正當法律程序要求之基礎（見本席於本院釋字第六九一號所提協同意見書）。本件情形，如前所述，犯罪嫌疑人於羈押審查程序，應享有訴訟權（包括具有「公平審判」及「充分防禦」內涵之正當程序）以及人身自由保障（包括使人身自由已受或可能受侵害者，得以有效行使防禦，使其人身自由不受非法限制或剝奪之正當程序）。此二項憲法上權利，同時作為本件正當法律程序要求之基礎。

四、武器平等原則為偵查中羈押審查程序所應遵守之正當法律程序之應有內涵：

- （一）武器平等原則（the principle of equality of arms）係歐洲人權法院依歐洲人權公約所規定公平審判（the right to a fair trial）所引申而來之基本權利。本院釋字第六六五號解釋理由書載謂：「刑事訴訟法第一百零一條第一項……規定羈押之目的應以保全刑事追訴、審判或執行程序為限。……單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則。再者……刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款如僅以『所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪』，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。」其一，該解釋雖係以武器平等原則節制羈押之事由與要件（而未涉及羈押審查程序中被告或犯罪嫌疑人與辯護人接觸檢視卷證之權利），然其顯然已經承認武器平等原則作為憲法原則之

一環。其二，該解釋就刑事訴訟法第一百零一條規定引用武器平等原則，並未限制其適用於起訴後之羈押審查程序；亦即，在該解釋下，偵查階段之羈押審查程序，亦應有武器平等原則之適用。

（二）多數意見謂：「羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」本席歎難認同。

（三）本席認為，武器平等原則之基本內涵為使攻防之雙方有相同之機會，以接觸、檢視及挑戰證據；亦即凡有攻防內涵及由公正之第三方作成裁決之程序，即應使攻防之雙方有相同之機會檢視及闡述相關證據，以確保雙方所提出之理由及證據，均係由不同角度受充分檢視，以確保裁決之不偏不倚。故武器平等原則為刑事被告或犯罪嫌疑人有效行使防禦權之重要方法，應係憲法所要求公平審判及正當法律程序之重要內涵。武器平等原則不但適用於起訴後之審判程序，亦應適用於偵查中由法院進行之羈押審查程序。如偵查中之羈押審查程序係採對審制度（亦即由雙方攻防為主），固應有武器平等原則之適用；縱使偵查中之羈押審查程序係採法官職權訊問之結構（如同我國現行制度），由於其審查之實際過程仍係由法院基於檢察官於聲請羈押時以及羈押審查程序中所提出之事實、理由、證據與口頭之說明為裁定之依據，故顯然有實質上之攻防，自應使檢察官所提出之事由與相關證據受他方之充分檢視與挑戰。縱使審查羈押聲請之法官主觀上確實不偏不倚，制度上仍不應假設其在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依該等證據作成羈押與否之適當裁定；犯罪嫌疑人及其辯護人雖有可能曲解證據，然依經

驗法則，其等基於切身利害或親身經歷，應較能提供不同於檢察官角度之觀察，以協助法官作成正確之解讀。在偵查中之羈押審查程序，如未賦予犯罪嫌疑人及其辯護人平等之武器，使其有相同之機會檢視與闡述證據，將如同使其被「蒙住眼睛」而與聲請羈押之檢察官，為犯罪嫌疑人之人身自由之保護進行決鬥，自與公平審判之意旨不符。

五、正當法律程序適用於偵查中羈押審查程序之具體內容—接觸檢視卷證以有效挑戰聲請羈押事由及證據之機會：

- (一) 依前述說明，偵查中羈押審查程序之正當法律程序之憲法基礎為訴訟權及人身自由之保障。其內涵，抽象而言，應包括公平審判、充分有效防禦及武器平等；具體而言，則應使犯罪嫌疑人得以接觸、檢視卷證，俾使其得以闡述相關證據，並有效挑戰聲請羈押之事由及證據之真實性或證據價值。
- (二) 多數意見認為：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；……並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」本席敬表同意。本號解釋文及解釋理由雖未對「適當方式」及「及時」之要件進一步闡釋，然此二要件顯然受「有效行使防禦權」之規範；亦即，若證據複雜或須經查證，則僅給予犯罪嫌疑人或其辯護人短暫檢視卷證之時間，即不符合「及時」及「適當方式」之要件。
- (三) 如上說明，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由及有關證據，既在使其有效行使防禦權；而制度上又不應假設法官在欠缺犯罪嫌疑人及其辯護人說明之情形下，均能正確解讀相關證據，並依據該等證據作成羈押與否之適當裁定；故應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以

「親自」接觸、檢視卷證，俾使其得以有效挑戰聲請羈押之事由及證據，以協助法官作成適當之裁定。如非犯罪嫌疑人或其辯護人「親自」接觸、檢視卷證，而係透過法官檢閱卷證並消化後再予轉告之方式使其獲知，則有遺漏證據之關鍵內容或使犯罪嫌疑人或其辯護人受誤導之可能；自不符合使犯罪嫌疑人及其辯護人得以有效行使防禦權之憲法要求。多數意見稱：「至於使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據之方式，究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。」本席對於多數意見認為立法者如採「法官告知」聲請羈押理由及相關證據之立法方式，亦可滿足正當法律程序之要求部分，感到不安。立法機關應將蒙住犯罪嫌疑人及其辯護人眼睛之眼罩完整移除，本於確實使其得以親自接觸、檢視卷證，以有效挑戰聲請羈押之事由及證據之原則，為其立法裁量之依據。

- （四）另多數意見將「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者」作為犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之證據之例外，本席敬表同意。此乃對人身自由之保障與國家之有效追訴犯罪間之適當平衡。然究竟是否有此所列舉之具體「事實」以及某項事實究竟是否確有此所稱之「危害」，自應由法院依據相關證據認定，而非僅憑檢察官之指稱，自屬當然。又「危害偵查目的」之用語極為概括，除有「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人」之危害偵查目的外，其他情形，自應限於檢察官提出具體證據以證明導致某項具體之偵查目的受到危害之情形。否則如許凡事均可概括的

歸諸有害偵查目的，並因而排除犯罪嫌疑人及其辯護人之接觸檢視卷證之權，自將背離本號解釋之意旨，甚至使本號解釋意旨之實現落空。又多數意見所稱「有事實足認有……之虞，得限制或禁止」，係指得就有造成「湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」之部分證據，使犯罪嫌疑人及辯護人均不得接觸與檢視；而非一有此情形，即可使犯罪嫌疑人及辯護人不得接觸或檢視其他卷證資料；此亦屬本號解釋當然之解讀。

六、「整體觀察」刑事訴訟法第三十三條第一項與第一百零一條第三項之新解釋方式：

（一）多數意見列舉刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項所規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」及「（第一百零一條）第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」，並以「整體觀察」此二規定之結果，認偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，並不符合正當程序之要求。此為本院新採之違憲審查方式。其意旨在於，兩條文中之任何一條規定均無法單獨認定在現行刑事訴訟法之下，是否已經滿足在偵查中之羈押審查程序應賦予犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權之憲法要求，因而不能宣告兩項規定同時或分別違憲；而必須將兩者合併納入觀察，以確定其所提供之防禦權是否充分。故本號解釋所宣告者，為刑事訴訟法對偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人所提供之保護不足，因而與憲法意旨不符；而刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項僅係在說明整個刑事訴訟法之保護不足。

（二）本席並不反對此種「整體觀察」之審查方式；然本席認

為，如單純審查刑事訴訟法第三十三條第一項之規定，並宣告其違憲，將較為直接、明確且有效。蓋刑事訴訟法第三十三條第一項原規定：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」民國七十一年八月四日前之刑事訴訟法並未准許於偵查中選任辯護人；為配合偵查中得選任辯護人之規定，七十一年修法時於該條項加入「審判中」之條件，而修正成為現行規定，即「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」。其立法理由為：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『於審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」換言之，刑事訴訟法第三十三條第一項規定辯護人於審判中之閱卷權，依立法意旨，顯然包括禁止辯護人於偵查程序（包括偵查中之羈押審查程序）閱卷，更禁止犯罪嫌疑人於該程序中閱卷。由於偵查中羈押審查程序之正當法律程序內涵，應使犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權；故刑事訴訟法第三十三條第一項所隱含禁止犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查程序中閱卷之意旨，自屬「部分違憲」（亦即：部分違背憲法正當法律程序之要求）。故較直接而有效之審查方式，應為宣告刑事訴訟法第三十三條第一項在「未許偵查中羈押審查程序之犯罪嫌疑人及其辯護人得以親自接觸、檢視卷證之方式獲知聲請羈押之理由及有關證據，俾使其得以挑戰聲請羈押之事由及證據，而有效行使防禦權」之範圍內，為違憲。

七、有關偵查不公開問題之釐清：

偵查不公開原則對無罪推定原則之貫徹（以避免輿論對法院造成不當壓力）、對當事人權利（如隱私與名譽）之保障、以及對偵查效能之確保，均至為重要。偵查不公開原則本身並非憲法所承認之原則（故僅為刑事訴訟法之原則），然由於該原則涉及犯罪嫌疑人無罪推定與其權利之保障，故其含有保障人民基本權益之重要憲法元素。因犯罪嫌疑人接觸、檢視卷證以獲知聲請羈押之事由與相關證據，俾為有效防禦，為保障人民身體自由及訴訟權之必要元素，故就偵查不公開原則中之保障人民基本權益之憲法元素而言，其與確保犯罪嫌疑人之公平審判與有效防禦之檢視卷證權利，自係併行不悖。就偵查不公開原則中之確保偵查效能元素而言，因該原則僅為法律原則，而非憲法原則，故其自不應與犯罪嫌疑人及其辯護人接觸、檢閱卷證之憲法權利相抵觸。

參、辯護人之憲法上權利之釐清

- 一、多數意見雖認為偵查中之羈押審查程序應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及證據；然多數意見認辯護人為「受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權」（見本號解釋理由書）；且多數意見就本件受侵害之憲法上權利，僅列舉犯罪嫌疑人之人身自由及訴訟權（見本號解釋理由書）。亦即，多數意見並不承認辯護人在刑事訴訟制度中，有任何固有之憲法上權利；而認為其有與犯罪嫌疑人共同聲請解釋憲法之權，係傳來於犯罪嫌疑人所享有之憲法所保護之權利。本席就本號解釋未能肯定在刑事訴訟程序中應賦予辯護人一定之憲法上權利，甚感惋惜。
- 二、或有認為：辯護人之固有權限，僅為其「法律上權利」（如刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權、第三十四條第一項所規定之接見羈押之被告即互通書信權等），而非

「憲法上權利」。本席認為辯護人不僅有刑事訴訟程序上之權利；亦應有憲法上之權利。在憲法上，其權利不僅為傳來自被告或犯罪嫌疑人（即傳來權），尚包括憲法所應賦予之「辯護權」。本席認為，辯護人之辯護權（內含為被告或犯罪嫌疑人接觸及檢閱證據資料之權）應為其憲法上所享有之固有權；理由有二。其一，憲法第十六條所規定之訴訟權固係對程序之當事人所賦予之保障；然該條所規定保障之內涵，包括使被告及犯罪嫌疑人得以選任辯護人以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋理由書參照）。亦即，在憲法第十六條之下，被告及犯罪嫌疑人有權選任辯護人，應為實現訴訟權應有之「制度內涵」。其既然為訴訟權應有之「制度內涵」，則顯然已經非單純保障訴訟當事人之問題，而同時應以建立憲法所要求之「制度」著眼。在「制度上」，如僅承認被告及犯罪嫌疑人之憲法上權利，而未賦予辯護人擁有憲法上權利以有效協助被告與犯罪嫌疑人，將使辯護人之功能流於被動，而無法更主動有效協助被告及犯罪嫌疑人實現其憲法第十六條之權利。其二，憲法上所承認之基本權，除憲法第七條至第二十一條所明文列舉者外，尚包括第二十二條所概括規定「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」之權利。辯護人之辯護權（包括羈押審查程序中接觸、檢視聲請羈押所依據之理由及證據之權），除有憲法第十六條為其間接依據之外，第二十二條則為其直接依據；亦即，此種權利屬於憲法第二十二條所稱之其他權利。本席認為，承認辯護人在刑事訴訟程序中之辯護權為憲法上之權利，有助於健全訴訟權保障之制度性要求，使其更得以依專業行使職權，為當事人進行有效辯護。惟本席亦應提醒，賦予辯護人行使職權具憲法上地位之外，亦應於制度上對辯護人嚴格落實專業倫理與執行業務之責任，使其權責相符，始能使辯護人制度更趨完善。

註解：

註一：黃虹霞大法官就本意見書貳五（四）部分（即有關排除犯罪嫌疑人及其辯護人接觸檢視卷證之事由部分），認為屬於立法形成之自由；故就本意見書之該部分保留；僅加入本意見書其餘部分。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件解釋基於憲法保障人身自由及訴訟權之意旨及正當法律程序原則，整體觀察刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅於羈押事由所據之事實範圍內受告知，認上開規定與憲法意旨不符，謹表同意。惟有關辯護人之法律地位及其閱卷權之性質、閱卷權及告知請求權之關係、犯罪嫌疑人與被告之用語等問題，仍待釐清檢討，是以謹提出本協同意見書如後。

一、辯護人之法律地位及其閱卷權之性質

於刑事訴訟程序中辯護人之閱卷權（Recht auf Akteneinsicht）規定，其法理基礎，有謂係源於聽審原則下被告之請求資訊權，此說法強調被告請求權，嚴格言之，此是否認為辯護人之閱卷權係來自於被告之傳來權，而非辯護人之固有權，頗值得探討。我國學說，認為閱卷權係辯護人之固有權，而非由被告之傳來權。

（註一）另從比較法觀察辯護人之法律地位，辯護人不問係經被告選任或法院指定，應履行其法定之委任，此不僅包括保護被告之利益，亦包括協助處理由法治國思想所建構之刑事司法事務。對於辯護人之法律地位，在學理上（註二）雖有不同見解，惟為強化辯護人之法律地位，宜認辯護人係屬與法院及檢察官同等地位之「獨立司法機關」。換言之，辯護人係為具有功能性之刑事

司法夥伴，而非敵對方。因此，辯護人亦負有「使程序在實體及形式上之軌道運作」之注意義務。辯護人非居於從屬性地位，宜解為其係以自我負責方式而進行辯護，且不受法院之控管，亦不受被告指示之拘束。質言之，辯護人並非僅係代理人，而是被告之保護人（Beistand）（有譯輔佐人或輔助人）。其任務在於全面性維護被告之權利，關注一切有利於被告之法律及事實情況，致力於司法程序之嚴格踐行。（註三）因此，辯護人依法律及專業倫理規範執行辯護任務，宜解為係具有獨立性之機關地位，而非單純犯罪嫌疑人或被告之代理人，從以上觀點出發，刑事訴訟法第三十三條第一項所規定辯護人之閱卷權，宜認為係辯護人之固有權。

二、閱卷權與告知請求權之互補及差異

從比較憲法觀察，德國基本法第一百零三條第一項規定人人向法院享有合法聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör），此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發展出與其他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權利（Grundrechtsgleiches Recht）。聽審請求權、其他特別訴訟基本權及一般公平審判權，同為確保法院刑事程序進行。所謂公平審判之一般訴訟權（allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren），係屬於攔截性基本權（Auffanggrundrecht），用以補充屬於特別程序權之聽審請求權。（註四）公平審判請求權僅於未有特別保障時，始發生之。（註五）

再者，如合法聽審受到確保時，客觀正當的審理，始得踐行，從而刑事程序中之所謂武器平等，亦得保障。前述聽審請求權，亦係源自突襲性裁判之禁止，且合法聽審之功能，不僅是為法院判決事實基礎之澄清，並且亦為人性尊嚴之尊重。（註六）德國基本法明定之合法聽審請求權不適用法律保留，僅在憲法內在限制範圍內，始得限制，此乃基於德國基本法第十九條第四項規定有效權利保護之要求而產生。因此，立法者基於基本法第一百零

三條第一項所規範之保障範圍，在合乎比例原則內，有權利亦有義務以個別法律制定合法聽審請求權之相關程序。(註七)

從基本法第一百零三條第一項所規定之合法聽審請求權又衍生出訴訟中資訊權(Recht auf Information im Prozess)(註八)、訴訟中意見權(Recht auf Äußerung im Prozess)(註九)及法院對當事人所表達意見之斟酌義務(Recht auf Berücksichtigung)(註十)。上開資訊權內涵，原則上包含法院文件之送達，及檢閱得供法院使用之相關卷宗。(註十一)亦即，該資訊權藉由檢閱訴訟卷宗權，予以確保及加強。簡言之，由合法聽審請求權產生資訊權，而閱卷權屬於此項資訊權之一種。此閱卷權又包含審閱得供法院使用之相關卷宗(Akteneinsicht)，及檢閱官方持有之證物(Besichtigung amtlich verwahrter Beweisstücke)(註十二)，明文規定於德國刑事訴訟法第一百四十七條。通常情形，違反德國刑事訴訟法(註十三)第一百四十七條閱卷權規定，亦即違反基本法第一百零三條第一項聽審請求權規定。(註十四)

由上述德國法觀察，閱卷權係源自憲法所規定合法聽審請求權之對事務之保障範圍(das sachliche Schutzbereich)。原則上，辯護人享有無限制之閱卷權(ein uneinschränkbares Einsichtrecht)(德國刑事訴訟法第一百四十七條第一項參照)。在偵查期間，例外情形，如有危害偵查目的者，得限制閱卷權(第一百四十七條第二項第一段參照)，另基於秘密須加以保護(Gemeinschutz)之卷宗，法院得限制或排除辯護人攝影或摘錄之權利。(註十五)在羈押審查或羈押抗告程序，則屬於例外之例外情形，向來德國實務上就羈押問題給予部分閱卷權(Teilakteneinsicht)。(註十六)德國刑事訴訟法明定，辯護人得以適當方式接近使用對被告自由剝奪之合法性判斷之重要資訊，於此範圍內原則上保障閱卷權。(第一百四十七條第二項第二段參照)除閱卷權外，另有告知及抄錄(Auskünfte und Abschriften)請求權及將閱覽卷證所獲知者轉告被告等權利。後者，辯護人通常得就卷宗內容口頭告知被

告，程序上亦有義務將所抄錄或攝影（Abschriften oder Ablichtungen）之卷宗內容交付被告。（註十七）如無辯護人之被告，基於其聲請，得以告知及抄錄卷宗（第一百四十七條第七項參照）。

此外，依德國刑事訴訟法第一百四十七條規定，閱卷權僅給予辯護人，而非「被告」（註十八）本人。但如從歐盟人權及基本自由保護公約（EGMR）觀點，則不符合歐盟人權法院對於上開公約中聽審請求權之見解。是以有認為德國未賦予被告（註十九）本人閱卷權之規定，違反歐盟人權及基本自由保護公約之解釋及相關判決，為符合前揭公約之聽審請求權之解釋，應予被告本人於辯護人在場時得以閱卷。（註二十）

我國有關辯護人之閱卷權及告知請求權等規定，主要規定於刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項，茲列表如下，以供參酌：

	閱卷權	告知請求權	抄錄或攝影	請求付與卷內筆錄之影本	法 條
辯護人	審判中得檢閱卷宗及證物	偵查中之羈押審查程序，第101條第1項各款所依據之事實，應告知辯護人	審判中得抄錄或攝影		第33條第1項、第101條第3項
無辯護人之被告				原則上審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本	第33條第2項（註二一）

被告		偵查中之羈押審查程序，第101條第1項各款所依據之事實，應告知被告			第101條第3項

因我國審判實務上，往往限於審判中辯護人始有閱卷權。於偵查中，特別是於羈押審查程序中是否宜賦予辯護人閱卷權，仍處於理論上探討階段。於國內學理論著中，不乏參考前述德國或歐盟等立法例，提出檢討之建議，值得參酌。因此，未來修法檢討時，仍宜思考採行何種適合我國刑事程序之辯護人制度、閱卷方式及相關規範，俾確保辯護人之法律地位，並保護犯罪嫌疑人（或被告）之訴訟基本權。

綜上，本件解釋主要針對偵查中之羈押審查程序，辯護人與犯罪嫌疑人之告知請求權，在法律適用上予以同等對待。至於閱卷權問題，則稱「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」等語，作為解釋，此似有意委由立法自由形成或立法裁量。惟如前述，如辯護人之閱卷權，涉及憲法保障之程序基本權（或稱訴訟基本權），實宜有憲法層次之考量。換言之，除前述歐盟公約之見解外，如參考前述德國法規定，至少原則上宜肯定辯護人之部分閱卷權，縱使否定被告（或稱犯罪嫌疑人）之閱卷權，於一定要件下，宜另賦予告知請求權，是以兩者在偵查中或偵查中聲請羈押審查程序，其所享有閱卷權，可能因不同立法政策考量，使之享有不同形式之請求合法聽審之資訊權。

此外，辯護人之閱卷權，屬於其固有權，而非由被告傳來之權利。如將閱卷權與告知請求權比較，兩者之功能、構成要件及保障範圍，實不盡類似。質言之，使被告享有受告知（或稱獲知）卷證資訊之請求權或使法院負有告知義務，雖犯罪嫌疑人（或被

告)或辯護人可能從所提供資訊中獲知可供防禦或辯護之資訊，但畢竟如將卷證放置特定場所，至少使辯護人有機會親自接觸相關卷證，藉以探尋卷證之蛛絲馬跡，有時或許可能獲得意想不到之資訊，是以告知請求權與閱卷權兩者，往往發生不同功能或結果，故宜予以區別。

另本件解釋以刑事訴訟法第三十三條第一項規定作為解釋客體，本於憲法第十六條訴訟權應予保障之意旨，對於訴訟權之定性，如能從消極之防衛權（Abwehrrecht）功能，提升為積極之受益權或給付權（Leistungsrecht）功能之請求權，似更可彰顯憲法保護人民訴訟基本權或程序基本權之意旨與目的（Sinn und Zweck）。換言之，人民基於權利保護之訴訟基本權保障，於其訴訟上受益權等基本權受到侵害時，依法享有於司法程序獲得及時有效救濟之請求權，其包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等訴訟基本權（本院釋字第四八二號解釋參照）。從前述憲法訴訟基本權之積極給付權功能面向之要求觀之，刑事訴訟法第三十三條第一項關於辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影之規定，使辯護人僅限於審判中始享有閱卷權，法律規定之保障尚有不足，宜檢討之。

三、犯罪嫌疑人與被告用語二分法之再思考

有如美國 suspect（或 crime suspect）及日本被疑者（ひぎしや）（有稱「容疑者」）（註二二）等用語（註二三），本號解釋區分犯罪嫌疑人與被告之用語，並認為基於無罪推定原則及憲法第八條之規定，現行我國刑事訴訟法使用被告稱呼偵查中之犯罪嫌疑人，實於未起訴前應稱為犯罪嫌疑人，故於解釋文及解釋理由書中均如此稱呼，如此較能保障受偵查人之名譽等權益，固值得贊同。惟法律規定使用何種名稱稱呼，大多屬於立法裁量之範圍，宜予尊重。且從德國刑事訴訟法比較觀察，在開始偵查程序後，可能隨其刑事程序發展階段之不同，而有不同稱呼，此一立法例，亦有比較及參考之價值。因德國刑事訴訟法未明定「嫌疑

人」(Verdächter)，而是在嫌疑人與被告之間，因偵查前、偵查、中間程序、(主要)審判(註二四)、裁判(既判力)及執行(註二五)階段之不同，而有不同稱呼，但非採取二分法用語。(註二六)依德國刑事訴訟法規定，主要刑事程序通常區分四個階段，使用不同德文表示其不同程序上之地位或角色(註二七)，茲列示如下，以供參酌：

刑事警察或檢察官就犯罪嫌疑之開始 (Anfangsverdacht)	偵查程序開始(基於一定事實，具體認為其具有嫌疑者)，或採行偵查(調查)措施，例如物之沒收、身體檢查、逮捕、裁定羈押等	檢察官之偵查程序結束而提起公訴(中間程序；開啟程序)(註二八)	法院審判程序開始
嫌疑人		被起訴之被告	被告(註二九)
Verdächter	Beschuldigter	Angeschuldigter	Angeklagter

依德國刑事訴訟法第二百零三條規定，於刑事程序(Strafverfahren)中，決定對偵查中之Beschuldigter(註三十)，開始法院審判程序(Eröffnung des Hauptverfahrens)(註三一)(德國刑事訴訟法第157條)，或對之為處刑命令(Strafbefehl)後，稱為被告(Angeklagter)。但在此之前，其並不使用“Verdächter”(嫌疑人)，而稱“Beschuldigter”，起訴後則稱“Angeschuldigter”(或可稱為「被起訴之被告」或被訴者)，審判程序開始後，則稱之為“Angeklagter”(被告)。我國刑事程序制度及基本原則，固與德國法不盡相同，且中文亦與外文使用上容有差異，固難以類比或完全繼受，但如比較法觀察，現行相關規定，採取「犯罪嫌疑人」與「被告」用語二分法，是否屬於妥當作法，是否要參

考德國立法例再做更細緻的分類，謹提供上述外國法經驗以作參考，併此敘明。

註解：

註一：參照蔡墩銘，辯護人之閱卷權，月旦法學教室，創刊號，頁18。其認為刑事訴訟法第三十三條辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影，屬於辯護人之固有權。類似見解，參照林山田，刑事程序法，臺北：五南，2004年9月5版1刷，頁202以下。

註二：有關辯護人之法律地位，於德國學說上有代理利益說、機關說及所謂嚴格機關說（sog. “strenge” Organtheorie）等理論。逐漸採取機關說，尤其是 Werner Beulke 提出限制機關說，且以新進法院判決作為基礎之所謂嚴格機關說。（參照 Claus Roxin / Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, München:Beck, 2014, §19 Rn.3.）

註三：參照 Meyer-Großner / Schmitt, Strafprozessordnung, 58. Aufl., München: Beck, 2015, Vor §137 Rn.1.

註四：參照 Christoph Brüning in: Stern / Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Art. 103 Rn. 118f.; Michael / Merlok, Grundrechte, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2014, Rn. 897.

註五：德國聯邦憲法法院認為基本法第一百零三條第一項屬於特別法（lex specialis），公平審判請求權屬於一般規定。（參照 Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn. 966.）

註六：有關德國聯邦憲法法院之論述，參照 Christian Bumke / Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7.Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, Rn. 2474ff..

- 註七：參照 Christoph Gröpl / Kay Windthorst / Christian von Coelln, Grundgesetz- Studienkommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2015, Art. 103 Rn. 13.
- 註八：參照 Michael / Merlok, a.a.O., Rn. 899.
- 註九：保障表達意見權（Recht auf Äußerung; Recht zur Äußerung），使程序參與者不僅有表達意見之可能性，亦且有就法院判決基礎之事實（Tatsachen），亦得以事先表達意見。參照 Gröpl / Windthorst / von Coelln, a. a. O., Art. 103 Rn. 8; Michael / Merlok, a. a. O., Rn. 900.
- 註十：此斟酌義務不僅是使法院知悉，且法院在判決時就當事人之意見應予以斟酌。然於此並非意指法院應跟隨該表達意見，毋寧是原則上使法院知悉該參與者所提出之不同意見，且將之納入考慮。參照 Gröpl / Windthorst / von Coelln, a.a.O., Art.103 Rn.9.有稱為狹義聽審權（Das Recht auf Gehör i.e.S.），參照 Michael / Merlok, a.a.O., Rn. 902.
- 註十一：參照 Christoph Gröpl / Kay Windthorst / Christian von Coelln, a.a.O., Art. 103 Rn. 7.
- 註十二：我國刑事訴訟法第三十三條第一項規定並未區別卷宗與證物之檢閱。
- 註十三：德國刑事訴訟法係為“Strafprozessordnung”之翻譯，其包括廣義刑事程序實施之規定（Vorschriften für die Durchführung des Strafverfahrens im weiteren Sinne），嚴格言之，譯為刑事程序法，似較為妥適，不過為與我國刑事訴訟法對照，茲譯為“刑事訴訟法”。
- 註十四：參照 Christoph Brüning in: Stern / Becker (Hrsg.), a.a.O., Art. 103 Rn. 26.
- 註十五：參照 Rolf Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Aufl., München: Beck, 2013, § 147 Rn. 13.

- 註十六：參照 Brünig in: Rolf Hannich, a.a.O., § 147 Rn. 16.
- 註十七：參照 Meyer-Großner / Schmitt, a.a.O., § 147 Rn. 20.
- 註十八：此所謂被告，係指“Beschuldiger”，詳參本文頁 10-11 之說明。
- 註十九：不過此所稱被告，係指“Angeklagter”，宜留意之，詳參本文頁 10-11 之說明。
- 註二十：參照 Christoph Brünig in: Stern / Becker (Hrsg.), a.a.O., Art. 103 Rdn. 27.
- 註二一：按我國刑事訴訟法第三十三條第二項，雖其請求權內容仍有差異，但比較類似德國刑事訴訟法第一百四十七條第七項規定無辯護人之被告情形。
- 註二二：於日本，犯罪之嫌疑人經提起公訴（起訴）者，稱「被告人」（ひこくにん）。於民事裁判中被起訴者，則稱被告。（參照 [https:// ja.wikipedia.org/wiki/%E8%A2%AB%E5%91%A%E4%BA%BA](https://ja.wikipedia.org/wiki/%E8%A2%AB%E5%91%A%E4%BA%BA)）（瀏覽日期：2016/4/25）。
- 註二三：法律上廣義嫌疑人（Verdächtiger im weiteren rechtlichen Sinne），雖此法律概念於德國未為立法者所採用，其係指有犯罪嫌疑之人（eine Person, welche einer Straftat verdächtigt wird）。（參照 [https:// de.wikipedia.org/wiki/Verd%C3%A4chtiger](https://de.wikipedia.org/wiki/Verd%C3%A4chtiger)）（瀏覽日期：2016/4/25）
- 註二四：偵查、中間程序、（主要）審判、裁判（既判力）階段，屬於判決認定）程序（Erkenntnisverfahren）。
- 註二五：“Vollstreckungsverfahren”，屬於判決後之執执行程序。
- 註二六：於刑事程序，「被告」（Beklagter）概念，不予使用（按：此使用於民事訴訟上之被告），對於當事人之稱謂，按檢察官對之所進程序，即按各階段進程序（je nach Verfahrensstadium），分別稱之為“Beschuldiger”，“Angeschuldigter”或“Angeklagter”。參照

<https://de.wikipedia.org/wiki/Beklagter> (瀏 覽 日 期 : 2016/4/25)。

註二七：參照 Mey-Großner-Schmitt, a. a. O., § 157 Rn. 1ff.及本參考資料之附錄。有關單純行為嫌疑 (Tatverdacht allein)，既不是被告身分，亦不是當然即構成偵查之理由；亦且不單純因刑事告發而發生。如基於告發 (或稱檢舉) (Strafanzeige) (按：“Strafantrag”；「刑事告訴」)，而進行偵查時，嫌疑人被稱認為 Beschuldiger。此視行為嫌疑之強度而定。尤其在警察對於有嫌疑之指控，不得逾越權限，認其為 Beschuldiger。(參照 Mey-Großner-Schmitt, a.a.O., Einl 77.) 另參照林山田，前揭書，頁185註80，論及我國刑事訴訟法，除有些條文將嫌疑人與被告並列外，絕大多數條文均只規定被告，而其規定內容亦應及於犯罪嫌疑人，並參考德國刑事訴訟法，在不同階段有不同用語稱呼之。

註二八：中間程序存在之價值，向來有些爭議，德國學者有持保留見解。但實務上可能因其具有消極控管功能，而未開啟審判程序 (例如 Spiegel-Prozess 案)。如能由非原裁判程序法院之法官開啟中間程序，而係由其他審判機關 (例如開啟審判法院或法官) 擔任，或許實務上尚有存在意義。此類似美國刑事程序之大陪審 (Grand jury) 之情形。(參照 Roxin / Schünemann, a.a.O., §42 Rn. 3.)

註二九：被告在刑事訴訟上為“Angeklagter” (譯為「被告」)，在民事訴訟上稱“Beklagten” (譯為「被告」)。

註三十：“Beschuldiger” (有譯為「被告」)，如其被起訴，即改稱為“Angeschuldigter” (或譯為「被起訴之被告」)，德國刑事訴訟法第 157 條。(參照吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，臺北：三民，民國 87 年 11 月初版，頁 418。) 被指責為犯罪行為且對之進行刑法之偵查 (調查) 程序之人，稱為“Beschuldiger”，其與有為犯罪之開始嫌疑者之嫌疑人

(Verdächtiger)(參照德國刑事訴訟法第152條第2項),換言之,進入偵查程序,則稱為“Beschuldigter”。檢察官提起公訴時,則稱為「被起訴之被告」(Angeschuldigter)(參照德國刑事訴訟法第157條),法院開始審判程序,稱之為「被告」(參照德國刑事訴訟法第203條、第407條)。

註三一：調查程序與中間程序，係於該時點結束時，開始審判程序（Das Ermittlungsverfahren und das Zwischenverfahren sind zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen und es beginnt das Hauptverfahren.）。參照 <https://de.wikipedia.org/wiki/Angeklagter>。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本號解釋【偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案】，茲先將原因事實及爭點概要說明如下：

本件聲請人係被告及其辯護人，被告因涉嫌違反貪污治罪條例等案件，經檢察官向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）聲請羈押（下稱聲押）獲准並被禁見通信，其辯護人向臺北地院具狀聲請閱卷，經函復：「台端聲請閱卷事宜，於法無據，礙難准許。」辯護人對此函（註一）提起抗告，臺灣高等法院認為，刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下稱系爭規定一）已明文，辯護人檢閱卷宗證物並抄錄或攝影，以「審判程序中」為限，臺北地院據此駁回閱卷之聲請，於法核無違誤，抗告為無理由，而以一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）駁回抗告確定。

聲請人以確定終局裁定所適用之系爭規定一有不法侵害被告受憲法第八條所保障之人身自由權、第十六條所保障之訴訟權及違反第二十三條對基本權利限制應遵守之比例原則及正當法

律程序原則，而牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法（下稱司法院大審法）第五條第一項第二款規定，聲請解釋。

本號解釋認為，本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。本號解釋，從憲法正當法律程序原則，採嚴格之審查標準，重新檢視本院釋字第三九二號解釋所導正之偵查中羈押審查程序，在法官保留原則等之外，認為應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由，及除有例外亦應使之獲知有關證據，以確保屬於正當法律程序原則內涵之「卷證資訊（註二）獲知權」，俾利其有效行使防禦權，殊值贊同。惟多數意見所通過之解釋理由部分，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、程序審查

一、本件聲請人適格性之爭議

依司法院大審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」，人民得聲請解釋憲法。本號解釋之聲請人有二，即被告（未起訴前應為犯罪嫌疑人，刑事訴訟法第一百二十二條第一項修正理由可為參照。現行刑事訴訟法多稱被告，下稱犯罪嫌疑人）及其辯護人，其聲請解釋憲法之適格性爭議如下。

（一）犯罪嫌疑人部分

犯罪嫌疑人主張其憲法上所保障之訴訟權及人身

自由權遭受不法侵害，固符合上開規定。惟值得注意者，犯罪嫌疑人並非確定終局裁定之抗告人，如何能據確定終局裁定提起本件聲請？本號解釋多數意見認為，因抗告人即辯護人係犯罪嫌疑人選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第六五四號解釋參照），而認定犯罪嫌疑人係適格之聲請人。

（二）辯護人部分

辯護人雖係確定終局裁定之抗告人，惟值得探討者，辯護人有何種憲法上所保障之權利遭受不法侵害？憲法第十六條所保障之訴訟權，係指被告之訴訟權，而非辯護人之訴訟權。辯護人之辯護權，是否為憲法所保障之基本權利，不無爭議。本號解釋多數意見認為，辯護人係受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序聲請檢閱檢察官聲押卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權。故犯罪嫌疑人及辯護人二人「共同提出」本件聲請釋憲案，均得認為係合法適格之釋憲聲請人。換言之，犯罪嫌疑人及其辯護人二人於本號解釋案，聲請係「互為互補」。至於個別提出聲請釋憲，是否適格，不無爭議。

二、本件審查標的之爭議

本件聲請人主張之解釋客體係，系爭規定一有牴觸憲法之疑義，至於刑事訴訟法第一百零一條第三項規定（下稱系爭規定二），既未經聲請人主張，且未為確定終局裁定所適用，得否成為解釋客體？

過去本院釋憲實務上，諸多解釋採用「重要關聯性」理論，將聲請意旨所未主張或確定終局裁判未適用之法令納入審查。（註三）本號解釋多數意見，參酌本院釋字第四四五號解釋意旨，認為人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件「相關聯且必要」之

法條內容，而不全以聲請意旨所述或確定終局裁判所適用者為限。如非將聲請解釋以外之其他規定納入解釋，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體。

本件聲請人雖主張犯罪嫌疑人及其辯護人之閱卷權，並指摘系爭規定一違憲。然其爭執牴觸憲法疑義之本質係，其於偵查中羈押審查程序是否有權獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，而系爭規定二，即係與此有關之關鍵性規定。故本號解釋，採「相關聯且必要」理論，除系爭規定一外，併將系爭規定二納入審查，以整體評價犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據是否足以使其有效行使防禦權，殊值贊同！

三、本件聲請釋憲具有重要之憲法價值

本件聲請案，表面上看，僅係辯護人於偵查中羈押審查程序得否閱卷之爭議。但實質上看，則涉及羈押剝奪人身自由之程序應如何遵循憲法正當法律程序原則，涉及之憲法爭議具有重要之憲法價值。

四、審查客體、審查基準及審查原則

本件釋憲之審查客體係，系爭規定一及二。本號解釋之審查基準係，憲法第八條與第十六條所定人身自由及訴訟權保障之正當法律程序原則。本件審查原則係，系爭規定一及二有無違反憲法正當法律程序原則？

參、憲法正當法律程序原則之內涵及運用

本號解釋，以憲法正當法律程序（due process of law）原則（註四）作為審查基準及原則，此原則對偵查中羈押審查程序之要求為何？其具體內涵及射程範圍為何？亦即憲法上所肯認最低限度之正當法律程序保障（註五）為何？有待釐清。

「正當法律程序原則之原始意涵係，關涉人民權利之公權力運作，應該設置合理正當之法定程序，俾保障人民有合理、公平

參與及異議之權利，是以法律優位、法律保留、法官保留等原則，皆係正當法律程序原則之下位規則，我國憲法第八條及第十六條之規定，亦皆得理解為正當法律程序原則之例示規定。」(註六)訴訟權應如何保障，應接受正當法律程序原則之指導。(註七)關於憲法正當法律程序原則之內涵，本院釋字第六八九號著有解釋，謂：「憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、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成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序」或「制定相應之適當程序」(本院釋字第七一〇號解釋參照)。

依上開解釋意旨，偵查中之羈押審查程序，涉及人身自由之剝奪，係在審判前為保全證據或被告而設之程序，其應「如何」設計及應使被聲押者獲得「如何」之救濟可能性，制度始謂符合正當法律程序原則？

一、首先從釋字第三八四號解釋談起

釋字第三八四號解釋，最早揭示實質正當法律程序原則，其謂人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。

上開解釋指出，限制人民身體自由處置之程序，須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬「人身自由之制度性保障」。依此推之，羈押係剝奪人民人身自由最為嚴重之強制處分，雖有刑事訴訟法為其實施依據，惟該法所定偵查中羈押審查程序之內容是否實質正當、合理？(註八)應如何判斷？

二、次從釋字第五八八號解釋演繹

本院釋字第五八八號解釋，重申人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，指出凡限制人民身

體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。

偵查中之羈押審查程序，如何「踐行必要之司法程序或其他正當法律程序」？上開解釋指出：「管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，雖亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，然與刑事程序之羈押，目的上尚屬有間。羈押重在程序之保全，即保全被告俾其於整個刑事程序均能始終到場，以利偵查、審判之有效進行，以及判決確定後之能有效執行；管收則有如前述，目的在使其為金錢給付義務之履行，為間接執行方法之一種，並非在保全其身體，故其所踐行之司法程序自無須與羈押完全相同。然雖如此，其於決定管收之前，仍應踐行必要之司法程序則無二致，此即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」

上開解釋，雖係針對行政執行法之管收而作成，惟就同樣涉及限制人身自由之羈押審查程序，指出正當法律程序原則之內容有二，即「由中立、公正第三者之法院審問」及「使之到場為程序之參與」，就系爭規定一及二是否符合憲法，應有值得參考之處。

三、偵查中羈押審查程序有關正當法律程序原則之運用

依釋字第三八四號及第五八八號解釋意旨，並參酌論者建議之正當法律程序原則審查體系，（註九）本席認為，偵查中羈押審查程序，應至少有如下之程序保障：

（一）法律保留原則

羈押係剝奪人民人身自由最嚴重之強制處分，刑事訴訟法設有詳細規定（刑事訴訟法第一編第十章「被告

之羈押」第一百零一條至第一百二十一條)。

(二) 法官保留原則、法定法官原則、法官中立原則

偵查中之羈押決定，應由中立、公正第三者之法院審問，本院釋字第三九二號著有解釋。因此民國(下同)八十六年十二月十九日修正公布刑事訴訟法，改由客觀、中立之法官審查，以確保羈押審查程序之公正進行，讓被聲押人有主客觀程序參與之可能。

(三) 比例原則

法官決定是否羈押，就羈押原因及羈押必要性之判斷，應遵守比例原則。其中刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款重罪之羈押原因，限於有相當理由認為有逃亡或滅證等之虞，於此範圍內，尚未違反比例原則(本院釋字第六六五號解釋參照)。

(四) 令狀原則

依據令狀原則，法官之決定應以書面為之。偵查中之羈押審查，法官決定羈押時，應用押票，記載羈押之理由及其所依據之事實(刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款)，以利受羈押人採取相對應之對策，並決定如何參與程序。此係落實憲法要求公權力應盡之告知義務，並確保人民得據以尋求救濟。

(五) 犯罪嫌疑人有到場參與權

關於偵查中之羈押審查程序，現行刑事訴訟法採言詞審理方式(不採書面審查)，保障犯罪嫌疑人到場權，(註十)為程序之參與，除得以明白檢察官據以聲押之理由是否合乎法定要件(刑事訴訟法第一百零一條第一項各款一般性羈押原因及第一百零一條之一第一項各款預防性羈押原因)暨有無羈押之必要(是否非予羈押顯難進行追訴、審判或執行)外，並使犯罪嫌疑人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以

實現憲法對人身自由之保障（本院釋字第五八八號解釋參照）。

（六）犯罪嫌疑人受辯護人協助權

偵查中，犯罪嫌疑人得選任辯護人（刑事訴訟法第二十七條），受辯護人協助（本院釋字第六五四號解釋參照），辯護人得於訊問犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見（刑事訴訟法第二百四十五條第二項），被告與其辯護人得自由接見、通信（刑事訴訟法第三十四條第二項參照）。

（七）犯罪嫌疑人受告知、聽聞權（notice and hearing）

犯罪嫌疑人享有受告知、聽聞（notice and hearing）及辯解機會之保障（相當於公民與政治權利國際公約第十四條第三項之告知聽聞權），（註十一）此乃犯罪嫌疑人行使防禦權之基本前提，亦係使限制犯罪嫌疑人人權減至最低所不可或缺之程序保障，（註十二）旨在使犯罪嫌疑人能充分行使防禦權，以維程序之公平。是以刑事訴訟法規定，法官應於訊問前告知檢察官聲押之犯罪嫌疑、得保持緘默，無庸違背自己之意思而為陳述，得選任辯護人，得請求調查有利之證據（刑事訴訟法第九十五條第一項各款）、辯明犯罪嫌疑之權（同法第九十六條）。

犯罪嫌疑人就檢察官聲押時之「卷證資訊獲知權」，乃源自憲法正當法律程序原則所保障之受告知聽聞權，為犯罪嫌疑人行使防禦權之重要前提，俾利其有效行使防禦權，於偵查中之羈押審查程序應受保障。良以偵查階段之羈押審查程序，係由檢察官提出載明羈押理由之聲請書及有關證據，向法院聲請裁准之程序。此種聲押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人人身自由之依據，基於憲法正當法律程序

原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾利其有效行使防禦權，（註十三）表達去除羈押理由之意見，請求法院考量參酌後作成正確決定，避免其人身自由遭不當剝奪。是以本號解釋理由書第五段乃謂：「偵查中之羈押審查程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知必要資訊，屬於正當法律程序之內涵，係保護犯罪嫌疑人憲法權益所必要」。

四、兼顧發現真實與人權保障

羈押雖係基於確保偵審程序順利進行，以達發現真實、實現國家刑罰權之目的，所為不得已剝奪人身自由性質上屬於刑事保全程序之強制處分。惟如前所述，仍不得因此而影響人民基於憲法正當法律程序原則所享有最低限度之程序保障。是以偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使被告及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由（例如，檢察官向法院提出羈押聲請書前，應送達聲請書之正本予被告及辯護人）及有關證據，俾利其有效行使防禦權。然因羈押係性質上屬於刑事保全程序之強制處分，旨在確保刑事程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，於有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞時，自得予以限制或禁止其獲知聲押之有關證據，（註十四）以維持國家追訴機關之功能，避免減弱羈押程序之正當性，阻礙犯罪事實之發現，乃至於影響國家刑罰權之實現。

此外，基於同一法理，案件經起訴後之法官裁定羈押程序，被告亦應受相同正當法律程序原則之保障，併此敘明。

肆、系爭規定合憲性之審查

一、系爭規定一之合憲性審查

為審查系爭規定一之合憲性，除有必要了解其立法沿革外，（註十五）並應配合我國辯護制度之演進，說明如下：

- (一) 我國刑事訴訟法關於起訴之方式，採卷證併送原則，五十六年一月二十八日修正增訂第二百六十四條第三項規定：「起訴時，應將卷宗及證物一併送交法院。」此等卷證係法院裁判之基礎，基於當事人對等原則（武器平等原則），自有必要賦予被起訴者獲得資訊之權利及防禦權之行使。因此，第三十三條乃規定：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」（後修正為同條第一項，下稱檢閱卷證）。
- (二) 我國刑事訴訟法之辯護制度，在七十一年八月四日修正公布刑事訴訟法前，僅有審判中辯護制度，故原第二十七條第一項規定：「被告於起訴後，得隨時選任辯護人。」於起訴前之偵查中，並不得選任辯護人，是以上開第三十三條之辯護人檢閱卷證權，法律規定中雖未明文，但自僅適用於審判中。
- (三) 七十一年八月四日修正公布刑事訴訟法後，第二十七條第一項修正為：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」「得隨時」三字，包括起訴前與起訴後，是以除審判中辯護制度外，兼採偵查中辯護制度。同時，增列第二百四十五條第二項前段規定，賦予辯護人得於檢察官訊問或司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時「在場」，促使檢警機關合法偵訊，並確保犯罪嫌疑人之合法權益。（註十六）

起訴後，法院公開審判，辯護人得檢閱卷證，起訴前之檢察官偵查中，辯護人可否檢閱卷證？按所謂偵查，係檢察官偵查犯罪情形與蒐集證據（第二百二十八條第一項參照）以決定是否對犯罪嫌疑人提起公訴或實行公訴之程序。檢察機關之偵查卷證與偵查犯罪有重要關係，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，將可能使犯罪嫌疑人串證或

逃匿，而妨礙偵查之成效，危害關係人之權益（名譽、隱私、營業秘密），影響社會治安（本院釋字第七二九號解釋參照）。有鑒於此，立法者仍維持原來辯護人僅於審判中得檢閱卷證之制度，並修正第三十三條，將「審判中」予以明文。（註十七）

（四）嗣為因應釋字第三九二號解釋，八十六年十二月十九日修正公布刑事訴訟法，關於偵查中之羈押，改採法官審查制，另增訂第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」採法官告知之方式，使被告及其辯護人知悉檢察官聲押事由所據之事實，以利犯罪嫌疑人及其辯護人行使防禦權。

（五）八十九年七月十九日修正公布刑事訴訟法第二百四十五條第二項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。」除辯護人在場權外，並賦予陳述意見權。（註十八）

由於偵查中辯護制度，僅賦予辯護人於檢察官訊問或司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，得在場並得陳述意見，立法者顯然認為偵查中仍以不許辯護人有檢閱卷宗之權為妥。惟偵查中如檢察官向法院聲押犯罪嫌疑人，向法院提出載明羈押理由之聲請書及有關卷證，是否允許犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據？此涉及剝奪人身自由之處置，自應審慎以對。因此，在合憲性審查上值得進一步檢討，產生違反正當法律程序疑義之源由者，究竟是系爭規定一或系爭規定二？抑或應整體觀察系爭規定一及二？

二、系爭規定二之合憲性審查

八十四年十二月二十二日釋字第三九二號解釋公布

後，本院刑事訴訟法研究修正委員會，開始進行研修，參考立法委員曾提出之修正案，（註十九）增訂第一百零一條第三項規定：「第一項所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記明筆錄。」（註二十）採法官訊問制，由法官告知檢察官據以聲押事由所據之事實，俾利犯罪嫌疑人及其辯護人行使防禦權。至於法官是否給予犯罪嫌疑人及其辯護人知悉檢察官據以聲押之理由及有關證據，偵查中羈押審查實務運作上，視具體個案而定，有時法官亦會給予犯罪嫌疑人及其辯護人知悉。（註二一）是以嚴格言之，偵查中羈押審查程序，是否應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，顯然與羈押事由所據之事實較為相關，應屬系爭規定二之規範對象。系爭規定一，採取辯護人檢閱卷證之方式，且非僅適用於羈押審查程序。系爭規定二，採取法官告知之方式，為羈押審查程序獲知資訊之特別規定。但無論何者，如能使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，即足以滿足憲法正當法律程序原則所要求之卷證資訊獲知權。

三、合憲性審查結論

詳析本號解釋文，可分二段，第一段，闡述偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據，俾利犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。第二段，先列出刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項，再經「整體觀察」，得知「偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實」，並無第一段所示「應以適當方式及時獲知」羈押理由及有關證據之規定，顯然規範不足，故認為「與上開意旨不符」。乍看之下，或有「前揭二法條，與上開意旨意旨不符而全部違憲」之疑問？為此，本號解釋特別在解釋理由書第四段說明：「現行偵查階段之羈

押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。」換言之，經「綜合觀察」刑事訴訟法相關條文，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得從而獲知者，僅為聲押事由所依據之事實（即刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款後段規定之「其所依據之事實」），並未包括檢察官聲押之理由（即刑事訴訟法第一百零二條第二項第三款前段規定之「羈押之理由」）及有關證據，與上開憲法所定剝奪人身自由應遵循正當法律程序原則之意旨不符。上開刑事訴訟法規範不足、保障不周之問題，有關機關應修正刑事訴訟法，提供有效的制度性保障（本院釋字第三八四號、第五〇七號及第五七四號解釋參照）。是以本號解釋特別強調，「有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。」（註二二）至於有關機關要如何妥為修正刑事訴訟法或增訂相關條文（或修正第三十三條，或修正第一百零一條，或增訂其他條文），使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲押之理由及有關證據之方式（究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式），於符合憲法要求之正當法律程序原則下，要屬立法裁量之範疇，允宜委諸立法形成自由，司法應予最大之尊重！（註二三）至如逾期未完成修法，為避免法制欠缺而致延宕除去違憲狀態，本號解釋特別要求「法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

伍、二點建議

由於羈押審查程序涉及人身自由之剝奪，應有最低限度之正當法律程序保障，除卷證資訊獲知權外，本席認為有關機關於修法時，允宜併予考量下列二事：

一、建議將強制辯護制度擴大及於偵查中羈押審查程序

憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障（本院釋字第六五四號解釋參照）。國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能（本院釋字第五七四號解釋參照）。上開訴訟權之制度性保障，屬正當法律程序之最低限度者，自不因所進行之程序不同而有差異。依刑事訴訟法第二百八十四條規定，「應用辯護人之案件」（刑事訴訟法第三百七十九條第七款參照），於通常審判程序之審判中，無辯護人到庭者，不得審判，於審判中未經選任辯護人者，國家應提供指定辯護制度之保障，由審判長指定公設辯護人或律師為被告辯護（刑事訴訟法第三十一條第一項規定參照），以確保其受公平審判之權利。被告於通常審判程序，尚未產生立即被剝奪人身自由之危險，國家已設有指定辯護制度之程序保障；犯罪嫌疑人於可能立即被剝奪人身自由之偵查中羈押審查程序，更應有指定辯護之程序保障。是以「依刑事訴訟法應用辯護人之案件」，偵查中之羈押審查程序，應有辯護人（選任或指定）在場為被告辯護，始符合憲法保障人民訴訟權之正當法律程序要求。（註二四）

二、建議將卷證資訊獲知權擴大及於羈押抗告程序

為使受羈押裁定之犯罪嫌疑人得以有效救濟，刑事訴訟法第四百零四條第一項但書第二款規定，犯罪嫌疑人得對羈押裁定提起抗告。偵查中，辯護人對法院據以羈押之理由及有關卷證資訊的獲知，係辯護人對羈押裁定提起抗告（行使救濟權）之理由具體充分之依據，為辯護人協助犯罪嫌疑人行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。檢察官偵查終結處分不起訴或緩起訴後，刑事訴訟法第二百五十八條之一第

一項規定，告訴人對駁回再議確定之不起訴或緩起訴處分，得委任律師提出理由狀，聲請法院交付審判，以為救濟。為使律師了解案情並有所憑藉地提出理由狀，同條第二項另規定：「律師受前項之委任，得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」俾利律師得有效協助告訴人聲請法院交付審判。同理，偵查中受羈押之犯罪嫌疑人，為對羈押裁定提起抗告，亦有必要明瞭被裁定羈押之理由及有關證據。甚至隨偵查作為之進展，危害可能性逐漸降低時，而得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影，以使其得有效提出具體之抗告理由書狀。

陸、結語：憲法正當法律程序原則之要求，與時俱進

八十四年七月間，大法官作成釋字第三八四號解釋，首次揭示憲法正當法律程序原則之基本內涵，開啟我國適用法治國原則之大門。同年十二月間，大法官再作成釋字第三九二號解釋，闡明偵查中之羈押，應遵循法官保留原則，因而促成修正刑事訴訟法相關規定，將偵查中羈押之決定權，改歸法院（法官）行使，使偵查中之羈押審查程序，邁向人權保障的新里程！嗣大法官對羈押處分之準抗告救濟程序，作成釋字第六三九號解釋，認為對受命法官所為之羈押處分，得依準抗告之程序，依法救濟。嗣再就重罪之羈押原因，作成釋字第六六五號解釋，認為不得單以重罪為羈押事由，仍必限於有相當理由足認有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。自釋字第三八四號解釋首度揭示正當法律程序原則迄今逾二十年，本號解釋，肯認偵查中羈押審查程序之卷證資訊獲知權，係憲法正當法律程序原則之內涵，應加以保障，俾利有效行使防禦權，有關機關應修正刑事訴訟法妥為規定，前後呼應。這二十多年來，印證憲法正當法律程序原則之實質內涵，不斷進步發展，刑事訴訟法之人權保障規範，亦隨之發揮光大！德儒有云：「刑事訴訟法是憲法的測震儀」，誠屬

至理名言！

註解：

註一：依刑事訴訟法第220條規定：「裁判，除依本法應以判決行之者外，以裁定行之。」此函應屬刑事裁定之性質。

註二：「卷證資訊」一詞，可參閱，林鈺雄教授謂：「個案中若法官使用了辯方完全不知的卷證資訊（粗體及底線標示為本意見書添加，下同），作為決定羈押被告之基礎，試問這是哪個層次的問題呢？是立法規定或司法權本身？翻閱我國刑事訴訟法，固然沒有如同德國刑訴般的明文容許，但反過來說，也沒有禁止提示偵查卷證資訊給辯方的明文」。參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，105年3月19日臺灣大學霖澤館。

註三：大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請解釋意旨所指摘者為限，過去本院釋憲實務上，關於人民未聲請釋憲，或未經確定終局裁判適用之法令，亦曾有列為解釋客體者。例如，釋字第445號解釋（關於集會遊行法第11條第4款部分，認為係具體事件相關聯且有必要）、釋字第569號解釋（納入意旨相同之令釋）、釋字第580號解釋（準用系爭規定之規定亦在解釋範圍）及釋字第644號解釋（就違反行為要件之法律效果規定一併審理）等，可資參照。

註四：有稱為「法治國原則」。

註五：最低限度或程度之人權及有關之程序保障，可參本院釋字第567號解釋理由書：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由……。」釋字第613號解釋理由書：「除立法者未積極建制人民行使訴願權之必備要件，或未提供人民最低程度之正當程序保障外，本院對於立法者之形成自由宜予最大之尊重」。此外，依公民及政治權利國際

公約第14條第3項第2款：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：……（二）給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡」。同公約同條項第5款之詰問證人權，亦曾為本院釋字第582號解釋理由書引用：「公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」由上可見，所謂最低限度或程度，係指憲法容許之界限或具有普世之價值而言，並非意謂排斥更周延之保障。

註六：引自許玉秀、林子儀及許宗力三位大法官於釋字第610號解釋共同提出之部分協同意見書。

註七：釋字第395號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。」（其他可參閱，釋字第442號、第512號及第684號解釋）釋字第574號解釋：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」（其他可參閱，釋字第610號、第653號、第663號、第667號及第681號解釋）。

註八：本院釋字第690號解釋理由書：「人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第639號解釋參照）。」

註九：關於正當法律程序原則之理論與實踐，許玉秀大法官有非常深入而精闢之研究。可參閱，許玉秀，論正當法律程序原則，

軍法專刊社，100年10月，頁119-58（第四章：限制人身自由的正當法律程序）。

註十：本院釋字第636號解釋：「依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利」。

註十一：在德國，此涉及聽審權，於基本法第103條第1項有所規定，並因此派生三項子權利：請求資訊權、請求表達權及請求注意權，當中「閱卷權的主要法理基礎……，在於聽審權之請求資訊權，確保被告因此充分知悉本案被控相關資訊並據以規劃防禦方向。」參林鈺雄，刑事被告本人之閱卷權，政大法學評論，第110期，98年8月，頁233-34。又連孟琦教授亦曾謂：「按聯邦憲法法院一貫之見解，要保障法定聽審權，即被告有權知悉法院裁判資訊相關之權利，只有他知道相關資訊，始能有效行使表達其意見，且要求法院考量其意見之權利。故閱卷權主要涉及法定聽審權下之請求資訊權。」參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，同前註2。

註十二：陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，月旦出版社，87年9月，頁41及頁55。

註十三：關於卷證資訊獲知方式之一的閱卷權與防禦權之關係，本院釋字第636號解釋曾謂：「限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。」

註十四：刑事訴訟法設有類似之規定如下：

- （1）第34條第1項：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」
- （2）第105條第3項：「法院認被告為前項之接見、通信及受

授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。」

- (3) 第 135 條第 1 項第 2 款但書：「但與辯護人往來之郵件、電報，以可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限。」
- (4) 第 245 條第 2 項但書：「但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」
- (5) 第 258 條之 1 第 2 項：「律師受前項之委任，得檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」

註十五：系爭規定一之立法沿革如下：

- (1) **10 年公布刑事訴訟法第 183 條第 1 項**：「辯護人得檢閱卷宗及證據物件，並得抄錄卷宗。但起訴前恐於訴訟程序有妨害者，得限制或禁止之。」**第 2 項**：「訊問被告之筆錄、鑑定人之鑑定書，辯護人可以在場之預審筆錄，不問訴訟程度如何，不得限制或禁止辯護人檢閱及抄錄。」
- (2) **17 年 7 月 28 日制定公布刑事訴訟法第 175 條**：「辯護人得檢閱卷宗及證據物件並得抄錄卷宗。」
- (3) **24 年 1 月 1 日修正公布刑事訴訟法第 33 條**：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄卷宗。」
- (4) **56 年 1 月 28 日修正公布刑事訴訟法第 33 條**：「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」
- (5) **71 年 8 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 33 條**：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」
- (6) **96 年 7 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 33 條第 1 項**：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」**第 2**

項：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。」

註十六：第 245 條第 2 項修正理由謂：「為使實施偵查程序之公務員對被告或犯罪嫌疑人合法實施偵訊，並確保被告或犯罪嫌疑人之合法權益，爰修正本條增列第二項，規定辯護人得於檢察官訊問被告或司法警察官、司法警察調查犯罪嫌疑人時在場。又為確保國家機密，及防止偽造、變造證據，或勾串共犯或證人，及維護他人之名譽與偵查程序之正常進行，如偵查中訊問被告時辯護人之到場毫無限制，亦非所宜，故設第二項但書之規定，以期周密。」

註十七：第 33 條修正理由謂：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列『在審判中』四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」

註十八：第 245 條第 2 項修正理由謂：「修正本條第二項賦予偵查中在場之辯護人陳述意見之機會，以強化被告或犯罪嫌疑人之防禦權，並示區別偵查中之表示意見與審理中之辯論有所不同。」

註十九：立法委員張志民等 21 人於 80 年 7 月 2 日曾提出刑事訴訟法修正草案（院總第 161 號，委員提案第 482 號），認羈押為嚴重侵犯人權之處分，故於審查應否羈押之際，除應使被告得有辯護人之幫助外，亦應將認定之事實告知被告，使之有辯明之機會，並使辯護人得為其聲請撤銷羈押，故建議於第 101 條增訂第 3 項規定：「第一項之相當事實應告知被告及辯護人，並應詢問有無陳述。」惟惜未通過。

註二十：請參閱，司法院刑事廳編輯，司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（八），司法院，85年6月，頁878、890及892。

註二一：林鈺雄教授謂：「事實上，也有諸多我國實務個案，法官在羈押決定階段就揭示給辯方重要的卷證資訊（德國在修法明文規定前，實務就已常容許偵查羈押閱卷）」。參「偵查階段羈押閱卷何去何從」研討會資料，同前註2。

註二二：此種針對法規範不足之解釋方式，可參照本院釋字第455號解釋，針對行政院人事行政局63年5月11日（六三）局肆字第09646號函釋，關於「留職停薪之入伍人員，於退伍復職後，依規定須補辦考績，並承認其年資」，致服義務役軍人僅得於任公務員後服役者始得併計公務員退休年資，認為與憲法意旨不符。但為避免因宣告該函釋違憲，以致原得採計年資之情形因而失效，故指明其他情形，應不分服義務役或志願役，亦不分服役係在任公務員之前後，均應採計年資，而稱：「此項年資之採計對擔任公務員者之權利有重大影響，應予維護，爰依司法院大法官審理案件法第十七條第二項，諭知有關機關於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依上開條例第三十二條第二項之授權妥為訂定。」翁岳生大法官於該號解釋提出之協同意見書更指明：「釋憲者如所然宣告此法規失效力，一併剝奪原受益者之權利，將更不符合憲法意旨。……原則上立法者應有其自由形成的空間，釋憲者應斟酌個案情形，不宜一律宣告該規範無效或逕自將受不到待遇者納入有利之規範中，以免侵害原受益者之權益或干預立法者之形成自由。」本號解釋雖與屬給付行政之人事年資採計不全然相同，但為避免宣告系爭法令違憲而致原有保障亦遭剝奪，思維則大致相同。

註二三：本院釋字第725號解釋：「憲法第十六條保障人民有訴願之權，其具體內容與能否獲得適當之保障，均有賴立法者之

積極形成與建制，立法者對訴願制度因此享有廣泛之形成自由。除立法者未積極建制人民行使訴願權之必備要件，或未提供人民最低程度之正當程序保障外，本院對於立法者之形成自由宜予最大之尊重。」

註二四：刑事訴訟法第31條第1項規定「審判中」，司法實務上，有將「審判中」解釋為「審判期日」，僅於審判期日，始有指定辯護人之適用。但臺灣士林地方法院刑事庭採廣義解釋，自89年6月間推動交互詰問新制起，遇有強制辯護案件經檢察官提起公訴，在「移審」法院時，如被告未經選任辯護人者，審判長即會指定公設辯護人為被告辯護，協助被告因應移審時之羈押裁定程序，以此積極保障人權！

部分協同部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出

本案爭點為刑事訴訟法關於法官審查檢察官於偵查中之聲請羈押程序，所應遵行憲法要求之正當法律程序原則之應有內涵，俾使犯罪嫌疑人及其辯護人得以適當之「方式」、於適當之「時點」獲知聲請羈押之事實、理由與一定限度「範圍」內之證據，以利犯罪嫌疑人防禦權之行使，並平衡國家刑罰權之實現與人身自由之保障。

本號解釋將審查客體，由聲請人指摘違憲之刑事訴訟法第三十三條第一項（下稱系爭規定一）擴及於與本件具體案件相關聯且必要之同法第一百零一條第三項（下稱系爭規定二），以及解釋文前段關於偵查中之羈押審查程序應遵行之正當法律程序原則所為之闡釋等部分，本席敬表贊同。然解釋文後段將系爭規定一、二整體觀察，認其等與正當法律程序原則不符，而未對審查客體分別為合憲與否之諭知部分，本席礙難同意。爰提出部分協同意見書與部分不同意見書如下。

一、程序爭點部分

（一）聲請人適格性

大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」第三項規定：「聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不予受理。」是於人民聲請憲法解釋之案件，聲請人「個人」倘非該確定終局裁判之當事人（本院會台字第一〇九一二號、第一一六三五號、第一一六五四號不予受理決議等參照），或非因其「個人」憲法上所保障之權利遭受不法侵害（本院會台字第一一五五九號不予受理決議參照），依法即應不予受理。本件解釋乃因原因案件犯罪嫌疑人賴素如於偵查程序中，經檢察官聲請羈押，其所選任之辯護人李宜光律師聲請檢閱卷證，於法院裁定駁回確定後，認確定終局裁定所適用之系爭規定一，使辯護人於偵查中之聲請羈押程序不得檢閱卷證，致犯罪嫌疑人及其辯護人未能經由「辯護人檢閱卷證」之方式，獲知檢察官據以聲請羈押之事實、理由及證據，而無法有效行使防禦權，與憲法要求之正當法律程序原則有違，共同聲請解釋（其餘聲請部分經不予受理議決在案）。查確定終局裁判之當事人為辯護人李宜光律師一人，犯罪嫌疑人賴素如非該裁定之當事人；然辯護人無法檢閱偵查中之羈押卷證，受侵害的是犯罪嫌疑人受憲法保障之人身自由權與訴訟權，辯護人並無憲法上之權利因此受有侵害，審究聲請人二人個別之當事人適格性，均有欠缺，依法應不予受理。惟因本案是聲請人二人「共同聲請」，二者結合後，上開大審法關於「確定終局裁判之當事人」與「憲法上權利遭受不法侵害」之二要件，因此具足，而予以受理。

（二）本案審查客體範圍

關於審查客體部分，聲請人據以聲請解釋之系爭規定一

為確定終局裁定所適用之法律，得為本案聲請解釋之客體。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故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（本院釋字第四四五號解釋參照）。本件聲請人因認確定終局裁定所適用之系爭規定一，未准許辯護人於偵查中之聲押程序檢閱卷證，有礙犯罪嫌疑人防禦權之行使，與正當法律程序原則不符，違反憲法第八條、第十六條規定，聲請解釋。而查系爭規定二為法官審查檢察官聲押事件應遵循之特別程序規定，是否符合憲法所要求之正當法律程序原則，乃為「具體案件相關聯且必要之法條內容」，雖未經當事人聲請，亦非確定終局裁定所適用，依上開解釋意旨，仍應為本件聲請解釋之客體。

本席雖對多數意見所持理由：納入系爭規定二為審查客體，始能「整體評價」犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押所依據之具體證據資料是否足以使其有效行使防禦權，尚有異見，然對於受理本案暨將系爭規定二納入為審查客體之決議，表示贊同。

二、實體爭點部分

於偵查中之聲請羈押程序，辯護人得否檢閱卷證，事涉刑事制度之採設，各國法制不同，各有其配套措施。現行刑事訴訟法為國家刑罰權行使之重大公共利益，於偵查程序並未採對審制，然為犯罪嫌疑人防禦權之有效行使，明定選任辯護人有在場權、陳述權、請求調查有利證據等權。由於偵查中之羈押審查程序，並非審判程序，現行法制於審判中採行之對審結構，及對於特定案件強制辯護制度均不適用。本案應就現行法制下，系爭規定一未准犯罪嫌疑人選任之辯護人檢閱偵查聲押程序之相關卷證，或系爭規定二法官告知範圍僅及於事實部分，是否為足夠資訊之提供？犯罪嫌疑人能否因此為有效防禦權之行使？而為其法效果

（例如合憲、違憲、合憲警告等）之諭知。而非以將來此部分之刑事訴訟制度有採對審制之可能，逕以之為基準，審究系爭審查客體之法效性。

（一）解讀本解釋文前段及理由書對於正當法律程序原則所為之闡釋，認蘊含下列各點意旨

1. 本案涉及之基本權為犯罪嫌疑人之訴訟權與人身自由權。基本權利之限制應遵循正當法律程序原則，且不因犯罪嫌疑人有無選任辯護人而異其標準

偵查中羈押係檢察官於起訴前為確保訴訟程序順利進行為目的，向法院聲請准予保全之措置，為干預犯罪嫌疑人人身自由最大之強制處分，自應遵行憲法要求之正當法律程序原則。國家亦應提供防禦權得以有效行使之訴訟救濟程序，使犯罪嫌疑人之基本權受國家制度性保障得具體實現。本案關涉犯罪嫌疑人之訴訟權與人身自由權之保障，辯護人係受犯罪嫌疑人選任或國家指定於羈押審查程序，檢閱檢察官聲請羈押之卷證，以協助犯罪嫌疑人行使防禦權之人，並非基本權受有限制之人。是審查客體是否合乎憲法要求之正當法律程序原則，應由犯罪嫌疑人之角度觀之，不應因犯罪嫌疑人有無辯護人而異其標準。

2. 為確保國家刑罰權得以實現，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官於偵查中提出之羈押相關證據之範圍，固然受有限制，惟經法官審酌後認非屬應予限制或禁止之證據部分，檢察官不得主張偵查不公開原則以妨礙正當法律程序之實現。

如前所述，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之證據範圍，必須平衡國家刑罰權之實現與人身自由之保障。從而必經法官審酌後，排除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，應予以限制或禁止之證據後，始能為

犯罪嫌疑人及其辯護人所獲知。此與系爭規定一辯護人於審判程序中之檢閱卷證權範圍不受限制不同。

3. 解釋文所稱「及時」應係指法官閱卷、排除應受限制或禁止證據之後，並給予適當時間為辯解之準備。

由於犯罪嫌疑人及其辯護人在偵查中羈押審查程序獲知相關證據之範圍受有限制，解釋文「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由」所稱之「及時」應係指法官閱卷、排除應受限制或禁止證據之後，並給予適當時間為辯解之準備，而非檢察官聲請羈押之時。此與系爭規定一辯護人於案件經檢察官起訴、繫屬於法院後，即可進行卷證檢閱之情形，並不相同。

4. 獲知羈押相關卷證資料之方式，不以辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影為必要，其他滿足憲法要求之正當法律程序原則之方式，亦屬適當。

至於究採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式（下稱方式一），或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式（下稱方式二），或採其他適當方式（下稱方式三），要屬立法裁量之範疇。立法機關必須就刑事訴訟法相關規定為全盤之檢討，設定所採刑事訴訟制度後，應就所採之獲知「方式」提供必要之配套措施，例如僅採取辯護人檢閱卷證方式，則因犯罪嫌疑人不能檢閱卷證，而必須採取全面之強制辯護制度等是，亦即無論採取何種方式，均應滿足憲法為犯罪嫌疑人防禦權之有效行使所要求之正當法律程序原則之遵守。

是就上開部分，敬表贊同。

（二）對於解釋文後段不予贊同之理由

按對於法令聲請違憲審查，如經程序審查予以受理後，本院應就各該客體分別審查其合憲性，並為法效果之宣告。

本號解釋以偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由為始，繼而以平衡國家刑罰權行使之重大公共利益與犯罪嫌疑人人身自由之保障，能獲知之證據範圍應受限制，點出辯護人於偵查中之聲請羈押程序，得檢閱卷證之範圍與時點與系爭規定一不同，繼而謂獲知卷證資料之方式不限於聲請人主張之系爭規定一所稱辯護人檢閱卷證之方式一，以方式二或方式三只要能滿足本案解釋文揭示之正當法律程序原則要求之方式，亦屬適當，並明確指出現行法制於偵查程序中未採對審結構，而無武器平等原則之適用問題。因系爭規定二法官告知之內容僅限於事實，並未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據，不符本解釋闡釋之正當法律程序原則中關於獲知資訊「範圍」部分之要求，已有違憲之共識，然就系爭規定一之法效果則擺盪於合憲、違憲間，最後多數意見選擇依附於違憲之系爭規定二為整體觀察，再用系爭規定二違憲之理由，為審查客體違憲之諭知，對於系爭規定一本身究係合憲或違憲，則未作成議決。則究係系爭規定一、或系爭規定二均違憲，或僅其一違憲，或二規定本身均不違憲，然整體觀察是違憲（正正得負？）未明。

此種將不同法律條文合併觀察，迴避處理各個審查客體之合憲性爭議，委由外界各自解讀之方式，並不適當，蓋系爭規定一與系爭規定二所規範之內容不同，前者係辯護人於審判中之閱卷權，後者則係法官於羈押審查程序中，告知犯罪嫌疑人及其辯護人之相關資訊內容是否充足，雖均與被告（或犯罪嫌疑人）防禦權之行使有關，但所涉議題不同，並非不得針對審查客體分別為合憲與否之諭知。對於：現行偵查階段之羈押審查程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，不得逕以刑事訴訟法個別條文，而應綜合觀察相關條文以為判斷之多數見解，並無異見，然卻未就綜合觀察

相關條文後形成之心證，分別就各審查客體為法效果之諭知，而有意的創造模糊結論，礙難贊同。難道將病人送入手術室之前，無須先註記手術部位？

(三) 系爭規定一：辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，並不違憲，其理由如下

1. 就本案正當法律程序原則內涵之闡釋，其中關於「時點」為及時，獲知資訊「範圍」應及於檢察官聲請羈押之事實、理由暨不受限制或禁止之相關證據，乃至於獲知之「方式」究採方式一、或二、或三，只要滿足本解釋揭示之憲法正當法律程序原則，即屬立法裁量範疇之論點，並無爭議。是就獲知之「方式」即有上開三種選擇，選擇任一方式或複數方式，均無不可，已難謂未選擇方式一即屬違憲。
2. 刑事訴訟審判程序採改良式當事人進行主義，檢察官與被告立於對等地位，被告對於起訴及審判中之卷證資料有全盤獲知之必要，以有效行使防禦權。現行法採行複數方式：有辯護人者經由辯護人無限制之檢閱卷證方式（刑事訴訟法第三十三條第一項規定參照），無辯護人者經由法院交付未受限制或禁止之筆錄影本暨同法第一百六十四條至第一百六十五條之一規定之法官調查證據方法，以提示、告知、交付閱覽方式獲知卷證資料，達成與檢察官間武器平等原則之要求（同法第三十三條第二項規定及其立法理由參照）。是採對審制之審判中為武器平等原則之確保，尚不以辯護人檢閱卷證之方式為必要，遑論非採對審制之偵查中羈押審查程序，更無一定要賦予辯護人閱卷權之理。
3. 本解釋文後段指出：「逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」現行法於偵查程序中採行方式二，法官提示、告知、交付閱覽之「方式」本身之合憲性，為本解釋所肯認，則於修法完成前續依上開

方式二，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之事實、理由與必要證據，即不構成違憲。系爭規定一為審判程序中辯護人有範圍不受限制之卷證檢閱權規定，否准辯護人於偵查中聲押程序有同一方式之卷證檢閱權，並不違憲。

三、結論

本號解釋有別於本院先前解釋就當事人之適格性係依個別聲請人為認定，就納入為審查客體之各個法令為各個法效果之諭知（例如本院釋字第七〇九號解釋，就納入為審查客體之各法令，依其是否符合憲法要求之都市更新應遵行之正當行政程序原則，為個別法效果之諭知），而是基於「共同聲請」或「整體評價」或「整體觀察」，先建構為「連體嬰」後，再為當事人之適格性、審查客體乃至於解釋文、解釋理由之審定。非常獨特，當妥？往後案件能否採同一模式處理？仍有待觀察。

又本案係為使犯罪嫌疑人有效行使防禦權而衍伸之資訊接近之「方式」、「時點」與「範圍」爭議。對於本號解釋所界定之方式、時點與範圍，應一體適用於於偵查中受聲請羈押之犯罪嫌疑人，不因其有無選任或指定辯護人而異。法官職司羈押審理之責，自有能力且能盡責的依據審閱檢察官聲請羈押之卷證資料及證據調查之結果妥為裁定，以維護犯罪嫌疑人之人身自由權與訴訟權。在現行法制所採獲知方式二規定本身之合憲性並無爭議之情形下，為免犯罪嫌疑人因其有無辯護人而受不同程度之保障，形成無正當理由之差別待遇，是否有改採其他方式之必要，值得深思。

部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出

壹、本件解釋認1、現行刑事訴訟法關於偵查中羈押審查程序對犯罪嫌疑人基本權之保護不足，故原則上犯罪嫌疑人及其辯護人有權

另獲知羈押具體理由及有關證據部分；2、起訴前之偵查階段不應以「被告」稱呼犯罪嫌疑人部分；3、諭請主管機關考量於偵查中聲押庭引進強制辯護制度部分固值贊同。但對於本件解釋1、未肯定辯護人之獨立地位、固有辯護權，得獨立以辯護人之地位聲請憲法解釋；2、未以刑事訴訟法第三十三條第一項規定全面禁止辯護人於偵查中閱卷，已違反正當法律程序原則及比例原則為由，直接宣告該條項違憲；或直接以該條項中所稱「於審判中」應擴張及於偵查中之羈押審查程序，俾辯護人得憑以依該條項規定，聲請閱覽聲羈卷，而採取迂迴複雜之關聯整體觀察評價方式，暨未直接准予閱卷；3、就涉及限制或禁止閱卷或告知之除外文字，有招致誤解可能，以為大法官非以准予閱卷等為原則、及將辯護人與被告同視等部分，則無法贊同；4、就未認刑事訴訟法第三十一條規定應擴大及於偵查中羈押審查程序部分，則深感可惜。謹將無法贊同之理由，簡要說明如下：

一、審檢辯是法曹三家，共為民主法治國家人權保障防線之司法之基石。有謂辯護人與審檢同為機關者如德國立法例；縱非如此，亦因辯護人不受被告（犯罪嫌疑人）指示之拘束，故非被告（犯罪嫌疑人）之代理人，即在法治國原則下，辯護人為人權之必要保護者，應具有獨立性並具檢閱證據等固有權如日本立法例。準此，除聯合國於西元一九九〇年於古巴舉行之第八屆犯罪防治會議所通過之 Basic Principles on the Role of Lawyers 揭櫫辯護人之保障人權公益責任外，我國律師法第一條即開宗明義稱律師以保障人權、實現社會正義等為使命（而非曰以保障被告人權為使命，並另強調應實現社會正義），及律師倫理規範亦強調辯護人之公益本質及職責，且比如刑事訴訟法第三百四十六條亦明定辯護人得為被告之利益上訴，暨第二百四十五條第三項以辯護人為依法執行職務者應獨立於被告（犯罪嫌疑人）之外負保密責任等，在在均足見辯護人具備有別於被告（犯罪嫌疑人）之獨立地位。

從而就系爭刑事訴訟法第三十三條第一項及第一百零一條第三項規定言，既又明定以辯護人為閱卷或被告知之主體，則聲請人李宜光認為就屬其所有，並衍生自憲法第十六條被告（犯罪嫌疑人）訴訟權所必要之辯護權重要內涵之閱卷權，受確定終局裁定侵害，故其得依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規定聲請解釋云云，其主張應為有理由，即辯護人應得單獨以其憲法上所保護之基本權（可能係第十六條訴訟權之衍生權或第二十二條之其他權）受侵害為由聲請釋憲。惟多數大法官未認同辯護人之獨立性，及閱卷權屬辯護人之固有權且在憲法上具有受保護之基本權地位，致於本件解釋理由中，略而不談之，甚至稱辯護人與被告（犯罪嫌疑人）二人得共為聲請云云，此與法治國原則應有未符，且其意涵除顯示審檢辯共為法曹三家在台灣還只是口號，未深入全體法律人之心，律師界仍待努力外，長久以來律師地位之被貶抑現象所造成之司法大鼎三腳中之一腳較短，難以支撐司法大鼎之四平八穩（可能抵觸刑訴設計體系、危及刑訴制度），尤令人擔憂。律師界有識之士輒為律師正確角色定位努力不懈，值得關注，及若予支持，當有助司法體系之健全與發展。

- 二、本件聲請人所主張違憲之法律僅係刑事訴訟法第三十三條第一項，系爭確定終局裁定所適用之法律亦僅上開第三十三條第一項，且二者均未及於同法第一百零一條第三項。而不但系爭確定終局裁定意旨係現行法制下，不許閱覽聲羈卷之依據為上開第三十三條第一項規定，因為係在偵查階段；且其他刑事訴訟實務及相關機關亦同此見解。又該第三十三條第一項規定於民國七十一年修正時，加入「於審判中」字樣當時之立法資料亦顯示：係為排除辯護人偵查中閱卷權之意思。準此，本件所應論究者，自應係上開第三十三條第一項全面禁止辯護人於偵查中尤其於羈押審查程序閱卷，是否違

憲？然則，本件除因未達法定足額之故，未能直接作成明白宣示該條項違憲之解釋，誠屬遺憾外，另查羈押係對人身自由之嚴重限制，且係於有罪無罪裁判確定前所為之以無其他替代方案為前提之不得已強制處分，全面禁止辯護人閱覽聲羈卷，已使犯罪嫌疑人難為有效答辯，辯護人難為有效辯護，暨難盡辯護人協助法院作成准否羈押正確裁定之公益職責，故應認為該條項規定就羈押審查程序部分已牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條規定，始為確當。

退而言之，因上開第三十三條第一項規定係於民國七十一年修正，當時羈押權尚屬於檢方；惟於民國八十六年時，已因本院於民國八十四時作成釋字第三九二號解釋而使羈押權回歸法院，故羈押審查程序已非單純偵查程序，而屬審判權作用範圍，即屬廣義審判之一環。從而，若認為逕指上開條項規定違憲有所不宜，自可將上開條項規定擴及於已具審判形式（有檢方及犯罪嫌疑人加辯護人方、並為裁判者之院方）之偵查中羈押審查程序，即應許辯護人閱覽聲羈卷，方為正當。

又准閱卷係使被告（犯罪嫌疑人）及其辯護人獲知羈押卷證之一般普通方式，且係唯一直接（非經二手傳播，如法官之告知）又完足（非經他人選擇，如法官之提示）之方式，刑事訴訟法第一百零一條第三項採取由法院告知方式，應係例外之妥協處理。自民國八十六年迄今，已近二十年，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知羈押事證既已得共識，則應無再迴避而不直接准閱記載羈押事證之聲羈卷之理。

- 三、本件解釋認為為遂行偵查目的，得於個案由法院限制或禁止犯罪嫌疑人獲知羈押相關證據部分，固非不當；但就辯護人部分亦同在限制或禁止之列，則與前一、同，可能係植基於對辯護人之信賴不足，應值律師界深自反省檢討。期盼律師界除應如台北律師公會致贈執業三十年會員紀念品上所載，

盡「保障人權」公益職責外，更應如台中律師公會致贈執業二十年會員紀念品上所載，「明法尚義」，嚴守律師法、律師倫理規範，對少數不肖絕不護短，確實嚴守辯護人「勿縱」底線及保密責任，實踐辯護人協助法院作成正確裁判公益使命，絕不可明知被告（含偵查中之犯罪嫌疑人）有罪或重罪而以辯護技巧，使之脫免應有之罪責；辯護人心中應長存公平正義，注意國家法益及被害人保護，正如檢察官也應注意被告（含偵查中之犯罪嫌疑人）有利部分同。又解釋文所稱「有事實足認……等危害偵查目的之虞」云云，固已較「……等妨害偵查之虞」云云為嚴謹，但仍有招致誤解可能，執行上若有差誤，仍可能予法官以在縱與枉之間得向枉傾斜之感，並模糊本件解釋係以應准予獲知為原則之用心。尤以勿枉勿縱當然應是審檢辯共同追求之目標，依本件解釋意旨修法時，如何兼顧人權保障及偵查公益，如何在枉縱間作抉擇後，適當賦與法官個案裁量權限，係立法細節，由本件解釋逕予代立法者決定除外內容，是否確當，仍非無商榷餘地。又因例外限制或禁止部分係對人民基本權之限制，而基本權限制之例外愈少對基本權之保障愈有利，故立法時，如認為本件解釋中之除外情形過於廣泛，於人權保障言有失平衡，則立法者自得適當限縮該除外範圍，併此敘明。

四、將刑事訴訟法第三十一條規定之強制辯護制度擴大到偵查中羈押審查程序，在現有運作多年且順暢之法律扶助制度下，不致增加法扶人力及經費負擔，應屬適當，且有助於消弭屢受詬病之押人取供之譏，本件解釋未能一舉擴大之，誠屬可惜。仍待努力。

貳、另擬再就相關事項一併敘明如下：

一、本件解釋之解釋文及理由書以「犯罪嫌疑人」替代「被告」一語，係基於檢察官提起公訴前尚無所謂被告可言，故不宜以被告名之。就現行刑事訴訟法等之相關規定（以「被告」

指稱偵查中之犯罪嫌疑人) 比如刑事訴訟法第二百二十八條等，相關機關修法時，如併審酌該等於偵查中使用「被告」用語之妥當性，並調整變更之，當更符合憲法保障人權之旨。

- 二、本件解釋並無限制犯罪嫌疑人及其辯護人獲知羈押相關事證之方式不得為閱卷之意思，也無必使被告得自行閱卷之意思；且立法者若選擇以閱卷方式行之，比如於刑事訴訟法第三十三條第一項「於審判中」之後，加上「及偵查中羈押審查程序」字樣，亦非必不符本件解釋意旨。
- 三、現行刑事訴訟法第一百零一條第二項規定固因考量檢方之人力負擔而未強制檢察官於聲押庭到場，但本院釋字第三九二號解釋既認偵查中羈押審查程序為憲法第八條所示之審問，則為貫徹法官客觀中立聽審之原則，偵查中羈押審查程序自宜採對審制度，使檢察官以羈押聲請人之地位出席聲押庭，並適用武器平等原則，應較能兼顧國家刑罰權之正確實現及犯罪嫌疑人之基本人權。若採對審制度，則應同時增強檢方之配備。
- 四、目前絕大多數羈押審查程序（尤其聲押庭）係於非正常上班時間之深夜甚至凌晨，由已超時工作之法官詢問已超時工作之辯護人及身心俱疲之犯罪嫌疑人，除顯然與刑事訴訟法禁止夜間、疲勞訊問之旨背離，對參與之司法人員（包括院檢兩方人員）及辯護人亦均屬不人道並已違反勞基法（律師已被納入適用勞基法）外，在各方參與者（包括出席聲押庭之檢察官）均身心俱疲之狀況下，如何期待必能作成正確之准否羈押裁定？此一極端不合理之狀態，理應面對並即改善。或謂此一不合理狀態之成因，至少部分係來自犯罪嫌疑人方對被留置被拘束之恐懼及抗拒，法院只是應犯罪嫌疑人要求才配合。此一院方之善意及不得已確屬事實，犯罪嫌疑人的不安心情也可以理解，但若犯罪嫌疑人耐心短暫等待，將給與自己及別人（包括有權決定是否羈押的法官）清明的身心

狀態，就犯罪嫌疑人言較能正確答辯，及就法官言較有足夠時間消化了解羈押相關事證，理性作成正確裁定。此與倉促開聲押庭因而較可能因思慮不周致裁定不當之情形相較，對犯罪嫌疑人尤其對司法公正之追求言，很顯然應選擇耐心短暫等待，即不宜要求夜間倉促開聲押庭。此部分尤待辯護人善盡職責，詳予分析，使犯罪嫌疑人理解而勿一昧要求立即召開聲押庭，庶幾能更符合憲法正當法律程序原則之意旨。果如此也應是辯護人保障人權天職之具體展現，企盼之。

- 五、另外，目前法院方善意體諒檢方之舉（任由檢方以一紙聲押書及未擇出聲押相關事證，而將全部偵查卷含與羈押聲請無關部分全部交付聲押庭），也應即改善。本件解釋應無意增加法院之負擔，法院不必然需自行自全部偵查卷中找出與羈押相關之事證俾使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知；並期待藉由本件解釋回復原應有之制度原貌，即檢方於聲押時應於聲押書後附具並僅附具與羈押相關之事證（以免污染法官），法官及上級審並均只能以聲羈卷內之資料為據，作成裁定（判斷）。
- 六、法院之審問應以公開為原則，不公開為例外。既然聲押庭已具審判形式，並屬審判權之作用，則除為保護犯罪嫌疑人或其他關係人之隱私，或有其他特予應不公開之例外情形，得例外不公開外，聲押庭應無特予不公開審理之理，目前聲押庭不公開之實務作法，有檢討空間。
- 七、被聲請羈押人尚非已被定罪之人，尤其是尚未經裁准羈押者，其處遇包括候審留置設施似應與已定罪或已裁准羈押者有所差別；並應儘可能避免以人犯視之，方符無罪推定及人權保障之旨。
- 八、檢察官隸屬關係機關法務部，檢察官與被告（犯罪嫌疑人）及其辯護人為刑事訴訟之對立兩造，法務部以其兼為律師法主管機關等之地位，就偵查權與辯護權間之衝突爭議，應存有兩難甚至可能有矛盾。但若非出於主事者個人見解差異，

而係因我國法制現況，法務部必然偏向檢察官，無法全然客觀中立，則法務部是否適宜繼續兼為律師法之主管機關，似非無疑。

九、大審法第十四條第一項規定下，因大法官以全體出席為常態，故就法律違憲之宣告輒需有現有總額共十五名大法官之三分之二，即十名大法官之同意。即依現行運作實務，同意比例（三分之二）及其同意所需人數（十名）均高於諸多憲政國家（一般比例為二分之一、同意人數為五人），甚至同意所需人數（十名）已高於諸多憲政國家之大法官總人數（九人）；而且因同意所需比例為三分之二之故，無可避免會發生人數超過二分之一但未達三分之二之多數意見者，實質上需對未達二分之一之少數意見者（比如九票要讓六票及以下、八票敗給七票及以下）作出妥協打折退讓，甚至陷入僵局無法快速或根本無法作出解釋。此一現象應存在已久，並應係立法使然，但其合理性應值商榷，並待修法改正。蓋司法院為國家機關、大法官為總統特任公務員且有出席大法官相關會議義務，大法官不同於沒有出席會議義務之一般人民團體之會員；大法官解釋憲法尤與一般人民團體之會議決議有別，上開大審法第十四條仿一般人團會議可決人數所為之規定，誠非妥當，已因而造成實務運作結果，過半數之多數敗給少數，需聽從少數意見，顯違少數服從多數之民主基本原則，並疑與該條項原意所需同意人數僅為七人（十五人之三分之二之三分之二計為七人）以上（尚不需實質過半）之旨不符。大審法修法時，應避免重蹈覆轍，比如可比照大法官同意權之行使，規定需總額過半數同意，即可避免上述不合理之情事。

部分不同部分協同意見書 葉百修大法官 提出

檢察官就聲請人賴素如所涉相關案件進行偵查時，向臺灣臺北地

方法院提出載明正當理由之聲請書及相關證據以聲請羈押獲准。聲請人之選任辯護人李宜光律師為聲請具保停止羈押、撤銷羈押裁定，向臺灣臺北地方法院聲請閱覽檢察官原聲請羈押案件全卷，經該院函覆「於法無據，礙難准許」予以否准，乃以該函屬刑事裁定提起抗告，經臺灣高等法院一〇二年度偵抗字第六一六號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以刑事訴訟法第三十三條第一項規定（下稱系爭規定一）及其立法理由，「辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以『審判程序中者』為限」，認其抗告無理由予以駁回。

查李宜光乃確定終局裁定之受裁定之人，而其為賴素如之辯護人，李宜光遂據確定終局裁定，並以賴素如及其個人名義，認確定終局裁定所適用之系爭規定一，及與本件聲請具關聯性之刑事訴訟法第一百零一條第一項及第一百零一條之一第一項規定（下併稱系爭規定二），侵害賴素如之人身自由、訴訟權及李宜光之工作權及辯護權，有牴觸憲法第八條、第十六條及第二十三條之疑義，聲請本院解釋憲法暨諭知刑事補償或國家賠償。本院認本件聲請事涉憲法上人身自由、訴訟權保障，以及刑事訴訟制度中犯罪偵查與羈押制度等重要憲法爭議，爰召開憲法法庭審理，並以一、限制辯護人於羈押程序閱卷與偵查不公開原則之關係為何？；二、聲請羈押被告程序有無武器平等原則之適用？其可能之憲法依據為何？；三、依據我國憲法，是否應許被告之辯護人於聲請羈押被告程序中有檢閱聲請羈押卷宗之權利？涉及被告及辯護人何種憲法上權利？其得限制之範圍及方式為何？等三項爭點，由聲請人及關係機關行言詞辯論。

本院斟酌「全辯論意旨」，作成本解釋，多數意見解釋要旨略以：一、聲請人中賴素如雖非確定終局裁定之當事人，惟受裁定之人李宜光為其辯護人，協助其有效行使訴訟上之防禦權，而認符合聲請本院解釋憲法之當事人適格要件；二、聲請人雖以系爭規定一、二為聲請本院解釋審查之客體，惟多數意見以「整體評價聲請意旨」為由，於聲請人未主張、確定終局裁定未適用之情形下，認刑事訴訟法第一百零一條第三項規定（下稱系爭規定三）具有「關聯必要性」而一併納

入審查客體之解釋範圍；三、偵查階段之羈押審查程序，係法院判斷有無羈押事由及相關證據而為准駁，涉及人身自由之限制與剝奪，應符合正當法律程序之要求，且該要求之審查應綜觀相關條文為斷，不得逕以個別條文為之；四、系爭規定一、三「整體觀察」，偵查中犯罪嫌疑人或其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與正當法律程序原則不符，並因有除外規定，而與偵查不公開原則無違，及因不涉對審而無武器平等原則之適用。

本席雖贊同多數意見所為「違憲」之結論，然就本件解釋審查客體之解釋範圍、所涉憲法基本權利之內涵、審查原則之適用與操作等諸端，多數意見之看法與本席仍有極大差異，爰分別就程序與實體部分提出部分不同、部分協同意見如后。

壹、程序審查之部分不同意見

一、本件解釋審查客體欠缺彼此關聯性，解釋範圍亦不宜過於主觀認定

本院職司違憲審查，本質上仍為司法權行使之一種。按司法者不告不理，本院基於憲政秩序維護之必要，於違憲審查客體之解釋範圍，不全以聲請意旨所述者為限，漸以聲請人未聲請但為法院裁判基礎（本院釋字第五三五號解釋、第五七六號解釋及第七〇三號解釋）或於法律適用上具有重要關聯性（本院釋字第五八〇號解釋、第六六四號解釋及第七〇九號解釋參照）等方式，於個別解釋中將審查標的之範圍放寬。多數意見於本件解釋中再度將審查客體之解釋範圍，將重要關聯性之判斷，從法院裁判基礎或法律適用上之重要關聯，轉變為作為釋憲者之「本院」，於違憲審查程序中，基於「整體評價聲請意旨」之必要，即認聲請意旨以外之其他規定，均可一併納入解釋範圍作為審查客體，本席對此深感疑慮。

按本院釋字第四四五號解釋固然以「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。」然以釋字第四四五號解釋為例，聲請人僅以申請集會遊行之期限是否違憲聲請本院解釋，本院認其牽涉問題實係集會遊行應為申請許可「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。」本院釋字第四四五號解釋所為審查客體之本質在於申請許可本身應否違憲，而非僅係申請期限之後續問題，換言之，若無須申請許可，即無期限是否違憲之問題。因此，並非本院認定聲請解釋之審查客體是否違憲之判斷難易問題，而係審查客體所涉具體事件之程度問題，此亦為本院之後所謂法律適用上之重要關聯性。

然本件解釋聲請意旨直指系爭規定一僅明示辯護人於「審判中」得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影，而排除「偵查中」，其審查客體之判斷殊為明確；況系爭規定一與系爭規定三原屬不同程序，有何重大關聯須一併納入審查？若認系爭規定三所涉為羈押事由所據事實之告知，與系爭規定一於「偵查中」被告及其辯護人是否得以閱覽卷宗「以有效行使防禦權，並避免其人身自由遭不法侵害」，兩者須整體評價始能確認與憲法有無牴觸，對聲請人聲請意旨所稱重要關聯之系爭規定二，何以不具整體評價之關聯與必要？多數意見以未經確定終局裁定所適用，且難謂有重要關聯而不予受理，可見本院原以法院裁判基礎及法律適用之重要關聯為客觀依據之原則，僅淪為本件解釋多數意見主觀恣意之粉飾說詞。

是以本件解釋應以系爭規定一「明示其一、排除其他」而排除偵查中辯護人得以閱卷之可能性，可為單獨受理而為審查標的；縱認具有法律適用上之重要關聯性，則應以系爭規定三於羈押審查程序中，僅以告知羈押事由所依據事實，就系爭規定一適用於「偵查中」之羈押審查程序，有無侵害

聲請人之訴訟防禦權及人身自由兩者間具有重要關聯性，進而納入審查客體之範圍，而非僅因本院進行違憲審查之所需，即可無限制放寬審查客體之解釋範圍。

二、審查客體偏離言詞辯論要旨

又多數意見以本院「整體評價」之關聯必要，將系爭規定三一併納入審查客體之解釋範圍，然於前述三項言詞辯論題綱所示三項爭點，卻又未明確說明。無論是聲請人或相關機關依據本院所示爭點進行之言詞辯論，其範圍均集中於系爭規定一有無牴觸憲法疑義之論辯，多未就系爭規定三之合憲性予以討論。多數意見於本件解釋卻又以「整體評價聲請意旨」為由，將系爭規定三納入審查客體之解釋範圍，偏離本件解釋於行言詞辯論時爭點討論之範圍。固然爭點三似乎有討論系爭規定三之可能性，然而本院對於審查客體之提示與爭點，因其過於寬泛，致使未能集中於系爭規定一之合憲性判斷，卻又未能使辯論雙方均能就系爭規定二、三是否一併納入本院解釋之審查客體提出見解，實有突襲性裁判之疑。

三、審查原則不應避談比例原則

本院行使違憲審查權即將邁入七十年，所作解釋業已七三七號。累積前輩們的經驗、智慧和各國憲法理論與實務，本院解釋理應更加細緻深入。然而近來本院解釋則越見簡略，對於聲請案件解釋合憲者，僅以一端宣告合憲，卻未就所有違憲可能之論據逐一審查（例如本院釋字第七二七號解釋）；對於解釋違憲者，卻也未能就違憲理由善盡論證之責。以本件解釋為例，多數意見以系爭規定一、三整體觀察，認偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅得獲知檢察官聲請羈押事由之依據事實，與正當法律程序原則之意旨不符。然而，從程序而言，系爭規定三確有一定程序使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知一定資訊，並非完全無法獲知任何資訊；再者，多數意見亦不否認其獲知資訊之方式，得由立法者予以自由形

成，同時並認有事實足認危害偵查目的或他人生命、身體之於，亦得限制或禁止其獲知聲請羈押之有關證據。

換言之，對於系爭規定三結合系爭規定一整體觀察，多數意見認定犯罪嫌疑人及其辯護人依現行制度獲知資訊之程序，並不符合正當法律程序原則，然關鍵在於，在既有程序規範下，多數意見如何認定何以「不正當」？多數意見所設除外條款，又如何認定其程序「正當」？亦即，對於正當法律程序原則之審查，本院不應仍僅以程序有無為論斷，或者僅以「未包括檢察官聲請羈押之各項理由之具體內容及其相關證據」而一語帶過，對於除外條款之事由又絲毫未加以審究，又何種資訊於偵查中之羈押審查程序屬於「必要」，多數意見均未有明確說明與論證。在正當法律程序原則之適用下，本身即包括如何認定程序是否「正當」，而此項認定即應就各項程序規範加以檢視，在目前本院尚未就正當法律程序原則之所謂「實質正當」累積一定判斷標準下，本院解釋有一定理論與實務累積之比例原則之適用，於本件解釋中，即應有所適用。（註一）

貳、實體審查之部分不同、部分協同意見

本席對本件解釋多數意見認定系爭規定一、三違憲之結論固表贊同，然多數意見以有事實足認危害偵查目的及他人生命、身體之虞，對犯罪嫌疑人於偵查中剝奪其人身自由之羈押審查程序，得限制或禁止其獲知羈押理由或證據，並以系爭規定一、三整體觀察而認定與正當法律程序之意旨不符，本席尚難支持，以下進一步就實體審查提出部分不同及部分協同意見。

一、例外太多，淘空原則等於人身自由毫無保障

如同本席於前述關於程序審查之不同意見所陳，本件解釋多數意見僅以正當法律程序原則審查系爭規定一、三是否合憲，卻未進一步判斷程序是否正當或以比例原則加以審查，致使多數意見所提「有事實足認有湮滅、偽造、變造證

據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」而得限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由或有關證據，此項例外看似與刑事訴訟法第一百零一條第一項第二款相同，然所謂事實、危害等事由如何認定，究屬法院於個案中之判斷，且所謂偵查目的之範圍，何以未包括同項第一款逃亡或有事實足認為有逃亡之虞？危害他人生命、身體之虞更屬寬泛；復以多數意見又認犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊之方式，屬立法裁量之範疇。諸項事由相加總下，對於多數意見念茲在茲的人身自由之憲法最基本、原則性之保障，豈非因例外過多而淘空？縱使依本件解釋多數意見之看法，本院宣告犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中羈押審查程序，有獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據之方式，然法院於具體個案中，仍有可能以例外事由拒絕，則本件解釋所稱「逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之」，其所謂「本解釋意旨」究竟為何？在多數意見未具體審查可能之除外規定是否符合正當法律程序或其他憲法原則之要求下，本件解釋之意旨將到頭一場空。

二、獲知羈押卷宗之權利內涵未具體明確

本件解釋多數意見對於犯罪嫌疑人及其辯護人獲知偵查中羈押審查程序之具體內涵，多數意見僅說明「檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據」，然而對照系爭規定一之內涵，辯護人於審判中得「檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」，而於偵查中，基於何項理由，多數意見可認為偵查中羈押審查程序，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知相關資訊之內涵，僅為「羈押理由及相關證據」？對於羈押理由所涉各種「事實」之內容是否開放閱覽？不閱覽如何認定有無羈押事由？如何抗辯？多數意見對於閱覽卷宗之範圍及方式，無論有意或無心，區分審判中及偵查中而形成差異，多數意見卻未就此提出進一步論據，其

結果究竟能實踐多少人身自由保障之正當法律程序原則之要求，本席僅得樂觀期待立法者善體多數意見之用心，確實保障偵查中羈押審查程序之當事人獲知資訊之權利。

三、基本權利定性與利益衡量之闕如

本件解釋最關鍵者仍在於所涉憲法基本權利之定性與限制侵害之審查。多數意見既以准許本件解釋聲請人賴素如及李宜光二人均當事人適格，對於本件解釋所涉及基本權利之限制，多數意見僅就賴素如作為犯罪嫌疑人及被告之主張加以回應，卻就李宜光主張工作權及辯護權毫無回應。本件解釋到底仍以犯罪嫌疑人及其辯護人併論，則本件解釋所涉基本權利之定性，即不應顧此失彼。尤有甚者，多數意見對於人身自由及訴訟權所應遵守的正當法律程序是否應予一致？其正當法律程序之具體內涵，於偵查中羈押審查程序之適用，有無與其他訴訟程序不同？同為侵害人民身體自由之限制，偵查中羈押審查程序之適用又有無不同？對此，多數意見均未予以著墨。

此外，對於偵查中羈押審查程序，於系爭規定一明確予以排除之情形下，單獨審查系爭規定一之困難處何在？多數意見何以無法為之，而須與系爭規定三整體觀察？最重要的是，多數意見對於系爭規定一、三所稱「整體觀察」，卻未具體審查。如同言詞辯論時，相關機關法務部即以系爭規定一之立法目的，係基於「偵查不公開」原則，因「偵查中保全程序本質之急迫性及隱密性使然。」對此，多數意見僅以設有除外情事，而認與偵查不公開原則無違。然而就系爭規定一審查，假如以正當法律程序原則為之，則系爭規定一完全排除偵查中閱覽卷宗及證物之可能性，是因為偵查不公開之目的，則兩者間如何權衡？有無訴訟權保障上「武器平等原則」之適用？該目的與完全剝奪之手段及目的與手段間，是否符合比例原則？是否因此構成「不正當」之法律程序？

多數意見就此均毫無審查判斷，僅以設有除外條款及刑事訴訟法未採對審結構而認無武器平等原則之適用，均係結論式之說詞，欠缺實質論理。

再者，多數意見所列舉危害偵查目的及他人生命身體之虞，就前者而言，若未就系爭規定二一併納入「整體觀察」，如何能避免以危害偵查目的而由檢察官聲請羈押，再回頭以危害偵查目的，限制犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之理由及證據？兩者顯然不符邏輯。就後者而言，他人生命身體保護與受羈押人之生命身體保護，同屬人身自由之保障，兩者間利益衡量如何取捨？於多數意見完全為作審查前又如何認定？本席曾提出以利益衡量原則判斷法律程序是否「正當」，即：

「第一，國家行為將影響人民相關利益之內涵及重要性；第二，國家行為剝奪人民權利時，該適用程序所可能造成該行為違法或不當之危險程度，是否有額外或可替代之程序保障機制，以及該機制所可達成之利益；第三，國家行為所追求之公共利益，包括其具體內涵及重要性，以及因採取上開額外或可替代之程序保障機制，所必須支付的財政負擔及行政成本等予以綜合考量。」（註二）

依本席綜合聲請人及相關機關之論辯結果，本席認為系爭規定一本身以「偵查不公開」之目的，排除犯罪嫌疑人及其辯護人於偵查中羈押審查程序得閱覽卷宗及證據，其所欲追求者固屬重要公共利益，惟其手段已完全剝奪犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之事實、理由及證據，對檢察官聲請羈押時，受羈押之犯罪嫌疑人竟無從得知相關資訊，其辯護人自亦無從為其辯護以免受羈押，固然與偵查不公開之目的具有實質關聯，然該手段過度侵害人民之人身自由及訴訟權，對於維持偵查不公開之目的，仍有其他手段可資使用，諸如獲知資訊之內容及方式加以若干限制，仍得於

不危害偵查目的之情形下，准予閱覽相關卷宗及證物。是本席認為，單以系爭規定一即可推導出不符合憲法正當法律程序原則及比例原則，應屬違憲；即便將系爭規定三一併納入審查，其本身亦與系爭規定一所設限制相同，亦屬違憲，而無須如多數意見將系爭規定一、三整體觀察後，始認與憲法正當法律程序之意旨不符。此外，本席亦不贊同多數意見逕以危害偵查目的及他人生命、身體之虞，於完全未予審查之前提下，對於同屬憲法所保障之人身自由，何以得因防止妨害他人人身自由，即可剝奪犯罪嫌疑人之人身自由，便認可據以限制或禁止犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及其證據，而未就憲法比例原則加以具體審查。

註解：

註一：本院釋字第384號解釋參照。

註二：參見本席於本院釋字第667號解釋提出之不同意見書。

部分不同意見書

陳春生大法官 提出

本號解釋認偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有危害偵查目的等情況得予限制或禁止者外，並應使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其行使防禦權，始符憲法正當法律程序之要求；且其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要等之見解，本席敬表同意。惟關於本號解釋多數說採從「整體觀察」論證方式，認刑事訴訟法第三十三條第一項及同法第一百零一條第三項之規定，就偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與本解釋意旨不符云云之論證方式，本席無法贊同，因為就本號解釋，應只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定，宣告其違憲即已足，爰提出部分不同意見書如下。

壹、以整體觀察作為系爭二規定違憲之論證方式並不適當，且無法使違憲審查之法理一貫

依本號解釋，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與本解釋意旨不符，其理由依據為「現行偵查階段之羈押程序是否滿足前揭憲法正當法律程序原則之要求，應綜合觀察刑事訴訟法相關條文而為判斷，不得逕以個別條文為之。」

對此本席認為，以刑事訴訟法之系爭二規定為綜合觀察而獲致違憲之論證方式並不適當。因為此將造成本號解釋之系爭二規定之是否均違憲？或各該規定達到如何程度之違憲？等問題，並不清楚，且無法使違憲審查之法理一貫。敘述如下：

一、所謂整體觀察或綜合觀察之意涵不明

按刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」及同法第一百零一條第三項之規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」各有其不同之立法目的，則刑事訴訟法第三十三條第一項及同法第一百零一條第三項之規定究竟那一條違憲？或兩條均違憲？並不清楚。蓋第三十三條第一項之立法目的：「依刑事訴訟法第二百四十五條之規定，偵查不公開之，如許於偵查中選任之辯護人對於卷宗及證物檢閱、抄錄或攝影，則不僅實質上有損偵查不公開之原則，且難免影響偵查之正常進行，自不應准許。爰修正本條增列“在審判中”四字，以示辯護人檢閱卷宗證物及抄錄或攝影，以審判程序中者為限。」（註一）

而刑事訴訟法第一百零一條第三項之立法目的：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄，使之有就該事實辯明之機會」，其就偵查中羈押程序相關規定，明顯與同法第三十三條第一項之立法目的不同。

二、方法上，本案為何「整體觀察」之對象只就刑事訴訟法第三

十三條第一項及同法第一百零一條第三項兩法條之兩項規定為限？為何不連結其他法條？其基準為何？刑事訴訟法第三十三條第一項之不足為法條規定只適用於「審判中」；相對地、刑事訴訟法第一百零一條第三項之規定係就犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關證據之「獲知方式」。而關於審判中之獲知方式，不只於刑事訴訟法第三十三條第一項，尚有其他相關規定，如下述。

三、「整體觀察」與刑事訴訟法第三十三條第一項

本院對於立法不作為或部分不作為之違憲審查，應以最嚴格之自制方式為之。本案只須審查刑事訴訟法第一百零一條第三項之「獲知方式」規定不足，即可達違憲審查之目的，因本條即已規定於偵查程序，不須將關於「審判中」規定之刑事訴訟法第三十三條第一項涉入。否則為何未將刑事訴訟法相關規範「審判中」之獲知方式之其他相關條文列入整體觀察之對象？例如，第一百六十四條（審判長應將證物提示當事人等、被告不解文書之意義者之告以要旨）、第一百六十五條第一項、第二項（審判長應向當事人等宣讀或告知筆錄及文書要旨、文書只限於閱覽不得宣讀、以及告以要旨）等列入？刑事訴訟法第三十三條第一項之立法過程，其規範範圍明確，屬對當事人授益性質，其規定四平八穩，不應因其適用範圍只限於審判中不及於偵查中而違憲。

四、「整體觀察」與刑事訴訟法第一百零一條第三項之規定

關於立法不作為或立法作為不足之審查，應以最嚴格自制、打擊最少方式為之，亦即若已有系爭規定，而其規範程度不足時，則以該立法之「部分不作為」規定作為違憲審查之切入點即為已足，不須再以整體觀察之不明確用語為依據，將未經嚴謹審查之其他規定，一併納入審查，並宣告其「整體違憲」，以免介入立法裁量之領域。刑事訴訟法第一百零一條第三項之規定因與本號解釋之爭議（偵查中之證

據、理由之適當獲知方式)密切相關，故審查其於偵查中之羈押程序，其所提供予犯罪嫌疑人及其辯護人之獲知方式是否適當，能否確保其有效行使防禦權即可。

貳、立法不作為之違憲審查

對於立法不作為之違憲審查，要比立法作為之審查其成立要件更嚴格。而本號解釋正是對於立法不作為或部分不作為之審查，違憲之宣告更應嚴格謹慎，以免介入立法裁量或立法形成自由之領域。本院有關立法裁量與違憲審查，亦即對立法作為與不作為之審查，敘述如下：

一、我國大法官自民國七十五年釋字第0四號解釋（註二）首次使用立法裁量用語以來，該語詞與其他用語如立法形成自由、立法政策事項、基於立法政策之考量、屬立法者之權限等，相當多號解釋採類似用語（註三）。立法裁量之概念問題，即立法裁量概念上除立法作為之外，是否包括立法機關之不作為（或立法怠惰）？大法官對此之用語除立法裁量、立法形成自由外，包含立法政策。

若對照於行政法角度，行政裁量除指行政機關之積極行使外，應包含消極不行使（註四）。立法裁量是否應與行政裁量概念同其意涵，可以討論，但其結果對司法審查權限影響很大，因為一般而言，司法對立法不作為之審查，必須比司法對立法積極作為行為審查有更為嚴格之根據。

二、本院釋字第四七七號解釋為關於立法不作為之司法審查問題，釋字第四七七號解釋從其解釋文內容看，似乎同時承認立法裁量之積極作為與不作為。有將立法裁量之不作為區分成部分之不作為與全然之不作為（全面的不作為），吾人亦接受此種區分。但釋字第四七七號解釋卻同時針對戒嚴時期人民受損權利回復條例中部分不作為之明定只適用於外患罪、內亂罪之案件，其餘案件不列入，係屬立法裁量範圍；相對地，關於該條例之適用對象，只限於受無罪之判決確定前曾

受羈押或刑之執行者，本院認為係屬漏未規定（即立法怠惰或不作為）之情形，得請求國家賠償，其區別標準何在？可見並非容易區別。

三、釋字第七〇九號解釋

釋字第七〇九號解釋指出：都市更新條例第十條第一項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」，與憲法要求之正當行政程序不符。同條例第十九條第三項前段規定，並「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，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

本解釋一連使用「未設置適當組織」、「未確保」利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之「機會」、「未要求」將該計畫相關資訊，分別為「送達」，且「未規定」公開方式舉辦聽證，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由等，係從立法不作為或部分不作為角度，介入立法裁量。

然都市更新條例第十條第一項與同條例第十九條第三項乃屬都市更新程序過程之不同階段之程序，前者乃有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定；後者乃屬核定之都市更新事業計畫之程序規定，本院並未以「整體觀察」方式宣告其因立法不足而違憲，而係採取分別就該二法條為審查客體，其審查對象、基準與效力（違憲與否），清楚明確，

而不似本號解釋之難以理解。

四、日本之案例

像過去日本一般均認為，若司法對立法不作為之合憲性加以審查，此不啻荒誕無稽（荒唐無稽）之行為。但現在學界、實務界則大體承認立法不作為也可能成為司法審查之對象。只是對於立法不作為要比立法作為其成立要件更嚴格，如須有立法義務存在、立法義務之違反須持續相當期間（註五）。

五、採「整體觀察」之論證方式，無法使違憲審查之法理一貫

就本號解釋，應只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定宣告其違憲即可，不須以「整體觀察」論證方式為之，即可促使立法者透過修法，整體檢討改進有關偵查羈押審查程序中之閱卷法制。因為如同理由書所示，使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據方式，得包含採由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，或採法官提示、告知、交付閱覽相關卷證之方式，或採其他適當方式，要屬立法裁量之範疇。

基於刑事訴訟法第三十三條從其立法過程可知，其本來就只規範審判中，而排除偵查程序之檢閱卷證並抄錄或攝影之適用。既然獲知之方式不只限於檢閱卷證並抄錄或攝影之一種方式，則不致因本條限於審判中之檢閱卷證並抄錄或攝影之方式，而阻絕犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權之其他所有手段，犯罪嫌疑人及其辯護人，仍能依刑事訴訟法規定之他種獲知方式行使防禦權，如刑事訴訟法第一百零一條第三項之羈押所據事實之被告知，並記載於筆錄，在本案中，只是該條規定之方式尚不足以使犯罪嫌疑人及其辯護人有效行使防禦權，故不符憲法正當法律程序之要求。反之，若本解釋認為，獲知之方式，只限於刑事訴訟法第三十三條規定之「辯護人得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影」方式為唯一方式，而排除其他所有適當方式，則以本條未及於偵查

程序為由宣告違憲，前後方屬法理一致。

參、結論

前已述及，本號解釋之主要意旨為在偵查中之羈押程序，應使犯罪嫌疑人及其辯護人能經由適當方式及時獲知據以聲請羈押之理由；並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符正當法律程序原則之要求。而其獲知之方式，亦不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。本號解釋因牽涉立法不作為或部分不作為之違憲審查，故其審查必須嚴格與明確。對複數審查客體採所謂整體觀察或綜合觀察之論證方式，並不適當！本號解釋，應認為刑事訴訟法第三十三條第一項合憲，而只對刑事訴訟法第一百零一條第三項規定宣告其違憲即已足，不須以「整體觀察」論證方式為之，即可促使立法者透過修法整體檢討改進，以達到符合正當法律程序原則之要求。

註解：

註一：立法院議案關係文書71年6月12日印發，院總第161號，政府提案第2164號，第16頁。

註二：該號解釋乃就票據法中之刑罰規定是否違憲之問題為判斷，大法官認為：「票據法第一百四十一條第二項有關刑罰之規定，旨在防止發票人濫行簽發支票，確保支票之流通與支付功能，施行以來，已有被利用以不當擴張信用之缺失，唯僅係該項規定是否妥善問題，仍未逾立法裁量之範圍，與憲法第十五條及第二十二條尚無牴觸。」而兩年後之釋字第228號解釋，關於國家賠償法第13條有關有審判與追訴職務公務員之國家賠償責任規定之合憲性問題，大法官指出該規定係針對審判與追訴職務之特性所為之特別規定，尚未逾越「立法裁量」範圍，與憲法並無牴觸。

註三：例如本院釋字第204、228、299、302、315、337、369、370、377、392、445、468、472、477、495、502、517、550、554、

560、587、611、639、653、664、666、673、697、698、699、709等號解釋。

註四：例如警械使用條例第4條規定，警察人員執行職務時，在一定條件下，得使用警刀或槍械。解釋上包括不使用警刀或槍械。我國行政程序法第10條關於裁量之規定雖看不出是否包含裁量不行使，但行政訴訟法第201條規定，行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。

註五：參考陳春生，論立法不作為之違憲審查——評「在外國日本國民選舉權之日本最高法院2005年判決」，收於論法治國之權利保護與違憲審查，頁287以下。

部分不同意見書

吳陳鑑大法官 提出

一、解釋文及理由書中，將刑事訴訟法中之「被告」一詞以「犯罪嫌疑人」代之，有違權力分立原則，不能贊同

解釋文中「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」一段有關保障人民身體自由及訴訟權之意旨，固值贊同。惟解釋文及理由書中，以「犯罪嫌疑人」替代「被告」部分，係基於下列三項理由：一、刑事案件起訴前，憲法第八條稱之為「犯罪嫌疑人」，本件係釋憲案，基於憲法之高度，應以「犯罪嫌疑人」稱之；二、

刑事案件起訴前，尚無被何人所告之事實，不應以「被告」稱之；三、日本於刑事案件起訴前，稱之為「被疑者」，我國亦應從之；且我國學者就檢察官偵查中，刑事訴訟法以「被告」稱之多所批評，認應以「犯罪嫌疑人」稱之，則難認同。理由如下：

- (一) 憲法第八條規定：「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。(第一項) 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。(第二項) 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。(第三項) 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。(第四項)」雖有「犯罪嫌疑」一詞，但並無「犯罪嫌疑人」一詞。且人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁並不限於司法警察調查中或檢察官偵查中，因足認有犯罪嫌疑而經檢察官提起公訴(刑事訴訟法第二百五十一條第一項參照)，在未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪之審判中經法院通緝者，亦得逮捕之(刑事訴訟法第一百五十四條第一項、第八十五條、第八十七條參照)。故以刑事案件起訴前，憲法第八條稱之為「犯罪嫌疑人」，本件係釋憲案，基於憲法之高度，應以「犯罪嫌疑人」稱之之理由，顯屬無據。否則審判中基於同一理由，豈不亦應以「犯罪嫌疑人」

稱之，僅於判決有罪確定後，始能以被告稱之。更何況憲法中亦無「被告」一詞，則基於憲法高度之理由，是否整個刑事訴訟程序均不能將有犯罪嫌疑者及經審判證明有罪確定者稱之為「被告」？

- (二) 我國刑事訴訟設有告訴、告發及請求之制度（刑事訴訟法第二百二十八條第一項、第二百三十二條至第二百四十三條參照），亦即刑事案件起訴前，即有可能發生某人被他人所告之情事，故以刑事案件起訴前，尚無被何人所告之事實，不應以「被告」稱之之理由，亦屬無據。
- (三) 按日本憲法中亦無「被疑者」之稱呼（註一），則基於憲法之高度，是否於日本刑事訴訟法中，亦不能使用「被疑者」之稱呼？又雖日本刑事訴訟法確有「被疑者」之稱呼（日本刑事訴訟法第二十七條等參照）（註二），但並非稱之為「犯罪嫌疑人」，另日本刑事訴訟法將我國刑事訴訟法中之「被告」稱之為「被告人」（日本刑事訴訟法第二條等參照）（註三），將我國刑事訴訟法中之「傳喚」、「拘提」、「羈押」分別稱之為「召喚」（日本刑事訴訟法第五十七條等參照）（註四）、「勾引」（日本刑事訴訟法第五十八條等參照）（註五）、「勾留」（日本刑事訴訟法第六十條等參照）（註六），除此之外，我國刑事訴訟法中之名詞與日本刑事訴訟法不同者不勝枚舉，自不得以日本於刑事案件起訴前，稱為「被疑者」，我國亦應從之為由，一定要將我國刑事案件檢察官偵查中之「被告」，稱之為「犯罪嫌疑人」。
- (四) 按法律中之名詞及訴訟制度之採擇，除有牴觸憲法之情事外，要屬立法形成自由之範疇。我國刑事訴訟法於司法警察官、司法警察調查中將調查對象稱為「犯罪嫌疑人」（刑事訴訟法第二十七條、第四十三條之一、第七十一條之一、第一百條之二、第一百條之三、第一百二

十八條之一、第一百九十六條之一參照)，於檢察官偵查中將偵查對象稱為「被告」(刑事訴訟法第三十四條之一、第三十六條、第七十一條、第七十七條、第八十二條、第八十五條、第八十七條、第九十三條第三項至第五項、九十三條之一第一項第七款、第一百零一條、第一百零三條等參照)，並無牴觸憲法之情事，雖非不得檢討修正，但要屬立法形成自由之範疇，本院逕於解釋文及理由書中，將刑事訴訟法中之「被告」一詞以「犯罪嫌疑人」代之，有違權力分立原則，不能贊同。

二、解釋文中偵查中之羈押審查程序，例外得限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據之情形，限於有事實足認有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形時，未予一併納入予以限制或禁止，亦無法贊同

查科技之進步及國際交流之頻繁，犯罪之手法不斷翻新，跨國性及組織性之犯罪亦層出不窮，可能對他人自由形成重大危害或造成緊急危難之狀況或嚴重危害社會秩序及公共利益，因此許多國家就刑事案件卷證之接近 (access to case file) 或證據之揭露 (discovery)，除就本解釋文予以限制或禁止之情形，亦予限制或禁止外，尚就其他必要之情形，予以限制或禁止，例如美國聯邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) 第十六條 d 項規定，法院基於正當理由 (good cause)，得拒絕、限制或延後證據之揭露或檢視 (註七)；又如紐西蘭二〇〇八年刑事證據揭露法 (Criminal Disclosure Act 2008) 第十六條第一項 a 款、b 款及 d 款至 k 款規定，依該法原應揭露予被告之資訊，於下列情形，檢察官仍得不予揭露：(一) 揭露可能危害法律秩序之維持，包括預防、偵查及發現犯罪；(二) 揭露可能危害任何人之安全；(三) 有關臥底偵查人員之資訊；(四) 有關

秘密證人之資訊；(五) 有關證人住址之資訊；(六) 揭露可能危害國家安全、國防或政府之國際關係；(七) 揭露可能危害外國、外國政府機關或國際組織基於信賴關係所交付之資訊；(八) 揭露資訊可能促成觸犯其他犯罪；(九) 揭露資訊會構成藐視法庭或藐視國會；(十) 基於證據法則任何可以拒絕證言之情形（註八）；(十一) 揭露資訊將牴觸其他法律（註九）。另如蘇格蘭二〇一〇年刑事司法及證照法（Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010）第一百二十二條第二項至第四項規定，任何可能有關有利或不利被告資訊之詳細內容雖均應向被告揭露，但檢察官毋庸揭露敏感性資訊（sensitive information）之詳細內容，所謂敏感性資訊，係指如揭露會發生下列風險：(一) 導致任何人嚴重之傷害或死亡；(二) 妨害或阻止犯罪之預防、發現、偵查或追訴；(三) 導致嚴重危害公共利益（註十）。解釋文中偵查中之羈押審查程序，例外得限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據之情形，僅限於有事實足認有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形時，未予一併納入予以限制或禁止。則縱於有危害國家安全之虞或有其他較私益更需保護之重大公共利益需維護之情形，亦不得以法律限制或禁止被告及其辯護人獲知聲請羈押有關證據，否則依本解釋即屬有違憲法正當法律程序原則之要求，就私益保障與重大公益維護間之衡酌，有欠允當，亦難贊同。

三、解釋文中，隱含刑事訴訟法第三十三條第一項可能違憲之意旨，亦難贊同

按刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」係規範起訴後審判程序中辯護人之閱卷，而非規範偵查程序之閱卷，並無違憲

法第八條、第十六條規定及正當法律程序原則。解釋文中『刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人或辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。』一段，隱含刑事訴訟法第三十三條第一項可能違憲之意旨，與解釋文前段「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」僅指摘刑事訴訟法第一百零一條第三項規定規範不足，不相契合，亦不能贊同。

四、解釋理由書中「相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序」部分，違反權力分立原則，亦無法贊同

按我國憲法並未如同美國（註十一）或日本憲法（註十二）設有刑事被告有獲得律師辯護之權利之明文。且「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立

法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。」已經本院釋字第五七四號、第五一二號、第四四二號解釋文分別釋明在案。而「憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，…使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。」亦經本院釋字第三〇二號解釋理由書敘明在案。故是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，應由立法機關衡酌訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及訴訟程序之合理利用等因素，以法律為正當合理之規定，屬立法裁量之範疇，解釋理由書中「相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序」部分，指示相關機關修法宜考量之事項，違反權力分立原則，亦無法贊同。

註解：

註一：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: April 25, 2016.

註二：http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxselect.cgi?IDX_OPT=2&H_NAME=&H_NAME_YOMI=%82%af&H_NO_GENGO=H&H_NO_YEAR=&H_NO_TYPE=2&H_NO_NO=&H_FILE_NAME=S23HO131&H_RYAKU=1&H_CTG=1&H_YOMI_GUN=1&H_CTG_GUN=1, last visited: April 25, 2016.

註三：同上註。

註四：同上註。

註五：同上註。

註六：同上註。

註七：Rule 16 of the Federal Rules of Criminal Procedure of the United States of America, Discovery and Inspection (d) (1) provides that: ‘(d) Regulating Discovery. (1) Protective and Modifying Orders. At any time the court may, for good cause, deny, restrict, or defer discovery or inspection, or grant other appropriate relief. The court may permit a party to show good cause by a written statement that the court will inspect ex parte. If relief is granted, the court must preserve the entire text of the party’s statement under seal.’ Available at: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>, last visited: April 21, 2016.

註八：我國刑事訴訟法規定證人得拒絕證言之情形，參見第一百七十九條至第一百八十一條及第一百八十二條。

註九：Section 17 of the Criminal Disclosure Act 2008 of New Zealand, ‘Reasons for withholding information’ provides that:

‘(1)A prosecutor may withhold any information to which the defendant would otherwise be entitled under this Act if—

(a)disclosure of the information is likely to prejudice the maintenance of the law, including the prevention, investigation, and detection of offences;

(b)disclosure of the information is likely to endanger the safety of any person; or

...

(d)the information is subject to sections 108 and 109 of the Evidence Act 2006 (which relates to information about undercover police officers); or

(e)the information is subject to a pre-trial witness anonymity order under section 110 of the Evidence Act 2006 or a

witness anonymity order under section 112 of the Evidence Act 2006; or

(f) the information is subject to section 16 of the Victims Rights Act 2002 (which relates to information about witnesses' addresses); or

(g) the disclosure of the information would be likely to prejudice—

(i) the security or defence of New Zealand or the international relations of the Government of New Zealand; or

(ii) the entrusting of information to the Government of New Zealand on a basis of confidence by the government of any other country or any agency of such a government or any international organisation; or

(h) disclosure of the information would be likely to facilitate the commission of another offence; or

(i) disclosure of the information would constitute contempt of court or contempt of the House of Representatives; or

(j) the information could be withheld under any privilege applicable under the rules of evidence; or

(k) disclosure of the information would be contrary to the provisions of any other enactment;...' Available at: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2008/0038/latest/DLM1378869.html>, last visited: April 22, 2016.

註十：Section 122 of the Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010, 'Disclosure of other information: solemn cases' provides that:

'...(2) As soon as practicable after complying with the requirement, the prosecutor must disclose to the accused details of any

information which the prosecutor is not required to disclose under section 121(2) (b) but which may be relevant to the case for or against the accused.

(3) The prosecutor need not disclose under subsection (2) details of sensitive information.

(4) In subsection (3), “sensitive”, in relation to an item of information, means that if it were to be disclosed there would be a risk of—

(a)causing serious injury, or death, to any person,

(b)obstructing or preventing the prevention, detection, investigation or prosecution of crime, or

(c)causing serious prejudice to the public interest.’ Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2010/13/section/122>, last visited: April 23, 2016.

註十一：Amendment VI of the Constitution of the United States of America states that: ‘In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to...have the Assistance of Counsel for his defence.’ Available at: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/frontmatter/organiclaws/constitution&edition=prelim>, last visited: April 27, 2016.

註十二：日本国憲法（昭和二十一年十一月三日憲法）第三十七条‘…
3 刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。Available at: <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S21/S21KE000.html>, last visited: April 27, 2016.

