

## 釋字第 802 號解釋協同意見書

楊惠欽大法官 提出

蔡宗珍大法官 加入

本號解釋宣告入出國及移民法第 58 條第 2 項（下稱系爭規定一）與憲法第 15 條保障人民工作權、第 22 條契約自由及第 7 條平等權之意旨尚無違背之結論部分，本席敬表同意，但就解釋理由，則尚有不同意見及認應予補充說明之處，爰提出協同意見如下：

### 壹、系爭規定一之規範意旨及所涉基本權部分：

系爭規定一係規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」然同條第 1 項即入出國及移民法（下稱入出國法）第 58 條第 1 項則規定：「跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。」即上述二規定均屬關涉跨國（境）婚姻媒合之禁止性規範，則關於系爭規定一之規範意旨，自有將此二項規定併同觀察之必要，從而亦得據以判斷系爭規定一所涉及之基本權。

觀入出國法第 58 條第 1 項及系爭規定一之規範內容，其等均係針對跨國（境）婚姻媒合，所分別為禁止「為營業項目」及禁止「要求或期約報酬」之規定；而觀此禁止內容，可知其等係分別針對營業項目及一方主動要求或期約報酬之禁止。其中入出國法第 58 條第 1 項規定禁止作為營業項目部分，既言營業項目，則其自係存有營業；然所謂營業，於我國實體法上並無立法定義，學說上亦有廣狹之不同定義

<sup>1</sup>，惟不論係採廣狹之任一定義，均需具備「以反覆繼續之意思為一定行為」之要件，先此敘明。

又上述二規定均僅為禁止行為之規範，尚無關於所規範主體之明文，然入出國法針對違反上述二規定之行為，則於同法第 76 條有為處罰之規定，其內容為：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：一、公司或商號從事跨國（境）婚姻媒合。二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」而將此處罰規定與入出國法第 58 條第 1 項及系爭規定一比對觀察，基於入出國法第 76 條第 1 款明文以公司或商號即一般通稱或認知之營業主體作為規範主體，而第 2 款則未規定行為主體，而僅明文「從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬」即系爭規定一所禁止之行為態樣，可知入出國法第 76 條第 1 款及第 2 款之處罰，係分別針對違反同法第 58 條第 1 項及系爭規定一而為。準此，當得認入出國法第 58 條第 1 項所規範之主體為公司及商號。

查依公司法第 1 條第 1 項規定，所謂公司，係指以營利為目的，依照公司法組織、登記、成立之社團法人。另所謂商號，一般係指不具法人資格之營業主體，而參諸商業登記法第 3 條關於商業，係為「以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業」之定義，暨依同法第 4 條及第 5 條規定，商業原則上固應向所在地主管機關登記，但亦容許每月銷售額未達營業稅起徵點（按，現行為每月新台幣 8 萬元）等小規

---

<sup>1</sup> 最廣義之營業：指以反覆繼續之意思，為一定行為之意；廣義之營業：指以反覆繼續之意思，且以營利為目的而為一定行為之意；狹義之營業：指以反覆繼續之意思，且以營利為目的而供應不特定多數人之需要所為一定行為之意。李惠宗，論營業許可基準之司法審查 - 兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢，第 5 期，頁 228-229。

模商業得免申請登記，可知商業登記法所稱之商業，並不以已登記者為限。從而，入出國法第 76 條第 1 款所規範主體中之公司，定屬經登記者，至於所稱商號，徵諸前所述營業及商業之意涵，暨商業登記法針對商業所為應否登記之管制，應認為並不限於已為商業登記者，尚應包含未為商業登記，但已該當本於營利之目的，事實上係以反覆繼續之意思為一定行為之獨資或合夥事業。

基於上所述入出國法第 76 條第 1 款所規範主體即公司及商號意涵之說明，則同法第 58 條第 1 項：「跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。」之規定，其規範主體，應得認係以公司及獨資、合夥事業（不限已登記者）等型態營業之事業，而所禁止之行為，則為上述事業從事跨國（境）婚姻媒合之營業行為。準此，則於跨國（境）婚姻媒合，已以入出國法第 58 條第 1 項規定為營業行為之原則性全面禁止規範後<sup>2</sup>，再為系爭規定一之行為容許但要求及期約報酬禁止之明文，其目的為何？

