

釋字第七一一號解釋部分不同意見書

大法官 陳 敏 提出
大法官 林錫堯 池啟明 蔡清遊 黃璽君 加入

本院釋字第七一一號解釋之多數意見，以改制前行政院衛生署行文嘉義縣衛生局之中華民國 100 年 4 月 1 日衛署醫字第 1000007247 號函（下稱系爭函）為違憲審查客體而為解釋部分，本席不能認同，爰敘明不同意見如下：

一、司法院大法官違憲審查之客體為法律或命令

司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條規定：「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，適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義者。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。三、。最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」是大法官得對之為違憲審查者，為法律或命令。所謂之命令，大審法雖未有定義規定，但無論由大審法第 5 條第 1 項第 1 款「適用命令發生有牴觸憲法之疑義」、同條項第 2 款「對於確定終局裁判所適用之命令發生有牴觸憲法之疑義」或同條第 2 項「對所適用之命令，確信有牴觸憲法之疑義」等規定觀之，命令自係適用於個案之普遍抽象之法規範，而不屬憲法或法律者。其類別應不以法律授權制定之法規命令為限。

司法院在違憲審查實務上，為充分發揮功能，對命令向採廣義理解，故除就法規命令、職權命令為審查外，亦對判例、法院聯席會議決議、函釋（行政規則）等為審查¹。惟皆以其相當於命令故也，亦即所審查之客體須具有普遍抽象之規範內涵、制定者有發布該規範之意思及行為，在原屬內部規範之情形，並須確定終局裁判引用於個案。

釋字第 374 號解釋理由書第 1 段，對人民得據以聲請違憲審查之命令為較普遍及概括之說明：「司法院大法官審理案件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牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，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，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）。至於司法機關在具體個案之

¹ 所謂之函釋，並無立法定義，一般係指主管機關就法規之意義及如何適用所表示之法律見解。主管機關作成解釋函釋之對象，不外為下級機關、不相隸屬之機關及詢答之人民。依行政程序法第 159 條第 1 項規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規效力之一般、抽象之規定。」因此，主管機關對下級機關所為通案性質之函釋，因係一般、抽象之規定，乃視之為行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定所稱，「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」此一類別之行政規則。反之，主管機關對下級機關就個案所為之個案函釋，則係指令，而非行政規則。主管機關對不相隸屬之機關或人民所為函釋，既非對下級機關為之，自亦不屬行政程序法上開規定之行政規則。

外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」就所謂之函釋而言，早於釋字第 173 號解釋理由書中，即已表明：「財政部（六七）臺財稅第三四八九六號函，係對於徐 0 0 六十七年五月二十三日請示之釋答，經該部分知所屬財稅機關，為行政法院七十年度判字第二二五號確定終局判決所適用，具有命令性質，聲請人聲請解釋，核與司法院大法官會議法第四條第一項第二款規定相符，應予受理，合先說明。」²釋字第 217 號解釋理由書第 1 段亦載明：「財政部中華民國七十二年二月二十四日（72）台財稅字第三一二二九號函提示所屬財稅機關。」皆屬以行政機關對下級機關所為而經確定終局判決援用之通案函釋為解釋客體，其後因此一原則於理甚明，司法院在各號釋字解釋中不再重覆為具有命令性質之論述。反之，行政機關之個案函釋，無論係對下級機關、不相隸屬之機關或詢答之人民為之者，司法院大法官則說明其非屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定所稱之法律或命令，不得據以聲請解釋，不予受理。其遠者如大法官第 1334 次會議會台字第 8939 號聲請案不受理決定：「至關於系爭函部分，查係行政院農業委員

² 本件之聲請人為蘇 ，聲請解釋之標的原為財政部對徐 之個案函覆，但「經該部分知所屬財稅機關」而成為通案函釋。

會就個案事實對高雄縣政府所為之函覆，性質非屬對一般事項所為之抽象規定，自非得為聲請解釋之客體。」其近者如大法官第 1406 次會議會台字第 11448 號聲請案不受理決定：「系爭函僅係臺北市勞工局就聲請人與其業務員間是否具僱傭關係而對勞工保險局所為之個案函復，其性質非屬對一般事項所為之抽象規定，聲請人自不得以之為聲請解釋之客體。」其他同意旨之大法官不受理決定為數甚多，難以一一摘引相關文字³。

二、系爭函非屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，不得以之為違憲審查之客體

系爭函係改制前行政院衛生署就嘉義縣衛生局函詢所為之函復，其說明一即明示：「復 貴局 100 年 3 月 5 日嘉衛保字第 1000007282 號函」。該函之受文者，正本為嘉義縣衛生局，副本為行政院衛生署食品藥物管理局。上開嘉義縣衛生局函，係該局因本號解釋聲請人之一祐 診所藥師可否再以護士資格登記於該診所之疑義，陳請改制前行政院衛生署釋示。故於客觀之形式上，系爭函為個案函釋而非通案函釋甚明。改制前行政院衛生署且於 102 年 7 月 15 日以電子郵件向本院陳明，「該函係屬所為個案效力之行政指導」。所稱「個案效力之行政指導」，其本意或係行政法學所稱之「指