（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>）。

司法院釋字第七三八號解釋

【電子遊戲場業營業場所距離限制案】

中華民國105年6月24日

院台大二字第1050016544號

解 釋 文

電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，尚無牴觸法律保留原則。臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則。惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。

解釋理由書

人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制，惟若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範，而無違於憲法第二十三條法律保留原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第四四三號、第七一六號及第七一九號解釋參照）。又憲法規定我國實施地方自治。依憲法第一百十八條及憲法

增修條文第九條第一項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第二十五條及第二十八條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得抵觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。

電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……六、營業場所之地址及面積。」經濟部為電子遊戲場業管理條例之中央主管機關（同條例第二條參照），本於主管機關權責修正發布之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1.符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一）僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未抵觸法律保留原則。惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不抵觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。

憲法於第十章詳列中央與地方之權限；第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」第一百十條第一項第十一款復規定：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。」另於第一百十一條明定如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有一縣性質者則屬於縣之均權原則，藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（本院釋字第五五〇號解釋參照）。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權

之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第四九八號解釋參照）。準此，中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。

又自治法規除不得違反中央與地方權限劃分外，若涉人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則。就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。」第二十八條第二款規定：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。

臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」（下稱系爭規定二）臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（一〇一年十二月二十五日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效）第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上。」（下稱系爭規定三）桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」（下稱系爭規定

四)均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣(市)之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣(市)以自治條例為應保持更長距離之規範。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違，其對人民營業自由增加之限制，亦未逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則。至系爭規定二另就幼稚園、圖書館，亦規定應保持一千公尺距離部分，原亦屬地方自治團體自治事項之立法權範圍，亦難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則有違。

因電子遊戲場業之經營，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康足以產生不利之影響，立法者乃制定電子遊戲場業管理條例以為管理之依據(電子遊戲場業管理條例第一條參照)。該條例第九條第一項規定，電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上，為達成上開立法目的之一種手段。系爭規定二將限制級電子遊戲場業營業場所應保持之距離延長為一千公尺，且含幼稚園、圖書館為電子遊戲場業營業場所應與其保持距離之場所；系爭規定三、四則分別將應保持之距離延長為九百九十公尺、八百公尺以上。究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則(本院釋字第五八四號、第七一一號解釋參照)。系爭規定二、三、四所欲達成維護社會安寧、善

良風俗、公共安全及國民身心健康等公益之立法目的洵屬正當，所採取電子遊戲場業營業場所應與特定場所保持規定距離之手段，不能謂與該目的之達成無關聯。且各直轄市、縣（市）就其工商輔導及管理之地方自治事項，基於因地制宜之政策考量，對電子遊戲場業營業場所設定較長之距離規定，可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。至該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，亦無可疑。尚難謂已違反比例原則而侵害人民之營業自由。惟有鑑於電子遊戲場業之設置，有限制級及普通級之分，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康所可能構成妨害之原因多端，各項原因在同一直轄市、縣（市）之各區域，所能產生影響之程度亦可能不同。加之各直轄市、縣（市）之人口密度、社區分布差異甚大，且常處於變動中。各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，併此指明。

另聲請人之一認臺北高等行政法院一〇二年度訴字第五六號及最高行政法院一〇二年度判字第七四〇號判決，適用中央法規標準法第十八條但書所表示之見解，與臺中高等行政法院九十二年度訴字第八七七號及最高行政法院九十四年度判字第一〇〇五號判決所表示之見解有異，聲請統一解釋部分，並非指摘不同審判機關（如最高法院與最高行政法院）之確定終局裁判就適用同一法律或命令所表示見解有異。是此部分聲請，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定不符，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

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	吳陳銀

蔡明誠 林俊益

協同意見書

蘇永欽大法官 提出

陳春生大法官 加入

本案的審查重心，在幾個有關電子遊戲場業設置的自治條例對於營業場所距離的嚴格規定，有沒有違反憲法中央與地方權限劃分的規定，及限制基本權時應恪遵的法律保留原則和比例原則，是依憲法增修條文實施地方制度後有關自治條例的首件憲法解釋（前此的第七三四號解釋審查的是市政府發布的公告，無須市議會通過），因此意義格外重大。解釋的結果雖都認定合憲，但若干微言大義，仍有加以留意的必要。其中比例原則的審查最後仍諭知相關地方自治團體配合客觀環境及規範效果的變遷，隨時檢討而為合理調整，其效力與直接宣告違憲有何不同，也有待說明，以下即分四段依次簡單論述。

一、均權原則為中央地方權限劃分的一般性原則

本解釋就中央與地方分權問題所做論述最有趣的地方，就是以憲法第一百十一條為基礎首度宣示了一個一般性的「均權原則」。該條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」其規範功能迄今在學者間仍有不同看法，有認為應依其文義僅於「有未列舉事項發生時」才有該條的適用（如蔡宗珍），也有認為即在這種情形適用該原則往往也有困難（如蔡茂寅、劉文仕），但多數學者仍傾向超出文義把該兜底的條文解讀為一般性的均權原則（如早期的管歐，近期黃錦堂、許宗力、蔡秀卿、陳淑芳等）。按此說對已列舉的權限劃分，雖無藉此原則改變的空間，但以各條所做劃分的原則性而言，其間的中央地方分權仍有許多有待具體化的解釋空間，此一所謂均權原則即可起到相當大的指導作用。本解釋便是以該條的均權意旨為對中央地方分權的一般性原

則，而展開以下的論述：「由於現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，亦不乏基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項（本院釋字第五五〇號解釋參照）。若中央就前開列舉事項立法賦予或課予地方執行權責，或地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨（本院釋字第四九八號解釋參照）。」本席認為，此一宣示不僅可反映制憲者當時就國家垂直分權的基本思維，即對現階段中華民國統治權所及的台灣而言，也有同樣深刻的意義。

由於中國雖然地大而發展不均，卻是長期中央集權而無聯邦的傳統，從該條按「全國一致」、「全省一致」和「全縣一致」來分配權限的「均權」意旨，足可顯示制憲者在單一國的基礎上發展出某種合理垂直分權模式的用心，不像聯邦國更多考量的是維護各邦的歷史主權，以這種原則來打造一個新的共和國，可以看到更主要的考量還是促成較有效率的國家治理。若與憲法在水平分權上的三個指導原則——防濫、核心與功能最適（可參釋字第六一三號解釋的論述）相比較，垂直分權的均權原則應該相當於功能最適。就台灣而言，幅員雖小，但已有相當長時間地方住民自治的傳統，修憲完成民主化時，一方面特別以增修條文第九條第一項授權中央以法律規範中央與地方關係的細節，創造了更多樣的彈性，另一方面也刻意保留了第一百十一條的均權原則，用以對益趨複雜的中央地方分權關係有所指引。

本案有關電子遊戲場業的管理，中央原已制定了電子遊戲場業管理條例，其分權上的依據就是憲法第一百零八條第一項第三款的規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」不少地方自治團體嗣後又制定了管理電子遊戲場業的自治條例，其分權上的依據則為第一百

十條第一項第十一款：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一 其他依國家法律及省自治法賦予之事項。」系爭自治條例憑據的「國家法律」即是地方制度法第十八條第七款第三目：「下列各款為直轄市自治事項：……七、關於經濟服務事項如下：……

（三）直轄市工商輔導及管理。」問題發生在電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」系爭自治條例卻分別加碼到八百公尺、九百九十公尺乃至一千公尺以上，這就涉及這類中央與地方並存而以地方不得牴觸中央的立法分權（地方制度法第三十條），如何認定二者若有「不同」的規定，何時已構成「牴觸」而屬地方對中央立法權的凌越？有關電子遊戲場業營業場所距離的加碼規定是否已經牴觸中央的立法，程序上本可從中央主管機關已予核定或未函告無效得知中央與地方就此並無歧見（地方制度法第二十六條第四項、第三十條第四項），但有了均權原則的指導後，就更可從距離規定是否足可反映地方生態、發展程度的差異而在治理上確可因地制宜（即非屬全國一致的性質），來客觀的做成不同是否即為牴觸的認定。本解釋實際上就是用均權原則認定中央的五十公尺為全國一致的底線規定，地方不得「減碼」，但可因地制宜的「加碼」，並不會因此違反中央與地方的權限分配。

二、自治條例僅在合理範圍內限制人民的基本權

地方自治團體有了廣泛的規範制定權——包括因須經議會議決而有較高民主正當性的自治條例，和直接由地方政府訂定發布的自治規則——後，所制定的規範除了不得違反中央與地方分權外，可不可以限制人民的基本權，早在四十三年本院通過的釋字第三八號解釋已有原則性的宣示：「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」即以憲法第二十三條的法律不包含地方自治團體的自治條例，但此一保護人民基本權的法律保留原則並非一律只許由國會通過

的法律直接為限制基本權的規定，本院很早即依「重要性理論」區分絕對和相對的保留，在重要性非特別高的情形，都容許行政主管機關依法律授權以法規命令補充。同理，該解釋也在有憲法或其他法律的根據（授權）時，容許地方自治團體以自治條例限制人民的基本權。本解釋即特別引用地方制度法第二十八條第二款的規定作為限制基本權的根據：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」換言之，通過此一空白授權，各級地方自治團體都取得了和國會一樣限制人民基本權的立法權。令人好奇的是，這裡除了空白授權外，難道沒有其他形式或程序上的管控，只要不逾越中央地方立法權的劃分，地方的自治條例在管制住民的生活時，真的可以「天高皇帝遠」？因地制宜若到這個地步，基本權待遇的差別會不會大到有違基本權平等保障的最低要求？

這樣的疑問，是對法律保留原則在法規命令這種立法權的水平授權有一定瞭解的人一定會提出來的，以與自治條例這樣的垂直授權相比，立刻會發現前者在法律保留原則的保障上至少有三項重要的控制：第一，以重要性理論排除某些基本權限制的委任或轉委任（釋字第四四三號解釋）；第二，對於所有的授權都要求授權符合具體明確原則（釋字第四四三號解釋）；第三，依法律授權制定的法規命令都有送國會審查的義務（立法院職權行使法第六十條）；垂直授權的自治條例則全部闕如。立法行政間的水平授權也沒有基本權保障因地而異的問題，更不要說基於負責關係而在政策理念上通常保持同調，這也是讓百花齊放的自治條例對基本權的保障先天上即處於不利的結構。但正如水平授權在現代社會的無可避免，垂直授權同樣也是開始往某種垂直分權發展後必然的結果。因地制宜的治理如果真要落實，開放地方立法的內容對人民基本權做某種限制也確有必要，則如何參照立法行政間的授權立法所設的防弊制度，儘快建立中央地方間授權立法的管控機制，應該十分迫切。本席對於法律保留原則在水平授權

領域一向的看法是矯枉過正，相對於此，在垂直授權領域的管控則還在近於放任的階段。本席過去解讀地方制度法第二十六條第二、三項有關違反自治法規的行政罰規定，即認為是對違法責任一般性的設定上限，不能視為單純行政罰處罰法定原則的宣示（行政罰法第四條），其背後應有自治條例限制基本權的天花板（ceiling）或微小原則的寓意。本件解釋在用法律保留原則審查自治條例限制基本權時，除了審查授權條款（地方制度法第二十八條）外，雖未援用第二十六條或移植水平授權的重要性理論，但首次使用了「合理範圍」的概念，輕描淡寫的加入了第二個審查要件：「地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸。」應該也是本解釋的重要突破，其內涵和操作方式則當然還有待未來繼續開發，此處不贅。

三、比例原則的三階審查本即以其為初步的徵憑

本院從釋字第五八四號解釋開始，對於限制工作權的比例原則審查即明確採三階理論，也就是以職業或營業選擇所受限制，應較職業或營業內容所受限制，受到更嚴格標準的檢驗，並進一步區分職業選擇所受限制，為涉及主觀條件，從而可通過努力改善其條件者，或涉及客觀條件，從而無法通過努力改善者，使後者要受到最嚴格標準的檢驗（可參釋字第五八四號、第六四九號、第七〇二號、第七一一號等解釋）。此一審查方法顯然是以德國聯邦憲法法院的實務為師，雖然我國憲法第十五條並未如德國基本法第十二條第一項那樣對於職業「選擇」和職業「執行」在保障上做出區別，這樣的繼受在文本上已非理之必至。若從體系解釋的觀點，我國憲法特以基本國策專章課以國家高度介入國民經濟、社會生活的義務，即使與基本權撐起的市場經濟做整體的解讀，也是某種混合的社經體制，與德國基本法刻意保持的社經政策中立，更迥然有別。因此導入彰顯進出職業、營業自由價

值的三階審查法，也就是在做自治和管制的權衡時，讓市場經濟不可或缺的進出市場自由受到更原則性的保護，而使憲法要求的種種國家管制只在市場行為上保有較大的空間，更可說明此一在許多學者眼裡不過是又一次的憑空繼受，其實質意義卻是大法官考量當前本土環境對我國憲法的重大續造，換言之，通過此一憲法解釋，已使我國憲法文本呈現的制憲時濃厚的社會主義意識形態和台灣從民國八十年代以後越來越顯著的自由主義時代精神之間難解的矛盾，得到大大的緩解，絕不能視為單純德國基本權理論的技術轉移。此一堪稱「部門憲法」的解讀——強調憲法解釋的回歸文本與本土——，本席在釋字第70二號解釋的意見書中已有論列。

本件解釋對於三階審查的方法又有了進一步的調整，值得注意。德國憲法法院從1958年的藥房案首次使用三階審查後，憲法學界的批評即未嘗間斷，憲法法院也逐案調整使其內涵更具可預見性。所謂三階的標準是用於比例原則三項要求——合目的（geeignet）、必要（erforderlich）與相當（verhältnismäßig）——中的第三項。也就是限制基本權的公權力行為所要保護的公共利益相對於基本權受到的限制必須合理相當，提高審查的標準即意味公共利益必須拉高。藥房案判決對於職業執行的限制，認為只需有合理的公益考量（vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls）以及合目的的外形即可。對於職業選擇構成主觀限制時，則需要有高於個人基本權的「特殊公共利益」（ein überragendes Gemeinschaftsgut），至於事涉客觀限制，也就是「個人對其發生完全無能為力」（dem Einfluß des Einzelnen schlechthin entzogen）的情形，則必須達到「特殊重要公共利益」（ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut），三者間的差異，特別是在二、三階之間，實在過於抽象而難以客觀的操作。本院到目前為止所採的「一般公共利益」、「重要公共利益」與「特別重要公共利益」三分法（釋字第649號解釋可參），亦有此病，未來可徐圖改善。

另外在涵攝職業執行和職業選擇，以及主觀與客觀的職業選擇限制時，也常常會有爭議。所謂執行的限制，從一些不痛不癢的行政管制，到直刺營業主要利基，足使繼續營業有如無味的雞肋，乃至完全無利可圖者都屬之——實際上已非真正的選擇，如果只要形式上仍為「從事工作之方法、時間、地點等」，就只須有一般公共利益的考量即可平衡，德國學者早就對這種「一鍋燴」(in einen Topf werfen) 的憲法評價提出批判，認為不能直接從執行和選擇的定性得出職業自由被限制程度高低的結論，方法上最多只能作為限制程度的徵憑 (Indiz)，最終的高低認定仍應具體觀察實際造成的限制以及還保有選擇的空間。德國憲法法院已有不少案例，在確認某些形式上屬於執行限制的規定，因為被迫退出者已非少數個案而已，即認定其限制已達到職業選擇的程度。本件解釋在審查系爭自治條例有關電子遊戲場業營業場所應與幼兒園、學校、醫院、圖書館等保持一定距離的規定對職業自由的限制是否違反比例原則時，雖仍採三階審查，但方法上也已明確從形式轉向實質：「究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且……」、「各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。」即使實質上只是職業執行的情形，如果因為某些特別的原因對於職業或營業自由的限制仍應給予較高度的評價，而需要像職業選擇受到限制一樣，需要有較高度的公共利益才能正當化，也是採徵憑說可能的結果，本案有關距離規定造成的限制，倒還沒有這樣的情形。至於二階到三階在主觀和客觀的二分上也會有灰色地帶，有待未來遇到適當案例時再做釐清。本件解釋重要的突破在於職業或營業自由的三階審查方法，不應拘泥於執行或選擇的形式，最終還是要回到比例原則做實質考察的本質。

四、合憲檢討的宣告既有調適空間也可持續施壓

本案爭議顯然即屬於職業執行或選擇的灰色地帶，也就是形式上僅事關職業的執行，但這三個自治條例距離的限制提到這麼高，實質上已趨近實質阻絕，解釋最後選擇的宣告方式不是系爭自治條例違反比例原則而失效，也不是單純與憲法尚不牴觸，而是在認定未違反比例原則時，跟著做出未來可能違憲的警告：「惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果，併此指明。」而且警告不是放在理由書中，一如釋字第六九九號、第七一九號等解釋，而是放在解釋文內，如釋字第二九〇號、第三一八號等解釋，二者在拘束力上又有不同。和部分違憲、合憲法律解釋一樣，這種宣告方式也可歸類於介於合憲和違憲之間的中間決定，普遍見於採規範違憲審查的國家，如果同樣可以達到排除和/或預防違憲狀態的效果，以警告進行檢討替代直接宣告違憲，反而可為被課責者保留較大的調適空間。以解釋文的醒目，這種持續的調適壓力常能產生相當實質的效果，比如釋字第二九〇號解釋通過不數年，民意代表的學經歷限制都陸續刪除，釋字第三一八號解釋也促使財政部國稅局對於多種夫妻合併申報綜合所得稅明顯不公的情形，陸續開放了不少的例外。因此這類中間決定的實質規範效果未必遜於直接宣告違憲。

惟即使是抽象規範的合憲性審查，何時適合做這種宣告，仍應有可供核實的條件，否則流於浮濫，反而有損解釋作為一種司法決定的決斷性。一般而言，這種接近違憲的黃燈狀態，不是本已違憲，因有特別理由而勉強合憲；就是違憲瑕疵已接近可容忍的底線。而且這兩種差距如果是固定不移的，仍只合做單純合憲的宣告——沒有違憲就是沒有違憲，不應因「差點」違憲而做不同的宣告。因此這個「差點」還必須是處於某種變動的狀態，從而被課責的主體才有就該可變狀態持續觀察檢討，乃至防杜變質

或積極促成正向改變的義務。面對處於這種狀態的司法審查者，與其自行預判「早晚會達到違憲的水位」而逕為違憲的宣告，何如促請有能動性的相關機關提高憲法的警覺，適時適度的做一些努力。就本案涉及的自治條例而言，這種一方面認定合憲，另一方面對地方自治團體（間接也對中央有監督權的機關）課以檢討的義務，不僅有利於中央地方關係的緩和，也符合功能最適的安排。本件解釋在認定合憲後，即指出一些可能影響合憲性判斷的「變數」，自屬合理的交代：「有鑑於電子遊戲場業之設置，有限制級及普通級之分，對社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康所可能構成妨害之原因多端，各項原因在同一直轄市、縣（市）之各區域，所能產生影響之程度亦可能不同。加之各直轄市、縣（市）之人口密度、社區分布差異甚大，且常處於變動中。」從而要求「相關地方自治團體允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整」。實際上，距離規定會不會造成「實質阻絕之效果」，還要考慮原已存在的電子遊戲場的因素（禁止規定尚不得溯及適用），以及「實質阻絕」預設的「市場範圍」——是否以行政區為限，和後起更受歡迎的網咖是否為同一市場等，果真發生阻絕，其原因是否距離規定？足見由本院把這些複雜且變動的因素做整體考量而為自治條例的距離規定是否已造成實質阻絕效果的判斷固無不可，讓這樣一個處於灰色地帶的違憲爭議，通過職業或營業自由應受憲法比例原則保障的闡明，諭知地方自治團體不斷檢討，同樣可以排除違憲的瑕疵，或許更可以避免司法擅斷的印象，應該是更好的決定方式。

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

多數意見認為，臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上。」臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第

一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、職校、醫院九百九十公尺以上。」

（已失效）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上。」皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則之結論，本席敬表贊同。

惟本席認為，上開自治條例所以應認為合憲之主要理由在於，電子遊戲場業管理條例限制電子遊戲場之設置應與國民中、小學、高中、職校及醫院保持一定之法定距離，其實質考量在於避免未成年人耽溺於電子遊戲場或妨礙病人之安靜的就醫環境。其中，特別是「未成年人耽溺於電子遊戲場」的可能性最為父母擔心。由於距離幾公尺始符合比例原則，難有一刀切的正確答案，所以這種問題不能由司法機關，特別是不能由釋憲機關給出答案，而應由代表父母之民意機關透過立法解決，並保留地方因地制宜的權限。其理由為：在政治問題之解決上，訴諸於民主原則，立法機關才能有必要之迴旋空間，從事試誤的嘗試。立法機關的決定，說好說歹總是人民經由多數決所做之決議，如果不滿意可以在下一次選舉，透過選票重為決定。至於司法機關因為被期待是正義的化身，在見仁見智的問題，所下判斷不可因與相當成數之人民的意見針鋒相對，而引起過度的質疑。是故，司法機關不可回答，規範上不能提出唯一正確答案之政治問題，以免捲入政治紛爭，或損及司法威信。

另外，關於本號解釋書及解釋理由書之文字鋪陳，首先認為電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1.符合……自治條例……規定。」尚無牴觸法律保留原則。爾後才論證臺北市、臺北縣、桃園縣等各該電子遊戲場業設置管理自治條例之規定，難謂與中央與地方權限劃分原則及法律保留原則相牴觸。

然而，上開作業要點關於「符合……『自治條例』……規定」部分，包含空白要件。在不知所包含之空白要件（即相關自治條例），是否與中央與地方權限劃分原則相符以前，因自治條例本身之合憲性未經檢驗，故自然無法對上開作業要點是否違反法律保留原則而違憲，予以判斷。因此，在解釋文及解釋理由書的論述上，宜先處理本件聲請案各該地方自治團體所訂之自治條例之具體內容是否違反中央與地方權限劃分、法律保留原則及比例原則，於肯認自治條例之合憲性後，上開作業要點關於應符合自治條例之規定部分，始合法律保留原則。如此論述層次較為符合邏輯。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋【電子遊戲場業營業場所距離限制案】，茲先將原因事實及爭點概要說明如下：

本件解釋，共有八件聲請案合併審理，聲請人均係從事電子遊戲場業，分別向臺北市、臺北縣（現改制為新北市）、桃園縣政府申請設置電子遊戲場，經被認為違反各該直轄市、縣（市）自治條例有關電子遊戲場業營業場所設置之距離規定（八百公尺、九百九十公尺、一千公尺），而被駁回聲請，嗣向臺北高等行政法院起訴，均遭駁回後，向最高行政法院提起上訴，亦同遭駁回確定，聲請人均認各該確定終局判決所適用之自治條例等，不法侵害聲請人之營業自由，有牴觸憲法第十五條、第二十三條規定等之疑義，依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規定，聲請解釋。

本案爭點概要如下：

- （一）電子遊戲場業管理條例（註一）第十一條第一項規定：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應填具申請書，並檢附其營業場所合於第八條第一款及第二款規定之證明文件，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊

戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……。」主管機關之經濟部，本於權責發布電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（註二）第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所1.符合……自治條例……規定。」（下稱系爭規定一），其中「營業場所應符合自治條例之規定」，是否增加母法電子遊戲場業管理條例第十一條第一項所無之限制，而違反法律保留原則？

- （二）電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」惟臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例（註三）第五條第一項第二款規定：「限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上」（下稱系爭規定二）、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（註四）第四條第一項規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」（下稱系爭規定三）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（註五）第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」（下稱系爭規定四），當中超過「五十公尺以上」之限制規定，有無違反中央與地方分權原則、法律保留原則與比例原則？

本件聲請涉及電子遊戲場業業者之營業自由，得否由地方自治團體以自治條例加以限制？另自治條例之限制手段與其要達成之目的間，是否合乎比例？涉及中央與地方權限劃分原則、法律保留原則與比例原則之適用，實具重要之憲法價值。

本件解釋多數意見認為，就系爭規定一，尚無牴觸法律保留原則；系爭規定二、三及四，皆未違反憲法中央與地方之權限劃

分原則、法律保留原則及比例原則，本席均敬表贊同。惟解釋理由書尚有若干可補充說明之處，爰分就「自治條例符合聲請解釋要件」、「營業自由之三階審查基準」及「申核營業級別證要件之檢討」，提出本協同意見書如下。

貳、自治條例相當於大審法第五條第一項第二款所稱之「命令」

依大審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」，人民得聲請解釋憲法。系爭規定一，係電子遊戲場業管理條例之中央主管機關經濟部，為執行該條例依其職權所發布之命令，合於上開規定所稱之「命令」，自無疑問。

至系爭規定二至四之自治條例部分，或有疑義。按依地方制度法（註六）第一條第一項：「本法依中華民國憲法第一百十八條及中華民國憲法增修條文第九條第一項制定之。」第二十五條：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例……。」及第二十八條第一項第二款：「下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。」規定可知，自治條例乃基於憲法明文規定實施地方自治，由地方具有民意基礎之立法機關通過，對地方居民之權利義務得予限制，具有拘束力之法規範。

憲法規定實施地方自治之原始設計並未有自治條例，就其性質或法位階自然亦未明文。然憲法本文原於第一百十二條以下規定，省之立法機關得依省縣自治通則制定省自治法，省自治法得就憲法第一百零九條第一項與省民權利義務有關之事項予以規範。省自治法既係在憲法與省縣自治通則作為實施地方自治之框架下，允許地方自行立法而生之法規範，自仍不得牴觸中央憲法或法律。因此，上開憲法本文規定，雖經憲法增修條文第九條第

一項予以凍結，但現仍有效之憲法本文第一百十六條規定：「省法規與國家法律牴觸者無效。」足見我國憲法雖規定實施地方自治，但並無意使地方立法得當然凌駕於中央法律之意。憲法為確保此種法規範位階效力，因此接續於第一百十七條規定：「省法規與國家法律有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」地方制度法制定公布後，亦本此意旨，於第三十條第一項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自條例牴觸者，無效。」同條第五項並規定「有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之。」可見本院大法官就自治條例有無牴觸憲法或法律，當然具有解釋權限。（註七）

本件屬人民聲請解釋，大審法第五條第一項第二款雖僅規定「法律或命令」，但本院歷來解釋認為依此款規定得為違憲審查之客體者，尚包括「相當於法律或命令」之法規範。（註八）本院於地方制度法制定公布前，受理人民聲請解釋地方自治法規而作成解釋者，所在多有。（註九）於地方制度法公布後，自無不同。因此，人民得向本院聲請解釋自治條例違反憲法，並無疑問。而依上開說明，自治條例雖因係具有民意基礎之地方立法機關通過者，或可謂地方法律，但效力或位階顯不等同於法律（地方制度法第三十條第一項參照），故應認為係「相當於命令」。從而，本件就其違憲與否之可決人數，應為二分之一。

參、營業自由限制之審查密度：肯認三階審查基準

有關電子遊戲場業營業場所距離限制之爭議，涉及憲法有關職業自由或營業自由之限制問題。本院關於職業自由限制之容許標準，於釋字第六四九號解釋理由書明確指明三階審查基準，而稱：「按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，

立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」（其他尚有釋字第七〇二號及第七一一號解釋參照）。

至於營業自由，本院曾針對電子遊戲場業管理條例之前身，即遊藝場業輔導管理規則，作成釋字第五一四號解釋，於理由書謂：「人民營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障。有關營業許可之條件，營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第二十三條規定，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制，於性質上得由法律授權以命令補充規定時，授權之目的、內容及範圍應具體明確，始得據以發布命令，迭經本院解釋在案。」其他，如釋字第七一九號解釋謂：「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。」上開有關營業自由限制之容許標準，本院多號解釋均僅指出營業自由之限制，應符合憲法第二十三條之規定，或可謂係採「一般比例原則」之審查，並未如職業自由之限制般採取三階審查基準。

本件原因事實，即電子遊戲場業營業場所之距離限制，究屬職業自由或營業自由之限制？

本件解釋多數意見認為，有關電子遊戲場業，係以從事一定之「營業」為其「職業」，（註十）關於營業場所之選定，受營業自由之保障。關於其場所距離限制之性質，實為對從事工作地點

之「執行職業自由」所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及「職業選擇自由之限制」應受較嚴格之審查外，立法者如追求「一般公共利益」，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則（本院釋字第五八四號及第七一一號解釋參照）。多數意見，將本院多號解釋有關「職業自由」限制之容許標準，融入「營業自由」限制之容許標準。有關電子遊戲場業距離之限制，原則上，屬於從事工作之方法、時間、地點等「執行職業自由」之限制，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當限制；例外時，如其限制達於實質阻絕之程度，則屬於「選擇職業自由」之限制，須有特別重要之公共利益始得為之。

因此，系爭規定二至四有關電子遊戲場業營業場所設置距離之限制規定（八百公尺、九百九十公尺、一千公尺），所欲達成之立法目的正當，距離限制之手段與該目的之達成有所關聯，且有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段，該限制與所追求之公共利益間尚屬相當，尚難謂已違反比例原則而侵害人民之營業自由。至於各地方自治團體有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，有可能產生實質阻絕之效果，則屬於「選擇職業自由」之限制，須有特別重要之公共利益始得為之，而須受較嚴格之比例原則之審查。由於是否產生實質阻絕之效果，尚需經一定之調查。（註十一）是以本件解釋文，在尊重地方自治團體之自治權限下，最後特別指出：惟各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果。

肆、電子遊戲場業營業場所之距離限制與申核營業級別證之關係

依電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定，電子遊戲場業業者設置電子遊戲場，申請核發營業級別證之要件，僅規定「經依法辦妥登記後」、「填具申請書」及「檢附其營業場所合於第八

條第一款及第二款規定之證明文件」，並辦理同項共六款：「一、電子遊戲場業之名稱。二、營業級別。三、機具類別。四、電子遊戲場業為公司組織者，其代表人；為商業組織者，其負責人。五、營業場所管理人。六、營業場所之地址及面積。」之登記。應特別注意者，上開規定並未以「第九條電子遊戲場之營業場所應距離國民中、小學、高中、職校五十公尺以上」為要件。

本院釋字第六四六號解釋針對電子遊戲場業管理條例第十五條規定未辦理營業登記者不得經營，違反者應依同法第二十二條處以刑罰，於理由書謂：「本條例第十五條規定：『未依本條例規定辦理營利事業登記者，不得經營電子遊戲場業。』所謂『辦理營利事業登記』係兼指依本條例第十一條規定，向直轄市、縣（市）主管機關申請核發『營利事業登記證』及『營利級別證』，辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記而言。而辦理營業級別、機具類別、營業場所管理人及營業場所地址之登記，應符合前述本條例第五條、第六條、第七條及第八條等之規定。」同樣並未指出申請核發級別證應符合第九條之規定，是以現行向主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理相關登記，是否要符合第九條有關距離限制之要件，容有檢討空間。

本件由於礙於僅審查系爭規定一其中「營業場所應符合自治條例之規定」部分，而不及於其中「營業場所應符合第九條規定」部分，故並未就後者之合憲性予以論斷。本席雖贊同地方得在合理範圍內，以自治條例為較中央更嚴格之距離限制，亦即肯定前者之合憲性，但對於後者，即距離限制能否作為核發營業級別證及辦理登記之要件，存有懷疑。地方對於自治事項以自治條例予以規範，就其違反效果，鑒於法律對於違反第十五條之效果規定為刑罰，系爭規定一至四能否增加刑罰要件，殊值探究。有關機關似應於地方制度法第二十六條第三項法律明定之各種效果中選擇，而非增加法律所無而可能致生刑罰效果之要件。

註解：

註一：民國（下同）89年2月3日制定公布，嗣於98年1月21日修正公布，自98年4月13日施行。

註二：原名稱：電子遊戲場業申請登記作業要點，經濟部於89年3月29日以（89）經商字第89204839號函訂定發布全文3點，嗣分別於98年4月8日經濟部經商字第09805407920號令修正發布名稱及全文3點，98年4月29日經濟部經商字第09802410180號令修正發布全文3點。

註三：100年11月10日臺北市政府（100）府法三字第10033884400號令制定公布全文14條；並自公布日施行。

註四：99年12月25日公告繼續適用2年屆滿；並自101年12月25日起失效，取而代之者為新北市電子遊戲場業設置辦法第6條第1項第1款規定，為自治規則。

註五：96年1月4日桃園縣政府府法一字第0960000666號令制定公布全文6條；並自公布日施行。桃園縣改制桃園市後，於103年12月25日桃園市政府府法制字第1030320734號公告自同日起繼續適用。

註六：88年1月25日制定公布。

註七：至於在憲法保障地方自治之下，就地方自治法規之審查密度是否應適度放寬，則屬另事。

註八：釋字第154號解釋理由書，已指明所謂確定終局裁判所適用之「法律或命令」，「乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。」釋字第374號解釋理由書，並以大審法第5條第1項第2款所稱之「命令」，「並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為

違憲審查之對象」。本院102年1月7日通過並於同年月10日送立法院審議之大審法修正草案第61條第1項規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決。」即為免原所稱之「命令」過於狹隘，並配合釋憲實務見解，將原所稱之「法律或命令」，修正為「法規範」。

註九：例釋字第344號解釋，聲請人即對行政法院81年度判字第728號判決所適用之「臺北市辦理徵收土地農林作物及魚類補償遷移費查估基準」聲請解釋。釋字第363號解釋，聲請人即對行政法院82年度判字第62號判決所適用之「臺北市獎勵投資興建零售市場須知」聲請解釋。釋字第440號解釋，聲請人即對行政法院84年度判字第553號判決所適用之「台北市市區道路管理規則」聲請解釋。

註十：選擇從事一定之營業為其職業，乃援用本院釋字第716號解釋理由書：「憲法第十五條保障人民之工作權及財產權，人民營業之自由亦為其所保障之內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由。」

註十一：「實質阻絕」意指已達形同禁止，自應動用嚴格審查基準，至於結論為合憲或違憲，仍應進行審查。又依大審法第13條第1項規定，本院得依職權調查有關資料，但調查資料與審查密度、舉證責任間之關係，有待研究。本院就本件解釋，前後共約12次函詢中央主管機關、地方政府及議會，要求說明與提供有關距離限制之立法目的及效果等資料。當中最為關鍵者，在於臺北市政府及新北市政府就轄區內，是否有合於系爭規定二及三之場所供電子遊戲場業業者選擇。臺北市政府以若尚須符合其所制定自治條例距離以外之其他要件，包括「場所須位於購物中心、百貨業或

遊樂園業」、「公司或商業之登記實收資本額應為新臺幣一億元以上」、「應臨接寬度三十公尺以上道路」、「購物中心、百貨業或遊樂園業全棟營業樓地板面積一萬平方公尺以上」及「電子遊戲場業最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上」等，則轄區內目前並無符合系爭規定二之地點。而新北市政府則指出於八里、淡水一帶，仍有符合系爭規定三之地點可供業者選擇。倘臺北市僅考量距離限制1000公尺所產生之效果，尚難以明確認定已實質阻絕，至新北市則明顯尚有地點。況此等狀態，必隨學校、醫院分布、人口密度、交通與土地開發等情形而變遷。因此本件多數意見認為，若尚未產生實質阻絕之效果，則系爭規定二及三之性質，尚難認為屬於選擇職業自由之限制。至於業者之「市場」、「利潤」，乃至於客群之「消費」等因素，並非唯一考量。電子遊戲場業就其性質，距離限制仍須與公共利益權衡，難僅因地點較少或較偏遠而逕認違憲。

部分不同意見書

葉百修大法官 提出

本件解釋聲請人係八位準備經營電子遊戲場業的負責人，其營業地分別位於臺北市、新北市及桃園市（改制前桃園縣），並依據電子遊戲場業管理條例（下爭系爭條例）第九條第一項（註一）及第十一條第一項第六款（註二）規定（下併稱系爭條例規定），向所處各該地方政府主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證，及辦理營業場所之地址及面積之登記。而經濟部基於電子遊戲場業管理及商業登記之主管機關，訂定發布電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（下稱系爭要點），其第二點第一款第一目規定（註三），電子遊戲場業申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，其營業場所之登記，並應符合各該地方政府之自治條例相關規定。

是本件聲請人依據上開規定，分別向臺北市、新北市及桃園市申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理營業場所之地址及面積之登記，經各該地方政府分別依據臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款（註四）、臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項（註五）及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項（註六）規定（下併稱系爭自治條例規定），以聲請人營業場所不符合系爭自治條例規定所定「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制而予以否准。聲請人分別經用盡救濟途徑後聲請本院解釋憲法，認：一、系爭自治條例規定逾越憲法有關中央與地方分權之規定；二、系爭自治條例規定與系爭要點逾越系爭條例規定，牴觸法律優位原則、法律保留原則及比例原則。

本件解釋多數意見以聲請人上開兩項主張均無理由，認定系爭自治條例規定並未牴觸憲法有關中央與地方分權規定，其與系爭要點並未逾越系爭條例規定，與法律優位、法律保留及比例原則並無牴觸。本席對多數意見上開第一項主張之認定敬表贊同。惟對於第二項主張之認定，本席認系爭自治條例規定就「特定機關及處所」中有關「幼稚園、圖書館」之要件限制，逾越系爭條例規定之限制，牴觸法律保留原則；且上開「醫院、圖書館」之「相隔距離」限制，該手段亦非對聲請人之營業自由及工作權所為限制之最小侵害，牴觸比例原則，均與多數意見有異，爰提出部分不同意見如后。

一、系爭自治條例規定牴觸法律優位原則及法律保留原則

（一）中央地方權限劃分，應以憲法列舉及中央權限為原則

系爭條例規定就電子遊戲場業之營業場所，分別設有「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，分別是以二建築基地境界線最近二點作直線測量，（註七）應距離「國民中、小學、高中、職校、醫院」達「五十公尺以上」。誠然，如同多數意見所言，我國憲法對於

中央與地方所謂垂直分權，係於單一國家的法律架構概念之下，以規範內容之性質，有全國一致性者，由中央立法、執行或由地方執行；而於具有地方特殊性質而屬地方自治事項之範疇者，乃由地方立法並執行，而為多數意見所言，「藉以貫徹住民自治、因地制宜之垂直分權理念。」本席並不否認，現代國家事務多元複雜，復以近代住民自治之理念漸受重視，即便於單一國家如西班牙、義大利，近來亦修改憲法增加地方政府權限。然而，在單一國家體制下，中央與地方垂直分權之權限劃分，仍以中央為原則、地方為例外，除非如西、義等國修改憲法，明文增加地方權限，否則在我國現行憲法架構下，仍以中央行使國家權限為原則，於憲法未列舉事項外，始依性質劃分中央與地方權限（憲法第一百十條規定參照）。即便如多數意見所言，中央與地方有協力合作關係，或中央仍可以立法賦予地方執行權限或義務，或地方基於自治事項可自行制定自治法規，凡此，均應於憲法明文所定分權架構下為之。

本件解釋所涉及電子遊戲場業之設立與經營管理等事項，基於系爭條例規定，參照商業登記法第一條至第三條（註八）規定，電子遊戲場業之設立，屬商業性質，而商業之設立、管理，依據憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」則屬中央立法並執行，或交由省縣執行，但原則上立法權限仍屬中央，是以有系爭條例規定之制定，而非逕由地方以系爭自治條例規定加以取代而屬地方自治事項，此亦為憲法第一百七十條及第一百七十二條規定之意旨。換言之，電子遊戲場業之設立、管理，原則上仍屬中央立法之權限，並由中央立法賦予地方執行。是以本件系爭

自治條例規定，自不得逾越憲法所定中央與地方權限劃分之界限，逕以之取代系爭條例規定。

(二) 系爭自治條例規定之規範性質尚待斟酌

多數意見以系爭自治條例規定，屬「工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍」（地方制度法第十八條第七款第三目規定參照），然而系爭自治條例規定之限制，是否僅屬輔導、管理事項，而非屬憲法第一百零八條第一項第三款規定由中央立法執行或交由省縣執行之「商業」，其根本「得否設立、經營」之事項？抑或憲法第一百〇九條第一項第一款及第一百十條第一項第一款之「實業」而屬地方立法事項？（註九）此亦涉及之後判斷系爭自治條例規定之性質，究係限制人民營業自由及工作權何種限制（詳後述）。因此，多數意見認定系爭自治條例規定，關於電子遊戲場業之設立所為與「特定機關及處所」及「相隔距離」之要件限制，是否以根本影響「商業設立」與否，或僅屬「工商輔導及管理」，尚有斟酌之餘地。

(三) 法律與自治條例之範圍規範限制，應視規範性質而認定其正當性

縱退一步言，多數意見以系爭條例規定有關「相隔距離」之規定，係以「五十公尺以上」之用語，「可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範」（註十），然而條文僅以「以上」二字，是否即可推論有保留地方因地制宜空間，或未禁止地方為更長距離之規範？例如就業保險法第十三條第二款關於拒絕公立就業服務機構推介之工作，因其工作地點距離申請人日常居住處所三十公里以上，仍得請領失業給付，是否亦有如多數意見所言，係「最低標準」而未禁止「更

長距離之規範」？換言之，規範所涉人民權利內涵、規範本身究為中央或地方權限，尚非僅以規範條文文字可斷言，應視該最低標準所涉屬授益或干涉性質而認定其正當性與審查密度之寬嚴。例如本件解釋所涉系爭條例規定，相隔距離涉及人民得否經營電子遊戲場業，本質上屬權利限制之一種，於中央法律設定一定距離標準後，地方可否另以自治條例增加更長之距離，亦即增加對人民權利之更嚴格之限制？其是否真有因地制宜之目的需要？本院仍應個別予以具體從嚴審查，尚非多數意見僅以地方自治事項範圍，而逕認未「逾越地方制度法概括授權之範圍，從而未牴觸法律保留原則」，卻未認定是否與系爭條例規定是否有無牴觸。（註十一）

又如殯葬管理條例第八條第一項規定：「設置、擴充公墓，應選擇不影響水土保持、不破壞環境保護、不妨礙軍事設施及公共衛生之適當地點為之；其與下列第一款地點距離不得少於一千公尺，與第二款、第三款及第六款地點距離不得少於五百公尺，與其他各款地點應因地制宜，保持適當距離。但其他法律或自治條例另有規定者，從其規定……。」其文字則分別依據公墓設置，因與該條項第一款所定公共飲水井或飲用水之水源地具有直接影響，與第二款、第三款及第六款規定之學校、醫院、幼兒園、戶口繁盛地區及貯藏或製造爆炸物或其他易燃之氣體、油料等之場所具有間接影響，於法律規定不同最低標準，其他各款地點始因地制宜，保持適當距離，同時也賦予其他法律或自治條例得另行規定。同法第九條並就殯儀館、火化場或骨灰（骸）存放設施之設置、擴充有不同距離規範。換言之，以系爭條例規定之內容相對照，多數意見逕以地方制度法第二十五條及第二十八條第二款概括授權之相關規定，而認定

系爭自治條例與法律保留原則並無牴觸，其認定即非無疑。

（四）法律列舉之要件內涵，不得由自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸

上開「相隔距離」之規定，縱使如多數意見所言，具有解釋上之可能性，然而系爭條例規定就電子遊戲場業營業場所之設置，明文列舉應與「國民中、小學、高中、職校、醫院」等機關場所距離五十公尺以上，其規範性質即與相隔距離認定為最低標準而得由地方予以增加之情形不同，此項列舉規定，即不得由地方自治條例擅自增減，否則即與法律保留原則相牴觸。因此，系爭自治條例規定所增加之「幼稚園」、「圖書館」等地點限制，逾越系爭條例規定之範圍，多數意見認定其屬地方自治事項之範圍，若如此，何以相隔距離之限制非屬地方之自治事項？地方可否就系爭條例規定列舉之機關或場所予以刪減？若均可以地方自治範圍為由，而認定地方可以自治條例另行規定，而無視中央既有法律規範，則憲法關於中央與地方權限劃分之規定及形同具文，而憲法所定法律優位及法律保留原則亦將不復其存在意義。就此，本席無法贊同本件解釋多數意見之認定，本席以為，系爭自治條例規定增加系爭條例規定所無之限制，應已牴觸法律保留原則而違憲。

二、系爭自治條例規定過度侵害人民營業自由及工作權，牴觸比例原則

本院關於營業自由與工作權、財產權之保障，自釋字第五一四號解釋之後，即已採取如德國聯邦憲法法院裁判見解，對於營業自由與工作權之限制，區分為執行職業自由及選擇工作及職業之主觀與客觀許可要件之限制，並分別與寬鬆、中度及嚴格等不同審查基準認定其合憲性，其具體內

涵，本席亦曾於本院釋字第六六六號解釋所提出之協同意見書中加以闡明。本件解釋涉及系爭自治條例規定所定之「特定機關及處所」及「相隔距離」等要件限制，究竟涉及上開何種限制，進而決定其審查基準，多數意見似乎並無明確認定。從多數意見之結論而言，似乎係以系爭自治條例規定之上開限制，係屬地點選擇之執業自由之限制，而以寬鬆基準認定其合憲性。

(一) 系爭自治條例規定之「距離」限制之性質，應屬選擇工作及職業之客觀許可要件

多數意見以系爭自治條例規定之距離限制，其性質上屬「對從事工作地點之執行職業自由所為限制」，而認以寬鬆審查基準加以認定其合憲性，然而在適用審查基準時，多數意見以「又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用」認定限制之手段必要性，似又提高審查基準。然而，多數意見末以「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」，則於本件解釋所涉系爭自治條例規定所為之距離限制，是否已超出法定最低限制過多而產生實質阻絕之效果，本就為本件解釋應予具體審查者，而多數意見卻又毫無審究，徒令人不解。

系爭自治條例規定之距離限制，表面上看似為電子遊戲場設置地點之限制，實際上電子遊戲場因為距離限制，導致其根本無從設置，亦「非個人努力所可達成」（本院釋字第五四九號解釋參照），同時因為無從改變既有現存之特定機構或處所之相對位置，業已構成「選擇工作及職業之客觀許可要件」之限制，（註十二）並無須如多數意見所稱，須達到「實質禁絕」之情形，始由量變而質變成為客觀許可要件。

(二) 系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，尚非極重要之

政府利益

本件解釋多數意見以系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，基於系爭條例第一條規定，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，然而此諸項目的係整部系爭條例之立法目的，而非系爭條例規定之目的，更非系爭自治條例規定所得依據者。從民國八十六年間立法研議電子遊戲場業之管理，當時鑑於電腦、電動玩具與柏青哥營業均未有合法營業之許可與管理，且此等遊戲經常涉及賭博行為與色情、暴力等違法行為，於七十九年間雖由教育部頒布施行「遊藝場業輔導管理規則」，仍非經由立法予以合法管理，最後乃以上開目的，透過分類、（註十三）分級管理（註十四）、事前管制之方式，以事前防止涉及賭博、色情及暴力等違法行為之電子遊戲機之設計、製造（註十五）及於電子遊戲場陳列（註十六）、營業（註十七），以避免影響社會安寧、公共安全及兒童及青少年身心健全發展等公共利益。（註十八）

系爭條例於立法研議之處，即有共識透過都市計畫法及都市土地分區使用管制等相關規定，明確排除電子遊戲場業於住宅區之設置營業。系爭條例第八條即規定：「電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合下列規定：一、營業場所位於實施都市計畫地區者，應符合都市計畫法及都市土地使用分區管制之規定；於非都市計畫地區者，應符合區域計畫法及非都市土地使用管制之規定。二、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令之規定。三、營業場所之消防安全設備，應符合消防法令之規定。」以維護社會安寧與公共安全。而透過上開規定之限制，是否仍有系爭條例規定之必要，於立法之初多有爭論，當時行政院提案僅規定「應距離學

校、醫院五十公尺以上」，其立法目的亦僅係以「由於電子遊藝場對社會安寧會造成一定之影響，故第一項明定電子遊藝場之營業場所應距離對於環境安寧有著極高要求之學校、醫院五十公尺以上。」（註十九）而五十公尺之距離限制，亦僅為「立法精神」，其「距離設制意義並不大」。（註二十）

當時草案條文僅規定「學校、醫院」，其範圍於立法討論時即生爭議，學校是否包括托兒所、幼稚園、安親班、補習班？醫院是否包括診所？若以上情形均包括在內，當時即有立法委員認為，電子遊戲場業將無處可設。（註二一）此外，若以避免兒童及青少年身心發展受到影響而沈迷其中、荒廢學業，有謂幼稚園兒童「除非是有父母親陪同，否則他們不會走進電玩店」，而僅須明確規範國民中小學及高中即可；（註二二）亦有謂「大學生雖然已滿十八歲，但是很多人仍然沈迷於電玩店，以致影響到學業」，因此應包括大學等等。（註二三）最後經朝野協商，將「學校」修正為「國民中、小學、高中、職校」。（註二四）

換言之，系爭條例規定之立法目的，並非如多數意見所言，係以系爭條例第一條象徵整部條例規定之立法目的，移作系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益。而所謂「維護環境安寧」，固然屬正當之公共利益，究非重要甚至極重要之公共利益。此外，多數意見所引系爭條例第一條之立法目的，亦均屬消極避免「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」受到電子遊戲場設置而受到影響或侵害，並非具有積極目的之公共利益，本院亦應就此予以較嚴格之認定。（註二五）

（三）距離限制之手段，並非最小侵害之手段

由於多數意見誤解系爭條例規定乃至於系爭自治條例規定所欲追求之公共利益，進而亦影響其認定距離限制作為管制手段之正當性。多數意見係以「可無須對接近特定場所周邊之電子遊戲場業，耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公益之立法目的，係屬必要之手段。」然而手段是否必要，端視其所欲達成之目的為何，即便以多數意見所解釋，系爭條例規定及系爭自治條例規定之立法目的，在於「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，則距離限制作為限制人民營業自由及工作權之限制，有無其他手段可資選擇，是否為最小侵害手段甚至是須僅屬唯一手段始可？由於多數意見認定距離限制僅屬從事工作地點，乃執行職業自由之限制，採取合理審查基準而寬鬆認定距離限制之必要性，然而依據多數意見所言，此項手段係無須耗費鉅大人力、物力，所考量者並非是否有其他限制較小之手段，而僅係「行政經濟」之目的，業為本院解釋所不採。（註二六）則此項距離限制之手段，是否具有正當性即非全然無疑，何況於嚴格審查基準之下，此項手段限制，於系爭自治條例規定之下，是否為最小侵害手段，有無逾越比例原則，多數意見於此放棄審查，僅言「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」，究其實，從系爭條例整體管制而言，即便為了「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」之目的，於既有系爭條例相關規定，配合都市計畫法、噪音管制法（註二七）之事前或事後管制，即可達到維護「醫院、圖書館」之環境安寧，距離限制顯非最小侵害手段。

況系爭條例第十七條第一項規定：「經營電子遊戲

場業者，應遵守下列事項：一、普通級電子遊戲場，禁止未滿十五歲者於上課時間及夜間十時以後進入及滯留。二、限制級電子遊戲場，禁止未滿十八歲者進入。三、於營業場所明顯處，懸掛電子遊戲場業營業級別證。四、於營業場所入口明顯處，標示營業級別及入場年齡限制。五、不得於電子遊戲機使用真幣、信用卡、金融卡、現金卡、儲值卡或其他作為簽帳、提款、轉帳或支付之電磁紀錄物或晶片；其娛樂用代幣之大小、式樣或重量，不得與真幣相同或近似。六、不得有涉及賭博、妨害風化或其他犯罪行為。」、第二項規定：「電子遊戲場業從業人員執行前項第一款及第二款之規定，得請消費者出示年齡證明。」及系爭條例第二十九條至三十一條之處罰規定，亦可達到避免高中職以下學校學生因流連於電子遊戲場而荒廢學業、影響健全身心發展，系爭自治條例規定所為之距離限制，亦非對人民營業自由及工作權之最小侵害手段。至系爭條例既然透過事前管制之手段，透過分類、分級管理電子遊戲場，其亦不得涉及任何「賭博、妨害風化或其他犯罪行為」，則電子遊戲場業之設置、營業，其距離限制亦與維護善良風俗無涉。

（四）系爭自治條例規定之手段與目的間不具緊密連結關係

誠如前述殯葬管理條例第八條及第九條距離限制規定，或者其他如核子反應器設施管制法第四條、水土保持法第二十條、水污染防治法第三十條、飲用水管理條例第五條等規定所設之類似距離限制規定，均係該等設施或處所，其本身就具有一定危害性，對於社會秩序與公共安全具有重大影響，然其設置如公墓、殯儀館、火化場等，立法技術上已可為細緻區分及管制，而非如系爭自治條例規定以一定距離限制適用於各種場所並

期以達成各種不同公共利益。況電子遊戲場本身所可能對社會環境與公共秩序所產生的直接影響，已有其他法律加以管制，復以距離限制，或如多數意見所言，「不能謂與該目的之達成無關聯」，但關鍵在於關聯性程度。既然直接影響已有其他管制手段，距離限制是否仍具管制關聯性即非全然無疑。

再者，對於電子遊戲場業之管理，若著眼於其所生「二手效應」(secondary effects)，例如設置於高中職以下各級學校周圍，對於自制力尚有不足之兒童及青少年，將生引誘之可能危害，或者是此種場所出入人等複雜，容易滋生事端，造成犯罪，甚至因此影響鄰近周遭房地產價值，(註二八)此等考量，是否足以支持系爭自治條例規定於系爭條例規定外，另設超出甚多之距離管制之正當性，本席亦無法全然同意多數意見於毫無審查判斷下所為之結論，否則，以目前避免兒童及青少年過度飲食含糖飲料或速食，則關於提供含糖飲料或速食等營業場所，亦應設有距離限制，然實際上並無相關法律採取此種作法，則何以電子遊戲場業特別規定距離限制？縱退萬步言，就讀高中職以下兒童及青少年之自制力較薄弱，若電子遊戲場距離學校過近，將有引誘而影響其身心發展之虞；然而圖書館、醫院等非以兒童及青少年經常出入之場所，電子遊戲場何以須與之一定距離？

又為此，則於系爭條例規定後設置之電子遊戲場業，與之後系爭自治條例規定後欲新設者，兩者同屬立法者眼中有礙「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」，是否亦應一併廢止既有電子遊戲場之合法營業許可，而一併重新洗牌？顯然受信賴保護原則與法不溯及既往原則之保障下，既有合法設置營業的電子遊

戲場業仍可於原址不受影響，然可能已不符系爭自治條例規定之距離限制，卻仍可繼續營業，又豈非無礙於「社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」？凡此更可認系爭自治條例規定之距離限制，與其所欲達成之公共利益，並不具實質甚至緊密關聯性。

三、結論

現代社會都市化發展的結果，人際關係與生活空間極度壓縮，彼此間交互影響已是不爭之事實，分區管制（zoning）以維護都市群體生活，於十九世紀後即為複雜之社會問題與法律介入管制之議題，特別是在地狹人稠的國家例如日本，即便如美國領土廣袤，亦因都市化集中的結果，此種議題於各國層出不窮，司法案例亦常見之。（註二九）基於傳統價值觀，對於電子遊戲場業、殯葬設施、垃圾場、焚化爐、工廠、市集、夜市甚至於性交易區域等，我國社會仍存有許多刻板印象與污名化的立場，進而反映於法律管制之手段與方法之上。即便如性交易區域，業經本院釋字第六六六號解釋宣告行為時社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定違憲，立法者之後制定同法第九十一條之一規定，截至目前為止，仍無直轄市、縣（市）政府制定相關自治條例，規劃得從事性交易之區域，等同完全限制性交易之行為。電子遊戲場業亦然。事實上，隨著除魅化與社會型態與科技發展的轉變，特別是網際網路與行動通訊設備的普及化，許多活動均可透過網路而為之，現實生活中的距離限制，如同涉及電子遊戲場業設置之系爭自治條例規定，以距離「隔絕」有礙社會善良風俗與國民身心發展的電子遊戲場，兩者之間是否具有實質甚至緊密關聯性，本席並無多數意見如此確信。

作為一國人民，本席固然有其自我價值認知，並受社會文化影響；但作為釋憲者，基於對於憲法保障人民基本權利之信念與認知，本席並不認為，系爭自治條例規定足以通過

憲法保障人民營業自由與工作權之審查基準。一個民主法治國家，其法律規範固然必須植基於社會文化共識，然而法治原則所應遵守的正當法律程序與人民基本權利保障之核心價值，不應於社會文化共識下，受到不同程度的詆毀，而釋憲者便是在這種情形下，扮演推石者薛西弗斯（Sisyphus）的角色。刻板印象與污名除魅，固然無法一蹴可幾，但要求立法者善盡義務，制定細緻完善的法律，卻是釋憲者基於憲法的使命。現代社會職業分化、分工的結果，職業選擇自由與工作權往往涉及人民透過職業實踐其自我人格發展（本院釋字第六五九號解釋參照），與人性尊嚴與表現自由息息相關。本件解釋所審查之系爭自治條例規定，本席並不認為，立法者已確實履行其義務，系爭自治條例規定逾越系爭條例規定所列舉之特定機構與場所，牴觸法律保留原則；其就「醫院、圖書館」所設距離限制，並非最小侵害手段，逾越比例原則，均應屬違憲。

註解：

註一：電子遊戲場業管理條例第9條第1項規定：「**電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。**」（粗體為本意見書所加）

註二：電子遊戲場業管理條例第11條第1項第6款規定：「電子遊戲場業……，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……六、營業場所之地址及面積。」

註三：電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第2點第1款第1目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所1.符合……自治條例……規定。」

- 註四：臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第5條第1項第2款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、**圖書館一千公尺以上。**」（粗體為本意見書所加）
- 註五：臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（中華民國101年12月25日臺北縣改制為新北市時繼續適用；後因期限屆滿而失效）第4條第1項規定：「前條營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院**九百九十公尺以上。**」（粗體為本意見書所加）
- 註六：桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（103年12月25日公告自同日起繼續適用）第4條第1項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院**八百公尺以上。**」（粗體為本意見書所加）
- 註七：電子遊戲場業管理條例第9條第2項規定參照。
- 註八：商業登記法第3條規定：「本法所稱商業，指以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業。」
- 註九：實業與商業之用語，憲法本文並無明確定義，似以目的是否為營利為區別，例如馬祖酒廠實業股份有限公司組織自治條例第2條規定：「馬祖酒廠實業股份有限公司（以下簡稱本公司）以企業化經營，提供國民優質酒類飲品，促進本縣產業發展，增進縣民公共福利為目的。」
- 註十：法院實務上亦採相同見解，參照最高行政法院94年11月份庭長法官聯席會議決議。
- 註十一：參見地方制度法第30條第1項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」
- 註十二：本席於本院釋字第711號解釋提出之協同意見書參照。

- 註十三：參照電子遊戲場業管理條例第4條第2項規定：「前項電子遊戲機不得有賭博或妨害風化之設計及裝置，其分類如下：一、益智類。二、鋼珠類。三、娛樂類。」
- 註十四：參照電子遊戲場業管理條例第4條第2項規定：「電子遊戲場業之營業分級如下：一、普通級：指僅設置益智類電子遊戲機，供兒童、少年及一般大眾遊藝者。二、限制級：指設置鋼珠類、娛樂類或附設益智類電子遊戲機，僅供十八歲以上之人遊藝者。」
- 註十五：電子遊戲場業管理條例第6條規定參照。
- 註十六：電子遊戲場業管理條例第7條規定參照。
- 註十七：電子遊戲場業管理條例第8條至第12條規定參照。
- 註十八：參見立法院公報第86卷第9期，頁429至441；第89卷第9期，頁10至11。
- 註十九：參見立法院公報第89卷第9期，頁20至22。
- 註二十：參見立法院公報第87卷第2期，頁375。
- 註二一：參見立法委員周荃之發言，立法院公報第87卷第2期，頁374。
- 註二二：同上註。
- 註二三：參見教育部社會教育司副司長洪清香之發言，立法院公報第87卷第2期，頁374。
- 註二四：參見立法院公報第89卷第9期，頁58-59。
- 註二五：日本最高裁判所所採目的二元說，區分消極目的予以較嚴格審查、積極目的尊重立法裁量而予以寬鬆審查（除非有明顯違憲之處之「明白性原則」）之見解，亦值得參考。參見日本最高裁判所昭和50年4月30日大法庭判決（藥局開設之距離限制）。不過，如何認定消極或積極目的，是否積極目的就放寬審查基準，日本學界亦有不同見解，最高裁判所也曾就同屬消極目的作出相異判決。參見野中俊彥、

中村睦男、高橋和之、高見勝利，憲法I，第3版，2001年，東京：有斐閣，頁435-437。

註二六：參見本院釋字第663號解釋。

註二七：噪音管制法第9條及第24條規定參照。

註二八：See, e.g., Britt Cramer, Zoning Adult Business: Evaluating the Secondary Effects Doctrine, DISCUSSION PAPER NO. 48, 01/2013, Harvard Law School.

註二九：例如日本最高裁判所最高裁昭和30年1月26日大法庭判決（地方自治團體有關公共浴室設置距離限制）、昭和47年11月22日大法庭判決（地方自治團體零售市場設置距離限制）、昭和50年4月30日大法庭判決（藥局開設距離限制）等判決，以及美國聯邦最高法院 Young v. American Mini Theatres, 427 U.S. 50 (1976) 及 Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986) 等判決，則是基於言論自由之二手效應理論，認定距離限制之合憲性，更遑論在本院完全接納之德國聯邦憲法法院「藥房案」判決所建立之三階段理論。

部分不同意見書

羅昌發大法官 提出

地方自治團體就電子遊戲場業營業場所（下稱「電子遊戲場所」）規定必須與學校、醫院、圖書館相距達一定距離以上，涉及之核心問題為中央與地方權限劃分之認定，以及以距離規範為名造成幾乎實質剝奪營業自由之結果是否符合憲法第二十三條之必要要件。

本件涉及之相關規定包括經濟部發布之「電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點」第二點第一款第一目所規定電子遊戲場所應符合地方自治團體所制定之自治條例（下稱系爭規定一）；臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款所規定「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二 限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館

一千公尺以上」(下稱系爭規定二);臺北縣電子遊戲場業設置自治條例第四條第一項所規定「前條營業場所(按包括普通級與限制級),應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」(已失效)(下稱系爭規定三);及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例(於一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用)第四條第一項所規定「電子遊戲場業之營業場所,應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」(下稱系爭規定四)。

多數意見認為系爭規定一並未抵觸法律保留原則;本席敬表同意。多數意見認為系爭規定二、三、四並未違反中央與地方權限劃分原則,亦未違反比例原則(即憲法第二十三條之必要要件),本席認有斟酌餘地。謹就後二者提出部分不同意見書如下。

壹、有關中央與地方權限劃分之問題:「因地制宜」原則之釐清

一、本件有關中央與地方權限劃分,關鍵問題之一在於立法院所制定之電子遊戲場業管理條例第九條第一項「電子遊戲場業之營業場所,應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」之規定,究竟為最低標準(亦即地方政府可就其管轄範圍,制定較嚴格的標準),抑或為固定標準(亦即地方政府僅能以五十公尺為標準,不得要求多於五十公尺);且有關電子遊戲場所距離之規範,究竟為中央之權限,抑或為地方之權限。前者(即五十公尺是否為最低標準)之決定,與後者(中央地方權限劃分)之認定相互關聯;倘若電子遊戲場所距離之規範專屬於中央管轄事項,而非地方自治團體可得置喙者,則地方自治團體應不得以其謹為最低標準為由,而增加其距離;反之,倘若其屬地方自治團體得以規範之權限範圍,則該五十公尺之標準,如非解釋為最低標準,將使地方自治團體無法行使地方之立法權,而實際排除地方政府之管轄。

二、電子遊戲場所距離之管理所涉及中央與地方權限劃分之憲法相關條文包括:憲法第一百零八條第一項第三款規定:「左列

事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三……商業。」第一百十條第一項第十一款規定：「左列事項，由縣立法並執行之：……十一其他依國家法律……賦予之事項。」第一百十一條規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之。」本件所應認定者包括：

- (一) 電子遊戲場所設置與管理是否屬於憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」？
- (二) 電子遊戲場所設置與管理是否屬地方制度法第十八條第七款第(三)目「直轄市工商輔導及管理」之直轄市自治事項，或第十九條第七款第(三)目「縣(市)工商輔導及管理」之縣(市)自治事項，進而屬於憲法第一百一十條第一項第十一款所規定「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」？
- (三) 電子遊戲場所設置與管理是否屬於憲法第一百十一條所規定「如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣」之「憲法未列舉事項」？如非純粹為「憲法未列舉事項」，而係涉及列舉事項如何解釋時(例如發生權限重疊應如何解釋時)，其所規定「其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣」之原則，是否亦應為解釋列舉事項之準據？

三、電子遊戲場所之設置與管理事項為憲法第一百零八條所規定由中央立法並執行或交省縣執行之「商業」：

憲法對於商業並未定義。由文義而言，舉凡為謀取經濟利益而從事活動者，均可稱為商業。「商業」文字上雖係指

「業者」或「業別」，但倘若中央法律僅能規範「業者」或「業別」本身，而不能規範其「行為」，亦屬不可思議。故其所稱「商業」，應包括「業者」及其「所從事之經濟活動」（商業行為）。從事商業之業者及其經濟活動既均屬憲法第一百零八條第一項第三款之「商業」之範疇，經營電子遊戲場之業者又係謀取經濟利益而從事活動而為「商業」之性質，其場所之設置與管理，自應為憲法第一百零八條所規定中央立法及執行權限之範圍，應無疑義。

- 四、電子遊戲場所管理亦屬地方制度法所稱「工商輔導及管理」之自治事項，進而屬憲法第一百十條第一項第十一款所規定「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」：

地方制度法對於「工商輔導及管理」之概念，亦未界定。然其表面文義並非難以理解。在此條之下，地方自治團體得對從事各類工商事業之業者予以輔導，並對其工商活動予以管理。從事電子遊戲之業者屬於「工商事業」中之商業，地方自治團體對其設置之場所加以規範，屬於對其商業活動之管理。換言之，電子遊戲場所管理亦應屬於地方制度法第十八條第七款第（三）目及第十九條第七款第（三）目所稱「工商輔導及管理」之自治事項。依憲法第一百十條第一項第十一款規定，其他依國家法律賦予者，亦屬由縣立法並執行之事項，故電子遊戲場所之管理，亦為地方自治事項，應無疑義。

由於電子遊戲場所之管理依憲法第一百零八條屬中央立法並執行之事項，而依第一百十一條又屬地方立法並執行之事項，故形成中央與地方權限重疊之情形。

- 五、憲法列舉事項之解釋發生疑義時，仍應依其事務是否「有全國一致之性質」或「有一縣之性質」之原則作為解釋之準據：
- （一）如前所述，憲法第一百十一條「有全國一致之性質」或「有一縣之性質」之解釋原則，原係為處理「憲法未列

舉事項發生時」之情形。而電子遊戲場所之管理，屬於憲法所列舉中央與地方之權限重疊之事項，而非發生「憲法未列舉事項」之情形。然本席認為，「憲法列舉事項」之解釋發生疑義（包括如本件所涉及憲法列舉中央與地方權限重疊時），亦應以事件之本質是否有「全國一致」或有「地方性質」作為釐清權限劃分之基礎。

- （二）所謂「全國一致」，包括維繫國家及中央政府體制及其運作所必要之事項（例如國家安全、兩岸定位、兩岸往來之規範屬之）及性質上不宜由地方各行其是者（例如安全、衛生、環境標準等均屬不宜由地方各行其是之事項；蓋人民生命健康之價值不因其居住於不同的地方自治團體轄區而有不同，故無法謂某一縣市的安全、衛生、環境標準應該較另一個縣市嚴格）。

所謂「地方性質」（即憲法所稱「有一縣之性質」），包括維繫地方作為自治團體之運作所必要者（例如不違反中央法律前提下之地方財務規劃）以及應由地方自治團體依其地方之特殊情形制定規範並執行者（此即「因地制宜」之事項）。

- （三）「因地制宜」之事項，並非漫無限制。必須事務之性質確有地方差異（例如人口結構與分布、地理特性、人文特色、符合法律與公序良俗之風俗習慣、經濟發展情形、教育情形、產業結構等的地方特殊性），且地方立法對於處理地方差異確有必要。如非符合「地方差異」及「有因地制宜之必要」（即「由地方立法處理地方差異之必要」）二要件，自不應認地方得以「因地制宜」為由，自行立法並予以執行。否則將造成地方割裂、各行其是；人民亦將無所適從。
- （四）以本件為例，各地方自治團體人口密度、結構、分布等均有差異；故符合「地方差異」之要件。然本件並未符

合「有因地制宜之必要」要件。

按電子遊戲場所距離之規範，主要在考量社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康（本號解釋理由書第六段參照）。倘若有關距離之規定係為保障自治團體內社區或整個城市民眾之安寧、善良風俗、安全及身心健康，則其人口密度或人口結構等，或可做為「因地制宜」之理由。然由於系爭距離之規範係在保護各個學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者），故應檢視中央所制定五十公尺以上之法律規範（即電子遊戲場業管理條例第九條第一項所規定「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」），對學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）是否足以保障其安寧、善良風俗、安全及身心健康（抑或必須達系爭規定二、三、四之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺始足以保障）；而非檢視此等距離之規範對其他人（社區或整個城市民眾）之安寧、善良風俗、安全及身心健康之保障。

電子遊戲場應距離學校、醫院或圖書館多長的距離始足以維護學校或醫院的安寧、保護學生或病人身心健康且免於不良影響、確保學校或醫院之公共安全，不論在人口密度高低或人口結構之地區，應無差異（以維護學校安寧為例，因噪音可以傳送的距離是固定的；在人口密度較低的地區，距離五十公尺以上倘若足以維護學校安寧；則在人口密度較高的地區，距離五十公尺以上亦應足以維護學校安寧）。要求電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺以上，自無法以人口密度、結構與分布等條件之差異作為維護學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館

（及其利用者）安寧、善良風俗、安全及身心健康之因地制宜之理由。

- （五）基於上述分析，雖地方自治團體對電動遊戲場所之管理，本有立法及執行之權限，然因其與中央立法之事項重疊，故應視具體之管理措施是否屬於「有一縣之性質」（即「地方性質」或「因地制宜性質」）而決定權限歸屬。系爭規定二、三、四要求電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺以上，既無法以人口密度、結構與分布等條件之差異作為維護學校（及其學生）、醫院（及其病人）、圖書館（及其利用者）安寧、善良風俗、安全及身心健康之因地制宜為理由，自應認為此等規定違背中央與地方分權之原則。由於系爭規定二、三、四違背憲法分權之規範，且電子遊戲場所距離學校、醫院、圖書館之規範非屬「因地制宜」之事項，故前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」之規定，應為固定標準（亦即地方政府僅能以五十公尺為標準，不得要求多於五十公尺）。

然此並非謂地方自治團體對電動遊戲場所不得進行任何其他之管理行為。只要確有因地制宜之必要，地方自得對電子遊戲場業行使地方制度法所規定「工商輔導及管理」之自治事項，並受憲法第一百十條第一項第十一款「其他依國家法律賦予由縣立法並執行之事項」之保障。

貳、系爭規定有關營業場所距離之限制與憲法第二十三條之必要要件不符

- 一、本席同意多數意見，認人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本號解釋理由書第一段參照）。故

有關工作權憲法審查標準之論述，亦應適用於對營業自由之憲法審查。

- 二、有關工作權之憲法審查標準，本席於本院第七一一號解釋所提協同意見書曾謂：「本院以往解釋曾就憲法第十五條所規定應予保障之工作權之限制，區分為對選擇執業方法之限制、對選擇職業自由主觀要件之限制、對選擇職業自由客觀要件之限制。例如本院釋字第六四九號解釋即對工作權之限制分為三種不同階層，分別設定不同的審查標準：『關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。』本席認為，此種分類方式對理解憲法第十五條工作權之內涵及分析憲法第二十三條必要要件，有甚大助益。然本席亦必須指出，此等分類並非周延（蓋對於工作權之侵害，並不限於執業方法之限制或以主觀與客觀條件加以限制，而包括未設任何條件卻直接對工作權予以剝奪），且容易流於形式上判斷（蓋對執業方法之限制，依照嚴重程度，可能轉變成為對工作權之剝奪；然釋字第六四九號解釋之分類，並未考量此種情形）。本席認為較適宜的分類應為：1.『程序性質之限制』：即『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之非實質限制』；2.『主觀及實質之限制』：即『對於選擇職業自由所為之主觀條件限制』及『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制』；3.『客觀限制

或剝奪』：即『對於選擇職業自由所為之剝奪』、『對於選擇職業自由所為之客觀條件限制』及『以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者』。『對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制』，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之主觀限制，其限制之正當性要求應較『執行職業自由之非實質限制者』為高。而『以限制工作方法、時間、地點等執行職業自由之方式而已達對選擇職業自由之剝奪程度者』，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之客觀限制，其限制之正當性要求自應最高。」

三、系爭規定二、三、四所規定之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺之距離規定，雖係有關營業方法或營業地點之限制，然其限制之結果，實際上導致電子遊戲業無法（或幾乎無法）在各該自治團體轄區覓得合法場所開設及經營電子遊戲。例如桃園市政府回覆本院秘書長一〇五年一月三十日密台大二字第一〇五〇〇〇三四三五號函詢問該市現況是否可舉出符合系爭規定四所規定八百公尺距離之場所時，並未例示此種場所（見桃園市政府一〇五年三月二日府經登字第一〇五〇〇二八一九一號函）。故本件屬「對執業方法（營業方法）之嚴重限制，進而轉變成為對工作權（營業自由）剝奪」之情形；因而屬本席所分類之「客觀限制或剝奪」（即第三類，包括「對於選擇職業自由所為之剝奪」、「對於選擇職業自由所為之客觀條件限制」及「以限制工作方法、時間、地點等之方式而程度上已達對選擇職業自由之剝奪者」）。其限制之正當性要求自應最高。

四、本席曾多次於所提意見書中闡述，分析憲法第二十三條所規定「必要」之要件，予以審查，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。

- (一) 就管理電子遊戲場所涉及增進公共利益之重要性而言：對電子遊戲業本身及其場所之管制，目的在維護與所列機構（學校、醫院等）有關之社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康。此等目的，有其重要性。
- (二) 就以系爭之距離規定管理電子遊戲場所之方法，對於所擬達成目的可能提供的貢獻而言：本席認為，以系爭規定二、三、四所規定之一千公尺、九百九十公尺或八百公尺等距離之管理規定，對於所擬達成之目的所能提供之貢獻，微乎其微。其一，電子遊戲場所之噪音喧擾，不致於傳送達一公里或八九百公尺之遠而影響學校、醫院或圖書館；其二，對善良風俗之維護關鍵在於對電子遊戲之內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限；其三，對公共安全之維護，關鍵在於對其設施與內部管理之要求；其四，對學生及病人身心健康之維護，關鍵亦在於內容之分級與進入電子遊戲場所資格之設限。
- (三) 就系爭規定二、三、四之距離對電子遊戲業者營業自由造成影響之程度而言：如前所述，一千公尺、九百九十公尺及八百公尺之距離要求，對合法之電子遊戲業之經營已經達到「對選擇職業自由之剝奪」之嚴重程度。
- (四) 就客觀上是否存在較不侵害憲法權利之措施存在而言：欲達成前述社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，並非使用長達一千公尺、九百九十公尺或八百公尺距離之禁絕方式不可；適當之距離限制（即電子遊戲場業管理條例所規定之五十公尺以上），加上嚴格

之噪音管制、分級制度、公安設施規範及檢查等，應為可以達成相同目的（甚至更能達成相同目的），且較不侵害人民營業自由之替代措施。

- （五）基於系爭距離之規定對人民營業自由限制已達對選擇職業自由之剝奪之程度，其限制之正當性要求自應最高；且以系爭之距離規定管理電子遊戲場所之方法，對於所擬達成目的可能提供的貢獻甚為有限；而客觀上亦存在較不侵害憲法權利之措施。系爭規定二、三、四自無法通過憲法第二十三條之檢視。多數意見未能認定其所設之距離長度，在該等地方自治團體轄區已經產生剝奪人民營業自由之結果，並進而宣告該等規定違憲，而僅以「有關距離限制之規定，如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查」為理由要求地方自治團體檢討改進，本席認為尚有不足。

- 五、眾多國人對電子遊戲有負面觀感，主要原因在於青少年易沉迷其中、可能脫離現實、遊戲內容亦常有賭博、色情或行為或語言暴力。實際上部分電子遊戲對沉迷者身心健康確有不利影響。然電子遊戲業屬於合法行業，且其周邊產業（機器設備製造、軟體研發、競賽之舉行）範圍甚廣，涉及正當之經濟或產業利益甚大，從業者亦甚多。且並非所有遊戲內容均涉及色情或暴力。欲使學生不受賭博、色情、暴力之汙染，屬於分級管制之問題。中央與地方立法者所應思考者，應非如何以形式上管制距離然實質上將電子遊戲業者驅逐於其管轄領域之外，而係如何使電子遊戲成為正當之休閒、娛樂、教育、益智及競賽之活動，以兼顧業者之營業自由、周邊產業及從業者利益之維護及人民獲取正當休閒、娛樂活動及參與電子遊戲競賽之權利。

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業之開設許可，臺北市、臺北縣（101年12月25日後改制為新北市）及桃園縣（101年12月25日後改制為桃園市）制定電子遊戲場業設置自治條例，關於電子遊戲場業之營業場所應距離學校及醫院等一定距離以上之要求，超過中央立法之電子遊戲場業管理條例所要求五十公尺以上距離限制（以下併稱系爭規定）。惟本件解釋認系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，其屬工商輔導及管理之範疇，逕認為係直轄市、縣（市）之自治事項，仍值得探究。另本件解釋雖已論及各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制規定，宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討並合理調整，以免產生實質阻絕之效果，惟因本件聲請人受不利之影響，實已非純屬開設營業場所距離之職業執行自由問題，而係涉及職業選擇自由之客觀許可要件之干預或限制，是本件就此部分以合憲檢討方式作成解釋，亦有斟酌之餘地。爰提出部分不同意見書如後。

一、電子遊戲場業管理是否屬於單純地方自治事項及其法律保留問題

本件解釋認中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項，以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。

按地方制度法第二條第二款規定，自治事項：指地方自治團體依憲法或本法規定，得自為立法並執行，或法律規定應由該團

體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項。同法第十八條規定，直轄市自治事項中關於經濟服務事項如下：直轄市工商輔導及管理。第十九條規定，縣（市）自治事項中關於經濟服務事項如下：縣（市）工商輔導及管理。又參照地方制度法第二十五條規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。惟電子遊戲場業管理是否屬於前揭地方制度法所稱工商輔導及管理之自治事項，頗值得推敲。如將電子遊戲場業解釋為商業，屬於前述「工商輔導及管理」所稱「商」所涵蓋，似無疑義。（註一）但從前揭條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，地方自治團體基於因地制宜，制定符合地方需求之工商輔導及管理事項，或認為是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲業規範，係值得探討之中央與地方權限劃分之問題。

從現行中央法規觀之，電子遊戲場業管理條例第二條規定，所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。又同法第五條規定，電子遊戲場業設有普通與限制級之營業分級，同條第二項及第三項對於營業場所之經營內容及認定基準，另有明確規定，亦即，電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營，前項所稱同一營業場所之認定基準，由中央主管機關定之。同法第八條規定，電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合土地使用分區管制、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令；營業場所之消防安全設備，應符合消防法令等規定。同法第九條第一項規定，電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。由以上規定觀之，性質上屬於中央立法之電子遊戲場業管理條例，對於營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項，特予以明文規定，俾供地方主管機關之遵循。

另從聲請釋憲當時地方法規比較觀察，例如基隆市電子遊戲場設置自治條例第一條明確規定，係依地方制度法第十九條規定而定，但未特別指出係何種地方自治事項為法源依據。例如臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（民國101年12月25日廢止）第一條規定為建立電子遊戲場業營業場所之設置規範，落實電子遊戲場業管理條例第八條及第九條之立法目的，制定本自治條例。上開條例較為特別者，針對電子遊戲場業申請設立，應符合中央立法之電子遊戲場業管理條例第八條各款規定，重申上開規定之適用；至於營業場所則明定應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上，該距離限制，顯然比中央前揭立法第九條所要求五十公尺以上規定，更加嚴格。臺北縣改制為新北市後，於101年12月25日發布新北市電子遊戲場業設置辦法，而非稱為自治條例。該辦法第一條未明定其法源依據，僅於闡明立法目的後，表示「訂定本辦法」。比較其規範內容，與其他縣市相關規定類似，僅是其法規名稱略有不同。

再從目前相關地方法規之規範方式加以比較觀察，有泛稱某市（縣）為規範電子遊戲場業之設置，或為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例，但未特別指稱其明確法源依據者。例如臺北市、桃園縣（改制為桃園市後繼續適用桃園縣公布之自治條例）、臺中市、臺南市、高雄市（註二）、南投縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣等制定之電子遊戲場業設置自治條例。另若干縣市所制定之電子遊戲場業設置自治條例，明定電子遊戲場業之設置，除依電子遊戲場業管理條例及其相關法令外（或稱除中央法令另有規定外），應依本自治條例規定辦理，或本條例未規定者，依電子遊戲場業管理條例及其相關法令之規定等類似規定。若從名稱比較觀察，約半數以上稱電子遊戲場業「設置」自治條例，少數稱電子遊戲場業「設置管理」自治條例，例如高雄市稱電子遊戲場業「管理」自治條例。

綜上可見，地方自治團體有關電子遊戲場業管理規範之名稱

與內容，未盡統一。如將電子遊戲場業管理，解釋為單純地方自治事項，各該地方立法機關及行政機關固得自行制定公布相關自治條例。設若認為其非屬於地方之自治事項，則須取得法律授權，始得制定自治條例。

憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：……三 森林、工礦及商業。」本件涉及電子遊戲場業，符合前述商業之性質。雖有部分電子遊戲具有益智娛樂價值，但亦有兒童少年不宜之限制級電子遊戲。且從地方制度法第十八條、第十九條條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，是電子遊戲場業之管理規範，中央有時尊重地方之特殊性，容許於不違反中央母法之強制或禁止規定內，各自訂定不同之規範。惟因電子遊戲場業管理之一般性規範，宜由中央就其憲法所賦予之立法權限，制定全國性之規範，是以本件系爭規定有關營業場所距離限制之許可要件，不宜逕認為其係屬於工商輔導及管理之單純地方自治事項。換言之，宜從憲法第一百零八條第一項第三款所稱之商業事項出發，認為其屬於中央立法並執行之，或交由（省）縣執行之事項。於此情形，地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。或參照本院釋字第四九八號解釋，認中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效；或參照本院釋字第五五〇號解釋，認係基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項。認為系爭規定是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲場業相關規範，而非僅為單純之地方自治事項。

現行地方所制定電子遊戲場業設置自治條例或辦法，雖有未具體指稱其法源依據者，然因電子遊戲場業管理條例第二條規定已明定，所稱主管機關：在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為

縣（市）政府；並於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權；且上開管理條例，對於電子遊戲場業之營業分級、登記及評鑑、管理（如營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項）、罰則等，均已詳予明文規定，俾供地方主管機關遵循。故可視為該等自治條例或辦法，實質上仍源自中央立法之電子遊戲場業管理條例之法律授權，而為相互呼應之規範，是以宜解為相關地方自治條例或辦法與憲法第二十三條法律保留原則相符。

二、憲法第十五條工作權及財產權保障與職業自由、營業自由之基本權保障範圍、及本件解釋所涉及之基本權，宜再予釐清

相對於基本權「人之保障範圍」(persönlicher Schutzbereich)，本件解釋屬於基本權「事務之保障範圍」(sachlicher Schutzbereich)，係電子遊戲場業之營業許可及營業場所開設距離之限制，其可能涉及憲法保障之職業自由或營業自由等基本權。惟憲法並未明定職業自由或營業自由，故其屬於何種基本權，有待釐清。

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。將生存權、工作權與財產權三合一而規定於同一條。職業自由或營業自由是否得由前開第十五條推論出，或是從憲法第二十二條之自由或權利推論而得。就此等問題，學者間、本院解釋及意見書有不同之見解。(註三)

我國學理上，有將工作權及財產權統稱為「經濟基本權」。工作權區分作為自由權的工作權與作為社會權的工作權（即勞動基本權）。工作權主要是指選擇工作自由，乃個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂的職業自由。且引用德國基本法第十二條保障職業自由規定，並採用德國聯邦憲法法院藥房案所發展出之三階段論分析。(註四)有認為憲法第十五條將工作權與具典型受益權性質的生存權及自由權性質之財產權並列，以致學說上可對於憲法工作權保障之性質，有不同見

解。過去以工作權屬自由權為多數學者之見解。於現代給付國家時代潮流中，逐漸趨向兼具受益權之屬性。(註五)此外，有從歷史解釋及比較解釋觀點出發，就我國憲法上的工作權保障，有認其係典型的社會權，認應回歸其原本的性質，即以保障勞工階層為目的之一項社會基本權，個人有工作能力者國家應設法予以適當之工作機會(參照憲法第一五二條)，或給予失業之救助。至於營業自由或營業權屬於財產權保障的範疇，不應將之視為工作權的一部分。而職業自由與工作權並不完全相容，自由選擇職業屬於憲法所保障的契約自由的一環。(註六)有將工人與勞動者工作自由以外的職業活動及營業自由，排除於工作權保障範圍之外，因憲法對私有財產權之制度保障(Institutsgarantie)的效力，及於維護由私有財產而衍生的私法自治、契約自由、營業自由、市場交易機能等，是故一般性的職業自由屬於憲法第二十二條保障的事項。綜上，各該見解及論據不盡相似，惟基本上並不否認職業自由或營業自由應受憲法保障，僅是依據之憲法條文及基本權用語上有所不同。

從比較憲法觀察工作權與職業自由及營業自由之規範模式，有將工作權(勞動權)、職業選擇自由與營業自由分開規範者，例如西班牙憲法第三十五條及第三十八條。(註七)有單一條文明定職業選擇自由，並與勞動權利及義務分開規定者，例如大韓民國憲法第十五條職業選擇自由、第三十二條勞動(勤勞)之權利及義務及第三十三條勞動者(勤勞者)之團結權等。(註八)有將營業之自由及平等與勞動權(勤勞權)分開規範者，例如丹麥憲法第七十四條及第七十五條。(註九)有規定於同一條項但將勞動與職業自由選擇權利分開規範者，例如比利時憲法第二十三條第三項第一款(有關人類尊嚴及社會權規定)。(註十)由以上憲法立法例觀之，有關工作權/勞動權與職業自由之規範模式，不盡相同，究竟以何種方式規範為佳，此宜解為制定憲法之政策選擇問題。

除前述比較憲法觀察外，比較常為國內專家引用之外國立法例，如德國基本法第十二條第一項（註十一）及日本憲法第二十二條第一項（註十二）規定，對於職業選擇自由均予以明文規定。德國基本法第十二條第一項包含一種統一的基本權，有學者認該職業自由係一種因人格自由發展而特別形成之基本權，優先於由基本法第二條第一項規定衍生出之「一般行為自由」（此屬補充性質之攔截性基本權）。基本法第十二條規定對於經濟秩序甚具意義，因其確保產業自由（*Freiheit des Gewerbes*），且有效促進競爭。對職業活動之國家干預及措施，得以主導性有效防禦之權。但同時第十二條亦包含對自由職業活動之基本法客觀價值決定。因此，國家須有機會促進人民之職業自由。

我國憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」之體例，與德國基本法第十二條第一項及日本憲法第二十二條第一項及第二十七條第一項（註十三）規定有所不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勞動權利義務予以分別規定。（註十四）我國學理上有將憲法第十五條保障工作權，參酌德國職業自由之三階段論予以審查。

本院之解釋，認職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。（本院釋字第六五九號解釋參照）憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。（本院釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋參照）按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。（本院釋字第四六二號解釋參照）憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。（本院釋字第五一〇號解釋參照）另本院第六三七號解釋曾對離職公

務員選擇職業自由予以限制，作為憲法保障人民工作權之意旨是否違背之審查標的者，亦見本院認為選擇職業自由與憲法保障人民工作權有關。再者，人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於選擇職業應具備之主觀條件加以限制者，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制，惟其目的須為重要之公共利益，且其手段與目的之達成有實質關聯，始符比例原則之要求。（本院第六三四號解釋參照）此又更進一步採取德國三階段論，認選擇職業應具備之主觀條件，且將工作權包含人民選擇職業之自由。

至於人民營業之自由，於本院釋字第五一四號解釋認為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制。遊藝場業輔導管理規則關於電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所之規定，乃經營營業須遵守之義務，為人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，因而撤銷營業許可之規定，乃違反義務之制裁，均涉及人民憲法上工作權及財產權之保障。（註十五）

從本院往昔解釋觀察，有認職業自由屬於憲法第十五條工作權保障，人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號、第七一九號解釋參照）。（註十六）此見解為本件解釋所採。又有認為本院釋字五一四號解釋，具有若干與德國三階段論之意味，只是這套理論不宜應用在工作權的詮釋上。（註十七）此說認為一般性職業自由非工作權所涵蓋，屬於憲法第二十二條之基本權。

如前所述，我國憲法將職業自由納入憲法第十五條工作權保障範圍。有關營業自由，往往依據憲法上工作權及財產權之保障予以併稱，且合併適用兩項基本權，認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。前述職業自由，通常僅納入工作權保

障，但未論及財產權保障。在此情形，可見職業自由、營業自由、工作權與財產權四種基本權之涵蓋範圍，並非完全相同。因此，本件電子遊戲場業營業場所開設距離之限制，於憲法上基本權之保障範圍，可能涉及職業自由或營業自由。

本件解釋認「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」。雖有謂職業自由包括營業自由，惟兩者內涵不盡相同，可能因其所依據基本權不同（工作權、財產權或憲法第二十二條之自由或權利等），而異其審查方法或密度。職此，如單從職業自由為保障範圍，而不論營業自由部分，似比較單純，否則於此應另外探討營業活動有關財產權（例如營業權保障）之基本權保障範圍。

總之，從歷史解釋，工作權之定性，可能溯及社會主義之勞動權概念，則與基於自由主義市場經濟之職業自由，各有其不同歷史發展起源及背景。時至今日，兩者是否宜適度整合，或仍維持其差異性，值得再思考。另從現代憲法之目的解釋，將職業自由納入現代意義的廣義工作權概念，則職業自由適用憲法第十五條工作權保障，將之列入所謂人權清單之中，如此則無庸另依憲法第二十二條創設職業自由基本權。因此，本案有關電子遊戲場業許可及管理，另不包含財產權面向的營業自由基本權。換言之，將其與憲法第十五條財產權及第二十二條概括基本權加以區分，而單純由憲法第十五條工作權及職業自由作為基本權的「事務之保障範圍」出發，如此則較易於審查其合憲性。

三、從比較憲法解釋角度論職業自由之保障與其限制之違憲審查方法

關於職業自由之保障，德國聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日「藥局判決」（Apotheken-Urteil）（註十八）案提出三階段論。該判決提出之三階段論，將職業自由之限制區分為三種階段，並適用不同之審查基準。

1. 第一階段：關於單純職業執行規制（reine Berufsausübungs

regelungen)，例如有關職業執行之種類及方式之內容規制（註十九），如顯示「公共福祉」之理性考量（vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls）具有合目的性者，即具阻卻違憲事由（註二十）。

2. 第二階段：關於職業選擇自由之主觀許可限制（subjektive Zulassungsbeschränkungen）（有稱為「主觀許可要件」；subjektive Zulassungsvoraussetzungen），例如限制職業選擇應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為保護「重要之公共利益」（wichtiger Gemeinschaftsgüter）者，始得許可（註二一）。
3. 關於職業選擇自由之客觀許可限制（subjektive Zulassungsbeschränkungen）（有稱為「客觀許可要件」；objektive Zulassungsvoraussetzungen），例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則係為防禦「可資證明或極顯著重大危害之特別重要之公共利益」（註二二）之強制性要求者，始得許可。

於德國，對於是否繼續採取三階段論，適用於職業自由之違憲審查，亦引發討論及批評。有認為三階段論對於「職業形象定型」（Berufsbildfixierung）與公共福祉及公共利益（公益）之意義等，並不甚明確，實務上適用易生疑義。是以不宜繼續使用該三階段論，甚至建議改採「四階段論」（Vier Stufen Theorie），亦即過當禁止（Übermaßverbot）（比例原則）取代階段論，將目的正當性、目的與手段間之適合性、必要性及狹義比例（有稱均衡性或相當性）（註二三）分成四階段審查。（註二四）亦有認為三階段論仍得適用於職業自由，但非屬於保障範圍審查階段，因為德國基本法第十二條第一項雖分別明定職業選擇自由與職業執行自由，但其納入職業自由之統一的基本權（Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit）（註二五），而作為基本權之事務保障範圍。於職業自由基本權之干預（Eingriff）或限制（Schränken）（例如規律保留，或稱法律保留）審查後，對於職業自由基本權的「限制之限制」（Schränken-Schränken），其中得適用比例原則連接三階段論，就

職業執行自由、職業選擇自由之主觀及客觀許可要件分別其審查密度，針對個案予以審查。

茲表列如下，以利理解：（註二六）

功能（Funktion）	防禦權（主觀公權利） 對自由職業活動之價值決定（客觀法秩序）
保障範圍	職業自由之統一的基本權（職業選擇自由與職業執行自由） 獨立的或非獨立的 繼續性、有報酬的
干預	於規律職業之意圖（berufsregelnde Tendenz（註二七）時，直接的、有目的或僅間接的
限制	規律保留（Regelungsvorbehalt）（其作用有如法律保留）
限制之限制	三階段論、比例原則、勞動強制與強制勞動（Abeitszwang und Zwangsarbeit）

茲另就現行德國基本法第十二條第一項職業自由違憲審查流程，特別是關於適用三階段論與比例原則情形（註二八），表列如下，以供參考：

職業執行	職業選擇	
“wie”（如何）干預 （第1階段）	主觀許可要件 “ob”（是否）干預 （第2階段）	客觀許可要件 （第3階段）
* 目的：公共福祉之保護 * 適合性	* 目的：重要公益之保護 * 適合性	* 目的：為保護特別重要之公益而防禦「可資證明或極顯著重大危害」 * 適合性

* 必要性 * 均衡性（狹義比例）=>“典型比例原則”	* 必要性 * 均衡性	* 急迫的必要性 （zwingende Erfordlichkeit） * 均衡性

我國憲法並未明定職業自由或類似用語，如前所述，與德國基本法第十二條第一項規定有所差異。惟本院曾採用德國聯邦憲法法院藥局案提出之三階段論進行憲法解釋，例如本院釋字第七一號解釋針對藥師法第十一條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。上開解釋使用德國基本法用語「職業執行自由」，並運用比例原則作為審查原則。此外，該號解釋之意見書中，就德國保障職業自由所提出之違憲審查方法——三階段論，有深入探討，值得重視並再思考其適用於我國違憲審查之可行性。

當然，比較憲法解釋是否宜作為解釋方法，因異於法律解釋常用之文義、體系、歷史、目的等解釋方法，故亦值得探究。惟有認為比較憲法解釋方法得作為第五種解釋方法。（註二九）如從憲法發展史觀察，各國憲法具有生成發展之不同歷史背景，雖不宜全盤繼受，但就外國憲法實務或學理上經驗，基於問題導向解決方法，並以比較憲法解釋之觀點，適度予以參酌，並應用之，或許有助於我國法令違憲審查之健全與發展。

四、電子遊戲場業之營業場所開設距離限制之定性及歸類——營業場所開設距離限制宜解為職業選擇自由之客觀許可要件

人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制（本院釋

字第四〇四號、第五一〇號等解釋參照)。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之許可標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。(本院釋字第五八四號解釋參照)以上本院解釋出現公共福祉、公共利益、職業自由之限制、執行職業之自由等語，可見採用前揭德國藥房案所提出三階段論之跡象，將關於從事職業之地點，認為執行職業之自由。惟於本案之情形，尚有推敲之餘地。

德國基本法第十二條第一項第一段規定，將職業自由包括選擇職業、勞動(或稱工作)地點、訓練場所自由及執行職業自由。此所稱勞動(工作)地點與執行職業併稱，但在職業自由之統一的基本權內，僅是下位概念，干預勞動(工作)地點通常亦侵害職業選擇或職業執行自由。(註三十)惟勞動(工作)地點如成為職業實施(Berufsaufnahme)(註三一)開始之許可要件，則可能構成職業選擇自由之內容。

本件系爭電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，究屬何種干預或限制？(註三二)係合憲抑或違憲？可能因定性及歸類之不同而採取嚴格審查、中度或低度合理審查標準，因而異其合憲或違憲之結論。如單純從文義表面觀之，似容易將之認為營業場所距離限制，係屬於職業執行自由之限制。惟從法律體系及目的解釋，不論是中央立法制定之電子遊戲場業管理條例及中央主管機關訂定之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點，或是地方各自治團體所制定之電子遊戲場業設置自治條例，就電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，相關規定均係作為電子遊戲業之開始職業的實施或申請開設之要件，實非單純職業執行活動之規定，是故系爭規定宜解為係針對申請設置電子遊戲場業之客觀許可要件，而非僅係對從事工作地點之執行職業自由所為限制。詳言之，聲請人提出開設電子遊戲場營業之申請時，必須符合系爭規定之要求，否則不予許可或不准開始職業

活動的實施。本件聲請人因該等距離限制規定之適用，實際上受到不予開設許可或開始職業活動的實施之不利影響，故系爭規定要件涉及不予許可開設或職業活動實施之結果，並非單純屬於業者取得許可後之職業執行活動。因此，本件宜認為屬於「職業選擇自由之客觀許可要件」之違憲審查疑義，而非單純涉及「職業執行自由之干預或限制」之問題。（註三三）

至於因電子遊戲場業之營業場所距離限制，致無法取得開設許可部分，其意義依法條文義及立法目的，非受規範之申請營業許可人難以理解，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

又營業場所之距離限制規定，旨在管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等重要公益（電子遊戲場業管理條例第一條參照），由於電子遊戲場對社會安寧會造成一定之影響，故電子遊戲場業之營業場所應距離對於環境安寧有極高要求之國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上（前揭條例第九條第一項規定參照）。本院釋字第六四六號解釋雖係針對電子遊戲場業管理條例第二十二條有關未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定，認其符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無牴觸。惟由於該件聲請釋憲之標的與本件解釋標的不同，因此本件有關限制營業場所之開設距離，是否為其達成目的所必要，且其所採取之限制手段與目的是否符合比例原則，亦即是否為保護極重要公益所必要？換言之，是否牴觸憲法第二十三條之比例原則，而與憲法保障人民職業自由及工作權之意旨有所違背，仍有探究之必要。

五、從三階段論及比例原則整合觀察本件聲請釋憲之疑義

本件系爭規定對於電子遊戲場業之營業場所開設距離，各地方自治團體就特定對象規定不同之距離限制，例如有將限制級之電子遊戲場業營業場所，限制在距離國民中、小學、高中、職校、

醫院一千公尺以上，甚至包括幼稚園或圖書館等地點。另有區分普通級與限制級而採取不同距離者，亦有未區分其級別，均採一致距離標準者。此外，在距離限制方面，有要求距離遠超過五十公尺甚多者，例如八百五十公尺、九百公尺或一千公尺以上，作為申請開設許可之要件。

如前所述，本件系爭規定雖認為其不違反法律保留原則，但其性質屬於職業選擇自由之客觀許可要件，因此，在規範目的正當性方面，須要有極重要公共利益之要求。在目的與手段間之適合性、必要性與均衡性（狹義比例），均應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

本件系爭規定所設定之營業場所距離限制，或許基於社會、環境安寧或保護兒童或少年身心健康等目的，符合極重要公共利益之要求。惟其目的與手段間是否合乎必要性及均衡性要求，仍有探討之餘地。因使用「一定距離以上之量化」作為許可標準，導致有些地區根本無設置電子遊戲場所之可能，甚至達到本件解釋所稱實質阻絕之不利影響。

再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之距離限制，是否為最適之合理距離，學理上有不同見解。在法律適用上，其係屬營業場所開設許可之下限，還是上限，仍有疑義。如屬於上限，系爭規定自違反中央法規所設定之客觀許可標準。如屬於下限，則五十公尺與八百、九百及一千公尺相比，其差異高達十六至二十倍，兩者間是否均衡或相當，似不無疑義。質言之，本件系爭規定之距離限制，其由「量的干預」而發生「質的限制」，系爭規定所為高倍數的距離限制，將可能與狹義比例原則要求發生不符之現象。特別是與五十公尺比較，系爭規定分別提高距離限制甚多，難謂無「過度」（Übermaß）之疑義。於此情形，可能因「量變而質變」，致生違反「過度禁止原則」之情事，從而發生過度干預或限制聲請人職業選擇自由之不

利影響。綜上，為保障人民之職業自由基本權，宜認為本件系爭規定有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十五條保障人民職業自由之意旨不符。

註解：

註一：另參照電子遊戲場業管理條例第十條第一項規定，經營電子遊戲場業，應辦理公司或商業登記；其公司或商號之名稱及營業項目，應列明為電子遊戲場業。

註二：高雄市電子遊戲場業管理自治條例第一條規定，特別指稱為管理本市電子遊戲場業，建立商業秩序等，此特別指出其為商業。

註三：參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官之不同意見書，認事實上本院解釋案中，所採用之方法只就過去案例加以套用，對工作權、職業選擇自由權與營業自由權等基本權並未明確區別。由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第二十二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第二十二條之規定，憲法授權普通法律立法者，故屬於立法裁量之範圍。

註四：參照許育典，憲法，台北市：元照，2013年6版1刷，頁292-296。

註五：另參照法治斌、董保城，憲法新論，台北市：元照，2010年，頁264-267。

註六：參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北：作者發行，2015年9月增訂三版，頁263-265。

註七：參照阿部照哉等編，世界の憲法集【第三版】，東京：有信堂，2005年，頁199。

註八：參照阿部照哉等編，前掲書，頁225-226。

註九：參照阿部照哉等編，前掲書，頁269。

註十：參照阿部照哉等編，前掲書，頁417。

註十一：德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人有自由選擇其職業、勞動地點及訓練場所之權。職業執行，得依法律或基於法律授權定之。」此後段規定過於狹隘，文義上僅限於職業執行，未明定職業選擇。實務及學理上認為在職業自由為統一概念，在基本權之保障範圍，其包含職業選擇與職業執行自由。至於論及基本權之「限制」（或干預）及「限制之限制」（Schranken-Schranken），則適用三階段論，搭配比例原則（過度禁止原則）加以審查其合憲性。

註十二：日本憲法第二十二條第一項「任何人於不違反公共福祉為限，有居住、遷徙及職業選擇之自由。」日本有認為經濟的自由規制立法之違憲審查基準，採取規制類型論，並運用精神的自由（內容規制與內容中立規制）與經濟的自由二重之基準（double standard）論，及目的二分論（積極目的規制與消極目的規制）。如為除去惡害之消極目的，採取嚴格的合理基準，為社會福祉理念之積極目的，採取合理性基準（例如明白性原則）。（參照前田徹生，經濟的自由規制立法の違憲審查基準と最高裁判所，收載於桶口陽一等，日独憲法學の創造力，上卷，栗城壽夫先生古稀記念，東京：信山社，2003年1版1刷，頁621以下，頁630以下。

註十三：日本憲法第二十七條第一項「所有國民，有勞動之權利，負有義務。」

註十四：參照參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。另參照吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書。

註十五：參照本院釋字第五一四號解釋之黃大法官越欽不同意見書及釋字第三一三號、第三九〇號、第三九四號、第四四三號、第五一〇號等解釋。

- 註十六：參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。其認為本院自釋字第一七二號、釋字第一七二號、釋字第一九一號、釋字第二〇六號、釋字第三九〇號、釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋、第四三二號解釋、釋字第四六二號、第五一四號解釋等已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋。惟有認為本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展。從經濟自由觀點，認營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。
- 註十七：參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁233、267。另參照本院釋字第四〇四號解釋吳庚大法官之不同意見書，認憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie），即非所能全盤接受。
- 註十八：參照 BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil.有譯為藥房判決。參照藥事法第十九條規定，藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務之處所，稱為藥局。時至今日，是否繼續適用此三階段論，在德國文獻中，並非毫無批評意見。參照 Rupert Scholz in: Mauz-Dürig, Grundgesetz, Band II, München: Beck, 2015, Art. 12 Rn. 336.在此批評下，的確此理論在保障範圍層面建構上，可能違反統一的基本權，亦在干預層面上，有可能干預密度上，將職業執行與選擇自由加以區分或許僅是其起初表徵，但不能最終判斷其干預密度等困難問題，但學理上仍期待三階段論可能再發展，認為其特殊個案得以彈性與比例原則審查相整合，作為干預阻卻違憲事由審查（Prüfung der Eingriffsrechtfertigung）

之出發點。參照 Epping-Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2013, Art. 12, Rn. 102ff..

註十九：“inhaltliche Regelungen bezüglich der Art und Weise der Berufsausübung (“Wie”)”.

註二十：“Sie sind gerechtfertigt, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen.”

註二一：本院釋字第五八四解釋，認人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。

註二二：“zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut”.

註二三：本院解釋曾使用「均衡」及「過當」之用語，例如本院釋字第七一二號有關收養大陸地區人民限制案解釋，認為系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當。

註二四：有認為以過當禁止取代階段論（Übermaßverbot statt “Stufentheorie”），因為依德國聯邦憲法法院之判決「階段」（Stufen）與影響要件（Einwirkungsvoraussetzung）不必然相互符合，後者毋寧是按影響密度決定，依個案進行過度禁止之審查。其按四階段分別進行。（參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18. Aufl., 2015, München: Vahlen, Rn. 672ff..）

註二五：依基本法第十二條第一項第一段規律權能，擴及於職業執行及職業選擇，但兩者非處於相同（審查）密度。（Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz GG erstreckt sich

auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität.)

註二六：參照 Johannes Deger, Grundrechte, 5. Aufl., Altenberge: niederle media, 2015, S. 101, 108.

註二七：參照林大法官錫堯於本院釋字第六八九號之協同意見書。其參照德國聯邦憲法法院裁判與學者之見解，認為公權力行為侵害職業自由，必須有「規律職業之意圖」，始足當之；如欠缺此種目的，僅可能構成對一般行為自由之侵害。又所謂「規律職業之意圖」，不僅指立法者已顯示其對職業活動之直接干涉或以此為其終局目的（即主觀的規律職業意圖，例如：規定某種職業活動應經許可或申報等），亦可能因法規變更職業執行之基本條件且與職業執行有密切關聯（尤其對職業執行有重大影響之情形），而構成對職業自由之侵害（即客觀的規律職業意圖）。

註二八：此表參考 Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn. 418ff. 將三階段論與比例原則相連結之類似見解，參照 Christoph Gröpl-Kaz Windthorst-Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2015, Rn. 53ff..

註二九：憲法解釋方法，通常與一般法律解釋方法相似。但 Peter Häberle 主張將法比較（Rechtsvergleichung）作為第五種解釋方法。（參照 Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat-Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfter” Auslegungsmethode, JZ, 44 Jahrg. Nr. 20 (20. Oktober 1989), S. 916ff.）基於憲法問題之現代發展通常逐漸增加「法比較」之必要，Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller,

1999, Rn. 71, 認「法比較」作為現代憲法解釋之不可或缺的部分，是正確的。

註三十：參照 Michael Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München: Beck, 2014, Art. 12 Rn. 87.

註三一：通常大多數產業活動（die meisten gewerblichen Tätigkeit）未經許可（Erlaubnis），不得開始。德國文獻上，認為僅約 10% 案型事實上有職業實施自由（Berufsaufnahmefreiheit）。大部分職業活動的實施，須事先報備（Anzeige）、許可（Zulassung）、准許（Genehmigung）或特許（Konzession）。其規範化，特別是在必要性（Erforderlichkeit），受到嚴格之要求。（參照 Otto Depenheuer 著，李惠宗譯，職業自由與工作基本自由（Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit），載於 Peter Badura/Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht），下冊，國科會經典譯註計畫，頁 282。）

註三二：電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，是否僅屬營業自由輕微或合理之限制或自治事項等問題，相關評析見解，參照蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，臺大法學論叢，第 33 卷第 5 期（2006），頁 279 以下；李建良，政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析，臺大法學論叢，38 卷 1 期（2009），頁 344 以下。有關距離限制為地方自治事項之論著，另參照廖義男，夏蟲語冰錄（八十）——地方自治之規範及保障，法令月刊，65 卷 9 期（2014），頁 99-100，其認為如該應間隔之距離規定仍屬合理，即應認為該自治法規並不牴觸法律；陳淑芳，地方自制立法與法律保留原則，載於陳淑芳，權力劃分與權限歸屬，台北：元照，2011 年，頁 389-390，其認為對於設置地點的問題（營業活動之自由），因涉及地

方之都市計畫與區域計畫，就此法律是否應考慮授權地方以其自治立法權定之。

註三三：本件解釋理由書中認關於營業場所之選定亦受營業自由保障，之後又謂系爭規定究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外（略）。於此似有意引用德國聯邦憲法法院就職業自由保障所發展出之三階段論，然因營業自由與職業自由於基本權保障範圍上仍有差異，本件解釋如此論述，前後似有扞格。

不同意見書

陳新民大法官 提出

地方政府與中央政府間，正如同各個行星對著共有的太陽，依據其不同的質量與距離，環繞著運行之，如此一來，早晚間才會維持美妙的均衡。

美國開國元勳·傑弗遜

對於多數意見，認定電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（下稱系爭規定一），規定各自治條例亦可作為許可人民申請經營電子遊戲場業（下稱電遊業），認為並不牴觸法律保留原則。以及認定電子遊戲場業管理條例（下稱母法）第九條第一項法定距離五十公尺以上的規定為「最少距離論」，以及地方自治團體得以「因地制宜」的空泛公益理由，藉助「工商管理與輔導」之名，而可獲得「實質限制人民營業與職業自由的概括授權」，且並未牴觸憲法中央與地方分權的原則，而作出合憲的解釋。

對這種結論，以及更重要的涉及了法律條文的詮釋方式。按此「法定距離五十公尺以上」的法律規定，理應是針對人民行使營業與職業自由之限制，而非授權「地方自治團體得另行規定門檻距離的最低標準」，否則會產生「規範對象之轉換」，違背了法律詮釋的一般原則。

也因此導出了母法的五十公尺「距離門檻」之法定規定，竟不能作為拘束或保障人民經營電遊業的嚴格標準，反而可以被任一地方自治團體，將之擴充最高達二十倍的一千公尺之距離。另外，甚且加碼至增加不同的保護場所、經營的規模、所處的道路寬度……不一而足的程度。豈能在母法並未明文授權的前提下，肯定地方政府擁有廣泛、為執行母法而擁有補充或增加其許可要件之權限？此非明顯的牴觸法律保留原則與憲法之分權原則乎？本席歎難贊同之。

爰有關法理的爭議與法條的詮釋，常有「橫看成嶺側成峰」的「峰嶺之見」，不足為奇。但本號解釋涉及到大法官過去釋憲實務少有觸及的釐清中央與地方立法權限的案例，對憲法分權原則的闡釋，當有極為重大的意義。惜乎，多數意見並未對此有太多的闡釋。同時在論理過程中，多數意見同仁似乎尚未能充分把握法律詮釋原則與法律保留原則，反而援引若干含混不清、且仍有甚多破綻、難以自圓其說的理由，來合憲化其制度。

本席本於釋憲責任重大，爰藉提出此不同意見書之便，再申一言，以示本釋憲案件影響之鉅，不當以尋常之「峰嶺之見」而視之也。

一、明顯地牴觸法律保留原則

首先應討論有無牴觸法律保留原則問題，惟惜多數意見並未詳論，但本號解釋原因案件之相關論證已昭然若揭矣。

多數意見在理由書第一段指出了：「……人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障，僅得以法律或法律明確授權之命令，為必要之限制，……」亦即以法律及授權命令作為限制人民基本權利，是為法律保留原則之常態。此段敘述洵為正確。

其次，又論及：「……又憲法規定我國實施地方自治。依憲法第一百十八條及憲法增修條文第九條第一項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第二十五條及第二十八條第二款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法

律及上級法規之授權，以自治條例規範居民之權利義務，惟其內容仍不得牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則。」此段說明了除了法律外，亦即來自中央立法機構的意志外，地方自治團體在法定許可的範圍內，亦可以以「自治條例」來限制人民之權利，亦符合法律保留原則。

故限制人民的基本權利，在法規的形式上，是有中央法規的法律與授權命令；以及在地方層次的地方自治條例兩種。但若以符合法律保留原則的真諦而言，能產生合憲與合法的侵犯與限制人權之效果者，則必須符合法律的規定，包括符合授權的規定也。此在中央的法規方面，應注重授權命令有無牴觸母法的規定，是為釋憲審查的重點。

其次，在地方自治法規方面，多數意見指出，只能依「自治條例」方得限制人權。而自治條例則是基於：「地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權」而產生。在此，恐有疑義。因為，法律及上級法規，既可以授權地方立法機關以「自治條例」，或授權地方行政機關執行該法規定，而以「自治規則」的方式來執行之。在此，可以舉二件立法例來作說明：

- 1、在前者（授權訂定自治條例），可舉社會秩序維護法第九十一條之一的規定，授權「直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理」。因此，各自治團體的立法機關即得制定自治條例。由此條規定可知，地方自治團體制定的自治條例，可以分為來自憲法分權原則所獲得的自治事項而得立法權限，稱為「原生型規範權」；以及由立法授權而得之「傳來型授權」。這也是目前我國地方制度法所採行的立法例。

在前者情形，如被中央立法侵犯，則中央法律違憲，這是實施分權制國家釋憲實務經常判決的案例，只是我國大法官尚未曾作出類似判決。至於後者的自治條例，則可由授權法律隨時更改或取消。但無論如何，自治條例可取得拘束人

民權利與義務的效力，亦即符合法律保留原則（地方制度法第二十八條第二款）。

- 2、在後者（訂定自治規則）之情形，可舉都市計畫法為例。該法為中央立法，交由地方執行，例如，該法第八十五條規定即可授權中央主管機關（例如，內政部制定臺灣省都市計畫法施行細則），或地方機關（例如，臺北市及高雄市各制定該市之都市計畫法施行細則），制定各種地方之施行細則；而該施行細則可獲得不少概括授權的內容，最明顯的例子，莫如第三十九條，關於都市計畫區內土地及建築物之使用與管理等——例如，對於及特定專用區內、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，有極為廣泛的授權（註一）。

在上述2的情形，儘管制定出來的施行細則，似乎因其授權制定子法的對象不同，會出現法規性質不一的情形，例如，前者（內政部）所制定的子法明顯具有「法規命令」的色彩，而「施行細則」也一貫被認為乃法規命令；而後者之地方政府（如直轄市政府）所獲授權制定者，則明顯為自治規則，儘管其用語頗類似行政規則。兩者實皆有法律授權基礎，其性質仍為法規命令也。故地方行政機關可由法律授權，制定法規命令（施行細則）性質的「自治規則」來執行母法的規定，包括填補或補充母法不足的規定，並不是非以自治條例規範不可。

故在此，中央法規層次的法律保留原則的檢驗，並不困難。而在來自於地方法規——自治條例或自治規則——的限制，則必須論究其是否屬於自治事項，從而賦予自治條例法源的能力；其次，也要詳加檢驗法律授權的範圍，可以界定出其所授權的自治條例或自治規則，有無遵守法律保留原則。兩者被檢驗的內容皆無不同，主要在有無遵守事項的範圍與授

權的界限而已。

所以，在檢驗有無違反法律保留原則時，必須就侵犯人民基本權（此處涉及營業自由與職業權）的公權力措施，是否有明確的法律基礎，包括中央法規（法律與授權命令）與地方法規，本號解釋原因案件即涉及到此二種法律保留之基礎，可以分別檢驗之。

（一）「距離門檻」的規範方式

本號解釋所涉及之限制人民經營電子遊戲場的自由——專以「距離特殊場所的遠近門檻」而論，雖已由母法（電子遊戲場業管理條例）第九條第一項獲得了依據（有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定）。此門檻規定已經極為明確、具體，同時沒有授權行政機關或其他地方自治團體另行規範其門檻的規定，故直接可產生規範效果。質言之，此中央法規層次的法律保留原則，直接源於母法，而毋庸再援引授權之命令，故檢驗最終限制人民經營電遊業的「門檻規範」是否符合法律保留原則，在中央位階的法規範，則專以母法的規定為唯一的依據。

基於此法理，中央主管機關在未獲得母法明確的授權下，就此「距離門檻」沒有任何另加規範之餘地。其至連其他相關的限制經營電遊業的要件亦然——例如，業者的消極資格要件（第十二條）。

雖然母法在第十一條第一項第六款規定：「電子遊戲場業……，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記，始得營業：……六、營業場所之地址及面積。」則只是言明作為管理與執行母法的中央主管機關——經濟部，得本於主管機關權責執行上述的規定，同時得以頒布無須授權要求的行政規則即系爭規定一（電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業

級別證作業要點)，來指揮下級機關執行母法之規定。故顯然母法位階的規範（第九條第一項與第十一條第一項第六款）皆未許可主管機關有變更距離門檻規定的授權。

故主管機關只能在此法定「門檻規定」，及其他法定經營電遊業要件（例如，母法第十二條關於經營電遊業者的消極資格規定）的前提下，執行法定要件的核發許可級別證與其他登記事宜，俾使人民能實現其受憲法保障的營業權，這也是法治國家原則要求行政機關必須履行合法的行政執行之義務，也勿忘「正當行政程序」已經大法官解釋，提升為法治國家的基本原則（釋字第六六三、七〇九及七三一號解釋）。

因此，系爭規定一第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所1.符合……自治條例……規定。」的法規範屬性，既然是屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，已由解釋理由書（第一段）所明白承認。故其不得更易母法的規定，已毫無任何疑問可言。

此可再由系爭規定一的名稱——「作業要點」來檢驗，即可得知其非屬於法規命令，而是典型的行政規則。大法官在釋字第四五四號解釋，已針對類似性質的「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」宣示其並非法律授權所制定之法規命令，因此不得產生母法所未有的限制人權的效力。可供參照。

此觀諸行政程序法第一百五十九條所規定行政規則的定義，為主管機關對於下級機關執行法定職權的內部規章，尤其是同條文第二項提及為各種目的而制定之行政規則（註二），正是利用如系爭規定一的「作業要點」式的行政規則來實行之。因此，光由系爭規定一的名稱（註三）、功能（業務處理方式）及毋庸法律授權之合法性，即可得知其法規範

的屬性，多數意見就此而言，並無疑義。

但主管機關對系爭規定一的屬性以及其「運作的分寸」——即不能絲毫變更母法的規定，是否能真正的遵守？頗令人懷疑。首先，就有無授權的依據而言，就出現了矛盾。只要檢視系爭規定一的全文，即可洞見。依此「作業要點」的第一點規定：「一、依據：依據電子遊戲場業管理條例第十一條第一項規定訂定之。」顯然已經自認為本作業要點是屬於有「明白授權」的行政立法，亦即屬於法規命令性質的授權命令。然而，吾人再檢驗所提及之電子遊戲場業管理條例第十一條第一項之規定，已得知該條僅是提及「直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之登記」的事宜，並沒有任何授權的規定！此「無中生有」的授權來源，顯示出主管機關經濟部誤認了系爭規定一的法規性質。並且可以推斷出此乃主管機關主觀認定：主管機關得由職權規定，獲得制定施行母法的廣泛授權。易言之，母法第十一條第一項已有「隱藏性的授權」。

這種「隱藏性的授權」概念，既不符合現今法規命令與行政規則的二分法；甚至也不符合在行政程序法公布前，亦即系爭規定一制定前，將類似行政規則視為職權命令的見解（註四）。按此種職權命令本即毋庸授權，自可本於職權而由主管機關制定，不必再於該職權命令中「畫蛇添足」般地加上了「無中生有」的授權規定也。

因此系爭規定一的第一點（授權依據），應當刪除，否則明白牴觸本號解釋對其之定性也。惜乎，就此點而言，多數意見也未加以檢驗與批評，顯有嚴重之疏漏。

其次，在實質與嚴格執行層面而言，系爭規定一是否亦有「未遵守行政規則的法定界限」的疑慮？由其在第二點第一款第一目規定了母法所無之「電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例」之規定，顯然已經擴張了母法的範圍。

(二) 母法的「距離門檻」並未授權地方自治條例可另行規範之餘地

多數意見在理由書宣示系爭規定一的場所應符合自治條例之規定，並不牴觸法律保留原則，其理由乃是：「……僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則。惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。」

這種見解雖然承認系爭規定一只是細節性或技術性之規範，本即無權決定限制人權的法規依據，但又說明「只是指明」下級機關（包括地方主管機關）在辦理申請核發上開級別證或變更登記時，「應適用之法令」。是否造成矛盾？因為既然指明了此應適用的法令包括地方自治條例在內，豈非明白肯定該自治條例可以作為限制人民經營電遊業之權利的許可要件之依據？同時再加上其後理由書所肯認的「得概括授權就地方自治事項為廣泛的制定執行性規範」，豈非實質決定了限制人民經營電遊業的法規依據乎？

至於，多數意見提及「該自治條例應當合法與合憲」實屬多餘。這涉及到法規範合憲性的依據，對一般下級機關而言，並無審查及拒絕適用之上級機關所頒布法規之權力也。在行政實務上，上級對下級所為各種內部指示，以及職權實務運作的法規範依據，也從未須強調須以合憲或合法為前提也。所以，多數意見何多此一舉的「附帶一言」乎。

當然，如有因地制宜之需，而不應為全國硬性的統一規定，立法者自然可以授權地方立法機關，甚或行政機關來制定不同的規範。這是立法手段目的性與妥當性的立法判斷問題，屬立法裁量的範疇。在我國立法上已經不勝枚舉，例如，環境基本法第七條第二項、自來水法第一一〇條第一項、行政法人法第四十一條第二項、社會秩序維護法第九十一條之

一、公民投票法第二十九條、社會救助法第二十條（見附件一），都是明顯的例子。如果都援用本號解釋的意旨，認為自治條例可以擁有另為因地制宜的授權規定，那麼上述這些法律特別的授權規定，豈非多餘乎？

在此可以特別舉出一個類似的立法例——前已述及之社會秩序維護法第九十一條之一的規定。依該條文第一項規定：「直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。」這便是由法律授權地方自治條例（以地方立法機關通過之法規）俾作為該自治團體內規範性交易事業及行為的子法。第二項規定：「前項自治條例，應包含下列各款規定：一、該區域於都市計畫地區，限於商業區範圍內。二、該區域於非都市土地，限於以供遊憩為主之遊憩用地範圍內。但不包括兒童或青少年遊憩場。」即為類似本號解釋所涉及的「營業或行為地點」規定，可由子法來規範。而同項第三款規定：「三、前二款之區域，應與學校、幼稚園、寺廟、教會（堂）等建築物保持適當之距離。……」由於此法律對於上述「距離門檻規定」未有明定，可明見已授權地方自治條例加以規定。相形對照本號解釋之原因案件，可立判其兩者的明顯差別。

這種對比應無疑的導出下述的結論：除了社會秩序維護法有特殊授權規定外，關於本案電遊業的管理，既然直接在母法的規定中獲得了「距離門檻」，已形成法律規範的條件。除非有其他同位階的法律的特別規定外，可基於「特別法優於普通法」的原則，優先適用外，其他未獲授權的下級法規範——包括自治條例在內，皆不得逕以變更。

具體的例子，可再舉兒童及少年福利與權益保障法（下稱兒少法）第四十七條的立法例來說明。依該條第一項之規定：「兒童及少年不得出入酒家、特種咖啡茶室、成人用品零售店、限制級電子遊戲場及其他涉及賭博、色情、暴力等

經主管機關認定足以危害其身心健康之場所。」第四項為：「第一項之場所應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上，並檢附證明文件，經商業登記主管機關登記後，始得營業。」

這裡存在於針對同一電遊業的門檻規定，卻出現兩個法律位階且同樣是保障青少年身心健康，但不同標準的現象，顯示出立法者認為，如出於有效保護兒童及青少年的身心發展之考量，母法第九條第一項的「五十公尺」門檻，已無法達到立法目的——此即立法手段之「欠缺妥當」(Unzweckmäßigkeit)，而有改變普通法的標準，以特別法強化之，是立法者「自我調整」的立法常態。同時，普通法對電遊業的門檻規定，與兒少法的特別門檻規定，都仍有對外的強制力，並非形同具文。例如，限制級電遊業的門檻適用兒少法規定，至於普通級的電遊業，仍以母法第九條第一項的五十公尺門檻為準。此乃法治國對所有現存法律規定具有強制力的當然解釋也。

(三) 法律詮釋的陷阱——母法門檻規定豈是授權規定？

多數意見在法律詮釋上也有值得斟酌之處——即將「距離五十公尺以上」的門檻規定，視為「授權地方自治團體得另行規定門檻距離的最低標準」。所以會導致認為各自治條例所規定出來的一千公尺，九百九十公尺、八百公尺……五花八門的門檻規定，都是「因地制宜」的妥善結果。

其實，始作俑者應推「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作的決議文。該次會議正是以本號解釋相同的對象「五十公尺以上門檻」而為的探討。此決議認為電遊業會造成社會安寧一定的影響，故對環境安寧有極高要求的學校而言，此五十公尺的門檻「因其限制對營業人營業自由之影響尚屬輕微」，故應解釋為對電子遊戲營業場所設置之「最低限制」。本號解釋且進一步認為此又屬於縣市

工商輔導與管理事項，屬於地方制度法（第十九條第七款第三目）之自治事項，即可自行制定符合地域需要、且更高限制標準之自治法規。

顯然的，此項出自最高行政法院的共識，也獲得本號解釋多數意見的採納。尤其是門檻限制（應注意：該決議是以母法五十公尺門檻作標準），乃屬對業者營業自由「輕微影響」，自可以由自治條例加以更嚴格的規範。

此「輕微影響說」，當已影響了多數意見認定系爭規定一的規定，可將自治條例納入作為規範距離門檻的準據，卻仍認為屬於「細節性與技術性」的規範。如此一來，即可名正言順地援引大法官釋字第四四三號解釋之「層級化法律保留」之架構，對於那些「儘管會對人民的權利造成不便，但仍屬輕微影響」的法規，即毋庸法律的授權。是否兩者有異曲同工之妙乎？

但是，現實的發展，遠比上述最高行政法院的決議，來得更嚴重、條件也更嚴格矣。原本作為判斷標準，且不算嚴格的五十公尺要件，已脫離現實標準甚大，今非昔比，早已不成為各地電遊業營業場所許可的判斷基準了。最高行政法院的決議，是否已「明日黃花」乎？

細觀母法有關「距離門檻」（第九條第一項）的規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。」明顯的只有兩種內容：第一，受到距離保護的對象場所，僅限國民中、小學、高中、職校、醫院；第二，距離僅有「五十公尺以上」。此外，母法沒有任何一個授權地方自治條例另行規範之餘地。但實務上卻開花結果，五花八門。可綜觀如下：

1. 距離門檻，鮮少有遵循母法五十公尺者（例外如新竹市普通級），其他各地方皆超過甚多，最遠的且超過一千公尺（臺北市限制級、花蓮縣、臺南市、高雄市）。

2. 距離場所的種類增加：幼兒園（臺北市限制級）；圖書館（基隆市、臺北市）；住宅區五十公尺以上（臺中市、新北市）。
3. 毗鄰一定寬度的馬路：普通級應連接寬度十二公尺以上之道路、限制級應連接寬度三十公尺以上之道路（臺北市）；連接八公尺以上的已開闢道路（南投縣）。
4. 營業場所的面積：單層營業樓地板面積五百平方公尺以上（基隆市）、其所在購物中心、百貨業或遊樂園業全棟營業樓地板面積一萬平方公尺以上，且最小設置單層營業樓地板面積一千平方公尺以上（臺北市、高雄市）。
5. 營業場所的特別限制：應設於商業區之一樓（南投縣）。

不惟寧是，這種授權後果，也由距離門檻擴充到「受保障場所」之種類。本來由母法的規定，值得保障的場所僅限於國民中、小學、高中、職校、醫院等五個列舉的場所而言。故只能嚴格限縮解釋方足符合比例原則。但各方自治團體顯然擴大了其範圍。例如，擴張至幼稚園（臺北市）、圖書館（基隆市、臺北市）（註五）。本來此立法的主要目的在「維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康」（母法第一條），但似乎過於空泛。還不如援引釋字第六四六號解釋的立論（註六），主要有二：1、避免兒童及少年留連忘返，荒廢學業、虛耗金錢，而有犯罪或成為被害人之可能（註七）；2、對一般人而言，則為影響公共安全與社區安寧。因此，地方自治團體不能夠隨其意志，增加管制場所，到底標準何在？是否日後可能延伸到法院、殯儀館、各類宗教團體……？豈非突破了立法比例原則的考量（註八）。然而，同樣的，多數意見卻也將此認可為因地制宜的授權規定。

由上述五花八門的規定，顯然其廣度與複雜度，遠遠超過

十年前「最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議」所作出決議的「五十公尺」門檻之標準。其對人民營業權的影響之大，顯然不能再以「輕微影響」來一筆帶過矣（註九）。

最高行政法院上述的決議，由「輕微影響說」，導出了「最低界限」、從而許可自治條例為更嚴格的規範，亦即自治條例無疑獲得另加條件的授權。這種詮釋方法，顯然有誤。由於涉及到憲法對基本人權限制的基本法律詮釋原則，其重要性非一般泛泛的法條解釋可比，故必須在此嚴肅地探究之。

按此「五十公尺門檻」之語義當作「人權限制的極限」之解，亦即只要超過了應受保護的場所五十公尺的「禁制區距離」，即屬自由行使人權（經營電遊業）之處。

此禁制區正如同集遊法第六條第二項可以規定不得集會遊行的禁區（註十）。雖然其條文規定，例如「集會遊行之禁區不得逾五十公尺」，即表示至少超過五十公尺即屬非禁止遊行之禁區，當然立法技巧可以改頭換面，變成「集會遊行之場所，必須距離禁區目標五十公尺以上」，意義都是一樣也。而本號解釋的表述方式正如同上述情形一樣，採「應距離……五十公尺以上，方得許可之」之方式，解釋上豈非等於「在距離……五十公尺以內，不得許可之」？難道使用後者的表述方式，便開啟了主管機關能夠決定劃出「至少五十公尺」以上的禁止權利行使之地區乎？如此一來，集遊法的禁區規定豈非漫無邊際？

倘這種授權論的「持續發酵」，並無「天花板」的上限，會導致所有法律所定的人權限制，即使並無授權其他法規來限制，卻會透過上述的詮釋方法，該各種自治法規可實質上增加了法律條文所未預見的「不當負擔」，顯然該法律未能創造出一個明確、可預見性的法律秩序，如何可確保人權的實現乎？

如此一來，各地方自治團體即可本於各式各樣的「因地制宜」的公益考量，例如為了強化善良風氣及提昇經營電玩業者素質為由，對經營電遊業者的消極規定（母法第十二條），加以

擴充，增加更多的消極規定？同樣的，為保障消費的安全，也可主張電遊機具的安全檢驗，除中央機關把關外（母法第六條），地方可另定其他更嚴格的標準，例如，有無殘餘輻射線，或非使用某些特定材質（例如，可防火或不散發有毒氣體）製造不可之規定？

如此推演下去，就以門檻條款一項而論，一個地方自治團體既然可以將法定距離門檻規定為「法定最低門檻標準」，自由調整達到二十倍之多的一千公尺，哪一天是否也可以達到二百倍的一萬公尺？試問其門檻界限將「伊於胡底」？儘管本號解釋多數意見提出了應適用比例原則來管控，但數字的膨脹雖可能較為明顯，但仍難明確地界定其極限。至於其他各種各樣非類似數字般的可能限制方式，就更難料矣。試問，人民的營業及職業權將被壓縮到何種程度？

除此之外，這種「門檻授權說」與法律詮釋的基本原則有違，不但陷入了法條文字技倆的陷阱，更是陷入了「法律規範對象的轉變」之迷思！按上述法定的門檻規定，既然是以限制人民經營電遊業的基本人權所制定，當然是以人民為「規範對象」。然而，一旦轉變為「對地方自治團體可因地制宜而為更嚴格規定的授權性質」，豈非已將規範對象由人民轉為「地方自治團體」？

因此，母法第九條第一項的門檻規定被誤認為授權規定，已經種下了多數意見論理上難以自圓其說的根源矣。

二、破壞中央與地方的分權原則

本號解釋除了涉及侵犯法律保留原則外，尚且混淆了中央與地方分權原則，以及委託行政與自治行政的區別。

（一）電遊業的管理，乃中央立法，非地方立法的自治事項

本號解釋多數意見承續最高行政法院九十四年十一月份庭長法官聯席會議的見解，將電遊業的管理，視為工商管理與輔導之事項，從而屬於自治事項，給予本號解釋的合憲

性理論上的依據。

在此，應該澄清電子遊戲場業的立法項目，究竟是中央或地方的立法範疇。如為中央立法，則即不屬於自治事項，除非法律授權，地方政府無得牴觸中央法律之餘地，已於前述。此乃憲法採分權制的當然結果。

而如今，只要將母法的名稱重讀一遍：「電子遊戲場業管理條例」，其中赫然出現的「管理」條例，可知人民經營的「電子遊戲場」之法定管理之規範，乃是明確的中央法律，而非屬於自治立法也。因此，所有中央與地方行政機關對於人民所經營的電遊場的管理條文，必須出自於此母法，方符合法律保留原則。故並不存在於「雙頭馬車」之管理，亦即，除母法的電遊場管理法制外，對於同一規範事項，又存在另一套的管理法源也。

（二）「工商管理與輔導」並非概括授權式的「萬靈丹」

造成上述違法與違憲狀態的「雙頭馬車管理」乃是援引地方制度法對於工商輔導與管理是為地方自治團體之自治事項的規定（地方制度法第十八條第七款第三目參照），從而可依地方政府擁有廣泛的規範權限，但只要不明白牴觸中央法規即可（第二十五條）。多數意見即明白的肯認此為「地方制度法概括授權之範圍」。

此見解謬誤大矣，不當的膨漲了地方團體對於工商業的管理權限。且只要一提到概括授權的問題，立即引起了牴觸「授權明確性」的原則。尤其是地方制度法授權之廣，更不得不談有無牴觸此原則的問題也。

按人民的權利義務必須受到法律保留原則的保障，即使法律授權下級機關可訂定法規，也要服膺授權明確性原則，對此本院已有數十個解釋例可參照，於此不贅。其目的都在遏止空泛與空白授權，形成下級機關漫無邊界的立法，喪失了法治國家人民對其權利義務內容與界限有「可預見性」之

制度。

因此，既然商業——包括各種經濟行為、行業與職業的立法，乃中央之權限（憲法第一〇八條第一項第三款），中央可自己執行，或交由地方執行。顯然的，地方僅負有「執行中央有關商業立法的權限」。中央可以將部分母法規範不足的條文，授權地方立法規定，否則儘管有疏漏，地方亦無自行填補其缺漏之權限。質言之，此種「工商的管理與輔導」，除非法律授權，否則僅有類似行政機關服從法律與法規命令般的義務，亦即只有頒布細節性與技術性、類似行政規則般的自治規則罷了。

否則，任諸地方自治團體假藉概括授權之便，即可「包山包海」就所有工商業、制定各種規範，豈非「空白授權」乎？倘如此，吾人將地方制度法第十八條對直轄市所謂自治事項的規定，計達四十八項之多，尚不包括概括項目在內。幾乎將全部國家有關行政權力之項目包括在內（第十九條對縣市自治事項的規定亦然）。

故，對於上述四十八項規定之中的一項內容之一的「工商管理與輔導」的範疇，須予以嚴格界定，也必須採取狹義嚴格的解釋，將其限定在「執行法律的規定」而非「創設類似法律的規定」。最典型的案例，當以地方政府對其所得行使「工商管理」權的最重要「殺手鐮」——處罰的權限而言，便是地方政府最可能濫用的權力，便是利用嚴格的法律規定，全國地統一行使之。準此，只得依地方制度法第二十六條之規定，採行最高以新臺幣十萬元為限之罰鍰，並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分（註十一）。

為何在地方自治團體對所有違反行政義務者，所能採行的處罰權限，只能夠限於地方制度法第二十六條所明確賦予

的權限，使地方政府的工商管理權限不致於濫用，對人民不論在我國任何地方內，所遭受的地方公權力處罰，都可以有一個合理、可預期的限度。最嚴格的地方公權力也只不過如此，更何況其他公權力的措施乎？

因此，地方自治條例不能夠「無限上綱」地延伸工商管理權的權限，尤其是附加母法所未有的負擔。例如，交通管理亦同工商管理，納入自治事項。對於計程車司機的消極資格規定，為中央立法，唯有法律方得限制之，且必須符合比例原則（釋字第五八四號解釋參照）。試問，地方自治團體可否亦比照工商管理，以保護乘客安全為由的重大公益考量，而對該地區欲擔任司機者另定不同於法律所規定之消極條件，或增訂若干積極資格，是否亦許可乎？其理自明矣。

（三）冰凍三尺，非一日之寒——我國長年來中央地方分權模糊的顯例

誠然，本號解釋及立論乃遷就目前我国地方制度法，對於所謂自治事項的認知過於混亂，亦即，該法未能夠把握中央與地方在立法領域中，是採「非楊即墨」般的垂直二分法。並無所謂「中央與地方競合立法」的空間（註十二）。但本號解釋多數意見卻認為：「中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。」顯然認為地方得在不牴觸中央法律的前提下，可以立法「填補」中央法律的不足之處，亦即，可藉著執行「執行管理」該法律所定之事項為名，獲得廣泛的立法授權，是否打破，且實質「掏空」了中央由分權原則所獲得的「獨佔立法權」？

這種對於憲法分權原則的詮釋，將使憲法分權原則的根基，產生鬆動、進而崩壞的危機矣！

因此，劃歸在中央或地方的立法項目必須在憲法的位階上加以明定，也是「實施分權制國家」列為「不得變更」的基本國策（註十三）。

然而，地方制度法卻將許多都是中央立法的事項，便靠著廣泛授權的地方管理權限，納入自治事項之範疇，如此一來，便將憲法原本劃分予地方自治團體享有獨自立法權的領域，而混入了同樣有拘束力的地方法規範。這在實務上造成地方自治條例可規範內容、可採取立法方式的多樣性，以經使我國現實法制造成「上下交征」的混亂現象。

這些存在於地方制度法的「制度與用語」的混淆，其實乃冰凍三尺，非一日之寒。本來我國憲法雖也秉承「分權原則」（但美其名為「均權原則」）。為求中央與地方立法權限之恆定，必須由形諸明文的權限劃分，憲法上（憲法第一百一十條）已有明確規定彼此權限之處。但在憲法的設計，原本及於全國三十六省廣大幅員的背景，在行憲後政府遷台所實施的地方自治，已經完全不能契合之。亦即，在如此幅員狹小的台灣，似乎較應實施中央集權為宜，例如，日本。正確的務實方法，應當是重新「全盤整治」憲法相關的分權制度。但囿於長年的威權統治與不修憲的原則，上述的根本性分權的調整，也未曾進行。即使因陋就簡而一再延宕、且姍姍來遲所制定的地方自治基準法——地方制度法（民國八十八年一月二十五日）之內容幾乎全部照抄自以往急就章的「臺灣省各縣市實施地方自治綱要」。由此「自治綱要」誕生的兵馬倥傯的年代（民國三十九年四月五日），便可得知其「胎氣不正」，以及「先天不良」矣！而「後天不足」的命運，更為坎坷。行憲後雖進行十餘次的修憲，都著力於中央政制的更易，例如，總統及立法委員選制、凍結國民大會

及司法院大法官的制度等，除凍省外，幾乎忘了憲法尚有一部老舊的有關地方自治的體制，已經完全與臺灣現狀產生水土不服症狀，但卻從未予以應有的重視，遑論進行有魄力與務實的修憲工程。

在成文規定的落伍與不足的客觀病症外，職司護衛憲政體制的大法官會議，在長達六十年的釋憲實務，迄今作出的七三八號解釋中，涉及到地方自治者，僅有十六號解釋（註十四）。而其中實質上審查了中央與地方分權的問題之解釋，就更少矣，僅有寥寥數件，例如，有關臺北市里長選舉延期案，所作出的釋字第五五三號解釋；就健保法責成地方政府補助保費所作出之釋字第五五〇號解釋；就福建省政府組織規程未規定省長及議員民選所作出之釋字第四八一號解釋；就中央、省議會得否就特定省府及省議會組織逕予立法所作出之釋字第二六〇號解釋及就直轄市之教科文經費比例與省同所作出之釋字第二五八號解釋等，僅有五個案件。但真正能釐清中央與地方立法權限，從而宣布中央立法侵犯憲法所定之地方職權而無效者，這也是歐美實施分權制國家期盼釋憲機關能維護處於弱勢地位之邦立法權所運用的手段，卻仍未出現經典案例。顯示我國實施的中央與地方分權之憲法制度，仍然只是停留在「紙面制度」的階段，而未能於憲政生活層面落實與生根也。

因此，本號解釋固然沒有能力更易我國憲法層次之中央與地方分權制度的過時性，但是不妨仍可本著暮鼓晨鐘的努力，企盼發出若干「警鐘」。例如，果毅的宣示地方自治團體如此未能堅守「執行法定商業管理之權限」，而造成目前幾乎所有納入「自治事項」的地方立法，都有凌越中央法律的程度。這種現象已經到了非痛加檢討的時刻矣。

三、比例原則的適用？

多數意見在承認地方自治團體可以為了維護社會安寧等公

益，對人民經營電遊業的事由加以限制之際，同時也提出了要符合比例原則與斟酌地區特性而為彈性調整的必要，同時也認為自治條例若對距離門檻「如超出法定最低限制較多時，非無可能產生實質阻絕之效果，而須受較嚴格之比例原則之審查。」因此，提出應注意比例原則為一種附帶性的警告。

這種論點仍令人不免十分迷惘：究竟要「超出法定最低限制」多少時，方可能產生實質阻絕之效果？多數意見誠然舉出了「九百九十公尺或八百公尺以上」的例示說明。

的確這種極端的遠距要求，在都市土地普遍狹小，與學校、公私立幼稚園密佈的臺灣而言，實不易找到適合的營業場所。這種「法令障礙」實達到了「寓禁於距離」的效果。學術界也早已注意到此現象（註十五）。

但法定五十公尺到上述之八百公尺間，還有多達十六倍的空間，豈非充滿各種組合的可能性？

按一個營業種類對於公共利益能否有危害、程度如何、以及採行何種手段，主要是立法者的判斷。如採取何種手段的斟酌，則涉及目的性及必要性。前者目的性的判斷更是有賴立法者為之，因為立法者可能因此承擔政治的責任，以符合民意政治與民主體制的特性，亦為釋憲機關應「司法自制」的理由也。

唯有當立法者的手段完全不能達到目的時，即為本席前所揭的「欠缺妥當性」，方可以透過釋憲方式（以規範不足為由）修正之。否則，應尊重立法的判斷。然而，由前所述，法定五十公尺的門檻規定本是由中央立法者所判斷出來的結果：只須五十公尺的距離就足以保障各級學校、醫院等安寧與教化。但是此「立法妥當性」的判斷，似乎顯然「不合時宜」，才會產生各地方政府以各種嚴格的立法，甚至高達二十倍（一千公尺）的標準，方足以保護同樣的法益。立法者為何不會傾聽到此民意，感受到壓力，而迅速循修法途徑更正此已不堪使用的規定，反而任諸地方法規任意凌越之？是否此制度，反而削弱了中央立法機構的民意

政治之功能？

然而，反言之，到底需要多少公尺的距離方足以勝任？自須透過經常的徵詢民意、修正標準、甚至必要時採授權地方來制定。但無論如何，都是如德國公法學界區分釋憲權與立法裁量時，必須對這一些高度標準不易掌握的措施，以及措施應考慮的諸多要素，此要廣徵民意、預測日後的發展與風險、手段採行後的利弊……，都不是釋憲者坐在法庭內可以專憑法治國原則來「越俎代庖」。因此產生出所謂的「預測特權」(Prognosenprivileg)，即「判斷特權」(Einschätzungsprärogative)理論也。當然，在我國釋憲實務上也出現過數次「政治問題」而不予審查的案例，也多少蘊涵著此種法理也（註十六）。

否則，今天釋憲不否認九百九十公尺過嚴；但明天卻認為八百公尺已過嚴，如此一來，門檻規定豈非成了討價還價的價碼乎？

故本席以為，本號解釋毋庸援引比例原則，同時多數意見援引此原則，卻當成警告用語，絲毫無解於糾正目前違憲的現狀（尤其是長達一千公尺的距離規定，已明顯出現了實質阻絕的效果），無任何實益可言。故僅須援引法律保留原則，與確保中央與地方分權原則，即足以作為論斷的依據矣。

四、結論——應儘速進行修憲以釐清我國過時之分權體制

美國開國元勳，也是著名的憲法學家傑弗遜（Thomas Jefferson），在一生追求美國擺脫殖民統治，建立聯邦共和國的過程中，透過大量的書信來闡述其對世界上第一個民主共和國的憲政理念，不僅涉及人權，也包括聯邦原則在內。對於後者，更是致力於調和中央與地方的權限與和諧關係。就在其一七九八年致費茲修（P. Fitzhugh）的信函中，特別提及：

「地方政府與中央政府間，正如同各個行星對著共有的太陽，依據其不同的質量與距離，環繞著運行之，如此一來，早晚間才會維持美妙的均衡」（註十七）。

但這種「美妙的均衡」得來不易，不僅要用實證法條來明確界定其相互之權限，更要經常利用釋憲機制來予檢驗與確保其相互秩序的和諧，易言之，這種和諧的獲得，由自律的少，而來自他律的多。無怪乎實施中央與地方分權制的國家，且必須依賴釋憲體制來維繫國家聯邦國與法治國屬性者，其釋憲機關所審查與裁決的案件中，關於確保中央或地方分權的案件，恆與保障人民基本人權的案件，平分秋色。此說明了司法審查制度在維繫中央與地方分權體制上扮演著不可或缺的角色。

同時，由近幾年來，臺灣地方主義的興起，許多攸關民生經濟、重大建設與就業機會的事業，都會遭到地方自治團體以「屬於自治事項」為由的工商、建設、環境保護……，所制定的各種規範，產生了「地方壁壘」之障礙。這對於人民要興建跨地區的大型事業與建設而言，反而是開時代之倒車，這也是我國憲法制定時，會將工商發展的法制事項交在中央，而非地方手中，就是要避免我國在行憲以前，各地方廣泛利用「關釐」的地方陋規，各省縣劃地為限，妨害了國家振興實業，人民發展經濟的生機甚鉅，造成國弱民窮。

因此，本號解釋如果能夠毅然對電遊業「小小的」距離門檻規定著手，澄清地方自治條例應當嚴守工商管理權限的分寸（註十八），不能視為可以恣意加以限制的「萬靈丹」也。倘如此，更可以打破過去大法官對此領域保持敬而遠之的態度，進而探究中央與地方分權理論與實際個案立法的合憲性與合法性問題，也可以為我國釋憲權力深入中央與地方分權的陌生領域，擔任開路先鋒的角色。易言之，本號解釋當可在論理上成為「領頭羊」的前瞻案例，但此機會平白喪失，豈不令人可惜？

但任何改革皆不會太晚，本號解釋已經觸及了我國憲法分權設計與行憲實務的扞格，顯示出我國憲法分權制度的落伍，已經完全不堪使用。本席期待朝野下次有再為修憲之籌議時，當以「重塑中央與地方權限劃分」為念，才可為我國的地方自治法制與法治國家原則，融為一體。

附件一

	立法例	條文內容
1.	環境基本法 (民國91年12月11日公布)	第 7 條 中央政府應制(訂)定環境保護相關法規，策定國家環境保護計畫，建立永續發展指標，並推動實施之。 <u>地方政府得視轄區內自然及社會條件之需要，依據前項法規及國家環境保護計畫，訂定自治法規及環境保護計畫，並推動實施之。</u> 各級政府應定期評估檢討環境保護計畫之執行狀況，並公布之。 中央政府應協助地方政府，落實地方自治，執行環境保護事務。
2.	自來水法 (105年5月4日修正)(註19)	第 110 條(簡易自來水事業) <u>每日供水量在三千立方公尺以下之簡易自來水事業，得不適用第九條、第四十三條、第四十六條及第五十九條之規定，由直轄市或縣(市)主管機關另行訂定自治法規管理之。</u> 前項每日供水量在三百立方公尺以下之簡易自來水事業，得不適用第五十七條之規定。 前二項簡易自來水事業得由所有權人或管理委員會代表人申請自來水事業同意後，由自來水事業代管或接管其供水系統。
3.	行政法人法 (民國100年4月27日公布)	第 41 條(行政法人設立之準用規定) 本法於行政院以外之中央政府機關，設立行政法人時，準用之。 經中央目的事業主管機關核可之特定公共事務，<u>直轄市、縣(市)得準用本法之規定制定自治條例，設立行政法人。</u>

4.	社會秩序維護法 (民國 100 年 11 月 4 日修正)	第 91-1 條 <u>直轄市、縣(市)政府得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。</u> 前項自治條例，應包含下列各款規定： 一、該區域於都市計畫地區，限於商業區範圍內。 二、該區域於非都市土地，限於以供遊憩為主之遊憩用地範圍內。但不包括兒童或青少年遊憩場。 <u>三、前二款之區域，應與學校、幼稚園、寺廟、教會(堂)等建築物保持適當之距離。</u> 四、性交易場所應辦理登記及申請執照，未領有執照，不得經營性交易。 五、曾犯刑法第二百三十一條、第二百三十一條之一、第二百三十三條、第二百四十條、第二百四十一條、第二百九十六條之一、兒童及少年性交易防制條例第二十三條至第二十七條或人口販運防制法之罪，經判決有罪者，不得擔任性交易場所之負責人。 六、性交易場所之負責人犯前款所定之罪，經判決有罪者，撤銷或廢止性交易場所執照。 七、性交易服務者，應辦理登記及申請證照，並定期接受健康檢查。性交易場所負責人，亦應負責督促其場所內之性交易服務者定期接受健康檢查。 八、性交易服務者犯刑法第二百八十五條或人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第二十一條之罪者，撤銷或廢止其證照。 九、性交易服務者經健康檢查發現有前款所定之疾病者，吊扣其證照，依法通知其接受

		治療，並於治療痊癒後發還證照。 十、不得有意圖性交易或媒合性交易，於公共場所或公眾得出入之場所廣告之行為。 本法中華民國一百年十一月四日修正之條文施行前，已依直轄市、縣（市）政府制定之自治條例管理之性交易場所，於修正施行後，得於原地址依原自治條例之規定繼續經營。 依前二項規定經營性交易場所者，不適用刑法第二百三十一條之規定。 直轄市、縣（市）政府應依第八十條、本條第一項及第二項性交易服務者之申請，提供輔導轉業或推介參加職業訓練。
5.	公民投票法 （民國 98 年 6 月 17 日修正）	第 29 條 公民投票案提案、連署應附具文件、查核程序及公聽會之舉辦，由直轄市、縣（市）以自治條例定之。 ※臺北市公民投票自治條例（民國 104 年 12 月 14 日修正） 第 1 條 本自治條例依公民投票法（以下簡稱本法）第二十九條規定制定之。
6.	社會救助法 （民國 104 年 12 月 30 日修正）	第 20 條 醫療補助之給付項目、方式及標準，由中央、直轄市主管機關定之；直轄市主管機關並應報中央主管機關備查。 ※臺北市市民醫療補助自治條例（民國 101 年 7 月 19 日修正） 第 1 條 本自治條例依社會救助法（以下簡稱本法）第二十條規定制定之。

註解：

註一：都市計畫法第39條：「對於都市計畫各使用區及特定專用區內土地及建築物之使用、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，內政部或直轄市政府得依據地方實際情況，於本法施行細則中作必要之規定。」

註二：行政程序法第159條第2項行政規則包括下列各款之規定：「一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」

註三：雖然在實施行政程序法之前，職權命令或授權命令乃併列，兩者皆可使用「要點」的名稱。雖然依據中央法規標準法第7條，各機關發布的命令，得依其性質，稱為「規則」或「規程」等七種名稱。「要點」並不在內，但是依行政法學的通說，此七種名稱普遍認為乃為例示說。故行政實務上，「要點」可作為行政規則，甚或法規命令之名稱也。見吳庚，行政法之理論與實務，增訂十二版，2012年9月，頁45。不過，在實施行政程序法後，儘管職權命令制度已漸被行政規則所取代，但為提高授權命令的位階性，且具有外部效力，故原本契合規範內部行政作業流程與細節性、屬於行政規則性質的「作業要點」之名稱，無論如何，已不再繼續使用也。

註四：這必須追溯及系爭要點制定時（民國89年3月29日），主管機關並不熟悉行政規則的法定概念，還在承續舊有職權命令的巢臼，按我國行政程序法雖在系爭要點制定前一年（民國88年2月3日公布）已制定公布，但遲至民國90年1月1日方才實施。故系爭要點制定時，仍屬未實施行政程序法之階段。而當時依中央法規標準法第7條尚有區分職權命令與授權命

令，前者可包含行政規則在內。另外，當時主管機關亦普遍認為只要擁有執行權限，即可本於職權訂定命令，作為施行之依據，至於有無法律明白授權，並不妨礙主管機關可以在執行法律層面，為廣泛的規範制定權，易言之，會將法律所規定的事務與管轄規定，視同為實質授權，故系爭要點一，不僅出自於此種舊式的「實質授權論」之思維，甚至將之進一步「形式化」才會引起本席所說的「畫蛇添足」也。

註五：縱使兒少法第 47 條第 4 項對限制級之電遊業有類似的規定：「應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上。」但也只增加幼兒園取得了法律依據，但無圖書館。

註六：釋字第 646 號解釋：「……電子遊戲為個人休閒活動之一，電子遊戲場乃成為現代人抒解壓力及娛樂之場所。電子遊戲場業之經營，除涉及產業結構與經濟發展外，由於電子遊戲之情節引人而具輸贏結果之特性，易使兒童及少年留連忘返，而兒童及少年長時間暴露於學校與家庭保護之外，難免荒廢學業、虛耗金錢，而有成為潛在之犯罪被害人或涉及非行之虞，又因電子遊戲之操作便利、收費平價，亦吸引一般社會大眾大量進出或留滯，一方面影響公共安全與社區安寧，另一方面往往成為媒介毒品、色情、賭博及衍生其他犯罪之場所，因此電子遊戲場業之經營，亦涉及兒童、少年保護、公共安全及社區安寧等問題。為健全電子遊戲場之秩序，使基於抒壓及娛樂之目的而進入電子遊戲場所之消費者，可分別接觸適當之個人休閒活動，不致因各該場所之疏於管理，而誤涉犯罪或成為明顯之犯罪對象，並同時兼顧公共安全與社區安寧，是我國對電子遊戲場業之管制，由來已久。……」

註七：所以母法所規定的學校中，即不包括大學，顯然大學生已較成熟，不易留連忘返也。顯示立法者對五種管制地點的考量，並非無的放矢矣。

註八：就以幼稚園距離門檻之目的性而言，豈為了防止幼稚園兒童「流連忘返」於電子遊戲場乎？此點，只要禁止一定年齡者進入即可防範矣。故為此而將幼稚園納入，頗令人蕞爾。抑或是要保護幼稚園的安寧？而幼稚園經常可能是週遭鄰居噪音的來源，又非醫院，有維護安寧的重大必要乎？

註九：可參見蔡宗珍，營業自由之保障及其限制——最高行政法院2005年11月22日庭長法官聯席會議評釋，臺大法學論叢，第33卷第5期，2006年，頁17以下。

註十：集會遊行法第6條第2項：「前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。」

註十一：地方制度法第26條：「直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行（第2項）。前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分（第3項）。」

註十二：可參見陳新民，憲法學釋論，第8版，104年5月，頁938。

註十三：例如，德國基本法第79條第3項甚且將此中央與地方分權視為不得加以修憲變更的永遠條款。

註十四：即釋字第709、553、550、540、527、518、498、488、481、467、463、419、409、260、259及258號解釋。

註十五：例如，李建良，政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析，臺大法學論叢，第38卷第1期，2009年，頁351以下。

註十六：R. Stettner, Die Verbesserungspflicht des Gesetzgebers, DVBl., 1982, 100.

