

臺北市政府地政局員工自行研究報告

不動產經紀業管理條例裁罰基準之探討- 以仲介買賣與仲介租賃間差異為主

研究人員：江繼元

所屬單位：地權及不動產交易科

中華民國 105 年 12 月

目次

壹、 緒論.....	1
一、 研究動機.....	1
二、 研究目的.....	3
三、 研究範圍.....	4
四、 研究方法.....	4
貳、 文獻探討.....	6
一、 憲法基礎.....	6
二、 大法官解釋.....	8
三、 法規.....	11
參、 資料分析.....	13
肆、 主要發現.....	20
伍、 建議與結論.....	22
陸、 參考文獻.....	23

壹、緒論

一、研究動機

不動產經紀業於國內不動產交易市場扮演舉足輕重之角色，早期稱其為牽勾仔、中間人、掮客或中間人，以不動產買賣之居間或代理服務為其主要業務內容。嗣後因不動產交易活動漸趨熱絡，鑒於社會實際需要，政府於民國 73 年底，正式受理以房屋租售為營業內容之公司申辦登記。民國 74 年業者引進日本房地產仲介制度之理念及模式，因日本稱此種介紹業為「仲介」，「仲介」名詞始為國內採用。時序推展至民國 76 年，不動產交易市場熱絡，仲介業大量設立，惟組織型態不一，成員良莠不齊且欠缺管理規範，以致於時常發生仲介糾紛事件，內政部為加強仲介業之管理與輔導，於民國 77 年起陸續邀請學者、不動產業界團體、房屋仲介業者、民間消費團體及相關機關，研議訂定仲介業管理法規，歷經多次研商，經立法院協商通過「不動產經紀業管理條例」，並於民國 88 年 2 月 3 日以總統（88）華總一義字第 8800024800 號令公布施行。

按「經營經紀業者，應向主管機關申請許可後，依法辦理公司或商業登記.....」、「經紀業經主管機關之許可，辦妥公司登記或商業登記，並加入登記所在地之同業公會後方得營業.....」

分為不動產經紀業管理條例第 5 條及第 7 條所明定，換言之，不動產經紀業管理條例將不動產經紀業界定為特許行業，凡經營仲介業務（指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務）需經地方政府主管機關許可並設置不動產經紀人始能設立，並應加入各地縣市不動產仲介業商業同業公會及繳交營業保證金，始得執業之專門特許行業，且對經紀業之經紀人、營業員採登記制度始能執行業務（經紀人員任職異動備查），即「人必歸業、業必歸會」之原則，該條例更課予經紀業及經紀人員一定之義務，並訂定相應之罰則，而本局係為該條例所稱主管機關，依法執行臺北市之不動產經紀業者之監督與管理，並居於主管機關之地位，針對違規之經紀業及經紀人員作成處分，而實際統計本局 105 年截至 7 月底所受理之不動產廣告違章案件（總計 254 件），其中屬租賃案件（211 件）占比高達 83.07%，惟現行法令對於不動產經紀業者違章行為規定所處之罰鍰金額，未考量經營仲介買賣業務與租賃業務所得報酬之差異，針對經紀業刊登不動產廣告違反該條例第 21 條規定¹，僅得依同條例第 29 條規定²統一於新臺幣 6-30 萬元之裁量範圍內，審酌行政罰法第 18 條第 1 項所訂應審

¹不動產經紀業管理條例第 21 條規定：「.....前項廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱。.....」

²不動產經紀業管理條例第 29 條規定：「經紀業違反本條例者，依下列規定處罰之：.....三、違反.....第 21 條第 1 項、第 2 項.....規定者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。.....」

酌事項予以裁量作成行政處分。

惟本局依法行政結果屢遭經紀業者反映委託買賣與委託租賃案件兩者所受報酬與裁罰有不符比例原則情形，亦有本市議員於定期大會中建議市府應在不影響承租人權益下，裁罰不宜過重，建議市府通盤檢討，故本府就是類違反不動產經紀業管理條例事件之處理，釐清是否誠如業者所反映的有不符比例原則情形？因此引發本研究的動機。