³ 例如第 1326 次會議會台字第 8921 號聲請案不受理決定、第 1365 次會議會台字第 9946 號聲請案不受理決定、第 1371 次會議會台字第 10234 號聲請案不受理決定、第 1378 次會議會台字第 10225 號聲請案不受理決定、第 1382 次會議會台字第 9323 號聲請案不受理決定、第 1383 次會議會台字第 10664 號聲請案不受理決定、第 1395 次會議會台字第 11071 號聲請案不受理決定、第 1400 次會議會台字第 11072 號聲請案不受理決定、第 1402 次會議會台字第 11016 號聲請案不受理決定。

令」，但發文主管機關主觀上非在於發布普遍抽象之法規範，亦至為明顯。是系爭函為改制前行政院衛生署對嘉義縣衛生局所為之個案函釋。系爭函不僅於形式上為個案函釋，發文之改制前行政院衛生署亦非基於發布普遍抽象法規範之意思為之，於行文嘉義縣衛生局後，亦未將其公告或納入法令彙編，自亦不屬行政程序法第 159 條所稱之行政規則，其性質本非且亦不相當於大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，應不得以之為違憲審查之客體。

三、對個案函釋為違憲審查之不當

1、違反程序不合實體不論之程序要求

程序不合實體不論，為訴訟法之基本原則。司法院大法官就法規範所為之違憲審查，亦應恪守此一訴訟法基本原則。大審法第 5 條第 3 項即明文規定：「聲請解釋憲法不合前二項規定者，應不受理。」行政機關之個案函釋並非大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，應不得以之為違憲審查之客體。姑不論系爭函於實體上是否違憲，因其僅係個案函釋，而非普遍抽象之法規範，本號解釋多數意見仍據之為違憲審查，即有不當。

2、違反權力分立原則

基於權力分立之法治國家原則，行政法院於行政訴訟中可審查行政之違法行為，司法院大法官於法規違憲審查中，對普遍抽象之行政命令（法規命令、職權命令、行政規則、通案函釋等）可審查其是否抵觸憲法。至於上級機關於行政

內部所為之個案函釋，下級機關於個案中據以作成之行政行為，自亦受行政法院之審判，但該個案函釋不受司法院大法官之違憲審查。此不僅司法院大法官應以有限之司法資源善盡其憲法守護者之職能，亦在於對行政權之尊重。大審法第 5 條第 1 項第 2 款限就法律或命令始得違憲審查之規定意旨，亦在於此。對行政內部之個案函釋亦藉詞為違憲審查，即不符權力分立原則。

3、忽視司法權之內部分工

憲法第 78 條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」憲法第 171 條第 2 項規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」故法律有無牴觸憲法之抽象法規審查，專屬司法院大法官。至於命令是否牴觸憲法或法律，除司法院大法官得為抽象之違憲審查及統一解釋外，各級法院於審理案件中亦得附帶為具體之法規審查，經認定確有牴觸憲法或法律時，得在該個案中拒絕適用。另依司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」行政訴訟法第 178 條之 1 第 1 項規定：「行政法院就其受理事件，對所適用之法律，確信有牴觸憲法之疑義時，得聲請司法院大法官解釋。」經由司法院大法官抽象之法規違憲審查而將該違憲之命令宣告無效或不再適用，以徹底去除之。惟高等法院、地方法院、地方法院行政訴訟庭、高等行政法院法院法官對命令有牴觸憲法之疑義時，並不得聲請大法官為違憲審查。足見對於法規之違憲審查，司法權內部亦有分工之機制。命令之違憲，原則上由各級法院自行審查。至於個案函釋，原

非普遍抽象之法規範，自應由法院於審理之案件中一併審酌，法院及人民皆不得聲請大法院為違憲審查。

4、 虛擬個案函釋為通案函釋而行違憲審查

主管機關所為之個案函釋或表示法律見解之文書不知凡幾，其中莫不表示抽象之法律見解，再據以對個別事件指示或建議應為如何之處置。在此一情形，該個案函釋不因之而成為普遍抽象之法規範。個案函釋雖經確定終局判決所引用，亦不足以使該個案函釋成為大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令。

發布命令，係主管機關之法律行為，須主管機關有發布之意思及行為，所發布者並須具備普遍抽象之規制內涵，始足當之。主管機關就個案所為之函釋，原無發布命令之意思，亦未以公告或納入法令彙編等方式發布，縱經確定終局判決引用，亦無從補充原所未有之發布意思及行為，而可虛擬為普遍抽象之法規範。

主管機關對下級機關所為之個案函釋，雖亦有抽象之法律見解為依據。惟釋憲者不得因之即推論，主管機關必有重覆引申同一法律見解之意思，故該個案函釋之下達即相當於通案函釋之發布。若循此邏輯，則主管機關所有表示法律見解之個案函釋及其他文書，亦皆基於發布命令之意思為之，而皆可為大法官違憲審查之客體。若非如此，則其中有可審查者，有不可審查者，可與不可之客觀界限何在，豈不存於釋憲者之一念，而淪為司法之恣意。

主管機關對下級機關之通案及個案函釋，僅對下級機關有拘束力，對法院及人民均無拘束力。法官在裁判中引用通案或個案函釋，係因該函釋之法律見解，經其審酌與法律無違，可以認同，乃引用該函釋文號及文字內容，以資具體明確，要非受其拘束。原未發布之個案函釋，如得因確定終局判決之引用，而成為普通抽象之法規範，則無異以引用函釋之法官為主管機關發布命令之工具，不知其可也。

要之，個案函釋不可設詞虛擬為通案函釋，使其幻化為大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱之命令，以遂對其為違憲審查之目的。