

2 0 2 0

讀家補習班

司律二試
重點整理

憲法

- 鍾禾 -

壹、真的，不是假的 ——「假訊息」管制相關議題

一、因應「假訊息」的修法策略與作為¹

在「後真相²」(post-truth)年代，每個人消化資訊能量有限，往往選擇其所相信的去接收，助長假新聞的溫床。「大數據與演算法」分析用戶偏好、主動推送用戶習於接收的資訊，增加假新聞的傳播機率。網頁「點擊率」的商業價值取代過往散佈假訊息的「政治動機」，廣告收益的誘惑更增加了發布假新聞的動機。而社群媒體「匿名」的特性，降低發布假新聞的成本，迅速且實效的監督機制難以發揮。因此在現代，如何對「假訊息」進行管制成為更重要的課題。

(一)假訊息的定義與四個面向

行政院以「惡、假、害」三要素定義假新聞，各國學界³亦努力為假新聞定義。然而如何定義「真實/不真實」、「蓄意」杜撰、是否為「誤導」等要件，仍然具有高度不確定性。若假新聞之定義讓受規範者欠缺預見性，可能產生「言論自禁」(self-censorship)、寒蟬效應的情況產生。

1. 惡 (故意、意圖):「故意」
2. 假 (捏造、虛構):「散播……之謠言或不實訊息」
3. 害 (損害、危害):「足生損害於公眾或他人者」

1 以下整理字，羅秉成(2019.9)，〈假訊息之規範途徑及其爭議〉，研討會報告內容；黃銘輝(2019.9)，〈假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由〉，《月旦法學雜誌》，292期，頁5-29。

2 客觀事實對於形塑公共論壇的影響力，不如訴諸個人的情感與信念。

3 具律師身分的英國衛報網路編輯Paul Chadwick對假新聞之定義，可以簡略整理成以下6點：

- (1) 虛構、不真實的內容：與大部分事實，少部分比例的誇大、渲染作區別。
- (2) 杜撰：人為憑空捏造。
- (3) 蓄意：「有目的」的產物，非不小心的新聞報導瑕疵。
- (4) 以紀實的手法呈現：表意人散布假新聞是一種有計畫的算計、預謀。
- (5) 誤導：捏造假新聞目的的嚴重性，與具有娛樂效果的嘲諷戲謔作品作區別。
- (6) 令閱聽者將虛構誤認為事實：從後果考察，是否造成是非不分的結果。

	識假 識別 / 辨認 (警覺揪害)	破假 查核 / 釐清 (澄清汙染)	抑假 抑制 / 移除 (阻卻散播)	懲假 規管 / 究責 (溯源清理)
目標	提升公民識讀素養、養成獨立判斷能力	提升澄清機制效率、推廣第三方查核機制	強化媒體平台協力的、有效抑制危害擴散	追究違法責任、公正獨立司法審查
原則	透明、公開、信賴	即時、正確、有效	法治與科技並重	安全與人權兼顧

(二) 管制網路假新聞的合憲性審查

1. 虛假事實表述是否受到憲法保障？：肯定見解

在 2012 年美國聯邦最高法院 *United States v. Alvarez* 案中，Breyer 大法官提出、Kagan 大法官加入的協同意見書，提到①法院從未聲稱「錯誤事實陳述」完全不受憲法第一增補條款保障，且②「虛偽事實陳述」仍具有一定社會功能，例如：避免尷尬、保護隱私、防止偏見等。就「我國法」而言，對基本權保護領域多採從寬見解，讓各種行為、法益能進到基本權利的保護網，故「錯誤的事實陳述」，亦屬言論自由的行使。

2. 應採取何種審查標準：中度審查標準

(1) 美國法

多數意見中，有認為 (Kennedy) 針對內容的管制，為了避免給予政府廣泛言論檢查權力，應採「嚴格審查標準」；另有認為 (Breyer、Kagan)，當事人自我標榜受勳的行為，無涉哲學、宗教、歷史等高價值言論，屬低價值言論，但仍然屬於針對言論內容的限制，故採「中度審查標準」。

(2) 我國法

考慮到虛假陳述除不真實外，尚有可能確實造成可認知的損害（例如名譽），基於基本權「保護義務功能」，應容忍政府為了法益保護有其管制權限，故採取中度審查標準。

3. 實質合憲性：比例原則的審查

採「言論自由市場理論」能否作為侵害更小的手段，而達成管制假訊息之目的，學者持否定見解，理由如下：

(1) 言論自由市場理論成立的前提

觀念自由市場建構在兩個前提上：①市場的參與者真心想要找尋出真相；②真相現實上可以被發現與被證明。

(2) 言論自由市場理論不具相同有效性

在「後真相年代」，人們找尋真相的能力，網路假新聞偽裝成合法新聞來源，增加民眾認知判斷的困難降低每個人心中所謂的「真相」，受個人信念、情感左右遠甚於客觀理性事實。且現代社會中，社會大眾可接受訊息量已超過

可以有效處理的能力範圍。

(三) 現階段可行的管制策略

1. 積極充實網路資訊的「事實查核制度」

Facebook 在 2016 年總統大選後，引入「**第三方事實查核機制**」，根據**第三方查核機構**的調查結果，標記爭議訊息提醒用戶注意外，配合演算法調整文章在動態中的順位。透過「**釋放資訊**」的方式，未直接抑制言論的表述，故無預判違憲的必要。

2. 適度強化平台業者的法律責任：經銷者責任

比起「出版者責任」，「**經銷者責任**」更為適切的管制方式。平台業者雖無檢查用戶的言論有無不法的義務，但一旦知悉有不法情事卻任其流傳，即應負責。而因為假新聞有要件模糊、濫行檢舉、容易延伸散播的原因，「**通知——標記**」的模式，可能會比著作權法採「**通知——移除**」更有助於澄清視聽⁴。

二、我國行為人責任（懲假）之相關規定

修正條文	修正內容
災害防救法	明知為有關災害之不實訊息而為第三十條第一項之通報者，科新臺幣三十萬元以上五十萬元以下罰金。 犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
	散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。
	犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。
糧食管理法	任何人不得故意散播影響市場糧食交易價格或主管機關執行糧食產銷、收購公糧計畫之謠言或不實訊息，足生損害農民收益或消費者權益者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。
農產品市場交易法	任何人不得故意散播影響農產品交易價格之謠言或不實訊息，足生損害農產品運銷秩序者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。

4 在「抑假」平台責任部分，我國數為通訊傳播法草案採「通知—移除」的立法模式，但人民仍可以透過司法救濟的方式回復原本發文內容，但黃銘輝老師這邊另外論及「通知——標記」的方式，告訴閱聽者這個訊息「可能為」假訊息，是否會是一個侵害更小手段？能否具有相同有效性？是各位同學可以思考並討論的問題。

傳染病防治法	散播有關傳染病流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，科新臺幣三百萬元以下罰金。
	利用傳播媒體發表傳染病流行疫情或中央流行疫情指揮中心成立期間防治措施之相關訊息，有錯誤、不實，致嚴重影響整體防疫利益或有影響之虞，經主管機關通知其更正者，應立即更正。違反者，處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰。
食品安全衛生管理法	散播有關食品安全之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。
核子事故緊急應變法	尚未修法

三、中介者責任（抑假）

在「懲假」方面，行為人作為散播假訊息的主體，應受處罰較無疑問。惟中介者（平台，例如：Facebook、Twitter 等）是否要為他人之「假訊息」言論負責，則有討論空間⁵。以下簡要整理：

（一）否定說

1. 中介者非內容提供者，僅提供中立的公共平台
2. 中介者不該決定何為真實，對使用者的言論不負審查責任
3. 支持「言論自由市場」理論（比例原則：侵害更小的手段）

（二）肯定說

1. 數位平台的編輯責任 —— 演算法

社群網站透過演算法或其他機制，決定使用者看的到甚麼、看不到什麼，使得他們不再是單純中立的平台，而是介於平台與出版者之間的特殊存在。

2. 與傳統媒體間的責任衡平

為了使媒體與平台業者之間有公平競爭的環境，社群媒體應負假訊息傳播的責任，政府並應促進社群媒體平台運算機制的透明性。

（三）我國修法方向：《數位通訊傳播法》草案⁶

1. 媒體與中介平台的協力義務

查核與釐清假訊息的進度恐怕遠遠跟不上假訊息傳播的速度，故有必要採行迅速攔截、阻卻假訊息傳播的機制，以避免危害的擴大。透過《數位通訊傳播法》草案，建立平台之責任。

5 在最近的研究所考試當中，主要僅對「懲假」規定有命題紀錄，但「抑假」則尚未有命題紀錄。在國考上，還是要先掌握如何對「懲假」規定作憲法審查，行有餘力再來了解「抑假」規定（平台責任）。

6 外國法亦有相關法制，如：德國《社群網路強化執行法》（NetzDG）、韓國《促進資通訊網路使用與資料保護法》、法國《反資訊操縱法》、紐西蘭《危害性數位通訊規制法》。我國公職、總統選罷法中之「緊急限制刊播令」制度即參考法國法制。

2. 著重於「私權爭議」的保護（§ 17）

《數位通訊傳播法》著重於民事責任關係，使平台在盡到義務後免除相關民事責任，採保護「私權」的模式⁷。

貳、全球人民來一碗熱乾麵！：COVID-19 新冠（武漢）肺炎

一、新冠肺炎可能產生的憲法問題

(一) 初期

1. 中國留學生返台須強制隔離
2. 台商包機返台
3. 台商陸配要求包機返台
4. 你這個狗官！禁止口罩出口、買賣管制

(二) 後期

1. 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條、第 16 條
2. 地方政府對高中職以下教職員發布出國禁令
3. 指揮中心希望停止媽祖繞境之活動
4. 集中隔離、居家隔離、居家檢疫、自主健康管理之區別
5. 受隔離、檢疫者和其照顧者防疫補償
6. 發布緊急命令之必要性
7. 流行疫情指揮中心指揮官與行政院院長之關係
8. 行政院三倍券
9. 居家檢疫或隔離者，能否參與國家選舉的投票活動

二、新冠肺炎相關法制

(一) 居家隔離與居家檢疫

1. 居家隔離

- (1) 法源依據：傳染病防治法第 5 條第 1 項 2 款第 2 目、第 48 條
- (2) 裁罰規定：傳染病防治法第 67 條第 1 項第 4 款

2. 居家檢疫

- (1) 法源依據：傳染病防治法第 58 條第 1 項第 4 款
- (2) 裁罰規定：傳染病防治法第 69 條第 1 項第 1 款

(二) 傳染病防治法：中央流行疫情指揮中心

傳染病防治法第 9、17、37、52-56、61、71 條⁸

7 ※ 處理模式

平台通知涉有侵權之使用者→平台於適當期間內保存移除內容→使用者認為無侵權，得要求回復處置內容→平台接獲前述通知後，應立即通知權利人→權利人應於接獲通知後，10 個工作日內提出訴訟證明→未提出訴訟、裁定駁回、敗訴確定，平台即應回復使用者之內容

8 傳染病防治法第 61 條

中央流行疫情指揮中心成立期間，對主管機關已開始徵用之防疫物資，有囤積居奇或哄抬物價之行為且情節重大者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

1. 嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例

(1) 防疫補償 (§ 3)

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 3 條第 1 項

各級衛生主管機關認定應接受居家隔離、居家檢疫、集中隔離或集中檢疫者，及為照顧生活不能自理之受隔離者、檢疫者而請假或無法從事工作之家屬，經衛生主管機關認定接受隔離者、檢疫者未違反隔離或檢疫相關規定，就接受隔離或檢疫之日起至結束之日止期間，得申請防疫補償。但有支領薪資或依其他法令規定性質相同之補助者，不得重複領取。

(2) 實施必要之應變處或措施 (§ 7、§ 16)

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條

中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 16 條

有下列情形之一者，由中央目的事業主管機關、直轄市、縣（市）政府處新臺幣五萬元以上一百萬元以下罰鍰：

- 一、違反第三條第三項規定。
- 二、拒絕、規避或妨礙各級政府機關依第五條第一項所為之徵用或調用。
- 三、違反中央流行疫情指揮中心指揮官依第七條規定實施之應變處置或施。

(3) 違反隔離或檢疫命令公布個人資料等措施 (§ 8)

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 8 條

I 於防疫期間，受隔離或檢疫而有違反隔離或檢疫命令或有違反之虞者，中央流行疫情指揮中心指揮官得指示對其實施錄影、攝影、公布其個人資料或為其他必要之防治控制措施或處置。

II 為避免疫情擴散，對確診罹患嚴重特殊傳染性肺炎病人，亦同。

III 前二項個人資料，於疫情結束應依個人資料保護相關法規處理。

(4) 營運困難之產業、事業等紓困、補貼、振興措施 (§ 9)

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 9 條

I 受嚴重特殊傳染性肺炎影響而發生營運困難之產業、事業、醫療（事）機構及相關從業人員，得由目的事業主管機關予以紓困、補貼、振興措施及對其員工提供必要之協助。

II 醫療機構因配合中央流行疫情指揮中心防疫需要而停診者，政府應予適當補償。

III 前二項之產業、事業、醫療（事）機構之認定、紓困、補貼、補償、振興措施之項目、基準、金額及其他相關事項之辦法，由各中央目的事業主管機關擬訂，報行政院核定。

(5) 播放防疫廣告 (§ 10)

(6) 假訊息處罰 (§ 14)

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 14 條

散播有關嚴重特殊傳染性肺炎流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三百萬元以下罰金。

(7)違反居家隔離、檢疫者，提高處罰（§15）

嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 15 條

I 違反各級衛生主管機關依傳染病防治法第四十八條第一項規定所為之隔離措施者，處新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰鍰。

II 違反各級衛生主管機關依傳染病防治法第五十八條第一項第四款規定所為之檢疫措施者，處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰。

※ 常誤會的四種防疫措施

	集中隔離	居家隔離	居家檢疫	自主健康管理
意義	第一類傳染病人，應於指定處所施行隔離治療；第二、三類於必要時為之（§44）	與「確定染病個案」有一定程度接觸者	所有入境民眾	①經通報個案但呈陰性 ②經特別通知對象（人潮眾多觀光景點）
限制	不得任意離開	14 天內都不可外出	14 天內都不可外出	14 天自我監控身體狀況，每日量體溫仍可外出，但須配戴口罩
罰則	最高罰款 100 萬元（特別條例）	最高罰款 100 萬元，且不得領取防疫補償金（特別條例）	最高罰款 100 萬元，且不得領取防疫補償金（特別條例）	無

三、爭點：嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條

(一) 認為違憲之可能見解

1. 法律明確性原則
2. 法律保留原則：授權明確性

(二) 認為合憲之可能見解⁹

1. 與其他法規合併觀察，不違反法律明確性原則

→ Step1. 抽象法規範的正當性審查

(1)傳染病防治法第 7 條與嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條若個別觀察，的確略顯單薄；但理解前述兩條規定時，須留意此二規定與相關法規的其他防疫措施合併觀察。

9 參考自，林三欽老師 2020 年 3 月 20 日個人 facebook 發布之網誌《我國防疫措施法規範是否過於空洞而有違憲之虞》。

(2)我國對於疫情防治措施的規範，並非只有上述兩條，尚有其他較具體的規範，例如：傳染病防治法第四章「防疫措施」(35-37)、第五章「檢疫措施」(58-60)；合併觀察其他規範後，可以認為這二條概括規定，僅為常見的「例示／概括規定」中的「概括部分」。

2. 具體措施的合憲性審查

→ Step2. 依照本條規定作成之「措施」，是否符合比例原則等

(1)概括條款的立法模式並非完全賦予行政機關全然的自由執法空間，行政機關在援用概括條款所作成的每個措施，除須於例示規定相當外，更應符合比例原則、正當合理關聯性等。

(2)面對疫情，不可能預先知道疫情的風險、可能的防治措施，故多數國家皆採取「例示／概括授權」之立法模式。概括規定在立法技術上有其正當性，但宜參照國外立法例，新增「僅得於傳染病擴散的必要範圍內採行」，可以避免行政機關濫權。

參、回首來時路：人身自由與釋字第 690 號解釋

一、憲法第 8 條人身自由的基本概念

在新冠（武漢）肺炎爆發後，針對 SARS 作成之「釋字第 690 號解釋」極有可能在司律考試中舊題新解，要求考生們重新檢討本號解釋作成之合憲性，以下整理一下人身自由與釋字第 690 號解釋的相關爭點：

(一)人身自由內涵

人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第 8 條對人民身體自由之保障，特詳加規定。

（釋字第 384、567、710 號解釋參照）

(二)憲法第 8 條的重要用詞

1. 司法機關：包含檢察機關（J392）

2. 警察機關：指「功能」意義上的警察機關，含行政執行機關（J588）

3. 法院：訴訟法上之法院，須由獨立審判之法官所構成（J392）

4. 拘禁：一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所（J588），因此包含「管收」、「強制隔離處分」、「收容」。

5. 依法定程序：實質正當法律程序

(三)人身自由的審查密度

1. 涉及刑罰的人身自由限制：提高密度（↑）

◎人身自由之審查密度：刑罰、罪刑相當原則（比例原則）

人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號、第 669 號及第 775 號解釋參照），尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，

始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。
 (釋字第 775、777 號、790 號解釋參照)。

2. 區分刑事(↑)或非刑事被告(↓)

◎人身自由之審查密度：刑事或非刑事被告

惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。(釋字第 588、708、710 號解釋參照)。

3. 釋字第 690 號：照護性人身自由與功能最適理論(↓)

◎人身自由之審查密度：照護性人身自由與功能最適理論

強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，已如前述，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。…是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。另就法制面而言，該管主管機關作成前述處分時，亦應依行政程序法及其他法律所規定之相關程序而為之。受令遷入指定之處所強制隔離者如不服該管主管機關之處分，仍得依行政爭訟程序訴求救濟。是系爭規定之強制隔離處置雖非由法院決定，與憲法第八條正當法律程序保障人民身體自由之意旨尚無違背。(釋字第 690 號解釋參照)

(四)人身自由的審查：先「正當法律程序」後「比例原則」

在「人身自由」的審查上，憲法第 8 條的正當法律程序審查，會比憲法第 23 條的比例原則更為重要，理由是：憲法第 8 條為「憲法保留」要求，已等同於「人身自由的內涵」¹⁰。

10 此可觀許宗力老師以下此段論述：極端例外情形，基本權限制也有可能與基本權侵害等義。此極端例外指的是所謂「憲法保留」的情形。一般而言，倘憲法就特定基本權保護內容已自為明確規定，可據以推測憲法已無另外允許立法者以憲法第二十三條為理由作進一步限制之意，即表示該基本權內容具「憲法保留效力」，也就是屬憲法保留尤其自行規定的事務，不容立法者再行以法律染指、設限。…可以第八條人身自由之保障為代表。其具憲法保留效力，從其明確不過的組織與程序規定，即知之甚稔。大法官釋字第一六六號解釋、二五一號解釋，不審查基本權的限制是否符合憲法第二十三條的要件…當係由於對第八條人身自由的憲法保留效力有所認識的緣故。參考自，許宗力(2003)，〈基本權的保障與限制(上)〉，《月旦法學教室》，11期，頁69。

二、爭點：「強制隔離」措施是否應適用 8 條 2 項「法官保留」

強制隔離治療將傳染病人隔絕於特定醫院之中，施以強制治療，核屬以強制力將人之身體自由予以拘束，或拘束人身之自由，使其難於脫離一定之空間，構成人民身體自由之剝奪。（保護領域確認）

然而，主管機關依舊傳染病防治法第 35 條執行強制隔離治療皆未先「事前」取得法院令狀，是否符合憲法第 8 條人身自由保障之意旨？

（一）否定見解：無庸事前法官保留¹¹

1. 憲法第 8 條文義及體系解釋

憲法第 8 條第 2、3 項乃針對「有犯罪嫌疑」人民，始有法官保留原則的適用；若為不具有犯罪嫌疑之人民，則應適用第 4 項規定。因此剝奪人身自由機關（作成強制隔離處分之機關）無須主動在 24 小時內將逮捕拘禁者交由法院裁判。

2. 比較法解釋

德國基本法嚴格的「法官保留」模式（§ 104II），並非普遍原則，在我國憲法未有如德國基本法之明文規定時，我國憲法不能只根據德國基本法演繹。

3. 後果考察解釋

解釋憲法必須考量解釋的實踐可能性與利弊得失，如果強制隔離命令須經嚴格法官保留，面對大規模的感染與恐慌，恐怕窒礙難行。憲法第 8 條第 4 項的即時請求司法救濟，透過無須經訴願程序的方式，已足以制衡行政機關的可能濫權。

4. 歷來對「非刑事被告」的司法院解釋

釋字第 588 號解釋肯認就刑事被告、非刑事被告本質上之差異，踐行不同之正當法律程序。

（二）肯定說：應有「事前法官保留」¹²

李建良老師認為，憲法第 8 條所揭示的「法官保留原則」，應適用於所有剝奪人身自由的措施，不問其名稱、目的、方式或時間久暫，皆應由獨立審判之司法機關（法院）依法定程序予以審查決定之。

因此，憲法第 8 條第 2 項之保障雖然以「因犯罪嫌疑」作為適用前提，但強制隔離措施仍應符合本項規範意旨，主管機關應在隔離措施作成後，合理期間內移送該管法院審問。另外，亦應書面告知本人指定之親友。（行程法 951 但、行程法 102、103 但）

（編者：注意，原則上憲法第 8 條第 2、3 項為「刑事被告」人身自由的保障，但李建良老師認為強制隔離措施應比照憲法第 8 條第 2 項）

11 陳英鈺（2009），〈隔離防疫與法官保留〉，《月旦法學教室》，82 期，頁 8-9。

12 李建良（2003），〈論人身自由之憲法保障——兼談 SARS 防疫措施之合憲性〉，《思與言》，41 卷 4 期，頁 111-143。

三、司法院釋字第 690 號解釋

解釋爭點

91.1.30 傳染病防治法第 37 條第 1 項所定「必要之處置」包含強制隔離在內，違憲？

解釋文

中華民國九十一年一月三十日修正公布之傳染病防治法第三十七條第一項規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」關於必要之處置應包含強制隔離在內之部分，對人身自由之限制，尚不違反法律明確性原則，亦未抵觸憲法第二十三條之比例原則，與憲法第八條依正當法律程序之意旨尚無違背。

曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。

解釋爭點

人民身體之自由應予保障，為憲法第八條所明定。惟國家以法律明確規定限制人民之身體自由者，倘與憲法第二十三條之比例原則無違，並踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，即難謂其抵觸憲法第八條之規定（本院釋字第 60 二號及第六七七號解釋參照）。而於人身自由之限制達到剝奪之情形，則應按其實際剝奪之方式、目的與造成之影響，在審查上定相當之標準（本院釋字第三九二號、第五八八號、第六三六號及第六六四號解釋參照）。

→人身自由（基本權）內涵、憲法第 23 條比例原則、憲法第 8 條憲法保留、審查密度的採擇

鑒於各種傳染病之發生、傳染及蔓延，危害人民生命與身體之健康，政府自應採行適當之防治措施以為因應。為杜絕傳染病之傳染及蔓延，九十一年一月三十日修正公布之傳染病防治法（下稱舊傳染病防治法）第三十七條第一項規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」（下稱系爭規定）。所謂必要之處置，係指為控制各種不同法定、指定傳染病之傳染及蔓延所施行之必要防疫處置，而不以系爭規定所例示之留驗、令遷入指定之處所檢查及施行預防接種為限。九十二年五月二日制定公布溯自同年三月一日施行之嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例（已於九十三年十二月三十一日廢止）第五條第一項明定：「各級政府機關為防疫工作之迅速有效執行，得指定特定防疫區域實施管制；必要時，並得強制隔離、撤離居民或實施各項防疫措施。」可認立法者有意以此

措施性法律溯及補強舊傳染病防治法，明認強制隔離屬系爭規定之必要處置。又行政院衛生署九十二年五月八日衛署法字第0九二一七000二二號公告之「政府所為嚴重急性呼吸道症候群防疫措施之法源依據」，亦明示系爭規定所謂必要處置之防疫措施，包括集中隔離。而強制隔離使人民在一定期間內負有停留於一定處所，不與外人接觸之義務，否則應受一定之制裁，已屬人身自由之剝奪。

→保護領域的確認：必要之處置中的「強制隔離」，屬人身自由的限制

法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第四三二號、第五二一號、第五九四號及第六〇二號解釋參照）。

→形式合憲性：法律明確性原則的內涵

又依憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，固應受較為嚴格之審查（本院釋字第六三六號解釋參照），惟強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。

→明確性原則的「審查密度」：升高又降低，採一般標準

又系爭規定雖未將強制隔離予以明文例示，惟系爭規定已有令遷入指定處所之明文，則將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者令遷入一定處所，使其不能與外界接觸之強制隔離，係屬系爭規定之必要處置，自法條文義及立法目的，並非受法律規範之人民所不能預見，亦可憑社會通念加以判斷，並得經司法審查予以確認，與法律明確性原則尚無違背。

→符合法律明確性原則

系爭規定必要處置所包含之強制隔離，旨在使主管機關得將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者留置於指定之處所，使與外界隔離，並進而為必要之檢查、治療等處置，以阻絕傳染病之傳染蔓延，維護國民生命與身體健康，其立法目的洵屬正當。

→目的正當性審查，符合

雖強制隔離將使受隔離者人身自由遭受剝奪，其是否違反比例原則，仍應採嚴格標準予以審查。惟系爭規定之強制隔離，其目的並非直接出於拘束上開受隔離者之人身自由，而面對新型傳染病之突然爆發，或各種法定、指定傳染病之快速蔓延，已（或將）造成全國各地多人受感染死亡或重大傷害之嚴重疫情（例如九十

二年三月間爆發之嚴重急性呼吸道症候群，Severe Acute Respiratory Syndrome，以下簡稱 SARS)，為阻絕疫情之蔓延，使疫情迅速獲得控制，降低社會之恐懼不安等重大公共利益，將曾與傳染病人接觸或疑似被傳染者令遷入指定之處所施行適當期間之必要強制隔離處置，進而予以觀察、檢查、預防接種及治療，除可維護受隔離者個人之生命與身體健康外，且因無其他侵害較小之方法，自屬必要且有效控制疫情之手段。

→「強制隔離措施」，審查密度：寬鬆、符合比例原則之適當性、必要性

又雖系爭規定並未就強制隔離之期間詳為規定，惟必要處置期間之長短，事涉傳染病之病源、傳染途徑、潛伏期及其傷害之嚴重性，自應由該管主管機關衡酌各種情況，並參酌世界衛生組織（World Health Organization，WHO）之意見而為符合比例原則之決定（以前述 SARS 疫情為例，該管主管機關臺北市政府於衡量當時世界各國對該疫情尚無處理之經驗、醫界處理之方法亦無定論，及該疫情已造成國內外民眾嚴重之傷亡等情況，暨參酌世界衛生組織之意見，因而決定受隔離處分者之隔離期間為十四日，見臺北市政府衛生局一〇〇年一月十八日北市衛疾字第〇九九四五六八六四〇〇號函）。且自人身自由所受侵害角度觀之，系爭規定必要處置所包含之強制隔離，雖使受隔離者人身自由受剝奪，但除可維護其生命與身體健康外，並無如拘禁處分對受拘禁者人格權之重大影響。綜上，強制隔離乃為保護重大公益所採之合理必要手段，對受隔離者尚未造成過度之負擔，並未抵觸憲法第二十三條之比例原則。

→「強制隔離期間」：符合比例原則

人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第六三九號解釋參照）。強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，已如前述，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。

→進入憲法第 8 條正當法律程序的審查

強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。傳染病防治之中央主管機關須訂定傳染病防治政策及計畫，包括預防接種、傳染病預防、疫情監視、通報、調查、檢驗、處理及訓練等措施；地方主管機關須依據中央主管機關訂定之傳染病防治政策、計畫及轄區特殊防疫需要，擬訂執行計畫，

並付諸實施（舊傳染病防治法第四條第一項第一款第一目、第二款第一目規定參照）。①是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。另就法制面而言，②該管主管機關作成前述處分時，亦應依行政程序法及其他法律所規定之相關程序而為之。③受令遷入指定之處所強制隔離者如不服該管主管機關之處分，仍得依行政爭訟程序訴求救濟。是系爭規定之強制隔離處置雖非由法院決定，與憲法第八條正當法律程序保障人民身體自由之意旨尚無違背。

→多數意見認為，事中、事後正當法律程序，已足以保障人身自由

系爭規定未就強制隔離之期間予以規範，及非由法院決定施行強制隔離處置，固不影響其合憲性，惟曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。

至聲請人認舊傳染病防治法第十一條、第二十四條第一項第二款、第三十四條第一項，違反憲法第八條、第二十三條規定，聲請解釋憲法部分，均係以個人主觀見解爭執法院認事用法之當否，並未具體指摘該等規定於客觀上究有何抵觸憲法之處，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。

肆、你好大我好怕！：立法委員聲請釋憲要件

一、爭點：「三分之一」是否限於少數黨或反對法案之立法委員？

(一) 否定說

大審法僅要求「三分之一」以上立法委員，未有明文規定須限於「少數黨或反對該法案」立委聲請釋憲，且抽象法規審查目的在於「啟動」違憲審查機制，本質上違憲審查非立法委員本身的憲法上權利，儘管法案表決後反悔，亦不受到限制。

(二) 肯定說

1. 保障少數之意旨

大審法第 5 條第 1 項第 3 款目的係為了保障立法院中的少數立委，用以維護憲法秩序，故只有對該法案持反對意見者始具有當事人適格。

2. 責任政治之要求

若允許立委支持並通過該法律後，得聲請違憲審查，有違禁反言原則，且有混淆選民視聽監督之嫌。

(三) 折衷說 (許宗力老師)

基於「禁反言原則」¹³，原則上應採肯定說，惟在以下二例外情形，仍應計入三分之一以上立法委員之連署人數：

1. 已提出修正案，並修法未果

當初投下贊成票之立委除改變見解外，並積極提出法律修正案後，仍修法未果，即應認為具有提起釋憲之當事人適格。

2. 欲提起釋憲之既存法律，非現任立法委員通過

若既存之法律未經過現任立法委員討論並通過者，現任立法委員欲針對該法律提起釋憲，縱然非少數黨或反對之立法委員，亦可共同參與連署聲請釋憲。

二、爭點：立委聲請釋憲「行使職權」與「修法未果」之必要性？

(一) 爭點：「行使職權」是否以「集體行使之職權」為限？

若遇提起釋憲的立法委員，並未有「修法」等集體行使之職權行為，而只有進行「質詢」或「連署提起釋憲」，是否即該當大法官審理案件法第5條第1項第2款「行使職權」之要件，有不同見解：

(1) 肯定說

實務上曾以「聲請人未敘明集體行使職權」；或以「形式上雖有三分之一立法委員之連署，但未表明均已分別提出質詢之事實，難謂已達職權行使之階段」；「個別行使之質詢權」等理由，議決不受理。

(2) 否定說 (廖義男前大法官)

「集體行使職權」之用詞，易生誤會。誤以為立法委員聲請釋憲案之提出，皆以曾經在立法院院會提起並討論而未獲通過者作為前提。因此，是否符合「行使職權」，依以下方式判斷：

① 立委個人行使之職權，亦屬「行使職權」

縱非集體行使之職權，而是個人行使之職權，例如：行使質詢權，釋字第461號解釋亦肯認立法委員對於「質詢權」的涵蓋範圍有憲法疑義時，得聲請大法官解釋。

② 「連署」行為本身，即為集體行使職權

立法委員為了依大審法第5條第1項第3款規定聲請大法官解釋，所作的「連署」行為，即為集體行使職權之行為。

☆ 爭點二：立法委員欲就「現行有效法律」聲請釋憲，是否應以「修法未果」作為聲請釋憲前提？

13 在司法院第1476次會議決議中，多數意見在「前瞻計畫預算、法律案」中，以聲請立法委員不足「三分之一」或不符合「行使職權」要件作為理由，駁回其釋憲聲請：在「前瞻預算案」中，有立法委員不符合「行使職權」之要件：38人中有1位立法委員未參與系爭預算在二讀程序中之任一表決，即代表未「行使職權」，不得計入聲請人人數之中。2. 退步言之，依「禁反言原則」，三讀程序時37人中多人改投贊成票，成為通過之立法院多數，雖再提出覆議案仍不足38人。(首次引用禁反言原則作為程序要件)
「前瞻條例法律案」不受理理由原則上與預算案相同：聲請人中之1位委員在系爭條例之二讀及三讀程序，均請假未出席，而未參與任何表決(未行使職權)。反對者人數不足「三分之一」38人。

(1) 否定說（廖義男大法官）

釋憲實務上，未見須要有此「程序經過」（修法未果）之證明要求，僅需就聲請釋憲之事項（標的：法律條文），有行使職權之事實或表現，即符合「行使職權」之要件。

(2) 肯定說（釋字第 603 號解釋）

◎摘錄自，釋字第 603 號解釋 解釋理由書

三分之一以上立法委員行使其法律制定之權限時，如 ①（新法）認經多數立法委員審查通過、總統公布生效之法律有違憲疑義；或 ②（修正案）三分之一以上立法委員行使其法律修正之權限時，認現行有效法律有違憲疑義而修法未果，聲請司法院大法官為法律是否違憲之解釋者，應認為符合前開司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定之意旨。

☆爭點三：立法委員對「現行有效法律」聲請釋憲之要件？

在釋字第 603 號解釋，許宗力、曾有田大法官提出協同意見書，認為立法委員對現行有效法律能否提起釋憲，才符合「行使職權」之要件，應符合以下要件：

(1) Step1. 立法委員須先自行提出「法律修正案」

立法委員得自行提出修正案，或支持行政機關提出之法律修正案時，不得直接針對現行有效法律聲請釋憲，理由如下：

立法委員如未嘗試先行修法，即逕行聲請解釋，猶如有更經濟、便捷、有效之救濟途徑存在可供使用，卻捨棄不用而選擇起訴，應以濫用聲請解釋權利，欠缺聲請解釋之必要為由，不予受理其聲請，以避免浪費有限司法資源。現行司法院大法官審理案件法固無以「欠缺聲請解釋之必要」作為不受理事由之明文，惟權利濫用不受保護乃法學黃金定律，已蔚為一般法理。

(2) Step2. 提出修正案後而「修法未果」

提出法律修正案固然作為聲請釋憲的前提，但不表示一提出修正案後，立法委員即可馬上就能提出釋憲聲請，仍須進一步審查是否符合「修法未果」之要件，蓋如「修法已果」，自無聲請解釋必要。「修法未果」，應指以下三種情形，符合始能聲請釋憲（曾、許二位大法官認為②③情形，仍應視「個案情形」認定）：

- ① 修正案遭院會議決不予審議或否決之情形外
- ② 因程序委員會反對，致修正案根本無法排上議程
- ③ 院會多數之反對，致修正案未能交付有關委員會審查之情形

（立法院職權行使法第八條第二、三項參照）。

伍、堅持，好日子就要到了：基本權內涵集錦

第 7 條 平等權

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。

【平等權內涵】

憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。

（釋字第 485、596、666、694、696 號參照）

【平等原則之意義】

憲法第七條規定人民平等權應予保障，旨在防止立法者恣意，並避免對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。

（釋字第 682、694、719 號參照）

【性別平等】

因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上不同，始足相當。

（釋字第 365 號參照）

【宗教平等】

憲法保障人民有信仰宗教之自由，係為維護人民精神領域之自我發展與自我實踐，及社會多元文化之充實，故國家對宗教應謹守中立及寬容原則，不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益。

第 8 條 人身自由

- I . 人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。
- II . 人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。
- III . 法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。
- IV . 人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。

2020 讀家補習班司律二試重點整理

【人身自由之內涵】

人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定。

（釋字第 384、567、710 號解釋參照）

【實質正當法律程序】

國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始符合上開憲法之意旨。且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。

（釋字第 588、636、708、710 號解釋參照）

【人身自由之審查密度：刑事或非刑事被告】

惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，在目的、方式與程度上畢竟有其差異，是其踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。

（釋字第 588、708、710 號解釋參照）

【人身自由之審查密度：刑罰、罪刑相當原則（比例原則）】

人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號、第 669 號及第 775 號解釋參照），尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。

（釋字第 775、777 號、790 號解釋參照）

第 10 條 人民有居住及遷徙之自由。

【居住及遷徙自由之內涵】

憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，係指人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，且有得依個人意願自由遷徙或旅居各地之權利。

（釋字第 443、709 號解釋參照）

【居住及遷徙自由之審查密度：規範對象】

對人民入境居住之權利，固得視規範對象究為臺灣地區有戶籍人民，僑居國外或居住港澳等地區之人民，及其所受限制之輕重而容許合理差異之規範…。

（釋字第 454 號解釋參照）

【國民之「返鄉權」】

憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。人民為構成國家要素之一，從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可。

（釋字第 558 號解釋參照）

第 11 條 人民有言論、講學、著作及出版之自由。

【言論自由之內涵】

憲法第十一條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理的政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制，國家應給予最大限度之保障。

（釋字第 509、644、678、734 號解釋參照）

【言論自由：不表意自由】

憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。

（釋字第 577 號、656 號解釋參照）

【商業性言論】

化粧品廣告係利用傳播方法，宣傳化粧品效能，以達招徠銷售為目的，具商業上意見表達之性質。商業言論所提供之訊息，內容非虛偽不實或不致產生誤導作用，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法第十一條言論自由之保障。

（釋字第 577 號、623、744 號解釋參照）

【色情性言論】

憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我之機會。性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，亦應受上開憲法對言論及出版自由之保障。

（釋字第 407、617 號解釋參照）

【毀謗性言論】

釋憲實務肯認毀謗性言論亦受到憲法所保障。

（釋字第 509、656 號解釋參照）

【言論自由的雙階理論】

言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。

（釋字第 414 號參照）

【言論自由的審查密度：事前限制／我國採嚴格審查標準之釋憲用語】

就化粧品廣告採取事前審查制，已涉及對化粧品廠商言論自由及人民取得充分資訊機會之限制。按化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自

2020 讀家補習班司律二試重點整理

由之意旨。

【大學自治】

憲法第十一條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障；就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項。

（釋字第 380、450、563、626 號解釋參照）

大學自治為憲法第十一條講學自由之保障範圍，大學對於教學、研究與學習之事項，享有自治權，其自治事項範圍除內部組織、課程設計、研究內容、學力評鑑、考試規則及畢業條件等外，亦包括入學資格在內，俾大學得藉以篩選學生，維繫學校品質，提升競爭力，並發展特色，實現教育理念。

（釋字第 380、450、563、626 號解釋參照）

【出版自由】

出版自由為民主憲政之基礎，出版品係人民表達思想與言論之重要媒介，可藉以反映民意，強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，為憲法第十一條所保障。惟出版品無遠弗屆，對社會具有廣大而深遠之影響，故享有出版自由者，應基於自律觀念，善盡其社會責任，不得有濫用自由情事。

（釋字第 407 號解釋參照）

【新聞自由之內涵】

為確保新聞媒體能提供具新聞價值之多元資訊，促進資訊充分流通，滿足人民知的權利，形成公共意見與達成公共監督，以維持民主多元社會正常發展，新聞自由乃不可或缺之機制，應受憲法第十一條所保障。

（釋字第 689 號解釋參照）

【新聞自由所保障之人民行為】

新聞採訪行為則為提供新聞報導內容所不可或缺之資訊蒐集、查證行為，自應為新聞自由所保障之範疇。又新聞自由所保障之新聞採訪自由並非僅保障隸屬於新聞機構之新聞記者之採訪行為，亦保障一般人為提供具新聞價值之資訊於眾，或為促進公共事務討論以監督政府，而從事之新聞採訪行為。

（釋字第 689 號解釋參照）

【通訊傳播自由】

憲法第十一條所保障之言論自由，其內容包括通訊傳播自由，亦即經營或使用廣播、電視與其他通訊傳播網路等設施，以取得資訊及發表言論之自由。

通訊傳播媒體是形成公共意見之媒介與平台，在自由民主憲政國家，具有監督包括總統、行政、立法、司法、考試與監察等所有行使公權力之國家機關……憲法所保障之通訊傳播自由之意義，即非僅止於消極防止國家公權力之侵害，尚進一步積極課予立法者立法義務，經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域。

(釋字第 613 號參照)

【廣電自由】

廣播電視係人民表達思想與言論之重要媒體，可藉以反映公意強化民主，啓迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展，其以廣播及電視方式表達言論之自由，為憲法第十一條所保障之範圍。

(釋字第 364 號參照)

【媒體接近使用權】

學理上所謂「接近使用傳播媒體」之權利 (the right of access to the media)，乃指一般民眾得依一定條件，要求傳播媒體提供版面或時間，許其行使表達意見之權利而言，以促進媒體報導或評論之確實、公正。例如媒體之報導或評論有錯誤而侵害他人之權利者，受害人即可要求媒體允許其更正或答辯，以資補救。亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。

(釋字 364 號參照)

第 12 條 人民有秘密通訊之自由。

秘密通訊自由，旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 603 號解釋參照），憲法第十二條特予明定。

(釋字第 631 號解釋參照)

第 13 條 人民有信仰宗教之自由。

【宗教自由之內涵】

憲法第十三條規定：「人民有信仰宗教之自由。」係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家亦不得對特定之宗教加以獎助或禁止，或基於人民之特定信仰為理由予以優待或不利益。

(釋字第 460 號參照)

【宗教自由之審查密度：絕對／相對】

宗教信仰之自由，乃人民之基本權利，應受憲法之保障。所謂宗教信仰之自由，係指人民有信仰與不信仰任何宗教之自由，以及參與或不參與宗教活動之自由；國家不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰畀予優待或不利益，其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由。內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。宗教信仰之自由與其他之基本權利，雖同受憲法之

2020 讀家補習班司律二試重點整理

保障，亦同受憲法之規範，除內在信仰之自由應受絕對保障，不得加以侵犯或剝奪外，宗教行為之自由與宗教結社之自由，在必要之最小限度內，仍應受國家相關法律之約束，非可以宗教信仰為由而否定國家及法律之存在。

（釋字第 490 號參照）

【宗教自由之審查密度：內部組織、人事、財政管理】

…其保障範圍包含內在信仰之自由、宗教行為之自由與宗教結社之自由（本院釋字第 490 號解釋參照）。人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信仰無法截然二分，人民為實現內心之宗教信仰而成立、參加之宗教性結社，就其內部組織結構、人事及財政管理應享有自主權，宗教性規範苟非出於維護宗教自由之必要或重大之公益，並於必要之最小限度內為之，即與憲法保障人民信仰自由之意旨有違。

（釋字第 573 號參照）

第 14 條 人民有集會及結社之自由。

【結社自由之內涵與保障內容】

憲法第十四條結社自由之規定，乃在使人民利用結社之形式以形成共同意志，追求共同理念，進而實現共同目標，為人民應享之基本權利。結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之組成與相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制。

（釋字第 479、724 號解釋）

憲法第十四條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由。結社團體代表人或其他負責人產生方式亦在結社自由保障之範圍。

（本院釋字第 644、733 號解釋參照）

【結社自由之審查密度：事前限制、雙階理論】

結社自由除保障人民得以團體之形式發展個人人格外，更有促使具公民意識之人民，組成團體以積極參與經濟、社會及政治等事務之功能。各種不同團體，對於個人、社會或民主憲政制度之意義不同，受法律保障與限制之程度亦有所差異。惟結社自由之各該保障，皆以個人自由選定目的而集結成社之設立自由為基礎，故其限制之程度，自以設立管制對人民結社自由之限制最為嚴重，因此相關法律之限制是否符合憲法第二十三條之比例原則，應就各項法定許可與不許可設立之理由，嚴格審查，以符憲法保障人民結社自由之本旨。

（釋字第 644 號參照）

【不當黨產：結社自由與財產權保障的競合】

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（本院釋字第 400 號、第

709 號、第 732 號及第 747 號解釋參照)。另憲法第 14 條規定之結社自由，不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社、參與或不參與結社團體之相關事務，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續及與結社相關活動之推展，免受不法之限制（本院釋字第 479 號及第 724 號解釋參照）。而結社團體財產之使用、收益及處分，固受憲法第 15 條財產權之保障，與其存續、運作及發展息息相關者，亦受憲法第 14 條結社自由之保障。