二、 研究目的

本研究選擇本市從事不動產業務的經紀業者為研究對象，探討其違反不動產經紀業管理條例事件的相關問題，實際上本局作為本市不動產經紀業主管機關，目前處理仲介買賣與仲介租賃兩者違反不動產經紀業管理條例事件時，係以相同之裁罰基準論處，為使本局之處罰有明確性、合乎比例原則，故本研究目的主要係釐清本府處理仲介買賣與仲介租賃兩者違反不動產經紀業管理條例事件之行政處分是否合乎比例原則。

三、 研究範圍

(一) 對象範圍：以臺北市內從事不動產業務的經紀業者為研究的對象範圍。

(二) 業務範圍：以不動產經紀業管理條例所稱仲介業務，即從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務為研究的業務範圍。

(一) 事件範圍：以不動產經紀業為執行仲介業務所刊登之不動產廣告違反不動產經紀業管理條例第 21 條規定事件為研究的事件範圍。

四、 研究方法

研究方法一節，乃針對獲取資料的方式和分析資料的方式詳加解釋、對方法論於問題的解決辦法和效果加以說明。蓋研究方法直接影響研究結果，選用方法是否合宜、得到資料的方式是否符合探究主題之常理，將有助於吾人評估研究結果是否有效及可信。

在研究模式方面，與法學最為密切者，莫過於演繹法（Deduction）與歸納法（Induction）二種模式。演繹法從通則推論到特定情狀，亦即將所構築出之理論適用於個案之中；歸納法則是從特定情狀推論至通則，從具體的觀察得出一個概念化之

通則，而得解釋所欲觀察事項間之相互關係³。

本研究主要以演繹法為主、歸納法為輔，來構築研究大綱之思路，以本局就違反不動產經紀業管理條例第 21 條規定所作成裁罰涉及之法律問題基礎，廣泛蒐集相關之大法官解釋、法規、法學學說、論文等文獻，試圖於此資料面上，配合歷史分析法探討現行法律規範下，本府處理仲介買賣與仲介租賃兩者違反不動產經紀業管理條例事件之行政裁量權範圍進行評析。

（一）歷史分析法

所謂「歷史分析法」即為立法沿革之探討，蓋法律制度之形成皆有其時代背景，有時是為因應社會環境變遷所自行創設的新制度，有時是模仿先進民主國家制度，繼受他國的法律制度以應付未來社會的潮流⁴。採用歷史分析法之目的，乃冀望藉由我國不動產經紀業管理條例自草擬時迄今之背景，透過動態觀點分析，探究我國不動產經紀業管理制度之產生原因，省思現行制度於時代演變中產生之不合理處。

³黃國偉，中、美存款保險法制之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 3，2009 年 6 月。

⁴黃國偉，前揭文（註 3），頁 4。

貳、 文獻探討

一、 憲法基礎

(一) 中華民國憲法

1. 憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」（生存權、工作權及財產權）
2. 憲法第 23 條規定：「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。」（基本人權之限制）

(二) 憲法原則

1. 法治國家原則

國家的任何行為或決定都應以法律規定為基準，亦即以法律規定作為政府行使權力的根據或界限。「法治國家原則」形式面上則要求國家機關行使權力，須合於法律之規定，強調行政行為應受法之拘束，並確保行政行為之救濟途徑；實質面上則要求基本權利受憲法之保障，特別是人性尊嚴，而立法者亦受憲法之拘束，故權力之行使，須符合正當法律程序及實質正當。學理及實務上亦推展出細部之具體原則，例如為防止權利濫用，保障人民權利之權立分立原則或依法行政原則及平等原則等。

