

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

警察法上之爭議解決制度

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-002-025-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：林明鏘

計畫參與人員：黃經綸、黃齡慧

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 93 年 10 月 11 日

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

我國警察學之研究，最近十餘年以來因有不少學者<sup>1</sup>之投入，致有質量不差之研究成果產生。但是，其研究方向大都偏向警察任務與警察職權或警察作用法<sup>2</sup>上及個別警察法之研究，例如：有關集會遊行法、警察職權行使法或警械使用條例、社會秩序維護法、檢肅流氓條例等之細緻討論<sup>3</sup>；反而以人民行政救濟之角度切入研究者似未多見<sup>4</sup>，尤其是當我們全面仔細去檢視我國重要警察法令體系時，可以驚訝的發現，雖然該等行為均屬警察職權之行使，且對於人民產生外部侵益效果時，其救濟途徑卻各有明顯不同，若以人民為主體之角度出發，實屬過份繁雜且途徑相當不一致，使人民不易行使其憲法上所保障之訴願及行政訴訟權。此種歧異甚大之不一致性，不僅使警察行為侵害之一般人民無法「一望而知」清楚行使其權利之救濟管道，更嚴重將影響其權利行使之便利性與實效性；另外一方面而言，縱使是法律專業人士，亦常因為此種救濟途徑之迥異，而有體系歸類困難之迷惑，例如：有關流氓檢肅案件就應適用刑事訴訟法或宜以行政訴訟法為宜；道路交通處罰事件、集會遊行事件或警察職權行使法事件宜完全適用行政訴訟及訴願程序或有些仍應適用刑事訴訟程序之程序規定？基於澄清比較我國現行重要警察侵益行為行使後，對人民自由或權利產生不法之侵害時，其行政救濟體系之規定內容為何？比較合理之規定為何？外國立法例又作何種規定...？基於上述澄清或建議修正我國現行法令規定之動機，乃有本研究計畫撰寫及進

---

<sup>1</sup> 例如台大之王兆鵬、林明鏘；警大之蔡震榮、梁添盛、李湧清、洪文玲、蔡庭榕、鄭印善、許文義；政大之李震山；台北大學之陳春生、陳愛娥、吳景芳等教授。

<sup>2</sup> 諸如李震山，《警察法論-警察任務篇》，正典文化公司，民國九十一年十月初版；李建聰，《警察職權行使法》，民國九十二年九月初版；李湧清，《警察勤務之研究》，中央警察大學出版社，民國八十五年增訂二版；梁添勝，《警察權限法》，警察法學叢書，第二版第一刷，民國八十九年十一月等。

<sup>3</sup> 李震山主持，《我國集會遊行法執行之研究》，行政院研考會，民國八十一年研究計畫；曾吉豐，《社會秩序維護法體用》，登文書局，民國八十一年十月初版；許文義，《警察職務協助法論》，登文書局，民國八十一年三月初版。

<sup>4</sup> 例外者僅有李震山主持，《司法對警察行政行為審查問題之研究》，國科會計畫成果，民國八十七年八月，頁 118 及鄭文竹，〈論警察職權行使法救濟體系之探討〉，收於中央警察大學行政警察學系，中華警政研究學會編，《刑事訴訟法（交互詰問制度）與警察職權行使法》論文集，頁 175 以下，但其論述僅屬空泛討論一般性之行政救濟。

行，希望透過人民權利救濟角度之分析，重新並合理調整我國現行法令內容之缺失並提出具體改善之立法建議。

## 第二節 研究方法與研究範圍

本研究計畫所採取之研究方法主要為文獻研究法、歸納法及比較法之研究，並且大量擷取相關司法實務判決或大法官解釋（尤其是釋字第四一八號）<sup>5</sup>，藉以印證法規範上之不合理狀態，並對大法官解釋中，大量尊重所謂『立法裁量』或『立法衡酌』，而不細緻對於不合救濟功能之『立法裁量』或『立法衡酌』加以糾正或警告，深表不能認同。此外，由於警察法之範疇十分廣泛，因此僅能選擇在實務上較常發生的救濟案例（含訴願及行政（或一般法院）訴訟案例）之範圍內，決定以「道路交通處罰案例」、「出入境管理案例」、「社會秩序維護法案例」、「檢肅流氓案例」及「警察職權行使案例」為主要研究範圍，關於其他理論雖屬重要，但爭訟案例並不多見之「集會遊行案件」及「警械使用案例」（偏重於國家賠償請求，並非典型之第一次權利救濟體系）則基於討論之焦點需要，僅得暫且割愛，另待來日為文補足之，於此合先敘明。

## 第三節 研究之初步發現

警察法第十條雖明文規定：「警察所為之命令或處分，如有違法或不當時，人民得依法訴請行政救濟。」警察職權行使法第二十九條第三項後規定：「義務人或利害關係人因警察行使職權有違法或不當情事，至損害其權益者，得依法提起訴願及行政訴訟。」，但是，因為我國個別警察行使職權均有特別法且立法時互無配套，例如：有關道路交通維護之警察職權行使，即有「道路交通安全管理處罰條例」；有關社會秩序警察職權之行使，另有「社會秩序維護法」；有關警察檢肅流氓之職權行使則有「檢肅流氓條例」...等特別法，再加上依「特別法優先於

---

<sup>5</sup> 大法官釋字第四一八號解釋文及解釋理由，請參見司法院編印，《司法院大法官解釋續編（十）》，民國八十六年六月出版，頁312以下，並請參見孫森焱大法官協同意見書；除釋字第四一八號解釋外，釋字第五四〇號解釋文中亦提及：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計」。收錄《司法院大法官解釋續編（十五）》，民國九十一年十二月，頁170以下。

普通法」之法律適用原則（並參見中央法規標準法第十六條規定），其有關行政救濟之途徑及應優先於警察法第十條及警察職權行使法第二十九條第三項之規定，致造成救濟途徑互異，為便於瞭解其救濟規定之差異，茲表列比較如下：

救濟管道 警察職權	條次	方式
道路交通維護	§8 §87	警察機關處罰 → 聲明異議 → 裁定 → 抗告 → 不得再抗告
檢肅流氓	§11~ §13-1 §25~ §44	流氓告誡處分 → 向原認定機關聲明異議 → 異議決定 → 訴願 (警政署) → 行政訴訟 或 (再訴願) 流氓移送 → 治安法庭 → 裁定 → 抗告 → 裁定 → 不得再抗告
社會秩序維護	社維法 §43 §55 違反社會秩序維護法案件 處理辦法 §40	警察處分 → 裁定書 → 向原處分機關聲明異議 → 法院裁定 → 抗告 警察移送治安法庭 (簡易庭) → 法院裁定 → 向法院抗告
入出境管理	入出國及移民法§1 適用 訴願法及行政訴訟法	處罰 → 訴願 → 行政訴訟
一般警察行為	警察法 §10 警察職權行使法§ 29 III	處罰或其他行政處分 → 異議(非前置程序) → 訴願 → 行政訴訟

\* 本圖為本研究計畫自製

綜合歸納上表分析可知，除道路交通、社會秩序維護及檢肅流氓之警察職權行使之案例外、其他警察行使公權力時，若不法或不當侵害人民之自由或權利者，其尋求行政救濟之管道通常為訴願（三十日內）及行政訴訟（二個月內）之一般正常行政救濟管道。於此，令人質疑的是：為什麼道路交通處罰事件、檢肅流氓事件與社會秩序維持事件，立法者另創其他不同於『訴願 行政訴訟』之一般救濟管道，另立所謂「治安法庭」（普通法院之刑事庭）或交通庭（簡易庭）

及交通事件裁決所等組織，並且亦適用刑事訴訟法（例如：檢肅流氓事件）<sup>6</sup>，並不適用行政訴訟法之相關規定，在功能上、性質及組織均有差異下，對人民使用法院之便利性及救濟之實效性結果而言，是否有違憲法保障人民訴願權及訴訟權之本旨？誠有進一步商榷之餘地。

### 第三節 對大法官解釋之檢討

針對前揭特殊救濟（訴訟）途徑之合憲性與否爭議，我國大法官會議於民國八十五年十二月二十日作成釋字第四一八號解釋，其主文謂：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。道路管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸。」。

大法官釋字第四一八號解釋雖僅針對道路管理處罰條例之救濟途徑所為之解釋，原不及於社會秩序維護法及檢肅流氓條例，但其本質類似，所以亦可以類推作為檢證實務之標準。在本號解釋中，大法官認為，立法者在斟酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能下，只要給予人民有申辯及提出證據之機會，決定應循普通訴訟程序或依行政訴訟程序，純屬『立法衡酌』之範圍。此一見解，如果放置於民國八十五年之立法時空背景，似無重大瑕疵；但如果立法係在今日行政訴訟途徑業已健全發展（民國八十九年七月一日起，成立台北、台中、高雄高等行政法院並施行完備之行政訴訟法）之際，則無視行政訴訟之功能業已發揮，將警察行政之違法審查，交由普通法院（治安法庭或簡易法庭）而非行政法院行使，依前揭大法官釋字第四一八號解釋文所提出之二個標準，申言之，即指：

---

<sup>6</sup> 依檢肅流氓條例第二十三條規定：「法院受理流氓案件，本條例及其他法令為規定者，準用刑事訴訟法之規定。」檢肅流氓之合憲性爭議，司法院大法官曾作出釋字第三八四號解釋（部分重要條文違憲）及釋字第五二二號解釋（宣告第十一條第一項之留置處分，違反憲法比例原則之規定），可惜，其他尚有甚多疑點及規定爭議，有待大法官再行解釋之。

## 1、訴訟案件之性質；與 2、訴訟制度之功能。以此而論，均有明顯可議之處。

首先，就訴訟案件之性質而言，均屬警察職權之行使，因違法或不當侵害人民之自由或權利，從司法審查宜回歸由同一法院行使而論，似無必要再交由普通法院加以審理或裁定。因為在理論上，我國既已有行政訴訟及行政法院之設，則再由普通法院法官審查行政行為之適法性，即有形成雙頭馬車，判斷歧異之可能結果，更何況，我國行政訴訟制度業已建立二審二級制度，發揮其訴訟制度之救濟功能，因此，倘將普通法院之審理與抗告制度移置行政法院，執行上亦無任何困難或窒礙難行之處。綜上二個大法官所樹立之標準可知，道路交通處罰案件、檢肅流氓案件及維護社會秩序案件，不論從案件之性質，均屬警察職權行使之違法判斷，若從現行行政訴訟法之功能業已發揮審查功能而言，不宜再以「立法衡酌」為由，任意承認其規定之合憲性，如不回歸正常行政救濟之常軌，即警察法或警察職權行使法上揭糞之訴願及行政訴訟法之管道，並藉由專業之行政法院，嚴格審查警察職權行使行為之合法性，進而避免就同一本質事件，因適用不同訴訟法律及不同法院法官見解之不同，產生歧異之見解，例如：警察以引誘式之職權行使，在檢肅流氓案件與道路交通處罰案件及出入國及移民案件及警察臨檢警察職權行使案件之救濟上，可能產生不同之效果<sup>7</sup>。

再者，行政救濟中一環之廣義“訴願”程序（即行政自我反省程序），也會因為各種不同之警察行為，而有不同受理訴願管轄機關及程序。申言之：在道路交通事件為“交通裁決單位”（道路交通管理處罰條例第八條參照）；在檢肅流氓案件為“原認定機關或原處分機關”（檢肅流氓條例第五條），在社會秩序維護案件則為“原處分之警察機關”（社會秩序維護法第三十三條以下及違反社會秩序維護法案件處理辦法），以上三類各有不同之訴願管轄機關與訴願程序，是否宜予統一？例如仿稅捐稽徵法第三十五條之體例，在訴願前設立異議（或當場異議）之前置程序，使得原處罰之警察機關一方面能直接即時自我反省其行為之合法性與妥當性，另外一方面也能使人民對於現實的警察侵益行為，即時提出異

<sup>7</sup> 依警察職權行使法第三條第三項規定：「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。」從而警察若於網路上化名為嫖客或需求者，引誘援交者出而援交，進而加以處罰者，依前揭警察職權行使法規定，該警察處分即因違法而得加以撤銷（行政程序法第一一七、一一八條規定參照）；但是，在刑事訴追程序或犯罪偵察程序中，前揭警察職權行使法之規定，是否得當然加以適用，成為被排除之證據視之？即有疑義。

議請求，且對該異議請求，原處分警察機關負有義務應於一定日期內（七日或十日內）為決定及處理，逾期為處理，人民得進行提起訴願，以確保行政救濟之實效性。當然，若採如同稅捐稽徵法第三十五條之必要前置程序時，即應以較訴願法所定為短之快速處理程序相互配套外，對於本質上無法即時為異議之事件，則例外允許其得逕提訴願，避免將異議列為必要前置程序，反而將影響到人民訴願權之合法行使。

綜上所述，人民面臨違法或不當之警察侵益行為時，雖不一定得主張正當防衛或緊急避難，但若未能給予事後之行政救濟途徑，則將非法治國家，即可斷言。我國現行警察法上之訴訟（含其前置程序），及行政訴訟途徑，非常不一致，雖不一定導致對人民絕對不利之審理結果產生。但是，若能通盤再行檢討並統一（一致化）其救濟管道，交由行政法院統一審查警察行為之合法性，並增訂即時異議制度，如此一來，人民的訴願及訴訟權利得獲得確保外，並得以有效矯正或監督警察職權之合法行使。

## 第二章 道路交通管理處罰條例及其相關部分

### 第一節 前言

日常生活中人民與警察「互動」最為密切的領域，莫過於是「道路交通管理處罰條例」所產生的「交通案件」。因此，此部分的爭議解決，其重要性乃不言而喻，也最與人民生活息息相關。

我國司法審判權之建構因承襲德奧等大陸法系傳統，採取所謂的「司法二元化」。亦即司法權體系概分為：「公法事件」由行政法院審理<sup>8</sup>；「私法事件」與「刑事案件」由普通法院審理，乃與英美法系或日本法的「司法一元化」而有所不同。我國行政訴訟審判體系由於訴願法與行政訴訟法的整備，而日趨完整，惟本質上應為「公法事件」的國家賠償訴訟「原則上」仍由民事法院所審理。再者，如行政訴訟法第十條規定：「選舉罷免事件之爭議，除法律別有規定外，得依本法提

---

<sup>8</sup> 尚有公務員懲戒委員會掌理公務員懲戒案件，而行政法院於一定的要件下亦可審理有關公務員的懲戒、懲處案件，審判體系與途徑十分複雜。

起行政訴訟。」其實是劃分審判權的規定<sup>9</sup>，且其他有關選舉罷免的法律多將此等公法事件劃歸為其他(非公法)法院(庭)審理；本章所欲探討的交通案件，也因為道路交通管理處罰條例第八十七條第一項規定：「受處分人，不服第八條主管機關所為之處罰，得於接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議。」配合行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」由普通法院的刑事庭組成交通法庭以裁定交通案件，而脫離行政法院審判體系。此等由普通法院審理「警察權」(police power)爭議事件傳統上劃歸為「公法上事件」的立法選擇與作法，是否妥適而全無疑義？即是交通案件所欲探討的重點(參見第一章第四節論述)，本文擬進一步加以剖析，詳見後述。

再者，我國之道路交通管理處罰條例歷經多次修正，其中係為配合相關法院裁判(含司法院大法官之解釋)，亦有相當部份乃出於政策考量，惟此等實質內容的修正，在政策方針的領導下，是否皆符合法治國原則的要求，實不無疑義，例如俗稱「車籍總歸戶」的道路交通管理處罰條例第九條之一規定，是否有違行政法上之「不當連結禁止原則」？即有探究的必要。

以下即針對上述現制處理方式作詳盡的介紹與分析，最後提出本文的看法與可能的審判改制途徑與實質修法建議，作為日後相關法律修正的參考。

## 第二節 道路交通管理處罰條例之爭議解決現制介紹

### 第一項 道路交通案件爭議解決之流程介紹

#### 第一款 「交通案件」之定義

首先，按道路交通管理處罰條例(下簡稱「道交條例」)第二條規定：「道路交通管理、處罰，依本條例規定；本條例未規定者，依其他法律規定。」由此可知，道交條例應被定性為「基本法」。故「交通事件」之處理應優先適用本條例，若本條例並無適切規定，再依其他法律處理。例如，依道路交通案件處理辦法第三條規定：「交通案件之處罰，除違反道路交通管理處罰條例或社會秩序維護法

---

<sup>9</sup> 請參見吳庚，《行政爭訟法論》，作者自刊，八十七年增訂第二版，頁2。

及其他法律，應依該條例或社會秩序維護法及其他法律處罰外，其刑事責任部分，仍適用刑事法律有關規定處理之。」按道路交通案件處理辦法係為行政程序法第一百五十條第一項所稱之法規命令(其第一條規定參照)，因此，有關道路交通案件之處理程序即先依道交條例規定辦理，惟若涉及刑事責任部分，則仍依刑事法律規定處理之。

依道路交通案件處理辦法第二條規定：「本辦法所稱之交通案件如左：一、違反道路交通管理處罰條例經公路主管機關或警察機關或其聯合設置之裁決機關處罰後，聲明異議之違反。二、道路交通刑事案件。」可知所謂的「交通案件」可分為兩大類，一即一般所稱的「交通違規案件」，二者是因道路交通事故所造成的刑事案件。若係同時牽涉此兩方面之案件，仍不失其為「交通案件」的本質，只是須視案件事實部份，分別依道交條例或刑事相關法律處理之。一般所稱的「交通違規案件」依司法院大法官釋字第四二三號解釋意旨，係可認為舉凡接獲違反道路交通管理處罰條例違規「通知書」之案件。此類的「單純」違規案件<sup>10</sup>，不因其形式與用語之不同，而影響其屬行政處分之定性。職是之故，依道交條例所舉發的交通違規案件，其舉發行為應可定性為「行政處分」。以下即針對此等違規案件的處理流程，作一簡要說明。

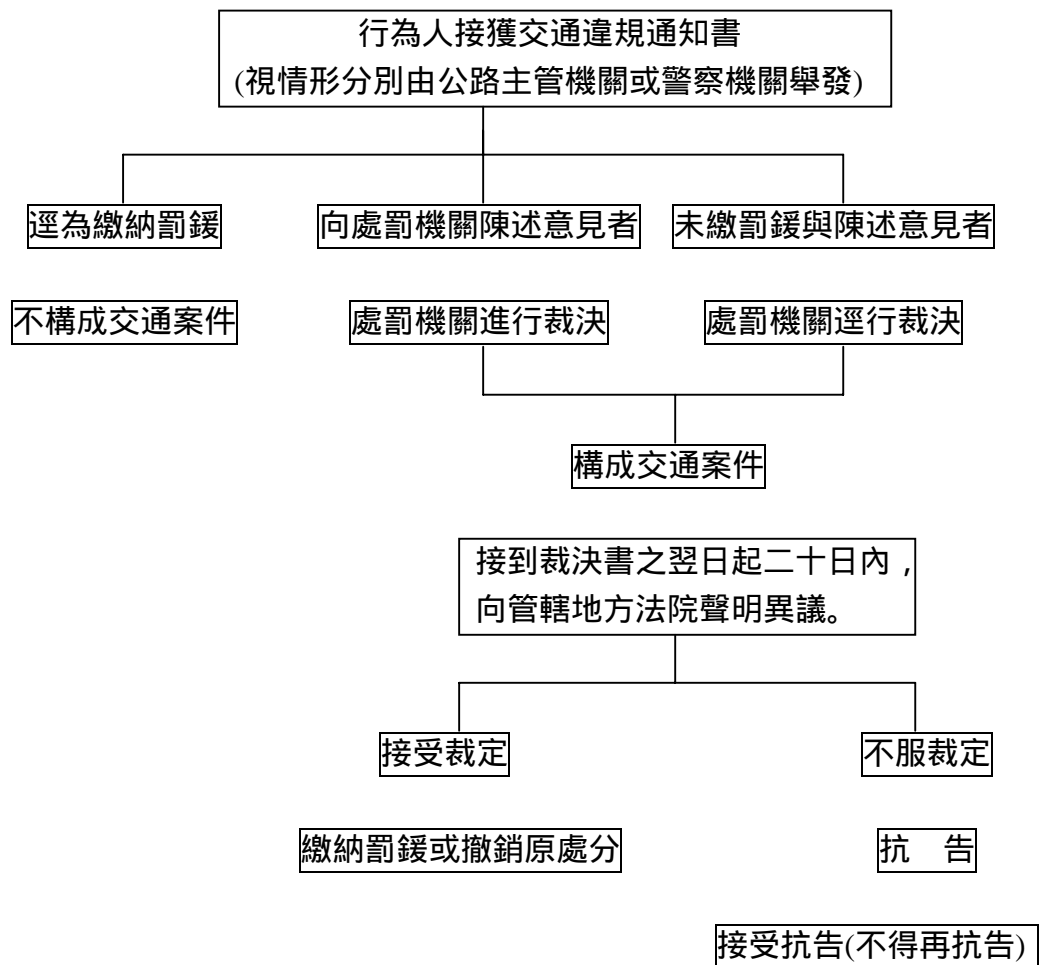
## 第二款 交通案件爭議解決之流程介紹

前述交通案件的處理流程，依道交條例第八條、第九條與第八十七條規定可歸納如下：首先，若行為人接獲違反道路管理事件通知單後，在十五日內，逕依第九十二條第三項之罰鍰基準規定，向指定之處所繳納結案者，此即無所謂的「交通案件」產生，不過目前實務上之作法乃容許繳納罰鍰後續行申訴程序，惟先繳納罰鍰後申訴的實益並不大，因為一旦依法進行申訴，即阻斷應到案期間的進行，職是之故，以下並不討論此等情形，合先敘明。反之，若是行為人不服舉發事實者，得於法定期間十五日之內向處罰機關陳述意見者，即進行裁決程序，其並得於接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議。法院受理此等異議，以裁定為之。當事人(受處分人或原處分機關)不服裁定者，可為抗

---

<sup>10</sup> 此處所稱的單純違規案件係指不涉及第二款的刑事案件，為方便說明與解釋，特以此稱之，合先敘明。

告，惟不得再抗告。最後，若是行為人其不依通知所定期限前往指定處所聽候裁決，且未依規定期限繳納罰鍰結案或向處罰機關陳述意見者，則處罰機關即得逕行裁決之。同前所述，此時行為人亦得於接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議，與行抗告程序。上述三種單純交通案件處理程序可以圖示如下：



\* 本圖為本研究計畫自製

以上是單純的交通違規案件處理流程，除此之外，依前所述，此時若車輛所有人、駕駛人、行人、道路障礙者，除依本條例規定處罰外，依法應負刑事責任者，分別移送該管地方法院檢察處、地方法院少年法庭或軍事機關處理(道交條例第十條規定參照)。由此可知尚須視違規案件是否另外牽涉刑事案件等，定其審判與管轄法院。但是，此「牽涉案件」並不會影響到前述的處理流程，併此敘明。

### 第三款 交通案件處理流程的多方關係說明及其評析

以下即針對上述法規中所牽涉之多方關係者，作逐一的說明，並且針對現制規定提出本文之看法與將來之修法建議。

#### 第一目 處罰主管機關

在交通案件處理流程當中，依道交條例第八條第一項規定，行為人違反第十二條至第六十八條者，由公路主管機關處罰；違反第六十九條至第八十四條由警察機關處罰，可知處罰的主管機關乃是公路主管機關與警察機關。區分之基準基本上係以汽車所有人、行為人與慢車、行人以及妨礙交通秩序者。前者係屬公路主管機關之管轄範疇，而後者則由警察機關處理。根據道交條例第八條第三項規定，公路主管機關應設置交通裁決單位作為負責之單位，由其辦理給予違規行為人陳述意見之機會與處罰的工作。

前述的劃分結果將使得救濟途徑有所不同，申言之，即分別情形應向交通部或是內政部轄下的處罰機關陳述意見，若其後續行交通案件的聲明異議程序，則被告機關也將有所不同。其立法的原本美意乃是希望藉由法條的明白規定，定各機關之管轄範圍，且依功能性的觀點，使各行政機關各司其職，發揮最大的效能與效率。

惟進一步細究實際運作的結果可以發現：警察主管機關雖然以管理慢車與行人之妨礙交通秩序情形為主，其實也從事道交條例第十二條至第六十八條的取締工作，甚至已有「反客為主」的態勢出現，亦即警察機關以執行此等違規情事舉發為大宗，幾乎所有取締查察的工作皆由警察機關進行。職是之故，恐有不知所謂的「公路主管機關」究何所指的情況？

其實，根據道交條例的規定，若是行為人違反第十二條至第六十八條的規定，仍舊是由公路主管機關作出「裁決處罰」，亦即由裁決單位 各地的監理站 作出處罰，此一處罰乃符合行政程序法第九十二條第一項規定，為一「侵益/負擔的行政處分」。因此，處分相對人依照現今道交條例規定，必須針對此處分提出救濟。惟若考量釋字第423號解釋之意旨：「若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，如以仍有後續

處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符」由此可知，現今實務作法確有可議之處。如前所述，由警察機關執行取締的工作而交由公路主管機關 也就是交通裁決單位 作出處罰，似乎與道交條例第八條規定相符，但是據釋字第四二三號解釋之看法，由警察機關所執行取締而開出的違規告發通知單，亦構成一侵益/負擔的行政處分，此際，一個違規行為卻有兩個行政處分「對待」，然而卻只能針對第二個行政處分提起救濟，不但與人民之法感情有悖 為何不是針對警察機關的第一個取締處分提起救濟，而是得對裁決單位的裁決？無法一望即知救濟之管道，使得原本的立法美意消失殆盡，甚至更紊亂救濟體系。所以道交條例第八條之規定即有重行檢討之必要。本文認為不妨將所有道路交通違規取締工作與處罰，一併劃歸為警察機關處理，首先，依據本法立法意旨以及第五條之規定，不論是公路主管機關或是警察機關，其執行本法所定事項皆是為了「維護道路交通安全與暢通」，功能性目的乃殊途同歸；再者，以實際面向作觀察，目前交通違規取締工作已如前述，幾乎係由警察機關處理，故不如全劃歸為警察機關辦理，以符現狀。如果考量到警察機關行政任務的繁重性，不妨可依中央組織基準法之相關規定，設立專職交通警察事務的三級機關，以服膺「功能最適」。

## 第二目 舉發人員

按行政程序法的相關規定，可將舉發人員劃分為公權力行使者與未為公權力行使者，茲說明如下。舉發人員依道交條例第七條第一項規定為交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，可以得知此為「原則」；又同條第二項規定：「前項稽查，得由交通助理人員協助執行，其稽查項目為違規停車者，並得由交通助理人員逕行執行之；其設置、訓練及執行之辦法，由內政部會同交通部定之。」此係為符合「管轄恒定原則的例外」<sup>11</sup>的要求之一 法律保留原則，如於違規停車之拖吊情形，受委託之民間拖吊公司從事汽車之移置及保管行為時，並非獨立以其自身名義為之，故仍為「行政助手」<sup>12</sup>，而行政助手(交通助理人員)亦要受

<sup>11</sup> 請參見林明鏘，委託委辦與行政程序，台灣本土法學雜誌第 19 期，2001 年 2 月，頁 90。

<sup>12</sup> 更詳盡的說明請參見林明鏘，公權力委託與行政程序 以委託執行違規停車拖吊為例，《「政府業務委託民間辦理相關法制問題」學術研討會論文集》，台大法學院與行政院人事行政局舉辦，91 年 4 月；惟有不同意見，請參見「政府業務委託民間辦理相關法制問題」學術研討會，董保城之發言，頁 127 至 129 與陳愛娥之發言，頁 115 至 116。

到行政程序法第十六條的制約，始符合法治國原則。惟行政助手終究並非實質意義的行政機關，因此，特別以法律賦予其實質行政機關的權限「逕行執行」<sup>13</sup>，此乃考量法社會事實所作的決定，因違規停車於我國交通違規案件係屬大宗案件，且影響交通甚鉅，若不即時排除此等違規狀態，恐將造成交通秩序的紊亂，所以配合行政執行法第三十二條規定：「經間接強制不能達成執行目的，或因情況急迫，如不及時執行，顯難達成執行目的時，執行機關得依直接強制方法執行之。」與同法第二十八條第二項第五款規定：「前條所稱之直接強制方法如下：五、其他以實力直接實現與履行義務同一內容狀態之方法。」可得出交通助理人員可將違規停放的車輛於踐行法定拖吊程序後，排除此一違規狀態。惟需特別注意的是，此處所指的「逕行執行」不得解為「僅開單告發」作成侵益的行政處分。基於「例外必須從嚴解釋」的法理，行政助手本非實質意義的行政機關，其可逕予執行排除違規狀態之事實乃是法律所特別賦予的權限(Kompetenz)，此一權限之賦予有其特殊的立法目的考量(道交條例第一條規定參照)，不可解釋為可逕行舉發並開立違規告發單，而不將違規車輛移至以排除妨礙交通狀態，如此作法並不能有效地達成立法目的，且恐有造成行政機關功能的空洞化危機，不可不察。

此外，根據道交條例第七條之一規定：「對於違反本條例之行為者，民眾得敘明違規事實或檢具違規證據資料，向公路主管或警察機關檢舉，經查證屬實者，應即舉發。」為了更有效地維持交通秩序，確保交通安全，賦予人民類似訴訟法上之「民眾訴訟」(Popularklage)之原告地位，使其可以檢具相關事證，向主管機關提出檢舉。針對此類情形，可以想見係以「路霸」或違規停車的檢舉事項為最多。再者，道交條例第七條之二第一項第五款亦規定：「五、違規停車或搶越行人穿越道，經各級學校交通服務隊現場導護人員簽證檢舉。」係為符合現況所特別賦予檢舉權限<sup>14</sup>的規定。申言之，目前各級學校於上下學時間皆有家長或是學生(含學校老師與教官)所組成的交通秩序維護(服務)隊，維持上下學的交通秩序，疏導交通與維護學童、學生之安全。實質上觀之，交通秩序服務隊實係扮演了交通警察的角色(通常現場亦會有一名以上的交通員警實際指揮交通)，若是

---

<sup>13</sup> 本文認為逕行執行應定性為行政處分，而非事實行為。因為配合上述的行政執行法相關即時強制與直接強制之規定以觀，逕行執行(即時強制)僅是考量情況緊急，未能等待書面行政處分之作成，而省略此一書面告誡程序，仍應屬對外產生一定法律效果的行政處分。

<sup>14</sup> 其結果是「逕行舉發處罰」，同條本文參照。

空有指揮的權能(Befugnis)卻無處罰的權限，將可能導致效果不彰。因此，為了避免成為「沒有牙齒的老虎」，乃於此處特別賦予交通服務隊現場之導護人員有簽證檢舉且產生逕行舉發效果的法律權限。

### 第三目 行為人與受處罰之人

行政罰與刑事罰雖有「質量區別說」的爭議，不過目前多數見解仍認其係「量」的不同而已，本質上並無重大之差別。因此，受行政罰之相對人仍以「有責性」為判準。基本上係以行為人<sup>15</sup>為受處罰的對象，大體上可分為汽車所有人、汽車駕駛人、慢車所有人、慢車駕駛人、行人與其他妨礙交通秩序之人。

基於上述的「有責性」原則，對於無可歸責之行為人即無對其處罰之必要，因此，道交條例乃有相關規定以作衡平。根據第八十五條規定：「本條例關於車輛所有人之處罰，如應歸責於運送人、利用人或使用人，亦適用之。本條例關於車輛所有人之處罰，如應歸責於車輛駕駛人者，處罰車輛駕駛人。本條例關於車輛駕駛人之處罰，如應歸責於車輛所有人者，處罰車輛所有人。本條例關於車輛所有人之處罰，其為吊扣或吊銷車輛牌照者，不因處分後該車輛所有權移轉、質押、租賃他人或租賃關係終止而免於執行。」又第八十五條之四規定：「未滿十四歲之人違反本條例之規定，處罰其法定代理人或監護人。」此等規定即是有責性原則的展現，特別是後者乃是新增規定，如此才符合法治國原則。

