司法院大法官解釋

(四十一)

司　法　院　　印　行

中華民國一一一年八月

司法院大法官解釋（四十一）

目次

司法院釋字第八〇〇號解釋 ····· 1

【宣告法令違憲解釋後再審最長期間計算案】

法令經宣告違憲後提再審之最長期間，應不計繫屬司法院期間

解釋文 ····· 1
解釋理由書 ····· 1
協同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 6
部分協同部分不同意見書　黃瑞明大法官　提出　黃虹霞大法官、詹森林大法官　加入 ····· 17

司法院釋字第八〇一號解釋 ····· 27

【羈押日數算入無期徒刑假釋已執行期間案】

無期徒刑確定前未逾1年之羈押日，不算入假釋已執行期間，違憲

解釋文 ····· 27
解釋理由書 ····· 27
協同意見書　黃瑞明大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 ····· 32
協同意見書　詹森林大法官　提出　黃虹霞大法官　加入「貳、三、四」以外之其他部分，楊惠欽大法官　加入「貳、二」部分 ····· 36
部分不同部分協同意見書　林俊益大法官　提出　蔡宗珍大法官　加入 ····· 45
部分不同意見書　呂太郎大法官　提出　蔡烱燉大法官、張瓊文大法官、蔡宗珍大法官　加入 ····· 58
不同意見書　吳陳鐶大法官　提出　蔡烱燉大法官　加入 ····· 65

司法院釋字第八〇二號解釋 ····· 69
【跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬案】
跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬，無違工作權等之保障
解釋文 ····· 69
解釋理由書 ····· 69
協同意見書　楊惠欽大法官　提出　蔡宗珍大法官　加入 ····· 73
部分協同部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 79
不同意見書　黃虹霞大法官　提出 ····· 89
不同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 101
不同意見書　詹森林大法官　提出 ····· 104
司法院釋字第八〇三號解釋 ····· 111
【原住民狩獵案】
原民狩獵文化與生態保護應並重，自製獵槍之安全等規定部分違憲
解釋文 ····· 111
解釋理由書 ····· 112
解釋附表 ····· 134
部分協同意見書　黃虹霞大法官　提出　蔡炯燉大法官、黃瑞明大法官、詹森林大法官　加入 ····· 134
協同意見書　呂太郎大法官　提出 ····· 185
協同意見書　楊惠欽大法官　提出 ····· 188
部分協同部分不同意見書　許志雄大法官　提出　黃昭元大法官加入 ····· 201
部分協同部分不同意見書　黃瑞明大法官　提出　黃虹霞大法官加入四、五部分，詹森林大法官加入四以外部分 ····· 213
部分不同意見書　許宗力大法官　提出　黃昭元大法官　加入 230
部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 239

部分不同意見書　詹森林大法官　提出　黃虹霞大法官　加入貳部分，吳陳鐶大法官及林俊益大法官加入貳、參部分　黃瑞明大法官加入 ····· 258
部分不同意見書　黃昭元大法官　提出　許志雄大法官　加入 268
部分不同意見書　謝銘洋大法官　提出 ····· 284
部分不同意見書　蔡宗珍大法官　提出　張瓊文大法官　加入，黃虹霞大法官加入二至四部分，吳陳鐶大法官及詹森林大法官加入一至四部分 ····· 306

司法院釋字第八〇四號解釋 ····· 313
【非法重製光碟罪案】
著作權法非法重製光碟罪相關規定，無違法律明確性等原則
解釋文 ····· 313
解釋理由書 ····· 313
解釋附表 ····· 322
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 323
協同意見書　呂太郎大法官　提出 ····· 328
部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 332

司法院釋字第八〇五號解釋 ····· 345
【少年事件被害人到庭陳述意見案】
少事法未明定保護事件被害人得到庭陳述，部分違憲，2 年內修正
解釋文 ····· 345
解釋理由書 ····· 345
協同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 349
協同意見書　林俊益大法官　提出 ····· 361
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 375
協同意見書　詹森林大法官　提出 ····· 382
協同意見書　楊惠欽大法官　提出　謝銘洋大法官　加入 ···· 386

不同意見書　黃虹霞大法官　提出 …… 389
不同意見書　吳陳鐶大法官　提出 …… 409
不同意見書　呂太郎大法官　提出 …… 414

司法院釋字第八〇六號解釋 …… 435

【臺北市街頭藝人活動許可證案】

臺北市街頭藝人許可辦法 3 規定，違法律保留及職業、表現自由
解釋文 …… 435
解釋理由書 …… 435
協同意見書　許志雄大法官　提出　黃虹霞大法官、黃昭元大
法官　加入 …… 442
協同意見書　黃瑞明大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 …… 446
協同意見書　黃昭元大法官　提出　許宗力大法官、黃虹霞大
法官、許志雄大法官　加入 …… 453
協同意見書　謝銘洋大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 …… 469
部分不同意見書　呂太郎大法官　提出 …… 473
不同意見書　張瓊文大法官　提出 …… 478
不同意見書　蔡宗珍大法官　提出　林俊益大法官　加入、
張瓊文大法官　加入壹部分 …… 489

司法院釋字第八〇七號解釋 …… 503

【限制女性勞工夜間工作案】

勞基法第 49 條第 1 項限制女性勞工夜間工作，違憲，即日失效
解釋文 …… 503
解釋理由書 …… 503
解釋附表 …… 508
協同意見書　黃虹霞大法官　提出　蔡烱燉大法官、蔡明誠大
法官　加入 …… 509
協同意見書　許志雄大法官　提出 …… 560
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 …… 563

協同意見書　詹森林大法官　提出 ····· 568
協同意見書　黃昭元大法官　提出 ····· 570
部分協同部分不同意見書　蔡烱燉大法官　提出　黃虹霞大法官加入（定期失效部分除外）、蔡明誠大法官　加入 ····· 576
部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出　蔡烱燉大法官　加入、黃虹霞大法官加入（失效期間部分除外） ····· 597

司法院釋字第八〇八號解釋 ····· 615

【刑罰併處社會秩序維護法罰鍰案】

社會秩序維護法第 38 條但書處罰鍰部分，違反一罪不二罰原則
解釋文 ····· 615
解釋理由書 ····· 615
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 617
協同意見書　詹森林大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 ···· 621
協同意見書　黃昭元大法官　提出　黃虹霞大法官　加入 ···· 627
協同意見書　楊惠欽大法官　提出 ····· 644
部分不同意見書　許志雄大法官　提出 ····· 649
部分不同意見書　呂太郎大法官　提出 ····· 654
不同意見書　林俊益大法官　提出 ····· 661

司法院釋字第八〇九號解釋 ····· 673

【不動產估價師設分事務所案】

不動產估價師事務所不得設分所之規定，符比例原則，合憲
解釋文 ····· 673
解釋理由書 ····· 673
不同意見書　黃虹霞大法官　提出 ····· 676
不同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 682
不同意見書　林俊益大法官　提出 ····· 692
不同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 710

司法院釋字第八一〇號解釋 ····· 717
【政府採購原住民就業代金案】
採購法得標廠商未僱足原民應繳代金規定，於顯然過苛部分，違憲
解釋文 ····· 717
解釋理由書 ····· 717
協同意見書　黃虹霞大法官　提出 ····· 719
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 785
協同意見書　詹森林大法官　提出 ····· 792
不同意見書　蔡明誠大法官　提出 ····· 799
不同意見書　許志雄大法官　提出　黃昭元大法官　加入 ···· 810
不同意見書　黃昭元大法官　提出　許志雄大法官　加入 ···· 820
不同意見書　蔡宗珍大法官　提出　黃昭元大法官　加入 ···· 831
司法院釋字第八一一號解釋 ····· 839
【復職（聘）者公保養老給付年資採認案】
非可歸責被保險人事由重複加保期間，應採為公保養老給付年資
解釋文 ····· 839
解釋理由書 ····· 839
協同意見書　林俊益大法官　提出 ····· 843
部分不同意見書　楊惠欽大法官　提出 ····· 859
不同意見書　黃虹霞大法官　提出 ····· 864
司法院釋字第八一二號解釋 ····· 869
【強制工作案】
強制工作違憲，刑法、盜贓條例、組織犯罪條例相關規定即日失效
解釋文 ····· 869

解釋理由書 ····· 870
解釋附表 ····· 886
協同意見書　黃瑞明大法官　提出　黃昭元大法官　加入 ···· 892
協同意見書　詹森林大法官　提出 ····· 901
協同意見書　謝銘洋大法官　提出 ····· 907
協同意見書　呂太郎大法官　提出　許志雄大法官、黃昭元大法官　加入 ····· 917
部分不同意見書　蔡烱燉大法官　提出　黃虹霞大法官、蔡明誠大法官　加入 ····· 920
部分不同意見書　黃虹霞大法官　提出　蔡烱燉大法官、蔡明誠大法官　加入 ····· 965
部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出　蔡烱燉大法官、黃虹霞大法官、吳陳鐿大法官　加入 ····· 973
不同意見書　吳陳鐿大法官　提出 ····· 985

司法院釋字第八一三號解釋 ····· 995

【歷史建築所定著之土地為第三人所有之補償案】

文資法就定著第三人土地歷史建物，未予土地所有人相當補償，違憲
解釋文 ····· 995
解釋理由書 ····· 995
協同意見書（更正意見書）　林俊益大法官　提出 ····· 999
協同意見書　黃瑞明大法官　提出 ····· 1007
協同意見書　楊惠欽大法官　提出 ····· 1014

附錄：第八〇〇號解釋至第八一三號解釋關係法令及關鍵詞檢索表 ····· 1025

司法院釋字第八〇〇號解釋

【宣告法令違憲解釋後再審最長期間計算案】

發文日期：中華民國110年1月29日

發文字號：院台大二字第1100003474號

解　釋　文

確定終局裁判所適用之法令，經本院解釋宣告違憲（包括立即失效、定期失效等類型），各該解釋聲請人就其原因案件依法提起再審之訴者，各該聲請案繫屬本院期間（即自聲請案繫屬本院之日起至解釋送達聲請人之日止），應不計入法律規定原因案件再審之最長期間。行政訴訟法第 276 條第 4 項前段規定：「再審之訴自判決確定時起，如已逾 5 年者，不得提起。」於依同法第 273 條第 2 項規定提起再審之訴者，其再審最長期間應依前開意旨計算，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。基於同一法理，民事訴訟法第 500 條第 2 項但書規定所定 5 年再審最長期間之計算，亦應扣除聲請案繫屬本院期間，於此範圍內，本院釋字第 209 號解釋應予補充。 1

本案聲請人得自本解釋公布之日起 30 日內，就臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1850 號確定判決提起再審之訴，不受上開行政訴訟法所定 5 年再審最長期間之限制。 2

解釋理由書

一、本件聲請原因案件之訴訟經過及聲請之受理 1

聲請人莊水池即日新營造廠前因公職人員利益衝突迴避法事件，提起行政訴訟，經臺北高等行政法院（下稱北高行）98 年度訴字第 1850 號判決（下稱原確定判決）駁回其訴，復經最高行政法院（下稱最高行）99 年度裁字第 1026 號裁定（下稱原確定裁定）駁回上訴確定。聲請人認中華民國 89 年 7 月 12 日制定公布之公職人員利益衝突迴避法第 15 條規定有牴觸憲法疑義，向本院聲請解釋。本院作成釋字第 716 號解釋，宣告上開規定違憲，應自解釋公布之日起， 2

至遲於屆滿 1 年時失其效力。聲請人據上開解釋提起再審之訴，經北高行 103 年度再字第 11 號判決及最高行 103 年度判字第 504 號判決（下稱第一次再審確判）以上開解釋僅宣告上開規定違憲但定期失效，「在該解釋所定期限屆滿前，利益迴避法第 15 條仍屬有效。……對屬原因案件之原審前確定判決，並不發生溯及效力。……」為由，駁回聲請人再審之訴。

3 嗣本院作成釋字第 725 號解釋，聲請人就第一次再審確判提起再審之訴，經最高行 104 年度裁字第 378 號裁定（下稱第二次再審確裁）以再審原告（即本件聲請人）非釋字第 725 號解釋之聲請人，且該解釋並未溯及至其他釋憲案件之聲請人為由，不適用行政訴訟法第 276 條第 3 項規定，並以聲請人遲至 103 年 11 月 18 日始就第一次再審確判提起再審之訴，已逾行政訴訟法第 276 條第 1 項規定之 30 日不變期間（自 103 年 9 月 30 日第一次再審確判送達日起算，於同年 10 月 30 日屆滿）為由，以再審之訴不合法，裁定駁回其訴。

4 後本院再作成釋字第 741 號解釋，聲請人復據該解釋就北高行 103 年度再字第 11 號判決及第一次再審確判提起再審之訴，經最高行 106 年度裁字第 1561 號裁定（下稱第三次再審確裁）以聲請人之原確定判決及原確定裁定已於 99 年 5 月 6 日確定，依行政訴訟法第 276 條第 4 項規定，其 5 年再審最長期間應於 104 年 5 月 6 日屆滿；再審原告（即本件聲請人）係於 105 年 12 月 9 日始提起再審之訴，已逾 5 年再審最長期間，且非行政訴訟法第 276 條第 4 項但書規定所列之例外情形為由，以再審之訴不合法，裁定駁回其訴。

5 聲請人主張行政訴訟法第 276 條第 4 項前段規定（下稱系爭規定）不論聲請人有無救濟、提起救濟期間之長短，及逾越提起再審最長期間是否有可歸責聲請人之事由，一律以逾越 5 年再審最長期間為由，而不許提起再審之訴，使原因案件之聲請人無法據本院解釋獲得實質有效之救濟，已侵害聲請人受憲法第 16 條保障之訴訟權，又本院釋字第 209 號解釋亦應予變更，向本院聲請解釋暨變更釋字第 209 號解

釋。

查系爭規定為第三次再審確裁所適用，本院釋字第 209 號解釋亦 6
為第三次再審確裁以「基於法例之一體適用」為由而予引用，是本件聲請核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，應予受理。

本件經審查後，作成本解釋，理由如下： 7

二、確定終局裁判所適用之法令，經本院解釋宣告違憲，各該解釋聲 8
請人就其原因案件提起再審之訴者，各該聲請案繫屬本院期間，應不計入其再審最長期間

本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效 9
力，各該解釋之聲請人得據以請求法院實體審酌釋憲原因案件。又本院所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之（本院釋字第 177 號及第 185 號解釋參照）。人民聲請解釋憲法，經本院解釋宣告確定終局裁判所適用之法令違憲，各該解釋之聲請人均得以各該解釋為請求再審或其他救濟之理由，其目的在於貫徹憲法對人民訴訟權之保障（本院釋字第 741 號解釋參照）。

系爭規定明定：「再審之訴自判決確定時起，如已逾 5 年者，不 10
得提起。」僅規定以行政訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款、第 6 款或第 12 款情形為再審之理由者，始不受上述 5 年再審最長期間之限制（系爭規定但書參照）。又行政訴訟法第 276 條第 5 項規定：「對於再審確定判決不服，復提起再審之訴者，前項所定期間，自原判決確定時起算。但再審之訴有理由者，自該再審判決確定時起算。」其目的係為兼顧確定判決之安定性，故除有特定之再審事由外，如逾越 5 年再審最長期間，即一律不得提起再審之訴。且為避免當事人就同一實體法律關係一再提起再審之訴，虛耗司法資源，乃明定提起再審之訴之期間原則上係自原判決確定時起算。系爭規定之立法目的係為維護正當公共利益，其所定 5 年再審最長期間及其起算時點，並未明顯逾越立

法形成範圍，而屬合理限制。是就非依本院宣告法令違憲之解釋，而係依行政訴訟法第 273 條第 1 項各款規定請求再審之一般情形，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨尚屬無違。

然於確定終局裁判所適用之法令，為本院解釋宣告違憲（包括立即失效、定期失效等類型），各該解釋聲請人據以請求再審之情形，如將聲請案繫屬本院期間（即自聲請案繫屬本院之日起至解釋送達聲請人之日止），均計入再審最長期間，則可能導致聲請人縱使獲得有利之解釋，亦已逾越系爭規定所定 5 年再審最長期間，而仍不得請求再審，致無從獲得有效權利救濟（憲法訴訟法第 91 條第 3 項規定意旨參照）。故於聲請人依同法第 273 條第 2 項規定提起再審之訴之情形，聲請案繫屬本院期間，應不計入其再審最長期間，系爭規定所定再審最長期間之計算，應依上開意旨為之，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。是於本解釋公布後，本院解釋宣告法令違憲者，各該解釋之聲請人據以請求再審時，其再審最長期間之計算，應扣除各該聲請案繫屬本院期間，如尚有剩餘期間者，應於剩餘期間內依法提起再審之訴；其剩餘期間如逾 30 日，仍應依法於各該解釋公布日起 30 日之不變期間內提起再審之訴。 11

又本案原因案件之第三次再審確裁以「基於法例之一體適用」為由所引用之本院釋字第 209 號解釋，原係就民事訴訟法第 500 條有關 30 日不變期間及 5 年再審最長期間規定所為之法令統一解釋。其中有關 30 日不變期間部分，與本解釋意旨相通，並無變更之必要。然有關 5 年再審最長期間部分，則與系爭規定類似，而法院對於再審最長期間遵守之審查，向多援用本院釋字第 209 號解釋。基於同一法理，民事訴訟法第 500 條第 2 項但書規定所定 5 年再審最長期間之計算，亦應扣除聲請案繫屬本院期間，於此範圍內，本院釋字第 209 號解釋應予補充。 12

三、本案聲請人得請求再審救濟 13

為保障原因案件聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻，凡本院宣告法令違憲之解釋聲請人，本即得於各該解釋公布之日起 30 14

日內，依法提起再審之訴。又本院釋字第 725 號解釋釋示：「……為使原因案件獲得實質救濟，如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知……」，故本院宣告法令違憲之解釋公布日，縱已逾越上述 5 年再審最長期間，本院仍得斟酌聲請個案之情節，諭知原因案件具體之救濟方法，不受系爭規定所定 5 年再審最長期間之限制，以使聲請個案獲得救濟機會，並貫徹憲法保障人民訴訟權之意旨。

如前所述，本案原確定判決係於 99 年 5 月 6 日確定，聲請人已 15
依本院釋字第 716 號、第 725 號及第 741 號解釋，於各該解釋公布之日起 30 日內，分別提起第一、二、三次再審之訴，雖經法院分別以法律尚未失效、非本院釋字第 725 號解釋聲請人且已逾 30 日再審不變期間、已逾 5 年再審最長期間等理由，裁判駁回，而均未依本院釋字第 716 號解釋意旨重行審理。聲請人若依本解釋提起再審之訴，縱依本解釋前開意旨，將本院釋字第 716 號解釋及本解釋之聲請案繫屬本院期間均予以扣除，仍將逾系爭規定所定 5 年再審最長期間，無從獲得有效權利救濟。

是以，為貫徹憲法保障人民訴訟權之意旨，且為肯定本案聲請人 16
對維護憲法之貢獻，就本件聲請案之特殊情形，本院於此諭知：本案聲請人得自本解釋公布之日起 30 日內，就原確定判決提起再審之訴，不受系爭規定有關 5 年再審最長期間之限制。聲請人如於上述 30 日內提起再審之訴，再審管轄法院應認其起訴符合同法第 273 條第 2 項及第 276 條第 3 項規定之再審事由及期間，重開訴訟程序，並依本院釋字第 716 號解釋意旨重行審理。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
蔡宗珍

（楊惠欽大法官迴避審理本案）

協同意見書　　蔡明誠大法官　提出

本號解釋基於憲法保障人民訴訟權（或程序基本權），就確定終局裁判所適用之法令經本院解釋宣告違憲，各該解釋聲請人就其原因案件依法提起再審之訴，各該聲請案繫屬本院期間，應不計入其再審最長期間，並個案諭知本案聲請人得請求再審救濟，以彰顯本院解釋保障人民訴訟權（或程序基本權）之憲法意旨，可資贊同。惟有關行政訴訟再審最長期間計算之定量問題，仍有再推敲之必要，爰提出協同意見書如下：

一、行政訴訟再審制度之定性問題

訴訟上再審之訴（Wiederaufnahmeklage）救濟程序，係對確定判決聲明不服之非一般之法律救濟途徑，其目標在排除確定判決之確定力，將本案進行再審。[1]從比較法而論，德國行政法院法第 153 條規定，已確定終結之訴訟，得依民事訴訟法第四編（第 578 條以下）之規定再審，不是審級救濟（kein Rechtsmitte），而是非常權利救濟（ein außerordentlicher Rechtsbehelf）。再審制度設計之目的，在於維護對司法之信賴，個人權利保護僅是間接目的。如再審之訴勝訴者，將因原因案件之法院程序無效，或有關客觀判決基礎之回復原狀等特別重大違誤，藉由再審之機會，排除該確定判決之確定力（Rechtskraft）。[2]

在我國行政訴訟法、民事訴訟法與刑事訴訟法均設有再審程序規定，以就發現真實而追求具體公平正義之實現與法安定性之間，取得平衡。茲就與本案有關之再審事由與期間列表如下，以利比較：

1　參照陳清秀，行政訴訟法，臺北：元照，2019 年修訂 9 版，頁 815。

2　有關德國行政法院法第 153 條翻譯，陳錫平譯，載於蕭文生等譯，德國行政法院法逐條釋義（下），Rennert, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommenta, 15. Auflage, §153 Rn.1, 4. 臺北市：司法院，頁 2095-2097; Rennert, in: Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung 15. Auflage 2019-beck-online, VwGO § 153 [Wiederaufnahme des Verfahrens] Rn.1, 7ff..

	行政訴訟法	民事訴訟法	刑事訴訟法
再審事由	第 273 條第 1 項有 14 款[3]： 1. 適用法規顯有錯誤。 2. 判決理由與主文顯有矛盾。 3. 判決法院之組織不合法。 4. 依法律或裁判應迴避之法官參與裁判。 5. 當事人於訴訟未經合法代理或代表。 6. 當事人知他造之住居所，指為所在不明而與涉訟。但他造已承認其訴訟程序者，不在此限。 7. 參與裁判之法官關於該訴訟違背職務，犯刑事上之罪。 8. 當事人之代理人、代表人、管理人或他造	第 496 條第 1 項有 13 款： 1. 適用法規顯有錯誤者。 2. 判決理由與主文顯有矛盾者。 3. 判決法院之組織不合法者。 4. 依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者。 5. 當事人於訴訟未經合法代理者。 6. 當事人知他造之住居所，指為所在不明而與涉訟者。但他造已承認其訴訟程序者，不在此限。 7. 參與裁判之法官關於該訴訟違背職務犯刑事上之罪者，或	一、為受判決人利益之再審事由 （一）第 420 條第 1 項有 6 款[4]： 1. 原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造者。 2. 原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽者。 3. 受有罪判決之人，已證明其係被誣告者。 4. 原判決所憑之通常法院或特別法院之裁判已經確定裁判變更者。 5. 參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢

[3] 有關行政訴訟法所定再審事由有 14 款，與民事訴訴法規定較為相近。其中第 14 款規定，係參照本院釋字第 213 號解釋，明定為再審事由。

[4] 有關刑事訴訟法第 1 項第 6 款，係民事訴訟法及行政訴訟法所定再審事由所無，參考該款立法理由，可知其係參酌德國刑事訴訟法第 359 條第 5 款規定之立法例，可資參考。（參照 Singelnstein, in: BeckOK stop mit RiStBV und MiStra, Graf, 38. Edition, Stand: 01.10.2020, stop §359 Rn. 20ff.; Schmidt, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019, StPO §359 Rn.17ff..）

	或其代理人、代表人、管理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決。 9. 為判決基礎之證物係偽造或變造。 10. 證人、鑑定人或通譯就為判決基礎之證言、鑑定或通譯為虛偽陳述。 11. 為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更。 12. 當事人發現就同一訴訟標的在前已有確定判決或和解或得使用該判決或和解。	關於該訴訟違背職務受懲戒處分，足以影響原判決者。 8. 當事人之代理人或他造或其代理人關於該訴訟有刑事上應罰之行為，影響於判決者。 9. 為判決基礎之證物係偽造或變造者。 10. 證人、鑑定人、通譯、當事人或法定代理人經具結後，就為判決基礎之證言、鑑定、通譯或有關事項為虛偽陳述者。 11. 為判決基礎之民事、刑事、行政訴訟判決及其他裁判或行政處分，依其	察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者。 6. 因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。 （二）第 420 條第 2 項[5] （三）第 421 條[6] 二、為受判決人不利

[5] 刑事訴訟法第 420 條第 2 項規定:「前項第一款至第三款及第五款情形之證明，以經判決確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限，得聲請再審。」

[6] 刑事訴訟法第 421 條規定:「不得上訴於第三審法院之案件，除前條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未審酌者，亦得為受判決人之利益，聲請再審。」

	13. 當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物。但以如經斟酌可受較有利益之裁判為限。 14. 原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌。	後之確定裁判或行政處分已變更者。 12. 當事人發現就同一訴訟標的在前已有確定判決或和解、調解或得使用該判決或和解、調解者。 13. 當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之裁判者為限。	益之再審事由:第 422 條[7]
再審期間	1. 30 日不變期間 2. 依第 273 條第 2 項提起再審之訴者,自解釋公布當日起算。 3. 再審之訴自判決確定時起,如已逾 5	1. 30 日不變期間 2. 自判決確定後已逾五年者,不得提起。(第 500 條參照)	1. 判決確定後發現有法定再審之原因者,原則上隨時得為聲請再審,並無時間之限制。即於刑罰執行完畢後,

[7] 刑事訴訟法第 422 條規定:「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後,有左列情形之一者,為受判決人之不利益,得聲請再審:
一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。
二、受無罪或輕於相當之刑之判決,而於訴訟上或訴訟外自白,或發見確實之新證據,足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。
三、受免訴或不受理之判決,而於訴訟上或訴訟外自述,或發見確實之新證據,足認其並無免訴或不受理之原因者。」
此為受判決人不利益之聲請再審(Wiederaufnahme zuungunsten Verurteilten),係參考德國刑事訴訟法第 362 條之立法例,惟德例較嚴,新事證非屬不利益之再審原因。(參照朱石炎,刑事訴訟法論,臺北市:三民書局,2017 年 8 月修訂 7 版 1 刷,頁 566;Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, München: Beck, 2020, §362 Rn.3ff..)

	年者，原則上不得提起。[8]（第 276 條參照）		或已不受執行時，亦得聲請再審。（第 423 條參照）[9] 2. 依第 421 條規定，因重要證據漏未審酌而聲請再審者，應於送達判決後 20 日內聲請再審。（第 424 條參照） 3. 為受判決人之不利益聲請再審，於判決確定後，經過刑法第 80 條第 1 項期間（分別為 30 年、20 年、10 年或 5 年）二分之一者，不得聲請再審。（第 425 條參照）

以上比較三種訴訟法規定，可見民事訴訟與行政訴訟有關再審事由與期間規定雖有些許差異，但相似度較高。刑事訴訟法再審程序，因刑事案件之性質更為特殊，其與前兩者之差異性較大。

又德國行政訴訟法第 153 條第 1 項明定確定判決所終結之程序，得依民事訴訟法第四編規定進行再審程序。德國行政訴訟法第 153 條

[8] 如具有第 273 條第 1 項第 5 款、第 6 款或第 12 款情形為再審之理由者，雖有關再審之訴自判決確定時起已逾 5 年者，但例外情形仍得以提起。（行政訴訟法第 276 條第 4 項參照）

[9] 參照朱石炎，同前揭註 7 書，頁 567；林鈺雄，刑事訴訟法，下冊，臺北市：作者發行，2019 年 9 月 9 版，頁 532-533。

結合民事訴訟法第 578 條第 1 項有關再審種類之立法例，將再審之訴區分為無效訴訟（Nichtigkeitsklage）與回復原狀訴訟（Restitutionsklage）兩類，進行再審程序。[10]在我國行政訴訟法之再審程序，並未加區分。此外，關於行政訴訟法再審編之立法設計，學說上有認為行政訴訟之再審與民事訴訟之再審，同屬對確定終局判決的非常救濟手段，德國行政法院法僅設一個條文（第 153 條參照），使行政訴訟之再審適用民事訴訟法之有關規定，簡單明瞭。我國行政訴訟法第五編「再審程序」則全部自行規定，除一、二條外幾乎全與民訴法雷同，立法策略上有無必要，有商榷之餘地。[11]雖有謂行政訴訟法之立法者有意將再審程序詳加規定，藉以利法律之解釋及適用。惟由前表相互比較，可知兩者之性質相似，且如本號解釋所論述者，兩者法理相同，既然法理具有同一性，無妨在行政訴訟法之立法技術上，可以適度簡化之。

二、再審最長期間如何計算之立法例比較

再審之訴之提起，為期待法院廢棄原確定判決，而代以新判決，但在真相發現之外，另須兼顧確定判決之法安定性，且為避免當事人就同一事實法律關係一再提起再審之訴，虛耗司法資源，因此就提起再審之訴之期間加以限制。無論是民事訴訟法第 500 條，行政訴訟法第 276 條第 4 項及第 5 項，或刑事補償法第 22 條，均有「判決確定已逾 5 年者，不得提起再審」之相關規定。行政訴訟法明定提起再審之不變期間為 30 日，而如當事人縱使不知有再審之事由，除非有行政訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款、第 6 款或第 12 款情形為再審之理由，為免損及確定判決之安定性，原則上再審之訴自判決確定時起，

---

10 參照 BeckOK VwGO, Posser/Wolff, 55. Edition, §153 Rn. 25ff.; Braun/Heiß, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020-beck-online, §578 Rn. 1ff.; Kuhlmann, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflagen 2020-beck-online, §153 Rn.10ff..

11 參照吳庚、張文郁，行政爭訟法論，臺北市：作者發行，2016 年 9 月修訂 8 版 1 刷，頁 506-507。

如已逾 5 年者，則不許提起再審之訴。（行政訴訟法第 276 條第 1 項、第 4 項、第 5 項規定參照）[12]就得提起再審期間而論，其屬於時效長短之定量問題，究竟幾年為妥當，係屬立法者之規範設計問題。但如其期間計算發生不公平之現象，而影響人民訴訟權（或程序基本權）之保障，則有受到憲法審查之可能性。換言之，因計入聲請案繫屬本院之期間，致逾越 5 年再審最長期間，而無從提起再審之訴者，有無違反憲法保障人民訴訟權之意旨。有謂大法官受理及作成解釋時間，實無計入當事人再審時效之理由，該等時間不予扣除，無論從正當法律程序或訴訟權保障角度觀之，較難通過憲法審查。就本院釋字第 725 號解釋，有提出意見書直言應予個案諭知具體救濟方法[13]，亦可供參照。本院釋字第 725 號解釋未處理關於各訴訟再審最長期間計算之問題，於此如能透過本院解釋將此問題解決，自具有其必要及實益。

問題之所在，主要涉及提起再審最長期間如何計算之問題。就人民聲請憲法解釋而言，如借用民法消滅時效之時效障礙規定解釋，其究係類似民法時效中斷（民法第 129 條、第 137 條參照）而重新起算 5 年，抑係類似民法時效不完成（例如民法第 139 條所謂不可避免之事實[14]等），於時效期間將完成之際，權利人有不能或難於行使之事由，而使時效於該事由終止後，經過一定期間（例如 1 個月或 6 個月），時效方完成，俾受不利益之當事人，得利用此不完成之期間，行使權利。抑或採時效進行之停止制度，因為某些特定事由存在而時效停止，不計入時效期間，而前後經過期間合併計算。惟我國民法並無時效進行停止（廣義之停止）制度之規定，而德國法於民法第 203 條至

12 參照黃啟禎，行政訴訟法第 276 條註釋，載於翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，行政訴訟法逐條釋義，臺北市：五南，2018 年 7 月 2 版 1 刷，頁 1 以下，770 以下，780。

13 參照該號解釋湯大法官德宗所提之協同意見書；李劍非，釋字第 725 號解釋：憲法訴訟的第一哩路，月旦裁判時報第 33 期，2015 年 3 月，頁 87-88。

14 此與德國民法第 206 條規定，債權人於時效期滿前 6 個月，因不可抗力無法進行法律追訴之期間，時效不完成。由此可見，兩者尚有差異。

第 208 條分別規定廣義之停止（不完成）事由。因我國民法僅有時效期滿之不完成（狹義之停止）制度，未採前述時效進行停止制度，故時效進行中，不論任何事由，均不因而停止。從比較法觀之，日本民法第 158 條以下立法例[15]，係屬於時效期滿完成前之停止，即狹義之停止（即稱時效期滿不完成； Ablaufhemmung），僅在時效將完成前遇有一定障礙事由時，始予停止。德國民法有關時效障礙（Verjährungshindernisse），分有三種類型，即時效之重新開始（Neubeginn der Verjährung；舊法稱中斷（Unterbrechung））、時效停止（Hemmung）與時效不完成（Ablaufhemmung）。[16]其中德國民法所

---

15 日本民法將時效之停止規定於第 158 條至第 161 條，第 158 條係針對未成年人或禁治產人無法定代理人，自其成為有行為能力人或法定代理人就職之時起 6 個月內，時效不完成。第 159 條係針對無能力對管理其財產之父母或監護人之所有權利，自其成為有行為能力人或後任法定代理人就職之時起 6 個月，時效不完成。第 159 條之 1 係針對夫妻一方對他方所有權利，自婚姻解消之時起 6 個月內，時效不完成。第 160 條係就繼承財產，自繼承人確定、管理人選任或破產宣告之時起 6 個月內，時效不完成。第 161 條與我國民法第 139 條可資對照，其係針對時效期滿前，因天災或其他不能避免事變，致不能中斷時效者，自其妨礙消滅時起 3 個月（新修正民法第 161 條將舊法規定 2 周內之短期間，延長為 3 個月），時效不完成。（參照四宮和夫・能見善久，民法總則，東京都：弘文堂，2018 年（平成 30 年）3 月 30 日 9 版 1 刷，頁 473-475。）以上可見，我國學說上雖認為民法時效不完成係仿日本立法例，但比較兩者之規定，例如在一定時間經過之設計，我國民法規定為 1 個月，而日本規定為 3 個月，我國有規定為 1 年，日本規定卻規定為 6 個月，兩者仍存差異。因此可見，就時效不完成之期間經過，仍宜預留立法自由形成之空間。

16 德國民法第 210 條係針對無行為能力人或限制行為能力人若無法定代理人者，6 個月內時效期滿不完成，時效期間短於 6 個月者，以其時效期間替代 6 個月之期間。德國民法第 211 條，係就遺產有關之請求權，於繼承人承認繼承時，或遺產之破產程序開始時，或由代理人行使請求權時起，6 個月時效不完成。時效期間短於 6 個月，以其時效替代 6 個月之期間，此等德國民法規定，類似於前述狹義之停止。（參照 Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12.Aufl., München: Beck, 2020, §22 Rn.38ff.; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 41.Aufl., München: Beck, 2017, §18 Rn.23ff.; Brox . Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41.Aufl., München:Vahlen, 2017,Rn.670ff..）

採時效進行停止之立法例，亦稱為廣義之停止（Hemmung），除普通意義之停止，尚包括前述我國民法所謂妨礙時效完成之事由而時效不完成，亦即時效進行中遇有一定障礙事由時，均得停止進行。[17]此障礙事由期間，時效進行停止，不算入時效期間之內（德國民法第 209 條參照）。

以上三種立法體例，係運用民法實體請求權之消滅時效之期間計算，是否可運用於訴訟法上再審最長期間計算，固有進一步探討之意義。或許有認為此可參考除斥期間，或另尋訴訟法自行規範其計算方式，均不無道理。惟在此係因民法有關消滅時效規定較為細緻，並基於說理方便，茲借用民法消滅時效時期計算，以利了解。

基於聲請人之訴訟權（或程序基本權）保障與法安定性之衡平，對於聲請人再審之訴提起期間限制，立法者不宜採取時效中斷見解而再審期間重新起算，因 5 年最長期間之重新起算，往往導致權利陷於不安定之狀態，故以避免採取此種計算方式為宜。至於民法前述有關時效停止，因區分所謂廣義停止或狹義停止之期間，其仍有不同計算方式。有關提起再審期間多久之立法選擇，如在未過度干預再審之訴提起者之訴訟權（或程序基本權）之情形，應給予立法者較大自由形成之空間。

三、再審期間計算之定量及其立法上可能選擇之計算模式

茲就前述再審最長 5 年期間、30 日法定不變期間與得否提起再審之訴，加以綜合運用，其約略可有下列運用模式：

1. 時效經過時間扣除繫屬本院期間

＞5 年-----不得提起再審之訴

＜5 年-----尚有剩餘期間者，得提起再審之訴

2. 剩餘期間＞30 日，如採時效進行之停止（即廣義之停止）：

時效經過時間與剩餘期間合併計算，例如聲請釋憲前，時效

[17] 參照施啟揚，民法總則，臺北市：作者發行，民國 100 年 10 月 8 版 3 刷，頁 404-405；史尚寬，民法總論，民國 64 年 10 月臺北 2 版，頁 618 以下。

經過 2 年，扣除繫屬本院期間 1 年 6 個月，剩餘期間 3 年。

3. 剩餘期間＞30 日，如時效經過時間與剩餘期間並不予合併計算，且剩餘期間逾 30 日，縮短為 30 日，例如時效經過 2 年，扣除繫屬本院期間 1 年 6 個月，雖剩餘期間 3 年，解釋公布後，得提起再審之期間，仍以 30 日計算。
4. 剩餘期間＜30 日：例如時效期滿前停止（不完成）計算，等時效障礙消失後，給予 30 日內得提起再審之訴，亦即繫屬本院聲請案解釋公布之日起 30 日內得提起再審之訴。

本號解釋理由書稱「再審最長期間之計算，應扣除各該聲請案繫屬本院期間，如尚有剩餘期間者，應於剩餘期間內依法提請再審之訴；其剩餘期間如逾 30 日，仍應依法於各該解釋公布日起 30 日之不變期間內提起再審之訴。」係採前述廣義時效停止模式計算再審最長期間，但卻以 30 日法定提起再審之訴之不變期間作為上限。如此將再審最長期間與法定不變期間相加混用，實有商榷之餘地。實務上，如剩餘期間短於 30 日情形，尤其是在特殊情形，設若剩餘期間僅餘 1 日，恐聲請人或關係人難有充分準備再審訴訟之時間，故宜給與 30 日一定期間內得聲請再審之期間。在此情形，於不損及法安定性者，倘若未選擇上述可能更有利於聲請人之計算模式，實有為德不卒之疑慮！

在立法論上，有關 5 年再審最長期間之計算，將來行政訴訟法如欲參照本號解釋或配合憲法訴訟法第 91 條第 3 項規定[18]之意旨，修正相關再審提起之期間計算規定時，固應遵循本號解釋意旨設計再審之訴提起之期間，惟如前所述，既要保障聲請人之權益，卻又要考量法安定性，宜參考前述民法廣義時效停止法理為計算原則，因特定事由之發生而暫停進行計算，於該事由消滅時，或合併計算其再審最長期間，於剩餘期間短於 30 日時，或訂一定期間（例如 30 日或其他適當

[18] 即如「自聲請案繫屬本院之日起至解釋送達聲請人之日止，應不計入相關訴訟法所定再審之最長期間」。

期間內），方使其罹於時效消滅[19]，以期公允處理有關再審期間計算之問題。

四、本號解釋後之適用範圍及規範效力問題

再從本號解釋後之適用範圍及效力而論，其補充本院釋字第 209 號有關民事訴訟再審之解釋，因釋字第 209 號解釋經本案原因案件之第三次再審確裁以「基於法例之一體適用」為由而予引用，本號解釋認為有關 5 年再審最長期間部分，與系爭規定之限制類似，而法院對於再審期間遵守之審查，向多援用本院釋字第 209 號解釋。基於同一法理，民事訴訟法第 500 條第 2 項但書規定所定 5 年再審最長期間之計算，亦應扣除聲請案繫屬本院期間，於此範圍內，本院釋字第 209 號解釋應予補充。本號解釋以同一法理稱之，但既稱法理，實已不否認行政訴訟與民事訴訟之再審程序具有相似性，故行政訴訟之再審，如前所述，在性質上許可時，準用民事訴訟之再審規定，則在立法技術上較為簡明。

本號解釋基於憲法保障人民之訴訟權，除給予聲請人個案救濟外，並欲發生其通案性之規範效力，其適用範圍及於行政訴訟再審情形，固無爭議，但憲法訴訟法尚未施行之前，如全面放寬及於民事訴訟法或刑事訴訟法之再審制度（例如本院釋字第 725 號及第 741 號等解釋）之期間計算，因其可能事涉更廣泛之訴訟關係人或第三人權益保護之法安定性問題，故有再更精準且詳細探討之必要。

[19] 此須留意者，通常公法上消滅時效，係採權利消滅原則，與民法上消滅時效係採拒絕履行之抗辯權發生，兩者有所不同。

部分協同部分不同意見書　黃瑞明大法官　提出
黃虹霞大法官　加入
詹森林大法官　加入

壹、協同意見部分

一、本號解釋之原因事實大要

民國 89 年 7 月 12 日制定公布的公職人員利益衝突迴避法（下稱利衝法）第 15 條規定：「違反第 9 條規定者，處該交易行為金額 1 倍至 3 倍之罰鍰。」該法第 9 條規定：「公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。」本號解釋之聲請人莊水池即日新營造廠（下稱本號解釋聲請人）自 90 年 6 月至 93 年 11 月間與金門縣政府及所屬機關訂立多項工程合約，總金額達新台幣 5 億多元。聲請人之兄莊良時於此期間擔任金門縣議會議員、議長，對金門縣政府及其所屬機關具有監督關係，因此聲請人被認為違反利衝法第 9 條之規定，遭依該法第 15 條之規定處工程金額 1 倍之罰鍰即新台幣 5 億多元。聲請人認為利衝法第 15 條科處交易金額 1 倍至 3 倍罰鍰之規定過苛而聲請釋憲，經司法院於 102 年 12 月 27 日公布釋字第 716 號解釋，解釋理由書指出利衝法第 15 條科處交易金額 1 至 3 倍罰鍰之規定固已預留裁量範圍，但交易行為之金額通常遠高於交易所得利益，且重大工程之交易金額往往甚鉅，故以交易金額 1 至 3 倍所定之罰鍰規定顯然過苛，不符憲法之比例原則，應自該解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時失其效力。

釋字第 716 號解釋公布後，聲請人即依該號解釋對其聲請釋憲之原因案件聲請再審以求獲得救濟。但因釋字第 716 號解釋宣告利衝法第 15 條「應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時失其效力。」而非宣告立即失效。以致聲請人持該號解釋聲請再審時遭逢波折與困難，即為本號解釋之背景。

二、大法官解釋對釋憲聲請人之獎勵：多號解釋逐步確立釋憲聲請人得就原因案件聲請再審

釋憲聲請人是否得以其聲請取得之大法官解釋作為再審或非常上訴之理由，曾有爭議。司法院於 71 年 11 月 5 日公布之釋字第 177 號解釋宣告「……本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」73 年 1 月 27 日公布之釋字第 185 號解釋宣告「……確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。……」確立了釋憲聲請人得以依其聲請而大法官宣告法令違憲之解釋作為再審或非常上訴之理由。值得注意的是這二號解釋賦予釋憲聲請人再審的機會，同時各自宣告一件法院的判例違憲而不適用，足見在大法官作出此二號解釋前，法院實務對於釋憲聲請人能否持大法官宣告法令違憲之解釋而聲請再審，係持否定見解，且選為判例，其理由應是認為大法官之解釋沒有溯及既往之效力，且尊重確定判決之安定性[1]。該二號解釋宣告判例違憲而賦予釋憲聲請人再審之機會，是為了獎勵釋憲聲請人對促進法制進步之貢獻。

此外司法院於 73 年 8 月 3 日公布之釋字第 188 號解釋宣告「……惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由。」進一步宣告釋憲聲請人得提起再審之理由包括大法官於機關間法令見解歧異而為統一解釋之情形。

87 年修正行政訴訟法第 273 條增加第 2 項明定：「確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲

[1] 關於再審之訴與確定判決安定性間具有相違之緊張關係，司法院於 86 年 12 月 12 日公布釋字第 442 號解釋之解釋理由指出：「……訴訟法上之再審，乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之認定事實錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，要不免與確定判決安定性之要求相違。因之，對於確定判決應否設有再審此一程序，當不能一概而論，而應視各種權利之具體內涵暨訴訟案件本身之性質予以決定，此則屬於立法機關自由形成之範疇……」

法者，其聲請人亦得提起再審之訴。」依此，對於行政法院之判決所適用之法令依當事人之聲請而經大法官宣告為違憲者，釋憲聲請人得提起再審，已有法律之依據。至於對於民事、刑事法院之判決適用法令被宣告違憲者，釋憲聲請人提起再審或非常上訴之依據仍為前述釋字第 177、185 及 188 號解釋。至於聲請再審之期限，87 年增訂行政訴訟法第 276 條第 3 項規定，釋憲聲請人依大法官宣告法令違憲之解釋而提起再審者，應於解釋公布當日起算 30 日之不變期間內提起（第 276 條第 1 項、第 3 項）。87 年同時增訂第 276 條第 4 項規定：「再審之訴自判決確定時起，如已逾 5 年者，不得提起。……」

至於大法官既然認定法令違憲，為何不宣告立即失效，反而是宣告違憲法令於一定期日後才失效，係考量法令立即失效造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊或混亂，並希望立法者審慎周延立法。然而大法官宣告法令定期失效之解釋即使訂定法令失效之過渡期，仍不影響法令被宣告違憲之本質。釋憲聲請人於大法官宣告法令定期失效後能否依該號解釋請求再審，即為本號解釋聲請人首先遇到的困難。

三、釋憲聲請人於大法官解釋宣告法令定期失效後提起再審所遭遇之問題及其解決

（一）釋字第 725 號解釋之緣由及意旨

前述釋字第 177、185、188 號解釋賦予釋憲聲請人請求再審之機會，但各該解釋並未包括大法官解釋宣告違憲法令定期失效之情形。

當大法官解釋宣告法令定期失效時，聲請人持該大法官解釋請求再審則出現問題，因為法律是「定期」失效，而聲請人請求再審時，該「定期」尚未屆至，亦即法令尚未失效，則釋憲聲請人能否據以提起再審或非常上訴？實務上即生疑問，司法院於 94 年 3 月 30 日公布之釋字第 592 號解釋之解釋理由指出「……大法官依人民聲請所為法令違憲審查之解釋，原則上應自解釋之公布當日起，向將來發生效力；經該解釋宣告與憲法意旨不符之法令，基於法治國家法安定性原

則，原則上自解釋生效日起失其效力。」但並未對大法官解釋宣告法令定期失效之情形作出解釋。最高行政法院 97 年判字第 615 號判例：「司法院釋字第 185 號解釋……僅係重申司法院釋字第 177 號解釋……之意旨，須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。」依該判例，釋憲聲請人以大法官宣告法令定期失效之解釋而聲請再審者，即遭法院以無理由而駁回。本號解釋聲請人持釋字第 716 號解釋聲請再審即以此為理由而被駁回，是為第一次再審確判。

同樣獲得大法官宣告違憲法令定期失效之其他案件之釋憲聲請人對上述最高行政法院判例提出挑戰：司法院於 102 年 4 月 26 日公布之釋字第 709 號解釋係由 2 件聲請案併案審理後作成，其中一件聲請案由新北市土城區某集合住宅住戶中之 52 人提出聲請；另一件聲請案則由王廣樹等人分別就其個案提起行政爭訟遭駁回確定併同聲請釋憲。經該號解釋宣告都市更新條例第 10 條第 1、2 項，第 19 條第 3 項前段均違憲，應於一年內檢討修正，逾期失效。釋字第 709 號解釋聲請人中之王廣樹先生持該解釋聲請再審，經最高行政法院裁定駁回確定，理由為釋字第 709 號解釋宣告都更條例第 10 條第 1、2 項及第 19 條第 3 項前段規定違憲，係宣告各該條文於解釋公布之日起一年內應檢討改進，因此相關規定於解釋公布後一年內於法令修改前尚屬有效，依據前述最高行政法院 97 年判字第 615 號判例，釋字第 709 號解釋無從對該號解釋聲請人據以聲請之案件發生溯及效力，故以再審主張無理由而駁回其再審。王先生不服乃聲請大法官解釋，司法院於 103 年 10 月 24 日公布釋字第 725 號解釋，宣示就大法官曾宣告確定終局判決所適用之法令於一定期限後失效者，釋憲聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟。釋字第 725 號解釋解決了釋憲聲請人以大法官宣告違憲法令定期失效之解釋請求再審

之時間問題。

（二）釋字第 741 號解釋之緣由及意旨

前述釋字第 709 號解釋聲請人中之王廣樹先生因聲請再審受挫，進一步聲請釋憲而獲得釋字第 725 號解釋，王先生持釋字第 709 及 725 號解釋而請求再審，程序上即無問題。但再審之相關爭議尚未結束。前述釋字第 709 號解釋除了王廣樹先生外，尚有其他聲請人，其中有彭文淵等 7 人（均為釋字第 709 號解釋之聲請人或其繼承人，但均未參加釋字第 725 號解釋之聲請）持釋字第 709 及 725 號解釋請求再審，經最高行政法院以該聲請人並非釋字第 725 號解釋之原因案件當事人為由，而駁回確定。本號解釋聲請人同樣持釋字第 725 號解釋請求再審，也被以相同之理由認為再審之訴不合法，遭駁回確定，此即為本號解釋聲請人之第二次再審確裁。彭文淵等 7 人不服，乃向大法官聲請補充解釋釋字第 725 號解釋。司法院於 105 年 11 月 11 日公布釋字第 741 號解釋，補充解釋釋字第 725 號解釋，宣告「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局判決所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟」（亦即釋字第 709 號解釋之聲請人全部均得聲請再審，而不論其是否為釋字第 725 號解釋之聲請人）。釋字第 741 號解釋更進一步確認「725 號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用」。於解釋理由指出「系爭解釋（指 725 號解釋）係針對本院為法令定期失效宣告之解釋，應係制度性之通案規範，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋（含本院釋字第 725 號前之宣告違憲法令定期失效之解釋）」亦即釋字第 725 號解釋公布前大法官宣告違憲法令定期失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟，以保障釋憲聲請人之權益。從而本號解釋之聲請人，亦即釋字第 716 號解釋宣告利衝法第 15 條違憲而定期失效之聲請人，均符合釋字第 741 號所定之條件，即得依釋字第 725 及 741 號解釋請求再審。至此有關大法官解釋宣告違憲法令定期失效

時，該解釋之聲請人就原因案件請求再審之時間以及請求人範圍之問題似告一段落，但問題尚未全部結束，本號解釋聲請人依據釋字第741號解釋提出第三次再審請求遭遇再審期限之問題，即為本件釋憲聲請案之標的。

四、本號解釋之意義：提起再審最長期間限制（自裁判確定日起5年）之鬆綁

（一）5年再審期限亦適用於以大法官解釋作為請求再審理由之情形—司法院於75年9月12日公布釋字第209號解釋之見解

民事訴訟法第500條規定，再審之訴應於判決確定時起30日之不變期間內提起，但自判決確定後已逾5年者不得提起（第500條第1、2項參照），如此再審期限之規定，是否亦適用於釋憲聲請人以大法官宣告法令違憲為理由而提起再審之訴之情形？曾生疑問。司法院於75年9月12日公布釋字第209號解釋，補充解釋釋字第188號解釋而宣告：「確定終局裁判適用法律或命令所持見解，經本院解釋認為違背法令之本旨時，當事人如據以為民事訴訟再審之理由者，其提起再審之訴或聲請再審之法定不變期間，參照民事訴訟法第500條第2項但書規定，應自該解釋公布當日起算，惟民事裁判確定已逾5年者，依同條第3項規定，仍不得以其適用法規顯有錯誤而提起再審之訴或聲請再審，本院釋字第188號解釋應予補充。」就得提起再審之訴之期間限於裁判確定後5年，並未因當事人就該確定終局判決所適用之法令曾聲請大法官解釋且經大法官宣告法令違憲而有所延展，其理由為「俾兼顧法律秩序之安定性」。

釋字第209號解釋民事訴訟法有關再審最長期間之見解，為法院實務援用於行政訴訟事件，而認為行政訴訟法於第276條第4項所定再審之訴自判決確定時起如已逾5年者不得提起之規定，亦適用於同法第273條第2項以大法官解釋為再審理由者之情形。因此，本號解釋聲請人持釋字第725、741號解釋而請求再審即因逾越行政訴訟法第276條第4項所定5年再審最長期間，而以再審之訴不合法，遭裁

定駁回，是為本號解釋聲請人之第三次再審確裁。

（二）5 年再審期限未因釋憲聲請而停止計算實不合理

前述，釋憲聲請人以大法官宣告法令違憲而聲請再審時，須於判決確定之日起 5 年內提起。該 5 年再審最長期間未因當事人曾聲請大法官解釋並經大法官宣告法令違憲而有任何延展或停止計算。按釋憲聲請人向大法官提出聲請之後，大法官審理案件之時程受許多因素之影響。本號解釋理由指出：若將聲請案繫屬本院期間均計入再審最長期間，則可能導致聲請人縱使獲得有利之解釋，亦已逾越 5 年再審最長期間，仍不得請求再審或其他救濟。導致釋憲聲請人只能嘉惠後人，聲請人自己之原因案件反而不能獲得再審救濟，等於徒勞而無功。為了避免此情形發生，大法官盡力安排在釋憲聲請人的原因案件判決確定後 5 年再審最長期間屆至前作出釋憲決定[2]，或是直接諭知效果而免除聲請人再審之程序[3]。由實務運作可知，固定而無任何彈性之再審最長期間，對於以大法官解釋作為請求再審理由者，實為沒必要且不合理之時程負擔。本號解釋就此鬆綁，補充（實已變更）釋字第 209 號解釋之見解，實符合憲法保障人民訴訟權之意旨。

五、本號解釋所宣示通案規範與個案救濟間之聯結

（一）本號解釋分為二部分，第一部分為通案規範，宣示釋憲聲請人於提出釋憲聲請後，在本院繫屬期間不計入原因案件提出再審時之再審最長期間，此部分之宣示實係預計111年1月4日施行之憲法訴訟法第91條第3項之提前施行[4]。第二部分為對本號解釋釋憲聲請人諭知個

---

2 例如 103 年 7 月 25 日公布釋字第 723 號解釋，在收案後 38 天就作出違憲解釋。宣示保險醫事服務機構申報醫療服務點數超過二年期限保險人就不予支付之規定違反法律保留原則而違憲。

3 如 107 年 1 月 26 日公布之釋字第 760 號解釋要求行政院與考試院應在 6 個月內採取適當措施，除去聲請人所遭受的不利差別待遇。又如 106 年 12 月 15 日公布之釋字第 757 號解釋直接賦予釋字第 706 號解釋之聲請人得依釋字第 706 號解釋之意旨，以執行法院出具之收據，作為聲請人進項稅額憑證，據以申報扣抵銷項稅額。

4 憲法訴訟法第 91 條規定：「（第 1 項）本法修正施行前已繫屬而尚未終結之人

案救濟，即本號解釋聲請人得自本解釋公布之日起30日內，就臺北高等行政法院98年度訴字第1850號判決（即釋字第716號解釋原因案件之確定終局判決）提起再審之訴，不受行政訴訟法第276條第4項所定5年再審最長期間之限制。

（二）本號解釋聲請人聲請而由司法院公布釋字第716號解釋之確定終局判決之判決確定日為99年5月6日，依行政訴訟法第276條第4項之規定，其5年再審最長期間應於104年5月6日屆滿。司法院於102年12月27日公布釋字第716號解釋，本號解釋聲請人其後3次聲請再審，迨至106年8月3日（裁判日）之第3次再審確裁駁回確定。本號解釋聲請人於108年6月21日聲請釋憲（釋憲聲請書日期）而作成本號解釋。在本號解釋聲請人3次聲請再審期間，另外釋憲案之聲請人依據大法官同樣宣告確定終局判決所適用法令違憲，但定期失效之釋字第709號解釋而聲請再審，並在程序上遭遇困難者，接續二次向大法官聲請釋憲，經司法院於103年10月24日公布釋字第725號解釋，於105年11月11日公布釋字第741號解釋。然而本號解釋聲請人依據釋字第725及741號解釋第三次請求再審時，卻因逾越5年再審最長期間之限制而無從獲得救濟。在這5年期限內，本號解釋聲請人並未在權利上睡覺，而是在再審程序上來回苦苦奔走。

本號解釋聲請人固非釋字第 725 及 741 號解釋之聲請人，但本號解釋之聲請人於獲得釋字第 716 號解釋後一再請求再審，均因程序理由被駁回期間；另案釋字第 709 號解釋之聲請人則接續聲請釋憲而由司法院公布釋字第 725 及 741 號解釋。二個程序進行時間有所重疊。本號解釋聲請人請求再審而屢遭程序駁回之理由，分別由釋字第 725

民聲請法規範憲法審查案件，不適用第 62 條第 1 項前段關於宣告確定終局裁判違憲並廢棄發回管轄法院之規定。（第 2 項）前項聲請案件，判決宣告法規範違憲且應失效者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁判者，檢察總長亦得據以提起非常上訴。（第 3 項）第 1 項聲請案件，自聲請案件繫屬之日起至判決送達聲請人之日止，不計入法律規定原因案件再審之最長期間。」

及 741 號解釋補正。本號解釋聲請人受惠於此二號解釋而得聲請再審。但最後因釋字第 209 號解釋及行政訴訟法第 276 條第 4 項所定 5 年再審最長期間之限制而功虧一簣。因為釋字第 725 及 741 號解釋補正本號解釋聲請人再審請求被駁回之理由，且此二號解釋在本院之繫屬期間與本號解釋聲請人多次聲請再審期間重疊，故此二號解釋繫屬本院期間可視為廣義上本案聲請人之釋憲聲請案繫屬本院之期間，在此意義下，本號解釋之通案規範與個案救濟即有所聯結，此應即為本號解釋理由為個案救濟諭知時所稱「本件聲請案之特殊情形」。

六、法安定性與具體個案救濟間之平衡

本號解釋係為解決釋憲聲請人於確定終局判決所適用之法令經大法官宣告違憲（包括立即失效、定期失效等）後，依據該號解釋聲請再審所遭逢之困難所作出一系列解釋中之一號解釋，亦即由釋字第 177、185、188、725 及 741 號解釋到本號解釋，都是為了保障釋憲聲請人就其原因案件聲請再審以獲得個案實體救濟之機會，這個過程可以說是在維護確定終局判決之安定性與例外以再審推翻確定終局判決以獲得個案正義間之平衡。聲請人走過的路標誌著大法官釋憲在法治功能上的演變，也就是包括法規的抽象審查以及對當事人個案的實質救濟功能之與時俱進。即將在 111 年開始施行之憲法訴訟法加強了人民聲請釋憲之個案救濟之功能（憲法訴訟法第 62 條參照），本號解釋在該法施行前夕公布，也可以說是銜接了憲法訴訟法施行前後對釋憲聲請人透過聲請釋憲以尋求對於原因案件獲得再審機會，以追尋個案正義之功能上賦予更多之保障。

貳、不同意見部分

本號解釋作出通案規範（釋憲聲請案繫屬本院期間，應不計入法律規定原因案件再審之最長期間）以及對本號解釋聲請人之個案救濟（自本解釋公布之日起 30 日內得提起再審之訴，不受 5 年再審最長期間之限制），二者雖無直接關係，但可作廣義聯結，已於前述。然而本號解釋之通案規範未回溯適用於本號解釋公布前之案件，致在本

號解釋公布前，因本院宣告法令違憲解釋之原因案件，如因未扣除聲請案繫屬本院期間致逾 5 年再審期間而被駁回者，即無從因本號解釋之公布而獲得再審機會，實為美中不足。釋字第 741 號解釋特別宣示該解釋對於「725 號解釋前所為定期失效解釋之原因案件亦有其適用」而回溯適用。本號解釋與釋字第 741 號解釋均係為排除釋憲聲請人聲請再審之程序上障礙，自亦應為相同之宣示，始符合此二號解釋均係保障釋憲聲請人訴訟權之意旨，並避免有釋憲聲請人因本號解釋未回溯適用，而有再向本院聲請補充本號解釋之必要。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）。

司法院釋字第八〇一號解釋

【羈押日數算入無期徒刑假釋已執行期間案】

發文日期：中華民國110年2月5日

發文字號：院台大二字第1100004241號

解　釋　文

中華民國 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」（嗣 94 年 2 月 2 日修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同），其中有關裁判確定前未逾 1 年之羈押日數不算入無期徒刑假釋之已執行期間內部分，與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書

聲請人許弘緯，因於中華民國 90 年間犯殺人（累犯）案件經臺灣高等法院 92 年度上重更（一）字第 39 號刑事判決處無期徒刑，最高法院 92 年度台上字第 6570 號刑事判決駁回上訴確定，於 92 年 12 月 9 日經臺灣高等法院檢察署檢察官 92 年執戊字第 503 號執行指揮書發監執行迄今。聲請人就該指揮書有關羈押及折抵之日數向臺灣高等法院聲明異議，主張其於判決確定前自 90 年 3 月 11 日起至 92 年 11 月 20 日止共計受羈押 985 日，卻因刑法第 77 條第 3 項規定，致其上開羈押日數須扣除 1 年（365 日）後所得之 620 日始得算入同條第 1 項之假釋已執行期間，侵害其憲法保障之權利。案經臺灣高等法院 105 年度聲字第 2049 號刑事裁定駁回聲明異議後，聲請人提起抗告，經最高法院 105 年度台抗字第 683 號刑事裁定以抗告非有理由，予以駁回而確定，是應以上開最高法院刑事裁定為確定終局裁定。聲請人主張，確定終局裁定所適用之上開規定，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條及第 23 條規定之疑義，向本院聲請解釋。

查聲請人主張之釋憲客體為刑法第 77 條第 3 項規定，惟就其原

因事實及依刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定：「於中華民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條規定。」並基於探求聲請人之釋憲真意、修法前後法律規定意旨相同、聲請人有效權利保護等，本院爰認本件之解釋客體為 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定（下稱系爭規定，該規定嗣 94 年 2 月 2 日修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同），合先敘明。

3 又查系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理，作成本解釋，理由如下：

4 基於憲法第 7 條規定之平等原則，立法者對相同事物，應為相同對待，不同事物則為不同對待；如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇，皆與憲法第 7 條之平等原則有違（本院釋字第 666 號、第 687 號及第 793 號解釋參照）。法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯而定。因羈押涉及人身自由之重大限制，立法者就羈押日數能否算入假釋之已執行期間，如有差別待遇，應採中度標準予以審查，其目的須為追求重要之公共利益，且所採差別待遇之手段與目的之達成間須具有實質關聯，始與憲法平等原則無違。

5 按刑法第 37 條之 2 第 1 項規定：「裁判確定前羈押之日數，以 1 日抵有期徒刑或拘役 1 日……。」86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項前段規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄」，同條第 2 項即系爭規定明定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」

據此，無期徒刑受刑人於報請假釋時，其於裁判確定前曾受羈押之日數，逾1年部分，始算入已執行之期間，但羈押日數未逾1年部分，則不算入，有期徒刑受刑人報請假釋則無此限制。是系爭規定造成無期徒刑受刑人與有期徒刑受刑人間，就裁判確定前之羈押日數是否折抵或算入假釋之已執行期間，存有差別待遇。

查，系爭規定前於83年1月28日刑法修正公布時增訂，其立法之初，就裁判確定前之羈押日數應算入無期徒刑假釋之已執行期間，立法院司法委員會委員於審查會時即具有共識（立法院公報第83卷第8期，委員會紀錄第370頁至第371頁、第374頁至第377頁、第386頁至第390頁參照），且就裁判確定前之羈押日數原亦提案主張比照有期徒刑，以1日折抵1日，亦即全數折抵之方式計之（立法院公報第83卷第8期，委員會紀錄第395頁及第396頁參照）。惟依當時刑法第77條第1項規定，無期徒刑之受刑人，如具悛悔實據，於徒刑執行逾10年後，即得許其假釋出獄，主管機關法務部因此認，若得將裁判確定前之羈押日數，（全數）算入上開之執行期間，則在裁判確定前長時間羈押之案例中，可能造成無期徒刑與有期徒刑之執行毫無分別，甚有輕重失衡之結果，而對此提案存有疑慮（立法院公報第83卷第8期，委員會紀錄第373頁、第375頁至第376頁參照）。嗣經委員會內部之協商程序後，始將上開提案改為系爭規定之計算方式，並於三讀程序中獲多數立委支持（立法院公報第83卷第7期，院會紀錄第208頁至第210頁參照）。其立法理由謂：「至於無期徒刑，明定『無期徒刑裁判確定前逾1年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。』明示科處無期徒刑者與科處有期徒刑者仍應有不同標準，惟有裁判確定前羈押日數超過1年之部分始得算入前項執行日期中，用符公平」。 6

是立法者以系爭規定就涉及拘束人身自由之羈押期間逾1年者，始算入無期徒刑假釋之已執行期間，應係有意比照受有期徒刑判決確定，而前曾受羈押之日數，得折抵刑期之立法例，使無期徒刑受 7

刑人於裁判確定前因羈押所生之人身自由限制，亦得獲相當之衡平。惟立法者就羈押日數算入已執行期間，仍認應區分受刑人係受無期徒刑裁判確定，或受有期徒刑裁判確定，而採不同標準，始符合公平之要求。據此可知，此項差別待遇之目的，係為維護無期徒刑與有期徒刑制度與性質之不同，以符公平，尚得認屬重要公共利益，難謂違憲。

惟刑法就無期徒刑或有期徒刑所設假釋之已執行期間雖有差 8
異，然其制度目的相同，均在使有悛悔實據且符合假釋條件之受刑人，得以提前停止徒刑之執行，從而復歸社會，以促進刑之執行對受刑人之矯治效果。先就假釋形式要件之假釋年限言，系爭規定之內容初見於 83 年 1 月 28 日修正公布之刑法第 77 條，此後其有關無期徒刑假釋年限之規定，復經 2 次修正，即分別於 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項規定，將無期徒刑之假釋年限由原先 83 年之 10 年提高為 15 年，累犯逾 20 年，後更於 94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行之刑法第 77 條第 1 項規定，再將無期徒刑之假釋年限提高為 25 年，並沿用迄今。換言之，依現行有效之法律規定，受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑至少須執行逾 25 年，始得報請假釋，而有期徒刑僅須執行逾二分之一（亦即最長逾 10 年或 15 年，刑法第 33 條第 3 款及第 51 條第 5 款規定參照），累犯逾三分之二者，即得報請假釋，故就無期徒刑與有期徒刑假釋之執行期間要件而言，已無混淆之可能，足以彰顯立法者已區別無期徒刑與有期徒刑假釋年限，而為不同評價。

次按，裁判確定前之羈押，固有一般性羈押與預防性羈押之別， 9
惟不論被告最終係受無期徒刑或有期徒刑之宣告，羈押對被告人身自由之限制及實際上之不利影響，則無不同，而無必須差別評價之必要。立法者就羈押日數得否算入假釋之已執行期間，固有其一定之形成空間，但如在政策上已經決定得算入，即不應再刻意區別無期徒刑或有期徒刑，且對無期徒刑受刑人給予明顯不利之差別待遇。

另查無期徒刑受刑人，於裁判確定前如受羈押，其偵查及審判羈 10

押期間累計總數，依現行法規定不得逾 5 年 4 月（刑事訴訟法第 108 條第 5 項及刑事妥速審判法第 5 條第 3 項規定參照；依刑事訴訟法第 108 條第 5 項及 108 年 6 月 19 日修正公布、109 年 6 月 19 日施行前之刑事妥速審判法第 5 條第 3 項規定，則不得逾 8 年 4 月）。且依行刑累進處遇條例第 75 條及第 76 條之規定，受刑人必須達行刑累進第二級以上，始得報請假釋，而無期徒刑受判決人，於 83 年間刑法第 77 條增訂系爭規定之內容後，無論依當時或其後之行刑累進處遇條例第 19 條至第 21 條及同條例施行細則第 10 條之規定，仍須服刑相當長期間，始得報請假釋；縱使全部羈押期間均算入無期徒刑之已執行期間內，亦絕無可能於入監執行 6 個月內即進級至第二級而符合得報請假釋之要件。從而不會發生有期徒刑入監執行至少須滿 6 個月（刑法第 77 條第 2 項第 1 款規定參照），始得報請假釋，而無期徒刑卻因羈押日數全數算入已執行期間，可能不必入監即符合假釋年限所生輕重失衡之不公平情形。

綜上，系爭規定有關裁判確定前未逾 1 年部分之羈押日數不算入 11
無期徒刑假釋之已執行期間內部分，所採取差別待遇之手段，與其所示無期徒刑與有期徒刑之執行仍應有不同標準，用符公平之目的達成間，難謂有實質關聯，於此範圍內，與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力，亦即無期徒刑裁判確定前羈押日數應全數算入假釋之已執行期間內。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出
黃虹霞大法官　加入

一、本號解釋之緣由

刑法條文可能隨著社會形勢之變遷以及刑罰觀念之變化而修改，然而個別條文之修改往往產生連動效果，牽一髮而動全身，有些連動效果是修法當時未能考慮到的，修法後實務運作一段時間後才發現修法之連動效果產生不合理、不公平之現象，而有進一步調整之必要。本號解釋應該就是刑法部分條文修改後之調整必要。

受刑人於審判尚未確定前受羈押之期間能否折抵刑期，於民國24年制定刑法時就無期徒刑與有期徒刑分別規定，當時刑法第46條規定，有期徒刑裁判確定前之羈押期間得折抵刑期，但受無期徒刑裁判確定者並無此折抵之規定。刑法於83年1月28日修正公布刑法第77條第2項規定「無期徒刑裁判確定前逾1年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」（86年11月26日修正公布刑法第77條第1項，但第2項不變，即為系爭規定。系爭規定於94年2月2日修正時改列為第77條第3項，僅調整文字，規範意旨相同，亦屬本號解釋之審查範圍[1]）。相較於有期徒刑受刑人受羈押之每一天都可以折抵刑期，而無期徒刑受刑人於計算得假釋之已執行期間時，受羈押1年以內之期間即未算入刑期，因此無期徒刑受刑人有「被白關」1年之不平之鳴，為本號解釋之緣由。

二、83年折衷立法之背景

83年修正刑法第77條時，新增第2項規定無期徒刑裁判確定前

[1] 本號解釋聲請人被判無期徒刑之犯罪時間為民國90年間，依刑法施行法第7條之2之規定，其假釋適用86年11月26日修正公布之刑法第77條規定，故本號解釋以86年11月26日修正公布之刑法第77條第2項為審查標的。但因其規範意旨與94年2月2日修正公布之刑法第77條第3項完全相同，故94年2月2日修正公布之刑法第77條第3項亦屬本解釋之審查範圍。

逾 1 年部分之羈押日數算入已執行之期間，至於未逾 1 年之部分為何不算入已執行之期間，為作出本號解釋前首應探究之問題。依 83 年修法時之立法資料顯示，立法委員提案將受無期徒刑判決者受羈押期間全部算入執行期間，但法務部反對，其理由依當時法務部長於立法院之報告「我國無期徒刑受刑人現共有 993 人，假釋出獄的時間，45 人中平均坐 10 年 7 個月的牢，這是全世界最低的，軍人監獄一共有 2 千多名受刑人，有 42 名無期徒刑受刑人，平均假釋時間是 10 年 6 個月，因此我認為中華民國無期徒刑受刑人的假釋時間，不論是在法律規定或實際服刑期間上，都是全世界最低的」「上訴期間長達 10 年以上的少數個案，一旦將羈押期間紀錄到假釋期間的話，犯罪人還未發監執行就要釋放了，這還比其他被判無期徒刑者早出獄，這會不會反而造成不公平?」（立法院公報第 83 卷第 8 期委員會紀錄第 373 頁）

至於當時受無期徒刑判決者被羈押之期間有多長，部長回應立委質詢時指出：「目前 900 多位無期徒刑受刑人，在確定刑期以前，羈押時間在 1 年以下者百分之 60。」立法委員回應指出：「10 幾年來都仍未解決的也不少。」最後部長稱「如果說某人被羈押 10 年，其後開始發監執行，但假釋期間 10 年已滿，所以在未進行任何教化之時就予以假釋，這又合理嗎?……委員舉個極端的例子，我也可以舉個極端的例子，但是這些都是很少的，所以我們必須找個折衷方法」（立法院公報第 83 卷第 8 期委員會紀錄第 375 頁）。這些對話可以認為是 83 年新增刑法第 77 條第 2 項時作「折衷」考量之背景。

立法委員要求無期徒刑受刑人羈押期間全部算入刑期之提案，最後「折衷」為超過 1 年以上之羈押日數始算入假釋之已執行之期間。依當時立法委員討論此條修正案之資料推論，其折衷考量之理由為：1、當時刑法第 77 條規定無期徒刑受刑人執行 10 年後即可假釋，而實務上獲得假釋者，平均僅執行 10 年 7 個月即獲假釋。如羈押期間算入刑期，於判決確定後不久即能獲假釋而未經教化。姑不論如此之考慮是否合理，確為當時未將無期徒刑受刑人裁判確定前之全部羈押

日數，而限於 1 年以上之羈押日數，算入刑期之「折衷」立法考量之主要理由。2、當時受無期徒刑判決者，於判決確定前之羈押期間在 1 年以下者占百分之 60，因此多數無期徒刑受刑人未被算入刑期之羈押期間均在 1 年以下。相較於其所受判之無期徒刑，所「犧牲」之時間似不多。3、至於折衷為 1 年，可能是參考當時有期徒刑必須執行逾 1 年以上始能假釋之規定（24 年刑法第 77 條第 1 項但書，於 83 年修正為第 77 條第 1 項但書為 6 個月以上)(但於立法資料未見此參考之依據)。由立法資料推論或因前述折衷之考慮，因此立法委員對無期徒刑受刑人羈押期間全部算入執行期間之提案於立法院司法委員會審查時改為刑法第 77 條第 2 項之計算方式，並於三讀程序中獲得多數立委支持新增該項規定。於 86 年 11 月 26 日修正刑法第 77 條時，第 2 項不變，成為系爭規定。

三、「折衷」立法考量之基礎已變動，不應維持

1、無期徒刑得假釋期間由 10 年延展為 15 年（累犯 20 年），再延展為 25 年，判決確定後不久即可獲得假釋之現象應不存在

於 24 年制定刑法第 77 條時，第 1 項規定無期徒刑於執行逾 10 年後得許假釋出獄，為當時無期徒刑受羈押期間不算入刑期之背景，已於前述。83 年修正通過刑法第 77 條，增加第 2 項「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」同條第 1 項有關無期徒刑於執行逾 10 年後得許假釋之規定並未變更。

然而 86 年 11 月 26 日修改刑法第 77 條第 1 項將受無期徒刑執行者得假釋之期間，由執行 10 年提高為 15 年（累犯為 20 年），第 2 項維持不變，即為系爭規定。於 94 年 2 月 2 日修正刑法第 77 條第 1 項時將無期徒刑受刑人假釋之已執行期間再提高為 25 年（即為現行刑法第 77 條第 1 項，同時修法將系爭規定改列為同條第 3 項），故 83 年修法時顧慮若將羈押期間全部算入刑期，則判決確定後不久即可假釋之情形在 86 年修正系爭規定時已不存在，94 年修法後該顧慮更為遙遠。

2、83 年時無期徒刑受刑人在判決確定前之羈押期間 1 年以下者占百分之 60 之現象，或為當時重大刑案速審速決之結果，現今無期徒刑受刑人最多數為重大暴力犯罪或毒品罪，羈押期間少於 1 年者應已非多數。

3、受刑人在羈押期間所受拘禁之痛苦，絕不亞於在監執行期間所受之痛苦，均已產生刑罰之效果，不應加以區隔。更何況假釋之要件為受刑人有悛悔實據，最低服刑期間只是門檻要件，就該門檻要件之認定不就判決確定前之羈押期間打折扣，而著重對受刑人悛悔實據之審查，並不影響假釋制度鼓勵受刑人悔過遷善之矯治功能。

4、目前受刑人獲假釋之主要依據為受刑人在累進處遇下之級數，受刑人累進處遇至第 1 級者應速報請假釋（行刑累進處遇條例第 75 條）；受刑人累進處遇至第 2 級者已適於社會生活而合於法定假釋之規定者，得報請假釋（行刑累進處遇條例第 76 條），而現行行刑累進處遇之實務已將受刑人於入監前在看守所之例行考核表等資料，加以考核其情狀，使其進到適當之階級（行刑累進處遇條例施行細則第 10 條參照），既已將羈押期間之考核列入行刑累進處遇之考量，則將羈押期間全部算入刑期實亦為理所當然之事，並對受刑人之教化有正面之影響。

四、本號解釋尚未解決之問題：83 年 1 月 28 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項之效力為何？

本號解釋之審查標的為 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項，即系爭規定，並已宣告其違憲而自公布日起失效。本號解釋解釋文指出系爭規定於 94 年 2 月 2 日修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同。故 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 77 條第 3 項應亦屬本號解釋之範圍，自本解釋公布之日起失效。

然而於 86 年刑法第 77 條修正施行前犯罪者，其假釋適用 83 年 1 月 28 日修正公布之刑法第 77 條之規定（刑法施行法第 7 條之 1 參照），本解釋公布後若有無期徒刑受刑人假釋係應適用 83 年 1 月 28

日修正公布之刑法第 77 條時，則該條第 2 項是否為本號解釋效力所及，即有疑問。本席認為該條項與系爭規定文字完全相同，規範意旨相同，且由本號解釋理由所著重「就羈押日數得否算入假釋之已執行期間……即不應再刻意區別無期徒刑或有期徒刑」之觀點，亦應與本號解釋之結論相同。

協同意見書

詹森林大法官　提出
黃虹霞大法官　加入「貳、三、四」以外之其他部分
楊惠欽大法官　加入「貳、二」部分

本解釋於解釋文宣告：「中華民國 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定：『無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。』（嗣 94 年 2 月 2 日修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同），其中有關裁判確定前未逾 1 年之羈押日數不算入無期徒刑假釋之已執行期間內部分，與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」

本解釋於理由書進一步闡述：「立法者就羈押日數算入已執行期間，仍認應區分受刑人係受無期徒刑裁判確定，或受有期徒刑裁判確定，而採不同標準，始符合公平之要求。據此可知，此項差別待遇之目的，係為維護無期徒刑與有期徒刑制度與性質之不同，以符公平，尚得認屬重要公共利益，難謂違憲」（解釋理由書第 7 段參照）。

惟解釋理由書就系爭規定之差別待遇與所欲達成之目的，則認：

1、就無期徒刑與有期徒刑假釋之執行期間要件而言，已無混淆之可能，足以彰顯立法者已區別無期徒刑與有期徒刑假釋年限，而為不同評價（解釋理由書第 8 段參照，下稱違憲理由 1）。

2、不論被告最終係受無期徒刑或有期徒刑之宣告，羈押對被告人身自由之限制及實際上之不利影響，則無不同，而無必須

差別評價之必要（解釋理由書第 9 段參照，下稱違憲理由 2）。

3、無論由羈押總日數或悛悔實據之要件觀之，縱使全部羈押期間均算入無期徒刑之已執行期間內，亦絕無可能於入監執行 6 個月內即進級至第二級而符合得報請假釋之要件。從而不會發生有期徒刑入監執行至少須滿 6 個月（刑法第 77 條第 2 項第 1 款規定參照），始得報請假釋，而無期徒刑卻因羈押日數全數算入已執行期間，可能不必入監即符合假釋年限所生輕重失衡之不公平情形（解釋理由書第 10 段參照，下稱違憲理由 3）。

基於前述 3 項理由，本號解釋宣告系爭規定之差別待遇與所欲達成之目的間，不具有實質關聯性，違反憲法第 7 條平等原則。

本席支持本號解釋之解釋文，惟對解釋理由書上開論證，認為尚有闡述必要，爰提出本協同意見。

壹、系爭規定之立法目的

系爭規定（無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入假釋已執行之期間），係刑法於 83 年 1 月 28 日修正公布時，始經增訂，當時係列於刑法第 77 條第 2 項。嗣刑法於 94 年 2 月 2 日修正公布時，系爭規定移列為同條第 3 項，但實質內容不變。

查，對於受有期徒刑裁判確定且裁判確定前曾受羈押之人，刑法自 23 年 10 月 31 日制定，24 年 1 月 1 日公布、同年 7 月 1 日施行起，即於第 46 條明定：「裁判確定前羈押之日數，以 1 日抵有期徒刑或拘役 1 日，或第 42 條第 4 項裁判所定之罰金額數。」本條嗣因刑法於 104 年 12 月 30 日修正公布時，為「配合新增章名」[1]，經移列至第 37 條之 2，原來第 46 條之條次，遂予刪除。準此，自刑法於 24 年 7 月 1 日施行起，迄至今日，受有期徒刑裁判確定者，如於裁判確定前曾受羈押，其羈押日數得全數折抵徒刑。以白話形容，對有期徒刑受

[1] 104 年 12 月 30 日修正公布之刑法第 46 條法務部立法說明參照。

刑人而言，其於裁判確定前被羈押，從結果上觀察，「沒有白關」[2]，亦即：羈押等於執行徒刑。

反之，對於受無期徒刑裁判確定且裁判確定前曾受羈押者，刑法則自 24 年 7 月 1 日施行起，迄 83 年 1 月 28 日修正公布前，均無羈押日數得「折抵刑期」之明文。準此，在前述期間內，受無期徒刑裁判確定之被告，無論其於裁判確定前，是否曾受羈押，如曾受羈押，亦無論羈押日數長短，不僅當然仍應入監執行，且一律須待在監獄執行之期間滿 10 年後，並有悛悔實據時，始得假釋出獄[3]。同樣以白話形容，對無期徒刑受刑人而言，其於裁判確定前被羈押，從結果上觀察，「等於白關」，因為：羈押不能折抵或算入假釋之已執行期間。

對於前述無期徒刑受刑人，不得以其曾受羈押之日數算入假釋已執行期間之規定，在法務部於 79 年間向立法院提出刑法修正案後，於 82 年間，尤宏等 16 位立法委員針對刑法第 77 條[4]，陳婉真等 16 位立法委員，則針對刑法第 46 條（即現行刑法第 37 條之 2 第 1 項之前身），分別提出修正草案，其內容皆主張無期徒刑裁判確定前之羈押日數應比照有期徒刑，以 1 日折抵 1 日，亦即全數折抵之方式算入無期徒刑之已執行期間[5]，並說明其修正旨趣分別略為：「一、按世界

---

2 例如：被告甲最終經法院判處有期徒刑 1 年，且於裁判確定前，曾受羈押 3 個月，則甲應入監執行之期間為 9 個月。此外，依據刑法第 46 條（24 年 7 月 1 日起迄 105 年 6 月 30 日止）及第 37 條之 2（105 年 7 月 1 日起迄今），受拘役或罰金裁判確定者，如於裁判確定前曾受羈押，其羈押日數，亦得全數抵拘役 1 日，或罰金之數額。

3 刑法自 24 年 7 月 1 日施行起迄今，關於假釋之規定，一直亦適用於無期徒刑，僅其假釋出獄前之在監執行期間，從最初之 10 年（24 年 7 月 1 日施行之刑法第 77 條第 1 項），先提高為 15 年或 20 年（86 年 11 月 26 日日施行之刑法第 77 條第 1 項），又提高至 25 年（95 年 7 月 1 日施行之刑法第 77 條第 1 項）而已。

4 83 年 1 月 28 日修正公布前之刑法第 77 條規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 10 年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈司法行政最高官署，得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿 1 年者，不在此限。」

5 立法院公報第 83 卷，第 8 期，委員會紀錄第 370 頁至第 371 頁、第 395 頁至第 396 頁參照。

各國之刑章均採必抵主義，一律平等公正，何種刑罰，均得以羈押日數折抵刑期。二、刑法總則採必抵主義之精神，然受罰無期徒刑者同係受徒刑處罰，惟無期徒刑須受雙重剝奪自由『一罪二罰』(看守所羈押日期數白關)。該刑章顯然牴觸憲法之平等權，不符人道精神，違反公平與正義之原則……」[6]、「一、裁判確定前所受羈押之日數，於有期徒刑受刑人可折抵刑期，而無期徒刑受刑人卻不能。雖說無期徒刑可否折抵並不影響其刑期之長短，受刑人都必須監禁終生，但假釋制度使刑期的折抵成為問題。因為有期徒刑的折抵規定使受刑人可提前獲得假釋，而無期徒刑受刑人因無折抵規定而不能獲得此待遇。同是受國家處罰之受刑人，如此待遇之差別似乎有損法之公平性……」[7]。

前述二提案於立法院司法委員會審查會時，多數委員對於無期徒刑受刑人之羈押日數應予全數算入已執行期間，雖有共識[8]，惟主管機關法務部對該二提案存有疑慮，故經委員會內部之協商程序後，乃將上開兩位委員領銜提案之內容，改為以系爭規定之方式，計算裁判羈押前之日數逾 1 年部分始得算入無期徒刑之已執行期間，並認此內容不宜如陳婉真委員之提議，規定於當時之刑法 46 條中，遂將上開內容增訂為當時之刑法第 77 條第 2 項。

查，系爭規定於提報院會公決之審查會說明即謂：「假釋條件所定之執行刑期，應否將裁判確定前之羈押日數算入？有期徒刑因刑法第 46 條已有規定，自應算入。至於無期徒刑，因理論上，無羈押可否折抵刑期之問題，不宜規定於刑法第 46 條中；但對於經年纏訟之案件，久困圜扉，又不得算入執行日數而失公平之情事其情可憫，亦

---

6 立法院公報第 82 卷，第 55 期，院會紀錄第 104 頁至第 105 頁及關係文書參照。

7 立法院公報第 82 卷，第 64 期，院會紀錄第 103 頁至第 104 頁及關係文書參照。

8 立法院公報第 83 卷，第 8 期，委員會紀錄第 370 頁至第 371 頁、第 374 頁至第 377 頁、第 386 頁至第 390 頁參照。

應予以補救，爰照尤委員宏之提案修正後增訂第 2 項，明定『無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。』明示科處無期徒刑者與科處有期徒刑者仍應有不同標準，惟有裁判確定前羈押日數超過 1 年之部分始得算入前項執行日期中，用符公平。」[9]，此提案內容與方式，並於三讀程序中獲多數立委支持[10]。本號解釋理由書第 4 段所引指之立法理由，即係摘錄上開審查會說明之部分內容。

由此可知，系爭規定立法之初所稱「明示科處無期徒刑者與科處有期徒刑者仍應有不同標準」者，係因兩者之裁判確定前羈押日數，應如何折抵或算入已執行期間而生。亦即，系爭規定之提案原來立法意旨，係認無期徒刑裁判確定前之羈押日數，應比照有期徒刑以 1 日折抵 1 日之方式，而予折抵無期徒刑之刑期。然經討論後，多數委員仍認應區別受裁判者，究竟係有期徒刑，或無期徒刑，遂以系爭規定明定羈押逾 1 年部分，始得算入無期徒刑之已執行期間內，用符公平。換言之，系爭規定「用符公平」之目的，無論如何，皆與立法當時刑法第 77 條第 1 項但書「有期徒刑之執行未滿 6 月者，不得假釋」規定（現行刑法第 77 條第 2 項第 1 款），毫不相涉。

貳、本號解釋論理之商榷與補充

一、目的正當性審查之商榷與本件解釋違憲之主要理由

據上述之立法目的，本院所應接續審查者，則為此立法目的之正當性，及以平等原則為依據，審查所採取之差別待遇是否與該目的間具實質關聯性。又因系爭規定涉及裁判確定前之羈押日數應以何種計算方式折抵刑期(或算入已執行期間)，攸關憲法第 8 條所保障之人身自由，乃將審查標準提高為中度（解釋理由書第 4 段參照）。

至系爭規定立法理由所稱「為維護有期徒刑與無期徒刑制度與性質之不同」而予差別待遇，是否屬一正當之目的，本席以為不能一概

9 立法院公報第 83 卷，第 7 期，院會紀錄第 134 頁參照。

10 立法院公報第 83 卷，第 7 期，院會紀錄第 208 頁至第 210 頁參照。

而論。亦即，僅有在其區分之事物，會因受刑人係受有期徒刑或無期徒刑裁判，而有本質上之不同時，前述立法目的始屬正當。反之，如區別之事物，本質上不因受刑人係受有期徒刑，或受無期徒刑判決，而有區別者，前述目的即非屬正當。

舉例言，立法者如以受有期徒刑或無期徒刑裁判，區別兩者假釋所應執行期間之長短，其目的係為維護有期徒刑與無期徒刑制度與性質之不同者，該目的固屬正當。惟立法者如以受有期徒刑或無期徒刑之裁判，區別被告於法庭上行使其防禦權之方式或交互詰問之次數等，則因該區別，與被告係受有期徒刑裁判，或無期徒刑裁判，本質上並不相關，當然即應認此「為維護有期徒刑與無期徒刑制度與性質之不同」之立法目的非屬正當。

在本案，審查系爭規定之立法目的是否正當，很大程度取決於以此所為之差別待遇，本質上是否與有期徒刑或無期徒刑之制度與性質有所相關。

本席認為，系爭規定所以違憲，其主要理由，在於解釋理由書第 9 段所稱：「裁判確定前之羈押，固有一般性羈押與預防性羈押之別，**惟不論被告最終係受無期徒刑或有期徒刑之宣告，羈押對被告人身自由之限制及實際上之不利影響，則無不同，**而無必須差別評價之必要（即違憲理由 2）」甚至，依現行法規定，在一般性羈押，法院是否為羈押之裁定，不因被告係犯死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪，而有不同[11]。又，在被告所犯最重本刑為 10 年以上有期徒刑之情形，法院是否延長羈押、延長之期間，及延長之次數，亦皆不因被告所犯者，係最重本刑 10 年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑，而有差異[12]。

換言之，羈押對於被羈押人所造成人身自由之限制，無論其最終經判決無罪、有期徒刑、無期徒刑，甚或死刑，皆無不同，且亦不能

---

11 參見刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款。

12 刑事訴訟法第 108 條第 5 項之反面解釋。

因被告或犯罪嫌疑人於裁判確定前曾受羈押，即得論斷其嗣後將被判處何種徒刑。是立法者如基於「為維護有期徒刑與無期徒刑制度與性質之不同」考量，而就羈押日數之折抵（或算入已執行期間）問題，給予差別待遇，則其追求之目的，與差別待遇本身間，即違反不當聯結禁止，故在目的正當性之審查上，已令人質疑，其差別待遇與所欲達成之目的間，亦不具任何之關聯性，更遑論能通過本號解釋所要求之中度審查標準。

又，本號解釋理由書第 8 段（即違憲理由 1）及第 10 段（即上述違憲理由 3），以現行法制之規定，凸顯本號解釋不應以受刑人係受有期徒刑或無期徒刑裁判，而區分其裁判前之羈押日數應如何折抵之違憲理由。就此，本席則認，其應屬旁論之性質。蓋縱然現行法律並非如此規定，基於上述違憲理由 2 之論述，系爭規定關於未逾 1 年羈押日數不算入無期徒刑之假釋已執行期間部分，仍屬違反憲法第 7 條之平等原則及第 8 條保障人身自由之意旨。

二、刑法第 77 條第 2 項第 1 款與系爭規定不具可比較性

多數意見(本號解釋理由書第 10 段，即違憲理由 3)，將系爭規定所定不得算入無期徒刑已執行期間之「1 年」，與刑法第 77 條第 2 項第 1 款所定不得報請假釋之有期徒刑執行未滿「6 個月」相較，本席認為顯有誤解。

首先，如前所述，系爭規定立法之初，並無與當時之刑法第 77 條第 1 項但書（現行刑法第 77 條第 2 項第 1 款）規定相互比擬之用意。

此外，有期徒刑裁判確定前之羈押日數，依刑法第 37 條之 2 第 1 項規定，係羈押 1 日折抵刑期 1 日。如此折抵後，如仍有剩餘刑期而須入監執行時，始有該剩餘刑期執行多久後，始得報請假釋之問題。因此，刑法第 77 條第 2 項第 1 款有關刑期執行未滿 6 個月不得假釋之規定，係適用於有期徒刑之羈押日數已依刑法第 37 條之 2，以 1 日折抵刑期 1 日後，仍有剩餘刑期需入監執行時，如該執行期間

未滿 6 個月，即不得許其假釋之情形。此與系爭規定未逾 1 年部分之羈押日數，自始即不得算入無期徒刑之已執行期間，並不具相同可比較基礎。準此，以該「6 個月」建構系爭規定「未逾 1 年」部分為違憲之論證，即屬誤解。

三、羈押日數全數算入無期徒刑之已執行期間，具重大實益

另外，或有認為無期徒刑因係「無期」，故就裁判確定前之羈押日數是否予以折抵，並不具實益。對此觀點，首應反駁者，實然面上之無實益，與應然面上應如何作為，係屬二事。是如以實然反推回應然，不僅有邏輯上之謬誤，更是以較低位階之法層次，取代應從憲法出發及論證之應然結果。

何況，無期徒刑之執行，是否等於終生監禁，而無假釋之可能？就此問題，德國聯邦憲法法院及歐洲人權法院在其相關判決中，皆給予否定之答案。該二法院皆認：無期徒刑之制度本身，惟有在其後具有假釋之可能性時，始與德國基本法[13]或歐洲人權公約[14]之意旨相符。

德國聯邦憲法法院並於其 1977 年 6 月 21 日宣判之「謀殺罪無期徒刑之合憲性」判決中進一步論證，無期徒刑之制度必須有假釋之可能，乃基於人性尊嚴之要求所推導而來[15]。亦即，鑑於人性尊嚴之要求，國家不得將犯罪行為人純粹當成刑罰權之客體，並應維持其身為人之主體性，及生存於社會之根本條件。在監獄行刑處遇上，國家有義務致力於促使受刑人再社會化、維持其基本生活能力、防止因自由遭剝奪所造成之損害及其他可能產生之畸形人格變化。此項要求不僅應落實於受有期徒刑宣告之受刑人，對無期徒刑之受刑人，亦應有適用。故國家對無期徒刑受刑人，仍應使其有重獲自由之機會及賦予其

---

13 BverfGE 45, 187 (238ff.). 中文翻譯參見吳從周，關於「謀殺罪無期徒刑之合憲性」之判決–聯邦憲法法院判決集第四五卷第一八七頁以下，德國聯邦憲法法院裁判選輯（三），1992 年 6 月，第 21 頁、第 71 頁以下。

14 ECHR, Vinter and Others v. the UK, No.66069/09, 130/10 and 3896/10, 9.7.2013. §116-131.

15 BverfGE 45, 187 (187).

請求再社會化之權利，俾其在受長期監禁後，得重新回歸家庭及社會。[16]

此項憲法要求，舉世皆然。刑法第 77 條第 1 項規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 25 年，……由監獄報請法務部，得許假釋出獄」，此即立法者為落實憲法保障人性尊嚴之要求，藉由假釋制度，檢視無期徒刑受刑人之悛悔實據，使其中適合重返社會者，於執行逾 25 年後，得重新回歸家庭及社會。

基於憲法要求之無期徒刑假釋制度，更加顯現，在現行法規範中，無期徒刑受刑人於裁判確定前受羈押之日數，應與有期徒刑受刑人同，均全數算入假釋已執行期間。上述由實然面推導至應然面而認無折抵必要之論點，不攻自破。

四、系爭規定在無期徒刑受刑人相互間，亦為違反平等原則

系爭規定不僅在無期徒刑與有期徒刑受刑人間，造成折抵刑期（或算入已執行期間）上之違反平等原則，在無期徒刑受刑人間，亦同。詳言之，不同犯罪行為人而均受無期徒刑裁判確定者，於裁判確定前，可能有未受羈押、受羈押日數未逾 1 年、受羈押日數逾 1 年之差異。系爭規定亦使上開受羈押日數逾 1 年之犯罪行為人，相較於未受羈押及羈押日數未逾 1 年者，於整體刑事追訴及審判過程中，須承擔最長 1 年之人身自由之拘束。此項差別待遇，與其所欲追求之立法目的，更不具實質關聯。

參、結論：找回生命中消失的未逾 1 年被羈押期間

羈押對人民所生人身自由之限制，不因被羈押人嗣後係被判決無期徒刑或有期徒刑，而有任何差異。此乃天經地義，無待贅言，本號解釋因而宣告系爭規定關於羈押日數未逾 1 年部分不得算入假釋已執行期間部分，違反憲法平等原則。本號解釋，等於替無期徒刑受刑人，找回其原來因系爭規定而消失的未逾 1 年被羈押期間。

---

16 BverfGE 45, 187 (238ff.). 中文翻譯參見吳從周，同註 10。

部分不同部分協同意見書　林俊益大法官　提出
蔡宗珍大法官　加入

壹、前言

本件解釋係**【羈押日數算入無期徒刑假釋已執行期間案】**。

本件聲請人於民國（下同）90 年間，犯殺人罪（累犯），被羈押 985 日，依刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定[1]，其假釋應適用犯罪時法，即 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項前段規定[2]，如執行逾 20 年，且有悛悔實據，即得由監獄報請假釋。依同條第 2 項規定：「無期徒刑裁判確定前『**逾 1 年部分**』之羈押日數算入前項已執行之期間內。」（下稱系爭規定）換言之，無期徒刑假釋未逾 1 年部分之羈押日數，不算入已執行期間內。依刑法第 37 條之 2 條第 1 項規定：「裁判確定前羈押之日數，以 1 日抵有期徒刑或拘役 1 日……。」聲請人認為，有期徒刑受刑人假釋，羈押日數全部算入已執行之期間內，但無期徒刑受刑人假釋，羈押日數超過 1 年之部分，才可以算入已執行之期間內，未逾 1 年部分之羈押日數，不算入已執行之期間內，主張刑法第 77 條第 3 項規定違反憲法平等原則而聲請釋憲。

本解釋宣告系爭規定有關「於裁判確定前未滿 1 年之羈押日數不算入無期徒刑之已執行期間內部分，與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」本席對本件釋憲聲請，認不符法定要件，應不受理；至於實體部分，尚表贊同，爰提出部分不同、部分協同意見書。

1　依 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定：「於中華民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條規定。」

2　86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」

貳、部分不同意見

本席對本件釋憲聲請，認不符法定要件，應不受理，其理由如下：

一、就本件釋憲聲請不符法定要件言

（一）人民得聲請釋憲的法定要件

依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民……於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」得聲請解釋憲法。聲請釋憲的客體，必須是確定終局裁判「所適用」之法律或命令。何謂「所適用」？即為決定本件釋憲聲請案應否受理的重要關鍵。

（二）本件聲請釋憲的原因案件

1. 本件聲請人因於 90 年間犯殺人（累犯），案經法院判處無期徒刑確定[3]。經臺灣高等法院檢察署檢察官簽發 92 年執戍字第 503 號執行指揮書（下稱系爭執行指揮書）發監執行。系爭執行指揮書記載如下：「確定日期：民國 92 年 11 月 21 日」、「刑期起算日期：民國 92 年 11 月 21 日」、「羈押及折抵日數：90.03.11 到 95.11.20 共 985 日」。

2. 聲請人就系爭執行指揮書向臺灣高等法院聲明異議，略以：受刑人 90 年 3 月 11 日起至 92 年 11 月 20 日止共計羈押 985 日，然按無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內，**刑法第 77 條第 3 項**定有明文，是受刑人遭羈押日數為 985 日應扣除 1 年後所得 620 日始能算入刑期，而臺灣高等法院檢察署執行指揮書有關羈押及折抵日數欄記載其羈押折抵日數為 985 日，顯有違背法令[4]云云。

---

[3] 臺灣高等法院 92 年度上重更（一）字第 39 號刑事判決判處無期徒刑，上訴後經最高法院 92 年度台上字第 6570 號刑事判決駁回上訴確定。

[4] 聲請人聲明異議之主張，至為奇怪！檢察官所簽發的執行指揮書，記載其全部羈押日數 985 日，聲請人竟主張依系爭規定僅能折抵 620 日，其真意應係擔心將來報請假釋時依系爭規定之折抵問題，但以此指摘檢察官的執行指揮書的記載違背法令，有理嗎？

（三）、確定終局裁定

1. 臺灣高等法院 105 年 9 月 7 日 105 年度聲字第 2049 號刑事裁定略以：……（三）另按刑法第 77 條第 3 項雖規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內」，**僅係將來得否假釋之問題，仍不得算入無期徒刑之執行期內，與現在執行指揮書無涉**（最高法院 103 年度台抗字第 385 號[5]、102 年度台抗字第 1125 號裁定[6]意旨參照）。**是受刑人於執行無期徒刑中，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題**，高檢署檢察官執行受刑人經判處之無期徒刑，於系爭執行指揮書刑期起算日期欄記載「民國 92 年 11 月 21 日」及於執行期滿日欄記載「無期」，於法洵無不合，且受刑人既係執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題，是該指揮書雖記載羈押起迄、折抵日數，然此記載僅是日後監獄於審核假釋作業[7]時，受刑人儘可提醒、主張應將此段執行期間予以列入，不致影響受刑人假釋條件之審核結果，聲明異議意旨指摘檢察官 92 年度執戊字第 503 號執行指揮書不當，核為無理由。

2. 聲請人不服，抗告於最高法院，該院 105 年度台抗 683 號裁定，以抗告無理由而駁回抗告，是以本件裁定為**本案的確定終局裁定**。其理由略以：刑期自裁判確定之日起算，……而無期徒刑為終身

---

5 最高法院 103 年度台抗字第 385 號裁定意旨略以：至於刑法第 77 條第 3 項雖規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內」，僅係【將來】得否假釋之問題，仍不得算入無期徒刑之執行期內，亦與【現在】執行指揮書【無涉】。

6 最高法院 102 年度台抗字第 1125 號裁定意旨略以：至於刑法第 77 條第 1 項規定：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 25 年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」第 3 項規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內。」係【將來】得否假釋之問題，亦與【現在】執行指揮書【無涉】。

7 最高法院 109 年度台抗字第 1273 號裁定意旨略以：何況逾 1 年之羈押日數是否算入無期徒刑之執行期間，僅係【將來】得否假釋之問題，依刑法第 77 條第 1 項之規定，係由監獄報請法務部許可假釋與否，【並非】檢察官執行指揮之範疇。

監禁，是受刑人於執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題。**至刑法第 77 條**第 1 項：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 25 年，……得許假釋出獄。」**第 3 項：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第一項已執行之期間內。」（修正前為：受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年，……得許假釋出獄。無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。）則為假釋之規定，與羈押折抵【無關】。**

（四）本席意見

1. 就高等法院裁定言，本裁定謂：刑法第 77 條第 3 項規定，**僅係【將來】得否假釋之問題，仍不得算入無期徒刑之執行期內，與【現在】執行指揮書【無涉】。經查，此乃最高法院實務上的通說見解[8]。本裁定既謂：刑法第 77 條第 3 項規定與檢察官的指揮執行「無涉」，**是以本席認為，該法院裁定確實沒有適用刑法第 77 條第 3 項規定至明。

2. 再就確定終局裁定言，**本裁定業已清楚明白說明：**刑法第 77 條第 3 項規定，則為假釋之規定，與刑法第 46 條規定之羈押折抵「無關」[9]，更可確定本件確定終局裁定確實並無適用刑法第 77 條第 3 項規定。本件聲請人藉對檢察官的執行指揮聲明異議的程序，提及

---

8 (1) 最高法院 105 年度台抗字第 813 號裁定意旨略以：至於刑法第 77 條第 3 項雖規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內」，僅係【將來】得否假釋之問題，仍不得算入無期徒刑之執行期間內，亦與執行指揮書【無涉】。

(2) 最高法院 105 年度台抗字第 234 號裁定意旨略以：刑法第 77 條第 3 項雖規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內。」然此僅係【將來】得否假釋之問題，仍不得算入無期徒刑之執行期間內，況檢察官於指揮書「備註欄」亦有所註記，不致影響抗告人【將來】假釋條件之審核。聲明異議意旨指摘檢察官此部分指揮執行有如何於法未當云云，尚有誤會。

9 最高法院 106 年度台抗字第 527 號裁定意旨略以：按刑法第 77 條第 3 項規定：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內」，僅係【將來】得否假釋之問題，並非規定羈押之日數得折抵刑期。

將來假釋的條件問題，刑事法院體系對該假釋問題，以傍論方式併予敘明「**無涉**」，系爭規定既未經確定終局裁定所適用，故受刑人據該裁定而聲請解釋，自不符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件，本席認為，本院自應為不受理之決定。

二、就有無必要創設釋憲聲請新要件言

（一）按受刑人對於法務部不予許可假釋之處分得如何救濟，本院已於 100 年 10 月 21 日作成釋字第 691 號解釋釋示：「受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，其救濟有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，由行政法院審理。」另監獄行刑法第 134 條第 1 項規定：「受刑人對於廢止假釋、**不予許可假釋**或撤銷假釋之處分不服，經依本法提起**復審**而不服其決定，或提起復審逾二個月不為決定或延長復審決定期間逾二個月不為決定者，應向監獄所在地或執行保護管束地之地方法院行政訴訟庭**提起撤銷訴訟。**」換言之，依上開釋字第 691 號解釋及監獄行刑法新規定，受刑人將來對法務部不許假釋之處分，仍得循行政爭訟程序，以為救濟，即仍有正確的司法救濟途徑，可資援用，尚非無司法救濟管道。

（二）多數說意見以為，聲請人於 111 年 3 月 11 日符合可能因已執行期間滿 20 年之門檻而得報請假釋，如系爭規定經本院解釋宣告違憲，聲請人即有可能在滿足有悛悔實據之前提及符合已執行期間逾 20 年之要件下，假釋出監，本院如不受理本案，聲請人可能仍須再執行 1 年，始有可能假釋，有侵害其人身自由之虞，多數意見於心不忍，在不得已之情形下受理之，並於解釋理由特別註記：「查系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理」，以「攸關……爭議」及「為貫徹聲請人有效權利保護所必要」二要件，作為大法官受理釋憲

聲請之新要件。如前所述，聲請人尚有其他司法救濟途徑可資利用，且根本尚未起訴，未用盡審級救濟途徑，本解釋是否有必要創此例外釋憲聲請新要件，致生違反大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之疑慮，頗值思考。

三、就本解釋變更釋憲客體言

（一）**本件**聲請人對檢察官執行指揮書依法聲明異議，指摘檢察官的執行指揮，違反現行刑法第 77 條第 3 項規定，臺灣高等法院 105 年度聲字第 2049 號裁定及確定終局裁定的最高法院 105 年度台抗字第 683 號裁定，均認為現行刑法第 77 條第 3 項規定與檢察官之指揮執行無涉、無關，聲請人據以聲請釋憲，主張現行刑法第 77 條第 3 項規定違憲。

（二）依 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定：「於中華民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條規定。」本件原因案件，聲請人前於 90 年間犯殺人罪（累犯），91 年 11 月 21 日經法院判處無期徒刑確定，同日發監執行，偵查及審判中羈押日數總計 985 日（90 年 3 月 11 日至 92 年 11 月 20 日）。依上開刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定，本件聲請人如要假釋，依法應適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項及**第 2 項**，而非聲請人所主張之現行刑法第 77 條第 1 項及**第 3 項**規定至明。

（三）本席認為，本件聲請人主張之釋憲客體既係現行刑法第 77 條第 3 項，大法官可否變更聲請人所主張之釋憲客體為 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定？本解釋理由謂：「聲請人主張之釋憲客體為刑法第 77 條第 3 項規定，惟就其原因事實及依刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定：『於中華民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之

刑法第 77 條規定。』並基於探求聲請人之釋憲真意、修正前後法律規定意旨相同、聲請人有效權利保護等，本院爰認本件之釋憲客體為 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定（下稱系爭規定），合先敘明。」益加證明確定終局裁定並無適用現行刑法第 77 條第 3 項規定或系爭規定甚明，故本件聲請人之釋憲聲請，不符大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件，應不予受理。

參、部分協同意見

本席對本件釋憲聲請之實體問題，認本解釋有關系爭規定部分違憲之結論，尚可贊同，惟另有理由補充如下。

一、刑法制定之初對**羈押日數不算入無期徒刑假釋年限本有爭議**

刑法第 77 條於 24 年制定之初，有關無期徒刑裁判確定前之羈押日數，應否算入假釋條件之已執行之期間內，於立法理由中揭示：「假釋條件所定之執行期間，應否適用本案第 50 條以裁判確定前之拘禁日數算入，原案並未規定，外國學說，有主張算入者（挪威、瑞典有明文規定），但主張不算入者，居其多數，因假釋條件，所定之執行期限，指事實上執行，俾知罪人受刑後，是否實能悛改，若以拘禁日數算入，是與緩刑之意背馳，故本案擬從德國刑法準備草案，增入第 2 項。例如科處有期徒刑者，裁判前拘禁 2 年，若以之抵徒刑 1 年，算入 10 年之執行期內，**則 9 年後即可假釋，**本案擬仍算足執行 10 年。又如科處有期徒刑 10 年二分之一為 5 年，裁判前受拘禁 2 年，若以抵徒刑 1 年，算入 5 年期內，**4 年後即可假釋**。」[10]

關於在假釋審查時，裁判確定前之羈押日數，可否算入假釋年限，學說上有不同見解，（一）主張應予算入者，著眼於裁判確定前之羈押或其他剝奪人身自由之處分，因具有服刑上之同等作用，故在

[10] 引自，蔡墩銘主編，李永然編輯，刑法暨特別法（立法理由、判解決議、令函釋示、實務問題）彙編，五南圖書出版有限公司，71 年 10 月初版，77 年 5 月增訂初版，頁 391。

用寬典之考量上，應予抵償。[11]（二）主張不應算入者認為，假釋制度的設置，係鼓勵受刑人改過遷善，故必先有自由刑的實際執行，後乃有因受刑而有悛悔實據可言，故刑法第 77 條第 1 項所謂執行期間，應為實際在監執行的期滿日，方符法定假釋要件，至於未判決確定的羈押日數，雖可折抵刑期，但就假釋之本旨而言，究不能與實際執行的期間同視，與刑法第 77 條第 1 項但書規定（即現行刑法第 77 條第 2 項第 1 款規定）所謂有期徒刑執行未滿 6 個月者除外之規定，相互參酌，更為當然的解釋。[12]

再從我國刑法立法沿革觀之，我國刑法自暫行新刑律、舊刑法乃至 24 年制定之刑法，均於刑法第 77 條第 2 項規定：「前項執行期間遇有第 46 條情形者，以所餘之刑期計算。」即採取不算入說。惟 43 年 7 月 21 日修正公布刑法第 77 條時，刪除上開第 2 項規定，其理由認為，未決人犯，在看守所所受之痛苦，甚於監獄，在所羈押之日數，**足以抵徒刑執行之期間者，而獨不能算入假釋條件所定之執行期間**，衡情酌理，實欠允當。司法行政部 44 年 2 月 21 日臺 44 令監字第 0939 號令曾謂：裁判確定前羈押日數可以算入該條所定之執行期間內，**但仍須受該條但書及第 46 條折抵有期徒刑之限制**。例示如次，某甲判刑 2 年，必須送監執行滿 1 年後，方得呈辦假釋。又如某乙判處無期徒刑，縱其羈押日數達 2 年之久，亦不得折抵，仍須入監執行逾 10 年後，始可呈辦假釋。楊建華教授乃認為，此項釋示所表明者，原則上仍係採算入說。僅其最低 1 年**（現行法規定為 6 個月）之執行期間，不予算入**（如某甲判處徒刑 6 年，羈押 1 年，在監獄執行 2 年即可報

11 蘇俊雄，刑法總論Ⅲ，89 年版，頁 373；鄭健才，刑法總則，80 年 9 月出版，頁 386；大理院 8 年統字第 1186 號解釋：「未決羈押抵刑之部分，無妨算入刑律第 66 條（相當現行法第 77 條）所定期限之內。」

12 韓忠謨，刑法原理，86 年版，頁 510；周冶平，刑法總論，頁 610；高仰止，刑法總論，68 年 3 月 3 日出版，五南圖書出版有限公司，頁 536；林山田，刑法通論，84 年 9 月增訂 5 版，頁 633，指出：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」係違反學理。

請假釋）[13]。本席認為，依 43 年刑法第 77 條但書規定：「但有期徒刑之執行未滿 1 年者，不得假釋」，所以楊建華教授才說：「僅其最低 1 年**（現行法規定為 6 個月）之執行期間，不予算入。」**

二、系爭規定增訂「逾 1 年」之原委

系爭規定前於 83 年立法之初，立法委員提案，就無期徒刑裁判確定前之羈押日數，主張比照有期徒刑裁判確定前之羈押日數，以 1 日折抵 1 日，亦即全數折抵之方式計之。惟因主管機關之法務部認為，依當時刑法第 77 條第 1 項規定，無期徒刑受刑人，如具悛悔實據，於徒刑逾 10 年後，即得許其假釋出獄，若得將裁判確定前之羈押日數，全數算入無期徒刑之已執行期間內，則在裁判確定前長時間羈押之案例中，則可能造成無期徒刑與有期徒之執行毫無分別，甚有輕重失衡之結果，而對此提案存有疑慮。嗣經協商程序後，乃將立法委員上開**全數算入**之提案，改為系爭規定**逾 1 年部分之羈押日數**始予以計入，完成立法程序。

上開結論，係立法院協商的結果，至於為什麼以「1 年部分之羈押」作為形成差別待遇之手段？遍尋所有立法史料，只看到立法理由記載：「至於無期徒刑，明定『無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。』**明示科處無期徒刑者與科處有期徒刑者仍應有不同標準，用符公平**」。經本席查閱相關刑法書籍，終於在楊建華教授的大作尋得：「僅其最低 1 年之執行期間，不予算入」，所謂 1 年之執行，即現行法所定「有期徒刑執行未滿 6 個月者」部分，換言之，此有期徒刑 6 個月必須入監執行，故不予算入執行期間。至於無期徒刑與有期徒刑仍應有不同標準，故主管機關認為，裁判確定前之羈押日數「未逾 1 年部分」不算入無期徒刑假釋之執行期間，以與有期徒刑「6 個月」不算入執行期間，作不同之標準。楊建華教授上開宏論，應可提供系爭規定為何以 1 年為據之理由。

[13] 楊建華，刑法總則之比較與檢討，五南圖書出版有限公司，71 年 3 月出版，頁 495。

三、關於系爭規定形成差別待遇之平等審查

關於系爭規定之立法目的，本解釋理由（第三段中第 2 小段）特別指出，83 年間主管機關主張應設「逾 1 年部分之羈押」之限制，以避免「**可能造成無期徒刑與有期徒刑之執行毫無分別，甚有輕重失衡之結果**」。本解釋關於「採取此種差別待遇手段與其目的達成間是否有實質關聯」之審查，除於本解釋第 3 段「先就假釋形式要件之假釋年限部分」內（詳見第三段中第 4 小段），指出「就無期徒刑與有期徒刑假釋之執行期間要件而言，已無混淆之可能」，以回應前揭主管機關所謂「**可能造成無期徒刑與有期徒刑之執行毫無分別**」之疑慮外；本席另提出「就假釋實質要件之悛悔實據部分」，以回應主管機關所擔心「**甚有輕重失衡之結果**」如下：

再就假釋實質要件之悛悔實據言，無論修正前或後之刑法第 77 條第 1 項均規定，「受徒刑之執行而有悛悔實據者」為假釋之實質要件。監獄為促使刑期 6 月以上之受刑人改悔向上，適於社會生活，應分為數個階段，以累進方法處遇之。累進處遇事項及方法，另以行刑累進處遇條例定之（監獄行刑法第 18 條參照）。無論係 83 年修正公布之行刑累進處遇條例（下稱舊條例）或係現行條例第 19 條規定，均按無期徒刑與有期徒刑而區分為不同類別，詳細規定其累進處遇之級別及責任分數，以考核受刑人之執行效果（詳附件）。有期徒刑之類別更為細分，由舊條例所定 7 類調整為現行條例所定 15 類。無期徒刑之責任分數要求標準更高，由舊條例所定第 4 級 216 分、第 3 級 288 分至第 2 級 360 分，調整為現行條例所定第 4 級 504 分、第 3 級第 540 分至第 2 級 576 分。易言之，依現行有效之法律規定，關於悛悔實據之考核，無期徒刑受刑人比有期徒刑受刑人應受更為長時期之嚴格考核，而有不同之執行標準，故就無期徒刑與有期徒刑假釋之執行內容而言，已無混淆之可能，足以彰顯立法者區別無期徒刑與有期徒刑假釋之執行，而為不同評價。且依行刑累進處遇條例第 75 條、第 76 條及同條例施行細則第 10 條之規定，受刑人必須達行刑累進第

二級以上，始得報請假釋。依 83 年之刑法第 77 條第 1 項所定無期徒刑假釋年限逾 10 年之要件觀之，縱有如 83 年間主管機關所認，逾 10 年以上之羈押日數全數算入無期徒刑之已執行期間之情形，依 83 年舊條例所定累進處遇程序，無期徒刑受刑人至少仍須服刑相當長期間，其責任分數始有可能從第 4 級 216 分進階至第 2 級 360 分，而符合得報請假釋之門檻，故事實上絕對不可能發生有期徒刑入監執行至少須滿 6 個月（刑法第 77 條第 2 項第 1 款規定參照），始得報請假釋，而無期徒刑卻因羈押日數全數算入已執行期間，可能不必入監服刑即符合假釋年限**所生輕重失衡**之不公平情形。

況依現行刑事妥速審判法第 5 條第 3 項及刑事訴訟法第 108 條第 5 項規定，偵查及審判中之羈押期間累計總數，最長不得逾 5 年 4 月（偵查中最長 4 月及審判中最長 5 年），羈押日數累計總數愈來愈少，而無期徒刑假釋年限由 10 年調整為 15 年、累犯 20，再調整為 25 年，無期徒刑假釋年限愈來愈長，**故事實上更不可能發生立法之初主管機關所認，將羈押日數全數算入無期徒刑之已執行期間內，致無期徒刑與有期徒刑之執行毫無區別之情形**。

綜上可知，系爭規定有關裁判確定前未逾 1 年部分之羈押日數不算入無期徒刑之已執行期間內部分，所採取差別待遇之手段，與其所示**無期徒刑與有期徒刑之執行仍應有不同標準，用符公平**之目的達成間，難謂有實質關聯，於此範圍內，與憲法第 7 條平等原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

總結而言，自本解釋公布之日起，無期徒刑裁判確定前之羈押日數應算入無期徒刑假釋之已執行期間內。

附件：行刑累進處遇條例第 19 條規定

一、系爭規定增訂公布時法（83 年 6 月 6 日修正公布）

類別	刑名及刑期	第一級	第二級	第三級	第四級
一	有期徒刑六月以上一年六月未滿	三六分	三〇分	二四分	一八分
二	有期徒刑一年六月以上三年未滿	六〇分	四八分	三六分	二四分
三	有期徒刑三年以上六年未滿	一四四分	一〇八分	七二分	三六分
四	有期徒刑六年以上九年未滿	一八〇分	一四四分	一〇八分	七二分
五	有期徒刑九年以上十二年未滿	二一六分	一八〇分	一四四分	一〇八分
六	有期徒刑十二年以上十五年未滿	二五二分	二一六分	一八〇分	一四四分
七	有期徒刑十五年以上	二八八分	二五二分	二一六分	一八〇分
八	無期徒刑	四三二分	三六〇分	二八八分	二一六分

前項表列責任分數，於少年受刑人減少三分之一計算。

累犯受刑人之責任分數，按第一項表列標準，逐級增加其責任分數五分之一。

撤銷假釋受刑人之責任分數，按第一項表列標準，逐級增加其責任分數二分之一。

二、現行法（95 年 6 月 14 日修正公布）

類別	刑名及刑期	第一級	第二級	第三級	第四級
一	有期徒刑六月以上一年六月未滿	三六分	三〇分	二四分	一八分
二	有期徒刑一年六月以上三年未滿	六〇分	四八分	三六分	二四分
三	有期徒刑三年以上六年未滿	一四四分	一〇八分	七二分	三六分
四	有期徒刑六年以上九年未滿	一八〇分	一四四分	一〇八分	七二分
五	有期徒刑九年以上十二年未滿	二一六分	一八〇分	一四四分	一〇八分
六	有期徒刑十二年以上十五年未滿	二五二分	二一六分	一八〇分	一四四分
七	有期徒刑十五年以上十八年未滿	二八八分	二五二分	二一六分	一八〇分
八	有期徒刑十八年以上二十一年未滿	三二四分	二八八分	二五二分	二一六分
九	有期徒刑二十一年以上二十四年未滿	三六〇分	三二四分	二八八分	二五二分
十	有期徒刑二十四年以上二十七年未滿	三九六分	三六〇分	三二四分	二八八分
十一	有期徒刑二十七年以上三十年未滿	四三二分	三九六分	三六〇分	三二四分
十二	有期徒刑三十年以上三十三年未滿	四六八分	四三二分	三九六分	三六〇分

十三	有期徒刑三十三年以上三十六年未滿	五〇四分	四六八分	四三二分	三九六分
十四	有期徒刑三十六年以上三十九年未滿	五四〇分	五〇四分	四六八分	四三二分
十五	有期徒刑三十九年以上	五七六分	五四〇分	五〇四分	四六八分
十六	無期徒刑	六一二分	五七六分	五四〇分	五〇四分

前項表列責任分數，於少年受刑人減少三分之一計算。

累犯受刑人之責任分數，按第一項表列標準，逐級增加其責任分數三分之一。

撤銷假釋受刑人之責任分數，按第一項表列標準，逐級增加其責任分數二分之一。

部分不同意見書　　呂太郎大法官　提出
蔡烱燉大法官　加入
張瓊文大法官　加入
蔡宗珍大法官　加入

一、本解釋多數意見認為本件應予受理，其理由為：「查系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理」。

二、本席認為本件不符合人民聲請解釋憲法之要件，應不受理

按大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」依此，人民聲請解釋法令違

憲，至少應具備下列3項要件：一、其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。二、已依法定程序提起訴訟。三、確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義。欠缺其中任何一要件，其聲請即非合法，依同條第3項規定，應不受理。本件聲請，並不符合前述要件中任何一項，應不受理。茲分析如下：

（一）系爭規定非確定終局裁定所適用

按裁判適用法律，傳統上是依演繹邏輯中三段論法之方式進行推論。易言之，以法律為大前提，請求裁判之個案事實為小前提，將個案具體事實涵攝至大前提中構成要件部分，如個案事實具備構成要件之全部特徵，即將大前提之法律效果，作為個案具體事實應有之法律效果，以此作為結論。

本件確定終局裁定意旨略謂：刑期自裁判確定之日起算，刑法第45條第1項定有明文。又「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日……。」為同法第46條（現行法第37條之2第1項）所明定。而無期徒刑為終身監禁，是受刑人於執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題。至86年11月26日修正公布之刑法第77條第1項：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾15年、累犯逾20年……得許假釋出獄。」同條第2項：「無期徒刑裁判確定前逾1年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」（即系爭規定）則為假釋之規定，與羈押折抵無關。本件抗告人（即聲請人）因殺人罪，經判處無期徒刑確定，檢察官於執行指揮書記載其執行期滿日為「無期」。執行指揮書於羈押及折抵日數欄記載「九十年三月十一日到九十二年十一月二十日共九百八十五日」，為備註羈押期間促使執行機關注意之性質，無關於刑期之折抵，不能指為違法或不當，抗告人聲明異議自非有理由，應予駁回等語。

可知確定終局裁定並無將聲請人受無期徒刑執行之具體事實，涵攝至系爭規定中之構成要件，檢查是否具備系爭構成要件之全部特徵，並進而依系爭規定之法律效果，對聲請人該聲明異議為准、駁之

意（事實上也無從依系爭規定為准、駁，故明確指出該裁定與系爭規定「無關」），故系爭規定自非確定終局裁定所「適用」之法律。從另一角度觀察，即便本解釋宣告系爭規定牴觸憲法而無效，聲請人亦不得據以改變確定終局裁定之結果，即本解釋對於聲請人聲請之原因案件，不具有任何法律上拘束力，豈能謂系爭規定為確定終局裁定所適用？

（二）聲請人未依法定程序提起訴訟

所謂依法定程序提起訴訟，指聲請人應就所主張憲法上權利受侵害之內容，依現行訴訟制度（民事、刑事或行政訴訟）提起訴訟，並已盡審級救濟後仍受不利判決，始得聲請釋憲。當然，因事件類型之特殊，不能期待當事人可明確判斷應循何種程序提起訴訟者，亦有之。不過有關審判權如何劃分？以及當事人誤向無審判權之法院起訴時，受理之法院應如何移轉於有審判權之法院？等問題，現行訴訟法大體上已有周詳規定，大法官亦針對諸多案例有所釋示，可供當事人依循。而依現行制度，受刑人對於行政機關不予假釋有所不服者，應循行政訴訟程序救濟，業經本院於本件聲請前之 100 年 10 月 21 日公布釋字第 691 號解釋（嗣監獄行刑法於 109 年 1 月 15 日修正第 134 條已為明文規定）在案，是本件聲請人之真意，如果是主張已符合假釋要件，卻因行政機關（法務部）未計入其判決確定前曾受羈押之日數，致未達法定應受徒刑執行之最低期間，因而否准其假釋者，自應循行政訴訟程序救濟，始符合依法提起訴訟之要件。惟聲請人既未主張其因羈押日數折抵刑期而已符合假釋要件，更未就其應否假釋有所爭執，而提起行政訴訟，卻就檢察官執行徒刑之指揮，循刑事訴訟程序聲明異議，就刑事法院所不必審查或適用之系爭規定，主張其違憲，自難謂符合聲請人已依法定程序提起訴訟之要件。

（三）系爭規定與聲請人人身自由是否受限制無關

本件聲請人係受無期徒刑之執行，既曰「無期徒刑」，自無執行固定期間後，即為刑期屆滿應予釋放之問題，因此，不論判決確定前

所受羈押之日數如何，均應終身監禁，不發生以曾受羈押之日數折抵刑期問題。又聲請人之人身自由受限制，是因為受無期徒刑之執行所致，並非因裁判確定前所受之羈押日數未予折抵刑期而來。易言之，本件聲請人人身自由受到限制，與系爭規定並無關聯，縱使系爭規定因本解釋宣告違憲而無效，聲請人亦無法依據本解釋免除或減少其應受徒刑執行之刑期。是本件聲請亦難謂符合聲請人憲法上所保障之權利，遭受不法侵害之要件。

三、本解釋多數意見可能發生之疑義

（一）是否使裁判「適用」法令之意義，變得糢糊不清？

本解釋繞過法律所明定，系爭規定限於為確定終局裁定所「適用」，始得受理之明確要件不論，另創「系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」概念，使得裁判是否適用法律之明確概念，竟陷入一團迷霧。依結論來看，多數意見認為本件已符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，顯然認為系爭規定已為確定終局裁定「所適用」。但從解釋理由來看，可能沒這麼有把握，否則就應直接明白宣示系爭規定為確定終局裁定所「適用」即可，何須繞過法律明定之「適用」要件，另創「（系爭規定）雖非確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」之糢糊概念，以取代之？但這樣的概念，却可能產生如下疑義：

1. 依本解釋多數意見，是否承認裁判適用法律之類型，還有「裁判雖未適用Ａ法律，但以Ａ法律為裁判之基礎」，或「裁判雖適用Ａ法律，但不以Ａ法律為裁判之基礎」之類型？如採肯定，無疑將會是裁判法學上重大改變，現行程序法有關裁判「適用」法令之規定，可能被重新定義。不但事關人民釋憲門檻，也事關其他程序法之基本規範，自宜進一步說明其理論依據，或舉出該當之案例，作為各級法院審判之準據。惜乎本解釋僅輕描淡寫，一語帶過，恐為日後釋憲門檻

爭議，埋下引信。

2. 依本解釋多數意見，是否認為受理關鍵並非系爭規定「為確定終局裁定之基礎」，而是在於系爭規定「攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議」？然而，本件聲請人聲明異議之案件，其異議是否有理由，不但原審法院已於裁定中指出與系爭規定「無涉」，最高法院之確定終局裁定，亦一再指出與系爭規定「無關」，本解釋多數意見亦認同系爭規定並非最高法院作成確定終局裁定之基礎。如此與確定終局裁定「無涉」、「無關」或「非為基礎」之系爭規定，何以本解釋多數意見竟會認為「攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議」？不免令人疑惑。是否認為，因聲請人於該聲明異議案，已主張法院應依系爭規定裁判，而該裁定亦就系爭規定與該案關係有所說明，自仍屬「攸關系爭規定之爭議」？果爾，是否會發生凡出現於裁判中之法令，即便與該裁判之結論或理由「無涉」、「無關」或「非為基礎」，當事人仍得據以聲請解釋憲法？若採肯定，大法官依此作成之解釋，不論結果是否認該法令違憲，對聲請人據以聲請之個案救濟，有何法律上意義？如果沒有法律上意義，卻仍許當事人聲請大法官作成憲法解釋，是否違背賦予訴訟當事人聲請解釋憲法之初衷？

總而言之，本解釋多數意見提出「系爭規定雖非作成確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉系爭規定之爭議」之糢糊概念，取代「系爭規定為確定終局裁定所適用」之要件，作為准許釋憲聲請之一要件，可能遭致不論與解決裁判個案爭議是否有關，凡於裁判中所出現之法令，哪怕是當事人所主張不必要且錯誤之法律，均得作為釋憲標的之結果，無異打開釋憲聲請門檻之潘朵拉盒，日後恐有不可預料之發展。

（二）是否混淆訴訟要件與權利保護必要？

鑑於司法資源之有限性，以及避免對他造造成不必要干擾，各國就篩選不必要之案件進入司法體系，以免排擠有保護必要之人民利用司法解決紛爭，不論透過立法或實務運作，都建立了相當機制。就我

國而言，除以法律明定訴訟事件受實體審理所須之共通要件（訴訟要件）外，因訴訟個案有無利用司法制度之必要性，有時必須就個案情形個別判斷，法律難以為鉅細靡遺之規定。因此學說及實務向來承認，當事人除具備法律所規定之訴訟要件外，尚須具備「權利保護必要」之要件，如有欠缺，仍不得受本案審理。此不但在一般訴訟案件如此，即令以往大法官審理慣例，亦是如此。申言之，凡經大法官依大審法第 5 條第 1 項第 2 款受理者，必聲請人所聲請解釋之法令，為確定終局裁判所適用，且就該聲請案而言，聲請人亦具備「權利保護必要」。不生以「權利保護所必要」取代「法令適用」之要件問題。

本解釋多數意見，認為「並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理。」是否有將「為貫徹聲請人有效權利保護所必要」，列入為確定終局裁判所「適用」之要件內？或有以「為貫徹聲請人有效權利保護所必要」，取代「確定終局裁判所適用之法令」之要件？換言之，訴訟要件與權利保護必要兩個概念，究竟有無區別？又依本解釋多數意見，「權利保護必要」原扮演「篩選不必要」案件，以「排除」利用司法制度之功能，將轉換為「挑選必要」案件，使「進入」司法程序之功能，是否妥適？均屬有疑。

（三）是否可為保護將來之憲法上權利而受理釋憲？

基於司法資源之有限性、當事人利用司法制度之門檻、他造當事人不受不當訴訟干擾之利益，以及權力分立下司法權之功能等，涉及公共利益與個人權益交互衝突與平衡因素，當事人循求司法救濟者，必須具備紛爭成熟性及解決必要性始可。換言之，該紛爭已適合以司法程序予以解決，且若不以司法程序解決，紛爭或當事人之損害可能擴大或延伸，甚至造成「強凌弱、眾暴寡」之結果，才可利用司法制度。此一原則，不問法院應解決之訴訟上紛爭或大法官應解決之憲法上紛爭，均應如此。法律所規定之訴訟要件、聲請要件，或法理上承認之保護必要、保護利益等，均在篩選不具備紛爭成熟性及解決必要

之案件，將之排除於司法救濟體系之外，已如前述。因此，人民之權利未受侵害者，原則上不得假設其日後將受侵害，而預先利用司法制度以防止之。如欲例外承認此預先防止權利受侵害之司法程序，因事涉司法制度之前述各種公、私因素考量，以及保障人民利用此制度之公平機會，應以法律或有法律同等位階之法規範明文，始得允許（民事訴訟法第 246 條、行政訴訟法第 115 條準用，另憲法訴訟法第 46 條參照。又法律欲賦予權利人或權責機關，有事先防止權利侵害或損害發生之權時，亦莫不以法律明文。）當然，大法官如認為法律未賦予人民於權利受不法侵害前預先聲請釋憲，或其規定釋憲之門檻過高，已違背憲法意旨者，亦非不得宣告該法律違憲（釋字第 371 號解釋參照）。

本件聲請人係因犯殺人罪，累犯，經判處無期徒刑確定，即令計入其於判決確定前受羈押之 1 年期間，仍未符合無期徒刑假釋要件中，已受徒刑執行逾 20 年之要件（至 110 年 3 月 11 日始滿 20 年）。故本件聲請人於 105 年 11 月 18 日向本院提出聲請，充其量僅就其日後可受假釋之要件降低，而「預先」聲請解釋系爭規定違背憲法，於大審法及大法官解釋尚未承認人民就其受憲法保障之權利，於將來有受不法侵害之虞者，亦得預先聲請解釋前，難認其聲請已符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款，權利遭受不法侵害之要件。本件如依多數意見，認為應予受理，即應宣告大審法第 5 條第 1 項第 2 款，未賦予人民預先聲請釋憲之途徑，違背憲法意旨（釋字第 371 號解釋參照），惟本解釋多數意見，仍依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定受理，是否意指該款所稱之「遭受不法侵害」，包含「有侵害之虞」？果爾，有無以解釋理由取代法律規定之問題？令人憂心。

（四）如何面對將來裁判憲法審查之施行？

如前所述，即便依本解釋意旨，認為系爭規定牴觸憲法而無效，聲請人亦無法依據本解釋，對確定終局裁定進行救濟。此一案例，若置於 111 年 1 月 4 日即將施行之憲法訴訟法所增設之裁判憲法審查制

度觀察，更顯突兀與不合理。依同法第 59 條第 1 項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」就聲請法規範違憲審查部分，其聲請憲法裁判之要件與大審法第 5 條第 1 項第 2 款及大法官釋憲實務所發展之聲請釋憲要件大致相同。依同法第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」易言之，憲法法庭認為確定終局裁判所適用之法規範違憲者，該裁判必然違憲，此時除為法規範違憲之宣告外，並應將該確定終局裁判廢棄之，發回管轄法院。如果本件是發生於憲法訴訟法施行之後，那麼大法官除宣告系爭規定違憲外，並應將本件確定終局裁定廢棄發回。問題是，本件確定終局裁定適用法律有何錯誤？足可使大法官廢棄？又縱使大法官將確定終局裁定廢棄發回，受發回之法院，可以為不同之裁定嗎？結論應該是不可以。由憲法訴訟法之規定，反推回來，可知本件解釋多數意見，將確定終局裁定所未適用之系爭規定宣告違憲，可能發生系爭規定違憲，而該確定終局裁定却不違憲之不合理結果。

不同意見書

吳陳鐶大法官　提出
蔡炯燉大法官　加入

本件多數意見以：「聲請人許弘緯，因於中華民國 90 年間犯殺人（累犯）案件經臺灣高等法院 92 年度上重更（一）字第 39 號刑事判決處無期徒刑，最高法院 92 年度台上字第 6570 號刑事判決駁回上訴確定，於 92 年 12 月 9 日經臺灣高等法院檢察署檢察官 92 年執戊字第 503 號執行指揮書發監執行迄今。聲請人就該指揮書有關羈押及折抵之日數向臺灣高等法院聲明異議，主張其於判決確定前自 90 年 3 月 11 日起至 92 年 11 月 20 日止共計受羈押 985 日，卻因刑法第 77

條第 3 項規定，致其上開羈押日數須扣除 1 年（365 日）後所得之 620 日始得算入同條第 1 項之假釋已執行期間，侵害其憲法保障之權利。案經臺灣高等法院 105 年度聲字第 2049 號刑事裁定駁回聲明異議後，聲請人提起抗告，經最高法院 105 年度台抗字第 683 號刑事裁定以抗告非有理由，予以駁回而確定，是應以上開最高法院刑事裁定為確定終局裁定。聲請人主張，確定終局裁定所適用之上開規定，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條及第 23 條規定之疑義，向本院聲請解釋。查聲請人主張之釋憲客體為刑法第 77 條第 3 項規定，惟就其原因事實及依刑法施行法第 7 條之 2 第 1 項前段規定：『於中華民國 86 年 11 月 26 日刑法修正公布後，94 年 1 月 7 日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條規定。』並基於探求聲請人之釋憲真意、修法前後法律規定意旨相同、聲請人有效權利保護等，本院爰認本件之解釋客體為 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項規定（下稱系爭規定，該規定嗣 94 年 2 月 2 日修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同），合先敘明。又查系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」，乃依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理，作成本解釋。

惟按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，始得聲請解釋憲法，聲請解釋憲法不合規定者，應不受理，為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款、第 3 項所明定。

查最高法院上開確定終局裁定係以：「刑期自裁判確定之日起算，刑法第 45 條第 1 項定有明文。又『裁判確定前羈押之日數，以 1 日抵有期徒刑或拘役 1 日，或第 42 條第 6 項裁判所定之罰金額數。羈押之日數，無前項刑罰可抵，如經宣告拘束人身自由之保安處分

者，得以 1 日抵保安處分 1 日。』為同法第 46 條所明定。而無期徒刑為終身監禁，是受刑人於執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題。至刑法第 77 條第 1 項：『受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 25 年，……得許假釋出獄。』第 3 項：『無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入第 1 項已執行之期間內。』（修正前為：受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年，……得許假釋出獄。無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。）則為假釋之規定，與羈押折抵無關。本件抗告人許弘緯因殺人罪，經判處無期徒刑確定，經台灣高等法院檢察署檢察官民國 92 年 12 月 9 日 92 年度執戊字第 503 號執行指揮書記載其執行期滿日為『無期』。執行指揮書於羈押及折抵日數欄記載『90 年 3 月 11 日到 92 年 11 月 20 日共 985 日』，為備註羈押期間促使執行機關注意之性質，無關於刑期之折抵，不能指為違法或不當。原裁定以抗告人聲明異議以：抗告人共計羈押 985 日，依刑法第 77 條第 1 項、第 3 項之規定，無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入已執行之期間，則羈押日數應扣除 1 年後所得 620 日始能算入刑期，執行指揮書有關羈押及折抵日數欄記載其羈押折抵日數為 985 日，為違背法令云云。然抗告人既係執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題，該執行指揮書關於羈押起迄、折抵日數之記載，並不影響假釋條件之審核結果，因認聲明異議為無理由，予以駁回。經核並無不合，抗告意旨猶執陳詞指摘原裁定及檢察官之執行指揮書為違法，自非有理由」，而駁回其抗告。

86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項及 94 年 2 月 2 日修正公布自 95 年 7 月 1 日施行規範意旨相同之同條第 3 項規定，確如多數意見所述，非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，但並非如多數意見所言「攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議」，因該規定所涉者為無期徒刑假釋條件之一之已執行期間問題，此觀該條修正前後之第 1 項及上開該條修正前後之第 2 項與第 3 項規定自

明，而「受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，其救濟有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，由行政法院審理。」業經 100 年 10 月 21 日本院釋字第 691 號解釋釋明在案。109 年 1 月 15 日修正公布全文並自公布日後 6 個月施行之監獄行刑法第 134 條第 1 項亦規定受刑人對於廢止假釋、不予許可假釋或撤銷假釋之爭議，地方法院行政訴訟庭有第 1 審審判之管轄權，依行政法院組織法第 3 條之 1 規定，為行政法院審判之範圍，故有關無期徒刑假釋條件之一之已執行期間之爭議，無論於最高法院作成上開確定終局裁定時或監獄行刑法 109 年 1 月 15 日修正公布施行後，均應屬行政審判之範圍，普通法院刑事庭對之並無審判權，即普通法院刑事庭就該無期徒刑假釋條件之一之已執行期間之爭議，並無審判權，而無適用 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 2 項及 94 年 2 月 2 日修正公布自 95 年 7 月 1 日施行規範意旨相同之同條第 3 項規定之餘地，故本件與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款人民、法人或政黨得聲請解釋憲法之規定不合，自應依同條第 3 項規定不受理，多數意見以「系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」為由，受理本件聲請，無視司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款、第 3 項規定，已難贊同。若採同一標準，則長此以往，將使本院以貫徹保護人民權利為名，成為職權行使不受任何羈束之脫韁野馬，不僅破壞職權行使之被動性及中立性，更危及權力分立之憲政原則，更難認同，爰提出不同意見。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇二號解釋

【跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬案】

發文日期：中華民國110年2月26日

發文字號：院台大二字第1100006093號

解　釋　文

入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」與憲法第 15 條保障人民工作權、第 22 條契約自由及第 7 條平等權之意旨尚無違背。 1

入出國及移民法第 76 條第 2 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背。 2

解釋理由書

聲請人臺灣臺北地方法院行政訴訟庭制股法官為審理同院 102 年度簡字第 173 號、第 178 號、第 285 號及 103 年度簡字第 276 號入出國及移民法事件，認應適用之入出國及移民法第 58 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）及第 76 條第 2 款規定（下稱系爭規定二），禁止並進而處罰跨國（境）婚姻媒合要求或期約報酬行為，對職業自由及契約自由之限制，與比例原則及平等原則不符，且系爭規定二之法定罰鍰為新臺幣 20 萬元以上，對財產權所為之限制，亦與比例原則有違，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條及第 22 條之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法。核其聲請，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下： 1

一、系爭規定一與憲法保障人民工作權及契約自由之意旨尚無違背 2

憲法第 15 條規定之工作權，旨在保障人民自主選擇職業及從事相關業務行為之自由。國家為維護他人權益、健全交易秩序、防範違 3

法之逐利行為等公益，仍得以法律對之有所限制。法律對於工作權之限制，因其內容之差異，在憲法上本有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，如其限制目的係為追求正當之公共利益，且其限制手段與目的之達成間有合理關聯，即非憲法所不許（本院釋字第 778 號解釋參照）。又契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。惟國家為維護正當公益，尚非不得以法律對之為合理之限制（本院釋字第 576 號解釋參照）。

系爭規定一明定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」 4
就以婚姻媒合為其業務內容之個人或團體，係對其從事業務行為得否主動要求或期約報酬之干預，而屬對工作權之限制；就僅偶然從事婚姻媒合，而非以之為業者，則係對其與他人締約內容之干預，而屬對契約自由之限制。

跨國（境）婚姻媒合所媒介之雙方當事人，其語言、經濟條件、 5
文化多半有所差異，且涉及移民事宜，如跨國（境）婚姻媒合得請求報酬，可能會為求報償，而利用資訊不對稱，勉強撮合或矇騙雙方，或假借婚姻媒合而為移民，甚至販運人口。再者，在實務上，跨國（境）婚姻媒合如許其要求或期約報酬，可能會將受媒合之婚姻商品化，亦有物化女性之疑慮。查立法者制定系爭規定一之目的，即係為健全跨國（境）婚姻媒合環境，以保障結婚當事人權益、防杜人口販運及避免物化女性、商品化婚姻等（內政部中華民國 104 年 4 月 20 日台內移字第 1040023250 號函復本院參照）。是系爭規定一禁止跨國（境）婚姻媒合要求或期約報酬，自係為追求正當之公共利益，目的洵屬合憲。

就限制手段言，系爭規定一係禁止跨國（境）媒合者主動要求或 6
與受媒合者約定婚姻媒合之報酬，並未全面禁止跨國（境）婚姻媒合之工作或業務行為，亦未以此限制從事媒合工作或業務者之資格條

件，不涉及職業選擇自由之限制，且仍容許非營利法人從事不具商業目的之跨國（境）婚姻媒合（入出國及移民法第 59 條參照）。如受媒合者於媒合成功後主動致贈金錢或財產上利益予媒合者，即非系爭規定一所禁止。是系爭規定一之上開限制，僅係對於從事跨國（境）婚姻媒合者職業執行內容，以及偶然從事婚姻媒合者與他人締約內容之干預，不僅有助於跨國（境）婚姻媒合之去商業化，從而健全跨國（境）婚姻媒合環境，亦可減少假婚姻媒合而行人口販運之不法情事，及避免物化女性、商品化婚姻等流弊。因此，系爭規定一禁止跨國（境）婚姻媒合要求或期約報酬之限制手段，與其目的之達成間有合理關聯。

綜上，系爭規定一之上開限制，與憲法保障人民工作權及契約自由之意旨尚無違背。 7

二、系爭規定一與憲法保障人民平等權之意旨尚無違背 8

憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定。法規範所採取之分類如未涉及可疑分類，且其差別待遇並不涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本院自得採寬鬆標準予以審查（本院釋字第 768 號及第 794 號解釋參照）。如其立法目的係為追求正當公共利益，且其分類與目的之達成間有合理關聯，即與憲法第 7 條平等權保障無違。 9

系爭規定一限制跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬，違反者並得依系爭規定二處以罰鍰。至於非跨國（境）婚姻媒合，則不在限制之列，亦無科處罰鍰之規定。可見系爭規定一係以媒合是否涉及跨國（境）婚姻為分類，而對跨國（境）婚姻媒合給予相對不利之上述差別待遇。此項分類未涉及可疑分類，其差別待遇則涉及營利性之業務或契約事項，亦非上開重要基本權利，本院爰採寬鬆審查。 10

查立法者考量跨國（境）婚姻雙方當事人間之可能差異、其等與 11

媒合者間之資訊不對稱、甚至人口販運等問題，相較於非跨國（境）婚姻媒合，往往更為明顯，也更可能發生；又跨國（境）婚姻更涉及跨國（境）人口移動與移民，致為結婚而離開本國之一方常會因身處異國而遭受更大之壓力，甚至是不當壓迫，此則為非跨國（境）婚姻媒合所無之情形，乃制定系爭規定一，針對跨國（境）婚姻媒合之要求或期約報酬予以相對不利之差別待遇，以防免媒合者為營利而忽略上述問題或致該等問題更為嚴重。核其目的係為健全跨國（境）婚姻媒合環境，以保障結婚當事人權益、防杜人口販運及避免物化女性、商品化婚姻等（上開內政部函參照）。上開目的所追求之公共利益，洵屬正當；其所採取之分類及差別待遇亦有助於上開目的之達成，而有合理關聯。是系爭規定一與憲法保障人民平等權之意旨尚無違背。

三、系爭規定二與憲法保障人民財產權之意旨尚無違背 12

對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，涉及對人民財產權之限制，其處罰固應視違規情節之輕重程度為之，俾符合憲法責罰相當原則。惟立法者針對違反行政法上義務行為給予處罰，如已預留視違規情節輕重而予處罰之範圍，對於個案處罰顯然過苛之情形，並有適當調整機制者，應認係屬立法形成自由範疇，本院原則上應予尊重（本院釋字第 786 號解釋參照）。 13

系爭規定二明定：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」就從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，已授予主管機關得依違規情節之輕重而予處罰之裁量權。次就其處罰下限部分言，因於個案中仍有行政罰法第 8 條及第 18 條等有關減輕處罰規定之適用，而得以避免個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形。是系爭規定二與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背。 14

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書

楊惠欽大法官　提出
蔡宗珍大法官　加入

本號解釋宣告入出國及移民法第 58 條第 2 項（下稱系爭規定一）與憲法第 15 條保障人民工作權、第 22 條契約自由及第 7 條平等權之意旨尚無違背之結論部分，本席敬表同意，但就解釋理由，則尚有不同意見及認應予補充說明之處，爰提出協同意見如下：

壹、系爭規定一之規範意旨及所涉基本權部分：

系爭規定一係規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」然同條第 1 項即入出國及移民法（下稱入出國法）第 58 條第 1 項則規定：「跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。」即上述二規定均屬關涉跨國（境）婚姻媒合之禁止性規範，則關於系爭規定一之規範意旨，自有將此二項規定併同觀察之必要，從而亦得據以判斷系爭規定一所涉及之基本權。

觀入出國法第 58 條第 1 項及系爭規定一之規範內容，其等均係針對跨國（境）婚姻媒合，所分別為禁止「為營業項目」及禁止「要求或期約報酬」之規定；而觀此禁止內容，可知其等係分別針對營業項目及一方主動要求或期約報酬之禁止。其中入出國法第 58 條第 1 項規定禁止作為營業項目部分，既言營業項目，則其自係存有營業；然所謂營業，於我國實體法上並無立法定義，學說上亦有廣狹之不同

定義[1]，惟不論係採廣狹之任一定義，均需具備「以反覆繼續之意思為一定行為」之要件，先此敘明。

又上述二規定均僅為禁止行為之規範，尚無關於所規範主體之明文，然入出國法針對違反上述二規定之行為，則於同法第 76 條有為處罰之規定，其內容為：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：一、公司或商號從事跨國（境）婚姻媒合。二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」而將此處罰規定與入出國法第 58 條第 1 項及系爭規定一比對觀察，基於入出國法第 76 條第 1 款明文以公司或商號即一般通稱或認知之營業主體作為規範主體，而第 2 款則未規定行為主體，而僅明文「從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬」即系爭規定一所禁止之行為態樣，可知入出國法第 76 條第 1 款及第 2 款之處罰，係分別針對違反同法第 58 條第 1 項及系爭規定一而為。準此，當得認入出國法第 58 條第 1 項所規範之主體為公司及商號。

查依公司法第 1 條第 1 項規定，所謂公司，係指以營利為目的，依照公司法組織、登記、成立之社團法人。另所謂商號，一般係指不具法人資格之營業主體，而參諸商業登記法第 3 條關於商業，係為「以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業」之定義，暨依同法第 4 條及第 5 條規定，商業原則上固應向所在地主管機關登記，但亦容許每月銷售額未達營業稅起徵點（按，現行為每月新台幣 8 萬元）等小規模商業得免申請登記，可知商業登記法所稱之商業，並不以已登記者為限。從而，入出國法第 76 條第 1 款所規範主體中之公司，定屬經登記者，至於所稱商號，徵諸前所述營業及商業之意涵，暨商業登記法針對商業所為應否登記之管制，應認為並不限於已為商業登記

[1] 最廣義之營業：指以反覆繼續之意思，為一定行為之意；廣義之營業：指以反覆繼續之意思，且以營利為目的而為一定行為之意；狹義之營業：指以反覆繼續之意思，且以營利為目的而供應不特定多數人之需要所為一定行為之意。李惠宗，論營業許可基準之司法審查 - 兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢，第 5 期，頁 228-229。

者，尚應包含未為商業登記，但已該當本於營利之目的，事實上係以反覆繼續之意思為一定行為之獨資或合夥事業。

基於上所述入出國法第 76 條第 1 款所規範主體即公司及商號意涵之說明，則同法第 58 條第 1 項：「跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。」之規定，其規範主體，應得認係以公司及獨資、合夥事業（不限已登記者）等型態營業之事業，而所禁止之行為，則為上述事業從事跨國（境）婚姻媒合之營業行為。準此，則於跨國（境）婚姻媒合，已以入出國法第 58 條第 1 項規定為營業行為之原則性全面禁止規範後[2]，再為系爭規定一之行為容許但要求及期約報酬禁止之明文，其目的為何？

本席認為由於有償性之跨國（境）婚姻媒合係易涉及人口販運，及婚姻商品化、物化受媒合人等之爭議，甚或衍生文化融合、婚姻本質受影響等多重社會問題，是於現今社會跨國（境）人口移動頻繁，且管道多樣之情況下，雖有入出國法第 58 條第 1 項之營業禁止規定，但於跨國（境）婚姻媒合係有利可圖之基礎下，實難避免仍存有將立法明文禁止之營業行為，另闢其他管道（例如：化整為零，分散由個人以單兵作業方式進行）以資規避之情事。故為避免此等規避情事，俾得有效防杜上述有償性跨國（境）婚姻媒合所衍生問題之目的，乃另以系爭規定一為禁止要求或期約報酬之明文，以資周延；並因非以事業之外形從事跨國（境）之婚姻媒合，通常主管機關係較不容易查獲，是系爭規定一亦有藉此明文，使大眾尤其是受婚姻媒合之雙方當事人，知悉跨國（境）婚姻媒合之報酬（要求或期約）禁止，從而得有助於跨國（境）婚姻媒合之管理之目的。

綜上，系爭規定一核係具有入出國法第 58 條第 1 項補遺規定之

[2] 入出國法 59 條第 1 項規定：「財團法人及非以營利為目的之社團法人從事跨國（境）婚姻媒合者，應經入出國及移民署許可，並定期陳報媒合業務狀況。」即財團法人及非以營利為目的之社團法人經許可後係得從事跨國（境）婚姻媒合之業務，但其行為主體既為財團法人及非以營利為目的之社團法人，則所從事之行為原則上即非以營利為目的，而難認屬營業行為。

意旨，即系爭規定一所規範之主體係入出國法第 58 條第 1 項所規範主體以外之人，包含自然人、財團法人及非以營利為目的之社團法人等非營業主體[3]。另基於入出國法第 58 條第 1 項係規範公司及合夥、獨資商號之事業，本於營利之目的，以反覆繼續之意思從事跨國（境）婚姻媒合為營業項目之營業行為，是依系爭規定一之規範文義及其補遺性質，自得認系爭規定一並不禁止非營業主體以「非」本於反覆繼續之營業意思，進行跨國（境）婚姻媒合之行為，即其所禁止者僅是婚姻媒合（居間）者主動向受媒合當事人要求或與其等約定報酬即居間對價之行為（入出國法施行細則第 32 條參照），至於受媒合當事人主動對居間媒合者給付謝禮（或稱紅包禮），則非系爭規定一所禁止之範圍。準此可知，立法者透過系爭規定一所要限制者，乃跨國（境）婚姻媒合者向受媒合當事人要求或與其等約定報酬之契約自由，故系爭規定一所限制之基本權，主要者應是契約自由。

惟因職業自由為人民充實生活內涵及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異，均屬憲法第 15 條工作權保障之範疇（本院釋字第 658 號解釋參照）；並基於系爭規定一所具如上述補遺之立法目的，即為避免原從事或欲從事跨國（境）婚姻媒合者（入出國法第 61 條參照）[4]轉入地下，藉由化整為零等方式仍從事有償之跨國（境）婚姻媒合之目的，系爭規定一所為行為容許而報酬禁止之立法，即不得要求或期約報酬，亦含有禁止以收取報

---

[3] 入出國法 59 條第 1 項雖容許財團法人及非以營利為目的之社團法人經許可後從事跨國（境）婚姻媒合之業務，但此等經許可之非營利性法人或未經許可（許可經撤銷、廢止）之非營利性法人，若有就跨國（境）婚姻媒合行為要求或期約報酬情事，基於其非屬營業之本質，亦應認屬系爭規定一規範範疇。至於入出國法 78 條第 2 款所規範者，則不及於報酬之要求或期約。故系爭規定一之規範主體，雖主要為自然人，但不排除財團法人或非以營利為目的之社團法人。

[4] 入出國法第 61 條規定：「中華民國 95 年 9 月 26 日前合法設立且營業項目有婚姻媒合業登記之公司或商號，自中華民國 96 年 11 月 30 日修正之條文施行屆滿 1 年之日起，不得再從事跨國（境）婚姻媒合。」可知，法令原係容許跨國（境）婚姻媒合之營業。

酬方式從事跨國（境）婚姻居間為業之意旨，而可認事實上係對為跨國（境）婚姻居間之行為者，從事職業方式之職業自由為限制，而涉及憲法第 15 條所規定工作權之限制，並因其限制並未至產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制（本院釋字第 738 號解釋及本號解釋理由第 6 段參照）。系爭規定一既與職業自由並非毫無關聯，故本席尚可贊同多數意見所稱系爭規定一限制之基本權係包含憲法第 15 條規定之工作權，且此等基本權限制是否合於比例原則，係為寬鬆審查；惟所建構之理由，則與多數意見未盡相同。

另為利對系爭規定一與相關規定之瞭解，爰將此等規定之規範主體、規範行為及報酬等規範，列表如下，以供參考。

系爭規定一與相關法規比較表

法規依據		入出國及移民法[5]			民法[6]
條項		58Ⅰ	58Ⅱ（系爭規定一）	59	573
受規範之主體		事業（營利）[7]	非營業主體[8]	財團法人及非以營利為目的之社團法人	全部
受規範之行為	營業行為	╳	無涉	╳，經許可可為業務	○
	非營業行為	無涉	○	○	○
得否要求或期約報酬		╳	╳	╳，但得收取經核准之費用	○
有無報酬請求權		╳	╳	╳，但得請求經核准之費用	╳

【標號說明】（1）標號╳：禁止該行為／無請求權　　（2）標號○：允許

5 入出國及移民法第 58 條規定：「（第 1 項）跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。（第 2 項）跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。（第 3 項）任何人不得於廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或以其他使公眾得知之方法，散布、播送或刊登跨國（境）婚姻媒合廣告。」第 59 條規定：「（第 1 項）財團法人及非以營利為目的之社團法人從事跨國（境）婚姻媒合者，應經入出國及移民署許可，並定期陳報媒合業務狀況。（第 2 項）前項法人應保存媒合業務資料 5 年，對於入出國及移民署之檢查，不得規避、妨礙或拒絕。（第 3 項）第 1 項許可之申請要件、程序、審核期限、撤銷與廢止許可、業務檢查、督導管理及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

6 民法第 573 條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」

7 詳參本意見書壹之第 2 段至第 4 段說明。

8 詳參本意見書壹之第 7 段說明。

貳、聲請意旨關於平等原則部分：

本號解釋就系爭規定一是否違反憲法第 7 條保障人民平等權之意旨，係基於系爭規定一以媒合是否涉及跨國（境）婚姻為分類，對跨國（境）婚姻媒合給予相對不利之差別待遇，進行審查。而若按本號解釋聲請意旨，其主張系爭規定一違憲，除為違反比例原則之指摘外，尚援引民法第 573 條規定，爭執系爭規定一違反平等原則。觀上述比較表，系爭規定一所規範者係跨國（境）婚姻媒合，至民法第 573 條則規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」即二者雖均屬關於婚姻居間媒合之規定，然基於入出國法係屬統籌入出國管理，確保國家安全、保障人權，規範移民事務，落實移民輔導（入出國法第 1 條參照）之特別法，是涉及入出國管理及移民事務之跨國（境）婚姻媒合即應優先適用包含系爭規定一之入出國法相關規定。從而，相對於上述比較表臚列之入出國法第 58 條第 1 項、第 2 項及第 59 條所規範事項，應認民法第 573 條所規範者，僅於非跨國（境）婚姻居間有其適用，先此敘明。

又不同法體系之規範事物，原則上應不具可相提並論性。查系爭規定一與民法第 573 條規定，分屬不同法體系之規範，且如上所述，其等所規範者，一為跨國（境）之婚姻媒合（居間），另一則為非跨國（境）之婚姻居間，並各有不同之規範目的，尚難認係就相同事物為差別待遇，而須據以就系爭規定一進行是否違反平等原則之審查，亦附此敘明。

部分協同部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出

本號解釋認入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」（下稱系爭規定一）以及同法第 76 條第 2 款規定：「有下列情形之一者，處新台幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」（下稱系爭規定二）合憲，固顯示本院解釋對立法

政策自由形成或選擇之尊重。惟對於情節輕微之案件，往往發生情輕法重等情形，系爭規定二在立法上存有不甚周延之處，仍有再推敲之餘地。爰提出部分協同部分不同意見書如下：

一、先談民法第 573 條婚姻居間規定

系爭規定一將跨國（境）婚姻媒合之行為禁止範圍，設為不得要求及期約報酬，與民法第 573 條規定「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」兩者之法律用語及規範內容，尚有不同。比較舊民法規定「因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效」之立法原意，係因婚姻居間而約定報酬，有害善良風俗，故不使其有效。[1]惟於民國 88 年修正民法債編規定時，則認為近代工商業發達，社會上道德標準，亦有轉變，民間已有專門居間報告結婚機會或介紹婚姻而酌收費用之行業，此項服務，亦漸受肯定，為配合實際狀況，爰仿德國民法第 656 條規定[2]，修正該條規定為非禁止規定，僅居間人對報酬無請求權。如已給付，給付人不得請求返還。亦即從約定報酬無效，修正為無請求權之自然債務。[3]先從現行民法規定而論，一般居間為居間

1 舊法之立法理由，認為「以此為職，實有敗壞風俗之虞，故此種約定報酬之婚姻居間契約，不使有效，所以維持公益也。」就舊法規定，學說上有認為居間契約本身並非無效，居間人不能免其義務，不過惟報酬之約定為無效而已。然如其居間契約因違背公序良俗而為無效時，自當別論。（參照史尚寬，債法各論，民國 66 年 3 月臺北 5 刷，頁 451。）

2 比較舊民法相關規定，瑞士債務法（Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches（Fünfter Teil: Obligationenrecht））原於舊第 416 條亦有類似規定（參照史尚寬，前揭書，頁 451。）該瑞士法規定為不得以訴請求者，與德國民法規定已為之給付，不得請求返還者，有所不同。我舊民法無類似之規定，學理上有認為當然不能採同一解釋，惟給付時若明知無給付義務，則依民法第 180 條第 3 款之規定，自亦不得請求返還。又因婚姻居間而任意贈與財物者，既與約定報酬之情形不同，其贈與自屬有效。（參照歐陽經宇，民法債編各論，臺北市：漢林出版社，民國 67 年 4 月初版，頁 172；史尚寬，前揭書，頁 438-439。）惟前述瑞士民法規定於 1998 年民法修正而刪除，並自 2000 年 6 月 26 日施行（Aufgehoben durch Anhang Ziff. 2 des BG vom 26. Juni 1998, mit Wirkung seit 1. Jan. 2000（AS 1999 1118; BBl 1996 I 1））。

3 有關此次民法修正，學說上有認為對外籍新娘之各式各樣婚姻仲介充斥坊間，收取費用動輒 20 至 30 萬元以上新臺幣，仲介糾紛亦層出不窮。修正後

人與委託人間為報告訂約之機會（報告居間）或為媒介契約訂立（媒介居間），而成立之有償契約，其僅係「居間仲介」而已，並不進而代為訂立契約或處理相關事務。且其不以商人為限，其為非營利之法人或一般之自然人，亦無不可。[4]因民法居間以有償為原則，如以不收受報酬者，除法律有特別規定（如婚姻居間[5]）者外，非屬民法債編所稱之居間。

從比較法觀察，德國民法第 652 條有關民事居間（Zivilmakler），係屬於三人關係（Dreipersonenverhältnis），居間契約係基於居間人之媒介活動促使與第三人契約成立，而於委託人（Kunde）與居間人之間所訂立之契約，與商法規定之商事（商業）居間有別。[6]其中德國民法第 656 條有關婚姻居間（Heiratsvermittlung），係屬居間之例外規定，該給付報酬不得請求不當得利之返還，德國學理上將報酬約定作為非可訴訟請求之自然義務（Vergütungsvereinbarung als（nicht klagbarer）Naturalobligation; naturalis obligatio）。上述婚姻媒合報酬約定，性質上即所謂不完全之債務（sog. Unvollkommene Verbindlichkeit）

之第 573 條就此類問題，能否勝任，仍須進一步探究。另有認德國民法第 656 條規定已不合時宜（按：參考德國 Larenz 等學說見解），我國民法參考該規定修正亦不甚妥適之評論，參照郭麗珍，有關民法婚姻居間契約之論述，載於黃立主編，民法債編各論（下），臺北市：元照，2002 年 7 月初版 1 刷，頁 169-174。

4 參照邱聰智，新訂債法各論（中），臺北市：元照，2008 年 8 月初版 2 刷，頁 318-323。

5 有認為婚姻居間係屬特種（特殊）居間，性質上為無償契約，故與一般居間有所不同，解釋上應適用委任之規定。民法第 573 條規定之目的，在維護公益，以免傷風敗俗，避免婚姻居間約定報酬滋生流弊，並非禁絕婚姻居間行為，居間行為仍有效，僅居間人無約定報酬請求權。至於費用之約定，則不在禁止之列，故費用償還或預付之約定，仍有其效力，例如時下婚紗店之包辦婚禮及宴客等。參照林誠二，債編各論新解---體系化解說（中），臺北市：瑞興，2019 年 9 月 3 版 1 刷，頁 296-297；劉春堂，民法債編各論（中），臺北市：作者發行，民國 109 年 5 月初版 6 刷，頁 251-253。

6 參照 Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Besondererer Teil, 18. Aufl., München: Beck, 2018, §44 Rn.1ff., 32f..我國民法仿瑞債之例，不為商事與民事之區別。（參照史尚寬，前揭書，頁 437。）

[7]，其係屬德國民法第 814 條以履行債務為目的而為之給付，如給付係基於履行道德上之義務[8]或合於禮儀上所為之考量者，不得請求返還。其契約性質，既稱為居間，係屬有償性質之契約。綜上，我國民法規定婚姻居間係參考前述德國民法第 656 條立法例修正，故有關前述無報酬給付請求權之所謂不完全債務之非可訴訟請求之法理，自有比較參考之價值。再者，從德國憲法法院裁判之觀點，德國民法第 656 條之法律狀態之變更及合目的性規制，僅係立法者之任務（Aufgabe des Gesetzgebers）。有關對其所為憲法上質疑（Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 656 BGB），認為不構成基本法有關職業自由之干預，例如 1966 年聯邦憲法法院裁判就婚姻媒合（Eheanbahnung；matchmaking）（現稱伴侶媒合；heute：Partnerschaftsanbahnung）分別從基本法保障平等原則（Art. 3 Abs. 1 GG）[9]、婚姻與家庭保護（Schutz von Ehe und Familie ）（Art. 6 Abs. 1 GG）[10]、職業自由（Art. 12 GG）[11]及財產權（Art. 14 Abs. 1 GG）[12]等

---

7 此自然債務或所謂不完全債務用語，有謂源自普通法（aus dem gemeinen Recht），除本號解釋所涉及婚姻居間報酬，尚包括博弈或賭博之債務（Spiel- und Wettschulden）（德國民法各種之債編第 19 節不完全之債務，第 762 條以下）。參照 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1992, §7, 8, S.95. 有稱「不完全債權」者，參照劉春堂，前揭書，頁 253。

8 苟委託人誤信有為此給付義務而為支付，依民法第 180 條第 1 款規定，給付係履行道德上之義務者，不得請求返還。此外，如知其無此義務而仍為支付者，依同條第 3 款之規定，亦不得請求返還。（參照史尚寬，前揭書，頁 451。）

9 該聯邦憲法法院裁判認為，婚姻居間人之職業，不等同於不動產居間仲介（Daß der Beruf eines Ehemäklers nicht der gleiche ist wie etwa der eines Grundstücksmaklers），因此平等原則不要求有償婚姻媒合與其他居間契約相同處理。特別是婚姻居間契約與收養居間契約（Adoptionsvermittlungsvertrag）不相互比較。

10 該聯邦憲法法院裁判認為，基於基本法第 6 條第 1 項就婚姻與家庭之國家保護義務，並未使其衍生營業婚姻居間人對國家債權或擔保財政優惠之請求權。

11 該聯邦憲法法院裁判認為，職業執行自由（Freiheit der Berufsausübung）以法規（Regelung）予以限制，如公共福祉合理考量（vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls）顯示其合目的性（zweckmäßig）（BVerfGE 7, 377 [405]），可認

基本權審查，並不認其侵害憲法保障人民以上基本權。[13]因此，如審查民法第 573 條（德國民法第 656 條參照）之合憲性，前述德國憲法法院之見解，可資參考。

二、系爭跨國婚姻媒合業行為要件及效力之特殊性

從系爭規定一所謂不得要求或期約報酬，較傾向於刑法（例如刑法第 121 條至第 123 條、第 143 條所定「要求、期約或收受賄賂或其他不正利益」）或行政法（例如公務人員行政中立法第 8 條所定「要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助」）構成要件之用語。此所謂要求，解釋上係屬單方之請求。而期約，係有雙方合意約定之情況。反觀民法第 565 條規定，稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。依德國民法債編規定，居間（Maklervertrag[14]；瑞士債務法（Obligationenrecht）第 412 條：Mäklervertrag）係屬契約關係，而非僅屬於單方之要求，即可成立。此可與前述系爭規定一所稱單方要求之報酬或雙方協議之期約報酬，相互比較其差異。因此，系爭規定一之適用範圍，比基於前述民法婚姻居間契約（Ehemaklervertrag）所為之婚姻媒合

為其不侵害基本法保障職業自由。

12 該聯邦憲法法院裁判認為，排除該可訴訟請求之報酬請求權（Der Ausschluß eines klagbaren Vergütungsanspruchs），不違背基本法第 14 條第 1 項規定。該規定僅保護權利主體已經歸屬之法律地位（Rechtspositionen）。依民法第 656 條第 1 項第 1 段規定，就證實訂立婚姻之機會，或婚姻成立之媒合，而為報酬之承諾，不成立債務，亦不生債權。其不違背基本法第 14 條第 1 項規定。

13 參照 Kappus, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 45. EL März 2020-beck-online, Partnervermittlungsvertrag Rn. 6 ff.; BVerfG NJW 1966, 1211 = BVerfGE 20, 31 – Ehemäklerlohn; Mansel, in: Jauerinig, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Kommenatr, 18. Aufl., München: Beck, 2021, §656 Rn.1.

