

裁判評析

未依法訂定之法規命令得否 作為裁判依據—— 大法官釋字第 672 號解釋評析

湯德宗*

目次

前言

壹、釋字 672 號撮要

一、聲請書

二、多數意見

(一) 系爭三項規定尚不違反憲法第 23 條之比例原則

(二) 系爭三項規定亦不違反法律明確性原則

(三) 系爭財政部函令具程序及形式瑕疵應儘速檢討修正

三、個別意見

(一) 系爭財政部函令既不影響原因案件之裁判結果，其形式與程序瑕疵可無庸深究？

(二) 系爭財政部函令放寬對人民

不利之規定，其形式與程序瑕疵因而治癒？

(三) 系爭財政部函令因未會銜發布而無效？

(四) 系爭財政部函令因程序違法而違憲？

貳、系爭財政部函令程序或形式瑕疵之法律效果

一、行政程序法相關規定

二、系爭財政部函令為法規命令

三、規定內容不及法律授權之範圍

四、為使用法規命令之名稱，未以法條之形式呈現

五、未經預告暨評論程序

六、未會同訂定並會銜發佈

參、憲法上正當法律程序保障之續構

* 現任中央研究院法律學研究所特聘研究員兼籌備處主任、國立台灣大學國家發展研究所特聘教授。日本東京大學法學部客座教授（2001-2002），德國科隆大學訪問學者（1993-1994），美國杜蘭大學法學博士（S.J.D., 1989），美國哈佛大學法學碩士（LL.M., 1984），國立台灣大學法律學研究所法學碩士（1981），國立台灣大學法律學系法學士（1978）。

本文初稿承劉淑範教授、吳信華教授、黃舒芃教授、謝國欣教授、黃丞儀教授、黃銘輝博士、王榮賓先生、詹旺樺先生、蔡秉錡先生指正缺失，寫作期間並承研究助理廖英翔先生、陳冠宇先生協助校正，特此致謝。

- 一、憲法上正當法律程序之保障
- 二、命令違憲抑或裁判違憲？
- 三、重大違反「準憲法法」所定「程序上正當（行政）程序」應視同「違憲」

結論

前言

農曆春節前夕司法院公布了大法官釋字第672號解釋，堪稱告別己丑年清倉之作。本件解釋的核心問題，一言以蔽之，即未依法訂定之法規命令可否作為裁判之依據？本件原因案件所依據之法規命令涉及各種違反訂定程序的形式及程序瑕疵。大法官原可藉此難得機會，完善憲法上的「正當程序保障」(Due Process Guarantee)，使我國「法治」(rule of law)更向前邁進一步；可惜錯失良機！

壹、釋字672號撮要

釋字672號解釋所涉爭點可由「釋憲聲請書」、「多數意見書」(含「解釋文」與解釋「理由書」)及「個別意見書」等得知。

一、聲請書

迄作者發稿時，司法院尚未公布本

件解釋之聲請書；僅「多數意見」(解釋文與理由書)后載有「事實摘要」¹。摘要顯示，併案聲請解釋之三件裁判所涉事實雷同——聲請人因未依管理外匯條例第11條之規定申報攜帶外幣，經海關依財政部92年3月21日台財融(五)字第0925000075號令，當場發還免申報等值美金10,000元之外幣外，其餘悉依同條例第24條第3項沒入。經訴願、行政訴訟後，原告以終局裁判(最高行政法院裁定)所適用之法規，牴觸憲法第15條(財產權)及第23條(比例原則)為由，聲請釋憲。

二、多數意見

本件解釋(多數意見)²意旨實際僅有三點。前兩點殆無爭議，第三點乃本件爭議所在。

(一)系爭三項規定尚不違反憲法第23條之比例原則

就本案系爭三項規定，大法官首先進行「目的合憲性」審查。解釋「理由書」第2段謂：

管理外匯條例第11條規定：「旅客或隨交通工具服務之人員，攜帶外幣出入國境者，應報明海關登記；其有關辦法，由財政部會同中央銀行定之。」

¹ 司法院向例隨同「解釋」公布釋憲「聲請書」，自釋字540號解釋(2002.03.15)開始，更於多數意見後，附載「事實摘要」。

² 本件解釋僅有10位大法官(賴英照、謝在全、徐璧湖、林錫堯、池啓明、蔡清遊、黃茂榮、葉百修、陳春生、陳新民)具名，為近年所僅見。宣告命令牴觸憲法，僅需全體大法官三分之二之出席，出席人過半數之同意即可(參見司法院大法官審理案件法第14條第1項)。

財政部 92 年 3 月 21 日台財融(五)字第 0925000075 號令：「旅客或隨交通工具服務之人員，攜帶外幣出、入國境超過等值壹萬美元者，應報明海關登記。」同條例第 24 條第 3 項規定：「攜帶外幣出入國境，不依第 11 條規定報明登記者，沒入之；申報不實者，其超過申報部分沒入之。」上開關於申報與沒入之規定（下稱系爭規定），係為平衡國際收支，穩定金融（同條例第 1 條參照），兼有防制經濟犯罪之作用，其目的洵屬正當。

接著，大法官著手審查系爭規定之「手段（「申報」與「沒入」）與目的（「穩定金融」與「防制經濟犯罪」）間之關聯」。「理由書」第 3 段先肯定外幣「申報」之必要，謂：

系爭規定之出入國境申報外幣制度，僅對攜帶超過等值壹萬美元外幣之旅客或隨交通工具服務之人員，課予申報義務，一經依法申報即不違反系爭規定，對於依規定應申報者、無

須申報者及執行機關均有其便利性。此申報之規定，有助於主管機關掌握外匯資金進出與外匯收支動態，並得適時採取必要之因應措施，以穩定金融及經濟，並防制經濟犯罪，係管理外匯之必要手段。

「理由書」第 4 段繼而肯定「沒入」之必要，謂：

為確保申報制度之實效，對於違反申報義務者，施以強制或處罰，實有必要。至其強制或處罰之措施應如何訂定，宜由立法者兼顧外匯管理政策與人民權利之保護，為妥適之決定。管理外匯條例第 24 條第 3 項之規定，係對於攜帶外幣超過等值壹萬美元而未申報者，予以沒入，以督促主動誠實申報，較科處刑罰之方式為輕，且鑑於旅客或隨交通工具服務人員攜帶外幣出入國境之動態與特性，上開處罰規定尚未牴觸憲法第 23 條之比例原則，而與憲法保障人民財產權之意旨無違。³

³ 雖我國行政罰法未有如德國「違反秩序罰法」(Ordnungswidrigkeitengesetz)第 22 條第 1 項(明定「沒入」(Einzichung)為違反秩序行為之「附隨效果」(Nebenfolge)，類似刑法上之「從刑」)及第 24 條(沒入應遵守「比例原則」)之規定，前揭係爭管理外匯條例第 24 條第 3 項之規定既生侵害人民財產權之效果，其裁處仍應審酌個案違規之情節。惟參與本案的 10 位大法官中，僅陳新民質疑：「系爭法律第 24 條第 3 項一律沒入的行政罰，並未賦予任何彈性衡量個案的輕重，可能造成『情輕罰重』的違反比例原則之後果」(見陳氏「不同意見書」第 4 & 56 段)。