### 第四目 受理交通案件之普通法院

如前所述，行為人於接獲通知單後，於裁決前得向公路主管機關所設置的交通裁決單位陳述意見(道交條例第八條第二項規定參照)，目前多為各個監理站所負責。根據裁決的結果，受處分人可依道交條例第八十七條規定，在接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議。第八十八條復規定：「法院為處理有關交通事件，得設立專庭或指定專人辦理之。」根據地方法院及其分院處務規程第二十八條的規定：「依勞資爭議處理法、少年事件處理法、道路交通管理

---

<sup>15</sup> 須注意的是：「行為」之內涵有作為與不作為，因此道交條例規範中的汽(慢)車所有人若有違反誠命規定，則屬不作為犯，亦為行為人。

處罰條例、檢肅流氓條例、家事事件處理辦法或其他法令應由法院處理之專業案件，得指定專庭或專人處理之，但事務較簡者得指定人員辦理之。」與高等法院及其分院處務規程第二十四條規定：「依勞資爭議處理法、少年事件處理法、道路交通管理處罰條例、動員戡亂時期檢肅流氓條例或其他法令，應由法院處理之專業案件，得指定專人或專庭處理之，但事務較簡者，得指定人員兼辦之。」由此可知，據此規定行為人應向管轄地方(高等)法院 而非高等行政法院 遞交聲明異議狀(或提出抗告)。此符合行政訴訟法第二條：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」之除外規定。

於構成交通案件後，須於二十日之內向管轄地方法院提出聲明異議狀。目前則是由地方法院刑事庭組成交通法庭審理之；此或許是因為道交條例第八十九條：「法院受理有關交通事件，準用刑事訴訟法之規定；其處理辦理，由司法院會同行政院定之。」之規定所致。與上述審判權的問題相同，此等作法是否合宜？是否有違法律保留原則？是否有倒果為因之嫌？皆有待下述之深入探討。

#### 第四項 例外處理程序

按道交條例第十一條規定：「軍用車輛及軍用車輛駕駛人，應遵守本條例有關道路交通管理之規定，並服從執行交通勤務之警察及憲兵指揮。國軍編制內之軍用車輛及軍用車輛駕駛人，違反前項規定之處罰，由國防部定之。」由此第二項規定可得知，有關國軍編制內之軍用車輛及其駕駛人若違反道交條例規定，並非依循前述程序處理，而係交由國防部自行處理。此規定乃考量軍事特殊性所致，加上我國法制因襲歐陸法系而有所謂的「特別法律關係」<sup>16</sup>，因此將有關軍事人員之管理全部劃歸國防部之權限管轄範疇。於交通案件領域觀之，此等安排似無不妥，併此敘明。

#### 第五項 小結

綜上所述，可以了解現行制度下交通案件爭議解決的流程，以及多方當事人

---

<sup>16</sup> 進一步說明請參見林明鏘、蔡茂寅，公務員法，收於《行政法》，翁岳生主編，2000年3月二版，頁。

間的關係為何。首先，取締交通違規案件部分，係以「車輛種類」之不同作為區分標準，汽車部分由公路主管機關負責；慢車與行人等部份則交由警察機關處理。但是若由實際層面觀察，可以發現此等區分並無甚大實益，大部分之交通違規取締案件皆由警察機關負責，現行法如此規定徒增行政任務劃分與救濟上的困擾，且與大法官解釋對於行政處分的認定與性質有所歧異，為了「名實相符」與符合行政處分的定義、功能，不妨將所有交通違規取締處罰的事務皆交由警察機關處理，若是考量警察機關的任務已十分繁重，可設立一三級行政機關 交通警察機關 作為功能最適下的任務機關，以符其實。再者，我國現制下的爭議解決機制並非循行政救濟的管道，而是採取由普通法院進行審理的方式 且由刑事庭兼辦交通法庭事務。雖然符合行政訴訟法第二條的除外規定，不過，若是細細考量「體系正義」(Systemgerechtigkeit)<sup>17</sup>下的法體系間正義，現今司法二元化下的行政救濟體系已日漸完備，若確定可將單純交通案件定性為行政事件，則是否應交由行政救濟體系處理，實符平等原則？而不應以「古早時期」的立法 道路交通管理處罰條例對於審判權的劃分規定從立法公佈施行起，即無修正 作為指導準則，不妥之處，顯而易見。進一步所衍生的訴訟上問題，將作深入的分析。另外，由於現今道交條例第八十二條、第八十二條之一與第八十三條規定，主要是針對「違規設攤」的處罰規定，特別是前二者皆依廢棄物清理法相關規定處理，是否有錯置規定的問題，以及由此而生的訴訟審判權衝突問題，將一併討論。以下即主要針對此等問題作進一步的探討，先聽聽大法官怎麼說，看看司法實務界怎麼判？接著提出本文看法；解決「程序面」的問題之後，再來即針對現行道交條例中的「實體面」問題作深入分析，主要焦點乃是眾所矚目的「車籍總歸戶」(道交條例第九條之一)問題。

### 第三節 相關司法院大法官解釋與案件分析

本節首先主要針對司法院大法官對於道路交通管理處罰條例的救濟制度已作成的解釋(包括其餘攸關本文探討脈絡下的訴訟權保障解釋) 主要是有關訴訟權保障與審判權劃分問題所作的解釋，作一介紹性分析。再者，看看幾則法院的針對上述問題的相關判決(裁定)，以了解實務運作的趨勢。以上仍主要先針對

---

<sup>17</sup> 有關體系正義的詳細說明請參見許宗力，〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，收於《憲法解釋之理論與實務》第二輯，中研院中山人文社會科學研究所出版，民國 89 年 8 月，頁 98 至 104。本文底下之說明皆參酌此文，併此敘明。

程序面問題作介紹，實體面問題則接續提出，二者進一步的探討分析則留待下一節討論，併此敘明。

### 第一項 道交條例相關解釋與有關訴訟權、審判權保障之解釋

如前所述(參見第一章第四節)大法官釋字第四一八號解釋的釋憲客體乃道交條例第八十七條規定，直接挑戰當初立法者將此等事件劃歸普通法院審理的立法決定。雖然一如預期的，大法官歷來碰到有關「立法裁量」或是「立法形成自由」的爭議問題時，總是抱持著「過度」司法消極的審理態度，採取寬鬆的審查標準，幾乎是放手(hands-off)的狀態。宣告該規定合憲乃在預期之中。不過，於解釋理由書中倒是可以看到一些「伏筆」，顯示將來未必沒有轉圜的空間。理由書中曾云：「道路交通管理處罰條例中所規定之處罰計有罰鍰、吊扣駕駛執照及汽車牌照等，均係行政機關對違反秩序行為之裁罰性行政處分。」明白肯定此等行政罰的行政處分性質。不過，因為「立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率及其終局裁判之急迫性以及受理爭訟案件機關之負荷能力等因素之考量，進而『兼顧案件之特性及既有訴訟制度之功能』而為設計。」所以目前將此等行政事件交予普通法院審理，係基於前述因素所致，且進而兼顧案件的特性與現有的訴訟制度功能所作的制度選擇，既符合「有權利，即有救濟」的法治國原則，亦是司法權尊重立法者決定的表現。職是之故，前等「變數」改變或是既有訴訟制度之功能已能承載交通案件時，如前所述，亦不無可能回歸行政法院的審判權之下，關於此等問題深入討論留待下一節作詳盡的分析。

新近的釋字第五四〇號解釋復云：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。」其中的「惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。」仍然因襲著前述諸多解釋所設下的判準，並無改變標準。此外，其中亦有

提及：「此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條<sup>18</sup>所稱之法院係指普通法院而言。對此類事件，有管轄權之普通法院民事庭不得以行政訴訟新制實施，另有行政法院可資受理為理由，而裁定駁回強制執行之聲請。」在在明白表示大法官的對於訴訟制度(即審判權的劃分)的選擇，立法者擁有「絕對寬廣」的立法形成自由空間立場，殆無疑義。

歷來司法院大法官對於有關訴訟權的解釋<sup>19</sup>，幾已形成一共識(慣用語)：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計此則屬立法機關自由形成之範疇。」由此則可得知大法官的態度為寬鬆的合理審查標準只要符合「正當法律程序」(due process)即可，幾乎不會介入訴訟制度選擇的立法決定，表面上看來似乎有著德國法上「機關忠誠」(Organtreue)的憲法精神，惟是否真正妥適，則有探究之必要。

## 第二項 道交條例有關訴訟權、審判權保障相關裁定與判決

按六十年度裁字第二五二號裁定即首先明白表示：「依道路交通管理處罰條例第七十五條規定，受處分人不服第十四條主管機關所為之處罰，得於接到裁決之翌日起十日內向管轄地方法院聲明異議；如不服法院之裁定，得為抗告，但不得為再抗告。此項適用特別規定之程序，自不得循通常訴願程序提起訴願及行政訴訟。」實務上即把交通案件應適用特別規定，一律劃歸為普通法院審判權之範疇<sup>20</sup>。新近之九十二年度裁字第五三號裁定、九十二年度裁字第七二二號裁定與九十二年度裁字第四三三號裁定亦仍持傳統見解：「按交通違規裁決事件，雖屬公法上之爭議事件，但屬管轄地方法院掌理，觀諸道路交通管理處罰條例第八十七條第一項規定自明，此即為行政訴訟法第二條所謂法律另有規定之例外，自無適用行政訴訟法之餘地。」

<sup>18</sup> 指國民住宅條例第十一條第一項規定而言。

<sup>19</sup> 請參照釋字釋字第一八七號、第二一一號、第二七三號、第三九三號、第三九六號、第四四二號、第四六六號、五〇七號與第五一二號。

<sup>20</sup> 亦請參照六十六年度裁字第二五二號裁定。

惟針對此一問題，晚近部分實務看法即稍有不同，如臺北高等行政法院九十一年度簡字第八二一號裁定與臺北高等行政法院九十年度簡字第七八五〇號裁定則云：「按「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」，乃行政訴訟法第二條所明定，本條雖揭示行政法院對於公法上爭議具有概括的管轄權，然某些在本質上屬行政之事務，立法者亦可能基於歷史因素或者事務特性，而將其爭議事項排除在行政裁判權之範圍外，轉而交由普通法院或者獨立設置裁判機構來處理，例如選舉訴訟交由普通法院民事庭審理，社會秩序維護法之裁定案件交由普通法院之刑事庭審理，而有關憲法解釋事項，則專由司法院大法官解釋之。此等事項由於立法決策之故，即非屬行政法院審理之行政爭訟事件。」雖然裁定結果仍然維持傳統的見解，可是已隱約透露出過去立法決定於現今時空背景均大不相同的情況下，再度具有的司法可審查性存在，甚值注意。

#### 第四節 問題分析與探討

承上所述，本文以下即針對有關審判權劃分、訴訟權保障的相關大法官解釋與道交條第八十七條第一項規定的關聯作一分析探討，提出本文看法。再者，亦針對道交條例「實體面」規定的最大爭點問題——車籍總歸戶與不當連結禁止原則，提出析論結果，合先敘明。

##### 第一項 訴訟權保障與正當法律程序相關探討 參考美國法與德國法之論述

行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」所謂的「公法上之爭議」，乃係剔除由「具有雙重的憲法直接性」(doppelte Verfassungsunmittelbarkeit)的公法<sup>21</sup>爭議事件。「雙重的憲法直接性」係指剔除憲法的爭議事件(verfassungsrechtlicher Streitigkeit)外，皆可提起行政訴訟<sup>22</sup>。惟尚有除外規定必須注意，查大法官相關解釋以及相關行政法院的裁定意旨，即認為道交條第八十七條第一項規定乃屬此除外規定，因而不許提起行政救濟。針對審判權劃分的立法決定是否違憲，分析大法官解釋的說法，皆以憲法上訴訟權的保障只要符合：確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之「機會」，即

<sup>21</sup> 公私法事件判斷的標準本文係採「新主體說」，尚其他的判準，於此不贅。

<sup>22</sup> 此即德國行政法院法第四十條第一項第一句之規定，進一步的相關說明請參見程明修，憲法爭議事件與行政訴訟法第二條之「公法上爭議」，法學講座第四期，2002年4月，頁72至74。

屬合憲，其審查標準十分寬鬆。承前述，大法官似採取立法決定論<sup>23</sup>，高度尊重立法決定，只要服膺「有權利，必有救濟」之法理即屬合憲。未侵害訴訟權之核心。晚近則加入美國法上的「正當法律程序」，作為另一判準，惟似乎僅僅提出了基本原則。至多再提出諸如：採取直接審理原則、言詞辯論、對審以及辯護制度與最後陳述機會。由此觀之，大法官表面上似乎採取「訴訟程序之最低憲法要求」<sup>24</sup>的立場，但是卻未實際地審查(或者應該說是操作錯誤?)，最終解讀起來，仍然似只要立法上有確保人民可以提起訴訟的機會，就是不違憲法上訴訟權之保障，此從相關訴訟權一貫性地採寬鬆合理審查標準可作為佐證。

雖然表面上看起來司法權相當地尊重立法權對於確保訴訟權實現的具體型塑，惟一律採取如此寬鬆的審查標準是否妥適，即有探究之必要。其中，大法官解釋頻引的「正當法律程序」<sup>25</sup>，恐怕即有誤解、誤引之嫌。按正當法律程序其實可分成程序性(procedural)與實質性(substantive)正當法律程序兩個部分。簡單來說，前者要求國家在剝奪人民生命、自由、財產等權利前，必須遵守一定的程序；後者則是要求國家在剝奪人民生命、自由、財產等權利時，必須有憲法上正當的理由<sup>26</sup>，否則即屬違憲。所謂的憲法上正當理由，以美國法來說，端視司法違憲審查所採的審查標準為何，以為斷定；德國法即是比例原則的操作，於此不贅。關於正當法律程序於我國釋憲實務的發展與批判，已有一定之學者文獻探討<sup>27</sup>，本文不擬深論。亦即不細部論究一連串攸關訴訟權的大法官解釋是否符合所謂的正當法律程序，但是要強調的是，在這一環的發展上，我國大法官在從事違憲審查時，似乎僅僅操作了程序性的正當法律程序(也沒有好好操作)，忽略了更為重要的實質正當法律程序的審查，特別是葉俊榮教授所提出的「富有功能意識的本體說」，可作為重要參考。其認為「沒有本體價值的正當法律程序，將使程序要求淪為民主政治中工具理性的一環。一個沒有功能導向的正當法律程序，將使憲法上的程序要求，難以確定其內容，容易造成實際運作上的空洞化，反而傷

<sup>23</sup> 相關內容說明可參見葉俊榮，《環境行政的正當法律程序》，國立台灣大學法學叢書(76)，1997年11月再版，頁72至74。

<sup>24</sup> 相關說明得參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞合著，《憲法 權力分立》，2003年，學林出版，頁317。

<sup>25</sup> 針對我國司法院大法官解釋引用正當法律程序的詳盡分析與探討，可參見陳愛娥，正當法律程序與人權之保障——以我國法為中心，司法院大法官九十二年度學術研討會。

<sup>26</sup> See Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principle and Politics*, 2<sup>nd</sup> edition, Aspen Law & Business, at 523f. (2002)。

<sup>27</sup> 可參見陳愛娥，前註之文及文中所引之相關書籍文獻。

害其憲法權利保障的功能。所謂富有功能意識的本體說，乃肯認正當法律程序的本體價值，但在價值實現或發揮時，則同時賦予其功能性導向，以活化正當法律程序的意義，進而促進其功能的實現。」美國行政法大師 Jerry Marshaw 也強調類似的重要觀點。基於人性尊嚴的考量，每一個基本權利皆可(也必須)推演出其個別的正當法律程序，所以，作為一種程序性的基本權利——訴訟權——當然也應該有其特有的正當法律程序，特別是以功能導向的詮釋來作為型塑訴訟權實體內容<sup>28</sup>。審判權劃分與審判制度實體建構的判準，在我國目前司法二元化的體制下即為一法律爭議事件，於劃分審判權管轄之際，即必須考量爭議事件之整體性質應劃歸為公法或是私法爭議事件(這也是公私法區別理論最主要的功能)<sup>29</sup>，此外，尚必須深入探究何種法院的審判程序(即相關訴訟法的實質、程序規定與審理程序)最能充分保障與促成人民的訴訟權實現；而非僅僅從形式上予以觀察，認為只要給予「最低限度的程序保障」<sup>30</sup>有救濟，即符合訴訟權保障——即屬合憲。以美國法角度觀之，此即實質正當法律程序的要求；以德國法來看，前述「形式上」的訴訟權保障僅係符合「開放法院救濟管道」之原則；卻未必符合「法院審查程序的實效性」，但是後者才是真正促成訴訟權實現的關鍵。若是單單以立法裁量或是立法形成自由作為司法過度消極的合理化藉口，即有未妥，因為大法官於釋字第四一八號與第五三〇號根據人民訴訟權保障亦提出了所謂「司法受益權」的概念。職是之故，儘可能無漏洞的權利保護、具有實效的權利保護與公平審判程序，皆是實現人民訴訟權保障不可或缺的重要條件。

## 第二項 體系正義、司法受益權與現制下相關審判權劃分後的問題研析

從目前實務運作來看，亦產生違反「體系正義」的問題，稍作說明如下：體系正義的概念，在德國法上係透過司法違憲審查在「平等原則」相關案例中的實踐，而逐漸成形。體系正義要求當立法者對某特定事物或社會生活事實，作出某種原則性的基本價值決定後，在後續的立法時，就有義務嚴守該基本價值，避免作出違反基本價值的異質決定，而導致法秩序前後矛盾，破壞整個法體系的一貫性與完整性，進而產生「體系違反」(Systemwidrigkeit)或「體系破裂」

<sup>28</sup> 相關說明請參見葉俊榮，《環境行政的正當法律程序》，國立台灣大學法學叢書(76)，1997年11月再版，頁12至17。

<sup>29</sup> 相同看法請參見劉宗德，〈公法與私法之區別〉，《行政法爭議問題研究(上)》，五南出版，2001年10月，頁169至195。

<sup>30</sup> 從我國大法官相關訴訟權解釋觀之，此一最低程序保障顯然與德國法之定義有所不同。

(Systembruch)。法秩序必須是一個沒有內在矛盾的法價值秩序體系，才能順利運作。惟體系正義並非禁止立法者作任何法律修改，只是要求不能牴觸構成法體系的基本價值決定而已；若是基於正當重要的理由，即可背離原先的價值決定而有所改變，並非必然違憲<sup>31</sup>。國家的法體系是複數的存在，一個法律本身固然造就了一個法體系，但是，各該法律(間)內部也可再形成「次體系」，也就是「法體系叢」。於前者的情形(單一法律)可稱為「法體系內正義」，後者情形則稱之為「法體系間正義」。法體系間的正義毋寧是客觀法秩序維持的重要判準，它把憲法上的「平等原則」實際貫徹到各個法律間的串連上，使得法律與法律間能融貫和諧，展現出憲法當中的價值決定，進而促成基本權的最大實現。

與體系正義有關的即是審判權劃分可能過度失當的問題。簡言之，現今行政訴訟法制已經完備，以往因為歷史偶然因素或是行政訴訟法制不備<sup>32</sup>，而將交通案件置於普通法院管轄之理由如今已不存在。綜觀其他由行政法院審理之行政爭議事件，其本質亦與交通案件幾乎相同，並無重大理由將交通案件置於專司私法爭議事件的普通法院。此亦可由釋字第四一八號解釋理由書中說明：「此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，具實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護。至立法機關將性質特殊之行政爭訟事件劃歸何種法院審理、適用何種司法程序，則屬立法者之權限，應由立法者衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律妥為合理之規定。」可作為有力佐證。如果依照大法官自己所提出來的審判權合憲劃分標準來作檢驗：交通案件本質上係屬公法爭議事件，多侵及人民之財產權與一般行為自由(行的自由)，既有的行政訴訟制度已堪完備，理應回歸行政法院之管轄(亦可參見釋字第四六六號有相同意旨)，若一味執著於行政訴訟法第二條之例外規定，認為立法者之決定皆洵屬正確，即有可能違反平等原則，背離法體系正義。

再者，由司法受益權觀之，單單提供司法救濟管道，僅為形式上保障個人得向法院主張其權利，針對交通案件此種本質上為侵益/干涉行政處分的爭議事件，由職司審查行政處分合法性的行政法院依行政訴訟法來作實質審理，也較妥當合理，同時也較能給予相同爭議事件(行政爭議事件)當事人相同的對待處理(進

<sup>31</sup> 類似見解可參照司法院大法官釋字第 455 號解釋，由翁岳生大法官所執筆的協同意見書。

<sup>32</sup> 可參見臺北高等行政法院九十一年度簡字第八二一號裁定與臺北高等行政法院九十年簡字第七八五〇號裁定。

行政訴訟程序)，進而符合實質有效的權利保護。畢竟行政爭議事件還是由行政法院依行政訴訟法來進行審理，較能充分給予當事人程序上的權利保護，因為行政訴訟法的整備即是考量此點因素而為，這更是立法者考量到體系正義的展現與平等原則，同時也達到體系正義。

最後，實際上最直接的問題點乃是「審判權割裂」所產生的問題。以下舉數例作為說明。依行政法院七十六年度判字第一八八八號判決以觀，警察對於違規攤販取締工作或是人民請求設攤，皆是依照道交條例相關規定處理，爭議產生也不例外，惟其後產生國賠訴訟或是公法上不當得利返還，則是依照行政訴訟程序進行，但是當事人若直接提起後者的訴訟，一併爭執基礎處分之合法性，則產生嚴重的審判權割裂問題。其他如九十一年度裁字第八二七號裁定的「請求換發行車執照、請求發回扣押之駕照被拒，而提起課與義務訴訟」，或是已繳納罰鍰請求發回牌照的一般給付之訴，與九十一年度判字第一五四八號判決、八十九年度訴字第一二六九號判決對於是否構成違規停車的先決問題(即有無行政處分)，亦即是否有違規停車？黃線紅線的定性問題，拖吊處分之救濟<sup>33</sup>等，行政法院均予以審理。這些依照現行規定理應由普通法院審理的案件，行政法院也都作出相對的裁定或是判決，顯示出審判權割裂所導致不得不然的作法。有鑑於此，一併將原本即屬行政處分合法性審查問題的交通案件收回由行政法院審理，即可避免如上的審判權割裂問題產生，乃屬釜底抽薪之道。

### 第三項 實體面問題的探討 車籍總歸戶規定的不當連結禁止原則違反

按道交條例第九條之一規定：「汽車所有人或駕駛人應於向公路監理機關辦理汽車檢驗、各項登記或換發牌照、執照前，繳清其所有違反本條例尚未結案之罰鍰。」此乃所謂的「車籍總歸戶」歸定。考其立法緣由，乃是為了免於受法院的「違反法律保留」之指摘。查最高行政法院九十年度判字第一七〇四號判決其理由略謂：「按「汽車所有人或駕駛人違反道路管理事件尚未處結者，公路監理機關於汽車所有人或駕駛人辦理其各項登記或換發號牌、執照時，應請其就違規案件先予清結。但申請汽車檢驗者，不在此限。」統一裁罰標準及處理細則第四十四條第二項定有明文。因前開法條並無如汽車所有人或駕駛人就違規案

<sup>33</sup> 參見八十四年判字第二二一號判決。

件未予清結，公路監理機關得駁回其有關辦理各項登記或換發號牌、執照申請之規定，則監理機關自不得以違規案件未予清結為由，依統一裁罰標準及處理細則第四十四條第二項規定駁回前開申請。是汽車所有人或駕駛人違反道路交通事件之罰鍰不繳納者，除依前開規定辦理外，應無不得辦理各項登記或換發號牌、執照之餘地，否則無異加諸人民以法律規定所無之限制。」雖道路交通安全規則第八條有「汽車牌照包括號牌、行車執照及拖車使用證，為行車之許可憑證，由汽車所有人向公路監理機關申請登記，經清繳其所有違反公路法與道路交通管理處罰條例規定之罰鍰及未繳納之汽車燃料使用費並檢驗合格後發給之。但拖車號牌及拖車使用證得由使用人申請之。」之規定，惟若謂汽車所有人未繳清違反道路交通管理處罰條例規定之罰鍰，即不得換發行車執照，則另依同規則第十四條「汽車行車執照、拖車使用證每三年換發一次，機器腳踏車行車執照每二年換發一次，自原發照之日起算，期滿前後一個月內，須申請換領新照始得行駛。」之規定，汽車所有人於使用執照期滿後，其有違反道路交通管理處罰條例規定之罰鍰未繳納者，已不得行駛其汽車，此項效力顯已逾越道路交通管理處罰條例已為之規定；況道路交通管理處罰條例既已就違反道路交通管理之罰鍰未繳納者，訂有如何處理之明文，即無授權交通主管機關另行訂定道路交通安全規則再為規定之必要，應認道路交通安全規則第八條有關罰鍰繳清後始得發給行車執照之規定，逾越道路交通管理條例第九十二條之授權範圍。再者，行政法所謂「不當聯結禁止」原則，乃行政行為對人民課以一定之義務或負擔，或造成人民其他之不利益時，其所採取之手段，與行政機關所追求之目的間，必須有合理之聯結關係存在，若欠缺此聯結關係，此項行政行為即非適法。而汽車行車執照須在一定期限內換發，主要目的在於掌握汽車狀況，以確保汽車行駛品質進而維護人民生命、身體、財產法益；而罰鍰不繳納涉及者為行政秩序罰之執行問題，故換發汽車行車執照，與汽車所有人違規罰鍰未清繳，欠缺實質上之關聯，故二者不得相互聯結，前開道路交通安全規則第八條有關罰鍰繳清後始得發給行車執照之規定，亦有悖「不當聯結禁止」原則。從而，前開規定本院自得不予適用。由此判決理由可以得知，道交條例第九條之一規定是為了避免落入違反法律保留原則的指摘，可是，其內容是否實質正當？亦即是否真的無違「不當聯結禁止原則」？實大有可議。

國家權力的取得與運作必須符合形式合法性與實質正當性<sup>34</sup>。前揭立法固屬形式上合法，為考量實質正當性時，即有違不當聯結禁止原則，上開判決已明確指出此。「不當聯結禁止原則」即是由憲法及行政法上的基本原理原則推論而來。蓋行政機關為行政行為對人民發生效力時，往往課人民一定之義務或負擔，抑或造成人民其他之不利益，此固為追求一定行政目的所使然，但對人民造成不利益所採取之手段，必須與行政機關所追求之目的間有合理之聯結關係存在，以維護人民之基本權利，並使人民能心悅誠服地接受行政行為之拘束，此種目的與手段間有合理的聯結關係，即為不當聯結禁止原則之具體表現。此外在特定情況下，行政機關要求之對待給付，必須與其所負之給付義務間在實質上相對稱，此亦為不當聯結之禁止之實質內涵。

雖然此等原則乃是一般行政法上的原理原則，但是關於實質正當性的要求，國家權力的運作皆必須受其拘束，所以，立法若是枉顧此原則而竟以形式合法性掩護其實質上的不當——以不予換照來擔保罰鍰的收取，此二者間欠缺實質上之內在關聯，仍難逃違憲的指摘<sup>35</sup>，因此，本文建議刪除此條文，且實務的作法亦不應以未繳清罰鍰而拒絕受處分人的換照、驗車等申請。

## 第五節 代結論 改革的方向與建議

綜上所述，本文建議不妨將所有交通違規取締處罰的事務皆交由警察機關處理，若是考量警察機關的任務已十分繁重，可設立一三級行政機關——交通警察機關——作為功能最適下的任務機關，以符其實。再者，我國現制下的爭議解決機制並非循行政救濟的管道，而是採取由普通法院進行審理的方式——且由刑事庭兼辦交通法庭事務。雖然符合行政訴訟法第二條的除外規定，不過，若是細細考量「體系正義」下的法體系間正義，現今司法二元化下的行政救濟體系已日漸完備，若確定可將單純交通案件定性為行政爭議事件，則是否應交由行政救濟體系處理，實符平等原則之要求。同時也符合保障人民司法受益權的保障，也不會造成審判權割裂的問題。雖然目前只有三間高等行政法院，惟交通案件之數量實不

---

<sup>34</sup> 請參見李惠宗，繳清罰鍰才能換行照嗎？，台灣本土法學雜誌第 30 期，2002 年 1 月，頁 91 至 92。

<sup>35</sup> 李惠宗教授有相同見解，同前註，頁 93。

多，法院應可負荷，人民也不會有因訟不便而被迫放棄權利的情形，若是案件數目實在過多，則可考慮增設簡易庭以資處理。所以交通案件的審理應該修法回歸行政法院的審判權之下。

再者，於實體面上即是車籍總歸戶的規定，本文基於不當聯結禁止原則，建議應刪除道交條例第九條之一的規定，以符法治國之原則，充分保障人民之權利。

### 第三章 社會秩序維護法及其相關部分

#### 第一節 前言

我國於採取司法二元制下<sup>36</sup>，除非法律另有規定外，行政案件歸由行政法院審理；刑事、私法案件歸屬普通法院審理，此於確定管轄有其實益。立法基於其形成自由將公法案件歸屬於普通法院者，於我國法制上並非少見<sup>37</sup>。

在民國八十九年七月一日行政訴訟法新制實施前，若干性質上屬於公法之事件，因行政訴訟欠缺適當之訴訟種類，而法律又未就其另行設計其他訴訟救濟途徑，遂長期以來均循民事訴訟解決，例如公務人員保險給付事件（參照釋字第四六六號解釋）、釋字第五二四號解釋公布前之全民健康保險法第五條被保險人與保險醫事服務機構間之爭議事件等，大法官於釋字第五四〇號解釋理由書中強調，此類事件嗣後自無再由民事法院審理之理由。事件具公法性質，但法律已明確規定其歸屬於其他審判權時，不因行政訴訟改制擴張訴訟種類，而成為行政法院管轄之公法事件，例如選舉無效事件、當選無效事件（公職人員選舉罷免法第一百零一條）交通違規事件（道路交通管理處罰條例第八十八條 第八十九條）行政罰事件（社會秩序維護法第五十五條以下）等。此類事件即行政訴訟法第二條所稱公法事件法律別有規定，不屬於行政法院審判之情形。

社會秩序維護法（下稱社維法）即於大法官以肯認之立法自由形成空間下，法律規定由地方法院簡易庭管轄，惟違反社會秩序維護法案件（下稱違序案件）係行政訴訟法第二條法律有特別規定者，與一般行政事件有所不同，違序案件不僅於司法救濟之設計上排除於行政訴訟法之管道外，此部分除第一章第四節之論述外，且因與道路交通管理處罰條例面臨相同問題，是以此部分參照第二章第四節第一項及第二項，不予重複論述。

<sup>36</sup> 參照釋字第四四八號、第四六六號等。

<sup>37</sup> 我國立法者之所以允許有如此多之例外情況存在，或許可反推出以下原因；其一、行政法院組織法修正前，我國行政法院僅有一級一審，對人民權益保障欠周全，且在傳統意識中，人民較為信賴普通法院。其次，傾向配合行政威權便捷、效率之要求，特別是針對傳統核心之干預權領域所生事件之救濟。參照李震山，《行政法導論》，2003年10月修訂五版一刷，頁507。

此外，亦有法律特別規定行政事件適用行政訴訟法以外之訴訟法，如社會秩序維護法準用刑事訴訟法之規定；道路交通管理處罰條例準用刑事訴訟法；國家賠償法準用民事訴訟法等，在大法官所尊重立法者之前提下，亦未被質疑。針對行政事件是否絕然適合準用本質不同之訴訟法加以落實其程序上之要求，本文亦加以探究。

除上述所提出之問題外，本文主要以處分作成至救濟之流程加以介紹，其中對於雙處罰主體、迷你型的救濟方式、分別救濟之困擾等一系列程序上權利之保障加以論述，且試圖找出現行法制之窠臼，惟限於篇幅對於社維法分則之討論並不非論述之重心，合先序明，最後亦對於整體社維法之改革提出本文粗略之建議。