2. 比例原則

國家對於人民的基本權利固然得以透過法律予以限制，但該法律之內容亦必須符合比例原則，故可謂比例原則是對人民基本權利限制之限制，而比例原則應為本研究問題最主要之核心，其所衍生概念包含「正當性原則」、「必要性原則」與「狹義比例原則」，分述如下：

- (1) 正當性原則：國家所採取者必須是有助於達成目的的措施，又稱「合目的性原則」。
- (2) 必要性原則：如果有多種措施均可達成目的，國家應採取對人民侵害最小者，又稱「侵害最小原則」或「最小侵害原則」。
- (3) 狹義比例原則：國家所採取的手段所造成人民基本權利的侵害和所欲達成之目的間應該有相當的平衡(兩者不能顯失均衡)，亦即不能為了達成很小的目的而使人民蒙受過大的損失，亦即合法的手段和合法的目的之間存在的損害比例必須相當，又稱「衡量性原則」、「責罰相當原則」。

二、大法官解釋

實際上提及比例原則之相關大法官解釋甚多，舉凡釋字第 436、464、471、476、487 等，惟本研究僅就於比例原則之審查上較多論述之大法官解釋加以分析。

(一) 釋字第 577 號

93 年 5 月 7 日釋字第 577 號大法官解釋爭點系為菸害防制法命業者標示尼古丁等含量是否違憲，該號解釋文如下：

憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。

國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事業，重視醫療保健等社會福利工作。菸害防制法第八條第一項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」另同法第二十一條對違反者處以罰鍰，對菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第十一條保障人民言論自由及第二十三條比例原則之規定均無違背。又於菸品容

器上應為上述之一定標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。另上開規定之菸品標示義務及責任，其時間適用之範圍，以該法公布施行後之菸品標示事件為限，並無法律溯及適用情形，難謂因法律溯及適用，而侵害人民之財產權。至於害防制法第八條第一項規定，與同法第二十一條合併觀察，足知其規範對象、規範行為及法律效果，難謂其規範內容不明確而違反法治國家法律明確性原則。另各類食品、菸品、酒類等商品對於人體健康之影響層面有異，難有比較基礎，立法者對於不同事物之處理，有先後優先順序之選擇權限，相關法律或有不同規定，與平等原則尚無違背。

（一）釋字第 641 號

97 年 4 月 18 日釋字第 641 號大法官解釋爭點系為菸酒稅法第 21 條是否違憲，該號解釋文如下：

菸酒稅法第二十一條規定：「本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣二千元之罰鍰。」其有關處罰方式之規定，使超過原專賣價格出售該

法施行前專賣之米酒者，一律處每瓶新臺幣二千元之罰鍰，固已考量販售數量而異其處罰程度，惟採取劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法第十五條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第二十三條之比例原則尚有未符，有關機關應儘速予以修正，並至遲於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適用。系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第二十一條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。該號解釋理由書略以：「……菸酒稅法第二十一條規定，乃以『瓶』為計算基礎，使超過原專賣價格出售該法施行前專賣之米酒者，每出售一瓶，即處以新臺幣二千元之罰鍰，受處罰者除有行政罰法減免處罰規定之適用者外，行政機關或法院並無綜合個案一切違法情狀以裁量處罰輕重之權限，立法固嚴，揆諸為平穩米酒價格及維持市場供需，其他相關法律並無與菸酒稅法第二十一條規定達成相同立法目的之有效手段，且上開規定之違法行為態樣及法律效果明確，易收遏阻不法之效，是尚屬維護公益之必要措施。但該條規定

以單一標準區分違規情節之輕重並據以計算罰鍰金額，如此劃一之處罰方式，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其罰鍰金額有無限擴大之虞，可能造成個案顯然過苛之處罰，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此未設適當之調整機制，其對人民受憲法第十五條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而有違憲法第二十三條之比例原則……」，而本件釋憲申請案不法獲利未達新臺幣兩百萬元，核定罰鍰卻逾新臺幣一億元以上(新臺幣 105,600,000 元)，不符責罰相當原則，是以該規定與憲法第 23 條之比例原則不符。