(二) 系爭三項規定亦不違反法律
明確性原則

多數意見於「理由書」第4段最後謂：

且系爭規定對出入國境旅客或隨交通工具服務之人員課予申報義務，其有關違反時之處罰規定，尚屬明確，並未牴觸法律明確性之要求。

此言既突兀，又費解。突兀者，按「先形式、後實質」之審理原則，大法官原應先作「形式合憲性」審查（例如有無違反「法律明確性」原則、「法律保留」原則、「授權明確性」要求等），通過之後始進一步審視系爭規定之內容是否合於「比例原則」（「實質合憲性」審查）。本件卻反其道而行！⁴費解者，前引「理由書」實際僅宣示結論——系爭法律之授權尚不違反「法律明確性」原則，並未附有理由！⁵令人「費解」的另一個原因，似因大法官有意將「法律明確性原則」與「授權明確性要求」混淆

所致。按司法院歷來解釋⁶，「有關受規範者之行為準則及處罰，其立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」，即不違反「法律明確性原則」；至於「授權明確性原則」則多參照德國基本法第80條1項之規定，解釋為「法律就其（按：行政罰）構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容、目的及範圍應具體明確」。⁷「法律明確性原則」固可包含「授權明確性要求」；「授權明確性要求」則僅為「法律明確性原則」之部分。蓋法律「授權」不明確當然影響法律內容之明確性，但法律規定不明確的原因卻不限於「授權」不明確。就系爭財政部函令而言，問題主要似出在「授權明確性」。前引「理由書」似為兼指系爭三項規定，爰籠統地稱尚未違反「法律明確性」原則。

(三) 系爭財政部函令具程序及形式瑕疵應儘速檢討修正

「理由書」第5段轉而指摘系爭規定

⁴ 大法官解釋關於「比例原則」之操作現況及改進建議，詳見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯（下冊），頁581以下（中研院法律所，2009年7月）。

⁵ 陳新民大法官「不同意見書」（第47段）乃試予補充，略謂：系爭法律既已明確課人民以「申報」之義務，並明定違反之處罰（沒入），乃不虞有「空白授權」所致之「義務多樣性」及「刑罰不明確」之困擾，故尚非牴觸「法律明確性」原則。

⁶ 例如釋字第432 & 521號解釋。

⁷ 參見釋字第313、324、524號解釋。並參見許宗力，〈行政命令授權明確性問題之研究〉，輯於氏著《法與國家權力》，頁215以下（台北：三民，1992年4月）；雷文攻，〈授權明確性原則的迷思與挑戰：美國立法授權合憲界限之討論對釋字524號解釋與全民健保的啟示〉，《政大法學評論》第79期，頁53以下（2004年6月）。

中財政部台財融（五）字第0925000075號令涉及諸程序及形式瑕疵，並以「應由有關機關儘速檢討修正」作結：

管理外匯條例第11條規定，外幣申報之「有關辦法，由財政部會同中央銀行定之」，係授權主管機關共同就申報之程序、方式及其他有關事項訂定法規命令，其訂定並應遵循中央法規標準法及行政程序法之相關規定。惟上開財政部函令，既未以辦法之名稱與法條形式，復未履行法規命令應遵循之預告程序，亦未會銜中央銀行發布，且其內容僅規定超過等值壹萬美元者應報明海關登記之意旨，對於申報之程序、方式等事項則未規定，與管理外匯條例第11條之授權意旨、行政程序法第154條、第157條及中央法規標準法第3條等規定不符，應由有關機關儘速檢討修正。

閱讀至此，敏銳的讀者不禁懷疑：系爭財政部函令既有各種瑕疵，何以大法官竟輕鬆放過，僅予最溫和之警告——有關機關應儘速檢討修正？又，本件何以捨「先程序、後實體」，「先形式、後實質」之案件審理原則，反而先從實

質上肯定系爭三項規定合乎「比例原則」，然後才確認：系爭財政部函令雖有諸多形式及程序瑕疵，在形式上仍為「有效」？細繹「個別意見」不難尋得線索。

三、個別意見

本號解釋計有三件個別意見（separate opinions）⁸：黃茂榮大法官 & 葉百修大法官之「協同意見書」（下稱「黃 & 葉意見書」）、陳新民大法官之「不同意見書」（下稱「陳新民意見書」）及陳春生大法官之「不同意見書」（下稱「陳春生意見書」）。茲依所涉爭點，分析「個別意見」與前揭「多數意見」之區別。

（一）系爭財政部函令既不影響原因案件之裁判結果，其形式與程序瑕疵可無庸深究？

何以系爭財政部函令雖有諸多瑕疵，卒能以最輕微之警告收場？「黃 & 葉意見書」第1段有極為露骨之說明：

該令雖未依管理外匯條例第11條之規定，由該部會同中央銀行定之，但因該條及同條例第24條第3項規定並不因無依第11條後段制定之辦法，即不能執行，且該令所定之內容只是放寬，而非增加對於人民不利

⁸「個別意見」指「多數意見書」以外，由大法官一人單獨或數人連署發表之意見書。依其性質又可分為「協同意見」（concurring opinions）、「不同意見」（dissenting opinions）及「一部協同一部不同意見」等。關於我國大法官解釋「個別意見」制度之演進及其商榷，參見湯德宗，〈大法官解釋不同意見的實證研究〉，《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》，頁427-489（2005年4月）。

之規定，所以，根據該令放寬後之規定，對於攜帶外幣出入國境，而違反第11條前段所定報明海關登記義務之旅客或隨交通工具服務之人員，課以沒入之處分，並非無據。

據上，黃、葉兩人對於「多數意見」指摘系爭財政部函令種種程序瑕疵，包括：應「會同」訂定而未會同，應「會銜」發布而未會銜，應履行「預告暨評論」程序(notice and comment procedure)而未履行等，並不否認；關於「多數意見」對系爭瑕疵之處置——應由有關機關儘速檢討修正，亦表贊同。略有不同者，黃、葉兩人提出了一項新的理由，以支持多數意見從輕發落系爭部令程序瑕疵的結論。亦即，縱使未有系爭財政部函令，海關仍得依管理外匯條例第24條第3項作成原因案件之「沒入」處分。系爭財政部函令縱有諸般瑕疵，乃可無庸深究。

然，即使假定前述命題為真，⁹其論亦難成立。蓋本件解釋所涉三件原因案

件皆屬攜帶外幣「未申報」(而非「申報不實」)之情形；縱認海關得按前揭管理外匯條例第24條第3項之規定(「攜帶外幣出入國境，不依第11條規定報明登記者，沒入之；申報不實者，其超過申報部分沒入之」)為「沒入」，亦應「全數」沒入，而非(如同所涉三件原因案件)扣除等值一萬美元部分後沒入！足見原因案件之終局裁判所以維持原海關(扣除等值一萬美元部分後)沒入之處分，顯然係以系爭財政部函令「有效」為前提。事實明確若此，黃、葉前述假設性命題根本沒有討論的必要。按司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所謂「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」，乃指確定終局裁判「實際上」援引為依據之法令，並非大法官「揣摩」或「設想」的「應然／理想的」裁判依據！司法院大法官審理案件法乃大法官釋憲的基本依據，按「權力分立原則」，要非大法官所得任意擴張！¹⁰

⁹陳新民大法官即質疑此命題(「系爭法律的申報義務之違背，及構成沒入法定要件者，需繫於系爭法律第11條後段的「法定辦法」，欠缺此辦法，即「徒法不足以自行」。系爭法律即成爲一個「必待填補不可」的法律(erfüllungsbedürftiges Gesetz)，如果未透過法規命令予以填補，該法律即無法實施」)。見氏「不同意見書」第6段。