14 德國民法第 656 條相關修正，將該條第 2 項所使用"Mäkler" 用語，以 "Makler" 替代。（In § 656 Absatz 2 wird das Wort "Mäkler" durch das Wort "Makler" ersetzt.）參照 Artikel 1 Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser vom 12.06.2020 BGBl. I S. 1245（https://www.buzer.de/gesetz/13978/a245096.htm）（最後瀏覽日期：2021/02/25）.

（Ehevermittlung）之雙方意思表示，解釋上，前者行政法適用範圍，較為廣泛。換言之，如跨國（境）婚姻媒合業者與接受婚姻媒合之當事人尚未訂立有效成立之婚姻居間契約，僅業者單方提出要求報酬，即足以成立系爭規定一之違反，可能受到行政罰。且所謂「從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬」，從體系解釋，其係屬除公司或商號（例如依公司法設立之公司或依商業登記法登記設立之獨資或合夥等）以外，如有從事跨國（境）婚姻媒合之行為，均屬適用範圍。

至於從法律行為效力而言，除關於涉外案件，適用涉外民事法律適用法第 20 條等有關法律行為發生債之關係（債法契約成立之實質要件及其效力等）時，亦即就其當事人之準據法意思及關係最切之法律、特徵性債務（或稱特徵性履行）[15]等涉外案件之選法問題者[16]外，若單純就系爭規定一而論，其已非是否違背善良風俗之法律行為無效（參照民法第 72 條）問題，但在解釋上，系爭規定一所稱不得要求或期約報酬，是否係屬於法律行為違反法律禁止規定，而無效之問題，亦頗值得探究。因實務上及學理上，有將違反禁止規定之法律行為，因該禁止規定之性質，究係屬於取締規定，抑係效力規定，而異其效力。[17]換言之，如將禁止規定解為係屬取締規定，因無民法第 71

15 學理上，有採特徵性履行（the performance which is characteristic; welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat;）理論，判斷民法有名契約之準據法，例如居間契約，依居間人之住所地法。參照何佳芳，契約客觀準據法：特徵性履行，載於賴淳良主編，吳光平副主編，國際私法裁判選析，臺北市：元照，2018 年 10 月 2 版 1 刷，頁 257-260; Mansel, in: Jauerinig, a.a.O., Vor Art. 1 Rom I, Rn.27f., Art. 4.

16 有關涉外民事法律適用法第 20 條之論述，參照劉鐵錚、陳榮傳，國際私法論，臺北市：三民，2018 年 8 月修訂 6 版 1 刷，頁 311 以下。

17 有關民法第 71 條規定，法院實務上亦採取禁止規定與取締規定之區分。所謂取締規定，雖禁遏當事人為一定行為，但非否認該行為之私法效力者，即屬於「取締規定」。例如最高法院 68 年度台上字第 879 號民事判決：「證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款乃取締規定，非效力規定，無民法第 71 條之適用。證券商違反該項規定而收受存款或辦理放款，僅主管機關得依證券交易法第 66 條為警告，停業或撤銷營業特許之行政處分，及行為人應負同法第 175 條所定刑事責任，非謂其存款或放款行為概為無效。」

條之適用，則不歸諸於無效[18]，仍賦予私法上之效力，以符誠信與公平。[19]

至於在法律適用上，或憲法違憲審查上，應該扣合系爭規定之立法目的，係在於健全跨國（境）婚姻媒合環境，以保障結婚當事人權益、防杜人口販運及避免物化女性、商品化婚姻等，並考量一般風俗民情，對於非屬以上規範目的管制範圍內之行為，尤其是非營業目的

18 例如臺灣臺南地方法院 108 年度訴字第 303 號民事判決，將禁止規定再區分為取締規定及效力規定，前者僅係取締違反之行為，對違反者加以制裁，以禁遏其行為，並不否認其行為之私法上效力。後者不僅取締違反之行為，且否認其私法上之效力。又法律行為違反禁止規定之效果為何，如該法律規定本身未為明文規範時，則須經解釋之途徑，參酌個別規定的文字、體系，尤其法律規範目的等因素認定之。以上實務見解，與最高法院 103 年度台上字第 976 號判決認為證券交易法第 60 條第 1 項第 1 款，以及著作權法第 87 條第 1 項第 7 款、第 93 條第 4 款、第 92 條規定（對於意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作及擅自以公開傳輸方法侵害他人之著作財產行為之處罰），當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予該行為私法上之法律效果，以合理兼顧管制之目的及契約自由之保護。另外有法院判決認為，雇主違反職業安全衛生法第 39 條第 4 項規定，而對工作者為解僱、調職或為直接或間接損害勞工依法令、契約或習慣上所應享有權益之措施，依民法第 71 條規定應為無效。（臺灣高等法院 109 年度勞上字第 41 號民事判決參照） 以上將禁止規定之取締與效力規定之區分，可供比較參考。

19 參照最高法院 103 年度台上字第 976 號民事判決：「查國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第 23 條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第 71 條前段所稱之「禁止規定」者。倘權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。又契約成立後，基於契約之拘束力，除當事人同意或有解除、終止原因外，不容一造任意反悔毀約。」兩造招投標之行為，雖違反都市計畫法第 37 條、第 38 條之規定，惟將上述規定解釋為取締規定，就系爭招投標契約賦予私法上之效力，庶符誠信與公平。乃取締規定，非效力規定，無民法第 71 條之適用。

之一次性或偶而之婚姻媒合行為，將之排除於行政罰處罰範圍之外，如此可避免國家公權力恣意介入所衍生之過苛現象。總之，因本號解釋以寬鬆審查密度，而為合憲性之結論，並未採取合憲性限縮解釋方式，亦未採較嚴格之違憲審查態度，是在系爭規定尚未修法以前，在系爭規定之解釋論上，宜為狹義解釋或目的性限縮解釋，系爭規定之可能文義之適用範圍，適度限縮其處罰對象適用範圍，以期公允。

另從立法論方面而言，系爭規定一之法律用語，與民法第 573 條婚姻居間及居間相關規定，既在文義及規範內容上，尚未盡相同。且系爭規定一、二有其所欲達成之行政管制目的，與前述民法規定之規範意旨，容有差異。惟國際交流異於往昔，相關法律規定就跨國（境）婚姻媒合報酬是否仍採禁絕態度，是否真能有效達成預想之規範目的？有如前述民法第 573 條修正之理由所述，工商業發達，社會道德標準已轉變，且民間專門居間報告結婚機會或介紹婚姻行業所提供之服務，亦受肯定，基於此等理由，因應社會變遷，重新再檢討有關跨國（境）婚姻媒合規範之相關規定之妥當性。

三、跨國婚姻媒合業行為之行政罰定量與過苛問題

再從系爭規定二有關行政罰之法律效果而言，入出國移民法第 76 條第 1 款係針對依公司法設立之公司及依商業登記法成立之獨資或合夥形式之商號，從事跨國（境）婚姻媒合者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。系爭規定二為同條第 2 款規定，就從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。觀察上開二款規定之要件，從事跨國（境）婚姻媒合業者，區分是否以商業目的而從事商業活動，亦即公司或商號均具有商業目的，並通常係繼續性或反覆性從事商業活動之性質（公司法第 1 條第 1 項[20]及商業登記法第

[20] 公司法第 1 條第 1 項規定，本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。

3 條[21]參照），但對於不具繼續性或反覆性之媒合行為或活動，尤其獲取報酬不高或媒合次數甚少者，是否宜一概處以新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，不無商榷之餘地。[22]雖謂其間有 80 萬元處罰之衡量空間，但前述處罰要件，除排除第 1 款規定公司或商號所從事者外，其他所謂從事跨國（境）婚姻媒合者之範圍甚為廣泛，如不予以適度限縮，恐有過苛之疑慮，而與責罰相當原則不符。另雖本號解釋有提及，關於其處罰下限部分言，於個案中仍得依行政罰法第 8 條及第 18 條等規定減輕其行政罰，而得以避免個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形。但如從本號解釋數件原因案件之事實觀之，其從事跨國（境）婚姻媒合者之行為或活動，或僅是一次或報酬微量，即處 20 萬元之罰緩，於實務上，前述處罰規定恐仍難免發生情輕法重之情形。

四、展望---代結語

就跨國（境）婚姻媒合婚姻是否得要求或期約報酬，有其社會變遷及發展等諸因素，而非純藉由法律規範管制或違憲審查，足以解決其問題。換言之，此既涉及社會變遷及社會政策等諸因素，故應從整體社會及立法政策予以考量，特別是對此等問題可能衍生利弊得失，充分予以評估。即就跨國（境）婚姻媒合活動所衍生之平等權、工作權、財產權、契約自由等憲法保障之基本權競合或衝突，予以務實衡量。

尤其是對跨國（境）婚姻媒合之法律關係，因涉及外國人與本國人結婚，其要件及效力之認定，除有賴國際私法（涉外民事法律適用

---

21 商業登記法第 3 條規定，本法所稱商業，指以營利為目的，以獨資或合夥方式經營之事業。

22 例如臺灣臺北地方法院 102 年度簡字第 185 號行政訴訟判決所載之事實為，被告內政部以原告鄭 OO 於民國 100 年 10 月間媒合國人曹 OO 與大陸地區人民趙 OO 結婚，從中賺取媒合報酬新臺幣（下同）2,000 元。經被告認定原告違反入出國及 移民法第 58 條第 2 項「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬」之規定，乃依同法第 76 條第 2 款規定，處原告罰鍰 20 萬元。

法）之適用外，其管制之強度及密度，往往攸關一國之外國人管制政策，有其公共利益之正當目的，且採取行政管制措施亦未違反比例原則或過度禁止等憲法原則之要求時，通常不宜逕認國家公權力之干預（Eingriff）或限制，即構成違憲之結果。

從立法及行政政策而言，就系爭規定之管制措施及法律規範，不容忽視法律生成之社會環境因素，亦即應就其管制之利弊得失進行政策利益衡量。如認為跨國（境）婚姻媒合行業或行為，非全然有造成危害社會道德之疑慮，如隨社會變遷，其帶來之社會正負面功能之彼此間已有消長者，則宜從禁絕跨國（境）婚姻媒合報酬之防堵態度，朝向更開放精神，導正跨國（境）婚姻媒合之良性發展，如此將更可符合憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權與財產權，以及第 22 條契約自由原則之憲法保障人民基本權之意旨及目的（Sinn und Zweck）。

從整體觀察，所謂徒法不足以自行，有關跨國（境）婚姻媒合行業所從事之業務行為或活動，除如何防杜人口販運及避免婚姻媒介商業化等負面因素，其亦有社會正面功能，如何保障結婚當事人權益，而達到肯定該行業所發揮正面功能，甚至達到終極之理想目標，即廢除系爭禁止及處罰規定。因此，本號解釋並未採取合憲性限縮解釋方式，採取系爭規定一、二均屬合憲立場，且未指明系爭禁止及處罰規定可能造成過苛之現象，並呼籲其檢討改進，實有商榷之處。總之，未來在跨國（境）媒合業之立法及行政管制措施上，在短期間內，立法者固未有立即檢討之壓力。惟立法者就跨國（境）婚姻媒合可能之社會影響，仍不容忽視，立法政策上仍應有中長期規劃，並適時適度進行規範效益之評估，不應沿襲舊慣，以禁絕管制之保守心態面對此早已存在且含有婚姻媒合正面功能之社會供需現象。

最後，新興之婚姻媒合形式，隨著網路或數位科技發展，日新月異，有以網路從事伴侶媒合（Online-Partnervermittlungen）之新形式遠距交友或婚姻媒合，此涉及所謂遠距契約（Fernabsatzverträge）[23]。

[23] 參照 Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020-beck-online, §

此外，有關伴侶媒合契約，因本院釋字第 748 號解釋作成後，亦可能涉及民法第 573 條之類推適用[24]。凡此等問題，雖非本號解釋所涉及解釋標的，但宜未雨綢繆，未來立法者面臨增修相關婚姻媒合法律規定時，亦應一併考量，以因應新興媒體及數位科技發展可能衍生婚姻媒合之法律與社會問題。

不同意見書　　黃虹霞大法官　提出

開始寫這份意見書的這個時刻是 110 年 2 月 20 日上午 8 時 30 分，即補班日一早。打開電腦，蠻開心的，因為原被告知網路線更新，沒有預期可以看到新訊息。但是看到第一則訊息時，眼淚噗漱漱流下，人世間怎的還有如此慘事！那是一份來自國際女法官協會會長 2021 年 2 月 19 日的聲明：「公開譴責暴行：阿富汗兩位女性最高法院法官上個月乘坐公務車上班途中被殺害，兇手還未被繩之以法！」所有殺人行為都是不對的！不只是不可以殺女性（性別）、不可以殺最高法院法官（職業、地位）；如果連最高法院法官大白天在阿富汗首都喀布爾街道行駛之公務車上，都被殺害，這還有法治嗎？是什麼樣的社會呢？為生活在當地者不寒而慄。謹此響應國際女法官協會會長的呼籲，譴責暴行！除了更深刻體會生活在台灣的幸福外，也思索能進一步為受害者及活在生存威脅恐懼中者做些什麼呢？

當我在大學及研究所研讀法律時，林紀東教授（大法官）給我們服務行政的觀念；立法委員是民意代表，組成的立法院不為人民要為

656 Rn.23; Maximilian Peters, Der Online-Partnervermittlungsvertag, JuS 2021, 104ff.; Bolko Rachow, Die rechtliche Behandlung von Online-Partnervermittlungen Überlegungen zu einem von der Rechtsordnung missbilligten Geschäftsmodell, MMR 2015, 152ff..

[24] 因德國性伴侶法承認伴侶關係，所以有關伴侶媒介（Partnerschaftsvermittlung），德國最高法院判決（BGH 11.7.1990 BGHZ 112, 122(124ff.)），認其類推適用民法第 656 條婚姻媒介（Ehevermittlung）規定。（參照 Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 2013, §10 Rn.49.）

誰？當翁岳生院長提出「司法為民」時，我是律師，聽到「司法為民」非常有感，心中生起的是「這就對了」！整體而言，政府是為人民而存在！在這個理念下，政府所有部門沒有必要不能干預人民；有干預必要時，要選擇侵害最小的手段！也就是說：用提醒勸說足夠維持秩序的，不必用禁止手段；用禁止手段可以達到管理目的的，不必用處罰手段;用低度處罰手段可以達到目的的,不必用較高度處罰手段(可以用教育的不要體罰、可以用行政罰的不要動用刑罰)。以上其實就是憲法第 23 條比例原則！在比例原則下，代表民意的立法機關，就限制人民基本權言，其立法形成自由應該不可以是大的，亦即應該非常有限；就處人民行政罰、甚至刑罰之立法形成自由，更應該是絕無僅有！[1]本件聲請案涉及對極古老即已有之行為之禁止，甚至對該行為科處相當重之行政罰，[2]本席本於上開理念以為，依比例原則為判斷時，與本件爭議相關之民法、入出國及移民法及人口販運防制相關規定均應併合觀察，不能只就其中部分割裂論述。準此，因為本件最可議之處在於處罰規定部分，而且至少此部分應已逾越必要程度，違反憲法第 23 條比例原則，因此本席對於多數所採寬鬆審查原則及合憲之意見無法贊同，爰提出本不同意見書。除了簡述相關考量及理由外，並將本席所擬之違憲版解釋文及理由書草案其中一則錄於末供參。

一、入出國及移民法第 58 條第 2 項(系爭規定一)規定跨國(境)婚姻媒合不得要求或期約報酬、第 76 條第 2 款（系爭規定二）對違反系爭規定一之行為，科處 20 萬元以上、100 萬元以下罰鍰之立法

1 本院曾有釋字第 554 號解釋，肯定以刑罰處罰通姦罪之立法形成自由，惟該號解釋業經本院釋字第 791 號解釋變更。就行政罰罰鍰金額而言，本院釋字第 641 號、第 761 號及第 786 號解釋，雖肯認罰鍰之範圍為立法形成自由，但亦指出所設定之裁量範圍仍應適當，以避免造成個案處罰過苛，並據此宣告相關規定違憲。

2 此一行為在民法上被肯定為無背於公序良俗及此等服務具必要性，並准予約定報酬合於世界潮流，請參見 88 年民法第 573 條修法立法理由及法務部 95 年 5 月 1 日法律字第 0950700315 號函等。

背景

1、60 年：最高行政法院 60 年判字第 493 號判例認婚姻及職業介紹均非商業性質，經營婚姻及職業介紹者依違反商業登記法規定停止營業及處罰鍰（此判例於 91 年底決議不再援用）。

2、88 年：88 年民法修法前第 573 條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，其約定無效。」88 年修正為：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權。」88 年修法立法理由稱：

> 本條立法原意，係因婚姻居間而約定報酬，有害善良風俗，故不使其有效。惟近代民間已有專門居間報告結婚機會或介紹婚姻而酌收費用之行業，此項服務，亦漸受肯定，為配合實際狀況，爰修正本條為非禁止規定，僅居間人對報酬無請求權。如已為給付，給付人不得請求返還。[3]

即「不再認因婚姻居間而約定報酬有害公序良俗，且肯定現代工商業社會早有之婚姻居間行業暨其服務之必要性」，故仿德國民法第 656 條規定，將原禁止婚姻媒合（居間）約定報酬之規定修正為非禁止規定，得為約定報酬等。

3、91 年：法務部 91 年 12 月 13 日法律字第 0910048362 號函認 88 年民法第 573 條規定修正後，規定無報酬請求權「已可維公益」、「以營利為目的而營婚姻介紹者，與民法規定並無牴觸……自得作為商業經營，而納入商業法令予以管理。」經濟部爰於 92 年准婚姻媒合業為商業登記。

4、94、95 年：內政部入出國移民法修正草案報行政院版第 52 條規定：「（第 1 項）經營婚姻媒合業務者，以公司組織為限，應先向主管機關申請設立許可，並依法辦理公司登記後，再向主管機關領取註冊登記證，始得營業並收取報酬。（第 2 項）財團法人、人民團體或非以營利為目的之個人為婚姻媒合者，不得要求報酬及散布、播送

[3] 立法院公報第 88 卷第 13 期第 385 頁參照。

或刊登婚姻媒合廣告。（第 3 項）婚姻媒合業者為婚姻媒合之廣告，不得違背法令、公序良俗或誇大不實。（第 4 項）本法公布施行前，經公司或商業登記經營婚姻媒合業務者，應於本法修正公布施行翌日起六個月內，依本法規定重新申請設立許可，未依規定重新申請設立許可者，由主管機關通知經濟部廢止其公司或商業登記或部分登記事項。（第 5 項）婚姻媒合業申請設立許可之程序、應備文件、撤銷、廢止許可、註冊登記證之核發、註銷、繳回、經營管理、廣告及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」[4]

行政院婦權會決議：

> 有關婚姻媒合業乙節，婚姻媒合本係美事一樁，不應成為一種行業。考量社會情狀如此，政府公權力運作應導引並維護社會之公平正義，為遏止現行婚姻媒合業者物化及商品化女性之惡劣行徑與弊端：（一）對已登記設立之業者加強管理，並請經濟部邀集相關單位及地方政府就非法未登記設立業者及違規婚姻媒合廣告嚴加取締並改善。（二）另考量現行婚姻媒合之雙方當事人一為外籍弱勢、一為社經地位弱勢，為避免利益集團不法介入與操縱，請內政部及法務部針對婚姻媒合所衍生之不當獲利、詐欺、人口販運等違法事項嚴加查辦。（三）至於有關法務部 91 年 12 月 13 日法律字第 0910048362 號函釋內容及相關法律之修正等部份，請法務部及內政部一併考量研議。

法務部 95 年 5 月 1 日法律字第 0950700315 號函認：「婚姻媒合行為，

---

[4] 此條於行政院 94 年 6 月 20 日審查時遭刪除，其理由為不合體例、並有關婚姻媒合業之管理及法制化，請內政部依行政院「研商防杜假婚姻仲介行人口販賣」會議決議研處；而行政院 94 年 6 年 21 日研商「防杜假婚姻仲介行人口販賣」會議決議結論為：一、請內政部近期內儘速研議制定專法之可行性，以落實婚姻媒合業之管理。二、內政部研擬法案時，宜規劃政策引導作用，避免婚姻媒合業將婦女商品化，並通盤研議整體配套設計，以期完備可行。

並不違背公序良俗」、「婚姻媒合約定報酬，應符世界潮流，民法第573條無修正必要；參酌外國立法例，除德國外，包括日本、韓國及義大利等」、「本部91年12月13日函並無違法不當」、「修正或變更本部91年12月13日函無法有效解決現行因婚姻媒合業所生將女性商品化或侵犯人性尊嚴之弊端」、「建請訂定專法以有效管理婚姻媒合業：比如修正入出國及移民法」。行政院95年9月12日研商「落實院長指示：婚姻媒合業不應成為一種行業相關事宜會議」決議稱：「院長裁示：婚姻媒合本係美事一樁，不應成為一種行業，未來婚姻媒合朝非營利性質規劃，請經濟部廢止婚姻媒合業之營業項目代碼」。

5、95、96年修正系爭規定一及二：立法委員徐中雄、高金素梅、蔡英文、蕭美琴等提案：「禁止婚姻媒合作為營業項目並任何形式廣告」、立法委員提案並協商條文第58條規定：「（第1項）跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。（第2項）跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。（第3項）任何人不得於廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或以其他使公眾得知之方法，散布、播送或刊登跨國（境）婚姻媒合廣告。」第59條規定：「（第1項）財團法人及非以營利為目的之社團法人從事跨國（境）婚姻媒合者，應經入出國及移民署許可，並定期陳報媒合業務狀況。（第2項）前項法人應保存媒合業務資料5年，對於入出國及移民署之檢查，不得規避、妨礙或拒絕。（第3項）第1項許可之申請要件、程序、審核期限、撤銷與廢止許可、業務檢查、督導管理及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」第76條規定：「有下列情形之一者，處新臺幣20萬元以上100萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：一、公司或商號從事跨國（境）婚姻媒合。二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」第78條規定：「有下列情形之一者，處新臺幣10萬元以上50萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：一、違反第58條第3項規定，委託、受託或自行散布、播送或刊登跨國（境）婚姻媒合廣告。二、違反第59條第1項規定，未經許可或許可經撤銷、廢止而從事跨國（境）

婚姻媒合。」

二、107 年制定公布之財團法人法准許財團法人經營業務、投資及董監事有給等

依入出國及移民法第 59 條第 1 項規定，財團法人及非營利社團法人得從事跨國（境）婚姻媒合，而且依同條第 3 項訂定之財團法人及非營利社團法人從事跨國境婚姻媒合許可及管理辦法第 4 條及第 17 條規定，應訂定書面契約，並載明收費項目，暨未載明之費用無請求權等。雖然依其第 3 條第 2 款規定似也有間接不許要求或期約報酬之意，但與得收取費用之規定相互牴觸。因為財團法人及非營利社團法人可以經營婚姻媒合業務並約定、收取費用，所約定、收取之費用非報酬性質而何？

三、婚姻媒合能否為一種商業，為商業登記或係立法裁量範圍，但其中僅跨國（境）部分屬入出國及移民法第 58 條第 1 項規定禁止範圍；婚姻媒合廣告准否亦或可認屬立法裁量範圍，但其中亦僅跨國（境）部分屬同條第 3 項禁止範圍。此均涉及職業自由、言論自由甚至與內國婚姻媒合之平等權等問題，惟均不在本件應審酌範圍。然此二者才是商品化女性及物化女性之關鍵（上述立法委員提案、行政院婦權會意見參照）。

四、至於系爭規定一並非商品化女性或物化女性關鍵，無系爭規定一，依入出國及移民法第 58 條第 1 及 3 項暨相應之第 76 條第 1 款及第 78 條第 1 款罰鍰規定，已可達「禁止婚姻媒合作為營業項目及任何形式廣告」，以維護女性人格尊嚴目的。宣告系爭規定二違憲，也才不致過度妨礙成就婚姻，而能真正落實協助弱勢需婚男女建立家庭之目的（上述行政院婦權會意見參照）。至於人口販運防止部分，係另一問題（上述行政院 94 年 6 月 20 日及 94 年 6 月 21 日會議結論參照），且此一事項已有人口販運防制條例可資完整規範。

五、多數意見認跨國（境）婚姻媒合要求或期約報酬者即係從事營利目的之行為，忽略其本質之公益性，本席深不以為然；多數意見

關於平等權之論述部分，更避談入出國及移民法第 59 條規定，也忽略同法第 55 條由公司組織經營移民業務之規定，只從分類一項著眼，未就本件最關鍵之處罰有無為任何如何合於平等權之說明，亦難贊同。此外，多數意見認涉及工作權部分，竟採寬鬆標準審查，更感唐突。因為憲法第 15 條保障工作權，係在保障有從事工作以營生，因此，工作權本質上係與工作報酬之獲得，有不可分割之關係，禁止要求或期約報酬，即係禁止工作，不是限制工作權而已，是工作資格之禁絕，怎得以寬鬆標準審查？

六、綜上，本席認為婚姻媒合確實是美事一樁，跨國（境）婚姻媒合管道之禁止與一方為外籍弱勢、另一方為社經地位弱勢之婚姻雙方當事人尤其相關。[5]且早在有現代法律之前，即已有婚姻媒合行為甚至婚姻媒合行業，另媒人跑腿撮合需工需費，致贈媒人禮不但是慣習，更是禮數，沒有系爭規定一即回歸民法第 573 條規定，誠如前述法務部意見，已足維護公益，怎可就屬婚姻媒合性質，即民法認係合於公序良俗並符合世界潮流之期約（約定）婚姻媒合報酬行為，科以重罰？以庶民觀點，合理嗎？本席以為顯不合理！法律說簡單很簡單，就是合理而已！庶民不懂憲法比例原則怎麼操作，但是不合理的法律規定，如經由大法官所謂憲法比例原則的操作，竟然會是合憲的，那不是應該反思操作有沒有問題嗎？又想到已提過的金剛經句及季伯倫的名言，執著理論學說，會掩蓋致看不見真理，真理果然不易現！只有繼續努力！

七、本席所擬違憲版解釋文及理由書草案如下

解釋文草案

入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」第 76 條第 2 款規定：「有下列情形之一者，處新

5 系爭規定一及二，在現行法下，適用於偶一為婚姻媒合行為之個人，此等個人常係上開有跨國（境）婚姻媒合需求之弱勢者之親友。因此，系爭規定所阻斷的是弱勢者的婚姻。

臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」其中第 76 條第 2 款對從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬之行為科處罰鍰規定部分，係對受憲法保障之契約自由及財產權之限制，其限制不符比例原則，牴觸憲法第 15 條、第 22 條及第 23 條規定，應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書草案

（原因案件事實略）

契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，為憲法第 15 條財產權及第 22 條所保障之權利，使契約當事人得自由決定其締約方式、內容及對象，以確保與他人交易之自由（本院釋字第 576 號、第 580 號及第 716 號解釋參照）。婚姻媒合屬契約之一種，除受上述憲法一般契約自由之保障外，另涉及婚姻締結機會之創造，對受媒介方當事人之婚姻選擇自由，亦屬相關，從而亦涉及與人格健全發展與人性尊嚴維護有關，受憲法第 22 條保障之婚姻自由重要基本權（本院釋字第 748 號解釋參照）。另國家對人民違反行政法上義務之行為處以罰鍰，涉及對人民財產權之限制。國家對上述人民自由權利之限制，均應符合憲法第 23 條比例原則，迭經本院解釋在案。

又關於科處罰鍰之規定部分，必須係針對特別應予非難之違反行政法上義務行為始得為之；而且其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，並應根據違反義務情節之輕重程度為之，使責罰相當暨避免過苛（本院釋字第 716 號解釋參照），否則即應認為係對人民受憲法第 15 條所保障之財產權之限制，且其限制不符妥當性而與憲法第 23 條之比例原則不符（本院釋字第 641 號、第 716 號及第 786 號解釋參照）。

系爭規定一明定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」系爭規定二明定：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合

而要求或期約報酬。」系爭規定一並未禁止跨國（境）婚姻媒合行為，但禁止媒合跨國（境）婚姻者要求或期約報酬，就跨國（境）婚姻媒合之雙方當事人（即婚姻媒合者與受媒合者）而言，均屬對其與他人交易內容即受憲法第 15 條財產權及第 22 條所保障之一般契約自由之限制，甚至已涉及受憲法第 22 條保障之婚姻自由；系爭規定二對違反系爭規定一之跨國（境）婚姻媒合者處以罰鍰，則屬對憲法第 15 條所保障之人民財產權之限制。

婚姻媒合係極古老之行業，詩經豳風伐柯云：「取妻如何？匪媒不得。」孟子滕文公云：「父母之命，媒妁之言。」唐律疏議云：「為婚之法必有行媒」；且經查於中華民國 18 年民法（第 573 條）立法之前，查無禁止媒人即婚姻媒合者收取禮謝金之律令規定，且民間久有致媒人禮謝金之慣習，未如是之為者每遭不懂禮數之譏。延至今日，婚姻媒合者仍扮演婚姻雙方當事人間之介紹人、聯絡人、協調人，甚至是婚禮儀式指導者之角色；且不論 18 年民法第 573 條立法禁止婚姻居間（媒合）報酬或 88 年民法規定修正改為非不得約定，近 90 年來民間致媒人禮謝金之慣習從未改變。又婚姻媒合者之橋樑角色必然伴隨必要人力、物力費用之產生；此等費用扣除代付實支金額後之餘額即為通常法律意義之報酬，以國際潮流及目前之工商社會，在使用者付費之原則下，為收取之約定應尚非背理違俗（立法院公報第 88 卷第 13 期第 385 頁參照）。從而如經立法權之作用，不但責令婚姻媒合服務必須為無償，並以此為據，進一步對要求或期約報酬者處以罰鍰，所為應與事理及現實有顯然嚴重背離之處，即系爭規定二非顯無背離事理及現實之事實，合先敘明。

查民法係私法行為之基本法規範。婚姻媒合行為包括內國及跨國（境）婚姻媒合行為，均屬民法債編有名契約中之居間契約類型之一，而民法第 573 條於 88 年修正時，已仿德國立法例及國際潮流，將原禁止婚姻媒合（居間）約定報酬之規定修正為得為約定暨報酬已給付者不得請求返還，立法者於民法修正當時自已就婚姻媒合契約准

予約定報酬是否符合公益乙節為適當考量，並認為未違背公序良俗，合於公益（立法院公報第 88 卷第 13 期第 385 頁參照），則嗣後以屬行政法之系爭規定一另為異於民法新規定之處理，即就跨國（境）婚姻媒合部分，於行政法另為不得要求或期約報酬之規定，系爭規定一自應特具重要公益；尤其系爭規定二進而就違反系爭規定一之行為為應科處罰鍰之規定，系爭規定一之行為更須係「特別應予非難之違反行政法上義務行為」，始足當之。苟系爭規定一不特具重要公益，或違反系爭規定一之行為非特別應予非難者，則系爭規定二即難謂合於憲法第 23 條比例原則。

次查依入出國及移民法第 59 條，及該條第 3 項規定授權訂定之「財團法人及非營利社團法人從事跨國境婚姻媒合許可及管理辦法」第 17 條規定，財團法人及非營利社團法人應與受媒合當事人簽訂書面契約，明定收費項目、金額及違約之損害賠償等，甚至規定就已載明之費用有請求權等。即准許就跨國（境）婚姻媒合行為要求或期約報酬。是對照觀之，就跨國（境）婚姻媒合行為之行政法規範言，否准要求或期約報酬乙節，顯然應未特具重要公益，而且違反行為尚非屬特別應予非難者，已至為昭然。

再查系爭二規定連同入出國及移民法第 58 條第 1 項（禁止商業登記）、第 3 項（禁止廣告）及第 59 條併第 76 條、第 78 條等規定均係立法委員之提案，依 94 年起至 96 年當時之立法資料（立法院公報第 94 卷第 20 期第 3402 號 1 冊、第 70 期第 3452 號、第 95 卷第 4 期第 3465 號 1 冊及第 96 卷第 83 期第 3006 號 1 冊參照），此等規定之立法目的係出於認婚姻媒合應為公益、非商業行為、避免物化女性暨為防杜人口買賣等。惟該等立法目的主要係針對入出國移民法第 58 條第 1 項所欲禁止之商業登記及第 3 項所欲禁止之廣告行為（上開立法資料參照），該等規定不在本件解釋範圍。又就系爭規定一言，公益不等同於免費，有償（要求或期約報酬）也不等同於商業行為，此由如醫病關係、律師與當事人間關係、學校與學生間關係均為具公益

性質、非屬商業行為但俱為有償，即可證之。

另對憲法所保障之基本人權之限制，除應符合具重大公益目的性外，並其手段與目的間需具合理關聯性及手段須為必要，即應受憲法比例原則之審查（本院釋字第 602 號、第 675 號及第 716 號解釋參照）。民法第 573 條規定，婚姻媒合者就約定之報酬無請求權，應已足保護受媒合者；而且婚姻媒合者若以媒合成功為條件要求或期約合理報酬，其所成就者為婚姻，並非人口販運；且許其要求或期約之報酬，僅係就其所提供婚姻媒合服務之正常合理對價，並非如販運人口之不法暴利。即婚姻媒合行為與人口販運行為本質不同，許婚姻媒合者要求或期約報酬不等同於許販運人口及給予不法暴利。從而是否許婚姻媒合者要求或期約報酬與人口販運行為之禁止間，尚難認具合理必要關聯。立法者自不應因噎廢食，不可將婚姻媒合服務之正常合理報酬類比推論為如人口販運之不法暴利，並予全面禁絕婚姻媒合報酬。尤其合法婚姻媒合與不法人口販運間非無明顯區隔，因為合理服務對價與不法暴利迥然有別、婚姻真假媒合契約雙方及被媒合之雙方當事者均心知肚明。即如係為人口販運目的而假以婚姻媒合之名者，該行為本非系爭規定所稱婚姻媒合行為，應依人口販運防制相關規定處理。另立法者除不應將上述（婚姻媒合合法行為與人口販運不法行為）二不同行為混淆管理外，若圖以區區婚姻媒合正常合理對價之禁絕暨科處罰鍰手段，冀達管理禁絕人口販運行為之目的，亦難認係有效適當。此外，主管機關就假結婚之人口販運行為已另設有含嚴格查察及刑事訴追在內之更有效防杜機制（人口販運防制法及其施行細則等規定參照），是以系爭二規定為手段與人口販運行為防杜之目的達成間自更欠缺必要關聯，其手段亦非合理適當。

此外，關於物化女性禁止之立法目的部分，尤係針對原准商業登記及婚姻仲介廣告部分，此部分核屬入出國及移民法第 58 條第 1 項及第 3 項範疇，並已就其違反行為另設處罰規定（同法第 76 條第 1 款及第 78 條第 1 款規定參照），亦與系爭二規定無涉。

綜上，系爭規定二係對人民受憲法保障之與婚姻相關之契約自由及財產權之限制，其限制不符比例原則，牴觸憲法第 15 條、第 22 條及第 23 條規定。

如上所述，婚姻媒合要求或期約報酬尚非特別應予非難之行為，系爭規定二處要求或期約報酬之跨國（境）婚姻媒合者 20 萬元以上、100 萬元以下罰鍰，系爭規定二固已予裁罰者得視違規情節輕重之裁量空間，但其裁罰下限金額為 20 萬元，而經查一般婚姻媒合者（含跨國（境）之婚姻媒合者）之平均實得金錢報酬極有限，主管機關依系爭規定二及行政罰法第 8 條及第 18 條規定核減後，所為平均裁罰金額仍超過實得報酬之 5 倍（內政部 105 年 10 月 12 日台內移字第 1050963781 號復本院函參照）。以本件四個案之原因事實每件亦均因系爭規定二之罰鍰下限金額為 20 萬元，故各被處以 5 倍以上甚或超過 10 倍於其報酬之罰鍰（依釋憲聲請書之記載：臺灣臺北地方法院 102 年度簡字第 173 號案原告夫妻各得報酬 18000 元，各被處罰鍰 20 萬元，罰鍰為報酬之 10 餘倍；102 年度簡字第 178 號案原告得報酬 36000 元，被處罰鍰 20 萬元，罰鍰為報酬之 5 倍多；103 年度簡字第 276 號案得報酬 2000 元，被處罰鍰 7 萬元，罰鍰為報酬之 35 倍），此種情形，除被指違規人民難以甘服之舉為非不合理外，承辦法官本司法為民之心難以認同裁罰之妥當性，並進而為本件聲請，其所示之悲憫之情亦易理解。系爭規定二之處罰就個案確屬顯然過苛，故亦不具妥當性。是系爭規定二之處罰已逾越必要之程度，自亦不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨亦有違背。

綜上，系爭規定二係對受憲法保障之契約自由及財產權之限制，其限制不符比例原則，牴觸憲法第 15 條、第 22 條及第 23 條規定，應自本解釋公布之日起失其效力。

不同意見書　　黃瑞明大法官　提出

本號解釋聲請人為臺北地方法院行政訴訟庭之法官，就其所審理4件因媒合跨國（境）婚姻而被處罰鍰之案件，認為入出國及移民法對跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬者，處以新台幣20萬元以上100萬元以下罰鍰之規定，涉違憲而聲請釋憲。本號解釋認其與憲法保障人民工作權、契約自由、平等權以及財產權之意旨尚無違背。本席認為跨國（境）婚姻曾產生人口販運等許多侵害人權之問題，有妥善管制之必要。然而跨國（境）婚姻也解決了一部分在國內無法找到適合配偶者之婚姻問題，而得以建立家庭，並非完全負面。就跨國（境）婚姻媒介如何最佳管制，必須從社會學、經濟學等各層面探究，基本上屬立法政策之範疇，然而本席認為就目前處罰跨國（境）婚姻媒合之規定，至少有如下之違憲疑義，爰提出不同意見如下：

一、系爭規定就個人基於私人關係偶然所為之婚姻媒合，未設免罰之除外規定，於個案可能過苛而違反比例原則

入出國及移民法第58條第2項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」（系爭規定一），同法第76條第2款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣20萬元以上100萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」（系爭規定二），此二規定嚴格管制跨國（境）婚姻媒合之立法目的在於防制婚姻商品化、物化女性、人口販運及婚姻移民汙名化等，其規範之對象應是以跨國（境）婚姻媒合為常業並要求或期約報酬者。至於個人基於私人關係，偶然所為之婚姻媒合行為，有助於世間男女以「個人化」之媒合方式找到另一半，應為美事，且不存在上開立法所顧慮之事由。系爭規定一、二就跨國婚姻媒合要求或期約報酬者不分情節、事由，一律處以新台幣20萬元以上100萬元以下之罰鍰，主管機關亦認個案有過苛之情形，因此由內政部跨國（境）婚姻媒合

管理審查小組委員會議討論通過 8 種情形作為減輕罰鍰之參考[1]，得依行政罰法第 8 條及第 18 條之規定於不低於法定罰鍰最低額之 3 分之 1 之範圍內處罰鍰。此 8 種情形為 1、因不諳法令，初次違反者。2、非以從事跨國（境）婚姻媒合為常業。3、媒合所得與應裁罰金額相較，不符比例原則。4、媒合報酬未實質拿到。5、教育程度，如中學以下。6、經濟狀況，如現為中低收入戶或低收入戶並檢附相關證明文件者、無工作等。7、身心狀況，如現罹患重症領有重大傷病卡，或領有身心障礙手冊或證明（重度以上）者。8、年齡逾 65 歲以上者。實務上如有符合上列參考情形者得於不低於法定罰鍰最低額之 3 分之 1 之範圍內減輕裁罰，一般改為裁罰 7 萬元。本席認為如有同時符合上述第 1、2、3 種情形者，即初次違反、非以從事跨國（境）婚姻媒合為常業，且約定媒合報酬與裁罰金額相較，不符比例原則時，實無處罰之必要。此種情形下之媒合行為，縱然要求或期約報酬，並未脫人情之常，不違公序良俗，令其依民法第 573 條之規定，就報酬無請求權即可，而無須加以處罰。至於對於要求或期約報酬之個人媒合行為不加以處罰，是否有導致人際關係商業化或化整為零而迴避管制之疑慮，本席認為媒合行為是否有導致商業化之疑慮，主要應視其是否經常、多次從事該行為，若依其私人關係而僅有一次或偶而為之之媒合，實不應視為商業行為而加以處罰，若僅為預防商業化或防制迴避管制而對所有要求或期約報酬之媒合行為一律加以處罰，即屬有罪推定而過度處罰。且依內政部之統計，跨國婚姻媒合而要求或期約報酬之平均金額為 3.27 萬元[2]，相較於媒合人所受之最低額處罰仍屬嚴苛。本件釋憲聲請案聲請法官所停止審理之案件中，似有同時符合前述 1、2、3 之情形者，例如受處分人鄭姓女子知其同事想結婚，乃引介與其好友大陸女子相識，二人交往後結婚，鄭女期約媒合報酬 2000

1 「103 年 4 月 30 日內政部跨國（境）婚姻媒合管理審查小組第 40 次委員會議討論通過違法跨國（境）婚姻媒合依行政罰法第 8 條後段及第 18 條第 1 項得減輕裁罰參考情形」參照。

2 內政部 105 年 10 月 12 日台內移字第 1050963781 號復本院函一（二）參照。

元，而受處罰，主管機關依行政罰法第 8 條及第 18 條之規定酌減後裁處 7 萬元罰鍰，承審法官就此裁定停止訴訟而聲請釋憲，顯係認為依個案情形裁罰 7 萬元仍為過苛而輕重失衡。本席亦認為該案之事實如同時符合上述內政部所定 8 種減輕裁罰參考情形之 1、2、3 項，實無處罰之必要，故有必要修改系爭規定，就個人基於私人關係偶然所為之婚姻媒合，於一定條件下設免罰之除外規定，且讓法官對個案是否涉及營利性有較大之裁量權，俾免過苛而殃及無辜。

二、系爭規定就媒合臺灣人民與大陸、港、澳地區人民間之婚姻以及臺灣人民與外國人間之婚姻，未依其本質之差異，分別訂定管制內容，違反平等原則

系爭規定一、二嚴格管制跨國（境）婚姻媒合之理由包括異國婚姻媒合，因雙方當事人語言、文化等差異性更大，且涉及移民事宜，如允許基於營利目的之異國婚姻媒合行為，將更容易發生勉強撮合或矇騙雙方、受媒合人遭不當仲介業者欺騙、亂收取費用而投訴無門之情形，衍生社會問題[3]，就跨國婚姻雙方當事人間具有語言、文化之差異且有經濟上強、弱勢之差距，弱勢一方可能成為受欺凌之對象，確為管制跨國(境)婚姻媒合時應予正視之一環。按男女間言語不通，是跨國（境）婚姻媒合得以「營利」之本質[4]。然而，如此之現象，就臺灣人民與大陸及港、澳地區（以下簡稱大陸地區）人民以及臺灣人民與其他外國（主要為東南亞國家）人民間之婚姻，存有本質之不同。大陸地區與臺灣之間雖有政治隔閡，但是人民語言文化相通，生活習慣差距不遠，人民通婚對雙方當事人之衝擊及負擔，實和臺灣人民與語言不通之外國人間之婚姻有本質上之不同。況大陸地區人民與臺灣人民因家庭關係、工作因素交往密切，具有親友網絡者介紹婚姻

[3] 內政部 104 年 4 月 20 日台內移字第 1040023250 號復本院函附件一（一）參照。

[4] 婚嫁雙方語言不通，是仲介得以「營利」之本質，使營利機制可以持續下去，參王宏仁、張書銘，商品化的台越跨國婚姻市場，收於台灣社會學第 6 期，頁 201，2003 年 12 月。

機會亦屬自然。然而入出國及移民法第 3 條第 13 款就跨國（境）婚姻媒合之定義包括大陸地區人民與臺灣人民結婚之媒合以及臺灣人民與外國人結婚之媒合，均依相同標準管制，以致大陸地區人民與臺灣親友間介紹婚姻機會，而要求或期約報酬者，均依系爭規定一、二受處罰。本件聲請釋憲之法官停止審判而聲請釋憲者共 4 個案件，全部均為媒合兩岸間婚姻而受處罰者。另依內政部之統計，因媒介大陸地區人民與臺灣人民結婚而受處罰者占絕對多數[5]，其中之原因應該是大陸地區與臺灣人民間有較多之親友關係從而有較多媒介婚姻致受處罰之情形。本席認為入出國及移民法第 3 條第 13 款就跨國（境）婚姻媒合之定義，以及系爭規定一、二，忽略了臺灣人民與外國人結婚、及與大陸地區人民間結婚，二者事物本質有所不同，系爭規定應給予區別對待卻未給予相應之差別規定，造成「不等者等之」而有違反平等之嫌。臺灣與大陸地區人民間婚姻之媒介，和臺灣人民與外國人婚姻之媒介，因為語言、文化背景之差異程度顯然不同，婚姻媒合態樣亦有所差異，可能產生之弊端有別，故有必要分別依各該媒合態樣訂定不同之管制內容，且加強輔導措施[6]，而非一律依相同標準處罰，俾符合平等原則。

不同意見書　　詹森林大法官　提出

本解釋宣告：

1. 入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」（下稱系爭規定一）與憲法第 15 條保障人民工作權、第 22 條契約自由及第 7 條平等權之意旨尚

5　依內政部所作之統計，98 年至 103 年間因違反入出國及移民法第 58 條第 2 項而受裁處者，總共 186 件，其中大陸地區人民之婚姻就占了 148 件，比例為 79.5%（內政部 104 年 4 月 20 日台內移字第 1040023250 號函附件 5 參照）。

6　釋憲聲請書指出「容有跳脫營利與否的單向管理思維，訂定合理的利潤範疇，積極正面地管理，始能改善弊端，有效促進新移民女性之福祉」可供參考，見 103 年 6 月 12 日釋憲聲請書頁 20。

無違背。

2. 入出國及移民法第 76 條第 2 款規定：「有下列情形之一者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰：……二、從事跨國（境）婚姻媒合而要求或期約報酬。」（下稱系爭規定二）與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背。

本席不能同意前開結論，並認其中關於工作權部分之論理，尤有商榷餘地，爰提出本意見書。

壹、多數意見認系爭規定一不違反工作權之論理

本號解釋認系爭規定一尚無違背憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，其理由要旨略為：

1. 立法者制定系爭規定一之目的，係為健全跨國（境）婚姻媒合環境，以保障結婚當事人權益、防杜人口販運及避免物化女性、商品化婚姻等。是該規定自係為追求正當之公益，目的洵屬合憲。（解釋理由書第 5 段參照）。
2. 系爭規定一並未全面禁止跨國（境）婚姻媒合之工作或業務行為，亦未以此限制從事媒合工作或業務者之資格條件，不涉及職業選擇自由之限制，且仍容許非營利法人從事不具商業目的之跨國（境）婚姻媒合。該規定並未禁止受媒合者於媒合成功後主動致贈金錢或財產上利益給媒合者。是系爭規定一禁止跨國（境）婚姻媒合要求或期約報酬，僅係對於從事跨國（境）婚姻媒合者**職業執行內容之限制**。（解釋理由書第 6 段前段參照）。
3. 前述限制，不僅有助於跨國（境）婚姻媒合之去商業化，從而健全跨國（境）婚姻媒合環境，亦可減少假婚姻媒合而行人口販運之不法情事，及避免物化女性、商品化婚姻等流弊。故系爭規定一所採之限制手段，與其目的之達成間有**合理關聯**（解釋理由書第 6 段後段參照）。

簡言之，多數意見認系爭規定一並未全面禁止跨國（境）婚姻媒合之工作或業務行為，亦未限制從事該工作或業務者之資格條件；其所限制者，僅為禁止跨國（境）婚姻媒合業者要求或期約報酬，乃對職業執行自由之限制，故僅予低度審查，並因此認該規定尚無違背憲法保障工作權之意旨。

貳、本席意見

一、憲法工作權之保障內涵

憲法第 15 條所保障之工作權，從「自由權」之觀點出發，係指基本權主體「以生活創造或維持之意思，在一定期間內，反覆從事之作為」[1]；其保障範圍包含「人民得依其工作能力自由的選擇工作，並獲得合理的報酬」[2]。換言之，工作係「為維持生活所從事的一種持續性的經濟活動」[3]。據此，憲法第 15 條工作權所保障之核心內涵，乃為維持生活而反覆從事，並藉以獲得合理報酬之行為。

從而，法規範若限制人民就為維持生活而反覆從事之行為獲得合理報酬，即為牴觸工作權保障之意旨；應視該規定之限制程度，採取寬嚴不同之審查標準，如所限制者越接近工作權保障之核心，則自應越為嚴格之審查。

二、審查入出國及移民法對跨國（境）婚姻媒合者工作權之限制規定時，不應割裂觀察

本號解釋尤有可議者，乃多數意見將系爭規定一，脫離裁處規定（即系爭規定二）暨入出國及移民法整體體系，予以割裂觀察，並對系爭規定一及二均採低度審查標準，致認為該二規定皆屬合憲。

按入出國及移民法對跨國（境）婚姻媒合者工作權所設之限制，除系爭規定一、二外，尚有第 58 條第 1 項：「跨國（境）婚姻媒合不得為營業項目。」、第 59 條第 1 項：「**財團法人及非以營利為目的之**

---

1 李惠宗，憲法要義，2019 年 9 月 8 版，邊碼 1401；許育典，憲法，2018 年 2 月 8 版，第 302 頁。

2 吳庚／陳淳文，憲法理論與政府體制，2019 年 9 月增訂 6 版，第 298 頁。

3 吳信華，憲法釋論，2018 年 9 月修訂 2 版，邊碼 740。

社團法人從事跨國（境）婚姻媒合者，應經入出國及移民署**許可**，並定期陳報媒合業務狀況。」、及第 78 條第 2 款：「違反第 59 條第 1 項規定，未經許可或許可經撤銷、廢止而從事跨國（境）婚姻媒合者，處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰」，與第 76 條第 1 款：「**公司或商號從事跨國（境）婚姻媒合者，處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰**。」。

綜觀上開入出國及移民法之規範模式，明顯可見，該法不僅禁止公司、商號及個人[4]以跨國（境）婚姻媒合為營業項目或工作內容，並限制欲以此為業者，必須同時符合下列 3 項要求，亦即：

（1）具備財團法人或非營利為目的之社團法人資格

（2）經入出國及移民署許可

（3）不得要求或期約報酬。

上述（1）之資格限制，實已涉及對人民選擇職業自由之主觀條件限制。(2）之應經許可要件，更屬涉及職業選擇自由之客觀條件限制。(3）之限制，因其完全禁止從事跨國（境）婚姻媒合業者藉由其業務獲得報酬以維持生活，毋寧更掏空憲法保障工作權中「賴以為生」之本質，而觸及工作權保障之核心。

三、整體觀察下，系爭規定一及二嚴重侵害職業自由，已逾越比例原則，違反憲法第 15 條保障工作權之意旨

據上所述，綜觀入出國及移民法第 58 條、第 59 條第 1 項、第 76 條第 1 款及第 78 條第 2 款規定，該法對人民選擇從事跨國（境）婚姻媒合之職業自由，不僅設有主觀條件及客觀條件之限制；對縱使

[4] 參見臺灣高等法院 103 年度上字第 958 號民事判決。本判決認定之事實為：上訴人係獨資商號（金有緣婚姻企業社）之負責人，該企業社就跨國婚姻媒合業務刊登廣告，並於 98 年 8 月間媒合被上訴人與訴外人即某越南籍人士結婚，賺取報酬，經內政部認定上訴人違反入出國及移民法第 58 條第 1 項、第 2 項、第 3 項規定，分別依據同法第 76 條第 1 款、第 2 款及第 78 條第 1 款規定，處上訴人罰鍰各 20 萬元、20 萬元、10 萬元（見該判決之事實及理由四（三））。

符合主觀條件及客觀條件者，更禁止其要求或期約報酬。前揭規定，個別而言，對人民職業自由之限制非輕，已非如多數意見所認，得僅予低度審查，遑論該三項限制疊加後，更屬嚴重侵害人民之職業自由，自應採嚴格審查標準。

跨國（境）婚姻之媒合，固可能有假媒合婚姻之名，而行人口販運之實情事，及商品化婚姻之流弊。是立法者基於預防上開情事，及健全跨國（境）婚姻媒合環境，自可採取相應之管制手段。惟該手段對於人民從事工作權之限制，仍不得過當，如其限制已逾越執行職業自由之程度，則當然須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公益，且屬必要時，方得為適當之限制，始與憲法第 23 條比例原則無違（釋字第 584 號解釋參照）。

然而，如上所述，立法者對於從事跨國（境）婚姻媒合者，不僅祭出主觀條件及客觀條件兩者並濟之限制手段，更以「不得為營業項目」、「不得要求或期約報酬」之方式，限制人民僅得「不求回報」、「為公益」、「做功德」地從事該行業。故單就系爭規定一而言，因其已觸及工作權核心之限制，幾近扼殺此行業存在，已難謂符合比例原則之要求，如再觀察入出國及移民法以疊加之模式，對跨國（境）婚姻媒合業者工作權之多重限制，未斟酌得否採取侵害較小之手段，無異全面禁止跨國（境）婚姻媒合工作，更屬逾越比例原則。

多數意見忽視系爭規定一本身之限制即已非輕，又割裂觀察入出國及移民法以疊加模式之多重限制手段，而就系爭規定一及二，均採寬鬆審查，並獲致合憲之結論。本席實難贊同。

參、結論：我為人人，但人人不為我？

立法者在制定新法規時，經常被詬病者，係多以「防弊」為宗旨，而無心於「興利」。

跨國（境）婚姻媒合，固難免有多數意見所在意之可能弊端，但不容否認，亦存在為我國特定族群（從實務觀察，絕大多數為特定社經地位之我國男性同胞）尋覓合適之中國或其他外籍配偶，以完成婚

姻大事之重要公益。因此，立法上，對於從事跨國（境）婚姻媒合者，不應預存異樣眼光，遂僅本於預防弊害，一概禁止該行業要求或期約報酬，並對違反者科以行政罰。否則，豈不等同強求從事跨國（境）婚姻媒合者淪為「我為人人，但人人不為我」？

本席懷疑，在入出國移民法整體規定（含系爭規定一及二）所限制之惡劣工作環境下，有多少立法者自願從事跨國（境）婚姻媒合，俾為前述臺灣特定族群解決婚姻問題？

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇三號解釋

【原住民狩獵案】

發文日期：中華民國110年5月7日

發文字號：院台大二字第1100013641號

解　釋　文

中華民國 94 年 1 月 26 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2,000 元以上 2 萬元以下罰鍰……。」（嗣 109 年 6 月 10 日修正公布同條項時，就自製之獵槍部分，僅調整文字，規範意旨相同）就除罪範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題；其所稱自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違。 1

103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。 2

野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」所稱「傳統文化」，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。 3

立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有 4

特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。

野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准」，所採之事前申請核准之管制手段，尚不違反憲法比例原則。 5

原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定：「申請人應填具申請書……於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請……」有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本解釋公布之日起不再適用。於相關規定修正發布前，主管機關就原住民前述非定期性獵捕活動提出之狩獵申請，應依本解釋意旨就具體個案情形而為多元彈性措施，不受獵捕活動 5 日前提出申請之限制。同辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定：「前項申請書應載明下列事項：……四、獵捕動物之種類、數量……。」之部分，違反憲法比例原則，亦應自本解釋公布之日起不再適用。 6

解釋理由書

聲請人王光祿（下稱聲請人一）因違反槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）等罪案件，認臺灣高等法院花蓮分院 103 年度原上訴字第 17 號刑事判決（下稱確定終局判決一），所適用之槍砲條例第 20 條第 1 項有關自製之獵槍部分規定（下稱系爭規定一）、依同條第 3 項規定授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定（下稱系爭規定二）與野生動物保育法（下稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項規定（下稱系爭規定三）、第 2 項前段規定（下稱系爭規定四）、原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法（下稱原住民族利用野生動物管理辦法）第 4 條第 3 項規定（下稱系 1

爭規定五）及同條第 4 項第 4 款規定（下稱系爭規定六）等，有關：1、原住民持有供作生活工具用之槍枝，限於「自製之獵槍」始有免除刑罰規定之適用；2、系爭規定三至六限制原住民族狩獵文化權，有違反憲法第 15 條生存權、第 22 條保障原住民族狩獵文化權、第 23 條比例原則、憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段肯定多元文化存在價值並促進原住民族傳統文化發展之意旨。另系爭規定二將自製獵槍定義為「原住民傳統習慣專供獵捕維生之生活工具」、「其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出」等情，增加法律所無之限制，已逾越法律之授權，有牴觸憲法之疑義等語，聲請解釋憲法。

聲請人潘志強（下稱聲請人二）因違反野保法案件，認臺灣高等 2
法院花蓮分院 104 年度原上訴字第 1 號刑事判決（下稱確定終局判決二），所適用之系爭規定三至六等，有關：1、原住民族狩獵文化權為憲法第 22 條所保障之基本權利，系爭規定三至六禁止或限制原住民族獵捕保育類野生動物已侵害其受憲法第 22 條保障之原住民族狩獵文化權；2、系爭規定三是否僅限於「傳統文化、祭儀」而不包括「自用」，以及是否僅限於「一般類野生動物」，而不包括「保育類野生動物」，均未明確規範，違反法律明確性原則；況系爭規定三未明文納入原住民族基於「自用」而獵捕野生動物，已牴觸原住民族基本法（下稱原基法）第 19 條規定；3、系爭規定五及六相關申請規範，限制原住民族從事狩獵之行為，與原住民族狩獵文化有扞格之處，有牴觸憲法第 22 條、第 23 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定之疑義等語，聲請解釋憲法。

聲請人周懷恩（下稱聲請人三）因違反槍砲條例案件，認臺灣高 3
等法院 105 年度原上訴字第 53 號刑事判決（下稱確定終局判決三），所適用之系爭規定一，將原住民持用生活工具之槍械除罪範圍，僅限於自製獵槍、漁槍，及限定槍械之種類、式樣，限制原住民族不能依既有狩獵之生活方式與文化傳統，使用較安全之現代化制式獵槍、空

氣槍或其他狩獵用槍，有違憲法第 23 條比例原則，及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項等規定，聲請解釋憲法。

聲請人陳紹毅（下稱聲請人四）因違反槍砲條例等罪案件，認與 4
臺灣高等法院花蓮分院 107 年度原上訴字第 1 號刑事判決（下稱確定終局判決四）有重要關聯性之系爭規定一，違反憲法第 22 條、第 23 條比例原則及憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定之意旨，聲請解釋憲法。

核前開聲請人一至四聲請解釋之系爭規定一、三或四，分別為上 5
開各確定終局判決所適用。而就所聲請解釋之系爭規定二，確定終局判決一明白表示該法院不受其拘束，其並未為確定終局判決所適用，但與系爭規定一關於自製獵槍之解釋適用有重要關聯，本院自得將之納為審查客體。另各確定終局判決雖均未適用系爭規定五及六，但與系爭規定三及四之解釋適用有重要關聯，本院亦得將之納為審查客體。前開聲請，核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

聲請人最高法院刑事第七庭（下稱聲請人五）為審理同院 106 年 6
度台非字第 1 號被告（即本件聲請人一）違反槍砲條例等罪非常上訴案件，認應適用之系爭規定一有違憲疑義，向本院聲請解釋憲法。聲請意旨略以：被告為布農族原住民，於中華民國 102 年 7 月間，拾獲並侵占不詳姓名人所遺失之土造長槍 1 枝，同年 8 月為供其家人食用，未經主管機關許可，獵捕山羌及長鬃山羊。案由臺灣臺東地方法院檢察署檢察官起訴後，經臺灣臺東地方法院 102 年度原訴字第 61 號刑事判決論被告犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪等。被告提起上訴，迭經確定終局判決一及最高法院 104 年度台上字第 3280 號刑事判決駁回上訴確定。嗣最高法院檢察署檢察總長以原確定判決違背法令為由，向最高法院提起非常上訴。最高法院受理後，認其審理所應適用之系爭規定一有關「原住民未經許可，持有自製之獵槍，供作生活工具之用者」，始有刑罰免責規定之適用，違反憲法第 23 條

比例原則及法律明確性原則，亦逾越憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定之規範意旨，致生違憲疑義等語，聲請解釋憲法。

聲請人臺灣桃園地方法院刑事第四庭（下稱聲請人六）為審理同院 108 年度原訴字第 45 號違反槍砲條例案件，認應適用之系爭規定一，違反憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段等規定，且有牴觸法律明確性原則及比例原則之疑義，聲請解釋。聲請意旨略以：具原住民身分之被告於 107 年 12 月間，購入具殺傷力之空氣長槍 1 枝，未經許可持有之，嗣經警查扣，案經檢察官提起公訴。聲請人六認其審理所應適用之系爭規定一所稱「獵槍」意義不明確，造成受規範者無法預見，與法律明確性原則有違。況原住民狩獵文化受到憲法保障，系爭規定一除經許可之「自製獵槍」外，一概禁止原住民使用，損益明顯違反比例原則，亦欠缺正當性等語，聲請解釋憲法。 7

上開二件法官聲請案，均經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請釋憲之要件相符，均應予受理。 8

以上六件聲請案，所聲請解釋之系爭規定有其共通性，爰併案審理（本件釋憲審查客體代稱對照表如附表）。 9

本院公告言詞辯論事宜後，依大審法第 13 條第 1 項規定通知聲請人一、二、五及六及關係機關包括內政部、內政部警政署、行政院農業委員會（下稱農委會）及原住民族委員會（下稱原民會），於 110 年 3 月 9 日上午於憲法法庭行言詞辯論（聲請人三及四因係於公告言詞辯論期日後始經本院決議受理，故未通知其參與言詞辯論。聲請人五未參加言詞辯論），另邀請鑑定人及法庭之友監察院國家人權委員會，到庭陳述意見。 10

聲請人及關係機關於言詞辯論期日之陳述要點如下： 11

聲請人一及二主張，系爭規定一及三至六，違憲。其理由略以： 12

（一）原住民族狩獵文化權受憲法所保障，係複合式基本權利，其性

質包含個人權及集體權，惟槍砲條例及相關法令規定，已侵害原住民族狩獵文化權、人身自由及財產權，均屬違憲。（二）本案系爭規定均涉及基本權利侵害，如原住民族狩獵文化權。其影響範圍為全體原住民族，且原住民族在我國亦屬孤絕之少數，應採取嚴格審查之立場。（三）所謂獵人，係指守護獵場之人，原住民獵人長期藉由守護獵場，保護野生動物棲息地，維護生物多樣性，以及野生動物族群之存續。然而主流社會長期污名化，使原住民族一直背負野生動物滅絕之污名，相關研究資料顯示，棲息地之破壞才是使野生動物滅絕之真正原因。（四）在原住民族之狩獵文化中，獵物皆係上天賜予之禮物，法令卻要求獵人必須要事前對外宣告，此行為觸犯禁忌，直接侵害原住民族獵人信仰核心。此乃獵人不願事前主動申請之原因，導致行政機關無法達成管理目的。此外，尚有其他相對侵害較小之手段，例如：透過事後報備機制，結合部落自主管理，可同時兼顧生態保育、獵人信仰及原住民族管理自然資源之自主性等。故系爭規定四及五採事前許可制，違反比例原則，應屬違憲。（五）無論採取何種制度，國家在建構原住民相關法令制度時，皆應依原基法之規定，踐行諮商同意程序以及共管機制等，與原住民族對等之溝通與協商，始能實踐憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段規定意旨，保障原住民族文化以及自主性之憲法誡命。（六）狩獵係原住民之傳統文化，但自製獵槍則非傳統文化。所謂自製獵槍，僅係主流社會強加原住民身上之想像，立法理由根據之事實基礎顯然錯誤。自製獵槍結構簡單，安全性難以控制，導致獵槍爆裂等危險性大增，原住民獵人因獵槍膛炸造成傷亡之新聞屢見不鮮。必須更重視獵槍之安全性與實效性，不再讓原住民使用不安全獵槍。系爭規定一限制原住民狩獵僅能使用自製獵槍之規定，違反法律明確性及比例原則等語。

聲請人六主張，系爭規定一有關自製獵槍之規定部分，違憲。其 13
理由略以：有關自製獵槍之規定，係刑罰構成要件，直接影響人民有罪或無罪結果，此構成要件文字必須十分明確，足以通過較為嚴格之

審查標準。槍砲條例本身並未就自製獵槍此一構成要件作任何定義，而規範文字本身，亦容易使人民誤認「獵槍」即指合於狩獵目的所使用之槍枝。例如本件原因案件被告，所持有之具長槍外觀、木質手柄、單發射擊機制之空氣槍，即因法律規範明確性不足，誤信自己持有空氣槍之行為合法，卻須承受 3 年以上有期徒刑之刑罰等語，故不符比例原則。

關係機關內政部及內政部警政署主張，系爭規定一就自製獵槍之 14
規定與管制架構，符合憲法要求及大法官解釋之意旨，合憲。其理由略以：（一）目前國家槍枝管制政策係採取一般性之禁止原則，違反者，處以刑罰。但例外基於憲法對原住民族之制度性保障，以及原住民族傳統文化、祭儀及生活上之可能需要，肯認原住民族持有自製獵槍，以實踐其文化以及狩獵之需求。但狩獵權與狩獵工具，二者畢竟不同，我國並沒有憲法位階之「擁槍權」。現行槍枝管制架構合乎憲法規定。（二）槍砲條例第 20 條第 3 項之「其他應遵行事項」，已包含授權主管機關得就自製獵槍之構造，規格及所使用之填充物等事項，進行合目的性之規範，符合授權明確性之要求。又自製獵槍之規定並非主管機關自行創造，而係於 86 年間，主管機關派人查訪各原住民族之結果，當時槍枝確實多屬於前膛槍。且於 100 年及 103 年等相關辦法對自製獵槍再為更進一步之修正規定，冀與時俱進。且自製之意涵，應為一般人民所能預見。是自製獵槍之規範授權與定義，可從槍砲條例第 4 條、第 8 條及第 20 條之整體關聯性觀察，合於法律明確性之要求。（三）主管機關限制狩獵工具，並非限制狩獵（文化）權。提供原住民基於低治安危害性，但合於狩獵效能之獵槍，其立法目的與手段間存有相當之關聯性，公益與私益顯未失衡，因此自製獵槍限於前膛槍符合比例原則之要求。（四）本部刻正研訂「原住民自製獵槍魚槍許可及管理辦法」（草案），協請國防部提供具安全性之自製獵槍主要組成零件，俾利原住民使用，使槍枝結構與時俱進，提升自製獵槍安全，保障原住民狩獵文化之發展等語。

關係機關農委會說明如下：（一）本會認同原住民族狩獵文化， 15
原住民族狩獵文化與野生動物保育並非對立關係，而係互為基底，相輔相成，希望以原住民傳統智慧為基底，加上國家適切之法令為輔助，除讓野生動物資源得以永續外，亦有助於原住民族狩獵文化之傳承。（二）本會已擬定野保法第 51 條之 1 規定修正草案，納入獵捕保育類野生動物之罰鍰，除補足原本僅規範一般類野生動物而無針對保育類野生動物進行處罰之衡平性外，亦僅課以罰鍰，使原住民獵捕對象無論係一般類或保育類野生動物，皆去刑罰化。（三）針對系爭規定三及四部分，原僅針對傳統文化與祭儀兩個因素獵捕、宰殺或利用野生動物，目前已於 106 年 6 月 8 日與原民會共同發布會銜令，依照原基法第 19 條規定納入自用，針對自用亦有明確定義。亦同時檢討現行之事前審查制，使之貼近原住民族傳統狩獵之慣習，例如近年已經開始在全台各地全面推動之原住民狩獵自主管理試辦計畫，希望透過組織自治或回報制度，在學術單位之監測下，進行更適切之管理等語。

關係機關原民會說明如下：（一）我國憲法業已明確保障原住民 16
族文化權，當然包括原住民族狩獵文化，因為原住民族各族傳統之語言、祭典及信仰等教育文化知識體系中，狩獵係非常重要之文化元素。原住民族之狩獵文化權，定性上不僅為原住民族各族之集體權利，同時亦為原住民個人之基本權利。（二）依本會委託學者協助調查並彙整各族耆老與獵人之共同意見，原住民族狩獵文化之核心價值即永續利用、生態平衡。故於傳統規範下所實踐之狩獵活動，必能使環境與生態獲得相互平衡。（三）從憲法保障原住民族文化發展權角度，國家既負有保障多元文化，促進原住民族文化發展之憲法義務，系爭規定一解釋上自應依兩公約施行法等相關規定，允許原住民享有科學化、進步之安全獵槍等語。

本院斟酌釋憲聲請書、全辯論意旨、鑑定意見書及法庭之友意見 17
等，作成本解釋，理由如下：

一、原住民從事狩獵活動之文化權利保障與環境及生態之保護應並重 18

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值（本院釋字第 603 號解釋參照）。憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務（本院釋字第 719 號解釋參照）。身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢（註 1），為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。 19

狩獵係原住民族利用自然資源之方式之一，乃原住民族長期以來之重要傳統，且係傳統祭儀、部落族群教育之重要活動，而為個別原住民認同其族群文化之重要基礎。藉由狩獵活動，原住民個人不僅得學習並累積其對動物、山林與生態環境之經驗、生活技能與傳統知識，從而形塑其自身對所屬部落族群之認同，並得與其他原住民共同參與、實踐、傳承其部落族群之集體文化，為原住民族文化形成與傳承之重要環節。是原住民依循其文化傳承而從事狩獵活動，乃前述原住民文化權利之重要內涵，應受憲法保障。 20

自然生態環境係人類生存與永續發展之根基，且為人民生命身體健康健全發展之所繫，是自然生態環境保護乃國家重要任務之一，亦為長年來國際社會共同努力之目標（註 2）。憲法增修條文第 10 條第 21

2 項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。」依此，憲法不但肯認環境生態保護之重要價值，亦課予國家有積極保護環境生態之義務。野生動物之保育乃生物多樣性保護及達成自然生態體系平衡所不可或缺者，自為國家環境生態保護義務之重要內涵。是國家基於憲法所肯認之各種重要價值及法益之保護，而為各種立法與政策之推動時，均應力求與環境生態保護，包括與野生動物保育間之平衡。

準此，原住民從事狩獵活動之文化權利固受憲法所保障，惟為兼 22
顧野生動物之保護，非不得以法律或法律明確授權之命令予以適當之限制。鑑於原住民從事狩獵活動之文化權利與野生動物之保護，皆屬憲法所保障之重要價值，是相關限制是否合憲，本院爰適用中度標準予以審查，如其目的係為追求重要公共利益，且所採限制手段與其目的之達成間具實質關聯，而並未過當，即與憲法第 23 條比例原則無違。

二、關於原住民以自製之獵槍供作生活工具之用部分 23

（一）系爭規定一尚不生違反憲法比例原則之問題 24

槍砲條例係為維護社會秩序、保障人民生命財產安全所制定（槍 25
砲條例第 1 條規定參照），其中關於槍砲彈藥部分，凡可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲及其所使用之彈藥等，均依該條例全面納入管制，非經中央主管機關許可，不得製造、販賣、運輸、轉讓、出租、出借、持有、寄藏或陳列。未經許可而為之者，依所涉槍砲、彈藥種類及行為態樣，各定有刑罰之規定（槍砲條例第 5 條、第 5 條之 1、第 7 條至第 13 條規定參照）。

就原住民製造、運輸或持有供作生活工具之用之槍枝而言，槍砲 26
條例於制定之初，立法者即基於原住民傳統生活習慣有其特殊性之考量，明定「獵槍、魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之」（72 年 6 月 27 日制定公布之槍砲條例第 14 條規定參照）。然對此等生活習慣特殊國民未經許可而製造、運

輸或持有供作生活工具之用之獵槍者，仍一律適用槍砲條例所定各該刑罰制裁規定，並未有例外。嗣 86 年 11 月 24 日全文修正公布之槍砲條例第 20 條第 1 項規定：「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑……。」其修法之主要考量，係基於原住民所自製之獵槍，乃專供其獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第 8 條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定（立法院公報第 86 卷第 48 期第 85 頁參照）。依此，立法者就原住民未經許可，而有製造、運輸或持有自製之獵槍，供作生活工具之用之行為，立法政策上仍採刑罰手段予以制裁，僅明定應予減輕或免除其刑。

直至 90 年 11 月 14 日修正公布之槍砲條例第 20 條第 1 項始規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」其修法意旨略以：「一、屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具的意圖。二、未經許可者應循本條文第 3 項授權命令的行政罰及其行政程序予以補正即可。三、以落實憲法增修條文及符合本條例多元文化主義的政策目標與規範意旨。」（立法院公報第 90 卷第 53 期院會紀錄第 1 冊第 360 頁參照）。此一規定，曾於 93 年 6 月 2 日修正，嗣並於 94 年 1 月 26 日修正公布為系爭規定一明定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2,000 元以上 2 萬元以下罰鍰……。」（嗣 109 年 6 月 10 日修正公布同條項時，就系爭規定一部分僅調整文字，規範意旨相同）依此，立法者係為尊重原住民依其文化傳承之生活方式，就原住民基於生活工作之需而製造、運輸或持有自製獵槍之違法行為除罪化，僅以行政處罰規定相繩。按立法者就違法行為之處罰，究係採刑罰手段，抑或行政罰手段，原則上享有立法裁量權限。有鑑於刑罰制裁手段乃屬對憲法第 8 條所保障之人身自由之重大限制，立

27

法者衡酌系爭規定一所定違法行為之情狀與一般犯罪行為有別，認應予以除罪化而僅須施以行政處罰，此一立法決定，除屬立法裁量之合理範圍外，性質上亦屬對人身自由原有限制之解除，於此範圍內，並不生侵害人身自由之問題。至立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。綜上，系爭規定一就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題。

（二）系爭規定一尚與法律明確性原則無違 28

法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必 29
要。立法者制定法律時，自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，選擇適當之法律概念與用語，包括適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號及第 799 號解釋參照）。

系爭規定一明定原住民未經許可而製造、運輸或持有自製之獵 30
槍，供作生活工具之用者，僅應處以罰鍰，而不適用相關刑罰之規定。其中「自製之獵槍」一詞，尚非罕見或一般人難以客觀理解之用語，法院自得本其文義與立法目的，依文義解釋、歷史解釋、體系解釋等法律解釋方法，適當闡明其意涵而為適用。是系爭規定一關於自製之獵槍一詞，尚與法律明確性原則無違。

（三）系爭規定二，對於「自製獵槍」之規範尚有所不足，未符合使 31
原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之

意旨有違

生命權及身體權為憲法所保障之基本權利（本院釋字第 689 號、第 780 號及第 792 號解釋參照）。另原住民從事狩獵活動為其文化權利之重要內涵而受憲法保障，國家既許可原住民得依法持有自製之獵槍而進行狩獵，自負有保障原住民得安全從事合法狩獵活動之義務，俾利其行使從事狩獵活動之文化權利。而自製獵槍係原住民合法狩獵工具之一，若於法制上對其規格與製作過程有所規範，自應履踐使原住民得安全從事合法狩獵活動之國家義務，除應使其具備一定之打獵功能外，亦應同時顧及獵人以及第三人於槍枝製作、使用時之生命與身體之安全，以保障原住民從事狩獵活動之文化權利，及原住民與第三人之生命權及身體權。 32

內政部於 103 年 6 月 10 日依槍砲條例第 20 條第 3 項之授權而修正發布之「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」第 2 條第 3 款規定（下稱系爭規定二），自製獵槍係「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為 0.27 英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上。」乃屬法制上對自製獵槍之規格與製作過程所為之規範，自應符合前揭所述使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求。 33

查系爭規定二就填充物之射出與引爆方式、填充物之規格及槍身總長，均有明文之限制，考其立法意旨，應係基於治安之維護及對野生動物之保護，有意嚴格限制自製獵槍之結構與性能，以避免自製獵槍殺傷力過大，對野生動物之生存與繁衍造成過度之侵犯，及危害社會秩序，固有其正當性。惟系爭規定二，僅將自製之獵槍限縮於須逐 34

次由槍口裝填黑色火藥之單發前膛槍及使用打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆（即工業用底火，俗稱喜得釘）之「準後膛槍」，且其填充物僅以非制式子彈為限，構造尚屬粗糙。更因其法定規格與原住民自製能力之限制而難有合宜之保險設計，且自製獵槍製作後未經膛壓驗證測試，於槍枝製作不良時，即可能引發膛炸、誤擊或擦槍走火造成死傷等事件（立法院公報第 110 卷第 17 期，委員會議紀錄，第 207 頁參照），因而對於原住民甚至對第三人造成傷害。況系爭規定二就自製之獵槍，限於申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力之製作，而未基於安全性及穩定性之考量，為相關之輔助機制；且未對原住民自製之獵槍建立完整之安全驗證制度及安全使用訓練機制。綜上，系爭規定二對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。

三、關於原住民獵捕、宰殺或利用野生動物部分 35

（一）系爭規定三所稱傳統文化之意涵，包含非營利性自用之情形 36

野保法第 21 條之 1 第 1 項，即系爭規定三明定：「台灣原住民族 37
基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」同條第 2 項則進一步規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」依此，立法者就原住民族基於其傳統文化、祭儀而需獵捕、宰殺或利用野生動物者，係另行建立特別管制程序。其除不同於野保法第 17 條針對獵捕一般類野生動物之管制程序、同法第 18 條針對獵捕保育類野生動物之管制程序及同法第 19

條關於獵捕野生動物方法之管制外，亦明文規定不受上開管制規定之限制。由此可推知系爭規定三之立法意旨，應在於尊重原住民族傳統狩獵文化，並落實保障原住民從事狩獵活動之文化權利，其目的洵屬正當。

系爭規定三及同條第 2 項規定為尊重原住民族傳統狩獵文化，就 38
原住民族基於傳統文化、祭儀所需而為獵捕、宰殺或利用野生動物，其建立之特別管制程序，固不受野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制，惟既同屬野保法之規範體系，自仍不能免於該法第 1 條之立法意旨所拘束，而須兼顧保育野生動物、維護物種多元性與自然生態之平衡。是立法者為求尊重原住民族傳統文化，以及同屬憲法上重要價值之環境及生態保護兩者間，於系爭規定三皆已有所兼顧，從大框架而言，尚無顯失均衡之情形，本院應予尊重。

又，系爭規定三所稱「傳統文化」之意涵，應本於原住民從事狩 39
獵活動之文化權利之憲法保障意旨而為理解。首就「傳統文化」而言，此一用語雖難以窮盡其意涵，然無疑應涵蓋一切存於原住民族社會，並世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、倫理、制度、風俗、信仰、習慣等等生活內容，不僅包括精神性思想、價值、信仰、禮俗規範等，亦包括傳承已久之食物取得方式、日常飲食習慣與物質生活方式等。而原住民受憲法所保障之文化權利，既係得選擇依其傳統文化而生活之權利，原住民自應有權選擇依其傳統飲食習慣與方式而生活。再者，鑑於狩獵為原住民所享有之憲法上文化權利之重要內涵，原住民基於傳統飲食與生活文化下自用之需，而從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，應屬系爭規定三容許之範圍。基此，系爭規定三所稱「傳統文化」，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。

然而，原住民基於傳統飲食與生活文化所為獵捕、宰殺或利用野 40
生動物之行為，即使限於非營利性自用之需，仍將會對野生動物，尤其是保育類野生動物（包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他生存已面臨危機之應予保育之野生動物），造成相當大危害。從而，立法者於規範原住民基於傳統飲食與生活文化下因非營利性自用之需而得獵捕、宰殺或利用野生動物之範圍時，除有特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），應不包括保育類野生動物；於授權主管機關訂定原住民獵捕、宰殺或利用野生動物之管制規範之情形，主管機關應審慎衡酌野生動物之保育、物種多樣性之維護及自然生態之平衡等重大公共利益，尤其考慮其珍貴性、稀少性與存續危機之具體情形，就原住民基於傳統飲食與生活文化下因非營利性自用之需而申請獵捕、宰殺或利用保育類野生動物部分，採特別嚴格之管制手段，僅於特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），始得予許可，以求憲法上相關價值間之衡平。

（二）系爭規定四尚不違反憲法比例原則 41

系爭規定四明定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經 42
主管機關核准」。依此，立法者就原住民族基於其傳統文化、祭儀所為之獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，係採事前依申請而審查、核准之許可管制手段，原住民於該等獵殺行為前，應先經主管機關核准，始得為之。此種事前核准之管制規定，固對原住民從事狩獵活動之文化權利構成限制，惟如其所欲追求之目的合憲正當，其限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係，即與憲法比例原則無違。

作為自然生態體系一環之野生動物，除其生存、繁衍與棲息環境 43
相互依存、影響外，各物種間亦存有極密切之生物鏈關係。因此，野生動物種類與數量之消長，非但直接影響相關物種之生存與繁衍，亦往往牽動整體生態系之平衡。而人為獵捕、宰殺或利用野生動物，不

僅終結被獵殺動物之生命，亦可能危害被獵殺物種之生存與繁衍機會，乃屬人為介入自然生態體系運行之干擾行為。此等干擾行為，如未以人為力量予以適當之控管，長久以往，勢必危及野生動物物種間之生物鏈關係，致使自然生態體系逐漸失衡，甚至可能帶來生態浩劫，並影響人類之生存及永續發展。此外，獵殺野生動物所使用之獵具、陷阱或槍枝等，通常具有一定殺傷力，如未有適當之防護準備，亦可能於行獵區域造成第三人之傷亡。基此，系爭規定四旨在藉由事前申請核准之程序，由公權力機關對原住民擬進行之獵殺野生動物之活動為適當之審查，並就核准事項為必要之限制，以避免原住民狩獵活動過度侵犯野生動物之存續與干擾生態環境之平衡。此外，可事前指定狩獵時間、範圍及區域等，並事前依所核准狩獵活動之方式與規模，適時要求或採取適當之安全防護措施，以避免危及第三人之人身安全。核其立法目的，係在追求憲法上重要之公共利益；其所採取之事前申請核准之管制手段，亦適於其目的之達成。

再者，為使人為獵殺野生動物對自然生態體系運行之干擾降到最低，勢須由主管機關依據獵捕區域內之生態條件、野生動物種類、數量及其繁衍情形等資源現況，事前就申請案為准駁之決定；且依事前申請案為核准處分時，無論為逐次或概括之核准，主管機關均得適時於該處分添加各該申請案所宜之附款，以達有效制約狩獵活動於適當範圍之目的。況若無事前申請核准之管制措施而放任獵殺野生動物，其所可能造成之生態危害，往往難以事後補救。基此，除系爭規定四所採之事前申請核准之管制手段外，並無其他相同有效達成避免原住民狩獵活動過度侵犯野生動物之存續與干擾生態環境之平衡，以及第三人人身安全之目的，而侵害較小之手段可資運用，是系爭規定四所採手段有其必要性。 44

又，系爭規定四主要係為維護憲法上之環境生態保護之重要法益，兼及人身安全法益，衡諸此等法益之重要性，相較於原住民從事狩獵活動之文化權利所受限制之不利益程度，尚屬均衡。綜上，系爭 45

規定四尚不違反憲法比例原則。

（三）系爭規定五所定非定期性狩獵活動之申請期限與程序規定部分，欠缺合理彈性，其就原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則 46

系爭規定四就原住民族基於其傳統文化、祭儀所為之獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，採事前核准之管制手段，固於比例原則無違。然事前核准制既對原住民從事狩獵活動之文化權利構成一定限制，則其具體管制措施之形成，包括申請與審核程序，以及對獵捕方式、期間、區域、對象與範圍等相關事項之規範，即應於追求野生動物之存續、環境生態之保護與第三人人身安全之維護等目的之同時，避免過度限制原住民從事狩獵活動之文化權利。是事前核准制下之具體管制措施，除應與系爭規定四所欲追求之立法目的之達成間，具有實質關聯外，其就原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制，並應限於侵害程度最小之必要範圍，尤應注意可合理期待原住民承受之限度，始符憲法比例原則之要求。 47

104 年 6 月 9 日農委會會同原民會依野保法第 21 條之 1 第 2 項後段規定之授權，所修正發布之原住民族利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項，即系爭規定五明定：「申請人應填具申請書……於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請……。」同條第 4 項第 4 款，即系爭規定六則明定：「前項申請書應載明下列事項：……四、獵捕動物之種類、數量……。」依此，原住民、部落或相關原住民團體基於其傳統文化及祭儀之需而欲從事狩獵活動者，應填具申請書並檢附相關文件提出申請。其屬定期性祭儀活動者，應於獵捕活動 20 日前為之；屬非定期性者，則應於獵捕活動 5 日前為之。此外，申請書中應載明傳統文化與祭儀之名稱，以及獵捕動物之種類與數量。 48

就系爭規定五所定申請期限與程序而言，原住民族定期性祭儀活 49

動通常已行之有年而得以預先規劃，且屬多數人參與之團體性活動，對相關野生動物之生態影響程度較大，狩獵安全防護措施（上開管理辦法第 10 條規定參照）之布建，亦需有一定時間，因此限制其應於獵捕活動開始前 20 日提出申請，並要求主管機關應於獵捕活動開始前 7 日完成審查（上開管理辦法第 5 條前段規定參照），尚有其正當性與合理性。相對於此，非定期性狩獵需求，通常源自個別或少數原住民基於其傳統文化所傳承之信仰或習慣（註 3），於一定條件下所產生，如屬突發性質，未必皆可事先預期。系爭規定五對此等非定期性獵捕活動，一律要求應於獵捕活動開始前 5 日即提出申請，而無其他相應之多元彈性措施（例如在兼顧公共安全之前提下，就特定情形之申請案容許事前就近向有管理權限之部落組織申報，不受 5 日期限之限制，並要求於狩獵完畢後併同狩獵成果向主管機關陳報，或區分擬採行之狩獵方法而為不同之期限設定等），對於因特殊事由致不及提出申請之原住民而言，無異於剝奪其依從傳統信仰或習慣而合法從事狩獵活動之機會。於此範圍內，其對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制，實已逾越必要限度。況對基於傳統文化所傳承之信仰或習慣而生狩獵需求之原住民而言，其若未能依限提出申請，即會面臨必須放棄行使其從事狩獵活動之文化權利，或逕為行使其狩獵活動之文化權利而觸法之兩難困局，相較於一律要求應於非定期性獵捕活動開始前 5 日即提出申請之限制性規定所欲維護之利益而言，亦已逾越可合理期待原住民承受之限度，而有違憲法比例原則之要求。

是系爭規定五有關基於傳統文化所傳承之信仰或習慣而生突發 50
性未可事先預期之非定期性獵捕活動之需求，所定申請期限與程序規定之部分，欠缺合理彈性，其就原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則，應自本解釋公布之日起不再適用。於相關規定修正發布前，主管機關就原住民前述非定期性獵捕活動提出之狩獵申請，應依本解釋意旨就具體個案情形而為多元彈性措施，不受獵捕活動 5 日前提出申請之限制。

（四）系爭規定六有關申請書中應載明獵捕動物之種類與數量之部分，違反憲法比例原則 51

就系爭規定六而言，其所稱「獵捕動物之種類、數量」係申請書之法定應記載事項，原住民、部落或原住民團體依法申請從事獵捕活動者，無論其屬定期性抑或非定期性活動，均應依此規定，於申請書中予以載明。然而，原住民族狩獵活動與其傳統文化思想及信仰緊密連結，各族均有基於其傳統信仰而代代相傳之各種狩獵禁忌。其中，就出獵前之禁忌而言，由於原住民族向來認為獵獲物乃山林自然神靈之賜予，因此，各族也普遍流傳出獵前預定獵捕動物之種類與數量，是對山林自然神靈不敬之觀念，而成為一種禁忌（註 4）。是原住民或部落等欲依法申請從事獵捕活動時，即可能因系爭規定六之要求，而被迫違逆其傳統文化所傳承之思想與觀念。基此，系爭規定六對原住民從事狩獵活動之文化權利，已構成相當程度之限制，非僅屬微量干預。從而，該等限制即應符合憲法比例原則之要求。 52

細究系爭規定六之規範意旨，應係要求申請人於獵捕活動前即預估其獵捕動物之成果，以為主管機關審查、核准之憑據，其固非全然無助於系爭規定四所欲追求之立法目的，尤其是其中保護野生動物之目的之達成。然而，影響狩獵活動實際所得之因素極多，除人為因素外，更取決於天候條件與自然環境等人力較難操控之自然因素，因此，實際狩獵所得並非於提出申請時即可明確掌握。由此可知，申請人依系爭規定六之要求而得以記載者，充其量僅是其主觀期待獵捕之物種與數量。此等申請人於狩獵活動開始前就狩獵成果之主觀性期待或臆測，就該等目的之達成而言，助益實屬有限。況主管機關若欲有效控管原住民狩獵活動對野生動物生態之危害，本可透過一般性、抽象性之獵捕物種與數量之限制規範，或於處分逕為限制准予獵捕之物種與數量，或於核准處分中添加適當之附款予以限定（如課予行獵時之特定義務、設定准予獵捕物種之範圍與數量上限或設定使核准處分失效之條件等），實無要求申請人事前預估申報擬獵捕物種及數量之 53

必要。就此而言，系爭規定六有關申請書中應載明獵捕動物之種類與數量之要求部分，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為之限制，亦已逾越必要之限度。再考量出獵前預估獵捕物種及數量，與原住民族傳統文化所傳承之思想及觀念難以相容，系爭規定六之要求尤難認屬可合理期待原住民或部落等可承受者。是系爭規定六有關申請書中應載明獵捕動物之種類與數量之部分，違反憲法比例原則，應自本解釋公布之日起不再適用。

四、不受理部分 54

聲請人一主張野保法第 18 條第 1 項第 2 款、第 41 條第 1 項第 2 款規定，及原住民族利用野生動物管理辦法及其附表違憲部分，查上開條文與辦法並未為確定終局判決一所適用，自不得以之為聲請解釋之客體；另其聲請解釋槍砲條例第 8 條第 4 項、第 12 條第 4 項及野保法第 18 條第 1 項第 1 款規定部分，核其所陳，並未具體指摘各該規定於客觀上究有何牴觸憲法之處。又聲請人二主張野保法第 51 條之 1 及原住民族利用野生動物管理辦法第 4 條規定違憲部分，查各該規定並未為確定終局判決二所適用，自不得以之為聲請解釋之客體；另其聲請解釋野保法第 18 條第 1 項第 1 款及第 41 條第 1 項第 1 款規定，及原住民族利用野生動物管理辦法第 6 條及其附表部分，核其所陳，均未具體指摘各該規定於客觀上究有何牴觸憲法之處，是上述聲請部分核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定，均應不受理。另聲請人五主張野保法第 18 條、第 41 條第 1 項規定牴觸憲法部分，究其所陳，要屬個案法律解釋與適用之問題，應不受理。 55

附註： 56

註 1： 公民與政治權利國際公約第 27 條規定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」聯合國人權事務委員會就上開公約所作之第 23 號一般性意見第 7 點：「關於第 27 條所保障的文 57

化權利的行使，委員會認為，文化本身以多種形式表現出來，包括與土地資源的使用有聯繫的特定生活方式，原住民族的情況更是這樣。這種權利可能包括漁獵等傳統活動和受到法律保障的住在保留區內的權利。為了享受上述權利，可能需要採取積極的法律保障措施和確保少數族群的成員確實參與涉及他們的決定。」以及經濟社會文化權利國際公約第 15 條第 1 項規定：「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」等參照。

註 2：自 20 世紀中葉起，國際社會即開始推動各種國際環保公約， 58
致力於自然生態環境之保護。參見 1975 年生效之《瀕臨絕種野生動植物國際貿易公約》（Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora，簡稱華盛頓公約）；1975 年生效之《特別針對水禽棲地之國際重要濕地公約》（Convention of Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat，簡稱拉姆薩公約）；1982 年生效之《保護歐洲野生動物與自然棲息地公約》（Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats）；1983 年生效之《保護野生動物遷徙物種公約》（Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals）；1993 年生效之《生物多樣性公約》（Convention on Biological Diversity）等。

註 3：例如夢占、鳥占、嬰兒出生或除喪（解除素服）等生命禮俗。 59
夢占可參臺灣總督府警務局理蕃課原著，中央研究院民族學研究所編譯，《高砂族調查書・蕃社概況》，民國 100 年，第 635 頁至第 647 頁；臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會原著，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書・第一卷・泰

雅族》，民國 85 年，第 55 頁至第 58 頁；鳥占可參臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會原著，中央研究院民族學研究所編譯，《番族慣習調查報告書・第五卷・排灣族・第三冊》，民國 93 年，第 143 頁；嬰兒出生、除喪等生命禮俗，可參原住民族利用野生動物管理辦法第 6 條附表。

註 4：由於原住民族傳統文化具有部落文化之特性，因此傳統信仰於 60
日常生活中之實踐與禁忌，主要透過部落耆老與族人口耳相傳。惟根據臺灣總督府臨時臺灣舊慣調查會，前揭註 3，詳盡記錄各族基於其神靈信仰而於狩獵前後進行之祭祀、祈禱與慣習等，民國 85 年，第 62 頁（出外狩獵或設陷阱時，路上遇到他人，如被問說去哪裡、去做什麼等等的話，便認為其行必無所獲，而忌諱之）。另外，由各種有關狩獵、祭祀與禁忌之調查紀錄可知，原住民族多視獵獲物為神靈所賜，獵人本身、家人、部落等均須虔敬以待，不可預言獵獲，否則即對神靈不敬（引自：浦忠勇著，《原蘊山海間—臺灣原住民族狩獵暨漁撈文化研究》，民國 107 年，第 67 頁、第 105 頁、第 141 頁、第 170 頁及附錄參考文獻資料）。另可參臺灣總督府警務局理蕃課原著，前揭註 3，民國 100 年，第 613 頁（泰雅族：出獵時，忌諱有人說：「希望獵獲豐富！」以免無所獲）、第 617 頁（布農族：不直接呼叫獸類名稱，以暗語代替，以免獵物逃走）、第 618 頁（鄒族：出獵前，忌諱被他人知曉出獵活動，並禁止談論出獵事宜）等；玉山國家公園管理處委託辦理，《108-109 年度玉山國家公園轄區內及周邊地區原住民族歲時祭儀利用野生動物現況調查計畫案》，民國 109 年，第 4 頁。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠

林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明

詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

附表：本件釋憲審查客體代稱對照表

審查客體	審查客體代稱
槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項有關自製之獵槍部分之規定	系爭規定一
槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定	系爭規定二
野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定	系爭規定三
野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項前段規定	系爭規定四
原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定	系爭規定五
原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 4 項第 4 款規定	系爭規定六

部分協同意見書　黃虹霞大法官　提出
蔡炯燉大法官、黃瑞明大法官、詹森林大法官　加入

我們只有一個地球！人其實是非常渺小與脆弱的。從橫的面相看，人與同時存在的天地萬物的關係應是什麼？系出同源，和諧才能共生！從縱的面相看，人是過客，天地萬物均非人所有，但是人卻執著主體本位，忍令他物因人而滅絕，臺灣雲豹悲歌！人所定的憲法當

然是規範人的。但是從保護對象的觀點，應只是以人為本的嗎？還是有更上位的價值，不待憲法明文，故而非應只以人為本呢？這是本席在本件解釋討論過程中深深思考的。

德國哲學家叔本華（Arthur Schopenhauer）說：我們虧欠動物的，不是同情而是公平正義（Nicht Erbarmen, sondern Gerechtigkeit ist man dem Tiere schuldig.[1] We owe animals not mercy but justice.[2]）。

法律（動物保護法）不允許虐待飼養之動物，最近正巧有故意虐死貓被判刑的事例報導；雖然允許宰殺利用經濟動物，但尚須兼顧動物福利之維護，則就以殺害野生動物為目的之行為，尤其非必要之狩獵行為，憲法應該採取什麼立場呢？應該進一步肯定國家法令就為自用目的、使用制式槍枝狩獵行為為限制者，該法令即係不當侵害個別原住民受憲法保障之基本人權，故而該限制法令違憲嗎？本席以為不然。

一、我喜歡星空！我喜歡 Star Trek 影片甚於 Star Wars，因為前者除了富含科學創意，尤其勇於探索 Space, the final frontier, to explore where no one has ever gone before! 多麼懷情壯闊！我們從小被教導的大航海家是哥倫布、麥哲倫，還有鄭和。但這切合事實嗎？

大概是從科學人雜誌（Scientific American）發行初期就開始不間斷地閱讀、訂閱該雜誌，從中獲取科學新知，尤其天文、宇宙有關科

---

1 Arthur Schopenhauer, Zürcher Ausgabe: Werke in 10 Bänden, Band 10, Zürich 1977, Parerga und Paralipomena II/2, S. 410. 轉引自 http://www.arthur-schopenhauer-studienkreis.de/Tierschutz/tierschutz.html，最後瀏覽日期：2021年5月6日。

2 轉引自 Elena dell'Agnese, Ecocritical Geopolitics: Popular Culture and Environmental Discourse, 2021，章節 2.3。出自 https://books.google.com.tw/books?id=SR8nEAAAQBAJ&pg=PT39&dq=We+owe+the+animals+not+mercy+but+justice++Ecocritical+Geopolitics&hl=zh-TW&sa=X&ved=2ahUKEwjHxrmt3bTwAhUJCqYKHRhtBeYQ6AEwAHoECAAQAg#v=onepage&q=We%20owe%20the%20animals%20not%20mercy%20but%20justice%20%20Ecocritical%20Geopolitics&f=false，最後瀏覽日期：2021 年 5 月 6 日。

普知識，因而也喜歡觀看 Discovery 及 National Geographic Channel 兩頻道的相關節目。NGC 頻道播放的「宇宙大探索 2」（Cosmos: Possible Worlds）系列節目，是著名的宇宙學家 Carl Sagan 博士夫人製作、其學生 NielTyson 博士主持的。其中有一集在讚揚勇於探索未知的遠古大航海家。這些偉大的勇者（男女都有，所以不以勇士名之）不是生於幾百年前，而是萬年前；不是生活在亙古大陸，而是約 600 萬年前才浮出海平面，名叫臺灣的蕞爾小島東岸的原住民！研究顯示：他們以豐富的航海知識及探索未知的無比勇氣出航，經過不知多少歲月，一代又一代接力，[3]先到菲律賓群島、印尼等地，又到密克羅尼西亞、夏威夷、波里尼西亞，最遠到南太平洋的復活島。這就是新近跨國人類學研究所稱的南島語系民族，他們的原鄉在臺灣！這是世界肯認的！啊！這塊土地原住民的祖先以其領先探索未知的勇舉，讓現在共同生活在臺灣的我們大家，無比榮耀！他們真的堪 被稱為「勇者」！是原住民族精神的表徵，更是全體臺灣人應該景仰、學習的楷模！他們的作為也深具啟發作用，讓我們領悟到文化傳承的意義！

二、目前 Discovery Science 頻道正在播的「摩根費理曼之穿越蟲洞」（Through the Wormhole－Morgan Freeman）也饒富新意，深具啓發性。比如 3 月 22 日晚上談的是海洋是不是有意識？是否在破壞海洋生態致無可忍受時，以深海細菌大量繁殖並釋放過量硫化氫方式，造成地球史上 5 次生物大滅絕。另同一頻道的「宇宙有道理」（How the Universe Works）節目 3 月下旬及 4 月 14 日也各有一集，從汽車解體，敘說化學元素之生成，由大爆炸初始之能量、星塵，一個質子一個電子結合為氫原子開始，逐步因緣生成各種非金屬、金屬元素。就像積木之堆疊及拆解還原，不思議！又從超新星（supernova）爆炸到所放射出的重金屬使萬物得以生成（地核中心、人及動物體內的紅血球不可或缺的鐵，是 50 億年前爆炸的超新星的放射物）等。天地萬物真

[3] 這叫文化傳承。

的如佛經所言：由地水火風形成色身，所有生物、非生物都是 Son of Star Dust，你泥中有我，我泥中有你！臺灣原住民族古言：人、非人，是環境的一部分，正若合符節。好富智慧的先知明訓！

三、人類文明大體是從採集、狩獵、畜牧、農耕到工業化生產。從看天吃飯到自以為人定勝天、從敬畏天地自然到看不到盡頭的砍伐擄獵，以及對大地之母之燒灼開腸剖肚，直到經歷異常、失衡的痛苦，才知覺敬畏天地自然，原來並不是古人迷信無知，而是一種永續應有的健康心態。這種古老智慧其實處處可見，易經、老莊、佛經，眾多現代著作中，[4]更含藏在各原住民族的傳統文化中，比如美洲及日本原住民的話語、[5]一些澳洲原住民堅決信守的固有生活方式，[6]臺灣原住民族亦然。我認同這種看法，對下列與臺灣原住民族傳統文化相關之話語有感，並認同其背後所含之哲理，因此認為相關之傳統文化應予維護，[7]爰贊同本件解釋合憲部分：[8]

---

4 比如紀伯倫（Kahlil Gibrany）的「先知」（The Prophet），其中「飲食」中說：但願你們能靠大地的芬芳而活，就像植物一樣，有陽光就能維生。但是，既然你們必須因食而殺生，並且從新生動物的口中奪取奶水來止渴，那就讓這事成為一種敬拜行為。讓你的餐桌成為祭壇，其上擺的是來自林野中純潔無瑕的生命，它們是人心中更純潔更無瑕的牲禮。當你宰殺一隻野獸時，在心裡對祂說：「宰殺你的力量也必宰殺我，我也將會被吞食。將你交到我手裡的法則，也必將我交到更強者之手。你我的血都不過是澆灌天堂樹木的汁液。」當你用牙齒啃吃蘋果時，在心裡對它說：「你的種子將活在我體內，你明日的芽苞將在我心中綻放，你芬芳的香味將是我的氣息，我們將歡喜地共度所有的季節。」

5 比如：Only when the last tree has died, the river has been poisoned and the last fish has been caught, will we realize that we cannot eat money. – Cree Indian Proverb; We do not inherit the land from our ancestors, we borrow it from our children. – Native American Proverb. 土地不屬於我們、我們屬於土地－西雅圖原住民長老說；世界萬物皆有其存在之價值－日本阿伊努族諺語。

6 請參閱「曠野的聲音」（Marlo Morgan, Mutant Message Down Under）一書。

7 但文化本質具集體性，故憲法對於原住民族狩獵文化之保護，是一種集體法益，不即等於個別原住民之權利，縱使個人得分享集體文化法益，而承認其為個人之文化性狩獵權，且屬受憲法第 22 條保障之一般行為自由範疇之一種基本權，但持有槍枝仍不當然為此等（狩獵）文化權所必然涵蓋，且對獵物之自用，尤應對自然生態保育作出讓步，另如下述。

（一）、臺灣原住民的動物靈界：臺灣原住民看待周遭世界並不是將人抽離於萬物之外，而是相信他們具有「靈力」。「靈力」充滿於逝去的親人、天空飄的、天上飛的、樹林中攀爬的、地上奔跑的、水中游的周遭萬物，共同構成世界的秩序，為其完整生活世界不可或缺的一部分，透過與他們的連結，世界才有更完整的意義與內涵。崇敬、祭祀這些「靈力」的文化概念與社會實踐乃成為原住民社會文化秩序與生活的要素之一。[9]

（二）、從布農族的角度來說，我們並沒有「獵人」這種特化的社會身分，也沒有「狩獵」這一個概念；狩獵活動對於臺灣原住民族文化之意義與重要性，重點並不在於「獵捕」之行為，而在於「與環境和諧共生」的精神與實踐；布農族人並沒有「獵人」，「到山上去」這件事情，是根深蒂固自然而然的文化慣性，孩子隨著父親行走，指導山林間的環境知識以及人與之應對的策略，[10]此時人是環境的一部分，你要是「非人」的，呼吸、腳步，要能夠讓山林眾靈所認識接納。[11] [12]

（三）、在卑南族用語中，獵人是指傳統領域守護者、巡視者，同樣的，卑南族沒有狩獵的用語，而是稱巡守傳統領域，在巡守過程中神自然會賜予獵物或野菜；[13]卑南族長久在地生活發展出來的生活知識與智慧，以及文化慣習，均講究與大自然共存共續，我們利用大自然之餘，更守護大自然，與大自然環境相處的環境觀念與態度，處

8 本件解釋合憲部分應立基於原住民族之核心價值，即人為環境之一部分，與自然和諧共存，因此，合憲解釋意在肯定並維護原住民族傳統文化。

9 其出處為目前國立臺灣博物館本館二樓展出中之「博物臺灣」展之「萬物友靈」篇。類似祖靈信仰意旨可參見法庭之友卑南族 3 月 15 日補充意見書。

10 這才是應該被保護的文化與傳承。

11 多先進的非人本思想！謹予禮敬，值得被謳歌！

12 以上，擷取自社團法人臺東縣布農青年永續發展協會所提出之法庭之友意見書。

13 神賜的禮物！非強取，何需用槍？

處反應在我們的詩歌古謠，以及生活中不成文的規範之中。[14]事實上，我們在這塊土地上生活千百年，早就融為生態的一員，與萬物互相作用，成為促進自然平衡力量的一個物種；在原野上活動的男性族人，於傳統領域間扮演巡護者的角色，是生態維護的貢獻者。[15]

四、原住民族集體狩獵文化與個別原住民之狩獵文化權利

（一）、臺灣原住民族祖先除了勇於探索外，還為後代留下眾多有形與無形文化資產，[16]我國憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項更明定原住民族文化保護之意旨，故原住民族文化應予保護乃屬當然。

（二）、但什麼叫做文化？辭海說：謂文治教化也；人類社會由野蠻而至文明，其努力所得之成績，表現於各方面者，為科學、藝術、宗教、道德、法律、風俗、習慣等，其綜合體，則謂之文化。大辭典說：文化人類學與社會學對文化所下的定義是：文化是存在於人類社會中的一切人工製品、知識、信仰、價值以及規範等等。它們是人類可經由社會學習得到的，並且是代代永續的社會遺業。對於社會成員，它們提供各種方法或工具，以調適在生活或生存上面臨的各種問題。所以，文化是一個社會的特殊生活方式或生活道理。文化基本法中沒有文化之定義規定，但由文化資產保存法第 3 條文化資產之定義，可以看出文化是具歷史、藝術、科學等價值之有形物及無形之傳統知識、技術及相關實踐。因此，文化不但是集體創作、代代相傳的，同時是具有歷史等價值的。依此而言：受憲法保障之原住民族文化中應含狩獵文化，因為原住民族的狩獵是一項綜合的知識體，包括了對於環境生態的微觀知識，而這一套知識是建立於實踐的基礎。實踐的本體在於倫理與社會秩序的貫徹，正直勤奮勇敢的美德，透過篤實的

14 這些才是應該被保護的文化。

15 以上，擷取自臺東縣卑南族民族自治事務促進發展協會所提出之卑南族法庭之友 3 月 2 日意見書。類似意旨亦可參見林淑雅教授提出之法庭之友意見書。

16 陳奇祿先生著 Material Culture of the Formosan Aborigines (1968) 一書可供參考。

山林行動印證。[17]

（三）、惟本席以為原住民族狩獵文化固應受憲法保障，但本件所爭執者係在於狩獵工具尤其是非自製獵槍之使用，以及狩獵目的是否應含自用。此二者不等同於原住民族狩獵文化，其等亦不當然屬或不應屬原住民族狩獵文化涵括範圍，[18]更何況本院職司違憲審查，關鍵思考點應在於：法令未許個別原住民使用非自製獵槍狩獵或狩獵目的未含自用，尤其不許保育類野生動物之自用者，能因而即謂侵害個別原住民之基本權而為違憲嗎？本席以為此二種情形仍均不違憲。其中法令未許個別原住民使用非自製獵槍部分，其理由如下：

1、文化尤其受憲法保障之文化，其本質應含技術與智慧。獵槍如為自製，或可認為含技術與智慧而具文化特質。惟本件不論聲請人之主張、鑑定人意見或原住民團體或個人提出之法庭之友意見書，咸認自製獵槍從來不是原住民族之傳統，即否定原住民族具自製獵槍之技術，則自製獵槍當非為原住民族文化所涵括。

2、至於使用非自製獵槍狩獵部分，原住民使用制式獵槍，固已有相當時日，但一則單純以獵槍作為工具使用，能否謂具技術智慧並富代代相傳之文化特徵，殊有疑問；[19]二則原住民族就制式獵槍之使用，原非僅僅甚或主要用於狩獵，而係戰時出征之武器；[20]三則不是傳統、主要或絕對必要之狩獵工具；[21]四則制式獵槍因係經由交易或對外貿易購得之性質上屬方便使用之物品，是自難認制式獵槍之使用

17 擷取自社團法人臺東縣布農青年永續發展協會所提法庭之友意見書。

18 本席以為此二者不當然屬或不應屬原住民族狩獵文化涵括範圍。

19 雖然看法不盡相同，但仍感謝卑南族於本件言詞辯論後之 3 月 15 日提出補充意見書，具體回應本席於言詞辯論期日之口頭詢問。另聲請人王光祿等所提出之釋憲聲請陳報（五）狀附件 44 之第 17 則：原觀點東海岸之聲第 1 集稱：現今政府所准許使用的自製獵槍，被老一輩的獵人視為無技術智慧可言。則交易購得之非自製之制式獵槍自更無技術智慧可言。

20 社團法人臺東縣布農青年永續發展協會所提法庭之友意見書等參照。

21 社團法人臺東縣布農青年永續發展協會所提法庭之友意見書、聲請人釋憲言詞辯論意旨補充理由（四）狀附件卡大地步部落代表、亞榮隆・撒可努先生之發言，及上述聲請人釋憲聲請陳報（五）狀附件 44 等參照。

已具技術、智慧及代代相傳承等文化特徵，而應為個別原住民文化權中之狩獵權利部分所涵括，從而併受憲法保障。[22]

3、是法令未許個別原住民使用非自製獵槍部分，自不生侵害基本權致違憲問題。

4、另由獵物係上天（祖靈）所恩賜之禮物暨係上蒼所餘、所棄、有不全者[23]等觀點，槍枝之於狩獵，其使用必要性，更非無疑。再由和動物之間平等的文化信念和習慣[24]角度觀察，動物手無寸鐵，相對最高度進化並自詡為萬物之靈的人（不論其為原住民與否），已可以仗著人多勢眾、可以憑著槍枝以外的智能工具如弓箭、矛、刀械、陷阱、其他動物如狗等之使用或協助而大大增加獲勝機率，如認另必得再使用槍枝狩獵，自難認符合上述和動物之間平等的文化信念和習慣。此外，由原住民族傳統文化中，「非人」即原住民與萬物共為環境一部分，亦即超越人本位主義之高度智慧觀點[25]看，如何還能合理化必須允許原住民使用非自製槍枝狩獵，才算未侵害個別原住民文化權中之狩獵文化權利，否則即屬違憲？作為山林之守護者、巡視者之原住民，[26]應該理直氣壯地主張：獵殺野生動物尤其使用非自製獵槍獵殺野生動物，是自然環境賦與原住民的權利嗎？這與受領神靈恩賜之野生動物之概念、作為山林守護、巡視者之地位，沒有矛盾嗎？[27]

---

22 林淑雅教授提出之法庭之友意見書中，關於獵槍相關除罪問題部分之意見為從略，本席以為具深意。又上述聲請人提出之釋憲聲請陳報（五）狀附件 44 共 20 則各族關於狩獵文化內涵，稱有規範、禁忌、儀式、謙卑、崇敬及與獵物平等，但幾不涉槍枝及其使用，更無一肯定槍枝，甚至稱：因槍枝過多危害到動物生態。另卑南族 3 月 15 日補充意見書描述其狩獵文化部分及所錄祭儀詩歌也不涉槍枝及其使用。

23 參見卑南族 3 月 2 日法庭之友意見書及 3 月 15 日補充意見書。

24 同上。另參見社團法人臺東縣布農青年永續發展協會提出之法庭之友意見書。

25 參見社團法人臺東縣布農青年永續發展協會提出之法庭之友意見書。

26 參見 3 月 2 日卑南族法庭之友意見書。

27 卑南族 3 月 15 日補充意見書就此對持與其不同意見者，指係隱含了「文明化」的傲慢與歧視云云，本席尊重言論自由，但難以認同其意見，並以為此一指摘尚非合理。

五、自然生態保育為普世價值，也是原住民族文化的核心價值之一，二者不應該有衝突，而且自然生態保育理念本即為原住民族文化包括狩獵文化之上位價值，狩獵行為本即不能背離自然生態保育，是法令限制個別原住民以自用為目的之狩獵保育類野生動物行為，並對違反行為科處刑罰者，亦不生違憲問題：

（一）、憲法增修條文第 10 條第 2 項明定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。」即環境及自然生態保育受憲法明文保障。尤有甚者，我們只有一個地球！皮之不存、毛將焉附？人與其他生物、無生物同為環境之一部分，唯共存共續，別無他途！又自然生態保育本即是原住民族文化的上位核心價值、尊重及愛護生命更已是普世價值，從而妥適保育自然生態更應是先於憲法存在的自然原則。為我們自己、為我們的後代，保護山林動物，人人有責，不分種族、不分性別！

（二）、本件爭議的不是與原住民族傳統文化祭儀相關之狩獵及其獵物，[28]本件處理的是聲請人主張：個別原住民為自用目的之狩獵客體，除了目前之一般類野生動物外，並應兼及保育類野生動物，現有法令不許其為自用目的狩獵保育類野生動物，該等法令即應因侵害其狩獵文化權利而違憲等語。本席以為聲請人之主張應非有理，蓋：

1、任何受憲法保障之人民基本權均非絕對，如為公共利益必要，得限制之（憲法第 22 條及第 23 條規定參照）。

2、本席以為個別原住民之狩獵文化權利與保育類野生動物保護相較，保育類野生動物保護應優先，個別原住民狩獵文化權利應行退讓，其理由很簡單，自用之客體有其他選擇如經濟動物，沒有非以保育類野生動物為客體之必要。無必要的殺戮絕非任何族群之福。

3、本席理解所有野生動物包括保育類野生動物都可能曾經是原

[28] 請見附件一即行政院農業委員會與原住民族委員會共同發布之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 6 條附表。共 133 個項目，獵捕動物種類眾多，甚至包括第 1、2、3 級保育類野生動物 10 餘種（請見附件一及附表），數量未載明，討論過程中之例示一項有稱 40 隻者。

住民族的盤中飧，日常食物，主要蛋白質來源。但是時代已然不同，蛋白質來源多元，早已非必賴野味，否則無以存活；尤其保育類野生動物之保育與生態永續相關，係更重要公共利益，較諸個別原住民之自用目的，自然應無為個別原住民之自用，而捨保育類野生動物保護之理！[29]

4、或謂本件涉及個別原住民人性尊嚴。但不是所有與傳統文化相關者均當然影響到人性尊嚴，而且文化是活的，隨著時代改變，各民族的文化也不停地變，原住民族的狩獵文化亦然。也就是說，文化應該隨著時代進步而與時俱進，以前是對的，可以做的，不等於今天仍是對的，應該繼續做。更何況生態保育目的在環境永續、地球永續，這涉及到每一個人的生命權，當整個群體的生命權和另一個人或群體的人格尊嚴發生衝突時，應該選擇限制個人的權利，憲法如是說，原住民族古老智慧不也留有明訓麼！

5、總而言之，基於國家對環境及自然生態保護之積極義務，考量環境及自然生態保育不但已然為普世價值，亦係原住民族傳統文化之核心價值，其中飲食文化尤應與時俱進；復參酌保育類野生動物與自然生態平衡間密不可分，是野生動物保育法乃區分保育類、一般類野生動物而為不同強度之保護，亦即特別嚴予保護保育類野生動物，以期確實維護自然生態平衡之意旨（野生動物保育法第 1 條、第 3 條、第 4 條、第 16 條、第 18 條、第 21 條但書、第 24 條第 1 項、第 2 項、第 28 條、第 31 條、第 33 條至第 35 條、第 37 條至第 42 條、第 48 條、第 51 條之 1 及第 52 條等規定參照）等，本席以為得為傳統文化

[29] 史懷哲（Albert Schweitzer）說：「一切殘忍的習俗，不論在傳統中如何根深蒂固，不論帶有何等光環，善於思考的人都必須加以反對。當我們有所選擇的時候，我們必須避免對其他的生命造成傷害與折磨。」（The thinking person must oppose all cruel customs, no matter how deeply rooted in tradition and surrounded by a halo. When we have a choice, we must avoid bringing torment and injury into the life of another.）國際自然保育聯盟穿山甲保育專家組副主席喬納森・貝利（Jonathan Baillie）說：「在 21 世紀，我們真的不應該因吃而滅絕物種。」（In the 21st century we really should not be eating species to extinction.）

中以自用為目的部分之獵捕、宰殺或利用之野生動物客體，除有特殊例外（比如野生動物保育法第 18 條第 1 項第 1 款所示族群量逾越環境容許量、第 21 條等情形），並依法經主管機關許可者外，應不包括保育類野生動物，而僅限於一般類野生動物，始符憲法意旨。

六、本件解釋係以肯定原住民族傳統文化受憲法保障作基點，並已進一步肯認個別原住民之狩獵文化權利，屬憲法第 22 條所保障之一般行為自由範疇。因此，請勿單以宣告合憲或未宣告違憲之結論即推衍並錯誤解讀，甚至為大法官歧視原住民之說（大法官不當也不會故意歧視任何人）。又任何人都不應該有、而且應該注意避免有歧視、欺凌或傷害他人之舉，稍有同理心者當不難體會被歧視、欺凌、傷害者之痛苦；雖然他人也沒有權利要求受害人必須忘掉痛苦、放下、不要仇怨，但是即使放不下，也應該冤有頭債有主，不要罪及無辜，此乃事理之所應然。是如果其他族群有虧欠、傷害原住民族者，當負償還責任者是人，不是野生動物，保育類及一般類野生動物均不該是代罪羔羊。均併此呼籲。

七、如前所述，原住民中已有槍枝太多，危害自然生態之警語，依據本院之調查，單單管制中合法自製獵槍即有 6285 枝，[30]仍不敷原住民族傳統文化祭儀狩獵之用嗎？又聲請人主要訴求之一，自製獵槍不安全，屢見因而致使用者死傷部分：查槍枝有殺傷力，本質具危險性，而且經本院調查自 102 年至 110 年 4 月 14 日止，原住民使用獵槍誤擊傷亡 案件總計固有 50 件，但其中超過 8 成為非法持有槍枝（43 件），僅 7 件為合法自製獵槍所致。又該 7 件中僅 102 年 1 件是前膛槍（裝填火藥時膛炸，擊傷使用者之手臂）；其餘 6 件均為準後膛槍（喜得釘），其中 4 件發生於去年及今年，其中 1 件受傷者非使用者，2 件是騎乘機車過程中發生。[31]以上資訊似具參考價值，足供法院及

[30] 依據為內政部警政署提供之統計資料。

[31] 同前註。

各方反思參考。[32]

八、本席還想對下列本件解釋討論過程中觀察到的幾點，表達本席之關心：

（一）、一般人民不得製造、運輸、持有槍枝，基於對原住民族傳統文化、祭儀之尊重，法律已特予例外准許原住民得自製符合狩獵文化目的使用之槍枝。此種例外特許係為特定目的即狩獵文化之延續！查即使可將槍枝之自製非原住民族之傳統文化部分置而不論，惟單就獵槍之使用言，最高法院先在 102 年度台上字第 5093 號刑事判決中，未詳予分析、全無隻字提及後膛槍如何為延續原住民族狩獵文化所必要暨如何可同時符合公共安全之需要，即斷然認定原住民得使用後膛槍狩獵（可能因而衍生安全疑慮，請見註 32）；在本件釋憲聲請書中，又進而主張應與時俱進，准原住民使用現代科技化槍枝（例如後膛槍、連發槍、附瞄準鏡槍）狩獵，否則與兩公約所示協助原住民享受科技發展結果意旨不相契合等語，[33]均毫未由自然生態保育及公共安全著眼，真令人懷疑聲請人法官心中有無思考過：狩獵不是擁有強大火力之黑道間之火拼，也不是正義之師欲討伐暴政之舉，獵槍所要對付的，只是手無寸鐵的野生動物；又即使以人本位出發，對野

32 本席感想為：槍枝具殺傷力，應予高度管制。槍枝管制涉及專業，法院如欲涉入，必須非常謹慎！主管機關原考量安全性及殺傷力不能大而准原住民用以狩獵之自製獵槍僅為前膛槍，但因最高法院 102 年度台上字第 5093 號刑事判決，認應含後膛槍，主管機關乃於 103 年 6 月 10 日修正管理辦法中自製獵槍之定義，增加准使用準後膛槍（喜得釘）。惟上述這種自修正以來，可說是大幅增加合法自製獵槍使用傷亡數之事實，雖說應非法院所預見及樂見，但事實俱在，並已有判決當否之評論，值得作為法官的我們反省吧！又孟憲輝先生在其「原住民得合法使用制式獵槍政策之研究」中，另指出：使用喜得釘的準後膛槍若射擊單一彈丸之彈珠，其槍口動能極高、射程遠、且穿透力強，射出鋼珠威力強大，狩獵時容易造成跳彈或流彈，擊中目標獵物以外之人或物，衍生意外事件，也容易遭有心犯罪之人用為犯罪工具，本研究探討的殺人案例即為明證等。以上請參見孟憲輝先生上開研究報告，及「槍砲彈藥刀械管理條例所列自製獵槍管理問題之研究」等。又本席對於本件解釋認有自製獵槍不安全之事實，且係導因於法令部分，以為非無商榷餘地。

33 請見最高法院刑事第七庭釋憲聲請書。

生動物之存活可以不放心上，[34]但火力強大的現代進步獵槍，連警察配備之手槍都難以抗衡，警察的安危、人民的公共安全、治安，不必顧及嗎？難不成應該為個別原住民自用目的，而於其狩獵時以警力管制封山嗎？這不會太脫離現實嗎？看到最高法院法官這樣的聲請釋憲理由，本席憂心萬分，深深慨嘆！很抱歉容我以人民身分大聲對最高法院聲請法官說：這樣的看法，我很不以為然！

（二）、原住民族的傳統文化、祭儀之規定真的偏離現實嗎？

依據行政院農業委員會（下稱農委會）105 年 11 月 14 日農授林務字第 1050732417 號致最高法院函所附「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（下稱管理辦法）訂定歷程及相關會議資料，顯示：1、此一管理辦法係由農委會與原住民族委員會（下稱原民會）會銜於 101 年發布；2、農委會林務局於 93 年 9 月 8 日起即多次函請原民會提供各族傳統文化、祭儀、獵捕方式、期間、區域及獵捕動物種類、數量、期間等資料，並歷經 8 年、兩會多次會議才就該管理辦法包括第 6 條附表達成全部共識，並另於 104 年修正；3、上開附表即本意見書附件一，係按各原住民族別、區域別、傳統文化及祭儀名稱別、傳統文化及祭儀之獵捕期間別、獵捕方式別、獵捕動物之種類別等，並另加附註欄、說明（其中含屬生命禮俗如除喪等不定期活動）等均詳予列載，共計 133 項傳統文化及祭儀。看起來應係依事實編製，應非無據。

但是玉山國家公園管理處委託裴家騏教授研究，提出之 108－109 年度玉山國家公園轄區內及周邊地區原住民族歲時祭儀利用野生動物現況調查計畫案報告，其結果與討論部分，卻除了直指「現今祭典因應觀光產業與地方政府作為，轉為展演形式」外，並稱受訪者沒有聽過傳統祭儀中年祭，年輕一點的都沒有參加過傳統祭儀（開墾祭、播種祭、小米除草祭、射耳祭、小米收穫祭、進倉祭、年祭、豐年祭）印象、年長者的參加經驗停留在 40、50 年前之記憶。另當代狩獵原

[34] 即使由人本位出發，就野生動物之存活當然可以不放心上嗎？

因前三名是：空閒、季節性活動（視季節與個人需求為主）及鹿茸時期（鹿茸販賣，有經濟誘因）。上開調查結果與上開農委會及原民會會銜發布之附表，顯不相侔，到底何者符合事實？[35]如果原住民族傳統文化及祭儀如裴教授之調查報告所言：過去祭儀多伴隨農業耕作有所關聯，但已因面臨經濟社會的發展，以及宗教文化的變遷，而幾乎僅剩全鄉運動會時的展演項目。那麼個別原住民之狩獵文化權利更何所附麗？

（三）、裴教授研究結論亦直指現行管理辦法未能有效管理野生動物狩獵行為，並稱主管機關所採者為「無為式」管理策略，對於原住民狩獵申請，行政部門的審查與准駁所根據的，並非是野生動物族群的現況或科學性的族群資訊，管理上沒有科學化，亟待改善等。果真如此，我國的自然生態保育狀況及前景怎不令人擔憂？又裴教授針對上述政府管理不善，所提出之對策是邀請原住民參與，惟同一報告已點出：年輕人沒有成為受人尊敬的獵人、年輕人也多不尊敬其他獵人等，則其所提對策真的可行嗎，如何為可行呢？[36]

---

35 為此，並因為一直有管理辦法第 6 條附表之作成，未由原住民族各部落參與之質疑及指摘，本席乃進一步向原民會查詢，經原民會檢附作成當時相關過程資料回覆本席，節本如附件二。由附件二可確認上開對主管機關之指摘，偏離事實。

36 4 月中才剛發生 8 隻被斷頭的保育類動物水鹿被丟棄在丹大野溪溪床上，旁有「丹大獵人小恩到此一遊」之噴漆，好生諷刺！此情此景怎不令人唏噓！在本件解釋審查過程中，本席除了上網輕易就找到 2019 年及 2020 年山產野菜餐廳菜單，印就販售保育類野生動物肉供食用外，另調查地方法院刑事第一審被告違反野生動物保育法第 41 條規定有罪案件，自 100 年至 109 年共 353 件，384 人；其中 108 年至 109 年共 21 件，其中 11 件被告為原住民，獵物包括 32 隻國慶鳥（第 2 級珍貴稀有保育類，這是在冰箱中冷藏被查獲的，實際非法獵捕數量不知多少），及其他保育類動物。此外，裴教授報告載稱：「當代主要狩獵物種：山羊合計 32 隻、水鹿 24 隻…；誤捕物種：穿山甲合計 23 隻、黑熊 5 隻、石虎 4 隻、黃喉貂 3 隻、麝香貓 2 隻」（以上包括第 1、2、3 級保育類野生動物），其他新近報導如 2020 年 10 月 9 日「山老鼠肆虐、獵殺黑熊（第 1 級瀕臨絕種保育類）還 PO 網炫耀、檢察官宣戰滅鼠」之報導。野生動物保育法主管機關無為式管理策略，寧非空穴來風！主管機關已被指為對野生動物之保護管理亟待改善，真的還要如其於本件言詞辯論時所言，進

（四）、COVID-19 還在肆虐！好些有識之士早就預言跨物種傳染病侵襲人類的致命接觸，甚至出書警示，比如 2016 年中文版初版的大衛・逵曼（DavidQuammen）著「下一場人類大瘟疫」（Spillover）。這類書由調查過往病毒所帶來的嚴重傳染病，在 COVID-19 發生前，即預示與野生動物不當接觸包括吃帶有病毒的野生動物，將帶給人類大浩劫。果不其然，真的發生 COVID-19 大浩劫，迄今已有逾億人受感染，其中數百萬人死亡！過去經濟動物匱乏的時代，人類包括原住民族均不得不由野生動物處取得生存所必要之蛋白質。惟時至 21 世紀的今日，尤其在臺灣已有充裕衛生安全之經濟動物供食用，為自己及家人、族人的健康著想，繼續狩獵吃未經食品檢驗的野味，食的安心嗎？如果政府對自製獵槍的安全性應盡保護責任，那不必管狩獵物的食的安全衛生嗎？這一點怎麼都沒有人說，僅一昧地主張進一步開放保育類野生動物供狩獵自用呢？這中間不是存在著矛盾嗎？

（五）、依本席向主管機關查詢結果：野生動物保育法第 17 條第 1 項看似准許一般人得獵捕一般類野生動物，但事實上因迄無依該條第 2 項規定公告之辦法，即並未有得獵捕一般類野生動物區域之劃定，故迄今仍只有原住民族得依規定申請後，獵捕、宰殺、利用野生動物，一般人則連一般類野生動物均不得獵捕。又依附件一，原住民族得為傳統文化、祭儀目的獵捕之野生動物包括第 1、2、3 級保育類野生動物，不僅限於一般類野生動物（請見附表），更參酌註 36 所述，此部分本席至感憂心！而且此與前述原住民族文化核心價值應有未合。為自然生態永續計，建請相關機關及原住民族朋友考量並修訂刪

一步開放保育類野生動物供原住民狩獵自用嗎？自然生態保育豈非要雪上加霜，好令人憂心唷！自然生態環境沒有較野生動物保育法制定當時大幅改善，沒有放寬自然生態保育限制規定之堅強理由，寄望野生動物保育法主管機關勿忘要勇敢捍衛自己的職責，且立法院 93 年審議野生動物保育法時之附帶決議，即已有自用應限於一般類野生動物之意旨（請見立法院公報第 93 卷第 6 期院會紀錄第 244 頁及第 245 頁），農委會不該是那麼弱勢無助，自然生態保育不能是口號。

除得獵捕保育類野生動物部分。

九、請容我將本件意見書獻給陳奇祿先生及張豐緒先生，是他們讓我有機會經由耳濡目染，對臺灣原住民族文化及自然生態保育多少有一些認識，並作為我本件意見書所示看法的基礎。感恩！

臺灣目前共有 9 座國家公園，第 1 座是墾丁國家公園，是張豐緒先生於內政部長任內，在那個經濟掛帥的年代，排除萬難設立的，張豐緒先生因此獲中華民國國家公園學會於該會成立 20 週年時頒獎表揚。[37]陳奇祿先生則於文化部前身行政院文化建設委員會（下稱文建會）主任委員任內，推動文化資產保存法立法，並將動植物保育納入文化資產保護範圍。[38]另張豐緒先生與陳奇祿先生二人曾合作促成臺灣 5 種珍貴稀有特有種保育類野鳥納入國際鳥類保護聯盟（ICBP）出版的 Save the Birds 一書中。這 5 種珍貴稀有野生鳥類是：帝雉、黃魚鴞、紅尾伯勞、朱鸝及水雉，由陳先生公益手繪原稿捐贈 ICBP，著作權歸 ICBP。[39]中華民國自然生態保育協會則獲發行 Save the Birds 中文版（救救我們—從鳥類存亡看人類未來）的權利，其中臺灣鳥類這一章由劉小如女士及陳奇祿先生共同公益執筆。[40]

獵人≠拿起現代槍枝獵殺野生動物！張豐緒先生年輕時喜歡打鳥，及長反思，在 20 世紀 80 年代，結合一群專精動植物、自然生態保育的年輕人如劉小如、馬以工及李玲玲女士等，[41]創立上述中華民

---

37 請見 https://np.cpami.gov.tw/campaign2009/index.php?option=com_content&view=article&id=3081&Itemid=26，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 26 日。

38 71 年制定文化資產保存法第 3 條規定參照。最初立法當時，陳先生曾先囑我對草案全文提供意見供其參考。又 71 年當時尚無野生動物保育法等。

39 陳先生手繪時，我均在場親見，並曾陪他去舊圓山動物園看鴞；此外，陳先生也以文建會主委即文化資產保存法主管機關代表身分，參與主持櫻花鉤吻鮭首次復育野放武陵農場內七家灣溪。前兩年，司法院主管環境教育課程假武陵農場舉行，其中包括參訪七家灣溪櫻花鉤吻鮭之復育，意外得知該區域也正是黃魚鴞出沒處，兩種臺灣特有種第一級瀕臨絕種保育類及第二級珍貴稀有保育類野生動物竟有生態上關聯！

40 請見「救救我們」一書。

41 劉小如女士退休前為中央研究院動物研究所研究員、著名鳥類學家、動物生

國自然生態保育協會，終生致力保護自然生態。像張豐緒先生這樣，既有狩獵知識，又勤於學習、累積山林自然知識、進而反思後，終生致力自然生態保護者，才是新時代的酷酷酷獵人！本席以上說法是不是有點熟悉！這不就是前述令人感動的原住民族優良狩獵文化的具體呈現！本席深深寄望新一代原住民朋友，請不要將自己侷限在爭取使用現代化槍枝及獵殺利用野生動物，這麼小的格局上；效法臺灣原住民族祖先勇於探索未知、發揚祖先保護自然生態的先知先覺精神，這才是值得驕傲的文化傳承，這才酷！保育類野生動物尤其需要並值得你我保護，親愛的原住民及非原住民朋友，懇請大家一起呼籲政府將保育類野生動物排除於附件一得獵捕動物名單之外，一起落實自然生態保育！不只是因為我們只有一個地球，更因為「保護鳥類及牠們的生存環境，人類也保護了自己的生存環境與未來，我們每一個人都應該為這個目標盡一份心力」！[42]

態與行為學家；李玲玲女士為國立臺灣大學生態學與演化生物學研究所教授；馬以工女士為前監察委員、著名文化資產保護及自然生態保育人士。

42 引自救救我們一書的封底。且除了鳥類，還包括其他動植物等；除了盡保護責任外，當然更應該避免殺戮破壞。

附件一

原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第六條附表

族別	區域	傳統文化及祭儀名稱	傳統文化及祭儀之獵捕期間	獵捕方式	獵捕動物之種類	備註
阿美族	花蓮縣	狩獵祭	十一~十二月	獵槍、弓箭、傳統獵捕器、陷阱	臺灣野山羊、臺灣水鹿、白鼻心、山羌、野兔、麻雀、竹雞、蛇	
		捕鳥祭	十一~十二月	鳥踏仔、八卦網獵、傳統工具	一般類鳥類	花蓮市、鳳林鎮、吉安鄉
		豐年祭	七~九月	獵槍、傳統獵捕器	山豬、飛鼠、臺灣獼猴	玉里鎮
		成年禮	七~九月	捕鳥及捕魚工具	魚類、一般類鳥類	新城鄉、吉安鄉
		豐年祭	七~八月	獵槍、自製獵捕器	山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、臺灣獼猴、老鼠、白鼻心、野兔、山豬	新城鄉之部落文化傳統祭儀、吉安鄉部落共同舉辦祭儀
		迎新祭	一月	獵槍		新城鄉
		成年禮	八年一次	傳統撒網、傳統弓箭	魚類、一般類動物	吉安鄉阿美族男子進入成年時必須加入年齡階級，訓練期間完全採自給自足方式進行捕魚或狩獵以維持平日所需
		Mitelus（相撲）	三月	傳統工具、陷阱、鳥網、繩索	山豬及一般類動物	吉安鄉
		Talatuas（祭祖大典）	九~十月	陷阱、繩索	山豬、竹雞	
		Misalilio（捕鳥祭）	十一~十二月	鳥踏仔、八卦網	一般類鳥類	光復鄉
		Ilisin（豐年祭）	六~八月	傳統捕魚、陷阱、繩索、獵槍、弓箭	山羌、青蛙、臺灣獼猴、河蝦、野兔、蟹、魚、松鼠、鰻魚、白鼻心	
		祖靈祭	七~八月	傳統弓箭、陷阱等	山羌、野兔及山豬等一般類動物	
		生命禮俗(婚喪喜慶)	於獵捕活動前五日申請	獵槍、弓箭、陷阱、繩索、漁網	一般類動物及魚類	

		山河祭	四~五月	傳統封溪、獵槍、陷阱	山豬、山羌及一般類魚類	豐濱鄉
		豐年祭	七~九月	獵槍	山豬、飛鼠	富里鄉
		Milising（豐年祭）	七~八月	陷阱、繩索、傳統獵捕器	一般類鳥類、山豬	南勢阿美
		Masaliliw(捕鳥祭）	十一~十二月			
		Misapunis（祭典前野外野餐、檢討會、祭拜山神或祖先）	七~八月			無統稱說法，多為舉辦祭典前設陷阱並辦理野外野餐、為豐年祭前之檢討會或為祭拜山神感謝等行為，目前僅有水連部落存有此類傳統文化
阿美族	臺東縣	豐年祭前祭	六~七月	傳統捕魚、漁網、魚藤、魚槍、八卦網、圍網、傳統捕魚工具、陷阱、傳統獵捕器、十字弓	青蛙、河蝦、螃蟹、毛蟹、魚類、鰻魚、水中生物、高身鯧魚、九孔、海膽、海蛋、水母、龍蝦、章魚、貝類、海參、山羌、山豬、臺灣野山羊、白鼻心、飛鼠、松鼠、山鼠、一般類鳥類	傳統捕魚係包含抽水、kapar、tarakar及parakaw（kapar為捕魚時用來取代手掌之木製舀水器、Tarakar係指捕魚的器具（亦為陷阱之通稱）、Parakaw則指捕魚之動作）
		豐年祭	七~九月			
		豐年祭河祭	七~八月			
		海祭	四~五月			
		河祭	四~五月			
		Paklang（巴格浪）	八~十月			
		祈雨祭	四~九月			
		太陽祭	五月			
		生命禮俗(除喪祭）	於獵捕活動前五日申請			
泰雅族	宜蘭縣	祖靈祭	七~二月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、捕獵器	山豬、飛鼠、山羌、臺灣野山羊、白鼻心、伯勞鳥、臺灣獼猴	大同鄉、南澳鄉
泰雅族	新北市	祖靈祭	七~九月			烏來區
泰雅族	桃園市	祖靈祭	七~十二月			復興區
		生命禮俗(結婚）	於獵捕活動前五日申請			
泰雅族	新竹縣	祖靈祭、感恩祭	七~十二月	獵槍	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山豬、臺灣獼猴、溪魚、穿山甲、白鼻心、	五峰鄉、尖石鄉
		生命禮俗(婚喪喜慶）	於獵捕活動前五日申			

			請		飛鼠	
泰雅族	苗栗縣	祖靈祭	七~十二月	傳統狩獵工具、弓箭、獵槍	臺灣野山羊、山豬、飛鼠、白鼻心	泰安鄉、獅潭鄉、南庄鄉
		生命禮俗(婚喪喜慶)	於獵捕活動前五日申請			
泰雅族	臺中市	感恩祭、文化節	十~三月	傳統獵捕器、陷阱	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山豬、飛鼠、山羌、臺灣獼猴	和平區
泰雅族	南投縣	霧社文化季	十~一月	獵槍、陷阱、傳統獵捕器		仁愛鄉
排灣族	屏東縣	Maliba（麻里巴狩獵祭）	七~九月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱	山豬、飛鼠、松鼠、熊鷹（頭飾使用之羽毛）、山羌、臺灣野山羊	獅子鄉特有文化傳統祭儀
		Palisi da Masubali（稻米祭）	十一月	獵槍、傳統獵捕器	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山豬、山羌、飛鼠	牡丹鄉特有文化傳統祭儀
		Palisi（祖靈祭占卜）	八~十二月	獵槍、傳統獵捕器		
		生命禮俗(嬰兒出生、滿月、房屋落成)	於獵捕活動前五日申請	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、弓箭	山羌、山豬、臺灣野山羊、飛鼠、野兔、雉雞、臺灣獼猴、臺灣水鹿	三地門鄉、來義鄉、瑪家鄉、泰武鄉、春日鄉、獅子鄉、牡丹鄉、滿州鄉
		感恩祭		獵槍、十字弓、傳統獵捕器、傳統陷阱、犬獵	山豬、山羌、臺灣野山羊、松鼠、山老鼠、臺灣獼猴、飛鼠、臺灣水鹿、溪魚、溪蝦	
		播種祭		陷阱、獵槍、傳統獵捕器	山羌、臺灣野山羊、山豬、飛鼠、臺灣獼猴、臺灣水鹿、溪魚	
		生命禮俗(結婚、慰喪、除喪、成年禮、尋根、傳統身分象徵飾物)		陷阱、傳統獵捕器、獵槍、射箭、矛、刀、犬獵	山豬、山羌、臺灣野山羊、臺灣獼猴、鼬獾、雉雞、大冠鷲、鵂鶹、蛇類、兔子、山鼠、熊鷹（頭飾使用之羽毛）	
		豐年祭	六~九月			

		五年祭 五年後祭送善靈	十~二月	傳統獵捕器	熊鷹（頭飾使用之羽毛）、山豬、山羌、臺灣野山羊、飛鼠	
排灣族	臺東縣	六年祭（送靈祭）	一~二月	獵槍、傳統獵捕器、套索、犬獵、圍獵、魚藤	山豬、臺灣野山羊、臺灣水鹿、山羌、白鼻心、臺灣獼猴、一般類鳥類、鼠類、毛蟹	達仁鄉、金峰鄉
		五年祭（馘首祭）	十月			達仁鄉（土坂）、金峰鄉
		稻米祭	十二~一月			
		祈雨祭	一~二月			
		小米播種祭	一~四月			
		尋根祭祖	三~四月			
		小米收穫祭	七~八月			
		入倉祭	八~九月			
		狩獵季	十一~十二月			
		生命禮俗（嬰兒出生、成年、結婚、除喪）	於獵捕活動前五日申請			
布農族	南投縣、嘉義縣、高雄市、臺東縣、花蓮縣	開墾祭	十一~十二月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、犬獵	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山豬、飛鼠、山羌、臺灣獼猴、白鼻心	
		播種祭	一月~二月			
		小米除草祭	二月~四月			
		射耳祭	三月~五月			
		小米收獲祭	六月~七月			
		進倉祭	八月			
		年祭	九月~十月			
	南投縣	Pasuntamul感恩祭	八月			仁愛鄉卓社特有文化祭儀
	南投縣	豐年祭	十一月	獵槍	山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、野豬、飛鼠	信義鄉巒社、卡社、丹社特有文化傳統祭儀
	南投縣	霧社文化季	十~隔年一月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山	仁愛鄉特有文化祭儀活動

					豬、飛鼠	
卑南族	臺東縣	Semasahalan（聯合年祭）	一月	獵槍、十字弓、傳統獵捕器、套索、犬獵	山羌、臺灣水鹿、臺灣野山羊、山豬、飛鼠、野兔、山鼠、山壕、竹雞	卑南族數個部落族人聚集於某部落做文化交流，歡度慶典
		Muhamut（婦女小米除草慶完工）	三~四月			敬拜祖靈、祖先及文化傳承；男性獵獸供工作辛勤之婦女食用
		Karawakan（小米收穫祭）	七~八月			獵取後在敬拜祖靈、祖先後供族人享用
		Emalrawa（祭祖）	十~十二月			部落族人集體敬拜祖靈及祖先（知本部落部分）
		Amiyan（年祭）	十二~一月			年祭包含少年猴祭-Mangamangayaw（青年狩獵祭儀）、大獵祭- Mangayau（成人狩獵祭儀），而聯合年祭為數個部落共同舉辦之祭儀
		生命禮俗（Paladwk na salemaenan、Kulapus家庭除喪、Pa´adal家庭祭祖、嬰兒出生、結婚、房屋落成）	於獵捕活動前五日申請			
魯凱族	屏東縣、高雄市	小米祭（燃火祭、共生祭、男丁禮、占卜、勇士祭、聖潔祭、平安祭）	六~十一月	傳統獵捕器、獵槍、陷阱、放繩索套、刀、弓箭	山豬、臺灣水鹿、臺灣野山羊、山羌、熊鷹（頭飾使用之羽毛）	貢品給獵場管理者、傳統領袖（Taliyalalai）
		生命禮俗（解除素服、認祖歸宗（尋根）、結婚、訂婚、百合花禮儀、義結金蘭禮儀、慰喪、傳統身分象徵、宗教特定節慶日	於獵捕活動前五日申請		山豬、臺灣水鹿、臺灣野山羊、山羌、飛鼠、白鼻心、穿山甲、臺灣獼猴、熊鷹（頭飾使用之羽毛）、藍腹鷴、帝雉、竹雞、魚類、蝦類、蟹類、青蛙類	
魯凱	高雄	Tapakarhavae	十~十二	傳統獵捕器、獵槍、陷阱、放繩索套、刀、弓箭、魚籐、魚網、釣具、竹籠		

族	市	（黑米祭）	月		、松鼠、野兔、山壕	
		祖靈祭（姆拉巴巫賴）	三~六月			萬山里
		Potatale（祈雨祭）	三~六月			茂林里
		求珠祭	六~十一月			祈求琉璃珠
		Molavinahae（神石（獨菜）祭）	七~八月			萬山里
魯凱族	臺東縣	小米祭	七月	獵槍、弓箭、傳統獵捕器、陷阱、魚藤、魚網、獵刀、長茅	山羌、臺灣野山羊、臺灣獼猴、高身鋸魚、何氏棘魚、苦花、溪蟹、溪蝦、鱸鰻、青蛙、白鼻心、野兔、松鼠、爬岩鰍、深山竹雞、環頸雉	
		祖靈祭	五~六月			
		傳統狩獵祭	十一~十二月			
		祈雨祭	三~四月			
		生命禮俗（除喪祭）	於獵捕活動前五日申請			
鄒族	南投縣、嘉義縣、高雄市	Miyapo（小米祭、播種祭）	十一月~一月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、釣竿、魚網、犬獵、魚藤、魚叉、魚筌、箭獵、焚獵、彈弓	山羌、山豬、臺灣水鹿、飛鼠、臺灣野山羊、雉雞、大冠鷲、松鼠、臺灣獼猴、溪魚、溪蝦、河鰻、螃蟹	北鄒cou
		Mayasvi（戰祭）	十二月~三月			
		Homeyaya（小米收穫祭）	五~八月			
		Mevomu（家祭）	不定期（達邦社家祭與戰祭一同舉行）			
		感恩祭（Siuski）	六~九月			僅於來吉部落
		P’ani na maameoi（祭祖）	三~五月			北鄒cou
鄒族	高雄市	kilalialisaku（河祭）	五~六月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、釣竿、漁網、魚藤	山羌、山豬、臺灣水鹿、飛鼠、臺灣野山羊、溪魚、溪蝦、螃蟹	桃源區南鄒sa’ alua
		kilaliali takiaru（貝神祭）	二~三月			
		apikaonga（進倉祭）	八~九月			

鄒族	嘉義縣、高雄市	開墾祭	十一~十二月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、釣竿、網獵、犬獵、魚藤、魚叉、魚筌、箭獵、焚獵、彈弓	山羌、山豬、臺灣水鹿、臺灣野山羊、臺灣獼猴、飛鼠、松鼠、雉雞、大冠鷲、溪魚、溪蝦、河鰻、蛇（百步蛇除外）	南鄒kanakanavu
		播種祭	二~三月			
		河祭	四~六月			
		米貢祭	八~十月			
		生命禮俗（家祖祭）	於獵捕活動前五日申請			
		感恩祈福祭	十二月~一月			
		祭祖	十一~十二月			
賽夏族	新竹縣、苗栗縣	Pitaza’（播種祭）	三~四月	傳統獵捕方式及工具（含魚網、陷阱、獵槍）	山豬、山羌、臺灣野山羊、臺灣獼猴、白鼻心、飛鼠、野鼠、松鼠、野兔、鼬獾、溪魚、溪蝦、河鰻、蟹、竹雞、一般類鳥類	新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；播種祭：國曆四月中旬（南庄鄉向天湖部落舉行，約清明節後二週）
		Oemowaz ka kawas（祈天祭）	一~三月，四~五月			一、新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；目的為祈晴、祈雨、鎮風或驅疫 二、偶數年辦理農曆三月中旬於南庄鄉大湳部落舉行 三、祈天祭含以下祭典儀式： （一）鎮風祭（農曆一月二十日、三月中旬），由風氏家族主持 （二）祈晴祭（農曆一月二十五日）由夏與解姓主持 （三）祈雨祭（農曆三月中旬）由潘姓氏族主持 （四）雷神祭（農曆四月十

						八日）為芎氏家族主持
		Tinato kathelkat（帝那度火神祭）	二~三月			新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；火神祭（農曆二月十五日）由五峰鄉趙氏家族主持
		Baki soro（生日）	二~三月			新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；農曆二月二十五日本祭典不宰殺任何動物
		Pasta’ay（巴斯達隘－矮靈祭）	九~十月			新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；巴斯達隘（農曆十月中旬）祭典期間不上山打獵，可捕魚
		Pasbaki’（祖靈祭）	五~七月、十~十二月			新竹縣五峰鄉，苗栗縣南庄鄉、獅潭鄉；由各氏族辦理每年二次（六月及十二月）
邵族	南投縣	Matansun（狩獵祭）	農曆七月一日~八月一日	獵槍、傳統獵捕器、陷阱、弓箭、矛、魚笙、蝦籠	山豬、飛鼠、山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、魚類、一般類鳥類	獵捕區域於日月潭國家風景區
		Lus’an（祖靈祭）	農曆八月一日~八月三十日			
噶瑪蘭族	花蓮縣、臺東縣	祖靈祭	十二月	獵槍、十字弓、傳統捕器、陷阱、鳥仔踏	一般類鳥類、山羌、臺灣水鹿、山鼠、飛鼠、山豬、臺灣獼猴、白鼻心	
		入倉祭	六月、十二月		一般類鳥類、山羌、臺灣水鹿、山鼠、飛鼠、山豬、臺灣獼猴、白鼻心、魚類	
		豐年祭	七~八月			
太魯閣族	花蓮縣	感恩祭	十~三月	傳統弓箭、獵槍、陷阱、傳統獵捕器、一般獵具	山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、臺灣獼猴	

		祖靈祭	八月		、山豬、飛鼠、野鼠、山壕、山老鼠、穿山甲、魚、蝦、蟹等野溪動物	
撒奇萊雅族	花蓮縣	Misataluan（搭房寮祭）	一月	傳統工具、陷阱、捕獸具、傳統獵捕器、網、刀、弓箭、彈弓、結繩、獵槍、鋼絲、鏢槍、犬獵	山豬、山羌、臺灣獼猴、臺灣野山羊、白鼻心、山藤、野兔、松鼠、田鼠、山雞、野鴨、臺灣水鹿、飛鼠、夜鷺、一般類鳥類、伯勞鳥、竹雞、鷹（頭飾使用之羽毛）、蛇類、野蜂	撒奇萊雅族特有傳統文化祭儀
		Misadabek（敬老尊賢）	一月			
		Hamaybaky Misatolon（長老賜福祭）	一~三月			
		Misaomah（農耕祭）	二月			
		Itiway（木神祭成年禮）	二~三月			
		Misatumuh（迎春祭）	三月			
		Mibahbah（驅邪祭）	四月		山豬	
		Misatipus(五庫穀祭）	六月	傳統工具、陷阱、捕獸具、傳統獵捕器、網、刀、弓箭、彈弓、結繩、獵槍、鋼絲 、鏢槍、犬獵、漁網、樹枝、草、竹、魚簍、竹排、木船、八卦網	山豬、山羌、松鼠、田鼠、山雞、臺灣獼猴、臺灣野山羊、山藤、野兔、野鴨、野鴿、臺灣水鹿、飛鼠、白鼻心、夜鷺、鷹（頭飾使用之羽毛）、季節鳥、麻雀、伯勞鳥、竹雞、鳥類、蛇類、野蜂、魚類、蝦、魚苗、海螺、貝類、海膽、海蔘、鰻、螃蟹、九孔、龍蝦、章魚、蛙類	撒奇萊雅族特有傳統文化祭儀
		Misaurad(祈雨祭）	六月			
		Misaponis野餐節(流浪節）	七~八月			
		Malalikid(豐年祭）	八~九月			
		Milisin(年齡階級競賽）	七~八月	傳統方式	鷹（頭飾使用之羽毛）、藍腹鷴（頭飾使用之羽毛）、雉雞（頭飾使用之羽毛）	

		Mirecok（巫師祭）	九月	傳統工具、陷阱、捕獸具、傳統獵捕器、網、刀、弓箭、彈弓、結繩、獵槍、鋼絲 、鏢槍、犬獵	山豬	撒奇萊雅族特有傳統文化祭儀
		Palamal（火神祭）	十月			
		Misalilio（狩獵祭）	十月		山豬、山羌、臺灣獼猴、臺灣野山羊、臺灣水鹿、白鼻心、松鼠、田鼠、野兔、飛鼠、山雞、山藤、野鴨、夜鷺、竹雞等一般類鳥類、鷹（頭飾使用之羽毛）、伯勞鳥、蛇類、野蜂	
		Mibohat to resok（捕鳥節）	十一~十二月			
		Misatipus（五庫穀祭）	十二月	傳統工具、陷阱、捕獸具、傳統獵捕器、網、刀、弓箭、彈弓、結繩、獵槍、犬獵、鋼絲、漁網、樹枝、草、竹、魚簍、竹排、木船、八卦網、魚槍、毒藤	山豬、山羌、臺灣獼猴、臺灣野山羊、臺灣水鹿、白鼻心、松鼠、田鼠、野兔、飛鼠、山雞、山藤、野鴨、夜鷺、竹雞等一般類鳥類、鷹（頭飾使用之羽毛）、伯勞鳥、蛇類、蛙類、蝸牛、野蜂、魚類、蝦、魚苗、海螺、貝類、海膽、海蓼、鰻、螃蟹、九孔、龍蝦、章魚	撒奇萊雅族特有傳統文化祭儀
		生命禮俗（Malalikeloh（結婚）、Bakilumae（房屋落成）、Sibili（婦女懷孕）、Muleceh misapulad（嬰兒出生））	於獵捕活動前五日申請			
賽德克族	南投縣、花蓮縣	收獲祭	十月~二月	獵槍、十字弓、傳統捕器、陷阱（十字弓、弓箭）	山羌、臺灣野山羊、臺灣水鹿、臺灣獼猴、山豬、白鼻心、飛鼠、野鼠、山壕	南投縣仁愛鄉，花蓮縣卓溪鄉、萬榮鄉、秀林鄉
	南投縣	霧社文化季	十~隔年一月	獵槍、傳統獵捕器、陷阱	臺灣野山羊、臺灣水鹿、山豬、飛鼠	仁愛鄉特有文化祭儀活動

說明：

一、 本表僅列出臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動

物必要者之文化祭儀。

二、 臺灣原住民族所獵捕野生動物之方式或種類，非野生動物保育法禁止者（如達悟族之飛魚祭，阿美族之捕魚祭（Milaedis）、祈雨祭、河祭、海祭、捕魚祭、豐年祭、Pakelang、Sacepo'、飛魚祭，排灣族之捕魚祭、毛蟹祭、油帶魚祭，卑南族之捕魚祭（Padawak），噶瑪蘭族之海祭，撒奇萊雅族之 Miladis（海祭）Mibalidas（拔河節）Miladis（捕魚祭）），不列入附表內。

三、 生命禮俗如：結婚、除喪（解除素服）、成年、房屋落成、尋根、家（祖）祭等附表中提到之不定期活動，須依第四條規定於獵捕活動五日前申請。

四、 本表所列獵槍及魚槍應符合槍砲彈藥刀械管制條例規定，並取得執照。

附表：原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第六條附表所列動物與保育類野生動物公告之關係

系爭管理辦法第六條附表所列動物	是否為保育類野生動物？等級？[43]	系爭管理辦法第六條附表所列動物	是否為保育類野生動物？等級？
臺灣野山羊	是 III:表示其他應予保育之野生動物	海螺	否
臺灣水鹿	是 III:表示其他應予保育之野生動物	魚苗	否
白鼻心	否	夜鷺	否
山羌	否	野鴿	否
野兔	否	野蜂	否
麻雀	視品種而定。[44]	鰻魚[45]	否
深山竹雞[46]	是 III:表示其他應予保育之野生動物	環頸雉	是 II:表示珍貴稀有野生動物。

[43] 保育等級符號說明：Ⅰ：表示瀕臨絕種野生動物。Ⅱ：表示珍貴稀有野生動物。Ⅲ：表示其他應予保育之野生動物。

[44] 山麻雀：Ⅰ級。

[45] 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中：鰻，有鰻、河鰻、鰻魚及鱸鰻等稱呼。惟均非保育類動物，固僅以鰻魚為代表。

蛇類[47]	視品種而定。[48]	貝類	否
鳥類	視品種而定。[49]	爬岩鰍	視品種而定。[50]
山豬	否	海膽	否
飛鼠	否	伯勞鳥	視品種而定。[51]
臺灣獼猴	否	海蓼	否
魚類	視品種而定。[52]	苦花	否
龍蝦	否	何氏棘魚	否
穿山甲	是 Ⅱ：表示珍貴稀有野生動物。	帝雉	是 Ⅱ：表示珍貴稀有野生動物。

46 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中，尚有竹雞，竹雞為一般類鳥類，外型與深山竹雞近似，惟深山竹雞屬保育類野生動物。根據台灣野鳥圖鑑，竹雞腳是綠褐色、尾羽較長、喉部栗褐色、胸以下有鱗狀斑；深山竹雞腳是紅色、頰、喉及頸部白色部分醒目，竹雞還算常見，但深山竹雞已不易見到。https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/182743，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 23 日。

47 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中，有稱蛇或蛇類。惟其意相同，故僅以蛇類稱之。

48 金絲蛇：Ⅰ級。高砂蛇：Ⅲ級。黑眉錦蛇：Ⅲ級。唐水蛇：Ⅱ級。鉛色水蛇：Ⅲ級。斯文豪氏游蛇：Ⅲ級。赤腹游蛇：Ⅱ級。羽鳥氏帶紋赤蛇：Ⅱ級。環紋赤蛇：Ⅲ級。梭德氏帶紋赤蛇：Ⅱ級。鎖蛇：Ⅱ級。百步蛇：Ⅱ級。阿里山龜殼花：Ⅱ級。菊池氏龜殼花：Ⅲ級。哈特氏蛇蜥：Ⅱ級。食蛇龜：Ⅰ級。草花蛇：Ⅲ級。

49 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中，有稱一般類鳥類或鳥類者，前者排除保育類鳥類；後者於現行臺灣保育類野生動物名錄中共計有 108 種鳥為保育類，詳參 https://taibnet.sinica.edu.tw/chi/taibnet_coa214.php?fr=y，最後瀏覽日期：2021 年 4 月 23 日。

50 台東間爬岩鰍：Ⅱ級。南台中華爬岩鰍：Ⅲ級。埔里中華爬岩鰍：Ⅲ級。

51 紅尾伯勞：Ⅲ級。

52 台東間爬岩鰍：Ⅱ級。南台中華爬岩鰍：Ⅲ級。埔里中華爬岩鰍：Ⅲ級。台灣梅氏鯰：Ⅲ級。大鱗梅氏鯰：Ⅲ級。台灣副細鯽：Ⅱ級。巴氏銀鮈：Ⅰ級。飯島氏銀鮈：Ⅰ級。櫻花鉤吻鮭：Ⅰ級。台灣鮭：Ⅲ級。（以上均為淡水魚）；隆頭鸚哥魚：Ⅱ級。曲紋唇魚：Ⅱ級。鈍鋸鱔：Ⅰ級。（以上為海水魚）。

老鼠[53]	否	藍腹鷴	是 Ⅱ：表示珍貴稀有野生動物。
一般類[54]動物	否	山壕	否
蛙類[55]	視品種而定。[56]	海蛋	否
蝦[57]	否	鵪鶉	否
蟹[58]	視品種而定。[59]	大冠鷲	是 Ⅱ：表示珍貴稀有野生動物。
松鼠	否	鼬獾	否
章魚	否	九孔	否
水母	否	雉雞[60]	否
高身鰁魚	否	熊鷹	是 Ⅰ：表示瀕臨絕種野生動物。
鷹	視品種而定。[61]		

53 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中：老鼠，有老鼠、野鼠、田鼠、山老鼠及鼠類等稱呼。惟均非保育類動物，固僅以老鼠為代表。

54 一般類：指保育類以外之野生動物。野生動物保育法第 4 條第 1 項第 2 款。

55 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中，有以青蛙、蛙及蛙類等稱呼。僅以蛙類為代表。

56 豎琴蛙：Ⅱ級。金線蛙：Ⅲ級。台北赤蛙：Ⅱ級。諸羅樹蛙：Ⅱ級。橙腹樹蛙：Ⅱ級。翡翠樹蛙：Ⅲ級。台北樹蛙：Ⅲ級。

57 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中：蝦，有河蝦、溪蝦及蝦類。惟均非保育類動物，固僅以蝦作為代表。

58 系爭管理辦法第 6 條附表所列動物中：蟹，另有螃蟹、溪蟹、毛蟹及蟹類。惟僅以蟹作為代表。

59 椰子蟹：Ⅱ級。

60 山雞，又名野雞、雉雞。

61 日本松雀鷹：Ⅱ級。北雀鷹：Ⅱ級。赤腹鷹：Ⅱ級。鳳頭蒼鷹：Ⅱ級。松雀鷹：Ⅱ級。灰面鵟鷹：Ⅱ級。魚鷹：Ⅱ級。東方蜂鷹：Ⅱ級。赫氏角鷹：Ⅰ級。褐鷹鴉：Ⅱ級。

附件二

訂定「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」附表歷程總表

項次	發文日期	文號	主旨	備註
1	97.08.07	原民經字第0970036176	檢送97.07.16召開「原住民族基於傳統文化、祭儀需要獵捕野生動物相關調查研商說明會」會議記錄及「原住民族基於傳統文化、祭儀需要獵捕野生動物相關資料一覽表」各1份。	第一次函請地方政府協助調查，並於97.08.20前提送本會。
2	98.02.10	原民經字第0980005527	檢送「原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表」。	第二次函請地方政府協助調查，並於98.03.06前提送本會。
3	98.06.08	原民經字第0980026957	檢送「原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表」請貴單位協助調查並填妥相關資料。	第三次函請縣(市)政府協助調查，並於98.06.10前提送本會。
4	99.04.20	原民經字第0990017136	檢送「原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表」。	彙整各地方政府調查資料提送農委會林務局。
5	99.08.26	原民經字第0990046027	檢送「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法（草案）」第六條附表。	彙整各地方政府調查資料提送農委會。
6	100.01.03	原民經字第09900715641	訂於100.01.04召開「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」（草案）附表內容研商會議。	邀集本會聘用委員提供意見。
7	100.01.11	原民經字第1001001026	檢送100.01.04召開「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」（草案）附表內容研商會議紀錄。	
8	100.01.31	原民經字第1001004715	訂於100.02.10召開「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」（草案）會議。	
9	100.02.22	原民經字第1001007745	檢送100.02.10召開「研商原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物相關資料調查計畫（草案）」會議紀錄及辦理「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」。	函請縣(市)政府於100.03.18前召開徵詢會議，並將調查結果提送本會。
10	101.02.02	原民經字第1010004349	檢送修正「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」（草案）附表。	

檔　號：
保存年限：

行政院原住民族委員會　函

地址：103 台北市大同區重慶北路 2 段 172 號
承辦人：許慧琦
電話：(02)2557-1600 分機 1507
傳真：(02)2557-5942
EMAIL：lawa0711@apc.gov.tw

受文者：本會經濟及公共建設處

發文日期：中華民國 97 年 8 月 7 日
發文字號：原民經字第 0970036176 號
速別：最速件
密等及解密條件或保密期限：
附件：如主旨

主旨：檢送 97 年 7 月 16 日召開「原住民族基於傳統文化、祭儀需要獵捕野生動物相關調查研商說明會」會議紀錄及「原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表」各乙份，請　查照。