註十七：上述傑佛遜的名言引自本席舊藏之30餘年前購於香港一舊書肆之「傑佛遜民主言論集」，巴道維編，胡叔仁譯，香港，高原出版社，民國45年6月再版，頁82。這是難得的好書，本席受教甚多，特此誌之。

註十八：更何況電遊業已由以往視為特種營業，才會在立法與執法上給予嚴格的管控，隨著電遊業的種類與功能日新月異，立法者也藉著制定母法，將此營業予以經濟化與產業化。故應洗刷其「污名化」，列為社會正常營業之一，應當嚴守比例原則及其他法制國家之原則也。

註十九：憲法第107條第8款，國營經濟事業。

不同意見書

湯德宗大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本案憲法疑義，一言以蔽之，即關於中央法律所規定之電子遊戲場業（俗稱電玩業）營業場所距離限制，地方得否（以自治條例）為更嚴格之規定？如答案為肯定，則地方得更嚴格之程度有無界限？前者涉及「中央與地方權限劃分」問題，後者涉及人民「營業自由」與「社會安寧」（尤其環境安寧）之公共利益間，應如何權衡的問題。

中央為管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康，於民國八十九年制定公布電子遊戲場業管理條例（參見該條例第一條）。第九條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上」（下稱「法定距離」）。第十一條第一項規定：「電子遊戲場業經依法辦妥公司或商業登記後，應……向直轄市、縣（市）主管機關申請核發電子遊戲場業營業級別證及辦理下列事項之

登記，始得營業……」。嗣經濟部電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點（八十九年三月二十九日訂定發布（註一），九十八年四月八日（註二）、九十八年四月二十九日（註三）修正發布，下稱作業要點）第二點第一款第一目規定：「申請作業程序：電子遊戲場業……，申請電子遊戲場業營業級別證或變更登記，應符合下列規定：（一）營業場所 1. 符合……自治條例……規定」（下稱系爭規定一）。詎臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例（一〇〇年十一月十日制定公布（註四））第五條第一項第二款規定：「電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定：……二、限制級：……應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館一千公尺以上」（下稱系爭規定二）；臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（九十五年六月二十八日制定公布（註五），九十九年十二月二十五日臺北縣改制為新北市繼續適用（註六），一〇一年十二月二十五日期限屆滿而失效（註七））第四條第一項規定：「前條營業場所（按指電子遊戲場業營業場所，包括普通級與限制級），應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上」（下稱系爭規定三）；桃園縣電子遊戲場業設置自治條例（九十六年一月四日制定公布（註八），一〇三年十二月二十五日公告，自同日起繼續適用（註九））第四條第一項規定：「電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院八百公尺以上」（下稱系爭規定四），均較前揭「法定距離」（五十公尺以上）更長。系爭規定二並增加前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項所無之「保護場所」（幼稚園及圖書館）。

本件為本院首次就「地方得否自定較中央更嚴格之規範」所表示之憲法見解，影響至深且鉅。本席不贊同多數意見之審查結論（系爭規定一、二、三及四皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則），尤難贊同多數意見之論理，爰提出不同意見書如后。

一、系爭規定一已增加法律所無之限制，爰非屬細節性、技術性之規定，應認違反法律保留原則

關於系爭規定一，多數意見認係屬「細節性、技術性之規定」，尚不違反法律保留原則（解釋理由書第二段參見）；惟關於系爭規定一之內容是否已「增加法律所無之限制」，卻避而不談。

上開「作業要點」有兩種可能之法律定性：「法規命令」或「行政規則」。解釋理由書第二段雖援引電子遊戲場業管理條例第十一條第一項第六款之規定（「六、營業場所之地址及面積」），然並未據此定性上開作業要點為「法規命令」（註十）；反謂：其「僅指明申請核發上開級別證或變更登記應適用之法令，為細節性、技術性之規定，是系爭規定一尚未牴觸法律保留原則」。

上開作業要點定性為「行政規則」，從而無須法律之授權，是否正確？按本院自釋字第四四三號解釋（註十一）以來所確立之「層級化法律保留原則」，行政規則僅能規範「執行法律之細節性、技術性次要事項」。為符合憲法第一百七十二條（註十二）所定之「法律優位原則」，行政規則所規範之「細節性、技術性事項」，自不得「增加法律所無之限制」。是故本院解釋先例每以「行政命令之內容並未增加法律所無之限制」為佐證，闡釋各該案中之系爭命令屬於「細節性、技術性之規定」參見本院釋字第四五六號（註十三）、第四七九號（註十四）、第五三〇號（註十五）、第五六二號（註十六）、第五六六號（註十七）、第五八一號（註十八）、第六〇五號（註十九）、第六五八號（註二十）解釋）。反之，如命令之內容「增加法律所無之限制」，則不能定性為「行政規則」，以免行政機關規避應有之法律授權，而違反法律保留原則。茲系爭規定一要求電玩業者向地方政府申請電子遊戲場業「營業級別證」時，應（並）「符合……自治條例……規定」，顯然增加了法律（前揭電子遊戲場業管理條例）所無之「申請（實體）條件」，如何能說是「細節性、技術性之規定」？

多數意見以系爭規定一「僅指明申請核發上開級別證或變更

登記應適用之法令」，暗示其並未「增加法律（電子遊戲場業管理條例）所無之限制」，實忽略「自治條例」與中央「法令」因涉及不同法律主體（分具不同法人格），而有「中央與地方權限劃分」問題，未可等同視之。對此，多數意見於解釋理由書第二段末尾曾試圖回應：「惟各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然」，可惜答非所問！蓋地方自治團體所訂相關自治條例縱使未牴觸憲法及法律，其內容實質上仍可能「增加法律所無之限制」。系爭規定二、三及四分別將電子遊戲場業營業場所之距離限制由「法定距離」（五十公尺以上），增長為一千公尺以上、九百九十公尺以上及八百公尺以上，即解釋理由書第五段末尾亦不得不承認，謂：「對人民營業自由增加之限制……」。

綜上，多數意見將系爭規定一定性為「行政規則」，僅有結論（謂「其為細節性、技術性之規定」），而無理由（未說明其內容何以並未「增加法律所無之限制」），乃未能證立。

二、關於「中央、地方權限劃分」論述之八點商榷

系爭規定二、三及四可否就電子遊戲場業營業場所之距離限制，設定較「法定距離」（五十公尺以上）更長之限制？此處主要涉及憲法「中央與地方權限劃分」原則，其次涉及「法律保留」原則。多數意見認為系爭規定二、三及四與「中央與地方權限劃分」原則及「法律保留」原則均無違背，惟其論證至少八項有待商榷。析言之：

1. 系爭規定二、三及四之制定依據為何？

地方制度法第二十五條規定，地方得就其「自治事項」或「依法律及上級法規（註二一）之授權」，制定自治法規（包含「自治條例」與「自治規則」）。是自治條例之法源或為地方「自治事項」，或為「（中央）法律之授權」。反之，倘電子遊戲場業營業場所距離限制非屬地方「自治事項」，又無「法律之授權」，地方即無權制定系爭規定二、三及四。

就此，理由書第三段有令人費解的論述：「中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項（地方制度法第十八條第七款第三目、第十九條第七款第三目參照），以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許」。似認本案三件地方自治條例兼具兩種法源：既有中央「法律（電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例第十一條）之授權」，且其所規範之內容（電子遊戲場業營業場所距離限制）屬於地方「自治事項」。惟上述法源論述實有疑問，茲分述如次。

2. 系爭規定二、三及四果依「法律之授權」而制定？

細繹前揭電子遊戲場業管理條例第十一條第一項，可知其係就電子遊戲場業之管理進行垂直分工：由中央核發「公司或商業登記」，再由地方（直轄市、縣（市））核發「營業級別證」。然其並無授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件）。倘以前揭解釋理由書第三段所謂：電子遊戲場業管理條例第十一條「賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權」，即暗示該條例已概括（隱含）授權地方訂定核發營業級別證之標準（申請要件），則顯然違反「授權明確性原則」之要求--法律授權之目的、內容及範圍，應具體明確（本院釋字第四九一號、第五二二號、第五九三號（註二二）、第六二九號、第六八〇號（註二三）解釋參照），而無從證立。

是系爭規定二、三及四顯難謂係依據法律（電子遊戲場業管理條例）之授權而制定。

3. 電子遊戲場業營業場所之距離限制何以屬地方「自治事項」？

系爭規定二、三及四既非「依法律之授權」而制定，則須

是就地方「自治事項」為規範，始能合於中央、地方權限劃分原則。前揭理由書第三段之論述雖然迂迴，但已指出系爭規定二、三及四係就「工商輔導及管理」之「自治事項」進行規範。

惟，地方制度法第十八條第七款第三目所稱「直轄市工商輔導及管理」，及第十九條第七款第三目所稱「縣（市）工商輔導及管理」，其文義可否涵蓋電子遊戲場業營業場所之「距離限制」？以本案為例，所謂「工商輔導及管理」應指對已設立之電子遊戲場業營業場所進行輔導、管理；至於「距離限制」乃電子遊戲場業者（向地方主管機關）申請核發營業級別證之（許可）條件，乃電子遊戲場業營業場所設立之前提。以「工商輔導及管理」為基礎，認定電子遊戲場業營業場所之距離限制屬於地方之「自治事項」，實為牽強。（註二四）勢需補強理由說明，或另尋其他合理基礎。

4. 地方就「自治事項」制定自治條例，何以猶須「於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則？

按憲法第十章關於中央與地方權限之劃分，率為「立法權限」之劃分。此由第一百零七條列舉「中央立法並執行」之事項、第一百零八條列舉「中央立法並執行或交由省縣執行」之事項、第一百零九條列舉「省立法並執行或交由縣執行」之事項、第一百十條列舉「縣立法並執行」之事項觀之甚明。憲法第一百十一條並規定：「除第一百零七條、第一百零八條、第一百零九條及第一百十條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣性質者則屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之」，故此「均權原則」乃為補充列舉式分權規定之不足。換言之，第一百零九條及第一百十條所列舉之地方立法權既屬「憲法保留事項」，我國地方自治乃受憲法保障之地方立法權。至前揭第一百十一條末句所謂「遇有爭議時」，應兼指第一百零七條至第

一百十條所列舉之中央、地方立法權限劃分發生爭議（含競相主張之「積極爭議」與競相推諉之「消極爭議」），及以「均權原則」補充適用而發生爭議時；所謂「應由立法院解決之」，其方法不外由立法院制定抽象、通案性質之「法律」（例如已失效之「地方自治法」、現行之「地方制度法」），或通過具體、個案性質之「決議」。

準此，如以電子遊戲場業營業場所距離限制屬於自治事項，則地方就「自治事項」制定自治條例進行規範，即不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。奈何前揭理由書第三段竟增加憲法所無之要件，謂「倘於不牴觸中央法規之範圍內」，規範自治事項之自治條例始符合「中央與地方權限劃分」原則之要件！遍查解釋文及解釋理由書，未見理由說明。莫非「中央法規」可推翻前揭憲法以明文列舉方式，所保障之地方立法權？

5. 地方是否有權就自治事項制定自治條例，與該等自治條例是否有效，豈能混為一談？

究多數意見所以釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則。想係將地方自治條例之「制定權」與自治條例之「法效力」混為一談。前者涉及「中央與地方權限劃分」原則，後者為「規範控制」問題。

關於地方自治法規之控制，憲法僅於第一百十六條規定：「省法規與國家法律牴處者無效」；第一百二十五條規定：「縣單行規章，與國家法律或省法規牴處者無效」。嗣地方制度法第三十條第一項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效」，將前揭憲法第一百十六條所稱「國家法律」，擴張解釋為「法律或基於法律授權之法規（按：即法規命令）」，是否合於憲法意旨，多數意見並未審查，及視為當然。而自治條例既區分其制定泉源（就「自治事項」或「依法律之授權」

而制定)，以如前述，則理論上非必具有相同之法規範效力（雖同名為自治條例，前者似應較後者享有更大之自主空間）。

6. 均權原則能由補充性原則，蛻變成一般性原則？

解釋理由書第三段有謂：「現代國家事務多元複雜，有時不易就個別領域為明確劃分，……若……地方就相關自治事項自行制定自治法規，其具體分工如有不明時亦均應本於前開均權原則而為判斷，俾使中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效，始符憲法設置地方自治制度之本旨」，似以為地方就「自治事項」以自治條例進行規範時，中央得同時以法律進行規範，並依前揭第一百十一條「均權原則」劃分彼此之權限。如此一來，第一百十一條之「均權原則」即不限於「有未列舉事項發生時」，始有適用，而由「補充性原則」蛻變為「普遍性原則」。如此解釋，不僅牴觸憲法第一百十一條之明文，且將連帶大幅縮減同條末句「遇有爭議時，由立法解決之」之適用空間（蓋此等爭議，今後料將如本案一般，由大法官以憲法解釋解決之），嚴重改變憲法結構（constitutional structure），尤其立法與司法之分權、制衡關係。多數意見果曾想見而執意如此解釋？！

7. 中央與地方就同一事項競為規範（規範競合）時，應如何解決規範衝突？

綜觀解釋理由書，隱約可察見多數意見似不相信中央、地方權限能夠明確「劃分」，故而一方面欲將憲法第一百十一條之「均權原則」由補充性原則，經由解釋提升為一般性原則；他方面則釋示：地方就「自治事項」制定自治條例，猶「須於不牴觸中央法規之範圍內」，始不違反憲法「中央與地方權限劃分」原則，以避免法秩序失控（一國多制，無所適從）。

所謂「須於不牴觸中央法規之範圍內」，實際如何操作，以解決中央與地方（因法規競合致生）之規範衝突？解釋理由書第五段謂：「前揭電子遊戲場業管理條例第九條第一項有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之規定，即可認係法律為保留地方因地制宜空間所設之最低標準，並未禁止直轄市、縣（市）以自治條例為應保持更長距離之規範。故系爭規定二、三、四所為電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺、九百九十公尺、八百公尺以上等較嚴格之規定，尚難謂與中央與地方權限劃分原則有違」。

本席亦同意前揭「法定距離」乃「最低標準」，地方得以自治條例為更嚴格之規定。但多數意見應具體說明：前揭「法定標準」何以為「最低標準」（猶如地板），而非「最高標準」（猶如天花板）？（註二五）又，今後究應如何判斷「法定標準」為「最低標準」或「最高標準」？尤其，所謂「於不牴觸中央法規之範圍內」應如何解釋，才能確保地方就「自治事項」制定自治條例時，確實享有憲法所保障之地方立法權，而不至於淪為中央之「派出機關」？

8. 地方自治條例能以法律之「概括授權」，限制人民之基本權，而不違反憲法第二十三條之法律保留原則？

地方就自治事項制定自治條例以為規範，原不待法律之授權，惟其得以限制人民之基本權？

對此，解釋理由書第四段有謂：自治法規「若涉及人民基本權之限制，仍應符合憲法第二十三條之法律保留原則」。以之對照前揭解釋理由書第三段（「地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就……自治事項……以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許」）可知：多數意見認為地方就自治事項制定自治條例以為規範，原不待法律授權，僅其效力「須不牴觸中央法規」；惟

自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則。

按「自治法規若涉及人民基本權之限制，則應符合憲法第二十三條之法律保留原則」，實承本院釋字第三十八號解釋（四十三年八月二十七日公布）（「縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利」）而來（按：理由書第四段，不知何故，並未援引該號解釋以為參照）；惟多數意見實欲放寬該號解釋之限制，乃即轉謂：「就此，憲法第一百十八條就直轄市之自治，委由立法者以法律定之；嗣憲法增修條文第九條亦明定省、縣地方制度以法律定之。地方制度法乃以第二十五條規定：『直轄市、縣(市)、鄉(鎮、市)得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。』第二十八條第二款規定：『下列事項以自治條例定之：……二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。』基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無牴觸」。

綜上，多數意見欲以憲法第一百十八條（註二六）及憲法增修條文第九條（註二七）為基礎，推論系爭自治條例（系爭規定二、三及四）限制人民之營業自由，縱無電子遊戲場業管理條例之具體授權，如有地方制度法第二十八條第二款之概括授權，即不違反憲法第二十三條之法律保留原則。

姑不論前揭本院釋字第三十八號解釋所稱「法律之根據」是否包含「法律之概括授權」；此殆本院首次釋示：得以法律之「概括授權」限制人民於憲法上所保障之基本權。中央法律限制人民之基本權，須有明確規定；地方以自治條例（甚或自治規則）限制居民之基本權，卻僅須有法律之概括授權即可。其間之寓涵為何？可能之影響如何？多數同仁果已深思明辨？！

三、系爭規定二、三及四因違反平等原則而無效

地方以自治條例所定之「更長的距離限制」(系爭規定二、三及四)有無界限？多數意見於解釋理由書第六段首先將系爭距離限制定性為「對從事工作地點之執行職業自由所為之限制」，從而謂應以「低標」(註二八)審查。繼而認定距離限制「之手段，不能謂與該目的之達成無關聯」，且「可無須……耗用鉅大之人力、物力實施嚴密管理及違規取締，即可有效達成維護公共利益之立法目的，係屬必要之手段」，又「該限制與所追求之公共利益間尚屬相當」，故符合比例原則之要求。

如此論述，最大之問題在於對距離限制之「定性」。僅以「工作地點」為著眼，即將系爭之距離限制定性為「執行職業自由之限制」，實忽略距離限制之作用實際乃在阻止未達距離限制之電玩店進入市場，故而更近於對「選擇職業自由之限制」(從而不能僅以「低標」審查)。其次，以自治條例之距離限制是否產生「實質阻絕之結果」為標準，決定應否提高審查標準(所謂「須受較嚴格之審查」)，亦值商榷，蓋系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，如何可能產生「實質阻絕之結果」？

鑑於系爭規定二、三及四僅適用於新進之電子遊戲場業營業場所，而不及於既有之營業場所，本席以為其乃典型之「隱性歧視」，已構成對新進營業場所之差別待遇，故應以「平等原則」(而非「比例原則」)進行審查(雖兩者之審查架構十分近似，皆須進行「目的合憲性之審查」及「手段與目的關連性之審查」，然操作方法與審查旨趣不同)。質言之，爭規定二、三及四之目的要在「維護環境安寧」(參見本院釋字第六四六號解釋理由書第三段)，核屬一般正當之公共利益，惟其所採差別待遇之手段與前述目的之達成間顯然欠缺合理必要關聯。蓋僅要求新設之電子遊戲場須符合「較長之距離限制」，而不訂定過渡期間責成現存之電子遊戲場搬遷調整，以符合較長之距離限制，如此差別待遇

之手段顯不足以達成「維護環境安寧」之目的。

雖「理性思辨，以為合議」恆屬理想，然本席到院服務五年來，從未感覺此一理想如此遙遠。本件解釋論理粗糙（前文總計點出十大商榷），影響深遠（試想人民基本權今後之保障），本席深感不安……。

註解：

註一：中華民國 89 年 3 月 29 日經濟部（89）經商字第 89204839 號函訂定發布全文 3 點。

註二：中華民國 98 年 4 月 8 日經濟部經商字第 09802407920 號令修正發布名稱及全文 3 點。（原名稱：電子遊戲場業申請登記作業要點）

註三：中華民國 98 年 4 月 29 日經濟部經商字第 09802410180 號令修正發布全文 3 點。

註四：中華民國 100 年 11 月 10 日臺北市政府（100）府法三字第 10033884400 號令制定公布全文 14 條；並自公布日施行。

註五：中華民國 95 年 6 月 28 日臺北縣政府北府法規字第 0950470439 號令制定公布全文 5 條；並自公布日施行。

註六：中華民國 99 年 12 月 25 日新北市政府北府法規字第 0991209380 號公告繼續適用。

註七：中華民國 99 年 12 月 25 日公告繼續適用二年屆滿；並自 101 年 12 月 25 日起失效。

註八：中華民國 96 年 1 月 4 日桃園縣政府府法一字第 0960000666 號令制定公布全文 6 條；並自公布日施行。

註九：中華民國 103 年 12 月 25 日桃園市政府府法制字第 1030320734 號公告自 103 年 12 月 25 日繼續適用。

註十：參見行政程序法第 150 條：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。（以上第一項）法規命令之內容應

明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神（以上第二項）」。

註十一：參見司法院大法官解釋第 443 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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。」）

註十二：參見中華民國憲法第 172 條：「命令與憲法或法律牴觸者無效」。

註十三：參見司法院大法官釋字第 456 號解釋理由書（「法律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，得就執行法律有關之細節性、技術性事項，以施行細則定之。惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」）。

註十四：參見司法院大法官釋字第 479 號解釋理由書第 2 段（「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，惟其僅能就執行母法之細節性、技術性事項加以規定，不得逾越母法之限度」）。

註十五：參見司法院大法官釋字第 530 號解釋解釋文第 1 段（「最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。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」)。

註十六：參見司法院大法官釋字第 562 號解釋理由書第 2 段（「內政部因執行土地法之規定，基於職權固得發布命令，為必要之釋示，然僅能就執行法律之細節性、技術性次要事項加以規定，其內容更不能牴觸土地法或增加其所無之限制」）。

註十七：參見司法院大法官釋字第 566 號解釋理由書第 2 段（「如立法機關授權行政機關發布命令為補充規定者，行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，亦得就執行法律有關之細節性、技術性事項以施行細則定之，惟其內容不得牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制」）。

註十八：參見司法院大法官釋字第 581 號解釋理由書第 2 段（內政部基於主管機關之權限，為執行上述法律及農業發展條例等規定，於六十五年一月二十六日訂定自耕能力證明書之申請及核發注意事項……第四點規定，公私法人、未滿十六歲或年逾七十歲之自然人、專任農耕以外之職業者及在學之學生（夜間部學生不在此限），皆不得申請自耕能力證明書，增加農地承受人及欲收回出租農地之出租人證明其具有自任耕作能力之困難，致影響實質上具有自任耕作能力者承受農地或收回耕地之權利，對人民財產權增加法律所無之限制，尚非僅對人民產生不便或輕微影響之執行法律之細節性、技術性次要事項」）。

註十九：參見司法院大法官釋字第 650 號解釋理由書第 3 段（「財政部八十一年一月十三日修正發布之營利事業所得稅查核準

則第三十六條之一第二項擬制設算利息收入之規定，亦欠缺法律之依據，縱於實務上施行已久，或有助於增加國家財政收入、減少稽徵成本，甚或有防杜租稅規避之效果，惟此一規定擴張或擬制實際上並未收取之利息，涉及租稅客體之範圍，並非稽徵機關執行所得稅法之技術性或細節性事項，顯已逾越所得稅法之規定，增加納稅義務人法律所無之租稅義務，與憲法第十九條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力」。

註二十：參見司法院大法官釋字第 658 號解釋理由書第 1 段（「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」）。

註二一：1999 年精省後，原台灣省所轄各縣（市）實際上已形同由行政院直轄，乃無所謂「上級（自治團體）法規」可言。

註二二：參見司法院大法官釋字第 593 號理由書第 2 段（「公路法已就汽車燃料使用費之徵收目的、對象及徵收費率之上限予以明定，並就徵收方式及徵收後之分配辦法，授權主管機關訂定。其授權之目的、範圍及具體內容均已明確規定，符合授權明確性原則。」）

註二三：參見司法院大法官釋字第 680 號理由書第 2 段（「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，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。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」）。

註二四：另參見蔡宗珍，〈營業自由之保障及其限制—最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《台大法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 306（2006 年 5 月）（「有關

營業場所地點之限制，絕非營業活動之管理性質，而是屬於限制營業自由之客觀許可要件，此等基本權限制絕不可矮化為工商輔導與管理等非涉及基本權利本體與基礎關係之管理規則，而任由地方自治團體以自治法規創設基本權之限制要求」)；最高行政法院 94 年 11 月份庭長法官聯席會議決議文(「所定 50 公尺之限制，應解為係對電子遊戲營業場所設置之最低限制。又關於縣(市)工商輔導及管理，乃屬地方制度法第 19 條第 7 款第 3 目規定之縣(市)自治事項，依同法第 25 條之規定，縣(市)本得就其自治事項，於不牴觸中央法律之前提下，自行制訂符合地域需要之自治法規，……難謂與電子遊戲場業管理條例第 9 條第 1 項之規定牴觸」)。

註二五：參見蔡宗珍，〈營業自由之保障及其限制－最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《台大法學論叢》，第 35 卷第 3 期，頁 295-296 (2006 年 5 月)(「限制基本權之法律規定，性質上無論如何不可能是「最低限制」之要求，而得由行政機關或地方自治團體予以較高程度之基本權限制。……法律所定 50 公尺之限制……應解釋為距離限制的上限規定，絕非下限規定」)。

另參見李建良，〈政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析〉，《臺大法學論叢》第 38 卷第 1 期，頁 348 (2009 年 3 月)(「地方若針對法律所規定的許可要件，作進一步的規範，原則上，並非立即構成中央法律的牴觸。……需進一步判斷該許可要件是否屬於「全國一致性」抑或得「因地制宜」者。……法律所定許可要件若屬「因地制宜」者，地方在合理的範圍內，得適度為較嚴格的限制，距離的限制，即屬一例」)；廖義男，〈夏蟲語冰錄(八十)--地方自治之規範及保障〉，《法令月刊》，第 65 卷第 9 期，頁 100 (2014 年 9 月)(「地方

既享有自治權，就特定產業在地方上應如何發展對地方上公共利益較有助益，應有酌量之權限，且該間隔距離之長度何者較為適當，尤應審酌地方實地情形判斷較為正確，故如該應間隔之距離規定仍屬合理，即應認為該自治法規並不牴觸憲法」)。

註二六：參見中華民國憲法第 118 條：「直轄市之自治，以法律定之」。

註二七：參見中華民國憲法增修條文第 9 條：「省、縣地方制度，應包括左列各款，以法律定之，不受憲法第一百零八條第一項第一款、第一百零九條、第一百十二條至第一百五條及第一百二十二條之限制：

一、省設省政府，置委員九人，其中一人為主席，均由行政院院長提請總統任命之。

二、省設省諮議會，置省諮議會議員若干人，由行政院院長提請總統任命之。

三、縣設縣議會，縣議會議員由縣民選舉之。

四、屬於縣之立法權，由縣議會行之。

五、縣設縣政府，置縣長一人，由縣民選舉之。

六、中央與省、縣之關係。

七、省承行政院之命，監督縣自治事項。

台灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定」。

註二八：參見解釋理由書第六段：「立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則」。

不同意見書

黃虹霞大法官 提出

電子遊戲場業固為較具爭議性之行業，惟其係屬商業當亦為事實。而憲法第一百零八條第一項第三款明定商業屬應由中央立法之事項之一，且已由中央就電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例專法在案，則另依憲法第一百零九條第一項第十二款、第一百十條第一項第十一款規定意旨，得由直轄市（凍省前直轄市與省為同一等級）、縣（市）立法並執行之關於為商業之電子遊戲場業之管理事項，自應以有國家法律所賦予者為前提。然經查為國家法律之電子遊戲場業管理條例不但已於其第九條第一項明定設置電子遊戲場之地點距離標準（電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上），而且該條例並未明文賦予直轄市、縣（市）另定其他距離標準之權限，則直轄市、縣（市）以自治條例或其他地方法規，另就電子遊戲場業之營業地點為較上開國家法律即電子遊戲場業管理條例第九條第一項更嚴格（指距離上述學校等應更遠）之標準規定，該等地方之規定是否符合中央與地方權限劃分原則而為合憲，原非無疑；而且因上開憲法第一百零九條等規定係稱依國家法律所賦予云云，故應亦無由電子遊戲場業管理條例中央主管機關以命令賦予地方另定更嚴格距離標準之權限之餘地，即系爭管理條例中央主管機關所為上述五十公尺是最低標準，地方得另定較嚴格標準之見解，不當然使地方之較嚴格標準因而合憲。準此而言，多數意見認為系爭三自治條例之距離規定均為合憲，由上述憲法規定觀之，亦非無可議之處。再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項稱五十公尺以上云云，是否如多數意見所稱為最低標準，可以由各地方政府另定較長之距離？查電子遊戲場業管理條例不論由其名稱或其內容比如其第一條立法目的觀之：明顯係以為人民之電子遊戲場業為對象，為管理即限制該等業者（人民）之營業自由基本權之目的，而為符法律保留原則，乃由中央以立法即於該條例條列人民於經營電子遊戲場時應受之各項限制。從而如該法第九條第一項之五十公尺以上之距離規定，其

限制對象也就是該條項之適用主體為人民，即人民從事電子遊戲場業者，其營業場所被限制應設在距離學校等場所五十公尺以外，不得設在五十公尺以內。而因該條項既未有以除外文字或其他方式賦予各地方政府另訂其他距離標準，則自不生「五十公尺以上」係所謂最低標準之問題，因為中央法律就距離限制就只有一個標準，根本無所謂最高或最低。故多數意見以系爭五十公尺以上規定為最低標準為前提，認系爭三自治條例未違法律保留原則、未牴觸電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定云云，其見解殊難贊同。

另憲法第一百零八條已明定商業由中央立法，另第一百十一條復明定以無第一百零八條等情形時才依均權原則辦理，則就屬商業之系爭電子遊戲場業之管理在憲法第一百零八條之規定下，何由多數意見引憲法第一百十一條規定認系爭三自治條例合憲之餘地哉？又地方制度法第二十八條第二款規定只是說明欲創設、剝奪或限制居民權利義務者，應以自治法規中之自治條例方式為之，即不得以自治規則為之而已；該條款並未賦予自治條例剝奪居民特定權利義務實權。多數意見引該條款作為系爭三自治條例合憲之依據，亦難贊同。

尤有進者，就所謂工商輔導與管理屬地方自治權限部分言：縱認工商輔導及管理屬地方權限，且因電子遊戲場較具爭議性，對社區公安、兒少身心健康與其他商業相比，可能有較大妨害，故有因地制宜之必要。惟最正確處理之道：應為由中央或取消電子遊戲場業管理條例第九條第一項之全國一致距離標準規定，即讓諸地方因地制宜各自權衡決定；或於該條例明文規定授權地方得為更嚴格之距離標準規定；甚或是若認有維持統一標準之必要時，體認各地方對中央所定標準不服之情（除苗栗、彰化、雲林、屏東、宜蘭及金馬外，餘均有高於五十公尺之距離限制規定，請見附件一），檢討並適當合理提高距離限制標準，始為正辦。而不應是既於中央法律自定統一標準，又對各地方普遍性不服該統一標準而以管理之名另訂較嚴格標準，形成一國多制之法制紊亂狀態之事實，視而不見。又工商輔導與管理，必以有輔導與管理之客體存在為前提，故而地方政府之輔導與管理手段行

使之結果不得為禁絕中央法律許可經營之行業，否則即因屬對憲法第十五條所保障之營業自由之過當限制，而與比例原則有違（臺北市之自治條例規定中就限制級部分應已達禁絕新設之程度，相關分析請見註一）；另縱非禁絕，但就電子遊戲場業言：因依系爭三自治條例規定，距離限制為核發電子遊戲場營業許可證之許可條件之一，故較中央法律規定標準更嚴格之系爭距離限制已涉及憲法所保障之營業自由基本權之限制，系爭距離限制規定自仍需符合比例原則，即其限制手段需適當且必要。

如上所述，中央法律所定之距離限制僅五十公尺，而系爭三自治條例則均擴大一、二十倍，分別為一千、九百九十及八百公尺，單由其倍數言：若系爭三自治條例之規定仍未過當，則中央所定之五十公尺標準如何得謂為適當（中央立法恒以適當為必要）？又以保障兒童及青少年權益為主要宗旨之兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第四項既規定距離標準為二百公尺，則顯然係認距離標準以二百公尺為適當。準此，系爭三自治條例所為四至五倍於二百公尺之規定，如何可謂為適當，從而不悖於比例原則哉？另電子遊戲場採分級制，分為普通級及限制級（請見其第五條，普通級指設置益智類電子遊戲機者），而兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第一項僅規定禁止兒少出入限制級電子遊戲場，即未禁止兒少出入普通級電子遊戲場（沒有禁止兒少及一般大眾遊藝益智類遊戲之理，自然也應無嚴格限制普通級電子遊戲場開設之理由），同條第四項之二百公尺距離限制也未針對普通級而設，則系爭臺北縣及桃園縣規定兼及於僅設置益智類遊戲機之普通級電子遊戲場，認普通級亦需距離學校等九百九十公尺或八百公尺部分，能認為適當而無違比例原則嗎？此外，就八大行業之酒家、舞廳等及功能相近之資訊休閒業，主管機關亦均定有類似目的之距離標準，但多未逾二百公尺（極少數情形為四百公尺，請見註二），以電子遊戲場業之發源國最繁華之首都東京為例：其距離標準限制規定亦未逾一百公尺（請見附件二），則寧有獨就曾被大韓民國列入為正式國際運動比賽項目（請見註三）及為與臺北市政府所推

動之電競（請見註四）有關之電子遊戲場業之營業場所，特予規定需距離八百至一千公尺之理哉？此非已違比例原則，什麼才算違反比例原則！

工商管理曾經是台灣大學法商學院商學系入學排行第二高分之熱門系組名稱，工商管理不但是有為政府（包括中央及地方）之職權更是無可旁貸之職責。惟在民主法治國原則下，在憲法對基本人權之限制應符比例原則下，工商管理手段應適當合理，且於法已定有管理手段之情形，政府應善盡其依法管理之責；不能便宜行事，在法已定之管理手段之外，藉口有效管理，由地方政府動用限制基本人權之其他手段，否則應難謂適當合理及必要。就電子遊戲場業之管理，除其專法即電子遊戲場業管理條例於其第四條第二項規定不得有賭博或妨害風化之設計或裝置、第五條規定應分級及不同級不得混合營業、第十七條、第二十一條規定電子遊戲場業者應遵守之事項、第二十五條、第二十七條、第二十九條至第三十一條等定有違反賭博禁止等規定之處罰、第三十四條及第三十五條則規定妨礙檢查等之處罰等外，另兒童及少年福利與權益保障法第九十五條第二項亦設有處罰規定；賭博、色情、毒品管制相關刑事及行政法規，甚至社區安寧相關之社會秩序維護法等亦均設有管理手段足供使用，故應無由地方政府再以管理之名，於屬命令性質之地方法規中另設數倍甚至數十倍於中央法律之距離限制之理，即此一管理手段應非合理適當及必要，故應不符比例原則。

註解：

註一：電子遊戲場業管理條例第八條規定：「電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合下列規定：一、營業場所位於實施都市計畫地區者，應符合都市計畫法及都市土地使用分區管制之規定……」；依臺北市土地使用分區管制自治條例第四條第十款、第十一款規定：供娛樂業（電子遊戲場業為娛樂業）

使用之分區為商業區中之第三種商業區及第四種商業區；其第二十一條至第二十四條進一步規定：屬第三十二組娛樂服務業之電子遊戲場業得設置於第四種商業區及附條件允許設置於第二、三種商業區；再由臺北市政府覆函稱依其自治規定目前臺北市暫無可供新設限制級電子遊戲場云云之意旨，及詳細比對臺北市行政區圖並商業區、學校用地等圖暨系爭一千公尺距離限制圖，所顯示者，系爭一千公尺距離限制規定確已生禁絕新設限制級電子遊戲場之結果。另臺北市之系爭自治條例中另有其他資本額、樓地板面積、臨接道路面寬等等限制，不在本件爭議範圍且應不致客觀上無法成就之程度（即未因之而禁絕），併此敘明。

註二：就所謂的八大行業（或稱特種行業、特定行業）之管理，在中央曾有「視聽歌唱理髮三溫暖舞廳舞場酒家酒吧及特種咖啡茶室業管理規則」，但該規則業於九十年廢止；兒童及少年福利與權益保障法第四十七條第四項規定酒家、特種咖啡茶室應距離幼兒園、國民中小學、高中、職校二百公尺以上，但目前中央並無規範特定行業之專法。臺北市有臺北市舞廳舞場酒家酒吧及特種咖啡茶室管理自治條例，該條例第四條第一項第一款規定：「本自治條例所定之營業，其營業場所應符合下列規定，並經主管機關許可後，始得辦理公司及商業登記。一 營業場所所在地應符合都市計畫法、都市計畫法臺北市施行細則及臺北市土地使用分區管制規則之規定，並應距離國家紀念性建築物、孔廟、忠烈祠、學校、公共圖書館、醫院週邊一百公尺以外。但舞場以五十公尺為限。」桃園市則有桃園縣特定行業設置管理自治條例（繼續適用），該條例第四條第一項則規定：「特定行業之營業場所應距離高中（職）校、國民中、小學二百公尺以上，醫院五十公尺以上。其距離以二基地最近距離直線測量之。」新北市則無相關自治法規。就資訊休閒業之管理，目前中央並無相關專法，臺

北市、新北市及桃園市皆以自治條例規範之。臺北市資訊休閒業管理自治條例第八條第一項規定：「資訊休閒業之營業場所，應臨接寬度八公尺以上道路，並應距離高中、高職、國中、國小等學校二百公尺以上。但中央法規另有規定者，依其規定。」新北市資訊休閒業管理自治條例第四條第二項第一款規定：「資訊休閒業營業場所之設置，應符合下列規定：一、距離國民中、小學、高中、職校四百公尺以上……。」桃園市將資訊休閒業列為桃園縣特定行業設置管理自治條例（繼續適用）中所稱之特定行業（該自治條例第三條第九款參照），其營業場所應距離高中（職）校、國民中、小學二百公尺以上，醫院五十公尺以上。

註三：二〇一三年於韓國舉行之亞洲室內暨武藝運動會即將電競列為比賽項目。請參見 <http://www.ocasia.org/game/GameParticular.aspx?9QoyD9QEWPfjwaNTRU3pSQ==>（最後參訪日：一〇五年六月二十日）

註四：臺北市政府擬組電競職業隊，請參見 <http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1608627>（最後參訪日：一〇五年六月二十日）

附件一：直轄市、縣（市）就電子遊戲場業營業場所應距離一定場所之限制

直轄市、縣（市）	法規名稱及條號	內容
臺北市	臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第 5 條第 1 項	電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定： 一、普通級：應臨接寬度 12 公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館 50 公尺以上。 二、限制級：應臨接寬度 30 公尺以上道路，並應距離幼稚園、國民中、小學、高中、職校、醫院、圖書館 1000 公尺以上。
新北市	新北市電子遊戲場業設置辦法第 6 條第 1 項第 1 款	電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定： 一、距離住宅區 50 公尺以上，並應距離國民中、小學、高中、職校、醫院 990 公尺以上。
基隆市	基隆市電子遊戲場業設置自治條例第 5 條	電子遊戲場業之設立地點（含設立、遷移、擴大面積）應符合下列規定： 一、電子遊戲場業（含設立、遷移、擴大面積）之營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、圖書館、醫院 500 公尺以上。 前項距離以二建築基地境界線最近二點作直線測量。 二、最小設置單層營業樓地板面積 500 平方公尺以上。
桃園市	桃園縣電子遊戲場業設置自治條例	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、

	例（繼續適用）第4條第1項	醫院800公尺以上。
新竹市	新竹市電子遊戲場業設置自治條例第5條第1項	電子遊戲場業之設置地點應符合下列規定： 一、普通級：電子遊戲場之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上。 二、限制級：電子遊戲場之營業場所，應距離國民中、小學200公尺以上，距離高中、職校、醫院100公尺以上。
臺中市	臺中市電子遊戲場業設置自治條例第6條	電子遊戲場業之營業場所，除應距離住宅區50公尺以上外，並應符合下列規定： 一、普通級電子遊戲場應距離國民中（小）學、高中、職校、醫院200公尺以上。 二、限制級電子遊戲場應距離國民中（小）學、高中、職校、醫院300公尺以上。
南投縣	南投縣電子遊戲場業設置管理自治條例第4條	電子遊戲場業之營業場所，應符合下列規定： 一、普通級電子遊戲場應直線距離國民中、小學、高中、職校、醫院200公尺以上。 二、限制級電子遊戲場應直線距離國民中、小學、高中、職校、醫院300公尺以上。
臺南市	臺南市電子遊戲場業設置自治條例第4條第1項第4	電子遊戲場業之營業場所應符合下列規定： ……

	款	四、營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院1000公尺以上。
高雄市	高雄市電子遊戲場業管理自治條例第4條第1項	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院1000公尺以上。
	高雄市電子遊戲場業管理自治條例第5條第1項	普通級電子遊戲場業之營業場所，設於符合下列規定之百貨公司、遊樂園或商場內者，不受前條第一項規定之限制。但仍應距離國民中、小學、高中、職校、醫院50公尺以上：……。
臺東縣	臺東縣電子遊戲場業設置自治條例第3條第1項	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院500公尺以上。
花蓮縣	花蓮縣電子遊戲場業設置自治條例第4條第1項	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中學、小學、高中及職校1000公尺以上。
澎湖縣	澎湖縣電子遊戲場業設置管理自治條例第3條第1項。	電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院800公尺以上。

附件二：日本東京都風俗營業之營業場所距離限制

以下表格係整理自日本「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例」（風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例）及日本東京都「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例相關之規則」（風俗營業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行条例の施行に関する規則）。小鋼珠店及電子遊戲場業皆屬「與風俗營業等之管制及業務適當化等法施行條例」所稱之風俗營業。

一、商業區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外）	50 公尺
大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即8名以上之入院設施）	20 公尺
相當於助產所之助產設施 診所（即7名以下之入院設施）	10 公尺

（來源：助理郭思岑整理）

二、鄰近商業地區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外）	100 公尺
大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即8名以上之入院設施）	50 公尺
相當於助產所之助產設施 診所（即7名以下之入院設施）	20 公尺

（來源：助理郭思岑整理）

三、其他地區

應保持一定距離之場所	應保持之距離
學校（不含大學） 圖書館 兒童福利設施（除助產設施外） 大學 醫院（包含相當於醫院之助產設施） 診所（即8名以上之入院設施） 相當於助產所之助產設施 診所（即7名以下之入院設施）	100公尺

（來源：助理郭思岑整理）

中華民國 105 年 7 月 15 日
院台大二字第 1050017583 號

公布更正

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出
黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業之開設許可，臺北市、臺北縣（103年12月25日後改制為新北市）及桃園縣（103年12月25日後改制為桃園市）制定電子遊戲場業設置自治條例，關於電子遊戲場業之營業場所應距離學校及醫院等一定距離以上之要求，超過中央立法之電子遊戲場業管理條例所要求五十公尺以上距離限制（以下併稱系爭規定）。惟本件解釋認系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，其屬工商輔導及管理之範疇，逕認為係直轄市、縣（市）之自治事項，仍值得探究。另本件解釋雖已論及各地

方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制規定，宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討並合理調整，以免產生實質阻絕之效果，惟因本件聲請人受不利之影響，實已非純屬開設營業場所距離之職業執行自由問題，而係涉及職業選擇自由之客觀許可要件之干預或限制，是本件就此部分以合憲檢討方式作成解釋，亦有斟酌之餘地。爰提出部分不同意見書如後。

一、電子遊戲場業管理是否屬於單純地方自治事項及其法律保留問題

本件解釋認中央為管理電子遊戲場業制定電子遊戲場業管理條例，於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權，而地方倘於不牴觸中央法規之範圍內，就相關工商輔導及管理之自治事項，以自治條例為因地制宜之規範，均為憲法有關中央與地方權限劃分之規範所許。系爭規定均涉及電子遊戲場業營業場所之規範，屬工商輔導及管理之事項，係直轄市、縣（市）之自治範圍，自非不得於不牴觸中央法規之範圍內，以自治條例為因地制宜之規範。

按地方制度法第二條第二款規定，自治事項：指地方自治團體依憲法或本法規定，得自為立法並執行，或法律規定應由該團體辦理之事務，而負其政策規劃及行政執行責任之事項。同法第十八條規定，直轄市自治事項中關於經濟服務事項如下：直轄市工商輔導及管理。第十九條規定，縣（市）自治事項中關於經濟服務事項如下：縣（市）工商輔導及管理。又參照地方制度法第二十五條規定，直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。惟電子遊戲場業管理是否屬於前揭地方制度法所稱工商輔導及管理之自治事項，頗值得推敲。如將電子

遊戲場業解釋為商業，屬於前述「工商輔導及管理」所稱「商」所涵蓋，似無疑義。(註一)但從前揭條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，地方自治團體基於因地制宜，制定符合地方需求之工商輔導及管理事項，或認為是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲業規範，係值得探討之中央與地方權限劃分之問題。

從現行中央法規觀之，電子遊戲場業管理條例第二條規定，所稱主管機關：在中央為經濟部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。又同法第五條規定，電子遊戲場業設有普通與限制級之營業分級，同條第二項及第三項對於營業場所之經營內容及認定基準，另有明確規定，亦即，電子遊戲場業在同一營業場所不得混合營業級別經營，前項所稱同一營業場所之認定基準，由中央主管機關定之。同法第八條規定，電子遊戲場申請設立時，其營業場所應符合土地使用分區管制、營業場所建築物之構造、設備，應符合建築法令；營業場所之消防安全設備，應符合消防法令等規定。同法第九條第一項規定，電子遊戲場業之營業場所，應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上。由以上規定觀之，性質上屬於中央立法之電子遊戲場業管理條例，對於營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項，特予以明文規定，俾供地方主管機關之遵循。

另從聲請釋憲當時地方法規比較觀察，例如基隆市電子遊戲場設置自治條例第一條明確規定，係依地方制度法第十九條規定而定，但未特別指出係何種地方自治事項為法源依據。例如臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（民國 103 年 12 月 25 日廢止）第一條規定為建立電子遊戲場業營業場所之設置規範，落實電子遊戲場業管理條例第八條及第九條之立法目的，制定本自治條例。上開條例較為特別者，針對電子遊戲場業申請設立，應符合中央立法之電子遊戲場業管理條例第八條各款規

定，重申上開規定之適用；至於營業場所則明定應距離國民中、小學、高中、職校、醫院九百九十公尺以上，該距離限制，顯然比中央前揭立法第九條所要求五十公尺以上規定，更加嚴格。臺北縣改制為新北市後，於 103 年 12 月 25 日發布新北市電子遊戲場業設置辦法，而非稱為自治條例。該辦法第一條未明定其法源依據，僅於闡明立法目的後，表示「訂定本辦法」。比較其規範內容，與其他縣市相關規定類似，僅是其法規名稱略有不同。

再從目前相關地方法規之規範方式加以比較觀察，有泛稱某市（縣）為規範電子遊戲場業之設置，或為管理電子遊戲場業，特制定本自治條例，但未特別指稱其明確法源依據者。例如臺北市、桃園縣（改制為桃園市後繼續適用桃園縣公布之自治條例）、臺中市、臺南市、高雄市（註二）、南投縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣等制定之電子遊戲場業設置自治條例。另若干縣市所制定之電子遊戲場業設置自治條例，明定電子遊戲場業之設置，除依電子遊戲場業管理條例及其相關法令外（或稱除中央法令另有規定外），應依本自治條例規定辦理，或本條例未規定者，依電子遊戲場業管理條例及其相關法令之規定等類似規定。若從名稱比較觀察，約半數以上稱電子遊戲場業「設置」自治條例，少數稱電子遊戲場業「設置管理」自治條例，例如高雄市稱電子遊戲場業「管理」自治條例。

綜上可見，地方自治團體有關電子遊戲場業管理規範之名稱與內容，未盡統一。如將電子遊戲場業管理，解釋為單純地方自治事項，各該地方立法機關及行政機關固得自行制定公布相關自治條例。設若認為其非屬於地方之自治事項，則須取得法律授權，始得制定自治條例。

憲法第一百零八條第一項第三款規定：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：…三 森林、工礦及商業。」本件涉及電子遊戲場業，符合前述商業之性質。雖有部

分電子遊戲具有益智娛樂價值，但亦有兒童少年不宜之限制級電子遊戲。且從地方制度法第十八條、第十九條條文用語順序觀之，工商輔導先於管理，是電子遊戲場業之管理規範，中央有時尊重地方之特殊性，容許於不違反中央母法之強制或禁止規定內，各自訂定不同之規範。惟因電子遊戲場業管理之一般性規範，宜由中央就其憲法所賦予之立法權限，制定全國性之規範，是以本件系爭規定有關營業場所距離限制之許可要件，不宜逕認為其係屬於工商輔導及管理之單純地方自治事項。換言之，宜從憲法第一百零八條第一項第三款所稱之商業事項出發，認為其屬於中央立法並執行之，或交由（省）縣執行之事項。於此情形，地方機關應依法律及上級法規之授權，且應經地方立法機關通過，始得制定、公布施行電子遊戲場業設置管理相關之自治條例，藉以限制規範人民從事此項商業之權利義務。或參照本院釋字第四九八號解釋，認中央與地方自治團體在垂直分權之基礎上，仍得就特定事務相互合作，形成共同協力之關係，以收因地制宜之效；或參照本院釋字第五五〇號解釋，認係基於國家整體施政之需要而立法課予地方協力義務之事項。認為系爭規定是地方與中央共同辦理事項，共同協力制定電子遊戲場業相關規範，而非僅為單純之地方自治事項。

現行地方所制定電子遊戲場業設置自治條例或辦法，雖有未具體指稱其法源依據者，然因電子遊戲場業管理條例第二條規定已明定，所稱主管機關：在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府；並於該條例第十一條賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權；且上開管理條例，對於電子遊戲場業之營業分級、登記及評鑑、管理（如營業場所之土地使用、建築、消防、開設距離等事項）、罰則等，均已詳予明文規定，俾供地方主管機關遵循。故可視為該等自治條例或辦法，實質上仍源自中央立法之電子遊戲場業管理條例之法律授權，而為相互呼應之規範，是

以宜解為相關地方自治條例或辦法與憲法第二十三條法律保留原則相符。

二、憲法第十五條工作權及財產權保障與職業自由、營業自由之基本權保障範圍、及本件解釋所涉及之基本權，宜再予釐清

相對於基本權「人之保障範圍」(persönlicher Schutzbereich)，本件解釋屬於基本權「事務之保障範圍」(sachlicher Schutzbereich)，係電子遊戲場業之營業許可及營業場所開設距離之限制，其可能涉及憲法保障之職業自由或營業自由等基本權。惟憲法並未明定職業自由或營業自由，故其屬於何種基本權，有待釐清。

按憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。將生存權、工作權與財產權三合一而規定於同一條。職業自由或營業自由是否得由前開第十五條推論出，或是從憲法第二十二條之自由或權利推論而得。就此等問題，學者間、本院解釋及意見書有不同之見解。(註三)

我國學理上，有將工作權及財產權統稱為「經濟基本權」。工作權區分作為自由權的工作權與作為社會權的工作權(即勞動基本權)。工作權主要是指選擇工作自由，乃個人應有就其性情、體力、能力的適應性，選擇適當工作，即所謂的職業自由。且引用德國基本法第十二條保障職業自由規定，並採用德國聯邦憲法法院藥房案所發展出之三階段論分析。(註四)有認為憲法第十五條將工作權與具典型受益權性質的生存權及自由權性質之財產權並列，以致學說上可對於憲法工作權保障之性質，有不同見解。過去以工作權屬自由權為多數學者之見解。於現代給付國家時代潮流中，逐漸趨向兼具受益權之屬性。(註五)此外，有從歷史解釋及比較解釋觀點出發，就我國憲法上的工作權保障，有認其係典型的社會權，認應回歸其原本的性質，即以保障勞工階層為目的之一項社會基本權，個人有工作能力者國家應設法予以適當之工作機會(參照憲法第

一五二條)，或給予失業之救助。至於營業自由或營業權屬於財產權保障的範疇，不應將之視為工作權的一部分。而職業自由與工作權並不完全相容，自由選擇職業屬於憲法所保障的契約自由的一環。(註六)有將工人與勞動者工作自由以外的職業活動及營業自由，排除於工作權保障範圍之外，因憲法對私有財產權之制度保障(Institutsgarantie)的效力，及於維護由私有財產而衍生的私法自治、契約自由、營業自由、市場交易機能等，是故一般性的職業自由屬於憲法第二十二條保障的事項。綜上，各該見解及論據不盡相似，惟基本上並不否認職業自由或營業自由應受憲法保障，僅是依據之憲法條文及基本權用語上有所不同。

從比較憲法觀察工作權與職業自由及營業自由之規範模式，有將工作權(勞動權)、職業選擇自由與營業自由分開規範者，例如西班牙憲法第三十五條及第三十八條。(註七)有單一條文明定職業選擇自由，並與勞動權利及義務分開規定者，例如大韓民國憲法第十五條職業選擇自由、第三十二條勞動(勤勞)之權利及義務及第三十三條勞動者(勤勞者)之團結權等。(註八)有將營業之自由及平等與勞動權(勤勞權)分開規範者，例如丹麥憲法第七十四條及第七十五條。(註九)有規定於同一條項但將勞動與職業自由選擇權利分開規範者，例如比利時憲法第二十三條第三項第一款(有關人類尊嚴及社會權規定)。(註十)由以上憲法立法例觀之，有關工作權／勞動權與職業自由之規範模式，不盡相同，究竟以何種方式規範為佳，此宜解為制定憲法之政策選擇問題。

除前述比較憲法觀察外，比較常為國內專家引用之外國立法例，如德國基本法第十二條第一項(註十一)及日本憲法第二十二條第一項(註十二)規定，對於職業選擇自由均予以明文規定。德國基本法第十二條第一項包含一種統一的基本權，有學者認該職業自由係一種因人格自由發展而特別形成之基

本權，優先於由基本法第二條第一項規定衍生出之「一般行為自由」(此屬補充性質之攔截性基本權)。基本法第十二條規定對於經濟秩序甚具意義，因其確保產業自由(Freiheit des Gewerbes)，且有效促進競爭。對職業活動之國家干預及措施，得以主導性有效防禦之權。但同時第十二條亦包含對自由職業活動之基本法客觀價值決定。因此，國家須有機會促進人民之職業自由。

我國憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」之體例，與德國基本法第十二條第一項及日本憲法第二十二條第一項及第二十七條第一項(註十三)規定有所不同，德國基本法僅就職業自由予以規範，日本憲法則分就職業自由與勞動權利義務予以分別規定。(註十四)我國學理上有將憲法第十五條保障工作權，參酌德國職業自由之三階段論予以審查。

本院之解釋，認職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。(本院釋字第六五九號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。(本院釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋參照)按憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度。(本院釋字第四六二號解釋參照)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。(本院釋字第五一〇號解釋參照)另本院第六三七號解釋曾對離職公務員選擇職業自由予以限制，作為憲法保障人民工作權之意旨是否違背之審查標的者，亦見本院認為選擇職業自由與憲法保障人民工作權有關。再者，人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之

自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於選擇職業應具備之主觀條件加以限制者，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制，惟其目的須為重要之公共利益，且其手段與目的之達成有實質關聯，始符比例原則之要求。（本院第六三四號解釋參照）此又更進一步採取德國三階段論，認選擇職業應具備之主觀條件，且將工作權包含人民選擇職業之自由。

至於人民營業之自由，於本院釋字第五一四號解釋認為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制。遊藝場業輔導管理規則關於電動玩具業不得容許未滿十八歲之兒童及少年進入其營業場所之規定，乃經營營業須遵守之義務，為人民職業選擇自由中營業對象自由之限制，因而撤銷營業許可之規定，乃違反義務之制裁，均涉及人民憲法上工作權及財產權之保障。（註十五）

從本院往昔解釋觀察，有認職業自由屬於憲法第十五條工作權保障，人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號、第七一九號解釋參照）。（註十六）此見解為本件解釋所採。又有認為本院釋字五一四號解釋，具有若干與德國三階段論之意味，只是這套理論不宜應用在工作權的詮釋上。（註十七）此說認為一般性職業自由非工作權所涵蓋，屬於憲法第二十二條之基本權。

如前所述，我國憲法將職業自由納入憲法第十五條工作權保障範圍。有關營業自由，往往依據憲法上工作權及財產權之保障予以併稱，且合併適用兩項基本權，認為營業自由非僅單屬財產權或工作權保障之問題。前述職業自由，通常僅納入工作權保障，但未論及財產權保障。在此情形，可見職業自由、營業自由、工作權與財產權四種基本權之涵蓋範圍，並非完全

相同。因此，本件電子遊戲場業營業場所開設距離之限制，於憲法上基本權之保障範圍，可能涉及職業自由或營業自由。

本件解釋認「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵。人民如以從事一定之營業為其職業，關於營業場所之選定亦受營業自由保障」。雖有謂職業自由包括營業自由，惟兩者內涵不盡相同，可能因其所依據基本權不同（工作權、財產權或憲法第二十二條之自由或權利等），而異其審查方法或密度。職此，如單從職業自由為保障範圍，而不論營業自由部分，似比較單純，否則於此應另外探討營業活動有關財產權（例如營業權保障）之基本權保障範圍。

總之，從歷史解釋，工作權之定性，可能溯及社會主義之勞動權概念，則與基於自由主義市場經濟之職業自由，各有其不同歷史發展起源及背景。時至今日，兩者是否宜適度整合，或仍維持其差異性，值得再思考。另從現代憲法之目的解釋，將職業自由納入現代意義的廣義工作權概念，則職業自由適用憲法第十五條工作權保障，將之列入所謂人權清單之中，如此則無庸另依憲法第二十二條創設職業自由基本權。因此，本案有關電子遊戲場業許可及管理，另不包含財產權面向的營業自由基本權。換言之，將其與憲法第十五條財產權及第二十二條概括基本權加以區分，而單純由憲法第十五條工作權及職業自由作為基本權的「事務之保障範圍」出發，如此則較易於審查其合憲性。

三、從比較憲法解釋角度論職業自由之保障與其限制之違憲審查方法

關於職業自由之保障，德國聯邦憲法法院於一九五八年六月十一日「藥局判決」（Apotheken-Urteil）（註十八）案提出三階段論。該判決提出之三階段論，將職業自由之限制區分為三種階段，並適用不同之審查基準。

1. 第一階段：關於單純職業執行規制（reine Berufsausübungs-

regelungen)，例如有關職業執行之種類及方式之內容規制（註十九），如顯示「公共福祉」之理性考量（vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls）具有合目的性者，即具阻卻違憲事由（註二十）。

2. 第二階段：關於職業選擇自由之主觀許可限制（subjektive Zulassungsbeschränkungen）（有稱為「主觀許可要件」；subjektive Zulassungsvoraussetzungen），例如限制職業選擇應具備一定之技能、訓練、體能等條件，須係為保護「重要之公共利益」（wichtiger Gemeinschaftsgüter）者，始得許可（註二一）。
3. 關於職業選擇自由之客觀許可限制（subjektive Zulassungsbeschränkungen）（有稱為「客觀許可要件」；objektive Zulassungsvoraussetzungen），例如設定進入市場之數量限制，乃與申請執業之個人特質無關之條件，且該條件之成就與否非該個人所能左右者，則係為防禦「可資證明或極顯著重大危害之特別重要之公共利益」（註二二）之強制性要求者，始得許可。

於德國，對於是否繼續採取三階段論，適用於職業自由之違憲審查，亦引發討論及批評。有認為三階段論對於「職業形象定型」（Berufsbildfixierung）與公共福祉及公共利益（公益）之意義等，並不甚明確，實務上適用易生疑義。是以不宜繼續使用該三階段論，甚至建議改採「四階段論」（Vier Stufen Theorie），亦即過當禁止（Übermaßverbot）（比例原則）取代階段論，將目的正當性、目的與手段間之適合性、必要性及狹義比例（有稱均衡性或相當性）（註二三）分成四階段審查。（註二四）亦有認為三階段論仍得適用於職業自由，但非屬於保障範圍審查階段，因為德國基本法第十二條第一項雖分別明定職業選擇自由與職業執行自由，但其納入職業自由之統一的基本權（Das einheitliche Grundrecht der Berufsfreiheit）（註二五），而

作為基本權之事務保障範圍。於職業自由基本權之干預（Eingriff）或限制（Schranken）（例如規律保留，或稱法律保留）審查後，對於職業自由基本權的「限制之限制」（Schrnaken-Schranken），其中得適用比例原則連接三階段論，就職業執行自由、職業選擇自由之主觀及客觀許可要件分別其審查密度，針對個案予以審查。

茲表列如下，以利理解：（註二六）

功能（Funktion）	防禦權（主觀公權利） 對自由職業活動之價值決定（客觀法秩序）
保障範圍	職業自由之統一的基本權（職業選擇自由與職業執行自由） 獨立的或非獨立的 繼續性、有報酬的
干預	於規律職業之意圖（berufsregelnde Tendenz）（註二七）時， 直接的、有目的或僅間接的
限制	規律保留（Regelungsvorbehalt）（其作用有如法律保留）
限制之限制	三階段論、比例原則、勞動強制與強制勞動（Abeitszwang und Zwangsarbeit）

茲另就現行德國基本法第十二條第一項職業自由違憲審查流程，特別是關於適用三階段論與比例原則情形（註二八），表列如下，以供參考：

職業執行	職業選擇	
“wie”（如何）干預 （第 1 階段）	主觀許可要件 “ob”（是否）干預 （第 2 階段）	客觀許可要件 （第 3 階段）
*目的：公共福祉之	*目的：重要公益之	*目的：為保護特別重要

保護	保護	之公益而防禦「可資證明或極顯著重大危害」
*適合性	*適合性	*適合性
*必要性	*必要性	*急迫的必要性
*均衡性（狹義比例）=>“典型比例原則”	*均衡性	（ <i>zwingende Erfordlichkeit</i> ）
		*均衡性

我國憲法並未明定職業自由或類似用語，如前所述，與德國基本法第十二條第一項規定有所差異。惟本院曾採用德國聯邦憲法法院藥局案提出之三階段論進行憲法解釋，例如本院釋字第七一一號解釋針對藥師法第十一條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障工作權之意旨相牴觸。上開解釋使用德國基本法用語「職業執行自由」，並運用比例原則作為審查原則。此外，該號解釋之意見書中，就德國保障職業自由所提出之違憲審查方法——三階段論，有深入探討，值得重視並再思考其適用於我國違憲審查之可行性。

當然，比較憲法解釋是否宜作為解釋方法，因異於法律解釋常用之文義、體系、歷史、目的等解釋方法，故亦值得探究。惟有認為比較憲法解釋方法得作為第五種解釋方法。（註二九）如從憲法發展史觀察，各國憲法具有生成發展之不同歷史背景，雖不宜全盤繼受，但就外國憲法實務或學理上經驗，基於問題導向解決方法，並以比較憲法解釋之觀點，適度予以參酌，並應用之，或許有助於我國法令違憲審查之健全與發展。

四、電子遊戲場業之營業場所開設距離限制之定性及歸類——營業場所開設距離限制宜解為職業選擇自由之客觀許可要件

人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制（本院釋字第四〇四號、第五一〇號等解釋參照）。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之許可標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。（本院釋字第五八四號解釋參照）以上本院解釋出現公共福祉、公共利益、職業自由之限制、執行職業之自由等語，可見採用前揭德國藥房案所提出三階段論之跡象，將關於從事職業之地點，認為執行職業之自由。惟於本案之情形，尚有推敲之餘地。

德國基本法第十二條第一項第一段規定，將職業自由包括選擇職業、勞動（或稱工作）地點、訓練場所自由及執行職業自由。此所稱勞動（工作）地點與執行職業併稱，但在職業自由之統一的基本權內，僅是下位概念，干預勞動（工作）地點通常亦侵害職業選擇或職業執行自由。（註三十）惟勞動（工作）地點如成為職業實施（Berufsaufnahme）（註三一）開始之許可要件，則可能構成職業選擇自由之內容。

本件系爭電子遊戲場業之營業場所開設距離之限制，究屬何種干預或限制？（註三二）係合憲抑或違憲？可能因定性及歸類之不同而採取嚴格審查、中度或低度合理審查標準，因而異其合憲或違憲之結論。如單純從文義表面觀之，似容易將之認為營業場所距離限制，係屬於職業執行自由之限制。惟從法律體系及目的解釋，不論是中央立法制定之電子遊戲場業管理條例及中央主管機關訂定之電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點，或是地方各自治團體所制定之電子遊戲場業設置自治條例，就電子遊戲場業之營業場所開設距離

之限制，相關規定均係作為電子遊戲業之開始職業的實施或申請開設之要件，實非單純職業執行活動之規定，是故系爭規定宜解為係針對申請設置電子遊戲場業之客觀許可要件，而非僅係對從事工作地點之執行職業自由所為限制。詳言之，聲請人提出開設電子遊戲場營業之申請時，必須符合系爭規定之要求，否則不予許可或不准開始職業活動的實施。本件聲請人因該等距離限制規定之適用，實際上受到不予開設許可或開始職業活動的實施之不利影響，故系爭規定要件涉及不予許可開設或職業活動實施之結果，並非單純屬於業者取得許可後之職業執行活動。因此，本件宜認為屬於「職業選擇自由之客觀許可要件」之違憲審查疑義，而非單純涉及「職業執行自由之干預或限制」之問題。（註三三）

至於因電子遊戲場業之營業場所距離限制，致無法取得開設許可部分，其意義依法條文義及立法目的，非受規範之申請營業許可人難以理解，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

又營業場所之距離限制規定，旨在管理電子遊戲場業，並維護社會安寧、善良風俗、公共安全及國民身心健康等重要公益（電子遊戲場業管理條例第一條參照），由於電子遊戲場對社會安寧會造成一定之影響，故電子遊戲場業之營業場所應距離對於環境安寧有極高要求之國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上（前揭條例第九條第一項規定參照）。本院釋字第六四六號解釋雖係針對電子遊戲場業管理條例第二十二條有關未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者科處刑罰之規定，認其符合憲法第二十三條比例原則之意旨，與憲法第八條、第十五條規定尚無抵觸。惟由於該件聲請釋憲之標的與本件解釋標的不同，因此本件有關限制營業場所之開設距離，是否為其達成目的所必要，且其所採取之限制手段與目的是否符合比例原則，亦即是否為保護極重要公益所必要？換言之，

是否牴觸憲法第二十三條之比例原則，而與憲法保障人民職業自由及工作權之意旨有所違背，仍有探究之必要。

五、從三階段論及比例原則整合觀察本件聲請釋憲之疑義

本件系爭規定對於電子遊戲場業之營業場所開設距離，各地方自治團體就特定對象規定不同之距離限制，例如有將限制級之電子遊戲場業營業場所，限制在距離國民中、小學、高中、職校、醫院一千公尺以上，甚至包括幼稚園或圖書館等地點。另有區分普通級與限制級而採取不同距離者，亦有未區分其級別，均採一致距離標準者。此外，在距離限制方面，有要求距離遠超過五十公尺甚多者，例如八百五十公尺、九百公尺或一千公尺以上，作為申請開設許可之要件。

如前所述，本件系爭規定雖認為其不違反法律保留原則，但其性質屬於職業選擇自由之客觀許可要件，因此，在規範目的正當性方面，須要有極重要公共利益之要求。在目的與手段間之適合性、必要性與均衡性（狹義比例），均應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

本件系爭規定所設定之營業場所距離限制，或許基於社會、環境安寧或保護兒童或少年身心健康等目的，符合極重要公共利益之要求。惟其目的與手段間是否合乎必要性及均衡性要求，仍有探討之餘地。因使用「一定距離以上之量化」作為許可標準，導致有些地區根本無設置電子遊戲場所之可能，甚至達到本件解釋所稱實質阻絕之不利影響。

再者，電子遊戲場業管理條例第九條第一項規定有關電子遊戲場業營業場所應距離國民中、小學、高中、職校、醫院五十公尺以上之距離限制，是否為最適之合理距離，學理上有不同見解。在法律適用上，其係屬營業場所開設許可之下限，還是上限，仍有疑義。如屬於上限，系爭規定自違反中央法規所設定之客觀許可標準。如屬於下限，則五十公尺與八百、九百及一千公尺相比，其差異高達十六至二十倍，兩者間是否均衡

或相當，似不無疑義。質言之，本件系爭規定之距離限制，其由「量的干預」而發生「質的限制」，系爭規定所為高倍數的距離限制，將可能與狹義比例原則要求發生不符之現象。特別是與五十公尺比較，系爭規定分別提高距離限制甚多，難謂無「過度」(Übermaß)之疑義。於此情形，可能因「量變而質變」，致生違反「過度禁止原則」之情事，從而發生過度干預或限制聲請人職業選擇自由之不利影響。綜上，為保障人民之職業自由基本權，宜認為本件系爭規定有違憲法第二十三條所定之比例原則，與憲法第十五條保障人民職業自由之意旨不符。

註解：

註一：另參照電子遊戲場業管理條例第十條第一項規定，經營電子遊戲場業，應辦理公司或商業登記；其公司或商號之名稱及營業項目，應列明為電子遊戲場業。

註二：高雄市電子遊戲場業管理自治條例第一條規定，特別指稱為管理本市電子遊戲場業，建立商業秩序等，此特別指出其為商業。

註三：參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官之不同意見書，認事實上本院解釋案中，所採用之方法只就過去案例加以套用，對工作權、職業選擇自由權與營業自由權等基本權並未明確區別。由於世界各國對基本權強調重點有所不同，我國承威瑪憲法之精神，將工作權正式明文規定於憲法基本權之中。至於職業選擇自由權則在人權清單之外。此一事實並不表示職業選擇自由不受我國憲法保護，依我國憲法第二十二條之規定職業選擇自由權乃至營業自由權，均應受憲法保護。至於職業選擇以及營業自由權，則係依憲法第二十二條之規定，憲法授權普通法律立法者，故屬於立法裁量之範圍。

註四：參照許育典，憲法，台北市：元照，2013年6版1刷，頁292-296。

- 註五：另參照法治斌·董保城，憲法新論，台北市：元照，2010年，頁264-267。
- 註六：參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北：作者發行，2015年9月增訂三版，頁263-265。
- 註七：參照阿部照哉等編，世界の憲法集【第三版】，東京：有信堂，2005年，頁199。
- 註八：參照阿部照哉等編，前掲書，頁225-226。
- 註九：參照阿部照哉等編，前掲書，頁269。
- 註十：參照阿部照哉等編，前掲書，頁417。
- 註十一：德國基本法第十二條第一項規定：「所有德國人有自由選擇其職業、勞動地點及訓練場所之權。職業執行，得依法律或基於法律授權定之。」此後段規定過於狹隘，文義上僅限於職業執行，未明定職業選擇。實務及學理上認為在職業自由為統一概念，在基本權之保障範圍，其包含職業選擇與職業執行自由。至於論及基本權之「限制」（或干預）及「限制之限制」（Schranken-Schranken），則適用三階段論，搭配比例原則（過度禁止原則）加以審查其合憲性。
- 註十二：日本憲法第二十二條第一項「任何人於不違反公共福祉為限，有居住、遷徙及職業選擇之自由。」日本有認為經濟的自由規制立法之違憲審查基準，採取規制類型論，並運用精神的自由（內容規制與內容中立規制）與經濟的自由二重之基準（double standard）論，及目的二分論（積極目的規制與消極目的規制）。如為除去惡害之消極目的，採取嚴格的合理基準，為社會福祉理念之積極目的，採取合理性基準（例如明白性原則）。（參照前田徹生，經濟的自由規制立法の違憲審查基準と最高裁判所，收載於桶口陽一等，日独憲法學の創造力，上卷，栗城壽夫先生古稀記念，東京：信山社，2003年1版1刷，頁621以下，630以下。

- 註十三：日本憲法第二十七條第一項「所有國民，有勞動之權利，負有義務。」
- 註十四：參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。另參照吳庚大法官於本院釋字第四〇四號解釋不同意見書。
- 註十五：參照本院釋字第五一四號解釋之黃大法官越欽不同意見書及釋字第三一三號、第三九〇號、第三九四號、第四四三號、第五一〇號等解釋。
- 註十六：參照本院釋字第五三八號解釋之謝大法官在全提出之協同意見書。其認為本院自釋字第一七二號、釋字第一七二號、釋字第一九一號、釋字第二〇六號、釋字第三九〇號、釋字第四〇四號、釋字第四一一號解釋、第四三二號解釋、釋字第四六二號、第五一四號解釋等已對憲法第十五條保障之工作權本其自由權性質就其內涵詳加闡釋。惟有認為本院上述解釋於目前將憲法上工作權保障定位為自由權性質，應無礙於其向兼具受益權性質發展。從經濟自由觀點，認營業自由乃憲法上工作權及財產權所保障，屬經濟自由之一環。
- 註十七：參照吳庚、陳淳文，前揭書，頁233，267。另參照本院釋字第四〇四號解釋吳庚大法官之不同意見書，認憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論（Drei-Stufen-Theorie），即非所能全盤接受。
- 註十八：參照 BVerfGE 7, 377 - Apothekenurteil.有譯為藥房判決。參照藥事法第十九條規定，藥師或藥劑生親自主持，依法執行藥品調劑、供應業務之處所，稱為藥局。時至今日，是否繼續適用此三階段論，在德國文獻中，並非毫無批評意見。參照 Rupert Scholz in: Mauz-Dürig, Grundgesetz, Band II,

München: Beck, 2015, Art. 12 Rn. 336.在此批評下，的確此理論在保障範圍層面建構上，可能違反統一的基本權，亦在干預層面上，有可能干預密度上，將職業執行與選擇自由加以區分或許僅是其起初表徵，但不能最終判斷其干預密度等困難問題，但學理上仍期待三階段論可能再發展，認為其特殊個案得以彈性與比例原則審查相整合，作為干預阻卻違憲事由審查（Prüfung der Eingriffsrechtfertigung）之出發點。參照 Epping-Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2013, Art.12, Rn.102ff..

註十九：“inhaltliche Regelungen bezüglich der Art und Weise der Berufsausübung (“Wie”)”.

註二十：“Sie sind gerechtfertigt, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen.”

註二一：本院釋字第五八四解釋，認人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。

註二二：“zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut”.

註二三：本院解釋曾使用「均衡」及「過當」之用語，例如本院釋字第七一二號有關收養大陸地區人民限制案解釋，認為系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當。

註二四：有認為以過當禁止取代階段論（Übermaßverbot statt “Stufentheorie”），因為依德國聯邦憲法法院之判決「階段」（Stufen）與影響要件（Einwirkungsvoraussetzung）不必然相互符合，後者毋寧是按影響密度決定，依個案進行過度

禁止之審查。其按四階段分別進行。(參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18. Aufl., 2015, München: Vahlen, Rn.672ff.)

註二五：依基本法第十二條第一項第一段規律權能，擴及於職業執行及職業選擇，但兩者非處於相同（審查）密度。(Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz GG erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität.)

註二六：參照 Johannes Deger, Grundrechte, 5. Aufl., Altenberge: niederle media, 2015, S. 101, 108.

註二七：參照林大法官錫堯於本院釋字第六八九號之協同意見書。其參照德國聯邦憲法法院裁判與學者之見解，認為公權力行為侵害職業自由，必須有「規律職業之意圖」，始足當之；如欠缺此種目的，僅可能構成對一般行為自由之侵害。又所謂「規律職業之意圖」，不僅指立法者已顯示其對職業活動之直接干涉或以此為其終局目的（即主觀的規律職業意圖，例如：規定某種職業活動應經許可或申報等），亦可能因法規變更職業執行之基本條件且與職業執行有密切關聯（尤其對職業執行有重大影響之情形），而構成對職業自由之侵害（即客觀的規律職業意圖）。

註二八：此表參考 Volker Epping, Grundrechte, 5. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer, 2012, Rn. 418ff..將三階段論與比例原則相連結之類似見解，參照 Christoph Gröpl-Kaz Windthorst-Christian von Coelln, Grundgesetz-Studienkommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2015, Rn. 53ff..

註二九：憲法解釋方法，通常與一般法律解釋方法相似。但 Peter Häberle 主張將法比較 (Rechtsvergleichung) 作為第五種解釋方法。(參照 Peter Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat-Zugleich zur

Rechtsvergleichung als “fünfter” Auslegungsmethode, JZ, 44 Jahrg. Nr. 20 (20. Oktober 1989), S. 916ff.) 基於憲法問題之現代發展通常逐漸增加「法比較」之必要，Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, Rn. 71，認「法比較」作為現代憲法解釋之不可或缺的部分，是正確的。

註三十：參照 Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München: Beck, 2014, Art. 12 Rn.87.

註三一：通常大多數產業活動（die meisten gewerblichen Tätigkeit）未經許可（Erlaubnis），不得開始。德國文獻上，認為僅約10%案型事實上有職業實施自由（Berufsaufnahmefreiheit）。大部分職業活動的實施，須事先報備（Anzeige）、許可（Zulassung）、准許（Genehmigung）或特許（Konzession）。其規範化，特別是在必要性（Erforderlichkeit），受到嚴格之要求。（參照 Otto Depenheuer 著，李惠宗譯，職業自由與工作基本自由（Freiheit des Berufs und Grundfreiheiten der Arbeit），載於 Peter Badura / Horst Dreier 主編，蘇永欽等譯注，德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht），下冊，國科會經典譯註計畫，頁282。）

註三二：電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，是否僅屬營業自由輕微或合理之限制或自治事項等問題，相關評析見解，參照蔡宗珍，營業自由之保障及其限制，臺大法學論叢，33 卷 5 期（2006），頁 279 以下；李建良，政策與法律抗衡下的電玩制度：行政法院有關「電玩營業場所距離限制」判決論析，臺大法學論叢，38 卷 1 期（2009），頁 344 以下。有關距離限制為地方自治事項之論著，另參照廖義男，夏蟲語冰錄（八十）——地方自治之規範及保障，法令月

刊，65卷第9期（2014），頁99-100，其認為如該應間隔之距離規定仍屬合理，即應認為該自治法規並不牴觸法律；陳淑芳，地方自制立法與法律保留原則，載於陳淑芳，權力劃分與權限歸屬，台北：元照，2011年，頁389-390，其認為對於設置地點的問題（營業活動之自由），因涉及地方之都市計畫與區域計畫，就此法律是否應考慮授權地方以其自治立法權定之。

註三三：本件解釋理由書中認關於營業場所之選定亦受營業自由保障，之後又謂系爭規定究其性質，實為對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受較嚴格之審查外（略）。於此似有意引用德國聯邦憲法法院就職業自由保障所發展出之三階段論，然因營業自由與職業自由於基本權保障範圍上仍有差異，本件解釋如此論述，前後似有扞格。

（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>）

司法院釋字第七三九號解釋

【自辦市地重劃審查案】

中華民國105年7月29日

院台大二字第1050019721號

解 釋 文

獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第八條第一項發起人申請核定成立籌備會之要件，未就發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為規定；於以土地所有權人七人以上為發起人時，復未就該人數與所有擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為規定，與憲法要求之正當行政程序不符。同辦法第九條第三款、第二十條第一項規定由籌備會申請核定擬辦重劃範圍，以及同辦法第九條第六款、第二十六條第一項規定由籌備會為重劃計畫書之申請核定及公告，並通知土地所有權人等，均屬重劃會之職權，卻交由籌備會為之，與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，且超出同條第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則。同辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議、於核定前予利害關係人陳述意見之機會，以及分別送達核定處分於重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人；同辦法關於主管機關核准實施重劃計畫之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議、將重劃計畫相關資訊分別送達重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人，及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，連同已核准之市地重劃計畫，分別送達重劃範圍內各土地所有權人及他項權利人等，均不符憲法要求之正當行政程序。上開規定，均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

平均地權條例第五十八條第三項規定，尚難遽謂違反比例原則、平等原則。

解釋理由書

本件聲請人之一依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，就最高行政法院一〇〇年度判字第一七九〇號判決（下稱確定終局判決）所適用之平均地權條例第五十八條第三項、獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱獎勵重劃辦法）第八條第一項、第二十條規定，聲請解釋。另一聲請人臺灣桃園地方法院民事庭，依本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋，亦就平均地權條例第五十八條第三項，聲請解釋。上開規定均為解釋之客體。又獎勵重劃辦法第二十六條第一項規定，為確定終局判決所適用，但未經聲請人聲請解釋；同辦法第九條第三款、第六款規定，未為確定終局判決所適用，亦未經當事人聲請解釋。惟查上開辦法第二十六條第一項籌備會申請主管機關核准實施市地重劃規定，核為解釋客體之同辦法第二十條籌備會申請主管機關核定擬辦重劃範圍規定之後續階段，同辦法第九條第三款籌備會申請核定擬辦重劃範圍，暨第六款籌備會為重劃計畫書之申請核定及公告，並通知土地所有權人規定，則為其前提問題，均與同辦法第二十條規定具有重要關聯性，應一併納入審查範圍（本院釋字第七〇九號解釋參照），合先敘明。

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（本院釋字第四〇〇號解釋參照）。又憲法第十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（本院釋字第四四三號解釋參照）。國家為增進公共利益，固得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權或居住自由予以限制，惟依法律授權訂定之法規命令，仍不得牴觸其授權之目的、內容及範圍，方符憲法第二十三條法律保留原則。又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、第

七〇九號解釋參照)。

自辦市地重劃個案係由部分土地所有權人申請主管機關核定成立之籌備會發動，此發動將使重劃範圍（平均地權條例第五十六條至第六十條之一所稱重劃區、重劃地區，及獎勵重劃辦法所稱重劃區、重劃範圍、重劃區範圍等語，本解釋概稱重劃範圍）內之土地所有權人，被迫參與自辦市地重劃程序，面臨人民財產權與居住自由被限制之危險。又土地所有權人於自辦市地重劃範圍經核定後，因主管機關得公告禁止或限制重劃範圍內土地之移轉及建築改良物之新建等，對其土地及建築改良物之使用、收益、處分權能已造成一定之限制；於執行重劃計畫時，亦應依主管機關核定之重劃計畫內容，負擔公共設施用地、工程費用、重劃費用、貸款利息，並僅於扣除重劃負擔後之其餘土地達最小分配面積標準時才可受土地分配（平均地權條例第五十九條、第六十條、第六十條之一、獎勵重劃辦法第二條、市地重劃實施辦法第十一條至第十三條規定參照），而受有財產權及居住自由之限制。申請主管機關核定成立籌備會之要件、主管機關核定擬辦重劃範圍及核准實施重劃計畫應遵行之程序，暨申請核准實施重劃計畫合法要件之同意比率規定，均為整體行政程序之一環，須符合憲法要求之正當行政程序，以衡平國家、同意參與重劃者與不同意參與重劃者之權益，始為憲法之所許（本院釋字第四八八號、第七〇九號解釋參照）。

獎勵重劃辦法第八條第一項規定：「自辦市地重劃應由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，並由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權狀影本，向直轄市或縣（市）主管機關申請核定……。」如土地所有權人未達十二人時，僅須過半數土地所有權人，即可申請核定成立籌備會，不問發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為何；土地所有權人十二人以上時，僅須七人即可申請核定成立籌備會，不問發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為何，亦不問發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總

面積之比率為何，皆可能迫使多數土地所有權人或擁有更多面積之其他土地所有權人，面臨財產權與居住自由被侵害之危險，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

平均地權條例第五十八條第一項規定：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。……」是自辦市地重劃事項應由重劃會辦理。同條第二項規定：「前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。」據此授權訂定之辦法雖非不得就籌備會之設立及組成併為規定，但籌備會之功能應限於處理籌組重劃會之過渡任務，而不包括應由重劃會行使之職權，始無違於法律保留原則。獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款規定：「籌備會之任務如下：……三、申請核定擬辦重劃範圍。……六、重劃計畫書之……申請核定及公告，並通知土地所有權人。」第二十條第一項規定：「籌備會成立後，應備具申請書並檢附下列圖冊向直轄市或縣（市）主管機關申請核定擬辦重劃範圍：……。」以及第二十六條第一項規定：「籌備會應檢附下列書、表、圖冊，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請核准實施市地重劃：……。」均屬重劃會之職權，非屬籌組重劃會之過渡任務，卻交由籌備會為之，除與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符外，且超出同條第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則。

主管機關核定擬辦重劃範圍、核准實施重劃計畫之行政行為，係以公權力對於自辦市地重劃個案為必要之監督及審查決定，性質核屬行政處分，不僅限制重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，並影響原有土地上之他項權利人權益（獎勵重劃辦法第三十七條、第三十八條規定參照）。相關法令除應規定主管機關應設置適當組織為審議外，並應按審查事項、處分內容與效力、對於權利限制之程度分別規定應踐行之正當行政程序（本院釋字第七〇九號解釋參照）。獎勵重劃辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議，亦未要求主管機關於核定前給予利

害關係人陳述意見之機會，又未將核定處分分別送達於重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人，致未能確保其等知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，以主張或維護其權利；同辦法關於主管機關核准實施重劃計畫之程序，未要求主管機關應設置適當組織為審議，又未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對重劃範圍內申請人以外之其他土地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，連同已核准之市地重劃計畫，分別送達重劃範圍內各土地所有權人及他項權利人等，致未能確保其等知悉相關資訊及適時參與聽證之機會，以主張或維護其權利，均不符憲法要求之正當行政程序。

上述各段關於獎勵重劃辦法規定違憲部分，相關機關應依本解釋意旨，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」查市地重劃不僅涉及重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及原有土地上之他項權利人之權益，有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由（本院釋字第709號解釋參照）。上開規定縱採同條例第五十七條同一之同意比率，且未如都市更新條例第二十二條第一項區分不同類型，採不同之同意比率，亦難遽謂已達違反比例原則、平等原則之程度。惟有關機關允宜審酌擬辦自辦市地重劃之區域是否已擬定細部計畫或是否屬於平均地權條例第五十六條第一項各款得辦理市地重劃之區域，或重劃範圍是否業經主管機關列入當地分區發展計畫土地，或有進行市地重劃之急迫性等因素（獎勵重劃辦法第四條、都市計畫法第二十四條、都市更新條例第二十二條第一項規定參照），適時檢

討申請之同意比率，併此指明。

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	吳陳銀	
		蔡明誠	林俊益			

部分協同意見書

湯德宗大法官	提出
黃虹霞大法官	加入
蔡明誠大法官	加入
林俊益大法官	加入

緣臺中市政府於中華民國九十五年十一月十三日（註一）及同年月十五日（註二）核准臺中市整體開發地區內之土地所有權人李錦佃等七人發起成立之鑫新平自辦市地重劃區籌備會（下稱鑫新平籌備會），並於民國九十七年一月二十二日依該會之申請，核定（註三）鑫新平重劃區範圍及重劃區名稱；嗣並代為擬定細部計畫草案，經公開展覽、舉辦說明會及提交臺中市都市計畫委員會決議後，於民國九十七年九月八日公告「擬定臺中市都市計畫（整體開發地區單元八）細部計畫案」計畫書、圖，自發布日起實施。鑫新平籌備會於民國九十七年十一月六日及同年十二月八日分別檢附相關資料，申請臺中市政府核定重劃計畫書，及更名為「臺中市中科經貿自辦市地重劃區」，臺中市政府卒於民國九十七年十二月十九日核准（註四）實施市地重劃計畫。聲請人胡天賜（註五）為鑫新平自辦重劃區內之土地所有權人，因不服前揭臺中市政府核准實施市地重劃之決定，遞經訴願（註六）、行政訴訟（註七），均遭駁回。茲以確定終局判決（最高行政法院一〇〇年度判字第一七九〇號判決）所適用之平均地權條例第五十八條第三項、獎勵重劃辦法第八條及第二十條等規定，有違憲疑義，聲請本院解釋。另，臺灣桃園地方法院民事庭為審理該院一〇三年度

訴字第二一八四號撤銷會員大會決議事件，認應適用之平均地權條例第五十八條第三項規定，有抵觸憲法第七條、第十條、第十五條及第二十三條之疑義，依本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋意旨，聲請解釋。經司法院大法官第五一二〇次全體審查會議決，併本案審理。

本解釋以本院釋字第七〇九號解釋為藍本，審查自辦市地重劃相關規定，並宣告：

1) 民國九十五年六月二十二日修正公布之獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱獎勵重劃辦法）第八條第一項之規定（註八），於擬辦重劃範圍內土地所有權人未達十二人時，僅要求須有所有權人過半數之發起，即可成立籌備會，漏未規定發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率；於土地所有權人為十二人以上時，僅要求須有七人之發起，即可成立籌備會，漏未規定發起人人數占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率，亦未規定發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序（解釋理由書第四段參見，釋字第七〇九號解釋解釋理由書第六段對照）。

2) 獎勵重劃辦法第九條第三款（籌備會申請主管機關核定擬辦重劃範圍）、第六款（籌備會申請主管機關核定及公告重劃計畫書，並通知土地所有權人）、第二十條第一項（籌備會申請主管機關核定擬辦重劃範圍）及第二十六條第一項（申請主管機關核准實施市地重劃）等規定，依法均屬重劃會之職權（平均地權條例第五十八條第一項參見），卻交由籌備會行使，已逾越平均地權條例第五十八條第二項（註九）之授權，有違法律保留原則（解釋理由書第五段參見）。

3) 獎勵重劃辦法關於主管機關核定擬辦「重劃範圍」之程序，既未要求主管機關設置適當審議組織，亦未要求主管機關於核定前應給予利害關係人陳述意見之機會，又未將核定處分分別送達於重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人；同辦法關於主管機關核准「實

施重劃計畫」之程序，既未要求主管機關設置適當審議組織，又未要求主管機關應將該計畫相關資訊分別送達重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人，且未規定主管機關應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，連同已核准之市地重劃計畫，分別送達重劃範圍內各土地所有權人及他項權利人等，均不符憲法要求之正當行政程序（解釋理由書第六段參見，釋字第七〇九號解釋解釋理由書第五段及第七段對照）。

4）平均地權條例第五十八條第三項（註十）關於申請核准實施市地重劃之「同意比率」規定，如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由（本院釋字第七〇九號解釋參見）。其縱未如都市更新條例第二十二條第一項區分不同類型，採取不同之同意比率，尚難遽謂違反比例原則與平等原則（解釋理由書第八段參見）。

關於以上審查結論，本席敬表贊同，審議過程中並協力形成可決之多數。茲謹就部分重要論理，略作補充說明如后。

一、本解釋以「憲法要求之正當行政程序」，明確統攝「程序正當」與「實質正當」兩下位概念，使我國憲法上「正當（法律）程序」之保障益臻完備

本席前在本院釋字第七〇九號解釋提出「協同暨部分不同意見書」，直言本院自釋字第三八四號解釋，以憲法第八條第一項為基礎，引進「正當程序保障」（due process guarantee）以來，固已正確釋示其內容兼指「程序上正當程序」（procedural due process）與「實質上正當程序」（substantive due process），惟釋字第七〇九號解釋釋示都市更新條例第十條第二項（註十一）關於申請主管機關核准「都市更新事業概要」之「同意比率」過低，不符「憲法要求之正當行政程序」一節，乃誤將「實質正當」與「程序正當」混為一談，致誤以「嚴格審查基準」（strict scrutiny）為審查，而指摘該項規定「顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序」，其論理容

值商權。

按「程序上正當程序」(簡稱「程序正當」)要求公權力機關(含立法、行政及司法等機關)擬剝奪人民生命、自由或財產前，應踐行相應之公正、公平程序，俾相對人及利害關係人得適時為防禦(答辯)；「實質上正當程序」(簡稱「實質正當」)則要求法律規定之內容須合乎基本的公平正義(fundamental fairness)。換言之，「程序正當」所審究者，乃公權力之行使「應經如何程序方為正當」的問題；而「實質正當」所關切者，乃法律規定之內容是否「公平合理」，從而得使之發生法之拘束力的問題。

「程序正當」與「實質正當」之意涵(作用)不同，自不得互為替代；(註十二)其違憲審查之基準亦異。析言之，某公權力之行使應經如何程序方為正當(「程序正當」)，乃一相對性問題，實務上係採「利益衡量標準」(a balancing test)，即法院應綜合權衡個案相關因素以為判斷；(註十三)至於某法規之內容是否合理(「實質正當」)，則涉及立法與司法(違憲審查)兩權之劃分，為避免「法官治國」(judiciary government)之疑慮，釋憲機關應適度尊重立法者所為之裁量。

表面上看，本號解釋似以釋字第七〇九號解釋為藍本，蕭規曹隨般地套用於自辦市地重劃相關規定。然，細繹本解釋理由書第四段(關於申請主管機關核定成立自辦市地重劃籌備會之同意比例規定)與第六段(關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序及核准實施重劃計畫之程序)之論理，不難窺知其間之重大差異：

解釋理由書第四段指摘獎勵重劃辦法第八條第一項漏未規定(擬辦重劃範圍內土地所有權人未達十二人者)「發起人所有於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率」或(擬辦重劃範圍內土地所有權人總數在十二人以上者)「發起人人數占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率及發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率」時，特別指明其乃「有違實質正當」，

而「不符憲法要求之正當行政程序」；又，其指摘之重點在於該項規定「顯然漏未規定」同意比例，而非所定同意比例「過低」。釋字第七〇九號解釋理由書第六段之論理缺失爰於斯改正。

解釋理由書第六段則通觀獎勵重劃辦法全文後，具體指摘主管機關於核定擬辦「重劃範圍」之程序及核准「實施重劃計畫」之程序如何欠缺，故「均不符憲法要求之正當行政程序」，其意指有違「程序正當」，甚明。

又，無論有違「實質正當」(解釋理由書第四段)或有違「程序正當」(解釋理由書第六段)，皆屬「不符憲法要求之正當行政程序」。

如上巧妙之修正，使本院解釋先例之見解——「正當(法律)程序」兼指「實質正當」與「程序正當」——得以復歸一致，我國憲法上「正當程序」之保障於焉完備。此堪稱本解釋之精義所在！

二、公有土地所有權人數及其所有土地面積未列入「同意比例」之計算，是否違憲一節，本院迄未作成解釋

查民國六十六年二月二日修正公布平均地權條例第五十八條規定：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，中央主管機關得訂定辦法，獎勵土地所有權人自行組織團體辦理；……」，原未限制多少比例之土地所有人及其所有面積同意始可辦理。嗣民國六十八年九月十日內政部(六八)台內地字第二四五〇九號令訂定發布「獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法」，於第二十條規定自辦市地重劃應經全體(含公有及私有)土地所有權人之同意。惟因門檻過高，推動不易，並為促進土地利用、加速公共建設，乃於民國七十五年修正同條第二項增訂：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之」(嗣同條例於民國九十一年修正時，移列為第三項，內容不變)。近年來實務上屢見各種「小蝦米活吞大鯨魚」之巧門，各界對於將「公有土地」排除於上開「同意比例」

之計算外，時有批評。

惟，本解釋對於「公有」土地所有權人數及其所有土地面積均未列入上開「同意比例」之計算，是否違憲一節，因審議未獲可決之多數，並未作成判斷。又，本院釋字第709號解釋就都市更新條例（民國九十七年一月十六日修正公布）第十條第二項申請主管機關核准都市更新「事業概要」應具備之同意比率，及同條例第二十二條第一項申請主管機關核定都市更新「事業計畫」應具備之同意比例，均未將「公有」土地所有權人數及其所有土地面積列入計算，是否違憲一節，因其時並未成為審查標的，實際亦未作成判斷。為免誤解，特予補充說明。

三、自辦市地重劃法制亟待更新

市地重劃係依照都市計畫規劃內容，將區域內畸零細碎、形狀不整之土地，按原有位次，交換分合為形狀方整的土地後，重新分配予原土地所有權人，並由土地所有權人按其土地受益比例共同負擔公共設施用地及其所需興建費用之行政措施。為激勵私人自利誘因，平均地權條例除規定得由各級主管機關發動辦理市地重劃（公辦市地重劃，第五十六條參見）者外，並規定得由土地所有權人自行組織重劃會，申請主管機關核准辦理之（第五十七條及第五十八條參見）。

市地重劃對於人民財產權與居住自由之影響，較之都市更新，可謂有過之而無不及。然兩相對照，市地重劃法治化的程度遠不及都市更新，不僅市地重劃迄未制定專法規範，與都市更新條例迥異；即占市地重劃案件絕大宗（約三分之二）之自辦重劃所依據之「獎勵重劃辦法」，其規範之周密度與精確度，亦遠不及都市更新法規。尤其，自辦重劃之程序設計頗令人費解，（註十四）申請核准實施之「同意要件」亦與母法明顯出入。（註十五）無怪乎實務上爭訟不絕、抗爭不斷。

如何避免少數優勢個人，假借自辦市地重劃之名，輕易揮舞公權力，巧取豪奪他人之財產（或公有土地），（註十六）並避免

原為維護公益而設立之主管（行政）機關，反而淪為受管制業者或特殊利益團體之代言人，而出現所謂「管制俘虜」（regulatory capture）（註十七）現象，相關法制亟需更新補強。各種管制首先應該慎始——非經「成本-效益分析」（cost-benefit analysis），確認管制之預期效益高於管制所需成本，絕不輕言實施管制；一旦實施管制，其決策應力求「程序透明」、「多元參與」，並維持「適當制衡」。

本解釋與本院釋字第七〇九號解釋先後宣告都市更新與市地重劃部分法規違憲，並釋示「憲法要求之正當行政程序」亦為憲法「正當程序保障」之一環，旨在協力締造更富公義的社會。惟受限於司法之角色，終難通盤檢討。至盼有關機關善體本解釋之意旨，儘速完善相關法制，並切實踐履行政程序法有關規定。

註解：

註一：參見臺中市政府95年11月13日府地劃字第0950234341號函。

註二：參見臺中市政府95年11月15日府地劃字第0950240068號函。

註三：參見臺中市政府97年01月22日府地劃字第0970016303號函。

註四：參見臺中市政府97年12月19日府地劃字第0970298342號函。

註五：本案確定終局判決（最高行政法院100年度判字第1790號判決）之當事人為陳絹，聲請人為陳絹之繼承人，因確定判決對之亦有效力，爰聲請人得據以聲請解釋憲法（行政訴訟法第214條第1項參見）。

註六：參見內政部99年2月1日臺內訴字第0980214534號訴願決定書。

註七：參見100年3月11日臺中高等行政法院99年訴字第125號判決（一部不合法，一部無理由駁回）；100年10月14日最高行政法院100年判字第1790號判決（上訴無理由駁回）。

註八：參見獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第8條第1項：「自辦市地重劃應由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，並由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權

狀影本，向直轄市或縣（市）主管機關申請核定；其申請書應載明下列事項：

- 一、擬辦重劃範圍及土地所有權人總數。
- 二、發起人姓名、住址，並檢附國民身分證影本。如發起人為法人時，應檢具法人登記證明文件及其代表人資格證明文件。
- 三、發起人所有區內土地標示。
- 四、籌備會代表人姓名及聯絡地址。」

註九：參見平均地權條例（91/05/29 修正公布）第58條第2項：「前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之」。

註十：參見平均地權條例第58條第3項：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之」。

註十一：參見都市更新條例（87年11月11日制定公布）第10條第2項：「前項之申請應經該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意」。

該規定於97年1月16日修正公布為：「前項之申請，應經該更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意；……」。

註十二：參見本院釋字第523號解釋（「檢肅流氓條例第十一條第一項規定：「法院對被移送裁定之人，得予留置，其期間不得逾一月。但有繼續留置之必要者，得延長一月，以一次為限。」此項留置處分，係為確保感訓處分程序順利進行，於被移送裁定之人受感訓處分確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，乃對人民人身自由所為之嚴重限

制，惟同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符，應於本解釋公布之日起一年內失其效力」。

註十三：參見本院釋字第689號解釋（「憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、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成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序」）；本院釋字第639號解釋（「惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為個案認定」）。

美國聯邦最高法院亦認為「如何程序方為正當」，應斟酌案件性質、受到不利影響的私人利益、限制或剝奪私人利益之方式、限制或剝奪私人利益之理由、有無替代程序、限制或剝奪私人利益所欲追求之公共利益、以及公益與私益之衡量等因素，綜合認定之。*See Ex parte Wall*, 107 U.S. 265, 289 (1883); *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath*, 341 U.S. 123, 163 (1951) (Frankfurter, J., *concurring*)。

註十四：例如，要求籌備會先申請主管機關核定擬辦重劃範圍後，始召開會員大會，徵求全體會員二分之一以上，及其所有

土地面積超過重劃區總面積二分之一以上之同意，追認或修正重劃計畫書。何以不似都更條例第10條要求具備一定比例之所有權人並其所有面積之同意，始得申請核定都更單元？

註十五：例如，平均地權條例58條第3項明定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之」。然獎勵重劃辦法第13條第2項卻規定：會員大會追認或修正重劃計畫書及認可重劃分配結果等，均「應有全體會員二分之一以上，及其所有土地面積超過重劃區總面積二分之一以上之同意」；同辦法第3條第2項並規定，重劃會「係以自辦市地重劃區內全體土地所有權人為會員」。

註十六：以本件原因案件為例，臺中市中科經貿自辦市地重劃區內土地所有權人李錦佃等七人所有之土地面積總和為0.49333公頃，僅占該重劃區（含公、私有）土地總面積（90.102060公頃）之0.54%（ $0.49333 \div 90.102060 = 0.00547523$ ），僅占該重劃區內私有土地總面積（61.771878公頃）之0.79%。而該重劃區內公有土地總面積為28.330182公頃，占該重劃區土地總面積之31.44%。

以人數言，申請人等7人亦僅占該重劃區內私有土地所有權人總數1815人之0.39%（ $7 \div 1815 = 0.0038567$ ）。參見臺中市中科經貿自辦市地重劃計畫書。

註十七：See generally, George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL J. ECON. & MGT. SCIENCE 3 (1971); Jean-Jacques Laffont & Jean Tirole, 106 *The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture*, Q. J. ECON. 1089 (1991); Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and*

the Public Agenda: Toward A Synthesis, 6 J. L. ECON. & ORG. 167 (1990); David B. Spence & Frank Cross, *A Public Choice Case for the Administrative State*, 89 GEO. L. J. 97 (2000).