（參照釋字第 793 號解釋）

【集會自由】

憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。

本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。

國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由；至於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。

【集會／遊行的意義】

依集會遊行法第二條規定，所謂集會係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動。遊行則指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所之集體行進。集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。

人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。從而國家在消極方面應保障人民有此自由而不予干預（防禦功能）；積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全（保護義務功能），使其得以順利進行。又集會自由之保障，不僅及於形式上外在自由，亦應及於實質上內在自由，俾使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下進行。

（釋字第 445 號參照）

【集會自由】

憲法第十四條規定人民有集會之自由，旨在保障人民以集體行動之方式和平表達意見，與社會各界進行溝通對話，以形成或改變公共意見，並影響、監督政策或法律之制定，係本於主權在民理念，為實施民主政治以促進思辯、尊重差異，實現憲法兼容並蓄精神之重要基本人權。為保障該項自由，國家除應提供適當集會場所，採取有效保護集會之安全措施外，並應在法律規定與制度設計上使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下行使集會自由。

（本院釋字第 445、718 號解釋參照）

第 15 條 人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。

【生存權：防禦功能（死刑）】

人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。

（釋字第 476 號解釋參照）

【生存權：給付功能（遺囑年金之請領）】

…且得請領遺屬年金之遺屬，或為未成年人，或為無謀生能力者，或為每月工作收入未超過其領取遺屬年金給付時之月投保金額者等（國民年金法第 40 條第 2 項參照），其等常因被保險人死亡損失依怙而陷難以維持最低生活需求，因此遺屬年金之給付亦涉及被保險人遺屬受憲法第 15 條保障之生存權。

【工作權內涵：職業選擇之自由】

憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，如為增進公共利益，於符合憲法第二十三條規定之限度內，對於從事工作之方式及必備之資格或其他要件，得以法律或經法律授權之命令限制之。

（釋字第 612、634 號解釋參照）

【職業選擇自由之審查密度】

對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。

（釋字第 649 號解釋參照）

【營業自由之內涵】

人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。許可營業之條件、營業須遵守之義務及違反義務應受之制裁，均涉及人民工作權及財產權之限制，依憲法第二十三條規定，必須以法律定之，且其內容更須符合該條規定之要件。

（釋字第 514 號解釋參照）

【財產權】

憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。惟個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利。

（釋字第 400、440 號解釋參照）

【財產權的審查密度：輕微干預】

人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。惟基於增進公共利益之必要，對人民依法取得之土地所有權，國家並非不得以法律為合理之限制，此項限制究至何種程度始逾人民財產權所應忍受之範圍，應就行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務，國家以法律所為之合理限制即與憲法保障人民財產權之本旨不相抵觸。

（釋字第 564 號解釋參照）

【財產權的審查密度：土地徵收】

國家因公用或其他公益目的之必要，固得經由法定程序徵收人民之土地，惟徵收人民土地，屬對人民財產權最嚴重之侵害手段，基於憲法正當程序之要求，國家自應踐行最嚴謹之程序。此程序保障不僅及於徵收前（例如於徵收計畫確定前，國家應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，本院釋字第 409 號解釋參照），並及於徵收時（例如辦理徵收時，應嚴格要求國家踐行公告及書面通知之程序，以確保土地或土地改良物所有權人及他項權利人知悉相關資訊，俾適時行使其權利；徵收之補償應儘速發給，否則徵收土地核准案即應失其效力（本院釋字第 516 號及第 731 號解釋參照）。

（釋字第 763 號解釋參照）

【財產權的損失補償：特別犧牲理論】

人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。

（釋字第 400、440 號解釋意旨參照）

第 16 條 人民有請願、訴願及訴訟之權。

【訴訟權三核心】

1. 訴訟權內涵：破除特別權力關係

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分而有所不同。

2020 讀家補習班司律二試重點整理

(本院釋字第 396 號、第 574 號及第 653 號解釋參照)

2. 初次受有罪判決至少一次上訴機會

人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。

(司法院釋字第 752 號解釋參照)

3. 迴避制度

而訴訟權之落實，則有賴立法機關制定法律，進一步形塑具體訴訟制度。立法機關具體化訴訟制度固然有一定之自由形成空間，惟仍不得違背前揭訴訟權保障之核心內容。關於訴訟制度之形塑，須關照之面向不一，法官迴避制度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突（本院釋字第 601 號解釋參照）；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容。

(司法院釋字第 761 號解釋參照)

【審級制度：立法形成自由】

有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定（本院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號及第 665 號解釋參照）。

【正當法律程序之參數】

此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。而相關程序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

(本院釋字第 610 號、第 663 號、第 689 號解釋參照)。

第 17 條 人民有選舉、罷免、創制及複決之權

第 18 條 人民有應考試服公職之權。

【應考試權／服公職權】

人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利。人民倘主張上開權利遭受公權力之侵害，自應許其提起爭訟，由法院依法審判，方符有權利即有救濟之法理。

(釋字第 546 號解釋參照)

【應考試權】

憲法第十八條對人民應考試權之規定，除保障人民參加考試取得公務人員任用資格之權利外，亦包含人民參加考試取得專門職業及技術人員執業資格之權利，以符憲法保障人民工作權之意旨。又為實踐憲法保障人民應考試權之意旨，國家須設有客觀公平之考試制度，並確保整體考試結果之公正。

(釋字第 715 號解釋參照)

【服公職權之保障範圍】

按憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，其所稱公職，涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務人員及其他依法令從事於公務者皆屬之。

(釋字第 42、764、768 號解釋參照)

憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應制定有關任用、銓敘、紀律、退休及撫卹等保障公務人員權益之法律，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲。

(釋字第 491 號解釋參照)

憲法第 18 條規定人民有應考試服公職之權，旨在保障人民有依法令經由公開競爭之考試程序，取得擔任公職之資格，進而參與國家治理之權利。應考試服公職之權為廣義之參政權，人民應有以平等條件參與公共職務之權利與機會。為實踐此一憲法意旨，國家須設有客觀公平之考試制度，並確保整體考試結果之公正，其保障範圍包含公平參與競試與受訓練完足考試程序以取得任官資格、職務任用資格、依法令晉敘陞遷，以及由此衍生之身分保障、俸給與退休金等權利。

(釋字第 760 號解釋參照)

憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，貢獻能力服務公眾之權利（本院釋字第 546 號解釋參照）。國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲，亦應兼顧對於公務人員權益之保護（本院釋字第 491 號解釋參照）。人民擔任公職後，服勤務為其與國家間公法上職務關係之核心內容，包括公務人員服勤時間及休假制度等攸關公務人員權益之事項，自應受憲法第 18 條服公職權之保障。

(釋字第 785 號解釋參照)

第 19 條 人民有依法律納稅之義務。

稅捐收入係為滿足公共財政，實現公共任務所需之用。憲法第 19 條規定人民有依法律納稅之義務，人民是否於法定期限內依法繳納稅捐，攸關國家財政稅收能否如期實現，進而影響國家施政措施之完善與否，社會秩序非僅據以維護，公共利益且賴以增進，所關極為重大（本院釋字第 588 號解釋參照），課徵期限實有貫徹執行之必要。

(釋字第 746 號解釋參照)

第 20 條 人民有依法律服兵役之義務。

保護人民生命和財產等基本權利乃國家重要之功能與目的，而此功能與目的之達成，有賴於人民對國家盡其應盡之基本義務，始克實現。為防衛國家之安全，在實施徵兵制之國家，恆規定人民有服兵役之義務，我國憲法第二十條規定：人民有依法律服兵役之義務，即係屬於此一類型之立法。惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，應由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。
(釋字第 490 號解釋參照)

第 21 條 人民有受國民教育之權利與義務。

第 22 條 凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。

【姓名權】

姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條所保障。

(釋字第 399 號解釋參照)

【契約自由】

契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。

(釋字第 576 號解釋參照)

【子女人格權】

子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約 (Convention on the Rights of the Child) 第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條所保障。民法第一千零六十三條規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。」

(釋字第 587 號解釋參照)

【隱私權之內涵】

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障 (本院釋字第 585 號解釋參照)，其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。

(釋字第 603 號解釋參照)

【隱私權之審查密度】

至該法律是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。

（釋字第 603 號解釋參照）

【一般行為自由】

基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（釋字第 603 號解釋參照）。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由（釋字第 535 號解釋參照），自在一般行為自由保障範圍之內。

（釋字第 689 號解釋參照）

【身體權、生活私密領域不受侵擾之自由等…】

系爭規定所保護者，為人民免於身心傷害之身體權、行動自由、生活私密領域不受侵擾之自由、個人資料之自主權。其中生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利，迭經本院解釋在案（本院釋字第 585 號、第 603 號解釋參照）；免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。對個人前述自由權利之保護，並不因其身處公共場域，而失其必要性。在公共場域中，人人皆有受憲法保障之行動自由。惟在參與社會生活時，個人之行動自由，難免受他人行動自由之干擾，於合理範圍內，須相互容忍，乃屬當然。如行使行動自由，逾越合理範圍侵擾他人行動自由時，自得依法予以限制。在身體權或行動自由受到侵害之情形，該侵害行為固應受限制，即他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限制之必要。蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。惟在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者。系爭規定符合憲法課予國家對上開自由權利應予保護之要求。

（釋字第 689 號解釋參照）

【收養自由】

收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與

2020 讀家補習班司律二試重點整理

被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之自由發展，應受憲法第二十二條所保障。

（釋字第 712 號解釋參照）

【婚姻自由】

適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含「是否結婚」暨「與何人結婚」之自由（本院釋字第 362 號解釋參照）。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權（a fundamental right），應受憲法第 22 條之保障。

（釋字第 748 號解釋參照）

【健康權】

人民之健康權，為憲法第 22 條所保障之基本權利（本院釋字第 753 號及第 767 號解釋參照）。憲法所保障之健康權，旨在保障人民生理及心理機能之完整性，不受任意侵害，且國家對人民身心健康亦負一定照顧義務。國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有最低限度之保護義務，於形成相關法律制度時，應符合對相關人民健康權最低限度之保護要求。凡屬涉及健康權之事項，其相關法制設計不符健康權最低限度之保護要求者，即為憲法所不許。

（釋字第 787 號解釋參照）

【性自主權】

按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權（釋字第 791 號解釋參照）。

第 23 條 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。

※ 比例原則重點句：

《自由權：比例原則》

立法者為追求公共利益，該限制有助於目的達成，且別無其他相同有效達成目的而侵害較少之手段可資運用，若其與所欲維護公共利益之重要性及所限制之行為對公益危害程度合乎比例時，即無違比例原則。

（釋字第 584、738 號解釋參照）

《平等權：平等原則》

立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌事務性質之差異而為合理之差別待遇（釋字第 727、722 號解釋）。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 694 號、第 760 號解釋參照）。

第 24 條 凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。

行政法

- 鍾禾 -

壹、救濟啊！哪次不救濟 —— 「學校、教師與學生」間的法律爭議

一、以教師與公立學校為中心：最高行政法院 108 年 3 月份決議

◎最高行政法院 108 年 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議

法律問題：

公立高級中等以下學校（下稱「公立高中以下學校」）對所屬教師年終成績考核考列為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法（下稱「教師成績考核辦法」）第 4 條第 1 項第 2 款之決定，及依同辦法第 6 條第 1 項第 6 款規定所為申誡之決定，是否屬於侵害教師權益之具體措施，而得對其提起行政訴訟？

決議：

依司法院釋字第 736 號解釋理由書意旨，教師因學校具體措施認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。

公立學校與所屬教師間雖屬行政契約關係，惟為促進協助教師專業成長、增進教師專業素養、提升教學品質，以增進學生學習成果等立法目的，①高級中等教育法第 33 條及國民教育法第 18 條第 2 項明定應對公立高級中等以下學校（下稱「公立高中以下學校」）教師辦理成績考核，並授權訂定公立高級中等以下學校教師成績考核辦法（下稱「教師成績考核辦法」），以資規範。②公立高中以下學校應依該辦法第 8 條及第 9 條組成考核會，遵循同辦法第 10 條至第 14 條之法定程序，依據同辦法第 4 條第 1 項及第 6 條第 1 項之法定事由，辦理所屬教師之年終成績考核及平時考核獎懲，並報請主管機關依同辦法第 15 條第 2 項或第 6 項核定或視為核定，且直接發生教師得否晉級、給與多少考核獎金及獎懲之法律效果。

③況與教師間無契約關係存在之主管機關，尚得依同辦法第 15 條第 3 項至第 5 項規定逕行核定或改核。顯見公立高中以下學校或主管機關對所屬（轄）教師所為之年終成績考核或平時考核獎懲，並非基於契約關係所為之意思表示，而係行政機關依公法上之強制規定，就具體事件所為之公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，核屬行政程序法第 92 條第 1 項所定之行政處分。

又因公立高中以下學校對所屬教師年終成績考核考列為教師成績考核辦法第 4 條第 1 項第 2 款之決定，或依同辦法第 6 條第 1 項第 6 款規定所為申誡之懲處，將對教師之考核獎金、名譽、日後介聘或升遷調動等權利或法律上利益產生不利之影響，均屬侵害教師權益之具體措施。從而，教師因學校上開具體措施認其權利或法律上利益受侵害，自得以同辦法第 16 條第 3 項規定之考核機關為被告，依法

向行政法院提起撤銷訴訟，以落實首揭解釋理由書所揭示有權利即有救濟之憲法原則。

(一)本號決議摘要

1. 「年終成績考核」、「平時考核獎懲」：行政處分

教師與公立學校間雖屬行政契約關係，但基於以下三個理由，考績評定、平時考核獎懲仍應定性為「行政處分」，而非基於「行政契約所作之意思表示」。

(1)依「公法規定」作成之決定

基於促進協助教師專業成長、增進教師專業素養、提升教學品質，以增進學生學習成果等立法目的，依高級中等教育法第 33 條及國民教育法第 18 條第 2 項（母法規定）授權制定「公立高級中等以下學校教師成績考核辦法」，對教師進行成績考核。

(2)考核會依「辦法」所作成之行政處分

報請主管機關依同辦法第 15 條第 2 項或第 6 項核定或視為核定，且直接發生教師得否晉級、給與多少考核獎金及獎懲之法律效果。

(3)無契約關係存在之主管機關亦得進行成績核定

與教師間無契約關係存在之主管機關，尚得依同辦法第 15 條第 3 項至第 5 項規定逕行核定或改核，故該核定、改定並非公法上契約的意思表示。

2. 「申誠」之懲處：行政處分

對教師之考核獎金、名譽、日後介聘或升遷調動等權利或法律上利益產生不利之影響，均屬侵害教師權益之具體措施。

3. 對「成績考核」、「申誠」：皆可以提起撤銷訴訟

教師因學校上開具體措施認其權利或法律上利益受侵害，自得以同辦法第 16 條第 3 項規定之考核機關為被告，依法向行政法院提起撤銷訴訟，以落實首揭解釋理由書所揭示有權利即有救濟之憲法原則。

(二)本號決議之重要意義與相關問題

1. 指標：「教師」特別權力關係突破之再確認

舊教師法第 33 條規定「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」過往法院實務對於本條「按其性質」之意義為何，有不同見解。有認為，本條在特別權力關係下，採用「基礎關係與管理關係理論」，教師只有因身分而受處分者，始能提起行政訴訟¹。惟亦有認為本條目的僅為區分「公、私立學校」教師按其性質是用不同救濟方式。

在上述背景下，釋字第 736 號解釋因而產生。「教師法第三十三條規定：『教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法

1 最高行政法院 103 年度裁字第 891 號裁定「公立學校教師與學校間則具有公法上勤務關係，與所服務學校間之身分關係，與公務人員類似，故司法院關於公務人員因身分而受處分，得否提起行政訴訟之解釋，於公立學校教師亦應比照適用。而參諸司法院釋字第 204 號解釋、第二四三號解釋、第二六六號、及第二九八號解釋，……」

或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」僅係規定教師權利或法律上利益受侵害時之救濟途徑，並未限制公立學校教師提起行政訴訟之權利，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無違背。教師因學校具體措施（諸如曠職登記、扣薪、年終成績考核留支原薪、教師評量等）認其權利或法律上利益受侵害時，自得如一般人民依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟，始符合有權利即有救濟之憲法原則。」

多數學者認為，釋字第 736 號解釋的作成已足以解構教師之特別權力關係，對教師之司法救濟採「權益侵害說」。然而，亦有批評本號解釋者，認為本號解釋結論曖昧不明，沒有直接就教師之特別權力關係予以突破（本號解釋作成後，實務上仍有部分法院見解採「二分法」，認為未就身分改變或對權益有重大影響者，即非「權力或法律上利益受侵害」，不得請求行政救濟）。

因此，針對「年終成績考核評定」、「申誠」的決定，最高行政法院最終作成決議，一錘定音肯認得以提起行政訴訟，並再次確認釋字第 736 號解釋即為突破教師「特別權力關係」之解釋。

2. 爭點：學校對教師所做之其他決定，是否為行政處分？²

由於舊教師法第 29 條³、第 33 條法律規定的不明確性，受個人措施之受害教師又不斷向行政法院提起行政訴訟，行政法院即不斷透過最高行政法院法官庭長法官聯席會議之決議方式，統一其法律見解。就下述(1)－(3)的部分，實務逐步肯認系爭決定為行政處分，而未來就(4)的部分，即為未來爭議的主戰場（也是司律考試會假設出題的地方！）

(1) 停聘、解聘、不續聘決定：行政處分（98.7 決）

(2) 曠職登記、扣薪、考績丙等及教師評量：行政處分
（釋字第 736 號解釋）

(3) 年終考績乙等、申誠：行政處分（108.3 決）

(4) 其他內部管理措施？

最高行政法院 108 年 3 月決，雖僅僅是再擴大確認二種內部管理措施（即考績乙等及申誠處分）的行政訴訟容許性，但是，未來如果有更多的管理措施訴訟進入行政法院審理時，例如：有關公立學校教師之命其兼任行政職務或導師；教師介聘他校措施及排課不公（課程過重）、舉辦教師研習課程等內部管理措施，認損害教師個人之權益時，行政法院是否應受理即有討論空間。本文認為就上述問題，若依循釋字第 785 號解釋之見解，在解題上仍須先「定性」學校對教師所作之決定是否為「行政處分」（是否具有法效性）：若有，行政訴訟即提起撤銷訴訟；若無，則仍應判斷是否對人民權益產生影響，而得以提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟。

2 以下內容有整理自，林明鏞（2020.3），〈公力學校教師對年終考績決定之司法救濟——兼評最高行政法院 108 年度 3 月份會議決議〉，《月旦法學雜誌》，298 期，頁 45-56。

3 教師法第 29 條第 1 項「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」

3. 爭點：本號決議與雙行爲併用禁止原則的關聯

雙行爲併用禁止原則，從最高行政法院 95 年 7 月決、98 年 7 月決再延續到 108 年 3 月決，在實務上一直有所討論。在上述背景事實中，實務見解最終對於個案是否有本原則的適用皆採「否定說」。但同學們除了知道結論外，更重要地是了解實務爲何採否定說的「理由」，包含對法律條文的解釋、推理，各位在憲法與行政法第二大題，解答也應該要學會掌握「所附法條」的技巧。

(1) 否定說（實務見解）

最高行 95 年 7 月決議（全民健康保險特約：停止特約）中，決議見解認爲公法上應處罰之強制規定，不得以行政契約排除適用，縱然訂入契約內容中亦僅爲法律規定的重申。因此，健保局所作之「停止特約」決定，係依健保法相關規定所作成，而非依行政契約內容所作。

最高行 98 年 7 月決議（學校與教師之行政契約：解聘、停聘或不續聘）中，實務認爲爲了維護公益，立法者得以法律排除部分法律關係之契約自由，而教師法第 14 條第 1 項即爲該限制契約自由的公法上限制。

而在最高行 108 年 4 月決議（學校與教師之行政契約：年終成績核定、申誠）中，決議則以「況與教師間無契約關係存在之主管機關，尚得依同辦法第 15 條第 3 項至第 5 項規定逕行核定或改核。」排除系爭決定爲依行政契約所作之意思表示。

(2) 肯定說（林明鏞老師）⁴

① 允許作成處分，違反行政契約合作夥伴關係之目的

同一法律關係中，產生多種法律行爲，而且亦對當事人產生程序突襲，違反法秩序單一性原則。行政契約締結之目的在於取代理行政處分，以夥伴性形式之行政契約形成雙方法律關係，若准許嗣後作成行政處分，將產生信賴上之突襲。

② 達成「紛爭一次解決」的目標

公立學校教師受解聘、停聘、不續聘之個別措施時，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定，逕向行政法院提起一般給付訴訟，一方面並未違反教師法第 29 條之文義規定，另外一方面因得免除申訴程序之程序前置要件，反而更能「及時」與「有效」保障教師之權益。

③ 年終考績評定與申誠得解爲契約上意思表示

行政契約條款中亦可包含重申所有法令之義務在內，而且公立學校與教師簽訂之行政契約屬「隸屬性不對等契約」下，學校既選擇與教師締結行政契約，以取代「行政處分」（行政程序法第 136 條），似無再反以行政處分「取代」行政契約之法理存在。

4 林明鏞（2004.1），〈行政契約與行政處分—評最高行政法院八十八年度判字第三八三七號判決〉，《行政契約法研究》，頁 166-170，台北：翰蘆；林明鏞，前揭註 2，頁 48-52。

◎最高法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議 決議

公立學校教師於聘任後，如予解聘、停聘或不續聘者，不僅影響教師個人權益，同時亦影響學術自由之發展與學生受教育之基本權利，乃涉及重大公益事項。是教師法第 14 條第 1 項規定，教師聘任後，除有該項各款法定事由之一者外，不得解聘、停聘或不續聘，乃為維護公益，而對公立學校是否終止、停止聘任教師之行政契約，以及是否繼續簽訂聘任教師之行政契約之自由與權利，所為公法上限制。除該項教師解聘、停聘或不續聘法定事由之限制外，該法另有教師解聘、停聘或不續聘之法定程序限制（教師法第 14 條第 2、3 項、同法施行細則第 16 條各款參照）。是公立學校教師因具有教師法第 14 條第 1 項各款事由之一，經該校教評會依法定組織（教師法第 29 條第 2 項參照）及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由該公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。

