

# 司法院釋字第 786 號解釋不同意見書

蔡宗珍大法官提出

呂太郎大法官加入貳、二部分

本號解釋係依個案承審法官之聲請，就解釋時業已失效之 89 年公職人員利益衝突迴避法第 14、16 條所定法定罰鍰最低額 100 萬元之規定，作成牴觸憲法比例原則與財產權之解釋，並明示據以聲請釋憲之原因案件，及適用上開規定處罰，於本解釋公布日尚在行政救濟程序中之其他案件，均應依 107 年修正後之新規定辦理。本席難以支持本號解釋之論據與結論，爰提出不同意見書如下：

壹、本號解釋之法官釋憲聲請案，均不符釋字第 371、572 號解釋所闡釋之法官聲請釋憲要件，理應不受理

## 一、法官聲請釋憲制度應嚴其受理要件

法官聲請釋憲制度是憲法審判制度的重要特色之一，其制度意義首先在於彰顯與維護憲法優位性，包括法院在內的所有國家權力均應遵循憲法規範；而其目的，則在於確保立法者之權威與司法權之一致性，就此而言，釋憲機關於法官聲請釋憲程序所承擔之任務，毋寧是解決審理個案之法院與立法者於憲法規範下權力行使之衝突，憲法守護者之任務相對隱微。另一方面，法官聲請釋憲制度亦可化解各級法院法官就作成個案裁判所須適用之重要法律發生違憲確信之困境。然而，不容忽視的是，法官聲請釋憲制度不但帶來個案承審法官與具有直接民主正當性之國會立法間之緊張關係，更因其須以先決問題之形式聲請釋憲機關解釋認定，勢必須

先停止審判，因而亦直接影響訴訟當事人享有受及時審判之訴訟權益。

基此，創設我國各級法院法官聲請釋憲制度的釋字第 371 號解釋，一方面基於憲法優位原則，明示法官對於依法公布施行之法律，應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用；另一方面，則確立審理個案之法官須具體說明其對應適用法律之違憲確信之理由，裁定停止訴訟程序，以該法律是否違憲為先決問題，聲請釋憲。釋字第 572 號解釋進一步補充法官聲請釋憲之要件要求，個案審理法院欲停止審判聲請釋憲，除應就個案所應適用且於該案件之裁判結果有影響之法律有違憲確信，並有客觀上形成法律違憲確信之具體理由外，尚要求須為最後手段，亦即「系爭法律有合憲解釋之可能者」，即尚難謂有停止審判、逕行聲請釋憲之正當性。

二、引發本號解釋之法官聲請釋憲案，就處罰規定所據之法定構成要件，尚難謂已善盡法律合憲性解釋之義務，不應受理

引發本號解釋的 3 件高等行政法院法官聲請釋憲案，均直接且單獨針對行政處罰規定所為，亦即主張 89 年公職人員利益衝突迴避法（下稱利衝法）第 14 條或第 16 條（下統稱系爭規定）所定法定罰鍰最低額 100 萬元之規定違憲，其違憲理由不外為「未區分規範對象一律處以鉅額罰鍰違反比例原則」、「未考慮個案之具體情況皆以 100 萬元作為裁罰之下限，於具體個案之適用上顯然過苛，而流於恣意，不符罪責相當原則」，簡要地說，大抵主張系爭規定以 100 萬元作為法定罰鍰最低額，造成個案處罰過苛，違反比例原則而違憲。暫不論作為釋憲標的之法律規定嗣後業經修正，僅以提出釋

