

釋字第 809 號解釋不同意見書

黃虹霞大法官提出

管理最少的政府不再是最好的政府了嗎？

林紀東前輩大法官 40 多年前，在臺大法律學系課程中教導學生的「服務行政」，還只能是理想嗎？

比例原則應不只是邏輯推演，在我國之具體個案應如何合宜操作？

本件多數意見以本件只涉及人民工作權中，從事工作之方法等執行職業自由之限制，應寬鬆審查；且限制目的係為利主管機關之管理並避免借牌等公共利益，其手段使主管機關管理事權統一，得更有效進行業務檢查等，有助於其目的之達成為理由，認為不動產估價師法第 9 條第 2 項規定（下稱系爭規定）：不動產估價師雖然得全國執業，但僅得在一處設立事務所，禁止設立分事務所等，未抵觸憲法比例原則。本席基於下列理由，無法贊同上開合憲之結論，爰提出本不同意見書：

一、本件解釋仍無法擺脫即仍係立基於官、民對立及行政機關當然有權管理甚至高度管理專門職業技術人員之思維，應非妥當

（一）憲法第 1 條說：民有、民治、民享；本院大門入口牆上高掛「司法為民」。這些不是說：人民是主人嗎？主管機關及其人員不是應該是為服務人民而存在的嗎？林紀東大法官 40 多年前的服務行政說，只是恰如其分地反應憲法第 1 條之意旨而已。我國行憲超過 70 年，服務行政之觀念應該已經深植人心才對！但是現實上，官、民之名稱及概念

均依然對立存在（從遠古封建到現代民主，機關人員有名稱上仍殘留**官字樣者，甚至名稱上不是「官」而觀念上也仍存著是對比於人民的管理者—「官」。）¹行政機關有權管理人民的意念及作法，更是想當然耳，不以為這有錯！不知道那裡錯了！其錯正在於：行政原則上是服務人民，不是管理人民；管理雖然有可能是一種為服務人民目的之手段，但必須是有必要時才得使用，不能是行政便宜目的或手段！

（二）服務行政與管理最少的政府是最好的政府，應互為表裡！一個以服務人民為出發點之政府，必然不會輕言管理人民。

（三）本件解釋竟遽以系爭規定目的在管理，其手段有助於地方行政機關管理事權統一為由，認定系爭規定合憲。本件解釋明顯是立基於官、民對立及行政機關當然有權管理人民之思維。其妥當性應再斟酌。

（四）又不動產估價師為專門職業技術人員之一；在現代民主法治社會，專門職業技術人員之角色定位應如何？一方面，他們不是公務人員，所以是人民。因此，他們也是行政機關及其人員服務之對象。國家對於居於人民地位之專門職業技術人員，本即應該不能輕言管理！另一方面，更何況依憲法第 86 條規定，專門職業技術人員之執業資格，係經國家最高考試機關依法考試銓定，即其執業品質相關之技能已經國家最高考試機關肯認，與一般非專門職業技術人員之人民，其技能未經國家最高考試機關肯認者，迥然有別。

是退而言之，縱肯認行政機關尤其地方機關為維護品質，得管理人民之執業技能，但行政機關對專門職業技術人員之管理自亦應小於、輕於對一般非專門職業技術人員之管理，因為他們的執業技能品質，已經國家最高考試機關依據法律考試銓定。也就是說，對專門職業技術人員之執業品質

¹ 本席為司法、法律工作者，服膺司法為民信念，於就任現有職務之初，即曾公開表明現有職務名稱上有「官」字樣，非妥適。

之管理應該以必要為限，即不但不應以行政機關當然有權管理專門職業技術人員技能品質為出發點，抑且充其量只應對之為極低度之必要管理。

然經查不具專門職業技術人員執業資格之人民，可以獨資、合夥或成立公司經營不動產仲介業務（內含不動產鑑價、定價）或其他未經負面表列之業務（其中必然涉及各種價格之決定），而且不受不能設分事務所、分公司之限制，則系爭規定禁止不動產估價師設立分事務所，自己涉及對專門職業技術人員之高度管理，此等高度管理應非妥適。