¹⁰同理，陳新民意見書花了許多篇幅(見「陳新民意見書」第37, 39 & 67段)，探論現行外幣申報與沒入，究應以何者爲準據，亦無必要。大法官依(司法院大法官審理案件)法只能審查原因案件「終審判決所適用之法令有無違憲」，非可擅自「設想」或「變更」應受解釋之標的！雖釋字535號引進「裁判重要關聯性理論」，將「終審判決所適用之法令」擴張及於「與該裁判有重要關聯性之法令」，適用之際仍應嚴守界限。詳見湯德宗，〈大法官釋字第664號解釋評析〉，《法令月刊》，第60卷第12期，頁4-26(2009年12月)。

(二) 系爭財政部函令放寬對人民不利之規定，其形式與程序瑕疵因而治癒？

或許自覺理由尚欠充分，前揭「黃&葉意見書」又提出另一項理由——「且該令所定之內容只是放寬，而非增加對於人民不利之規定」，以支持「系爭財政部函令應由有關機關儘速檢討修正」即可之結論。按前文之說明，聲請人所攜之外幣所以遭扣除等值一萬美元部分後沒入，乃拜系爭財政部函令之賜。該部令實際設定了申報義務之「門檻」（亦即，攜帶外幣出入國境在等值壹萬美元以下者，無需報明海關登記），並因而限縮海關（於旅客「未申報」時）得為沒入之金額（須扣除等值一萬美元部分後，沒入）。故系爭財政部函令確為「放寬（而非增加）對於人民不利之規定」。

然，系爭財政部函令適用之結果如何（放寬或增加對於人民不利之規定）是一回事；系爭命令因種種形式與程序瑕疵，是否有效，是另一回事。邏輯上說，前者無從證立後者！詎「黃&葉意見書」繼謂：「所以，根據該令放寬後之規定，對於攜帶外幣出入國境，而違反第11條前段所定報明海關登記義務之旅客或隨交通工具服務之人員，課以沒入之處分，並非無據」！試問：如果系爭

部令並未生效，就法言法，海關「僅就超過系爭部令所定金額之外幣為沒入」，豈為「於法有據」？換言之，除非說明「何以系爭財政部函令縱有種種形式與程序瑕疵仍可生效」，否則無從得出「依據系爭部令處以沒入，並非無據」的結論。

系爭財政部函令（形式與程序瑕疵重重）已否生效，乃本案爭議之關鍵。「多數意見」避重就輕，不願深論，誠屬遺憾。「黃&葉意見書」先是提出與事實不符的假設性命題；旋自為否定，試圖以系爭部令之「適用結果」（可減輕對於人民之不利）推論出系爭部令為「有效」（諸形式與程序瑕疵可不藥而癒）之結論，令人不解！

(三) 系爭財政部函令因未會銜發布而無效？

不同於前揭「多數意見」及「黃&葉協同意見」，本案兩件「不同意見」皆認系爭財政部函令因有程序瑕疵，應屬「無效」。

陳新民指責系爭財政部函令既未與央行「會同訂定」，復未「會銜發布」，應為「無效」。¹¹理由略有三點：

- 1) 立法者授權數行政機關「會同」訂定法規命令，本「寓有『相互牽制、監督』的用意」，規避「會同」程序將「侵犯『橫向分權』的

¹¹見「陳新民意見書」第2段（「對於申報義務的門檻金額辦法，本號解釋多數意見已批評財政部中華民國92年3月21日台財融（五）字第0925000075號令（以下簡稱系爭函令），並不符合系爭法律第11條後段，以及行政程序法的相關規定，並宣告應儘速檢討改進。此項見解本席認為未能重視法規命令制定的合法性要求，非能靠事後的補正與其他考量所能彌補之。本席認為如此重大程序瑕疵，即應失效。而非如多數意見的『儘速檢討改進』。」）

原則」。¹²

- 2) 由行政程序法相關條文，包括：第154條第1項第1款（法規命令依法應由數機關會同訂定者，於預告擬訂定命令時，應載明各該機關名稱）、第156條第1項第1款（法規命令依法由數機關會同訂定，並應舉行聽證者，於預告聽證時，應載明各該機關名稱）、及第157條第2項（數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布），可以推知「會同式法規命令必以會銜發布為程序合法之要件」。¹³
- 3) 「法規命令乃法律之延伸，位階既高，其形式與實質合法性之要求也愈高，只要『形式顯瑕疵』，且無待有『重大且明顯的瑕疵』（如行政處分的無效），即可否認其合法性」。¹⁴

上開意見至少有三點值得商榷。首先，其主張系爭部令應屬無效，主要乃「違法」（違反行政程序法）之結果；至於系爭部令是否「違憲」，卻未置一詞。如此論述於行政訴訟（違法性審查）尚無不當，於憲法解釋（合憲性審查）則顯有不足。其次，「會同」訂定確實寓有使數個機關「相互牽制、監督」之意，惟前財政部金融局既曾於91年12月12日以台

融局(五)字第0910057359號函請中央銀行外匯局表示意見，並經該局於92年1月9日以台央外壹字第0920009719號函復同意，則系爭財政部函令是否（及如何）規避「相互牽制、監督」之立法意旨，應有說明（否則前揭第一點理由恐難成立）。最後，關於「法規命令只要形式明顯瑕疵即可否認其合法性」（前揭第三點理由），則需更細緻之論理。

實則，所謂「法規命令只要形式明顯瑕疵即可否認其合法性」乃不精確之表述，應修正為「法規命令只要形式明顯瑕疵即可認定其無效」。蓋違反行政程序法所規定的（正當）行政程序，自屬「違法」（「可否定其合法性」）；所成疑問者，程序違法之效力如何，故宜明言「即可認定其無效」。其次，關於「法規命令只要形式明顯瑕疵即可認定其無效」之論證，至少還需補充說明兩點。第一，系爭部令之瑕疵（未會同訂定並會銜發布），其嚴重性何以與「不能由書面（行政）處分中得知處分機關者」（行政程序法第111條第1款參見）相當，故而應為相同之評價——無效；而非依同法同條第7款之規定，程序瑕疵僅於「重大且明顯」時始為無效。第二，「未會同訂定並會銜發布」之瑕疵，其嚴重性何以與（全然）「未（刊登政府公報或新聞紙）發布」者相當？法規命令（全然）「未發布」者，一般認為應屬無效；¹⁵ 雖

¹² 見陳新民意見書第13段。

¹³ 見陳新民意見書第14段。

¹⁴ 見陳新民意見書第20段。

¹⁵ 美國實務認為未登載「聯邦政府公報」發布之法規命令不生法律效力。參見 *Hotch v. United States*, 212

「未會銜發布」，惟仍（逕行）刊登政府公報或新聞紙發布者，亦應評價為「無效」？

（四）系爭財政部函令因程序違法而違憲？

「陳春生意見書」則開門見山地指出：「本案之爭點在於有關攜帶外幣出入國境須報明登記，違反其規定者應予沒入根據之系爭規定，有違反憲法上正當法律程序與人民財產權保障之疑慮」。氏以為「正當程序」可分三個層面觀察：（一）立法行為之正當程序（實質上正當程序），（二）行政行為之正當程序（包含行政立法之正當程序），（三）行政處分之正當程序。¹⁶系爭財政部函令同時違反上述三種正當程序，故而「違憲」：