說明：

一、依據 97 年 7 月 16 日召開「原住民族基於傳統文化、祭儀需要獵捕野生動物相關調查研商說明會」會議紀錄辦理。

二、請　貴府依據會議決議彙整旨揭相關資料並於 97 年 8 月 20 日前陳報本會，俾利制定「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法（草案）」作業之進行，逾期不予受理。

正本：臺北縣政府、宜蘭縣政府、桃園縣政府、新竹縣政府、苗栗縣政府、臺中縣政府、南投縣政府、嘉義縣政府、高雄縣政府、屏東縣政府、臺東縣政府、花蓮縣政府
副本：臺北縣烏來鄉公所（含附件）、宜蘭縣大同鄉公所（含附件）、宜蘭縣南澳鄉公所（含附件）、桃園縣復興鄉公所（含附件）、新竹縣關西鎮公所（含附件）、新竹縣尖石鄉公所（含附件）、新竹縣五峰鄉公所（含附件）、苗栗縣南庄鄉公所（含附件）、苗栗縣獅潭鄉公所（含附件）、苗栗縣泰安鄉公所（含附件）、臺中縣和平鄉公所（含附件）、南投縣魚池鄉公所（含附件）、南投縣信義鄉公所（含附件）、南投縣仁愛鄉公所（含附件）、嘉義縣阿里山鄉公所（含附件）、高雄縣茂林鄉公所（含附件）、高雄縣桃源鄉公所（含附件）、高雄縣那瑪夏鄉公所（含附件）、屏東縣滿州鄉公所（含附件）、屏東縣霧臺鄉公所（含附件）、屏東縣瑪家鄉公所

（含附件）、屏東縣泰武鄉公所（含附件）、屏東縣來義鄉公所（含附件）、屏東縣春日鄉公所（含附件）、屏東縣獅子鄉公所（含附件）、屏東縣牡丹鄉公所（含附件）、屏東縣三地門鄉公所（含附件）、臺東縣臺東市公所（含附件）、臺東縣成功鎮公所（含附件）、臺東縣關山鎮公所（含附件）、臺東縣卑南鄉公所（含附件）、臺東縣大武鄉公所（含附件）、臺東縣太麻里鄉公所（含附件）、臺東縣東河鄉公所（含附件）、臺東縣長濱鄉公所（含附件）、臺東縣鹿野鄉公所（含附件）、臺東縣池上鄉公所（含附件）、臺東縣延平鄉公所（含附件）、臺東縣海端鄉公所（含附件）、臺東縣達仁鄉公所（含附件）、臺東縣金峰鄉公所（含附件）、臺東縣蘭嶼鄉公所（含附件）、花蓮縣花蓮市公所（含附件）、花蓮縣鳳林鎮公所（含附件）、花蓮縣玉里鎮公所（含附件）、花蓮縣新城鄉公所（含附件）、花蓮縣吉安鄉公所（含附件）、花蓮縣壽豐鄉公所（含附件）、花蓮縣光復鄉公所（含附件）、花蓮縣豐濱鄉公所（含附件）、花蓮縣瑞穗鄉公所（含附件）、花蓮縣富里鄉公所（含附件）、花蓮縣秀林鄉公所（含附件）、花蓮縣卓溪鄉公所（含附件）、花蓮縣萬榮鄉公所（含附件）、本會經濟及公共建設處（含附件）

主任委員 章仁香

依權責劃分規定授權業務主管決行

共2頁 第2頁

原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表

填表單位：○○縣○○鄉公所

填表日期：○○年○月○日

編號	部落(村、社區)名稱	族別	祭儀(慶典)活動名稱	舉辦月份	狩獵期間	獵捕動物之種類及數量	獵捕區域	獵捕方式	動物處理方式	祭儀(慶典)之重要文化意涵
ex.	○○部落	泰雅族	祖靈祭	12月至1月	12月10日至1月20日	長鬃山羊3隻 水鹿2隻 飛鼠20隻 山豬3隻	部落傳統獵區(自○○至○○)	獵槍、獸夾、陷阱	祭儀活動結束后族人共享	
11										
12										
13										
14										
15										
16										
17										
18										
19										
20										

檔　　號：
保存年限：

行政院原住民族委員會　函

地址：103 台北市大同區重慶北路 2 段 172 號
承辦人：許慧琦
電話：(02)2557-1600 分機 1507
傳真：(02)2557-5942
EMAIL：lawa0711@apc.gov.tw

受文者：本會經濟及公共建設處

發文日期：中華民國 98 年 2 月 10 日
發文字號：原民經字第 0980005527 號
速別：最速件
密等及解密條件或保密期限：
附件：如主旨

主旨：檢送本會彙整「原住民族基於傳統文化祭儀獵捕野生動物相關資料調查一覽表」，請依說明事項辦理，請　查照。

說明：

一、本會為會同行政院農業委員會訂定「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法（草案）」，於 97 年 8 月 7 日以原民經字第 0970036176 號函（諒達）請　貴府協助調查相關資料並填妥上開調查一覽表，並經本會彙整各縣資料如后（詳附表一），合先敘明。

二、因本案調查一覽表將隨上開辦法一併公告，相關資料需確實由各社區、村、里（部落）提出並符合實際狀況。經初步調查原住民族地區有 733 個部落，顯與本案調查表有落差，為尊重各原住民族傳統文化及其狩獵權益，請　貴府再行補充或檢視，並依以下說明事項辦理本調查表之填寫：

(一)本調查表欄位「社區、村、里（部落）名稱」，請儘量以社區、村、里或部落名稱填寫，建議非以鄉（鎮）名稱填寫，並按照所附部落調查資料表（詳附表二）所載之部落或社區逐一填寫。

(二)本調查表欄位「傳統文化、祭儀（慶典）活動名稱」，

如屬傳統文化及生活必須之生活禮俗，請以「生活禮俗」填寫，並括弧註明為何種生活禮俗，例如：成年禮、除喪禮、新婚、生子、購車、排解誤會等等傳統生活行為。

(三)狩獵期間應為實際進行獵捕活動之期程，請以天數計算填寫。

(四)所需獵捕野生動物之種類及數量，請各社區、村、里（部落）依實際狀況填寫。

(五)獵捕方式若有各類情形，請填寫使用工具及方法。

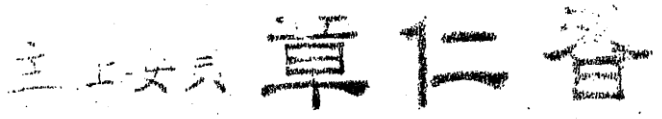
三、上開管理辦法之制定，事涉原住民族獵捕野生動物之相關權益，請　貴府確實辦理調查事宜，以維護各原住民族法定權益。

四、副本抄送各原住民族鄉（鎮），請各鄉（鎮）填妥相關資料后送該管縣政府彙辦，並於98年3月6日前函復，電子檔案請先傳送至電子信箱（lawa0711@apc.gov.tw 及 minglun@apc.gov.tw）。

正本：宜蘭縣政府、臺北縣政府、桃園縣政府、新竹縣政府、苗栗縣政府、臺中縣政府、南投縣政府、嘉義縣政府、高雄縣政府、屏東縣政府、臺東縣政府、花蓮縣政府

副本：臺北縣烏來鄉公所（含附件）、宜蘭縣大同鄉公所（含附件）、宜蘭縣南澳鄉公所（含附件）、桃園縣復興鄉公所（含附件）、新竹縣關西鎮公所（含附件）、新竹縣尖石鄉公所（含附件）、新竹縣五峰鄉公所（含附件）、苗栗縣南庄鄉公所（含附件）、苗栗縣獅潭鄉公所（含附件）、苗栗縣泰安鄉公所（含附件）、臺中縣和平鄉公所（含附件）、南投縣魚池鄉公所（含附件）、南投縣信義鄉公所（含附件）、南投縣仁愛鄉公所（含附件）、嘉義縣阿里山鄉公所（含附件）、高雄縣茂林鄉公所（含附件）、高雄縣桃源鄉公所（含附件）、高雄縣那瑪夏鄉公所（含附件）、屏東縣滿州鄉公所（含附件）、屏東縣霧臺鄉公所（含附件）、屏東縣瑪家鄉公所（含附件）、屏東縣泰武鄉公所（含附件）、屏東縣來義鄉公所（含附件）、屏東縣春日鄉公所（含附件）、屏東縣獅子鄉公所（含附件）、屏東縣牡丹鄉公所（含附件）、屏東縣三地門鄉公所（含附件）、臺東縣臺東市公所（含附件）、臺東縣成功鎮公所（含附件）、臺東縣關山鎮公所（含附件）、臺東縣卑南鄉公所（含附件）、臺東縣大武鄉公所（含附件）、臺東縣太麻里鄉公所（含附件）、臺東縣東河鄉公所（含附件）、臺東縣長濱鄉公所（含附件）、臺東縣鹿野鄉公所（含附件）、臺東縣池上鄉公所（含附件）、臺東縣延平鄉公所（含附件）、臺東縣海端鄉公所（含附件）、臺東縣達仁鄉公所（含附件）、臺東縣金峰鄉公所（含附件）、臺東縣蘭嶼鄉公所（含附件）、花蓮縣花蓮市公所（含附件）、花蓮縣鳳林鎮公所（含

附件）、花蓮縣玉里鎮公所（含附件）、花蓮縣新城鄉公所（含附件）、花蓮縣吉安鄉公所（含附件）、花蓮縣壽豐鄉公所（含附件）、花蓮縣光復鄉公所（含附件）、花蓮縣豐濱鄉公所（含附件）、花蓮縣瑞穗鄉公所（含附件）、花蓮縣富里鄉公所（含附件）、花蓮縣秀林鄉公所（含附件）、花蓮縣卓溪鄉公所（含附件）、花蓮縣萬榮鄉公所（含附件）、本會教育文化處、本會經濟及公共建設處



裝

訂

線

原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法（草案）附表內容研商會議紀錄（稿）

壹、 會議時間：100 年 1 月 4 日（星期二）下午 2 時 30 分

貳、 會議地點：本會 1 樓第三會議室

參、 主持人：本會夏政務副主任委員錦龍　　記錄：許慧琦

肆、 主席致詞：略

伍、 討論事項：

案由一、草案條文第 5 條，有關原住民族之傳統文化、祭儀、獵捕區域、期間、方式及動物種類之附表內容，提請討論。

說　明：為配合會同農委會彙整附表內容，本會前以 97 年 8 月 7 日原民經字第 0970036176 號函請各縣政府及鄉（鎮）公所協助調查並提供有關各原住民族傳統文化、祭儀、獵捕區域、期間、獵捕方式及種類等等資料，惟蒐集之資料內容仍有錯漏，特邀請本會族群委員依其對部落之瞭解，提供寶貴意見。

決　議：

1. 為確實調查各族群傳統文化及祭儀，以及所需獵捕之野生動物種類、期間、獵捕方式等等資料，請業務單位參考本會企劃處辦理之「原住民族歲時祭儀調查計畫」之辦理方式，擇縣政府或鄉（鎮）公所邀集各族人員召開會議，並請各族群委員全力配合，以儘速完成各族資料調查。

2. 各業務單位尚未排定附表內容調查會議之期程前，請各族群委員先行進行資料調查或蒐集工作，並將資料

科長羅興輝

提供予業務單位彙整。另，各族群委員於會議上所提出需要修正之附表內容，仍請業務單位納列修正。

3. 本案附表內容所調查之資料，請教育文化處協助業務單位作確認，俟確認完畢後儘速函送行政院農業委員會林務局作是項辦法（草案）附表內容之修正。

陸、 臨時動議：無

柒、 散會：（下午 3 時 35 分）

正本

發文方式：郵寄　　檔　號：
保存年限：

行政院原住民族委員會　開會通知單

受文者：本會經濟及公共建設處

發文日期：中華民國100年1月31日
發文字號：原民經字第1001004715號
速別：最速件
密等及解密條件或保密期限：普通
附件：議程及會議資料

開會事由：研商「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」（草案）會議。

開會時間：100年2月10日(星期四)上午10時0分

開會地點：本會6樓第1會議室

主持人：夏副主任委員錦龍

聯絡人及電話：許慧琦技士 02-25571600#1507

出席者：行政院農業委員會林務局、新北市政府、宜蘭縣政府、桃園縣政府、新竹縣政府、苗栗縣政府、臺中市政府、南投縣政府、嘉義縣政府、高雄市政府、屏東縣政府、花蓮縣政府、臺東縣政府、陳委員威華、黃委員主恩、宋委員仙璋、謝委員清德、呂委員一平、卜袞・伊斯瑪哈單・伊斯立端委員、廖委員班佳、趙委員山琳、浦委員珍珠、石委員慶龍、潘委員文雄、吳委員香蘭、黃委員美珍、古拉斯・達那哈委員、本會教育文化處、本會經濟及公共建設處

列席者：

副本：

備註：

研商原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫（草案）會議議程

壹、 會議時間：100 年 2 月 10 日（星期四）上午 10 時整

貳、 會議地點：本會 6 樓第 1 會議室

參、 主席致詞：

肆、 業務說明：

行政院原住民族委員會：

野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「台灣原住民族基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條 1 項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。

本會為會同行政院農業委員會林務局研擬「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」（草案），其中第五條所指附表，應明列各原住民族傳統文化及獵捕野生動物之種類、方式、獵捕期間、區域等等資料。為充實附表內容資料並確認，爰辦理「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」（草案），以廣徵部落族人之意見。

行政院農業委員會林務局：

請林務局代表簡短說明「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物管理辦法」（草案）內容，並說明附表內容應包含之調查項目，以利各承辦單位後續調查作業。

伍、 討論事項：

案由：研擬「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」（草案）（如附件），提請討論。

決議：

陸、 臨時動議：

柒、 散會。

研商原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫（草案）會議紀錄

壹、 會議時間：100 年 2 月 10 日（星期四）上午 10 時整

貳、 會議地點：本會 6 樓第一會議室

參、 主持人：本會夏　副主任委員錦龍　　記錄：許慧琦

肆、 主席致詞：略

伍、 業務說明：

行政院原住民族委員會：洽悉

行政院農業委員會林務局：洽悉

陸、 討論事項：

案由：研擬「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物調查計畫」（草案）（如附件），提請討論。

決議：

一、 考量各族群分布區域，儘量以方便前往為前提，調整調查計畫（草案）之各承辦單位及舉辦區域；為使相關人員之邀請作業完備，並考量各承辦單位之作業期程，延後調查會議之辦理期程至 100 年 3 月 18 日。

二、 經費支出項目之出席費部分，請業務單位依據相關規定酌增。

三、 具區域性之族群，是否委由鄉（鎮、市）公所辦理，請業務單位參酌各與會代表意見，再行檢視修正計畫（草案），並儘速將修正確認之調查計畫函送相關機關，俾憑接續辦理調查會議之各項作業。

柒、 臨時動議：無

捌、 散會。（上午 11 時 20 分）

清德、呂委員一平、卜袞・伊斯瑪哈單・伊斯立端委員、廖委員班佳、趙委員山琳、浦委員珍珠、石委員慶龍、潘委員文雄、吳委員香蘭、黃委員美珍、古拉斯・遠那哈委員、本會教育文化處

副本：本會經濟及公共建設處

主任委員 孫大川

Paelabang danapan

行政院原住民族委員會
辦理原住民族基於傳統文化及祭儀需要
獵捕野生動物調查計畫

一、 依據：野生動物保育法第 21 條之 1 規定：「台灣原住民族基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條 1 項各款規定之限制。前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。

二、 目的：為確實取得各族群傳統文化及祭儀，以及所需獵捕之野生動物種類、期間、獵捕方式等資料。

三、 辦理單位：

(一) 主辦單位：行政院原住民族委員會（以下簡稱本會）

(二) 承辦單位：新北市政府、新竹縣政府、苗栗縣政府、南投縣政府、嘉義縣政府、高雄市政府、屏東縣政府、臺東縣政府、花蓮縣政府

(三) 協辦單位：宜蘭縣政府、桃園縣政府、臺中市政府、原住民族地區 55 個原住民鄉（鎮、市、區）公所

四、 辦理方式與場次：

(一) 召開調查會議：

1. 依各族分部區域，擇直轄市或縣政府邀集相關鄉（鎮、市、區）公所代表、各族狩獵經驗豐富、熟稔族群傳統文化及祭儀人士或各族族群或意見領袖等人，召開調查會議；由本會族群委員擔任主持人（或會同承辦單位長官共同擔任），討論各族群之傳統文化及祭儀活動暨其所需獵捕動物之相關資料。

2. 調查內容應包括各該原住民族傳統文化及祭儀名稱、分部區域、舉辦傳統文化及祭儀之日期或獵捕期間、獵捕方式、獵捕野生動物之種類及其他事項（請參考附表範例）。

(二) 各族群調查會議辦理單位、族群委員及參與人數分配數

族別	承辦單位（協辦單位）	族群委員	與會人數分配
泰雅族	新北市政府（宜蘭縣政府、桃園縣政府）	黃主恩	37人（新北市-5人、宜蘭縣-18人、桃園縣-14人）
	新竹縣政府（苗栗縣政府、臺中市政府、南投縣政府）		45人（新竹縣-21人、苗栗縣-9人、臺中市-7人、南投縣-8人）
賽夏族	苗栗縣政府（新竹縣政府）	趙山琳	10人（苗栗縣-7人、新竹縣-3人）
布農族	南投縣政府（嘉義縣政府）	卜袞・伊斯瑪哈單・伊斯立端	25人（南投縣-24人、嘉義縣-2人）
	高雄市政府（屏東縣政府）		14人（高雄市-13人、屏東縣-2人）
	臺東縣政府（花蓮縣政府）		31人（臺東縣-16人、花蓮縣-15人）
賽德克族	南投縣政府（花蓮縣政府）	古拉斯・達那哈	16人（南投縣-11人、花蓮縣-5人）
邵族	南投縣政府	石慶龍	5人
鄒族	嘉義縣政府（南投縣政府、高雄市政府）	浦珍珠	14人（嘉義縣-7人、南投縣-2人、高雄市-5人）

魯凱族	屏東縣政府（高雄市政府）	呂一平	14 人（屏東縣-9 人、高雄市-5 人）
	臺東縣政府		5 人
排灣族	屏東縣政府（高雄市政府）	宋仙璋	78 人（屏東縣-76 人、高雄市-2 人）
	臺東縣政府（花蓮縣政府）		35 人（臺東縣-33 人、花蓮縣-2 人）
阿美族	臺東縣政府	陳威華	75 人
	√花蓮縣政府		80 人
卑南族	臺東縣政府	謝清德	15 人
雅美族	臺東縣政府	廖班佳	8 人
太魯閣族	花蓮縣政府	吳香蘭	42 人
噶瑪蘭族	花蓮縣政府	潘文雄	5 人
撒奇萊雅族	花蓮縣政府	黃美珍	5 人
場次合計		20 場	

備註：

1.同一行政區域內有 2 個以上族群之承辦單位，可同時召開，惟請選擇不同會議場所。

2.與會人數分配係參考本會 100 年 1 月份原鄉族別人數統計表（詳本會全球資訊網－主動公開資訊－統計資料），按比例估列與會代表人數，承辦單位得視實際情形斟酌調整與會人數。

3.倘屬集中於某鄉鎮內之族群（如：雅美族－台東縣蘭嶼鄉內、噶瑪蘭族－花蓮縣豐濱鄉內，撒奇萊雅族－花蓮縣花蓮市內），承辦單位得委由該縣轄內鄉（鎮、市、區）公所辦理。

(三)調查會議由承辦單位與本會族群委員確定時間，邀請相關鄉（鎮、市、區）公所代表、各族狩獵經驗豐富、熟稔族群傳統文化及祭儀人士或各族族群或意見領袖等人參加，各該族人口跨直轄市、縣（市）者，邀請時請維持參加人員之區域平衡。

(四)協辦單位應提供各族與會人員名單，協助洽邀及其他必要協助之相關事宜。

(五)請承辦單位將調查結果以附表格式填妥，並於會議後3日內以電子郵件方式先行傳送至本會（聯絡人：許慧琦，TEL：02-25571600#1507，e-mail：lawa0711@apc.gov.tw），俾利儘早完成彙整作業，紙本資料亦請隨文函報本會。

五、辦理期程：

工作事項	日　期	負責單位
調查計畫研商會議	100年2月10日	行政院農業委員會林務局、各級地方政府、本會族群委員及相關處室
各族調查會議	100年3月18日前	各級地方政府、鄉（鎮、市、區）公所及本會族群委員
各族調查會議結果提報本會	100年3月23日前	各級地方政府
調查資料確認	100年3月31日前	本會
調查資料函送行政院農業委員會	100年3月31日前	本會
辦理單位檢據向本會辦理經費核銷	100年4月18日前	辦理單位及本會

4

六、 經費需求：

(一) 本案所需經費由本會支應，以代收代付方式辦理，由承辦單位依經費概算表，備函向本會請款，並於調查會議結束後30日內檢據辦理核銷。

(二) 經費支出項目如下：

項　目	標準（新臺幣）	備　註
出席費	2,000元／每人	1. 行政機關公務員不支給出席費。 2. 直轄市、縣（市）議員、鄉（鎮、區）民代表、村（里）長、學校教師均可支給。 3. 出席費請依照「各機關學校出席費及稿費支給要點」規定辦理。
交通費	實支實付	以辦理單位所在地為基準，外縣市者覈實支給交通費（不支機票）。搭乘高鐵者應附車票。
桌餐	2500元／每桌	1. 每桌10人。 2. 行政機關公務員不得申請膳雜費。
活動手冊印製費、場地費、場地佈置費、郵電費及其他雜支	50,000元（出席人數不足50人） 80,000元（出席人數50人以上） 100,000元（出席人數80人以上）	不得購買禮品或紀念品

(三)經費概算表

族別	承辦單位 （協辦單位）	與會人數分配	經費
泰雅族	新北市政府（宜蘭縣政府、桃園縣政府）	37人（新北市-5人、宜蘭縣-18人、桃園縣-14人）	152,500
	新竹縣政府（苗栗縣政府、臺中市政府、南投縣政府）	45人（新竹縣-21人、苗栗縣-9人、臺中市-7人、南投縣-8人）	175,000
賽夏族	苗栗縣政府 （新竹縣政府）	10人（苗栗縣-7人、新竹縣-3人）	80,000
布農族	南投縣政府 （嘉義縣政府）	25人（南投縣-24人、嘉義縣-2人）	120,000
	高雄市政府 （屏東縣政府）	14人（高雄市-13人、屏東縣-2人）	90,000
	臺東縣政府 （花蓮縣政府）	31人（臺東縣-16人、花蓮縣-15人）	137,500
賽德克族	南投縣政府（花蓮縣政府）	16人（南投縣-11人、花蓮縣-5人）	95,000
邵族	南投縣政府	5人	65,000
鄒族	嘉義縣政府 （南投縣政府、高雄市政府）	14人（嘉義縣-7人、南投縣-2人、高雄市政府-5人）	90,000

6

	府（高雄府）	14 人（屏東縣-9 人、高雄市-5 人）	90,000
	縣政府	5 人	65,000
	縣政府市政府）	78 人（屏東縣-76 人、高雄市-2 人）	295,000
	縣政府縣政府）	35 人（臺東縣-33 人、花蓮縣-2 人）	147,500
	縣政府	75 人	287,500
阿美族	V 花蓮縣政府	80 人	320,000
卑南族	臺東縣政府	15 人	92,500
雅美族	臺東縣政府	8 人	72,500
太魯閣族	V 花蓮縣政府	42 人	167,500
噶瑪蘭族	花蓮縣政府	5 人	65,000
撒奇萊雅族	花蓮縣政府	5 人	65,000
場次合計		20 場	
總計經費		2,672,500	

備註：本經費概算係依支出項目暫列，請承辦單位視實際需求調整各族會議所需經費，並於召開會議前備函檢據請款，並敘明調查會議地點、時間及各項支出經費計算方式。

附表

卑南族基於傳統文化及祭儀需要獵捕野生動物相關資料調查表（參考範例）

族別	區域	祭儀名稱	祭儀及獵捕期間	獵捕方式	獵捕動物之種類	備註
卑南族	臺東市	年祭	12～1月	獵槍、十字弓、傳統捕器、夾	山羌、山羊、水鹿、獼猴、山豬、飛鼠、野鼠、山壕、山老鼠	年祭包含少年猴祭、大獵祭，而聯合年祭為數個部落共同舉辦之祭儀。

說明：

一、本表僅列出臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物必要者之文化祭儀。

二、臺灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，獵捕野生動物方式或種類非野生動物保育法禁止者不列入附表內，如雅美族之飛魚祭。

協同意見書　　呂太郎大法官　提出

原住民持槍狩獵在憲法上之評價，本解釋費了相當長的篇幅，透過許多概念加以闡述，用心良苦。但就「為何原住民有選擇依其文化而生活之權利？」涉及若干憲法上概念，本席認為仍有進一步探討之空間，爰提出協同意見如下。

1. 無疑的，這是本解釋最核心的部分。因此，本解釋在解釋理由開宗明義即指出：維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值（本院釋字第 603 號解釋參照）。憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」是原住民族之文化為憲法所明文肯認，國家有保障、扶助並促進其發展之義務（本院釋字第 719 號解釋參照）。身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。
2. 本席十分支持原住民選擇依其傳統文化而生活，為憲法保障之基本權利。但此一基本權利之究竟依據為何？則認為有再細推必要。

（1）由憲法第 5 條、第 11 條及第 13 條等，亦可導出國家肯定多元文化

就本解釋所引用之憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」及第 12 項規

定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」而言，該二項條文性質上為基本國策，乃指示國家施政之目標，未必能直接導出人民因此有受憲法保障之基本權。至於第 10 條第 11 項所稱：「國家肯定多元文化」，性質上亦僅有重申國家立場或態度之意義，且所謂多元文化，並不限於原住民與非原住民文化並存之多元，亦包含同為原住民或同為非原住民間並存之多元文化。即便無此明文，依憲法第 5 條所揭示：「中華民國各民族一律平等。」非不能導出憲法承認原住民與非原住民不同族群間多元文化並存之內涵。又由憲法第 11 條保障個人表現自由及第 13 條保障人民信仰宗教之自由等，亦可導出憲法保障集合多數個人自由所形成同族群間之不同文化。

（2）原住民選擇依其傳統文化而生活，是憲法保障之自由，而非負擔

就「憲法肯定原住民文化，與原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利，二者間如何建構其理論關聯？」而言。本解釋認為：「為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。」

依上開文脈及邏輯，本解釋似乎認為，賦予個別原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利，係以「為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整」為出發，透過原住民可扮演「進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化」之角色，達到「確保原住民族文化之永續發展」之最終目的，因此依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定賦予原住民選擇依其文化而生活之權利。然而如此推論，可能發生憲法保障原住民選擇依其文化而生活之權利，僅在使原住民在確保原住民族文化之

永續發展上扮演一定角色，而非自我目的？「原住民若選擇非其傳統文化之模式而生活，無法在確保原住民族文化之永續發展上扮演一定角色，是否即不受憲法之保障？」等疑慮。

（3）人人均有選擇生活方式之自由，不僅原住民有之，亦不限於依傳統文化而生活

本席認為，文化是多數人之觀念、意見及行為，經長年累積所形成之彼此認同之有形或無形的現象。個人在其所熟悉之文化環境中生活，好處是可免除對陌生環境之探索、錯誤嘗試所帶來之不便或不利，並容易尋得認同、協助，使生活順適。但相反的，也可能受到來自該文化之束縛與限制。人民是否選擇一定文化模式而生活，當然有其自由，例如要選擇五百年前台灣原住民之文化模式、選擇當前原住民之文化模式、選擇兼具原住民與閩南之文化模式、選擇某外國文化模式，甚至不選擇任何文化模式，而是依其自由意願而生活，均屬憲法第 22 條所保障之自由，欲對此一自由予以限制，須符合憲法第 23 條之規定始可。此一自由，基於憲法第 7 條種族平等原則，並不因是否為原住民而有異。原住民選擇依其傳統文化而生活之自由，固受憲法第 22 條之保障，即使原住民選擇非其傳統文化之模式而生活之自由，亦無不受憲法第 22 條保障之理。而且，此一自由之保障，具有其獨立之憲法目的，並非以其須扮演某一文化之傳承者角色為前提，更不會因是否能確保原住民族文化之永續發展之目標，而受影響。

（4）選擇生活方式，是憲法保障之自由或權利？

應附帶一提者，憲法第二章所保障之人民權利，有使用「權利」之用語者（如第 15 條至第 18 條及第 21 條），有使用「自由」之用語者（如第 8 條、第 10 條至第 14 條），有使用「自由及權利」之用語者（如第 22 條），可知憲法係有意區別「權利」與「自由」，而有其不同意義。本席認為，所謂「自由」，乃不受干涉的意思，憲法前開條文所保障之人民之「自由」，乃指人民得依其意志，決定為該行為（例如言論、講學、著作），或不為該行為，或為行為時其內容如何，

國家不得干涉，如國家違背而為干涉時，人民可請求排除之意（消極排除）。至於前開條文所保障之人民「權利」，則指人民不但可以依其意志，實現其權利內容，國家亦須積極顧慮、協助，使人民之權利得以實現之意（積極實現）。二者含義本有不同。但即使是人民之自由，既經憲法予以保障，如受國家干涉，人民亦有請求排除之權利，因此，將前開憲法所保障之自由，泛稱自由之權利，亦非不可。就此而言，本解釋將性質屬於憲法保障原住民選擇依傳統文化而生活之自由，以憲法保障原住民選擇依傳統文化而生活之權利稱之，亦可接受。

協同意見書　　楊惠欽大法官　提出

依本號解釋之解釋客體及爭點，本號解釋可概分為兩大區塊，一為針對原住民狩獵工具中之槍枝即中華民國 94 年 1 月 26 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項（下稱系爭規定一）及依授權訂定之 103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法（下稱槍砲管理辦法）第 2 條第 3 款（下稱系爭規定二）部分之規範；另一則為關於容許原住民獵捕、宰殺或利用（下併稱獵捕）野生動物之野生動物保育法（下稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項（下稱系爭規定三）、第 2 項及所授權訂定之原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法（下稱野保管理辦法）第 4 條第 3 項及第 4 項第 4 款即系爭規定三至六之規範。其中關於系爭規定一、系爭規定二及系爭規定三部分之結論，本席雖表同意，但就其解釋理由，則認尚有應予補充說明或不同意見之處。

另由於此等法規範，固涉及槍砲條例及野保法兩大法領域，惟基於本號解釋係原住民持有槍械獵捕野生動物之原因事實，並因系爭規定核屬針對原住民而為之特別規範，從而具體呈現該等規定係屬原住民狩獵工具及關於狩獵活動之規範脈絡。而就此等問題，從所涉基本權及其限制之角度觀察，誠如本號解釋所一再揭櫫者，除係涉及原住民之生命權、身體權、依傳統文化從事狩獵活動之文化權利（下稱傳

統狩獵文化權利）與環境保護、社會安全等法益間之權衡。鑑於原住民族之狩獵是種包含獵人、獵場管理、對環境生態之微觀知識等，以實踐為基礎之綜合知識體，其重點是在於與環境和諧共生之精神與實踐之觀點，並基於憲法增修條文第 10 條第 2 項、第 11 項及第 12 項前段：「……環境及生態保護兼籌並顧。」「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……，並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」之規定。是本席亦兼從法規範與原住民族傳統（狩獵）規範調和之角度觀察，爰提出協同意見如下：

一、關於槍砲條例第 20 條第 1 項即系爭規定一部分：

依據槍砲條例之規定，我國對於槍械、彈藥之製造、販賣、運輸及持有等（下併稱持有）係採許可制，即除經許可外，原則上係禁止持有，違反者，除法律有特別規定外，係處以刑事罰。而系爭規定一規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」即屬針對原住民未經許可持有自製獵槍，供作生活工具之用，例外為處以行政罰之規定（或稱除罪化之規定）。故本號解釋就系爭規定一係本於其屬除罪化之規範內容為立法政策之選擇，認尚不生牴觸憲法之疑慮。

惟因系爭規定一之除罪化意旨，實質上係具有原住民供作生活工具之用，係得經許可持有自製之獵槍之意旨；並因原住民之狩獵工具，主要為陷機獵（如設置陷阱）及物理性之遠距離投射武器（如弓箭、槍枝），其中物理性之遠距離投射武器，在使用者之需求上，安全性及一定之效能又為其基礎，而綜合比較弓箭與槍枝之效能及安全性，狩獵者於選擇工具之意願上，槍枝應是高於弓箭。是於國家已作成容許原住民得以自製獵槍作為狩獵工具之立法政策下，本席認為本號解釋針對系爭規定一所為之合憲解釋，並不具有國家在立法政策上僅得容許原住民持有自製獵槍作為狩獵工具之意旨。換言之，經由槍

枝（含彈藥）之安全性及效能評估、狩獵工具之有效管理制度以及狩獵活動體系性管理機制等之建立為前提，開放自製獵槍以外之適宜槍枝作為原住民得合法持有之狩獵工具，在立法政策上，亦非不可加以考量之事項。本號解釋多數意見未另針對此觀點，併予斟酌，尚非無遺憾。

二、關於槍砲管理辦法第 2 條第 3 款即系爭規定二部分：

系爭規定二係規定：「本辦法用詞定義如下：……三、自製獵槍：指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為 0.27 英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上。」其係依槍砲條例第 20 條第 3 項：「前 2 項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」（109 年 6 月 10 日修正公布之槍砲條例第 20 條第 3 項規定尚未施行）之授權所訂定。

本號解釋就系爭規定二，係基於其「對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，」而認「於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。」[1]準此，本號解釋明揭系爭規定二係屬定義性規範，且系爭規定二亦確係明定：「本辦法用詞定義如下：……三、自製獵槍：……」，然如上所

[1] 本號解釋理由書第 34 段參照。

述，槍砲管理辦法係依槍砲條例第 20 條第 3 項規定之授權所訂定，而槍砲條例第 20 條第 3 項之授權事項係包含系爭規定一所稱許可之條件，且系爭規定一又係未經許可持有自製獵槍之除罪化規定，是於槍砲管理辦法為自製獵槍定義之系爭規定二，自係具有原住民僅得持有該定義下之自製獵槍，始得滿足許可要件之意旨（槍砲管理辦法第 15 條參照）。換言之，系爭規定二雖形式上係屬槍砲管理辦法針對自製獵槍而為之定義性規定，然其事實上係會發生若未按此定義性規定之規範內容而製作之獵槍，將因未能符合槍砲管理辦法所定義自製獵槍之要件，從而未能取得許可而無從合法持有之法律效果，故系爭規定二並非未發生任何法律效果之單純定義性規範，仍適宜以之進行規範充足與否之審查。

另系爭規定二既具有自製獵槍許可條件之效果，並因缺乏安全性之自製獵槍，除於原住民進行狩獵時易危害其等自身之生命及身體安全，而侵害原住民個人之生命權及身體權外，狩獵工具之安全性勢必將更影響原住民依其傳統文化進行合法狩獵活動之意願；更因主流社會經濟情況之變遷，已對原住民之人口移動（外移）產生相當之影響[2]，故為避免此等有賴於原住民之持續性文化傳承及日常實踐始得存續與發展之原住民傳統狩獵文化，受到主流社會文化之影響而逐漸式微、沒落，致損及本號解釋所揭櫫之原住民傳統狩獵文化權利。故本席贊同本號解釋針對系爭規定二所稱之國家義務（參見解釋理由書第 32 段），尚非僅基於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段關於基本國策之客觀法效力，所課予國家之義務，應更具有基於上述生命權、身體權及原住民傳統狩獵文化權利等基本權之保護功能而生之國家保護義務之見解。

[2] 根據原住民族委員會統計資料，至 2021 年 3 月底為止，原住民設籍居住在都會區者已佔原住民族人口整體比例之 48.47%。資料來源：〈2021 年 3 月原住民人口數統計資料〉，原住民族委員會網站：https://www.cip.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=940F9579765AC6A0&DID=2D9680BFECBE80B6BA5AD2C8B0F4338，最後瀏覽日：2021 年 5 月 5 日。

再系爭規定二究係因槍砲條例第 20 條第 3 項規定之授權而訂定，然觀槍砲條例第 20 條第 3 項如上述之規定內容，其並無關於授權訂定之管理辦法，針對原住民得申請許可之自製獵槍，應符合安全性要求之內容。而槍砲條例第 20 條第 3 項又係基於系爭規定一及同條第 2 項[3]係為原住民（漁民）「未經許可」持有（相互轉讓等）自製獵槍（魚槍）之除罪化規定，須有相關之許可申請、條件等等之細節性、技術性規範而為；然系爭規定一之除罪化規定，即如本號解釋所稱，其係「立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇」[4]，亦因系爭規定一究係屬除罪化之規定，難謂其規範上係具有所許可原住民持有之自製獵槍須符合安全性要求之意旨。加以系爭規定二之授權依據即槍砲條例第 20 條第 3 項如上述之規定內容，亦無於授權訂定管理辦法之內容中，有兼及原住民得申請許可之自製獵槍，須符合安全性要求之文義或相關之意旨，此自 100 年 11 月 7 日所訂定之槍砲管理辦法第 2 條第 3 款或其後於 103 年 6 月 10 日修正發布之系爭規定二，就自製獵槍之定義，不論是安全性之要求或國家對獵槍自製之流程中關於涉及安全所必要零件之協助等，均付之闕如，亦可得其梗概。

從而，雖本號解釋係直接針對系爭規定二，認其對於「自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違」[5]，然本席認於法規範之定制上，實應先釐清者，乃所謂「自製」之意涵，現行規定即系爭規定二係將自製限於由申請人即原住民自行或與非以營利為目的之原住民協力，然不

[3] 100 年 1 月 5 日修正公布之槍砲條例第 20 條第 2 項規定：「原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或魚槍，供作生活工具之用者，亦同。」

[4] 本號解釋理由書第 27 段參照。

[5] 本號解釋理由書第 34 段參照。

論文義上或類似定義性內容之法制上（如原產地之定義），尚非須限縮至「完全」由「原住民」為之，始屬所謂自製；而原住民須參與多大比例之獵槍製造程序始構成所謂自製，亦係應由主管機關斟酌事實上之各項因素予以界定。又就法規範之位階體系言之，本於基本權之保護功能，本席認於授權之母法，明文為自製獵槍應符合安全性要求及授權為「自製」之定義，應更具規範意義。

此外，依槍砲條例第 20 條第 3 項規定，其係授權槍砲條例之中央主管機關內政部訂定管理辦法，惟本條項所授權訂定之管理辦法係包含原住民得經許可持有自製獵槍等槍枝之事項，尚非僅關於槍彈之許可及管理；且槍砲條例所以於原則禁止持有槍枝之立法上，例外容許原住民得經許可持有自製獵槍供作生活工具之用，不外係基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具（系爭規定一之立法理由參照），加以依系爭規定一，原住民之自製獵槍須係供作生活工具之用，始得依法申請許可，而所謂供作生活工具之用，基本上應是生活於部落之原住民始可能該當之要件，而此亦彰顯，除於前所述狩獵工具之有效管理制度以及狩獵活動體系性管理機制中，部落所應具有不可忽視之地位外；更涉及為存續及維護各原住民族傳統狩獵文化所須之狩獵工具「自製獵槍」，究應具備如何之結構及效能始屬合宜、各原住民族依其傳統文化及現今社會環境能否製造出具備安全性及一定狩獵效能之獵槍暨其等需要如何之協助機制等問題，原住民部落意見及傳統規範係在其中具有重要性。然授權規定之母法（即槍砲條例第 20 條第 3 項）卻未將執掌辦理原住民族業務，且有原住民族各族代表至少一人為委員（原住民族委員會組織法第 1 條及第 4 條參照）之原住民族委員會（下稱原民會）併列為訂定授權辦法之機關，而僅委由執司槍砲管理之內政部訂定，依前述憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所表彰之意涵，其規範實有不足。所幸 109 年 6 月 10 日修正公布之依槍砲條例第 20 條第 3 項已為：「第 1 項之自製獵槍、魚槍之構造、自製獵槍彈藥，及前 2 項之許可申請、

條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之。」（尚未施行）之規定；而本席所更期待者，則為依此授權規定所應修正發布之管理辦法（尚未發布），相信其在本號解釋公布後，應會有更能符合憲法保障傳統狩獵文化權利意旨之展現。

三、關於野保法第 21 條之 1 第 1 項即系爭規定三部分：

系爭規定三係規定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」查關於容許原住民獵捕、宰殺或利用野生動物之規範，原是訂於 83 年 10 月 29 日修正公布之野保法第 21 條第 5 款（下稱修正前第 21 條第 5 款），其內容為：「野生動物有下列情形之一，得予以獵捕或宰殺，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。但保育類野生動物除情況緊急外，應先報請主管機關處理：……五、臺灣原住民族於原住民保留地，基於其傳統文化祭典，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者。……」嗣於 93 年 2 月 4 日修正公布如系爭規定三。而於進行系爭規定三及修正前第 21 條第 5 款規定之比較觀察前，須先敘明者乃現行野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項規定均係於 83 年 10 月 29 日修正公布，換言之，系爭規定三及修正前第 21 條第 5 款規定所稱不受限制之規定，其規範內容迄今均未變動，即分別係屬獵捕一般類、保育類野生動物之許可要件及獵捕野生動物之方法限制規定[6]，是就原住民族之獵捕野生動物均排除野

[6] 野保法第 17 條第 1 項規定：「非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類之哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類野生動物，應在地方主管機關所劃定之區域內為之，並應先向地方主管機關、受託機關或團體申請核發許可證。」第 18 條第 1 項規定：「保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用。但有下列情形之一，不在此限：一、族群量逾越環境容許量者。二、基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者。」第 19 條第 1 項規定：「獵捕野生動物，不得以下列方法為之：一、使用炸藥或其他爆裂物。二、使用毒物。三、使用電氣、麻醉物或麻痺之方法。四、架設網具。五、使用

保法關於獵捕一般類、保育類野生動物之許可要件及獵捕方法限制之一般性規定下，修正前第 21 條第 5 款規定係於法文明定原住民族於符合：在原住民保留地，基於其傳統文化祭典，有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要等三要件[7]，係得獵捕一般類野生動物（按，依該條但書規定，保育類野生動物係原則禁止獵捕）；至於系爭規定三針對野生動物之獵捕，則僅於法條明列：基於其傳統文化、祭儀及有必要等二要件，並以同條第 2 項明定系爭規定三所稱獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，係採應經主管機關核准之事前許可制，且就此等行為之申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項，為授權訂定辦法之規範模式，而與針對修正前第 21 條第 5 款規定，係以 84 年 4 月 29 日修正發布之野保法施行細則第 22 條規定：「依本法第 21 條第 5 款臺灣原住民於原住民保留地，基於其傳統文化祭典有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，其管理事項，由中央主管機關會同有關機關定之。」間，不論是授權依據之法位階或授權事項，均未盡相同。

而比較修正前第 21 條第 5 款規定及系爭規定三，其就原住民族獵捕野生動物之目的上，係有將「傳統文化祭典」修正為「傳統文化、祭儀」之變動，而此等修正，基於傳統文化祭典之文義應僅指祭典，至於傳統文化、祭儀則應係兼及傳統文化及祭儀兩件事，已得認系爭規定三較之修正前第 21 條第 5 款規定，已具有擴大許可獵捕野生動物緣由之意旨；尤其文化之起源常係因生活所需，原住民之狩獵即是因其等在自然環境中生存，為藉由飲食以補充身體所需能量之需求而源起，並為能與山林之野生動物共存共榮，從而衍生特有之原住民傳統狩獵文化。是於本號解釋所揭櫫之原住民傳統狩獵文化權利下，原

獵槍以外之其他種類槍械。六、使用陷阱、獸鋏或特殊獵捕工具。七、其他經主管機關公告禁止之方法。」

7 針對修正前野保法第 21 條第 5 款規定，係於當時之同法施行細則第 22 條規定，其管理事項，由中央主管機關會同有關機關定之，並於 85 年 1 月 26 日發布臺灣原住民基於傳統文化祭典需要獵捕野生動物管理事項。

住民基於其傳統飲食及生活文化之非營利性自用所需而獵捕野生動物，實難謂非屬原住民傳統文化之內涵。況具有具體化憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段意旨之原住民族基本法（該法第 1 條參照），於 94 年 2 月 5 日制定公布時之第 19 條，即基於「原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，……該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事，另為避免過度利用可能導致之弊端，本條允許之行為，僅限於『傳統文化、祭儀或自用』，且必須是『非營利』行為，亦即取得之物不得作為買賣交易或其他商業利益用途，並必須『依法』從事，亦即相關行為之規範仍以各相關法律之規定為之。」之理由，而為「原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」之規定。而綜觀原住民族基本法第 19 條容許原住民族所從事之非營利行為態樣，及於立法理由所稱「原住民族為歲時祭儀或供生活之用」及「該等行為係維護生存及文化所必須」等語，應得認其第 2 項為包含「自用」（非營利性）之用途，實屬為避免爭議之確認性內容，尚不得因「自用」之併列，而認「自用」係同項所稱「傳統文化」以外之用途，當然非屬原住民族傳統文化之內涵。故本號解釋認系爭規定三「所稱『傳統文化』，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。」[8]本席敬表贊同。

惟野保法係於 78 年 6 月 23 日制定公布，該法就野生動物，係依保育之需要，規定有保育類及一般類之區分[9]。而於野保法制定公布

[8] 本號解釋理由書第 39 段參照。

[9] 78 年 6 月 23 日制定公布之野保法第 4 條規定：「野生動物依其保育之需要，區分為左列二類：一、保育類：指依本法應加以保育之野生動物。包括瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物。二、一般類：指保育類以外之

前，於 21 年制定、78 年 6 月 23 日廢止之狩獵法第 3 條則將鳥獸分為 5 種，其中第 4 種「有益禾稼、林木之鳥獸」及第 5 種「珍奇鳥獸」，依同法第 4 條規定，除供學術上之研究，並經特准外，不得狩獵[10]；此外，71 年 5 月 26 日制定公布之文化資產保存法，則將自然文化景觀區分為生態保育區、自然保留區及珍貴稀有動植物三種，並規定珍貴稀有動植物禁止捕獵、網釣、採摘、砍伐或其他方式予以破壞，並應維護其生態環境[11]。換言之，將野生動物區分為保育類與一般類，或為其他之分類，係因法規範之制定而存在，而就原住民族而言，以守護山林、維持生物之多樣性及永續發展為宗旨之傳統狩獵文化及狩獵規範，固有相關之獵捕禁忌，但實與經由主流社會所為之外部法規範而為之分類，係屬二事；而原住民族之傳統文化應如何因應野保法立法目的而受限制及其限制是否合憲，亦與原住民族傳統文化之實際內涵為何，係屬二事。從而，系爭規定三所稱「傳統文化」之內涵，應從原住民族文化傳承之實然面加以界定，屬系爭規定三所稱「傳統文化」內涵之一之「非營利性自用」，並無從認其僅限於「一般類」野生動物。

加以依系爭規定三之規範內容，不僅其規定之文字係「獵捕、宰殺或利用『野生動物』」，既無「一般類」野生動物之文字，亦非如前述修正前第 21 條第 5 款之規範內容，即從法文本身即得為「僅限於一般類野生動物」之解釋；且觀系爭規定三所排除關於獵捕野生動物

野生動物。前項保育類野生動物之名錄，由中央主管機關指定並公告之。」

10 狩獵法第 3 條規定：「本法所稱鳥獸，分左列五種：一、傷害人畜之鳥獸。二、有害禾稼、林木之鳥獸。三、可供食用或用品之鳥獸。四、有益禾稼、林木之鳥獸。五、珍奇鳥獸。前項各類鳥獸之名稱，由經濟部核定之。」第 4 條規定：「前條第一類及第二類之鳥獸，得隨時狩獵；第三類之鳥獸，其開獵期間，定為每年 11 月 1 日起，至翌年 2 月底止。但各省（市）政府得視當地鳥獸繁殖情形，分別種類，提前、延遲或縮短之；第四類及第五類之鳥獸，除供學術上之研究，並呈經經濟部或省（市）政府特准者外，不得狩獵。」

11 71 年 5 月 26 日制定公布之文化資產保存法第 49 條第 1 項規定：「自然文化景觀由經濟部會同內政部、教育部與交通部審查指定之，並依其特性區分為生態保育區、自然保留區及珍貴稀有動植物三種。」

限制規定之野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款，係分屬針對獵捕一般類野生動物、保育類野生動物之許可要件及獵捕野生動物方法限制之規定，亦即系爭規定三係採原住民族獵捕保育類野生動物，並不受一般許可條件之限制，從而，亦無從認立法者對系爭規定三係採取原住民族基於傳統文化之非營利性自用，當然不得獵捕保育類野生動物之立法政策。惟系爭規定三究屬野保法整體規範之一環，而野保法復係基於保育野生動物、維護物種多樣性與自然生態平衡之目的而制定（野保法第 1 條參照），是系爭規定三就原住民族之狩獵，雖已明文不受同法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項原則性限制規定之限制，但尚非謂原住民基於傳統文化及祭儀而為之狩獵活動（包含獵捕之野生動物種類），均不受限制。至其限制之法規範依據，本席認應透過系爭規定三如前所述第二要件即「有必要」部分為之。並因系爭規定三制定時，復同時於同條即野保法第 21 條之 1 第 2 項規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」則將此規定與系爭規定三合併以觀，可知，原住民可得獵捕之野生動物，不論是一般類或保育類，均另受有「傳統文化或祭儀所必要」之限制，至如何限制之細節性事項，立法者係以授權主管機關訂定辦法為具體規範之方式為之。亦即，立法者不僅是透過授權訂定之辦法，就上述系爭規定三所訂「有必要」之不確定法律概念為具體化之規範，其更經由野保法第 21 條之 1 第 2 項規定所稱之核准制，及得獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域等等事項之授權，使相關機關應於野保法之規範目的下，進行原住民族基於系爭規定三規範意旨所實際需求之衡酌，而為細節性、技術性及具實效性之規範訂定。

此外，本席認憲法增修條文第 10 條第 2 項：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧」之規定，透過野生動物保育，所

欲彰顯者，應是「維護物種多樣性與自然生態平衡」之價值，是野保法將野生動物區分為一般類及保育類，並將保育類野生動物再分為瀕臨絕種、珍貴稀有及其他應予保育之野生動物等 3 類，屬為保育方法密度差異之目的而為之立法選擇，然此等分類尚難謂係憲法上之應然；且此等分類所涵攝者，亦是隨物種數量之變化而浮動，而各物種數量之增減，影響因素繁多，而人為獵捕固為其中之因素，但氣候變遷、環境污染等多從因素所引發生物鏈間環環相扣之諸多牽動，更是不容忽視之原因。是本席認為綜合系爭規定三及野保法第 21 條之 1 第 2 項規定，立法者所擇定，使主管機關（行政權）在尊重內含世代傳承之生態知識、具不得竭澤而漁及須與環境和諧共生觀念之原住民傳統狩獵文化之要求下，本於野保法之立法目的，在授權訂定之辦法中，依據授權意旨為更具機動性調整機制之規範模式，憲法解釋者係應予尊重，且本席亦認其實屬較合宜之方法。故而，本號解釋多數意見於進行系爭規定三是否包含非營利性自用之爭點審查時，認為「立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，……」[12]，固具有再次表明本號解釋所持「以求憲法上相關價值間之衡平」[13]立場之意旨；然此等論述，將立法者與授權主管機關訂定管制規範予以併列論述，雖有其緣由，然本席仍認尚有待斟酌，故特為以上之說明。

四、本號解釋未論及之部落參與機制部分

本號解釋因涉及多元文化及環境生態保護，甚或社會安全等多種憲法價值之權衡，而在此等多重憲法價值之權衡中，本席亦思考藉由原住民族之程序參與，即以更多之理解尋求實質之雙贏。程序上，如上所敘及之野保法第 21 條之 1 第 2 項之訂定授權辦法之規定，其固

12 本號解釋文第 4 段參照。

13 本號解釋理由書第 40 段參照。

除授權中央主管機關行政院農業委員會外，另因涉及原住民事項，而另規定應會同原民會為之，且原民會亦確就野動管理辦法第 6 條之附表內容，對各部落進行相關資訊之調查。然本席認為原住民族之傳統狩獵文化，與其等（獵人）之狩獵行為、狩獵成果分享及交換所構築之生活方式、部落之形塑、部落運作之維持與部落成員之互動及各部落傳統（含狩獵）規範之形成間係具有難以切割之關係，況原住民族基本法第 2 條第 4 款就部落之定義，亦規定為：「原住民於原住民族地區一定區域內，依其傳統規範共同生活結合而成之團體，……」是於本號解釋所涉關於規範原住民之狩獵工具及所得獵捕之動物種類、數量、期間、區域等等事項，就原住民族言之，屬主流社會之外部法規範，本席認應於法律之授權規定中（如野保法第 21 條之 1 第 2 項）即明定，在訂定授權辦法時須踐行通知原住民部落提出意見之程序[14]，即在法律位階即彰顯此正當程序之要求，較之僅由原民會本於主管機關之地位，為程序如何進行之裁量，就憲法保障傳統狩獵文化權利之意旨，應係更具正面意義；且基於此等程序作為，在實質上，亦具有可促使主管機關於形塑法規範架構及建立制度前，即正視各部落之意見及其傳統規範，俾能在實際進行法規範之建置時，得真正融入各部落意見及傳統規範之思維，從而，能擬具更和諧各憲法價值之

[14] 依原住民族基本法第 21 條第 4 項所定之諮商取得原住民族部落同意參與辦法（105 年 1 月 4 日發布），其第 3 條之附件第 5 點，雖於第 1 項就何謂限制原住民族利用為具體性之規定，然其第 2 項第 2 款復明定：「前項限制，有下列情形之一者，非屬本法第 21 條第 2 項規定之限制原住民族利用：……（二）經中央原住民族主管機關認定對原住民族土地及自然資源權利無侵害之虞、促進原住民族土地利用、增進自然資源保育，或改善原住民族生活環境。」是依野保法第 21 條之 1 第 2 項授權訂定關於原住民獵捕野生動物之獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，如其內容遭認屬「增進自然資源保育」，則無原住民族基本法第 21 條第 2 項所定與部落諮商及取得其同意等程序之適用。是本席認雖已有諮商取得原住民族部落同意參與辦法之發布，但野保法第 21 條之 1 第 2 項關於授權辦法之訂定，仍以明文為關於原住民部落之程序參與之規定，或本於原住民族基本法第 4 條保障原住民族自主發展之意旨，為相關之規範為宜。

規範內容。

實則，依本席所閱讀為本號解釋之作成，來自聲請人、相關機關、鑑定人及法庭之友所提出之意見及資料，其中包括更靈活之狩獵事先核准制（如事先係為框架性內容之核准）、部落之自主管理及事後備查等機制均已在試行或評估中，而以此等共管機制為基礎之獵人證照、獵人及槍彈合一管理及獵區制度等等意見亦屢被提及，而其所彰顯者，本席認為即是一種經由部落參與等程序，並連結原住民族基本法第 4 條所規定保障原住民族自主發展之意旨，落實外部法規範與原住民傳統規範調和之表現，應是在本號解釋所涉爭點之議題上，可令人樂觀期待之發展。

部分協同部分不同意見書　許志雄大法官　提出
黃昭元大法官　加入

本件關於原住民狩獵之釋憲案，審查客體包括槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項有關自製獵槍部分規定（下稱系爭規定一）、依同條第 3 項規定授權訂定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定（下稱系爭規定二）、野生動物保育法（下稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項規定（下稱系爭規定三）、同條第 2 項前段規定（下之釋示稱系爭規定四）、依同條第 2 項規定授權訂定之原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項規定（下稱系爭規定五）與同條第 4 項第 4 款規定（下稱系爭規定六）。大法官於本號解釋首度承認原住民文化權為個別原住民受憲法保障之基本權，具有劃時代之意義。惟何謂原住民文化權，其依據及性質如何，本號解釋之釋示未必妥適、周延。關於系爭規定一及四之合憲解釋，蘊含諸多問題，特別是與原住民文化權之保障意旨有違；系爭規定三之合憲性解釋未盡完善，尚有斟酌空間；而且系爭規定四合憲解釋與系爭規定五、六違憲解釋之間，出現矛盾現象。凡此，均有待探究、釐清。爰提出部分協同部分不同意見書，論

述如下：

壹、原住民文化權之保障

一、少數者權利之重視

就立憲主義體制而言，20 世紀最大之危機要因，乃階級間之對立、資產階級與無產階級之對立；21 世紀之今日，以種族、宗教及語言為單位之對立，則竄升為決定性之問題[1]。就此重大憲法問題，應如何因應，已成為當代國家乃至國際間不容忽視之嚴肅課題。種族、宗教及語言上之少數者（minorities），於憲法架構中具有何種地位，主要牽涉主權與人權兩大面向。主權面向相當複雜、微妙，非本案所關切，權且不論。人權面向攸關人權之觀念、主體、個人與群體之關係等因素，以下針對本案相關部分，分從國際人權及國內人權之角度論述之。

首先，依近代憲法原理，嚴格意義之人權係以一般個人為主體之權利，故少數群體之觀念與人權自始蘊含緊張關係。公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 27 條明定：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」純就文本觀之，其承認之權利主體應非少數群體或團體，而係少數群體或團體所屬之個人；所保障之權利係個人權，而非集體權。復參照聯合國人權事務委員會 1994 年公政公約第 23 號一般性意見之內容，特別是其第 1、第 3.1、第 5.1、第 5.2 及第 6.2 點，皆表明受公政公約第 27 條保障者乃少數群體所屬個人之權利，亦即個人權，更可證立上開觀點。

其次，近年來由於國際人權論者之倡導，集體性人權觀念興起，出現所謂「第三代人權」。「第三代人權」之承認與否，攸關人權之本質問題。「第三代人權」觀念與立憲主義之哲學基礎（個人主義）能否相容？與傳統人權論如何整合？而且，集體權與個人權可能發生衝

[1] 樋口陽一著，國法學（人權原論），有斐閣，2004 年，頁 159。

突，集體權可能變成強勢群體用來壓榨弱勢群體及個人之工具，此等問題不容忽視[2]。本席認為，即使承認集體權，亦非表示群體本身具有終極之價值，而應該只是將其當作一種手段，用以達成群體成員各自之目的；如此，集體權不妨視為西歐人權之「亞種」[3]。惟無論如何，公政公約第 27 條之規定固然與群體息息相關，但其保障之權利仍係個人權，權利主體為少數群體所屬個人，故與「第三代人權」強調之集體權無涉。

公政公約第 27 條保障少數群體所屬個人享受、實踐固有文化之權利，殆出於兩種目的考量。其一，立基於文化多元主義，認為文化之價值具相對性，藉此可讓各種文化並存發展。其二，立基於個人主義，認為少數群體所屬個人藉由文化之選擇與認同，可盡最大之可能，追求自我發展，完成個別自我之實現[4]。前揭第 23 號一般性意見似有意將兩種想法合冶一爐，故一方面表明，受公政公約第 27 條保障之權利係個人權；另一方面強調，該權利之保障仰賴於少數群體維持其文化、語言及宗教之能力，且保障該權利之目的係為確保少數群體之文化、宗教及社會特性得以存活及持續發展，從而強化整個社會之結構（第 6.2 及第 9 點參照）。惟個人主義與文化多元主義不無扞格之處，二者能否調和，如何兼容並蓄，值得深思。

二、原住民文化權之肯認

少數群體種類不一，少數民族堪稱典型，而原住民族屬少數民族，在我國更是最具代表性之少數群體。依據公政公約第 27 條規定，在國際人權法上，原住民享受其原住民族固有文化之權利應受保障。惟國際人權與國內人權立足於不同之論理，二者在本質、內涵及實踐上存有差異，故國際人權尚難直接認定為憲法保障之權利。公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定：

2 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 8-10。
3 芦部信喜著，憲法叢說 1 憲法と憲法學，信山社，1994 年，頁 245。
4 樋口陽一著，同註 1，頁 159、160。

「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」據此，公政公約第 27 條揭示之原住民文化權受法律保障，自不待言。至其是否同時具備憲法上權利之地位及性質，尚須經過論證，非可直接從上開公政公約及兩公約施行法規定直接導出。

本號解釋明白承認，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之文化權利，亦即原住民文化權為憲法保障之基本權。解釋理由書表示：「身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利，雖未為憲法所明文列舉，惟隨著憲法對多元文化價值之肯定與文化多元性社會之發展，並參諸當代民主國家尊重少數民族之發展趨勢……，為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整，進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展，依憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之權利。此一文化權利應受國家之尊重與保障，而為個別原住民受憲法保障基本權之一環。」

三、原住民文化權之依據

原住民文化權未為憲法所明文列舉，本號解釋係以憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項與第 12 項前段規定為依據，承認其為個別原住民受憲法保障之基本權。按憲法第 22 條乃概括性權利保障條款，可作為憲法未列舉之權利之保障依據，不容置疑。因個人之人格形成深受所屬民族文化傳統影響，文化提供個人自律性選擇之對象，乃個人自律性選擇自由之基礎條件，故文化之享受應受憲法保障。理論上，任何人均有享受所屬民族（不問多數民族或少數民族）之文化之權利。惟實際上會發生權利之侵害問題者，係少數民族[5]。原住民族作為少數民族，傳統文化受威脅、侵害之情況最嚴重，原住民對傳統文化之享受面臨危機，已使原住民之人格形成與自律性選擇

[5] 常本照樹著，「先住民族であるとの認識に基づく政策と憲法」，收於「『憲法の基底と憲法論』高見勝利先生古稀記念」，信山社，2015 年，頁 543、544。

自由遭到扭曲、抑壓。有鑑於此，以憲法第 22 條規定為依據，承認原住民文化權殊屬必要。

憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」第 12 項前段規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」其為基本國策性質之規定，尚非人權條款，所重視者係原住民族之保障，主要著眼於群體，而非個別原住民，故不足以單獨作為人權保障之依據，但從憲法第 22 條概括性權利保障條款導出原住民文化權，以及界定原住民文化權之性質及內涵時，具強而有力之輔助功能。此外，當代社會多元化與民主化之發展，以及公政公約第 27 條對少數群體所屬個人文化權之保障，亦皆在憲法第 22 條之詮釋上扮演重要角色。

惟本號解釋所以承認原住民文化權受憲法保障，為原住民個人之基本權，核心之實質理由在於：「為維護原住民之人性尊嚴、文化認同、個人文化主體性及人格自由發展之完整」、「進而維繫、實踐與傳承其所屬原住民族特有之傳統文化，以確保原住民族文化之永續發展」。前者出於個人主義觀點，後者則蘊含多元文化主義之觀點。由此可見，本號解釋兼從個人主義及多元文化主義觀點立論，與前述公政公約第 23 號一般性意見之立場若合符節。就本案而言，個人主義觀點及多元文化主義觀點尚無衝突，惟在不同情況下，二者難免會有齟齬之可能[6]，屆時如何磨合或取捨，將是一大考驗。

四、原住民文化權之意義與性質

原住民文化權之意義為何，其性質究屬自由權或社會權，抑或兩者兼具，頗值推敲。依本號解釋之定義，所謂原住民文化權，係指原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利。既稱「享有選擇……之權

[6] 例如關於集體權，固有論者從多元主義觀點加以承認，但頗多論者以其違反個人主義之憲法觀而否定之。參照浦山聖子著，民族文化的少數者の權利，收於愛敬浩二編「（講座 人權論の再定位 2）人權の主體」，法律文化社，2010 年，頁 200。

利」，則似僅蘊含自由權之性質。惟如此界定原住民文化權，是否妥適、周延，有待商榷。誠然，本號解釋之審查客體，凡涉及有無侵害原住民文化權者，無論審查結果為合憲或違憲，均從自由權角度判斷。不過，此乃爭點使然，非謂原住民文化權必然僅具自由權性質。尤其，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，國家有積極維護、扶助及發展原住民族文化之義務。而且，憲法第 5 條規定各民族一律平等，國家為促進民族間之實質平等，對屬於少數民族之原住民族提供必要之協助，殊屬必要。原住民文化權以原住民文化之存續為前提，為落實原住民文化權之目的與功能，除課予國家積極維護、扶助及發展原住民族文化之義務外，亦應承認原住民有相對之請求權。準此，原住民文化權應兼具自由權與社會權性質。原住民文化權與其說是原住民享有選擇依其傳統文化而生活之權利，無寧以參照公政公約第 27 條規定，定義為原住民享受其傳統文化之權利，較為允當。

另依據公政公約第 27 條規定，少數群體之人，有與群體中其他分子共同享受其固有文化之權利，國家不得剝奪之。該規定下之文化權，國家不得剝奪之，似意指其係個人對國家之防禦權，具有自由權性質。惟其稱「享受……之權利」，解釋上又有同時包含自由權與社會權性質之可能。實際上，公政公約第 23 號一般性意見即強調，國家有必要採取立法保障及其他積極措施，以確保該權利之享受（第 6.2 及第 7 點參照）。是公政公約第 27 條保障之少數者文化權兼具自由權與社會權性質，可資參考。

原住民文化權經肯定為原住民個人之基本權，而具集體權性質之原住民族文化權如何，是否亦受憲法保障？原住民族基本法第 1 條規定：「為保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係，特制定本法。」揭櫫立法目的之一，係為保障「原住民族基本權利」。其他條文另列舉「原住民族教育之權利」（第 7 條）、「原住民族傳播及媒體近用權」（第 12 條）、「原住民族工作權」

（第 17 條）及「原住民族土地及自然資源權利」（第 20 條）之保障。此等規定明示各該權利之主體為原住民族，其權利顯然具有集體權性質。惟原住民族基本法屬法律位階，並非憲法，所承認之集體權自僅係法律保障之權利，究與憲法保障之基本權不可同日而語。由於集體權於憲法上涉及各種複雜因素，尤其攸關人權之本質及第三代人權之引進等嚴重問題，本不易處理，加以尚非本案解釋上不得不面對之課題，故屬集體權性質之原住民族文化權是否為憲法保障之基本權，本號解釋抱持審慎態度，未予置喙。此一留白何時補實，將視今後學術及實務之發展而定。

貳、原住民文化權之限制問題

文化之意涵相當廣泛，呈現方式不一而足。就原住民族而言，狩獵不僅是野生動物之獵捕，更與原住民族之生活方式、習俗、信仰、祭儀、環境生態知識之傳承、部落社會規範及族群認同等息息相關，乃原住民族文化之重要內涵。是狩獵應屬原住民文化權保障之範疇，此為多數意見之共識。原住民文化權固非絕對保障之權利，得因公益之理由加以限制，然其限制如逾越界限，將侵害原住民文化權而構成違憲。本席認為，系爭規定關於獵槍及野生動物獵捕限制之各項規範，經多數意見認定為合憲之部分，諸多涉有違憲之嫌，理由分述如下：

一、關於自製獵槍部分

一般人之狩獵行為屬一般行為自由保護領域，受憲法保障程度較低，有關限制之合憲性通常採取寬鬆審查。原住民之狩獵行為屬原住民文化權保護領域，受憲法保障程度高於一般行為自由，有關限制之合憲性自應受較嚴格之審查，本號解釋採取中度審查基準，尚稱允當。查原住民使用槍枝狩獵之歷史久遠，估計已逾兩百年甚至四百年。獵槍作為原住民狩獵之重要工具，乃不爭之事實，是以獵槍狩獵自應劃入原住民文化權之保護領域，有關原住民獵槍之限制規定，宜同樣以中度基準審查。

槍砲條例第 8 條規定：「（第 1 項）未經許可，製造、販賣或運輸制式或非制式鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第 4 條第 1 項第 1 款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑，併科新臺幣 1 千萬元以下罰金。……（第 4 項）未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列第 1 項所列槍砲者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，併科新臺幣 7 百萬元以下罰金。」系爭規定一規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍……，供作生活工具之用者，處新臺幣 2000 元以上 2 萬元以下罰鍰……。」兩相對照可知，對於原住民與一般人相同之違法行為，立法規定輕重不同之處罰，於一般人為較重之刑罰，而於原住民為較輕之行政罰。所以如此，如解釋理由書所言，係立法者為尊重原住民依其文化傳承之生活方式，故就原住民基於生活工作之需而製造、運輸或持有自製獵槍之違法行為除罪化，僅以行政處罰規定相繩。

多數意見表示：「有鑑於刑罰制裁手段乃屬對憲法第 8 條所保障之人身自由之重大限制，立法者衡酌系爭規定一所定違法行為之情狀與一般犯罪行為有別，認應予以除罪化而僅須施以行政處罰，此一立法決定，除屬立法裁量之合理範圍外，性質上亦屬對人身自由原有限制之解除，於此範圍內，並不生侵害人身自由之問題。至立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。」從而認定，系爭規定一就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題。

的確，系爭規定一本身並非刑罰規定，多數意見謂其不生違反人身自由之問題，似非無由，然既同時認其係就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，性質上屬對人身自由原有限制之解除，則顯然認知系爭規定一須併同槍砲條例第 8 條規定解讀，始能正確把握其

意涵。事實上，於系爭規定一所引規範部分之後，加上「本條例有關刑罰之規定，不適用之。」等文字，始為槍砲條例第 20 條第 1 項之完整內容。因此，系爭規定一與槍砲條例第 8 條之刑罰規定具有重要關聯性，須一併審查，方能對系爭規定一為適當之憲法評價。當一併審查時，即可探知，系爭規定一僅就槍砲條例第 8 條刑罰規定之一部分除罪化，亦即唯獨「自製之獵槍」部分排除刑罰制裁，是否有除罪化範圍過於狹隘，致生侵害人身自由情形。詎知多數意見未將槍砲條例第 8 條列為審查客體，徒就系爭規定一為形式之論斷，率爾認定系爭規定一不生違反憲法比例原則之問題。這種流於鋸箭法之審查方式，難謂妥適。

系爭規定二明定，自製獵槍係「指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為 0.27 英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上。」本號解釋理由書詳列各種理由，論證系爭規定二對「自製獵槍」之定義未顧及原住民使用自製獵槍之安全性，從而認定與憲法保障人民生命權、身體權及原住民文化權之意旨有違。同樣理由施諸系爭規定一及槍砲條例第 8 條，理當亦可得出違憲之結論。多數意見一方面主張系爭規定一不生違反憲法比例原則之問題，並排除槍砲條例第 8 條之審查，他方面卻認定系爭規定二違憲，不免有論理不一致之嫌。況原住民使用制式獵槍狩獵已有相當久之歷史，且「自製」獵槍本非原住民族之傳統文化，多數意見卻未詳細檢證有關立法事實，而逕認定系爭規定一除罪化之對象限於自製獵槍，不及於其他制式獵槍為合憲，其顯然扭曲原住族傳統文化，輕忽原住民文化權之

保障。

二、關於原住民獵捕野生動物部分

野保法為保育野生動物，對狩獵採取嚴格管制立場。依該法第 17 條第 1 項規定，非基於學術研究或教育目的，獵捕一般類野生動物者，應先經許可；依同法第 18 條第 1 項規定，保育類野生動物除族群量逾越環境容許量者，或基於學術研究或教育目的，經中央主管機關許可者外，不得獵捕之。亦即，野生動物原則上禁止獵捕，僅於少數合於規定之情形始例外允許之。於一般人，此為狩獵一般行為自由之限制，依寬鬆基準審查，較無違憲之疑慮。

惟狩獵對原住民之意義重大，不容與一般人相提並論。上開規定若原封不動適用於原住民，則無異於原住民族狩獵文化之扼殺，必然嚴重侵害原住民文化權。因此，系爭規定三特別明定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」其顧及原住民族之傳統文化，鬆綁狩獵規制，似可降低原住民文化權之侵害。惟系爭規定三未有「自用」之明文，致衍生出解釋適用上自用是否在鬆綁之列，以及該規定有無違憲之爭議。

本號解釋理由書略謂：「就『傳統文化』而言……包括傳承已久之食物取得方式、日常飲食習慣與物質生活方式等……。鑑於狩獵為原住民所享有之憲法上文化權利之重要內涵，原住民基於傳統飲食與生活文化下自用之需，而從事獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，應屬系爭規定三容許之範圍。基此，系爭規定三所稱『傳統文化』，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食物或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。」對此，本席深表贊同。

本號解釋另釋示：「立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂

定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。」然多數意見復強調，對於原住民為自用而獵捕保育類野生動物之申請，應採特別嚴格之管制手段，僅於特殊例外，始得予許可。其特別重視保育類野生動物之保護，尚非無故，然對原住民文化權之限制不免有過苛之嫌，且執著於許可制，相當可議。

事實上，現行野保法所稱保育類野生動物，包含瀕臨絕種野生動物、珍貴稀有野生動物及其他應予保育之野生動物三類。各類乃至同類之各種動物，其族群分布、數量、增減趨勢、棲息地消失速度、遭獵捕壓力及對生態系統之影響等互有差異，若未採分級管理之機制，而一律嚴格禁止自用需求之獵捕，未必合理，且對原住民文化權造成過度之限制[7]。補充一言，本號解釋前開有關保育類野生動物應嚴格管制自用需求之獵捕之釋示部分，係對未來立法方向之指示，而非現行法意涵之闡釋。本席認為，立法者或主管機關依解釋意旨修正法律或行政命令時，仍須適度保留原住民獵捕保育類野生動物之空間，方能確保原住民文化權不受侵害。

本席認為，為因應本號解釋顧慮之情形，在現行法下仍有較溫和、合理之作法可以運用。按野保法第 21 條之 1 第 2 項規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」依其後段規定授權訂定之命令，可就獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項，為適當之規定，必要時得禁止獵捕特定種類之野生動物（不論其屬一般類或保育類野生動物，亦不分基於祭儀、自用或其他傳統文化所需要之野生動物）。採取此一作法，應可在野生動物之保育與原住民族文化之尊重、原住民文化權之保障間取得平衡。

[7] 國立屏東科技大學野生動物保育研究所裴家騏教授鑑定意見書參照。

系爭規定四明定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准。」其嚴格規定原住民族獵捕野生動物，須事先經主管機關核准。此等全面許可制之採行，顯示立法者對原住民族文化之欠缺了解或不尊重，以及對原住民文化權之漠視。蓋理論上所謂「許可」，係指於特定情形解除一般性禁止。原住民文化權既為憲法保障之權利，且非一般行為自由可以等量齊觀，法律豈可藉全面許可制設定一般性禁止，於特定情形始准回復其權利之行使？本質上，全面許可制無異於否定狩獵為原住民文化權之內涵，乃至將原住民文化權矮化成法律上之權利，而非憲法上之權利，其經不起憲法之檢驗，昭然若揭。然多數意見卻無視於此，而認系爭規定四關於全面許可制之規定尚不違反比例原則。就其合憲解釋，本席礙難接受。

系爭規定五明定：「申請人應填具申請書，並檢附下列文件，於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請：……」系爭規定六明定：「前項申請書應載明下列事項：……四、獵捕動物之種類、數量……。」按系爭規定五及六，係 104 年 6 月 9 日行政院農業委員會會同原住民族委員會依系爭規定四後段規定之授權，所修正發布之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」之條文。多數意見不厭其煩，詳論系爭規定五及六之違憲性。其主要理由在於：一、系爭規定五有關基於傳統文化所傳承之信仰或習慣而生未可事先預期之非定期性狩獵活動之需求，所定申請期限與程序規定部分，欠缺合理彈性，其對原住民從事狩獵活動之文化權所為限制，已逾越必要限度或可合理期待原住民承受之限度，而有違憲法比例原則。二、原住民族向來認為獵獲物乃山林自然神靈之賜予，各族亦普遍流傳出獵前預定獵捕動物之種類與數量，是對山林自然神靈不敬的觀念，而成為一種禁忌。系爭規定六有關載明獵捕動物之種類與數量之要求，與原住民族傳統文化所傳承之思想及觀念難以相容，對原住民從事狩獵活動之

文化權利所為之限制，已逾越必要之限度，尤難認屬可合理期待原住民或部落等可承受者，是與憲法比例原則不符。

誠如本號解釋理由所強調，自然生態環境保護及野生動物保育係憲法保障之重要價值。而無論理論上或技術上，為達成野生動物保育之目標，可採行之策略及方法繁多。在管制方面，諸如總量管制、報備制、行政契約之締結、部落自主管理及原住民參與等機制，均可運用。至於獵捕之全面許可制，乃極嚴格之手段，或有一定之效果，然其與原住民之觀念及行為模式格格不入，且對原住民文化權之侵害十分重大，絕非最有效、合理之手段。多數意見指稱系爭規定五及六違憲之理由，應足以證立系爭規定四全面許可制之違憲性。尤其，申請書之必要記載事項「獵捕動物之種類、數量」，堪稱准駁及核准內容之決定性要素，實為許可制之核心部分。多數意見既認定系爭規定六有關申請書中應載明獵捕動物之種類與數量之部分違憲，則何以承認全面許可制合憲，令人費解。

部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官　提出
黃虹霞大法官　加入四、五部分
詹森林大法官　加入四以外部分

一、本號解釋之背景及核心爭議

本號解釋處理爭議核心為原住民從事狩獵活動之文化權利與野生動物保護間之衝突，二者各有憲法及國際公約之依據[1]。前者目的是為維護文化多樣性；後者目的係為維護物種多樣性。因此本號解釋面對文化多樣性與物種多樣性間之緊張關係。更困難的是，二者都牽

[1] 前者為「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」（憲法增修條文第 10 條第 11 項）、原住民與部落人民公約及兩人權公約（公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約）；後者為「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。」（同條文第 2 項）、生物多樣性公約等。

動著強烈的人類情感，聲請人禮讚狩獵活動之價值並對部落分享狩獵成果之傳統賦予高度文化意義；相對地，書寫人類與野生動物的驚奇邂逅，以及不捨動物家族成員被獵捕追殺時的驚惶與痛苦的作品亦極豐富[2]。按人類的情感難以評價，卻常指引理性的運作，因此，本號解釋所涉法學論述與情感衝突之規模與力道堪稱超完美風暴，在此情形下，客觀之科學研究成果自應為本號解釋之重要判斷依據。

國內狩獵所使用之獵槍受槍砲彈藥刀械管制條例（槍砲條例）之嚴格管制，非原住民之國民未經許可製造、販賣、運輸或持有獵槍者，應受刑事制裁（槍砲條例第 8 條參照），其目的是為了維護治安；狩獵對象之野生動物亦受野生動物保育法（野保法）嚴格保護，非原住民之國民無法定之正當事由獵殺野生動物者，依其獵殺之對象為保育類或一般類，而分受刑事制裁或行政罰鍰（野保法第 41 條及第 51 條參照），其目的是為了維護物種多樣性與自然生態之平衡。然而基於保護原住民族狩獵文化傳統之意旨，野保法及槍砲條例對於原住民族持有獵槍及狩獵野生動物均較一般國民放鬆管制。

野保法對原住民族基於傳統文化、祭儀而有獵捕、宰殺或利用（此三行為以下依行文簡稱獵殺）野生動物之必要時，就狩獵對象及方法放寬管制（第 21 條之 1 第 1 項及第 2 項，即系爭規定三及四）[3]。另外為了尊重原住民族之生活習慣及配合放鬆原住民狩獵管制之規定，槍砲條例亦放寬原住民族獵槍之管制，即原住民經許可後可以製造、運輸或持有自製獵槍，若未經許可製造、運輸或持有自製獵槍、

[2] 例如厄尼斯特・湯普森・西頓著，西頓動物記，衛城出版，2016 年初版；廖鴻基，擱淺，收於其所著來自深海，晨星出版，2012 年 4 月二版，頁 134 至 162。

[3] 系爭規定三即野保法第 21 條之 1 第 1 項全文為：「（第 1 項）台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」系爭規定四即同條文第 2 項全文為：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准，其申請程序、獵捕方式、.動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之。」

其主要組成零件或彈藥供作生活工具之用者，僅處罰鍰而不受刑事制裁，即去刑罰化（槍砲條例第 20 條第 1 項即系爭規定一；另自製獵槍之定義規定於槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款，即系爭規定二）[4]。

系爭規定一、二與三、四之制定係立法者在保障原住民族狩獵文化與保護野生動物之間，經利害權衡後畫出之平衡線。簡言之，原住民得持自製獵槍，基於傳統文化、祭儀之必要，經申請核可後獵殺野生動物，本號解釋聲請人挑戰此條平衡線，認為系爭規定一、二與三、四及其他相關條文對於原住民族之狩獵文化保障不足而違憲，此即本件釋憲聲請案之背景。

二、原因案件及實務上其他類似案件判決所顯示系爭規定之問題

（一）本號解釋共有 6 件聲請案併案，其原因案件事實及聲請釋憲主張大要如下：

1、布農族人王光祿持有未經核可之土造獵槍獵殺保育類動物山羌、長鬃山羊，供其母親食用，被判處徒刑確定，王光祿聲請釋憲，主要理由為原住民族得獵殺保育類野生動物之目的不應限於傳統文化、祭儀，而應包括「自用」之目的。

2、卑南族人潘志強未經許可持土造長槍 1 支，獵得保育類動物山羌 2 隻，為警查獲後經法院判處徒刑。其聲請釋憲理由之重點為系爭規定三排除「自用」目的得獵捕保育類野生動物之合法性，違反法律優位原則及法律保留原則等。

3、泰雅族人周懷恩經檢調搜索，查扣自製獵槍及空氣槍各一把，法院認定自製獵槍部分適用系爭規定一而不罰，但就空氣槍部分，認定系爭規定一、二不罰之範圍不及於空氣槍，經法院判處徒刑

[4] 系爭規定一即槍砲條例第 20 條第 1 項全文為：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍、魚槍，或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之魚槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 千元以上 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之。」另系爭規定二系有關自製獵槍之技術性定義，非本意見書論述範圍，故未引述條文。

確定而聲請釋憲。其主要聲請理由為系爭規定一將原住民持用生活工具之槍械不罰範圍，僅限於自製獵槍、漁槍，並限定槍械之種類、式樣而違憲。

4、噶瑪蘭族人陳紹毅因持有空氣槍恐嚇他人，經確定終局判決認定分別該當槍砲條例第 8 條第 4 項之非法持有空氣槍罪，以及刑法第 305 條之恐嚇危害安全罪，聲請釋憲主張因其具原住民身分，其持有空氣槍供作生活工具之用，應為法律之所許，且系爭規定一及二，竟將威力較小、安全性較佳之空氣槍排除在除罪範圍之外，已違反憲法。

5、檢察總長對王光祿之確定判決提起非常上訴。最高法院刑事第七庭審理該非常上訴案，認所應適用之法律有違憲疑義而停止審判聲請釋憲。最高法院聲請釋憲理由與王光祿之聲請理由大致相同，即原住民族得獵殺保育類野生動物之目的不應限於傳統文化、祭儀，而應包括自用。

6、桃園地方法院刑事第四庭審理原住民被告未經許可持有具殺傷力之空氣槍 1 支，認應適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，裁定停止審判而聲請釋憲。

本號解釋聲請人共 6 位，包括當事人與法官，聲請釋憲之理由大致相同，故以下通稱聲請人方。綜合言之，聲請人方就原住民得使用獵槍狩獵部分，主張系爭規定一、二限制原住民僅能使用自製獵槍，而不能使用較先進安全之制式獵槍或空氣槍而違憲；就原住民族之狩獵文化部分，認為系爭規定三、四限制原住民僅能基於傳統文化、祭儀之目的獵殺野生動物，因未包括「自用」之目的而違憲。

（二）實務上適用系爭規定所生之疑義

依系爭規定三、四原住民得獵殺野生動物者，應具備之要件包括 1、具原住民身分，2、基於傳統文化、祭儀之必要，3、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域等均符合政府機關依系爭規定四所訂定發布之辦法，4、依該辦法所定程序申請後經政府機關核

可。聲請釋憲的原因案件當事人均具原住民身分，但前述要件 2、3、4 均未符合。聲請人方主張前述要件 2 僅規定傳統文化、祭儀有所不足，而應包括「自用」；又主張前述要件 3、4 規定狩獵前應先申請核可之規定與原住民之傳統文化不合而違憲。另外實務上就有關原住民因違反系爭規定三、四而被起訴或判刑之案例加以研究，顯示系爭規定三、四有許多不明確、不完足之處，就人、時、地、物之適用範圍均生疑義[5]。例如得適用系爭規定三之原住民之範圍，是否包括長居平地，已脫離山林生活之原住民，又如符合前述要件 1、2、3 僅欠缺要件 4 所定申請核准之行政手續，其責任與欠缺 2、3 之實質要件者是否相同而均應受野保法第 41 條規定之刑事處罰，均有疑義。就該立法不足之處，法官在審判時自可依據法律之意旨，依循法律解釋方法補充立法之漏洞，並非均屬本號解釋之標的。系爭規定三所稱得為原住民狩獵標的之野生動物是否包括保育類或限於一般類野生動物，本有爭議，但行政院農委會會同原民會依據系爭規定四所發布之「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」及其附表（下稱管理辦法）所列之野生動物已包括保育類動物，因此，聲請釋憲之爭點為，系爭規定三未包括原住民得以「自用」之目的獵殺保育類野生動物是否違憲？此即本號解釋審查系爭規定三之主要爭點，並非系爭規定三、四其他缺陷均屬本號解釋受理之範圍。事實上依據實務之案例，發現目前系爭規定三、四及其他規範有甚多缺陷，確應加以檢討改善，此亦為許多學者和實務人士共同之見解[6]。

三、本號解釋之主要結論及其理由

本號解釋之核心結論有二：

（一）本號解釋認為系爭規定一就原住民持有獵槍而得以除罪化之範

5 參見張宏節，非法獵捕保育類野生動物判決之實證研究－以原住民文化抗辯為中心，法律扶助與社會，2018 年 9 月，頁 58。

6 張宏節，前揭文，頁 64。

圍限於「自製獵槍」部分並未違憲。換言之，除罪化範圍不及於制式獵槍（國造或進口）或空氣槍尚未違憲。其主要理由為「核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。」（二）本號解釋認系爭規定三所稱之「傳統文化」「應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨。」但本號解釋同時要求「立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。」

本號解釋另外認定系爭規定二有關自製獵槍之定義不足致安全性不夠而違憲，以及原住民申請狩獵時所應填寫獵物之種類、數量以及申請日期等規定違反原住民族之習慣而違憲部分，此二部分之結論涉及技術面之執行規定，應由行政機關依本號解釋修正相關法令即可。

本號解釋前述二個核心結論均涉及原住民狩獵文化與野生動物保護間之衡平考量，本席就此部分提供部分協同部分不同意見。

四、本席之不同意見部分：

本號解釋認為系爭規定三所稱之「傳統文化」已包括「非營利自用」，此部分之認定本席無法同意。按「傳統文化」之文義範圍固可極為廣泛，但於立法時立法者規定「傳統文化」之本義應不包括以自行狩獵之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利自用之情形，此乃因非營利自用之範圍過於寬泛，難以界定，且難以要求事先申請或事後查核，對保育類動物之生存造成較大威脅，如此見解為過去多數法院於審理相關案件時採用，因此才有本件釋憲

聲請案之必要。本院應該審酌的是系爭規定除了「傳統文化、祭儀」之外有沒有必要增加「自用」或「非營利自用」作為原住民得狩獵之目的。但本號解釋未走此途徑，反而先認定「傳統文化」之文義範圍已包括「非營利自用」，而後再於解釋文宣示立法者及行政機關對原住民基於傳統文化下非營利自用而獵殺野生動物之行為予以規範時，除有特殊情形外，其對象應不包括保育類野生動物。而所稱特殊情形，於解釋理由指出係指「例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形」。然而在該情形，野保法本來就允許對保育類動物為獵殺行為（野保法第 18 條），且不限於原住民始得為之。因此就本號解釋全部整體適用之結果並未對原住民以非營利自用為目的而獵殺保育類動物開啟較大之空間。適用結果與認定系爭規定三未包括以「非營利自用」之目的得獵殺保育類野生動物，係為求憲法上相關價值之衡平而未違憲，並沒有差別。本席認為本號解釋之解釋方法繞了一大段路而實質得到認定系爭規定三適用於保育類野生動物之部分為合憲之結論，實無必要。

五、本席之協同意見（壹）：完全依靠原住民族自主管理之狩獵倫理而排除公權力干預，是否足以防止瀕絕類／珍稀類動物滅絕危機？

如前所述，系爭規定一、二與三、四均係在維護原住民從事狩獵活動之文化權利與保護野生動物之間尋求平衡點。如依聲請人方之所請，准原住民族使用較先進、安全之制式獵槍，及／或得以「自用」之目的而獵殺保育類野生動物，則保育類動物被獵殺之威脅將會增加，所增加之風險是否有惡化為滅絕之危機，為本號解釋作出判斷前應考量之重點。

（一）物種滅絕之後無法回復，故防止保育類動物滅絕之法益應受最高度之保護

物種滅絕之後無法回復，不僅後代子孫無緣見識且可能影響自然生態之平衡，相關之傳統文化與祭儀自亦無從進行，故避免動物滅絕

應列為最高優先考量，且應優先於狩獵文化之保護。

按野生動物分為保育類與一般類，而保育類又分為瀕臨絕種（瀕絕類），珍貴稀有（珍稀類）及其他應予保育之野生動物，其定義為「族群量雖未達稀有程度，但其生存已面臨危機之野生動物」（臨危類）三種。而保育類以外之野生動物即為一般類（野保法第 3 條第 3、4、5 款及第 4 條規定參照）。野保法就保育類與一般類野生動物分別規範不同之保護強度，自為理所當然。聲請人方主張未准原住民以自用為目的獵殺保育類野生動物為違憲，聲請人方並未區隔保育類中之三種，即係主張保育類動物之全部三種均應准供「自用」之目的而為狩獵之對象，在此情形下，瀕絕類與珍稀類動物，必然增加被獵殺而導致滅絕之風險。

（二）依靠原住民族傳統狩獵文化之倫理及自主管理，而排除公權力干預是否足以防止保育類野生動物滅絕之風險？

聲請人方提出有關原住民族狩獵文化之論述豐富，並從而主張未允許原住民族以制式獵槍及／或以「自用」之目的狩獵保育類動物為違憲。但對於因此所可能造成野生動物滅絕之較大之風險應如何平衡，聲請人方之主要主張為原住民族之傳統狩獵習慣即具有保育觀念，狩獵活動應交由原住民族自主管理。

行政院農業委員會指出目前試辦原住民狩獵自主管理已著有成效，並朝向將來簽訂行政契約之方向進行。本席認為原住民族自主管理狩獵活動為正確方向，並樂見其成。然而在自主管理尚未普及，且尚未證明自主管理對於動物保育已著有成效之前，依靠原住民狩獵文化之倫理即開放原住民族使用較進步之制式獵槍及／或以「自用」之目的獵殺保育類野生動物，是否足以避免已面臨滅絕風險之瀕絕類與珍稀類野生動物，進一步走向滅絕之路？必須由相關歷史文件及學者之論述尋找判斷依據。

1、由臺灣雲豹滅絕之歷史事件檢討

曾經活躍臺灣山林的臺灣雲豹已被認定為滅絕，這是近代臺灣大

型哺乳類動物滅絕之案例，為維護生物多樣性失敗的例子，應檢討其原因，並避免憾事重演。歷史文獻有部分原住民部落獵殺臺灣雲豹之紀錄[7]。原住民之狩獵行為與臺灣雲豹之滅絕有無關係？學者研究指出「……或許原住民生計性狩獵的傳統慣習，對野生動物的影響確實不大，但無管理或管理不當的商業性狩獵一定會有影響」[8]可知除了棲地破壞之外，大規模商業狩獵亦是雲豹滅絕之主要原因。因此，為了防止保育類動物滅絕，對可能不肖之徒所從事的商業性獵殺，國家公權力仍有介入管理之必要。

2、丹大水鹿斷頭事件之檢討

本號解釋作出前夕，南投丹大溪邊發現 8 頭被獵殺之保育類動物水鹿，推測是為了摘取鹿茸而被斷頭。2001 年亦曾發生類似案例，有學者由該案件中新聞報導之觀點，認為此事件曝露原、漢對狩獵文化看法之差異性，其主要根據為「原住民並沒有獵取類似鹿茸、鹿鞭進補的觀念，狩獵的目的，就只是為了動物的肉體。」[9]

然而另有學者依據實證研究指出部分地區之原住民族確有在水

---

7 臺灣最後一筆野外雲豹的資料是 1983 年在一個原住民獵人的陷阱中發現了一隻已死亡的幼豹，參見 http://sss40404.blogspot.com/2010/10/blog-post_20.html。原住民於清朝乾隆年間協助清兵平定林爽文事件後，有 8 名首領奉旨入京覲見，進貢給乾隆皇帝之貢單包括豹皮 40 張，見莊書發，故宮檔案與清代臺灣史研究（一），文史哲出版社，108 年 4 月初版，頁 22、23。

8 參見裴家騏，臺灣的雲豹當年為什麼會消失？原文為「在臺灣除了雲豹以外，至少還造成（由古到今）:梅花鹿（17 世紀）、石虎、水獺、黑熊、水鹿、穿山甲和狐蝠（1980 年代）等動物滅絕或瀕臨絕種，而其中除了穿山甲和狐蝠可能是漢人所為（或比例比較高），其他的應該都是以原住民獵人為主力。所以說原住民狩獵沒有造成影響的說法是不正確的，正確的說法應該是:管理機制嚴重不足、搜刮式的商業性狩獵活動，對目標動物一定會造成傷害。或許原住民生計性狩獵的傳統慣習，對野生動物的影響確實不大，但無管理或管理不當的商業性狩獵一定會有影響。過去如此，未來也會如此。」https://m.facebook.com/ptrc.npust/posts/2574483045959530/（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 7 日）。

9 參見王皇玉，建構以原住民為主體的狩獵規範：兼評王光祿之非常上訴案，載台大法學論叢第 47 卷第 2 期，頁 850。

鹿長茸季節會去狩獵水鹿「除了體型較大之外，還有可能賣鹿茸的額外經濟誘因」[10]。可見不同學者間對原住民族之狩獵習慣有不同之理解，故對原住民狩獵文化之理解非可一概而論。當然不能僅因部分原住民有獵殺水鹿取鹿茸之行為即推論丹大水鹿斷頭事件為原住民獵人所為，但若完全排除原住民獵人參與之可能性，亦不符科學，畢竟不肖分子在各族群各領域都存在，原住民族之自主管理是否足以節制部落內少數不守紀律者，尚待檢證。

本席認為聲請人方所主張原住民族之狩獵習慣蘊含保育觀念，原住民族狩獵行為不會造成保育類野生動物較大之滅絕危機之說法，尚未提出具科學實證之論據足以證明；目前正在推動之自主管理尚未完全發生功效；防止不當的商業性獵殺仍有公權力介入管理之必要，因此本席支持多數意見之立場，畢竟動物滅絕之後無法回復，故應採取較嚴格之檢證標準。

（三）歐美國家保障原住民之狩獵權，但為保護特定物種免於滅絕，仍得對狩獵行為加以管制

聲請人方引學者論文介紹美國許多有關印第安人狩獵權之法院判決，以論證原住民族應擁有狩獵權，然而學者論文同時指出美國政府與印第安人之爭議係涉及美國在擴張領土時不斷與印第安部落簽訂土地割讓條約之爭議[11]，與我國之情形不同。況且學者亦指出美國政府在保障印第安人之漁獵權時，對於印第安人之狩獵活動仍得管制，特別是為了「特定物種」的永續發展保存，避免對該生物造成「不可回復的傷害」時，在一定條件下仍得管制[12]，與我國野保法防止並

10 參見玉山國家公園管理處委託辦理「108-109 年度玉山國家公園轄區內及周邊地區原住民族歲時祭儀利用野生動物現況調查計畫案」，民國 109 年，頁 13、15。

11 參見鄭川如，由生存權、文化權而來的狩獵權－從美國最高法院判決談臺灣原住民的狩獵權、漁權，載第二屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，行政院原住民委員會，頁 340。

12 同註 11，頁 344。

避免野生動物滅絕之意旨相同。

又 2020 年 1 月瑞典最高法院判決承認瑞典薩米（Sami）原住民放牧鹿群之狩獵，判決基礎是該國 16 世紀承認 Sami 人之狩獵權之政府文件，相關狩獵權之爭議在於放牧領域與當地採礦活動之衝突[13]，與本號解釋所處理狩獵活動與保護野生動物間之衝突，性質上亦有所不同。

六、本席之協同意見（貳）：野保法及相關規定對於保育類動物之分類不足，分級管理不夠，以致對保育類動物之保護不足，又可能讓原住民獵人承擔過高之刑事責任，同蒙其害

1、目前管理辦法列原住民得獵殺之保育類動物中包括瀕絕、珍稀類動物，加劇滅絕危機

保育類動物中之瀕絕類與珍稀類面臨滅絕之風險高，自應受最高度之保護，不僅不應開放獵殺，且應採取措施以避免其遭誤殺、誤捕，更應進一步積極加以保育。至於臨危類動物依其定義，固尚未瀕臨絕種，但其生存已面臨危機，就臨危類應受保護之程度，自應由行政與立法機關審慎考量後決定。然而目前之野保法對於此三種保育類動物之保護程度之區隔並不明顯。系爭規定三、四開放原住民族基於傳統文化、祭儀而得於一定條件之下獵捕、宰殺或利用「野生動物」。本號解釋指出系爭規定三所稱之「傳統文化」包括非營利自用之情形，但同時要求立法者自行或授權主管機關就非營利自用之目的而獵殺野生動物之行為訂定管制規範時，除有特殊例外之情形，應不包括保育類野生動物。但對於基於傳統文化中「非營利自用」以外之部分，以及基於祭儀而得獵殺野生動物之範圍應受何限制，並非本號解釋之範圍，但本席認為本號解釋之意旨亦應適用之。

目前管理辦法所列原住民族基於傳統文化、祭儀之目的得獵捕宰殺之野生動物包括部分保育類動物，如臨危類之山羌、野生山羊、水

[13] 參見 Sami difference, Sweden's reindeer-herding Sami take back control, The Economics, May 23rd. 2020, page 41.

鹿；珍稀類之環頸雉、藍腹鷴、大冠鷲、帝雉、穿山甲；甚至包括瀕絕類之熊鷹。本席認為對於臨危類因其數量尚非稀少，在嚴格控管數量之前提下適度開放獵殺以兼顧原住民族之傳統祭儀，尚可稱未失平衡。

然而熊鷹屬保育類動物中之瀕絕類，本應受特別之保護，甚至應予復育，但管理辦法將其列為得狩獵之對象，以供祭儀之用，已有人士研究後指出因此導致近年數量大減[14]。故管理辦法將原住民為傳統文化、祭儀之理由而得獵殺之動物包括瀕絕類與珍稀類，與保護野生動物避免滅絕以及本號解釋之意旨不符，應檢討改善。

又野保法禁止國人使用陷阱、獸鋏作為狩獵方法，但原住民族則例外可以使用（野保法第 19 條及第 21 條之 1 參照），然而如因使用陷阱、獸鋏而造成瀕絕動物傷害甚至死亡，則應加以預防，始符合瀕絕類之野生動物應受特別保護之意旨。瀕絕類的臺灣黑熊遭陷阱誤捕誤殺之事件頻傳，與原住民族使用陷阱狩獵是否有所關連，自應加以探究，若屬有關，自應限制陷阱、獸鋏之大小、功能及其使用地區，以保護瀕絕之黑熊。

依上，為了避免瀕絕、珍稀類野生動物朝向滅絕之路，本席認為無論現行法之解釋與適用或未來立法皆應對瀕絕、珍稀類野生動物提高保護標準，且應進一步積極進行復育。紐西蘭核發狩獵許可時增加嚴格條件，其中包括禁止夜間進行狩獵，其目的除避免誤傷人類外，應亦有避免誤傷保育類野生動物之意旨[15]。

2、介於保育類中之臨危類與一般類之動物未設中間類型，以區隔管理標準，容易使原住民獵人誤觸法網

聲請本號解釋之原因案件所涉獵殺之保育類野生動物主要為山羌及山羊，在行為當時均為保育類中之第三種，即臨危類動物。（但

[14] 參見黃永坤，脆弱卻舉足輕重的存在－熊鷹，2013 年 10 月 8 日，https://e-info.org.tw/node/93955。

[15] 參見 https://www.doc.govt.nz/parks-and-recreation/things-to-do/hunting/permits-and-licences/permit-conditions/。

山羌已於 108 年 1 月 9 日改為一般類）實務上原住民因違反野保法而被起訴、判刑者亦以獵捕山羌之案件居多，其原因可能是經多年全面禁獵，山羌數量在山林已自然繁殖至一定數量，而非罕見，因此原住民依其傳統習慣獵殺山羌時並無違法意識。然而山羌雖然數量有所增加，在原因案件之獵殺行為發生時尚列為保育類動物中之第三種即臨危類，受規範保護之程度與瀕絕類（例如臺灣黑熊）相同，因此法院在審理時對個案固有裁量空間，但法律適用之結果仍可能過苛。因此目前野保法及附屬法規對於一般類及保育類野生動物之分類不夠精細，又對於保育類野生動物分級管理、規範之程度不足，造成對應受較高保護等級之瀕絕、珍稀類保護不足，另一方面，亦可能令以自用為目的而獵殺少量臨危類動物之原住民獵人承受過重之刑事責任，可說均蒙其害，自應就此檢討改善。

七、本席之協同意見（參）：狩獵文化之維續與轉型

狩獵文化是各民族發展過程中都經過的階段，各民族依其自然人文環境而發展出獨特之文化均應受尊重，然而文化並非一成不變，應隨時代變遷、生存環境及人的價值觀之變化而演進。隨著臺灣山林環境之變化以及原住民族生活型態之改變，島上野生動物之數量已今非昔比，狩獵所得之獵物亦已非原住民生存之必需。研究臺灣原住民狩獵文化之學者亦指出「現在打獵的族人幾乎都是業餘獵人」「當代獵人不再完全依賴狩獵維生」[16]於時空環境已變更之下，傳統之狩獵文化在今日應如何存續，自有探討之價值。美國於蠻荒拓墾時代狩獵為日常生活之一部分，但現已成為重視動物保育之國家，其中之轉折有西方生態保育之父阿道・李奧波[17]是重要關鍵人物。

（一）狩獵的喜悅建立在另一個生命被剝奪的痛苦上－李奧波的體悟

[16] 浦忠勇，原蘊山海間，臺灣原住民狩獵暨漁撈文化研究，原住民族委員會出版，年，民國 107 年，頁 144。

[17] 阿道・李奧波（Aldo Leopold ,1987-1948），著有《狩獵管理》《沙鄉年鑑》（又譯為砂地郡曆誌）。

美國生態保育家李奧波原為獵人，早年主張打獵為一正當休閒娛樂，可促進野地平衡。晚年時想法相反，而致力推動生態保育。他的著作「砂地郡曆誌」有一段描寫他在歷經獵殺動物之興奮後的突然體悟[18]。

對李奧波的體悟加以詮釋，領悟到應該從被獵殺動物（狼）的觀點看狩獵行為：生命被剝奪的不甘心以及對小狼是否脫身的擔心；也應該從山的觀點看狩獵，殺死一隻動物可能對生態系統的牽連影響[19]。許多動物親子間之情誼以及家庭關係密切，動物被獵殺前驚惶恐懼，家族成員被獵殺後之巨大痛苦不亞於人類。狩獵不僅破壞生態，而且狩獵的喜悅原來是建立在另一個生命被剝奪的痛苦上。20 世紀人類經歷大規模自相殘殺並且不知節制地蹂躪大自然而造成物種快速滅絕之危機，有識之士省思人類在 20 世紀犯下之過錯而推動尊重生命之絕對價值，國家施政均應以珍惜生命為最高準則，包括所有人類以及動、植物等萬物生靈之生命。違反此原則者，不分任何國家、種族，均受國際譴責。在此原則下，已非生存必需之飲食文化遇保育類動物時即應退讓，此為國際準則。日本民族捕鯨、食鯨之傳統已有百年歷史，成為日本文化的一部分，而今受國際共同撻伐，並受國際法庭判決違法，即為著例。各國人民因獵食保育類動物而受處罰之案件極為常見。最近的例子見紐約時報報導，義大利 Gardone Val Trompia 地區位於候鳥遷移路線上，當地民眾有料理候鳥美食之傳

18 原文為「我們都在向狼群放槍。但興奮的成分超過準確性！……等我們槍都放空，老狼倒下了，有一只小狼，拖著一只腿向一個無法通過的岩石間走。我到達老狼前，正好看見牠眼睛裡一道兇惡的綠火熄滅。……這眼光中有一點對我來說的新東西—只有牠和山才知道的東西。那時我還年輕，極愛開槍：我想少一些狼便可多一些鹿，而無狼之地便是獵人的天堂。但在綠火熄滅後，我感覺到無論是山或狼都不同意這種看法」阿道・李奧波著，砂地郡曆誌，費張心漪翻譯，新環境叢書，1987 年 2 月初版，頁 137。

19 見維基百科（中文名翻譯為奧爾多·利奧波德）https://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%A5%A5%E5%B0%94%E5%A4%9A%C2%B7%E5%88%A9%E5%A5%A5%E6%B3%A2%E5%BE%B7（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 7 日）

統，但現依相關法律為違法而受處罰[20]，臺灣過去也有燒烤伯勞鳥以及獵殺灰面鷲之習慣，現已受嚴格禁止。可見禁食保育動物為國際共通之準則。因此將國內保護保育類野生動物之必要措施解讀為原、漢之爭，實無必要。事實上在諸多場合，也有許多原住民族代表發言，對過度狩獵行為可能破壞生態表示憂心。

（二）人與動物的關係－生存、生活與生命的三個層次

對於美國在蠻荒拓墾時期形成的狩獵文化，李奧波檢討「總而言之，野生動物曾經供我們食物而且塑造我們的文化。它仍然給我們閒暇時的快樂，我們卻用現代機械來收穫這快樂，因此破壞了它一部分的價值。用現代的思想來收穫它，不僅能得到快樂，也能得到智慧」[21]

李奧波觀察美國對於狩獵行為已發展了一種完全新的運動形式，「並不毀滅野生動物」「這種運動的揹袋沒有限量，季節永不停止。……我說的運動便是野生動物研究。」[22]李奧波提倡以研究取代獵殺作為新的運動方式，除此之外，奧運項目中的射擊與射箭也是由狩獵技能演變而來。

李奧波由獵人成為生態保育的推手的人生歷程，與曾經是捕魚人而現從事海洋文化倡議的作家廖鴻基相仿，廖先生論述人與環境關係有生存、生活和生命三個層次，亦即萬物提供我們生存所需，「若食物不虞匱乏情況下，環境萬物之風情或生態之美亦可以滿足我們知識或心靈的養分，此為生活層次。若環境萬物提供的機會造成我們一生的改變，環境萬物影響我們的就是生命層次。」[23]在狩獵所得已非生

---

20 參見 Emma Bubola,, On the Menu at a Lunch in Italy: Protected Songbirds, The New York Times, April 22, 2021, https://www.nytimes.com/2021/04/20/world/europe/italy-lunch-songbirds.html（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 7 日）

21 同註 18，頁 196。

22 同註 18，頁 193。

23 參見廖鴻基，為什麼要記住魚的名字，載聯合報 105 年 12 月 11 日 D3 聯合副刊。

存所需食物之主要來源之後，人與動物之關係應可尋求不同層次之存在。

（三）保存狩獵文化之精髓，以研究取代獵殺

聲請人方論述狩獵活動具有多重價值，包括狩獵可訓練膽識，學習互助精神及生存技能，亦得藉與族人分享狩獵經驗與成果，獲得認同，提升在部落族人中之地位等。本號解釋理由亦認同狩獵文化之價值。本席肯認狩獵活動對原住民之個人成長及群體之文化延續之重要性，並支持延續此文化，但認為延續狩獵文化之精髓不以獵殺野生動物為必要，可以觀察、研究野生動物取代獵殺。

玉山國家公園管理處之研究報告指出「由於現實上欠缺足夠的人力與資源，使得在資源治理的實務上，一方面既無法有效預防自然資源違法取用之情形，二方面又因缺乏科學性資料的之支撐，而無法回應真正具急迫的保育議題。以較大型野生動物為例，我們不但對森林性瀕臨絕種動物（黑熊、熊鷹）缺乏資訊，無法擬定有效的復育策略，對常見的物種（臺灣野山羊、山羌、水鹿、野豬、獼猴）也缺乏監測與研究，多只能採取『無為式』的管理策略，以致結果與成效無法掌握。」報告又指出「在目前，我國政府管理自然環境明顯缺乏人力及資源的情況下，邀請原住民族的參與自然資源管理有其必要性與優勢。」[24]本席贊同此見解，並認為運用原住民族基於狩獵文化所累積的大自然知識、野外生存以及對野生動物之之知識，可以協助作野生動物研究並進行調查與監測。原住民獵人正可就此發揮所長。

（四）以獵人智慧協助發展高山生態體驗旅遊，可以永續經營造福族人

原住民族之狩獵知識可發展為觀察生態、體驗大自然之生態旅遊，而且可以永續發展。原住民獵人轉為保育人士之案例所在多有，並且發展生態旅遊，也可以讓大家有一個珍惜生態資源的實際理由。

[24] 同註 10，頁 45。

[25]實際例子如禁止漁民獵殺保育類鯨豚，而得以發展出賞鯨旅遊，人類可與野生動物友善互動。[26]曾經發生多次水鹿被獵殺事件而被稱之為動物墳場之丹大林區，若將其保留為野生動物之觀察區，由國家聘請原住民獵人擔任嚮導與解說員，部落所獲得之經濟利益應該遠大於狩獵行為之短暫肉類取得，對於族人之貢獻遠大於狩獵。而且可以透過此活動將野外生活及追蹤、觀察動物之能力傳給子孫後代。許多科學家回憶其研究地球奧秘之動力來自孩提時代與野生動物互動的經驗。[27]

目前已經成立之獵人協會以及自治團體等，應朝此方向努力，推動兼具生態觀察、登山探險與野外求生之活動，可以鼓勵成長於都市或平地之青少年參加，以培養其冒險犯難、吃苦耐勞、野外求生及觀察野生動物之精神及能力，尤其是充滿了神秘性、冒險性與知識性的高山暗夜野生動物觀察之旅，對於喜歡冒險的下一代應具吸引力。本席相信，狩獵文化轉型為觀察、研究、兼具保育與探險之旅遊活動，可兼顧狩獵文化延續與生態保育。

[25] 參見杜虹著，尋找一條生態旅遊新路線，收於其所著蝴蝶森林，九歌出版，2016 年 7 月初版，頁 127。

[26] 參見廖鴻基，孩子們，收於來自深海，晨星出版，2012 年 4 月二版，頁 207 至 242。

[27] 參見 Michelle Nijhuis, Inspire your children to love nature, New York Times International Edition, April 27, 2021, page 15.

部分不同意見書

許宗力大法官　提出
黃昭元大法官　加入

族人的榮耀已從遙遠的傳說
出走，傳說中的土地精靈
也已被漢人俘虜
只剩下落葉般的嘆息
那些交織著梔子花影的嘆息
在哀傷的淚水中墜毀、散落
一滴滴的，一滴滴的散落
終於將我化成痛苦的漣漪[1]

本件解釋所審查之管制規範，一言以蔽之，涉及原住民族狩獵之「工具」及「對象」：所謂「工具」，依槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱槍砲條例）第 20 條第 1 項及其授權制定之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定（以下併稱系爭規定），禁止（或多數意見所稱除罪化範圍之設定）原住民族使用經許可之「自製獵槍」以外之槍砲彈藥作為狩獵工具；所謂「對象」，依野生動物保育法第 21 條之 1 及原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條第 3 項及第 4 項第 4 款規定，禁止原住民族未依一定目的（僅得以傳統文化及祭儀為之），以及經法定程序核准而獵捕宰殺利用野生動物等。本件解釋主要即在處理各該針對「工具」及「對象」之管制規範是否過度限制原住民族成員受憲法保障之狩獵文化權利。

以承認原住民從事狩獵活動之文化權利受憲法保障，但仍應與同受憲法保障之野生動物保護之價值相互權衡作為前提，針對原住民族狩獵「對象」之管制，多數意見認為前揭規範所稱「傳統文化」之意涵，包含非營利性自用之情形，然除有特殊例外情形，不包括對保育

[1] 莫那能，〈落葉〉，《八十年詩選》，第 109 頁（1992 年）。

類野生動物之獵捕，以謀求憲法上相關價值間之衡平。本席對此敬表同意。惟針對原住民族狩獵「工具」之限制，前揭規範僅於「自製之獵槍」為「合法工具」之範圍內始得免除刑事處罰，多數意見認此乃立法政策之選擇，不生違反憲法比例原則問題。本席對此部分未能贊同。爰提出部分不同意見如後：

一、「安全狩獵」是原住民從事狩獵活動之最基本要求，系爭規定未能滿足此項要求，與憲法保障原住民狩獵文化權之意旨不符

（一）將原住民族狩獵文化納入憲法基本權保障，是促進實質平等，維繫原住民自我認同及人格完整性之必要作為

在討論除罪化範圍限於自製獵槍所生之合憲性問題前，首先必須釐清一個前提性問題，也就是本件解釋涉及之第一個核心爭議：原住民族成員之狩獵行為，不論是將其視為一種具體生活方式，或者是抽象族群文化之一環，其是否受到何種憲法基本權利之保障？而其憲法基礎、論證取徑為何？

由於我國憲法中並無明文承認狩獵受憲法基本權保障，多數意見採取的論證策略是從基本國策出發，點出憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定明文肯認原住民族文化，並課予國家保障、扶助並促其發展之義務。以此為基礎，多數意見進一步結合憲法第 22 條規定及公民與政治權利國際公約第 27 條之精神，認為原住民選擇依其傳統文化生活之權利應受保障，方得維護其人性尊嚴、文化認同、個人主體性與人格自由發展。而原住民之狩獵活動關乎其族群認同與文化形成與傳承，屬於文化權之重要內涵，同受憲法保障。

多數意見正面肯認原住民狩獵活動屬憲法文化權保障之重要內涵，本席敬表贊同，僅就有關權利建構之若干論理思考補充如下：

本席認為，個人認同之形塑與自由之行使，往往不是在真空環境下發生，而須於所處之社會文化情境與脈絡中反覆進行實踐與選擇。因而個人尊嚴、主體性與認同之建構，以及人格之自由發展，實關乎一個人擁有之選擇可能性及選擇是否為他人所尊重；這又與個人之文

化經驗、其所屬之文化群體身份、該群體文化受尊重之程度與活力……等因素密切相關[2]。甚至有認為，文化其實決定了想像力之邊界，若一個人所處環境之文化枯萎，其進行選擇之自主性（autonomy）也將隨之減損[3]。因此，承認憲法保障原住民族成員享有文化權的核心理由，就在於原住民得選擇依其族群文化而生活，是維繫、建構其自我認同、個人主體性與人格自主發展之必要背景條件。

至於憲法上文化權之保障範疇與具體內涵為何，則須進一步細繹作為此項權利規範基礎之憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」及「國家應依民族意願……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展……。」從「原住民族」之規範用語可知，在此，憲法關照的是超過 400 年之歷史縱深，肯認於外來族群及現代國家體制出現在台灣之前，早已有一群長年居住生活這塊土地上，擁有自身運行已久之社會制度、語言與文化體系的「原始居住者」。

然而隨著「外來者」之進駐，原住民族在與現代國家接觸之過程中受到體制性之壓迫、排除及差別對待，甚而因此擴散、加深社會主流群體對原住民族之刻板印象及歧視，導致原住民族維繫自身經濟社會生活方式，以及實踐傳承其語言文化的物質與精神條件，於漫長之歷史進程之中遭到腐蝕，甚至有崩壞之虞。因此在 90 年代，上開憲法增修條文之逐步增訂，毋寧正是憲法變遷過程中，因原住民族社群之憲法動員，而促使修憲者對過往歷史不正義做出規範上之回應。

因此，釋憲者於解釋適用憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，以建構文化權之內涵時，應對相關規範及用語於憲法變遷中之意涵流變，有充分的憲政歷史意識。亦即，因現代國家建構及運作過程中，對原住民族造成的制度性排除與不利對待，而對其文化

2 *See* Joseph Raz, Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics 175-178 (1996).

3 *See* Will Kymlicka, Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship 47 (2001).

傳承延續所產生之負面效應及遺緒，依上開憲法增修條文之要求，國家不能僅止於消極不干預原住民族成員實踐其文化，而更被課予積極義務，應肯定多元文化，且應積極維護發展原住民族之語言與文化，且對原住民族之教育文化，應予以保障扶助並促其發展。

而這是因為，相對於多數、主流社會群體習以為常的生活實踐，原住民族置身於歷史性、社會性的事實不平等處境之下，此時唯有將國家積極作為義務納入原住民文化權之內涵，方得透過國家資源有效擘建原住民族延續文化傳承之空間，並於往往以同化（assimilation）與涵化（acculturation）為導向之主流社會中，保障個別成員擁有足夠機會，去實踐、傳承其族群文化下之生活模式[4]，並於過程中追尋其自我認同及人格完整性。這種文化上的「積極矯正措施」（Affirmative Action），或稱「優惠性差別待遇」，也將有助於促進社會不同群體間之實質平等關係，從而體現維護人性尊嚴與人格自由發展之民主憲政核心價值。

而本件解釋所處理之狩獵文化，正是原住民族相較於其他族群所自我標榜的身分認同核心環節，然而這種生活模式，卻基於前述的歷史、社會因素，而在現代社會逐漸被邊緣化，一旦國家沒有積極透過具體作為予以維繫，原住民族及其個人甚難以一己之力抗衡。於此客觀條件下，本席認為，憲法將原住民狩獵文化納入基本權保障，實際上乃是促進其民族及原住民個人獲得實質平等之必要憲法義務。

因此，若法律規範涉及對原住民文化權之限制，在進行合憲性審查時，必須將前述之憲法價值決定以及對國家課予的基本權保障義務納入考量。不過本席仍要強調，憲法保障原住民族成員得選擇依其族群文化生活之權利，以及課予國家積極保障義務之解釋立場，並不代表本席認為這項權利便無可能受到合理之限制，或得基於保障族群文化之宣稱，使所有行為都可以藉由「文化抗辯」[5]予以正當化，而排

4 *See* Brian Barry, Culture and Equality 109 (2001).
5 *Id.* at 258.

除其他國家法律規範之適用。本席毋寧僅是要提醒，依照既有憲法規範之價值決定，應為原住民族成員行使文化權利提供最大限度的尊重、包容及協助。惟所有文化及其實踐，仍須在憲法規範框架之下運作，並在設計具體的法律管制規範之時，與其他重要之憲法價值進行細緻之權衡[6]。

（二）原住民族狩獵工具之選擇自由，應以維護其人身安全為首要考量，惟系爭規定對此保障不足，有違憲法意旨

確立狩獵文化權屬憲法保障之基本權利後，進一步的問題是：此項權利是否保障原住民得自由選擇狩獵工具？特別是選擇以「自製獵槍」以外之工具從事狩獵活動之自由？

誠然，從槍砲條例所架構國家之槍砲彈藥刀械之管制制度，對於原住民族開放得以「自製之獵槍」經核准許可後「合法」使用，並將未經許可時之除罪化範圍，限縮在自製獵槍，有其立法時之歷史緣由。但這並非當然能通過憲法上的檢驗，而自始將原住民族成員使用其他狩獵工具之選擇自由，排除在憲法基本權的保障之外。

原住民族之狩獵工具，當然會隨著人類文明發展以及與外界互動交流的過程而不斷演進，狩獵工具之揀擇與使用，也已然鑲嵌進狩獵活動之中，而成為構築、豐富整體狩獵文化之重要環節，因此不應將原住民族於特定時期使用之狩獵工具自整體狩獵文化之脈絡中抽離，如同於實驗室顯微鏡之下，割裂孤立地進行觀察。況且綜觀歷史，原住民族其實並無自製獵槍之「傳統」文化，獵槍並非如同其他冷兵器如弓箭等，可能由包括原住民在內之一般人依自身能力「自行製造生產」。原住民族接觸獵槍此種新式狩獵工具，一開始也是來自與外界之接觸，數百年來都是以交易方式取得已製造完成之「制式獵槍」，

6 在針對狩獵「對象」之管制規範的合憲性審查脈絡，多數意見認為原住民族基於傳統文化而獵捕野生動物，所稱「傳統文化」一詞包含非營利性自用之情形，但所獵捕之對象，原則上仍不應包括保育類野生動物。本席之所以支持多數意見此一見解，即係本此「文化抗辯」不能對抗憲法保障環境生態此一基本價值決定之立場。

既然得以交易方式取得，自不受部落以外其他非原住民族所建構之法律規範所限制。直到因政局變動，政府考量社會治安而嚴格管制槍械、禁止交易，同時也禁止原住民族以交易取得、使用制式獵槍，才逐步轉向以自製獵槍作為狩獵工具之管制框架。

而且事實上，於槍砲條例立法之初，立法者基於「原住民傳統生活習慣有其特殊性」之考量，原以列管方式容許作為生活工具之用之獵槍、魚槍。立法者後以協助原住民族「組裝」殺傷力較弱之「簡易獵槍」，因該等「自製之獵槍」，乃原住民族「傳統習慣專供獵捕為生之生活工具」而容許原住民族使用，然恐有原住民族偶一不慎而受重刑處罰，基於此種「自製之獵槍」於結構、性能及殺傷力均遠不及制式獵槍之考量，始於系爭規定加以管制而減輕或免除刑責。但上開立法理由以准許原住民使用自製獵槍，乃為尊重原住民族傳統文化，顯係倒果為因，並不符合原住民族數百年來使用包括制式獵槍在內之各式狩獵工具之文化實態。甚至照立法者的觀點，對於原住民族狩獵文化之解讀，豈非亦可回溯至以石器長矛作為狩獵工具之階段，而認憲法對於原住民族狩獵文化權之保障，亦僅止於茹毛飲血之洪荒時代？

因此，為貫徹憲法對於原住民族狩獵文化權作為其個人實踐狩獵文化之基本權利，本席認為其權利內涵，自應包括對於狩獵工具之選擇自由。至於原住民族選擇獵槍作為狩獵工具，無論係自製或是制式，並不影響其屬於狩獵傳統文化一環之認定，而應受憲法基本權之保障。當然，此權利並非絕對，國家並非不能為保障同憲法位階之法益，而予以適度限制，惟仍不能過度限制原住民族成員基於其文化而選擇慣用之狩獵工具，特別是使用任何可供安全狩獵用之制式獵槍之權利。

詳言之，憲法既然承認原住民族之狩獵文化權，就應確保其得「安全」地從事狩獵活動，因為這是實踐、延續狩獵文化之最基本前提要件。立法者不能一方面宣稱原住民有狩獵權利，另方面卻不給予安全狩獵之空間。故憲法對於原住民族狩獵工具之選擇自由保障，首先應

著重工具使用之安全性。然如前所述，絕大多數原住民族成員皆難有能力自行製造具備足夠安全性之獵槍，過去亦多次發生因自製獵槍安全性不足，造成原住民及第三人傷亡之案例，是自製獵槍相較於制式獵槍並不安全，此為無須懷疑的事實。系爭槍砲條例之規定卻限制原住民族只能選擇「自製之獵槍」作為狩獵工具，而不允許使用制式獵槍，這無異於使原住民族成員之生命身體安全隨時處於如不定時炸彈的危險當中，不僅未盡到國家對人民的保護義務；其「禁止」適用制式獵槍，實際上就是一種對原住民生命身體安全的「侵害」，而一旦涉及生命身體安全法益，從憲法的角度，便很難找到任何公共利益足以正當化對其之限制。

進一步而言，若原住民無法使用安全的狩獵工具，便難以有效實踐狩獵活動，延續原住民族之狩獵文化，從而追求其自我認同及人格自主發展。於此情形下，又如何能奢言憲法已保障其狩獵文化權？或許有人會說：原住民得自由選擇是否從事狩獵活動，既然自製獵槍不安全，只要原住民「選擇」不打獵，便可以避免其生命身體安全遭受侵害。然而，除非國家自認其基於原住民族傳統文化保護，而應保障原住民狩獵權利之宣示，只不過是一紙美麗謊言，否則這樣的論點根本站不住腳。因為在無法確保自製獵槍安全無虞之下，進而不允許使用制式獵槍，如果真的導致原住民族成員「選擇」不再從事狩獵活動，這恰恰是對狩獵文化保存、傳承的制度性壓制，而乖離於憲法對原住民文化權之保障以及國家對此之積極維護、扶助義務。

綜上，本席認為，憲法保障原住民族有依其傳統文化狩獵之權利，雖如同所有基本權利保障並非絕對，但本件解釋所審查之系爭規定，將制式獵槍排除在除罪化的範圍之外，僅允許使用自製獵槍，這無論從事物之本質（原住民族並非武器製作專家或兵工廠）及實際運作之結果（原住民族使用自製之獵槍致自己或第三人或死或傷之案例屢見不鮮），均難謂國家對原住民族從事安全之狩獵活動，已提供足夠保障，從而已履踐國家對原住民族傳統文化維護、發展之積極義務。

二、多數意見未能就狩獵工具選擇自由之問題，於野生動物保育、社會治安及狩獵文化權保障間取得憲法上之妥適權衡

誠然，多數意見對於開放原住民族有取得制式槍枝之選擇自由，存有諸多正當疑慮。其中最大的疑慮在於，一旦原住民可以使用「先進武器」，則手無寸鐵、無法言語的野生動物將毫無招架餘地，恐將對於野生動物存續及環境生態形成重大威脅；同時，若原住民族可以合法使用制式槍枝狩獵，可能對於社會治安及一般人生命身體安全產生危害。

野生動物保育及環境生態維護，乃生活在這個星球上所有生物所共同期待，國家當然也有義務維護社會治安，確保每一個人的生命身體安全。然而，對於關涉原住民族文化與自我身分認同之狩獵工具選擇自由，只容許使用「自製獵槍」，此與上開立法目的之達成間，是否具實質關聯？

從野生動物保育與環境生態維護而言，原住民族使用自製獵槍以外之「制式槍枝」狩獵，難道就無法達成該等目的？其實，制式槍枝之使用目的既然是以狩獵為主，因此，其本質就仍應只是「獵槍」，不會是步槍、機關槍、衝鋒槍等以作戰、取人性命為製作目的之高階槍枝；且開放制式獵槍並非因此就必與提供「高狩獵效能」之制式獵槍劃上等號，因為國家仍可合理限制其規格、種類等，例如限制口徑、不准許半自動或全自動功能的制式獵槍等，以避免竭澤而漁，破壞環境生態。

其次，就維護社會治安而言，本席完全理解，限制原住民有取得制式獵槍之自由權利，其最主要目的是出自社會治安之考量；本席也完全贊同，維護社會治安絕對是正當目的，且必須是最優先之考量。但此與制式獵槍之開放，非絕對無法相容。管制手段可以多樣，並非全有全無，有限度開放制式獵槍，仍可兼顧治安，例如證照制度，乃至平時集中由部落或派出所管理的高度管制，就是可能之選項。再說，目前對於原住民族使用「自製獵槍」之管制，假如亦可控管狩獵

目的以外之其他非法使用，則對於原住民族使用「制式獵槍」，其管制手段與制度（不管未來透過行政機關既有管制手段、獵人協會或由部落自主管理等方式）當然也無須擔心將有非狩獵目的之濫用。

綜上，系爭規定縱為達野生動物保育、維護環境生態及社會治安等目的，然仍應有其他對於原住民族狩獵文化權甚至人身安全侵害較小之手段可資運用，限制原住民族僅得選擇自製獵槍狩獵，與達成上開目的間，尚不具實質關聯，而過度限制其狩獵文化權，與憲法保障原住民族狩獵文化權之意旨有所不符，本席因而認為系爭規定違憲。

退萬步言，縱然如多數意見所稱，應僅允許原住民族使用自製獵槍狩獵，在憲法保障原住民族狩獵文化權之意旨下，至少也應窮盡各種可能的措施，讓原住民得以「安全地」自製獵槍。如前所述，既然很難期待原住民有足夠的能力、資源、設備來安全地自製包括槍管、槍機、槍柄等構造之獵槍，則國家自有義務提供管道與機制，來協助原住民「自製」其「自製獵槍」，譬如提供安全零組件，再由原住民組裝成獵槍。如此一來，雖然只能稱為「半自製」或「部分自製」，且組裝過程中仍有風險（獵槍畢竟不是 IKEA 販售的組合傢俱），但這大概是堅持僅得開放「自製獵槍」下，得以兼顧原住民生命身體安全之唯一選項。遺憾的是，即使協助取得安全零組件這點要求，多數意見誤以為憲法建構的狩獵文化權只具防禦權性質，不包括課予國家積極作為義務，因而最後仍未敢明文表態支持，而寧願留下空白，讓相關機關作政策之選擇。

走筆至此，本席仍須提醒，本件大法官在制式獵槍態度的躊躇，不代表相關機關就此只能裹足不前，申言之，本件解釋充其量只是宣告除罪化範圍侷限於自製獵槍之現行規定並不違憲，倘相關機關仍思有所作為，願意改弦更張，進一步開放原住民使用特定規格之制式獵槍，只要搭配一定之管制機制以兼顧治安及環境動物生態之需求，應非憲法所不許；當然，若只願意採保守一點的作法，僅止於提供管道與機制，來協助原住民取得安全零組件以「組裝」其「自製獵槍」，

其不可能違憲，更不在話下。

***

還給原住民族外出狩獵一條安全回家的路，是憲法保障人民生命身體自由最基本的要求，也才能真正確保狩獵文化的實踐與延續。因此，唯有保障原住民族有選擇安全狩獵工具之自由，方符合憲法保障原住民狩獵文化權之意旨，也才能確保原住民族成員有機會去做出屬於自己的人生選擇，透過從事狩獵活動，去建立與部落間的深刻互動連結，並參與及延續族群文化，在此過程中追尋自我的認同，開拓自我人格的圖像樣貌，而在淵遠流長的原住民族文化脈絡中，自主形塑、完足個人生命的意義。

排灣族視障詩人莫那能在本文一開始所引「落葉」一詩中，深刻描述原住民族文化這棵大樹，在其語言與文化的樹根被刨斷甚至連根拔起後，民族文化生命延續如同落葉凋零。本席贊同多數意見肯認憲法保障狩獵文化權作為原住民族基本權利之一環，雖然有關狩獵工具部分的見解未能盡符本席之憲法評價，但本席仍期待，本件解釋所揭示保障原住民狩獵文化權的基本價值，得以成為讓更多人正視原住民族文化的觸媒；未來，或許在社會每一個人充分理解、認真對待並尊重原住民族語言、文化（包括狩獵文化）之後，其族群文化將使我們社會更加豐富、多元，化成漣漪的，會是原住民族獵人安全馳騁山林、守護土地的汗水，而不再是哀傷的淚水。

部分不同意見書　　蔡明誠大法官　提出

本件有關槍砲彈藥刀械管制條例及野生動物保育條例處罰規定，因涉及原住民族傳統習俗文化，而引發合憲性爭議問題。本號解釋肯定原住民從事狩獵活動之憲法文化權利保障，上開文化權利與環境及生態之相互平衡及保護應予並重，可資贊同。惟有關原住民從事狩獵活動之工具、狩獵採申請核准（許可）制及相關規定去刑罰化等爭議，本號解釋僅就系爭子法相關規定小部分，認其違憲，就聲請解

釋之系爭母法相關規定之大部分，均認合憲，此等結論與本號解釋所欲揭櫫原住民狩獵之憲法文化權保護意旨有所不符，亦難以達到落實原住民文化權（文化權利）之目的。是本號解釋之結果，從保障原住民人權之憲法意識而言，其與社會期待是否相符，頗值得商榷，爰提出部分不同意見如下：

一、從尊重多元及包容差異之文化觀論憲法保障原住民狩獵文化權之意義

本號解釋闡釋原住民文化權之憲法保護及意旨，本院解釋首次肯定其為憲法權利，具有歷史意義。但其內涵容待未來實務及學理上更進一步詳加詮釋及完善補充。

（一）從國際發展而言

從國際人權保障之發展而言，有關原住民（族）文化權之承認及尊重，可從 1948 年 12 月 10 日通過之聯合國世界人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights）第 27.2 條出發，亦即早在世界人權宣言，已宣示人人有權自由參加社會之文化生活（the right to freely participate in the cultural life of the community），享受藝術，並分享科學進步及其產生之利益。人人對由其所創作之任何科學、文學或美術著作而產生之精神與物質之利益，享有受到保護之權利。此對於文化生活與人類創作智慧有形或無形之精神與物質權益之保護及分享，係屬世界（國際）人權概念所涵蓋。又公民與政治權利國際公約（International covenant on civil and political rights）第 27 條：「凡有種族、宗教或語言少數團體之國家，屬於此類少數團體之人，與團體中其他分子共同享受其固有文化、信奉躬行其固有宗教或使用其固有語言之權利，不得剝奪之。」此係國際就少數族群權利所提供之保護（Protection Provided by Minority Rights），即指少數團體及其成員得以享有其固有之文化、宗教或語言之權利，並不得剝奪。另如經濟社會文化權利國際公約（International covenant on economic, Social and cultural rights）第 15 條：「本公約締約國確認人人有權：（一）參加文

化生活；（二）享受科學進步及其應用之惠；（三）對其本人之任何科學、文學或藝術著作所獲得之精神與物質利益，享受保護之惠。」[1]該條第 1 項規定，從文化生活之參與、科學成果之分享與科學、文學或藝術之精神與物質成果保護，此三者正是國家應保障少數族群（原住民族）固有文化之重要內涵。

再者，聯合國 2007 年 9 月 13 日第 61 屆聯合國大會通過原住民族權利宣言，其中第 11 條及第 31 條規定，原住民族有權之實施，並提振文化傳統與習俗，對於原住民族之文化遺產、傳統知識及傳統文化表達之智慧財產，並應採取有效之措施，承認並保護此等權利之行使。[2]學理上，有從前述國際公約及宣言而論，將原住民文化權，包含生活方式（Way of life）、文學藝術建築等之人格精神創作（Creation; Schöpfung）（即如傳統智慧創作）與有形（物質）資產（Capital; Leistungsschutzrechte）（即如文化資產所保護之古蹟或歷史建築等有

---

1 有關國際公約對於原住民文化權之論述，參照 Alexandra Xanthaki, Indigenous Cultural Rights in International Law, European Journal of Law Reform, Vol. 2, No. 3, p. 344-358 (2000)，其分別從文化作為資產（Culture as Capital）、文化作為創作成果（Culture as Creativity）與文化作為生活方式（Culture as a Way of Life）面向探討，最後其認為現今國際法欠缺提供適當原住民文化之保護（Current international law fails to provide adequate protection for indigenous cultures）。國際所採取措施往往違反原住民之價值及理念。文化主要被以個人享有財產對待，目前大多採相關措施所提供保護僅係針對前述三項要素，而完全忽視次國家團體及保護其文化之權利（most relevant instruments offer protection only to these three actors, totally neglecting sub-national groups and their rights to protect their cultures），該文提出之呼籲，值得深思。本意見書仍就前述三種面向解釋原住民文化權，較易了解其意義，但從學理及實務運作上，仍應留意，本席向來主張智慧財產權用語未涵蓋智慧人格權，故其智慧財產權用語並不完善，認為應以智慧權用語取代，此想法亦可運用於文化權概念之界定，所謂文化權非僅係個人財產利益保護，係含有財產與人格（精神）雙重性格之總有概念，特請留意並供參考。

2 有關聯合國原住民族權利宣言中英文—網站版，參見原住民委員會聯合國原住民議題常設論壇（UNPFII）網站：https://www.cip.gov.tw/portal/docDetail.html?CID=865E99765D714714&DID=0C3331F0EBD318C2600DB1785159A3BE（最後瀏覽日期：110 年 5 月 4 日）。

形文化產物）等要素，將之歸屬除公民權及社會權等人權以外之第三代人權之範疇。[3]換言之，原住民文化權，並不等同於無形之智慧財產或有形之物質文化資產，其有高度之意涵，既蘊含集體與個人文化權益，亦涵蓋無形與有形之文化生活及創造成果之保護及分享。有關本件原住民（族）狩獵、捕魚及採集之傳統習俗之固有權，因其難以典型智慧財產（intellectual property）所涵蓋，故另有將之納入無形文化資產（intangible cultural heritage）之範疇，亦即比典型智慧財產更廣泛之原住民（族）文化權（Indigenous Cultural Rights）。綜上，前述國際相關人權宣言，解釋上雖無法之拘束力，但其就原住民（族）個人及集體文化權（人權）保障之理念，在內國法律解釋及實務運作，仍有其參照之價值。[4]況且上述兩公約，在我國業已於 2009 年正式國

3 學理上，有以政治哲學角度，從相關國際規約、或是宣言著手，由聯合國、區域性國際組織、到聯合國教科文組織，找出關鍵性的條文、或是文字，藉以考察文化權如何在原住民族落實連結國際條約及人權宣言等國際觀察，來看文化權的正當性何在。此等探究文化權之論點，亦可供本件相關原住民族狩獵文化權之概念形成及界定之出發，亦即茲係兼顧廣義及狹義文化概念，參考 Elsa Stamatopoulou 與 Joanne Bauer（2004）之見解，檢視聯合國相關文獻，將文化分為生活方式（way of life）、藝術暨科學創造（creation）及物質資產（capital）三大類。另國內學者有將「原住民族的文化權」，指原住民族在文化層面所享有之人權，歸屬於所謂第三代人權，而按個人權與集體權、文化認同與文化資產兩個面向將之區分四大類。以上說明及參考文獻，係參照施正鋒，原住民族的文化權，台灣原住民研究論叢，3 期（97 年 6 月），頁 2 以下。

4 學理上，有比較美國法關於原住民文化權之見解，就美國印地安人之狩獵權，係屬原住民主權（aboriginal rights）之延伸，是附隨在土地上與生俱來之權利（inherent right）。將其定性為附屬於部落全體之集體權，而不是附屬之個人權。但臺灣學者認為此種集體權，從未出現在臺灣法令中。對於統治者言，部落沒有任何意義，個人才是法律規範之對象。且認為僅將原住民狩獵之目的，限縮於文化祭儀、自用，是不符合原住民之基本需求，亦不符合人權公約中關於文化權之要求。（參照鄭川如，由生存權、文化權而來的狩獵權---從美國最高法院判決談台灣原住民的狩獵權、漁權，第二屆傳統原住民習慣規範與國家法制研討會，行政院原住民委員會，2010年10月，頁342，347，352-354，另刊載於台灣原住民族研究學報，2 卷 1 期（2012 年／春季號），頁 101 以下。）且有從兩人權公約探究原住民狩獵權之內涵，認其兼具集體權與個人權之屬

內法化，承認其所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。[5]是其具有法規範之效力，更不容忽視。

（二）從歷史發展而言

從臺灣發展史及原住民知識體系觀察，原住民之稱呼，從往昔番族、高山族或山胞等用語，嗣後在法制上，改稱為「原住民（族）」，逐漸使臺灣原住民（族）得以正名，是既然稱之為原住民（族），自顯示正式肯定臺灣原住民（族）在此土地成長及發展之早先性。就本件而言，在尊重與保護原住民傳統文化，同時應尋求狩獵文化與環境自然生態之相互平衡，實不宜認為兩者存在難以諧和（non-harmonized）之衝突，反而基於平衡觀點及理念，嘗試儘力促其兩者之平衡發展。尤其不容忽視者，面對原住民文化早先性及特殊性，在制訂或修正槍砲彈藥刀械及野生動物等法規予以強制或禁止之強行性規範時，不容忽視業已存在原住民族固有傳統習俗文化之社會力、原住民族群社會習慣之特殊性，與給予原住民參與規範形成之機會，與自主管理制度設計及落實。因原初社會之習慣形成，不應單從類似民法第 1 條所稱之習慣（法）出發，因民法就習慣（法）之效力，除若干規定認為特殊習慣，例外上具有優先性者外，原則上認為其僅具補充性或補充效力。若以民法所稱習慣概念作為原住民相關傳統習慣之定義，忽視習慣作為規範之社會力，實非進步之正確作法，亦與尊重及保障原住民意識之發展趨勢及方向，背道而馳。

臺灣原住民族目前有 16 族，雖整體原住民人口數，與臺灣人口總數相比，所占比例甚少[6]，但原住民族有其文化特色[7]，且正因其屬

性者，例如鄭川如，從兩人權公約檢視原住民狩獵權，輔仁法學，52 期（2016 年 12 月），頁 217-218。

5 參照民國 98 年 4 月 22 日公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 2 條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。

6 目前原住民族約有 57 萬 5067 人，占總人口數的 2.4% 。經政府認定之原住民族為：阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族（達悟族）、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族、拉

於少數族群，更應參考外國及國際尊重原住民文化之立法例及實務運作經驗，在我國憲法及原住民法體系上，增加其權利保護強度，並積極維護相關法律及社會文化制度之健全發展。尤其是如何在個案權利保護，顯示對於此土地上原住民保護意識之決心及意志，職是，本件原住民狩獵文化權之肯定及落實，並應試圖解決現今引發之相關法律爭議，方是本號解釋所需要面對且具有歷史責任所在。換言之，本號解釋應使社會看到本院對於原住民文化權之尊重及落實，以符合本院解釋向來所秉持保障及維護個人及少數族群文化之意旨及目的。

（三）憲法保障原住民狩獵文化權之內涵

從憲法保障原住民狩獵文化權之內涵而言，可能因所強調重點之差異，而生不同之見解，固屬常見。重要者，如何藉由本號解釋使國際及國內有識之士，肯認本院解釋對於原住民（族）人權保障之意旨及少數族群權益保護之意識。因此，原住民狩獵文化權之內涵，宜認為其具有原住民文化保障之個人基本權（Grundrechten）及集體權之雙重權利內涵，而非僅是基本國策性質而未含有具體或抽象權利內容之方針規定，抑或解為國家目的規定（Staatszielbestimmungen）[8]之性

阿魯哇族、卡那卡那富族等 16 族。（參照原住民委員會網站資料，https://www.cip.gov.tw/portal/docList.html?CID=6726E5B80C8822F9（最後瀏覽日期：110 年 5 月 6 日）。

7 傳統原住民獵人，平時在獵場巡繞、觀察、管理、祭祀，接著發現動物、決定出獵、占卜（夢占及鳥占）、祭祀、追逐、捕獵宰殺、獵物解剖與分配、返家後獵物處理、食用、供奉神靈等過程，是文化的連續實踐行為。就狹義而言，狩獵純粹指獵人對獵物的搜尋、埋伏、置放陷阱、獵殺、解剖、搬運及食用等獵捕過程。若以廣義而論，狩獵極為文化行為，強調獵捕行為所蘊含的知識、社會規範、禁忌以及各類習俗等。原住民族沒有文字書寫傳統，諸多知識必須透過實際生活實踐，才能維持其功能與意義，也才能傳承發展，並賦予生命。參照本號解釋鑑定人浦忠勇，爭點題綱 4 之書面鑑定意見，頁 1～2。

8 例如德國基本法第 20a 條，於 2002 年 6 月 26 日基本法修正，事後增訂動物保護（Nachträgliche Einfügung des Schutzes der „Tiere“作為國家目的（Staatsziel），以填補舊規定之漏洞，改善動物之有效保護。（參照 Peter Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., München: Beck, 2018, D44; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 93. EL Oktober 2020-Beck-online, Art. 20a

質，而未具體主觀性具體權利之內涵，但其具有客觀性之功能，往往須透過國家目的規定之支持，藉以強化其基本權保護之效力。

如前所述，可見原住民文化權之定性及內涵，可能因不同觀點，而有不盡相同之見解。但對於文化權之肯定及其落實，對於現代民主法治國家應不容忽視。另就原住民文化權歸屬觀之，其不宜單純從主觀公權利或民事法律關係中之單獨個人所有或共有（即採分別共有與公同共有兩分法）之個人權利本位觀點出發。由於傳統文化之原初社會所採以特定共同體所屬成員身分而取得權利之總有觀念[9]，對此等權利歸屬問題之解釋，或許具有其歷史意義。亦即原住民欲享有該所屬族群或部落之狩獵文化權，既非純屬於其個人之狩獵權（Jagdrecht），亦非該族群或部落之公同共有型態之所有權狀態，而

Rn. 59.）有關自然環境（die natürliche Umwelt）及動物保護（Tierschutz）規定，因其僅解為國家目的規定之性質，解釋上有認為。因其不具基本權內涵，惟可透過國家目的規定之支持及強化基本權保護之效力。（參照 von Coelln, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Grundgesetz, 4. Aufl., München: Beck, 2020, Rn. 9 .）

9 因我國現行民法參考瑞士民法分別共有與公同共有（合有）兩分法之共有觀念，並未採總有之概念，所謂總有概念，則日本民法第 263 條有關入會權所採，並為我國原住民傳統智慧創作條例所創設之原住民智慧創作專用權亦所採，並有認為入漁權因僅得漁會或漁業生產合作社享有，該社員始得入漁，其用益權限，與總有頗為相類。（參照謝在全，民法物權論，上，臺北市：新學林，109 年 9 月修訂 7 版，頁 355 註 2。）另依漁業法第 20 條及第 27 條第 2 項規定，漁業權視為物權，除本法規定者外，準用民法關於不動產物權之規定，且入漁權之共有人，非經應有部分三分之二以上之其他共有人之同意，不得處分其應有部分。前述規定，於公同共有準用之。惟從民法本身規定而言，有關總有（Gesamteigentum）之歸屬及利用之規範及制度，並非現行民法所承認。所有權歸屬於特定之共同體或綜合體（Genossenschaft）（例如村落），不具獨立財產權，但於全體利益與個人利益一致之範圍，而許成員個別權之行使。其個別權乃為全體利益所統制之利用權，故總有為絕對的所有權與絕對的國家所有權之中間的型態。（有關總有概念，參照史尚寬，物權法論，臺北市：作者發行，60 年 11 月臺北 3 版，頁 138-139；謝在全，前揭書，頁 355 以下。）有關原住民傳統智慧創作專用權，受到永久保護。縱使智慧創作專用權人消失者，其專用權之保護，仍視同存續；其專用權歸屬於全部原住民族享有。

宜解為總有形態之歸屬及利用關係，即基於原住民族團體或原住民個人或團體族群從事傳統習俗文化之從事狩獵之活動或行為，而取得及分享獵物之狩獵文化權。性質上其係獨立成類之獨特權（特殊權利）（sui generis）[10]。質言之，如具有原住民族團體或原住民個人之身分，始得享有兼具個人權與集體權內涵之基本權，即指該原住民（族）文化權，性質上其非屬單獨所有或公同共有之多數共有之型態，亦即倘若不再擁有其所屬原住民之身分，隨之喪失其原先享有前述獨特權。

二、狩獵申請許可制度之存廢論

野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項規定，原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。本號解釋肯認前開規定所稱傳統文化包含非營利性自用之部分，惟僅限於一般野生動物，保育類野生動物部分，採特別嚴格之管制手段，僅於特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），始得予許可。惟本號解釋卻認同條第 2 項前段規定（前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准），尚不違反比例原則。既然原住民從事狩獵活動之文化權利受憲法所保障，原住民生活文化之形成，應受到尊重，公權力不應過度干預。[11]且如採原住民狩獵事前核准（許可）審查制，與本號解釋肯定原住民（族）傳統習俗之固有狩獵文化權之本質並不相符，此看法亦不利於原住民文化權之落實。縱使有公權力干預介入之必要，應以原住民（族）自主管理為優先考量，而非事前

10 學理上，主張獨特權（特殊權利）者，參照蔡志偉之本號解釋言詞辯論時之鑑定意見，頁 9。基於特殊權利觀點，認為原住民族權利，絕非單純採以積極平權措施之概念所得理解，亦非僅以平等權之憲法審查所能涵括。是原住民族權利於我國法中，將之定性為特殊權利。

11 有認原住民族在傳統獵場中對傳統領域野生動物所進行之獵捕、宰殺或利用，因所獵捕之野生動物亦屬於傳統領域權下之自然資源，僅須依其部落之利用規範為之，完全不必再依野生動物保育法及其子法申請主管機關核准。（參照黃居正，憲法解釋與原住民權利，收載於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，臺北市：中央研究院法律學研究所籌備處，98 年 7 月，頁 441。）

審查，故改以事後報備為當。

再者，系爭原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法，係基於野生動物保育法第 21 條之 1 第 2 項規定訂定，此係其授權之法源依據。從實務運作情形而言，本號解釋就前揭管理辦法部分規定（例如獵捕動物種類及數量），因其事件發生難以預期或或活動不定期等之不確定因素，認為其違反比例原則。惟既肯定系爭母法規定之申請許可無違憲之疑慮，原住民提出申請狩獵許可之申請書、審核書及報告書，不問其是否事前可得預期，在現實狀況，獲取獵物多寡之因素固多，事前除非先為總量之上限管制，且申請書所提出狩獵種類數量，總是粗估或預估性質，否則何必事後另需要回報之狩獵種類數量，因此，既認為申請許可制度合憲，且其基於前開母法授權訂定許可辦法審查，實務運作上其要求事前提出狩獵種類數量或事後報告，以供審核，勢所難免，故真正癥結係在於母法申請許可制是否有違反比例原則（過苛禁止原則）之違憲情事！

從違憲審查觀點，真正問題在於其狩獵申請許可制度是否因採事前審查制是否違憲，亦即採取事前審查之狩獵申請許可制，對於該憲法保障原住民狩獵文化權有無干預（Eingriff）或限制過苛之爭議。是本號解釋未從申請許可制度相關母法作為審查標的，卻著重於經授權訂定許可辦法所要求獵捕動物之種類數量等事項作為違憲與否之審查對象，此小部分宣告系爭許可辦法違憲，實有所不足，並不如宣示系爭母法事前核准（許可）制違憲，從積極賦權行動（積極平權措施）（affirmative action）進而創設獨特權之權利內涵，如此將更可顯示本號解釋保護原住民(族)狩獵文化權之意旨及目的(Sinn und Zweck)！

另現行民住民申請自用狩獵之許可制度而言，目前相關機關有修正前開許可辦法之想法，擬將以自用為目的之狩獵類型，亦就未來原住民狩獵活動仍然須受事前審查，並將按不同情況設有三種類型，例如規劃區分逐次申請備查制，狩獵前向地方主管機關申請許可，於狩獵活動結束後，再提出狩獵結果進行報備；非逐次申請，一定期間自

用狩獵事前一次申請，事後一次備查；狩獵自主管理制（與行政機關協商並訂立行政契約），替代行政處分，自用狩獵之自主管理，無須逐次申請及逐次向主管機關提出報告書。以上緩和措施，有認為其係基於原住民族主體與政府對等協議訂立公私協力契約與自治自律公約之法律架構，放寬目前單一架構之事前申請許可之管制類型，藉以形成符合現代社會原住民族狩獵之規範。[12]以上可見，相關機關已發現現行相關規定及制度之不足，正思考改善之政策或措施，反而本號解釋卻採取現行相關規定及制度之肯定態度或肯認現行規定合憲，如此解釋之結果，是否意味著相關機關毋庸再修正之必要？因此，本號解釋未適時掌握此一重要關鍵之機遇，糾結在自用與環境生態及動物保護如何平衡，而未考量原住民（族）狩獵文化權議題之特殊性，給予特別處理，將聲請人所期待透過本號解釋解決其爭議問題之最後希望，於此僅以合憲、合憲性解釋或不受理等方式回應，恐無助於實務界解決棘手之系爭問題，甚至可能有為德不卒之憾！

三、自製獵槍安全性衍生規範不足之問題

就系爭槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，原住民未經許可，製造、運輸或持有獵槍，供作生活工具之用者，以自製者為限，始能免除刑罰，且不及於空氣槍。本號解釋認為前開系爭規定，立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，均遠不及制式獵槍，對社會秩序可能之

[12] 詳如關係機關農委會於言詞辯論之補充說明。其中，該會已擬定野保法第 51 條之 1 規定修正草案，納入獵捕保育類野生動物之罰鍰，除補足原本僅規範一般類野生動物而無針對保育類野生動物進行處罰之衡平性外，亦僅課以罰鍰，使原住民獵捕對象無論係一般類或保育類野生動物，皆去刑罰化。此外，該會亦同時檢討現行之事前審查制，使之貼近原住民族傳統狩獵之慣習，例如近年已經開始在全台各地全面推動之原住民狩獵自主管理試辦計畫，希望透過組織自治或回報制度，在學術單位之監測下，進行更適切之管理。

影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生牴觸憲法之疑慮。亦即系爭規定一就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題。就上述見解而言，並未正視現行自製獵槍所發生安全之疑慮，故根本之道，本號解釋實不宜僅以立法政策選擇而為合憲之結論，否則恐難以要求相關機關藉此機會重新檢討自製獵槍之相關政策或措施及前述系爭之母法規定！

從臺灣獵槍及魚槍管制及放寬措施發展而言，在 72 年制定槍砲彈藥刀械管制條例時，曾就獵槍及魚槍專供生活習慣特殊國民之生活工具者，擬已訂定子法管理，但當時惜未就自製獵槍有所著墨，且因制式獵槍改列為管制品，不得販售給原住民狩獵之用，轉以製造結構簡單之非制式定裝彈藥之前膛槍，作為狩獵之槍枝來源。85 年修正前述條例時，限期（6 個月內）訂定生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法，當時僅係將 72 年至 85 年間，原住民因無槍彈可用，而將自製前述前膛槍，就地合法化，亦即獵槍之許可範圍，限於自製或繼承他人自製者，論者認為此時方正式將自製概念納入我國法令規範之中。之後，陸續修正相關管制規定，其始終許可範圍限於自製獵槍，基於槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 15 條規定，原住民因傳統習俗文化，供作生活工具之用，得申請製造、運輸或持有自製之獵槍或魚槍，並於同辦法第 2 條就自製獵槍為用詞之定義，解釋上將自製從自行獨力，擴及非以營利為目的之原住民協力，其概念有擴張解釋之用意，但將其限制於一定結構及性能，在警察分局核准之地點製造完成，該自製工具供作生活所用。由於自製獵槍所涉及技術頗具專業性，如製造方法或材料不夠精良，致生自製獵槍之安全性堪慮，且實際上發生膛炸等危害使用自製獵槍之原住民身體等事件，時有所聞。因此，立法者雖基於原住民（族）傳統習俗文化從事狩獵之活動或行為，予以肯認，但在自製獵槍之管制，恐有為德不卒之虞，而實際上難達成安全性獵槍之製造及提供之理想。如從憲法保障原住民人身安全意旨觀察，此與國家維護原住民狩獵文化權准許其使用獵槍作為狩

獵工具之本旨，未免有扞格之處。

綜上，本號解釋既已一方面肯定原住民文化權利，但另一方面卻對認系爭規定一符合比例原則（過苛禁止（Übermaßverbot）原則）。惟如前所述，自製獵槍，係槍砲彈藥刀械管制條例制定之後，陸續基於社會要求，陸續放寬限制而發展出之概念，在自製者包含在一定要件下由他人協力製造，因此可見原住民狩獵工具如依法容許使用獵槍，實際上目前自製獵槍相關規範顯有不足之情形，即就狩獵工具之現行規範不足，致生難以符合傳統習俗文化從事狩獵活動或行為之安全保障，此亦應認為憲法保障原住民狩獵文化權之核心內容。換言之，如從我國多年來前述修法過程及規範內容之更迭觀之，現行自製槍枝管制之標準，並非牢不可破之之界線。況且目前未能提供安全獵槍所造成社會問題，已層出不窮，此正是國家對於此等規範不足（Untermaß）之現象，自有導正及排除之防衛義務，有如前揭公政公約第 27 條一般性意見中，要求國家（政府）採取積極保護措施，制訂相關法律制度，以確保原住民之傳統生活方式得以繼續進行，是如在政策上既准許原住民狩獵，卻於獵捕工具上過度設限，導致原住民狩獵發生人身之危險，在此情形，國家所採取措施，已非國家管制過多（zu viel），亦即其所欲達成管制目的之手段必要性及均衡性（相稱性；相當性；期待可能性（Zumutbarkeit）之問題，而係國家為達成保障原住民狩獵文化權目的之規範所作過少（zu wenig）之問題，即指要求國家採取有效性（Effektivität）之手段，以落實原住民（族）狩獵文化權之保護措施，並在不妨害公共安全或他人人身安全等法益保護之情形，是其規範重心，應在於獵槍之製造專業性及使用安全性，而非專注於自製或非自製、或自製可能文義範圍如何限縮或擴張解釋之情形，因自製一詞之文義，相當明確，無論如何解釋或補充其概念內涵，似難以達到前述如何提供安全獵槍之目的。換言之，關於原住民從事狩獵活動之工具部分，因國家未盡前述保護義務，並積極採取保護原住民（族）狩獵文化權之措施，故其實已非比例原則中欲

達其規範目的所採手段之必要及其手段所造成損益間之均衡問題，亦即宜認其係屬「規範不足禁止」（Untermaßverbot）原則中手段選擇之有效性判斷之問題。因此，本號解釋就系爭規定有關原住民從事狩獵活動工具安全性所衍生之規範不足現象，應宣示其違憲，使立法者重新檢討現行原住民（族）安全獵槍相關立法及行政措施，以消除未具安全性之自製獵槍所引發之危險狀況。

四、原住民傳統文化之狩獵活動是否包括自用之問題

如前所述，狩獵活動，將其認定為憲法保護文化權，固值得肯定。惟此原住民傳統文化及祭儀，是否自用，目前主要規定於原住民基本法第 19 條，原住民得在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之海域依法從事下列非營利行為，其中包含與本件有關獵捕野生動物，但於同條第 3 項規定，其以傳統文化、祭儀或自用為限。換言之，原住民在特定區域得依法從事非營利獵捕野生動物，其獵捕目的限於傳統文化、祭儀及自用。細繹其法條文義，傳統文化、祭儀與自用係屬不同三種活動或行為之目的。且如從狩獵目的出發，是否以傳統習俗生活文化活動作為其核心概念，如此則狩獵之目的，可能係為祭儀自用或其他文化目的，故自用或祭儀僅是傳統習俗生活所從事狩獵文化活動目的之例示而已，亦可能涉及法律解釋方法或法之補充之方式選擇問題。再從前述原住民狩獵文化活動之結果而言，原住民狩獵成果之分配，通常是其分享獵物文化之展現，亦屬於狩獵文化權之核心內容。因此，如僅限於傳統文化及祭儀，但在狩獵活動或祭儀完成後，該獵物通常與參與部落或參與文化活動之親屬朋友或客人分享，即除獵物之自己食用外，另為非營利目的供他人食用，亦屬常見。因此，在前述原住民基本法規定，比較系爭野生動物保育法未明定自用目的之獵捕、宰殺及利用野生動物等情形，前者更加周延。且從原住民狩獵活動發展歷史觀之，往昔狩獵活動主要以生業或生計為其目的，亦即所謂生計性漁獵（subsistence fishing and hunting），指與自己或家人生存相關之狩獵行為，比我國原住民基本法第 19 條所稱非營利自用

狩獵之涵蓋範圍更寬，其包括食用及販賣謀生之用。[13]因此可見，自用係屬原住民狩獵文化權之內涵，如不將自用參照原住民基本法規定將之成為狩獵獨立目的之一，亦宜將之涵蓋為傳統文化之範疇，較為妥當。

綜上，目前臺灣原住民狩獵活動逐漸減少，此現象發生之原因，難謂屬單一因素所致，例如因獵場或獵物減少等因素受限，凡此均有待學者專家另深入探討。如前所述，從原住民文化權觀點出發，「自用」如無法成為單獨概念，亦應將之納入傳統文化概念中，以符保護原住民狩獵文化權之意旨及目的。因此，為因應前述就原住民基本法有關自用之概念及相關規定之解釋及釋義理論之發展，如將自用概念涵蓋於傳統文化之範疇中，固較無疑問。在未修正法律將自用納入系爭規定之前，縱使採嚴格文義解釋者，如認為傳統文化並不包含自用，茲仍宜認為其得採類推方式，補充其法律漏洞。

五、原住民（族）狩獵行為或活動規範之立法鬆綁與全面性去刑罰化之問題

由於法令之禁止，過著靠山吃山之原住民（族）經常因違反森林法、野生動物保育法與槍砲彈藥刀械管制條例而遭起訴。[14]從本號解釋多位聲請人的原因案件中，可見此等現象之存在。退而言之，縱認事前許可制之系爭母法規定合憲，惟現行管制相關規定採取刑罰為管制手段是否具有效性，亦可能發生違憲之疑義？特別是現行有關原住民自製獵槍及獵捕一般類野生動物之去刑罰化，可見立法者對於原住民狩獵文化之尊重，有朝向逐漸放寬之趨勢，此用意值得肯定。但在法之體系及規範內容而言，往往運用本件系爭規定，先於槍砲彈藥管制或野生動物保育規定納入特別條文規定，隨之授權訂定許可或管理辦法，此立法體例，在一般法規中，頗為常見。惟其未充分考慮原住

13 參照裴家騏，鑑定人意見書---限制原住民族狩獵集體權之合憲性疑義，頁 1 註 2。

14 參照鄭川如，論兩人權公約中原住民狩獵權漁業權的內涵，台灣原住民族研究季刊，7 卷 3 期（2014 年／秋季號），頁 84。

民（族）文化之特殊性，作出通盤法規範之「普通法化」之制度設計。目前特別法方式，甚至以較低位階之法規命令作為規範依據，亦值得商榷。因其涉及刑事或行政制裁，較理想方式，應以法律明文規定為當，以符法律保留原則。

另從系爭規定涉及刑罰及行政罰制裁相關規定之法體系整體觀察，現行野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項雖明定台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。又第 51 條之 1 規定，原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1 千元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。在前開規定之適用時，轉致適用多條規定後，如又回到第 41 條第 1 項第 1 款規定，亦即因有未具第 18 條第 1 項第 1 款之要件，獵捕、宰殺保育類野生動物者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰金。此轉致適用法律之結果，因狩獵未經許可或構成涉及三種不同保育類野生動物等處罰要件，而受刑罰制裁。在此情形，可能抵銷前開第 21 條之 1 第 1 項規定原欲基於傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，不受第 18 條第 1 項等規定限制之立法鬆綁之本意。

又縱使立法者或相關機關欲全面禁止保育類野生動物之狩獵，因現行保育類野生動物區分為三種，且其細節性規定仰賴主管機關之審核及公告，尤其是其他應保育之類別不甚確定，以不確定類型，使受規範者限於刑事制裁之風險，亦值得商榷。尤其是保育類野生動物有更準確之類型化，並分級管理，且以去刑罰化為管制原則，如有制裁非營利目的之違法狩獵行為或活動之情形，應優先考量行政罰之制裁，因從刑罰目的觀之，以刑罰作為禁絕原住民（族）違法狩獵之活動或行為之嚇阻手段，其實效性仍值得深思。

再從司法實務運作觀之，由於原住民狩獵之部分活動，如前所

述，現仍可能受到刑罰制裁，且刑法之解釋，原則上應遵守罪刑法定主義（原則）（Gesetzlichkeitsprinzip），即如類推禁止（Anlogieverbot）、刑罰創制或刑罰加重之習慣法禁止（Das Verbotstrafbegründenden und strafschärfenden Gewohnheits- rechts）[15]、回溯既往禁止、明確性要求（不確定刑法及刑罰禁止）。[16]惟法規範設計往往存有漏洞，在有利於行為人之可相比較之事實所適用其他類似規範，宜得以類推（Analogieschlüsse）[17]或依原住民族習慣（法），補充法之漏洞。因此，藉由上述看法再探究傳統文化祭儀與自用在原住民狩獵文化之意義，或為法律之解釋或適用。

且雖禁止對行為人之行為適用習慣法，而創制刑罰或加重刑罰，但在阻卻違法性要件或其他對行為人減輕負擔之規定，亦得適用習慣法，以阻卻刑罰之處罰或減輕其刑罰。[18]亦即在肯定原住民狩獵文化權同時，就原住民傳統習慣規範效力亦一併加以肯認，促使原住民習

15 德國學理上，對於刑法類推可適用有利於行為人之情事，或習慣法作為減輕或不構成刑罰之阻卻違法或減輕刑責之事由。（參照 Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl., München: Beck, 2021, §1 Rn.2, 8, 9, 16.）另有類似見解者，認為經由習慣法排除刑罰之適用、其他法律領域之習慣法原則影響及於刑法與不排除藉由習慣法強化刑法總則有關刑法概念之解釋及釋義理論之發展。（參照 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, . 28. Aufl., München: Beck, 2014, §1 Rn.3.）

16 參照 Roxin/Creco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5 Aufl., 2020, §5 Rn.7 ff., 26ff., 45ff..

17 學理上，不排斥對行為人有利之類推適用刑法者，因為罪刑法定原則本來在保護個人之自由權利，免受事後創制刑罰或加重刑罰之類推。如對行為人有利之類推適用，並不致於違反上開目的，故採類推禁止之例外。參照林山田，刑法通論，上冊，臺北市：作者發行，2008 年 1 月 增訂 10 版，頁 84-85；林鈺雄，新刑法總則，臺北市：元照，2019 年 9 月 7 版，頁 42; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., München: Beck, 2016, §1 Rn.22（參照 BGH 28, 55）.