◎最高法院 95 年 7 月份庭長法官聯席會議 決議

中央健康保險局對於與其有全民健康保險特約之醫事服務機構所為之「停止特分別為全民健康保險法第 55 條第 2 項、全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 1 條、第 66 條、第 70 條所明定。由上揭規定可知，保險醫事服務機構於特約期間，有特定情事者，保險人應予停止特約一定期間。此項公法上應處罰之強制規定有規範保險人及保險醫事服務機構之效力，非得以行政契約排除其適用，即使中央健康保險局與保險醫事服務機構間於合約中將之列入條款以示遵守，無非宣示之性質，乃僅係重申保險醫事服務機構如有上述違法情事時，中央健康保險局即應依前揭規定予以停止契約部分之旨而已，並無有使上開應罰之公法上強制規定作為兩造契約部分內容之效力保險醫事服務機構一有該特定情事，保險人即應依上開規定予以停止特約之處置。

4. 附論：108 年 6 月 5 日教師法新修法

在教師法第 44 條中，原條文第三十三條規定文義不夠清楚，導致教師救濟途徑疊床架屋，不符程序經濟原則。為使教師救濟制度單純化，第三項前段明文規定不許教師於「申訴」或「訴願程序」二者間相互轉換。另因教師對屬行政處分之措施及非行政處分之措施均得依本法提起教師申訴，其範圍較訴願僅以行政處分為客體更廣，爰規劃以教師申訴為優先（第三項後段）。

就本次修正條文而言，教師法第 44 條仍未正面定義何謂「原措施性質屬行政處分者」，具行政處分者依本條規定可以再提起行政訴訟（第 6 項）固無疑問，若為「不具行政處分性質者」呢？此時應以釋字第 785 號解釋用相同解釋方式，對於「其他措施」仍有可能再提起行政訴訟法第 8 條的一般給付訴訟，應予注意！

◎教師法第 44 條 (民國 109 年 7 月開始施行)

I 教師申訴之程序分為申訴及再申訴二級如下：

一、專科以上學校分學校及中央二級。

二、高級中等以下學校分直轄市、縣（市）及中央二級。但中央主管機關所屬學校為中央一級，其提起之申訴，以再申訴論。

II 教師不服申訴決定者，得提起再申訴；學校及主管機關不服申訴決定者，亦同⁵。

III 教師依本法提起申訴、再申訴後，不得復依訴願法提起訴願；於申訴、再申訴程序終結前提起訴願者，受理訴願機關應於十日內，將該事件移送應受理之教師申訴評議委員會，並通知教師；同時提起訴願者，亦同。

IV 教師依訴願法提起訴願後，復依本法提起申訴者，受理之教師申訴評議委員會應停止評議，並於教師撤回訴願或訴願決定確定後繼續評議；原措施屬行政處分者，應為申訴不受理之決定。

V 本法中華民國一百零八年五月十日修正之條文施行前，尚未終結之事件，其以後之程序，依修正施行後之本法規定終結之。

VI 原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；不服再申訴決定者，得依法提起行政訴訟。

二、以學校與學生為中心：釋字第 784 號解釋

◎釋字第 784 號解釋【各級學校學生之行政爭訟權案】

解釋爭點

本院釋字第 382 號解釋有關各級學校學生行政爭訟權之解釋，應否部分變更？

解釋理由書

聲請人未成人張○○（下稱聲請人一）原為臺中市立長億高級中學之學生，因其於中華民國 105 年 11 月間叨含香菸，受記小過 1 次之處分；又因無照騎乘機車，於同年 12 月間受記大過 1 次之處分（下併稱原處分）。…

聲請人傅如君（下稱聲請人二）原為新竹市立培英國民中學學生……接獲成績通知單（下稱系爭成績評量）後不服，認成績折算部分無明確法律授權，應屬無效，循序提起救濟…

一、系爭解釋（釋字第 382 號解釋）應予變更

各級學校學生基於學生身分所享之學習權及受教育權，或基於一般人民地位所享之身體自主權、人格發展權、言論自由、宗教自由或財產權等憲法上權利或其他權利，如因學校之教育或管理等公權力措施而受不當或違法之侵害，應允許學生提起行政爭訟，以尋求救濟，不因其學生身分而有不同。

5 注意！儘管教師法修法後，「學校」仍僅能對申訴決定不服提起「再申訴」，而不能提起「行政訴訟」，就此部分法律條文並未修正，僅移動條項而已（教師法第 42、44 條），此部分仍應「參照」最高行政法院 106 年 6 月第 2 次庭長法官聯席會議決議之意旨。

……

系爭解釋所稱之處分行為，係包括行政處分與其他公權力措施。惟學校對學生所為之公權力措施，縱未侵害學生受教育之權利，亦有侵害前揭其他權利之可能。本於憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，各級學校學生認其權利因學校之教育或管理等公權力措施而遭受侵害時，即使非屬退學或類此之處分，亦得按相關措施之性質，依法提起相應之行政爭訟程序以為救濟，無特別限制之必要。於此範圍內，系爭解釋應予變更。

→ 儘管非行政處分，亦可以提起相應的不同訴訟類型（例如：一般給付訴訟）

至學校基於教育目的或維持學校秩序，對學生所為之教育或管理等公權力措施（例如學習評量、其他管理、獎懲措施等），是否侵害學生之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量學校所採取措施之目的、性質及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。又即使構成權利之侵害，學生得據以提起行政爭訟請求救濟，教師及學校之教育或管理措施，仍有其專業判斷餘地，法院及其他行政爭訟機關應予以較高之尊重，自不待言。

→ 是否為權利之侵害，尚須視「是否為輕微之干預」；另外尚須斟酌學校之判斷餘地

(一) 本號解釋摘要

1. 變更釋字第 382 號解釋見解

釋字第 382 號解釋認為，各級學校對於學生所作之決定須「足以改變身份或有重大影響」者，方為行政處分而得提起行政訴訟；而在釋字第 684 號解釋則進一步放寬認定，針對「大學對大學生」所作之決定或公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，亦得請求救濟。而釋字第 784 號解釋，更進一步地將 684 號解釋意旨適用於「各級學校學生」中。

2. 行政訴訟類型的選擇：按「措施性質」而定

系爭解釋所稱之處分行為，係包括行政處分與其他公權力措施。惟學校對學生所為之公權力措施，縱未侵害學生受教育之權利，亦有侵害前揭其他權利之可能。本於憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，各級學校學生認其權利因學校之教育或管理等公權力措施而遭受侵害時，即使非屬退學或類此之處分，亦得按相關措施之性質，依法提起相應之行政爭訟程序以為救濟，無特別限制之必要。

3. 能否提起訴訟：有無「權利」受損

是否侵害學生之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量學校所採取措施之目的、性質及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。

(二) 本號解釋所衍生之其他爭點

1. 爭點：學校所作之「警告」性質為何？

(1) 實務見解：行政處分

在釋字第 784 號解釋作成後，花蓮地方法院 108 年度簡字第 54 號判決為第一個處理高中與學生間教育措施救濟之判決，法院認為學校所作之「警告」決定為行政處分。「本件中，被告對原告所為原處分及系爭決定書，均屬行政機關就具體事件所為之單方行政行為，且因涉及對原告受教育權、名譽權及人格權之限制，自有對外直接發生法律效果，依前揭規定應均屬行政處分。」

(2)周佳宥老師：事實行為⁶

老師認為，參照德國法對傳統特別權力關係相對人所為之公權力措施是否為行政處分之判斷標準，重點應非如判決書所言再判斷對權利是否發生影響（法效性），而應著眼於該措施是否「對外發生效力」（外部性）。對是類相對人所為之公權力措施是否為行政處分之判斷準則為，若為組織內部或教育措施者，因欠缺對外效果，故屬單純事實行政行為。

依照上述說明，若參照教師法第 32 條第 1 項第 4 款「輔導或管教學生，導引其適性發展，並培養其健全人格。」、學校訂定教師輔導與管教學生辦法注意事項第二章以下的規定，即指出管教措施之目的及所須遵守之原則。詳言之，本案原告因數次集會未到，遭受記警告之懲處，此一措施之目的乃為追求學校教育活動之正常進行，故其性質應屬輔導管理措施，而為事實行為。當事人若欲透過行政訴訟途徑排除該侵害，應提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟。

(3)作者的話：關於特別權力關係

關於「特別權力關係」的問題，在釋字第 784、785 號解釋後有了更多的討論。但同學們要掌握的一個重點是：這二號解釋都肯認，縱然機關（公務機關或學校等）所作之決定「非行政處分」，仍然有「相應的」行政訴訟可以救濟之。在過去行政訴訟法「撤銷訴訟」的訴訟類型下，只有定性成行政處分才能行政救濟的時代，已經隨著行政訴訟法修法劃下句點。

因此，大家在「定性」時只要依循行政行為的要件一一認定即可，縱然非行政處分，在「救濟」時，同樣可以提起行政訴訟法第 8 條一般給付訴訟來救濟喔！

◎摘錄自·釋字第 785 號解釋

是同法第 77 條第 1 項所稱認為不當之管理措施或有關工作條件之處置，

①不包括得依復審程序救濟之事項，且不具行政處分性質之措施或處置是否不當，不涉及違法性判斷，自無於申訴、再申訴決定後，續向法院提起行政訴訟之問題。況②上開規定並不排除公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟。是系爭規定一，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨

6 周佳宥 (2020.4)，〈學校管教措施之法律性質及救濟方法—兼評花蓮地方法院 108 年度簡字第 54 號判決〉，《台灣法學雜誌》，頁 39-43。

尚無違背。又③各種行政訴訟均有其起訴合法性要件與權利保護要件，公務人員欲循行政訴訟法請求救濟，自應符合相關行政訴訟類型之法定要件。至是否違法侵害公務人員之權利，則仍須根據行政訴訟法或其他相關法律之規定，依個案具體判斷，尤應整體考量行政機關所採取措施之目的、性質以及干預之程度，如屬顯然輕微之干預，即難謂構成權利之侵害。且行政法院就行政機關本於專業及對業務之熟知所為之判斷，應予以適度之尊重，自屬當然（本院釋字第 784 號解釋參照）。

貳、氣氣氣氣氣！力挺中天 — 中天電視台「換照許可」相關爭議

國家通訊傳播委員會（NCC）在民國 98 年 6 月 29 日作成允許中天電視台換照許可之行政處分，惟另外添加附款內容⁷。中天電視台不服該附款內容，對該處分提起行政訴訟，因而開始了一連串 NCC 與中天愛恨情仇、纏訟多年的故事⁸。考試當前，我想沒人對慢慢讀這些判決有興趣，以下摘錄幾個與本事件相關的爭點，給大家預作準備：

一、爭點：行政程序法第 93 條第 1 項：附款作成之容許性？

行政程序法第 93 條第 1 項為行政處分得為附款之容許性規定。原則上「裁量處分」才被容許添加附款；「羈束處分」則基於依法行政之法理原則上不能添加附款，除非有明文、或為確保行政處分法定之要件履行者，始能添加附款。

◎最高行政法院 102 年度判字第 30 號判決

- (一)按衛星廣播電視法所規定衛星廣播電視經營之申請；許可營運後，6 年期限屆滿換照之申請，其許可並非一般性人民行為禁止之解除，而是給予申請人特別之利益。主管機關並非原則上應予許可，而是應依相關法律規定予以裁量是否許可申請。又申請衛星廣播電視事業經營，既應提出申請書及營運計畫，由主管機關依相關法律規定裁量是否許可申請，則經許可後之申請書及營運計畫內容有變更，而應依上開衛星廣播電視法第 13 條第 1 項本文向主管機關申請變更者，是否應予許可，亦應由主管機關裁量決定之，始能貫徹經營許可之目的。
- 寫題目時，應注意考卷參考條文所附的「衛星廣播電視法」，論證「有裁量權」
- (二)處分機關作成行政處分之裁量權限，本身即含有為附款之權限，行政程序法第 93 條第 1 項即是其法律依據。行政機關作成裁量處分之同時為附款，並不違反

7 「1. 上訴人中天電視法人股東榮麗公司指派於上訴人中天電視之法人董事、監察人代表，其兼任中國電視事業股份有限公司（下稱中視）之董事、監察人者，應於 3 個月內變更之，不得兼任。2. 上訴人中天電視部門經理以上之人員，不得兼任中視之職務；其廣告、業務部門與節目部門均須獨立，並不得與中視有節目聯合招攬情事。3. 上訴人中天電視應在 3 個月內成立倫理委員會，且每 3 個月定期在網站公布委員會對節目內容自律之報告。4. 上訴人中天電視（新聞臺、娛樂臺、綜合臺）各頻道應各自設置獨立節目編審人員，並於 3 個月內提出內部流程管控機制之改善計畫。」

8 歷審判決：98 年度訴字第 1715 號判決、100 年度判字第 1347 號判決、100 年度訴更一字第 159 號判決、102 年度判字第 30 號判決、102 年度訴更二字第 19 號判決、104 年度判字第 146 號判決廢、104 年度訴更三字第 42 號判決（下稱原判決）、最高行政法院 105 年度判字第 313 號判決。

法律保留原則。尤其行政事件之性質，涉及未來預測性或風險評估時，而主管機關又是獨立機關時，處分機關有寬廣為附款（種類、內容）之形成空間。惟行政機關行使裁量處分為附款之裁量權限時，其所據之事實之有無，應依證據認定，無裁量之問題。受處分人爭訟附款之合法性時，事實審法院應就為裁量所據事實之有無為認定，敘明其得心證之理由。

二、爭點：行政處分附款中「負擔」的定性

◎最高法院 104 年度判字第 146 號判決

按授益處分附負擔，該負擔係與授益處分相結合，而對處分相對人所設定之作為與不作為之義務，本身形成對處分相對人之負擔性規制效力。授益處分附負擔，該負擔不影響授益處分之生效，然處分相對人不履行該負擔者，授益處分作成機關除得廢止該授益處分外，亦得不廢止該授益處分，而強制處分相對人履行。此是授益處分附負擔與附條件之重要區別。是行政處分之附款係對受處分人形成負擔性之規制效力，即勘認其性質為負擔。又附款所課予受處分人具繼續性之作為及不作為義務，不因受處分人曾一次履行而告消滅者。因而受處分人縱曾履行該等義務，然嗣後不再履行時，行政機關尚得強制受處分人履行。

(一)「負擔」的定性

大家在司律一試時，也許可以很容易的判斷附款類型，然而在一試如何將「附款」定性寫得漂亮，要掌握幾點內容，以下提供寫「負擔」的模板：

◎行政處分附款「負擔」模板

行政機關依行政程序法第 93 條第 1 項對作成_____（原授益處分）有裁量權，故得作成附款。本案之附款性質，查其內容，係就原授益處分_____（原授益處分規制內容）之內容外，令課予甲_____（義務內容）之_____（作為、不作為、容忍）義務；且非以該內容作為處分生效之要件，處分作成時業以生效。故該附款為行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款之負擔。

(二)附論：不履行負擔時，廢止處分與強制履行的選擇？

在本號判決要旨中，有「然處分相對人不履行該負擔者，授益處分作成機關除得廢止該授益處分外，亦得不廢止該授益處分，而強制處分相對人履行」之內容。應注意者，相對人若不履行負擔內容，行政機關除得依行政程序法第 123 條第 3 款規定廢止授益處分外，因為「負擔」本身具有獨立規制性內容（相當另一個侵益處分），行政機關亦得要求相對人履行負擔內容，甚至以「行政執行」的方式要求履行。

因此，中天電視台若不履行 NCC 所作之「負擔」內容，NCC 欲直接廢止中天電視台的「換照許可」時，中天電視台尚有可能以「比例原則」主張 NCC 尚有侵害更小的手段，而不能逕自廢止換照許可，例如：以行政執行「怠金」的方式要求其

履行。(法院是否認為具有相同有效性，為另一問題)

三、爭點：行政處分附款的「合法性」

行政處分中添加附款之行爲，亦爲行政行爲之一種，須遵守各種行政法上之原理原則，故平等原則、比例原則等。行政程序法第 94 條特別規定，行政處分之附款，與處分之目的間應具有「正當合理之關聯」，要求附款添加應符合「不當連結禁止原則」。

◎最高法院 101 年度判字第 245 號判決⁹

通訊傳播基本法，促進多元文化均衡發展，固係通訊傳播事業之社會責任；至於保障公眾視聽權益，增進公共利益與福祉則係廣播電視法之立法目的，但多元文化與節目多元化並非完全相同命題，節目多元化與保障公眾視聽權益，增進公共利益與福祉，亦無絕對關連，另外維護市場公平競爭的環境似應委諸公平交易法的規範功能，而非廣播電視法的規範目的。故本件附款 3 要求電視業者的部門經理以上之人員，不得兼任他電視公司之職務；其廣告、業務部門與節目部門均須獨立，應獨自設立自有攝影棚，並不得與他電視公司有節目聯合招攬之情事，勢將增加電視業者之營業成本，反有礙公平與自由競爭，亦無助於改善業界節目互播的現象；況所謂應獨自設立自有攝影棚，僅涉及單純硬體設備之利用，與軟體即節目內容無關，利用同一攝影棚亦可製作不同之節目、播放不同的新聞與發表不同的言論，故該等附款何以會有助於提升多元文化？其間邏輯實難以理解。故該附款與原處分之目的，欠缺正當合理之關聯，並違反比例原則。

四、爭點：行政處分附款的「救濟」？

◎臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1714 號判決

本件主行政處分既經定性爲裁量處分，原告是否得單獨就其附款爲撤銷訴訟，不無爭議。如主行政處分爲羈束處分，行政機關作成與否並無裁量權，附款與主要處分復具有可分性時，實務上承認此類訴訟之提起；惟主行政處分係裁量處分時，苟容認原告得單獨訴請撤銷附款，於原告獲得勝訴判決結果時，可能造成削弱行政機關裁量權，且強使行政機關必須接受原來如無該附款即不須作成，或不欲作成行政處分之結果，就此而言，實已構成對行政裁量權之侵害。因此，對於授益裁量處分，原告如認附款違法，原非得單獨就附款提起撤銷訴訟，而應提起課予義務之訴，請求法院判決行政機關作成無附款處分之決定，方為妥適。論者有謂此種孤立的撤銷訴訟，原則上應視為欠缺權利保護要件，而予以裁定駁回。

→②處分裁量決定說

惟此於實務及學說上均尚非屬定論，且羈束抑或裁量行政之區分，在行政法理上固然明確，但實務認定上卻往往並非易事，疑義頻生，本件許可案即為適例。是

9 本判決的見解後來經最高行、北高行更審判決後迭有變更，但大家還是可以看看本件北高行法官具體操作「不當連結禁止原則」與「比例原則」的方式。

以，既然本件附款並非條件、期限此種「附隨」於主行政處分而作成者，與主行政處分形式上具有可分性，兩造就主行政處分究屬裁量處分、抑或羈束處分又為本件爭執重點，基於強化人民訴訟權保障之立場，原告就本件主行政處分之附款單獨提起撤銷訴訟，本院肯認其訴仍具備權利保護要件，併此指明。

→在「換照許可」是否為裁量處分尚有爭議下，最終北高行採①附款類型決定說

(一)附款類型決定說

通說見解，依附款本身是否有「獨立規制內容」而具有獨立性，決定不同救濟方式。區分為以下兩者：

1. 期限、條件、廢止權保留

與主行政處分不可分，此種附款已成爲處分內容之一部，故不可單獨對「期限、條件、廢止權保留」單獨提起撤銷訴訟，應就主處分與附款合併提起課予義務訴訟。

2. 負擔、負擔保留

「負擔、負擔保留」本身即爲獨立之行政處分，僅附加於授益處分外，故可對負擔、負擔保留之付款，單獨提起撤銷訴訟。

(二)處分裁量決定說

原則上，行政處分附款原本就是主要規制外的附加內容，皆得對附款提起撤銷訴訟。然而，應考慮「行政之裁量權」。作成附款乃爲了實現行政目的，讓行政機關得以行使裁量權，故區分如下：

1. 羈束處分作成的附款

主處分爲「羈束處分」時，行政機關對應如何作成附款並無裁量權，故相對人若認爲附款之添加增加法所無之限制時，得單獨對該附款提起撤銷訴訟。

2. 裁量處分作成的附款

主處分爲裁量處分時，行政機關作成該裁量處分時，可能因無該附款，而不會作成主處分。因此，主處分之作成與附款之添加兩者有不可分之關係，若允許相對人單獨撤銷該附款，等同於剝奪行政機關之裁量權。在裁量處分下，無論何種附款，皆不得單獨對之提起撤銷訴訟，應與主處分共同提起課予義務訴訟。

(三)人民現時權益影響說

此說爲「少數見解」，區分「附款」中是否會對現時提起訴訟之人民權利受到影響（行政處分即時生效），區分應提起何種訴訟：

1. 終期、解除條件、廢止權保留、負擔、負擔保留

此種不可分之附款，因爲不影響行政處分即時發生效力，人民仍能享有該授益處分之利益，故應解爲可對此種行政處分之附款，單獨提起撤銷訴訟。

2. 始期、停止條件

「始期、停止條件」直接限制行政處分發生效力，人民無法即時享有該授益處分之利益，故准許人民就「主處分與附款內容」，合併提起課予義務訴訟。

參、今晚我想來點：「Uber」相關行政法法律爭議

一、背景事實

2013 年 4 月	以資料處理服務業等業務，登記進入台灣。
2014 年 5 月	推出平價車款「菁英優步」，招募自用小客車加入司機行列
2014 年 7 月	計程車司機大舉抗議
2014 年 7 月	交通部修改《計程車客運服務業申請核准經營辦法》
2016 年 10 月	交通部修改《汽車運輸業管理規則》，推出多元計程車方案
2017 年 1 月	修正《公路法》第 77、78-1 條，提高裁罰金額、增列檢舉獎金
2017 年 2 月 2 日	交通部開出勒令歇業處分書及總計包含 11 張裁處書、合計新臺幣 2 億 3100 萬元罰鍰
2017 年 2 月 9 日	宣布暫停台灣服務
2017 年 4 月	UBER 改與租賃車業合作，暫不與一般自用車合作
2019 年 6 月	修正《汽車運輸業管理規則》第 103-1 條

