

釋字第 765 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

內政部中華民國 91 年 4 月 17 日訂定發布之土地徵收條例施行細則第 52 條第 1 項第 8 款規定：「區段徵收範圍內必要之管線工程所需工程費用……，由需用土地人與管線事業機關（構）依下列分擔原則辦理：……八、新設自來水管線之工程費用，由需用土地人與管線事業機關（構）各負擔二分之一。」（95 年 12 月 8 日修正發布為同細則第 52 條第 1 項第 5 款規定：「五、新設自來水管線之工程費用，由需用土地人全數負擔。」）因區段徵收之需用土地人常為地方自治團體（本案係台中市），自來水管線事業機構可能為具私法人地位之公營事業（本案係經濟部所屬國營事業台灣自來水股份有限公司），而上開規定無法律明確授權，卻逕就新設自來水管線之工程費用明定分擔原則，事涉需用土地人之財政自主權及自來水管線事業機構之憲法財產權限制，本號解釋認與法律保留原則有違。關於系爭規定違憲之結論，本席敬表贊同。惟國（公）營事業何以享有憲法財產權之保障？依法律保留原則認定系爭規定違憲，有何重大意義？實有加以闡釋之必要，爰提出協同意見書。

一、國（公）營事業具有憲法上權利之主體性

所謂憲法上權利，係指受實定憲法保障之權利，亦即司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，作為人民聲請釋憲要件之「憲法上所保障之權利」。人權理念經實定化後，成為憲法上權利，固不待言。惟憲法上權利是否以實

定化之人權為限，抑或尚包含其他性質之權利？此一問題之解答，除與實定憲法之權利宣言（權利條款）內容有關外，尤繫於人權觀念之理解。法人（含團體，以下同）是否具備憲法上權利之主體性，而可享有憲法上權利，亦與憲法上權利之性質息息相關¹。

近代人權觀念源於自然法思想，強調人權先於國家而存在，乃人之為人當然享有之權利。而且，近代人權觀念係國家與個人兩極對立之產物，人權主體必須是「個人」，不含法人。當代一般則將人權觀念建立在「個人尊嚴」或「人性尊嚴」之基礎上，強調人權與生俱來，乃人作為人格自律之存在，所不可或缺之權利；其先於憲法，不待憲法之賦予，且具有道德性格。在此一人權觀念之前提下，可知憲法規定所保障之權利未必以人權為限，某些權利可能基於憲法政策考量，或本身性質上之關係，與人格自律或個人尊嚴並無直接關係，即使納入憲法保障之範圍，為憲法上權利，仍不足以稱為人權。換言之，憲法上權利包含人權及其他權利，例如釋字第 689 號解釋所承認之一般行為自由，與人格自律尚無直接關連，非個人尊嚴之維護所不可或缺者，尚不屬人權，應係受憲法保障之其他憲法上權利。

關於人權與憲法上權利概念之異同，有論者另以「作為『王牌』之人權」與「基於公共福祉之權利」之區別加以闡釋²。依其見解，憲法上權利包含兩種：一、作為與生俱來之權利，以個人自律為根據，即使違反社會全體利益，亦受保

¹ 關於人權與憲法上權利之意義、性質及異同，詳參許志雄著，*人權論—現代與近代的交會*，元照，2016年，頁193-204。

² 長谷部恭男著，*憲法*，新世社，1997年初版第2刷，頁103；同氏著，*憲法の理性*，東京大學出版會，2006年，頁80、81。

障；二、以社會全體利益為理由而受保障之權利，因此有時為了相同社會利益之有效實現，或追求更重要之社會利益，而必須受到制約。第一種權利方為嚴格意義之人權，亦即「作為『王牌』之人權」。第二種權利則是因具有公共財性質而受保障，稱為「基於公共福祉之權利」。