## 第二節 社會秩序維護法之爭議解決現制介紹

### 第一項 違反社會秩序之決定

社維法本質係行政秩序罰法，針對人民過去所違犯之社會秩序加以處罰。社維法屬特殊警察法之範疇，警察機關為該法之主管機關，因此違反社會秩序維護法事件做成決定之機關『原則上』係警察機關，警察機關對於採行特定行政秩序罰種類時，應經地方法院之裁定（社維法第四十五條參照）。換言之，社維法採取雙處罰主體之立法<sup>38</sup>。

按社維法第三十三條規定「違反本法之案件，由行為地或行為人之住所、居所或所在地之地方法院或其分院或警察機關管轄」及第三十五條第一項規定「警察局及其分局，就該管區域內之違反本法案件有管轄權」，違序案件本為行政事件由警察機關管轄之，後加入法院管轄理由在於：大法官解釋第一六六號以及釋字第二五一號重申之意旨即「違警罰法規定，由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項<sup>39</sup>之本旨...」<sup>40</sup>，拘留係社維法處罰手段之一，涉及人身自由之拘束，依

<sup>38</sup> 參照蔡震榮，〈行政罰法草案之探討〉，收錄於《戰鬥的法律人》林山田教授退休祝賀論文集，2004年一月初版第一刷，頁251。

<sup>39</sup> 中華民國憲法第八條第一項「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

憲法之規定應由法院介入方足以保障人民之權利。職此，依行為人之行為地、住所、居所或所在地認定管轄之警察局（或分局）及法院。

## 第一款 警察機關之處分

社會秩序維護法在採雙處罰主體之立法例下，處罰主體有二，社會秩序維護法亦規定各該處罰主體之處罰範疇。涉及處罰權限之條文如下：

### 社會秩序維護法第四十三條第一項：

「左列各款案件，警察機關於訊問後，除有繼續調查必要者外，應即作成處分書：

- 一、違反本法行為專處罰鍰或申誡之案件。
- 二、違反本法行為選擇處罰鍰或申誡之案件。
- 三、依第一款、第二款之處分，併宣告沒入者。
- 四、單獨宣告沒入者。
- 五、認為對第一款、第二款之案件應免除處罰者。」

### △社會秩序維護法第四十五條：

「第四十三條第一項所列各款以外之案件，警察機關於訊問後，應即移送該管簡易庭裁定。前項警察機關移請裁定之案件，該管簡易庭認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定。」

### △違反社會秩序維護法案件處理辦法<sup>41</sup>第十四條：

「本法第四十三條第一項各款所列由警察機關處分之案件如左：一、所稱違反本法行為選擇處罰鍰或申誡之案件，係指本法分則條文法定本罰為選處罰鍰或申誡之案件。二、所稱併宣告沒入者，係指本法第四十三條第一項第一款、第二款之案件，而依本法第二十三條前段<sup>42</sup>規定併宣告沒入之案件。三、所稱單獨宣告

---

程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」，亦得參照釋字第三八四號、第五二三號等解釋。

<sup>40</sup> 社會秩序維護法之前身為違警罰法，因違警罰法部分條文面臨大法官之違憲宣告，加以違警罰法已年久失修，是以訂定社會秩序維護法以因應之。惟學者認整部社會秩序維護法仍有「新瓶舊酒」之嫌，參照王福邁之發言，「緊急會診社會秩序維護法」公聽會實況記錄，《律師通訊》第一三九期，年四月，頁 50。

<sup>41</sup> 違反社會秩序維護法案件處理辦法係依據社會秩序維護法第九十三條第一項授權訂定，詳參照該辦法第一條。

<sup>42</sup> 社會秩序維護法第二十三條「沒入，與其他處罰併宣告之。但有左列各款情形之一者，得單獨宣告沒入：一、免除其他處罰者。二、行為人逃逸者。三、查禁物。」

沒入者，係指依本法第二十三條但書規定得單獨宣告沒入之案件。但依同條第一款規定單獨宣告沒入者，以本法第四十三條第一項第一款、第二款規定之案件為限。四、所稱認為應免除處罰之案件，係指本法第四十三條第一項第一款、第二款之案件，而依本法規定免除其處罰或得免除其處罰之案件」。

### 第一目 違反本法行為專處罰鍰或申誡之案件

警察機關為處罰主體之一，其行使處罰權之範疇，首先依據社維法第四十三條第一項第一款可得知，人民違反社會秩序維護法分則之構成要件且其法律效果為專處罰鍰或專處申誡之案件，如社維法第七十一條、第七十二條、第七十三條、第七十四條、第七十五條、第七十六條第一項、第七十七條前段、第七十八條、第七十九條、第八十三條、第八十四條、第八十八條等。

### 第二目 違反本法行為選擇處罰鍰或申誡之案件

違反社維法行為選擇處罰鍰或申誡之案件，警察機關於訊問後，除有繼續調查必要者外，應即作成處分書(社會秩序維護法第四十三條第一項第二款參照)。依據違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款，所謂「違反本法行為選擇處罰鍰或申誡之案件」係指本法分則條文法定本罰為選處罰鍰或申誡之案件。實務有裁定<sup>43</sup>認為「行政院會同司法院所發布之違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款竟擴張且超出社會秩序維護法第四十三條第一項第二款之文義解釋，指所稱違反本法行為選擇處罰鍰或申誡之案件，係指本法分則條文法定本罰為選處罰鍰或申誡之案件。本條規定顯然誤解社會秩序維護法第四十三條第一項第二款所稱「選擇」之意，誤將具體個案中行政機關(警察機關)行使行政裁量權後之「選擇結果」，與法律效果中的「選擇裁量」規定劃上等號，此法規命令(授權命令)層次之處理辦法明顯抵觸授權母法(社會秩序維護法)之規定，依憲法第一百七十二條及中央法規標準法第十一條之規定，該條款規定應屬無效。」換言之，實務裁定認為違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款「本法分則條文法定本罰為選處罰鍰或申誡之案件」之『選處』係具體個案中行政機關(警察機關)行使行政裁量權後之「選擇結果」(如警察機關依據社維法

<sup>43</sup> 參照台灣台東地方法院八十八年度東秩字第六二號、台灣台東地方法院八十八年度東秩字第七二號、台灣台東地方法院八十八年度東秩字第七八號、台灣台東地方法院八十八年度東秩字八八號裁定。

第六十三條第一項選擇罰緩之處罰手段），依此解釋母法之結果，造成超出社會秩序維護法第四十三條第一項第二款之文義解釋範圍，即法律效果中的「選擇裁量」規定。

此裁定之論述甚有道理，所謂「行政機關裁量權行使後之選擇結果為罰緩或申誡」及「法律規定法律效果中選擇裁量為罰緩或申誡」其範圍各自有不同，前者為包括社維法第六十三條第一項、第六十四條、第六十五條、第六十六條、第六十七條第一項、第六十八條、第六十九條、第七十條、第七十九條、第八十條第一項、第八十一條、第八十二條、第八十五條、第八十六條、第八十七條、第九十條、第九十一條及第七十九條、第八十六條、第九十條、第八十九條及第九十一條；後者為第七十九條、第八十六條、第九十條、第八十九條及第九十一條。顯然前者之範疇大於後者，符合裁定所述即若依照違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋則有擴大且超出社維法第四十三條第一項第二款之文義解釋範圍。

單純以邏輯推演來看，社維法第四十三條第一項係規範警察處分權之範圍，依據社維法第四十五條第一項反面解釋非警察處分範疇者即屬法院之權限，違序案件屬行政事件，本於權力分立之觀點，解釋上仍須以行政機關（警察機關）為重心，是以依違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋結果相較於社維法第四十三條第一項第二款之文義解釋，警察機關處罰職權範圍顯然較大，論理上似乎更符合權力分立原則。

但是若依據違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋，則社維法第四十三條第一項第二款包括大部分法律規定選擇裁量為拘留或罰緩之案件（此等案件係違序案件之大宗，高達三分之二以上），該等案件均屬警察權之範疇恐抵觸釋字第一六六號及第二五一號解釋之拘留人身自由拘束屬於法官保留之意旨，且與社維法整體體系解釋不相符合。換言之，社維法分則之規定，並無法效上單獨處以拘留之規定，若依據違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋，則法院無決定權限，變相將雙處罰主體制轉換成單一處罰主體（警察機關），是以本文肯認該裁定所稱違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款已逾越母法之規定，應回歸社會秩序維護法第四十三條第一項第二款

之文義解釋，即「違反本法之行為選擇處罰緩或申誡之案件」係法律效果中「選擇裁量之規定」，方符合釋字第一六六號、第二五一號解釋以及社維法之整體性及目的解釋<sup>44</sup>。

縱上所述，警察機關處罰權行使之範疇為違反如社會秩序維護法第七十九條、第八十六條、第八十九條、第九十一條等行為，警察機關對於法律效果中「選擇裁量之規定」無庸移送至法院，而依裁量逕行為處分。

### 第三目 依第一、二目之處分，併宣告沒入者

依據社會秩序維護法第四十三條第一項第三款以及違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第二款之補充解釋，所謂「併宣告沒入者」係指社維法第四十三條第一項第一款、第二款之案件，而依本法第二十三條前段規定併宣告沒入之案件。

### 第四目 單獨宣告沒入者

依據社會秩序維護法第四十三條第一項第四款以及違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第三款之補充解釋，所謂「單獨宣告沒入者」，係指依社維法第二十三條但書規定得單獨宣告沒入之案件。但依同條第一款規定<sup>45</sup>單獨宣告沒入者，以社會秩序維護法第四十三條第一項第一款、第二款規定之案件為限。

### 第五目 認為對第一、二目之案件應免除處罰者

---

<sup>44</sup> 對於警察機關在法定罰有拘留、勒令歇業、停止營業之違反案件，如認並無科以上街處罰之必要者，可否自行處分，不必移送該管簡易庭？實務認為警察機關僅得就法條規定**最重本罰為處罰緩或申誡之案件為裁決**，就法條規定有拘留處分之案件，警察機關不得自行裁決，應移送該管簡易庭裁處。本法第四十三條所規定者，乃對警察機關事務管轄上之限制，故不論在任何情況下，警察機關欲逕行裁處，均應受此拘束。座談會之決議見解更加肯認違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋不當。第二十期司法院業務研究會研究意見第四十四則，請參照司法院編，《社會秩序維護法法規函令、法律問題、文書例稿彙編》，民國八十二年六月出版，頁114、115。

<sup>45</sup> 所謂「依同條第一款規定」意指依社維法第二十三條第一款即「免除其他處罰者」，該「其他處罰者」係指社維法第四十三條第一項第一款、第二款之情。

依據社會秩序維護法第四十三條第一項第五款以及違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第四款之補充解釋，所謂「認為應免除處罰之案件」，係指社維法第四十三條第一項第一款、第二款之案件，而依社維法規定免除其處罰或得免除其處罰之案件。

綜上所述，處罰主體之一之警察機關得自行行使處罰權限之範圍，依社維法第四十三條第一項與違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條之補充解釋，可得其範圍，惟其中違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一項補充社維法第四十三條第一項第二款之解釋，除抵觸憲法第八條規定以及違反釋字第一六六號、釋字第二五一號解釋之意旨外，甚至與其母法之體系及目的相違。職此，社維法第四十三條第一項第二款應限於法律效果中「選擇裁量之規定」（第七十九條、第八十六條、第九十條、第八十九條及第九十一條），警察機關經訊問，除有繼續調查之必要，選擇以罰鍰或申誡作為處罰手段者為是。

## 第二款 法院之裁處

依據社維法第四十五條之規定可知，違序案件於排除警察機關處罰之範疇即為法院處罰裁定之範圍。因之，依社維法第四十三條第一項之反面解釋即屬法院處罰裁定之範疇，亦即非法律效果係專處拘留、勒令歇業或停止營業之案件，即警察機關經訊問後認應選處拘留、勒令歇業或停止營業之案件，始由地方法院或其分院裁處，餘均由警察機關自行裁處即可，換言之，須經由地方法院裁定之處罰為拘留、勒令歇業、停止營業三者。

此外社維法尚有罰鍰易以拘留之規定（社維法第二十一條參照）。『易以拘留』與『拘留』、『勒令停業』及『停止營業』處分仍有所差異，係以拘留方式代替罰鍰之履行。此亦與行政執行法之金錢給付執行之管收規定有所不同，考管收制度旨在確保金錢給付之執行，被執行者雖經管收仍須給付金錢債務，換言之，管收並無代替履行金錢給付之效果，易以拘留即為行政執行法未規定之特殊金錢執行方式（行政執行法第一條但書參照）。法院介入易以拘留與否？或從罰鍰處分相對人之同意以觀，否認法院之介入，理由在於：相對人無力繳交罰鍰而自願易以拘留，形同當事人自由選擇其執行方式，基於自願之人身自由拘束與基

本權之防禦功能並未抵觸。惟自憲法第八條人身自由保障觀點思考，即釋字第三九二號解釋理由書謂「當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意」，以人民人身自由受拘束之結果，法院必須加以介入之<sup>46</sup>。

但從行政執行法第一條規定「行政執行，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定」以觀，金錢給付之執行規定行政執行法已加以規範。對於公法上金錢債權不給付者，依行政執行法第四條直接由法務部行政執行署所屬行政執行處加以執行。罰鍰易以拘留是否屬於行政執行法所謂「本法未規定者」之問題，仍須加以探討。行政執行法經民國八十七年十一月十一日全盤性之檢討修正後<sup>47</sup>，重新確立行政機關行政執行之基本精神，依據行政執行法第一條「行政執行，依本法之規定。本法未規定者，適用其他法律之規定」確立行政執行法為基本法，據此寓有立法創立行政執行之態度。考社維法於民國八十年六月二十九號取代違警罰法後未曾加以檢討修正，罰鍰易以拘留為行政執行法舊制下之立法。職此，基於行政執行法之重新奠定行政執行整體法制之立法精神，罰鍰易以拘留是否斷然認定係行政執行法第一條「本法未規定者」，尚有疑義？<sup>48</sup>

現行實務上處理易以拘留依據違反社會秩序維護法案件處理辦法第四十五條，區分成「人民自願申請」以及「警察機關移送」。前者，人民無力繳納，應以書面載明請求之意旨，警察機關依社維法第四十五條第一項移送法院；後者，人民罰鍰逾期不完納，警察機關依社維法第四十五條第一項移送法院，由法院決定是否易以拘留。現行實務於依循違反社會秩序維護法案件處理辦法之適用下，雖罰鍰易以拘留（行政執行）與行政秩序罰不同但仍由法院裁定之<sup>49</sup>。

### 第三款 實務爭議問題

<sup>46</sup> 相同見解請參照李震山，〈檢肅流氓條例與留置處分-「不具刑事被告身份者」之人身自由保障〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第五十二期，2003年11月，頁185-187。

<sup>47</sup> 參照蔡震榮，《行政執行法》，民國八十九年初版，頁1以下；吳庚，《行政法理論與實務》，民國九十二年八版，頁；廖義男，《行政法之基本建制》，2003年6月初版，頁276。

<sup>48</sup> 惟於民國八十七年十一月十一日行政執行法修正後，現行實務仍繼續採取易以拘留之執行手段，參照台灣台北地方法院八十八年度秩抗字第五二號、八十八年度秩抗字第三八號、台灣板橋地方法院九十一年度重秩抗字第一號、八十九年度易字第二八七九號、八十八年度重秩易抗字第二號、台灣宜蘭地方法院八十九年度秩抗字第二號、八十九年度秩抗字第一號、八十八年度秩抗字第五號等。

<sup>49</sup> 聲請易以拘留案件，被處罰者欲以完納者，應予准許，參照違反社會秩序維護法案件處理辦法第四十六條。

## 第一目 爭議問題

對於警察機關在法定罰有拘留、勒令歇業、停止營業之違反案件，如認並無科以上街處罰之必要者，可否自行處分，不必移送該管簡易庭？實務對該問題作出結論。其爭執過程有以下二種不同看法：

### （一）甲說

即肯定說，認為警察機關於訊問嫌疑人後認以選擇處罰緩為適當時，依社會秩序維護法第四十三條第一項第二款規定，警察機關得即做成處分書為選擇科處罰緩之處罰。

### （二）乙說

即否定說，認為警察機關僅得就法條規定**最重本罰為處罰緩或申誡之案件為裁決**，就法條規定有拘留處分之案件，警察機關不得自行裁決，應移送該管簡易庭裁處。本法第四十三條所規定者，乃對警察機關事務管轄上之限制，故不論在任何情況下，警察機關欲逕行裁處，均應受此拘束。

該次座談會之結論係採乙說<sup>50</sup>。

## 第二目 爭議問題之探討

本文對於乙說之論述及結論提出些許疑問：一、本實務見解對於社維法第四十三條之解釋是否符合憲法之意旨？二、釋字第一六六號、釋字第二五一號甚或釋字第三八四號等大法官會議解釋所闡明之憲法第八條「人身自由保障」真正意涵為何？

該二問題具一體兩面關係，本文擬合併探討，以助益整體理解。所謂「法條規定最重本罰為處罰緩或申誡之案件」應意指本文前所述之法律效果中的「選擇裁量」規定，亦即實務見解認警察機關僅於社會秩序維護法第七十九條、第八十六條、第九十條及第九十一條等法定最重本罰為處罰緩或申誡之案件警察機關方得自行裁決，但對於法定本罰一旦規定『拘留』（尚有勒令歇業及停止營業亦有

---

<sup>50</sup> 第二十期司法院業務研究會研究意見第四十四則，參照司法院編，《社會秩序維護法法規函令、法律問題、文書例稿彙編》，民國八十二年六月出版，頁 114、115。

此問題)<sup>51</sup>為處罰手段，警察機關無法為任何決定（即如本案問題點警察機關認人民違反社維法情節輕微不需施以拘留手段之狀況），應逕行移送至簡易庭由法官裁處。

首先，依此座談會之決議見解更加肯認違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款之解釋不當。換言之，違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款對於社會秩序維護法第四十三條第一項第二款所謂「違反本法行為選擇罰鍰或申誡之案件」係指本法分則法定本罰選處罰鍰或申誡之案件，亦未經實務見解所採，是以社會秩序維護法第四十三條第一項第二款係指法律效果選擇裁量為罰鍰或申誡之規定。

其次，於法律效果選擇裁量非僅為罰鍰或申誡之案件如社會秩序維護法第六十三條第一項、第六十四條、第六十五條、第六十六條、第六十七條第一項、第六十八條、第六十九條、第七十條、第七十九條、第八十條第一項、第八十一條、第八十二條、第八十五條、第八十六條、第八十七條、第九十條、第九十一條之規定，雖法定本罰規定為處以拘留或罰鍰之規定不屬於警察機關處罰權之範疇，但是否警察機關就即無先行確認權之空間存在嗎？

有認依據社維法第四十四條<sup>52</sup>及第四十八條<sup>53</sup>之規定皆有寓含行政先行審查之意旨，實務見解恐與整體法律體系有所抵觸<sup>54</sup>。違序案件之所以有司法權介入，係源於憲法第八條之拘束。從影響違警罰法存廢之重要大法官會議解釋---釋字第一六六號 第二五一號解釋---觀察，該二號解釋之所以宣告違警罰法之『拘留』以及『送交相當處所』違憲係源於警察機關自行認定人民行為違反違警罰法，且警察機關選擇採取人身自由拘束之手段，而該選擇結果（『拘留』以及『送交相當處所』）造成憲法第八條憲法保留條文之抵觸，造成違反憲法之狀況，因此須經由法院介入以保障人民身體之自由。

<sup>51</sup> 拘留之意義可參照蔡震榮，〈行政秩序罰法草案之探討〉，收錄於林山田教授退休祝賀論文集《戰鬥的法律人》，2004年1月初版一刷，頁253。

<sup>52</sup> 社會秩序維護法第四十四條「警察機關對於情節輕微而事實明確之案件，得不經通知、訊問逕行處分。但其處罰以新台幣一千五百元以下罰鍰或申誡為限。」

<sup>53</sup> 社會秩序維護法第四十八條「警察機關對於違反本法之嫌疑人，經合法通知，無正當理由不到場者，得逕行裁處之。」

<sup>54</sup> 參照劉貴文，《以行政制裁法原理檢討社會秩序維護法之實務見解》，中央警察大學警政研究所碩士論文，民國八十七年六月，頁114以下。

在制度設計上，違警罰法規範拘留等憲法上人身自由限制之處罰手段，若未對人民施以拘留等並不違憲（為對人民人身自由造成干預），但是立法者規定以拘留等人身自由限制作為處罰手段，在警察機關選擇拘留等各該人身自由限制之方式作為處罰手段，即對人民造成人身自由之拘束，此時應經由法院之介入方得採取人身自由限制之方式（細緻的說，僅於警察選擇以人身自由作為拘束時，方涉及人身自由之干預），因此大法官會議宣告違警罰法拘留制度之違憲，主要在於警察機關選擇人身自由限制作為達到秩序維護手段之際，若未選擇以拘留處罰達到社維法之目的，實際上尚未干預人民之人身自由，是故基於警察機關為真正主掌社維法之行政機關角度，及憲法第八條之價值下，搭配立法技術，仍得確立由警察先行介入以達到憲法第八條價值下的權力（行政、司法）分立衡平。

### 第三目 小結

上開實務見解決議之內容首先揭示警察處罰權之範圍，對於法定本罰規定法律效果選擇裁量涉及罰鍰或申誡以外者，均屬法院裁處範圍；其次法院裁處範圍警察機關是否得介入先行判斷？實務決議採乙說，警察機關並無先行認定之權限，本文對此採相反之看法，理由：從權力分立原則、憲法第八條人身自由限制、社會秩序維護法第四十四條及第四十八條以觀，認為對於法院裁處範圍之案件，警察機關應先行介入（尊重行政機關），於涉及採取拘留、勒令歇業、停止營業之手段（涉憲法第八條之人身拘束），方移送至法院。

法院於裁處警察機關選擇採取拘留、勒令歇業、停止營業之手段時，依據社維法第四十五條第二項對於警察機關移送之案件，法院不受警察機關移送聲明之限制，得逕行為不罰或其他處罰之裁定。

### 第二項 救濟程序

違序案件採『雙處罰主體』制度下，法律針對二不同決定機關之決定設計不同救濟方式，產生雙重救濟管道。本文亦依循決定機關之不同，分別於以下章節介紹。

#### 第一款 警察機關所為之處分

警察機關對於違反社維法第三篇之規定而為之處分，被處分者不服，得聲明異議，且被處分人應以書面敘明理由，經原處分機關向該管法院簡易庭聲明異議（社會秩序維護法第五十五條參照）。原處分機關對於人民之聲明異議認為聲明異議有理由者，應撤銷或變更其處分；認為不合法定程式或聲明異議權已經喪失或全部或一部無理由者，應於收受聲明異議書狀之翌日起三日內，送交簡易庭，並得添具意見書（社維法第五十六條參照）。簡易庭認為聲明異議不合法定程式或聲明異議權已經喪失者，應以裁定駁回之。但其不合法定程式可補正者，應定期先命補正。簡易庭認為聲明異議無理由者，應以裁定駁回之。認為有理由者，以裁定將原處分撤銷或變更之。對於簡易庭關於聲明異議所為之裁定，不得抗告（社會秩序維護法第五十七條參照），亦即救濟程序終結。

## 第二款 法院所為之裁定處分

警察機關對於違序案件，選處拘留、勒令歇業或停止營業之案件，需移請法院（該管簡易庭）裁定，法院認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定（社會秩序維護法第四十五條第二項參照）。

受裁定或原移送之警察機關對法院之裁定不服，得向同法院普通庭提起抗告，但對於普通庭之裁定，不得再行抗告（社維法第五十八條參照）。抗告期間為五日，自送達裁定翌日起算，未提起抗告則裁處確定<sup>55</sup>（社維法第五十九條、違反社會維護法案件處理辦法第五條第三款參照）。

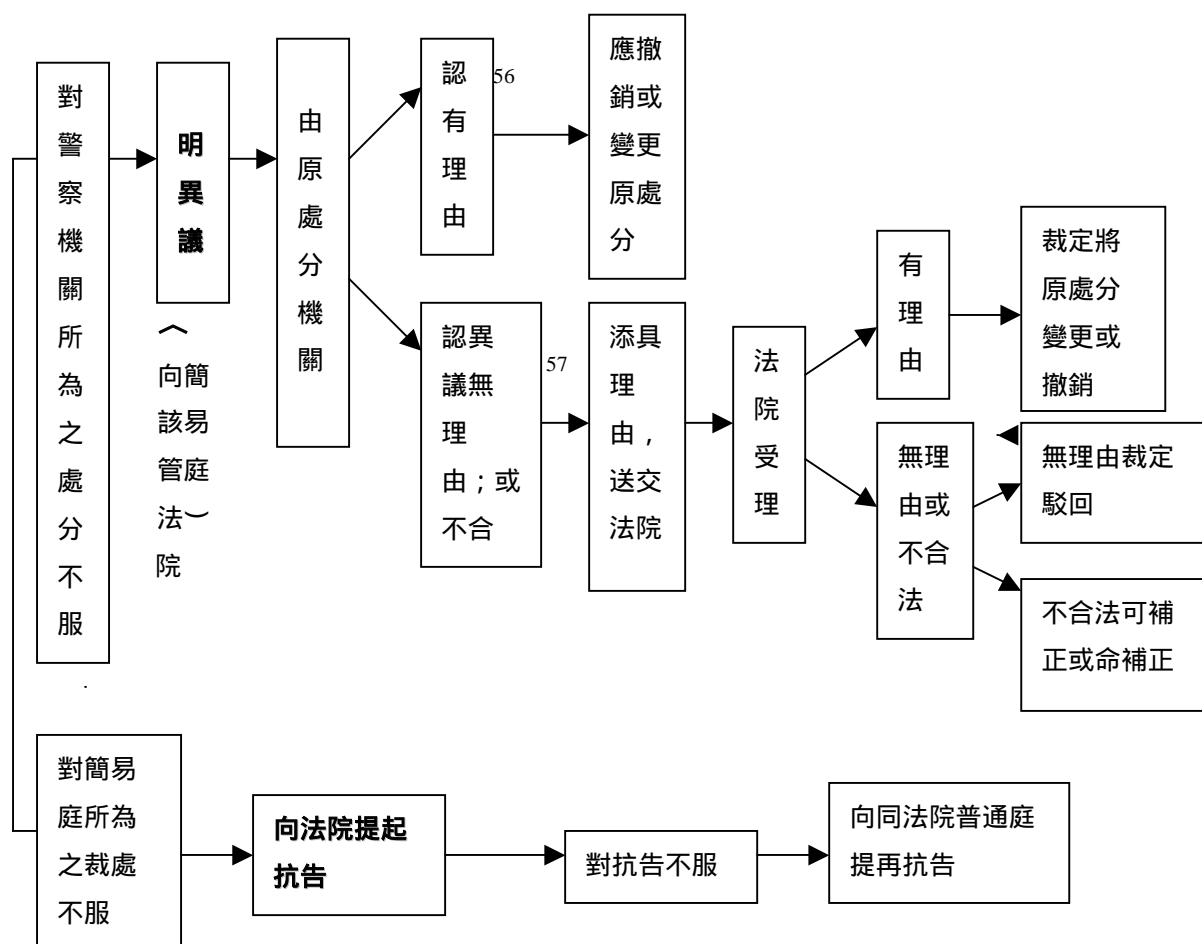
## 第三款 小結

社維法區分警察機關之決定與法院之裁定，二種不同機關所作成處分之救濟方式各異，前者，被處罰者得向法院簡易庭提起聲明異議；後者，受裁定者與原移送警察機關得向法院普通庭提起抗告。

---

<sup>55</sup> 社會秩序維護法之裁處確定涉及該法第二十條、三十二條、四十條、五十一條、八十條等條文之適用。

此外，得提起救濟者，亦有所不同。對於警察機關作成之處分，受處分之相對者得提起救濟，因該相對人為權利受損者；對於法院作成之裁定，原移送警察機關及相對人咸得提起救濟。詳見下圖：



\* 本圖為本研究計畫自製

### 第三節 相關大法官解釋<sup>58</sup>

#### 第一項 釋字第一六六號

##### 第一款 重要意旨

<sup>56</sup> 參照違反社會秩序維護法第四十一條第一項「原處分之警察機關收受異議書狀後，如認異議有理由者，應於收受之翌日起三日內，撤銷或變更原處分；並應於五日內將撤銷或變更原處分之處分書送達受處分人」。

<sup>57</sup> 參照違反社會秩序維護法第四十一條第二項「原處分之警察機關收受異議書狀後，如認異議不合法定程序或聲明異議權已經喪失或全部或一部無理由者，應於收受之翌日起三日內，連同有關卷宗送交該管簡易庭，並得添具意見書」。

<sup>58</sup> 涉及社會秩序維護法或其前身違警罰法之司法院大法官解釋尚有第五七〇號解釋理由書及釋字第三八四號及第四一八號孫森焱大法官之協同意見書等，本文僅針對主要性之釋字加以論述，合先序明。

(一) 違警罰法規定<sup>59</sup>，由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨<sup>60</sup>。

(二) 警察機關對於人民僅得依法定程序逮捕或拘禁，至有關人民身體自由之處罰，則屬於司法權。

(三) 違警罰法所定，由警察官署裁決之拘留、罰役，既係關於人民身體自由之處罰，即屬法院職權之範圍，自應由法院依法定程序為之。

(四) 違警罰法係行憲前公佈施行，行憲後為維持社會安全及防止危害，主管機關及未即修改，迄今行憲三十餘年，情勢已有變更。

## 第二款 說明

違警罰法係社會秩序維護法之前身<sup>61</sup>，違警罰法<sup>62</sup>規定警察官署有處罰手段之裁量權，其中處罰方式為「拘留」、「罰役」者，已涉及憲法第八條憲法保留之範疇，處罰涉及人身自由者，僅能由法院為之，因此違警罰法之規定顯然與憲法有所抵觸，因此大法官宣告該部份應回歸法官保留原則。

## 第二項 釋字第二五一號

<sup>59</sup> 有關違警法之相關探討，詳參照梁添勝，《違警罰法論》，中央警官學校犯罪防治學系印行，民國七十四年四月；陳瑞通，《違警罰之研究》，中央警官學校碩士論文，民國六十四年六月；陳世寬，《社會秩序維護法之政策分析》，國立政治大學公共行政研究所碩士論文，民國七十六年六月，頁 37 以下。

<sup>60</sup> 釋字四一八號孫森焱協大法官協同意見書對於憲法第八條正當法律程序之意涵加以闡述如下：「參照廢止前之違警罰法第十八條規定主罰有拘留、罰鍰、罰役、申誡四種。本院釋字第一六六號解釋僅就其中拘留、罰役二種之處罰，認應由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨；釋字第二五一號解釋則謂違警罰法第二十八條規定之處分裁決亦同。可見憲法第八條第一項規定之「處罰」係專指對於身體自由所加強制拘束之法定處罰而言。至於其他處罰則非上開憲法所保留之正當法律程序保障範圍，此觀嗣後制定公布之社會秩序維護法第四十三條第一項規定處罰鍰、申誡或宣告沒入之處分仍由警察機關為之，被處罰人不服警察機關之處分者，始得依同法第五十五條第一項規定聲明異議，終局由地方法院或其分院簡易庭裁定准駁（同法第五十七條），斯為人民訴願或訴訟權保障之問題。」

<sup>61</sup> 違警罰法之立法過程得參照鄭吉豐，《社會秩序維護法體用》，登文書局，民國八十一年一月初版，頁 3 以下；曾英哲，《社會秩序維護法》，台灣警察專科學校印行，民國九十一年二月修訂三版，頁 1 以下。

<sup>62</sup> 學者李震山氏認為社會秩序維護的訂定在法律明確性、人民之訴願權等皆有重大之轉變，但社會秩序維護法之訂定僅係『代替』或『取代』違警罰法之心態。參照李震山，《警察法論-警察任務編》，正典出版文化有限公司，2002年10月一版，頁 254、257；李震山，〈評「社會秩序維護法」-從保障人權觀點出發〉，國策中心，民國八十一年一月；李震山，〈「社會秩序維護法」公布後的省思〉，刊載於《警光雜誌》第四二一期，民國八十年八月，頁 13-15。

## 第一款 重要意旨

(一) 違警罰法第二十八條規定所謂「送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」之處分，係附隨於違警罰之一種處分，同屬限制人民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。