二、系爭規定對人民受憲法保障基本權之限制，其目的正當性有疑，手段屬非必要，依憲法第 23 條規定，系爭規定違憲

（一）如前一、所述，本件解釋立基於官、民對立，及行政機關當然有權管理甚至高度管理專門職業技術人員之思維作成，本席以為與服務行政之本旨，及最好政府最少管理之憲法第 1 條民有、民治、民享精神，均不相侔！而且本件涉及對憲法第 86 條規定之專門職業技術人員之執行業務技能品質之高度管理，地方行政機關更不當然有權為之！

（二）又本件涉及為不動產估價師之聲請人受憲法所保障基本權之限制，既為本件解釋所肯認，則依憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，其限制除了必須是為：1、防止妨礙他人自由、2、避免緊急危難、3、維持社會秩序或 4、增進公共利益等目的之一外，其手段須為必要。

然則 1、就系爭規定之目的言：明顯與防止妨礙他人自由、避免緊急危難及維持社會秩序無關；依本件解釋理由稱為追求公共利益之意旨，或許係為增進公共利益之目的。但增進公共利益，明顯與行政便宜有別，不應是為方便行政機關之管理目的，而是應由需不動產估價服務之人民之觀點出

發，判斷系爭規定之設是否比不為系爭規定對人民更有利，才有是否係為增進公共利益可言。

準此，若系爭規定之設未比不為系爭規定對需不動產估價服務之人民有利，則系爭規定自難認其限制目的合憲。查專門職業技術人員與所服務對象間特重信賴關係，需用服務人民通常會自行判斷選擇由自己信賴之不動產估價師提供服務，至該不動產估價師是否在地非必要考量；而且若未禁止不動產估價師設分事務所，則不但可落實不動產估價師法全國執業之立法本意，且在我國之地理幅員、一日生活圈實況下，可由不動產估價師於分事務所就近服務其客戶，而不必由客戶舟車勞頓遠赴其所信賴之不動產估價師設在外地之事務所辦理諮詢委託，如此對人民相對為有利。從而，系爭規定之限制目的已難認合憲，即已應認系爭規定違憲，不必另論其手段！

更何況 2、單就系爭規定所為禁止設立分事務所之手段言：一則不動產估價師法立法以後，所查獲之借牌事例，絕無僅有（已於本院本件說明會中查明）。而且不動產估價師法第 17 條及第 36 條第 3 款，就借牌行為已設禁止及嚴重處罰（停止執行業務或除名）規定，其他專門職業技術人員法也無以禁止設分事務所方式，企圖統一管理事權或防止借牌甚至維護品質之作法。²是系爭規定所示手段亦非當然必要，更非合理。綜上，系爭規定侵害不動產估價師受憲法保障之基本權，其限制牴觸憲法第 23 條比例原則規定，系爭規定違憲。

（三）本件解釋並未推翻本院釋字第 711 號解釋意旨。查藥師同為專門職業技術人員，不動產估價師與藥師相較，就業務之執行言，藥師幾無由不具藥師資格者替代，即更必

² 除了地政士法外，其餘專門職業技術人員法包括技師法、律師法、會計師法、建築師法、專利師法、記帳士法等，俱無禁止設分事務所及對違反者予以懲戒之規定。

須親力親為，³但本院釋字第 711 號解釋就藥師法原第 11 條藥師執業處所以一處為限之類似規定，已於 102 年作成係對藥師執行職業自由形成不必要限制違憲之解釋在案，藥師法第 11 條規定已相應為修法。本件依同一標準，亦不應為合憲之解釋。⁴

本件管理目的，簡言之，係為行政便宜而已，但違反系爭規定者依不動產估價師法第 36 條第 1 款規定，應受警告或申誡懲戒。為行政便宜目的而處罰人民，此豈符比例原則哉？尤其管理事權如何統一、檢查如何有效，這不是有為政府的責任嗎？可以為了管理事權統一而處罰人民嗎？這樣的說詞言之成理嗎？