通說鑑於法人為重要之社會實體，且與自然人關係密切，承認法人亦為人權之主體，人權於性質允許之範圍內，法人得享有之。惟法人究非自然人，按理無從享有以人格自律或個人尊嚴為根據之人權或「作為『王牌』之人權」。法人充其量僅能作為憲法上權利之主體，享有性質適合之憲法上權利，亦即「基於公共福祉之權利」。例如，所以承認媒體有新聞自由或報導自由，乃因該等自由對民主政治過程之維持貢獻相當大，且提供民眾生活上必要多元之資訊，可增進社會全體利益。因此，新聞自由或報導自由應屬「基於公共福祉之權利」，法人係以憲法上權利之主體享有之。

惟法人有公法人與私法人之分，謂法人具有憲法上權利之主體性，基本上係著眼於私法人部分，至公法人部分則有疑義³。而且，私法人若由國家所設立，如國營事業，亦與一般私人設立者不同，能否作為憲法上權利之主體，受憲法上權利之保障，亦有待探討。

³ 對於憲法秩序之形成，法人扮演重要角色，不可視而不見。但基本權（憲法上權利）之主體若無限擴大，及於一切法人，因國家及地方自治團體亦為法人，將危及基本權本身之意義。只要觀念上認為基本權係以國家與個人間之分配原理為基礎，則國家與社會之界線無論如何皆須維持。因此，國家受基本權拘束，不得同時為基本權之主體。原則上私法人享有基本權，反之公法人則無。惟實際上公法人具多樣性，並非所有公法人在一切場合均如國家之手足般運作。在基本權保護之生活領域中，公法人（或公營造物，例如國立大學）亦可能與國家處於對峙局面，此際宜例外承認公法人受基本權之保護。參照林知更著，憲法秩序における團體，收於西原博史編「人權論の新展開（岩波講座憲法2）」，岩波書店，2007年，頁243、244。

釋字第 305 號解釋理由書曾表示：「公營事業之組織形態不一。如決策上認某種公營事業應採公司組織之形態，則係基於該種公營事業，適於以企業理念經營之判斷，自應本於企業自主之精神及企業所有與企業經營分離之原則為之。而在法律上，公營事業依公司法規定設立公司者，雖可簡稱為公營公司，但其性質仍為私法人，具有獨立之人格，自為權利義務之主體，享受權利，負擔義務。因之，公營公司與其人員間，係以私法人地位依其人事規章，經由委任（選任、聘任或僱用）之途徑，雙方成立私法上之契約關係，其對於人員之解任行為，並非行使公權力之結果，而係私法上終止契約之意思表示，契約關係因而消滅。……倘雙方就此契約關係已否消滅有爭執，自應循民事訴訟途徑解決，而不屬行政法院之權限範圍。」由原因案件可知，該號解釋係於民法層面上，承認私法人性質之公營事業可為權利義務之主體，享受權利，負擔義務。至於在憲法層面上，私法人性質之公營事業是否得為憲法上權利之主體，享有憲法上權利，則非其解釋射程所及。

本號解釋理由書謂：「公營事業依公司法規定設立公司者，雖其政府資本超過百分之五十，在法律上，其性質仍為私法人，具有獨立之人格，為權利義務之主體，得享受權利，負擔義務（國營事業管理法第 6 條參照）。」復謂：「聲請人為經濟部主管之國營事業，依公司法規定設立股份有限公司，具私法人地位。雖其權利義務需受公益目的之較大制約，然國家既因市場經濟與效率等考量而選擇以公司型態設立此等公營事業，復要求其應依照企業方式經營，並力求有盈無虧，增加國庫收入（國營事業管理法第 4 條參照），是

其在目的及公司章程所定範圍內，仍得享有憲法財產權之保障。」明白承認國營事業具有憲法上權利之主體性，得享有憲法上權利（財產權）。就此，本席持肯定立場。參照上述，國營事業享有之財產權，乃「基於公共福祉之權利」，即以社會全體利益為理由而受保障之權利。本號解釋表示國營事業受公益目的較大制約，言下之意，國營事業財產權之限制較大，但對其為憲法上權利之性質不生影響。