◎公路法 第 77 條第 2 項¹⁰

未依本法申請核准，而經營汽車或電車運輸業者，得依其違反情節輕重，處新臺幣十萬元以上二千五百萬元以下罰鍰，並勒令其歇業，其非法營業之車輛牌照及汽車駕駛人駕駛執照，並得吊扣四個月至一年，或吊銷之，非滿二年不得再請領或考領。

二、交通部 v.s Uber 公司：認定「數行為」才能發大財

◎最高行政法院 107 年度判字第 364 號 判決

要旨：

出於違反不作為義務之單一意思，而未申請核准，多次實施運輸行為，係違反同一行政法上義務之接續犯，該多次違反行為，在法律上應評價為一行為，於主管機關處罰後，始切斷違規行為之單一性。業者以相同應用程式平台招募欲合作之司機與之合作，分擔攬客及載客任務，完成運送乘客工作，並受有報酬，而共同實施完成經營汽車運輸業，自始即不限於單一司機，本在其一開始違反行政法上義務之犯意內。業者既自始即意在未經申請核准，提供相同應用程式平台，並以

10 舊公路法第 77 條第 2 項「未依本法申請核准，而經營汽車或電車運輸業者，處新臺幣五萬元以上十五萬元以下罰鍰，並勒令其停業，其非法營業之車輛牌照並得吊扣二個月至六個月，或吊銷之。」

相同方式，與不同司機分別完成運送乘客之行為，而經營汽車運輸業，可認為是出於違反行政法上義務之單一意思，該當於一個違反行政法上義務行為。

(一) 案例事實

臺北監理所查得台灣宇博數位服務股份有限公司（簡稱 Uber 公司）以網路平台招募司機，分別於原判決附表所示日期，藉由 UberAPP 應用程式平台指揮調度附表所載車輛營運載客，載客完成後乘客以信用卡付費，再由上訴人拆帳分配金額予接受調度車輛之司機，認 Uber 公司有未經核准擅自經營汽車運輸業之情事。經被上訴人在 106 年 1 月 3 日分別以 9 份處分書，各裁罰上訴人新臺幣 15 萬元，並勒令停止未經依公路法申請核准之汽車運輸業。

(二) Uber 公司與每個司機合事載客，屬一行為或數行為？

1. 交通部公路總局（高等法院同）主張：數行為

- (1) 本案不適用 98 年 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱 98 決）
- (2) 上訴人與各司機「分別」故意共同實施

98 年決內容所涉及之違法營業行為，係由單一行為人（某公司）透過其僱用之自然人從事郵件遞送而實施，該等受僱人之遞送行為，因係受該公司之指示為公司執行職務，故可認為係某公司反覆實施之營業行為。故僅於「同一」汽車駕駛人有多次與上訴人共同違法從事汽車運輸業之情形，因屬相同行為主體（即上訴人與該汽車駕駛人）反覆實施之營業行為，始得適用上開 98 年決議。

本件係上訴人與其經由網路所招募、並無上下隸屬關係之汽車駕駛人合作，共同實施行為時公路法第 77 條第 2 項所定違法行為之構成要件，而共同違反該條項所定之行政法上義務，各汽車駕駛人係基於自身賺取運送報酬之利益考量，分別與上訴人共同從事違法行為，駕駛人彼此間並無意思聯絡，主觀上亦無將其他駕駛人之行為作為己用之意，則上訴人與「每一」個別之汽車駕駛人合作從事載運乘客之行為，因係各駕駛人分別起意與上訴人共同實施之違法行為，行為主體互不相同，自應予以分別評價，僅於「同一」汽車駕駛人有多次與上訴人共同違法從事汽車運輸業之情形，因屬相同行為主體（即上訴人與該汽車駕駛人）反覆實施之營業行為，始得適用上開 98 年決議。

2. Uber 公司主張：一行爲

Uber 公司聚焦「營業行爲」本身，認爲公路法第 77 條第 2 項的「經營」應屬法律上一行爲，並引用公路法第 77 條立法理由¹¹說明之。

本院 98 年決議及 105 年度判字第 576 號判決，均係針對行爲人「營業行爲」所涉行政法上責任爲論斷，98 年決議並未指明公司投遞郵件營業行爲係由何人實施，亦未論斷營業之公司與實際行爲人間有無共同違反行政法上義務之情形。…而汽車駕駛人間有無意思聯絡，應與上訴人「營業行爲」應如何評價無關。原判決以上訴人與「每一」個別汽車司機合作從事載運乘客之行爲，因係各駕駛人分別起意與上訴人共同實施之違法行爲，行爲主體互不相同，自應予以分別評價爲由，而認本件無 98 年決議之適用，顯有不合。況縱上訴人有經營網路平台，上訴人亦僅有「相同」「單一」之經營平台之主觀意思，不因不同駕駛加入而有不同或多數之主觀意思。又 105 年決議亦係論斷行爲人「反覆」「繼續」實施之營業行爲，本件之情形並無不同，應有適用。

公路法第 77 條第 2 項規定於 106 年 1 月 4 日之修正理由，立法者已明確表示該條項所稱之「經營」汽車運輸業之行爲，具有反覆繼續性之特徵，自社會生活經驗觀之，該行爲屬複合式行爲，屬「一行爲」性質，有一行爲不二罰之適用。如認上訴人媒合各車輛駕駛人與乘客間之媒合經營行爲，構成經營汽車運輸業之行爲，則上訴人媒合對象究竟是否爲同一車輛駕駛人，均無礙該媒合行爲屬於反覆繼續性之一行爲。

3. 最高行政法院：一行爲

詳見前述最高行政法院 107 年度判字第 364 號判決。

三、Uber 司機 v.s 交通部：裁罰、管制傻傻分不清楚

◎最高行政法院 106 年 4 月份庭長法官聯席會議決議

法律問題：

民國 106 年 1 月 4 日修正公布前公路法（下稱公路法）第 77 條第 2 項後段規定之吊扣或吊銷車輛牌照，係屬管制性抑或裁罰性行政處分？

決議：（採甲說「管制性」）

106 年 1 月 4 日修正公布前公路法第 77 條第 2 項後段「……其非法營業之車輛牌照並得吊扣 2 個月至 6 個月，或吊銷之」規定，依其 73 年 1 月 23 日增訂時「至

11 節錄公路法第 77 條第 2 項立法理由：

一、未依本法申請核准而經營汽車運輸業及計程車客運服務業者，係被評價爲法律上一行爲，而依「一行爲，不二罰」原則，公路主管機關僅得以前次裁罰處分書到達後之持續違規行爲做爲下次裁罰之違規事實。是故，爲避免「行爲人事實上已因多次非法營業行爲獲取高額不法利益，惟公路主管機關卻僅可裁處一次至多十五萬元罰鍰」之顯不合理情形，爰參照公平交易法等規定，對於未依本法申請核准而經營汽車運輸業及計程車客運服務業者提高裁處罰鍰之額度，俾利公路主管機關得依行爲人之違法情節及因違法獲致之利益而裁處合適罰鍰，以達成本法規範之目的。

於未經申請核准而經營公路營業、汽車運輸業……除處以罰鍰並勒令停業外，並增訂吊扣非法營業之汽車牌照或吊銷汽車牌照之規定，以利執行」及106年1月4日修正時「……為達到遏止非法之效果，復提高吊扣非法營業車輛牌照之期限，……」之立法理由，參諸條文內容亦未以所吊扣或吊銷之車輛牌照為同條項前段之違規行為人所有者為限。考其意旨當係基於「使該車輛無法再繼續供作違規使用」並利於主管機關執行健全公路營運制度之目的，賦與主管機關得為吊扣或吊銷車輛牌照之處分，故其性質應認屬管制性行政處分。

乙說（裁罰性，未採見解）：

吊扣汽車牌照之性質依司法院釋字第418號解釋意旨為裁罰性行政處分，公路法第77條第2項「未依公路法申請核准，而經營汽車運輸業者，其非法營業之車輛牌照並得吊扣2個月至6個月，或吊銷之」規定，吊扣或吊銷之車輛牌照不以行為人所有者為限，亦不以汽車所有人自己違規經營汽車運輸業始得吊扣或吊銷車輛牌照，只須該車輛確係供非法營業即得吊扣或吊銷車輛牌照。考其立法目的，在於汽車所有人對其所有車輛，具有支配管領之權限，其將所有車輛交付他人使用，對於他人借用車輛之用途、使用方式自負有監督義務，乃以上開規定督促車輛所有人善盡監督義務，遏止違規行為（未經申請核准即經營汽車運輸業）之發生。該併罰規定立法意旨在於擴大處罰對象，並未排除行政罰法第7條第1項「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」之適用，是汽車所有人仍應對他人違反行政法上義務行為之違反監督義務行為，具有故意或過失，始應受罰。

◎最高行政法院 106 年度判字第 480 號判決

主管機關依行為時公路法第77條第2項後段作成管制處分時，其裁處則應依行政程序法為之，其處分考量在於手段之採取與行政目的之達成，是否合於比例原則，與一行為是否二罰無涉。因此，吊扣車輛牌照如屬管制性行政處分，其目的就不再是對過去違規行為予以非難，而在於積極地防患未然，審酌其合法與否之重點，也與一行為不二罰無關，而在於所採取限制人民財產自由之手段健全公路營運此行政任務之達成，是否合於比例原則。

四、Uber 司機 v.s 交通部：一直罰一直罰一直罰

◎最高行政法院 105 年度判字第 290 號判決

立法者對於違規事實一直存在之行為，如考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時除去該違規事實外，並得藉裁處罰鍰之次數，作為認定其違規行為之次數；因而對於違規事實持續之行為，為按次連續處罰者，即認定有多次違反行政法上義務之行為發生而有多次違規行為，從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題。

(一) 案例事實

臺北區監理所（上訴人）曾以涉案司機（被上訴人）於 103 年 12 月 21 日使用自用小可車載客並收取費用，違反公路法第 77 條第 2 項及汽車運輸業管理規則第 138 條規定為由，於 104 年 2 月 17 日作成裁處該司機 5 萬元罰鍰，並吊扣牌照 2 個月之處分。嗣後，臺北區監理所依據民眾檢舉資料，調查發現涉案司機於民國 104 年 2 月 6 日以其自用小客車（下稱系爭車輛）在臺北市中山區搭載乘客，並收取費用，違反公路法第 77 條第 2 項及汽車運輸業管理規則第 138 條規定。故臺北區監理所於 104 年 3 月 23 日作成裁處該司機新臺幣 5 萬元罰鍰，並吊扣牌照 3 個月之行政處分（下稱原處分）。

(二) 重要爭點

1. 爭點一：司機載客行為，究竟屬「一行為」或「數行為」？

最高行政法院認為，載客行為為營業行為，公路法第 77 條第 2 項「經營…」屬法律上一行為。「而所謂『一行為』，其概念包含『自然一行為』與『法律上一行為』。…被上訴人所涉未經申請核准經營汽車運輸業之違章情節，**具反覆性及繼續性之特徵，為營業行為，本質上為法律概念上之一行為。**」

2. 爭點二：「按次連續處罰」的適法性？

(1) 按次連續處罰的適法性？

- ① 考量對公益和公共秩序的影響
- ② 連續處罰間隔期間，應符合比例原則（釋字第 604 號解釋）
- ③ 法律有無明文規定

若「法律」將按次連續處罰之條件及前後處罰之間隔及期間為明確之特別規定，即得依規定連續處罰。若無法律明文規定，仍得以作成「裁罰處分」作成切割違規行為，違規事實改變而非持續存在之情形者外，則前次處罰後之持續違規行為，即為下次處罰之違規事實。

(2) 應如何裁罰始不違反一行為不二罰原則？

行政機關不得於罰鍰處分書中，僅記載裁處前「任意部分時段」之違規行為，此將構成另一種任意區隔連續違規行為次數之標準，「未記載時段」如再被行政機關裁罰，則可能有重複處罰之疑慮。應以處分書送達時點，作為區隔（切斷）為一次違規行為。

按次連續處罰之方式，對違規事實持續之違規行為，評價及計算其法律上之違規次數，並予以多次處罰，其每次處罰既然各別構成一次違規行為，則按次連續處罰之間隔期間是否過密，以致多次處罰是否過當，仍須審酌是否符合憲法上之比例原則，司法院釋字第 604 號解釋足資參照。又按次連續處罰既以違規事實持續存在為前提，而使行政機關每處罰一次即各別構成一次違規行為，顯以合理且必要之行政管制行為，作為區隔違規行為次數之標準，除法律將按次連續處罰之條件及前後處罰之間隔及期間為明確之特別規定，或違規事實改變而非持續存在之情形者外，則前次處罰後

之持續違規行為，即為下次處罰之違規事實，始符所謂「按次連續處罰」之本旨。行政機關如適用按次連續處罰之規定，而於罰鍰處分書僅記載裁處前任意部分時段之違規行為，使「時段」在行政機關具體實施之管制行為外，構成另一種任意區隔連續違規行為次數之標準，致行政機關「按次連續」裁處罰鍰之處分書未記載部分時段之裁處前違規行為，可能成為另一次罰鍰處分之違規事實，而行為人則在法律以行政機關之具體裁處行為所區隔之一次違規行為之範圍內，有受重複處罰之虞，此即與按次連續處罰之立法本旨不符而於法有違（本院 98 年度 11 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議參照）。

肆、暫時權利保護相關爭議

一、爭點：訴願法與行政訴訟法的停止執行，有無先後順序？

現行的停止執行的制度，有「依訴願法由行政機關作成決定」與「依行政訴訟法由法院作成裁定」兩套程序，是否如同訴願、行政訴訟間之關係有「先行政，後司法」的順序關係，有不同見解：

(一)肯定說（實務見解）

避免規避訴願程序，且申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，即可獲得救濟，故欠缺權利保護之必要（欠缺訴之利益）。例外在「必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟」的情形，才可以跳過訴願法停止執行之申請，逕向行政法院聲請停止執行。

◎最高行政法院 91 年度裁字第 906 號

訴願法第九十三條第二項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查，故必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要，而駁回其聲請。

◎最高行政法院 109 年度裁字第 159 號裁定

訴願法第 93 條第 2 項已規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，即無逕向行政法院聲請之必要。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。因此應認適用行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，逕向行政法院聲請停

止執行時，必須已向原處分機關或受理訴願機關申請未獲救濟（例如申請被駁回，或原處分機關或受理訴願機關不於適當期間內為准駁），或情況緊急，若不即時由行政法院處理，即難以救濟之情形，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要。惟如受處分人已向訴願機關申請停止執行，訴願機關未為准駁前，又向行政法院聲請停止執行，於行政法院為裁定前，訴願受理機關已為駁回之決定時，則行政法院尚不能以無保護之必要駁回停止執行之聲請。

(二) 否定說

1. 訴願法、行政訴訟法的停止執行不互相衝突

訴願為行政訴訟法的「法定先行政程序」，惟二者間並非審級關係，同為憲法第 16 條保障之權利。訴願法第 93 條第 3 項、行政訴訟法第 116 條第 3 項並未規定二者具有先後關係，二程序可分別進行，並分別作成決定或裁定。且縱然提起停止執行，本按訴訟仍應經訴願、行政訴訟程序，故不會產生規避訴願程序的問題。

2. 行政法院例外受理之見解有誤

實務見解以「必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟」作為例外允許聲請人逕向行政法院聲請停止執行之要件，惟是否有「急迫情事」本來就作為訴願法、行政訴訟法「停止執行」之共同實體要件，上述見解有混淆「程序要件」與「實體要件」之嫌。

二、爭點：訴願與行政訴訟之停止執行，要件有無不同？

在介紹停止執行之特別實體要件前，首先就訴願法與行政訴訟法之停止執行要件，二者先作比較。觀察訴願法第 93 條第 2 項、行政訴訟法第 116 條第 2 項規定，兩者要件稍有不同：

※ 訴願法第 93 條第 2 項（擇一關係）：

- (1) 原行政處分之合法性顯有疑義
- (2) 原行政處分之執行將發生難以回復之損害且有急迫情事
- (3) 並非為維護重大公共利益所必要

※ 行政訴訟法第 116 條第 2 項（全部都要符合 A+B+C）：

- (1) 原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者
- (2)（但書：消極要件）對於公益沒有重大影響
- (3)（但書：消極要件）原告之訴在法律上非顯無理由者

(一) 問題意識

人民能否以「原行政處分之合法性顯有疑義」（訴願法規定之停止執行要件），向行政法院聲請停止執行之裁定？

(二) 實務與學說見解

1. 否定說：文義解釋

◎高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 10 號 (89.1.1)

法律問題十：

當事人依行政訴訟法第一百十六條第三項聲請停止執行之案件，行政法院得否以「原行政處分之合法性顯有疑義」為由，裁定停止執行？

討論意見：

乙說：(否定說) 座談會結論採此說

行政訴訟法第一百十六條第三項起訴前聲請停止執行之要件，並未有「原行政處分合法性顯有疑義」之規定，故行政法院僅須就原處分或決定之執行，是否將發生難以回復之損害，且有急迫情事者，而於公益無重大影響等要件，予以審查即可，如未符合上述要件，即應予駁回。

2. 肯定說：得提起¹²

(1) 「合法性顯有疑義」、「但…顯無理由」表彰勝訴可能性

「原行政處分之合法性顯有疑義」要件僅規定於訴願法第 93 條第 2 項，為獨立的一項要件，此一要件未規定於行政訴訟法第 116 條第 2 項，其僅有「但…原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之」的明文。然而，上述行政訴訟法停止執行的消極要件，實際上皆表彰「勝訴可能性」因素。原處分合法性是否顯有疑義，為人民能否獲得勝訴之重要關鍵，行政法院審酌原告之訴是否顯無理由時，必然會就原處分之合法性評估，其意義等同於認定「原告之訴在法律上是否顯無理由」

(2) 體系正義：行政訴訟的權利救濟功能，不應遜於訴願

訴願與行政訴訟共同構成以行政處分為程序標的之行政救濟，訴願僅為撤銷訴訟之先行程序，行政訴訟提供的權利救濟，不應遜於訴願。

(3) 新進實務見解：最高行 107 年度裁字第 1590 號裁定

本號裁定認為「合法性顯有疑義」、「但…顯無理由」皆表彰勝訴可能性。

◎最高行政法院 107 年度裁字第 1590 號裁定

關於我國現行暫時權利保護之「停止（原處分）執行」法制，法律並未以外國學說所稱之「審究本案訴訟勝訴概然性」直接作為法律要件，而係於訴願法第 93 條第 3 項、第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 2 項分別將「行政處分之合法性顯有疑義」及「原告之訴在法律上顯無理由」列為「得停止執行」及「不得停止執行」之態樣，以符合停止執行制度，原則上係對獲得撤銷訴訟勝訴判決確定之受處分人或訴願人，提供有效法律保護之基本精神。從而，行政法院於審查停止執行之聲請時，依即時可得調查之事證判斷，如聲請人之本案訴訟顯會勝訴（即行政處分之合法性顯有疑義），即得裁定停止執行；惟如聲請人之本案訴訟顯會敗訴（法律上顯無理由），

12 李建良，前揭註 13，頁 363-366。

則應駁回其聲請；至如聲請人之本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴之情形，則應審究原處分之執行是否會發生難於回復之損害，且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，以決定之。

伍、最高行政法院聯席會議（前）決議列表

◎近期三年內決議

（前）決議	內容提要
108 年 4 月	①按日連續處罰性質為「行政罰」 ②是否需先經機關查驗，則須視個別行政法規 ③處分書須逐次送達才能處罰
108 年 3 月	確認公立學校教師行政救濟採「權利侵害說」，打破特別權力關係
107 年 10 月	向行政法院提起債務人異議之訴，以異議事由為「成立後」事由為限
107 年 7 月	違建拆除通知單，為行政處分（客觀說）
107 年 4 月	具處分性質之執行命令，經聲明異議後，毋庸提起訴願程序
106 年 6 月	大學不得針對再申訴決定循序提起行政訴訟。
106 年 4 月	未經許可非法經營運輸業而吊銷（扣）牌照，為管制性不利處分（使該車輛無法再繼續供作違規使用，並利於主管機關執行健全公路營運制度之目的）
106 年 3 月	行政契約得準用民法違約金規定，亦得請求酌減；本案（警專）違約金未過高，請求酌減無理由（3 理由）
106 年 1 月	命行政機關為特定內容處分之判決，屬行訴 305 I 給付判決，逾期未履行雖不得代履行，但得準用強執法規課以怠金。
105 年 10 月	多日違法播放藥物廣告，屬一行為（集合 + 接續）。機關未裁罰切斷違法行為單一性前，屬一行為非數行為。
105 年 8 月	訴願法 81 條但書不及於發回原處分機關情形。
105 年 6 月	被告申請閱卷（刑事卷宗）之救濟方式以「訴追犯罪」或「更正理由」為目的：刑事訴訟法 未有上開目的，或以政府資訊公開法申請：行政訴訟法
105 年 5 月	告訴人申請閱卷（刑事卷宗）之救濟方式以「再行起訴」為目的：刑事訴訟法 未有上開目的，或以政府資訊公開法申請：行政訴訟法

2020 讀家補習班司律二試重點整理

105 年 2 月	高院法官調任最高行，對曾參與前審裁判應迴避 (§19 ⑤)，不適用 §19 ⑥
105 年 1 月	人民團體職員產生而「核備」後決定，非行政處分
105 年 1 月	祭祀公業管理人選任「備查」之准否，非行政處分