18 德國學理上，對於刑法類推可適用有利於行為人之情事，或習慣法作為減輕或不構成刑罰之阻卻違法或減輕刑責之事由。（參照 Joecks/Jäger, StGB, 13. Aufl., München: Beck, 2021, §1 Rn.2, 8, 9, 16.）另有類似見解者，認為經由習慣法排除刑罰之適用、其他法律領域之習慣法原則影響及於刑法與不排除藉由習慣法強化刑法總則有關刑法概念之解釋及釋義理論之發展。（參照 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, . 28. Aufl., München: Beck, 2014, §1 Rn.3.）

慣（法）作為原住民行為處罰阻卻違法或免責之參酌因素，以強化本號解釋所肯認原住民文化權之憲法意旨及目的。

六、強化原住民自主管理之理念及制度保障---再思考原住民基本法所定原住民族諮商同意權之落實

依原住民基本法第 21 條規定，政府或私人於原住民族土地或部落及其周邊一定範圍內之公有土地從事土地開發、資源利用、生態保育及學術研究，應諮商並取得原住民族或部落同意或參與，原住民得分享相關利益。政府或法令限制原住民族利用前項土地及自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意；受限制所生之損失，應由該主管機關寬列預算補償之。此係明定原住民族之諮商同意運用模式。在現行實際運作上，外界有認為因主動權力往往操諸於主管機關，致原住民方面屈居於被動一方，或許較易實現者係諮商部分，至於同意權之行使，以達原住民自主管理理想，尚有差距，使前述原住民基本法所賦予原住民共同參與之意旨，並不易落實。

再從本件原因案件之前述系爭管理辦法規定觀之，有關原住民獵捕活動許可之申請，係採取定期性於 20 日前，及非定期性於 5 日前提出申請，就原住民個人之申請人，其資格應經轄區內部落會議通過，就資格審查而言，原住民部落會議，就申請案件之資格，固有表示意見之機會，但有關申請案件之審核，是否已符合前揭原住民基本法第 21 條規定諮商同意之意旨，仍值得推敲。尤其是在審核過程，係由原住民所在鄉（鎮市區）轉核申請案件，最後由直轄市縣市主管機關核准，此審核過程及個案判斷，概委行政部分之轉核及個案最終判斷，此以行政力過度介入之運作模式，與前述原住民基本法所欲確保原住民族之諮商及同意之共同參與或自主管理之設計意旨，是否相符，亦值得商榷。

七、結語與展望

多年來，臺灣原住民法發展及原住民權益保護意識，在各界努力，已逐漸上軌道。惟在「好可再更好」之期待下，相關機關仍再強

化原住民文化保護意識之努力空間，在法體系及法律制度方面，應鼓勵更多有志人士研究原住民法學，並相關機關亦應積極促進臺灣原住民法規範體系之完整性，克服有關原住民（族）現行規範之不足或失調現象，即時克服法體系之矛盾，補充立法之疏漏，以符憲法保障原住民人權之意旨及目的。

另在系爭規定之受理範圍方面，本號解釋未就野生動物保育法第41條[19]規定一併受理，不利於釐清目前相關憲法疑義，且可能失去促使相關機關盡速檢討現行野生動物之管制制度之機會，故對其不受理之妥適性，值得商榷。因該等規定攸關部分聲請人可能受該條處罰，或法官聲請案涉及相關案件處罰規定之依據，如不予受理，使本件釋憲案件有割裂處理而欠缺其更完整評價，致本號解釋所肯認原住民狩獵文化權之意旨及落實，大打折扣。縱使認為其是否法律見解歧異[20]或

19 野生動物保育法第 41 條
有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金：
一、未具第十八條第一項第一款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
二、違反第十八條第一項第二款規定，未經中央主管機關許可，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
三、違反第十九條第一項規定，使用禁止之方式，獵捕、宰殺保育類野生動物者。
於劃定之野生動物保護區內，犯前項之罪者，加重其刑至三分之一。
第一項之未遂犯罰之。
野生動物保育法第 42 條
有下列情形之一，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰金；其因而致野生動物死亡者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰金：
一、未具第十八條第一項第一款之條件，騷擾、虐待保育類野生動物者。
二、違反第十八條第一項第二款規定，未經中央主管機關許可，騷擾、虐待保育類野生動物者。
於劃定之野生動物保護區內，犯前項之罪者，加重其刑至三分之一。

20 參照最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議（一）（決議日期：民國 106 年 2 月 7 日）雖有採甲說（應依野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之規定處罰），但決議採乙說（否定說，不違反野生動物保育法第 41 條第 1 項第 1 款之刑罰規定），即認為不能因野生動物保育法第 51 條之 1 僅規定對於未經許可獵捕、

非具重要關聯性，但從往昔本院解釋，就有明顯事實，足認屬於相關範圍者，不得為割裂之認定，始能符合立法之本旨，並不乏採取整體評價方式，整體觀察有聲請案件之相關規定[21]，納入一併審理，且就涉及刑事處罰，事涉受規範者之人身自由或財產等基本權之干預，如採整體觀察及評價，將相關規定納入受理範圍，以期更公允且完整審查釋憲案件。

臺灣原住民族有 16 族，與世界有原住民之國家相比，在現代臺灣逐漸發展出尊重多文化及包容各族群差異之社會特色，期待有迎頭趕上之一天。如從原住民人數所占臺灣人口比率而言，其係屬少數族群，對於原住民文化權之保障，有賴相關機關更加積極維護原住民文化之傳承及延續，此係屬現代憲政國家所應承擔之積極任務。本件所涉及原住民法律規範，雖僅是原住民法之一小部分，但在我國憲政史上，卻是一個極佳時代機遇。

從本件相關機關與聲請人、參與專家、法庭之友及各界關心人士所表達意見，可見此等憲法爭議，事涉文化深層衝突，其如何務實諧和（praktische Konkordanz）化解此等衝突，深具歷史意義。本院解釋應有更高度原住民意識及涵養，來思考原住民文化權之憲法意涵，並對於原住民（族）從事狩獵之活動或行為所衍生槍砲彈藥刀械及野生動物保育等規範失調之現象，積極尋求解決之道。因此，本號解釋

宰殺或利用「一般類野生動物」科以行政罰，即認同法第 21 條之 1 第 1 項所謂野生動物僅指一般類野生動物而不包括保育類野生動物。

21 在行政法釋憲案件方面，本院釋字第 236 號解釋，「就所徵收之全部土地整體觀察之，在有明顯事實，足認屬於相關範圍者，不得為割裂之認定，始能符合公用徵收之立法本旨。」釋字第 747 號解釋，「整體觀察系爭規定一及二，尚與前開土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權之憲法意旨有所不符。」釋字第 776 號解釋，「整體評價聲請意旨，自應認系爭函二為相關聯且必要，爰併將其納為解釋客體（本院釋字第 737 號及第 747 號解釋參照），作成本解釋」。在刑事法釋憲案件方面，本院釋字第 737 號解釋，「整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」釋字第 799 號解釋，「整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。」

之影響，不宜僅侷限於本件原因案件之法律問題解決，而應有更高視野，正視現行規範對於原住民文化權益因規範不足所生之失調現象，未來面對原住民法個案處理時，應重視原住民傳統習俗文化之特殊性，不應純以實定法觀點為其出發點，而應探求有利於原住民（族）之習慣（法）作為法律適用之法源依據，以補制定法之不足，並顯示尊重及保護原住民（族）文化權之用心。

部分不同意見書　　詹森林大法官　提出
黃虹霞大法官　加入貳部分
吳陳鐿大法官及林俊益大法官　加入貳、參部分
黃瑞明大法官　加入

就本號解釋中，關於宣告「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法（下稱系爭辦法）」第 4 條第 4 項第 4 款關於原住民申請獵捕野生動物時，其申請書應記載獵捕動物之種類、數量（即本號解釋所稱之系爭規定六）違反憲法比例原則部分，本席尚難贊同。另就本號解釋宣告系爭辦法第 4 條第 3 項規定[1]（即本解釋所稱之系爭規定五），屬於突發性未可事先預期部分，違反憲法比例原則[2]，及宣告「野生動物保育法（下稱野保法）第 21 條之 1 第 1 項（即本解釋所稱之系爭規定三）所稱之『傳統文化』，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自

1 依據系爭辦法第 4 條第 1 項及第 3 項規定，原住民、部落或依法立案且會址位於申請獵捕所在地鄉（鎮、市、區）轄內之原住民人民團體，於申請獵捕野生動物前，應填具申請書，應填具申請書，於獵捕活動 20 日前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請。

2 依據本號解釋，系爭規定五有關非定期性獵捕活動所定之申請期限與程序規定部分，其中就突發性未可事先預期者，欠缺合理彈性，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為限制已屬過度，於此範圍內，有違憲法比例原則（解釋文第 6 段）。

用之情形」，本席則認均有補充必要，爰提出本意見書。

壹、系爭規定三部分

一、本號解釋對系爭規定三所稱「傳統文化」之理解

系爭規定三明定：「台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，不受第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定之限制。」該規定所稱之傳統文化，是否包含非營利性自用之情形，乃本號解釋爭點之一。就此，多數意見以合憲解釋之論證方式，使原住民基於非營利之自用狩獵所得動物之行為，納入系爭規定三所稱傳統文化之射程範圍內，排除其受野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款管制(以下合稱「較嚴格之管制」)規定之限制。

申言之，多數意見要旨略以：「系爭規定三所稱『傳統文化、祭儀』之意涵，應本於原住民從事狩獵活動之文化權利之憲法保障意旨而為理解」為由，推論出「傳統文化……應涵蓋一切存於原住民族社會，並世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、倫理、制度、風俗、信仰、習慣等等生活內容，不僅包括精神性思想、價值、信仰、禮俗規範等，亦包括傳承已久之食物取得方式、日常飲食習慣與物質生活方式等」，並於此理解下，而認「系爭規定三所稱『傳統文化』，應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形。」（解釋理由書第 39 段參照）。

二、本席意見

前揭爭點，在討論過程中，全體大法官意見非常分歧，幾乎癱瘓本號解釋。為求最大共識，幾位大法官勉強同意系爭規定三所稱之傳統文化，尚可包含非營利性自用之情形；本席亦同。

然而，就解釋理由將該規定所稱「傳統文化」，以合憲解釋之方式，極度擴張至「無疑應涵蓋一切存於原住民族社會，並世代相傳而延續至今之價值、規範、宗教、倫理、制度、風俗、信仰、習慣等等

生活內容，不僅包括精神性思想、價值、信仰、禮俗規範等，亦包括傳承已久之食物取得方式、日常飲食習慣與物質生活方式等」，本席認殊待商榷。

首應注意者，合憲解釋，固係本於司法機關對具直接與多元民主正當性基礎之立法者之尊重，惟其適用上，仍應有其界限，例如不得逾越法條文義可合理理解範圍，尤其不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心。換言之，司法者如逾越立法的基本價值決定與規範核心，而對待解釋之法規，強行賦予顯非立法者所欲規範之內容，再宣告其合憲，毋寧已僭越司法本分，而屬自行立法[3]，有違權力分立原則。

次應強調者，原住民傳統文化，固受憲法之保障，但就系爭規定三所稱「傳統文化」之理解，不應僅以原住民狩獵文化權之憲法保障範圍，為唯一準據。申言之，**就憲法所保障之任何基本權，立法者仍可在符合比例原則之要求下，予以合理之限制，此為憲法第 23 條所明定。原住民本於傳統文化而來之狩獵（權），亦不例外**。準此，多數意見遽以憲法保障原住民（有）從事狩獵活動之文化權利之意旨，即對「傳統文化」為極廣義之解釋，不但在推論上過於跳躍，更難脫司法權凌駕立法權之批評。

換言之，就此所指之「傳統文化」一詞，仍須於一般法學解釋方法下、探求立法者之真意，並在不逾越立法者之基本價值決定與規範核心，或強行賦予顯非立法者所欲規範之內容界線下，始有合憲解釋之空間。

按野保法第 1 條前段開宗明義指出，該法係為「保育野生動物，維護物種多樣性，與自然生態之平衡」而特別制定。據此，對於人為獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，本於上開立法目的，立法者所應

[3] 釋字第 585 號解釋，許宗力大法官提出之部分不同意見書，司法院大法官解釋續編（17），第 750 頁；釋字第 653 號解釋，許宗力大法官提出之協同意見書，第 12-13 頁。

採取之態度，即為：原則禁止，例外允許。是多數意見將系爭規定三所稱「傳統文化」一詞，為前述之極度擴張解釋，已乖離野保法對野生動物原則予以保育、例外始允許獵捕、宰殺與利用之立法目的，並明顯逾越立法者在該規定所欲規範之內容。

又，依據系爭規定三，原住民有獵捕、宰殺或利用野生動物必要之緣由，除基於「傳統文化」外，亦有基於「祭儀」之情形。該規定既然將「傳統文化」及「祭儀」予以併列，則「祭儀」一詞，無論如何，應有其不同於傳統文化之內涵。惟在多數意見將傳統文化一詞作上開極端擴張之理解下，「祭儀」一詞於系爭規定三，已當然被包含在「傳統文化」之範疇內，而失去立法者將「祭儀」獨立列舉之意義。由是可見，多數意見將「傳統文化」極端擴張解釋，顯非系爭規定三之立法原意。據此，本席實難認同多數意見對系爭規定三所指「傳統文化」以合憲解釋方式，為前述極廣義之理解。

惟參酌原住民基本法第 19 條第 1 項及第 3 項之相關規定[4]，及立法者目前對此所採取之態度後，本席勉予同意得以合憲解釋之方式，將非營利之自用納入此之「傳統文化」射程範圍。申言之，依原住民基本法第 19 條第 1 項及第 3 項之規定，原住民得依法獵捕野生動物，而不受較嚴格管制之情形，除基於傳統文化與祭儀外，另亦得基於非營利之自用。又，主管機關及立法院，分別以函釋之解釋，或透過立法提案，皆有意將非營利之自用，納入或增訂於系爭規定三[5]。換言

[4] 原住民基本法第 19 條第 1 項規定：「原住民得在原住民族地區及經中央原住民族主管機關公告之海域依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。……」；同條第 3 項規定：「第一項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」

[5] 關於主管機關部分，行政院農委會於 106 年 6 月 8 日與原民會發布會銜令：「核釋野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項所定『台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者』，包括依原住民族基本法第 19 條規定，原住民在原住民族地區基於自用之非營利目的而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為。」參見行政院農委會所提之「原住民族狩獵文化之傳承奠基於永續野生動物資源」言詞辯論書狀簡報，第 4 頁。至於立法院部分，有關修改野保法，增訂允許「非營利自用」之狩獵行為，排除較嚴格之規定，於今年 3 月 22 日已經立法院經濟委員會審查完竣，待提報院會討論，參見立

之，所謂「基於非營利之自用」所為之狩獵活動，非不可被理解為立法者於增訂原住民基本法第 19 條規定時，未一併修正系爭規定三所致之立法疏漏。是在不悖於立法原意之範圍內，基於憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨，本席勉予同意得以合憲解釋之方式，將傳統文化之範圍擴及包含非營利性之自用目的。

貳、系爭規定六部分

一、多數意見認系爭規定六違憲之論理要旨

系爭規定六要求原住民於申請獵捕野生動物時，其申請書應載明獵捕動物之種類與數量。多數意見認為：因「原住民族向來認為獵獲物乃山林自然神靈之賜予」、「各族也普遍流傳出獵前預定獵捕動物之種類與數量，是對山林自然神靈不敬的觀念」，此要求使原住民須被迫違逆其傳統文化所傳承之思想與觀念，其對原住民狩獵文化權利之干預，非屬輕微，且對立法目的之達成，助益有限，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為之限制，亦逾越必要限度，故該規定不符憲法比例原則（詳見解釋理由書第 52 段及第 53 段）。

二、本席意見

（一）多數意見就系爭規定四與系爭規定六之論理，顯有扞格

多數意見訴諸「原住民傳統文化所傳承之思想及觀念」及「對山神或祖靈不敬的觀念，而成為一種禁忌」，顯然有意將系爭規定六解為已屬對於原住民信仰自由之干預，並藉此與本規定之母法（即系爭規定四）為不同之審查。其就此所持論與，與其審查系爭規定四所持論理，顯有重大扞格。

1. 系爭規定四與系爭規定六所涉之基本權利應無不同

依系爭規定四（野保法第 21 條之 1 第 2 項前段），台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要者，

法院公報第 110 卷第 39 期，第 229 頁、第 341 頁，立法院第 9 屆第 1 會期第 3 次會議議案關係文書（院總第 1749 號、委員提案第 18412 號），委 470-471 頁。

其獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准。本規定所採之事前核准管制手段，經本號解釋文第 5 段宣告尚不違反比例原則。

按，本號解釋宣告系爭規定四合憲，其重要理由為：「為使人為獵殺野生動物對自然生態體系運行之干擾降到最低，勢須由主管機關依據獵捕區域內之生態條件、野生動物種類、數量及其繁衍情形等資源現況，事前就申請案為准駁之決定」（解釋理由書第 44 段參照）。顯見多數意見認為，狩獵動物之種類、數量本屬事前申請狩獵活動時，所應載明之重要事項。

其次，野保法第 21 條之 1 第 2 項全文規定：「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應**經主管機關核准**，其申請程序、獵捕方式、**獵捕動物之種類、數量**、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」。亦即，本條項後段特別明定，獵捕動物之種類及數量，乃主管機關於訂定子法時，應事前審查之項目。

準此，系爭規定六所規範之內容，本身即包含於系爭規定四之中，更為系爭規定四之重要內涵。無論系爭規定四或系爭規定六，其對原住民權利所生之干預，即不可能如多數意見所言，僅其中之系爭規定六始涉及對於原住民信仰自由之干預。多數意見在系爭規定四與系爭規定六所涉及干預之基本權利選擇上[6]，即有扞格。

2. 系爭規定六縱然涉及原住民之信仰自由，國家仍得限制之

如前所述，多數意見執意區分系爭規定四與系爭規定六所涉及之基本權有所不同，並認系爭規定六已涉及對原住民信仰自由之干預，且因而獲致該規定違憲之結論。就此而言，多數意見仍難予贊同。

信仰自由之保障範圍，一般可區分為內在信仰自由與信仰行為之自由。前者為存在個人內心信仰（宗教）與否之自由，與思想自由類似，屬絕對之自由，他人與國家皆無權干預。後者則為將內心之信仰

6 多數意見審查系爭規定四時，認該規定僅涉及「原住民從事狩獵活動之文化權利」之干預（解釋理由書第 42 段參照）。

表現於外，亦即從事信仰行為或活動之自由，例如基於信仰而為之生活方式、宗教/信仰儀式等；此種自由，乃表現於外，故在符合憲法第 23 條之要件下，國家仍得限制之[7]。

前述關於信仰自由之區分與保障強度之差異，為本院釋字第 490 號解釋理由書所肯認[8]。

準此，縱如多數意見所言，系爭規定六已涉及對原住民信仰自由之干預，因該自由已屬將內心之信仰表現於外部之行為，故國家仍得基於公益之考量而限制之。

（二）系爭規定六可通過比例原則之審查

多數意見認為系爭規定六違反憲法比例原則，本席則持相反看法。

1. 適當性原則之審查

在適當性原則之審查上，多數意見以「申請人依系爭規定六之要求而得以記載者，充其量僅是其主觀期待獵捕之物種與數量」為由，而認該主觀性期待或臆測對保護野生動物等目的之達成而言，助益實屬有限（解釋理由書第 53 段）。

然而，精確管控獵捕區域內野生動物之種類、數量及其繁衍情形等資源現況與生態條件，係主管機關為保護野生動物之永續生存，進而達成維持生態平衡之重要任務。因此，儘管申請人於申請書記載欲獵捕野生動物之種類與數量，乃其主觀上之事前期待或預測，此項記載，仍屬主管機關為准駁狩獵活動時，所不可或缺。況且，獵捕活動結束後，主管機關亦必須依據申請書之記載，作為嗣後審查（系爭辦

[7] 李惠宗，憲法要義，2019 年 9 月 8 版，邊碼 1120-1122；吳庚／陳淳文，憲法理論與政府體制，2019 年 9 月增訂 6 版，第 245-246 頁；許育典，憲法，2018 年 2 月 8 版，第 272-274 頁；吳信華，憲法釋論，2015 年 9 月 2 版，邊碼 688。

[8] 本院釋字第 490 號解釋理由書第 1 段謂:「……內在信仰之自由，涉及思想、言論、信念及精神之層次，應受絕對之保障；其由之而派生之宗教行為之自由與宗教結社之自由，則可能涉及他人之自由與權利，甚至可能影響公共秩序、善良風俗、社會道德與社會責任，因此，僅能受相對之保障。……」

法第 11 條、第 13 條參照）之依據，藉以更精確掌控獵捕區域內個別野生動物之種類與族群量。

因此，申請人於申請獵捕野生動物時，如未於申請書上記載其所欲獵捕動物之種類及數量，主管機關根本無法預估申請人當次之狩獵活動，將對生態體系產生如何之干擾，主管機關對該次狩獵活動之准駁，即屬徒具形式；其嗣後對狩獵成果之審查，更是無所依據。其結果當然導致無從達成野保法保育野生動物永續生存及維持生態自然平衡之立法目的。

是系爭規定六要求申請人於申請書中應事先記載其所預估獵捕之動物數量與種類，對其所欲達成之目的，具有重大助益。

2. 必要性原則之審查

多數意見認系爭規定六對原住民權利之限制，已逾越必要程度，其主要理由為：「主管機關若欲有效控管原住民狩獵活動對野生動物生態之危害，本可透過一般性、抽象性之狩獵物種與數量之限制規範，或於核准處分逕為限制准予獵捕之物種與數量，或於核准處分中添加適當之附款予以限定，如課予負擔、設定核准之解除條件或保留廢止權等，實無要求申請人事前預估申報擬獵捕物種及數量之必要。」（解釋理由書第 53 段）簡言之，多數意見認為，就現行可使用之管制手段，尚有透過一般性、抽象性對狩獵物種與數量之限制規範，或主管機關於核准處分時，逕以限制准予獵捕之物種與數量，或以添加附款等，較小侵害之手段，可資利用，故系爭規定六之限制已逾越必要性原則。

對於多數意見所提較小侵害手段之看法，本席實難認同。

首先，多數意見就其所指「一般性、抽象性針對狩獵物種與數量予以限制規範之手段」，具體情形為何，並無任何進一步說明，已難以理解。此外，相較於所謂之「一般性、抽象性針對狩獵物種與數量予以限制之規範」，系爭規定六所定由申請人自行載明其所欲獵捕動物之種類與數量，並由主管機關依其申請而為准駁決定，更屬實際。

亦即申請人所填寫欲狩獵之野生動物，如有族群量已超越環境容許量之情形，主管機關即可依其申請而為准許之決定。準此，本席實難想像，何以一般性、抽象性針對狩獵物種與數量予以限制之規範，與系爭規定六相較，乃相同可以有效達成目的，且為侵害較小之手段？

再者，多數意見所稱，就主管機關於核准處分時，逕予限制得為獵捕野生動物之物種與數量，或添加附款等方式，本席亦不認為其相較於系爭規定六，乃較小之限制手段。詳言之，依系爭規定六，原住民係得基於自身之需求，主動提出其於當次狩獵活動所欲獵捕野生動物之種類及數量，主管機關亦可本於該申請而為核准。反之，若依多數意見，則主管機關就原住民之申請，得不問申請人之需求，而逕為准駁；縱予准許，其所准予獵捕之物種與數量，或於准許之決定添加附款等方式，亦皆操之於主管機關，申請之原住民僅能被動接受機關之決定。由是可見，多數意見所稱主管機關得於核准處分時，逕予限制准予獵捕之物種與數量，或添加附款等之方式，何以能認屬侵害較小之手段？本席實感不解。或有認主管機關於逕為獵捕物種與數量之決定，或添加附款時，尚得先行徵詢申請狩獵者之意見；惟若採此見解，則與系爭規定六之規定，又有何不同？

3. 狹義比例原則之審查

多數意見對於系爭規定六是否能通過狹義比例原則之審查，於解釋理由書中，並未多有著墨，此或因其認該規定已不符適當性及必要性原則要求所致。

惟本席認為，系爭規定六在狹義比例原則之審查上，亦無違憲之疑慮。蓋如多數意見所言，系爭規定六要求申請人事前須載明所欲獵捕野生動物之數量與種類，應僅為其主觀之期待或預測，尚不致在實際獵捕之動物種類與數量，未達核准內容之時，即發生受罰之結果（系爭辦法第 13 條參照）。是系爭規定六對於原住民基本權利之限制，相較於其所欲保護之公益，亦即生態平衡之維持與野生動物之永續，並無顯失均衡之情況。

4. 系爭規定六應屬合憲

據上所述，系爭規定六對於原住民之狩獵所為之限制，與憲法第23條比例原則尚無違背，應屬合憲。

參、系爭規定五部分

多數意見認為，系爭規定五所定未可事先預期之非定期性狩獵活動之申請期限與程序規定部分，因其欠缺合理彈性，已屬過度限制原住民從事獵捕活動之文化權利，在此範圍內，該規定有違憲法比例原則。

本席原則上可以贊同多數意見前開結論，但同時認為，所謂「未可事先預見之突發狀況所生之非定期性獵捕活動，得不受系爭規定五5日前申請之限制」（解釋理由書第49段），因屬例外狀況，故主管機關在個案之審查上，仍應從嚴。

換言之，並非僅發生多數意見於註3所例示之夢占、鳥占、嬰兒出生或除喪（解除素服）等生命禮俗情況，即可排除5日前申請之限制，而係仍應在個案中，視申請人所提出之證據，以衡酌是否確有突發狀況之非定期性狩獵活動需求。於此範圍內，始有非定期性獵捕活動無須於5日前提出申請可言。

肆、結論

原住民，自始居住於臺灣，與臺灣之關聯，不容切割。不少原住民，本於其天賦，尤其在運動、歌藝等方面，不僅表現傑出，更為臺灣在國際上爭取許多榮耀[9]。沒有原住民，臺灣將失去特色與光彩。

野生動物，不論臺灣自有或外地移居，皆應予適當保育。沒有野生動物，臺灣即有負寶島美譽。

本號解釋，本於兼顧「維護原住民文化與保育野生動物」之宗旨，

[9] 最著名者，莫過於獲得奧運男子十項全能銀牌之楊傳廣，及亞運百米金牌、奧運80公尺跨欄銅牌之紀政，皆為原住民。棒球方面，日治時期，羅道厚、葉天送，即為旅日之原住民棒球選手。1945年以後，郭源治、陳義信、陽岱鋼、張奕；曹錦輝、陳金鋒、王維中、林子偉，則為分別旅日、旅美之原住民棒球選手。至於原住民音樂人士或團體，更是不勝枚舉。

乃確認原住民享有憲法上狩獵之權利，並同時宣告本案有關原住民狩獵之規定分別為合憲或違憲。

期盼本號解釋公布後，原住民更能本於「獵人乃山林及動物保護者」之使命，及「獵人與動物係相互依存」之認知，繼續傳承原住民之狩獵文化，並永久維護野生動物之保育，使後代子孫，永續住居臺灣、珍愛寶島！

部分不同意見書　　黃昭元大法官　提出
許志雄大法官　加入

一、本號解釋結論、理由及本席立場

[1] **本號解釋結論：**本號解釋審查標的包括兩大部分：一是槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第20條第1項（系爭規定一）、槍砲彈藥刀械許可及管理辦法（槍砲管理辦法）第2條第3款規定（系爭規定二）。二是野生動物保護法（下稱野保法）第21-1條第1項（系爭規定三）、同條第2項前段（系爭規定四）、原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法（下稱原住民獵捕管理辦法）第4條第3項（系爭規定五）、同條第4項第4款（系爭規定六）。對於上述規定，本號解釋宣告系爭規定一、三、四規定（均為法律位階）合憲，而僅宣告系爭規定二有關自製獵槍未規定其安全裝置之部分違憲，系爭規定五就非定期性狩獵仍要求於5日前申請之部分違憲，系爭規定六有關申請書應載明獵捕動物種類與數量之部分違憲（均屬命令位階）。

[2] **本席立場：**本席贊成上述違憲部分之結論，然就違憲範圍及其理由仍不盡相同；就合憲部分，則僅贊成系爭規定一不違反法律明確性原則部分之結論，然無協同意見；至於其他合憲部分，則難以贊成，並提出部分不同意見如下。

[3] 爭點分析：在理論面，本案固應先確定本院據以審查之憲法上權利基礎為何？但這點其實還不能算是本案之真正爭點。就本案審查標

的所涉之直接爭點而言，可分為兩大部分：一是野保法管制原住民狩獵規定部分，具體爭點有事前許可制本身之合憲性、許可目的是否包括非營利自用、申請期限及申請書應記載事項是否過苛等；二是槍砲條例限制原住民狩獵工具部分，具體爭點有槍砲條例所稱自製獵槍是否符合法律明確性原則、限制原住民只能以自製獵槍狩獵是否過苛？

[4] 本號解釋多數意見之理由架構是先審槍砲條例相關規定，再審野生動物保育之相關規定，這應該是受到聲請書主張的影響。如從爭點架構來看，本席認為應先審野保法，再審槍砲條例。槍砲條例有關自製獵槍的限制，僅為狩獵工具之限制，而非必然發生之爭點。原住民如非使用槍枝，而是以其他方法（如陷阱）狩獵野生動物，仍會受到野保法之管制，然無違反槍砲條例之問題。故本席認為：本案之爭議核心應該是原住民（族）狩獵文化權與野生動物保育間的衝突，也就是國家是否應容許、開放原住民狩獵，或當然可採全面禁獵，例外許可的管制模式？又如開放，開放幅度為何？這才是原住民狩獵所受管制之震央。故本意見書以下謹就野保法部分，表示本席之部分不同意見。

二、原住民（族）狩獵的憲法上權利基礎

[5] 狩獵是否為憲法所保障之自由權利？屬何種權利？就非原住民而言，狩獵未必與其文化傳統有關，而可能只是個人之休閒娛樂、經濟活動等生活形態與方式之選擇，故在原則上應屬憲法第22條所保障之一般行為自由，其所受保障程度較低，而容許國家得為較嚴密之管制。但如限制程度過於廣泛、苛刻，即使法院採寬鬆標準予以審查，例外仍有違憲之可能。

[6] 就原住民（族）而言，狩獵（連同漁獵、植物及礦石採集等）通常與其巡守傳統領域、利用自然資源有關，除具有經濟目的外，亦多與其族群教育、認同、信仰、祭儀、傳統知識、生活形態等有關，而有其特殊之文化意涵。因此其憲法上權利類型應該不會只是上述之一般行為自由，而應另外形塑其權利類型。

[7] 在學理上，如果逕自承認原住民（族）得主張狩獵權（語言翻譯、概念相當問題），且屬憲法所保障之權利，其概念外延有及於商業性、娛樂性狩獵之可能。就此，本號解釋係將狩獵納入原住民傳統文化之內涵，而以文化權為其權利基礎，並未直接承認原住民狩獵權為獨立之憲法權利類型。

[8] 本席贊成此項結論，在理由部分則有以下補充：

（1）對許多原住民族而言，「狩獵」或「獵人」其實是來自漢人語彙之外來語，而非其語言、文化傳統之固有語彙，甚至欠缺與狩獵相當或等同之語彙或概念。這是不同族群文化在互動後，由於多數或主流族群的影響或宰制，加諸於原住民族之外來、翻譯用語，未必能精準傳達或表現所謂狩獵活動於原住民族文化傳統內之原本意涵。

（2）文化權雖非我國憲法所明文承認之權利，但在學理上似較無根本性之質疑，且與狩獵活動密切相關；另在國際人權法上也早已明文承認少數族群（包括原住民族）之文化權，並有相當具體之規範內涵可資參考，以說明其憲法意涵（參聯合國公民與政治權利國際公約第 27 條、公政公約人權事務委員會一般性意見書第 23 號等）。故以文化權作為原住民（族）狩獵之憲法上權利基礎，應屬適當之定位。

（3）除了文化權外，狩獵也可能涉及其他類型之權利，例如土地及自然資源之利用權、[1]食物權（right to food）、信仰自由等。惟考量土地資源利用權及食物權之位階與效力均尚有待釐清、信仰自由之文義範圍可能過窄等因素，而文化權之概念

[1] 對原住民族而言，狩獵本即為其利用自然資源方式之一，且與其傳統領域有密切關聯，參原住民族基本法第 2 條第 3 款及第 5 款、第 20 條、第 23 條規定。又原住民族基本法第 19 條更明文承認原住民有權在原住民族地區狩從事獵捕野生動物、採集野生植物、採礦、利用水資源等各項非營利行為，則是以原住民（族）之土地及自然資源利用權為其法律上權利基礎。日後如有適當案件，則可參考而進一步承認為憲法上權利。

內涵更為寬廣、具有開放性，多數意見以此為狩獵之憲法權利基礎，尚可支持。

[9] 本號解釋所承認之原住民文化權，固已非單純的國家政策目標，而是憲法第22條所保障之憲法權利。然比較可惜的是，本號解釋雖先依憲法增修條文第10條第11項及第12項，宣示「原住民族之文化為憲法所明文肯認」（理由書第19段），並在此基礎上，承認個別原住民文化權為憲法權利，但並沒有進一步明白承認原住民族之集體（狩獵）文化權亦屬憲法權利。由於憲法權利主體除了個人外，是否也包括群體（group），如少數群體（種族、宗教或語言之少數），在學說上仍有爭議。本院解釋迄今仍未明白承認憲法保障的權利也包括集體權，雖然我國已有法律[2]明文承認原住民族之集體權（至少是法律上權利）。本號解釋考量上述理論基礎之可能爭議，於本案所涉考量事實及爭點之脈絡下，採取寧淺勿深的解釋方式，暫不觸及原住民族之集體文化權，尚可理解。然本席認為：本號解釋並未阻絕將來於適當案件承認上述集體權性質之文化權的憲法解釋空間，更沒有排除或阻止立法、行政機關於相關法令中，承認上述集體權之立法及政策空間，只是暫不處理這個憲法問題。

[10] 本號解釋之承認文化權為非明文之憲法權利，應該是本院歷來解釋之首例，自有其歷史意義。雖然因本案事實及爭點所限，本號解釋僅闡述其自由權的內涵，然如將來有適當案件，並不排除進一步承認其兼具給付請求權性質之可能。又本號解釋僅提及原住民為文化權之

[2] 例如：原住民族基本法第 4 條承認原住民族之自治權，第 9 條及第 30 條承認原住民族之語言權，第 20 條及第 23 條承認原住民族之土地及自然資源權利，第 21 條及第 22 條承認原住民族之諮詢同意或參與權。又原住民族傳統智慧創作保護條例第 6 條第 2 項、第 7 條第 3 款、第 10 條第 3 項、第 14 條也明文承認原住民族或部落為權利主體，而得管理使用收益其傳統智慧創作之相關權利。雖然該條例也承認以個別原住民為權利主體之個人權（參上述條例第 10 條第 4 項），而認此項文化權兼具個人權及集體權之雙重性質。上述權利均屬我國已經承認之原住民族權利（集體權），其形式位階雖仍屬法律上權利，但與本號解釋仍不致有必然衝突。

主體，但在法理上，非原住民（包括漢人、客家人、新住民等）之其他個人應該也可主張其文化權，並同受憲法之保障。

三、野保法管制原住民狩獵規定之合憲性

（一）野保法之整體管制架構

[11] 野保法之管制架構：野保法是以禁獵為原則，例外始容許狩獵，並區別狩獵客體（一般類或保育類野生動物）、狩獵主體（原住民或非原住民）、狩獵目的（傳統文化、學術研究或教育目的、防治危害、維持生態平衡等），而定有不同之許可方式（概括性之許可證或個案性之事前許可）及違反效果（刑罰、行政罰或免罰）。

[12] 在狩獵客體（即物種）部分，野保法將野生動物區別為一般類及保育類，而對於後者給予更為嚴密的保障。就一般類野生動物部分，野保法第17條第1項僅列舉哺乳類、鳥類、爬蟲類、兩棲類為管制對象，其他如魚類、昆蟲及其他種類之動物（參野保法第3條第1款）則不在管制範圍。至於保育類野生動物，野保法第4條第1項第1款雖分為瀕臨絕種、珍貴稀有、其他應予保育之野生動物等三級，然除了野保法第37條及第38條就「瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物」明文訂有不同於「其他應予保育之野生動物」之保護規定外，野保法其實並未就上述三級保育類野生動物訂定並實施分級管理。在實務上，曾為主管機關納入「其他應予保育之野生動物」一級者，其實不乏族群量穩定、甚至已對農民、畜牧業者、一般人（如當地居民、遊客等），乃至於自然生態環境等，造成明顯干擾、危害之物種。野保法未適度限縮保育類之級別，並採分級管理的管制措施，其立法實在過於粗糙。

[13] 在管制方式及強度部分，野保法第17條等規定就一般類野生動物看似採取相對低度的管制，如基於學術研究或教育目的（野保法第17條第1項）、或防止特定危害（野保法第21條第1項第1至4款），任何人似乎都毋須事前申請許可即得獵捕；原住民如基於傳統文化、祭儀之目的，非原住民如基於上述兩項以外之目的，似乎仍可事前申請狩獵，並且是採許可證制度，概括核准得於一定區域及時間內進行獵

捕，而非個案性之事前許可方式。然由於至今並無任何地方主管機關依野保法第17條第1及2項劃定可以進行上述狩獵之區域，因此在實務上，非原住民其實根本無從於劃定區域內獵捕一般類野生動物。至於保育類野生動物部分，野保法則採原則禁止的全面禁獵政策，僅於非常例外之情形下，始容許非原住民（參野保法第18條、第21條）或原住民（參野保法第21-1條）獵捕。

[14] 在狩獵主體方面，就本案所涉及的原住民狩獵而言，野保法第21-1條看似特別容許原住民得基於其傳統文化、祭儀，而獵捕一般類及保育類野生動物。但同條第2項仍將上述目的之原住民狩獵牢牢鎖在事前許可制的枷鎖中，而未考量是否有足以（甚至更能）達成相同目的，且限制較小的手段。原住民如未經許可而獵捕一般類野生動物者，與非原住民同受行政罰，只是罰鍰額度較低；如未經許可獵捕保育類野生動物，依野保法第41條，其處罰則與非原住民相同，均為刑罰。[3]在事前許可制的框架及個案控制下，憲法所保障的非原住民狩獵自由（一般行為自由）及原住民狩獵文化權，均受到嚴厲之管制。

[15] 就上述野保法有關原住民狩獵之管制架構及項目而言，本號解釋輕輕放過法律本身所定之事前許可制，而僅宣告野保法授權主管機關所發布之相關管理辦法中有關非定期性狩獵活動之申請期限、及申請書應記載擬獵捕動物之種類及數量等部分違憲。本席雖然贊成宣告上述辦法規定應屬違憲之結論，但本席是認為法律所定之事前許可制本

3 最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議決議曾認原住民之違法獵捕保育類野生動物，不適用同法第 41 條第 1 項第 1 款之刑罰規定。如採此說，則原住民違法獵捕保育類野生動物，將既不能以刑罰處罰，又無法依同法第 51-1 條處以行政罰（該條僅列一般類野生動物為處罰要件之一），反而輕重失衡。本席認為：野保法之立法意旨應僅就原住民之違法獵捕一般類野生動物部分，始予以除罪化，至保育類部分則仍在刑罰之範圍，這應該是比較符合文義、原意、體系解釋之結論。又聲請人五（最高法院刑事第七庭）雖有聲請解釋野保法第 41 條違憲，但本號解釋以事涉法律適用，而非憲法爭議為由，並未受理。本席則認為應受理此部分之聲請，並基於上述理解，進而認為野保法第 41 條對原住民違法獵捕保育類野生動物者仍處以刑罰之規定，於此範圍內違憲。

身就已經違憲，其授權命令之內容自然隨之違憲。

（二）野保法有關原住民狩獵之事前許可制違憲

[16] **審查標準：**本案所涉及之野保法及槍砲條例對原住民狩獵文化權之限制，本號解釋係採取中度標準予以審查（理由書第22段）。在實際操作上，上述中度標準之檢驗其實也相當寬鬆，以致得出合憲結論。本席認為：野保法所規定的事前許可制所限制之原住民族狩獵文化權，與個別原住民之人格發展及人性尊嚴、乃至於原住民族之文化傳承及族群認同間，具有非常密切的核心關聯，而屬憲法保障之重要基本權利（參本院釋字第794號解釋理由書第18段、第802號解釋理由書第9段）；又事前許可制係國家於人民行為之前即施加之管制，有全面禁止的威嚇及鎮壓效果。即使人民行為並無任何實害，也會因為未事前申請許可就受到處罰（甚至包括刑罰）。這不僅是國家對於人民自由權利的嚴厲限制，也常蘊含「未得國家許可，人民就無自由」、由上而下全面管控的威權意識。此等管制方式，與現代民主國家憲法所預設的「自由不是國家給的，毋須國家許可，人民本即有其基本自由」之基本人權原則，恰恰背道而馳。對於此類管制手段，在憲法法理上，在原則上本即應嚴格審查，例外始採中度標準。[4]

[17] 除了上述理由外，本案之所以應採嚴格標準予以審查，還有另一層考量：原住民族權利在憲法上有其特殊地位，除了兼具集體權性質外，也具有獨特之權利內涵，而與以一般國民為想像主體而形成之其他權利，有重大不同。因此針對原住民族所為之任何立法，往往帶有種族平等的意涵，甚至會延伸影響及於個人平等的層面。就算立法者看似給予原住民族在表面上相對有利之待遇，如野保法給予原住民較多一點的狩獵自由、槍砲條例之容許原住民得使用自製獵槍並限縮刑罰之適用，但這不是國家的恩惠，也不是賦予特權。反而應該放在台灣原漢關係歷史、憲法明文承認原住民族特殊地位的脈絡下，認為這

[4] 如本院釋字第 756 號解釋就監獄機關之事前檢查受刑人書信，就採中度標準予以審查。

是國家應追求的重要政策目標，甚至是應盡的憲法義務。本號解釋沒有審理本案可能涉及之種族平等爭議，然如前述，平等其實是本案必然內蘊的憲法議題。基此，本席認為更應以嚴格標準審查本案之各個爭點。

[18] 綜合上述考量，本席認為在本案應採嚴格標準予以審查，審查重點則是：為何一定要用事前許可的方式予以管制？其所追求之具體目的為何？是否另有相同有效而侵害較小之其他替代手段？為何不能採取事後追懲的管制手段以達目的？對違反事前許可制之行為，是否一定要用刑罰制裁？又以下意見係就野保法管制原住民狩獵部分之規定立論，至於非原住民之狩獵活動，因其憲法上權利基礎不同，事屬另一問題，先此敘明。

[19] **事前許可制之目的審查：**一般而言，國家之所以採取事前許可的管制手段，通常是為了避免急迫且不可回復之明顯、重大危害，且需事前介入始足以防治此項危害。如非上述情形，則應盡量採取事後追懲之方式，針對實際後果予以規範，以避免過度箝制人民之自由權利。本號解釋認為野保法事前許可制合憲的出發點，則是先將人為獵捕野生動物之行為，理所當然地視為「人為介入自然生態體系運行之干擾行為」，再進而以欠缺實證研究支持之臆測結果為管制理由（所謂「致使自然生態體系逐漸失衡，甚至可能帶來生態浩劫，並影響人類之生存及永續發展」，理由書第43段）。本席自認是長期生活在都市水泥森林中的人，對於我們這種人而言，所謂自然生態體系往往只是想像中的平行世界。但對於居住在原鄉的原住民而言，他們本即為當地自然生態體系之成員，且具有相互依賴、共生共榮的密切關係。

[20] 本案言詞辯論時，鑑定人裴家麒教授之書面意見認為：

> …世界上同時尊重原住民族狩獵權與環境保育需求的國家比比皆是，且近代多以科學化管理為治理基礎。近 40 年來，低度開發的熱帶國家甚至多以在地部落的狩獵管理作為野生動物保育的工具，也因此讓「以永續利用達

> 到野生動物保育目的」的倡議被各國普遍所採行，在相關的保育實務中，非但沒有視原住民族狩獵為野生動物保育的對立者，反而是透過政府部門的賦權，邀請原住民部落管理其生活範圍內野生動物資源的利用行為，這樣的保育取徑直接造就了過去 20-30 年來全球性的野生動物保育成果（尤其以大型動物犀牛、大象、野牛、獅、虎、豹、狼、熊等的保育成效最為廣為人知），因此，包括溫帶地區高度開發的國家也大量的運用此策略。
>
> 事實上，國內也已經有研究顯示，台灣原住民長期適應山區環境所發展出來的狩獵制度，與現代西方科學所描述的野生動物永續利用的原理原則是一致的；而這樣台灣原住民族的在地狩獵治理制度既傳統且古老，近年西方學者就曾引用來說明「在地的部落治理是相當有效益的機制」和「在地的野生動物資源利用是相當永續的」的保育概念。[5]（本席按：原文之註 5 至 10 略）

很可惜的是，本號解釋多數意見忽略了保育及生態研究專業人士所提出之相關科學研究意見，以致在欠缺實證依據的想像基礎上，過度高估或誇大原住民狩獵之可能負面影響，而有如此偏離科學研究結論之認知與評價。[6]再者，野生動物保育應是以群體保育，而非個體保育

[5] 參本院 2021 年 3 月 3 日公告「大法官 110 年 3 月 9 日言詞辯論相關資料（王光祿等案）」，裴家麒教授鑑定意見書，頁 2 之 2(1)部分，資料出處：司法院大法官官網（最新訊息欄），https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/5_%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%A3%B4%E5%AE%B6%E9%A8%8F%E6%95%99%E6%8E%88%E6%8F%90%E5%87%BA%E4%B9%8B%E6%9B%B8%E9%9D%A2%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf（最後瀏覽日：2021 年 5 月 7 日）。

[6] 有關原住民狩獵對野生動物族群之影響監測資料，參行政院農農業委員會意見書，頁 13：「以本會目前最新資料，就嘉義縣阿里山之原住民族狩獵自主管理試辦計畫為例，2017 年至 2020 年針對嘉義縣阿里山鄒族獵人主要狩獵物種（山羌、水鹿、山羊、野豬」）所做的長期族群變動監測結果顯示，水鹿及山羌顯示些微上升的趨勢，且變化趨勢達到統計上的顯著，野山羊和野豬則是

為目標，並需兼顧各類野生動物間之平衡、野生動物對於自然生態、農林作物、家禽家畜、公共安全及人類性命等之可能危害（參野保法第18條第1項第1款、第21條）。每一隻都要保護、少一隻就是不可回復之生態浩劫，恐怕是不切實際的浪漫左膠想法。個人基於宗教信仰等理由，盡力追求並力求實現此目標，是值得尊敬的生命關懷。但國家如將類似想法納入法律規範，並據以限制人民權利，那就是另一個問題了。綜上，本席認為：本號解釋所認定之限制目的，實難以通過審查。

[21] **事前許可制之手段審查：**本號解釋認為除事前許可制外，「並無其他相同有效達成避免原住民狩獵活動過度侵犯野生動物之存續與干擾生態環境平衡，以及第三人人身安全之目的，而侵害較小之手段可資運用」（理由書第44段）。對此結論，本席實難贊成。

[22] 先就多數意見所稱之「第三人人身安全之目的」而言，事前許可制恐怕是無助於這個目的之達成，遑論侵害較小。如果主管機關在許可後，會如集會遊行許可後之派遣警察維持秩序、預防衝突等，而均派人監督每一狩獵活動，並採取防止誤傷第三人之具體方法，那這種事前許可還可能有預防誤傷第三人之效果。但在實務運作上，主管機關多半也只是在許可處分中添加適當附款，然後就放生了。其實就算法律本身明定狩獵應避免危及第三人之人身安全，恐怕也只能在事後追究故意或過失損及第三人人身安全之事故責任，實在難以想像一張

持平，並未因原住民獵人之狩獵而導致族群數量失衡；於桃園市復興區後山三里（三光、高義、華陵）泰雅族 gogan 群之領域進行之原住民族狩獵自主管理試辦計畫中，亦顯示山羌的相對豐富度仍呈現成長的趨勢，與野豬族群維持平穩；山羌與野山羊的出現頻度整體而言有逐年提高之趨勢，野豬族群則出現降低之趨勢，彌猴則在 9 月至 10 月出現頻度高峰，於屏東來義鄉之試辦計畫亦然。」（原文註略），參前註資料出處之司法院大法官官網（最新訊息欄），https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/10_%E7%9B%B8%E9%97%9C%E6%A9%9F%E9%97%9C%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E8%BE%B2%E6%A5%AD%E5%A7%94%E5%93%A1%E6%9C%83%E6%84%8F%E8%A6%8B%E6%9B%B81.pdf（最後瀏覽日：2021 年 5 月 7 日）。

事前許可的處分書竟能有此魔力，足以為第三人樹立刀槍不入之保護罩。要防止誤傷第三人，更有實效的其他替代管制手段應該是：透過類似獵人證之制度，管理狩獵人口；要求狩獵者必須符合一定資格（年齡、教育訓練、知識學習等），始發給獵人證，並要求定期接受講習訓練；容許狩獵者使用射程較短、彈道穩定、更具安全性之槍枝（如狩獵用之散彈槍）等，再以事後懲罰方式追究違反者之責任。這些要求或配套措施，應直接在法律中明定或明確授權以命令定之，而不是讓行政機關透過個案之許可處分去承擔此種無法執行之規範負擔。就此目的而言，事前許可制恐怕是連有助目的之達成都談不上。

[23] 再就野生動物保育的目的而言，如果以群體保育，而非個體保育為目標，本席認為：以下應該是相同有效（甚至是更為有效），且侵害較小之其他替代手段：

（1）總體管制：綜合考量各種野生動物之族群量及環境容許量，就各個物種設定一定期間及區域內之最大容許獵捕量，類似漁業管理上所稱之總容許捕獲量（Total Allowable Catch）。又族群量之有效監測需要狩獵者事後回報精確的獵物種類及數量，這才是能否達成保育目的之關鍵所在，也更能達成群體保育、總量保護之目標。

（2）分類及分級管理：在野保法所採一般類和保育類的分類基礎上，進一步分級管理，尤其是保育類野生動物。就瀕臨絕種野生動物而言，因其任一個體之損失都會直接影響其族群量，在立法上當然可以（也應該）採取全面禁獵手段，甚至連個案的事前許可都不行，這可算是必要的限制手段。至於珍貴稀有野生動物，則可授權並容許主管機關按不同物種而有不同的獵捕量。如果在立法上將珍貴稀有野生動物也比照瀕臨絕種野生動物，而採取全面禁獵手段，僅與特殊情形始容許例外獵捕，本席也會予以支持。因此（有例外）的事前許可制在此範圍內，仍可認合憲。然就不屬於上述二級之其他應予保育野生動物及一般類野生動物而言，現行野保法所採之原則禁止，例外容許之事前許可制，就顯然是過於廣泛、嚴厲之管制手段，而屬違憲。

（3）時間管理及特殊個體之保護：在上述的管制架構下，當然也可以限制於一定期間內，如野生動物之繁殖期間等，禁止狩獵。並針對幼獸、母獸（特別是處於懷孕及哺乳期中者）之特殊個體，採取嚴格禁獵的管制手段。其實不論採取事前或事後管制，此項保護應該都是必要的配套措施。

（4）以部落自主管理輔助或取代由上而下的國家管制：原住民獵人對於山林生態及動植物之知識與經驗，本即是國家實現保育措施的重要資產。近年來，保育主管機關（農委會林務局）更早已開始推動、試辦部落自主管理計畫，[7]透過公私協力的方式，讓部落依其傳統文化、組織型態（如各地之獵人協會）等，自主管理部落成員之狩獵活動，且已有明顯的保育效果。透過部落自主管理而輔助、甚至取代國家管制，不僅可減少國家管制成本，且可達成相同的保育目標，益可見事前許可制顯然是過度干預的侵害手段。本號解釋於理由書第49段，提及「其他相應之多元彈性措施」，並舉例包括「就特定情形之申請案容許事前就近向有管理權限之部落組織申報」等，亦有期待主管機關採行部落自主管理機制之意，在此範圍內，與本席立場相近。[24] 綜合上述替代手段，立法者至少應限縮事前許可制的適用範圍，而兼採事前報備、事後備查等混合管制手段。一般類野生動物及其他應予保育野生動物，應改為事前報備加事後申報；珍貴稀有野生動物

7 林務局於 2017 年起，開始在全國八個林管處試辦「原住民族狩獵自主管理計畫」，輔導成立獵人協會、頒發獵人證、推動部落的自主管理等，至少已有 10 個以上之部落參加。如 2018 年由排灣族部落成立屏東縣來義鄉傳統狩獵文化協會，統一向林務局申請整年度的狩獵許可，原住民只需出示獵人證，就可依習慣狩獵。至於狩獵數量則以年度總量統計，種類改用「山肉」之通稱，以避免觸犯部落禁忌。來義鄉的 7 個村落並有事後回報窗口，屏東科技大學也於相關地區架設動物相機，監測物種及數量之變化。其他部落如：宜蘭縣大同鄉原住民、花蓮縣德卡倫部落、花蓮縣富里鄉阿美族、花蓮縣太魯閣族、台東縣海端鄉紅石及崁頂部落、新竹縣泰雅族卡奧灣群、南投縣東埔部落、嘉義縣阿里山鄒族、高雄市那瑪夏區原住民等，亦已有其自主管理計畫。有關各個自主管理計畫之內容及研究報告，參行政院農農業委員會意見書，頁 13-14、附件三，同前註 5 資料出處。

仍得採有例外之事前許可或改採事後備查；至於瀕臨絕種野生動物，則全面禁獵，甚至不開放事前許可之申請，而僅限於法定事由始容許人民獵捕（參野保法第 18 條第 1 項第 2 款、第 21 條第 2 項）。對於違反上述事後管制機制者，當然可以處以行政罰，以達行政管制目的，自不待言。又如仍要維持事前管制的模式，則可以事前報備取代事前許可，如此不僅可提高主管機關實際知悉狩獵活動的比率，應該也會提高狩獵者事後申報之意願。相較於事前報備而言，事前許可制反而是多餘且不必要，而屬違憲之限制手段。

[25] 多數意見一方面認為野保法有關原住民狩獵之事前許可制合憲，另方面則認為原住民獵捕管理辦法第4條第3項有關非定期性狩獵應於5日前提出申請之期限規定、同條第4項規定應載明獵捕動物之種類、數量部分，對原住民狩獵文化權之限制過苛而違反比例原則，因此宣告上述部分違憲。本席雖然贊成此項結論，但有以下之補充或替代理由。

[26] 有關事前申請應載明「獵捕動物之種類、數量」部分：原住民獵捕管理辦法第4條第4項所要求載明之「獵捕動物之種類、數量」，其實是野保法第21-1條第2項已經明定的法定應記載事項，並非是在法律無明文規定的情形下，逕由法規命令予以規定。如果多數意見認為原住民獵捕管理辦法第4條第4項違憲，則野保法第21-1條第2項將「獵捕動物之物種、數量」列為事前申請與許可之法定事項部分，自亦應屬違憲，且應先宣告後者（法律）違憲，再據以宣告原住民獵捕管理辦法第4條第4項（命令）違憲。實不可能如多數意見之立場，既認為野保法第21-1條第2項之母法規定本身合憲，而僅宣告其授權發布之法規命令違憲。問題癥結是在法律，而非行政命令。因此至少應從頭將法律（野保法第21-1條第2項之事前許可制規定）宣告部分或全部違憲，始足以解決問題。多數意見放過法律明定的事前許可制之大惡，而斤斤計較並僅宣告行政命令依法所定，有關申請書法定應記載事項中「獵捕動物之種類、數量」之限制部分違憲，顯然是見樹不見

林。

[27] 其次,「獵捕動物之種類、數量」與事前許可制本身實無從區別，且分裂審查。從事前許可制的觀點來說，「獵捕動物之種類、數量」正是其管制所必要的核心要求，如此才可能進行總量管制的預估及監測。多數意見如將「獵捕動物之種類、數量」部分之規定宣告違憲，則勢必淘空事前許可制的整體管制。在效果上，此無異是宣告事前許可制本身就違憲。既然如此，何不直接宣告野保法第21-1條之上述法律規定違憲？

[28] 與其他應記載事項相比，其中如獵捕方式明顯是可事前規劃者，然動物種類及數量則是無從事前預測或規劃者。又如獵捕區域，因多有傳統獵場（族群或家族獵場），要求事前記載尚屬可行且不致強人所難。多數意見既然也認識到要求原住民於申請時就應載明動物種類及數量，與其傳統文化、信仰多會生明顯衝突，則解決之道應該是根本質疑事前許可制本身，而非目前多數意見所採之鋸箭法。

[29] 舉一個漢人比較熟悉的例子對比：要求原住民必須在事前說明其獵捕動物之種類、數量，就如同是要求白沙屯媽祖的繞境，必須事前申請且說明其每天每時之特定路線，否則就不予核准，甚至事後處罰主事者。既屬強人所難，更會直接干預文化之核心要素。假如認為對白沙屯媽祖繞境的上述要求過苛、不當，我們至少應該秉持同理心看待原住民之傳統文化活動（狩獵）。

（三）非營利性自用部分：

[30] 本號解釋認為野保法第21-1條第1項所稱「傳統文化」，「應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物供自己、家人或部落親友食用或作為工具器物之非營利性自用之情形，始符憲法保障原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨」（解釋文第3段、理由書第36至39段）。然又同時認為「除有特殊例外，其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。」（解釋文第4段、理由書第40段）。

本席支持有關傳統文化包括非營利性自用部分之合憲性解釋結果，然對排除保育類野生動物之指示，則有以下不同意見。[8]

[31] 野保法第21-1條第1項容許原住民基於傳統文化、祭儀，而獵捕野生動物，並未限制符合上述目的時，仍僅得獵捕一般類野生動物。此由本項規定明文排除同法第18條第1項有關保育類野生動物之規定，亦可得出上述結論。本號解釋既承認傳統文化包含非營利性自用之情形，何以能僅就「非營利性自用」部分再予限縮其獵捕物種之範圍？如此解釋，顯然牴觸野保法第21-1條第1項之文義。

[32] 其次，以原住民族的傳統來說，所謂非營利性自用實難以和傳統文化所包含之其他部分，明確區隔。漢人所稱的狩獵，就原住民而言，其實更應理解為「傳統領域之巡視守護」。漢人所稱之獵人，依原住民族文化，則應定位並理解為「巡護者」。在巡護領域的過程中，如不違背傳統、祖靈指示等禁忌，遇到敵人就會出草，遇到野生動物則予獵捕，遇到植物則予採集，後兩項之土地自然資源利用行為，往往都是整個傳統文化、祭儀信仰之不可分要素，而無法從漢人文化的觀點，將之強行割裂為「單純的非營利性自用」或無關自用之其他傳統文化」。又獵物既然是上蒼、自然、祖靈所賜，自應知所珍惜，而求物盡其用。即使是為取用羽毛、獸角、皮毛等器具、服儀目的而獵捕，就取用後的餘物，也不可能要求原住民需予以棄置，不得分享利用。又即使是取用其肉，也常會將獸骨保留，這往往更有「這是場戰爭，我今天幸運戰勝了，感謝犧牲身體讓我與族人共享，我們會將你的靈魂帶回供養」，類似一種與敵人同上彩虹橋的敬畏。原住民如獵獲野生動物，從食到衣，再到獻祭祖靈、自然、上蒼，往往是個相互契合的整體文化需求及表現，實難以硬加區隔。

[8] 本席加入之許宗力大法官部分不同意見書第 2 頁第 1 段認為：「多數意見認為前揭規範所稱「傳統文化」之意涵，包括非營利性自用之情形，然除有特別例外情形，不包括對保育類野生動物之獵捕，以謀求憲法上相關價值間之衡平。本席對此敬表同意。……」就上述引文部分，本席敬表不同意，而僅加入除上述引文外之許大法官部分不同意見書其餘部分。謹此補充說明。

[33] 又就本號解釋有關非營利性自用之獵捕物種原則上應排除保育類野生動物部分（解釋文第4段、理由書第40段），本席也贊成許志雄大法官之意見：這部分「係對未來立法方向之指示，而非現行法意涵之闡釋」（參許志雄大法官部分協同部分不同意見書，頁13）。

四、結語

[34] 本案應該是本院在釋字第719號解釋之後，就原住民族相關議題所為之第二件憲法解釋，而且涉及更核心的憲法議題：原住民（族）狩獵文化權。又本案應該也是本院就多元文化之解釋與適用問題，迄今所為最重要的憲法解釋。兩者交集所生之原住民狩獵文化權，雖然僅及於個人權，而未明白及於集體權，是有其不足之處，但仍然是本號解釋最具正面價值的亮點。

[35] 除了上述亮點外，本號解釋之其餘部分就實在令人失望。在解釋所涉的事實基礎方面，本席認為：從野保法有關限制、處罰原住民狩獵的相關規定，多少可看出立法者對於原住民狩獵與其族群、文化傳統間關係的陌生，甚至是以先入為主的刻板印象，來看待原住民之狩獵活動，致有污名化原住民族狩獵活動之可能誤導。至於槍砲條例有關限制原住民僅能使用自製獵槍部分的規定，則恐怕是源自漢人社會對槍枝之集體恐懼與焦慮。令本席失望的是，本號解釋不僅沒有澄清、匡正上述誤解，反而進一步肯定之。原住民在山林中狩獵，有權力者則在山林中獵巫。

[36] 就解釋所涉之憲法爭點及理論方法而言，本案的核心爭點應該是原住民族所彰顯的多元文化，與野生動物保育間的衝突及權衡。面對這個困難權衡的挑戰，如能多理解並運用生態研究的科學實證觀察、監測資料，並嘗試採取文化相對主義（cultural relativism）的觀點，從每個文化本身的價值系統及標準出發，去理解各個文化，而非從其他文化（尤其是主流、強勢文化）的觀點去質疑各該文化並要求修正。如此除可避免落入強制同化的準殖民體制，也應該較能作出更適切的權衡。

[37] 在解釋結果部分，儘管野保法主管機關（農委會林務局）已經開始試行部落自主管理狩獵方案，槍砲條例主管機關（內政部警政署）也正在研議開放進口或提供特定規格之制式槍枝供原住民狩獵之用，本號解釋卻仍固守法律所定事前許可的僵硬框架，並沈溺於「使用自製獵槍已是恩惠」的迷霧沼澤中，而作出明顯落後於政治發展方向的結論。

[38] 或許，本席應該自認並自嘲：大法官也不必在每號解釋都要衝到最前列，以便引領社會、國家。有時也不妨踉蹌幾步，甚至席地而坐，遠眺溪水何時出前村。本席但願：本號解釋迅即成為台灣邁向原漢和解共生、多元文化立國的漫漫長路上，可以忽視、遺忘的一個小小路標。

部分不同意見書　　謝銘洋大法官　提出

沒有狩獵，就沒有狩獵文化，也就沒有原住民族文化。全世界沒有一個國家像台灣，規定原住民只能使用自製的粗糙獵槍狩獵，而不准使用安全的制式獵槍！

一、聲請釋憲案件事實背景

本件釋憲聲請涉及的都是原住民以獵槍或空氣槍狩獵的案件，以下先簡述這些案件的事實和判決結果，讓大家對這些案件所涉的議題有更具體的了解。至於聲請釋憲理由，在本件解釋理由書中已有摘錄，就不贅述。

這幾個案件中，最主要是王光祿案。王光祿是布農族原住民，於2013 年 7 月拾獲並侵占不詳姓名人所遺失的土造長槍 1 枝，同年 8 月為供其年老母親食用，未經主管機關許可，獵捕山羌及長鬃山羊。案由檢察官起訴後，被法院判決違反槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）犯非法持有可發射子彈具殺傷力之槍枝罪，處有期徒刑 3 年 2 月，併科罰金新臺幣 7 萬元；亦犯野生動物保育法（下稱野保法）第 41 條第 1 項第 1 款之非法獵捕保育類野生動物罪，處有期徒刑 7

月；合併應執行有期徒刑 3 年 6 月，併科罰金新臺幣 7 萬元確定。王光祿本人以確定終局判決所適用的法令違憲，聲請解釋憲法。

最高法院檢察署檢察總長也以該案原確定判決違背法令為由，向最高法院提起非常上訴。最高法院受理後，認為所適用的法律有牴觸憲法的疑義，因而裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋憲法。

聲請人潘志強是卑南族原住民，於 2014 年持土造長槍，於卑南鄉林區內獵得保育類野生動物山羌 2 隻供自己食用。獵槍部分，檢察官不起訴處分，但獵得山羌部分，法院則以違反野保法第 18 條第 1 項第 1 款，依同法第 41 條第 1 項第 1 款判處有期徒刑 6 月確定。後以確定終局判決所適用的法律違憲為由，聲請解釋憲法。

聲請人周懷恩為泰雅族原住民，於 2014 年在臺北市生存遊戲用品店購得不具殺傷力之空氣槍 1 枝，2015 年為原住民傳統狩獵習俗生活工具之用，而加以改造為可發射金屬彈丸具有殺傷力的空氣槍，後於新北市烏來區被查獲。法院以其違反槍砲條例，依第 8 條第 1 項及第 6 項規定，判處有期徒刑 1 年 6 月，併科罰金 8 萬元確定。其後，亦以確定終局判決所適用的法律違憲為由，聲請解釋憲法。

聲請人陳紹毅為噶瑪蘭族原住民，於 2016 年因被警方查獲非法持有空氣槍，並經法院以違反槍砲條例第 8 條第 4 項，判處有期徒刑 1 年 10 月，併科罰金新臺幣 4 萬元確定。也是以確定終局判決所適用的法律違憲為由，聲請解釋憲法。

聲請人臺灣桃園地方法院刑事第四庭張家豪法官。其審理案件被告黃嘉華（原住民，族別不詳）持有於 2018 年自拍賣網站購買具有殺傷力的空氣長槍，2019 年被查獲並經檢察官起訴，認為其所適用的槍砲條例第 20 條第 1 項未就空氣槍加以規定，確信有牴觸憲法的疑義，因而裁定停止訴訟程序，聲請本院解釋憲法。

二、本件聲請之主要爭點

就上述幾個合併審理的釋憲聲請案，主要涉及下面三項重要議題：

（一）原住民的狩獵文化在憲法上的地位

原住民的狩獵文化保護的憲法依據為何？性質上是屬於個人基本權或集體權？

（二）狩獵工具的問題

原住民獵槍除罪化僅以自製為限，是否符合原住民的傳統文化？自製獵槍安全性不足，是否損害憲法所保障之原住民生命權與身體權，以及原住民族的生存權？是否應該容許制式獵槍？除罪化不包括空氣槍，是否違憲？

（三）獵捕野生動物的問題

原住民狩獵須事先許可的管制手段，是否違反原住民的傳統文化？是否因而違憲？原住民可否為「自用」之目的而獵捕野生動物？未經許可獵捕「保育類」野生動物而處以刑罰，是否違反法律明確性原則或罪刑法定原則？

三、狩獵文化權的憲法基礎與審查基準

原住民族的保護，近幾十年來在國際上已經普遍受到重視並被肯定，從 1957 年國際勞工組織通過的 107 號公約、1966 年聯合國大會決議通過，並於 1976 年生效的《公民與政治權利國際公約》與《經濟社會與文化權利國際公約》（我國於 2009 年經立法院通過的兩公約施行法將該兩公約內國法化），到 2007 年聯合國大會中，由 143 國投贊成票通過的《聯合國原住民權利宣言》，都明白肯認原住民族的地位，包括享有自決權、自由謀求自身文化發展以及享有其固有文化等權利，除了對於原住民個人權利的保障外，也進而肯認原住民族就其文化的集體權。從國際人權發展的角度來看，已經從重視個人權利保護的第一代人權、第二代人權，逐步發展到重視集體權利的第三代人權。《聯合國原住民權利宣言》不僅正式肯認原住民族享有集體的權利，也肯認原住民族的文化權。

文化，是由一群共同生活的人所形成的生活形式，包括語言、習俗、觀念思想、制度等，其本質上就具有集體的意涵，是以肯認原住

民族的文化權為一集體權，有其重要意義，特別是就少數民族的文化形成與存續而言。我國經政府承認的原住民族群就有 16 個之多，而尚未被識別認定之族群更有 20 個以上，前述國際法上對於原住民族權利保障的發展趨勢特別值得我們重視，台灣經由超過數百年累積形成的豐富而多元的原住民文化，是值得我們共同珍惜並充分予以保障的文化資產。

我國憲法規定：「各民族一律平等。」（憲法第 5 條）、「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」（憲法增修條文第 10 條第 11 項）、「國家應依民族意願，保障原住民族之地位……並對其教育文化……予以保障扶助並促其發展。」（憲法增修條文第 10 條第 12 項），都明白肯認原住民族群體在憲法上受保障之地位，解釋上這些都可以成為原住民集體權利保障的憲法基礎，並由此導出具有集體權性質而受憲法第 22 條所保障的原住民族文化權。就此，我國於 2005 年制定施行的原住民族基本法（下稱原基法）也已經具體落實對原住民族基本權利的保障，以促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係（原基法第 1 條參照），政府不僅承認原住民族土地及自然資源權利（同法第 20 條第 1 項參照），且應保存與維護原住民族文化（同法第 10 條參照），政府或法令限制原住民族利用自然資源時，應與原住民族、部落或原住民諮商，並取得其同意（同法第 21 條第 2 項參照）。政府並應尊重原住民族選擇生活方式、習俗、服飾、社會經濟組織型態、資源利用方式、土地擁有利用與管理模式之權利（同法第 23 條參照），其處理原住民族事務、制定法律，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益（同法第 30 條參照）。2019 年通過的文化基本法，也明白規定國家應肯認多元文化、保障所有族群的自我認同（文化基本法第 2 條第 1 項），人民享有的文化權利，不因族群而受歧視或不合理的差別待遇（同法第 4 條）。

在此意義下，本件聲請案所涉及的狩獵，並不能只是從個人的狩

獵行為或是個人的基本權來看，而應該要放在原住民族的狩獵文化脈絡下的集體權來觀察，才不會有所偏失。本件解釋雖然肯定原住民從事狩獵活動的文化權利，但並未利用此機會對於原住民族的集體權及其內涵明確予以肯認，而只是從原住民的個人基本權出發，未能使我國憲法對於人權保障更上一層樓，殊屬可惜。

狩獵是原住民族長期以來的重要生活方式，也是原住民族生存與發展的重要活動。獵捕野生動物不僅是原住民獲取食物來源的方式之一，也是原住民與自然資源利用與互動之重要方式，更是原住民族凝聚部落族群意識與文化認同以及生命教育的基礎，可以說狩獵文化是原住民文化權的核心領域。沒有狩獵，原住民族文化就失所附麗，不當限制原住民族的狩獵活動，就是對原住民族文化的剝奪，也危及原住民族的存續。是以原住民族基於其傳統文化的狩獵活動，應屬憲法所保障原住民族的生存權與文化權範圍，限制狩獵文化的規範內容如果涉及原住民族最低限度生存需求，則應受憲法第 15 條生存權之保障，且應受較為嚴格的比例原則的審查。以下將以此標準，逐一審視本件解釋。

四、原住民自製獵槍部分

（一）槍砲條例第 20 條第 1 項規定，限制原住民須以自製獵槍狩獵才能免除刑罰，應已違反憲法比例原則

槍砲條例第 20 條第 1 項限制原住民狩獵行為時工具的選擇，使得原住民僅能以自製獵槍進行狩獵，否則將科處以刑罰，是否符合比例原則的要求，因涉及原住民的生命權、健康權，以及原住民族生存權與文化權發展的保障，自應受較為嚴格的審查。

在 1983 年以前，台灣原住民依內政部於 1946 年公布的「自衛槍枝管理條例」以及 1971 年發布的「台灣地區獵用彈藥獵槍配件供銷管理辦法」，得使用制式獵槍以及制式彈藥作為打獵的工具。1983 年槍砲條例制定後，進入民用槍枝彈藥全面管制年代，對於原住民的獵槍使用亦為禁止，但是在該條例第 14 條規定：「獵槍、魚槍專供生活

習慣特殊國民之生活工具者，其管理辦法，由中央主管機關定之。」然而主管機關卻一直未為規定。1996 年修正槍砲條例時，立法院有鑑於「本法施行至今，已逾 12 年，內政部迄今未訂定本條之管理辦法，其漠視法律之尊嚴及忽略『生活習慣特殊國民』之權益，莫此為甚。故修改限 6 個月內制訂本條之管理辦法，以免內政部再輕忽法律威信。」（見 1996 年槍砲條例第 14 條修正理由）因而修正第 14 條規定，限內政部於 6 個月內訂定管理辦法。隔年，1997 年內政部終於公布「生活習慣特殊國民獵槍魚槍刀械管理辦法」（後於 2002 年廢止）第 3 條規定：「本辦法所稱生活習慣特殊國民，指原住民及實際從事採捕水產動物持有漁船船員手冊之漁民（第 1 項）。所稱獵槍、魚槍、刀械，指本條例第四條所列獵槍、魚槍、刀械，且專供生活習慣特殊國民漁獵、祭典等生活工具（第 2 項）。獵槍以自製或繼承他人自製者為限（第 3 項）」同法第 4 條第 1 項規定：「原住民得自製或持有獵槍、魚槍、刀械，每人以各二枝為限，每戶不得超過六枝。」同法第 6 條第 1 項規定：「申請自製或持有獵槍、魚槍、刀械，應以書面向戶籍所在地警察分駐（派出）所報備，自製完成或持有後，應持向戶籍所在地警察局查驗烙印給照，遺失執照者，亦同。」這是最早出現原住民僅得使用「自製」獵槍的辦法規定。

內政部警政署代表於言詞辯論時，對於當初規定限於自製獵槍的原因，表示在制定生活習慣特殊國民獵槍漁槍刀械管理辦法過程中，曾經到 8 個縣市原住民部落實際訪視，發現原住民所使用的槍枝多是使用自製的前膛槍。

然而當時的時空環境背景的實況是，台灣原住民當時在行政長期怠惰十餘年未依立法機關的要求制訂管理辦法，使原住民得合法使用獵槍的情形下，原住民在無獵槍可用的情形下，不得已只能以簡單的材料和火藥製造簡陋的前膛槍進行狩獵。

嗣後槍砲條例於 1997 年修法，考慮到「基於原住民所自製之獵槍，係屬傳統習慣專供獵捕維生之生活工具，且其結構、性能及殺傷

力，均遠不及制式獵槍，為恐原住民偶一不慎，即蹈法以第八條相加，實嫌過苛，爰增訂得減輕或免除其刑規定，並得排除本條例強制工作之適用。」（立法院公報第 86 卷第 48 期第 85 頁參照），對於原住民使用獵槍**「減輕或免除其刑」**，並得排除強制工作，立意固然良好，但是卻將上述「自製」的要求，「將錯就錯」地納入法律的要件中，於第 20 條規定：「原住民未經許可，製造、運輸、陳列或持有自製之獵槍，供作生活工具之用者，減輕或免除其刑，並不適用前條之規定（第 1 項）。原住民相互間販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍，供作生活工具之用者，亦同（第 2 項）。」

2001 年槍砲條例修正時又進一步**「除罪化」**，於第 20 條規定：「原住民未經許可，製造、運輸或持有自製之獵槍或漁民未經許可，製造、運輸或持有自製之漁槍，供作生活工具之用者，處新臺幣 2 萬元以下罰鍰，本條例有關刑罰之規定，不適用之（第 1 項）。原住民相互間或漁民相互間未經許可，販賣、轉讓、出租、出借或寄藏前項獵槍或漁槍，供作生活工具之用者，亦同（第 2 項）。前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之（第 3 項）。」仍然是以「自製」獵槍為除罪化的前提，其修正理由為「因為既然屬於供作生活上及文化上工具之用，而無據為犯罪工具之意圖」、「未經許可者應循本條文第 3 項授權命令的行政罰及其行政程序予以補正即可」以及「以落實憲法增修條文及符合本條例多元文化主義的政策目標與規範意旨」（參立法院公報第 90 卷第 53 期第 360 頁），因而對於違反者予以除罪化，改為行政罰。之後 2004 年修正時，修正罰鍰為「新臺幣 2000 元以上 2 萬元以下」；2020 年修正時，則將自製獵槍的範圍擴及於「其主要組成零件或彈藥」。

由上述立法與修法沿革可知，立法者雖然為保障原住民，而就原住民使用獵槍減輕或免除其刑，或去刑罰化，但其適用的前提一直必須是「自製」的獵槍（及彈藥），若非「自製」，則仍然處以刑罰。

按未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列獵槍者，依槍砲條例

第 8 條第 4 項規定，應處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，併科新臺幣 700 萬元以下罰金。槍砲條例第 20 條的除罪化，是為避免原住民族基於傳統習慣獵捕野生動物的行為，動輒被處以重刑，是為尊重與維護原住民族傳統狩獵文化之重要公益，規範的目的固然正當。然而規範的限制手段（限於自製的獵槍，且未容許傷害性較低的空氣槍）是否適當，則不無探究餘地。

傳統台灣原住民族本即有多種狩獵方式，例如：弓箭、槍矛、獵槍、魚槍、陷阱、犬獵等。其中「獵槍」，是數百年來由漢人、日本人、西方人各自先後傳入原住民部落，而逐漸成為獵人傳統重要的狩獵方式之一。現代獵槍的使用，是原住民族獵人習慣上實踐狩獵文化技術的一種，台灣原住民族傳統上習慣都是使用外來的現代槍枝進行狩獵，並無自行製造獵槍的傳統或知識、技能。

然而槍砲條例第 20 條第 1 項卻要求原住民必須使用自製獵槍、彈藥進行狩獵始得免除刑罰，不僅與實際情形不符，而且等於強迫從來沒有製造槍枝與彈藥技能的原住民，為能合法狩獵而必須製造並使用粗劣的獵槍和彈藥，對原住民的生命、身體與健康造成相當大的危害。槍砲條例第 20 條第 1 項對於自製的要求，不僅未能尊重原住民傳統文化，也對原住民賴以為生存與發展的重要活動造成不當的限制，其所採取的手段，與尊重及維護原住民傳統狩獵文化之間，並無實質關聯，甚至只容許原住民以不安全的自製獵槍進行狩獵，而不容許原住民使用具有安全性的獵槍，或是傷害性較低且較安全的空氣槍，造成原住民生命與健康的危害（原住民於製造或操作自製獵槍過程中不慎膛炸、自轟或擦槍走火造成死傷事件屢有所聞，依據立法院的資料，從 2013 年到 2020 年為止，共計達 46 件之多，立法院公報第 110 卷第 17 期，委員會議紀錄，頁 207 參照），就目的達成言，已經逾越必要的程度，牴觸憲法第 23 條比例原則，也與憲法保障生命權、原住民族的生存權與文化權的意旨有違。

就此，本件解釋意旨認為此一規定「性質上亦屬對人身自由原有

限制之解除，於此範圍內，並不生違反人身自由之問題」、「不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍」、「就除罪化範圍之設定，尚不生違反憲法比例原則之問題」，乃屬避重就輕，並未真正回應原住民釋憲聲請的訴求核心，本席並無法贊同。

特別是本件解釋並無法說明既然肯認原住民族的狩獵文化權利受憲法所保障，何以不容許其使用安全之工具，卻強迫其必須使用不安全的自製獵槍，而產生諸多危害與問題，以致於造成實質阻絕其狩獵活動的結果？原住民族既然享有憲法所保障的狩獵文化權利，自應有權利要求政府，政府亦負有義務，讓原住民族以安全的方式踐行其文化活動。

（二）槍砲條例第 20 條第 1 項關於自製獵槍之「自製」部分，違反法律明確性原則

其次，本件解釋認為槍砲條例第 20 條第 1 項關於自製獵槍一詞，不生違反法律明確性原則之問題。本席也無法贊同。

基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為的法律效果，以確保法律預先告知的功能，並使執法的準據明確，以保障規範目的的實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用的概念，其意義依法條文義、立法目的及法體系整體關聯性，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可經由司法審查加以確認，始與法律明確性原則無違（本院釋字第 636 號及第 777 號解釋參照）。

是否該當「自製」獵槍，涉及行為人的行為該當槍砲條例第 8 條刑罰或槍砲條例第 20 條第 1 項行政罰的法律適用選擇關係，因其所連結的法律效果將可能涉及對人身自由的嚴重拘束，故其構成要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格的審查（本院釋字第 636 號解釋參照）。

槍砲條例第 20 條第 1 項所稱的「自製」獵槍，文義上可包括全

部槍枝零組件均屬自製，也可以包括部分自製、部分組裝，而部分自製的程度如何，是否包括部分改造，甚至是否一定要本人親自製作，若因繼承、繼受取得或拾獲的自製獵槍是否就不行？這些都不清楚，由此可見，「自製」獵槍並非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，顯然與法律明確性原則有違。

（三）行為時槍砲管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款規定，對「自製獵槍」的定義逾越母法授權範圍，也違反罪刑法定原則

法律授權行政機關發布命令為補充規定者，該命令須符合立法意旨且未逾越母法授權的範圍，始為憲法所許（本院釋字第 568 號解釋參照）；法律概括授權行政機關訂定的施行細則是否逾越母法授權的範圍，應視其規定是否為母法規定的文義所及而定（本院釋字第 710 號、第 756 號解釋參照）。

依聲請人行為時的「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法」（下稱槍砲管理辦法）第 2 條第 3 款（2011 年修正時增訂）的定義，自製獵槍是「指原住民傳統習慣專供捕獵維生之生活工具，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之報備地點製造完成；其結構、性能須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，將填充物射出。其填充物，指可填充於自製獵槍槍管內，遠小於槍管內徑之固體物如玻璃片、彈丸等，供發射之用。」僅規定俗稱的前膛槍，2014 修改其定義，並增加「準後膛槍」：「自製獵槍：指原住民為傳統習俗文化，由申請人自行獨力或與非以營利為目的之原住民協力，在警察分局核准之地點，並依下列規定製造完成，供作生活所用之工具：（一）填充物之射出，須逐次由槍口裝填黑色火藥於槍管內，以打擊底火或他法引爆，或使用口徑為 0.27 英吋以下打擊打釘槍用邊緣底火之空包彈引爆。（二）填充物，須填充於自製獵槍槍管內發射，小於槍管內徑之玻璃片、鉛質彈丸固體物；其不具制式子彈及其他類似具發射體、彈殼、底火及火藥之定裝彈。（三）槍身總長（含槍管）須 38 英吋（約 96.5 公分）以上。」

這一個定義性的規定，授權依據為槍砲條例第 20 條第 3 項，然而行為時的母法（即 2001 年修正增訂之槍砲條例第 20 條第 3 項）僅授權主管機關就申請許可登記之程序事項為規定：「前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關定之。」並未授權主管機關就自製獵槍之構造為規定。直至 2020 年修法時，母法始就自製獵槍之構造，授權中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之：「第一項之自製獵槍、魚槍之構造、自製獵槍彈藥，及前二項之許可申請、條件、期限、廢止、檢查及其他應遵行事項之管理辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關及國防部定之。」（惟這部分目前尚未生效）。由此更可見，行為時的槍砲管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款，就自製獵槍之構造所為的定義規定，母法的授權密度有所不足。

由於如何認定是否符合「自製」之獵槍，其所連結的法律效果，涉及得處以刑罰或行政罰，此一關係人民權利義務的重要事項，本即應以法律明文規定，行為時的槍砲管理辦法第 2 條第 3 款，在欠缺明確授權的情形下，竟將自製獵槍之範圍僅限縮於「單發前膛槍」（以及 2014 修改增加的「準後膛槍」），未以尊重並維護原住民狩獵文化權為其規範基礎，亦未顧及原住民使用自製獵槍的安全性與穩定性，顯然已經逾越母法的授權範圍。

況且依罪刑法定原則，就犯罪的構成要件或除罪的要件，本即不得由行政機關單以命令定之或加以解釋，而需以法律規定。槍砲管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款未經授權，擅自就自製加以定義，顯然也違反罪刑法定原則。

（四）只是認定槍砲管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款「自製獵槍」之定義違憲，並無法解決問題

本件解釋雖然認定槍砲管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款「自製獵槍」的定義，不論是前膛槍或準後膛槍，其填充物僅以非制式子彈為限，其構造粗糙、保險與安全性不足，未顧及原住民使用自製獵槍的安全

性，與憲法保障人民生存權、身體權及原住民的狩獵文化權利意旨有違，並要求有關機關應依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足的部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動的自製獵槍之定義性規範。然而此一解釋意旨與理由，其實並未真正面對問題。

原住民使用獵槍狩獵的核心問題，在於限制其必須是以「自製」為前提，而不在於對自製應為如何的定義。全世界除了台灣之外，文獻上沒有看過有哪個國家的法律要求原住民只能使用自製的獵槍進行狩獵，否則就要被判處刑罰。此一不合理的要求，如前所述，不僅違背憲法上所要求的比例原則與法律明確性原則，而對憲法所保障的原住民族文化權利造成侵害，且充滿了對原住民族狩獵文化的不了解與不尊重。

本件解釋未能從問題的根源加以處理，反而是肯定槍砲條例對「自製」要求的正當性，不僅排除了容許原住民使用其較為安全的槍枝（例如制式獵槍或空氣槍）進行狩獵的可能性，而且反其道而行地要求有關機關應訂定符合原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍的定義性規範。

必須要知道，要求製作安全性愈高的獵槍，其技術性與困難程度勢必更高，若不具有極專業的技術知識與精密的工業機具是無法做出來的，越提高自製獵槍的安全與技術門檻，原住民族越是無能力進行自製獵槍的製作，其結果無異於更是扼殺原住民的狩獵文化，而與憲法保障原住民族狩獵文化的意旨背道而馳。

根本的解決之道，是要容許原住民得以制式獵槍進行狩獵，並建立起嚴謹的獵槍管理機制。制式獵槍必然經過嚴謹的測試與專業精密的製造過程，其安全性顯然較自製獵槍高出甚多。或許有人擔心制式獵槍的殺傷力太強，有危及治安之虞，然而這問題的關鍵在於是否有妥善周全的管理機制。

制式獵槍的種類眾多，相關機關可以在與原住民族溝通並充分瞭解其需求後，選擇開放部分符合原住民狩獵需求又能兼顧治安之制式

獵槍，同時建立起由政府與原住民族共同監督執行的嚴謹獵槍管理與使用機制，包括獵人證照制度與安全使用獵槍訓練機制等，如此才能真正解決原住民狩獵的問題，讓原住民族的狩獵文化的維繫與治安的顧慮均能獲得妥善的解決。

可惜本件解釋喪失處理此一傳統文化與現代文明衝突重要議題的機會，未能對自製獵槍提出根本解決之道的憲法解釋，而只是著眼於槍砲管理辦法的定義性枝節規定，其實並無法真正解決問題，因為無論如何修改定義，皆無法跳出「自製」的緊箍咒限制。這是本席就本件解釋最無法認同且最感遺憾之處。

五、原住民獵捕野生動物部分

（一）野保法第 21 條之 1 第 1 項應及於「自用」的部分

2004 年 2 月 4 日增訂的野保法第 21 條之 1，其中第 1 項規定原住民族得基於其傳統文化、祭儀，而獵捕、宰殺或利用野生動物者，並未規定「自用」。嗣後 2005 年 2 月間公布施行的原基法，其中第 19 條明定原住民獵捕野生動物，除傳統文化、祭儀外，尚及於非營利性「自用」行為。就此部分，野保法第 21 條之 1 第 1 項是否有牴觸憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定意旨的問題，爭議的核心在於對原住民狩獵文化權之保障密度，以及涉及新、舊法律間如何為合乎憲法意旨之解釋與適用。

查野保法第 21 條之 1 增訂的歷史沿革，原行政院 2002 年提案版本是於同法第 21 條增列第 2 項，規定為「前項第 5 款台灣原住民族基於其傳統文化祭典獵捕、宰殺或利用野生動物之管理事項，由中央主管機關會同原住民事務主管機關定之。」而後經朝野黨團協商結論改列為第 21 條之 1，文字同現行規定。亦即由「基於其傳統文化祭典獵捕……」經朝野黨團協商改為「基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕……」（立法院公報第 93 卷第 6 期第 240 頁至第 244 頁參照）。

原基法的立法沿革，原行政院 2003 年提案版本函送「原住民族發展法」草案，其中第 16 條第 1 項規定：「原住民得在原住民地區依

法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。」第 2 項規定：「前項第一款以歲時祭儀為限；第二款至第四款以歲時祭儀或自用為限。」而後 2005 年經朝野黨團協商將草案名稱改為「原住民族基本法」，原草案第 16 條亦經朝野黨團協商改列為第 18 條之 1，規定為「（第 1 項）原住民得在原住民族地區依法從事下列非營利行為：一、獵捕野生動物。二、採集野生植物及菌類。三、採取礦物、土石。四、利用水資源。（第 2 項）前項各款，以傳統文化、祭儀或自用為限。」其後條文號次再改列為第 19 條，內容同原第 18 條之 1（立法院公報第 94 卷第 7 期第 550 頁至第 557 頁參照）。足見原行政院提案之版本，原本並未將「自用」納入，但經朝野黨團協商後，改為將自用涵蓋在原住民得依法從事非營利行為之原因範圍內，包括獵捕野生動物行為。

上述立法過程清晰可見，是有意涵蓋「自用」，作為原住民得於原住民地區依法獵捕野生動物的原因。此部分立法理由亦明言：「原住民族為歲時祭儀或供生活之用，常需利用部落週邊自然資源，比如排灣族修繕房屋需用石版，鄒族祭典需用木懈蘭等等，該等行為係維護生存及文化所必須，且對於自然生態影響甚微，故應允許其從事……」（立法院議案關係文書院總字第 1722 號政府提案第 9207 號參照）。

依原基法第 34 條第 1 項之規定，主管機關應於本法施行後 3 年內，依本法之原則修正、制定或廢止相關法令。原基法於 2005 年施行，惟迄今野保法就此部分仍未隨之而修法，以致產生實務適用與解釋上之疑義，係屬立法疏漏，與憲法保障原住民族文化與生存權之意旨不符，有關機關應儘速檢討改進。於修法前，原民會根據原基法第 34 條第 2 項（104 年 6 月 24 日修正公布時增訂）規定：「前項法令制（訂）定、修正或廢止前，由中央原住民族主管機關會同中央目的事業主管機關，依本法之原則解釋、適用之。」於 2017 年 6 月 8 日與

農委會發布會銜令（原民經字第 10600235541 號；農林務字第 1061700971 號令），核釋野保法第 21 條之 1 第 1 項所定「傳統文化、祭儀」，包括原基法第 19 條規定之「非營利自用」，「自用」係指非藉此獲取利益，僅供本人、親屬或依傳統文化供分享之用。該解釋係主管機關依法律之授權而為解釋，符合憲法保障原住民族文化之意旨，自應予以適用。是以本席認為，野保法第 21 條之 1 第 1 項是否包含「自用」，應單純屬於法律解釋適用的問題。

就此，本件解釋認為野保法第 21 條之 1 第 1 項係就原住民族基於其傳統文化、祭儀之需要，所建立的特別管制程序，而不受野保法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 19 條第 1 項各款規定的限制，並進而認為野保法第 21 條之 1 第 1 項的規定所稱的「傳統文化」，「應包含原住民依其所屬部落族群所傳承之飲食與生活文化，而以自行獵獲之野生動物滿足自己、家人或部落親友食物或工具器物所需之非營利性自用之情形」，亦即包含非營利性的自用，此一見解固然與原基法的立法意旨相符，但是本解釋卻增加野保法和原基法所無的限制，也就是該非營利性自用僅以一般類野生動物為限，而不及於保育類野生動物。此一見解，頗值得商榷。

基於野保法第 21 條之 1 第 1 項的規定，係明文排除第 17 條第 1 項（原則禁止獵捕一般類野生動物）及第 18 條第 1 項（原則禁止獵捕保育類野生動物）各款規定的限制。因此當本件解釋認為非營利性自用，也是屬於原住民族傳統文化的範疇，其獵捕的範圍，依野保法第 21 條之 1 第 1 項的文義而言，自是不受禁止獵捕一般類或保育類野生動物原則的限制。

如果按照本件解釋意旨，非營利性自用僅以一般類野生動物為限，始符合野保法保育野生動物的意旨，則不僅違反立法者於野保法第 21 條之 1 第 1 項後段明白表示的規範意旨，而且將衍生出下列問題：原住民族為自用以外的傳統文化、祭儀之需要而為的獵捕，是否也應僅限於一般類野生動物？若然，則野保法第 21 條之 1 第 1 項將

第 18 條第 1 項保育類野生動物明文排除的規定，豈不形同具文？

本席認為，除非將野保法第 21 條之 1 第 1 項後段不受第 18 條第 1 項的限制部分宣告違憲（但這並不在釋憲聲請範圍），否則若基於保育類野生動物有較高程度的保護程度要求，而要在野保法第 21 條之 1 第 1 項對原住民族的傳統文化、祭儀或自用的獵捕範圍有更為嚴格的限制規範，應該屬於國會裁量的權限範圍。

如果立法者決定採取更為嚴格的限制，也應該兼顧原住民族狩獵文化與環境生態兼的平衡，除真正落實保育類野生動物的分級管理制度外，更應體認原住民也是大自然生態保育系統的一環，原住民是以各族各自形成的禁忌與規範，達到自然生態資源永續、平衡發展的目的，因此於落實保育類分級管理制度及限制原住民獵捕範圍時，應有原住民族、部落的參與、諮商及同意（原基法第 21 條第 2 項參照），始符合憲法保障原住民族文化的意旨。

（二）原住民獵捕野生動物，採事先許可制，違反比例原則

原住民族基於其傳統文化、祭儀，獵捕、宰殺或利用野生動物之行為，依野保法第 21 條之 1 第 2 項規定「應經主管機關核准，且其申請程序、獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、區域及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關會同中央原住民族主管機關定之」，依此授權而制訂的「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」（下稱原住民族利用野生動物管理辦法）第 4 條第 3 項及第 4 項，則規定申請人應檢附相關文件（包括參加人員名冊及其國民身分證統一編號與住址、獵捕動物之區域圖、獵捕活動自律規範或公約、部落會議同意文件），並填具申請書，載明：一、族別名稱，二、申請人姓名。為部落者，其名稱及部落會議主席之姓名；為原住民人民團體者，其名稱及管理人或代表人之姓名，三、傳統文化、祭儀之名稱、地點及期間，四、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、方式及區域，於獵捕活動 20 日（2012 年以前規定為 30 日）前，向獵捕所在地鄉（鎮、市、區）公所申請核轉直轄市、縣（市）

主管機關核准。但該獵捕活動係屬非定期性者，應於獵捕活動 5 日前提出申請。

本件解釋意旨認為此一事先許可的管制措施，可以避免原住民狩獵活動過度侵犯野生動物之存續與干擾生態環境之平衡，且可避免危及第三人之人身安全，其目的在於追求憲法上重要之公共利益，有助於目的之達成，且所採取之管制手段，別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，因而認為與比例原則無違。但是卻認為 1.非定期性狩獵活動，一律要求應於獵捕活動開始前 5 日即提出申請，而無其他相應之多元彈性措施，已逾越可合理期待原住民承受之限度，2.有關申請書載明獵捕動物之種類與數量之要求，對原住民從事狩獵活動之文化權利所為之限制，與原住民族傳統文化所傳承之思想及觀念難以相容，均逾越必要之限度，與憲法比例原則不符。

就上述解釋意旨，令人感到費解的是，既然認為事先許可的管制措施符合比例原則而合憲，但卻又認為其所要求的載明所欲獵捕的野生動物種類數量違憲。因為如果認為事先許可管制的手段正當，其目的在於可讓「主管機關依據獵捕區域內之生態條件、野生動物種類、數量及其繁衍情形等資源現況，事前就申請案為准駁之決定」，以免造成難以補救的生態危害；然而如果不需於申請時載明野生動物之種類與數量，主管機關如何可以預估其獵捕活動對生態可能造成的危害，而為准駁之決定？這豈不互相矛盾？

而且如此一來，事先申報的目的，只剩下可以「有效制約狩獵活動於適當範圍」。然而原住民族狩獵原本就各有其固定的獵場範圍，這是原住民族傳統狩獵文化所形成的民族或部落的慣習與內在規範秩序，是原住民族具有拘束力而必須遵守的規範，並非由主管機關加以制約者，而且這些獵場或是獵徑都是在深山杳無人煙之處的山區峭壁或原始林，而非一般的步道，危及登山客或遊客的可能性極低，以此正當化事先許可管制制度，顯然是對原住民的實際狩獵情形並不了解。

其次，本解釋意旨認為要求非定期性狩獵活動應於 5 日提出申請之規定違憲，認為應「就特定情形之申請案容許事前就近向有管理權限之部落組織申報，不受 5 日期限之限制」，然而此一僅須提出「申報」之意旨，顯然與野保法第 21 條之 1 第 2 項規定應經主管機關「核准」並不相符，原住民縱使不受 5 日期限之限制，例如於狩獵前 1 日提出申請，受理的單位尚須核轉直轄市、縣（市）主管機關核准，在被核准之前，原住民還是無法合法狩獵。

本席認為本件解釋只是執著於申請的程序是否符合比例原則，然而其實真正根源之所在，是被本解釋宣告合憲的「事先許可」制。由上述的分析，可知在申請程序（包括 5 日前提出申請以及申請時載明野生動物之種類與數量）被本解釋宣告違憲的情形下，事先許可制的核心實已被掏空而喪失其存在的正當性。

更何況本件解釋認定事先許可制符合比例原則的原因在於「所採取之管制手段，別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用」，由本件解釋理由對於申請程序的審查，認為「對此等非定期性獵捕活動，一律要求應於獵捕活動開始前 5 日即提出申請，而無其他相應之多元彈性措施，例如在兼顧公共安全之前提下，就特定情形之申請案容許事前就近向有管理權限之部落組織申報，不受 5 日期限之限制，並要求於狩獵完畢後併同狩獵成果向主管機關陳報，或區分擬採行之狩獵方法而為不同之期限設定等」，「系爭規定六對原住民從事狩獵活動之文化權利，已構成相當程度之限制，非僅屬微量干預」。

然而根據農委會所提供的資料，其已經嘗試推行概括申請或是事後報備制，甚至是原住民族或部落自主管理機制，透過原住民族群或部落自主建立治理組織，依其慣習法及當代狩獵規範，制定狩獵自主自律公約，並建立狩獵所得（尤其是保育類野生動物）回報制度，外部輔以學術團隊監測，進行動物族群的變動趨勢與分析，作為評估狩獵行為影響的參考。數年執行下來的結果，已經有相當的成效，而且根據歷年監測結果顯示，原住民的狩獵結果，並未使受監測的野生動

物族群數量失去平衡。況且原住民族基於維護或傳承傳統文化的發展與需要，所進行的獵捕野生動物行為，是否即與自然生態環境保育之間造成如何程度的限制或妨礙，並無直接及具體之科學數據作為限制原住民狩獵行為的論理依據，反而忽略原住民各族其實向來就是以各自的禁忌規範，達到自然生態資源永續發展的事實。

是以顯然在申請的程序上，除了事先許可制外，顯然並非無「別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用」。本席並不贊同本件解釋認為事先許可的管制手段符合比例原則而合憲的見解。本席認為以事先許可的管制手段，要求原住民獵捕野生動物前一律必須就獵捕方式、獵捕動物之種類、數量、獵捕期間、方式及區域等，事先提出申請，作為管制所有各個原住民族之狩獵行為，使原住民不得不進行部分限制或完全放棄進行狩獵之傳統文化行為，實際上已等同於阻礙、限縮以及扼殺原住民之狩獵文化及其發展，是以限制原住民須事先經主管機關核准始能進行狩獵活動，與憲法保障原住民傳統狩獵文化的意旨不符，也與自然資源環境保育之間並無實質關聯，且逾越必要之程度，違反憲法比例原則。

（三）違反野保法第 21 條之 1 第 2 項規定，獵捕保育類野生動物，是否可依同法第 41 條論處罪刑，為法律解釋適用的問題

野保法第 41 條規定為本件解釋所不受理，本席認為這是法律解釋適用的問題。

野保法第 41 條會被聲請釋憲的原因在於有些原住民未經許可獵捕「保育類」野生動物，被法院依該條判處刑罰。原住民未經許可獵捕「一般類」野生動物，依野保法第 51 條之 1 規定：「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用一般類野生動物，供傳統文化、祭儀之用或非為買賣者，處新臺幣 1,000 元以上 1 萬元以下罰鍰，但首次違反者，不罰。」僅應處以行政罰。至於原住民族未經許可獵捕「保育類」野生動物的處罰則不在該條規範的範圍內，過去實務上有法院認為應依野保法第 41 條第 1 項第 1

款處以刑罰，也有法院認為應無野保法第 41 條第 1 項第 1 款規定的適用，而為無罪判決，因而引起法律適用上的爭論。

野保法第 41 條第 1 項第 1 款規定，未具第 18 條第 1 項第 1 款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰金；然而野保法第 21 條之 1 第 1 項明文規定台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，不受第 18 條第 1 項規定之限制，既然不受第 18 條第 1 項規定之限制，理論上自無可能構成野保法第 41 條第 41 條第 1 項第 1 款所稱的未具第 18 條第 1 項第 1 款之條件。若認為原住民違反野保法第 21 條之 1 第 2 項未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用保育類野生動物，應受刑事制裁，則其刑事處罰的構成要件，至少要有像第 51 條之 1 的明確規定：「原住民族違反第 21 條之 1 第 2 項規定，未經主管機關許可，獵捕、宰殺或利用保育類野生動物……」，始符合罪刑法定原則，而不是以間接推論的方式（例如認為未經許可獵捕一般類野生動物都有行政罰，則未經許可獵捕保育類野生動物，理論上應該也要有處罰），適用野保法第 41 條處以刑罰。惟無論如何，這並不是野保法第 41 條第 1 項第 1 款本身的規定是否違憲的問題，而是法院於審理具體案件時，對於原住民族未經許可獵捕保育類野生動物的情形，是否可以適用野保法第 41 條第 1 項第 1 款處以刑罰，也就是屬於法院對於法律規定解釋適用的問題。就此，最高法院 106 年度第 2 次刑事庭會議，就該問題應如何解釋適用法律已經有所決議，更可說明這是屬於法律解釋適用的問題。

六、結語

本件解釋的結果，就法律規範面的槍砲條例中的自製獵槍與野保法的事先許可部分，都被認為並不違憲；至於野保法自用的部分，雖然認定其屬於「傳統文化」的一部份，但卻限縮其範圍於一般類野生動物。至於本件解釋認定為違憲的部分，就只是子法的部分，也就是槍砲管理辦法有關自製獵槍的定義，以及原住民族利用野生動物管理

辦法有關非定期性狩獵必須於 5 日前提出申請及對於獵物種類及數量的預估部分。

本件解釋其實並沒有真正面對釋憲聲請的核心問題，也沒有解決任何問題。本件釋憲聲請案，主要是指摘法律（母法）涉及違憲。然而解釋的結果卻是避重就輕地，只是宣告相關辦法（子法）違憲。如前所述，母法對自製獵槍的限制，以及對獵捕野生動物採取事先許可制，是本件解釋最關鍵的爭點，在母法未違憲的情形下，縱使子法因違憲而修改，所能做的改變實屬有限：

1. 原住民族仍然必須要用自製獵槍才能合法狩獵，原住民仍然沒有機會要求使用安全的制式獵槍，用空氣槍也還是不行。
2. 原住民族為了自用而獵捕野生動物，原本在本件解釋之前，原基法第 19 條第 2 項的規定以及主管機關的會銜令都已經明白肯定原住民可以為非營利性自用而獵捕野生動物，本件解釋反而限縮其範圍，而以一般類野生動物為限。
3. 原住民族獵捕野生動物仍然必須事先申請並經核准，只是申請書上不需填寫獵物種類及數量的預估。非定期性狩獵雖不須於 5 日前提出申請，但是還是必須事先申請並經核准。

簡單地說，本件解釋之後，對於原住民族狩獵仍然是維持嚴格的上對下的管制手段，本件解釋所持的觀點，基本上還是認為原住民族的狩獵行為，不只危及治安，且危害到生態環境與野生動物，因此必須嚴格限制其獵槍以及狩獵的對象，不僅不能持有功能較好的安全獵槍，進行狩獵之前也必須事先許可，且其狩獵對象也必須有所限制。

會有這樣的觀點，基本上就是對原住民族的狩獵文化沒有對等與充分的了解。

原住民族的狩獵文化和生態保護並不是對立的。原住民族也是自然生態體系中的一環，狩獵是原住民族的重要生活方式，更是原住民

族學習大自然知識以及如何與大自然永續共存的重要手段。原住民族的狩獵活動有非常多的禁忌，包括對獵人、獵場以及獵物的禁忌。這些禁忌是原住民族必須要嚴格遵守的信念和慣習，違反者就是對大自然和祖先的不敬，會招致各種嚴重不利的後果，因為這些禁忌的主要就是來自於其祖先歷代相傳對大自然的尊重。靠著這些狩獵禁忌，大自然得以有充分的時間和機會修復和還原，並讓各種動物和植物生生不息，維持自然生態的平衡，可以說狩獵禁忌是維持自然生態平衡的重要方式。

原住民族並不是如同本件解釋所想的，擁有獵槍就會濫捕濫殺野生動物，他們只取所需，並恪遵各自傳統的禁忌而行，他們不僅是大自然生態保育系統的一環，更是自然生態資源永續及平衡發展的守護者。真正破壞大自然生態的，反而是文明社會的發展和商業利益對於野生動物棲息地的入侵。因此，不應該認為原住民族的狩獵文化是和自然生態保護是相衝突的，而以上對下的管制的心態與手段來處理原住民族狩獵文化的議題。應該以尊重原住民族的文化與慣習為基礎，納入原住民族或部落自主管理機制，讓原住民族傳統的狩獵文化得以傳承並延續，如此才能創造保障原住民族文化與自然生態保護雙贏的局面。

最後，必須很遺憾的說，本件解釋雖然肯認原住民族的狩獵文化權在憲法上受保障的地位，然而在狩獵文化權的具體落實上，卻是充滿了對原住民族文化的不了解，甚至偏見！本席並無法贊同。

部分不同意見書　　蔡宗珍大法官　提出
張瓊文大法官　加入
黃虹霞大法官　加入二至四部分
吳陳鐶大法官及詹森林大法官　加入一至四部分

本號解釋由憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，導出原住民應享有選擇依其傳統文化而生活之憲法上權利，其中包含原住民依循其文化傳承而從事狩獵活動之權利；同時亦明確指出憲法增修條文第 10 條第 2 項規定下，包括野生動物之保護在內之環境生態保護，乃憲法所肯認之重大價值，國家對此負有積極保護之義務。由此確立本號解釋之基本原則：國家基於尊重與維護原住民依循其文化傳承而從事狩獵活動之文化權利，而推動相關立法與政策時，均應力求與環境生態保護，包括野生動物保護間之平衡。

本席對此解釋基本原則，以及本號解釋就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定、就野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項所稱「傳統文化」概念所為合憲性解釋、同條第 2 項前段規定所為合憲認定，以及就「原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法」第 4 條第 3 項與第 4 項所為之違憲宣告，均敬表贊同。惟就槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 1 項第 3 款規定（即系爭規定二）所為違憲認定並限期改善部分，本席認有理據未明且論理多所跳躍之失，難予贊同，爰提部分不同意見書如下：

一、本號解釋就系爭規定二之審查理路

本號解釋多數意見認定系爭規定二就自製獵槍之規範尚有不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民之狩獵文化權利之意旨有違，並限期命有關機關依本解釋意旨儘速檢討修正，「就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範」。其論理推演方式，基本上是由「國家既許可原住民得依法持有自製之獵槍而進行狩獵，自負有保障原住民得安全從事合法狩獵活

動之義務」之論點出發，認為自製獵槍之規格與製作過程之規定，應符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之國家義務之要求，以保障獵人及第三人生命身體安全，以及原住民從事狩獵活動之文化權利。於此前提下，多數意見進一步認定系爭規定二所定槍枝構造粗糙，難有合宜之保險設計，且未經膛壓驗證測試，於槍枝製作不良時，極可能引發意外傷亡事件；且該規定未有獵槍製作上之相關輔助機制，亦未對原住民自製之獵槍建立完整之安全驗證制度及安全使用訓練機制。終而由此導出系爭規定二規範不足而違憲之結論。

據此以觀，多數意見所持系爭規定二違憲之理由，似僅有：系爭規定二所定槍枝構造粗糙、無合宜保險設計、未經膛壓驗證測試、未提供獵槍製作上之相關輔助機制、未建立自製獵槍完整之安全驗證制度及安全使用訓練機制，因此規範不足，未符合使原住民得享有安全從事合法狩獵活動之要求。上述違憲理由主要環繞「自製獵槍之安全性」而生，顯然多數意見認為系爭規定二所定義之自製獵槍不夠安全，無法滿足原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，因而違憲。

二、多數意見所認定系爭規定二規範不足之理據分析

然而，系爭規定二性質上是定義性規定，更精確地說，是針對槍砲彈藥刀械許可及管理辦法（下稱槍砲管理辦法）所使用之自製獵槍概念所為定義性規定。其內容除就參與製造槍枝者之資格（申請人及非以營利為目的之原住民）與製造地點（警察分局核准之地點）加以特定外，主要係特定自製獵槍之構造與規格（填充物之射出與引爆方式、填充物構造與規格以及槍身總長）。此一定義性規定並不具法律效果之規範性要素，基本上是狀態、規格與屬性等之描述與特定，非屬誡命性規範，無法單獨予以適用，而須結合其他具有法律效果之規範要素之規定（例如槍砲管理辦法第 15 條第 1 項、第 16 條第 1 項等）而為適用，始得產生法規範效力。單由此種定義性規定所選定之構造與規格等概念要素，是否足以推斷其所定義之自製獵槍不安全，已非無疑。

再逐一細究解釋理由中所認定之系爭規定二之「缺失」，其中「構造粗糙」之說，應屬自製獵槍作為一種構造簡單之簡易型槍枝之本質，尚難有安全與否之評價內涵。

其次，「因其法定規格與原住民自製能力之限制而難有合宜之保險設計」部分，按系爭規定二之定義性要素未納入安全保險裝置，並不表示自製獵槍即不得有安全保險裝置。相反地，自製獵槍作為一種簡易型槍枝，過去的確多未有任何安全保險裝置，但近年來在警政署與各縣市警察局強力宣導下，已經有越來越多的自製獵槍於製造時即加裝扳機護弓，以避免誤觸扳機而誤擊。由此可見，系爭規定二之定義性要素未納入安全保險裝置，並不影響實際上自製之獵槍設有安全保險裝置（如最基本的扳機護弓）。何況，槍枝安全保險裝置主要在避免誤觸扳機而誤擊或走火之情形，並無法防護其他諸如槍枝膛炸等意外情形。且於制式槍枝之安全保險設計下，尤其是手動保險裝置，如用槍時保險未及時開啟，也會造成卡彈或誤擊之憾事。因此，直接以系爭規定二之定義內涵中欠缺安全保險裝置要素，即推斷其定義下之自製獵槍（請注意，是系爭規定二定義下的自製獵槍，而不是實存之自製獵槍）安全性堪慮，殊值商榷。

第三，「自製獵槍製作後未經膛壓驗證測試，於槍枝製作不良時」，可能引發膛炸等傷亡事件之說，已非系爭規定二所定自製獵槍之構造與規格問題，而是涉及槍枝製作完成後之審核要求與審查標準問題。

最後，解釋理由中指摘系爭規定二未就自製獵槍之製作為相關輔助機制，亦未對原住民自製之獵槍建立完整之安全驗證制度及安全使用訓練機制等，其所涉者，均已非自製獵槍之概念內涵，而是原住民自製獵槍制度之管理問題；亦即在現行槍砲管理辦法第 16 條第 1 項後段有關自製獵槍製作完成之查驗烙印給照及列冊管理之規定外，是否應引進槍枝安全驗證機制與安全使用訓練機制等問題，此實與自製獵槍概念之定義無涉。欲以自製獵槍概念之定義，解決自製獵槍製作

時之輔助機制、製作完成後之安全驗證與使用訓練等管理任務，恐屬緣木求魚之舉，亦有打擊錯誤之嫌。

整體而言，解釋理由中用以支撐系爭規定二就自製獵槍所為之定義性規定有所不足，因而不符使原住民安全從事狩獵活動要求之理據，顯然相當薄弱。

三、由系爭規定二之「規範不足」，導出違憲指摘之論理跳躍

本號解釋對系爭規定二之違憲指摘，更應商榷的是論理跳躍問題：何以從上述各種與自製獵槍之概念內涵無甚關係之「缺失」指摘中，可導出系爭規定二就自製獵槍之「規範尚有不足」？又何以認定「未符合使原住民得享有安全從事合法狩獵活動之要求」，且一舉違反憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨？解釋理由中對此未有任何論理說明，疑點重重。

首先，如前所言，系爭規定二是以製造槍枝者之資格、製造地點、自製獵槍之構造與規格等要素，特定出自製獵槍之概念內涵。如認此一概念內涵「規範不足」，是指用以特定自製獵槍概念內涵所憑藉之要素不足，應增加更多限定其概念內涵之要素（如必須具備解釋理由所提到的安全保險裝置）？如此一來，豈非進一步限縮自製獵槍的概念意涵？且連結到槍砲管理辦法第 16 條第 1 項之申請製作與審核要求後，豈非意味著自製獵槍之製造門檻也進一步提高，而更不利於原住民取得合法之自製獵槍？

其次，即使系爭規定二就自製獵槍概念內涵之定義規範不足，亦無法得出原住民即因而無法安全從事合法狩獵活動。從自製獵槍之定義內涵，並不能直接推論符合該定義之自製獵槍使用上之安全或不安全。何況，並無證據顯示原住民所合法持有、符合系爭規定二規定之自製獵槍，使用時「通常」會出現膛炸等不安全狀況（致危害原住民或第三人之生命、身體權），或完全不具狩獵效能而無法用以從事狩獵活動（危害原住民從事狩獵活動之文化權利），因此，實無從得出於系爭規定二有關自製獵槍之定義性規定下，原住民即無法安全從事

合法狩獵活動，從而導致系爭規定二違憲之結果。

四、關於國家義務違反之謬解

上述論理跳躍的癥結所在，也許源自多數意見對「國家義務」之含糊理解與適用。如前所言，本號解釋就系爭規定二之審查，係植基於「國家既許可原住民得依法持有自製之獵槍而進行狩獵，自負有保障原住民得安全從事合法狩獵活動之義務」之前提，進而認為，「若法制上對自製獵槍之規格與製作過程有所規範，即應履踐使原住民得安全從事合法狩獵活動之國家義務，除應使其具備一定之打獵功能外，亦應同時顧及獵人以及第三人……之生命與身體安全」。此所謂「國家義務」，應係國家對憲法所肯認各種價值（包括各種基本權）之尊重與維護義務，並具體落實於國家權力之行使中，尤其是法令之制（訂）定，且立法者於履行國家義務時，往往必須進行各種利益衡量與決定，也享有義務履行方式、時程與具體內容之廣泛形成自由。而此等憲法上國家義務之履行，與國家之基本權保護義務相同，均係遵循「極致化原則」（Optimierungsgebot），是一種積極地、持續不斷追求目的之實現的過程，並無「義務完成」可言。因此，對此類國家積極性義務之合憲性控制，並非以「上限」，而是以「下限」為準繩；亦即國家義務之履行，僅於未達最小限度之義務履行程度時，始有違憲之虞。

基此，多數意見認定系爭規定二因規範不足而違憲，論理上似乎存在二大謬誤。首先，國家就原住民得享有安全從事合法狩獵活動之保障義務之履行，本應具體落實於各種國家權力之行使，包括相關法令之制（訂）定，尤其是使原住民得以安全、合法從事狩獵活動之各種管理與管制措施（如槍砲管理辦法第 15 條、第 16 條及第 19 條之申請與管制程序等），絕不僅限於如系爭規定二般之立法定義規定。系爭規定二作為立法定義性規定，其所得承載之上開國家義務之履行範圍與程度，毋寧說極其有限。多數意見所認定之系爭規定二之種種規範缺失，幾乎均非自製獵槍概念之界定問題，而是自製獵槍製造與

使用時之安全性疑慮，已如前述。多數意見將此等自製獵槍之安全管制需求附加於系爭規定二之上，並命有關機關應儘速檢討修正，「訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之**定義性規範**」，試問，難道多數意見期待於槍砲管理辦法之規範體系外，再由系爭規定二之條文規定另行起造一個自製獵槍之次管理體系？若非如此，則如何能以本非系爭規定二所得規範之事項（如自製獵槍製作完成後之安全驗證制度及安全使用訓練機制等），作為認定系爭規定二違憲之理由？此為謬誤之一。

其次，國家義務履行之違憲論斷，係以未達義務履行之最低限度為準據。姑不論多數意見所謂系爭規定二之「規範尚有所不足」，已使系爭規定二背負上述違憲之黑鍋，欲從「規範不足」導出國家違反其應履行之義務而違憲，至少須具備系爭規定二（並結合其他相關規定）之規範內容，**未達國家義務應履行之最低限度**之理據。然而，解釋理由中對此隻字未論。多數意見從系爭規定二「規範尚有所不足」，便直接導出其「未符合使原住民得享有安全從事合法狩獵活動之要求」，因而牴觸憲法對相關權利之保障意旨；此等欠缺理據之見解，不啻使國家義務履行之「量」之考量，完全異變為類於「質」之要求；並使釋憲者取代或凌駕具民主正當性之立法者，而就國家義務履行方式與內容擅為決定，終致危害民主與權力分立體制。此乃謬誤之二。

綜上，自多數意見所支持之解釋理由，實難導出系爭規定二違憲之結論。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇四號解釋

【非法重製光碟罪案】

發文日期：中華民國110年5月21日

發文字號：院台大二字第1100015405號

解　釋　文

著作權法第 91 條第 2 項規定：「意圖銷售或出租而擅自以重製之 1
方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」第 3 項規定：「以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰金。」同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」所稱「重製」，與法律明確性原則尚無違背；上開規定有關以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑部分，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨亦尚無違背。

同法第 91 條第 3 項規定有關得併科罰金之額度部分、同法第 91 2
條之 1 第 3 項本文規定有關以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，與憲法第 7 條保障平等權之意旨均尚無違背。

同法第 100 條規定：「本章之罪，須告訴乃論。但犯第 91 條第 3 3
項及第 91 條之 1 第 3 項之罪者，不在此限。」其但書規定與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。

解釋理由書

一、本件各原因案件之訴訟經過、聲請意旨及程序審查 1

附表編號 1 至 5 之聲請人一至五承審各該法院違反著作權法案件 2
（聲請人聲請解釋憲法之原因案件及聲請標的，詳如附表），分別認各該案件應適用之著作權法第 91 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）、

第 3 項規定（下稱系爭規定二）及同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定（下稱系爭規定三）所稱之「重製」，違反法律明確性原則；系爭規定一及二就意圖銷售或出租，擅自以重製於光碟之方法侵害他人著作財產權之犯罪行為，及系爭規定三就散布非法重製物為光碟之罪，最低度法定自由刑均為 6 月以上有期徒刑，與罪刑相當原則不符，有違比例原則，而有牴觸憲法第 8 條之疑義；系爭規定二就以重製於光碟之方法犯系爭規定一之罪者，提高併科罰金之額度，及系爭規定三就散布非法重製物為光碟之罪提高其最低度法定自由刑及得併科罰金之額度，均僅以著作權載體之不同作差別待遇之分類，有違憲法第 7 條保障之平等權；同法第 100 條但書規定（下稱系爭規定四）將系爭規定二及三之罪列為非告訴乃論之罪，有牴觸憲法第 7 條平等權之疑義等語。

3 前開聲請人等依其合理確信認附表所示聲請標的有違憲疑義，分別於裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法，核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理。

4 另附表編號 6 之聲請人伍翠蓮（下稱聲請人六）因意圖銷售，而擅自以重製於光碟及公開傳輸之方法侵害他人著作財產權，經臺灣臺北地方法院 102 年度智訴字第 24 號刑事判決依系爭規定二，判處有期徒刑 6 月。聲請人六不服，提起上訴，嗣經智慧財產法院 107 年度刑智上更(一)字第 1 號刑事判決依系爭規定二，判處有期徒刑 6 月，並提高易科罰金之折算標準。聲請人六不服，提起上訴，經最高法院 108 年度台上字第 224 號刑事判決以上訴違背法律上之程式予以駁回而告確定。是本件聲請應以前開智慧財產法院更一審刑事判決為確定終局判決，合先敘明。

5 聲請人六認確定終局判決所適用之系爭規定二就意圖銷售或出租而重製罪，其法定刑最重為 5 年，其罰金刑之金額甚至高於竊盜罪，且為非告訴乃論之罪，刑責頗重；又無論情節輕重，一律處以 6

月以上有期徒刑，剝奪法院之刑罰裁量權，顯與罪刑相當原則不合，有違比例原則；系爭規定四，僅以載體之不同而採取非告訴乃論之立法，有違反平等權保障之虞，且與同為保護智慧財產權之專利法相較，著作權法是否仍有必要保留刑事責任，亦值深思，向本院聲請解釋憲法。核本件聲請與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，應予受理。

上開如附表所示聲請人一至六向本院提出共計 10 件聲請案，其聲請客體各涉及系爭規定一、二、三或四有無違憲之疑義，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下： 6

二、系爭規定一至三所稱之「重製」，並未違反法律明確性原則 7

法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自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，選擇適當之法律概念與用語。如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號及第 803 號解釋參照）。 8

著作權法第 3 條第 1 項第 5 款規定：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」同條項第 11 款規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」上述著作權法規定所稱之重製，係指重複製作而言，其意義並非難以理解，且與改作係將原著作之形式或內容加以改變，而有創作元素，亦明顯有別；又個案事實是否屬於上述重製定義規定所欲規範之對象，仍為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷。從而，系爭規定一明定：「意圖銷售或出租而擅 9

自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」系爭規定二明定：「以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰金。」及系爭規定三明定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」參諸前開說明，上開三規定所稱重製，與法律明確性原則尚無違背。

按法官於個案適用法律規定時，本應為適當之解釋，以確定其意 10
涵，並非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間與必要，且於任何個案之適用均應毫無疑義者，始符合法律明確性原則。法官於個案適用時，如遇少數邊界案例而有認事用法之疑義，應本獨立審判之權責，自行研究後而為裁判。此亦為本院與各級法院間，應有之權限區別及角色分工。併此敘明。

三、系爭規定一至三有關以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑 11
部分，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨無違

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。對於犯罪行為 12
施以剝奪人身自由之刑罰制裁，除限制人民身體之自由外，更將同時影響人民其他基本權利之實現，是其法定自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號及第 790 號解釋參照）。

查著作權法於中華民國 87 年 1 月 21 日修正公布時，於第 91 條 13
規定：「（第 1 項）擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以下罰金。（第 2 項）意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以下罰金。」即以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑，且有意排除拘役或單科罰金之刑罰種類，並未針對非法以重製於光碟之方法犯罪設有特別規定。

92 年 7 月 9 日修正（下稱 92 年修法）上開第 91 條規定時，在 14
要件部分，則改以行為人是否具有營利意圖及其侵害程度是否具一定規模，區別其刑罰種類及刑度。在效果部分，除於同條第 3 項首度針對非法以重製於光碟之方法犯罪，提高其法定罰金額度為新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下外，並兼採有期徒刑或拘役之自由刑，而不再以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑。於 92 年修法同時增訂之第 91 條之 1 第 3 項規定亦就重製物為光碟者，或併科罰金之金額亦提高至新臺幣 150 萬元以下。

嗣有關機關鑑於上開 92 年修正第 91 條第 1 項及第 2 項所定之「意 15
圖營利」與「非意圖營利」要件，難以明確認定，致生執行實務上之困難，因此又於 93 年 9 月 1 日修正公布（下稱 93 年修法）第 91 條，其第 1 項規定：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 3 年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣 75 萬元以下罰金。」並修正同條第 2 項及第 3 項規定為系爭規定一及二。換言之，以第 91 條第 1 項規定為處罰非法以重製之方法侵害他人之著作財產權行為之一般規定，系爭規定一係就「意圖銷售或出租」而犯第 1 項之罪者設加重處罰規定，系爭規定二則繼續就「以重製於光碟之方法」犯系爭規定一之罪者，進一步提高其得併科罰金之額度。系爭規定三亦就其重製物為光碟者，提高其最低度法定自由刑為 6 月以上有期徒刑，另亦提高其得併科罰金之金額。

是系爭規定一之要件及效果，於 93 年修正時，基本上又回復為 16
上述 87 年修法之規範架構，亦即在要件部分，將原定之「意圖營利」改為「意圖銷售或出租」，作為系爭規定一及二之加重處罰要件，而不再區別非法重製行為是否達一定規模；在效果部分，亦回復以 6 月以上有期徒刑，作為系爭規定一及二所定「意圖銷售或出租之非法重製罪」之最低度法定自由刑，且排除拘役或單科罰金之處罰效果（經濟部復本院 107 年 9 月 5 日經授智字第 10720032810 號函第 4 頁及第 5 頁參照）。至於系爭規定三亦就其重製物為光碟者，提高其最低度

法定自由刑為 6 月以上有期徒刑。

17 按侵害著作權固屬私人間之民事侵權行為，然立法者鑑於非法重製行為，成本相對較低，常致著作人重大損失；意圖銷售或出租之非法重製行為，不僅惡性較為重大，且以相對較低之成本，攫取更大之非法暴利，破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，進而危及著作權相關產業（前開經濟部復本院函第 4 頁、立法院公報第 81 卷第 36 期院會紀錄第 126 頁、第 127 頁及第 146 頁參照），因而制定第 91 條第 2 項規定。92 年修正增訂第 91 條第 3 項規定時，行政院提案說明略以：「……增訂第 3 項：按以盜版光碟方式侵害著作財產權者，因光碟容量大，且多以電腦軟體、影音創作為標的，不法獲利高，成本低，盜版容易，對著作財產權人造成重大損害，惡性尤為嚴重，宜於第 2 項之外，再加重處罰，以有效遏止侵害，爰予增訂……」（立法院公報第 92 卷第 34 期院會紀錄第 103 頁參照）。93 年修正公布系爭規定一至三時，立法者基於意圖銷售或出租他人著作而重製之侵害行為，惡性較為重大，著作財產權人所受之損失亦較為嚴重，爰加重系爭規定一之罰責，將最低度法定自由刑從「拘役」提高至「6 月以上」有期徒刑，並加重罰金刑之處罰，以有效阻遏侵害；另為有效遏阻盜版光碟之製造、散布，亦分別將系爭規定二及三之罰責予以加重，即將其最低度法定自由刑，均從「拘役」提高至「6 月以上」有期徒刑，並加重系爭規定三罰金刑之處罰（立法院第 5 屆第 5 會期第 1 次臨時會第 2 次會議議案關係文書，討 148 頁至討 150 頁參照）。是立法者於系爭規定一至三均以 6 月以上有期徒刑為最低度法定自由刑，係為處罰意圖銷售、出租而非法重製光碟、或散布非法之光碟重製物行為，以維護著作人之合法權益及相關產業之秩序，其所追求之目的顯屬重要公共利益。

18 系爭規定一就意圖銷售或出租之非法重製行為，系爭規定二就以重製於光碟之方法犯系爭規定一之罪，系爭規定三就犯同條第 2 項之罪，其散布、意圖散布而公開陳列或持有之重製物為光碟者，均以 6

月以上有期徒刑為其最低度法定自由刑，應係鑑於上開規定所制裁之侵害著作財產權行為，其危害程度明顯較大，而認有從重科處刑罰之需要。此等加重刑罰之規定，原則上仍屬立法形成自由。況法院就符合上開規定構成要件之犯罪行為，仍得因個案情節之差異而宣告不同之刑度；於非法重製行為之情節相對輕微者，如非法重製之行為人實際上並未獲利，或其重製數量、銷售量或金額、銷售對象或地區等，尚未達一定商業規模，或尚不足以影響市場及公平競爭秩序之情形，並得依刑法第 59 條規定以個案情節輕微而酌減其刑，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金，以避免執行短期自由刑，致過度限制人身自由並影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊（本院釋字第 662 號、第 679 號及第 777 號解釋參照）。是上開規定所定之最低度法定自由刑部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨亦尚無違背。另立法者如因客觀情事之演變或其他考量，欲檢討修正相關規定，進一步減輕處罰，仍屬立法裁量範圍，併此指明。

四、系爭規定二有關得併科罰金之額度部分、系爭規定三有關最低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，與憲法第 7 條保障平等權之意旨均尚無違背 19

憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等權保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 722 號、第 791 號及第 794 號解釋參照）。 20

立法者就侵害同一法益之犯罪類型，如考量犯罪目的、手段或結果等不同因素，採不同法定有期徒刑期間或罰金額度之處罰而形成差別待遇，因事關刑罰制裁，其立法目的如係為追求重要公共利益，且其所採之分類與目的之達成間具實質關聯，即與憲法第 7 條平等權保障之意旨無違。 21

92 年修正之第 91 條第 3 項規定，係著作權法就非法重製罪之處罰，首次以重製於光碟之方法犯罪為分類，提高其法定罰金額度之最高及最低額。93 年修正同條時，雖將其原定之「或併科……罰金」部分，修正為系爭規定二所定之「得併科……罰金」，然其所定之罰金額度均未修正，且仍繼續以重製於光碟之方法犯罪為分類，而提高非法重製光碟罪之法定罰金額度。又系爭規定三以重製物為光碟之分類，提高散布非法重製光碟罪之最低度法定自由刑及其得併科罰金之額度。是相較於非法重製或散布光碟以外重製物之罪，系爭規定二及三均就重製物為光碟之侵害著作財產權罪，定有較高之得併科罰金額度或最低度法定自由刑之不利差別待遇。 22

查 92 年修法時，立法者考量當時非法重製光碟行為屬非法重製行為之主要類型，惡性重大，危害相關著作權產業，故加重處罰以遏止侵害（立法院公報第 92 卷第 34 期 2 冊院會紀錄第 102 頁至第 108 頁參照），而於第 91 條第 2 項規定之外，另增訂第 91 條第 3 項規定之非法重製光碟罪，提高其法定罰金額度。93 年修法時，亦基於類似考量，除維持系爭規定二之罰金額度外，另提高系爭規定三之最低度法定自由刑及法定罰金額度。以修法當時而言，上述立法目的所擬追求之公共利益確屬重要；其所採之分類及差別待遇亦具有一定之嚇阻效果，而與其目的之達成間具實質關聯。是系爭規定二有關得併科罰金之額度部分、系爭規定三有關最低度法定自由刑及得併科罰金之額度部分，均與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。惟電腦科技日新月異，發展迅速，時至今日，非法重製他人著作之主要載體及其重製方式已有明顯不同，光碟不再是重製物之最主要載體。是有關機關應就是否繼續維持系爭規定二及三之加重處罰規定，適時檢討修正，以免法律與社會發展脫節。併此指明。 23

五、系爭規定四以重製物為光碟而為分類，將意圖銷售或出租而非法重製或散布光碟行為，列為非告訴乃論之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚屬無違 24

國家對於犯罪行為，本有依職權主動追訴之職責。立法者如考量 25
犯罪行為所侵害之法益類型與程度、行為人與被害人間之特殊關係等因素，基於尊重被害人之意願，而就特定犯罪設定為告訴乃論之罪，屬於刑事立法政策之選擇，其因此與其他非告訴乃論之罪形成之差別待遇，本院應採寬鬆標準予以審查。如其立法目的係為追求正當公共利益，且其所採之分類與目的之達成間具合理關聯，即與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。

92 年修正之第 100 條明定：「本章之罪，須告訴乃論。但犯第 91 26
條第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項之罪者，不在此限。」（93 年修法時仍維持相同文字，但書部分即為系爭規定四）系爭規定四所列系爭規定二及三之罪，均涉及光碟之非法重製或散布，可見立法者雖就侵害著作財產權犯罪原則上設定為告訴乃論之罪，惟排除系爭規定二及三之罪，亦即其仍維持非告訴乃論，而與其他類型之侵害著作財產權犯罪屬告訴乃論有別。查其立法理由略為：一、修法當時，國內就數位化著作（如電子書、視聽、錄音著作之影音光碟或電腦程式光碟產品等）之盜拷、盜錄或散布盜版物之行為，相當猖獗，其所侵害者，已非某人之某項單一權利與合法經濟利益，而是同時侵害特定多數人之眾多權利。二、由於科技之進步，盜版品之製造已從單一或少量演進成為在極短時間內，即可製造數以千萬計之產品。盜錄、盜拷及散布盜版光碟之犯罪行為，成本低微，攫取非法暴利，破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，更危及著作權相關產業。三、此類犯罪行為已從往昔單純侵害個人法益之性質，轉化為損害國家、社會法益之性質，不宜繼續列為告訴乃論之範圍，而應由國家主動追訴（立法院公報第 92 卷第 34 期 2 冊院會紀錄，第 118 頁至第 120 頁行政院提案說明、第 166 頁及第 168 頁參照），其立法所追求之目的自屬正當公共利益；又以重製物是否為光碟而有告訴乃論或非告訴乃論之差別待遇，亦有助於追訴侵害較嚴重之涉及光碟之非法重製或散布罪，而與其目的之達成間有合理關聯。是系爭規定四以重製物為光碟而為分

類，將意圖銷售或出租而非法重製或散布光碟行為，列為非告訴乃論之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨尚無違背。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　呂太郎　楊惠欽
蔡宗珍

（謝銘洋大法官迴避審理本案）

附表

編號	聲請人	原因案件	聲請標的
1	智慧財產法院第二庭（聲請人一）	智慧財產法院 101 年度刑智上訴字第 88 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
		智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 41 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
		智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 22 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
2	智慧財產法院第三庭（聲請人二）	智慧財產法院 106 年度刑智上更（一）字第 1 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項及第 3 項規定
		智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 26 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項規定

		智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 13 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 100 條但書規定
3	臺灣臺北地方法院刑事第十二庭團股法官（聲請人三）	臺灣臺北地方法院 106 年度智易字第 69 號違反著作權法案件	著作權法第 91 條之 1 第 3 項本文及第 100 條但書規定
4	臺灣臺北地方法院刑事第十二庭（聲請人四）	臺灣臺北地方法院 108 年度智訴字第 7 號違反著作權法等案件	著作權法第 91 條第 2 項規定
5	臺灣新竹地方法院刑事第一庭（聲請人五）	臺灣新竹地方法院 107 年度智訴字第 4 號違反著作權法等案件	著作權法第 91 條第 3 項、第 91 條之 1 第 3 項本文及第 100 條但書規定
6	伍翠蓮（聲請人六）	智慧財產法院 107 年度刑智上更（一）字第 1 號刑事判決	著作權法第 91 條第 3 項及第 100 條但書規定

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

一、本號解釋聲請案之事實背景及法官聲請釋憲主張

本號解釋共有 10 件聲請案，其中 9 件為法官聲請；1 件為人民聲請。本席認為法官最早提出聲請案之原因案件具有代表性，足以彰顯著作權法相關條文立法之缺陷與適用於個案之可能過苛，爰簡述其爭議事實及訴訟經過如下：

（一）爭議之事實：二位差一屆的學妹學姊，均愛好音樂，告訴人黃

同學創作「睡美人」乙曲授權公司出版，被告王同學亦創作歌曲授權另家公司發行光碟，告訴人認為王同學授權發行之光碟其中「到底愛怎麼了」乙曲，與「睡美人」乙曲之旋律相同，乃向地檢署提出告訴。檢察官依據鑑定人之鑑定結果，認為「到底愛怎麼了」乙曲與告訴人所發表之「睡美人」乙曲在旋律上近乎相同，並無顯著之差別，只有少數的旋律與節奏稍有不同而已，故認被告王同學係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而觸犯著作權法第91條第3項（即系爭規定二）[1]之罪提起公訴。

（二）訴訟經過：

1、於法院進行之調解程序，雙方達成和解，告訴人表明不再追究並拋棄其他請求，被告當庭向告訴人握手致歉。

2、因著作權法第100條但書規定（即系爭規定四），觸犯系爭規定二之罪係屬非告訴乃論之罪。法官於雙方達成和解後之準備程序告知被告「因為雙方已經和解，如果認罪的話，徵得告訴人、檢察官同意後，有緩刑空間，如果否認犯罪，法院只能依法審理決定是否有罪或無罪」，被告回去考慮後於續行準備程序時，表明否認犯罪。法院乃進行調查，法院審理後認為證人之證詞無法證明被告聽過告訴人之「睡美人」乙曲，公訴人不能證明被告犯罪等理由，而為被告無罪之諭知。

3、公訴人不服被告無罪之判決而提起上訴，上訴審法院審理認為告訴人陳稱與被告原係好友，曾教導其彈奏「睡美人」乙曲，絕非毫無可能，況二首歌曲高度近似之程度，實難想像，若非接觸，何以致之？故認被告有犯系爭規定二之罪嫌。

[1] 著作權法第 91 條全文為：「（第 1 項）擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 3 年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣 75 萬元以下罰金。（第 2 項，即系爭規定一）意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。（第 3 項，即系爭規定二）以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰金。（第 4 項）著作僅供個人參考或合理使用者，不構成著作權侵害。」

4、上訴審法院認為審理本案所應適用數條著作權法之規定違憲，包括系爭規定二「重製」之規定不符法律明確性原則；系爭規定四所定非告訴乃論部分與罪刑相當原則不合等而聲請釋憲。

二、以重製於光碟之方法侵害著作權為非告訴乃論之罪之檢討

本案發展至今，值得觀察討論之面向至少有下列：

（一）系爭規定四規定以重製於光碟之方法侵害他人之著作財產權之罪（即系爭規定二）為非告訴乃論，係始於民國92年（下同）7月9日修正公布之著作權法，其主要立法理由為盜錄、盜拷及散布盜版光碟之犯罪行為，成本低微，攫取非法暴利、破壞產銷秩序及經濟秩序，擾亂交易安全，更危及著作權相關產業，因此此類犯罪行為已從往昔單純侵害個人法益之性質，轉化為損害國家、社會法益的性質，應由國家主動追訴等。

按國家對犯罪行為依刑事政策之選擇而區分為告訴乃論或非告訴乃論之罪，固為立法政策之決定。但就全部之犯罪類型區分為告訴乃論與非告訴乃論二種，並從而有不同之程序規定，依此分類而區分之程序規定適用於複雜之社會生活事實時，要兼顧法安定性與個案之妥當性就有賴執法者之智慧。本件聲請案之原因案件之訴訟程序即為法律規定適用於個案顯失均衡之例子。二名青少年時代共同學習音樂的好朋友，各自授權音樂公司發行曲子，雙方曾為了是否涉及抄襲而起爭議，但已握手言和而不再爭執。檢察官及法院認案件係以重製於光碟之方法侵害他人之著作權而屬非告訴乃論之罪，故必須查明王同學發表之曲子是否抄襲自黃同學的作品。然而十幾年前青少年時代音樂班同學，相濡以沫互相彈唱彼此欣賞，作品中有你我的影子自有可能，如有抄襲亦可能是無心之過，雙方已經互相諒解而不再追究。發表在後之作品縱與發表在前者內容雷同，在客觀上或可能構成著作權之侵害，然而主觀認知上是否有犯罪之故意尚有探究之餘地。就作曲者而言，腦中旋律之來源究為獨創或源自其他作品之引發，可能自己都無法明確分辨。然而檢察官及法院基於實務上處理非告訴乃論之罪

之標準作業，一定要查個水落石出。被告可能因為不願留下有罪的犯罪紀錄，只能力拚無罪答辯。法院因此而進行之審理程序不僅須再送鑑定、且傳訊音樂班之老師、同學等為證人。法院審理後判無罪，檢察官也一定提起上訴。此案自 98 年地檢署提起公訴，雙方曾於 100 年和解後續行準備程序，法院判決無罪之後，公訴人再上訴，迄今已經 12 年了，耗費了多少司法資源，對當事人而言，這場已無意進行的訴訟，早已成為變調的曲子，無人有興趣聞問，然而訴訟之陰影卻長繞心頭，造成負擔，可以說是法院與雙方當事人皆輸之局面。

（二）曾經審理本案的法官當庭所表示「因為雙方已經和解，如果認罪的話，徵得告訴人、檢察官同意後，有緩刑空間，如果否認犯罪，法院只能依法審理來決定是否有罪或無罪。」完全是審理侵害國家、社會法益的非告訴乃論之罪之口吻，目的是要告訴犯罪者犯了罪不一定花了錢就無事。然而本案之本質可說基本上是私人間權益之糾紛，與國家社會法益之關聯成分較稀薄，且與立法理由定此罪為非告訴乃論所擬打擊的盜錄、盜拷及散布盜版光碟之行為實有差距。現在審理本案之法官主張觸犯系爭規定二之案件在實務上情節未必重大，而系爭規定四制定觸犯系爭規定二之罪者一律非告訴乃論，因此主張系爭規定四與罪刑相當性原則不合而涉違憲。本號解釋認系爭規定四並未違憲，主要是因區分犯罪類型為告訴乃論或非告訴乃論之罪，原則上屬於刑事政策之選擇，因此採寬鬆標準予以審查。本號解釋理由認為系爭規定四立法所追求之目的屬正當公共利益，又以重製物是否為光碟而有告訴乃論或非告訴乃論之差別待遇，與憲法保障平等權之意旨尚無違背。本席認為系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論在立法當時或有其時代必要，施行結果可能亦已發揮其功能，如臺灣加入 WTO，在國際上漸次脫離剽竊智慧財產權之惡名，並促進國內文化產業之保障等，因此僅因個案適用上過苛尚難認系爭規定四為違憲。在大的法律框架下適用於個案可能過苛之平衡有賴法官審判之智慧。

（三）至於非告訴乃論之罪被告與被害人和解後，檢察官是否一定要起訴（及上訴）？依臺灣高等檢察署及所屬各署檢察官偵辦案件審慎起訴應行注意要點第4條規定：「檢察官偵辦得依職權為不起訴處分或緩起訴處分案件，有下列情形之一者，宜依職權為不起訴處分或為緩起訴處分：……（11）非告訴乃論之罪經與被害人和解……」，然此注意要點僅就得依職權不起訴之案件為規定，而得依職權為不起訴之案件依刑事訴訟法第253條之規定係指刑事訴訟法第376條第1項各款所規定之案件，其中第1款之規定為「最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪」。而系爭規定二所定之罪為「6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣50萬元以上500萬元以下罰金」即無法符合檢察官得依職權不起訴之要件，才會導致實務上檢察官不得不起訴（上訴）之情形。本號解釋認系爭規定四將觸犯系爭規定二之罪定為非告訴乃論並未違憲，但本席認為由聲請案之原因案件之訴訟經過可見非告訴乃論之罪在實務上之運作確有可能造成沒必要之司法與當事人之負擔。有關機關應就非法重製罪適用非告訴乃論程序之範圍檢討相關規定。或可考慮依侵害著作權之態樣及數量區分為私人間著作權侵害之類型，以及組織或集團具有商業規模之著作權侵害類型而分別定不同之罰則，並分別區分為告訴乃論或非告訴乃論。

另本號解釋認定系爭規定二定以 6 個月以上有期徒刑為其最低度法定自由刑並未違憲。但本號解釋同時指明就此部分應適時檢討修正，以免法律與社會脫節。本號解釋並未討論系爭規定二所定 5 年以下有期徒刑為最重法定自由刑是否過重，但依刑事訴訟法第 376 條及第 253 條規定，檢察官得依職權不起訴者，以及刑法第 61 條所定得依情節輕微顯可憫恕而免除其刑者，均限最重本刑為 3 年以下有期徒刑之規定，故本席認為系爭規定二之最重本刑自應一併檢討。本席認為如認就涉及光碟之侵害著作權犯罪仍於一定範圍內維持非告訴乃論，亦應依情節之輕重分定不同之最重本刑，以讓檢察官及法官於適用於個案時有較大之裁量空間。

協同意見書　　呂太郎大法官　提出

一、本解釋認為著作權法第 91 條第 2 項、第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項本文規定，所稱「重製」，與法律明確性原則尚無違背。此一結論，本席固予贊同，但就本解釋所指出判斷法律明確性之標準及各級法院審判時，面對法律明確性問題，應如何處理之部分，則認為尚有若干值得斟酌之處，爰就此部分提出協同意見。

二、本解釋援用釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號及第 803 號解釋等向來見解，認為法律概念與用語，如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。

三、本席認為，在法治國原則下，法律不但具有積極規範人民、國家、社會團體行為之功能，亦有於彼此行為、利益發生衝突時，作為解決衝突依據，以回復法的和平之功能。法律具備明確性時，方可發揮其規範行為，解決衝突之功能。故謂法律明確性之要求，乃法治國之前提，應無可疑。然而，法律—尤其是成文法體系之法律，為了要用極少數之條文，完整的、無矛盾的、幾乎無漏洞的規範存在於社會之各式各樣、千變萬化的具體事實，不得不將描述各具體事實個別性之特色排除，僅擇取共同之因素（所謂抽象化），作為法律設定規範之基礎，才能達到以有限之法律規範無窮事務之功能。經過抽象化的概念或用語，立法者會儘量使用一般人民日常的用詞，例如買賣、互易、贈與、租賃、所有權、抵押權、結婚、離婚、繼承等，讓受規範之人民能夠更容易了解法律之意義，而對其是否受該法律規範，有所預見。不過，即使法律使用一般人生活用語，亦僅有使受規範的人民可「大體上」理解之功能而已，但即使是前述法律使用日常用語之情形，受規範之人民要更深入理解上開用語之相關規範效力，仍非易事。在

更多情形，法律是使用一般人民所未必了解的用語。尤其是我國許多重要法律制度，都可追溯至清朝末年公布之法律，清朝制定現代法律當時，多係聘請日本法律專家協助，因此法律所使用之用語，諸多是直接使用日本法律之用語，而非中文固有語詞，更增加我國人民在理解法律用語之困難。例如民法是規範人民居於市民地位從事社會活動之最基本法律，而法律行為則是整部民法中之最核心之概念，但除有法律專業知識者外，一般受規範之人民，恐怕未必理解「法律行為」究竟是什麼？同樣，「行為能力」是判斷人民為買賣、互易、贈與、租賃等行為，是否有效之共通要件，一般受規範人民，恐怕也未必理解「行為能力」之意義，當然談不上對法律規範能有預見。如依本解釋多數意見以及向來解釋之見解，恐怕規範市民生活最基本之民法，至少有使用「法律行為」、「行為能力」等條文，會因牴觸憲法法律明確性之要求而無效。民法以外之其他法律，其用語非一般受規範者所得理解，亦多，亦無法期待其能預見。

何況本解釋謂：「如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解」亦屬法律明確性之標準，但「自立法目的與法體系整體關聯性觀點予以理解」，須有高度之法律專業，始有能力為之，於此情形，怎會有個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見之情形？足見多數見解就法律明確性之判準，不無矛盾之處。

四、要言之，即便一般受規範之人民，無法理解法律行為、行為能力等民法最基礎之概念，亦不能即謂民法規定牴觸憲法法律明確性之要求而無效。同理，亦不應認為受規範之一般人民，因不能理解刑法所使用之毀敗（刑法第 10 條第 3 項）、毀壞（刑法第 107 條第 1 項第 1 款、第 353 條）、毀棄（刑法第 115 條）、損壞（刑法第 138 條）、毀損（刑法第 185 條之 2）之用語意義，即認為上開刑法規定牴觸憲法法律明確性之要求而無效。何以然者？蓋

法律既然是抽象規範，自然必須抽離所欲規範之個別事實之「具象」，規範愈廣之法律，其用語愈抽象，有時甚至無法僅從其字面意義理解（例如憲法）。因此，法律明確性之要求，對於受規範者而言，並非要求其能直接理解而對其規範有所預見，而是要求必須儘量使受規範者得以直接理解，如受規範者不能直接由用語理解，於經適當專業人員之協助，得以理解者（釋字第 545 號解釋參照），亦應認為其已得理解法律意義，從而對其是否受法律規範，有所預見，此為現行法制，設有律師等法律專業人員存在之理由。

五、就本件系爭規定一至三所涉及著作權法第 3 條第 1 項第 5 款規定之「重製」，與同條項第 11 款規定之「改作」，如何區別而言，本解釋雖謂「上述著作權法規定所稱之重製，係指重複製作而言，其意義並非難以理解，且與改作係將原著作之形式或內容加以改變，而有創作元素，亦明顯有別。」然而，上開法律條文，僅在重描述重製之方法，至於何謂重製，僅以「重複製作」解釋之，並無實際內容。本解釋亦以「重複製作」解釋「重製」，實際上只是照抄條文之敘述，不無以問答問之嫌，但本解釋却謂「其意義並非難以理解」。至於本解釋指出「重製」與「改作」有別，亦僅有說明其區別，以回應聲請意旨而已，實際上仍未對「重製」之意義為解釋，足見系爭規定一至三有關「重製」之意義，未必容易理解。有審判專業之法官，提出本件聲請，可以推知其亦覺不明確，遑論受規範之一般人民？

六、附帶一提者，本解釋在解釋「重製」一語，並非不明確後，又附上一筆，謂：「按法官於個案適用法律規定時，本應為適當之解釋，以確定其意涵，並非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間與必要，且於任何個案之適用均應毫無疑義者，始符合法律明確性原則。法官於個案適用時，如遇少數邊界案例而有認事用法之疑義，應本獨立審判之權責，自行研究後而為裁判。此亦為本院

與各級法院間，應有之權限區別及角色分工。併此敘明。」本席認為，法官在個案審判時，在「認事」方面，如就事實真相有疑義時，依法律所規定之舉證責任處理之，此與大法官不行使關於個案事實認定之職權不同，無待本段敘明，亦非本段「本院與各級法院間，應有之權限區別及角色分工」之重點。

本段重點，似乎在強調，在法律之解釋上（用法），尤其面對法律不明確之情形，法官於個案審判，與大法官解釋憲法，有其「權限區別及角色分工」。如遇少數邊界案例而有用法之疑義，「應自行解決後而為裁判」。

誠然，法官審判個案，是將法律作為大前提，大法官解釋憲法，是將法律作為小前提。在法官審判，若作為大前提之法律不明確，法官即無從審判（依憲法第 80 條規定，法官應依據法律審判），自然無從「自行研究解決後而為裁判」，必須聲請大法官解釋將該不明確之法律宣告無效。在大法官解釋憲法，若作為小前提之法律不明確，則可直接宣告該法律違憲，就此而言，法官與大法官固有其「權限區別及角色分工」。但是否可因此「權限區別及角色分工」，即要求法官於個案審判時，若本於其合理確認，認為作為大前提之法律有不明確時，仍應「自行解決後而為裁判」？非無研求餘地。何況尚須具有審判專業法官研究後方能確定其意義之法律，通常不會是受規範人民所得預見，又豈會是符合本解釋多數見解所稱法律明確性之要求，而為合憲之法律，成為法官審判所應適用？

部分不同意見書　　蔡明誠大法官　提出
黃虹霞大法官　加入

本件有關著作權法第 91 條第 2 項規定：「意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」就此涉及「營利目的」擅自以重製而侵害著作權之行為加重刑罰，以 6 月以上有期徒刑為最低法定自由刑部分。又同法第 91 條第 3 項規定：「以重製於光碟之方法犯前項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 500 萬元以下罰金。」同法第 91 條之 1 第 3 項本文規定：「犯前項之罪，其重製物為光碟者，處 6 月以上 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰金。」上開二項規定，以重製於光碟之方法或其重製物為光碟者，作為刑罰加重之要件。本號解釋認重製概念未違反法律明確性原則，及上開規定所定之最低度法定自由刑、罰金加重及非告訴乃論之罪等部分，其與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則[1]，亦尚無違背與憲法第 8 條保障人身自由之意旨，或其未違反憲法保障之平等權等見解，實難以完全贊同。其中除重製概念尚未違背法律明確性原則者以外，其餘有關光碟之著作權獨立成為犯罪類型其刑罰加重及納入告訴乃論之罪等之合憲解釋部分，仍值得商榷，爰提出部分不同意見如下：

一、基於刑罰最後手段性及謙抑性，再思考著作權本質及其刑罰過苛之問題

關於著作權，原則上於創作完成時，著作人就該創作（著作）受著作權法之保護，享有積極利用權與消極禁止權之主觀性著作權（das subjective Urheberrecht），即所謂具有物權或準物權性質之絕對排他權

[1] 本號解釋認為「法定刑度之高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違」，對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係，則有未予詳加辨明之疑慮，是其仍有商榷之處。（參照本院釋字第 775 號解釋本席意見書）

（或稱絕對專屬權）（ein absolutes Ausschließlichkeitsrecht）。[2]著作權之發生，採無方式主義（伯恩公約第 5 條第 2 項、日本著作權法第 17 條第 2 項參照），權利之發生，並無行政處分介入之餘地，將之視為私法之著作權法。[3]至於客觀性著作權（即著作權法）之性質，係屬民法以外之私法特別領域（ein privatrechtliches Sondergebiet）[4]或稱特別私法（die Sonderprivatrechte）[5]。是著作權法所保護之著作財產權與著作人格權，解釋上係屬於私權，適用民法第 184 條第 1 項侵權行為法所定之權利。是故，如著作權受到侵害者，先以民事責任之追究，作為法律救濟之主要手段，實不應過度依賴以啟動刑事救濟作為對著作權侵害行為（例如抄襲或盜版等）之先發手段。惟實務發展迄今，現實狀況往往運用俗稱「以刑逼民」作為救濟手段，亦即以刑事作為嚇阻手段，藉以達成請求和解或損害賠償等目的。著作權糾紛之本質，既係屬民事法律關係（即可能涉及侵權行為或契約債務不履行等），是否須比照刑法竊盜罪處罰方式處理，甚至在刑度上更為加重，作為對抗民事侵權行為（俗稱所謂不法盜版或抄襲等行為），實有再思考之必要。

如從比較法而言，外國著作權法為防止著作權侵害行為之發生，往往設有刑罰規定，固非少見。例如德國著作權法雖設有刑事處罰，但有認為在實務上，較確切而言，刑法扮演次要之角色（eine eher untergeordnete Rolle; a subordinate role），於現今數位及網路時代，不少是學校兒童少年，或逐漸增多是最終消費者之侵害，例如以私人使用為目的之少量不法影印，此等重製輕微案件（Bagatellfälle），如均處以刑罰，未免有過苛之虞，故有傾向於將此等行為予以除罪化

[2] 參照 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., München: Beck, 2020, Einl. UrhG Rn. 25 f..

[3] 參照中山信弘，著作權法，東京：有斐閣，2008 年 11 月 30 日初版 4 刷，頁 19-20。

[4] 參照 Ohly, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Einl. UrhG Rn. 43 f..

[5] 參照 Grüneberg, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München: Beck, 2021, Einleitung Rn. 1.

（Entkriminalisierung）。雖然就此等案件曾有排除其可罰性之提案，但於修法時，並未採納，因實務上檢察官（Staatsanwaltschaften）依現行法已可對該等輕微案件不予追訴[6]。有謂著作權法第 106 條以下之刑罰規定，係作為著作民事法之附屬性（urheberzivilrechtsakzessorische）規定，其中有些空白規定（Blankett-Vorschriften）之構成，尚須經著作權法以外其他刑法規定加以確定其不法內涵（Unrechtsgehalt），因其未設較細緻刑法特別篩選（Filter）措施，而將民法性質之任何著作權及著作鄰接權之侵害行為，擴張而納入著作權刑罰之制裁範圍。於此納入刑罰規定之情形，因較少以最後手段性原則（der ultima ratio-Grundsatz）或輔助性原則（Subsidiaritätsgrundsatz）[7]角度加以審酌，且對此等著作權侵害類皆以國家刑罰制裁，其是否過苛亦應受比例原則之審查。

德國著作權法第 106 條規定不法重製之一般侵害著作權行為，處以 3 年以下自由刑及罰金，且於 1985 年 6 月 24 日著作權領域規定修正法（Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24.6.1985）增訂著作權法第 108a 條規定。嗣後，於 1990 年 3 月 7 日強化智慧財產保護與防止產品盜取法之擴大適用範圍，主要係對抗影視產品盜取及盜版領域之組織犯罪及集團犯罪。[8]除前述私人著作權侵害（private Urheberechtsverletzungen）刑罰之

6 參照 Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München: Beck, 2018, §106 Rn. 2；有關 2006 年 6 月 15 日資訊社會著作權規定第二次法律草案 (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)，參照 Begründung, BT-Drs. 16/1828, 18.（參照 http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/018/1601828.pdf）（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。

7 有關刑法之輔助性原則，係源自憲法所保障法治國衍生之比例原則。有謂刑罰作為社會政策之最後手段，及將其任務定義為輔助性法益保護。（參照 Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. .Aufl., München: Beck, 2020, § 2 Rn. 86ff., 97ff.）

8 參照 Heinrich, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage 2019 – Beck-online, UrhG § 108a, Rn. 1.

外，亦處罰有關第 108a 條規定營利不法利用（Gewerbsmäßige unerlaubte Verwertung），自由刑提高 5 年以下，係屬營利行為之加重構成要件（Der Qualifikationstatbestand für gewerbsmäßiges Handeln），且處罰未遂犯。又與犯罪行為有關之物，得予沒收（德國著作權法第 110 條參照）。另有關判決公告方面，基於被害人之聲請，如對其具有特別利益者，得於刑事判決中諭知以一定方式公告其判決（德國著作權法第 111 條參照）。[9]上述以營利為目的之著作權侵害行為之刑罰，其中有關刑罰範圍（Strafrahmen；刑度），我國與德國雖同以 5 年為刑度之上限，但我國法則設有 6 個月以上之最低法定自由刑之下限規定。

對於營利不法侵害著作權行為之處罰，採取加重刑罰之外國立法例。例如美國 1976 年著作權法第 506（a）（1）（A）條有關故意侵害著作權之犯罪行為（Criminal offenses），以營業利益為目的，或以私人獲利（for purposes of commercial advantage or private financial gain）者，處以刑罰。於 1992 年，因電腦軟體之盜版猖獗，為杜絕侵權之亂象，故加重著作權之刑罰。當時有關著作權重罪（the felony copyright）規定，注重於受著作權保護之著作，不再著重於錄音物、電影或視聽著作。於美國第 18 法典第 2309a 及 b 條有關著作權刑事侵害（18 U.S. Code § 2319（a）（b）-Criminal infringement of a copyright）規定，加重其刑罰。如係為初犯者，該犯罪行為包含電子方法之重製或散布（the reproduction or distribution, including by electronic means），其如於 180 日期間，未經著作權人之授權，重製至少 10 件重製物或販賣 1 件或更多重製物或其散布物之全部零售價值超過 2500 元以上者，處 5 年以下監禁（imprison），或科或併科罰金。如屬再犯或慣犯（a second or subsequent offense）者，處至多 10

[9] 參照 Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, 18.Aufl., München: Beck, 2018, §44 Rn. 1084, 1088, 1090.

年監禁。其他犯罪行為，處 1 年以下監禁或罰金。[10]以上可見，美國著作權侵害之刑罰，區分輕重之著作權犯罪，其刑罰設有加重標準，但非規定於著作權法之中。整體而言，其與其他國家著作權刑罰規定之犯罪類型及刑度不盡相同，且其處罰刑度不比本件相關系爭規定輕，惟卻未明定 6 個月最低法定刑度，亦未特別針對重製於光碟之方法或其重製物為光碟之犯罪，作為加重刑罰之獨立犯罪類型，可資參照。

另如日本著作權法於平成 18 年修正時強化其罰則，比照刑法竊盜罪之法定刑為 10 年徒刑以下或 50 萬元以下，將侵害著作權、出版權、著作鄰接權者，處 10 年以下徒刑或 1000 萬元以下罰金，並得以併科。其中有關著作權侵害罪之罰金比竊盜罪之罰金更重。從比較法觀察，有稱該次修正使日本有關智慧財產權侵害罪，係世界上最重罰之規定。[11]另日本著作權法（令和 2 年 6 月 12 日）第 119 條第 2 項第 2 款規定，以營利為目的，依第 30 條第 1 項第 1 款規定自動影印機

10 參照 Marshall A. Leaffer, Understanding Copyright Law, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 465 (7th ed. 2016); Serge Subach, Criminal Copyright Infringement: Improper Punishments from an Improper Analogy to Theft, 40 New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement 255, 258, 262（該文對於量刑改革法（The Sentencing Reform Act）有所批評，其認為對於著作權侵害行為處以監禁及高額罰金，難以被任一可接受之刑罰理論（Theories of Punishment）（即如威嚇（deterrence）、遏阻（containment）、復歸（rehabilitation）及應報（retribution）等）所充分支持。又有關美國 1992 年修正，刪除著作類型之區分，而擴及重罪制裁之適用範圍包含所有侵害行為。又著作權相關智慧財產法規定，在資訊時代有關著作權盜版影響經濟，故藉修法以確保美國經濟為目的，但其對於擴張形式著作權法有所批評（Criticisms of Expanded Criminal Copyright Laws）。因著作權幾乎涉及日常生活之所有領域（all aspects of everyday life），立法者須審慎研擬著作權法，以避免數以百萬計之民眾日常活動有成為犯罪化之虞（to avoid criminalizing the daily activities of millions of people）。參照 Timothy D. Howell, Intellectual Property Pirates: Congress raises the Stakes in the Modern Battle to Protect Copyrights and Safeguard the United States Economy, 27 St. Mary's L. J. 613, 642, 648, 649.