(二) 違警罰法所定之違警罰中，由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符上開憲法規定之本旨，前經本院於中華民國六十九年十一月七日作成釋字第一六六號解釋公布在案。

(三) 有關拘留、罰役及送交相當處所裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一日起失其效力，並應於此期限前修訂相關法律。本院釋字第一六六號解釋應予補充。

## 第二款 說明

違警罰法第二十八條規定：「因遊蕩或懶惰而有違警行為之習慣者，得加重處罰。並得於執行完畢後，送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」。送交相當處所係附隨於違警罰之另一行政處分，其亦為對人民人身自由拘束，是故參照釋字第一六六號解釋之意旨，非由法院經法定程序不得處罰，不符憲法第八條規定。

違警罰法於上述二號解釋作成後，針對拘留、罰役及送交相當處所處分裁決程序規定，大法官諭令限期失效，此亦為促使社會秩序維護法訂定之重大契機。

## 第三項 小結

違警罰法為社維法之前身，其先於憲法前存在，既然非於現行憲法體例下制訂，因此憲法所揭櫫之重要內涵並無法完全體現於違警罰法中。拘留或送交相當處所等規定均抵觸憲法第八條人身拘束法官保留之價值，大法官亦基於現行憲法

人身自由之守護者立場宣告拘留或送交相當處所違憲<sup>63</sup>，惟釋字第一六六號解釋作出至釋字第二五一號解釋間，未見立法者任何修改違憲規定之動作，大法官特地於釋字第五二一號解釋末以限期失效之方式，諭令立法者於民國八十年七月一日前連同拘留該違章建築一同修訂，以符合憲法保留之要求<sup>64</sup>。

違警罰法於我國民人權保障思潮興起，且於大法官兩號解釋之諭示之下，社維法於民國八十年六月二十九日三讀通過，經總統公布施行取而代之。大法官主要指摘人身自由之限制部分，社維法亦回歸憲法第八條之秩序，由本文前述可知，因長期違警罰法施行而對警察機關之不信任，以致於除將限制人身自由之拘留由法院裁處外，勒令歇業及停止營業之案件，亦改由法院裁處，就此部分本文將於下一章節加以檢討之。

## 第四節 問題分析

### 第一項 權力分立之抵觸？

#### 第一款 憲法保留界線下形成之權力分立違反的假象

釋字第四四三號解釋理由書揭示所謂「層級化保留」體系<sup>65</sup>，分為憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留及非屬法律保留範圍之次要事項等層級。揆諸該號解釋理由書「關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書）」憲法第八條人身自由之限制其內容屬憲法保留。

又依據釋字第三八四號解釋文「憲法第八條第一項規定：『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

<sup>63</sup> 釋字第五七三號解釋所涉之監督寺廟條例與違警罰法同先於憲法存在，但大法官仍以現行憲法價值加以審查之，憲法機關係基於憲法之規定而存在，當有遵守現行憲法之義務，是以不論任何原由而制立於憲法之前，存在於憲法之後者，既欲拘束人民自由權利，皆須符合憲法之要求方得為之，大法官亦基於此等使命，捍衛憲法之價值秩序。

<sup>64</sup> 參照李震山主持，《司法對警察行政行為審查問題之研究》，國科會計畫成果，民國八十七年八月，頁 118。

<sup>65</sup> 參照吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003 年 4 月初版，頁 58 以下。另有學者稱之為『階層式之法律保留』，但基於本文欲強調之憲法保留所彰顯之位階，是以本文並未援用此名詞，合先序明。參照林明鏞，〈論 SARA 所生之行政法上法律關係〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第四十九期，2003 年 8 月，頁 107；城仲模，〈法律保留之現代意涵〉，刊載於《月旦法學雜誌》第九十八期，2003 年 7 月，頁 13。

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。」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，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」大法官旨在深述憲法第八條人身自由保障範疇並不僅限於『刑事』事件，只要對人民人身自由造成限制者，皆須受限法第八條之拘束。釋字第五二三號解釋亦重申其意旨，謂「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，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨，迭經本院解釋在案」。

因此，警察機關對違序案件，選擇以拘留方式處罰，目的在於回應憲法第八條之價值，對於人民人身自由之限制，非經法院不得審問、處罰。換言之，人身自由憲法保留之保障及於行政領域，且對違序案件之人民予以拘留，加上憲法抉擇人身自由處罰係『法官保留』，立法者不得抵觸之。

權力分立<sup>66</sup>著重於各權力間相互監督、制衡之功能。我國雖採五權分立之架構，但主要仍係行政、立法、司法三權之分立，各權力有其範圍，而行政秩序罰之行使屬行政之範疇應無庸置疑。因此，從司法權介入行政決定（行政權範疇）之角度，表面形式上似有違反權力分立該憲法上本質重要性之原則<sup>67</sup>，實際上卻是憲法對於人民基本權利捍衛所產生例外介入行政權之現象。一般來說，肯認行政先、司法後為權力分立之一般程序，不過涉及行政權直接干涉人身自由，就須事先面臨司法之檢查。是以在權力分立與基本權保障折衝下之現制，實質上係平衡存在。立法者於合憲狀況有自由形成空間<sup>68</sup>，但是以拘留作為違反社會維護秩序之手段，其立法上仍有商議之空間。

## 第二款 警察先行認定權之建立

<sup>66</sup> 參照湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，《權力分立新論》，2000年12月增定二版，頁183。

<sup>67</sup> 參照釋字第四九九號解釋「憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務」。相同見解，參照李震山《行政法導論》，民國九十二年七月修訂五版，頁368；劉印宮，《從基本人權之保障論社會秩序維護法之制裁與救濟》，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國八十一年六月，頁138。

<sup>68</sup> 釋字第四〇五號蘇俊雄大法官不同意見書對於立法形成自由有深入之探討可參照之。

如前所述，基於憲法自身之價值取捨，人身自由之保障居於憲法保留之位階，即使造成『表面上』之權力分立失衡，亦即司法介入行政之狀況，實質上仍符合自由民主之憲政秩序。但若自司法權之角度來說，法院長年負載大量之案件壓力，行政罰裁處權限之賦予，對於法院積案之現狀，勢必是雪上加霜。是以司法介入人身自由之保障，必須有一定之限度，否則將產生反客為主（不論對於行政或對自身司法事務）之現象，人民之訴訟權（司法資源）之行使相對性會被壓縮。職是之故，憲法人身自由保障之「操作」非純然僅屬憲法第八條之事宜，另涉及權力分立以及憲法上其他權利之行使（保守來說僅涉及訴訟權但訴訟救濟的背後卻影響所有基本權之落實）。因此，本文認為『行政（警察機關）先行認定權之確立』係於多方面價值取捨之下，係足以達到衡平之機制。

詳言之，違序案件屬於法院裁處之範圍者（法律本罰涉及拘留、勒令歇業、停止營業之選擇裁量規定），由警察依比例原則（社維法第十九條第二項參照）先行認定案件，僅於採取拘留、勒令歇業、停止營業之處罰手段時，方移請法院為之，選擇以拘留方式涉及人身自由之保障，法官責無旁貸須決定拘留之裁處，且法院之處決依據社維法第四十五條第二項<sup>69</sup>法院仍然擁有完全決定空間，不受警察機關之拘束；若選擇以罰鍰或申誡之手段，未涉及人身自由等憲法上之價值，亦基於尊重行政機關之精神，則由警察自行決定以足，是以『行政（警察機關）先行認定權之確立』<sup>70</sup>不僅對警察機關行政裁量權之落實具有重要意義，亦兼係考量司法資源、權力分立原則、訴訟權及其他自由權利之平衡<sup>71</sup>。

誠如實務裁定<sup>72</sup>所稱『是警察機關經訊問後認應選擇罰鍰或申誡之案件，應自行裁處，不用移送地方法院；如經訊問後認應處拘留、勒令歇業或停止營業之處罰，始移送地方法院管轄，業如前述。而法院不受警察機關之拘束，認為不

<sup>69</sup> 社會秩序維護法第四十五條第二項「前項警察機關移請裁定之案件，該管簡易庭認為不應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定」。

<sup>70</sup> 另可參照社會秩序維護法第四十四條、第四十八條規定。

<sup>71</sup> 亦有指責社會秩序維護法草案第四十八條第一項「違反本法案件警察機關認為應處拘留或罰鍰易以拘留者，應即移送該管治安法庭簡易庭裁定」，有賦予「警察先行認定權」之虞，而後將該條文刪除，以歷史解釋以觀有否認「警察先行認定權」之確立。請參照劉貴文，《以行政制裁罰原理檢討社會秩序維護法之實務見解》，中央警察大學警政研究所碩士論文，民國八十七年六月，頁 115。

<sup>72</sup> 參照台灣台東地方法院八十八年度東秩字第八八號裁定。

應處罰或以不處拘留、勒令歇業、停止營業為適當者，得逕為不罰或其他處罰之裁定，此本法第四十五條第二項定有明文。實務運作上警察機關或係受前述錯誤管轄規定之影響，或係概不考量比例原則<sup>73</sup>，竟將法律效果中兼含有拘留、勒令歇業、停止營業、罰鍰、沒入或申誡之處罰，一律移送地方法院裁處，由法院「代替」警察機關為裁處罰鍰或申誡之處罰，無形中增加法院不必要之負擔，且幾近「架空」警察機關之管轄權及行政裁量權。尤有甚者，前述以命令創設牴觸法律明定之管轄規定，實已不當「剝奪」警察機關之管轄權，有違權力分立之虞，相關主管機關應予檢討改進<sup>74</sup>，行政機關不選擇人身自由拘束之方式並不違反憲法第八條之價值，應適時回歸行政秩序罰屬於行政權範疇事項，將司法權接入行政權之憲法任務為一定之鬆綁，以維持憲法權力分立原則之平衡為是。

## 第二項 處罰手段

### 第一款 勒令停業、停止營業相關問題

#### 第一目 概述

社維法分則條文中之第六十三條第二項、第六十七條第二項、第七十七條後段、第八十二條第二項等規定違反情節重大者或再次違反者得處或並處停止營業或勒令歇業。勒令停業及停止營業作為違反社會秩序案件之處罰手段，涉及二層次之問題，第一層次：從權力分立角度觀察司法機關之勒令停業及停止營業裁量處分；第二層次：從警察除任務化之觀點探討現行制度之合宜。本文依邏輯層次逐一探討之。

#### 第二目 憲法界線—權力分立

依行政秩序罰法草案<sup>74</sup>第二條規定處罰之種類有限制或禁止行為之處分、剝

<sup>73</sup> 警察法領域中，比例原則之適用十分的重要，此跡象從社會秩序維護法第十九條第二項及同法第二十二條第三項、集會遊行法第二十六條、警械使用條例第五條等警察法規予以闡明可見一斑，警察比例原則之操作詳參林明鏘，〈警察職權行使法基本問題之研究〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第五十六期，2004年3月，頁103以下；同著者，〈道路退讓義務與警察損害賠償〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第二十期，2001年3月，頁144；同著者，〈警察勤務與警械使用—行政裁量權之限制〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第八期，2000年3月，頁119。

<sup>74</sup> 草案內容得參照法務部網站（<http://www.moj.gov.tw/chinese/index.aspx>），查詢日期2003年3月10日；經建會委託學者專家研究之版本，該版本第十八條規範有關處罰種類之規定，參照廖義男，《行政法之基本建制》，2003年6月初版，頁249以下。

奪或消滅資格或權利之處分、影響名譽之處分、以及警告性之處分，停止營業係屬限制或禁止行為之處分而勒令停業（草案為『命令歇業』）屬於剝奪或消滅資格或權利之處分，二者對人民財產權、工作權以職業自由等基本權利<sup>75</sup>之影響不可謂之不大。

停止營業及勒令歇業皆為行政機關在人民違反相關法規所保障之社會秩序時，於立法者授權下採取之處罰手段，其屬行政權之範疇<sup>76</sup>當無疑義。依社會秩序維護法第四十三條第一項 第四十五條第一項以及違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條規定警察機關於訊問後，認有處以停止營業及勒令停業之情，需移送法院裁定。既停止營業及勒令停業係屬行政權領域則本應由行政機關自行裁決，且停止營業及勒令停業並未涉及憲法第八條之憲法保留拘束，是以並無法與拘留等同視之，而應由法院介入為是。

拘留因涉及人身自由之憲法要求，所以須司法權介入行政處分作成之領域，產生抵觸權力分立之假象（如本文前述），換言之，基於憲法基本權價值之要求所准許之司法權介入行政權範疇，係制憲者於制憲之際所決定之價值，認在憲法第八條人身自由保障之情況，有高於形式上權力分立<sup>77</sup>之完整，因此僅於此時司法者得介入行政權範疇，若非憲法上更高價值之考量，則無法作為權力分立抵觸之理由。

揆諸釋字第四九九號解釋之意旨「憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質重要性，亦為憲法整體基本原則所在，基於前述所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務」，權力分立為憲法存立之基礎，憲法設置之機關均有遵守之義務，立法機關亦為憲法所設置之機關（憲法第六十二條以下參照），亦有遵守之義務。職此，現行社維法第四十三條第一項 第四十五條第一項以及違反社會秩序維護法案件

<sup>75</sup> 參照洪家殷，《行政秩序罰法論》，民國八十七年二月初版一刷，頁 35。

<sup>76</sup> 學者陳敏氏採以德國學者 H.Mauer 之體系，將行政罰（行政秩序罰）明白列為其他行政行為之範疇，參照陳敏，《行政法總論》，民國九十二年一月三版，頁 689 以下。

<sup>77</sup> 本文以「形式上權力分立」之名詞，係因基本權之保障亦為權力分立目的之一，因此實質上憲法上決定之憲法層次保留事項之基本權保障之追求，亦係權力分立所需追求者。形式上權力分立係僅以權立劃分面向觀察，以利清楚論述。

處理辦法第十四條將停止營業及勒令停業之作成，該完全未涉及憲法保留價值之處罰手段歸屬法院管轄之規定，有違反憲法權力分立原則之虞。

### 第三目 除警察化

警察背負治安維護及保障人權之任務<sup>78</sup>，二者係一體兩面之觀察，尤其實務上警察往往需對於治安的維護背負重大之壓力，從近代警察發展歷史來說，也許是日本殖民時期警察事務無所不包使然，警察亦被賦予凡事皆管之權限，警察一旦凡事皆管則無法聚焦於治安之維護，近年來警察機關正視到凡事皆介入，對其任務達成造成嚴重之阻礙，是以警察機關開始審視除警察化（或稱脫警察化 Entpolizeilichung）<sup>79</sup>之必要性，諸如長期以來酒店、舞廳等特種營業管理本係經濟部（現以依商業登記規定辦理）所轄業務<sup>80</sup>或私人間夫妻口角等，都由警察機關管理或由處理。是以，警察之任務範疇應予以卸除回歸法定任務範圍，如此警察治安維護及人權保障之任務方得以達成<sup>81</sup>。

按社維法採取停止營業或勒令停業作為處罰手段者<sup>82</sup>，多涉及各種營利事業，其主管機關並非僅為單一機關，而為多重機關。電子遊戲場管理之機關計有經濟部商業司、經濟部國際貿易局、經濟部商品檢驗局、經濟部工業局、內政部社會司、內政部營建署、內政部警政署、教育部、法務部、財政部賦稅署、財政部關稅總局、行政院環保署、市政府建設局與縣市府及各縣市遊戲廠商業同業公會等<sup>83</sup>，其中內政部社會司之職掌之一為：輔導兒童及少年勿進入限制級電子遊戲場業之營業場所；教育部之職掌之一為：宣傳國民中小學學生，不得於上課時間內，進入普通級電子遊藝場業之營業所與內政部警政署即社維法之主管機關之執掌之一：依社會秩序維護法第七十七條規定「公共遊樂場所之負責人或管理

<sup>78</sup> 參照警察法第二條。

<sup>79</sup> 參照李震山，《警察法論-警察任務編》，正典出版文化有限公司，2002年10月一版，頁75。

<sup>80</sup> 此種長期非個案性協助時以違反職務協助之本質（行政程序法第十九條、行政執行法第六條參照），相關論述參照李震山，《警察法論-警察任務編》，正典出版文化有限公司，2002年10月一版，頁116以下；梁添盛，《警察權限法》，民國八十八年版，頁7以下；許文義，〈從警察業務關係論職務協助之特性〉，刊載於《警學叢刊》第二十一卷第一期，民國79年9月，頁15-20。

<sup>81</sup> 參照內政部警政署編，《警政白皮書》，民國九十二年版，頁2以下；梁添盛，〈如何健全我國警察法制〉，收錄於《戰鬥的法律人》，林山田教授退休祝賀論文集，2004年1月初版一刷，頁269以下。

<sup>82</sup> 參照社會秩序維護法第六十三條第二項、第七十六條、第七十七條、第八十二條。

<sup>83</sup> 參照趙文聰，《電子遊戲業管理之探討》，中央警察大學行政警察研究所碩士論文，民國九十一年六月，頁72。

人，縱容兒童、少年於深夜聚集其內，而不即時報告警察機關者，處新台幣一萬五千元以下罰鍰；其情節重大或再次違反者，處或並處停止營業或勒令歇業」多所重疊，社維法第六十三條第二項、第七十六條及第八十二條亦有相同之問題<sup>84</sup>。

在憲法層次上，立法者對於行政管轄權之分配有其正當性。惟就立法例觀點而言，電子遊戲業縱容兒童、少年深夜入內或酒店業者等違反商業登記項目而引入色情、猥褻之營業項目者，立法者考量須由警察機關介入，係基於傳統警察帶有強制力且警政署領有八萬大軍，遍布各地，執行上最為快速、有效，但往往基於立法者維護社會秩序之理念，而加諸許權限予警察機關。

社維法所賦予警察之制裁權內容包山包海，不論對噪音之管制<sup>85</sup>、色情行業之注意、電子遊戲業之監督、畜養動物之管制<sup>86</sup>等均需介入，則造成權責上之難以釐清事小；人民於機關互踢皮球下無法求諸國家保障事大，又因此警察雜務過多導致於正務『社會治安之維護』之達成大打折扣，因此，於除警察化之警界意識抬頭下，立法者對此不得不加以審視。社維法於除警察化之風潮下，不僅應將勒令停業或停止營業手段作為處罰之手段加以排除。進一步，與其他機關管轄易相互混淆的管轄釐清，如對噪音的管制、電子遊戲業的監督等接全盤考量，回歸由原主管機關管轄。此外，對於當舖業或槍械之管理或管制已有當舖業法及槍砲、彈藥、刀械管制條例相關法令加以規範，是以立法上應朝向回歸該等專法規範。立法者對於警察機關長年外務繁多之現象亦須加以負責，立法既以組織法劃分警察機關之任務範疇，當應考量其所得負擔之任務之狀況，在行政一體之協助以及對於警察機關相關職權範圍下，須盡量以警察機關得以負荷及適當之處罰手段為考量，警察任務之達成將有所可能。

#### 第四目 小結

---

<sup>84</sup> 學者認為「勒令歇業手段，於現行法制落實之下，有下列之缺失：一、依以往實務見解，則營業受勒令歇業後達一定期間，仍得申請開業，導致勒令歇業與停止營業並無區別。二、有依商業登記法等有關法令之規定，勒令歇業因有關營業登記之撤銷係屬商業主管機關之職權，如該機關與警察機關之意見不同，究應如何處置？不免發生爭議。」參照梁添盛，《警察法專題研究（一）》，中央警察大學出版，民國八十一年，頁302。本文認為二、之缺失其實並不存在，理由在於：如本文前述，依現行勒令歇業之案件為法院之裁處範疇，並非警察之權限範疇，是以並無所謂商業登記主管機關與警察機關意見不同之問題存在。

<sup>85</sup> 參照社會秩序維護法第七十二條。

<sup>86</sup> 參照社會秩序維護法第七十條。

現行社會秩序維護法規定法院擁有停止營業、勒令歇業之制裁權，從權力分立之角度觀察，行政秩序罰屬行政事件，應由行政機關為之，且停止營業、勒令歇業並未涉及憲法第八條人身自由法官保留之要求，是以應回歸司法權消極被動及依法審判之本質，雖立法者為保障人民權利之立意良善，違憲法機關仍須尊重憲法之本質重要之基礎，無庸贅述，是以對於法院介入停止營業、勒令歇業之裁處，有違反憲法權力分立之平衡。立法例上，停止營業、勒令歇業之制裁權若歸屬於警察權，恐與除警察化之趨勢有所不符。是以，本文認為宜以刪除此處罰手段<sup>87</sup>以達憲法之規範上以及除警察化之趨勢。

## 第二款 拘留廢除之可行性

### 第一目 比例原則之檢視

以人身自由剝奪--拘留作為行政秩序罰之處罰手段於立法例是否有憲法上之正當性？僅針對違反法定所欲維護之社會秩序者，即以人身自由限制之手段加以處罰，國家所欲達到之目的與人民所受之不利益間涉及比例原則之審查<sup>88</sup>。若廢除拘留而僅以罰鍰為制裁手段，或認為其將不足對過去違反行政義務行為加以非難，或無法強制受罰人將來不再為違反義務之行為，該問題本質涉及所謂「短期自由刑」<sup>89</sup>作為行政秩序罰手段立法例之適法性，即採取拘留手段是否足以達到其行政制裁之目的？以所謂之有效性觀點來說，現有拘留制所設備與執行經驗觀之，似難達到改善違序人惡性、激發羞恥心、糾正陋習等目的<sup>90</sup>，流鶯取締之

<sup>87</sup> 相同見解參照林山田，〈社會問題與法治狀況〉，頁 115；梁添盛，《違警罰法論》，中央警官學校刑事司法叢書（三），中央警官學校犯罪防制學系印行，民國七十五年十一月一日修訂再版二刷，頁 181。

<sup>88</sup> 其實警察行政之領域，並非全然採取人身自由之拘束手段以達警察任務之完成，只是對於人身自由拘束之場合，多係於具有『急迫性』之情況下（如即時強制，行政執行法第三十六條以下、警察職權行使法第九條以下參照），方採取人身自由之限制做為達成目的之手段，此類之警察行政行為所以不加以禁止或非難，在於已符合憲法上之要求，尤其是比例原則，因此本文之推論並不加以否定警察行政之領域中施以人身自由拘束之手段，只是人身自由拘束手段之採取本身除符合法官保留原則之外，亦需符合憲法其他價值，其中比例原則之檢視更是不可忽略。另外必須注意者，即時強制有認係基於保障人民非憲法第八條所謂審問處罰，因此並無法官保留之問題。參照梁添盛，〈行政執行法草案之研究〉，《警學叢刊》第十九卷第三期，民國七十八年三月，頁 65。有關急迫性之部分參照李震山，《警察法論-警察任務編》，正典出版文化有限公司，2002 年 10 月一版，頁 292。

<sup>89</sup> 參照謝瑞智，〈短期自由刑之研究〉，收錄於《警學叢刊》第六卷第一期，民國六十四年九月，頁以下。

<sup>90</sup> 參照蔡震榮，〈行政罰法草案之探討〉，收錄於《戰鬥的法律人》林山田教授退休祝賀論文集，2004 年一月初版第一刷，頁 254；劉印宮，《從基本人權之保障論社會秩序維護法之制裁與救濟》，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國八十一年六月，頁 143。

效果即為是例。其實，若真有較嚴重之違反秩序行為，應加以「犯罪化」，或依刑法理論加以規範，不應以之作為保存拘留之藉口。至於其他行為介於犯罪與道德間，對社會共同生活秩序之破壞性與危險性尚輕，以罰鍰制裁為已足，若有被處罰鍰者不繳納者，逕依行政執行法有關公法上金錢給付義務不履行之規定執行之<sup>91</sup>。

其次，國家為達一定之公共秩序之要求，以行政治才達其目的。例如：社會秩序維護法第八十二條第一項第一款「於公共場所或公眾得出入之場所，乞討叫化不聽勸阻」即以三日以下拘留或新台幣一萬二千元以下之罰鍰處罰之<sup>92</sup>，對於乞討者之制裁係為維持乾淨、整潔之秩序，以罰鍰制裁係對人民之最小侵害性，反之，以拘留之手段制裁，並不符合最小侵害性之要求。即使認為符合最小侵害性，對於手段與所侵害之法益並不符合一定之比例。例如，一般窮困者於地下道乞討屢勸不離，最嚴重所影響者不過是通過行人之不便，若其有傷害或稍擾路人之舉動，僅需以刑法加以相繩，於未涉及刑事犯罪之狀況所影響之社會秩序，其實是有限的。對於輕微社會秩序之影響即以限制人民憲法保留之人身自由，實有『大砲打小鳥』之嫌<sup>93</sup>，抵觸憲法第二十三條比例原則之均衡原則（或稱狹義比例原則）<sup>94 95</sup>。因此，對輕微秩序違反行為，給予剝奪人身自由之處罰，

<sup>91</sup>參照李震山，《行政法導論》，民國九十二年七月修訂五版，頁 369。除此之外，有論者認為濫用拘留充當偵查刑案之工具，惟拘留處罰之採取以事前經法院之把關如同羈押等刑事程序一般，法院於審酌之際，定當針對是否符合社會秩序維護法之要件加以裁處，是以論者之憂慮尚且太過。參照劉印宮，《從基本人權之保障論社會秩序維護法之制裁與救濟》，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國八十一年六月，頁 141。

<sup>92</sup> 社會秩序維護法所欲維持之社會秩序可說是包山包海，除第八十二條關於乞討者之管理外，諸如第六十三條散佈謠言，足以影響公共之安寧者；蒙面偽裝或以其他方法驚嚇他人有危害安全之虞者；第六十四條、第六十五條、第六十六條、第六十七條第一項、第六十八條、第六十九條、第七十條、第七十九條、第八十條第一項、第八十一條、第八十二條、第八十五條、第八十六條、第八十七條、第九十條、第九十一條部分均涉及比例原則之問題，亦即整體社會秩序維護法採取拘留手段制裁者及所欲保障之輕微公共秩序間難以通過比例原則之檢視。

<sup>93</sup> 並且社會秩序維護法規定得採取拘留為處罰手段者，占該法分則三分之二以上之部分參照社會秩序維護法第六十三條第一項、第六十四條、第六十五條、第六十六條、第六十七條第一項、第六十八條、第六十九條、第七十條、第七十九條、第八十條第一項、第八十一條、第八十二條、第八十五條、第八十六條、第八十七條、第九十條、第九十一條。

<sup>94</sup> 參照蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著 蔡茂寅執筆，《行政程序法實用》，2001 年第二版，頁 25 以下；陳清秀，《行政法之法源》，收錄於翁岳生編《行政法 2000》上冊，2000 年二版，頁 134 以下；陳淳文，《比例原則》，收錄於《行政法爭議問題研究 上》，2000 年初二版，頁 91 以下。

<sup>95</sup> 有論者認為國家基於治安維護與保障人權之目的，對人民所採取之手段則應善加斟酌考量，亦即應顧及「手段與目的相當原則」。參照蔡震榮，〈行政罰法草案之探討〉，收錄於《戰鬥的法律人》林山田教授退休祝賀論文集，2004 年一月初版第一刷，頁 254。學者另外指出「依刑法規定，縱處兩年以下有期徒刑，猶有獲緩刑之機會，即暫緩徒刑之執行。如犯最重本刑為三年以下有期徒刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役（一日到五十九日，最重可加至一百二十日）之宣告，均可易科罰金。惟違反社會秩序維護法之行為，其縱有違反性，然其可非難性亦較刑法

縱然處罰是經由法院之手，亦無法補正違反比例原則之違憲效果。更有學者指陳，以拘留為手段，因其不當所產生之罪惡，較諸條文中禁止行為所產生之罪惡更大，必須慎重<sup>96</sup>。

此外，短期自由刑之設計在刑法與行政領域尚有所不同，刑法事涉犯罪行為之非難，僅得由法官判定，進而在法律規定之範疇選擇法律效果，即死刑、自由刑、罰金等（刑法第三十三條以下參照）；惟行政秩序罰本屬行政領域，並非司法權得越俎代庖，法院僅於救濟階段立於事後監督之角色，加以介入。短期自由刑作為行政秩序罰之處罰效果之一，司法權不得不從事後監督提前至處分作成時即介入，則法院之裁處是否更符合個案正義？況且立法者選擇以拘留作為手段，除生司法權之位移外，進而如下述救濟途徑之分歧等問題，是否為最適之立法，均有待考驗。

## 第二目 現今救濟途徑之分歧

違序案件涉及拘留、勒令歇業及停止營業或罰鍰易以拘留者，移送地方法院簡易庭裁處，其餘者由警察機關自行處分，法律以處罰之手段不同，而割裂處罰主體（管轄機關）。由法院簡易庭裁處，有以司法權而為行政處分，亦即法官兼行警察官之角色。因處罰手段不同，產生雙重處罰主體，於救濟程序上，亦有雙重救濟管道之區分。

司法介入行政究竟須立於純然行政角度或司法抑或行政 司法之混合之問題影響司法裁處時之程序以及事後救濟之程序設計。例如：法院裁處時，從司法之角度以觀，則產生『直接原則』、『言詞原則』、『審級利益』、『訴訟程序保障』在此將出現不足，甚至嚴重缺乏，人民訴訟權將受到剝奪<sup>97</sup>；若以裁處為行政權角

---

低，若遭處拘留，卻不能易以處罰鍰，經裁處拘留，人身自由及遭剝奪，有失其平」參照李震山，《行政法導論》，民國九十二年七月修訂五版，頁 368；李震山主持，《司法對警察行政行為審查問題之研究》，國科會計畫成果，民國八十七年八月，頁 118。

<sup>96</sup> 參照李震山，《行政法導論》，民國九十二年七月修訂五版，頁 368；同著者，〈評「社會秩序維護法草案」-從人權保障觀點出發〉，發表於國策中心舉辦〈社會秩序維護法草案評估研討會〉，民國八十年一月十二日。

<sup>97</sup> 「司法權未充分進入保障人民，只以簡易庭之裁定，並不能認為已盡司法權之義務，因為『直接原則』、『言詞原則』、『審級利益』、『訴訟程序保障』在此將出現不足，甚至嚴重缺乏，如此人民憲法上的訴訟權將受到剝奪」參照劉印宮，《從基本人權之保障論社會秩序維護法之制裁與救濟》，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國八十一年六月，頁 143。

度來看，行政決定本身並無『直接原則』、『言詞原則』、『審級利益』、『訴訟程序保障』之問題。事後救濟時，對於法院之裁處並無內部自省機制等。立法者立法之初未盡其考量，而僅基於違警罰法失效期日屆滿之壓力，倉惶通過社會秩序維護法以銜接法律失效之難，實有不當。申言之，除非制度設計能有所完善，否則對於司法介入行政所產生之困難以及疑慮將會一直存在。從人民救濟角度以觀，不同之救濟方式一般專業法律人士亦無法清楚知悉，何況對於法律力較低之一般民眾呢？

縱上所述，拘留度帶來權力分立之假象所衍生雙重處罰主體、雙重救濟管道之不便、比例原則之抵觸及在民主憲政國家的行政秩序罰中，大多不採以剝奪、拘束人身自由為制裁手段<sup>98</sup>之潮流趨勢下，若能將處罰手段拘留加以廢除，方為治本之道。

### 第三項 法律明確性原則

自違警罰法時代，學界對於違警罰法分則構成要件不明確撻伐聲層出不窮，銜接違警罰法之社會秩序維護法於引頸期盼下出籠之內容，較之於違警罰法已較明確。釋字第四三二號揭示「專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須能使其預見其何種作為或不作為構成義務之違反及其所應受之懲戒為何，方符合法律明確性原則。法律明確性之要求，非僅只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之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或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之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，即不得謂與前皆原則相違」。法律所規範者為抽象事項及不特定者，因此非利用不確定法律概念或概括條款無法達其規範目的，而基於法治國家所要求之可預見性內涵，衍伸出法律明確性原則，大法官基於立法者規範之本質（抽象、不特定）以及人民之預見性，充實法律明確性原則之內涵（1 其意義非難以理解；2 且為受規範者所得預見；3 並可經由司法審查加以確認<sup>99</sup>）以達衡平之狀態。