◎稍久以前的決議

(前) 決議	內容提要
104 年 10 月	第三人獨立參加訴訟，限撤銷結果與第三人利害相反，始「應」命參加
104 年 8 月	考績列丙等對晉敘陞遷服公職權利影響重大，得提起救濟
104 年 8 月	機關內職務調任，雖喪失主管加給，仍不得行政救濟
104 年 4 月	法規命令「發佈」程序，不能以上網公告方式代替
103 年 11 月	若為利害相反關係之第三人，法院「應」依職權命其獨立參加
103 年 9 月	主管機關對於公寓大廈管委會「報備」後決定，非行政處分
103 年 8 月	本國籍配偶對於外籍配偶申請居留簽證之事件，無公法上權利
102 年 10 月	國軍眷村眷戶居住憑證關係 (私法關係)：承購住宅等權益 註銷憑證 (公法關係)：使眷舍居住憑證失其效力及原眷戶權益喪失
102 年 3 月	行政機關未考量個案行為人故意過失情節，逕以裁罰基準表最高額處罰，可認為不行使法規授與之裁量權，有「裁量怠惰」違法
102 年 2 月	行政程序法第 121 條「知」有撤銷原因：確實知悉時起
101 年 2 月	訴願法 §82I 遲到的行政處分：不包含全部或部分拒絕的處分
100 年 8 月	使用「代理人、使用人」之義務人責任條件如何認定 行政罰法施行前：類推民 224；施行後：推定過失責任
100 年 5 月	(J754) 虛報進口貨物產地之行為數認定：數行為
100 年 1 月	未依限發放補償致徵收失效，應提起確認公法上關係成立不成立訴訟
99 年 6 月	公平會檢舉函覆之判斷方式：保護規範理論 (結論：非行政處分)
99 年 3 月	土地登記簿附註地目限制：觀念通知 救濟方式：一般給付訴訟 (結果除去請求權)
98 年 7 月	公立學校教師解聘之性質與爭訟方式
98 年 6 月	依行政訴訟法第 7 條附帶提起國家賠償，本訴訟駁回時：失所附麗

98 年 6 月	土地徵收條例第 22 條異議、復議為訴願先程序 100 年修法後，將本條「應」改為「得」，立法理由：權利關係人對於徵收處分無需於公告期間提出異議即可依訴願法提起行政救濟
97 年 12 月	行政執行法第 9 條聲明異議後，仍得行政訴訟
97 年 12 月	NCC 之訴願管轄機關為行政院 (已修法：毋庸訴願)
95 年 7 月	健保局對特約醫院所為之停止特約，為行政處分
95 年 1 月	行為責任與狀態責任：行為責任優先原則
92 年 8 月	土地徵收失效函覆之性質僅為觀念通知

◎政府採購法系列

(前) 決議	內容提要
103 年 6 月	政府採購法刊登公報之停權處分，裁處權時效自「開標時」起算
103 年 3 月	政府採購法 §101I 第 10、12 款不以全部可歸責為必要
101 年 11 月	①政府採購法「追繳押標金」屬管制性不利處分 ②適用行程 §131I，且自可合理期待權利人為請求時起算
101 年 6 月	①裁罰性：政府採購法第 101 條第 1-12、14 款→適用行政罰法 §27 ②非裁罰性：第 13 款→類推適用行政罰法 §27
97 年 5 月	政府採購法前階段 (招標審標決標爭議)：公法關係
93 年 8 月	政府採購法後階段 (沒收押標金等)：私法關係

政府採購法第 101 條 (108 年修法後的條文)

I 機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及依第一百零三條第一項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：

- 一、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。
- 二、借用或冒用他人名義或證件投標者。
- 三、擅自減省工料，情節重大者。
- 四、以虛偽不實之文件投標、訂約或履約，情節重大者。
- 五、受停業處分期間仍參加投標者。
- 六、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。
- 七、得標後無正當理由而不訂約者。
- 八、查驗或驗收不合格，情節重大者。
- 九、驗收後不履行保固責任，情節重大者。
- 十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
- 十一、違反第六十五條規定轉包者。

2020 讀家補習班司律二試重點整理

十二、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。

十三、破產程序中之廠商。

十四、歧視性別、原住民、身心障礙或弱勢團體人士，情節重大者。

十五、對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者。

II 廠商之履約連帶保證廠商經機關通知履行連帶保證責任者，適用前項規定

政府採購法第 102 條第 3 項

III 機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。

政府採購法第 103 條

IV 依前條第三項規定刊登於政府採購公報之廠商，於下列期間內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商：…

公司法

- 陳楓 -

主題一、台新彰銀案與表決權拘束契約

一、表決拘束契約之意義與內涵

(一)表決權拘束契約之意義：

股東表決權拘束契約係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言。所謂「就持有股份之表決權為一定方向之行使」，當不限於股東間直接約定表決權為一定方向之行使，凡股東間之安排足以直接或間接影響表決權為一定方向之行使者，均應包括在內。

例如：約定特定股東不得提名超過一定數額董事人選，或約定特定股東不得徵求委託書，雖非直接限制股東就表決權為一定方向之行使，但限制特定股東不得提名超過一定數額之董事人選，將使特定股東可投票選擇之董事人選間接受到限制；另限制特定股東不得徵求委託書，係禁止特定股東行使其他股東之表決權，乃間接限制其他股東行使表決權，自均屬表決權拘束契約。

(二)本件討論：台新金與財政部之間是否為表決權拘束契約

1. 第二審（臺灣高等法院 105 年度重上字第 621 號民事判決）：採取否定說

財政部於 94 年 7 月 5 日新聞稿係「同意支持所引進之金融機構取得彰銀之經營權，使該金融機構確實得以主導彰銀之管理經營」，於 94 年 7 月 21 日函係「同意於增資完成後，經營管理權移由該策略投資人主導」及「本部（財政部）持股在未出售前，如得標投資人仍為最大股東者，本部將不改變由最大股東主導該行經營權之政策（亦即支持最大股東＝台新金取得彰銀董監事過半數席次之派任權）」，並未針對特定事項記載財政部應如何行使其對彰銀持股之表決權，且系爭契約乃財政部所設計架構，其熟稔公司法規與風險避免能力不亞於民間企業，衡情應知過往實務曾對表決權拘束契約效力之疑慮，卻仍發出類似表決權拘束之要約意思表示，以取得潛在投資人之信賴及投資意願，嗣為繼續履行系爭允諾，另與台新金控簽訂 97 年協議書、100 年協議書等情，堪信財政部亦認系爭契約並非表決權拘束契約。

2. 第三審（最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決）：態度不明確

綜觀 94 年 7 月 5 日新聞稿……似上訴人為執行公股金融機構整併政策，同意支持所引進之金融機構取得經營權，承諾配合辦理由其取得一定之董監事席次，並配合履約，簽立 97 年協議書、100 年協議書，則兩造間之系爭契約約定，是否非上訴人就其持有股份之表決權，為一定方向之行使之股東表決權拘束契約，洵非無疑，自有探求釐清之必要。

3. 更一審（臺灣高等法院 108 年度上更一字第 77 號民事判決）：採取肯定說
台新金與財政部就董監事席次分配之協議，乃表決權拘束契約變化性之執行機制或附屬安排，為取得經營權之諸多配合手段之一，本質上並不改變拘束表決權最原本之性質，廣義上亦屬表決權為一定方向之行使之一種態樣，則系爭契約自屬表決權拘束契約。
4. 學者評析（陳彥良師）：縱有配合措施之要求仍不改變表決權拘束契約本質
表決權拘束契約中針對表決權行使之限制，理應包含「積極行使」與「消極不行使」之情形。縱然有其他配合措施之要求，例如：董監事提名不超過一定數額、不徵求股東委託書、不結合小股東爭取經營權、鼓勵且不阻擾其他股東支持等，均係以圓滿履行受約束股東支持義務之契約上目的支持義務行為，並不會因而改變二者間表決權拘束契約之本質。

二、表決權拘束契約之效力

(一) 修法前表決權拘束契約之效力？

1. 早期實務（最高法院 71 年度台上字第 4500 號民事判決）
 - (1) 選任董事表決權之行使，必須顧及全體股東之利益，如認選任董事之表決權，各股東得於事前訂立表決權拘束契約（約定表決權如何行使），則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平。
 - (2) 若允許表決權拘束契約，將使公司法 § 198 形同虛設，並致選舉董事前有威脅，利誘不法情事之發生，更易使有野心之股東以不正當手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，而與公司法公平選舉之原意相左，且與公序良俗有違，故應無效。
2. 通說見解、部分實務¹
 - (1) 表決權拘束契約原則上應屬有效，但倘若認為個案當中之契約內容有明顯違法或有悖於公序良俗，仍有認為其應屬無效的可能。
 - (2) 累積投票制不必然能保護到少數股東，表決權拘束契約也不必然會致改選前有威脅、利誘不法情事之發生。在契約自由原則、尊重私人自由經營企業、促進公司及所有股東之利益，應肯認表決權拘束契約之效力。
 - (3) 我國公司法制既已允許性質相似之委託書，自無須全盤否定表決權拘束契約之效力。

(二) 修法後表決權拘束契約重點彙整

1. 2018 年公司法修法後新增 § 175-1：「股東得以書面契約約定共同行使股東表決權之方式，亦得成立股東表決權信託，由受託人依書面信託契約之約定行使其股東表決權。」所謂表決權拘束契約，係指股東與他股東約定，於一般或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向行使所締結的契約而言。
2. 立法目的：為使非公開發行股票公司之股東，得以協議或信託之方式，匯聚具

¹ 最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決（台新彰銀案三審判決）、臺灣高等法院 105 年度重上字第 621 號民事判決（台新彰銀案二審判決）。

有相同理念之少數股東，以共同行使表決權方式，達到所需要之表決權數，參考我國閉鎖性股份有限公司之規定，開放一般非公開發行公司股東均得訂立表決權拘束契約及表決權信託契約。

3. 適用對象：非公開發行公司

新增公司法 § 175-1 後，因適用對象僅限於「非公開發行公司」，故公開發行公司之市場派股東與他股東約定的表決權拘束契約，在 2018 修法後，該契約應屬無效。是以，學者認為市場派行動股東只能仰賴該股東於股東會時自願支持其行動，從而此次修正相對不利於市場派行動股東對公司派經營者發動挑戰²。

三、公開發行公司表決權拘束契約之效力（修法前 & 修法後）

(一) 2018 年公司法修正後：

公司法第 175 條之 1 明文排除公開發行股票公司適用表決權拘束契約，公開發行股票公司所締結表決權拘束契約係屬無效。但學者（陳彥良老師）同時指出最高法院 106 台上 2329 號民事判決似乎認為表決權拘束契約得適用於公開發行公司。

(二) 2018 年公司法修正前：

我國實務對於公發公司締結表決權拘束契約效力，採取「個案認定」而非全面否定說之見解。

1. 最高法院 106 台上 2329 號民事判決（第三審）

學者指出最高法院似乎將表決權拘束契約適用於公開發行公司

當事人締結之股東表決權拘束契約，除符合公司法第 175 條之 1、第 356 條之 9，或企業併購法第 10 條規定，依法為有效外，倘締約目的與各規定之立法意旨無悖，非以意圖操控公司之不正當手段為之，且不違背公司治理原則及公序良俗者，尚不得遽認其契約為無效。該契約之拘束，不以一次性為限，倘約定為繼續性拘束者，其拘束期間應以合理範圍為度。

(1) 是否以意圖操控公司之不正當手段為之

(2) 是否違背公司治理原則

(3) 是否違背公序良俗

(4) 若為繼續性契約，其拘束期間是否在合理範圍

2. 台高院 108 年上更一字第 77 號民事判決（更一審）

此次，台灣高等法院集結了過去最高法院、學者見解，提出了「9 項有效性標準」審查表決權拘束契約之有效性：

(1) 締結契約之目的與宗旨

係為達成限時限量完成金融機構整併政策，及解決彰化銀行因經營不善導致逾放比例過高，且無法順利辦理海外存託憑證以改善財務結構之危機。系爭契約已使彰化銀行財務結構大幅改善，創造彰化銀行、股東及員工三贏之局

2 楊岳平，評析公司法修正對股東行動主義的影響，月旦裁判時報，第 76 期，2018 年 10 月，頁 70。

面，財政部身為彰化銀行之第二大股東，亦同蒙其利。則就締結契約之目的與宗旨而言，自應肯認系爭契約之效力。

(2) 股東間締結表決權拘束契約之情形

台新金與財政部締結系爭契約旨在維護彰化銀行之最大利益，並保護彰化銀行債權人與投資人之權益，而非在詐害彰化銀行之債權人與股東，基於尊重自由經濟企業之利益與契約自由原則，應承認財政部為挽救彰化銀行財務危機，而與台新金控締結表決權拘束契約之效力。

(3) 非以不正當手段締結

台新金控乃被動接受財政部之訊息，以標得系爭特別股之意思實現，與財政部締結系爭契約，顯非以威脅、利誘等不正當手段強迫財政部為之，更無自恃股份不足，企圖透過結合表決權控制公司之情，堪認台新金控並無以不正當手段締結系爭契約。

(4) 對小股東無甚不公平

縱令台新金與財政部未締結系爭契約，持股較少股東亦難以進入彰化銀行經營階層，則持股較少股東無法當選董事進入彰化銀行經營階層，並非兩造締結系爭契約使然，而係因銀行董事須具有相當之專業背景，銀行之董事結構，及銀行股東持股比例等因素，造成持股較少股東難以進入經營階層，與系爭契約無涉，堪認系爭契約並未妨礙持股較少股東進入經營階層，難認對小股東有何甚不公平之情。

(5) 不違背公司治理原則

本件契約乃台新金與財政部協議分配董監事席次，再由台新金與財政部各依公司法第 198 條第 1 項規定，對各自提名或推薦之董監事人選進行投票（即共同配票），台新金控並未要求財政部須投票給台新金控所提名或推薦董監事人選，且財政部亦自承未投票予台新金控所提名或推薦董事人選。兩造於 94 年、97 年、100 年之彰化銀行董監事改選中，依上開分配董監事席次協議，於 94 年財政部當選董監事 9 席、台新金控當選 11 席，於 97 年、100 年財政部當選董監事 5 席、台新金控當選 7 席，符合股權實力與比例原則，並無約定支持特定董監事以操縱董監事改選之流弊，難認有何違反公司治理之情，顯無最高法院 71 年度台上字第 4500 號判決之適用，自不得據上開判決遽認系爭契約無效。

(6) 契約簽署地之法律規範

(7) 司法實務對於將表決權行使之權利自股份所有權分離於公共政策下所持之態度

我國司法實務既不採表決權僅因權利行使與股份所有權分離即違反公共政策，而屬無效之見解，尚難僅以公開發行股票公司締結之表決權拘束契約，有表決權行使與股份所有權分離情形，即否定其效力。

再者，財政部及台新金控於 97 年、100 年改選董監事時，對於彰化銀行之持股比例依序為 12.19%、22.55%，依股權實力與比例原則，依序可當選

4/10、6/10 之董監事。而財政部與台新金控 94 年、97 年、100 年當選董監事席次之比例，亦約維持在 4 比 6 之比例，財政部當選董監事席次之比例，符合其與台新金控對於彰化銀行之持股比率，財政部係依公司法第 198 條第 2 項所定累積投票制度，投票給自己提名或推薦之董監事人選，並未投給台新金控所提名或推薦之董監事人選，亦堪認系爭契約並未導致財政部發生表決權之行使與股份所有權分離之情事。

(8)控制股東表決權行使期間長短，與有無足以免除表決權拘束契約拘束之機制系爭契約附有下列 2 個解除條件：①財政部完全出售其持股，②台新金控非彰化銀行最大股東，如上開 2 解除條件之 1 成就，系爭契約即失其效力，堪認系爭契約設有足以免除表決權拘束契約拘束之機制。則財政部若不欲繼續支持彰化銀行之最大股東取得經營權，且台新金控亦有意釋股不再繼續爭取經營權，財政部自應設法於市場購買彰化銀行股票，使自己成為彰化銀行最大股東，或自行或委由他人購買台新金控部分股票。

(9)質疑契約有效性之股東是否意圖逃避義務

(10)小結（本件涵攝）

台灣高等法院依照 9 項審查標準審查結果，認為台新與財政部之間的契約具有正當性，有助於解決彰化銀行之財務危機，與保障彰化銀行全體債權人與股東之權益，並未造成對小股東不甚公平之不當結果，且符合公司治理原則。此外，財政部與台新金之間設有足以免除表決權拘束契約拘束之機制①財政部完全出售其持股，②台新金控非彰化銀行最大股東，如 2 解除條件之 1 成就，即得透過該機制使契約失其效力，不能僅因表決權拘束契約無期限之約定，即遽認表決權拘束契約於特定期間經過後即自動失其效力。

綜上，故認台新與彰銀之表決權拘束契約無違反公序良俗，應認為有效。

(三)學者見解（張心悌師、陳彥良師）

觀察我國公開發行公司表決權拘束契約，目前仍欠缺申報與公開制度等相關配套。是以，貿然承認公開發行公司表決權拘束契約的有效性，對市場投資人而言保護明顯不足，將造成高度投資風險³。

若欲承認公開發行公司得發行表決權拘束契約，應有更為嚴格的內在限制、要式要求（書面）、約定一定期限等限制。並同時搭配強化透明度，適度揭露表決權拘束契約，以避免侵蝕投資人對證券市場之信心⁴。

3 張心悌，表決權拘束契約、公司治理與公序良俗——兼評最高法院 106 年度台上字第 2329 號民事判決，月旦裁判時報，第 95 期

4 陳彥良，公開發行公司表決權拘束契約之問題，月旦法學教室，第 208 期，2020 年 2 月，頁 15～19。

【審題思維 & 架構】

- (一) 表決權拘束契約之意義與內涵
- (二) 表決權拘束契約之效力
 - 1. 早期實務：最高 71 台上 4500 號判決
 - 2. 近期實務：最高 106 台上 2326 號判決
 - 3. 學說見解：肯認其效力（無論修法前後）
- (三) 公開發行公司表決權拘束契約之效力（修法前 & 修法後）
 - 1. 公司法修法前
 - (1) 最高法院 106 台上 2326 號判決
 - (2) 台高院 108 年上更一字第 77 號民事判決之判決
 - 2. 公司法修法後（2018 新增 §175-1）
 - (1) 最高：似乎認為表決權拘束契約得適用於公開發行公司。
 - (2) 台高：公開發行股票公司所締結表決權拘束契約係屬無效
 - 3. 學者見解：見解不一，多採取否定
- (四) 表決權拘束契約與累積投票制之關聯
- (五) 長期或無限期表決權拘束契約之效力：違反公序良俗無效
- (六) 有償表決權拘束契約之效力：違反公序良俗無效

主題二、大同案重點彙整

一、大同案始末（2017 ~ 2020）



(一)2017 大同案：主要爭點在於「董事候選人提名制」

1. 案例事實

大同公司於於 2017 年 2 月 17 日公告召開 2017 年 5 月 11 日股東常會改選董事（含獨立董事）後，當時的市場派欣同公司因持有大同公司 1.7% 股份而有獨立提名權，遂提名楊永明、林宏信為董事候選人、林鵬良為獨立董事候選人，另外新大同則提出 5 名董事、2 名獨立董事候選人，並依修正前公司法第 192 條之 1 規定⁵ 檢附相關資料以挑戰公司派。

2017 年 3 月 29 日，大同公司召開董事會審查董事候選人資格，然大同公司公司派為保住經營權地位，以公司法第 192 條之 1 第 4 項「檢附文件不齊備」為由，剔除市場派候選人董事及獨董參選資格。同年 5 月召開股東會改選董事，將兩組市場派提名之人選，10 董事及獨立董事候選人全數剔除，最終公告的董事及

5 公司法 192 條之 1 第四項（舊法）：前項提名股東應檢附被提名人姓名、學歷及經歷、當選後願任董事之承諾書、無第三十條規定情事之聲明書及其他相關證明文件。

獨立董事候選人名單，仍然只有公司派所提名之九人。爾後 5 月 11 日大同公司派囊括 6 席董事、3 席獨董，股東欣同投資顧問有限公司憤然由負責人代表向台北地院提出股東會選舉無效的民事訴訟。

2018 年 11 月 7 日一審判決（臺北地院 106 年訴字第 2349 號民事判決）大同系爭股東會選舉董事決議應予撤銷，大同公司不服提起上訴。2019 年 10 月 30 日二審判決（臺灣高等法院 107 年上字第 1522 號民事判決）認定，大同公司該屆股東會董事、獨董當選決議無效。

2018 年 7 月公司法修正，取消董事會就董事候選人提名的審查權，新公司法 § 192-1 將原先提名股東應檢附之文件部分全數刪除，僅須敘明被提名人姓名及學、經歷即可，而無提出當選後願任董事承諾書、無公司法第 30 條規定情事聲明書之必要，且因公司已有法人股東持股資料，亦無再要求檢附持股證明之必要。

2. 修法因應：取消董事會的審查權

2018 年公司法修正，取消董事會就董事候選人提名的審查權，新公司法 § 192-1 將原先提名股東應檢附之文件部分全數刪除，僅須敘明被提名人姓名及學、經歷即可，而無提出當選後願任董事承諾書、無公司法第 30 條規定情事聲明書之必要，且因公司已有法人股東持股資料，亦無再要求檢附持股證明之必要。

經濟部 109.4.23 經商字第 10900027060 號函

按公司法第 202 條規定：「公司業務之執行，除本法或章程規定應由股東會決議之事項外，均應由董事會決議行之。」是以，董事會執行業務係以決議方式行之。次按同法第 192 條之 1 第 3 項規定：「持有已發行股份總數 1% 以上股份之股東，得以書面向公司提出董事候選人名單……」第 5 項規定：「董事會或其他召集權人召集股東會者，除有下列情事之一者外，應將其列入董事候選人名單：一、提名股東於公告受理期間外提出。二、提名股東於公司依第 165 條第 2 項或第 3 項停止股票過戶時，持股未達 1%。三、提名人數超過董事應選名額。四、提名股東未敘明被提名人姓名、學歷及經歷。」倘召集股東會之主體為董事會時，針對提名股東提出之董事候選人名單，應召開董事會就有無第 192 條之 1 第 5 項第 1 款至第 4 款之情事為形式認定（本部 107 年 12 月 21 日經商字第 10702429010 號函參照）。是以，董事會就候選人名單為形式認定，自應以決議方式為之。