…主管機關，實質上卻未訂定相關內容之辦法，已違反實質上正當程序（一），復未履行行政程序法第157條第2項、第154條規定，顯然違反行政程序法所規定之行政立法程序須履行預告程序與會銜發布程序之要求（二），與違反作成行政處分（沒入）時應遵循之類似警告、教示或予當事人陳述意見機會之程序（程序正當程序）（行政程序法第102條參照）（三）而違反憲法第23條及憲法上正當法律程序要求，換言之，系爭規定顯然已違反憲法上正當法律程序或程序基本權保障原則，及憲法第15條

F.2d 280 (9th Cir. 1954) (If notice of a proposed rule is not published in the Federal Register at least thirty days prior to its issuance, or if good cause is not found and published for the immediate issuance of a rule, the rule cannot be legally issued; *if the rule itself is not published*, it follows that it has not been issued; and if a rule has not been issued, *it has no force as law.*) (*emphasis added*) 並參見 *Morton v. Ruiz*, 415 U.S. 199, 94 S. Ct. 1055 (1974); *Appalachian Power Company v. Train*, 566 F.2d 451, 455 (4th Cir. 1977); *Vigil v. Andrus*, 667 F.2d 931, 938 (10th Cir. 1982).

惟實際知悉法規命令之內容者（無論其如何獲知），則不得主張不受該命令之拘束，即使該命令未曾依法發布。蓋實際知悉命令者，並不因命令未依法發布而受傷害。參見 *United States v. Aarons*, 310 F. 2d 341, at 348 (1962)([O]ur conclusion that appellants' *actual knowledge* bars them from complaining of the failure here to comply with the FRA applies equally to the failure to comply with § 3(a)(3) of the APA.)(*emphasis added*). See also, Note: *The Federal Register and the Code of Federal Regulations--A Reappraisal*, 80 HARV. L. REV. 439, at 444-445 (1966) (He [Judge Friendly] repudiated the Hotch distinction between filing and publication, holding that under Federal Register Act *actual knowledge is a substitute for publication*...One reason for denying the defense of nonpublication in cases of actual notice is that *the party was not prejudiced by the failure to publish.*) (*emphasis added*). 作者負責起草之「學者版」行政程序法草案第107條曾明定：法規命令「未依第一百零五條第一項之規定發布者」，無效。同草案第105條1項明定：「行政機關發布命令，應經其首長簽署，登載於政府公報，並即送立法院。命令由機關會同訂定者，應由各該機關之首長共同簽署」。嗣朝野協商時，兩條均遭刪改如今文（行政程序法第157、158條）。

¹⁶ 見陳春生意見書第16段。

人民財產權之保障。¹⁷

上開意見乃本號解釋中唯一將系爭「程序瑕疵」評價為「違憲」者，其認真看待程序價值之用心應予肯定，惟所見不無商榷。首先，何以「違法」即為「違憲」？前揭意見全然未有論證。系爭財政部函令違反行政程序法規定之命令訂定程序（氏所謂「正當程序」層面（二）），包括未履行「預告暨評論」程序，應會同訂定而未會同，應會銜發布而未會銜等，甚為明確；然「違法」並不當然「違憲」！

其次，關於「正當程序」之理解亦有誤會。按「立法行為之正當程序」並不限於「實質上正當程序」（氏所謂「正當程序」層面（一）），亦應包含「程序上正當程序」。財政部未依照管理外匯條例訂定（全面實施申報之）「辦法」，而僅發布（內容不足以完全實現法律授權意旨之）系爭財政部函令，乃「法規命令」（「行政行為」之一種）內容「涵蓋不足」（under-inclusive）的問題，¹⁸實與「立法行為」之「實質上正當程序」（氏所謂「正當程序」層面（一））無涉！

再者，大法官依法僅能「解釋」原因案件終局裁判所適用之法令有無違憲，不能審查終局「判決」本身，甚或「原處分」有無違憲。則如何能謂原處分（沒入）之作成違反「行政處分」之（程序上）正當程序¹⁹（氏所謂「正當程序」層面（三））？

貳、係爭財政部函令程序及形式瑕疵之法律效果

鑑於本號解釋對於「程序違法」之輕漫，眼下亟需辨明系爭財政部函令所涉諸程序及形式瑕疵之法律效果。

一、行政程序法相關規定

關於違反正當行政程序作成之（具有程序瑕疵）行政行為應如何對待，乃行政程序法起草時未完全解決的難題。究其所以困難，主要因為我國深受德國法制影響，雖是起草行政「程序」法，但主要注意力實際置於「實體」問題，希望藉以實現「行政法總則法典化」的理想。凡德國（聯邦）行政程序法所未規定者，在起草小組²⁰獲得通過已屬匪易，遑論

¹⁷ 見陳春生意見書第17段。

¹⁸ 參見本文後述「貳、三、」之說明。

¹⁹ 例如給予當事人「陳述意見機會」之機會（行政程序法第102條參照）。

²⁰ 行政程序法主要係以民國79年行政院經建會委託台大翁岳生教授主持研擬的「行政程序法草案」（學者版草案）為藍本，整合民國84年行政院向立法院提出的「行政程序法草案」（行政院版草案）而成。學者版草案起草小組成員及分工為：計畫主持人翁岳生，主持計畫並撰寫〈論行政處分〉，研擬草案第二章「行政處分」條文；協同主持人廖義男，協同主持計畫，並撰寫〈論行政計畫之確定程序〉，研擬草案第五章「行政計畫」條文；許宗力，撰寫〈德國聯邦行政程序法的最新發展〉、〈行政機關若干基本問題之研究〉、〈行政契約之概要〉，研擬草案第一章「總則」第三節「行政機關」、

進入立法程序後動輒淪為朝野協商之祭品。²¹其次，平心而論，當時我國比較行政法之研究尚未發達，「正當行政程序」的概念猶在萌芽，遑論明確規定其違反之處置。

綜觀行政程序法關於程序及形式瑕疵之處理，主要仿自德國立法例，規定於第二章（行政處分），計分為三種效果：「無效」、「得撤銷」及「補正」；致其他行政行為違反正當程序時，輒需「準用」行政處分程序瑕疵之規定。關於「無效」（之行政處分），行政程序法第111條²²計列舉七種事由。其中第1款、第2款為關於「方式」（形式）之規定，第3款至5款為關於「實體內容」之

規定，第6款為違反「專屬管轄」，第7款則為概括規定（「其他具有重大明顯之瑕疵者」）。「程序之違反」既不在前六款之列，則其瑕疵如未達「重大明顯」之程度，即非屬「無效」²³。

其次，細繹行政程序法第114條（瑕疵之限時補正）與第174條（程序瑕疵之救濟），可知：²⁴第114條第1項第2款至第5款所列之四種情形，雖於第2項所定時點前，補行欠缺之程序（補記理由、補予陳述意見之機會、補作決議、補行參與），亦僅於補行程序後，對於行政機關原依「違法程序」所作成之「實體決定」不生影響時，始得「補正」（亦即，「程序違反」之瑕