11 參照中山信弘，前揭書，頁 518。按前述美國法，可見著作權侵害者亦可能被判 10 年以下監禁，可供參考。

（自動複製機器）侵害著作權者，處 5 年以下徒刑或 500 萬元以下罰金，並得併科。同條第 3 項規定，依第 30 條第 1 項規定之私人使用之目的，侵害著作權者，處較輕刑罰或（及）罰金，因其係以非營利為目的之一般侵害著作權行為，其刑度係處 2 年以下或 200 萬元以下之罰金，並得併科。於此情形，有認為使用前述自動複製機器者大多是一般大眾，其可罰違法性較低，非為刑事處罰之對象。但民事責任另當別論。[12]日本著作權法相關著作權侵害之刑罰規定類型，不以前述之例為限。於此僅舉一例，藉以顯示日本著作權法，除處罰一般侵害著作權行為外，另有以營利目的之侵害著作權行為，設有加重處罰規定。

此外，因我國已加入世界貿易組織（WTO），自應受「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）第五節刑事程序第 61 條規定，會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。[13]上開規定就故意及

12 參照中山信弘，前揭書，頁 519。

13 “Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale. Remedies available shall include imprisonment and/or monetary fines sufficient to provide a deterrent, consistently with the level of penalties applied for crimes of a corresponding gravity. In appropriate cases, remedies available shall also include the seizure, forfeiture and destruction of the infringing goods and of any materials and implements the predominant use of which has been in the commission of the offence. Members may provide for criminal procedures and penalties to be applied in other cases of infringement of intellectual property rights, in particular where they are committed wilfully and on a commercial scale.” 與貿易有關之智慧財產權協定第 61 條之英文及中文譯本，參照：https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-128-207126-bb3f9-1.html（最後瀏覽日期：110 年

具商業規模（wilfully and on a commercial scale）之侵害著作權案件，要求應予刑事制裁（即如具有充分嚇阻作用之徒刑或罰金）。因此，目前欲達到著作權法全面除罪化或去刑罰化之目標，並不易實現。但可在所謂故意及具商業規模之著作權侵害要件，予以更精準之界定及規範設計，在未除罪化之前，現階段法律規定亦不致於違反前述 WTO／TRIPS 第 61 條對各會員國須制定著作權刑罰相關規定之要求。

刑罰乃以物理的強制力而剝奪人之生命、自由、財產等，故不應輕易發動，不應將一切違法行為皆作為處罰對象，僅以具有刑罰必要性之犯罪，始有其適用，即所謂刑法之謙抑主義。亦即，倘若有其他可能使用之社會控制手段（例如倫理制裁、民事賠償、行政程序之制裁等），應使用該種手段，因此刑罰係保護生活利益之最後手段。[14]因此，保護著作權之相關刑罰規定，應僅限於故意及具商業規模之著作權侵害案件，就此等社會侵害性[15]之行為，始發動刑罰，就其他類型之著作權侵害，實不宜動用刑罰。當然，在相關規定未除罪化前，雖有謂以刑事制裁作為保護著作權（如防止盜版行為等），具有國家或社會法益之侵害，故其比運用民事侵權訴訟而制裁侵權人，更具嚇阻功能。惟從刑法之主要原則而論，除罪刑法定原則、法治國原則、比例原則、罪責原則及人道原則等應予遵守者外，其亦應考量慎刑原則，實不可迷信刑罰萬能或高估重刑之嚇阻效果，而以審慎或限縮「用刑」為要[16]，以符現代刑事立法及司法之理念及運作原則。

5 月 21 日）。

14 關於刑法之最後手段性或謙抑主義等刑法特質之論述，參照林山田，刑法通論，臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版，頁 60；陳子平，刑法總論，臺北：元照出版，2008 年 9 月二版，頁 11-12；張麗卿，刑法總則理論與運用，臺北：五南圖書出版，2018 年 9 月七版，頁 28；余振華，刑法總論，臺北：三民出版，2017 年 9 月，修訂三版，頁 52。

15 有關社會侵害性之用語，本院釋字第 594 號及第 602 號等解釋「國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者」，可資參照。

16 參照林山田，前揭書，頁 95-97。

另從長期之著作權立法及司法政策而言，如欲將著作權法秩序導向正軌，相關法律糾紛，宜先以民事爭訟作為救濟管道，而刑事救濟應係備而不用，亦即由個案當事人主動進行攻擊或防禦，法院再來判斷何者有理由，並非利用國家公權力之刑事制裁作為糾紛解決之主要管道，在未充分考量個案所涉及特別公共利益輕重等差異性情形下，而過度依賴法院依職權進行，卻係遂行私人利益糾紛解決之目標。換言之，司法資源應作較佳之分配及善用，如非不得已須運用以刑事制裁，亦應將之作為最後手段，否則不盡然能達成預防犯罪之效，且如欲借用刑罰處罰，是否可達成所欲重建產業秩序之目標，不無疑問。有鑑於本院甚少對於著作權法案件作出釋憲解釋，如能藉對系爭相關規定宣示違憲，促使相關機關有效重新檢討著作權刑罰，甚至智慧財產刑罰相關規定之妥當性及實效性，此乃極佳之機會，本號解釋未充分掌握此時機，且有些瞻前顧後，難免令人遺憾！

二、以重製於光碟之方法或其重製物為光碟作為刑罰加重要件之商榷

著作權法於 93 年 9 月 1 日增訂有關以重製於光碟或重製物為光碟之刑罰加重規定，因修正法律當時，重製於光碟之影音產品之盜版不良風氣，重大影響著作之文化產業之秩序。[17]在此之前，著作權法並未因著作權載體之不同，而單獨訂定刑罰。當時之立法理由為，因科技進步使光碟之重製變得相當容易，成本低且獲利高，再加上侵害之權利人眾多，因而提高有期徒刑之刑度。相關數據，或有所本，或

[17] 據修正系爭著作權法相關規定之當時新聞報導，其引用國際唱片業協會（International Federation of the Phonographic Industry; IFPI）所宣稱，於 2000 年間，每 5 件販賣音樂光碟（Musik-CDs)有 1 件盜版（Raubkopie)，至 2003 年達到新紀錄之高峰，稱每 3 件販賣音樂光碟有 1 件盜版。參照 Spiegel Netzwelt, Eine Milliarde Musik-CDs Weltrekord bei Raubkopien, 22.07.2004, 參照 https://www.spiegel.de/netzwelt/web/eine-milliarde-musik-cds-weltrekord-bei-raubkopien-a-309968.html（最後瀏覽日期：110 年 5 月 21 日）。另見該報導引述當時 IFPI 所稱之十大對抗音樂盜版之最弱國家，臺灣亦名列其中。該德文報導為：“Als größte Schwach-stellen im Kampf gegen die Musikpiraten nannte der IFPI zehn Staaten: Brasilien, China, Mexiko, Pakistan, Paraguay, Russland, Spanien, Taiwan, Thailand und die Ukraine.”以資參照。

係推估，似難精準計算，但無論該數據是否屬實，仍可感受到當時音樂光碟盜版猖獗之現象。如從當時之時空狀況觀之，相關機關為保護音樂相關產業及著作人之權益，增訂以重製於光碟犯罪或其重製物為光碟，加重其刑事處罰，固有其時代背景。面對運用光碟侵害著作權之盜版行為盛行之初，基於治亂世用重典之想法，且為確保影音相關著作權及其產業之目的，而增加犯罪類型及加重處罰規定，雖可理解，惟依據當時之社會背景環境而配合增修之犯罪類型、構成要件及其刑罰加重等法規範，現在之時空背景已有變動，是否仍舊合宜？此外，94 年 2 月 2 日修正、95 年 7 月 1 日施行之刑法，基於刑罰公平原則之考量，杜絕僥倖之犯罪心理，並避免鼓勵犯罪之誤解，已刪除第 56 條連續犯之規定，並將含有連續犯性質之常業犯一併全數刪除後。以光碟為載體非法重製，有因數量少，情輕法重，仍必須處 6 月以上有期徒刑，或有因重製方便，先後大量重製，或經營不同店家，因實務上無法評價為連續犯或常業犯，也難以集合犯或接續犯相繩，累計併罰之結果，所應執行之有期徒刑可高達數年，因而發生與罪刑相當原則不合之虞。[18]因此，對於往昔將以重製於光碟之方法或光碟作為重製物之情事，以刑事制裁、甚至加重刑罰手段，介入著作權之私權糾紛中，由於現時傳播媒體技術推陳出新，就相關處罰規定之妥當性及實效性而言，其仍有再推敲之處。

又影音等著作之載體，係屬於傳播之媒介物，若出現新興傳播媒介，即隨之加重刑罰，作為其刑罰加重之犯罪態樣，是否一有新型傳播媒介出現，即需修法。立法者此等另立特別刑罰，藉以回應新興傳播科技進步挑戰之心態，頗值得商榷。況且如認為新法制定或法律修正，須與時俱進，目前已從往昔之影音媒體（例如傳統唱片、錄音帶或錄影帶），演變至數位化之儲存或傳輸形式，則往昔以 CDs 或 DVDs 等光碟作為重製載體，以為加重刑罰之對象，自有重新檢討之必要。尤其是面對數位時代之網路或線上影音傳輸媒體之進步，「光碟」業

[18] 參照智慧財產法院第二庭聲請書，頁 18-20。

已漸退場，而被網路傳輸檔案、雲端等新傳輸或儲存方式所取代，或另以體積更小且容量大之 USB，抑或以可攜式儲存裝置等所取代。面對不斷更迭之新興傳播媒介，難道又有必要隨時將其納入處罰範圍，取代光碟載體，作為侵害著作權之刑罰加重之客體？因此，就以光碟作為重製方法或重製物加重處罰之相關規定，實需與時俱進，應重新檢討現行以光碟載體作為加重刑罰規定之妥當性及實效性，是否足以因應前述新興傳播媒介之變革？如不具妥當性及實效性，則有將上述以光碟作為重製方法或重製物之系爭加重處罰規定予以廢除之必要！值此傳播技術日新月異之年代，時勢推移，法亟待與時而轉，令人期待立法者能制定一套合乎時宜之法律，以利應用。又在未來得及修法之前，因本號解釋之原因案件，兼及法官聲請釋憲案與人民聲請案，其牽涉對象甚多，如宣告上開系爭規定違憲，給予此等聲請案件原因案件當事人得以直接受到司法救濟之機會，始不違背本號解釋受理本件聲請解釋憲法之良善美意，以落實本院解釋保障人民憲法基本權之初衷！

此外，有關系爭相關刑罰加重規定，立法者原本認為以拘役或易科罰金處罰，恐致刑罰失能，而予以刪除拘役等相關規定。是本號解釋一方面認為立法者之修法合憲，另一方面又期待法官就個案情節，得依刑法第 59 條規定酌減其刑，並使犯罪情節輕微之個案，得依刑法第 41 條第 1 項本文規定易科罰金之可能，以避免執行短期自由刑等見解，如從上述系爭相關規定之歷史解釋，恐有違反加重刑罰立法原意之虞！且實務上亦有非法重製之光碟數量不多，告訴人與被告和解並撤回，但因該撤回不生效力，被告又因他案構成「慣犯」，且無刑法第 59 條之酌減情形，而至少必須處有期徒刑 7 月以上，造成個案罪刑嚴重失衡。總之，本號解釋之結果，係全面性合憲，縱使對有關機關另有「併此指明」或「併此敘明」，呼籲有關機關適時檢討。惟此等未具拘束力之呼籲式（警告式）宣示解釋，其作用如何，頗令人懷疑！

三、著作權法第 100 條但書有關非告訴乃論之罪規定問題

著作權法第 100 條就著作權犯罪採告訴乃論之原則，少數例外，始採非告訴乃論。[19]至 92 年 7 月 9 日修正著作權法第 100 條時，因數位化著作，例如電子書、視聽、錄音著作之影音光碟或電腦程式光碟產品等之盜拷、盜錄或散布盜版物之行為，至為猖獗，其所侵害者，已從往昔單純侵害個人法益性質轉化為損害國家、社會法益[20]之性質，不宜繼續為告訴乃論之範圍，爰將犯著作權法第 91 條第 3 項及第 91 條之 1 第 3 項本文規定所定兩種較重大之著作權侵害行為納入非告訴乃論之範圍，由國家主動追訴，以期有效遏止侵權犯罪。除因配合刑法修正而修正著作權侵害之非告訴乃論之罪（例如舊法因刑法廢除常業犯規定，配合一併刪除）外，有關何種犯罪較重大，是否納入非告訴乃論之範圍，故應有一定標準，且容許立法者隨社會變遷，而適度予以調整。惟其所欲納入之犯罪，如有過苛之情形，自應一併檢討其是否合憲？

另從比較法觀察，例如前述德國著作權法第 108a 條就營利之侵

19 例如 53 年 7 月 10 日著作權法第 40 條就第 34 條之罪，須告訴乃論。但犯第 34 條之罪（按：侵害著作人格權）而著作人死亡者，為非告訴乃論。之後修正相關規定，除條次變更外，其內容有所增修，例如 74 年 7 月 10 日修正為犯第 43 條之罪而著作人或被冒用人死亡之情形，非告訴乃論。按 53 年 7 月 10 日著作權法第 34 條規定，違反第 20 條之規定者，處一千以下罰金。第 20 條係就改竄割裂變匿姓名或更換名目發行之侵害著作人格權中之同一性保持權。之後，81 年 6 月 10 日修正著作權法，改規定於第 100 條，該條但書除維持當時現行條文對著作人已死亡而侵害著作人格權及未經登記之製版權刊有業經等字樣之犯罪，仍規定為非告訴乃論之罪。對於第 91 條至第 93 條之常業犯，定為非告訴乃論之罪，認為係杜絕此類犯罪之最直接、有效之方法。

20 刑法之任務（Aufgabe des Strafrechts），係社會侵害性行為之對抗（die Bekämpfung sozialschädlichen Verhaltens）或禁止（Verbot）。於此範圍，與警察法形成共同之關聯性。立法者依方面行使權力獨占，他方面負保護人民之義務。於是，刑法任務，保護個別及公共之法益（Rechtsgüter des Einzelnen und der Allgemeinheit）。於此是否亦涉及「社會」之保護(Schutz der Gesellschaft)，學理上仍有爭議。（參照 Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, 13. Aufl., München: Beck, 2021, Vor §1 Rn. 4.）

害著作權行為，而為加重刑罰構成要件之規定，不同於前述第 106 條等之基本構成要件（Grundtatbestände），其刑事追訴（Strafverfolgung），係非告訴乃論之罪（Offizialdelikt），刑事追訴機關因特別公共利益，認為必要者，得依職權提起公訴，例外非屬告訴乃論（德國著作權法第 109 條）。此可能於公訴程序中聲明為參加訴訟人而參加訴訟（Nebenklage; 德國刑事訴訟法第 395 條第 1 項第 6 款；§395 Abs. 1 Nr. 6 StPO），但被害人不須提起自訴（Privatklage; 德國刑事訴訟法第 374 條第 1 項第 8 款; §374 Abs. 1 Nr. 8 StPO）。[21]以上就營利犯罪行為之加重其更高刑度（Strafrahmen）從 3 年增至 5 年之處罰後果。因當時影音盜版領域中涉及組織及集團犯罪，以加重營利侵害行為之刑度[22]，但未明定另以其影音光碟之重製方式或載體作為其加重刑罰或增定為非告訴乃論之制裁模式，茲與本件系爭規定相互比較之後，值得再探究目前系爭規定之必要性！

綜上，現行著作權法第 100 條但書規定非告訴乃論之罪，僅剩兩項之罪，亦即前述有關重製於光碟方法或其重製物為光碟等犯罪予以加重刑罰之型態。如前所述，除告訴乃論與非告訴乃論兩類型之外，有屬折衷之類型者，例如德國著作權法就以營利為目的之不法重製之著作權侵害行為，基於特別公共利益考量，刑事追訴機關如認為必要時，得依職權提起公訴，由此可見，仍有另類選擇之可能，可供參考。本席認為光碟作為載體之犯罪應予除罪化且認其違憲者，自與前屬系爭有關刑罰加重規定一併宣示違憲，方屬合理！

---

21 此款規定就產業財產權及著作權侵害，享有參加訴訟之權限，有認為其係與體系疏離之外來者（systemfremd），因其未涉及對被害人之重大攻擊性犯罪，且所侵害者並非屬於其高度人格性之法益（in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern）。（參照 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, §395 Rn. 6.）此見解值得參考。

22 參照 Kudlich, in: Schricker/Loewenheim, a.a.O., Vor §§106 ff. Rn. 11f., 51f., §108a Rn. 1f..

四、結語與展望

當然在系爭相關規定除罪化之前，受著作權侵害者運用刑事訴訟作為救濟手段，在司法實務上，固無可厚非。惟職司著作權刑事政策之立法者或相關機關，實不宜以刑罰作為對抗著作權侵害現象之手段。在刑事政策之選擇上，所謂刑罰最後手段性及謙抑性等理念，自當深思再三，以此為念，並基於慎刑、「輕刑減政」等理念，甚至「刑期無刑」為上策，逐步實踐於刑事立法政策形成過程之中。

最後，對於本號之解釋，除本件聲請人以外之外界人士自有其期待，但本號全面性合憲作為解釋結論，恐感到失望者並非僅是本件聲請人而已！關心此等議題者，恐亦難以接受此合憲之理由及其結論！未來如何彌補，唯有期待相關機關盡速檢討及修正不合時宜之著作權刑罰相關規定，以期公允處理著作權糾紛！

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇五號解釋

【少年事件被害人到庭陳述意見案】

發文日期：中華民國110年7月16日

發文字號：院台大二字第1100020486號

解　釋　文

少年事件處理法第 36 條規定：「審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。」及其他少年保護事件之相關條文，整體觀察，均未明文規範被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，於此範圍內，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨及少年事件處理法保障少年健全自我成長之立法目的，妥適修正少年事件處理法。於完成修法前，少年法院於少年保護事件處理程序進行中，除有正當事由而認不適宜者外，應傳喚被害人（及其法定代理人）到庭並予陳述意見之機會。

解釋理由書

聲請人因其未成年女兒遭 3 名少年非行侵害，提起妨害風化之告訴，經司法警察官依法移送該管少年法院。臺灣臺北地方法院少年法庭分別以 104 年度少調字第 129 號裁定不付審理、104 年度少護字第 145 號裁定保護處分。聲請人不服，提起抗告。嗣經臺灣高等法院少年法庭分別以 104 年度少抗字第 105 號裁定、104 年度少抗字第 87 號裁定（下併稱確定終局裁定）以抗告無理由而駁回確定。聲請人以少年事件處理法（下稱少事法）第 36 條規定（下稱系爭規定），就審理期日訊問少年時，未賦予被害人及其法定代理人有到庭陳述意見之機會，有違憲侵害人民之程序基本權、訴訟權及正當法律程序等憲法基本權利之疑義，向本院聲請解釋。經核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請解釋憲法之要件相

符，應予受理，爰作成本解釋，理由如下：

憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民於其權利或法 2
律上利益遭受侵害時，有權依法請求法院救濟（本院釋字第 653 號、第 752 號及第 755 號解釋參照）；法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判（本院釋字第 737 號及第 755 號解釋參照）。犯罪被害人（含少年事件被害人），其依法享有訴訟上一定地位或權利時，於程序上雖非當事人，但仍屬重要關係人，基於憲法正當法律程序原則之要求，其於法院程序進行中，即應享有一定之程序參與權。犯罪被害人（含少年事件被害人）到庭陳述意見之權利，乃被害人程序參與權所保障之基本內涵，為法院應遵循之正當法律程序之一環，自應受憲法之保障。又，訴訟權及正當法律程序之具體內容，固應由立法者依各類程序之目的與屬性等因素，制定相關法律，始得實現（本院釋字第 512 號、第 574 號及第 752 號解釋參照）。惟立法者就犯罪被害人（含少年事件被害人）所定相關程序規範，無正當理由而未賦予其有到庭陳述意見之機會者，即不符憲法正當法律程序原則之要求，而有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上固然有別，然其被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內，仍應享有一定之到場陳述意見之權利。

按國家就兒童及少年之身心健康及人格健全成長，負有特別保護 3
之義務（憲法第 156 條規定參照），應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，以符憲法保障兒童及少年健全成長之意旨（本院釋字第 664 號解釋參照）。基此，為保護心智未臻成熟之兒童及少年，立法者就其特定偏差行為或觸犯刑罰法律行為之處理，特制定少事法以為規範，其立法目的著重於健全少年之自我成長、成長環境之調整及其性格之矯治（少事法第 1 條規定參照）；其中，有關少年保護事件之處理程序，尤為保護與矯治偏差或非行少年而設。

然涉及少年偏差或非行行為之少年保護事件，亦可能有因少年之 4

行為而權利受侵害或身心受創之被害人，且可能同屬未成年人。而就少年保護事件處理程序而言，被害人到庭就其受害情節，以及對少年未來環境之調整或性格之矯治所持意見之陳述，除有助於法院釐清與認定相關事實外，亦有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長。少事法於立法之初（51 年 1 月 31 日制定公布），即明文保障少年行為之被害人享有一定之程序地位與權利，如少年法庭以情節輕微而為不付審理裁定前，命少年對被害人為道歉等事項，應經被害人同意；少年法庭所為裁定，應以正本送達於被害人；被害人對少年法庭不付審理與諭知不付管訓處分之裁定得提起抗告等（51 年少事法第 29 條第 2 項、第 48 條及第 62 條規定參照）。相關規範發展至今，現行少事法除仍明定少年法院所為裁定，應以正本送達於被害人（少事法第 48 條規定參照）外，被害人或其法定代理人就少年法院不付審理之裁定、不付審理，並為轉介輔導、交付嚴加管教或告誡處分之裁定、諭知不付保護處分之裁定或諭知保護處分之裁定等，均得提起抗告（少事法第 62 條規定參照），亦得於少年法院諭知不付保護處分之裁定確定後，依法聲請重新審理（少事法第 64 條之 2 規定參照）；此外，少年法院以情節輕微而作成不付審理，並為轉介輔導、交付嚴加管教或告誡處分之裁定、或諭知不付保護處分之裁定以及諭知保護處分之裁定前，欲轉介適當機關、機構、團體或個人進行修復或使少年向被害人道歉，立悔過書等行為者，應經被害人同意（少事法第 29 條第 3 項、第 41 條第 2 項及第 42 條第 4 項規定參照）。由此可知，少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利。從而，基於憲法正當法律程序原則之要求，被害人即應享有一定之程序參與權之保障。是立法者於少年保護事件相關程序所為規範，除應致力於落實非行少年之保護外，亦應兼顧少年行為被害人程序參與權之保障，其最低限度應使被害人於程序進行中有到庭陳述意見之機會；非有正當事由且符合比例原則之前提下，不得一律予以排除。

查系爭規定，即少事法第 36 條明定：「審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。」乃少年法院於審理少年保護事件所應遵循之程序性規定。其規定之立法目的，除為確保少年不致因心智、表達能力未臻成熟，而未能於受訊問時為適當之陳述外，亦在使少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人得藉此表達相關意見，以協助少年法院促成少年之健全成長，其目的固屬正當而有必要。惟系爭規定並未納入被害人或其法定代理人；至少事法其他有關少年保護事件處理程序之條文，於法院作成裁定前斟酌情形而欲推動修復等程序時，為徵求被害人之同意，雖有可能使其得到庭陳述意見，但均非被害人於少年保護事件處理程序進行中之常態性權利。整體觀察，系爭規定及少事法其他有關少年保護事件處理程序之規定，均未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之機會；從而，被害人或其法定代理人就其受害情節，以及對非行少年未來環境之調整或性格之矯治必要性所持意見，可能即無從為適當之表述，除無法以被害人之觀點就少年之行為提供法院認定與評價之參考外，亦無法從被害人之角度協助法院對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長。於此範圍內，系爭規定不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨及少事法保障少年健全自我成長之立法目的，妥適修正少事法。於完成修法前，少年法院於少年保護事件處理程序進行中，除有正當事由而認不適宜者外，應傳喚被害人（及其法定代理人）到庭並予陳述意見之機會。至少年法院就被害人或其法定代理人到庭陳述意見之方式，應特別斟酌少事法保障少年健全自我成長之立法意旨而為適當之決定，自屬當然。 5

聲請人另主張少事法第 21 條違憲部分，查該規定並未為確定終局裁定所適用，聲請人自不得以之為聲請解釋之客體。是此部分聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定應 6

不受理。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書　　蔡明誠大法官　提出

本號解釋基於憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，於人民之權利或法律上利益遭受侵害時，有權依法請求法院救濟；法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判，明確肯認被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內，仍應享有一定之到場陳述意見之權利，可資贊同。惟本號解釋所採憲法依據及其論理，對於一般犯罪所適用刑事訴訟程序，雖較無問題，但因本件原因案件涉及少年保護事件，除性質及立法本旨上與成人刑事案件有別外，再從少年事件處理法（下稱少事法）觀察，其與少年刑事案件亦有所差異。且少年保護事件既具有特殊性，嚴格言之，並不應與一般訴訟等同視之，是本號解釋如另以憲法第 22 條發展出程序基本權作為訴訟權之上位概念，作為憲法依據，更可顯示少年司法事件之被害人在一定範圍內亦受到憲法基本權之保障，爰提出協同意見書如下：

一、憲法第 16 條保障人民訴訟權與概括程序基本權之釐清

憲法第 16 條規定人民有請願、訴願及訴訟之權。學者有稱為權利保護請求權，故憲法合併規定為一條。其中請願權歷史甚為悠久，今則訴願與訴訟制度，均甚齊備。各國憲法多有請願權之規定，具有救濟權之性質，可補訴願與訴訟為救濟手段之不足。憲法第 16 條所保障之請願、訴願及訴訟權，性質上屬於程序權，乃人民為實現其憲法上所保障之其他各種權利，向立法、行政或司法機關請求救濟手段

性之基本權利。尤其是向司法機關訴請裁判之訴訟權，具有最終救濟之功能。[1]

在學理上，有認為從實體與程序觀點，基本權又可分為實體基本權與程序基本權（Verfahrensgrundrechte 或 Prozessgrundrechte）[2]。憲法第 16 條規定人民有請願、訴願及訴訟之權，係憲法有關程序基本權之基礎規定，但非以此為限，還有延伸其他程序保障之空間。[3]程序基本權乃從憲法保障個別基本權利之客觀功能面向中推導出，即是將附含於個別基本權利中之程序保障，加以一般化與主觀化，使之既成為憲法上的原則，又成為個別基本權利。[4]換言之，個別基本權利皆含有程序保障之需求及功能，得將性質相同之「程序保障」一般化為「程序基本權」，就如同平等權、人性尊嚴、一般人格權，其既內含於各項具體基本權利中，亦可外顯為憲法原則，作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，並支配所有公權力，包括行政、立法、司法等。[5]如能建構概括且廣義程序基本權概念，除可去除程序

1 詳參司法院釋字第 368 號解釋吳庚大法官協同意見書。

2 德文“Verfahrensgrundrechte”，如譯為程序（手續）基本權，而“Prozessgrundrechte”，譯為訴訟基本權，似較貼近原意，但亦有將兩者不加以區分者，將兩者併用。惟我國憲法第 16 條將訴訟權與訴願、請願權分別指稱，是訴訟與概括法律救濟程序（手續）宜加以區別，並以程序基本權為其上位概念，似較周延。

3 參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，台北市：作者發行，2017 年增訂 5 版，頁 301 以下。

4 人民依據憲法保障之基本權利規範，得享有消極排除侵害或積極請求保護與給付等請求權，又稱主觀公權。此外，該基本權利規範本身，在客觀上有要求國家須透過法制度（Rechtseinrichtungen）、組織及程序之妥善建制與保障，以達基本權利確保（Grundrechtssicherung）之功能，又稱為客觀規範。性質上猶如平等原則與平等權，因為在個別基本權利中，亦內涵平等之要求。參照李震山，程序基本權，月旦法學教室，第 19 期（2004 年 5 月），頁 32-36。

5 程序基本權不只與保障訴訟基本權之民事、刑事、行政訴訟法有關，尚及於司法訴訟以外之行政權行使之程序，單以行政機關所適用之行政罰法、行政執行法、訴願法、行政程序法等規範。參照李震山，多元寬容與人權保障---以憲法為列舉權之保障為中心，引自月旦知識庫，第六章程序基本權（最後瀏覽日期：110 年 7 月 13 日），頁 261、263、264。

功能僅具實體基本權利之附隨地位之迷思外，亦可補訴訟權保障之不足。[6]又有關程序保障之原理運用及機能，非僅限於刑事程序或行政程序，於民事事件之審理，亦不應忽視程序保障之優位性及指導原理性，且關於程序保障機能之評估，不應局限於其與訴訟程序內制度之關聯，而應併致力擴大視野於訴訟以外之程序制度，進行多角度之分析。[7]

此外，憲法所規定之訴訟為民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟及選舉訴訟四種（參看憲法第 77 條及第 132 條）。[8]如從憲法所稱訴訟之文義觀之，是否包含少年保護事件，不無疑義。如在未修正憲法之前，係屬訴訟事件以外之擴張程序保障之問題，從憲法第 22 條概括基本權中，如能發展出以程序保障為目的之較廣義程序基本權概念，實更加概括且周延。是透過憲法程序基本權之理念，重新建構與憲法相連結之制度性保障或具有客觀法秩序（價值）面相（功能）之程序基本權[9]，並再次檢視及確認一般訴訟程序事件外之少年司法事件之被害

6 參照司法院釋字第 672 號解釋陳春生大法官不同意見書，頁 3。

7 參照邱聯恭，程序制度機能論，台北市：作者發行，1996 年 8 月 22 日初版，頁 63 以下。

8 參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），台北市：三民，民國 82 年 1 月修訂 7 版，頁 253-255。

9 學理上，有主張程序基本權者，例如李震山，平等對待學生的「訴訟基本權」—以司法院釋字第六八四號解釋為例，原載於：趙守博教授七秩華誕祝壽論文集，2001 年 4 月，頁 10（就訴願與訴訟之程序基本權而言。其除要求公平審判之程序外，特別講求對權利保障之無漏洞與實效性）；許育典，學術倫理事件中程序基本權的保障—評最高行政法院 107 年度判字第 131 號行政判決，月旦裁判時報，87 期（2019 年 9 月），頁 7 以下（程序基本權則是將這些依附於個別基本權利的程序保障加以抽象化、一般化，既使之成為一種憲法原則，也成為一個別的基本權利。其保障的憲法基礎，有學者認為可以從憲法第 22 條之概括基本權導出，亦有認為應從憲法第 8 條拘束人身自由應踐行的法律程序導出）。另外，有參考德國理論探討基本權利之程序功能及（司法）程序基本權與正當法律程序之關係，參照李建良，論基本權利之程序功能與程序基本權—德國理論的借鑑與反思，憲政時代，第 29 卷第 4 期（93 年 4 月），頁 481 以下、527 以下，收載於李建良，人權思維的承與變—憲法理論與實踐〔四〕，台北市：新學林，2010 年 9 月 1 版 1 刷，頁 205 以下、262 以下。（司

人保護，亦受憲法位階之程序保障，本號解釋正是將之說理清楚之好時機。

二、關於到場陳述程序參與正當法律程序問題

本號解釋認少事法第 36 條規定及其他少年保護事件之相關條文，整體觀察，均未明文規範被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，於此範圍內，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。從比較法觀察，較常被引用者，為德國基本法第 103 條第 1 項規定任何人在法院有法定聽審請求權（Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.）。此係保障人之程序上固有權（ein “prozessuales Urrecht” des Menschen）。此兩造聽審（audiatur et altera pars）概念，在羅馬法中業已創設，係指在各該個別程序中，給予程序關係人及被告有陳述意見之機會，在寺院法（或稱天主教教會法）及德意志與普魯士法律傳統，亦有所要求。一般聽審原則，可參見自由大憲章（Magna Charta libertatum；大憲章）。近代，其亦可見於 1628 年 6 月 7 日權利請願書（Petition of Rights）之正當程序（due process）保障，18 世紀美國憲

法程序基本權的存在，得由憲法明定；憲法若無明定，則可由個別基本權導出，蓋實體基本權若乏司法救濟權的搭配，將無以完全實現其內涵。例如我國憲法第 16 條明文保障訴訟權，即屬一種廣泛的司法程序基本權，其內涵可以包含請求法定法官及聽審之權利。德國學者一般認為，司法基本權乃是程序基本權的特殊形態，對於能否從實體的基本權推導出程序基本權，多數持保留態度，僅認為程序權係從基本權作為客觀法的價值決定導出。於我國，尋繹司法院歷來解釋，可以發現大法官逐步將正當程序保障擴大適用人身自由以外之權利，例如訴訟權、財產權、工作權及服公職權等。程序具有多重面貌，基本權利的限制或剝奪應符合正當法律程序，正當程序為基本權利保障的必要條件，而非充分條件。）（另參照前揭文註 189，就相關討論，其請參閱湯德宗，論憲法上的正當程序保障，行政程序法論，2003 年 10 月增訂 2 版，頁 403 以下，頁 195～199。）在德國學說，有將法治國要求連結基本法第 2 條第 1 項衍生法治國程序或法治國正當程序（rechtlich-faires Verfahren），藉以補充傳統訴訟（程序）基本權。且將正當程序（公平審判）（Faires Verfahren）作為一般訴訟（程序）基本權（Prozessgrundrecht）（參照 Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl., München: Beck, 2018, Art.130 Rn. 3, 42.）

法及 1793 年及 1795 年法國革命憲法。[10]由上可見，德國基本法有關聽審請求權，與英美法中正當程序存在若干之關聯性，而有關美國憲法上所適用之正當法律程序原則，亦已為本院解釋多次引用。

再進一步從英美法而論，所謂正當法律程序，其理念源自英國法上自然正義概念，於國家行為所衍生之任何程序，均應有使其行為相對人（即人民）有於公正法院就審、獲悉受指控行為之事實與決定，及就此指控進行答辯等權利。[11]且此由自然正義原則（a principle of natural justice）所推導之權利，可源自拉丁法諺「無人得自斷其案」（nemo judex in causa sua ）及「兩造兼聽（聽審）」(audi alteram partem or audiatur et altera pars)。至美國聯邦憲法制定時，將此理念於聯邦憲法增修條文第 5 條中明文規定：「……不得未經法律正當程序，剝奪任何人之生命、自由或財產」，通稱「正當程序條款」（due process clause）。[12]即依美國 1791 年憲法增修條文第 5 條正當程序條款，適用於聯邦，另依 1868 年憲法增修條文第 14 條「……亦不得未經正當法律程序剝奪任何人之生命、自由或財產」，以該正當程序條款拘束各州。

在德國，聯邦憲法法院基於法治國原則連結一般自由權（基本法第 2 條第 1 項），推導出正當法治國程序請求權(Anspruch auf ein faires rechtstaatliches Verfahren)，亦即一般程序基本權（allgemeine Verfahrensgrundrechte）。此外，任何未受特別保護及程序保障所涵蓋之限制，應衡量該一般訴訟基本權（das allgemeine Prozeßgrundrecht）（正當程序權；Recht auf ein faires Verfahren）。此係來自歐洲人權公約（Europäische Menschenrechtskonvention（European Convention on Human Right）（EMRK）第 6 條（正當程序權；Recht auf ein faires

10 參照 G. Nolte/H. P. Aust, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Art. 103 Rn. 1ff..

11 參照湯德宗，論正當行政程序，載於氏著行政程序法論，二版，2003年10月，頁 8。

12 參照司法院釋字第 667 號解釋葉百修大法官不同意見書。

Verfahren;或稱公平審判權）規定。[13]因此，於德國憲法違憲審查實務上，亦受到歐洲人權公約正當程序（公平審判）權之影響，而使參與者受正當程序之保障。

在日本，基於近代立憲主義，就憲法保障受侵害之權利救濟主要手段，依日本憲法第 32 條規定，任何人得利用政府所設置之獨立公平裁判制度。隨時代演變，從明治憲法至戰後憲法，司法之範圍不再限定於大陸法之民事事件及刑事事件，而擴張於行政事件；以對審判決及公開法庭為主之普通訴訟事件裁判制度，擴張於訴訟事件以外之非訟事件、家事事件。在刑事案件上，擴張於少年審判。惟因家庭裁判所就未滿 20 歲非行少年，因其處罰目的與刑事裁判並不相同，其判斷非行之有無，須經必要之處遇程序（手續）。在程序上，如以 2008 年修正少年法加強保護被害者規定為例，12 歲以上犯罪少年，於一定事件，設有被害者等許可旁聽少年審判之制度（日本少年法第 22 條之 4）。以上可見，在日本憲法受裁判權利之適用對象，擴張於訴訟案件以外之事件，其亦包括少年事件，並因應社會保護被害人之正當程序要求，於少年審判事件中強化被害人保護，可資比較。

至本院解釋使用「正當法律程序」一語，首見於釋字第 396 號解釋，惟此理念之闡述，於本院釋字第 271 號解釋吳庚大法官所提不同意見書已作論及，於本院釋字第 384 號解釋即成多數意見之論述基礎。綜觀本院歷來有關正當法律程序之解釋，就正當法律程序概念或原則，視解釋個案之情形，往往亦呈現不同表達形式。例如本院解釋，有基於憲法第 8 條所稱「法定程序」論為「正當法律程序」原則者，亦有將正當法律程序原則之依據及適用，不限於憲法第 8 條者，亦即，正當法律程序原則已不須自憲法第 8 條推導，而係隱含於憲法各項基本權利保障之本質或核心價值。另有認為如同基本權利之保障，得以憲法正當法律程序之保障，作為憲法所建立之最低標準，立法者

13 參照 Peter Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., München: Beck, 2018, H35.

自可賦予較憲法更高標準之正當法律程序之保障。[14]再者，本院解釋亦有將正當法律程序，更擴及於所謂正當行政程序者。凡此均可見正當法律程序或正當程序，已不再限於憲法第 8 條所稱之法定程序，於本院解釋發展出更概括且廣義之意涵。在憲法第 16 條有關請願、訴願及訴訟之基本權外，如能從憲法第 22 條規定發展出概括（非列舉）之程序基本權，而毋庸依附於其他個別基本權，亦即認為其具有主觀公權利、客觀法價值（秩序）或制度性保障等特性及功能，屬獨立憲法原則或概括基本權，實可期待。

綜上，本號解釋明確肯認少事法被害人之到場陳述程序參與，予以贊同。惟說理上基於憲法第 16 條保障人民訴訟權與正當法律程序原則相連結，於一般訴訟事件（案件）固較無疑問，但基於少年事件非一般刑事訴訟所足以涵蓋，是如前所述，本號解釋若依憲法第 22 條建構更為概括程序基本權，將使憲法基本權之體系及類型更臻完整。

三、少年司法事件之特殊性問題

少年司法事件，自 51 年 1 月 31 日制定公布少事法（全文 80 條）以後，首次以專法形式作為少年事件處理之基礎規範，之後歷經 56 年 8 月 1 日至 108 年 6 月 19 日之 9 次修正，特別是於 86 年 10 月 2 日將舊法所稱少年管訓處分與少年刑事案件，改稱為少年保護事件與少年刑事案件。[15]其有意藉由改稱少年保護事件，對與刑法保安處分類似之少年管訓處理方式，有所更張。從少事法本身規定來看，區分為少年保護事件與少年刑事案件兩種類型。但學理上亦有採取少年事件與成人刑事案件兩分法，試建構少事法獨立規範架構或法律領域

14 參照司法院釋字第 667 號解釋葉百修大法官不同意見書；湯德宗，論憲法上的正當法律程序，載於氏著行政程序法論，二版，2003 年 10 月，頁 195-204。

15 參考 51 年 1 月 31 日制定公布之少事法第 1 條規定，少年管訓處分及少年刑事案件之處理，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。86 年 10 月 2 日修正少事法第 1 條之 1 規定，少年保護事件及少年刑事案件之處理，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。

[16]，亦值得比較參考。

茲從現行法而論，少事法與刑事法之間，是否有相互參引及適用之餘地，不無爭論。如從少事法第 1 條之 1（舊法第 1 條），在法律適用上，少年刑事案件，如性質許可或法律規定，得以適用或準用刑事訴訟法規定，似較無疑義。惟少年保護事件，其性質較為特殊，與一般刑事訴訟案件之性質有異，且程序上其並非基於對審訴訟及公開原則，被害人是否具有程序參與或其法定代理人之伴同或輔佐之權限，亦即其是否適用刑事訴訟法相關規定之可能性，頗值得探究。[17]

---

16 學理上，如李茂生，新少年事件處理法的立法基本策略—後現代法秩序序說，收錄於氏著：少年事件處理法論文集，2018 年，頁 180，其認新法創設了多數回流管道，終歸一句話就是儘可能將少年繫留在保護的場域中。保護與刑事這種切割標準即會模糊化，而被少年與成人的區別所取代，換言之，只要是少年，縱或其所受待遇是刑罰，規範該刑罰執行的準則仍舊是少年事件處理法；謝煜偉，論少年司法中的被害人參與—日本法制的省思與借鏡，法律扶助與社會，第 5 期（2020 年 9 月），頁 72-73 及註 43，其引述日本學者見解，認少年刑事案件仍係以特殊處遇、保護發展角度處理，而非以一般刑事訴訟的追訴、處罰為原則，從少事法第 1 條的目的來看，反而不應拘泥於「保護」與「刑事」之區分，而應從「少年」與「成人」之間的差異來思考。

17 有從日本少年法觀點，對於少年事件被害人賦予參與程序權利，基於少年法健全少年成長之立法目的，持保留態度者，例如謝煜偉，前揭文，頁 61 以下。其中被害者等意見之聽取（日本 2000 年修正少年法第 9 條之 2），因日本在 2000 年前後由於受到矚目少年案件的影響，社會輿論壓力促使少年法制度朝向刑事案件的程序正義端靠攏，而被害人訴訟參加也順應刑事司法的改革潮流導入了少年法當中。2008 年的修正進一步擴張被害人在少年事件程序中的權限與地位。這幾次的法律修正，仍舊是立基於在不牴觸少年健全成長與改善教育的基本理念之下，所實施的修法；其並非單純將少年法的目的與被害者權益維護放在同一個位階上平等對待，而謀求兩者間的權衡調整而已。相較於此，我國所面臨的少年犯罪情勢顯然與日本不同。我們一方面沒有面臨因少年重大凶惡犯罪所引發的強大修法壓力，另一方面，我國少事法在 1997 年修正後，走向比日本更徹底的全件移送與保護優先主義路線，此際，我們終究應依我國少事法之規範架構，找尋屬於少事法特有之正當法律程序。而程序正當性的衡量尺度，必須回歸所謂以少年自我健全發展為核心的少事法第 1 條規定之立法目的。且依少事法在保護優先主義的前提下，在不牴觸少年自我健全成長之目標的前提及範圍之下，以次佳方案兼顧被害者的程序參與權益。

四、被害人保護與少年司法程序參與權限問題

本件原因案件之聲請人為被侵害之子女聲請釋憲，主要認少年有恐嚇及暴力等惡性重大偏差行為或刑法第 235 條非行，自應給予程度較為嚴厲之保護處分。少年法院卻僅以訓誡，其處罰過輕，且為保障被害人、告訴人之聽審請求權與落實程序保障之旨趣，少年法院作成裁定以前，自應賦予被害人、告訴人有陳述意見之機會。亦即，原因案件涉及被害人保護（Opferschutz）或程序參與保障問題。如從新近刑事訴訟制度就被害人參與訴訟制度明文化發展觀之，雖刑事訴訟法是否得適用或準用於少年司法事件，尚有探究之餘地，然因該法甫於 108 年 12 月 10 日增訂、109 年 1 月 8 日公布第七編之三「被害人訴訟參與」，茲先就刑事訴訟法相關規定，略為引述，以資比較。刑事訴訟法有關被害人訴訟參與，規定於第 455 條之 38 至第 455 條之 47[18]（以下所引條號均為刑事訴訟法規定），以回應修法前，對於被害人雖非完全無法參與刑事訴訟程序，惟保障較不週全。修法後，如被害人選擇進入訴訟參加，在依附於公訴程序（附屬訴訟；Nebenklage），進而取得部分之訴訟主體地位及權利，亦即其成為享有特別權利且於訴訟程序獨立之人。[19]犯罪之被害人得於檢察官提起公訴後第二審言詞辯論終結前，基於法定事由，依法向該管法院聲請參與本案訴訟，其立法理由，在於審判中訴訟之三面關係為法院、檢察官及被告。被害人訴訟參與制度係在此三面關係下，為被害人設計一程序參與人之主體地位，使其得藉由參與程序，瞭解訴訟之經過情形及維護其人性

18 參照立法院法律系統：https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?002E3C7E110A000000000000000014000000004FFFFFD^04552108121000^0000C002001（最後瀏覽日期：110 年 7 月 12 日）

19 參照張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，臺北市：五南，2020 年 9 月 15 版，1 刷，頁 621 以下。有關德國刑事訴訟法第 395 條至第 402 條規定附屬（附加）訴訟，第 403 條至第 406c 條規定被害人之補償，之後規定其他被害人之其他權限（Befugnisse），即第 406d 條至第 406l 條，此係指被害人為獨立之訴訟參與人（ein selbständiger Prozessbeteiligter）。參照 Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, Vor §406d Rn.1.

尊嚴。關於得聲請訴訟參與之案件類型，考量上開被害人訴訟參與制度之目的及司法資源之合理有效利用，就其聲請參與訴訟事由予以限定，即以侵害被害人生命、身體、自由及性自主等影響人性尊嚴至鉅之案件為限（第 455 條之 38 第 1 項第 1 款至第 5 款參照）。此採列舉式限定被害人參與訴訟，其准許聲請事由及相關權利內容（例如第 455 條之 41 至第 455 條之 47）是否妥適或完善，容有探討之餘地。

另於第 455 條之 41 第 1 項規定，訴訟參與人得隨時選任代理人（此項修正係參酌德國刑事訴訟法第 397 條（附屬訴訟之程序權；Verfahrenrechte）第 2 項、日本刑事訴訟法第 2 編第 3 章第 3 節之規定）。且代理人為律師時，於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄、重製或攝影。但不以準用第 33 條之方式規定訴訟參與人及其代理人為律師之卷證資訊獲知權，而於本條獨立定之（第 455 條之 42 第 1 項本文參照）。又於準備程序期日，應通知訴訟參與人及其代理人到場。但經合法通知無正當理由不到場或陳明不願到場者，不在此限。第 273 條第 1 項各款事項，法院應聽取訴訟參與人及其代理人之意見（第 455 條之 43 參照）。審判期日，應通知訴訟參與人及其代理人。但經合法通知無正當理由不到場或陳明不願到場者，不在此限（第 455 條之 44 參照）。

再者，為確保訴訟參與人及其代理人於調查證據程序中有陳述意見之機會，每調查一證據畢，審判長應詢問訴訟參與人及其代理人有無意見。且肯認訴訟參與人及其代理人有辯論證據證明力之適當機會，使其得就各項證據資料之憑信性表示意見，藉以維護訴訟參與人於案件中之主體性。是明定法院應予訴訟參與人及其代理人，以辯論證據證明力之適當機會（第 455 條之 46 參照）。

此外，訴訟參與人因被告之犯罪行為而蒙受損害，其往往對於被告與被害人之關係、犯罪所生損害及被告犯罪後之態度等量刑事項知之甚詳；且陪同人既具備第 271 條之 3 第 1 項所定身分或關係，其對於被害人因被告之犯罪行為所受之創傷、心路歷程等攸關前開量刑事

項之情形，亦有所悉，是應賦予訴訟參與人及其代理人、陪同人就科刑範圍表示意見之機會，使量刑更加精緻、妥適，以符刑罰個別化原則。因此，審判長於行第 289 條關於科刑之程序前，應予訴訟參與人及其代理人、陪同人就科刑範圍表示意見之機會（第 455 條之 47 參照）。

以上有關刑事訴訟程序中加強保護犯罪被害人，而准許參與訴訟之相關規定，將被害人保護理念加以成文化，雖仍有不少限縮適用範圍及其權限內容[20]，但其經由立法回應被害人保護之國內外新發展趨勢，藉以保護被害人程序基本權之立法用意，值得肯定。

又針對一般刑事案件之被害人參與訴訟規定，是否亦適用或準用於少年刑事案件，甚至少年保護事件，則難免有採肯定、否定或採限縮適用或準用等差異之仁智之見？尤其是採限縮適用或準用範圍之見解，亦可能須再確認係以肯定保護被害人為原則，其限縮或否定其適用範圍或權限為例外，抑或採否定為原則，肯定為例外等折衷之見解，被害人如何參與程序，少年法院如何裁量，值得再探究。本席認為，就法律適用及解釋原則而言，雖有關例外規定，須從嚴解釋，然從本件原因案件所涉及個案事實，聲請人就個案所為之不平則鳴，是基於憲法被害人保護（Opferschutz）之程序基本權，而非關於權利之限制，是故，如不違反為行為人與被害人衡平（Täter-Opfer-Ausgleich）之程序保障原則，宜採肯定為原則，否定為例外，即如少事法第 1 條立法意旨與目的（Sinn und Zweck）為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格。因法院程序不公開之守密或非行少年紀錄之塗銷或其他不許可之正當理由等例外情形，始由少年法院個案裁量限制被害人之程序上個別權利，自比較符合保護被害人之精神及

[20] 因本編司法院原提草案未被採納，亦即於調查證據之最後，除審判長認其不當者外，參考德奧日及國際刑事法院規章，有提供被害人詢問被告之機會規定。故有認為立法政策過於保守，訴訟參與人所獲權利極為有限，本編施行後究竟有何成效，有所存疑。參照朱石炎，被害人訴訟參與新制概要—附述「修復式司法」（下），司法周刊，民國 109 年 1 月 17 日三版。

其發展趨勢。

此外，有關被害人保護規定，基於犯罪事件雙方（加害者與被害者）在訴訟程序所處地位之衡平考量，除前述保護被害人程序權外，亦可考量被害人為少年或其保護者行使損害賠償請求權時，簡化請求補償程序，毋庸另經曠日廢時之民事訴訟之求償程序，特別就少年事件設有被害人補償制度，即如日本刑事訴訟法第 17 條所謂損害賠償命令制度，因而被害人得以迅速獲得賠償。[21]此外，雖有認不宜賦予被害人「準公訴人」之較多權限，但其仍享有一定範圍之法定權利，例如卷證資訊獲知權、在場權、對於證據表示意見之權利及對於科刑表示意見之權利等。與本號解釋相關者，在場權、對於證據表示意見及對於科刑表示意見等權利，是否得以適用或準用於少年事件，尤其是有關少年保護事件是否適用或準用，抑係由被害人聲請而少年法院進行個案裁量[22]，不無爭議。凡此等歧見，尚難從本號解釋得以定論，因少年法院個案裁量，往往存在難以補規範不足之疑問，實有賴修法明確肯定被害人保護原則，僅於例外情形，方由法院個案為不許可之裁量。

21 參照謝如媛（計畫主持人），犯罪被害人參與少年司法程序之研究（結案報告），司法院委託研究計畫，民國 100 年 7 月 18 日，頁 26。

22 在少年司法程序，有認為其參照少事法第 1 條之 1、第 24 條、第 34 條及刑事訴訟法第 455 條之 38 以下等規範意旨，連結被害人參與訴訟所產生之各項權利，原則上應予許可，不過個案之中必須先由被害人在程序進行中，針對個別權利與該權利之個別行使對象，如從保護被害人及完善少年健全成長利益之折衝關係來看，由被害人聲請而少年法院視具體情狀進行個案裁量，不失為合理處理方法。參照許恒達，析論犯罪被害人參與少年司法程序之爭議─借鏡德國少年刑事程序法制，法律扶助與社會，第 5 期（2020 年 9 月），頁 50 以下。又有比較日本少年法之研究計畫檢討分析建議，關於被害人等旁聽審理，以及被害人等進行意見陳述之規定，有認不宜作為被害人之「權利」予以明定，而應讓法院按個案情形，以有助於促進少年之健全成長為前提，進行個案裁量。（參照謝如媛，前揭研究計畫報告，頁 88。）以上採個案衡量之見解，請參考之。

五、結語與展望

本號解釋闡明憲法保障被害人程序參與權之意旨，雖有不同之見解，但如單從肯定被害人於少年司法事件中受到憲法上程序參與保障，仍具啟示作用。再從本號解釋所呈現不同意見可知，現階段較難取得全面肯認被害人完整之憲法上概括程序基本權，改以正當法律程序保障，不無可惜！本號解釋囿於原因案件之聲請範圍，且不易形成多數意見，致使本號解釋未能更全面性對少年事件被害人保護制度之建立，是本號解釋雖已為被害人保護制度跨出一步，但似僅是一小步。在本號解釋後，對於少年司法事件被害人保護之具體內涵，尚待未來進一步釋疑或突破之處仍多。

另少事法於 86 年 10 月 2 日修正時，將少年管訓處分，修正為少年保護事件，如從該法第 1 條之 1 規定文義而言，少年保護事件與少年刑事案件之處理，依該法之規定；該法未規定者，適用其他法律。並未予以區分，均得以其他法律，補少事法之不足，但因少事保護事件性質特殊，是否得適用前述刑事訴訟法第七編之三規定，亦引起爭論。此等問題，在少年司法改革時，其應考量之問題，並非純屬法律問題，尚需仰賴犯罪學、社會學、心理學及教育學等跨領域研究，通力合作尋求解決之道。最後，茲亦期待相關機關及各界進一步探究如何建構概括程序基本權，並就少年司法事件適用被害人程序保障之適用範圍及其具體權限內容等問題，找尋在非行少年與被害人程序保障間之衡平處理原則及其合理運作模式。

協同意見書　　林俊益大法官　提出

壹、前言

本件解釋係【少年事件被害人到庭陳述意見案】。

本件聲請人因其未成年女兒遭 3 名少年以 line 的方式散布裸照，

因而向司法警察官告訴，控訴該 3 名少年涉有刑法第 235 條第 1 項[1]規定之非行，經司法警察官調查後，依少年事件處理法（下稱少事法）移送該管少年法院。其中 2 名少年，嗣經地方法院少年法庭裁定應予訓誡之保護處分[2]；另 1 名少年，法院認為查無實據，裁定不付審理。聲請人均不服，抗告於高等法院，均遭以抗告無理由而裁定[3]駁回確定。

本件聲請人以少事法第 36 條規定（下稱系爭規定），就審理期日訊問少年時，未賦予被害人及其法定代理人有到庭陳述意見的機會，有違憲侵害人民的程序基本權、訴訟權及正當法律程序等憲法基本權利的疑義，向本院聲請解釋。

本席協力完成的多數意見認為，基於**憲法正當法律程序原則**的要求，少年事件被害人享有**一定的程序參與權**[4]，**最低限度**應使被害人於少年保護事件程序（包括審理期日及調查期日）進行中，原則上有

1 刑法第 235 條第 1 項規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 9 萬元以下罰金。」屬於少事法第 3 條第 1 款規定少年有觸犯刑罰法律之行為，由少年法院依少事法處理之。

2 保護處分共有 4 種：1.**訓誡**，並得予以假日生活輔導；2.交付保護管束並得命為勞動服務；3.交付安置於適當之福利、教養機構、醫療機構、執行過渡性教育措施或其他適當措施之處所輔導；4.令入感化教育處所施以感化教育（少事法第 42 條第 1 項規定參照）。

3 相關裁定：臺灣臺北地方法院少年法庭 104 年度少調字第 129 號裁定、104 年度少護字第 145 號裁定；臺灣高等法院少年法庭 104 年度少抗字第 105 號裁定、104 年度少抗字第 87 號裁定。

4 憲法正當法律程序原則的重要權利之一係**聽審權**，本院釋字第 482 號解釋釋示：「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含**聽審**、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。」（本案係針對提起**民事訴訟**再審之訴而為解釋）。本解釋多數意見，認為聽審權係針對訴訟當事人而言，而本件解釋的主體係犯罪被害人（含少年事件被害人），並非訴訟當事人，為有所區隔，乃採**程序參與權**之用詞，且不援引針對民事訴訟法而為解釋之釋字第 482 號解釋，以示二者有所不同。

到庭陳述意見的機會。經**整體觀察**[5]系爭規定及其他少年保護事件的相關條文，並無任何隻字片語明文規範少年事件被害人及其法定代理人得到庭陳述意見。於此範圍內，**不符憲法正當法律程序原則之要求，與憲法保障被害人程序參與權的意旨有違**。是一則規範不足[6]，部分違憲的解釋案。

對於本件聲請釋憲的解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有 4 項特色如下：

1、肯認犯罪被害人（含少年事件被害人）的**程序參與權**，受**憲法正當法律程序原則**之保障，是 1 項憲法位階的權利。

2、**被害人到庭陳述意見權**，是被害人程序參與權的**最低限度保障**。

3、**原則上**，少年行為之被害人及其法定代理人有到庭陳述意見權，惟如**有正當事由且符合比例原則**之例外時，法院仍得限制之。

4、被害人及其法定代理人到庭陳述意見之「**方式**」，少年法院應特別斟酌保障少年健全自我成長之立法意旨（少事法第 1 條規定參照）

---

5 採**整體觀察法的**違憲審查方式，首見於本院釋字第 737 號解釋：「本於憲法第 8 條及第 16 條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第 101 條第 3 項規定：『第 1 項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』**整體觀察**，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」

6 有關**規範不足、立法不作為的**違憲審查方式，其步驟如下：1.先敘明憲法所規範的立法作為義務為何，2.再指出系爭規定的立法不作為事項為何，3.再審查系爭規定未規定事項與憲法保障何一基本權之意旨有違，4.再命定期修法，5.最後諭知逾期未完成修法的處理方式。詳可參閱釋字第 748 號、第 762 號、第 785 號及第 803 號解釋。

而為適當之決定。

參、保障犯罪被害人程序參與權之憲法依據

傳統的刑事訴訟(程序)法，為擔保國家刑罰權的合法正當行使，防止國家刑罰權的濫用，刑事司法的重心，多放在犯罪嫌疑人與被告的人權保障，至於真正遭受侵害的犯罪被害人，除非提起自訴而為訴訟當事人，否則犯罪被害人只是居於刑事證據法上被詢問、被訊問、被詰問的證人地位而已，犯罪被害人在刑事訴訟（程序）上，可謂毫無人權保障可言！

第二次世界大戰後，興起被害者學[7]，開啟犯罪被害人保護法制的研議，歐美各國開始重視犯罪被害人在刑事司法體系程序的程序主體地位，1980 年代初期，有關被害人保護的理論與法制，逐漸開展[8]。我國刑事訴訟法或許受到此一國際上提升被害人在訴訟程序地位思潮的影響，於民國 86 年 12 月 19 日修正公布刑事訴訟法時，引進「**被害人到庭陳述意見制度**」[9]，增訂第 271 條第 2 項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」[10]另於 92 年 2 月 6 日修正公布刑事訴訟法時，增訂第 271 條之

7 請參閱，張平吾，被害者學，三民書局，85 年 10 月初版；黃富源、張平吾，被害者學新論，三民書局，101 年 1 月 1 日初版。

8 請參閱，王容溥，犯罪被害人訴訟參加制度之研究，東吳大學法學院法律學系博士論文，102 年 9 月，頁 1-2。

9 類似美國、澳洲及加拿大等國之「被害人衝擊陳述制度」(victim impact statement；簡稱 VIS)，王容溥，前註 8，頁 2。

10 刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定被害人得到場陳述意見之規範目的有二：讓被害人被害心情及感受在審判中得以展現；反應被害人對被告改善更生之效果（王容溥，前註 8，頁 304)。實務上之見解如下：

(1)最高法院 100 年度台上字第 720 號判決謂：「按刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定：『審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。』旨在對被害人訴訟參與之保護，**期使被害人或其家屬得明瞭訴訟進行中之程序，並於程序中就諸如量刑等與犯罪構成事實無關且得以自由證明之事項**，適時表達其意見，以供法院參考。至被害人於公訴程序

1 第 1 項規定：「告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場。」至於少事法少年保護事件相關條文，特別是系爭規定，即少事法第 36 條規定：「審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。」卻無明文規範被害人及其法定代理人得到庭陳述意見。茲生憲法疑義者，少年事件被害人到庭陳述意見權，是否受憲法的保障？如

就其被害經過而與待證事實有重要關係之親身知覺、體驗事實，有無使之本於證人之地位而為陳述之必要，則屬犯罪事實調查證據之範疇，應由法院本於聲請或職權決定後，依法定之調查證據方法行之。二者之規範意旨，迥不相同。」

(2)最高法院 106 年度台上字第 2093 號判決要旨：「對於訴訟進行的程度及結果最為關心者，厥為被害人或其家屬，尤其關於辯方所為辯解是否符合實情，被害人等常有一定程度的了解或不同觀點，甚至可能優於公訴檢察官，是為保障被害人權益，並補強檢察官的控訴能力，刑事訴訟法第 271 條第 2 項前段規定：『審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會』，及同法第 271 條之 1 關於告訴人得委任代理人到場陳述意見、所委任之律師得為閱卷等事的規範，學理上統稱為『規範被害人陳述制度』。從而，被害人或其委任代理人既已到庭陳述意見，甚或提出其等自行選任專家作成的鑑定意見（或報告）供法院參酌，則究竟是否可採，審理事實的法院，自應於判決理由內詳加審認、說明，否則難昭折服，並嫌理由不備。」

(3)最高法院 107 年度台上字第 3466 號判決要旨：「我國刑事訴訟法之規定，被害人參與刑事審判程序之情形有二，依人證之法定程序具結，陳述被害經過而為證言；依刑事訴訟法第 271 條第 2 項之規定，於審判期日到庭陳述意見。前者，乃法院基於發現真實之目的，本於職權或依當事人之聲請，傳喚被害人於審判期日到場，以證人身分接受詰問作證；後者，旨在經由參加訴訟之機制，**使被害人或其家屬將其等因被告之行為所受及其後衍生之痛苦遭遇傳達法院**，而使法院判決時考慮其等之被害因素，用以確保司法之妥適公平，**與被告訴訟權之行使無涉。**」

(4)最高法院 109 年度台上字第 2510 號判決要旨：「其用意係在被害人或其家屬對於案情之瞭解及其中之利害關係，除關乎國家刑罰權，亦與被害人及其家屬自身之利益息息相關，且法院給予陳述意見之機會，可**明瞭其等因犯罪被害所致身、心、財產等受損害程度，有無獲得撫平、回復**，以及被告果否已踐行賠償責任，被害人或其家屬願否寬宥等情形，而得資為事實審法院量刑輕重妥適與否之參考。法院自應通知被害人或其家屬到場並予陳述意見之機會，以保障其參與審判之權益，此即學理上稱為被害人或其家屬之**到場陳述意見權**。」

受憲法保障，其憲法依據為何？少事法未明文規範，是否屬規範不足而違憲？

關於被害人（含少年事件被害人）的程序參與權，其憲法依據為何？見仁見智，言人人殊。1、或謂：基於憲法第 16 條訴訟權之保障；2、或謂：基於憲法正當法律程序原則；3、或謂：源於基本權保護義務[11]；4、或謂：基本權保護義務及人性尊嚴；5、或謂：基於人性尊嚴之憲法原則；6、或謂：人性尊嚴與正當法律程序原則等，不一而足。本解釋多數意見，認為犯罪被害人（含少年事件被害人）的程序參與權，是源自憲法正當法律程序原則[12]的要求。

本席認為，犯罪被害人（含少年事件被害人）的程序參與權，是源自憲法第 16 條訴訟權保障之憲法正當法律程序原則。其推論過程如下：

一、回顧本院解釋先例，刑事司法程序[13]有關**憲法正當法律程序原則**

11 關於**國家對犯罪被害人之保護義務**，本院釋字第 789 號解釋釋示：「基於**國家對犯罪被害人之保護義務**，於性侵害案件，尤其涉及未成年被害人者，檢察官應盡可能及早開始相關犯罪偵查程序，並以適當方式對其為第一次訊問，避免被害人於審判前即須反覆陳述受害情節。」另可參閱，本院釋字第 664 號解釋釋示：「為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，**國家負有特別保護之義務。**」本院釋字第 728 號解釋釋示：「國家**對於女性應負有積極之保護義務。**」本院釋字第 785 號解釋釋示：「國家於涉及健康權之法律制度形成上，負有**最低限度之保護義務。**」本院釋字第 803 號解釋釋示：「國家自負有**保障原住民得安全從事合法狩獵活動之義務**。」

12 本解釋多數意見認為，主要的審查基準是憲法正當法律程序原則，與憲法第 16 條訴訟權保障亦有相關，但因犯罪被害人，畢竟未提起訴訟，只是重要關係人，並非訴訟當事人，故本解釋，強化憲法正當法律程序原則的論證（全部解釋共引用正當法律程序 8 次），淡化憲法第 16 條訴訟權的論述（僅引用 2 次訴訟權）。雖如是，惟本席仍認為，犯罪被害人（含少年事件被害人）的程序參與權，是源自憲法第 16 條訴訟權保障之憲法正當法律程序原則（如同本院釋字第 762 號解釋所述）之要求。

13 有關行政訴訟法或行政程序法方面的憲法正當法律程序原則，本院另著有下列解釋：

(1)本院釋字第 689 號解釋釋示：「憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定

之遵守，其憲法依據有二，各有其解釋重心，如重在涉及人身自由的限制或剝奪者，其依據為憲法第 8 條（例如，本院釋字第 588 號、第 636 號、第 639 號及第 677 號解釋[14]等參照）；如重在單純涉及訴訟程序上相關權利之保障，其依據則為憲法第 16 條（例如，本院釋字第 654 號、第 752 號及第 762 號解釋參照）；如兼而有之，其依據則為憲法第 8 條及第 16 條（例如，本院釋字第 582 號及第 737 號解釋參照）。

二、本件解釋客體，攸關少年保護事件程序（包括審理期日及調查期日）進行中的到庭陳述意見權，僅涉及程序法上的程序進行，不

機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。」

(2)本院釋字第 709 號解釋釋示：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第 689 號解釋參照）。」

(3)本院釋字第 739 號解釋釋示：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序（本院釋字第 689 號、第 709 號解釋參照）。」

[14] 有關憲法第 8 條的憲法正當法律程序原則，本院著有下列解釋：

(1)本院釋字第 588 號解釋釋示：「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第 8 條第 1 項規定所稱『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，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他**正當法律程序**，始得為之。」

(2)本院釋字第 636 號解釋釋示：「限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於**被移送人訴訟上之防禦權**，造成過度之限制，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符，有違**憲法第 8 條正當法律程序原則**及憲法第 16 條訴訟權之保障。」

(3)本院釋字第 639 號解釋釋示：「已賦予人身自由遭羈押處分限制者合理之程序保障，尚不違反**憲法第 8 條之正當法律程序**。」

(4)本院釋字第 677 號解釋釋示：「監獄行刑法第 83 條第 1 項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分，使受刑人於刑期執行期滿後，未經法定程序仍受拘禁，侵害其人身自由，有違**正當法律程序**，且所採取限制受刑人身體自由之手段亦非必要，**牴觸憲法第 8 條**及第 23 條之規定。」

涉及人身自由的限制或剝奪，故本席認為，本件解釋所援引憲法正當法律程序原則的依據是憲法第 16 條訴訟權保障。

三、就訴訟當事人的訴訟權保障言，憲法第 16 條訴訟權的保障，**訴訟二字**，包括「**起訴**」與「**被訴**」，起訴者與被訴者，合稱為當事人，本院釋字第 395 號解釋釋示：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序**提起訴訟**及**受**公平審判之權益。」（本院釋字第 442 號及第 512 號解釋參照），論及「提起訴訟」與「受公平審判」。就起訴者**提起訴訟**而言，人民有**依法定程序**提起訴訟之權；就被訴者**受公平審判**而言，人民有依法定程序「**受**」公平審判之權。所謂法定程序，即係憲法正當法律程序原則的遵守。再就起訴者與被起訴者的訴訟權保障，分析說明如下。

（一）就權利遭受侵害者，有權依法向法院提起訴訟（即起訴者）：本院釋字第 653 號解釋釋示：「憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其**權利遭受侵害**時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號解釋參照）。基於有權利即有救濟之原則，人民**權利遭受侵害**時，必須給予向法院**提起訴訟**，**請求依正當法律程序公平審判**，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 396 號、第 574 號解釋參照）。」此等解釋的重點在於：「權利或法律上之利益遭受侵害者，人民受憲法第 16 條訴訟權之保障，有權依法向法院**提起訴訟**，**請求依憲法正當法律程序原則，公平審判**。即權利受侵害者，有權依法提起訴訟，請求法院公平審判。」

（二）侵害他人權利而遭受刑事起訴、審判者（即被訴者），基於憲法正當法律程序原則，受憲法第 16 條訴訟權之保障。本院釋字第 654 號解釋釋示：「憲法**第 16 條**規定人民有訴訟權，旨在確保人民有**受**公平審判之權利，依**正當法律程序之要求**，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾**受公平**

審判之保障。」另本院釋字第 762 號解釋文：「未賦予有辯護人之被告直接**獲知卷證資訊**之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，**妨害被告防禦權之有效行使**，於此範圍內，與憲法第 16 條**保障訴訟權之正當法律程序原則**意旨不符。」解釋理由釋示：「憲法第 **16 條**規定人民有訴訟權，旨在確保人民有**受公平審判**之權利，**依正當法律程序之要求**，刑事被告應享有充分之防禦權（本院釋字第 654 號解釋參照），包括被告卷證資訊獲知權，俾**受公平審判**之保障。」以上係憲法就訴訟「當事人」訴訟權保障而為的說明。

四、至於犯罪被害人（含少年事件被害人），未提起自訴[15]或未經告訴[16]而由檢察官提起公訴，雖非訴訟當事人，但依法享有訴訟上一定地位或權利時，為訴訟程序的重要關係人，其程序參與權是否受憲法的保障？如前所述，權利遭受侵害者，得向法院提起訴訟，有權依法請求法院依正當法律程序公平審判；同屬權利遭受侵害者，雖未提起訴訟而非當事人，但其依法享有訴訟上一定地位或權利，仍屬重要關係人，就依法請求法院公平審判這點而言，與提起訴訟的起訴者當事人請求法院公平審判，並無不同。起訴者既受憲法第 16 條正當法律程序原則之保障，則未提起訴訟的犯罪被害人（含少年事件被害人），亦應受**正當法律程序原則一定程度的保障**，故本解釋乃釋示：基於憲法正當法律程序原則的要求，其於法院審判程序進行中，自應享有「一定」之程序參與權。所謂一定，係指一定程度，**由立法者依其程序主體地位**

15 就犯罪被害人有提起**自訴之權**，本院釋字第 569 號解釋，宣告「最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」

16 就犯罪被害人有提出**告訴之權**，本院釋字第 507 號解釋釋示：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，此項**權利自亦包括人民尋求刑事司法救濟在**內，是故人民因權利遭受非法侵害，加害之行為人因而應負刑事責任者，被害人有請求司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性之保障。」

或權利的性質而定其內容，與訴訟當事人的訴訟權保障範圍未必完全相同而言。換言之，憲法第 16 條訴訟權保障之憲法正當法律程序原則，保障訴訟當事人的訴訟權；同時亦保障非訴訟當事人但為重要關係人之犯罪被害人的程序參與權，僅係保障範圍有所不同而已。相關體系如附表：憲法訴訟權保障之正當法律程序原則體系一覽表所示。

五、綜上，本席認為，少年事件被害人程序參與權的憲法依據，應係源自憲法第 16 條訴訟權保障之憲法正當法律程序原則。

肆、少年事件被害人程序參與權之建構

在刑事訴訟，犯罪被害人的到場陳述意見權，是被害人直接參與程序制度中最早獲得承認[17]、最低限度的權利。因本件聲請釋憲的原因案件，只就系爭規定即少事法第 36 條規定未明文規範被害人**到庭陳述意見權**而聲請解釋，基於司法被動原則，本解釋亦只就少年事件被害人於少年保護事件程序進行中的**程序參與權**中，最低限度保障的到庭陳述意見權而為解釋，未及被害人**程序參與權**的其他內容[18]。**憲法保障被害人的程序參與權，須以被害人依法在程序上有一定地位或權利為重要前提**。因此本解釋理由乃詳細敘述少年事件被害人在少年保護事件確有一定地位或權利，自少事法立法之初（51 年 1 月 31 日制定公布）至現行法，均明文規範少年事件被害人有「相關裁定之受送達權」（少事法第 48 條規定參照）、「對相關裁定不服之抗告權（救濟權）」（少事法第 62 條規定參照）、「裁定確定後之聲請重新審理權」（少事法第 64 條之 2 規定參照）及「相關保護處分裁定前之同意權」（少事法第 29 條第 3 項、第 41 條第 2 項及第 42 條第 4 項規定參照）。換言之，少年事件被害人依少事法享有一定地位或權利，有此重要前提，依前揭意旨，應認少年事件被害人享有憲法保障的程序參與權。

17 王容溥，前註 8，頁 302。

18 基於憲法正當法律程序之要求，程序主體於程序進行中所享有之權利，基本上應包括：1.獲知相關資訊之資訊請求權（受告知權）；2.表達意見之陳述意見權；3.對程序結果不服之救濟權。

茲就少年事件被害人的到庭陳述意見權，分析其內容如下：

一、期日受通知權

依本解釋意旨，少年事件被害人依憲法正當法律程序的要求，有最低限度的程序參與權，即到庭陳述意見權，為便利被害人得於少年保護事件的調查期日或審理期日到庭，自應賦予被害人**期日受通知權**，此乃正當法律程序所要求的**資訊請求權**（受告知權）的重要內涵，課予少年法院於少年保護事件的調查期日或審理期日，應依法通知被害人及其法定代理人到庭的義務。但少年法院有**正當事由**而**符合比例原則**[19]的前提下，仍得不通知被害人及其法定代理人到庭。

二、到庭權

就少年保護事件處理程序（包括調查期日及審理期日）進行中，被害人的陳述意見，主要目的在陳述被害心情與感受，並希望有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當的保護措施，為達成此目的，被害人希望能到法院，看到法官，能面對面陳述給法官聽，讓法官看在眼裡、聽進耳裡，因此被害人陳述意見權的落實，自應賦予其**到庭權**。實務上，被害人到庭向法官陳述其受害的心情與感受，如法官能本於同理心，聆聽、傾聽、細聽被害人的陳述，被害人必能感受法院審理少年保護事件的用心，更能增進被害人對司法的信賴！此乃書面陳述意見[20]所無法發揮的附加效果！雖有不同主張，但本解釋多數意見，仍堅持被害人得「到庭」陳述意見的主張。

19 例如，刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬，並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」上開規定係保障被害人或其家屬而設，傳喚與否，法院自得斟酌是否必要或適宜與否而為裁量。

20 或謂：陳述意見，不以「到庭」為必要，書面陳述意見，亦無不可。惟犯罪被害人會擔心，書面陳述意見，法官會看嗎？萬一法官沒有看，或是有看、沒有懂，豈不白寫！法官沒有看到被害人陳述意見時的神態表露，法官會感受到犯罪被害人的痛苦心情嗎？所以，犯罪被害人無論如何，都是想「到庭」陳述意見給法官聽！

三、陳述意見權

被害人的陳述意見，除就犯罪構成要件事實的陳述，為符合刑事證據法則規定，應以證人身分到庭、具結、作證外，其陳述意見的內容，主要為陳述被害人被害的痛苦心情或實際感受，以及對少年未來環境的調整或性格的矯治意見，希望有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當的保護措施。

少年保護事件，固有其立法目的，在保障少年健全的自我成長，惟少年事件被害人到庭陳述意見時，讓少年在場聽聞被害人的被害心情與感受，應可加深少年對被害人遭受少年非行所受痛苦的瞭解，另方面也可增加雙方對話的機會，在尊重、理解及溝通的氛圍下，尋求彌補被害人的損害、痛苦及不安，除可真正滿足被害人的需要[21]外，更可能修復[22]因衝突而破裂的社會關係。在理想狀況下，或許也可能促使少年對其非行所產生的具體影響，有所體會與自覺，促使少年的自我健全成長。

當然，或許少年事件被害人的到庭陳述意見，有可能帶給少年不利於健全自我成長之影響，則又另當別論，法官宜審酌少年保護事件的情節及少年的身心狀況後，如有必要，得將被害人與少年適當隔離、採取適當保護措施或另訂訊問期日，讓被害人得以到庭充分陳述意見之同時，並避免被害人到庭對少年不利的影響。是以本解釋理由最後乃謂：少年法院就被害人或其法定代理人到庭陳述意見之「方式」，應特別斟酌少事法保障少年健全自我成長之立法意旨而為適當

21 少事法第 29 條第 3 項及第 4 項分別規定：「少年法院為第一項裁定前，得斟酌情形，經少年、少年之法定代理人及被害人之同意，轉介適當機關、機構、團體或個人**進行修復**，或使少年為下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、對被害人之損害負賠償責任。」「前項第三款之事項，少年之法定代理人應負連帶賠償之責任，並得為民事強制執行之名義。」

22 106 年司法改革國是會議決議及我國兒童權利公約首次國家報告國際審查結論性意見第 97 點均指出，少年司法體系應有修復機制，為貼近國際社會思潮，爰於少事法第 29 條第 3 項明定少年法院得轉介適當機關、機構、團體或個人進行修復之程序。

之決定，自屬當然。

伍、結論

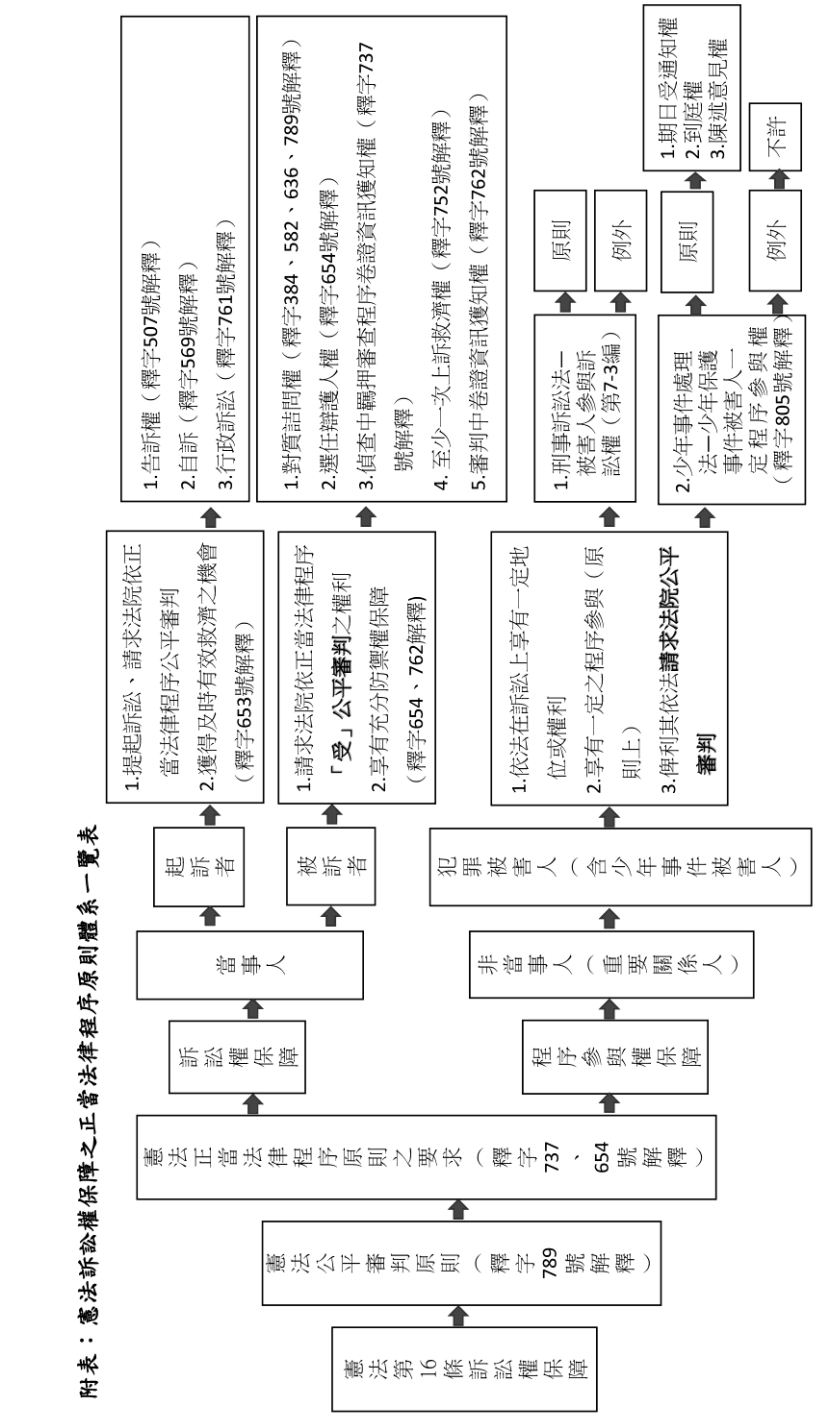
現在的少年法院法官在審理少年保護事件時，據往昔本席擔任少年法庭庭長兼法官的審理經驗與觀察所知，大多數情形，法官都會傳喚犯罪被害人到庭，讓其陳述意見，因少事法欠缺明文規定，致犯罪被害人能否到庭陳述被害心情或感受的意見，完全繫於法官一念之間，豈不是成為法官的恩賜？少年事件被害人毫無程序參與權之可言！實在可悲！

所幸！本院今日作成本件解釋，正式肯認**犯罪被害人（含少年事件被害人）的程序參與權，是憲法（正當法律程序原則）所保障的權利**，屬於憲法位階的權利。憲法保障犯罪被害人的程序參與權，得到庭陳述意見，依法請求法院公平審判，彰顯憲法公平審判原則，兼及加害人與被害人，拉回傳統刑事司法偏重被控訴者人權保障的傾向，被害人受憲法保障的程序參與權，得以具體落實，堪認本件解釋的最大貢獻！本解釋公布生效後，有關機關自應依本解釋意旨妥為規範。

關於刑事訴訟法，立法者已於 109 年 1 月 8 日修正公布時，增訂第 7 編之 3 被害人參與訴訟的規定（第 455 條之 38 條至第 455 條之 47 規定參照），為符合憲法正當法律程序原則的要求，明定一定犯罪的被害人得聲請訴訟參與（第 455 條之 38 條第 1 項規定參照），如其聲請經法院裁定准許者，參與人有準備程序期日受通知權（第 455 條之 43 規定參照）、審判期日受通知權（第 455 條之 44 規定參照）、陳述意見權（第 455 條之 46、47 規定參照）等。

整體觀察少年保護事件全部相關條文，未明文規範被害人及其法定代理人得到庭陳述意見，本解釋認為其規範不足，此部分作成部分違憲宣告，並命有關機關應定期修法，且指明妥適修正少事法，如僅修正少年保護事件審理細則，自不符本解釋意旨，併此敘明。

附表：憲法訴訟權保障之正當法律程序原則體系一覽表



協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

壹、本號解釋聲請案原因事實大要及聲請釋憲之主張

本號解釋聲請人為某未滿 18 歲被害人之法定代理人，被害人之私密照遭三名少年散布，經警方以違反刑法第 235 條第 1 項「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」之非行行為，而移送臺灣臺北地方法院少年法庭（下稱北院少年庭）調查。北院少年庭調查後認為並無相當證據足認其中一位少年參與非行，而裁定不付審理，聲請人抗告後遭臺灣高等法院駁回。北院少年庭經調查後，裁定另二位少年應予訓誡之保護處分，聲請人抗告後亦遭臺灣高等法院駁回。聲請人在對其中一位少年不付審理案件中，抗告理由包括北院少年庭在調查程序未給予被害人（及其法定代理人）陳述意見之機會；在對另外二位少年處以訓誡處分案件中，抗告理由亦包括北院少年庭進行的審理程序，未給予被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見之機會。

臺灣高等法院駁回聲請人二件抗告之裁定理由有相同之論述：少年事件處理法（下稱少事法）第 36 條及第 39 條規定僅明文應予少年之法定代理人、現在保護少年之人及少年調查官陳述意見之機會，未有如同刑事訴訟法第 271 條第 2 項「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會」之類似規定，少年保護事件審理細則亦無類似或準用刑事訴訟法此一章節、法條之規定，因此原審少年法庭縱未傳喚被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見，難謂有何程序上瑕疵或不當。聲請人針對此二份確定終局裁定理由主張少事法第 21 條（調查程序有關傳喚少年之規定），以及第 36 條（審理程序有關傳喚少年之規定）（下稱系爭規定），並未就少年法院法官或少年調查官對於少年非行事件之調查或審理時，賦予被害人（及其法定代理人）有到場及陳述意見之機會，違反憲法第 7 條之平等權，並且限制了憲法第 16 條訴訟權。

本號解釋認為少事法第 36 條及其他少年保護事件之相關條文，未明文規範被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨，而限於二年內修正。但是對於在調查期間所適用之少事法第 21 條，則因該條文未為確定終局裁定所適用，而為不受理之決定。

本席贊同本號解釋，並提出協同意見如下：

貳、於少年保護事件審理程序中，系爭規定未明定被害人得到庭陳述意見部分

一、系爭規定適用於少年觸法事件，與刑事訴訟法第 271 條規定差異之理由

按少事法規定之少年保護事件處理範圍包括少年觸犯刑罰法律之行為者（少事法第 3 條第 1 項第 1 款，下稱觸法少年），以及未觸犯刑罰法律之虞犯／曝險少年（少事法第 3 條第 1 項第 2 款）[1]。

本號解釋原因案件之二份確定終局裁定均涉及少年觸法事件，二份裁定都將系爭規定與刑事訴訟法第 271 條作比較，並得到在少年保護事件未傳喚被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見並無程序上瑕疵或不當之結論。按少事法所處理的觸法少年之行為與刑事訴訟法所審理犯罪行為之客觀要件並無差別，僅觸犯者是否已滿 18 歲之差異而已。系爭規定為何未如同刑事訴訟法第 271 條第 2 項明定應傳喚被

[1] 少事法於 108 年 6 月 19 日修正前採虞犯制度，於第 3 條第 1 項第 2 款第 1 目至第 7 目訂定 7 類虞犯事由；108 年 6 月 19 日修法後採「高風險」的曝險少年概念，原 7 類虞犯事由，保留第 5 目至第 7 目之 3 類，已極接近觸犯刑罰法律或嚴重戕害少年身心健康之事由，改列為同條第 2 項，同時修改之少事法第 18 條等對曝險少年採行政輔導先行機制，相關規範自 112 年後始施行。本號解釋原因事件之二份確定終局裁定均作於 104 年，適用當時之少事法；而本號解釋發布日為 110 年 7 月 16 日，少事法第 3 條已修改，修法後之曝險少年行政輔導先行機制則尚未施行，正值過渡時期，故本意見書以虞犯／曝險少年稱之。參 108 年 6 月 19 日修正第 3 條之立法理由，及中華民國一〇八年犯罪狀況及其分析：2019 犯罪趨勢關鍵報告，法務部司法官學院出版，初版，民國 109 年 12 月，頁 187。

害人，於系爭規定之立法理由未見說明。但一般論述均認為其差異之根源，在於少事法與刑事訴訟法有不同之立法意旨。少事法之立法目的是為「保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格」（少事法第 1 條），而刑事訴訟法之目的是為「追訴處罰」犯罪（刑事訴訟法第 1 條參照）。在不同的立法目的之下，少事法規定之少年保護事件與刑事訴訟法之審理程序有許多差異，如：少事法於少年保護事件調查及審理不公開（少事法第 34 條），與法院之審判應公開為之（刑事訴訟法第 379 條第 3 款、法院組織法第 86 條、第 87 條參照），已有重大差別；少年為陳述時，得不令少年以外之人在場；少年以外之人為陳述時，得不令少年在場（少事法第 38 條）等，足見保護少年之隱私，並避免少年保護事件進行之程序對少年情緒及其健全成長造成不利之影響，為少事法之立法基礎，立法者應是在此考量之下將系爭規定與刑事訴訟法第 271 條之規定加以區隔。

二、學者與司法院少年及家事廳（下稱少家廳）之意見

（一）對於少事法與刑事訴訟法立法目的之差異，學者認為少事法的基本結構是一個同心圓結構，以非行少年為核心，為實現該少年的健全自我成長，圍繞著核心的第一層保護圈為親權人及教育人員，少年法官、檢察官與少年調查官，屬第二層保護圈，在處理少年事件過程中，對於來自最外圍社會力量（可能來自被害人、媒體及其他社會大眾）的影響，負起減少、調節、過濾或汲取之責任[2]，學者並認為少事法「於整體的架構上早已脫離了刑法與刑事訴訟法的拘束」，「這是一個對傳統刑事實體法與程序法不斷進行侵犯的法律，並規避其影響力」[3]，基此見解，被害人之影響被視為可能對少年的健全自我成長有負面影響力的社會力量之一環，因此法院必須適當地調節、過濾少

[2] 少事法之同心圓結構，見李茂生，新少年事件處理法的立法基本策略——後現代法秩序序說，台大法學論叢，28 卷 2 期，1999 年 1 月，頁 61。

[3] 李茂生，前揭文，頁 3。

年與被害人間之互動，故一方面避免少年與被害人於審判期日同時在場，另一方面保護少年之隱私，即為系爭規定之意旨。

（二）少家廳對於少事法第 36 條未明定準用刑事訴訟法第 271 條第 2 項關於被害人於審判中陳述意見之規定，回覆大法官書記處之詢問，提供意見[4]，除引述學者有關同心圓的理論，另外提出理由包括：

1. 如准許被害人直接參與少年事件程序可能導致少年退縮，不易率直地表達自我，無法獲得與少年隱私相關之事項，使少年事件程序失去所具認識、調和少年身心狀況之機能，其結果將導致法院難以選擇適當之處遇。
2. 被害人之參與程序有助於少年之最佳利益，得使少年理解被害人所受傷害（包括身體、精神），進而讓少年深刻反省，以改善少年之行為。然而少年如尚無深切之省思，此等少年之發言或態度，可能會造成被害人之二度傷害。
3. 實務上，法官如經衡酌對於少年健全成長之影響，而認為適當時，被害人除在場旁聽外，運用少事法第 29 條第 3 項[5]等規定，被害人通常於調查及審理程序中有陳述意見之機會。

三、保障少年與維護被害人程序參與權間之權衡考量

由上可知，少事法為了保障少年以達到其立法目的，確實用心良苦，亦值贊同。然而被害人（及其法定代理人）主張其有到庭陳述之訴訟參與權，亦應受到維護，二者間之權衡考量如下：

---

4 司法院少年及家事廳中華民國 109 年 3 月 10 日廳少家一字第 1090000349 號函。

5 根據少事法第 29 條第 3 項：「少年法院為第一項裁定前，得斟酌情形，經少年、少年之法定代理人及被害人之同意，轉介適當機關、機構、團體或個人進行修復，或使少年為下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、對被害人之損害負賠償責任。」少家廳認為少年法院裁定前應經「被害人之同意」，得導引出被害人有陳述意見之機會。

（一）少年觸法事件之被害人與成年犯觸犯刑罰下之被害人，其身心或財物所受傷害並無差別。被害人在近代刑事訴訟制度下並非當事人（除自訴外），而居於隱性角色。按被害人既因犯罪而受害，在訴訟程序中亦應有一定之地位，最近被害人權益保障運動興起，被害人在刑事訴訟法中之地位在許多國家均受檢討。既然刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定了被害人應有陳述意見之機會，而同為被害人，於少事法卻無此機會之明文規定。少事法對觸法少年提供保障之立法意旨，若是以弱化被害人之程序參與權作為保障少年之方式，對被害人即為不公。

（二）在少年保護事件讓被害人有機會陳述意見，與少事法應以較溫暖之程序處理少年事件以保障少年之意旨並不衝突，少事法就審理程序已有保護少年之相關規定，應沒有必要再限縮被害人陳述意見之機會。傳喚被害人（及其法定代理人）可於審理程序中為之即可，未必限於審判期日，更不一定要與少年同時出庭。依少事法第 38 條之規定，亦不可能對少年進行交互詰問。若於審判期日為之，更可參考刑事訴訟法第 271 條之 2 之規定，利用遮蔽設備將被害人與被告、旁聽人適當隔離，甚至採用更嚴格的區隔措施以符合少事法保障少年之意旨，同時滿足被害人程序參與之權利。

（三）被害人到庭陳述具有讓被害人發抒心情，且協助發現事實，此即本號解釋理由書所指「以被害人之觀點就少年之行為提供法院認定與評價之參考」，以及「從被害人之角度協助法院對少年採取適當之保護措施」。

（四）少年保護事件所處理少年觸犯刑罰法律之行為並非均為犯行輕微之行為，亦有對被害人身心造成巨大傷害者[6]。讓被害人

[6] 少年觸犯刑罰應移送檢察官以進行少年刑事案件程序者，有下列三種情形：一、犯最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪者。二、事件繫屬後已滿 20 歲者。三、除前述情形外，少年法院依調查結果，認為犯罪情節重大，參酌其品行、性格、經歷等情狀，以受刑事處分為適當者（少事法第 27 條、第 65 條）。在

有機會到庭陳述，為基本之保障，目前實務似亦均如此運作，因此就被害人（及其法定代理人）有陳述意見之機會為原則性之規定，並不會造成實務之困擾。

（五）本號解釋要求系爭規定應妥為修正，如參酌刑事訴訟法第 271 條第 2 項「法院認為不必要或不適宜者」仍可不傳喚之規定，使法院得有裁量之權限，本號解釋理由書亦特別宣示修法時應「依本解釋意旨及少事法保障少年健全自我成長之立法目的」，讓法院有更大之裁量空間。

參、於調查程序中，少事法第 21 條未明定被害人得到庭陳述意見部分

少事法第 21 條第 1 項規定：「少年法院法官或少年調查官對於事件之調查，必要時得傳喚少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人到場。」是於調查程序中，也沒有應傳喚被害人（及其法定代理人）到庭陳述之規定，聲請人亦請求宣告此條規定違憲。本號解釋因確定終局裁定未適用少事法第 21 條而就此部分決定不受理，然實亦有討論之價值。

少年事件如經調查後認少年犯行情節輕微而作不付審理之裁定，且又未依少事法第 29 條之規定使少年為道歉、寫悔過書或對被害人之損害負賠償責任，而在裁定前又未讓被害人（及其法定代理人）有陳述意見之機會者，可以想見被害人一定不服氣，故依本號解釋修正少事法時，亦可考慮適當修改少事法第 21 條，讓被害人（及其法定代理人）於調查程序有陳述意見之機會。

肆、少事法對觸法少年與虞犯／曝險少年為相同或差異處理之考量

一、釋字第 664 號解釋針對少年虞犯為解釋，促成 108 年修法

此規定之下，最輕本刑為 5 年以下有期徒刑者，均有可能屬少年保護事件，其中包括：強制性交罪（刑法第 221 條）、強制猥褻罪（刑法第 224 條）、加重強制猥褻罪（刑法第 224 條之 1）、普通傷害罪（刑法第 277 條）、強制罪（刑法第 304 條）、普通竊盜罪（刑法第 320 條）、加重竊盜罪（刑法第 321 條）等。

大法官於民國 98 年 7 月 31 日以少事法為解釋標的，作出釋字第 664 號解釋，宣告當時少事法第 3 條第 2 款第 3 目規定，經常逃學或逃家之少年虞犯，有涵蓋過廣或不明確之嫌，應儘速檢討改進，又對經常逃學或逃家之少年虞犯，安置於適當之福利或教養機構，使其享有一般之學習及家庭環境，即能達成保護或社會化之目的，因此令入感化教育處所施以感化教育不符憲法第 23 條之比例原則，亦與憲法第 22 條保障少年人格權之意旨有違，而宣告違憲。

該號解釋理由書指出當時對於成立少年虞犯之「依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞」的要件，有未盡明確之處，宜儘速檢討修正之。

該號解釋曾受到學者嚴厲之批評，認為「大法官好像沒有明確地掌握到少年事件處理法與刑法間之差異」[7]，依釋字第 664 號解釋之意旨，少事法於 108 年 6 月 19 日修正第 3 條有關少年虞犯之定義，並將虞犯之觀念改為曝險少年，同時大幅修改第 18 條，就觸法少年與曝險少年分別處理，其立法理由為「國家對於需要特別關照與保護之曝險少年，應積極制定優先以行政輔導方式為之，不輕易訴諸司法程序之措施，並整合一切相關資源，盡力輔導，以保障其健全之成長與發展」，並於第 18 條第 2 項至第 8 項大幅增加輔導曝險少年之規定。另外 108 年修法時將第 3 條所定之 7 類虞犯少年修改為 3 類曝險少年時，所刪除之下列 4 類：㈠經常與有犯罪習性之人交往者。㈡經常出入少年不當進入之場所者。㈢經常逃學或逃家者。㈣參加不良組織者，本席認為這些少年仍應有受到關心與輔導之必要，按情形依兒童及少年福利與權益保障法等規定，讓適當之社會福利或教養機構加以安置，使其獲得溫暖照顧及就學機會，始符釋字第 664 號解釋之意旨。

[7] 見李茂生，釋字第六六四號解釋評釋——憲法的顢頇與天真，台灣法學雜誌，137 期，2009 年 10 月，頁 33。

二、本號解釋主要適用對象為少年觸法事件

本號解釋之審查標的是少年事件被害人陳述意見之權利，主要對象是少事法第 3 條第 1 項第 1 款「少年有觸犯刑罰法律之行為者」之觸法少年，雖然同條第 1 項第 2 款所規定之少年虞犯／曝險少年理論上亦可能有被害人（如犯罪未遂之情形），但被害之輕重程度無法與少年觸法事件之被害人相提並論。

本號解釋理由書指出本號解釋之核心見解，「立法者就犯罪被害人（含少年事件被害人）所定相關程序規範，無正當理由而未賦予其有到庭陳述意見之機會者，即不符憲法正當法律程序原則之要求，而有違憲法保障被害人程序參與權之意旨」，亦可見本號解釋應是以少年觸法事件為主要解釋對象。

由本號解釋及第 664 號解釋分別針對觸法少年與虞犯／曝險少年為解釋對象，可知二者行為性質應屬有別。少事法對於此二種不同性質之行為，得就其處理程序及處遇分別規範，惟就保護少年之意旨，應無分軒輊，如 108 年修法後，新增第 18 條第 2 項至第 8 項輔導曝險少年所動用之行政資源，亦不應忽略適用於觸法少年。

協同意見書　　詹森林大法官　提出

壹、本號解釋不牴觸少年事件處理法第 1 條之立法目的

少年事件處理法（下稱少事法）第 1 條明定「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格，特制定本法。」

基於前揭立法宗旨，少事法第 36 條乃針對少年保護事件之審理程序，明定：「審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。」本條之立法目的，除為確保少年不致因心智、表達能力未臻成熟，而未能於受訊問時為適當之陳述外，亦在使少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人得藉此表達相關意見，以協助少年法院促成少年之健全成長（解釋理由書第 5 段參照）。

學說上，有認為：由於少事法第 1 條明定該法係「為保障少年健全之自我成長」而制定，故少年事件之被害人，以屬於刑事訴訟法第 455 條之 38 第 1 項所定「得向該管法院聲請參與本案訴訟」者為限，始得在個案中，向少年法院聲請，再由法院於該個案中視具體情狀裁量，而允許該被害人參與少年司法程序。該學說並認為：關於被害人之在場，應考慮被害人與少年之間的敵性與友性關係，敵性之被害人聲請在場者，法院應禁止之；被害人之陳述，亦應經法院之同意與許可[1]。

然而，首應指出者，所謂「敵性或友性關係之被害人」，如何區分？「兩小無猜」案例（參見刑法第 227 條之 1），該二人相互間，究為敵性或友性關係？其次，敵性或友性，若係以被害人到庭將為不利於或有利於少年之陳述，為區別標準，則試問：法官如何於被害人到場及陳述前，就能斷然判定，被害人到場後，必定只會為不利或有利少年之陳述？再者，如法官不分情節，一律假設被害人到場後，必定只會為不利於少年之陳述，遂將被害人全部視為「敵性關係」，而一概不准其到場及陳述意見之聲請，則無異於法官預存偏見、未審先判，又如何期待其能公平審判？

尤應強調者，正如本號解釋文所宣示，基於正當法律程序原則，就少年事件被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序得到庭陳述意見，少事法整體條文，均未為規定，係屬違反憲法保障被害人程序參與權之意旨。限制少年事件之被害人必須仰賴法院之個案裁量，始得參與法院之審理，及限制被害人應經法院許可，始得向法院陳述意見，正是明顯違背憲法保障被害人程序參與權意旨之情事。該違憲情事，自不能以少事法第 1 條之立法目的而予以合理化。

另應指出者，少事法第 1 條特別揭示之立法目的，包含「矯治少年之性格」。允許被害人到庭就其被害情節，及其他「與非行事實相

[1] 許恒達，析論犯罪被害人參與少年司法程序之爭議 ── 借鏡德國少年刑事程序法制，法律扶助與社會，第 5 期，2020 年 9 月，51-52 頁。

關事項」[2]為陳述，對於少年法院作出足以矯治少年性格之最妥適處分，非無助益[3]。

至於少事法第 1 條固然同時揭示該法係「為保障少年健全之自我成長、調整其成長環境」而制定，但仍不得因而解為立法者有意藉由該立法目的而使少事法成為「漠視非行事實、溺愛非行少年」之法律。尤其，基於公平審判原則，更不容以阻絕被害人（及其法定代理人）於審理期日向法官陳述意見，作為手段，以追求少事法第 1 條所定保護少年之立法目的。

實則，保障非行少年不受一般刑事訴訟之追訴與處罰，固為 51 年 1 月 31 日特別制定少事法之原始立法構想。但少事法在原始立法及嗣後修正時，就少年事件被害人之程序參與，包含「經被害人同意，而使少年對被害人道歉」、「少年法院所為裁定，應以正本送達於被害人」、「被害人或其法定代理人之抗告權及聲請重新審理權」等，亦設有規定（詳見解釋理由書第 4 段）。

本號解釋基於前述少事法始終兼顧被害人應享有程序參與權之意旨，就少事法迄無明文之被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見之機會，宣示其亦應包含於少事法之整體規範中，不僅不牴觸少事法第 1 條之立法目的，更是完善該法應有之作法[4]。

---

2 參見，謝煜偉，論少年司法中的被害人參與－日本法制的省思與借鏡，法律扶助與社會，第 5 期，2020 年 9 月，74 頁。謝教授於該文結語（第 75 頁）指出：「至於少年保護事件的審理階段是否應正式納入被害者獨立的在場權、資訊獲知權、意見陳述權一事，……涉及到制度目的與理念的重大變革，勢必要經過立法者更審慎的評估，期待未來社會各界對此一議題能有更多關注。」顯見謝教授並未僅因少事法第 1 條揭示該法保護少年之立法目的，即完全否定被害人之程序參與及意見陳述權。

3 對此，林俊益大法官就本號解釋提出之協同意見書，第 12 頁至第 13 頁，三、陳述意見權，有深入說明，敬請參閱。

4 本號解釋宣示少事法應予修正，明定少年事件法官應於審理期日傳喚被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見。惟在此原則下，仍不妨礙法官得斟酌個案情節，於必要時，基於正當理由，不予被害人（及其法定代理人）到庭陳述意見之機會。本號解釋於解釋理由書第 5 段指出「於完成修法前，少年法

貳、可能之修法方式

由於本號解釋並非依聲請人之主張而宣告少事法第 36 條規定違憲[5]，故有關機關嗣後依本解釋意旨修正該法時，在立法技術上，仍得不修正本法第 36 條，而修正同法其他條文或以在該法增訂條文之方式，使少年事件之法官，於審理期日，應予少年事件被害人（及其法定代理人）陳述意見之機會。

參、結語：創立里程碑之解釋

本號解釋，雖篇幅不長，但意義深遠。肯認少年事件被害人（及其法定代理人）之到場陳述權[6]，對被害人而言，或許只具「讓法官確實聽到我的聲音」之意義；但本號解釋，對憲法保障訴訟權旨在維護公平審判而言，則屬創立憲法解釋之里程碑。

院於少年保護事件處理程序進行中，除有正當事由而認不適宜者外，應傳喚被害人（及其法定代理人）到庭並予陳述意見之機會」，亦同此意旨。

5 本件聲請人於其聲請書中，主張少事法第 36 條僅明定少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會，卻未同時賦予被害人及其法定代理人亦享有到場陳述意見之機會，構成差別待遇，違反憲法第 7 條之平等原則。就聲請人此項主張，本號解釋未予回應。但從本號解釋結果來看，聲請人所持「法律亦應賦予少年事件被害人及其法定代理人於審理期日到場陳述意見之機會」之主張，仍已獲得本號解釋之肯認。

6 強化被害人於訴訟程序主體性，且維護其尊嚴與需要，乃最近司法改革重要訴求之一。刑事訴訟法並因此增訂第 7 編之 3「被害人訴訟參與」，於第 455 條之 38 至第 455 條之 47，明定被害人享有「得選任或獲法院指定代理人之權利」、「卷證資訊獲知權」、「期日受通知及到場之權利」、「選定訴訟參與代表人之權利」、「對準備程序事項、證據調查及科刑範圍表示意見之權利」。參見，https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1929-162466-429f8-1.html。瀏覽日期：110 年 7 月 16 日。前述規定，雖不能直接適用於少年事件，但其基本精神，在檢視少事法相關規定時，仍有參考價值。

協同意見書　　楊惠欽大法官　提出
謝銘洋大法官　加入

本號解釋宣告少年事件處理法（下稱少事法）未明文規範被害人於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，違反憲法保障被害人程序參與權意旨之結論部分，本席雖敬表同意，但就解釋理由，援引憲法第16條訴訟權為論據部分，則有不同意見之處，爰提出協同意見如下：

壹、犯罪被害人權利之憲法依據

本號解釋多數意見係以犯罪被害人為訴訟程序重要關係人，並援引憲法第 16 條訴訟權保障之規定，認基於憲法正當法律程序原則之要求，犯罪被害人應依法享有一定之程序參與權。又多數意見係將憲法第 16 條訴訟權之保障，區分為「旨在確保人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有權依法請求法院救濟」，及「法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判」，並以後者作為犯罪被害人依法享有程序參與權之依據，且似以犯罪被害人到庭陳述意見之權利為最低限度之保障。

惟以憲法第 16 條訴訟權為依據之憲法正當法律程序，本席認其所涵蓋之程序範圍，仍無法逸脫依法向法院提起訴訟，請求為一定裁判之訴訟權保障所涉及之法律程序範圍，亦即自憲法第 16 條訴訟權之憲法正當法律程序所賦予之程序保障，仍應以訴訟之提起及法院裁判之獲得為範圍，以確保個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護（本院釋字第 418 號解釋參照），並包括受法院公平審判之權利（本院釋字第 654 號及第 762 號解釋參照）。惟犯罪被害人究屬實體法上之概念，是多數意見對以憲法第 16 條訴訟權為依據之憲法正當法律程序，如何得立證出在刑事訴訟程序並非訴訟當事人之犯罪被害人，卻應享有到庭陳述意見之權利，似應提出更多論理說明。

實則對此問題，本席認應另闢蹊徑，即基於各項實體基本權利之程序保障功能，承認一般性之憲法正當法律程序原則，使其除作為正當行政程序（本院釋字第 663 號、第 709 號、第 731 號及第 739 號解釋參照）之依據外，對無法以訴訟當事人地位立於訴訟程序之犯罪被害人，國家亦有義務積極建構合於正當法律程序之一定參與訴訟之機制，使犯罪被害人有透過公平合理參與訴訟程序之機會，以落實憲法保障其基本權利之意旨。或基於各項實體基本權利之保護義務，即對相關基本權利因他人犯罪而受侵害之人民，國家亦有防止其基本權之享有與有效行使受到阻礙之義務，包括視基本權受侵害之事件與所循法律程序之屬性，權衡各種不同公、私益間之衝突，提供犯罪被害人適當之保護與程序參與機會。

又憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利（本院釋字第 418 號及第 653 號解釋參照）。此項權利亦包括人民尋求刑事司法救濟在內，是人民因權利遭受非法侵害，加害之行為人因而應負刑事責任者，被害人有請求司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性之保障（本院釋字第 507 號解釋參照）。而因刑事訴訟程序尚具確認國家刑罰權之作用，故刑事訴訟制度係以公訴為原則，由檢察官代表國家立於刑事訴訟程序之原告地位，對犯罪之加害行為人進行訴追。關於檢察官立於刑事訴訟程序之原告地位，就犯罪被害人尋求有效之刑事司法救濟而言，雖有益處，但刑事司法救濟程序乃攸關犯罪被害人受侵害基本權之保障，自不應使犯罪被害人處於全然被動之程序客體地位，是為維護犯罪被害人之人性尊嚴，必須賦予犯罪被害人最低限度參與公訴審判程序之權利，使其享有到庭陳述意見之權利，以符合正當法律程序原則之要求，亦符合國家基本權保護義務之禁止保護不足原則。

貳、少年保護事件被害人之到庭陳述意見權尤應側重人性尊嚴之維護

按犯罪被害人之憲法上權利，既係為防免犯罪被害人淪為公訴審判程序之客體，基於維護人性尊嚴所賦予，其實已逸脫訴訟權保障之範圍，且亦非關乎開啟訴訟程序或協助訴訟權（如被告之防禦權）之行使，而得以訴訟權之正當法律程序為依據。尤其本件解釋之原因案件，所涉者核屬少年保護事件，而基於國家對少年之身心健康及人格健全負有特別保護義務（憲法第 156 條及本院釋字第 664 號解釋參照），少事法對於少年保護事件，係採少年保護優先主義，目的則為保障少年健全之自我成長（少事法立法目的及其第 1 之 1 條立法理由參照）。是少年保護事件在制度設計上，並不採告訴制度，而是以報告或移送啟動事件之調查（少事法第 17 條及第 18 條規定參照），且於調查及審理程序之設計上，亦不採一般刑事訴訟之對審制度，而是由少年法院（庭）（包含少年調查官）直接以少年為對象進行；至於其他到場陳述之人，則是由少年法院（庭）基於調整非行少年成長環境及矯治其性格之必要，依職權所進行（例如：為個案情節或為非行少年成長環境之調整等需保護性事實之確認，而傳喚少年法院（庭）認為相當之人，如被害人或從事保護少年事業之人到場），且得將非行少年與其他到場陳述之人為隔離陳述之處置（少事法第 38 條規定參照）。核此等規範之目的，乃為使少年保護事件之整體程序不致因訴訟之對立性，影響少年之身心健康及人格健全。而少事法雖有關於被害人享有抗告、聲請重新審理等權利之規定，但如前所述，其乃立法者視法律程序與事件之屬性，進行利益權衡而為之設計，尚與少年保護事件如上述之制度上特質無影響。

換言之，少年保護事件之調查及審理程序，係基於國家對少年之特別保護義務，有意的為有別於一般刑事訴訟程序之訟爭性設計，而採取較為和緩之審理情境。是本席認本號解釋所賦予被害人之到庭陳述意見權，應以基於被害人被侵害之基本權程序保障功能或保護義務，為維護被害人之人性尊嚴而來為宜。

不同意見書　　黃虹霞大法官　提出

美麗的錯誤？柔軟的心！

本件解釋一舉肯認犯罪含少年保護事件被害人之程序參與權（其具體內容則由立法形成），並且有高度共識，非常難得；而且關於被害人的保護包括程序參與權，是本席在這兩、三年大法官案件處理過程中，一再所爭取而未獲多數意見認同的，這種由拒絕到肯定，真的是令人驚豔的意外進展！本席願意先給大法官們按個讚，謝謝大家在基於人權保障，高度關注刑事被告人身自由權外，也關心被害人保護！但是本席為什麼出具不同意見書呢？因為過猶不及，本席認為在肯認被害人之程序參與權並其具體內容應由立法形成之前提下，少年事件處理法規定，仍無違憲之問題（不應逕以未明文規定應使被害人到庭陳述意見，即認為少事法違憲），而且遽然宣告違憲，不合釋憲極小主義原則，本件解釋實益亦有疑，另有招致誤解甚至實務困難可能。另因少年保護事件程序不同於刑事訴訟程序，由少年保護事件入手處理被害人保護也有不宜。爰提出本意見書，略述理由如下：

一、美麗的錯誤？

（一）本席注意到人民長久以來，即有刑事犯罪被害人也需要法律保護的聲音，而且法律、大法官解釋只保護壞人的誤解存在多時，這種狀況應該藉機會儘早澄清。因此，本席在本院釋字第 762 號解釋當時，即曾建議在賦予刑事被告閱卷權之同時，也併籲請立法機關賦予刑事犯罪被害人閱卷權，以兼顧保護刑事犯罪被害人。但該建議未獲採納，本席乃於意見書中，表達立法者應立法保護刑事犯罪被害人之旨。[1]據知，刑事訴訟法主管機關即本院刑事廳原已注意到被害人

[1] 本席在本院釋字第 762 號意見書相關內容如下：「司法為民，本院不是只關心被告之人權而已。本席認為一切立法於考量被告人權保障同時，也應兼顧保護被害人之權益。被害人、告訴人之資訊獲知權亦應受同等保護，始符公平。因此，相關機關於立法、修法時，允宜併為考慮允許被害人、告訴人閱卷或交付其卷證複本之必要性及可行性，以保障其權利，本席並贊同有適當之告

保護，且將本席之呼籲納入考量，並於稍後即完成修法，於刑事訴訟法第 7 編之 3 增訂被害人訴訟參與制度（自第 455 條之 38 至第 455 條之 47，並於 109 年 1 月公布施行，其中第 455 條之 42 即係被害人閱卷權之規定），大幅保障刑事犯罪被害人權利。大法官未及時把握機會，於本院釋字第 762 號解釋作成時，推被害人保護制度一把，包括保護被害人之卷證資訊獲取權（閱卷權，這才是更基本、更低度之被害人程序參與權），略有差池，但相關機關稍後已及時完成立法，其結果仍是美麗的！

（二）大法官解釋之所以比較多與被告權益相關，是因為由被告聲請或為保護被告權益而聲請的案件數較多等因素，由被害人民聲請者則相對較少。因為較少碰到被害人聲請案，所以本席以為應把握機會積極作成解釋以展現大法官同等保護被害人民的心。準此，在本院會台字第 12747 號聲請案中，本席即主張應受理並認確定終局裁判所適用之行政程序法第 128 條規定，不許以行政處分作成後始存在之新證據，由法院強制行政機關應重行開啓行政程序之規定違憲，以保護被害人民。惜又不為多數意見所接受，本席乃出具不同意見書，並蒙黃瑞明、詹森林及謝銘洋三位大法官支持加入。[2]該意見書被任職立法委員辦公室之江律師注意到，立即推動修改行政程序法第 128 條規定。是人同此心嗎？提案即獲立法院各黨團一致同意通過，在數月內即完成修法。[3]

訴人權益保護立法。於此同時，也不免想到如古金水先生（被告纏訟十餘年，個人及家庭受害甚深，但因未受羈押，而未得任何補償）之案例，不公平之事例仍然存在，仍待大家一起努力改進」、「又在本件解釋公布之前一日（107 年 3 月 8 日），適有聯合報第 6 版以『心有疑沒資訊局外人的感覺被害家屬最難受』為題，根據被害人之母出席犯罪被害人保護協會 20 周年大會之心聲所作的報導。本席對被害人被當局外人的委屈感同身受，心有戚戚焉，對大法官未能經由解釋直接支持，深感遺憾及愧疚。但本席堅定支持被害人應有必要之卷證資訊獲知權，此亦為憲法第 16 條訴訟權保障範圍，因為該條所稱之人民包括告訴人及自訴人，亦即被害人」。

2 為方便查閱，以該意見書為本意見書之附件，請見附件。

3 意見書提出日期為 109 年 3 月 20 日，行政程序法第 128 條於 110 年 1 月 20

是再一次老天有眼嗎？最近獲知行政主管部門又一次罕見地認錯，勇於更正，[4]依行政程序法第 117 條規定重開行政程序，撤銷原來「因病撫恤」之舊處分，變更為「因公撫恤」。雖然這挽不回蘇先生一條才 20 出頭年輕的生命，但相關機關已盡力補救，盡到所能的作為，並至少還蘇父、母（被害人民）部分公道。總算不負法律人之天職！在此一聲請解釋案，如果大法官能受理並作成違憲解釋，蘇爸爸媽媽當然得憑解釋獲得應有之救濟；但因其聲請解釋案未被受理，所以事後立法院之修法不能當然生行政程序強制再開之法律效果，[5]事後修法對蘇爸爸媽媽個案實質補償效益原不大，幸虧行政主管部門勇於改過，依職權重開行政程序並作成新處分，才能真正實現公平正義，這可以算是立法、行政甚至司法合作的好的結果。[6]

又雖然本於立法為民、行政為民及司法為民，這是我們公職人員、民意代表大家都應該作的，但本感恩的心，擬藉此謝謝立法院、國防部相關人士，還有國防部高等軍事法院、臺灣高等法院刑事庭參與軍事審判官、法官，本席謹以人民立場謝謝你們！此外，本席認為多數意見未藉由蘇爸爸之聲請釋憲案，把握並展現保護被害人民的機

日修正公布，增加第 128 條第 3 項：「第 1 項之新證據，指處分作成前已存在或成立而未及調查斟酌，及處分作成後始存在或成立之證據。」

4 這是本席第二次經驗。第一次是江國慶案，經監察院調查認係冤案，江母為江國慶聲請再審後，軍事檢察官也幾乎同步為江國慶利益聲請再審，軍事法院並先後作成江國慶無罪及予江母刑事補償之判決。

5 這是大法官解釋特有的聲請個案保護效力。

6 若非國防部高等軍事法院姜智欽、李中和、王品元等 9 位軍事審判官，三度以 99 年度上訴字第 58 號、100 年度上更（一）字第 2 號及 100 年度上更（二）字第 1 號判決，將原第一審軍事法院認定蘇先生軍中長官無凌虐蘇先生致死罪行之判決先撤銷，並改判蘇先生之長官凌虐致死罪，再經臺灣高等法院許仕楓、蔡守訓及許必奇法官，以 101 年軍上字第 8 號刑事判決駁回該長官之上訴，使之有罪確定，則蘇先生沈冤難雪，也不會有上述後續之修法、補救等，國防部高等軍事法院及臺灣高等法院刑事庭裁判這部分善盡職責之作為，不應該被忽略。另其實司法為民，法院是人權保障的最後一道防線，在很多很多不為人民所共知的案件中，法官們默默承擔保障人權責任。江國慶再審案及本件相關軍事審判官亦同。

會，是個錯誤決定，但最後被害人民因立法、行政補救而得到公道，其結果依舊美麗！

二、本件不贊同違憲結論之理由

（一）違憲解釋效力強大，原即應兢兢業業，謹慎行事，而且因為錯不得，所以必須在最小範圍內處理，以避免思慮不周，是即為釋憲應遵守極小原則之理由。又在權力分立原則及法安定性要求下，違憲宣告係最後不得已手段，在相同可達到保障人權目的的多種解釋可能中，如有合憲性解釋空間的，不應該選擇違憲解釋；如果合憲檢討可行，也不應該宣告法律違憲；尤有甚者，應該謹守權力分立分際，避免侵害立法權，包括可以以法律授權訂定之行政規則規定的，沒有堅持必應以法律形式規定之理。

（二）本件解釋已在理由書解釋原則段（即第 2 段）之末特予指明「少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上有別」、「被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內」始「應享有一定之到場陳述意見之權利」；在解釋文及理由書第 5 段均載明「依……少事法保障少年健全自我成長之立法目的，妥適修正少事法」；暨理由書第 2 段之首及中段分別稱「犯罪被害人……其依法享有訴訟上一定權地位或權利時……應享有一定之程序參與權」[7]及「正當法律程序之具體內容」、「應由立法者依各類程序之目的與屬性等因素，制定相關法律，始得實現」等等，是已然明確澄清：1、少年保護程序規定與刑事訴訟法所定程序規定間，不是特別法與普通法之關係，從而少事法第 1 條之 1 所謂「本法未規定者，適用其他法律」等語中，所稱應適用之其他法律，就少年保護事件言，應不包括刑事訴訟法尤其第 271 條及第 455 條之 38 以下規定。[8]2、被害人之程序參與權含其下之到庭陳

[7] 此句之「時」，係刻意加上，用以表明由立法決定被害人在訴訟上所擁有之權利與地位之內容，屬立法形成範圍。

[8] 除了解釋文義本身已經很明白外，若少年保護事件程序應適用刑事訴訟法第 271 條規定，則因刑事訴訟法第 271 條規定係針對犯罪被害人之陳述意見而設，本件解釋又何可能再以所謂整體觀察，少事法未明文規範被害人得到庭

述意見權，不是絕對權利，被害人之程序參與權屬立法形成範圍，其內容由立法者決定，即立法者先制定相關法律後，被害人才依據該法律規定，取得法律所賦予之權利與地位，所以是先有賦予被害人權利與地位之法律，被害人才有法律所已定之權利，不是被害人之特定權利如系爭到庭陳述意見權先於法律而已存在。3、被害人之到庭陳述意見權是以無礙少事法保障少年健全自我成長（少事法尤其少年保護事件程序之核心事項）為前提，立法時，應注意在有礙少年健全自我成長之情形，被害人無到庭陳述意見權，該是否有礙少年健全自我成長之事實，暨若予傳喚到庭者，其陳述意見方式等，均由少年法院法官裁斷之（理由書第 5 段末參照）。均合先敘明。

（三）又本件解釋文之首固援引少事法第 36 條審理期日之規定，但由其下稱「及其他少年保護事件之相關條文，整體觀察……於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見」，由稱以整體觀察並以「處理程序中」取代於「審理期日」到庭陳述意見（理由書亦同），可知：所稱到庭陳述意見之時點，不限於審理期日，全案法院處理過程中任何時點均符合本件解釋要求。亦先敘明。

（四）查：既然本件解釋理由書先肯認被害人之程序參與權之內容屬立法形成範圍，則立法者是否賦予被害人特定權利係屬立法者之裁量範疇，根本不生因未賦予特定權利（如系爭到庭陳述意見之機會）故違憲之問題。本件解釋理由前後矛盾，且令立法者限期且如解為僅得以法律形式之規定賦予被害人到庭陳述意見權，自均有違反權力分立原則及侵害立法權之嫌。

（五）本件解釋理由書第 4 段既已兩度肯認「少事法於立法之初，即明文保障少年行為之被害人享有一定之程序地位與權利」、「少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利」，並詳細列舉少事法所已明定之被害人法定權利規定，則立法者顯然非未盡保護被害人責任，又何能遽指少事法違

陳述意見為由，為本件違憲宣告？

憲？

（六）由理由書第 2 段文字可知：本件解釋之論述邏輯是先由正當法律程序原則[9]推導出被害人之一定程序參與權；其次，再由犯罪被害人之一定程序參與權下含犯罪被害人之到庭陳述意見權，且認該到庭陳述意見權乃犯罪被害人程序參與權之基本內涵，應受憲法保障（理由書第 4 段末亦同，稱係最低保障）。末四行則逕稱「少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上固然有別，然其被害人於不牴觸少年保護事件立法目的之範圍內，仍應享有一定之到場陳述意見之權利」等語。

但對於 1、所稱犯罪被害人之到庭陳述意見權為何是犯罪被害人程序參與權之基本內涵或最低保障（其理由），且真的是這樣還是應該算是太高標準？[10]而且為何應高於同為犯罪被害人程序參與權下之其他權利（比如告訴權甚至自訴權、請求上訴、抗告權甚至上訴、抗告權或閱卷權）受憲法保障之程度（其理由）？2、少年保護事件程序既然與刑事訴訟程序性質不同（比如少年保護事件沒有對立兩造、對審制度、非常上訴，程序、相關處分、裁判書均不公開，重新審理規定也與刑事再審規定明顯有別），而且少年保護事件程序所處理之少年行為包括不涉犯罪之非行，程序目的非為犯罪之處罰（應報），則刑事訴訟程序犯罪被害人之程序參與權甚或到庭陳述意見權，為何可當然且適合移用於少年保護事件程序呢（其理由）？本件解釋理由書概無隻字片言論述，又是大法官說了算，還是大法官沒有義務、也不必交待？本席以為如果多數意見敢於面對少數質疑，再仔細思量，

9 解釋文只提及正當法律程序，未提及訴訟權，若本段只針對刑事訴訟程序未含少年事件程序，則訴訟權應可為犯罪被害人程序參與權之憲法依據，但少年事件程序則未必。

10 以告訴權、請求告訴權（在少事法稱為「報告」），甚至閱卷權等與到庭陳述意見機會相較：到庭陳述意見機會之重要性明顯次於其他權利；又陳述意見之形式本不以到庭之形式，法律未規定應使犯罪被害人有到庭陳述意見機會，無礙其以書面陳述意見！有必要採取這麼高標準並因此宣告為法律之少事法違憲嗎？

則本件解釋結論可能迥然有別，而且不到需動用宣告法律違憲大刀（殺雞用牛刀）之程度。[11]

此外，本院主管廳已陳明：正修改少年保護事件審理細則，明文有條件賦予被害人到庭陳述意見權中，此應已足保護被害人，真的有必要堅持必須以法律規定，不得以審理細則規定嗎？本席任大法官以來，從不曾有大法官如此嚴峻處理案件之經驗，不明所以，更無法理解為何已經少數意見反覆提醒，還如此嚴苛對待少年保護事件（是處理尚待國家善盡其親權，使之受教育學習之 18 歲以下少年之非行行

[11] 本席主張合憲檢討，理由約略如下：因涉及少年偏差或非行行為之少年保護事件，可能有因少年之行為而身心受創之被害人，且可能同屬少事法所定義之少年，是同受憲法保障之被害人之基本權，於少年保護事件相關處理程序規定中，亦應兼顧之，始符正當法律程序之要求，至於其具體內容則應由立法者依各該程序法規定之立法目的與屬性等因素，制定相關法律始得實現（本院釋字第 663 號及第 681 號解釋參照）。經查：就被害人於少年保護事件所享有之程序地位與權利而言，因少事法已明文規定：任何人包括被害人得向少年法院報告、應由調查官調查等（少事法第 17 條及第 19 條規定參照）；少年法院所為裁定，應以正本送達於被害人（少事法第 48 條規定參照）；被害人或其法定代理人並得就少年法院諭知不付審理、不付保護處分或諭知保護處分等裁定提起抗告（同法第 62 條規定參照），亦得依法就少年法院諭知不付保護處分之裁定聲請重新審理（同法第 64 條之 2 規定參照）；此外，被害人對於少年法院作成不付審理、諭知保護處分或不付保護處分之裁定前，命進行之修復程序或令少年向被害人道歉，立悔過書等行為，亦享有同意權（少事法第 29 條第 3 項、第 41 條第 2 項及第 42 條第 4 項規定參照），此等均屬重要之程序參與權利相關規定，且寓有、未排除被害人陳述意見之機會。即立法者已賦予少年保護事件被害人依法享有一定程序參與地位及權利，是尚難即謂少事法規定就被害人之保護顯有不足而違憲。惟相關立法尚乏許被害人及其法定代理人得陳述意見之明文，縱使係基於少年保護事件程序之不公開性，尤其少年保護事件程序係以保障少年健全之自我成長之主要目的，但因上述少事法立法目的與予被害人陳述意見機會之間雖非全無衝突可能，亦不必然有衝突，從而本更加保護被害人之旨，於無礙少事法保障少年健全自我成長立法目的之前提下，立法至少相關行政規則如審理細則，宜明文規定被害人及其法定代理人，於少年保護事件全案處理過程中，應有陳述意見之機會；除有礙少事法立法目的外，少年法院並應盡可能依被害人或其法定代理人之要求，准其於審理期日在場並陳述意見，以更兼顧被害人之保護，並更合於正當法律程序之要求。

為或非重大犯罪行為，不是處理無可救藥之徒之罪大惡極行為）。大法官不是應該持平處理案件嗎？無奈（真希望自己與觀音菩薩一樣有一千隻手）！唉……！

另查：少年事件處理法固未「明文」規定，在少年保護事件全案處理過程中，被害人應有到庭陳述意見之機會，但不是未給予甚或排除被害人陳述意見之機會。以無礙少年健全自我成長為前提，比如少事法第 17 條：向少年法院報告，其內容本可含且通常含被害人之意見陳述；第 19 條：少年調查官調查時，通常也會聽取被害人之意見，並載入調查報告中；第 24 條：以被害人為證人時，被害人通常也有陳述意見機會；第 29 條：進行修復式協商時，更必然包括被害人意見陳述等等。再以本件原因案件為例，曾經少年方及被害人方行調解程序，依本席任臺灣高等法院調解人時實際參與調解之經驗，雙方均必然已有深度意見陳述。類此情形，能認為少事法未常態性予被害人陳述意見機會，保護不足，應該被宣告違憲嗎？這沒有過猶不及嗎？

（七）又理由書第 2 段文字，因為已在其末載明被害人之到庭陳述意見權，係以不牴觸少年保護事件立法目的（即無礙少年健全自我成長）為前提，故係在有明確條件下賦予被害人到庭陳述意見權，讓諸少年法院法官裁量，實務執行上較無大困難，但是本件解釋開花（未緊守釋憲極小原則，限於少年保護事件程序），解釋原則擴及於刑事訴訟程序，且稱：惟立法者就犯罪被害人所定相關規範，「無正當理由」而未賦予其到庭陳述意見之機會者，即不符憲法正當法律程序之要求，而有違憲法保障被害人程序參與權之意旨等語。即係以有無正當理由作為判斷法律是否違憲之標準，[12]以此標準檢視刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定，在因犯罪被害人人數眾多，傳喚犯罪被害人到庭陳述意見有困難之情形，法官可否不傳喚？其關鍵應在於在此種情形，是否符合正當理由標準。是依本件解釋意旨，除刑事訴訟實務可

[12] 此標準用在少年保護事件程序較無問題，因為少事法立法目的之維護，應認為係正當理由。

能滋生重大困難外，甚至刑事訴訟法第 271 條第 2 項規定是否合憲，亦恐生疑義。

此外，因為屬憲法保護位階，如應傳被害人到庭陳述意見而未傳，還只是程序上瑕疵嗎？可以憑以上訴第三審或非常上訴嗎？第三審可以無礙判決結果，駁回上訴嗎？亦均非無疑，多數意見大法官作成解釋時仔細考量了嗎？還是忽視少數意見之提醒？

（八）就少年保護事件言，本件解釋通案實質效益已不大，因為如前所述，雖然少事法無明文，但全案處理過程中，鮮有於無礙少年健全自我成長，而未予被害人陳述意見甚或到庭陳述意見機會之情形，本件解釋不過課立法者在少事法中加一條規定而已。[13]對聲請個案尤無實益，徒然使聲請人困惑並可能再指摘司法而已，因為 1、本件原因案件全案處理過程中，曾經調解而因雙方意見差異大，致和解不成，故應已予聲請人深度到庭陳述意見之機會；2、少年保護事件無非常上訴制度，只有第 64 條之 1 及之 2 之重新審理，本件原因案件不符重新審理要件。

（九）理由書第 4、5 段係建立在被害人到庭陳述意見有助於少年健全自我成長等觀點上（該段第 3 至 7 行參照）。唉！到現在還認為「天下無不是的父母」嗎？當面指摘、教訓青春期的少年，有助少年健全自我成長（少年保護事件之少年不是已成年者，更未必涉及犯罪，仍待國家教育之，以利學習，並成為建設國家的力量，因此，不應將其與成年犯罪者同視）？如果要表達鼓勵的話或數落少年惡行，一定要到庭，否則無從表達，而且適當嗎？本件解釋賦予犯罪被害人程序參與權部分固屬美麗，但認少事法未明文規定賦予被害人到庭陳述意見權部分違憲，本席以為是錯誤之決定。

三、柔軟的心

[13] 比如規定：法院在少年事件全案處理過程中應傳喚被害人及其法定代理人到庭陳述意見，但有礙少年健全自我成長（有礙少事法立法目的）者，不在此限。

真的是活到老學到老，人生是無止盡學習的旅程！

本席本保護被害人之旨，主張本件有受理價值。但本席除了在大學階段，曾經因當時臺大法律系王澤鑑主任之鼓勵而擔任臺灣臺北地方法院少年法庭之志願學生，短期幫忙馬振華主任觀護人輔導非行少年外，執行律師業務 30 多年期間，沒有處理過少年事件，只有在法院大樓梯間，與被法警押著剃個光頭上了手銬的少年，擦身而過時，心中隱隱……，對少事法規定沒有什麼概念。在主張受理本件聲請時，只是以成年人之觀點，從非難犯罪行為，同情犯罪被害人之角度思考而已。這種思維態度在案件受理時，從盡量保護被害人民之觀點應該沒有大錯。但是受理後作成解釋過程，則不得再不對與解釋相關之事項有深入研究學習了解。為此，本席乃報名參加本院主管少家廳主辦之相關問題研討會，聽取李茂生教授、謝煜偉教授、許恆達教授等之演講；看了李教授等之大作及其他少家廳提供之意見及資料含兒童權利公約、指引、謝如媛教授相關專案報告等等，並呂太郎大法官及其助理排除萬難才找出來的少事法立法原始資料後，本席學習領悟到：少年不是應該被認為已適合承擔完全責任之成年者，少年是仍待國家以親權者地位施以教育，期使其成為參與國家建設一份子之未成年人；少事法尤其少年保護事件之少年未必已有犯罪行為，立法目的也不在對少年科刑處罰，少年保護事件程序與刑事訴訟程序本質不同，未規定事項不能適用刑事訴訟法規定；且保護少年健全自我成長，是少事法核心價值等等。本席在此感謝以上相關人員，謝謝指導，學習多多！

此外，以上人員還讓我感受到他們都有一顆柔軟的心，這在研究、處理少家事件者必不可缺，如果每一個法官都有，司法一定會更好，深自期許不可或忘！大學時代就認識李茂生同學，知道李教授是一些學生的偶像，最近看了他寫的「一隻叫小黑的狗」的催淚故事，我終於明白為什麼。很佩服他為少事法的付出。

小黑這條狗讓我想到年輕時曾短期參與輔導的少年。她住在大龍

峒，我是在不富裕農家長大，但至少不是如她住在空間巷弄狹小、一大片鐵皮違章建築中，當時年輕，竟然因而畏懼卻步，不敢踏進去作家庭訪問！相對地，她的處境呢？我應該為當年的膽怯，疏於關懷，對她說聲對不起。想想還有多少少年仍面臨困境，需要大家以柔軟的心、溫暖的手幫他們一下、拉他們一把！又如果少年做了錯事，不論在法院或其他地方，請在數落指摘他們的惡行時，多一點理解國家社會也有責任，體諒他們還未長大成熟，口氣請緩和一些些。

附件

會台字第 12747 號蘇滿堂聲請案不受理決議不同意見書

黃虹霞大法官　提出
黃瑞明大法官
詹森林大法官
謝銘洋大法官　加入

－為人民發聲是大法官本份－

壹、本件聲請人之子在服義務役期間，因軍中長官之犯罪行為，被凌虐致死。[1]這件原因案件是洪仲丘案前一章，是不該發生之人間

[1] 聲請人蘇滿堂之子蘇詠盛原為義務役陸軍上等兵，於 99 年 4 月 27 日被發現自營區高處墜落死亡。經軍事法院檢察署等調查結果，認其因受單位郭姓長官不當管教（該郭姓長官遭國防部北部地方軍事法院檢察署 99 年 5 月 7 日 99 年偵字第 087 號起訴書以其涉有陸海空軍刑法第 44 條第 1 項「長官凌虐部屬」罪之前段規定起訴），故而自行跳樓自殺死亡，故由國防部以 99 年 8 月 31 日國後留撫字第 0990005743 號令（下稱系爭令）核定蘇詠盛為軍人撫卹條例第 8 條第 3 項之自殺致死亡，而以因病死亡撫卹，該行政處分未經提起行政救濟而確定。該郭姓長官遭起訴後，案嗣經國防部高等軍事法院 100 年度上更二字第 1 號判決，臺灣高等法院 101 年度軍上字第 8 號刑事判決確定。前開國防部高等軍事法院判決及臺灣高等法院刑事判決，認蘇詠盛因遭受郭姓長官不當管教行為之刺激，因而罹患急性壓力疾患之短暫精神疾病，致其無法控制自己的行為，墜樓而亡，改依陸海空軍刑法第 44 條第 1 項中段規定，判該郭姓長官凌虐部屬致人於死，處有期徒刑 7 年 2 月。

悲劇，是釋憲聲請史上少有的案例，更是少數犯罪被害人相關釋憲聲請案，怎不特別值得大法官關注？！

然則非常非常遺憾，本件未能獲得過半數大法官之支持受理，是如黎巴嫩哲學家季伯倫所言：「學說如窗戶上的玻璃，它讓你看到真理，也阻絕真理」，因固持著新證據只能是裁判或行政處分作成當時已存在者，即使因之反於公平正義，亦必須如此理解嗎？還是不了知金剛經所述：「若菩薩心住於法而行布施，如人入闇，即無所見。若菩薩心不住法而行布施，如人有目，日光明照，見種種色。」之意旨，在訴訟再審實務常久既有見解下，甚至恐懼該實務現狀可能被改變之罣礙下，以致難以分辨行政程序法與訴訟法之本質差異，而不敢或不

聲請人於獲悉上開軍事法院確定判決後 3 個月內，因認其子蘇詠盛之死亡符合軍人撫卹條例第 7 條第 1 項第 4 款（在營區內猝發疾病因而死亡者為因公死亡）之規定，乃於 101 年 12 月持前開國防部高等軍事法院判決書及臺灣高等法院刑事判決書所為蘇詠盛遭其長官凌虐致死之認定為新證據，依行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款及第 3 款向國防部申請重新核定蘇詠盛為軍人撫卹條例第 7 條第 1 項第 4 款所稱之因公死亡（因公死亡與因病死亡的撫卹內涵不同），經國防部 102 年 1 月 14 日國人勤務字第 1020000693 號函維持原來所為係因病死亡之認定，及行政院訴願審議委員會以 102 年 5 月 3 日行政院決定書，認訴願無理由駁回。聲請人不服，提起行政訴訟。

臺北高等行政法院 102 年度訴字第 995 號判決，認聲請人之起訴為有理由，國防部應作成重新核定蘇詠盛為因公死亡撫卹之行政處分等；案經國防部提起上訴，最高行政法院則以 103 年度判字第 319 號判決，稱：「依照本院一貫之見解，咸認行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所謂之發現新證據，係指於作成行政處分業已存在，但為申請人所不知，致未經斟酌之證據而言，並不包括作成行政處分後始發現之證據，有改制前本院 69 年判字第 736 號判例可稽」等為由，否定上開聲請人所持之軍事法院確定判決書符合行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款所稱新證據要件，認聲請人不得聲請再開程序，故廢棄原判決並發回原審；經臺北高等行政法院根據上開發回意旨，本於上開軍事法院確定判決書具證據性質為前提，認該等判決書係於系爭令作成當時尚未存在，並引改制最高行政法院 69 年判字第 736 號判例為據，以行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定所稱「發現新證據」僅指行政處分作成時已存在而未經斟酌之新證據為由，爰以 103 年度訴更一字第 73 號判決駁回聲請人之訴；聲請人不服上訴後，末經最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決基於同一與上開判例意旨相同之一貫見解，以上訴無理由駁回聲請人之起訴確定。是本件聲請應以該最高行政法院判決為確定終局判決。

願以作出解釋之方式實現公平正義呢？……不論是基於什麼理由主張本件聲請應不受理，本席均難以贊同，因為本件應有受理價值，其理由簡述如下：

一、本件聲請人係犯罪相關被害人，此類聲請案原即為少數。本件案例事實確值憐惜，且非顯屬無據，如予受理作成解釋，有利正面彰顯「司法為民包含犯罪相關被害人」之旨，可以有效反制、導正法院、法律只保護壞人之錯誤說法或印象。

二、本件確定終局判決（最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決）係以行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定（下稱系爭規定）之新證據限於行政處分作成時已存在者，而釋憲聲請人所持新證據（認定其子遭長官凌虐致死之臺灣高等法院確定終局裁判則是行政處分作成後才存在）不符此要件，故非系爭規定所指新證據，因而駁回釋憲聲請人請求再開行政程序之原因訴訟。

三、本件聲請人主張本件確定終局判決實質援用系爭函及系爭函違反法律保留原則，非顯然無據

（一）何謂實質援用？

依本院釋字第 399 號解釋理由書第 1 段：「……主管機關依其職掌就有關法規所為釋示，固可供法官於審判案件時參考，但不受其拘束。惟如經法院引用為裁判之基礎者……得為違憲審查之對象。本案行政法院 83 年度判字第 948 號判決理由中雖未明確指出具體適用何項法令，但由其所持法律見解，可判斷該項判決係以內政部 65 年 4 月 19 日臺內戶字第 682266 號函釋為判決基礎。」另參照本院釋字第 582 號、第 622 號解釋，確定終局裁判所引法令或所載理由，就相關要件及法律效果而言，該裁判所持見解與該法令尚無二致者，應認為其已實質援用該法令。

關於本件爭點（系爭規定所稱新證據之意涵），系爭函用語稱：：「故前開第 1 項第 2 款規定（按：指行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款）所稱『發現新證據』，係指原處分作成時已存在，但於原程序（包

括救濟程序）內未使用之證據。」與確定終局判決稱：「又原判決固引用改制前行政法院 69 年判字第 736 號判例作為解釋行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定『發現新證據』之依據。惟所謂『發現新證據』，係指處分時業已存在，而為當時所不知或未援用之證據，為實務上一貫之見解，原判決縱贅引該判例，仍不影響其解釋適用上開規定之結果。」[2]同；系爭函經反覆引用，[3]故應符實質援用之旨。至於行政法院之相同見解是否發始自系爭函，應非所問，其關鍵應在二者關於本件爭點之見解是否相同。

（二）聲請人主張系爭函違反法律保留原則非顯然無據：

如下述，認系爭規定所稱新證據不包括處分後始存在之新證據，確有可議，而且逸脫立法原意。

查所謂違反法律保留原則，包括立法者並無限縮系爭規定之新證據僅限行政處分作成當時已存在者，而**行政函釋逸脫立法原意，以命令限縮之，致立法者背了立法欠當之黑鍋，本席認為本件即其適例**（行政訴訟法及民事訴訟法再審之新證據規定是否有類似情形，似亦值省思），故聲請人主張非無據。

（三）另類似情形，在刑事訴訟再審新證據規定，即經多組立法委員提案後，立法院認刑事訴訟法原第 420 條關於新證據之意涵之判例、決議（認不含判決確定後始存在之新證據）違反法律保留原則及憲法保障訴訟權之意旨，[4]值得參考。

（四）此外，**針對行政命令違反法律保留情形，甚或司法實務見解有違憲疑義（含判例、決議、一貫見解），如果司法未能救濟之，則其改正唯賴有如前述關於刑事訴訟法第 420 條 104 年修法之立法作為**。司法人非得等著被立法者打臉嗎？要以屬立法裁量作藉口拒絕自

[2] 最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決，行 303 至 308（行碼請參照司法院法學檢索資料系統）。

[3] 例如行政院院臺訴字第 1000099847 號、第 1040126262 號訴願決定書均曾引用系爭函。

[4] 《立法院公報》，103 卷，85 期，頁 129 至 138。

我改正嗎？司法為民只能這樣消極地被實踐嗎？類此情形，如何提昇人民對司法的信賴？期盼司法人……

四、又本件如能作成解釋，不但是針對行政程序法規定之首例，而且可以解決**行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款（下稱系爭規定）關於新證據是否含行政處分作成後始存在者之實務見解與學說齟齬之爭議，且此一爭議攸關人民之訴訟權暨其所欲保障之財產權等基本人權：**

（一）本件原因事實直接涉及聲請人之財產權（因公死亡撫卹請求權），系爭規定係再開行政程序之規定，涉及訴訟權之保障（如認新證據不含作成處分後始存在者，則聲請人之訴將被駁回，其財產權無由獲保）。

（二）如前所述，**確定終局判決係以系爭規定所指新證據不含行政處分作成後始存在之新證據為由否准聲請人之訴訟，即認聲請人不得請求再開程序，程序上拒絕保障聲請人之財產權。此一最高行政法院所示實務見解與行政法學界壓倒性通說、系爭規定之立法理由及法源相反，實務見解顯有可議：**

1、行政法學界通說：包括陳敏大法官、李建良教授等。明確持反對見解者似僅林錫堯大法官一人（未說明理由，其見解可能係源於行政訴訟法第 273 條規定之最高行政法院判例意旨，但行政程序法與行政訴訟法之規定、立法本旨與法理未盡相同，是否宜予援用行政訴訟法之判例應屬有疑）：[5]

陳敏：可以為行政處分作成後始成立者（例如新作成之鑑定報告、公文書）[6]

李建良等：新證據不限於行政處分作成時已存在，但未經主張或斟酌之證據方法，其尚包括行政處分作成當時未存在之證據方法。[7]

---

5 林錫堯，《行政法要義》，頁 540（3 版，2006）。

6 陳敏，《行政法總論》，頁 499（9 版，2016）。

7 李建良，〈行政處分〉，收於蔡茂寅等著，《行政程序法實用》，頁 233，319-320（修訂 4 版，2013）。

傅玲靜：所謂發現新證據，包括於作成處分前不存在而嗣後成立之證據。[8]

林樹埔：採肯定說認發現新證據不限於處分時業已存在之證據，尚包括作成處分後之新證據。[9]

林石猛等：同李建良等。[10]

李惠宗：行政程序重開之容許，係用以濟通常行政救濟之不足，故屬特別救濟程序……為使行政機關之作為能達到「最合法」與「最合理」的狀態，故容許行政程序之重開……發現新證據，行政機關即無不重新進行之理由。當事人對此種拒絕，即得提起課予義務之訴以尋求解決。[11]

2、系爭規定之立法資料及理由：[12]所有提案包括行政院版、三立法委員修正版，均有相對人或利害關係人「發現新證據」者得聲請再開程序之規定，並其理由均為「為加強對人民權利之保護，**確保行政之合法性**……以使本法之程序保障更能合乎法治國家之精神」。文義上未排除行政處分作成後始存在之新證據，且必須將其納入，始克期確保該立法意旨所明示之「行政之合法性」。

3、系爭規定之法源：德國行政程序法第 51 條第 1 項規定：

「於下列各款情形，利害關係人就不可爭訟之行政處分提出廢棄或變更之申請時，主管機關應做出決定」其中第 2 款稱：「有足以形成有利於利害關係人之決定之新證據者」，應認為包括處分後始存在之新證據。[13]

8 傅玲靜，〈論行政程序法之重新進行—以遺產稅之核課與剩餘財產差額分配請求權價額之扣除為例〉，《月旦法學》，147 期，頁 101，108(2007)。

9 林樹埔，〈行政程序法第 128 條程序重開之理論與實務〉，《法令月刊》，61 卷 2 期，頁 76，84-85(2007)。

10 林石猛、李俊良，〈釋義行政程序法第 128 條第 1 項「新事實」、「新證據」—兼評近年來最高行政法院裁判〉，《月旦法學》，240 期，頁 82，106-110(2015)。

11 李惠宗，《行政程序法要義》，頁 418（7 版，2016）

12 《立法院公報》，88 卷，6 期，頁 490 至 492 頁。

13 德國行政程序法第 51 條第 1 項規定：「於下列各款情形，利害關係人就不可

4、綜上，本席認為本憲法保障人民基本權及訴訟權之意旨暨正當法律程序之要求，行政程序法第 128 條第 1 項第 2 款即系爭規定關於行政程序再開之規定，其立法理由既稱：「……二、為加強對人民權利之保護，確保行政之合法性，本法特於一定要件下，賦與行政處分之相對人或利害關係人得申請管轄機關撤銷、廢止或變更原處分，以使本法之程序保障更能合乎法治國之精神……五、參考德國行政程序法第 51 條第 1 項。」再對照系爭規定（發生新事實或發現新證據者……）、同條項第 3 款（其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由者……）二規定具差異性而特予併列之旨，並本於**行政合法、正確性之追求應重於、優先於行政處分確定後之形式存續力，斯乃行政處分程序再開（重新進行）之立法本旨**等，故系爭規定所稱「發現新證據」須納入作成行政處分後始存在之新證據，才合於並有助於確保行政處分之合法、正確性等理由，是應認系爭規定所稱「發現新證據」，含「於行政處分作成時尚未存在，而於行政處分作成後始存在之新證據」在內，始符正當法律原則及憲法保障人民訴訟權等之意旨。

五、「發現」新證據

發現之意義為何？只能有一種解嗎？**所謂新證據之範圍爭議，竟然起因於「發現」一詞**，立法者及人民可能會很疑惑，為什麼會如此「說文解字」？為什麼司法裁判甚至本院釋字第 355 號解釋都認為僅指「本有的事物」後經找出之意？又為什麼訴訟法規定之「發現」當然應同意義移用於屬行政程序法之系爭規定？

就前者言：係源於辭海，惟盡信書不如無書，古有明訓！法律要合於正義，其解釋怎可拘泥於用詞！更何況事實上，在字典裡，「發現」之意義可包括「顯露、出現」、「出現」，非僅「本有的事物，經

爭訟之行政處分提出廢棄或變更之申請時，主管機關應做出決定：1、行政處分據以作成之事實或法律狀態事後發生有利於利害關係人之變更；2、有足以形成有利於利害關係人之決定之新證據者；3、有合於民事訴訟法第 580 條之再審事由者。」

人類研究探索而首先得知」一種意思而已。[14]因此，「發現」之用詞不足以當然排除處分後始存在之新證據。

況本院釋字第 355 號解釋文末句寓有並肯認：有事實審言詞辯論終結後始存在之證物，得另行起訴之意。應係對發現一語意義之實質調和，不可不細察之。

就為何司法實務上將訴訟法規定之「發現」意義直接移用於行政程序法之規定？是沒有問題意識，想當然耳嗎？是案件負荷不及細想，詳予分辨嗎？還是原該如此？那就詳予說理，給個說法以服人。

六、原行政處分係以軍事檢察官之起訴書為依據，認釋憲聲請人之子之死亡，與其軍中長官之凌虐犯罪行為無相當因果關係（故未以凌虐部屬致死罪起訴），而釋憲聲請人所持臺灣高等法院刑事確定判決則認定成立凌虐部屬致死罪，就釐清與此相關之規定而言，本件也有受理價值：

（一）本件終局確定判決併認：如原因案件之就行政處分未不服提起行政爭訟，致未經行政法院判決之情形，即無從依行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款暨行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款規定再開行政程序等語。[15]此部分涉及行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款所謂「其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」，就其中行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款所列行政訴訟再審事由稱「為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁

14 教育部，《重編國語辭典修訂本》，http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=EB47Cs&o=e0&sec=sec1&op=v&view=2-1（最後瀏覽日：2020 年 3 月 17 日）。

15 最高行政法院 104 年度判字第 252 號判決，行 270 至 278（行碼請參照司法院法學檢索資料系統）：「又系爭死亡通報令雖係依北軍檢所查復之函文作成，且北軍檢函文所載之見解事後經國防部高等軍事法院及台灣高等法院最終確定判決變更，惟該北軍檢函文並非屬『民事或刑事判決或其他裁判或行政處分』，因此不符行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款『為判決基礎之民事或刑事判決及其他裁判或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者』之情形，原判決亦已敘明系爭死亡通報並無作為其基礎之判決、裁判或行政處分其後變更之情形。」

判或行政處分已變更者」部分，應如何解讀始為正當。

查行政程序法所規範者為行政行為含行政處分，與行政訴訟法在規範裁判行為者不同，因此所稱**相當於行政訴訟法第 273 條第 1 項第 11 款之「為判決基礎」字樣部分，應指「為行政處分基礎」而言**；另該款固未列檢察官之起訴書，但因檢察官之起訴書也記載起訴事實及起訴法條等，也是檢察官職權制作具法律效力之公文書，故若行政處分之基礎為起訴書者，至少應認為該**起訴書之地位相當於該款之為行政處分基礎之其他行政處分**，從而當為行政處分基礎之起訴書依其後之確定裁判變更者（本件原因案件即其適例），即應認已符合行政程序法第 128 條第 1 項第 3 款再開行政程序要件（民事訴訟法第 496 條第 1 項第 11 款似亦應作同一解）。

（二）又起訴書、判決書均為公文書（刑法第 10 條第 2 項參照）；行政程序法本身就證據沒有詳細規定，參酌其他訴訟法規定如民事訴訟法第 277 條以下，證據包括人證、鑑定、書證及勘驗，其中第 355 條規定公文書推定為真正，即公文書是一種書證。又原行政處分得以起訴書為據，釋憲聲請人自亦得以原行政處分作成後始存在之臺灣高等法院刑事確定判決書為據，尤其參酌德國行政程序法第 51 條第 1 項第 1 款「行政處分所依據之事實或法律狀態，有利於當事人之變更」之規定，因起訴書所載起訴法條等已經其後裁判變更，故亦應認本件已合於行政程序再開要件。

（三）證據是用以證明待證事實者，書證係以文書證明待證事實。本件聲請人所執為新證據之判決書，記載聲請人之子蘇詠盛係遭虐致死云云，而非因病自殺（原處分以起訴書為據認蘇詠盛係因病自殺死亡，故予因病死亡撫卹）；而臺灣高等法院刑事確定判決憑何證據為上開蘇詠盛遭虐致死事實認定，自應有其依據（證據）。因此，本件原因案件是直接以判決書為新證據，其意亦可指該判決書所憑以證明蘇詠盛遭虐致死事實之證據而言。另退而言之，縱認臺灣高等法院刑事確定判決所憑證據於原行政處分作成時均已存在，但或為起訴

書即原行政處分所未審酌，亦應已具新證據適格，或應認有虐死新事實，不是也符合系爭再開行政程序規定之要件嗎？確定終局判決結論依然錯誤！

貳、大法官不是吹哨人，但是同樣是在為被害人民（蒼生）說話，而且不是只為釋憲聲請人而已。

武漢肺炎疫情嚴重，不是醫護人員無法直接為病患盡力，但至少要盡本份照顧好自己的健康、作好自主管理，避免被感染而成為傳染源，更不要參與恐慌熱。2 月 8 日看到武漢肺炎疫情的吹哨人李文亮醫師的遺言「我走了」一文之末句「我的墓誌銘只要寫一句：他為蒼生說過話」，敬佩他，為他悲傷而且很有感。大法官不是一般意義的吹哨人，但是大法官的工作也正是在為被害蒼生說話，而且所稱蒼生不是只有刑事被告，[16]當然應該包括刑事犯罪之被害人。只是刑事犯罪被害人聲請釋憲的案例幾乎沒有，但本席於 107 年 3 月 9 日公布之本院釋字第 762 號解釋意見書中已陳明犯罪被害人也應有閱卷權，故不是大法官全然忽視刑事犯罪被害人之保護。[17]又所稱蒼生也不只是釋憲聲請人，而是通案類似之受害者，因為大法官解釋拘束全國各機關及人民，有通案效果。

為人民發聲是大法官本份，本席來自民間，蒼生保護尤不敢、不可或忘，犯罪被害人權益更必然存心。若此之為，或亦可以之略表對如李文亮醫師之犧牲者致敬之方式，爰併記之。

16 如果有罪確定裁判所適用之法規範違憲，該刑事被告就會是被害人民。

17 另刑事訴訟法於 108 年修正時已一併賦予犯罪被害人閱卷權暨引進犯罪被害人參與刑事訴訟程序制度，立法進一步保護犯罪被害人。

不同意見書　　吳陳鐿大法官　提出

一、刑事訴訟程序及少年保護事件調查與審理程序，於不妨礙被告與少年受公平審判之訴訟權及少年健全自我成長之範圍內，應儘量讓被害人有參與程序之機會

當代之刑事思潮，已淡化報應色彩，改採教育刑理念，[1]更進而推動修復式司法（restorative justice），強調尊重人性尊嚴與平等對待每一個人，建立理解，透過療癒被害人、犯罪行為人及社會之創傷，促進社會和諧，使受犯罪影響者能公開分享其感受及經歷，以解決其需求，並使被害人獲得補償之機會，使其更有安全感並獲得寬慰，亦使犯罪行為人深入了解其行為之原因及影響，採取有意義之方式承擔責任，並使社會了解犯罪之根本原因，以促進社會福祉並預防犯罪。[2]法務部乃擇定板橋、士林、宜蘭、苗栗、臺中、臺南、高雄及澎湖等 8 地方檢察署自中華民國 99 年 9 月起開始試辦「修復式司法試行方案」，101 年 9 月起更擴及全國各地方檢察署。[3]109 年 1 月 8 日修正並增訂部分條文公布之刑事訴訟法，亦增訂有關修復式司法程序機制之規定。[4]因此，刑事訴訟程序及少年保護事件調查與審理程序，於不妨礙被告與少年受公平審判之訴訟權及少年健全自我成長之範圍內，應儘量讓被害人有參與程序之機會。

1　監獄行刑法第 1 條規定：「為達監獄行刑矯治處遇之目的，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，特制定本法。」參照。

2　參見聯合國經濟與社會理事會 2002 年 7 月 24 日第 37 屆大會通過之「刑事案件中使用修復式司法方案之基本原則」。*See* Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, ECOSOC Resolution 2002/12 https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf last visited: July 16, 2021.