(二)2020 大同案：主要爭點在於「如何預防公司派濫用主場優勢」

今年（2020 年）6 月 30 日，大同公司召開股東常會，董事長林郭文艷以部份股東

係為中資及其股權未依企業併購法第 27 條第 14 項⁶申報為由，現場剔除 53.3% 約 12 億股之股份表決權，認為該股份不應計入「股份總數」及「出席之表決權數」，公司派大獲全勝，囊括該次董事選舉所有席次。主管機關後於於今年 7 月 2 日，命證交所將大同打入全額交割股；7 月 6 日投保中心訴請裁判解任大同公司董事長（林郭文艷）之董事職務；7 月 9 日經濟部亦以大同該董事改選未具備逾 1/2 股份出席為由，駁回大同新任董事變更登記申請。此外，市場派另於 7 月 9 日向經濟部申請召開臨時股東會。並於 8 月 12 日經濟部正式核准大同市場派股東臨時會申請。

相關條文與經濟部函釋

公司法第 173 條第 4 項

董事因股份轉讓或其他理由，致董事會不為召集或不能召集股東會時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，報經主管機關許可，自行召集。經濟部 99.1.19 經商字第 09802174140 號函：至於該條第 4 項之規定，允屬第 1、2 項規定以外之其他情形，係從董事發生特殊重大事由之考量，以「董事因股份轉讓或其他事由」為前提要件，其意指全體董事將其持有股份全數轉讓而解任之特殊重大事由，至所稱「其他事由」亦須與本句前段「董事因股份轉讓」情形相當之事由，如**董事全體辭職、全體董事經法院假處分裁定不得行使董事職權、僅剩餘一名董事無法召開董事會等情形**，始有適用。

公司法第 195 條第 2 項

董事任期屆滿而不及改選時，延長其執行職務至改選董事就任時為止。但主管機關得依職權限期令公司改選；屆期仍不改選者，自限期屆滿時，當然解任。經濟部 94.12.08 經商字第 09402188600 號：所謂「不及改選」係以董事任期屆滿，公司是否選出新任董事為斷

二、法律問題分析

(一) 投保中心對現任董事（林郭○○）提起裁判解任訴訟

1. 立法目的：

按投保法第 10 條之 1 第 1 項第 2 款之裁判解任權，乃立法機關賦予具公益色彩之保護機構之形成訴權，其立法目的在於落實公司治理之精神，適時解任不適任之董事，以保護證券投資人權益，發揮保護機構之職能。

2. 最新修法：

(1) 允許跨任期解任（§ 10-1 I ②）

2020 年 6 月總統公布的新修正投保法 § 10-1 I ②規定：「……且解任事由不以起訴時任期內發生者為限。」蓋裁判解任訴訟係為避免不適任者擔任上

6 企業併購法第 27 條第 14 項：
為併購目的，依本法規定取得任一公開發行公司已發行股份總額超過百分之十之股份者，應於取得後十日內，向證券主管機關申報其併購目的及證券主管機關所規定應行申報之事項；申報事項如有變動時，應隨時補正之。
違反前項規定取得公開發行公司已發行有表決權之股份者，其超過部分無表決權。

市、上櫃或興櫃公司董事或監察人，其裁判解任事由自不以發生於起訴時之當次任期內為限，且亦不論該事由發生當時其身分為董事或監察人，投保中心均得訴請法院裁判解任。

①投保法兼具有**維護股東權益及保護社會公益之功能**，且上市櫃公司攸關眾多投資人權益，有加以監督之必要，倘若公司為大股東掌握而無法追訴違法董事，自應透過投保中心行使裁判解任訴權。若限制不得跨任期解任，顯然抵觸立法意旨。

②裁判解任制度具有**嚇阻及預防董事違反受託義務之預防功能**，故不應以該董事任期內所生事由為限，始能發揮嚇阻之功能。

(2)類似董事失格制度（§ 10-1 VII）

2020年6月總統公布修正通過的投保法§ 10-1 VII規定：「第1項第2款之董事或監察人，經法院裁判解任確定後，自裁判確定日起，3年內不得充任上市、上櫃或興櫃公司之董事、監察人及依公司法第27條第1項規定受指定代表行使職務之自然人，其已充任者，當然解任。」為保障投資人權益及促進證券市場健全發展，其一旦經裁判解任確定後，即不應在一定期間內繼續擔任公司董事、監察人，以避免影響公司治理及危害公司之經營。

缺點：本項僅適用於投保中心所提起，經法院裁判解任之上市（櫃）公司董事。同時，將董事失格僅與解任連結仍過於狹窄。最後修法雖禁止不得在一定期間擔任董事，然若無法把相關控制關係（實質負責人）納入規範等相關配套，仍無法完全杜絕違法⁷。

3. 修法建議：引進董事失格制度

其意在於使不適格之人於一定期間內不得參與任何與公司設立、經營、解散、清算或破產管理有關之行為，以保護債權人及公共利益。換言之，董事失格制度的目的不在於處罰不適任的經營者，而是為保護更司債權人與公益。

學者（曾宛如、郭大維）認為，未來若要引進英國法董事失格制度，除限制不可再擔任董事之外，也應包括「影子董事」，並對違反者課與民刑事責任等配套，方能確保失格制度之落實⁸。

(二)大同案並非屬於企業併購，並無企業併購法第27條第15項之適用

市場派以現金為對價取得目標公司之既有股權屬「一般股份的買賣」，且其交易內容亦非進行概括承受、讓與或受讓主要或全部營業財產，亦無股份轉換、股份交換、企業合併等情事，並不符合企併法對於收購的定義，更不是企併法規範之併購態樣，無需適用企併法之規定。亦即大同案根本無企併法第27條之適用。

退步言之，縱認本件有企業併購法之適用，企業併購法第27條第15項所稱之「剔除表決權」，亦僅指超過10%股份之部分無表決權，並非如大同公司所指應全部剔除。

(三)市場派以公司法§ 173 IV申請召集股東臨時會

7 方嘉麟、曾宛如等，經營權爭奪下崩毀的公司治理，月旦法學雜誌，第304期，頁204。

8 方嘉麟、曾宛如等，經營權爭奪下崩毀的公司治理，月旦法學雜誌，第304期，頁207。

1. 經濟部核准之理由：「難以期待」董事會能遵法召集股東會。
 - (1) 大同董事長林郭○○執行業務有重大違反法令，客觀上已足認其擔任董事會召集權人及股東會主席，有濫權違法行為，對公司及全體股東造成嚴重損害。
 - (2) 股東會的召集權人不得於股東會上恣意剝奪股東權益（剝奪超過 12 億股投票表決權，約占大同總股數高達 53.32%）。
 - (3) 大同公司負責人刻意忽視董事受託義務下善良管理人的注意義務、及全體股東的權益，已無法期待該公司董事會未來將依法召開股東會。
 - (4) 申請人主張「公司法」§ 173 IV，法意旨在股東會以董事會召集為原則，但如董事會不為召集或不能召集，應該給予股東應有請求召集或自行召集的權力。假如公司負責人召開股東會有重大違法、刻意忽視其善良管理人的注意義務、及全體股東權益，且已無法期待該公司董事會未來將依法召集股東會，即可以認為符合「公司法」第 173 條第 4 項要件，才符合該項規定保護少數股東權益的意旨。
 - (5) 大同公司主張申請人（市場派）取得的股份無效、申請人有「企業併購法」第 27 條第 14 項所定應申報而未申報情事、及涉及陸資投資，並申請調查證據，但法規如何解釋及適用，是主管機關及法院職權，不是由公司自行解釋及適用，甚至逕自扣除相關股東股份
2. 學者對於經濟部見解之評釋⁹：
 - (1) 黃銘傑師：公司法 § 173 IV 係針對「董事會不為召集或不能召集股東會」的特例。過去經經濟部認為必須達「客觀不能」的程度，亦即僅在董事全體辭職、全體董事經法院裁定不得行使董事職權、或是董事人數剩餘到無法召開始能核准。而經濟部此次面對直接以「難以期待」大同董事會能遵法召集股東會，而認為董事會不為召集或不能召集，此例一開，看似解決大同個案問題，實則後患無窮。
 - (2) 方嘉麟師：

對於公司法 § 195「不及改選」之解釋，應解為一旦有改選事實，即不會構成「不及改選」。倘若 § 195 做此解釋，舊董事因任期屆滿而下台，新任董事因為改選無效，是以公司沒有董事會，構成公司法第 173 條第 4 項不能召集，也就不需要將客觀不能化為主觀不能（難以期待）而後患無窮¹⁰。
 - (3) 曾宛如師：主管機關對於 § 195 之解釋應重新調整

公司法 § 195「不及改選」之解釋，應解為「未有改選」，倘若如此，本次大同董事已然改選，舊任董事均已解任，新任董事依經濟部見解因為未達定足數，改選違反法令因而不得變更登記。此時，舊任董事已經解任，新任董事

9 黃銘傑，對於此次經濟部核准大同公司市場派依公司法 § 173IV 申請召開股東臨時會採取否定見解，蓋公司法第 173 條 4 項客觀不能與難以期待並不相同，此例一開恐後患無窮，詳參：https://www.ctwant.com/article/67255?fbclid=IwAR3-CYPW5P6eIIImXN5UQos9WxjYRCAP_em19-39BFWMHT0CV77UA09eP1w（最後瀏覽日：2020/9/15）

10 https://www.youtube.com/watch?v=sK9_FhFexVY&feature=youtu.be&fbclid=IwAR3t8yDwdCBUpABmm9xh4Zk1ReMdHt1AaWEokJqnX7GVcMvatVR0T5c1JPE 方嘉麟老師（最後瀏覽日：2020/9/15）

為合法選出，大同產生無董事會之情形，構成公司法第 173 條第 4 項不能召集¹¹。

主題三、特別股多元化

為提供非公發公司特別股多樣化，及允許企業擁有更多充足之自治空間，增訂第公司法 § 157 I ④～⑦。

爭點、得否發行數種特別股之混搭型？

目前公司法 § 157I 並無規定僅得發行單一款所規定型態之特別股，故發行數款特別股之混搭型，於法而言應無不可。

一、複數表決權股（§ 157 I ④）

(一)增訂理由：

1. 提供非公開發行股票公司關於特別股之設計更加多樣化。
2. 允許企業擁有更多充足之自治空間，使非公發公司得以追求符合其企業特質之權利義務規劃。
3. 確保創業家對公司股東會決議事項有絕對多數表決權。

(二)適用對象：

1. 原則：目前僅非公開發行公司放寬（§ 157 I ④）；公發公司仍然不得發行（§ 157 III）

(1)爭點 1、公司法 § 157 III 為何明定公開發行股票公司排除適用？

放寬複數表決權特別股，可能會產生少數持有複數表決權或否決權之股東，凌駕或否決多數股東之意思。因為公開發行股票之公司股東眾多，為保障所有股東權益，並避免濫用特別股衍生萬年董事或監察人之情形，進而衍生不良之公司治理及代理成本的問題。

(2)爭點 2、僅適用於非公開發行公司之妥適性？

①肯定說（立法目的、劉連煜師¹²）：

避免少數股東濫用複數表決權特別股，而侵害多數股東之權益，故公開發行公司應回歸「一股一權原則」。

②否定說（朱德芳師¹³）：

公司法 § 157 III 之立法理由僅論述放寬可能產生之弊害，惟未論及引進後可能帶來之效益。

縱然未開放公開發行公司適用複數表決權特別股，其仍得以無表決權或限制表決權之特別股建構「雙層股權結構」，且利用此方式產生之凌駕效果更強於複數表決權股，故不許公發公司發行之正當性較為薄弱。

2. 例外：監察人選舉時複數表決權股應回歸「一股一權」，而與普通股股東之表

11 方嘉麟、曾宛如等，經營權爭奪下崩毀的公司治理，月旦法學雜誌，第 304 期，頁 197

12 劉連煜，現代公司法，新學林，2018 年 9 月，十三版，頁 323～324。

13 朱德芳，雙層股權結構之分析—以上市櫃公司為核心，月旦法學雜誌，第 274 期，2018 年 3 月，頁 162。

決權相同 (§ 157 II) 。

(三)學說批評：仍以已發行股份總數為定足數，股東會可能因被杯葛而流會¹⁴。

- 1.衝突：認定之方式不應以「已發行股份總數」，而應以「表決權數」為準¹⁵，否則縱然透過複數表決權股掌握過半表決權，仍可能因未持有過半公司已發行股份總數，而未必能控制公司。
- 2.解決方式：現行法下，或許可以透過股東協議或表決權信託 (§ 175-1) 安排以降低風險。長遠之計，仍應將定足數應修正成「表決權數」，以符合立法原意。

二、具否決權特別股 (§ 157 I ④)

(一)增訂理由：

- 1.提供非公開發行股票公司之特別股更多樣化及允許企業充足之自治空間，使其追求符合其企業特質之權利義務規劃
- 2.賦予天使投資人對於特定的重大經營決策 (企業併購、重大資產處分) 享有否決權。

(二)行使時點與限制：

- 1.爭點 1、否決權特別股之行使期間？得否於股東會後行使？

應於「討論該事項之股東會」中行使，以避免法律關係懸而未決。縱使特別股發行條件另有約定「得於股東會後行使」，亦宜限縮解釋於該次股東會後合理期間內行使，以使法律關係早日確定。

經濟部 108.1.4 經商字第 10702430970 號：

特別股股東針對特定事項行使否決權時，應於討論該事項之股東會中行使，以避免法律關係懸而未決。**縱使特別股發行條件另有約定「得於股東會後行使」，亦宜限於該次股東會後合理期間內行使，以使法律關係早日確定。具體個案如有爭執，允屬司法機關認事用法範疇。**

- 2.爭點 2：具有否決權之「特定事項」是否限於股東會所得決議事項？

(1)狹義說 (經濟部、劉連煜師)：

應以「股東會所得決議之事項」為限，如：變更章程、解任董事、出售公司重大資產、合併或分割等，而不及於「法定董事會決議事項」、「董事選舉之結果 (§ 198)」。所謂否決權股或黃金股，本質為股份，而其持有人為「股東」，不應逾越權限分配而干涉董事會經營事項。

綜上，可以認為經濟部如此解釋係基於「公司法上股東會與董事會權限分配」及尊重公司法第 198 條採取「累積投票制」股東會選舉結果所作的限縮解釋¹⁶。

14 方嘉麟，公司法修正對會計實務之影響，月旦會計實務研究，第 8 期，2018 年 8 月，頁 30～31。

15 方嘉麟、曾宛如，強化公司治理，月旦法學雜誌，第 275 期，2018 年 4 月，頁 24。

16 劉連煜，現代公司法，新學林，2020 年 9 月，十五版，頁 339。

經濟部 108.1.4 經商字第 10702430970 號函：

按 107 年 11 月 1 日施行之公司法第 157 條第 1 項第 4 款及第 3 項規定，非公開發行股票之公司得發行「對於特定事項具否決權特別股」，並應於章程中載明，先為敘明。對於特定事項具否決權之特別股股東，於行使否決權時，應以股東會所得決議之事項為限；依法屬於董事會決議之事項，例如：經理人之委任、解任及報酬（公司法第 29 條第 1 項第 3 款），則不得行使否決權。又特別股股東對於「董事選舉之結果」，亦不得行使否決權，以維持公司之正常運作。

(2)廣義說¹⁷（方嘉麟師、曾宛如師）：

按公司法既解除限制，則應授予公司自治，方符合修法之目的，也才是真正給予公司經營上的彈性，故應尊重章程對特定事項之規定，只要章程記載清楚，對於否決權適用的事項不應設限，以提供非公開發行公司有效的法規與選擇。否則，縱使開放黃金股，實務上也難以使用。

3. 得否對「解任特定董事」之結果行使否決權？

蓋解任董事本屬股東會決議事項，故得就「解任特定董事」之結果行使否決權，惟應注意宜限於該次股東會決議解任董事後合理期間內行使。

三、保障特定股東得當選一定名額董事（§ 157 I ⑤）

(一)增訂理由：為提供非公開發行股票公司關於特別股之設計更加多樣化及允許企業擁有更多充足之自治空間，使非公發公司得以追求符合其企業特質之權利義務規劃。此外，鑑於監察人為公司之監督機關，為落實監察權之行使及公司治理之需求，本款未允許公司以章程保障特別股股東當選一定名額之監察人。

(二)適用對象：僅限於當選一定席次的董事，而不及於監察人（§ 157 I ⑤）。應比較者，係閉鎖性股份有限公司得同時發行當選一定席次的董事、監察人之特別股（§ 356-7）。

1. 爭點 1、本條排除當選一定名額監察人之立法妥適性？

(1)肯定說（立法目的、劉連煜師¹⁸）：

若特別股股東永保監察人席次，不僅扼殺小股東當選監察人的機會，更可能使長期監控監察人席次之特別股股東與公司經營階層沆瀣一氣，失去監察人之獨立性，將使公司治理效能大打折扣，故立法政策上應確保監察人之獨立性及其監督職能之落實。

(2)否定說（民間修法委員會¹⁹）：

從企業自治之觀點思考，若特別股股東選擇不參與經營，僅職司監督，似無

17 方嘉麟主編，變動中公司法制-17 堂案例學會公司法，方嘉麟著，第 5 篇：公司管理之權力結構，元照出版，2019 年 9 月，二版一刷，頁 159；曾宛如，章程自治之範疇，收錄於：氏著，公司法制基礎理論之再建構，2017 年 8 月，頁 70。

18 劉連煜，現代公司法，新學林，2018 年 9 月，十三版，頁 323。

19 方嘉麟主編，變動中公司法制-17 堂案例學會公司法，朱德芳、張心悌著，第 3 篇：公司籌資與有價證券之發行，元照出版，2019 年 9 月，二版一刷，頁 84。

禁止之必要，故應賦予公司得透過章程對於其權利義務作妥適的規劃，以達到其相互制衡的需求。例如：使天使投資人能取得監察權與掌握經營權的創業家相互制衡。

2. 被選舉人之資格：需具有「此等特別股股東」之身分。

爭點 2：當選之董事是否以具有特別股股東身份為必要？

(1) 主管機關：肯定說

公司得發行特別股股東當選一定名額董事權利之特別股，條文既明定「特別股股東當選一定名額董事」，即指當選之董事須具此等特別股股東資格。

經濟部 108.6.14 經商字第 10800045890 號函：

一、按公司法第 157 條第 1 項第 5 款規定，公司得發行特別股股東當選一定名額董事權利之特別股，條文既明定「特別股股東當選一定名額董事」，即指當選之董事須具此等特別股股東資格（該條修正說明參照）。

二、次按公司法第 27 條第 1 項規定，政府或法人為股東時，得當選為董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務。是以，依該項規定，公司之董事為該法人股東（特別股股東），而非其所指定之自然人，該自然人僅為代表行使職務，爰可指定非具特別股股東身份之人（自然人）代表行使董事職務。

(2) 學說見解：否定說

在中小型企業，基於「章程自治」的精神，應容許股東自我承擔風險，便利企業經營者安排最符合其企業特質之營運模式。蓋學者當初倡議引進本制度時旨在使該特別股股東得指定一定席次之董事、監察人。是以，當選董監之人似不以具有特別股股東身份為必要²⁰。

3. 爭點 3：得否約定持有甲特別股股東得指定自然人或法人出任董事三席，而受指定自然人或法人以持有甲特為限？

目前公司法 § 157 I ⑤ 保障特定股東得當選一定名額董事，仍須經過股東會選舉方式為之，是以，甲特強調該特別股股東得指定自然人或法人出任董事於法未合²¹。

20 邵慶平，章程自治的界線，月旦法學雜誌，第 247 期，頁 84 以下。

21 劉連煜，現代公司法，新學林，2020 年 9 月，十五版，頁 339。

主題四、章程自治

公司得否以章程提高股東會普通決議之門檻？

(一)否定說（經濟部、劉連煜師²²）：公司法有明定章程有較高規定者，從其規定，始得以章程提高決議門檻

經濟部 108.5.8 經商字第 10802410490 號函

一、本部 100 年 2 月 23 日經商字第 10002403260 函未區分公司法是否有規定股東會及董事會之決議得以章程另訂較高出席及同意門檻，均得以章程提高決議門檻。惟公司法既僅於特定條文中規定股東會或董事會決議之出席及同意門檻「章程有較高之規定者，從其規定」（如公司法第 13 條第 4 項、第 29 條第 1 項、第 185 條第 3 項、第 277 條第 4 項 ... 等），且為保障交易安全，尚難期待新加入股東或債權人均已查閱公司章程，而知悉章程已有異於公司法明定之出席及同意門檻，及為避免干擾企業正常運作造成僵局，應僅於公司法有明定章程得規定較高之規定時，始得依該規定為之。是以，上開函爰予廢止，不再援用。

二、另已依本部上揭函訂定章程者，得於下次修正章程時一併修正。

1. 經濟部在 2018 年改變其先前見解，認為在公司法未明文時，公司不得透過章程提高決議門檻，其理由大致可以歸納如下：
 - (1)體系解釋：公司法僅於特定條文中規定股東會或董事會決議之出席及同意門檻「章程有較高之規定者，從其規定」（如：§ 13）。
 - (2)保障交易安全：難以期待新加入之股東或債權人均已查閱公司章程。
 - (3)目的性解釋：避免因提高決議門檻而干擾企業正常運作，或甚至造成僵局。
2. 為確保少數股東之權益及公司有效率運作而不致出現經營僵局，除法律另有規定，§ 174 有關股東會決議門檻規定之性質應解為「絕對強制規定」，故公司不得以章程提高或降低決議門檻。

(二)肯定說²³（方嘉麟師、曾宛如師、張心悌師）：

1. 企業應有高度「章程自治」空間，公司法應以任意規定為主，而非強行規定，故凡未抵觸公司法者，公司均得透過章程做妥善安排，否則合資或家族企業之成員間調整權力結構僅能仰賴股東協議，致公司經營更不透明。T
2. 從公司治理角度觀之，保障少數股東既然是公司治理之重要精神，提高決議門檻係增加少數股東之權力，既然大股東願意釋權，又符合國際公司治理潮流，為何不能允許其提高決議門檻？
3. 倘若須提高決議門檻，勢必須先經由（多數派、少數派）充分之討論，始得為之，故將 § 174 理解為「最低強制規定」，應可提高章程的透明度與加強股東間之溝通，亦符合契約理論。因此，提高決議門檻應屬有效。