憲案之時點來看，此3件法官聲請釋憲案是否合於釋字第371號、第572號解釋所揭示之聲請要件，實大有商榷餘地。

涉及行政罰之法律規範，可依其法律屬性而分為課予行政法上義務之要件規範（義務課予規範），與就違反行政法上義務之行為施以處罰之處罰規範（或稱制裁規範）。行政罰法定主義（行政罰法第4條參照）下，行政法上處罰規範必有其所植基之義務課予規範，而義務課予規範原則上即為處罰規範法律效果之構成要件；罰鍰處罰規定亦必有其據以處罰之構成要件。以系爭規定而言，其義務課予規範即分別為利衝法第7或8條以及第10條第1項，有權機關欲就違規事件對當事人裁罰者，即須以處罰構成要件該當為前提，進而於系爭規定所授予之裁量權範圍內作成裁罰處分。受處罰人對此所提起之撤銷訴訟，承審法官應就該裁罰處分之違法性進行審查認定，其所準據之法律規範，以本號解釋之聲請案而言，即應包括屬義務課予規範之89年利衝法第7或8條、第10條第1項，以及屬處罰規範之系爭規定。系爭規定所設定之罰鍰額度範圍是否妥適，自無從逸脫處罰構成要件而獨立論斷；換言之，處罰構成要件之解釋適用結果，直接牽動處罰規定之評價。個案承審法官欲主張系爭規定違憲，依釋字第572號解釋揭示之意旨，理應先以法律合憲性解釋等方法，就原因案件事實是否確屬處罰規定涵蓋範圍乙節，予以解釋或補充，據以判定原因案件所涉裁罰處分是否違法而應予撤銷。然而，從釋憲聲請意旨與內容來看，聲請人等顯然均將89年利衝法第7或8條、第10條第1項規定於各該原因案件之適用視為理所當然或毫無爭議，無視於法條用語中本存有須進行個案性具體評價始得適用之不確定法律概念（如第7條之「職務上之權力、機會或方法」、「圖……之利益」；第8條之「關說、請託或以其他不當方法」、「圖……

之利益」)或有事物範圍解釋認定之必要性與空間者(如第10條第1項第2款所稱「該項職務」)。聲請人之所以如此,也許與中央主管機關就各類爭議案型都曾作過相關函釋有關。然而,相關主管機關就該等法律規定所為之行政命令與函釋,法官於審判案件時,本即可表示適當之不同見解,並不受其拘束(釋字第137、216號解釋)。若承審法官於裁定停止訴訟程序聲請釋憲前,未能以法律合憲性解釋等方法,盡力排除其對應適用法律之違憲疑慮,則此等法官之釋憲聲請,實難謂已屬維護立法者權威與司法權一致性之最後手段,亦難謂已提出合於釋字第572號解釋所稱客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。

三、法官聲請釋憲案作成解釋前,作為釋憲標的之相關法律規定已因法律修正而失效者,針對舊法聲請之釋憲案,即應不受理

有效施行的法律始終是民主法治國家的象徵與核心指標。法律之修正或廢止,以新法取代舊法,亦為最新民意之彰顯,原則上應為法治之準據。法官聲請釋憲制度既為維護立法者權威與司法權之一致性,釋憲標的自應為法官有遵守義務之有效法律。法律經修正後,舊法為新法所取代,除非法律另設過渡條款或有特別規定,舊法規範效力原則上即應歸於消滅,法官之遵守義務原則上亦歸於消滅,自斯時起,實已不具為釋憲標的之正當性與實益。此於處罰性法律修正後,處罰範圍縮減或處罰內容減輕之情形尤然。此外,法官聲請釋憲案之憲法解釋,並無所謂個案救濟效力,自無基此考量而仍須受理嗣後因修法而失效之法律規定之理。

本號解釋所涉及之系爭規定,業於107年12月13日失效,本號解釋所涉釋憲聲請案實已無作成解釋之必要。何況,

新修正之利衝法就違反相關規定行為之法定罰鍰最低額已由立法者自主地大幅降低，聲請釋憲之原始目的實質上已相當程度獲得實現。基於法官聲請釋憲制度之目的與權力分立原則，本號解釋所涉釋憲聲請案實應不受理。

貳、本號解釋理由就個案應適用法律之指示，不但欠缺理據，且屬「未經聲請所為解釋」

### 一、憲法解釋效能之夾帶走私？

本號解釋不顧所涉釋憲聲請實應不予受理，終究仍依釋憲聲請意旨，就已失效之利衝法舊規定作成違憲認定，「應不予適用」。本號解釋若止步於此，則此號憲法解釋之效能恐極其有限，蓋本號解釋聲請釋憲者是個案承審法官，如前所言，基於法官聲請釋憲案所作成之憲法解釋並不具且無需有個案救濟效力，與人民聲請釋憲並獲有利之解釋者，大不相同。於通常情形，就法官聲請釋憲案所作成之憲法解釋宣告法律違憲者，除非解釋中另有宣示，否則即應自解釋公布日起生效，有拘束全國各機關及人民之效力，非僅侷限於釋憲聲請案之原因事件。而此等拘束力乃憲法解釋之一般性效力，毋須於各號解釋中再予宣示。然本號解釋宣告違憲之法律規定於作成解釋前即已失效，因此，本號解釋對於利衝法相關規定所作之違憲宣告，幾已無實益，即便對於本號解釋之釋憲聲請案所涉之訴訟程序亦是如此。凡於利衝法修法前即存在尚未終結之事件，只要涉及利衝法有變更之規定，即有因行為後法律有變更所生之選定準據法問題，此與本號解釋之效力無涉。換個角度來說，假設本號解釋認定利衝法相關規定並未牴觸憲法，則解釋之效力與影響亦無有不同。換言之，利衝法舊法即便未遭違憲宣告，亦已於新法生效時失其效力，而法律有變更時，即有定個案應適用之準據法問題。

