

專題演講：比例原則與營業自由

主講人：葉慶元博士

專題演講大綱

比例原則：基本概念

- 德國：不以大砲打小鳥
- 法國：不以鐵鎚打蒼蠅
- 美國：不焚屋以烤豬
 - Do not burn the house to roast a pig.
- 我國
 - 割雞焉用牛刀（倫語，陽貨）
 - 以隨侯之珠，彈千仞之雀（莊子，讓王）

比例原則：意義

- 憲法的意義
 - ◆ 對人民權利之限制，唯有在公共利益「必要」之範圍內，始得立法進行限制。
- 行政法的意義
 - ◆ 在實施公權力行為的「手段」與「行政目的」間，應該存有一定的比例關係。

比例原則：概念內涵

- 妥當性（合目的性）
 - 所採取之方法或手段，應有助於目的之達成。
- 必要性（最小侵害性）
 - 針對同一目的達成，有多種適合之手段可供選擇時，應選擇對人民損害最小之手段。
- 狹義比例性（衡量性）
 - 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。
 - 目的達成所獲致之**利益** > 手段所造成之**損害**

比例原則：司法院解釋

- 釋字第436號解釋（86.10.3）
 - 軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。
- 釋字第471號解釋（87.12.18）
 - 不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。
- 釋字第476號解釋（88.1.29）
 - 人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；
 - 惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的**正當性**、**手段必要性**、**限制妥當性**符合，即無乖於比例原則。

- 長期自由刑之措置，欲達成肅清防制煙毒之目的「成效難期」；死刑規定乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第二十三條之規定 →相同有效性方能比較最小侵害手段
- 釋字第646號解釋（97.9.5）
 - 電子遊戲場業管理條例對未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者，科處**刑罰**（手段）
 - 旨在杜絕業者規避辦理營利事業登記所需之營業分級、營業機具、營業場所等項目之查驗，以事前防止諸如賭博等**威脅社會安寧、公共安全與危害國民，特別是兒童及少年身心健全發展**之情事，**目的洵屬正當**
 - 所採取之手段對目的之達成亦屬必要，符合憲法第23條比例原則之意旨。

比例原則：成文化

- 警械使用條例第9條
 - 警察人員使用警械時，如非情況急迫，應注意勿傷及其人致命之部位。
- 土地法第208條
 - 國家因公共事業需要得徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限。
- 行政罰法第34條第2項
 - 對現行違反行政法上義務之行為人所為之強制，不得逾越保全證據或確認身分目的之必要程度。
- 集會遊行法第26條
 - 集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之**均衡維護**，以**適當**之方法為之，**不得逾越所欲達成目的之必要限度**。
- 行政執行法第3條
 - 行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以**適當**之方法為之，**不得逾達成執行目的之必要限度**。
- 行政程序法第7條
 - 行政行為，應依下列原則為之：
 - 採取之方法應有助於目的之達成。
 - 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。
 - 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。

比例原則：具體化

- 行政罰法第18條
 - 裁處罰鍰，應審酌
 - 違反行政法上義務行為
 - ◆ 應受責難程度
 - ◆ 所生影響
 - 因違反行政法上義務所得之利益
 - 受處罰者之資力
 - 前項所得之利益超過法定罰鍰最高額者，得於所得利益之範圍內酌量加重，不受法定罰鍰最高額之限制