<sup>98</sup> 參照李震山，《行政法導論》，民國九十二年七月修訂五版，頁 368。

<sup>99</sup> 參照吳庚，〈二〇〇二年公法學在實務上之發展〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第五十一期，2003年10月，頁45以下。

學者特別指出，尤其在牽涉限制人民基本權利的情形下，法律明確性原則<sup>100</sup>的規範意旨在於確保受規範之人民對其法律地位的可預見性。並參酌德國學說的說法，提出三個考量方向的具體化（分別為應提高明確性要求的考量、得放寬法規範密度的原因及法律規範技術的影響），其中強調被審查的法律越是嚴重侵害基本權，其明確性的要求就越高，在涉及刑罰的科處時，應受特別嚴格的審查<sup>101</sup>。大法官在釋字第四九一號解釋及第五二二號解釋也釋放出類似的審查標準，尤其釋字第五二二號解釋謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」。換言之，不確定法律概念之意義能否理解，應以受規範者人民的角度觀察，以受規範者有預見可能性為準，並且涉及基本權利越嚴重者，應使受規範者更為明確知悉、理解及預見，絕非以適用法律的主管機關或法院為準<sup>102</sup>。而大法官所謂的「可經由司法審查加以確認」，也絕非指得經由司法救濟途徑以取代法律明確性的要求之意，而應係指法律本身應足夠明確，俾提供司法據以審查依該法律所為（行政）行為的依據<sup>103</sup>。

觀諸社維法之條文內容，如第六十三條第一項第四款何謂「有殺傷力之物品」、第五款何謂「散布謠言」、第六款何謂「以其他方法驚嚇他人」、第二項何謂「情節重大」等，咸與大法官所闡明之法律明確性原則有所相格，於立法者尚未加以檢討之際，須嚴格解釋不確定之法律概念，以免人民生活作為多所落入社維法之處罰範疇。

#### 第四項 救濟制度之爭議

<sup>100</sup> 學者亦指出大法官於肯認「層級式法律保留」之下『階層式之法律明確性』亦有法理依據及實際上之需求，請參照林明鏘，〈論 SARA 所生之行政法上法律關係〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第四十九期，2003 年 8 月，頁 107。

<sup>101</sup> 參照陳愛娥，〈如何明確適用「法律明確性原則」？－評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，刊載於《月旦法學雜誌》，第八十八期，頁 254、255。

<sup>102</sup> 自此角度檢驗大法官釋字第五四五號解釋所言不確定法律概念的涵義「於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」的說法，即甚有問題，對於本件解釋的批評，請參照陳愛娥，〈如何明確適用「法律明確性原則」？－評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，刊載於《月旦法學雜誌》，第八十八期，頁 257-258。

<sup>103</sup> 參照陳愛娥，〈如何明確適用「法律明確性原則」？－評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，刊載於《月旦法學雜誌》，第八十八期，251 頁以下。

## 第一款 聲明異議及抗告救濟

社維法之救濟程序，由前所述得以知悉，其因處罰主體之區分，而有所不同。以警察機關為處罰主體之案件來說，人民不服對之得聲明異議救濟權利，經類如訴願法第五十八條機關轉呈之機制以達行政自省之功能，惟有所差異的是社維法所規定之救濟程序排除訴願法之訴願程序與行政訴訟法規定行政訴訟程序，是以，對於警察處分不服之救濟，並無訴願或同等之救濟程序，其審級救濟僅一個審級，即法院之救濟，且法院之救濟於法律特別明文規定下委由地方法院簡易庭為之，相較於訴願法第五十八條於訴願管轄機關接手前讓原處分機關自省之功能，對警察之處分社維法排除訴願之救濟，仍設計轉呈之機制其效果為何尚有待觀察。

其次，對於警察處分不服人民需提起聲明異議之救濟，按聲明異議於行政執行法係針對義務人或利害關係人對於執行方法、程序不服之救濟方式，其目的在針對執行中之程序處分加以迅速之救濟，亦為行政程序法第一百七十四條<sup>104</sup>但書之除外規定，是以，排除程序中之決定原則上僅得於對實體決定不服時一併聲明，得對之獨立提起救濟。從人民程序權之保障來說，行政執行法之程序中救濟，是值得肯認的。相對而言，社維法對於警察機關處分之救濟，實體內容之救濟採取類如程序上決定救濟之訴訟機制，對人民權利之保障似有不足。換言之，違序案件中之警察處分不服之救濟，為實體爭議之救濟但卻採取如同行政執行上程序爭議之救濟設計，將有損人民之權利救濟保障。

此外，違序案件之聲明異議係向法院所為，與行政執行之聲明異議比較，後者係向直接主管長官聲明救濟，行政執行法第九條第二項原於行政院提請立法院審議之條文中尚有規定：「前項聲明異議。異議人不得再聲明不服」且於立法理由書中強調，聲明異議非行政處分，應有將聲明異議作為對執行措施不服之最終救濟手段，惟草案於二讀會時，經政黨協商將「不得再聲明不服」刪除，探求立法意旨，應有使受執行者，對於聲明異議之決定不服時，有續行救濟之可能<sup>105</sup>。是以依歷史解釋對於聲明異議之駁回尚有救濟之可能。惟違序案件對於警察

<sup>104</sup> 對於行政程序法第一百七十四條之評論，參照李建良，《行政程序法與人民權利之保障》，刊載於《月旦法學雜誌》第五十期，1999年7月，頁54。

<sup>105</sup> 參照《立法院公報》，第87卷42期，民國八十七年，頁244以下；李震山，《行政法導論》，

所為處分不服之救濟卻僅得聲明異議以救濟權利，雖此種救濟安排已較違警罰法時代司法毫無置喙餘地<sup>106</sup>有所改善，惟以現行法制標準來說，違序案件之救濟之人民程序保障竟尚不如程序決定之救濟，職此，社維法所謂警察機關處分之違序案件，其救濟相較於程序上之決定，不論對人民訴訟權或其他自由權利之保障均明顯不足。因此實務上有因聲明異議程序不足，人民以陳情方式自力救濟之情形發生<sup>107</sup>，應不足為奇吧！

對於法院裁處不服之救濟，僅得向地方法院普通庭提起抗告，除排除訴願法及行政訴訟法之適用外，亦僅有一個審級之救濟。相較於其他行政事件訴願前置及二級二審之周密保障，何以法律對違序事件之相對人以大小眼之區別，僅給予一個審級之救濟，合理之差別待遇基礎安在？值得深思。加以實務運作上，在違序案件作成之際，另有擬捨棄抗告權之書狀，人民往往不知而加以簽名，對於人民訴訟權之侵害，可謂之『二度傷害』。

最後，從論理以觀，社維法僅一救濟審級，且該審級為事實審，對於法律審之救濟均予以剝奪，若認強化訴訟嚴密度，仍無法彌補審級之救濟，況且一審級之救濟即完盡訴訟救濟，而得直接提起憲法救濟，勢必加重大法官會議之案件量（諷刺的是，法院裁處案件捨棄抗靠書狀之設計，似乎某程度減少憲法訴訟之案源），對於整體制度而言並非正面，即大法官會議應為人民最後一道救濟程序，其所負載者為整體法律秩序之最終審認法律命令違法或憲法疑義之司法防線，也涉及司法資源之問題。職此，立法者不當縮減訴訟審級所影響者，除人民訴訟權之保障外，亦涉及整體司法資源之問題，恐有抵觸大法官會議最終審之憲法目的之嫌。換言之，制度不當之設計，使憲法上所確立之憲法機關及其所建立之司法位階（金字塔之頂端）流於失衡或因此案件之審級之窄化形成金字塔型頂端之過重負荷。

---

民國九十二年七月修訂五版，頁 424-425；廖義男，《行政法之基本建制》，2003 年 6 月初版，頁 283-285。

<sup>106</sup> 參照劉印宮，《從基本人權之保障論社會秩序維護法之制裁與救濟》，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國八十一年六月，頁 220；梁添盛，《違警罰法論》，中央警官學校刑事司法叢書（三），中央警官學校犯罪防制學系印行，民國七十五年十一月一日修訂再版二刷，頁 341 以下。

<sup>107</sup> 參照李震山主持，《司法對警察行政行為審查問題之研究》，國科會計畫成果，民國八十七年八月，頁 131。

## 第二款 訴訟程序法之適用疑義

依社維法第九十二條之規定違序案件之司法救濟程序準用刑事訴訟法之規定，違序案件與刑事案件同為公法事件，刑事案件基於國家刑罰權之落實，往往夾帶著國家刑事強制力，且加以刑事制裁之效果輕則拘役或罰金；重折無期徒刑或死刑，其中人身自由刑之採取最為常見，是以規範國家實施追訴、審判乃至執行之刑事訴訟法相對地對國家入人民於罪之程序，顯得格外嚴格。

違序案件屬行政案件，不論行政秩序罰與刑法採質或量之區分看法，無可否認的是，對人民權利之侵害，後者尤為重。是以對於人民侵害較低之行政秩序罰何以於審判權歸屬普通法院之際，又將司法救濟程序準用刑事訴訟法，其理由安在？即令人質疑。行政訴訟法之立法精神係較趨於民事訴訟法，從行政訴訟法上許多制度準用民事訴訟法<sup>108</sup>則不難得知，立法者是否考量行政秩序法與刑法有其類似性而準用刑事訴訟法不可而知，但若基於此理由，則不論行政秩序罰法草案通過與否，行政秩序罰之案件除違反道路交通管理處罰條例<sup>109</sup>等外，皆適用行政訴訟法之規定，除非就事實狀況之差異及立法之目的下，法律方得為不同之差別待遇<sup>110</sup>，否則有抵觸平等原則<sup>111</sup>之虞。

其次，法學方法上之準用，實應為同質者方得為之，社維法準用刑事訴訟法對人民訴訟時之程序有更嚴密之保障，諸如八十九年秩抗字第三二號認為違反刑事訴訟法第一百五十四條自白不得當作唯一之證據。此更加凸顯立法者之矛盾，亦即於訴訟層級上給予極低之程序保障（僅一個審級），但是訴訟程序上卻捨事物本質之行政訴訟程序不用，而準用嚴密之刑事訴訟法。更或許立法者之用意在於僅給與一個層級之訴訟權救濟恐不足保障人民之訴訟權，是以加強訴訟程序中程序之嚴密以彌補訴訟層級之不足，若此，訴訟程序之嚴密得以取代審級救濟之薄弱嗎？本文認為，訴訟法之不同會改變法院之操作，進而恐影響原事物本質之

<sup>108</sup> 如行政訴訟法第十八條、第二十條、第二十八條、第三十六條、第四十八條等。

<sup>109</sup> 對於違反道交案件之程序法探討詳見本計畫有關違反道路交通管理處罰案件部分之論述。

<sup>110</sup> 平等原則之經典論述請參照釋字第四五五號翁岳生大法官協同意見書。

<sup>111</sup> 有關平等原則之審查標準，參照李建良，〈憲法二〇〇二：司法院解釋年度回顧〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第五十一期，2003年10月，頁82；許宗力，〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，收錄於《憲法解釋之理論與實務》第二集，民國八十九年八月出版，頁85以下。

虞<sup>112</sup>，亦即法官於適用刑事訴訟法操作違序案件之訴訟程序，則行政事件恐生行政刑事化之質變，且準用之操作亦因法官個案之適用有所不同，對於支配訴訟流程之程序人民處於無法預見之狀態。

此外，行政訴訟法係專門針對行政案件所設計之訴訟法，有撤銷訴訟等之訴訟種類<sup>113</sup>，行政罰之救濟主要適用撤銷訴訟之類型，此類型非刑事訴訟法之規定得加以承載的。再者，訴訟中之審理程序至訴訟判決之裁判與刑事訴訟法皆有所差異，例如：撤銷訴訟之判決，依行政訴訟法第一百八十七條以下之規定作成，顯然與刑事訴訟法所規範判決無罪、有罪等有所不同。尤其在行政處分之停止執执行程序上，社維法規定法院審理準用刑事訴訟法，加上社維法特殊規定不同於一般行政救濟之救濟途徑，因此有關於訴願法（訴願法第九十三條參照）及行政訴訟法（行政訴訟法第一百一十六條參照）之停止執执行程序排除於違序案件上適用，又從處分執行力之觀點，刑事訴訟法規定於確定判決後方為刑之執行，與行政處分之執行力有所差異，因此，為調和行政處分之執行力與排除人民暫時權利之救濟 - 處分執行之停止 - 之困窘，如上所述實務另有擬捨棄抗告權之書狀之設計（人民亦往往不知而加以簽名同意捨棄），目的在於：準用刑事訴訟法抗告之規定人民於抗告期間五日內未抗告或捨棄抗告權即生確定之效果，即得逕行執行處分。實務捨棄抗告書狀之設計不外是立法者不當準用刑事訴訟法使行政處分之執行力搭配不相容之訴訟法，衍生出行政處分執行力的質變造成倒果為因之結果，而產生之『應變』作法，但此作法對於人民訴訟權之侵害，不可謂之不大。是以本文認為立法者必須重行審視事物本質（行政事件），選擇最適其本質之訴訟程序，方足以保障訴訟權而達到公平、正義及最適之判決。

## 第五節 代結論—改革的方向

- （一）違反社會秩序維護法案件處理辦法第十四條第一款不當擴張且超出社維法第四十三條第一項第二款之範疇，違反法律保留原則，應予以刪除或予已修正。

<sup>112</sup> 參照高文琦，《事物本質之概念在法學上之地位》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國七十八年，頁1以下。

<sup>113</sup> 行政訴訟依行政事件不同之屬性設計不同之訴訟種類，目的在達人民訴訟權之實現，參照林明鏞，〈二〇〇二年公法學在行政作用法上的回顧〉，刊載於《台灣本土法學雜誌》第五十一期，2003年10月，頁97。

- (二) 拘留制度違反權力分立及比例原則，應予刪除，使救濟制度回歸為單軌，是以社維法有關拘留之規定應予以檢討。
- (三) 處罰手段勒令歇業及停止營業，違反權力分立，應回歸為行政機關自我決定，且於現行除警察化之潮流下，宜將此手段從社維法刪除，或移請商業主管機關為勒令停業或停止營業。
- (四) 尚未刪除拘留、勒令歇業及停止營業前，宜建立警察先行認定權，以減輕法院之負擔及衡平司法於憲法保留下介入行政權所生之衝擊。
- (五) 增加救濟審級，刪除違序案件準用刑事訴訟法之規定，以避免同為行政秩序罰事件，不平等之救濟審級，造成對人民訴訟權之限制以及抵觸平等原則之疑慮。

## 第四章 檢肅流氓條例與其相關部分

### 第一節 前言

流氓<sup>114</sup>是人類社會歷史發展到一定階段的產物，關於其產生之因素，若自歷史角度觀察<sup>115</sup>，約略可歸結為三大條件，亦即剩餘勞動的產生、階級關係的劇烈變動和社會成員的頻繁流動，無論是在古今中外的任何一個社會結構中，流氓都被視為社會的毒瘤。而何謂流氓？實難有一明確的界定範圍，蓋殊不論道德違反行為，縱已達違反法律程度之犯罪行為，亦難謂其之全屬流氓行為。是以解釋上所謂之流氓行為，應限於主觀上之具有一定惡性，並其客觀違法行為之具有一定持續性者而言。無可諱言的在如此約略的範圍界定之下，流氓行為之型態勢必多端，造成法益侵害之程度亦將有輕重之別，是以國家對之必然須相應施以寬嚴不同的處置，以求權衡治安之維護與人權之保障。大抵上國家應衡量個別流氓行為侵害法益之程度，來比例限制各該行為人之基本權，程度重者，課予刑罰之制裁，藉限制其財產權、人身自由甚或剝奪生命權的方式，來達到威嚇或處遇的效果；反之，程度輕者，則僅課予秩序罰之制裁已足。而固然國家立法機關對於相關危害治安的流氓行為，已於實體法層面訂定若干之處罰規定，以符合法治國家之法律保留原則，惟實體法所預設價值之達成仍有賴國家公權力之發動，而就此公權力行為賦予符合正當法律程序原則<sup>116</sup>之程序法依據，亦屬基本權保障之重要環節。而關於流氓問題，我國早在民國四十四年十月二十四日即制定公布台灣省戒嚴時期取締流氓辦法<sup>117</sup>，其後更在民國七十四年七月十九日制定公布動員戡亂時期檢肅流氓條例，嗣後為配合動員戡亂時期的終止<sup>118</sup>而於民國八十一年七月二十九日再修正公布為檢肅流氓條例。民國八十五年十二月十一日，又針對集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織犯罪，另制定公布組織犯罪防制條例。惟台灣省

<sup>114</sup> 關於流氓之定義，有謂係指脫離生產不務正業而在社會上遊蕩，並以悖離傳統道德文化和破壞社會秩序為基本行為特徵的不良份子，詳請參閱李純櫻，〈中國古今流氓的類型、特質及變遷〉，現勤警察新聞 24 期，民國 85 年 3 月，頁 66；惟現今社會型態多元，流氓實尚非均脫離生產亦或不務正業，是以如此定義似有以偏蓋全之憾。

<sup>115</sup> 考據中國流氓之發展史，始於西周，發展於東周，成熟於秦漢，於西漢文景之治後，更危害封建統治制度，進入三國兩晉南北朝時期，則處於相對衰微期，嗣後又復甦於隋唐而極盛於五代十國，到了宋元時期則逐漸轉型，以至明、清初期則進入流氓發展的泛化期，詳請參閱李純櫻，〈中國古今流氓的類型、特質及變遷〉，現勤警察新聞 24 期，民國 85 年 3 月，頁 68。

<sup>116</sup> 司法院大法官第三八四號解釋參照。

<sup>117</sup> 中華民國 44 年 10 月 24 日行政院臺法字第 6183 號令行文 11 條，以迄 74 年 11 月 30 日止。

<sup>118</sup> 動員戡亂時期始於民國三十七年五月九日，止於民國八十年五月一日。

戒嚴時期取締流氓辦法已隨著解嚴<sup>119</sup>而失其效力，而組織犯罪防制條例則純屬實體刑罰規範<sup>120</sup>。至於檢肅流氓條例，則同時規定有流氓行為之要件及流氓之取締程序，兼含有實體法及程序法之規範性質；若就本法對於流氓取締程序之設計而言，純由警察機關為流氓之認定及輔導，若有須為感訓處分之必要者，則逕由警察機關移送法院為裁定，就此部分之權力分立結構而言，並無檢察官所主導之刑事偵查程序的參與空間。惟檢肅流氓條例第二條有關流氓行為之定義，觀其文義涵蓋之範圍甚為廣泛，包含秩序違反行為及犯罪行為，是以關於本法所設計之流氓取締程序究竟應如何與刑事訴訟法所定之刑事偵查程序相互配合，及其間所可能產生之疑義，本計劃將嘗試從行政法之角度來探討之。至於另關於組織犯罪防制條例之適用，因純屬偵查、審判之刑事範疇，尚非本計劃所欲探討之對象，於此合先敘明。

## 第二節 檢肅流氓條例之爭議解決現制介紹

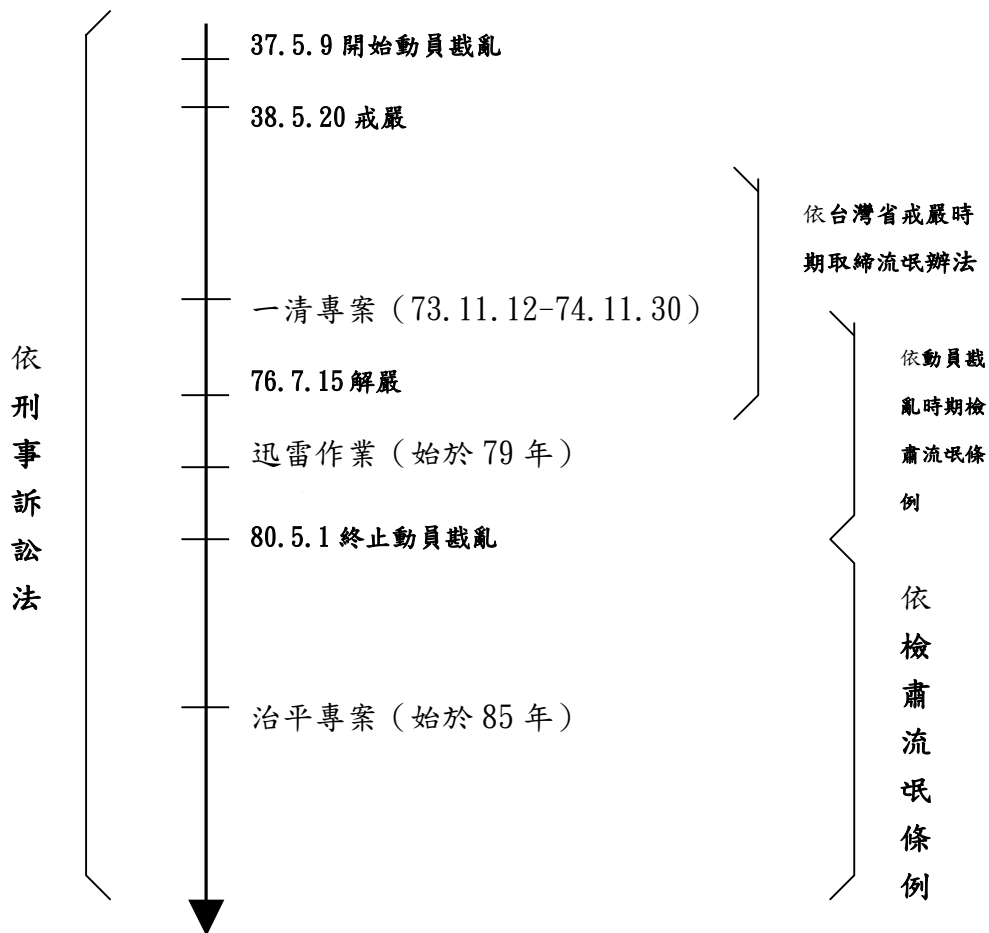
### 第一項 取締流氓之法律依據及其適用疑義

我國關於流氓之取締程序，每以專案方式來特定所欲取締之對象，而承辦人員對相關罪證之蒐集，除可依循刑事訴訟法所定之偵查程序外，尚有直接逮捕而逕送管訓者，而其各自取締方式，礙於時空因素的不同尚異其法律依據，以下以圖示之：

---

<sup>119</sup> 民國三十八年五月二十日發布戒嚴令，民國七十六年七月十五日宣布解嚴。

<sup>120</sup> 除組織犯罪防制條例外，流氓行為所可能涉及之實體刑罰規範尚有：刑法、懲治走私條例、洗錢防制法、槍斃彈藥刀械管制條例、毒品危害防治條例、兒童及少年性交易防制條例等特別刑法。



\* 本圖為本研究計劃自製

承圖表所示，取締流氓之法律依據除有性質上屬刑事偵查規定之刑事訴訟法外，尚因時空因素的不同另訂有台灣省戒嚴時期取締流氓辦法及動員戡亂時期檢肅流氓條例（其後修正為現今之檢肅流氓條例）。其中關於台灣省戒嚴時期取締流氓辦法，性質上並非屬立院三讀通過之法律，而僅係行政機關所訂立之命令，既亦不具有法律之授權，則實不合法治國原則之要求。惟當時正值戒嚴時期，憲法之明文泰半均被架空，礙於是時特殊的歷史背景，恐怕亦無法與法治完備、人權意識高漲的今日，來作相提並論。所幸，此一辦法已隨解嚴而失其效力。而就檢肅流氓條例而言，係相異於刑事偵查、審判程序以外之另一種流氓取締管道，由警察機關直接越過檢察官，而將案件移送治安法庭，職此之故就此兩套流氓取締之方式間，究竟應如何加以區別，到底是屬於涇渭分明的分工關係？亦或屬具相當程度重覆的重疊關係？若屬前者，檢肅流氓條例第二條關於流氓行為之

定義，應如何限縮於秩序違反行為，而排除犯罪行為呢？；反之，若屬後者，將應如何防止警察基於辦案便利之考量而逕依檢肅流氓條例取締，而迴避刑事訴訟法上之高密度規定或檢察官之指揮呢？觀此種種恐均是我國就流氓取締之制度設計係採取雙軌制所進而產生之適用疑義，以下將從檢肅流氓條例之規定加以說明，以檢討其相關規定之良窳，以俾於文後得以得出解決問題之方向。

## 第二項 檢肅流氓條例之規定

### 第一款 流氓之認定

#### 第一目 實體規定

依檢肅流氓條例第二條之規定<sup>121</sup>，係有關於流氓行為之定義，另檢肅流氓條例施行細則第四條<sup>122</sup>則係對本條之補充規定。

#### 第二目 程序規定（時間限制）

依檢肅流氓條例第三條第一項之規定，流氓行為逾三年者，警察機關不得提報、認定或移送法院審理；同條第二項更針對此三年期間之起算點加以明文，即自流氓行為成立之日起算，但行為有連續或繼續之狀態者，自行為終了之日

<sup>121</sup> 依檢肅流氓條例第二條之規定：「本條例所稱流氓，為年滿十八歲以上之人，有左列情形之一，足以破壞社會秩序者，由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單

位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之：

- 一 擅組、主持、操縱或參與破壞社會秩序、危害他人生命、身體、自由、財產之幫派、組合者。
- 二 非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者。
- 三 霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者。
- 四 經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務者。
- 五 品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者。」

<sup>122</sup> 依檢肅流氓條例施行細則第四條之規定：「本條例第二條所稱具體事證，係指足以認明具有該條所定情形之一之左列事證：

- 一 檢舉書、自白書。
- 二 鑑定書。
- 三 談話筆錄。
- 四 照片、錄音、錄影。
- 五 警察或治安人員之查證報告。
- 六 檢察官之起訴書或處分書、審判機關之裁判書、警察機關之處分書或認定流氓之文件。
- 七 其他證據。

本條例第二條所稱足以破壞社會秩序，係指其行為具有不特定性、積極侵害及慣常性，對社會秩序足以破壞者而言。」

起算。

## 第二款 處理程序

### 第一目 主管機關

第一、初審（流氓提報機關）：對於年滿十八歲以上之人，而有檢肅流氓條例第二條所列各款情形之一者，原則上是依同條規定由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位<sup>123</sup>審查；又依檢肅流氓條例第十條<sup>124</sup>之規定，於發現其係「正在實施」流氓行為者，得例外逕行強制其到案，由直轄市警察分局、縣（市）警察局檢具事證，不經初審逕報其直屬上級警察機關審核之。

第二、複審（流氓認定機關）：直屬上級警察機關<sup>125</sup>，係指直轄市政府警察局或省政府警政廳，精省後後者由警政署接辦。

### 第二目 主管機關之處理程序（指經認定為流氓後）

第一、書面告誡並予列冊輔導（檢肅流氓條例第四條第一款參照）。<sup>126</sup>

<sup>123</sup> 依檢肅流氓條例施行細則第三條之規定：「本條例第二條所稱其他有關治安單位，為法務部調查局及憲兵司令部派駐直轄市、縣（市）之治安單位。」

<sup>124</sup> 依檢肅流氓條例第十條之規定：「警察人員發現年滿十八歲以上之人，正在實施第二條各款情形之一時，得逕行強制其到案，由直轄市警察分局、縣（市）警察局檢具事證，逕報其直屬上級警察機關審核之。經認定為流氓者，視其情節，依第四條或第九條第一項之規定處理。」

<sup>125</sup> 依警察機關辦案件作業規定貳（權責劃分）之規定：「

一 直轄市警察分局、縣（市）警察局：

負責流氓之清查、蒐證、初審、提報、告誡輔導、列冊管制、通知或拘提、通緝到案、移送、抗告、停止輔導、註銷列冊之陳報、被移送人之解送執行管訓、受輔導人裁定拘留之執行及有關文書送達等工作。

二 直轄市政府警察局、省政府警政廳：

（一）負責提報流氓之複審（審核）認定、聲明異議案件之決定、註銷列冊之核准。

（二）督導所屬警察局、警察分局辦理檢肅流氓案件工作之執行。

三 內政部警政署：

（一）流氓訴願案件之決定。

（二）督導所屬與各級警察機關及協調有關治安單位辦理檢肅流氓案件工作之執行。」依其第二點可知複審機關為何。

<sup>126</sup> 針對告誡之救濟，另依本法第五條之規定：「經認定為流氓受告誡者，如有不服，得於告誡書送達之翌日起十日內，以書面敘述理由，向原認定機關聲明異議。

原認定機關認為聲明異議有理由者，應即撤銷原認定；認為無理由者，維持原認定，並以書面通知受告誡人。

受告誡人於收到前項書面通知後，得於三十日內向內政部警政署提起訴願；於收到訴願決定書後，仍不服者，得於三十日內向內政部提起再訴願；於收到再訴願決定書後，仍不服者，得於三十日內向行政法院提起行政訴訟。

經告誡後一年內，無第二條各款情形之一者，陳報原認定機關核准後註銷列冊及停止輔導，並以書面通知之（檢肅流氓條例第四條第二款參照）。

經告誡後一年內，仍有第二條各款情形之一者，得通知其到案詢問（檢肅流氓條例第七條第一項參照）。

第二、經認定為流氓而其情節重大<sup>127</sup>者，於經上級直屬警察機關之同意後，得不經告誡，通知其到案詢問（檢肅流氓條例第六條第一項參照）。

第三、前述（1）及（2）之情形，應於二十四小時內，檢具事證移送管轄法院審理；並以書面通知被移送裁定人及指定之親友（檢肅流氓條例第九條第一項參照）。

### 第三目 地方法院治安法庭<sup>128</sup>之審理（指決定是否交付感訓處分）

第一、聲請或移送之程式違背規定者，應以裁定駁回之（檢肅流氓條例第十三條第一項參照）。

第二、認應交付感訓者，應為交付感訓處分之裁定（檢肅流氓條例第十三條第二項參照），但毋庸諭知其期間。

第三、案件有法定情形之一者<sup>129</sup>，應裁定不付感訓處分<sup>130</sup>（檢肅流氓條例第十

---

認定流氓之告誡輔導，不因提起聲明異議而停止執行。但原認定機關於必要時得依職權或依聲明人之聲請，停止其執行。」

<sup>127</sup> 依檢肅流氓條例施行細則第五條之規定：「本條例第六條所定之情節重大，應審酌一切流氓情形，尤應注意左列事項認定之。」

- 一 手段與實施之程度。
- 二 被害之人數與受害之程度。
- 三 破壞社會秩序之程度。
- 四 行為後之態度。
- 五 有無逃亡或嚴重破壞社會秩序之虞。

有左列行為之一，足以破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產者，當然為本條例第六條所定之情節重大。

- 一 擅組、主持或操縱破壞社會秩序之幫派、組合者。
- 二 非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者、
- 三 以強暴脅迫手段，霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、欺壓善良或為其幕後操縱者。
- 四 經營、操縱職業性賭場，強逼良家婦女為娼或恃強為人逼討債務者。」

<sup>128</sup> 依檢肅流氓條例第二十二條之規定：「法院為處理本條例之案件，得設立專庭或指定專人，以治安法庭名義辦理之。」另依檢肅流氓條例施行細則第十九條之規定：「法院治安法庭置法官、書記官、通譯、錄事、法警及庭務員。」又依法院辦理檢肅流氓條例案件應行注意事項第五條之規定：「受理本條例案件，如被移送裁定人隨案解到時，應即通知治安法庭法官訊問。訊問後，除認不應留置而諭知具保、責付或限制住居，應即辦理必要手續外，如認應留置者，應簽發留置票將被移送裁定人留置於留置處所。各治安法庭法官應預留簽名及印鑑於留置處所，以便核對。留置期間，自簽發留置票之日起算。」