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

壹、自辦市地重劃之多數決原則

一、前言

當財產之管理處分，由其所涉權利人自己為之時，與其財產權保障有關之制度的建制，基本上應立基於私法自治原則。依私法自治原則，當一件事務涉及多數人之權益時，應由其共同決定，該共同所做之決定，即是契約或合同。此即自私法自治原則導出之契約原則或合同原則。當因所涉權利人之人數多至不適合依契約原則或合同原則採全數決時，乃依法律或當事人之特約，改採多數決。至於多數決之比例應當為何？採過半數時，其決議為普通決議；要求大於過半數之決議時，為特別決議（註一）。然而，得否以法律規定，財產之管理處分，得以少於過半數之決議為之？在私法自治原則下，是有疑問的。

多數決之決議方式在行政程序上之適用，習以法律正當程序或正當行政程序論之。然即便將之論為屬於法律正當程序或正當行政程序之問題，特別是在法律規定由事務所涉及之權利人自治時，縱使其自治事項規定於公法中，例如自辦市地重劃（平均地權條例第五十八條），其規範仍應符合私法上之私法自治原則或公法上之民主原則的意旨，不得使少數人得藉助於行政機關之核定或許可的行政處分，宰制多數人之權益。

二、自辦市地重劃之基礎規定

中華民國91年05月29日修正公布之平均地權條例第五十八條規定：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。其獎勵事項如左：一、給予低利之重劃貸款。二、免收或減收地籍整理規費及換發權利書狀費用。三、優先興建重劃區及其相關地區之公共設施。四、免徵或減徵地價稅與田賦。五、其他有助於市地重劃之推行事項。(第一項)前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。(第二項)重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。(第三項)」

依該規定解析之：(1)為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，獎勵土地所有權人自辦市地重劃，肯認土地所有權人之自治權。(2)市地重劃之實施主體為重劃會。(3)基於私法自治原則及民主原則，並維護相關之公共利益，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後方可實施市地重劃。(4)授權內政部制定「獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法」(註二)。

三、獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法之規定違憲

獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法(下稱獎勵辦法)第八條第一項規定：「自辦市地重劃應由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，並由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權狀影本，向直轄市或縣(市)主管機關申請核定；其申請書應載明下列事項：一、擬辦重劃範圍及土地所有權人總數。二、發起人姓名、住址，並檢附國民身分證影本。如發起人為法人時，應檢具法人登記證明文件及其代表人資格證明文件。三、發起人所有區內土地標

示。四、籌備會代表人姓名及聯絡地址。」按此，土地所有權人自辦市地重劃，只要由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，即得由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權狀影本，向直轄市或縣（市）主管機關申請核定，成立市地重劃之籌備會；而該籌備會經核准成立後，依獎勵辦法第九條（註三）規定，該籌備會即得辦理重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人；另依獎勵辦法第二十六條第一項（註四）規定，該籌備會檢附相關資料，得向主管機關申請核准實施市地重劃。

市地重劃固須有人發起，方能啟動。然因其啟動之結果，必對於擬辦重劃範圍內之土地及地上改良物產生使用、收益及處分之限制，並隨之產生重劃費用之分擔義務，且重劃之結果亦將改變土地所有權人及他項權利人之權利義務關係。因此，為防止不如意之重劃結果、過大之應分攤重劃費用，以及保障擬辦重劃範圍內土地所有權人及他項權利人之權利，就市地重劃案之發起，即便未規定由擬辦重劃範圍內之全部權利人依契約原則或合同原則共同為之，其發起人，亦應具有擬辦重劃範圍內所有權人數及所有權面積比例所表現出來之一定代表性，始符合私法自治原則及民主原則之意旨，確實落實憲法第十五條所定之財產權保障。

獎勵辦法第八條第一項規定，不論發起人之人數及擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和，是否符合平均地權條例第五十八條所定之半數，皆以七人以上為發起市地重劃之充分要件；且依獎勵辦法第九條、第二十六條第一項規定，由該七人組成之籌備會，得逕為後續有關「重劃計畫書之擬定、申請核定及公告」以及「申請核准實施市地重劃」等對於土地所有權人及他項權利人權益影響重大之事項。獎勵辦法上開有關籌備會之組成及其職權規定，不但已逾越授權之目的與範圍，而且顯已悖於私法自治原則及民主原則，除與平均

地權條例第五十八條第二項以重劃會為自辦市地重劃實施主體之規定不符外，並牴觸憲法第十五條財產權保障之意旨。

貳、公有土地管理機關應否參與決議

按獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第二十三條規定：「直轄市或縣（市）主管機關核定重劃範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣（市）主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」然平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」依上開規定，在私有土地所有權人自辦市地重劃時，公有土地之管理機關（所有權人）、土地面積，並未列入同意比率之計算基礎。亦即，公有土地係被動的參與，不論公有土地之面積多寡，只要該公有土地被劃入擬辦重劃範圍內，且該擬辦重劃範圍經主管機關核定，該公有土地即一律應參與市地重劃。而被劃入重劃範圍之公有土地，其管理機關（所有權人）依現行規定無從就該自辦市地重劃案，在重劃會之議決中，表示贊成或反對之意見。

本號解釋審議過程中，就被劃入擬辦重劃範圍之公有土地是否應計入平均地權條例第五十八條第三項之同意比率之計算基礎乙節，有相當廣泛之討論，惟最終不論正反意見均共識不足，而未形成多數決議。

認為公有土地管理機關（所有權人）應參與決議，亦即，公有土地應計入平均地權條例第五十八條第三項之同意比率之計算基礎之理由概為：1、如排除公有土地管理機關（所有權人）之意見，則難謂符合實質過半之要求；2、公有土地之公共利益亦應被保護；3、基於平等原則，既同屬所有權之行使，公有土地管理機關（所有權人）不應被排除在外等等。

然而，本席認為在自辦市地重劃案，公有土地應無須計入同意比率之計算基礎，其理由概述如下：

一、規定將公有土地計入同意比率之計算基礎可能扭曲自辦市地重劃之本質

如規定將公有土地計入同意比率之計算基礎，則倘公有土地管理機關（所有權人）支持私有土地所有權人數及面積占比屬於多數意見之一方，則不會影響原本私有土地多數意見所形成之決議；反之，當公有土地管理機關（所有權人）支持私有土地所有權人數及面積占比屬於少數意見之一方，則可能使該少數意見轉而成為多數意見。換言之，使公有土地管理機關（所有權人）參與決議，將可能提高私有土地所有權人數及面積占比屬於少數意見之一方，於市地重劃案中之影響力，而降低私有土地所有權人數及面積占比屬於多數意見之一方的決定權。使私法自治原則及民主原則無法落實，扭曲私有土地所有權方基於自己意思，自辦市地重劃之本質。舉例而言：

1、假設私有土地多數意見贊成辦理市地重劃：

設公有土地管理機關數（面積）、贊成市地重劃之私有土地所有權人數（面積）、反對市地重劃之私有土地所有權人（面積）比率為5：3：2。在此情形下，贊成市地重劃之私有土地所有權人（面積）為多數，依平均地權條例第五十八條第三項之規定，得經主管機關核准實施市地重劃；然倘規定公有土地計入同意比率計算，當公有土地選擇支持市地重劃時，則與私有土地所有權人（面積）之多數決結果一致；反之，當公有土地反對市地重劃時，反對市地重劃之私有土地所有權人（面積）之一方，將因公有土地之加入，而反而成為多數意見。導致原本獲得私人土地所有權人（面積）多數支持之市地重劃案，無從進行。

2、假設私有土地多數意見反對辦理市地重劃：

設公有土地管理機關數（面積）、反對市地重劃之私有土地所有權人數（面積）、贊成市地重劃之私有土地所有權人數（面積）比率為5：3：2。在此情形下，反對市地重劃之私有土地所有權人（面積）為多數，依平均地權條例第五十八條第三項之規定，應無從辦理此市地重劃案。然倘規定公有土地計入同意比率計算，當公有土地反對市地重劃時，則與私有土地所有權人（面積）之多數決結果一致；反之，當公有土地選擇支持市地重劃時，則原本贊成市地重劃之少數意見，將因公有土地之加入，反而成為多數意見。換言之，使少數意見之一方，借助公有土地管理機關之支持，強制多數不願意辦理市地重劃之私有土地參與市地重劃。此將完全顛覆私法自治原則及民主原則，扭曲基於自己意思，自辦市地重劃之本質。

在自辦市地重劃之情形下，應尊重私有土地所有權人（面積）之多數意見，當多數私有土地所有權人（面積）有意願自辦市地重劃，才有意義。如果僅有少數私有土地所有權人（面積）有意願自辦市地重劃，而勉強在公有土地之支持下辦理，勢必容易引起糾紛。

二、必要時應循公辦市地重劃之程序辦理，而不宜使公有土地管理機關介入或主導自辦市地重劃之進行

關於市地重劃，除依平均地權條例第五十八條由私有土地所有權人自行組織重劃會辦理者（自辦市地重劃）外，依同條例第五十六條（註五）規定，亦得由各級主管機關視其需要，報經上級機關核准後辦理之（亦即公辦市地重劃）（註六）。因此，當公有土地管理機關有意願辦理市地重劃時，即應依公辦市地重劃之相關規定，按法定程序辦理，並負擔相關責任及義務（市地重劃實施辦法參照（註七）。在制度設計上，不宜使公有土地管理機關有機會透過參與自辦市地

重劃案之決議的方式，影響、甚至主導自辦市地重劃之進行，以規避其在公辦市地重劃所應負擔之責任與義務。

三、已兼顧公有土地之公共利益的保護

平均地權條例第五十八條規定，重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，僅為自辦市地重劃之必要條件，而非充分條件。私有土地所有權人擬辦之重劃範圍尚須經主管機關核定（獎勵辦法第二十條、第二十一條參照）。此外，重劃計畫尚須經主管機關核准後方得實施（獎勵辦法第二十六條參照）。又公有土地管理機關（所有權人）亦得於會員大會時修正重劃計畫書（獎勵辦法第三條第二項、第十三條第一項、第二項參照）。基此，於自辦市地重劃案進行中，已能兼顧公有土地之公共利益的保護需要。再者，倘基於平等原則之考量，認為應使公有土地管理機關（所有權人）參與自辦市地重劃之決議，則事後該公有土地管理機關（所有權人）如同為審查系爭重劃案之主管機關時，該機關應如何為審查？其審查是否會陷入利益衝突？

綜觀上開理由，本席認為，平均地權條例第五十八條第三項未將被劃入擬辦重劃範圍之公有土地計入之同意比率之計算基礎，未許公有土地管理機關參與自辦市地重劃之決議，尚無違憲之疑慮，謹此併予說明。

參、土地重分配之公平分配機制

私有土地之取得及重分配，涉及人民財產權及居住自由之限制。本院曾針對都市更新、區段徵收、一般徵收之相關規定，作成多號解釋（本院釋字第七〇九號、第七三一號、第七三二號解釋參照），本號解釋復針對市地重劃之相關規定作成違憲之宣告，可以見得本院大法官對此議題之重視。綜覽本院歷來解釋，皆係針對土地取得及重分配之「前階段問題」（諸如，徵收目的與

徵收程序之合憲性、都市更新事業概要及計畫之審核程序、重劃組織之成立、重劃計畫之擬定與審核程序等)」，以比例原則及正當行政程序原則審查檢討之；惟關於土地取得及重分配之「後階段問題」，亦即「如何為公平分配」，則未曾論及。實則，如何為公平分配，是都市更新、區段徵收及市地重劃計畫中，至為重要的部分。惟有於計劃最後階段妥適進行公平分配，方能達成公、私雙贏之公平結果，使計畫完美落幕。

市地重劃、區段徵收皆涉及大面積私有土地之重新配置，其共同之特徵在於，國家均不準備提供資金來完成公共設施用地之擴編調整，而係整合現有私有及公有土地，重新調整配置其面積及區位，並藉由提高現有土地「重劃後」或「徵收後」之公告現值的方式，使私有土地所有權人之土地以貨幣表徵之價值不變或甚至有所提高，俾私有土地所有權人不至於感覺有財產利益之減損。

然要如何公開、公平且有效率的分配除去公共設施用地後之剩餘地？公開競標應是最為公開、公平，且有效率的分配方法。蓋成片大面積之土地，經區段徵收或市地重劃後，其供私有土地所有權人分配之土地，在面積與區位皆已不可能與各該私人原來所有之土地的面積與區位相同。是故，只能以區段徵收或市地重劃前，私有土地原來以公告現值表徵之貨幣形式的經濟價值為區段徵收或市地重劃前後土地交換或換算的基礎。這當中，公開競標能以市場的方法，反映全體私有土地所有權人對於個別土地之效用上偏好，以及相應之市場價值的評價問題，不至於受到非市場因素的扭曲；且於公開競標後，得依各筆土地於公開競標中所得之最高出價之得標價格，修正各筆土地於重劃後給定之公告現值，俾使該筆土地之公告現值較接近其實際價值。以下茲以市地重劃為例，試擬其競標方法的設計如後：

- (1) 先將重劃區內之土地（含公共設施用地）按其將編定之用途，分成大區塊，而後再按同一區塊內之土地的地段特徵，分成

適合單獨（建築）使用之小塊為一筆。在前述基礎上，對各筆土地重新評定其重劃後之單位面積價值。

- (2) 各區塊之各筆土地評定之重劃後價值之總和，應恰等於各筆參與重劃土地之原公告現值的總和。並以之為基礎，配予參與重劃土地之土地所有權人「可分得之重劃後土地價值」。
- (3) 各土地所有權人，得個別或聯合，以其「可分得之重劃後土地價值」，參與重劃後土地之公開競標。各土地所有權人參與公開競標時，其所有之「可分得之重劃後土地價值」，應大於或等於其想要標得之該筆土地之標定價值（即該筆土地於重劃後給定之公告現值）；各土地所有權人「可分得之重劃後土地價值」小於想競標之土地的標定價值時，得與其他土地所有權人共同競標；又土地所有權人之「可分得重劃後土地價值」超過其想要標得之土地之標定價值部分，得以其剩餘價值再參與其他土地之競標，或私下轉讓予其他土地所有權人或重劃會。
- (4) 公開競標之出價高於某筆土地之標定價值時，該超出部分，土地所有權人應以現金繳給重劃會，由重劃會設置共同基金存放。該共同基金由全體參與重劃之土地所有權人所共有，待重劃後土地全部分配完成後，再決定如何運用或按各土地所有權人「可分得之重劃後土地價值」比例分配。
- (5) 重劃會應循序從價值高、受多數人偏好之土地，進行公開競標。競標過程中，如有某筆土地之競標價格低於其標定價值、或無人競標時，則先跳過不予競標，待全部重劃後土地均進行完第一次公開競標後，再由剩餘未取得重劃後土地之土地所有權人，就剩餘之土地，進行第二次或第三次之公開競標。
- (6) 如剩餘未取得重劃土地之土地所有權人，均不願意以重劃後土地之標定價值取得剩餘未分配之土地（可能認為該筆土地於重劃後給定之公告現值與市場價值顯不相當）時，可由重劃會，在事先公告之截止日期後，就該剩餘之土地，另定期

日對外（即非原本參與重劃之土地所有權人）公開標售，將標售之價款，依剩餘未取得重劃土地之土地所有權人之「可分得之重劃後土地價值」為給付。標售之價款扣除前開給付後，如有剩餘，則納入重劃會共同基金，由全體參與重劃之土地所有權人共有；反之，如標售之價款不足以抵償剩餘未取得土地之土地所有權人之「可分得之重劃後土地價值」（即對外開放競標後，證明該筆土地市場價值低於重劃後給定之公告現值），該差額部分，則由重劃會共同基金補足給付之。重劃會共同基金不足以補足給付時，則由基於該（自辦）市地重劃案無償取得公共設施用地之主管機關補足。

承上所述，透過公開競標之方式，可避免低估或高估部分重劃後土地之價值，導致參與重劃之土地所有權人利益受損；且使有價值、搶手之土地，因公開競標而得以適切反映其價值，能以高於重劃後給定之公告現值的價格售出，並由全體參與重劃之土地所有權人共同享有該溢價之利益。另外，對於未獲得參與重劃之土地所有權人青睞的剩餘未分配土地，透過對外開放競標取得價款，並輔以由重劃會共同基金及主管機關補足差額的方式，亦不致使參與重劃卻未取得重劃後土地之土地所有權人之利益受損。謹此說明，供作未來修法之參考。

註解：

註一：例如，土地法第三十四條之一第一項規定：「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，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」民法第八百二十條規定：「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。依前項規定之管理顯失公平者，不同意之共有人得聲請法院以

裁定變更之。」民法第六百七十條規定：「合夥之決議，應以合夥人全體之同意為之。前項決議，合夥契約約定得由合夥人全體或一部之過半數決定者，從其約定。但關於合夥契約或其事業種類之變更，非經合夥人全體三分之二以上之同意，不得為之。」公司法（104.07.01.修正公布）第一百八十五條（營業政策重大變更）：「公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約。二、讓與全部或主要部分之營業或財產。三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者（第一項）。公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之（第二項）。前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定（第三項）。第一項行為之要領，應記載於第一百七十二條所定之通知及公告（第四項）。第一項之議案，應由有三分之二以上董事出席之董事會，以出席董事過半數之決議提出之（第五項）。」

註二：獎勵土地所有人辦理市地重劃辦法第一條：「本辦法依平均地權條例（以下簡稱本條例）第五十八條第二項規定訂定之。」

註三：獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第九條：「籌備會之任務如下：一、調查重劃區現況。二、向有關機關申請提供都市計畫及地籍資料與技術指導。三、申請核定擬辦重劃範圍。四、舉辦座談會說明重劃意旨。五、徵求土地所有權人同意。六、重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人。七、擬定重劃會章程草案。八、召開第一次會員大會。九、其他法令規定應行辦理並經中央主管機關認定應由籌備會辦理者。」

註四：獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第二十六條第一項：「籌備會應檢附下列書、表、圖冊，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請核准實施市地重劃：一、申請書。二、重劃計畫書。三、重劃區土地清冊。四、土地所有權人同意書。五、土地所有權人意見分析表，包括同意、不同意之意見及其處理經過情形。六、其他有關資料。」

註五：平均地權條例第五十六條：「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。依前項規定辦理市地重劃時，主管機關應擬具市地重劃計畫書，送經上級主管機關核定公告滿三十日後實施之。在前項公告期間內，重劃地區私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃地區土地總面積半數者，表示反對時，主管機關應予調處，並參酌反對理由，修訂市地重劃計畫書，重行報請核定，並依其核定結果公告實施。市地重劃地區之選定、公告禁止事項、計畫之擬訂、核定、公告通知、測量、調查、地價查估、計算負擔、分配設計、拆遷補償、工程施工、地籍整理、交接清償及財務結算等事項之實施辦法，由中央主管機關定之。」

註六：另外倘基於重大公共利益，有重新規劃、整理、開發土地之需要者，按土地法及平均地權條例之規定，主管機關亦得藉由區段徵收之方式達成相同目的。

註七：按市地重劃辦法，主管機關應有選定重劃地區、舉辦座談會、擬具市地重劃計畫書、依法公告通知並舉辦說明會、編造清冊、評估地價等工作。

部分協同部分不同意見書 蘇永欽大法官 提出

本件解釋審查有關市地重劃法令的若干規定，因市地重劃的基本理念與都市更新相近，都是對多筆不動產通過土地使用的全面再規劃與權利的重分配來創造更高的土地總體效益，可在我國憲法高度社會化的土地政策規定（憲法第一百四十二條、第一百四十三條）找到共同的基礎。因此相關爭議和本院三年前做成的第七〇九號解釋接近，本件解釋也有如該解釋的續編，一方面認定獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱系爭辦法）第八條第一項有關籌備會發起人的門檻規定違反了正當行政程序原則，另一方面又以平均地權條例第五十八條第三項有關同意市地重劃的門檻規定未違反比例原則與平等原則（此處與第七〇九號解釋審查的比例原則與正當程序原則因聲請人主張不同而有小異）。本件解釋也如第七〇九號解釋認定主管機關在做市地重劃的准否決定時未就設置適當組織與資訊傳遞、意見表達建制合理程序，已違反憲法要求的正當行政程序（此處略有不同的是第七〇九號解釋直接認定都更條例第十條第一項、第十九條第三項前段「未」規定，本件解釋則概指系爭辦法未規定，就不作為的違憲而言，應屬較佳的宣告方式）。比較不同的是，都更的主要規定都已見於該條例，市地重劃卻只在平均地權條例第五十六條到六十七條加以規定，有關自辦市地重劃的程序則只見於第五十八條，其詳都已委任主管機關以命令規定，因此本件解釋另從法律保留原則認定系爭辦法第九條第三款、第二十條第一項由籌備會申請核定擬辦重劃範圍，以及同辦法第九條第六款、第二十六條第一項由籌備會為重劃計畫書的申請核定及公告，並通知土地所有權人等規定，都已與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，且超出同條第二項規定之授權目的與範圍。本席對於正當程序原則的審查，一如在第七〇九號解釋所提意見書，就前述「不作為」部分敬表同意，不再做任何補述；對於兩個門檻規定，則一方面認為本件解釋就同意比率如何計算規定的審查，已能掌握自辦市地重劃制度的精神，肯定在多數決的底線外立法者可

保有一定裁量空間，因解釋理由過於精簡而略為協同的說明（第一段）。另一方面，則對系爭辦法有關籌備會發起人門檻規定違反正當行政程序的認定，和釋字第七〇九號解釋有關都更條例第十條第二項的審查一樣，未能清楚說明正當行政程序原則在此有何底線——顯然不需要多數決，立法者就此一門檻的設置是否以及可有多大的裁量空間，敬提不同意見（第二段）。對於違反法律保留原則的論斷，本席也認為籌備會作為重劃會的準備組織，系爭辦法所賦功能尚符合事物本質，除非採嚴格標準，還不能認其已逾越授權（第三段）。最後再對比兩號解釋所涉的都市更新和市地重劃，同為國家推動土地合理利用的政策工具，在法制上後發的都市更新即遠較市地重劃精密，立法上實不宜長期容忍新舊的差異，國土規劃主管機關如能藉這兩號解釋的敲打，一鼓作氣推動土地法制的更新，不僅更符合體系正義，對於土地資源的合理利用與財產權的充分保障也一定可以大幅提昇，略書本席對立法的期待（第四段）。

一、自辦重劃模式本就混合了契約和強制的理念，重劃的決定要設定多高的門檻才可啟動行政審查，應循此理念去找答案。

本院自釋字第六八九號後，對於正當行政程序原則的理解即在強調：「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。」考量的因素包括基本權和公共利益這兩個常常對立的面向，決定機關以及替代的程序，過猶不及均非所宜，則正當（due）也者，無非穩妥的權衡，如果說它其實就是程序面的比例原則，應不為過。

以市地重劃而言，其基本理念在於創造更大的餅以利更公平的分餅，實踐憲法揭示的平均地權理念，相較於土地徵收，不論是單筆的還是區段的，因為財產權實質上並未剝奪，而較接近互易（土地法第一百三十六條可參），在全體同意而得以契約成交，接近巴瑞圖式（Pareto superior）決定（所有成員對其結果不是偏

好也是無所謂)的土地重劃寧屬千載難逢的情形下，某種高權的強制應該無可避免。此時行使高權的機關既以獲取重劃土地總體最大的利益為目標，則除相關公共利益的最大化外，對於被重分配的所有權人而言，如何分配可使其財產權、適足居住權也能創造主觀上最大的「剩餘」，同樣重要，因此重劃程序應特別注意財產權人的參與，以取得充分的資訊與方案選擇。此所以平均地權條例按人民參與程度由消極而積極提供了公推公辦(第五十六條)、民推公辦(第五十七條)與民推民辦(第五十八條)這三種可選擇的程序。其中公推公辦完全由公權力主導，交易成本最低，但在財產權人僅被動參與下，即使盡力取得其相關資訊與意見，仍不易找到最有效率的重分配方案，且易啟抗爭。民推公辦則使財產權人在人數與面積都達半數時，得由地方政府於核准後優先實施，一方面鼓勵民眾積極發動，減少實施的阻力，另一方面仍由公權力承擔規劃及實施的工作，與前一程序差異不大。至於民推民辦，也就是自辦重劃，已經讓公權力完全退居監督者的角色，才真正可說是契約合意模式和單方強制模式的混合，由財產權人自主發動、自主規劃、相互說服乃至執行計畫，公權力僅分階段的扮演監督的角色，以確保少數不同意財產權人的權益，以及相關公共利益的最大化。此一程序的交易成本較高(且常由發動的人民自行吸收)，但因資訊充分比較能找到較優的重分配選擇，比起前二程序在決策上更易通過 Kaldor-Hicks 測試(總體效益大於成本，但在偏好上往往呈現幾家歡樂幾家愁)。惟投入者要自行吸收推動失敗的成本，條例才刻意採取種種獎勵措施。本解釋要以正當程序原則審查的就是系爭辦法第八條第一項和平均地權條例第五十八條第三項就自辦重劃所設的先後兩道門檻，是否已有穩妥的權衡。本解釋肯定後者，即有關重劃會對重劃決定的法定人數(quorum)，卻否定了前者，籌備會發起人的最低人數，和釋字第七〇九號解釋肯定都更條例第二十二條第一項有關同意更新事業計畫的法定人數規定，否定第十條第二項有

關同意更新事業概要的法定人數規定，可謂異曲同工，但在說理上卻同有前後不能一貫之病。籌備會發起人部分容於下段再論。

在明知契約模式難以期待，強制模式又不易鼓勵參與、激發創意乃至形成多數可接受的方案的情形下，混合模式的設計只要在一定程度上能取此二模式之長而減其短，不是反向的混合，即應使立法者保有一定裁量試誤的空間。釋字第009號解釋審查都更條例第二十二條第一項有關同意更新事業計畫的三種門檻時，所做的論證即堪稱簡潔清晰：「考其立法目的，一方面係為落實推動都市更新，避免因少數人之不同考量而影響多數人改善居住環境、促進都市土地有計畫再開發利用之權益，因而規定達一定人數及一定面積之同意比率，即得申請核定都市更新事業計畫；另一方面又為促使居民事先溝通協調，以減少抗爭，使都市更新事業計畫得以順利執行，同意比率亦不宜太低」，「又查上開規定之同意比率均已過半，並無少數人申請之情形；而斟酌都市更新不僅涉及不願參加都市更新者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、願意參與都市更新者之財產與適足居住環境之權益，以及更新單元周邊關係人之權利，立法者應有利益衡量空間；且有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由。立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。」簡單的說，就是為使都市更新仍有可能由人民自辦而不得不放棄完全合意的契約模式，但為了保存自辦的諸多優點，至少也要採多數決。至於多數如何計算，應否區別情形設置不同門檻，則又為立法者保留了合理的試誤空間。

即以此類重劃或更新常常要面對的公地問題來說明，或許會更清楚：在涉及公有土地或建物時究應如何計算比率，計入財產權同意比率，還是不計入？立法者在政策上即曾幾度調整。因為

計不計入都會影響同意比率的分母和分子，很可能會改變結果，有時使私財產權中明明占多數的方案因此無法跨過門檻，有時反使私財產權的少數輕易跨過門檻。究竟計入公地呈現的比率才是真正的多數或少數，或者排除公地因素呈現的比率才是純粹的多數或少數？正因為公地如果一律不參加此類大規模的土地規劃，必大大減少高效益的選項，且形式上計入公地才能呈現「真正」的多數和少數，故市地重劃和都市更新法制在一開始都把公地計入。實踐的結果，卻發現公地的管理機關事實上不同於私地的所有權人，不論何種性質的公地，其管理機關在職權上都無法代表國家從所有權的觀點做成同意與否的判斷（*ultra vires* 原則），故面對推動者（單一或多組）的遊說，管理機關常常不願出具同意與否的意見，因為前端計算同意比率時把公地管理機關擬制為所有權人，後端真正代表國家把關的土地開發主管機關仍可能對公共利益做出不同的判斷，致使管理機關進退失據，這樣公私混淆的設計實際上只會阻礙此一公私混合模式的順暢運作。公地代表的公共利益比較適合被納入考量的，應該是在地方主管機關收到自辦人民的申請書開始審核的階段，使其可以完整考量整體公共利益的情形，讓前端申請的人民只需呈現私財產權的多少數，反而更符合這種「人民 propose，國家 dispose」的公私混合模式的意旨，鑑於這些實務經驗，市地重劃和都市更新法制才都在實施一段時間之後調整，雖仍規定公地在主管機關核定計畫後應參加計畫的實施（可參系爭辦法第二十三條、都市更新條例第二十七條及內政部營建署九十七年十二月十五日營署更字第 0 九七二九九二二一四九號函釋），但二者在政策上都不再把公地計入同意比率。本院釋字第七 0 九號解釋的論證，所謂「多數」、「少數」、「居民」等，觀其脈絡即知僅指真正的「人民」，非常清楚。足見正當行政程序原則在此概括的要求多數決即可，立法者應保有就如何計算比率，或區隔特別多數，做進一步裁量的空間。故本解釋對平均地權條例第五十八條第三項的審查也沿

用相同思維，簡單俐落的推出合憲的結論。又釋字第709號解釋寧另對立法者諭知未來裁量應考慮的面向，而不逕認其規定過於粗糙而違反正當行政程序原則，背後也有保持司法與行政、立法適度分權之意，本解釋依樣做了若干諭知，至此應都還能扣合本院揭示的正當行政程序原則的內涵。

表一：平均地權條例第五十八條第三項及都市更新條例第二十二條第一項的沿革比較

平均地權條例第五十八條第三項	都市更新條例第二十二條第一項
依本規定前身的「獎勵都市土地所有權人辦理重劃辦法」第十九條規定（68.9.10）：「籌備會於徵得重劃區內土地所有權人全體同意，或無法徵得全體而徵得過半數土地所有權人同意後，應擬具重劃計劃書，檢附同意書向該管辦理重劃機關申請核定，其未徵得土地所有權人全體同意者，並應說明理由申請協調。……」同意比率計入公地，且須經包括公有土地的全體土地所有權人同意，才能核准實施自辦市地重劃，實際上即採契約模式，國家介入的重點不在於強制，而在提供誘因引導自辦。	（87.11.11）都市更新條例制定時，同意比率仍計入公有地：實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二的同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上的同意。
	（92.1.29）實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法

	建築物總樓地板面積均超過二分之一的同意外，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二的同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三以上的同意。
(75.6.29) 平均地權條例修改，將同意比率規定從職權命令移至該法第五十八條第三項，改採多數決模式，且在同意比率的計算上不再計入公地。重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者的同意，並經主管機關核准後實施。	(97.1.16) 自此修正起同意比率不計入公有地：實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定的都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一的同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二的同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法

	建築物總樓地板面積均超過四分之三的同意。但其私有土地及私有合法建築物所有權面積均超過五分之四同意者，其所有權人數不予計算。

二、系爭辦法規定籌辦重劃會的籌備會，發起人至少應有多少只能從其承擔的準備功能去審查，是否不足可參考實務經驗。

本解釋認定違反正當行政程序的系爭辦法第八條第一項是這樣規定的：「自辦市地重劃應由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權狀影本，向直轄市或縣（市）主管機關申請核定。」違反正當行政程序原則的理由很簡單；「如土地所有權人未達十二人時，僅須過半數所有權人，即可申請核定成立籌備會，不問發起人所有區內土地面積之總和與擬辦重劃範圍內土地總面積之比率為何；土地所有權人十二人以上時，僅須七人即可申請核定成立籌備會，不問發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為何，亦不問發起人所有區內土地面積之總和與擬辦重劃範圍內土地總面積之比率為何，皆可能迫使多數所有權人或擁有更多面積之其他土地所有權人，面臨財產權與居住自由被侵害之危險，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」

僅從文字來看，一時還無法掌握正當的底線在哪裡，但若連同三年前釋字第709號解釋認定都市計畫法中功能相當的第十條第二項違憲時所持的理由一起解讀，即約略可以體會其間的真義。所謂「不問發起人所有區內土地面積之總和與擬辦重劃範圍內土地總面積之比率為何」，或「不問發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為何」的質問，給人的印象是發起人的門檻也應該和前段審查同意重劃比率的門檻一樣，兼含所

有人與產權的比率，既要點人頭，也要點土地，門檻的規定才夠實在。然而都更條例第十條第二項正是如此設計申請更新事業概要的門檻——二者都要超過十分之一，仍然被認定不正當，顯然正當的標準在兼含所有人與產權比率外，就該比率還得達到一定的底線，此所以釋字第七〇九號解釋明確的說，十分之一的同意比率「太低」。但底線要比十分之一多多少呢？本解釋提出的質問似乎顯示，人數過半就不會有問題，只是這時產權加總也要過半，但如果籌備會發起人的門檻就要拉高到和重劃會同意重劃計畫的門檻齊一，使只有準備決策功能的籌備會和有決策功能的重劃將會有相同的「民意基礎」，後者如果夠高，如前段所述，則顯然前者的門檻已經太高，豈有以這樣的「過度組織」(over-organized)為正當者？從都更條例同條項後段規定：「其同意比例已達第二十二條規定者，得免擬具都市更新事業概要，並依第十五條及第十九條規定，逕行擬具都市更新事業計畫辦理。」可明其理。因此釋字第七〇九號解釋雖沒講得很清楚，但暗示的底線應該是在十分之一和第二十二條所設門檻之間，間距甚大已經過於不確定，至本解釋表述的違憲範圍，似乎更不著邊際，立法者恐怕也不知道何去何從，因此本席只有再度表示不同意見一途。

兩號解釋在進一步說明門檻設定的不當時，才比較清楚的揭露了多數意見評價為不正當時真正在意之點。其中釋字第七〇九號解釋對於比率太低的說明，並未見於未認定太低的本解釋：「其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑，且因提出申請前溝通協調之不足，易使居民顧慮其權利可能被侵害，而陷於價值對立與權利衝突」，但接著對「少數人參與」的批評則又重現於本解釋：「尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序（行政程序法第三十四條但書規定參照），將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害

之危險。」(釋字第七〇九號解釋)，「皆可能迫使多數所有權人或擁有更多面積之其他土地所有權人，面臨財產權與居住自由被侵害之危險，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」(本解釋)。

這些多數少數的對稱到底是指多少所有人和產權的比率，已經過於含混，而令人無所適從，所謂迫使參與和面臨財產權與居住自由有被侵害的危險，又是何所據而云然？沒有錯，都更條例第十條的規定使雙十分之一的所有人已可劃定更新單元，提出最初步的更新發想(更新事業概要)，經核准即告確定，系爭辦法第八條的規定也使七人乃至不到七人的發起人所組成的籌備會擬定重劃範圍，經核准即告確定，但這兩種情形下範圍的確定，其性質充其量也只是「交易對象」的確定，有如對特定人發出契約的要約，只是協商的開始，相對人並不負有協商的義務，契約是否成立因此也還在未定之天，要說這已足可使被劃入者面臨財產權與居住自由有被侵害的危險，實過於誇張。當然這裡對重劃或更新的決定都採多數決，不同於契約，因此至少使被劃入者有對相關建議加以思考，儘可能提供資訊及意見的「非真正義務」(Obliegenheit)——即不此之為雖不違反義務，但可能受有不利。惟無論如何，重劃或更新的決定，如果對被劃入的多數人不利，或沒有比現狀增加土地利用的效益，他們還是可以輕易擋下——甚至只要不出席即可。這樣的風險可不可以稱之為基本權被侵害的危險，還要從前述自辦重劃或更新制度的本質——契約和強制混合的模式——來看，正因為不是契約模式，不同意而被迫重劃或更新的機會永遠存在，多少人或多高的比率才算正當？而且為什麼不轉念思考，被劃入增加風險的另一面，不也是增加財產利益或改善居住品質的機會，一如受領要約的相對人？更何況對應此一風險的就是國家的介入管制，對於少數人擬定重劃或更新範圍的申請，主管機關依法必須審查其合法性與妥適性，並連同擬定的重劃計畫，綜合考量財產權人財產與居住權益，及公共利益的

增減，評估其最終得到多數同意的機率，當然也要一併斟酌平均地權條例第五十九條對財產權人在上級機關核定後可能受到的種種限制，才做核定，從而實不宜輕易把這樣的風險認定為「危險」，而認定與此風險的發生並無邏輯關係的人數或比率已構成不正當的行政程序。至於不因核准即告確定的重劃計畫或更新事業概要，都還需要進入下一階段通過雙多數或雙特別多數財產權的同意，以及主管機關的核定，更沒有理由要求參與擬定者一定要有多少人或多高的比率。

一如公司法、人民團體法有關發起人的規定，立法者勢必要依準備階段的功能來設計承擔此功能者在組織上的最低要求，憲法也不能不為立法者保留較大的試誤裁量空間，本院更不宜在欠缺經驗基礎的情形，輕易認定多少人或比率為太低。現行法下，都市更新因為在水平的土地外納入垂直的建物，更新單元達到三位數寧為常態，所以門檻設定於雙十分之一，市地重劃的土地筆數可多可少，其重劃的選項可能也不像都更那樣複雜，所以門檻即從簡的規定為七人，這些規定都已行之有年，是否太低或太簡化，實務應該已可顯現。本席在釋字第七〇九號解釋所提意見書中即已強調實務考察的必要：「提案人基於己利的付出，包括時間和金錢，若無法凝聚共利乃至創造公益時，只能自己承擔，只有當提出計畫並經核定後，可由利益共享的所有權利人來分攤實施的成本（都更條例第二十六條第一項、第三十條第一項規定參照），這種成本分配的方式已經可以起到節制浮濫的作用，本院又是根據什麼理論或實務，認定必須在此一階段作這樣的干預。以都市更新需求最高的臺北市而言，據臺北市都市更新處到本院所做說明，從民國八十九年到一〇二年二月底為止，共核准事業概要五百六十一案，其中只有二百二十三案續送計畫，最後核定一百五十件。換言之，除了一定件數因合法性或可行性問題先已否准而不得進入擬定計畫階段外，在經核准進入擬定計畫階段的案件中，還有一半以上因無法得到足夠認同而中止，在本席看

來，這項統計已經可以說明不同階段的劃分尚未流於形式，至少不到可以合理化本院從憲法觀點強制行政立法部門朝一定方向調整的程度。」這是從最後完成更新的件數回頭看分階管制的合理性與有效性。換個角度看，失敗率高是否可推出第一階段十分之一的立案門檻確實太低的結論？恐怕還言之過早，但無論如何其成本都是由倡議者自行吸收，不但對於提案浮濫有自律的功能，而且完全看不出對於不承擔失敗風險，反而可以享受成功機會的被劃入者，有何危險可言。

有關市地重劃的實務，經本席央請臺北市和新北市承辦人員提供近十年的統計，可以看出若干明顯不同於都市更新之處，比如自辦的成功率相當高，這可能和市地重劃複雜度較低有關，主管機關的政策應該也很關鍵，新北市的籌備會都順利組成重劃會，和主管機關只讓無涉都市計劃的擬定或變更者通過申請，減少不小的阻力有關（系爭辦法第四條參照）。因重劃而起爭議，乃至訴訟的案件不多。這些實務都未顯示現行把成立籌備會的門檻設在七人，會對其他財產權人造成什麼危險，或不易順利組成重劃會。將來因本解釋要求提高門檻，也許情況不會變得更好或更壞，但一定要說這樣比較正當，恐怕還是很難自圓其說。

表二：臺北市近十年自辦市地重劃案

序 號	案名	辦理期間 (成立籌備會 ～解散期間)	辦理進度
1	內湖區石潭里(都市計畫 R7 街廓)	91 年～96 年	辦竣重劃作業
2	士林區蘭雅自辦重劃區	92 年～98 年	辦竣重劃作業
3	南港區南港一號公園東南側 自辦重劃區	96 年～100 年	辦竣重劃作業
4	南港區南港段	95 年～104 年	辦竣重劃作業
5	南港區新光段自辦重劃區	92 年～96 年	籌備會主動提請解散
6	文山區軍功自辦重劃區	95 年～97 年	籌備會廢弛職務予以解散
7	北投區新民自辦重劃區	92 年～102 年	籌備會廢弛職務予以解散
8	桃源自辦重劃區	98 年～105 年	籌備會廢弛職務予以解散
9	士林區住六之六自辦重劃區	81 年～	已成立重劃會
10	北投區住十二自辦重劃區	88 年～	已成立重劃會
11	內湖區石潭自辦重劃區	89 年～	已成立重劃會
12	大安區懷生自辦重劃區	89 年～	已成立重劃會
13	南港區玉成自辦重劃區	97 年～	已成立重劃會
14	士林區天母東路附近山坡地 區(住5)自辦重劃區	93 年～	已成立籌備會
15	南港區南港國宅東北側自辦 重劃區	96 年～	已成立籌備會
16	北投區稻香路(住2)自辦 重劃區	97 年～	已成立籌備會
17	士林區住六之五、住六之四 自辦重劃區	97 年～	已成立籌備會
18	文山區福興路自辦重劃區	103 年～	已成立籌備會
19	士林區住二十六自辦重劃區	103 年～	已成立籌備會
20	南港區昆陽自辦重劃區	103 年～	已成立籌備會

表三：新北市近十年自辦市地重劃案

序 號	案名	籌備會 成立時間	辦理進度	辦理年期
1	土城區永寧自辦重劃區	95年6月	辦竣重劃作業	2年6個月
2	中和區泰隆自辦重劃區	94年10月	辦竣重劃作業	2年8個月
3	信華台鐘自辦重劃區	93年11月	辦竣重劃作業	4年2個月
4	板橋區埔墘自辦重劃區	94年10月	辦竣重劃作業	4年1個月
5	大豐自辦重劃區	96年3月	辦竣重劃作業	4年3個月
6	土城區員福段自辦重劃區	99年6月	辦竣重劃作業	2年
7	中和區元隆自辦重劃區	97年9月	辦竣重劃作業	5年10個月
8	永翠水案綠能特區（發展單元AB區）自辦重劃區	98年10月	施工完成（土地分配異議中）	
9	江翠水岸特區（C單元）自辦重劃區	99年1月	施工完成（土地分配完成登記）	
10	江翠水岸特區（DE單元）自辦重劃區	98年10月	施工完成（土地分配完成登記）	
11	江翠北側地區（發展單元FG區）自辦重劃區	98年10月	施工完成（土地分配異議中）	
12	泰山區港泰自辦重劃區	96年5月	工程進度 99% （土地分配異議中）	
13	泰山區新泰自辦重劃區	100年12月	施工中	
14	三重區仁義段自辦重劃區	99年11月	施工中	
15	中和區大洋自辦重劃區	101年5月	地上物拆除中	
16	土城區運校自辦重劃區	100年12月	施工中	
17	土城區大安自辦重劃區	99年1月	地上物拆遷補償	
18	淡水區天生自辦重劃區	100年12月	地上物查估	
19	樹林區三多里圳民自辦重劃區	101年3月	地上物拆遷補償	

註：1.迄至本解釋發布日止，新北市自辦市地重劃之籌備會皆已成立重劃會。2.表中第10案曾成立數個籌備會，但經主管機關協調後，其中之一成立重劃會，其餘解散。

三、系爭辦法規定籌辦重劃會的籌備會，使其為重劃會的組成及做成主要決策預作準備，符合事物本質而未逾越授權範圍。

本解釋另認定系爭辦法若干有關籌備會職權的規定，違反了法律保留原則，倒不是說這些規定應直接以法律定之，而是認定系爭辦法這部分已經逾越了平均地權條例第五十八條第一、二項的授權：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。」系爭辦法基於此一授權，在第二章規定的「重劃會之組織及職權」，首條（第八條）即是有關籌備會的發起，顯然認為籌備會即是重劃會設立的必要組織，先於重劃會存在，並非獨立於重劃會的另一組織，就任何社會組織的發生，此類籌備組織事實上都不可或缺，因此不能說授權規定沒有明文點名，法規命令逕為創設即已逾越授權。解釋顯然肯認這樣的看法，但對這類基於事物本質的組織，認為在功能上應受到限制，否則仍然可認為逾越授權：「據此授權訂定之辦法雖非不得就籌備會之設立及組成併為規定，但籌備會之功能應限於處理籌組重劃會之過渡任務，而不包括應由重劃會行使之職權，始無違於法律保留原則。」

這樣對法規命令的限制尚無不妥，只是在審查是否過渡任務時，恐怕仍不能脫離事物本質的觀察。解釋認定系爭辦法中逾越授權的規定：第九條第三款及第六款、第二十條第一項、第二十六條第一項，就其理由可分為兩部分，一是有關重劃範圍的擬定和申請核定，一是有關重劃計畫的擬定和申請核定，兩者間不同之處在於：重劃範圍核定後即告確定，重劃會也受其拘束，無須追認也不得修正。重劃計畫的核定則只是初決性質，對重劃會並無拘束力，在重劃會的第一次會員大會，對於此計畫的審議並追認或修正，正是最主要的議題（系爭辦法第十一條第一項、第十三條第二項第四款可參），先從後者談起。籌備會的實體決定如只限於重劃會的章程，而不及於重劃會的工作內容，本解釋應該

不會做出任何指摘，許多社會組織的發起人都都承擔這部分方便快捷成立的工作（雖然組織成立後也還是要正式通過章程），如果連這樣典型的「過渡」功能都不具備，要它何益？但視情形讓籌備會也為該組織就某些重要的實體工作預做綢繆的，也十分常見，特別是像本案這樣在主管機關高度管制下的組織。自辦重劃或都更在管制上分兩個階段是有其深意的，第一個階段先對重劃或都更的發想做初步的審查，篩濾掉成功機會渺茫者，對發動的人民和主管機關而言，都可節省大量不必要的投入。此所以管制機關不會只要求申請人在這個階段只提組織章程，至少還要擬定重劃或更新的範圍，以及初步的計畫（事業概要），否則無法達到此一階段管制的最低功能。重劃計畫既然可以由重劃會拍板確定，籌備會申請計畫核定的性質即仍然不脫籌備，可說符合此類社會組織的事物本質。至於重劃範圍的擬定與核定，則顯然已逸出重劃會的掌控範圍，籌備會已經越俎代庖。但即令如此，回到公私混合的自辦重劃模式，不先確定重劃的範圍，重劃會又將如何組成？這畢竟不同於因一定商業目的或社會目的而招朋引伴的社會組織，如前所述，這是一個瞄準特定標的開始互為交易的封閉性社會組織，不先劃定並經主管機關認可，而確定有了可以開始討論如何重劃的共同體（“We”），怎樣召開重劃會？回到市地重劃的這個本質，一如都市更新必須先確定更新單元，就知道系爭辦法這部分的規定，也沒有逾越母法授權的目的與範圍。立法院依立法院職權行使法的規定必須審查法規命令有沒有逾越母法授權（第六十條第二項、第六十二條第一項），顯然肯認系爭辦法這些規定符合母法的意旨而未予退回，本解釋僅以非常形式的理由就要做相反的認定，本席自不能不有所保留。

四、市地重劃的基本理念與都市更新相近，但其法制雖也與時遞移，在規範的密度上仍有相當距離，二法未來宜走向整合。

從本解釋與釋字第七〇九號解釋在問題意識、憲法論證與所得評價上的近似，已可清楚看出這兩個開發重劃制度在功能上的

相近與互補，都在通過財產權人自利動機的調動，公權力依其都市計畫積極負責的主動規劃或配合對自辦者為行政監督，共同謀求克服私有土地制度下無法避免的所謂「反公有的悲劇」(tragedy of anti-commons)，以不斷創造土地總體更大的效益，對於地狹人稠的台灣，其重要性實不待再多強調。本院在兩號解釋最後都對立法者提出呼籲，期盼兩法內容能與時精進。其實更大的問題可能還落在此二法制因發生的時代背景不同，從概念體系到管制程序，配套的限制與獎勵措施都呈現的巨大落差，亟待拉近，乃至重新整合。僅從下表顯示兩法制的沿革，應該已可見其梗概。重劃制度濫觴於農業社會國民政府制定的土地法，以後在法律面也僅有零星的調整，都市更新條例則制定於工業化、城鄉差異不大的台灣，其指導理念也更呼應都市計畫法的整體開發、永續經營理念，不再執著於平均地權。立法者如能以更大魄力對土地法規作全面的整備，使各制度在清晰的指導理念和概念體系下，機關、程序和政策工具也都合理的統整，不僅可以排除當前因混亂造成的體系正義問題，減少執法、司法資源的浪費，對於人權的落實應該也有相當助益。法制因社會變遷而匯流的努力，通訊傳播領域最近提出的匯流五法就是很好的實例，本席從本案引發法官的關注，也有很深的感觸，期待未來能在土地法制上看到這樣有魄力的嘗試。

表四：我國土地重劃及都市更新法制的沿革

制定／修正時間	法規名稱	法制內容	現仍有效？
19年6月30日	土地法 (一般稱「舊土地法」)	制定公布全文397條。定有「土地重劃」(第18條至第20條)及「土地重劃程序」(第211條至第226條)專章。	否
35年4月29日	土地法	修正公布全文247條。定有「土地重劃」專章(第135條至第142條)。	是
47年7月2日	實施都市平均地權條例	修正公布全文54條。第35條為有關重劃之規定。	否
62年9月6日	都市計畫法	修正公布全文69條。於第五章「新市區之建設」，第58條為重劃之規定，且定有「舊市區之更新」專章(第63條至第73條)。	是
66年2月2日	平均地權條例	修正公布名稱及全文87條。定有關於自辦市地重劃之規定(第58條)。	是
69年12月19日	農地重劃條例	制定公布全文43條。	是
87年11月11日	都市更新條例	制定公布全文62條。	是
89年1月26日	農村社區土地重劃條例	制定公布全文35條。	是

部分協同部分不同意見書 葉百修大法官 提出

本件解釋延續本院釋字第七〇九號解釋之意旨，以土地所有權人於土地面積達一定比率，以進行更有效率的土地使用與促進發展為目的，於進行都市更新時，應遵守憲法正當行政程序原則，避免人民財產權與居住自由遭受不合理的限制或剝奪，該原則亦適用於土地重劃，是多數意見認定獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第八條第一項有關發起人申請核定成立籌備會之要件，未規定發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和，應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為何；於以土地所有權人七人以上為發起人時，復未就該人數與擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為規定；及系爭辦法有關主管機關核定擬辦重劃範圍、實施重劃計畫之相關程序，均未有適當審議機關、人民陳述意見、公開聽證及分別送達之相關規定，致未能確保人民獲得充分知悉、陳述意見、參與聽證之機會，與憲法要求之正當行政程序不符一節，本席敬表贊同。

惟就系爭辦法第二十條及第二十六條第一項規定，分別就籌備會申請主管機關核定擬辦重劃範圍及核准實施市地重劃，多數意見認除與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，且超出第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則；平均地權條例第五十八條第三項規定有關同意比率尚非過低，仍屬立法形成自由，其比率未如都市更新條例第二十二條第一項規定區分不同類型，採不同之同意比率，尚難遽謂違反憲法平等原則及比例原則；以及多數意見將未為確定終局判決所適用、亦未經當事人聲請解釋之系爭辦法第九條第三款、第六款規定，認與系爭辦法第二十條規定具有重要關聯性，一併納入審查範圍等三節，本席均不表贊同，爰提出部分協同、部分不同意見如后。

一、受理程序就重要關聯性之適用過度寬泛

本件解釋多數意見援引本院釋字第七〇九號解釋所揭示之都市更新程序一環之關聯性，將未為確定終局判決所適用、亦未

經當事人聲請解釋之系爭辦法第九條第三款、第六款規定，認自辦市地重劃籌備會申請核定擬辦重劃範圍及擬定重劃計畫書、申請核定及公告，並通知土地所有權人，為市地重劃籌備會成立之前前提問題，與聲請人據以聲請本院解釋憲法之確定終局判決所適用之系爭辦法第二十條規定具有重要關聯性，一併納入本件解釋審查範圍，本席認為與本院歷來解釋之意旨不符。

就本院釋字第七〇九號解釋所揭示之程序適用前提問題而納入審查客體，於該號解釋仍以聲請人所據確定終局判決所「適用」之原則下，基於整體都市更新程序是否牴觸憲法而引用重要關聯性加以審查，原則上已屬本院職司憲法解釋之例外。本院作為人民基本權利及憲法秩序之守護者，原則上係以人民因其基本權利受有侵害，依法定程序用盡審級救濟程序後，以確定終局裁判所「適用」之法律、命令、判例或本院解釋有違憲疑義，聲請本院解釋憲法。本院如何認定「適用」，本席曾於本院釋字第六七五號解釋、第七三二號解釋分別提出個別意見書加以闡釋。（註一）無論如何認定適用，本院作為憲法守護者，必須堅守一貫原則，不宜前後不一、標準不定。

以近例之本院釋字第七三二號解釋，多數意見當時就聲請人所聲請主張違憲之法令，以「未為確定終局裁判所適用」而予以不受理，何以本件解釋，多數意見於確定終局判決未適用、聲請人又未聲請之情形下，逕以釋字第七〇九號解釋所稱「前提問題」為由，認有重要關聯性而予以受理為審查標的而為解釋？然釋字第七〇九號解釋係以確定終局判決「有適用」，雖當事人未為聲請，本院基於維護憲法秩序而依職權加以認定審查標的。是本件解釋多數意見就系爭辦法第九條第三款、第六款規定，於確定終局判決未適用、聲請人未聲請之情形下，僅以與系爭辦法第二十條規定具「前提」關係而認定具重要關聯性，而前提是否即影響系爭辦法第二十條規定於認定合憲性時不可或缺？或與系爭辦法第二十條本就屬不同問題而不具重要關聯性？本席以為，本件

解釋多數意見單以本院釋字第七〇九號解釋類比，就系爭辦法第九條第三款、第六款規定予以受理，與本院歷來解釋之意旨有所不符。

二、對居住自由可以授權命令加以限制尚有疑慮

又本件解釋所涉自辦市地重劃相關議題，多數意見以事關人民財產權及居住自由為所涉憲法基本權利，而涉及人民財產權之限制，依據本院釋字第四四三號解釋以來之解釋意旨，並不排除得以法律明確授權之命令加以合理限制之可能性，本席亦表贊同。惟就自辦市地重劃所涉及人民居住自由部分，多數意見仍以援引本院釋字第四四三號解釋之意旨，闡釋其保障內涵為「保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由。」然而與本件解釋所涉人民基本權利侵害類型相近之釋字第七〇九號解釋，已未能就此種既有人民居住自由賴以為基礎之大規模財產權侵害，兩者間相互關係予以明確界定與闡述，本席於該號解釋業表不妥。單以釋字第四四三號解釋所稱居住自由而言，固然與「遷徙自由」並論，而認「對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。」此項原則，於釋字第七〇九號解釋並重申「國家為增進公共利益之必要，於不違反憲法第二十三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。」亦即，居住自由雖係基於財產權所生，然居住自由限制本身，必然導致「限制人民身體自由」而「必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之。」此為釋字第四四三號解釋所明確闡釋，亦為本院解釋歷來之意旨。

詎本件解釋多數意見一反本院歷來解釋之意旨，僅以自辦市地重劃涉及人民財產權之限制，連帶影響居住自由而一併將居住自由之限制，放寬與無涉「人民身體自由」限制之財產權齊觀，竟認「得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權或居住自由予以限制」，將降低憲法及本院歷來解釋對於人民身體自由限制之重視程度，其影響深遠，並非僅係文字遊戲。對此，

本席深感疑慮，未能贊同多數意見之見解。此對照本件解釋多數意見最後所稱，自辦市地重劃之同意比率，仍應以法律適時檢討，則一方面既稱居住自由得以法律明確授權之命令加以限制，另一方面又認「允宜」於法律隨時修正檢討，兩者是否亦前後矛盾？本席認為，凡居住自由之限制，一旦涉及人民身體自由，均應屬絕對法律保留之範疇，不宜由法律授權之命令為之。

三、籌備會與重劃會權限行使與法律保留原則尚無抵觸

其次，依據平均地權條例第五十八條第一項規定：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。」及同條第二項規定：「前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。」自辦市地重劃係土地所有權人自行組織重劃會辦理，中央主管機關並頒布系爭辦法加以具體規範。本件解釋多數意見認系爭辦法第九條第三款、第六款規定：「籌備會之任務如下：……三、申請核定擬辦重劃範圍。……六、重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人。」第二十條第一項規定：「籌備會成立後，應備具申請書並檢附下列圖冊向直轄市或縣（市）主管機關申請核定擬辦重劃範圍：……。」以及第二十六條第一項：「籌備會應檢附下列書、表、圖冊，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請核准實施市地重劃：……。」均屬重劃會之職權，非屬籌組重劃會之過渡任務，卻於依同辦法第十一條第四項規定成立重劃會前，已由籌備會為之，與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符外，且超出同條第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則，事涉自辦市地重劃之程序與籌備會及重劃會兩者性質與權限是否同一問題，本席尚持保留見解。

按自辦市地重劃之主要程序，依據系爭辦法第六條規定，分別為：一、重劃之發起及成立籌備會。二、申請核定擬辦重劃範圍。三、徵求土地所有權人同意。四、重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人。五、成立重劃會。六、測量、

調查及地價查估。七、計算負擔及分配設計。八、土地改良物或墳墓拆遷補償及工程施工。九、公告、公開閱覽重劃分配結果及其異議之處理。十、申請地籍整理。十一、辦理交接及清償。十二、財務結算。十三、撰寫重劃報告。十四、報請解散重劃會。其程序主體雖分別為籌備會與重劃會，但均為整體自辦市地重劃之一環。

而籌備會之組成，依據系爭辦法第八條第一項規定，係以土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會，並由發起人檢附範圍圖及發起人所有區內土地所有權狀影本，向直轄市或縣(市)主管機關申請核定；其申請書應載明下列事項：一、擬辦重劃範圍及土地所有權人總數。二、發起人姓名、住址，並檢附國民身分證影本。如發起人為法人時，應檢具法人登記證明文件及其代表人資格證明文件。三、發起人所有區內土地標示。四、籌備會代表人姓名及聯絡地址。其任務並於系爭辦法第九條規定為：一、調查重劃區現況。二、向有關機關申請提供都市計畫及地籍資料與技術指導。三、申請核定擬辦重劃範圍。四、舉辦座談會說明重劃意旨。五、徵求土地所有權人同意。六、重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人。七、擬定重劃會章程草案。八、召開第一次會員大會。由此可知，系爭辦法所稱之籌備會，係平均地權條例第五十八條第一項所稱之重劃會前身，如同一般人民團體於發起人組織籌備會而後召開會員大會成立人民團體一般。(註二)

本件解釋多數意見係以籌備會僅係重劃會之過渡組織，所得行使之職權，亦僅得為過渡任務，而認定系爭辦法第九條第三款、第六款、第二十條及第二十六條等規定，將原應由重劃會行使之職權，委由籌備會為之，有違平均地權條例第五十八條第一項之立法目的，逾越同條第二項之授權範圍。單就自辦市地重劃之主體而言，固然應為重劃會，並應以自辦市地重劃區內全體土地所有權人為會員；(註三)而籌備會僅需土地所有權人過半數

或七人以上發起即可成立，兩者組成確有所不同。然本件解釋多數意見單以形式主義的解釋認定，無疑忽略自辦市地重劃程序中，籌備會與重劃會之性質重疊性與決策一貫性。

按籌備會所為之任務，既在於「籌備」成立「重劃會」，其任務自然為重劃會成立後之運作而準備，因此，系爭辦法第九條第三款、第六款，由籌備會申請核定擬辦重劃範圍及重劃計畫書之擬定、申請核定及公告，並通知土地所有權人等，並依據系爭辦法第二十條至第二十七條規定，進行相關重劃業務，然籌備會所為之業務，均屬系爭辦法第十一條第一項規定所稱，於重劃計畫書公告期滿日起二個月內通知土地所有權人並召開第一次會員大會，審議章程、重劃計畫書，並互選代表組成理事會、監事會，分別負責執行業務，並於第一次會員大會選定理事、監事後成立重劃會。（註四）籌備會所為相關任務，均須於召開第一次會員大會並選定理事、監事成立重劃會，由會員大會及重劃會理事會、監事會依據系爭辦法相關規定決議並行使職權。

換言之，籌備會所為籌備任務，仍須經由會員大會及重劃會加以確認、執行，籌備會本身依據系爭辦法第九條第三款、第六款及第二十條、第二十六條規定所為之職權，毋寧是重劃會成立前之先行任務，重劃會成立後，仍須由重劃會加以確認並執行。（註五）籌備會若自報准核定之日起一年內未依第二十六條規定辦理，或未於重劃計畫書公告期滿日起二個月內成立重劃會者，直轄市或縣（市）主管機關亦得予以解散，（註六）亦可見籌備會過渡性質，以及具體權利變動決議，仍須以召開會員大會、成立重劃會為之。就此，系爭辦法第九條第三款、第六款及第二十條、第二十六條規定，從實質觀點而言，尚與平均地權條例第五十八條第一項之目的相符，亦難謂業已逾越同條第二項規定之授權範圍，而有牴觸法律保留原則之疑慮。

四、自辦市地重劃同意比率計算基準允宜列入公有土地以避免有違憲之虞

本院自釋字第七〇九號確立大規模財產權變動所引發都市更新同意比率太低之規定，「尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，即不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。」而於本件解釋所涉平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」實際上係本件解釋二聲請人最為關注之重點。蓋無論是涉及都市更新之釋字第七〇九號解釋、老舊眷村改建之釋字第七二七號解釋以及自辦市地重劃之本件解釋，均因法律規定一定比率之同意即可發動都市更新、老舊眷村改建及市地重劃，而不同意參與者，即被迫參與相關程序，面臨財產權與居住自由受侵害之危險。

特別是自辦市地重劃，若一旦重劃計畫經核定範圍內屬公有土地者，即應一律參加重劃，並由直轄市或縣（市）主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。（註七）而平均地權條例第五十八條第三項卻僅規定「私有土地」所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，即可由重劃會辦理市地重劃，將出現重劃範圍內有大筆公有土地，而得由少數私有土地所有權人辦理市地重劃，非但重劃計畫範圍內之其他私有土地所有權人之財產權及居住自由受有侵害之虞，公有土地之所有權人即各級機關，卻未能有表示意見或參與程序之機會，造成少數私有土地所有權人因自辦市地重劃而強制將公有土地納入重劃範圍，致使其私有土地利益大幅增加，恐與平均地權條例第五十八條第三項規定為促進土地利用等公共利益之意旨不符。且系爭辦法第八條第一項亦僅稱土地所有權人，其意依上開規定原應指私有土地所有權人，亦將使公有土地所有權人之財產權有受侵害之虞。

按所謂公有土地，依其財產權之歸屬，可區分為國有及直轄

市、縣市及鄉鎮市等地方所有土地等四種；其中國有財產之土地，尚可區分為公用財產及非公用財產兩類，（註八）而公用財產依其用途，可續分為公務用、公共用及事業用三種。（註九）此三種公用財產，應依預定計畫及規定用途或事業目的使用；其事業用財產，仍適用營業預算程序。（註十）其性質及用途變更並須經法定程序始得為之。（註十一）至於非公用財產，其管理機關即財政部國有財產署（註十二）則立於與一般人民相同地位，得為使用（註十三）、收益（註十四）及處分（註十五）等權限。公有土地中屬非公用財產，財政部國有財產署基於管理機關，為國庫利益考量，即應納入該同意比率之計算；而公有土地屬公用財產，亦非不得基於國家政策需要，由財政部徵商主管機關同意，報經行政院核准，將公用財產變更為非公用財產，或公用財產於斟酌公共利益之情形下，亦有參與市地重劃之可能性。

是平均地權條例第五十八條第三項僅規定私有土地，卻未將公有土地列入自辦市有土地重劃同意比率計算基準，及系爭辦法第八條第一項僅規定土地所有權人，而未區分私有及公有土地所有權人，除與國有財產法相關規定有所牴觸外，亦與平均地權條例第五十八條第三項之意旨不符，有侵害財政部國有財產署之財產權而構成違憲之虞。

註解：

註一：參見本席於本院釋字第 675 號解釋提出之協同意見書及釋字第 732 號解釋提出之部分協同、部分不同意見書。

註二：人民團體法第 8 條及第 9 條規定參照。

註三：系爭辦法第 3 條規定：「自辦市地重劃，應組織重劃會，設立時應冠以市地重劃區名稱，並於重劃區當地鄉（鎮、市、區）設置會址。

前項重劃會，係以自辦市地重劃區內全體土地所有權人為會員。但土地分配結果公告期滿後，以土地分配結果公告期滿之

日土地登記簿所載土地所有權人為會員。」

註四：系爭辦法101年2月4日修正之第11條第4項規定：「重劃會於第一次會員大會選定理事、監事後成立。重劃會成立後，應將章程、會員與理事、監事名冊、第一次會員大會及理事會紀錄送請直轄市或縣（市）主管機關核定。」

註五：系爭辦法第29條至第45條規定參照。

註六：系爭辦法第11條第5項規定參照。

註七：系爭辦法第23條規定參照。

註八：參照國有財產法第4條第1項規定：「國有財產區分為公用財產與非公用財產兩類。」

註九：參照國有財產法第4條第2項規定：「左列各種財產稱為公用財產：一、公務用財產：各機關、部隊、學校、辦公、作業及宿舍使用之國有財產均屬之。二、公共用財產：國家直接供公共使用之國有財產均屬之。三、事業用財產：國營事業機關使用之財產均屬之。但國營事業為公司組織者，僅指其股份而言。」

註十：國有財產法第32條第1項規定參照。

註十一：參照國有財產法第33條規定：「公用財產用途廢止時，應變更為非公用財產。但依法徵收之土地，適用土地法及土地徵收條例之規定。」同法第34條第1項規定：「財政部基於國家政策需要，得徵商主管機關同意，報經行政院核准，將公用財產變更為非公用財產。」同條第2項規定：「公用財產與非公用財產得互易其財產類別，經財政部與主管機關協議，報經行政院核定為之。」

註十二：行政院中華民國101年12月25日院臺規揆字第1010154558號公告國有財產法第9條第2項、第12條、第16條、第19條、第35條第1項、第2項、第38條第2項、第39條、第47條第2項、第4項、第49條第4項、第52條之2、第53條、第54條第3項、第55條第2項、第63條、第65條、第68條、

第 69 條所列屬財政部「國有財產局」之權責事項，自 102 年 1 月 1 日起改由財政部「國有財產署」管轄。

註十三：國有財產法第 38 條至第 41 條規定參照。

註十四：國有財產法第 42 條至第 48 條規定參照。

註十五：國有財產法第 49 條至第 60 條規定參照。

部分協同部分不同意見書 陳碧玉大法官 提出
吳陳鐸大法官 加入

本件聲請人之一為不同意參與自辦市地重劃者，認其財產權與居住自由因自辦市地重劃案受到之限制與侵害，與國家實施區段徵收處分並無不同，國家應經由公權力委託之程序辦理，不能任由私有土地所有權人組成之團體本於自治方式辦理，而主管機關僅處於監督地位。又主管機關核准實施市地重劃之申請前，未給予聲請人陳述意見之機會，亦未將處分決定送達籌備會以外之重劃範圍內其他土地所有權人，致其權利受損，因認平均地權條例第五十八條第三項、獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱獎勵重劃辦法）第八條、第二十條規定違憲，聲請解釋。另一聲請人台灣桃園地方法院民事庭法官為審理該院一〇三年度訴字第二一八四號撤銷會員大會決議案，認應適用之平均地權條例第五十八條第三項申請核准實施自辦市地重劃計畫之同意比率規定，與同條例第五十七條由私有土地所有權人推動，主管機關優先辦理之公辦市地重劃案應有私有土地所有權人之人數與其土地面積之同意比率要件規定相同，違反平等原則。又未如同都市更新條例第二十二條規定，將自辦都市更新案所應具備之同意比率，依急迫性、需要性等之不同而異其規定，違反比例原則，聲請解釋。對於多數意見認獎勵重劃辦法第八條第一項規定，不符憲法要求之正當行政程序；同辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項以及第二十六第一項規定，違反法律保留原則，以及同辦法未規定主管機關就核定擬辦重劃範圍、核准實施重劃計畫時，應遵行程序之規

定，亦不符憲法要求之正當行政程序，均有違憲法保障財產權與居住自由意旨部分，本席敬表同意。然對於多數意見認平均地權條例第五十八條第三項同意比率規定合憲部分，礙難贊同。爰提出部分協同意見，部分不同意見如下。

壹、協同意見部分

一、憲法要求之正當行政程序內涵，包含主管機關就申請案為審定時應遵行正當程序，以及申請要件規定內容必須實質正當

平均地權條例第五十六條、第五十七條、第五十八條依序為公推公辦、民推公辦，以及民推民辦之市地重劃規定。其行政高權之作用與所有權之保障因重劃態樣不同形成消長關係。自辦市地重劃係由重劃範圍內土地所有權人以自治方式辦理，與基於行政高權行使之公推公辦市地重劃有本質上之不同。自辦市地重劃範圍內土地所有權人對於土地之使用、收益、處分以及排除侵害之權能，應受高度保障，私法自治原則應受尊重，除應以重劃範圍內全體土地所有權人之人數及全部土地之面積為同意比率計算基準外，同意比率門檻於啟動重劃個案籌備會發起人人數及其面積，應具有代表性以提高重劃個案之實施可能性，申請核准重劃計畫時更應取得土地所有權人總人數以及土地總面積均過半之同意，始屬實質正當。

對於同意參與重劃者，其財產權與居住自由於重劃計劃執行完成前，雖與不同意參與重劃者同受限制或限制可能，然此係其為取得重劃結果所能受配土地財產及有較適足居住環境所為自主性之選擇，難謂其財產權與居住自由因自辦市地重劃而受有限制。對於不同意參與市地重劃者，自籌備會設立、發動自辦市地重劃個案起，有被迫面臨財產權與居住自由受侵害之危險；於擬辦重劃範圍核定後，就土地及其上建築改良物之自由使用、收益、處分之財產權權能，有受到限制可能性；於市地重劃計劃核准實施時起，即應負擔重

劃費用，不能排除土地之交換分合，且僅於扣除重劃負擔後之其餘土地面積達最小分配標準時，始得受土地分配，而受有財產權及居住自由之限制、侵害（註一）。是應對於限制不同意參與重劃者基本權利之法令規定，進行合憲性之審查。舉凡作為整體行政程序一環之籌備會成立要件、主管機關對於申請案為審查時應遵行之程序，以及作為申請核准實施重劃計畫要件之同意比率規定，均應遵行憲法要求之正當行政程序，以衡平不同意參與重劃者之財產權與居住自由權之保障、同意參與重劃者之財產權與適足居住權之維護，並達成國家促進土地合理使用、經濟均衡發展之目的。

又本號解釋依憲法要求之正當行政程序，就審查客體分別為程序正當或實質正當之審查。關於主管機關為行政處分應遵行程序規定，為程序正當審查之範疇；申請核定成立籌備會要件規定，以及作為申請核准實施自辦市地重劃計畫要件之同意比率規定部分，則審查其規範內容是否實質正當。

二、籌備會成立要件規定，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序

依獎勵重劃辦法第八條第一項規定，於以重劃範圍內私有土地所有權人七人以上為發起人時，即可檢附擬辦重劃範圍圖，申請核定成立籌備會，以發動自辦市地重劃案。既未規定發起人之人數應占重劃範圍內土地所有權人總數之比率，又未規定其等所有重劃範圍內土地面積之總和應占擬辦重劃範圍土地總面積之最低門檻，即可申請成立籌備會。其結果不僅主管機關必須據此申請，啟動行政審查程序，進而為性質上屬於行政處分之准駁決定，且重劃範圍內土地所有權人之財產權與居住自由亦將因個案之發動而受有侵害之危險。再者，依現行法制，在相同之擬辦重劃範圍內可以成立複數籌備會，直至其中一籌備會提出之重劃計畫被核准實施後，其他籌備會始被撤銷，土地所有權人一再被迫面臨其

財產權乃至居住自由有受限制之危險。基於國家有保障私人土地所有權免於遭受公權力或第三人非必要性干擾之憲法上義務，就申請成立籌備會之要件，應有適當規定。籌備會發起人之人數與其土地面積總和，與擬辦重劃範圍內之土地所有權人之總人數與總土地面積間，應有具代表性之比率規定，以提高自辦市地重劃個案之實施可行性。

以本號解釋聲請人之一之原因案件為例：發起人發起成立籌備會當時之擬辦重劃範圍內之公有土地所有權人為二人，土地面積28.33018公頃，私有土地所有權人一八一五人，土地面積61.77188公頃，合計土地總面積90.10206公頃，籌備會發起人七人，占擬辦重劃範圍內土地所有權人總人數之0.385%，其等土地總面積0.493222公頃（其中一人土地面積為0.4932公頃，另六人土地面積總和為0.000022公頃）占擬辦重劃範圍內土地總面積之0.547%，顯見發起人不論於人數或土地面積上所占比率偏低，卻因獎勵重劃辦法無最低門檻限制規定，而得以成立籌備會發動重劃個案，將使多數人或所占土地面積比率多數者被迫參與自辦市地重劃程序，上開獎勵辦法規定難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序。

三、獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項、第二十六條第一項規定，違反法律保留原則

自辦市地重劃以民推民辦方式辦理，個案主導者為重劃範圍內之土地所有權人，主管機關立於監督地位並審核重劃個案之申請。平均地權條例第五十八條第一項規定：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。」明定自辦市地重劃個案，應由重劃範圍內全體土地所有權人組成之重劃會辦理。同條第二項規定：「前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。」授權主管機關以法規命令

規定重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項，雖非不得就籌備會之設立及組成為規定，然籌備會係由發起人組成之團體，與重劃會並非同一，其功能應僅止於處理「籌組」重劃會之過渡任務，例如重劃會章程草案之擬定、召開由申請籌備會成立時檢附之重劃圖內之土地所有權人第一次會員大會，據以組成理、監事會，而後由理事會為重劃範圍之擬定，經會員大會同意後，向主管機關申請核定擬辦重劃範圍，再為重劃計畫之擬定，經會員大會同意後，向主管機關申請核准實施市地重劃，監事會則立於內部監督地位。

自辦市地重劃個案由籌備會發動後，接續之重劃範圍擬定與申請核定擬辦重劃範圍、重劃計畫擬定與申請核准實施重劃計畫，以及重劃計畫執行、費用分擔、土地分配為自辦市地重劃之三大主要事務，此等事務之本質非屬「籌組」重劃會之「過渡」任務，而應屬重劃會之職權。惟獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項、第二十六條第一項規定，重劃範圍之擬定與申請核定擬辦重劃範圍、重劃計畫之擬定與申請核准實施重劃計畫等任務，於重劃會依同辦法第十一條第四項規定成立前，已由籌備會為之，使非籌備會成員之重劃範圍內其他土地所有權人不能參與自辦市地重劃個案重劃範圍與重劃範圍之擬定，與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，且超越同條第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則。

四、獎勵重劃辦法未就主管機關核定擬辦重劃範圍，以及核准實施重劃計畫應踐行之正當行政程序為規定，與憲法要求之正當行政程序不符

主管機關核定擬辦重劃範圍、核准實施重劃計畫之行政行為，係以公權力對於自辦市地重劃個案為必要之監督及審查決定，性質上為行政處分，不僅限制重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權，乃至於居住自由外，並影響原有土地上

之他項權利人（獎勵重劃辦法第三十七條、第三十八條規定參照），自應遵循合乎憲法要求之程序。查獎勵重劃辦法及市地重劃實施辦法（獎勵重劃辦法第二條規定參照），均無主管機關為上開行政行為應遵行程序之規定，爰依本院釋字第七〇九號解釋建構之應行程序，命主管機關檢討修正現行規定，除應設置適當組織為審議外，並應按審查事項、處分內容與效力、對於權利限制之程度分別規定應踐行之程序，以符憲法要求之正當行政程序。

貳、不同意見部分

關於平均地權條例第五十八條第三項規定（下稱系爭規定），多數意見僅論「有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由」，並未就此規定之同意之比率是否太低、未納入公有土地之所有權人數及土地面積為同意比率計算基礎、未就同意參與重劃之私有土地所有權人人數及土地面積應占擬辦重劃範圍內全部土地所有權人人數及土地總面積設定最低門檻之限制等是否違憲，作出判斷。本席認上開規定難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序，其理由如下。

一、系爭規定未將重劃範圍內公有土地所有權人之人數與其土地面積列入同意比率計算基準，難謂實質正當

1. 系爭規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」以合乎法定同意比率為重劃計畫被核准之合法要件之一（獎勵重劃辦法第二十六條規定參照）。此要件規定為整體行政程序之一環，必須實質正當。
2. 自辦市地重劃係由重劃範圍內全體土地所有權人組成之重劃會以自治方式辦理，以會員大會為其最高意思機關。同意比率規定應真實反映重劃範圍內土地所有權人之共同利益，確保其等在自辦市地重劃案之主導地位。此「共

同利益」雖非指重劃範圍內全體土地所有權人「一致」之利益，但至少不是「少數者」之利益。因此同意比率計算之基準應包含重劃範圍內全體土地所有權人及全部土地面積，以正確反映「實質多數者」之「共同利益」。

3. 重劃計畫之內容與土地所有權人各自應分擔之公共設施用地、工程費用、重劃費用、貸款利息及受配土地範圍等相關（平均地權條例第六十條規定參照），此涉及財產處分，土地所有權人基於所有權之權能，應有同意與否之表決權，不因其為公有土地或私有土地所有權人而異。
4. 或謂主管機關於審查自辦市地重劃個案應否核准時，均已考慮、徵詢公有土地管理機關之意見，故無須將公有土地所有權人之意見計入同意比率。然公有土地管理機關未必即為自辦市地重劃案之主管機關，其在利益之考量上未必同一。而公有土地管理機關本有保護公有財產之義務，作為土地所有權人之法律上地位與私有土地所有權人並無不同，對重劃計畫內容為同意與否之表示，為其權利也是義務。於計算土地所有權人之人數與土地面積之同意比率時，將公有土地之所有權人數及其面積不列入計算基準，於公有土地管理機關不同意重劃計畫之情形，非但使其未能善盡保護公有財產之職責、不能確保其以土地所有權人身分在重劃案主導地位，亦同時增加不同意參與重劃者，被迫接受實際上土地面積或人數占少數者之同意參與重劃者所提之重劃計畫之機會，甚至必須遷離原住居地，受有財產權與居住自由侵害。
5. 重劃範圍內之公有土地應一律參加重劃（本院釋字第二三二號解釋、獎勵重劃辦法第二十三條規定參照），自辦市地重劃區內全體土地所有權人均為重劃會會員（獎勵重劃辦法第三條規定參照），公有土地管理機關若不同意重劃計畫內容，仍可於會員大會依獎勵重劃辦法第十三條第二

項規定，以全體會員二分之一以上，及其所有土地面積超過重劃區總面積二分之一以上同意之決議，修正業經主管機關核准實施之重劃計畫書，即以重劃範圍內土地所有權人數與土地面積實質過半之所有權人之決議，否決依系爭規定非實質過半之同意比率，並經主管機關核准之重劃計畫。

6. 系爭規定未設私有土地面積應占重劃範圍內總土地面積之門檻下限，公有土地管理機關對於重劃計畫之意見又不計入計算基準，是於公有土地面積占重劃範圍土地總面積一半以上時，此同意比率規定實質上不可能過半。例如公有土地面積占重劃範圍總土地面積之 50.1%，私有土地面積之總和占 49.9%，假設其中同意重劃者之私有土地面積占 25.1% ($25.1/49.9$)，不同意重劃者占 24.8%，如不計公有土地面積，同意重劃計畫之私有土地面積總和，雖然合乎上開同意比率規定 ($25.1/49.9 > 50\%$)，然就重劃範圍內全體土地所有面積而言，其比率僅為 25.1%，並未過半。
7. 以本號解釋聲請人之一之原因案件為例（註二）：重劃範圍內私有土地所有權人一〇二七人、土地面積 34.87 公頃同意重劃計畫，因其占私有土地所有權總人數之 57.21% ($1027/1795$) 及私有土地面積之 56.53% ($34.88/61.7$) 而合乎上開規定，然若公有土地之所有權之人數與其土地面積均列入計算基礎，且其中土地面積 18.5 公頃（公有土地總面積 28.33 公頃）公有土地管理機關表示不同意重劃計畫，則在面積之計算上將未過半數（不同意重劃計畫之私有土地面積 26.82 公頃 + 18.5 公頃之不同意重劃計畫之公有土地面積，合計 45.32 公頃土地，已逾總土地面積 90.33 公頃之半數）。

綜上所述，系爭規定未將重劃範圍內公有土地所有權人數、土地面積列入同意比率計算基準，致同意參與重劃

之私有土地所有權人，縱其等人數或土地面積總和，未超過不同意重劃計畫之公有土地與不同意參與重劃之私有土地所有權總人數或總土地面積，仍得擬定重劃計畫申請主管機關核准實施。系爭規定將產生同意比率「實質不過半」之情形，使重劃範圍內之少數人或其總面積不過半之私土地所有權人，得經由此規定實施重劃計畫，限制不同意參與重劃者之財產權與居住自由權，難謂實質正當。

二、系爭規定未依實施重劃計畫個案之緊急性、必要性等因素區分同意比率，難謂實質正當

同意比率規定之憲法正當性，乃建立於公共利益與個人基本權之權衡上，同意比率之高低因公益之必要性而應有不同之要求（本院釋字第七〇九號解釋參照）。系爭規定未考量自辦市地重劃之區域是否已擬定細部計畫或是否屬於同條例第五十六條第一項各款得辦理市地重劃之區域，或重劃範圍是否業經主管機關列入當地分區發展計畫土地，或有進行市地重劃之急迫性等因素，均適用同一同意比率（獎勵重劃辦法第四條、都市計畫法第二十四條、都市更新條例第二十二條第一項規定參照），未審酌公益性程度、社會情狀之需要，亦與憲法要求之正當行政程序有違。

註解：

註一：以本號解釋聲請人之一之原因案件為例：重劃計劃書所載公有土地所有權人數2人，私有土地所有權人1,815人。重劃計劃執行完畢後，登記之公有土地所有權人為9人，私有土地所有權人減至1,342人，私有土地所有權人之人數減少26%。

註二：於該重劃區籌備會經臺中市政府核准成立後取得之私有土地所有權，除繼承取得者外，其持有土地面積合計未達重劃區都市計畫規定最小建築基地面積二分之一者，依獎勵重劃辦法第二十五條規定，不計入同意及不同意人數、面積比例。

部分協同部分不同意見書

羅昌發大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件多數意見認為獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱獎勵重劃辦法）第八條第一項有關發起人申請核定成立籌備會之要件，未就發起人土地面積應占擬辦重劃範圍內所有土地總面積比率為規定；於以土地所有權人七人以上為發起人時，復未就該人數與土地所有權人總數之比率為規定，與憲法要求之正當行政程序不符；同辦法第九條第三款、第二十條第一項由籌備會申請核定擬辦重劃範圍，以及同辦法第九條第六款、第二十六條第一項由籌備會申請核定重劃計畫書及公告，並通知土地所有權人等規定，均屬重劃會職權，卻交由籌備會行使，與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，超出同條第二項規定之授權目的與範圍，違反法律保留原則；同辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序，未要求主管機關設置適當組織為審議、於核定前予利害關係人陳述意見機會，以及送達核定處分於重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人；同辦法關於主管機關核准實施重劃計畫之程序，未要求主管機關設置適當組織為審議、將重劃計畫相關資訊送達重劃範圍內申請人以外之其他土地所有權人，及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，連同已核准之市地重劃計畫，分別送達重劃範圍內各土地所有權人及他項權利人，均不符憲法要求之正當行政程序。本席對此等結論，均敬表同意。惟本席認為，土地重劃法制落後，造成其規定與運作結果有諸多違憲之處；立法者應全面檢視，以個別立法方式，完整規範重劃制度，使其運作得以健全，並使人民權利獲較周全之保障；就此部分，本席認為有補充說明之必要。另多數意見認平均地權條例第五十八條第三項就公有土地納入市地重劃之情形，排除公有土地所有權人或管理機關參與決定，尚未違憲。本席認為此部分有商榷餘地；故亦有闡述之

必要。爰提出部分協同部分不同意見如下。

壹、土地重劃應有獨立於平均地權條例以外之個別立法以符憲法規範之體系並周全保護人民基本權利

- 一、憲法第一百四十二條規定：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。」故平均地權屬於憲法「基本國策」章「國民經濟」節之重要內涵；其目的在減少不勞而獲，以謀國計民生之均足；其措施包括平均地權條例第二章至第五章所規定之規定地價、照價徵稅、照價收買、漲價歸公。
- 二、土地重劃目的則在：「將一定區域內，畸零細碎不整之土地，加以重新整理、交換分合，並興建公共設施，使成為大小適宜、形狀方整，各宗土地均直接臨路且立即可供建築使用，然後按原有位次分配予原土地所有權人」。(註一)故土地重劃為促進土地使用與健全都市發展的機制；與平均地權在於減少不勞而獲及確保國計民生均足，目的並不相同。
- 三、平均地權之相關措施雖仍受憲法第二十三條「必要要件」之規範，然其措施之採行，有憲法第一百四十二條之規定為依據。土地重劃則與憲法第一百四十二條並無關聯，而係直接受憲法第二十三條「必要要件」之規範。亦即平均地權與土地重劃二者，受憲法之評價標準及檢視基礎不盡相同。
- 四、然現行土地重劃機制係規定於平均地權條例中（第五十七條至第六十七條）。此係將本質上不同且受憲法不同評價之兩項機制，納入單一法律。如立法者係欲連結平均地權之憲法依據作為土地重劃正當性之基礎，其理由顯屬薄弱；如立法者係因立法方便而將土地重劃納入平均地權條例，體系上亦甚為不妥。
- 五、土地重劃之目的除在重新整理細碎不整之土地，使之得受更有效利用外，亦藉由「重劃區內供公共使用之道路、溝渠、兒童遊樂場、鄰里公園、廣場、綠地、國民小學、國民中學、

停車場、零售市場等十項用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記地等四項土地抵充外，其不足土地及工程費用、重劃費用與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔」（平均地權條例第六十條參照）之機制，使國家無庸透過需支付補償金之公用徵收之方式，即獲得公共設施用地；甚至因人民必須負擔工程及重劃之費用，國家因而無須獨自負擔公共設施之建設經費。如屬公辦之土地重劃，將使不願政府辦理重劃之土地所有權人應受憲法保護之財產權或其應受憲法保護之適足居住權，受到不利影響甚或遭到剝奪；如屬民間自辦之土地重劃，對於不同意參與重劃卻被劃入重劃區之土地所有權人之財產權或其適足居住權，亦將受影響或剝奪。土地重劃既對人民權益影響如此重大，為避免國家機關濫用土地重劃機制以規避其應負之建設責任，且為避免少數人濫用此機制，以謀私益，立法者自應以「個別之立法」對相關之實體要件與正當程序予以完整規範；而非如現制，將土地重劃機制「隱身於」平均地權條例之少數條文，而對諸多應由法律規範之事項（諸如籌備會及重劃會之成立要件、職權範圍與決議程序；主管機關各項核定之實體標準與程序等）為含混不清之規定，甚或毫無規定。

- 六、本席另應特別提醒立法者，於將來立法時，就重劃範圍之劃定準則，宜有更明確之規範。有關重劃範圍之劃定，係規定於獎勵重劃辦法第五條：「自辦市地重劃之範圍不得小於一個街廓。但因都市計畫需要，報經直轄市或縣（市）主管機關核定者，不在此限。」而主管機關就重劃範圍不予核准之唯一標準亦係本條之規定（同辦法第二十一條第一款參照）。由於第五條之規定極為概括，使籌備會在劃定重劃範圍時，除街廓之要件（且此要件又可因都市計畫之需要而排除）外，幾乎毫不受拘束，而可完全依其自己意志，劃出欠缺合理性且不合邏輯之區塊（例如劃出歪扭而毫不方正之區塊，甚至

使單一之土地所有權人之一半土地劃入區內、另一半土地劃於區外)。此項擔憂並非杞人憂天；實際上已發生此種案例。新的土地重劃法制有關重劃範圍之劃定，應避免遭如此不可思議之濫用。

貳、有關籌備會成立要件部分之協同意見

- 一、獎勵重劃辦法第八條第一項規定：「自辦市地重劃應由土地所有權人過半數或七人以上發起成立籌備會……」。本席同意多數意見所述，在此條規定下，「如土地所有權人未達十二人時，僅須過半數土地所有權人，即可申請核定成立籌備會，不問發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為何；土地所有權人十二人以上時，僅須七人即可申請核定成立籌備會，不問發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為何，亦不問發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率為何，皆可能迫使多數土地所有權人或擁有更多面積之其他土地所有權人，面臨財產權與居住自由被侵害之危險」。由於本條之低門檻規定，導致如原因案件中，人數（七人）僅占私有土地所有權總人數（共一千八百十五人）之0.38567%，且其土地面積總和（共4933.30387平方公尺）僅占私有土地總面積（共617,718.78平方公尺）之0.798693%之土地所有權人，即可成立籌備會，並因而啟動民間自辦市地重劃之程序。其他絕大多數（超過百分之九十九）被劃入重劃範圍之土地所有權人必須被迫「陪著玩」；蓋如果其他土地所有權人不「陪著玩」且未採取任何行動，將無法自動脫身；將來一旦通過重劃，全體土地所有權人之權利均將受影響。此規定除有多數意見所敘述之違憲問題外，國家法律容許此種「尾巴搖狗」之制度存在，實屬不可思議。
- 二、多數意見僅質疑「如土地所有權人未達十二人時，僅須過半數土地所有權人，即可申請核定成立籌備會，不問發起人於

擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積比率為何；土地所有權人十二人以上時，僅須七人即可申請核定成立籌備會，不問發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率為何，亦不問發起人於擬辦重劃範圍內所有土地面積之總和應占擬辦重劃範圍內土地總面積之比率為何」；而未明確規範所須符合之最低比率。多數意見之此等文字可能被解讀為，只要將來在修改法律時，將「發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率」以及「發起人所有區內土地面積之總和與擬辦重劃範圍內土地總面積之比率」納入作為成立籌備會門檻之因素即可；至於應有多少比率，則屬立法裁量範圍。然本席認為，本解釋未明示「發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之具體比率」以及「發起人所有區內土地面積之總和與擬辦重劃範圍內土地總面積之具體比率」，並非表示立法機關有完全之立法裁量空間。基於在籌備階段被納入重劃範圍對土地所有權人已產生實際上衝擊，本席認為，「發起人人數所占擬辦重劃範圍內土地所有權人總數之比率應達於過半數」，且「發起人所有區內土地面積之總和所占擬辦重劃範圍內土地總面積亦應達於過半數」，始可發起重劃。以便將來推動重劃較為順利，且避免發生前述「尾巴搖狗」之情形。

參、有關平均地權條例第五十八條第三項部分之不同意見

一、平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」多數意見認其並無違憲；且多數意見迴避處理本條項規定所涉最核心的憲法問題（亦即將公有土地排除於同意比例計算之外，是否構成違憲）。本席無法同意。

二、公有土地納入同意比例計算與否，並非純然屬於立法政策之

問題，而涉有合憲與否之問題

- (一) 平均地權條例第五十八條第三項係規定，以重劃區內「私有土地所有權人」半數以上，且其所有土地面積超過重劃區「私有土地」總面積半數以上者之同意，作為重劃會決議之可決門檻。而完全排除公有土地所有權人之參與決議。
- (二) 憲法第二章係對「人民」基本權利保障所設之規定（該章之章名為「人民之權利義務」；該章各條有關權利與自由之保障對象均為「中華民國人民」或「人民」）。國家及地方自治團體並非「人民」，並無憲法所保障之基本權。其作為土地所有權人，自不在憲法第二章（特別是憲法第十五條所規定財產權）之保障範圍。故平均地權條例第五十八條第三項將公有土地所有權人（國家與地方自治團體）排除於參與重劃會決策之外，並無剝奪其憲法第二章權利之問題。由此角度而言，公有土地所有權人是否納入比例門檻之計算（亦即國家及地方自治團體是否參與重劃會決策），應為立法裁量之範圍。
- (三) 然公有土地所有權人是否納入比例門檻之計算，將影響重劃會之決議結果。如公有土地加入同意比例之計算，可能使原來在私有土地全部人數及其土地面積占少數者，反而成為多數，並使原來之多數變為少數。本席認為，公有土地既然被納入重劃範圍，在決策機制上自不應無視其存在；否則將使少數之私有土地者可以主導，並綁架公有土地及其他私有土地，且扭曲決策之結果；並因而使扭曲之結果拘束重劃區內全體土地所有權人。雖有部分私有土地所有權人因公有土地所有權人加入其陣營而受益，但亦可能有部分私有土地所有權人因公有土地所有權人未能加入己方陣營而受害。由此而言，將公有土地所有權人排除於比例門檻計算之外，將

實質影響私有土地所有權人之憲法上權利；故其並非純粹立法政策之問題。

- (四) 復按公有土地包括國有、省有、市縣有或鄉鎮有。憲法第一百零九條及第一百十條規定，省財產及縣財產之經營及處分，分別由省立法並執行或交由縣執行，或由縣立法並執行。換言之，地方自治團體所有之公有土地(即省有、市縣有或鄉鎮有土地)之經營及處分事項，應屬地方自治事項。而是否參與民間辦理市地重劃，性質上屬於其土地之經營及處分之事項。平均地權條例第五十八條第三項將擁有土地所有權之地方自治團體排除於參與重劃會決策之外，與憲法地方自治之精神亦有不合。就此部分(即「將地方自治團體排除於參與重劃會決策之外」之部分)而言，亦非屬於單純之立法政策之問題。

三、土地重劃影響人民財產權及適足居住權已如前述。除在極為例外之情形外，任何人應不得將他人財產予以處分或變更；且除在極為例外之情形外，任何人亦均不得以驅離家園之方式侵害人民適足居住權(本席於本院釋字第七〇九號解釋所提出之理由書參照)。此應為解釋憲法第二十三條可以得出之重要原則。故僅於極少數之私有土地所有人不同意(例如僅有總人數十分之一以下之私有土地所有人且其土地總面積占十分之一以下者不同意)，而其他私有土地所有權人均同意之情形下，始得為土地重劃之重要實體決策，以保障人民基本權利。

四、至於公有土地所有權人雖無憲法第二章基本權利保護之問題，然未將公有土地加入同意比例之計算，將扭曲重劃會最終決策之結果；且對擁有土地所有權之地方自治團體而言，排除其參與土地重劃之決策，又將侵害其自治權。立法上自應考量如何使公有土地所有權人適度參與，以避免因全體公

有土地所有權人無法參與而造成決策扭曲，及因擁有土地之地方自治團體無法參與而侵害其地方自治權限。本席認為，使公有土地所有權人適度參與之方式之一，應為設置雙重之比例規定。亦即於土地重劃區內含有公有土地之情形，應符合下列二條件，始能做成實體事項可決之決議：其一，於未加計公有土地前，同意之私有土地人數及其土地面積均須超過私有土地總人數及私有土地總面積百分之九十；其二，於加計公有土地後，其同意之重劃區內總人數及總土地面積均超過二分之一之比例。

註解：

註一：內政部地政司網頁 <https://www.land.moi.gov.tw/chhtml/landfaq.asp?lcid=13&cid=71#1> 參照（瀏覽日期：2016.07.28.）。

部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

羅昌發大法官 加入

本席於五十年前親身經歷我國第一樁市地重劃案。百年祖厝被拆、老樹被砍、受配土地減半致父親四兄弟合共一百坪，無力新築房屋，只能出售土地，數十血親遷離已世居六代的故土，無奈與隱隱不平感（我們家族土地原本兩邊各面臨敦化北路及民生東路，且為方正之建地，沒有化零為整與他地互易以利土地使用之必要，但卻因重劃而面積減半），銘記在心。

五十年了，臺灣已由戒嚴走到解嚴，司法已擺脫政治附庸走向獨立多時，由「蒼生仰照」轉化為「司法為民」。數十年來，已作成數百個大法官解釋，揭示諸多憲法原則包括法律保留原則；立法機關除本其立法權責制定諸多法律比如都市更新條例外，也常依大法官解釋

要求，依解釋意旨立法修法。大家共同目標是厲行法治、落實人權保障。翻開六法全書：財產權與居住自由受憲法第十五條及第十條明文保障，隱私權、營業自由等等諸多人權則未見諸憲法明文，但個人資料有個人資料保護法專法保護、營業自由之限制也有如公平交易法、營業秘密法等之專法規範；但超過半世紀了、動員戡亂時期早已結束了，市地重劃本質上是否應屬所謂地權平均之一環已有疑義（市地重劃為土地重劃之一種，另有農地重劃；而土地重劃制度首見於民國十九年制定之土地法，設有第三章「土地重劃」專章，自第十八條至第二十一條，暨第四章「土地重劃程式」專章，自第二十二條至第二十五條；經民國三十五年全面修正而為現行之第六章「土地重劃」，自第一百三十五條至第一百四十二條；並僅另於民國八十九年就其中第一百三十五條、第一百四十條及第一百四十一條作文字修正，即將「市、縣」改為「直轄市或縣（市）」。

土地法第一百三十六條前段規定：「土地重劃後，應依各宗土地原來之面積或地價，仍分配於原所有權人。」第一百三十九條規定：「土地重劃後，土地所有權人所受之損益，應互相補償，其供道路或其他公共使用所用土地之地價，應由政府補償之。」再對照第一百三十五條、第一百三十七條及第一百三十八條等規定意旨，土地重劃目的僅在化畸零零碎土地為方正土地，即經由法律所定重劃之方式強制鄰地互易，以利土地方正使用而已，並無使重劃區內土地所有權人負擔公共設施用地，因而有地權平均或減省國家公共設施支出負擔之意思。）而又涉及受憲法明文規定保障之人民財產權及居住自由之限制之市地重劃，迄今卻仍寄生在屬動員戡亂時期之民國四十七年修正公布之平均地權條例第三十五條以下（目前規定在第六章「土地使用」之下），而非專章更未立專法。就自辦市地重劃，則係自民國六十六年才有平均地權條例第五十八條第一項之規定，但未見授權主管機關訂定相關辦法；即係在無法律授權下，於民國六十八年即已由內政部訂定「獎勵都市土地所有權人辦理重劃辦法」（系爭自辦市地重劃辦法之原名稱），此一辦法明顯違反法律保留原則而為違憲（內政部誤將平均地權條例第五十八條第一項

關於自辦市地重劃獎勵事項之規定作為其得訂定系爭自辦市地重劃辦法之授權規定)；就此，行政主管機關不但未本基本人權保障之憲法意旨，除於民國七十五年間，將原需徵得全體土地所有權人(含公、私有土地所有權人)同意之自辦市地重劃規定修正並降低其同意比例為僅需私有土地所有權人半數以上、面積超過私有土地(不含公有土地)總面積半數以上之同意，即實質不過半，使主管機關得依少數土地所有權人之申請核准實施重劃，不利人權保障及公有土地產權維護公益目的外，更自民國四十七年在平均地權條例中規定市地重劃及民國六十六年許自辦市地重劃伊始，數十年均未思如於民國六十九年即制定「農地重劃條例」般，以專案立法方式訂定市地重劃含自辦市地重劃相關法律規定；反而便宜行事，於九十一年在平均地權條例第五十八條增列現行第二項之授權規定，目的在得繼續以自民國六十八年以來之由行政機關所訂定之法規命令即系爭「獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法」，作為自辦市地重劃之依據。以上所示：憲法明文與未明文規定保障之基本人權間之立法強度上之反差，同為重劃之價值相對較低之農地早於數十年前即以專法形式(條例)規範而價值較高之市地重劃反而未以專法(而以市地重劃實施辦法)且含自辦市地重劃部分(係以系爭自辦市地重劃辦法)甚至均以命令規範之反差，以及行政機關之便宜行事(如應能以立法方式而不以立法方式，及降低自辦市地重劃區土地所有權人之同意比例致實質亦未過半等)，難以期待主管機關對基本人權之適足保護作為，本席無法視而不見，難以無感及釋懷。

類似事件應為相類處理，始為合理。數十年前之民國六十九年就土地重劃中之農地重劃早已訂立專法(農地重劃條例)，迄今同屬土地重劃之市地重劃卻仍寄生於性質未必相當之平均地權條例之一隅(甚至將土地重劃由政府遷台前土地法即已揭示之單純化零碎為方正、強制等值互易之本旨，轉變為地方政府減省財政負擔，無償取得公共設施用地產權之道)。尤其含自辦市地重劃在內之全部市地重劃均涉及都市土地所有權人之財產權及居住自由較諸農地更鉅，卻仍假

以授權命令，顯非合理。又市地重劃與都市更新亦相類，都市更新依都市更新條例，市地重劃尤其自辦市地重劃何獨不應然（專法規定）？此亦顯非合理。就此而論，系爭自辦市地重劃辦法全部均應已牴觸法律保留原則而為違憲。多數意見固認系爭自辦市地重劃辦法之部分條款或因違反正當行政程序或因違反法律保留原則而違憲，但未以其全部均因違反法律保留而為違憲，與本席之意見結論（違憲）相同，但理由不同，故為部分協同意見；又本件解釋明確肯認「正當行政程序」含「程序正當」與「實質正當」，則可資贊同。

又平均地權條例第五十八條第二項並未提及籌備會，重劃會之組織性質不明，如何籌備屬人民自由，是否以有籌備會之前置組織為必要，亦非為事所必然，經由系爭辦法挾帶賦與母法所未提及之籌備會職權，尤非妥當，故似可逕以此為由認系爭辦法中全部規定均違法律保留原則，而非如本件解釋僅以其中部分規定為違憲。

有謂財產權之限制，其保護低於人身自由，故得以授權命令限制之，而無違法律保留原則云云。惟市地重劃尤其自辦市地重劃所涉及者已非財產權之限制而已，已然及於一部剝奪之程度（受分配比例僅為原全部權利之一部分，甚至可能無法獲配土地等），其保護程度豈能較低哉？又行政行為應受法律及一般法律原則之拘束（行政程序法第四條參照），行政行為不得為無正當理由之差別待遇（行政程序法第六條參照），憲法第二十三條明定：得限制憲法所列舉之自由權利（含財產權及居住自由）者為「法律」，憲法並未明定該「法律」包括其授權命令（尤其系爭辦法規定並非全屬技術性、細節性規定，並已涉及基本人權之限制，自應直接以法律規定之）。本院過去諸多解釋或礙於當時時空背景，法制猶未臻完備，故而不得不勉予擴大憲法第二十三條之「法律」之範圍及於授權命令。但中華民國立國已逾百年，如上所述：數十年前之民國六十九年就土地重劃中農地部分已立全本農地重劃條例、自民國八十七年起亦已有全本都市更新條例等，在在足證如責成市地重劃含自辦市地重劃規定法律化，早已並無任何困難。故而未法律化非不能而是不為，行政機關不思立專法，該行為

不合理並可疑係故意為不正當之差別處理（實務上發現疑有極不合理之自辦市地重劃案例。主管機關明言：准許自辦市地重劃意在減省該機關或下級機關之公共設施支出、將同一街廓之已建築部分土地排除於重劃範圍係為免除建物補償困擾、將同一筆土地一分為三且其中原屬法定空地之臨路三角窗重劃後無法受配土地部分以方便重劃後土地分配為由強納入重劃範圍、將同一街廓重劃區外之原建地容積率由原百分之二百調降為百分之一百二十但重劃區原農地則變更為建地容積率百分之二百等等，致原土地所有權人泣血申訴），此等行為應該受嚴格意義法律保留原則之拘束，也就是說就市地重劃至少就自辦市地重劃言，應不宜再容許行政機關再便宜行事，以授權命令行之，迴避立法嚴謹程序，庶幾合於憲法第二十三條以「法律」保護列舉基本人權之意旨。本院過去關於「法律保留原則」之相關解釋似無一成不變之理，似應依法治之進步程度，並至少依個別情狀經由補充解釋相應限縮調整法律保留原則中關於許授權命令替代法律之意旨，以進一步保障人權。

本件解釋僅及於重劃會之籌備會且偏重程序部分，未及於其他尤其重劃範圍等之核定等機關實質行政行為部分，似難收保障人權實效，有為德不卒之感，至為可惜，並難贊同。另就系爭自辦市地重劃辦法之實質內容言，亦有諸多可議之處（其中第十三條規定甚至可反證平均地權條例第五十八條第三項規定有可議），應值檢討改進，比如：

- 一、系爭辦法第二十三條規定：「直轄市或縣（市）主管機關核定範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣（市）主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」查所稱公有土地包括國有土地（土地法第四條參照），而直轄市或縣（市）相較於國家：前者為下級地方機關，國家則為中央上級機關，下級地方機關無權處分上級中央機關之財產；另土地法第二十五條係就直轄市或縣（市）政府對於其所管公有土地之處分等所為規定，不及於國有土地，故本院針對土地法第二十五條所為釋字第二三

二號解釋亦無從作為直轄市或縣（市）得逕行將公有土地中之國有土地納入重劃範圍之依據。則在土地法、平均地權條例中未見公有土地應一律參加重劃之明文規定下（都市更新條例第二十七條則訂有公有土地及建物參與都更之依據及排除相關公有土地法規之適用並其處理，而市地重劃則缺如），系爭辦法之主管機關內政部何得於系爭辦法中為上開規定？

- 二、系爭辦法第十條第九款竟以「訴請司法機關裁判之期限及逾期不訴請裁判之處理」作為重劃會章程應記載事項之一，其意如係為圖以重劃會章程規定限制土地所有權人之訴訟權，則亦明顯違反法律保留原則，且實質不正當，至為昭然。
- 三、平均地權條例第五十八條第三項規定未納入公有土地及其所有權人，可能致生實質不過半，使少數人得處分多數人財產之結果，其合憲性顯非無疑，本件解釋就此部分因審議未獲可決之多數，並未作成判斷，殊為可惜。又上開條項明定僅私有土地所有權人半數以上等之同意即得申請主管機關核准實施自辦市地重劃云云，且系爭辦法第二十七條亦明定主管機關應據予核准實施重劃；而亦如本件解釋所示主管機關之實施自辦市地重劃核准係依平均地權條例第五十八條第三項規定所為行政處分，故應有拘束重劃範圍內全體土地所有權人之法律效力，但系爭辦法第十三條第一項第四款竟規定已經主管機關於上述核准實施程序中已核准之重劃計畫書需另經重劃會會員大會追認云云，等同於主管機關之核准實施行政處分之效力需另取決於人民之可決，顯非有當；此外，系爭辦法第十三條第二項規定之會員大會可決人數包括重劃區內全體土地所有權人，即非僅私有土地所有權人而已，自亦已逾越平均地權條例第五十八條第三項規定之比例，故與為其母法之平均地權條例規定未相一致；如果此一不一致之目的在保障全體土地所有權人含公有土地之權益，並係本於實質應過半之旨，則寧非適足反證平均地權條例第五十八條第三項規定為不合理哉？

- 四、土地重劃係為強制鄰近土地等值互易，以利土地使用目的，則自與土地所有權人之人數無重要關聯，有重要關聯者應為與其價值直接相關之土地面積而已，故而應無以土地所有權人人數作為籌備會或重劃會組成條件之理，尤無如系爭辦法所示僅以人數作為籌備會成立條件之理，系爭辦法徒增予有心人士不當製造符合重劃籌備條件或妨害多數人之重劃之機，寧非有當。又單就二分之一之同意比例部分言：農地重劃條例第十條第二項明定土地所有權同意比例為三分之二，都市更新條例第二十二條之同意原則上也高於二分之一，則顯然平均地權條例第五十八條第三項之比例（二分之一）為過低。其中不含公有土地尤有可議，已如上述。
- 五、土地重劃不論是自辦市地重劃或農地重劃均應係重劃區內土地所有權人之共同行為，既不必為人團也非公司，本無所謂會員或股東，何需必有章程、理、監事及會員大會組織及其開會形式，個別書面同意為何不可？農地重劃條例及都市更新條例亦均無類似規定，自辦市地重劃何獨應必然？系爭辦法中相關章程等規定之妥適及必要性亦非無可議。

因對本件解釋之違憲部分結論贊同，但理由有異，及對本件解釋範圍及理由書末段之意見不同，爰本親身經歷及由其他自辦市地重劃實例所知而生之同理心為本件部分協同、部分不同意見書供參。企盼市地重劃應脫離平均地權條例並回歸土地法土地重劃章所示之單純化零碎為方正目的及勿責成土地所有權人負擔公共設施（應回歸公共設施受益費徵收體制）暨以專法規定，以符法律保留原則及落實憲法第十條、第十五條、第二十三條之保障基本人權意旨。

部分不同意見書

陳新民大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

你這個一再被狩獵欲望所趨策的人啊！

許多死亡的規則就被寧靜的制定下來；

我知道你在鐘乳石洞內輕輕懸掛布條，
彷彿為慶祝和平的標幟，但卻是陷阱與羅網！

奧地利詩人·里爾克·《致奧費斯的十四行詩》

本號解釋多數意見延續本院釋字第七〇九號解釋的意旨，為了保障人民的財產權以及維護「正當行政程序」，對於獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（以下簡稱「辦法」）第八條第一項之私人發起重劃籌備會的門檻過低，致有侵犯其他不同意參與市地重劃（以下簡稱重劃）者之權益；該「辦法」有關籌備會的任務已經超越母法的授權範圍；以及主管機關於核定擬辦重劃範圍及核准實施重劃計畫時，未設置適當之審議組織、亦未給予利害關係人陳述意見與舉辦聽證等機會，自有違正當行政程序等高見，獲致該辦法相關條文違憲之結論，本席就此敬表贊成。

惟本號解釋多數意見之立論，顯然與釋字第七〇九號解釋一樣，僅著眼於程序正當部分，但真正的關鍵之處，應當置於少數不參與重劃者的財產與居住自由權之上。同時，應以憲法的高度——尤以確保財產權「存續保障」之真諦——論究重劃制度的意義、公益份量（與私人法益之衡量問題）能否合理化人民負擔重劃區公共建設費用，與本號解釋所涉及的「自辦重劃」制度的合憲問題。本號解釋雖亦提及保障財產與居住自由甚至「存續保障」之名詞，但只是泛泛援引用語，沒有任何憲法詮釋意義的重要性與說服力可言。故多數意見捨此實體核心部分於不論，而僅將論點集中置於限制財產權之程序有無遵守憲法正當行政程序的問題之上，重蹈釋字第七〇九號解釋在方法論上「本末倒置」的覆轍。本席實歉難同意。

其次，多數意見既然肯定公權力在核准自辦重劃範圍及計畫時，當會涉及侵犯人民基本權利。故行政權力理應更注重比例原則，是否容有「最少侵犯」不同意重劃者權利的可能性。而平均地權條例（以下簡稱「平權條例」）第五十八條第三項，有關重劃計畫之許可標準，係以「重劃區內私有土地所有權人半數以上，同時其所有土地面積超過重劃區內私有土地總面積半數以上之同意」而論——此規定未如釋

字第七〇九號解釋所認為合憲之都市更新條例第二十二條第一項，尚區分不同類型而採不同的同意比率。多數意見且以「當屬立法形成之自由」為由，而認為不違反比例原則。此亦是本席所不能贊同者。

而且上述平權條例第五十八條第三項的計算同意重劃的所有權人比率，是以「私有土地」所有權人為準。準此，已經排除公有土地之所有權人在內，致使公有土地有遭到私人藉籌劃重劃計畫之機會而予侵奪之可能。此涉及到公有財產的「分配正義」，但多數意見對此部分的違憲性，竟然亦未加一詞，亦未納入審查的範圍，實質上顯現出對此有高度違憲之虞的法律規定，竟持極度容忍的態度。

故有鑒於自辦重劃制度，既可能造成「吃小」（侵奪少數不願重劃者之權益），以及「吃公」（侵奪公有財產）之虞，凡此皆觸及了自辦重劃制度的嚴重弊害。甚且地方政府實行的重劃政策之目的，乃為謀求財政利益，避免支付徵收補償費，而以實行重劃取代徵收，以獲得公共設施之用地，造成人民財產權的損失！

俗諺有云「木必自腐，而後蟲生」之諺語般，多數意見只達到「除蟲」的效果，何不鼓其餘勇，而「刨其腐心」乎？

本席不敢輕乎釋憲與護憲的重責，敬提部分不同意見書於次，以明其理。

一、重劃制度的公益或私益？

（一）重劃之目的

土地重劃，顧名思義，乃是對土地的「重新規劃」。在此可以顯現出兩種意義：第一種，是對土地使用的重新規劃，亦即，將原有土地的使用方式（例如，住宅、建築物、空地）予以重新規劃、興建，而後給予該土地更大的功能。當然，也可以增加重劃區的土地總產值，而後所有參加重劃者，其財產法益亦可增加。第二種，乃是對財產權的重分配，亦即重新劃分財產權人擁有重劃區內的土地範圍，對於財產關係的重新分配。

這兩種意義實為一體兩面，由於土地使用的重新規劃，

自然會有「挪東牆、補西壁」的調整使用，使得財產標的重新洗牌，因此重劃代表財產標的之重新分配，而最後分配的總財產，將是土地重新規劃，扣除公共用途的土地後，以剩餘的土地，依各參加重劃者原財產之比率平均分配之（平權條例第六十條之一）。

由上述重劃制度的目的，可以得知下述的特徵：

第一，是兼顧私益與公共利益。

由重劃的目的可知，乃是政府對於土地，不論是市區或者是農地，依據社會現實與未來的需要，重新開發、並興建完備公共設施，除了提升原有居民的生活品質外，亦可能滿足更大範圍（重劃區以外）的公共利益，例如，開闢成公園、水土保持區或學校、福利措施。因此，固然可以稱為「增加重劃區的土地總利用價值」，但不能解釋為「增加重劃區的土地所有權人之總產值」，即非著眼於重劃給重劃者帶來財產的增加而已，而是更帶來甚大的公共利益，且絕非限於原有財產權人所能享受也。

在此，由該土地在重劃前後利益的擁有者之差異，可知重劃前的利益擁有者為原有的所有財產權人；後者，則為不特定的享有者。此即重劃制度亦有承擔頗為重大的公益目的。本號解釋多數意見（在理由書第八段）也正確的指出了此點：「……查市地重劃不僅涉及重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及原有土地上之他項權利人之權益，有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由（本院釋字第七〇九號解釋參照）。……」。

在實證法上，亦復如此。我國土地法第一百三十五條規定實施土地重劃之原因便是基於這種公益與私益並重的法理，規定：「直轄市或縣（市）地政機關因左列情形之一，

經上級機關核准，得就管轄區內之土地，劃定重劃地區，施行土地重劃，將區內各宗土地重新規定其地界：一、實施都市計畫者。二、土地面積畸零狹小，不適合於建築使用者。三、耕地分配不適合於農事工作或不利於排水灌溉者。四、將散碎之土地交換合併，成立標準農場者。」

其中，除了第一款為公益取向優先，第四款「合小為大」仍為私益考量為主，第二、三款則純粹為土地合理使用，可以兼顧公益與私益。

其次，農村社區土地重劃條例第五條亦規定：「有下列情形之一者，直轄市或縣（市）主管機關得報請中央主管機關核定辦理農村社區土地重劃：一、促進農村社區土地合理利用需要。二、實施農村社區更新需要。三、配合區域整體發展需要。四、配合遭受地震、水災、風災、火災或其他重大事變損壞之災區重建需要。五、應用機器耕作，興辦集體農場者。」

則此五項要件，第一款概括公益與私益之維護；第五款多半直接有利人民。其他各款，如第二款更新制度明顯為公共利益所需（釋字第709號解釋參照）（註一），第三、四款亦同。

至於平權條例第五十六條第一項則規定：「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。」則顯然更係公共利益導向之重劃目的也。

故上述三個規範重劃的法律，固然亦有保障與提升私人財產利益的立法目的，但無疑的，追求公共利益的份量，亦不在私益維護之下。

第二，與徵收相同之處——達到重要公共目的、可替代徵收手段。

按重劃制度既然承擔了追求公共利益的目的，同時公權力也介入了重劃事務，例如，辦理重劃機關的設立、重劃制度的設計（包括許可條件）、即使在許可自辦重劃（如本案情形），關於重劃範圍的核定、核准實施等，皆屬對人民權利限制的行政處分，而納入整體行政程序之一環，為本號解釋所確定（理由書第六段），如同都市更新事件，即使民辦都更，主管機關所為的核准與監督、審查行為的屬性並無差別，釋字第七〇九號解釋且曾為更詳盡之解釋也（註二）。

既然納入重劃區內的人民（與納入都更計畫同），其將被迫參與重劃計畫，以致於影響其財產權與居住權，甚至及於其他權利人之上（本號解釋理由書第六段），這種為公共利益（也同時可能為自己利益）而遭到強制的侵犯，已非單純的財產權之承擔社會義務，而進入到類似徵收強度的公權力侵犯。是否應當認為屬於徵收之概念？特別是典型徵收的公益，也包括了實施都市計畫，以及其他相關的災後重建等目的之上。大法官在釋字第四四〇號解釋，已經承認了市地重劃乃可達到與徵收一樣重大地公共目的：「……又關於都市計畫保留地之徵收或購買，都市計畫法第四十八條規定，依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買。其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依（一）徵收、（二）區段徵收、（三）市地重劃之方式取得之。……」。

所以，原本不願重劃者被強制劃入重劃區，已經侵犯其保有財產現狀的權利，以致於侵犯其受憲法保障的「存續狀態之保障」（Bestandsgarantie），而後儘管可再獲分配土地，但已經違背其意志，造成強制更易財產標的之結果，不能不謂類同徵收之侵害也（註三）。

這種見解，在德國也一度受到不少學界與邦立法的支持。德國在第一次世界大戰後，威瑪憲法開始了強化財產權負有社會責任的時代。許多城市都進行了市區重劃與整建，因此聯邦與各邦都制定許多相關的土地重劃法（Flurbereinigungsrecht）的法令。這些法令的基本精神都一致，可強制人民加入重劃（Umlegung）範圍，重新調整其土地所有權，這是採行原有價值計算後給予的「換地」處分，同時在準備重劃期間，不得有自由處分或影響未來重劃之行為等義務，故有些邦——例如，巴伐利亞邦——，一直到二次大戰後的一九四六年的邦重劃法，都承認這是屬於純粹的徵收。因為此重劃後的「換地」，與徵收（特別是在區域徵收經常可見）之以土地作為補償的情形，極為類似。而重劃期間加諸在財產權人上的限制，也與「禁止妨礙徵收」之義務無異也。故重劃與徵收是追求土地使用公益的兩種手法，雖有若干差距，但實質上皆為純粹徵收，而非單純的「財產社會義務」（註四）。

然而，這種傳統的重劃制度之特色既然在「換地」，，乃會將土地大部分在重劃後，扣除公共建設外，仍然交付在原來財產權人的手中。此重分配的過程中，原有財產權人不僅不會損失財產現值，且有增加之潛在性，且重劃帶來公共建設也是明顯的有利於重劃區人民。不像徵收計畫會將徵來的土地，於滿足公共使用等任務後，縱然會將部分土地讓售或分配予原財產權人，視為徵收補償之方式，但亦可以分配給其他人民——例如低收入或其他特定職業（例如，公務員等）（註五），只要符合公共目的即可。

因此，鑒於這種財產重分配的特徵，德國聯邦行政法院在一九五四年十一月九日對此作出了一個重要的判決（註六），便明白的指出：在（農地）重劃事件，既然是要依農地的土地性質、耕種方式改進、農產品產量提升等目的為著

眼，因此能增進重劃人民的權利。縱然公共利益也能提升，但僅是附帶的。故如果構成人民遭受到徵收的侵犯，必須該徵收公益是「對被徵收人而言，乃非關自己的利益」(dem Betroffenen gegenüber selbständigen fremden Interesse)。此「非關自己的利益」(fremden Interesse)，顯然便是與「私利」打對台也。同樣的見解，在一九六〇年十月六日作出的一個判決，更將此見解理論化，認為重劃制度，基本上是一個土地交換之制——亦即所謂的「替換原則」(Surrogationsprinzip)——，因重劃計畫所產生變動者，不是財產權人的變動，而是財產標的的變動，亦即財產權人對於原有財產標的上的權利，已經移轉到另一個財產標的之上也，並不損於財產權人原有的財產權限與其價值也。即所謂的「非財產標的之同一性」(Identität des Objekts des Eigentums)，而是「權利的同一性」(Identität der Rechte des Eigentums) (註七)。

基於類似的法理，聯邦法院在許多類似的判決，甚且提出了所謂「在變動土地上的不中斷之所有權」(ungebrochene Fortsetzung des Eigentums an einen Verwandelten Grundstück)的理論 (註八)，同樣的是承繼著「替換原則」 (註九)。

基本上，此「替換原則」已成為現今德國的通說，不僅學術界，即連聯邦憲法法院在後續的判決見解也持類似的看法 (註十)，這亦符合德國常年來認定土地的使用負有極大之社會義務 (註十一)。因此，土地的使用必須配合都市計畫，因此重劃計畫加諸財產權人的限制——包括禁止有害重劃計畫的使用與處分 (聯邦建設法第五十一條)——，都可視為財產權的社會義務也 (註十二)。

至於日本亦將這種土地重劃，稱為「換地計畫」(土地區畫整理法第八十六條以下)，顯然也是採納了替換原則也 (註十三)。

我國對重劃之制度，不論是立法者，甚至大法官在釋字

第四四〇號已經約略的提出重劃乃可與徵收達到同樣目的的手段，但在其他相關的大法官解釋（第七〇九號解釋及本號解釋）都未論及此屬性，顯然的認為這些財產權利乃是可為公共利益而受到限制（註十四），是否亦贊成其乃社會義務乎？

這種重劃制度「非徵收侵犯說」的主流見解，近年來逐漸再度受到學術界的批評。其中最重要的批評，乃是：未能切合憲法保障財產權的重要內涵。按憲法財產權保障的真諦既然是以「存續保障」為主，本號解釋多數意見也已經提及（註十五），但卻未能前後一貫地實踐此憲法意旨！按所謂的財產權強調「存續保障」乃是承認財產權人可以依自己的自由意志來保有、使用與收益其財產標的而言。這就是財產權受到憲法保障的「首要權利保護」(Primärrechtsschutz)的功能，也是憲法所構築的第一道防線！特別運用在保障防止徵收的侵害時，其功能最大。故除非有極為重大的公益及在嚴格的條件下（符合比例原則與給予公平補償），公權力無法剝奪人民對財產標的之「擁有權」——即保障人民持續保有該財產也。

其次，第二道防線構築在滿足徵收要件後的「次要權利保護」(Sekundärrechtsschutz)，此才是「公平的補償」問題（註十六）。就此意義，憲法「財產權保障」(Eigentumsgarantie)才會演變成為「財產價值保障」(Eigentumswertgarantie)也（註十七）。

如今，通說斤斤於被強制重劃者的財產權利，可以藉由重劃完成後獲得「等值」土地來交換，故未侵犯其財產權利云云，豈非倒置憲法財產權的重心於第二道防線、且是次要的「財產價值保障」，放棄了防衛力最強的第一道防線之首要的「財產標的存續保有之保障」（註十八）？

何況土地重劃後，可使用的土地必然減少，故有些財產

權人未必能分配到土地或未達最小分配面積者，便以現金補償（平權條例第六十條之一第一項），此時，所獲得的「補償金」，豈非與徵收補償相同乎（註十九）？土地法第一百三十六條及一百三十九條也有相類似的規定（註二十）。為此，本號解釋聲請人曾主張自辦重劃已和區域徵收無異，並非毫無依據也。

同樣的，在重劃區內如有工廠等財產權，重劃後已不得再有該工廠等設施。即使獲得重分地，但工廠設備等形同廢除，必須在重劃區以外，另起爐灶，甚至已經無法繼續復原。此時德國實務界也承認其為徵收之侵害。可見重劃與徵收已相互重疊，不能再嚴格區分矣（註二一）。

所以，重劃制度不僅在追求私人利益，已經偏向公益導向，超過了一般財產權人的社會義務之界限，另一方面其強制力也顯現在針對特殊個案（實現都市計畫或整建計畫所具體指定的重劃範圍之財產權人），也和徵收的個案效力頗為類似。兩種制度已經日益拉近。重劃的目的是否與徵收的目的的一致，都是最高度的公共利益——即公共福祉（Wohl der Allgemeinheit）？德國相關法律中並未明言。但由推敲相關條文，即可持肯定說。

舉例以明之，德國聯邦建設法第一條第五項明定都市計畫的目的為：「都市計畫是為了城市持續發展所定，俾使能符合對後代負責之社會、經濟與環保要求之需，同時也為保證符合公共福祉之社會正義的土地使用。」在此提出的「符合公共福祉」之目的，正與德國基本法第十四條第三項所揭示的徵收目的乃在「符合公共福祉」，用語完全一致。同樣的，德國聯邦建設法第八十七條第一項規定：「徵收處分只能對個案，且因為公共福祉所需，並且無其他可行方法達到徵收目的時方得為之。」也是使用同一的用語。這在德國法律用語上，唯有最高度的公共利益，方能使用「公共福祉」

之用語，否則只須使用「公共利益」即可，因此都市計畫使用此高度價值的法律用語，當有其一定的意義也（註二二）。

從而，德國聯邦建設法第四十五條已經規定，為了配合都市計畫，而對土地——不論有無建物與否——進行開發或重新整建而採行之重劃，即可屬於為達到公共福祉所為之行為也，故公益的考量上，重劃與徵收都具有同樣程度之公益性。為此，本號解釋多數意見在理由書第八段：「……查市地重劃不僅涉及重劃範圍內不同意參與重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及原有土地上之他項權利人之權益，……」也似承認了重劃的「重要公益」的價值。當然，多數意見沒有將此寶貴的見解，反映在強化重劃制度的憲法價值，從而採行最嚴格的審查標準來促使該制度發揮其保障財產權人的功能，至為可惜也。

但這種立法上的用語，雖表示已經大幅度偏向承認重劃具有徵收色彩的見解，但仍未為學術界及實務界的所完全採納，仍有待時間來統一其見解。但大方向應是朝「徵收論」發展，如此方可確實保障財產權，也避免實施土地整建都市計畫等政策，在方法上要適用好幾套寬嚴不一的標準。

然而，我國立法上與學說上，最多仍只停留在採行「替換原則」，且將重劃利益偏向「私利維護」。此狹窄之見，也衍生出重劃公共建設費用，由重劃者承擔是否合憲之問題。

第三，與徵收不同之處——須承擔公共設施興建之費用。

按理說，重劃區內所設立的公共設施最直接受益的對象，固然是區內人民——亦即，可藉重劃區內交通、衛生等設施提升，使人民享受更高品質的生活條件，土地價值自然有增漲之機會。乍看之下，似乎為重劃區人民所獨享之利益。因此，輔以重劃並非等於徵收之見解，重劃利益既然主要由參加重劃者享有，因此，必要的公設支出，應當屬於重

劃的成本，而依「受惠者分擔成本」的原則，當由重劃受益人分擔之。

我國的重劃法令，莫不循此原則。例如，平權條例第六十條第一項及農村社區土地重劃條例第十一條第二項皆有明確的規定（註二三）。

這種將重劃利益完全視同「參加重劃者利益」，從而分擔重劃費用的見解，完全與本號解釋之立論、與所有有關重劃法律對重劃功能與目的之規定，乃兼重公益與私益，甚至偏向公益的見解，大相逕庭。正如同徵收一地後興建公共設施——例如，交通設施、興建垃圾處理或能源設施、公園、水土保持……——，其所帶來的利益，也絕非限於原地區內之財產權人所能享受也。而是各地區都可能牽涉到的公共利益，且是極重要的公共利益，方賦予該徵收行為合憲與合法的依據。

依此道理，所有重劃區內公共設施興建的費用（包括公共設施用地及各項費用），特別是配合都市計畫、在災後重建等，都可以將徵收的目的，與利用重劃來相結合。例如，利用災後重劃的機會安置其他受到災害的其他居民之用。便是一個利用重劃來達成再分配土地給參加重劃人，以及「兼惠」其他弱勢族群，以達到重大的公共利益之目的也。重劃之制度，作為整體土地整建制度之一，性質已經大幅轉變，不再是傳統之「單純換地」，而融入了徵收的公益在內。

（二）自辦重劃制度的違憲性

由上述重劃制度既然帶有追求公共利益之重要目的，且其份量與日俱增，「非徵收論」的見解認定重劃利益以維護私益為主，附帶增進公益為輔的見解，當已過時。從而，即便重劃對人民的誘因僅是等值（或可望增值土地），這也和徵收的法定要素——應以市價補償，或以等值地補償——，並無太大立意與程度上的差別。

更何況，重劃制度基本上應當是公權力運作的事項，相關法律無不對推動重劃事宜的組織、程序與要件，詳加規定，且是公法法規與公權力（行政處分）之屬性，再再表明重劃與都市更新、其他土地政策與都市計畫的措施同，皆是政府責無旁貸之職責。因此，除非依法委託私人執行外（行政程序法第十六條），此責任不當委由私人來進行之。

準此，儘管我國平權條例第五十六條至第五十八條，規定重劃有三種類型，包括公推公辦（第五十六條）、民推公辦（第五十七條之重劃區內私有土地半數以上贊成重劃者，應優先進行之）及民推民辦（第五十八條）三種。但實施此制以來，絕大多數的案件皆為第三種的民推民辦，亦即為本號解釋所討論的類型，在此即發現重劃制度被誤用與濫用的嚴重情形（註二四）。

這種自辦重劃之所以比公辦數量來的多，顯然是符合了「孳孳為利」的人性。這可以解釋為何平權條例不強調重劃的重大公益，反而拋出「獎勵重劃」的誘因——除了獎勵的措施外，還加上強制重劃的範圍及於公有土地之上——，試想，人民自行推動重劃，要耗費許多金錢、時間與精力來進行重劃計畫的擬定、預算的估計與分配、說服他人加入及繁複的行政作業……，若云無強大的重劃利益在背後驅使，該推動重劃者豈會如此天真與充滿正義感的來推動與進行重劃（註二五）？難道是平權條例的獎勵規定，已經達到「動之以公益」的效果乎？其答案已呼之欲出矣。

這種出於算計、且是絕對有利於推動者巨大利益的動因，不僅在重劃事件，也在都更事件都到處斧鑿畢露，本席在釋字第七〇九號解釋一再提及，但似乎未獲得立法檢討的迴響也。

因此，自辦重劃制度的主動權，完全操在申請重劃者的一方，主管機關即使擁有核定權與審核權，可以想見，完全

處於被動配合的情況之下，難免會使公權力產生名為「遂其所願」、「順民所好」，實則是被「挾持」的現象？

鑒於國家必須將推動公共利益攸關的土地政策，交付在自己的手上，避免公權力不彰與不作為，並淪為私人可能濫用重劃機會，造成侵犯他人權利，增加自己不法利益的「助手」。本席主張我國立法機關應當仿效德國與日本法例，將重劃制度納入政府獨掌的職權。例如，德國聯邦建設法（BauGB）第四十六條第二項明白規定，實施重劃，乃是地方政府（鄉鎮）以自我負責的方式來推動與執行之，俾配合都市計畫與都市發展的目的。可知推動重劃的主體，必然是公權力機構——至少是可以制定都市計畫的鄉鎮自治團體以上——，不許可私人進行之。同時，同條文第三項亦規定：人民對於重劃計畫的擬定與實施，並無請求權，亦即，未許可人民有發動市地重劃的主觀權利也。

然而，相對於德國如此的強調市地重劃乃是公權力實施之履行都市計畫的專屬權限，不開放給私人。固然可以防止「廉售公權力」（Ausverkauf von öffentliche Gewalt）之嫌，但是否也會使民間要求市地重劃的動力無法彰顯？為此，日本採取許可私人參與重劃的法制。日本在一九五四年公布的「土地區畫整理法」，以及一九六三年公布的「新住宅市街地開發法」等（以後迭經歷次修正）都有類似的制度，例如，土地區畫整理法規定有七種重劃方式，其中五種為公辦重劃，二種為私人推動，分別為個人（由宅地所有權人）或土地區劃整理合作社（由數位宅地所有權人組合），來推動進行。但在個人推動時，是由全體所有權人同意方可。至於該合作社推動時，則由超過三分之二以上成員許可。但這種私人的角色僅是推動作用，重劃工作的實際進行，仍由地方政府執行之，其情形與我國平權條例第五十七條的「民推公辦」，頗為類似也（註二六）。這也是本席認為我國應該採納

私人「協力」重劃的模式，最多止於此種。

既然重劃是追求重要公益為主，相關的公共設施，也應由公力承擔，因此，毋庸由重劃區內的人民來承擔。此點，德國聯邦建設法（BauGB）第七十八條便規定：負責重劃計畫的鄉鎮，應承擔所有重劃的費用。同樣的，日本則由各級政府分別承擔重劃費用，俾使參與重劃人民毋庸承擔太重負擔（註二七）。

由此可見，重劃區所有土地，既然在重劃後已經劃分出一部分提供為公共設施之用，原來的所有權人已經喪失該所有權（雖然平權條例第六十條第三項「非常善心」的規定了折價抵付的共同負擔土地總面積，不能超過百分之四十五為原則）。既然重劃區人民已經為了公共利益而犧牲了不少所有權，豈能夠還要求其自費興建該公共設施乎？豈非一條牛剝二層皮，是否過度侵犯人民之財產權？而且政府在重劃計畫中，可以獲得公設用地的所有權，又可完整的獲得所有已完成的公共建設，是否全部取之於人民乎（註二八）？特別是在人民一手推動與執行之自辦重劃，以及沒有公有土地加入重劃區內的案例為甚！政府無尺寸之功，卻能夠獲得一大批公共建設，豈非「取財於民」的不當得利？

然而，觀諸我國主管重劃的主管機關，似乎對此並不覺有愧。依內政部的資料顯示，至民國一〇四年十二月為止，全臺總共完成的重劃面積為一五,九七七公頃，取得道路、溝渠等用地，計五,三六七餘公頃，近三成的用地；而節省政府建設經費達八,七四七億餘元，似乎為可洋洋得意之政績。如果相信上述公開資訊並未浮誇——例如，該取得五千餘公頃的公設用地，並不包括所有重劃區內原有的公有土地——（註二九），則吾人不禁要問：此些土地豈非全由重劃區人民的手中獲得？而所謂「節省政府建設經費」達八千億餘元，是否本應花在政府徵收或價購公設用地，而後投入建設之上而必

須花費的總數？

這個說法並非無據。實際上已經出現了地方政府，為了避免付出高額的經費以取得公共建設用地，或避免付出拆遷費，而允許自辦重劃計畫者，來進行重劃，或是利用納入重畫計畫的使用方式，而將某些不必要變更其使用區分之他人土地納入公共建設，如此，地方政府即可不費吹灰之力，與花費一毛錢，即取得土地矣。此種專為「政府財政利益」的案件之合法性，竟然也可以獲得法令與司法訴訟的承認（註三十）。

原來如此，若非鎔銖來自於重劃區人民之手，則政府又何德何能可以「節省」了八,七四七億餘元，又獲得了五,三六七餘公頃的土地，我國政府堪稱「生財有道」！果其然，政府何不傾全力在全國大力推動重劃，國庫豈非可「日進斗金」乎？然而，公辦重劃制度似乎效果有限，豈非與「現實好處」相互矛盾！

即使全由人民一手包辦的自辦重劃，帶來的弊病，正如同釋字第七〇九號解釋的都更一樣，容易引起「以大吃小」的弊端。試想，在自辦重劃過程，整個重劃區內共有十項以上的公共設施之費用，要由全體重劃人民來承擔。舉凡公設的位置、施工與設計的成本、實施過程、剩餘土地的分配……處處都有玄機，且非吸引人垂涎的黑箱作業乎（註三一）？此即我國平權條例第五十八條所制定之「獎勵自辦重劃」云云所帶來的「求私利」之動因，利之所趨，貪弊亦隨之，這也是本席所指稱自辦重劃制度會引來若干重劃人「吃小」與「吃公」的弊病也。故此對公益與私益有如此重大影響，且最易非法圖利私人與假公濟私的事務，何不交由中立的公權力之手來運作乎（註三二）？

無怪乎，本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書也已經特別指明：「自辦市地重劃屬私權關係，且

在重分配財產，重劃後土地面積減少，位置及形狀均改變，涉及土地所有權人權益甚鉅，其雖具有公共利益，但背後卻隱藏著巨大歸私利益，重劃利益由重劃業者獨享。此與公辦市地重劃盈餘款須回饋地主迥然不同，……」以及「自辦市地重劃本質上，隱藏重劃者的私益……」，都很明確的指出了重劃業者假藉重劃之名以求巨大利益的現狀。此段聲請理由，道出了位於與民眾權益與爭議最接近的基層法院法官的正義心聲，吾等大法官同仁豈能不虛心傾聽之？

二、未大力援用比例原則的缺憾

多數意見另一個值得斟酌之處，乃未援引比例原則作為判斷相關法規違憲性的依據。

誠然，釋憲理由書已經針對平權條例第五十八條第三項，有關重劃計畫的許可標準，係以「重劃區內私有土地所有權人半數以上，同時其所有土地面積超過重劃區內私有土地總面積半數以上之同意」而論，而產生有無違反比例原則之爭議。多數意見且認為：「……有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由……」。

明顯的此段文字完全援用釋字第 0 九號解釋。然而卻是「形同而神異」，多數意見在此只是援用該號解釋的文字，卻明白拒絕援用釋字第 0 九號解釋的論理模式——該號解釋認為都市更新條例第二十二條第一項，尚有區分不同類型，而採不同的同意比率，方屬合憲——。從而，以單一過半數的同意門檻，亦難謂已達違反比例原則、平等原則之程度云云。

如果在進一步檢驗釋字第 0 九號解釋的相關論述，也對比例原則的作用加以闡述：

例如，「……立法者於斟酌實際實施情形、公益受影響之程度、社會情狀之需要及其他因素，而為上述同意比率之規定，核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自未違反憲法上比例原則，亦無違於憲法要求之正當行政程序。……」，再如：

「……又依本條例之規定，都市更新處理方式分為重建、整建、維護三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定。……」，都再再表明出該號解釋，在承認立法者的裁量權時，亦賦予立法者應當要衡量各種不同的公益考量，以及對人民權利影響的輕重，而有不同的門檻設計，此才是真正的將裁量納入憲法原則的拘束之內。更何況所謂「有關同意之比率如非太低」的標準，該號解釋對於都更同意的門檻，至少過半數同意尚屬少見，泰半達到三分之二，五分之三或四分之三，這種門檻制度，方通得過釋字第七〇九號解釋的比例原則之檢驗。

如今，多數意見摭取釋字第七〇九號解釋的理由字句，卻摒棄其立論的依據，強加在最低標準的同意門檻上的合憲依據，就闡揚法治國家的理念與理論的完整性而論，本號解釋無法與釋字第七〇九號解釋比擬矣。

故重劃既然與徵收行為都係追求公共利益為目的，也涉及到公權力的運作，此時，當然應強制性的適用比例原則（註三三）。既然重劃有如此強力的公益需求為其要件，連接著公權力對人民財產權如此強大的侵犯（人民被迫加入重劃、重劃區可提供至百分之四十五的土地為公用、必須承擔高額的公共建設費……），自然要以最嚴格的方式執行之。同時整個重劃制度也應當適用比例原則來檢驗之。故計畫應以被侵犯者的立場著想，而盡可能保留個人擁有不加入重劃計畫的權利，亦即「最小侵犯原則」之實現。

這也涉及到必須檢驗個案之重劃計畫是否有絕對的必要性？倘無，即無強制他人加入的公益理由。在功利社會的今日，每個財產權人都會抱持「自我利益極大化」的價值觀。一片土地如有重新整建、規劃的經濟誘因，一定會有市場機制來主動、被動的促使相關地區財產權人對財產標的進行重新增值的處分，這也是私法性質的重劃，可以達到增進土地價值的目的（註三四）。

只是其專為私人利益著想，除非法律嚴格規定，否則人民很難願意主動將土地提供公用。因此，除非有絕對強制重劃的必要性存在時，否則應當賦予不願參加者擁有「leave me alone」的「不加入權」，以及創設可聲請由法院或行政機關來修正重劃計畫，縮小與調整重劃範圍，俾以實踐比例原則之權利！

正如同本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書中已經一再指稱：「自辦市地重劃本質上，隱藏重劃者的私益……」，因此，應當格外重視侵害基本權的程度、重要性與迫切性，故許可重劃計畫的所有人比率必須有不同的規範，不得一律相同。但相關規定的獎勵措施卻反其道而行，造成追求的公益較輕，不具有重要性與迫切性，明顯牴觸比例原則的結果。故不論是全體財產權人同意的重劃（平權條例第五十七條的民推公辦）甚或災區重劃，皆與自辦重劃的同意比率一致，即有牴觸比例原則之嫌。

本席贊同聲請人桃園地方法院法官同仁的見解，且視為典型牴觸比例原則之例，這也符合本院一貫對比例原則的認定——必須視法益侵犯的大小，而有不同的權利限制之寬鬆，可參見本院釋字第六六九號解釋之意旨——。因此，對於重劃的必要性與急迫性，應當是決定重劃範圍同意比率的判斷標準。

為此，本席不免敝帚自珍，願重申在釋字第709解釋之部分不同意見書已提及之：應當依循比例原則之「個案判斷」（ad hoc）原則，對每一個欲行都更的老舊建築物依其急迫性，以及是否具備絕對優勢的公益性，區分為紅、黃、綠三個等級，賦予不同的同意標準。

- （1）「紅色等級」：唯有列入到絕對非都更不可的老舊危樓，發動與同意的門檻可以降低，例如立法者可以規定僅需少數的同意即可發動，普通多數便可進行重建。蓋此危樓攸關重大公共安全與公共利益，主管機關本即可透過建築法規，行使拆除的權利，或以徵收的方式為區段徵收，何不

透過較和緩的都更方式來執行？

- (2) 「黃色等級」：指建築物雖有都更的必要性，但無急迫之虞，其發動門檻雖可以普通多數，但同意比率必須採高標之絕對多數。
- (3) 「綠色等級」：建築物雖已老舊，但保存良好，都更的必要性與急迫性都極為薄弱，都更可有可無，此時對都更的發動，至少應採普通多數，但同意的門檻應採取最嚴格的標準，即類似公寓大廈管理條例的全數同意（第十三條）。在此時，也可以符合此階段的都更，全屬私權性質，例如，合夥等之法律行為也，方予最嚴格之同意比率也。

同樣的標準與立論也應當可運用在重劃之上也（註三五）。不如此無法突顯比例原則之重要性也。

三、公有土地強制納入重劃的違憲性

在上述論及重劃計畫籌備會發起人與計畫同意門檻的所有人比率問題，已經涉及到公有土地所有人（或管理機關）的參與問題。平權條例第五十八條第三項明白規定只限於私有財產權人的比率，而排除了公有財產權人的同意。如此一來即可能產生私人的土地少過公有土地，卻能夠「挾持」公有土地加入重劃。尤其是現行法（例如，「辦法」第二十三條（註三六））已將公有地強制加入重劃，更使得上述這種挾持現象更為嚴重。同樣的，都市更新亦有相同的制度（如都市更新條例第二十七條）。然而在釋字第709號解釋，也略過此問題而不論，本號解釋也步其後塵矣！

按土地常是公有與私有處於犬牙交錯之地段，為了整體開發與重整之必要，公有土地當與私有土地一起處理，並為利益共同體。故為避免公有土地形成重劃與都更的障礙，我國法令遂有公地強制加入之規定，出發點並無不妥（註三七）。

但這種不計入公有土地管理機關的同意權，不啻承認該管理機關並未如私有土地所有權人般，擁有得以決定該重劃計畫的權

限，亦即，剝奪其對財產標的之處分權限。除了平權條例第五十八條第三項外，土地法第一百四十一條亦復規定：「第一百五十五條之土地重劃，得因重劃區內土地所有權人過半數，而其所有土地面積，除公有土地外，超過重劃區內土地總面積一半者之共同請求，由直轄市或縣（市）地政機關核准為之。」依該條規定，公有土地所有權人的處分權限，已經明顯被剝奪殆盡，唯一的防衛機制，僅剩下主管機關的「核准權」也（註三八）。

此制度也會帶來二個問題，第一，是否有侵犯公有財產權人的基本權問題；第二，會否公有土地管理與主管機關的護產責任，以及「分配正義」的問題。先就第一個問題而論，誠然，公有財產的所有權可能受到上述的侵犯，但卻很難由憲法保障財產權的理念，來享受保障之效果。按憲法保障財產權的旨意，主要是防止人民的財產權受到公權力的侵犯，致影響其喪失生活之資與人生發展所需的財產。故對擁有公權力的公法人而言，儘管受到公權力之侵害造成其財產損失，則侵權者與受侵者同屬公權力，且損失不致於形成如私人之困境，故除非法律特別規定——多半視為「準私人地位」——，否則無法援引憲法財產權保障之規定（註三九）。只能靠把關的核准機關扮演重要的「護產角色」。

此即第二個問題應予探究者，按公有財產的主管機關——此時可能為中央機關或地方自治團體——，都有維護公有財產的職責。雖然依法令該財產標的必須加入重劃範圍，與配合重劃計畫的法定義務，且此法定義務也符合重大的公共利益（其前提要件當是該公有財產已無其他法定任務與功能矣）（註四十）。

但政府機關（包括地方自治團體），既然依法令負有保管與使用公有財產之職責，且公有財產的處分、運作，都應當遵循一定的法定程序，且其經常作為公物，更應當儘量追求公共利益，尤其不能將公有財產不當的流入私人手中。因此，強制加入重劃，不應當解釋為「強制剝奪處分權限」。在此意義上，公法人對於公有財產的處置，並非基於類似私法財產權人之地位，從而

享受憲法財產權保障之效力，以及適用民法契約自由原則。就前者而言，大法官在釋字第二三二號解釋，已經提供了一個理論的依據。依該號解釋之意旨，對於重劃案件中，公有土地夾雜在內，乃所在多有，固宣示：公有土地參加重劃計畫，而於重劃計畫實施後，得獲得土地分配，「就此交換分配言，乃係法律規定之效果，並非土地所有權人以自己之意思使權利發生變更之處分行為，亦至明顯。」故無須比照一般公有土地的處分方式——「非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分，或設定負擔或為超過十年期間之租賃所有權人」——之程序。

但是此意旨並未表示，有護產職責的有關機關並無參與重劃計畫，並以專業的智識、公正的立場，提供更周全的計畫構想。換言之，此正是行政機關發揮「行政指導」的典型機會，並且，行政機關當可以提供更符合都市計畫（尤其是在細部計畫尚未提出的重劃地區），以及需要更專業、更前瞻考量的公共建設、保留地等等，都可能牽涉每一位參加重劃財產權人的財產負擔，以及日後獲得分配的權利大小，何不讓主管機關實質上承擔起推動與型塑重劃計畫的職責乎？

更何況，將重劃範圍內的公有土地所有權人及土地比率排除在外，如此設計的同意重劃比率，無疑的是對不同意參加重劃者的不利。因為不同意參加重劃者，常因不同意重劃計畫之內容，如公有土地所有權人的見解與此不同意參加重劃者相同時，則整個重劃計畫勢必改觀。如今，公有地的影響力完全倒向私人較大的一方，使得較弱一方毫無「扳回一城」的可能性，也失去了制度的公允矣（註四一）。這也是本號解釋原因案件之一，所認為平權條例第五十八條第三項的同意比率未盡公允的一大因素矣。

有鑒於此，主管機關應當以「追求最大公共利益」的立場來處理納入重劃區內公有土地最佳的運用方式，同時應當秉持「分配正義」，公有土地亦應保留予未來其他週遭土地實施重劃的可能性，不可「竭澤而漁」，此亦主管機關對參加重劃的公有土地

之處置，不可視為純粹的私法經濟行為之「國庫行政」，從而免除公法原則的拘束。似應當回歸公權力的作為，即全由行政權力運作的重劃行為，自可以將公有土地的運用，納入公法原則的監控範圍之內。否則依目前制度，極容易導致地方政府與地方勢力的不當勾結，造成護產不力的結果矣（註四二）。

本席不贊同本號解釋多數意見竟然對此強制排除公有土地所有權人或其管理機關，對重劃計畫的內容，並無積極的形成權，造成其無法創設更合目的的重劃計畫與更公允的未來土地分配規則之制度，持以「噤而未言」之態度，且對於，造成公產不當流入私人之手的「吃公」，以及侵犯少數不願重劃者利益的法律規定，採取未加審查的見解。為填補此一缺憾，在獲得原擬稿大法官同仁的慨允下，本席願意引述一段相關的論述文字，以呈現本席與此位同仁未能撼動多數意見「漏此不審」態度的「未竟之業」也！

「同意比率計算基準應計入計劃區內全體土地所有權之人數與面積，不得任意排除所有權人同意權之行使，以真實反映重劃區內土地所有權人之共同利益，確保其等在自辦市地重劃案之主導地位，資以避免因計算基礎分母之縮小，提高通過同意比率門檻之機會，致侵害不願參與重劃者之財產權與居住自由。重劃計畫內容與土地所有權人各自應分擔之公共設施用地、工程費用、重劃費用、貸款費用及受配土地範圍等財產權、居住自由相關（市地重劃實施辦法第十四條第二項規定參照），向主管機關提出重劃計畫前，應就重劃計畫書之內容徵求全體土地所有權人之同意，不因公有土地（按公有土地管理機關未必即為審查自辦市地重劃計畫書之主管機關）或私有土地而異，且應將全部所有權人同意與否之意思表示列入計算，不得以法令排除之。獎勵重劃辦法第二十三條規定重劃區內之公有土地固應一律參加重劃，然公有土地管理機關有保護公有財產之義務，作為土地所有權人之法律上地位與私有土地所有權人並無不同，對計畫書內容

為同意與否之表示為其權利也是義務，其人數與土地面積應列入同意比率計算基準。平均地權條例第五十八條第三項規定：「重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。」以合乎法定同意比率為重劃計畫被核准之合法要件之一（獎勵重劃辦法第二十六條規定參照）。其中關於同意比率規定部分，未將公有土地所有權人數、面積列入同意比率計算基準，且未設私有土地應占重劃範圍總土地面積之門檻下限，致願意參與重劃之私有土地所有權人，縱其等土地面積之總和未超過公有土地與不願意參與者之總土地面積，尤其在公有土地面積占總面積多數或絕對多數時，仍可將公有土地納入重劃範圍，一律依其等同意之重劃計畫辦理，使公有土地管理機關未能擔負保護公有財產之義務、不能確保其以所有權人身分在重劃案主導地位外，同時增加不願意參與者，被迫接受實際上面積及（或）人數占少數者之願意參與重劃者所提之重劃計畫之機會，甚至必須遷離原住居地，受有財產權與居住自由侵害。此部分規定與自辦市地重劃尊重多數之民主精神不符，難謂實質正當，不符憲法要求之正當行政程序。」

四、援引正當行政程序原則的防衛功能與對象之商榷

本號解釋多數意見的立論放在確保行政程序的正當性，為此，理由書第八段有下述的闡述：「……查市地重劃不僅涉及不同意參加市地重劃者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、同意參與市地重劃者之財產與適足居住環境之權益，以及重劃範圍周邊關係人之權利，有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由（本院釋字第七〇九號解釋參照）……」。

這段說詞，顯露出多數意見的考量仍有令人滋疑之處：

- 1、有關所有權人同意重劃的比率高低問題，竟然是「違反憲法要求之正當行政程序」的問題，而非涉及到財產權保障的實

質問題，顯然的將「程序的正當性」超越了「實質保障的正當性」，其不當處，已於前文再三陳述。

- 2、既然將重劃利益包括了「重要公益」與個人的財產與居住權，因此，舉凡重劃計畫的參與、型塑及決定權利，即應由全體利益牽涉者參與，不獨私人部分，即連公益代表之意見亦不得遺漏。然而，多數意見的正當程序保障之對象，只針對私人部分。無疑的，本號解釋隱含著重劃乃牽涉所有重劃區內「人民」的共同利益，必須如同釋字第709解釋的要求應讓都更計畫所有人參加者一樣，可以有機會（且藉要求行政機關於行使核准權的公權力時應把關的「正當行政程序原則」），來確保其知悉相關資訊，以及保全其權利的發言權利。凡此，似乎都在強調保障私人的財產利益與其共同利益。重劃應具有強烈的公共利益的「制度寓意」，已降低及掩蓋矣。
- 3、本號解釋提到之「正當行政程序原則」之發揮保障功能之時刻，乃是要要求主管機關於核定自辦重劃之範圍與核准該重劃計畫時，必須遵守的程序原則也，亦即主管機關在行使此核准的公權力時，必須遵守這些可以保障人民權利的正當行政程序，於是應進行聽證程序、送達相關資訊等等屬於行政機關的應作為義務也。

在此，顯然將正當行政程序的保障功能置於重劃計畫的「後段」——行使核准權的公權力時——，卻忽略了此正當行政程序的保障功能，應是「全程」，由足以影響相對人權利的整個「規範內容」的形成過程，皆應包括在內。就以本原則用以拘束最典型的行政處分而論，正當行政程序原則便應在主管機關作成相關行政處分的過程中，即應透過充分的資訊給予、聽取相對人的意見等等程序，方形成最後的處分內容。然而，即便在公辦重劃的過程中，也未能滿足此要件。重劃區人民唯有在重劃公告期間，超過私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃地區土地總面積半數者，表示反對時，主管機

關才應予調處，並參酌反對理由，修訂市地重劃計畫書，重行報請核定，並依其核定結果公告實施（平權條例第五十六條第三項），顯然是對已作成的重劃處分所表達的意見，而非作成處分前，學界也頗有認為乃類似「重開程序」（行政程序法第一百二十八條）者，即有違程序正義與牴觸財產權保障之嫌（註四三）。

果真要利用正當行政程序原則來保障重劃者之利益，如本案之情形——這是本席所不贊成者，於此須再度強調——，則運用此原則於自辦重劃時，則應將此行政程序的原則之拘束力「拉到」籌備與制定重劃計畫的階段方可。如此一來，行政機關審查的公權力，即可放在檢驗所有參加重劃者有無參與獲得形成重劃計畫的可能性，以及該參與程序是否具體落實之上。故正當程序原則乃確保所有加入重劃區之人民能確實擁有參加與形成該重劃計畫內容的機會與參與程序，而非針對主管機關如何行使監督權也。故多數意見這種正當程序原則的拘束對象，乃錯置之舉，不能夠達到該原則真正的保障功能也。

但是上述這種「延伸」正當行政程序原則至自辦重劃的擬議階段，固可以將該保護效力展現出來，但也有一個理論上的致命傷——此正當行政程序原則的拘束力，只及於公權力的行使，不及於私人的法律關係之間。故自辦重劃的擬議等過程，仍屬私權爭議（見前述本號解釋原因案件之一的桃園地方法院聲請釋憲理由書），何能援引此正當行政程序之原則乎？如此一來，同一個具有憲法如此崇高位階的正當程序原則，竟然會呈現出兩種不同程度的效力規定：（1）在公辦重劃理應可以全程適用正當程序原則（目前法律規定不足處應修正，已於上述）；（2）在自辦重劃時，只有後階段審查部分適用之，而有發生二種長短不同的「射程效果」，在理論上如何能自圓其說？

4、多數意見認為只要同意重劃人數的比率不致過低，即可屬於立法形成的範疇。如此一來，何謂「比率不致過低」？標準

何在？以本案重劃門檻而論，只須私有土地所有權人與土地面積二分之一以上，即可強制其他人加入，此二分之一的比率，不分有無絕對重劃的必要。對照起釋字第七〇九號解釋，尚針對都市更新條例第二十二條第一項，有區分不同類型，而採不同的同意比率，才表示合憲的見解，完全不同。同時導致多數意見認定，即便是本重劃區並非災區，卻全部使用同一比率之規定並不違憲的結論，故此見解完全漠視比例原則。故多數意見已和保障財產權的根本原則——「私使用性原則」(Privatnützigkeit)相互牴觸。按此原則，即應以財產權人自我的意志，而非以他人的多數意志，來決定財產權的使用、處分權限。故這種對立法裁量與合憲性的寬鬆認定，已經掏空憲法財產權保障的意旨矣。

故多數意見援引正當行政程序之原則，作為本號解釋的立論，捨棄了最寶貴與最有利的武器——憲法宏偉、強大的保障財產權的意旨——，反而選擇功能與拘束對象有限的程序正當原則，實屬可惜！這也觸及了我國行政程序法對行政計畫有關規定的流於空洞與形式化的問題。按重劃計畫乃可以納入行政計畫範疇的行政行為，因此，當透過周詳的行政程序法來規範之，例如，多數意見堅持之聽證程序即為行政程序法的主要內容（第一〇二條以下），故行政程序法應當提供行政計畫制度詳盡周全的程序俾供遵循。如今我國行政程序法只有二條空泛條款，本法施行至今十五年以還，仍屬具文，有關機關且尚無詳盡的立法草案出現。故本院接連在釋字第七〇九號解釋與本號解釋都一再強調此種屬於行政計畫態樣的都更及重劃事件須遵循之正當行政程序，但卻沒有提出一定的「正當程序之標準」，行政程序法豈非應當在行政計畫方面進行詳盡立法，以填補此程之漏洞乎（註四四）？

五、結論——敲起「唯有為弱者伸張正義，才是真正的正義」的警鐘

由本號解釋的原因案件，特別是由地方法院法官所提出的釋憲理由書中，已經將我國實施重劃所顯露出的病態，刻畫入木三

分。這應當產生促使吾人警覺出我國重劃法制觀念的落伍，與重劃制度的窳陋，都到了刻不容緩的時刻！尤以弊病百出的獎勵自辦重劃制度，竟然只有平權條例第五十八條一條法律依據，其餘委由行政機關訂定，對此攸關許多人民重劃利益的制度，似乎已違背法律明確性原則。

因此，自辦重劃制度造成假藉重劃之名，行攫奪公有財產，與欺凌弱小所有權人之現狀，國家立法與行政公權力豈能袖手旁觀？更何況重劃制度演變至今，甚且成為地方政府取代徵收行為的代用品！政府主動與被動的透過重劃制度（美其名為裁量權的正確行使，以及人民應當承擔財產權社會義務的高調），規避原應支付給人民補償費之義務，且憑空又獲得大筆的土地，豈非變成與不肖之重劃業者，相互勾結的「共犯結構」？且毫不掩飾，不無炫耀地承認，藉此方法實可獲得鉅額財政利益與廣大的公設用地！如此一來，人民豈能再相信政府會作為「概括公益的執行人」與「人民財產權利的守護者」？

而多數意見再三強調的正當程序原則，豈非為維護正義而發？正如同著名的羅馬法學家烏比安（Gnaeus Domitius Annianus Ulpianus）所提出的一句拉丁法諺：「唯有為弱者伸張正義，才是真正的正義」（*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*）。明顯的，重劃制度已經喪失了其追求公益的神聖光環，也侵蝕了徵收制度的作用，造成了貪婪之手到處流竄！重劃制度，特別是自辦重劃制度，已經痛擊了我國政府作為「正義使者」的形象矣。

最近讀到奧匈帝國時代，與卡夫卡（Franz Kafka，一八八三—一九二四）同時期，也同樣是著名的德語文學家與詩人里爾克（Rainer Maria Rilke，一八七五—一九二六年）《致奧費斯的十四行詩》（*Sonette an Orpheus*）中，第二部十一首，有一句頗切合本號解釋原因案件所可能涉及的「貪婪與佔有欲擴張」的現象——你這個一再被狩獵欲望所趨策的人啊！

許多死亡的規則就被寧靜的制定下來；
 我知道你在鐘乳石洞內輕輕懸掛布條，
 彷彿為慶祝和平的標幟，但卻是陷阱與羅網！
 而後，助手扭動了布條。
 此時，從洞穴中湧出一大批蒼白與失措的鴿子，
 由黑暗中飛向光明（註四五）……結果呢，就是這樣（註四六）！

本號解釋實應揭發出目前落伍與被私欲誤導的重劃法制，正是如本詩所形容的：「和平的標幟」，實乃假藉重劃之冠冕堂皇、大公大正的理由，形同「推動與增加共同利益」的誘人標幟，但卻是致命的陷阱，將個人（以及地方政府）的利益——如同獵人的欲望般——，隱藏了剝奪與侵犯弱者權益的陷阱與羅網？

多數意見似乎並未警覺到現行重劃制度所帶來如此嚴重的侵犯財產權的危害性，想起今後恐有不少同胞將可能遭到重劃之侵襲其財產權利，本席甚表憂慮！僅提出此意見，希望能替為國民敲起警鐘矣。

註解：

註一：釋字第709號解釋：「……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。都市更新條例即為此目的而制定，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十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。……」，也因此會特別引述國際公約與公法原則等適用之餘地。

註二：釋字第709號解釋，除了上註有關都更的公益性外，且提及：「……且於後續程序貫徹執行其核准或核定內容之結果，更可使土地或建築物所有權人或其他權利人，乃至更新單元以外之人之權利受到不同程度影響，甚至在一定情形下喪失其

權利，並被強制遷離其居住處所（本條例第二十一條、第二十六條第一項、第三十一條第一項、第三十六條第一項等規定參照）。故上述核准或核定均屬限制人民財產權與居住自由之行政處分。……」

註三：可參見陳新民，憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，民國 80 年 1 月，第 314 頁。

註四：見 O. Kimminich, Eigentum, Enteignung, Entschädigung, 1976, Rdnr. 201.