第六節「送達」、第三章「行政契約」條文；葉俊榮，撰寫〈行政程序法與一般法律原則〉、〈行政程序法的資訊公開〉，研擬草案第一章「總則」第一節「立法目的、定義及適用範圍」、第二節「行政之一般法律原則」條文；劉宗德，撰寫〈試論日本行政指導〉，研擬草案第一章「總則」第四節「行政程序之通則」、第六章「行政指導」條文；湯德宗，撰寫〈美國行政程序法概要〉、〈行政立法程序之研究——美國行政程序法本土化應用之嘗試〉，研擬草案第一章「總則」第五節「聽證程序」、第四章「法規命令與行政規則」條文；許志雄，研擬草案第七章「陳情」之條文。

²¹ 詳見湯德宗，〈論行政立法之監督——行政程序法「法規命令及行政規則」章起草構想〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁211以下（附件「草案與今文對照」，頁256-276）（2005，二版二刷）。

²² 行政程序法第111條：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：

- 一、不能由書面處分中得知處分機關者。
- 二、應以證書方式作成而未給予證書者。
- 三、內容對任何人均屬不能實現者。
- 四、所要求或許可之行為構成犯罪者。
- 五、內容違背公共秩序、善良風俗者。
- 六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。
- 七、其他具有重大明顯之瑕疵者」。

²³ 參見行政程序法第110條第4項（無效之行政處分「自始不生效力」）。

²⁴ 參見湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果〉，輯於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁85以下（頁95-99）（2005，二版二刷）。

疵因「及時補正」而治癒)。反之,雖及時「補行程序」,如行政機關因補行程序而應變更其原先「違反程序」所作成之「實體決定」時,「程序違反」之瑕疵自不能僅因補行程序而「補正」,而須依同法第174條訴請(行政)法院(審查)撤銷之(除非行政機關已自行撤銷)。

二、系爭財政部函令為法規命令

討論系爭部令所涉種種程序及形式瑕疵前,應先確認係爭財政部函令之性質。蓋行政程序法原依各種行政行為之(實體)屬性而設計其程序,不同的行政行為有不同的程序要求(正當行政程序)。

按行政程序法第150條1項明確定義「法規命令」,指「行政機關基於法律授權,對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」,乃為改正國內前此用語混淆之現象,達成「行政法總則法典化」之立法目的。²⁵系爭財政部函令完全符合前揭定義,自屬「法規命令」。²⁶此為參與本案大法官之共識。

如上「定性」產生兩個效果。第一,

形式上說,系爭部令「不得逾越法律(母法)授權之範圍與立法精神」(同法第150條2項參照)。第二,程序上說,系爭部函令應循行政程序法第154條以下所定「法規命令訂定程序」訂定。茲就前揭本號解釋「理由書」指摘之各項瑕疵,分別論究其效果。

三、規定內容不及法律授權之範圍

系爭部令僅設定申報義務的門檻,而未規定申報程序之細節,因此並未「逾越」母法之授權(典型的形式瑕疵),反倒是「不及」母法之授權。面對此種「非典型」的形式瑕疵,該如何評價?豈「過猶不及」乎?

按法治國家基於法明確性與法安定性之考慮,並為貫徹行政程序法「深化民主原則」之立法目的,²⁷法規(「法律」與「法規命令」之合稱)所未規定者,自不能「對外發生法律效力」。準此,本家中關於攜帶外幣申報之程序、方式等事項,既僅見於「入出境旅客通關須知」,未明列法律授權,且未刊登政府公報或新聞紙發布,應不生法律效力。²⁸惟,他方面,申報程序等「細節性與執行性之規定」,既未創設罰則義務,依大法官

²⁵ 詳見湯德宗,前揭(註21)文,頁234-239,245-247。

²⁶ 參見法務部91年1月28日法律字第0910002799號函,《法務部公報》,第274期,頁33-37(「按行政程序法第150條規定…其所稱法規命令,須具備「行政機關基於法律授權訂定」及「對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」二項要件,如僅符合上開二項要件之一者,則不屬之(本部行政程序法諮詢小組第17次會議(90/01/12)結論二參照)」)。

²⁷ 參見湯德宗,〈行政程序法之立法目的〉,收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》,頁52-60(2005,二版二刷)。

²⁸ 相同意見,見陳新民意見書第16段(「須知」不足以作為規範人民通關事宜的法規依據)。

歷來之解釋，²⁹原可由行政機關以「行政規則」定之，無需法律之明白授權。是系爭財政部函令之「非典型」形式瑕疵實處於灰色地帶。故前揭「理由書」第5段乃僅予溫和之警示：「對於申報之程序、方式等事項則未規定，與管理外匯條例第11條之授權意旨…等規定不符，應由有關機關儘速檢討修正」。³⁰

四、未使用法規命令之名稱，未以法條之形式呈現

系爭財政部函令性質上為「法規命令」，已如前述；惟其並未使用中央法規標準法第3條所規定之名稱（規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則），應予如何評價？

現行實務要求法規命令僅得使用前揭中央法規標準法第3條所列舉之七種名稱，並有「以名稱認定是否為法規命令，從而應否踐行（預告暨評論）命令訂定程序」之傾向。法務部91年1月21日法律字第0910001765號函謂：

法規命令除非立法者有意使公告內容得不以法規命令之方式定之外，其應依中央法規標準法第3條規定，以規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則等名稱為之。查管制藥品管理條

例第3條第2項規定：「前項管制藥品限供醫藥及科學上之需用，依其習慣性、依賴性、濫用性及社會危害性之程度，分四級管理。其範圍及種類，由中央衛生主管機關設置管制藥品審議委員會審議後，報請行政院核定公告之」。依其文義觀之，上開「公告」，似立法者有意不以法規命令之方式訂定，而屬公文程式條例第2條第1項第5款所定公文程式。從而，無須踐行本法第154條之預告程序。

上開函釋不無「以文害義」之嫌，未能善體立法意旨。僅由「報請行政院核定公告」一語，何能認定規範「管制藥品範圍及種類」之行政命令非為「法規命令」？依余所信，³¹凡行政機關訂定命令（形式上）係「基於法律之授權」，且（實質上）係「對多數不特定人民，就一般事項，為抽象之規範，並對外發生法律效力」，便是法規命令！應一律適用行政程序法所定「法規命令訂定程序」，不因其是否使用中央法規標準法第3條所定（七種）名稱而有異。除非法規命令內容為有關「軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全」者³²，可例外（完全）不適用行

²⁹參見釋字第438、479、657、658號解釋。

³⁰此一發現或亦有助於理解前述「黃&葉意見書」。

³¹參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁1以下（頁37-38）（2005，二版二刷）。

³²參見行政程序法第151條第1項之規定。

政程序法所定之「法規命令訂定程序」；或因擬訂定時「情況急迫」³³，而可例外（僅）不適用同法所定「預告及評論」程序。如此庶幾可免機關規避正當行政程序。³⁴

惟，按前述「法規命令限於使用特定名稱」之見解，本案系爭財政部函令即有程序或方式瑕疵。茲因其已逾訴願程序，乃無從類推適用行政程序法第114條「及時補正」；復因瑕疵無關乎內容，遂無從類推適用行政程序法第111條第7款（其他重大明顯之瑕疵），使之「無效」。故「名稱之瑕疵」僅屬「得撤銷」之瑕疵。

又，系爭財政部函令未以法條之形式呈現，形式上亦有瑕疵。惟其既無關函令之內容（不影響其效力），尚難類推適用行政程序法第111條第7款（其他「重大明顯」之瑕疵），認定為「無效」；並因已無從「及時補正」，故亦僅屬「得撤銷」之瑕疵。