也許正因對於已失效法律為違憲宣告已無實益，本號解釋遂又逕行指示「本解釋聲請案之原因案件，及適用上開規定處罰，於本解釋公布之日尚在行政救濟程序中之其他案件，法院及相關機關應依本解釋意旨及 107 年 6 月 13 日修正公布之公職人員利益衝突迴避法規定辦理。」查其理據，卻僅以 107 年利衝法修正規定之「修法理由與本解釋意旨相符」為由。然如前所言，法律有變更時，於行政程序與訴訟救濟程序中應如何適用，另有所應適用之準據法選定規範，並非利衝法之類實體法所得置喙。是則，利衝法新法修正理由與本解釋意旨相符，實無法導出本解釋聲請案之原因案件以及其他於解釋公布日尚在行政救濟程序之案件均可依利衝法新法辦理之結論！本號解釋於未經聲請之情況下，逕就法院以及行政救濟程序相關案件之審理，指定其應適用之法律，其涉入個案程度恐已屬空前！這是否意味著某種憲法解釋效能之夾帶走私？此種以夾帶走私方式導入的憲法解釋效能，究竟將是鞏固憲法解釋之權威性，還是會逐漸渙散憲法解釋之內在體系架構？

## 二、問題癥結在於行政罰法第 5 條

本號解釋涉及行政罰之義務課予規範與處罰規範，此類行政罰規範之適用及其合法性控制問題，自行政罰法施行之始，即潛藏著一個與法治國原則有所扞格之鉅大難題，即行政罰法第 5 條規定之解釋、適用問題。本號解釋之所以就已失效法律作成違憲宣告，且「不得不」夾帶走私個案準據法之指示，關鍵癥結恐亦在此。

行政罰法第 5 條規定：「行為後法律或自治條例有變更者，適用行政機關最初裁處時之法律或自治條例。但裁處前法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之

規定。」由於條文明文規定行為後法律或自治條例有變更者，應適用「行政機關最初裁處時」之法律或自治條例，僅於裁處前之法律或自治條例有利於受處罰者，適用最有利於受處罰者之規定。目前實務上一般的解釋，無論原處分機關、訴願機關還是行政法院，於行為後發生法律變更之情形，原則上均以裁處機關最初裁處之法律為原則上之準據法，例外則為最初裁處前之法律，即行為時或行為後至最初裁處前之較有利法律。在此等相對依循法條文義所為解釋下，可能已在原處分機關與行政救濟機關間擺盪與延宕經年之行政裁罰個案爭議，即使歷經多次準據法律變更，而依目前實務見解，該個案之準據法卻可能仍是最初裁處時之法律，即便該法律於最初裁處後之變更是對被處罰人較有利亦同，其違憲性實屬顯然！以本號解釋所涉之釋憲聲請案來說，3 件釋憲聲請案之原因案件所適用之利衝法，均於審判程序中變更為對受處罰人較有利之規定，惟依行政罰法第 5 條之規定，於行政機關裁處後法律始出現有利之變更者，對前此之原因案件並不適用。以刑法第 2 條第 1 項規定對照來看，更可見行政罰法第 5 條規定之荒謬性：若刑事法官就某刑事處罰規定聲請釋憲，於釋憲程序終結前，該刑事處罰規定出現有利於行為人之變更者，若釋憲案遭不受理，法官續行審判程序後，自然應適用最有利於行為人之新法為審判準據法。對人民之人身自由等基本權之侵害尤為重大之刑罰準據法之決定指標，尚明確納入行為後、審判程序終結前最有利於行為人之法律，何以行政罰之處罰程序與行政救濟程序竟一律以行政機關最初裁處時或裁處前之法律為據？或許，為迴避此一難題，才是多數意見支持本號解釋之實質考量。