二、多數意見揚棄特別權力關係理論之思維

依傳統特別權力關係理論，特別權力關係約有公法上之勤務關係、公法上之營造物利用關係及公法上之特別監督關係數種。其中公法上之特別監督關係，係指國家與地方自治團體、公共團體、特許企業或專門職業執業人員之關係⁴。基本上，系爭規定涉及公法上之特別監督關係，充滿傳統特別權力關係色彩。特別權力關係之主要特徵如下：一、公權力無須法律依據，即具有命令權及懲戒權等概括性之支配權；二、即使無法律依據，公權力亦可限制相對人之人權；三、公權力之行為，原則上不受司法之審查，相對人之訴訟權遭限制。要之，特別權力關係理論適用之特殊法理，包含法治主義（法律保留原則）之排除、人權保障之排除及司法審查之排除。過去經大法官數十年努力，於公務員關係（公法上之勤務關係）及在學關係（公法上之營造物利用關係）方面，皆已突破特別權力關係之窠臼。於受羈押被告及受刑人之在監關係（公法上之營造物利用關係）方面，特別權力關係亦見鬆動⁵。至公法上之特別監督關係方面，特別權力關係同樣

⁴ 林紀東著，行政法新論，自刊，1972年重訂14版，頁97、98；陳敏著，行政法總論，新學林，2016年9版，頁223。

⁵ 司法院釋字第755號解釋本席部分協同部分不同意見書參照。

逐漸式微，原本被懲戒會計師之訴訟權已受保障(釋字第 295 號解釋)，如今因本號解釋之作成，在國家與地方自治團體、公營事業之關係上，則又有進一步之發展。

本號解釋理由書表示：「具私法人地位之公營事業，雖受公益目的較大制約，並受國家指揮監督，然其既有獨立之私法人地位，享有憲法財產權之保障，則國家對其財產權所為之限制，亦應由法律或法律明確授權之命令予以規範。」承認私法人地位之公營事業享有憲法財產權保障，即使實質上受公益目的較大之制約，形式上其限制仍須符合法律保留之要求。本席認為，設非如此，行政權將過大，有濫權之虞；公營事業恐完全受制於主管機關，乃至喪失法人應有之獨立性地位，流弊難防。解釋理由書另指出：「中央與地方固同屬國家組織，然地方自治團體仍具有獨立之公法人地位，受憲法保障，並享有財政自主權。故中央使地方負擔經費，除不得侵害其財政自主權核心領域外，並應依據法律或有法律明確授權之法規命令，始得為之。」其充分尊重地方自治權，除絕對禁止國家侵害地方自治團體之財政自主權核心領域外，並要求國家須在遵守法律保留原則之前提下，始得使地方負擔經費。由上可知，多數意見恪遵法治國原則，重視地方自治精神，乃能揚棄特別權力關係理論之思維，而有本號解釋之作成，殊值一提。

關於地方自治部分，容予補充說明。按地方自治團體受憲法保障，為公法人，具獨立性，可謂介於國家與社會之中間團體。地方自治團體一方面與國家相同，擁有公權力，屬「統治團體」；另一方面又受國家監督，為國家統治之「客體」。惟從民主主義角度觀之，地方自治讓國民從近身處參

與、監督政治，可促進國民主權之實質化。從自由主義角度觀之，地方自治在強大之國家權力與個人間設置緩衝地帶，藉由地方自治團體與國家間之垂直權力分立關係，防止公權力之濫用，進而保障個人之自由權利，可彌補立法、行政與司法間水平權力分立之不足⁶。傳統特別權力關係理論完全以內部關係對待地方自治團體，將地方自治團體定位為統治客體，乃至行政客體，而漠視其為具獨立公法人地位之統治團體性質，並罔顧地方自治之民主與自由理念，顯然背離地方自治本旨。總之，傳統特別權力關係理論破綻百出，早已遭到挑戰，面臨瓦解之命運，在國家對地方自治團體之監督關係上，僅就上開而論，即有徹底檢討之必要。若如後所述，再審視當代地方自治之發展趨勢，則更加證立，該理論與時代脫節，非退場不可。