五、未經預告暨評論程序

系爭財政部函令全然未履行行政程

序法第154條所定「預告暨評論」程序——將擬訂定之法規命令「草案」全文（或其主要內容）公告於政府公報（或新聞紙），並載明歡迎任何人於公告所定期間，向指定機關就草案內容，以書面陳述意見之意旨——即逕行發布，程序上顯有瑕疵，且屬「重大明顯」之瑕疵！

申言之，法規命令一旦完成訂定即發生法律效力，得對不特定人民產生一般拘束力，其影響遠大於對特定相對人產生個別拘束力之行政處分。惟行政機關本無民意基礎，若許其制訂拘束人民的法規範，縱形式上有立法授權之間接加持，仍不免滋生民主正當性是否充分之疑慮。是法規命令須履行「預告暨評論」程序，乃行政程序法上一項具有本質重要性的制度設計，用以補強行政機關訂定法規命令的民主正當性。不經「預告暨評論」程序，人民即無從參與（影響）法規命令之形成！³⁵

其次，現制下，人民因行政處分作成前未獲「陳述意見之機會」，猶可在嗣後行政救濟程序（訴願及行政訴訟）中，

³³ 參見行政程序法第154條第1項之規定。

³⁴ 類似見解，參見法務部行政程序法諮詢小組第17次會議結論（90/01/12），輯於法務部（編印），《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編（一）》，頁318（台北：法務部，2001年12月初版）；法務部91年1月28日法律字第0910002799號書函輯於法務部（編印），《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編（二）》，頁131（台北：法務部，2002年12月初版）；廖元豪，〈論建立「法規命令預先公告程序」制度之必要性〉，《經社法制論叢》，第22期，頁153以下（頁161）（1998年7月）（如此「才不至於掛一漏萬，造成行政機關規避程序要件的避風港」）。

³⁵ See, e.g., *Levesque v. Block*, 723 F. 2d 175 (1983), at 187 (Public comment contributes importantly to self-governance and helps ensure that administrative agencies will consider all relevant factors before acting. To serve these purposes, notice and the opportunity for comment must come at a time when they can feasibly influence the final rule.)

請求撤銷原處分，以為救濟。反觀法規命令未履行「預告暨評論」程序者，則幾無救濟途徑！蓋依國內現時通說，行政訴訟之標的限於「具體行政行為」（如行政處分），不及於「抽象行政行為」（如法規命令）；縱使按本文作者之主張，行政處分之相對人於得間接主張法規命令實體違法時（例如主張行政處分違法，並間接主張其所依據之法規命令違法），應許其一併主張法規命令訂定之程序違法，³⁶ 行政法院至多僅得「拒絕適用」違法之命令，無權宣告命令失效（全盤廢棄）！是行政機關規避「預告暨評論」程序將使行政程序法「深化民主原則」之立法目的完全落空。規避

「預告暨評論」程序即構成「重大」之程序瑕疵。而「未經預告暨評論程序」屬不待調查即可認定之事實，自屬「明顯」。

³⁷ 總此，未經預告暨評論程序所訂定之法規命令，因有「重大明顯」之程序瑕疵，應屬「無效」。³⁸

六、未會同訂定並會銜發佈

系爭財政部函令未會同中央銀行訂定並會銜發布，是否違反行政程序法所規定之「法規命令訂定正當程序」？前揭「陳新民意見書」由行政程序法第154條第1項第1款³⁹、第156條第1項第1款⁴⁰與第157條第2項⁴¹等規定推知：應會同訂定之法規命令應會銜發布。⁴² 對照「學

³⁶ 參見湯德宗，前揭（註24）文，頁101。

³⁷ 作者前文曾主張：依法應舉行聽證，而未經聽證即已作成之行政處分，屬於「明顯」但尚「非重大」之瑕疵；僅「法規明定應依聽證記錄作成處分」而未經聽證即已作成者，始屬「明顯重大」之瑕疵。並認為法規命令違反行政程序法第154條者，應與行政機關作成不利益處分前未予當事人陳述意見之機會者，為相同之處理。（參見湯德宗，前揭（註24）文，頁113-115）本文對前述立場略作修正。蓋「預告暨評論」可謂行政程序法為法規命令所設之最低限度之程序，為免憲法上正當程序保障在「委任立法」領域淪為空言；復以現制下人民對違法行政命令無法（如同對違法行政處分般）提起行政救濟，爰嚴格化法規命令程序瑕疵之處理，以維衡平。

³⁸ 美國實務上認為法規命令未經「預告暨評論」程序者，不生效力。參見 *Southern California Aerial Advertisers' Association v. Federal Aviation Administration*, 881 F. 2d 672, at 673 (1989) (We declare that decision [to prohibit fixed-wing aircraft from traveling through a section of airspace west of Los Angeles International Airport ("LAX") known as the "shoreline transition."] invalid because it was not issued in accordance with the [notice and comment] requirements of the Administrative Procedure Act ("APA")).

³⁹ 「行政機關擬訂法規命令時，除情況急迫，顯然無法事先公告周知者外，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱，其依法應由數機關會同訂定者，各該機關名稱」。

⁴⁰ 「行政機關為訂定法規命令，依法舉行聽證者，應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：一、訂定機關之名稱；其依法應由數機關會同訂定者，各該機關之名稱」。

⁴¹ 「數機關會同訂定之法規命令，依法應經上級機關或共同上級機關核定者，應於核定後始得會銜發布」。

⁴² 參見「陳新民意見書」第14 & 15段。

者版草案」第105條第1項⁴³（今行政程序法第157條之前身），益證所言不虛。

關於法規命令「如何會同」訂定等細節，行政程序法未及規定。法務部90年3月8日曾函釋：「按行政程序法（以下簡稱「本法」）第154條第1項有關法規命令草案預告程序之規定，其立法意旨在使人民有參與訂定法規命令之機會。有關法規命令依法應由數機關會同訂定者，由主辦（主稿）機關逕行踐行其預告程序，其他會同訂定之機關勿庸共同為之，並不影響人民參與訂定之機會，且符合本法提升行政效能之目的（本法第一條規定參照）」。⁴⁴準此，「會同」固甚方便，惟「會同」所寓含之「機關間相互牽制、監督」意旨，僅能依賴「會銜」達成。

查本案前財政部金融局既曾於91年12月12日以台融局（五）字第0910057359號函請中央銀行外匯局表示意見，並經該局於92年1月9日以台央外壹字第0920009719號函復同意。雖最後系爭財

政部函令並未與中央銀行「會銜」發布，形式上確有瑕疵；然央行既已函復同意⁴⁵，似難謂規避「機關相互牽制、監督」之意旨。亦即，「未會同訂定並會銜發布」乃「明顯」而「非重大」之瑕疵。依前文分析，僅屬「得撤銷」，尚非「無效」。⁴⁶

參、憲法上正當法律程序保障之續構

究明系爭財政部函令所涉諸形式與程序瑕疵導致之法律效果，殆僅屬釋憲之暖身活動；須進一步論述「依瑕疵程序訂定之法規命令是否違憲」，始能完成「憲法解釋」之使命。此乃本號解釋最困難之部分，亦續構憲法上正當法律程序保障之機會。