本席認為由於有償性之跨國（境）婚姻媒合係易涉及人口販運，及婚姻商品化、物化受媒合人等之爭議，甚或衍生文化融合、婚姻本質受影響等多重社會問題，是於現今社會跨國（境）人口移動頻繁，且管道多樣之情況下，雖有入出國法第 58 條第 1 項之營業禁止規定，但於跨國（境）婚姻媒合係有利可圖之基礎下，實難避免仍存有將立法明文禁止之營業行為，另闢其他管道（例如：化整為零，分散由個人以

---

<sup>2</sup> 入出國法 59 條第 1 項規定：「財團法人及非以營利為目的之社團法人從事跨國（境）婚姻媒合者，應經入出國及移民署許可，並定期陳報媒合業務狀況。」即財團法人及非以營利為目的之社團法人經許可後係得從事跨國（境）婚姻媒合之業務，但其行為主體既為財團法人及非以營利為目的之社團法人，則所從事之行為原則上即非以營利為目的，而難認屬營業行為。

單兵作業方式進行)以資規避之情事。故為避免此等規避情事，俾得有效防杜上述有償性跨國(境)婚姻媒合所衍生問題之目的，乃另以系爭規定一為禁止要求或期約報酬之明文，以資周延；並因非以事業之外形從事跨國(境)之婚姻媒合，通常主管機關係較不容易查獲，是系爭規定一亦有藉此明文，使大眾尤其是受婚姻媒合之雙方當事人，知悉跨國(境)婚姻媒合之報酬(要求或期約)禁止，從而得有助於跨國(境)婚姻媒合之管理之目的。

綜上，系爭規定一核係具有入出國法第 58 條第 1 項補遺規定之意旨，即系爭規定一所規範之主體係入出國法第 58 條第 1 項所規範主體以外之人，包含自然人、財團法人及非以營利為目的之社團法人等非營業主體<sup>3</sup>。另基於入出國法第 58 條第 1 項係規範公司及合夥、獨資商號之事業，本於營利之目的，以反覆繼續之意思從事跨國(境)婚姻媒合為營業項目之營業行為，是依系爭規定一之規範文義及其補遺性質，自得認系爭規定一並不禁止非營業主體以「非」本於反覆繼續之營業意思，進行跨國(境)婚姻媒合之行為，即其所禁止者僅是婚姻媒合(居間)者主動向受媒合當事人要求或與其等約定報酬即居間對價之行為(入出國法施行細則第 32 條參照)，至於受媒合當事人主動對居間媒合者給付謝禮(或稱紅包禮)，則非系爭規定一所禁止之範圍。準此可知，立法者透過系爭規定一所要限制者，乃跨國(境)婚姻媒合者向受媒合當事人要求或與其等約定報酬之契約自由，故系

---

<sup>3</sup> 入出國法 59 條第 1 項雖容許財團法人及非以營利為目的之社團法人經許可後從事跨國(境)婚姻媒合之業務，但此等經許可之非營利性法人或未經許可(許可經撤銷、廢止)之非營利性法人，若有就跨國(境)婚姻媒合行為要求或期約報酬情事，基於其非屬營業之本質，亦應認屬系爭規定一規範範疇。至於入出國法 78 條第 2 款所規範者，則不及於報酬之要求或期約。故系爭規定一之規範主體，雖主要為自然人，但不排除財團法人或非以營利為目的之社團法人。

爭規定一所限制之基本權，主要者應是契約自由。

惟因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 15 條工作權保障之範疇（本院釋字第 658 號解釋參照）；並基於系爭規定一所具如上述補遺之立法目的，即為避免原從事或欲從事跨國（境）婚姻媒合者（入出國法第 61 條參照）<sup>4</sup>轉入地下，藉由化整為零等方式仍從事有償之跨國（境）婚姻媒合之目的，系爭規定一所為行為容許而報酬禁止之立法，即不得要求或期約報酬，亦含有禁止以收取報酬方式從事跨國（境）婚姻居間為業之意旨，而可認事實上係對為跨國（境）婚姻居間之行為者，從事職業方式之職業自由為限制，而涉及憲法第 15 條所規定工作權之限制，並因其限制並未至產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制（本院釋字第 738 號解釋及本號解釋理由第 6 段參照）。系爭規定一既與職業自由並非毫無關聯，故本席尚可贊同多數意見所稱系爭規定一限制之基本權係包含憲法第 15 條規定之工作權，且此等基本權限制是否合於比例原則，係為寬鬆審查；惟所建構之理由，則與多數意見未盡相同。