<sup>129</sup> 依檢肅流氓條例第十三條第三項之規定：「案件有左列情形之一者，應裁定不付感訓處分：

- 一 不能證明有流氓行為者。
- 二 以流氓行為情節重大移送之案件，經認為情節尚非重大者。
- 三 被移送裁定人未滿十八歲或心神喪失者。

三條第三項參照)。

承上所述，針對年滿十八歲以上之人所為該當於檢肅流氓條例第二條所訂情形之流氓行為者，本法分別依提報、認定及審查三個處理階段，前二者屬行政程序，後者則屬司法程序。如此制度之設計，蘊含有權力制衡之色彩，相當程度的得保障身為程序主體之一的流氓嫌疑人之權益。又從處分的類型視之，分別依其所為流氓行為之情節輕重及是否再犯，而相應課予告誡並列冊輔導及感訓處分。前者係針對危害情節較為輕微之流氓行為，由主管之警察機關即可單獨作成，性質上屬於行政處分；而後者則針對再犯情形或危害情節重大者，性質上屬法院之裁定。是以，前揭之所謂具權力制衡色彩者，係專指感訓處分而言。以下即以圖示方法說明本法所訂之處理流程：

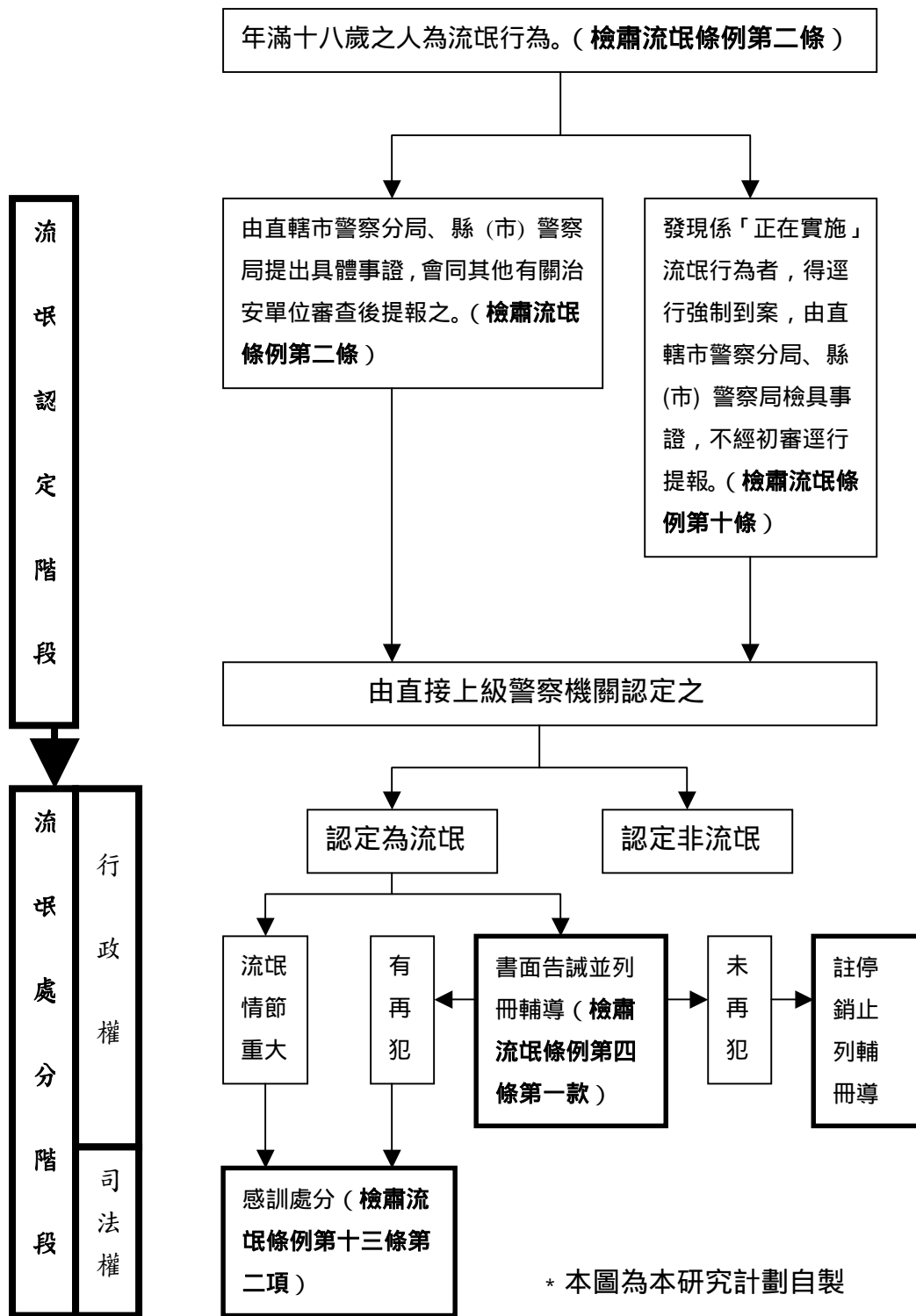
---

四 被移送裁定人死亡者。

五 時效已完成者。

六 同一流氓行為曾經裁定確定，或重複移送者。」

<sup>130</sup> 裁定不感訓處分的原因如下：一、認事用法不一（如：非屬流氓行為、非屬情節重大、事證未獲採信者），二、執行存有瑕疵（如：證據有瑕疵、未經會審、行為時效已過者），三、證人翻供或不出庭，四、其他（被移送裁定人為精神病患或死亡者），詳請參閱李純櫻，〈治平專案之法源：檢肅流氓條例〉，現勤警察新聞 27 期，民國 85 年 9 月，頁 14。



### 第三節 檢肅流氓條例之適用疑義

承前揭有關檢肅流氓條例相關規定之說明，約略可得出本法對流氓行為之實體要件規定與程序取締規定之內容，雖條文結構之安排堪稱明確，惟於具體適用上恐仍存有諸多疑義，於此依序分述如下：

### **第一項 違反明確性原則**

按立法者於制定法律時，雖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，從而適當運用不確定法律概念或概括條款，惟是項不確定法律概念或概括條款之意義仍須非難以理解，並且為受規範者之所能預見，甚且得經司法審查加以確認者。此即司法院大法官第四三二號解釋所揭櫫之法律明確性原則。惟今觀第二條條之「品行惡劣」、「遊蕩無賴」或「有事實足認為有破壞社會秩序」等文義，其範圍實失之浮濫，似乎未達侵害法益程度之行為，亦可能該當本條之規定，顯係不符合明確性，而有違法治國原則下之法安定性。職此之故，就本條之適用而言，解釋上宜從嚴認定之，而就立法展望而言，似亦有加以修正之必要。

### **第二項 對告誡不服之聲明異議，將使司法救濟遙遙無期**

依第五條第一項之規定，經認定為流氓受告誡者，如有不服，得向原認定機關聲明異議。按告誡，係屬對人民不利之行政行為，甚且附隨一定之不利法律效果，既屬主管機關所片面發布之具公權力規制作用者，則性質上當屬行政處分<sup>131</sup>。是以，對之如有不服，依法當得依循訴願、行政訴訟之管道，來謀求救濟。而今本條第一項規定，既要求人民於提起行政爭訟前，須先向為原處分之警察機關聲明異議，考其立法之意旨，故在賦予原處分機關之多一道自我審查機會，就此固非無見。惟如此要求人民須多踐行一道程序，將使得司法救濟遙遙無期，甚且此處告誡處分之期間僅有一年，相形之下更將使得聲明異議程序壓縮日後行政爭訟程序之救濟實益。又若使人民得逕提起訴願，則訴願法第五十八條之規定，亦已足以賦予原處分機關之自我審查機會，因此本條項聲明異議之規定，實應刪

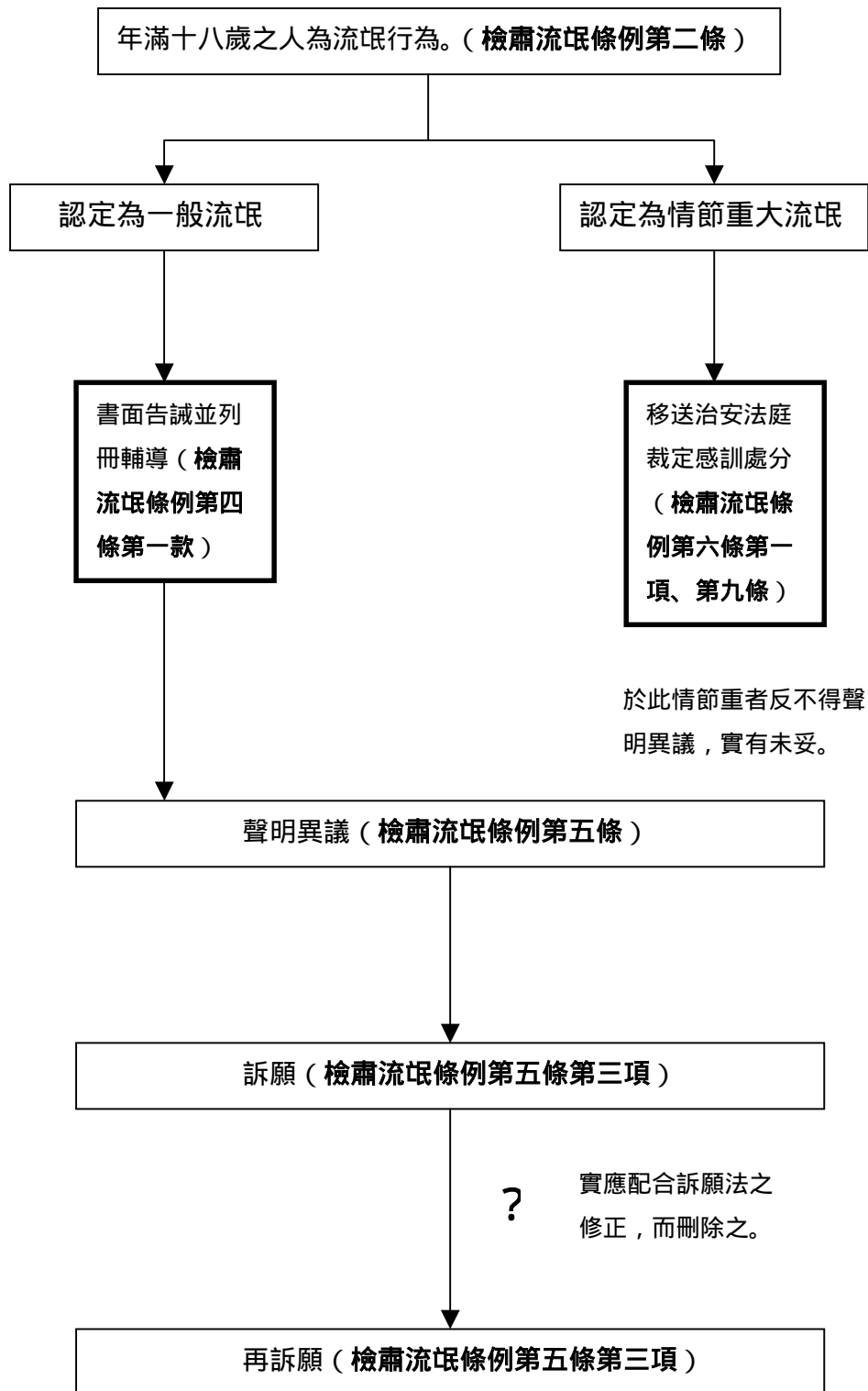
---

<sup>131</sup> 行政程序法第九十二條參照。

除，而回歸訴願程序救濟之。<sup>132</sup>又八十七年十月二十八日修正公布後之訴願法，已廢除再訴願程序，是以對於訴願決定仍有不服者即得逕提起行政訴訟，故參酌本條第三項之明文，仍有再訴願之規定，實應早日配合修正之，於此以圖示之：

---

<sup>132</sup> 學者亦有持相同看法者，而主張將個別法律所定有之「訴願先行程序」，限於專業性、科技性及大量作成性之處分始適用之，詳請參閱李震山，《訴願之先行程序與人民訴願權之保障》，〈月旦法學教室 - 公法學篇〉，2002年10月初版二刷，頁246至247。



\* 本圖為本研究計劃自製

### 第三項 逕行強制到案之規定，其本質上幾等同現行犯逮捕之概念

關於檢肅流氓條例第十條逕行強制到案之規定，其本質上幾符合現行犯之要件，惟依檢肅流氓條例施行細則第二十七條第一項之規定<sup>133</sup>，易得出須移送檢察機關偵查者，僅限於刑事法律所定最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪嫌者此一結論，果真如此恐將是以命令部分地架空法律關於現行犯逮捕之後序處理相關規定？又逕行強制到案之規定實類如現行犯之逮捕<sup>134</sup>，卻無類似相配套之解送設計<sup>135</sup>，恐將欠缺審查其強制到案是否合法之機制？實則於此之檢討，似可分別從檢肅流氓條例第十條與檢肅流氓條例施行細則第二十七條第一項兩個面向來討論之。

首先，關於檢肅流氓條例第十條之部分，純粹涉及法條本身設計良窳之問題，本條之規範對象為「現正實施的流氓行為」，其規範效果之特殊所在為「得不經初審」(相較於同法第二條)。因此只要是即時發覺的流氓行為，均得依本條之規定逕行強制到案，謂其背後思考之類如現行犯逮捕上無可厚非，惟同法第二條之流氓行為，既包括秩序違反行為與犯罪行為，則當即時發覺前者時，形式上當僅得依本條之規定，適用上尚屬明確，惟若屬後者，則除本條外，尚同時會該當刑事訴訟法第八十八條之規定，而生競合關係，於此情形兩者雖名異但實同，亦即均同屬對基本權之嚴重限制，故解釋上應使規範密度較高之刑訴法現行犯逮捕相關規定對本條規定有一封鎖作用，以避免藉本條來架空刑訴法之嚴格要件規定。又就秩序違反行為之即時發現而言，故甚明確的純依本條規定即可為強制到案，而無類前之規範競合疑義，惟非犯罪行為之即時發現，除當場命之停止、確認其身分外，是否一律均可強制帶回警局？恐怕從比例原則之必要性角度觀之，會無法站的住腳。

其次，關於檢肅流氓條例施行細則第二十七條第一項之部分，固然本條是以最輕本刑為五年以上有期徒刑來作為警察機關針對流氓行為之是否移送檢察機關偵查的判別標準，誠然其間存存下位階規範抵觸上位階規範之疑義，惟考其根

<sup>133</sup> 依檢肅流氓條例施行細則第二十七條第一項之規定：「警察機關發現行為人有本條例第二條所定之行為，同時觸犯或另犯刑事法律所定最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪嫌者，應將行為人連同刑事卷證移送檢察機關偵查，並同時檢具流氓事證移送法院治安法庭審理。」

<sup>134</sup> 參照刑事訴訟法第八十八條規定。

<sup>135</sup> 參照刑事訴訟法第九十二條第二項規定。

源所在，實是在檢肅流氓條例與刑事訴訟法兩者間相互重疊之關係上，若欲徹底探究此一問題，則不可迴避地須先對此雙軌制之設計加以檢討，就此詳待後述。

#### **第四項 治安法庭之規定，形同以警察機關充當訴追者之角色，似有架空檢察官之嫌<sup>136</sup>**

本法就經認定為流氓之人，將異其流氓行為之情節而相應課予書面告誡並予列冊管理或交付感訓等兩種處分類型，而承前所述，告誡處分純屬行政權即可發動之，而交付感訓處分涉及人身自由，限制人民基本權之程度較深，是以須分配由行政權與司法權各別掌理感訓處分之申請（移審）及感訓處分之作成（裁定），欲藉由導入權力制衡的觀念，來確保人民之權益。就此面向而言，實類如刑事偵查與刑事審判之關係。是以，依檢肅流氓條例第二十二條治安法庭之設計，為偵查主體之檢察官在刑事訴訟中所扮演之監督法院與控制警察之功能<sup>137</sup>，是否亦足以由警察在交付感訓程序中予以勝任？就監督警察功能而言，無非是期待警察自我節制，在今日警察素質仍未普遍提昇的情形之下，作如此的期待，雖非緣木求魚，亦屬困難重重啊！而又就監督法官之功能而言，警察尚不若檢察官之具有法律專業，是以縱強加以此義務，恐亦成效有限。是以本法就交付感訓程序之設計，實架空了檢察官，無疑賦予警察擺脫檢察官監督，而自立門戶之合法依據，解釋上實宜限縮此程序之適用，對於性質上屬犯罪行為之流氓情節，實應儘依刑事偵查、審判之程序辦理之，又從立法展望而言，或許應重新檢討本法於刑事訴訟法外另設流氓行為處理程序之實益，也或許回歸刑事訴追之單軌制，方是正本清源之道。

### **第四節 相關大法官解釋與案件分析**

#### **第一項 釋字第三八四號（84.7.28）**

##### **第一款 解釋文之節錄**

---

<sup>136</sup> 另請參閱黃朝義，〈留置裁定要件之相關問題--評大法官會議解釋第五二三號解釋等〉，月旦法學 78 期，90 年 11 月，頁 192。

<sup>137</sup> 詳請參閱林鈺雄，《談檢察官之雙重定位--行政官？(司)法官？》，刑事法雜誌第 42 卷 6 期，87 年 12 月，頁 9。

『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，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案。無須踐行必要之司法程序；第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送載定人與證人對質結問之權利，並妨礙法院發見真實；第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。又同條例第五條關於警察機關認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第十六條規定意旨違。』。

## 第二款 理由書之節錄

『前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。』 『依同條例第五條規定：經認定為流氓受告誡者，如有不服，得於收受告誡書之翌日起十日內，以書面敘述理由，經由原認定機關向內政部警政署聲明異議，對內政部警政署所為決定不服時，不得再聲明異議。排除行政爭訟程序之適用，顯然違反憲法第十六條保障人民訴願及訴訟之權。』 『同條例第六條規定：「經認定為流氓而其情節重大者，直轄市警察分局、縣（市）警察局得不經告誡，逕行傳喚之；不服傳喚者，得強制其到案。」及第七條規定：「經認定為流氓於告誡後一年內，仍有第二條各款情形之一者，直轄市警察分局、縣（市）警察局得傳喚之；不服傳喚者，得強制其到案。對正在實施中者，得不經傳喚強制其到案。」授權警察機關可逕行強制人民到案，但流氓或為兼犯刑事法之犯罪人或僅為未達犯罪程度之人，而犯罪人之拘提逮捕，刑事訴訟法定有一定之程式及程序，上開條文不問其是否在實施犯罪行為中，均以逮捕現行犯相同之方式，無須具備司法機關簽發之任何文書，即強制其到案，已逾越必要程度，並有違憲法第八條第一項明白區分現行犯與非現行犯之逮捕應適用不同程序之規定意旨。』 『同條例第十二條第一項規定：「警察機關及法院受理流氓案件，如檢舉人、被害人或證人要

求保密姓名、身分者，應以秘密證人之方式個別訊問之；其傳訊及筆錄、文書之製作，均以代號代替真實姓名、身分，不得洩漏秘密證人之姓名、身分」。第二項規定：「被移送裁定人及其選任之律師不得要求與秘密證人對質或詰問」，不問個別案情，僅以檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪被移送裁定人及其選任律師與秘密證人之對質或詰問，用以防衛其權利，俾使法院發見真實，有導致無充分證據即使被移送裁定人受感訓處分之虞，自非憲法之所許。」 『同條例第二十一條關於受感訓處分其行為同時觸犯刑事法律者之執行規定，使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險。又同一行為觸犯刑事法者，依刑法之規定，刑事審判中認須施予保安處分者，於裁判時併宣告之（參照刑法第九十六條）已有保安處分之處置。感訓處分為刑法及保安處分執行法所定保安處分以外之處分，而受感訓處分人，因此項處分身體自由須受重大之限制，其期間又可長達半年，且依上開規定，其執行復以感訓處分為優先，易造成據以裁定感訓處分之行為事實，經警察機關以同時觸犯刑事法律，移送檢察機關，檢察官或法院依通常程序為偵查或審判，認不成立犯罪予以不起訴處分或諭知無罪，然裁定感訓處分之裁定已經確定，受處分人亦已交付執行，雖有重新審理之規定（同條例第十六條第一項第七款），但其喪失之身體自由之危險。又同一行為觸犯刑事法者，依刑法之規定，刑事審判中認須施予保安處分者，於裁判時併宣告之（參照刑法第九十六條），已有保安處分之處置。感訓處分為刑法及保安處分執行法所定保安處分以外之處分，而受感訓處分人，因此項處分身體自由須受重大之限制，其期間又可長達三年，且依上開規定，其執行復以感訓處分之虞，自非憲法之所許。」 『同條例第二十一條關於受感訓處分人其行為同時觸犯刑事法律者之執行規定，使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險。又同一行為觸犯刑事法者，依刑法之規定，刑事審判中認須施予保安處分者，於裁判時併宣告之（參照刑法第九十六條），已有保安處分之處置。感訓處分為刑法及保安處分執行法所定保安處分以外之處分，而受感訓處分人，因此項處分身體自由須受重大之限制，其期間又可長達三年，且依上開規定，其執行復以感訓處分為優先，易造成據以裁定感訓處分之行為事實，經警察機關以同時觸犯刑事法律，移送檢察機關，檢察官或法院依通常程序為偵查或審判，認不成立犯罪予以不起訴處分或諭知無罪，然裁定感訓處分之裁定已經確定，受處分人亦已交付執行，雖有重新審理之規定（同

條例第十六條第一項第七款)，但其喪失之身體自由，已無從彌補。凡此均與保障人民身體自由、維護刑事被告利益久經樹立之制度，背道而馳。檢肅流氓條例上開規定，縱有防止妨害他人自由，維護社會秩序之用意，亦已逾越必要程度，有違實質正當，自亦為憲法所不許。』

### 第三款 案件分析

#### 第一目 本號解釋

揭櫫了實質正當法律程序之原則，究其內涵而言，區分為實體面及程序面，所謂實體的正當法律程序係指「罪刑法定主義」<sup>138</sup>。而所謂程序的之正當法律程序則係指「強制處分法定原則」（犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序）「自白任意性原則」（被告自白須出於自由意志）「證據裁判主義」（犯罪事實應依證據認定）「一事不二罰原則」（同一行為不得重複處罰）「對質詰問權之保障」（當事人有與證人對質或詰問之權利）「審檢分立原則」（審判與偵查、起訴之分離）「法庭公開原則」（審判過程以公開為原則）「審級救濟之提供」。

#### 第二目 現存缺失

雖經本號解釋揭櫫正當法律程序之於人權保障之重要性，惟現行檢肅流氓條例之部分規定仍存有些許疑義。首先就罪刑法定主義而言，主管機關對於符合本法第二條所定之流氓定義者，得加以告誡、列冊輔導，甚且通知其到案、拘提或強制到案等強制處分，並移送治安法庭裁定感訓處分。觀此些不利處罰之發動，似植基於流氓之「身分」，而非其「行為」，實有違罪刑法定主義之行為刑法之精神。<sup>139</sup>其次就人民之救濟管道而言，經本條例認定為一般流氓者，尚得依同條例第五條聲明異議，對異議結果不服者，尚得提起訴願及行政訴訟救濟之；而反觀經認定為情節重大之流氓者，反無此行政爭訟之救濟機會，似有輕重失衡之虞。另外就強制處分之法定原則而言，本條例第六條第一項但書之逕行拘提，性質上應類如刑事訴訟法第八十八條之一的「緊急拘捕」，而兩相比較，具有嚴格要件

<sup>138</sup> 刑法第一條參照。

<sup>139</sup> 相同批評尚可參閱黃朝義，〈留置裁定要件之相關問題—評大法官會議解釋第五二三號解釋等〉，月旦法學 78 期，90 年 11 月，頁 185。

限制之緊急拘捕尚且以所犯者為重罪為限，而要件較為寬鬆之本條項逕行拘提，反不限重罪，如此是否符合法定原則之意旨，實殊值懷疑；而第十條之逕行強制到案，性質上類如現行犯之逮捕，卻未有相類如刑事訴訟法第九十二條之審查機制的配套，如此程序保障之密度實甚有不足。又就對質詰問權之保障而言，本條例第十二條第一項後段，仍有例外以對被移送人告以要旨之方式來拒絕提供被移送人與證人對質、詰問之機會，如此恐怕已違反本號解釋將對質詰問權定位為憲法權利之意旨，蓋觀本條項之設計，其程度殊已非單純的限制，而係剝奪。最後就一事不二罰之精神而言，本條例第二十一條之感訓處分與刑罰及保安處分互相折抵之設計，可謂宣示了本號解釋所強調之一事不二罰之精神，惟依本條例施行細則第四十六條第一項所規定之先裁判確定者先執行之原則觀之，若刑事判決先行確定<sup>140</sup>而又屬輕罪者，則反而必須執行感訓處分與刑事判決，而受一罪兩罰。

## **第二項 釋字第五二三號（90.3.22）**

### **第一款 解釋文之節錄**

『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，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨』 『檢肅流氓條例第十一條第一項規定：「法院對被移送裁定之人，得予留置，其期間不得逾一月。但有繼續留置之必要者，得延長一月，以一次為限。」此項留置處分，係為確保感訓處分程序順利進行，於被移送裁定之人受感訓處分確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，乃對人民人身自由所為之嚴重限制』 『上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符』。

### **第二款 理由書之節錄**

『同條例第十一條第一項規定：「法院對被移送裁定之人，得予留置，其期間不得逾一月。但有繼續留置之必要者，得延長一月，以一次為限。」該留置處分係法院於感訓處分裁定確定前，為確保日後審理程序之處置，與刑事訴訟法之羈

---

<sup>140</sup> 實則依檢肅流氓條例第二十一條第二項之規定，於刑事訴追與感訓處分之審理程序競合之場合，多係由刑事判決先行確定。

押在處分目的上固有相類之處，惟同條例有意將此種處分另稱「留置」而不稱「羈押」，且其規定之要件亦不盡相同，顯見兩者立法之設計有異，自不能以彼例此」。

### 第三款 大法官王澤鑑、吳庚之部分不同意見書

『此項解釋係以不能準用刑事訴訟法第一百零一條關於羈押之要件為主要理由構成。其保障人身自由之意旨，固值首肯，但多數意見認不能準用刑事訴訟法相關規定，衡諸符合憲法解釋原則，則難贊同』。『多數意見所以認為不能準用，係以同條例有意將此種處分另稱「留置」而不稱「羈押」，且其規定之要件亦不盡相同，顯見兩者立法之設計有異，自不能以彼例此。然「留置」與「羈押」，均屬限制人民身體自由之刑事強制處分，被移送裁定之人於感訓處分確定前，其身體自由被拘束於一定處所，其人身自由既受嚴重限制，自應同受憲法基本權、法律明確原則與比例原則之保障，而有刑事訴訟法第一百零一條規定之準用，須被移送裁定之人有逃亡，或有事實足認有逃亡；或有事實足證其有湮滅、偽造、變造證據、或勾串共犯或證人等足以妨礙後續審查之虞時，始得留置，而不能委由法院自行裁量』。『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，皆能依法律規定，具備憲法第二十三條所定相關之條件，而符憲法第八條保障人身自由之意旨』。

### 第四款 案例分析 - 從檢肅流氓條例第十一條之留置處分談實務上『以行政之名，行刑事之實』之弊病

#### 第一目 本號解釋

多數意見之解釋文宣告修正前檢肅流氓條例第十一條之有關留置處分之規定係屬違憲，蓋其不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，顯已逾越比例原則之必要性。又雖其開宗明義即揭槩 - - 「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，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨」，惟針對「留置」與「羈押」之概念，解釋文尚以 - - 「該留置處分係法院

於感訓處分裁定確定前，為確保日後審理程序之處置，與刑事訴訟法之羈押在處分目的上固有相類之處，惟同條例有意將此種處分另稱「留置」而不稱「羈押」，且其規定之要件亦不盡相同，顯見兩者立法之設計有異，自不能以彼例此」而認為兩者係屬不同，就此仍維持行政措施與刑事措施之截然二分。反觀於不同意見書之中，卻認為——「「留置」與「羈押」，均屬限制人民身體自由之刑事強制處分，被移送裁定之人於感訓處分確定前，其身體自由被拘束於一定處所，其人身自由既受嚴重限制，自應同受憲法基本權、法律明確原則與比例原則之保障」，進而主張「留置」與「羈押」間，非本質上的兩立。誠然，就促成檢肅流氓條例之修法已補足留置處分之二要件一點觀之，本號解釋所作之改變有其貫徹人權保障意旨的功勞，惟就此一功勞而言，究係「恰到好處」？亦或可謂「為德不卒」呢？或許待下述（二）之討論後，即可得出定見。

## 第二目 實務上『以行政之名，行刑事之實』之弊病

行政作用與刑事作用各有其法律依據，就規範理解之層次而言，固然清晰可辨，惟若涵攝以高度複雜、交錯之事實後，則關於行政與刑事間之界限何在？恐將顯得混沌不明，每易造成執法人員藉遁入行政之方式，來迴避具較嚴格要件限制之刑事規定，亦即『以行政之名，行刑事之實』；今檢肅流氓條例第二條關於流氓行為構成要件之規定，其範圍涵蓋「秩序違反行為」及「犯罪行為」，是以造成本法所規定之「流氓認定程序」及「治安法庭裁定交付感訓處分」之制度設計，性質上橫跨行政與刑事兩領域，相當程度地與既有之刑事偵查程序重疊，是以亦可能產生前述『以行政之名，行刑事之實』之疑慮，使人權保障蒙上一層陰影，因此如欲對此一弊病尋求有效的防杜之道，則不可避免地須先釐清此一弊病的根源所在。

現行法對於「行政具體措施」與「刑事具體措施」之界定，流於以辭害義之盲點，單純以法律概念之名稱來區別彼此，而忽略了實質上措施所限制基本權之程度，是以若法概念名稱屬行政者（如：留置、管束、沒入），即搭配以寬鬆之要件，殊不知無論留置、管束、沒入等對基本權限制之程度，尚不亞於羈押、沒收等刑事措施，是以執法人員為免程序上之繁瑣，人之常情地當會優先就行政措施，而捨刑事措施，因此這恐怕才是『以行政之名，行司法之實』弊病之根源所

在，知其根源也方能對症下藥。是以有關行政或刑事措施之界定，應回歸實質上其所對基本權限制之程度觀之，如：「留置」與「羈押」雖形式名稱不同，惟其既均同屬對人身自由之限制，則理當具備同樣之法律保留密度<sup>141</sup>，如此方足以排除執法人員逕擇行政措施而捨刑事措施之不當想法，進而徹底根治『以行政之名，行司法之實』之弊病。職此之故，本號解釋文仍將行政措施與刑事措施之區別，堅持於法文形式上之名稱，如此就人權保障之落實而言，似仍有為德不卒之憾！

## 第五節 代結論 改革的方向

關於我國法制對流氓行為之規範，係採刑事訴訟法與檢肅流氓條例之雙軌制模式，惟礙於流氓行為之浮汎，造成其二法間之適用界限不甚明確。又因兩者彼此間程序之設計，相差甚多，若以後者之於前者而言，顯係寬鬆許多，若以之適用於非犯罪行為之流氓行為，尚無可厚非；惟若以之適用於屬犯罪行為之流氓行為，則恐將架空原本設計完備之刑事訴訟程序。如此對人權保障而言，亦成為一大隱憂。又觀現今實務，流氓行為之類型多朝向組織性、集團性、常習性、脅迫性、暴力性等特性發展，是以連帶影響警察之偵辦方式亦轉依長期蒐證、佈線之方法，有關檢肅流氓條例所規定之提報、認定流氓等程序，反被忌為易打草驚蛇。是以，取締流氓之大宗，多是依循刑事訴追之程序來偵辦、起訴相關組織犯罪防治條例之犯罪，職此之故，在檢肅流氓條例本身規定具有疑義、甚且實際運作上已漸被組織犯罪防治條例取代的情形下，或許就立法展望而言，修正檢肅流氓條例，使流氓之取締回歸刑事訴訟單軌制，方是為警方提供打擊犯罪利器的唯一坦途。

---

<sup>141</sup> 司法院大法官第四四三號解釋參照。

## 第五章 入出境管理部分

### 第一節 前言

憲法第十條規定：「人民有居住及遷徙之自由。」旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。對人民上述自由或權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之（釋字第四五四號解釋參照）。