一、憲法上正當法律程序之保障

按憲法上「正當法律程序」（Due Process of Law）⁴⁷，簡稱「正當程序」

⁴³「行政機關發布命令，應經其首長簽署，登載於政府公報，並即送立法院或地方議會。命令由機關會同訂定者，應由各該機關之首長共同簽署」。參見前揭（註21）文，頁261。

⁴⁴參見法務部90年3月8日法律字第006698號函，《法務部公報》，第256期，頁98。

⁴⁵茲假定中央銀行外匯局獲得央行授權而為前揭函覆同意。

⁴⁶概念上，「得撤銷」與「無效」固有分別，然就法規命令而言，鑑於命令乃一般、抽象之規範，基於法安定性之考量，學說上爰多主張：違法的法規命令，通常並非當然無效，而須經有權審查之機關予以撤銷，始失效力。參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁297-298（增訂九版，2005）；陳敏，《行政法總論》，頁542（第六版，2009）。然，本文將法規命令之程序瑕疵效果區分為「無效」與「得撤銷」，仍有評價上之實益。蓋僅因重大「程序違法」而導致系爭法規命令「無效」時，該「違法」的程序瑕疵方可認為違反了憲法上「程序上正當程序」之要求，而視同「違憲」。參見後述「參、三、」之說明。

⁴⁷按“Due Process of Law”本應譯作「法律正當程序」，但大法官多以「正當法律程序」稱之（參見釋

保障 (Due Process Guarantee)，初見於美國聯邦憲法增修條文第 5 條及第 14 條，嗣為各國所採納，我國大法官於釋字 384 號解釋正式引進，以詮釋憲法第 8 條第 1 項「法定程序」之意涵。⁴⁸「正當程序保障」旨在確保國家權力（立法、行政與司法）公平、合理之行使 (fair and reasonable exercise of state powers)。依其內涵，「正當程序」可分為「實質上正當程序」(substantive due process) 與「程序上正當程序」(procedural due process)。

「實質上正當程序」要求公權力行使之結果——「法律」(立法行為)、「裁判」(司法行為)、「行政處分」與「法規命令」等(行政行為)——須達於一定之品質，以維公平。例如，限制基本權之法律(立法行為)應合乎「比例原則」(憲法第 23 條)；又如，法律之內容須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認(「法律明確性」原則)，以杜「惡法亦法」之謂。「程序上正當程序」要求公權力行使之

際，須履行適切之程序，俾充分考量各方利益，避免恣意專斷。例如，法律之制定應經三讀程序(正當立法程序)，作成各種行政行為應遵循行政程序法等所規定之行政程序(正當行政程序)，法院裁判須遵守各種訴訟法所規定之訴訟程序(正當司法程序)。⁴⁹

「正當程序」(含「實質上正當程序」與「程序上正當程序」)對於所有國家權力(「立法」、「行政」與「司法」，在我國更包括「監察」與「考試」)皆有適用，然強度容有不同。例如，大法官審查限制人民基本權之「法律」(立法行為之結果)內容是否逾越「比例原則」(實質上正當程序)時，輒考慮所涉「事務領域」(功能最適理論)及「憲法權利種類」等，發展出各種(寬嚴不一之)「審查基準」(或稱「審查密度」)。⁵⁰其於審查「法律」制定是否違反「程序上正當程序」時，鑑於「權力分立」(相互制衡且相互尊重)原則，輒揭櫫「議會自律」原則，採取較為寬鬆(尊重)的審查標準。⁵¹又，細閱相關大法官解釋隱

字第 396、491、585、639、654、667 號解釋)。此所謂「法律」乃廣義用法(相當於「法」或「法規範」)，而非憲法第 170 條之狹義用法。

⁴⁸ 釋字 384 號解釋：「憲法第八條第一項規定：『…非經司法或警察機關依法定程序，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。』其所稱『依法定程序』，係指凡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，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件」。

⁴⁹ 詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁 167 以下(頁 169-175 & 206 (表一))(2005，二版二刷)。

⁵⁰ 作者嘗整合美、德、加等國釋憲實務，建議「階層式比例原則」(Hierarchical Proportionality Principle)，以為大法官改進「比例原則」實作之參考。參見，前揭(註 4)文。

⁵¹ 參見釋字第 342 號解釋(「但法律案立法程序有不待調查之事實即可認定牴觸憲法者，亦即有違反

約可見其處理模式：認為法律內容違反「實質上正當程序」時，輒援引憲法第23條（比例原則）或訴諸「法律明確性」原則，宣告系爭條文違憲；⁵²認為法規違反（欠缺）「程序上正當程序」時，輒逕行指示應通盤檢討修正（增補）之程序，惟多未援引特定憲法條文，或僅籠統援引憲法第23條作為依據。⁵³

「法規命令」違反「實質上正當程序」，大法官可以其內容違反「比例原則」或「法律明確性原則」宣告違憲（使立即失效或限期失效），殆無困難；惟「法規命令」訂定程序違反「程序上正當程序」時應如何處理，大法官似未曾作過解釋。

二、命令違憲抑或裁判違憲？

係爭財政部函令涉及各種「形式及

程序瑕疵」（程序違法），且有違法情形嚴重（如未經「預告暨評論」程序）而應認定為「無效」者，已如前述。如何進一步論證係爭函令「違憲」，厥為大法官睿智與勇氣之考驗。

理論上說，於此可有兩種途徑：「命令違憲」或「裁判違憲」。其中，較為直截而自然的違憲論證途徑似是「裁判違憲」——認定終審法院法官適用（因重大明顯之程序瑕疵而）「無效」之法規命令所作成之「裁判」（司法行為），已違反憲法第80條「依『法』審判」之原則，有違憲法上「司法行為」（程序上）正當程序之要求。「裁判違憲」在德國可行，在我國卻行不通。

申言之，按德國基本法第93條1項4之1款⁵⁴及聯邦憲法法院法第90條以下

法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，釋憲機關仍得宣告為無效」。亦即，司法審查密度降低，但非全然棄守。並參見許宗力，〈國會議事規則與國會議事自治〉，輯於氏著，《法與國家權力》，頁301以下（頁323）（台北：三民，1992年4月）（認法案不經二讀，即逕行表決者，合憲性堪疑）。

⁵² 參見釋字491、524、573、585號解釋。

⁵³ 例如：釋字462號解釋就「教育人員任用條例」第14條授權教育部訂定之「大學、獨立學院及專科學校教師資格審查辦法」，謂：「主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第23條之比例原則。…各大學校、院、系（所）教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷…現行有關各大學、獨立學院及專科學校教師資格及升等評審程序之規定，應本此解釋意旨通盤檢討修正」。又如，釋字491號就「公務人員考績法第12條第1項第2款規定各機關辦理公務人員之專案考績，一次記二大過者免職。同條第2項復規定一次記二大過之標準由銓敘部定之」之規定，釋示：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」。

⁵⁴ 德國基本法第93條：

一、聯邦憲法法院審判左列案件：…

之規定，人民因基本法（憲法）所保障之基本權利或準基本權利（grundrechtsgleiches Recht）遭受公權力——含立法行為（法律）、行政行為（具體或抽象行政行為）與司法行為（裁判）——之侵害，得向聯邦憲法法院提起「憲法訴願」（Verfassungsbeschwerde），尋求救濟。實務上，絕大多數（95%以上）憲法訴願乃針對法院「裁判」之合憲性所提起之「判決憲法訴願」（Urteilsverfassungsbeschwerde）。聯邦憲法法院審理後認為裁判違憲者，應將違憲之裁判廢棄；並將案件發回管轄法院。⁵⁵然而我國現制，大法官僅能審查終審裁判所適用之

「法律或命令」有無違憲，不能直接審查（適用系爭法規命令所作成之確定終局）「裁判」有無違憲（司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款參照）。⁵⁶因此，本案僅能循「命令（系爭財政部函令）違憲」途徑謀求解決。

三、重大違反「準憲法法」所定「程序上正當（行政）程序」應視同「違憲」

如果，不能坐視（容認）行政機關任意規避具有本質重要性之「正當行政程序」（例如「法規命令」訂定之「預告暨評論程序」），淘空具體實現憲法價值的

(四)之一 任何人聲請其基本權利或其依第 20 條第 4 項、第 33、38、101、103 及 104 條所享之權利遭公權力損害而提起違憲之訴願。」

GG § 93(1) Das unbeschwerdegericht entscheidet: ...