註五：德國聯邦建築法第 40 條第 1 項便認為都市計畫中可以將土地規劃為給予符合社會福利需要的人民住宅之用，與其他公共建設的用地一樣，可利用徵收或重劃的方式取得之，但應給受到侵害的所有權及其他權利人公正補償。

註六：BVerwGE 1, 225.

註七：此用語與概念在德國可謂源遠流長，早在 1821 年普魯士邦國公布的「土地分配令」便實施此制，規定依土地重劃政策而失去土地者，政府應依原土地的功能、負擔及其他法律關係之綜合判斷，給予同樣性質與價值的土地，俾使人民不會造成實質的損失。見 Ernst / Hoppe, Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 1978, Rdnr. 558.

註八：BGHZ 27, 15; 51, 341.

註九：可參見 Oldiges, Baurecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl, 1986, S.498; H. Schrödter, Bundesbaugesetz Kommentar, 3 Aufl., 1973, Rdnr.3 zum §45.

註十：BVerfGE 104, 10; 114, 59.

註十一：依德國的理論，這種都市計畫法規加諸人民財產權的限制，泰半屬於財產權內容的規定與法定的界限，毋庸給予補償。惟有在特別情形，造成個案犧牲的效果，才可請求補償。P. Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., 2015, C. 85; Ernst / Hoppe,

Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, Rdnr. 559.

註十二：可參見 Jarass / Pieroth, GG Kommentar, 13 Aufl., 2014, Rdnr. 80 zum Art. 14.

註十三：可參見林英彥譯，日本土地區畫整理法，行政院經濟建設委員會建全經社法規工作小組，民國77年，第76頁以下。

註十四：請見理由書第2段：「……又憲法第十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（本院釋字第四四三號解釋參照）。國家為增進公共利益，固得以法律或法律明確授權之法規命令對於人民之財產權或居住自由予以限制，惟依法律授權訂定之法規命令，仍不得牴觸其授權之目的、內容及範圍，方符憲法第二十三條法律保留原則。……」

註十五：請見理由書第2段：「……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（本院釋字第四〇〇號解釋參照）。……」

註十六：這兩道防衛程序，在德國是以不同的法院救濟程序顯現出來，即關於徵收處分的合法性爭議，循行政訴訟救濟；就徵收補償額度的爭議，循民事訴訟，而有先後之別。至於我國雖皆由行政訴訟途徑救濟，但補償的爭議往往列於徵收合法性爭議之後，也是有異曲同工之妙。

註十七：可參見陳新民，論公益徵收的補償原則，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第416頁。

註十八：因此德國學界也針對德國聯邦法院長年來支持重劃制度並不侵犯財產權的見解，認為只是確保了財產的價值，因此，認為這種將財產權保障的重心（持續保障），轉成為價值保

障，會造成掏空憲法財產基本權利矣。V. Epping, Grundrechte, 3 Aufl., 2007, Rdnr. 455.

註十九：為此，德國聯邦法院也認為屬於徵收也（BFHZ 27, 15; 31, 49），見 Ernst / Hoppe, Das öffentliche Bau-und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, Rdnr. 560.

註二十：土地法第 136 條：「土地重劃後，應依各宗土地原來之面積或地價仍分配於原所有權人。但限於實際情形不能依原來之面積或地價妥為分配者，得變通補償。」第 139 條：「土地重劃後，土地所有權人所受之損益，應互相補償，其供道路或其他公共使用所用土地之地價，應由政府補償之。」

註二一：德國聯邦建築法第 56 條及第 57 條，對於重劃後土地的分配標準，也比照徵收的補償模式，必須就重劃土地原有價值，以市價定之，並且要斟酌嗣後價格的變動，權衡當事人的利益以及重劃利益後，公正的裁量決定之。易言之，不應當給予重劃人更多的利益，與受領徵收補償者標準一樣。

註二二：關於公共福祉與公共利益的法律概念，可參照陳新民，論公共利益的概念，刊載於：憲法基本權利之基本理論，上冊，第 129 頁以下。

註二三：平均地權條例第 60 條第 1 項規定：「依本條例規定實施市地重劃時，重劃區內供公共使用之道路、溝渠、兒童遊樂場、鄰里公園、廣場、綠地、國民小學、國民中學、停車場、零售市場等十項用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記地等四項土地抵充外，其不足土地及工程費用、重劃費用與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔，並以重劃區內未建土地折價抵付。如無未建築土地者，改以現金繳納。其經限期繳納而逾期不繳納者，得移送法院強制執行。」；農村社區土地重劃條例第 11 條第 2 項：「重劃區內規劃之道路、溝渠、電信電力地下化、下水道、廣場、活動中心、綠地及重劃區內土地所有權人

認為為達現代化生活機能必要之其他公共設施用地，除以原公有道路、溝渠、河川及未登記土地等四項土地抵充外，其不足土地及拆遷補償費與貸款利息，由參加重劃土地所有權人按其土地受益比例共同負擔。」

註二四：依內政部正式資料顯示，至民國104年12月為止，全台灣共進行968件重劃（共計15,977公頃），見內政部地政司全球資訊網站／重劃業務；但內政部非正式資料顯示全台灣共進行964件重劃（共計15,879公頃），其中公辦為352件（12,963公頃），自辦為611件（2,911公頃）。其中件數自辦約占三分之二，但是面積數則為五分之一弱。二者雖差4件，但大致比率不差。

註二五：在不少重劃實務上，由於相關規定只要求一定比率人數的私有地所有權人或擁有一定比率的私有地，都可作為發動重劃計畫者，導致有些重劃案件，發生若干只擁有極少部分土地的地主，聯合建築公司進行重劃（甚至由建設公司以人頭政策，各人頭擁有極少數土地，湊成所有權人總數的門檻），形成少數百分比的土地擁有者，可決定絕大多數地主的重劃利益，本號解釋的原因案件之一，似乎即為此現象也。可參見莊仲甫，從大法官709號解釋看自辦市地重劃問題，土地問題研究季刊，第49期，2014年3月，第79頁。

註二六：參見林旺根，台北縣都市計畫委員會日本考察心得報告（一）——從日本土地區劃整理談我國市地重劃之改進，現代地政，第210期，1998年12月，第38頁。

註二七：日本的例子見林旺根，台北縣都市計畫委員會日本考察心得報告（二）——從日本土地區劃整理談我國市地重劃之改進，第211期，1999年1月，第38頁。

註二八：德國對於政府透過重劃制度，獲得了公共建設的土地，此情形正與傳統的徵收情形無異，亦即所謂「公用徵收」的

古典徵收型態，因此，重劃制度可促使徵收的概念，由不一定剝奪私人財產權轉入公家之手的公益徵收概念，轉變成為公用徵收的古典意義也。關於此概念的討論，可參閱陳新民，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，頁 318。德國聯邦憲法法院在後來有關一個都市重劃案件判決（BVerfGE 104, 1），已經改採此見解 V. Epping, Grundrechte, Rdnr. 452.

註二九：對此，本席不無懷疑。

註三十：主管機關藉重劃之名，獲得財政利益的案例，最清楚的例證，莫如，在本號解釋公告同一天，大會通過一件不受理案（會台字第 13020 號）的聲請案，其原因案件（臺北高等行政法院 98 年度訴字第 27 號；最高行政法院 99 年度裁字第 2281 號），其內容即與此類似，聲請人的土地被迫納入重劃區，且被分成三部分，其中一部分甚小，無法使用，只能獲得金錢補償，但卻要付出鉅額公設建設費。聲請人曾起訴調整該土地納入鄰旁住宅區不果，故質疑該重劃計畫違法，但主管機關所持之理由乃認為此次重劃之理由：

「……擬定中壢平鎮都市擴大修訂計畫（原文小十六學校用地變更為住宅區）細部計畫案計畫書第 33 頁第 6 章第 2 節財務計畫（摘略）：「財務為庶政之母，政府的各項施政是否能順利執行，全賴是否有健全的財政以支應而定。都市建設更離不開財務計畫，尤其都市計畫理想與目標的實現，都有賴財源之充分配合，故周詳而切合實際的財務計畫，乃為細部計畫所應具備。……二、市地重劃區範圍（以市地重劃方式開發）：其所需之公共設施用地及工程費，均由參加重劃之土地所有權人，按其收益比例部分共同負擔後，再負擔部分提供為公共設施，並將餘下的土地分配予原土地所有權人，故公共設施用地可以不需由政府編列預算，即可取得。……」顯然是採「以重劃取代區域徵收」，

結果臺北高等行政法院認為：「……經查財務計畫本屬都市計畫推動之基礎，是被告就財政之考量，自難謂屬不具重要性之觀點，故被告選擇採取市地重劃之方式，尚難逕認有裁量瑕疵。……」以及「……如被告將之納入建成區，將形成重劃區土地利用分配之困難，故被告決定不將之納入建成區，亦非無據，是以被告考量計畫區域內土地整體開發利用目的之利益，而未採納原告主張，即難認有裁量濫用或違反比例原則之違法。……」。而對於聲請人提起上訴的理由：「……（三）被上訴人將上訴人所有系爭土地，不以徵收方式取得，卻逕自以無償之方式將其劃入市地重劃範圍內，不僅違反平等及比例原則，亦有裁量濫用之違法云云。」但也遭最高行政法院以未具體說明適用法規不當為由，予以駁回。

註三一：也因此在我國自辦重劃所需要的資金十分龐大，常常遠非市井小民所能承擔，因此往往必須交結「金主」（重劃公司）來提供資金，從而掌控了重劃內容。該金主定會將本求利，而後將有利可圖之地劃為抵價地，致使重劃小民頂多獲得接近原有財產之較差土地，形成金主等籌劃者不當的鉅額利益。可參見陳明燦，土地重劃理論與實務，新學林出版社，2012年，頁220。同樣的情形，在都更也一再出現矣。

註三二：也因此學界已有此呼籲，政府主管機關，應該責無旁貸，將重劃視為法定任務，見陳明燦，土地重劃理論與實務，頁221。

註三三：H. Schrödter, Bundesbaugesetz Kommentar, Rdnr. 5, zum § 45.

註三四：可參照獎勵人民自行辦理土地重劃實施要點（民國65年2月1日發布）第2點：「農地或鄉村住宅用地及其有關土地，合於左列情形之一者，其所有權得依本要點，自行協議，申請辦理土地重劃：（一）農地坵塊不適合於農事工作，或不利於排水灌溉者。（二）將散碎之土地交換合併，調整為

完整坵塊者。(三)土地面積畸零狹小，不適合建築使用者。

(四)將曲折之道路、水路，截彎取直，以利公眾使用者。」

即是民眾為自己的利益為主之重劃。

註三五：本來平權條例第58條對於重劃計劃的同意比率，乃採完全同意制（民國66年），嗣後發現如此高比率的同意率無法推動重劃，遂於民國75年改為目前的過半數比率。這種專為推動重劃計畫之便，而以犧牲所有權人之財產權利為代價，研究重劃制度的學者也頗多認為應提高其比率矣。可參見莊仲甫，從大法官709號解釋看自辦市地重劃問題，土地問題研究季刊，第49期，頁85。

註三六：如「辦法」第23條規定：「直轄市或縣（市）主管機關核定重劃範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣（市）主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」，及土地所有權人辦理農村社區土地重劃辦法第18條：「直轄市或縣（市）主管機關核定範圍內之公有土地，應一律參加重劃，並由直轄市或縣（市）主管機關於核定同時列冊通知公有土地管理機關。」

註三七：在平權條第58條第3項於民國75年修正成為現行法之前，不僅採百分之百同意比率（已於前註35處論及），同時，也將公有財產機關的同意納入。惟此規定亦在民國75年同時遭刪除，明定只以私有財產所有權人為限。

註三八：公有土地管理機關只能依「辦法」第13條第2項的規定，在會員大會以超過全體會員二分之一以上的決議修改已經獲准實施的重劃計畫，報請主管機關同意。因此，此補救的方式也頗為消極。

註三九：這是德國的通說，故唯有例如，公立大學、公有電視台等公法人，才享有財產權保障的地位也。見 B-O Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd.1, Rdnr.7, zum Art. 14, 4. Aufl., 1992; 關於公法人得否成為基本權的

主體，而適用財產權等人權之問題，德國聯邦憲法法院一直採取極為嚴格的態度，只有在極為例外的情形，經由法律授與其類似私人的權利地位，俾使其能達到一定的公共任務時，才可例外的賦予其人權享有者之地位，從而在受到公權力侵犯時，得提起憲法訴願也。可參見陳新民，憲法學釋論，修正8版，民國104年5月，頁138以下。

註四十：依「辦法」第21條第2項之規定：「籌備會申請擬辦重劃地區有下列各款情形之一者，應不予核准：……二、非屬都市計畫指定整體開發地區，經選定市地重劃範圍內之公有土地管理機關已有具體利用或處分計畫，且報經權責機關核定者。但剔除該部分公有土地後，重劃範圍仍屬完整者，不在此限。……」同樣的規定，例如，土地所有權人辦理農村社區土地重劃辦法第17條第1項。

註四一：就以本號解釋原因案件之一，重劃區內私有土地人總共1,795人，總面積61.7公頃，贊成重劃計畫者1,027人，雖過50%（57.21%），其擁有土地34.88公頃，占有所有私有土地56.53%。乍看之下都超過50%，可以主導重劃計畫的實施。但區內仍有公有土地28.33公頃，若不贊成重劃，即可與不同意重劃者立於同一陣線，而否決重劃，保全了該些財產權人的權利也。是否較為妥適？

註四二：例如，平均地權條例第60條第2項規定：「重劃區內未列為前項共同負擔之其他公共設施用地，於土地交換分配時，應以該重劃地區之公有土地優先指配。」如此一來，由私人發動與規劃的重劃計畫，即可能在規劃土地使用與分配時，將重劃後增值可能性最好的部分納為可由私人分配，而將低價值之部分分配給原公有財產者，且可能編列成其他公共建設用地，最後且由此部分公有土地來承擔，結果好處盡由私人取得。倘公機關能在重劃計畫的內容有建設性之影響力，即能對該公有土地的運用作最合理的分配，

求得「公益極大化」，甚至有將此公有土地分配給數個重劃計畫，造福更多的老舊社區的可能性。如此一來，是否比被少數重劃者所「綁架」更合乎公平原則？

註四三：參見廖義男，市地重劃之程序規定是否合憲？法令月刊，第65卷第1期，2014年1月，頁137以下。

註四四：對此德國聯邦行政程序法有極為詳盡的規定（第72條至第78條），我國行政程序法立法時未能納入。其他亦可參見廖義男，論行政計畫之確定程序，刊載：氏著公共建設與行政法理，民國83年，頁3以下。

註四五：依詩人當地的狩獵習慣，獵人會在鐘乳石洞穴中垂入布條，而後晃動之，引起洞內棲息的野鴿子狂亂飛出，遂成為獵槍的活靶。詩人遂有此敘述。不明此狩獵習慣之背景者，將無從了解此句的用意也。

註四六：這是節譯，後面還接著：

這個旁觀者遠處傳來一些遺憾的嘆息聲，
不僅僅只是對這個專注、蓄勢待發而準備下手的獵人而已。
死亡是我們這些漂泊悲悼者的一種形體！

然而我們自身也會產生出純潔與愉悅的精神。

整首詩之德文原文為：

Manche, des Todes, entstand ruhig geordnete Regel,
weiterbezwingender Mensch, seit du im Jagen beharrst; mehr
doch als Falle und Netz, weiß ich dich, Streifen von Segel, den
man hinunterhängt in den höhligen Karst.

Leise ließ man dich ein, als wärest du ein Zeichen, Frieden zu
feiern. Doch dann: rang dich am Rande der Knecht,— und, aus
den Höhlen, die Nacht warf eine Handvoll von bleichen
taumelnden Tauben ins Licht ... Aber auch das ist im Recht.

Fern von dem Schauenden sei jeglicher Hauch des
Bedauerns, nicht nur vom Jäger allein, der, was sich zeitig

erweist, wachsam und handelnd vollzieht.

Töten ist eine Gestalt unseres wandernden Trauerns ...Rein ist im heiteren Geist, was an uns selber geschieht.

這是一首頗為深奧的德文詩句，學界與藝文界雖有數個版本，然仁智互見，本席皆不甚滿意，爰勉力試譯如上。亦可參見李魁賢譯，里爾克詩集（I），桂冠圖書公司，1993年，頁64。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法（下稱獎勵重劃辦法）第九條第三款、第六款規定與同辦法第二十條規定具有重要關聯性，而將之納入審查範圍，且審查結果，解釋範圍及於全部獎勵重劃辦法，暨認獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項、第二十六條第一項規定違反法律保留原則、獎勵重劃辦法違反法律正當程序等部分，尚難贊同，爰提出部分不同意見書如后。

壹、程序部分

- 一、依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規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，得聲請本院解釋憲法。大法官依此規定所為解釋，本應以該確定終局裁判所適用之法律或命令，且經聲請人聲請解釋者為標的，就其憲法上所保障之權利有無遭受不法侵害為審理對象。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故本院解釋迭認解釋範圍得及於有重要關聯性之法令（註一）。此係於上開大審法規定之外，例外放寬解釋範圍，宜審慎為之。

- 二、本號解釋多數意見認參照本院釋字第709號解釋，獎勵重

劃辦法第二十六條第一項規定，為同辦法第二十條規定之後續階段；同辦法第九條第三款，第六款規定，則為其前提問題，均與為解釋客體之同辦法第二十條規定具有重要關聯性，應一併納入審查範圍。惟查本院釋字第七〇九號解釋係以「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。」其認定具重大關聯性要件有三：1.經確定終局裁判所適用。2.舊都市更新條例第十九條第三項前段（被判斷是否與解釋客體有重要關聯性之相關規定）為解釋客體（同條例第十條第一項）之後續階段。3.解釋客體為相關規定之前提問題。亦即相關規定與解釋客體間互為前提問題及後續階段，且為確定終局裁判所適用。本號解釋則擴大為只須相關規定為解釋客體之前提問題或後續階段即可認具重大關聯性，不以互為前提問題及後續階段為必要，亦不須經確定終局裁判所適用。惟某解釋客體之前提問題規定或後續階段規定可能極多，如不加以限制（註二），則等於可由大法官任意決定解釋範圍。以本號解釋客體獎勵重劃辦法第二十條規定為例，獎勵重劃辦法之規定，幾乎可歸屬該解釋客體之前提問題規定，或後續階段規定，依本號解釋理由，獎勵重劃辦法豈非大部分均與該解釋客體具重大關聯性，本號解釋選擇其中數規定採為審查範圍，其標準不明。

三、獎勵重劃辦法第九條第六款規定非同辦法第二十條規定之前提問題

獎勵重劃辦法第二十條係擬辦重劃範圍之申請及核定規定，而同辦法第九條第六款則係關於重劃計畫書之申請核准等規定，重劃計畫書之申請核准等，在擬辦重劃範圍之申請及核定之後，如何得認為獎勵重劃辦法第九條第六款係同辦法第二十條規定之前提問題？是本號解釋認獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款規定與同辦法第二十條具有重要關聯性，而將之納入審查範圍，難以贊同（註三）。

- 四、本號解釋認獎勵重劃辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序及核准實施重劃計畫之程序，不符憲法要求之正當行政程序。其審查範圍似及於獎勵重劃辦法全部，與解釋理由第一段所述審查範圍（平均地權條例第五十八條第三項、獎勵重劃辦法第八條第一項、第九條第三款、第六款、第二十條及第二十六條第一項規定）不符。

貳、實體部分

- 一、獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項第二十六條第一項規定是否違反法律保留原則部分

- （一）本號解釋以平均地權條例第五十八條第一項規定，自辦市地重劃事項應由重劃會辦理。依同條第二項授權訂定之辦法雖非不得就籌備會之設立及組成併為規定，但籌備會之功能應限於處理籌組重劃會之過渡任務，而不包括應由重劃會行使之職權，始無違於法律保留原則。獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款、第二十條第一項及第二十六條第一項規定，均屬重劃會之職權，非屬籌組重劃會之過渡任務，卻交由籌備會為之，與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，且超出同條第二項規定之授權目的與範圍，而認違反法律保留原則。
- （二）惟查平均地權條例關於自辦市地重劃之規定僅第五十八條：「為促進土地利用，擴大辦理市地重劃，得獎勵土地所有權人自行組織重劃會辦理之。其獎勵事項如

左：……。(第一項)前項重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，由中央主管機關定之。(第二項)重劃會辦理市地重劃時，應由重劃區內私有土地所有權人半數以上，而其所有土地面積超過重劃區私有土地總面積半數以上者之同意，並經主管機關核准後實施之。(第三項)」第一項所稱重劃會，如從嚴格之文義解釋，似指由市地重劃區內(即獎勵重劃辦法之重劃範圍，以下稱重劃範圍)之所有土地所有權人組成，辦理所有重劃事項。然由該條第三項規定，自辦市地重劃由重劃範圍內之部分土地所有權人同意，經主管機關核准後實施。不要求重劃範圍內全體土地所有權人之同意，事實上亦難自始即由擬辦重劃範圍內全體土地所有權人共同實施重劃，況重劃範圍未確定前，土地所有權人尚未確定，亦無要求組成一未確定成員之重劃會之必要，故解釋上第一項所稱重劃會應可包括辦理發動、規劃等前置事項之前置組織(註四)，第二項規定授權中央主管機關就重劃會之重劃會組織、職權、重劃業務訂定之辦法，亦可包括該前置組織，該組織之業務範圍如何，在不違反第三項規定範圍內，授權中央主管機關裁量訂定辦法。

- (三)獎勵重劃辦法第九條第三款、第六款規定：「籌備會之任務如下：……三、申請核定擬辦重劃範圍。……六、重劃計畫書之……申請核定及公告，並通知土地所有權人。」第二十條第一項規定：「籌備會成立後，應備具申請書並檢附下列圖冊向直轄市或縣(市)主管機關申請核定擬辦重劃範圍：……。」以及第二十六條第一項：「籌備會應檢附下列書、表、圖冊，向該管直轄市或縣(市)主管機關申請核准實施市地重劃：……。」將申請核定擬辦重劃範圍、重劃計畫之申請核准實施(即重

劃書計畫書之申請核定)、公告及通知土地所有權人等事項，劃為自辦市地重劃之前置事項，由所設前置組織籌備會辦理，尚屬授權之裁量範圍，且由獎勵重劃辦法第二十六條第一項第二款、第四款規定，籌備會申請核准實施市地重劃，應檢附重劃計畫書及土地所有權人同意書(即平均地權條例第五十八條第三項之土地所有權人同意書)，尚難認違反母法。

- (四) 本號解釋既認依平均地權條例第五十八條第二項授權訂定之獎勵重劃辦法得設籌備會辦理部分重劃事項，即該條之重劃會並非僅限於由重劃範圍內全體土地所有權人所組成者(下稱狹義之重劃會)，則如何可由該條推論出母法規定籌備會之功能僅限於籌組狹義之重劃會。申言之，重劃範圍核定前，重劃範圍內之土地所有權人尚不確定，如何先組成狹義之重劃會後，再擬定重劃範圍申請核定？且獎勵重劃辦法第八條第一項第一款規定申請核定成立籌備會時，應於申請書載明擬辦重劃範圍(計算發起人所需人數)。既已有擬辦重劃範圍，則由籌備會申請主管機關核定重劃範圍，亦較便利。且依本號解釋意旨，主管機關核定重劃範圍前，應踐行正當行政程序，予利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，對擬辦重劃範圍內土地所有權人已有相當保障，似無先組成狹義之重劃會擬辦重劃範圍，再依籌備會所擬辦重劃範圍申請核定之必要(註五)。故申請核定非本質上須由狹義之重劃會辦理不可者。至重劃計畫之申請核准實施(即重劃計畫書之申請核定)等，固在重劃範圍核定後，土地所有權人確定，而可組成狹義之重劃會辦理。但組成狹義之重劃會後，再擬定重劃計畫書或就籌備會擬定之重劃計畫書審核後(註六)，申請主管機關核定。如所擬之重劃計畫書未能取得平均

地權條例第五十八條第三項所定之土地所有權人同意，則成立狹義之重劃會所花費用將浪費，而由全體土地所有權人負擔，反屬不利。如由籌備會擬定重劃計畫書，須取得平均地權條例第五十八條第三項所定之土地所有權人同意後，方可申請核定，非任由籌備會自行決定重劃計畫書內容。且依獎勵重劃辦法第二十五條第一項規定，籌備會於重劃範圍經核定後，應舉辦座談會；復依本號解釋意旨，主管機關核准重劃計畫之實施前，應舉辦公聽會，使利害關係人（含重劃範圍內之全體土地所有權人）有知悉相關資訊及適時參與聽證之機會，可有相當程度之參與重劃計畫，由籌備會擬定重劃計畫申請核定，可免前述狹義重劃會費用之浪費，況籌備會所擬之重劃計畫書，如已取得平均地權條例第五十八條第三項規定之土地所有權人之同意，已符合申請核准實施市地重劃之要件，狹義之重劃會是否可拒絕提出申請核准，亦非無疑。是究由狹義之重劃會或籌備會提出申請核准，各有利弊，非必由狹義之重劃會辦理不可，應屬中央主管機關依平均地權條例第五十八條第二項規定授權得予裁量範圍，獎勵重劃辦法將申請核定擬辦重劃範圍、重劃計畫之申請核准實施等，劃由籌備會辦理，尚難遽謂與平均地權條例第五十八條第一項規定意旨不符，超出同條第二項之授權目的與範圍而違反法律保留原則。

- （五）本席認為上開規定固尚未違反法律保留原則，惟籌備會之成立要件，其與狹義之重劃會之業務劃分，於利害關係人影響較大，宜改由法律直接規定。

二、獎勵重劃辦法不符正當行政程序部分

本號解釋認主管機關核定擬辦重劃範圍、核准實施重劃計畫應踐行正當行政程序，本席贊同此論點。惟本號解釋係

以獎勵重劃辦法全部為審查對象，並非妥當，已如前述，本席認應改以獎勵重劃辦法第二十條第二項主管機關核定重劃範圍規定及第二十七條第一項重劃計畫書之核定規定為解釋對象（獎勵重劃辦法第二十七條第一項與審查客體同辦法第二十條第二項有重大關聯性，可為解釋範圍，詳註3）。

註解：

註一：本院釋字第445號、第558號、第576號、第664號、第703號、第709號、第737號解釋參照。

註二：例如：釋字第445號解釋：具體事件相關聯且必要之法條

釋字第576號解釋：該確定終局裁判援引為裁判基礎

釋字第664號解釋：案件審理須援引為裁判基礎之法律

釋字第703號解釋：確定終局裁判援引為裁判基礎

釋字第709號解釋：兩者互為前提問題及後續階段，且為確定終局裁判所適用。

註三：解釋客體獎勵重劃辦法第20條第1項係申請核定擬辦重劃範圍（即同辦法第9條第3款規定）規定，第2項為主管機關之核定規定。同辦法第26條第1項係申請核定准許實施市地重劃（即同辦法第9條第6款之重劃計畫書之申請核定）規定；同辦法第27條第1項係重劃計畫書之核定規定，可認與解釋客體互為前提問題及後續階段規定，且均為確定終裁判所適用，合於釋字第709號解釋所示重大關聯性要件。

註四：獎勵重劃辦法第3條第2項所定由自辦市地重劃區內全體土地所有權人為會員組成之重劃會係狹義之重劃會，不包括前置組織，與母法平均地權條例第58條包括前置組織之重劃會意涵不同。

註五：如組成狹義之重劃會得變更擬辦重劃範圍，其已非原籌備會發起之重劃，涉及更動之重劃是否應另行申請問題。

司法院釋字第七三九號解釋

註六：本號解釋未將獎勵重劃辦法第9條第6款所定重劃計畫書之擬定，列為不得由籌備劃辦理之事項。

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

司法院釋字第七四〇號解釋

【保險業務員招攬保險勞務契約是否為勞動契約案】

中華民國105年10月21日

院台大二字第1050026814號

解 釋 文

保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法第二條第六款所稱勞動契約，應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據。

解釋理由書

勞動基準法第二條第六款規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」（下稱系爭規定一）就保險業務員與保險公司間之法律關係是否屬系爭規定一之勞動契約關係，臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）認為，依保險業務員管理規則之規定，保險業對其所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權，二者間具有從屬性；至報酬給付方式究係按計時、計日、計月、計件給付，或有無底薪，均非判斷其是否屬勞工工資之考量因素；故採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之業務員一般，均受公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，仍屬勞動契約關係之勞工；勞動契約不以民法所規定之僱傭契約為限，凡勞務給付之契約，具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約；又契約類型之判斷區分上有困難時，基於勞工保護之立場以及資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整之考量，原則上應認定係屬勞動契約關係，以資解決。反之，臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一號等民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）則認為，保險業務員得自由決定

招攬保險之時間、地點及方式，其提供勞務之過程並未受業者之指揮、監督及控制，認定保險業務員與保險業間之人格從屬及指揮監督關係甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係；又以保險業務員並未受最低薪資之保障，須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，認保險業務員需負擔與保險業相同之風險，其勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於保險公司為其貢獻勞力，故難謂其間有經濟上從屬性；再者，保險業務員管理規則係主管機關為健全保險業務員之管理及保障保戶權益等行政管理之要求而定頒，令保險公司遵守，不得因保險業務員管理規則之規定，即認為保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性。是民事法院與行政法院就保險業務員與其所屬保險公司間之保險招攬勞務契約是否屬系爭規定一所示之勞動契約，發生見解歧異，符合司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款統一解釋之要件。

勞基法第二條第六款：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」並未規定勞動契約及勞雇關係之界定標準。勞動契約之主要給付，在於勞務提供與報酬給付。惟民法上以有償方式提供勞務之契約，未必皆屬勞動契約。是應就勞務給付之性質，按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵，諸如與人的從屬性（或稱人格從屬性）有關勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係，及是否負擔業務風險，以判斷是否為系爭規定一所稱勞動契約。

關於保險業務員為其所屬保險公司從事保險招攬業務而訂立之勞務契約，基於私法自治原則，有契約形式及內容之選擇自由，其類型可能為僱傭、委任、承攬或居間，其選擇之契約類型是否為系爭規定一所稱勞動契約，仍應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之，即應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷。保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，雖僅能販售該保險公司之保險契約，惟如保險業務員

就其實質上從事招攬保險之勞務活動及工作時間得以自由決定，其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求，係自行負擔業務之風險，則其與所屬保險公司間之從屬性程度不高，尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約。再者，保險業務員管理規則係依保險法第一百七十七條規定訂定，目的在於強化對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，並非限定保險公司與其所屬業務員之勞務給付型態應為僱傭關係（金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照）。該規則既係保險法主管機關為盡其管理、規範保險業務員職責所訂定之法規命令，與保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性無必然關係，是故不得逕以上開管理規則作為保險業務員與其所屬保險公司間是否構成勞動契約之認定依據。

另聲請人認首開行政法院判決、最高行政法院一〇〇年度判字第二一一七號、第二二二六號、第二二三〇號判決（下併稱確定終局判決）所適用之勞工退休金條例第三條、第六條、第七條第一項第一款、第九條（下併稱系爭規定二）、行政訴訟法第一百八十九條第一項（下稱系爭規定三）、保險業務員管理規則第十二條第一項、第十三條、第十四條第一項、第十八條第一項、第十九條第一項（下併稱系爭規定四）及行政法院六十二年判字第二五二號判例（下稱系爭判例）有違憲之疑義，聲請解釋憲法。經查，系爭規定三及系爭判例並未為確定終局判決所適用，聲請人自不得據之聲請解釋。其餘所陳，均尚難謂已客觀具體指摘系爭規定二、四究有何牴觸憲法之處。是上開聲請憲法解釋部分，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，應不予受理，併予敘明。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏

大法官	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	蔡明誠	林俊益

協同意見書

黃茂榮大法官 提出

壹、前言

保險業於民國八十六年經行政院勞工委員會公告自八十七年四月一日起為適用勞基法之行業（註一）。自此，聲請人與其所屬保險業務員間之勞務契約究竟是否為勞基法所稱之勞動契約、聲請人對其所屬保險業務員是否應適用勞基法及勞工退休金條例之規定，給付或提撥退休金，爭議未曾間斷。

關於給付退休金部分，陸續經民事法院判決認為聲請人與其保險業務員間之勞務契約，並非勞基法所稱之勞動契約，聲請人對於其保險業務員並無給付退休金之義務；然而，於九十三年六月勞工退休金條例公布後，聲請人之保險業務員復依該條例之規定，表明改選勞工新制，並請求主管機關命聲請人提繳退休金。案經勞保局發函限期聲請人申報提繳勞工退休金，而聲請人逾期未辦理，經勞保局連續處以罰鍰。聲請人不服，提起行政訴訟。相關案件經行政法院判決認為，聲請人與其保險業務員間之勞務契約，應為勞基法所稱之勞動契約，聲請人需為其保險業務員依勞工退休金條例之規定，申報提繳勞工退休金。

上開爭議經多年爭訟，民事法院及行政法院判決均各執其一貫之見解。這尤其凸顯於臺灣高等法院九十九年度勞上字第五八號民事判決與臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號判決。上開二法院之裁判結果，形成相對於同一位保險業務員，依民事法院判決，該名保險業務員對於聲請人無退休金給付請求權；而依行政法院判決，聲請人卻須負擔為其提撥之勞工退休準備金之義務的奇特現象（註二）。此等難以理解之見解歧異的判決，使聲請人與其保險業務員至今仍無所適從，爭議不斷。該見解之歧異，首先顯示之問題為：其中一個審判系統之法院，有無依從另一審判系統之法院見解的義務。按勞動基準法第五十六條及勞工退休金條例第六條、第十四條所定勞工退休準備金之提撥

義務，目的在於保障雇主對於勞工所負之退休金的給付義務的履行，為一種從債務。是故，關於退休準備金之提撥義務的行政訴訟，其裁判應以退休金給付義務之民事法律關係是否成立為準據。因此，關於退休準備金之提撥義務的行政訴訟，於關於退休金給付義務之民事法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序（行政訴訟法第一百七十七條第一項（註三））；又舉輕以明重，民事法律關係已經訴訟終結而作成確定終局判決者，關於該民事法律關係之定性，行政法院應受民事確定終局判決之拘束。換言之，在這種情形，行政法院應以民事法院之裁判結果為基礎，而為裁判。

就本件聲請案，本院多數意見決議受理本件聲請案，並作成本號解釋闡明：「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法第二條第六款所稱勞動契約，應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據。」此後，行政機關及法院就保險業務員與其所屬保險公司間勞務契約之定性，自應依本號解釋之意旨為之。

本席雖贊成本號解釋文所示內容，但因其解釋理由過於簡略，沒有從契約類型之界定，必須根據主要給付內容所彰顯之類型特徵判斷的觀點，深入論述相關契約類型之建構有關的問題，且有關勞基法所稱勞動契約之類型特徵為何，本號解釋多數意見之論述容有補充之需要，爰以協同意見書，將本號解釋討論過程中，本席所提出之意見，整理如下，敬供各界參考。

貳、二不同審判法院見解歧異之處

誠如本號解釋理由書第一段所整理，本件聲請案最為核心之爭點為：聲請人之保險業務員與聲請人所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞基法第二條第六款所稱之勞動契約。此一認定結果，將影響聲請人有無給付退休金或提繳退休金之義務。

就此，行政法院表示之見解主要為：

- (一) 依保險業務員管理規則之規定，保險業對其所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權，二者間具有從屬性。
- (二) 報酬給付方式究係按計時、計日、計月、計件給付，或有無底薪，均非判斷其是否屬勞工工資之考量因素；故採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之業務員一般，均受公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，仍屬勞動契約關係之勞工。
- (三) 勞動契約不以民法所規定之僱傭契約為限，凡關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約。
- (四) 又契約類型之判斷區分上有困難時，基於勞工保護之立場以及資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整之考量，原則上應認定係屬勞動契約關係，以資解決。

而民事法院判決所表示之見解則為：

- (一) 保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，其提供勞務之過程並未受業者之指揮、監督及控制，保險業務員與保險業間之人格從屬及指揮監督關係甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係。
- (二) 保險業務員管理規則係主管機關為健全保險業務員之管理及保障保戶權益等行政管理之要求而定頒，令保險公司遵守，不得因保險業務員管理規則之規定，即認為保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性。
- (三) 保險業務員並未受最低薪資之保障，須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結進而收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，認保險業務員需負擔與保險業相同之風險，其勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於保險公司為其貢獻勞力，故難謂其間有經濟上

從屬性。

參、契約類型之選擇及歸類

一、契約自由之保障

契約自由為私法自治之基礎以及個人自主發展與實現自我之重要機制。當多種契約類型均可達相同之締約目的時，除依法律有類型強制之規定外，人民對契約之類型，應有選擇之自由。當雙方就選擇之契約類型應如何歸屬有爭議時，行政機關及法院應按雙方契約約定之主要給付義務內容及其實際履約之情形，依其所構成之類型特徵判斷之，而不應拘泥於雙方所使用之契約名稱；更不得無法律依據，逕以行政機關解釋或法院判決，形成契約類型之強制。

二、勞務契約之歸類

關於契約之歸類，應視各別契約之類型特徵而定，而契約類型之特徵，基本上存在於主給付義務之約定。民法第一百五十三條即規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」所謂當事人間之必要之點，在勞務契約，即為關於「勞務給付」與「報酬給付」等主給付義務之約定。依照當事人雙方關於「勞務給付」及「報酬給付」約定之不同，將成立不同種類之勞務契約。要之，關於「勞務給付」與「報酬給付」之約定為判斷勞務契約關係之重要類型特徵。

依民法之規定，僱傭、委任、承攬、居間等勞務契約分別有其自己之類型特徵，互不混淆。僱傭契約之類型特徵在於：受僱人以時間換取報酬。所以在僱傭契約，雙方最重要之約款為工作時間之長短、時段，以及各時段單位時間之工資。只要勞務債務人提供勞務，無論工作成果之優劣、預定

目標是否達成，均不影響勞務債務人於任職期間內之薪資請求權（民法第四百八十二條參照）。換言之，在僱傭契約，勞務債務人無須負擔企業風險（das Unternehmerrisiko），又稱為非自力營生（nichtselsständig）之勞務契約。而在委任契約，係受任人為委任人處理事務，其報酬請求權依約定、習慣或委任事務之性質定之（民法第五百三十二條、第五百四十七條參照）；在承攬契約，承攬人有為定作人完成約定工作之給付義務，且其報酬請求權係以完成契約約定之一定結果為前提（民法第四百九十條參照）；在居間契約，居間人為委託人報告締約機會或為其提供媒介服務，其報酬請求權，以契約因其報告或媒介而成立者為限（民法第五百六十五條、第五百六十八條參照）。委任、承攬、居間契約之類型特徵與僱傭契約有顯著不同。在委任、承攬及居間契約，勞務債務人對於工作時間、時段、地點等勞務給付方式有支配之自由，但卻需自行負擔委任、承攬或居間事務之處理及工作完成所涉之企業風險。該自由為人格權之核心內容或價值，因此，當勞務債務人享有該自由，即稱其對於勞務債權人無人格上之從屬性。惟該自由常以勞務債務人負擔企業風險為代價，當勞務債務人負擔企業風險，在經濟上即顯示出獨立性，所以稱其對於勞務債權人無經濟上之從屬性。

至於在勞務之給付時，僱傭人（雇主）對於受僱人之指揮監督權，乃因在僱傭契約係單純以勞務之提供為勞務債務人之債務內容，從而在履行上尚需要透過僱傭人（雇主）之指揮監督具體化其勞務之給付內容，以符合契約目的，所延伸之履行上的現象。該現象並非僱傭契約獨特之現象。例如在工程承攬契約，在承攬之工作的履行，承攬人也常需接受定作人或其委任之人（例如建築師）之監工及驗收，要求並確保其確實按圖用料施工。在這當中，承攬人在勞務提供上所受之指揮監督強度，不一定低於受僱人在勞務之提供時所

受之指揮監督的強度。所以，僱傭人（雇主）對於受僱人之指揮監督權只是其勞務給付之附隨現象，該附隨現象將存在於各種勞務契約，而非特定一種勞務契約在類型上之獨特特徵，因此不能引為一件勞務契約究竟是僱傭契約、委任契約、承攬契約或居間契約之認定基準。

肆、勞動契約之類型特徵

然勞動契約之類型特徵為何？按勞動基準法第二條第六款：「六、勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」因為該規定並未對勞動契約或勞雇關係之類型特徵直接加以界定，所以，尚必須自勞基法關於勞動契約之主要給付義務之規定，歸納得知勞動契約之類型特徵，而後始能依該歸納所得之類型特徵，就勞務債權人與勞務債務人間所約定之具體勞務契約，判斷其是否屬於勞基法所定之勞動契約。

勞基法關於勞動契約之主要給付義務表現於第三章有關工資及第四章有關工作時間、休息、休假之規定。上開規定係屬強制規定，為勞基法所定之最低標準之勞動條件，不容勞務債權人與勞務債務人任意以契約約定規避之。依上開規定，關於勞務給付方式，勞務債務人受有工作時間、休息、休假之限制，必須依勞務債權人所定之工作時間、時段給付勞務，而不能自由支配工作時間、時段（實務上稱此為勞務債務人對於勞務債權人有人格上之從屬性）；而關於報酬給付，當勞務債務人於約定之工作時間、時段給付勞務，勞務債權人即必須按約定單位工作時間之工資，依勞務債務人工作時間之長度與時段，計算並給付報酬，勞務債務人報酬之有無繫諸於勞務債權人經營之成敗而非勞務債務人提供勞務之成果（實務上稱此為勞務債務人對於勞務債權人有經濟上之從屬性）。因此，當一勞務契約具備上開類型之特徵時，即應屬於勞基法所稱之勞動契約。至於勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，應非判斷勞動契約之類型特徵。蓋如前所述，勞務之債，勞務之給付必須是符合勞務債權人

之需要而為其處理事務，對於勞務債權人始有意義。是故，不論該勞務契約之契約類型為何，勞務債務人所提供之勞務均須按勞務債權人之指示並盡一定之注意程度。因此，勞務債務人是否必須依勞務債權人之指示為勞務之提供，並不足以作為勞動契約之類型特徵。

綜上所述，保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約，倘就勞務給付部分，係約定保險業務員必須在約定之時間、時段、地點為招攬保險之勞務提供；關於報酬給付部分，係約定不論保險公司是否收到保險費，保險業務員均得按招攬保險所花之時間所計算之報酬，向保險公司請求勞務報酬者（亦即由保險公司負擔招攬保險之企業風險），保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約因具備勞動契約之類型特徵，屬於勞動契約，應適用勞基法相關規定；反之，保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約，倘就勞務給付部分，係約定保險業務員得自由決定其提供勞務之時間長短、時段、地點等勞務給付方式者；關於報酬給付部分，係約定保險業務員須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結，並確實收到保險費後，對於保險公司始有按保險業務員實收保險費為基礎計算之勞務報酬請求權者（即由保險業務員自行負擔招攬保險之企業風險），保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之勞務契約因不具備勞動契約之類型特徵，非屬勞基法所稱之勞動契約，自不應適用勞基法之相關規定。

實務及學說上雖直截慣以「從屬關係（包含人格上、經濟上、組織上從屬性）」作為勞動契約之判斷要素（註四），並認為判斷時各該要素如不能兼而有之，應就契約義務之整體、履行狀況、主給付義務等為綜合之判斷（註五）。但並沒有意識到該等從屬性與勞基法關於勞動契約之主要給付義務規定間之關連。因此，其判斷常流於由字面，對從屬性望文生義。所以，不但在人格上從屬性之認定，忽視自由決定工作時間在人格之自由發展上的意義，而反片面置重於勞務之指揮監督，而且有將「勞務債務人賴

勞務債權人之勞務報酬為生」引為其經濟上之從屬性的論據者。以致在疑難的邊界案型，不能引用「企業風險」之負擔，作為最後之判別標準。勞務關係之雙方，也因此喪失事先分配企業風險之契約工具。

伍、保險業務員管理規則不應作為勞動契約之判斷要素

本號解釋多數意見認為，不得逕以保險業務員管理規則為勞務契約是否為勞動契約之認定依據，結論上本席敬表贊同，僅就解釋理由書「……保險業務員管理規則係依保險法第一百七十七條規定訂定，目的在於強化對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，並非限定保險公司與其所屬業務員之勞務給付型態應為僱傭關係（金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照）。該規則既係保險法主管機關為盡其管理、規範保險業務員職責所訂定之法規命令，與保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性無必然關係，是故不得逕以上開管理規則作為保險業務員與其所屬保險公司間是否構成勞動契約之認定依據。」之論述，為以下補充：

首先，自形式觀之，該管理規則之主管機關金融監督管理委員會（下稱金管會）除於一〇二年三月二十二日以金管保壽字第一〇二〇二五四三一七〇號函揭示保險業務員管理規則之規範目的，與業務員勞務給付型態無關外，更已強調九十四年二月二日增列保險業務員管理規則第三條第二項規定：「業務員與所屬公司簽訂之勞務契約，依民法及相關法令規定辦理。」即為釐清該管理規則與業務員勞務給付類型無關，避免勞工主管機關及司法機關逕為引用管理規則之規定，作為保險公司與所屬業務員具有僱傭關係之佐證。

其次，自實質觀之，倘基於契約類型之開放性，關於契約類型之歸屬，應審酌勞務契約主要給付義務外之保險業務員管理規則之相關規定，對保險業務員所形成之限制及其管理強度，是否

已足以改變主要給付對契約類型之定性。承前所述，勞基法所稱勞動契約之類型特徵在於：勞務債務人與勞務債權人間關於勞務給付與報酬給付之約定。倘保險業務員與其所屬保險公司之勞務契約係約定，保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，保險公司對於保險業務員幾乎已無勞基法有關之工作時間（出勤）之管制，自與勞基法之勞動契約類型特徵不符，且其規定，亦不夠強大至足以改變按約定之主要給付對其契約類型之定性的程度；再者，依保險業務員管理規則保險公司雖有招訓、管理、考核其保險業務員之義務，而保險業務員有資格取得、登錄、參與教育訓練等義務，然此均為目的事業主管機關為行政管制之目的，透過法規命令課予保險公司及保險業務員之公法上義務，不論保險業務員與保險公司之間勞務契約類型為何，只要保險業務員有從事保險招攬之行為，其與所屬保險公司均需負擔該義務。換言之，並不會因為保險業務員與其所屬保險公司勞務契約類型之差異，而使目的事業主管機關之行政管制之目的無法達成。因此，更彰顯保險業務員管理規則之規定，不足以作為勞務契約類型之判斷依據。是法院及相關機關自不得逕以保險業務員管理規則為保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約是否為勞基法所稱之勞動契約之認定依據。

陸、行政法院判決見解未考量保險行業之特殊性

行政法院曾於判決中提及：契約類型之判斷區分上有困難時，「基於勞工保護之立場」以及「資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整」之考量，原則上應認定係屬勞動契約關係，以資解決。就上開行政法院判決之見解，本院大法官並未於解釋文或理由書中，表示多數意見（註六）；然而本席認為，基於保險業之特殊性，上開行政法院判決見解尤其不適合作為保險業務員與其所屬公司間勞務契約關係之定性依據，僅附以下理由說明之：

一、資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整之見

解，與保險業之特性不符

按保險商品為一種金融商品，為確保交易安全，保險商品之公開銷售應受金融監理之管制，以確保於保險事故發生時，保險公司能依約定理賠、支付保險金。本院審查本件聲請案過程中，曾函詢金管會請其提供專業意見。金管會曾以一〇五年三月二十三日金管保壽字第一〇五〇〇九一一五一〇號函表示，保險商品於設計研發階段，保險公司除須精算評估預定危險發生率（即承保事故發生機率）、預定利率（即保險公司將保戶所繳保險費進行資金運用可能獲取之報酬率）外，尚須精算預定費用率（包含保險業務員之佣金、保單行政費用、保險公司經營之營業管理費用等），以釐訂保險商品之保費。而在核准制之保險商品，倘保險費率不能確實反映各項成本、確保保險公司清償能力及保戶權益者，該保險商品即不得銷售。

由此可知，保險業務員之佣金，屬保險公司釐訂保險費用時，必須納入精算評估之項目，否則保險公司將不能確保其保費收入於扣除佣金等人事成本後，尚有足夠剩餘保費可供理賠其所承保之危險可能造成之損失，進而影響全體保戶之權益。換言之，保險招攬所需之勞務成本之精算可能性，與保險公司理賠之準備，以及保險商品得否銷售，具有關鍵意義。因此，行政法院判決以保險公司對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力調整之見解，顯與保險行業之事務特性不符，將會導致保險公司不能事先準確精算其保險商品之保險費率，破壞保險商品之理賠準備及保險公司之財務健全，自不應引為保險業務員與其所屬保險公司間勞務契約關係之定性依據。

二、應考量雙方所定勞務契約之實際內容有無適用勞基法之可能

勞基法第一條第一項前段規定：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，

特制定本法。」已揭示勞基法為保障勞工權益之立法意旨；又同條第二項規定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」該條項所謂之勞動條件，包含工作時間、休息、休假、延長工作時間、最低工資、延長工作時間之工資給付標準、退休金給付等（勞基法第三章、第四章、第六章規定參照）。而上開最低標準係屬強制規定，一件勞務契約如被定性為勞動契約，即應受其適用，不容勞雇關係雙方自行以契約規避之。

然而，在保險招攬，保險業務員通常須配合偶一投保之要保人及被保險人之方便，為勞務之給付，工作時間常零碎散佈而難以劃一，且往往與一般人正常工作時間不同。換言之，從事實面觀察，保險業務員與其所屬保險公司間，確實有約定固定起迄之正常工作時間、分別就不同時段約定不同單位時間工資之困難。在此情形下，倘無視保險業務員得否自由決定工作時間、時段、地點等勞務給付方式，而一概基於勞工保護之立場，將保險招攬契約論為勞動契約，則雙方間究應如何適用勞基法關於工作時間、休息、休假等勞動條件之最低標準，不無疑問。

另外，由於保險招攬之業績與保險業務員自身人脈、付出心力、招攬保險之能力等保險業務員個人之因素高度相關，不同保險業務員間之業績可能差別懸殊。因此，對於保險公司與保險業務員而言，以保險業務員締結成功且實際收取之保險費之一定比例計算保險業務員之報酬，可能較符合保險業務員待遇之期待，亦有助於保險公司勞務成本與營業收入之平衡。在此情形下，倘一概基於勞工保護之立場，認為雙方所簽訂之保險招攬勞務契約應屬勞動契約，必須適用勞基法，試問，有關最低工資、延長工作時間之工資給付標準等最低標準之勞動條件，又應如何處理？

再者，關於退休金部分，依勞基法第五十五條第一項第

一款、第二項規定：「勞工退休金之給與標準如下：一、按其工作年資，每滿一年給與兩個基數。但超過十五年之工作年資，每滿一年給與一個基數，最高總數以四十五個基數為限。未滿半年者以半年計；滿半年者以一年計。……前項第一款退休金基數之標準，係指核准退休時一個月平均工資。」及同法第二條第四款規定：「本法用辭定義如左：……四、平均工資：謂計算事由發生之當日前六個月內所得工資總額除以該期間之總日數所得之金額。工作未滿六個月者，謂工作期間所得工資總額除以工作期間之總日數所得之金額。工資按工作日數、時數或論件計算者，其依上述方式計算之平均工資，如少於該期內工資總額除以實際工作日數所得金額百分之六十者，以百分之六十計。」係以勞工退休前最後六個月平均一個月工資為標準，計算並請求雇主給付退休金。在保險招攬，當保險業務員與其所屬保險公司係約定以保險業務員成功締結保險契約實際收取之保險費之一定比例，按實際績效計算報酬時，由於保險業務員退休前最後六個月平均一個月工資，容易透過同事間業績移轉、親朋好友之捧場等方式，提高退休金之基數。在此情形下，保險公司顯然無法精算保險業務員退休給付之勞務成本，以因應支付退休金之需要，此將影響保險公司就其保險商品之理賠準備。

綜上所述，當保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約約定，保險業務員得自由決定工作時間、時段、地點等勞務給付方式，且係以成功締結保險契約實際收取之保險費之一定比例，按實際績效計算報酬，自行負擔保險招攬之財務風險時，依雙方勞務契約約定之內容，已無勞基法有關正常工作時間、休息、休假、延長工作時間、最低工資以及延長工作時間時工資加給等最低標準之勞動條件之適用餘地。行政機關及行政法院如僅基於勞工保護之立場，忽視雙方勞務契約之實際約定內容，一概認為應屬勞動

契約而應受勞基法之規範，將違反事務法則，於法律之適用時必然產生矛盾。

柒、結語

本件聲請人與其保險業務員間之勞務契約應如何定性、聲請人究有無適用勞基法或勞工退休金條例，給付或提繳退休金之義務，此一爭議由來已久。本席認為，司法機關必須謙卑自省，為何多年來針對此一牽涉廣大的問題，始終無法在二不同審判系統法院間被釐清且獲得共識。一個法律環境要能支持經濟長足穩健之發展，法律規範之可預見性及安定性尤為重要。法律既未明文規定保險招攬勞務契約必須是勞動契約，則基於私法自治及契約自由，自應容許保險業務員與保險公司，自由選擇其勞務契約之類型究欲為承攬、委任或僱傭關係，並視雙方實際約定之內容是否具備勞動契約之類型特徵，判斷其是否應適用勞基法相關規定；且在此前提下，至少必須能讓律師，有辦法協助保險業務員及其所屬保險公司，依雙方之自由意志去規劃、草擬契約內容，並避免雙方之合意，在未來衍生出意外的法律效力，引起意外的爭議。再者，勞基法雖基於保障勞工權益之立場，不斷擴張勞基法之適用行業別，然而，一個法律制度之設計或法律見解之提出，不管其理論建構有多完美、目的有多正當，均必須確實有辦法套用於法律所希望規制之對象或行為，否則將可能出現法規範割裂適用，或適用矛盾之情形，以致由於規範規劃與生活事實格格不入，妨礙和諧之契約關係的發展。在經濟全球化的浪潮下，要特別檢討為何我們的保險業走不出去！由聲請案顯示，財經勞工法規之不合理可能為其中之重要緣由之一。

註解：

註一：行政院勞工委員會臺八六勞動一字第〇四七四九四號函參照。

註二：行政法院判決依據勞工退休金條例第三條：「本條例所稱勞工、雇主、事業單位、勞動契約、工資及平均工資之定義，

依勞動基準法第二條規定。」、第六條：「雇主應為適用本條例之勞工，按月提繳退休金，儲存於勞保局設立之勞工退休金個人專戶。除本條例另有規定者外，雇主不得以其他自訂之勞工退休金辦法，取代前項規定之勞工退休金制度。」、第九條：「雇主應自本條例公布後至施行前一日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞動基準法之退休金規定，以書面徵詢勞工之選擇；勞工屆期未選擇者，自本條例施行之日起繼續適用勞動基準法之退休金規定。勞工選擇繼續自本條例施行之日起適用勞動基準法之退休金規定者，於五年內仍得選擇適用本條例之退休金制度。雇主應為適用本條例之退休金制度之勞工，依下列規定向勞保局辦理提繳手續：一、依第一項規定選擇適用者，應於本條例施行後十五日內申報。二、依第二項規定選擇適用者，應於選擇適用之日起十五日內申報。三、本條例施行後新成立之事業單位，應於成立之日起十五日內申報。」等規定，認聲請人應辦理申報而未申報，原處分處以罰鍰並無違誤。

註三：行政訴訟法第一百七十七條第一項：「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序。」

註四：二十五年十二月二十五日公布卻未施行之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」即以從屬關係作為勞動契約之判斷要素。

註五：就此部分，本號解釋之二不同審判系統法院之確定終局裁判並無見解之歧異。

註六：有大法官認為，民事法院判決中並未對此表示不同意見，是針對行政法院上開見解，並無二不同審判系統法院所已表示之見解歧異之情形，與大法官審理案件法第七條規定不符，故認為無需針對此一行政法院判決所表示之見解作成解釋。

協同意見書

陳碧玉大法官 提出

本案聲請人南山人壽保險股份有限公司因其與所屬保險業務員簽訂之保險招攬勞務契約，經行政法院判決認屬勞動基準法（下稱勞基法）之勞動契約，民事法院判決認非屬勞動契約，而認二審判系統對於勞基法第二條第六款規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」所表示之法律見解歧異，聲請統一解釋。多數意見認保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞基法第二條第六款之勞動契約（下稱勞動契約），應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據。對此多數意見本席敬表贊同，惟作為解釋文理由依據之理由書第二段，論述並不完備，爰提出本協同意見書，並試擬理由書第二段如下。

查原因案件主要爭點在於聲請人是否有依勞基法第五十六條規定，為其保險業務員提撥退休準備金之法定義務。此法定義務之有無取決於兩造間之勞務契約關係是否為勞動契約關係。行政法院判決認：1、保險公司依據保險業務員管理規則規定，對所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分權，保險業務員與保險公司間具有從屬性；2、勞動契約不以僱傭契約為限，凡具有從屬性勞動性質之勞務給付契約，縱兼有承攬、委任等性質，仍應認屬勞動契約；3、報酬給付方式究係按計時、計日、計月、計件給付，或有無底薪，均非判斷其是否屬勞工工資（勞動契約之誤？）之考量因素。從而，採取純粹按業績多寡核發獎金之佣金制保險業務員，如與領有底薪之保險業務員一般，均受保險公司之管理、監督，並從事一定種類之勞務給付者，即為勞動契約之勞工。民事法院判決認：1、保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，提供勞務之過程未受業者指揮、監督及控制，與保險公司間人格從屬性及指揮監督關係甚為薄

弱；2、保險業務員須待其招攬保險客戶促成保險契約之締結、收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，係自行負擔報酬有無之危險，其勞務給付行為係為自己事業之經營，而非僅依附於保險公司為其貢獻勞力，難謂兩者間有經濟上從屬性；3、保險業務員管理規則係主管機關為健全保險業務員之管理及保障保戶權益等行政管理之要求而定頒，令保險公司遵守，不得因保險業務員管理規則之規定，即認為保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性，於此情形下，尚難認保險業務員與其所屬保險公司間屬勞動契約關係。

二審判系統對於保險業務員勞務之給付，必須具有從屬性，始能構成勞動契約之法律見解並無歧異。然對於1、保險業務員已向第三人為招攬保險之勞務行為，於收取保險費成立保險契約前，保險公司有無按保險業務員已提供之勞務，給付相當報酬之義務？即保險業務員有無自行負擔報酬有無之危險，是否亦應作為勞動契約認定之必要基準；2、於具足人之從屬性，是否即可不問經濟從屬性之有無及高低，即為勞動契約之認定，以及3、保險公司依「保險業務員管理規則」規定，對於保險業務員應為必要之監督、考核、管理及懲罰，是否得逕以該規定作為人之從屬性判斷基準等法律見解，則有歧異。

一、勞動契約必須符合勞基法工資章與工時、休息、休假章等最低勞動條件之規定

勞基法為勞動條件最低標準規定，勞動契約約定之勞動條件不得低於該法規定，用以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展（勞基法第一條規定參照）。又勞基法雖未規定勞動契約應如何界定，然該法既為最低勞動條件之強制規定，即得依該法規定，排除在本質上與該法最低勞動條件不能相容之勞務契約為勞動契約，該勞務契約之勞工非屬勞基法之勞工，雇主無提撥退休準備金之義務（勞工退休金條例第七條、第十四條規定參照）。

勞動契約成立於僱用勞工之事業主與因受雇而從事工作且

因此受有報酬之勞工之間。以勞務提供與報酬給付為契約主要內容。勞基法第四章為工作時間、休息、休假等最低勞動條件規定，勞雇雙方除法定正常工時外，得基於合意為變形工時之約定，然仍應受最高工時之限制。同法第三章為勞務報酬（即工資）規定，除明定勞雇雙方議定之報酬不得低於基本工資、按件計酬者亦應取得不低於基本工資之報酬、延長工時之時段應適用不同加給標準計算工資外，不問係以時、日、月、件為報酬計算基準，雇主均有定期給付工資之義務。勞工不負擔報酬有無之風險，於依指示提供勞務後即有工資請求權。是無報酬或從事工作未必能獲得與提供之勞務相當之報酬之勞務契約，或勞務債務人得自行決定工作時間之長短，無最高工時之限制，亦無逾越法定工時得有加給工資等之勞務契約，非屬勞動契約。

又依勞基法第二條第一款至第三款規定：「一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。二、雇主：謂僱用勞工之事業主……。三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬……。」再參酌中華民國二十五年十二月二十五日公布，但迄未施行之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」規定，得認勞動契約以勞務給付為契約目的，以受雇主僱用，在從屬關係下為雇主提供職業上之勞務，且因而獲致相當報酬之人為「勞工」。如勞務契約之勞務債務人所為勞務之提供欠缺從屬性，或由其自行負擔報酬有無之危險，該契約即非屬勞動契約，不能僅以具足勞務提供之從屬性，即逕為勞動契約之認定。

二、勞務契約是否為勞動契約，應視勞務給付之從屬性與報酬有無之危險負擔而定

僱傭、承攬、委任、居間等民法勞務契約，各有其不同之定義。民法第四百八十二條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」第四百九十條第一項規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為

他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」第五百二十八條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他人處理事務，他方允為處理之契約。」第五百六十五條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」上開勞務契約，除無償委任契約外，固均以勞務提供與報酬給付為契約之主要內容，惟如前所述，勞動契約以勞務給付為契約目的，勞務給付包括工時、工作場所、內容、方式等從屬於雇主之指揮監督，而雇主有給付與勞工提供之勞務相當之報酬之義務。是除雇傭契約外，無報酬、或以完成一定工作為契約目的，且於目的達成後始有報酬請求權，勞務債務人未必能因已提供一定之勞務而受有報酬，自行負擔報酬有無之危險、或勞務債務人對於所提供勞務之主要內容，諸如工作時間、地點、方式等有自由決定權之勞務契約，尚均難認屬勞動契約。

三、保險業務員與保險公司間招攬保險勞務契約，是否為勞動契約，應依個案契約對於勞務給付從屬性以及報酬有無之危險負擔之具體約定認定之

保險業務員與保險公司間招攬保險勞務契約，係以保險業務員為所屬保險公司向第三人為招攬行為，使該第三人與保險公司因此成立保險契約，並由保險公司給付保險業務員報酬為內容之契約，倘其約定內容並未違反強制或禁止規定（如脫法行為），基於私法自治原則，該約定對於契約當事人有其效力，並應以約定內容為勞務契約類型及是否為勞動契約之判斷。

勞務給付從屬性部分：如契約約定保險業務員係獨立自主作業給，對於為勞務付主要內容之工作時間、地點及方式等由其自為決定，又不受勞基法最高工時、休息、休假等最低勞動條件之限制，即難認與勞務給付應具從屬性之要件相符。有關報酬有無危險負擔部分：如保險業務員已向第三人為招攬保險之勞務行為，惟於收取保險費成立保險契約前，保險公司無按保險業務員

提供之勞務，給付相當報酬之義務，由保險業務員自行負擔報酬有無之危險，亦與勞動契約為有償契約，勞工於提供勞務後即可取得相對等報酬，不負擔報酬有無之風險之要件有違。

四、保險業務員管理規則，僅得作為保險業務員勞務提供從屬性有無及程度高低之認定因素之一

「保險業務員管理規則」係主管機關依據保險法第一百七十七條規定之授權，為管理保險業務員之資格取得、登錄、撤銷或廢止登錄、教育訓練、懲處及其他應遵行事項所訂定，藉以強化對保險業務員招攬行為之管理，固得作為保險業務員勞務提供有一定從屬性之認定依據。然如前所述，勞動契約從屬性之有無，不能置經濟從屬性於不顧，且於勞務提供之從屬性上，有關勞工勞務給付之主要內容之工作時間長度、時段、地點、履行方式等均屬決定之因素，如保險業務員得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，且其提供勞務之過程並未受業者指揮、監督及控制，不能僅因保險業務員依保險業務員管理規則規定受保險公司之考核、監督、獎懲，即得逕為該勞務契約係勞動契約之認定。

綜上，保險業務員為勞務提供之從屬性有無、程度高低，以及是否對於已提供之勞務受有等值報酬之危險，究由保險業務員或保險公司承擔，均為認定勞動契約不可或缺之要件。保險公司依保險業務員管理規則之規定，對所屬保險業務員為必要之考核、獎懲等行政上之監督，固使保險業務員勞務之提供具一定之從屬性，然仍不得僅以此從屬性之存在，而不問保險業務員對於提供勞務之方式、時間、地點等自主性程度之高低，暨報酬有無危險之負擔屬契約之何方當事人，而逕認招攬保險之勞務契約為勞動契約。

試擬理由書第二段如下：

按勞基法為勞動條件最低標準規定，為強制規定。勞務契約之本質若與該法最低勞動條件規定不相符時，即非屬該法第二條第六款規定之勞動契約。依勞基法第二條第一款至第三款、第三

章工資、第四章工作時間、休息、休假，既參酌迄未施行之勞動契約法第一條規定，應認勞動契約係指勞工從屬於雇主之指揮監督，於不逾越最高工時範圍內，提供勞務，雇主應定期給付與該勞務相當，且不低於基本工資及法定加班工資之報酬之契約。是無償勞務契約（如無償委任契約）固非勞動契約，倘約定以勞務債務人完成一定之工作為契約目的，並據此取得報酬，而非依已提供之勞務給付，得到等值報酬之勞務契約，縱勞務債務人勞務之給付具有一定之從屬性，亦非屬勞動契約。蓋勞務提供從屬性之有無及高低，暨報酬有無風險之歸屬，均為判斷勞務契約是否為勞動契約不可或缺之要件。保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動契約，即應以保險業務員得否自由決定為勞務給付主要內容之工作時間、地點及方式，並自行負擔報酬有無之危險以為斷。至於保險業務員管理規則訂定目的，在於強化對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，固可作為保險業務員勞務給付從屬性認定之因素，然仍應考量各契約關於保險業務員得否自由決定招攬保險時間之長短、時段、工作地點及履行方式等約定，以為勞務給付從屬性高低之認定。是不得僅以上開管理規則之規定，即為保險業務員與其所屬保險公司間就勞務之提供有具足從屬性之認定，而逕認該招攬保險之勞務契約為勞動契約。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本件係在統一解釋保險業務員與保險業者所簽訂之保險招攬契約，是否屬勞動基準法第二條第六款所規定「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約」（下稱系爭規定）之範圍。多數意見認為，其認定應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報

酬)以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為依據，本席敬表同意。因多數意見對認定勞雇關係之各項因素及判斷方式，並未完整闡釋。本席認有補充之必要。爰提出本協同意見如下。

壹、勞務關係是否屬勞動基準法之勞雇關係，應以支配與從屬關係為判斷基礎

一、憲法第一百五十三條規定：「國家為改良勞工及農民之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工及農民之法律，實施保護勞工及農民之政策。」立法者乃依此制定勞動基準法，規範勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展（勞動基準法第一條參照）。然勞動基準法並非在使一切勞務供需關係，均納入其適用範圍。如勞務提供者係受勞務需求者之高度支配，且前者對後者具有較高之從屬性，則勞務提供者在工作上與經濟上顯然居於弱勢之地位，而需受特別之保護。此種情形，始有勞動基準法之適用。然倘勞務提供者對於選擇其與勞務需求者間所建立法律關係之類型有完全之自主決定權，而於其所自由選擇之法律關係下，勞務需求者又不具有高度支配之權利，或勞務提供者不具有高度之從屬性，此種情形，並非勞動基準法所欲保障之對象，自應基於契約自由原則，使當事人間自由決定其契約之內容，不受勞動基準法之規範。

二、故勞務供需關係是否屬系爭規定所稱之勞雇關係，並因而受勞動基準法之規範，應視勞務需求者對勞務提供者是否具高度支配之權利，以及勞務提供者是否對勞務需求者有高度之從屬性而定。雖在多數情形勞務需求者之支配與勞務提供者之從屬，係立於相對之互動關係（亦即需求者支配權利愈高，供給者從屬性更為明顯），但兩者並非完全屬於一體兩面（例如於勞務需求者要求勞務供給者必須依契約之規範提供特定質量勞務之情形，就勞務工作產出而言，勞務需求者支配權利較高；然如勞務供給者係基於承攬契約提供此種特定質量

之勞務，其從屬性低)。

貳、支配與從屬關係之考量因素及判斷方式

- 一、認定勞務需求者支配關係之存否及其高低，考量之因素包括其是否有權控制、指揮、監督勞務供應者提供勞務之具體時間段落與長度、地點、方式、紀律等；勞務需求者是否將勞務供應者納入其內部生產體系而予以整體或個別控制；勞務供應者違反提供勞務之規定或紀律時，勞務需求者是否得對其懲戒與制裁。如勞務需求者對勞務供應者之工作與紀律控制嚴密，則其支配程度較高，構成勞雇關係之可能性愈高；雖勞務需求者基於企業文化或因管理制度之欠缺而對勞務供應者之工作與紀律控制鬆散，然如將供應者納入內部生產體系，構成勞雇關係之可能性仍高。
- 二、認定勞務供應者從屬關係之存否及其高低，考量之因素包括其是否因訂定勞務契約而使自己居於受勞務需求者所規定之勞務供應時間、地點、方式、紀律、懲戒等之規範之下，且實際上受其指揮監督，抑或在契約上仍使自己維持工作、紀律之高度自主性；勞務供應者是否為自己營業與獲利而勞動，抑係為他人之營業與獲利而勞動。如勞務供應者在工作與紀律上具有高度自主，則構成勞雇關係之可能性較低；雖勞務供應者在工作與紀律上受勞務需求者較嚴格之控制，然如勞務供應者係以自己營業之方式提供勞務，且其獲利與提供勞務之成果直接關聯，構成勞雇關係之可能性仍低。
- 三、前列各項考量因素僅屬例示性質，法院在具體個案時，應就雙方契約規定內容及實際執行情形，審查一切相關因素，衡酌勞務供需雙方支配與從屬程度之高低，並考量是否屬於前揭憲法及勞動基準法第一條所規定國家改良勞工生活、規範勞動條件最低標準、保障勞工權益之目的範圍。支配與從屬程度愈高者，國家對勞務供應者之權益自應更有維護之義務；其勞務供應關係，自更應構成勞動基準法所規定之勞雇

關係，並使勞務供應者受該法之保障。

- 四、支配與從屬程度之有無及高低，有時亦受法令規範之影響。例如保險業基於保險業務員管理規則之規定，對其所屬保險業務員具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權。此種情形所產生之支配與從屬關係雖亦為法院判斷是否屬於勞雇關係之因素，然因此種支配從屬關係並非雙方當事人依契約自主安排之結果，法院自不宜過度倚賴此種因素，因而忽略其他因素之審酌。
- 五、前揭各項涉及支配與從屬程度高低之考量因素，應為勞務供應者自由選擇之法律關係下所呈現之各項因素。倘若勞務需求者為規避勞動基準法之適用而刻意製造假象因素（例如刻意製造其員工具有若干工作上之自由），或某項因素係源自其苛待員工之結果（例如規定員工之工作並無底薪，完全依業績計算勞務所得），法院不應因此認為支配從屬程度較低。
- 六、另本件原因案件臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決認為，契約類型之判斷區分上有困難時，基於勞工保護之立場以及資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有能力予以調整之考量，原則上應認定係屬勞動契約關係；與此相對照之民事法院判決對此並未有任何闡述。多數意見亦未針對此部分做成統一解釋。本席認為，對勞務提供之弱勢提供較周全之保障，確屬國家職責；然法院在認定勞務契約關係是否屬於勞動基準法之勞動關係時，既應衡酌勞務供需雙方支配與從屬關係高低之一切相關因素，且考量勞動基準法保護勞工之目的而為具體之認定，自不應發生所謂判斷區分困難之情形，亦不應有「原則上認定屬勞動關係」之推定。

協同意見書

湯德宗大法官 提出

陳碧玉大法官 加入
林俊益大法官 加入

聲請人南山人壽保險股份有限公司所屬保險業務員（註一）於勞工退休金條例公布施行（註二）後，陸續向行政院勞工委員會（現已改制為勞動部）勞工保險局（下稱勞保局）提出「勞工自願參加勞工退休金新制聲明書」，並請求勞保局命聲請人依據勞動基準法（下稱勞基法）提繳退休金（註三）。勞保局經函詢臺北市政府勞工局（註四）後，確認聲請人與其保險業務員間係屬「僱傭關係」，爰命（註五）聲請人限期提撥勞工退休準備金。嗣以聲請人未遵限辦理，勞保局自中華民國九十九年五月二十七日起按月連續處以罰鍰各新臺幣十萬元。（註六）聲請人不服，主張其與業務員間之契約關係，業於他案經民事法院認定屬「承攬或委任契約」，並非「僱傭關係」，自無勞基法之適用；遞經訴願、行政訴訟，均未獲救濟，卒以行政法院確定終局判決（註七）所適用之勞工退休金條例第三條等規定有違憲疑義，向本院聲請解釋憲法；並就臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號判決（下稱行政法院判決）認保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬之勞務契約係屬勞基法第二條第六款所稱「勞動契約」之見解，與臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號及一〇一年度勞上字第二一號等民事法院判決（下併稱民事法院判決）於適用同一法條所表示之見解發生歧異部分，向本院聲請統一解釋。

本席協力形成可決之多數，就聲請統一解釋部分，作成本解釋；併敘明聲請憲法解釋部分不予受理（參見理由書第三段）。「解釋文」就行政法院判決與民事法院判決關於保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法第二條第六款所稱勞動契約，彼此見解分歧部分，明確釋示：應視勞務債務人（保險業務員）「得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間）」，從而是否具有「人格從屬性」，以及勞務債務人（保險業務員）「是否自行負擔業

務風險」(例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬)，從而是否具有「經濟從屬性」以為斷，而不得逕以保險業務員管理規則為依據。本席對此結論敬表同意；惟「解釋理由書」之論述使人如墜五里霧中；尤其理由書第二段漏未說明勞動契約何以應以「人格從屬性」與「經濟從屬性」作為判準的理由，論理難稱完備。茲為便於讀者正確解讀，敬慎重擬解釋理由書第一、二段如后供參。

(解釋理由書第一段)

關於保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約是否屬於勞動基準法(下稱勞基法)第二條第六款(下稱系爭規定一)所稱之「勞動契約」，臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決(下稱行政法院判決)認為：依行政院金融監督管理委員會中華民國九十九年九月十四日修正發布之保險業務員管理規則，保險公司對其所屬保險業務員既具有強大之監督、考核、管理及懲罰之權，二者間即具有從屬性；至於報酬給付方式(究係按計時、計日、計月、計件付酬，或有無底薪)，則非考量之因素。準此，按業績核發獎金之佣金制保險業務員，與領有底薪之業務員，既均受公司之管理、監督，而為勞務給付，均屬勞動契約關係之勞工；勞動契約且不以民法所規定之僱傭契約為限。又，契約類型判斷有困難時，基於保護勞工之政策，並考量資方對於勞務屬性不明之不利益風險較有因應能力，原則上應認定係屬勞動契約關係。反之，臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號及一〇一年度勞上字第二一號等民事確定終局判決(下併稱為民事法院判決)則認為：保險業務員因得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，其勞務之給付並未受公司之指揮、監督及控制，是其人格從屬性甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係；且保險業務員並未有最低薪資之保障，須俟其招攬之保戶締結保險契約，收取保險費後，始有按其實收保險費之比例支領報酬之權利，應認其係自負經營風險，而不具經濟上從屬性，故亦難認屬勞動契約關係。至保險業務員管理規則乃主管

機關為健全保險業務員之管理，並保障保戶權益等行政目的，而訂頒之規定，自不得逕以之認定保險業務員與其所屬保險公司間具有人格從屬性。綜上，行政法院與民事法院就保險業務員與保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約是否屬於系爭規定一所稱勞動契約，見解分歧，符合司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款（註八）所定統一解釋之要件。

（解釋理由書第二段）

勞基法第二條第六款僅規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。」至於勞動契約應如何認定，則付闕如。按勞動契約之主要給付為勞務提供與報酬給付，惟以有償方式提供勞務之契約，原不限於勞動契約。基於私法自治原則，保險業務員與其所屬保險公司為招攬保險而簽訂之勞務契約原得自由選擇契約之類型及內容，而為僱傭、委任、承攬或居間。嗣為保障勞工權益，乃有勞基法之制定。勞基法第一條第二項明定：「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準」。勞基法所定勞動條件最低標準，乃民法第七十一條所稱之強制規定，具有排除私法自治原則適用之效力。所謂「勞動條件最低標準」，主要見於勞基法第三章有關「基本工資」之規定，及第四章有關「工作時間、休息、休假」之規定。由於勞務契約一旦被定性為勞動契約，雇主即有給付勞工退休金或提撥勞工退休準備金之義務（參見勞基法第五十六條），是故僅於勞務債務人與勞務債權人間具備一定之從屬性，包含：勞務債務人提供勞務給付之方式（含工作之時間、地點）應受勞務債權人之強力監督及管理，從而具有「人格從屬性」；且勞務債務人係按其工作時間（含長度與時段）而受報酬，從而具有「經濟從屬性」者，始足歸類為系爭規定一所稱之勞動契約。本解釋原因案件中保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，雖限制其僅能販售該公司之保險契約，惟如保險業務員實質上仍得自由決定從事招攬保險之方式（含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）

者，則其與所屬保險公司間之從屬性不高，自難認屬系爭規定一所稱之勞動契約。至於依保險法第一百七十七條授權訂定之保險業務員管理規則，旨在管理保險業務員招攬保險之行為，以保障保戶權益、維護交易秩序，並非限定保險公司與其所屬保險業務員間之勞務契約應屬僱傭關係（金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照），故不得逕以該管理規則作為認定保險業務員與其所屬保險公司間是否為勞動契約之依據。

物換星移，時序更新，人來人往……。

佛說：如來，亦如去；無來，亦無去。對境無我，緣起性空。

子曰：「天何言哉？四時行焉，百物生焉，天何言哉？」

註解：

註一：參見保險法第8條之1：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司或兼營保險代理人或保險經紀人業務之銀行，從事保險招攬之人。」

註二：中華民國93年6月30日制定公布全文，並自公布後一年施行。

註三：參見勞動基準法第56條第1項（「雇主應依勞工每月薪資總額百分之二至百分之十五範圍內，按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲……」）。

註四：其函覆參見臺北市政府勞工局99年2月12日府授勞二字第09910535600號函。

註五：參見勞動部勞工保險局99年4月27日保退二字第09960053300號函及99年5月20日保退二字09960068980號函。

註六：勞工退休金條例第9條規定：「雇主應自本條例公布後至施行前一日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞動基準法之退休金規定，以書面徵詢勞工之選擇；勞工屆期未選擇者，自本條例施行之日起繼續適用勞動基準法之退休金規定。勞工選擇繼續自本條例施行之日起適用勞動基準法之退休金規定者，於五年內仍得選擇適用本條例之退休金制度。」

雇主應為適用本條例之退休金制度之勞工，依下列規定向勞保局辦理提繳手續：

- 一、依第一項規定選擇適用者，應於本條例施行後十五日內申報。
- 二、依第二項規定選擇適用者，應於選擇適用之日起十五日內申報。
- 三、本條例施行後新成立之事業單位，應於成立之日起十五日內申報。」

同條例第49條規定：「雇主違反……第九條……規定，未辦理申報提繳、停繳手續、置備名冊或保存文件，經限期改善，屆期未改善者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，並按月處罰至改正為止。」

註七：參見臺北高等行政法院103年度簡上字第115號判決、最高行政法院100年度判字第2117號、第2226號及第2230號判決。

註八：參見司法院大法官審理案件法第7條第1項第2款：（「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：……二、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。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。」）

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本席對本件解釋之解釋文及理由書內容敬表贊同，為進一步補充本席贊同本件解釋文及解釋理由書之因素及考量，爰提出協同意見書如下：

- 一、本件係統一解釋，故僅在二審判系統間見解分歧處為必要之處理。至於勞動契約之完整定義涉及眾多不同類型勞務契約、契約

雙方當事人重要權益，甚至與整體社會、經濟有重要關聯。再加上勞動契約之內涵應與時俱進，容有配合時空情勢調整之必要，即今之通說，於明日不必然定仍為多數人之所以為然，故而不宜即依目前通說一錘定音，就勞動契約遽下完整定義。擬讓諸學說發展，尤其因勞動契約本質上為私法性質，具有何種內容特徵之勞務契約才應屬勞動契約，因而有勞動基準法之適用，如有爭議，核屬民事審判系統之權責，由民事法院經由個案裁判形成見解及因應調整，更為妥適。另若不成立勞動契約關係，則自無提撥勞工退休金之問題，也就是說關於應否提撥勞工退休金之行政爭訟，似應以就其前提法律關係存否（有無勞動契約關係存在）有認定權之民事法院之裁判為準。

- 二、有著重勞動基準法中工作時間及工資等規定，以定義勞動契約者。惟先有屬勞動契約性質之契約之訂立，而後才有勞動基準法之適用，故以勞動基準法中工作時間及工資相關規定定義勞動契約，有倒果為因或循環論斷之嫌，似非合宜。
- 三、本席認為應由勞務提供者（勞務債務人）與其相對人（勞務債權人）間獨立自主、指揮監督之強弱判斷是否為勞動契約關係。勞務提供者之獨立自主性高者，應非勞動契約關係；反之，受勞務債權人強力指揮監督者，則為勞動契約關係。由此而論，則本質具獨立自主性之專門執業人員如律師、會計師、建築師、醫師（下稱四師）等等，不論其執業方式係獨立執業或受聘雇於事務所、醫療院所，原則上應均無從成立勞動契約關係，即不當然因四師所屬行業被納入勞動基準法適用範圍，而使其等間之勞務契約關係必然應為勞動關係，而當然應有勞動基準法之適用。至少本契約自由、私法自治原則，應認為得由勞務契約雙方當事人以契約選擇及約定之。本件解釋意旨應寓有此意。
- 四、勞動基準法原係由工廠法轉化而來，本意良善，對勞動契約關係之健全確著有貢獻，但不是所有勞務契約均應為勞動契約，勞動基準法之本質尤為最低標準法（但有最高要求之譏，此可能係在

追求超乎現實之片面完美理想所致)，故如將所有行業之勞務提供者均一體納入強制適用勞動基準法，不許當事人以契約自由選擇，其合宜性應值商榷。

- 五、本席贊同保險主管機關之見解，不能因為保險法授權保險法中央主管機關所訂定之保險業務員管理規則，將應屬國家權責之保險業務員之教育訓練、獎懲交由保險業務員所登錄之保險事業或工會辦理，即推論保險業務員與其所屬事業間有強大指揮監督關係，亦即該管理規則應與保險業務員與其所屬事業間之勞務契約是否為勞動契約關係之定性無涉。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

陳春生大法官 加入

黃虹霞大法官 加入

本件解釋係因聲請人認其財產權遭受不法侵害，認行政法院確定終局判決為退休金繳納提撥等事件，就判斷保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約是否構成勞動基準法（下稱勞基法）第六條第二款所定之勞動契約關係、保險業務員是否為勞基法所認定之勞工等爭議，與民事法院確定終局判決適用同一法律所已表示之見解有異，依司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定，聲請統一解釋。由於民事法院與行政法院係屬兩種不同審判系統，對於勞動契約、僱傭契約與承攬契約之定性及區別，多年來存在不同之見解，以憲法角度來看，勞雇關係或僱傭關係之判斷，將直接或間接影響到人民之工作權、財產權、私法自治及契約自由等基本權，是有必要透過統一解釋，確定勞動契約與其他勞務契約之類型特徵與區別要素。本件解釋雖已針對保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，闡明如何區別之判斷要素，惟因勞動契約與勞務契約之類型特徵，仍有進一步釐清之意義，爰提出協同意見書如下：

- 一、勞動契約與其他勞務契約之關係及立法政策選擇

民法及勞基法如何規定、定義及如何適用、解釋私人間之契約關係，與是否重新制定或修正勞動契約法（註一），或是於勞基法特設專章等，固有予以立法自由形成空間，或尊重主管相關法規機關之解釋權限或政策選擇。惟如法律對概念定義及類型特徵規定不甚明確，實務上往往容易發生認定之爭議，影響勞務債務人與勞務債權人之權益甚鉅，故從比較民法及勞動法觀點，宜再檢討勞務契約及勞動契約之概念及類型特徵，並有加以明確規定之必要。我國民法就典型之勞務契約（如僱傭契約），有些規定明示參酌外國立法例者，例如民法第四八三條之一有關僱用人對受僱人之保護義務，其修正理由表示，參考德國及瑞士等國相關規定（參考德國民法第六一八條、瑞士債務法第三三九條）而增訂。因此，擬以比較法觀察，探究勞務契約與勞動契約之關係。

比較觀察德國、瑞士及我國民法，於定義或解釋勞動契約時，其與民法所規定勞務契約之關係，至少有下列三種不同的規範方式及解釋態度：

- （一）例如德國民法模式，以勞務提供為目的之勞務契約（Dienstvertrag）與以結果完成為主之承攬契約為契約基本類型，勞務契約與承攬契約屬於雙務契約，委任則具無償性（Unentgeltlichkeit），屬於無償契約。（註二）參考德國法經驗，原則上，勞動契約之內容係依私法自治原則而訂立，但如已有勞動相關法令之強行規定及團體協約，則可能受到限制。（註三）德國民法第六一一條僅規定勞務契約之類型（Typus），其亦得構成勞動契約之基礎。勞動契約係屬於民法第六一一條勞務契約之下位類型（Unterfall）。不具勞動關係之勞務契約，稱之為自由勞務契約（freie Dienstverträge），以自由之形容詞，作為勞務債務人與勞務債權人間不具從屬性的勞務契約與具從屬性的勞動契約之實際上相對應之稱呼。（註四）簡言之，德國民法將勞動契約作為勞務契約之下位類型，相對於一般勞務契約，或可謂勞動契約屬特殊勞

務契約。

- (二) 有認為是否屬勞動契約可採取實質判斷標準，不論其契約名稱稱之為僱傭、承攬、或委任等，均可能判定為勞動契約之類型，如本件聲請案中之行政法院對於勞動契約與其他勞務契約之關係，即採此一類似見解。(註五)
- (三) 例如瑞士債務法(Das Schweizerische Obligationenrecht)(即該國民法之第五篇)規範方式，修正債務法第十章第三一九條至第三六二條，以勞動契約(Der Arbeitsvertrag)取代僱傭契約。

我國民法有些規定，雖曾以瑞士債務法作為參考立法例，但民法債編修正時仍援用僱傭契約，至於勞動契約則規定於勞基法，以及實務上有引用業已公布但尚未施行之勞動契約法(註六)，作為解釋依據。至於委任契約，日本民法之委任包含有償與無償委任(註七)，此與德國民法委任係屬無償契約，有所不同。惟我國有認為從民法債編第四八三條之一及第四八七條之一修正，增訂對於僱傭契約予以社會化，可推知立法者係以僱傭契約為勞動契約之上位類型作為出發點。(註八)或謂勞基法上的勞動契約是民法僱傭契約的下位、特殊類型。(註九)有進一步認為前述見解係屬我國之通說者。(註十)

由上述可見，採取何種立法模式，雖同屬歐陸法系，各國之民法規定亦不盡相同(註十一)，此宜解為其係屬立法政策選擇之問題。設若完全基於勞工權益保障觀點，則可能傾向採取前述第二種見解。

二、勞務債務人之從屬性判斷要素問題

如何公允妥當解釋一般勞務契約與勞動契約，固屬重要課題。惟此採取何種之解釋原則及方法，或因解釋目的之不同，以致發生不同的解釋結果。

我國實務及學理上對於勞動契約類型特徵「從屬性」之種

類，通常將之區分人格從屬性（此所謂人的從屬性）、經濟從屬性及組織從屬性，甚至包括履行上從屬性。但學理上亦有主張不宜以從屬性作為是否屬勞動契約之判斷要素。（註十二）由此可見，對於從屬性之見解，不甚一致。惟本號解釋參考外國立法例，對於勞動契約之判斷，以人的從屬性作為出發點，屬於折衷之作法，值得未來國內再思考之問題。

從比較法觀察，德國學理及實務上，對於勞務債務人從屬性之判斷，有先以人的從屬性出發，對於此所謂人的從屬性關係，係藉由德國商法第八十四條規定之獨立性（selbständig）之反面推論（Umkehrschluss）（或稱反面解釋）而出，獨立性係指勞務債務人實質上其活動得自由形成及工作時間得自由決定。如非具獨立性，則有人的從屬性之可能，亦即實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定。（註十三）有認為以人的從屬性作為受僱人概念判斷標準，但其係屬於相對的概念要素。依德國聯邦勞動法院判決見解，通常以人的從屬性之程度（Grad der persönlichen Abhängigkeit）作為勞動關係與獨立活動之法律關係之區別。（註十四）我國民法並未明文規定從屬性作為勞動契約之判斷要素或類型特徵，實務上則有參考尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係作為適用依據。

又如涉及是否屬於類似勞工之認定，則再採經濟從屬性判斷。另德國較新的理論，於解釋受僱人（Arbeitnehmer）概念時，以是否必須自行承擔事業風險（Unternehmerrisiko）（或稱經營風險、企業風險或企業家風險）作為判斷標準。（註十五）本號解釋則將事業風險稱為業務風險，以是否自行負擔業務風險作為判斷要素之一，雖屬於補充性之輔助判斷要素，但可補充單從人的從屬性判斷之不足。

由前述比較法觀察可知，外國立法例就勞動契約與僱傭契約、承攬契約及委任契約之概念及類型特徵仍存在差異，不盡然完全一致。因此有勞動法專家認為並無單一標準可解釋所有態

樣，故提出類型化之解釋方法，亦即並非解釋單一概念，而係解釋一組類型，參考德國法之經驗，如欲判斷勞工（或稱勞動者、受僱人）概念，有採取三種類型（註十六），第一種是傳統狹義的勞工（主要運用人的從屬性為判準），通說係以勞務債務人之人的從屬性與指示拘束性（Weisungsgebundenheit）作為受僱人性質之標準要素。（註十七）第二種是自由、獨立的受僱人，第三種是中間型態的類似勞工者，不僅涉及到人的從屬性，亦可能涉及經濟從屬性或事業風險等判斷。就本件關於保險業務員與其所屬保險公司間之勞務關係，除非明確約定為僱傭契約或勞動契約，否則宜回歸民法及勞動法相關規定，就整體契約客觀判斷，不宜單純以行政管理之命令（例如本件涉及保險業務員管理規則）逕認為其屬於勞動契約，或其即屬於勞基法上之勞工概念。因此，宜先探究勞務提供之內容，判斷屬於何種性質之勞工，如非屬勞工，再探究其是否屬於類似勞工性質，亦可能兼跨僱傭與承攬或委任等之類似屬性，於此情形，得另輔以經濟從屬性或事業風險等加以判斷。

三、先決問題之裁判與個案判斷之階段性審酌方法

由於我國採民事與行政雙軌審判系統，不同審判系統對於保險業務員是否屬勞動契約之勞工，其與所屬保險公司之勞務關係，是否為勞動基準法第二條第六款規定之勞動契約，見解並非一致，特別是針對是否具備從屬性及指揮監督關係之判斷不一致（註十八）。但如前所述，我國實務及學理上往往將從屬性包括人的從屬性（或稱人格從屬性）、經濟從屬性、組織從屬性，甚至包含履行上從屬性，作為判斷要素。因此，有關僱傭等勞務契約之民事法律關係，從屬性之類型特徵、及保險業務員是否屬勞工概念之判斷，如係屬於勞動行政事件之先決問題，似宜以民事法院之見解作為先決問題之審判基礎，較為允妥。至於民事法院對於勞動契約與其他勞務契約之區別或何種勞務契約存在等先決問題之裁判，仍應符合民法與勞基法所確立之類型及解釋原

則。

基於勞雇間權益平衡，似不宜無視於民法僱傭契約、承攬契約或委任契約之類型特徵及區別要素，且我國學理上有認為民法所定之勞務契約與勞動契約仍存有差異。(註十九)故實務上似不宜未經公平衡量勞務債務人與勞務債權人之權益，而逕以勞動契約作為勞務契約之上位概念或類型。換言之，行政法院就此先決問題之判斷，除如前述宜尊重民事法院之見解外，若將某種勞務提供之契約類型，全歸於勞動契約，或按當事人間之意思，如係訂立承攬契約之意思，卻逕予判定為勞動契約，在此情形，則有違反私法自治或契約自由原則之疑慮。

另參考外國之見解，建議實務上宜分階段加以審酌，亦即先審查法律關係根本構成要素是否納入勞務契約之類型。如欠缺契約類型之明示，則就整體私法觀察，按契約的實質內容，判斷其為從屬的或非從屬的勞務。此時如實質上勞務債務人之活動得自由形成及工作時間得自由決定，則欠缺活動及工作時間之他主決定(Fremdbestimmung)要素。反之，勞務債務人既不得自由形成其活動，亦不得自由決定其工作時間，則歸類為受僱人。再者，如對於是否歸類於受僱人概念有疑義時，宜進一步審查，經由承攬契約(以工作完成為主)或自由勞務契約(以勞務給付為目的)負有義務之人，是否非(單純)歸類為類似受僱之人，於此則以經濟從屬性、事業風險等作為判斷要素。又如不能明確判斷是否為勞動契約關係或契約類型等情事時，先探求契約當事人之意思(Wille der Vertragsparteien)，亦即有無另為其他契約形式之意思。於判斷是否作為受僱人從事活動有疑義時，除法律另有強行規定或法定契約類型強制者外，對於契約類型之判斷，得就所訂立之契約條件，以契約內容控制(Vertragsinhaltskontrolle)原則，判斷其契約類型。(註二十)

由上可見，如欲藉由本號解釋建立全面性或概括性之勞動契約與一般勞務契約之區別要素，實屬不易。如採取前述以類型特

徵判斷是否具備從屬性及分階段審酌之見解，此僅針對保險業務員與其所屬保險公司之勞務關係予以類型化，並從整體契約內容及個案事實為客觀判斷，似較為可行。因此，基於前述契約類型化解釋方法、及個別契約整體內容與個案事實之判斷方法，實務上仍宜給予勞務債務人與勞務債權人選擇契約形式之自由，以探求契約類型特徵及當事人之意思等要素，來決定其勞務契約類型，而非採取全有全無原則之判斷方式，亦屬值得思考之解釋原則。

註解：

註一：該法於民國25年12月25日公布，迄今尚未施行。

註二：參照 Dieter Medicus / Stephan Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 16. Aufl., München:Beck, 2012, Rn. 611, 618f.,848.

註三：參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, Erfurt Kommentar zum Arbeitsrecht, 16.Aufl., München: Beck, 2016, 230 BGB §611 Rn.371.

註四：參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn. 1, 8.

註五：學者對於此將勞動契約作為僱傭契約及承攬契約的上位概念，統合了所有具有（不同程度的）從屬性勞動之實務見解，認為仍然有待斟酌。建議採取單一契約類型說之立場，採取綜合各種因素判斷說，確定契約屬性及其內容，並認為保險業務員管理規則只是行政管制的性質，不應直接作為成立僱傭契約的認定依據。（參照楊通軒，保險業務員勞工法律問題之探討——以契約定性為中心，東吳法律學報，25卷3期，2014年1月，頁85、頁115。）

註六：勞動契約法第1條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給予報酬之契約。」

- 註七：日本民法第六四八條第一項及第二項規定，受任人非有特約，不得向委任人請求報酬。應受報酬者，非履行委任後，不得請求報酬。但以期間定報酬者，準用民法第六二四條第二項有關僱傭報酬之支付期間規定，即期間經過後，得請求報酬。
- 註八：參照林更盛，勞動契約與委任契約之區別---最高法院八十三年度台上字第一〇一八號民事判決，月旦法學教室，131期，2013年9月，頁10-11。其認為勞動契約之特徵，在於從屬性，其與委任契約之區別在於從屬性抑或較廣泛裁量權限的差異。
- 註九：參照侯岳宏，勞動契約法律規範立法方式之檢討——日本法之啟示，臺北大學法學論叢，83期，頁7及註11引用黃程貫及劉士豪兩位教授見解。另有比較德國與日本法制後，認為我國民法上有關僱傭、委任、承攬等之規定雖與日本民法之規定均相若，但我國勞動契約法第一條就勞動契約曾明文定義。因此從屬性之有無仍為勞動契約概念之主要判斷基準之一。（參照莊靜宜，勞動契約法修法芻議，台灣勞工，13期，頁41-42。）
- 註十：參照吳姿慧，勞動契約之特質及契約終止時之保護規範（上），月旦法學教室，47期，頁73,79及註19。其認為以承攬契約之型態規避勞工法規之適用，若當事人之間已存在僱傭契約，但不具十分之人格從屬性，介於勞僱契約曖昧之處，似不應據以為排斥適用勞基法之理由。
- 註十一：例如日本於2007年（平成19年）制定之勞動契約法，解釋上有認為民法之僱傭契約與勞動基準法上之勞動契約之概念，實質上相同，亦即基本上解為意義相同。但勞動契約法將勞動基準法上之勞動契約概念更加擴大，如勞動基準法將家事使用人排除適用，但其可為勞動契約法之事業概念所涵蓋（參照內田貴，民法II【第3版】債權各論，東京：東京大學出版會，2013年2月8日第3版第3刷，頁268。）

此勞動基準法與勞動契約法之事業概念，因解釋後發生差異，雖其與我國不盡相似，但新舊法前後解釋時可能發生不同見解之狀況，此正顯示勞動契約與民法典型勞務契約之意義是否一致或有所區別，德國與日本兩國立法例不盡相同，此亦見各國立法政策上選擇之差異。

註十二：採此見解者，例如劉志鵬，民法債篇修正對勞動契約關係之影響，原載於法令月刊，51卷10期，2000年10月，頁392以下，引自月旦法學知識庫。該文援引邱駿彥，論勞動基準法上勞工之定義（勞動法裁判選輯，元照出版社），頁93以下。其認為僱傭契約底下，受僱人服從雇主之指揮命令而提供勞務，事實上亦具有從屬性，就此而言，與勞動契約並無二致，單純地以從屬關係來區別勞動契約或僱傭契約，恐將徒勞無功。此說似不否認從屬性之要素，惟因採取同一說，而認為其無法以從屬性加以區別。有關以從屬性作為勞動基準法上之勞工判斷標準，惟學者間對從屬性之內涵與分類不同，如何釐清其概念之學說引介，參照魏千峰，勞動基準法上之勞工---評釋台灣高等法院八十三年勞上字第三十七號判決，載於劉志鵬、黃程貫主編，勞動法裁判選輯，台北：月旦出版公司，1998年9月初版二刷，頁105以下。

註十三：“nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann（實質上其活動不得自由形成及工作時間不得自由決定）（參照 Müller-Glöße, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn. 50）。

註十四：參照 Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger / Roth, 40. Edition, Stand:01. 05. 2106, §611 Rn.35; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl., München: Beck, 2016, Rn. 16, 30, 引自 beck-online.於前揭 Ricardi BetrVG §5 Rn.20 則參照 Wank, Scheinselbstständigkeit, S. 45ff., 按聯邦勞動法

院判決，特別將人的從屬性提出五項要素：專業的指示拘束性、時間的指示拘束性、地點的指示拘束性、為獲取勞動給付之組織從屬性及移轉勞動給付之利他性。

註十五：如德國波鴻魯爾大學（Ruhr-Universität Bochum）法學院 Rolf Wank 退休教授之主張（參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a.a.O., 230 BGB §611 Rn. 55ff.; Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 3. Aufl., München: Beck, 2012 §6 Rn. 4; Nipperdey, Lexikon Arbeitsrecht, 29. Edition, 2016---Arbeitnehmer, 引自 beck-online.）國內文獻介紹及評論，參照楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁248以下，271以下，300。其另認為有關從屬性之實質內涵，應僅指人格從屬性而言，雖勞動者大都具有經濟從屬性，但以之作為認定勞動者之標準，既不必要亦不足夠。另對於前述 Wank 教授之見解評析、新路徑思考及社會保護之初衷，參照林佳和，勞工定義：古典還是新興問題？從保險業務員談起，月旦法學雜誌，245期，2015年10月，頁31以下。

註十六：國內文獻有關德國勞動者三分法之介紹，參照楊通軒，勞動者的概念與勞工法，中原財經法學，6期，2001年7月，頁230。

註十七：參照 Dirk Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 9. Aufl., München: Vahlen, 2014, Rn. 547; Plandl / Weidenkaff, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München: Beck, 2016, Einf v §611 Rn. 7. 依古典受僱人概念，德國自帝國勞動法院、現今聯邦勞動法院及通說，以人的從屬性作為決定性判斷標準。（參照 Moll, a.a.O., §6 Rn. 1.）

註十八：於此已有引用尚未施行之勞動契約法所定之從屬關係，加以論斷。

註十九：我國學理上，認為僱傭若有一定雇主及職業上從屬關係（使用從屬及指揮監督之關係，最高法院89年度台上字第1301號判決），可能為勞動契約，受勞動基準法之規範。又依已公布尚未施行之勞動契約法第一條規定定義勞動契約。一般僱傭不一定屬勞動契約，勞動契約屬特種勞務契約，具有職業上之勞動力，且有從屬關係。（參照林誠二，債編各論新解 體系化解說（中），台北：瑞興圖書公司，2015年6月三版一刷，頁13-16。）

註二十：參照 Müller-Glöge, Preis, Schmidt, a. a. O., 230 BGB §611 Rn. 59- 61, 100.