就入出境之管理，牽涉多種法令及多個機關之權限，本文限於研究範疇，僅擬就警察法上之入出境管理事件為探討，因此欠稅限制出境<sup>142</sup>、僱主大量解僱勞工<sup>143</sup>等案件類型均排除在外，合先敘明。同時本文所稱警察法上之入出境管理事件，乃專指警察行政權限範疇，並以非法入國、逾期停留、居留之查察、強制出境等為中心，至於入境期間如有犯罪，另涉刑責者<sup>144</sup>，於該犯罪之訴追已進入司法程序，故亦不在本文研析範圍。

入出境管理問題牽涉憲法所保障居住及遷徙自由<sup>145</sup>，而我國因為特殊的地理

<sup>142</sup> 關於欠稅限制出境相關問題，請參照「限制欠稅人或欠稅營利事業負責人出境實施辦法」、葛克昌，金錢給付義務及其協力義務之不履行與制裁，收於氏著《行政程序與納稅人基本權》，91年10月，以及吳啟玄，稅捐稽徵法上限制出境制度合憲性之研究，以釋字第三四五號解釋為中心，九十學年度台大法律研究所碩士論文。

<sup>143</sup> 關於大量解僱勞工相關問題，請參照民國九十二年二月七日公布之「大量解僱勞工保護法」，以及楊通軒，大量解僱勞工保護法相關法律問題之研究，《律師雜誌》第282期，92年3月。該法第十二條規定：「事業單位於大量解僱勞工時，積欠勞工退休金、資遣費或工資，有下列情形之一，經主管機關限期令其給付，屆期末給付者，中央主管機關得函請入出國管理機關禁止其董事長及實際負責人出國：一、僱用勞工人數在十人以上未滿三十人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣三百萬元。二、僱用勞工人數在三十人以上未滿一百人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣五百萬元。三、僱用勞工人數在一百人以上未滿二百人者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣一千萬元。四、僱用勞工人數在二百人以上者，積欠全體被解僱勞工之總金額達新臺幣二千萬元(I)前項規定處理程序及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之(II)」

<sup>144</sup> 刑法第三條：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之；在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」又入出國及移民法、台灣地區與大陸地區人民關係條例均有若干違反該法（條例）之刑罰規定。

<sup>145</sup> 但對於境外外國人入境之不予許可，因其不具我國國籍，亦非在我國境內，故不為我國憲法之效力所及，而不得享有我國憲法所定之遷徙自由基本權。至於大陸地區人民，雖與一般外國人有別，但是否享有我國憲法所定之遷徙自由基本權仍有爭論，惟縱認其享有，於實然面上，基於兩岸局勢之特殊及國防安全之考量，仍受有嚴格之限制（釋字第四九七號解釋參照）。不過強制外國人或大陸地區人民出境又是另外一個問題，此時可能另涉及人身自由權、一般行動自由權等，由於此時其為我國憲法地域效力所及，依通說見解，人身自由權、一般行動自由權應屬普世之基本人權，故外國人或大陸地區人民亦得享有，此時強制其出境、強制將其收容等措施，若無

位置及歷史文化背景，入出境管理更顯複雜，乃有詳予究明之必要。以下即先就入出境之爭議解決機制為說明，次就若干相關大法官解釋與行政法院裁判為分析，再抽繹出具代表性的問題並提出其解決方針，資為實務運作參考。

## 第二節 入出境爭議解決現制介紹

就入出境爭議，相關法令（主要為「入出國及移民法」<sup>146</sup>及其授權子法）並無如道路交通管理處罰條例或社會秩序維護法般，特設爭議解決之機制，因此並無訴願法第一條第一項但書、行政訴訟法第二條除書之情形。按訴願法第一條第一項謂：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」行政訴訟法第二條則謂：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」今立法者未就入出境爭議特設解決程序<sup>147</sup>，則就入出境之爭議，與其他一般公法性質之事件同，仍應由行政法院依行政訴訟法審理之，如涉及行政處分者，且應先經訴願程序。

值得一提的是，入出國及移民法第二條規定：「本法之主管機關為內政部（I）內政部為辦理本法規範之入出國及移民業務，設入出國及移民署。但有關查察逾期停留、居留及非法入國之業務，由入出國及移民署會同警政署辦理（II）」惟迄今內政部尚未依該規定設置入出國及移民署，入出國及移民法施行細則第六十

---

形式上法律之授權或實質上符比例原則等要求，即難免有違憲侵害基本權之疑慮。

<sup>146</sup> 入出國及移民法於民國八十八年制定公布，並於同年五月二十一日開始施行，至今歷三次修正，惟變動幅度不大。該法概分為十章：第一章為「總則」，第二章為「國民入出國」，第三章為「台灣地區無戶籍國民停留、居留及定居」，第四章為「外國人入出國」，第五章為「外國人停留、居留及永久居留」，第六章為「驅逐出國」，第七章為「機、船長及運輸業者之責任」，第八章為「移民輔導」，第九章為「罰則」，第十章為「附錄」。其中並無關涉救濟途徑之特別規定。

<sup>147</sup> 釋字第四六六號解釋略謂：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。」釋字第五四號解釋理由書略謂：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，縱事件屬性在學理上容有推求餘地，其拘束全國機關及人民之效力，並不受影響，各級審判機關自亦有遵循之義務，本院釋字第四六六號解釋亦同此意旨。」

四條就此乃設有規定如下：「內政部依本法第二條第二項設移民署前，依下列分工方式執行本法規範之入出國及移民業務：一、入出國查驗：機場由內政部警政署航空警察局辦理；港口由內政部警政署各港務警察所辦理。二、國民入出國管理、無戶籍國民停留、居留、定居管理及其他綜合業務：由內政部警政署入出境管理局辦理。三、外國人入出國、停留、居留、永久居留、收容管理及驅逐出國：由內政部警政署辦理，或由其委託直轄市政府警察局、縣(市)警察局辦理。四、移民輔導、移民業務機構及其從業人員管理：由內政部辦理。」<sup>148</sup>是現階段人民就入出國及移民事項欲提起行政爭訟者，被告機關尚難以一概而論，仍須就個別具體狀況判斷之。

### 第三節 相關大法官解釋及行政法院裁判分析

#### 第一項 相關大法官解釋分析

就入出境問題，大法官曾作有之相關解釋為釋字第四四三號、第四五四號、第四九七號、第五一七號及第五五八號。茲摘錄上開五解釋與入出境相關部分，並予分析：

##### 第一款 釋字第四四三號解釋

此號解釋理由書之次段提及：「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。對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度。」就居住及遷徙自由之內涵為詮釋，自具重大意義。而「對此人民自由權利之限制，憲法第二十三條規定應以法律定之且不得逾越必要之程度」所指之「法律」，依該解釋理由書首段所提之「層級化法律保留」理論，應係指實質意義之法律，而不以立法院通過、總統公布之形式意義法律為限。

---

<sup>148</sup> 本條規定是否逾越母法之授權範圍暫且不論，將入出國及移民業務交由航空警察局、港務警察所、縣(市)警察局等辦理，則依現行實務作法，可能會有部分機關層級太低，不能做行政行為名義機關之疑慮。

按解釋理由書首段略謂：「何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」其所謂「限制人民身體自由」當係指行動自由之完全剝奪，至於遷徙自由乃指移居或旅行之權利，應與人身自由（憲法第八條參照）不涉及居停處所者，概念上有所區隔<sup>149</sup>。因此，對居住遷徙自由之限制，當屬「涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」者，無須國會保留，此觀本號解釋就限制役男出境處理辦法表示「限制役男出境係對人民居住遷徙自由之重大限制，兵役法及兵役法施行法均未設規定，亦未明確授權以命令定之。行政院發布之徵兵規則，委由內政部訂定役男出境處理辦法，欠缺法律授權之依據，該辦法第八條規定限制事由，與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布日起至遲於屆滿六個月時，失其效力。」亦可知。

## 第二款 釋字第四五四號解釋

此號解釋理由書首先指出：「憲法第十條規定人民有居住及遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利。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，惟必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之，或經立法機關明確授權由行政機關以命令定之。」明示出境或入境之權利為憲法第十條所保障之居住及遷徙自由所包括，且指出對於人民入境居住之權利得因規範對象之不同及其所受限制之輕重而容許合理差異之規範，最後並重申對居住及遷徙自由之限制屬一般法律保留層次

<sup>149</sup> 請參照吳庚，《憲法的解釋與適用》，初版，92年4月，頁204。

之看法。大法官並據此認為：「中華民國八十三年四月二十日行政院台內字第一三五五七號函修正核定之『國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點』第七點規定（即原八十二年六月十八日行政院台內字第二七七號函修正核定之同作業要點第六點），關於在臺灣地區無戶籍人民申請在臺灣地區長期居留得不予許可、撤銷其許可、撤銷或註銷其戶籍，並限期離境之規定，係對人民居住及遷徙自由之重大限制，應有法律或法律明確授權之依據。除其中第一項第三款及第二項之相關規定，係為執行國家安全法等特別法所必要者外，其餘各款及第二項戶籍登記之相關規定、第三項關於限期離境之規定，均與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」<sup>150</sup>

### 第三款 釋字第四九七號解釋

此號解釋之解釋文為：「中華民國八十一年七月三十一日公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例係依據八十年五月一日公布之憲法增修條文第十條（現行增修條文改列為第十一條）『自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定』所制定，為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務之特別立法。內政部依該條例第十條及第十七條之授權分別訂定『大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法』及『大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法』，明文規定大陸地區人民進入臺灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無抵觸。」說明「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」及「大陸地區人民在臺灣地區定居或居留許可辦法」<sup>151</sup>乃符合授權母法「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」之意旨，未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，因此符合憲法第二十三條之比例原則及

<sup>150</sup> 所謂「臺灣地區無戶籍人民」，應係指具有我國國籍，現僑居外國國民及取得、回復我國國籍未曾在臺灣地區設有戶籍之國民（入出國及移民法第三條第四款參照）。對臺灣地區無戶籍國民之停留、居留及定居相關事項，今已有入出國及移民法專章規範（該法第三章參照）。入出國及移民法於民國八十八年制定公布，並於同年五月二十一日開始施行，乃係因應釋字第四五四號解釋（八十七年五月二十二日公布）就國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點第七點所為之一年定期失效違憲宣告。

<sup>151</sup> 此辦法業於民國九十三年三月一日由內政部以台內警字第 0930079894 號令修正發布名稱為「大陸地區人民在臺灣地區依親居留、長期居留或定居許可辦法」及全文 47 條；並自九十三年三月一日施行。

法律保留原則，並未違憲。又推敲本號解釋，大法官似採大陸地區人民亦為我國憲法第十條所保障居住及遷徙自由權主體之看法，只不過該權利為「確保臺灣地區安全與民眾福祉」，應受較大之限制。

#### **第四款 釋字第五一七號解釋**

於此號解釋中，大法官認為：「妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報者，即處以刑事罰，係為確保國防兵員召集之有效實現、維護後備軍人召集制度所必要。其僅課予後備軍人申報義務，並未限制其居住遷徙之自由，與憲法第十條之規定尚無違背。」

於解釋理由書中，大法官另提及：「違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰，以不依規定入出境而言，入出國及移民法第五十九條固以罰鍰作為制裁方法，但同法第五十四條基於不同之規範目的，亦有刑罰之規定，並非謂對行政法上義務之違反，某法律一旦採行政罰，其他法律即不問保護法益有無不同，而不得採刑事罰。」惟無論採行政罰或刑事罰，立法者雖有一定形成自由，但大法官指出仍不得逾越比例原則。是大法官固以入出國及移民法為例，說明「並非謂對行政法上義務之違反，某法律一旦採行政罰，其他法律即不問保護法益有無不同，而不得採刑事罰」，然因並未實質以比例原則檢驗該法所定之行政罰（第五十九條）或刑事罰（第五十四條），故入出國及移民法罰則部分之規定仍有檢討之空間，並未因本號解釋而得大法官之合憲背書。

#### **第五款 釋字第五五八號解釋**

大法官於此號解釋理由書中表示：「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，惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之，方符憲法保障人民權利之意旨，本院釋字第四五四號解釋即係本

此旨趣。依現行憲法增修條文第十一條規定，自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定，是法律就大陸地區人民進入臺灣地區設有限制，符合憲法上開意旨（參照本院釋字第四九七號解釋）。其僑居國外具有中華民國國籍之國民若非於台灣地區設有住所而有戶籍，仍應適用相關法律之規定（參照入出國及移民法第三條第一款、第五條第一項、第七條規定），此為我國國情之特殊性所使然。」重申居住及遷徙自由包括入出國境之權利，並以「人民為構成國家要素之一」為由，認為「國家不得將國民排斥於國家疆域之外」。惟「為維護國家安全及社會秩序」，人民入出境之權利仍非不得依憲法第二十三條予以限制。

大法官並進一步指出：「七十六年公布之動員戡亂時期國家安全法制定於解除戒嚴之際，其第三條第二項第二款係為因應當時國家情勢所為之規定，適用於動員戡亂時期，與憲法尚無牴觸，業經本院釋字第二六五號解釋在案。但終止動員戡亂時期及解除戒嚴之後，國家法制自應逐步回歸正常狀態。立法機關盱衡解嚴及終止動員戡亂時期後之情勢，已制定入出國及移民法，並於八十八年五月二十一日公布施行，復基於其裁量權限，專就入出境所制定之相關法律規定施行日期。國家安全法於八十一年修正，其第三條第一項仍泛指人民入出境均應經主管機關許可，未區分國民是否於臺灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，對於未經許可入境者，並依同法第六條第一項規定處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣九萬元以下罰金，違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害國民得隨時返回本國之自由，國家安全法上揭規定，與首開解釋意旨不符，應自入出國及移民法之相關規定施行時起，不予適用。」是今國民之入出國，原則上專依入出國及移民法之規定<sup>152</sup>，國家安全法第三條第一項及第六條第一項之規定，違憲侵害「國民得隨時返回本國之自由」，已不予適用。入出國及移民法第五條第一項規定：「國民入出國，應向主管機關申請許可；未經許可者，不得入出國。但居住臺灣地區設有戶籍國民，自本法施行一年後，入出國不需申請許可。」故自八十九年五月二十一日起，居住臺灣地區設有戶籍國民入出國已不需向內政部申請許可。

---

<sup>152</sup> 入出國及移民法第一條：

「為統籌入出國管理，確保國家安全；規範移民事務，落實移民輔導，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」

## 第二項 相關行政法院裁判分析

前曾述及，就入出境爭議問題，現制係循一般行政爭訟途徑解決。為求瞭解實際爭議情形及實務運作方式，除大法官解釋外，當亦就行政法院之裁判為分析、檢討。以下即就若干相關行政法院裁判<sup>153</sup>為評析：

### 第一款 外國人申請長期居留偽造文書案件 最高法院九十年判字第一四二六號判決（原告勝訴）

#### 第一目 案件事實

緣原告（江秀珍）居住緬甸，在臺無戶籍，於民國八十六年十一月十六日持緬甸護照入境，以外國人身分在臺居留。八十七年十一月二十日以緬甸華僑身分，向僑務委員會所轄之緬甸華僑旅運社（現名：仰光華僑旅運社），申請來臺依親長期居留（在臺關係人：徐永欽）。案經該社審查，原告出生證明係假冒負責人簽名之偽造文件，且戶口表亦是重新製作，親屬關係無法採認，不符「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」<sup>154</sup>（業於民國八十八年十一月一日廢止）來台長期居留之規定。被告（內政部警政署入出境管理局）爰於八十八年三月六日以（八八）境仁字第一八六二八號書函，函復不予許可，並請僑務委員會華僑證照服務室轉知原告。原告及徐永欽不服，提起訴願，經遭決定駁回，原告仍未甘服，提起再訴願，亦遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

#### 第二目 原、被告主張及法院裁判理由

本案法院判決原告勝訴，茲整理原、被告主張及法院裁判理由如下表：

原告主張	被告主張	法院裁判理由
1.該旅運社承辦人員既非該簽名之本人，又非其親屬，如	本案經緬甸華僑旅運社審查，原告出	1.本件原告申請時檢附之出生證明，經緬甸華僑旅運社簽註

<sup>153</sup> 一則入出國及移民法係八十八年始公布、施行，二則入出境案例數量不少，是本文限於篇幅及案例分析價值，所評析之行政法院裁判僅以近三年（九十、九十一、九十二年度）者為限。

<sup>154</sup> 此作業要點為職權命令，並未得法律之授權（釋字第四五四號解釋參照）。至於國人入出境、停留、居留、定居等，現係依入出國及移民法第二章、第三章之規定。

<p>何認定上開出生證明之負責人簽名係屬偽造。</p> <p>2.緬甸華僑旅運社並指原告係緬甸人而非緬甸華僑云云，惟嗣後原告另已提出前述西元一九九一年十月十六日登記之戶口名簿，經申請准予更正原告為緬甸華僑，復可佐證緬甸華僑旅運社所為之認知應屬有誤。</p>	<p>生證明係假冒負責人簽名之偽造文件，且戶口表係重新製作，親屬關係無法採認，被告除依作業要點第七點第一項第四款規定：「以偽造、變造證件或冒用身分申請或入境者」，不予許可外，並函請台北市政府警察局偵處；嗣經該局內湖分局查證，原告不無涉有偽造文書之罪嫌，移請士林地方法院檢察署偵辦。</p>	<p>負責人「簽名是假冒簽名」、「此證是偽造文件」等語，既未提出相關之真正簽名以供比對，而簽註人員有無辨別異同之特別知識經驗，又無任何資料足資審認，則該項簽註之論斷，尚難遽予採信。</p> <p>2.原告申請時檢附之戶口表經緬甸華僑旅運社簽註：「此證是重新再弄，如是正式證件，凡是同樣稱謂者，不會全部書寫，只是以『 』代替，其親屬真實性令人懷疑」等語，其徒以稱謂欄書寫方式之異同，作為論斷之依據，自嫌速斷。</p> <p>3.台北市政府警局內湖分局刑事案件移送書載明原告矢口否認犯行，而以緬甸華僑旅運社提供之前開文件為其移送之唯一證據，殊難採為不利於原告之認定。</p>
<p>1.原告已提出由緬甸聯邦政府移民及人力資源局所核發於西元一九九一年十月十六日登記之戶口名簿，其上載有原告之資料與上開出生證明所載之資料完全一致，何來偽造之可言。</p> <p>2.原告已再次聲請當地現任出生與死亡登記主管出具證明書，證明原告檢附之出生證明係確由 DAW THEIN NU 醫師所簽發無誤。</p> <p>3.緬甸華僑旅運社並謂原告檢附之戶口紀錄表亦係重新變造，無法確認親屬關係云云，原告再提出由當地現任市鎮長出具之證明書為憑，據以</p>	<p>原告前於訴願時所附之緬甸地區文件影本，雖經我駐泰國辦事處驗證，惟該處之驗證章均加註：本驗證僅證明緬甸駐泰大使館職官簽名屬實，至其內容真偽則不在證明之列。則其驗證應無法推翻僑務委員會所轄緬甸華僑旅運社之實地查核結果。</p>	<p>原告於一再訴願及本院均提出緬甸國南勃陀市鎮出生與死亡登記證明書、戶口名簿、緬甸國勃陀市鎮長證明書、戶籍謄本等件為證。經核各該文件所示，均經出具者簽名，復由緬甸外交部及我國駐外館處驗證。如果屬實，依外交部發布之駐外館處文件證明辦法相關規定，各該文書似得持至我國使用並獲我國承認；如有疑問時，亦應送請外交部覆驗。</p>

證實並無變造之情事。		
------------	--	--

### 第三目 判決評析

本文贊同行政法院之見解，亦認被告駁回原告長期居留申請之處分為違法。按緬甸華僑旅運社非行政機關，而係民間法人，惟依當時「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」第二十九條<sup>155</sup>之規定，該社因為外交部授權機構，驗證依該要點應繳付之在國外作成證件，當屬行政程序法第十六條第一項<sup>156</sup>之「行政委託」情形，緬甸華僑旅運社在受託行使公權力之範圍內，為功能意義之行政機關（行政程序法第二條第三項<sup>157</sup>參照）。因此，案中緬甸華僑旅運社就原告所提文件之驗證係屬行政處分（行政程序法第九十二條第一項<sup>158</sup>、訴願法第三條第一項<sup>159</sup>參照），且基於行政處分之構成要件效力<sup>160</sup>，緬甸華僑旅運社之驗證結果應拘束內政部警政署入出境管理局（被告）。

惟本案中，緬甸華僑旅運社就原告所提文件之驗證，未依論理及經驗法則判斷事實真偽（行政程序法第四十三條<sup>161</sup>參照），其驗證處分已非不當，而為違

<sup>155</sup> 「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」第二十九條（業於民國八十八年十一月一日廢止）：

「依本要點應繳附之文件，其在國外或港澳地區製作者，應經我駐外使領館、代表處、辦事處或其他外交部授權機構驗證；僑居之國家或地區無上述機構者，由僑務委員會認可之僑團或蒙藏委員會在海外設置之服務中心代為驗證。」

<sup>156</sup> 行政程序法第十六條第一項：

「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」

<sup>157</sup> 行政程序法第二條第三項：

「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」

<sup>158</sup> 行政程序法第九十二條第一項：

「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

<sup>159</sup> 訴願法第三條第一項：

「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

<sup>160</sup> 行政處分之構成要件效力，乃指行政處分對其他國家機關之拘束效力。以對其他行政機關而言，基於對機關權限分配秩序之尊重，其他行政機關有義務將處分機關所為之處分當作一個既定的構成要件，或者說一個既成的事實，予以承認、接受，並充作其自身管轄事務決定之基礎。當然，這個處分必須以「有效」為前提，且行政處分仍無法拘束上級機關，原因在於上級機關對下級機關所為之處分具有適法性及適當性之審查權限。請參照許宗力，行政處分，收於翁岳生編《行政法二》上冊，二版二刷，89年7月，頁586以下。

<sup>161</sup> 行政程序法第四十三條：

「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人。」

法。則依釋字第三七九號解釋<sup>162</sup>之意旨，被告駁回原告長期居留申請所執事由已「失所附麗」(緬甸華僑旅運社所為文書驗證處分違法)，故被告該駁回處分亦為違法。而案中無論係緬甸華僑旅運社或內政部警政署入出境管理局(被告)所為之處分，行政法院均應有合法性審查之權限。

綜言之，本判決並無重大瑕疵，僅用語及論證順序上宜作修正。被告處分為違法，係因其執為基礎事實之緬甸華僑旅運社所為驗證處分違法，本號判決於論證上宜循序推行說明。另行政法院無「適當性」審查權限，因此「一再訴願決定亦欠允當」<sup>163</sup>、「原處分有欠妥適」等語宜作修正。

尚須附言者，本案根源實係緬甸華僑旅運社所為驗證處分為違法，兩造訴辯爭點亦圍繞在緬甸華僑旅運社驗證不合格處分所執證據之證明力上，因此緬甸華僑旅運社所為之驗證處分亦宜一併請求法院撤銷(惟此尚牽涉我國行政訴訟是否採爭點主義<sup>163</sup>)，否則僅撤銷境管局所為駁回長期居留申請之處分，原告所提文件仍未經驗證通過，不利於日後重為申請或提出他項申請。本判決作成於九十年八月，而行政訴訟法新制於八十九年七月一日已施行，依行政訴訟法施行法第

---

<sup>162</sup> 釋字第三七九號解釋：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，乃土地法第三十條第一項前段所明定。申請農地所有權移轉登記者，依土地登記規則第八十二條第一項第一款前段規定，應提出承受人自耕能力證明書，登記機關既應就所提自耕能力證明書為形式上的審查，則其於登記完畢後，經該管鄉(鎮、市、區)公所查明承受人不具備自耕能力而撤銷該自耕能力證明書時，其原先所有權移轉登記所據「具有自耕能力」之事由，已失所附麗，原登記機關自得撤銷前此准予登記之處分，逕行塗銷其所有權移轉登記。」

<sup>163</sup> 此處「爭點主義」乃指未經訴願程序之訴之變更或追加不被容許而言。本案中，原告若欲為訴之追加，請求法院就緬甸華僑旅運社所為之驗證處分亦予撤銷，當有助於紛爭一次解決(而且是根本解決)，惟可能就追加之訴請求部分，有原告藉訴之追加而規避訴願程序之疑慮。以行政訴訟法第一百十一條第四項之規定而言，現行法就撤銷訴訟部分係採爭點主義。行政訴訟法第一百十一條規定如下：

「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意，或行政法院認為適當者，不在此限。

被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。

有左列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：

- 一、訴訟標的對於數人必須合一確定者，追加其原非當事人之人為當事人。
- 二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變者。
- 三、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明。
- 四、應提起確認訴訟，誤為提起撤銷訴訟者。
- 五、依第一百九十七條或其他法律之規定，應許為訴之變更或追加者。

前三項規定，於變更或追加之新訴為撤銷訴訟而未經訴願程序者不適用之。

對於行政法院以訴為非變更追加，或許訴之變更追加之裁判，不得聲明不服。但撤銷訴訟，主張其未經訴願程序者，得隨同終局判決聲明不服。」

二條<sup>164</sup>，本案應依新制裁判之。新制第五條第二項<sup>165</sup>已有「課予義務之訴」之類型，核本案情形，法院應依新制第一百五十五條第三項<sup>166</sup>為闡明，俾原告依同法第一百十一條第一項為訴之變更及追加，請求法院判令緬甸華僑旅運社為驗證合格之處分、境管局為許可長期居留之處分<sup>167</sup>，較符紛爭解決一次性之要求及供原告完足之請求救濟機會。

## **第二款 未經許可進入大陸地區遭處罰案件 最高行政法院九十一年度判字第三七三號判決（原告敗訴）**

### **第一目 案件事實**

被告（內政部）以原告未經申請許可進入大陸地區，違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例第九條第一項<sup>168</sup>規定，乃依同條例第九十一條<sup>169</sup>規定以八十八年七月二十八日（八八）內警字第八八七一六八五號處分書處以罰鍰新臺幣（下同）二萬元。原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

### **第二目 原、被告主張及法院裁判理由**

本案法院判決原告敗訴，茲整理原、被告主張及法院裁判理由如下表：

---

<sup>164</sup> 行政訴訟法施行法第二條：

「新法施行後，於施行前已繫屬而尚未終結之行政訴訟事件，由最高行政法院依新法裁判之。如認起訴無理由者，應予駁回；有理由者，應為原告勝訴之判決或發交該管轄高等行政法院依新法審判之。」

<sup>165</sup> 行政訴訟法第五條第二項：

「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

<sup>166</sup> 行政訴訟法第一百五十五條第三項：

「審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」

<sup>167</sup> 行政訴訟法第一百十一條第四項並未規範及於「課予義務訴訟」，因此此處原告得否追加請求法院判令緬甸華僑旅運社為驗證合格之處分，尚有解釋空間。惟原告至少得將原訴（請求法院撤銷境管局駁回長期居留申請之處分）變更為課予義務訴訟（請求法院判令境管局為許可長期居留之處分），而較具實益。

<sup>168</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第九條第一項(81/07/16-92/11/02)：

「臺灣地區人民進入大陸地區，應向主管機關申請許可。」

<sup>169</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第九十一條(81/07/16-92/11/02)：

「違反第九條第一項規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。」

原告主張	被告主張	法院裁判理由
原告於民國八十八年六月二十日至廈門自助旅行，經通過層層安檢、海關等手續，未見執法人員告知原告須再補辦任何手續，出入境大廳亦未見有關人民進出大陸必須遵守之條文或文宣，如此處分讓人不服。	本件原告未經申請許可進入大陸地區，被告依兩岸關係條例第九十一條及國人未經許可前往大陸地區罰鍰裁處標準，以最低額度二萬元處罰，並無違法或不當。且行政罰不以處罰故意為要件，原告進入大陸地區，未經許可，縱非故意，亦難謂無過失，所訴其不知法律，相關單位未為宣導或告示云云，實難為免責之論據。	1. 經查原告獲准許出境，非即許可其進入大陸地區，亦難謂其已向主管機關申請許可進入大陸地區。又查原告違章事實至為明確，依法自應受處罰，至於其他進入大陸地區之人是否曾申請許可，有無受處罰，自非本件所得審究。被告並非僅就原告進入大陸地區予以處罰而不處罰其他違法者，無違平等原則可言，況原告亦無從就其違法行為主張依平等原則而免罰。 2. 次查臺灣地區與大陸地區人民關係條例為國內法律，上開規定甚為明確，臺灣地區人民進入大陸地區許可辦法亦早於八十二年四月三十日發布施行，原告自不能諉為不知而免責。

### 第三目 判決評析

憲法第七條規定：「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。」而行政程序法第六條復規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」均為憲法上平等原則之宣示規定。就平等原則，德國聯邦憲法法院嘗以一名言概括闡明其意義：「平等原則禁止對於本質相同之事件，在不具實質理由下任意地不同處理，以及對於本質不相同之事件，任意地做相同處理。」<sup>170</sup>唯基於法體系之協調、維護法治秩序，一般均認人民不得主張「違法之平等」，亦即人民為違法行為時，不得因他人之違法行為實際上未受裁罰，而主張其違法行為亦應不受裁罰。本案中行政法院亦採此見解，可資贊同。

至若本件原告主張其不知法律，是否應受裁罰？此種禁止規範錯誤情形，行為人之行為效果如何，我國行政法規中並無明文規定。由於行政罰與刑罰現通說採「量之區別說」，亦即行政罰與刑罰並無本質上的不同，僅其程度有所差異，

<sup>170</sup> 法治斌、董保城編著，《中華民國憲法》，85年，頁178。

因此關於行政罰，亦宜適用刑法上之原理原則。就禁止規範錯誤之處理，國內通說採「罪責說」，亦即行為人因欠缺不法意識，而不法意識屬罪責要素，故該欠缺若係不可避免，則阻卻罪責，不構成犯罪；若係可避免，則減免罪責，即減輕或免除其刑。至於中華民國刑法第十六條則規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑；如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」係類似罪責說。由是本案原告對前往大陸地區須經許可及未經許可之罰則規定，若其不知係不可避免，當不得處以行政罰；惟原告對於其行為是否涉及不法有所懷疑時，應加查詢，不得恣意猜測，否則其不知法律即屬可避免，僅得依情節減輕裁罰。由於行為時之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第九十一條授權本案被告得處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，而被告即依最低額度裁罰，因此就結論而言，行政法院認被告之罰鍰處分合法，似無不當。

### 第三款 大陸配偶申請在臺居留遭駁案件 最高行政法院九十年度判字第一四一九號判決（原告敗訴）

#### 第一目 案件事實

原告於民國八十三年十二月二十一日代其在大陸地區之配偶李佩林申請依親在台灣地區居留。嗣被告（內政部警政署）以原告與李佩林正確結婚日期為八十三年十月十九日，申請居留時，結婚未滿二年，亦未生產子女，乃以八十八年五月五日（八八）境居宜字第三七五七五號書函致原告，李佩林來台居留申請案不予許可。原告不服，申請復查結果，未獲變更，提起再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

#### 第二目 原、被告主張及法院裁判理由

原告主張	被告主張	法院裁判理由
由於「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」、第十七條第一項第一款、結婚已滿	依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第十七條第一項第一款規定：大陸地區人民與臺灣地區人民結婚已滿兩年或已生產子女者，得申請在臺灣地區居留。又依第五十二條規	被告查得原告於結婚當日並無出境紀錄（原告首次出境紀錄為八十三年十月十日至八十三年十月二十二日，有被告之出入境查詢資料可稽），經多次通知原告補具說明，原告始終