又本件解釋理由所謂估價所需專業知識與估價標的所在之人文民情有密切關係等語，係強調不動產估價之在地性。然查本件解釋係援引不動產估價技術規則第 3 條及第 4 條規定為依據，但本件解釋既肯認不動產估價師法之立法意旨建立在一處開業全國執業之上，⁵則不動產估價師之執業明

³ 不動產估價師之相當部分核心工作可以由他人替代為之，依內政部 92 年 3 月 31 日台內地字第 0920069720 號函：「查不動產估價師法及相關條文並無禁止不動產估價師執行業務時委由他人申請、調查、整理必要資料之相關規定。不動產估價師法第 19 條第 2 項、不動產估價技術規則第 5 條、第 8 條分別規定『不動產估價師受託辦理估價，應依前項技術規則及中央主管機關之規定製作估價報告書，於簽名後交付委託人。』、『不動產估價師應力求客觀公正，運用邏輯方法及經驗法則，進行調查、勘察、整理、比較、分析及調整等估價工作。』及『不動產估價作業程序如下：...五、整理、比較、分析資料。...』，不動產估價師執行業務時，仍應遵循上開法令之規範。」另建築師、會計師、律師及其他技師亦非所有工作均須親力親為，為公知之事實。

⁴ 在藥師本質上應以一處執業為原則之情形，本院釋字第 711 號解釋仍認原藥師法第 11 條無一處執業例外之規定違憲，而且由其解釋文即知：不是只認原藥師法第 11 條規定僅在「於有重大公益或緊急情況之需要時」，才需設例外規定，而是認「於不違反該條立法目的之情形下」，即應設例外規定。依此不違反立法目的之標準，因不動產估價師法採不動產估價師一處開業全國執業原則，而設分事務所乃一般、普通並常見之執業方式，是系爭規定禁止設分事務所，於事理自有未合。

⁵ 關於不動產估價師一處開業得全國執業乙節在本院本件說明會中與會者一致肯認。

顯不可能強調與上開一處開業全國執業立法本旨相衝突之在地性。再者，不動產估價技術規則只是行政命令而已，其規定不得牴觸不動產估價師法規定及其意旨，包括不動產估價師一處開業全國執業，因此，本件解釋理由以與不動產估價師法即母法意旨不相符合之不動產估價技術規則部分規定，作為系爭規定合憲之依據，有本末倒置之虞，即有邏輯上之謬誤。⁶

三、本件比例原則之操作，似過度依循外國實務所重之邏輯推演

本件比例原則之操作，似過度依循外國實務所重之邏輯推演（只涉及人民工作權中執業方式之限制，應寬鬆審查，目的正當且手段有合理關聯），完全忽略專門職業技術人員特性（憲法第 86 條規定及均經國家最高考試機關考試銓定）、我國地理幅員（一日生活圈，互動頻繁）、不動產評價現實（電子、數位資訊詳實完整、不動產實價登錄施行有年）等，更無視憲法第 23 條明文「所必要者」之規定，本席認為本件解釋背離現實及人民需求，太偏重政府機關之管理，以專門職業技術人員借牌為名，用不合理之手段欲防杜之，本席難以贊同。而且作出本件解釋之價值何在？為立法者及行政機關高度管理專門職業技術人員之立法及行政作為之合理妥當性背書嗎？本席不認同，拒絕附和。

⁶ 除了不動產估價師法中央主管機關代表於本院說明會中，已明言：「從法規觀之，就估價的原理原則，它是一個共通性的技術規則，對於一些案例的參考或是資料的蒐整，其實是可以透過多方來進行蒐集，因此我們認為在地域性的影響應該不大」外，由經由 Google 可以看到每一塊土地、每一棟建築外觀及其鄰近街市等狀況，暨我國不動產實價登錄資料唾手可得之事實，亦可知：就不動產估價言，在地性真的無足輕重！大法官「認事用法」實在應該更接近社會現實一些。另法院強制執行作業亦同，以在地性即在地設事務所為得辦理強制執行標的鑑價之資格條件，是否合於不動產估價師法規定意旨，已有包括不動產估價師法中央主管機關在內之質疑，似亦宜檢討。