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本號解釋【保險業務員招攬保險勞務契約是否為勞動契約案】，聲請人保險公司聲請意旨主張，就保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約（下稱招攬保險勞務契約），是否為勞動基準法（下稱勞基法）第二條第六款（下稱系爭規定）所稱勞動契約，行政法院確定終局判決適用系爭規定所表示之見解（認係勞動契約），與民事法院確定終局判決適用同一法律時所已表示之見解（認非勞動契約），發生見解歧異，聲請本院統一解釋。

本席協力形成可決多數之意見認為，「招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據」，對此本席敬表贊同。惟關於解釋理由之建構，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、聲請統一解釋程序要件之審查

- 一、依司法院大法官審理案件法第七條第一項第二款規定：「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。但得依法定程序聲明不服，或後裁判已變更前裁判之見解者，不在此限。」得聲請統一解釋。詳言之，聲請統一解釋之要件如下：（一）聲請主體：人民、法人或政黨；（二）聲請客體：不相隸屬之審判機關之確定終局裁判適用同一法令表示之見解歧異；（三）聲請權能：須權利遭受不法侵害；（四）窮盡救濟途徑：須為確定終局裁判；（五）無其他處理途徑（但書所定情形）。
- 二、關於「權利遭受不法侵害」之要件，係指聲請人法律保障之權利或利益遭受不法侵害而言，不以憲法所保障之權利為限。（註一）招攬保險勞務契約，如為系爭規定所稱勞動契約，聲請人有為其所屬保險業務員提繳並給付退休金之義務（勞動基準法第五十六條第一項、勞工退休金條例第九條參照），與聲請人之財產權息息相關。行政法院與民事法院之見解歧異，依行政法院見解，聲請人有提繳並給付退休金之義務，聲請人聲請意旨乃主張其（憲法所保障之）財產權遭受不法侵害，核與上開「權利遭受不法侵害」之程序要件，尚無不合。本號解釋對此未有著墨，本席爰補充說明如上。
- 三、關於「不相隸屬之審判機關之確定終局裁判適用同一法令所表示之見解歧異」之要件，所謂「適用同一法令所表示之見解歧異」，其內涵如何？有二種見解如下：狹義說，指審判機關對同一法令規定構成要件（或其要素）解釋之見解不同；（註二）廣義說，除對同一法令規定構成要件（或其要素）解釋之見解不同外，尚包括對構成要件為解釋且涵攝於個案事實後之「結論」見解不同（本院釋字第七二六號解釋（註三）參照）。本號解釋多數見解認為，就招攬保險勞務契約，是否

為系爭規定所稱勞動契約，認上開二審判機關就系爭規定解釋後涵攝於事實所表示之結果見解有異，符合前揭規定「見解有異」之要件，有統一解釋之必要而受理之。

參、見解歧異之實體爭點

招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，行政法院與民事法院均以當事人雙方是否具有從屬關係（從屬性之特徵，包括人的從屬性、經濟上之從屬性）作為判斷基準；惟對系爭規定之解釋，涵攝於個案事實之認定過程上，對保險業務員管理規則可否作為解釋契約之認定依據，並不相同，致所得之結論亦有不同。

臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）認為：「……保險業務員管理規則要求保險業者對所屬保險業務人員克盡管理之責，其規定既構成原告與其所屬於業務人員間權利義務之一部分，自得以其作為判斷原告與其所屬業務人員間法律關係之依據。綜合保險業務員管理規則之規定，凡保險業務員資格之取得及登錄、教育訓練、招攬行為的規範，以及違規行為之懲處者，盡皆規範其內，上訴人亦據此訂定『保險業務員管理規則第十九條第一項之處理準則』，可見上訴人應對保險業務人員之招攬行為嚴加管理，並應按其違規行為情節輕重予以停止招攬行為，甚可撤銷其業務員登錄，足見保險公司對於其所屬業務人員，依法具有強大之監督、考核、管理及懲罰處分之權，其具有從屬性之情，至為明顯。」。

反之，臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一號等民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）則認為：「……被上訴人公司之業務人員管理規定乃依據主管機關頒布之保險業務員管理規則第十八條第一項規定所為，係為符合主管機關行政管理之要求，不能因該規定即認保險業務員與被上訴人間即有人格上之從屬性。……不因被上訴人依上開保險業務員管理規則訂定業務人員

管理規定，即認為被上訴人對上訴人具有指揮監督從屬關係。……上訴人在保險法、保險業務員管理規則及被上訴人依此制定之業務人員管理規定等法令規範下，得自由決定招攬保險之時間、地點及方式，其提供勞務之過程並未受業者之指揮、監督及控制，則上訴人擔任保險業務代表與被上訴人間之人格從屬及指揮監督關係甚為薄弱，尚難認屬勞動契約關係」。

綜上可知，保險業務員管理規則，乃判斷招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約之重要關鍵。行政法院主要以上開管理規則為認定依據，民事法院則不以為然。

肆、招攬保險勞務契約是否為勞基法所稱勞動契約之判斷基準

系爭規定僅規定：「勞動契約：謂約定勞雇關係之契約」，至於勞動契約及勞雇關係之內涵，應如何界定，並無明文。關於保險業，雖經行政院勞工委員會（現已改制為勞動部，下稱勞委會）公告，自八十七年四月一日起為適用勞基法之行業（勞委會八十六年台勞動一字第〇四七四九四號函參照），惟保險公司與保險業務員間是否必然應適用勞基法規定，屢生爭議，勞委會遂於九十年三月九日以台九十勞資二字第〇〇〇九八六七號函，說明：「基於保險業務之特殊，應視保險公司與保險從業人員基於契約自由原則所約定之勞務給付型態，判斷是否適用勞基法之規定，不因保險業經公告為適用勞基法之行業，而當然有勞基法之適用。」是以招攬保險勞務契約，是否為系爭規定所稱勞動契約，仍應視招攬保險勞務契約之勞務給付類型，是否符合勞基法所定之勞雇關係類型而定。

勞基法係依憲法第十五條保障人民生存權、工作權，以及依第一百五十三條規定國家應制定保護勞工之法律的意旨，（註四）以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的而制定（勞基法第一條規定參照）。勞基法於第三章規定工資，第四章規定工作時間、休息、休假，規範雇主與勞工間勞動條件之最低標準（第一條第二項參照）。換言之，勞基法所定之最低工

資及工作時間、例假、休假等規定，乃勞動關係之核心問題，其規範具有強制性質（本院釋字第四九四號、第五七八號及第七二六號解釋參照），以實現保護勞工之目的，以此標準作為法律保障之最低限度，自不容勞雇雙方以契約自由為由規避之。如勞務契約之類型特徵，與前述規定應遵守最低標準之類型特徵不符時，即難認屬系爭規定所稱勞動契約。

詳析招攬保險勞務契約之內容，保險業務員得自由決定工作時間、時段（指揮、監督或控制關係薄弱）；自行負擔業務風險，按其招攬之保險所實受之保險費為基礎計算其報酬，無最低工資保障，屬佣金制保險業務員（而非底薪（註五）制保險業務員）（無經濟上從屬性）；無所謂休息、休假、工資加給等最低勞動標準之適用，實質上欠缺勞基法所定勞雇關係之內涵，是以招攬保險勞務契約，難認屬系爭規定所稱勞動契約。本號解釋多數意見認為，招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約，應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間）【指人的從屬性】，並自行負擔業務風險（例如按其招攬之保險所收受之保險費為基礎計算其報酬）【指經濟上從屬性】，本席敬表贊同。

由於招攬保險勞務契約之形式及內容不一而足，具體個案之契約類型，是否為系爭規定所稱勞動契約，仍應委諸法院判斷，是以本號解釋文，並未就招攬保險勞務契約是否為系爭規定所稱勞動契約，作結論判斷。本號解釋理由雖謂：「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，雖僅能販售該保險公司之保險契約，惟『如』保險業務員就其實質上從事招攬保險之勞務活動及工作時間得以自由決定，『其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求』，係自行負擔業務之風險，則其與所屬保險公司間之『從屬性程度』不高，尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約。」（引號及粗體等標示為本意見書添加，下同。）惟本席認為，此段解釋理由之論述，僅係就假設性事例作判斷，且其判斷

基準，將「其報酬給付方式並無『底薪』及『一定業績之要求』」，解釋係「自行負擔業務之風險」，與解釋文所稱「自行負擔業務風險」（例如按所招攬之保險所收受之保險費為基礎計算其報酬【即佣金類保險業務員】），未盡相符。另增加「有無一定業績之要求」作為判斷基準，徒增理解困擾！如具體個案之契約條件雖無底薪，但具有「一定業績之要求」，是否即為系爭規定所稱勞動契約？不無疑問。

伍、保險業務員管理規則之定性

最後，附帶說明的是，保險法第一百七十七條規定：「保險業務員之資格取得、登錄、撤銷或廢止登錄、教育訓練、懲處及其他應遵行事項之管理規則，由主管機關定之。」主管機關財政部為健全保險業務員之管理及保障保戶權益等行政管理之要求，依上開規定於八十一年十月十五日訂定發布保險業務員管理規則，令保險公司遵守，目的在於強化保險公司對保險業務員從事招攬保險行為之行政管理，並非限定保險公司與其所屬業務員之勞務給付型態應為僱傭關係（金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函參照）。該規則既係保險法主管機關為盡其管理、規範保險業務員職責所訂定之法規命令，與保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性無必然關係，是以本號解釋多數見解認為，不得逕以上開管理規則作為保險業務員與其所屬保險公司間是否構成勞動契約之認定依據，本席亦表贊同。

註解：

註一：依司法院大法官審理案件法第7條第1項第2款規定之聲請統一解釋，以「其權利遭受不法侵害」為要件；與同法第5條第1項第2款規定之聲請解釋憲法，以「其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」為要件，並不相同。本院統一解釋除為消除國家機關間適用同一法令之見解歧異，維持國家法秩序之一

貫外，並寓有提供人民類似救濟之途徑，是以上開第7條第1項第2款之「權利」二字，應採廣義解釋，凡法律保障之權利或利益受有不法侵害者，均包括在內。可參見，吳庚，《憲法的解釋與適用》，93年6月3版，頁392。另可參閱，釋字第691號解釋湯德宗大法官提出、李震山大法官加入之協同意見書，以及葉百修大法官提出之協同意見書。

註二：本院大法官101年10月5日第1394次會議議決會台字第10854號案不受理，稱：「經核，上開最高行政法院判決與民事判決對於勞動基準法第二條第六款『勞動契約』，均以當事人雙方是否具備從屬關係為判斷標準，並認從屬性之特徵包括：1、人格上之從屬性；2、經濟上之從屬性；3、組織上之從屬性。是兩者所表示之法律見解並無不同，僅係就其據以聲請解釋之原因事實得否涵攝於上述勞動契約之判斷有所歧異，故尚難謂係屬不同審判系統適用同一法律時所已表示之見解歧異。」

註三：本院釋字第726號解釋，依其解釋理由「綜合該判決整體意旨」、「循其見解」等用語觀之，亦係解釋適用法律且涵攝於事實後之結果作為判斷是否見解有異。又本院徐壁湖大法官亦以所謂「裁判適用法令所表示之見解，係指裁判闡釋法令的意義及內容，涵攝法令於個案事實之結果論述。」參徐壁湖，〈人民聲請統一解釋之研析〉，《月旦法學》，第256期，105年9月，頁86。統一解釋一般情形，係裁判闡釋法令之見解（大前提）有異，兩確定終局裁判之當事人與事實雖不盡相同，但涵攝於系爭法令之關鍵法律事實（小前提）相同，而結果歧異。本件解釋歧異之處，在於保險業務員管理規則應否作為判斷從屬性之認定依據，頗為特殊。此部分若係行政法院普遍作為保險業務員與公司間勞務契約屬性之認定依據，性質可能較偏向大前提。舉例而言，本件解釋中，行政法院普遍認為上開管理規則得作為具有從屬性之絕對判斷因

素，甚至可不顧及契約內容，見解實已抽象化。但此部分若僅係行政法院個案作為某特定勞務契約屬性之認定依據，性質可能較偏向屬事實或證據層次。究屬何者及是否符合統一解釋之程序要件，難以一概而論。

註四：釋字第494號解釋理由書：「勞動基準法依據憲法維護人民生存權、工作權及改善勞工生活之意旨，以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的，而規定關於工資、工作時間、休息、休假、退休、職業災害補償等勞工勞動條件之最低標準」。釋字第578號解釋：「國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，憲法第一百五十三條第一項定有明文，勞動基準法即係國家為實現此一基本國策所制定之法律。」

註五：底薪制保險業務員，與其所屬保險公司間之勞務契約，受勞基法最低工資之保障，其契約關係，屬於勞基法所稱勞動契約。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認臺北高等行政法院一〇三年度簡上字第一一五號確定終局判決（下稱行政法院判決）與臺灣高等法院九十四年度勞上字第四五號、九十九年度勞上字第五八號、一〇一年度勞上字第二一號民事確定終局判決（下併稱為民事法院判決）就勞動基準法（下稱勞基法）第二條第六款規定（下稱系爭規定一）所表示之見解歧異，應予統一解釋。且認保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為系爭規定一所稱勞動契約，應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為認定依據。另就聲請憲法解釋部分決議不受理。關於不受理部分，本席敬表贊同，其餘部

分則難贊同，爰提出部分不同意見書如后。

壹、程序部分

- 一、依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第七條第一項第二款規定，人民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，得聲請解釋。大法官依此規定僅得就兩審判機關之確定終局裁判適用同一法令所表示之歧異見解為統一解釋，對於事實認定之差異則非屬統一解釋範疇。
- 二、行政法院判決與民事法院判決就聲請人與所屬保險業務員間之勞務契約是否屬系爭規定一所稱勞動契約結論不同。此不同如涉及法律見解之歧異，且該歧異之見解經解釋後可解決結論不同問題，自應受理予以統一解釋。本件解釋理由書第一段對於上開兩審判機關之確定終局裁判有何歧異，認定「就保險業務員與其所屬保險公司間之保險招攬勞務契約是否屬系爭規定一所示之勞動契約，發生見解歧異。」而依解釋理由書所載：是否為系爭規定一之勞動契約，應視個案事實及整體契約內容而定，亦即應按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之。此係事實認定問題，非見解歧異。至於解釋文最末關於保險業務員管理規則可否逕為判斷依據之爭議，縱可認屬見解問題，然保險公司如將該規則有關內容訂為公司之工作、考核規定，而作為與所屬保險業務員間勞務契約內容之一部分，自屬應併為考量者（註一），以判斷其從屬性之高低（詳見後述實體部分）。此部分解釋後，仍須就個案事實認定，仍有發生事實認定不同之可能，解釋實益不大。

貳、實體部分

- 一、系爭規定一雖將勞動契約定義為：「謂約定勞雇關係之契約。」何謂勞雇關係，該法未明文。惟由同條項第一款、第二款對

於勞工、雇主之定義（註二），勞雇關係可解為勞工與雇主之關係，是約定勞工受雇主僱用從事工作獲致工資之契約即為勞動契約。此「僱用」與民法之「僱傭」（註三）規定未盡相同，有解釋之空間。

二、中華民國二十五年十二月二十五日國民政府公布之勞動契約法第一條規定：「稱勞動契約者，謂當事人之一方，對於他方在從屬關係提供其職業上之勞動力，而他方給付報酬之契約。」該法雖未施行，惟觀該法整體規定與勞動基準法之規範目的（註四）均在保障勞工權益，是勞動契約法所保障之勞工，以在從屬性關係提供勞動力為限，非所有勞動力提供者，可供參酌。實務上、學說上多數認勞務契約須具有相當高度之從屬性，始為系爭規定一之勞動契約。本件行政法院判決、民事法院判決對此並無歧異，本號解釋亦例示從屬性為判斷標準（註五），本席贊同以有無從屬性作為判斷是否屬系爭規定一之勞動契約。

三、解釋文雖僅就「保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約」，是否為系爭規定一所稱勞動契約為解釋，意在避免及於全部勞動契約之認定。然同一勞動契約規定，其認定標準何以因行業別而有不同，解釋理由書中未說明其論據，依本號解釋結果，可能影響其餘行業。

四、解釋文謂：保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬勞務契約，是否為系爭規定一所稱勞動契約，「應視勞務債務人（保險業務員）得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷，不得逕以保險業務員管理規則為依據。」其意不明。是否僅以「得否自由決定勞務給付之方式」及「自行負擔業務風險」為斷？得自由決定工作時間，即屬得否自由決定勞務給付之方式？按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即係自行負擔業務風險？

不得逕以保險業務員管理規則為依據，如已將該規則列為契約內容，是否應併為判斷依據？（註六，七）

五、本席認為不得僅因得自由決定工作時間及按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即認屬系爭規定一之勞動契約。蓋勞基法第二條第一項第三款規定（註八），按件計酬者亦可成立勞動契約。按件計酬者，常可自行決定工作時間，並按工作完成之數量計算其工資（註九）。其未完成工作，不能取得工資，不得僅依此認係自行負擔風險，而應依個案事實及整體契約內容，綜合判斷是否具備相當高度之從屬性定之。最高法院民事庭亦有認勞工與雇主簽訂「收費人員承攬契約」，約定勞工上下班無須打卡，無固定工作時間，按收費佣金計算方式給付報酬。並未因無固定工作時間及按完成之收費工作量計算其報酬，遽認非屬勞動契約，而根據其他事實，仍認定具從屬性，為系爭規定一之勞動契約（註十）。如僅因得自由決定工作時間及按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬，即認屬系爭規定一之勞動契約，將使勞基法規定之按件計酬無適用餘地，與勞基法第二條第一項第三款規定相違，且雇主與事實上具相當高度從屬性之勞工簽訂勞務契約時，得藉此規避勞基法強制規定之適用。

六、解釋理由書第二段係對一般之勞動契約如何判斷為解釋。謂：「應就勞務給付之性質，按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵，諸如與人的從屬性（或稱人格從屬性）有關勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係，及是否負擔業務風險，以判斷是否為系爭規定一所稱勞動契約。」其方式係按個案事實客觀探求各該勞務契約之類型特徵以為斷。係採例示方式，故應不限於例示情形，應按全部個案事實（含整體契約內容）判斷。又依例示內容，勞務給付時間、地點或專業之指揮監督關係與人的從屬性有關，可作為判斷標準。

七、解釋理由書第三段係關於如何判斷保險業務員與其所屬保險

公司所訂立之勞務契約是否為勞動契約。前半段仍依循解釋理由書第二段論理，認「仍應就個案事實及整體契約內容，按勞務契約之類型特徵，依勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之」，其下遽謂「即應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）以為斷」（與解釋文同），造成僅須依上述二標準判斷，不須綜合個案事實及整體契約內容判斷。未敘明如此論斷之理由，有前後矛盾之虞。又就何謂自行負擔業務之風險，於本段復謂「其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求，係自行負擔業務之風險」須具備二者要求始屬之？而解釋文認按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬即係自行負擔業務風險。而按所收保險費計酬，亦可要求一定業績（註十一），兩者標準不一致。

參、結論：

不得僅因得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險費為基礎計算其報酬）為判斷依據。仍應綜合個案事實及整體契約內容判斷。將保險業務員管理規則逕為判斷依據，固有不宣，然保險公司如將該規則有關內容訂為公司之工作、考核規定，而作為與所屬保險業務員間勞務契約內容之一部分，自屬應併為考量者，以判斷其從屬性之高低。

勞基法為保障從屬於雇方之勞方權益，此類勞方多屬經濟較弱勢者，故有予以保障之需要。而保險業務員按所收保險費計算報酬，其報酬頗多，非屬弱勢。如雙方訂約時即考量不再提撥退休金，而予較高之報酬，已非勞基法原欲保障對象。雖渠等簽訂之勞務契約具相當高度之從屬性，於解釋是否屬勞動契約，固不宜與其他行業人員為各自之認定標準。本席以為，如勞動基準法主管機關亦認此種情形不適用勞基法較為適當時，似可依勞基法

第三條第二項、第三項規定（註十二），將此類人員排除勞基法之適用，以杜爭議。

註解：

註一：聲請人依保險業務員管理規則訂有業務員管理規定，作為其工作規則。且對所屬保險業務員設有考核規定，如未達一定業績，主管者得調整為次一級主管，或終止契約，參見首揭民事法院判決中之99年度勞上字第58號民事判決中之兩造陳述。

註二：勞基法第2條第1款、第2款規定：

「本法用辭定義如左：

一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。

二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。」

註三：民法第482條：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」

註四：勞動基準法第1條第1項前段規定：「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法為規定；……」

註五：解釋理由書第2段：「諸如與人的從屬性（或稱人格從屬性）」

註六：解釋理由書第2段、第3段均謂應就個案事實及整體契約內容判斷其從屬性？

註七：聲請人依保險業務員管理規則訂有業務員管理規定，作為其工作規則。見首揭民事法院判決中之99年度勞上字第58號民事判決中之兩造陳述。

註八：勞基法第2條第3款規定：

「本法用辭定義如左：

三、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。」

註九：按件計酬之工資，是否符合最低工資之保障，通常以一般勞工如工作8小時可完成之工作件數計算如達最低工資標準，即不違反最低工資規定。

註十：參見最高法院98年度台上字第2154號民事判決。

註十一：聲請人對所屬保險業務員之考核規定，如未達一定業績，主管者得調整為次一級主管，或終止契約。參見首揭民事法院判決中之 99 年度勞上字第 58 號民事判決中之上訴人（即本件聲請人）陳述。

註十二：勞基法第3條規定：「本法於左列各業適用之：

- 一、農、林、漁、牧業。
- 二、礦業及土石採取業。
- 三、製造業。
- 四、營造業。
- 五、水電、煤氣業。
- 六、運輸、倉儲及通信業。
- 七、大眾傳播業。
- 八、其他經中央主管機關指定之事業。

依前項第八款指定時，得就事業之部分工作場所或工作者指定適用。

本法適用於一切勞雇關係。但因經營型態、管理制度及工作特性等因素適用本法確有窒礙難行者，並經中央主管機關指定公告之行業或工作者，不適用之。

前項因窒礙難行而不適用本法者，不得逾第一項第一款至第七款以外勞工總數五分之一。

如果你要別人善盡義務，卻不給予他應有之權利，那就應當給付他豐厚的報酬！

德國大文學家·歌德

本席敬佩持多數意見的同仁，為堅持學理上認定勞動基準法第二條第六款（下稱系爭規定），所稱「勞動契約」必須具有經濟上從屬性以及人格從屬性，來決定保險業務員與其所屬保險公司所簽訂之保險招攬「勞務契約」，是否屬於此種勞動契約，而作出本號解釋。本席亦贊成此種判斷標準，不應硬性依照主管機關所制頒的「保險業務員管理規則」為依據，必須「仍應視個案事實及整體契約內容而定，亦即應按勞務契約之類型特徵，依勞基法及民法等有關勞務關係之規定，分別就勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之，即應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險金為基礎計算其報酬）以為斷。」易言之，由法院依據個案的「依賴、從屬性程度高低」來決定之。

然而，本席之所以歎難贊同多數意見之理由，乃出於本號堅持由學理出發所為的解釋，其過程不無失之躁切，尤其在作出前，未進行任何徵詢了解業者意見的程序；輔以所提出的解決方案——法院依據個案的依賴、從屬性程度高低來決定之——，明顯的卻欠缺「具體與明確的標準」，俾供法院作為案之依據。導致此結論未能對症下藥，也未能直指形成此釋憲爭議的病因，乃是勞基法系爭規定過於粗略，且保險法與規範保險公司之法令依據（依保險法第一百三十七條第二項及第一百七十六條規定訂定之「保險業設立許可及管理辦法」），並未仔細規定保險業者與保險業務員所簽訂保險招攬勞務契約屬性，故產生大量此類的爭議。多數意見不僅未責成立法者儘速修法補救的正本清源之舉，反而卻將解決此立法疏失的弊病，推給各級法院來予「個案判斷」，而判斷的標準又極為模糊，豈非「苦了各級法院法官」？

而保險實務上，頗多早已將此勞務契約視為勞動契約，且行之有年，仰此制度以維生者，不知凡幾。本號解釋一作出後，會否在許多本已無爭議的個案，可能重新起波濤，再生爭端，而「苦了保險業務員大眾」？本號解釋，除了具體否認「保險人員管理規則」對保險招攬契約的屬性擁有絕對的認定權限外，其他的功能究竟何在？到底能夠統一多少法律見解、平抑多少爭議？在在令本席不解。本席離職在即，為善盡言責起見，爰提出不同意見於次，以略盡最後一份心力。

一、失之倉促的決定：何不召開說明會，聽取主管機關、保險業者，以及保險從業人員的心聲？

本號解釋雖然由標的之名稱，很容易認定為純屬學術的爭議：所謂的「兩勞契約」——勞動契約與勞務契約——的界定問題，從而有無適用勞基法的問題。然而，緊密聯結在此濃厚學術氣味爭議的背後，卻正是全國數以萬計依賴招攬保險為生的保險從業人員的權益，包括能否享受勞基法所規定的一切權利與義務（包括上班時間、休假等福利），而保險公司是否也因此必須承擔一定、且不無沉重的義務（例如，退休金的提撥義務），影響不可謂不大。而造成此爭議之源，乃是因為系爭規定之不明確所致，且引發出實務上的分歧：在業者間，有將「兩勞契約」視為同一者，亦有分別視之者；而在政府公布的法令規章間，也有將「兩勞契約」視為同一者，例如，勞動主管機關（行政院勞委會）則偏向保障勞工權益的立場，認為財政部所頒訂的保險業務員管理規則，已經在實務上形成將勞務給付傾向僱傭契約的現象（註一），並且自民國八十六年十月三十日公告：保險業者自八十七年四月一日起適用勞基法。勞委會雖未強制所有保險業與業務員間一律適用僱傭關係，而係由其簽訂之勞動契約內容而觀，擺明似乎「中立」的立場。但卻又明定原本屬於僱傭契約者，雇主不得強迫勞工改簽訂承攬契約（註二）。就此而言，雖寓有保護勞工之美意，但已限制雇主的改約權，顯然也喪失了契約自由的精神。

至於，稅務主管機關的立場，亦類似勞工主管機關，雖然亦早已將此類收入列為勞務所得及屬於「薪津」，而非執行業務所得（註三），但後來亦有改變立場，承認保險業務員與保險公司不具僱傭關係而自負盈虧（註四），則偏向「兩勞契約」並不同一之見解。

至於學術界的立場，也頗為分歧：早期的學術界頗多認為保險業務員可解釋為保險公司的受僱人，或是使用其設備與制度之使用人（註五）。同時，最高法院（註六）與最高行政法院（註七），也持同樣的見解，認為儘管保險業務員的支薪，有固定薪資或業績之給付（佣金），但既然該業務員專為所屬公司為招攬之服務，舉凡訓練、管理與監督，都由所屬公司負責，且由公司依法負連帶的責任，因此，與民法之僱傭關係較為接近也，故此為學術界的通說也。然而此通說也隨著民國九十四年二月二日實施「保險業務員管理規則」後，面臨了挑戰。從而，必須依雙方所簽訂契約的關係（所謂內部關係）來斷定：如有一定的底薪，且將佣金以保費的一定比例計算，從而與薪津接近時，可屬於僱傭與承攬的混合契約（註八），否則光以佣金計算則純為承攬關係。而就外部關係而言，則公司既然承擔損害賠償的連帶責任，因此，頗應視為代理人、使用人與受僱人（註九）。

因此，可以想見我國目前存在於保險公司與保險從業員間的契約關係，可能頗為複雜，此由主管機關在同一個法律條文維持不變的情形下，而有前後不同見解的轉變，可知其混亂乃事出有因。也因此得以探知，我國學界及主管機關間的見解，不論是關於勞動與勞務契約如何界分，以及我國保險招攬契約的屬性定位，都有高度的不確定爭議，而無公認的「一言堂」之權威見解，在此情形下，本號解釋豈能以此不明確的學術見解，來一統混沌的保險勞務契約的定性問題？

鑒於空有學理未必能「濟世」，本席在研議過程中已經剴切建議：由於大多數的大法官同仁並不了解我國目前保險公司與從

業人員間給付招攬業績的現狀。因此，有必要召開說明會或是舉行言詞辯論，以聽取主管機關、保險業者，以及保險從業人員的心聲。然而，此建言未獲採納，咸以「無必要」或「時間不及」為否決之理。

是否此「兼聽」為無必要之舉？讀者自可判斷。至於「時間不及」，當是一個值得嚴肅正視的問題。

本號解釋公布之時，距離目前全體大法官中的一半（七位大法官）去職，僅有一個星期，顯然是為了趕在去職之前完成的「畢業之作」。這種盡責的精神當令人敬佩。然而，大法官的釋憲職責關乎我國法制的嚴整性，可長可久。寧可求其精確，而非求其完成於須臾之刻！故本席雖呼籲應進行聽證、說明會，卻遭逢「時不我予」的反對時，即主張為避免如此倉促的作出決定，本號解釋應當在釐清事實與法律爭議的爭點，並且初步擬定解決的若干方案後，即可暫時停止審理，而留待新任、接近半數大法官的接任後（也只不過一至二週之距），方續行審議，並由新任大法官再作決定有無舉行公聽會或言詞辯論的必要也。

然而，此留待新任大法官決定的提議，亦未蒙採納，以致在半數大法官離職前一週，作出此號結構鬆散且功能有限之決議。

二、治絲益棼的解決方式——應透過修法澄清的混沌狀態，卻令由法院個案解決

（一）解鈴還須繫鈴人——立法解決方是正道

本案產生的原因明顯的是出於系爭規定的模糊不清所致，此觀乎多數意見在理由書第二段，已有明白的承認：「勞基法第二條第六款規定：『勞動契約：謂約定勞雇關係之契約。』並未規定勞動契約應如何界定。」這才是造成「兩勞契約」定性爭議的病因所在。多數意見明知有此病因，致演變成一大批重病難症案件，為何不痛下針砭，要求立法者從速修法？難道多數意見不知：「解鈴還須繫鈴人」，此一淺顯的諺語乎？

的確，由系爭規定早在民國七十三年立法過程，已經將其內容作限縮的解釋，亦即乃將「勞工安全衛生」法令，例如，類似工廠法或礦場法外的其他從事勞工性質者（即按日、按時或計件計算之工資，且有一定平均工資者），皆包括在內（註十）。因此當時早已在台灣實施超過三十年以上的保險業務，其招攬業務者，泰半都不包括在此勞工的範圍，雖然，勞基法第三條第一項第八款將開放適用勞基法的行業，賦予中央主管機關指定之授權，從而勞委會也在十四年之後——即民國八十七年四月一日起——開始將保險從業人員納入適用勞基法之列。但這種開放，只是有條件的開放——亦即必須從業員與公司合意簽訂、屬於僱傭關係之契約者為限（也是所謂的「內部關係」符合者為限）。所以，此種開放乃「半開放」，也留下了勞基法適用與否的「灰色地帶」。

所以，正本清源，必須由勞基法第二條的系爭規定加以補充。否則，即應透過特別法的規定來尋求補救，在此，唯有將規範保險行業與行為的準據法——保險法來予填補此一缺憾。但最好的方式應是以類似「保險公司法」之法律予以規範保險與從業員間的法律關係，包括相關之招攬契約的屬性。然而，我國目前未有此法律，但卻有由保險法第一百三十七條第二項及第一百七十六條規定所授權訂定之「保險業設立許可及管理辦法」，此屬於法規命令的規範，既然提及主管機關可對保險公司的「管理」事宜，為各種合目的性的規範，即享有了法定拘束力。則為了貫徹保障勞工權益的憲法委託之意旨（憲法第一百五十三條第一項），得對保險公司與保險業務員間的法律關係（例如承攬保險契約），為有利於保險業務員的規劃，例如，是否應有最低工資的設定，或是雇主不得將僱傭契約強迫改定為承攬契約等（註十一）。就此而言，以法律或法規命令的高位階法規範，來賦予澄清的功能，才會更具體與明確。

(二) 法院個案解決標準的空泛與抽象

多數意見不責成立法者為統一與周延的補救之道，反而推給各級法院去就個案是否具有人格與經濟上的從屬性，特別是其「從屬度高低」，來斷定「兩勞契約」的同一性與否，顯然這是一個去簡為繁的「鋸箭法」，本席可以試舉出其瑣瑣大者不妥之處如下：

1. 試問何為「人格與經濟上的從屬性」？

雖然多數意見援引了學術的通說見解，乃是：「……分別就勞務債務人與勞務債權人間之從屬性程度之高低判斷之，即應視保險業務員得否自由決定勞務給付之方式（包含工作時間），並自行負擔業務風險（例如按所招攬之保險收受之保險金為基礎計算其報酬）以為斷。……雖專屬僅能販售該保險公司之保險契約，惟如保險業務員就其實質上從事招攬保險之勞務活動及工作時間得以自由決定，其報酬給付方式並無底薪及一定業績之要求，係自行負擔業務之風險，其與所屬保險公司間之從屬性程度不高者，是其尚難認屬系爭規定一所稱勞動契約。……」大概已可推知：一旦保險業務員擁有自由上下班的權利（甚至不必上班），光以抽取佣金為主要的收入來源（至於公司給予的底薪、車馬費等加給，乃微不足道之收入也），即屬與公司的依賴關係極為薄弱。此外，自己必須承擔招攬保險業務的一切支出與費用（即所謂的風險也，例如，必須利用自己的關係、人脈、資源……，以獲得客戶，若此付出不夠或不良即會喪失客戶，而使自己收入減少），此即為屬於承攬、居間的性質。此外，即使收取佣金的標準、紀律規定與考核、不得競業……（此為保險人員管理規則所納入者），雖操之在保險業者手中，尚不足以排除上述依賴性原則的重要性也。

但是這個判斷標準，欠缺的正是「底限」——何者為

「依賴度高低」的標準？就以公司支付給從業員的待遇而論，雖然多數可能僅有些微底薪，其他靠佣金收入，自可以構成典型的保險承攬業務員。但亦不可排除某些保險公司可能給予底薪甚高（已類似公司職員），而後視招攬業績而給予的佣金，視為「分紅之獎勵津貼」者，此在資深或有特殊任務的從業員，非無可能也；或在新穎、困難的保險項目，亦有可能。不僅是在保險招攬方面，目前許多行業——例如，推銷行業中對於困難產品的推銷——，也常以甚高底薪招攬推銷員，以吸引高素質的人才。

因此，標準何在？是否同樣的底薪，在不同的地區，便會有不同的「依賴效果」？同樣的，如公司的支付採底薪與佣金交叉計算等等具有誘因的方式，又如何計算依賴效果？是每月計或是年收入計……？豈非複雜之至？

因此多數意見未提出此一明確檢驗標準，於是，各個保險公司間有不同的給佣規定；同一公司對不同從業人員（資淺與資深、紅牌與新進），又有不同的給付標準，各法院豈非「疲於奔命」？

2. 本解釋雖然為「統一解釋」，但其澄清的功能何在？

除了提出學術味十足的「個案依賴度高低」，交由各法院作為界定是否為勞動契約之空泛標準外，卻又不免引發另一個問題：究竟此「各法院」是指民事法院或行政法院？亦即哪一個法院方有對解釋保險招攬契約的屬性，享有最終的「發言權」？

多數意見顯然模糊以對，保留彼此可以各自判斷之餘地，此非更形成混亂乎？照理而言，本案起因於到底保險招攬契約能否視為勞基法的勞動契約，而此勞動契約在學理上，早被公認為是民事契約（註十二），同時保險招攬契約不論是僱傭、承攬或代理性質，皆為民事契約，即應保留由民事法院為審理之機關也。

誠然，在界定一個法律關係，如專以一個契約的屬性如有涉及兩種不同體系法院見解的歧異，自應可聲請大法官為統一解釋。最明顯的例子，莫如釋字第六九五號解釋的原因案件，乃對於人民與政府機關就承租公有林地所簽訂的契約，究純為私法契約，抑或為兩階段性質，從而對行政機關一旦否准締約之決定時，可視為行政處分，而提起行政救濟。若依前者之見解，則只有循民事救濟程序，再加上適用契約自由原則，該人民幾乎鮮有實質獲得救濟的可能。最終由該號解釋獲得後者的結論，從而使人民可依行政救濟途徑行使訴訟權。

相形之下，本號解釋並無取得類似釋字第六九五號解釋，有澄清管轄權的積極功能，也造成了日後的法院見解歧異，仍不可避免的後果也（註十三）。

3. 本號解釋另一個瑕疵：對「保險人員管理規則」規範力的質疑，不免造成理由相互矛盾之後果。

本號解釋對「保險人員管理規則」的立場，似乎成為本號解釋帶來唯一較有積極功能之處。然細觀造成聲請本件統一解釋的原因，固然起因於最高法院與最高行政法院見解之差異，但是卻非對於區分「兩勞契約」的檢驗標準——即依賴關係——有無不同，亦即兩法院都認為應以依賴程度之高低為判斷，所以就此而言並不會造成歧異。而造成差異之處，乃是兩個法院體系對此「保險人員管理規則」的拘束力見解有所不同：此規則認定保險人員與保險公司間的依賴度較高，從而其性質偏向僱傭，與可認定屬勞動契約也。

而最高行政法院偏向贊同此見解；反之最高法院則否認其立論，而朝向以個案判斷，且基本上傾向承攬契約。

因此，本號解釋對此歧異見解，作出了統一解釋：「保險招攬勞務契約，是否為勞動基準法之勞動契約，……不

得逕以保險業務員管理規則為依據。」亦即，有下述幾點值得重視：

第一，該規則並非完全不能適用，僅是「不得逕以」該規則為規範的來源，顯然仍保有「輔助、次要法源」之地位。

顯然，該規則仍有規範效力，但其效力不如個案所牽涉的事實來得重要。在此即產生了實證法規範卻無強制與優先拘束力，淪為次要規範的問題。首先，應注意此「保險人員管理規則」之名稱，雖然為「規則」，但卻是依法律授權而制定的法規命令，而非位階更低、且無須法律授權的「行政規則」，故對法官而言，即有拘束之效力也（註十四）。

故多數意見如果堅持「兩勞契約」的同一性必須專由個案關係而論，即該「保險人員管理規則」並無規範此種契約屬性之權限——正如同理由書所敘明的：「……該規則既係保險法主管機關為盡其管理、規範保險業務員職責所訂定之法規命令，與保險業務員與其所屬保險公司間所簽訂之保險招攬勞務契約之定性無必然關係，是故不得逕以上開管理規則作為保險業務員與其所屬保險公司間是否構成勞動契約之認定依據。……」則該規則既然違背此原則，而「越界」界定其屬性，即應宣布該規則牴觸授權目的而失效。否則，此「規則」之實質內容已屬違法，但本號解釋卻宣布其仍具有「輔助、次要法源」之地位。顯然將此「管理規則」視同為一般「行政規則」，任諸法官在個案決定有無受其拘束之權限也。

再則，多數意見這種對於「管理規則」可規範內容的限制，也不無太過狹義之虞。的確，在主管機關擁有規範某一行業內部秩序的授權時，只要遵守授權的界限，則機關主體與內部成員間的一切關係，都可是法律關係，契約

的屬性即屬此關係之類型也。例如，可參考「警察人員人事條例」，在民國九十六年七月十一日修正前名為「警察人員管理條例」，此雖然是法律位階，而非授權命令，但既然提到「管理」即可專以此內容而論，涉及到警察人員所有人事上的規定，如任官、任職、薪俸、考核與考績……，哪一項不是涉及到其權利義務？豈能只限於（如仿效本號解釋對「保險人員管理規則」內容之描述應只有一定規範範圍的限制）「警察機關善盡管理、規範警察人員執行職務之職責」內之事項，方能加以規定乎？

即使屬於法規命令的人事管理規則（例如，證券商負責人與業務人員管理規則），也可包括認定執行某些業務者可屬於某類法定行業之範圍，例如，證券業務人員包括招攬業務者在內（該規則第二條第二項第四款），即屬一例。

因此，在法規的用語方面，「管理」一詞已和「內部行政與規範」形成同義詞，如要一改以往之立法習慣，採取嚴格、狹義之字面解釋，方可使用此「管理」之名詞，當是陳義過高、只是曇花一現的效果。無法作為我國「法規學」上一個有力的里程碑見解也！

三、結論——居廟堂之高，則憂其民

本號解釋既然在未得探詢保險業者與從業人員意見的前提下，獲得了多數意見的共識。作為合議制的一員，本席對持多數意見者堅持學理，澄清保險招攬事務之屬性的決心，的確銘感在心！但是，本席又不禁想起宋朝大政治家與文學家的范仲淹，在其名作——《岳陽樓記》——中，有一句千古名言：「居廟堂之高，則憂其民。」值得吾人細細回味：真是好一句「居廟堂之高，則憂其民」！

如今吾等大法官在司法院高堂議事，是否亦當為那些為數甚多從事招攬、每日奔波在社會各角落，努力謀求生活之資的保險

業務員著想，能否為他們爭取到最合理的解決方案？會否作出太象牙塔式思維的結論，而與社會脫節？這也是本席在審理本案過程，心中經常縈繫的一絲憂慮也！

多數意見的確精於學理分析，而保險招攬本來具有「各憑本事」的特徵甚明：微不足道的底薪，相對應豐厚的佣金。為此，當可以吸引人民放棄拿固定、且較低的工資（即僱傭工資）之工作，而選擇較自由、且可發揮個人專長並帶來獲利的承攬性質之保險業務員工作。故凡有一得，也必有一失，其兩者間的抉擇，豈不印證德國大文學家歌德的一句雋永格言：「如果你要別人善盡義務，卻不給予他應有之權利，那就應當給付他豐厚的報酬」（註十五）？正是如：你要保險業務員善盡招攬保戶的義務，但又不給予勞基法的權利，那只有給予「高額佣金」的報酬也。

無疑地，這本是保險招攬的給予佣金制度之立意，也是保險招攬業「本係」偏向承攬關係的精神所在。但是天下沒有不變的商業規則，也沒有不隨著時代與社會改變的制度。隨著保險業務的多元化與競爭，上述典型化的制度以及相關的法律體制，顯然已經過於單純與簡單化，未必能符合保險業之現狀也。為此，本席呼籲我國的保險業務與勞動事務主管機關應當儘速共謀修法之議，讓我國實施超過半個世紀以上的招攬保險業務制度，能夠展現出一個嶄新的面貌：一方面讓國家履行其保障所有國民能獲得最基本、足敷生活所需的工作報酬的神聖義務，亦即透過勞動法制所構建的最起碼之福利，應將保險業務員都納入此「國家福利法網」的保障之內；此外，仍可適用契約自由與民事承攬契約的優點，利用其相對的提供勞務之自由度、資源，而獲得更多的報酬起見，作為保險招攬的另一個誘因。故可以勞動法制之福利為「底薪標準」，而後以一定的佣金作為鼓勵業績的制度，如此即可趨向「雙贏」。

但本席也必須坦言：這絕對不是一個簡單的任務，也更超過吾等大法官的權責與能力，這一切都有待立法者最終展現的「立

法裁量之意志」。對此，本席願意援引大法學家韓非子的名言：「法與時轉則治，治與世宜則有功。」（心度篇），以為惕勵。如今，保險與勞基法制並未隨世變而轉、已不合時宜甚烈，豈能再執著於一方學理而應變乎？立法機關應奮起而為，此正其時也！

註解：

註一：民國 90 年 3 月 9 日行政院勞工委員會（90）台勞資二字第 0009867 號函。

註二：民國 95 年 5 月 8 日行政院勞工委員會勞動 4 字第 0950024088 號函。

註三：例如，早在 62 年台財錢第 014984 號函，即認為各產物保險如擬繼續雇用外務員招攬業務，其支付之報酬，應視為公司職員之薪津。同見民國 70 年 4 月 10 日財政部台財稅字第 32830 號函：保險公司業務代表領取之業務津貼及年終業績獎金，屬所得稅法第 14 條第 1 項第 3 項所稱公司事業職工提供勞務之所得，應列為薪資項目扣繳稅款；民國 88 年 4 月 1 日財政部台財稅字第 881905663 號函：保險業業務員取自其所屬公司給付之報酬，屬所得稅法第 14 條第 1 項第 3 項規定，為工作上提供勞務之薪資所得。依該函，明確表示保險業務員之報酬乃依招攬業績給付，且是依保險業務員管理規則之規定，由公司規定的標準給付，並專屬公司管理與受領報酬，因此應當視為薪資所得。

註四：民國 97 年 7 月 18 日財政部台財稅字第 09704531410 號函；民國 98 年 4 月 47 日財政部台財稅字第 09800058810 號函。

註五：例如，鄭玉波，保險法論，三民書局，民國 95 年，第 19 頁。

註六：最高法院 85 年台上字第 179 號判決；見劉宗榮，新保險法論，2007 年，第 90 頁。

註七：最高行政法院 93 年判字第 1178 號判決；同見劉宗榮，新保險法論，第 90 頁。

註八：同見江朝國，保險法基礎理論，民國92年，第196頁；同見劉宗榮，新保險法論，第90頁。

註九：見劉宗榮，新保險法論，第91頁以下。

註十：可參照勞基法在民國73年制定時，第2條的立法理由：闡釋本法名詞定義。關於「勞工」、「雇主」、「事業單位」定義係參照勞工安全衛生法；「工資」係參照勞工安全衛生法施行細則第二條；「平均工資」係參酌其他工業國家勞工立法，以按月計給之平均工資為原則，並規定按日、按時或論件等計算工資之工人，其平均工資不得少於一定計算方式所得金額，以資保障。以及第3條的立法理由：一、參照勞工安全衛生法第四條，明定本法適用之範圍。二、現行「工廠法」、「礦場法」適用範圍過小，多數勞工未能獲得法律保障。爰參照先進國家法例，將本法廣庇各業，且不在人數上設限，俾可顧及廣大勞工之權益。

註十一：即如，上註2民國95年5月8日行政院勞工委員會勞動4字第0950024088號函的見解，將之提升為法律效力。

註十二：例如，德國最權威的勞動法學著作，即持此見解。Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 3. Aufl., 1965, S. 43.

註十三：特別是，不僅是兩種法院之間可能發生認定的差異，及連行政機關也可能牽涉在內，例如，民國95年5月8日行政院勞工委員會勞動4字第0950024088號函（見註2），即認為：有關工資的認定，例如，保險公司與業務員間的給付，是否為工資，從而屬於勞基法第2條的勞動契約，屬「事實認定，宜由當地勞工行政主管機關依個案事實協助判明」。易言之，主管機關也加入了判明事實的機構之一。又勞委會民國90年3月9日行政院勞工委員會（90）台勞資二字第0009867號函（見註1），也提到為了使保險事業與從業人間的關係更清楚起見，勞委會打算與學者專家擬定「相關表

列及運用加權比重方式」使勞務給付之判定更簡便、標準化。易言之，關於是否使所謂的「依賴度高低」問題獲得澄清，主管機關希望能以行政權力、而非法規明確規範的方式來予具體解決之。由此二個函件顯示，依據個案事實判斷的決定機關，非置於法院，尤其是民事法院，反而是在行政機關方面，將不免徒然造成「三個機關」的衝突。

註十四：除了最高法院與最高行政法院對於法規命令認為違憲之虞時，自可裁定停止訴訟程序，聲請大法官會議解釋，至於最高法院與最高行政法院以下各級法院，並無此權力，只得依釋字第216號解釋及大法官第1153次會議（民國89年11月10日），僅有拒絕適用或適用一途，但釋字第216號解釋乃指行政機關的釋令，即行政規則之規範，因此，各級法院法官僅能拒絕適用行政規則，法規命令並非在內，即有拘束力也。參見陳新民，行政法學總論，新9版，2015年，第226頁以下。

註十五：可參見程代熙、張惠民譯，歌德的格言及感想集，北京，中國社會科學出版社，1982，第28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>）

司法院釋字第七四一號解釋

【宣告法令定期失效解釋適用原因案件範圍案】

中華民國105年11月11日

院台大二字第1050028715號

解 釋 文

凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充。

解釋理由書

按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理（本院釋字第五〇三號解釋參照）。本件聲請人因都市更新事件，經最高行政法院確定終局裁定引用本院釋字第七二五號解釋（下稱系爭解釋）作為裁定之依據，惟系爭解釋未明定「聲請人就聲請釋憲之原因案件」之適用範圍，其聲請補充解釋，即有正當理由，合先敘明。

本院釋字第一七七號及第一八五號解釋在使有利於聲請人之解釋，得作為據以聲請釋憲之原因案件（下稱原因案件）再審或非常上訴之理由。惟因該等解釋並未明示於本院宣告違憲之法令定期失效者，對聲請人之原因案件是否亦有效力，故系爭解釋補充謂：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。……」

本院解釋憲法宣告法令違憲並應失效者，使聲請人得依據該解釋請求再審或由檢察總長提起非常上訴等法定程序，以對其原因案件循求個案救濟，係在保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻（系爭解釋理由書參照），原不因本院宣告違憲之法令立即失效或定期失效，而有不同。系爭解釋本於此旨，宣示確定終局裁判所適用之法令定期失效者，聲請人即得據以就聲請釋憲之原因案件請求再審等救濟。該解釋雖未就「聲請人就聲請釋憲之原因案件」等語，明定其適用範圍，然由系爭解釋文所稱「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者」等語可知：凡本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。且系爭解釋係針對本院為法令定期失效宣告之解釋，應係制度性之通案規範，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋（含本院釋字第七二五號前之宣告違憲法令定期失效之解釋），各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟，以保障釋憲聲請人之權益，而非僅限於系爭解釋之聲請人始得就其據以聲請該號解釋之原因案件請求救濟，俾使系爭解釋以外其他聲請本院解釋之聲請人，於本院宣告確定終局裁判所適用之法令違憲並定期失效後，皆能獲得應有之救濟，以符合憲法保障人民訴訟權之意旨，並肯定其維護憲法之貢獻。本院釋字第七二五號解釋應予補充。至各該原因案件之聲請人就其個案是否符合提起再審等救濟期限與其他程序之規範，及有無理由，法院仍應依相關規定予以審查，自屬當然。

有關聲請人聲請補充解釋本院釋字第七〇九號解釋部分，聲請人並未具體指明上開解釋有何文字晦澀或論證不周之情形，其聲請補充解釋難謂有正當理由。是其聲請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，併此敘明。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 黃虹霞 吳陳銀 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明
詹森林 黃昭元

部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出
吳陳鐸大法官 加入

本件解釋為對本院解釋曾宣告違憲法令定期失效之聲請人概念澄清及給予個案救濟之機會，其用意可資贊同。惟對於本院解釋宣告定期失效與立即失效是否發生相同法律效果，及本件解釋是否係為本院釋字第七二五號解釋之補充解釋，仍有待釐清，爰提出部分協同意見書如下：

一、本院解釋定期失效與立即失效宣告之法律效果宜有差異

本院解釋之法律效果，因就法令之瑕疵程度，呈現從合憲至違憲強弱程度差異，而有違憲強度不同之類型，如不問其用語使用之差異，約略可區分為下列合憲至違憲宣告類型：

強 度	宣 告 類 型
合憲至 違憲強度 ↓	1.非屬合憲性審查事項（註一）
	2.合憲宣告（註二）法令繼續有效
	3.合憲宣告之警告性解釋（警告可能有違憲之虞）（註三）
	4.與憲法不符但未宣告其失效（註四），通常諭知檢討修正（註五）
	5.違憲宣告，定期命為修法（註六）或直接以解釋替代立法（註七）
	6.違憲法令定期失效、停止適用（註八）或定期檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力（註九）
	7.違憲法令立即失效（無效）（自公布日起失效；ex nunc）（註十）、停止適用（註十一）、不予適用（註十二）或不在援用（註十三）
	8.違憲法令無效（自始；ex tunc）（註十四）

由上可知，本院歷來解釋憲法非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德國（註十五）、奧地利（註十六）之多樣化模式從事規範審查，並非僅以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式。（註十七）質言之，以比較憲法觀點，有認為德國聯邦憲法法院法第七十八條就裁判主文宣告類型，係屬不完全的裁判主文規定（eine unvollständige Tenorierungsvorschrift）。在無效宣告（包含部分無效之確認）之外，仍可能有諸如與憲法不符宣告、繼續有效諭知、呼籲性裁判（Appellentscheidung）（註十八）、替代規範之過渡法、就受指摘的規範與相比較的規範是否相符之規範確認（Normbestätigung）等，作為其他裁判主文宣告之補充方式。（註十九）由此可知，德國聯邦憲法法院之裁判主文，採取多樣化宣告方式，而在合憲與違憲間找尋妥當之宣告類型。又從上開表列之合憲與違憲間之強度光譜比較，本院解釋之違憲宣告之效力，呈現不同程度之或強或弱狀態。若因各別解釋之情形，而選擇宣告定期失效，係在經過一定期間後，始向將來（pro futuro）失效。至於無效或失效之宣告，則可能發生向後或回溯之效力。由此可見，各該違憲類型之效力強度，不盡相似，或可稱為解釋效力發生「規範效力之時差」。

從前述解釋之效力差異性而言，對於定期失效宣告所發生之法律效力，實不宜等同於違憲立即失效宣告之效力，否則應在決定是否為法令違憲定期失效或立即失效之宣告時，即應有所審酌，以免使法令之違憲陷於不安定之狀態，甚至於過渡階段，可能發生實務適用定期失效然尚未失效之法律，而與當時通過解釋之意旨不一致之情事，進而可能引發實務上適用之爭議、甚或不正確之解讀。之後人民又再回頭向本院聲請解釋，事後本院可能要另再作補充解釋，實非良策。倘若無法將定期失效之意義釐清，或如未能明確指明特定部分之停止適用或諭知定一定期間失其效力之對人及對原因案件之適用範圍，今後本院解釋實宜減少可能引發疑義之違憲法令定期失效之宣告方式。

二、本件解釋是否對於解釋效力見解有所突破

本件解釋認本院所為法令違憲定期失效之解釋，屬制度性之通案規範，其適用範圍應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋，如此是否擬變更本院解釋原則上僅具有向後或向將來失效之見解，更且將僅向將來失效之定期失效宣告，原則上發生如同德國式無效宣告的自始無效之回溯效力，凡此是否採納上述見解，頗值得推敲。再者，因系爭聲請釋憲案涉及違憲法令之定期失效之情形，其違憲強度雖低於立即失效情形，惟如從前述解釋效力強度光譜予以比較，違憲法令定期失效之違憲程度頗高。因我國目前釋憲制度非如德國採取憲法訴訟制度，僅於例外情形，准許本院解釋結果對於該聲請原因案件發生個案溯及效力，得依法提起再審及刑事非常上訴。因此，本件解釋是否有意突破本院釋字第七二五號解釋定期向將來失其效力之見解，以期形成制度性通案回溯效力？又本件解釋對於立即失效及定期失效宣告之違憲法令失效或無效之時點，究竟採取何種見解，亦宜更多說明，以利理解。

三、本院釋字第七二五號解釋之意旨及有無補充之可能

本件解釋認本院釋字第七二五號解釋未就「聲請人就聲請釋憲之原因案件」等語，明定其適用範圍，而認上開解釋應予補充。本件解釋並認釋字第七二五號解釋係針對本院為法令定期失效宣告之解釋，應係制度性之通案規範，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋（含本院釋字第七二五號前之宣告違憲法令定期失效之解釋），各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟。惟從本院釋字第七二五號解釋爭點觀之，該號解釋主要在於闡明大法官解釋宣告法令違憲定期失效者，於法令仍為有效期限內原因案件不得據以請求救濟是否違憲之疑義。該號解釋認為法院不得以法令定期失效者於該期限內仍屬有效為理由駁回原因案件當事人請求救濟之再審聲請。該號解釋乃謂為使原因案件獲得實質救濟，如本院解釋諭知原因案件具體之

救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。最高行政法院九十七年判字第六一五號判例與該解釋意旨不符部分，應不再援用。因此，該號解釋之爭議，並非因聲請人與原因案件之概念或類型發生違憲之疑義。有關聲請人之概念及原因案件之適用範圍所生之疑義，實非屬於上開解釋之目的，故不宜認釋字第七二五號解釋意旨有所不明或不足，致生解釋之漏洞，有待補充。因此，本件解釋欲補充本院釋字第七二五號解釋，是否有其必要或可能性，似值得商榷。

本院解釋往往受限於聲請釋憲案件時之個案事實或社會情況，或經社會變遷，發生解釋之不足或漏洞，固有賴解釋之補充，此通稱為補充解釋。惟如從法之解釋及適用理論而言，補充解釋仍屬於一種法律解釋方式，於法律或解釋有漏洞存在時，以補充方式填補其漏洞。惟如於超出法律或解釋文義範圍之外，認為應依法理補充現行法令或解釋之不足，則類似於法之補充，精準而言，似宜稱為解釋補充，而非補充解釋。是故，本件解釋之原因案件，係因最高行政法院對於提起再審要件之見解發生歧異，實非本院以前所為之解釋發生漏洞，故其是否有補充之必要，不無疑問。

再者，釋字第七二五號解釋是否有補充之必要，該號解釋之主要意旨為何，本件解釋為補充解釋抑或解釋補充，難免有仁智之見。至本件解釋之目的，在於讓本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。經由本件解釋，將可擴大適用於釋字第七二五號前之解釋，固可對於目前最高行政法院判決採取較為保留態度，或有提示之作用。惟本件解釋對於本件聲請人個案救濟是否具有實益，其提起再審能否勝訴，尚未可知。如細加比對，其原因案件所據以裁判之法令亦非全部經違憲之宣告，甚至本院釋字第七〇九號解釋就部分聲請解釋之法令係認屬合憲，僅宣告須檢討改進而已。

此外，聲請人就原因案件未來是否得依法獲得權利保護或有多少勝訴機會，固非本院解釋所必須考量，惟本院解釋如不就系爭原因案件之基礎事實所可能涉及法律保護之權利或法律上利益，及其所可能涉及法令規定，加以斟酌，則本件解釋原本欲擴大本院釋字第七二五號解釋有關聲請人及原因案件適用範圍之意旨，及維護有權利就有救濟之美意，恐難以圓滿達成。

註解：

- 註一：例如本院釋字第四一九號解釋「對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項」。
- 註二：例如本院釋字第三四三號解釋「與憲法尚無抵觸」。
- 註三：例如本院釋字第一六六號解釋「迄今行憲三十餘年，情勢已有變更，為加強人民身體自由之保障，違警罰法有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨。」
- 註四：例如本院釋字第五二〇號解釋「因法定預算之停止執行具有變更施政方針或重要政策之作用者，如停止執行之過程未經立法院參與，亦與立法部門參與決策之憲法意旨不符」、「行政院應於本解釋公布之日起，儘速補行前述報告及備詢程序，相關機關亦有聽取其報告之義務」。
- 註五：例如本院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。」；釋字第五三〇號解釋「應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制」。
- 註六：例如本院釋字第四五五號解釋「依司法院大法官審理案件法第十七條第二項，諭知有關機關於本解釋公布之日起一年

內，基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依上開條例第三十二條第二項之授權妥為訂定」。

註七：例如本院釋字第四七七號解釋「同依該條例第六條比照冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償」。

註八：例如本院釋字第四五四號解釋「與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」；釋字第七三四號解釋「應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力」；釋字第二一八號解釋「應自本解釋公布之日起六個月內停止適用」。

註九：例如本院釋字第七〇九號解釋「於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力」；釋字第六五八號解釋「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」；釋字第六七〇號解釋「系爭規定應由相關機關自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，衡酌受害人致受羈押行為之情狀……等，配合冤獄賠償法相關規定通盤檢討，妥為規範，屆期未完成修法者，系爭規定失其效力」。

註十：例如本院釋字第四九九號解釋「上開修正之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公布之日起失其效力，八十六年七月二十一日修正公布之原增修條文繼續適用」。

註十一：例如本院釋字第三八六號解釋「應自本解釋公布之日起，於其後依該條例發行之無記名公債，停止適用」。

註十二：例如本院釋字第四七一號解釋「與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用」。

註十三：例如本院釋字第三九五號解釋「應自本解釋公布之日起不再援用」。

註十四：此種一般回溯效力，我國並未採取此類德國式之違憲無效類型。在德國傳統無效論（Nichtigkeitsdogma），對於違憲

之法律，採依法自始無效原則（Grundsatz der ipso-iure-Nichtigkeit ex tunc），聯邦憲法法院為規範無效宣告，僅具宣示效力，而非屬於創設性質。現在聯邦憲法法院就侵害基本權之規範，為單純與憲法不符宣告（eine bloße Unvereinbarerklärung）或違憲宣告，此非屬無效宣告，而是規範之「不適用」（Unanwendbarkeit），發生回溯至規範衝突時之「適用禁止」，亦即「執行禁止」（Vollstreckungssperre），同時負有停止適用之義務。（參照 Herbert Bethge in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu / Klein / Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München: Beck, 2014, §78 Rn. 7f., 56ff., 61f..）又雖違憲之法規範，原則上宣告無效（參照聯邦憲法法院法第七十八條及第九十五條第三項第一段規定），但在違反平等原則之情形，有以「不符」取代「無效」（Unvereinbarkeit statt Nichtigkeit），因已有人受益，如任令授益之法規範因違憲而無效，使之喪失可能獲得之利益，則不盡公允。又有關與憲法不符之法規範效力，如不明確時，則通常有待立法者形成合憲之規範。法院及行政機關在確認法規範與憲法不符之範圍內，該規範不予適用，停止進行中之程序。該不適用之義務，適用於任何具體被宣告與憲法不符之規範，此不僅是原因案件（或稱引發案件）（Anlassfall），亦適用於同時發生的平行案件（Parallelfälle），但通常不適用於同時存在的平行規範（Parallelnormen）。（參照 Uwe Kischel in: Epping / Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: Beck, 2013, Art. 3 Rn. 69, 74f..）

註十五：德國聯邦憲法法院（Bundesverfassungsgericht）因聲請（auf Antrag）進行程序。聲請程序之種類（Verfahrensarten），規定於基本法及聯邦憲法法院法。常見型態，例如憲法訴願（Verfassungsbeschwerde）（諸如人民因基本權受國家侵害

或干預而聲請，或地方自治團體聲請之憲法訴願等）、機關爭議程序（Organstreitverfahren）、聯邦與邦爭議（Bund-Länder-Streit）、具體規範審查（Konkrete Normenkontrolle）、抽象規範審查（Abstrakte Normenkontrolle）、政黨禁止程序（Parteiverbots-verfahren）等。（參照 http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/wichtige-verfahrensarten_node.html）（瀏覽日期：2016/11/10）。其中憲法訴願制度，目前我國雖尚未採行，惟不乏引進此制度之主張，因此在兼顧我國之情況下，此時我們或許應正式面對之時機，並期待詳加比較分析前述憲法訴願與具體規範審查及抽象規範審查等制度關聯性及憲法訴願制度引進我國之可行性。

註十六：奧地利憲法第一四〇條第五項規定，就違憲之法律，得定不逾十八個月之期限，失其效力。否則該違憲之法律自公布日起廢止（Aufhebung）。（參照 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundes-verfassungs-recht, 11. Aufl., Wien: Manz, 2015, Rn. 1170.）

註十七：參照本院釋字第四一九號解釋。

註十八：國人通常將“Appellentscheidung”譯為警告性裁判，惟有認為“Appell”之意義，係指「呼籲」，而非警告。因該用語較為緩和，故此從之。（參照陳新民，憲法學釋論，臺北：作者發行，104年5月修訂八版，頁841及註63。）

註十九：參照 Hans Lechner/Rüdiger Yuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7. Aufl., München: Beck, 2015, §78 Rn. 1a, 13ff..

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及本院釋字第七二五號解釋（下稱系爭解釋）之前，宣告違憲法令定期失效之所有解釋（下稱先前解釋），是否亦得做為各該先前

解釋原因案件據以請求再審或非常上訴救濟之依據。本席對多數意見所持「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益」之結論，敬表同意。由於本號解釋許聲請人循再審或非常上訴等程序請求救濟之原因案件範圍有可進一步闡述之處，以及本號解釋究為釐清系爭解釋之「原意」抑或增加該號解釋新的內容，亦可額外說明，謹提出協同意見書如下。

壹、本號解釋許聲請人循再審或非常上訴等程序請求救濟之原因案件範圍之釐清及未來有待另為補充之部分

一、本院釋字第一七七號解釋謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」釋字第一八五號解釋亦謂：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」。二者均規定經本院宣告為違憲之法令，得做為再審或非常上訴之理由。惟該二號解釋：（一）並未明示所謂得做為再審或非常上訴理由之本院解釋，是否包括本院宣告違憲法令於一定期限後失效（定期失效）之解釋（下稱第一個問題）；且（二）並未明示釋字第一七七號及第一八五號解釋所得適用之原因案件，是否（1）僅限於「該二號解釋之聲請人據以聲請該二號解釋之原因案件」及「該二號解釋公布之後聲請本院解釋並經本院宣告違憲法令失效之原因案件」（最窄適用範圍），或（2）另包括「該二號解釋之聲請人於該二號解釋前曾獲本院宣告違憲解釋之原因案件」（較廣適用範圍），抑或（3）更包括「該二號解釋之前本院所有曾宣告違憲解釋，而不限於與該二號解釋聲請人有關之案件」（最廣適用範圍）（下稱第二個問題）。

二、系爭解釋補充本院釋字第一七七號及第一八五號解釋，而規

定：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。」亦即系爭解釋已經解決前述第一個問題，使本院宣告違憲法令「定期失效」者，亦可做為原因案件聲請再審或提起非常上訴之理由。然系爭解釋並未處理第二個問題，以至釋字第一七七號、第一八五號及系爭解釋所得適用之原因案件，是否限於該三號解釋聲請人據以聲請之原因案件，抑或應有更大範圍之適用，並不明確。

三、本號解釋規定：「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴」。故本號解釋係針對本院以往「宣告法令違憲並定期失效」之解釋，採前述「最廣適用範圍」；依本號解釋，得聲請再審或循非常上訴救濟者，包括（1）系爭解釋之聲請人據以聲請該號解釋之原因案件；（2）系爭解釋發布後，獲本院宣告法令定期失效之原因案件；（3）據以聲請系爭解釋之各該本院解釋（含釋字第六三八號、第六五八號、第六七〇號及第七〇九號等四解釋）之原因案件；（4）系爭解釋以前本院曾作成違憲法令定期失效宣告之「一切解釋」之原因案件。

四、由於本號解釋係針對本院宣告「違憲法令定期失效」之解釋，確認其適用之原因案件範圍，故對於本院宣告「違憲法令立即失效」之解釋之適用範圍，尚待將來進一步補充。由於釋字第一七七號、第一八五號解釋本來即得向後發生效力，故據以聲請該二號解釋之各該本院解釋之原因案件，以及本院在該二號解釋後所作成「立即失效」解釋之原因案件，均有獲再審或非常上訴等救濟之機會；此外，該二解釋前本院作

成之其他「立即失效」解釋之原因案件，是否亦均得持該二解釋做為個案救濟之法律基礎，有待未來的解釋予以釐清。此種情形數目固然不多（由於該二解釋係於民國七十三年以前做成，除刑事案件外，其餘情形，均應已逾提起再審期限），然對本院解釋效力範圍之釐清，有其重要意義。在就此部分另有解釋前，如法院遇有該二解釋之前本院所為「立即失效」解釋之原因案件循求個案救濟，除已逾再審期限外，基於舉輕以明重之法理，「宣告法令定期失效之解釋」既可適用於系爭解釋前之「一切」「宣告定期失效解釋」之原因案件，使其獲得個案救濟，則「宣告法令立即失效之解釋」自亦可適用於釋字第一七七號及第一八五號解釋前之「一切」「宣告立即失效解釋」之原因案件，使其亦獲得個案救濟。

貳、本號解釋究為釐清釋字第七二五號之「原意」抑或增加該號解釋新的內容

- 一、聲請本院補充解釋有其受理門檻；亦即必須確定終局裁判曾適用本院以往所為之個別解釋，且須經核確有補充解釋之正當理由。然本院並未限制如何補充以往解釋。有因以往解釋「如何適用」並不明確而應增加內容以釐清其規範者（如本院釋字第三二五號解釋對於立法院得否行使調閱權及其條件並不明確，而以釋字第七二九號予以補充）；有因以往解釋「並未處理」相關事項而應補充處理者（如本院釋字第一七七號及第一八五號解釋僅就宣告法令立即失效之解釋，規定得做為原因案件再審等救濟之理由，而未規定就宣告法令定期失效之解釋做為原因案件個案救濟之理由，而以系爭解釋予以補充）；有補充後續救濟程序者（如本院釋字第六五三號解釋宣告羈押法相關規定違憲，但立法機關遲未修正該等規定，故以釋字第七二〇號解釋補充個案救濟方式）；有限縮或變更以往解釋，然仍以補充解釋形式作成解釋者（如本院釋字第四四五號解釋肯定集會遊行事前許可制之合憲性，然釋字第

七一八號解釋規定緊急及偶發性之集會遊行採事前許可制為違憲，但仍以補充解釋之形式為之）等，不一而足。

二、本件情形，與以往補充解釋之情形稍有差異。系爭解釋係規定：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴」。由客觀文義而言，其所稱「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者」，原意應係指「凡本院以往曾就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之所有解釋」，為該解釋適用之範圍。本號解釋確認此點，故其性質上係以補充解釋之方式，釐清系爭解釋之「原意」。本號解釋理由書所稱：系爭解釋「雖未就『聲請人就聲請釋憲之原因案件』等語，明定其適用範圍，然由系爭解釋文所稱『本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者』等語可知：凡本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。」（見本號解釋理由書第三段）亦寓有澄清系爭解釋「真義」之意旨。

協同意見書

湯德宗大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

林俊益大法官 加入

本件解釋共有七位聲請人，四位姓彭，三位姓陳。四位彭姓聲請人是本院釋字第七〇九號解釋併案審查的三件原因案件中的一件（即最高行政法院一〇〇年度判字第〇九二號判決）的當事人，但四位聲請人中僅彭龍三一人當初曾就該確定終局判決向本院聲請釋憲；三位陳姓聲請人是本院釋字第七〇九號解釋併案審查的三件原因案件

中的另一件（即最高行政法院一〇〇年度判字第二〇〇四號判決）的訴訟承受人（註一），但三位聲請人中僅陳淑蘭一人當初曾就該確定終局判決向本院聲請釋憲。前述七位聲請人於本院釋字第七二五號解釋公布之後，以該號解釋為依據，提起再審之訴，尋求救濟，詎最高行政法院分別以一〇四年度裁字第四七〇號裁定（原告為四位彭姓聲請人）及一〇四年度裁字第五四六號裁定（原告為三位陳姓聲請人）駁回再審。駁回的理由均為：「本件再審原告並非司法院釋字第七二五號解釋之聲請人，原確定判決亦非該解釋之原因案件」。以上七人乃聲請本院補充解釋本院釋字第七〇九號解釋及第七二五號解釋，希「廓清再審之主體範圍」。

本解釋就本院釋字第七二五號解釋補充釋示：「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴」。亦即，闡明釋字第七二五號解釋之意旨於該號解釋作成前，本院所為之定期失效解釋之原因案件亦有適用。就此結論，本席敬表贊同，並協力形成可決之多數；然而本解釋（如同釋字第七二五號解釋）並未確切說明理由——何以本院釋字第七二五號解釋，對該號解釋作成前，本院所為「定期失效解釋」之原因案件，亦有適用？另外，如何認定所謂「定期失效解釋之原因案件」，理由書亦未置一辭。為發揮本解釋「補充解釋」之功能，使下級法院知所遵循，補強必要的論理，爰提出協同意見書如后。

一、解釋文應具體說明，如上補充解釋係為貫徹憲法保障人民訴訟權之本旨

本院釋字第七二五號解釋固明白釋示：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴」，然其理由僅一語含糊帶過：俾「以保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻」（該解釋

理由書第二段參照)。本解釋依樣畫葫蘆，複製該句話，貼在解釋理由書第三段第一句當中（係「在保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻」）。試問：凡本院所為定期失效之解釋，其聲請人均得就其原因案件，據以請求再審或其他救濟，究係在保障聲請人的何種權益？本院所為有關人民權利之解釋，不都是為「保障聲請人之權益」？本院所為憲法解釋原則上僅向後（自解釋公布之日起）生效，何以准許經宣告法令定期失效之解釋案之聲請人，得例外地溯及引據該解釋，就原因案件提起再審或其他救濟？

本席前在釋字第七二五號解釋的協同意見書已剴切指陳：本院依人民聲請作成法令定期失效之解釋，所以應例外地允許聲請人得以之作為原因案件再審（或其他救濟）之依據，乃為貫徹憲法保障人民「訴訟權」之意旨，蓋法院應依據合憲之法律進行裁判，乃憲法上「訴訟權」保障之前提。確定終局裁判所適用之法令，既經大法官依人民聲請解釋，認定為違憲，並宣告定期失效，則對於原受不利確定終局裁判之人民，自應許其以該有利解釋為依據，提起再審或其他救濟，訴訟權之保障才不致淪為空談。畫餅充飢，口惠而實不至。

也唯有如此說理，才能避免讀者誤解——以為本解釋使得釋字第七二五號解釋產生溯及效力，可「溯及地」適用於該解釋公布前，本院所為各「定期失效解釋」之原因案件。實則，依本席的理解，「本院所為定期失效之解釋，其聲請人即得就其原因案件，據以請求再審或其他救濟」，乃本院自釋字第一七七號、第一八五號解釋以來，所確立的具有一般拘束力的憲法規範！釋字第七二五號解釋於此意旨並無絲毫增損，（註二）本解釋亦然（僅重申釋字第七二五號解釋之意旨而已）。

綜上，本席以為「解釋文」應修正如下：

為貫徹憲法保障人民訴訟權之意旨，凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於

一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴。本院釋字第七二五號解釋應予補充。

二、理由書應補充說明：所謂「原因案件」應以經各該解釋宣告定期失效之條文為範圍

本解釋（一如釋字第七二五號解釋）既未宣告任何法令定期失效，自非所謂「定期失效之解釋」。是本件七位聲請人如欲循求再審或其他救濟，須以釋字第七〇九號解釋為依據。惟，如前所述，七位聲請人中僅彭龍三及陳淑蘭二人，當初曾分別就釋字第七〇九號解釋併案審查之三件原因案件中之各一件，向本院申請釋憲，故得就其「原因案件」，據釋字第七〇九號解釋，請求再審或其他救濟（至其餘五人因非釋字第七〇九號解釋之「聲請人」，乃無從據釋字第七〇九號解釋，請求再審或其他救濟）。又，確定終局裁判往往適用多個法條，依前揭本解釋之意旨，所謂「定期失效解釋之原因案件」自應以經各該解釋宣告定期失效者為範圍（至於經本院宣告合憲或不予受理之條項，則非屬所謂「原因案件」之範圍）。準此，彭龍三及陳淑蘭二人雖為釋字第七〇九號解釋之「聲請人」，然再審法院倘認定其等當初僅就都市更新條例第二十二條及第三十六條聲請釋憲，而本院審理後，於釋字第七〇九號解釋既分別宣告為「合憲」與「不予受理」，故均非屬本解釋所稱「原因案件」之範圍。雖然如此，仍無損於本解釋作為制度性通案規範的價值。

具有一般拘束力的抽象違憲審查（規範控制 Normenkontrolle），性質上已近於「立法」活動。由於人類抽象思考能力有其極限，本院以解釋所建立之規範不盡周延，在所難免。如能於解釋草案完成後、公布前，將解釋意旨試行適用（模擬演習）於原因案件，檢視其合理性，並酌作修正，當能更臻妥適。

註解：

註一：參見最高行政法院100年度判字第2004號判決（「七、本院按：（一）陳子文於上訴後之100年6月22日，經臺灣臺北地方法院100年度監宣字第38號民事裁定為受監護宣告之人，並指定陳淑蘭、陳淑玲、陳淑韻等3人為共同監護人，渠等3人聲明承受訴訟，經核並無不合，應予准許」）。

並參見行政訴訟法第181條第1項（「訴訟程序當然停止後，依法律所定之承受訴訟之人，於得為承受時，應即為承受之聲明」）、行政訴訟法第186條（「民事訴訟法第一百六十八條至第一百七十一條、第一百七十三條、第一百七十四條、第一百七十六條至第一百八十一條、第一百八十五條至第一百八十七條之規定，於本節準用之」）、民事訴訟法第170條（「當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止」）。

註二：釋字第725號解釋對釋字第177號、第185號解釋所為之補充，在於釋示法院再審之裁判準據（謂：「如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判」）。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本席對於聲請人彭龍三先生部分之聲請應予受理，及對解釋文內容，敬表同意，爰將本席同意之理由補充說明如下：

一、本件係關於最高行政法院之確定終局裁判認本院釋字第七二五號解釋中，所稱「就聲請釋憲之原因案件得據以請求再審或其他救濟等之聲請人」，應僅限於釋字第七二五號解釋之聲請人，不包括關聯解釋（指本院以定期失效方式宣告特定法令違憲之多個解釋而言，下同）之釋憲聲請人，即以本院釋字第七〇九號解釋

為例：最高行政法院確定終局裁判認除王廣樹先生一人（王先生為釋字第七二五號解釋聲請人中唯一併為第七〇九號解釋之聲請人者）以外之其他釋字第七〇九號解釋聲請人不得依據本院釋字第七二五號解釋聲請再審等救濟，此一裁判意旨是否合憲之爭議。

- 二、一般而言，本院大法官解釋之客體為法令，而且不包括法院個案裁判之見解，但為何本件應予受理？其原因乃在於本號解釋與本院釋字第七二五號解釋同，性質上並非可以獨立存在之解釋，而係延續本院釋字第一七七號及第一八五號解釋之意旨，並為關聯解釋之補充，此由類如本號解釋及本院釋字第七二五號解釋均未如一般本院解釋，具體指出何一法令違憲之事實，應可說明之。又查既然本號解釋及本院釋字第七二五號解釋之性質與本院一般具體宣告何一法令違憲之解釋之性質有異，則自不應以所謂本院一般解釋效力應不溯及既往為由，認為本件解釋內容與不溯既往原則必然相牴觸（從而於本院釋字第七二五號解釋作成後，得聲請再審等救濟者限於第七二五號解釋之聲請人），本席見解與不同意見大法官之見解不同。
- 三、本件解釋及本院釋字第七二五號解釋所以需要被作成，其原因在於：本院作成多個解釋宣告特定法令違憲並定期失效後，比如本院釋字第七〇九號宣告都市更新條例第十條第一項及第十九條第三項前段規定違憲並定期一年後失效後，該釋字第七〇九號解釋聲請人王廣樹先生乃據該號解釋聲請再審，卻遭行政法院以於原確定終局裁判確定時，該都市更新條例第十條等規定尚屬有效為由，駁回王先生之再審聲請。即於如本院釋字第七〇九號之解釋作成之後，就同一原因案件再生爭議。本院乃依王廣樹先生及其他釋字第六三八號、第六五八號、第六七〇號等解釋原聲請人之釋憲聲請，並延續本院釋字第一七七號及第一八五號解釋所宣示之「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」之意旨，以釋字第七二五號解釋澄清：「法院不得以

被宣告定期失效之法令在該定期內仍屬有效為由駁回再審等救濟聲請」。故本院釋字第七二五號解釋沒有限縮該號解釋所稱之聲請人僅為釋字第七二五號解釋之聲請人（以釋字第七〇九號解釋為例：為王廣樹先生）之意思。亦即若非因行政法院就違憲並定期失效法令部分，誤認關聯解釋之聲請人無權據各該解釋為再審聲請等救濟，本院根本無需另作成本院釋字第七二五號解釋。換言之，類如本院釋字第七〇九號解釋等宣告法令違憲並定期失效之各該關聯解釋之聲請人（指其原因案件之確定終局裁判所適用之法令，經本院解釋宣告違憲之聲請人而言，不包括被宣告合憲或其聲請經不受理者），本不待本院釋字第七二五號解釋即均得聲請再審等救濟，本院釋字第七二五號解釋沒有限縮得聲請再審等之救濟者僅為本院釋字第七二五號解釋之聲請人之意，也不應被認為有此意思，否則即不足保護關聯解釋之釋憲聲請人之訴訟權等權益，最高行政法院之上開見解不符本院釋字第一七七號解釋意旨。又就本件解釋而言，若非行政法院未辨明本院釋字第七二五號解釋與本院具體宣告特定法令違憲之其他解釋之性質差異，因而誤解本院釋字第七二五號解釋所稱聲請人單指該第七二五號解釋之聲請人，本院又何須另作成本件解釋哉？！也因為本件解釋及本院釋字第七二五號解釋性質上不具獨立性，係補充、確認其他本院宣告法令違憲並定期失效之關聯解釋之適用範圍而已，故均無所謂與不溯既往原則牴觸可言。蓋得為再審等救濟者，仍以關聯解釋之聲請人為限，並未回溯於關聯解釋作成前，更未擴及各該關聯解釋之聲請人以外之人。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋為【宣告法令定期失效解釋適用原因案件範圍案】。本件聲請，緣於本院釋字第七〇九號解釋（中華民國（下

同)一〇二年四月二十六日)而來,該號解釋之聲請人有A、B、C等五十七人(併有三件聲請案),認最高行政法院確定終局判決(註一)所適用之都市更新條例有違憲疑義而聲請釋憲,本院大法官作成釋字第七〇九號解釋謂:「上開規定(註二)均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分,於本解釋公布之日起一年內檢討修正,逾期未完成者,該部分規定失其效力。」亦即宣告違憲法律定期失效。

後聲請人A據釋字第七〇九號解釋,就原確定判決提起再審之訴,經最高行政法院裁定(註三)援引該院九十七年判字第六一五號判例(註四),認相關規定在該解釋所定期限前仍屬有效,並非立即失效,無從對聲請人據以聲請之案件發生溯及效力等理由,駁回再審之訴確定。聲請人A再據該確定終局判決,聲請釋憲,經本院大法官作成釋字第七二五號解釋:「本院就人民聲請解釋憲法,宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者,『聲請人』就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟」(粗體及標示等為本意見書添加,下同)。

聲請人B嗣亦據釋字第七〇九號解釋,就原確定終局判決(註五)提起再審之訴,經最高行政法院判決(註六)基於上開同一理由,駁回再審之訴確定,B乃據A聲請釋憲之本院釋字第七二五號解釋意旨,再對前開駁回再審之訴之確定判決,提起再審之訴,經最高行政法院一〇四年度裁字第四七〇號裁定(下稱本件確定終局裁定)駁回,其主要理由謂:「本件再審原告,並非司法院釋字第七二五號解釋之聲請人,原確定判決亦非該號解釋之原因案件」。B認本院釋字第七二五號解釋未明定聲請釋憲原因案件之適用,有補充解釋之必要,而聲請本院補充解釋。

本件釋憲案之關鍵爭點,在於A、B二人同為本院釋字第七〇九號解釋宣告定期失效案之聲請人,A聲請本院作成釋字第七二五號解釋,該解釋所稱「聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟」之聲請人,是否僅限於釋字第七二五號

解釋之聲請人（例如 A），抑或係指本院解釋宣告定期失效（即釋字第 0 九號聲請案）之所有聲請人（A、B、C 等五十七人）？或指所有經本院宣告定期失效解釋之所有聲請人？

本席協力形成可決多數之意見認為，「『凡』本院『曾』就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保護釋憲聲請人之權益。本院釋字第七二五號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用。本院釋字第七二五號解釋應予補充。」本席敬表贊同。惟因本號解釋，涉及大法官解釋之效力範圍，包括「人之效力」及「時之效力」，關於解釋理由之建構，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、聲請補充解釋程序要件之審查

依歷來本院大法官所作之補充解釋而觀，可分為三種類型：1.機關聲請補充解釋（註七）；2.人民聲請補充解釋（註八）；3.大法官依職權逕行補充解釋（註九）。關於人民聲請補充解釋之要件，以大法官第六〇七次會議決議（註十）及第九四八次會議決議（註十一）內容作為判斷基準。綜合二次決議內容觀之，明確指出人民聲請補充解釋之兩種途徑及要件：即 1.人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第五條第一項第二款規定，予以解釋；（註十二）2.當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請解釋時，依大審法有關規定視個案情形審查決定之。（註十三）前揭決議所稱「確有正當理由」、「視個案情形審查」，係指確有受理之憲法解釋價值而言。

本件聲請補充解釋，係 B 就最高行政法院駁回其再審之訴之本件確定終局裁定，所適用之本院釋字第七二五號解釋，發生疑義而聲請，涉及大法官解釋之效力範圍，包括「人之效力」及「時

之效力」，亦包括大法官解釋之一般效力與補充解釋之效力問題，是以本件解釋首段乃謂：「按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理（本院釋字第五〇三號解釋參照）」，闡明本院釋字第七二五號解釋確有受理之憲法解釋價值。本席敬表贊同，並補充說明如上。

參、賦予聲請釋憲成功者得依法救濟之法理基礎

人民聲請解釋憲法，（註十四）經解釋之結果，於聲請人有利益時（即聲請釋憲成功），該解釋效力應及於聲請人據以聲請之原因案件，且聲請人得據解釋依法定程序請求救濟，其法理基礎為何？依本院解釋之發展脈絡觀之，有「保障聲請人權益說」及「獎勵憲法貢獻說」：（註十五）

一、保障聲請人權益說

（一）本院釋字第一七七號解釋（七十一年十一月五日）

於本院釋字第二一八號解釋（七十六年八月十四日）前，本院解釋對違憲宣告，均僅宣告確定終局裁判所適用之法令「與憲法意旨不符」，至該被宣告「與憲法意旨不符」之法令，效力如何？本院解釋文或解釋理由，依憲法第一百七十一條第一項及第一百七十二條規定，說明該法令「當然失其效力」（註十六）、「與上述見解未洽部分，應不予援用。」（註十七）

人民主張其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法令發生有牴觸憲法之疑義，經本院解釋，該確定終局裁判所適用之法令有牴觸憲法，該法令當然失其效力。此一解釋結果，對聲請人之人民，有何影響？本院釋字第一七七號解釋後段謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」所謂「亦有效力」，究何所指？該號解釋理由特別闡明：「人民聲請解

釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，『為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定』（按：現已修正為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款）（註十八），該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟。」由此可知，賦予聲請釋憲成功者得依法定程序請求救濟之法理基礎，在於「為符合大審法許可人民聲請解釋之規定」。所謂「為符合大審法許可人民聲請解釋之規定」之意涵，（註十九）如對照本院釋字第一七七號解釋前段所稱「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」，似指貫徹憲法保障人民權益之本旨（或可稱之為「訴訟權保障說」（註二十））。

最高法院六十年台再字第一七〇號判例謂，消極的不適用法規，不屬於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」，惟本院釋字第一七七號解釋前段認為：「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者」，屬於上開規定所稱「適用法規顯有錯誤」，前揭判例，與上述見解未洽部分，應不予援用，「為貫徹憲法保障人民權益之本旨」，乃賦予該號解釋之聲請人，能溯及地引據該解釋就該原因案件依法定程序請求再審。嗣本院釋字第一八三號解釋理由更闡示：本院釋字第一七七號解釋之解釋文所稱「本院依人民聲請所為之解釋」，係指人民……聲請所為之解釋而言，該項解釋之效力，及於該聲請人所據以聲請解釋之案件，俾得依法定程序請求救濟。

此外，本院釋字第一九三號解釋（七十四年二月八日）並謂：至本院釋字第一七七號解釋所稱：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，於聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解

釋之各案件，亦可適用。另釋字第六八六號解釋（一〇〇年三月二十五日）另謂：「本院就人民聲請解釋之案件作成解釋公布前，原聲請人以外之人以同一法令抵觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經本院大法官決議認定符合法定要件者，其據以聲請之案件，亦可適用本院釋字第一七七號解釋所稱『本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力』。本院釋字第一九三號解釋應予補充。」均在闡述：得據解釋依法定程序請求救濟之「人的範圍」，從同一聲請人之「一」聲請案擴大至同一聲請人之「數」聲請案（釋字第一九三號解釋）；從同一法令違憲之「一」聲請人擴大至未合併辦理之「數」聲請人（釋字第六八六號解釋）。

（二）本院釋字第一八五號解釋（七十三年一月二十七日）：
重申釋字第一七七號解釋後段意旨

釋字第一七七號解釋後，行政法院判決（註二一）仍繼續援引其六十二年判字第六一〇號判例（註二二），謂釋字第一七七號解釋後段，僅係法律見解歧異，非適用法規錯誤，而不適用釋字第一七七號解釋後段。該確定終局判決之當事人，乃聲請本院作成釋字第一八五號解釋。本院似乎感於下級法院憲法意識不足，乃藉釋字第一八五號解釋，確立大法官解釋之「對世效力」、「一般拘束力」之憲法規範。該解釋謂：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」此外，並重申釋字第一七七號解釋後段意旨，而謂：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院

依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。」

(三) 本院釋字第一八八號解釋（七十三年八月三日）

本院釋字第一八八號解釋後段：「惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由。」解釋理由謂：「引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，即屬適用法規顯有錯誤或違背法令，為保護人民之權益，應許當事人據該解釋為再審或非常上訴之理由，依法定程序請求救濟。」嗣本院釋字第二〇九號解釋，再就聲請人得據違憲宣告之解釋依法提起再審之訴之不變期間，予以補充解釋：「其提起再審之訴或聲請再審之法定不變期間，參照民事訴訟法第五百條第二項但書規定，應自該解釋公布當日起算，惟民事裁判確定已逾五年者，依同條第三項規定，仍不得以其適用法規顯有錯誤而提起再審之訴或聲請再審，本院釋字第一八八號解釋應予補充。」

綜上可知，從本院釋字第一七七號、第一八五號至第一八八號等解釋，本院均以「為保障（護）人民之權益」為由，而許當事人據各該宣告立即失效之解釋，依法定程序請求救濟。

二、併採保障聲請人權益說及獎勵憲法貢獻說

本院針對違憲法令所為解釋採定期失效，首見釋字第二一八號解釋（註二三）（七十六年八月十四日），即法令雖經宣告違憲，但在一定期間內仍屬有效。上開釋字第一七七號及第一八五號解釋，均係針對本院宣告違憲法令立即失效而為之解釋，至於宣告定期失效之情形，該解釋效力應否及於聲請人據以聲請之原因案件？聲請人得否依法定程序請求

救濟？釋字第一七七號及第一八五號解釋均未及明示，本院乃依人民聲請而作成釋字第七二五號解釋（一〇三年十月二十四日），予以補充，其謂：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第一七七號及第一八五號解釋應予補充。」

就聲請釋憲成功者得據解釋依法救濟之法理基礎，本號解釋理由進一步申論：「本院釋字第一七七號及第一八五號解釋，就本院宣告法令違憲且立即失效者，已使聲請人得以請求再審或檢察總長提起非常上訴等法定程序，對其原因案件循求個案救濟，以保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。」除援用釋字第一七七號、第一八五號及第一八八號解釋所採「保障（護）聲請人之權益」外，另增加「肯定其對維護憲法之貢獻」之理由（或稱「獎賞理論」（註二四））。

所謂「肯定其對維護憲法之貢獻」一詞，似成為可否據本院解釋依法定程序請求救濟之關鍵？即聲請釋憲成功者，對維護憲法有貢獻，始得據有利之解釋，依法定程序請求救濟。釋字第七二五號解釋之聲請人，共有四件聲請釋憲案，即釋字第六三八號、第六五八號、第六七〇號及第七〇九號解釋。釋字第七〇九號解釋之聲請人有A、B、C等五十七人，A聲請釋憲，獲得有利之釋字第七二五號解釋。嗣B援引釋字第七二五號解釋，提起再審之訴，本件確定終局裁定駁回其訴，其主要理由謂：「本件再審原告，並非司法院釋字第七二五號解釋之聲請人，原確定判決亦非該號解釋之

原因案件。」非聲請釋字第七二五號解釋之聲請人，對維護憲法無貢獻，故不得據釋字第七二五號解釋依法定程序請求救濟。此是否係因「肯定其對維護憲法之貢獻」一詞所造成之誤會？殊值釐清！

本席認為，無論採保障聲請人權益說或獎勵憲法貢獻說，經本院解釋宣告法令違憲而定期失效之釋憲聲請人，對適用該違憲法令之確定終局裁判，均得據解釋請求救濟。先從保障聲請人權益說而觀，該聲請人權益有保障之必要性，不應因違憲法令被宣告立即失效或定期失效而有不同。另從獎勵憲法貢獻說而言，聲請人聲請本院作成宣告違憲法令定期失效，其對維護憲法之貢獻，亦不應因違憲法令被宣告立即失效或定期失效而有差異。是以本號多數意見認為，釋字第七二五號解釋文所稱「聲請人」，係指「各該解釋之聲請人」，均得就其原因案件循求個案救濟，以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其維護憲法之貢獻，而非僅限於釋字第七二五號解釋之聲請人，始得就其據以聲請該號解釋（例如釋字第六三八號、第六五八號、第六七〇號及第七〇九解釋）之原因案件，請求救濟。

綜上所論，人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益時，不論該解釋宣告係「立即失效」或「定期失效」，該解釋效力均應及於聲請人據以聲請之原因案件，聲請人均得依法定程序請求救濟。

肆、大法官解釋之時間效力

關於本院依機關或人民聲請所為之解釋，應自何時起生效？即所謂大法官解釋之時間效力問題。

關於本院「依機關聲請」所為之統一解釋，本院釋字第一八八號解釋前段謂：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。各機關處理引起歧見

之案件及其同類案件，適用是項法令時，亦有其適用。」明示：「除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。」

關於本院「依人民聲請」所為之解釋，本院釋字第五九二號解釋：「本院釋字第五八二號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。」重申同一意旨。

釋字第七二五號解釋謂：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。」解釋之標的係「本院宣告定期失效之解釋」（包括釋字第二一八號解釋之後至釋字第七二四號解釋中有宣告定期失效之所有解釋，計六十九號解釋），該號解釋於一〇三年十月二十四日公布，自該日起，本院宣告定期失效解釋之所有聲請人，均得就聲請釋憲之原因案件，依法定程序請求再審救濟，自不以釋字第七二五號解釋之聲請人為限。究其實，釋字第七二五號解釋意旨，本甚清楚明白，奈因最高行政法院判決有不同看法，影響人民權益之保障，為貫徹憲法保障人民訴訟權之意旨，本院爰就釋字第七二五號解釋予以補充，重申該號解釋所稱「聲請人」，係指各該解釋之所有聲請人，且包括釋字第七二五號解釋公布前，所有本院就人民聲請解釋憲法經宣告定期失效之解釋。

伍、結論

依憲法第八十條規定，法官須依據「法律」獨立審判，第一百七十一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效。」是以法官應依「符合憲法之法律」獨立審判自明。本院釋字第五七四號解釋理由更指出：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內

容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。」

本院就人民聲請解釋憲法，本院解釋宣告確定結局裁判所適用之法令「立即失效」或「定期失效」，無論何者，均肯認聲請釋憲成功者得據解釋依法定程序請求救濟。前者，本院釋字第一七七號解釋，基於保障聲請人之權益；後者，本院釋字第七二五號解釋，基於為保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻，賦予聲請釋憲成功者得據解釋依法救濟之法理基礎。

依本院釋字第五七四號解釋所示，憲法保障人民訴訟權之意旨，在於使人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。本件解釋理由最後謂：「俾使系爭解釋以外其他聲請本院解釋之聲請人，於本院宣告確定終局裁判所適用之法令違憲並定期失效後，皆能獲得應有之救濟，以『符合憲法保障人民訴訟權之意旨，並肯定其維護憲法之貢獻』。」似有意將解釋文所稱「以保障釋憲聲請人之權益」，指向「以貫徹憲法保障人民訴訟權之本旨」，果真如此，對本院釋字第七二五號解釋之效力，溯及於該號解釋公布前所有經宣告定期失效之解釋聲請人，必更能提供更堅強的立論基礎。

註解：

註一：最高行政法院100年度判字第2092號判決等。

註二：指87年11月11日制定公布之都市更新條例第10條第1項、第2項；92年1月29日修正公布之都市更新條例第19條第3項前段。

註三：最高行政法院102年度裁字第936號裁定（王廣樹部分）。

註四：最高行政法院97年判字第615號判例要旨：「司法院釋字第一八五號解釋：『……確定終局裁判所適用之法律或命

令，……，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……』僅係重申司法院釋字第一七七號解釋『本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力』之意旨，須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。」

註五：最高行政法院100年度判字第2092號判決。

註六：最高行政法院102年度判字第580號判決。

註七：例如，釋字第254號解釋，補充釋字第199號解釋；釋字第299號解釋，補充釋字第282號解釋；釋字第592號解釋，補充釋字第582號解釋。

註八：例如，釋字第156號解釋，補充釋字第148號解釋；釋字第503號，補充釋字第356號解釋等。

註九：例如，釋字第610號解釋，補充釋字第446號解釋。

註十：67年11月24日大法官第607次會議決議：「人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院大法官會議法第4條第1項第2款之規定，予以解釋」。

註十一：81年3月27日大法官第948次會議決議：「當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請解釋時，依大法官會議法有關規定視個案情形審查決定之。」

註十二：例如，釋字第156號解釋，補充釋字第148號解釋，解釋理由書第2段明文指出：「按本院大法官會議第五百零七次會議決議：『人民對於本院就其聲請解釋案件所為之解釋，聲請補充解釋，經核確有正當理由應予受理者，得依司法院

大法官會議法第四條第一項第二款之規定，予以解釋』。本件聲請，依照上項決議，認為應予補充解釋。」

註十三：例如，釋字第503號解釋，補充釋字第356號解釋，解釋理由書第1段首句指出：「按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理。」

註十四：本段所論，係指本院依人民聲請所為之解釋，至於本院就中央或地方機關行使職權適用憲法、法律或命令發生疑義或爭議時，依其聲請所為解釋之效力，係另一問題，本院釋字第183號著有解釋。

註十五：參李劍非，〈釋字第七二五號解釋：憲法訴訟的第一哩路〉，《月旦裁判時報》，第33期，104年3月，頁83-84，認為釋字第725號解釋係兼採「訴訟權理論」及「獎賞理論」。

註十六：例如，釋字第185號解釋文及解釋理由均謂：「違背解釋之判例，當然失其效力」。

註十七：本院釋字第177號解釋謂：「最高法院六十年度台再字第一七〇判例，與上述見解未洽部分，應不予援用。」

註十八：現已修正為，司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款：「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。」

註十九：按人民聲請解釋憲法制度之主觀目的，在於保障人民憲法上之權利，詳見，林錫堯，《論人民聲請解釋憲法解釋之制度》，73年7月，世一，頁16以下。

註二十：請參閱，湯德宗大法官於釋字第725號解釋所提出之協同意見書。

註二一：例如，行政法院72年判字第1004號判決（見釋字第185號解釋聲請書所附判決）。

註二二：行政法院62年判字第610號判例要旨：「行政訴訟法第二十四條規定，有民事訴訟法第四百九十六條所例各款情形之一者，當事人對於本院判決，固得提起再審之訴，惟民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤，係指原判決所適用之法規與該案應適用之現行法規相違背或與解釋、判例有所牴觸者而言。至於法律上見解之歧異，再審原告對之縱有爭執，要難謂為適用法規錯誤，而據為再審之理由。」

註二三：釋字第218號解釋謂：「應自本解釋公布之日起六個月內停止適用。」並非立即失效。

註二四：請參閱，釋字第725號解釋中，蘇永欽大法官及羅昌發大法官分別提出之協同意見書，李震山大法官提出之部分協同意見書。

不同意見書

黃璽君大法官 提出

本解釋多數意見認本院釋字第七二五號解釋（下稱系爭解釋）應溯及適用，本席尚難贊同，爰提不同意見如后。

一、大法官解釋之效力，係經由大法官解釋逐漸形成體系

關於本院解釋之效力，憲法及法律均未明文規範，而經由本院解釋逐步形成。在系爭解釋公布前，已形成之原則，可歸納如下：

- （一）本院解釋，除解釋文內另有明定者外，原則上自解釋公布當日起，向將來發生效力（本院釋字第一八八號（註一）、第五九二號（註二）解釋參照）。
 1. 本院依人民聲請所為法令違憲審查之解釋或統一解釋均自該解釋公布當日起發生效力。
 2. 本院解釋之溯及生效或定期生效，須於解釋文中明定之（註三）。

(二) 解釋自公布日起有拘束全國各機關及人民之效力(本院釋字第一八五號(註四)、第五九二號(註五)解釋參照)。

(三) 依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力(本院釋字第一七七號(註六)、第一八三號(註七)、第一八五號(註八)、第一八八號(註九)、第一九三號(註十)、第二〇九號(註十一)、第六八六號(註十二)解釋參照)。

1. 所謂：「亦有效力」，係指該解釋之效力，及於該聲請人所據以聲請解釋之案件，得依法定程序請求救濟(作為再審、非常上訴或其他救濟程序之理由)。此係對聲請解釋之聲請人所設例外，以肯定其對維護憲法之貢獻(註十三)。非該解釋之其他聲請人，則無此權益，不得據該解釋請求再審等救濟。

2. 聲請人據以聲請之案件係包括：聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件及解釋公布前，原聲請人以外之人以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經本院大法官決議認定符合法定要件者，其據以聲請之案件。

3. 聲請人請求再審之一般期間規定(例如民事訴訟法第五百條第一項、行政訴訟法第二百七十六條第一項規定)，自該解釋公布當日起算。惟仍受不得請求再審之期間限制(例如民事訴訟法第五百條第二項但書、行政訴訟法第二百七十六條第四項規定)。

二、宣告法令定期失效之解釋，在系爭解釋公布前並無特別之解釋，自應適用上開附註1至12解釋

(一) 本院自釋字第二一八號解釋起，始宣告法令定期失效。該解釋前有關解釋效力之各解釋，固係對立即失效之解釋所為，惟在系爭解釋就定期宣告解釋之效力另為解釋前，人民及各機關仍應依上開附註解釋為之。

(二) 本院就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局

裁判所適用之法令定期失效，聲請人得否據以再審等救濟？

1. 在系爭解釋公布前，聲請人依上開附註解釋，雖得依該宣告法令定期失效之解釋請求再審等救濟，惟請求再審等救濟時，該定期失效法令尚未失效，法院究應受解釋拘束，適用尚未失效之法令裁判，或逕排除適用該法令即自為裁判？本席認尚不得逕排除不予適用即自為裁判。此觀系爭解釋對此釋示「法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。」未許逕排除不予適用即自為裁判，而須俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。
2. 宣告法令定期失效之解釋，其聲請人得先提起再審，法院「俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判」，此效力係由系爭解釋而來。依前所述，本院解釋除解釋文內另有明定者外，原則上自解釋公布當日起，向將來發生效力，僅該解釋之聲請人得據此請求再審等救濟。

（三）系爭解釋並無明文溯及生效

1. 本解釋究認系爭解釋本身已賦予溯及效力，或係由本解釋賦予系爭解釋溯及效力？

解釋理由書謂：「然由系爭解釋文所稱『本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者』等語可知：凡本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。且系爭解釋係針對本院為法令定期失效宣告之解釋，應係制度性之通案規範，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋（含本院釋字第七二五號前之宣告違憲法令定期失效之解釋），各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟，以保障釋憲聲請人之權益，而非僅限於系爭解釋之聲請人始得就其據

以聲請該號解釋之原因案件請求救濟，俾使系爭解釋以外其他聲請本院解釋之聲請人，於本院宣告確定終局裁判所適用之法令違憲並定期失效後，皆能獲得應有之救濟，以符合憲法保障人民訴訟權之意旨，並肯定其維護憲法之貢獻。本院釋字第七二五號解釋應予補充。」其由系爭解釋之解釋文推論應有溯及效力，似意指系爭解釋即已賦予溯及效力。

2. 系爭解釋之解釋文並無明文溯及效力，所稱「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者」，固係制度性之通案規範，惟此係自系爭解釋生效後之規範，於系爭解釋公布日起之定期失效解釋發生效力，尚難將上開解釋文認係溯及效力之明文。
3. 本解釋多數意見如認系爭解釋溯及生效為當，則採由本解釋賦予溯及效力，較將系爭解釋解為已有溯及效力所生爭議為小。蓋如採後者，系爭解釋既已具有溯及效力，則系爭解釋聲請人以外之聲請人可依系爭解釋請求再審等救濟，其再審期間應自系爭解釋公布日起算？本解釋公布後，已逾再審之一般期間？如採前者方式，其再審期間自本解釋公布日起算，即無疑義。

三、由本解釋對系爭解釋賦予為溯及效力，固無不許，惟本席認以不溯及為宜

- (一) 系爭解釋如未明文溯及生效，依前述說明，僅系爭解釋之聲請人得依系爭解釋請求再審等救濟。如採溯及生效，得據此救濟者，民事及行政部分，因有不得提起再審之五年期間限制，本解釋公後，尚得提起者，僅屬少數。刑事部分，提起非常上訴無期間限制，可上溯數十年（註十四），惟宣告刑事法令定期失效者為數不多。
- (二) 是採溯及生效，雖少部分聲請人有救濟之機會，但將打破本院解釋之效力不溯及原則，影響現有法秩序，尤以刑事無回

溯期間限制更為嚴重；且民事及行政部分之大部分聲請人因逾再審之五年期限，已無救濟機會。本解釋僅予少數聲請人救濟機會，亦難免有失公平。兩相權衡，以不溯及為宜，除系爭解釋之聲請人外，一律自系爭解釋公布日起適用。本件並無補充解釋之必要，自無庸受理。

註解：

註一：釋字第一八八號解釋：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。……」

註二：釋字第五九二號解釋：「本院釋字第五八二號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。……」

理由書：「本院大法官依人民聲請所為法令違憲審查之解釋，原則上應自解釋公布當日起，向將來發生效力；經該解釋宣告與憲法意旨不符之法令，基於法治國家法安定性原則，原則上自解釋生效日起失其效力……」

註三：釋字第二八二號解釋明文自中華民國八十一年一月一日起生效。

註四：釋字第一八五號解釋：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。……」

註五：釋字第五九二號解釋：「……即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。……」

註六：釋字第一七七號解釋：「……本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」

註七：釋字第一八三號解釋理由書：「……該項解釋之效力，及於該聲請人所據以聲請解釋之案件，俾得依法定程序請求救濟。……」

註八：釋字第一八五號解釋：「……確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……」

註九：釋字第一八八號解釋：「……引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由。」

註十：釋字第一九三號解釋：「……本院釋字第一七七號解釋所稱：『本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力』，於聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件，亦可適用。」

註十一：釋字第二〇九號解釋：「確定終局裁判適用法律或命令所持見解，經本院解釋認為違背法令之本旨時，當事人如據以為民事訴訟再審之理由者，其提起再審之訴或聲請再審之法定不變期間，參照民事訴訟法第五百條第二項但書規定，應自該解釋公布當日起算，惟民事裁判確定已逾五年者，依同條第三項規定，仍不得以其適用法規顯有錯誤而提起再審之訴或聲請再審，本院釋字第一八八號解釋應予補充。」

註十二：釋字第六八六號解釋：「本院就人民聲請解釋之案件作成解釋公布前，原聲請人以外之人以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經本院大法官決議認定符合法定要件者，其據以聲請之案件，亦可適用本院釋字第一七七號解釋所稱『本院依人民聲請所為之解釋，對聲

請人據以聲請之案件，亦有效力』。本院釋字第一九三號解釋應予補充。」

註十三：系爭解釋理由書參照。

註十四：八十三年九月三十日公布之釋字第三六六號解釋。

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

司法院釋字第七四一號解釋

司法院釋字第七四二號解釋

【都市計畫定期通盤檢討變更之救濟案】

中華民國105年12月9日

院台大二字第1050031469號

解釋爭點

都市計畫定期通盤檢討變更，如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，得否其就該部分提起訴願或行政訴訟？

解 釋 文

都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨。本院釋字第一五六號解釋應予補充。

都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。

解釋理由書

當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理（本院釋字第五〇三號、第七四一號解釋參照）。本件二聲請案之聲請人各因都市計畫事件提起行政爭訟，分別經最高行政法院確定終局裁判引用本院釋字第一五六號解釋（下稱系爭解釋）作為裁判依據。系爭解釋之解釋文釋示：「主管

機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟，本院釋字第一四八號解釋應予補充釋明。」且於理由書附論：「都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第二十六條參照），並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同。」聲請人就都市計畫定期通盤檢討所作變更是否為行政處分，及得否提起行政爭訟部分，聲請補充解釋，經核有正當理由，合先敘明。

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（本院釋字第四〇〇號、第七三九號解釋參照）。又憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第七三六號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會。此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第三九六號、第五七四號、第六五三號解釋參照）。

原因案件之一所適用之中華民國六十二年九月六日修正公布之都市計畫法第二十六條規定：「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每五年至少應通盤檢討一次，依據發展情況並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應予撤銷並變更其使用。」另一原因案件所適用之現行都市計畫法第二十六條規定：「（第一項）都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每三年內或五年內至少應通盤檢討一次，依據發展情況，並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應變更其使用。（第二項）前項都市計畫定期通盤檢

討之辦理機關、作業方法及檢討基準等事項之實施辦法，由內政部定之。」均未具體規範定期通盤檢討之變更範圍及可能之內容。都市計畫定期通盤檢討實施辦法第四條則規定，定期通盤檢討得對主要計畫及細部計畫為必要之修正，是其所得修正之範圍及內容甚廣。按定期通盤檢討對原都市計畫之主要計畫或細部計畫所作必要變更，屬法規性質，並非行政處分。然由於定期通盤檢討所可能納入都市計畫內容之範圍並無明確限制，其個別項目之內容有無直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，不能一概而論。訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權及訴訟權之意旨。系爭解釋應予補充。

又都市計畫（含定期通盤檢討之變更；下同），因屬法規性質，並非行政處分，依現行法制，人民縱認其違法且損害其權利或法律上利益，仍須俟後續行政處分作成後，始得依行政訴訟法提起撤銷訴訟（行政訴訟法第四條第一項參照）。然都市計畫核定發布後，都市計畫範圍內土地之使用將受限制（都市計畫法第六條及第三章至第六章等相關限制規定參照），影響區內人民權益甚鉅，且其內容與行政處分往往難以明確區隔。為使人民財產權及訴訟權受及時、有效、完整之保障，於其財產權因都市計畫而受有侵害時，得及時提起訴訟請求救濟，並藉以督促主管機關擬定、核定與發布都市計畫時，遵守法律規範，立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫之救濟，應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。

有關聲請案之一之聲請人聲請解釋臺北市政府八十一年十二月十四日府工二字第八一〇八六八九三號公告「臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案」詳細說明欄三、（一）變更計畫部分編號 5. 備註 2. 「……應提供 30% 之土地作公共設施（公園用地），同時法定空地亦應配合集中留設」違憲部分，因該備註規定是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔，而具有行政處分之性質，並因而許其提起行政爭訟，應由行政法院依本解釋意旨認定；其既屬行政法院認事用法之職權範圍，自不得據以聲請本院解釋。是該聲請人此部分之聲請，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 許宗力
大法官 蔡炯燾 陳碧玉 黃璽君 羅昌發
湯德宗 吳陳鐸 蔡明誠 林俊益
許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元
（黃虹霞大法官迴避審理本案）

部分協同意見書

湯德宗大法官 提出

聲請人之一（闕永煌等六人）所有座落於臺北市中南段二小段二十七筆土地前經規劃為中央研究院機關用地，嗣因中央研究院放棄保留，臺北市政府爰於八十一年十二月十四日公告「臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案」（註一），其中詳細說明欄三、（一）變更計畫部分編號 5. 備註 2. 記載：「將北半部機關用地變更為第三種住宅區，惟應提供百分之三十之土地作公共設施（公園用地），同時法定空地亦應配合集中留設」。渠等不服，遞經訴願（註二）及行政訴訟（註三），皆未獲救濟。卒以確定終局判決（最高行政法院一〇四年度判字第六八〇號判決）所引用之釋字第一五六號解釋，有補充

解釋之必要，聲請本院解釋。

另一聲請人兆亨事業有限公司（代表人李正祥）於九十六年二月六日取得臺北市政府都市發展局核發之建造執照，准於臺北市士林區至善段五小段三筆土地設置加油站。詎臺北市政府依都市計畫法第二十六條之規定，檢陳臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫案）計畫書、圖，報經內政部核定後（註四），於一〇二年五月十三日公告「臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）案」（註五），其中陸、變更主要計畫內容，一、土地區分變更部分，表 10 主要計畫變更一覽表，編號 3 其他相關規定及補充說明欄 1. 記載：「原細部計畫為加油站用地，範圍包括士林區至善段五小段……號等三筆土地；面積約八百三十平方公尺，變更為交通用地（遊客中心）」。聲請人不服，遞經訴願（註六）及行政訴訟（註七），皆未獲救濟。卒以確定終局裁定（最高行政法院一〇三年度裁字第一五〇五號裁定）所引用之釋字第一五六號解釋，有補充解釋之必要，聲請本院解釋憲法。經司法院大法官第五二三四次全體審查會決議，將前揭兩聲請案有關聲請補充解釋本院釋字第一五六號解釋部分，合併審理。

本解釋首先就「都市計畫定期通盤檢討所為必要變更」是否一律非屬「行政處分」，從而不得提起行政爭訟一節，於解釋文第一段明白釋示：「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨。本院釋字第一五六號解釋應予補充」。其次，並於解釋文第二段進一步釋示：「都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都

市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定」。本席有幸協力參與形成可決之多數，倍感殊勝。

如上釋示不僅恪遵本院解釋先例（註八），本於「有權利即有救濟」之憲法原則，彈性界定「行政處分」概念，以補充解釋本院釋字第一五六號解釋，提供人民救濟之機會（解釋文第一段參見）；尤其難能可貴者，並基於「有權利即有救濟」之憲法原則，進一步課予國家建立都市計畫行政訴訟制度的義務（解釋文第二段參見），因而開啟了我國行政訴訟的新紀元！

究國家之所以應限期增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟，與其說「都市計畫行政訴訟乃憲法第十六條所保障之訴訟權核心內涵」（下簡稱「訴訟權核心內涵說」），不如說是「基於有權利即有救濟之憲法原則，為使人民之權利或法律上利益遭受侵害時，皆能及時向法院請求救濟，而產生之國家（對）基本權（之）保護義務」（下簡稱「訴訟權保護義務說」）所使然。兩者之論理，存有微妙而重要之差異，值得細繹。首先，如採「訴訟權核心內涵說」，理應先證立何以屬於「抽象法規審查」（Normenkontrollverfahren）性質之「都市計畫行政訴訟」，乃人民訴訟權不可或缺之一環，而非屬立法裁量（立法形成）之範疇。按德國關於都市計畫之訂定，雖有抽象法規審查制度，（註九）然通說以為其猶屬立法裁量（立法形成）之範疇，（註十）並非憲法訴訟權之要求。惟如採「訴訟權保護義務說」，則凡人民之權利或法律上利益遭受侵害時，即應予及時向法院請求救濟之機會。解釋文第二段明白指出：「都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅」（並參見理由書第四段），實為本案多數大法官對於台灣社會現況的真切體認。近年來，以追求「土地正義」為名之抗爭，可謂無日間斷。基本權所表彰之基本價值秩序（基本權之客觀規範）既有拘束國家各公權力部門之效力（作用）（本院釋字第四九九號解釋參照），則國家自有義務，建立（創設）都市計畫行政訴訟制度，以滿

足「有權利即有救濟」之憲法原則。

其次，採取「訴訟權保護義務說」並可促使我國繼續朝「建構無漏洞的權利保護體系」理想邁進。本席以為，我國現行司法救濟制度因為長期存在「權利保護的雙重漏洞」，尚無法提供人民充分的權利保護。析言之，違憲審查制度因僅及於抽象的法規審查，而不及於具體的個案裁判，致使大法官於法院確定終局裁判本身（認事用法之見解）違憲時，無從提供有效之救濟。是故本席前在多號解釋之個別意見書中呼籲應從速建立類似德國「憲法訴願」(Verfassungsbeschwerde)之制度，以為補救。反之，行政訴訟制度僅有針對具體行政行為（行政處分）的違法性審查，而未有針對抽象行政行為（法規命令）的違法性審查，（註十一）致使行政法院對法規訂定（含都市計畫）之適法性爭議，難以提供及時有效之救濟。（註十二）反觀美國（聯邦）自一九四六年行政程序法（Administrative Procedure Act）制定施行以來，具體行政行為（adjudication，相當於我國之行政處分）與抽象行政行為（rule，相當於我國之法規命令）是否適法，除其他法律另有規定外，皆應受司法審查。施行七十年來已累積了可觀的經驗，（註十三）倘能捐棄法系門戶之偏見，擺脫僵化概念之束縛，當可提供我立法者後續創設（包含都市計畫行政訴訟在內之）全面性「法規訂定訴訟程序」之參考。

時代巨輪正在飛快轉動！至盼立法機關能善體本解釋之意旨，從速創設抽象行政行為（含都市計畫之訂定與通盤檢討之變更）違法性審查制度，以解民所苦。

註解：

註一：參見臺北市政府81年12月14日府工二字第81086893號公告。

註二：參見內政部103年2月27日台內訴字第1030072466號訴願決定書（「二、本件訴願人因不服原處分機關81年12月24日府工二字第81086893號公告實施之『臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案』提起訴願，請求撤銷該公告。惟查上

開公告係依據都市計畫法第26條規定，就臺北市公共設施保留地進行通盤檢討，依據司法院釋字第156號解釋意旨，都市計畫法第26條規定之通盤檢討變更及都市計畫之擬定發布，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔，即非屬行政處分，訴願人遽行提起訴願，自屬於法不合，另上開公告自81年12月25日起發布實施，迄今已逾21年，顯已逾訴願法定期間。揆諸首揭法條規定，本件訴願為不合法，應不予受理」）。

註三：參見臺北高等行政法院104年7月23日103年度訴字第424號判決（一部不合法，一部無理由駁回）；最高行政法院104年11月20日104年度判字第680號判決（都市計畫通盤檢討所作之必要變更，依司法院釋字第156號解釋意旨，並非行政處分，而係屬法規性質，上訴無理由，應予駁回）。

註四：參見內政部102年5月6日台內營字1020804997號函。

註五：參見臺北市政府102年5月13日府都規字第10201401200號公告。

註六：參見行政院102年12月19日院臺訴字第1020157373號決定書（臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）案，內政部102年5月6日台內營字地1020804997號函予以核定，核屬法規性質，並非訴願法上之行政處分，訴願人對之提起訴願，於法不合，應不受理）。

註七：參見臺北高等行政法院103年7月31日102年度訴字第2024號裁定（內政部102年5月6日就臺北市政府102年5月13日公告所為之核定函，依司法院釋字第156號解釋意旨，非屬行政處分；臺北市政府102年5月13日公告僅係揭示內政部核定之都市計畫內容之執行行為，亦非屬行政處分，就二者提起訴訟均有未合，應予裁定駁回）；最高行政法院103年10月30日103年度裁字第1505號裁定（抗告意旨援引司法院釋字第156號解釋及學者見解，主張本件通盤檢討之變更實具有「特定性」

及「針對性」，進而主張應認其屬行政處分云云，亦屬其主觀意見，尚無足取。故原裁定以抗告人對非行政處分之內政部102年5月6日函及臺北市政府102年5月13日公告提起撤銷訴訟，認其起訴不合法，予以駁回，即無不合。從而，本件抗告難認有理由，應予駁回）。

註八：參見本院釋字第243號、第396號、第546號、第653號、第684號及第736號解釋。

註九：BVwGO §47。中文翻譯，參見陳敏（譯），德國行政法院法逐條釋義，頁468-469（司法院，民91年）。

註十：Kopp / Schenke, VwGO, §47 Rn. 1; Schock / Schneider / Bier, VwGO, 2016 §47 Rn. 3; BeckOK, VwGO, §47 Rn. 2（以上資料承許宗力大法官提供）。

註十一：本席二十餘年前參與翁岳生教授主持之「行政程序法之研究」，起草行政程序法草案時，曾力主仿美國立法例（5 U. S. C §706）明定行政法院得審查法規命令訂定之適法性。惟因種種因素，迄未能實現。參見湯德宗，〈行政立法之監督〉，輯於氏著《正當行政法論——論正當行政程序》，頁211以下（頁264-265）（增定二版，2003年）；湯德宗，〈違反行政程序的法律效果〉，輯於氏著《正當行政法論——論正當行政程序》，頁85以下（頁99-101）（增定二版，2003年）。

註十二：因時間緊迫且人力短缺，本席僅能以關鍵字，粗略檢索近十年來行政法院之裁判。結果並未發現任何一件裁判係以違法為由，撤銷都市計畫。唯最高行政法院104年5月29日104年度判字第270號判決曾以原審法院將「系爭都市計畫通盤檢討案」之合法性問題，排除於本件審究範圍〔外〕，顯屬速斷為由，將原判決廢棄，發回原審法院。嗣台北高等行政法院105年6月23日104年度訴更一字第59號判決爰謂：「經核系爭都市計畫通盤檢討案，參加人臺北市政府業依都市計畫法之規定擬定、公開展覽後，送請臺北市政府

都市計畫委員會審議通過，並報請參加人內政部核定後公布實施，於法並無不合」，仍駁回原告之訴。

註十三：See generally, JEFFREY S. LUBBERS, A GUIDE TO FEDERAL AGENCY RULEMAKING (5th ed., 2012); CORNELIUS M. KERWIN, RULEMAKING: HOW GOVERNMENT AGENCIES WRITE LAW AND MAKE POLICY (3rd ed., 2003).

部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

張瓊文大法官 加入

本件解釋為對都市計畫擬定計畫機關依都市計畫法第二十六條規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫為必要之變更，解釋為法規性質，並非行政處分，惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟之救濟機會，並諭知立法者二年內增訂相關規定，其解釋意旨，其用意可資贊同。惟對於都市計畫之訂定與變更之法律性質，及抽象規範審查作為行政訴訟類型之可行性，仍有進一步釐清之必要，爰提出部分協同意見書如下：

一、都市計畫之概念及類型

都市計畫法制定之目的，係為改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展（都市計畫法第一條規定參照）。都市計畫一經公告確定，即發生規範之效力。（本院釋字第五一三號解釋參照）都市計畫，係指在一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃，且應依據現在及既往情況，並預計二十五年內之發展情形訂定之。（都市計畫法第三條及第五條參照）又依都市計畫法規定所舉辦之公共設施、新市

區建設、舊市區更新等實質建設之事業（都市計畫法第七條第三款參照），如獲准投資辦理上開都市計畫事業，該事業之私人或團體在事業上有必要時，得適用第二十九條之規定。（註一）（都市計畫法第三十一條參照）

都市計畫中之主要計畫，係為促進有計畫之均衡發展所擬定的指導計畫，作為擬定細部計畫之準則，性質上具指導性、綜合性、長期性、全盤性，其比例尺不得小於一萬分之一；實施進度以五年為一期，最長不得超過二十五年。（都市計畫法第十五條第二項參照）細部計畫，係為主要計畫範圍內全部或一部分地區作更詳細的計畫，性質上具執行性、具體性、中短期性、局部性，細部計畫圖比例尺不得小於一千二百分之一。（都市計畫法第二十二條第二項參照）都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更，但應定期通盤檢討，作必要之變更（都市計畫法第二十六條參照），或因遭受重大事變或配合興建重大設施等情事，得進行個案變更。（都市計畫法第二十七條參照）

有關都市計畫之訂定或變更，因都市建設計畫或發展之必要，往往涉及私有土地之徵收，如欲使私有土地權益之相關人特別犧牲，自應符合公益性與必要性，在進行利益衡量時，應兼顧公益（公共福祉）與私益之均衡，有稱此屬於「附有均衡補償義務之特別犧牲」（mit einem ausgleichspflichtigen Sonderopfer）。如比較德國建設法規定，於都市建設及其他土地相關法律中，若規定財產權（所有權等）之內容及限制，稱為拘束性的規劃行為。規範性質之規劃行為，在個案情形，或作為都市建設徵收之基礎，可能發生補償義務。此時制定之法律就通案或個案所規定財產權之內容或限制，如法律中未發現違反憲法之瑕疵，則不賦予其憲法上請求權基礎。（註二）如在干預或限制人民憲法上所保障財產權之法規有憲法上瑕疵之虞，則就相關法規進行違憲審查，即有其必要。

二、都市計畫之訂定及變更之法律性質

都市計畫之訂定或變更，係屬一種對外發生法律效果之行政行為，惟如何定其法律性質，宜先從行政處分與法令規定（法規命令或行政規則等）之概念及類型特徵認定之。依行政程序法第九十二條第一項規定，將行政處分定義為行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。同條第二項採納一般行政處分之類型，規定上開決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分（Allgemeinverfügung）。同法第一百五十條第一項規定，所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。同法第一百五十九條規定行政規則之定義，如非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定，為機關內部秩序及運作之規範，係為行政規則。以上關於行政處分、法規命令及行政規則概念及分類之論述，在我國已無太大爭議。

茲參考德國行政程序法（註三）相關文獻圖示如下，以利理解：（註四）

		事件(Sachverhalt)	
		抽象 (abstract)	具體 (konkret)
受規範之相對人 (Adressat)	一般 (generell) (針對不特定之相對人)	法規 (Rechtsnormen) (法律、法規命令及自治規章等)	一般處分 (Allgemeinverfügung) (註五)或法規(註六)
	個別 (individuell) (針對特定或可得特定之人)	行政行為 (行政處分) (Verwaltungsakt)	行政行為 (行政處分)(註七)

關於都市計畫之訂定或變更之法律定性，除本院釋字第一五六號解釋、最高行政法院及高等行政法院判決之實務見解外，學說上，有參考德國建設法（Baugesetzbuch; BauGB）立法例，將

都市計畫之建設計畫（Bebauungsplan）（有比照我國都市計畫法用語，譯為細部計畫），定性為自治規章（Satzung；有譯為規章或自治規則）（註八），其認為都市計畫（主要計畫及細部計畫）之擬定、發布、變更，本質上皆屬抽象性之規範行為，而非特定性（個別性）之具體處分行為（行政處分）。（註九）有認為主要計畫係地方自治團體所訂定之自治規則（地方制度法第二十七條），細部計畫非屬於法規性質，而係行政處分。（註十）有認為都市計畫之主要計畫或細部計畫，無論新訂定、通盤檢討變更或個案變更、擴大或修正，均為行政處分（一般處分）。（註十一）由上可見，我國學說約略有法規說、行政處分說及「法規與行政處分」折衷說。本件解釋雖以法規說定性，然另舉出例外情形，予以行政救濟之機會，此又似採取折衷說之見解。

綜上，都市計畫一經公告確定後即生對外之效力，其法律性質究係法令性質，抑係行政處分，因我國學者所持立場與觀點差異及社會變遷，有基於權利有效保障或有權利即有救濟之精神，認其宜解為行政處分，使權益相關人得以救濟。有參考外國立法例，認宜解為法規性質，亦有認宜針對個案情形，是否個案變更或案件內容等因素，分別認定其是否為行政處分。實務上法院判決見解亦不盡一致，多數見解，受本院釋字第一五六號解釋之影響，傾向將都市計畫定期通盤檢討對原計畫之必要變更，解釋為法規性質，並非行政處分，至個案變更則解為行政處分。

都市計畫之法律性質，因立論之不同而異其見解，固屬仁智之見，有時難分軒輊，宜予尊重。惟探究都市計畫之內容，係就一定地區內之土地使用進行指導性、綜合性、長期性及全盤性之規劃，其擬定之事項，雖涉及一定地區之土地，但其坐落之精確位置及面積範圍之細節，尚未完全明確，因此其計畫內容所表明之事項，尚不能認其已全部具體且特定，性質上可能仍處於抽象且一般的，或有時雖具體但其受規範之人仍處於未特定之狀態。至都市計畫中之細部計畫，係以主要計畫為準則（都市計畫法第

六條第一款)，其表明事項所涉及土地之座落位置及面積範圍已相當明確，屬於何者之土地已具體或特定或可得特定，其性質上具執行性、具體性、中短期性及局部性，此時可能提升至具體的一般性（甚至達到個別或特定、可得特定）之狀態，此情形不論新訂或變更（包括擴大或修正）是否仍認為屬法規性質，抑或改認定為行政處分（一般處分），的確較有爭議。

不論法規或行政處分（一般處分），兩者均對外發生法律效果，其差異主要在於是否直接具體且特定或可得特定之對外發生法律效果。如屬於法規，雖可能對相對人發生權益之限制或負擔，但其實際發生效果通常有待行政機關適用該法規命令作出具體裁決。因此都市計畫是否為行政處分（一般處分），宜探究都市計畫之發布實施（訂定生效）時是否確定對一定地區內之權益相關人發生直接、具體且可得特定之法律效果。本件解釋將都市計畫原則上解釋為法規性質，可杜前述相關爭議，但本件解釋另就「具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者」，認應許就該部分提起行政爭訟以資救濟，從用語觀之，上開所指稱之具體項目是否足以符合行政處分之要件，如其要件具備時，則似不必採取相關行政訴訟類型準用之方法。本件解釋之顧慮，主要在於實務上不乏假借定期檢討之名，實際上因都市計畫定期通盤檢討變更而直接限制或侵害一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔，此等事例，的確需要防止並應予檢討。

若從權利有效保障或有權利即有救濟原則之觀點，於權益受到限制或侵害之情事，給予訴願或行政訴訟之權限，自較為公允。另由於我國行政救濟制度並未採取如德國就建設計畫作為自治規章而得為行政訴訟上抽象規範審查之標的，職是，如將之解為法規性質，可能使直接受到限制之權益相對人無法救濟。惟都市計畫之訂定或變更，按照本件解釋意旨或因學者專家間理念之差異，使之處於兩可或灰色地帶，可能引發法律性質定性之爭

議。如從都市計畫法之計畫概念特徵及法律性質之定性觀之，宜精確掌握都市計畫之概念及性質，實不宜因為使人民有行政爭訟救濟之機會而便宜解釋，致發生概念及定性上混淆或誤解之情事。此外，就都市計畫之主要計畫與細部計畫，或通盤檢討與個案變更，不考量其個別類型特徵之差異，僅基於權利有效保障或有權利即有救濟之觀點，一概認定為行政處分，仍有商榷之餘地。

如前所述，都市計畫中主要計畫所表明之事項或項目，係屬指導性、綜合性、長期性及全盤性規劃階段之計畫內容，於計畫公告前可透過合法通知或公告、公眾參與說明程序、召開說明會或舉辦聽證等方式，給予權益相關人就相關事項或項目陳述意見之機會，並規範行政機關貫徹法律之正當程序，以保障相關人之權益。換言之，在尚未發生具體明確之行政行為之內部或準備階段，似不宜認為已作出直接對外發生法律效果之具體裁決。至於細部計畫階段，此時是否須要區分定期檢討與個案變更而異其法律定性。因細部計畫之訂定，係以主要計畫為準則，進行比主要計畫更加具體之規劃，屬執行性、具體性、中短期性及局部性之計畫，經發布實施（訂定生效）後，其對外如已影響特定或可得特定之相關人之權益者，外觀上有如行政處分。但嚴格言之，其仍須經行政機關就個案作出裁決後，始發生直接對外之法律效果，在此情形，仍宜將其解為屬法規性質。俟行政機關就相關個案作出裁決（處分）後，如對該裁決有所爭執時，始得提起訴願或行政訴訟，行政法院於審查前述裁決之合法性時，並附帶審查該細部計畫之合法性。（註十二）

三、是否創設新的行政訴訟類型

本件解釋雖將都市計畫定期通盤檢討之計畫變更（或有認為重新訂定），原則上認為屬法規性質，但如前述例外情形，如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，認應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟。並另諭知立法機關應增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），

認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟，以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。有關都市計畫之決定，對外發生法律效果之行政行為，受影響之相對人如何救濟，可能因其行政行為之定性，而異其救濟方式。行政訴訟依其實體判決要件之差異，可分為以客觀上有行政處分為前提之撤銷訴訟（Anfechtungsklage）、課予義務訴訟（Verpflichtungsklage）（包含怠於處分之訴及拒絕申請之訴）（行政訴訟法第五條參照）、確認行政處分無效或違法之訴、確認法律關係存否之訴（此屬於確認訴訟；Feststellungsklage）、一般給付訴訟（allgemeine Leistungsklage）等，我國行政訴訟法對訴訟類型之規定，學理上認為不宜解為其已窮盡列舉（numerus clausus）（註十三），惟依行政訴訟法第九條（註十四）但書規定推論之，如法律有特別規定者，始得創設新的行政訴訟類型，於此是否採取訴訟類型強制或法定原則，值得探討。

另我國實務上有認因法規非屬法律關係本身，不得作為確認訴訟之對象。而本件解釋以準用方式，準用違法行政處分之行政訴訟類型，創設「準行政訴訟類型」。惟嚴格言之，於此似仍未達到創設新的行政訴訟或確認訴訟類型之階段，亦即透過本件解釋等同於前述之法律特別規定，承認「準行政訴訟類型」，此或許屬於暫時因應措施，未來仍宜針對都市計畫之行政行為發生人民權利或法律上利益之干預、侵害或限制時，以何種行政訴訟類型予以行政救濟，是否準用（註十五）違法行政處分之訴訟類型等，以法律明文規定，或另在行政訴訟法上創設其他訴訟類型（例如抽象規範審查），以資因應，仍有待相關機關及學者專家進一步細緻性之討論，並予法典化。

此外，一般法院之規範合法性審查制度是否屬於憲法上要求，亦值得斟酌，如從比較法觀察，德國行政法院法第四十七條第一項僅規定聯邦建設法所訂定之建設計畫得作為規範審查對

象，然此是否屬於憲法（或稱基本法）上所要求，存有疑義。（註十六）此外，我國如欲引進此由行政法院就行政命令進行抽象規範審查之制度，宜留意其與憲法上違憲審查中之抽象規範審查（註十七）或具體規範審查，有所區別。

四、期待未來更深入探究妥當之都市計畫行政救濟制度，不宜因我國現行救濟制度不完善而勉強解釋都市計畫之性質

我國針對具有法規性質之都市計畫之訂定或變更，因現行行政訴訟係以行政處分為主要爭訟對象，未如德國行政法院法第四十七條第一項第一款規定（註十八），就法規性質之建設計畫（細部計畫）設有抽象規範審查（或稱法規審查）（*abstrakte Normenkontrolle*; *prinzipale Normenkontrolle*）制度。（註十九）於此情形，我國是否因未採取得向行政法院提出抽象規範審查之行政訴訟類型，則將都市計畫之訂定或變更解釋為行政處分，如前所述，頗值得商榷。（註二十）基於權利保障或有權利即有救濟之觀點，受不利之都市計畫相關人之權益如未予充分保障，固不符憲法保障人民基本權之意旨。但相關權益受到干預、限制或侵害之救濟可能性，宜先探究都市計畫之行政行為所屬類型，如屬於德國建設法中建設引導計畫第一階段規劃之預備階段之地面使用計畫（*Flächennutzungsplan*），因係屬於行政行為之內部階段，既非法規，亦非行政行為（行政處分）。如進入第二階段之拘束性建設計畫（如我國細部計畫），則對外發生法律效果，其定性為法規性質之地方自治團體自治規章（或稱自治規則）（*Satzung*）。設若因行政救濟制度之不足，而強解為行政處分（一般處分），可能導致法規與行政處分之法律概念區別及類型歸屬混淆之疑慮。另如為增強財產權受干預、限制或侵害之人民提起行政救濟之機會，亦宜避免將原屬於法規性質之都市計畫之訂定或變更，勉強解釋為行政處分，凡此是否亦可能發生類如前述假法規之名而行行政處分之實的「名實不符」情形。

本件解釋對於創設新的行政訴訟類型，採取積極介入之解釋

態度，將可能取代行政機關或立法者就法規與行政處分之定性或類型特徵界定之職責，從而壓縮行政機關自主決定或立法自由形成之空間，凡此均頗值得推敲。如從行政救濟制度改革方面，或許可考慮是否引進德國行政法院法第四十七條第一項第一款規定之抽象規範審查（法規審查）制度，亦屬另外值得思考之議題。

綜上，本件解釋對於本院釋字第一五六號解釋之補充，使本院解釋得與時俱進，其用意值得肯認。但為健全我國都市計畫法制，學理及實務上仍有精進之空間。未來實務界及學界宜更多關注，深入探究符合我國需要之都市計畫之概念、性質、類型及妥當的新行政救濟類型，願彼此互勉之。

註解：

註一：都市計畫法第二十九條規定，內政部、各級地方政府或鄉、鎮、縣轄市公所為訂定、擬定或變更都市計畫，得派查勘人員進入公私土地內實施勘查或測量。但設有圍障之土地，應事先通知其所有權人或使用人。（第一項）為前項之勘查或測量，如必須遷移或除去該土地上之障礙物時，應事先通知其所有權人或使用人；其所有權人或使用人因而遭受之損失，應予適當之補償；補償金額由雙方協議之，協議不成，由當地直轄市、縣（市）（局）政府函請內政部予以核定。（第二項）

註二：參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., München: Beck, 2015, C85.

註三：德國聯邦行政程序法（Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes; VwVfG）第三十五條至第五十二條規定行政行為（Verwaltungsakt）。

註四：（最後瀏覽日期：2016/11/30）；Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., München: Beck, 2013, §14

Rn. 6..其認為具體的一般類型，係包含無相對人之行政行為或法規（例如利用規則）。

註五：參照 Hufen, a.a.O., §14 Rn. 6.

註六：有認為具體且一般之行政行為，除構成無受規範之相對人之行政行為（adressatenloser Verwaltungsakt）外，亦可能構成法規（Norm）（例如利用規則；Benutzungsregelung）。又「計畫確認決議」（Planfeststellungsbeschluss），係涉及具體的計畫（ein konkretes Vorhaben），但在受規範之相對人發生「成群的效力」（Bündelungswirkung），越具有一般性（generell）。參照 Hufen, a.a.O., §14 Rn. 6.

註七：此將“Verwaltungsakt”，譯為行政行為，因德國法採取廣義概念，其包含行政處分。我國學理上，行政命令為行政行為之一種，與瑞士法類似，仍採行政處分（Verwaltungsverfügung）概念。參照吳庚，行政法之理論與實用，臺北：作者發行，2013年8月增訂十二版三刷，頁275, 291。上揭書第312頁至第313頁以變更都市計畫事件為一般處分之案例，並認近年實務上對一般處分之認定似有寬鬆之趨勢，例如土地現值公告既產生法律效果，其影響可資特定，構成行政處分，顯然已較釋字第一五六號限於都市計畫之個別變更，已有放寬。但學說有認為無妨定性為行政命令（行政規則）。參照陳立夫，公告土地現值之法律性質，載於氏著，土地法研究（二），台北：新學林，2011年6月一版一刷，頁376-381, 389。

註八：德國建設法將都市計畫，稱為建設指導（或稱指引）計畫（Bauleitpläne），分為建設指導規劃二階段（Zweistufigkeit der Bauleitplanung），第一階段為地面使用計畫（Flächennutzungsplan），第二階段為建設計畫（Bebauungsplan）。地面使用計畫，係預備的建設指導計畫（vorbereitende Bauleitplan），建設計畫係屬具拘束性的建設指導計畫（verbindlicher Bauleitplan），依建設法第十條第一

項規定，屬於自治規章，依行政法院法第四十七條第一項第一款規定，得向邦行政法院提起規範審查（或稱法規審查）。參照 Hufen, a.a.O., §19 Rn. 12, 30 Rn. 20ff.; Söfker in: Ernst / Zinkahn / Bielenberg / Krautzberher, Baugesetzbuch, 122.EL August 2106, §1 Rn. 20ff.. 引自 beck-online.

註九：採此說者，例如林明鏘，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，載於氏著，國土計畫法學研究，台北：元照，2006年，頁70-71, 90-91。另有認為都市計畫之規劃形成過程，因其計畫之新訂核屬行政命令之性質，而不具行政處分之效力，是亦無行政救濟可能性。參照陳明燦，臺灣都市計畫土地使用變更法制之評析——兼論保護區土地使用變更法制，月旦法學雜誌，243期，2015年8月，頁61。

註十：採此說者，例如廖義男，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論，24期，2010年7月，頁31。另載於氏著，土地法制論集，台北：元照，2015年，頁61以下。類似見解，如傅玲靜，都市計畫與撤銷之程序標的--由都市計畫之種類及層級進行檢討，月旦法學教室，153期，2015年7月，頁11。

註十一：採此說者，陳立夫，都市計畫之法律性質，載於氏著，土地法研究，台北：新學林，2007年，頁208-212；蔡玉娟，都市計畫與行政救濟——檢討澄清醫院判決反映的若干法律問題，全國律師，一月號，頁82。

另有認為我國都市計畫法制與日本不盡相同，我國係指土地利用計畫，不及日本所謂都市計畫事業計畫（此類似我國市地重劃），我國最高行政法院早在59年判字第192號判例就都市計畫之變更，與68年本院釋字第一五六號解釋就都市計畫之個案變更，均認有處分性，故從權利有效保障觀點，在土地利用計畫階段，某程度上容許人民對計畫決定本身提起行政救濟，使人儘早利用法院請求救濟，其認我國都市計畫之救濟制度似乎較日本為先進。又認通盤檢

討之變更屬法規之變更，受害人民不得提起行政爭訟，此與權利有效保障之憲法意旨相違。參照侯東昇，都市計畫行政爭訟之研究，104 年度最高行政法院研究報告，2015 年11 月，頁22-23, 35。

註十二：在德國採取行政法院抽象規範審查制度，規範（法規）（Normen）本身直接受到控制（審查），屬於主要規範審查（prinzipale Normenkontrolle），與抽象規範審查同義。至於法院就規範作為基礎之各別措施進行審查，係為附帶（或稱附隨）審查（Incidenter-Kontrolle）。參照 Hufen, a.a.O., §19 Rn. 1.

註十三：參照吳庚，前揭書，頁651-670。

註十四：行政訴訟法第九條（維護公益訴訟）規定，人民為維護公益，就無關自己權利及法律上利益之事項，對於行政機關之違法行為，得提起行政訴訟。但以法律有特別規定者為限。

註十五：此所謂準用，雖本院解釋有如法律，但因目前法律上未規定，或許精準而言，宜稱類推適用。

註十六：德國通說認為，聯邦行政法院法第四十七條規定之抽象規範審查係屬於客觀法異議程序，非主觀權利保護訴訟。客觀的抽象規範審查僅為額外的權利救濟途徑，非基本法第19 條第4 項的主觀公權利保護所要求。參照陳英鈴，確認訴訟與行政規範審查：德國與我國制度發展的比較研究，臺灣大學法學論叢，43 卷4 期，2014 年12 月，頁1405。又有認為於大多數案件，原則上抽象規範審查非屬必要，因規範審查之引進，不屬於憲法之要求。聯邦或各邦依聯邦行政法院法第四十七條向邦高等法院提起規範審查，此制度引進並非源於基本法第十九條第四項規定。參照 W.-R. Schenke in: Schenke (Hrsg.),

Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar, 21. Aufl., München: Beck, 2015, §47 Rn. 7f..

註十七：我國學說與實務多數見解，認為德國行政法院允許當事人直接以法規命令之有效性訴請行政法院裁判者，為我國所不採。此時有以撤銷訴訟、課予義務訴訟或給付訴訟，主張行政行為所違法依據的規範違法，由行政法院附帶審查規範是否合法。另在德國，有確認訴訟對於行政規範的附隨審查，與抽象規範審查並不相同。參照陳英鈐，前揭文，頁1441及附註150-151, 1453。

註十八：德國行政法院法第四十七條第一項規定，高等行政法院在其審判權範圍內，依聲請而審判下列法規之效力：(1) 依建設法規定所制定之規章 (Satzung)，以及根據建設法第246條第2項所訂定之法規命令。(2) 其他位階低於邦法之法規，但以邦法就此有明文規定者為限。同條第三項規定，法律規定僅得由邦憲法法院為法規之審查者，高等行政法院不審查法規與邦法之符合性。同條第四項規定，審查法規效力之程序繫屬於憲法法院者，高等行政法院得諭知，在憲法法院之程序終結前，停止其程序。上開有關德國行政法院法第四十七條，認行政法院法規審查之標的，係針對位階低於法律 (制定法) 之法規。制定法之效力，保留由憲法法院審查。參照 Jörg Schmidt in: Erich Eyermann / Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung-Kommentar, 11. Aufl., München: Beck, 2000, §47 Rn. 8. 陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院印行，2002年10月，頁468以下，476。

此規範審查係為有助法律釐清 (Rechtsklarheit) 及訴訟經濟，目的在於避免法院就相同都市計畫中一序列之個別案件作出個別判決 (所謂成群功能；sog. Bündelungsfunktion)，可能發生裁判歧異，且藉以減輕行政

法院負擔。必要時多數個案以特定法規之有效性作為先決問題進行審查。規範審查在訴訟類型上，屬於特別形成之確認程序，其與行政法院法第四十三條所准許之確認訴訟有所區別，其不以法律關係之存在或不存在，或行政處分無效為標的，而是所主張法規之無效性(BVerwG NJW 1984, 2903)。

又有引用德國聯邦憲法法院見解，依行政法院法第四十七條之規範審查，聯邦憲法法院認其符合於聯邦憲法法院法第九十條第二項所稱憲法訴願前之用盡法律救濟(BVerfGE 70, 35 (53))。參照 Giesberts in: Beck'scher Online-Kommentar, VwGO, Posser / Wolff, 39. Edition, Stand: 01. 10. 2016, §47 Rn. 2f., 7.