22 劉連煜，現代公司法，新學林，2018 年 9 月，十三版，頁 419。

23 方嘉麟主編，變動中公司法制-17 堂案例學會公司法，方嘉麟著，第 5 篇：公司管理之權力結構，元照出版，2019 年 9 月，二版一刷，頁 158。

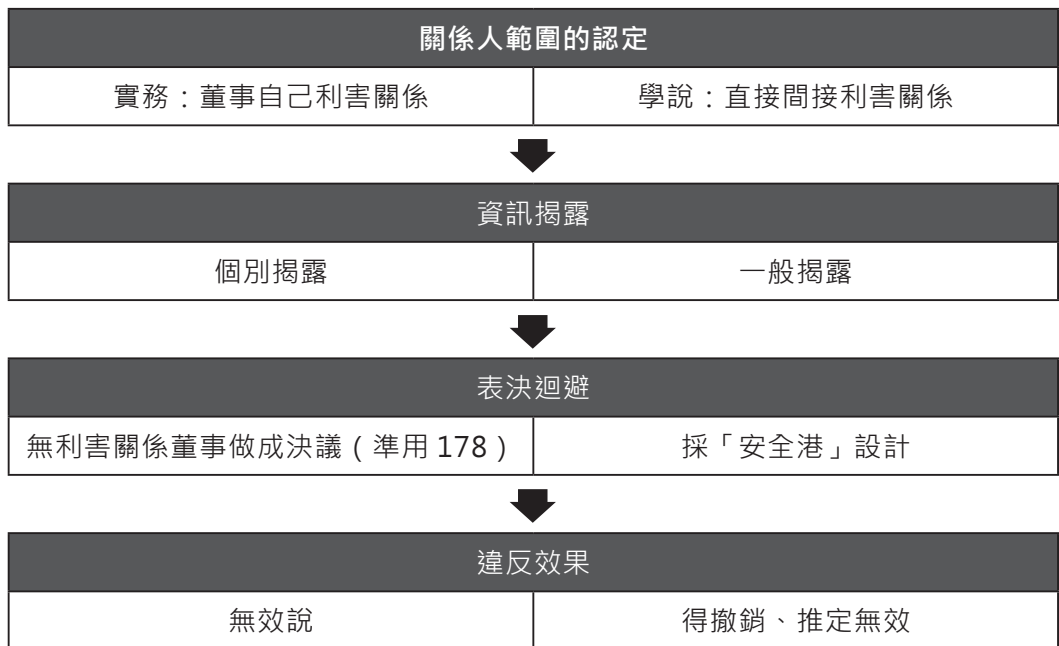
主題五、關係人交易

一、題型 1 董事或關係人與公司交易（公司法 § 206、§ 223）

在關係人交易中，交易雙方為公司及關係人（董事），此時公司意思形成與決定極有可能受到關係人的影響，此時雙方即無法同時立於交易兩邊各自為自己爭取最佳交易條件，此時即有特別管控規範之必要。

解題流程：董事會決議前，具有「利益衝突（自身利害關係）」的董事具有揭露直接、間接自身利害關係義務（§ 206 II）→董事會決議時，該董事應迴避，由不具利害關係之董事過半數決議通過（§ 206 IV）→若符合 § 223 之要件，則董事會決議通過後，由監察人代表公司，和該董事為交易（§ 223）。

思維流程示意圖：



(一) 步驟 1：關係人範圍的認定

2018 年公司法修法後，新增公司法 § 206 III，其中最重要者莫過於與董事具有控制從屬關係之公司之「董事」是否包含自然人董事？²⁴

²⁴ 筆者以為，將 § 206 III 解釋為例示而非概括規定，並且採取較為實質認定的方式，亦即，以比較法上是否有直接間接利害關係作為判斷，認定有無利益衝突，應較為妥適。若判斷出具有利益衝突，依照董事忠實義務，或許可以得出其需要負資訊揭露的義務。惟採取此種解釋，不可否認的，在我國法下，仍然需要面對與公司法 § 369-4 的適用關係。

公司法 §206 II、III 之體系整理

- ┌ 自身有利害關係→實務限縮於：自己本身有利害關係（§206 II）
- └ 「視為」有自身利害關係（§206 III）
 - ┌ 董事之配偶、二親等內之血親→自然人
 - └ 與董事具有控制從屬關係之公司→法人（關係企業？）、自然人？

1. 肯定說（劉連煜師²⁵）：

公司法 §206 III 包含自然人董事所控制之公司及其從屬公司；此外，公司法 §271 及 §271I 法人董事及其代表人所形成之控制從屬關係之公司，亦應包括在內。

此外，從本條規範目的而言，尚應納入法人代表人董事或自然人董事具有控制權之公司。

2. 否定說（方嘉麟師²⁶、曾宛如師²⁷）：

學者認為公司法 §206 III 前段所規範者應為自然人；至於後段所規範者應為法人，蓋公司法上關係企業專章就控制從屬關係依 §369-2 的定義為「法人與法人間」的關係，並不包含「法人與自然人間」之關係，尚難認為公司法 §8 III 影子董事亦構成控制者。綜上，§206 III 與董事具有控制從屬關係之公司之「董事」必須為法人，始足當之。

3. 小結&立法評析：

2018 年修法新增 §206 III，因其範圍過於狹隘，解釋上產生不少問題，前述與「董事」具有控制從屬關係之解釋即為一例，建議可以參考比較法調整為「有關聯實體」，如此可以涵蓋到控制、受益、受託職務兼充之情形²⁸。

上述兩說對於 §206 III 之涵蓋範圍有所爭議，惟兩說之學者皆肯定解釋上不應以 §206 III 所定關係人範圍為限，仍應從個案上董事是否有直接或間接利益衝突 (conflict of interest)，只要董事難以善盡其忠實義務，亦即倘若個案中難以期待董事對於公司忠心不二，以公司最大利益為唯一依歸，即應認為該董事應踐行資訊揭露、表決迴避程序。

25 劉連煜，現代公司法，新學林，2018 年 9 月，十三版，頁 569～570。

26 方嘉麟，公司法修正評釋，月旦法學雜誌，第 280 期，2018 年 9 月，頁 219 以下。

27 方嘉麟主編，變動中公司法制-17 堂案例學會公司法，曾宛如、林國彬著，第 7 篇：管理者之義務及責任，元照出版，2019 年 9 月，二版一刷，頁 226～227。

28 朱德芳，董事忠實義務與利益衝突交易之規範，政大法學評論，第 159 期，2019 年 12 月，頁 171～178。

經濟部新修正公司法問答集：

公司法第 206 條第 3 項規定：「董事之配偶、二親等內血親，或與董事具有控制從屬關係之公司，就前項會議之事項有利害關係者，視為董事就該事項有自身利害關係」。

爭點一、有關「董事之配偶、二親等內血親」之規範範圍為何？

「董事之配偶、二親等內血親」之「董事」，例如依第 192 條第 1 項當選之董事、依第 27 條第 1 項代表行使董事職務之人、依第 27 條第 2 項被指派並當選之董事、依第 128 條之 1 被法人股東指派之董事，均包括在內。

爭點二、「與董事具有控制從屬關係之公司」是否包括其他非「公司」組織之法人？

1. 所稱「與董事具有控制從屬關係之公司」，適用於「公司」組織。
2. 非「公司」組織法人是否適用，因第 178 條之規定，股東對於會議之事項，有自身利害關係致有害於公司利益之虞時，不得加入表決，且本條第 4 項亦明定準用第 178 條規定。是以，其他法人例如「財團法人」個案情形是否應利益迴避，涉及「有自身利害關係致有害於公司利益之虞」之認定，應依據事實情況個案認定之。

爭點三、持股 100% 之法人股東，指派代表人為被投資公司之董事，是否有「與董事具有控制從屬關係之公司」之適用？

法人股東 1 人組成之股份有限公司，雖與法人股東具有控制從屬關係，經濟意義上為一體，可無須就控制公司之利害關係視為董事之利害關係。惟其指派之董事其配偶、二親等內血親之利害關係仍視為董事就該事項有自身利害關係。

(二)步驟 2：關係人交易的程序

1. 資訊揭露

- (1)實務：對於自身利害關係採取較為限縮的解釋，董事有自己利害關係，亦即董事為交易相對人時方需揭露。→修法後雖擴大揭露義務的範圍，惟細究其脈絡，並非自董事是否有利益衝突出發，仍以非常形式之身分或是企業間控制從屬關係此類列舉、僵化式的標準，解釋上適用範圍甚為限縮。
- (2)學說：就董事與公司利益衝突交易中之「自身利害關係」採取廣義的解釋。負揭露義務的董事並不必然為交易的相對人。此外，董事於揭露其利害關係時，必須「全面且正確 (full and frank)」，若具利害關係董事僅表明其具利害關係，尚難認為已充分揭露。

2. 表決迴避

表決權迴避之適用範圍，是否包含視為董事有自身利害關係者（§ 206 III）？

- (1)否定說（經濟部²⁹）：只有在涉及董事「具體、直接」之利害關係「致有害

29 經濟部 99、10、22 經商字第 09902145220 號函。

於公司利益之虞」才須迴避，若僅是涉及「視為自身利害關係」之事項，似僅需負說明義務，但無須迴避表決。

- (2)肯定說（學說）：應回歸忠實義務，董事有避免利益衝突的義務，且利益衝突應包含「間接」的利益衝突，故「視為自身利害關係」之事項（§ 206 III），董事除揭露外，亦須迴避。

(三)步驟 3：違反關係人交易程序之效果？

- 1.無效說（實務³⁰）：若未迴避，則係違反強行規定，故應屬無效。
- 2.得撤銷說（曾宛如師）：按比較法上多為得撤銷，我國 § 206 之立法理由就違反效果採取無效之效果似過於強烈，而有害於交易安全。

民間修法小組的修法建議：

- (1)原則：判斷交易有效之形式要件。

公司為利益衝突交易，而董事違反忠實義務未經正當程序，則該交易推定無效；但有安全港之設計下，係符合該程序要件，即有效。

- (2)例外：判斷交易有效之實質要件。

適用整體公平測試法則，判斷有無符合常規交易，若能舉證交易符合常規交易（符合公平價格 + 公平過程），則仍為有效。亦即，透過實質有利的結果治癒程序上的瑕疵。

二、題型 2 董事自我交易監察人之代表權（§ 223）

(一)步驟 1：公司法 § 223 的適用情境

甲公司	乙公司	處理方式
A B C	D A E	乙公司須派監察人代表
A B C	A D E	任一家公司派監察人即可
C D E	A D E	均不須派監察人代表公司，惟 D 董事兼充→ § 206：資訊揭露 + 表決迴避

(二)步驟 2：非公開發行公司之監察人代表公司除訂約外，是否包含「議約」（是否排除董事會決議）？

- 1.肯定說³¹（實務、劉連煜師、王文宇師）：

- (1)監察人代表簽約，亦包含締約，不須事先經過董事會決議，以避免利害衝突，同時防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益。

30 最高法院 86 年台上字第 2863 號民事判決。

31 王文宇，論董事與公司間交易之規範，收錄於：氏著，新公司與企業法，2003 年 1 月，頁 104；劉連煜，現代公司法，新學林，2018 年 9 月，十三版，頁 539 ~ 540。

最高法院 100 年度第 3 次民庭會議決議：

【法律問題】

未依證券交易法規定發行股票之股份有限公司，其董事一人或數人為自己或他人與公司為法律行為時，倘該法律行為屬公司業務之執行，且非依公司法或章程規定應由股東會決議之事項者，於監察人代表公司為該法律行為前，是否應先經董事會之決議？

【決議結論】

採甲說（否定說）：不須先經董事會決議。

理由：參酌公司法第 223 條立法規範意旨，在於董事為自己或他人與本公司為買賣、借貸或其他法律行為時，不得同時作為公司之代表，以避免利害衝突，並防範董事長礙於同事情誼，而損及公司利益，故監察人代表公司與董事為法律行為時，無須經公司董事會之決議核准。

(2) 針對「董事自我交易」，監察人若無針對交易內容、交易條件具有實質談判權限，僅有形式代表權，則易淪為董事會之橡皮圖章，而無助於公司治理之提升。

2. 否定說³²（曾宛如師、黃銘傑師、邵慶平師）：

(1) 在公司法已有如此重重機制，防範董事基於同事情誼而使公司不當受損之情況下，實應無必要定要賦予監察人所未賦予之業務執行權，此不僅超出合法性監督之界線，而及於妥當性監督，也對於僅具監察專業與職責之監察人要求其必須負擔起經營判斷之責，不無過苛之嫌。

(2) 若採前述實務見解，恐生監察人與董事會權責不清之問題，蓋監察人在公司法的定位上係「業務監督機關」；而董事會則是「業務執行機關」，由監察人執行董事會之業務決定具體交易條件與內容，顯得不倫不類，嚴重破壞公司法上關於權力架構的設計。

(三) 步驟 3：監察人代表公司，究竟是單獨代表還是全體共同代表？

1. 共同代表說（實務見解³³）：

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表（§ 221、§ 223）。本條係規定監察人之代表權，而非監察權之行使，公司之監察人若有數人時，應由全體監察人共同代表公司與董事為買賣、借貸或其他法律行為。

32 曾宛如，董事忠實義務之司法實踐，收錄於：氏著，公司法制基礎理論之再建構，2017年8月，頁202。黃銘傑，監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式——最高法院100年度台上字第964號、第1026號判決評析，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁220～222。

33 最高法院100年度台上字第1026號民事判決。

2. 單獨代表說³⁴（經濟部³⁵、曾宛如師、劉連煜師）：

因現行法並未明白區分監察權與代表權，可謂代表權之規定係落實監察權之手段而已，故應一體適用 § 221，而個別監察人可單獨行使職權。此外，倘若所有監察人均共同行使代表權（執行業務），將致生該筆交易無業務監督機關，且任一監察人可抵制所有代表權行使事項之窘境。

(四) 步驟 4：違反公司法 § 223，該次交易的效力如何？

1. 效力未定說³⁶（實務、張心悌師、邵慶平師）：

公司負責人對此無代表權，故應類推適用無權代理之規定（民法 § 170），而屬效力未定，須待監察人承認後，始生效力。

2. 相對無效說（黃銘傑師³⁷）：

基於交易安全之觀點，並考量保護善意第三人之必要，故公司不得對善意第三人主張系爭自我交易行為無效，以直接保護交易相對人，間接維護動態之交易安全。

(五) 步驟 5：對於公司法 § 223 之立法建議

1. 引進公司法 § 218-2 後，監察人已可列席董事會，並可於具利害關係之董事依 § 206 II 資訊揭露時，如認有對公司不利或董事有違反忠實義務之虞，則其可依 § 218-2 II 行使制止請求權，故我國公司法以具有對董事自我交易已有層層管控機制，繼續令監察人享有此一董事自我交易之代表權，已為歷史遺緒，於現行法制下其存在重要性已大為降低，應可考慮廢止。

2. 按自我交易係典型的利益衝突，也就是 § 206 II 之規範核心，如果是否交易之決定權在監察人，則設計董事會決議無效顯屬多餘（因為根本不需經過董事會決議）。由此可見，自我交易之決策在忠實義務的思想脈絡下賦予董事會，並無疑問。換言之，在公司法增訂 § 206 II 之後，應回歸忠實義務的脈絡，透過資訊揭露+表決迴避的機制（安全港設計）加以處理即可，故 § 223 應予以刪除，以還原公司法之整體設計。

三、題型 3 董事競業禁止（§ 209）

(一) 步驟 1：股東會可否事先概括為許可？可否事後追認？

公司法 209 I 係指董事應於事前、個別向股東會說明行為之重要內容，並取得許可，並不包括由股東會「事後」「概括性」解除所有董事責任的情形。

34 曾宛如，董事忠實義務之司法實踐，收錄於：氏著，公司法制基礎理論之再建構，2017年8月，頁201；劉連煜，現代公司法，新學林，2018年9月，十三版，頁537-538；黃銘傑，監察人代表權之意涵、目的、功能及行使方式——最高法院100年度台上字第964號、第1026號判決評析，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁227～228。

35 經濟部 91、7、4 商字第 09102132160 號函。

36 張心悌，非公開發行公司實質董事之自我交易，月旦法學教室，第155期，2015年9月，頁29；邵慶平，監察人的代表權，月旦法學教室，第110期，2011年12月，頁35；最高法院98年度台上字第2050號民事判決。

37 黃銘傑，未經監察人代表公司所為董事與公司間交易之效力——評最高法院98年度台上字第2050號判決，月旦裁判時報，第6期，2010年12月，頁81～83。

(二) 步驟 2：公司法 § 209 V 經股東會決議後得行使歸入權

過去公司法 23 條無類似規範，§ 23 I 又以「公司受有損害」為要件，無法處理利益返還的情況→參考 § 209 V，101 年公司法新增 § 23 III 公司可行使歸入權（適用於所有違反忠實義務的情況！）

(三) 步驟 3：對於 § 209 V & § 23 III 之反思

公司法 § 209 V & § 23 III 規定的漏洞：若董事已揭露資訊、得到股東會同意，但仍有違反忠實義務者？若為剛卸任的董事是否有適用？

1. 比較法對於歸入權之定性

(1) 參酌英國公司法可知，法律擬制董事與公司間存有類似信託之關係，而董事基於此類似「信託受託人」之地位，負有以善良管理人之注意管理處分公司之資產之義務。

(2) 董事利用本應歸屬於公司利益、機會，此時公司與董事間成立擬制信託關係，公司董事會得隨時行使歸入權請求該董事返還，性質上應屬「請求權」，而非屬由一方直接變動法律關係之「形成權」。

2. 董事之忠實義務雖因辭職而終止，但若其辭職之目的是為了掙扎忠實義務之枷鎖，則該離職後利用公司機會之行爲仍然構成忠實義務之違反，亦即忠實義務可能延伸至契約終止後³⁸。

38 曾宛如，董事忠實義務之司法實踐，收錄於：氏著，公司法制基礎理論之再建構，頁 208。

附錄：公司法修法重點

修法方向	重要條文	重要修法建議
強化公司治理	<ol style="list-style-type: none"> 1. 實質負責人規定放寬適用於「所有公司」(§ 8) 2. 董事之配偶、二親等內血親或有控制從屬關係之公司，與公司交易時，董事亦有資訊揭露義務。(§ 206) 3. 董事長不召開董事會，過半董事得自行召開，解決僵局。(§ 203-1) 4. 確保召集權人得取得股東名簿，明定公司或股代不得拒絕提供。(§ 210-1) 5. 降低少數股東提起訴訟之門檻，並明定裁判費超過 60 萬元部分暫免徵收。(§ 214) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 修法建議二大主軸：管制鬆綁搭配公開透明以強化公司治理。 2. 公司法制以中小型公司為核心，法律也不應強加中小型公司過多之法規遵循成本。減少強行規定，鼓勵公司透過章程及股東協議妥善安排內部之組織架構及權力分配。 3. 監控型董事會之引進與大小公司治理分流 4. 重塑董事定義、董事忠實義務之具體化與類型化 5. 引進董事失格制度 6. 引進公司治理人員（公司秘書） 7. 緩解董事長一長獨大的現象（過半董事自行召集董事會） 8. 少數股東救濟制度之引進（不公平侵害救濟制度） 9. 關係企業與董事忠實義務之扞格與調整（刪除關係企業專章）

<p>保障股東權益</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 強化財報強制簽證規定 (§ 20) 2. 降低有限公司出資轉讓及股東同意權之門檻。 (§ 111-113) 3. 增列股東會不得以臨時動議提出之事由，防止股東會突襲。 (§ 172) 4. 保障股東提案權，公司不得任意剔除股東提案。 (§ 172-1) 5. 繼續持有 3 個月以上之過半股份股東得自行召集股東臨時會，不須經主管機關許可。 (§ 173-1) 6. 董事會不得任意剔除股東提名之董監事候選人，保障股東提名權。 (§ 192-1) 7. 增列工會或 2/3 受僱員工得聲請公司重整。 (§ § 282、283) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 引進不公平侵害救濟制度 (直接訴權制度) (§ 11-1) 2. 股東提案遭董事會違法排除提案時，股東得向法院聲請列入議案 (§ 172-1) 3. 股東會決議定足數門檻採取大小公司治理分流，公發公司股東會普通決議及特別決議之出席門檻皆調降為「已發行股份表決權數 1/3 以上股東出席」 4. 刪除強制累積投票制，調整為任意累積投票制 (§ 198) 5. 得以章程限制股份自由轉讓 (§ 163) 6. 股東會之委託書，限制不得用於董監選舉 (§ 177)
<p>友善新創環境</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 明定公司經營業務得採行增進公共利益之行爲。 (§ 1) 2. 公司得發無面額股：真實反應公司的價值也使股票發行價格更有彈性。 (§ 156) 3. 新增多種特別股類型如黃金股，讓公司可以有更靈活的股權設計，以利吸引投資。 (§ 157) 4. 公司可以每季或每半年分紅，有利投資人及早收回投資，提高投資意願。 (§ 228-1) 	

<p>增加經營彈性</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公司可只設一董或二董，不強制設三董，減輕公司人事成本。 (§ 192) 2. 刪除發起人持股 1 年的限制，有利新創吸引投資。(§ 163) 3. 擴大員工獎酬工具如庫藏股、員工酬勞及新股認購權的發放對象，可及於母子公司，有利集團企業留住人才。(§ § 167- 1、167-2、235-1、267) 4. 非公發公司可發行無實體股票、公司債，符合無紙化潮流。 (§ 161-2、257-2) 5. 增訂數位化措施，並強化公司登記電子化。 (§ § 28、28-1、172-1、172-2、387) 	
<p>增加法人透明度</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 為因應國際洗錢防制評鑑，新增董監事及股東等資料的申報義務。(§ 22-1) 2. 廢除無記名股票，避免無記名股票成為洗錢工具。(§ 137 等) 	
<p>與國際接軌</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 廢除外國公司認許制度，符合國際潮流。 2. 新增公司外文名稱登記，以利企業進行跨國業務，提升國際識別度。(§ 392-1) 	