三、法規

- (一) 不動產經紀業管理條例第 1 條規定：「為管理不動產經紀業(以下簡稱經紀業)，建立不動產交易秩序，保障交易者權益，促進不動產交易市場健全發展，特制定本條例。」
- (二) 不動產經紀業管理條例第 21 條規定：「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售。前項廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱。廣告及銷售內容與事實不符者，應負損害賠償責任。」

(三) 行政罰法第 4 條規定：「違反行政法上義務之處罰，以行為時之法律或自治條例有明文規定者為限。」

(四) 行政罰法第 7 條規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。法人、設有代表人或管理人之非法人團體、中央或地方機關或其他組織違反行政法上義務者，其代表人、管理人、其他有代表權之人或實際行為之職員、受僱人或從業人員之故意、過失，推定為該等組織之故意、過失。」

(五) 行政罰法第 8 條規定：「不得因不知法規而免除行政處罰責任。但按其情節，得減輕或免除其處罰。」

(六) 行政罰法第 9 條規定：「未滿十四歲人之行為，不予處罰。十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕處罰。行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不予處罰。行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕處罰。前二項規定，於因故意或過失自行招致者，不適用之。」

(七) 行政罰法第 18 條規定：「裁處罰鍰，應審酌違反行政法上義務行為應受責難程度、所生影響及因違反行政法上義務所得之利益，並得考量受處罰者之資力。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。依本法規定減輕處罰時，裁處之罰鍰不得逾法定罰鍰最高額之二分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之二分之一；同時有免除處罰之規定者，不得逾法定罰鍰最高額之三分之一，亦不得低於法定罰鍰最低額之三分之一。但法律或自治條例另有規定者，不在此限。其他種類行政罰，其處罰定有期間者，準用前項之規定。」

三、資料分析

(一) 制訂不動產經紀業管理條例之立法背景探討

查91年12月內政部編印不動產經紀業管理條例制定實錄壹、研訂之緣起略以：「長期以來，房地產仲介業（以下簡稱仲介業）一直存在於國內房地產市場中，早期或稱中間人、掮客或介紹人，其主要業務內容為房地產買賣之居間或代理業務。嗣因社會經濟繁榮，房地產供需增加，交易隨之頻繁，政府鑒於社會實際需要，於民國七十三年底，正式受理以房屋租售介紹為營業內容之公司申辦登記。……自民國七十六年起房地產交易熱絡，仲介業乃大量設立，組織型態及經營規模不一，成員亦良莠不齊，政府因缺乏管理規範，對於業者及從業人員難以管理，營業方式無法輔導，制度無以建立，因此經常發生一屋數賣、虛報坪數、欺瞞屋齡、詐騙貸款、偽

造合約等仲介糾紛事件，影響交易安全及消費者權益甚鉅；再者，仲介業或從業人員為賺取差價，經常哄抬售價，更加促使房地產價格暴漲……」，蓋立法者於制訂不動產經紀業管理條例之時空背景為時值我國社會經濟繁榮，因此推升不動產之需求而使仲介業者數量大幅成長，與此同時不動產買賣之糾紛層出不窮，因此社會各界建議應儘速訂定仲介業管理規範，是以此探求立法者於制訂法律時，所為價值判斷及所欲實現的目標，先期目標應為有效喝止仲介業於從事仲介買賣時的各種脫序行為（一屋數賣、詐騙及偽造文書等），終極目標則係使仲介業制度化，進而提升從業人員並保障消費者安全。