3　法務部推動「修復式司法方案」實施計畫緣由，網址：https://www.moj.gov.tw/2204/2205/2323/2354/2388/2389/2390/8941/post 最後瀏覽日：110 年 7 月 16 日。

4　立法院公報，第 108 卷第 101 期，院會紀錄，頁 124；立法院第 9 屆第 7 會期第 5 次會議議案關係文書，院總第 246 號，政府提案第 16689 號，頁政 3。

二、多數意見認少年事件處理法未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之機會，不符憲法正當法律程序原則要求之論據

多數意見以：「犯罪被害人（含少年事件被害人），其依法享有訴訟上一定地位或權利時，於程序上雖非當事人，但仍屬重要關係人，基於憲法正當法律程序原則之要求，其於法院程序進行中，即應享有一定之程序參與權。犯罪被害人（含少年事件被害人）到庭陳述意見之權利，乃被害人程序參與權所保障之基本內涵，為法院應遵循之正當法律程序之一環，自應受憲法之保障。」因認：「少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利。從而，基於憲法正當法律程序原則之要求，被害人即應享有一定之程序參與權之保障。是立法者於少年保護事件相關程序所為規範，除應致力於落實非行少年之保護外，亦應兼顧少年行為被害人程序參與權之保障，其最低限度應使被害人於程序進行中有到庭陳述意見之機會；非有正當事由且符合比例原則之前提下，不得一律予以排除。……整體觀察，系爭規定及少事法其他有關少年保護事件處理程序之規定，均未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之機會；從而，被害人或其法定代理人就其受害情節，以及對非行少年未來環境之調整或性格之矯治必要性所持意見，可能即無從為適當之表述，除無法以被害人之觀點就少年之行為提供法院認定與評價之參考外，亦無法從被害人之角度協助法院對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長。於此範圍內，系爭規定不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」

三、少年保護事件處理程序中，未明文賦予被害人或其法定代理人到庭陳述意見之機會，無違憲法正當法律程序原則

按所謂之正當程序，固包括修憲之正當程序、立法之正當程序及剝奪或限制人民自由或權利之正當法律程序，但憲法保障之人民自由

及權利受干預時，始有正當法律程序原則之適用，如人民之自由或權利未受干預時，自無正當法律程序原則之適用（本院釋字第 342 號、第 499 號及第 797 號解釋參照）。[5]次按少年事件處理法（下稱少事法）於 51 年 1 月 31 日制定公布之初，即以宜教不宜罰，以期保護少年而消弭少年之犯罪行為為宗旨，[6]且所處理之行為，不限於觸犯刑罰法令之行為，尚及於有觸犯刑罰法令之虞之行為。[7]86 年 10 月 29 日全部條文修正公布時，增訂第 1 條：「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格，特制定本法。」立法目的之明文，採保護優先主義，對非行少年採矯治、預防等保護措施，且「管訓處分」之名稱，懲罰意味濃厚，為維護少年自尊心及貫徹保護少年之立法精神，將「管訓處分」、「管訓事件」之名稱修正為「保護處分」、「保護事件」。[8]故少事法所定少年保護事件之處理程序，係為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格而設。

多數意見認：「少事法於立法之初（51 年 1 月 31 日制定公布），即明文保障少年行為之被害人享有一定之程序地位與權利，如少年法庭以情節輕微而為不付審理裁定前，命少年對被害人為道歉等事項，

5 修憲之正當程序及立法之正當程序，與人民自由及權利受干預時應依正當法律程序，係屬不同層面之問題，請參看本院釋字第 342 號及第 499 號解釋。

6 立法院公報，第 28 會期，第 16 期，頁 5、56。

7 51 年 1 月 31 日制定公布之少事法第 3 條規定：「左列事件由地方法院少年法庭依本法處理之。

一、少年有觸犯刑罰法令之行為者。

二、少年有左列情形之一，不服從父母或其他有監督權人之監督而有觸犯刑罰法令之虞者。

甲、經常與有犯罪習性之人交往者。

乙、經常出入少年不當進入之不正當場所者。

丙、參加妨害公共秩序之不良少年組織者。

丁、經常攜帶刀械意圖鬥毆者。

三、少年無家可歸而有前款所列情形之一，足認為有影響社會治安之虞者。」

8 立法院公報，第 84 卷第 63 期，院會紀錄，頁 239-240；立法院第 1 屆第 88 會期第 4 次會議議案關係文書，院總第 483 號，政府提案第 4112 號，頁 3-4。

應經被害人同意；少年法庭所為裁定，應以正本送達於被害人；被害人對少年法庭不付審理與諭知不付管訓處分之裁定得提起抗告等（51年少事法第29條第2項、第48條及第62條規定參照）。相關規範發展至今，現行少事法除仍明定少年法院所為裁定，應以正本送達於被害人（少事法第48條規定參照）外，被害人或其法定代理人就少年法院不付審理之裁定、不付審理，並為轉介輔導、交付嚴加管教或告誡處分之裁定、諭知不付保護處分之裁定或諭知保護處分之裁定等，均得提起抗告（少事法第62條規定參照），亦得於少年法院諭知不付保護處分之裁定確定後，依法聲請重新審理（少事法第64條之2規定參照）；此外，少年法院以情節輕微而作成不付審理，並為轉介輔導、交付嚴加管教或告誡處分之裁定、或諭知不付保護處分之裁定以及諭知保護處分之裁定前，欲轉介適當機關、機構、團體或個人進行修復或使少年向被害人道歉，立悔過書等行為者，應經被害人同意（少事法第29條第3項、第41條第2項及第42條第4項規定參照）。由此可知，少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利。……少事法……有關少年保護事件處理程序之規定，均未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之機會；從而，被害人或其法定代理人就其受害情節，以及對非行少年未來環境之調整或性格之矯治必要性所持意見，可能即無從為適當之表述，除無法以被害人之觀點就少年之行為提供法院認定與評價之參考外，亦無法從被害人之角度協助法院對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長。」固屬的論，惟多數意見既認該等規定，係為協助法院對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長，亦即係為達少事法第1條「為保障少年健全之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格」之立法目的，乃係為保護受調查審理少年之權利及利益而設，並非係為保障被害人受憲法保障之自由或權利而設，卻以之作為少事法未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之

機會，不符憲法正當法律程序原則要求之依據，而非以被害人或其法定代理人憲法保障之人民自由或權利受干預作為依據，與首揭憲法保障之人民自由及權利受干預時，始有正當法律程序原則適用之說明不符，自難贊同。

另縱如多數意見所言：「少事法自始賦予少年行為之被害人於少年保護事件處理程序上，享有獨立之程序地位與權利。」且認此獨立之程序地位與權利屬憲法保障之權利，但此至多僅能認屬基本權之保護功能，而非屬基本權之防禦功能，立法者對於如何實現基本權之保護功能，享有寬廣之自由形成空間，而少事法除已賦予被害人多數意見如上所述少事法第 29 條第 3 項及第 41 條第 2 項、第 42 條第 4 項準用第 29 條第 3 項規定之到庭陳述意見機會外，依少事法第 19 條第 4 項、第 33 條與依少事法第 86 條第 2 項授權訂定之少年保護事件審理細則第 42 條第 1 項第 3 款、第 5 款及第 2 項規定，少年法院或少年法庭於調查及審理程序，亦非不得傳喚被害人到庭陳述意見。[9]故多數意見以：「基於憲法正當法律程序原則之要求，被害人即應享有一定之程序參與權之保障。……整體觀察，系爭規定及少事法其他有關少年保護事件處理程序之規定，均未明文賦予被害人或其法定代理人於少年保護事件處理程序中，有到庭陳述意見之機會；……於此範圍內，系爭規定不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」亦難贊同。

雖然如此，但少年保護事件處理程序中受調查審理之少年以外之

9 少事法第 19 條第 4 項規定：「少年法院訊問關係人時，書記官應製作筆錄。」第 33 條規定：「審理期日，書記官應隨同法官出席，製作審理筆錄。」第 86 條第 2 項規定：「少年保護事件審理細則，由司法院定之。」少年保護事件審理細則第 42 條第 1 項第 3 款、第 5 款及第 2 項規定：「（第 1 項）審理期日，應由書記官製作審理筆錄，記載下列事項及其他一切審理程序：……三、少年、少年之法定代理人或現在保護少年之人、輔佐人或其他在場之人之姓名。……五、訊問證人、鑑定人或其他關係人事項。……（第 2 項）受訊問人就前項筆錄中，關於其陳述之部分，得請求朗讀或交其閱覽，如請求將記載增、刪、變更者，應附記其陳述。」

人民，其憲法保障之自由或權利受干預時，亦有正當法律程序原則之適用，自屬當然。例如少年法院依少事法第 24 條準用刑事訴訟法第 178 條第 1 項規定，對經以證人身分合法傳喚，無正當理由而不到場之被害人，科以罰鍰或予以拘提，仍應有正當法律程序原則之適用。

此外，少年保護事件之被害人，如受有民事上之損害，得依民事訴訟之正當程序尋求救濟，要屬另一問題，與少年保護事件處理程序中，是否明文賦予被害人或其法定代理人到庭陳述意見之機會無關。

四、結論

少年保護事件處理程序中，是否明文賦予被害人或其法定代理人到庭陳述意見之機會，未涉及憲法保障之自由或權利之干預，係屬立法自由形成之範圍，無違憲法正當法律程序原則。但於不妨礙少年受公平審判之訴訟權及少年健全自我成長之範圍內，應儘量讓被害人有參與程序之機會，以療癒被害人、少年之創傷，促進社會和諧，發揮修復式司法之功能。

不同意見書　　呂太郎大法官　提出

本解釋多數見解認為「就少年事件處理法相關條文，整體觀察，均未明文規範被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，於此範圍內，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」本席就少年保護事件，少年法院得傳喚被害人到場陳述意見，亦採肯定見解，但就多數見解之結論及理由，均未敢贊同，爰提出不同意見書。

壹、少年保護事件，被害人到庭陳述意見之憲法依據為何？

一、本解釋於解釋文指出：「就少年事件處理法……整體觀察，均未明文規範被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，於此範圍內，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」至於被害人為何有此程序參與權？解釋理由中指出：「憲法第

16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有權依法請求法院救濟（本院釋字第 653 號、第 752 號及第 755 號解釋參照）；法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判（本院釋字第 737 號及第 755 號解釋參照）。犯罪被害人（含少年事件被害人），其依法享有訴訟上一定地位與權利時，於程序上雖非當事人，但仍屬重要關係人，基於憲法正當法律程序原則之要求，其於法院程序進行中，即應享有一定之程序參與權。」（解釋理由第 2 段參照）。

歸納上開理由與結論之推論過程，本解釋似乎認為：

1、依憲法第 16 條，被害人可請求法院救濟。

2、因被害人已依法在訴訟上享有一定地位與權利。

3、故基於正當法律程序原則，應享有一定之程序參與權。

4、從而被害人應有到庭陳述意見之憲法上權利。

5、但少事法却均未明文規範被害人到庭陳述意見。

6、所以少事法就此部分違憲。

二、被害人陳述受憲法第 16 條所保障？

本解釋多數意見雖認為，被害人到庭陳述意見之憲法依據之一，為憲法第 16 條，即人民權利或法律上利益遭受侵害時，有權依法請求法院救濟之訴訟權。

首應說明者，本解釋及本意見書所論之被害人陳述意見，乃指被害人非基於證人地位所為意見陳述。被害人之陳述，如係以證人地位向法院所為者，悉依證據調查及證人之規定，非在此討論之列。

本席認為，刑事訴訟是以確定被告之犯罪事實，及應負何種相當刑責為目的。未提起刑事自訴之被害人，若非於刑事訴訟程序提起附帶民事訴訟，即非刑事訴訟程序之當事人，並無全程參與或主導訴訟程序之地位。訴訟上重要之核心行為，例如請求法院審判之範圍、聲請調查證據、詰問證人、言詞辯論及對裁判之

不服等，被害人均無法獨立行使。其所陳述之意見祇能供法院參考，對法院並無任何拘束力，法院之判決，就此意見陳述，亦毋需說明其採或不採之理由（刑事訴訟法第 310 條）。被害人之意見陳述，既非形成裁判基礎之行為，且對法院亦欠缺法律上拘束力，如何解釋其屬於憲法第 16 條所保障之訴訟權範圍，實有可疑。何況被害人權益被侵害之事實，在訴訟程序提起之前即已發生，即便被害人到庭為意見陳述，亦不影響其在此之前權益已受侵害之事實，又如何謂其陳述，係受憲法第 16 條所保障，用為權益被侵害之救濟權利？亦有商榷餘地。

三、因被害人已依法在訴訟上享有一定地位與權利？

1、本解釋多數意見認為，因被害人已依法在訴訟上享有一定地位與權利，故基於正當法律程序原則，應享有一定之程序參與權。此一見解，本席認為深有研求餘地。

2、按法律為憲法之子，非憲法之母。法律乃憲法之延伸，非憲法之源頭。係立法者應實現憲法之意志，非憲法應實現立法者之意志，此為民主憲政體制下當然應有之結論。正當法律程序為憲法原則，係基於憲法之明文規定或經由對憲法規定之體系解釋、立憲精神、憲政理念或價值之理解，所導出之原則，並非立法者透過立法所創造。法律違憲審查，是從憲法觀點審查法律是否違反憲法原則，而非由法律之規定，導出應有如何之憲法原則，並根據此憲法原則，審查其他法律規定是否違憲。

3、本解釋多數意見，以被害人已依法在訴訟上享有一定地位與權利（如解釋理由第 4 段所列收受裁定、同意修復、對裁定抗告、聲請重新審理等），導出被害人有受正當法律程序保障之憲法權利（即到庭陳述意見），不唯所謂「一定地位與權利」之意義不明，以之為發生憲法原則之要件，恐造成日後釋憲爭議，且其推論過程，尚易使人發

生憲法原則係由法律實際規定所導出之誤解。換言之，依本解釋之推論，可能發生如下不合理結果：(1)憲法原則之存否，有時（如本件正當法律程序原則）取決於現有法律如何規定？(2)如少事法自始就未賦予被害人前開一定地位與權利（或僅賦予其中部分地位與權利），是否被害人就不可以依正當法律程序原則，享有到庭陳述意見之機會？

4、何況司法程序係由參與者一連串之行為所構成，立法者為求整體程序順暢運作，固非不得規定作為裁判基礎之不同行為間，可有一定程度之關連（例如先有起訴行為，才有聲請證據調查、言詞辯論、對裁判不服等後續行為），但就非為裁判基礎之行為，則可依程序目的，由立法者自由形成（例如刑事訴訟法於 109 年修正時，增訂第七編之三被害人訴訟參與，於一定犯罪案件之被害人，擴大其參與訴訟程序之權利）。

就被害人到庭陳述意見而言，並非構成裁判基礎之行為，與少事法允許被害人收受裁定、同意修復、對裁定抗告、聲請重新審理等，未必有直接關連。從不同之程序法言，法律規定應賦予被害人陳述意見機會，而不賦予直接對裁判不服（刑事訴訟法第 271 條第 2 項、第 344 條第 3 項），或規定得由法院審酌傳喚其到庭陳述意見，却賦予其對法院之裁定有不服之權（如少事法第 61 條），均屬為達成各該程序目的，得由立法自由形成範圍。

四、應受正當法律程序原則所保障？

誠然，本解釋以正當法律程序原則，作為被害人有到庭陳述意見權之憲法上依據，是有相當魅力的。然而，本席對此仍有疑慮。再說明如下：

1、縱如魔法袋包羅萬象，正當法律程序也當用才能用

如所周知，正當法律程序係發源於英國大憲章，以保障人民人身自由、財產及生命不受非法剝奪之法律原則，經美國憲法增修條文第 5 條（適用於國會）、第 14 條（適用於各州）明定：「未經正當法律程序，任何人之生命、自由及財產不得被剝奪。」及法國大革命期間國會通過之人權宣言第 7 條宣示：「唯有在法律明定之條件，以及法律所規範之程序下，才能控告、逮捕或拘禁人民。」已傳遍各民主國家，成為各國重要憲法原則。我國憲法雖未明文，但經司法院大法官於釋字第 384 號解釋正式闡述此一原則以來，經多年來將之作為憲法原則予以闡釋，其涵蓋範圍雖早已如同魔法袋一般包羅萬象。但作為一項憲法原則，具有規範下階法令之效力，自然應有其明確而合理之適用範圍與前提，否則整體法律程序將陷於搖擺不定。事實上，依大法官歷來解釋分析，亦認為正當法律程序，有其明確之適用範圍與前提。

2、正當法律程序原則，是在拘束以公權力影響、限制或剝奪人民之憲法上權益時，必須遵循之程序

依大法官歷來解釋，受正當法律程序拘束之國家公權力，包含行政、立法、司法等各層面。祇要人民憲法上權益有受到國家公權力影響、限制或剝奪之情形，該國家公權力之行使，即應符合正當法律程序。遠者，前人已述之備矣，茲僅舉較近作成之解釋為例：於司法行為方面，例如智慧財產法院技術審查官之迴避（釋字第 761 號）、寄存送達之合憲性（釋字第 667 號）、刑事被告之辯護依賴權（釋字第 654 號）、詰問權（釋字第 789 號）、閱卷權（釋字第 762 號）、羈押原因（釋字第 737 號）、羈押之救濟權（釋字第 653 號）、上訴權（釋字第 752 號）、不受重複追訴（釋字第 775 號）等；於行政行

為方面，如行政程序文書之送達（釋字第 797 號）、對性侵犯為強制治療（釋字第 799 號）、受刑人應刑滿出獄而釋放（釋字第 677 號）、因土地重劃、徵收、都市計畫等權利受影響之土地所有人（釋字第 795 號、第 774 號、第 742 號、第 739 號、第 731 號及第 709 號）、因學校教育或管理措施而權益受影響之學生（釋字第 784 號）、受逕行強制出境之大陸地區人民（釋字第 710 號）、暫予收容之外國人（釋字第 708 號）、依傳染病防治法受強制隔離之人（釋字第 690 號）、受限制繼續跟蹤之記者（釋字第 689 號）、對公同共有人一人為稅捐處分之送達（釋字第 663 號）等；於立法行為方面，例如受三一九槍擊事件真相調查特別委員會調查之人民（釋字第 633 號）、國民大會正當之修憲程序（釋字第 499 號）、因農田水利會訂定之自治規章而自由權利受限制之人民（釋字第 628 號）等，均因為保障人民（不論本國、外國、大陸地區）之權益，而以正當法律程序原則審查國家之公權力行使之合憲性。

依前揭大法官解釋之內容觀察，大體上仍係參考從英國大憲章、美國聯邦憲法及法國人權宣言所揭示，採保障人民生命、自由及財產，免受國家以不正當法律程序影響、限制或剝奪之基本立場。換言之，正當法律程序原則，是在針對影響、干涉、限制或剝奪人民自由、權利之國家公權力-不論為行政、立法或司法行為-進行憲法控制。因此，若非憲法所保障之人民自由權利，或非來自國家公權力之影響、干涉、限制或剝奪，應無正當法律程序原則適用之餘地。

3、未賦予被害人到庭陳述意見權，違反正當法律程序原則？

針對此，本解釋多數見解係採肯定，如前述。但就

被害人到庭陳述意見，為何係受憲法所保障之「權利」，以至於少事法因限制此權利而違反正當法律程序原則？則始終未置一詞，僅指出因少事法已賦予被害人一定之地位與權利。

如上分析，不論依英國大憲章、美國聯邦憲法、法國人權宣言或我國大法官歷來之解釋，正當法律程序原則，都是在保障人民之生命、自由或財產等憲法上權利，不受公權力影響、干涉、限制甚至剝奪之憲法上原則。

本席對大法官歷來所採上開解釋立場，深表敬佩與贊同。按憲法是人民自由權利保障書，憲法於第一章總綱之後，於第二章即以「人民之權利義務」為章名，其意義即在彰顯整部憲法，以保障人民自由權利為主軸。至於其後有關國家機關之設置、中央、地方之分權、基本國策等，終極目標亦在保障人民之自由權利。不涉及人民在憲法上之自由權利者，雖非不能以法律或命令為規範或保障，但終非憲法所保障之自由權利。

以被害人以外之訴訟參與者，向法院陳述意見為對照，例如智慧財產案件之技術審查官（智慧財產案件審理法第 4 條）、學術專業研究人員（行政訴訟法第 162 條第 1 項）、家事之社工人員、調解委員（家事事件法第 11 條第 1 項、第 36 條第 1 項），其等固得於各該程序中為意見陳述，但非構成裁判基礎之行為，其意見僅供法院參考，因此，法律縱未賦予前揭之人得向法院為意見陳述，亦不生違反憲法正當法律程序原則。同理，縱使法律賦予被害人有到庭陳述意見之機會，因陳述亦非構成裁判之基礎，法院對此陳述是否採納，仍無須於判決中說明，除非被害人之意見陳述，與前揭其他訴訟參與之陳述，有所不同，而具有「憲法上權利」之性質，否則

仍難認為被害人到庭陳述意見，係受正當法律程序原則適用所保障。

五、限制或禁止被害人到庭陳述意見，究竟侵害被害人何種憲法上自由權利？

1、本解釋立場

如前所述，憲法第 16 條所保障之訴訟權，或歷來大法官解釋所承認之正當法律程序原則，均以人民有受憲法所保障之權利為前提，而非基於法律已另賦予被害人其他之訴訟上地位與權利。因此，被害人到庭陳述意見，究竟該當於憲法所保障之何項權利？乃問題之核心，惜乎本解釋似未言明。

2、被害人陳述意見在程序上功能

本席認為，被害人受憲法所保障之身體、自由、財產、名譽等權利，縱受被告（或少事法之少年）所侵害，其被侵害之事實，於進入各該法庭程序前，已然發生。被害人若未提起訴訟取得當事人地位，僅於程序中以非證人地位，向法院陳述意見者，對回復其所被侵害之權利，或「救濟」被侵害之權利，功能其實十分有限。蓋其所為意見陳述，僅能供法院參考，法院採或不採其意見，亦毋需提出判斷依據（刑事訴訟法第 310 條參照）故也。

3、被害人陳述在憲法上之意義

吾人要在被害人之意見陳述，與其他參與程序之第三人之意見陳述，作出區別，並承認祇有被害人之意見陳述，係受憲法所保障，與上開第三人不同，確實有再深入思考必要。

依本席見解，被害人所為意見陳述，與其他第三人所為者之區別，不在陳述對程序進行或法院審判結果，

有何不同法律效力，而是在於陳述行為，對陳述者本身之意義與影響，有所不同。易言之，第三人向法院所為之陳述，基本係以「局外人」身分，客觀描述某一觀點，是一種「不以物喜，不以己悲」之心情。因此，對於法院裁判結果是否採納其意見，亦不會有特別心理或情緒反應。反之，被害人是身體、自由、財產或名譽等權利之受害者，其因擁有之身體、自由、財產或名譽等權利被掠奪、侵害而傷痛，乃人性自然反應。其希望回復被掠奪之物，或回復所受傷害，至少發抒被掠奪、侵害之心情，亦普遍存在於被害人心中，這樣的人性自然反應與希望，乃超前於憲法或法律而存在，憲法或法律所應面對者，祇是如何以法的角度加以處理而已。

淺見認為，如果法律在規範有關審理被害人權益是否被侵害之司法程序，面對這樣的人性自然反應，法律竟完全不予理睬，甚至全面禁止被害人為此陳述，顯然是對被害人人性之壓抑或禁錮，非現代文明國家憲法所能容忍，從而認為此法律已違背憲法，乃理所當然。

4、法律授權法院審酌是否傳喚被害人到庭陳述，並不違憲

應特別指出者，全面禁止被害人為意見陳述之違憲結論，並不能導出法律應強制法院全面通知被害人到庭陳述之結論。蓋是否傳喚被害人到庭陳述，本有諸多應考量因素。從被害人之觀點，至少有如下幾點：(1) 被害人未必都希望於法庭為此陳述，而再次面對被告或其所受侵害之事實。(2) 被害人可能已於法庭以外之司法機關（例如警察局、檢察官），陳述此項意見，認為無再次到法院陳述必要。(3) 被害人考量到庭陳述所付出之時間、勞力與費用，認為祇需以書面陳述即可，無需到庭。(4) 被害人對於被告應受如何處理，未必有特別意見（相信法

庭之專業、已原諒被告或於法庭外和解等)。就程序功能而言,至少亦可列出幾項理由:(1) 現行法制既不採自力救濟,被告是否犯罪及應受如何處理,已由代表國家之檢察官取代被害人,成為追訴之主體,使被害人全面介入陳述意見,如與檢察官之意見間有所衝突時,應如何取捨?(2) 全面使被害人參與訴訟,會不會發生被害人與檢察官聯手對被告進行追究之局面,在被告未採全面強制辯護下,致被告更難防禦,致受公權力(法院)不利審判之機會增加,牴觸了憲法對被告人身自由保障之精神?(3) 強制法院原則上應傳喚被害人到庭,如為憲法保障之程序權,則法律欲為例外規定不予傳喚,等同對此憲法保障權利之限制,應於符合憲法第 23 條之情形,始得為之。因此,法律不可能過於放寬例外不予傳喚之規定,如此,實務上法院必須先確定何人屬於此所稱之被害人,然後予以傳喚,否則程序即非適法。然而,所謂被害人云者,現行刑事訴訟法或少事法,均未明文其意義,是否包含全部之直接、間接被害人,容有疑義,於被害人人數眾多之情形(例如對公眾恐嚇),法院必須全面清查後,再傳喚其到庭陳述,但如此作法,實務上是否可行?有無必要?實大有可議。此與現行法規定,雖規定被害人可以提起自訴、附帶民事訴訟,但法院僅就實際已提出訴訟者,審查是否符合法律所規定被害人之要件即可,所耗費司法資源有限,自屬不同。(4) 與其以法律強制規定法院原則上必須普遍性傳喚被害人到庭陳述,所增加之國家司法資源支出(包含費用支出、審判期程延長等),或被害人之時間、勞力、費用及精神壓力增加,是否由法律授權法院依個案情形,認有必要且適當或被害人已為請求時,始傳喚被害人到庭陳述,更能

節省法院及被害人不必要負擔，使法院得將其資源運用於解決其他龐大數量之案件，而更符合訴訟經濟要求。

總之，全面禁止被害人為意見陳述，固可認為違反憲法，但法律授權由法院審酌個案之必要性與適當性或被害人是否已為請求等因素後，決定是否通知被害人到庭陳述，則難認違反憲法。

貳、少年保護事件被害人陳述意見之特殊性

一、本解釋多數見解

本解釋多數見解認為，少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上固然有別，然涉及少年偏差或非行行為之少年保護事件，亦可能有因少年之行為而權利受侵害或身心受創之被害人，且可能同屬未成年人。而就少年保護事件處理程序而言，被害人到庭就其受害情節，以及對少年未來環境之調整或性格之矯治所持意見之陳述，除有助於法院釐清與認定相關事實外，亦有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長（解釋理由第 2 段、第 4 段）。

本席對於多數意見，闡釋少年保護事件之程序與刑事訴訟程序性質上有別之立場，敬表贊同。然多數意見關於少年保護事件被害人陳述之性質所為闡述，則難贊同。

二、少事法並非以處理少年被害人為目的

本解釋多數意見認為：「涉及少年偏差或非行行為之少年保護事件，亦可能有因少年之行為而權利受侵害或身心受創之被害人，且可能同屬未成年人。」是否將未成年人之被害人，同列為少事法保護事件所要處理或保護對象，雖未明言，但從解釋文脈，確易使人有此解讀。然少事法係處理 12 歲以上 18 歲未滿之少年，而有少事法第 3 條所列行為之事件，至於未成年之被害人應如何受保護，為其他法律之規定（如兒童及少年福利與權益保障法、兒童及少年性剝削防制條例等），非少事法規範之目的。

三、協助少年法院非賦予被害人到庭陳述之憲法理由

本解釋多數意見認為：「被害人到庭就其受害情節，以及對少年未來環境之調整或性格之矯治所持意見之陳述，除有助於法院釐清與認定相關事實外，亦有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長。」

然而，被害人於少年保護事件所為意見陳述中，有助於法院釐清與認定相關事實之部分，被害人須以證人地位所為陳述，法院始可作為判斷事實之依據，如係其個人意見，則不得作為判斷事實之依據（少事法第 24 條、刑事訴訟法第 310 條參照），因此，謂被害人非以證人地位所為之意見陳述，有助於法院釐清與認定相關事實，尚難贊同。至於被害人之意見陳述，有助於法院綜合考量相關因素而對少年採取適當之保護措施，以促成其未來之健全成長之部分，性質上屬於協助法院妥善處理少年事件，或為少年利益而為之意見陳述，並非為救濟被害人自己權利被侵害，或可能將受國家公權力影響、干涉之自由權利，此與其他協助法院妥善處理少年事件而提出意見之人員，例如心理衛生等專業人士（少事法第 3 條之 1 第 3 項）、心理測驗員、心理輔導員、佐理員、少年調查官（少事法第 11 條、第 19 條）等，其向少年法院陳述意見，並非憲法所保障之權利，並無不同。是被害人為協助少年法院或少年所為之陳述，雖在「做功德、行善事」，但憲法並不保障人民有「做功德、行善事」之權利。

總之，被害人之意見陳述中，有助於法院釐清與認定相關事實，或有助於促成少年其未來之健全成長之陳述，均非憲法第 16 條訴訟權、正當法律程序原則所欲保障之行為。

四、少年保護事件被害人陳述意見之特殊性

1、少年司法為柔性司法，少年保護事件程序亦為柔性程序

就法院進行之程序言，鑑於少年心智未臻成熟，對於少年法院訊問之事項，未必能充分陳述，或可能因調

查或審理程序而承受過度壓力，甚至造成長期過度負面情緒，不利於健全成長，或因有第三人在場，無法自由完整陳述，影響少年法院對事件之全盤了解等，故少事法除明文規定，少年之訊問，應有在場陪同人（少事法第 3 條之 1）、少年法院應以和藹懇切態度審理，並得不於法庭內進行（少事法第 35 條）、訊問時得隔離少年以外之人在場（少事法第 38 條）等諸多不同於刑事訴訟之特殊設計外，並明定少年保護事件審理細則，由司法院定之（少事法第 86 條第 2 項），期能更彈性、柔性地因應少年保護事件中，不同類型之審理需求，與刑事訴訟程序具有相當明顯之嚴格性不同。

2、許被害人之陳述，非在對少年之行為進行指控，使其負與行為相當之處罰

本席認為，於刑事訴訟事件，傳喚被害人到庭陳述意見，法制上所面臨之問題，於少年保護事件亦須面臨（請參照前述壹、五、4、）。於少年保護事件程序，更應考量其特殊性，決定傳喚被害人到庭陳述之相關設計。

詳言之，刑事訴訟係以確定被告有無檢察官或自訴所訴之犯罪事實，以及於認定此事實後，確認被告應負擔如何之刑事責任，使符合罪刑相當，以發揮刑法規範效力，並實現社會正義。因此，被害人到庭陳述，除為確認被告之犯罪行為，而基於證人地位陳述外，並包含基於受害人希望能基於社會正義，使被告應受相當刑罰之陳述。然於少年保護事件，程序之主軸，係在確定少年有無法律所規定之非行，以及如果有此非行，其發生之主、客觀環境如何，以便少年法院作成為以保障少年健全之自我成長，調整其成長環境為目的之處分，與刑事訴訟程序，迥不相同。

基於少年保護程序之特殊目的，少年法院及其他程序參與者於程序中所為之行為，均須在有助於此目的達成之前提下進行。例如就少年法院之機關人員而言，不論少年調查官、心理測驗員、心理輔導員、佐理員等（少事法第 11 條、第 19 條），其職責是在對於少年與事件有關之行為、其人之品格、經歷、身心狀況、家庭情形、社會環境、教育程度以及其他必要之事項等，進行調查，全盤了解（少事法第 9 條、第 11 條），作為對少年最適當之處分之準備。就其他參與程序者而言，例如心理衛生等專業人士（少事法第 3 條之 1 第 3 項）、少年所在地之輔導委員會、社會工作、心理、教育、家庭教育或其他相關專業人員（少事法第 18 條第 6 項、第 7 項，該條文將於 112 年 7 月 1 日施行），其於程序中陳述意見之目的，亦在協助少年法院作成符合前述目的之處分。被害人到庭陳述之目的，亦復如是，而非對少年進行指控，使少年承受與行為相當之處罰。

3、應於不違背少年保護事件之程序目的之前提下，由法律授權少年法院審酌情形，傳喚被害人陳述意見

全面禁止被害人為意見陳述，固可認為違反憲法，但基於少年保護事件程序之特殊性，法律授權由少年法院審酌個案之必要性與適當性，兼顧被害人心情感受等因素後，決定是否通知被害人到庭陳述，或以到庭以外之方式陳述意見，即難認違反憲法。

參、少事法就少年保護事件之被害人到庭陳述意見，究竟有無規範？

關於此，本解釋於解釋文中指出：「均未明文規範」，於解釋理由（第 4 段）中指出：「被害人於程序進行中有到庭陳述意見之機會；非有正當事由且符合比例原則之前提下，不得一律予以排除」並據此宣告少事法違憲，顯然是呼應解釋文，認為少事法係一律排除被害人

到庭陳述意見之機會，且不具備正當理由及符合比例原則。

本席認為，縱使全面禁止傳喚被害人到庭陳述，有壓抑或禁錮被害人人性自然反應而違憲情形，但就現行少事法言，是否已達「均未明文規範」之地步，甚至已達全面禁止被害人為陳述之地步，仍有逐一檢視必要。

一、應否依少事法第 1 條之 1 適用刑事訴訟法第 271 條第 2 項？

1、法律規定：少事法第 1 條之 1 規定：「少年保護事件及少年刑事案件之處理，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律。」因此，部分審判實務及學說，乃認為依此規定，少年保護事件應適用刑事訴訟第 271 條第 2 項規定：「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會。但經合法傳喚無正當理由不到場，或陳明不願到場，或法院認為不必要或不適宜者，不在此限。」故少年法院應傳喚被害人到庭陳述意見。

2、本解釋立場：針對上開規定，本解釋雖未就少事法第 1 條之 1 是否包含少年保護事件亦適用刑事訴訟法之問題，直接表明立場，並說明其理論，但就解釋文稱少事法「均未明文規範」，解釋理由中指出：「一律排除」少年保護事件被害人到庭陳述意見，可知本解釋是採反對立場，認為不能依少事法第 1 條之 1 適用刑事訴訟法第 271 條第 2 項之規定。

3、本席見解：就本解釋採反對立場，本席十分贊同，茲再補充其理由如下：

(1) 就立法事實言，立法者明白表示於少年保護事件，除法律所列舉者外，不準用刑事訴訟法規定，被害人僅能以證人地位傳喚。蓋現行少事法第 1 條之 1 規定，於民國 51 年少事法公布施行時，即列為第 1 條，嗣於 86 年修正時，由第 1 條遞延條文順序而來。

按行政院於 47 年將少年法草案送請立法院審議，於原草案第 4 條規定：「關於少年刑事案件，本法未設規定者，仍適用刑法刑事訴訟法及其他法律。」立法說明謂：「本條為專對少年刑事案件，設適用之規定，至少年保護事件，如其性質上可準用刑法或刑事訴訟法者，則分別定入以後有關少年保護事件章內（參日本少年法第 14 條第 2 項，第 15 條第 2 項，第 30 條，第 40 條，西德少年法院法第 2 條）。」另於草案第 31 條（即現行法第 24 條）之立法說明，重申：「刑事訴訟法不能逕行適用於少年保護事件，故特設準用之規定。」尤其與本解釋直接相關之審理期日應否傳喚被害人之問題，草案第 39 條（即現行法第 32 條）之立法說明，更明白指出：「至於其他之人，祇能作為證人傳訊，少年行為之被害人亦然。」（立法院公報第 28 會期第 16 期第 63 頁以下參照）。上開草案中，除第 4 條經立法院司法內政教育法制委員會聯席審查後併第 1 條外，其餘均與現行法內容相同。

故就立法事實而言，立法者自始即明白認識少年保護事件與少年刑事事件不同，於少年保護事件，除法律所列舉者外，不準用刑事訴訟法規定，少年保護事件被害人於審理期日祇能以證人地位傳喚。

(2) 就法律體系言，亦不能解釋為可依少事法第 1 條之 1 規定，一般性地補充適用刑事訴訟法。蓋若可透過第 1 條之 1 之規定為如此解釋，則又何須於第 31 條關於少年保護事件之輔佐人及第 64 條關於抗告事項，復特別明文準用刑事訴訟法之規定？何況性質相近之前開少事法第 31 條及第 64 條，尚僅「準用」刑事訴訟法規定，反而其他少事法未規定者，却依第 1 條之 1「適用」刑事訴訟法？

(3) 就少年保護程序與刑事訴訟程序本質迥不相同言，亦不能解釋為可依第 1 條之 1 一般性補充適用刑事訴訟法。蓋刑事訴訟程序以確定國家對被告之刑罰權，於認定有罪時，並使被告負相當罪刑為核心目的，此與少年保護事件，目的在經由此程序，確定應以何種措置，以保障少年之自我成長，調整其成長環境，並矯治其性格為目的（少事法第 1 條參照）者，迥不相同。司法程序乃一連串之過程，猶如一列往前行駛之火車，每節車箱雖可搭載不同之旅客，並有不同之旅行目的，但都必須在同一軌道行駛一般，司法程序中每一環節，包含每位參與訴訟之人，雖對程序結果容有不同期待，並於程序過程中扮演不同角色，但無論如何均必須在達成程序終局目的之目標下，進行各種活動。因此，被害人之程序參與（包含陳述意見），應至何種程度，亦應依不同程序所要達成之目的，決定其應扮演之角色。少年保護事件與刑事訴訟所要達成之目的，迥不相同，已如前述，從程序法理觀點，自不能一概將刑事訴訟法之規定，適用於少年保護事件。

二、少事法有無其他有關被害人到庭陳述之規範？

本解釋之解釋文認「均未明文」，解釋理由則謂「一律予以排除」，顯然採否定觀點。然依本席所信，少事法已於下列條文中「明文」賦予被害人陳述意見之機會：

1、得主動向少年法院報告：依第 17 條規定，被害人得向該管少年法院報告少年有第 3 條第 1 項第 1 款觸犯刑罰法令之行為。被害人得為此報告，係法律直接明文賦予，不必經少年法院或他人之許可。又被害人依此所為報告，其內容除陳述如何被侵害之事實外，當然亦得就少年法院應如何處理提出意見。

2、得於依法院之命到庭作證時，陳述意見。依第 37 條規定，審理期日，少年法院應調查必要之證據，少年應受保護處分之原因、事實，應依證據認定之。所謂必要之證據，不但不排除被害人就如何被侵害之事實陳述，而且被害人此一陳述通常且為判斷少年是否有非行之重要證據。因此，被害人有於法院審理期日，以證人身分到庭陳述如何被侵害之事實之機會，甚至是一種義務。雖然，被害人以證人身分為陳述者，其個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據（少事法第 24 條準用刑事訴訟法第 160 條），但並非禁止被害人於此場合為意見陳述。

3、得於調查或審理程序中陳述意見，甚至少年法院必須傳喚被害人陳述。依少事法第 29 條第 3 項、第 41 條第 2 項及第 42 條第 3 項規定，於少年保護事件調查、審理程序，少年法院認以不付審理為適當、不宜付保護處分者，得於裁定前傳喚被害人到庭陳述是否同意少年法院為修復處分之意見；於保護事件之審理程序，少年法院為保護處分之裁定前，得於裁定前傳喚被害人到庭陳述意見。可知少年法院欲為前開裁定者，不但被害人有陳述意見之機會，而且非經其陳述意見不可。故本解釋認少事法「均未明文」，至少就此部分，與法律規定不符，尚難贊同。

應值注意者，上開規定，雖係就被害人是否同意修復處分或就保護處分為規定，但被害人依上開規定到庭陳述意見，係於法院調查程序或審理程序中，少年法院尚未作成裁定前，而非少年法院已作成不付審理為適當、不宜付保護處分或保護處分後，始命被害人就是否「同意修復」，或就應為「如何之保護處分」陳述意見。

因此，被害人所為意見陳述，並不限於祇能為「同意修復」或「如何之保護處分」之意見，當然可以包含「不同意修復」之意見，以及其他對該事件如何處理之意見。少年法院於聽取被害人之意見後，仍得依法為各種裁定，不限於為修復處分或保護處分之裁定。

要言之，依少事法規定，有明文規定少年法院於調查或審理程序，欲為一定內容之裁定前，應傳喚被害人到庭陳述意見者，亦不排除得一般性的傳喚被害人到庭陳述意見後，再依法為裁定。本解釋認少事法「均未明文」，甚至「一律排除」傳喚被害人到庭陳述意見，與法律規定不符，尚難贊同。

4、於少年調查官調查時為意見陳述。按少年事件之處理，並非如刑事審判，以確定被告之犯罪事實以及應受如何之刑事處罰為目的，而是以健全少年之自我成長、成長環境之調整及其性格之矯治為目的（少事法第 1 條規定參照）。因此，了解該少年與事件有關之行為、其人之品格、經歷、身心狀況、家庭情形、社會環境、教育程度以及其他必要之事項，乃少年法院為達成前開立法目的所為處理之必要前提。故依第 19 條規定，少年法院接受移送、報告或請求之事件後，應先由少年調查官調查上開事項，並於指定之期限內提出報告，並附具建議。如進入審理程序，依第 39 條規定，少年調查官應於審理期日出庭陳述調查及處理之意見。少年法院不採少年調查官陳述之意見者，應於裁定中記載不採之理由。可知在少年保護程序，調查官之調查及建議，具有重要影響。又調查官依第 19 條規定為調查時，為了解少年與事件有關之行為，當然不排除聽取被害人之意見，並將此意見納入其向法院之報告之內容。因此，被害人向調查官為

意見陳述，性質上與向少年法院為陳述，並無差異（日本少年法第 9 條之 2 參照）。

5、依抗告或聲請重新審理方式陳述意見。被害人或其法定代理人就少年法院不付審理之裁定、不付審理，並為轉介輔導、交付嚴加管教或告誡處分之裁定、諭知不付保護處分之裁定或諭知保護處分之裁定等，均得提起抗告（同法第 62 條規定參照），亦得於少年法院諭知不付保護處分之裁定確定後，依法聲請重新審理（同法第 64 條之 2 規定參照）。被害人為抗告或聲請重新審理之內容，當然以表達其對裁定不服之意見為主軸，是抗告或聲請重新審理，亦為被害人向法院陳述意見之途徑之一。

三、少年保護事件，如何使被害人有陳述意見機會，屬立法自由形成

訴訟應循之程序及相關要件，按訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，立法機關得衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟制度之功能、政策目的等因素，為正當合理之規定，迭經本院解釋在案（釋字第 442 號、第 512 號、第 569 號、第 574 號及第 591 號解釋參照）。按犯罪被害人依法提起訴訟（例如刑事訴訟程序之自訴、附帶民事訴訟、民事訴訟等），而成為訴訟之當事人者，應須受法院裁判之拘束，因此必須賦予以全面的訴訟參與，固無待論。然如非成為訴訟當事人者，立法者於衡諸前開各項因素後，給予一定程度之訴訟參與，本屬立法自由形成範圍，難謂與憲法有違。尤其法律於審酌司法資源之充分運用、訴訟目的及當事人勞費支出等因素（請參閱前述壹、五、4、），於少年保護事件，並審酌事件之特殊性，於有助於少事法目的之前提下，授權由法院審酌個案之必要性、適當性及被害人受害之心情感受等，決定使被害人陳述意見之方式、地點等，而非一律排斥被害人陳述，更難認有違憲。就少事法之規定言，不但未全面禁止被害人

為意見陳述，反而從程序之開始至程序終結，就被害人為意見陳述之機會，已有相當充分規定，實難認有何違憲之情形。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇六號解釋

【臺北市街頭藝人活動許可證案】

發文日期：中華民國110年7月30日

發文字號：院台大二字第1100021836號

解　釋　文

臺北市政府於中華民國 94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（業於 110 年 3 月 24 日廢止）第 4 條第 1 項規定：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」第 5 條第 1 項規定：「主管機關為處理前條第 1 項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」及第 6 條第 1 項前段規定：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。」合併觀察上開三規定所形成之審查許可制度，其中對人民職業自由與藝術表現自由限制之部分，未經地方立法機關通過，亦未獲自治條例之授權，與法治國法律保留原則有違。 1

上開三規定就街頭藝人之技藝加以審查部分，已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業主觀條件之限制，不符比例原則之要求，與憲法第 15 條保障職業選擇自由之意旨有違。至於就街頭藝人所從事之藝文活動，是否適合於指定公共空間為之加以審查部分，尚無違比例原則。 2

上開三規定就涉及審查藝文活動內容之部分，其管制目的難認符合特別重要公共利益之要求，與憲法第 11 條保障藝術表現自由之意旨有違。但對是否適合於指定公共空間表演加以審查部分，則與比例原則之要求尚無違背。 3

解釋理由書

聲請人陳源楨為領有臺北市活動許可證之街頭藝人（視覺藝術類），於 103 年 7 月至 11 月間，在臺北市萬華區「西門町行人徒步區」 1

區域進行街頭藝人展演活動時，因「於未獲許可之場所進行展演（展演位置與申請不符）、使用空間超過相關規定」等情形，經臺北市政府文化局（下稱文化局）稽查小組人員多次於現場作成紀錄在案，文化局審認其已違反臺北市政府於 94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法）第 6 條，以及臺北市政府於 103 年 2 月 6 日修正發布，並自同年 2 月 28 日生效之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱實施要點，業於 107 年 4 月 10 日廢止，並溯及自同年月 1 日生效）等規定，以 104 年 1 月 20 日北市文化藝術字第 10430190301 號函對聲請人作成記點 5 點之處分（下稱原處分）。按聲請人曾於 102 年 5 月、6 月、7 月共 3 次違規，經文化局以 103 年 1 月 24 日函記點 2 次；於 102 年 12 月、103 年 4 月、5 月共 3 次違規，經文化局以 103 年 7 月 23 日函記點 2 次，聲請人均未對之提起行政救濟。因前開二函之記點處分加上原處分，記點警告累計達 9 點以上，文化局乃以原處分廢止聲請人之活動許可證，並自廢止日起 1 年內不得再行申請。聲請人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經臺北高等行政法院 104 年度訴字第 757 號判決駁回，聲請人不服，提起上訴，經最高行政法院 105 年度裁字第 653 號裁定以其上訴為不合法予以駁回，是本件應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。聲請人主張確定終局判決適用之許可辦法第 4 條第 1 項以及第 6 條第 1 項，牴觸憲法第 15 條所保障之工作權及第 23 條之法律保留原則，向本院聲請解釋。聲請意旨經核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請解釋憲法之要件相符，應予受理。

聲請人因其活動許可證被廢止，認其基本權受侵害而聲請釋憲。 2
按活動許可證得被廢止，係以活動許可證之核發為前提。許可辦法第 4 條第 1 項規定：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」（下稱系爭規定一）、第 6 條第 1 項前段規定：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝

文活動。」（下稱系爭規定二）乃活動許可證核發之依據及其效力之規定，為確定終局判決所適用，自應為審查之標的。又同辦法第 5 條第 1 項規定：「主管機關為處理前條第 1 項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」（下稱系爭規定三）乃為執行系爭規定一有關核發活動許可證之前置審查之具體規定，於規範意義上二者具有不可分割關係，與系爭規定一及二有重要關聯性，應一併納入審查範圍（本院釋字第 709 號及第 739 號解釋參照）且予合併觀察（本院釋字第 577 號、第 755 號及第 764 號解釋參照）。爰作成本解釋，理由如下：

臺北市政府訂定發布許可辦法及實施要點之目的係「為鼓勵臺北 3
市藝文活動多元發展，並培養民眾以付費方式參與藝文活動之消費習慣，促使藝術文化融入民眾生活，豐富本市公共空間人文風貌，許可藝人從事街頭藝文活動」（許可辦法第 1 條規定參照），許可辦法所定義之藝文活動，係指「從事收費性戲劇、默劇、丑劇、舞蹈、歌唱、樂器演奏、魔術、民俗技藝、雜耍、偶戲、詩文朗誦、繪畫、工藝、雕塑、行動藝術、使用非永久固定之媒材或水溶性顏料之環境藝術、影像錄製、攝影及其他與藝文有關之現場創作活動。」（許可辦法第 2 條第 3 款規定參照）。按街頭藝人從事藝文活動因可向觀眾收費（許可辦法第 1 條、第 2 條第 3 款、實施要點第 7 條第 5 項規定參照）而得為營生之方式，故人民選擇以街頭藝人作為職業之自由，應受憲法第 15 條工作權之保障。又許可辦法所規範街頭藝人之藝文活動，均為藝術表現之領域，而藝術表現自由屬人民表現自由之一環，亦受憲法第 11 條之保障（本院釋字第 756 號解釋參照）。另按藝術為個人能力之展現，為人類文明之重要指標，街頭藝人為民間藝術能力之自主呈現。人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，應受憲法高度

之保障。

一、系爭規定一、二及三違反法治國法律保留原則 4

按街頭藝人之藝文活動，固因使用街道等公共空間，逾越通常使 5
用範圍，構成公物之特別使用，基於社會秩序之維護，而須納入管制，並經許可，始得為之。但此並不改變街頭藝人之藝文活動仍屬受憲法保障之職業自由與藝術表現自由之事實，與室外集會遊行，使用街道，構成公物之特別使用，依然受憲法集會自由保障之情形，並無二致。是對街頭藝人從事藝文活動之管制，如構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應以法律，或經法律明確授權之命令為之，始符合法治國法律保留原則之要求。次按我國縣（市）、直轄市等地方層級實施地方自治，地方議會行使地方立法權，議會議員由地方居民選舉之，地方首長行使地方行政權，由地方居民選舉之（憲法增修條文第 9 條、地方制度法第 3 章第 4 節參照）。是地方自治事項，凡涉及對居民自由權利之限制者，根據法治國原則相同法理，同樣有法律保留原則之適用，亦即應以經地方立法機關通過，並由各該行政機關公布之自治條例（地方制度法第 28 條第 2 款規定參照），或經自治條例明確授權之地方行政機關訂定之自治規則定之。

允許街頭藝人得從事藝文活動之空間，一般係指人行道、廣場及 6
公園綠地等，而該等公共空間之管理，均屬地方自治事項（地方制度法第 18 條第 4 款第 2 目、第 6 款第 5 目、第 10 款第 1 目、第 19 條第 4 款第 2 目、第 6 款第 5 目及第 10 款第 1 目等規定參照），是對街頭藝人藝文活動之管制，屬地方自治事項，應無疑義。而系爭規定一及二要求街頭藝人使用公共空間從事藝文活動，應經主管機關核發活動許可證，始得為之；系爭規定三要求街頭藝人須於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始取得活動許可證，均屬對人民職業自由與藝術表現自由之限制。是依前揭法治國法律保留原則之要求，須以地方立法機關通過之自治條例，或經自治條例明確授權之自治規則定之。但系爭規定一、二及三，其性質上卻僅屬地方行政機關

發布之自治規則，既非地方立法機關通過之自治條例，亦未獲自治條例之授權，因而與法治國法律保留原則之要求有違。

二、系爭規定一、二及三就街頭藝人資格能力之限制，侵害職業選擇自由；就公共空間之使用限制，尚與比例原則無違 7

憲法第 15 條規定保障人民之工作權，其內涵包括職業自由。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於人民選擇職業應具備之主觀條件，即從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，例如知識、學位、體能等，立法者若欲加以規範，其目的須為追求重要公共利益，且其手段與目的之達成間具有實質關聯，始符比例原則之要求（本院釋字第 749 號及第 778 號解釋參照）。 8

按街頭藝人自古有之，以街頭走唱作為謀生之方式，亦屬人民職業自由之選項。許可辦法之制定目的，係為鼓勵並規範收費性之藝文活動，以促進臺北市藝文活動多元發展。系爭規定一、二及三對有意在臺北市公共空間從事街頭藝文活動者之解說、操作、示範或表演加以審查，通過後始核發活動許可證，就其諸多審查項目以觀，有部分係對申請在臺北市公共空間從事藝文活動者設立能力、資格之限制，亦即就街頭藝人之技藝加以審查，就此而言，已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業之主觀條件之限制。其目的應係為防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂，乃為追求公共利益，固屬正當，但與專門職業及技術人員或其他專業技術工作者，其資格之所以須經審查，係在保護人民之生命、身心健康、財產或其他重要法益，尚屬有間，難認係重要公共利益，是系爭規定一、二及三對資格能力等主觀條件之限制部分，不符比例原則之要求，與憲法第 15 條保障職業選擇自由之意旨有違。 9

關於限制人民從事工作之方法、時間、地點、範圍等執行職業自由，如其限制目的係為追求正當之公共利益，且其限制手段與目的之達成間有合理關聯，即非憲法所不許（本院釋字第 802 號解釋參照）。 10

街頭藝人於公共空間從事街頭藝文活動之權利固受憲法保障，但街頭藝人從事藝文活動，對公共空間之正常使用所造成之影響仍應於合理範圍內，始受允許。主管機關就街頭藝人得使用公共空間之時段、地點加以規範，以及系爭規定一、二及三對街頭藝人所從事之藝文活動，是否適合於指定公共空間為之加以審核部分，雖係對街頭藝人從事藝文活動之限制，而限制其職業自由，但僅涉及對人民執行職業之方法、時間、地點、範圍之限制，且係於維護公共空間之正常使用、秩序與安全必要範圍內，符合正當之公共利益，尚無違比例原則。

三、系爭規定一、二及三涉及審查藝文活動內容之部分，與憲法第 11 條保障藝術表現自由之意旨有違；就是否適合於指定公共空間表演加以審查部分，與比例原則尚無違背 11

許可辦法第 2 條第 1 款規定街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。然街頭藝人係於政府指定之地點、時間內從事藝文活動，已逾公共空間通常使用方式之範圍，而須經許可。惟政府於訂定街頭藝人從事藝文活動之相關許可法令時，除應維護一般人於公共空間之通常使用外，就特別使用之管制，亦應盡量採取無涉表意內容之管制，以保障街頭藝人之表現自由。政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。又如相關管制措施涉及對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，則應適用嚴格審查標準予以審查，其目的應為追求特別重要公共利益，手段應為別無其他更小侵害手段之最小干預，始得謂與目的之達成間有密切關聯，而無違比例原則。 12

系爭規定三要求街頭藝人須於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始取得系爭規定一及二所定之活動許可證，其審 13

查內容，有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查，從而涉及對於從事藝文活動內容之管制，應適用嚴格審查標準。至涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制之部分，則適用前揭中度審查標準審查。

按藝術價值之高低，本屬個別閱聽者主觀之評價，不容政府以公 14
權力取代，政府之藝術評選標準，亦未必比民眾自行判斷更具公信力；又街頭藝人從事藝文活動，縱然因技藝不足，而未獲觀眾青睞，實亦不傷大雅，對公益並無傷害。是系爭規定一、二及三涉及審查藝文活動內容之部分，其管制目的難認符合特別重要公共利益之要求，與憲法第 11 條保障藝術表現自由之意旨有違。至若藝文活動內容有妨害公序良俗或違背其他法律者（例如噪音管制法等），已有相關法律可資規範，自不待言。

又系爭規定一、二及三對涉及是否適合於指定公共空間表演等無 15
關表意內容限制加以審查部分，並未夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的，其對表意內容僅生附帶限制，且仍留給申請人有足以展示其表演能力與示範表演內容之充分機會，與比例原則之要求尚無違背。

四、不受理部分 16

除系爭規定一、二及三之外，聲請人聲請意旨指摘許可辦法及實 17
施要點其他條文有違憲疑義部分，或未經確定終局判決所適用，或未具體指摘其於客觀上究有何牴觸憲法之處，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定，應不受理。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書

許志雄大法官　提出
黃虹霞大法官　加入
黃昭元大法官　加入

一、臺北市政府於 94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法，業於 110 年 3 月 24 日廢止）第 4 條第 1 項規定：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」（下稱系爭規定一）、第 6 條第 1 項前段規定：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。」（下稱系爭規定二）及第 5 條第 1 項規定：「主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」（下稱系爭規定三）其就街頭藝人之藝文活動事項加以規範，涉及職業自由及表現自由之限制，致生有無違反法律保留原則之問題。亦即，臺北市政府乃地方政府，不是國家或地方自治團體之立法機關，其訂定之許可辦法屬自治規則，既非自治條例，更非法律，卻對街頭藝人之職業自由及表現自由逕為限制，是否不符法治國法律保留原則之要求而違憲。

二、本號解釋明白肯認，系爭規定所涉事項應有法律保留原則之適用，解釋理由書稱：「街頭藝人之藝文活動，固因使用街道等公共空間，逾越通常使用範圍，構成公物之特別使用，基於社會秩序之維護，而須納入管制，並經許可，始得為之。但此並不改變街頭藝人之藝文活動仍屬受憲法保障之職業自由與藝術表現自由之事實，與室外集會遊行，使用街道，構成公物之特別使用，依然受憲法集會自由保障之情形，並無二致。是對街頭藝人從事藝文活動之管制，如構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應以法律，或經法律明確授權之命令為之，始符合法治國法律保留原則之要求。」就須符合法律保留原則之結論而言，本席敬表贊同，但認理由部分尚有斟酌餘地。

按所謂公共空間，係指人行道、廣場及公園綠地等空間（許可辦

法第 2 條第 1 款參照），屬公物（公共用物）性質。公物之管理機關為維護公物之存續、使用及機能，本具有包括性之管理權能，是為公物管理權。管理機關基於公物管理權，就公物之使用，無論一般使用或特別使用，不僅得為具體處分，亦得訂定抽象之規範（公物管理規則）。職是之故，關於公共空間之管理，未必非有法律依據不可。多數意見表示，街頭藝人於公共空間從事藝文表演活動，構成公物之特別使用，須經許可始得為之，且對街頭藝文表演活動之管制，如構成對人民職業自由及藝術表現自由之限制，即應有法律保留原則之適用。乍看之下，此等見解與上開公物管理之法理不無扞格。就此，多數意見固然有所辯解，但其說理未臻周全，實有補充、闡釋之必要。

三、首先，關於職業自由方面，如解釋理由書所稱：「系爭規定一、二及三對有意在臺北市公共空間從事街頭藝文活動者之解說、操作、示範或表演加以審查，通過後始核發活動許可證，就其諸多審查項目以觀，有部分係對申請在臺北市公共空間從事藝文活動者設立能力、資格之限制，亦即就街頭藝人之技藝加以審查，就此而言，已涉及對人民選擇在臺北市公共空間從事街頭藝人職業之主觀條件之限制。」依其意旨，系爭規定一、二及三關於街頭藝人職業之主觀條件之限制規定，涉及職業選擇自由之限制，須符合法律保留原則之要求。惟此等情形何以不適用公物管理（權）之法理，多數意見未置一詞。本席認為，職業選擇自由之限制，性質上與公物之存續、使用及機能之維護並無直接關係，應非公物管理之事項，本不屬公物管理權所及範圍，公物之管理機關不能自訂規則予以規範。是回歸基本權限制應有法律依據之憲法要求，系爭規定一、二及三關於職業自由之限制，既非出於法律或自治條例之規定，自與法律保留原則有違。

其次，關於藝術表現自由之限制方面，除前引解釋理由書內容外，多數意見另表示：「許可辦法第 2 條第 1 款規定街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。然街頭藝人

係於政府指定之地點、時間內從事藝文活動，已逾公共空間通常使用方式之範圍，而須經許可。」惟街頭藝人於公共空間從事藝文活動，是否必然逾越通常使用範圍，構成公物之特別使用，而須經許可始得為之，非無疑義，於此姑且不予深究。理論上，不論就公物之一般使用或特別使用，應皆可依公物管理權之行使，訂定管理規則加以規範。若因而對使用者構成某種限制，無寧係公物管理不可避免之結果，原則上尚不生違法或違憲問題。既然如此，何以對街頭藝文表演活動之管制，只要構成藝術表現自由之限制，即要求應恪遵法律保留原則？其突破公物管理之行政法理論，立論基礎何在？

從前揭「街頭藝人得從事街頭藝文活動之公共空間，本屬傳統之公共場域，而具公共論壇之功能，人民通常即得於此公共場域為言論表達及意見溝通。」之論述似可推知，多數意見之主張主要立基於「公共論壇（public forum）」理論。事實上，過去釋字第 445 號解釋曾謂：「憲法第 14 條規定人民有集會之自由，此與憲法第 11 條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」似寓有公共論壇理論之意旨。惟其一語帶過，並未詳細闡述公共論壇理論之內涵，不免令人有霧裡看花之感。至釋字第 734 號解釋理由書所謂：「公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。」說法更加曖昧，恐難詮釋為公共論壇理論之運用。而本號解釋理由書於首揭文字後，接續表明應採之對違憲審查基準，其立場基本上呼應公共論壇理論，惟內容尚有值得商榷之處。

四、按公共論壇理論源於美國判例，適用於多種公共場域，而街路、人行道及公園等，傳統與表現活動結合之公共用物，乃最典型、最純粹（quintessential）之公共場域[1]，許可辦法所稱公共空間大體與

[1] 依照美國聯邦最高法院判例發展出來之公共論壇理論，除道路及公園為傳統（traditional）之公共場域外，另有指定「designated」或限定「limited」之公

之相當。依公共論壇理論，於此種傳統之公共場域，不得一律禁止表現活動。對表現活動所為之規制，若不涉表現活動之內容，而僅為時間、場所及方式之管制，固非不許，但其合憲性應受較嚴格之審查。亦即，應採中度審查基準，要求該規制必須嚴格限定於重要公共利益之追求，且必須留有其他足為表現活動之可替代途徑[2]。

多數意見表示：「政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；其手段至多僅得對表意內容造成附帶之適度限制，且應留給表意人有足以表意之其他替代途徑，始符比例原則之要求。」其主張除管制目的部分外，與上述公共論壇理論若合符節。然失之毫釐，差以千里，多數意見之主張已與公共論壇理論相距甚遠。

解釋理由書已先鄭重其事，強調藝術表現之重要性，主張藝術表現自由應受憲法高度保障，而謂：「藝術為個人能力之展現，為人類文明之重要指標，街頭藝人為民間藝術能力之自主呈現。人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，是應受憲法高度之保障。」卻於論述違憲審查基準時，容許只為追求合法之公共利益，而非重要公共利益，即可對演出活動之時間、地點、方式實施管制措施，顯已背離中度審查之要求，不無前後矛盾，自失立場之嫌。

共場域，如公立劇場，係由國家或地方自治團體自發性提供公眾從事表現活動之場所。至於其他國有或公有財產，既非傳統之公共場域，亦不屬指定或限定之公共場域，則為「非公共場域」（nonpublic forum）。參照芦部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998 年，頁 443、444；中林暁生著，パブリック・フォーラム，收於駒村圭吾、鈴木秀美編著「表現の自由Ⅰ」，尚學社，2011 年，頁 206、207；横大道聰著，現代國家における表現の自由，弘文堂，2013 年，頁 140-141。

2 芦部信喜著，憲法學Ⅲ，同註 1，頁 443-445；横大道聰著，同註 1，頁 141。

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出
　　黃虹霞大法官　加入

壹、街頭藝人是城市自由與多元文化的縮影

假日在行人徒步區的街頭藝人表演，是歐洲城市的特色，通常位於市中心的老城區，四周古老建物呈現古蹟風采，街頭藝人與行人自然互動，充滿文化與娛樂之氛圍，可說是一個城市自由與多元文化的縮影。

街頭藝人在臺灣社會並不陌生，走江湖賣藝，打拳賣弄身手，兼推銷膏藥，可說是街頭藝人的始祖。近幾年街頭藝人表演內容多元、人數增加，這是臺灣邁向多元文化社會的表現，各縣市也相繼訂定規範街頭藝人從事藝文活動的命令。本號解釋宣告臺北市政府於民國（下同）94 年 4 月 27 日訂定發布施行之「臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法」（下稱許可辦法），對街頭藝人資格之取得就技藝及內容加以審查部分為違憲，本席贊同，並提出協同意見。

貳、本號解釋聲請案原因事實大要及相關背景

本號解釋聲請人陳源楨於 103 年間因其街頭藝人活動許可證遭臺北市政府以其活動違規為理由而廢止，聲請人於用盡訴訟途徑後聲請釋憲，在此期間內有關街頭藝人之管理，有如下具有意義之事件：

一、106 年文化部召開「全國文化機關（構）主管會報」，文化部表示縣市政府對街頭藝人的表演技能進行考試給予證照的管理模式，有違藝術自主之原則，建議改採資格申請制，同時設立展演專區，讓街頭藝人有充分展現才華及創作的空間[1]。

二、臺北高等行政法院對流浪浮雲樂團聲請活動許可證遭否決案之判決

[1] 參見文化部，建構由下而上的文化治理 文化部召開「全國文化機關（構）主管會報」，https://www.moc.gov.tw/information_250_70209.html，2017 年 9 月 27 日（最後瀏覽日期：2021 年 7 月 30 日）。

臺北高等行政法院審理此案之原因事實大致為：原告為音樂人士組成之流浪浮雲樂團，向臺北市政府申請核發街頭藝人活動許可證，經審議委員會依其現場表演進行審議後，以「歌唱、演奏技巧需再純熟；建議不依賴伴唱設備，獨力呈現完整演出；注意表演歌唱或演奏之音準」等理由，決議不核發活動許可證，經過複審後仍判定不通過申請，原告提起訴願被駁回後，提起行政訴訟。臺北高等行政法院審理後於 109 年以 108 年度訴字第 179 號判決判原告勝訴，判決理由認臺北市政府所公布施行之許可辦法等自治規則違反法律保留原則，限制人民從事街頭藝人的職業自由，且不法侵害人民言論自由等原因而違憲。該判決理由論述充實詳盡，引據資料已如學術論文。該判決未經臺北市政府提出上訴而確定。

三、臺北市政府於 110 年 1 月 29 日訂定發布「臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法」（自同年 3 月 1 日起施行），年滿 16 歲以上中華民國國民即得向文化局申請登記為臺北市街頭藝人，亦即對於街頭藝人資格之取得採登記制，並於同年 3 月 24 日廢止許可辦法。

四、依上，本號解釋公布時，臺北市政府已變更審查許可制為登記制。然而基於如下理由，大法官仍有審查本件聲請案並公布本號解釋之理由：

（一）對街頭藝人之管理不論是採審查許可制或是登記制，均與人民在街頭表演之權利相關，涉及對於人民之職業自由及藝術表現自由等基本權之限制，若未經臺北市議會通過，其管制即有違反法律保留原則之疑義。於此必須指出，臺北市管理攤販的「臺北市攤販管理自治條例」即為經過臺北市議會通過之自治條例。

（二）至本號解釋公布日，臺灣仍有幾個縣市對街頭藝人採審查許可

制，本號解釋可供其參考[2]。

（三）街頭藝人表演涉及藝術表現自由，為憲法上之重要題目，德國基本法第 5 條第 3 項明文規定藝術自由是受憲法保障之基本權，本號解釋認憲法第 11 條保障之範圍包括藝術表現自由，具有憲政發展上之重要性。

參、對街頭藝人之資格無需採取審查許可制之理由

除了本號解釋理由書所指出，對街頭藝人之技藝加以審查不符比例原則，而侵害職業自由；對街頭藝人之藝文活動之內容加以審查不符合特別重要公共利益，而侵害藝術表現自由之外，從實務之觀點另可補充如下之理由：

一、對街頭藝人技藝及內容之審查難免主觀，參照臺北市政府公布之「臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點」規定不服審議結果，得申復之理由包括「評審委員在不涉及美學判斷之評審意見上有偏見，致影響審議結果之決定」，換言之，涉及「美學判斷」之意見即不得為申復之理由，然而美學判斷之意見即為主觀，因人而異。

二、以街頭藝人技藝不足而不核發活動許可證，可能阻礙有志於技藝表演者鍛鍊精進之機會。歐洲城市之街頭藝人表演內容形形色色，雜耍、魔術、演奏、歌唱等皆有之，其中固有技藝超群、令人嘆為觀止者，但也不乏看起來是窮困潦倒的音樂家，用盡最後一絲力氣拉奏，從觀眾獲取的賞金，可能同情成分大於欣賞。也有青澀的小音樂家，利用週末假期打工兼練藝。各種程度不一的表演者譜成豐富文化面相，設定資格篩選即非多元文化。

三、許多新創藝術一開始可能被視為異端，難為主流接受，若因此而被剝奪街頭表演之機會，可能扼殺創新藝術於萌芽之時。

[2] 本號解釋公布之日尚採取審查許可制之縣市包括：南投縣、宜蘭縣、臺東縣、花蓮縣、澎湖縣、金門縣。

肆、憲法下的藝術表現自由與言論自由

本號解釋確認人民享有藝術表現自由，應受憲法第 11 條之保障，其與第 11 條明文保障之言論自由間之關係，可得討論如下：

一、我國憲法第 11 條並沒有保障人民藝術表現自由之明文規定，但本號解釋並未因此認為藝術表現自由是憲法第 22 條所保障之一般行為自由之領域，而仍以憲法第 11 條作為權利之基礎。學者有認為應避免以憲法第 22 條、第 23 條對「社會秩序」和「公共利益」擴大詮釋而限縮藝術自由[3]。本號解釋未引用本院過去有關言論自由之解釋（如釋字第 734 號、第 744 號解釋），顯示藝術表現自由與言論自由在憲法上之判斷尚有所差異。

二、本號解釋所保障之藝術表現自由與釋字第 734 號解釋所保障言論自由之比較

本號解釋理由書指出許可辦法規定街頭藝人得從事藝文活動之公共空間，本屬傳統的公共領域，而具公共論壇之功能，人民通常得於此公共領域為言論表達及意見溝通，並認為政府訂定從事藝文活動之相關許可法令時，應盡量採取無涉表意內容之管制，以保障街頭藝人之表現自由。本院於 104 年 12 月 18 日公布之釋字第 734 號解釋係對政府得否於道路（包括街道、人行道、廣場或其他供公眾通行之地方）清除廣告物之疑義為解釋，解釋理由書指出廣告兼具意見表達之性質，屬於憲法第 11 條所保障之言論範疇，而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。

本號解釋所指稱之公共空間與釋字第 734 號解釋所稱之公共場所應係相同，但此二號解釋對象之差別在於釋字第 734 號解釋對象之廣告物之設置，不須先經政府機關之核可，而本號解釋

[3] 參見吳介祥，藝術自由之法律與文化面向——並以德國、美國為例，台灣社會研究學會「開門見山：面對公民社會的矛盾」研討會論文，2012 年 9 月，頁 13。

對象之街頭藝人之藝文活動，必須於政府機關容許之時間、地點內為之，此即本號解釋理由書所指「按街頭藝人之藝文活動，固因使用街道等公共空間，逾越通常使用範圍，構成公物之特別使用，基於社會秩序之維護，而須納入管制，並經許可，始得為之」，而釋字第 734 號解釋所稱廣告物之設置，並未認為是就公共空間為特別使用。

雖然本號解釋與釋字第 734 號解釋均是對人民於公共空間為活動之自由之保障，但因所涉及之行為對公共空間之使用程度有別，因此本號解釋並未參照釋字第 734 號解釋。

三、本號解釋與釋字第 744 號解釋就商業性廣告為解釋之比較

本院於 106 年 1 月 6 日公布之釋字第 744 號解釋理由書指出商業言論亦受憲法第 11 條言論自由之保障，但本號解釋所保障者為藝術表現自由，雖然同屬憲法第 11 條保障之領域，但因為藝術表現係保障創作者自我理念之展現，並非為某件商品作廣告，二者概念上尚有所差距，因此本號解釋亦未參照釋字第 744 號解釋。

伍、美國與德國判決之參考

與街頭藝人相關之美國與德國判決簡介：

一、美國西雅圖中心（Seattle Center）案

邁克．貝格（Michael Berger）先生經常於公園表演魔術、製造動物造型之氣球以及其他娛樂活動，西雅圖市政府所有並經營管理的西雅圖中心（Seattle Center）公布管理規則，對中心內之活動加以規範，包括交通規則、寵物上鍊等規定，其中有關街頭藝人須先獲得市政府之許可（permit）等規定，貝格先生認為違反美國憲法第一修正案有關言論自由之保障而違憲。

（一）第一審判決：美國華盛頓西區聯邦地區法院之判決[4]該法院法官先探究系爭的西雅圖中心性質上屬於何種公共領域：傳統的

[4] Berger v. City of Seattle, 2005 WL 8161729 (Apr. 22, 2005).

公共領域（traditional public forum）、選定的公共領域（designated public forum）或是非公共領域（non-public forum）？對於言論自由的限制在不同的領域有不同的審查密度，最後法院認定西雅圖中心是傳統公共場域，如同人行道、街道或公園，在該領域內對於言論自由之限制應受嚴格審查。

法院判定西雅圖中心是傳統公共場域，其判斷標準為「該場域之使用與公開之活動是否具有相容性」（"compatibility of the uses of the forum with expressive activity"），以及「表意人合理期待其言論會受保護」（"speakers' reasonable expectations that their speech will be protected"）。

法院對於西雅圖市政府之管理規定是否侵害街頭藝人之言論自由分別論斷，其中對於街頭藝人應獲得市政府之許可（permit）部分，認定如下：市政府要求街頭藝人必須拿到許可的規定，在不涉及內容審查（content－neutral），而僅就表演的時間、地點及方法（time, place or manner）加以規範時，並未違憲，但本件西雅圖市政府有關許可之規定未為嚴密剪裁以保障言論自由，故違憲。

（二）第二審判決：美國第九巡迴上訴法院之判決[5]

本案經上訴至美國第九巡迴上訴法院，該法院於 2008 年 1 月作出判決[6]，認為西雅圖市政府之規定合理。原告請求重審（rehearing），該院於 2009 年 6 月 24 日作出判決[7]維持第一審法院認定許可制違憲之決定。西雅圖市政府於該上訴程序主張維持許可制之理由包括：減少藝人間因使用表演場地所生之爭執以保障市民之安全及方便；防阻藝人騷擾觀眾；以及協調潛在競爭使用者。

5 訴訟歷程參 https://www.aclu-wa.org/cases/berger-v-seattle-0（最後瀏覽日期：2021 年 7 月 30 日）

6 Berger v. City of Seattle, 512 F. 3d 582 (9th Cir. 2008), Jan. 9, 2008.

7 Berger v. City of Seattle, 569 F. 3d 1029 (9th Cir. 2009), Jun. 24, 2009.

法院判決理由指出，保障市民使用公共場域時之安全與方便，確為政府之施政目標，然而許可制對於推動政府之上述三個目標並非為顯著有效之方式（the Center's permitting requirements do not promote those interests in any significant way）

判決維持原審許可制違憲之結論，理由主要為：許可制要求人民於事前先讓政府知悉其擬於公共場域從事之公開活動，如此之要求從未獲得巡迴法院或最高法院之支持。許可制所限制之言論遠超過該制度所擬排除之惡行（evils），而政府透過許可制所擬達成之目標，可以用較小侵害之方式達成。

二、德國佛萊堡市案[8]

該案原告為街頭藝人，主張其收入主要來自街頭表演，其在行人徒步區內表演不需要獲得市政府特別許可。而佛萊堡市公布之街頭藝人管理規則對於音樂家在街頭表演時使用的樂器、時段、地點以及每個人的表演時間加以規範，而向佛萊堡市提出訴訟。

聯邦行政法院判決理由主要為：對街頭音樂家之資格作為在行人徒步區內特別使用之許可並不違背聯邦法律，尤其是基本法第 5 條第 3 項所保障之藝術自由。藝術自由之法益必須與道路使用之其他法益加以平衡，不同法益之衝突在個案有衡量之空間。

從該案之事實顯示佛萊堡市規範街頭藝人之資格涉及樂器之種類，但並未對技藝加以審查。

陸、街頭藝人與「道路擺設攤位」之差異

「未經許可在道路擺設攤位」為道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項第 10 款所禁止並處罰之行為，街頭藝人是否得依該條規定加以處罰即有爭議，本席認為街頭藝人之表演與擺設攤位本質有所不同，按街頭藝人「展演內容均須為現場創作或演出，非現場創作之展

[8] BVerwG, Beschluß vom 19-12-1986-7B 144/86, NJW 1987, 1836.

示樣品不得於現場販售，並須標明為『非賣品』」(臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點第 7 條第 4 項)，故街頭藝人不可販售可以量產之商品，而是現場藝術表現，無法複製。基於許可辦法之目的是為「促使藝術文化融入民眾生活，豐富本市公共空間人文風貌」之理由，而允許街頭藝人於街頭從事藝文活動，故與「道路擺設攤位」之管理有所區別。

柒、藝術表現自由與憲法其他基本權之可能衝突

本號解釋理由書指出「至若藝文活動內容有妨害公序良俗或違背其他法律者（例如噪音管制法等），已有相關法律可資規範，自不待言」，已預見藝術表現自由將會與其他法律之適用發生爭議，甚至涉及基本權之衝突，例如藝術與色情之界線[9]、藝術表現自由與宗教自由，以及名譽權之保障等衝突[10]，均有賴司法於個案審查決定。

協同意見書　　黃昭元大法官　提出
許宗力大法官　加入
黃虹霞大法官　加入
許志雄大法官　加入

一、本號解釋與本席立場

[1] 本號解釋之審查標的有3個條文：臺北市政府2005年4月27日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱2005年許可辦法）第4條第1項（即系爭規定一）、第6條第1項（即系爭規定二）及第5條第1項（即系爭規定三），有關街頭藝人應經審查通過取得活

9 社會秩序維護法第 82 條第 1 項第 2 款所定應受處罰之「於公共場所或公眾得出入之場所唱演或播放淫詞、穢劇或其他妨害善良風俗之技藝者」或是第 83 條第 2 款所稱之「於公共場所或公眾得出入之場所，任意裸體或為放蕩之姿勢，而有妨害善良風俗，不聽勸阻者」，即為藝術表現與色情間可能產生法律爭議之處。

10 有關藝術自由與其他基本權衝突之案例，參見吳介祥，前揭文，頁 3-7。

動許可證後，始得在臺北市指定空間從事藝文活動之規定。[1]解釋文除宣告上述規定欠缺自治條例之授權，違反法律保留原則外，並宣告系爭規定三就系爭規定一及二所定活動許可證之審查制度，侵害職業自由及表現自由而違憲。

[2] 本席立場：本席支持上述兩項違憲結論，謹就解釋理由有關侵害職業自由和表現自由部分，提出協同意見，以進一步闡述或補充多數意見之理由。

二、系爭規定所限制之憲法上權利

[3] 本案核心爭點：本號解釋並未審查臺北市政府有關街頭藝人之各項主要規定，而僅以臺北市街頭藝人之入口管制：「誰可以取得臺北市街頭藝人的資格，而得在指定空間從事收費性[2]藝文活動？」即以上述系爭規定一及二所稱「活動許可證」及系爭規定三就「活動許可證」所定之（實質）審查制，為本號解釋之審查標的及核心爭點。至

---

1 臺北市政府 2005 年 4 月 27 日訂定發布施行，2021 年 3 月 24 日廢止之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱 2005 年許可辦法）第 4 條第 1 項：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」（系爭規定一）；第 6 條第 1 項：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。但應遵守相關法令規定及各公共空間之管理規範，並不得影響公共空間管理人許可之其他活動。」（系爭規定二）；第 5 條第 1 項：「主管機關為處理前條第 1 項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」（系爭規定三）。本院是先受理系爭規定一及二，再以重要關聯為由將系爭規定三納入審查標的，因此系爭規定的序號並未完全依循條文序號。

2 參 2005 年許可辦法第 2 條第 3 款：「藝文活動：指從事**收費性**戲劇、默劇、丑劇、舞蹈、歌唱、樂器演奏、魔術、民俗技藝、雜耍、偶戲、詩文朗誦、繪畫、工藝、雕塑、行動藝術、使用非永久固定之媒材或水溶性顏料之環境藝術、影像錄製、攝影及其他與藝文有關之現場創作活動。」2021 年 1 月 29 日訂定發布之臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法（下稱 2021 年管理辦法，即現行法）第 3 條第 3 款則將上述「收費性」修正為：「藝文展演活動：指**以接受觀眾自由打賞或按街頭藝人所定金額收取費用等有償方式**，於公共展演空間進行現場創作之下列類別藝文展演活動」。（**粗黑體**為本文所加）並未實質改變收費或有償之意涵，且均未涵蓋未收費之純表演（如近年流行的快閃表演）。

於有關街頭藝人實際展演活動之規範（包括對展演內容、時間、地點、方式等之管制）、評鑑及處罰部分，則不在審查範圍。上述系爭規定一至三合併適用後所直接限制者，係對街頭藝人「資格」之管制（對人之管制）。然依據相關法規，系爭規定一及二所定之活動許可證對於未來街頭藝人的展演活動，也是有內容（如展演項目、限現場創作表演內容等）、時間、地點、方式等之限制（對行為之管制）。[3]

[4] 由於街頭藝人的展演活動對於展演地點附近的人群活動及交通等通常會造成一定之影響，因此多半屬於公共空間之特別使用，因此我國各地方政府都要求街頭藝人應先經申請許可始能取得展演資格。然各地方政府就街頭藝人應申請之許可則有不同名稱：臺北市在2005至2021年3月間，於系爭規定中稱為「活動許可證」，2021年管理辦法[4]則刪除上述活動許可證之名稱，僅餘登記規定，而無證照名稱；新北市[5]稱為「街頭藝人展演登記證」（簡稱街頭藝人證）；宜蘭縣[6]及嘉義縣[7]亦稱為「街頭藝人證」；臺南市[8]稱為「展演許可證」；高雄

3 參系爭 2005 年許可辦法第 9 條：「街頭藝人從事藝文活動，有下列情形之一者，主管機關得撤銷或廢止其許可之全部或一部：…四、從事藝文活動之內容、販售物品或勞務等活動，與活動許可證之核准項目不符。…」臺北市政府 2009 年 4 月 9 日發布，2018 年 4 月 17 日發布廢止（溯及自同年月 1 日生效）之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱 2009 年實施要點）第柒點「街頭藝人管理規範：…二、街頭藝人從事藝文活動時，不得造成行人或車輛通行困難，至少須留三公尺以上之行人通行空間，且不得阻礙無障礙設施、建築物出入口或消防安全設備。三、空間使用規範…六、展演時間：10 至 22 時。但公共空間管理人令有規定者，從其規定。…十、表演內容不得涉及宗教或政治活動。十一、街頭藝人不得有重大影響消費者權益破壞、影響街頭藝人整體形象之行為。」

4 參前註 2 所引之 2021 年管理辦法第 5 條。

5 參新北市政府 2021 年 2 月 18 日訂定發布之新北市街頭藝人從事藝文展演活動管理要點第 5 點。

6 參宜蘭縣政府 2008 年 1 月 17 日發布之宜蘭縣街頭藝人從事藝文活動許可辦法第 4 條。

7 參嘉義縣政府 2021 年 6 月 2 日修正發布之嘉義縣街頭藝人從事藝文活動作業要點第 5 點。

8 參臺南市政府 2018 年 3 月 7 日發布發布，2020 年 3 月 12 日修正發布之臺南

市[9]稱為「街頭藝人標章」。上述各種名稱雖有不同，但均屬具職業證照性質之工作許可。

[5] 至於本號解釋所關注的許可審查方式，目前可大致分為審查制（針對申請人之展演能力、技藝等予以考試評選）和登記制（僅有形式要件的審查，如年齡、國籍、團體人數等）。臺北市在2005年至2021年3月間係採系爭規定所定之審查制，每年通過率低於20%；2021年3月起才改為登記制。依文化部統計，在全台共22個直轄市及縣市中，目前已有13個縣市[10]採取登記制，2個縣市預計採行登記制，6個縣市尚維持類似本案之審查制，1個縣（連江縣）沒有街頭藝人之法規依據。[11]

[6] 本席認為：不論是系爭規定之（實質）審查制或多數地方政府近年改採的登記制，都是對於街頭藝人「資格」之入口管制。系爭規定所定之活動許可證或各地方政府所定之街頭藝人證、展演許可證等相關證件，其實就是一種職業證照或工作許可，類似我國在1990年7月前曾長期實施之演員證、歌唱演員證（俗稱歌星證）、導演證等，[12]而

市街頭藝人從事藝文活動許可實施要點第肆點。

9 參高雄市政府 2012 年 4 月 12 日訂定發布之高雄市街頭藝人展演辦法第 3 條。同辦法第 4 條雖也訂有類似本案系爭規定三之實質審查制，然高雄市自 2021 年 4 月起改採登記制，惟未修正上述街頭藝人標章之證照名稱及上述辦法第 4 條。

10 其中如嘉義縣和台南市另要求申請人必須全程參與當地政府舉行之工作坊，始發給相關證件，與臺北市、新北市等縣市之登記制仍有些許不同。

11 目前採取登記制的縣市為：臺北市、基隆市、新北市（2021 年 3 月起，且一證三地通用）、桃園市、新竹市、苗栗縣、臺中市、雲林縣、嘉義市、嘉義縣、臺南市（2018 年改）、高雄市、屏東縣（2020 年 11 月起）共 13 個縣市；預計在 2021 年改採登記制的有新竹縣、彰化縣；目前仍維持審查制的有南投縣、宜蘭縣、花蓮縣、臺東縣、澎湖縣、金門縣共 6 個。此外，連江縣迄今仍無有關街頭藝人的法規。資料來源：文化部 2021 年 7 月 26 日復本院電話詢問之 email。

12 參臺灣省電影戲劇事業管理規則（1948）、臺北市育樂事業管理規則（1971）、教育部 1978 年 2 月 1 日訂定發布，1990 年 6 月 30 日廢止之演藝事業暨演藝人員輔導管理規則。引自：根雨屋，〈【當年不能做的事！】你不能唱歌演戲〉，《想想論壇》，2019 年 11 月 4 日，https://www.thinkingtaiwan.com/content/7941

非針對個別或數個展演活動之「行為」許可。再加上街頭藝人從事的是收費性藝文活動，而非單純的無償展演，故對以街頭藝人為業者而言，系爭規定確會干預其工作權（本號解釋稱為職業自由）。又藝文活動不論是展演藝術、視覺藝術或創意工藝，[13]均為藝術表現，因此也會同時干預展演者之（藝術）表現自由。至於對不以此為業的街頭藝人而言，例如單純享受展演樂趣者、藉此籌募經費的學生社團（如合唱團、吉他社、熱音社、熱舞社、戲劇社等）等，則不致干預其職業自由，而只會限制其（藝術）表現自由。[14]上述兩種權利也是本號解釋據以審查的憲法依據，可以贊成。

三、職業自由部分

[7] 本號解釋理由書第7至8段認系爭規定所定之（實質）審查許可機制，分別涉及對人民職業自由之主觀條件及執行職業內容等之限制。就有關展演能力（即技藝）之審查部分，多數意見認為已涉及對人民選擇街頭藝人職業之主觀條件限制，因此適用中度審查標準，並認其目的固屬正當，但未達重要公益之程度，因而宣告違憲。至於審查許可機制中有關使用公共空間之時段、地點，以及是否適合於特定公共空間表演之審核部分，則認為屬於對人民執行職業之方法、時間、地

（最後瀏覽日：2021 年 7 月 30 日）。

13 參臺北市政府 2009 年 4 月 9 日發布，2018 年 4 月 17 日發布廢止（溯及自同年月 1 日生效）之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱 2009 年實施要點）第貳點將受理申請類型分為：一、表演藝術類，二、視覺藝術類，三、創意工藝類。2021 年管理辦法（即現行法）第 3 條第 3 款則分為（一）表演藝術類、（二）視覺藝術類、（三）工藝藝術類。系爭 2005 年許可辦法及上述 2009 年實施要點（均已不再適用）所稱之藝文活動，於 2021 年管理辦法則改稱藝文展演活動，然新舊法規定之內涵類似。

14 同一規定對於同受規範之不同類型人民可能會分別干預不同的憲法上權利，並非本號解釋之特例。本院釋字第 802 號解釋就入出國及移民法第 58 條第 2 項規定：「跨國（境）婚姻媒合不得要求或期約報酬。」所限制之權利，亦認為上述規定：「……就以婚姻媒合為其業務內容之個人或團體，係對其從事業務行為得否主動要求或期約報酬之干預，而屬對工作權之限制；就僅偶然從事婚姻媒合，而非以之為業者，則係對其與他人締約內容之干預，而屬對契約自由之限制。」而與本號解釋之情形類似。

點、內容之限制，並認其目的係為維護公共空間之正常使用、秩序與安全，符合公益，因而宣告合憲。

（一）對職業主觀條件之限制非當然適用中度審查標準

[8] 本席贊成上述違憲之結論，但在方法和理由方面，則有以下之不同想法。我國因受德國影響，就職業自由之限制向來分為執行職業自由、主觀條件、及客觀條件之限制等三種類型，並分別適用寬鬆、中度、及嚴格審查標準。系爭規定要求街頭藝人須先通過審查、取得許可後，才能在指定公共空間展演，這的確是對於街頭藝人職業資格之主觀條件限制。然就上述主觀條件限制，是否應當然並一律適用中度審查標準予以審查，本席對此始終有所質疑。

[9] 按職業自由的主觀條件限制通常都是要求人民應具某種專長能力或資格（身分）（本院釋字第584號解釋理由書第4段參照），這多半就是分類，而也可從平等權予以審查。例如：滿16歲之自然人才能申請成為街頭藝人，未滿16歲者不得申請，這是年齡的分類；外國人須有合法工作許可才能申請，本國人沒有此項要求，這是國籍的分類。又由於各種職業之資格條件可能包括種族、語言、性別、學經歷、前科記錄等各類身分，究竟如何區別哪些是主觀條件？哪些是客觀條件？也會面臨與平等權審查時區別嫌疑或準嫌疑分類的類似難題。除了特定行業的獨占管制、對全部人都適用的客觀限制外，如單以屬不可改變為由，就將這類特徵或資格均歸於客觀條件限制，從而嚴格審查（如本院釋字第649號解釋將視障看成是客觀條件），也可能是過於簡略、跳躍的主張。例如前科紀錄實已不可改變，本院釋字第584號解釋也認其為主觀條件限制。又如身高對成年人而言實亦屬不可改變，假使保全業、職業籃球隊等職業以身高為錄取條件，難道也是客觀條件限制而應嚴格審查？未滿年齡下限者屬主觀條件，因為還可以長大；已逾年齡上限者屬客觀條件，因為不能再年輕一次。同樣的年齡條件，卻可能有上述兩種結果，實難以理解。

[10] 即使將得改變之特徵或能力要求均歸於主觀條件限制，為何一定

要適用中度審查標準？則是另一問題。主觀條件限制的資格有多少種，分類也就可能會有多少種。從平等權的角度來看，實在難以想像可以用如此抽象籠統的指稱（主觀條件），而將各種主觀條件限制或分類都一律適用相同的中度審查標準。如果主觀條件限制是涉及性別、性傾向等準嫌疑分類，固應適用中度審查標準。但如法令所設定的主觀條件既非嫌疑、又非準嫌疑分類，而是具有更大流動性的其他資格條件（分類），則恐怕也有適用寬鬆審查標準的可能。換言之，將所有的主觀條件限制都看成鐵板一塊，從而都一律適用中度審查標準，其實是過於粗糙的作法。更何況所謂客觀條件、主觀條件及執行職業自由的限制之三種類型，之間往往有難以認定的灰色地帶，或同時兼具兩種甚至三種性質，以致各個限制究應適用何種審查標準，就難免有疑義。

[11] 本案所涉及的表演技藝之審查，應該類似於取得計程車職業駕照所須通過的筆試及路考等，而不是年齡、前科等積極或消極資格。如放在平等權的審查架構下，系爭規定所設定的技藝能力之主觀條件限制，應該既非嫌疑、又非準嫌疑分類，因為這不是指向申請人本身所具備的某種固定或必然依附其「身分」的特徵（如種族、性別等），而是指向申請人「行為」（表演的夠不夠好？）的能力要求。加上一個人的表演技藝通常是可以經由學習而改變的（如本席般之五音不全者是例外），能否通過能力之審查，甚至繫諸於臨場表現的結果（例如奧運比賽項目的會前資格賽），故就此種以技藝能力為主觀條件限制或分類之規定，是否當然適用中度審查標準？本席實無把握。

[12] 上述指向身分的各種分類，之所以成為嫌疑或準嫌疑分類而從嚴（嚴格或中度）審查，通常是因為這些分類與其制度目的或結果（如能否入學、是否夠資格取得各類證照等）無必然關聯，因此應從嚴審查，以保障各申請人之公平競爭的機會。然而，系爭規定所定之技藝能力審查，則與申請人能否成為適格的街頭藝人直接相關，這就像律師考試之各個法律考科與能否成為適格律師間，也是有相當密切的關

聯。對於這類證照考試的科目、評分標準等規定，由於涉及是否通過之能力評估，如有個案爭訟，法院通常會比較尊重考試或審查機關的專業判斷。如果說行政法院對此會承認行政機關有判斷餘地，本院在抽象審查相關法令時，似亦應寬鬆審查，而非當然適用中度審查標準。

（二）系爭規定縱使適用寬鬆審查標準，其目的仍為違憲

[13] 如果對涉及技藝審查的部分適用寬鬆審查標準，系爭規定是否仍然違憲？多數意見在理由書第7段認為系爭規定之目的「係為防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂」，而屬正當公共利益，但因未達「保護人民之生命、身心健康、財產或其他重要法益」之程度，認非重要公益，因此宣告違憲；至於手段部分則未審查。對此，本席則認為系爭規定所擬達成之目的在憲法上並不具正當性，即使適用寬鬆審查標準，也是違憲，理由如下。

[14] 上述多數意見所認可的「防阻技藝不佳者於街頭從事藝文活動，以提供臺北市市民品質優良之娛樂」之目的，看似正當且冠冕堂皇，但其實隱藏了一個明顯且強烈的負面作用。因為系爭規定之實質審查不僅會直接決定誰有資格上街頭展演，也同時會間接決定閱聽觀眾能接觸、欣賞什麼展演，雖然後者仍有很大的自主決定空間。不過，本席認為：這是由國家代替人民而事先決定何謂品質夠好的街頭展演，進而預先篩選人民可以或適合欣賞誰提供的、什麼內容之展演。

[15] 先就申請人來說，此種實質審查固然未必是對其展演內容的直接干預（因為沒有限制只能演唱所謂愛國歌曲、不能表演歌仔戲、布袋戲等），但確實有相當大的可能會涉及對於藝術性言論的內容審查，至少會讓評審者有可能對申請人之展演內容進行評價，並進而過濾掉公權力所不喜歡、不欣賞的申請人。國家對於人民思想、品味、偏好、評價之干預，不論是直接或間接，如果是採取有牙齒的強制手段（在本案即不發給許可），而不僅是獎勵或誘導式的非強制手段，本席對此向來保持高度警戒及懷疑，並認為應盡量減少國家的此類干預，這是憲法對國家權力所劃下的重要紅線。退一步而言，就算認為多數意

見所認可之上述目的正當而合憲，但由於有上述負面作用存在，如放在手段審查的階段，本席也認為系爭規定之實質審查機制所造成的負面效果明顯大於其正面目的，而違憲。

[16] 再就閱聽觀眾來說，不同觀眾本即有不同的品味和偏好，這是多元社會的天然表現，而且天然的尚～好！台語有「牛聲馬喉，狗聲乞食喉」之俗諺。今日則有走音演唱，反倒激起網路聲量之例。以藝術欣賞來說，一人之噪音是另一人之天籟（One man's vulgarity is another man's lyric）。套句中國三國時代魏國曹植《與楊德祖書》的名句[15]並東施效顰一下：山麓有尚芳之人，海畔有逐臭之夫。現代人就會說：青菜蘿蔔各有所好，我的菜未必是你的菜，因為每個人喜歡的菜不會都一樣。國家無須替鄉民決定什麼是好的藝術？什麼是壞的藝術？什麼展演看了可以提升素養，什麼展演看了則會噁心嘔吐？從憲法保障既個人自主的精神來說，這不需要國家操心並代為選擇。國家毋須當人民的道德導師，也不用當人民的藝術家教。即使是天龍國內也還是有各色人等，品味各殊，不必期待市民必然要活在須時時講究所謂高級品味的壓力環境中。就此而言，本席認為：系爭規定對閱聽觀眾欣賞、接觸街頭展演之干預，實難認有什麼正當目的而可合憲。

[17] 退一步而言，如果國家能以確保一定之表演品質為目的，而對街頭藝人的展演技藝進行事先的實質審查，順此邏輯，國家是否也可以要求網路世界的各類直播主必須先申請並通過審查，始得取得「網路直播證」，而得上網直播並接受斗內，以確保直播有一定之品質？[16]不

[15] 三國魏・曹植《與楊德祖書》:「人各有好尚，蘭茝蓀蕙之芳，眾人所好，而海畔有逐臭之夫；咸池、六莖之發，眾人所共樂，而墨翟有非之之論，豈可同哉！」

[16] 實地街頭與網路世界當然是有不同：街頭屬公共空間，而公共空間的供給總量是有上限，且各種使用者之間是會發生不同程度之衝突，因此國家是有必要對展演活動進行總量管制，從而採取時間、地點、方式等無關展演內容之適當管制。至於現代網路世界則越來越無容量上限，僅有在網路頻寬受限時，網路使用者間才可能會發生看不見的競爭、衝突，故國家對網路世界所得管制的空間應該會比實地街頭小。

論是就展演人之技藝能力或直播主之資格，乃至於對於兩者之內容管制，國家固可於事後懲處違法之展演或直播，然事前介入實難有其正當性。[17]

[18] 綜合上述兩點，本席認為：街頭藝人展演品質之高低，本來就有市場機制可以過濾篩選，毋須國家過度介入。展演者本來就可以自主選擇是否及於何時、何地展演什麼節目，面對的並不是買票進場的觀眾，沒有票房壓力，也無須對誰有所交代。至於觀眾亦可自己決定是否停留、欣賞，不至於成為被俘虜的觀眾（captive audience），而一定要留下；就算留下觀賞，觀眾當然還是可以不喜歡就發噓、離開，喜歡就喝采、給錢，仍然有相當完整的自主決定權，[18]不必擔心會有人為操縱。既然不會出現明顯的市場失靈，國家實無庸操心。

四、表現自由部分

（一）權利依據：憲法第 11 條或第 22 條？

[19] 在表現自由部分，本案的第一個爭點是：藝術表現屬於何種憲法權利？是憲法第11條表現自由之保障範圍？或應該以憲法第22條為依據，承認藝術表現自由為獨立、非明文的憲法權利？

[20] 就憲法解釋的方法而言，如果憲法對藝術表現自由有獨立之條文

---

17 1980 年時，電視綜藝節目《黃金拍檔》的清裝短劇單元《清宮外史》中，曾出現一位號稱「兩百塊」的臨時演員，歪打正著的成為諧星。雖曾爆紅一時，但不到幾年時間，就隨著《黃金拍檔》節目的停播，而淡出綜藝界。目前 50 歲以上的人應該會還記得有這一號人物。套句老子道德經的話：他是無釐頭之用，乃為一時之用。成也無釐頭，敗也無釐頭，只是增添一時的八卦題材。一個可能是被許多觀眾看成笑話欣賞的人，甚至是被認為不足以登大雅之堂的人，也還是可以有登台成為演藝人員之機會。若有如兩百塊者，希望上街頭試試機會，自有觀眾把關，何勞國家封殺？在這個語不驚人語不休的時代，未必是有本事、有能力的才會紅（例如網路聲量）；反而是沒事就寫寫臉書，沒新聞也可以開記者會，沒意見也要接受採訪的人，會成為網紅。看看、笑笑，一天就過了。

18 觀眾打賞的動機其實也是多元的，有人是因為表演精彩，有人是對展演者表示敬意或鼓勵，有人為了支持弱勢者（如身障之街頭藝人）或募款之學生等，也有人是凡走過就（該）下過路費（這是本席牽手的誡命，懸為家訓）。

規定，自然應適用，而不須再另尋其憲法依據。假使無此類明文，然如既有的明文憲法權利（如表現自由）已足以涵蓋，則毋須、也不應該再引用憲法第22條，另外承認其為獨立類型之憲法權利。在憲法權利依據的適用順序上，憲法第22條應該居於補充性地位，僅於既有的明文權利均不足以單獨或共同保障系爭事項時，始應引用憲法第22條為依據。過去本院認為營業自由屬工作權（或加上財產權）之保障範圍，並未引用憲法第22條而承認其為獨立的憲法權利類型；又以憲法第11條的表現自由為基礎，認其保障範圍及於新聞自由，也沒有直接引用憲法第22條，均屬適例。反之，如果系爭事項確有超出既有憲法權利保障範圍而無從涵蓋的部分，才有必要引用並承認其為憲法第22條之非明文權利。這應該算是憲法解釋方法的最小主義，以免憲法權利通貨膨脹，每日下午二時都要注意是否又新增一利（一種權利）。

[21] 依上述解釋方法，本席認為：系爭規定所干預的藝術表現本身就是一種言論或表現，且是高價值言論，應受憲法高度保障。然其並無明顯超過表現自由保障之額外成分，而須承認為另一獨立類型的憲法權利，且與表現自由有別。蓋即使承認其為憲法第22條之非明文權利，就藝術表現自由之限制，法院恐怕還是要援用表現自由的審查方法及標準。又如認其既屬表現自由，亦為獨立類型的藝術表現自由，後者顯然是畫蛇添足的主張。本號解釋在理由書中交互使用表現自由與藝術表現自由，並不是承認藝術表現自由為獨立之憲法權利，而仍是認藝術表現屬表現自由之保障範圍，系爭規定係限制了憲法第11條之表現自由。如要更精確的稱呼，是可使用（藝術）表現自由一詞來指稱本案在此脈絡下所涉及的權利基礎。

（二）表意內容限制或時間、地點、方式等限制之審查標準

[22] 如果認藝術表現為表現自由所保障，下一個問題則是：系爭規定究竟是對表意內容之限制？還是對表意時間、地點、方式等無關表意內容之限制？或兩者兼有？

[23] 本號解釋理由書第11段認為：「系爭規定一、二及三涉及審查藝

文活動內容之部分，其管制目的難認符合特別重要公共利益之要求，與憲法第11條保障表現自由之意旨有違。」第12段：「又系爭規定一、二及三對涉及是否適合於指定地點表演等無關表意內容限制部分，並未夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的，其對表意內容僅生附帶限制，且仍留給申請人有足以展示其表演能力與示範表演內容之充分機會，與比例原則之要求尚無違背。」[19]換言之，本號解釋係認為系爭規定所定之實質審查制，同時兼有「對表意內容之限制」及「對表意時間、地點、方式等無關表意內容之限制」的部分。就內容限制部分適用嚴格審查標準，並宣告違憲；就無關內容之限制部分，則適用中度審查標準，並宣告合憲。

[24] 本席贊成上述結論，但就系爭規定三所定：主管機關於「必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演」，並為實質審查部分，究竟屬於對表意內容之限制或對時間、地點、方式等無關表意內容之限制，或兼有之，及應適用之審查標準，則有以下之補充意見。

[25] 本號解釋於理由書第9段中，先將所謂對表意內容之限制，舉例並界定為：「對演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預」。再於理由書第10段中，定性上述實質審查制「有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查」，從而認定系爭（實質）審查制構成對表意內容之限制。這應該是本院第一次嘗試就何謂「對表意內容之限制」予以具體說明或舉例，值得注意。在比較憲法上，尤其是美國憲法之實務及學說，有關「議題或觀點」之限制確實都是對表意「內容」之限制，這部分較無爭議。然認表演之「品質」亦屬「內容」，

[19] 本號解釋理由書第 9 段認「……政府所採取之管制措施，僅屬對於演出活動之時間、地點、方式等無涉表意內容之管制者，其管制目的應為追求合法之公共利益，但不得夾帶意圖壓抑表意內容之隱藏目的；……」其中有關管制目的應為追求「合法」之公共利益部分，與中度審查標準通常所要求的須為「重要」公共利益有別。對此，本席贊成許志雄大法官在其意見書最後兩頁「四」之 3 個段落中所提出之質疑。

可能是本號解釋之創見。

[26] 對此定性，本席思索再三，仍無清楚之定見。首先是長期以來，在方法層面的反省：表意自由的限制固可分為對內容之管制及對時間、地點、方式等無關內容之管制，前者應嚴格審查，後者則適用中度審查標準。基本上這是美國憲法實務及學說上，審查有關言論自由限制時，經常使用的分析架構，學說上有人稱之為「雙軌理論」。然這兩者間是否當然就涇渭分明，而無灰色或重疊地帶，難免也會遭遇前述德國法有關職業自由三階理論所面臨的質疑。其次，就言論內容之予以嚴格審查，固然是為防止國家直接控制言論市場或透過議題之管制進而干預人民之表意觀點，左右人民之思想及人格自主，是自有其理論基礎。然如國家所管制之言論涉及所謂低或無價值言論，是否仍必然適用嚴格審查標準，亦有爭議。

[27] 再者，有關時間、地點、方式等無關內容之管制所應適用之審查標準，是否必然是中度？按有些時間、地點之限制，例如以法規規定人民只能在11點至2點間遊行，遊行地點限於陽明山擎天崗草原（其他類似地點），其箝制言論的效果可能還大於對言論內容的限制。由於這類表面上無關內容的限制往往會夾帶壓制言論之隱藏目的，即使是適用中度審查標準，通常也足以宣告這類限制違憲，但終究會有方法上的問題。更麻煩的是對表意方式的限制，例如要求候選人只能發傳單而不得舉行公開的政見發表會、限制遊行時只能持 A4大小的標語、只能在村里公佈欄張貼批評政府之主張或訴求、限制報紙只能出三大張、每本雜誌最多30頁等，這類方式或數量的管制，表面上並未直接干預言論內容，但其減少、鎮壓言論的效果恐怕更甚於對言論內容之直接管制。就像上述有關對執行職業自由之時間、地點、方式、範圍等之限制，其對職業自由的限制效果也是有可能大於主觀條件之限制，甚至可與客觀條件之限制相比。本席認為：言論自由案件中所謂時間、地點、方式等無關表意內容之限制，和職業自由案件中所謂執行職業自由之限制，兩者都是範圍不定的籠統類型，而有進一步類

型化的需要，方能更細緻地決定不同類型之限制所應適用的審查標準。

[28] 次就本案而言，系爭規定三係在審查申請人是否具有足夠之技藝、展演能力，而得以取得街頭藝人資格，並不是對於取得資格後，實際展演之各個藝文活動內容（如唱哪首歌）之審查。基本上是有關評定「誰可以在街頭展演」的證照管制，而不是對展演內容的直接干預。取得資格的街頭藝人之後也未必要展演於審查過程中曾展演過的內容，而仍有相當大的自主空間可以決定每次展演究竟要表演什麼。就此而言，系爭規定三對街頭藝人未來展演內容之限制，應該只是間接限制，而非直接限制。除非是採取指定曲的審查方式（例如過去我國歌星證之考試是要考指定曲，且多半是愛國歌曲），要求申請人必須示範演出特定之項目，此種審查要求才會構成對申請人示範展演內容之直接限制。又系爭規定一及二如連結有關事後追懲之其他規定（參前註3），亦會對展演內容構成直接限制，但已非本案之職業證照管制問題。

[29] 但從另一角度思考：即使有指定曲，例如一定要唱滿江紅，審查者要評價的應該是各個演唱者唱這首歌的技巧、音準、音色、表情、咬字等技藝能力，既不是在評價這首歌的歌詞、旋律等，應該也不是在評價演唱者唱這首歌對民心士氣的激勵作用等。就像各類入學、證照考試都會有考試科目及範圍，並要求應考人於指定之時間、地點，以一定之方式，回答相同內容之同一份考卷，接受評分。如此考試，既有議題之限制（考試科目及範圍），又有時間、地點、方式之限制，更有對答案內容之評價。然就答案內容之評價而言，一般似乎不會將其看成是對應考人言論內容之限制。何況考試答案其實常常是特定觀點之表達，對之評分，是否會構成觀點歧視，而應嚴格審查？這也是本席困惑之處。

[30] 惟經反覆思考後，本席基於以下理由，仍可支持本號解釋之將展演品質之審查看成是對表意內容之限制：（一）對展演品質的審查必

然是以展演內容為評價標的，包括展演曲目（議題）、展演方式及技巧（觀點）等，品質與內容實難以清楚區隔。上述國家考試之評分固然也必然涉及對答案內容之評價，但因為考試及其評分具封閉性，而非向公眾開放之公開言論市場，且各項考科答案之評分，多半也有其專業上的評分標準，而非單純品味、偏好之評價。然系爭規定三所定之審查，向來是在公共空間舉行，也開放給一般民眾觀看甚至可以參與評分。[20]加上藝術表現之評價，縱使有其專業的評價標準（如各項鋼琴、小提琴等比賽），然所謂美學判斷往往也會涉及品味、偏好等相當主觀的評價。為保障屬高價值言論之藝術表現，是有必要將展演品質之審查看成是「對表意內容之限制」，從而適用嚴格審查標準。（二）藝術表現之時間、地點、方式有時甚至就是展演人之觀點表達，與其表意內容密切相關。例如行動藝術、裝置藝術之展演者，選擇在6月4日於某廣場擺放模型坦克10個、無臉男布條千片的裝置藝術，其時間及方式本身就是展演人的議題選擇及觀點表達，而且也是要接受審查的展演技藝之一環。就此而言，即使將展演技藝之審查看成是對表意時間、地點、方式之限制，也仍會同時構成對表意內容之限制。是本號解釋就系爭規定對執行職業時間、地點、方式、範圍等之限制，及系爭規定對展演時間、地點、方式等無關內容之限制部分，均一概宣告合憲，或也有更細緻分析的必要。

---

20 參前註 3 所引 2009 年實施要點第肆點「審議：一、文化局受理申請後，書面通知申請人於審議時間及地點現場展演，由審議委員會進行審議，審議現場並開放現場民眾參與投票…」。依本席所知，在 2021 年之前，臺北市的街頭藝人審查通常是在國父紀念館外圍之開放空間舉行，申請人於排定之時間示範演出（如 1 小時），同一時段往往有 20 組以上之申請人於各自之帳棚攤位內展演。臺北市政府先依申請類型數量，細分為若干組，每組委員 7 至 12 人，並逐攤走動式評選，在每一組展演者之攤位平均只會停留觀看 2-3 分鐘，隨即到下一攤。至於審議標準則包括以下四項：技藝、現場互動、是否合於街頭演出、及造型、設計、整體感。參臺北市政府 2018 年 4 月 10 日訂定發布之臺北市街頭藝人從事藝文活動申請許可審議作業要點第 3 點及第 5 點。惟上述審議作業要點是在本案聲請人之原因案件判決確定後才發布，並非本案原因案件所適用之法規。

[31] 附帶一提的是：在表現自由部分，本號解釋就表意內容限制之審查，僅認其目的違憲，而未進而審查其手段。本席認為：縱認系爭規定三所定之實質審查制構成對表意內容之限制，因而適用嚴格審查標準，其手段也是違憲，因為後來改採的登記制顯然就是較小侵害之手段。

五、結語

[32] 本號解釋雖然宣告系爭規定違憲，但對聲請人之原因案件而言，並無個案救濟的實益。因為本號解釋所宣告違憲的系爭許可辦法已經臺北市政府廢止，並改採登記制。聲請人於原因案件是因其展演違反相關之空間規範等，因此被主管機關廢止其原已取得之活動登記證。[21]如果系爭許可辦法仍然繼續適用，而聲請人也想再取得活動許可證，勢必要重新申請並接受（實質）審查，此時始有再次適用系爭規定並再次受其限制之問題。然因系爭許可辦法已經廢止，聲請人早即得依新規定登記為臺北市街頭藝人，重新取得街頭藝人之資格，並重新站上街頭展演，其所遭受之權利侵害結果已不復存在。故聲請人自無須據本解釋提起再審，以請求回復其活動許可證獲取得街頭藝人資格。然如前述，目前仍有部分地方政府實施類似系爭規定三所定之（實質）審查制，是本號解釋應該有助於促使這些地方政府儘速修法，並改採侵害較小的登記制或其管他制手段（如分區分級管理）。這應該是本號解釋之主要效用。

[33] 不論是否從國家與社會二元對立的觀點出發，憲法在表現自由領域的核心誡命之一應該是所謂的「國家中立性」：在相互競爭的社會價值及多元偏好間，國家應盡可能保持中立。謹此作結。

[21] 這部分原為聲請人原因案件之訴訟爭點，聲請人在聲請書中主張主管機關廢止其活動許可證的程序違反正當法律程序之聲請部分，本號解釋並未受理（參理由書第 13 段）。

協同意見書　　謝銘洋大法官　提出
　　黃虹霞大法官　加入

一、本件聲請案的受理價值

本件釋憲聲請案涉及街頭藝人活動許可的問題，聲請人是因為「於未獲許可之場所進行展演（展演位置與申請不符）、使用空間超過相關規定」等違規情形，而被臺北市政府文化局廢止活動許可證，聲請人不服提起訴願、行政訴訟敗訴確定後，認為確定終局判決所適用的「臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法」（下稱許可辦法）第 4 條第 1 項以及第 6 條第 1 項，牴觸憲法第 15 條所保障之工作權及第 23 條之法律保留原則，因而聲請釋憲。

雖然臺北市政府已經於 2021 年 3 月 24 日廢止該許可辦法（臺北市政府（110）府法綜字第 1103011648 號令），並於 2021 年 1 月 29 日發布新的「臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法」，將原有的「活動許可證」，改為申請「公共展演空間使用許可」，然而仍然必須通過審查，並經許可後登記為街頭藝人，始能於公共展演空間從事藝文展演活動，仍然存在著審查的問題。而除了臺北市之外，其他縣市政府對於街頭藝人表演的管理，包括街頭藝人證的審查與許可，也都存在著相同問題。是以受理本件聲請案，對於街頭藝人的表演活動有其意義。本席贊同多數意見之結論，並就藝術表現自由在憲法上所受之保障為補充性之論述，爰提出協同意見書如下。

二、藝術表現自由的憲法基礎

我國憲法第 11 條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，究竟藝術之表現自由（freedom of expression，亦有稱之為表意自由或表達自由）在我國是屬於該條所保障的範圍，或是屬於憲法第 22 條的「其他自由及權利」而受憲法保障，在我國學說上迭有爭議，而在國際上也因各國法制之不同而有所差異。

德國基本法第 5 條第 3 項前段規定：「藝術與學術、研究與講學均屬自由」（Kunstund Wissenschaft, Forschungund Lehresindfrei.），明

文將藝術自由與同條第 1 項之言論自由並列為基本權利，這和美國保障藝術自由是以憲法增修條文第一條之言論自由為依據之情形並不相同。

此外，聯合國於 1966 年通過之《公民與政治權利國際公約》第 19 條第 2 項規定：「人人有發表自由之權利（right to freedom of expression）；此種權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由」，亦即將藝術自由涵蓋於表現自由之範圍。歐洲人權公約第 10 條所規定的表現自由權（right to freedom of expression），雖未明文規定藝術表現自由，但從歐洲人權法院判決脈絡，可知藝術自由亦屬歐洲人權公約第 10 條表現自由之保障範疇。然而在《歐洲聯盟基本權利憲章》（Charter of Fundamental Rights of the European Union）則是將藝術自由（第 13 條）與表現自由（第 11 條）分列。

在我國藝術表現自由究竟是以憲法第 11 條或第 22 條概括條款為依據加以保障，嚴格言之，並無實質上之差異。固然如果以憲法第 22 條概括條款保障藝術表現自由，能夠建立起獨立的判斷標準，自有其對藝術文化保障的宣示作用。然而細究憲法第 11 條條文內容，其所保障者實為各種不同的「表現自由」（本院釋字第 756 號解釋參照），其中最重要者固然是言論自由，而講學、著作及出版之自由，亦同屬表現自由內涵的具體展現。其中「著作」的範圍相當廣，包含文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作（著作權法第 3 條第 1 項第 1 款參照），是以將藝術創作與表現之自由納入憲法第 11 條之保障範圍，在體系上並無不妥。況且不可否認地，藝術表現自由和言論自由有相當大程度的重疊，特別是表達一定政治或社會思想的藝術創作，如果又援引憲法第 22 條概括條款加以保護，不可避免會使得法律的適用變得較為複雜而模糊。

三、藝術表現自由的違憲審查

（一）藝術表現自由宜考慮其特殊性而有獨立的審查標準

無論是以憲法第 11 條或第 22 條保障藝術表現自由，最重要的就是審查標準的問題。

過去本院涉及藝術表現自由的有釋字第 407 號及第 617 號解釋，因兩者均因涉及出版品，而係以憲法第 11 條之言論自由與出版自由進行處理，並未同時就藝術表現自由加以論述。然而藝術表現自由，與其說是言論自由的一部分，不如說是表現自由的一部分。因為如果認為藝術自由是言論自由的一部分，將不可避免地產生言論自由審查標準的適用問題。言論自由的類型相當多，其審查標準也各有差異，且言論自由的保障多係以政治及社會功能為考量之面向，此由本院歷來對言論自由的闡述可知。例如本院釋字第 756 號解釋即表示：「憲法第 11 條規定，人民有言論及其他表現自由，係鑑於言論及其他表現自由具有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公意，促進各種合理之政治及社會活動之功能，乃維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制。國家對之自應予最大限度之保障（本院釋字第 509 號、第 644 號、第 678 號及第 734 號解釋參照）」。然而藝術表現自由之作用並不在於「形成公意」或「促進各種合理之政治及社會活動之功能」，縱使以憲法第 11 條保障藝術表現自由，是否可以直接套用言論自由的審查標準於所有的藝術表現自由判斷上，不無疑問，而應就藝術的自身特殊性，以形成其自有獨立的審查標準。雖然這不是件容易的事。

（二）「藝術」屬開放概念，國家不適當擔任判斷者

首先遇到的問題，就是何謂藝術？這是極為困難說明清楚的。著名的俄國作家列夫・托爾斯泰（Leo Tolstoy）於其晚年思考的結晶：西元 1897 年以俄文完成但因其國家審查之困難，而先以英文出版的《何謂藝術？》（What is Art？）一書中，將藝術概念化為任何傳達情感的東西：「藝術起始於一個人，為了向其他人傳達他曾經體驗過的感覺（feeling）之目的，再次從其內在呼喚出該感覺，並以某些特定

的外部符號來表達它」[1]。抽象而言，只要是一定情感、觀念、印象、經驗或想法等，透過某種形式的表達被呈現出來即屬之。

藝術本身是一個開放式的概念，並無法清楚地加以界定，且它會隨著社會與時代的變遷而改變。藝術概念的界定本身，就涉及對藝術內容的價值判斷，也構成對藝術表現自由的一種限制，在民主社會每個人都有不受限制、不受干擾地從事藝術創作，而且創作的內容不受國家干預或審查的權利，國家並不適當擔任藝術判斷者或審判者的角色。這也是為什麼和藝術創作保護關係密切的著作權法，並不去判斷其內容是否合法、是否違反公共秩序或善良風俗，或是否侵害他人權利，而對於一切創作成果一律都給予保護的原因。

（三）藝術表現自由的核心應受高度之保障

藝術自由[2]所欲保障者，不僅是藝術思想與創作上的自由，更是藝術表現上的自由，並經由對表現自由的保障，進一步確保藝術思想與創作上的自由。而藝術表現自由，應該包含藝術內容所有對外表達的媒介、載具與平台，包括其所呈現的形式、方式、時間、地點等。

不可否認的，藝術的對外表現，可能和既有的法律規範所欲保護的法益間產生衝突，特別是當其涉及謾罵、人格詆毀、色情及道路空間使用等刑罰與行政罰之法律規範。欲對其進行限制，應考慮愈接近藝術創作思想核心的部分，包括創作的題材、觀點、內容等，其所受到保障的程度就愈高，對其所為限制所要求的審查密度也應該愈高。

本件解釋多數意見認為，如相關管制措施涉及演出內容（包括議題、觀點或品質）之直接干預，應採取嚴格審查標準；而對於與表意內容無涉的管制措施，包括演出活動之時間、地點、方式等，則應採取中度審查標準，始符合比例原則的要求。此一結論可資贊同。惟值得注意的是，有時表現方式與表現內容有密切的結合關係，在判斷上

1 Tolstoy 1995 [1897], p. 38: “Art begins when a man, with the purpose of communicating to other people a feeling he once experienced, calls it up again within himself and expresses it by certain external signs”.

2 廣義的藝術自由，甚至包括一般人接觸藝術的自由。

仍應視具體情形而定，不可一概而論。

就如同其他國家透過司法實務就各別具體個案的判斷，形成對藝術表現自由的審查標準般，期待未來有更多的案件，可以逐漸累積形成更具體的判斷標準，以落實我國對藝術自由的保障。

部分不同意見書　　呂太郎大法官　提出

壹、解釋要點

一、臺北市政府於中華民國 94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（業於 110 年 3 月 24 日廢止）第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項及第 6 條第 1 項前段規定所形成之審查許可制度，其中對人民職業自由與藝術表現自由限制之部分，未經地方立法機關通過，亦未獲自治條例之授權，與法治國法律保留原則及憲法第 11 條保障藝術表現自由及第 15 條保障職業選擇自由之意旨有違。

二、上開三規定就街頭藝人之表演是否適合於指定公共空間表演加以審查部分，尚未逾比例原則。

貳、本席立場

一、本席對於多數見解，認為該許可辦法對表演內容為審查，違反憲法第 11 條保障表現自由意旨，至於就表演是否適合於指定空間為之加以審查，則未逾比例原則，均敬表贊同。但對於多數見解認為該辦法對表演內容為審查，違反法律保留原則及憲法第 15 條保障職業選擇自由，則尚難贊同，爰提出部分不同意見書。

二、本件涉及的問題，應該分成三層面觀察：1、對藝術表演之事前審查，是否違憲？2、限制人民在公共場所設攤，是否違憲？3、限制因藝術表演而使用公共場所，是否違憲？

三、憲法保障藝術表演自由之內涵

藝術表演為表演者利用語言、聲音、表情、動作、肢體、物

件、影像或其他方式，傳達表演者之觀念、情感、意思或技能之行為，性質上係將內心的精神作用，表現於外之行為，為受憲法保障之表現自由，應無疑義。自由之最基本意義，即不受干涉，藝術表演之自由，既受憲法保障，則人民是否為表演？表演之時間、地點、方式或內容如何？等，原則上無須事前經國家允許，事後亦不受國家審查、干涉。從另一角度言，面對憲法保障之表現自由，原則上國家係處於任意行為狀態，並無積極履行之憲法義務，除非憲法已為例外規定，例如因憲法第 14 條既明文保障人民集會之自由，而集會、遊行行為通常離不開公共場地之利用，故國家有提供適當場地之義務（釋字第 445 號解釋參照）。當然，國家原則上無積極履行、促進表演自由之憲法義務，並不排除國家基於某些考量，透過法令或行政措施，採取有助於表演之措施（例如提供一般公共場所、興建係供藝術展演用之音樂廳、美術館等設施或提供表演者補助金等），於國家採取此類措施後，關於該措施之利用，人民與國家之間即可能發生一定之權利義務關係。

四、因公共利益而限制藝術表現自由之法律

如同其他受憲法所保障之自由一般，藝術表現自由亦非絕對，如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，亦非不得以法律限制之（憲法第 23 條參照）。其中規定對藝術內容為審查、管制者，例如對電影片、電影片之廣告片之審議分級及核准（電影法第 9 條參照），對建築物之造形、構造、色彩等及廣告物之管制（發展觀光條例第 12 條參照）。此外，亦有限制於道路、公園為設攤、表演者，此為本件之核心。例如道路交通管理處罰條例第 3 條規定：「本條例用詞，定義如下：一、道路：指公路、街道、巷衖、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。」同法第 82 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 4 款、第 8 款、第 9 款及第 10 款規定：「有下列情形

之一者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣 1200 元以上 2400 元以下罰鍰：一、在道路堆積、置放、設置或拋擲足以妨礙交通之物……。三、利用道路為工作場所。四、利用道路放置拖車、貨櫃或動力機械。……八、未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。九、未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為。十、未經許可在道路擺設攤位。……」該條例所列舉之行為，當然包含在道路為藝術表演及擺設相關物件。此外，大眾捷運法第 50 條第 1 項第 13 款、鐵路法第 71 條第 1 項第 9 款亦有類似規定。

五、例外許可使用道路為藝術表演

1、前述道路交通管理處罰條例、大眾捷運法、鐵路法等規定，原則上禁止人民於道路、鐵路等供公眾通行之場所為藝術表演，但並非絕無例外。依上開規定，如經管理機關之許可，人民亦得於該等場所設攤、表演。又道路等設施，其管理機關為地方政府（地方制度法第 18 條第 6 款、第 10 款、第 19 條第 6 款、第 10 款、第 20 條第 6 款及第 21 條參照），故地方政府得於考量各種因素，在不妨礙道路等原有用途之情形下，例外許可人民設攤、表演。

2、如前所述，憲法保障人民表現自由，原則上（集會遊行除外）並不能因此導出國家有提供場地之憲法義務或人民有請求國家提供之憲法權利。法律亦未規定地方政府有提供場地供表演之義務，或賦予人民有請求使用該場地為藝術表演之權利，故地方政府是否例外許可人民使用道路等公共場所進行藝術表演，乃地方政府本於該公共場所管理者之地位，在法律授權下所為之裁量。因此，即使地方政府一律不為例外許可，亦在法律授權範圍內，難謂有違反法律保留或違反憲法保障藝術表演自由之情形。另一方面，人民固有職業選擇之自由，但應不包含有請求政府提供特定場所，尤其非專為表

演而設之場所之權利。簡言之，一般而言，人民不得主張其有於道路表演之權利，或有請求政府應提供道路供其表演之權利。因此，即使認為街頭藝人為一職業（事實上街頭藝人未必以街頭表演為職業），且地方政府一律不為例外許可於道路（街頭）表演，亦不能謂限制了街頭藝人之職業選擇自由。

3、因此，本件之核心問題，毋寧是一旦地方政府許可人民利用上開公共場所為藝術表演，得否於例外許可下，又設不許可之條件，成為例外之例外？本席認為，一旦地方政府許可人民例外使用上開公共場所為藝術表演，於許可期間，該公共場所之用途，已轉變為可供藝術表演之公共場所。因此，安全而公平地提供予人民利用，應該是地方政府本於其設置或管理權限，應盡之法律上義務（國家賠償法第 2 條第 2 項及第 3 條參照）。從而政府不得以違反憲法或法律規定之理由，拒絕特定人民利用。

4、基於上述 3、之說明，本解釋認為臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法所形成之審查許可制度，對街頭藝人表演之內容（技藝）為審查，已違反憲法保障人民表現之自由，至於就街頭藝人之表演是否適合於特定公共空間演出加以審查部分，於維護公共空間之正常使用、秩序與安全之必要範圍內，符合公益，尚未逾比例原則，均可贊同。

5、至於本解釋多數見解，認為上開許可辦法就街頭藝人之技藝加以審查部分，未經地方立法機關通過，亦未經自治條例之授權，違反法治國法律保留原則部分，本席則認為尚有研求餘地。分述之：

（1）道路交通管理處罰條例、大眾捷運法、鐵路法及國家公園法等法律已明定原則上禁止人民於道路等場所表演，法律並未規定地方政府於一定條件下，應例外許可人民利用道路表演，亦未賦予人民有此請求權，故即使

地方政府一律不為例外許可，亦在前開法律規範範圍內，難謂有違反法律保留或違反憲法保障藝術表演自由或職業自由之情形，已如前述。如本解釋多數意見，必須有地方自治條例規定或經其授權始可禁止，將發生若地方立法機關未制定禁止人民利用道路為表演之自治法律，人民即可利用道路作為表演之結果。使前述道路交通管理處罰條例等中央法律所規定「原則禁止，例外許可」利用道路為表演，因地方立法機關未制定自治條例，而變成政府應「許可」人民利用道路為表演之結果，無異得以地方議會之意思，否決中央法律，有違地方制度法第 30 條第 1 項規定：「自治條例與憲法、法律或基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸者，無效。」之意旨。

（2）因此，本席認為，管理機關是否許可人民可例外使用道路以供藝術表演（或其他如販賣、廣告、設攤等），乃屬管理機關本於法律所賦予之管理職責，所為之職務執行。地方立法機關固得就地方政府如何執行其自治事項，制定自治條例予以規範，縱未制定自治條例，亦不排除地方政府依憲法、法律或法律授權之法規執行職務；反之，即使地方立法機關制定自治條例以規範地方政府執行職務時，該自治條例亦不得違反憲法、法律或法律授權之法規。以本件是否許可人民利用街頭表演為例，於未制定地方自治條例時，地方政府於決定是否例外許可時，固應依憲法保障表現自由之意旨，不得以表演能力或內容如何，作為決定基準；即使制定自治條例，該條例雖得依憲法保障人民表現自由之意旨，明定不得以事前審查表演能力或內容，作為是否許可利用道路為表演條件。但自治條例卻不得違反憲法保障表現自

由之意旨，制定得以事前審查表演能力或內容，作為是否許可利用道路為表演條件，否則該自治條例仍屬違反憲法保障表現自由而無效。

不同意見書　　張瓊文大法官　提出

本號解釋多數意見認為臺北市政府於民國（下同）94 年 4 月 27 日訂定發布施行之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法）第 4 條第 1 項（下稱系爭規定一）、第 6 條第 1 項（下稱系爭規定二），及有重要關聯性之第 5 條第 1 項規定（下稱系爭規定三），與憲法第 11 條保障人民言論（藝術表現）自由之意旨不符，侵害人民受憲法第 15 條所保障之職業選擇自由，且違反法律保留原則，應屬違憲。惟本號解釋多數意見之立論，本席實歉難同意。敬提不同意見書於次，以明其理。

一、本案所涉之基本權爭議

藝術工作者依其創意所為意念之展現，以實現其自我之理念，應受憲法如何之保護，憲法雖未明文規定，過去大法官之解釋亦未直接以之為標的作成解釋，惟現代民主國家大抵都承認此類精神性成果應予保障，無論由憲法第 11 條所保障之言論自由、著作自由、出版自由或憲法第 22 條所保障之其他權利均得導出藝術表現自由應受保障，概無疑義。就此而言，本解釋已提出詳細之論述，認為藝術為個人能力之展現，為人類文明之重要指標，街頭藝人為民間藝術能力之自主呈現。人民透過藝術表演活動，表達創作理念以實現自我，依其藝術創作之種類及表現，在知性、感性層面，尋求與表演對象之意念溝通及相互理解、共鳴，故人民得充分表現藝術之自由，不僅屬憲法第 11 條所保障表現自由之範疇，甚至屬具有高價值之言論，是應受憲法高度之保障等語。此一部分，本席敬表同意。

又選擇以藝術表現、展演作為作內容之藝術工作者（非僅限於街頭表演），其工作權應受憲法第 15 條之保障亦無疑義。值得注意者乃

藝術工作者在其自有、或其有權支配或經有權支配之人同意之場所呈現、展演其作品，場所使用權之歸屬明確，其展演並不會與他人對該場所之使用發生衝突。但街頭藝人所表演之場所，如人行道、廣場、公園等，本係國家為提供公眾交通往來方便或休憩之目的所設置。街頭藝人於此等場所進行展演並被動地收取賞金，係利用其本無支配權之場所作為其展演所在，而與國家設置此類場所之初始目的不同，其對於該等場所之使用權利在憲法上應如何定位？與其創作表現之內容應受憲法如何之保障？係屬二事。

申言之，街頭藝人表演內容所受藝術表現自由之基本權保護，與其他非以街頭作為表演場所之藝術工作者，除去街頭之因素，原則上應無不同。惟街頭藝人所用以作為表演工作之場所，依法均屬提供予公眾使用之公物，對公眾使用相關公共空間便利、安全及安寧不免造成影響甚至妨礙，公眾使用公物所生之公共利益與街頭藝人此等受憲法保障之價值產生衝突，自有予以調和之必要。

憲法固然保障人民之工作權——包括藝術工作者之工作權，但憲法是否保障人民有在公共空間工作之基本權？假如答案是肯定的，即如多數意見所稱「街頭藝人自古有之，以街頭走唱作為謀生之方式亦屬人民職業自由之選項」，但接下來的問題會是，非以藝術表演活動為其內涵之其他工作類型是否也有在街頭工作之基本權呢？街頭理髮、打拳賣藥亦自古有之，時至今日，理髮師是否仍有擺張椅子在街頭為人理髮的職業自由？

藝術工作者作不成台北市之街頭藝人，還可以在其他地方成為街頭藝人，甚至在其他表演場所演出以為工作，均無礙其以藝術為謀生之憑藉。多數意見逕行以街頭藝人為一種獨立之工作選項，人民理所當然地有權選擇在街頭以表演為工作，以為論述之濫觴，完全未顧及「街頭」加「藝術工作者」，此種因使用之場所為公共空間所致之特殊性，並非藝術工作之職業本身之問題，其所持之看法，本席實難以贊同。

二、許可辦法制定前，與街頭藝人有關之法制

臺北市於 94 年訂定系爭許可辦法，初始設立街頭藝人制度，對於經其主管機關許可之人民，得於台北市特定公共空間進行藝術表演並被動收取賞金。所規範之「公共空間」，依許可辦法第 2 條之規定，係指寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地等空間，經管理人同意得提供從事藝文活動之場所。此等空間之運用，除私人所有之大型百貨、賣場以外[1]，原本均屬公共用物或公營造物之公物使用範疇，於許可辦法制定前，本即有不同相關管理規範：

（一）道路、廣場、公園等公共用物部分

由中央或地方政府等行政主體直接提供予公眾為公共目的使用之公物，如道路、橋樑及廣場等，係處於國家或其他行政主體支配之下，其使用方式，可分為通常使用及特殊使用不同之管理方式[2]。以道路而言，中央立法之道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第 3 條第 1 款規定：「一、道路：指公路、街道、巷衖、廣場、騎樓、走廊或其他供公眾通行之地方。[3]」其目的係為提供公眾為一般通行，

---

1 以訂定許可辦法之台北市而言，其展演場地包括美麗華百樂園、大潤發內湖二店、三創生活園區一樓廣場及台北 101 等，均屬私人所有及管理之場所，而其所使用之街頭藝人招募說明或展演申請須知，亦均載明有「主辦單位保留最終場地使用決定之權利」或類似文字。是以其使用關係應視同一般人民間的私法行為，近於使用借貸或租賃，與基本權利之限制與否無涉，故不贅述。如該等部分係屬「公共開放空間」者，依臺北市土地使用分區管制自治條例第 82 條之規定：「公共開放空間之留設，除應予綠化、設置遊憩設施及明顯永久性標誌外，於領得建築物使用執照後應**全天開放供民眾使用**，非經領得變更使用執照，不得任意變更開放空間內之各項設施、搭建構造物或作其他使用。」是可知此類型之公共空間須無條件放予民眾使用，與一般公物無異，可適用後敘之論述，茲不贅言。

2 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，增訂 14 版，2016 年 9 月，頁 183。

3 須略加說明者，許可辦法所規定者雖係「人行道」，但由道路交通管理處罰條例第 3 條第 1 款及第 3 款（人行道：指為專供行人通行之騎樓、走廊，及劃設供行人行走之地面道路，與人行天橋及人行地下道）合併觀察之，人行道應屬道路之一部分。

係屬公物之通常使用，如欲為其他超出此目的以外之使用，如宴客、馬拉松賽跑等，即屬特殊使用，原則上應經主管機關許可始得為之，道交條例第 82 條第 1 項即秉此原則而列舉 11 款禁止在道路為通常使用外之使用情事[4]，如違反管制規定應受罰鍰，街頭藝人在街頭表演以獲得任意性之報酬，可能合致其中第 3 款「利用道路為工作場所」、第 9 款「未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為。」及第 10 款「未經許可在道路擺設攤位。」之禁止規定，而須受罰。至於地方人民休憩極為重要之公園，台北市自 59 年起即訂有臺北市公園管理自治條例，對於公園之定義、公園之目的（供公眾遊憩）及公園內禁止之行為，均有明文之規定。其中第 13 條規定，公園內不得有營利行為，及第 15 條規定公園內集會、展覽（售）、演說、「表演」或為其他使用者，除經主管機關核准之藝文活動外，均應事先申請[5]，否則亦可能遭處罰鍰或驅離。

足見在系爭許可辦法訂定前，無論依中央的道交條例或台北市訂定的公園管理自治條例，在道路（人行道）或公園等不同的公共空間，

4 道路交通管理處罰條例第 82 條第 1 項：「有下列情形之一者，除責令行為人即時停止並消除障礙外，處行為人或其雇主新臺幣 1200 元以上 2400 元以下罰鍰：一、在道路堆積、置放、設置或拋擲足以妨礙交通之物。二、在道路兩旁附近燃燒物品，發生濃煙，足以妨礙行車視線。三、利用道路為工作場所。四、利用道路放置拖車、貨櫃或動力機械。五、興修房屋使用道路未經許可，或經許可超出限制。六、經主管機關許可挖掘道路而不依規定樹立警告標誌，或於事後未將障礙物清除。七、擅自設置或變更道路交通標誌、標線、號誌或其類似之標識。八、未經許可在道路設置石碑、廣告牌、綵坊或其他類似物。九、未經許可在道路舉行賽會或擺設筵席、演戲、拍攝電影或其他類似行為。十、未經許可在道路擺設攤位。十一、交通勤務之警察、依法令執行指揮交通、交通稽查任務及各級學校交通服務隊現場導護人員以外之人員，於道路上攔阻人、車通行，妨礙交通」。

5 臺北市公園管理自治條例（86 年 01 月 07 日修正）第 2 條：「本辦法所稱公園，係指依都市計畫或配合其他公共工程興建，以供公眾遊憩之場地而言。」第 13 條：「公園內不得有左列行為，如經勸離不服者，送請警察機關、有關機關依法處理。……一、販賣物品或出租兒童遊樂器具。……」第 15 條：「凡於公園內集會、展覽、演說、表演或為其他使用者，應填具申請書，記明用途及時間向管理機關申請，經核准並繳納使用費及保證金後始得使用」。

街頭藝人均係原則被禁止之「職業」[6]，例外須個案申請始可能被許可。如街頭藝人未經許可而從事表演活動，即應依道交條例及台北市公園管理自治條例之規定處理。

類似之情形，台北市之攤販（指市場以外之攤販）因其使用空間多屬公共空間，亦應受前述道交條例及公園管理自治條例之限制，臺北市於 66 年施行臺北市攤販管理自治條例，對於符合一定條件之人民，依其申請，發給附有有效期間之攤販營業許可證。其與街頭藝人之差異，僅為街頭藝人以許可辦法之自治規則形式而開放管制，攤販則以自治條例之形式開放；前者提供勞務（表演），後者提供商品而已[7]。是以在現行法制中，攤販設攤之行為，亦非公共用物的一般使用範疇，與街頭藝人表演活動相同，均屬公共用物之特別使用，均應申請許可，始得為之。

（二）公用營造物使用

國家或地方行政機關等行政主體為達公共行政上之特定目的而將人與物進行功能上之結合，構成具有法規依據之組織體，而與公眾或特定人發生法律上之利用關係者，為公用營造物，如學校、醫院、博物館、文化中心等[8]。此些場所或有週遭附連之空地、廣場或公園，且為公眾所聚集出入之處，即有可能亦為街頭藝人所欲申請之表演空間[9]。而此等空間之使用，本身即有其相關規定，例如，臺北市立美術館廣場外借使用管理實施方式（92 年 11 月），即使未制定許可辦

6 本席不認為俗稱的街頭藝人是一種受基本權保護的職業，故以引號標示。

7 或如多數意見在本號解釋所強調的，街頭藝人具有較高之藝術性，涉及言論自由及表現自由。但事實上則未必，即便是商品的販賣也可能本身係政治言論或藝術表現之一種形式，可能會適用相同之審查基準。

8 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，三民書局，增訂 14 版，2016 年 9 月，頁 158 頁以下。

9 以於「臺北市街頭藝人登記及展演申請平台」所提供之展演場所而言，即有錢穆故居戶外庭園、人文茶坊、臺北市立天文科學教育館前門廣場、臺北市立天文科學教育館後門廣場、臺北市兒童新樂園、臺北當代藝術館、臺北市立美術館廣場等公用營造物之附連場地。最後瀏覽日期 2021/7/29 https://tpbusker.gov.taipei/place.aspx。

法，街頭藝人亦不得任意使用而為表演活動。

假設如多數意見所稱，街頭藝人理所當然為受憲法職業選擇自由之職業選項，則合憲性該受質疑者應為道交條例第 82 條及臺北市公園管理自治條例之禁止規定（甚至擴及公用營造物之許可辦法[10]），此二者始為限制街頭藝人活動之規範來源，而非多數意見所稱之系爭許可辦法之系爭規定一、二及三。

綜上所述，許可辦法未訂定前，一般人民欲從事街頭表演者，勢必面臨道交條例第 82 條以及各公用營造物利用規範之限制，於每次表演前均須一一取得許可。許可辦法係採取先許可後協助之方式[11]，將可供作表演場所之用的場地明確化，使相關公共用物及公用營造物之管理者有所依循，以達其「鼓勵臺北市（以下簡稱本市）藝文活動多元發展，並培養民眾以付費方式參與藝文活動之消費習慣，促使藝術文化融入民眾生活，豐富本市公共空間人文風貌」之公益目的[12]。就此而言，許可辦法之訂立，實非對於欲從事街頭表演者之限制，毋寧認為係一種限制之解除，依許可辦法申請之人經主管機關許可者，可獲得一具有持續效力[13]之授益性行政處分，此一書面行政處分即為許可辦法第 4 條所指之「活動許可證」。

三、許可辦法及實施要點與法律保留原則無違

多數意見認為對街頭藝文表演活動之管制，只要構成對人民職業

---

10 例如，臺北市立美術館廣場外借使用管理實施方式（92 年 11 月）肆、使用限制：「……六、申請活動項目，除經政府相關機關核准之義賣、勸募外，不得有商業行為；相關攤販管制及處理原則如附件。」既禁止為商業行為，此時是否亦如多數意見所言「限制」街頭藝人之「職業」，而應受質疑呢？

11 許可辦法第 4 條第 1 項：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」第 6 條：「（第 1 項）取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。但應遵守相關法令規定及各公共空間之管理規範，並不得影響公共空間管理人許可之其他活動。（第 2 項）公共空間管理人對已經許可從事之藝文活動，應予提供必要之協助」。

12 許可辦法第 1 條第 1 項。

13 依臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點第 6 點之規定，許可證有效期限為 2 年。

自由及藝術表現自由之限制，即應以法律，或經法律明確授權之命令為之，始符合法治國法律保留原則之要求。而系爭規定一、二及三性質上卻僅屬地方行政機關發佈之自治規則，既非地方立法機關通過之自治條例，亦未獲自治條例之授權，因而與法治國法律保留原則之要求有違[14]。

惟地方自治團體之道路、交通及公園、綠地之規畫、建置及管理雖屬地方自治事項[15]，其中關於道路之管理，由於用路人跨區使用道路之情形多所常有，建立全國統一之道路管理規範，確有其必要，此等事務應有全國一致之性質，故中央訂立道交條例作為全國道路使用之管理規範，符合憲法第 111 條之規定[16]。至於地方自治團體在中央道交條例規範之框架下，本於其自治權，在審酌不特別妨礙一般人之通常使用範圍內，為豐富民眾之精神生活，提升都市之人文風貌，有限度的開放部分空間，經街頭藝人之申請，許可其為特別使用，得以

14 本號解釋另一特別之處亦在於此，以往如系爭規定經審查已牴觸法律保留原則者，大多率即為該號解釋之結論，如本院釋字第 778 號【醫藥分業下之醫師藥品調劑權案】、釋字第 765 號解釋【區段徵收範圍內新設自來水管線工程費用分擔案】、釋字第 734 號【設置廣告物污染環境案】、釋字第 730 號【再任公立學校教職員重行退休年資計算案】、釋字第 724 號【人民團體限期整理案】、釋字第 723 號【全民健康保險醫療服務點數申報期限案】、釋字第 711 號【藥師執業處所限制案】、釋字第 710 號【大陸地區人民之強制出境暨收容案】、釋字第 707 號【公立學校教職員敘薪辦法關於教師部分違憲案】等，而僅於系爭規定雖未違反法律保留原則時，但仍有反其他憲法原則之疑慮時，始會再為其他憲法原則之審查，如釋字第 750 號即為典型，依序就醫師法施行細則第 1 條之 1 及專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試規則附表一，為法律保留原則、比例原則及平等原則等審查，最後始導出未違憲之結論。而本號解釋在此已認系爭規定一至三違反法律保留原則，卻又繼續以比例原則審查之，對於一個已為新法規所取代而失效之法規而言，實屬少見。於釋字第 756 號【受刑人秘密通訊與表現自由案】亦有此種論述方式，且同屬涉及表現自由之案例，或可謂係多數意見出於強調表現自由重要性之一貫性表現。

15 地方制度法第 18 條第 6 款第 5 目、第 10 款第 1、2 目，及第 19 條第 6 款第 5 目、第 10 款第 1、2 目參照。

16 「國道」依憲法第 107 條第 5 款為中央立法並執行之事項。

在特定公共空間表演以收取不特定人給予之賞金，係作成對申請人具有持續性效力之授益處分，解除限制並授予一定之有利地位，其本質上並非權利之限制。且自治團體在其對公共空間之自治事項範圍內所為之規畫管理，本有權決定其如何開放（包含使用何種規範形式開放）及開放之範圍。此種對人民有利之事項，縱使是中央法規，依本院釋字第 443 號解釋以降之精神[17]，受法律之規範密度，亦較限制人民權益者寬鬆，只有在涉及公共利益之重大事項，才有以法律或法律授權之命令為依據之必要。街頭藝人所涉者為自治權行使範圍內，有關自治事項之少數特定公共空間通常使用與特別使用之調和，自無一定要求訂定自治條例之必要。

又系爭許可辦法係於 94 年訂定，而於本號解釋做成前已廢止[18]，取而代之者，為臺北市街頭藝人從事藝文展演活動管理辦法（下稱管理辦法）[19]。而管理辦法與許可辦法最大之不同點，在於許可辦法係採許可制[20]，而管理辦法則採登記制[21]，且條件寬鬆，幾無資格限制，亦無許可辦法中為多數意見所質疑之審查機制[22]，但仍不失為一種寬鬆之「管制」。如依照多數意見之見解，是否仍應以自治條例為之始

17 釋字第 614 號（公務人員曾任公營事業人員年資案）參照。

18 中華民國 110 年 3 月 24 日臺北市政府（110）府法綜字第 1103011648 號令發布廢止。

19 中華民國 110 年 1 月 29 日臺北市政府（110）府法綜字第 1103003920 號令訂定發布全文 18 條；並自 110 年 3 月 1 日施行。

20 許可辦法第 4 條：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」

21 管理辦法第 5 條第 1 項：「符合下列情形之一者，得向文化局申請登記為本市街頭藝人：一、年滿十六歲以上中華民國國民。二、年滿十六歲以上持有藝術及演藝工作許可或於我國從事就業服務法第四十六條第一項第一款至第六款工作，已持有非藝術及演藝工作許可之外國人。」

22 許可辦法第 5 條：「（第 1 項）主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。（第 2 項）前項許可，主管機關應設定許可證期限及街頭藝人從事收費性藝文活動之收費方式，並得附條件、負擔或其他附款。（第 3 項）主管機關於必要時，得對於許可種類及數量進行總量管制。」

屬合憲？即屬有疑。

四、對街頭藝人開放之許可制度，於維持公共空間之通常使用、公共安全及社會秩序之範圍內，地方自治團體本有權決定為如何開放，其審查如逾越上開範圍而涉及表演品質，非實現上開規範目的所必要而違反比例原則

承前所述，街頭藝人在公共空間之表演難免對國家提供公物予一般人通常使用之目的，以及周遭之環境安寧或安全造成影響或妨礙。地方自治團體雖得本於一定之公共利益，開放街頭藝人為特別使用，但其開放仍須斟酌一般人通常使用之必要及周遭環境之安全、秩序之維持。故系爭許可辦法及實施要點訂定活動許可證核發制度，並規定申請人應達一定年齡；許可處分得附條件、負擔或其他附款（例如期限）；主管機關並得對許可種類及數量進行總量管制；街頭藝人從事藝文活動時不得造成人車通行困難、阻礙相關出入口或消防安全設備等妨害交通或公共安全之行為；並輔以稽查制度，訂定撤銷、廢止許可證及停權之事由，凡此均與規範目的之達成具有合理關聯。

系爭規定三規定：「主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」依條文文義其實無法得知審查項目為何，如其審查之內容合於前述目的，例如檢核街頭藝人表演時是否使用具危險性之物品（如噴火表演）、使用空間是否過大、音量是否過高等，亦無違憲疑義。

須注意者，系爭規定一至三係形塑活動許可證核發制度之重要條文，尚難認有限制人民權利之情形，但在審核是否核發許可證之程序中，如納入與前述目的無關之衡量標準，仍有構成違憲之可能。例如，實施要點[23]第 4 點規定，申請人應現場展演，除由審議委員會進行審

[23] 已於 107 年 4 月 1 日廢止，第 4 點內容如下：
肆、審議：「一、文化局受理申請後，書面通知申請人於審議時間及地點現場展演，由審議委員會進行審議，審議現場並開放現場民眾參與投票：
（一）審議委員會組成包括：

議外，並由民眾參與，對表演內容作喜歡或不喜歡之投票，不喜歡之投票結果達一定比例時，作為前述委員會淘汰之依據。關於由民眾參與投票喜歡或不喜歡（主觀好惡），並作為是否核發許可證之依據，屬表演內容品質之主觀審查，已非前述規範之目的所涵括，違背不當連結禁止原則而逾越必要之範圍，牴觸憲法第 11 條藝術表現自由之保障，有違憲法第 23 條比例原則[24]，在此併予敘明[25]。

五、結論

於本號解釋討論的過程中，雖然或有從聲請人的角度所為之基本權之判斷，或從一般行政法原理原則所建立的公物管理使用體系等各方面的論理。但本席始終不能忘懷街頭藝人所處之空間並非只有街頭藝人本身及場所管理者，更多的是一般社會大眾也會受到影響，特別是身心尚未發育健全的兒童。

如依多數意見之論理，認為街頭藝人之表演，應屬藝術表現自由之保護範疇，甚至屬具有高價值之言論，即肯認此等活動含有「資訊提供」之性質，則多數群眾是否有拒絕此資訊之權利呢？即使認為於一般自由法治國家下，表演人既無強迫一般大眾觀看之權利，而不欲觀看者，可離開該處所而達到「拒絕」之效果。但對於身心尚未發育健全，尚不能獨立行動的兒童而言，此種「拒絕」之實現，是否即屬不可期待？

公共空間的運用及管理，隨著都市化及人口的密集，已成為一重

1.藝文專業之專家學者（依街頭藝人屬性分類，聘請不同領域之專家學者進行審議。）2.文化局代表 3.公共空間管理人代表 4.街頭藝人代表

（二）民眾參與：

審議現場開放若干民眾參與投票，對表演者做「喜歡」和「不喜歡」投票，若表演者「不喜歡」選票數達該類型總投票數 10 %者，則提請審議委員會作為淘汰依據。

24 本院釋字第 612 號解釋參照。

25 惟聲請人之主張及確定終局判決所適用之法規均不及此些規定，多數意見或見及此，以重要關聯性理論將系爭規定三納入，實已屬釋憲範圍之極限，應可理解。

要課題，除了在本院釋字第 734 號解釋已詳細討論的廣告物規範外，其層級甚至可擴及本院多次作成解釋之都市計畫等事項[26]，其所涉及人民範圍廣泛、事務性質複雜且具有高度技術性，又須遷就地理環境、人口密度、產業發展，而具有高度因地制宜之必要性，雖有限制部分地方居民基本權之可能，是否均須如多數意見所言，至少須以自治條例位階的法規為規範，涉及地方自治團體之權限分配，當是本號解釋最大之影響，實應慎之再三。

[26] 可參照本院釋字第 739 號、第 709 號、第 513 號、第 406 號、第 363 號、第 336 號、第 255 號等號解釋。其他與都市計畫有關，但主要爭點涉及訴訟權、租稅減免及費用分擔者，茲不贅列。

不同意見書　　蔡宗珍大法官　提出
林俊益大法官　加入
張瓊文大法官　加入壹部分

壹、本號解釋逸脫人民聲請案及其原因案件之脈絡，自為於法無據且幾無前例之「架空性」法規審查

一、本件原因案件之法律爭點

本號解釋之原因案件爭議，係因原處分機關（臺北市文化局）以聲請人有違規情事而廢止其所領有之街頭藝人活動許可證（下稱系爭廢止處分），聲請人不服，認系爭廢止處分違法，提起訴願遭決定駁回，進而向臺北高等行政法院提起撤銷訴訟，請求撤銷系爭廢止處分，臺北高等行政法院以系爭廢止處分於法並無違誤，聲請人訴請撤銷為無理由而判決予以駁回。聲請人上訴後，終因上訴不合法遭裁定駁回而告確定。是聲請人聲請解釋所據之確定終局裁判，應為臺北高等行政法院上開判決（下稱系爭判決），**其訴訟標的乃「系爭廢止處分是否違法」**。對此，行政法院主要據以論斷之法規為：(1) 94 年 4 月 27 日發布之臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法（下稱許可辦法）第 6 條第 1 項[1]、第 9 條[2]及第 10 條[3]；(2) 98 年 4 月 9 日修正發布之臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點（下稱實施要點）第 7 點（街

1　許可辦法第 6 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定二）：「取得活動許可證之街頭藝人，得於本市公共空間從事藝文活動。但應遵守相關法令規定及各公共空間之管理規範，並不得影響公共空間管理人許可之其他活動。」

2　許可辦法第 9 條規定：「街頭藝人從事藝文活動，有下列情形之一者，主管機關得撤銷或廢止其許可之全部或一部：一、法令修正變更。 二、配合政策需要。 三、許可原因改變或消滅。 四、從事藝文活動之內容、販售物品或勞務等活動，與活動許可證之核准項目不符。 五、擅自將活動許可證轉供他人使用。 六、其他違反本辦法或相關法規規定行為。」

3　許可辦法第 10 條規定：「街頭藝人因有前條第四款至第六款事由之一，經主管機關撤銷或廢止其許可者，自撤銷或廢止許可之日起，一年內不得申請核發許可。」

頭藝人管理規範）、第 8 點（稽查作業，含附件圖表）及第 9 點（許可證之附款）等規定；系爭判決中亦明示其核心法律見解為：「按臺北市街頭藝人之許可與管理，係依據許可辦法，由被告為主管機關。街頭藝人雖得申請取得活動許可證，而於臺北市公共空間從事藝文活動，但仍應受許可辦法及相關法令規定及各公共空間之管理規範。如有違反者，被告得廢止其許可，並令其一年內不得申請核發許可……。是臺北市街頭藝人進行公開展演時，應配合被告等相關人員之稽查作業表之標準予以記點，從事藝文活動違反相關規定，經記點累記達 9 點以上者，被告得廢止其活動許可證，且於一年內不得再行申請許可。」（系爭判決事實及理由六、（二）參照）。系爭判決據此逐一詳細論斷原處分機關廢止聲請人之活動許可證於法有據、原處分機關於本案之稽查作業程序亦無違法、聲請人主張跨年度記點於法有違顯屬無稽、原處分機關就聲請人屢次違規情形陸續所為違規記點並無違法裁量或違反比例原則等情，終以聲請人主張均無可採，原處分機關廢止聲請人所領有之街頭藝人活動許可證之廢止處分於法並無違誤，因而駁回聲請人之訴。

綜上以觀，原因案件所涉訴訟上爭議，乃系爭廢止處分是否違法得撤銷之問題，而系爭廢止處分所涉之街頭藝人違規情事，亦僅涉及聲請人於公共空間從事展演活動時違規使用相關空間之爭議；全案既與聲請人申請核發街頭藝人活動許可證之階段無關，亦無涉聲請人之具體展演內容。

二、本件聲請標的與意旨

本件聲請人於聲請書中開宗明義主張系爭廢止處分「未有法律依據」，違反法律保留，而系爭判決援用上開許可辦法及實施要點，「作為限制聲請人工作權之審判依據」，違憲侵害其「工作權」，牴觸憲法第 15 條工作權、憲法第 23 條法律保留及正當行政程序。然本件聲請標的究竟為何，聲請書中卻未明確敘明，僅於「三、（一）確定終局裁判所適用法規」項下，將系爭判決理由中曾述及之許可辦法與實施

要點之條次予以臚列；再於聲請解釋憲法之理由部分，以未加定義之「系爭規定」概括稱之；細究其意，應係有意模糊其詞而逕以許可辦法及實施要點 2 種法規整體作為聲請標的。就此而言，本件聲請案實難謂已具體指摘系爭判決所適用之何等法令究有何違憲之處。

至本件聲請意旨，不外主張臺北市政府文化局依僅屬自治規則性質之許可辦法及實施要點即廢止其活動許可證，且 1 年內不得再行申請許可，致限制聲請人憲法第 15 條所保障之工作權，因而牴觸憲法第 15 條與第 23 條等；此外，聲請人亦主張系爭規定中之實施要點所訂稽查作業程序，剝奪聲請人陳述意見之機會等，違反正當法律程序（正當行政程序）等。由此觀之，聲請人明顯係扣合廢止街頭藝人活動許可證之處分而為主張，並未爭執街頭藝人活動許可證之發證依據與程序問題，亦未質疑從事街頭藝人展演活動應先申請許可之規定，且聲請人無論於原審程序或本件聲請書中，均未曾主張其於公共空間之展演活動內容受到審查或侵害，而僅爭執管理機關（發證機關）廢止活動許可證欠缺法律或自治條例授權依據，以及其就領有活動許可證者違反空間使用規定行為之稽查程序不符正當行政程序。由於針對廢止處分所提起之撤銷訴訟，行政法院實質審查事項之核心，正為廢止處分是否具備各種合法性要件（自包括程序合法性要件以及廢止依據等實質合法性要件）；因此，本件聲請案實僅就系爭判決之認事用法有所爭執，包括質疑系爭判決引據許可辦法與實施要點相關規定而認定系爭廢止處分於法並無違誤等。

綜上，本件聲請案實不符大審法第 5 條第 1 項第 2 款之聲請要件，理應不受理。本號解釋理由中亦指明許可辦法與實施要點之規定，除許可辦法第 4 條第 1 項（即系爭規定一）[4]及第 6 條第 1 項（即系爭規定二）外，均不予受理，包括系爭判決審查重點所據之許可辦法第 9 條及第 10 條。然而，多數大法官獨獨決議受理系爭規定一及

[4] 許可辦法第 4 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定一）：「街頭藝人於本市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證。」

二，即便本件聲請人實未以系爭規定一及二為聲請標的，自未就此具體指摘其有何違憲之疑義，與遭不受理之其他條文之情形並無不同。何況，系爭規定一與系爭廢止處分之違法爭議並無直接關係。無論如何，多數大法官決定「受理」系爭規定一及二之同時，也意味著本號解釋與聲請原因案件及本件聲請案均將分道揚鑣。

三、本號釋憲標的與審查範圍

本號解釋雖係源自人民之聲請，然其解釋標的與審查範圍卻幾乎完全脫離人民據以聲請解釋之確定終局判決（即系爭判決）所涉爭議及其所適用法令之脈絡，甚至亦脫離聲請人之聲請主旨。

詳言之，本號解釋選定三項釋憲標的中，除系爭規定一及二之外，並以許可辦法第 5 條第 1 項[5]（即系爭規定三）與系爭規定一、二有重要關聯為由，將之一併納入審查。首就系爭規定一而言，查原因案件所涉爭議，乃原處分機關廢止聲請人所領得之活動許可證處分是否違法得撤銷之問題，行政法院就該撤銷訴訟所應審理審理之範圍，僅侷限於系爭廢止處分是否違法之問題，已如前述。系爭判決之理由部分列述相關法令時，雖亦述及系爭規定一，惟其係規定街頭藝人於臺北市公共空間從事藝文活動前，應向主管機關申請核發活動許可證，嚴格來說，乃係系爭廢止處分之前提性規定而併予列述，與系爭廢止處分是否違法之判斷並無直接關係，系爭判決於本案認事用法之判斷時，亦未實質引用而為論斷，是否可僅因該規定出現於系爭判決所列述之相關法令中，即認其屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱「確定終局裁判所適用之法律或命令」，實值商榷。況聲請人並未明示就系爭規定一聲請解釋，自未針對此規定具體指摘其究有何牴觸憲法之處；系爭規定一之所以成為本號解釋之審查標的，毋寧是多數大法官片面選取之決定，已如前述。令人費解的是，明定街頭藝人活動許可

[5] 許可辦法第 5 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定三）：「主管機關為處理前條第一項之申請，必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，核發活動許可證。」

之撤銷或廢止事由之許可辦法第 9 條規定，與原因案件之系爭廢止處分是否違法之判斷明顯密切相關，亦為系爭判決所適用，多數大法官反而認為聲請人就此部分之主張，「並未具體指摘於客觀上究有何牴觸憲法之處」而決議不受理。

次就系爭規定二而言，其係有關取得活動許可證之街頭藝人於公共空間從事藝文活動時，應遵守相關法令規範之規定，固與系爭廢止處分密切相關，亦為確定終局判決所適用。然而，聲請人既未指摘此一規定有違憲之處，多數大法官何以得將之納為本號解釋之標的？況本號解釋中，實看不出有針對此一規定為實質審查，而僅是「合併觀察」解釋標的下之審查配角。

最值得商榷的是，多數大法官選定系爭規定一及二作為審查標的後，進一步以系爭規定三乃「執行系爭規定一有關核發活動許可證之具體規定，於規範意義上二者不可分割，與系爭規定一、二有重要關聯」，因而將系爭規定三一併納入審查。系爭規定三係有關主管機關就人民依系爭規定一所為申請，必要時得通知申請人於指定場所解說、操作、示範或表演，經審查通過後，始發給活動許可證之規定；從條文文字即可看出其確與系爭規定一有密切關聯。然而，系爭規定一並非本號解釋原因案件以及本件聲請要旨所繫—再次強調，本件原因案件與釋憲聲請案，係涉及廢止活動許可證處分所生之爭議，無涉申請核發活動許可證之爭議—，已如前述。系爭規定三縱與系爭規定一有實質關聯，但其與本件聲請案及原因案件之爭點均無關，如何憑空成為本院解釋之標的？況系爭規定三與針對領得許可證者之展演活動為規範之系爭規定二，並無「規範意義上不可分割」之必然連結關係。

從本號解釋理由之內容，不難看出多數大法官意欲以及真正審查之標的，其實是系爭規定三，系爭規定一及二僅屬「必要」之附帶登場性質，蓋本件原因案件與聲請案內容，可說並無一字提及系爭規定三，不依附系爭規定一及二（僅透過系爭規定二亦尚無法引出系爭規

定三），即難以憑空藉由「實質關聯」之說而將系爭規定三納入審查，進而以「合併觀察」3 項解釋標的之方式，得出所謂「審查許可制」，最終成為遭本號解釋認定違憲之領罪羔羊。

多數大法官如此「用心良苦」之結果，本號解釋形同脫離具體聲請案與原因案件之脈絡，而成為一種「架空性」法規審查。影響所及，本號解釋雖認定「合併觀察」解釋標的「所形成之審查許可制度」中，存有各種限定範圍之違憲情形，卻因解釋標的以及「合併觀察」解釋標的所生之「審查許可制度」與原因案件之爭議根本無關，聲請人恐根本無法據以請求再審救濟。尤為特別的是，本號解釋公布前，許可辦法及實施要點業經發布機關明令廢止[6]，本號解釋之標的自亦隨之失效，毋須亦難由本號解釋再為效力上之宣示。因此，本號解釋不僅對據以聲請之原因案件難謂有實質性效力，對於解釋公布後之法治狀態亦不生任何影響。

貳、本號解釋標的涉及公共空間特別使用之許可問題，無涉法律保留要求，惟受憲法相關基本權，尤其是藝術表現自由之拘束，但不涉及憲法職業自由之保障

一、許可辦法之規範旨趣：公共空間特別使用之管理法規

系爭規定一、二及三所屬許可辦法，乃臺北市政府就人民（即欲成為該辦法所稱之「街頭藝人」者）於公共空間從事藝文表演活動之相關事宜，本於職權所訂定之法規。由其規範內容觀之，許可辦法僅針對其所界定之公共空間提供街頭藝人表演使用之相關事項而為規範，包括公共空間範圍及其管理人之定義（許可辦法第 2 條第 1 款及第 2 款）、申請許可之要求（系爭規定一）、許可審查程序（系爭規定二）、公共空間之許可使用及其相關義務（系爭規定三、許可辦法第 7 條及第 8 條等）以及得撤銷或廢止許可之事由等（許可辦法第 9 條

6 許可辦法於中華民國 110 年 3 月 24 日由臺北市政府以（110）府法綜字第 1103011648 號令廢止；實施要點則早於 107 年 4 月 10 日由臺北市政府文化局以（107）北市文化藝術字第 10730111902 號令廢止，並溯及自 107 年 4 月 1 日生效。

及第 10 條)；所有規定均以臺北市寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地，且經管理人同意供作街頭藝人表演場地之空間（許可辦法第 2 條第 1 款關於公共空間之定義規定參照）為規範前提。領有活動許可證者於公共空間從事表演活動，有違反核准項目、擅將活動許可轉供他人使用或其他違反許可辦法規定之違規情形者，主管機關僅得依許可辦法第 9 條撤銷或廢止違規者之活動許可證，使其不得再享有於公共空間從事表演活動之權利，並得依許可辦法第 10 條之規定停止受理其於一年內再次申領活動許可；除此之外，別無針對違規行為之管制性或制裁性規定。至於未經許可，而於上開公共空間或其他非屬得為街頭藝人表演場所之公共空間從事表演活動等違反公共空間使用之情形，並不在許可辦法之規範範圍，應受其他相關法令之管制。許可辦法亦完全未涉及對擬從事藝文表演活動者之資格或行為之規範。綜上，許可辦法應係針對特定範圍、特定目的（供為藝文表演活動之場所）之公共空間管理法規。

而就許可辦法所界定之公共空間而言，不論是寬度 8 公尺以上之人行道、廣場或公園綠地，其於法律上均屬依各該「提供公用」（Widmung）之目的與方式（如供行人通行與休憩等），而為供公眾使用之公用公物。許可辦法既係規範具公用公物性質之公共空間提供人民從事藝文表演活動使用之相關事宜，主管機關依其相關規定所核發之「臺北市街頭藝人活動許可證」，其法律意義與效力屬性即應於公共空間管理之脈絡下予以定性。依此，其係允准領證者得於特定公共空間範圍內，依許可內容、期限與條件，從事表演活動，性質上應為公物特別使用之許可，並無脫離特定公共空間脈絡之藝人資格、工作許可等意涵，亦無提供為人民營業或職業場所之目的。

二、公用公物之一般使用與特別使用之法律性質與效力區辨

公用公物並非「無主物」，而是必有得支配、管領公物之公物主，且有權於其管領權限範圍內管理公物；公用公物亦非得由公眾恣意使用，而是受到「提供公用」之目的與相關法令之規範。於公用公物之

一般使用（Gemeingebrauch）範圍內，人民毋須另經許可，即可參與其使用。從憲法層面觀之，人民就公用公物之一般使用至少受到一般行動自由與平等權之保障，因此，於公物一般使用範圍內，對特定人民之一般使用施以限制者，即有侵害其相關基本權之虞。反之，非屬公物一般使用範圍所得涵蓋之使用方式，即所謂公用公物之「特別使用」（Sondergebrauch），除因該等特別使用方式非「提供公用」時所設定之目的與使用方式外，公物之特別使用亦可能影響其他人之一般使用以及利害關係人，如街道沿住戶（Strassenanlieger）之相關權益，各種特別使用間亦可能存有時間與空間上之競爭與相互排擠關係，因此公物之特別使用，尤其是街道、廣場等公共通行空間之特別使用，原則上應經公物主之許可始得為之。由於未獲許可者，僅得為公物之一般使用，而不得為特別使用，因此公物主依人民之申請而許可其為公物之特別使用者，係解除獲得許可者原受到之禁止誡命（禁止為一般使用方式外之使用），通常屬授益處分之性質，乃給付行政之範疇，不涉管制性干預行政，原則上並非法律保留之範疇；公物主本於其對公用公物之管領與支配權限，就是否依申請而給予特別使用之許可處分，本享有廣泛之裁量權，毋須另有法律之授權。何況，公物主取得公用公物之管領、支配權限之依據，通常並非基於法律，而是「提供公用」之法律行為。又，公物主就公物特別使用之許可及其具體使用之管理，雖毋須有法律授權依據始得為之，惟仍應符合相關行政法上各種原理原則之要求，尤其是行政行為之平等原則、比例原則與誠信原則等之要求，自屬當然。

三、本號解釋標的所涉問題層次

根據上述基本觀念，就本號解釋標的所涉之人民於公共空間從事表演活動之問題脈絡而言，以下 3 個層面之問題應循序析論：

(1) 人民於公共空間從事藝文表演活動，是否為公共空間之一般使用範疇？—對此如予以肯定，則許可辦法要求人民應經許可始得於相關公共空間從事藝文表演活動之規定，即屬對人

民之公物一般使用權利之限制，從而有侵害人民相關憲法上基本權之虞，應於相關司法救濟程序受合法性與合憲性之審查。

(2) 人民於公共空間從事藝文表演活動，如非屬公共空間之一般使用範疇，而是應申請許可之公共空間特別使用範疇，則公共空間管理權人是否應有法律或相當於法律之依據，始得依申請予以特別使用之許可？公共空間管理權人得否基於維護一般使用目的、利害關係人之權益或其他公共利益之考量，一般性或個案性不予特別使用之許可？是否有侵害公物特別使用申請人之主觀公權利？換言之，人民有無公物特別使用之主觀公權利？

(3) 公共空間管理權人於公共空間管理範疇，包括是否許可特別使用及其管理，是否受憲法相關基本權保障之拘束？

四、從事街頭藝文表演活動乃屬公共空間之特別使用，非一般使用範疇，與法律保留原則無涉，公共空間之特別使用亦非地方自治事項

就上述第一層面問題而言，由於街頭藝文表演活動，即便是較靜態之人像現場繪製等，均會佔據一定公共空間而影響或限制其他人之一般使用，活動產生之影音效果或人流聚散效應等，亦均會影響一般使用情形，因此難以納入公共空間一般使用之範疇，而應屬原則上應先經申請許可之特別使用範疇。

上述第二層面之問題，則涉及公共空間供人民從事藝文表演活動之特別使用之具體管理問題。如前所述，公物之特別使用原則上應先申請公物主之許可，其使用並受公物主之管理，公物主就公物為特別使用之准駁以及管理權限，係本於其對公物之支配、權限而來，為公物主對其所管領公物之固有權限，而非由基於法令授權。因此，公共空間管理權人本即得本於其對特定公共空間之管領權限而許可人民為特別使用，即從事藝文表演活動，並得限定該等特別使用許可之條

件、期限與範圍等。而此等特別使用許可是對人民非經許可，不得擅為公物特別使用之禁令之解除，屬給付行政範疇之授益處分性質，公共空間管理權人原則上毋須有法律或相當於法律授權依據即得為之，亦即無法律保留原則之適用。以本案而言，即便無許可辦法之相關規定，各公共空間管理權人亦非不得依人民個別之申請，許可其於指定之公共空間從事藝文表演活動；同理，公共空間管理權人自亦得基於維護公共空間一般使用與其他公共利益之考量，一般性或個案性地不許人民於其所管領之公共空間從事藝文活動之特別使用。此由許可辦法所定，可供領有活動許可證者從事表演活動之公共空間，限於經管理人同意得提供從事藝文活動場所者（許可辦法第 2 條第 1 款參照），亦可見一斑：寬度 8 公尺以上之人行道、廣場及公園綠地管理人如不同意提供其管理之公共空間作為人民從事藝文活動場所者，該等公共空間自始即非許可辦法之規範範圍。由此亦可知，人民原則上並無得為公共空間特別使用之主觀公權利，公共空間管理權人否准人民之特別使用之申請者，申請人尚難主張其有公物特別使用權利遭受侵害。然申請人於行政法上受到一般性保障之權利，比如請求公共空間管理權人為合義務裁量之請求權、藉由平等原則所生之平等給付請求權等，自仍有權主張而不受影響。此外，公共空間之特別使用雖無法律保留之適用，但如同其他公法行為般，均全面受法律優位原則之拘束，自不待言。

於此應特別強調的是，許可辦法之規範內容，不涉地方自治事項，亦非地方制度法第 28 條第 2 款所稱「創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務」之事項，無所謂自治條例保留問題。前已詳述，許可辦法係臺北市政府就其得支配、管領之公共空間之特別使用（供藝文表演活動場所之用）所訂定之管理法規，其訂定之權限係來自其對相關公共空間之管理與監督權，乃公物主本於其公物支配、管領權而來之固有權限，不涉自治事項；而因不涉自治事項，自無地方制度法第 28 條第 2 項規定之適用。所有享有公物主地位之公共空間

管理權人，均有可能應人民特別使用之申請，而為准駁之決定，公共空間管理權人為使人民知悉申請要件與程序等事宜，自得本於公物主地位與權限，訂定發布相關規定以資遵循，許可辦法即屬之，其規範效力亦僅及於臺北市政府有支配管領權限之道路、廣場與公園，如非臺北市所管領之公共空間，即無許可辦法適用餘地。世界各國對於街頭藝人之管理，基本上均是地方事項，並非因為於街頭從事表演活動之「藝人管理」均屬地方自治事項，而是因為街頭藝人常見的演出場地是行人徒步區、商業繁盛之街道、市區廣場與公園等，而此等公共空間主要正是由基層地方團體所管領之故，實與自治事項無直接關係。

茲舉例供對照辨明：位於臺北市區之中正紀念堂堂區範圍內之室外空間，係由文化部下之國立中正紀念堂管理處管領，非屬台北市政府所管領之公共空間，不適用許可辦法相關規定。該管理處就堂區範圍內之室內與室外場所，均訂有供人民申請使用之規定。由於室內場地涉及的是特殊的機構公物使用（Sachenim Anstaltsgebrauch），於此不論，僅就室外場所提供人民申請使用而言，該管理處為此類事宜訂有「國立中正紀念堂管理處室外場所使用須知」以及場地使用注意事項等規定，其中場地使用注意事項第 2 點明定不得申請於各場地舉辦政治性活動[7]。若依本號解釋多數大法官之邏輯，此處之場地使用規範，豈非應以法律定之？！又一例：由中央行政機關所管領之位於臺北市區之公共空間，如管理權人同意提供人民申請為特別使用，例如作為街頭藝人表演場地，則其許可與管理規範是否亦屬法律保留之範圍？其於法理不合之處，至為顯明。

7 場地使用注意事項第 2 點規定：「各場地使用功能及目的，以舉辦各項具有文化藝術、文化創意、教育宣導、社會公益等活動為目的，或屬政府機關主辦之推廣教育活動；不得舉辦選舉造勢等相關政治性活動。申請人未依原同意用途或活動內容使用場地，經查證屬實者，本處除不退還全額保證金外，並得於 1 年內拒絕 申請人提出各場地使用申請；其屬第 3 點第 2 項活動者，3 年內拒絕申請人提出各場地使用申請。」

五、涉及公共空間特別使用管理之相關公法上管理行為，直接受憲法藝術表現自由之拘束，並應於司法救濟程序中受法院之審查

釐清公共空間特別使用之法理脈絡後，緊接著的問題便是：公共空間管理權人對公共空間特別使用之管理，尤其是對申請為特別使用者所欲從事之活動內容予以審查，甚至否准其特別許可之申請者，是否會侵犯人民受憲法所保障之相關基本權？哪些基本權？此等因公共空間特別使用之准駁管理所生基本權侵害疑慮，憲法法治上應如何論斷解決？

在此應先釐清的基本觀念是，人民受憲法所保障之各種自由權，性質上乃人民直接依據憲法即得享有之主觀公權利，毋待立法轉換，且直接拘束所有國家權力，包括行政權在內。因此，所有行政權之行使，包括公物法上之管理措施等，非依法律或法律之授權，不得侵犯人民受憲法所保障之自由權；具體行政行為無法律或法律授權依據，而構成對人民受憲法所保障自由權之侵害者，該行政行為即有違法瑕疵，得於司法救濟程序中，由法院審查救濟之。此觀念於涉及非法律從屬行政行為時，如本號解釋標的所涉公物特別使用之許可及管理等授益行政之情形，尤顯重要。於此等毋需有法律授權之行政領域，實高度仰賴個案法官本於憲法意識，於個案認事用法中，落實並護守憲法基本權之效力，從而彰顯實質法治國之意義與價值！

就本號解釋所涉之藝文表演活動而言，從事表演活動者，無論其係專業或業餘，亦不論其係常態演出或偶一為之，其以各種形式與方式所為「表演」，乃其精神、思想、創意之表現，自受到以人性尊嚴及人格自由為根基之藝術表現自由之保障。因此，所有國家權力，包括公共空間管理權人於公共空間之特別使用許可程序，均受申請人受憲法保障之藝術表現自由之直接拘束，公共空間管理權人不得以其對申請人藝術表現內容之評價，作為不予許可之準據，否則即可能因違法裁量而成為違法得撤銷之行政處分（拒絕處分）。對此之論斷權責，

首在司法救濟程序中之行政法院，應於法院認事用法中，具體落實對欲從事街頭表演活動者之藝術表現自由之憲法保障意旨。

然而，本號解釋卻在無任何個案關聯（如前所述，本號解釋之原因案件根本不涉此爭議）之情況下，憑空以許可辦法中有關主管機關「必要時得通知街頭藝人於指定場所解說、操作、示範或表演」，經審查通過後發給活動許可證之規定（即系爭規定三），作為判斷人民之藝術表現自由是否遭受限制之審查標的，並含糊籠統地認定「系爭規定三……其審查內容，有部分係對申請者之表演品質，亦即技藝能力加以審查，從而涉及對於從事藝文活動內容之管制。……至涉及時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制之部分，則適用前揭中度審查標準審查」，可謂是一種「架空性」法規審查，已如前述。更難以理解的是，多數大法官究竟如何從系爭規定三之「經審查通過後發給活動許可證」等中性文字「看出」其審查內容中「有部分」涉及從事藝文活動內容之管制？而其餘僅屬時間、地點、方式等無關藝文活動內容管制？何況，如前所分析，許可辦法的目的與內容根本無涉藝文表演活動之行為管制，許可審查內容若無關藝文活動內容管制，則何以會與藝術表現自由有關，竟還可以所謂中度審查標準予以審查？

六、本號解釋標的不涉職業自由

本號解釋以相當大之篇幅論斷「合併觀察」3 項審查標的「所形成之審查許可制度」，已構成對人民職業（選擇）自由之限制。其理由不外是街頭藝人從事藝文活動因可向觀眾收費而得為營生之方式，「故人民選擇以街頭藝人作為職業之自由，應受憲法第 15 條工作權之保障」；而系爭規定三之審查規定，「有部分係……就街頭藝人之技藝加以審查……已涉及對人民選擇……從事街頭藝人職業之主觀條件之限制」等等。然而，「街頭藝人」是許可辦法所使用且明文定義之名詞，僅是公物主用以稱呼於許可辦法所定公共空間從事藝文活動之自然人或團體，此一名稱下所指涉之職業或營業，亦可稱為「藝人」、「表演工作者」、「藝文工作者」等等，其職業或營業屬性可能並

無不同。因此，人民縱使未能申請取得臺北市街頭藝人活動許可證，無法於許可辦法所界定之公共空間表演，依然可以在許可辦法所定公共空間以外之公、私立設施場所或其他縣市公共空間從事「藝人」、「表演工作者」、「藝文工作者」之職業工作，成為「非街頭藝人」或「非臺北市街頭藝人」，其從事藝文表演活動職業之權利並未受到影響。何況，許可辦法本非針對以藝文表演行為為規範對象，而是公物特別使用管理法規，其規範目的並非提供營業或職業活動之場所。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇七號解釋

【限制女性勞工夜間工作案】

發文日期：中華民國110年8月20日

發文字號：院台大二字第1100023798號

解　釋　文

勞動基準法第 49 條第 1 項規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。 1

解釋理由書

聲請人臺北高等行政法院第五庭法官（下稱聲請人一）為審理同院 109 年度訴字第 420 號勞動基準法（下稱勞基法）事件，認應適用之勞基法第 49 條第 1 項（下稱系爭規定），僅針對單一性別禁止於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作（下稱夜間工作），又無諸如懷孕等天生之原因，即剝奪女性勞工之夜間工作權，或減少其受僱之機會，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法。 1