<p>二年或已生產子女者。上例「結婚」：屬於民間條件（倆廂情願、君子協定之立書。）舉例：「結婚登記」、屬於政府制度性。本條例第十七條第一項第一款之無「結婚登記」已滿二年或生產子女者。一者為「結婚」已滿二年，二者為「結婚登記」已滿二年，兩者各有別。</p>	<p>定，結婚或兩願離婚之方式及其他要件，依行為地之規定。而大陸婚姻法第七條規定，要求結婚的男女雙方，必須親自到婚姻登記機關進行結婚登記。原告於八十三年十二月二十一日，以結婚滿兩年為由，代李女士申請來台居留時所依據之戶籍謄本，記載渠等結婚日期為民國八十一年八月十日，惟該日原告未有出境紀錄，李女士亦未有入境來台紀錄，與大陸地區婚姻法規定，男女雙方必須親自到婚姻登記機關，進行結婚登記之要件明顯不合，其婚姻效力存有疑義。李女士申請來台居留當時（八十三年十二月二十一日），與原告結婚未滿兩年（正確結婚日期為八十三年十月十九日），亦當未生產子女，核與「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第十七條第一項第一款規定不符。</p>	<p>未說明其結婚當日未出境之原因，被告乃函請台北縣鶯歌鎮戶政事務所提供原告向該所申報結婚登記提具之證明資料，經查包括結婚證書（記載原告與李佩林於八十一年八月十日在大陸湖南省長沙市舉行結婚典禮）及經驗證之湖南省長沙市公證處出具之結婚公證書（證明原告與李佩林於西元一九九四年十月十九日在湖南省長沙市登記結婚），嗣台北縣鶯歌鎮戶政事務所於八十八年二月十日撤銷原告八十一年八月十日與李佩林之結婚登記，另登記渠等八十三年十月十九日結婚，此有戶籍登記簿影本附境管局卷可稽，則被告以原告代李佩林於八十三年十二月二十一日所提之居留申請，因距渠等結婚日期八十三年十月十九日尚未滿二年，亦未生產子女，否准李佩林居留申請案，並無不合。</p>
---	--	---

### 第三目 判決評析

「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第十七條第一項規定：「大陸地區人民為臺灣地區人民配偶，得依法令申請進入臺灣地區團聚；有下列情形之一者，得申請在臺灣地區依親居留：一、結婚已滿二年者。二、已生產子女者。」本案原告之配偶得否來臺依親居留，端視是否符合前開規定之申請要件。

由於原告之配偶未有生產子女，因此須符「結婚已滿兩年」之要件，始得在臺依親居留。我國民法固未以「結婚登記」為結婚之要件（民法第九百八十二條<sup>171</sup>參照），惟依「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第五十二條第一項：「結

<sup>171</sup> 民法第九百八十二條：

婚或兩願離婚之方式及其他要件，依行為地之規定。」則原告及其配偶既於大陸湖南省長沙市結婚，其結婚方式及其他要件當依行為地之規定，即依大陸婚姻法<sup>172</sup>。

因大陸婚姻法採登記形式婚主義，故以結婚登記完成時為結婚生效時點。依原告據以在臺辦理結婚登記之湖南省長沙市公證處出具之結婚公證書，原告及其配偶乃於民國八十三年十月十九日完成結婚登記。則最高行政法院認為：「被告以原告代李佩林於八十三年十二月二十一日所提之居留申請，因距渠等結婚日期八十三年十月十九日尚未滿二年，亦未生產子女，否准李佩林居留申請案，並無不合。」似無不妥之處。

#### **第四款 請求大陸配偶延長在臺居留遭駁案件 最高行政法院九十年度判字第一三四七號判決（原告敗訴）**

##### **第一目 案件事實**

原告於民國八十八年七月二十二日請求准許其大陸配偶李靜媛，延長在臺停留或者提前來台，無庸待次年方能來台。被告（內政部警政署）以八十八年七月二十七日（八八）境平雲字第五八九八八號書函告知原告，與「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」第六條第一項第一款規定不符，所請未便同意；如符合探病事由，請依限離境後，再行提出申請。原告不服，提起訴願、再訴願，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟。

##### **第二目 原、被告主張及法院裁判理由**

原告主張	被告主張	法院裁判理由
被告及訴願、再訴願決定書，均謂原告之配偶已於	按「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」第六條第一項第	原告係二十九年二月十六日出生，本件

「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人。

經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚。」

<sup>172</sup> 「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第十七條第一項關於大陸配偶申請在臺依親居留之規定，固屬行政法規之性質，惟其就「結婚」之定性，仍須依民事法決之，此乃公法與私法規定承接之處。由於本案原告及其配偶在大陸地區結婚，具涉外因素，故原告及其配偶婚姻之方式及其他要件，並非當然適用我國民法，就此而言，同條例第五十二條第一項乃特設規定，以結婚行為地法為結婚方式及其他要件之準據法。

<p>八十八年七月二十九日出境，此部分之訴願已無實益，且被告八十八年七月二十七日（八八）境平雲字第五八九八八號書函所復內容，純屬理由之說明，並不因該項說明，並不因該項說明而生法律上之效果，自非行政處分，此實有誤。蓋依被告公函以觀，其就原告所申請延長在台停留期間或依限出境後提前來台之請求，已明文寫明「未便同意」，焉可謂此係「理由之說明」。再者，原告配偶依限於八十八年七月二十九日離境，係依被告函復否准所請，致依期限出境，此已造成原告家庭不得團聚之苦及往返奔波兩岸的無謂花費，致原告之權利有損，不得謂為「訴願已無實益」。</p>	<p>一款規定：臺灣地區配偶年逾六十五歲者，大陸配偶得申請延期在臺灣地區照料。查原告係二十九年二月十六日生，年未逾六十五歲，與上開規定不符。再依同條第二項規定：進入臺灣地區探病之大陸地區人民，其探病對象年逾六十歲在臺灣地區無子女，且傷病未癒或行動困難乏人照料者，得申請延期在臺灣地區照料。李靜媛係來台探親，亦與延期照料之規定不符。如符合探病事由，則須依限離境後，再提出申請。被告係依據法令規定，就其所陳情形，函復原告。原告所請准許再延長李靜媛在台停留一節，因李靜媛業於八十八年七月二十九日出境，此部分之訴願已無實益。關於所請李靜媛提前來臺一節，如符合許可辦法之規定，請其提出申請，純屬理由之說明，非不予許可之處分。</p>	<p>申請時尚未逾六十五歲，其大陸配偶不得申請延期在臺灣地區照料。再查，原告配偶係來臺探親，亦與延期照料之規定不符。原處分否准原告之申請，一再訴願遞予維持，其理由雖有不同，揆諸首揭規定，其結果尚無不同。原告主張各節，即難認為有理由，應予駁回。</p>
---	---	---

### 第三目 判決評析

行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬行政處分（行政程序法第九十二條第一項<sup>173</sup>、訴願法第三條第一項<sup>174</sup>參照），不因其用語、形式有異<sup>175</sup>。原告於民國八十八年七月二十二日請

<sup>173</sup> 行政程序法第九十二條第一項：

「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

<sup>174</sup> 訴願法第三條第一項：

「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

<sup>175</sup> 釋字第四二三號解釋（節錄）：

「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，皆屬

求准許其大陸配偶李靜媛，延長在臺停留或者提前來台，其請求究否為依法規所提出之申請？抑或僅是對於行政法令查詢而向被告機關所為之陳情（行政程序法第一百六十八條<sup>176</sup>參照）？

受理陳情機關認為陳情無理由者，應通知陳情人，並說明其意旨，行政程序法第一百七十一條第一項後段定有明文。就該認陳情無理由之處理方式，通說認不具法效性而非屬行政處分之性質<sup>177</sup>。惟依法規所提出之申請，如遭行政機關駁回，無論駁回之用語、形式為何，或記載有不得聲明不服之文字，均屬行政處分之性質。其間差異甚大者，即在於對於行政處分之不服，得提起訴願、行政訴訟以資救濟；對於受理陳情機關處理措置之不服，則反乎是。

本案原告原初之請求，究係陳情抑或提出申請？於判決中所示者，因未盡詳細，尚難據以推曉。惟就原告所指，似非純就行政法規為查詢，而係已就其配偶之延長在臺居留或提前來臺提出申請<sup>178</sup>，則被告函覆以「所請未便同意」、「如符合探病事由，請依限離境後，再行提出申請」，雖語多含蓄，但已含否准之意思，即不許可原告配偶延長在臺居留或提前來臺之申請，被告答辯「純屬理由之說明，非不予許可之處分」應不可採。

至於被告駁回原告配偶延長在臺居留申請之處分，是否因原告配偶嗣後已出境，即無提起撤銷訴願、撤銷訴訟（行政訴訟法第四條第一項<sup>179</sup>參照），甚至課

---

行政處分，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，如以仍有後續處分行為，或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符。」

<sup>176</sup> 行政程序法第一百六十八條：

「人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護，得向主管機關陳情。」

<sup>177</sup> 惟就「陳情之事項」，依法得提起訴願、訴訟或請求國家賠償者，受理機關應告知陳情人（行政程序法第一百七十二條第二項）。

<sup>178</sup> 就申請時「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」第六條第一項「大陸配偶得申請延期在臺灣地區照料」及第二項「進入臺灣地區探病之大陸地區人民得申請延期在臺灣地區照料」之規定觀之，原告實應係代其配偶提出申請，即原告係其配偶於申請程序中之代理人（行政程序法第二十四條第一項參照）。

又原告既僅係申請程序中之代理人，而非當事人，則亦非被告機關駁回處分之相對人。若係如此，原告何以得針對該駁回處分提起訴願及行政訴訟？除非認為原告與處分相對人之婚姻關係「在本案中」乃是「法律上」利害攸關，使原告該當為「利害關係人」而得提起訴願（訴願法第十八條參照），否則按通說認為配偶僅具「事實上利害關係」之見解，原告並非適格之訴願主體。

<sup>179</sup> 行政訴訟法第四條第一項：

予義務訴願、課予義務訴訟（行政訴訟法第五條<sup>180</sup>參照）之實益？此誠值探討。由於原告之配偶業已離境，故已無延長在臺居留申請之問題，其若再行入境，須重依「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」之規定提出申請，縱得再行入境，欲延長在臺居留，亦須重為申請。被告駁回處分縱遭撤銷，甚至法院判令被告須為核准原告配偶延長在臺居留申請之處分，其效力亦不及於其將來之入境及申請延長居留，是原告似無權利保護之必要，其縱勝訴，亦無得達其配偶延長在臺居留之目的，蓋其配偶已然出境。惟原告「家庭不得團聚之苦及往返奔波兩岸的無謂花費」，若依行政訴訟法第七條<sup>181</sup>之規定合併請求損害賠償，則就損害賠償之請求部分，應有法律上之利益（訴之利益），法院不得逕依行政訴訟法第一百零七條第一項<sup>182</sup>第十款之規定裁定駁回，而須為實質之審理，判斷其有無理由。至於損害賠償之範圍，原則上應適用民法之規定（國家賠償法第五條<sup>183</sup>參照）。

綜上而言，本案行政法院之裁判顯然欠缺說理，未就原告主張詳加審酌，難與贊同。

---

「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」

<sup>180</sup> 行政訴訟法第五條：

「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

又本案應係提起第二項之訴訟，請求法院判令被告機關為核准申請之行政處分。

<sup>181</sup> 行政訴訟法第七條：

「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」

<sup>182</sup> 行政訴訟法第一百零七條第一項：

「原告之訴，有左列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：

- 一、訴訟事件不屬行政法院之權限者。
- 二、訴訟事件不屬受訴行政法院管轄而不能請求指定管轄，亦不能為移送訴訟之裁定者。
- 三、原告或被告無當事人能力者。
- 四、原告或被告未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為者。
- 五、由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者。
- 六、起訴逾越法定期限者。
- 七、當事人就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴者。
- 八、本案經終局判決後撤回其訴，復提起同一之訴者。
- 九、訴訟標的為確定判決或和解之效力所及者。
- 十、起訴不合程式或不備其他要件者。」

<sup>183</sup> 國家賠償法第五條：

「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。」

**第五款 大陸地區人民申請來臺遭駁案件 台北高等行政法院九十年度訴字第五六一號判決（原告敗訴）**

**第一目 案件事實**

原告前曾於民國（下同）八十九年十一月十日來臺探視其祖父范樹周，探病期間於九十年一月十九日為臺南縣警察局永康分局查獲從事與許可目的不符之工作，乃於九十年一月二十六日強制遣送出境。嗣原告於九十年二月二十一日與臺灣地區人民張中元在大陸結婚，九十年三月二十二日申請來臺探配偶張中元親，經被告（內政部警政署）以九十年三月二十九日（九十）境平繪字第三七六二七號處分書予以否准。原告不服，向內政部提起訴願，經遭駁回，遂提起本件行政訴訟。

**第二目 原、被告主張及法院裁判理由**

原告主張	被告主張	法院裁判理由
訴願決定書一面肯認臺灣台南地方法院檢察署九十年偵字第一四七九號不起訴處分書對被告張聚英未僱用或留用原告予以肯認，另一方面又自行認為原告之行為係屬工作，依常理僱用人既未僱用受僱人工作，受僱人又如何能在工作場所工作。訴願決定書一面承認原告行為	原告於八十九年九月十六日以探病之事由申請來台，經被告於同年九月二十五日許可，原告於同年十一月十日入境後卻於早餐店工作，顯有從事與許可目的不符之活動或工作情事。另原告於九十年元月二十六日由台南縣警察局永康分局強制出境，至原告再度申請入境時，尚未屆滿一年。按「大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法」第十七條第一項第五款規定：大陸地區人民申請進入臺灣地區，曾有本條例第十八條第一項各款情形者，得不予許可；已許可者，得撤銷或廢止其許可。再依同條第二項規定：有本條例第十八條第	按「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」行政訴訟法第一百零七條第三項定有明文。又原告之權利或法律上之利益遭受禁止入境行政處分之侵害，而請求撤銷該處分時，如該禁止入境之處分已因禁止期限之屆至，或原處分機關已另為准許入境之處分，而使原處分失其效力時，因原處分之效力已自動消滅而無待於撤銷，則原告提起撤銷之訴，即屬欠缺訴之利益，如原告於提起撤銷之訴後原處分始嗣後失其效力者，則無權利保護必要，應認原告之訴在法律上顯無理由，逕以判決駁回之。本件否准原告申請探親之原處分，既已因禁止入境之期限屆滿及被告

<p>如同檢察官所言屬幫忙性質，另一面又自行認定原告之行為係屬工作，二者顯然矛盾。</p>	<p>一項第三款情形者，自出境之翌日起算，其不予許可期間為一年至三年。本件原告因於九十年一月二十六日強制出境，同年三月申請來台探親，因未滿一年，故未核准其入境；惟原告於九十一年一月二十八日復申請來台，被告已應其所請核准，本件原告已於今年三月十二日入境。故本案已無進行訴訟之必要。</p>	<p>嗣後再度核准原告來台之處分而失其效力，則自原告再度獲准來台時，原告起訴之利益即有欠缺（原告於九十年九月十二日起訴時，原處分尚未失其效力，惟自九十一年二月六日准其再度入境時，原處分即失其效力），應認原告之訴欠缺權利保護必要，爰以其訴在法律上顯無理由，逕以判決駁回之。</p>
---	---	---

### 第三目 判決評析

本判決因認原告之訴欠缺訴之利益，因此並未就原告主張有所審酌，合先敘明。惟就行政法院之裁判理由，仍有下列三點值得探討：

第一，本件否准原告申請探親之原處分，是否因禁止入境之期限屆滿及被告嗣後再度核准原告來台之處分而失其效力？行政法院就此採肯定之見解。惟依行政程序法第一百一十條第三項之規定，行政處分生效後，未經撤銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。其中所謂「其他事由」，乃指行政處分之「解決」或「消滅」(erledigt)而言，其類型包括因期限屆至或條件成就而失效、授益處分相對人放棄處分所賦予之利益、處分標的物滅失或處分相對人死亡等，又該項規定所例示之「撤銷」、「廢止」自亦屬行政處分之「消滅」<sup>184</sup>。惟本案之情形，實係屬被告機關對於事實之「重新規制」<sup>185</sup>，亦即駁回申請探親處分作成後，事實有所改變（禁止入境之期限屆滿而原告重為提出申請），然該新事實及法律狀態非原駁回處分規制範圍所及，此際被告機關對於新事實所為之核准原告來臺之處分，其內容非在解消前駁回處分之效力，故需與「廢止」（性質上亦屬行政處分，惟內容係將已生效之行政處分予以廢棄，使其失其效力）嚴

<sup>184</sup> 請參照李建良，行政處分，收於蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏合著《行政程序法實用》，第二版，90年10月，頁217。

<sup>185</sup> 關於「重新規制」概念之解說，請參見李建良，行政處分，收於蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏合著《行政程序法實用》，第二版，90年10月，頁233。

加區別。原告求為撤銷之原處分未設有終期，而於處分作成時即生原告該次申請不予允准之效力，至禁止入境之期限乃非該駁回處分所規制者，而係基於大陸地區人民進入臺灣地區許可辦法之規定，故本件否准原告申請探親之原處分，並不因禁止入境之期限屆滿及被告嗣後再度核准原告來台之處分而當然失其效力，行政法院所持見解容有違誤之處。

第二，原告之訴是否欠缺訴之利益？行政法院肯認之，惟其理由為「原處分之效力已自動消滅而無待於撤銷」，該理由頗值商榷已於前段述及。然被告機關所為之「重新規制」，因已核准原告來臺，故就原駁回處分應確無予以撤銷之實益，蓋原告求為撤銷該駁回處分亦在達來臺之目的。又訴之利益乃訴訟要件之一，一般認訴訟要件之具備與否，以「言詞辯論終結時」為認定時點，故本案起訴時雖有訴之利益，但因言詞辯論終結時原告業經核准來臺，已無權利保護之必要，故訴之利益嗣後仍有欠缺。惟若原告因該駁回處分而受有損害，當得依行政訴訟法第七條<sup>186</sup>合併請求損害賠償，且就損害賠償之請求部分，應具訴之利益。

第三，法院依行政訴訟法第一百零七條第三項之規定，以判決將原告之訴駁回，是否妥當？按訴之利益乃訴訟要件之一，就訴訟要件之欠缺，因法院不得為本案之審理，依我國訴訟法制，當以裁定駁回，亦即就本案而言，理應依行政訴訟法第一百零七條第一項<sup>187</sup>第十款之規定將原告之訴駁回。至於同條第三項，並非關於訴訟要件審查之規定，蓋「原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由」之情形非屬訴訟要件之欠缺，只是於此情形行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回其訴爾。既以判決為之，乃係為實體事項之審理，而非程序上之駁回。

<sup>186</sup> 行政訴訟法第七條：

「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」

<sup>187</sup> 行政訴訟法第一百零七條第一項：

「原告之訴，有左列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：

- 一、訴訟事件不屬行政法院之權限者。
- 二、訴訟事件不屬受訴行政法院管轄而不能請求指定管轄，亦不能為移送訴訟之裁定者。
- 三、原告或被告無當事人能力者。
- 四、原告或被告未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為者。
- 五、由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者。
- 六、起訴逾越法定期限者。
- 七、當事人就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴者。
- 八、本案經終局判決後撤回其訴，復提起同一之訴者。
- 九、訴訟標的為確定判決或和解之效力所及者。
- 十、起訴不合程式或不備其他要件者。」

故就本案而言，行政法院認原告之訴欠缺訴之利益，卻引據行政訴訟法第一百零七條第三項將原告之訴逕以判決駁回，似誤認訴之利益欠缺屬「法律上顯無理由」之情形，該法律適用見解有待商榷。

## 第四節 問題分析

### 第一項 入出境爭議之被告機關

現入出境管理乃牽涉內政部、內政部警政署及內政部警政署下轄航空警察局、各港務警察所、入出境管理局，甚至各直轄市政府警察局、縣（市）警察局等眾多機關之職權。是入出國及移民法第二條第二項乃規定：「內政部為辦理本法規範之入出國及移民業務，設入出國及移民署。但有關查察逾期停留、居留及非法入國之業務，由入出國及移民署會同警政署辦理。」原則上由入出國及移民署統籌辦理入出國及移民業務。惟於入出國及移民署成立之前，針對政府入出國管理事項，如欲提起行政救濟，原則上應以各該事項之權屬機關為被告提起之，蓋權屬機關多即為行政行為之名義機關<sup>188</sup>。

### 第二項 一般法律保留之要求

出境或入境之權利為憲法第十條所保障之居住及遷徙自由所包括，而對居住及遷徙自由之限制屬一般法律保留層次，亦即應以法律或經法律授權之法規命令規範之。早期如「國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點」、「役男出境處理辦法」等法令，均未經法律授權而限制人民入出境之權利，惟此等法令今多已廢止。入出國及移民法公布施行後，已大致解決此法律保留之問題。

### 第三項 比例原則之要求

對人民居住遷徙自由權之限制，不以獲形式上法律之授權為以足，尚須實質上符合比例原則之要求，亦即：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡（憲法第二十三條<sup>189</sup>、行政程序法

<sup>188</sup> 為便利救濟，人民僅須逕以名義機關為被告，而無須被苛求去判斷實際為該行為者究係何機關。

<sup>189</sup> 憲法第二十三條：

第七條<sup>190</sup>參照)。故入出國及移民法中對人民居住遷徙自由權之限制，仍須定期檢討其是否符合憲法第二十三條之目的正當性、手段必要性、限制妥當性之要求。另就該法第九章「罰則」部分之規定，行政罰或刑罰必要性何在？罰鍰額度或刑度是否合理？亦均應從比例原則之觀點審慎檢討之。

#### 第四項 訴之利益具備與否

實務上常見申請入境、停留、居留等遭駁回者，由於此類案件往往具有時效性（申請人非於特定時間獲准來台停留、居留等，將無意義），而行政救濟經年費時，緩不濟急，使得申請人縱遭駁回，心有未甘，亦不願提起救濟，而寧可重為申請或另覓他法。即使提起救濟，往往人民係遭判決敗訴（從統計數字上來看），甚至被認為係欠缺訴之利益而無法為實體判決者，蓋往往不待於訴訟程序終結，原告業已離境，或重為申請業已獲准，此時訴請撤銷原駁回處分即已無實益。

亦有遭限命出國或強制出國之處分者，於救濟階段，處分相對人即已依命出國或強制出國處分已執行完畢，此時即可能因處分相對人業已離境，而被訴願管轄機關或行政法院認為已無撤銷該限命出國或強制出國處分之實益。在行政救濟過程勢必耗時，又原則上不停止執行（訴願法第九十三條<sup>191</sup>、行政訴訟法第一百十六條<sup>192</sup>參照）之情況下，此類案件亦產生救濟上之困難。

---

「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。」

<sup>190</sup> 行政程序法第七條：

「行政行為，應依下列原則為之：

- 一、採取之方法應有助於目的之達成。
- 二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。
- 三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

<sup>191</sup> 訴願法第九十三條：

「原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。

原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。

前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」

<sup>192</sup> 行政訴訟法第一百十六條：

「原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。

行政訴訟繫屬中，行政法院認為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，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。

上開二情形，均因入出境問題之具時效性及不可回復性，而有起訴時或訴訟繫屬中欠缺訴之利益之救濟上困難。故相關處分做成時，處分機關應格外審慎，尤須依行政程序法第一百零二條<sup>193</sup>之規定，予相對人陳述意見之機會，以提高決定之正確性。如處分業已作成而需提起救濟，針對申請入境、停留、居留等遭駁回之情形，應以提起課予義務訴訟（訴願）較有實益，惟若此時請求法院判命被告機關應為特定內容之行政處分已無意義時，救濟途徑恐僅具請求損害賠償<sup>194</sup>之實益。

另針對出入境爭議問題之即時救濟制度，本文認應有警察職權行使法第二十九條之適用。按該條規定內容為：「義務人或利害關係人對警察依本法行使職權之方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於警察行使職權時，當場陳述理由，表示異議（I）前項異議，警察認為有理由者，應立即停止或更正執行行為；認為無理由者，得繼續執行，經義務人或利害關係人請求時，應將異議之理由製作紀錄交付之（II）義務人或利害關係人因警察行使職權有違法或不當情事，致損害其權益者，得依法提起訴願及行政訴訟（III）」入出境管理性質上屬警察職權之行使，應有本條規定之適用<sup>195</sup>。該條規定之立法理由略謂：「……警察行使職權之態樣不一，勉強區分各該行為態樣而分別規定，顯不符經濟原則，且現行法律對於行政救濟業已有明文規定。故本條第一項僅就警察職權行使之方法、應遵守之程序或其他侵害利益等情事，為特別規定，規定義務人或利害關係人得表示異議……為使義務人或利害關係人對於警察行使職權時，能有表示意見

---

於行政訴訟起訴前，如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，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。

行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。

停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部分。」

<sup>193</sup> 行政程序法第一百零二條：

「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」

<sup>194</sup> 由於入出境問題所具之不可回復性，以回復原狀作為損害賠償之方法顯有困難，故似僅得回歸原則，以金錢為之（國家賠償法第七條第一項參照）。

<sup>195</sup> 警察職權行使法第二條：「本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱。本法所稱警察職權，係指警察為達成其法定任務，於執行職務時，依法採取查證身分、鑑識身分、蒐集資料、通知、管束、驅離、直接強制、物之扣留、保管、變賣、拍賣、銷毀、使用、處置、限制使用、進入住宅、建築物、公共場所、公眾得出入場所或其他必要之公權力之具體措施……」可供參照。

之權利，並強化警察即時反省及反應能力，第一項爰規定得於警察行使職權時，當場陳述理由，表示異議……」依立法理由說明所示，此異議程序乃因「警察職權之行使多具有即時性，一般之行政救濟管道恐緩不濟急」而設，其意義在於：使人民有表示意見之機會，俾供警察即時反省其職權之行使有無不當或違法之處。

職是之故，對於強制出境等即時性處分或其他行政措施，相對人或利害關係人尚得依警察職權行使法第二十九條之規定，「當場陳述理由，表示異議」。處分機關對相對人所表示之異議，應即刻反省之：若認該異議有理由，自應立即停止或更正執行行為；若認無理由，得繼續執行，經義務人或利害關係人請求時，並應將異議之理由製作紀錄交付之<sup>196</sup>。交付予異議人之紀錄，參酌釋字第五三五號解釋理由書中「……經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提起行政爭訟……」之見解，應屬行政處分，異議人得據以依法提起行政爭訟，且一般之行政救濟途徑並不因表示異議而受到影響（同條第三項參照）。當然，對於一般行政救濟途徑或本條所定之異議程序，入出境管理機關均應予相對人教示，俾其知曉權利救濟之管道（行政程序法第九十六條第一項<sup>197</sup>第六款參照）。

## 第五節 代結論 改革的方向

臺灣位處亞洲大陸邊緣，海島地形，乃為陸空交通樞紐，兼又與對岸大陸地區關係特殊而密切，故入出境管理向為重大問題。近年法治主義抬頭，人民基本權利漸受重視，戒嚴業已解除，動員戡亂業已終止，故入出境管理漸次邁向法治

<sup>196</sup> 本項所指「異議之理由」，由字面觀之，似指同條第一項異議人所陳述之理由。若此理解不謬，則該項規定又過於狹隘，本文認為，製作紀錄事項除「異議之理由」外，宜再包括「時間」、「地點」、「警察行使職權之原因」、「認為異議無理由之理由」、「執行之過程」……等等。

<sup>197</sup> 行政程序法第九十六條第一項：

「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：

一、處分相對人之姓名、出生年月日、性別、身分證統一號碼、住居所或其他足資辨別之特徵；如係法人或其他設有管理人或代表人之團體，其名稱、事務所或營業所，及管理人或代表人之姓名、出生年月日、性別、身分證統一號碼、住居所。

二、主旨、事實、理由及其法令依據。

三、有附款者，附款之內容。

四、處分機關及其首長署名、蓋章，該機關有代理人或受任人者，須同時於其下簽名。但以自動機器作成之大量行政處分，得不經署名，以蓋章為之。

五、發文字號及年、月、日。

六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」

化、權利化，從大法官釋字第四四三號、第四五四號、第四九七號、第五一七號、第五五八號解釋，以及入出國及移民法之公布施行，可窺端倪。

惟改革漸進之際，現行入出境管理制度下，仍有若干亟待修正之處。例如入出境管理機關應恪遵比例原則，檢討具強烈時效性下出入境管理措施之當否；於處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要時，原處分機關或訴願管轄機關、行政法院應依職權或依聲請停止原處分之效力或其執行，以維護人民權益。又如內政部應儘速設立入出國及移民署，以統合辦理入出國及移民業務，落實入出國及移民法之美意。此些修正，攸關國民居住及遷徙自由之保障，其推動，吾人且馨香祝禱之。

## 第六章 結論

我國警察法上行政爭訟制度，因警察法律並無統一之機制；而係任隨個別警察法律之不同規定，而有互相歧異之救濟管道，致使公共法性質之行政訴訟，由普通法院審理，例如：道路交通處罰事件、社會秩序維護事件及檢肅流氓事件等。此種不合理情形，隨著大法官釋字第四一八號解釋及第五四〇號之再度確認，而更行鞏固其“立法衡酌”之合憲性。但是，經由本研究深入探討與分析，卻得出不同之結論，本研究之結論即：將部分警察處分之行政救濟委由普通法院審理，除無視警察案件性質及行政訴訟功能發展健全外，更與比例原則及正當法律程序要求不相配合。實有嚴重違憲之虞。因為普通法院對警察案件之審查與行政法院之審查，存在有下列本質上及功能上之差異，此種差異，將嚴重影響其實質審理中救濟之有效性外，亦不符合實質正當法律程序之要求：

對普通法院之裁定，不得再抗告；行政訴訟則得上訴；

普通法院無法針對不同行政訴訟類型設計不同起訴方式，例如：撤銷訴訟或形成訴訟；

當事人經常僅受書面審理，普通法院原則上並不開庭，亦不進行言詞辯論；當事人不得進行對質（例如檢肅流氓案件）；

普通法院適用刑事訴訟法，審理行政不法行為，易滋生實質上之困難，例如：普通法院為勒令歇業或停止營業之裁定時，如何準用刑事訴訟法之規定？

普通法院在實務上常常逼使受裁定之人民，捨棄抗告之權利；

等等在實務審理上之不同，申言之，行政不法行為之司法審查，由普通法院或行政法院受理審查，不僅涉及形式上之「立法衡酌」，在實質上，亦會產生截然不同之結果，絕非單純如大法官解釋所宣示之「既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無抵觸」(釋字第四一八號解釋文參照)。

具體而言，本研究結論進而主張：

- 一、有關道路交通事件，社會秩序維護事件及檢肅流氓事件之行政爭訟，宜儘速回歸憲政常態，即得建立「請求(異議) 訴願 行政訴訟」之違法審查管道，刪除由普通法院為行政處分或取代行政法願致人民怨聲載道之荒謬結果。
- 二、回歸正常行政救濟管道前，有關道路交通事件之管轄區別(第八條)；社會秩序維護法中的拘留處分、勒令歇業及停止營業處分；檢肅流氓條例中“管訓處分”規定，均應加以刪除或宜置其他相關之刑事訴訟法律中(如：管訓處分移置刑事訴訟法中)。
- 三、修正警察法，將其行政救濟途徑載明循“異議(但非必要前置) 訴願 行政訴訟”之確定程序，使人民及法律專業人士均能明瞭清楚其救濟管道，並由各縣市政府警察局統一為行政處分之具名機關，其訴願管轄機關始能趨於一致。
- 四、於警察法中增訂，警察於行政處分時(尤其於行政罰時)，負有“證據保全之義務”，且不得僅憑值勤警察之目視或其所製作之文書，即可認定人民違規行為，以杜爭議，並減少民怨及人民在證據上之舉反證困境。
- 五、於警察法中增訂“警察處分前之告知義務”，使人民得知警察要求人民提出身份證明文件或駕駛證件時，並非單純之行政檢查，而係為處罰前之人別確定，使人民不至受到行政罰之突襲(含逕行告發亦應設置此種告知程序)。
- 六、在執行上，宜嚴格要求警察切實遵行“救濟教示義務”，申言之，宜於書面及口頭上盡告知人民之義務，使受處分人民知曉對該處分若有不服，得於一定期間內，向某特定警察機關為申訴或訴願之意旨，使人俾有所準備不服之表示。當然，若警察未盡告知之義務，行政程序法有關救濟期限自動延長為一年之規定，即可當然適用(行政程序法第九十八條第三項參照)。

- 七、強化警察職權行使法上之當場表示異議之機制，使得警察機關負有義務需做成書面處分之必要，使得許多非型式化之警察行為得以型式化（警察職權行使法第二十九條第一項及第二項參照）。
- 八、為實現“對質”之程序保障，受理異議或訴願之管轄機關，得命受處分人民與處分之警察對質，以確保事實之真相，此一“必要”情形，亦得增訂於警察法中。