眾所周知，1980年代起全球興起地方自治熱潮，各國紛紛推動制度改革，強調地方分權，而有「地方時代」來臨之說⁷。如今，地方自治不僅是民主之「學校」，更是民主之「原動力」⁸。地方自治團體享有自治權，無論自主立法權、自主行政權、自主組織權、自主財政權或住民自治權，均受憲法保障。如歐洲地方自治憲章及世界地方自治宣言所示，法律固得就地方自治團體之權利及能力加以規定，但其著眼點應在於保障，而非限制；有關地方自治活動之行政監督，應以憲法或法律明定。其涉及地方自治權之限制者，須遵守法律保留原則，自屬當然。日本國憲法第92條明定：「關於地方

⁶ 高橋和之著，現代立憲主義の制度構想，有斐閣，2006年，頁138；齋藤誠著，憲法と地方自治—分權と自己決定，法學教室第243號，2000年12月，頁78。

⁷ 關於地方自治之普遍化、國際化及憲法課題，詳參許志雄著，憲法秩序之變動，元照，2010年2版，頁391以下。

⁸ 大隈義和著，憲法における「國」と「地方公共團體」，公法研究第62號，2000年，頁142。

公共團體之組織及營運事項，依地方自治本旨，以法律定之。」除揭示法律保留原則外，並強調法律須符合地方自治本旨，亦即維護住民自治與團體自治，可資參考。是特別權力關係理論與地方自治之潮流背道而馳，不言可喻。

三、系爭規定違反法律保留原則

關於憲法上權利之限制，釋字第 443 號解釋已建立層級化法律保留。就財產權所為之限制，依該號解釋意旨，係生命與人身自由以外之自由權利之限制，採相對法律保留，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。若僅屬執行法律之細節性、技術性事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範。準此，系爭規定既屬行政命令，其涉及具私法人地位之公營自來水事業之財產權限制，非僅屬執行法律之細節性、技術性事項，自應有法律明確授權，方符合法律保留原則之要求。

本號解釋理由書稱：「系爭規定及現行規定之訂定，係以土地徵收條例（下稱土徵條例）第 62 條：『本條例施行細則，由中央主管機關定之。』為其授權依據。然該條就區段徵收範圍內必要之新設自來水管線工程費用之分擔主體及比例並未有明確之授權，亦無從依土徵條例整體解釋，推知立法者有意授權主管機關就『區段徵收範圍內必要之新設自來水管線工程所需工程費用之分擔主體及比例』，以命令為補充，故土徵條例尚不足為系爭規定及現行規定之授權依據。」惟土地徵收條例施行細則性質上為執行命令，原本就不應有權利義務之實體規定，通常法律亦不致為此授權。多數意見針對授權依據問題詳予論究，是否必要，不無商榷餘

地。

申言之，執行命令為法規命令之一種，係行政機關為法律或法規命令之執行，所訂定之一般抽象性規範。各法律之施行細則屬之，土地徵收條例施行細則亦然，乃內政部依據土地徵收條例第 62 條之授權而訂定者。執行命令按理只有程序性規定，與權利義務之實體無關，不會直接涉及權利義務內容之變動，故無須具體之法律授權⁹；惟我國立法體例上，經常在法律倒數第 2 條明文授權主管機關訂定施行細則。儘管如此，施行細則究屬執行命令，法律授權徒具形式，可想而知，系爭規定自始即難以期待會有明確之授權。

最後，本號解釋理由書表示：「欠缺具體明確授權之命令，如其內容與既有之其他法律規定相同，亦不致違反法律保留原則。」惟此乃自明之理，何庸辭費？多數意見援引自來水法第 65 條規定：「自來水事業為因應尚未埋設幹管地區個別自來水用戶供水需要，須增加或新裝配水幹管時，得按其成本向個別用戶收取二分之一以下之補助費。」經與系爭規定詳細比較，認二者所定之費用分擔主體、比例、管線所在地區及規範目的，均有不同，不生系爭規定與既有之其他法律規定相同情形，故得出系爭規定仍與法律保留原則有違之結論。此段解釋理由書之論述或顯唐突，但其為多數意見對不同意見之回應，事出有因，併予敘明。

⁹ 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 86、87。