（二）不動產經紀業管理條例第 21 條立法沿革之探討

不動產經紀業管理條例原係由內政部研訂「房地產仲介業管理條例」草案，並以該部 79 年 5 月 9 日台(79)內地字第 788352 號函報行政院轉請立法院審議，案經行政院 79 年 9 月 20 日提該院第 2200 次會議決議：「通過，送請立法院審議。」，並以該院 79 年 10 月 5 日台 79 內字第 28666 號函請立法院審查。其中，現不動產經紀業管理條例第 21 條規定於行政院提出之（房地產仲介業管理條例）草案中，原係規定：「仲介業

與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告（第 1 項）。前項廣告內容，應與事實相符，並註明仲介業名稱（第 2 項。）」，其立法說明為「明定房地產廣告應於委託契約書簽訂後始得刊登，並應註明仲介業名稱，以明房地產廣告刊登事項之責任」，而該條文內容於立法院交付委員會審查時，經委員提出動議修正為：「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售（第 1 項）。前項廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱（第 2 項）。」，主席則表示：加入「銷售」二字意即銷售亦需完成契約之委託後方可進行。而無異議，修正通過。嗣經立法院朝野協商結論，增加第 3 項後之條文為：「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售（第 1 項）。前項廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱（第 2 項）。廣告及銷售內容與事實不符者，應負損害賠償責任。（第 3 項）」，經立法院二讀、三讀通過。

（三）現行制度於時代演變中產生之不合理處

依前述不動產經紀業管條例第 21 條立法之過程觀之，原行政院提出之「房地產仲介業管理條例」草案版本，並未於此條文規定「銷售」二字，係經立法委員於審查委員會時提出臨時動議而於條文中增加「銷售」二字，另於審查委員會

時，會上主席特別表示：「加入『銷售』二字意即銷售亦需完成契約之委託後方可進行」。嗣於二讀時再依朝野協商條文增加第 3 項之規定，再經立法院三讀通過，可見依此立法過程中，本條文所規定之「銷售」二字，並不包含「租賃」意義在內，易言之，配合立法當時之背景及立法者所欲實現的目標，立法者未就「買賣」及「租賃」兩者進一步考量其差異性，較多是以仲介買賣之層面審視該條文。立法當時在「有土斯有財」及「住者有其屋」等觀念下，過往以仲介買賣為絕對大宗之情況已有所改變，惟此際距立法之時點已逾十餘載，「住者適其屋」之觀念漸為公眾所知曉，現今都會區高房價的情況下，租房成為許多人的選擇，亦推升仲介租賃的需求。

不動產經紀業管理條例第 21 條第 2 項立法精神，係為不動產經紀業就銷售物件之內容應與事實相符，以避免誤導消費者，俾保障交易安全，就違反前揭行政法上義務者，依同條例第 29 條規定略以：「經紀業違反本條例者，依下列規定處罰之：……三、違反……第 21 條第 1 項、第 2 項……規定者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。……」處以罰鍰，參酌前揭大法官會議解釋，其中，

釋字 641 號解釋理由書略以：「對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，應根據違反義務情節之輕重程度為之，使責罰相當。立法者針對特別應予非難之違反行政法上義務行為，為求執法明確，以固定之方式區分違規情節之輕重並據以計算罰鍰金額，而未預留罰鍰之裁量範圍者，或非憲法所不許，惟仍應設適當之調整機制，以避免個案顯然過苛之處罰，始符合憲法第二十三條規定限制人民基本權利應遵守比例原則之意旨。……」，為我國大法官解釋首次提及「責罰相當原則」，即大法官於狹義比例原則之審查上，除如前揭釋字第 577 號解釋進行傳統「基本權侵害與公益重要性之衡量」外，另就違反行政法之行為對基本權利之侵害為「責罰相當原則之審查」後，始再與公益原則為衡量，惟該號解釋未釋明所謂「責罰相當原則」之判定標準，而依該解釋之案例情形，不法獲利未達新臺幣兩百萬元，核定罰鍰卻逾新台幣一億元以上（新臺幣 105,600,000 元），而以「顯然過苛」認其違反比例原則，倘金額未如其龐大之個案有無其「責罰相當原則」之適用，有待商榷。