另為利對系爭規定一與相關規定之瞭解，爰將此等規定之規範主體、規範行為及報酬等規範，列表如下，以供參考。

---

<sup>4</sup> 入出國法第 61 條規定：「中華民國 95 年 9 月 26 日前合法設立且營業項目有婚姻媒合業登記之公司或商號，自中華民國 96 年 11 月 30 日修正之條文施行屆滿 1 年之日起，不得再從事跨國（境）婚姻媒合。」可知，法令原係容許跨國（境）婚姻媒合之營業。

系爭規定一與相關法規比較表

法規依據		入出國及移民法 <sup>5</sup>			民法 <sup>6</sup>
條項		58 I	58 II (系爭規定一)	59	573
受規範之主體		事業 (營利) <sup>7</sup>	非營業主體 <sup>8</sup>	財團法人及非以營利為目的之社團法人	全部
受規範之行為	營業行為	×	無涉	×, 經許可可為業務	○
	非營業行為	無涉	○	○	○
得否要求或期約報酬		×	×	×, 但得收取經核准之費用	○
有無報酬請求權		×	×	×, 但得請求經核准之費用	×

【標號說明】 (1) 標號×：禁止該行為 / 無請求權 (2) 標號○：允許

<sup>5</sup> 入出國及移民法第 58 條規定：「(第 1 項) 跨國 (境) 婚姻媒合不得為營業項目。(第 2 項) 跨國 (境) 婚姻媒合不得要求或期約報酬。(第 3 項) 任何人不得於廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或以其他使公眾得知之方法，散布、播送或刊登跨國 (境) 婚姻媒合廣告。」第 59 條規定：「(第 1 項) 財團法人及非以營利為目的之社團法人從事跨國 (境) 婚姻媒合者，應經入出國及移民署許可，並定期陳報媒合業務狀況。(第 2 項) 前項法人應保存媒合業務資料 5 年，對於入出國及移民署之檢查，不得規避、妨礙或拒絕。(第 3 項) 第 1 項許可之申請要件、程序、審核期限、撤銷與廢止許可、業務檢查、督導管理及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

<sup>6</sup> 民法第 573 條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」

<sup>7</sup> 詳參本意見書壹之第 2 段至第 4 段說明。

<sup>8</sup> 詳參本意見書壹之第 7 段說明。

## 貳、聲請意旨關於平等原則部分：

本號解釋就系爭規定一是否違反憲法第7條保障人民平等權之意旨，係基於系爭規定一以媒合是否涉及跨國（境）婚姻為分類，對跨國（境）婚姻媒合給予相對不利之差別待遇，進行審查。而若按本號解釋聲請意旨，其主張系爭規定一違憲，除為違反比例原則之指摘外，尚援引民法第573條規定，爭執系爭規定一違反平等原則。觀上述比較表，系爭規定一所規範者係跨國（境）婚姻媒合，至民法第573條則規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」即二者雖均屬關於婚姻居間媒合之規定，然基於入出國法係屬統籌入出國管理，確保國家安全、保障人權，規範移民事務，落實移民輔導（入出國法第1條參照）之特別法，是涉及入出國管理及移民事務之跨國（境）婚姻媒合即應優先適用包含系爭規定一之入出國法相關規定。從而，相對於上述比較表臚列之入出國法第58條第1項、第2項及第59條所規範事項，應認民法第573條所規範者，僅於非跨國（境）婚姻居間有其適用，先此敘明。

又不同法體系之規範事物，原則上應不具可相提並論性。查系爭規定一與民法第573條規定，分屬不同法體系之規範，且如上所述，其等所規範者，一為跨國（境）之婚姻媒合（居間），另一則為非跨國（境）之婚姻居間，並各有不同之規範目的，尚難認係就相同事物為差別待遇，而須據以就系爭規定一進行是否違反平等原則之審查，亦附此敘明。