聲請人家福股份有限公司（下稱聲請人二）前因勞基法事件，分別經高雄市政府、臺北市政府、桃園市政府、臺中市政府、彰化縣政府、苗栗縣政府、屏東縣政府及臺南市政府，於中華民國 104 至 108 年間派員至營業處所實施勞動條件檢查，發現聲請人二未經工會同意，使女性勞工於夜間工作，已違反系爭規定，乃依行為時之同法第 79 條第 1 項第 1 款及第 80 條之 1 第 1 項規定，分別處新臺幣（下同）2 至 80 萬元不等之罰鍰，其中部分並公布聲請人二名稱及負責人姓名。聲請人二不服，就各原因案件均提起行政爭訟，嗣經分別判決聲 2

請人二敗訴確定（下稱確定終局判決一至十二，如附表所示）。聲請人二主張確定終局判決一至十二所適用之系爭規定，不法侵害其財產權、營業自由及契約自由等，向本院聲請解釋憲法。

聲請人中華航空股份有限公司（下稱聲請人三）前因勞基法事 3
件，經桃園市政府於 104 及 105 年間派員至營業處所實施勞動條件檢查，發現聲請人三未經工會同意，使女性勞工於夜間工作，已違反系爭規定，且係多次違反，乃依行為時之同法第 79 條第 1 項第 1 款、第 80 條之 1 第 1 項及桃園市政府處理違反勞動基準法事件統一裁罰基準第 42 條規定，分別處聲請人三 5 萬元及 30 萬元罰鍰，其中部分並公布聲請人三名稱及負責人姓名。聲請人三不服，均提起行政爭訟，經分別判決聲請人三敗訴確定（下稱確定終局判決十三及十四，如附表所示）。聲請人三主張該確定終局判決十三及十四所適用之系爭規定，不法侵害其財產權、營業自由及契約自由等，向本院聲請解釋憲法。

查上開法官聲請釋憲案，經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上 4
形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，應予受理。又上開人民聲請案，經核均與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，亦予受理。

核上開法官及人民聲請案，均涉及系爭規定有無違憲之疑義，有 5
其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等；國家應消除性別 6
歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項，分別定有明文。憲法保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。惟法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，本院即應採中度標準從嚴審查（本院釋字第 365 號解

釋參照)。其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。

系爭規定明定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」雖以雇主為規範對象，但其結果不僅僅就女性勞工原則禁止其於夜間工作，且例外仍須經工會或勞資會議同意始得為之，因而限制女性勞工之就業機會；而男性勞工則無不得於夜間工作之限制，即便於夜間工作亦無須工會或勞資會議同意，顯係以性別為分類標準，對女性勞工形成不利之差別待遇。是系爭規定之目的須為追求重要公共利益，所採差別待遇之手段須與目的之達成間具實質關聯，始為合憲。 7

系爭規定之所以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，其立法理由依立法過程中之討論，可知應係出於社會治安、保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康等考量（立法院公報第 91 卷第 47 期第 45 頁至第 89 頁參照）。而主管機關亦認「衡諸女性勞動年齡期間，生育年齡占其大半；女性勞工上述期間，不僅身心健康負荷較諸男性為重，且其母體健康更與下一代是否健全有明顯直接關聯。從而，禁止雇主令女性勞工於夜間工作，以免有違人體生理時鐘之工作安排，影響其身體健康，係基於使社會人口結構穩定，及整體社會世代健康安全之考量……。」（勞動部 110 年 7 月 6 日復本院意見參照）。基此，系爭規定之目的概為追求保護女性勞工之人身安全、免於違反生理時鐘於夜間工作以維護其身體健康，並因此使人口結構穩定及整體社會世代健康安全等，固均屬重要公共利益。 8

惟維護社會治安，本屬國家固有職責，且憲法增修條文第 10 條第 6 項更明定「國家應保障婦女之人身安全」。因此，就女性夜行人身安全之疑慮，國家原即有義務積極採取各種可能之安全保護措施以為因應，甚至包括立法課予有意使女性勞工於夜間工作之雇主必要時 9

提供交通工具或宿舍之義務，以落實夜間工作之婦女人身安全之保障，而非採取禁止女性夜間工作之方法。乃系爭規定竟反以保護婦女人身安全為由，原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，致女性原應享有並受保障之安全夜行權變相成為限制其自由選擇夜間工作之理由，足見其手段與所欲達成之目的間顯然欠缺實質關聯。

其次，從維護身體健康之觀點，盡量避免違反生理時鐘而於夜間 10
工作，係所有勞工之需求，不以女性為限。女性勞工於夜間工作者，亦難謂因生理結構之差異，對其身體健康所致之危害，即必然高於男性，自不得因此一律禁止雇主使女性勞工於夜間工作。至於所謂女性若於夜間工作，則其因仍須操持家務及照顧子女，必然增加身體負荷之說法，不僅將女性在家庭生活中，拘泥於僅得扮演特定角色，加深對女性不應有之刻板印象，更忽略教養子女或照顧家庭之責任，應由經營共同生活之全體成員依其情形合理分擔，而非責由女性獨自承擔。況此種夜間工作與日常家務之雙重負擔，任何性別之勞工均可能有之，不限於女性勞工。又，前述說法，對單身或無家庭負擔之女性勞工，更屬毫不相關。

此外，系爭規定之但書部分明定，雇主經工會同意，如事業單位 11
無工會者，經勞資會議同意，且依該但書規定提供相關設施後，即得使女性勞工於夜間工作；亦即以工會或勞資會議之同意作為雇主使女性勞工於夜間工作之程序要件。就雇主對勞工工作時間之指示而言，工會或勞資會議之同意程序，通常固具有維護勞工權益之重要功能，避免弱勢之個別勞工承受雇主不合理之工作指示而蒙受生命身體健康之危害。然而，女性勞工是否適於從事夜間工作，往往有個人意願與條件之個別差異，究竟何種情形屬女性勞工應受維護之權益，本難一概而論，未必適宜全由工會或勞資會議代表代事業單位所有女性勞工而為決定。況各種事業單位之工會組成結構與實際運作極為複雜多樣，工會成員之性別比例亦相當分歧，其就雇主得否使女性勞工於夜間工作所為之決定，是否具有得以取代個別女性勞工之意願而為同意

或不同意之正當性，實非無疑。基此，系爭規定以工會或勞資會議同意作為解除雇主不得使女性勞工於夜間工作之管制之程序要件，此一手段與系爭規定目的之達成間，亦難謂存有實質關聯。

綜上，系爭規定對女性勞工所形成之差別待遇，難認其採取之手段與目的之達成間有實質關聯，更淪於性別角色之窠臼，違反憲法第7條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。 12

末按大審法第5條第1項第2款所謂確定終局裁判，其立法及制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序用盡審級救濟之最終裁判而言。查聲請人二據以聲請解釋之裁判中，臺北高等行政法院109年度訴字第1083號判決、臺灣臺中地方法院107年度簡字第7號行政訴訟判決及臺灣彰化地方法院107年度簡字第27號行政訴訟判決，均可依法提起上訴卻未提起，未盡審級救濟程序，故均非大審法上開規定所謂確定終局裁判，自不得據以聲請解釋。另聲請人三聲請解釋勞基法第84條之1規定違憲部分，核其所陳，並未具體指摘該規定於客觀上究有何牴觸憲法之處。是上述聲請部分核與大審法第5條第1項第2款規定不符，依同條第3項規定，均應不受理。 13

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠

林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明

詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎

楊惠欽　蔡宗珍

附表

確定終局判決一	最高行政法院 108 年度判字第 473 號判決
確定終局判決二	最高行政法院 108 年度判字第 472 號判決
確定終局判決三	臺中高等行政法院 110 年度簡上字第 8 號判決
確定終局判決四	臺北高等行政法院 109 年度訴字第 574 號判決
確定終局判決五	高雄高等行政法院 109 年度訴字第 238 號判決
確定終局判決六	臺北高等行政法院 107 年度簡上字第 103 號判決
確定終局判決七	臺北高等行政法院 107 年度簡上字第 82 號判決
確定終局判決八	臺中高等行政法院 107 年度簡上字第 34 號判決
確定終局判決九	高雄高等行政法院 107 年度簡上字第 27 號判決
確定終局判決十	高雄高等行政法院 106 年度簡上字第 84 號判決
確定終局判決十一	臺中高等行政法院 106 年度簡上字第 37 號判決
確定終局判決十二	臺中高等行政法院 106 年度簡上字第 31 號判決
確定終局判決十三	最高行政法院 109 年度判字第 230 號判決
確定終局判決十四	臺北高等行政法院 109 年度簡上字第 148 號判決

協同意見書

黃虹霞大法官　提出

蔡烱燉大法官、蔡明誠大法官　加入

是保護還是不當限制？勞動基準法第 30 條及第 49 條第 1 項等規定未以須具代表性作為限制條件，賦予工會同意權，合憲嗎？憲法第 14 條所保障人民結社自由，迄今仍應是法治不能及的黑洞嗎？業必歸會、強制入會制度幾時休？企業勞工及專門職業人員等均應有完整結社自由，此部分亟待修法檢討落實！

本席贊同勞動基準法第 49 條第 1 項規定（下稱系爭規定）違憲，但認為違憲之理由應不僅止於本件解釋理由書所述，而且認為系爭規定之所以違憲之關鍵，與其說在違反性別平等（差別待遇之對象是不是只有女性勞工，也未盡然），毋寧更在於系爭規定之但書前段即「雇主經工會同意」乙句。而本件解釋主文及理由書均未就此部分為處理，未深入探討工會甚至公會核心爭議（業必歸會、強制入會），也未趁此機會針對工會之代表權及代表性暨相關問題包括與勞工工作自主權、企業營業自由以及勞工與雇主間契約自由等之關聯，並進而由此等面向觀察、論述，更多著墨或作成解釋，至為可惜！爰提出本協同意見書，除了就性別歧視部分之論述為補充外，針對所稱工會尤其企業工會之代表權及代表性、企業勞工及專門職業人員等之結社自由部分，略述淺見如下：

一、關於性別歧視部分

（一）系爭規定係於 91 年 12 月修正，修正前即 73 年立法時之規定原為「女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但經取得工會或勞工同意，並實施晝夜三班制，安全衛生設施完善及備有女工宿舍，或有交通工具接送……」，此一原始規定所以由主管機關提案並於 91 年 12 月修正，其理由係因主管機關認為原規定於兩性工作平等法實施後，對女性爭取在工作職場上的平等而言是不平等的，而且

不是保護是限制（立法院公報第 91 卷第 47 期委員會紀錄第 65 頁參照）。

（二）系爭規定固然於 91 年 12 月作文字修正，但其本文仍維持以性別作區分之意旨，是仍難擺脫原規定違背性別平等之窠臼；即使由系爭規定但書後段觀之，應係出於保護女性勞工之善意，但是系爭規定但書前段規定，附加工會等同意之條件，自仍難辭歧視女性之結果。不僅於此，更因系爭規定但書後段特予保護女性，亦另生歧視男性之問題。

二、工會尤其企業工會之代表權及代表性部分，暨因此所引致之系爭規定但書前段「經工會等同意」部分違憲之問題

（一）工會法尤其關於企業工會之相關規定

1、第 4 條第 1 項規定：「勞工均有組織及加入工會之權利。」

2、第 5 條第 1、3 款：「工會之任務如下：一團體協約之締結、修改或廢止……三勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進。」

3、第 6 條第 1 項第 1 款關於企業工會之組織規定（結合同一廠場、同一事業單位、依公司法或金融控股公司法所定控制從屬關係企業內之勞工，所組織之工會）。

4、第 7 條：第 6 條第 1 項第 1 款之勞工應加入其企業工會。

5、第 9 條第 1 項規定：「依本法第 6 條第 1 項所組織之各企業工會，以組織一個為限。」

6、第 11 條規定：有勞工 30 人以上之發起，即得依法為工會登記，並取得法人資格（工會法第 2 條規定參照）。

7、綜上：工會法不論企業之勞工人數多寡、也不論加入企業工會為會員之勞工比例若干，只要同一企業內之 30 個以上勞工，即可發起組織成立該企業之唯一得成立之企業工會，此一企業工會單由其為唯一性之合理性觀察，工會法第 9 條規定是否未對企業內勞工之結社自由過度限制，而未違反比例原則，已非無疑。另除了其代表性亦顯然有疑義外，其他勞工不問其意願均有加入該企業工會之義務，是

否合憲，更非無疑。

（二）企業工會之代表權及代表性疑義；且若不具代表性，則勞動基準法第 30 條等及系爭規定但書前段賦予企業工會同意（不同意即否決）權（決定企業全體勞工與雇主間勞動條件內容之權），應已侵害均受憲法保障之企業勞工之工作自主權及雇主之營業自由，而為違憲：

1、如前二（一）所述，只要 30 個以上勞工發起，不論其會員所占企業勞工總人數比例，即得依法登記成立所屬企業之唯一個企業工會；另工會固然有簽訂團體協約之權，但因其不具代表非其會員之其他勞工之權，故其所簽之團體協約沒有拘束或保護非其會員之其他勞工之效力（團體協約法第 9、13 及 17 條等規定參照）。此外，工會本質上係立於為其會員之利益，與雇主協商談判，以促進勞動條件、勞工安全與其會員之福利而已；工會應無權決定、更無權片面決定雇主之營業事項包括與全體勞工之勞動條件內容等。

2、然則，此一企業工會依勞動基準法第 30 條（每日、每週工作時數）、第 30 條之 1（工作時間變更原則）、第 32 條（延長工作時間）、第 34 條（輪班制更換班次休息時間之變更）、第 36 條（例假之調整）及系爭規定等，竟有就該等事項同意與否之片面決定性權利。而上揭事項又均屬勞動契約之核心事項，是企業工會之同意（不同意或否決），其法律效果等同取代雇主與全體勞工為相關勞動條件之決定，且係可否之最終決定。從而，此等「經工會等同意」之規定，自已重大限制受憲法保障之個別勞工之工作自主權、雇主之營業自由，並可以根本變更或取代勞工與雇主雙方本於契約自由所已簽訂之契約約定（以系爭規定為例：如女性勞工原本即係為夜間工作需要而與雇主簽訂勞動契約，則若工會不同意女性勞工夜間工作，該女性勞工與雇主間勞動契約將因給付不能而無效，而且女性勞工因而無工作，也無薪資，喪失就業機會，其工作權被剝奪）。類此情形，以系爭規定為例，能當然認企業工會不論是否具代表性，均當然有代表個別勞工同

意夜間工作或有權否決有需要之女性勞工於夜間工作嗎？立法者以企業工會之同意，作為限制勞工及雇主上述受憲法保障基本權之手段，如何合於憲法比例原則？均顯然有疑！

3、少數服從多數應該是法治國民主基本原則，企業內少數勞工組織之企業工會，難認具代表性，若認其得代表多數勞工為同意（或否決其他勞工之意思自主），將形成多數服從少數之結果，亦應與法治國民主基本原則相牴觸。

4、尤其經查：上開勞動基準法第 30 條等歷史條文及立法資料（如附件一）發現，由工會參與工時等勞動條件之決定，係由 73 年勞動基準法立法時之第 30 條規定起，該 73 年第 30 條規定稱「（第 1 項）勞工每日正常工作時間不得超過 8 小時，每週工作總時數不得超過 48 小時。（第 2 項）前項正常工作時間，雇主經工會或勞工半數以上同意，得將其週內一日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過 2 小時。每週工作總時數仍以 48 小時為度。（第 3 項）雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡，逐日記載勞工出勤情形。此項簿卡應保存 1 年。」立法理由僅稱所以規定「雇主得經工會或勞工同意」係參照日本勞動基準法規定等語，未見其他進一步說明或詳予討論。其他第 30 條之 1 等含系爭規定則陸續均比照第 30 條為規定（比如系爭規定之行政院提案原無工會同意字樣，工會或勞工同意等語係立法院審查會增列），而且就為何經工會同意為合宜，再無片言提及，應是想當然耳地比附第 30 條規定。此等規定直至 91 年 12 月修法時始全部以勞資會議備位性取代原勞工同意（此一備位性部分之規定，係出於龐建國委員為加強工會地位之提議，勞委會代表原不贊同，請見立法院公報第 91 卷第 47 期委員會紀錄第 46 頁至第 47 頁參照），工會部分則未變動。自亦難認上開經工會同意之規定之立法資料已足自證或合理說明其為合憲。

次查日本國勞動基準法之規定係以「事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者」（詳請參照蔡大法官烱燉之意見書）為限制條件，

而我國勞動基準法第 30 條經工會同意之規定，卻缺漏過半數勞工組成之應具代表性意旨。又日本國企業工會制度有其獨特歷史（請參見附件二：蔡大法官炯燉提供「本件聲請案補充資料一日本企業工會強制入會之 unionshop 制度」），與我國國情亦未必相合。而且日本國之企業工會係以具代表過半數同一企業勞工之特質，並以此為前提，如由其代表其他勞工與雇主談判並決定勞動條件，始具民主正當性而為合憲。然我國工會法關於企業工會之規定，並不以具上開過半數代表性為必要條件，是不但自難認在我國，如由未具代表性之企業工會代表全體勞工與雇主談判並決定勞動條件，係符合民主正當性，而當然為合憲；抑且應認為因系爭規定未限定所稱工會須為「由企業內過半數勞工組成之工會」，於該範圍內為違憲。

三、企業勞工及專門職業人員等之結社自由部分

（一）憲法第 14 條保障人民之結社自由。

（二）憲法第 14 條所保障之人民結社自由，不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社，並保障人民得參與或不參與結社團體之組成與相關事務等（本院釋字第 479 號及第 724 號解釋參照）。

（三）企業勞工之結社自由部分：

1、工會法第 4 條第 1 項先規定，組織及加入工會含企業工會係勞工之權利；但同法第 7 條則單就企業工會部分規定，勞工有加入所屬企業之企業工會之義務。二規定間非無齟齬。

2、更且其中工會法第 7 條勞工應加入所屬企業之企業工會之規定部分，並涉及對人民受憲法第 14 條保障之結社自由之限制，其限制非可任令立法者恣意，必須符合憲法第 23 條比例原則。然經查：現行工會法第 7 條規定係 99 年修正工會法全文時新增之規定，其立法資料顯示：行政院原提草案之規定內容為「依前條第 1 項以同一廠場或同一事業單位組織之企業工會，其加入工會之會員人數已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，其餘未加入工會之勞工，應經個人同意參加該工會為會員。」（由附件二觀之，主管機關提案應係擬參考日本之企業工會制度而為立法）但經政黨協商，竟逕被修改

為現行文字（立法院第 7 屆第 3 會期第 10 次會議議案關係文書，第政 96 頁、第政 103 頁；同會期第 15 次會議議案關係文書第討 19、20 頁；立法院公報第 99 卷第 41 期院會紀錄第 47 頁等參照）。是工會法第 7 條規定之立法資料顯然欠缺其對勞工結社自由之限制，如何合於憲法第 23 條比例原則之證明，本席以為工會法第 7 條規定違憲。

3、另由上開行政院原工會法第 7 條提案文字亦可知：工會之代表性應植基於民主多數決原則，此參酌團體協約法第 6 條第 3 項規定意旨亦同。是其會員人數未逾全體得加入該企業工會之勞工總數二分之一之企業工會，不具代表權及代表性，不可以也不適宜替代全體勞工為勞動條件之決定、同意或不同意。

（四）專門職業人員等之結社自由部分：

1、各專門職業人員也都有類似工會法第 7 條及第 9 條第 1 項之規定（略如附表一），所以此等「業必歸會」（公會）之規定，也都有相同之限制專門職業人員結社自由，必須符合憲法第 23 條比例原則之問題。就此一問題，本院釋字第 724 號解釋已於其理由書末段稱「人民團體中之職業團體，其現行相關法制，基於歷史背景，雖強制會員入會，但並未普遍賦予公權力，相關法規對其又採較強之監督，主管機關宜考量當前社會變遷，於立法政策上審慎調整各種職業團體應有之功能及相應配合之監督強度，建立適當之法制規範，併此指明。」即諭知應檢討改進在案。

2、上開「業必歸會」規定，是戒嚴時期即已存在之「陋習」，民主法治「黑洞」，法律人多所批評，本院前輩大法官乃特於本院作成釋字第 724 號解釋時，以其理由書末段文字，呼籲立法檢討改進，但解嚴已近 35 年，自本院釋字第 724 號解釋作成迄今亦已超過 7 年，情況仍未見改善，實在……。唉！

四、末查經本院解釋應諭知檢討改進，而未獲改善之事例很多（比如附表二），本院無立法執行權，對主管機關或立法機關不檢討改善之舉，本院只能徒呼奈何而已。因此，本席以為本院應透過解釋，應更積極作為，才能更及時落實人權保障之憲法職責。

附表一：專門職業技術人員之公會組織數與會員加入公會之規定

職業	公會組織數之規定	應加入何處及幾處公會
律師	1. 律師法§51Ⅰ，得成立一地方律師公會，並以成立時該法院轄區為其區域。 2. 全國律師聯合會	1. 僅得擇一地方律師公會為其所屬地方律師公會，申請同時加入該地方律師公會及全國律師聯合會，為該地方律師公會之一般會員及全國律師聯合會之個人會員。 2. 亦得申請加入其他地方律師公會為其特別會員
法醫師	無特別規定	無特別規定
民間公證人	1. 公證法§133Ⅴ，同一組織區域同級公會以一個為限。 2. 全國公證人公會聯合會	無特別規定
物理治療師	1. 物理治療師法§48，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 物理治療師公會全國聯合會	1. 原則上於一處執業，但符合例外情形者，得於他處執業 2. 僅須加入執業所在地公會
醫事檢驗師	1. 醫事檢驗師法§49，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 醫事檢驗師公會全國聯合會	
醫師	1. 醫師法§32Ⅰ，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 醫師公會全國聯合會	
藥師	1. 藥師法§28，同一行政區域同級公會以一個為限。	

	2. 藥師公會全國聯合會	
護理人員	1. 護理人員法§44，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 護理人員公會全國聯合會	
聽力師	1. 聽力師法§45，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 聽力師公會全國聯合會	
驗光師	1. 驗光人員法§28，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 驗光師公會全國聯合會	
醫事放射師	1. 醫事放射師法§50，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 醫事放射師公會全國聯合會	
職能治療師	1. 職能治療師法§48，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 職能治療師公會全國聯合會	
營養師	1. 營養師法§42，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 營養師公會全國聯合會	
語言治療師	1. 語言治療師法§45，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 語言治療師公會全國聯合會	
臨床心理師	1. 心理師法§49，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 臨床心理師公會全國聯合會	
諮商心理師	1. 心理師法§49，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 諮商心理師公會全國聯合會	
助產人員	1. 助產人員法§45，同一行政區域同級公會以一個為限。	

	2. 助產人員公會全國聯合會	
呼吸治療師	1. 呼吸治療師法§29，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 呼吸治療師公會全國聯合會	
獸醫師	1. 獸醫師法§43，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 全國獸醫師公會聯合會	執業所在地公會
技師	技師法§26，各科技師公會或數科聯合技師公會，已成立全國性公會者，不得再設立省（市）技師公會。	無特別規定
社會工作師	1. 社會工作師法§32，在同一區域內，同級之社會工作師公會以一個為限。 2. 社會工作師公會全國聯合會	1. 原則上於一處執業，但符合例外情形者，得於他處執業 2. 僅須加入執業所在地公會
不動產估價師	1. 不動產估價師法§24Ⅱ，同一區域內，同級之不動產估價師公會，以一個為原則。但二個以上同級之公會，其名稱不得相同。 2. 不動產估價師公會全國聯合會	1. 全國執業 2. 僅須加入執業所在地公會
建築師	1. 建築師法§30Ⅱ，同一行政區域同級公會以一個為限。 2. 全國建築師公會	1. 全國執業（金馬例外） 2. **只能**加入事務所所在地公會（金馬例外）
地政士	1. 直轄市公會、縣（市）地政士公會：地政士法§30Ⅱ，在同一區域內，同級之地政士公會，以一個為原則。但二個以上之同級公會，其名稱不得相同。	1. 全國執業 2. 僅須加入執業所在地公會

	2. 地政士公會全國聯合會	
專利師	專利師法§17，專利師公會，以一個為限。	僅有全國性公會
會計師	1. 省（市）會計師公會：無規定數量限制。 2. 全國聯合會	1. 全國執業 2. 僅須加入事務所所在地公會（但不限制加入其他公會）
記帳士	1. 記帳士法§20，在同一區域內，同級之記帳士公會以一個為限。 2. 記帳士公會全國聯合會	無特別規定

製表者：吳佳珍

附表二：100 年 6 月至 108 年 7 月作成之解釋諭知檢討修法者（不含違憲並命定期修法）之後續檢討修法情形

解釋	解釋作成日	修法之諭知 （標＊者為於解釋文中諭知，其餘則於理由書中諭知）	後續檢討修法情形
780	108.07.26	＊道路交通管理處罰條例第 54 條第 1 款上開規定之適用，係以「警鈴已響、閃光號誌已顯示，或遮斷器開始放下」為要件，未設最低之合理安全間隔時間，應依本解釋意旨儘速檢討改進。	尚未依解釋意旨檢討修法
778	108.06.14	藥事法 102 條第 2 項，旨在實施醫藥分業政策。在未變更此項政策之前，有關機關應本於該規定之立法意旨，儘速貫徹社區藥局之可近性與方便性，以保障民眾得及時取得藥師調劑藥品服務之權益。於上開制度未臻完備前，有關機關亦應配合醫藥分業實際發展程度，衡酌該規定一醫師得例外調劑藥品之範圍是否足敷病人醫療權益維護之最高利益，適時檢討並為合理之調整。	尚未依解釋意旨檢討修法
770	107.11.30	現行企業併購法就未贊同合併之股東不願被逐出，然卻因現金逐出合併而遭剝奪股權之情形，尚未臻妥適。	尚未依解釋意旨檢討修法
767	107.07.27	相關機關仍應適時檢討藥害救濟法第 13 條第 9 款有關藥害救濟給付之不予救濟要件，且不應過度擴張藥害不予救濟之範圍，阻絕受藥害者尋求救濟之機會。	尚未依解釋意旨檢討修法
765	107.06.15	有關區段徵收範圍內必要之其他管線（如電力、電信等）工程所需工程費用等負擔，亦涉及需用土地人為地方自治團體時之財政自主權與各管線事業機關（構）之財產利益，有關機關宜全盤檢討。	尚未依解釋意旨檢討修法

763	107.05.04	主管機關就其他與土地徵收之相關規定(例如土地徵收條例第 9 條、第 49 條及都市計畫法第 83 條等)，關於土地被徵收後之使用情形，如何定期通知或依法公告使原土地所有權人知悉，亦應依本解釋意旨一併檢討。	尚未依解釋意旨檢討修法
755	106.12.01	監獄行刑法及同法施行細則未要求監督機關設置具外部公正或專業人員參與之委員會，以審查及處理申訴事件，相關機關應併檢討修正。	已檢討修法 109.01.15 修正公布監獄行刑法第 7 條第 2 項：委員應就法律、醫學、公共衛生、心理、犯罪防治或人權領域之專家學者遴選之。其中任一性別委員不得少於三分之一。
753	106.10.06	全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法，關係全民健保制度之永續健全發展及保險醫事服務機構之權利義務，主管機關應依行政程序法以公開方式舉辦聽證，使利害關係人代表，得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成決定。	尚未依解釋意旨檢討修法
747	106.03.17	土地徵收條例第 57 條第 2 項 1 年時效期間之規定，有關機關應依本解釋意旨檢討修正。	尚未依解釋意旨檢討修法
746	106.02.24	就滯納金之加徵方式，仍應隨時視稽徵成本、逾期繳納情形、物價及國民經濟水準，每 2 日加徵 1%，是否間隔日數過短、比率過高，致個案適用結果可能過苛，上開調整機制外，是否應於法律明文規定，滯納金得由稽徵機關依法視個案情形予以減免等，檢討修正。	尚未依解釋意旨檢討修法

745	106.02.08	為貫徹租稅公平原則，合理分配國家稅賦負擔，相關機關應併通盤檢討現行法令有關不同所得之歸類及各類所得之計算方式是否合理、得減除之成本及直接必要費用（含項目及額度）是否過於寬泛、各職業別適用之不同費用標準是否應有最高總額限制，尤其各項租稅優惠措施是否過於浮濫，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
739	105.07.29	有關機關允宜審酌擬辦自辦市地重劃之區域是否已擬定細部計畫或是否屬於平均地權條例第 56 條第 1 項各款得辦理市地重劃之區域，或重劃範圍是否業經主管機關列入當地分區發展計畫土地，或有進行市地重劃之急迫性等因素（獎勵重劃辦法第 4 條、都市計畫法第 24 條、都市更新條例第 22 條第 1 項規定參照），適時檢討申請之同意比率，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
738	105.06.24	＊電子遊戲場業申請核發電子遊戲場業營業級別證作業要點第 2 點第 1 款第 1 目規定電子遊戲場業之營業場所應符合自治條例之規定，各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整，以免產生實質阻絕之效果。	尚未依解釋意旨檢討修法
737	105.04.29	又因偵查中羈押係起訴前拘束人民人身自由最為嚴重之強制處分，自應予最大之程序保障。相關機關於修法時，允宜併予考量是否將強制辯護制度擴及於偵查中羈押審查程序，併此指明。	已檢討修法 106.04.21 刑事訴訟法增訂第 31 條之 1，將強制辯護制度擴及於偵查中檢察官聲請羈押、延長羈押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟程序，原

			則上採強制辯護制度。
734	104.12.18	廢棄物清理法第 27 條第 11 款規定，經主管機關公告之污染環境行為。主管機關修正公告時，應通盤考量其可能造成言論自由或其他憲法上所保障之基本權利限制之必要性與適當性，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
731	104.07.31	為確保原土地所有權人取得充分資訊以決定是否申請抵價地，主管機關宜於徵收公告及書面通知時，一併告知預估之抵價地單位地價；又原土地所有權人對於徵收補償價額提出異議時，其申請發給抵價地之期間宜否隨之展延，主管機關應就相關規定一併檢討。	尚未依解釋意旨檢討修法
729	104.05.01	立法院行使文件調閱權，如與受調閱之機關發生諸如：所調閱之事項是否屬於國家機關獨立行使職權受憲法保障之範疇、是否基於與立法院憲法上職權之特定議案有重大關聯、是否屬於法律所禁止調閱之範圍、是否依法定組織及程序調閱、以及拒絕調閱是否有正當理由等爭議時，立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。	尚未依解釋意旨檢討修法
728	104.03.20	對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧對女性積極保護義務及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正。	尚未依解釋意旨檢討修法
727	104.02.06	國軍老舊眷村改建條例未充分考慮不同意改建所涉各種情事，有關法益之權衡並未臻於妥適，相關機關應儘	已檢討修法 105.11.30 國軍老舊眷村改建條例增

		速通盤檢討改進。	訂第 22 條之 1 第 1 項：經主管機關以書面通知之日起 6 個月內，自行配合騰空點還房地者，按點還時當地地方政府舉辦公共工程拆遷補償標準，由改建基金予以補償，最高不得超過其原改建基地內原階坪型之輔助購宅款金額，並得價購或承租原規劃改建基地內 28 坪型以下之零星餘戶。
724	103.08.01	人民團體中之職業團體，其現行相關法制，基於歷史背景，雖強制會員入會，但並未普遍賦予公權力，相關法規對其又採較強之監督，主管機關宜考量當前社會變遷，於立法政策上審慎調整各種職業團體應有之功能及相應配合之監督強度，建立適當之法制規範，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
719	103.04.18	原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條規定，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。	尚未依解釋意旨檢討修法
716	102.12.27	公職人員利益衝突迴避法第 9 條規定完全禁止公職人員之關係人與上開機關為買賣、租賃、承攬等交易行為，若因禁止其參與交易之競爭，將造成其他少數參與交易者之壟斷，反而顯不利於公共利益，於此情形，苟上開機關於交易過程中已行公開公平之程序，而有充分之防弊規制，是否仍有禁止公職人員之關係人交易之必要，	已檢討修法 107.06.13 修正公布公職人員利益衝突迴避法第 14 條第 1 項設有 6 款例外規定。 一、依政府採購法以公告程序或同法第 105 條辦理之採購。

		相關機關應儘速通盤檢討改進。	二、依法令規定經由公平競爭方式，以公告程序辦理之採購、標售、標租或招標設定用益物權。 三、基於法定身分依法令規定申請之補助；或對公職人員之關係人依法令規定以公開公平方式辦理之補助，或禁止其補助反不利於公共利益且經補助法令主管機關核定同意之補助。 四、交易標的為公職人員服務或受其監督之機關團體所提供，並以公定價格交易。 五、公營事業機構執行國家建設、公共政策或為公益用途申請承租、承購、委託經營、改良利用國有非公用不動產。 六、一定金額以下之補助及交易。
712	102.10.04	為減少干預人民收養子女之自由，相關機關對臺灣地區人民收養大陸地區人民之其他相關規定，仍應考量兩岸政治、經濟及社會因素之變遷，適時檢討修正，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
709	102.04.26	＊92 年 1 月 29 日及 97 年 1 月 16 日修正公布之都市更新條例第 22 條第 1 項有關申請核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率之規定，有關機關仍應考量實際實	已檢討修法 108.01.30 修正公布都市更新條例第 37 條，就部分地區之應具備之同意比

		施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。	率等為提高。
703	101.10.05	公益與非公益團體之醫院間存有直接競爭關係，開放公益團體同時從事收益活動，再明確排除其營利所得之免稅，此一管制之操作極易影響租稅公平與競爭中立。主管機關允宜就此一併檢討，併此指明。	尚未依解釋意旨檢討修法
702	101.07.27	教師法第 14 條第 1 項第 6 款規定，所謂行為不檢有損師道之行為態樣，於實務形成相當明確之類型後，為提高其可預見性，以明文規定於法律為宜，並配合社會變遷隨時檢討調整，併此指明。	已檢討改修法 102.07.10 修正公布教師法第 14 條刪除「行為不檢有損師道」類型，增列以下類型：經學校性別平等教育委員會或依法組成之相關委員會調查確認有性騷擾或性霸凌行為，且情節重大；知悉服務學校發生疑似校園性侵害事件，未依性別平等教育法規定通報，致再度發生校園性侵害事件；或偽造、變造、湮滅或隱匿他人所犯校園性侵害事件之證據，經有關機關查證屬實；體罰或霸凌學生，造成其身心嚴重侵害；行為違反相關法令，經有關機關查證屬實。
699	101.05.18	1. 道路交通管理處罰條例第 35 條第 4 項前段吊銷駕駛執照部分、第 67 條第 2 項前段暨第 68 條規定關於違反第 35 條第 4 項前段部分，雖不違憲，惟立法者宜針對不同情況，諸如駕駛人是否曾有酒駕或拒絕酒測之紀	尚未依解釋意旨檢討修法

		錄、拒絕酒測時所駕駛之車輛種類、所吊銷者是否屬其賴以維持生活之職業駕駛執照等狀況，增設分別處理之規定，使執法者斟酌個案具體情節而得為妥適之處理；2. 另道路交通管理處罰條例有關酒後駕車之檢定測試，其檢測方式、檢測程序等事項，宜以法律或法律明確授權之規範為之，相關機關宜本此意旨通盤檢討修正有關規定。	
697	101.03.02	＊貨物稅條例第 2 條第 1 項第 2 款規定，於委託多家廠商分工之情形，立法機關宜考量產製之分工、製程及各種委託製造關係，明定完成應稅貨物之產製階段，作為認定受託產製廠商之依據，適時檢討相關規定改進之。	尚未依解釋意旨檢討修法
691	100.10.21	＊受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，其救濟有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，由行政法院審理。	已檢討修法 109.01.15 修正公布監獄行刑法新增第 134 條第 1 項規定：「受刑人對於廢止假釋、不予許可假釋或撤銷假釋之處分不服，經依本法提起復審而不服其決定，或提起復審逾 2 個月不為決定或延長復審決定期間逾 2 個月不為決定者，應向監獄所在地或執行保護管束地之地方法院行政訴訟庭提起撤銷訴訟。」

690	100.09.30	＊曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立不服者得及時請求法院救濟，及合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。	尚未依解釋意旨檢討修法
689	100.07.29	社會秩序維護法第 89 條第 2 款規定，就新聞採訪者之跟追行為，應確保新聞採訪之自由及維護個人之私密領域及個人資料自主，是否宜由法院直接作裁罰之決定，相關機關應予檢討修法，或另定專法以為周全規定。	尚未依解釋意旨檢討修法
688	100.06.10	＊加值型及非加值型營業稅法，有關包作業之開立憑證時限規定為「依其工程合約所載每期應收價款時為限」，倘嗣後買受人因陷於無資力或其他事由，此際營業稅法對營業人已繳納但無從轉嫁之營業稅，宜為適當處理，主管機關應儘速檢討改進。	已檢討修法 102.8.22 訂定發布「財政部各地區國稅局受理包作業營業人因買受人事由無法收回價款申請退還營業稅或留抵應納營業稅作業要點」

製表者：吳佳珍、郭思岑

附件一

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：110/08/18 10:30

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 30 條

勞工正常工作時間，每日不得超過八小時，每週不得超過四十小時。
前項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將其二週內二日之正常工作時數，分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。但每週工作總時數不得超過四十八小時。
第一項正常工作時間，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將八週內之正常工作時數加以分配。但每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。
前二項規定，僅適用於經中央主管機關指定之行業。
雇主應置備勞工出勤紀錄，並保存五年。
前項出勤紀錄，應逐日記載勞工出勤情形至分鐘為止。勞工向雇主申請其出勤紀錄副本或影本時，雇主不得拒絕。
雇主不得以第一項正常工作時間之修正，作為減少勞工工資之事由。
第一項至第三項及第三十條之一之正常工作時間，雇主得視勞工照顧家庭成員需要，允許勞工於不變更每日正常工作時數下，在一小時範圍內，彈性調整工作開始及終止之時間。

立法理由：
民國 73 年 07 月 30 日 第 30 條

一、八小時工作制度，在國際勞工組織一九一九年之第一號公約「工業工作時間公約」及一九二０年「商業工作時間公約」均有規定。「工廠法」第八條亦予援用。
二、因應實際需要，參照日本勞動基準法規定雇主得經工會或勞工同意，將其週內一日正常工作時間之一部或全部分配至其他工作日。惟對於每日所分配之工作時數及每週之工作總時數仍作適當之限制。
三、簽到簿或出勤卡為勞工出勤之重要紀錄，故定其保管年限為一年。

民國 89 年 06 月 28 日 第 30 條

為落實勞工實施週休二日及推動未來全面實施週休二日，將原條文中每週工作總時數不得超過四十八小時之規定，修改為每二週工作總時數不得超過八十四小時，並增列第四項規定施行日期。

民國 91 年 12 月 25 日 第 30 條

一　企業內勞工工時制度形成與變更，攸關企業之競爭力與生產秩序，勞雇雙方宜透過協商方式，協定妥適方案。為使勞工充分參與工時彈性之安排，加強勞資會議功能，乃將原條文第二項雇主經工會或勞工半數以上同意之規定，修正為「雇之經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意」。又原條文第二項規定工

時彈性不足，造成部分企業排班困難。爰予修正，使二週得有二日正常工作時數，分配於其他工作日，但每日正常工時以十小時為度，每週正常工時以四十八小時為度。

二　法定工時縮短後，每週平均工時為四十二小時；如事業單位每日工作八小時，則平均每週將出現零碎工時二小時，是日勞工仍須出勤一次。為使事業單位能將該等零碎工時集中運用，減少勞工出勤次數，以利休假時間整體運用，爰增列第三項。

三　依朝野協商結論，增列第四項。

四　原條文第三項移列為第五項。

五　原條文第四項配合修正，移列至第八十六條但書規定。

六　依本條第二項至第四項規定調整工作時間者，本法第三十七條規定仍適用之。

民國 104 年 06 月 03 日 第 30 條

一、因應國際勞工組織（ILO） 頒訂第 47 號公約及頒布第 116 號減少工時建議書，建立「每周工作 40 小時原則」，並落實全國週休二日之制度，爰修正原條文第一項，讓所有工作者均享有週休二日之權益。

二、修正原條文第四項之用詞冗言，以求法規精準。

三、為配合民法中「不及一年之定期給付債權」之請求權時效為五年，爰修正原條文第五項，明定勞工出勤紀錄須保存五年，以保障勞工權益。

四、新增第六項，勞工應有權利向雇主申請出勤資料，以備不時之需。

五、新增第七項，避免雇主以正常工作時間修正為由，減少勞工工資。

六、新增第八項，明定雇主得視勞工照顧家庭成員需要，允許勞工於不變更每日正常工作時數下，在一小時範圍內，彈性調整工作開始及終止之時間，俾打造友善勞動職場。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：110/08/18 10:31

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 30-1 條

中央主管機關指定之行業，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，其工作時間得依下列原則變更：

一、四週內正常工作時數分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時，不受前條第二項至第四項規定之限制。

二、當日正常工作時間達十小時者，其延長之工作時間不得超過二小時。

三、女性勞工，除妊娠或哺乳期間者外，於夜間工作，不受第四十九條第一項之限制。但雇主應提供必要之安全衛生設施。

依中華民國八十五年十二月二十七日修正施行前第三條規定適用本法之行業，除第一項第一款之農、林、漁、牧業外，均不適用前項規定。

立法理由：

民國 85 年 12 月 27 日 第 30-1 條

一　本條係新增。

二　規範中央主管機關指定之行業，其工作時間之變更原則。

民國 87 年 05 月 13 日 第 30-1 條

原規定對於在妊娠或哺乳期間之女性勞工無法獲得保障，有違國際勞工公約保護妊娠、哺乳期女性勞動者之精神。為補充法律規範保障之不足，故於原條文第一項第四款中增列排除妊娠或哺乳期間女性勞工適用之規定。

民國 91 年 06 月 12 日 第 30-1 條

配合勞動基準法修正條文第三條之修正，爰酌修第二項規定，使臻明確。

民國 91 年 12 月 25 日 第 30-1 條

一　配合第三十條勞資協商機制之修正，第一項序文經工會或勞工半數以上同意之規定，爰修正為「雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後」。

二　第一項第一款配合第三十條規定修正之。

三　第一項第四款配合第四十九條女性夜間工作禁止規定修正之。

四　第二項依法制體例及朝野協商結倫酌作文字修正。

民國 105 年 12 月 21 日 第 30-1 條

一、原第一項第二款酌作文字修正；第三款例假規定移列至修正條文第三十六條第二項第三款規範，爰予刪除，原第四款款次遞減。

二、第二項酌作文字修正。

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 32 條

雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，得將工作時間延長之。

前項雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過十二小時；延長之工作時間，一個月不得超過四十六小時，但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，延長之工作時間，一個月不得超過五十四小時，每三個月不得超過一百三十八小時。

雇主僱用勞工人數在三十人以上，依前項但書規定延長勞工工作時間者，應報當地主管機關備查。

因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，得將工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會；無工會組織者，應報當地主管機關備查。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。

在坑內工作之勞工，其工作時間不得延長。但以監視為主之工作，或有前項所定之情形者，不在此限。

立法理由：

民國 73 年 07 月 30 日 第 32 條

一、於「工廠法」第十條原定，天災、事變、季節之原因外，增列換班、準備、補充性工作，亦得延長工作時間，以資因應。現工會組織尚未能普遍成立，特增列徵得勞工同意之規定，以便處理。為顧及勞工健康，明定男工延長工作時間一日不超過三小時，女工延長工作時間一日不超過二小時。

二、經中央主管機關核定之特殊行業，雇主經工會或勞工同意者，得再予延長之。

三、天災、事變情況危急，為保護生命、財產安全，特明定其延長工作時間，得不受每日三小時之限制。

四、在坑內之工作，具有危險性，特規定除有特別情形外，其工作時間不得延長。

五、憲法第一五三條規定「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護」對於女工延長工作時間，爰作較嚴格之限制。

民國 91 年 12 月 25 日 第 32 條

一　企業內勞工工時制度形成與變更，攸關企業競爭力與生產秩序，勞雇雙方宜透過協商方式，協定妥適方案。為使勞工充分參與延長工時之安排，加強勞資會議功能，乃將第一項雇主經工會或勞工同意之規定，修正為「雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後」。

二　原條文有關延長工作時間之規定較為繁瑣，各方反應不符實際需要，爰將延長工時之要件及程序予以修正，明定經工會或勞資會議同意，即可延長工時。至於每日正常工時與延長工時，合計不得超過十二小時。另為促進兩性工作平等，併修

正兩性勞工延長工時之差別規定，使為一致。上開修正分列於第一項及第二項；各該延長之工作時間，並應依本法第二十四條規定給付延時工資。

三　原條文第二項因延長工作時間均放寬至每日連同正常工作時間一日可達十二小時，已無另行核定特殊行業之必要，爰予以刪除。

四　簡化無工會組織因天災、事變或突發事件延長工作時間之行政程序，第三項「核備」修正為「備查」，並酌作文字修正。

民國 107 年 01 月 31 日 第 32 條

照民進黨黨團再修正動議條文通過。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 34 條

勞工工作採輪班制者，其工作班次，每週更換一次。但經勞工同意者不在此限。

依前項更換班次時，至少應有連續十一小時之休息時間。但因工作特性或特殊原因，經中央目的事業主管機關商請中央主管機關公告者，得變更休息時間不少於連續八小時。

雇主依前項但書規定變更休息時間者，應經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，始得為之。雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應報當地主管機關備查。

立法理由：

民國 73 年 07 月 30 日 第 34 條

參照「工廠法」第九條訂定，為顧及部分勞工尚在求學時期，無法每週晝夜更換工作時間，第一項特設但書規定，以利執行。

民國 105 年 12 月 21 日 第 34 條

一、為使各種型態之輪班勞工均能受到本條規定之保障，將原條文第一項「晝夜」二字刪除。

二、原條文第二項規定「適當」之休息時間，屬不確定之法律概念。為明確相關規定使勞資雙方可資遵循，修正為「至少應有連續十一小時」之休息時間。

三、增列第三項，給予勞方遵循本條規定排班之緩衝時間。

民國 107 年 01 月 31 日 第 34 條

照民進黨黨團再修正動議條文通過。

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：110/08/18 10:31

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 36 條

勞工每七日中應有二日之休息，其中一日為例假，一日為休息日。
雇主有下列情形之一，不受前項規定之限制：
一、依第三十條第二項規定變更正常工作時間者，勞工每七日中至少應有一日之例假，每二週內之例假及休息日至少應有四日。
二、依第三十條第三項規定變更正常工作時間者，勞工每七日中至少應有一日之例假，每八週內之例假及休息日至少應有十六日。
三、依第三十條之一規定變更正常工作時間者，勞工每二週內至少應有二日之例假，每四週內之例假及休息日至少應有八日。
雇主使勞工於休息日工作之時間，計入第三十二條第二項所定延長工作時間總數。但因天災、事變或突發事件，雇主有使勞工於休息日工作之必要者，其工作時數不受第三十二條第二項規定之限制。
經中央目的事業主管機關同意，且經中央主管機關指定之行業，雇主得將第一項、第二項第一款及第二款所定之例假，於每七日之週期內調整之。
前項所定例假之調整，應經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，始得為之。雇主僱用勞工人數在三十人以上者，應報當地主管機關備查。

立法理由：
民國 73 年 07 月 30 日 第 36 條

參照「工廠法」第十五條訂定。

民國 105 年 12 月 21 日 第 36 條

一、法定正常工作時間自一百零五年一月一日起縮減為每週不得超過四十小時後，為落實週休二日，並考量例假僅限因天災、事變或突發事件等特殊原因始得出勤之嚴格規範，經衡平審酌勞資雙方權益，爰修正第一項規定，定明勞工每七日應有之二日之休息，其中一日為例假，另一日為休息日。
二、配合現行第三十條第二項、第三項及修正條文第三十條之一有關二週、八週及四週彈性工作時間所定各項調整原則，增訂第二項規定，其中第一款與第二款所定二週及八週彈性工作時間之例假仍維持每七日至少一日，僅休息日可彈性調整，惟例假及休息日之總數不減損；至第三款所定四週彈性工作時間之例假與現行第三十條之一第一項第三款規定相同，其例假與休息日亦可於例假及休息日總數不減損之前提下彈性調整。
三、為落實休息日應使勞工休息為原則，工作為例外，另考量休息日出勤之時數性質上屬延長工作時間，爰增訂第三項，定明除受到一日不得超過十二小時之限制外，於核計是否超過一個月延長工作時間上限之四十六小時之時，亦併予列計，以避免勞工過勞（例如：勞工於休息日若僅工作二小時，依修正條文第二十四條第

三項規定，應列計延長工作時數為四小時，並併入一個月延長工作時間上限之四十六小時計算）。

四、依現行解釋，現行第三十二條第三項規定延長勞工工作時間者，不受同條第二項所定時數之限制，爰休息日因天災、事變或突發事件等特殊情況使勞工於休息日工作之時數，參照該解釋之意旨，於第三項但書明文規範。

民國 107 年 01 月 31 日 第 36 條

照民進黨黨團再修正動議條文通過。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

司法院法學資料檢索系統

匯出時間：110/08/19 05:01

法規名稱：勞動基準法

公布日期：民國 73 年 07 月 30 日

修正日期：民國 109 年 06 月 10 日

第 49 條

雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：

一、提供必要之安全衛生設施。

二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。

前項第一款所稱必要之安全衛生設施，其標準由中央主管機關定之。但雇主與勞工約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定。

女工因健康或其他正當理由，不能於午後十時至翌晨六時之時間內工作者，雇主不得強制其工作。

第一項規定，於因天災、事變或突發事件，雇主必須使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作時，不適用之。

第一項但書及前項規定，於妊娠或哺乳期間之女工，不適用之。

立法理由：

民國 73 年 07 月 30 日 第 49 條

一、因應經濟發展需要，對於夜間工作有條件之限制。

二、第一款乃係基於勞雇雙方之共同利益，有及時處置之必要。

三、對於易於敗壞之原料或材料，第二款明定為免於業務之重大損失，得在夜間工作。

四、擔任管理技術之主管職務，其工作性質，較具繼續性，不宜中途停止，爰於第三款中定為得在夜間繼續工作。

五、第四款係遇對於特別事故發生，不宜放寬夜間工作之限制，因茲事體大，故定為應經中央主管機關核准。

六、第五款對於運輸、倉儲及通信業，訂為放寬限制之規定。

七、第六款衛生福利及公用事業不需經體力勞動工作，健康上可以顧慮之問題較少，故予放寬。

八、對於妊娠或哺乳期間之女工，仍應嚴禁深夜工作，俾其有較多之時間，可以休息或有較長時間可以照顧其新生嬰兒。

民國 91 年 12 月 25 日 第 49 條

一　為促進職場上兩性之平等，有關女工夜間工作之條件：

（一）原條文第一項規定事業單位申請女工夜間工作，需符合一定之條件者，始得為之。其中是否同意於夜間工作，事涉制度之實施，應有售體勞工之參與，是以，除維持現行工會同意之規定外，並將勞工同意修正為勞資會議同意。

（二）原條文第一項規定實施晝夜三班制為女工夜間工作要件之一，惟此項規定已不合時宜，爰予刪除。

（三）雇主如符合所定要件，即可使女工於夜間工作，應毋須再經由主管機關核准。

（四）為顧及女工於夜間工作之健康與安全，並順應國內經濟與社會之發展，爰配合修正雇主於提供必要之安全衛生設施，且無大眾運輸工具可資運用時，應提供交通工具或安排女工宿舍時，女工得於夜間工作。

二　為明確規範第一項第一款所稱必要之安全衛生設施，增列第二項明定其標準由中央主管機關定之，及於末句後增列「但雇主與受雇者約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定」。

三　女工縱使已同意夜間工作，但如有健康或其他正當理由，雇主仍不得強制其工作，爰增列第三項。

四　原條文第三項有關情勢緊急係屬天災、事變或突發事件之情況，爰配合第三十二條第三項及第四十條第一項文字予以修正。另既屬天災、事變或突發事件，實無法符合第一項所定四件，並配合第一項修正，刪除補報規定。

五　有關天災、事變或突發事件而須於夜間工作之補報規定，因已修正刪除，有關工資之發給及補休之規定，又已於第二十四條、第四十條予以明定，故不再另行規定，爰刪除原條文第四項規定。

六　為落實憲法定母性保護之精神，原條文第二項對於妊娠或哺乳期間女工之特別保護應予維持，並移列為第五項。

資料來源：司法院法學資料檢索系統

（節錄）

立法院議案關係文書

（中華民國四十一年九月起編號）
中華民國七十一年三月 十日 印發

院總第一一二一號　政府提案第二一二六號

案由：行政院函請審議「勞動基準法草案」案。

行政院函　中華民國七十一年三月六日
臺七十一內字第三四九一號

受文者：立法院

副本收受者：內政部（含附件）

主　旨：函送「勞動基準法草案」，請　查照審議。

說　明：

一、內政部函為我國有關勞動基準之立法，散見於工廠法等有關法規，或因適用範圍過於狹隘，或因所定勞動條件有欠周延，或因歷時已久不能適應當前狀況，經就各有關法規切實檢討，並參考國際勞工公約、工業先進國家勞工立法，衡酌我國當前勞工狀況，擬訂勞動基準法草案，期能達到保障勞工權益，和諧勞資關係，促進經濟發展，檢陳該草案，請核轉立法院審議並於完成立法程序後，將工廠法等予以廢止。

0301 總號 1121
政府提案 2126

二、經提七十一年二月二十五日本院第一七六九次會議決議：「修正通過，送請立法院審議，並於本法完成立法程序後，將原有之「工廠法」、「工廠檢查法」、「礦場法」、「最低工資法」、「勞動契約法」審議廢止，現行「廠礦工人受雇解雇辦法」則由院予以廢止。」

三、抄送勞動基準法草案暨說明各一份。

院長　孫　運　璿

0303

勞動基準法草案總說明

民主法治國家莫不重視勞動條件之維護，勞工權益之保護。我國憲法第一百五十二條、第一百五十三條及第一百五十六條對於改善勞工生活，亦明定爲國家之基本政策，政府施政自應以此爲準繩。

我國有關勞動基準之立法，散見於工廠法、鑛場法、工廠檢查法、勞工安全衞生法、職工福利金條例及基本工資暫行辦法等法規，或因適用範圍過於狹隘，或因所定勞動條件有欠周延，或因歷時已久不能適應當前狀況。經就各該法規及業已公布而尚未施行之最低工資法、勞動契約法等切實加以檢討，並參考國際勞工公約、工業先進國家勞工立法，衡酌我國當前勞工狀況擬訂勞動基準法，以之爲勞動條件之基本法律，期能遠到保障勞工權益，和諧勞資關係，促進經濟發展，建立現代化國家之目的。本法施行後，原有之「工廠法」、「工廠檢查法」、「鑛場法」、「最低工資法」、「勞動契約法」及「廠礦工人受雇解雇辦法」均可廢止，亦符合簡化法令之政策。

本法草案共分「總則」、「勞動契約」、「工資」、「工作時間、休息、休假」、「童工、女工」、「退休」、「災害補償」、「技術生」、「工作規則」、「監督與檢查」、「罰則」、「附則」計十二章八十五條，其要點如次：

一、關於本法名稱：世界各國對於保障勞工之法律，有綜合立法者，有分別立法者。採綜合立法者，多定名爲勞工法；採分別立法者，則依其內容而異其名稱。惟關於勞動條件，各國均訂有最低標準，以利執行。日本、韓國爲分別立法國家，稱勞動條件之法律爲「勞動基準法」。本院遵照　貴院第五十三會期第九次院會通過勞工安全衞生法時之附帶決議，將本法定名爲「勞動基準法」。

二、關於本法宗旨：揭示本法之宗旨，俾勞資雙方共體力行。（第一條）

三、關於用辭之定義：闡釋「勞工」、「雇主」、「工資」、「平均工資」、「事業單位」、「勞動契約」之含義，以杜爭議。

（第二條）

四、關於適用範圍：我國以前制定保護勞工勞動條件之法律，多以工廠、礦場之勞工爲範圍。近年由於經濟快速成長，各業勞工急驟增加，其不屬廠礦範圍之勞工，均未能獲得公平之保護。爰參照較新立法之勞工安全衞生法第四條所列各業納入本法，以擴大勞工保護之範圍。（第三條）

五、關於勞動契約：基於勞雇雙方平等精神並兼顧安定社會之目的，對於定期勞動契約加以適當之限制。並明定終止勞動契約須先期預告，未依規定期間預告者，應給付預告期間之工資。未舉辦失業保險前，應依規定發給資遣費。另規定勞雇雙方不經預告終止勞動契約之條件。（第九條至第二十條）

六、關於工資：最低工資法雖於民國二十五年間公布，迄未施行，政府遷臺後亦僅以行政命令規定基本工資之計算標準。本法詳列工資之範圍，並明定中央主管機關應擬定基本工資報由行政院核定；雇主不按期給付工資者，主管機關得限期令其給付；雇主因歇業或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月者，有優先於抵押權受償之權等。（第二十一條至第二十九條）

七、關於工作時間、休息、休假：目前世界各國工時標準多以每日八小時爲度，本法從之。惟爲因應實際需要，得將其週內一日之正常工作時間分配於其他工作日；因天災、事變或季節、換班、準備等原因，得於正常工作時間以外延長工作時間。在坑內工作之勞工，原則上不得延長其工作時間。涉及公衆生活或其他特殊事業，得調整其工作時間。星期例假及國定紀念日應予休假，連續服務滿一定期間應給予特別休假，未休假之勞工事後應補給休息並加給工資。（第三十條至第四十三條）

八、關於童工、女工：童工、女工之保護，關於安全衞生部分已列入勞工安全衞生法，一般保護則列入本法中。目前我國國民義務教育已延長爲九年，國民中學畢業時爲年滿十五歲，特提高童工最低工作年齡爲年滿十五歲，以資配合。至於童工深夜工作之嚴格禁止，女工夜間工作之應備條件，女工分娩前後之適當照應，均爲現行工廠法及有關法令保護童工、女工之重要措

施，仍予納入。（第四十四條至五十二條）

九、關於退休：臺灣省政府訂有勞工退休法規，因無強制效力，績效未彰。制定勞工退休法律，可以鼓勵工人敬業安位，保障其老年生活，本法以之列爲專章，將勞工退休分自請退休與強制退休兩種；勞工退休後可按其工作年資給與退休金。退休金最高總數以六十一個基數爲限，雇主一次發給退休金有困難時，得報經主管機關核定後分期給付。（第五十三條至第五十七條）

十、關於災害補償：明定勞工因遭遇職業災害而致傷害、疾病、殘廢或死亡時，參加勞工保險者，其因同一事故領取勞工保險之職業傷害補償費或職業病補償費時，雇主應按其平均月投保薪資加給百分之三十，逾一年未痊癒者，按平均月投保薪資加給百分之五十，但以一年爲限。勞工未參加勞工保險者，其全部補償由雇主負擔。當前承攬作業在營建、造船、礦場部分有擴展趨勢，特規定事業單位應與承攬人，再次承攬人負職業災害補償之連帶責任，承攬人或中間承攬人爲災害補償時，就其所補償部分得向最後承攬人求償。（第五十八條至第六十二條）

十一、關於技術生：學徒觀念陳舊，不足以發揚職業技術之精神，爰更名爲「技術生」，藉以提高青年人就業之意願。茲參照工廠法「學徒」之有關規定，納入本法中，對於招收技術生之條件、招收技術生之人數、留用期間、待遇均作詳明之規定；對於工時、休息、休假、童工、女工及災害補償等亦明定準用勞工之規定，以保護技術生之權益。（第六十三條至第六十八條）

十二、關於工作規則：明定工作規則應規定之事項，並應公開揭示，俾勞雇雙方共同遵守執行。（第六十九條、第七十條）

十三、關於安全衛生與福利：勞工之安全衛生、勞工福利屬於勞動基準之事項，我國雖有勞工安全衛生法、礦場安全法及職工福利金條例之個別立法，本法仍於總則第八條中敘明，以示本法與該法之主從關係。（第八條）

十四、關於監督與檢查：參照現行工廠檢查法及已批准之國際工商業勞工檢查公約與實際需要，制訂第十章監督與檢查，明定檢

查機構及檢查人員之權責，以利執行。（第七十一條第七十三條）

十五、關於罰則：本法對於違反本法規定之事項，視其情節輕重，科以徒刑、拘役、罰金、罰鍰等處分。第十一章罰則所定自由刑刑度較日本、韓國之法例爲低。罰金及罰鍰額度亦經審酌我國社會經濟發展情況，達到罰得其當之目的。對於法人之代表人、法人或自然人之代理人，受僱人或其他從業人員，因執行業務違犯本法之規定，除依本章之規定處罰行爲人外，對該法人或自然人本人亦科以各該條所定罰金或罰鍰額度之罰鍰，以加強法人及代理權授與人之責任。（第七十四條至第八十一條）

十六、關於公營事業人員身分之認定：公營事業人員具有公務員及勞工雙重身分者，爲維持公務員管理體系之完整，並兼顧勞工法令之適用，特規定公務員具有勞工身分者有關其任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定，其餘事項則依勞工法令規定。（第八十三條）

十七、關於立法授權之規定：本法爲勞工之主要立法，所涉範圍甚廣，非訂定輔助法規，無以利執行，爰有授權條文之訂定。（第八十二條、第八十四條）

（節錄）

第二十八條　雇主因歇業或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月者，有優先於抵押權受償之權。

第二十九條　事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作無過失之勞工，應給與獎金或分配紅利。

第四章　工作時間、休息、休假

第三十條　勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。

前項正常工作時間，雇主經工會或勞工半數以上同意，並報當地主管機關核備後，得將其週內一日之正常工作時數分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。每週工作總時數仍以四十八小時爲度。

雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡逐日記載勞工出勤情形，此項簿卡應保存一年。

第三十一條　在坑道或隧道內工作之勞工，以入坑口時起至出坑口時止爲工作時間。

坑道或隧道內工作不能中途停止者，以到達工作地點時廢日，緩不濟急，生活迫切所需，將嚴重影響勞工生活，爰明定主管機關得限期令其給付。

一、參照「勞動契約法」第二十九條精神而爲訂定。

二、我國於民國五十一年十月二十二日經批准國際勞工組織「工資保護公約」，玆將該公約第十一條規定納入本法中，明示其優先次序。

參照「工廠法」第四十條，及我國工商界習慣加以規定。

一、八小時工作制度，在國際勞工組織一九一九年之第一號公約「工業工作時間公約」及一九二〇年「商業工作時間公約」均有規定。「工廠法」第八條亦予援用。

二、因應實際需要，參照日本勞動基準法規定雇主得經工會或勞工同意，並報准主管機關後，將其週內一日正常工作時間之一部或全部分配至其他工作日，惟對於每日所分配之工作時數及每週之工作總時數仍作適當之限制。

三、簽到簿或出勤卡爲勞工出勤之重要紀錄，故定其保管年限爲一年。

在坑道或隧道內工作，其情形較爲特殊，故另定其工作時間之計算標準。

第十八條規定童工不得從事危險性之工作。	
第四十五條　雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，不在此限。 前項受僱之人，準用童工保護之規定。	我國義務教育，業經延爲九年，兒童六歲入學，十五歲完成義務教育，爲求與教育政策一致並參照有關國際公約，本法特規定雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作，但經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，得不受此限制。
第四十六條　未滿十六歲之人受僱從事工作者，雇主應置備其監護人之同意書及其年齡之證明文件。	參照民國二十八年十二月二十日批准之國際勞工組織「修正工業工作兒童之僱用年齡公約」第八條訂定，並明定僱主應置備其監護人同意書及證明其年齡之文件，以利查核。
第四十七條　童工每日之工作時間不得超過八小時，例假日不得工作。	爲保護民族幼苗，童工工作應予限制，爰參酌國際公約，作明確之規定。
第四十八條　童工不得於午後八時至翌晨六時之時間內工作。	參酌「工廠法」第十二條訂定。
第四十九條　女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但有左列情形之一，經主管機關核准者，不在此限。 一、取得工會或勞工同意並實施晝夜三班制，安全衞生設	因應經濟發展需要，對於夜間工作作有條件之限制。 一、第一款所列爲夜間工作所應具備之條件，旨在保護女工之安全。

施完善及備有女工宿舍或有交通工具接送者。

二、雇主之家屬者。

三、因不能控制及預見之非循環性緊急事故干擾該事業之正常工作時間者。

四、生產原料或材料易於敗壞，爲免於損失必須於夜間工作者。

五、擔任管理技術之主管職務者。

六、遇有國家緊急事故或爲國家經濟重大利益所需要，徵得有關勞雇團體之同意，並經中央主管機關核准者。

七、運輸、倉儲及通信業經中央主管機關核定者。

八、衞生福利及公用事業不需從事體力勞動者。

前項但書於妊娠或哺乳期間之女工不適用之。

第一項第三款情形如因情勢緊急，不及報經主管機關核准者，得逕先命於午後十時至翌晨六時之時間內從事工作，於翌日午前補報。

主管機關對於前項之補報，認與規定不合，應責令補給相當之休息並加倍發給該時間內工作之工資。

二、第二款對雇主家屬作除外之規定因其關係密切，不能與僱用之勞工同視。

三、第三款乃係基於勞雇雙方之共同利益，有及時處置之必要。

四、對於易於敗壞之原料或材料，第四款明定爲免於業務之重大損失，得在夜間工作。

五、擔任管理技術之主管職務，其工作性質，較具繼續性，不宜中途停止，爰於第五款中定爲得在夜間繼續工作。

六、第六款係測對於特別事故發生，不宜放寬夜間工作之限制，因放事體大，故定爲應經中央主管機關核准。

七、第七款對於運輸、倉儲及通信業，訂爲放寬限制之規定。

八、第八款衞生福利及公用事業不需經體力勞動工作，健康上可以顧慮之問題較少，故予放寬。

九、對於妊娠及哺乳期間之女工，仍應嚴禁深夜工作，俾其有較多之時間，可以休息或有較長時間可以照顧其新生嬰兒。

勞動基準法草案審查修正條文對照表

行政院原草案暨行政院增加及修正部分條文草案條文對照表

審查修正條文	行政院原草案暨行政院增加及修正部分條文草案條文	說明
第一章　總則	第一章（同上）	
第一條　爲規定勞動條件最低標準，保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展，特制定本法，本法未規定者適用其他法律之規定。 雇主與勞工所訂勞動條件不得低於本法所定之最低標準。	第一條（同上）	行政院： 揭櫫立法宗旨，並參照其他相關法例闡明本法未規定者適用其他法律之規定，以資周全。
（修正） 第二條　本法用辭之定義如左： 一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。 二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。 三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬。包括工資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。	第二條　本法用辭之定義如左： 一、勞工：謂受雇主僱用從事工作獲致工資者。 二、雇主：謂僱用勞工之事業主、事業經營之負責人或代表事業主處理有關勞工事務之人。 三、工資：謂勞工因工作而獲得之報酬。包括工資、薪金及按計時、計日、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與均屬之。	一、行政院： 闡釋本法名詞定義。 關於「勞工」、「雇主」、「事業單位」定義係參照勞工安全衛生法；「工資」係參照同法施行細則第二條；「平均工資」係參酌其他工業國家勞工立法，以按月計給之平均工資爲原則，並規定按日、按時或論件等計算工資之工人，其平均工資不得少於一定計算方式所得金額，以資保障。 二、審查會：

		三、江鵬堅、費希平、劉興善、李友吉四位委員聲明保留在院會之發言權。
（修正） 第二十九條　事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作並無過失之勞工，應給與獎金或分配紅利。	第二十九條　事業單位於營業年度終了結算，如有盈餘，除繳納稅捐彌補虧損及提列股息、公積金外，對於全年工作無過失之勞工，應給與獎金或分配紅利。	一、行政院： 參照「工廠法」第四十條，及我國工商界習慣加以規定。 二、審查會： 文字修正。
第四章　工作時間、休息、休假	第四章　（同　上）	
（修正） 第三十條　勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。 前項正常工作時間，雇主經工會或勞工半數以上同意，得將其週內一日之正常工作時數分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。每週工作總時數仍以四十八小時爲度。 雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡逐日記載勞工出勤情形，此項簿卡應保存一年。	第三十條　勞工每日正常工作時間不得超過八小時，每週工作總時數不得超過四十八小時。 前項正常工作時間，雇主經工會或勞工半數以上同意，並報當地主管機關核備後，得將其週內一日之正常工作時數分配於其他工作日。其分配於其他工作日之時數，每日不得超過二小時。每週工作總時數仍以四十八小時爲度。 雇主應置備勞工簽到簿或出勤卡逐日記載勞工出勤情形，此項簿卡應	一、行政院： ㈠八小時工作制度，在國際勞工組織一九一九年之第一號公約「工業工作時間公約」及一九二〇年「商業工作時間公約」均有規定。「工廠法」第八條亦予援用。 ㈡因應實際需要，參照日本勞動基準法規定雇主得經工會或勞工同意，並報准主管機關後，將其週內一日正常工作時間之一部或全部分配至其他工作日，惟對於每日所分配之工作時數及每週之工

保存一年。		作總時數仍作適當之限制。 ㈢簽到簿或出勤卡爲勞工出勤之重要紀錄，故定其保管年限爲一年。 二、審查會： 本條第二項中「並報當地主管機關核備後」之規定，不僅增加各行政機關之負擔，亦使工廠工作有所耽誤，爰將其刪除。 三、江鵬堅、費希平、李友吉、劉興善、謝深山五位委員聲明保留在院會之發言權。
（修正） 第三十一條　在坑道或隧道內工作之勞工，以入坑口時起至出坑口時止爲工作時間。	第三十一條　在坑道或隧道內工作之勞工，以入坑口時起至出坑口時止爲工作時間。 坑道或隧道內工作不能中途停止者，以到達工作地點時起至離開工作地點時止爲工作時間。	一、行政院： 在坑道或隧道內工作，其情形較爲特殊，故另定其工作時間之計算標準。 二、審查會： 本條第二項規定，不僅有欠合理，且與本條第一項之規定，亦似有矛盾之處，爰將其刪除。 三、許委員勝發聲明保留在院會之發言權。
第三十二條　因季節之關係或因換班、	第三十二條　（同　上）	一、行政院：

準備或補充性工作，有在正常工作時間以外工作之必要者，雇主經工會或勞工同意，並報當地主管機關核備後得將第三十條所定之工作時間延長之，其延長之工作時間，男工一日不得超過三小時，一個月工作總時數不得超過四十六小時；女工一日不得超過二小時，一個月工作總時數不得超過二十四小時。

經中央主管機關核定之特殊行業，雇主經工會或勞工同意，前項工作時間每日得延長至四小時，但其工作總時數男工每月不得超過四十六小時；女工每月不得超過三十二小時。

因天災、事變或突發事件必須於正常工作時間以外工作者，雇主得將第三十條所定之工作時間延長之。但應於延長開始後二十四小時內通知工會。無工會組織者，應報當地主管機關核備。延長之工作時間，雇主應於事後補給勞工以適當之休息。

在坑內工作之勞工，其工作時間不得延長，但以監視爲主之工作，或

㈠於「工廠法」第十條原定，天災、事變、季節之原因外，增列換班、準備、補充性工作，亦得延長工作時間，以資因應。現工會組織尚未能普遍成立，特增列徵得勞工同意之規定，以便處理。

爲顧及勞工健康，明定男工延長工作時間一日不超過三小時，女工延長工作時間一日不超過二小時。

㈡經中央主管機關核定之特殊行業，雇主經工會或勞工同意者，得再予延長之。

㈢天災、事變情況危急，爲保護生命、財產安全，特明定其延長工作時間，得不受每日三小時之限制。

㈣在坑內之工作，具有危險性，特規定除有特別情形外，其工作時間不得延長。

㈤憲法第一五三條規定「婦女兒童從事勞動者，應按其年齡及身體狀態，予以特別之保護」對於女

有前項所定之情形者，不在此限。

第三十三條　第三條所列事業，除製造業及礦業外，因公衆之生活便利或其他特殊原因，有調整第三十條、第三十二條所定之正常工作時間及延長工作時間之必要者，得由當地主管機關會商目的事業主管機關及工會，就必要之限度內以命令調整之。

第三十四條　勞工工作採晝夜輪班制者，其工作班次每週更換一次。但經勞工同意者不在此限。

依前項更換班次時，應給予適當之休息時間。

第三十五條　勞工繼續工作四小時，至少應有三十分鐘之休息。但實行輪班制或其工作有連續性或緊急性者，雇主得在工作時間內另行調配其休息時間。

第三十三條　（同　上）

第三十四條　（同　上）

第三十五條　（同　上）

工延長工作時間，妥作較嚴格之限制。

二、江鵬堅、費希平二位委員聲明保留在院會之發言權。

行政院：

對於與公衆生活便利有關或其他有特殊原因之勞工，其作息時間得由主管機關會商目的事業機關及工會，另以命令作適當之安排，以資調節。

行政院：

參照「工廠法」第九條訂定，爲顧及部分勞工尚在求學時期，無法每週晝夜更換工作時間，第一項特設但書規定，以利執行。

行政院：

㈠「工廠法」第十四條原定爲每繼續工作五小時，至少應有三十分鐘之休息，茲爲便於管理，特將其每日工作八小時平均分爲兩個層次，每工作四小時休息三十分

		鐘。 ㈡「輪班制」及有連續性或緊急性之工作另作較具體之彈性規定，以符實際需要。
第三十六條　勞工每七日中至少應有一日之休息，作爲例假。	第三十六條　（同　上）	行政院： 參照「工廠法」第十五條訂定。
第三十七條　紀念日、勞動節日及其他由中央主管機關規定應放假之日，均應休假。	第三十七條　（同　上）	行政院： 參照「工廠法」第十六條訂定。
第三十八條　勞工在同一雇主或事業單位繼續工作滿一定期間者，每年應依左列規定給予特別休假： 一、一年以上三年未滿者七日。 二、三年以上五年未滿者十日。 三、五年以上十年未滿者十四日。 四、十年以上者，每一年加給一日，加至三十日爲止。	第三十八條　（同　上）	行政院： 參照「工廠法」第十七條訂定。
第三十九條　第三十六條所定之例假、第三十七條所定之休假及第三十八條所定之特別休假，工資應由雇主照給。雇主經徵得勞工同意於休假日工作者，工資應加倍發給。因季節性關係	第三十九條　（同　上）	行政院： ㈠參照「工廠法」第十八條訂定。 ㈡休假及季節趕工，應加倍發給工資。

有趕工必要，經勞工或工會同意照常工作者，亦同。		
第四十條　因天災、事變或突發事件，雇主認有繼續工作之必要時，得停止第三十六條至第三十八條所定勞工之假期，但停止假期之工資應加倍發給，並應於事後補假休息。 前項停止勞工假期應於事後二十四小時內詳述理由報請當地主管機關核備。	第四十條　（同　上）	行政院： 因天災、事變或突發事件，勞工放棄假期，繼續工作，雇主應加倍發給工資，以資補償。並應於事後補假休息，俾勞工有調節身心，恢復疲勞之機會。
第四十一條　公用事業之勞工，當地主管機關認有必要時，得停止第三十八條所定之特別休假。假期內之工資應由雇主加倍發給。	第四十一條　（同　上）	行政院： 公用事業，關係大衆生活之便利，本法特規定主管機關認爲必要時，無須徵得工會或勞工同意，可逕行停止其特別休假，但應加倍發給其假期內之工資。
第四十二條　勞工因健康或其他正當理由不能接受正常工作時間以外之工作者，雇主不得強制其工作。	第四十二條　（同　上）	行政院： 本法所定得延長工作之時間，有非體弱力衰之勞工所能負擔者，特定本條以示限制。
第四十三條　勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假，請假應給之假期	第四十三條　（同　上）	行政院： 有關勞工請假，歷年來，均由各機

及事假以外期間內工資給付之最低標準，由中央主管機關定之。		關以命令行之，無法律依據，致多糾紛，玆特於本法中加以規定，並授權中央主管機關另定請假應給之假期及事假以外期間內工資給付之最低標準，以資遵循。
第五章　童工、女工	第五章　（同　上）	
第四十四條　十五歲以上未滿十六歲之受僱從事工作者，爲童工。 童工不得從事繁重及危險性之工作。	第四十四條　（同　上）	行政院： ㈠「工廠法」第五條以未滿十四歲之男女，不得僱用爲工人，玆配合國民義務教育之年齡，將可以僱用爲工人之年齡酌予提高，並以作爲童工之法定年齡，以便管理。 ㈡參照「工廠法」第六條、第七條及「勞工安全衛生法」第十八條規定童工不得從事危險性之工作。
第四十五條　雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，不在此限。 前項受僱之人，準用童工保護之	第四十五條　（同　上）	行政院： 我國義務教育，業經延爲九年，兒童六歲入學，十五歲完成義務教育，爲求與教育政策一致並參照有關國際公約，本法特規定雇主不得僱用未滿十五歲

規定。		之人從事工作，但經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，得不受此限制。
（修正） 第四十六條　未滿十六歲之人受僱從事工作者，雇主應置備其法定代理人之同意書及其年齡之證明文件。	第四十六條　未滿十六歲之人受僱從事工作者，雇主應置備其監護人之同意書及其年齡之證明文件。	一、行政院： 參照民國二十八年十二月二十日批准之國際勞工組織「修正工業工作兒童之僱用年齡公約」第八條訂定，並明定雇主應置備其監護人同意書及證明其年齡之文件，以利查核。 二、審查會： 依民法之規定，將「監護人」修正爲「法定代理人」。
第四十七條　童工每日之工作時間不得超過八小時，例假日不得工作。	第四十七條　（同　上）	行政院： 爲保護民族幼苗，童工工作應予限制，爰參酌國際公約，作明確之規定。
第四十八條　童工不得於午後八時至翌晨六時之時間內工作。	第四十八條　（同　上）	行政院： 參酌「工廠法」第十二條訂定。
（修正） 第四十九條　女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作，但經取得工會或勞工同意，並實施晝夜三班制，安全衞生設施完善及備有女工宿舍或有	第四十九條　女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但有左列情形之一，經主管機關核准者，不在此限：	一、行政院： 因應經濟發展需要，對於夜間工作有條件之限制。 ㈠第一款所列爲夜間工作所應具備

交通工具接送且有左列情形之一經主管機關核准者不在此限：

一、因不能控制及預見之非循環性緊急事故干擾該事業之正常工作時間者。

二、生產原料或材料易於敗壞，爲免於損失必須於夜間工作者。

三、擔任管理技術之主管職務者。

四、遇有國家緊急事故或爲國家經濟重大利益所需要，徵得有關勞雇團體之同意，並經中央主管機關核准者。

五、運輸、倉儲及通信業經中央主管機關核定者。

六、衞生福利及公用事業不需從事體力勞動者。

前項但書於妊娠或哺乳期間之女工不適用之。

第一項第一款情形如因情勢緊急，不及報經主管機關核准者，得逕先

一、取得工會或勞工同意並實施晝夜三班制，安全衞生設施完善及備有女工宿舍或有交通工具接送者。

二、雇主之家屬者。

三、因不能控制及預見之非循環性緊急事故干擾該事業之正常工作時間者。

四、生產原料或材料易於敗壞，爲免於損失必須於夜間工作者。

五、擔任管理技術之主管職務者。

六、遇有國家緊急事故或爲國家經濟重大利益所需要，徵得有關勞雇團體之同意，並經中央主管機關核准者。

七、運輸、倉儲及通信業經中央主管機關核定者。

八、衞生福利及公用事業不需從事體力勞動者。

前項但書於妊娠或哺乳期間之女工不適用之。

之條件，旨在保護女工之安全。

㈡第二款對雇主家屬作除外之規定因其關係密切，不能與雇用之勞工同視。

㈢第三款乃係基於勞雇雙方之共同利益，有及時處置之必要。

㈣對於易於敗壞之原料或材料，第四款明定爲免於業務之重大損失，得在夜間工作。

㈤擔任管理技術之主管職務，其工作性質，較具繼續性，不宜中途停止，爰於第五款中定爲得在夜間繼續工作。

㈥第六款係遇對於特別事故發生，不宜放寬夜間工作之限制，因玆事體大，故定爲應經中央主管機關核准。

㈦第七款對於運輸、倉儲及通信業，訂爲放寬限制之規定。

㈧第八款衞生福利及公用事業不需

命於午後十時至翌晨六時之時間內從事工作，於翌日午前補報。

主管機關對於前項之補報，認與規定不合，應責令補給相當之休息並加倍發給該時間內工作之工資。

第一項第三款情形如因情勢緊急，不及報經主管機關核准者，得逕先命於午後十時至翌晨六時之時間內從事工作，於翌日午前補報。

主管機關對於前項之補報，認與規定不合，應責令補給相當之休息並加倍發給該時間內工作之工資。

經體力勞動工作，健康上可以顧慮之問題較少，故予放寬。

㈨對於妊娠或哺乳期間之女工，仍應嚴禁深夜工作，俾其有較多之時間，可以休息或有較長時間可以照顧其新生嬰兒。

二、審查會：

本條係對夜間工作之條件限制。惟其第一款之規定亦應爲其餘三至八款情況於夜間工作所須具備之條件，爰將其移列於前文之內。又其第二款「雇主之家屬者。」因其與雇主關係密切，似無受修正後第一項前文所規定條件限制之必要，爰將其刪除。原第三款改爲第一款，以下款次依序遞改。同時由於第一項各款款次之變更，經將第三項中之「第一項第三款」修正爲「第一項第一款」。

三、江鵬堅、費希平二位委員聲明保留在院會之發言權。

附件二

109 年度憲三字第 35 號聲請案補充資料

蔡大法官炯燉提供

2021.8.11

日本企業工會強制入會之 union shop 制度

（西谷敏，勞働法，465 頁以下節譯）

日本工會係以任意加入為基礎之勞工自發性結社，但是一旦結成之工會後，則以各式各樣之態樣，強制其他勞工加入工會組織。典型上有 closed shop 及 union shop，均是透過與雇主之協定（團體協約），以工會會員作為員工之條件。closed shop 係指雇用時從工會會員中雇用，如從工會退出或除名時，課予雇主有解雇之義務。union shop 係承認雇主於雇用時有自由，但是受僱用後未加入工會、從工會退出或被除名時，課予雇主有義務解雇該員工。closed shop 一般是以產業別等跨企業之工會為前提而採用之方式，所以日本完全未普及，日本係以 union shop 作為組織強制加入之主要型態。

日本二戰後陸續成立之工會，係以強化組織安定與強化控制為目的，要求雇主要締結 union shop 協定。一開始有反對之雇主，但是理解其有效性後，此制度急速普及化，在 2006 年締結團體協約的工會中，有 64.2%採用此一制度（越大規模之工會其普及率越高），正職員工幾乎全部加盟，此有助於工會之安定與確立協調的勞資關係。

強制加入組織之合憲性？（西谷敏，勞働法，466 頁）

在歐美先進國家，透過 closed shop 及 union shop 等之強制加入組織，作為侵害結社自由或勤勞權利（工作權）而有違法，一般嚴格限制之。但是日本判例及通說認為憲法第 28 條的團結權，包含透過 union shop 強制加入之權利，原則上肯認其適法性。因 union shop 而被解雇之勞工，不該當於濫用解雇。其一背景係來自於日本獨特的集團主義之想法，以及基於此的團結權理解，更進一步，union shop 係具備員工代表特質之企業工會的存立與勞資關係之現實上判斷。

得以締結此種 union shop 係因事業場或企業有過半數勞工組成之工會。因為少數勞工組成之工會要與雇主訂定此種協定，要強制多數之勞工加入工會，是非常不合理的。日本採用此種協約制度之法律根據可從日本「勞動組合法（工會法）」第 7 條（關於不當勞動行為之規定）第 1 款但書規定，「…但工會係代表過半數受雇於特定事業單位之勞工時，其締結該勞工以該工會之會員作為雇用條件之團體協約，則不妨礙之。」由此一規定可推定日本認為在符合此規定要件（過半數勞工加入之工會）而締結之 union shop，並非不當勞動行為。（參照西谷敏，勞働法，467 頁，日本評論社，2008 年 12 月 20 日）

主要參考：西谷敏，勞働法，日本評論社，2008 年 12 月 20 日

協同意見書　　許志雄大法官　提出

一、勞動基準法第 49 條第 1 項規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」（下稱系爭規定）原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，僅於例外情形始得為之。就雇主而言，系爭規定主要涉及營業自由之限制；就女性勞工而言，其對就業機會造成不利影響，致生工作權（職業自由）受限制，以及（性別）平等權是否受侵害之憲法問題。二者為一體之兩面，但牽涉之憲法上權利並不相同，無庸贅言。

本號解釋聚焦於平等權，認系爭規定以性別為分類標準，而形成對女性勞工不利之差別待遇，難認其採取之手段與目的之達成間有實質關聯，故違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨。對於系爭規定侵害平等權之釋示，本席敬表贊同。惟本案之聲請人分別為法院及雇主，而雇主之釋憲聲請所以受理，基本上係因其憲法保障之營業自由有受系爭規定違憲侵害之疑義。多數意見單獨針對女性勞工之平等權問題，作成系爭規定違憲之解釋，固足以回應法院之聲請，然對於雇主所主張之營業自由受侵害部分，幾乎完全漠視，形同受理而未審查、判斷，實難謂允當。

本席認為，系爭規定係以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作之手段，限制雇主之營業行為。該手段既經認定侵害女性勞工之平等權而違憲，則系爭規定以違憲手段限制雇主之營業行為，自構成對雇主營業自由之侵害。

二、過去各國往往以促進性別之實質平等為由，廣泛承認母性保護及一般女性保護。近年來，此一傾向已逐漸改變，原本基於特性論及性別角色分工論所為之差別待遇，備受質疑、排斥，而各種女性保

護措施亦一一重新遭到檢視。關於女性夜間工作之禁止規定，國際間即普遍認有改正、廢除之必要。理論上，這是基於工作權保障之觀點，朝向形式平等保障發展之現象[1]。其於一定範圍內，破除實質平等之假象與迷思，值得重視。

從近代到現代之歷史發展觀之，平等理念係由形式平等出發，往同時重視實質平等之方向演變。憲法第 7 條明文保障男女平等，增修條文第 10 條第 6 項復規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」適為此一發展趨勢之反映。一般而論，形式平等要求法律處理之均等，屬於抽象法律層面名義上之平等。反之，實質平等重視事實關係之均等，意指經濟社會等關係中事實上之平等[2]。而女性夜間工作之禁止及其他女性保護措施，傳統將其定位為追求性別實質平等而採取之手段。然今日觀之，此等手段反而造成歧視女性、貶低女性尊嚴之結果，顯然與實質平等之理念背道而馳。進一步言之，近代平等觀強調形式平等，係基於個人尊嚴平等之核心理念，要求所有個人在法律上均等對待，享有同樣之權利與自由，而不問其種族、性別、階級、信仰或其他方面之差異。在夜間工作方面，無寧應採取形式平等之作法，去除單方面禁止女性之規定，不分性別一視同仁，確保女性與男性享有同樣之工作權保障，方能真正維護女性之人格尊嚴。由此可見，形式平等與實質平等之間呈現辯證關係，其取捨應從歷史脈絡及社會條件中尋繹。

三、近代人權觀念所想定之人權主體，係能自主決定，並承擔其結果之自律性個人，亦即堅強之個人（強者）。立基於這種強者圖像之「強者人權論」，重視個人之自主決定及「自由」。惟實際生存之個

1 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012 年第 4 版第 1 刷，頁 181；同氏著，ジェンダ―と人權，日本評論社，2008 年，頁 220、221。

2 阿部照哉、野中俊彦共著，平等の權利，法律文化社，1984 年，頁 75（阿部照哉執筆）。

人往往未能如此堅強，甚至只是弱小之個人（弱者）。著眼於此，乃有「弱者人權論」之主張。「弱者人權論」強調國家應對弱者提供各項保障，破除自律能力之現實障礙，讓弱者真正享有自由平等之權利。其重視國家對個人之「保護」，與前者明顯不同。本席認為，為維護個人尊嚴，當代人權仍應以強者圖像為理念，盡量尊重個人之自由，但亦須正視弱者之現實，國家有必要對弱者提供保護[3]。惟保護必須適度，若過度，可能使個人習於依賴國家，其自律能力將更加弱化，而與讓弱者真正享有自由平等之初衷有違。至若保護係出於錯誤之假設或認知，輕則浪費國家資源，重則可能使受保護者之尊嚴及人權遭到侵害，豈能不慎加防範？

女性夜間工作之禁止規定，立法原意本在保護女性。然如本號解釋理由書所示，系爭規定無論係出於社會治安、母性保護、女性健康之維護、或讓女性能善盡生養子女及照顧家庭之考量，皆經不起事實及理論之檢驗，而欠缺實質合理之基礎。所以如此，乃因傳統對女性之角色定位出現嚴重偏差，尤其普遍將女性視為弱者，有以致之。在這種女性即弱者之錯誤觀念或刻板印象下，對女性採行之保護措施，不但未能真正保護女性，反而造成對女性之歧視，使女性之權益受損。保護變成侵害，追求性別之實質平等淪為歧視女性。系爭規定之荒謬性，於此顯露無遺。

3 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 36-42。

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

本號解釋宣告勞動基準法（下稱勞基法）第 49 條第 1 項[1]規定（即系爭規定）限制女性勞工夜間工作之規定違憲，本號解釋以男女性別平等為出發點，認為禁止女性勞工夜間工作之規定，立法意旨固在保護女性，但實施結果變相成為限制其自由選擇夜間工作之後果，因此宣告系爭規定違憲。本席認為本號解釋宣告施行已久的勞基法規定違憲，具有重大意義。本席贊同，並補充協同意見如下：

一、由立法變遷看經濟與社會環境變動對限制女性勞工夜間工作之影響

本席認為由限制女性勞工夜間工作之立法變遷，有助於瞭解本號解釋之背景。

（一）工業萌芽期工廠法絕對禁止女性勞工夜間工作

系爭規定最早的原型應該是民國（下同）18 年制定的工廠法第 13 條規定：「女工不得在午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。」該法施行範圍為中國大陸，當時工業化剛萌芽，工廠法第 13 條禁止女工夜間工作而無任何例外，應屬進步的立法，且符合當時國際公約與各工業較發達國家之法律[2]。然而北伐剛完成，國家表面統一，各地軍閥割據，經濟凋敝，婦女地位尤其低落，容易淪為資本家壓榨對象，爾後在戰亂頻繁的日子，本條規定有多少執行力，實值懷疑。

（二）60 年代為臺灣紡織、電子等實施晝夜三班制之工廠有條件放寬

1　勞動基準法第 49 條第 1 項規定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」

2　國際勞工組織（International Labour Organization, ILO）於 1919 年通過第 4 號女性夜間工作公約；1934 年通過第 41 號公約，均有類似之規定。參見鄭津津著，論女性夜間工作禁止規定－評最高行政法院 109 年度判字第 230 號行政判決，月旦裁判時報第 108 期，頁 42，2021 年 6 月。

國民政府遷臺後，繼續適用 18 年制定之工廠法，迨 64 年 12 月 19 日修正公布工廠法第 13 條規定：「（第 1 項）女工不得在午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但工廠具備左列條件，於取得工會或工人同意，並經主管機關核准者，不在此限：一、實施晝夜三班制。二、安全衛生設施完善。三、備有女工宿舍或有交通工具接送。（第 2 項）前項但書規定，於妊娠及哺乳期間之女工不適用之。」即在一定條件下，鬆綁女工夜間工作之限制，其立法理由特別指出「為因應經濟發展需要」，但必須限於經內政部指定之特定事業（如紡織、電子等工業）實施晝夜三班輪班制。可見當時放寬女工夜間工作是因應出口創造外匯晝夜三班制工廠之需要，修法同時增加雇主應提供安全衛生設備以及備有宿舍或交通車等保護女工之規定，以為平衡。以當時台灣農村少女至工廠工作上下班之安全狀況之顧慮[3]，就此增加雇主應負之責任即為合理。

（三）73 年制定勞基法，吸納工廠法第 13 條之規定為勞基法第 49 條，同時擴大得讓女性勞工夜間工作之產業

73 年 7 月 30 日制定公布勞基法以規定勞動條件之最低標準，於第 49 條規定限制女工夜間工作，原則上採取 64 年所修正之工廠法第 13 條之骨幹，其中有關得讓女工夜間工作之產業之範圍，除工廠法第 13 條原定實施晝夜三班制之產業外，另外增加「運輸、倉儲及通信業經中央主管機關核定者」（第 1 項第 5 款）及「衛生福利及公用事業，不需從事體力勞動者」（第 1 項第 6 款）之行業，其立法理由也明定為「因應經濟發展需要」。

（四）85 年 12 月 27 日增訂公布勞基法第 30 條之 1 規定，中央主管機關指定之行業，雇主經工會或勞工半數以上同意，得不受第 49 條女工不得於夜間工作之限制。依本條規定而經中央主管機關指定之行業，從 86 年迄今已發函 42 次公告得免除女工夜間工作限制之行業，

[3] 參見賴佳欣著，工廠女兒圈－論 1970～80 年代台灣文學中的女工樣貌，國立臺灣師範大學歷史學系在職進修碩士班碩士論文，頁 283 至 286，2007 年。

包括多數之服務業，其中包括公務機構[4]、大專院校[5]等，尤其是最近一次函[6]將「農、林、漁、牧業」全部皆指定為勞基法第 30 條之 1 之行業[7]。值得注意的是本條於 85 年 12 月 27 日增訂公布時規定，由中央主管機關指定之行業欲排除第 49 條之限制，雇主須經工會或勞工半數以上之同意，但於 91 年 12 月 25 日修正公布該條，改為雇主須經工會（或勞資會議）之同意，而取消「勞工半數以上同意」之要件，立法理由是為配合勞資協商機制之修正，亦即賦予工會（或勞資會議）進行勞資協商之權能，屬重大變更。

（五）85 年 12 月 27 日增訂公布勞基法第 84 條之 1，規定經中央主管機關核定公告之工作者，由勞雇雙方另行以書面約定，並報請當地主管機關核備，不受系爭規定禁止女性夜間工作之限制。自 86 年 7 月 11 日依本條第 1 次公告之「事業單位之首長、主管以及獲有配車人員之駕駛」至 110 年 4 月 23 日第 52 次公告之「市場徵信業僱用之不動產估價師」，共有 52 次公告，涵蓋範圍包括各種服務業以及公家機關內的約聘人員等（其中有部分已公告之工作者後經公告廢止適用）。

（六）民國 91 年修改勞基法第 49 條再放寬對女工夜間工作之限制

---

4 行政院勞工委員會 87 年 3 月 4 日台 87 勞動二字第 006246 號函。

5 行政院勞工委員會 88 年 5 月 28 日台 88 勞動二字第 023941 號函。

6 勞動部 106 年 7 月 25 日勞動條三字第 1060131585 號函。

7 依勞基法第 30 條之 1，行政院勞工委員會（現為勞動部）自 86 年迄今先後公告已達 42 次，所公告之行業包括環境衛生及污染防治服務業、加油站業、銀行業、信託投資業、資訊服務業、綜合商品零售業、醫療保健服務業、保全業、建築及工程技術服務業、法律服務業、信用合作社業、觀光旅館業、證券業、一般廣告業、不動產仲介業、公務機構、電影片映演業、建築經理業、國際貿易業、期貨業、保險業、會計服務業、存款保險業、社會福利服務業、管理顧問業、票券金融業、餐飲業、娛樂業、國防事業、信用卡處理業、學術研究及服務業、一般旅館業、理髮及美容業、其他教育訓練服務業、大專院校、影片及錄影節目帶租賃業、社會教育事業、市場及展示場管理業、鐘錶眼鏡零售業、農會及漁會、石油製品燃料批發業中之筒裝瓦斯批發業及其他燃料零售業中之筒裝瓦斯零售業，以及農、林、漁、牧業。

91 年 12 月 25 日修正公布勞基法第 49 條為系爭規定，此次修法更放寬對女工夜間工作之限制，如廢止必須為實施晝夜三班制之條件，讓放寬限制之行業更廣泛。又雇主應提供交通工具或安排女工宿舍之條件，限於無大眾運輸工具可資運用時，以減輕雇主之負擔。本次修法將 73 年修法時所定第 49 條放寬限制之要件「經取得工會或勞工同意」修改為必須經工會（或勞資會議）同意，而排除了勞工自行同意之機會。

（七）小結

由以上立法變遷可知，勞基法第 49 條吸納了工廠法第 13 條之後，勞基法多次修法放寬對女工夜間工作之限制，甚至另外制定第 30 條之 1 及第 84 條之 1，就特定之行業及工作者排除於限制女工夜間工作之列。依第 84 條之 1 規定由中央主管機關指定之工作者，由勞雇雙方另行約定，並報請當地主管機關核備後，即可不受系爭規定有關女工夜間工作之限制。依第 84 條之 1 經中央主管機關核定公告之工作者包羅各式行業，有部分是依同法第 30 條之 1 經中央主管機關指定行業中之部分工作者，如勞委會 87 年 1 月 20 日台 87 勞動二字第 002903 號函指定法律服務業為勞基法第 30 條之 1 之行業，而 103 年 3 月 25 日勞動條 3 字第 1030130641 號公告法律服務業僱用之律師，屬勞基法第 84 條之 1 之工作者；又航空業並非第 30 條之 1 所指定適用之行業，然而航空公司空勤組員（前艙與後艙工作人員）是依第 84 條之 1 規定不適用第 49 條限制之工作者（87 年 7 月 3 日勞動二字第 028608 號公告），在同一個公司內之員工如此分割適用，勢必造成經營管理上之重大困難，而其保護之意義何在?尤其航空業之營業範圍必然橫跨國際，夜間工作勢所難免，為何不能納入第 30 條之 1 之行業，實亦難以理解。勞動部並未公布其指定第 30 條之 1 之行業與核定第 84 條之 1 之工作者的「選拔」標準，似乎是依個案決定。然而，依第 30 條之 1 及第 84 條之 1 公布之名單愈來愈長，證明愈來愈多的行業或工作者實際需要女性於夜間工作，顯示勞基法第

49 條規定已經不合時宜，現在應該是考慮將例外允許女性夜間工作翻轉為原則允許的時候了。

值得一提的是，過去數次修法逐漸放寬女性夜間工作之限制，其立法目的都是為了經濟發展，但 91 年之修法放寬了女性夜間工作限制，其理由已非為了經濟發展，而是明定「為促進職場上兩性之平等」，觀念之進步已造就本號解釋之契機。

二、本號解釋之社會、經濟背景

（一）60 年代臺灣設置加工出口區，大量農業人口尤其是女性勞動者離開農村，進入勞動力市場，工業就業人口比重由 29.9%快速上升至 42.2%。70 年代以後國內經濟日趨繁榮，教育水準提高，女性所選擇擔任的職務與工作也愈來愈多樣化。於 70 年代女性就業者分布在工業和服務業各半（分別為 42.1%與 41.4%），於 80 年代從事服務業的女性已達 53.5%。至 90 年代，女性就業者從事工業已降至 28.2%，服務業更提升到 66.7%[8]。顯示女性就業者的主要機會在服務業，而且比例愈來愈高，再加上服務業之全球服務網之型態，跨時區已成為日常工作之常態，限制女性夜間工作，已隨著產業環境之變動而不合時宜。過去為了保護女性勞工之規定反而成為妨礙女性就業之絆腳石，直接、間接影響女性就業之機會，因此限制女性夜間工作之規定已完成其階段性任務而可功成身退。

（二）各界基於男女平權之觀念，學者已多方發聲認為維持系爭規定限制女性夜間工作已無必要，並指出系爭規定有違憲之疑慮。另德國於西元 1992 年廢止禁止女性夜間工作之規定。日本於西元 1994 年 4 月廢止勞動法中關於女性夜間工作禁止之保護規定。德國與日本不再以法律限制女性夜間工作後，仍維持國家應保護母性以及維護夜行婦女人身安全義務之相關規定[9]。

---

8 參見新世紀婦女勞動政策，92 年 2 月 21 日行政院婦女權益促進委員會第 16 次委員會議通過、同年 3 月 26 日行政院勞工委員會勞綜一字第 0920016348 號函頒。

9 參見辛炳隆、賴偉文、黎博文，我國女性夜間工作規範與實況之研究，勞動

本號解釋可謂在社經環境之配合以及男女平權觀念之背景下，水到渠成之結果。然而參照德國、日本之經驗及作法，我國依本號解釋廢止女性夜間工作之限制後，政府仍應採取積極措施加強保護母性及維護夜行女性之安全。

三、向 60、70 年代臺灣加工出口區的女工致敬

臺灣於民國 60 年代設於加工出口區之紡織、電子等工廠，大量吸收農村少女至工廠工作。在發展經濟的目標下，原禁止女工夜間工作之保護規定予以修改適用，眾多女工辛苦付出、日夜血汗輪班，犧牲奉獻青春年華，為臺灣經濟起飛貢獻良多，使得臺灣經濟得以列為亞洲四小龍，從而累積實力，為臺灣進一步之產業多元化及國際化奠定基礎。因為那一代女工們的努力與犧牲，臺灣今天新一代的女性才能夠發揮自我，在各領域出人頭地，昂首闊步走向國際。值此標誌男女平等重要意義之解釋公布之際，本席認為應該特別感謝 60、70 年代加工出口區的女工們[10]。

協同意見書　　詹森林大法官　提出

本號解釋宣告勞動基準法第 49 條第 1 項規定違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。對此結論，本席敬表贊同，惟認為尚有略為闡述之必要，爰提出本協同意見。

一、系爭規定亦涉及限制女性勞工之工作權

本號解釋僅從憲法第 7 條保障性別平等審查系爭規定，但系爭規定除涉及違反性別平等外，尚涉及女性勞工工作權之限制。

系爭規定明定：「雇主不得使女工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：一、提供必要之安全衛生設

部勞動及職業安全衛生研究所委託研究報告（報告編號 ILOSH105-R312），頁 82、102，2017 年 6 月。

10 60、70 年代加工出口區女工們的犧牲與奉獻，參見註 3 前揭論文。

施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。」

從「依系爭規定，雇主得不經工會或勞資會議同意，亦無須提供任何設施，即得使男性勞工於午後 10 時至翌晨 6 時之時間內工作（下稱夜間工作）」而言，系爭規定確實如多數意見所指涉及因男女性別而生之不平等待遇。但從「雇主於不符系爭規定但書所定要件時，不得使女性勞工於夜間工作」而言，系爭規定即限制女性勞工從事工作之時間，而人民自由選擇其工作之時間，屬憲法第 15 條工作權中執行職業自由之保障範疇，是就系爭規定合憲與否，仍有必要以憲法第 23 條之比例原則，加以審查。

特別就系爭規定係基於「保護女性勞工人身安全」之立法目的而言，其目的雖屬正當，惟於手段之使用上，相較於禁止女性勞工夜間工作，其實尚存有其他侵害手段較小、較緩和之手段。例如：積極推動、增設女性就業者夜間工作所需之相關安全防護措施與設施，或立法課予有意使女性勞工於夜間工作之雇主，必要時提供交通工具或宿舍之義務等[1]。系爭規定卻採取原則禁止所有女性勞工於夜間工作之手段，來達成保護女性勞工人身安全之目的，無法通過比例原則中必要性原則，及狹義比例原則之檢驗，致過度侵害女工之工作權。

二、有關限制雇主基本權部分

系爭規定一方面使女性勞工基本權受到限制，另一方面亦使雇主在因應夜間人力需求上，不能僅視其業務應具備之能力及條件，自由選擇締約對象或調度內部人力，而需特別考量勞工之性別，對雇主而言，即屬限制其受憲法第 22 條保障之契約自由，及第 15 條工作權與財產權內涵保障之營業自由。惟系爭規定既已如聲請人一（法官）所主張，侵害女性勞工平等權及工作權，而屬違憲，故無論對聲請人二、三（均為雇主）所主張之雇主基本權限制，有無為進一步之審查，均不影響系爭規定違憲之結論。是本號解釋雖就此未為論述，但應尚屬

[1] 此處有關較小侵害手段之論述，多數意見於本件解釋理由書第 9 段中，亦有著墨，惟其並非以工作權為審查原則，而係置於平等審查脈絡中論述之。

無礙。

協同意見書　　黃昭元大法官　提出

一、本號解釋結果及本席立場

[1] 本號解釋審查標的是勞動基準法（下稱勞基法）第49條第1項有關限制女性勞工於夜間工作之規定。多數意見認為上述規定違反性別平等，宣告違憲並立即失效。本席支持多數意見之結論，因就理由部分有補充及不同主張，提出協同意見如下。

二、性別平等之審查部分

（一）性別分類之審查標準

[2] 由於本案涉及性別分類，就性別平等案件之審查標準，本號解釋理由書第6段明示：「…惟法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，本院即應採中度標準從嚴審查（本院釋字第365號解釋參照）。其立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違。」這是本號解釋在理由部分第一個值得注意之處。

[3] 過去已有多號大法官解釋審查性別分類規定之合憲性，如釋字第365、452、457、490、728等號解釋，其中釋字第490及728號解釋是合憲宣告，其他三件都是違憲宣告。就審查標準而言，其中最重要的應該就是釋字第365號解釋，其理由書第1段認為：「…因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」這應該是大法官就性別平等案件說明其審查標準（雖然當時並沒有使用審查標準的用語）的第一件解釋，後為釋字第490號解釋援用，並延續至今，未曾變更。

[4] 釋字第365號解釋提出上述審查標準，確有其歷史性的貢獻。但如今觀之，也可發現其侷限。其所謂「因性別而為之差別規定僅於特殊

例外之情形，方為憲法之所許」，表面上來看似從嚴審查，但並未清楚說明究竟是嚴格或中度審查？亦未說明其決定審查標準的考慮因素為何？在目的審查上，其所例示之特殊例外之情形，則包括「基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」，尤其是將上述男女社會角色之不同，理所當然地當成特殊例外之情形，進而認目的合憲，這其實是相當寬鬆的審查。釋字第365號解釋所稱之「男女生理上差異」，或許還可說是男女間之真實差異（例如懷孕、生產等生理差異），而得以承認此類目的合憲（這在學說上仍有爭議）。但所謂「因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」（可稱為社會角色之差異），則往往是古老傳統影響下之社會建構結果，且常為傳統上性別刻板印象及偏見之溫床，這正是性別平等案件的審查重點（沒有之一，就是這個），而不應該是用來審查其目的是否合憲之依據。再者，釋字第365號解釋似僅提及目的應如何審查，然對於手段之審查，如差別待遇之方式（例如能否採取固定配額的差別待遇？是外加或內含配額？）、程度（例如配額比例之高低、加權之比重）等，則完全未置一詞。

[5] 與釋字第365號解釋相比，本號解釋認性別分類係以「難以改變之個人特徵」及「歷史性或系統性之刻板印象」等可疑分類，[1]為差別待遇之標準，因而明示採取中度審查標準，這是本號解釋釐清或實質修正釋字第365號解釋之處。至於本號解釋所提出之上述兩個因素（個人特徵及刻板印象），顯係參考並延續釋字第748號解釋就性傾向分類[2]亦採較為嚴格（即中度[3]）審查標準之部分考量因素。[4]

---

1 嚴格來說，此處所稱之「可疑分類」，應該改成「準嫌疑分類」比較精確。因為可疑分類在概念上包括嫌疑分類及準嫌疑分類，兩者固然都是從嚴審查（heightened scrutiny），但前者是嚴格審查，後者則是中度審查，其審查標準仍有不同。本院釋字第 768 號解釋理由書第 14 段、第 802 號解釋理由書第 9、10 段，均曾使用過「可疑分類」之用語，此兩號解釋所指之可疑分類係包括上述嫌疑分類及準嫌疑分類，而非僅指準嫌疑分類，可供參考。

2 釋字第 748 號解釋所審查之分類為性傾向分類，而非性別分類。雖然學說上有主張性傾向分類可看成是廣義的性別分類，但本席則認為性別和性傾向這

[6] 就平等審查之理論基礎及方法而言，釋字第365號解釋將審查重點放在不同性別之間是否有差異（包括生理差異和社會角色之差異），而非從不同性別所面臨的歷史性、結構性壓迫等困境出發。可見釋字第365號解釋採取的是很典型的差異論之思考及論述方式，且落入並重複「等者等之，不等者不等之」空洞公式的窠臼。與之相比，本號解釋在決定審查標準時所考慮的兩個因素：其中所謂「難以改變之個人特徵」固仍屬差異論之思考，然「歷史性或系統性之刻板印象」就有反宰制論[5]的傾向。這也是本號解釋在方法論上有別於釋字第365號

兩種分類應予區別，一來我國現行立法已多區別性別與性傾向（如文化基本法第 4 條、性別平等教育法第 2 條、性別工作平等法第 6-1、7 至 11、31 條、就業服務法第 5 條第 1 項、長期照顧服務法第 1 條第 2 項）；再者，由於美國法院實務就性別歧視係採中度審查標準，然就性傾向歧視則仍採合理審查標準（相當於我國之寬鬆審查標準），因此主張性傾向歧視亦為性別歧視，即可提高審查標準至中度，在美國法院實務上有其實益。但我國釋憲實務對性別和性傾向分類均採中度審查標準，故在我國法上即使區別兩者，在實務上也不致產生太明顯的不同結果，無妨繼續維持此區別。

3 本院在釋字第 799、801、803、806 等號解釋已將先前所使用之「較為嚴格」審查標準，改稱為「中度」標準，本號解釋沿襲此一新用語。

4 參釋字第 748 號解釋理由書第 15 段：「…性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics），…並非疾病。在我國，同性性傾向者過去因未能見容於社會傳統及習俗，致長期受禁錮於暗櫃內，受有各種事實上或法律上之排斥或歧視；又同性性傾向者因人口結構因素，為社會上孤立隔絕之少數，並因受刻板印象之影響，久為政治上之弱勢，難期經由一般民主程序扭轉其法律上劣勢地位。是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性…」。另釋字第 794 號解釋理由書第 18 段就平等權案件審查標準之決定因素，亦有類似之說明。惟本號解釋認性別分類為可疑分類（即準嫌疑分類）之考量因素，並未包括上述「孤立隔絕少數、政治上弱勢」這兩者。

5 關於平等審查所涉及的反差異論及反宰制論兩種思考及論述方式之分析比較及其應用，參，例如，Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press (1988); 陳昭如，女性主義法學的理論與實踐：一個初步的介紹，近代中國婦女史研究，6 期，頁 213-236（1998）；陳昭如，就是女性主義—Catharine A. MacKinnon, Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law（1987）導讀，台灣法學雜誌，233 期，頁 101-115（2013）；陳昭如，Catharine A. MacKinnon: 宰制論女性主義法學的開創者，婦研縱橫，98 期，頁 51-62（2013）；黃昭元，純男性軍校與性別歧

解釋之處。

（二）本案之目的審查

[7] 在目的審查部分，本號解釋理由書第8段認為：「…系爭規定之目的概為追求保護女性勞工之人身安全、免於違反生理時鐘於夜間工作以維護其身體健康，並因此使人口結構穩定及整體社會世代健康安全等，固均屬重要公共利益。」肯定勞基法第49條第1項規定之立法目的合憲。

[8] 本席認為：保護女性勞工之人身安全及身體健康固然是重要公共利益，但如上述保護目的係基於對男女能力或角色之過時（outmoded）、古老（archaic）、過廣（overbroad）的一般化（generalization）或刻板印象（stereotype），縱使其立意良善，也仍然是違憲之目的。[6]換言之，不管是出於敵意或基於無限好意，只要是屬於或兼有上述性別刻板印象，都是憲法所禁止的歧視目的。[7]具敵意的不利差別待遇是歧視，出於浪漫父權主義（romantic paternalism）之善良（benign）立意，亦屬歧視性目的。名為保護，實則基於或夾雜性別刻板印象或隱藏偏見者，即使其目的在表面上看來冠冕堂皇，仍是違憲。何況，像這類自以為立意良善之立法所採之

視：評 United States v. Virginia 一案判決，歐美研究，33 卷 3 期，頁 461-539（2003），另收於：焦興鎧（主編），美國最高法院重要判決之研究：一九九六～一九九九，台北：中研院歐美所，頁 225-303（2005）。

6 *See Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199, 211 (1976) (plurality opinion) ('Such classifications, however, have frequently been revealed on analysis to rest only upon "old notions" and "archaic and overbroad" generalizations, and so have been found to offend the prohibitions against denial of equal protection of the law'); *J. E. B. v. Alabama ex rel. T. B.*, 511 U.S. 127, 130-31 (1994) ("Today we reaffirm what, by now, should be axiomatic: Intentional discrimination on the basis of gender by state actors violates the Equal Protection Clause, particularly where, as here, the discrimination serves to ratify and perpetuate invidious, archaic, and overbroad stereotypes about the relative abilities of men and women").

7 *See Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 725 (1982) ("[I]f the statutory objective is to exclude or 'protect' members of one gender because they are presumed to suffer from an inherent handicap or to be innately inferior, the objective itself is illegitimate").

分類及差別待遇，其實際效果也多半是將女性置於牢籠之內，而非臺座之上，[8]自足以構成歧視。

[9] 就勞基法第49條第1項之立法目的而言，本號解釋理由書第8段引用立法院公報之紀錄，認：「系爭規定之所以原則禁止雇主使女性勞工於夜間工作，其立法理由依立法過程中之討論，可知應係出於社會治安、保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康等考量（立法院公報第91卷第47期第45頁至第89頁參照）。…」上述考量中之「保護母性、女性尚負生養子女之責、女性須照顧家庭及保護女性健康」，其實正是不折不扣的性別刻板印象。至於「社會治安」雖非典型之性別刻板印象，但由於夜間工作之男性勞工亦會面臨類似問題，縱認此項目的合憲，然在手段上亦不應採取性別分類，而應採取性別中立（即不分性別）之手段，例如對所有勞工均提供系爭規定但書所要求之安全衛生設施及交通工具或宿舍等，因此在手段部分也是違憲，如本號解釋理由書第9、10段之結論。

[10] 就此，本號解釋理由書第10段於審查手段之合憲性時，亦認：「…至於所謂女性若於夜間工作，則其因仍須操持家務及照顧子女，必然增加身體負荷之說法，不僅將女性在家庭生活中，拘泥於僅得扮演特定角色，加深對女性不應有之刻板印象，更忽略教養子女或照顧家庭之責任，應由經營共同生活之全體成員依其情形合理分擔，而非責由女性獨自承擔。況此種夜間工作與日常家務之雙重負擔，任何性別之勞工均可能有之，不限於女性勞工。又，前述說法，對單身或無家庭負擔之女性勞工，更屬毫不相關。」從而認定系爭規定所採性別分類手段違憲。本席認為，上述理由其實亦可用於審查目的是否違憲。系爭勞基法第49條第1項之所以違憲，應不只是因為手段違憲，而是其目的就已違憲。

[8] *See Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684 (1973) ('Traditionally, such discrimination was rationalized by an attitude of "romantic paternalism" which, in practical effect, put women not on a pedestal, but in a cage').

三、其他爭點

[11] 除了上述平等爭點外，本案其實另涉及其他憲法上權利。按本案聲請人除法官外，另有家福股份有限公司及中華航空股份有限公司兩位聲請人。這兩位雇主在其聲請書中，除亦主張系爭規定違反性別平等外，並另主張系爭規定侵害其營業自由、契約自由及財產權等。由於雇主並非性別歧視之受害人，自無從主張其平等權受到侵害。然系爭規定確會干預到雇主之營業自由，而仍有予以審查之必要。至於契約自由和財產權部分則可為營業自由的保障範圍涵蓋，毋須另外審查。

[12] 依本院向來實踐，如果解釋文是合憲宣告，在原則上多會於理由書一一回應聲請人所提出之主要理由，除非是顯無理由之主張。至於違憲宣告，則不會一一回應聲請人所主張的所有憲法權利或違憲理由。就此，多數意見或許是認為：既然已經以性別平等為依據，宣告系爭規定違憲，則毋須再進一步審查系爭規定是否侵害雇主之營業自由。畢竟不管營業自由的審查結果如何，系爭規定都還是違憲，於本號解釋之結論，並無影響。不過，就審查的完整性而言，本號解釋的審查範圍仍不免是有所缺憾。

四、結論

[13] 本案是釋字第728號解釋之後，涉及性別平等的一號重要解釋，尤其是針對性別平等案件之審查標準正面表示立場，[9]並實質修正了釋字第365號解釋所採之審查標準，亦即將釋字第365號解釋所稱因男女生理差異所生之「社會生活功能角色上之不同」予以排除，不再認其屬合憲目的，而可據以為性別分類。除了本件爭議之解決外，本號解釋在方法及理論面的主要價值，應該就是有關性別平等審查標準的部分。

[9] 釋字第 728 號解釋既未說明其對性別平等案件之審查標準，在結論上也實質棄守對系統性差別影響（disparate impact）之性別歧視的審查。釋字第 791 號解釋理由書第 42、43 段雖有提及性別失衡的現象，但並未正面處理性別平等的問題，因此也沒有先就性別平等之審查標準表示立場。

部分協同部分不同意見書

蔡烱燉大法官　提出
黃虹霞大法官　加入（定期失效部分除外）
蔡明誠大法官　加入

本號解釋認為，勞動基準法（下稱勞基法）第 49 條第 1 項（下稱系爭規定）本文，限制女性勞工於夜間工作，違反憲法第 7 條保障性別平等之意旨；本號解釋理由書並認為，系爭規定但書前段以工會或勞資會議同意作為解除雇主不得使女性勞工於夜間工作之管制之程序要件，此一手段與系爭規定目的之達成間，難謂存有實質關聯，亦違反憲法保障性別平等之意旨[1]。本號解釋之前開論述，本席敬表贊同。惟本席認為，系爭規定但書前段所引進之工會同意制度，應係參考日本勞動基準法而來（下稱日本勞基法），對於日本勞基法有關工會同意之制度，特別是工會組成之勞工比例部分，以及我國勞基法導入工會就相關工時事項之同意，其所可能產生之違憲爭議，甚而本號解釋宣告系爭規定立即失效所生之疑慮等，尚有進一步闡述之必要。因而提出部分協同部分不同意見書，就以上事項略作補充。

壹、本件聲請解釋案的原因案件事實、訴訟爭點及釋憲主張概要

本件釋憲案聲請人臺北高等行政法院第五庭法官（下稱聲請人一）聲請意旨略以：家福股份有限公司（下稱家福公司）從事綜合商品零售業，其桃園內壢分公司，經桃園市政府勞動檢查處於民國 108 年 8 月間實施勞動檢查，發現其未經工會同意，使所僱女性勞工於同年 6 月間於午後 10 時至翌晨 6 時工作（下稱夜間工作），違反系爭規定，因而裁處其新臺幣（下同）55 萬元罰鍰；家福公司不服，提起訴願，經勞動部駁回，於是向臺北高等行政法院提起行政訴訟（109 年度訴字第 420 號）。聲請人一受理後認應適用的系爭規定但書前段

[1] 見本號解釋理由書，段碼 11 及 12。

規定，將本應由契約當事人間決定的契約內部事項，交由契約外的他人（即工會或勞資會議）決定，全然無視女性勞工本人的意見，形成「他決取代自決」的現象，未考量及保障女性勞工的實際意願、身體及家庭狀況，無法達成保護女性勞工之目的，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法。

另聲請人家福公司（下稱聲請人二）多家分公司，經相關縣市政府於 104 年 9 月至 108 年 12 月間實施勞動檢查，發現其未經工會同意，使所僱多位女性勞工於 104 年 10 月至 108 年 11 月間從事夜間工作，均違反系爭規定，因而分別裁處其 2 萬元至 80 萬元罰鍰。又聲請人中華航空股份有限公司（下稱聲請人三），經桃園市政府勞動局於 104 年 4 月及 105 年 5 月間實施勞動檢查，發現其未經工會同意，使所僱女性勞工於 104 年 4 月及 105 年 5 月間從事夜間工作，違反系爭規定，因而裁處其 5 萬元及 30 萬元罰鍰。聲請人二及三不服，分別提起訴願，均經勞動部駁回，於是分別向法院提起行政訴訟，經分別判決駁回上訴確定（聲請人二部分，見本號解釋附表所示確定終局判決一至十二；聲請人三部分，見上開附表所示確定終局判決十三及十四）。聲請人二及三主張上開確定終局判決所適用之系爭規定，不法侵害其營業自由及契約自由，向本院聲請解釋憲法。

貳、由本號解釋所關聯之確定終局判決六談起

本號解釋所關聯之確定終局判決六，為臺北高等行政法院 107 年度簡上字第 103 號判決，下級審為臺灣桃園地方法院 106 年度簡字第 9 號行政訴訟判決。後者以：目前實務上對於如本案事實即「總公司雖有成立工會，但分公司並無成立工會，則分公司經其勞資會議同意而使女姓勞工於夜間工作，是否符合勞基法第 49 條第 1 項規定」之關鍵爭點，並非僅有單一解釋，且迄今尚未形成通說……本件在統一法律見解之前，應有期待不可能原則之適用，而得為超法規之阻卻責

任事由[2]等情，判決聲請人二勝訴。惟上開判決傍論，就工會代表性，提出質疑，雖未就此有所深論，然於論理間，已注意到工會代表性所涉之民主正當性問題：

> ……勞基法第 49 條第 1 項規範，行使女性夜間工作制度須有工會同意，如事業單位無工會者，須經勞資會議同意。其修法理由係因女性夜間工作制度之實施事關勞工權益重大，是勞方應藉由行使勞動團體之力量與資方協調，為勞方爭取最佳之權益，其出發點立意良善。**……本件原處分裁處之時，即 105 年 4 月間，全台員工人數為 1 萬 1,557 人。然現行家福總公司工會僅有 40 名會員，……是原告主張伊遭被告為本件原處分裁處時，參與原告（總公司）工會之員工人數比例僅為 0.3%，進而主張原告（總公司）工會之參與比率極低其代表性有疑義，並非全屬無稽[3]。……**

該案經上訴審即臺北高等行政法院予以廢棄，改判聲請人二敗訴。該判決對於工會民主正當性之著墨如下：

> **……工會具有穩定集體勞資關係，安定社會結構之公益性質，而不只是勞工代表之集合而已，而勞資之談判正義也不建立於「多數決」之民主正當性上，切莫以分支機構勞工參與企業工會人數之多寡或比例，曲解分支機構勞資會議多數決之「民主正當性」高於企業工會之同意；也不應誤認勞工透過各分支機構勞資會議之多數決，是以「分區團結」之方式表達自身之勞動需求，可因地制宜制定更符合特定場所之勞動條件[4]。……**

確定終局判決六及其下級審判決，對於上述工會組成之勞工比例之見解，顯然有別，而此一爭點，也是聲請人二所爭議之工會代表性

[2] 判決書理由第 6 段參照。
[3] 判決書理由第 5 段第 9 小段參照。
[4] 判決書理由第 4 段第 4 小段參照。

問題，爰以此為中心論述如后。

參、日本勞基法有關工會同意制之借鏡

我國勞基法於 73 年間制定時，第 30 條第 1 項及第 2 項規定：「（第 1 項）勞工每日正常工作時間不得超過 8 小時，每週工作總時數不得超過 48 小時。（第 2 項）前項正常工作時間，雇主經工會或勞工半數以上同意，得將其週內一日之正常工作時數，分配於其他工作日。……」於立法理由稱：「因應實際需要，參照日本勞動基準法規定雇主得經工會或勞工同意，將其週內一日正常工作時間之一部或全部分配至其他工作日。……」[5]，顯見我國初始導入以工會得「為勞工就正常工作時間之分配，表示同意」之制度，應係參考日本法而來，則有關工會同意制問題，日本法制自有參考價值，不能忽視。不過應注意者，乃日本工會同意制，係以「過半數勞工所組成之工會」為前提，我國則自始未限制組成工會之勞工比例。

日本於 1947 年制定勞動基準法時，於第 36 條第 1 項規定關於延長工時等之同意，事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者，由該工會代表與雇主締結書面協定，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表之。該協定依日本厚生勞動省令之規定，於向主管行政機關報備後，不受第 32 條、第 40 條之工作時間及前條（第 35 條）有關假日工作規定之限制，雇主得依據該協定之約定，延長工作時間或使勞工於假日工作。此一過半數勞工組成工會同意之方式，其後在變形勞動時間制（日本勞基法第 32-2 條、第 32-4 條、第 32-5 條）、彈性工時制（同法第 32-3 條）、休息時間一齊給與之例外（同法第 34 條第 2 項）、專門業務型裁量勞動制（同法第 38-3 條）等[6]也均採用之。此一同意所簽定之書面協定，一般稱為「勞資協定」（日文：労使協定）。勞資協定與團體協約在勞動法有所區別，二者

5 其餘第 30 條之 1 第 1 項（85 年）、第 32 條第 1 項（73 年）、第 34 條第 3 項（107 年）、第 36 條第 5 項（107 年）、第 49 條第 1 項（73 年）等先後酌採工會同意制。

6 詳細規定內容參見附件（一）。

均是勞工集團代表與雇主間交涉而締結之文書，且二者均涉及勞動條件等，與一般民法上契約不同，均被法律賦與特殊效力，為其所共通。但二者有以下不同[7]：

一、二者宗旨不同

團體協約係由工會代表會員來消除勞工與雇主間交涉能力之差別，以獲得較好之勞動條件。工會有透過團體協約設定勞動條件之自由（協約自治），受日本憲法第 28 條[8]所保障，並透過日本工會法第 16 條賦與規範效力。

由於日本勞基法上所設定之最低勞動條件，如一律全部適用，企業經營會產生窒礙之處，因而法政策上，例外准許以勞資協定來對事業單位全部員工，就最低勞動條件限制予以放寬。例如：勞動時間一日 8 小時，一週 40 小時（日本勞基法第 32 條規定），如於任何情形均不能超過法定勞動時間，即無法應付業務上需求，亦違反勞工之意向。因此於尊重勞資雙方判斷之宗旨下，容許雇主與勞工代表合意（勞資協定）來延長勞動時間（同法第 36 條第 1 項）[9]。

日本勞資協定事項在 1947 年日本勞基法制定當時，僅限於雇主欲使勞工延長工時及假日工作之情形。但在 1980 年代以後，因產業結構變化及就業型態多樣化，為能因應各式各樣需求，針對勞動時間部分，擴大其適用型態（變形勞動時間制、彈性工時制、專門業務型裁量勞動制等）。

二、制度設計不同

（一）締結主體

依日本工會法第 2 條規定，團體協約締結主體，不論是多數工會

7 桑村裕美子，労働協約と労使協定，日本労働研究雑誌第 657 號（2015 年 4 月），頁 26-27 參照。

8 日本憲法第 28 條規定：「勞工之團結權、團體交涉權及其他團體行動之權應受保障。」

9 日本勞工行政機關有提供如附件（二）相關例稿，供業者參考使用。

（過半數勞工組織之工會）或少數工會，均有締結權限[10]。

勞資協定於該事業單位有過半數勞工組織之工會存在時，由該工會為締結主體，如無此種工會存在時，則由代表過半數勞工之人（過半數代表者）締結，以「過半數」代表作為其要件。因此，就算少數工會係該事業單位唯一工會，亦不得單獨締結勞資協定。

制定日本勞基法時，要求工會必須是過半數勞工所組成，其目的應是基於反映事業單位中勞工的團體意思，為其立法宗旨[11]。勞基法上特定事項，雇主之意思以及政策決定，應顧慮並反映事業單位過半數勞工之聲音，謀求事業單位經營民主化，制度上為當然之理[12]。

勞資協定於未有工會組織之事業單位，選出一位過半數勞工代表時，即得由該代表締結，特別是在日本工會組織率年年低下之狀況[13]，

---

10 日本工會法，對於複數並存工會中之少數工會，也保障其團體交涉權，係基於憲法第 28 條規定。如與美國及加拿大等採取排他交涉代表制比較時，此為日本團體交涉法制之基本特色。對於少數工會，不論是否有並存工會之狀況，均保障其獨立之團體交涉權（菅野和夫，労働法（第 7 版），弘文堂，2005 年，頁 25 參照）。企業實際上存在複數工會時，雇主於團體交涉時，應平等對應處理之，此處要求之平等處理，為實質平等。實務上認為與壓倒性多數勞工組成之工會先交涉，取得合意之情形下，縱使對於少數工會以強硬態度表示於該合意內容作為讓步之限度，也不應立即非難之（日產自動車事件最高裁昭和 60 年 4 月 23 日第三小法庭判決民集 39 巻 3 号，頁 730）。

11 行政院勞工委員會譯印，日本勞動基準法淺釋，78 年 10 月，頁 145 參照；西谷敏、野田進、和田肇、奥田香子編著，新基本法コンメンタール労働基準法・労働契約法（第 2 版），日本評論社，2020 年 6 月，頁 572-573 參照。

12 浜田富士郎，改正労基法と過半数代表制―その基本構造と運用課題，季刊労働法 152 号（1989 年 7 月），頁 7、頁 10 參照；手塚和彰，三六協定の締結・運用をめぐる法律問題，季刊労働法 103 号（1977 年 5 月），頁 133－134 參照；外尾健一，労動者代表制度，季刊労働法 222 号（2008 年秋季），頁 121。當初厚生省之草案本係以所有工會，均有本制度下之代表資格，但是勞基法卻要求必須是過半數工會，如推測其理由，應是事業單位在無工會存在時，要求必須是事業單位過半數所支持之人始有代表資格，為了平衡二者，而要求工會必須是事業單位過半數勞工所組成者，始有締結勞資協定之資格（浜田富士郎，前揭文，頁 10 參照）。

13 依據日本厚生勞動省「令和 2 年労働組合基礎調査の概況」，日本工會推定組織率在 1949 年 55.8%為其最高點，至 2020 年時已低到 17.1%（參照厚生勞動

未有工會組織之事業單位變多，在此種事業單位，過半數勞工代表也得以簽訂勞資協定，因此其日漸受矚目，近年多所活用[14]。

（二）生效要件不同

團體協約之效力要件，應以書面為之，並經雙方當事人簽名用印（日本工會法第 14 條規定）。勞資協定除書面外，並應記載法令所定事項（日本勞基法第 32-3 條、第 32-4 條），且部分勞資協定係以向主管機關報備為生效要件（同法第 36 條第 1 項）。

（三）生效主體不同

團體協約原則上僅適用於締結該團體協約之工會會員，而勞資協定則適用於事業單位所有勞工。

（四）效力不同

團體協約對勞動契約有規範效力。

勞資協定係雇主採取該協定之措施時，得免於受違反勞基法之刑事責任，僅解除國家之強制管制，對於個別勞動契約權利義務關係不生直接影響。

以上日本有關團體協約與勞資協定之比較，對於繼受或參酌日本立法例而制定相關法律之我國，對我國法制之解讀，自得引為借鏡。

肆、我國勞基法導入工會就相關工時事項之同意，取代個別勞工同意權之商榷

一、勞工團結權、協商權及爭議權，應合併觀察

憲法第 14 條規定人民有結社之自由。同法第 153 條第 1 項復規定國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策。從事各種職業之勞工，為改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，得組織工會；工會為保障勞工權益，得聯合會員，就勞動條件及會員福利事項，如工資、工作時間、安全衛生等

省網頁 https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/20/dl/gaikyou.pdf 最後閱覽日：110/8/20）。

14 桑村裕美子，前揭文，頁 27 參照。

事項與雇主協商，並締結團體協約；協議不成發生之勞資爭議事件，得為勞資爭議申請調解，經調解程序無效後，即得依法定程序宣告罷工，以謀求解決。上開勞工之團結權、協商權及爭議權，乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利，亦屬憲法上開規定意旨之所在，有本院釋字第 373 號解釋可參。此三權在概念上雖有分別，但在發揮實現其集體勞工之生存權及工作權之功能上，則絕不可分割而任缺其一，亦即此三權同為保障勞工生存，維護勞工權益之有力憑藉。不透過團結權即無以行使團體協商權；無團體協商權，爭議權即無著力之點[15]。

二、工會之運作應符合憲法上民主正當性原則

工會係為促進勞工團結，提升勞工地位及改善勞工生活，由多數勞工依法自主結社之團體。基於憲法結社自由之保障，工會就其存續、內部之組織與運作以及對外活動等，自不受國家恣意之干預。工會由會員透過選舉產生之工會代表，協助會員形成有利勞動條件之共同意見，參與工會與其會員所屬雇主，就勞動條件之維持或變更所為之團體協商，並以集體爭議為後盾，最終達成與其會員所屬雇主締結團體協約之目的。工會既能影響企業雇主與其受僱人間有關勞動條件之維持或變更，其運作自應符合憲法上民主正當性原則[16]，以謀求會員整體利益為依歸。

工會之首要任務為「團體協約之締結、修改或廢止」（工會法第 5 條第 1 款），而依團體協約法第 6 條第 3 項規定，有協商資格之勞方，指下列工會：「一、企業工會。二、會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一之產業工會。三、會員受僱於協商他方

15 見本院釋字第 373 號解釋劉鐵錚大法官、戴東雄大法官之不同意見書；黃越欽著，黃鼎佑增修，勞動法新論，翰蘆，2015（5 版），頁 107-108；陳繼盛，勞工法論文集，陳林文教法學基金會，83 年，頁 23-24 參照。國內廣為流傳之勞動三權說，國內學者有認是對日本憲法第 28 條規定之誤會，其認日本憲法第 28 條中之團體交涉權不過為團體行動權之例示，嚴格言之，只有團結權與團體行動權（包括團體交涉權在內）之勞動「兩」權而已（黃程貫，勞動法，國立空中大學，1997（修訂再版），頁 149-150）。

16 本院釋字第 793 號解釋意旨參照。

之人數，逾其所僱用具同類職業技能勞工人數二分之一之職業工會或綜合性工會。四、不符合前三款規定之數工會，所屬會員受僱於協商他方之人數合計逾其所僱用勞工人數二分之一。……」又勞資爭議處理法第 54 條第 1 項規定：「工會非經會員以直接、無記名投票且經全體過半數同意，不得宣告罷工及設置糾察線。」準此，整體而言，有與雇主締結團體協約資格之工會，其會員自應受僱於協商雇主之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一之工會，始足當之[17]。

99 年 6 月 23 日修正公布、100 年 5 月 1 日施行之工會法（下稱 100 年工會法）第 6 條規定，就工會組織類型，有所調整改變，增加「企業工會」類型，規定其為「結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。」[18]而同法第 7 條規定，依前開規定組織之企業工會，其勞工應加入工會。如企業工會所屬企業之受僱人，均自願加入工會，則企業工會代表其會員與企業雇主進行前述團體協商，乃至進行爭議行為，自不失其民主正當性[19]。

---

17 理論上，雇主願與會員未逾其所僱用勞工人數二分之一之企業工會，締結團體協約，固非不可能，但應屬相當例外之情形。

18 修法前工會法第 6 條原規定：「（第 1 項）同一區域或同一廠場，年滿 20 歲之同一產業工人，或同區域同一職業之工人，人數在 30 人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。（第 2 項）同一產業內由各部分不同職業之工人所組織者為產業工會。聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類，由中央主管機關定之。」即將原規定之同一廠場所組織之產業工會，正名為企業工會，並擴大其範圍至依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。

19 按我國有關勞工組織及加入工會之立法模式，於 100 年工會法前，係採「形式」強制組織及入會制，於當時之工會法第 6 條第 1 項規定符合一定條件之勞工，應依法組織產業工會或職業工會。同法第 12 條規定：「凡在工會組織區域內，年滿 16 歲之男女工人，均有加入其所從事產業或職業工會為會員之權利與義務。……」100 年工會法參照「經濟社會文化權利國際公約」、「公民與政治權利國際公約」及國際勞工組織（ILO）第 87 號公約等精神，於第 4 條規定：「勞工均有組織及加入工會之權利。」（本條立法理由參照）。即由強制入會制，改為自由入會制，此一修正也符合本院有關憲法第 14 條保障人民

伍、系爭規定所指工會，應指具有代表多數勞工之工會

系爭規定但書前段規定：「但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意」，於 91 年 12 月 25 日修法前原規定（即同法

結社自由之解釋（本院釋字第 373 號、第 479 號、第 490 號、第 573 號、第 644 號及第 724 號解釋參照）。

工會法第 4 條雖就勞工組織及加入工會之立法模式，改採自由入會制，但 100 年工會法立法時，有關勞工加入企業工會之立法模式，行政院原於草案第 7 條規定：「依前條第 1 項以同一廠場或同一事業單位組織之企業工會，其加入工會之會員人數已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，其餘未加入工會之勞工，應經個人同意參加該工會為會員。」（立法院第 7 屆第 3 會期第 10 次會議議案關係文書，第政 96 頁、第政 103 頁參照）於立法院二讀程序經委員會審查通過之內容為：「依前條第 1 項以同一廠場或同一事業單位組織之企業工會，其加入工會之會員人數已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，『為促進企業工會團結』，其餘未加入工會之勞工，經個人同意『應』參加該工會為會員。」（其理由在於：「為促進以同一廠場或同一事業單位組織企業工會之團結力，並可穩定勞資關係，進而強化集體協商之功能，爰參採美國工廠工會之精神，明定依上開條件組織之企業工會，其會員數超過該廠場或事業單位勞工半數時，其餘未加入之勞工，應經個人同意參加該工會為會員。」（立法院第 7 屆第 3 會期第 15 次會議議案關係文書，第討 19 頁至第討 20 頁參照）其精神乃採自由入會制，而於企業工會會員人數，已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，工會得強制未入會勞工加入工會。然而於立法過程，立法委員卻以「黨團協商」之方式，將立法院委員會通過之工會法第 7 條條文修改為組織之企業工會，其勞工應加入工會，使原來強制入會之精神，於企業工會領域重生。此一強制入會之規定，恐背離憲法第 14 條規定之意旨。況工會法對於不論基於任何理由，不願加入工會之勞工，並無任何制裁措施，是此一規範既無任何法律效果，僅屬訓示規定。如一企業之勞工均自願性組織及加入工會，則企業工會代表全體勞工就有關勞動條件，如勞工之工作時間、安全衛生等事項與企業雇主，進行協商，其具有民主正當性，無待深論。惟如其會員低於團體協約法第 6 條第 3 項所規定「受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一」之標準，則企業工會欲代表其會員與企業雇主進行協商，即不具民主正當性，是團體協約法第 6 條第 3 項規定，就有協商資格之勞方，有關第 1 款「企業工會」部分，未如第 2 款至第 4 款般，設定「會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一」之條件，恐滋生適用上之疑義，未來修法，自有檢討之必要。否則類如本文上述之 40 人企業工會，要求與僱用人數達 1 萬餘人以上之企業為團體協商，雇主願與其協商，進而達成團體協約之機率幾許，當不問可知。

於 73 年間制定公布者）:「但經取得工會或勞工同意」，均屬女性勞工得夜間工作之條件之一。兩相比較，女性勞工對於是否同意於夜間工作，後者有自主權，前者則否。系爭規定但書之修正理由：「……是否同意於夜間工作，事涉制度之實施，應有全體勞工之參與，是以，除維持現行工會同意之規定外，並將勞工同意修正為勞資會議同意。」（本條立法理由參照）主管機關亦以「基於保障勞工權益及促進職場性別工作平等，本法就工作時間、女性夜間工作等特定事項，以公權力介入私法自治……，旨在避免經濟弱勢之個別勞工屈從於資方，而議定不利於己的勞動條件，以致危害勞工生命安全與身體健康。」（勞動部 110 年 7 月 6 日復本院意見參照）

雇主使勞工就是否同意於夜間工作為意思表示，勞工單純為同意與否之意思表示，核屬私法上之契約關係，系爭規定但書於 91 年間修法，剝奪原規定賦與個別勞工之同意權，以集體勞工關係之工會或勞資會議來取代勞工之同意權，是否合宜，已非無疑[20]。即使有其正當性，惟系爭規定但書前段之立法意旨，係以其同意應有「全體勞工之參與」為主要考量，準此，應係希望藉由工會之團體協商角色（即工會之團體協商權）與雇主就女性夜間工作事項進行協議，以達到維護整體女性勞工權益之目的。然依團體協約法第 6 條第 3 項規定，有團體協商資格之勞方，應係指會員「逾該雇主所僱用勞工人數二分之一」之工會，始足當之。上開規定就企業工會團體協商之資格，雖未明定工會之會員應逾雇主所僱用勞工人數二分之一，然由系爭規定但書立法理由有關「全體勞工之參與」及團體協商之法理以觀（本院釋字第 373 號解釋及日本勞基法第 36 條第 1 項規定參照），自無例外之理。

陸、結語

本號解釋宣告，系爭規定於本解釋公布之日起失其效力，使得系

[20] 楊通軒，集體勞工法理論與實務，五南，2019（增訂 6 版），頁 18；同作者，個別勞工法理論與實務，五南，2019（增訂 6 版），頁 33 參照。

爭規定但書兩款有關雇主於女性勞工夜間工作，所應提供之安全保護措施（亦即一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍），亦隨之立即失效。如此對於女性勞工夜間工作之安全，恐生保障不周之虞。為避免上述法制空窗期產生女性勞工夜間工作保障不周之疑慮，本號解釋宜宣告系爭規定定期失效，以使相關機關於所定期間，依本解釋意旨儘速填補上開保護法制之空窗。

本號解釋所涉十四件確定終局判決之相關當事人，被勞工行政主管機關裁罰，係以其使女性勞工夜間工作，未依系爭規定經（企業）工會同意所引起者。是本號解釋所應關注之問題，不僅是系爭規定有無違反憲法上性別平等之問題，毋寧更應重視系爭規定所賦與（企業）工會之同意權，於憲法角度觀之，有無限制女性勞工之工作權及契約自由、雇主之營業自由及財產權之正當性，以及（企業）工會本身之民主正當性問題。多數意見對於當事人所更關心之核心問題——系爭規定剝奪勞基法 91 年修法前原女性勞工之同意權，而以「經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意」取代之，致系爭規定被質疑有違憲疑慮之相關問題——不願正面應對，避而不談，致本號解釋對此重要問題，過門而不入，誠屬一大缺憾。

系爭規定之立法理由既謂「是否同意於夜間工作，……應有全體勞工之參與」，本號解釋就系爭規定之工會，應否有多數勞工之參與之爭議，未予處理，致懸而未決，在本院就此作出解釋前，此一問題，將一直延續下去。或許有人擔心，我國法律如與日本般明定，具同意權之工會應屬「過半數勞工所組成之工會」，會影響國內工會之發展。固然我國目前事業單位企業工會組織率不高，即使有企業工會，除國營企業外，其勞工對企業工會之參與率並不高。但以聲請人二所爭執，其企業之企業工會勞工之參與率僅千分之三之情形而論，該工會與立法理由所稱之「應有全體勞工之參與」之距離，何止千里之遙？

國家對有意組織或加入工會（乃至於團體協商及爭議行為），提

供健全而有效之保護機制，係國家之責任，然而人民不論基於何種原因，要否組織或加入工會，本屬人民之自由，國家不宜左右人民之意向，應係民主法治國家保障人民結社自由之普世價值。由於各種主客觀因素，世界各國工會組織率，於近年來普遍下降，乃不爭事實[21]，我國當然也不例外。如果我們只是擔心工會組織率不高，不思提供健全之法治環境，讓工會自然成長，而希望藉由偏方幫助其成長，或許反而會造成揠苗助長之後果。勞工政策允宜兼顧各方憲法上權益之平衡，三思而後行！

21 參照附件（三）。

附件（一）日本勞基法有關過半數工會同意之規定

	法定事項	條號	條文內容
1	勞工儲蓄金管理	第 18 條第 2 項	雇主欲管理受委託之勞工儲蓄金時，於該事業單位有以過半數勞工組成之工會時以該工會，如無過半數勞工組成之工會時，以代表勞工過半數之人，以書面作成協定，並向行政機關報備。
2	工資部分扣除	第 24 條第 1 項但書	但…法令有特別規定時或該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結有書面協定時，得扣除部分工資後支付。
3	以月為單位變形勞動時間制	第32-2條第 1 項	雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，或以工作規則等其他類此者為之，得使勞工 1 個月以內之一定期間平均 1 週工作時間，不超過前條第 1 項所定工作時間內，則不受前條項規定之限制。依其所定，得使勞工於特定之週超過同項工作時間，或特定之日超過同條第 2 項工作時間。
4	彈性勞動時間制及勞動時間的限度	第32-3條	雇主依工作規則及類此之約定，對勞工之上下班時間，委由勞工決定之該勞工，經與該事業單位有過半數勞工組成之工會，無過半數勞工組成之工會時則以代表半數勞工之人締結書面協定，約定下列之事向時，得依該協定約定第 2 款之結算期間，

			平均一週勞動時間不超過第 32 條第 1 項之勞動時間範圍內，不受同條項規定之限制，得使該勞工於一週內超過同項規定之勞動時間或於 1 日內超過同條第 2 項規定之勞動時間。
5	年為單位之變形勞動時間制	第32-4條第 1 項	雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，就下列事項為約定時，不受第 32 條之限制，依該協定之約定，於特定週中得使勞工於特定之週超過同項工作時間，或特定之日超過同條第 2 項工作時間。
6	1 週為單位之非典型勞動時間制	第32-5條第 1 項	雇主因每日業務常產生明顯繁閑差距之情形而難以預測時，以工作規則或類此者，特定每日工作時間有困難之情形，依厚生勞動省令所定之事業，常時使用勞工之人數未滿厚生勞動省令所定之人數時，雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，不受第 32 條第 2 項之限制，1 日得使勞工工作 10 小時。
7	全部一齊休息時間之適用除外	第 34 條第 2 項但書	前項休息時間，應一齊給與。但是於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結有書面協定時，不在此限。

8	延長工時及休假日勞動	第 36 條第 1 項本文	事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人與雇主締結書面協定，該協定依厚生勞動省令之規定，應向主管行政機關報備後，不受第 32 條至第 32 條之 5、第 40 條之勞動時間有關規定及前條假日有關規定之限制，雇主得依據該協定之約定，延長工作時間或使勞工於假日工作。
9	選擇代替休假取代延長工時工資	第 37 條第 3 項	雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結有書面協定時，對於勞工應支付第 1 項但書規定之加成工資，如約定取代加成工資之支付，得依厚生勞動省令之規定，得以通常工作時間工資之休假為支付時，該勞工取得該休假時，對於該勞工超過同項但書規定時間之勞動中，以取得之休假為對應，依厚生勞動省令所定時間工作，不需依同條但書規定支付加成工資。
10	事業場所外勞動視同工作時間制	第38-2條第 2 項	（第 1 項）勞工工作時間之全部或部分係在事業單位外進行而難以算定工作時間時，應視為已依所定工作時間完成工作。但是該業務之完成，超過通常所定之工作時間而有工作之必要時，關於該業務依厚生勞動省令之規定，將其視為完成該業務通常必要之工作時間。

			（第 2 項）前項但書之情形，就有關該業務，於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，依該協定所約定之時間作為同項但書之該當業務完成所通常必要之時間。
11	專門業務型裁量勞動制	第38-3條第 1 項	事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，就下列事項為約定，使勞工從事於第 1 款所列業務，該勞工依厚生勞動省令之規定，視為依第 2 款所列之工作時間。 （第 1 款）業務之性質及其完成方法有必要大幅度委由從事該業務之勞工裁量時，就該業務之完成手段與時間分配之決定等，雇主作具體指示有困難時，依厚生勞動省令所規定之業務，使勞工從事該業務時（下稱對象業務）。 （第 2 款）以從事對象業務勞工之工作時間計算時間。
12	特別休假之休假時間單位	第 39 條第 4 項	雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，就下列事項為約定時，屬於第 1 款所定勞工範圍之勞工，其特別休假之時間單位之請求單

			位，依前三項規定之特別休假日數中於第 2 款所列之日數，不受此等規定之限制，依該協定所約定之時間單位給與特別休假。
13	特別休假之休假計畫	第 39 條第 6 項	雇主於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結書面協定，就第 1 項至第 3 項所規定特別休假給與之時期為約定時，此等規定之特別休假之日數中，超過 5 日部分，不受前項之限制，依其所約定特別休假給與。
14	特別休假中之標準報酬日額之約定	第 39 條第 9 項但書	雇主對第 1 項或第 3 項規定之特別休假期間，應依工作規則或類此者之約定，發給平均工資或完成約定工作時間時給與之工資。但於該事業單位內有由過半數勞工所組成之工會者由該工會代表，如工會並非過半數勞工所組成時，則由代表過半數勞工之人代表與雇主締結有書面協定，約定該期間或時間，擬依相當相當於間康保險法（大正 11 年法律第 70 號）第 40 條第 1 項規定標準報酬日額之金額給與，或以該金額做為基準，依厚生勞動省令規定算定金額支付之意旨時，應從其約定。

記載範例

附件（二） 延長工作時間及休假日工作之協定書（例）

○○客運股份有限公司代表人○○○○（以下稱「甲」）與**○○客運工會執行委員長○○○○(○○客運股份有限公司勞工代表○○○○)**，依勞動基準法第 36 條第 1 項規定，工作超過勞動基準法所定法定工作時間（1 週 40 小時，1 日 8 小時），或工作超過變形工作時間制所定之工作時間，而且超過 1 日 8 小時 1 週 40 小時法定工作時間或變形期間之法定工作時間總合（以下稱「延長工時」），以及於勞動基準法所定之例假（每週 1 日或 4 週 4 日）工作之情形，依據以下約定簽訂協定。

第一條 甲應致力於儘量不要使勞工延長工時或例假日工作。

第二條 甲依工作規則第○○條之規定，於有必要之情形時，得使勞工依據下表延長工時。

	延長工時之必要具體事由	業務種類	從事工作滿18歲以上之人	得延長之工作時間				期間
				1日	超過1日之一定期間（起算日）			
					2週（4月1日）	1個月（4月1日）	1年（4月1日）	
①該於述之不當下②勞工	•為了因應處理多變季節性的增或突發性的更預約時 •臨時道路交通導之狀況之變化，致發生延班情形時 •因應人員不足之情形	駕駛	24	5	24	50	450	自令和○○年4月1日起自令和○○年3月31日為止
		隨車服務員	2	4		45	360	
		車輛維修員	3	4		45	360	
	每月結算之事務	會計事務員	2	4		45	300	
②1為位變工時制勞以年單之形作間之工	•為了因應處理多變季節性的增或突發性的更預約時 •臨時道路交通導之狀況之變化，致發生延班情形時 •因應人員不足之情形	駕駛	10	5	24	48	400	自令和○○年4月1日起自令和○○年3月31日為止
		隨車服務員	2	3		42	320	
		車輛維修員	4	3		42	320	
	每月結算之事務	會計事務員	2	3		40	280	

2 使駕駛依前項規定延長工時，超過依「駕駛工作時間改善基準」(下稱「改善基準告示」)所定之 4 週工作時間及 1 日最長工作時間限度之情形者，以該工作時間之限度，作為前項延長工作時間之限度。

第三條 甲依工作規則第○○條規定，於有必要之情形時，得使勞工依下表於休假日工作。

休假日工作之必要具體事由	業務種類	從事勞工數（滿18歲以上之人）	得使勞工工作之休假日及上下班時間	期　間
因應季節性需求增大	駕駛	38	・法定休假日中，2週1次。 ・上下班時間依據預先作成之車班時刻表定上下班時間。	自令和○○年4月1日起至令和○○年3月31日為止
	隨車服務員	6	・法定休假日中，4週2次。 ・上班時間　上午8時 ・下班時間　下午5時	
	車輛維修員	9		自令和○○年4月1日起至令和○○年3月31日為止
每月結算事務	會計事務員	6		

2　使駕駛依前項規定於休假日工作，有超過改善基準告示所定1個月工作時間及1日最高工作時間限度之情形者，以該工作時間限度作為前項休假日工作限度。

第四條　縱依前二條規定使勞工延長工時或休假日工作，不得使駕駛從事駕駛業務超過改善基準告示所定之駕駛時間限度

第五條　甲使勞工延長工時之情形時，原則上於前一日之下班時間為止通知該勞工。又，使勞工於休假日工作之情形時，原則上於2日前下班時間為止通知該勞工。

第六條　依第2條表所定2週、1個月及1年之起算日與第3條表所定2週及4週起算日均自令和○○年4月1日起算。

2　本協定之有效期間自令和○○年4月1日起令和○○年3月31日為止。

令和○○年○○月○○日

○○客運工會

執行委員長　○○○○ 印

（○○客運股份有限公司

勞工代表　○○○○ 印）

○○客運股份有限公司

代表人　○○○○ 印

附件（三）

表 8-3　工會會員數及組織率

單位：千人、%

年底別	中華民國						韓國		新加坡		日本	
	工會會員人數			組織率								
	企業工會、產業工會及職業工會	企業及產業工會	企業工會	企業工會、產業工會及職業工會	企業及產業工會	企業工會	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率
2007	3,027	573	573	35.8	17.4	17.4	1,688	10.8	495	18.1	10,080	18.1
2008	3,043	523	523	36.1	15.8	15.8	1,666	10.5	517	17.5	10,065	18.1
2009	3,178	518	518	37.8	15.4	15.4	1,640	10.1	526	17.6	10,078	18.5
2010	3,217	521	521	37.3	14.6	14.6	1,643	9.8	550	17.7	10,054	18.5
2011	3,322	564	530	34.8	7.0	14.6	1,720	10.1	588	18.2	9,961	18.1
2012	3,388	589	537	34.9	7.1	15.0	1,781	10.3	613	18.3	9,892	17.9
2013	3,362	619	551	34.3	7.4	15.4	1,848	10.3	655	18.8	9,875	17.7
2014	3,350	624	551	33.7	7.3	14.9	1,905	10.3	687	18.9	9,849	17.5
2015	3,351	627	547	33.4	7.3	14.6	1,938	10.2	719	19.7	9,882	17.4
2016	3,349	634	554	33.2	7.3	14.7	1,966	10.3	741	20.2	9,940	17.3
2017	3,381	667	582	33.2	7.6	15.6	…	…	…	…	9,981	17.1

年底別	美國		英國		德國		法國		義大利		加拿大	
	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率	工會會員人數	組織率
2007	15,670	12.1	7,051	28.0	6,604	19.8	1,795	7.9	5,665	33.5	4,158	27.3
2008	16,098	12.4	6,928	27.5	6,476	19.0	1,807	7.8	5,750	33.4	4,178	27.0
2009	15,327	12.3	6,770	27.4	6,400	18.8	1,812	7.9	5,908	34.7	4,124	27.3
2010	14,715	11.9	6,589	26.6	6,330	18.9	1,823	8.0	5,974	35.5	4,190	27.2
2011	14,764	11.8	6,447	26.0	6,300	18.4	1,836	8.1	6,067	35.8	4,219	26.9
2012	14,366	11.3	6,508	26.1	6,310	18.3	1,857	8.1	6,148	36.3	4,322	27.2
2013	14,528	11.3	6,490	25.6	6,300	18.0	1,845	8.1	6,143	36.8	4,367	27.1
2014	14,576	11.1	6,458	25.0	6,287	17.7	1,857	8.0	6,110	36.4	4,283	26.4
2015	14,795	11.1	6,491	24.7	6,295	17.6	1,849	7.9	6,065	35.7	4,341	26.5
2016	14,555	10.7	6,216	23.5	6,275	17.0	…	…	5,947	34.4	4,347	26.3
2017	14,817	10.7	…	…	…	…	…	…	…	…	4,439	26.3

資料來源：中華民國－勞動部勞動統計年報。
日本－http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/13-23.html 。
美國－http://www.bls.gov/news.release/union2.toc.htm。
韓國、新加坡－日本「國際勞働比較」(2018 年)。
其他－Data extracted from OECD Stat。

附　註：1.我國自 2011 年 5 月 1 日起，工會法增列產業工會之組織類型，並將原產業工會正名為企業工會(需僱用員工 30 人以上之事業單位才可以組織成立)，另增列之產業工會(已不受僱用員工 30 人以上之事業單位限制)可由各產業勞工自行組織。
2.英國及加拿大為調查資料，德國、法國及義大利為公務統計資料。

部分不同意見書　　蔡明誠大法官　提出
蔡烱燉大法官　加入
黃虹霞大法官　加入（定期失效部分除外）

本號解釋對勞動基準法（簡稱勞基法）第 49 條第 1 項規定（下稱系爭規定）有關女性勞工夜間工作之限制，認違反憲法保障性別平等原則，宣告其違憲，可資贊同。惟本號解釋未考量聲請案件非僅是法官聲請（即聲請人一臺北高等行政法院第五庭法官），亦非女性勞工本身聲請，而是女性勞工所屬之企業（即聲請人二家福股份有限公司與聲請人三中華航空股份有限公司）提出聲請，其所涉及憲法保障基本權之基礎，非純係指提升女性勞工工作自主權或於勞基法中之法律地位（平等原則；平等權）之問題。本件對於上述聲請人二、三所主張之財產權、私法自治（契約自由）與營業自由等基本權，略而未予申論，且就勞基法第 84 條之 1 係聲請人三之重要主張，卻未與系爭規定一併審查其合憲性，均顯示本號解釋為德不卒之缺憾！又本號解釋，亦未就有利於勞工之個別勞動契約勞動條件之所謂有利原則，是否得作為工會同意及勞資會議同意之優先適用或補充可能性，加以論述，頗值得推敲；且因勞基法規定，係屬勞動關係之基本大法，事涉私法自治，且未來男女性勞工夜間工作平等對待之制度保障及實施措施需要準備等，實應予相關機關因應制度變革所需之立法或修法充分準備時間，逕予宣示系爭規定立即失效，亦值得商榷。因有上述問題尚待釐清，爰提出部分不同意見如後：

一、限制女性勞工夜間工作合憲性及勞動基本權保障之問題

（一）從國際公約演變觀察

從比較法觀察，在 19 世紀末，美國與歐洲等工業化國家為避免女性受到夜間工作傷害，特別立法禁止女性夜間工作（ban on the employment of women at night）。1919 年 10 月 29 日國際勞工組織（the International Labor Organization）在美國華盛頓召開會議，通過女性

夜間工作公約（Convention Concerning Employment of Women During the Night）[1]，其中第 3 條規定，不分年齡之女性不得在任何公共或私營工業企業或其任何分支機構夜間受僱。[2]僅僱用同一家庭成員的企業者，不在此限。前述禁止女性夜間工作公約（C04 1919 年縮短夜間工作（女性）公約）於 1934 年修正（C41 1934 年夜間工作（女性）公約（修訂版））、1948 年修正（Night Work (Women) Convention (Revised), 1948 (No.89)），再經 1990 年修正 1948 年公約，在一定條件下放寬其限制。[3]前述有關禁止女性夜間工作公約，自 1934 年起陸續修正，原係為回應雇主團體壓力而彈性增訂得於夜間雇用女性之規定。時至 1980 年代，歐洲女性保護運動風起雲湧，因質疑該公約對於女性歧視，而遭受嚴厲之挑戰。乃至 2017 年國際勞工大會第 106 屆會議決定將之廢止[4]。

經多年來政治、經濟、社會及文化變遷，國際公約逐步演變成不再禁止女性夜間工作。基於實證資料，夜間工作有嚴重危害健康之風

---

1 該公約（C4 Night Work (Women) Convention, 1919）請參照 https://training.itcilo.org/actrav_cdrom2/en/osh/wc/c4.htm（最後瀏覽日期：110 年 8 月 19 日）

2 Article 3 “Women without distinction of age shall not be employed during the night in any public or private industrial undertaking, or in any branch thereof, other than an undertaking in which only members of the same family are employed.”

3 P089 - Protocol of 1990 to the Night Work (Women) Convention (Revised), 1948，參照 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P089（最後瀏覽日期：110 年 8 月 19 日）。例如該公約修正第 1 條及第 2 條規定，在與最具代表性之雇主與勞工組織協商後（after consulting the most representative organisations of employers and workers），得以國家法律或法規（national laws or regulations）規定公約第 2 條所定禁止夜間工作之豁免；並禁止在分娩前後至少 16 週期間對女性勞工適用上述之許可變更及豁免。因相關女性勞工之明確要求，在其與子女之健康均不受威脅之情形，國家法律或法規始得許可取消該禁令。

4 C004 - Night Work (Women) Convention, 1919 (No. 4) [Abrogated Convention - By decision of the ILC at its 106th Session (2017)]（1919 年夜班（女性）公約（第 4 號），係由國際勞工大會第 106 屆會議（2017 年）決定予以廢止。）參照 https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C004（最後瀏覽日期：110 年 8 月 19 日）

險，因此新修正公約旨在保護女性與男性夜間工作之傷害後果，不再僅限制女性夜間工作。早在該公約為前述回應前，不少國家早已不跟隨前述禁止女性夜間工作之公約規定，其重點在於不歧視之保護行動（Non-discriminatory protective action），更遠優於以性別作為特殊保護途徑（或稱「性別特殊途徑」; a gender specific approach）。[5]換言之，從國際發展而言，女性夜間工作之禁止，已非屬國際之潮流趨勢[6]，且在外國立法例上，亦認其違反男女平權之要求者。[7]有關勞動立法，

---

5 參照 Christine Haight Farley, Men May Work from Sun to Sun, but Women's Work is never done: International Law and the Regulation Of Women's Work at Night, 4 Circles: Buff. Women's J. L. & Soc. Pol'y 44, 46-54.

6 禁止女性於夜間工作，最早是在 19 世紀中期導入今日之歐盟成員國。自從聯合國於 1979 年通過消除對婦女一切形式歧視公約（The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 以下簡稱 CEDAW）後，許多國家開始內國男女差別待遇之廢止，國際勞工組織亦將其列為重點注意事項。

7 於歐盟法院 1991 年 7 月 25 日判決（EuGH, Urteil vom 25.07.1991 - C-345/89），認為為實現男女平權之歐盟準則第 5 條之規定（Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen），會員國負有義務，如其未設有男性夜間工作之禁止者，就女性夜間工作之禁止，縱使設有禁止之例外規定，不應作為法定之原則。（參照 AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 28- beck-online.）再從德國聯邦憲法法院於 1992 年 1 月 28 日第一庭作出夜間工禁止案之判決（BVerfGE 85, 191 – Nachtarbeitsverbot），工作時間條例第 19 條工時條例，與男性勞工及女性職員相比較，夜間工作之禁止，使女性勞工處於不利地位；該規定因此與基本法第 3 條第 1 項（按：法律前人人平等; 所謂一般平等原則; der allgemeine Gleichheitssatz）及第 2 項（按：性別、身分或種族等之特別平等權；其中包含所謂男女平權要求；Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau）規定相違背（Das Nachtarbeitsverbot des § 19 der Arbeitszeitordnung benachteiligt Arbeiterinnen im Vergleich zu Arbeitern und weiblichen Angestellten; es verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 GG.），可資參照。另有關於外國立法例之引介，參照劉梅君，超越「保護」與「限制」的女性主義爭辯：以「勞動基準法」女性夜間工作及延長工時規定為例，政大勞動學報，21 期（2007 年 1 月），頁 59～65；林更盛，論限制女性夜間工作—評最高行政法院 109 年度判字第 230 號行政判決，月旦裁判時報，102 期（2020 年 12 月），頁 40～47；鄭津津，論女性夜間工作禁止規定—評最高行政法院 109 年度判字第 230 號行政判決，月旦裁判時報，108 期（2021 年 6 月），頁 41-43。

應在於如何保障女性與男性（或性別）夜間自主與平等之工作機會[8]，是本號解釋之後，值得後續關注之議題。

（二）從比較法觀察

進入 20 世紀後，基於社會權或社會國之考量，逐漸改變傳統財產權之憲法及法律上概念及地位。例如，日本憲法第 22 條係為自立經濟而維持生計所必要之職業選擇等職業自由，第 25 條生存權及環境權，第 27 條法定僱用勞動者勞動條件之附有義務之勞動基本權，第 28 條勞動條件之維持、提升手段相關之勞動者團結權、團體交涉及其他團體行動權利（日本學者所稱勞動三權：勞動者之團體權、團體交涉權與爭議權）之保障，及第 29 條所有權。上述權利雖受憲法保障，但非具絕對不可侵性，其權利內容可能受到法律之限制，且其中所有權因公共利益，如經合理相當補償，得依法徵收。[9]以上均係與人類經濟生活相關之憲法上權利保障。至於企業者之活動係屬於經濟活動之一環，其在未受法律特別限制者為限，原則上得自由決定，享有契約締結自由。但從日本經驗上顯示，僱傭契約（勞動契約）之締結，往往是有利於雇主（使用者）方面之內容。於此情形，以日本憲法第 28 條所定之勞動條件（勤務條件）個別保障作為根據，及該條有關勞動三權之明文規定[10]，可資適用。

---

8 2007 年由立法院決議通過、經總統於同年簽署加入 CEDAW，立法院繼而於 2011 年三讀通過 CEDAW 施行法，以推動落實促進性別平等之規定。在釋憲實務上，CEDAW 先是個別大法官於意見書中引用，後才在釋字第 728 號解釋理由書中首次援用，以補充憲法增修條文第 10 條第 6 項規定之意旨。參照陳靜慧，CEDAW 與我國憲法之性別平等保障內涵的比較，臺北大學法學論叢第 112 期，2019 年 12 月，頁 25～26。本號解釋僅以憲法第 7 條保障性別平等之中度審查，且於解釋主文中，未直接適用前述憲法增修條文第 10 條第 6 項，亦未與前述 CEDAW 作適度連結，均值得再思考！

9 所有權附隨義務，其行使如基於公共福祉之目的，受到一定制約或限制。其對於既得之財產權、契約自由及獲得勞動成果之財產權保障（日本憲法第 29 條參照）。參照渋谷秀樹，憲法，東京：有斐閣，2017 年 4 月 30 日 3 版 1 刷，頁 269，270，291～305，313，314。

10 參照渋谷秀樹，前揭書，頁 299～305，314。

反觀我國憲法第 15 條雖明文規定保障工作權，暫時不論尚有認為工作權與勞動權有別之見解者，有關工作權與前述日本憲法明定勞動團結權等三權，是否可以得到相同之結論，不無再詳加探究之必要。惟因勞動基本權具有憲法之時代意義及價值，關於憲法第 22 條賦予雇主契約自由（或勞資協議自治）及勞動個別保障與集體保障之勞動基本權（包含勞動三權），其相互之間，如有憲法權利衝突（kollidierendes Verfassungsrecht）之情形，得運用務實諧和原則（Grundsatz der praktischen Konkordanz[11]），以期解決相互影響之憲法利益間所生衝突（Kollision von zwei sich gegenseitig beeinflussenden Verfassungsgütern），使兩者之衝突，得以調和。

（三）本件所涉基本權之審查問題

對於本號解釋而言，本件原因案件所涉及基本權保障，除勞動權之性別平等保障之外，另可藉此強化其勞動基本權之保護。詳言之，本件所涉女性勞工夜間工作禁止或限制之系爭規定違憲審查，實非純屬女性勞工平等權保障之議題，由於其中兩位聲請人係為雇主，且系爭規定就文義而言，係以雇主作為禁止或強制規範之適用對象，故本件所涉及憲法基本權保障，非僅係平等權，仍須對雇主營業自由（契約自由或私法自治等）與勞工之職業自由及勞動基本權，一併審查為當。

勞基法於民國 73 年 7 月 30 日制定公布，當時之第 49 條第 1 項規定[12]採取就事業單位申請女性勞工夜間工作之有條件核准原則，嗣

[11] 參照 Konrad Hesse, Grundüge, des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller, Rn. 72, 317ff..