本研究所探討之客體事件為不動產經紀業刊登仲介不動產「買賣」廣告與不動產「租賃」廣告，倘違反不動產經紀業刊登廣告應與事實相符之行政法上義務，兩者所受違法之評價是否有別，而不動產經紀業管理條例第 21 條係屬「行為規範」；同條例第 29 條則屬「制裁規範」，前者所欲維護之公益係為不動產經紀業就廣告標的之內容應與事實相符，以保障消費者在正確資訊下作成交易決定，俾保障交易安全，然而，不動產買賣價金與不動產租金金額差距甚大，前者於房價高漲之社會背景下動則數千萬不等，而後者因整體經濟環境影響，實質薪資所得倒退造成租金低迷之背景下則遠低於買賣價金，因此，兩者廣告內容不實對不動產經紀業管理條例第 21 條所欲維護之公益所造成之侵害程度有別。另內政部 89 年 5 月 2 日台（89）內中地字第 8979087 號函訂定及 89 年 7 月 19 日台（89）內中地字第 8979517 號函修正之不動產仲介業報酬計收標準規定略以：「……（一）不動產經紀業或經紀人員經營仲介業務者，其向買賣或租賃之一方或雙方收取報酬之總額合計不得超過該不動產實際成交價金百分之六或一個半月之租金。……」，前揭報酬計收標準規定不動產經紀業就仲介買賣與仲介租賃兩者服務報酬收取之上限，

雖個案實際服務報酬或有變動，然於此規定下，仲介買賣所收取之服務報酬當高於仲介租賃，即兩者所受報酬亦有相當上之差異性。

不動產經紀業管理條例第 21 條第 1、2 項規定「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售（第 1 項）。前項廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱（第 2 項）。」，所指廣告，固包含經紀業所從事之仲介業務及代銷業務範圍，亦即居間或代理「租賃」業務之廣告，固當然包含在內，此由內政部訂定之「不動產經紀業廣告處理原則」亦規定將居間及代理「租賃」業務規範在內自明，故不動產經紀業刊登仲介不動產「買賣」及「租賃」廣告不實皆依同條例第 29 條規定處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，「買賣」及「租賃」廣告兩者間除前述差異外，內政部更曾以 101 年 2 月 14 日內授中辦地字第 1016000672 號函釋，租賃案件性質與不動產買賣不同，其成交時間較短、較單純，為考量實際作業情況，不動產經紀業者執行租賃業務得無須製作不動產說明書，蓋以行為與制裁規範併為理解，難謂其全無不合理之處。

肆、 主要發現

(一) 法制國家原則及比例原則下的不動產經紀業管條例

在民主立憲國家中，國家權力行使之首要任務在於保障人民基本生存生活，而立法機關依據民意制訂法律，有其立法之目的與事實之需要性，故立法權具有民主正當性與形成性，權力分立原則將憲法機關權力以彼此相關聯之作用而予分割，並使其藉由外來之他律制衡，以實踐國家任務，是而立法、行政與司法權間，均具有各自獨立之排他性⁵，而各權力部門間對於彼此的權限應相互尊重，進而形成所謂「立法裁量」、「立法形成自由」，一般認為立法者關於立法內容之裁量及立法者關於是否立法之裁量即所謂「立法裁量」，前者乃立法「作為」之內容是否妥適的問題，堪稱「狹義的立法裁量」；後者乃立法「不作為」之決定是否妥適的問題，可與前者合稱為「廣義的立法裁量」⁶。

本研究認為，為使法規範達其目的，對違反規範者，自需產生一定之法律效果，而行政罰係對違反法規範者所為一定之法律效果規範，即對人民基本權為一定之限制、剝奪，

⁵陳慈陽〈立法怠惰與司法審查-以釋憲權對立法不作為審查作用及其界問題為研究對象〉收錄於〈司法院大法官 89 年度學術研討會紀錄〉（2001 年 12 月）283 至 291 頁。