註十九：縱然抽象規範審查可以透過判決的對世效力達成訴訟經濟，不必像確認訴訟般一個案件一個案件判決，但抽象規範審查具有介入權力分立之虞，因而聯邦行政法院法第四十七條保留給邦立法自行決定是否對於邦規範引入抽象規範審查。參照陳英鈴，前揭文，頁1424。

註二十：學者認為確保人民之訴權而勉強將部分計畫行為定性為行政處分，除逾越憲法解釋者為替代性立法者之角色外，似屬本末倒置、削足適履。參照林明鏘，前揭文，頁28-29。

協同意見書

許宗力大法官 提出

早期我國行政訴訟制度不備，行政行為限制或侵害人民權益時，人民僅得針對行政處分向行政法院提起訴訟。而對於主管機關就都市計畫所作之變更，行政法院則認為非屬對特定人所為之行政處分，故人民不得對之提起行政訴訟，此經本院釋字第一四八號解釋認定與憲法尚無牴觸。該號解釋之聲請人提起再審遭駁回後，再度聲請本院解釋，本院基於憲法保障人民訴願權或行政訴訟權之本旨，旋即以「主

管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟」，從行政處分合目的性之角度（註一），認定都市計畫之變更，仍有可能構成行政處分，從而准許人民提起行政爭訟以資救濟，作成釋字第一五六號解釋以補充釋字第一四八號解釋。

此後，歷經近四十年，多數意見於本件解釋再次以憲法保障人民訴願及訴訟權之意旨，對釋字第一五六號解釋理由書所稱「……都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更……，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔……」而不得對之提起訴願及行政訴訟之部分，作成補充解釋，認「都市計畫擬定計畫機關依規定所作定期通盤檢討……，屬法規性質，並非行政處分，惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟」，對於影響人民權益深遠之都市計畫制度，再度剖析具法規性質之都市計畫的內容，萃取其中可能具行政處分特徵的部分內容，容許人民於特定要件下提起救濟，凸顯本院貫徹憲法保障人民基本權利之決心，以四十年邁出雖遲卻不惑的第一步，本席敬表贊同。

惟本件解釋多數意見繼而邁出第二步，對於都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更，下同），縱未涉及具體直接限制人民權益或增加負擔，立法者仍應增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟，以為救濟，甚而，多數意見進一步諭示，立法者倘未於二年期限內完成立法，即可準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。此一步可謂登天，不僅將立法義務提升至憲法要求層次，並再度指示立法不及之具體作法，本院解釋雖非無前例，然依據憲法要求立法者創設法律制度，若無堅實憲法論據，恐招造法非議。多數意見雖以「都市計畫核定發布後，

都市計畫範圍內土地之使用將受限制……，影響區內人民權益甚鉅，且其內容與行政處分往往難以明確區隔。為使人民財產權及訴訟權受及時、有效、完整之保障，於其財產權因都市計畫而受有侵害時，得及時提起訴訟請求救濟，並藉以督促主管機關擬定、核定與發布都市計畫時，遵守法律規範……」，擬予憲法高度之說理，惟本席仍感不足，爰提出協同意見書如后。

一、抽象法規範審查與都市計畫之特殊性

本件解釋多數意見有鑑於現行都市計畫與訴訟制度下，都市計畫一方面僅得於具體行政處分作成後，始得提起撤銷訴訟，二方面其內容可能業臻特定、具體，實際上已與行政處分無異，遂認定「為使人民財產權及訴訟權受及時、有效、完整之保障」，立法者應有「立法義務」使性質上屬法規之都市計畫受法院審查，以符憲法誠命。惟立法者創設直接針對法規審查的訴訟類型，究屬憲法誠命，抑或單純立法政策之選擇，涉及各國對抽象法規範審查制度之不同設計，以及都市計畫制度於各國實踐態樣之差異。

（一）抽象法規範之審查權

於一般審判權及憲法審判權劃分下，原則上，抽象法規範之審查，屬憲法審判權之審查範疇，而普通法院法官依法審判，對於法律不具抽象審查權，僅得聲請本院解釋憲法（本院釋字第三七一號、第五七二號及第五九二號解釋參照）；至於法律以外之命令，並不拘束法官，法官仍得予以審查其與法律有無牴觸。然而，這種命令違法審查，充其量只是附隨審查，例如於行政處分之撤銷訴訟中，附帶審查行政處分所依據之法規命令是否適法，是一種須俟後續行政處分作成後，相對人方得啟動的救濟程序，因此難免令人產生可能緩不濟急而對於提供人民「及時、有效、完整」之權利保障時有不足的疑慮。就此，外國遂有賦予法院得直接審查法規命令之不同制度設計者，例如法國（註二）、美國（註三）等；

而我國亦有學者主張可於目前行政訴訟法所規定之確認訴訟制度下，承認法院對於行政規範之抽象審查（註四）。

（二）德國都市計畫之法規範審查之目的與功能

德國法上亦有針對抽象法規範由行政法院加以審查之例外，例如德國行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO）第四十七條第一項規定：「高等行政法院在其審判權範圍內，依聲請審理以下規範之效力：一、依建設法規定所發布之自治條例（規章），及根據建設法第二百四十六條第二項之法規命令。二、其他位階低於邦法律之法規，但以邦法律有明文規定者為限。」此項法規命令之抽象審查，其適用範圍僅限於依據德國建設法（Baugesetzbuch）所發布之都市計畫等規章與法規命令。蓋都市計畫所涉對象繁雜，若待都市計畫確定後，人民始針對具體行政處分不服而提起訴訟加以救濟，將使法院處理蜂擁而至之個案訴訟，若於都市計畫發布階段，人民即可針對其適法性，請求法院抽象審查，可藉以減輕法院的負擔，避免耗費司法資源與增加不同法院處理相同都市計畫可能產生的個案見解歧異之風險，可達意見統整之功能（Bündelungsfunktion）（註五），亦可儘早確認法規範秩序，有助於法規範之明確性（Rechtsklarheit）（註六）。惟值得我們特別留意者，根據德國學者一般通說，此項例外規定，僅屬立法者為求訴訟經濟、避免不同法院見解歧異而有違法安定性所設，屬立法政策之選擇的範疇，並非憲法誡命（註七）。

二、我國引進都市計畫法規範審查之必要性

本件多數意見要求立法機關應儘速立法，使因都市計畫之訂定而權利受侵害之人民，可直接對其提起訴訟請求救濟，顯係參考前揭德國行政法院法之制度設計。然德國此一制度設計乃出自立法政策之考量，本件解釋多數意見則是為求人民之財產權及訴訟權獲得及時、有效、完整之保障，而課予立法者此項立法義務，

形同將都市計畫之救濟，賦予憲法位階，跨了那麼大一步，有無逾越釋憲者角色，即不免啟人疑竇。難道立法者不設置針對都市計畫本身的規範審查訴訟類型，就必然導致違憲？本席雖贊同多數意見為貫徹憲法保障人民財產權及訴訟權之用心良苦，仍認釋憲者與立法者兩者界限應謹慎拿捏，唯有當釋憲者立於既有法規範秩序的現狀，認都市計畫之事後救濟，確實無法及時、有效、完整保障人民憲法權利，方可透過解釋適度擴張既有救濟制度之範圍。基於下列三點考量，本席認為多數意見看法仍可以勉強支持：

1.我國都市計畫制度之特殊性

查我國之都市計畫，無論是主要計畫或細部計畫，或其定期通盤檢討之變更，均係對外發布，具有外部效力。對照德國建設法中之都市計畫，區分為土地使用計畫（Flächenutzungsplan，類似我國主要計畫），及建設計畫（Bebauungsplan，類似我國細部計畫）。前者屬行政機關內部作業，僅具指引功能，不具對外效力；後者則對外發布，且為自治法規（Satzung），得為德國行政法院法第四十七條第一項規範審查訴訟之客體，故德國之情形實與我國不甚相同。

其次，我國無論主要計畫、細部計畫或其定期通盤檢討，甚至計畫確定後所為之具體行政處分，其內容不乏具高度重疊性者，且多於主要計畫即內含具體、特定之項目，後續細部計畫、定期通盤檢討甚至具體行政處分，其內容增減不多。換言之，我國制度下，往往從細部計畫，乃至主要計畫即可確定其具體內涵，進而確定受影響之人事物，然而，受影響之人民卻無法在已實際產生規制作用之都市計畫階段即啟動救濟，仍須遲於後續階段取得個別處分後，都市計畫方有透過附帶審查獲得救濟之可能。況且，在許多情形，人民如認為已公告之都市計畫違法侵害其權益，尚須由其

「主動衝撞」體制，或刻意提出明知會遭駁回之申請，以取得否准之行政處分，或刻意「違法」，取得遭取締之行政處分，再據以開啟爭訟之流程，期盼法院能「附帶審查」該違法之都市計畫。誠則，此種須刻意違法以求救濟之程序，對一般人民而言，或已課予過高之義務及程序負擔，更無法及時使其受損之權益獲得適當之救濟，與憲法要求及時、有效且完整之訴訟權與財產權保障，恐屬有間。

因此，雖然德國基於訴訟經濟考量，為避免同一計畫之不同處分屢遭挑戰，例外賦予法院為規範審查之權限，故學者認為創造規範審查制度並非憲法誠命，然本號解釋多數意見則持不同見解，立基於財產權與訴訟權之及時、有效、完整保障，主張立法者有增訂針對都市計畫之救濟管道的憲法義務。有鑑於立法者本來就有憲法義務建構制度，提供人民「確實」之司法救濟途徑，且都市計畫雖為法規，然其內容於我國制度下，已明顯可能對特定人民權益造成重大影響，與其他法規相較，不僅受影響之人民的範圍若非已臻特定，就是可得特定，且所構成權利的侵害若非直接，就是可以預期，而具備特殊性，故多數意見主張，立法者具備憲法義務使人民得對之提起救濟，方符合憲法保障人民權利之意旨，本席認為，尚非全然不妥。至於提起訴訟之要件、訴訟結果又與後續行政行為爭訟有如何之關係等救濟制度設計，以實踐本號解釋所稱及時、有效、完整之財產權與訴訟權保障，仍屬立法裁量之範疇。

2. 都市計畫亦為可提起行政訴訟之公法爭議

其次，我國行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」都市計畫既然屬公法上之爭議，於都市計畫法並無明確規定下，依據行政訴訟法第二條規定，自得依該法提起行政訴訟。惟同法第三條規定：「前條所稱之行政訴訟，指撤銷訴訟、確認訴訟

及給付訴訟。」亦即對於都市計畫，其法規性質既非行政處分，自無法依據同法第四條規定提起撤銷訴訟；至於是否得依據同法第六條及第八條提起確認或給付訴訟，由於法無明文，於適用各該條文之具體要件上仍有爭議，亦將導致都市計畫業已影響、限制或侵害特定人或可得確定多數人之權益，卻於我國現行訴訟制度下無法向法院提起訴訟請求救濟，確與憲法保障訴訟權之有權利即有救濟之原則（註八）相牴觸。因此，本於行政訴訟法第二條之意旨，多數意見針對都市計畫事件，賦予立法者於同法第三條增訂相對應之訴訟類型，藉以提供人民提起行政訴訟之明確依據，尚非過度逾越釋憲者之角色。

3.都市計畫法規審查可確保財產權之存續保障

再者，對於人民財產權之保障，本院歷來解釋已確立其保障範圍，業已涵括存續保障與價值保障，例如本院釋字第四〇〇號解釋即認：「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。」是財產之存續狀態之保障，應係憲法保障財產權之原則，僅於為求公益而限制人民財產權時，得以價值保障之。對於都市計畫，人民若僅得事後救濟，於相關具體行政處分作成後，始得提起撤銷訴訟加以救濟，對於人民因都市計畫所受影響、限制或侵害之財產，其「存續狀態」往往已遭變更，甚至難以回復原狀，對於財產權之保障即難謂充分，該事後救濟之訴訟制度，亦難謂有效、完整。此外，亦如多數意見所稱，若未能於都市計畫發布後，即由法院加以監督、審查，亦將放任行政機關濫用都市計畫相關程序，規避憲法正當法律程序原則及依法行政原則之誡命，亦有違憲法保障人民基本權利與維護憲法秩序之本旨。

隨著人類社會資本主義高度發展，全世界各國都市化亦加速發展，特別是新興發展中國家。據學者研究，我國都市化發展程度，僅四十年便已達到美國百年所至之規模，甚至較南韓快逾二十年（註九）。都市化快速發展，不僅影響土地資源分配與人口經濟成長，更涉及人民生活品質與近來日益嚴重的居住正義議題，有鑑於此，本院逐步從憲法高度處理都市更新（本院釋字第七〇九號解釋參照）、捷運設施興建與土地徵收（本院釋字第七三二號解釋參照）及市地重劃（本院釋字第七三九號解釋參照）等因都市化發展所生人民受憲法保障基本權利之限制或侵害議題，特別是我國都市化程度如此快速，如何能兼顧國家經濟與社會發展及人民基本權利保障，已是本院無可迴避之職責。本件解釋多數意見所邁出的急切步伐，乃此項職責之承擔的再次展現。

註解：

註一：參見許宗力，行政處分，輯於翁岳生編，行政法，上冊，2006年10月，3版，頁475以下。

註二：參見王必芳，行政命令的抽象司法審查——以法國法為中心，中研院法學期刊，第11期，2012年9月，頁129至202。

註三：參見湯德宗，論行政立法之監督——「法規命令及行政規則」章起草構想，輯於氏著，行政程序法論，2003年，2版，頁211至276，第224頁以下；see e. g. PETER L. STRAUSS, TODD D. RAKOFF & CYNTHIS R. FARINA, ADMINSTRATIVE LAW, Revised 10th ed., 483 (2003).

註四：例如陳英鈴，確認訴訟與行政規範審查：德國與我國制度發展的比較研究，台大法學論叢，第43卷第4期，2014年12月，頁1391至1468。

註五：Posser/Wolff, VwGO-Kommentar, 39. Aufl., 2016, Rn. 3.

註六：Schoch / Schneider / Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Band I-Kommentar, 31. Ergänzungslieferung, 2016, Rn. 3.

註七：Kopp / Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, §47, 21. Aufl., 2015, Rn. 8; 陳英鈴，前揭註4文，第1405頁。

註八：此亦與德國基本法第19條第4項要求無漏洞之權利保障意旨相符。

註九：參見劉克智、董安琪，臺灣都市發展的演進——歷史的回顧與展望，人口學刊，第26期，2003年，1-25頁，第3頁。

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件解釋意旨有二，其一為都市計畫定期通盤檢討究竟是否為行政處分，不應以定期通盤檢討之形式觀察，而應審查其個別項目之實體內容，以決定該項目是否具有行政處分之性質，並因而決定人民是否因而得循行政爭訟請求救濟。其二為對於都市計畫（含定期通盤檢討；下同）本身之違法情形，現行法制下欠缺行政爭訟之救濟機制，立法機關應依憲法保障人民權利之意旨，制訂行政爭訟之救濟規範。本席對此均敬表同意。因本解釋對現今都市計畫爭訟制度將產生重大影響，且有關本號解釋所要求立法機關就都市計畫建立之行政爭訟制度之憲法基礎，亦有進一步闡述之必要，爰提出本協同意見書說明如次。

壹、都市計畫問題及本解釋在都市計畫實務上應有之功效

一、都市計畫係指在一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃；其目的在改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展（都市計畫法第一條及第三條參照）。故都市計畫為促進都市發展與國家進步的重要機制。然都市計畫的整體內容或個別項目，對區內人民的土地之使用與處分，亦可能造成極大衝擊。由於現行法律對

都市計畫的規劃、審議與核定過程所要求應遵守之正當法律程序仍有重大缺漏，受影響之民眾實質參與之機會甚為有限，致使主管機關無法完整考量利害關係人之意見以使都市計畫之內容更為周詳，並因而使都市計畫在程序上常遭質疑為黑箱。又都市計畫應有如何之內容，始為對都市發展及人民權益與福祉最佳保障之方案，仍無客觀可供依循之標準，故都市計畫在實體上亦常遭質疑有違法犧牲區內特定人民之權益，甚或有違法圖利特定團體或個人之情事。

二、本解釋尚未能處理有關都市計畫擬定、審議、核定等程序應遵守之正當法律程序部分（此部分有待本院在未來審理適當案件時予以處理）。然本解釋對於保護區內人民使其權益遭違法侵害時得以救濟，甚至要求立法者於二年之期限內制訂相關規範，明文賦予人民對都市計畫本身提起行政爭訟以尋求救濟。本席期待經由本解釋，使人民得以透過爭訟之方式監督主管機關，並因而相當程度解決或減少都市計畫內容遭質疑違法而不利或有利於特定團體或個人之情形。

貳、有關定期通盤檢討之個案救濟部分之補充說明

一、多數意見認為：「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分」。故本解釋並未改變國內長久以來之見解，認為都市計畫之定期通盤檢討與都市計畫本身，均屬法規之性質。其既然屬於法規性質，而非行政處分，依現行法制，法院僅在兩種情形，得以對人民提供救濟：

（一）第一種情形為主管機關依據都市計畫之內容，對人民作成後續之具體行政處分（例如依都市計畫禁建之規定，否准都市計畫區內人民申請建築執照）時，該人民得就該行政處分提起行政爭訟。

然人民之土地權利於都市計畫發布之後即已受重大限制（如限建與禁建）；而後續行政處分之作成與都

市計畫之發布可能有極大的時間落差；甚至由於不同原因，可能多年之後仍無後續行政處分（例如都市計畫發布後，土地受限建或禁建之所有權人認為不可能獲得建築執照，故因而不敢考慮提出建築執照之申請，也因而不會有否准申請建造之行政處分）。故如須俟後續行政處分作成後，始得尋求救濟，對人民之保障顯然不周。

- （二）第二種救濟之情形為法院在審查行政處分之合法性時，一併審查主管機關作成行政處分所依據之都市計畫之合法性。本院釋字第二一六號解釋謂：「各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。」釋字第五三〇號解釋進一步謂：「……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；若有涉及審判上之法律見解者，法官於審判案件時，並不受其拘束……」。此二解釋均可作為法院於審理行政處分時，一併審查都市計畫合法性之依據。

然實務上，行政法院法藉由審查個別之行政處分，進而對都市計畫之合法性表示適當之不同見解之情形，甚為罕見。故此種救濟途徑，在實務上幾乎等於不存在。

- 二、多數意見認為：「……定期通盤檢討……中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨……」。此係本解釋於前述人民得以依循之兩種救濟之外，依憲法保障人民權利之意旨，所指示之第三種救濟方式。本解釋已間接承認，一個法規中可能內含多數行政處分。行政法院在審查對都市計畫定期檢討之變更時，

自不應以定期通盤檢討在形式上（外觀上）為法規，而一律不許對之提起行政爭訟；而應以定期通盤檢討具體項目之實際內容為準，以決定其是否為行政處分。而認定是否為行政處分之要件，依本解釋之所示，係在有無「直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔」。亦即，在對象上應以是否有「一定區域內特定人或可得確定多數人」受到限制為準；在內涵上以是否具有「直接限制權益或增加負擔」為憑。

參、有關創設規範審查之訴訟類型之憲法依據

- 一、如多數意見所示，都市計畫因屬法規性質，並非行政處分，依現行法制，人民縱認其違法且損害其權利或法律上利益，仍無從依行政訴訟法提起撤銷訴訟（見本解釋理由書第四段）。本解釋要求立法機關「於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟」。解釋文與理由書雖未將此種訴訟稱為「規範審查之訴訟類型」，然本號解釋之意旨，確係以憲法高度，要求立法機關就都市計畫增訂規範審查之訴訟類型。
- 二、規範審查之訴訟類型，係以法規本身有無違法，作為法院審查之直接對象。本號解釋所要求立法者創設之規範審查訴訟，係限於都市計畫。故就非都市計畫之其他法規或命令，尚非本號解釋要求增訂規範審查訴訟之範圍。然違法之都市計畫在憲法下既應受法院直接審查，其他法規或命令如有與都市計畫相類似之情形（如次段所述，可得確定之人民，其權利受該法規或命令直接而明確之限制等因素），亦有可能推論出有創設法規審查之訴訟類型，而由行政法院直接審查其違法性之憲法要求。
- 三、對都市計畫之規範審查訴訟，在其他國家（例如德國），未必為憲法上之要求，而僅為立法裁量之事項。亦即，在此等國

家，法律未許人民直接向法院起訴請求撤銷違法之都市計畫（或類似制度），並不違憲。然由基本權之光譜而言，有些憲法保障之權利，具有屬普世價值（例如人民應享有之平等權），不應因憲法體系之不同，而有保障與否之差異；但亦有些權利或事項，因國家法治發展之差異，而未必強求各國有一致之憲法保障內容。本席同意多數意見，認為人民對違法之都市計畫提起規範審查之訴訟，在我國應為憲法之要求，而非立法裁量之事項。本席認為此項憲法要求，有如下理由：

（一）憲法保障財產權之意旨

都市計畫與一般法規差異甚大。受都市計畫內之各種特定規範影響之人，係在一定地區且可得確定；都市計畫內容固可能相當抽象，但亦常甚為具體；人民權利受影響之情形，常非附帶或間接，而係直接且明確（例如土地遭限建或禁建）；由於其內容可能甚為具體，故與行政處分常難以區別。就該特定地區之人民而言，其土地之使用與處分既已遭直接且具體之限制，自構成其憲法上財產權之侵害。如未能對土地之使用與處分受直接且具體影響之所有權人，賦予行政爭訟以使法院直接審查都市計畫合法性之機會，則對其財產權之保障，實有不足。僅有在使人民可提前於都市計畫發布後，即許權利或法律上利益受侵害之人民對之提起訴訟，並賦予法院審查其合法性之明確權源，始能使人民財產權受更完整之保障，而符合憲法第十五條之意旨。

（二）憲法保障訴訟權之意旨

憲法第十六條訴訟權之核心內涵為有權利即有救濟，而其要求之標準則應包括訴訟救濟之有效性與及時性。故本院以往解釋多次均宣示：憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲

法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會（本院釋字第四三〇號、第六五三號、第七三六號解釋參照）。

如前所述，都市計畫發布後，對特定地區之人民土地之使用與處分已經產生直接而具體之限制（而非僅影響其反射利益），故已涉及人民財產權之憲法保障。賦予人民就都市計畫直接提起行政爭訟，始符合憲法有權利即有救濟之憲法要求。

又在現行法制下，人民雖仍得於依都市計畫採行之後續行政處分作成階段，依行政訴訟法提起撤銷該行政處分之訴訟，然此種後階段之救濟，並不符合行政爭訟之及時性標準。賦予人民就都市計畫得直接提起行政爭訟，始符合憲法第十六條訴訟權所要求之及時有效救濟之機會。

（三）「訴訟經濟」

許因都市計畫受直接影響之人民對都市計畫直接提起規範審查訴訟，或要求人民必須俟主管機關依都市計畫為行政處分後始得針對該行政處分提起救濟，其中一項重要差別在於：循規範審查訴訟可一次解決源頭（即都市計畫本身）之違法問題；然針對行政處分之爭訟，可能有無數之訴願或行政訴訟必須處理。故前者顯然較能達成「訴訟經濟」之目的。

按「訴訟經濟」之考量，原則上屬於立法政策之問題。然如「訴訟不經濟」造成人民權益受損，亦應認屬對人民訴訟權保障之不足。如前所述，行政爭訟之及時性與有效性為憲法第十六條所要求之保障標準。如人民本來可以透過爭執都市計劃本身之違法性，一次解決爭議，以保障其權利，法律卻要求權益受直接影響之人民

必須俟行政處分作成後，始進行爭訟，不但勞民傷財，且不符憲法第十六條及時有效保障人民訴訟權之意旨。

（四）防止主管機關濫權

都市計畫制度在我國已經實施多年，且亦有相當成果。然無可否認，都市計畫不但在法律規範上仍有諸多不足（例如相關程序規範是否符合正當行政程序之要求，顯有疑義）；在實務上，亦確有諸多人謀不臧情事。如提前於都市計畫發布後，即許權利或法律上利益受侵害之人民對之提起規範審查訴訟，將更能透過司法程序之進行監督主管機關，並因而防止其於都市計畫之擬定與發布時之濫權，減少人謀不臧。

或謂：是否防止濫權等，僅係實務運作與立法政策問題，而非憲法之要求。然某項立法問題是否提升為憲法層次之要求，並無各國一致之要求，而應視我國國情，以決定有無憲法保障之需要及論理基礎。主管機關就都市計畫之擬定與發布常存在濫權與人謀不臧之問題，既然已為國人普遍之印象，而屬系統性問題，許人民對都市計畫提起規範審查訴訟又有監督主管機關、防止濫權及減少違法，並進而保障人民財產權之功能，故本席認為，以憲法財產權及訴訟權保障為基礎，要求就都市計畫增設規範審查訴訟，在我國具有極高之憲法上正當性。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件解釋為【都市計畫定期通盤檢討變更之救濟案】。

本件解釋併有二件聲請案。聲請案之一，聲請人等所有之土地，前經規劃為「中央研究院機關用地」，嗣該院放棄保留而變

更為「第三種住宅區」，經臺北市政府八十一年十二月十四日府工二字第八一〇八六八九三號公告「臺北市都市計畫公共設施保留地（通盤檢討）案」詳細說明欄三、（一）變更計畫部分編號5. 備註2.：「……應提供30%之土地作公共設施（公園用地），同時法定空地亦應配合集中留設」，聲請人至一〇二年十月十七日始提起訴願，經內政部以其等訴願逾期不合法予以不受理，再提行政訴訟，（註一）經最高行政法院判決，（註二）依本院釋字第一五六號解釋（下稱系爭解釋）理由所稱：「此項都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第二十六條參照），並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同」等語，認依都市計畫法（下稱都計法）第二十六條規定所為之五年定期通盤檢討所作必要之變更計畫，係屬於法規性質，而非行政處分，認聲請人之主張為無理由而判決駁回上訴確定（確定終局判決）。

另一聲請案，聲請人以經營加油站為業，依法取得建築執照擬在某「加油站用地」設置加油站，嗣經臺北市政府依都計法第二十六條規定，進行「臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）」，將上開「加油站用地」變更為「交通用地（遊客中心）」報請內政部以一〇二年五月六日函核定，臺北市政府再於一〇二年五月十三日公告實施。聲請人不服，經訴願後，依法提起訴訟，（註三）經最高行政法院裁定援引系爭解釋，（註四）認上開內政部函及臺北市政府公告之「臺北市士林區外雙溪地區都市計畫通盤檢討（主要計畫）」，均非對外直接發生法律效果之行政處分，自不得對之提起撤銷訴訟，以抗告無理由而裁定駁回之。

上開二件聲請案之確定終局裁判，均援引系爭解釋，認都市計畫定期通盤檢討所作變更，屬法規性質，並非行政處分，人民權益縱受有損害，亦不得提起撤銷訴訟。聲請人等認上開確定終

局裁判所適用之系爭解釋，發生疑義而聲請補充解釋。

本件釋憲案之爭點，在於都市計畫定期通盤檢討所作變更，如其中具體項目，經認定（證明）確有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，是否應許權益受損者依法救濟？

本件解釋多數意見認為：「都市計畫擬定機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。惟如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權與訴訟權之意旨。本院釋字第一五六號解釋應予補充。都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」本席敬表贊同。

本件解釋，有三項特色：第一，重申都市計畫定期通盤檢討所作之變更，本質上仍屬法規性質，並非行政處分；第二，定期通盤檢討之具體項目，如經認定（證明）為個案變更，則屬行政處分，人民得依法救濟，某程度將影響現行行政法院實務之運作；第三，參考德國行政法院之抽象法規範審查制（德國行政法院法第四十七條第一項參照），從憲法高度，要求立法機關限期就都市計畫（含定期通盤檢討之變更），增訂抽象法規範審查之相關規定，可謂用心良苦！因本號解釋，關於解釋理由之建構，尚有可補充說明之處，爰提出本協同意見書。

貳、聲請補充解釋程序要件之審查

關於人民聲請補充解釋，本院解釋早期以大法官第六〇七次

及第九四八次會議決議內容作為判斷基準，嗣經系爭解釋及第五〇三號等解釋相繼援引，最近本院釋字第七四一號解釋理由更敘明：「按當事人對於確定終局裁判所適用之本院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核確有正當理由者，應予受理（本院釋字第五〇三號解釋參照）。」是以本件補充解釋理由第一段爰重申前旨。

參、行政處分之判定基準

關於行政處分之定義，本院釋字第四二三號解釋指出：「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。」（粗體及標示為本意見書添加，下同）系爭解釋亦謂：「公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質」。是以都市計畫定期通盤檢討所作必要之變更，是否為行政處分，應依上開解釋意旨判斷之。

肆、有權利即有救濟之憲法原則

關於憲法所保障之訴訟權，依本院釋字第七三六號解釋理由所闡示：憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其「權利或法律上利益（註五）」遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於「有權利即有救濟之憲法原則」，（註六）人民「權利或法律上利益」遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會。本件解釋重申「有權利即有救濟之憲法原則」，應許因都市計畫定期通盤檢討中經認定為個案變更之權益受損者，得循法定程序提起行政爭訟，俾其權利獲得適當之救濟。

伍、定期通盤檢討所作變更，屬法規性質

依都計法第三條規定可知，所謂都市計畫，係指在一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃而言。都市計畫應依據現在及既往情況，並預計二十五年內之發展

情形訂定之（同法第五條參照）。依其規劃範圍，可分為「市（鎮）計畫」、「鄉街計畫」與「特定區計畫」三種（同法第九條參照）。在層級上，副分為「主要計畫」與「細部計畫」。主要計畫係細部計畫之準則，細部計畫作為實施都市計畫之依據（同法第七條第一款、第二款參照）。細部計畫應以細部計畫書表明「土地使用分區管制」等事項（同法第二十二條第一項第三款參照）。細部計畫公告實施後，對於都市計畫各「使用區及特定專用區內」土地及建築物之使用、基地面積或基地內應保留空地之比率、容積率、基地內前後側院之深度及寬度、停車場及建築物之高度，以及有關交通、景觀或防火等事項，內政部或直轄市政府得依據地方實際情況，作必要之限制規定（同法第三十九條參照），土地使用分區管制（同法第三章規定，第三十二條至第四十一條）、設置公共設施用地（同法第四章規定，第四十二條至第五十六條）等影響使用分區內人民之權益至鉅。

所謂定期通盤檢討，依原因案件之一所適用之九十六年九月六日修正公布之都計法第二十六條規定：「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每五年至少應通盤檢討一次，依據發展情況並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應予撤銷並變更其使用。」另一原因案件所適用之現行都計法第二十六條第一項、第二項相繼規定：「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每三年內或五年內至少應通盤檢討一次，依據發展情況，並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應變更其使用。」「前項都市計畫定期通盤檢討之辦理機關、作業方法及檢討基準等事項之實施辦法，由內政部定之。」另內政部發布「都市計畫定期通盤檢討實施辦法」，以供辦理定期通盤檢討之依據，其第十三條規定，都市計畫定期通盤檢討必須變更者，應即依照本法所定程序辦理變更；無須變更者，即經一定程序層報核定機關備查後，公告週知。綜上相關規定可知，都市計畫定期通

盤檢討所作變更，均未具體規範定期通盤檢討之變更範圍及可能內容，即非就特定具體之公法事件而為，性質上確屬法規性質，（註七）並非行政處分至明。

陸、個案變更之屬性可能係行政處分

所謂都市計畫之個案變更，係指都計法第二十七條規定：「都市計畫經發布實施後，遇有左列情事之一時，當地直轄市、縣（市）（局）政府或鄉、鎮、縣轄市公所，應視實際情況迅行變更：一、因戰爭、地震、水災、風災、火災或其他重大事變遭受損壞時。二、為避免重大災害之發生時。三、為適應國防或經濟發展之需要時。四、為配合中央、直轄市或縣（市）興建之重大設施時。前項都市計畫之變更，內政部或縣（市）（局）政府得指定各該原擬定之機關限期為之，必要時，並得逕為變更。」與前揭定期通盤檢討變更之比較，二者之法令依據、辦理時機、辦理機關、辦理範圍、檢討或變更之內容，均有所不同。

針對都市計畫之個案變更，系爭解釋釋示：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟，本院釋字第一四八號解釋應予補充釋明。」

系爭解釋理由先則闡示都市計畫的個案變更「可能」係行政處分，其謂：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致使特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，依照訴願法第一條、第二條第一項及行政訴訟法第一條之規定，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟。始符憲法保障人民訴願權或行政訴訟權之本旨。」嗣又闡示：「此項都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市

計畫法第二十六條參照)，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同。」

系爭解釋理由前段認為，都市計畫之個案變更，「如」直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，反之，未必係行政處分；解釋理由後段認為，都計法第二十六條所定「都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更」之性質，並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，「均非」行政處分，不得提起行政爭訟。

如前所述，都市計畫定期通盤檢討所作必要之處分，屬法規性質，是以本件解釋，重申系爭解釋理由意旨，「仍認」都市計畫本身及其定期通盤檢討所作變更之性質，屬法規性質，並非行政處分，解釋理由論述，比系爭解釋理由更為清楚！就此而言，或可謂係補充系爭解釋。

此外，本件解釋另強調：都市計畫定期通盤檢討所作變更，實務上有可能隱含個案變更之事實，即定期通盤檢討之具體項目，如經認定（證明）有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，具行政處分性質。此乃個案事實法院認定之問題，不涉變更定期通盤檢討屬性之問題。換言之，本件解釋公布後，行政法院不得因原告所主張權益受侵害之原因，係基於都市計畫定期通盤檢討變更，即逕行駁回原告之訴，仍應調查該定期通盤檢討變更之具體項目，是否有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔？如經認定（證明）屬實，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟。

註解：

註一：臺北高等行政法院103年度訴字第424號判決駁回原告之訴。

註二：104年度判字第680號判決。

註三：臺北高等行政法院102年度訴字第2024號裁定駁回原告之訴。

註四：103年度裁字第1505號裁定。

註五：早在86年6月6日公布之釋字第430號解釋理由書即謂：「人民之『權利或法律上利益』遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟」，可資參照。

註六：釋字第396號解釋理由書，重申釋字第243號解釋所謂有權利即有救濟之法理；釋字第546號解釋理由書：「方符有權利即有救濟之法理」；釋字第653號解釋理由書：「基於有權利即有救濟之原則」。

註七：地方制度法第25條規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，制定自治法規。自治法規經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布者，稱自治條例；自治法規由地方行政機關訂定，並發布或下達者，稱自治規則。」

協同意見書

許志雄大法官 提出

本號解釋鑑於都市計畫定期通盤檢討後之變更範圍可能甚廣，內容事項不一，而認為有依個別項目判斷其法律性質之必要。個別項目若有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔者，即屬行政處分，應允許就該部分提起行政救濟。又都市計畫與人民權益關係密切，發生爭議時，現行行政爭訟制度無法妥適因應，本號解釋爰限期要求立法機關增訂相關規定，謀求解決。上開多數意見之形成，係基於對實務上都市計畫變動原因、過程、運作及影響之理解，希望透過其法律性質之合理界定，抒解當前一概認定為法規命令性質所引起之問題（註一），俾保障人民之財產權及訴訟權；同時期待藉由立法，引進新訴訟類型，以彌補當前制度之不足，促進法治之健全。對此用心及努力，本席深表認同。

關於都市計畫之法律性質，學者見解不一，幾無共識。實務界又

常運用概念之操作，求取行政之方便，而滋生更多疑義，間接導致學說理論益形分歧。本席認為，正本清源之道，須先探究都市計畫乃至一般行政計畫之本質特性，找出法律定性問題關鍵之所在，方能獲得適當之解答。其次，釐清相關都市計畫概念，導正實務上偏差之認知及作法，亦屬必要。至於救濟途徑方面，本號解釋指出立法方向，對未來法治發展頗有刺激及啟示作用，值得重視。本於上述考量，爰提出協同意見如下。

一、都市計畫之法律定性

都市計畫為行政計畫之一種，一般行政計畫具備之特性，都市計畫殆皆有之。所謂行政計畫，權且參照行政程序法第一百六十三條之立法定義，指「行政機關為將來一定期限內達成特定之目的或實現一定之構想，事前就達成該目的或實現該構想有關之方法、步驟或措施等所為之設計與規劃」。從定義可知，目標設定與手段綜合性堪稱行政計畫之指標。而且，計畫目標之達成需要一段時間，內容當然應依現在及將來之具體狀況策定，並隨狀況之變化而調整，故內容可變性亦屬行政計畫固有之特性。由於行政計畫蘊含這些特性，使其法律定性出現難題，學者之間爭議不斷。都市計畫之法律性質所以眾說紛紜，莫衷一是，癥結亦在於此。

正如我國行政程序法之章節安排及其第二條第一項關於行政程序之定義所示，行政計畫常與行政處分、行政命令及其他行政行為形式並論。惟嚴格言之，行政計畫與行政處分等行政行為形式屬於不同次元之觀念，其他行政行為形式常為實現行政計畫之方法，即使法律亦不例外。從另一個角度觀察，行政計畫仍有定性為某種傳統行為形式之可能（註二）。同時，為了行政救濟，亦有探究行政計畫是否具備行政處分性質之必要。因為，依據現行行政爭訟制度，唯有對行政處分不服，方能循訴願及行政訴訟程序予以撤銷。行政計畫能否歸類為行政處分，對人民權益保障而言，影響甚大。基本上，行政計畫各式各樣，無法統一定性，

必須依個別行政計畫之內容判斷，而分別定性為行政處分、法規命令、行政規則、行政指導或其他事實行為。例如，行政計畫不具有法律拘束力時，通常只是單純之事實行為；但對外帶有指針性質時，則可歸類為規制性、授益性或調整性之行政指導。當行政計畫本身直接對外具有法律效力時，依其內容屬具體事件或抽象事項，則有定性為行政命令或行政處分之問題。又行政計畫之內容往往範圍廣泛，項目眾多，兼含抽象事項與具體事件，導致法律定性更加困難，這正是都市計畫法律定性爭議原因之所在。

都市計畫依其規劃範圍分為市（鎮）計畫、鄉街計畫及特定區計畫，依層級分為主要計畫及細部計畫，而依形成時機與原因則有訂定（新訂）、定期通盤檢討變更及個案變更三種。學者普遍按照都市計畫之種類，分別界定其法律性質，茲臚列各種見解如下：

1. 都市計畫無論係訂定、通盤檢討變更或個案變更者，均具有行政處分（一般處分）之性質（註三）。
2. 都市計畫不論主要計畫或細部計畫之擬定、發布、變更，本質上皆屬抽象性之規範行為，而非特定性之具體處分行為（註四）。
3. 主要計畫屬地方行政機關訂定之自治規則，而細部計畫則為行政處分（註五）。
4. 鄉街與特定區細部計畫之擬定或變更為行政處分，其餘無論主要計畫或市（鎮）計畫，均非行政處分（註六）。

上開見解顯示，學者於界定都市計畫之法律性質時，係就各種類型整體認定其為行政命令或行政處分。惟都市計畫之內容繁雜，又具有手段綜合性之特徵，即使主要計畫相對於細部計畫，通常規定之事項較為抽象，亦不排除會有符合行政處分要件之具體事件摻雜其中；反之，細部計畫之抽象性較低，但是否已達到行政處分要求之具體程度，仍須依個案情形判斷，未可一概而論。這種現象不僅存在於主要計畫與細部計畫之間，同樣存在於

其他分類上。準此，無論市（鎮）計畫、鄉街計畫及特定區計畫之分，抑或通盤檢討變更與個案變更之分，皆不宜逕行作為都市計畫之法律定性的準據。否則，在不改變整體定位之思維模式前提下，所謂「橫看成嶺側成峰」，都市計畫法律性質之爭永無止境。

從另一個面向思考，形式上都市計畫之發布固然只是一行為，實質上都市計畫之內容卻可能包含數行政行為形式，其性質或為行政命令，或為行政處分。在現行行政爭訟制度下，就都市計畫之個別項目分別判斷其法律性質，應相當合理且具有實益。換言之，當個別項目直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加其負擔時，即認定為行政處分，允許就該部分提起行政爭訟，應有助於人民權益之保障。補充一言，同一都市計畫可能包含數行政處分，其相對人為特定人者，屬個別處分，為可得確定之多數人者，則屬一般處分（行政程序法第九十二條第二項參照）。

二、定期通盤檢討變更與個案變更之異同

現行都市計畫法第二十六條第一項規定：「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每三年內或五年內至少應通盤檢討一次，依據發展情況，並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應變更其使用。」第二十七條第一項規定：「都市計畫經發布實施後，遇有左列情事之一時，當地直轄市、縣（市）（局）政府或鄉、鎮、縣轄市公所，應視實際情況迅行變更：一、因戰爭、地震、水災、風災、火災或其他重大事變遭受損壞時。二、為避免重大災害之發生時。三、為適應國防或經濟發展之需要時。四、為配合中央、直轄市或縣（市）興建之重大設施時。」論者通常稱前者為「定期通盤檢討變更」，後者為「個案變更」。實務界更且引用司法院釋字第一五六號解釋，認定定期通盤檢討變更係法規命令，非行政爭訟之對象，唯有個案變更方屬行政處分，人民不服時可以提起訴願、行

政訴訟。這種對比過於形式化，且有誤導作用，恐非妥適。

首先，都市計畫法第二十六條第一項與第二十七條第一項規定之差異，主要在於計畫變更之事由與時機，而非「通盤」或「個案」。參照各該規定用語，前者稱為定期通盤檢討變更，尚屬允當；而後者無寧以「迅行變更」名之為宜。試想，遇有「因戰爭、地震、水災、風災、火災或其他重大事變遭受損壞」之情事時，依據都市計畫法第二十七條第一項第一款規定，應視實際情況迅速進行都市計畫之變更。若災變十分重大，受影響之區域廣袤，損壞情況極端嚴重，則都市計畫之變更幅度必然極大，甚至遠逾一般定期通盤檢討變更之程度，這種情形絕非個案變更概念所能承載。反之，依實際需要，定期通盤檢討變更之幅度或大或小，個別項目亦不排除具有行政處分之可能。如本號解釋之原因案件，所涉個別項目之內容相當具體，位置、地號及變更情形皆有明定，顯然具備行政處分之性質，稱之為定期通盤檢討變更內之「個案變更」，亦無不可。抑有進者，就本號解釋原因案件所涉定期通盤檢討變更之各項計畫內容觀之，幾乎皆具行政處分性質，顯與法規命令有違，謂其係以包裹方式，一次公告作成數行政處分，或較妥適。

再者，司法院釋字第一五六號解釋之解釋文表示：「主管機關變更都市計畫，係公法上之單方行政行為，如直接限制一定區域內人民之權利、利益或增加其負擔，即具有行政處分之性質，其因而致特定人或可得確定之多數人之權益遭受不當或違法之損害者，自應許其提起訴願或行政訴訟以資救濟……」且於理由書指出：「都市計畫之個別變更，與都市計畫之擬定、發布及擬定計畫機關依規定五年定期通盤檢討所作必要之變更（都市計畫法第二十六條參照），並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者，有所不同。」依該解釋文意旨，個別（個案）變更係有屬於行政處分之可能，而非必然全部歸類為行政處分；至於是否為行政處分，仍須個別判斷，視其有無「直接限制一定區域

內人民之權利、利益或增加其負擔」而定。同理，都市計畫及其定期通盤檢討變更，縱使一般「並非直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔者」，應非行政處分，但若個別項目有直接限制一定區域內人民之權益或增加其負擔情形時，認定為行政處分，亦未超出該解釋理由書文理可能涵蓋之範圍。本號解釋以補充釋字第一五六號解釋之方式呈現，尚無不當。實務上將個案變更一概認定為行政處分，而對都市計畫及其定期通盤檢討變更之個別項目可能具有行政處分性質的情形，全面加以否定。這種截然二分法難謂合理，亦與釋字第一五六號解釋不盡吻合。

綜上，定期通盤檢討變更與個案變更並非同一層次之區分，相對於定期通盤檢討變更者，應係不定期之「迅行變更」。依內容判斷，定期通盤檢討變更可能內含具有行政處分性質之個別項目，而個別迅行變更亦不排除具有法規命令性質者。揆諸一般行政計畫之特性，這種現象不足為奇。

三、都市計畫與行政救濟

都市計畫之訂定與變更，涉及土地之使用管制，對人民財產權之影響甚鉅。如何健全都市計畫相關法制，以確保人民之財產權，並於人民權益受侵害時，提供及時有效之救濟，以落實訴訟權保障，乃現代法治國家不可忽視之課題。都市計畫中之個別項目，若具備行政處分性質，則依據現行訴願法及行政訴訟法規定，應有提起行政爭訟之機會。惟過去實務上將都市計畫及其定期通盤檢討之變更一律定性為法規命令，並未針對個別項目逐一認定是否具有行政處分性質；將來即使改變作法，就個別項目逐一檢視，恐怕亦會因都市計畫內容複雜、定性不易，而出現認定歧異、紛爭不斷之現象。又都市計畫及其定期通盤檢討之變更，經定性為法規命令，嗣後若據此作成行政處分，當事人不服而提起行政訴訟時，仍可就該都市計畫之合法性加以爭執。但此際業已遷延時日，而且都市計畫有其整體性（釋字第三三六號解釋參照），行政法院是否會正視該先決問題，確實審查都市計畫部分

內容之合法性，亦未可逆料。行政法院縱使認定行政計畫違法，難保不會以維護重大公益為由，作成情況判決，僅確認原處分違法，卻不予撤銷（行政訴訟法第一百九十八條參照）。似此情形，唯有建立新制度，允許除計畫實施過程之手段外，亦可以計畫本身作為訴訟對象，方能有助於早期根本解決有關計畫之紛爭（註七）。要之，財產權及訴訟權為憲法上之權利，實際上卻受制度及公權力之運作等因素影響，未能獲得確保。面對這種憲法現實與憲法規範明顯脫節之現象，積極引進適合都市計畫之訴訟類型，以補偏救弊，落實憲法規範對財產權及訴訟權之保障，殊屬必要。本席認為，本號解釋要求立法機關於二年內增訂相關規定，堪稱合理。

論者或許擔心，增訂都市計畫之救濟規定後，會產生外溢效果，引發建立規範審查制度（規範統制訴訟）之議。然都市計畫有法律定性困難及爭議問題，非其他性質明確之規範可以比擬，似無庸多慮。況且，若有必要，則進一步建立規範審查制度，又有何妨？

另一個可能衍生之問題係：既然都市計畫增訂救濟規定，其他行政計畫是否應該比照辦理？誠然，行政計畫種類繁多，其內容、法律效果及事實上之作用各不相同，如前所述，有分別定性為行政處分、法規命令、行政規則、行政指導或其他事實行為之可能。在現行行政爭訟制度下，對行政計畫違法性之爭執，唯有當行政計畫直接影響私人權益，且定性為行政處分時，始能循訴願及行政訴訟途徑為之；若定性為法規命令，則須於嗣後對依據該計畫作成之個別行政處分進行爭訟的過程中，方能間接挑戰該行政計畫之法律效力。至於其他行政行為形式之行政計畫，則毫無行政救濟之機會。又行政計畫是否具備行政處分性質而可為行政爭訟之對象，必須個別判斷，無法一體認定。當特定行政計畫直接對外具有法律效果時，則難免如都市計畫所示，出現究屬行政處分或行政命令之問題。因此，法律定性之難題，同樣存在於

都市計畫以外之行政計畫。總之，現行行政爭訟制度之設計，並未考量行政計畫之特殊性，適用於行政計畫時，難免左支右絀，進退失據。行政計畫以典型之形式反映出，傳統行政爭訟之制度及理論，與現代行政發展之間業已產生深刻之鴻溝。職是之故，論者主張為因應行政計畫之特殊性，應設立行政計畫固有之爭訟制度（註八）。本席認為，制度原因造成之難題，宜以制度調整之方法解決。此一立法論之主張頗有見地，值得參考。惟行政計畫具有多樣性，未必適合一律採取相同救濟制度；依照各種行政計畫之需要，分別建構解決方法，或許較為合理可行。

附帶一提，現代行政國家現象下，「計畫政治」盛行，行政計畫成為舉足輕重之施政工具，甚至引發「計畫政治」凌駕「法治主義」、「依計畫行政」取代「依法行政」之疑慮（註九）。如何謀求計畫與法治主義之調和，避免法治主義持續遭到侵蝕乃至淘空，採取下列方式，促進計畫法治化，即使不能徹底解決問題，仍不失為有效對策。其一，在可能範圍內，盡量將計畫之內容及程序納入法律規定的對象，使其接受立法之事前統制。其二，盡量擴大計畫之爭訟可能性，增加司法事後審查機會，強化計畫之權利救濟方法（註十）。本號解釋指引之方向，正與第二種方式相符。本席期待，立法部門體察計畫法治化之必要性，於期限內完成立法，突破都市計畫行政救濟之障礙，並且放大視野，對都市計畫以外之行政計畫，採取相同立場及態度，朝法治化之路邁進。

註解：

註一：惟本號解釋稱「法規」而非「法規命令」，諒係考量行政程序法於地方自治團體有無適用，尚存疑義，故以較籠統之用語表示。誠然，行政程序法之適用範圍，除國家外，是否亦包括地方自治團體，學說見解未臻一致。不過，我國地方自治團體係統治團體，其行政機關訂定之行政命令，依性質之不

同，仍有區分為法規命令或行政規則之必要。現行實務上，即依自治規則及委辦規則之內容與法律（自治條例）授權之有無，分別界定為法規命令或行政規則。參照蔡茂寅著，地方自治之理論與地方制度法，學林文化，2003年，頁182-184。又司法院於2016年11月22日舉辦本號解釋聲請案說明會，內政部於會中提供之書面說明表示「都市計畫新訂與通盤檢討未直接限制一定區域內人民之權利，其法律性質應定性為法規命令」。

註二：鹽野宏著，行政法 I（行政法總論），有斐閣，2008年第4版第8刷（補訂），頁196。

註三：陳立夫著，都市計畫之法律性質，台灣本土法學雜誌第50期，2003年9月，頁139以下。

註四：林明鏘著，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，收於氏著「國土計畫法學研究」，元照，2006年，頁90。

註五：廖義男著，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，2010年7月，頁30、31。

註六：傅玲靜著，都市計畫與撤銷訴訟之程序標的——由都市計畫之種類及層級進行檢討，月旦法學教室第153期，2015年7月，頁11。

註七：鹽野宏著，同註1，頁199。

註八：芝池義一著，行政計畫，收於雄川一郎、鹽野宏、園部逸夫編「現代行政法大系第2卷」，有斐閣，1984年，頁355以下；藤田宙靖著，新版行政法 I，青林書院，1985年，頁174、246。

註九：許志雄著，憲法之基礎理論，稻禾，1993年初版2刷，頁180。

註十：手島孝著，行政國家の法理，學陽書房，1978年再版，頁197、198。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

詹森林大法官 加入

壹、本號解釋之背景：都市計畫衍生諸多違憲爭議

本號解釋補充本院釋字第一五六號解釋，而釋字第一五六號解釋補充本院釋字第一四八號解釋。本號解釋與前二號解釋相隔三十餘年，均在處理人民對於都市計畫之變更得否提起行政訴訟之問題。

這三十餘年間，大法官就與都市計畫直接、間接有關者，另外作出多號解釋（直接有關者：釋字第二七三號、第三二六號、第三三六號、第三六三號、第四〇六號、第四〇九號、第四四九號、第五一三號；間接有關者：釋字第二一五號、第二三六號、第三二二號、第三四三號、第四〇〇號、第四〇八號、第四四〇號、第六一九號、第六四六號、第七〇九號、第七三九號）（註一），可見都市計畫之訂定與執行在社會上產生諸多違憲爭議。近年台灣發生許多因土地利用而引起之民眾抗爭行動，甚至有學者主張都市計畫已被用來控制或攏絡地方派系（註二）。對第一五六號解釋於三十餘年後重新檢視，並提出本號補充解釋，一方面顯示大法官與時俱進，隨著法學思潮與人權意識之演進而補充舊解釋，另一方面亦顯示因都市計畫所衍生諸多違憲議題，長期以來未獲完善處理。本席爰提出此補充意見書。

貳、判斷人民對主管機關之行政行為得否提起行政救濟，應跳脫名稱定性之框架，而以實質內容有無損害人民之權益為判斷：

本號解釋認都市計畫之定期通盤檢討性質雖為法規，並非行政處分，但強調應依「個案」審查定期通盤檢討公告內「個別項目之具體內容」，是否直接限制一定區域內特定人或可得特定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分，從而認定得否對之提起行政爭訟。亦即係以個案中「個別項目之具體內容」為判斷人民得否提出行政訴訟之依據，而不受限於該行政行為（定

期通盤檢討)係屬法規之性質。事實上都市計畫之態樣種類繁多,並具多樣化之特質,勉強將其區分為法規或行政處分,並以之作為得否提起行政訴訟之區隔,於界限模糊之處,難免不公,於實務上亦頻生爭議。目前立法機關並未對於都市計畫之行政救濟管道予以細密規範,本號解釋主張人民訴訟權之保障不應受限於法律概念之分類,而應就具體事件之本質為探討(註三),實具啟發性。

參、基於實務面與法政策之考量,都市計畫之爭議應及早解決,以避免損失擴大與裁判分歧:

本號解釋要求立法者應自解釋公布之日起二年內增訂相關規定,使人民得就違法之都市計畫,認為損害其權利或法律上利益者,提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂,對於都市計畫之訂定與變更之救濟,應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。本號解釋之意旨乃將傳統上認為係屬行政機關政策領域而不受司法審查之都市計畫,納入司法審查之範圍。此為增強保障人民權利之作為,本席敬表贊同。本號解釋係參考德國行政法院法(Verwaltungsgerichtsordnung)第四十七條就建築計畫得進行規範審查之規定(註四),而作此宣示。於解釋理由書第四段指出理由有三:(一)都市計畫與定期通盤檢討規定發布後,影響區內人民權益甚鉅,且其內容與行政處分往往難以明確區隔。(二)為使人民得及時提起訴訟請求救濟。(三)藉以督促主管機關擬定、核定與發布都市計畫及定期通盤檢討時,遵守法律規範。德國行政法院法第四十七條所定,人民得請求高等行政法院作法規範審查者,並不限於權利已受損害,而係包括因法規範之適用,在「可預見之時間內將受損害者」(in absehbarer Zeit verletzt zu werden)(第四十七條第二項)。德國學者主張將建築計畫納入規範審查係基於實務以及法政策等理由(Praktische und rechtspolitische Argumente),讓權利及時受到保障,並避免分歧之判決,從而減少行政法院之負擔(註五)。按都市計畫之擬定

與變更，對人民土地使用權益影響甚鉅，而且影響人數眾多，若於施行後受影響之多數人分別提起訴訟，分別由不同的法官審理，不僅增加法院負擔，而且難免出現裁判不一致之現象。土地是人民極珍貴的財產權，不僅具有金錢價值，而且往往具有由歷史因素、生活經驗所累積的情感價值，非可用金錢衡量。此外，土地之現狀若經變更，往往難以修補回復，若待行政機關進行行政處分後再行救濟，恐為時已晚，本號解釋乃參考德國法制，寓有提早解決紛爭，並避免裁判分歧之理念。

肆、司法機關應有相對應之具體作為，始能落實保障人民權益之立法意旨：

目前人民對於主管機關之行政處分提起司法救濟之結果，其能獲得勝訴判決之比例偏低，因此未來將都市計畫之擬定及變更納入司法救濟之範疇，人民究能獲得多少實質保障，即不無疑問。就此本席認為，目前司法機關應落實多項作為，始能具體實現對人民權益之保障：

一、司法機關對於行政處分之審查原則與密度應更縝密界定

按行政機關負有積極、主動形成公共事務及實現公共利益之權責，行政機關為實現其任務，必然擁有一定之裁量空間。無論是行政判斷或行政裁量均具有因時、因地制宜之功能，必須符合實際情況作判斷，不能作劃一性的統一規定。司法機關於審查行政機關之處分是否涉及違法時，亦應對行政機關之裁量空間予以尊重。司法機關對於行政處分審查權行使之原則與界線，行政訴訟法第四條第二項與行政程序法第十條僅有原則性規定，本院釋字第五五三號解釋提出六點原則作為審查之參考，行政法學者及法官亦相繼提出許多精彩而豐富之論述（註六）。然而各該原則之具體適用，最終仍須在個案審查時就具體事件分別檢視。為了避免裁判分歧，並讓行政與司法機關有所遵循，對於行政處分之司法審查原則加以縝密界定，乃有必要。

都市計畫因其具有政策規劃之性質，可以想見未來之爭議很可能在於都市計畫之內容是否符合「合目的性」、或是有無違反「行政法一般原則」，對其進行司法審查較諸對具體行政處分之審查，將更為困難並富挑戰。尤其是為了「公共利益」而影響私人財產之價值時，則「利益衡量原則」必然涉及公共政策之價值判斷。過去政府機關在涉及公共利益之衡量時，往往偏倚經濟發展與工程觀點，忽略土地之人文情感及其價值，未來司法機關就此衡量，涉及多元價值判斷之問題，更顯困難。況且行政官員與司法人員依利益衡量原則所作之考量，可能因其任務與功能之不同而有所差異，如何可以認為司法人員之衡量即優位於行政人員之衡量？行政部門亦有見解認為主管機關組織之委員會係由各方學者專家所組成，其作成之決定較為合理妥適，若由外行之法官來推翻專家組成之委員會的決定，亦可能被認為過度干預行政權。就此，未來個案審查時，有賴原告與被告雙方作周延深刻之說理攻防，始能體現「利益衡量」之差異，由法官綜合考量所有事實、比較相關利害關係後，進而作出具說服力之判斷。透過司法審查長期運作，將可同時提高行政機關執行之審慎與透明程序，並提升司法機關審查之能力及裁判之可預測性。由此可見法官之專業能力對於司法審查之公信力，實具關鍵之重要性。

另外，為了避免法院介入爭議過早，德國對於市地重劃過程之法律救濟途徑採審慎態度，若爭議未能於「前置作業程序」解決，異議人仍可向法院請求救濟，但法院先將該案件交付重劃主管機關審查，以判定有無修正系爭案件之可能性，從而避免法院審理耗費時日，如此機制亦值我國參考（註七）。

二、提升司法機關對行政處分之個案審查能力：

人民提起行政訴訟被駁回比率偏高，另外涉及法官之背

景是否得以勝任行政訴訟之課題。行政訴訟涉及之領域包括稅務、土地、環境保護等相當專業之領域。有許多實務上之因素，必須有實務經驗者方能精確探知問題之所在。諸如各地方政府都市計畫委員會之組成，其客觀中立性如何維持、審議表決之方式能否真正反映專家學者之意見，官員之立場是否足以決定都市計畫案的表決結果？凡此有諸多錯綜複雜的因素，應予詳細審究。若是法官對於該領域之爭點並無足夠之專業與敏銳度加以判斷，則傾向採納行政機關之意見。為補強法官可能欠缺專業經驗的情形，德國遴選具專業素養之學者或律師，以擔任行政法院專庭法官，殊值參考。國人對於司法改革盼望殷切，目前每年固定遴選律師擔任法官，但其遴選標準僅著重律師之民、刑事訴訟經驗。參考德國的例子，應可考慮遴選對於都市計畫或稅法等領域具有專業之律師或學者擔任行政法院專任或兼任法官，以提升司法機關之審查能力。另外亦應考慮在行政訴訟中加強專家證人之角色，甚至仿效德國法制，在訴訟程序中舉辦聽證會。

伍、行政、立法與司法機關應共同防止因工程廢棄造成巨大社會損失情事：

由本號解釋所揭櫫土地爭議應及早解決，以避免損失擴大之理念，實可併同檢討最近發生之重大工程案遭中途停工或廢棄，所造成的社會資源浪費問題。最近這幾年發生多件已進行施工甚至完工之重大工程，因環境影響評估遭行政法院撤銷，不得不停工甚至廢棄之案例，如雲林焚化爐案、中科三期、台東美麗灣渡假村、東勢-豐原快速道路及淡北道路等案。此結果固然展現司法機關監督審查違法行政處分之具體作為，以保障人民之生命、健康及環境權，但亦不可忽視因此造成巨大社會資源浪費。以雲林焚化爐為例，因設置地點因素導致環境影響評估被行政法院撤銷，投資巨額興建且已完工之焚化爐無法使用，以致當地的垃圾無法處理，造成投資者、政府與民眾三方皆輸的局面。影響所及，

不確定之法令風險將嚴重影響投資者從事重大建設案之意願，對於我國經濟發展有長遠不利影響。行政、立法與司法部門應避免如此情事一再發生。預防之道，應可立法讓居民在計畫規劃階段，提前參與計畫作業，並就可能違法之規劃聲請司法機關監督；行政機關應考量對於重大工程是否仍維持以「附條件通過」環境影響評估之方式即允許動工，而應待有關審查條件均全部符合後，才准動工。司法機關部分，一方面應對行政處分審查之原則與密度作更縝密之界定；另一方面，則於對重大工程為司法審查時應將社會成本列入考量。就此，德國法採用很多機制，並以審慎的態度平衡司法與行政之作為，以避免社會資源之浪費，足為借鏡。

學者指出，歐美國家為了避免重大開發案被一次全部撤銷，就行政處分之程序瑕疵與實質瑕疵，以及行政處分瑕疵之法律效果採取平衡機制，德國法與英美法之作法分別強調司法機關對行政處分之程序或實質之審查，均值我國參考。（註八）

註解：

註一：參見林明鏘著，從大法官解釋論都市計畫之基本問題，載劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，1998年6月，頁457-486。

註二：參見徐世榮著，土地正義，2016年9月初版，頁9。

註三：參見陳立夫著，都市計畫之法律性質，載氏著土地法研究，2007年8月一版，頁195。

註四：參見陳明燦著，土地利用計畫法導論，2013年9月二版，頁39。

註五：參見 Hopp / Schenker, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, §47 Rn. 12, 2015年。

註六：參見：李建良著，行政裁量與判斷餘地，月旦法學教室第98期，2010年12月，頁34-49；高仁川著，判斷餘地理論於臺灣

環評訴訟之適用——最高行政法院一〇〇年度判字第一〇二二號判決的比較分析，月旦法學雜誌第237期，2015年2月，頁216-235；闕銘富著，行政裁量之司法審查，台灣法學雜誌第248期，2014年5月，頁5-39；闕銘富著，行政判斷與司法審查，台灣法學雜誌第295期，2016年5月，頁27-43。

註七：參見陳明燦著，市地重劃實施過程中法律救濟問題之研究，載氏著，財產權保障、土地使用限制與損失補償，2001年3月一版，頁206。

註八：參見黃錦堂著，高度科技專業性行政決定之司法控制密度--兼評臺北高等行政法院九六年度訴字第一一一七號判決，東吳法律學報第21卷第1期，2009年7月，頁95-127。

部分不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認都市計畫（含定期通盤檢討之變更，下同）屬法規性質，非行政處分，本席敬表贊同。然本號解釋責令立法機關限期增訂就違法都市計畫之訴訟救濟規定，並宣示逾所定期限未增訂者，準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。本席尚難贊同，爰提部分不同意見如後：

一、法規是否採抽象司法審查係立法形成自由

（一）憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民司法上之受益權，係人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，屬立法裁量問題，自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，為合理之規定（本院釋字第三〇二號、第四一六號、第五一二號解釋參照）（註一）。又憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權

利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利（本院釋字第四一八號、第五三〇號、第五七四號解釋參照）（註二）。綜上所言，有關訴訟權之制度設計，立法者有形成自由。而基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第六五三號解釋參照）。

（二）所謂有效權利保障，係要求最低限度之有效權利保障，課予立法者在形成訴訟制度時，必須避免以不正當或不符合期待之方式阻斷或造成人民利用法院上之困難，且必須是一種無漏洞之權利救濟，並應提供人民暫時性之權利保障；同時，課予立法者在形成一個配合得宜之權利救濟制度時，必須注意該權利救濟制度對人民權利保障而言，是否為最適當之選擇，包括提供充分予可資靈活運用之各種訴訟類型、適當之訴訟判決形式以及有效之執行可能，並要求提供一個及時與經濟之權利救濟。對於訴訟權之制度設計，立法機關既有形成自由，在違憲審查之審查標準上，即應採取寬鬆之審查標準（註三），避免侵越立法者之權限。

（三）法規之內容如係限制人民之權益，是否應立即准其救濟，始符合憲法第十六條保障訴訟權之意旨？亦即憲法是否要求應設法規抽象司法審查救濟制度？本席認為法規內容縱係限制人民之權益，亦非已直接對人民之權益造成實際侵害，當法規於具體事件中經適用，始對被適用之人民之權益產生直接實際侵害。如於人民權益遭實際侵害時許其救濟，可認予及時救濟，應已滿足前述最低限度之有效權利保障要求。憲法似無要求須制定法規之抽象司法審查救濟制度，於法規訂定後；尚未對人民權益造成直接實際損害，即須有救濟制度。立法者如認法規訂定後先進行抽象司法審查較為適當，

而制定法規之抽象司法審查救濟制度，自非憲法所不許，此屬立法者之自由形成範疇。

- (四) 德國行政法院法第四十七條所定「法規審查程序」(Normenkontrollverfahren)，對於法規之抽象審查，僅限於該條所列法規，並非全部法規均許聲請為法規審查。其學者多認此非憲法要求(註四)，可供參考。

二、本號解釋責令立法機關應就屬法規性質之都市計畫增訂訴訟救濟規定，侵越立法者之立法權

- (一) 本號解釋多數意見既認都市計畫屬法規性質，復諭示立法機關應於二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權益者，提起訴訟救濟。亦即應設置關於都市計畫之法規審查訴訟(即前述法規之抽象司法審查之一種)。本號解釋雖未明示此係憲法要求，然如非屬憲法要求，即無令立法者限期增訂之權。
- (二) 本號解釋以「都市計畫核定發布後，都市計畫範圍內土地之使用將受限制(都市計畫法第六條及第三章至第六章等相關限制規定參照)，影響區內人民權益甚鉅，且其內容與行政處分往往難以明確區隔。為使人民財產權及訴訟權受及時、有效、完整之保障，於其財產權因都市計畫而受有侵害時，得及時提起訴訟請求救濟，並藉以督促主管機關擬定、核定與發布都市計畫時，遵守法律規範」，而認應設置法規審查訴訟制度。
- (三) 我國行政訴訟法，於具體訴訟中，法院應就所適用之法規有無違法進行審查。是屬法規性質之都市計畫，於行政機關依該都市計畫為行政處分後，因該都市計畫之違法而權益受侵害之人民，即可依現行行政訴訟法訴請救濟。如前所述，應達到憲法訴訟權所要求最低限度之有效權利保障。都市計畫對於區內人民影響是否重大，既尚未直接實際發生損害，則俟其直接實際發生損害時再行救濟，難謂非及時有效之救

濟，與憲法保障財產權、訴訟權之意旨，當無違背。而以行政處分為行政訴訟之標的，係立法者自由形成之訴訟制度，自難以因法規性質之都市計畫與行政處分較難區分，反推憲法有設置法規審查訴訟制度之要求。至於督促行政機關依法行政，其可行方法不一，更難認憲法有此要求。本號解釋前述理由，均無足作為憲法有就都市計畫應設置法規審查訴訟制度要求之理由。故是否設置法規審查訴訟制度，仍屬由立法者自由形成範疇。本號解釋令立法機關應設置關於都市計畫之法規審查訴訟制度，實已侵越立法者之立法權。

三、本號解釋宣示，立法機關未於期限內完成立法，則「應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定」，亦有未當

（一）本院基於維護法安定性與立法形成自由，從釋字第二一八號解釋開始採用「定期失效」之宣告方式。姑且不論關於「定期失效」，既有來自容易演變為侵越立法形成權限之疑慮，特別是附加修法指示時，亦有來自使憲法最高性產生空窗期之批評。「定期失效」之宣告，目前無法完全發揮其違憲宣告乃至令相關機關完成其修法之憲法義務之效果，例如本院釋字第六五三號、第六九六號、第七〇九號解釋，相關機關皆不能在所定期間內修法完畢。

（二）基於「定期失效」之宣告效果不如預期，本院自釋字第七三七號解釋開始，於「定期失效」並附加修法指示之宣告時，並同時對逾期未完成修法，為法之續造。例如釋字第七三七號解釋，即宣告「逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之」。本號解釋亦採行此種宣告方式：「如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」此種解釋宣告之方式，雖係在確保憲法解釋之效力，以維護憲法價值秩序，然其係由釋憲機關之意志取代立法者之意志，故應慎重。

(三) 行政訴訟法有關違法之行政處分係行撤銷訴訟程序，無效之行政處分則行確認行政處分無效訴訟程序；訴願係撤銷行政處分訴訟之先行程序，確認訴訟則無須經訴願程序。故本號解釋所稱「準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定」，應係指撤銷訴訟，非確認訴訟。其理由安在？（註五）又現行撤銷行政處分訴訟裁判之效力，僅及於當事人等，而法規之效力則及於符合規定之不特定人，如準用現行撤銷訴訟，又無明文該裁判具一般拘束力（註六）。則不同人就同一法規提起撤銷訴訟，如裁判結果歧異，如何解決？又都市計畫與一般法規不同，因都市計畫而權利受侵害者，僅其所有土地部分？是僅得就此部分之都市計畫撤銷？惟都市計畫劃歸同一公共設施或使用分區，往往不可割裂，則其中部分人提起撤銷訴訟，僅就其所有土地部分之都市計畫裁判？就不可分部分之都市計畫為裁判？其裁判如何可及於未參與訴訟者部分？凡此均有賴立法特為規定，本號解釋逕宣告將撤銷訴訟規定準用於不同類型之法規審查訴訟，準用結果將產生極大問題，並非妥適。

註解：

註一：釋字第三〇二號解釋「憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，…使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。」釋字第四一六號解釋「按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言，…惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，自得由立法機關衡量訴訟事件之性質，為合理之規定。」

釋字第五一二號解釋「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具

體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。」

註二：釋字第四一八號解釋「此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。」

釋字第五三〇號解釋「人民之訴訟權為憲法所保障，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利。」

釋字第五七四號解釋「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」

註三：矢口俊昭，立法裁量論，收錄於大石真、石川健治編，憲法の争点（ジュリスト増刊／新・法律学の争点シリーズ3），有斐閣，2008年12月。

註四：Kopp / Schenke, VwGO, 2015, § 47 Rn. 8; Erich Eyermann 著，陳敏等譯，德國行政法院法逐條釋義，司法院印行，2002年10月，頁468-475。

註五：德國之法規審查訴訟，性質係確認訴訟。參見財團法人都市計畫協會，都市計畫争訟研究会，「欧米各国における都市計畫関連争訟の現状」，收錄於同作者，都市計畫争訟研究報告書，平成18年（2006年）8月，頁30；陳英鈴，確認訴訟與行政規範審查：德國與我國制度發展的比較研究，臺大法學論叢，第43卷第4期，2014年12月，頁1424；王必芳，行政命令的抽象司法審查－以法國法中心，中研院法學期刊，第11期，2012年9月，頁184。

註六：德國行政法院法第四十七條規定，宣告法規無效之裁判具一般拘束力。參見德國行政法院法第47條第5項：(5) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet durch Urteil oder, wenn es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält, durch

Beschluß. Kommt das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung, daß die Rechtsvorschrift ungültig ist, so erklärt es sie für unwirksam; in diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich und die Entscheidungsformel vom Antragsgegner ebenso zu veröffentlichen wie die Rechtsvorschrift bekanntzumachen wäre. Für die Wirkung der Entscheidung gilt § 183 entsprechend.

不同意見書

吳陳鑑大法官 提出

一、多數意見認都市計畫定期通盤檢討變更屬法規，卻又謂其中屬行政處分者，得提起行政爭訟，難以贊同

按法規為對多數不特定人民就一般事項所作抽象之規定，（註一）行政處分則為就特定對象或雖非特定而可得確定之對象之具體事件所為直接發生法律效果之決定或其他公權力措施。（註二）二者互不相容，不可能有既為法規又同時兼為行政處分之行政行為。

多數意見既謂「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。」復謂「應於個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權及訴訟權之意旨。」認對多數不特定人民就一般事項所作抽象規定之法規中，可能存有對特定或可得確定對象就具體事件所為直接發生法律效果之行政處分。則同理所有法規中直接限制特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔者，亦均應屬行政處分，而

應許該等特定人或可得確定之多數人就該部分提起訴願或行政訴訟救濟，例如依法官法第八條第二項訂定之法官遴選辦法第六條規定，申請人有該條所定情形之一者，法官遴選委員會應為遴選不合格之決議，此直接限制欲申請遴選為法官之特定人或可得確定多數人之權益，亦應認屬行政處分，而應容許該等特定人或可得確定之多數人得就該法官遴選辦法第六條規定提起訴願或行政訴訟救濟。多數意見混淆法規與行政處分之區分，難以贊同。

再按都市計畫乃處理城市與其鄰近區域工程建設、經濟、社會、土地利用布局及對未來發展預測之專門學問，涉及城市中產業與建築物之區域布局及分類管制、道路與運輸設施之設置、公共設施之規劃建設及城市工程之安排，主要內容有空間、道路交通、綠化植被及水體規劃等。（註三）另按「為改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展，特制定本法。」「本法所稱之都市計畫，係指在一定地區內有關都市生活之經濟、交通、衛生、保安、國防、文教、康樂等重要設施，作有計畫之發展，並對土地使用作合理之規劃而言。」「市鎮計畫應先擬定主要計畫書，並視其實際情形，就左列事項分別表明之：一、當地自然、社會及經濟狀況之調查與分析。二、行政區域及計畫地區範圍。三、人口之成長、分布、組成、計畫年期內人口與經濟發展之推計。四、住宅、商業、工業及其他土地使用之配置。五、名勝、古蹟及具有紀念性或藝術價值應予保存之建築。六、主要道路及其他公眾運輸系統。七、主要上下水道系統。八、學校用地、大型公園、批發市場及供作全部計畫地區範圍使用之公共設施用地。九、實施進度及經費。十、其他應加表明之事項。」「細部計畫應以細部計畫書及細部計畫圖就左列事項表明之：一、計畫地區範圍。二、居住密度及容納人口。三、土地使用分區管制。四、事業及財務計畫。五、道路系統。六、地區性之公共設施用地。七、其他。」「都市計畫經發布實施後，不得隨時任意變更。但擬定計畫之機關每三年內或五年內至少應通盤檢討一次，依據

發展情況，並參考人民建議作必要之變更。對於非必要之公共設施用地，應變更其使用。」「都市計畫得劃定住宅、商業、工業等使用區，並得視實際情況，劃定其他使用區域或特定專用區。（第一項）前項各使用區，得視實際需要，再予劃分，分別予以不同程度之使用管制（第二項）」「都市計畫地區範圍內，應視實際情況，分別設置左列公共設施用地：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、社會福利設施、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。」都市計畫法第一條、第三條、第十五條第一項、第二十二條第一項、第二十六條第一項、第三十二條及第四十二條第一項分別著有明文。故都市計畫之通盤檢討變更，攸關整個計畫區域居民生活環境品質及市、鎮、鄉街之均衡發展，不僅涉及整個計畫區域居住密度及容納人口，亦牽涉整個計畫區域住宅、商業、工業等使用區之使用管制及各項公共設施用地之設置，牽一髮而動全身。如依多數意見「訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟，始符憲法第十六條保障人民訴願權及訴訟權之意旨。」則倘將如原因案件之一，定期通盤檢討公告內原屬機關用地之公共設施用地之特定個別項目：「變更為第三種住宅區，惟應提供 30%之土地作公共設施（公園用地），同時法定空地亦應配合集中留設」，經認定為個案變更而有行政處分之性質，許其就該部分提起訴願或行政訴訟救濟，且經撤銷公告中有關該個別項目之部分確定，則此時該因新增住宅區必然新增人口而須新增之公園公共設施用地，應

設置於何處？設置於未經通盤檢討變更或雖亦經通盤檢討變更但已告確定之其他住宅區、商業區、工業區或文教區等其他公共設施用地，將原應由變更後土地分擔之公園公共設施用地，轉嫁由其他土地負擔？抑或違反都市計畫整個計畫區域內土地之利用應整體考量之基本原理，犧牲該整個計畫區域居民生活環境品質及市、鎮、鄉街之均衡發展，不再設置新增之公園公共設施用地？何況原未經通盤檢討變更或雖亦經通盤檢討變更但已告確定之其他住宅區、商業區、工業區或文教區等其他公共設施用地，除非再經通盤檢討變更，於原因案件之一原屬機關用地之公共設施用地之特定個別項目變更案之行政爭訟程序及其後續程序中，並無法變更為公園公共設施用地。則如欲賦予人民就都市計畫之訂定及通盤檢討變更不服之司法救濟制度，亦應僅能賦予人民就整個都市計畫及通盤檢討變更不服之司法救濟制度，不能賦予人民就其中之個別項目不服之司法救濟途徑。多數意見不僅違反都市計畫整個計畫區域內土地之利用應整體考量之基本原理，更治絲益棼，亦難贊同。

二、多數意見要求立法機關就非屬憲法要求之立法形成自由事項，限期立法，有違權力分立原則，亦難贊同

按憲法第十六條保障人民訴訟權，固如多數意見所言，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。（註四）基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容。（註五）惟有權利即有救濟之訴訟權核心內容，應僅及於可直接主張之主觀基本權，且公權力直接侵害該主觀基本權之情形，尚不涵蓋因抽象法令違反上位規範，致主觀基本權間接受侵害之情形。（註六）依現行制度，人民、法人或政黨就抽象法令違憲請求救濟，須於其認其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或

命令發生有牴觸憲法之疑義者，始得向本院聲請解釋憲法。(註七)而法官於審判案件時，對於各機關所發布之法規命令、職權命令及行政規則，則得依據法律表示其合法適當之見解，亦即得為合法性之審查。(註八)

德國行政法院法第四十七條第一項第一款、第二款規定，邦高等行政法院得就依相當於我國都市計畫法之聯邦建築法(註九)所訂定之規章(Satzung)與法規命令(Rechtsordnung)及其他位階低於法律之邦層級法規範進行合法性審查，(註十)即抽象規範審查。立法者制定此種規範審查規定，主要是基於實務上及法律政策上之考量，特別是法明確性及訴訟經濟之考量，即一份判決一次解決紛爭，及早確定及統一法律見解，避免眾多個別訴訟案件及可能之裁判歧異，從而減輕行政法院之負擔(註十一)。在德國，為德國聯邦憲法法院及聯邦行政法院所採之多數見解(註十二)，認制定此種規範審查制度並非憲法之要求(Gebot)(註十三)。基本法第十九條第四項僅一般性要求須給予主觀權利保障，但並未要求應以何種特定訴訟程序為之(註十四)，在一般法院處理權利保護案件之訴訟程序中，法院亦得透過宣告該案件中應適用之法規違反上位規範而無效，進而實現基本法要求之權利保障(註十五)。

亦即不論在我國或德國，訴訟權之核心內容，應僅及於可直接主張之主觀基本權，且公權力直接侵害該主觀基本權之情形，尚不涵蓋因抽象法令違反上位規範，致主觀基本權間接受侵害之情形。至於我國是否仿照德國，創設行政法院得以就特別類型之法規審查其合法性之制度，要屬立法形成自由之範疇。

多數意見既謂：「都市計畫擬定計畫機關依規定所為定期通盤檢討，對原都市計畫作必要之變更，屬法規性質，並非行政處分。」復謂「訴願機關及行政法院自應就個案審查定期通盤檢討公告內個別項目之具體內容，判斷其有無個案變更之性質，亦即是否直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增

加負擔，以決定是否屬行政處分之性質及得否提起行政爭訟。如經認定為個案變更而有行政處分之性質者，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許其就該部分提起訴願或行政訴訟以資救濟」、「都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」非惟前後矛盾，且要求立法機關就非屬憲法要求之立法形成自由事項，限期立法，有違權力分立原則，亦難贊同。

註解：

註一：查現行法就「法規」並未設定義規定。但依中央法規標準法規定之意旨，中央法規包括：一、定名為法、律、條例或通則之法律。二、中央各機關依其法定職權或基於法律授權訂定發布，依其性質定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之命令（中央法規標準法第二條、第三條及第七條參照）。而依地方制度法規定，地方法規則包括：一、經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布，在直轄市稱直轄市法規，在縣（市）稱縣（市）規章，在鄉（鎮、市）稱鄉（鎮、市）規約之自治條例。二、直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所就其自治事項，得依其法定職權或法律、基於法律授權之法規、自治條例之授權，訂定發布，依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之自治規則。三、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，訂定發布，依其性質，定名為規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則之委辦規則。四、地

方立法機關訂定發布之自律規則（地方制度法第二十五條、第二十六條第一項、第二十七條第一項、第二項、第二十九條及第三十一條第一項參照）。而行政程序法第一百五條第一項則就「法規命令」設如下之定義規定：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」均為對多數不特定人民就一般事項所作抽象之規定。

註二：行政程序法第九十二條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」同條第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」訴願法第三條第一項規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」同法第三條第二項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同。」

註三：<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%9F%8E%E5%B8%82%E8%A7%84%E5%88%92> last visit on December 8, 2016.

註四：本院釋字第七三六號解釋參照。

註五：本院釋字第三九六號、第五七四號、第六五三號解釋參照。

註六：本院第七二五號解釋蘇永欽大法官協同意見書參照。

註七：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款參照。

註八：本院釋字第一三七號、第二一六號、第三九九號及第五八六號解釋參照。

註九：德國聯邦建築法（Federal Building Code (Baugesetzbuch, BauGB)）分三章，分別為第一章一般都市計畫（Chapter one

General Urban Planning Legislation)、第二章特別都市計畫 (Chapter Two Special Urban Planning Legislation) (即都市更新 (Urban Redevelopment)) 及第三章附則 (Chapter Three Other Provisions), 與我國之都市計畫法相當。該法全文參見 <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=649#III> last visit on December 4, 2016.

註十：德國行政法院法 (VwGO) 第四十七條第一項：

(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit

1. von Satzungen, die nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs erlassen worden sind, sowie von Rechtsverordnungen auf Grund des § 246 Abs. 2 des Baugesetzbuchs
 2. von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt.'
- http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/_47.html last visit on December 3, 2016.

其英譯為：

(1) The Higher Administrative Court shall adjudicate on application within the bounds of its jurisdiction on the validity of

1. by-laws issued under the provisions of the Federal Building Code (Baugesetzbuch) and of statutory orders issued on the basis of section 246, subsection 2, of the Federal Building Code,
 2. other legal provisions ranking below the statutes of a Land, to the extent that this is provided in Land law.'
- https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_vwgo/englisch_vwgo.html#p0178 last visit on December 3, 2016.

- 註十一：BeckOK VwGO § 47 Rn. 2. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gII.htm last visit on December 7, 2016; Schoch/Schneider/ Bier VwGO § 47 Rn. 3. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/SchochKoVwGO_31/VwGO/cont/SchochKoVwGO.VwGO.p47.gII.gI3.htm last visit on December 7, 2016.
- 註十二：德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 31, 364; 德國聯邦行政法院裁判 BVerwG NJW 1984, 881.
- 註十三：BeckOK VwGO § 47 Rn. 7. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gIII.htm last visit on December 7, 2016; Schoch / Schneider / Bier VwGO §47 Rn. 4. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/SchochKoVwGO_31/VwGO/cont/SchochKoVwGO.VwGO.p47.gII.gI4.htm last visit on December 7, 2016.
- 註十四：德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 31, 364
- 註十五：BeckOK VwGO § 47 Rn. 7. https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_39_BandVwGO/VwGO/cont/beckok.VwGO.p47.gIA.gIII.htm last visit on December 7, 2016.

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

司法院釋字第七四二號解釋

司法院釋字第七四三號解釋

【徵收之捷運用地得否用於聯合開發案】

中華民國105年12月30日

院台大二字第1050033581號

解 釋 文

主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。

依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。

解釋理由書

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）第六條規定：「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收……之。」（該規定迄未修正，下稱系爭規定一）同法第七條第一項規定：「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、站與路線之土地及毗鄰地區之土地。」（下稱系爭規定二，八十六年五月二十八日僅作文字修正，意旨相同）此為臺北市政府興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠聯合開發案（下稱系爭聯合開發案）適用之法律。臺北市政府（需用土地人）為興辦系爭聯合開發案用地之需要，分別於八十年一月十七日、八十年十二月十一日及八十一年四月十五日向內政部申請徵收。內政部以八十年一月二十四日台（八〇）內地字第八九一六三〇號、八十年十二月十八日台（八〇）內地字第八〇〇七二四一號及八十一年四月二十一日台（八一）內地字第八一〇四八六〇號函准予徵收。前揭內政部第八九一六三〇號及第八〇〇七二四一號函所附徵收土地計畫書固援引土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條、系爭規定一與七十七年捷運法第七條作為法令依據。惟查系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫係於八十八年三月二十五日始發布實施；臺北市

政府於同年四月九日核定聯合開發計畫書。在此之前系爭聯合開發案之內容無從確定，自難認臺北市政府已依七十七年捷運法第七條第三項「……協議不成者，得徵收之」之規定辦理徵收。至前揭內政部第八一〇四八六〇號函所附徵收土地計畫書則引土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條及系爭規定一作為法令依據。

監察院認為：一、就主管機關併行適用系爭規定一、二，及將徵收之土地以聯合開發模式興建住、商、辦大樓，並出售私人所有，係違背系爭規定一、二不得併行之立法設計，未落實依法行政原則；二、大眾捷運法並未明文規定得以「一般徵收」方式徵收人民土地後，以聯合開發方式將土地移轉為私有，臺北市政府將此種土地移轉為私有，有違重要事項應由法律明定之原則，提案糾正臺北市政府，並要求行政院轉飭所屬確實檢討改善（見監察院一〇一年交正字第〇〇一七號糾正案文）。大眾捷運法之中央主管機關交通部引臺北高等行政法院九十九年訴字第一五八七號判決，認為臺北市政府依系爭規定一、二以雙軌併行辦理徵收及聯合開發，並無不法。該部又認為，法務部並未具體認定「以徵收方式取得之聯合開發土地如擬移轉私人，須以法律明文規定，始得為之」（交通部一〇二年五月二十日交路字第一〇二五〇〇五四七四號函參照）。核准土地徵收之機關內政部認為，以徵收取得之聯合開發土地移轉予私人所有，並無疑義（內政部一〇二年七月十日台內地字第一〇二〇二四六八八一號函參照）。嗣經監察院以一〇三年一月二十一日院台調壹字第一〇三〇八〇〇〇二一號函立案調查後，行政院對交通部及內政部之前述意見，表示「尊重相關權責機關研處情形」（見行政院一〇三年五月五日院臺交字第一〇三〇一三三三〇〇號函說明三及所附「監察院一〇三年四月十八日就捷運新店機廠聯合開發案詢問事項研處情形彙復表」項次壹、四〔有關交通部意見部分〕；項次壹、五；項次貳、一）。本院嗣函詢行政院，其所稱「尊重」，是否意指其與交通部及內政部之意見一致，而與監察院持不同之見解（見本院一〇四年九月十一日院台大二字第一〇四〇〇二四七一二號函）；該院表示，其與交通部及內政部分別按其權責之研處，

「並無不同意見」(見行政院一〇四年九月二十一日院臺交字第一〇四〇〇五〇三二三號函說明二)。綜上，可見監察院與行政院各就屬其職權行使相關事項之系爭規定一、二是否得併用，及於依系爭規定一徵收人民之土地，是否得將之以聯合開發方式移轉為私人所有，就適用同一法律，顯然發生見解歧異。本件監察院聲請統一解釋，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款規定之要件相符，應予受理，先予敘明。

系爭規定一要求主管機關就大眾捷運系統需用之土地，依相關法律徵收，作興建捷運系統之特定目的使用，非以追求商業利益為考量。系爭規定二之目的，則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（立法院公報第七十七卷第四十六期第四十三頁參照），故聯合開發係為有效利用土地資源，並因此涉及商業利益之分享及風險之分擔。主管機關依系爭規定一，按相關法律徵收人民土地，雖因而取得土地所有權人之地位，然其與一般土地所有權人得自由使用、收益、處分及行使其他土地權利者並不全然相同。其徵收既係基於興建捷運系統之特定目的，主管機關自不得於同一計畫，持該徵收之土地，依系爭規定二辦理聯合開發，而為經濟利用，故自亦無由主管機關將該徵收之土地所有權移轉予第三人之餘地。如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律辦理。

另按法律保留之範圍，原不以憲法第二十三條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號、第七〇七號解釋參照）。主管機關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮。是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法

律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。

大法官會議主席	大法官	許宗力				
	大法官	蔡烱燉	陳碧玉	黃璽君	羅昌發	
		湯德宗	黃虹霞	吳陳鐸	蔡明誠	
		林俊益	許志雄	張瓊文	黃瑞明	
		詹森林	黃昭元			

協同意見書

蔡烱燉大法官 提出

本件解釋認為，主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條（下稱系爭規定一），按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定（下稱系爭規定二）核定辦理之聯合開發，其見解可資贊同。惟本席對於大眾捷運法第七條之立法過程、七十九年二月十五日大眾捷運系統土地聯合開發辦法有無逾越母法授權、主管機關併用系爭規定一與系爭規定二辦理聯合開發之適法性，以及我國有無引進政府律師制度，以提昇行政機關之法制作業水平之必要性等問題，仍有進一步說明之必要，爰提出協同意見書如下：

壹、七十七年七月一日制定公布大眾捷運法第七條之立法過程

經查行政院七十六年七月間送交立法院審議之大眾捷運法草案第七條規定內容為：「（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及其毗鄰地區之土地。（第二項）前項開發辦法由交通部會同內政部定之。」依當時草案立法理由所載，毗鄰大眾捷運系統場站、路線之私人土地，需依有關法律或商請該土地所有權人聯合開發（註一）。

於立法院七十六年十二月十七日審查會時，交通部洪德旋參

事表示：「交通部並沒有提出有別於行政院草案的修正意見，唯對於第七條而言，聯合開發是公私兩利的行為，應很容易協議的事；王委員（按指兼主席之王長慧委員）提及的土地區段徵收與市地重劃的辦法，依照現有土地法的規定，它有其條件，即要有土地所有權人過半數的同意，才能實施市地重劃及區段徵收，因此，聯合開發應不致發生太大的困難。……」因兼主席之王長慧委員認本條規定有再行研議之必要，經其他委員同意，而暫時保留（註二）。亦即行政院對於聯合開發捷運系統之毗鄰土地，本無經由強制徵收程序取得之意。

七十七年四月二十三日立法院進行本法之審查會時，主席黃正雄委員表示：「臺北市捷運局對第七條有實際上作業困難，現宣讀捷運局對大眾捷運法第七條所提出的修正條文：（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及其毗鄰地區之土地。（第二項）聯合開發用地作多目標使用者，得調整當地之土地使用分區管制或區域土地使用管制。（第三項）聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得。（第四項）聯合開發辦法由交通部會同內政部定之。」交通部司長陳尚廉表示該部對此增列意見，表示贊同。立法委員林鈺祥表示：「……這個修正案基本構想是可以，但其中所提區段徵收以及市地重劃方面，如果按照第七條與民間協議，如果協談不成又需採用第六條，本席建議是否該在第七條下再加上『協議不成則徵收。』這是立法上的問題。再者聯合開發辦法是由交通部會同內政部定之。這是給政府很大的授權，辦法訂得是否適當？對人民權益如何？是否該加上一些原則才有依循，在某些原則下才能授權。……」交通部陳尚廉司長進而表示贊成林委員所提在第七條第三項下再加上「協議不成得徵收之」之意見。審查會於是通過第七條第三項之增訂內容：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得。協議不成者得徵收之。」（註三）依上可認直

到審查會，臺北市捷運局始表示依第七條關於聯合開發用地之取得，作業上有實際困難，而向立法院提出增訂第三項：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得」之意見，惟其意見亦僅止於經由市地重劃或區段徵收之方式取得聯合開發用地，並未主張採取強制徵收之立場。詎立法委員林鈺祥表示，依區段徵收以及市地重劃，如按第七條與民間協議，協議不成又需採用第六條，因而建議在第七條下再加上「協議不成則徵收」，其意見為交通部所接受。以上為七十七年七月一日制定公布大眾捷運法第七條立法過程之概況。

依立法院交通、司法兩委員會於提交二讀會，針對本法所提出之審查報告，有關第七條部分之意見略以：草案第七條條文之立法意旨是藉路線、場站及其毗鄰地區土地之開發，促進地區發展、合理規劃使用土地資源，對此，審查會委員予以肯定。惟審視其中可使公私兩利之聯合開發有關規定並不詳備，必遭諸多窒礙難行之處。因此，賦予執行單位較多權責以落責政府美意實有必要，審查會經與交通部等會商，詳加研討後，爰決議增訂第二項及第三項；並將原第二項改列為第四項。增訂第二、三項文字及理由如左：……

增加第三項之理由：

- 1、聯合開發係公私兩利的方法，惟其關鍵因素在於所需用地如何取得？如何讓地主拿回部分土地自行開發利用以分享開發之利益，目前條文未臻明確，且此項攸關業主之財產權益，宜以法律明文規定。
- 2、此種用地取得之方式，宜採地主可以分回土地之區段徵收（最少可以分回原面積百分之四十）以及市地重劃（地主可以分回原面積百分之五十五左右）。
- 3、現行法令所定得辦理市地重劃、區段徵收之事項均與聯合開發有別，難以援用。
- 4、為顧及市地重劃或區段徵收之無法達成，爰增加「協議不成

者得徵收之。」之規定（註四）。

貳、七十九年二月十五日大眾捷運系統土地聯合開發辦法似逾越母法授權

依上揭大眾捷運法第七條增訂第三項規定之理由：（有關聯合開發）用地取得之方式，宜採地主可以分回土地之區段徵收以及市地重劃；顧及市地重劃或區段徵收之無法達成，爰增加「協議不成者得徵收之」之規定等情，似認聯合開發用地之取得，以市地重劃或區段徵收之方式為原則，而於協議不成時，始得徵收之。然而交通部及內政部於七十九年二月十五日，依大眾捷運法第七條第四項規定之授權，以交通部（79）交路發字第七九〇二號令、內政部（79）台內營字第七五二一四號令，所會銜訂定發布之「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」第九條規定卻規定：「（第一項）聯合開發之用地取得以協議為原則，協議二次不成者，得由該主管機關依法報請徵收或依市地重劃、區段徵收方式辦理。（第二項）聯合開發所需用地若屬公有者，得由該主管機關依規定申請撥用或讓售或租用之。」另第十條規定：「以市地重劃方式取得聯合開發用地時，由聯合開發執行機關擬具開發計畫，送請該管市地重劃主管機關依平均地權條例有關規定辦理。」第十一條規定：「以區段徵收方式取得聯合開發用地時，由聯合開發執行機關擬具開計畫及徵收土地計畫書，送請該管區段徵收主管機關依平均地權條例有關規定辦理。」簡言之，依本辦法規定，聯合開發用地取得，以「協議二次不成，得報請徵收」者為原則，以依「市地重劃及區段徵收」方式辦理者，為例外。本辦法第九條規定，似已逾越母法大眾捷運法第七條第四項之授權範圍。況本辦法第九條第一項所謂「聯合開發之用地取得以協議為原則」，並未明定協議之內容，果其內容係指同辦法第十條及第十一條規定「聯合開發執行機關擬具開發計畫」，則何以不依侵害人民財產較小之市地重劃、區段徵收方式辦理，而逕以「協議二次不成，得報請徵收」之侵害人民財產權較為嚴重之方式辦理，

亦難謂符合比例原則。

參、系爭規定一與系爭規定二併用之適法性

大眾捷運法之中央主管機關交通部雖認為臺北市政府依系爭規定一、二以雙軌併行辦理徵收及聯合開發，並無不法（註五）。惟系爭規定一、二由實際運作之角度觀察，其併用容有扞格之處。例如，主管機關初始基於興建大眾捷運系統之目的，依系爭規定一徵收土地，嗣後基於某種因素刪減原興建計畫，於完成大眾捷運系統場、站與路線之建置後，仍有多餘而足堪建設開發之閒置徵收土地。於此情形，主管機關似應按土地徵收條例第四十九條第二項第一款之規定，廢止徵收，將土地發還給原地主。本例中大眾捷運系統建置完成後之剩餘閒置土地，客觀上或屬系爭規定二中非屬捷運系統用地之毗鄰地區土地，依本院釋字第七三二號解釋意旨（註六），不得徵收之。是以本件解釋中主管機關根據系爭規定一徵收大眾捷運系統用地後，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發，其理甚明。

臺北市政府捷運局針對本院大法官於一〇五年十一月二十九日舉辦之說明會，所提出之書面說明固表示：美河市（均屬捷運系統用地）非屬毗鄰土地興建大樓之用地（註七）。然依本件聲請人監察院之調查報告所載：「捷運新店機廠聯合開發案之基地範圍（85.41%之土地原係80年間強制徵收取得）經臺北市政府以『工程用地徵收與聯合開發協議併行』方式轉為辦理聯合開發後，該府爰於90年12月18日與投資人日勝生活科技股份有限公司簽訂聯合開發投資契約，嗣經該公司於95年5月間取得建造執照（案名：『捷運新店線新店機廠聯合開發新建工程』），並以『美河市』為建案名稱對外預售，再於101年11月間獲核發使用執照；依該使用執照所載，該案計興建16棟共2,220戶之大樓（除樓高6層之C棟為商場與捷運機廠及小碧潭站共構外，其餘15棟為18至29層之住宅及一般事務所，並未與捷運設施共構）。」

等情（註八），果上開調查報告所載內容屬實，則除有共構情事之C棟建物基地外，其餘無共構情事之十五棟建物基地，似非屬捷運系統用地，主管機關徵收時縱以系統用地名義（依同法第六條規定）實施徵收（註九），仍不失其毗鄰土地之本質，依本院釋字第七三二號上開解釋意旨，主管機關以之作為開發用地（併依同法七條規定）予以徵收，其適法性，非無斟酌之餘地。

本件解釋聲請人監察院所調查案件之主管機關，初始基於聯合開發之目的辦理土地取得時，或認依大眾捷運法第七條之方式取得捷運系統用地，曠日廢時，進而便宜行事，合併適用系爭規定一、二，以興建大眾捷運系統所需用地為名，依大眾捷運法第七條對大眾捷運系統用地與毗鄰土地辦理徵收與聯合開發事宜，而於土地徵收程序完成數年後，始於八十八年三月二十五日發布實施系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫（註十）。其於之前辦理所謂協議事宜時，既無經核定之開發計畫存在，又如何進行適法之協議？其作法之不當，無待深論。

肆、代結論——建構政府律師制度，以防微杜漸

法規範之目的，不單在於事後彌補行政機關認事用法所造成之錯誤，更在於能收事前防範之效果。行政機關適用法規範之偏差所造成的錯誤，往往讓受害人乃至全民付出極大代價（比如若涉及鉅額國家賠償，最終仍須由全體納稅人買單）。倘若在制度設立之初，即能大幅降低行政機關於擬定或適用相關法規時產生錯誤之可能性，自可避免或降低行政機關侵害人民基本權利之可能性。

由七十七年七月一日制定公布大眾捷運法第七條之立法過程：（一）行政院草案未規定「聯合開發用地」取得方式；（二）主管機關因應立法委員之意見，而增訂同條第三項「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得」之規定；（三）迨立法委員林鈺祥建議在該項下再加上「協議不成則徵收」之內容，始增訂該內容等情。足認主管機關及立法院在擬訂該規定時，似未

經過周詳考量，將非屬捷運系統用地之毗鄰土地，也視同捷運系統用地般，（以業經協議程序為由）予以徵收。無怪乎釋字第七三二號解釋直指：上開大眾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……。」許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收交通事業所需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。

抑有進者，如上所述大眾捷運法第七條第三項規定之立法理由，稽其意旨，關於聯合開發用地之取得，毋寧係以「區段徵收或市地重劃」為原則，「協議不成者得徵收」為例外。詎交通部及內政部無視上開立法原意，竟於七十九年間所訂定發布之「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」第九條逕規定：「聯合開發之用地取得以協議為原則，協議二次不成者，得由該主管機關依法報請徵收或依市地重劃、區段徵收方式辦理。」亦即，聯合開發用地取得，以「協議二次不成，得報請徵收」者為原則，以依「區段徵收或市地重劃」方式辦理者，為例外。其規定內容似逾越母法之授權範圍。

由上述大眾捷運法第七條第三項立法及大眾捷運系統土地聯合開發辦法訂頒沿革，可見主管機關就系爭法令的法制作業能力，容有大幅成長空間，而此或涉及我國行政機關長期漠視法制人員之重要性，且忽視提昇其專業能力的結果，此亦為本席在協同意見書中對此特別著墨之理由。

依法行政，為法治國的基本要素。適當解釋及適用法令，固屬行政機關為行政行為時應有的態度；制定合憲的法令，尤屬其權責所當為。要完成以上任務，如無法找到優秀的法制人員來執行，恐難竟其功。

我國行政機關在事前防範或事後彌補適用法規所生偏差，或

將相關問題委由學者專家進行研究討論，或委請民間執業律師代表機關進行訴訟。然前述相關人等對於有關問題之核心業務內容，並不比實際承辦業務的公務員嫻熟；在處理個案爭議的專業能力，亦可能不如具有律師資格的公務員（註十一）。本席認為，倘若我國行政機關能效法英美法系國家或地區，如美國、英國、新加坡、香港等之政府律師之制度，對於行政機關之相關法制作業，提供專業的法律意見諮詢，或可避免上開立法瑕疵，以及本件解釋中主管機關對於大眾捷運法系爭規定一、二合併適用之錯誤，並防免日後複雜而難以處理的法律關係。其次，八十九年間修正公布之民事訴訟法第四百六十六條之一第二項規定：「……上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。」准許有律師資格的機關公務人員，代理機關為訴訟代理人，已往建構政府律師制度的路徑，跨出一小步。而目前司法院所提出近期即將召開的司法國是會議，其中議題即包括擴大律師的強制辯護及代理制度（註十二）。在此一趨勢下，可預見未來政府機關就所涉訴訟案件，將更仰賴律師。

既然行政機關法制作業能力有大幅提昇之必要性，且在未來的相關訴訟恐更依賴律師的協助，如欲在短期間滿足以上二項功能，引進已在諸多英美法系國家或地區行之有年的政府律師制度，或屬較為速捷之策。限於篇幅，本席僅就政府律師的定義、各國政府律師制度與我國引進政府律師之必要性，加以說明。

一、政府律師的定義

本件協同意見書中所介紹之政府律師（註十三），簡言之，就是在政府行政機關工作的律師。政府律師，一方面具備公務員的身分，屬於機關編制員額，享有國家規定的待遇福利，為任職的政府機關提供法律服務，基於職責上之要求與工作性質之需要，在行政事務運作上，有行政一體上命下從的關係；另一方面具有律師資格，享有與承擔律師法規定

的各項權利與義務，得以從事律師業務。同時根據律師自由業獨立性的本質，政府律師於其工作職權之行使，尤其是個案執行面與政策諮詢面，應保持獨立性，不受外力干涉；有關專業事務的判斷，不必然要獲得長官同意，可獨立以政府律師的名義行使其職權。有學者基於政府律師的特性，將之定義為：「依法取得律師執業證照，並且具有公務員資格，為政府提供法律服務，以保障政府依法行政，維護政府合法利益，以促進政府法制建設完善為使命的政府專業法律工作者。」（註十四）

二、各國政府律師制度概述

（一）美國

美國不論是聯邦政府或各級地方政府，都設有一個專責處理該政府有關法律事務工作之政府律師辦公室。在聯邦政府中，司法部（Department of Justice）可謂最大的政府律師辦公室，服務對象是聯邦政府的各個行政部門，包括總統及各部會行政機關；此外，司法部以外行政部門，為處理部門內部的法律事務，也會另外設置一個法務總長（General Counsel）的辦公室。而在地方政府層級，州政府設有州檢察長（State Attorney General）辦公室、郡（county）政府設有地方檢察官（District Attorney）辦公室，市政府則設法務（City Attorney）辦公室。這些政府律師所負責的工作與一般執業律師類同，包括出庭訴訟、草擬法律文件及提供法律專業諮詢意見等，業務範圍涵蓋刑事、民事與行政事項（註十五）。

根據美國勞工統計局的統計資料，2014年美國約有778,700個律師從事律師工作，政府僱用其中約17%的律師。其中聯邦政府僱用38,935位律師（5%），州政府僱用38,935位律師（5%），地方政府僱用54,509位律師

(7%)(註十六)。

(二) 英國

英國政府法律服務 (Government Legal Service, GLS)，係指英國政府法律部門 (Government Legal Department, GLD) 中的法律小組 (legal teams)，以及其他政府組織中的法律小組，對英國政府內閣部會所提供的法律服務。英國政府法律部門是英國政府單一最大的法律服務提供者 (註十七)，其轄下的法律小組對英國政府內閣的主要部會提供法律服務 (註十八)。然而，一些英國政府的其他內閣部會，例如「商業、能源及產業策略部」 (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, BEIS) 轄下的法律小組，雖不隸屬於英國政府法律部門，卻仍屬於英國政府法律服務之範圍內 (註十九)。

英國政府法律服務總共僱用約 2,000 名律師 (註二十)，政府法律部門總共僱用 1,800 名員工，其中包含約 1,300 名律師。政府律師的工作內容涵蓋國際法與國內法、公法與私法，主要包括起草法案、解釋法律、向政府機關提出法律或政策建議以及參與訴訟等等 (註二十一)。

(三) 新加坡

新加坡在憲法第一百一十一條中明訂法律服務委員會會 (Legal Service Commission) 的成立法源 (註二二)，其分為兩大部分 (註二三)，一為司法部門 (Judicial Branch，包含各級法院) (註二四)，二為法律部門 (Legal Branch，包含各行政機關) (註二五)。法律部門下的各個行政機關，因應各機關專門業務之需要，會僱用不同專業領域的律師 (註二六)。法律部門下所僱用的律師，方為本文所著墨之政府律師 (註二七)。

截至2016年9月，新加坡政府的法律服務委員會（包括司法部門與法律部門）共僱用620位法律服務官員（Legal Service Officers），其中包含約10%的執業律師，散佈在政府各個機關部門（註二八）。不同機關部門間的公職律師會相互輪調，以增加法律工作經驗（註二九）。法律部門的法律服務官員（包括新加坡政府律師）之工作內容，包括提供法律建議、草擬法規、政策規劃、爭議的協商與調停以及執行法案等等（註三十）。

（四）香港

香港政府的政府律師，編制於香港特別行政區政府之律政司，律政司是香港最大的法律服務機構，主要業務是向香港特別行政區政府提供法律意見和法律服務；律政司由律政司司長掌管，律政司司長是行政長官、政府、政府部門（包括各執法機關）的首要法律顧問（註三一）。律政司由律政司司長辦公室及以下六個科別組成：民事法律科、國際法律科、法律草擬科、法律政策科、刑事檢控科、政務及發展科。根據2015年年底的統計資料顯示，香港政府律政司中共有419位政府律師（首長級有87位，非首長級有332位）（註三二）。基於職務上或職業培訓上的需要，政府律師會在上述各科中相互輪調（註三三）。香港政府的政府律師主要負責的業務範圍為參加訴訟（民事、刑事訴訟都包括在內）、提供法律意見（民事、刑事與國際公法）、與草擬法律政策等（註三四）。

截至2016年七月底，香港持有執業證書的本地律師共有8,836人（註三五），對照上段所述2015年底香港政府律師的人數，雖然數據對照上的時間基礎不同，但仍可約略推估香港政府律師人數佔香港本地律師人數的4.7%左右。

三、我國引進政府律師制度之必要性

(一) 現行法制人員數量與品質不足

我國政府各機關固有設置法制單位或專責法制人員，然法制人員的數量普遍不足（註三六）。根據考試院銓敘部近五年來的統計，一〇〇年底全國公務員人數總計343,323人，其中法制職系（註三七）人員僅有1,240人（註三八），占全國公務員總數之0.36%；一〇一年底的統計數據分別為343,861人、1,274人（註三九）與0.37%；一〇二年底的統計數據分別為346,059人、1,301人（註四十）與0.38%；一〇三年的統計數據分別為347,816人、1,342人（註四一）與0.39%；一〇四年底的統計數據分別為347,552人、1,365人（註四二）與0.39%。

其次，就政府機關法制人員的品質而言，公務人員轉任法制人員之門檻低，根據現行「現職公務人員調任辦法」第六條第四款（註四三）之規定，雖非法律系畢業，只要在教育部認可之國內外專科學校以上學校，修畢與公務人員高等考試三級考試法制類科之考試專業科目相近之科目二十學分以上，並且所修學分符合調任職務之工作性質與內容，即可依規定調任為法制人員。而真正透過考試晉用之法制人員，多半仍以法官或律師考試為終極目標，一旦通過相關考試後便會離職他就（註四四），造成行政機關真正從事法律工作者，相當比例上都是轉任人員。政府機關之法制人員，其教育養成需要一定時間，難以速成。由現行國家法制人員任用人數比例與品質以觀，實難確保政府機關依法行政之專業程度。

(二) 機關訴訟代理的問題

行政機關可能基於私法關係、刑事爭議（比如機關

首長或成員涉嫌貪瀆)或公法爭議涉訟，而基於公法爭議涉訟的案件，行政機關即為當事人之一造。根據司法院的統計數據，各高等行政法院最近五年新收案件總數，一〇〇年計有6,531件，一〇一年計有5,568件，一〇二年計有4,861件，一〇三年計有5,305件，一〇四年計有5,533件，每年平均新收案件數計有5,560件左右。我國政府機關絕大多數公務員，尤其是不具法律系背景者，可能對相關訴訟程序陌生，更可能因為不了解法律專業用語，與法官產生溝通上的困難；如委請民間執業律師代表機關進行訴訟，該律師未必具備機關訴訟案件的專業能力與背景，且對於案件事實，仍須與相關案件之承辦公務員溝通，方能深入了解。凡此種種，都會增加機關無形的公共成本與可觀的訴訟費用支出（註四五）。

（三）結語

根據前述各國政府律師制度，政府律師除可為政府機關出庭訴訟外，另有提供法律專業意見諮詢的功能，我國行政機關在這方面的專業能容有不足。

政府欲貫徹依法行政原則，提昇專業法律服務之品質，雖然並非全然取決於政府律師之獨立性與此一制度之建立。例如德國、日本等大陸法系國家，政府律師即無獨立性可言，其身分地位與一般公務員無異（註四六）。然德、日高階公務員有相當大部分比例是法律系畢業者擔任，其行政官僚體系建構相當完整（註四七），其整體公務員之法學素養亦遠在我國公務員之上，按照我國現行公務人員任用與調任制度，整體公務人員之法律素養，短時間之內實難以迎頭趕上。

我國行政機關依法行政的水平，仍有大幅成長的空間，由本案聲請人監察院調查報告及七十七年七月一日

制定公布大眾捷運法第七條之立法過程，可見一斑。希望在短期內改善此一現象，早日引進政府律師制度（註四八），吸收優秀律師到相關行政機關服務（註四九），使其法制作業能力與水平大幅提昇，或是使我國達到成熟法治國水準的終南捷徑！

註解：

註一：參見立法院議案關係文書院總第1429號，頁8。

註二：參見立法院公報第77卷第28期，頁126。

註三：參見立法院公報第77卷第63期，頁4-5。

註四：立法院公報，第77卷第46期，頁35-36。

註五：交通部102年5月20日交路字第1025005474號函參照。

註六：本解釋要旨：中華民國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、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、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，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。

註七：臺北市政府捷運局另表示：臺北市政府（捷運）路線上毗鄰土地興建大樓之基地，計有7處土地係採徵收方式取得（參照臺北市政府捷運局於說明會所提書面說明）。

註八：參見監察委員馬以工、林鉅銀、林復甸103年6月針對內政部及交通部等之調查報告，頁84。

註九：本案監察院聲請案所涉內政部核准相關土地之徵收案，其「徵收土地計畫書」所載徵收土地原因：為興辦台北都會區大眾捷運系統新店線（台北縣轄區）工程必需使用本案土地（參

照內政部80年1月24日台（80）內地字第891630號、同年12月18日台（80）內地字第8007241號函）。

註十：參見監察院本案調查報告，註8，頁2-18。

註十一：類似見解，參見張榕容，政府律師制度之研究－以美國政府律師制度為析論之主要參據，輔仁大學法律系碩士論文，102年1月，頁2；陳德芳，美國政府律師制度之研究，公務出國報告書，頁3；劉慧娥，從美國、英國、新加坡、政府律師制度探討我國引進之可行性——公共政策的觀點，國家菁英第8卷第2期，101年6月，頁161。法務部曾將政府律師制度之建立，列入94年度之施政計畫（見陳德芳，前揭文，頁3）。前副總統吳敦義擔任行政院院長時，於99年2月9日主持中央廉政委員會議中，要求法務部研擬在行政機關設置政府律師之可行性（參見自由時報99年2月10日電子報 <http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/372970>，瀏覽日期：105年12月14日）考選部於2015年擬在公務人員高考三級經建行政及衛生行政職系下，新增公職律師類科，但後續修正案仍須送考試院會討論（參照聯合新聞網 <http://udn.com/news/story/6939/634674>，以及考選部公告網址 http://wwwc.moex.gov.tw/main/news/wfrmNews.aspx?kind=5&menu_id=317&news_id=986，瀏覽日期皆為105年12月29日）

註十二：目前我國僅規定於民事、刑事訴訟上訴第三審、刑事案件自訴以及對於高等行政法院判決上訴，採律師強制代理制度（參照民事訴訟法第466之1條第1項、刑事訴訟法第389條第2項、第319條第2項以及行政訴訟法第241之1條第1項）。

註十三：參見張榕容，註11，頁61、64-66、106、109、111。政府律師於行政事務之上命下從的服從關係，及其行使職權之獨立性，類似於我國檢察官於行使職權時，對內必須遵循

檢察一體之原則，服從長官之指揮監督，對外則可獨立行使職權之運作模式（見張榕容，註11，頁66）。至於政府律師兼具公務員與律師之雙重身分，此種情形在台灣雖不普遍，然公立醫院之醫事人員，如公職醫師兼具醫師與公務員之身分，即是一例（見張榕容，註11，頁62）。

- 註十四：嚴軍星，政府律師制度研究，北京，群眾，2002年10月，頁61。轉引自張榕容，註11，頁61；此一政府律師之定義，為陳德芳（註11，頁9-10）文中所提之廣義的政府律師。
- 註十五：參見張榕容，註11，頁36；陳德芳，註11，頁18-19；帥以仁，美國法學教育律師考試及政府律師簡介及借鏡，國家菁英第8卷第3期，101年9月，頁89-92；劉慧娥，註11，頁152-154。我國習慣上將本段所述之政府律師翻譯成檢察官或檢察長，此與我國刑事訴訟法中僅處理刑事案件之檢察官或檢察長，在職務內容有所差異，容易產生誤解，特此說明。見張榕容，註11，頁36-37；陳德芳，註11，頁19。
- 註十六：此係網站上最新資料，參見 Bureau of Labor Statistics, U.S. Department of Labor, Occupational Outlook Handbook, 2016-17 Edition, Lawyers, on the Internet at <https://www.bls.gov/ooh/legal/lawyers.htm>（瀏覽日期：105年12月23日）。
- 註十七：英國政府法律部門為獨立於內閣其他部會之外的非內閣部會（non-ministerial government department）。參見 <https://www.gov.uk/government/organisations/government-legal-department/about>（瀏覽日期：105年12月28日）。
- 註十八：參見 <https://www.gov.uk/government/organisations/government-legal-department/about>（瀏覽日期：105年12月28日）。
- 註十九：本段介紹，可參見 <https://www.gov.uk/government/organisations/civil-service-government-legal-service/about>（瀏覽日期：105年12月28日）。亦可參見劉慧娥，註11，頁155；劉慧娥，

台灣公職律師訓練之建置——英國政府律師之比較分析，
國家菁英第8卷第4期，101年12月，頁99。

註二十：參見 <https://www.gov.uk/government/organisations/civil-service-government-legal-service/about/recruitment>（瀏覽日期：105年12月28日）。

註二一：參見 <https://www.gov.uk/government/organisations/civil-service-government-legal-service/about>（瀏覽日期：105年12月28日）。本段介紹亦可參見劉慧娥，註19，頁101；劉慧娥，註11，頁156。

註二二：參見 Legal Service Commission Annual Report 2015, p. 7；亦可參見 <https://www.lsc.gov.sg/about-us/functions-of-lsc>（瀏覽日期：105年12月27日）。

註二三：兩大部門的內部組織結構表，可見 Legal Service Commission Annual Report 2015, pp. 90-91；亦可參見 <https://www.lsc.gov.sg/structure/structure-of-legal-service>（瀏覽日期：105年12月27日）；劉慧娥，註11，頁173。

註二四：參見 Legal Service Commission Annual Report 2015, pp. 27-38。新加坡政府的 Legal Service Commission Annual Report 2015 可自 <https://www.lsc.gov.sg/publications/annual-reports> 下載（瀏覽日期：105年12月27日）。

註二五：參見 Legal Service Commission Annual Report 2015, pp. 39-89。

註二六：參見 <https://www.lsc.gov.sg/structure/structure-of-legal-service>（瀏覽日期：105年12月27日）。

註二七：本段之介紹亦可參見劉慧娥，註11，頁156-157。

註二八：參見 <https://www.lsc.gov.sg/structure/structure-of-legal-service>（瀏覽日期：105年12月27日）。

註二九：參見劉慧娥，註11，頁157。

- 註三十：參見 <https://www.lsc.gov.sg/structure/structure-of-legal-service/legal-branch>（瀏覽日期：105年12月27日）；劉慧娥，註11，頁157。
- 註三一：參見 <http://www.doj.gov.hk/chi/about/ple.html#top>（瀏覽日期：105年12月26日）。
- 註三二：參見 <http://www.doj.gov.hk/chi/about/stat.html#top>（瀏覽日期：105年12月26日）。
- 註三三：參見 <http://www.doj.gov.hk/mobile/chi/recruitment/counsel.html#struct>（瀏覽日期：105年12月26日）。
- 註三四：律政司各科的細部職掌，可參見 <http://www.doj.gov.hk/chi/about/ple.html#top>（瀏覽日期：105年12月26日）。
- 註三五：參見 <http://hong-kong-economy-research.hktdc.com/business-news/article>（瀏覽日期：105年12月26日）。
- 註三六：劉慧娥，註11，頁160；張榕容，註11，頁58。陳長文，最會溝通的蔡政府？先設政府律師，105年2月22日聯合新聞網 <http://udn.com/news/story/7339/1516507>（瀏覽日期：105年12月29日）。
- 註三七：本文此處之所以僅將全國政府機關之法制人員而未將司法行政人員列入計算，乃因根據考試院修正公布之「職系說明書」，法制職系的業務內容與本文此處介紹的政府律師制度較為直接相關。根據100年10月31日考試院最新修正公布之「職系說明書」，法制職系的業務內容為：「本職系之職務，係基於法學之知能，對施政有關法令制度與法令規章之研擬、核議、諮商、解答，訴願、申訴、再申訴、復審、國家賠償與調解事作之審議及立法方面之輔助事務等，從事計畫、研究、擬議、審核、督導及執行等工作。」
- 註三八：見銓敘部「銓敘統計年報—全國公務人員概況（表9，按職系分）」，參見 <http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1038&Page=3620&Index=4>（瀏覽日期：105年12月21日）。

- 註三九：見銓敘部「銓敘統計年報－全國公務人員概況（表9，按職系分）」，參見<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1058&Page=3992&Index=4>（瀏覽日期：105年12月21日）。
- 註四十：見銓敘部「銓敘統計年報－全國公務人員概況（表9，按職系分）」，參見<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1128&Page=4319&Index=4>（瀏覽日期：105年12月21日）。
- 註四一：見銓敘部「銓敘統計年報－全國公務人員概況（表9，按職系分）」，參見<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1151&Page=4652&Index=4>（瀏覽日期：105年12月21日）。
- 註四二：見銓敘部「銓敘統計年報－全國公務人員概況（表9，按職系分）」，參見<http://www.mocs.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=1180&Page=4978&Index=4>（瀏覽日期：105年12月21日）。
- 註四三：本款規定內容：「在教育部認可之國內外專科學校畢業或其後在獨立學院、大學、研究所（含尚未畢業者），曾修習與調任職務職系性質相近之科目二十學分以上者；其所修習科目，依公務人員高等或普通考試專業科目及各校系（科、所）必修科目表所修習之專門科目，參酌調任職務之職系說明書及職務說明書所定工作性質及內容，計其學分。但科目類似之學分不得重複採計。」
- 註四四：參見劉慧娥，註11，頁160。張榕容，註11，頁59。
- 註四五：張榕容，註11，頁60；陳德芳，註11，頁101。
- 註四六：張榕容，註11，頁109。
- 註四七：張榕容，註11，頁56。
- 註四八：據悉，考選部正在研擬設立公職律師，俾建立廉潔政府（劉慧娥，我國公職律師與吹哨者保護：新治理理論觀點及美國聯邦政府律師吹哨保護可供我國參酌之處，國家菁英，第10卷第2期，103年7月，頁165）。

註四九：考試院第12屆第57次會議考選部重要業務報告（104年10月15日）有關主題六「公職律師之探討及展望」建議事項：為建立公職律師制度，需有完備配套措施，包括法制面及實務面等，因此須朝改進與提升法學教育方法及素質、改革律師考試制度、辦理公職律師訓練、制定完善銓敘及待遇之規定以吸引優秀人才、以及修改律師法或明確界定公職律師屬於公務員而非律師等，如此該制度之建立才具實益。 http://wwwc.moex.gov.tw/main/home/wfrmHome.aspx?menu_id=3（瀏覽日期：105年12月26日）

協同意見書

羅昌發大法官 提出

本統一解釋之實質內涵有三：其一，監察院因未能貫徹其糾正權，而就其與行政院所持不同意見向本院聲請統一解釋；本院受理並予解釋，實有建立三權（行政、監察、司法）之間新互動關係的意涵。其二，本統一解釋確認主管機關不能混用不同目的之徵收及聯合開發規定。其三，本統一解釋確認國家因徵收土地而作為所有權人之地位，與一般土地所有權人之地位不同；徵收土地之轉讓，屬絕對法律保留（國會保留）事項。後二者對人民財產權之保障，亦有重要意義。

本席認為，本號解釋就此三部分之釐清均有甚高的憲法價值，有進一步闡述之必要，爰提出本協同意見書說明如次。

壹、本解釋所建立行政、監察與司法三權間之新關係

- 一、司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第七條第一項第一款規定：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。……」本件涉及「聲請人職權上適用法律所持見解」及「他機關所已表示之見解」等要件是否符合之

問題；多數意見持肯定見解，本席敬表同意：

- (一) 大審法第七條第一項第一款規定所稱「他機關」，應屬「同級」之機關而言。故監察院聲請統一解釋，自必須其與「同級」(即「院級」)之機關見解有異。本件依理由書第二段所示，交通部與內政部基本上認為主管機關得將依大眾捷運法第六條「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收……之」(下稱系爭規定一)之規定徵收之土地，依七十七年大眾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、站與路線之土地及毗鄰地區之土地」(下稱系爭規定二)之規定，納入聯合開發；且認為主管機關並非不得將依系爭規定一徵收而依系爭規定二納入聯合開發之土地，移轉予第三人所有。由於交通部及內政部與監察院並非同級之機關，故監察院要求行政院表達立場；行政院乃表示「尊重相關權責機關研處情形」。故多數意見認為，相異見解存在於監察院及與其同級之行政院之間。本席敬表同意。
- (二) 有關大審法第七條第一項第一款規定所稱「職權上」適用法律或命令之要件：依該條規定，必須涉及聲請人(即本件之監察院)就其「職權上」適用法律或命令所持見解。另該條雖並未明文稱「他機關」(即本件之行政院)亦必須係『職權上』適用同一法律或命令時所已表示之見解；然該條解釋上，亦應認為必須係他機關「職權上」適用法律或命令所已表示之見解；蓋如非他機關「職權上」適用法令之見解，則該見解理應無拘束或影響其他機關之效力；故對此種見解之差異，自無統一解釋之必要。

監察院雖非大眾捷運法或土地徵收之主管機關(其

自亦未適用系爭規定一、二進行徵收與聯合開發)；然其行使監察權，必須確認及判斷該二條之適用關係，以及確認及判斷行政機關適用該二規定以進行徵收及聯合開發之方式有無錯誤。另行政院雖亦非大眾捷運法或徵收之主管機關（故行政院自亦未直接適用系爭規定一、二，以進行徵收或聯合開發)；然行政院經由行政院長，指揮監督所屬機關（包括指揮監督作為大眾捷運法主管機關之交通部及作為徵收主管機關之內政部）（行政院組織法第十條第一項參照），故亦應認為行政院之職權涉及該二規定之適用。多數意見採較寬鬆之受理標準，認為本件符合兩機關職權上適用系爭規定一、二，產生法律見解歧異，故受理本件統一解釋之聲請，以解決監察院與行政院之僵局。本席敬表同意。

- （三）就「所已表示之見解」之要件而言：依大審法第七條第一項第一款規定之意旨，聲請人就其職權上適用法律或命令所持見解，必須已經表示在外。而本件情形，監察院於其一〇一年交正字第〇〇一七號糾正案文中，就系爭規定一、二所持之見解，已經有對外之表示。又依同條規定，他機關適用同一法律或命令，亦必須有「已表示之見解」。而本件情形，行政院一〇三年五月五日院臺交字第一〇三〇一三三三〇〇號函所稱「尊重相關權責機關（包括交通部及內政部）研處情形」；而交通部及內政部又已對系爭規定一、二之適用關係及徵收取得之土地是否得移轉第三人所有，表示法律上見解。多數意見認為其情形符合大審法第七條第一項第一款之聲請統一解釋要件。本席敬表同意。故依多數意見所建立之標準，所謂「他機關所已表示之見解」，並不限於他機關之明文直接表示；而包括該他機關引用其所屬機關之見解並表示予以尊重之情形。且所謂「他機關所已表

示之見解」，不限於他機關已經對外公告之見解；而包括他機關於發給特定對象（即本件之聲請人監察院）之公函中所持之見解。

二、有關本解釋所建構之行政、監察、司法三權之新關係：

- （一）或謂：本件係因監察院依憲法賦予之監察權，糾正臺北市政府，並要求行政院轉飭所屬確實檢討改善，然交通部與內政部未配合監察院之糾正意見，改正其見解，而行政院又支持交通部與內政部意見，因而導致監察院與行政院之齟齬；故本質上為監察院如何行使及貫徹糾正權之問題；本院如受理本案，將形同透過統一解釋，介入糾正權之行使，甚或介入監察院與行政院之間在憲法監察權規範下應有之互動關係。
- （二）對於此項可能之質疑，本席認為：雖憲法第九十七條第一項規定：「監察院經各該委員會之審查及決議，得提出糾正案，移送行政院及其有關部會，促其注意改善。」然憲法或相關法律並未明文規定不遵守「促其注意改善」者之應有法律效果，導致行政院及所屬機關可能「擇善固執」（或固執成見），而未正面回應監察院之糾正。憲法及相關法律既未設計糾正案之應有法律效果，而如監察院與行政院間之爭議又係純粹屬於法律解釋與適用問題（而非政策問題或事實問題），則在符合大審法第七條第一項第一款規定之前提下，由大法官針對該法律問題，以憲法高度為統一解釋，釐清法律之正確解釋與適用，以實踐司法作為國家機關間法律爭議最終裁判者之功能，應無不妥。
- （三）本院在監察院未能貫徹其糾正權之情形下，受理其統一解釋之聲請，實質上係由本院大法官透過行使統一解釋之職權，間接參與監察院個案糾正權之行使（於統一解釋係有利於監察院之情形）或間接協助行政院確認其不

從監察院個案糾正之正當性（於統一解釋係有利於行政院之情形）。此應為本件統一解釋所建構之行政、監察、司法三權之新關係

貳、本統一解釋確認主管機關不能混用不同目的之徵收與聯合開發規定

- 一、憲法賦予本院大法官解釋憲法及統一解釋法律及命令之二項重要權限（憲法第七十八條參照）。二者要件及功能雖有差異，然在解釋之內涵上，兩者並無截然之劃分。本院大法官於統一解釋法令時，應非僅在技術上分析法律應如何正確解釋與適用，而應以憲法高度，由保障人民基本權利、維護憲政體制出發，對爭執之法令，作成符合憲法意旨之統一解釋。故本院大法官於統一解釋時，對於保障人民基本權利及維護憲政體制，自應念茲在茲。
- 二、系爭規定一係許主管機關就「大眾捷運系統需用之土地」，依法徵收。故所徵收之土地，自亦應嚴格限定於使用在「大眾捷運系統」。如目的係作其他商業使用，土地需用者自不應依該條申請徵收；內政部自亦更不應許其徵收。而系爭規定二則顯然係將土地作商業使用（該條明載之商業目的為「有效利用土地資源，促進地區發展」；該條立法理由更明列「大眾捷運系統建設經費之取得」作為目的；見理由書第三段）。故如主管機關於徵收土地之後，進而將之作為商業開發之用，自己偏離系爭規定一許主管機關徵收人民土地之原意。人民財產（特別是土地）常為其賴以生存之基礎；而剝奪人民土地，又係何等重大之事。國家豈有以「大眾捷運系統需用之土地」之名，取得依法徵收之正當性，卻於徵收後，進行商業開發，謀取鉅大商業利益之理。多數意見認為，主管機關依系爭規定一按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依系爭規定二核定辦理之聯合開發。本席敬表同意。

三、本解釋雖僅載謂：依系爭規定一徵收之土地，「不得用於同一計畫中」依系爭規定二核定辦理之聯合開發。然如將依系爭規定一徵收之土地用於「非屬情事變更之後續開發計畫」，解釋上應仍在禁止之列。蓋解釋理由書第三段提及「如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律辦理。」亦即必須因「情事變更」，始有將早先依系爭規定一徵收之土地，用於聯合開發之餘地；此種將依系爭規定一徵收之土地使用於聯合開發之情形，仍應符合當時之相關法令規定，且仍應有法律明確規定得將土地移轉於第三人，始得移轉（見解釋理由書第四段）。

參、本件確認國家因徵收土地而作為所有權人之地位，與一般土地所有權人之地位不同

一、多數意見認為：依系爭規定一徵收之土地，應有法律明確規定得移轉予第三人所有，主管機關始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨（見解釋文第一段及理由書第四段）。此部分亦係以憲法高度，基於保護人民基本權，所作成之統一解釋。本席亦敬表同意。

二、或謂：主管機關依系爭規定一徵收之土地既不得用於同一計畫之聯合開發，自無嗣後基於聯合開發而將該土地移轉於第三人之問題；且解釋理由書第三段亦已記載此旨：「其徵收既係基於興建捷運系統之特定目的，主管機關自不得於同一計畫，持該徵收之土地，依系爭規定二辦理聯合開發，而為經濟利用，故自亦無由主管機關將該徵收之土地所有權移轉予第三人之餘地」；亦即解釋文第一段及第二段之間，或有邏輯矛盾之疑慮。

三、然本席認為：第一，解釋文第二段所明文處理者雖限於「依系爭規定一徵收之土地」，必須有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之；然其寓涵之一般性憲法原則應為：所有由徵收取得之土地，均必須有法律明文規定得

將其所有權移轉予第三人，徵收機關始得為此種移轉。第二，縱使解釋文第二段僅適用於「依系爭規定一徵收之土地，因情勢變更而依後續計畫將該土地進行開發」之情形，該段有關法律保留之宣示，在此適用之範圍內，本亦有其重要功能；而非無用或不合邏輯之贅語。

四、國家因徵收土地所因而取得土地所有權人之地位，與一般土地所有權人得自由使用、收益及處分土地權利者不同。其一，土地之徵收，應嚴格限於公用或公益之目的；故其徵收後之使用，自亦應限於此種公用或公益目的；而非如一般所有權人，得以自由意志，選擇以最高經濟效益之方式利用。其二，土地徵收後，需用土地人應在一定期限內，依照核准計畫實行使用，而非可無限期延宕其使用；其目的在防止徵收權之濫用，並保障人民私有土地權益（本院釋字第二三六號解釋參照）。

五、本件有關土地所有權之移轉係採絕對法律保留原則：

（一）多數意見引本院以往解釋，認為：政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令「為補充規定」時，其授權應符合具體明確之原則（見解釋理由書第四段）。本席敬表同意。按某一事項是否屬於法律保留之範圍，情形有三：

其一，絕對法律保留（國會保留），亦即其事項應以法律規定者；包括直接限制人民自由權利之事項，以及雖未直接限制人民自由權利，但涉及公益或實現人民基本權利保障之重大事項等兩種情形。

其二，相對法律保留，亦即其事項得以法律明確授權，由行政命令而為規定者；包括涉及公共利益或人民基本權利之保障，但情形非重大者，以及針對涉及公益

或實現人民基本權利保障之重大事項所為之「補充規定」等兩種情形。

其三，技術性與細節性之事項，無須法律授權，可直接由命令為規定。

(二) 國家徵收人民土地後，人民土地所有權已經遭剝奪，故如國家進而將該徵收之土地所有權移轉於第三人所有，並非「直接限制人民財產權」；然國家將所徵收土地之所有權移轉予第三人，顯然「涉及公共利益及實現人民基本權利保障之重大事項」。其一，如前所述，剝奪人民財產權是何等重大之事；如主管機關於徵收後，可以透過商業利用將土地所有權轉讓第三人牟利，對被徵收土地者而言，情何以堪、保障何在。其二，以法律保留方式限制主管機關將土地所有權轉讓予第三人，亦可產生約束主管機關恣意或濫用徵收，以謀取商業利益之作用。本席同意多數意見，認為須有法律明文允許，國家始得將徵收之土地所有權移轉予第三人。

(三) 多數意見認：「如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之」(見解釋理由書第四段)。故有關徵收土地之移轉第三人部分，係採絕對法律保留(亦即國會保留)。此項見解，符合前述論述之理由；亦即將徵收所得之土地移轉予第三人係涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定；法律授權主管機關發布命令所得為之者，僅限於「補充規定」；且此種授權仍必須符合授權具體明確之原則。

六、多數意見雖未就「明確規定主管機關得將徵收之土地移轉予第三人所有」之法律應有之內容有所規範；然本席認為，法

律不應無條件規定主管機關得將此種土地移轉予第三人；而應就移轉之實體條件及所應踐行之程序，詳為規範；如移轉予第三人係為商業利用，法律之規定則應包括利益回饋與分享之內容或機制，以減低徵收對人民財產及經濟利益造成之損失，並兼顧其權益之保障。法律僅可於此等基本規範下，就相關事務授權以行政命令為「補充規定」。

七、本解釋是否阻斷土地充分利用之問題：

- (一) 或謂：本號解釋不許主管機關援引系爭規定一以徵收人民土地用於系爭規定二之聯合開發，將使土地資源無法充分利用。
- (二) 本席認為：主管機關如欲充分利用土地，自應兼顧土地所有權人之權益。如主管機關擬就捷運系統所需土地進行聯合開發，以充分利用土地資源，自應與土地所有權人商談開發內容，促使其參與；而非以違背憲法保障人民財產權意旨之方式，先以徵收取得人民土地，再由主管機關進行聯合開發，由其獨享商業利益。
- (三) 又或謂：本號解釋不許主管機關將徵收所得之土地所有權移轉予第三人，亦將使土地資源無法充分利用。
- (四) 本席認為：將土地所有權移轉與第三人並非國家以聯合開發利用土地資源之唯一方式。如法律未明文主管機關得將所徵收之土地移轉予第三人所有，主管機關仍得藉由較符合永續原則之方式，利用土地資源（例如設定地上權之方式利用土地資源，使國家仍保有土地所有權）。故本統一解釋所限制者，為不當之徵收及不當之土地資源利用。本解釋一方面未限制立法者以明文規定之方式許主管機關將徵收之土地移轉第三人，以為妥適之利用；另一方面，在無立法授權之情形，本解釋亦未限制主管機關以「移轉土地所有權以外之方式」，妥適、永續利用所徵收之土地。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本案係監察院本於其職權，並基於其與行政院尤其交通部及內政部就關於大眾捷運法第六條、第七條規定之見解，以及在法無明文准許將徵收土地移轉第三人之規定下，徵收土地所有權可否再移轉給第三人之見解均有歧異，監察院乃依司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款規定聲請本院統一解釋。本席對於多數大法官認為本件聲請合於受理要件，並據以作成本號解釋之結論，均表贊同，爰將贊同之理由，以本協同意見書簡要說明如下：

- 一、司法院大法官審理案件法第七條第一項規定：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。……。」而監察院依憲法第九章第九十條以下規定，係中央機關並職司彈劾、糾舉，有調查權。原因案件涉及大眾捷運法第六條、第七條及土地法第十四條第一項第五款等規定，監察院於行使其調查等職權時，發現其所持關於上開法律規定之見解，與行政院及其下屬機關交通部及內政部所已表示之見解有異，乃聲請本件統一解釋，核監察院所為聲請，與上引本院大法官審理案件法第七條第一項第一款規定相符，且本件涉及憲法所保障之人民財產權及國家重大法益（另詳如下），故本件自應予受理。
- 二、本件實質爭點之一：依大眾捷運法第六條規定徵收取得之土地可否挪作同法第七條規定之開發（包括一般開發及聯合開發）使用？
 - （一）大眾捷運法第六條之徵收，應係對應土地法第二百零八條之傳統公用徵收；而大眾捷運法第七條之徵收，則是對應土地法第二百零九條之政策性公益徵收。二者之徵收性質（前者為公用、後者為公益）不同，目的（前者係供交通事業之大眾捷運系統公用目的，非為土地開發目的、後者則係為土地

開發目的)不同、程序(前者在土地徵收條例民國八十九年公布施行前，係依土地法第五編之規定，其中並無如大眾捷運法第七條原第三項(現為第四項)之協議優惠價購、市地重劃或區段徵收先行之程序；後者則為協議優惠價購等先行程序不成後，始得徵收)不同、徵收價額亦必然不同(前者無開發利益分享問題即充其量為素地買賣之價格，依本件徵收公告則為當期公告現值加四成，與素地買賣之市價仍有相當差距、後者則應含開發利益分享即如合建分屋之價值，依吾人日常生活經驗必然遠高於當期公告現值加四成或素地買賣之市價)，故為二種相異之徵收無訛。

(二)查大眾捷運法第六條之徵收及第七條之徵收既然性質等均相異，則依大眾捷運法第六條及土地法第二百零八條規定以交通事業使用目的徵收取得之土地，自僅得供作交通事業目的即供作大眾捷運系統使用，而不得挪供土地開發目的使用。此外，土地徵收直接涉及被徵收土地所有權人受憲法所保障之財產權之保護，大眾捷運法第六條之徵收與第七條之徵收，其程序、徵收價格既不同，則為保護被徵收土地所有權人之財產權，自更無許挪用之理。

(三)論理上言：就同一土地，不可能基於不同之目的而於同一時間公告徵收之，故已不可能有少數意見所謂本件原因案件係併以大眾捷運法第六條及第七條規定徵收之問題。就此，本席並曾於說明會中就教於徵收主管機關，主管機關亦未提出類似前例。