比例原則：最高行政法院判決

- **NCC v. 中天電視**（100年判字1347）
 - 行政處分是否加附款，係行政機關裁量權之行使，此項裁量權之行使……自應受一般法律原則（例如比例原則、平等原則）之拘束。
- **國都汽車 v. 行政院原民會**（100年判字1360）
 - 利潤185,264元 v. 就業代金1,749,696元！
 - 原住民族工作權保障法第12條及政府採購法第98條規定之就業基金繳納代金，法定計算基礎乃經立法者為考量，尚難謂有違比例原則。
- **徐頤璿 v. 高雄市政府**（100年判字1329）
 - 寺廟暫代管理人未遵期召開信徒代表大會遭解職，其法律依據為寺廟登記規則第11條，該條規定與監督寺廟條例之立法意旨相符，乃為保護寺廟財產，增進公共利益所必要，與憲法保障人民財產權之本旨，並無牴觸，自無違反比例原則規定。
- **楊成誠 v. 財政部**（100年判字1207）
 - 股份有限公司之董事為清算程序中之清算人，上訴人既仍登記為董事，原判決依公司法第12條規定及上揭公司法及稅捐稽徵法之規定維持原處分之限制出境，即屬有據，均無違比例原則及誠信原則。
- **鼎豐傳播 v. NCC**（100年判字1085）
 - 華爾街財經台申請換照遭NCC拒絕。
 - 「換照」制度為管理衛星廣播電視事業之方式，係符合憲法為增進公共利益得以法律限制人民基本權之規定（憲法第23條參照）。
 - 手段有助於促進衛星廣播電視健全發展，保障公眾視聽權益之目的。（合目的性）
 - 廣電事業執照有效期間內如有評鑑制度，則毋需另立「限期改善」或「臨時執照」等過渡措施之規範→已選擇限制較少手段，故不違反比例原則。
- **發美營造 v. 法務部**（100年判字1055）
 - 縣議員違反利益衝突迴避事件
 - 法律規定：
 - 違反利益迴避法第9條者，處該交易行為金額1倍至3倍之罰鍰
 - 原處分：
 - 裁處上訴人交易行為金額之1倍罰鍰
 - 法院見解：
 - 已屬法定罰鍰最低額，核與比例原則無違，亦無違憲可言
- **某甲 v. 臺北市政府警察局**（100年判字862）
 - 某甲向北市警局申請計程車駕駛人執業登記，但北市警局以某甲曾犯麻醉藥品管理條例之罪，經判有期徒刑之刑確定，依據道路交通管理處罰條例第37條第1項規定予以否准。
 - 司法院釋字第584號解釋理由書並未宣告道路交通管理處罰條例第37條第1項規定違憲。
 - 道路交通管理處罰條例第37條第1項規定曾犯麻醉藥品管理條例之罪，經判有期徒刑之刑確定即應否准計程車駕駛人執業登記之申請，無違比例原則。

比例原則：臺北高等行政法院

- 壹傳媒互動 v. 臺北市政府（99年度訴字1593）
 - 動新聞（裸體+屍體？）未分級，北市府連續二日針對不同之影片，依據兒少法及其子法電腦網路內容分級處理辦法，各處50萬元（罰鍰上限）。
 - 被告衡酌動新聞之內容引發眾多公益團體反彈，且點閱人數眾多等情，認定原告違法情節嚴重，本得依裁罰基準第3點第11項規定，處罰鍰50萬元，並勒令停業1個月以上1年以下，惟被告以原告係初犯，僅處罰鍰50萬元，而未予更重之停業處分，其裁量並未違背比例原則。

比例原則 @ 菸害防制法

- 菸害防制法第9條
 - 促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：
 1. 以廣播、電視、電影片、錄影物、電子訊號、電腦網路、報紙、雜誌、看板、海報、單張、通知、通告、說明書、樣品、招貼、展示或其他文字、圖畫、物品或電磁紀錄物為宣傳。
 2. 以採訪、報導介紹菸品或假借他人名義之方式為宣傳。
 8. 以茶會、餐會、說明會、品嚐會、演唱會、演講會、體育或公益等活動，或其他類似方式為宣傳。
- 菸害防制法第26條第1項
 - 製造或輸入業者，違反第九條各款規定者
 - 處NT\$ 500萬元 ~ 2500萬元罰鍰
 - 並按次連續處罰。
- 憲法層級應思考：
 - 第9條之規範目的？
 - 國民健康？
 - 避免民眾受菸品廣告誤導？
 - 全面禁絕菸品？
 - 手段：禁止宣傳+罰鍰→限制營業自由及表意自由
 - 能否達成目的？
 - 最小侵害手段？
 - 利益 v. 損害？
- 行政法層級應思考：
 - 具體處分所欲追求之行政目的？
 - 具體處分之手段（如罰鍰）
 - 能否達成目的？
 - 最小侵害手段？
 - 利益 v. 損害？
 - ◆ 違反行政法上義務行為
 - ◻ 應受責難程度、所生影響
 - ◆ 違反行政法上義務所得之利益（超過法定罰鍰上限？）
 - ◆ 受處罰者之資力