⁶湯德宗〈立法裁量之司法審查的憲法依據－違憲審查正當性理論初探〉收錄於〈司法院大法官 89 年度學術研討會紀錄〉（2001 年 12 月）4、5 頁。

立法者固有法律內容之決定權，然常言道有權力即有義務，憲法設置國家機關之本旨，在使各憲法機關發揮其應有之憲政功能，不論是行政、立法或司法部門，均係為保障人民之基本權利，立法部門自需積極參酌國家社會之需要，創制國家完整之法制規範，使人民基本權利得自由行使而不受他人侵害，而不動產經紀業管理條例第 21 條規定自 88 年公布施行迄今，歷經將近二十年，此期間我國不動產交易習慣（租購選擇）、經紀業經營型態、手法（網路平台之興起）等亦有所改變，惟該條文規定迄今仍未進行檢討修正，就立法者積極立法之義務而言似容有未足之處。

（二） 比例原則下的不動產經紀業管條例

正當性(合目的性)原則及必要性(最小侵害)原則分別要求國家所採取之措施必須是有助於達成目的，並採取對人民侵害最小者，是不動產經紀業管理條例採相較於人身自由等人民基本權利中，相對侵害較小之財產權之剝奪(行政罰鍰)作為督促不動產經紀業者刊登廣告內容應與事實相符之手段，以維護消費者在正確資訊下作成交易決定，俾保障交易安全之公益，應無疑義。狹義比例(責罰相當)原則則要求對所侵害之基本權利與所保護之公益為全面之之衡量，通俗說法即

「不能以大炮打小鳥」或「殺雞焉用牛刀」是之，即行政法所制訂之「行為規範」與「制裁規範」應符合某一行為不法之評價越高，其所應受之處罰亦高之模式，故本研究認為，違反動產經紀業管理條例第 21 條規定行為(廣告不實)之不法評價，應可依該行為對法益侵害程度之強弱而有不同之制裁規範(同條例第 29 條規定)。

伍、建議與結論

總結本文評析之結果，可知雖於法治國之權力分立原則下，立法者蓋有所謂「立法裁量」及「立法的形成自由」，惟仍需受比例原則之限制，此即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。然而，不動產經紀業管理條例施行至今已有相當長的時間，期間歷經我國不動產市場景氣變化及不動產經紀業經營型態改變，又該條例第 21 條有關經紀業刊登廣告內容應與事實相符之行為規範，未考量買賣與租賃廣告兩者間之案件性質及所受服務報酬等性質差異，皆依同條例第 29 條之制裁規範受相同之不法評價，然則司法權相對於立法權，就憲法解釋而言，可謂前者屬上位，惟基於「權力相互尊重」，觀察大法官解釋對申請解釋案之比例

原則審查，需有顯見之侵害人民基本權利(如本研究案例之責罰顯然過苛)方為違反之解釋，但國家制定憲法之最終目的，在於保障人民之基本權利，謹提出建議如下供後續參酌：

建議內政部檢討修正不動產經紀業管理條例

不動產經紀業管理條例制訂之初有其特定時空下之考量，惟經時空推移，社會環境變遷，倘由立法者主動修正，使不動產經紀業管理條例可依個別行為規範對公益侵害程度之差異，而為不同之制裁規範考量，則更能維護人民財產權之基本權利保障。

陸、 參考文獻

黃國偉，中、美存款保險法制之比較研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2009 年 6 月。

陳慈陽，立法怠惰與司法審查-以釋憲權對立法不作為審查作用及其界問題為研究對象，司法院大法官 89 年度學術研討會紀錄，2001 年 12 月。

湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據－違憲審查正當性理論初探，司法院大法官 89 年度學術研討會紀錄，2001 年 12 月。