三、本件實質爭點之二：徵收之土地，尤其依大眾捷運法第六條及其相關土地法第二百零八條規定，為供交通事業興辦大眾捷運系統使用而徵收之土地，未經法律直接明文規定，可否移轉其所有權予第三人？

(一)徵收人民之土地行為，涉及被徵收土地所有權人受憲法所保障財產權之保護，而且徵收取得之土地若屬公產，則將其所

有權之一部或全部或其應有部分移轉為第三人所有，亦已涉及重大公益；另機關或其他土地需用人應依徵收目的使用所徵收之土地，不得任意變更，故若於徵收後擬將所徵收之土地所有權全部或一部或其應有部分，移轉予第三人所有，此自亦應係重大事項，故自應由法律直接明定之，始符憲法保障人民財產權之意旨，及庶可避免徵收權力之濫用。

(二) 又若徵收後未依徵收目的使用，被徵收土地所有權人得依法買回之，故亦不適宜由機關或其他土地需用人，於徵收後，將其所有權移轉予第三人。

(三) 尤有進者，土地法第十四條第一項第五款明定：公共交通道路土地不得為私有，而大眾捷運事業為交通事業、大眾捷運為公共運輸系統並涉及路權（共分完全獨立專用路權與非完全獨立專用路權二種，請參見大眾捷運法第三條規定）、大眾捷運系統車輛復有道路交通管理處罰條例之適用（請見該法第三條第九款、第四條等等規定），則大眾捷運系統非公共交通道路而何？從而依土地法第十四條第一項第五款規定，大眾捷運系統用地原則上不得為私有，除非另有法律特別得為私有之規定。準此，本件解釋認為欲將大眾捷運系統用地第六條規定徵收取得之大眾捷運系統用地移轉為第三人所有者，應有法律明文規定依據，主管機關始得為之之結論，自屬確當，爰予贊同。

(四) 民國八十六年修正大眾捷運法第七條規定並未明示排除土地法第十四條第一項第五款規定，而且大眾捷運系統土地之開發不以將徵收取得之土地移轉為第三人所有為必要（比如不移轉所有權而以設定地上權方式為之），故少數意見所指大眾捷運法第七條規定或其處分之用語，均不能認為已符合得移轉為第三人所有之法律保留原則。

四、本件解釋符合司法制衡行政之天職暨司法為民之意旨，爰予贊同。

本號解釋表明，徵收取得之土地，不得恣意使用、收益及處分，自不得移作徵收目的外之使用；且對移轉於第三人採法律保留，非有法律明確規定，不得為之。其意旨係為保障人民之財產權，避免徵收權力之濫用。對此，本席敬表贊同。茲為闡明本號解釋之法理基礎，並剖析有關法律規定之立法及適用問題，爰提出協同意見書。

壹、財產權與徵收

近代以降，立憲主義國家普遍承認財產權為個人之權利。惟就歷史演變觀之，十八世紀末之近代憲法將財產權理解為個人不可侵犯之人權。二十世紀後受社會國家思想影響，財產權受社會制約之觀念盛行。第二次世界大戰後之憲法，幾無例外，對財產權之保障皆採取此一觀點（註一）。現今，各國不論憲法有無明文，莫不基於公共福祉或公益之理由，對財產權加以限制，必要時甚至以公用徵收方式剝奪個人之財產權。尤其土地之徵收，對財產權構成最大之侵害，往往釀成糾紛及對立。於是，土地徵收應如何為之，方不至於違背憲法保障財產權之宗旨，乃成為理論及實務上必須面對之課題。本號解釋之作成，蘊含對此問題之深刻省思。

一、財產權之保障

財產權受憲法之保障，通說主張包含兩層意涵，一為對個人擁有的各個具體財產權之主觀保障面向，一為私有財產制度之客觀保障面向。問題是兩個面向如何互動？有無主從關係或優先順序？此等問題與財產權之性質、保障範圍、制約原因及法律扮演之角色息息相關。

近代啟蒙時期思想家洛克（John Locke, 1632-1704）高唱，人生而享有生命、自由及財產之自然權。1789年法國人權宣言第十七條揭櫫「財產權為神聖不可侵犯之權利」，1791年美國聯邦憲法增修條文第五條規定「非依正當法律程序，

不得剝奪生命、自由或財產」，二者如出一轍，承襲洛克思想，認財產權為一種基本人權。大法官曾再三表示：「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」（司法院釋字第四〇〇號、第七三九號及第七四二號解釋參照），即強調此一財產權保障之主觀面向。

須注意的是，洛克所主張保障之對象，係作為人權之財產權，並非資本主義之經濟體制。後者乃財產權受保障後，隨著資本主義之形成及開展而出現之結果（註二）。通說將私有財產制度之客觀保障等同於資本主義經濟體制，容有商榷餘地。此點姑且不論，若無私有財產制度之建立，主觀財產權之保障勢必無法實現。反之，主觀財產權之保障若不確實，隨時有遭任意侵奪之虞，則私有財產制度亦成泡影。本席認為，面對土地徵收問題時，這種體認格外重要。

二、財產權之制約與徵收

儘管近代有財產權神聖不可侵犯之觀念，卻非意味著財產權應受絕對保障。法國人權宣言第十七條規定「財產權為一種神聖不可侵犯之權利。非基於明白被確認為適法之公共必要性而提出之請求，或未事前為正當之補償，任何人之財產權皆不得剝奪之。」其前段歌頌財產權之神聖不可侵犯性，緊接著於後段承認財產權剝奪之可能性，顯示財產權並非真正絕對之自由，在明白適法之公共必要性及「事前正當補償」要件下，甚至允許徵收之（註三）。美國聯邦憲法增修條文第五條後段亦規定「非經正當補償，私有財產不得徵收作為公共之用」，旨趣相同。

一般認為，財產權除固有之內在制約外，基於社會公平正義及公共福祉之考量，尚須受到政策性制約。國家為追求公共福祉，實施公用徵收，造成個人之特別犧牲，應予補償，

而且必須貫徹等價交換方式，採取完全補償。

三、土地徵收之法理與動向

土地公用徵收係財產權保障之例外措施，其制度早在近代市民法治國家成立之同時即已確立。因財產權為市民國家之經濟基礎，而土地徵收對財產權構成重大侵害，初期受到極嚴格之限制。當時要求，土地徵收須符合下列三要件：第一、徵收之主體及事業內容，經證立具有嚴密之公共性；第二、徵收權之發動具有法律根據，且依法律所定程序為之；第三、對被徵收者因徵收而喪失之財產權價值，依市場價值為完全之補償。時至今日，此等原理性制約基本上未變更(註四)，仍為法治國家所重視。

惟從一九五〇年代起，各國有關公共用地取得之制度及手法推陳出新，土地徵收制度顯著變質，不但作為徵收要件之公共性概念擴大，而且徵收出現綜合化、計畫化及客觀化等趨勢(註五)。申言之，原本通念認為收益性與公共性矛盾，徵收之土地不得供作營利事業使用，如今為推動社會經濟政策，結合民間力量，認為收益性可與公益性結合，滿足公共性之要求，從而允許「政策性徵收」。連帶產生之變化，則是承認利益第三人徵收，亦即徵收之土地除提供需用土地人使用外，不妨移轉於第三人。但是，這種利益第三人徵收必須於制度上嚴格把關，否則土地徵收將如脫韁野馬，易遭濫用，變成不當甚至赤裸裸之「私益徵收」，致使利益第三人徵收淪為「圖利第三人徵收」。此外，隨著社會經濟之發展、土地開發之進步，各國普遍實施國土計畫、都市計畫、產業發展計畫、地域發展計畫及土地利用計畫等，必須追求土地之合理、有效利用，且基於綜合考量，有計畫地取得公共用地。土地徵收作為公共用地取得之重要手段，自然連動產生綜合化及計畫化現象。於是，徵收從點線朝向面發展，徵收之目的逐漸客觀化，與個別需用土地人及土地所有權人

之主觀切離。此際，權利之調整須以多數權利人為對象，計畫訂定及實施程序須正當，而且開發利益應合理分享，以期獲得公正妥當之結果。

我國土地徵收制度最初主要規定於土地法，後來其他法律如平均地權條例、都市計畫法、促進產業升級條例、國民住宅條例、水利法、文化資產保存法、發展觀光條例及科學工業園區設置管理條例等，二、三十種遍及各項領域之法律，亦有土地徵收相關規定（註六）。各法之補償項目及標準不一，且徵收要件及程序不夠明確周延，內容失諸簡陋，迨八十九年土地徵收條例公布施行後，情況有所改善。土地法原本僅有公共事業之「一般徵收」及區段徵收規定，後來增列「政策性徵收」；土地徵收條例更將公用徵收化為公益徵收。此外，促進民間參與公共建設法、獎勵民間參與交通建設條例、都市更新條例及離島建設條例等，引進公私合作法制，將利益第三人徵收合法化，允許行政機關以徵收之土地與民間共同合作開發。整體觀之，共性概念擴大，徵收呈現綜合化及計畫化傾向，而與時代趨勢若合符節；惟客觀化明顯不足，以致土地徵收經常背離公平正義，而引爆激烈抗爭。

本號解釋背景案件「臺北市政府興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機場聯合開發案」，正反映出當代公共性概念擴大、土地徵收綜合化及計畫化之動向，然因制度在設計及運用上忽視公用徵收與利益第三人徵收之異同，且綜合化及計畫化未臻周延，尤其客觀化明顯出現偏差，聯合開發過程資訊揭露不足及錯誤，導致問題叢生，民怨四起。本席認為，對於今後土地徵收之處理，本號解釋背景案件足為殷鑑。

貳、本號解釋對徵收問題採取之立場

本號解釋之背景案件，係地方政府於八十年、八十一年間先

依七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條規定，循一般徵收程序徵收大眾捷運系統需用之土地後，再於八十八年間持該徵收之土地，依八十六年五月二十八日修正公布之大眾捷運法第七條第一項規定，以聯合開發模式興建住、商、辦大樓，並移轉予第三人。其中涉及一般徵收之土地可否用於聯合開發、可否移轉予第三人之問題，監察院之法律見解與行政院歧異，因而聲請統一解釋。

本案在憲法層面上攸關前述財產權保障問題，在行政法層面則牽涉依法行政原理之理論與實踐問題。本號解釋秉持財產權保障之意旨，嚴格要求貫徹依法行政原理。本席認為，其立場值得肯定，主要論點則有進一步加以闡釋之必要。

一、土地之徵收及其使用處分，必須恪遵依法行政原理

土地徵收係對財產權之剝奪，應適用法律保留原則，無論徵收之目的、內容、範圍、程序及補償，皆須法律明定。徵收取得之土地，不得用於原定目的之外，乃法治國家依法行政原理之當然要求。若徵收之後計畫改變，目的異動，依理自應廢止。現行土地徵收條例第四十九條第二項規定：「已公告徵收之土地，有下列情形之一者，應廢止徵收：……二、依徵收計畫開始使用前，興辦之事業改變、興辦事業計畫經註銷、開發方式改變或取得方式改變。」其以立法方式，彰顯此一旨趣。本號解釋指出：「主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。」、「如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律辦理。」則是司法部門維護依法行政原理之具體表現。

本號解釋復釋示：「主管機關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第

三人之疑慮。是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將……所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。」其基於統一解釋之考量，論點主要集中於大眾捷運法有關問題，但毫無疑問，整體蘊含之原則係：徵收之土地移轉於第三人所有，屬法律保留事項。

按司法院釋字第四四三號解釋建立層級化保留體系，依對象之不同，分成下列四種層級：（一）憲法保留——憲法第八條規定之內容；（二）絕對法律保留——剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；（三）相對法律保留——涉及人民其他自由權利之限制，以及給付行政措施涉及公共利益之重大事項者，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；（四）非屬法律保留——僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，得由主管機關發布命令為必要之規範。土地徵收不在上述釋字第四四三號解釋明示範圍，但土地徵收係對財產權之剝奪，影響程度十分重大，理應採取絕對法律保留。而將徵收之土地移轉於第三人所有，不僅剝奪原土地所有權人之財產權，更有違反公平正義、侵蝕私有財產制度之虞，不容等閒視之，似應採取相同之保留密度。本號解釋將其列為法律保留事項，且表明須法律本身明確規定允許將徵收之土地移轉於第三人所有，始得為之。此部分採取高度之保留密度，未授權行政命令規定，值得肯定。

二、一般徵收之土地不得逕作聯合開發之用

監察院聲請統一解釋，問題焦點在於一般徵收之土地可否作為聯合開發之用。基於依法行政原理之要求，答案非常明確，應為否定，理由略如前述。惟有論者質疑，聯合開發

亦有徵收之規定，如果一般徵收之土地不可作為聯合開發之用，則須先予廢止，再依聯合開發有關規定徵收，豈非多此一舉？本席認為，二者雖然同係土地徵收，但實質上大異其趣，有加以釐清之必要。茲為行文之方便，先將大眾捷運法有關規定臚列於下：

（一）七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（背景案件八十年、八十一年間用地徵收時之法律）

1. 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。」（下稱規定一）
2. 第七條第一項規定：「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、站與路線之土地及毗鄰地區之土地。」（下稱規定二）
3. 第七條第三項規定：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。」（下稱規定三）

（二）八十六年五月二十八日修正公布之大眾捷運法（背景案件八十八年聯合開發核定時之法律）

1. 第七條第一項僅文字微調，規定：「為有效利用土地資源，促進地區發展，主管機關得自行或與私人、團體聯合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。」（下稱規定四）
2. 原第三項改列第四項，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。」（下稱規定五）

大眾捷運法第六條之徵收，無論目的、類別、程序及對

價，均與第七條規定之徵收不同，比較分析如次：

- (一) 目的：規定一之徵收，係為取得大眾捷運系統需用之土地，出於公共事業（交通事業）之需要而為之。規定二及規定四之聯合開發，則著眼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（立法院公報第七十七卷第四十六期第四十三頁參照），目的不同。依規定三或規定五所為聯合開發之徵收，目的自與規定一之徵收有別。
- (二) 類別：規定一之立法說明指出：「大眾捷運系統係屬公用事業，於其事業範圍內所需用之公、私有土地，得依土地法、都市計畫法、國有財產法等有關法律徵收或撥用。」故其徵收屬土地法第二百零八條第二款「交通事業」之公用徵收，係「一般徵收」。另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。」一般稱為「政策性徵收」。規定三及規定五之徵收，係「為有效利用土地資源，促進地區發展」之聯合開發而為，應屬「政策性徵收」。
- (三) 程序：規定一之徵收，依當時土地法規定，並無其他替代方式；徵收核准前，亦欠缺有利於土地所有權人之先行程序。而依據規定三及規定五，聯合開發用地得以區段徵收、市地重劃、協議購買及徵收等方式取得。這四種方式有無優先順序，法條並未明定，但徵收對財產權之侵害最大，理應屬於最後不得已之手段，亦即採取其他方式未果時，始得為之。徵諸規定三之立法理由（註七）：「聯合開發係公私兩利的方法，惟其關鍵因素在於所需用地如何取得？如何讓地主拿回部分土地自行開發利用以分享開發之利益」、「此種用地取得之方式，宜採地主可以分回土地之區段徵收（至少可以分回原面積

百分之四十)以及市地重劃(地主可以分回原面積百分之五十五左右)」、「為顧及市地重劃或區段徵收之無法達成，爰增加『協議不成得徵收之。』之規定」，上開看法誠不誣也。

- (四) 對價：我國徵收補償標準歷經數次更迭，從法定地價、公告現值、公告現值加成到市價。市價補償始於一〇一年修正之土地徵收條例第三十條第一項規定，而本號解釋背景案件於八十年依規定一辦理一般徵收，當時土地法規定原則上係按法定地價補償，而都市計畫法則規定可按公告現值加四成作為地價補償。若依規定三採區段徵收，土地所有權人原則上可取得抵價地百分之五十，至少為百分之四十。採市地重劃方式時，土地所有權人可原位置分回百分之五十五土地。至於協議購買，因預期聯合開發後土地價值將增加，其金額應可高於徵收之補償。

綜上，大眾捷運法第六條之徵收與第七條之徵收差異相當大，不可相提並論。對原土地所有權人而言，後者顯較前者有利。將依前者取得之土地逕作聯合開發之用，其他問題姑且不談，僅原土地所有權人因此而受不公平待遇乙節，就足以引起軒然大波。本號解釋背景案件之發展，提供了最有力之證明。總之，政府辦理土地徵收，影響人民之財產權及社會公平正義甚鉅，能不慎乎？

註解：

註一：蘆部信喜著、高橋和之補訂，岩波書店，2005年第三版第7刷，頁213。

註二：奧平康弘著，憲法Ⅲ——憲法が保障する權利，有斐閣，1993年，頁230。

註三：法國人權宣言第十七條揭示財產權之神聖不可侵犯性及事前正當補償原則，對當時鼓吹革命之布爾喬亞階級而言，可據以確保既有及未來之財產，具有特別意義，因此充分彰顯革命初期人權宣言之歷史性格。參照辻村みよ子著，人權の普遍性と歴史性，創文社，1992年，頁107、108。

註四：成田賴明著，土地政策と法，弘文堂，1989年，頁255。

註五：成田賴明著，同註四，頁256以下。

註六：內政部編印，土地徵收條例制定實錄，2003年，頁36-39。

註七：立法院公報第77卷第46期，1988年6月8日，頁35、36。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

詹森林大法官 加入

本號解釋指出政府機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法（下稱大捷法）第六條，為「大眾捷運系統需用」而徵收人民之土地後，不得持該土地，依大捷法第七條之規定與私人、團體辦理聯合開發，以興建住、商、辦大樓；除有法律明確規定，主管機關不得將依第六條規定所徵收土地之所有權移轉給第三人。其主要理由為：（一）政府機關依相關法律徵收人民土地，雖因而取得土地所有權人之地位，然其與一般土地所有權人得自由使用、收益、處分及行使其他土地權利者，並不全然相同。（二）基於興建捷運系統之特定目的而徵收取得之土地，不得於同一計畫，持以辦理聯合開發，而為經濟利用。（三）主管機關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產權移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮。

本號解釋乃因監察院與行政院對於臺北市政府為辦理捷運系統新店機廠用地徵收，能否併用大捷法第六條與第七條有不同見解，而向本院聲請統一解釋。本席就本號解釋結論及其理由敬表同意，並就本號解釋補充意見，敬供參考：

一、公用徵收、公益徵收、公私協力徵收與私用徵收之要件與程序應有所區隔：

土地徵收係國家因公共事業或公益之需要，以強制力取得人民的土地所有權，乃係對人民受憲法保障之財產權予以剝奪，自應依法審慎為之。憲法第一百零八條第一項第十四款規定徵收為「公用徵收」。本院大法官曾對土地徵收作出多號解釋，早期之解釋對於國家得徵收人民土地，分別指出係「為公用需要」（本院釋字第二三六號、第四〇九號）或「因公共事業之需要」（本院釋字第四二五號、第五三四號），較接近憲法第一百零八條之規定。但稍後之解釋則增加「公益」之目的，如「因公用或其他公益目的之必要」（本院釋字第五一六號、第五七九號、第六五二號、第七三一號、第七三二號），將「公用」與「公益」並列。土地法第二百零八條規定徵收之要件為「公共事業之需要」，但該條第九款則列「其他由政府機關興辦以公共利益為目的之事業」，則公共事業的概念包含公共利益為目的之徵收。土地法第二百零九條所規定「因實施國家經濟政策」而徵收私有土地者，應屬「公益徵收」。八十九年二月二日公布之土地徵收條例第三條規定，國家因公益需要，得徵收私人土地，其所列之徵收範圍已包括土地法第二百零八條所定之公用徵收之範圍，又似以公益之概念包含公用徵收。足見「公用」與「公益」似已並列混用，故「公用徵收」與「公益徵收」之要件與程序有何差別，依法尚乏明確規定。但對於現行「公用」與「公益」徵收規定不清楚之現象，已有大法官提出質疑，認為「公益」之概念空泛，難以確立，將「公有公用」之「公用徵收」巧妙連結得私有私用之「政策性徵收」，將可能造成許多不公平現象（註一）。學者亦主張二者應有所區別（註二）。抑有進者，政府機關為經濟發展之目的而徵收人民土地，並將之與其他私人合作土地開發案，或以 BOT 方式進行公共建設，雖或可定位為公益需要，屬公益徵收之一種，但該徵收案除了公益目的之外，另涉及商業利益之產生及其

分配，已非單純之公益。更因其徵收後之土地是由政府參與經營或全部移交民營而可分為「公私協力徵收」（註三）或「私用徵收」（註四）。政府機關於此類開發中之角色已非單純之公權力行使，而涉及商業利益之考量，有球員兼裁判之利益衝突。而且將徵收自人民之土地移轉給第三人，更涉及可能圖利第三人之疑慮，是政府機關為「公益」、「公私協力」或「私用」而徵收人民土地，其條件與程序，自應比為公有公用而徵收更加嚴謹。目前相關徵收法令尚未對此加以區隔規定，已有所缺漏。但本號解釋之原因案件，即臺北捷運系統新店機廠用地徵收案，發生於八十年間，當時之大捷法其實對於「公用徵收」（第六條）與「公私合營之徵收」（第七條）所應依循之徵收程序已有所區隔，只是當時臺北市政府加以併用，致有為本號解釋之必要。

二、公私合營之土地開發案，政府機關已具投資者身分，應依嚴謹程序始得透過公權力徵收取得投資成本：

大捷法第六條所定之徵收係為「興建捷運系統之特定目的使用」，屬因公用事業而徵收；而第七條之目的在於「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」。二者規定的土地徵收之目的完全不同，政府之立場與角色也因此完全不同。在第六條之情形，政府機關係為公用事業之需要而徵收土地，屬於公權力之行使，並不產生具商業價值之利益，政府機關應有較大之裁量權，亦可認為人民之財產權應負擔特別犧牲之義務。然而第七條之情形則不同，既然是土地開發案，可能產生龐大之商業利益，政府機關已非單純執行公權力，而是兼具投資者身分，政府機關應依嚴謹程序始能透過公權力徵收取得投資成本。政府機關為開發案而徵收取得土地，並將之用以投資興利，自應考量被徵收土地之地主的利益，而讓其有參與投資之機會。就此，大捷法第七條第三項特別規定：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。」可知在第七條規定，於「公私合營之土地開發案」之情形，應以市地重劃

或區段徵收之方式優先處理，以保障地主之權益，而不應依第六條之規定徵收取得土地。另外，在第七條規定之土地開發計畫下，政府機關與私人團體進行聯合開發之商談時，政府機關並非立於公權力行使之立場，甚至須與私人團體立於平等之立場，以協商簽訂聯合開發相關之契約。若第六條與第七條併用，政府機關一面與人民立於平等地位商談聯合開發之權利義務及利益分配，商談不成時自己又立即轉換身分成為主管機關，動用公權力強制徵收人民土地，政府機關可謂球員兼裁判，立場不公。

三、由立法意旨及過程，可知大捷法第六條與第七條應分開適用：

由大捷法第七條之立法過程及意旨，更可知第六條與第七條不得併用。大捷法第七條第三項規定：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。」或有認為既然該條後段規定亦賦予政府徵收之權力，則政府機關依第六條或第七條進行徵收應無不同，二者沒有不能併用的理由。然而若是觀察大捷法第七條第三項之立法經過，可知第七條所定之政府徵收，與第六條所定之徵收，截然不同，更不能混用。原交通部所提大捷法第七條增訂第一項為「……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及其毗鄰地區之土地」，而增訂第三項，規定取得開發土地之方式是「市地重劃或區段徵收」，並沒有政府得徵收土地之規定。可見交通部原規劃第六條與第七條就是基於完全不同之目的，各依不同之途徑取得土地，二者涇渭分明。在立法院審查時，立法委員林鈺祥建議於第七條第三項後段增加「協議不成則徵收」（參見立法院公報第七十七卷第六十三期委員會紀錄第五頁），其目的並非脫離市地重劃或區段徵收，另外以徵收手段作為取得土地之法源，而應是在市地重劃或區段徵收之過程中，為處理少數不同意之地主（即俗稱之「釘子戶」），由國家保留徵收權力，透過公權力作為最後手段。此由林鈺祥委員之發言是連接捷運局陳世圯副局長之發言，即可得知。陳副局長當時發言為「---用地取得以

市地重劃或區段徵收之方式取得，區段徵收可以使原先土地更有價值，也使土地使用人樂於接受公共建設，使政府與土地使用人均有利益，以共同興建捷運系統，此為該條文之重點所在，亦可作為其他公共建設時之參考」，故在第七條所定聯合開發之情形，對於地主權益之保障應為立法目的之一。依此，第七條第三項後段進行之徵收，即與第六條之徵收有所不同。按聯合開發須踐行前置程序，讓地主有協商參與之機會，若未踐行該程序且確定協商不成，即不得啟動第七條之徵收，遑論以第六條之規定作一般性之徵收。至於政府機關依第七條第三項之規定而徵收土地，亦與第六條規定之程序有所不同，因為依第七條進行徵收時，其前置程序中已有機會對於協議不成之理由加以檢視，對地主之程序上保障亦較周延。

四、第六條與第七條併用將簡化徵收程序，對地主保障未周：

因第六條規定之徵收是針對「公有公用」而定，依當時之徵收程序，政府享有極大之公權力。第六條與第七條併用之結果，將使政府得以簡化之程序取得聯合開發之土地。觀察本件原因案件之協議過程，臺北市政府分別於八十一年三月及四月召開二次聯合開發協調會，地主於會中表示因為聯合開發之事項及條件尚不明瞭而拒絕簽約，市政府隨即以協議二次不成之條件成就，於八十一年四月即進行徵收。然而事實上臺北市政府直到八十八年四月九日才核定公告聯合開發計畫書，可見八十一年四月之前的協議只是虛應故事，有學者批評政府之作法為「把全部所有權人都叫來開會」，並不符合協議價購之概念（註五）。亦有大法官批評其為「協議先行規範之偽善性」（註六），良有以也。本件原因案件發生當時之「大眾捷運系統土地聯合開發辦法」（七十九年二月公布）第九條規定：「聯合開發之用地取得以協議為原則，協議二次不成者，得由該主管機關依法報請徵收或依市地重劃、區段徵收方式辦理。」該辦法將「協議不成得報請徵收」規定於第九條前項，其規定方式顯然違背大捷法第七條第三項之規定，

因大捷法第七條是將「市地重劃與區段徵收」規定在前段。聯合開發辦法變更前後項之規定，以利政府機關於二次協議不成即報請徵收，似乎刻意迴避母法之規定，顯然違法，併此指明（註七）。

五、有關土地徵收之新立法，未能完全排除浮濫徵收之疑慮：

本號解釋之原因案件發生於八十年間，當時政府之心態偏重徵收之效率，甚至違背母法而制定子法。本院於八十五年公布釋字第四〇九號，該號解釋指出：「有關徵收目的及用途之明確具體、衡量公益之標準以及徵收急迫性因素等，均應由法律予以明定」，「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」，應是對過去政府機關徵收之浮濫且不透明而加以規範。八十九年公布土地徵收條例，一百零一年並公布土地徵收條例施行細則，但學者認為此二法令並未落實本院釋字第四〇九號所定之人民程序參與權，並賦予人民完整陳述意見的權利（註八）。因此縱然公布新法令，但如本件原因案件人民權益受損之情形，仍有持續發生之可能。

另外針對同一案件，本院針對捷運設施毗鄰地區土地之徵收，作成釋字第七三二號解釋，其理由於本號解釋亦應可適用。該解釋指出：「……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。」。

六、國外經驗足為警惕：

我國近年因土地徵收引起民眾抗爭的事件很多，學者指出我國土地徵收相當浮濫（註九）。政府辦理土地徵收，本應審慎依法為之，本案臺北市政府將依一般徵收所取得之土地，與其他私人團體作聯合開發，並進而將該土地之全部或一部移轉給私人團

體，則被徵收土地之原所有權人，其被剝奪感必然既深且鉅，甚至會深懷憂懼，其中涉及利益輸送，無論如何澄清恐難杜悠悠之口，將減損政府之公信力。

美國聯邦最高法院於西元二〇〇五年作出 Kelo 案之解釋，其核心問題就是政府為了經濟發展而徵收人民土地是否合憲，該號解釋引發後續許多討論，而各州亦採不同態度（註十）。美國學者檢討該國政府為了促進國家經濟發展，而進行土地徵收並開發之現象，產生許多流弊，諸如「為了方便建商收購土地，有意無意將公共利益作最低標準的解釋」、「自甘開發商的白手套」，甚至指出建商與政府結合成「不神聖的同盟」（unholy alliance）（註十一），雖然是批判美國的現象，但非常值得我國警惕。

註解：

註一：參見司法院釋字第七三二號解釋李震山大法官提出之協同意見書。

註二：參見林明鏘發言，載大眾捷運系統、都市計畫開發與土地徵收——釋字第七三二號解釋的相關問題，月旦法學雜誌第247期，2015年12月，頁10-11。

註三：參見蘇南、陳昆成著，論BOT制度的土地徵收與使用，載財產法暨經濟法第31期，2012年9月，頁45-102；蘇南著，論公私協力公共建設的土地徵收問題，載台灣環境與土地法學雜誌第12期，2014年10月，頁109-140。

註四：參見陳仲嶙著，徵收之憲法拘束：以「私用徵收」的違憲審查為中心，載臺大法學論叢第40卷第3期，2011年9月，頁1029-1087。

註五：參見蘇南著，論公私協力公共建設的土地徵收問題，載台灣環境與土地法學雜誌第12期，2014年10月，頁122。

註六：同前揭註1。

註七：該法於89年修法時已取消該條規定，法規名稱並改為「大眾捷運系統土地開發辦法」。

註八：參見詹順貴、李明芝著，台灣土地徵收浮濫的原因探討 http://www.justuslaw.com.tw/news_detail.php?class=138（最後瀏覽日期：105年12月30日）。

註九：參見徐世榮著，悲慘的台灣農民——由土地改革到土地徵收，載施正鋒、徐世榮主編，土地與政治，2013年3月初版，頁62。

註十：同前揭註4，頁1050-1054。

註十一：參見施正鋒、吳珮瑛著，政府徵收民地的政治與經濟分析，載施正鋒、徐世榮主編，土地與政治，2013年3月初版，頁18。

部分協同部分不同意見書 吳陳銀大法官 提出

一、部分協同意見部分

本件解釋文謂：「主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之……」解釋理由略謂：「主管機關依系爭規定一，按相關法律徵收人民土地，……其徵收既係基於興建捷運系統之特定目的，主管機關自不得於同一計畫，持該徵收之土地，依系爭規定二辦理聯合開發，……故自亦無由主管機關將該徵收之土地所有權移轉予第三人之餘地。如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律辦理。……是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確

規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之……」則依上開解釋意旨，本件主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，得用於後續計畫依八十六年五月二十八日修正公布之同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發，亦有八十六年五月二十八日修正公布之同法第七條第八項之法律明確規定得將之移轉予第三人所有。解釋文及解釋理由未明確釋明，爰提出協同意見如下：

- (一) 本件主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，係用於後續計畫依八十六年五月二十八日修正公布之大眾捷運法第七條第一項規定辦理聯合開發，無違當時之相關法律規定

查臺北縣政府（現已改制為新北市政府，下同）為將臺北都會區大眾捷運系統新店線新店市（現已改制為新店區，下同）地區所需用地變更為交通用地，以利後續捷運工程之進展，依都市計畫法第二十七條第一項第四款規定，於七十九年四月十一日以七九北府工都字第九一六六九號公告變更新店都市計畫（部分住宅區、商業區、農業區、機關用地、公園用地、自來水用地及綠地為捷運系統用地及道路用地）計畫書，自同月十三日起發布實施，將中央路與環河路交叉口東南側等原為農業區及住宅區之使用分區，變更為供興建捷運車站、軌道、機廠及相關設施使用之捷運系統用地（下稱系爭土地），該公告之土地使用管制載明：「捷運系統用地係供捷運車站、轉乘設施、停車場、路線、（軌道）及其相關設施之使用。並得依大眾捷運法及其他規定辦理聯合開發，惟應另行依法定程序擬定細部計畫。」

次查需用土地人臺北市政府為興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線工程需要，分別於八十年一月十七日、八十年

十二月十一日及八十一年四月十五日向內政部申請徵收。內政部以八十年一月二十四日台（八〇）內地字第八九一六三〇號、八十年十二月十八日台（八〇）內地字第八〇〇七二四一號及八十一年四月二十一日台（八一）內地字第八一〇四八六〇號函准予徵收（因台（八一）內地字第八一〇四八六〇號函准予徵收之土地中，四十五筆土地地段標示錯誤及一筆土地面積繕寫錯誤，以八十一年四月三十日台（八一）內地字第八一〇五四二六號函准予更正）。前揭內政部第八九一六三〇號及第八〇〇七二四一號函所附徵收土地計畫書援引土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條及七十七年大眾捷運法第六條與第七條為興辦事業之法令依據。前揭內政部第八一〇四八六〇號函所附徵收土地計畫書則引土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條及七十七年大眾捷運法第六條為興辦事業之法令依據。惟徵收土地原因均載明：「為興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線工程必需使用本案土地」。

再查八十一年四月十三日臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠動工興建，八十八年十一月十一日正式通車營運。其間，臺北縣政府於八十八年三月二十日以八八北府工都字第第六五七九七號公告，發布實施「新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發用地（捷十七、捷十八、捷十九）細部計畫書」，臺北市政府於八十八年四月八日以府捷五字第八八〇二一六二五〇〇號公告「臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠（捷十七、捷十八、捷十九）基地聯合開發計畫」，自同月九日零時起生效實施。上揭內政部核准徵收函所附徵收土地計畫書徵收土地之原因，既僅記載：「為興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線工程必需使用本案土地。」且系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫，於八十八年三月二十日始經臺北縣政府公告發布實施，臺北市政府嗣於同

年四月八日公告聯合開發計畫，並自同月九日起生效實施，故確如本件解釋理由書第一段所言：「系爭聯合開發案用地……自難認臺北市政府已依七十七年大眾捷運法第七條第三項『……協議不成者，得徵收之』之規定辦理徵收。」

惟按七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條規定：「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收或撥用之。」則需用土地人臺北市政府因興辦交通事業之需要，報經內政部核准徵收臺北縣政府依都市計畫法，於七十九年四月十一日以七九北府工都字第九一六六九號公告變更為供興建捷運車站、軌道、機廠及相關設施使用之新店市大坪林段七張小段四七之八一號等三百零一筆包括系爭土地之捷運系統用地，與當時即三十五年四月二十九日修正公布迄今未修正之土地法第二百零八條有關徵收之規定，即無不合。（註一）而當時有關土地徵收後，原土地所有權人得聲請照徵收價額收回其土地之情形，固得依同法第二百十九條：「私有土地經徵收後，有左列情形之一者，原土地所有權人得於徵收補償發給完竣屆滿一年之次日起五年內，向該管市、縣地政機關聲請照徵收價額收回其土地：一、徵收補償發給完竣屆滿一年，未依徵收計畫開始使用者。二、未依核准徵收原定興辦事業使用者。（第一項）」「市、縣地政機關接受聲請後，經查明合於前項規定時，應層報原核准徵收機關核准後，通知原土地所有權人於六個月內繳清原受領之徵收價額，逾期視為放棄收回權。（第二項）」「第一項第一款之事由，係因可歸責於原土地所有權人或使用人者，不得聲請收回土地。（第三項）」之規定辦理。惟六十二年九月六日修正公布迄今未修正之都市計畫法第八十三條規定：「依本法規定徵收之土地，其使用期限，應依照其呈經核准之計畫期限辦理，不受土地法第二百十九條之限制。（第一項）不依照核准計畫期限使用者，原土地所有權人得照原徵收價額收回其土

地。(第二項)」而上開內政部核准徵收函所附之徵收土地計畫書，分別載明計畫進度為：「預定八十年五月開工，八十四年十二月完工」、「預定八十一年二月開工，八十四年十二月完工」、「預定八十一年六月開工，八十四年十二月完工」。系爭土地既已於上揭內政部核准徵收函所附徵收土地計畫書所定計畫期限內之八十一年四月十三日動工興建臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠，並無不依照核准計畫期限使用之情形，亦無未依核准徵收原定興辦事業使用之情形，揆諸上開說明，原土地所有權人自不得於徵收補償發給完竣屆滿一年之次日起五年內，向該管市、縣地政機關聲請照徵收價額收回其土地。

另按八十九年二月二日制定公布施行之土地徵收條例固於第四十九條第一項規定應辦理撤銷徵收之情形如下：

「已徵收之土地，需用土地人應切實按核准計畫及所定期限使用。在未依徵收計畫完成使用前，需用土地人應每年檢討其興辦事業計畫，並由其上級事業主管機關列管。有下列情形之一者，應辦理撤銷徵收：一、因作業錯誤或工程變更設計，致原徵收之土地不在工程用地範圍內者。二、公告徵收時，都市計畫已規定以聯合開發、市地重劃或其他方式開發者。三、依徵收計畫開始使用前，因都市計畫變更，規定以聯合開發、市地重劃或其他方式開發者。四、依徵收計畫開始使用前，其興辦之事業改變或興辦事業計畫經註銷者。五、已依徵收計畫開始使用，尚未依徵收計畫完成使用之土地，因情事變更，致原徵收土地之全部或一部已無使用之必要者。」同條第二項並規定：「前項規定，於本條例施行前公告徵收之土地，適用之。」亦即系爭土地如有該條第一項各款規定之情形，應依該條項規定辦理撤銷徵收。然查系爭土地於八十九年二月二日土地徵收條例制定公布施行時，並無該條例第四十九條第一項各款規定應辦理撤銷徵收之情

形，即無庸辦理撤銷徵收。或謂七十九年四月十一日公告變更新店都市計畫（部分住宅區、商業區、農業區、機關用地、公園用地、自來水用地及綠地為捷運系統用地及道路用地）計畫書，其土地使用管制已明載：「捷運系統用地係供捷運車站、轉乘設施、停車場、路線、（軌道）及其相關設施之使用。並得依大眾捷運法及其他規定辦理聯合開發，惟應另行依法定程序擬定細部計畫。」故系爭土地應依八十九年二月二日制定公布施行之土地徵收條例第四十九條第一項第二款或第三款及第二項規定辦理撤銷徵收。惟查公告徵收及依徵收計畫開始使用系爭土地時之都市計畫，並未規定以聯合開發、市地重劃或其他方式開發系爭土地，直至八十八年三月二十日發布實施「新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發用地（捷十七、捷十八、捷十九）細部計畫書」時，都市計畫始規定以聯合開發方式開發系爭土地，故亦無從依八十九年二月二日制定公布施行之土地徵收條例第四十九條第一項第二款或第三款及第二項規定辦理系爭土地之撤銷徵收。

再按八十九年二月二日制定公布施行迄今未曾修正之土地徵收條例第六十一條規定：「本條例施行前公告徵收之土地，其申請收回，仍依施行前之規定辦理。」則原土地所有權人自亦無依八十九年二月二日制定公布施行迄今未曾修正之同條例第九條規定，（註二）於徵收公告之日起二十年內，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請照原徵收補償價額收回其土地，而不適用土地法第二百十九條及都市計畫法第八十三條規定之餘地。

臺北市政府於八十八年間，以依當時法律即土地法第二百十九條及都市計畫法第八十三條規定，原土地所有權人已不得聲請照徵收價額收回其土地，且依八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例，亦無應回溯辦理撤銷徵收情形及原

土地所有權人已無從申請照原徵收補償價額收回之系爭土地，依八十六年五月二十八日修正公布施行之大眾捷運法第七條規定，與私人、團體聯合辦理大眾捷運系統路線、場、站土地之開發，即與法律之規定無違。

本件主管機關依七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，並非用於同一計畫中依七十七年七月一日制定公布之同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。解釋文謂：「主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。」解釋理由復謂：「如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律規定辦理。」然查系爭土地於徵收時，其徵收原因係臺北市政府為興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線工程必需使用。嗣因臺北縣政府於八十八年三月二十日以八八北府工都字第六五七九七號公告，發布實施「新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發用地（捷十七、捷十八、捷十九）細部計畫書」，臺北市政府遂於八十八年四月八日以府捷五字第八八〇二一六二五〇〇號公告「臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠（捷十七、捷十八、捷十九）基地聯合開發計畫」，自同月九日零時起生效實施。亦即臺北市政府因情事變更，依後續計畫及當時即八十六年五月二十八日修正公布之大眾捷運法第七條第一項規定，與私人、團體聯合辦理系爭大眾捷運系統路線、場、站土地之開發，依上開解釋意旨，應合於其時相關之法律。

- （二）系爭土地納入後續計畫辦理聯合開發，已有法律明確規定得移轉登記於私人所有

查系爭土地於徵收時，其徵收原因固係臺北市政府為興

辦臺北都會區大眾捷運系統新店線工程必需使用。惟嗣因臺北縣政府於八十八年三月二十日以八八北府工都字第六五七九七號公告，發布實施「新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發用地（捷十七、捷十八、捷十九）細部計畫書」，臺北市政府遂於八十八年四月八日以府捷五字第八八〇二一六二五〇〇號公告「臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠（捷十七、捷十八、捷十九）基地聯合開發計畫」，自同月九日零時起生效實施。臺北市政府於八十八年間，以依當時法律即土地法第二百十九條及都市計畫法第八十三條規定，原土地所有權人已不得聲請照徵收價額收回其土地，且依八十九年二月二日制定公布之土地徵收條例，亦無應回溯辦理撤銷徵收情形及原土地所有權人已無從申請照原徵收補償價額收回之系爭土地，依八十六年五月二十八日修正公布施行之大眾捷運法第七條規定，與私人、團體聯合辦理大眾捷運系統路線、場、站土地之開發，即與法律之規定無違，已如前述。

且按新店地政事務所於一〇二年辦理系爭土地應有部分移轉登記於私人所有時，應適用之大眾捷運法第七條第八項規定：「主管機關辦理開發之公有土地及因開發所取得之不動產，其處分、設定負擔、租賃或收益，不受土地法第二十五條、國有財產法第二十八條及地方政府公產管理法令之限制。」次按土地法第二十五條及國有財產法第二十八條分別規定：「直轄市或縣（市）政府對於其所管公有土地，非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分或設定負擔或為超過十年期間之租賃。」「主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益。但其收益不違背其事業目的或原定用途者，不在此限。」亦即主管機關依大眾捷運法第七條辦理開發之公有土地及因開發所取得之不動產，法律已明確規定，不僅得為移轉所有權全部或其應有

部分之處分，更不受直轄市或縣（市）政府所管公有土地，非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准不得處分之限制，亦不受國有公用財產不得為任何處分之限制。此已符合解釋文所稱：「依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之」之意旨，應無疑義。

二、部分不同意見部分

本件解釋文謂：「依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。」解釋理由略謂：「主管機關依系爭規定一，按相關法律徵收人民土地，雖因而取得土地所有權人之地位，然其與一般土地所有權人得自由使用、收益、處分及行使其他土地權利者並不全然相同。……主管機關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮。是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。」惟被徵收土地移轉於第三人所有是否有法律保留原則之適用，應分別不同情形定之，縱有適用，亦應採相對法律保留，爰提出不同意見如下：

八十九年二月二日土地徵收條例制定公布施行前被徵收之土地，原土地所有權人如無得依當時土地法第二百十九條或都市計畫法第八十三條規定聲請收回被徵收土地之情形；且八十九年二月二日土地徵收條例制定公布施行後，如亦無該條例第四十九條第一項各款規定應回溯辦理撤銷徵收之情形；而依土地徵收條例第六十一條規定，原土地所有權人復無得依同條例第九條所定，於徵收公告之日起二十年內，向該管直轄市或縣（市）主管

機關申請照原徵收補償價額收回其土地之餘地。此外，倘被徵收之土地，非屬上開情形，而經撤銷或廢止徵收，原土地所有權人未依土地徵收條例第五十一條第二項及第三項規定，於通知之不少於六個月之一定期間繳清應繳納之價額，致不發還其土地，其並因此不得依同條例第九條規定申請收回該土地。被徵收之土地，亦無同條例第九條所定，原土地所有權人得於徵收公告之日起二十年內，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請照原徵收補償價額收回其土地之下列情形之一：一、徵收補償費發給完竣屆滿三年，未依徵收計畫開始使用。二、未依核准徵收原定興辦事業使用。三、依原徵收計畫開始使用後未滿五年，不繼續依原徵收計畫使用，致其不得申請收回該土地。則該等原土地所有權人已不得聲請或申請收回之被徵收土地，已與一般公有或私有土地無異，其處分除受一般公有財產處分之限制外，殊無再予以其他限制之理由。至於土地徵收條例第五十九條規定：「私有土地經依徵收計畫使用後，依法變更原使用目的，土地管理機關標售該土地時，應公告一個月，被徵收之原土地所有權人或其繼承人有依同樣條件優先購買權。但優先購買權人未於決標後十日內表示優先購買者，其優先購買權視為放棄。」土地法第二百十九條第四項規定：「私有土地經依徵收計畫使用後，經過都市計畫變更原使用目的，土地管理機關標售該土地時，應公告一個月，被徵收之原土地所有權人或其繼承人有優先購買權。但優先購買權人未於決標後十日內表示優先購買者，其優先購買權視為放棄。」均係有關私有土地經依徵收計畫使用後，依法變更原使用目的，土地管理機關標售該土地時，原土地所有權人或其繼承人優先購買權之規定，與被徵收之土地得否處分無涉。

被徵收之土地，於原土地所有權人得聲請或申請收回其土地之期間內，該等土地或其應有部分移轉於第三人所有之事項，固屬涉及人民權利義務之重要事項，應有法律保留原則之適用。（註三）惟按憲法第一百四十三條明定：「中華民國領土內之土地屬

於國民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。私有土地應照價納稅，政府並得照價收買（第一項）。附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響（第二項）。土地價值非因施以勞力資本而增加者，應由國家徵收土地增值稅，歸人民共享之（第三項）。國家對於土地之分配與整理，應以扶植自耕農及自行使用土地人為原則，並規定其適當經營之面積（第四項）。」亦即人民之土地所有權，固應如同其他財產權受法律之保障，但因土地之有限性及公益性，故應較其他之財產權承擔更多之公益義務及社會責任，而非較其他財產權受更多之保障。次按本院釋字第四四三號解釋已釋明：「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」復按本院釋字第六四三號解釋亦釋明：「以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍固須明確，且命令之內容須未逾越授權範圍，並符合授權之目的，惟法律概括授權發布命令

者，其授權是否明確，與命令是否超越授權範圍，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷，迭經本院解釋闡明在案。」故有關被徵收之土地，於原土地所有權人得聲請或申請收回其土地之期間內，該等土地或其應有部分移轉於第三人所有之事項，應非屬絕對法律保留事項，縱授權命令為規定，只要授權之目的、內容及範圍具體明確，且命令之內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的，即不違反法律保留原則。

解釋文第二段謂：「依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。」其解釋理由略謂：「主管機關依系爭規定一，按相關法律徵收人民土地，雖因而取得土地所有權人之地位，然其與一般土地所有權人得自由使用、收益、處分及行使其他土地權利者並不全然相同。……主管機關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮。是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之，以符憲法保障人民財產權之意旨。」未區分被徵收之土地，是否屬於原土地所有權人得聲請或申請收回其土地之期間內，就該土地或其應有部分移轉於第三人所有之事項，而一律均採法律保留，揆諸上開理由，已難謂允當，復未明確釋明應採相對法律保留而非絕對法律保留，亦難謂洽，均難以贊同。

註解：

註一：當時即三十五年四月二十九日修正公布迄今未修正之之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。」

註二：八十九年二月二日制定公布施行迄今未曾修正之土地徵收條例第九條規定：

「被徵收之土地，除區段徵收及本條例或其他法律另有規定外，有下列情形之一者，原土地所有權人得於徵收公告之日起二十年內，向該管直轄市或縣（市）主管機關申請照原徵收補償價額收回其土地，不適用土地法第二百十九條之規定：

- 一、徵收補償費發給完竣屆滿三年，未依徵收計畫開始使用者。
- 二、未依核准徵收原定興辦事業使用者。
- 三、依原徵收計畫開始使用後未滿五年，不繼續依原徵收計畫使用者。

該管直轄市或縣（市）主管機關收受申請後，經查明合於前項規定時，應報原核准徵收機關核准後，通知原土地所有權人於六個月內繳還原受領之補償地價及地價加成補償，逾期視為放棄收回權。

第一項第一款之情形，係因不可歸責於需用土地人之事由者，不得申請收回土地。

第一項第一款所稱開始使用，指興辦事業之主體工程動工。

但依其事業性質無需興建工程者，不在此限。」

註三：本院釋字第二八二號、第二九九號、第三三一號、第三三四號、第三八〇號及第六〇〇號解釋參照。

部分不同部分協同意見書 林俊益大法官 提出

壹、前言

本件統一解釋為【徵收之捷運用地得否用於聯合開發案】。

本件聲請案之主要爭點係，大眾捷運法（下稱捷運法）第六條與第七條第一項得否併用？如得併用，該徵收取得之土地所有權可否移轉予第三人；如不得併用，即無徵收取得之土地所有權移轉予第三人之問題。此二見解，各有所本。本席認為，二者得以併用，至於徵收取得之土地所有權移轉予第三人，應遵守相對法律保留原則，俾符合憲法保障人民財產權之意旨。

本件解釋勉強過半數之意見認為：「（第一段）主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律徵收大眾捷運系統需用之土地後，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。（第二段）依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之，以符合憲法保障人民財產權之意旨。」

本席認為，第一段解釋文無從適用於本件聲請解釋之原因事實，且第一段解釋文既認依七十七年七月一日制定公布之捷運法第六條徵收後不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發，自無將徵收土地之所有權移轉予第三人之問題，詎第二段解釋又贅述依第六條徵收之土地，應有法律明確規定，主管機關始得將之移轉予第三人所有，前後二段解釋文互相矛盾。勉強過半數意見所為上開統一解釋，本席難以贊同，爰就解釋文第一段提出不同意見，併就第二段提出協同意見如下。

貳、部分不同意見

一、機關聲請統一解釋程序要件之審查

(一) 本件聲請統一解釋之緣起

緣監察院九十九年間，調查「臺北市政府興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠聯合開發案，其聯合開發建築物分配機制，是否公允妥適案」，提出糾正案，要求行政院檢討辦理。嗣內政部一〇二年七月十日台內地字第一〇二〇二四六八八一號函示：「本案聯合開發土地登記移轉私人乙事，應已無疑義」（下稱系爭函一），使新北市政府以辦理臺北市政府新店機廠捷運聯合開發之名將土地移轉登記予私人。監察院認有疑義，於一〇三年一月二十一日立案調查「行政院暨內政、交通部就捷運系統用地採一般徵收及聯合開發用地併行方式，先以興建交通事業為由，強行徵收土地後，再透過聯合開發權益分配比例，移轉為私人所有之處理是否涉有違失等情」，一〇三年四月十八日約詢行政院秘書長等，會議中要求行政院針對詢問事項函復，行政院於一〇三年五月五日函復，檢附「監察院一〇三年四月十八日就捷運新店機廠聯合開發案詢問事項研處彙整表」，並表示「本院原則上尊重相關權責機關研處情形」（下稱系爭函二）。之後監察院一〇三年七月十一日向本院聲請統一解釋，是否符合司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第七條第一項第一款之要件，殊值討論。

(二) 聲請統一解釋要件之檢討

中央機關聲請統一解釋，大審法第七條第一項第一款前段規定：「有左列情形之一者，得聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表

示之見解有異者。」茲就本件聲請案，檢討如下：

1. 機關聲請統一解釋，須兩機關均係「行使職權（註一）適用法令」

本件聲請人監察院雖已指明其所行使之職權為調查權，惟針對他機關即行政院暨所屬機關部分，卻僅以系爭函一、二為據。然系爭函一係內政部函新北市政府函復，系爭函二則係行政院遵照監察院約詢會議決定被要求之函復，能否謂係行政院「行使職權」適用同一法律「所已表示之見解」，似非無疑。

2. 行政院是否已對外表示見解

依行政程序法第一百五十九條第二項第二款規定：「行政規則包括下列各款之規定：……二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」再依捷運法規定大眾捷運系統之中央主管機關為交通部，土地法之中央地政機關為內政部。由此可知，僅有法規主管機關始有權針對法規之立法意旨及法律適用表示意見，行政院並非捷運法、土地法之主管機關，無權對捷運法表示法律意見，是以系爭函二，僅係彙整法規主管機關之交通部、內政部及法務部所表示之意見，故其函乃謂：「本院原則上尊重相關權責機關研處情形」。

3. 行政院是否已主動表示見解在先

大審法規定「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」，所謂「已表示」者，係表示見解在先，聲請機關表示在後。但本件係監察院於一〇三年一月二十一日函立案調查，嗣監察院要求行政院就其所詢問事項以書面答覆，行

政院始以系爭函二表示「本院原則上尊重相關權責機關研處情形」。如此被動要求情形下所為之系爭函二，是否係行政院行使職權所已表示之見解？本院為探求系爭函二之真義，於一〇四年九月十一日曾函請行政院表示意見：「是否與監察院持不同之見解？」行政院函復：「本院並無不同意見，爰於前函敘明：本院原則上尊重相關權責機關研處情形」。因此，行政院並未正式回應，可徵系爭函二是否屬於行政院依職權所已表示之見解，實有疑義。

4. 大審法規定「已表示之見解」之真義

大審法規定「已表示之見解」，應係指他機關行使職權已表現於外者而言。誠如本院羅昌發大法官於釋字第七二九號解釋所提出之部分協同部分不同意見書所稱：「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。」本院於一〇三年七月二日曾電詢監察院：「行政院關於本件聲請案之爭點與監察院見解不同，是否有於官方文書上表示意見？」從本院電話紀錄顯示：並無官方文書表示。所謂已表示之見解，雖非僅能以官方文書為憑，但本件行政院僅係被動函復監察院，表示尊重內政部、交通部及法務部相關權責機關之見解，是否已符合「行使職權表示之見解」要件？本件監察院聲請統一解釋所指摘他機關者，係被動表示意見，究否已符合「行使職權」要件，且是否屬聲請人行使調查權或糾正權之前「所已表示之見解」，仍有討論空間。

5. 聲請機關應依法用盡手段

本院早在釋字第二號解釋即已闡示：「適用法律

或命令發生其他疑義時，則有適用職權之中央或地方機關，皆應自行研究，以確定其意義而為適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由」。雖非意謂機關一概均不得聲請統一解釋，但已隱含機關應先依其權責解釋及適用法令，依法用盡手段後，再向本院聲請解釋之意。況本院釋字第五二〇號解釋就行政院與立法院間之權力爭議，陳明憲法現有機制尚可供選擇以解決衝突，如何選擇，非本院所能越俎代庖予以解釋之事項，亦係基於同一思維所為。

本件聲請人監察院行使之職權為調查權，調查權屬工具性權力，最終是否進而糾正、糾舉或彈劾，尚屬未定，且調查權之行使包山包海，幾乎任何法令規定均可能適用，倘若發生與其他機關間之法律見解歧異，監察院自得依其權責先行判斷與決定，逕向本院聲請解釋，本院予以受理，似有過早介入之虞？糾正權亦然，監察院對行政院暨所屬機關若糾正不果，仍可進而行使糾舉權及彈劾權，最終仍歸司法權判斷，大法官未俟爭議已達終局，介入解釋是否可能危及權力平衡，亦值深思！

本席認為，監察院雖非不得向本院聲請統一解釋，惟如能用盡監察院憲法所定職權再為聲請，或更符憲法規定由本院職掌統一解釋權限之意旨！

二、捷運法第六條、第七條並無不得併用之法律限制

本席認為捷運法第六條與第七條第一項並無不得併用之限制，茲敘述理由如下：

（一）捷運法之制定

行政院於七十六年七月三十一日函請立法院審議捷運法草案，七十七年七月一日公布施行，第一條規定揭示立法宗旨：「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，以增進公共福利，特制定本法。」第五條第一項第四款規定：「地方政府建設大眾捷運系統所需要經費，應循預算程序由左列各款籌措之：……四、第七條之土地開發收入。」可知第七條之土地開發，亦負籌措大眾捷運系統所需經費之任務。

（二）捷運法第六條自制定公布迄今均無修正

捷運法第六條規定：「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收或撥用之。」觀其立法理由所載：「大眾捷運系統係屬於公用事業，於其事業範圍內所需用之公、私有土地，得依土地法、都市計畫法、國有財產法等有關法律徵收或撥用。」（註二）所謂依法徵收或撥用，係指私有土地依法徵收，公有土地依法撥用。（註三）由於第六條規定「依法徵收」，係指引主管機關就大眾捷運系統需用之私有土地，得依相關法律徵收之，並未規定徵收之要件、程序或法律效果。（註四）是以縱無第六條規定，依當時有效之土地法第二百零八條第二款及第九款、（註五）都市計畫法第四十八條、（註六）國有財產法第三十三條（註七）等規定，亦得合法徵收之。第六條僅係「指引性條文」，並非徵收土地之依據。（註八）此觀立法院審議時，對第六條係無異議通過，（註九）捷運法自七十七年七月一日制定公布迄今，雖有八十六年、九十年、九十二年、九十三年及一〇二年數次修正，惟第六條均未修正，但並未妨礙為興建捷運系統而徵收土地，可見一斑。

以此觀本件解釋，解釋文第一段敘明「依……第六條，按相關法律徵收……土地」，解釋文第二段竟謂「依大眾捷運法第六條徵收之土地」，顯失精準敘述，徒增誤會及困擾，殊有欠妥！

（三）捷運法第七條自制定公布迄今已修正數次

行政院七十六年提出之捷運法草案第七條第一項規定：「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及其毗鄰地區之土地。」第二項規定：「前項開發辦法由交通部會同內政部定之。」立法理由如下：「一、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。二、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該土地所有權人聯合開發。三、第二項明定開發辦法授權由交通部會客內政部定之。」

七十七年四月二十三日立法院交通、司法兩委員會第五次聯席會議，臺北市政府捷運局對第七條之規定，認實際作業上有困難，（註十）提出修正意見，即增訂第二項：「聯合開發用地作多目標使用者，得調整當地之土地使用分區管制或區域土地使用管制。」及第三項：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得。」提案增訂意旨，在於放寬土地使用管制，活化取得聯合開發用地。當時之會議主席即立法委員林鈺祥並發言：這個修正案基本構想是可以，但其中所提區段徵收及市地重劃方面，如果協議不成又需採用第六條，本席建議是否該在第七條下再加上「協議不成則徵收」，這是立法上的問題。（註十一）是以第七條第三項因而修正為：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收之方式取得。協議不成者，得徵收之。」

嗣後立法院與交通部協商後，補充第七條第三項之立法理由如下：一、聯合開發係公私兩利的方法，惟其關鍵因素在於所需用地如何取得？如何讓地主拿回部

分土地自行開發利用以分享開發之利益，目前條文未臻明確，且此項攸關業主之財產權，宜以法律明文規定。二、此種用地取得之方法，宜採地主可以分回土地之區段徵收（最少可以分回原面積百分之四十）以及市地重劃（地主可以分回原面積百分之五十五左右）。三、現行法令所定得舉辦市地重劃、區段徵收之事項均與聯合開發有別，難以援用。四、為顧及市地重劃或區段徵收之無法達成，爰增加「協議不成者得徵收之」之規定。（註十二）

由上立法經過及說明可知，大眾捷運系統聯合開發土地之取得，雖法條規定得依市地重劃或區段徵收取得，但事實上很難達成，為便利取得聯合開發之土地，亦可採協議方式，如協議不成，即得報請依法徵收。

（四）立法原意第六條與第七條並無不得併行之法律限制

七十七年七月一日立法制定之始，第六條僅指引「大眾捷運系統需用土地」之依法徵收，第七條第一項規定，地方主管機關得「自行開發」或與私人、團體「聯合開發」「大眾捷運系統場站與路線之土地」及「毗鄰地區之土地」。由此可知，開發方式有二：自行開發與聯合開發；開發之土地有二：「大眾捷運系統場站與路線之土地」及「其毗鄰地區之土地」。大眾捷運系統場站之土地，依第六條規定依法徵收，並完成興建大眾捷運系統場站、路線後，徵收目的已達，地方主管機關為有效利用土地資源，促進地區發展，再與私人、團體就已達成徵收目的之土地進行聯合開發，觀諸立法制定經過，並無禁止規定，自無不符立法意旨之可言。本件解釋理由，僅指出第六條與第七條第一項之立法目的不同，逕推論依第六條依法徵收之土地，不得於同一計畫，依第七條第一項核定辦理之聯合開發，欠缺說服

力，本席難以贊同。

進一步言，依七十八年十二月二十九日修正公布之土地法第二百零八條第二款徵收之土地，依同法第二百十九條第一項規定，僅「一、徵收補償發給完竣屆滿一年，未依徵收計畫開始使用者。二、未依核准徵收原定興辦事業使用者。」二種法定情形，原土地所有權人始得聲請照徵收價額收回其土地。是以如已依捷運法第六條所指引之相關法律徵收之土地，已完成興建大眾捷運系統設施，設於地上或地下，自無再申請收回土地之問題。地方主管機關為有效利用土地資源，促進地區發展，再與私人、團體就該已完成興建大眾捷運系統之土地上或下，進行聯合開發，於法自無不可。

（五）本件解釋文第一段之爭議

本件解釋文第一段無法適用於本件原因事實。蓋依本件解釋理由所載，內政部八十年一月二十四日第八九一六三〇號及八十年十二月十八日第八〇〇七二四一號函所附徵收土地計畫書援引土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條及七十七年捷運法第六條與第七條作為法令依據，系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫係於八十八年三月二十五日始發布實施，臺北市政府於同年四月九日「公告」核定聯合開發計畫書。由此可知，本件解釋認為，系爭聯合開發之徵收土地係依「七十七年七月一日」制定公布之捷運法第六條、第七條而徵收，而於八十八年四月九日始依「八十六年五月二十八日」修正公布捷運法第七條規定核定辦理聯合開發。

詎本件解釋文第一段竟稱：「主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律徵收大眾捷運系統需用之土地後，不得用於同一

計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發。」所謂「依同法」，係指依即七十七年七月一日制定公布之捷運法第七條第一項規定（僅有四項）核定辦理聯合開發，然本件原因事實既已認定係依「八十六年五月二十八日修正公布」捷運法第七條規定（有八項規定）核定辦理聯合開發，則本件解釋結論，竟有非針對本件原因事實之疑義。

（六）本件解釋文第一段相關解釋理由之爭議

本席認為，大法官統一解釋，應了解見解發生歧異之相關基礎原因事實，然認定相關事實，須調閱相關卷證，如無相關卷證，僅因某事即逕行認定，實在令人難安！

關於解釋文第一段相關解釋理由之記載：惟查系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫係於八十八年三月二十五日始發布實施；臺北市政府於同年四月九日「公告」核定聯合開發計畫書，在此之前系爭聯合開發案之內容無從確定，自難認臺北市政府已依七十七年捷運法第七條第三項「……協議不成者，得徵收之」之規定辦理徵收。

關於此段事實認定敘述，令本席極為忐忑不安。因依捷運新店機廠辦理徵收與聯合開發程序大事紀之記載，臺北市政府捷運局早於七十七年八月二十日即決議辦理聯合開發，至八十三年六月十七日止，長達六年有許多有關聯合開發之作為，諸如徵收土地前價購協議紀錄、聯合開發協議會紀錄、聯合開發契約書暨開發方式說明會紀錄、聯合開發契約書研商會議紀錄、聯合開發說明會紀錄及聯合開發座談會紀錄等紀錄。然本院在上開資料均未曾調閱下，即執「系爭聯合開發案用地之都市計畫細部計畫係於八十八年三月二十五日始發布實

施」一詞而謂：自難認臺北市政府已依七十七年捷運法第七條第三項「……協議不成者，得徵收之」之規定辦理徵收，實在令人難安！

貳、部分協同意見

一、監察院與行政院（法務部意見）之主張部分相同

本件聲請統一解釋，就徵收土地得否移轉私人所有，監察院主張：「臺北市政府將此種土地移轉為私有，有違重要事項應由法律明定之原則」，採法律保留原則，但無法判斷係絕對或相對法律保留原則。行政院系爭函二所附「監察院一〇三年四月十八日就捷運新店機廠聯合開發案詢問事項研處情形彙復表」項次壹、四「大眾捷運法並無明定聯合開發後土地得移轉為私有，則臺北市政府將本案聯合開發後土地移轉為私有，有無違反重要事項應由法律明定之法律？」法務部意見第二點及第三點：「二、大眾捷運系統聯合開發後之土地移轉予私人所有，與人民財產權之限制與權利義務分配有關，依前開說明，係屬人民生命、身體以外其他權利之『相對法律保留』事項。故在合於憲法第二十三條所定之必要程度內，以法律明文或明確授權行政機關訂定法規命令予以規範，即與憲法第十五條之意旨無違。從而，聯合開發土地有移轉私人之必要時，在符合授權明確性原則要求之情形，並非不得授權以行政命令以明確規定。三、……又依該法授權訂定之『大眾捷運系統土地聯合開發辦法』第三十一條規定，執行機構於必要時，得經主管機關核准，出租或出售開發之公有不動產。是聯合開發之土地移轉私人事項，係以經法律授權之法規命令規範，尚難認與前述『相對法律保留原則』有違」，明確採相對法律保留原則。試問：監察院與行政院（法務部）就此部分之見解有何須統一解釋之歧異？兩機關均認應遵守法律保留原則，縱認監察院係主張絕對法律保留原則，亦僅是法律保留密度高低之差異，應不足

以為大審法第七條第一項第一款所稱之歧異。既無歧異，何來統一解釋？何須作成解釋文第二段？若非針對監察院統一解釋之聲請，則解釋文第二段係聲請外解釋，且屬統一解釋或憲法解釋，亦有疑問。

二、解釋文第二段之疑問

解釋理由最後一段，論及徵收土地移轉私人所有是否採法律保留原則，在此之前，突如其來而稱：「如因情事變更，主管機關擬依後續計畫辦理聯合開發，應依其時相關法律辦理」。然監察院與行政院間，並無「如因情事變更，可否依後續計畫辦理聯合開發」之見解歧異，且原因事實並非此問題，監察院亦未就此爭點聲請統一解釋。本件解釋續此部分至為突兀，實已超過聲請統一解釋之範圍！

何況本件解釋理由已稱：「主管機關自不得於同一計畫，持該徵收之土地，依系爭規定二辦理聯合開發，而為經濟利用，故自亦無由主管機關將徵收之土地所有權移轉予第三人之餘地」。既已無由移轉土地所有權予第三人之餘地，又何必贅作解釋文第二段而稱：「依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之」？足徵解釋文第一段與第二段前後矛盾？無法併存？

三、憲法保障人民財產權之真諦

本席就徵收取得之土地為進行聯合開發移轉第三人所有，基於憲法保障人民財產權之真諦，認為應採相對法律保留原則。本院釋字第四四三號解釋理由已謂：「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由

書)，而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

由上可知，本院關於財產權之保障，係採相對法律保留原則，原則上應由法律加以規定，如係法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第六一四號、六五八號及第七〇七號解釋參照）。（註十三）是以本件解釋理由，重申此旨，謂：「法律保留之範圍，原不以憲法第二十三條所規定限制人民權利之事項為限。政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則（本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號、第七〇七號解釋參照）。」以此推之，解釋文第二段所稱：「依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之」，其中「應有法律明確規定」一詞，自係指仍應有法律或法律明確之授權為依據而言，採相對法律保留原

則。本席對此段是否應作成雖感懷疑，但結論仍值贊同，特此敘明。

註解：

註一：吳信華，〈「行使職權」作為機關聲請法令違憲要件之探討〉，收錄於氏著，《憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」》，元照出版公司，98年10月，頁241。

註二：參《立法院公報》，第77卷第46期院會紀錄，頁43。

註三：值得特別注意者，土地徵收條例遲至89年2月2日始公布施行，是以本件有關徵收問題，並無土地徵收條例之適用。

註四：土地法第5編規定土地徵收，第1章通則（第208條至第221條），第2章徵收程序（第222條至第235條），第3章徵收補償（第236條至第247條），就國家如何徵收私有土地，設有相當詳細之規範要件及法律效果。

註五：土地法第208條第2款及第9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。但征收之範圍，應以其事業所必需者為限。……二、交通事業。……九、其他由政府興辦以公共利益為目的之事業。」依此觀之，大眾捷運系統需用之土地，屬於公用事業（交通事業）需用之土地。第209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。」係屬「政策徵收」。

註六：都市計畫法第48條規定：「依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買；其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依左列方式取得之：一、徵收。二、區段徵收。三、市地重劃。」

註七：國有財產法第33條規定：「公用財產用途廢止時，應變更為非公用財產。但依法徵收之土地，適用土地法之規定。」

註八：同一見解，如76年11月20日立法院審查會，國立政治大學地政研究所所長蘇教授志超發言：「第6條原文無特別意義，亦

無新的內容，其他法律已有規定，不必重覆規定。本法未規定者，自可適用其他法律之規定。」引自《立法院公報》，第77卷第25期委員會紀錄，頁182。

註九：《立法院公報》，第77卷第28期委員會紀錄，頁125。

註十：臺北市政府捷運局陳副局長世圻謂：聯合開發之意義，是希望能在捷運系統興建時，很快的取得用地，以聯合興建之方法取代土地的徵收，以創造利潤，並帶動都市之更新工作，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之利益。目前面臨最困難的部分，就是土地取得的問題。如目前北投機廠的狀況，地主反對公告現值地價，認為與他們的理想相差太遠，所以才發生困擾，如果已變更都市計畫成交通用地，就無法在其中興建住宅區、商業區，所以希望能增列可調整當地之土地使用分區管制、放寬限制。再者，用地取得以市地重劃或區段徵收之方式取得，區段徵收可以使原先土地更有價值，也使土地使用人樂於接受公共建築，使政府與土地使用人均有利益，以共同興建捷運系統，此為該條文之重點所在，亦可做為未來其他公共建設的參考。請見《立法院公報》，第77卷第63期委員會紀錄，頁5。

註十一：同上註。

註十二：《立法院公報》，同前註2，頁35至36。

註十三：釋字第614號解釋文：「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。」釋字第658號解釋理由：「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。」釋字第707號解釋理由：「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）。」

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

林俊益大法官 加入

張瓊文大法官 加入

本件解釋之標的，主要在於監察院與行政院就中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條與同法第七條得否併行適用，及徵收大眾捷運系統需用土地與聯合開發案開發用地間得否移轉之見解有異，爰依司法院大法官審理案件法第七條第一項規定聲請統一解釋。因就上開二系爭法條得否併行適用，有不同意見。茲提出本件解釋部分不同意見如下：

一、大眾捷運法第六條與第七條得否雙軌併行適用問題

（一）從立法理由及法規性質觀之

關於大眾捷運法第六條與第七條得否雙軌併行適用問題，宜先從其制定之立法理由及法規性質探討之。

大眾捷運法第六條規定，大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收或撥用之。（註一）該條規定係針對大眾捷運系統需用之土地，就私有土地得依法徵收，公有土地得依法撥用。自大眾捷運法七十七年六月十四日制定（七十七年七月一日公布）以來，該法迄今業經六次修正，上開規定均未修正。曾有建議其與同法第十九條（空間地上權規定）合併修訂，因第六條條文並無特別意義，亦無新的內容，其他法律已有規定，不必重複規定；該法未規定者，自可適用其他法律之規定。（註二）大眾捷運系統係屬公用事業，於其事業範圍內所需用之公、私有土地，自得依土地法、都市計畫法、

國有財產法等有關法律撥用或徵收。另大眾捷運法制定之初，尚未制定施行土地徵收條例（註三），本件統一解釋背景案件之事實，自無適用該條例之餘地。惟該條例施行後，如欲徵收私有土地，以提供大眾捷運系統使用，則應有適用該條例之機會。

探究大眾捷運法第六條之法規性質，先從該條文義及條文規範類型觀之，並不具有完整法律構成要件及法律效果，係屬不完全法條（*unvollständige Rechtssätze*），仍有賴與其他法律連結（*in Verbindung mit*），始生完全效力。（註四）換言之，在法律適用上其仍須與其他法條連結後一併適用，始構成完全法條之法律效果，故大眾捷運法第六條乃稱得依法徵收或撥用，學說上稱此屬轉致性法條（*verweisende Rechtssätze*；或稱引用性法條），須與該條立法理由所稱「依土地法、都市計畫法、國有財產法等有關法律」連結適用。

大眾捷運法第七條係針對大眾捷運系統路線、場、站及其毗鄰地區辦理自行開發或聯合開發（註五）所為之規定（註六），其涉及之土地，可能包含公有與私有之土地，亦可能包含系統需用土地與毗鄰地區開發土地。立法當初，係為能在捷運系統興建時，避免土地取得之困難，得以聯合開發之方式，使政府與私有土地所有人或私人投資事業共同興建捷運系統，除有助公共建設之推動外，並能創造利潤，及帶動都市之更新，使捷運建設機關與私人均能分享開發之利益。在立法院討論時，有立法委員發言表示如果按照第七條規定與民間協議，若協議不成又需適用第六條，故建議是否於第七條再加上協議不成則徵收之規定。（註七）依上述立法理由及立法院二讀討論時之發言觀之，系統需用土地與毗鄰地區開發土地如係屬於私有，自應依第七條規定辦理。

以本件解釋之背景案件為例，其開發時程上，解釋上先有都市計畫之主要計畫（註八），即79年4月之變更新店都

市計畫（部分住宅區、商業區、農業區、機關用地、公園用地、自來水用地及綠地為捷運系統用地及道路用地）（註九），79 年 11 月召開兩次新店機廠捷運系統用地協議會，80 年 3 月臺北縣政府公告新店機廠（捷19）用地徵收案，同年 3 月及 7 月捷運局分別召開新店機廠（捷19）聯合開發協議會；81 年 3 月及 4 月捷運局分別召開新店機廠（捷17、18）聯合開發第 1、2 次協議會，同年 4 月新店線新店機廠（捷17、捷18）用地徵收計畫書報奉內政部核准，同年 9 月召開捷運系統新店線新店機廠（捷17、捷18）聯合開發說明會。88 年 3 月臺北縣政府公告發布實施擬定新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發案【捷17、捷18、捷19】）細部計畫案，同年 4 月公告臺北都會區大眾捷運系統新店機廠用地（捷17、捷18、捷19）聯合開發計畫。

茲將其開發時程列表如下，以利比較：

時 間	主 旨	文 號
79.04.11	公告變更新店都市計畫（部分住宅區、商業區、農業區、機關用地、公園用地、自來水用地及綠地為捷運系統用地及道路用地）案，自 79 年 4 月 13 日起發布實施	臺北縣政府 79 北府工都字第 91669 號公告（註十）
79.11.29 79.11.30	新店機廠捷運系統用地協議會 決議：用地徵收前價購協議，經協議不成以徵收方式辦理用地取得	
80.01.19	新店線新店機廠（捷19）聯合開發第 1 次說明會（註十一）	
80.01.24	核准徵收新店市大坪林段七張小段 357 之 40 地號等計 241 筆土地，面積 9.0531 公頃	內政部台（80）內地字第 891630 號函
80.03.09	台北縣政府公告徵收新店機廠（捷19）	

司法院釋字第七四三號解釋

	用地	
80.03.28	捷運局召開新店線新店機廠（捷 19）聯合開發第 1 次協議會	
80.07.23	捷運局召開新店線新店機廠（捷 19）聯合開發第 2 次協議會	
80.12.18	核准徵收新店市大坪林段十二張小段 86-94 地號等計 11 筆土地，面積 0.5817 公頃	內政部台（80）內地字第8007241號函
81.03.27	新店機廠（捷 17、18）聯合開發第 1 次協議會	
81.04.13	新店機廠（捷 17、18）聯合開發第 2 次協議會	
81.04.21	核准徵收新店市大坪林段中華小段 115 地號等 49 筆土地，面積 0.482011 公頃	內政部台（81）內地字第8104860號函
81.04.30	更正上開函中之 45 筆土地地段標示錯誤及 1 筆土地面積繕寫錯誤	內政部台（81）內地字第8105426號函
88.03.20	臺北縣政府公告擬定新店都市計畫（捷運系統新店機廠聯合開發用地案【捷 17、捷 18、捷 19】）細部計畫案 88 年 3 月 25 日發布實施	臺北縣政府 88 北府工都字第 65797 號公告
88.04.08	臺北市政府公告「臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠（捷 17、捷 18、捷 19）基地聯合開發計畫」，並自民國 88 年 4 月 9 日零時起生效實施。	臺北市政府 88.4.8. 府捷五字第 8802162500 號公告
88.07.09	徵詢地主優先投資意願	

由以上開發時程可知，雖聯合開發案之細部計畫，於八十八年始加以公告，惟從七十九年起即基於有關聯合開發案之都市計畫主要計畫，辦理捷運系統用地取得之相關事宜，

其中徵收土地係為大眾捷運系統用地，並以土地法第二百零八條、都市計畫法第四十八條（註十二）、大眾捷運法第六條及第七條規定為計畫之法源依據。後續聯合開發案之細部計畫，視原先徵收土地之用途，如仍運用捷運系統用地固無爭議，但如欲將徵收之土地作為聯合開發用地，則應視是否符合收回或撤銷徵收方式。亦即應將已徵收土地依相關法律規定處理，始得使用於聯合開發案。職是，從實務運作過程觀察，都市計畫公告時係將大眾捷運法第六條及第七條一併作為規劃大眾捷運系統用地及聯合開發用地之取得土地方式，可與當初大眾捷運法之時空背景及立法理由相呼應。

除上開二條規定之法律性質差異外，如就同筆土地，既已徵收，從事物本質（Natur der Sache）而論，該系爭土地自不可能再徵收一次。如從法律體系解釋，依第六條規定徵收私有土地後，受徵收之土地所有權人如欲參與徵收後變更為聯合開發案，經由行使收回權（註十三）（土地法第二百零九條（註十四）參照）或依土地徵收條例第五章第四十九條第一項第二款規定（如撤銷徵收）（註十五）等方式，原土地所有權人就系爭土地仍有適用第七條參與聯合開發案之機會，故第六條與第七條之規定並非完全無交集之可能。如將大眾捷運法第六條與第七條解為不得併行適用，如同不許原受一般徵收之土地所有人在符合法律規定下，重新思考是否參與聯合開發，實不符土地之物盡其用意旨及土地經濟效能之發揮。

本件係屬統一解釋，就大眾捷運法第六條性質上屬須待與其他法律規定連結之轉致性（或稱引用性）之不完全法條，與該法第七條自行開發或聯合開發之程序、協議價購、徵收或放寬聯合開發之條件規定比較，是否宜提出上開二條規定得否併行適用之問題，如前所述，頗值得商榷。蓋因第六條屬於不完全法條，須與其他法規連結，且因該法條用語

上不甚精準，故不宜將該條視為完全法條，而作為與同法第七條唯一比較之對象。設若欲精準適用該法，將之適用於徵收捷運系統用地，宜以大眾捷運法第六條連結土地法第二百零八條辦理（依現行相關法律，則係「連結土地徵收條例第三條」（註十六））。如用於系統需用土地與毗鄰地區聯合開發所需土地之徵收，則依大眾捷運法第七條辦理。又本件解釋所稱同一計畫，究何所指，不甚明確。尤其如本件背景案件所涉及計畫，因時間發展而有外觀上數種計畫之形式發布，是否合併稱為同一計畫，值得商榷。

從大眾捷運法第六條及第七條當時制定之立法理由及立法院討論之歷史資料觀察（註十七），實務上在法律適用上宜予以更多彈性適用或解釋之空間，否則，單純以防弊之想法，而不以興利精神出發，適用上述兩條規定，如此是否符合大眾捷運法之前述立法意旨，且與原先大眾捷運法欲鬆綁法規而促進政府與民間合作開發之初衷是否違背，均值得商榷。

此時雖有擔憂實務上假聯合開發之名，強制人民參加所謂之聯合開發，實質上卻形成有如一般徵收之強制力，以致剝奪人民之財產權，甚至不符居住及社會正義，侵害人民居住自由基本權，此擔憂固不無理由，但如透過正當程序，尊重當事人之意願，衡量公益與私益之公共福祉，始進行聯合開發，此時不完全對原地主不利。又如不得不徵收時，自應依法給與合理補償。職是，凡此類聯合開發之進行，如能依循正當程序，對大眾捷運系統附近土地開發及社區發展均非毫無正面之意義，故在符合正當程序下，徵收土地與聯合開發土地整體規劃及運用，似不宜全盤加以排斥或否定，否則反而阻礙捷運附近社區之土地開發。

當然，在大眾捷運法立法當時之際，雖有前述鬆綁法規之考量，亦應留意徵收仍須符合比例原則（本院釋字第七三

二號解釋參照)，並非謂符合各該徵收法律所規定之徵收土地目的及概括用途者，即可任意實施徵收，其仍應受土地法相關規定（如土地徵收條例及土地法施行法第四十九條（註十八））及比例原則之限制。（本院釋字第四〇九號解釋參照）

（二）憲法解釋觀點

另從憲法解釋觀點，憲法第一百零八條第一項第十四款規定公用徵收（註十九），由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。憲法僅明定立法權限歸屬中央及其執行機關，卻無具體規定公用徵收之目的、補償方式及範圍，故有認為就人民財產權之保障而言，誠有不足之處。（註二十）從比較憲法觀察（註二一），如德國基本法第十四條第三項規定，則較我國憲法更為具體，其明定法律應同時規定補償之方式及範圍（Art und Ausmaß der Entschädigung）（即所謂結合條款；“Junktivklausel”）。（註二二）又補償費額之爭議，係由普通法院（民事法院）處理。（註二三）換言之，以公共福祉為目的之土地徵收如能明定補償之方式及範圍規定，則可符合憲法之要求。

又徵收目的並不以公共使用為限，依土地法第二百零八條規定（註二四）或土地徵收條例第三條規定（註二五），可能包括公共利益（註二六）或公共福祉目的（註二七）之徵收，惟僅於符合嚴格比例原則時，始准許此等徵收。再者，徵收可分為依法律始得徵收（立法徵收；Legalenteignung）或基於法律授權作出行政處分（行政徵收；Administrativenteignung）。（註二八）由此可見，徵收之限制規定，既可能是絕對法律保留，亦可能採取相對法律保留。

從本院歷來解釋觀之，對於徵收土地，仍須符合公益性及必要性。至於所謂公益性，解釋上非等同於公共福祉，徵收時除公益之需要外，仍須對於公益與私益衡量（Abwägung），以符合公共福祉要件（註二九），且在未修

正憲法之前，以前述德國基本法第十四條第三項作為法理依據，透過本院解釋之要求或補充，宜認為公共福祉之要件，似不待憲法或法律明文規定，以符合憲法保障人民財產權之意旨。

綜上，從憲法保障人民財產權觀點，以公共福祉之目的而為土地徵收，如有法律或法律授權並明定補償之方式及範圍，宜解為其符合憲法之要求。本件解釋有關大眾捷運法第六條規定之徵收，第七條規定之協議價購及徵收，得否雙軌併行適用問題，不宜認為其違反憲法之要求，宜認為其係屬認事用法之爭議，而委由個別法律規定或主管機關之解釋。至於相關法律規定或其法律適用是否適當，宜尊重各該立法自由形成及主管行政機關之自主決定。換言之，在憲法層次之要求，就土地徵收應著重於審視相關規定是否符合前述結合條款（Junktimklausel），或有無合理或相當補償之規定。

（三）小結

從大眾捷運法之立法精神而論，其係有意將制定該法當時之相關法規予以鬆綁，在不違反憲法法律保留原則及正當程序之要求，宜給予更大彈性之法律適用及解釋空間。本件解釋如改採得以雙軌併行適用之方式，並非即忽視原先依第六條連結其他規定所為徵收土地之目的及用途，尤其在實際運用上，仍須符合徵收土地之憲法及法律上要求，並於個案情形，符合正當程序及比例原則之要求。因此，本件背景案件如以徵收方式進行聯合開發，仍應符合正當程序及目的之正當性、手段與目的間之適當性、必要性與狹義比例（相當性）之憲法第二十三條比例原則（註三十），以符憲法保障人民財產權及合法居民之居住自由基本權之意旨，是從憲法觀點，其解釋重點不宜放在大眾捷運法第六條與第七條是否得以雙軌並行適用之問題。

二、聯合開發案徵收系統需用土地與開發用地間得否移轉

本件統一解釋之背景案件，發生權益分配及得否移轉所有權方面之爭議，亦即土地之徵收，原非以建造住宅而對外出售為目的，惟後續演變是否已偏離原計畫係用於捷運系統交通事業興辦之目的，遂引發爭議。尤其如遭受徵收後，未因聯合開發獲益或未獲得合理徵收補償之原土地所有權人更感受到財產權剝奪之不公平。此外，來自徵收之土地與私人或團體所提供土地聯合開發後，其所建造之房屋及其坐落之土地，是否得移轉原土地所有人以外之第三人，亦值得檢討其合法性及正當性。

設若相關土地所有權人當初均同意參與聯合開發，或如財務能力許可，而願意成為開發計畫之投資人，則無協議不成之情形。因此，即無徵收土地得否移轉第三人之爭議。又興辦交通事業之捷運系統用地中，如有屬於交通道路用地者，即可能構成前述土地法第十四條第一項第五款規定之要件，自不得將之歸於私有。於此情形，亦無所謂依第六條與土地法第二百零八條連結適用辦理徵收之大眾捷運系統需用土地移轉第三人之問題。換言之，既因其屬交通道路用地，不得歸於私有，自無所謂法律須另有明文規定，始得移轉第三人之解釋必要。此外，本件解釋既然認為大眾捷運法第六條與第七條不能以雙軌併行方式適用，則依第六條連結其他規定所進行徵收之土地，亦不得與第七條規定併行適用。在此情形，另就得否移轉第三人加以法律保留之解釋，似屬多餘。

如將本件統一解釋重點，置於公有土地、經徵收之捷運系統用地與私人或團體參與聯合開發土地間是否得以互易，或移轉所有權或設定負擔於第三人，似較能避免今後再度發生類似本件背景案件所生不公平現象。

從大眾捷運法係屬特別法性質觀之，其運用聯合開發係為有效利用土地資源，促進地區發展，亦即考量大眾捷運所需路線附近土地及環境之發展，使附近居民獲得交通便捷之好處，並發揮周邊土地之效益。如將徵收得來之捷運系統需用土地與其毗鄰地

區之開發用地，透過捷運系統及相關土地之整體規劃，建造交通、商場、商務辦公室及住宅等，僅在相關土地所有人之間移轉所有權，例如大眾捷運系統之公有部分與私人或團體參與聯合開發後之私有土地可能透過互易，於符合正當程序下，將其房屋所座落之土地相互移轉所有權，上開運用方式似無可厚非。又因大眾捷運所需之系統路線、場、站及相關附屬設施用地，固不應歸屬私有。惟其參與聯合開發案之公有土地或設施，基於土地整體之有效利用，自無須限制其重新規劃或安排原有土地之法律關係。當然，此時土地法律關係之變動方式，可能包含以買賣原因之處分土地所有權、互易、分割、合併、長期租賃、設定普通地上權或區分地上權、設定不動產役權或典權等物權變動方式，以達到其聯合開發之目的及預期效益。（註三一）因此，參與聯合開發之土地，不問是公有或私有土地，通常須要透過移轉所有權或其他物權變動方式（例如用益物權或擔保物權之設定），移轉或設定於原土地所有人以外之第三人，以增進土地之物盡其用及捷運周邊社區發展。

此外，八十六年五月二十八日修正公布之大眾捷運法第七條規定，當時即已增訂該條第八項規定，主管機關自行開發或參與聯合開發之公有土地及因開發所取得之不動產，其處分、設定負擔、租賃或收益，不受土地法第二十五條及國有財產法第二十八條之限制。（註三二）上述所稱不受相關法律限制之規定，係針對公有土地或公用財產。該項規定並未明文排除土地法第十四條（註三三）第一項第五款之適用，該款規定公共交通道路之土地不得為私有。如以反面推論，非公共交通道路之土地是否即得為私有。換言之，在大眾捷運系統之交通道路所經土地以外，就公有土地作為公共交通道路以外之聯合開發用途土地使用，是否即得移轉所有權於私人或私有團體，值得探討。如准許移轉時，則大眾捷運與一般公共交通道路之間，容有差異。設若不准許放寬土地處分、設定負擔或其他利用方式之限制，事實上恐無法達成

大眾捷運建設與發展周邊地區之本意，甚至可能阻礙捷運系統之建設，亦可能有違原先制定大眾捷運法係為鬆綁當時相關限制性法規之立法意旨。

另從徵收土地移轉及法律保留而論，如前所述，本件作為統一解釋之對象，宜有所限縮。質言之，不宜以大眾捷運法第六條與第七條是否得以雙軌併行適用為解釋重點，而如改以行政機關於本件背景案件中是否得將徵收土地移轉第三人，作為統一解釋之對象，實較符本件背景案件之意旨及目的（Sinn und Zweck）。如從大眾捷運法係為鼓勵聯合開發而鬆綁法規之目的出發，在法律明確規定作為前提，固容許將土地移轉所有權、互易、分割、合併或設定區分地上權於第三人（註三四）。惟此所謂法律明確規定之要求，係採取僅依法律明定之絕對法律保留，抑係採取相對法律保留，仍有探求聲請人本意之必要。因法務部曾就土地移轉之法律保留原則，表示採取相對法律保留。本件聲請人聲請統一解釋，如係採取相對法律保留，則解釋上宜認機關間並未發生法律見解有異。

退而言之，本件解釋捨就徵收取得土地之土地物權移轉或其他變動方式之合法性及正當性之探究，而將統一解釋之重點，置於法規是否得以雙軌併行適用之問題，卻因本件解釋大眾捷運法第六條與第七條不得併行適用，致使徵收取得之捷運系統需用土地，實際上依法已不得後續移轉所有權於私人。又本件解釋僅以土地所有權或其應有部分之「移轉」概括表示聯合開發案或捷運系統用地運用之所有可能物權變動方式，而未進一步闡明前述聯合開發案土地所有權之其他可能發生物權變動方式及其法律限制，實有不足之疑慮。

註解：

註一：依土地法第二〇八條規定行使土地徵收請求權，除公法人以外，其他主體（如私人、私法人或私法團體）得否享有此請

求權，實務上原則傾向否定說，惟若能以公共利益為評斷，依現行法規定，宜解為私人可能成為興辦公益事業之主體，不以「國家」為限，故有建議以採肯定說為宜。參照楊松齡，實用土地法精義，臺北：五南，2012年3月十二版一刷，頁559-560。又有學者採取前述肯定說，認為事實上現行法律不乏准許私人申請徵收之規定，例如農產品市場交易法第十三條及第十五條、建築法第四十四條及第四十五條、大眾捷運法第六條等。參照鍾麗娜編著，土地法，臺北：文笙，2012年7月修訂五版，頁554-555。

註二：參照蘇所長志超之發言，立法院公報，第77卷，第25期，頁182。

註三：土地徵收條例於89年2月2日制定公布，該條例第一條規定：為規範土地徵收，確保土地合理利用，並保障私人財產，增進公共利益，特制定本條例。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。由此規定觀之，在土地徵收條例施行後，大眾捷運法雖有徵收之特別法規定，具其優先性，但有關徵收程序、徵收補償標準，不得與本條例牴觸，否則仍優先適用土地徵收條例。

註四：在法律規定中，通常不是完全法條（vollständige Rechtssätze），不完全法條較為常見，不完全法條係指其僅具部分規範之要求，如欲取得法律效果所生之效力，僅與其他法條連結（nur in Verbindung mit anderen Rechtssätze），始生效力。不完全法條，可區分為說明性法條（erläuternde Rechtssätze）（例如我國民法第六十六條有關物之定義性法條）、限制性法條（einschränkende Rechtssätze）（例如我國民法第九四九條限制第九四八條有關善意取得之占有物範圍）及轉致性法條（verweisende Rechtssätze）（例如我國民法第四十五條有關營利社團法人取得法人資格，依特別法之規定；民法第九〇二

條有關權利質權之設定，應依關於其權利讓與之規定為之)。在法律技術方法上為避免重複規定，透過法律擬制、準用、視同、有同一效力、依關於…之規定等方式，轉致適用於其他規定。(參照 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag, S. 257, 260f..) 中文文獻，參照黃茂榮，法學方法與現代民法，臺北：作者發行，2011年9月增訂六版二刷，頁195以下，207以下。

此與本件解釋有關者，即屬於轉致性法條（或稱引用性法條），如與前述有具體指稱引用權利讓與等規定之轉致性法條相互比較，大眾捷運法第六條所稱依法徵收，其規定不甚明確，更為空洞，難免引發機關間解釋有異之爭議。

註五：因本件統一解釋背景案件之事實，為臺北市政府興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠聯合開發案，主要爭議在於聯合開發案部分，之後以聯合開發案為論述對象，特先註明。

註六：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。參照立法院公報，第77卷，第64期，頁43。

註七：參照林委員鈺祥之建議，立法院公報，第77卷，第63期，頁5。

註八：參照交通部102年5月20日交路字第1025005474號函(受文者：內政部)，就監察院調查意見檢討說明陳述之內容：在79年4月發布都市計畫主要計畫，載明辦理聯合開發，於79年11月陸續展開用地協調，奉行政院督導會報同意以雙軌並行方式辦理。用地取得後登記於主管機關名下，辦理後續開發事宜。即由投資人出資、地主出地之方式辦理聯合開發，並進行屋地互易，是有土地移轉之需要。由此函內容看來，尚有值得

探究者，本件背景案件是否原先即有聯合開發案之規劃，並不排除地主間以互易方式移轉土地所有權等情事。

註九：內政部79.3.23.台（79）內營字第770774號核定備查，省政府79.3.30.府建四字第 32986 號核定會轉，台北縣政府 79.4.13.發布實施。

註十：此公告之公告事項載明：變更計畫詳見變更計畫書、圖。

上開計畫書之參、變更計畫內容，載明「本案計畫範圍之捷運系統用地係根據目標年（民國九十年）旅運需求之預測而劃設。不同形態之旅運活動各有其必要之轉乘設施，而所提供設施之大小及其空間之配置需能使車站空間之動線流暢，以滿足捷運系統營運及乘客方便使用之目的。另為提高捷運系統用地之土地利用，促進新店市之都市發展，捷運系統用地除供作捷運車站、轉乘設施、停車場、軌道、機廠等必須之設施外，另提供高品質之遊憩、休閒、辦公及購物等多功能空間。」

上開計畫書之伍、土地使用管制，載明「一、捷運系統用地係供捷運車站、轉乘設施、停車場、路線（軌道）及其相關設施之使用。並得依大眾捷運法及其他規定辦理聯合開發，惟應另行依法定程序擬定細部計畫。」

故79年起即基於上開聯合開發案之都市計畫主要計畫，陸續就捷運系統用地進行說明、協議、土地徵收及相關程序，故台北縣政府雖遲於88年3月始公告發布相關細部計畫及計畫書，但仍按主要計畫進行捷運相關建設及土地開發計畫及其執行。

註十一：至81.9.30.計召開聯合開發說明會及協議會15次，會議內容包括契約條文、開發強度與分配方式等，紀錄已公開於臺北市政府捷運局網站。參照臺北市政府捷運工程局首頁＞捷運土地開發資訊＞土地開發業務資訊＞開發基地辦理過程相關資料文件公開區＞新店機廠聯合開發案 <http://www.>

dorts.gov.taipei/ct.asp?xItem=98664957&ctNode=89389&mp=115001（最後瀏覽日期：2016/12/29）。

註十二：都市計畫法第四十八條規定，依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買；其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依左列方式取得之：一、徵收。二、區段徵收。三、市地重劃。

註十三：收回權為被徵收人之土地所有權人不問需用土地人之意思如何，得繳還其原受領之徵收價額，而回復其原所有權之權利。其與民法上基於當事人契約發生之買回權（民法第三七九條至第三八三條）相似。但土地法所定收回權係依法律規定而發生，就此兩者不同。收回權之性質，學說上有認屬私權之法定買回權，亦有認為其應解為公權性質之徵收解除請求權，因其依土地法第二一九條第二項規定，該收回權之行使，並非向須用土地人（原徵收請求權人）申請，而係向該管直轄市或縣（市）地政機關申請，且應報請原核准徵收機關（代表國家）核准。如對收回權之准駁有爭議時，應循行政爭訟請求救濟。參照溫豐文，土地法，臺中：作者發行，2013年3月修訂版，頁568-569。

註十四：土地法第二一九條規定（原土地所有權人之收回權）

私有土地經徵收後，有左列情形之一者，原土地所有權人得於徵收補償發給完竣屆滿一年之次日起五年內，向該管直轄市或縣（市）地政機關聲請照徵收價額收回其土地：

一、徵收補償發給完竣屆滿一年，未依徵收計畫開始使用者。

二、未依核准徵收原定興辦事業使用者。

直轄市或縣（市）地政機關接受聲請後，經查明合於前項規定時，應層報原核准徵收機關核准後，通知原土地所有權人於六個月內繳清原受領之徵收價額，逾期視為放棄收回權。

第一項第一款之事由，係因可歸責於原土地所有權人或使用人者，不得聲請收回土地。

私有土地經依徵收計畫使用後，經過都市計畫變更原使用目的，土地管理機關標售該土地時，應公告一個月，被徵收之原土地所有權人或其繼承人有優先購買權。但優先購買權人未於決標後十日內表示優先購買者，其優先購買權視為放棄。

註十五：土地徵收條例第五章（第四十九條至第五十五條），係有關徵收之撤銷與廢止之相關規定。第四十九條第一項第二款規定，有下列情形之一者，應辦理撤銷徵收：公告徵收時，都市計畫已規定以聯合開發、市地重劃或其他方式開發。但以聯合開發方式開發之土地，土地所有權人不願參與聯合開發者，不在此限。惟宜留意本件聲請背景案件事實發生時，尚未有此款規定得以適用。

註十七：有認為立法者有意區分大眾捷運系統交通事業及不動產興闢事業之土地取得方式，認二者不宜混淆。參照傅玲靜，大眾捷運系統土地開發徵收公益性之探求，月旦裁判時報，2016.8（No. 50），頁55-56。

註十八：徵收土地，於不妨礙徵收目的之範圍內，應就損失最少之地方為之，並應儘量避免耕地。

註十九：公用徵收此用語，於民法第七百五十九條修正時，按土地法、土地徵收條例及強制執行法等規定多使用「徵收」一語，為避免法律用語兩歧，舊民法該條公用徵收用語配合修正為徵收。往昔學說，有將公用徵收採取廣義概念，指為特定之公共事業或公益事業之必要，徵收所有權或其他財產權。土地徵收為公用徵收之一種，並且為公用徵收適用最多之部分。參照史尚寬，土地法原論，臺北：正中，1975年2月臺五版，頁446，452。

註二十：楊松齡，實用土地法精義，臺北：五南，2012年3月十二版一刷，頁547。另參照謝哲勝，土地法，臺北：翰蘆，2011年9月二版，頁450，認在符合正當法律程序要件，憲法第二十三條所謂限制一詞可以解釋為包括剝奪，而將之解釋為徵收之法源依據。

註二一：外國憲法就徵收設有規定者，例如美國憲法第五條修正第二項後段規定，私有財產，非經正當補償，不得為公共用途之徵收。另如日本憲法第二十九條第三項、義大利憲法第四十二條第三項、大韓民國憲法第二十三條第三項等，亦有類似之徵收規定。參照阿部照哉·畑博行，世界の憲法集[第四版]，東京：有信堂高文社，2009年6月29日四版1刷，頁12，25，227，512。

註二二：德國基本法第十四條第三項第二段採用此種結合條款（Junktimklausel）規定方式，將徵收與補償規定結合（Verknüpfung von Enteignung und Entschädigungsregelung），具有兩種功能，其一，徵收須踐行法治國所規定之程序，並確保所有權人受到合憲性之補償（基本權保障功能，保護功能；grundrechtssichernde Funktion, Schutzfunktion）；另一功能，係此結合促使立法者審查所規定之要件是否係屬徵收，並使政府估算公庫可能負擔之補償費額（警告或公示功能）。（Warn-oder Offenbarungsfunktion）（BVerfGE 46, 268 (286 f.)=NJW 1978, 1367 f.）。如符合前述結合條款之要求，則可認為其補償係屬正當（gerechtfertigt）。基於以上憲法要求，立法者所為如僅係負有相當補償義務之分離規定（salvatorische Entschädigungsregelungen），仍不足構成結合條款之要求。該徵收法律不包含補償規定者，無效。（BVerfGE 58, 300 (319)=NJW 1982, 745 (746)）。上開無效之法律效果，擴及於整部法律（BVerfGE 58, 300 (319)=NJW 1982, 745 (746)）。參照 Axer in: Epping/Hillgruber,

Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, §14 Rn. 120-122, 30. Edition, Stand: 01. 03. 2015. 又對基本權負有義務之人仍有補償費額確認之責任，並不可信賴市場已經達成補償之正當程度（das richtige Maß）。參照 Stern · Becker, Grundrechte- Kommentar, 2. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2016, Rn. 261. 此外，我國土地法有關土地徵收之文獻，有認徵收補償應有受憲法保障之法律地位（參照楊松齡，前揭書，頁615），並土地法第二三五條規定有關徵收必有補償之關係，引用結合條款（或稱唇齒條款）稱之。參照楊松齡，前揭書，頁553；鍾麗娜，前揭書，頁543。本院釋字第四〇〇號、第四二五號、第四四〇號、第五一六號等解釋，基於憲法保障財產權之意旨，應予相當或合理補償，亦明示此徵收必有補償之關係。惟我國學者有主張應予完全補償者，值得留意。

註二三：參照 Peter Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2015, C86；Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München: Beck, 2011, §27 Rn. 114.

註二四：土地法第二百零八條規定（土地徵收之目的與範圍）

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。

註二五：土地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。

註二六：本院釋字第四二五號解釋，雖主要以公共事業為徵收目的，未及於公共利益或公共福祉目的之徵收，惟其提及土地徵收對被徵收土地之所有權人而言，係為公共利益所受特別犧牲，是補償費之發給不宜遷延過久。此解釋特別論及公共利益及特別犧牲之概念，值得留意。

註二七：有引用德國學說，公共福祉，並不等同於任一公共利益，立法者必須預測徵收可能涉及所有公共利益及私益，進行整體觀察。參照傅玲靜，前揭文，頁52。

註二八：行政機關基於職權執行法律，雖得訂定命令補充法律之規定，惟其內容須符合法律意旨。另參照楊松齡，前揭書，頁553，認徵收必須具有法律基礎（法律保留原則），並引用本院釋字第四二五號解釋，認為徵收原則上係由行政機關依據法律規定所為行政處分，即所謂行政徵收。

註二九：本院曾就非屬於土地徵收作成解釋，仍出現公共福祉之用語者，例如釋字第四〇四號、第四一一號、第五八四號及

第六三四號等解釋。由此可見，無論憲法或法律是否明定，仍宜與時俱進，採納公共福祉之要件。

註三十：國家為達利用土地資源、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。（本院釋字第七三二號解釋參照）。

註三一：區段徵收範圍內之土地，不受土地法第二十五條之限制。又按土地之使用目的或性質，經規劃整理後，其處理方式，如以區域徵收取得大眾捷運系統需用之土地為例，其由有關機關直接支配使用；可供建築之土地，部分由政府供作公共開發目的之使用、讓與或有償撥供需用土地之人；其餘可供建築土地，得予標售、標租或設定地上權，以償還開發成本，促進區域建設之發展，達成土地整體開發之利用。參照平均地權條例第七條、第五十五條之二規定；鍾麗娜編著，土地法，臺北：文笙，2012年7月修訂五版，頁608以下。

註三二：大眾捷運法第七條第八項現行規定為，主管機關辦理開發之公有土地及因開發所取得之不動產，其處分、設定負擔、租賃或收益，不受土地法第二十五條、國有財產法第二十

八條及地方政府公產管理法令之限制。土地法第二十五條規定，直轄市或縣（市）政府對於其所管公有土地，非經該管區內民意機關同意，並經行政院核准，不得處分或設定負擔或為超過十年期間之租賃。又國有財產法第二十八條規定，主管機關或管理機關對於公用財產不得為任何處分或擅為收益。但其收益不違背其事業目的或原定用途者，不在此限。

註三三：土地法第十四條規定（不得為私有土地）

左列土地不得為私有：

- 一、海岸一定限度內之土地。
- 二、天然形成之湖澤而為公共需用者，及其沿岸一定限度內之土地。
- 三、可通運之水道及其沿岸一定限度內之土地。
- 四、城鎮區域內水道湖澤及其沿岸一定限度內之土地。
- 五、公共通道道路。
- 六、礦泉地。
- 七、瀑布地。
- 八、公共需用之水源地。
- 九、名勝古蹟。
- 十、其他法律禁止私有之土地。

前項土地已成為私有者，得依法徵收之。

第一項第九款名勝古蹟，如日據時期原屬私有，臺灣光復後登記為公有，依法得贈與移轉為私有者，不在此限。

註三四：於個案中，仍應符合合法、正當程序或符合比例原則等要求，自不待言。

不同意見書

陳碧玉大法官

聲請人監察院因認臺北市政府依中華民國七十七年制定公布之大眾捷運法（下稱七十七年捷運法）第六條規定：「大眾捷運系統需用之土地，得依法徵收……之。」（下稱系爭規定一）徵收取得之土地，以聯合開發模式興建住、商、辦公大樓，且於開發案興建完成後，移轉部分土地所有權予第三人（註一），有違背系爭規定一與同法第七條第一項規定：「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、站與路線之土地及毗鄰地區之土地。」（下稱系爭規定二）不得併行之立法設計，未落實依法行政原則；又認臺北市政府以「一般徵收」方式徵收取得人民土地後，以聯合開發方式將土地移轉為私人所有，有違重要事項應由法律明定之原則。就上開部分，與行政院就同一事實表示之法律見解有異，聲請統一解釋。

查監察院與行政院發生見解歧異之原因案件，為臺北市政府興辦臺北都會區大眾捷運系統新店線新店機廠聯合開發案（下稱聯合開發案）。臺北市政府為取得上開聯合開發案用地（下稱系爭用地），雖於申請徵收前，分別於七十九年十一月二十九日、三十日（針對捷 19 用地）以及八十一年三月二十七日、四月三日（針對捷 17、18 用地）與地主協議，然因系爭用地之都市計畫細部計畫，係於八十八年三月二十五日始發布實施，在此之前開發內容尚未確定，無從協議。既未符合法定協議不成之前置要件（註二），自無從依七十七年（行為時）捷運法第七條第三項規定辦理徵收取得系爭用地。是系爭用地除由公有土地撥用外，主要部分為依系爭規定一，以及土地法第二百零八條第二款、都市計畫法第四十八條規定徵收取得（註三）。其後臺北市政府多次與原地主協商，並依法定程序撤銷對於已達成協議、簽訂協議書，且未領取徵收補償費之地主之徵收處分，使該部分土地亦成為系爭用地之一部分。臺北市政府並非同時依據系爭規定一、二為系爭用地之取得。因此，聲請人聲請統一解釋有二部分，其中關於「併行」

部分，應係指先依系爭規定一徵收取得之土地，可否作為系爭規定二之聯合開發用地使用。另一部分則為聯合開發完成後，無法律明文規定情形下，得否將徵收取得之部分土地所有權移轉登記為第三人所有。先予敘明。

基於上開原因事實，本席就多數意見認「主管機關依中華民國七十七年七月一日制定公布之大眾捷運法第六條，按相關法律所徵收大眾捷運系統需用之土地，不得用於同一計畫中依同法第七條第一項規定核定辦理之聯合開發；依大眾捷運法第六條徵收之土地，應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有，主管機關始得為之……。」等語，礙難贊同，爰提出不同意見書。

一、系爭規定一與系爭規定二之法規範目的縱有不同，然並未當然排除依系爭規定一徵收取得之大眾捷運系統路線、場、站土地及與交通事業所必要之毗鄰地區土地，得作為聯合開發用地

1、主管機關因交通事業需要，於該事業必要範圍內，得依一般徵收之法定程序取得私有土地（土地法第二百零八條第二款、土地徵收條例第三條第二款規定），為原始取得，該土地為公有土地。倘於法定期限內為徵收目的之使用，原土地所有人不得請求收回（土地法第二百十九條、土地徵收條例第九條、第六十一條規定）。是依徵收取得之公有土地之使用限制僅為：於法定期限內為徵收目的之使用。

2、七十七年捷運法第七條第一項(即系爭規定二)：「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、站與路線之土地及毗鄰地區之土地。」明定由地方主管機關決定對於大眾捷運系統路線、場、站土地及其毗鄰地區土地之開發方式，或為自行開發或為與私人、團體聯合開發。同法第三項規定：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。」僅規定「得」取得聯合開發用地之方法，並非以上開列舉方法來限制取得開發用地之其他途徑。當地方主

管機關決定「自行」為上開法規範目的之開發，而不與私人、團體為聯合開發時，所需開發用地如何取得，於法並未規定；換言之，在主管機關決定自行開發時，使用依系爭規定一徵收取得之土地，作為同一計畫之系爭規定二目的使用，即為法未禁止之選項。是，依系爭規定二所為聯合開發或自行開發，所欲達成之法規範目的相同，所需用地相同，能否僅因主管機關自為開發人或因與其他私人、團體共同為開發人，而認後者用地之取得方式必須與前者不同？是，以依一般徵收程序取得之公有土地作為同一計畫之系爭規定二目的使用之開發用地，於法並非當然違誤（註四）。

- 3、何況，所謂「聯合開發用地」係指由主管機關與私人、團體聯合，一起為系爭規定二目的之開發所需土地。聯合開發是人之聯合。作為聯合開發人之私人、團體，又不以聯合開發用地之所有人為必要。對於非土地所有人之聯合開發人而言，既無徵收補償與開發利益衡酌問題，且如何取得、是否以徵收取得之土地作為聯合開發用地，亦與其無關。
- 4、為交通事業之需要，主管機關除得依法徵收大眾捷運系統場、站與路線之土地外，亦得依公用或公益目的，依「一般徵收」程序徵收為該捷運交通事業所必要之毗鄰地區土地，此有本院釋字第七三二號解釋可稽（註五）。換言之，交通事業兼具公用性（土地法第二百零八條）與公益性（土地徵收條例第三條），主管機關為籌措興建捷運系統所需之經費，自行或與私人、團體聯合辦理大眾捷運系統場、站與路線之土地及毗鄰地區土地之開發，非但與系爭規定一之徵收目的無違，且與系爭規定二所稱之「為有效利用土地資源，促進地區發展」之目的亦無不合。
- 5、縱認自行、聯合開發，可能包括住、商、辦公大樓之興建與捷運系統無關，然此為徵收範圍是否過大，過大部分之徵收處分是否應予撤銷之問題（土地徵收條例第四十九條、行政

程序法第一百十七條參照)，而非謂徵收之土地，一律不得作為同一計畫之聯合開發用地。蓋系爭規定二聯合開發之目的，不僅在於住、商、辦大樓之興建，而是必須結合與捷運系統相關之場、站、路線及相關設施之開發，欠缺後者，當然無系爭規定二聯合開發規定之適用。

綜上，僅以系爭規定一、二法規範目的之不同，而為依系爭規定一徵收取得之土地，不得作為同一計畫系爭規定二聯合開發用地之論述，難以贊同。

- 二、本號解釋理由書第三段稱：因系爭規定一、二之規範目的不同，主管機關自不得將依系爭規定一徵收取得之土地，於「同一計畫」作為系爭規定二之聯合開發用地。適用此解釋之法效果為：在「同一計畫」範圍內，聯合開發之用地並不包含依系爭規定一徵收取得之土地在內。是，依系爭規定一徵收取得之土地不能移轉與第三人所有，係因客體客觀不存在使然，而非因法律未規定得移轉所導致。因此，自亦無聲請人聲請統一解釋關於「為聯合開發完成後，無法律明文規定情形下，得否將徵收取得之部分土地所有權移轉登記為第三人所有」之所有權移轉應否有法律保留原則適用之問題存在。準此，於上開範圍內，本案解釋文第一段與解釋理由書第三段，實已針對將監察院聲請統一解釋之二部分為完整之解釋。
- 三、依本號解釋理由書第四段所載，解釋文第二段揭示之法律保留原則，應僅適用於因情事變更而主管機關另定「後續計畫」辦理聯合開發，有將原徵收來用於徵收目的之部分土地移轉予第三人之情形。惟查，聲請人監察院並未就「情事變更而有後續計畫時，得否將徵收取得已為前一計畫目的使用之土地，作為新聯合開發之用地；又該部分土地移轉時，是否有法律保留原則之適用」表示任何法律見解，亦未向本院聲請統一解釋。本院就此部分之解釋於程序上已有未合。
- 四、按與解釋文第二段相關之解釋理由書第四段後段所載：「主管機

關為公用或公益之目的而以徵收方式剝奪人民財產權後，如續將原屬人民之財產移轉為第三人所有，易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮。是如因情事變更，主管機關有依其時相關法律規定，將循系爭規定一所徵收大眾捷運系統需用之土地，納入後續計畫，辦理聯合開發之情形，仍應有法律明確規定主管機關得將之移轉予第三人所有，始得為之，……。」足見，本號解釋限於因後續計畫而須移轉依系爭規定一徵收來之土地與第三人時，始有法律保留原則之適用，惟解釋文第二段並未揭示其適用範圍。且查，此後續計畫必須因情事變更有改變之必要始得為之（例如因公共交通事業需要徵收土地，所興建之陽春捷運站，通車多年後，於該區發展至一定程度，有增加開發為多功能使用目地之必要，而非原計畫當時所得預料，經核屬情事變更時）。此時，原經合法徵收程序取得，且已用於徵收目的事業使用之公有土地，因發生非原計畫當時所得預料之情事，合乎情事變更要件，成為另訂「後續計畫」之聯合開發用地，因與原始徵收計畫無關，多數意見仍逕以：「易使徵收權力遭濫用及使人民產生圖利特定第三人之疑慮」為由，認在此情形下，所為徵收取得土地所有權之移轉，應採絕對法律保留原則，而異於本院對於財產權之保護一向採取之相對法律保留原則（註六），其妥適性及必要性何在？

五、末以，主管機關因行使職權對於所適用之法律所表示之見解，與他機關亦因行使職權，就所適用之同一法律有不同法律見解時，聲請本院為統一解釋，其目的之一在於定分止爭。因此本院為統一解釋時，實有必要審視解釋是否能確實發揮定分止爭之功能。

註解：

註一：系爭用地其中 85.41% 為徵收取得，加上公有地之撥用，合計占 99.35%。開發案完成後，臺北市政府取得屬於捷運設施相對應土地，占全部土地總面積 30.273%，加計開發大樓合建

分坪之 18.609% ，合計取得 48.882% 土地應有部分。其餘部分則基於土地成本值與建物成本值之比例，移轉為建物所有人共有。

註二：七十七年捷運法第七條第三項：「聯合開發用地得以市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。」

註三：同註一。

註四：對於開發用地之取得方法，於七十七年捷運法第七條第三項規定「聯合開發」用地「得以」市地重劃或區段徵收方式取得。協議不成者，得徵收之。八十六年同法同條項規定：「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。」此用地取得方法經九十年、九十三年修正時均未改變，並不限於聯合開發，於主管機關自行開發亦得採相同方法取得開發用地。

註五：本院釋字第 732 號解釋案與本案乃聲請人均為監察院之同一聲請案。該解釋案理由書：「……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。」

註六：本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號、第七〇七號解釋參照。

不同意見書

黃璽君大法官 提出

本號解釋多數意見認本件監察院聲請統一解釋，核與司法院大法官審理案件法第七條第一項第一款規定之要件相符，應予受理。本席尚難贊同，爰提不同意見如後：

一、聲請統一解釋之程序要件，須符合權力分立原則

本院大法官依憲法增修條文第五條第四項與憲法第七十八條規定，擁有統一解釋法律及命令之權，係因司法權之獨立性、中立性、被動性與裁判（或解釋）之拘束性，基於權力分立之最適機關功能理論而來。法令是抽象之法規範，將具體案件涵攝於抽象法律構成要件之過程，各機關無可否認地擁有法令解釋權。而權力分立原則，要求權力分立且制衡，因此各機關間可依職權適用法令並有權解釋之，且不同權力機關應相互尊重，所持之法律見解原則上不相互拘束。大法官對於不違憲之法律或命令，有最後之統一解釋權，乃為維護法律評價之分工及統合（註一），使本院負責闡釋法律及命令之正確意義，俾為各機關適用該項法令之準據（註二）。

二、大法官審理案件法（下稱大審法）聲請統一解釋要件

大審法第七條第一項第一款規定：「有左列情形之一者，得

聲請統一解釋：一、中央或地方機關，就其職權上適用法律或命令所持見解，與本機關或他機關適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。但該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解者，不在此限。」一般認為此一機關聲請統一解釋之程序要件有：1.聲請主體：須為中央或地方機關；2.聲請客體：須兩機關對同一法律或命令所表示之見解，有所歧異；3.聲請權能，須該法令見解之歧異與機關行使之職權相關連；4.統一解釋之必要，該法律見解之爭議將因解釋之作成而有效獲得解決；5.須歧異見解之機關間沒有相互隸屬、監督關係。機關聲請統一解釋，所涉及者通常是不同權力體系間之機關或者中央或地方權限劃分之問題。關於解釋聲請統一解釋之程序要件時，必須符合權力分立原則之要求，避免過度或過早介入，除了避免大法官淪為諮詢機關，相對的亦是對於機關本身法令解釋權之尊重。而本件監察院聲請統一解釋，並不符合上述第二要件與第三要件，應予不受理。

三、本件聲請不符合兩機關所表示之見解有所歧異要件

釋字第二號解釋謂「適用法律或命令發生其他疑義時，則有適用職權之中央或地方機關皆應自行研究，以確定其意義而為適用，殊無許其聲請司法院解釋之理由，惟此項機關適用法律或命令時所持見解，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，苟非該機關依法應受本機關或他機關見解之拘束，或得變更其見解，則對同一法律或命令之解釋必將發生歧異之結果，於是乃有統一解釋之必要，故限於有此種情形時始得聲請統一解釋。」聲請統一解釋必須具備機關間見解歧異之要件，假如各機關適用法令對之有任何疑義，皆可聲請本院解釋，無疑地將否定機關本身之法令解釋權，故僅為法律疑義不可聲請解釋，若無見解有異之情事，亦不得聲請（註三）。聲請統一解釋者，必須對適用同一法律或命令之規定，聲請機關所持見解，與他機關先前已對外表示之見解發生歧異（註四）。依大審法第八

條第二項第二款規定，聲請機關必須說明法律或命令見解發生歧異之經過，並提出關係文件。本件聲請人主張其與行政院有見解歧異情形，所提關係文件為行政院一〇三年五月五日院臺交字第一〇三〇一三三三〇〇號函。惟查監察院於調查原因案件時，不贊同內政部及交通部所表示見解，而函請內政部與交通部之上級機關亦即行政院，就監察院約詢事項予以答覆後，行政院以上開函覆，表示「尊重相關權責機關研處情形」，此函僅係彙整內政部與交通部之見解，行政院並未以此函表示其法令見解。本院在監察院並無證明與行政院有見解歧異之情形下，應認不符合聲請要件而不受理。

四、本件聲請不符合兩機關所表示之見解須與其職權行使相關聯要件

大審法第七條第一項第一款規定「就其職權上適用法律或命令所持見解」，所謂「其職權上」，係指各機關行使其憲法或法定之職權，發生見解歧異之同一法律或命令必須與規範該機關職權之憲法或法令相關連，所謂「其職權上」應解作機關「行使職權」（註五）。蓋機關為未於行使職權時，即得任意主張與其他機關解釋法令之不同見解而聲請統一解釋，將使大法官淪為諮詢機關，並可能侵及他機關解釋法令之權限，違反權力分立原則（註六）。其次，不僅本機關所做出之見解必須與行使職權相關連，與本機關見解歧異之他機關之見解，也必須與行使職權相關。蓋無論是聲請機關或他機關，可對與其職權無關之具體事件任意發表見解，而造成兩機關見解歧異，亦與權力分立原則有違。於本件監察院聲請統一案中，行政院係於監察院提出本件聲請案後，以行政院一〇四年九月二十一日院臺交字第一〇四〇〇五〇三二三號函覆本院函詢中，始表示其與交通部及內政部分別按其權責之研處「並無不同意見」，惟無論行政院上揭函覆本院函詢或行政院前開一〇三〇一三三三〇〇號函覆監察院，均非就本件聲請案之原因案件行使職權所必要，換言之，行政院前開二函所表示之意見，與行使職權無關。否則監察院於案件調查中，約詢

本未曾表示見解之機關，一經該受詢機關答覆即可視作其職權行使所表示之見解，使本無歧異見解形成歧異見解，並非妥適。

五、本件聲請統一解釋之法令，並非監察院職權上所適用之法令

聲請統一解釋，聲請機關必須確係就其職權行使上對某法令之見解，與其他機關基於法定職權所產生之見解不同。雖有學者認為，「職權上適用法令所表示之見解」，應非職權上直接適用，而係職權上所涉及者（註七）。依此見解，監察院於本案雖非因職權關係而直接適用大眾捷運法，但確係因對案件之調查研究所涉者，亦得成為聲請統一解釋之客體。有關監察委員行使職權之認定，歷屆大法官亦曾表示質疑（註八）。釋字第一五一號解釋姚瑞光大法官不同意見書便認為，「中央機關雖得聲請統一解釋法律或命令，但必須以『就其職權上適用法律或命令』為前提要件，苟非就其『職權』上適用法令，即無任意主張其所持見解與他機關之見解有異而聲請統一解釋法令之可言。依憲法第九十條、第九十七條規定，監察院為行使同意、彈劾、糾舉、審計權及提出糾正案之中央機關，故監察院須係行使上列五項職權，適用法律或命令與他機關適用同一法律或命令時，所已表示之見解有異者，始得聲請統一解釋。」監察院為行使憲法增修條文第七條第一項所賦予之彈劾、糾舉、審計權，依憲法第九十五條與九十六條具有調查權，監察院收受人民書狀後或提出糾正案、彈劾案之前，必須先調查相關文件或詢問相關人員，提出調查報告，再決定是否提出糾彈。故調查權乃監察院行使彈劾、糾舉或糾正權之方法。監察院職權之行使固有一定範圍，但其職權行使過程所涉及之法令甚多，監察院於立案調查後，行使調查權期間，既尚未決定是否行使監察權，提出彈劾、糾舉或糾正案，則允許監察院於立案調查時，動輒聲請統一解釋，無異使本院淪為監察院之法律諮詢機關，侵及監察權。本件聲請案之原因案件，係新北市政府以辦理臺北市政府新店機廠捷運聯合開發之名，將土地移轉登記予私人案，案經監察院以一〇三年一月二十一日院台調壹

字第一〇三〇八〇〇〇二一號函立案調查後，尚未提出調查報告並提出糾正案，即向本院聲請就該案所適用之法令為統一解釋，非就職權上所適用之法令聲請，依上開意旨，應予不受理。

六、如許就監察院調查中之案件所適用之法令聲請統一解釋，將侵犯懲戒機關關於法律解釋適用之司法審查權

監察院於調查行政院及其所屬各級機關之工作及設施後，得提出糾正案，移請注意改善。行政院或有關部會接到糾正案後，應即為適當之改善與處置，並應以書面答復監察院，如逾二個月仍未將改善與處置之事實答復監察院時，監察院得質問之。如有藉故敷衍、推責、延宕，或不為適當之改善與處置，或經質問後仍未切實改善，或改善後就同一性質之事件仍一再發生相同、類似違失情事者，經調查屬實，對該主管長官，得逕依提起彈劾案。另如認公務人員有違法或失職之行為者，得提彈劾案（監察法第六條、第二十四條、第二十五條及其施行細則第二十條之一參照）（註九）。監察院於調查中，如認行政機關適用法律所持見解錯誤，可逕行使職權提出糾正、彈劾。彈劾係向懲戒機關提出（監察法第八條參照）（註十），由該懲戒機關就監察院認公務人員所違反之法律為解釋適用。如許監察院於糾正彈劾前即聲請統一解釋，將侵犯懲戒機關對法律解釋適用之司法審查法律權。

註解：

註一：釋字第五八〇號解釋，楊仁壽大法官部分不同暨協同意見書。

註二：釋字第一八八號解釋理由書。

註三：釋字第一五八號姚瑞光大法官不同意見書、第一五七號姚瑞光大法官不同意見書參照。

註四：吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2013年9月，頁627。

註五：吳庚大法官亦認為，所謂就其職權上適用法律或命令，與同法第五條第一項第一款行使職權適用法律與命令意義相同。吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，2013年9月，頁627。

- 註六：大法官第1423次會議不受理決議（第二案）。
- 註七：吳信華，釋憲程序中大法官的「闡明權」與訴訟類型的「轉換」，臺灣法學雜誌，第170期，2011年2月，頁117。
- 註八：監察院之聲請統一解釋案，約有兩種：一種為接受人民陳情後立案調查，認為與其他機關（如行政院）適用法律產生見解歧異者，例如大法官釋字第68號、第一四二號、第一五一號、第一六四號、第一七六號、第一七八號、第一八一號、第一八八號、第二二六號、第二二七號、第二三八號、第五一三號等；一種是監察院所屬機關（如審計部）或各委員會轉請監察院聲請，例如大法官釋字第四六號、第六〇號、第九六號、第九七號、第一〇六號、第一二四
- 註九：監察法第6條「監察委員對於公務人員認為有違法或失職之行為者，應經二人以上之提議向監察院提彈劾案。」第24條「監察院於調查行政院及其所屬各級機關之工作及設施後，經各有關委員會之審查及決議，得由監察院提出糾正案，移送行政院或有關部會，促其注意改善。」第25條「行政院或有關部會接到糾正案後，應即為適當之改善與處置，並應以書面答復監察院，如逾二個月仍未將改善與處置之事實答復監察院時，監察院得質問之。」監察法施行細則第20-1條「行政院或其所屬各機關對於糾正案，未依本法第二十五條規定答覆者，除依前條規定辦理外，如有藉故敷衍、推責、延宕，或不為適當之改善與處置，或經質問後仍未切實改善，或改善後就同一性質之事件仍一再發生相同、類似違失情事者，經調查屬實，對該主管長官，得逕依本法第六條或第十九條之規定辦理。」
- 註十：監察法第8條「彈劾案經提案委員外之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。彈劾案向懲戒機關提出後，於同一案件如發現新事實或新證據，經審查後，應送懲戒機關併案辦理。」

司法院釋字第七四三號解釋

（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：第七三五號解釋至第七四三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
735 (105.2.4)	中華民國憲法增修條文第 3 條 第 2 項第 3 款(94.06.10) 中華民國憲法第 69 條(36.01.01) 立法院組織法第 6 條第 1 項 (105.12.07) 立法院職權行使法第 37 條 (99.06.15)	憲法增修條文、立法院組 織法、立法院職權行使 法、不信任案、立法院、 常會、臨時會、國會自律
736 (105.3.18)	中華民國憲法第 16 條(36.01.01) 教師法第 29、31、33 條 (103.06.18) 國立成功大學教師評量要點第 二點	有權利即有救濟、權利或 法律上利益、曠職登記、 扣薪、年終成績考留支原 薪、教師評量、申訴、再 申訴、司法救濟
737 (105.4.29)	中華民國憲法第 8、16 條 (36.01.01) 司法院釋字第 384 號解釋、第 392 號解釋、第 436 號解釋、第 445 號解釋、第 567 號解釋、第 574 號解釋、第 588 號解釋、第 653 號解釋、第 654 號解釋 刑事訴訟法第 33 條第 1 項、第 101 條第 3 項(106.04.26)	閱卷、羈押、偵查中羈押 審查程序、正當法律程 序、人身自由、訴訟

附錄：關係法令關鍵詞檢索表

738 (105.6.24)	中華民國憲法第 15、23、108、110、111、118 條(36.01.01) 中華民國憲法增修條文第 9 條第 1 項(94.06.10) 司法院釋字第 443 號解釋、第 498 號解釋、第 550 號解釋、第 584 號解釋、第 711 號解釋、第 716 號解釋、第 719 號解釋 地方制度法第 18 條第 7 款第 3 目、第 19 條第 7 款第 3 目、第 25 條、第 28 條第 2 款(105.06.22) 電子遊戲場業管理條例第 1 條、第 2 條、第 9 條第 1 項、第 11 條(105.12.28) 電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第二點第一款第一目 臺北市電子遊戲場業設置管理自治條例第五條第一項第二款 臺北縣電子遊戲場業設置自治條例（已失效）第四條第一項 桃園縣電子遊戲場業設置自治條例(於中華民國一〇三年十二月二十五日公告自同日起繼續適用) 第四條第一項	電子遊戲場業、營業場所、距離限制、營業自由、工作權、財產權、地方自治、中央與地方權限劃分原則、法律保留原則、比例原則、均權原則、工商輔導及管理

739 (105.7.29)	中華民國憲法第 7、10、15、23 條(36.01.01) 司法院釋字第 400 號解釋、第 443 號解釋、第 488 號解釋解釋、第 689 號解釋、第 709 號解釋 平均地權條例第 56 條第 1 項、第 57 條至第 60 條之 1(100.12.30) 獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第 2 條、第 4 條、第 8 條第 1 項、第 9 條第 3 款及第 6 款、第 20 條、第 26 條第 1 項、第 37 條、第 38 條(101.02.04) 都市更新條例第 22 條第 1 項(99.05.12) 都市計畫法第 24 條(104.12.30) 市地重劃實施辦法第 11 條至第 13 條(104.07.13)	自辦市地重劃、重要關聯性、財產權、居住自由、適足居住環境、正當法律程序原則、正當行政程序、籌備會、重劃會、重劃範圍、重劃計畫、法律保留原則、聽證、比例原則、平等原則、同意比率、立法形成
740 (105.10.21)	勞動基準法第 2 條第 6 款(105.12.21) 保險法第 177 條(105.12.28) 保險業務員管理規則第 12 條第 1 項、第 13 條、第 14 條第 1 項、第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項(105.04.06)	保險業務員、保險公司、招攬保險、勞動契約、保險業務員管理規則、類型特徵、從屬性、統一解釋、僱傭、承攬、居間

附錄：關係法令關鍵詞檢索表

	勞工退休金條例第 3 條、第 6 條、第 7 條第 1 項第 1 款、第 9 條(105.11.16) 行政訴訟法第 189 條第 1 項(103.06.18) 行政法院六十二年判字第二五二號判例 金融監督管理委員會一〇二年三月二十二日金管保壽字第一〇二〇五四三一七〇號函	
741 (105.11.11)	司法院釋字第 177 號解釋、第 185 號解釋、第 503 號解釋、第 709 號解釋、第 725 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款、第 3 項(82.02.03)	確定終局裁判、請求再審、非常上訴、定其失效解釋、補充解釋、原因案件
742 (105.12.9)	中華民國憲法第 15、16 條(36.01.01) 司法院釋字第 156 號解釋、第 396 號解釋、第 400 號解釋、第 503 號解釋、第 574 號解釋、第 653 號解釋、第 739 號解釋、第 741 號解釋 都市計畫法第 26 條(62.09.06) 都市計畫定期通盤檢討實施辦法第 4 條(100.01.06)	都市計畫、定期通盤檢討、定期通盤檢討之變更、補充解釋、訴訟權、及時有效救濟、定期失效解釋

	行政訴訟法第 4 條第 1 項 (103.06.18) 臺北市政府八十一年十二月十四日府工二字第八一〇八六八九三號公告	
743 (105.12.30)	中華民國憲法第 15、23 條 (36.01.01) 司法院釋字第 443 號、第 614 號、第 658 號、第 707 號解釋 大眾捷運法第 6 條(77.07.01) 大眾捷運法第 7 條第 1 項、第 3 項(103.06.04) 都市計畫法第 48 條(104.12.30) 土地法第 208 條第 2 款 (100.06.15) 司法院大法官審理案件法第 7 條第 1 項第 1 款(82.02.03) 內政部八十年一月二十四日台(八〇)內地字第八九一六三〇號、八十年十二月十八日台(八〇)內地字第八〇〇七二四一號、八十一年四月二十一日台(八一)內地字第八一〇四八六〇號函、一〇二年七月十日台內地字第一〇二〇二四六八八一號函。	徵收、聯合開發、大眾捷運系統需用土地、財產權、統一解釋、法律保留

附錄：關係法令關鍵詞檢索表

	交通部一〇二年五月二十日交路字第一〇二五〇〇五四七四號函。 監察院一〇三年一月二十一日院台調壹字第一〇三〇八〇〇〇二一號函。 行政院一〇三年五月五日院臺交字第一〇三〇一三三三〇〇號函、一〇四年九月二十一日院臺交字第一〇四〇〇五〇三二三號函。 本院一〇四年九月十一日院台大二字第一〇四〇〇二四七一號函。	

國家圖書館出版品預行編目

司法院大法官解釋. 三十五/ 司法院大法官書記處編纂.

-- 初版.-- 臺北市：司法院，民 106.12

面； 公分

ISBN 978-986-05-5047-4 (平裝)

1.中華民國法律 2.判例解釋例

582.8

106024842

司法院大法官解釋(三十五)

中華民國一〇六年十二月初版

編纂者：司法院大法官書記處

發行者：司法院

地址：臺北市重慶南路一段一二四號

網址：<http://www.judicial.gov.tw>

排版印刷：昆毅彩色製版股份有限公司

地址：新北市三重區中正北路430號8樓之6

電話：02-29718809

定價：新臺幣肆佰肆拾元整

GPN：1010602759

ISBN：978-986-05-5047-4