4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;)

關於德國憲法訴願制度，參見劉淑範，〈憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限〉，輯於劉孔中、李建良主編，《憲法解釋之理論與實務》頁 199 以下（頁 209-210）（1998 年 6 月）。

⁵⁵ BVerfGG § 95(2) (Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück). 中譯參見，陳愛娥譯，載於司法院網站（<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-02.asp>）。

⁵⁶ 由於大法官擴張解釋「法律或命令」之涵意，將「判例」納入違憲審查範圍（參見釋字第 153、154、271、374 等號解釋），有謂現制堪稱「以判例或決議為媒介」之「判決憲法訴願」（Urteilsbeschwerde）。至於未來應否進一步改以法院之裁判作為違憲審查對象，值得討論。參見翁岳生，〈憲法之維護者——省思與期許〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯（上冊），頁 1 以下（頁 103-104）（中研院法律所，2009 年 7 月）；陳愛娥，〈引進判決違憲審查程序之合理性與必要性〉，輯於《大法官解釋憲法之程序與種類要件》（司法院大法官九十六年度學術研討會，上冊，頁 35 以下（司法院，2007 年 12 月 8 日）；陳英鈴，〈憲法訴願的結構性變遷——從比較法論基本權利訴願的對象與判決拘束力〉，載《憲政時代》28 卷 4 期，頁 74 以下（2003 年 4 月）。

重要立法目的（例如制定行政程序法所追求之「深化民主」），而須使得依循重大程序瑕疵作成之法規命令歸於「無效」，在現制不採「裁判違憲」的情形下，大法官勢需發展某種連結「程序違法」與「違憲」的理論，始能完成「釋憲」的任務。⁵⁷

作者不揣簡陋，於茲提議「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論。申言之，

1. 所謂「重大程序瑕疵」，指法規命令因違反「準憲法性質或位階之法律」（簡稱「準憲法法」（quasi-constitutional law）所規定之「程序上正當程序」而應判定為「無效」者；
2. 所謂「視同違憲」，乃因前述重大「程序違法」，對於為具體實現憲法價值而制定之「準憲法法」所寓含之重要立法目的所造成之侵

害，殆與直接侵害憲法所保障之價值相當，故爾。

3. 對於經由如上重大瑕疵程序所產生之法規命令，大法官應宣告其「違憲」而「無效」（立即失效或限期失效）。

所謂「準憲法法」（quasi-constitutional law）⁵⁸，係指其內容「直接體現憲法價值」或「直接充實憲法規定」之法律。例如，「行政程序法」之制定，深化了憲法中之「民主原則」，使人民得以經由法規命令訂定程序（尤其「預告暨評論程序」），直接參與日常行政決策，體現「參與式民主」（participatory democracy）理想。又如，憲法第3條規定：「具有中華民國國籍者為中華民國國民」，然何者「具有中華民國國籍」，胥賴「國籍法」確定，國籍法乃成為「準憲法法」。其他如完成憲法第24條⁵⁹規定之「國家賠償法」；落實憲法第136條

⁵⁷ 理論上，德國「憲法訴願」（參見前揭註54）也可能涉及「法規命令（抽象行政行為）有無違憲」的問題。然因其具有直接挑戰法院「裁判」（司法行為）合憲性之「判決憲法訴願」可資利用，實務上且占憲法訴願之絕大多數；復以「憲法訴願之備位性質」（Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde）——人民須窮盡訴訟救濟途徑後始得提起憲法訴願（BVerfGG § 90（2）參照），德國聯邦憲法法院面對法規命令違憲的機會可謂絕無僅有，故迄今並未發展出某種連結「命令違法」與「違憲」的理論。此外，「命令」違法（於審查具體行政行為違法性時所為）之「附帶審查」（Inzidentprüfung，性質上為「具體審查」）與（不限於個案而專就某法規之違法性所為之）「主要審查」（prinzipale Kontrolle，性質上為「抽象審查」），在德國主要為高等行政法院之權限（參見德國行政法院法（VwGO）第47條），亦與我國不同。

⁵⁸ See Richard B. Stewart, *The Development of Administrative and Quasi-Constitutional Law in Judicial Review of Environmental Decisionmaking: Lessons from the Clean Air Act*, 62 IOWA L. REV. 713, 740 (1977); also William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey, *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking*, 45 VAND. L. REV. 593, 597 (1992).

⁵⁹ 憲法第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」。

60 規定之「公民投票法」；確立憲法第 78 條⁶¹ 內涵之「司法院大法官審理案件法」等，皆為適例。形式上，「準憲法法」亦為「法律」；實質上，其重要性遠高於一般「法律」。

此以「準憲法法」概念作為媒介，適用「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論，乃為尊重立法者（經由所謂「立法裁量」）對於具體落實憲法價值所作之判斷，使大法官僅能貫徹立法者之價值判斷——法規命令倘非因違反「準憲法法」所定之「程序上正當程序」，即不至於構成「重大程序瑕疵」——避免所謂「司法政府」(judiciary government) 或「法官治國」的疑慮！以本案為例，如當初立法者根本不制定行政程序法，或雖制定行政程序法而不採「預告暨評論」程序作為法規命令訂定程序，大法官即無從引用「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論。是，「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論，本質上乃以「違法」為前提之「違憲」。

或謂以「準憲法法」概念為媒介之「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論，恐模糊「違法」與「違憲」之界限。此論確有見地，然「違法」與「違憲」本無明確（一成不變）之界限，有時甚且僅為一線之隔。

至所謂「重大程序瑕疵」須以違反「準憲法法」所定「程序上正當程序」，並須達「明顯重大」之程度，而應評價為「無效」者，乃為避免「法規命令

重大程序瑕疵視同違憲」理論適用時過於浮濫。

結 論

農曆年前，一件僅有 10 位大法官出席作成之解釋，隱藏著難解的重要問題——未依法訂定之法規命令是否合憲？多數意見避重就輕，既不願面對「沒入」是否為「從罰」，及「超過申報門款一律沒入」有無違反「比例原則」的實質問題，且規避「法規命令訂定程序重大瑕疵應如何評價」的難題。不同意見心有餘而力不足，或僅宣告違法而無效，但避談「違憲」與否；或逕以「違法」為「違憲」，全然未有論證。本文提出「法規命令重大程序瑕疵視同違憲」理論，希有助於填補此一缺憾。撫今追昔，不勝感慨；往者已矣，來者可追！

⁶⁰ 憲法第 136 條：「創制複決兩權之行使，以法律定之」。

⁶¹ 憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」。