[12] 女工不得於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但經取得工會或勞工同意，並實施晝夜三班制，安全衛生設施完善及備有女工宿舍，或有交通工具接送，且有左列情形之一，經主管機關核准者不在此限：
一、因不能控制及預見之非循環性緊急事故，干擾該事業之正常工作時間者。
二、生產原料或材料易於敗壞，為免於損失必須於夜間工作者。
三、擔任管理技術之主管職務者。
四、遇有國家緊急事故或為國家經濟重大利益所需要，徵得有關勞雇團體之同

勞基法第 49 條於 91 年 12 月 25 日修正公布迄今，[13]其立法理由稱為促進職場上兩性之平等，及認是否同意於夜間工作，事涉制度之實施，應有集體勞工之參與，除維持當時工會同意之規定外，並將勞工同意修正為勞資會議同意，符合一定條件者，女性勞工得於夜間工作。[14]採雇主不得使女性勞工夜間工作為原則，例外開放之立法模式，如違反規定之事業單位，將受到勞基法第 79 條等規定處罰。

上述之修正，將同意權之行使，由 73 年勞基法立法之初，得由工會或勞工同意，進而發展為工會或勞資會議同意。基於工時制度涉及全體勞工利益，由具有代表性之工會或勞資會議行使同意權，且為勞基法其他有關於工作時間制度之一致性規定，有認為並無不當。然從勞工同意權行使限制之對象而言，系爭規定僅為女性勞工，如本院

意，並經中央主管機關核准者。

五、運輸、倉儲及通信業經中央主管機關核定者。

六、衛生福利及公用事業，不需從事體力勞動者。

13 雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限：

一、提供必要之安全衛生設施。

二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。

前項第一款所稱必要之安全衛生設施，其標準由中央主管機關定之。但雇主與勞工約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定。

14 系爭規定於民國 91 年 12 月 25 日修正之立法理由為：

為促進職場上兩性之平等，有關女工夜間工作之條件：

1. 原條文第 1 項規定事業單位申請女工夜間工作，需符合一定之條件者，始得為之。其中是否同意於夜間工作，事涉制度之實施，應有集體勞工之參與，是以，除維持現行工會同意之規定外，並將勞工同意修正為勞資會議同意。
2. 原條文第 1 項規定實施晝夜三班制為女工夜間工作要件之一，惟此項規定已不合時宜，爰予刪除。
3. 雇主如符合所定要件，即可使女工於夜間工作，應毋須再經由主管機關核准。
4. 為顧及女工於夜間工作之健康與安全，並順應國內經濟與社會之發展，爰配合修正雇主於提供必要之安全衛生設施，且無大眾運輸工具可資運用時，應提供交通工具或安排女工宿舍時，女工得於夜間工作。

釋字第 365 號解釋所闡釋，因性別而為之差別規定僅限於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。而系爭規定並無該等理由，對於女性選擇夜間工作之自由權限，有認為其構成嚴重侵害。[15]另系爭規定是否干預憲法保障工作權之合憲性問題，學者亦採取類似違憲見解，亦即認為勞基法第 49 條有關女性夜間工作限制規定，除不符性別主流化之國際潮流外，[16]另從憲法觀點而言，其僅以生理性別作為夜間工作之限制基準，不僅違反憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項保障之平等權；其加諸之工會或勞資會議同意要件，可能導致雇主為脫免該限制而避免僱用女工，或使工會不當運用此種權力侵害女性夜間工作自主權，侵害女性受憲法第 15 條保障之工作權。[17]因此，系爭規定藉由但書之例外規定另設一定條件開放女性勞工夜間工作機會，與憲法第 7 條保障平等權（即女性勞工夜間工作自主權）及第 15 條保障女性勞工工作選擇自由之工作權之意旨，有所違背。

綜上所述，系爭規定與前述國際潮流及比較法互相比較，對於女性勞工權益之保護，仍以禁止女性勞工夜間工作為原則而例外許可立法方式，略嫌落後，未來相關機關若能及時彌補，或許可加速跟上國際潮流，令人期待！

二、團體協約與個別勞動契約之勞工有利原則

所謂有利原則（Günstigkeitsprinzip），係指團體協約不應禁止勞

15 參照本件郭玲惠教授之鑑定意見書，頁 1 以下、頁 11～13。

16 「性別主流化」是一種策略，也是一種價值，希望所有政府的計畫與法律要具有性別觀點，並在作成決策之前，對男性和女性的可能影響進行分析，以促使政府資源配置確保不同性別平等獲取享有參與社會、公共事務及資源取得之機會，最終達到實質性別平等。詳參行政院性別平等會以下網頁：https://gec.ey.gov.tw/Page/5377448F8ED85A79（最後瀏覽日期：110 年 8 月 20 日）

17 參照鄭津津，論女性夜間工作禁止規定—評最高行政法院 109 年度判字第 230 號行政判決，月旦裁判時報，108 期（2021 年 6 月），頁 41～46。

資個別當事人，就團體協約之部分約款，作有利於勞工之特別約定。[18]學理上，有認為此所謂「有利」，僅就勞方而言，並不包括對雇主有利之約定，以避免掏空團體協約之保障功能。此有利原則解釋上似不應以個別勞動契約為限，而是包括雇主給予全體或多數勞工之一般勞動條件約款（例如附在勞動契約之統一工作條件約定與工作規則等）。此原則所反映者為團體協約係為最低勞動條件，該等約款，解釋上宜認為其具有直接及強制之規範力，而非最高之勞動條件，有利原則係將此規範效力作部分修正。因此，勞動契約之約定勞動條件，低於團體協約者，不生效力；勞動契約之約定勞動條件，優於團體協約者，無論其係訂立於團體協約之前或之後，基於契約自由原則之尊重，團體協約均應退讓。[19]

如本號解釋所言「就雇主對勞工工作時間之指示而言，工會或勞資會議之同意程序，通常固具有維護勞工權益之重要功能，避免弱勢之個別勞工承受雇主不合理之工作指示而蒙受生命身體健康之危害。」有關團體協約之形成，係構成勞動條件之集體參與基礎。因此，團體協約如何作出勞工有利勞動條件之同意權行使，藉以實現集體參與及勞資自治（即如契約自由及私法自治）之理想，深值得關切。系

[18] 關於有利原則，係參考德國團體協約法第 4 條第 3 項第 2 選項（§ 4 Abs. 3 2. Alt. TVG），對於受僱人更為有利，因團體協約（Tarifvertrag）僅是最低勞動條件（nur Mindestarbeitsbedingungen）。參照 Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3: Kollektives Arbeitsrecht, 4. Auflage 2019-beck-online, § 253 Rn.1. 有利原則之適用，雖明定於前述團體協約法，但學理上，並不認為其係以此為限，亦即其未窮盡其適用範圍，應有類推或準用其他規定（例如企業經營組織法第 77 條第 4 項第 1 段及第 3 項第 1 段（§ 77 IV 1 und III 1 Betriebsverfassungsgesetz; BetrVG））之可能性。（參照 Wolfgang Blomeyer, Das G ü nstigkeitsprinzip in der Betriebsverfassung---Die Betriebsvereinbarung zwischen Individual- und Tarifvertrag, NZA 1996, 337ff. 及其有關德國學說及實務發展之評析。）至於何謂有利，究竟如何判斷，於德國法存有爭議，有建議採取整體比較（Gesamtvergleich）者。參照 Nebeling/Arntzen: Das Günstigkeitsprinzip – Der Tarifvertrag als “Gesamtwerk”, NZA 2011, 1215ff..

[19] 參照楊通軒，集體勞工法理論與實務，台北：五南，2017 年 9 月 5 版 1 刷，頁 314-315。

爭規定但書以工會或勞資會議同意作為例外許可女性勞工夜間工作條件之一，則不容忽視工會或勞資會議之代表性或自主性等議題，是本號解釋宜正面處理面對此等議題。

質言之，系爭規定原則禁止女性勞工夜間工作，例外開放經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合一定條件者。工會同意係屬禁止女性勞工夜間工作之例外許可之要件，其原本具有勞工集體意思形成與參與而追求勞動有利條件之理想工會形式，現實情況是否存有差異及如何減少理想與現實之落差，則屬於實務面之問題。如詳加推敲例外許可女性勞工夜間工作之工會同意或勞資會議之集體參與作為要件，則不容忽視工會或勞資會議作為追求勞動有利條件之議題。雖從現實面而言，亦如本號解釋所指出「女性勞工是否適於從事夜間工作，往往有個人意願與條件之個別差異，究竟何種情形屬女性勞工應受維護之權益，本難一概而論，未必適宜全由工會或勞資會議代表代事業體所有女性勞工而為決定。況各種事業單位之工會組成結構與實際運作極為複雜多樣，工會成員之性別比例亦相當分歧，其就雇主得否使女性勞工於夜間工作之問題，是否具有得以取代個別女性勞工之意願而為同意或不同意之正當性，實非無疑。」企業工會是否仍普遍具有代表性，恐有疑慮。

惟從 19 年 10 月 11 日制定公布之團體協約法第 1 條規定觀之，稱團體協約者，謂雇主或有法人資格之雇主團體，與有法人資格之工人團體，以規定勞動關係為目的所締結之書面契約。96 年 12 月 14 日修正為第 2 條，本法所稱團體協約，指雇主或有法人資格之雇主團體，與依工會法成立之工會，以約定勞動關係及相關事項為目的所簽訂之書面契約。將有法人資格之工人團體，修正為依工會法成立之工會，且工會法雖未特別對企業工會要求代表性，但 99 年 6 月 1 日修正工會法第 4 條立法理由中，強調勞工團結權為勞動三權之首，對於勞動條件之確保及提升至為重要。且修正第 6 條第 2 項有關職業工會之立法理由，係為促進職業工會團結並具代表性，爰於第 2 項明定職

業工會須以同一直轄市或縣（市）為組織區域。又於修正第 8 條第 3 項立法理由中，亦係為避免全國性工會聯合組織設立過多，致分散工會力量，並為使其更具代表性，爰於第 3 項明定以全國為組織區域之工會聯合組織發起籌組要件。對照第 11 條第 1 項規定，組織工會應有勞工 30 人以上之連署發起，組成籌備會辦理公開徵求會員，有門檻過低之問題，而遭受批評。

如以工會法立法精神而論，其仍有意識到代表性之必要性，亦可見工會在集體參與提升勞動條件之重要性，否則勞動基準法所要求集體參與及勞資自治理想，亦將不易實現。尤其在團體協約之訂立時，是否足以作出勞工有利勞動條件之同意權行使，藉以實現集體參與及勞資自治之理想面貌，深值得關切。無論如何，本號解釋不宜避而不論。此外，集體保障與個別保障如發生衝突時，亦宜妥當適用個別勞動契約有利原則，以補團體協約對於勞工權益之保護不足現象。

至於團體協約法第 19 條規定，團體協約所約定勞動條件，當然為該團體協約所屬雇主及勞工間勞動契約之內容。勞動契約異於該團體協約所約定之勞動條件者，其相異部分無效；無效之部分以團體協約之約定代之。但異於團體協約之約定，為該團體協約所容許或為勞工之利益變更勞動條件，而該團體協約並未禁止者，仍為有效。此學理上有認為係團體協約有利原則之具體化[20]，亦有認為上開第 19 條係為團體協約之優越性。特別是該條但書規定，所謂「而該團體協約並未禁止者，仍為有效」，學說上有認為其隱含著團體協約可以排除有利原則之可能性，在法理上及立法論上均屬可疑，建議宜加以修正。[21]由上可知，團體協約法第 19 條是否足以落實有利原則，仍有商榷之餘地。因此，如能經由本號解釋明確肯認勞工有利原則在憲法勞動權保障之地位，將更可彰顯本號解釋之憲法價值！

[20] 參照林佳和，團體協約有利原則（Günstigkeitsprinzip im Tarifvertrag），https://labor-elearning.mol.gov.tw/co_abc_detail.php?rid=90 最後瀏覽日期：110 年 8 月 16 日）

[21] 參照楊通軒，前揭書，頁 315 註 151。

三、系爭規定立即失效之商榷

就有關女性夜間工作之制度保障及實施而言，本席認為宜定一定期間（例如宣告 2 年）始失其效力，較為周延。有關本院解釋宣示解釋客體立即失效或定期失效部分，宣告立即失效之本院解釋，例如釋字第 405 號、第 650 號解釋等。有定期 6 個月失效者，例如釋字第 443 號解釋。有定 1 年檢討修正或失其效力者，例如釋字第 641 號、第 702 號、第 709 號解釋。有定 2 年或至遲 2 年失效者，例如釋字第 573 號、第 680 號、第 710 號、第 748 號、第 777 號、第 800 號解釋等。有定修正施行之日失其效力者，例如釋字第 631 號解釋（即如「應自本解釋公布之日起，至遲於九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條施行之日失其效力。」）。亦有立即失效與定期失效併用者，例如釋字第 775 號解釋（即部分定期 2 年者）。另有比較特殊者，例如釋字第 599 號解釋，將「戶籍法第八條第二項、第三項及以按捺指紋始得請領或換發新版國民身分證之相關規定，於本案解釋公布之前，暫時停止適用。本件暫時處分應於本案解釋公布時或至遲於本件暫時處分公布屆滿六個月時，失其效力。」（參照附錄）

以上可見，本院解釋除立即失效之宣示者外，就本院宣示之定期失效方式，可能有 3 個月、6 個月、1 年、2 年、3 年等宣示方式，亦有以至遲於屆滿幾年為呈現方式，甚至增加宣示，例如「應自本解釋公布之日起一年內檢討修正。逾期未修正者，該部分失其效力」（釋字第 731 號解釋參照），「逾期未完成者，該部分規定失其效力」（釋字第 739 號解釋參照），或「立法機關應於本解釋公布之日起二年內增訂相關規定……如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫，其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定」（釋字第 742 號解釋參照）等，藉以促請相關機關盡速檢討（例如釋字第 745 號解釋，相關機關於 2 年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定等）或促請相關機關修法者，以資因應。

再者，在同一本院解釋中，部分系爭規定立即失效，而部分定期

失效者，亦即就個案情形，有較長期限與較短期限並用之定期失效宣告方式者（例如釋字第 799 號解釋分別 2 年與 3 年較為特殊者），凡此均可見本院解釋視個案情形，宣示不同期限，給予立法者或相關機關預留過渡期間準備，始失其效力、停止適用或不予（不再）援用或適用者。以上從附錄列表所示，可見定期失效之本院解釋，不乏其例。

有關定期失效與立即失效解釋方式，係涉及法安定性與正義實現之衡量。從本件系爭規定而論，其既涉及女性夜間工作制度之變革及新制度實施，攸關男女夜間工作與性別平權、勞資集體協商或勞資自治（即如契約自由及私法自治）原則之務實諧和，及未來男女性勞工夜間工作平等對待之制度保障及實施措施。例如本號解釋所稱夜間，現行規定所定晚上 10 點至翌日凌晨 6 點，此期間或長或短，何者較為妥當，宜許立法者自由形成之空間。從德國立法例觀察，勞動工時法（Arbeitszeitgesetz; ArbZG）所稱夜間（Nachtzeit），係指晚上 23:00 至凌晨 6:00，麵包店及糕餅飲料店（Bäckerei und Konditorei）之夜間定為晚上 22:00 至凌晨 5:00，有將夜間包含晚上 24:00 至凌晨 5:00，至少 7 小時者，可見夜間定義，或因行業不同而略有差異。換言之，如從男女兩性職場平等及各行各業特殊性觀察，有關夜間工作之開放與界限，亦容有時間作出細部規畫，以資因應新制度之實施。因此，本號解釋之宣示，如能使系爭規定於一定期間（例如 2 年）屆滿後失其效力，如前所述，既無違本院向來解釋原則，亦可預留相關機關與勞資各方對於新制之因應時間及採取適當措施。因此，本號解釋未給予相關機關通盤檢討男女夜間工作制度之過渡回應期間，逕就系爭規定宣示立即失效，值得再推敲！

四、結語與展望

就本號解釋涉及之系爭規定而言，如前所述，將舊勞基法規定勞工同意部分，由勞資會議同意之集體參與取代，基於 91 年修正勞基法之理由，係從勞工制度之實施觀點出發，但從本件原因案件除法官聲請外，另外兩案係屬雇主因遭受罰緩等處罰而提出釋憲，至於其所

涉及女性勞工往往係屬「沉默勞工」，現行法制是否充分給予集體參與之機會，頗值得懷疑；且從前述有利原則而言，對於其有利勞動條件之維護或提升，是否給予勞工參與及勞資自治理念得以實現之機會?是本號解釋既未適度回應部分聲請人所主張勞工有利原則，而給予適用有利原則作為保障其勞動基本權之機會，亦且未回應部分聲請人具有重要關聯性之主張（例如勞基法第 84 條之 1），均有再商榷之處。

總之，女性勞工之夜間工時規範，係男女性勞工夜間工時制度之一環，亦屬勞工工時制度中之重要一環。本號解釋將禁止女性勞工夜間工作規定，宣示違憲，有如搬動勞工工時制度之一環，並非根本解決女性勞工職場平等及勞動權保障問題，因其相互間之關聯性，係環環相扣，如何避免環扣鬆脫，至關重要。於本號解釋之後，相關機關應兼顧母性保護（Mutterschutz），及時建立良善之女性勞工工時制度，落實職場性別平等，使工時等勞動條件之法制，更臻完備！

〔附錄〕

定期失效時限	本院解釋
立即失效	釋字第 622 號（應不予援用）[22]、 第 644 號（失其效力）[23]、 第 674 號（不再援用）[24]、 第 705 號（不予援用）[25]解釋
3 個月失效	釋字第 734 號解釋[26]
6 個月失效	釋字第 588 號解釋[27]
1 年失效	釋字第 586 號[28]、

22 最高行政法院 92 年 9 月 18 日庭長法官聯席會議決議關於被繼承人死亡前所為贈與，……與憲法第 19 條及第 15 條規定之意旨不符，自本解釋公布之日起，應不予援用。

23 人民團體法第 2 條規定……顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公布之日起失其效力。

24 財政部於中華民國 82 年 12 月 16 日發布之台財稅字第 820570901 號函……「平均地權條例第二十二條有關依法限制建築、依法不能建築之界定作業原則」第 4 點規定……上開兩項命令……均增加法律所無之要件，違反憲法第 19 條租稅法律主義，其與本解釋意旨不符部分，應自本解釋公布之日起不再援用。

25 財政部中華民國 92 年 6 月 3 日……第 09704510530 號令……與憲法第 19 條租稅法律主義不符，均應自本解釋公布之日起不予援用。

26 臺南市政府中華民國 91 年 12 月 9 日南市環廢字第 09104023431 號公告之公告事項一、二……. 已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符。應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 3 個月時失其效力。

27 行政執行法第 17 條第 2 項依同條第 1 項得聲請拘提之各款事由中，除第 1 項第 2 款、第 6 款：「顯有逃匿之虞」、「經合法通知，無正當理由而不到場」之情形，可認其確係符合比例原則之必要條件外，其餘同項第 1 款、第 3 款、第 4 款、第 5 款……，與前揭憲法第 23 條規定意旨亦有未符。……上開行政執行法有違憲法意旨之各該規定，均應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 6 個月時失其效力。此解釋係就法律定 6 個月失其效力，相對而言，其失效期限較短，可資比較。

28 「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報事項要點」，係屬當時之證券交易主管機關基於職權，為有效執行證券交易法第 43 條之 1 第 1 項規定之必要而為之解釋性行政規則，固有其實際需要，惟該要點第 3 條第 2 款……增加母法所未規範之申報義務，涉及憲法所保障之資訊自主權與財產權之限制，違反憲法第 23 條之法律保留原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿

	第 598 號（至遲於屆滿 1 年時）[29]、 第 619 號[30]解釋、 第 640 號（至遲 1 年內失效）[31]、 第 641 號（停止適用）[32]、 第 687 號（至遲於屆滿 1 年時）[33]、 第 694 號（至遲於屆滿 1 年時）[34]、 第 702 號（至遲於屆滿 1 年時）[35]、 第 709 號（1 年內檢討修正）[36]、

1 年時，失其效力。

29 土地登記規則第 122 條第 2 項規定……；同條第 3 項……；及同規則第 29 條第 1 項第 1 款……。此等權限授予之規定，逾越 64 年 7 月 24 日修正公布之土地法第 37 條第 2 項之範圍，並牴觸同法第 69 條之規定，與憲法第 23 條法律保留及第 172 條法律優位原則有違，均應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。

30 土地稅法施行細則第 15 條規定……核與首開法律保留原則之意旨不符，牴觸憲法第 23 條規定，應於本解釋公布之日起至遲於屆滿 1 年時失其效力。

31 財政部臺灣省北區國稅局書面審核綜合所得稅執行業務者及補習班幼稚園托兒所簡化查核要點第 7 點……自有違憲法第 19 條租稅法律主義，應自本解釋公布之日起至遲 1 年內失效。本院釋字第 247 號解釋應予補充。

32 菸酒稅法第 21 條規定……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 15 條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第 23 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 1 年時停止適用。

33 稅捐稽徵法第 47 條第 1 款規定……「應處徒刑之規定」部分，有違憲法第 7 條之平等原則，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。

34 所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目規定……其中以「未滿二十歲或滿六十歲以上」為減除免稅額之限制要件部分（100 年 1 月 19 日修正公布之所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目亦有相同限制），違反憲法第 7 條平等原則，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。

35 教師法第 14 條……第 3 項前段使違反前開第六款者不得聘任為教師之規定部分，與憲法第 23 條比例原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時失其效力。

36 都市更新條例第 10 條第 1 項……與憲法要求之正當行政程序不符。同條第 2 項……不符憲法要求之正當行政程序。……都市更新條例第 19 條第 3 項前段……亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋

	第 716 號（至遲於屆滿 1 年時）[37]、 第 724 號（至遲於屆滿 1 年時）[38]、 第 730 號（至遲於屆滿 1 年時）[39]、 第 731 號（1 年內檢討修正）[40]、 第 733 號（至遲於屆滿 1 年時）[41]、 第 739 號（檢討改進）[42]、 第 762 號[43]解釋

公布之日起 1 年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

37 公職人員利益衝突迴避法第 15 條規定……於可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時失其效力。

38 督導各級人民團體實施辦法第 20 條第 1 項：「人民團體經主管機關限期整理者，其理事、監事之職權應即停止」規定部分，違反憲法第 23 條法律保留原則，侵害憲法第 14 條、第 15 條保障之人民結社自由及工作權，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。

39 學校教職員退休條例施行細則第 19 條第 2 項……. . 對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第 15 條保障之財產權，與憲法第 23 條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時失其效力。

40 土地徵收條例第 40 條第 1 項規定……不符憲法要求之正當行政程序，有違憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，應自本解釋公布之日起 1 年內檢討修正。逾期未修正者，該部分失其效力。

41 人民團體法第 17 條第 2 項關於「由理事就常務理事中選舉一人為理事長，其不設常務理事者，就理事中互選之」之規定部分，限制職業團體內部組織與事務之自主決定已逾必要程度，有違憲法第 23 條所定之比例原則，與憲法第 14 條保障人民結社自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 1 年時，失其效力。

42 獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第 8 條第 1 項……與憲法要求之正當行政程序不符。同辦法第 9 條第 3 款、第 20 條第 1 項規定……違反法律保留原則。同辦法關於主管機關核定擬辦重劃範圍之程序……；同辦法關於主管機關核准實施重劃計畫之程序……均不符憲法要求之正當行政程序。上開規定，均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起 1 年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

43 刑事訴訟法第 33 條第 2 項前段規定……於此範圍內，與憲法第 16 條保障訴

2 年失效	釋字第 624 號[44]、 第 670 號[45]、 第 696 號[46]、 第 708 號（至遲於屆滿 2 年時）[47]、 第 742 號[48]、 第 745 號[49]、 第 755 號[50]、

訟權之正當法律程序原則意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨妥為修正。逾期未完成修正者，法院應依審判中被告之請求，於其預納費用後，付與全部卷宗及證物之影本。

44 司法院與行政院會同訂定發布之辦理冤獄賠償事件應行注意事項……第 2 點規定……使依軍事審判法令受理案件遭受冤獄之人民不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，同屬不符平等原則之要求。……凡自中華民國 48 年 9 月 1 日冤獄賠償法施行後，軍事機關依軍事審判法令受理之案件，合於冤獄賠償法第一條之規定者，均得於本解釋公布之日起 2 年內，依該法規定請求國家賠償。

45 依冤獄賠償法第 2 條第 3 款規定，不得請求賠償……不符冤獄賠償法對個別人民身體之自由，因實現國家刑罰權之公共利益，受有超越一般應容忍程度之特別犧牲時，給予所規範之補償，以符合憲法保障人民身體自由及平等權之立法意旨，而與憲法第 23 條之比例原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 2 年時失其效力。

46 所得稅法第 15 條第 1 項規定……其中有關夫妻非薪資所得強制合併計算，較之單獨計算稅額，增加其稅負部分，違反憲法第七條平等原則，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 2 年時失其效力。

47 入出國及移民法第 38 條第 1 項……有違憲法第 8 條第 1 項保障人民身體自由之意旨，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。

48 都市計畫之訂定（含定期通盤檢討之變更），影響人民權益甚鉅。立法機關應於本解釋公布之日起 2 年內增訂相關規定，使人民得就違法之都市計畫，認為損害其權利或法律上利益者，提起訴訟以資救濟。如逾期未增訂，自本解釋公布之日起 2 年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。

49 所得稅法第 14 條第 1 項第 3 類第 1 款及第 2 款、同法第 17 條第 1 項第 2 款第 3 目之 2……於此範圍內，與憲法第 7 條平等權保障之意旨不符，相關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋之意旨，檢討修正所得稅法相關規定。

50 監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款之規定……逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。相關機關

	第 756 號[51]、 第 763 號（檢討修正）[52]、 第 799 號[53]解釋
3 年失效	釋字第 649 號[54]、 第 799 號[55]解釋

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

至遲應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨檢討修正監獄行刑法及相關法規，就受刑人及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。

51 監獄行刑法施行細則第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款規定……，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符。監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項規定……違反憲法第 23 條之法律保留原則……亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。前開各該規定與憲法規定意旨有違部分，除監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項所稱題意正確及無礙監獄信譽部分，自本解釋公布之日起失其效力外，其餘部分應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿 2 年時，失其效力。

52 土地法第 219 條第 1 項規定……不符憲法要求之正當行政程序，於此範圍內，有違憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，應自本解釋公布之日起 2 年內檢討修正。

53 刑事訴訟法及性侵害犯罪防治法均未規定……於此範圍內，均不符憲法正當法律程序原則之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內檢討修正。完成修正前，有關強制治療之宣告及停止程序，法院應依本解釋意旨辦理。

54 身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定……與憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿 3 年時失其效力。

55 現行強制治療制度長年運作結果有趨近於刑罰之可能，而悖離與刑罰之執行應明顯區隔之憲法要求，有關機關應自本解釋公布之日起 3 年內為有效之調整改善，以確保強制治療制度運作之結果，符合憲法明顯區隔要求之意旨。

司法院釋字第八〇八號解釋

【刑罰併處社會秩序維護法罰鍰案】

發文日期：中華民國110年9月10日

發文字號：院台大二字第1100026157號

解　釋　文

社會秩序維護法第 38 條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事 1
法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

解釋理由書

聲請人臺灣桃園地方法院桃園簡易庭孝股法官因審理該院 108 1
年度桃秩字第 197 號及第 260 號違反社會秩序維護法（下稱社維法）案件，認應適用之社維法第 38 條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」其但書關於應處罰鍰之部分（下稱系爭規定），使行為人同一行為同時違反社維法及涉嫌違反刑事法律者，除應移送檢察官依刑事法律規定辦理外，仍得依社維法處以罰鍰，違反一行為不二罰原則，而有違憲疑義，經裁定停止訴訟後，向本院聲請解釋。

核其聲請，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示 2
法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

法治國一罪不二罰原則，禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複 3
予以追究及處罰，此乃法治國法安定性、信賴保護原則及比例原則之具體展現。上述重複追究及處罰，原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效

果，等同或類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用。

4 系爭規定就違反社維法並涉嫌違反刑事法律之行為，除明定應移送檢察官依刑事法律規定辦理外，其行為應處罰鍰部分，仍依社維法相關規定處罰。查系爭規定之立法理由係在於為防止違反社維法行為人故藉較輕刑罰，以逃避該法有關停止營業、勒令歇業及罰鍰等之處罰，乃設但書規定，有關停止營業、勒令歇業及罰鍰等處分，仍依該法規定處罰（立法院公報第 80 卷第 22 期院會紀錄第 71 頁參照）。惟社維法第三編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之「輕罪」行為（立法院公報第 78 卷第 20 期委員會紀錄第 166 頁；第 78 卷第 51 期委員會紀錄第 184 頁、第 186 頁；第 80 卷第 22 期院會紀錄第 126 頁；第 80 卷第 45 期院會紀錄第 27 頁；社維法第 63 條、第 67 條、第 70 條、第 74 條、第 77 條、第 83 條、第 85 條、第 87 條及第 90 條立法理由：立法院公報第 80 卷第 22 期院會紀錄第 83 頁至第 86 頁、第 91 頁至第 92 頁、第 94 頁、第 97 頁至第 98 頁、第 100 頁至第 101 頁及第 111 頁至第 117 頁等參照），第 28 條所定之量罰審酌事項，亦與刑法第 57 條所定科刑審酌事項相同；另依第 92 條規定，法院受理違反該法案件，除該法有規定者外，準用刑事訴訟法之規定。綜上，可知此等社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。是就行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，如得再依系爭規定處以罰鍰，即與前揭一罪不二罰原則有違。準此，系爭規定於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定之情形，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

5 至無罪判決確定後得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍；另社維法第 38 條但書關於處停止營業、勒令歇業及沒入之部分，因該等處分實質目的在排除已發生之危害，或防止危害發生或擴大，與法治國一罪不二罰原則尚無違背，均

併此敘明。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條規定，違反該法之行為，如有涉嫌違反刑事法律者，應移送檢察官依刑事法律規定辦理，但其行為應處停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入之部分，仍然依社維法之規定加以處罰。本號解釋認定社維法第 38 條但書有關得處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則而違憲，自本號解釋公布之日起，失其效力。本席支持本號解釋之結論。但本號解釋理由書指出「至無罪判決確定後得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍」，以致無罪判決確定後能否再依社維法對行為人加以追訴處罰之問題，尚無法適用本號解釋，實為美中不足，爰就此提供補充意見如下：

一、社維法與刑法規範之行為界線模糊且可能相互交疊：

社維法所規範的行為與刑法規範之行為界線模糊且可能有重疊之處，祇是犯情輕重之差異而已。舉例言之，行為人若以精良之彩色印表機複印新臺幣而散布，可能構成社維法第 78 條第 1 款規定「影印、縮印、放大通用之紙幣，並散布或販賣者」而得處新臺幣（下同）15,000 元以下罰鍰；但相關行為亦可能構成刑法第 195 條之偽造、變造通貨、幣券罪所規定之「意圖供行使之用，而偽造、變造通用之貨

幣、紙幣、銀行券者」，而得處 5 年以上有期徒刑，得併科 15 萬元以下罰金；又如於他人之土地擅自釣魚而不聽勸阻者，依社維法第 91 條第 3 款可處新台幣 1,500 元以下罰鍰或申誡，亦可能構成刑法第 320 條之竊盜罪。此即本號解釋理由書所稱「社維法第三編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」。警察機關查獲涉嫌違反社維法及／或刑事法律之案件時，除較輕微之案件依社維法第 43 條作成處分書之外，可依社維法第 45 條移送法院簡易庭，若警察依其判斷認為已涉嫌違反刑事法律，應移送該管檢察官處理（社維法第 38 條、違反社會秩序維護法案件處理辦法第 18 條第 2 項第 1 款）。本號解釋聲請法官所審理之案件，即因行為人吸食笑氣而駕車，警察機關以其違反社維法第 66 條第 1 款之規定「吸食或施打煙毒或麻醉藥品以外之迷幻物品者」，將其移送法院簡易庭裁罰，但同時又以行為人涉有刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款不能安全駕駛罪之規定「服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛」，而移送臺灣桃園地方檢察署偵查。行為人駕車服用笑氣，即可能同時符合此二條規定之情形，檢察署就涉嫌不能安全駕駛罪為偵查起訴後，若法院判決有罪確定，依本號解釋，簡易庭即不得再就違反社維法部分加以裁罰，但若法院為無罪判決確定，則簡易庭應如何處理？此即為本號解釋尚未處理的問題。

二、無罪判決確定後，亦應適用本號解釋所揭櫫之「一罪不二罰」原則

就前述涉嫌違反社維法與刑法之邊際或重疊案件，於檢察官審理後起訴，若法院認為尚不符合刑法之構成要件，而為無罪之判決確定，在此情形下認為仍應依社維法加以審理之理由不外為刑法與社維法所規範之要件有所不同，不構成刑法之罪者尚可能違反社維法，因此自須依社維法加以評價審理，予以適當之處罰以實現社維法之立法意旨。如此之想法固有其道理，但本席認為如此之作法恐不符社維法之立法精神且失之過苛，其理由如下：

（一）本號解釋理由書指出「社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。是就行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，如得再依系爭規定處以罰鍰，即與前揭一罪不二罰原則有違。」依該理由而得出本號解釋之結論，本席認為該理由亦可適用於行為人之同一行為已受刑事法律追訴而經無罪判決確定者。

（二）社維法所規定各該應受處罰之行為，其法律效果包括得選擇科處拘留或罰鍰之類型（如第 63 條至第 70 條、第 85 條及第 87 條等），此類型之處罰規定占社維法全部處罰規定之絕大多數。依第 38 條之規定，於移送檢察官之後，仍得依社維法之規定加以處罰者，僅限於「停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入」，而不包括拘留與申誡，由此可知，依社維法規定之意旨，於案件移送檢察官之後，就同一案件，簡易庭即不應受理，否則簡易庭之法官審理同一案件，則僅能就「停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入」之間為裁處，亦即剝奪了法官就各該行為得選擇裁處拘留或申誡之權力，如此之結果不合理，應非立法原意。本席認為依第 38 條移送檢察官之後，簡易庭仍得處停止營業、勒令歇業或沒入，係因該等處分目的在排除已發生之危害，或防止危害之發生或擴大，有即時處理之必要。至於社維法第 38 條但書所稱之罰鍰，應係指其情節重大或再次違反而與停止營業或勒令歇業所併處之罰鍰（即社維法第 63 條、第 76 條、第 77 條及第 82 條之情形）而已，亦即於移送檢察官時已與停止營業或勒令歇業併處之罰鍰，而不及於其他專處罰鍰，或得選擇處拘留或罰鍰之情形。本席認為警察將案件移送檢察官後，簡易庭之法官即不應再審理同一事件，亦即就同一事件於刑事程序與簡易庭程序間應係擇一進行，以避免對人民造成過度負擔。

按社維法規定得處罰之拘留天數不多、罰鍰金額通常不高，鑑於行為人已曾受刑事訴追程序，就其無罪之行為縱然尚可能構成社維法之行為而未受處罰，但就此不加追究，並不為過，以避免人民歷經法院審判程序獲得無罪判決之後，還要再歷經簡易庭程序之困擾。

（三）社維法充滿速審速決之相關規定，如「違反本法行為，逾二個月者，警察機關不得訊問、處罰，並不得移送法院」（第 31 條），又如「法院受理警察機關移送之違反本法案件後，除須審問或調查者外，應迅速制作裁定書」（第 46 條）。這些規定之意旨應是因為社維法所規範違反社會秩序之行為，其情節對社會之侵害，相較於刑法及其他行政法令（如道路交通管理處罰條例、食品安全衛生管理法、噪音管制法等）所管制之行為，均屬較為輕微之案件，因此對此等較輕微之違反社會秩序之行為，其處理程序應力求速簡，避免耗費大量之社會資源，長期糾纏於此些輕微案件，縱或有因刑事無罪判決而免除了對於該輕微案件依社維法加以評價、處罰之機會，其實也就是古書所稱「與其殺不辜，寧失不經」、「臨下以簡，御眾以寬」之道理而已，並不為過。

目前主管機關考慮修法將同時違反社維法與刑法間之行為適用行政罰法第 26 條，但本席認為鑑於社維法所規範行為之輕微性，行政罰法第 26 條第 2 項所定行為如經無罪裁判確定後仍得依違反行政法上義務裁處之規定，於社維法之案件應作不同之考量。

（四）若是刑事判決無罪確定後還可啟動社維法之處罰程序，則警察機關或簡易庭豈非對每一個移送檢察官之案件都要追蹤其結果，於被告獲無罪判決時再重新啟動案件，如此人力、物力的浪費在實務上恐不可行，且用如此繁複之手段，目的祇是要讓「輕罪」犯者最終獲得評價與處罰，其手段與目的間亦不符比

例原則。

三、應修法改善

本件釋憲聲請案凸顯的問題是社維法與刑法適用之問題，尤其是違反社維法案件可由警察機關作成處分書或移送法院簡易庭裁定，於涉嫌違反刑事法律時則移送檢察官處理，然而刑事案件與社維案件分際並不清楚且可能重疊，造成程序上之困擾，當事人即可能同時面臨刑事程序與簡易庭程序之追訴，亦可能歷經審判程序獲得無罪判決後又要面臨簡易庭之社維法程序，為了避免如此重複追訴之情形，應重新檢討違反社維法案件與刑事案件之審理分際，以避免不同處理軌道之錯綜複雜，造成人民與機關均蒙受其害，這些都有待修法時予以考慮。

協同意見書

詹森林大法官　提出

黃虹霞大法官　加入

本號解釋宣告，社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條但書（下稱系爭規定）關於處罰鍰部分之規定，於同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

就上開結論，本席敬表贊同，惟認為尚有略為闡述之必要，爰提出本協同意見。

一、違反社維法之行為與犯罪行為之相若與迥異

本號解釋認為，社維法第 3 編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之「輕罪」行為，且各該違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同；從而，同一行為如已受刑事法律追訴並經有罪判決確定，即不得再依系爭規定處以罰鍰，否則即屬違反法治國之一罪不二罰原則。（解釋理由書第 4 段參照）

此項見解，與學說就行政罰與刑罰得否併罰之問題，係採「量之

區別說」，看法相同[1]，固非無據。

按社維法第 3 編分則（第 63 條至第 91 條），共有 4 章，分別為第 1 章「妨害安寧秩序」、第 2 章「妨害善良風俗」、第 3 章「妨害公務」、第 4 章「妨害他人身體財產」。僅就其章名觀察，其中之第 1 章至第 3 章，固然分別與刑法第 2 編分則之第 7 章「妨害秩序罪」、第 16 章之 1「妨害風化罪」、第 5 章「妨害公務罪」相當；而第 4 章，則亦略為相近於刑法第 2 編第 23 章之「傷害罪」及第 29 章以下之財產犯罪。

然而，細看社維法第 3 篇第 1 至 4 章各條，明顯可知，本號解釋所謂「社維法第 3 編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」，甚有商榷餘地。

詳言之，在不討論法律明確性之前提下[2]，社維法第 3 編各章所定行為，固然有不少確實與刑法所定之犯罪行為「相若」，僅其違法性「不若」犯罪行為之嚴重而已。社維法第 63 條至第 70 條、第 73 條第 4 款、第 74 條第 4 款、第 75 條、第 80 條至第 81 條、第 82 條第 2 款、第 83 條至第 84 條、第 85 條第 1 款至第 3 款、第 87 條至第 91 條所定行為，大多即係如此。

惟社維法第 3 編各章所定行為，亦有許多明顯有別於犯罪行為。社維法第 71 條至第 73 條（但不含第 73 條第 4 款）、第 74 條（但不含第 4 款）、第 76 條至第 79 條、第 82 條第 1 款、第 85 條第 4 款、第 86 條等，皆為其例。

準此，本號解釋所稱「社維法第 3 編分則所規範之各種違法行

---

1 參見，洪家殷，行政罰，翁岳生編，行政法，2020 年 4 版，811 頁；蔡震榮，行政罰之管轄權確定原則，廖義男編，行政罰法，2017 年 2 版，335 頁；李惠宗，行政法要義，2013 年，521 頁。

2 例如，社維法第 74 條第 1 款規定之「深夜遊蕩，行跡可疑」、第 83 條第 2 款所定「放蕩之姿勢」，均有違反法律明確性之嫌。又，本法第 89 條第 2 款所稱「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽」，依本院釋字第 689 號解釋，與法律明確性原則尚無牴觸。

為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」，實乃多數意見為達成「同一行為經判決有罪確定者，不得對該行為再依系爭規定處以罰鍰」之結論，勉強提出之論據[3]。

二、同一行為經無罪判決確定後，可否再依系爭規定處以罰鍰？

本號解釋於解釋文宣告，同一行為經有罪判決確定者，不得再依系爭規定處以罰鍰。

本號解釋另於解釋理由敘明：同一行為經「無罪判決確定後，得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉[4]，不在本件解釋範圍。」

此項敘明，充分顯見大法官就「同一行為經無罪判決確定後，得否依系爭規定處以罰鍰」，有意留待具體案例再為妥適處理。

按本號解釋係本於社維法之處罰與刑罰，僅屬「量之區別」，而認為同一行為已經刑事追訴並判決有罪確定者，不得再科以社維法之罰鍰。

在此前提下，本席以為，同一行為既構成犯罪又違反社維法，且其違反社維法之不法內涵，得被犯罪行為之不法內涵「吸收」且完整評價者，始有基於一罪不二罰原則，不得再依社維法科以罰鍰可言。

亦即，在適用一罪不二罰原則時，應特別注意觸犯社維法及刑法之行為，是否屬同一行為事實[5]並經完整評價。倘刑法犯罪之構成要件超出社維法之構成要件，則同一行為雖經刑事追訴而判決無罪確定，但如刑事法院僅以刑法高度之不法內涵與構成要件，評價該行為，而就其是否違反低度之社維法規定，未予審酌者，該行為即非屬

---

3 就此，本號解釋林俊益大法官提出之不同意見書肆部分，所持見解甚值贊同。

4 本號解釋原因案件之當事人，係經法院認定有罪並予判決有期徒刑 2 個月確定。

5 一行為不二罰原則下同一行為之認定，敬請參見許宗力大法官於釋字第 604 號解釋所提之協同意見書二部分；本號解釋一罪不二罰原則所謂同一行為及二罰之概念，黃昭元大法官於其所提之協同意見書段碼 17-21，有精闢闡釋，敬請參閱。

已經完整評價，從而尚非不得就未經評價部分，依社維法予以處罰[6]。

例如，社維法第 87 條第 2 款所定之「互相鬥毆」，以行為人互有加暴行於他方為要件，而加暴行於人，其意涵與刑法第 277 條第 1 項普通傷害罪之範圍並非一致，故加暴行於人成傷者，固屬刑法之傷害罪，但加暴行於人未成傷者，則仍應受社維法上開條文之規範。因此，如行為人互相鬥毆，因皆未成傷而均經無罪判決確定，但其互相鬥毆行為，已該當社維法前揭規定，如係在公共場所互相鬥毆者，更嚴重影響社會安寧秩序，自均應依該規定予以處罰[7]。

又如，刑法第 231 條第 1 項媒介性交之構成要件為：「意圖使男女與他人為性交……之行為，而……媒介**以營利**」；社維法第 81 條第 1 款前段之構成要件則為：「媒合性交易」。因此，警察機關查獲行為人媒介（合）他人為性交易，乃依社維法第 38 條本文規定，移送檢察官辦理；檢察官亦依刑法第 231 條第 1 項規定起訴，惟法院經審理後，認定行為人並無營利，遂判決無罪確定。此時，行為人媒合他人為性交易，是否違反不以營利為必要之社維法第 81 條第 1 款，未經法院審酌，故尚不得認法院所為之無罪判決，已對前述之同一行為是否符合整體法體系之規定，予以完整之評價。就此法院未予評價之部分，即非不得另依社維法規定加以檢視，並從而依該法第 81 條第 1 款規定裁罰之[8]。

---

6 黃瑞明大法官於本號解釋所提之協同意見書二部分，就此持不同見解，敬請參閱。

7 參見臺灣高雄地方法院高雄簡易庭 108 年度雄秩字第 279 號刑事裁定事實理由及證據二、臺灣宜蘭地方法院 110 年度秩聲字第 1 號刑事裁定事實理由及證據三。此二裁定之原因事實，互毆之當事人均因互未提起傷害告訴而未經法院實體審理，惟法院皆認仍應以社維法之規定處罰。同理，於無罪判決時，因此部分未依社維法之規定予以評價及處罰，仍應認有以社維法評價之空間。又，上開高雄簡易庭裁定雖得抗告，惟於司法院法學檢索系統查無歷審裁判，應已確定；上開宜蘭地院之裁定，則因不得抗告，而告確定。

8 例如土豪負擔全部費用，於五星級飯店舉行私人派對，並提供性招待供賓客取樂，因其未有營利之意圖，尚難認構成刑法第 231 條第 1 項之罪，惟其行為仍有依社維法第 81 條第 1 款處斷之可能。又，關於社維法媒合性交易之相

再如，警察分局派出所教官酒後與人發生口角，遭一群人一路追進派出所，終經該所警員出面，始未釀成大害[9]。若警察機關將該群人以傷害罪移送，但因教官未受傷害，法院乃判決無罪確定。於此情形，法院判決無罪，係因被告之行為不構成刑法第 277 條第 1 項之傷害罪所致；至於該同一群人之（多數）同一行為（追打教官），是否該當社維法第 87 條第 1 款之「加暴行於人」，並非無罪判決關心所在，法院於審理是否構成傷害罪之過程中，縱使有調查此項事實，亦不得於無罪判決之外，另依社維法予以評價並科以該法所定之處罰。因此，警察機關對該等經無罪判決確定之行為人，仍得依社維法規定裁罰之[10]。

三、一罪不二罰原則之程序配套規定：借鏡德國

一罪不二罰、一行為不二罰、一事不二罰、一事不再理原則，乃法治國之基本原則，迭經大法官解釋肯認之（參見釋字第 359 號、第 604 號、第 638 號、第 666 號、第 751 號、第 754 號、第 775 號、第 799 號及本號解釋）。民國 95 年 2 月 5 日開始施行之行政罰法第 26 條第 1 項前段，亦予明文。

然而，程序上，我國相關規定，是否足以貫徹一罪不二罰，尚有疑問。當同一行為涉及行政罰與刑事罰時，更是如此。

以德國為例，本號解釋原因案件之事實（行為人之行為，既涉及行政罰，又涉及刑事罰），依該國秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 簡稱 OWiG）規定，行政機關就違反該法之行為，認有違反刑法之嫌疑者，應將案件移送檢察官（第 41 條第 1 項）；檢察官認無須開啟刑事程序者，應移回行政機關（同條第 2 項）。反

關規定，是否具有處罰之正當性，學說與實務容有不同見解，本席對此保持開放之態度。此處僅為闡明概念舉例之用，無涉條文合憲性之評價。

9 本例子取材自 2021 年 5 月間發生於臺北市之實際案例。

10 其他尚有不少例子，可供理解。茲僅再舉一例：賭博財物行為，雖因非在公共場所或公眾得出入之場所為之（刑法第 266 條），致法院判決無罪，但對該同一行為，仍得依社維法第 89 條處以罰鍰。

之，檢察官於偵辦刑事案件時，除法律另有規定外，亦得從秩序違反觀點追訴之（第 40 條）。檢察官關於行為人之行為是否應予刑事追訴之決定，行政機關應受其拘束（第 44 條）。案件經檢察官起訴者，法院於刑事程序中，亦應從秩序違反法之觀點判斷之，並得僅從違反秩序之觀點，而對該經起訴之案件為判決（第 82 條第 1 項）；易言之，開啟刑事程序後，法院雖認為犯罪追訴部分應判決無罪，但如認定被告之同一行為違反秩序者，仍得依秩序違反法科處罰鍰[11]。

反觀我國，程序規定上，僅有如同前述德國秩序違反法第 41 條第 1 項之社維法第 38 條前段；但案件經移送檢察官後，及檢察官起訴後，檢察官及法院僅檢視該案行為人是否構成犯罪，而不必且不得同時檢視行為人之同一行為，是否亦違反社維法。其結果為：同一行為經法院判決後，不論其為有罪或無罪判決，負責處理違反社維法之警察機關及地方法院及其分院之簡易庭及普通庭法官，均面臨如就該業經法院判決之行為，再依社維法論斷，是否違反一罪不二罰或一行為不二罰原則之困擾；更有導致行為人之同一行為遭國家不同機關（法院刑事庭／警察機關或普通法院簡易庭及普通庭）重複處罰之風險。

四、結論：法制不備所致人權保障與法治維護之兩難

從人權保障之觀點，國家法制之不備，其不利益不應由人民承擔；從維護法治之立場，國家法制之不備，亦不應造成違法者有機可乘。大法官解釋，僅能在個案上力求兼顧保障人權並維護法治，且經常左支右絀。立法者，才是通案彌補法制不備之專責者[12]。

---

11 許澤天，刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則—評大統混油案之訴願決定，台灣法學雜誌，第 261 期，2014 年 12 月，112 頁-128 頁（116 頁-117 頁）。

12 相同意見敬請參閱本號解釋黃瑞明大法官所提之協同意見書三部分。

協同意見書　　黃昭元大法官　提出
　　黃虹霞大法官　加入

一、本號解釋結果及宣告違憲之範圍

[1] 本號解釋認社會秩序維護法（下稱社維法）第38條但書關於併處罰鍰部分之規定，「於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則」，因此宣告上述但書規定「部分違憲」並立即失效。本席支持多數意見之結論，但就其理由則有以下補充或不同看法，謹提出協同意見如下。

[2] 由於本案是由法官聲請，其原因案件所應適用的法律，只涉及社維法第38條但書應併處罰鍰部分，並未包括同條但書「…停止營業、勒令歇業、…或沒入」部分；且聲請法官在其聲請書亦僅針對社維法第38條但書所定應併處罰鍰部分，質疑其違反一行為不二罰及一事不再理原則。[1]多數意見因此亦以上述社維法第38條但書之部分規定為審查範圍，並僅為上述部分違憲之宣告。

[3] 就審查範圍而言，本號解釋是個相當窄的裁判，只處理了社維法所定罰鍰與刑事處罰得否併罰的問題，至於社維法罰鍰與少年事件之處置(如付保護處分等)得否併罰？整部社維法所定其他處罰類型(如拘留、勒令歇業、停止營業、沒入、申誡）與刑事處罰或少年事件之處置得否併罰？又如社維法以外行政法規所定「罰鍰、沒入或其他種類行政罰之處罰」（參行政罰法第1條）與刑事處罰或少年事件之處置得否併罰（參行政罰法第26條第1項但書及第2項）？以及如行政罰法第24條所定一行為違反數個行政法上義務規定者得否併罰？此等

[1] 聲請書另亦主張社維法第 38 條但書所定併處罰鍰部分之規定違反平等原則，由於這只是違憲理由之一，而非不同之聲請標的。本號解釋既已依一罪不二罰原則宣告違憲，因此就沒有再就聲請人主張之平等原則部分予以解釋。如果要正面回應，本席猜測：本號解釋也應該會認為是「不涉及」或「不生」是否牴觸平等原則之問題。

類型雖亦會發生與本案類似之爭點，然均不在本號解釋之審查範圍內，而須另行認定。

[4] 違憲宣告的範圍：如對照本號解釋明白宣告違憲的部分，社維法第38條本文尚有同時「違反…少年事件處理法者…」之構成要件規定，但書中則有「…停止營業、勒令歇業、…或沒入」仍應併罰的效果規定，表面上也都不在上述明白宣告違憲的範圍內。又社維法第19條所定處罰種類，另有拘留、申誡，然由於同法第38條但書就已經將這兩種處罰排除，而未明文規範，因此這兩種是否也得併罰，亦不在本號解釋明白宣告違憲的範圍內。

[5] 上述社維法第38條所定得併處之其他情形，而未為本號解釋所明白宣告違憲的部分，是否當然可認為是默示的合憲宣告或同屬違憲，尚難一概而論。先就構成要件而言，社維法第38條本文所定同時「違反...少年事件處理法」之情形與罰鍰間也有併罰的可能，就此，本席認為：少年事件處理法所定少年刑事案件之追訴程序與處罰，實與刑事追訴與處罰高度類似，應認係刑事制裁及訴訟之特別程序。至於少年保護事件，其所定保護處分亦會限制少年之人身自由等基本權利，與刑法中多種保安處分之效果類似，[2]且其程序之外觀及內容亦與刑事訴訟最為接近，甚有多處更明文規定準用刑事訴訟法規定。[3]因此就「違反少年事件處理法者」，另併處社維法之罰鍰部分，本席認為亦違反一罪不二罰原則而應予以禁止，始與本解釋意旨一致。否則，理應受較高保護之少年將反而面臨重複審判或處罰之雙重危險，而處於比成年刑事被告更不利之地位。故本號解釋雖未將第一次程序為少年事件案件部分，納入審查並明白宣告違憲，但依本解釋意旨，就此部分亦應為相同違憲結論之解釋。

[6] 在效果規定（即處罰種類及次數）部分，社維法第38條但書所定之「停止營業、勒令歇業、沒入」，其中「停止營業、勒令歇業」之

2 參少年事件處理法第 42 至 44 等條規定。

3 參少年事件處理法第 16、22、24 及 30 條等規定。

性質屬於行政罰法第1條所稱「其他種類行政罰」，雖然行政罰法第2條將之定為「裁罰性之不利處分」，但此等手段多係要求除去既存或排除未來之違法狀態，以貫徹各項行政管制目的，性質上較屬管制性質之手段，而非制裁性質之處罰，因此得與刑事制裁併罰，應該較無爭議。至於沒入，在解釋上則得參考行政罰法第26條但書所定，限於得沒入之物「未經法院宣告沒收者」，始得併罰，從而以「合憲限縮解釋」之方式，認屬合憲。

[7] 至於社維法第38條未明文規範，而為同法第19條所定之拘留、申誡，前者因涉及人身自由之限制，效果與徒刑或拘役類似，本席認為應不得與刑事制裁併罰。然就申誡而言，其性質與行政罰法第2條第4款所稱「警告性處分」類似，而可定性為該法所稱之其他種類行政罰，有如上述之停止營業與勒令歇業，仍得併罰。

二、本號解釋據以審查的規範依據：一罪不二罰原則

[8] 本號解釋理由書第3段：「法治國一罪不二罰原則，禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰，此乃法治國法安定性、信賴保護原則及比例原則之具體展現。上述重複追究及處罰，原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，等同或類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用。」這是本號解釋據以審查的最主要規範依據：一罪不二罰原則。

（一）用語、指涉類型及意涵：與過去解釋之區別

[9] 先就用語而言，本號解釋所稱「一罪不二罰」原則，在過去的本院解釋中，曾有不同用語。本院釋字第638號[4]及第799號[5]解釋曾稱為

---

4 釋字第 638 號解釋理由書第 5 段：「至於補足股份成數，係屬行政法上之義務，不具裁罰性，與罰鍰為行政制裁之性質不同，相關法令如規定違反行政法上義務之人受處罰後，仍不能免除其義務之履行，尚不生違反**一事不二罰**原則問題。」（粗黑體為本席所加）

5 釋字第 799 號解釋理由書第 23 段：「強制治療制度如符合憲法明顯區隔之要求，即不生牴觸以犯罪之處罰為前提之罪刑法定或**一事不二罰**原則之問題。」

「一事不二罰」原則，釋字第604號、[6]第751號、[7]第754號[8]及第775號[9]解釋稱為「一行為不二罰」原則，釋字第490號[10]及第503號[11]解釋

（粗黑體為本席所加）

6 釋字第 604 號解釋文第 1 段：「…從而對此多次違規行為得予以多次處罰，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家**一行為不二罰**之原則，並無牴觸。」（粗黑體為本席所加）另同號解釋理由書第 1 段亦有相同文字。

7 釋字第 751 號解釋理由書第 1 段引用聲請人主張之「一行為不二罰」原則之用語，但並未據以為審查依據，而另以比例原則審查。參理由書第 11 段：「應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，…性質上究非審判機關依刑事審判程序所科處之刑罰。惟**應履行之負擔，…具有類似處罰之不利益效果**。從而國家對於人民一行為先後課以應履行之負擔及行政法之罰鍰，其對人民基本權造成不利益之整體效果，亦不應過度，以符比例原則之要求。」第 12 段：「系爭規定一允許作成緩起訴處分並命被告履行負擔後，仍得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，係立法者考量應履行之負擔，其目的及性質與刑罰不同，如逕予排除行政罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為言，其應受責難之評價即有不足，為重建法治秩序及促進公共利益，允許另得裁處罰鍰，…，並未違反比例原則，亦不涉及**一行為二罰**之問題。…」（粗黑體為本席所加）

8 釋字第 754 號解釋文：「最高行政法院 100 年度 5 月份第 2 次庭長法官聯席會議有關：『…進口人填具進口報單時，需分別填載進口稅、貨物稅及營業稅相關事項，向海關遞交，始完成進口稅、貨物稅及營業稅之申報，故實質上為 3 個申報行為，而非一行為。如未據實申報，致逃漏進口稅、貨物稅及營業稅，合於海關緝私條例第 37 條第 1 項第 4 款、貨物稅條例第 32 條第 10 款暨營業稅法第 51 條第 7 款規定者，應併合處罰，不生一行為不二罰之問題』之決議，與法治國**一行為不二罰**之原則並無牴觸。」（粗黑體為本席所加）另理由書第 4 段有類似文字。

9 釋字第 775 號解釋理由書第 15 段：「依上開系爭規定一法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5 年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法**一行為不二罰**原則之問題。」（粗黑體為本席所加）另解釋文第 1 段亦有類似文字。

10 釋字第 490 號解釋文認：依妨害兵役治罪條例處以刑罰後，另依兵役法施行法第 59 條免除禁役（即仍須續服未完成之兵役），「並不構成**一行為不得重複處罰**問題」（粗黑體為本席所加）（理由書第 2 段同旨）。

11 釋字第 503 號解釋理由書第 2 段認：「…**不得重複處罰**，乃現代民主法治國家之基本原則。…」（粗黑體為本席所加），因而宣告併處行為罰及漏稅罰之規定違反「不得重複處罰」原則違憲。

稱為「一行為不得重複處罰」原則，釋字第168號[12]及第775號[13]解釋則另使用「一事不再理」原則。本號解釋則是本院歷年解釋中首度使用「一罪不二罰」用語者。

[10] 上述「一事不二罰」、「一行為不二罰」、「一行為不得重複處罰」所描述之意涵，應該都相同，都是指對同一行為不得重複「處罰」，其規範對象多指向實體法層面的重複處罰。至於「一事不再理」似指不得重複審判（包括追訴、審問），係以程序法層面的重複審判為其規範對象。尤其是釋字第775號解釋同時使用「一行為不二罰」[14]原則及「一事不再理」[15]原則，前者用以審查就累犯之後罪應加重本刑至二分之一的刑法第47條第1項規定是否違憲，後者則用以審查刑事訴訟法第477條第1項有關累犯更定其刑之程序規定是否違憲，隱然可看出上述區別。本號解釋所使用的一罪不二罰原則，其保障範圍固然以上述實體法層面的禁止重複處罰為主，但似亦包括上述禁止重複追訴審判之程序面向。然由於本案屬於後述「刑法＋行政法」類型，因此本號解釋所承認之一罪不二罰原則程序保障範圍，如和典型的「刑法＋刑法」類型相比，就明顯較小且不完整。

---

12 釋字第 168 號解釋理由書：「按**一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。**已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，為同法第 303 條第 2 款所明定。…」（粗黑體為本席所加）按本件為統一解釋，並未明示一事不再理為憲法原則。

13 釋字第 775 號解釋理由書第 18 段：「…是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，**以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。**其已成為現代法治國普世公認之原則…。」第 19 段：「系爭規定二明定：『裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。』於裁判確定後，原裁判科刑程序業已終結，再依系爭規定二**重複進行同一犯罪行為之科刑程序**，其目的僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益，顯違憲法之**一事不再理**原則，應自本解釋公布之日起失其效力。」（粗黑體為本席所加）

14 參前註 9。

15 參前註 13。

[11] 就本院歷年相關解釋中「一事不二罰」或「一行為不二罰」原則所禁止的重複處罰而言，其所指向的實體法規定可分為下列幾種類型：

（1）刑法＋刑法：如釋字第 775 號解釋[16]認累犯後罪加重本刑規定「不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題」因而宣告合憲，釋字第 799 號解釋[17]宣告「刑罰」＋「刑後強制治療」之規定合憲；

（2）刑法＋行政法：如釋字第 751 號解釋[18]之「命應履行負擔之緩起訴處分」＋「罰鍰」（認前者並非刑罰，併處合憲）；

（3）行政法＋行政法：由於我國行政罰法所定之處罰種類眾多，至少可再分為

（a）「拘留」＋「罰鍰」，參行政罰法第 24 條第 3 項規定（禁止併處罰鍰），目前尚無解釋；

（b）「罰鍰」＋「罰鍰」：由單一行為所致者（參行政罰法第 24 條第 1 項規定），目前尚無解釋；屬多數行為類型者，如釋字第 604 號解釋[19]之多次違規行為之多次罰鍰（合憲）、釋字第 754 號解釋[20]之併處三種漏稅罰（合憲）；

（c）「罰鍰」＋「其他種類行政罰」，參行政罰法第 24 條第 2 項規定（得併罰），目前也無相關解釋；

（d）「罰鍰」＋「命履行行政法上義務」，如釋字第 638 號解釋[21]之罰鍰加「補足股份成數」（合憲）；

（e）「其他種類行政罰」＋「其他種類行政罰」，參行政罰法第 31 條第 3 項規定（處罰種類相同者，不得併罰）

16 參前註 9。
17 參前註 5。
18 參前註 7。
19 參前註 6。
20 參前註 8。
21 參前註 4。

等不同類型。上述（a）、（c）、（e）類型，目前尚無解釋。不過，值得注意的是：上述解釋雖有提及「一行為不二罰」原則等相關用語，但似乎籠統指涉上述三大類型。其審查結果也都是合憲，在理由部分，除釋字第604號及第754號解釋是認為並非同一行為，而是多次行為，故得併罰外，其他都是「不生」違反此原則的合憲結論，從而也沒有進一步闡明其實體保障的內涵，遑論程序保障面向。至於單純涉及程序保障層面者，則僅有釋字第775號解釋適用「一事不再理」原則，宣告刑事訴訟法有關累犯更定其刑部分之規定違憲。

[12] 本件聲請案所涉及的類型為上述（2）刑法＋行政法，與釋字第751號解釋看似為同一類型。但本號解釋是典型的併處刑罰與罰鍰之類型，而釋字第751號解釋則認為緩起訴處分所命履行之負擔，「並非刑法所定之刑罰種類，而係檢察官本於終結偵查之權限，…經被告同意後，命其履行之事項」，從而認為系爭併處規定「不涉及一行為二罰之問題」。[22]以結論而言，釋字第751號解釋的類型反而還比較接近上述（3）「刑法＋行政法」之（d）「罰鍰」＋「命履行行政法上義務」類型，只是釋字第751號解釋並未進一步明白說明上述檢察官本於權限命被告履行之事項，是否就是課以被告行政法上義務，而含糊帶過。

[13] 就用語而言，本號解釋是採用「一罪不二罰」用語之第一號解釋，而未使用過去常用的「一事不二罰」、「一行為不二罰」或「一行為不得重複處罰」。以結論來說，本號解釋應該是以違反一罪不二罰（或類似概念之一行為不二罰）原則為由，宣告併處罰鍰規定違憲之第一件解釋。本席認為：本號解釋既稱為「一罪不二罰」，其所指涉或涵蓋的類型顯然是以上述（1）刑法＋刑法為主，附帶或例外才會涵蓋（2）刑法＋行政法的少數類型，且有意排除（3）行政法＋行政法之類型，因為此時系爭行為不會受到刑法評價。就上述（1）及（2）類型所涉之一罪不二罰，確屬憲法層次的保障。至於上述（3）類型所

22 參前註 7。

涉併罰問題，或可繼續使用「一行為不二罰」，但縱認有此原則，如行政罰法第24條規定，然就其是否屬憲法原則，或僅屬立法政策之選擇，本號解釋則延續釋字第751號解釋之沈默立場，有意與之保持距離而未正面闡述，甚可理解為不承認其當然屬憲法原則，否則就不會故意使用「一罪不二罰」，而非「一行為不二罰」之用語。[23]至於本院未來是否會繼續使用「一事不二罰」或「一行為不二罰」之用語，則有待繼續觀察。

[14] 本號解釋所稱「一罪不二罰」之核心概念或意涵，係指：同一行為僅受一次刑事追訴或處罰。上述（1）及少數（2）類型的一行為必會構成犯罪行為，如優先依刑事程序處理，則其第一個處罰也會是刑罰，因此有爭議的是得否就同一行為啟動第二次程序或併處第二個處罰。就此，本號解釋顯然認為：如果第二個處罰也是刑事法規定之刑罰、或是對「與刑罰相若之『輕罪』行為」之罰鍰（參本號解釋理由書第4段），即應禁止。至於是否有得併處兩種刑罰（或刑罰＋準刑罰之罰鍰）之例外情形，本號解釋對此並未明示立場。

[15] 再者，除實體保障層面的禁止重複處罰外，本號解釋所依據的一罪不二罰原則是否也有禁止重複開啟第二次追訴程序之程序保障效果？如亦應禁止，其啟動要件（第一次程序結果）及所禁止之第二次程序範圍為何？特別是在本案所涉之「刑法＋行政法」類型，於處以刑罰後，是否得再開啟社維法之處罰程序，只要最後仍不得併處罰鍰即可（即僅有禁止重複處罰之實體保障）？又如第一次刑事程序結果是無罪判決確定，雖不致發生實體上的重複處罰，但在程序上，是否

[23] 如果是對同一違法行政法義務之行為，依同一規定反覆處以多次罰鍰，例如對同一次超速行為，先後有 3 名警察人員各開 1 張罰單。此種情形之重複處罰，不論是使用「一行為不二罰」原則或運用「比例原則」為審查依據，應該都是憲法所禁止者。但這種情形在實務上較為少見，恐怕也不是學理上所稱「一行為不二罰」原則之主要適用情形。在「行政法＋行政法」的併罰類型，多半是一行為違反數個不同的行政法義務，而依不同規定予以多個處罰。後者是否為憲法所當然禁止，本席持保留態度，並傾向認為應屬立法裁量範圍。

仍應禁止開啟第二次的社維法處罰程序，以處拘留、罰鍰或其他種類行政罰（如停止營業、勒令歇業、申誡等）？亦未清楚說明。

（二）尚待釐清的問題

[16] 就本號解釋所稱之一罪不二罰原則而言，本席認為仍有以下幾個問題需要釐清或檢討，也應進一步發展出更細緻且具有操作性的具體標準（包括例外情形）。這也是本席就本號解釋之理由部分，認應補充或有不同看法之處。又以下討論，係以上述（1）「刑法＋刑法」類型為主要脈絡及參考架構。至於一罪不二罰原則如例外適用於（2）「刑法＋行政法」類型，其所涉及的實體和程序保障內涵，則會有所不同，

1 何謂「同一行為」？

[17] 第一個問題是：何謂同一行為？這是一罪不二罰原則的要件面之主要問題。由於我國憲法並未如美國憲法第5增補條文明文規定以「同一犯罪行為」（the same offence）為要件，而禁止雙重危險（double jeopardy）（與本號解釋所稱一罪不二罰原則應為類似概念），乃係由本院解釋、法院判決及學說逐步發展出一罪不二罰原則（或類似之一行為不二罰原則等）的各項要件及效果，並多半以「同一行為」為準，本號解釋亦然。然所謂同一行為，究指自然意義的同一行為？或源自同一事件的（非持續）行為？是否限於全部構成要件均相同者始為同一行為？或構成要件部分相同者即得為同一行為？或使用相同證據者始得為同一行為？這是相當複雜的困難問題，恐怕無法期待僅採上述其中一個標準就足以解決所有爭議，反而須有主要判準及次要判準，並同時承認原則上保障範圍及各種例外情形，才是比較務實的作法。[24]就此問題，本號解釋並未清楚闡述或提供有效判準。[25]

---

[24] 關於美國法之分析及對我國法之建議，參王兆鵬，一事不再理，臺北：元照，頁 1-65（2008）。

[25] 釋字第 503 號解釋原因案件所處罰之行為，係持續違規停車行為（例如持續停車 8 小時），表面上看似同一違規停車行為，只是持續停車時間較長。然該號解釋認為立法者得授權主管機關每隔一定時間（如 2 小時）後連續舉發，

[18] 按本件聲請有兩件原因案件，其中一件的刑事部分已經檢察官不起訴處分確定，就這件所涉爭點而言，應該是第一次程序的不起訴處分能否啟動一罪不二罰原則，而封殺另依社維法處以罰鍰之第二次程序？這比較是後述何謂二罰或程序保障面向的問題，而非如何認定同一行為之問題。然另一件原因案件之刑事部分則涉及刑法第185-3條第1項第3款之不能安全駕駛罪，其罰鍰部分則涉及社維法第66條規定之「吸食或施打煙毒或麻醉藥品以外之迷幻物品」（本案為笑氣）。前者處罰之行為除吸食笑氣外，另有駕駛之行為。社維法則係處罰單純吸食笑氣之行為，上述兩個法律所處罰的行為是否當然算是同一行為，有如前述，其實是有討論餘地的。就上述第二件原因案件而言，雖然本號解釋宣告社維法第38條但書關於併處罰鍰部分之規定違憲，然聲請法官依本解釋意旨續行審理繫屬中之第二件原因案件時，恐怕還是要先認定「吸食笑氣」和「吸食笑氣＋駕駛」是否為同一行為，並說明其理由。

2 何謂「二罰」？

[19] 第二個問題是：何謂二罰？這是一罪不二罰原則的效果面問題，亦即應被排除的第二個處罰為何？在此先討論實體面的重複處罰，至於程序面的重複審判，則於後述第三個問題中討論（參本意見書第[22]至[30]段）。首先，一罪不二罰原則所要排除的第二次刑罰，除刑法第33條所定之5種主刑外，是否也當然包括從刑（刑法第36條所定之褫奪公權）、沒收（刑法第五章之一）及各種保安處分（參刑法第86至95條及其他特別刑法規定）等刑事制裁？上述從刑和沒收，一般均認為得併處，似乎較無爭議。然於主刑之外另外宣告之各種保安處分，則有很大爭議。本號解釋對此問題，也是保持沈默，並未明示立場或提供一般性的判準。

因此是對多次行為之個別處罰，而非對同一行為之重複處罰。該號解釋所定性之「同一行為」，應該不會是自然意義的一行為，而有考量構成要件的要素，然仍沒有提出正面的判準。

[20] 與此爭點最密切相關的本院解釋應該就是釋字第799號解釋，其主要爭點之一就是刑罰與（刑後）強制治療得否併處？就此，釋字第799號解釋認強制治療並非刑罰，故得併處，理由是：「強制治療本質上應為一種由專業人員主導實施之治療程序，……而非對受治療者之刑事處罰。……強制治療制度之具體形成，……整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。強制治療制度如符合憲法明顯區隔之要求，即不生牴觸以犯罪之處罰為前提之罪刑法定或一事不二罰原則之問題。」（理由書第23段）由於釋字第799號解釋同時審查刑法第91條之1第2項前段及性侵害犯罪防治法第22條之1所規定之刑後強制治療，前者確屬保安處分，後者則由主管機關自己宣稱是民事監護處分，然兩者均經釋字第799號解釋認證為「治療」，而非「刑罰」，且認強制治療與刑罰在目前仍有明顯區隔，因此不違反一事不二罰（即本號解釋所稱之一罪不二罰）原則。故如依釋字第799號解釋之上述立場，即使是完全剝奪人身自由的監禁式保安處分也不是刑罰，而得與刑罰併處，亦不致違反本號解釋所稱之一罪不二罰原則。

[21] 對此，本席認為：此等監禁式保安處分（如強制治療等），其主要目的之一係為預防犯罪，且其對人身自由之限制程度（效果），不論是在規範上或實務運作上，亦均與徒刑無異，並無明顯區隔，自屬刑事制裁，應不得與形罰併處（參釋字第799號解釋本席部分不同意見書第[5]至[18]段）。至於限制人身自由程度明顯較低之其他種類保安處分，如保護管束、對外國人之驅逐出境等，因屬徒刑或各類監禁式保安處分之替代，或兼屬國家行使領域主權及對人主權之管制行為，應得與刑罰併處。因此保安處分是否均屬刑罰，而必然受到一罪不二罰原則之拘束或不受其拘束，恐怕也難以一概而論。

3 一罪不二罰原則之程序保障範圍

[22] 第三個問題是：一罪不二罰原則除了禁止「實體上的重複處罰」外，是否也同時禁止「程序上的重複追訴、審判」？這又涉及兩個問題：（1）何時啟動此項程序保障？是要到法院判決確定，才算已有

第一次處罰程序？又所謂判決確定，除有罪判決外，是否也包括無罪或免訴判決確定？或只要法院開始實體審理就啟動，不管最終是判決有罪（包括科刑、免刑或緩刑）或無罪、免訴確定？還是檢察官偵查終結而有起訴、不起訴或緩起訴處分等，就算已有第一次程序？甚至是檢察官開始偵查就算（最後這個最不可能）？（2）所禁止的第二次(重複)程序僅指法院實體審理程序，而檢察官仍得偵查甚至起訴？或連偵查、起訴都不可以？本席認為：第一次和第二次程序所指範圍可以不一樣。

[23] 就禁止程序上之重複追訴、審判而言，釋字第775號解釋曾將之稱為「一事不再理」，而將「一行為不二罰」（即本號解釋所稱之「一罪不二罰」）用於禁止實體上之重複處罰。釋字第775號解釋認：「…是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為**重複追訴、審問、處罰**，以避免人民因同一行為而遭受**重複審問處罰**之危險（即禁止雙重危險）、防止**重複審判**帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。…」（釋字第775號解釋理由書第18段，粗黑體為本席所加）就上述（1）第一次處罰程序指涉範圍而言，釋字第775號解釋僅提到「判決確定後」就應啟動禁止重複追訴審判之程序保障，以「確保判決之終局性」，應該不是採上述「法院開始實體審理」之啟動要件。至於就上述（2）之第二次程序而言，上述理由同時使用了看似雷同的「重複追訴、審問、處罰」、「重複審問處罰」及「重複審判」三個概念。假使先將「重複處罰」部分排除，該號解釋所禁止的程序上重複追訴審判，究竟是指自始禁止重複追訴（偵查起訴），因此當然也不會有後續的審判？還是不禁止第二次追訴，而只禁止法院之實體審判？釋字第775號解釋對此仍嫌語焉不詳。

[24] 以我國之比較法研究經常參考的幾個主要國家，如美國、[26]德

[26] 參美國憲法增補條文第 5 條：“…nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb;…”一般稱為：禁止雙重危險

國、[27]日本[28]等國憲法或國際人權公約，[29]其所定之「禁止雙重危險」或「一事不再理」原則（相當於本號解釋所稱一罪不二罰原則），在解釋上，就上述「刑法＋刑法」類型，都會同時包括程序面向的禁止重複追訴審判，而不限於禁止重複處罰之實體保障。故即使第一次程序結果是無罪判決，只要法院曾開始實體審理，被告就已經歷一次之刑事追訴審判，如再對同一行為進行第二次追訴審判，這就是雙重危險，而應受到一罪不二罰原則之拘束。屬於啟動要件之第一次程序通常是以法院開始實體審理為準，屬於效果面之第二次程序則包括刑事追訴（偵查起訴）及審判，以防止程序上的雙重危險。惟需注意各國實務上多另有許多例外，於此不一一贅述。

[25] 換言之，禁止重複處罰之實體保障必然要搭配禁止重複追訴審判之程序保障，才算完整。因為刑事偵查、起訴、審判程序本身就會對被告心理、時間、經濟等造成多重不利益，甚至對人身自由、隱私權等產生重大不利益（如羈押、搜索等），並不是一定要等到真有第二次（實體上）處罰才算有雙重危險。一罪不二罰原則如只有實體保障的面向，則只要法院的第一次程序最後是判決無罪或免訴，即無第一次實體處罰可言。從而國家如就同一行為再度起訴、審判，並判決有罪，第二次程序的有罪判決仍然不會構成實體上的重複處罰而違憲。但在第一次程序之無罪或免訴判決確定前，被告早已承受偵查、起訴、審判程序所常見甚至無法避免的種種不利益，包括再次搜索、羈押等強制處分、到庭接受審問、媒體報導或騷擾等，以及未來受有罪判決之實體危險。故此等程序上的雙重不利益，也應為憲法一罪不二

（double jeopardy）。

27 參德國基本法第 103 條第 3 項。

28 參日本國憲法第 39 條。

29 參公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 14 條第 7 項、歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）第 7 號議定書第 4 條第 1 項、歐洲聯盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）第 50 條。

罰原則所禁止。

[26] 就「刑法＋刑法」類型而言，本席認為：屬於要件面的第一次程序應以「經法院實體審理」為準，故有罪（含科刑、免刑、緩刑）或無罪、免訴[30]判決，在原則上[31]都納入一罪不二罰原則之啟動要件，而可據以封殺第二次的刑事追訴或審判。[32]如果是法院之不受理判決，[33]因未經實體審判，則不會啟動一罪不二罰原則。至於屬於效果面的第二次程序，原則上應同時包括法院審判及檢察官追訴，然有其例外（如再審、非常上訴等）。概括的說，第二次程序的指涉範圍可能會比第一次程序的指涉範圍更廣，而未必是一定相同。

[27] 值得進一步討論的是：如果第一次程序結果為檢察官之不起訴或緩起訴處分等，因尚未「經法院實體審理」，故仍不會啟動一罪不二罰原則。由於刑事訴訟法就具有實質確定力之不起訴或緩起訴處分，原則上也禁止檢察官為第二次刑事偵查起訴，[34]因此也不至於有後續

---

30 免訴判決能否啟動一罪不二罰原則中禁止重複審判的程序保障，或仍有討論餘地。本席目前傾向認為免訴判決仍屬有經法院實體審判之判決，因此應納入啟動要件。參刑事訴訟法第 302 條：「案件有左列情形之一者，應諭知免訴之判決：一、曾經判決確定者。二、時效已完成者。三、曾經大赦者。四、犯罪後之法律已廢止其刑罰者。」

31 既稱原則上，當然就會有例外，例如被告賄賂法官而獲無罪判決等情形。雖然此部分很重要，因與本案無直接關係，並限於本席之能力，就留給承擔個案審判重責的法院及追求完美概念或規範內涵的學者們去努力。

32 *See* Serfass v. United States, 420 U.S. 377, 388-393 (1975); Ohio v. United States, 467 U.S. 493, 498 (1984); Notes, Double Jeopardy, 49 ANN. REV. CRIM. Proc. 545, 548-549 (2020).

33 刑事訴訟法第 303 條：「案件有下列情形之一者，應諭知不受理之判決：一、起訴之程序違背規定者。二、已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者。三、告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者。四、曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，而違背第二百六十條之規定再行起訴者。五、被告死亡或為被告之法人已不存續者。六、對於被告無審判權者。七、依第八條之規定不得為審判者。」

34 參刑事訴訟法第 260 條：「不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對於同一案件再行起訴：一、發現新事實或新證據者。二、有第 420 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款或第 5 款所定得為再審原因之情形者。」

之刑事法院審判。故即使認為不起訴或緩起訴處分因尚未「經法院實體審理」，因此並非足以啟動程序保障的第一次程序結果，亦不致產生程序上的雙重危險。

[28] 以上是就一罪不二罰原則於「刑法＋刑法」類型之適用而言，至於就本案所涉及的「刑法＋行政法（社維法）」類型，本號解釋亦認有一罪不二罰原則之適用：「…其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經**有罪判決確定**者，構成重複處罰…」（粗黑體為本席所加）（另理由書第4段也有類似文字），顯然是以第一次程序的結果是「有罪判決確定」（包括科刑、免刑或緩刑）為要件，始禁止實體上之重複處罰。按免刑判決係屬成立犯罪之情形，[35]而非無罪判決。[36]又依刑法第74條規定，緩刑之宣告係以「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告」為要件之一，因此緩刑判決仍是有罪判決。故免刑、緩刑判決，與科刑判決類似，均屬有罪判決，本號解釋認其等都有一罪不二罰原則之適用，本席敬表贊成。

[29] 雖然在「刑法＋刑法」類型，只要於第一次程序中已經法院實體審理，應就足以啟動一罪不二罰原則之適用。然就本案所涉及的「刑法＋行政法（社維法）」類型而言，本席則也贊成本號解釋之限縮啟動要件於「經有罪判決確定」。理由是：以有罪判決確定為啟動要件，已經足以保障被告不會受到實體上的重複處罰（即併處社維法罰鍰）。在解釋上，既然禁止另依社維法為實體上之重複處罰，自也不應再啟動社維法的處罰程序，從而仍有部分之程序保障。反之，如第一次程序結果是無罪或免訴判決確定，雖已經法院實體審理，然由於刑事訴訟程序要求的證據標準、舉證程度相對嚴格，而社維法所要求

35 參刑事訴訟法 299 條第 1 項：「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。但免除其刑者，應諭知免刑之判決。」似乎是將免刑判決列為有罪判決，只是免除其刑。於被告成立正當防衛或緊急避難之情形，應無本條之適用。

36 法院如認定行為人成立刑法第 23 條之正當防衛或同法第 24 條之緊急避難，係於主文中直接諭知無罪，而非認定犯罪成立後再免除其刑，與上述免刑判決明顯不同。故本號解釋所稱之免刑判決，應不包括上述兩種情形。

的證明程度多半較低，因此是有可能出現在刑事程序因證據不足而無法判決有罪，但依相同證據仍足以認定有違反社維法之行為。此時如因已有無罪判決，就絕對排除第二次的社維法裁處程序及處罰（如拘留或罰鍰），則可能會淘空社維法所追求的規範目的及效果。又刑事訴訟的程序規範密度較高，對被告權益之限制也明顯較強，而社維法所定之雙軌程序，不論是先由警察裁處，再向法院聲明異議以資救濟，或直接由法院裁處，再以抗告救濟，兩者的規範密度明顯較低，其對行為人所課予之程序不利益也相對較小。故未必能將社維法程序當然擬制或想像成刑事訴訟程序，而認兩種程序之併行必會對同一行為人造成雙重（刑事程序）危險。因此本席認為可以支持本號解釋立場，於第一次程序結果並非有罪判決時（如無罪、免訴判決），主管機關仍得依社維法追究並處以罰鍰。為免誤解，本席在此要再強調三次：上述無罪判決後仍容許重複追究的例外，在「刑法＋刑法」類型不適用、不適用、不適用！

[30] 這是被告權益和社會秩序間的衡平問題，一罪不二罰原則的適用範圍越寬廣，對被告的保障就越大，而減損社會秩序的維護；反之，如一罪不二罰原則的適用範圍越窄，被告權益就會受到較大的限制，然社會秩序則可獲得更有大的維護。就此等衝突及兩難之衡平，恐怕無法僅講究憲法原則的抽象解釋，而須由下而上，老老實實的就各種可能之案例類型，一一決定。

（三）本號解釋與行政罰法第 26 條的連動關係

[31] 雖然本號解釋之審查標的僅限於社維法所定罰鍰之併處，而不包括社維法以外之其他行政法規所定罰鍰之得否併處，然如適用本號解釋有關一罪不二罰原則之立場，並用以檢視行政罰法第26條第2項之併處規定：「前項行為如經不起訴處分、緩起訴處分確定或為無罪、免訴、不受理、不付審理、不付保護處分、免刑、緩刑之裁判確定者，得依違反行政法上義務規定裁處之。」本席認為：該條項有關得併處其他種類行政罰部分，本即無一罪不二罰原則之適用。至於併處罰鍰

部分，如認社維法以外之行政法規所定罰鍰與刑罰間，僅有量的差別，而非質的差別，則上述第26條第2項規定就經免刑、緩刑之裁判確定者仍得併處罰鍰之部分，就會違反一罪不二罰原則而違憲，因為此項立法已經限縮了本號解釋所稱一罪不二罰原則之保障範圍。

[32] 反之，如僅先認社維法之罰鍰屬刑罰性質之處罰，至於社維法以外之其他行政法規所定罰鍰，在原則上並非刑罰性質之處罰（但不排除個別認定具有刑罰性質之少數例外情形），則先處刑罰後再處此種罰鍰，或於刑事審判程序後另啟動行政罰鍰程序，均不生或不涉及本號解釋所稱一罪不二罰原則。依照後者立場，雖然行政罰法第26條第2項規定即使第一次程序結果是免刑、緩刑判決，但仍得併處罰鍰，然這仍是立法政策的選擇，在原則上也不致違憲。至於是否會另外違反比例原則等其他憲法原則，則屬另一問題。這也是本席目前之立場。

三、結論

[33] 一罪不二罰原則是很具理想性的規範要求，但其實際適用及落實所涉及的問題則很複雜，且原則之外的例外情形恐怕更需要仔細研究。本席對於這個先前較少涉足的憲法問題，實感戒慎恐懼。總結上述，本席僅建議：先以「刑法＋刑法」類型作為一罪不二罰原則的核心適用範圍及最主要參考座標，去發展其實體及程序保障面向的各項具體內涵及認定標準。至於本案所涉及的「刑法＋行政法」類型，應屬一罪不二罰原則之延伸適用範圍，原則上是可（也應）沿用「刑法＋刑法」核心類型所已發展出來的各項判準，但必然會有不同（指保障程度較低）。至於「行政法＋行政法」類型，是否需要及在如何範圍內禁止重複審判或處罰，本席認為這在原則上屬立法形成自由，尚非憲法原則之必然保障，[37]就留給立法者和學者去傷腦筋吧。

---

[37] 「行政法＋行政法」類型之重複審判或處罰，於特殊情形，仍可能會違憲，參前註 23。

協同意見書　　楊惠欽大法官　提出

本號解釋針對社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條但書規定中，就同一行為，於已受刑事處罰確定，仍得依同法處以罰鍰部分之規定，認為有構成重複處罰之違憲結論，本席敬表贊同，惟社維法第 38 條係規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」（下稱系爭規定），依此規定，關於違反社維法之行為，雖應移依刑事法律規定辦理，但仍得依社維法處以罰鍰，換言之，系爭規定係容許就同一違反社維法之行為，分別為刑事罰及處以罰鍰，本號解釋多數意見乃以一罪不二罰原則，作為本號解釋之解釋原則，並為系爭規定部分違憲之宣告，尚非以一行為不二罰原則處理之。而在本號解釋針對同一行為依社維法之罰鍰與刑事罰競合間肯認不二罰原則之適用下，則基於前所述系爭規定僅是為應移依刑事法律規定辦理，及仍得依社維法處以罰鍰之規範內容，本號解釋所稱禁止一罪不二罰之「二罰」，其中一為罰鍰，固甚明白，但另所指「移依刑事法律規定辦理」之「罰」，即本意見書於前開敘述上所泛稱之刑事罰究何所指？

對此問題，本號解釋多數意見指明係「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」者，雖未敘明具體之理由，但本席認或可自下述問題之思考中得其脈絡，並就多數意見將系爭規定重複處罰之違憲範圍界定為「有罪判決確定」部分，認理由尚有補充及不同之處，爰提出協同意見。

壹、系爭規定並非典型刑罰與刑罰競合之規範

一罪不二罰，依其文義即知核屬刑事罰領域之概念，即禁止刑罰之重複處罰（刑罰＋刑罰）。刑罰之一罪不二罰原則，係基於法治國之法安定性、信賴保護及比例原則之考量，認其屬憲法原則，較無爭議，從而本號解釋以之作為解釋原則，其理由亦不難理解。惟本號解釋多數意見，以構成重複處罰禁止之觀點，指明系爭規定所稱「應移

依刑事法律規定辦理」，須其結果除已受刑事法律追訴外，尚須經有罪判決確定者，始屬本號解釋所稱禁止一罪不二罰之範圍，並未詳述理由。而若自一罪不二罰原則係可就重複處罰所致之不利益，分從訴訟程序面向及實體面向，加以觀察一罪不二罰之原因，則自多數意見未將與有罪判決同具實體確定力之無罪判決併列，本席揣測多數意見似係自一罪不二罰之實體面觀點審究系爭規定所涉禁止重複處罰之範圍。但多數意見若係以實體上之重複不利益作為界定系爭規定所涉一罪不二罰範圍之標準，則無罪判決即應不在系爭規定一罪不二罰之列，然多數意見卻又於解釋理由中，特別予以敘明「無罪判決確定後得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍」，似又在界定系爭規定所涉一罪不二罰範圍之標準，可能加入訴訟程序面向重複不利益之考量。

實則，一罪不二罰原則於典型刑罰與刑罰競合之情形，因個案係循刑事訴訟程序進行，而基於刑事訴訟程序會使人民暴露於公開審判程序，為保護被告免於一再受訴訟程序之消耗與折磨，防止其因重複審判帶來之痛苦，並確保判決之終局性（本院釋字第 775 號解釋參照）等觀點，而著重於一罪不二罰原則內涵中之法安定性原則，我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款、第 303 條第 2 款規定之一事不再理原則即屬之。

惟系爭規定並非典型之刑罰與刑罰之競合，而係刑罰與罰鍰之競合。雖本號解釋多數意見以社維法第三編分則規範之違法行為係包含輕罪行為，並所為量罰審酌事項同刑法規定，且該法又明文為準用刑事訴訟法之規定等由，進而採一罪不二罰作為解釋原則。然觀本號解釋爭執所在之社維法，依社維法第 43 條及第 45 條規定，社維法關於「罰鍰」之處罰，除警察機關認違反社維法之行為應裁處拘留，然經移送該管法院簡易庭後，卻遭法院裁處罰鍰之情形外，罰鍰均係由警察機關作成處分書裁處之，而警察機關之此等處分，本基於大量行政而具有行政效能考量，且即便係由法院簡易庭進行罰鍰之裁處，因其

係以裁定形式為之，仍係著重於處理效能及程序經濟，與刑事訴訟作成實體判決之嚴格程序要求明顯有別（社維法第 46 條及法院辦理社會秩序維護法案件應行注意事項第 4 點、第 5 點參照），雖另明文為刑事訴訟法相關規定之準用，然所須準用者亦多係涉及事實認定之相關規定（地方法院與警察機關處理違反社會秩序維護法案件聯繫辦法第 4 條規定參照），亦即社維法所規範罰鍰裁處程序之本質及要求，核與適用刑事訴訟法之刑事實體判決程序係有相當差異，則於此等規範背景下，系爭規定禁止重複處罰之刑罰範圍，實難再依禁止典型刑罰與刑罰競合之一事不再理原則決定之。

貳、我國之刑事程序並未就違反社維法之行為進行審究

基於系爭規定所採刑事優先原則，警察機關於查獲違反社維法之行為，又涉嫌違反刑事法律時，於移送檢察官後，不論是檢察官之偵查或起訴後之法院審判，法律並未要求應就違反社維法之行為一併審究，而與德國違反秩序法要求於檢察官對犯罪行為作出不起訴處分時，須將違反秩序行為移送行政機關裁處，若檢察官起訴，法院則需將起訴標的（含秩序違反行為）作出完整之法律評價，即要將秩序違反法之觀點一併納入審理基準（德國秩序違反法第 82 條第 1 項參照）[1]之方式，顯然有別。

爰另舉以下實例，具體觀察系爭規定所禁止重複處罰之刑罰範圍，若從程序面觀察，其呈現之問題點。

【實例】

甲遭警察機關查獲，認其因吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物後開車，且已達不能安全駕駛之程度，而遭依涉嫌違反刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款規定，移送檢察官，惟嗣後經法院以甲雖有吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物，但並未達不能安全駕駛之程度為由，判決甲無罪確定。

---

1 許澤天，刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則，台灣法學雜誌，261 期，2014 年 12 月，頁 118。

觀此無罪判決，縱其已為甲有吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物之事實認定，但因此等行為並非得以刑事處罰之行為，而法院又未能就該違反社維法第 66 條第 1 款規定之行為進行審究，故僅能為無罪判決。則該違反社維法之行為，於一罪不二罰原則係採程序面觀察時，將因該優先之刑事罰係屬具實體確定力之無罪判決，基於一事不再理原則，警察機關即可能不得依社維法第 66 條第 1 款規定處以罰鍰（如認二者係屬同一行為）。反之，若甲僅是吸食煙毒及麻醉藥品以外之迷幻物，但並未開車，則其係會遭依違反社維法第 66 條第 1 款規定裁處。

從而，雖一罪不二罰係屬刑事罰體系之概念，且本號解釋多數意見亦認社維法所為之處罰具有刑罰之實質，則依循典型刑罰與刑罰競合之一事不再理原則，處理禁止重複處罰之刑罰內涵，似亦順理成章，然除基於前已述之社維法罰鍰裁處程序，刑事司法程序本於法安定性原則所為之一事不再理考量，其意義係難以彰顯外，在我國法制係採刑事優先之立法[2]，又未於優先之刑事程序要求應一併對違反社違法行為予以評價之情況下，本號解釋標的之刑罰與社維法之罰鍰競合，關於禁止重複處罰之刑罰內涵，自應從實體面予以審究。

參、關於系爭規定所禁止重複處罰之刑事罰，本號解釋所界定內涵之思考

對於如何認定刑罰與社維法之罰鍰是否構成重複處罰之刑罰內涵，多數意見所採應從實體面觀察之觀點，本席雖敬表贊成，然就其未具理由即為「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」之界定部分，則難以同意。

蓋刑罰與罰鍰究屬量或質的差異，雖存有學理上之爭議，然自目前應屬通說之量的差異觀點出發，則不論是採一罪不二罰之實體觀點，並著重比例原則之審查，或僅據比例原則進行審查，多數意見所採「已受刑事法律追訴並經有罪判決確定」之內涵，本席認為固然是

[2] 此處為刑罰優先之說明，並非認刑罰優先係憲法原則，而係為聚焦爭點。

其中之一種選項，但並非是唯一選項，如行政罰法第 26 條第 2 項即有未盡相同之內涵規定。

申言之，一罪不二罰所稱之一罪實係指一（犯罪）行為，則二罰所稱之「罰」，因刑事處罰之內涵係包含「罪」與「罰」，本號解釋多數意見所指之「有罪判決」即係由「罪」出發，其內涵係包含科刑、免刑及緩刑判決，即有罪判決係包含未予以實際處罰者，而行政罰法第 26 條第 2 項將免刑及緩刑亦排除於禁止不二罰範圍，觀其立法理由所稱：「第 1 項行為如經免刑或緩刑之裁判確定，因法院為免刑或緩刑宣告所斟酌者，係情節輕微、自首、難以苛責、行為人年紀尚輕而給予自新機會或維護親屬間家庭和諧關係等因素，無庸斟酌行為人所違反行政法上義務規定之立法目的。故為兼顧該等法律立法目的之達成，並考量經免刑或緩刑裁判確定者，未依刑事法律予以處罰，與緩起訴處分確定者同，為求衡平，爰於第 2 項增訂……」並徵諸前述德國秩序違反法規定，本席認行政罰法第 26 條之不二罰範圍界限係著重以實體上之「罰」為標準[3]。換言之，不二罰之「罰」究應從「罪」之觀點或「罰」之觀點為比例原則之衡量，係有不同之論點，其間甚或不排除係存有立法裁量空間。惟多數意見未具理由而為有別於行政罰法第 26 條第 2 項規定之界定，則論理上或得以社維法之處罰，因本號解釋係定性其具刑罰實質，是就禁止重複處罰之刑罰內涵為不同界定，其射程範圍並不及於屬規範刑罰與行政罰罰鍰之行政罰法第 26 條之方式理解之。

[3] 依行政罰法第 26 條第 1 項之立法理由，本席認其應係採刑罰與罰鍰（行政罰）係量的區別說，且依行政罰法第 26 條第 2 項規定於 110 年 11 月 23 日之修正理由，本席認其係基於我國刑事罰之相關規範，為避免違反行政法上義務之行為，於刑事程序未能受到評價之問題而為，具有自「罰」之觀點進行比例原則衡酌之意旨。

部分不同意見書　　許志雄大法官　提出

一、社會秩序維護法（下稱社維法）第 38 條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處停止營業、勒令歇業、罰鍰或沒入之部分，仍依本法規定處罰。」本號解釋宣告：「其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。」本席同意，該條但書關於處罰鍰部分之規定構成違憲，但認違憲理由應在於違反比例原則，而非多數意見所稱違反法治國一罪不二罰原則，且本號解釋於運作一罪不二罰原則時出現缺失，不容忽視，爰提出部分不同意見書。

二、本件係因地方法院法官審理違反社維法案件，認應適用之社維法第 38 條但書關於應處罰鍰部分之規定，使行為人同一行為同時涉嫌違反社維法及刑事法律者，除應移送檢察官依刑事法律規定辦理外，仍得依社維法處以罰鍰，違反一行為不二罰原則，有違憲疑義而聲請解釋。聲請人所為違憲之主張，理由在於該規定違反一行為不二罰原則。惟多數意見以「一罪不二罰」取代「一行為不二罰」，作為審查原則。原因何在，多數意見並未敘明。本席認為，無論其本意為何，就未採所謂一行為不二罰原則一點而言，應屬正確。

我國釋憲實務上，一行為不二罰原則之用語首見於本院釋字第 604 號解釋，其後復出現於釋字第 751 號、第 754 號及第 775 號解釋中。惟各該解釋皆僅從消極面宣示系爭規定不生一行為不二罰之問題，與法治國一行為不二罰原則並無牴觸，至於一行為不二罰之意涵及適用範圍，則未曾論述。所謂不二罰，究指何種處罰不二罰，有待推敲。具體言之，釋字第 604 號及第 754 號解釋涉及行政罰間之不二罰；釋字第 775 號解釋涉及刑罰間之不二罰；釋字第 751 號解釋認緩起訴應履行之負擔，並非刑法所定之刑罰種類，與罰鍰間不涉及一行

為二罰之問題；本件依聲請人之主張，則係行政罰與刑罰間之不二罰問題。由此可見，於釋憲實務不二罰之範圍甚廣，除行政罰之間外，尚包含刑罰之間，乃至行政罰與刑罰間之不二罰。理論上，懲戒罰與其他各種處罰間亦可能發生不二罰問題。然各法律之處罰規定，其立法目的、性質、構成要件、處罰種類及效果通常不同，若一律嚴格要求僅能擇一處罰，不得併罰，顯有不合理之處。因此，憲法上有無一個普遍性之一行為不二罰原則，本席殊表懷疑，業於釋字第 754 號解釋協同意見書詳予指陳，茲不贅述。附帶一言，本院解釋亦曾使用「一事不二罰」一語（釋字第 638 號、第 662 號及第 799 號解釋參照），其蘊含之問題與一行為不二罰同。

三、我國憲法並無一罪不二罰之明文，本號解釋逕稱：「法治國一罪不二罰原則，禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰，此乃法治國法安定性、信賴保護原則及比例原則之具體展現。」參照釋字第 775 號解釋所稱：「判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。」[1]所謂一罪不二罰原則，應即「雙重危險」（double jeopardy）禁止原則或「一事不再理」（ne bis in idem）原則，屬有關刑罰之憲法上原則。又該號解釋就刑法第 47 條第 1 項規定有關累犯加重本刑部分表示：「所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」其一行為不二罰原則之指涉，應與本號解釋之一罪不二罰原則相同。

---

1 另外，歐洲人權公約第 7 議定書第 4 條及歐洲聯盟基本權利憲章第 50 條，亦有類似規定，可資參照。

四、嚴格言之，一事不再理與雙重危險之禁止不盡相同。前者乃大陸法系之法律原理，著重在確保判決之實質確定力或既判力，係指無罪或有罪判決確定後不得變更，不得重複處以刑罰。後者屬英美法概念，係以被告之權利保護為直接目的[2]，重視程序，意在防止被告之同一行為，於刑事程序中重複陷入可能為有罪判決之危險。惟實際運用結果，二者幾無差異[3]，釋字第 775 號解釋亦未強加區別。

無論一事不再理原則或雙重危險禁止原則，均屬有關刑罰之憲法上原則，焦點置於不受「刑罰」之重複處罰或危險。其射程應不及於刑罰以外之不利益處分或制裁，換言之，就同一行為，於刑罰之外，復課以行政罰或其他不利益處分或制裁時，基本上不生違反一事不再理原則或雙重危險禁止原則之問題。蓋其他不利益處分及制裁，制度上各有異於刑罰之目的與樣態，而且程序上亦不同，難以相提並論[4]。當刑罰與行政制裁併科，整體有過苛情形時，應屬違反比例原則問題[5]。一罪不二罰原則既類同於一事不再理原則或雙重危險禁止原則，則所謂不二罰，自應指不重複科處刑罰而言，與行政罰或其他不利益處分及制裁無關。當然，刑罰與行政制裁併科，固非憲法所不許，但若達到過苛程度，仍會因不符比例原則而違憲。

五、惟多數意見於指明一罪不二罰原則係「禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰」後，復表示：「上述重複追究及處罰，原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，等同或類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用。」此諒係參照歐洲人權法院有關歐洲人權公約第 7 議定書第 4 條之判決，以及歐盟法院有關歐洲聯盟基本權利憲

---

2 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法Ⅰ，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 403（高橋和之執筆部分）。

3 奥平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993 年，頁 370、371。

4 奥平康弘著，同註 3，頁 371、372。

5 嶋崎健太郎著，刑罰と重加重税の併科，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕」，有斐閣，2007 年，頁 281。

章第 50 條之判決，而主張之見解。本席認為，形式上為行政制裁，實質上與刑罰等同或類似，抑或與刑事程序承受同樣程度之負擔者，於併科時宜實質評價為刑罰[6]，認其有一罪不二罰原則之適用。上開多數意見之見解，於抽象層面原則上尚屬可採。問題是於具體層面，社維法所定行政制裁，特別是罰鍰，能否實質評價為刑罰，而應適用一罪不二罰原則？

多數意見認社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。從而表明，就行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，如得再依第 38 條但書規定處以罰鍰，即與一罪不二罰原則有違。其所持理由略可細分為三：1.社維法第三編分則所規範之各種違法行為，包含具與刑罰相若之「輕罪」行為。2.社維法第 28 條所定之量罰審酌事項，與刑法第 57 條所定科刑審酌事項相同；3.依社維法第 92 條規定，法院受理違反該法案件，除該法有規定者外，準用刑事訴訟法之規定。然如下所述，此等理由是否足以證立社維法之罰鍰應實質評價為刑罰，非無疑問。

第一、多數意見參照立法資料（詳如解釋理由書所示之各立法院公報中有關之院會紀錄、委員會記錄及若干條文之立法理由），而認定社維法包含與刑罰相若之「輕罪」行為。惟立法資料中亦有不少持不同看法者（立法院公報第 78 卷第 19 期委員會紀錄第 193 頁及第 194 頁；第 78 卷第 20 期委員會紀錄第 169 頁；第 78 卷第 51 期委員會紀錄第 187 頁；第 80 卷第 49 期院會紀錄第 30 頁及第 32 頁等參照）卻遭漠視。而且，立法資料中包含主管機關、立法委員及學者等對社維法定位及處罰性質之發言，有從立法論出發者，有著眼於解釋論者，意義不同，多數意見卻未予區分，混為一談。是其立法資料之取捨及解讀失當，彰彰明甚。又多數意見既謂「社維法第三編分則所規範之各種違法行為，原即包含具與刑罰相若之『輕罪』行為」，應意

[6] 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 243。

指非所有社維法規範之違法行為，均與「輕罪」行為相若；但何者與「輕罪」行為相若，未見明示。從而，結論泛稱「此等社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。」即有語焉不詳或以偏概全之嫌。

第二、若對照社維法與刑法同屬第一編總則之規定，不難得知，二者固有諸多雷同，但仍不乏相異之處。多數意見選取相同之量罰審酌事項，加以放大，卻置其他相異規定於不顧，實難謂合理周全。

第三、違反社維法之處罰，依法或由警察機關處分，或由法院裁定，二者之裁處程序不同。由警察機關作成處分之部分，其程序絕對不能與刑事訴訟程序等量齊觀。即使社維法第 92 條規定：「法院受理違反本法案件，除本法有規定者外，準用刑事訴訟法之規定。」亦不足以改變此一事實。從被處罰人承受程序負擔之程度衡量，將警察機關作成之罰鍰處分實質評價為刑罰，恐有不宜。

綜上，多數意見主張以一罪不二罰原則審查社維法第 38 但書關於併科罰鍰規定之合憲性，其所持理由尚難成立。本席認為，違法行為經刑事判決確定者，行為人原則上已承受一定之制裁，若再處以罰鍰，即有違反比例原則之虞。尤其，行為人在刑事訴訟程序之外，須再次承受罰鍰之裁處、救濟程序，其程序負擔繁重，謂併科過苛，寧非允當？

六、補充一言，社維法之制定，係為取代業經釋字第 166 號及第 251 號解釋宣告違憲之違警罰法。立法之初，各界曾為應採行政法（行政罰）或輕犯罪法（刑罰）模式，爭論不休；最後以延續違警罰法之作法，採行政法（行政罰）模式定案。社維法第三編分則規定之違法行為，除少部分參照日本及其他國家輕犯罪法之規定外，大部分承襲舊違警罰法之規定。論者或認為，社維法第三編分則規範之違法行為，性質及樣態與日本輕犯罪法規範之犯罪行為相當，且日本輕犯罪法係戰後為取代警察犯處罰令而制定，與社維法異曲同工，故主張社

維法亦具有輕犯罪法性質。然日本輕犯罪法乃刑法之一種，明定對輕犯罪行為科處刑罰，並由法院循刑事訴訟程序審理。輕犯罪法之前身為 1908 年內務省訂定之警察犯處罰令。其脫胎於 1880 年之舊刑法第四編之「違警罪」，賦予司法警察裁決刑罰之權力。從立法背景及沿革觀之，社維法與日本輕犯罪法殊異，似不宜比附。

七、最後，本號解釋文宣示，社維法第 38 條「但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則」。至同一行為已受無罪判決確定者，是否仍得依社維法處以罰鍰？多數意見徒以「因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍」為由，迴避問題之處理。然多數意見既表明，在一罪不二罰原則下，禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰，且將社維法所定違法行為之罰鍰視同「輕罪」之刑罰，則依理自不許於無罪判決確定後，再依社維法處以罰鍰。多數意見藉故避而不談，恐難掩因無法達成共識致未能貫徹一罪不二罰原則之窘境，或許這是選定以之作為本件審查原則時就已註定之命運。

部分不同意見書　　呂太郎大法官　提出

壹、本解釋認為社會秩序維護法（下稱社維法）第三編分則所規範之各種違法行為，是包含具與刑罰相若之「輕罪」行為，因此同法第 38 條但書規定之罰鍰（下稱系爭規定），為類似或等同刑事處罰，仍有一罪不二罰原則之適用。本席就此結論，敬表贊同。

然本解釋復認為：「於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，至無罪判決確定後得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍」。本席尚難贊同，爰提出部分不同意見。

貳、一罪不二罰原則，應包含同一行為不受重複刑事追訴

一、一罪不二罰應為我國憲法所承認之重要原則

同一行為不受二次刑事追訴處罰，為法治先進國所普遍承認之重要憲法原則，例如美國聯邦憲法第 5 條修正案規定：「人民不得為同一罪行而兩次被置於危及生命或肢體之處境。」日本國憲法第 39 條規定：「任何人對於行為時為合法，或已宣告其為無罪之行為，不得究問其刑事上之責任。又對於同一犯罪，不得重複究問其刑事責任。」德國聯邦基本法第 103 條雖規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰。」但學說及德國聯邦憲法法院之見解，均跨越法條文字，認為包含同一行為已受無罪判決確定者，不得再為追訴。公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 款規定：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」歐洲人權公約第 7 號議定書第 4 條第 1 款：「任何人不得在同一國家司法權限內對於依照該國的法律及刑事程序對已被最後判定無罪或有罪的判決而再次受到刑事程序的判決或懲罰。」均為著例。我國憲法雖未就一罪不二罰為明文，但從人民信賴保護及免受來自國家重複之程序折磨等觀點，仍應作此解釋。本解釋亦為大法官解釋中，首次明白宣示法律因違背此憲法原則而無效者，自具有極重要指標意義。

二、一罪不二罰原則，尤應包含不受重複刑事追訴

本席認為，一罪不二罰原則，除了指同一行為，不受重複（二次或二次以上）之刑事實體處罰外，亦應包含同一行為，不受重複刑事程序追訴之內涵（一事不再理、禁止二重危險），而後者尤應重視。就同一行為，不受重複之刑事實體處罰而言，乃人類自遠古以來就具備的正義觀點，因此，作為憲法原則予以肯認，固仍有宣示人類傳統以來之實體正義觀之意義。但就一行為不受重複刑事程序追訴而言，毋寧更彰顯人類現代文明所發展、累積

之程序正義觀，尤彌足珍貴。應再說明者有 5：

1、遠古以來「殺人償命，欠債還錢」、「殺人者死，傷人及盜抵罪」之實體的刑事正義觀，已不能滿足現代人民對刑事程序正義之需求。

2、刑事程序正義之需求，不僅重視在確認指控之犯罪事實存在與否之過程中，國家審判權力是否合法、正當行使，也重視在刑事審判過程中，被告所承受不可預測之精神痛苦與煎熬，以及被告對審判結果之信賴。

3、因此，在被告於前次審判係受有罪判決之情形，為避免被告重複面臨刑事審判過程中承受不可預測之精神痛苦與煎熬，以及避免受到重複刑事處罰之不利，自不許國家再次對被告進行刑事追訴。在被告於前次審判係受無罪判決之情形，為確保被告對國家審判結果之信賴，更不許令被告重複面臨刑事審判過程中所承受不可預測之精神痛苦與煎熬，當然更不許國家再次對被告進行刑事追訴。

4、按犯罪之處罰，必須經過一定之追訴程序，乃為現代國家普遍承認並採取之制度。因此，構成重複實體處罰之前提，必已進行重複之刑事追訴程序，故僅禁止重複處罰却不禁止重複追訴，乃不可想像之事。

5、故一罪不二罰原則，本身即應包含保障被告不受具有重複實體處罰危險之追訴程序之內涵。禁止國家就同一行為，重複對被告進行刑事追訴，有其獨立存在之程序正義價值，不必依附於被告是否已受有罪判決之實體正義觀念。

三、我國刑事訴訟法之立場

如前所述，我國憲法雖未直接明文規定一罪不二罰，但仍應解釋為我國憲法亦承認此原則。實際上，扮演「人權憲法實務版」角色之刑事訴訟法，早已將此原則納入，甚至可以說發揮得淋漓盡致。不但禁止國家對於已經受有罪或無罪之實體判決者，再次

追訴，更包含曾受有罪或無罪判決以外，其他情況下之禁止再次追訴程序。例如，在被告已受有罪或無罪之實體判決確定後，固禁止再次對被告起訴（刑事訴訟法第 302 條第 1 款參照）。即便被告尚未受有罪或無罪之實體判決確定，但在判決確定前即再次起訴（同法第 303 條第 2 款），或曾經檢察官為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴期滿未經撤銷，違背第 260 條之規定再行起訴（同法第 303 條第 4 款），甚至因檢察官未依限補正證據，經裁定駁回起訴後，無第 260 條所規定情形之一，而再行起訴（同法第 161 條第 3 項、第 4 項）者，均在禁止之列（於自訴程序亦有類似或準用規定，同法第 326 條第 4 項、第 343 條參照）。

參、社維法第 38 條但書關於罰鍰之規定，違反憲法一罪不二罰原則

一、違反社維法之行為及罰鍰之定性

就此，本解釋認為社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。系爭規定（社維法第 38 條但書）之罰鍰，有刑事處罰之性質，本席深表贊同。

二、社維法第 38 條本文應解為禁止重複追訴之規定

本解釋既肯認違反社維法之行為，具有「輕罪」之性質，依系爭規定所為罰鍰，亦有刑事處罰之性質，則就違反社維法行為之罰鍰，當然應適用一罪不二罰原則。社維法第 38 條本文規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律或少年事件處理法者，應移送檢察官或少年法庭依刑事法律或少年事件處理法規定辦理。」應解釋為立法者就一行為同時違反社維法及刑事法時，選擇僅應移送檢察官或少年法庭依刑事法律或少年事件處理法規定辦理，不論檢察官或少年法庭辦理結果如何，均不再回頭依社維法處理（至於違反社維法之行為，若與違反刑法之行為非屬同一行為，自無該條適用。又行為人所涉者，是否為同一行為，應就具體個案判斷，亦不待言）。換言之，即使刑事程序或少年事

件程序進行之結果，最終並未對行為人予以「刑事處罰」，亦不得再對行為人進行有刑事審判性質之罰鍰程序，如此方能符合憲法一罪不二罰之原則。再分述其理由如下：

（一）符合法體系平衡。如前述，憲法上之一罪不二罰原則，除包含同一犯罪行為，不受重複之刑事實體處罰外，更包含不受重複刑事追訴之內容。且所謂不受重複刑事追訴，亦不以前次審判已為行為人有罪之確定判決為前提。本解釋既將違反社維法之行為定性為「輕犯罪」之行為，系爭規定之罰鍰亦有刑事處罰性質，並應適用一罪不二罰原則，如將系爭規定之罰鍰，限於前受有罪判決之前提，則所謂一罪不二罰原則，僅限於前受刑事處罰後再受刑事處罰之情形，不但與現代國家所奉行之一罪不二罰原則，格格不入，相較於前述刑事訴訟法禁止重複追訴之規定，亦顯然不平衡。

（二）貫徹法院確定裁判之效力。因行為人所為之同一行為，既經嚴格之刑事程序或少年事件處理程序，並認為不應為處罰後，如又可回頭依較簡略程序之社維法處理，可能造成：1、若警察自始即不為移送，而為罰鍰處罰者（依社維法第 43 條規定，警察有時亦有部分罰鍰處分權力），於行為人向法院聲明異議時，警察須受法院裁定見解之拘束（社維法第 57 條第 2 項但書、第 3 項參照）。但如警察依社維法第 38 條本文為移送後，若未經法院為有罪判決者，依本解釋意旨，接受警察移送之檢察官所為處分（不起訴或緩起訴）或經檢察官起訴後法院所為實質裁判（例如無罪判決）時，最初移送之警察，竟可不受法院裁判結果之拘束，仍得本於其職權而為罰鍰處分之荒謬結果。2、於前述未經判決有罪確定之情形，如警察於判決後再為罰鍰處分，因行為人異議，受理異議程序之法院裁判，可能與前移送之刑事程序裁判，發生互相矛盾之後果。如貫徹一罪不二罰原則，即使移送之前程序，縱未予行為人刑事處罰，亦禁止再進行系爭規定之罰鍰程

序，上開不合理結果，即可避免。

（三）避免人民因小事而受二次程序折磨。蓋違反社維法規定而已達應受刑事處罰之程度者，性質上屬於較輕微之違反社維法部分，已被吸收，自無再依社維法處以罰鍰之必要與理由，本屬當然（至於個案如何判斷是否同一行為，乃另一問題，已如前述）。如違反社維法之行為經檢察官或法院認定後，未為刑事處罰者，可能根本無警察所移送之行為，或縱有警察所移送之行為，其行為之情節亦屬輕微。不論何種情形，均可謂警察之移送為「出於錯誤」或「小題大作」，此一「小題大作」或「出於錯誤」之移送，已使人民承受一次嚴格卻不必要之刑事審判程序，豈可於刑事審判程序已認定人民不必受刑事處罰後，再回頭使人民重複面臨社維法之處理，而形同一頭牛剝兩次皮？

（四）應針對我國法制為解釋。就前述外國立法言，固均著重於行為人已於前案受有罪或無罪之實體判決者，禁止重複追訴。但就我國現行刑事訴訟法而言，禁止重複追訴之情形，並不限於行為人已受有罪或無罪之實體判決之情形，已如前述。又檢察官所為處分及少年法院所為之處置，亦有「類似」於法院實體有罪判決之現象。例如：1、警察為移送後，經檢察官為緩起訴處分，並命行為人須為道歉、立悔過書、支付一定金額之金錢、提供義務勞務等一定行為（刑事訴訟法第 253 條之 2 參照），已認定行為人有移送之違法行為，並使行為人承擔相當不利之後果；2、告訴乃論之罪，行為人已承認犯罪而與被害人達成和解，並賠償被害人金錢，被害人因撤回告訴，檢察官乃為不起訴處分者（同法第 252 條第 5 款參照），行為人就該行為均已受相當不利之法律效果，足以達到警誡其再犯之目的，法律甚至禁止再對該行為刑事追訴，何以認定行為人所受者，非相當於「處罰」，而仍須再依系爭規定為罰鍰？3、少年法院就警察之移送，認為少年確有該行為，但以不付審理為適當，而為告誡、交付管教、轉介輔

導，或命少年向被害人為道歉、立悔過書、支付一定金額之賠償（少年事件處理法第 29 條第 1 項參照），或認為少年確有該行為，而為訓誡、保護管束、感化教育等處置（同法第 42 條第 1 項），亦屬之。基於「舉重明輕」法理，依前述刑事訴訟法、少年事件處理法規定不得再為追訴，或類似已對行為人之行為為處罰之處分或處置，均應類推適用受有罪或無罪之判決之情形，不得就情節較輕之違反社維法行為，依系爭規定處罰。惜依本解釋之結論，就 1、至 3、之情形下，是否應適用系爭規定，並未觸及。可能造成警察、法院或人民，僅為情節極輕微，甚至不存在之行為，是否已違反社維法行為？應否依系爭規定罰鍰？紛擾不已。果爾，本解釋不僅為德不卒，甚至治絲益棼。

（五）不應將前案已受無罪判決確定者，排除在外

承認一罪不二罰為憲法原則，其主要價值在於保障人民就同一行為，不受重複之刑事追訴，各國憲法或國際公約在規範一罪不二罰之問題，均注意行為人就同一行為已受無罪判決確定者，亦禁止國家再為刑事追訴。本席認為，大法官係就聲請解釋標的之法規範進行憲法審查，至於聲請案之原因事實如何，原則上不在考慮之內。系爭規定既為本件聲請案所應適用之法律，則大法官自應就系爭規定是否牴觸憲法為全面性審查，不宜以原因案件與同一行為是否經法院判決無罪確定無關，即將同一行為曾受無罪判決確定者，應否受到一罪不二罰之憲法保障問題，排除在本解釋範圍之外。

三、綜上，本席認為，社維法第 38 條本文應解釋為憲法一罪不二罰之具體展現。因此，系爭規定就同一行為於警察移送檢察官或少年法院辦理後，仍得為另依同法程序為罰鍰之處罰，乃違反憲法一罪不二罰之原則，應即失效。

不同意見書　　林俊益大法官　提出

依憲法一事不再理之原則，就人民之同一行為，如刑事法院判決有罪確定者，違反社維法之行為，不應處罰；如刑事法院判決無罪確定者，違反社維法之行為，亦不應處罰。

壹、前言

本解釋係**【社會秩序維護法第 38 條併處罰鍰案】**。

本件解釋宣告，社會秩序維護法第 38 條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人已受刑事法律追訴並**經有罪判決確定**者，構成重複處罰，違反**法治國一罪不二罰原則**，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

本席對解釋文未以違反**憲法一事不再理原則**為審查原則及**未併列無罪判決確定**之釋憲結論，難以贊同，爰提出不同意見書，以就教於方家。

貳、本件聲請釋憲之原因案件事實

本件為法官聲請釋憲案，聲請人因審理違反社會秩序維護法（下稱社維法）案件[1]，認應適用之社維法第 38 條但書規定：「但其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」（下稱系爭規定）使行為人同一行為同時涉嫌違反社維法及刑事法律者，除應移送檢察官依刑事法律規定辦理外，仍得依社維法處以罰鍰，違反**一行為不二罰原則**，而有違憲疑義，經裁定停止訴訟後，向本院聲請解釋。聲請人所承辦之原因案件有二：

一、聲請釋憲之原因案件之一，是臺灣桃園地方法院（下稱桃院）108

[1] 聲請人臺灣桃園地方法院桃園簡易庭孝股法官，審理該院 108 年度桃秩字第 197 號及第 260 號違反社會秩序維護法案件。

年度桃秩字第 197 號違反社維法案件，被移送人甲與乙等人意圖鬥毆而聚眾，甲乙二人經桃園市政府警察局桃園分局以其等違反社維法第 87 條第 1 項第 3 款[2]規定，移送桃院桃園簡易庭裁罰[3]。另，甲乙二人相互提出傷害罪之告訴，經警察分局移送桃園地檢署檢察官偵查，嗣因二人相互撤回告訴，檢察官乃依刑事訴訟法第 252 條第 5 款規定，對甲乙二人處分不起訴[4]，因均未聲請再議而告確定。桃院桃園簡易庭法官對上開警分局移送甲乙二人違反社維法案件，應如何裁定？

二、聲請釋憲之原因案件之二，是桃院 108 年度桃秩字第 260 號違反社維法案件，被移送人丙駕駛車輛發生交通事故，經桃園市政府警察局蘆竹分局警員前往處理時，發現丙因吸食笑氣而無法安全駕駛動力交通工具，以其違反社維法第 66 條第 1 款[5]規定，移送桃院桃園簡易庭裁罰[6]。另，同分局並以丙違反刑法第 185 條之 3 規定罪嫌，將其移送桃園地檢署偵辦。檢察官偵查終結，對丙提起公訴，嗣經桃院桃園簡易庭判決丙犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款規定之不能安全駕駛罪，處有期徒刑 2 月，如易科罰金以新臺幣 1000 元折算 1 日，因未上訴而告確定。桃院桃園簡易庭法官對上開警分局移送丙違反社維法案件，應如何裁定？

本件解釋宣告，社維法第 38 條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律……者，應移送檢察官……依刑事法律……規定辦理。但

---

2 被移送人行為時法第 87 條規定：「有左列各款行為之一者，處 3 日以下拘留或新臺幣 1 萬 8 千元以下罰鍰：一、略。二、略。三、意圖鬥毆而聚眾者。」該條於 110 年 1 月 20 日修正公布時，刪除拘留之規定。

3 桃園市政府警察局桃園分局 108 年 10 月 22 日桃警分刑秩字第 1080055741 號違反社會秩序維護法案件移送書。

4 臺灣桃園地方檢察署檢察官 108 年度偵字第 31843 號不起訴處分書參照。

5 社維法第 66 條第 1 款規定：「有左列各款行為之一者，處 3 日以下拘留或新臺幣 1 萬 8 千元以下罰鍰：一、吸食或施打煙毒或麻醉藥品以外之迷幻物品者。」

6 桃園市政府警察局蘆竹分局 108 年 12 月 27 日蘆警分刑社字第 1080033364 號違反社會秩序維護法案件移送書。

其行為應處……罰鍰……之部分，仍依本法規定處罰。」其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

所謂**於此範圍內**，係同一行為，如經法院判決有罪判決確定者，該管警察機關或該管簡易庭即不得處以罰鍰之處分（社維法第 43 條第 1 項及第 45 條第 1 項規定參照）。

例如，原因案件之一，桃院簡易庭法官對上開警分局移送甲乙二人違反社維法案件（意圖鬥毆而聚眾），於行為人傷害罪嫌並未受刑事法律追訴並經有罪判決確定，不構成重複處罰，且意圖鬥毆而聚眾，只罰其聚眾行為，與傷害行為，似非同一行為，應不受本解釋效力所及，法院應依社維法第 87 條規定裁罰之。

至於原因案件之二，桃院桃園簡易庭法官對上開警分局移送丙違反社維法案件，丙雖受刑事法律追訴並經有罪判決確定，似構成重複處罰，惟法院仍應審酌前後二行為，是否為同一行為？此涉及事實認定問題。如為同一行為，始為本解釋效力所及。否則，仍不受本解釋效力之拘束，法院仍應依社維法第 66 條第 1 款規定裁罰，此觀本號解釋文，限於「行為人之同一行為」自明。

參、本號解釋的釋憲爭點

本件聲請案，有 4 項釋憲爭點，分別說明如下：

一、社維法第三編分則所規範之各種違法行為（例如，社維法第 79 條第 2 款規定：「跨越巷道或在通道掛衣、物，不聽禁止。」）是否**均係具與刑罰相若之「輕罪」行為**？

二、上開問題，如採肯定見解，則各種違法行為之行政裁罰中有關罰鍰之規定，其性質、目的或效果是否**等同或類似刑罰**？

三、如前 2 項問題，均採肯定見解，如行為人之同一行為，已受刑事追訴並經法院實質審理，**判決有罪或無罪確**定者，在有刑事判決確定力（res judicata）之前提下，是否仍得再依系爭規定就同一

行為處以罰鍰（等同刑罰）？

四、如第 3 項問題採取否定見解，則系爭規定使行為人同一行為同時涉嫌違反社維法及刑事法律者，除應移送檢察官依刑事法律規定辦理外，仍得依社維法處以罰鍰，究竟如何違憲？違反**法治國一行為不二罰原則**？或是**憲法一事不再理原則**？或是本解釋新創的**法治國一罪不二罰原則**？

肆、社維法第三編分則所定各種違法行為之定性

從本號解釋理由第三段之敘述略以：「惟社維法第三編分則所規範之各種違法行為，**原即包含**具與刑罰相若之『輕罪』行為」等詞觀之，本解釋多數說似認為，社維法第三編分則所規範之各種違法行為，包含具與刑罰相若之「輕罪」行為，此部分之違法行為，定性為輕罪行為。

言下之意，社維法第三編分則所規範之各種違法行為，也包含不具與刑罰相若之輕罪行為，此觀解釋理由特別援引社維法第 63 條、第 67 條、第 70 條、第 74 條、第 77 條、第 83 條、第 85 條、第 87 條及第 90 條等條，益證社維法第三編分則所定各種違法行為，除解釋理由所引上開 9 條條文是與刑罰相若之輕罪行為外，並**非全部皆為具**與刑罰相若之「輕罪」行為。詎本件解釋理由忽又下結論謂：「綜上，可知此等社維法第三編分則所規範之違法行為及其法益侵害，與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，非本質之根本不同。」將社維法第三編分則所規範之各種違法行為，均定性為「與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，本質根本相同」，即均為刑事犯罪行為之本質，益徵本解釋理由的推理前後似有矛盾之嫌？

本席認為，從多數見解認為違反社維法之行為與刑法犯罪行為之本質並無根本不同觀之，違反社維法之行為，必須同時具與刑罰相若之輕罪行為，始有本解釋之適用。

伍、社維法所定罰鍰之性質等同或類似刑罰

再從本解釋理由第二段之敘述略以：「上述重複追究及處罰，原則上固係指刑事追訴程序及科處刑罰而言，但其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，等同或類似刑罰」觀之，本件解釋多數意見似將行政裁罰之罰鍰，定性為等同或類似刑罰。

就等同刑罰而言，本解釋理由第三段，將社維法第三編分則各種違法行為，先定性為與犯罪行為之本質，並無根本之不同，又將行政裁罰之罰鍰定性為等同刑罰，前後二者相互對照以觀，本解釋多數意見似將社維法第三編分則所定各種違法行為，定性為刑事輕罪行為與刑罰，與一般刑事犯罪行為與刑罰無異。以此觀之，自亦有憲法一事不再理原則之適用。

就類似刑罰而言，本院釋字第 751 號解釋理由曾釋示：「而其所附之應履行負擔，雖具有**類似處罰之不利益效果**，但**並非**經刑事審判程序依**刑事實體法律所為之刑罰**，如逕予排除罰鍰之裁處，對應科處罰鍰之違法行為之評價即有不足，為重建法治秩序與促進公共利益，得依違反行政法上義務規定另裁處罰鍰，俾對行為人之一行為進行充分評價。」「應履行之負擔既僅具有**類似處罰之不利益效果，並非刑罰**，緩起訴處分實屬附條件之便宜不起訴處分，故經緩起訴處分確定者，解釋上自得適用……行政罰法第 26 條第 2 項規定，依違反行政法上義務規定裁處之。」等語，意即檢察官所為緩起訴處分之命應履行負擔，**類似處罰之不利益效果，但並非刑罰**，故無法治國一行為不二罰原則之適用。本院釋字第 751 號解釋所釋示緩起訴處分命應履行負擔，僅類似處罰之不利益，並非刑罰，無法治國一行為不二罰原則之適用；反觀本件釋字第 808 號解釋之解釋理由釋示「其他法律所規定之行政裁罰，如綜觀其性質、目的及效果，……類似刑罰，亦有一罪不二罰原則之適用」，前後二解釋之解釋理由，似有不一致之虞，本件解釋理由似乎僅需記載「**等同**刑罰」為已足！

陸、本件解釋的審查原則

一、依本解釋理由第二段所釋示：「法治國一罪不二罰原則，禁止國

家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰，此乃法治國法安定性、信賴保護原則及比例原則之具體展現」，似可推出本件解釋之解釋原則為法治國一罪不二罰原則。

二、本件釋憲聲請人主張系爭規定，違反**法治國一行為不二罰原則**，本件解釋文及解釋理由並未說明究竟有無法治國一行為不二罰原則之適用，卻另提出新創的**法治國一罪不二罰原則**，其內涵為何？令人費解！本解釋理由第二段僅敘述：法治國一罪不二罰原則，禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及處罰，此乃法治國法安定性、信賴保護原則及比例原則之具體展現，但並未說明「何時」禁止重複追究及處罰？是指同一行為起訴時？或指判決時？或指判決確定時？如是指判決確定，究係指實體判決（有罪判決及無罪判決）？抑或包括程序判決？均未言及，不清不楚，讓人無從適用。況所謂禁止重複**追究及處罰**，追究及處罰二詞，是否與刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定：「犯罪，……依本法或其他法律所定之程序，……**追訴、處罰**。」相同？從解釋理由敘述「上述重複**追究及處罰**，原則上固係指**刑事追訴程序及科處刑罰**而言」中之**刑事追訴程序與科處刑罰**而言，應係指刑事訴訟法所定之**起訴程序與審判論罪科**刑程序，益證本解釋所謂**一罪不二罰原則**，即係指**憲法一事不再理原則自明**。

從大法官審查本案所提供之資訊中，似可推知，此**一法治國一罪不二罰原則**，主要參酌歐洲人權公約第 7 議定書第 4 條（A4P7）之規定，即禁止國家對同一人已受**有罪或無罪判決確定**之同一行為，重複起訴、審判或受刑事處罰[7]。此一條文之翻譯，見仁見智，有譯成

[7] Article 4 of Protocol No.7 (Right not to be tried or punished twice)
1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.
2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if

「雙重危險之禁止」[8]，有譯成「一罪不兩罰」，有譯成「一事不再理」[9]。本席認為，從其規範內容，以同一行為經法院實質審理作成有罪或無罪判決確定為前提，基於法安定性及信賴保護原則之要求，禁止重複起訴、審判及處罰為內涵，與本院釋字第 775 號解釋所闡示憲法一事不再理原則之內涵，完全相同，故應譯成一事不再理原則，較為正確！再從本解釋文釋示：「於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪**判決確定**者，構成重複**處罰**」及刑事訴訟法第 1 條第 1 項規定「追訴、**處罰**」等語以觀，似可推論本解釋理由所述：「禁止國家就人民之同一犯罪行為，重複予以追究及**處罰**」，係指前案業經判決確定，產生判決實質確定力，檢察官不得再進行**刑事追訴程序**，法院亦不得重複**科處刑罰**。就此而言，此一意涵，與本院釋字第 775 號解釋所釋示：「是**判決確定後**，除為維護極重要之公共利益者外，**不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）**、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即**一事不再理原則**。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。」完全相同，是以本席堅信，本件解釋之審查原則，應為釋字第 775 號解釋所釋示之憲法一事不再理原則，毋庸另行創造內涵說不清楚的法治國一罪不二罰原則。

---

there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

[8] 林雍昇：「雙重危險原則在國際人權法上的定位」（The Role of the Principle of Double Jeopardy in International Human Right Law），台灣國際法季刊第 12 卷第 2 期（2015 年 6 月），頁 7-20。

[9] 許澤天：「刑事罰與行政罰競合之刑事優先與一事不再理原則--評大統混油案之訴願決定」，台灣法學雜誌第 261 期（2014 年 12 月 1 日），頁 112-128。

本席認為，本院諸多解釋先例，就法治國一行為不二罰原則，諸多援引，例如，釋字第 604 號解釋略以：連續認定違規事實，並不生一行為二罰之問題，故與法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸；本院釋字第 638 號解釋略以：補足股份成數，係屬行政法上之義務，不具裁罰性，與罰鍰為行政制裁之性質不同，尚不生違反一事不二罰原則問題；本院釋字第 775 號解釋略以：累犯加重本刑部分，尚不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。諸多解釋，僅言不生違反一行為不二罰原則，或釋示：法治國家一行為不二罰之原則，並無牴觸，但對法治國一行為不二罰原則之內涵，均無詳細論述。本件聲請人主張違憲的審查原則為法治國一行為不二罰原則，本解釋應可利用此一釋憲機會，將法治國一行為不二罰原則釋示清楚明白，讓人民有所遵循，本解釋竟另創造一個新原則，法治國一罪不二罰原則，卻又講得不清不楚，啟人疑竇，不如援引本院釋字第 775 號解釋所釋示之憲法一事不再理原則為佳！

關於法治國一行為不二罰原則與憲法一事不再理原則之關係，早在 94 年 10 月 21 日許大法官宗力在本院釋字第 604 號解釋之協同意見書即已指出：「一行為不二罰原則」，又稱「禁止雙重處罰原則」，顧名思義，指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行**追訴、處罰**，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求之**法安定原則、信賴保護原則**以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是「一行為不二罰原則」具有憲法位階，應無疑義。……我國的「一行為不二罰原則」可說是一種較廣義的概念，下含針對**刑事制裁**，適用於刑事訴訟程序的「一事不二罰原則」(「**一事不再理原則**」)，以及針對秩序罰，適用於行政制裁程序的狹義「一行為不二罰原則」。

本解釋多數意見既將社維法第三編分則之各種違法行為，全部定性為與同一行為事實之犯罪行為及其法益侵害間，應僅係量之差異，

非本質之根本不同；且將其他法律所規定之行政裁罰，定性等同刑罰，顯然將社維法第三編分則之各種違法行為定性為刑事輕罪行為及刑事制裁，而本院釋字第 775 號解釋既已清楚明白釋示憲法一事不再理原則之內涵，是以本解釋只須援引憲法一事不再理原則為已足，毋庸再創造一項說不清楚、講不明白的法治國一罪不二罰原則。

柒、本號解釋應有的解釋文

由於大法官之間，對解釋文是否增加**無罪判決**確定，相爭不下，為尋求最大的公約數，是以本解釋文，僅就聲請人所涉原因案件有罪判決確定之情形而為釋示，至於無罪判決確定一事，於理由敘明：至無罪判決確定後得否依系爭規定處以罰鍰部分，因與原因案件事實無涉，不在本件解釋範圍。亦即容後有適當的原因案件，再為解釋。

對此妥協，出於無耐，不得不然，惟本席認為，依本件多數意見，既然將社維法第三編分則之各種違法行為，全部定性為刑事輕罪行為及刑事制裁，是以基於法安定性原則、信賴保護原則之要求，不論依歐洲人權公約第 7 議定書第 4 條（A4P7）一事不再理原則之規定，禁止國家對同一人已受**有罪或無罪判決確定**之同一行為，重複起訴、審判或受刑事處罰；或依本院釋字第 775 號解釋釋示之憲法一事不再理原則，即**判決確定後**，除為維護極重要之公共利益者外，**不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）**、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。本席認為，本件解釋之解釋文應為如下：系爭規定即但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪**【或無罪】**判決確定者，構成重複處罰，違反憲法一事不再理原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。

本席之所以為此主張，主要的理由是，人民只知道其只有一次違法行為，不知為什麼刑事法院已經判決無罪確定後，其尚須經地方法院簡易庭再裁定一次罰鍰？或謂：地方法院簡易庭所處理的違反社維

法案件，程序很簡單，不致如同一般刑事審判程序帶給人民的騷擾、折磨、消耗、痛苦？對此言論，本席深不以為然，基於憲法一事不再理原則之要求，不能因違反社維法案件之審理程序簡單，就允許再騷擾、折磨人民！何況人民對於法院的審理程序，並不熟悉，普通老百姓收到法院的傳票，都會擔心害怕不知會發生什麼事，這就是一種折磨！況國家對人民的一次違法行為，原則上，應該只有一次審判的機會，基於法安定性及信賴保護原則，當然不能在法院判決有罪或無罪確定產生實質確定力後，再開啟另一道審判程序，重複追究與處罰。這就是世界主要法治國家憲法均有的一事不再理原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、歐洲人權公約第 7 議定書第 4 條、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）之理由所在。

捌、結論

基於憲法一事不再理原則，依目前刑事法院的審判實務而觀，法院就檢察官起訴的殺人未遂案件，認為不構成刑法第 271 條第 1 項、第 2 項之殺人未遂罪，但構成刑法第 277 條第 1 項之傷害罪時，法院得依刑事訴訟法第 300 條規定，於起訴事實同一性之範圍，變更起訴法條為傷害罪而予以論罪科刑。另法院就檢察官起訴的刑法第 280 條、第 277 條第 1 項傷害直系血親尊親屬案件，認為被告僅施強暴而未成傷，不構成第 280 條傷害直系血親尊親屬罪，仍得依刑事訴訟法第 300 條規定，變更起訴法條為第 281 條之施強暴於直系血親尊親屬未成傷罪而予以論罪科刑。如法院漏未如此變更應適用之法條，竟判決被告無罪確定，即產生實質上之確定力，對檢察官產生禁止重複追訴之效力，檢察官不得對同一行為再起訴被告應論處傷害罪或施強暴於直系血親尊親屬未成傷罪，只得依刑事訴訟法第 252 條第 1 款規定，處分不起訴；縱或檢察官重複起訴，對法院亦產生禁止重複論罪科刑判決之效力，而應依刑事訴訟法第 302 條第 1 款規定諭知免訴。

依此推論，檢察官起訴被告犯「加暴行於人成傷」之犯罪嫌疑，

法院實質審理後，認為未成傷，與刑法傷害罪之構成要件不符，此際假如相關法律規定，刑事法院對該違反社維法案件有管轄權者，該刑事法院自得在起訴事實同一性之範圍內，變更應適用之法律為違反社維法第 87 條第 1 款規定加暴行於人，逕予裁罰。或者刑事訴訟法若設有移送簡易庭之規定，則得由刑事法院於判決前，移送由簡易庭依社維法同規定予以裁罰，上開多數見解認為輕罪行為未獲評價的疑慮，即可消除，但無論如何，均不應將國家法制不周全所生之不利益，違背憲法一事不再理原則而由人民來概括承受，這就是值得我們大法官來為人民捍衛的地方！然而，目前我國法制現況欠缺此等規定，以及社維法明定應由地方法院簡易庭裁罰（社維法第 45 條第 1 項規定參照），致刑事法院必須判決被告無罪，該無罪判決確定，即產生實質確實力。基於法安定性原則、信賴保護原則之要求，如仍得由地方法院簡易庭對屬於同一刑事制裁行為之違反社維法行為，再裁罰等同刑罰之罰鍰，能否謂無違反憲法一事不再理原則？刑事有罪時，社維法之罰鍰等同或類似刑罰，刑事無罪時，社維法之罰鍰卻不等同或類似刑罰，殊值商榷！

綜上所述，本席堅信，依憲法一事不再理原則之意旨，就同一人民之同一行為，如刑事法院判決有罪確定者，基於法安定性原則、信賴保護原則之要求，該同一行為違反社維法之行為，不應處罰；如刑事法院判決無罪確定者，基於相同要求，該同一行為違反社維法之行為，亦不應處罰。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八〇九號解釋

【不動產估價師設分事務所案】

發文日期：中華民國110年10月1日

發文字號：院台大二字第1100028077號

解　釋　文

不動產估價師法第 9 條第 2 項規定：「前項事務所，以一處為限，不得設立分事務所。」尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨並無違背。 1

解釋理由書

聲請人洪振剛因經營之不動產估價師事務所，受理臺灣臺南地方法院委託之不動產估價案，遭檢舉有設立分事務所及未於估價報告書簽名情事，涉有違反不動產估價師法第 9 條第 2 項（下稱系爭規定）及第 19 條第 2 項規定，嗣經臺中市不動產估價師懲戒委員會以中華民國 104 年 3 月 19 日府授地價一字第 1040061370 號函附 104 年度估懲字第 2 號懲戒決定書，認聲請人違反上述規定，依同法第 36 條第 1 款及第 2 款規定，裁處聲請人警告及申誡各 1 次。聲請人不服，循序提起行政救濟，最後經最高行政法院 105 年度判字第 493 號判決（下稱確定終局判決）駁回確定。 1

聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定限制不動產估價師之事務所以一處為限，不得設立分事務所，僅係基於行政機關查核之便宜，未考量不動產估價師依法得全國執行業務，需高度配合不動產所在位置而移動，致不動產估價師囿於現實考量，無法於所設事務所所在地以外地區執行業務，且於有重大公益或緊急情況之需要時，仍禁止不動產估價師於其他處所執行業務，未設必要合理之例外規定，對不動產估價師之職業自由形成不必要之限制，違反憲法第 23 條規定，有牴觸憲法第 15 條保障工作權意旨之疑義，聲請解釋。核其聲請，與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款 2

規定所定要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下：

憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作、選 3
擇及執行職業之自由（本院釋字第 404 號、第 510 號、第 612 號及第 637 號解釋參照）。按對職業自由之限制，因其限制內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由之限制，立法者如係為追求公共利益，所採限制手段與目的之達成間有合理關聯，即符合比例原則之要求，而與憲法第 15 條保障人民執行職業自由之意旨無違（本院釋字第 802 號及第 806 號解釋參照）。

查不動產估價師法第 9 條第 1 項規定：「不動產估價師開業，應 4
設立不動產估價師事務所執行業務，或由二個以上估價師組織聯合事務所，共同執行業務。」第 2 項亦即系爭規定明定：「前項事務所，以一處為限，不得設立分事務所。」限制不動產估價師設立分事務所，使不動產估價師僅能以單一事務所執行不動產估價業務，係對其執業方式所為之限制，涉及執行職業自由之干預。另查不動產估價師係憲法第 86 條第 2 款規定所稱之應經依法考選銓定之專門職業人員（專門職業及技術人員考試法第 2 條第 1 項規定及專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條附表第 28 款規定參照），其所從事之業務與公共利益及人民之財產有密切關係，與一般營利事業追求商業利潤有所不同，國家非不得對其為相當之管制。是如管制之目的係為追求公共利益，且手段與目的之達成間具有合理關聯，即與憲法第 23 條比例原則無違。

不動產估價品質之良窳，影響交易安全及社會經濟至鉅。不動產 5
估價師受委託人之委託，辦理土地、建築改良物、農作改良物及其權利之估價業務（不動產估價師法第 14 條第 1 項規定參照）。舉凡法院有關不動產之鑑定估價業務及拍賣不動產之底價評估、公開發行公司取得或處分資產之價值評估、金融機構貸款及有關資產徵信估價、聯合開發權益分配評估或土地徵收補償市價查估等業務，均有賴不動產

估價師辦理。而鑑估標的價格之決定係不動產估價師執行業務之核心，估定價格所形成過程則具體呈現於估價報告書（不動產估價技術規則第 5 條、第 8 條及第 13 條至第 16 條規定參照），則基於專門職業人員執行業務所具之專屬不可替代性，應親自執行並對其服務親負其責之特質，不動產估價作業中，與鑑估標的價格之決定及估價報告書之製作有密切相關部分，均應由不動產估價師親自執行，以確保不動產估價品質。系爭規定考量不動產估價師之執行業務並無地區之限制，為使不動產估價師之管理事權統一，並使估價師從事估價業務之權責與名實相符，乃禁止不動產估價師設立分事務所，限制其等僅於一處設立事務所，以利管理並避免借照執業（立法院公報第 89 卷第 51 期院會紀錄第 62 頁參照），從而維護不動產估價品質，以保障委託人財產權益及不動產交易安全，並穩定金融市場秩序，其目的係追求公共利益，洵屬正當。

不動產估價師法為確保不動產估價品質，就不動產估價師如何進 6
行不動產估價業務之執業方式多有限制。系爭規定明定不動產估價師僅能於一處開業設立事務所，使主管機關檢查不動產估價師業務之管理事權統一，得更有效進行不動產估價師是否依法執行業務之檢查（不動產估價師法第 2 條、第 10 條、第 21 條規定及不動產估價師業務檢查作業要點參照）。再者，不動產估價作業須勘估標的狀態，其估價所需專業知識通常與估價標的所在之人文民情有密切關係（不動產估價技術規則第 3 條及第 4 條規定參照），不動產估價師設立分事務所，雖可能更便利其業務之執行，惟難免增加其為執行估價業務之便宜，而將受託之業務違法交由他人執行之誘因，系爭規定禁止不動產估價師設立分事務所有助於減少上開誘因，是就避免不動產估價師未親自執行估價業務等違規行為而言，亦難謂無預防之效。至系爭規定雖限制不動產估價師僅能設置單一事務所，然依不動產估價師法第 9 條之立法意旨，係一處開業，全國執業，其執業區域本無限制（立法院公報第 89 卷第 51 期院會紀錄第 62 頁第 9 條立法說明參照），自

不存在於有重大公益或緊急情況之需要時，應例外允許不動產估價師於事務所以外之其他處所，執行不動產估價業務之問題，與本院釋字第 711 號解釋之情形尚屬有間。

綜上，系爭規定所採手段與目的之達成間具有合理關聯，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。 7

系爭規定限制不動產估價師分事務所之設立，雖攸關行政管理之效能，然不動產估價師一處開業全國執業既為立法之意旨，則立法者即應注意衡酌不動產估價師行業之發展及社會大眾對不動產估價師專業信任度之提升，並參酌其他專門職業人員關於事務所與分事務所設立規定之沿革等因素，就系爭規定適時檢討，併此指明。 8

聲請人另指摘不動產估價師法第 36 條第 1 款規定牴觸憲法第 15 條及第 23 條規定部分，核其所陳，尚難謂已具體指摘此規定於客觀上有如何牴觸憲法之處。是此部分聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定，應不受理。 9

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

不同意見書　　黃虹霞大法官　提出

管理最少的政府不再是最好的政府了嗎？

林紀東前輩大法官40多年前，在臺大法律學系課程中教導學生的「服務行政」，還只能是理想嗎？

比例原則應不只是邏輯推演，在我國之具體個案應如何合宜操作？

本件多數意見以本件只涉及人民工作權中，從事工作之方法等執行職業自由之限制，應寬鬆審查；且限制目的係為利主管機關之管理並避免借牌等公共利益，其手段使主管機關管理事權統一，得更有效進行業務檢查等，有助於其目的之達成為理由，認為不動產估價師法第 9 條第 2 項規定（下稱系爭規定）：不動產估價師雖然得全國執業，但僅得在一處設立事務所，禁止設立分事務所等，未牴觸憲法比例原則。本席基於下列理由，無法贊同上開合憲之結論，爰提出本不同意見書：

一、本件解釋仍無法擺脫即仍係立基於官、民對立及行政機關當然有權管理甚至高度管理專門職業技術人員之思維，應非妥當

（一）憲法第 1 條說：民有、民治、民享；本院大門入口牆上高掛「司法為民」。這些不是說：人民是主人嗎？主管機關及其人員不是應該是為服務人民而存在的嗎？林紀東大法官 40 多年前的服務行政說，只是恰如其分地反應憲法第 1 條之意旨而已。我國行憲超過 70 年，服務行政之觀念應該已經深植人心才對！但是現實上，官、民之名稱及概念均依然對立存在（從遠古封建到現代民主，機關人員有名稱上仍殘留＊＊官字樣者，甚至名稱上不是「官」而觀念上也仍存著是對比於人民的管理者—「官」。）[1]行政機關有權管理人民的意念及作法，更是想當然耳，不以為這有錯！不知道那裡錯了！其錯正在於：行政原則上是服務人民，不是管理人民；管理雖然有可能是一種為服務人民目的之手段，但必須是有必要時才得使用，不能是行政便宜目的或手段！

（二）服務行政與管理最少的政府是最好的政府，應互為表裡！一個以服務人民為出發點之政府，必然不會輕言管理人民。

（三）本件解釋竟遽以系爭規定目的在管理，其手段有助於地方行政機關管理事權統一為由，認定系爭規定合憲。本件解釋明顯是立

[1] 本席為司法、法律工作者，服膺司法為民信念，於就任現有職務之初，即曾公開表明現有職務名稱上有「官」字樣，非妥適。

基於官、民對立及行政機關當然有權管理人民之思維。其妥當性應再斟酌。

（四）又不動產估價師為專門職業技術人員之一；在現代民主法治社會，專門職業技術人員之角色定位應如何？一方面，他們不是公務人員，所以是人民。因此，他們也是行政機關及其人員服務之對象。國家對於居於人民地位之專門職業技術人員，本即應該不能輕言管理！另一方面，更何況依憲法第 86 條規定，專門職業技術人員之執業資格，係經國家最高考試機關依法考試銓定，即其執業品質相關之技能已經國家最高考試機關肯認，與一般非專門職業技術人員之人民，其技能未經國家最高考試機關肯認者，迥然有別。

是退而言之，縱肯認行政機關尤其地方機關為維護品質，得管理人民之執業技能，但行政機關對專門職業技術人員之管理自亦應小於、輕於對一般非專門職業技術人員之管理，因為他們的執業技能品質，已經國家最高考試機關依據法律考試銓定。也就是說，對專門職業技術人員之執業品質之管理應該以必要為限，即不但不應以行政機關當然有權管理專門職業技術人員技能品質為出發點，抑且充其量只應對之為極低度之必要管理。

然經查不具專門職業技術人員執業資格之人民，可以獨資、合夥或成立公司經營不動產仲介業務（內含不動產鑑價、定價）或其他未經負面表列之業務（其中必然涉及各種價格之決定），而且不受不能設分事務所、分公司之限制，則系爭規定禁止不動產估價師設立分事務所，自已涉及對專門職業技術人員之高度管理，此等高度管理應非妥適。

二、系爭規定對人民受憲法保障基本權之限制，其目的正當性有疑，手段屬非必要，依憲法第23條規定，系爭規定違憲

（一）如前一、所述，本件解釋立基於官、民對立，及行政機關當然有權管理甚至高度管理專門職業技術人員之思維作成，本席以為與服務行政之本旨，及最好政府最少管理之憲法第 1 條民有、民治、

民享精神，均不相侔！而且本件涉及對憲法第 86 條規定之專門職業技術人員之執行業務技能品質之高度管理，地方行政機關更不當然有權為之！

（二）又本件涉及為不動產估價師之聲請人受憲法所保障基本權之限制，既為本件解釋所肯認，則依憲法第 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」，其限制除了必須是為：1、防止妨礙他人自由、2、避免緊急危難、3、維持社會秩序或 4、增進公共利益等目的之一外，其手段須為必要。

然則 1、就系爭規定之目的言：明顯與防止妨礙他人自由、避免緊急危難及維持社會秩序無關；依本件解釋理由稱為追求公共利益之意旨，或許係為增進公共利益之目的。但增進公共利益，明顯與行政便宜有別，不應是為方便行政機關之管理目的，而是應由需不動產估價服務之人民之觀點出發，判斷系爭規定之設是否比不為系爭規定對人民更有利，才有是否係為增進公共利益可言。

準此，若系爭規定之設未比不為系爭規定對需不動產估價服務之人民有利，則系爭規定自難認其限制目的合憲。查專門職業技術人員與所服務對象間特重信賴關係，需用服務人民通常會自行判斷選擇由自己信賴之不動產估價師提供服務，至該不動產估價師是否在地非必要考量；而且若未禁止不動產估價師設分事務所，則不但可落實不動產估價師法全國執業之立法本意，且在我國之地理幅員、一日生活圈實況下，可由不動產估價師於分事務所就近服務其客戶，而不必由客戶舟車勞頓遠赴其所信賴之不動產估價師設在外地之事務所辦理諮詢委託，如此對人民相對為有利。從而，系爭規定之限制目的已難認合憲，即已應認系爭規定違憲，不必另論其手段！

更何況 2、單就系爭規定所為禁止設立分事務所之手段言：一則不動產估價師法立法以後，所查獲之借牌事例，絕無僅有（已於本院本件說明會中查明）。而且不動產估價師法第 17 條及第 36 條第 3 款，

就借牌行為已設禁止及嚴重處罰（停止執行業務或除名）規定，其他專門職業技術人員法也無以禁止設分事務所方式，企圖統一管理事權或防止借牌甚至維護品質之作法。[2]是系爭規定所示手段亦非當然必要，更非合理。綜上，系爭規定侵害不動產估價師受憲法保障之基本權，其限制牴觸憲法第 23 條比例原則規定，系爭規定違憲。

（三）本件解釋並未推翻本院釋字第 711 號解釋意旨。查藥師同為專門職業技術人員，不動產估價師與藥師相較，就業務之執行言，藥師幾無由不具藥師資格者替代，即更必須親力親為，[3]但本院釋字第 711 號解釋就藥師法原第 11 條藥師執業處所以一處為限之類似規定，已於 102 年作成係對藥師執行職業自由形成不必要限制違憲之解釋在案，藥師法第 11 條規定已相應為修法。本件依同一標準，亦不應為合憲之解釋。[4]

本件管理目的，簡言之，係為行政便宜而已，但違反系爭規定者

---

2 除了地政士法外，其餘專門職業技術人員法包括技師法、律師法、會計師法、建築師法、專利師法、記帳士法等，俱無禁止設分事務所及對違反者予以懲戒之規定。

3 不動產估價師之相當部分核心工作可以由他人替代為之，依內政部 92 年 3 月 31 日台內地字第 0920069720 號函：「查不動產估價師法及相關條文並無禁止不動產估價師執行業務時委由他人申請、調查、整理必要資料之相關規定。不動產估價師法第 19 條第 2 項、不動產估價技術規則第 5 條、第 8 條分別規定『不動產估價師受託辦理估價，應依前項技術規則及中央主管機關之規定製作估價報告書，於簽名後交付委託人。』、『不動產估價師應力求客觀公正，運用邏輯方法及經驗法則，進行調查、勘察、整理、比較、分析及調整等估價工作。』及『不動產估價作業程序如下：…五、整理、比較、分析資料。…』，不動產估價師執行業務時，仍應遵循上開法令之規範。」另建築師、會計師、律師及其他技師亦非所有工作均須親力親為，為公知之事實。

4 在藥師本質上應以一處執業為原則之情形，本院釋字第 711 號解釋仍認原藥師法第 11 條無一處執業例外之規定違憲，而且由其解釋文即知：不是只認原藥師法第 11 條規定僅在「於有重大公益或緊急情況之需要時」，才需設例外規定，而是認「於不違反該條立法目的之情形下」，即應設例外規定。依此不違反立法目的之標準，因不動產估價師法採不動產估價師一處開業全國執業原則，而設分事務所乃一般、普通並常見之執業方式，是系爭規定禁止設分事務所，於事理自有未合。

依不動產估價師法第 36 條第 1 款規定，應受警告或申誡懲戒。為行政便宜目的而處罰人民，此豈符比例原則哉？尤其管理事權如何統一、檢查如何有效，這不是有為政府的責任嗎？可以為了管理事權統一等而處罰人民嗎？這樣的說詞言之成理嗎？

又本件解釋理由所謂估價所需專業知識與估價標的所在之人文民情有密切關係等語，係強調不動產估價之在地性。然查本件解釋係援引不動產估價技術規則第 3 條及第 4 條規定為依據，但本件解釋既肯認不動產估價師法之立法意旨建立在一處開業全國執業之上，[5]則不動產估價師之執業明顯不可能強調與上開一處開業全國執業立法本旨相衝突之在地性。再者，不動產估價技術規則只是行政命令而已，其規定不得牴觸不動產估價師法規定及其意旨，包括不動產估價師一處開業全國執業，因此，本件解釋理由以與不動產估價師法即母法意旨不相符合之不動產估價技術規則部分規定，作為系爭規定合憲之依據，有本末倒置之虞，即有邏輯上之謬誤。[6]

三、本件比例原則之操作，似過度依循外國實務所重之邏輯推演

本件比例原則之操作，似過度依循外國實務所重之邏輯推演（只涉及人民工作權中執業方式之限制，應寬鬆審查，目的正當且手段有合理關聯），完全忽略專門職業技術人員特性（憲法第 86 條規定及均經國家最高考試機關考試銓定）、我國地理幅員（一日生活圈，互動頻繁）、不動產評價現實（電子、數位資訊詳實完整、不動產實價登

5 關於不動產估價師一處開業得全國執業乙節在本院本件說明會中與會者一致肯認。

6 除了不動產估價師法中央主管機關代表於本院說明會中，已明言：「從法規觀之，就估價的原理原則，它是一個共通性的技術規則，對於一些案例的參考或是資料的蒐整，其實是可以透過多方來進行蒐集，因此我們認為在地域性的影響應該不大」外，由經由 Google 可以看到每一塊土地、每一棟建築外觀及其鄰近街市等狀況，暨我國不動產實價登錄資料唾手可得之事實，亦可知：就不動產估價言，在地性真的無足輕重！大法官「認事用法」實在應該更接近社會現實一些。另法院強制執行作業亦同，以在地性即在地設事務所為得辦理強制執行標的鑑價之資格條件，是否合於不動產估價師法規定意旨，已有包括不動產估價師法中央主管機關在內之質疑，似亦宜檢討。

錄施行有年）等，更無視憲法第 23 條明文「所必要者」之規定，本席認為本件解釋背離現實及人民需求，太偏重政府機關之管理，以專門職業技術人員借牌為名，用不合理之手段欲防杜之，本席難以贊同。而且作出本件解釋之價值何在？為立法者及行政機關高度管理專門職業技術人員之立法及行政作為之合理妥當性背書嗎？本席不認同，拒絕附和。

不同意見書　　蔡明誠大法官　提出

本號解釋就不動產估價師法第 9 條第 2 項規定：「前項事務所，以一處為限，不得設立分事務所。」（下稱系爭規定），認為其禁止不動產估價師設立分事務所之規定，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，而與憲法第 15 條保障人民執行職業自由之意旨無違。惟不動產估價師法既准許不動產估價師得在全國業務區域執業，卻不得在其他地點設立分事務所，是否造成限制不動產估價師包含營業自由之職業自由基本權過苛情事，頗值得商榷，並其採取合理關聯之寬鬆審查密度，是否妥適，亦值得再推敲。爰提出不同意見如後：

一、從本院釋字第 711 號解釋與本號解釋比較出發

與本號解釋相關聯之本院釋字第 711 號解釋，值得相互比較，將可更清楚看出對於不動產估價師禁止設立分事務所之營業地點限制，是否具有正當性或有無過度（過苛）（Übermaß）等情事。先就本院釋字第 711 號解釋而言，該號解釋認系爭藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」所涉及之基本權，係憲法第 15 條人民工作權保障，其內涵包括人民之職業自由。關於從事工作之方法、時間、地點等，則屬執行職業自由之範疇。有關限制藥師於登記領照執業後，僅得於一處所執業，認其係對藥師執行職業之方法、地點所為之限制。且進行憲法第 23 條比例原則之憲法審查，在目的正當性方面，認系爭規定之立法目的，係為推行藥師專任之政策及防止租借牌照營業之不法情事（立法院公報第 67 卷第 87 期

委員會紀錄第 31 頁參照)。限制藥師執業處所於一處，乃出於確保醫藥管理制度之完善、妥善運用分配整體醫療人力資源，並維護人民用藥安全等公共利益之考量，其目的正當。惟立法者將藥師執業處所限於一處，固有助於前揭立法目的之達成，仍不得逾越必要之程度，而對藥師之執行職業自由為過度限制，始符憲法第 23 條之比例原則。該解釋就藥師執業處所僅限於一處之規範，於藥師不違反前揭立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，一律禁止藥師於其他處所執行各種不同之藥事業務，未設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，認其有違憲法第 23 條比例原則，而與憲法第 15 條保障工作權之意旨相牴觸，定期至遲於屆滿 1 年內失其效力。

本號解釋所涉及不動產估價師禁止設立分事務所之系爭規定，與本院釋字第 711 號解釋有關藥師執業處所應以一處為限之規範，雖其立法目的所追求之公共利益，或有差異，但其中防止租借牌照營業之不法情事之立法目的，頗為相似。本件系爭規定於中華民國（下同）89 年 9 月 19 日制定（89 年 10 月 4 日公布），立法目的係考量不動產估價師執行業務並無地區之限制，為使估價師從事估價業務之權責與名實相符，為利管理，明定不得設立分事務所，以避免借照執業。[1]立法當時，內政部部長黃主文列席政府代表就系爭規定進行相關說明時表示，不動產估價師開業應以設立事務所或聯合事務所之方式為之，不得設分事務所，其事務所遷移至原核准登記開業之直轄市或縣（市）以外之地區時，應以申請核轉遷移登記之方式為之，以利各主管機關

[1] 不動產估價師法第 9 條之立法理由：「一、第一項規定不動產估價師開業，應以設立事務所或聯合事務所方式為之。二、不動產估價師執行業務，不限制其執行業務區域，為利管理，於第二項明定不得設立分事務所，以避免借照執業。」參照 https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?00164374359C000000000000000001400000000400FFFFFD00^01603089091900^00000000000（最後瀏覽日期：110 年 9 月 29 日）。

之聯繫與管理。[2]以上可見，以設立不動產估價師事務所為開業之方式，如事務所遷移，應申請核轉遷移登記，此係為有利於主管機關之聯繫及管理，並未特別提及為避免借照執業，但相互對照，可知其係為有利於聯繫與管理及防止借照執業。

再者，就限制藥師與不動產估價師執業處所之職業自由限制，均認其係對執行職業之方法、地點所為之限制。且進行憲法第 23 條比例原則之憲法審查，兩者亦有相似之處。再從專業事務之實踐面觀之，有關藥劑之調劑等服務，更重視其本人親力親為，但其解釋結果卻完全相反，其是否存有不得不如此不同解釋之理由，實在難以理解！

比較藥師與不動產估價師，兩者性質上雖工作內容專業性差異，可能就其事務執行之時地、方式、內容、範圍及管理，存有差異，但對於專業人員服務地點之聯絡便利性及有效管理，有時係針對其服務提供之地域性（在地性），難免有特殊規範方式，但不動產估價師法之規定，既然要求不動產估價師須以獨立或聯合事務所為開業方式，且基於專業性及增進估價品質等考量，使其他地域之專業人員得以跨區域服務，反而使不動產估價專業服務，不致於侷限於特定區域中壟斷性之獨占或少數人寡占型態，如能跨區域設立分事務所擴大執業之服務範圍，正可增進業務公平合理之競爭，亦且不違反正常交易安全及秩序管理之立法目的之追求。因此，藥師與不動產估價師於立法當時，其目的均包含避免借照（借牌）執業，且類似基本權保障範圍（即憲法第 15 條保障工作權及職業自由中之執行職業自由）及其限制合憲正當化事由之審查（例如憲法第 23 條比例原則），就更重視親力親為之藥師一處執業之限制，本院釋字第 711 號解釋係採違憲之解釋結果。反觀本號解釋，比較同屬專門職業人員之藥師執業處所應以一處為限之規範，原則上被認為違反比例原則，相較於本件可賦予更高度營業自由之不動產估價師，系爭規定禁止其設立分事務所，於此卻得

[2] 參照立法院公報，第 89 卷第 51 期，院會紀錄，頁 48-50。

到完全相反之結論。從其立論及解釋結論予以整體綜合觀察，就本號解釋忽視包含營業自由之專門職業人員自由基本權受到憲法保障之意旨及目的（Sinn und Zweck），不禁引起本院解釋前後不一致之疑義！

二、專門職業人員之分事務所設立禁止所涉及憲法基本權

本號解釋基於憲法第 15 條規定保障人民之工作權作為基本權，暫時不論工作權是否係屬社會權之勞動權，以及工作權與職業自由及營業自由之關係，在學理上，尚存有不同見解，均值得參考。[3]如採取本院解釋之見解，有認為人民營業之自由為憲法第 15 條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第 514 號、第 606 號、第 716 號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則。（本院釋字第 719 號解釋參照）此見解將營業自由兼具財產權與工作權之內涵，頗值得再推敲。

本號解釋係採職業自由包含職業執行與職業選擇之區分，就從事工作之方法、時間、地點、內容等，歸屬於執行職業自由，並以比例原則進行憲法審查。質言之，有關是否准許專門職業人員設立分事務所，本號解釋認為其係涉及職業自由中之執行職業自由。此有如德國實務上，就基本法第 12 條第 1 項規定發展出之職業自由三階理論，將職業自由分為兩大部分，即職業選擇與職業執行，其中職業執行，採取典型比例原則，即所謂合理關聯性，為較寬鬆之審查密度。基本

[3] 有認為憲法第 15 條之工作權，解釋上不但包括職業自由，亦包括營業自由在內，非有特定理由，不得以法律限制之（憲法第 23 條），並採日本學者今村成和之見解，將營業自由分為廣狹二義，亦即狹義營業自由（例如進出經濟市場之開業、廢業及維持營業自由之經濟基本人權），係以工作權為依據，對之限制應受憲法第 23 條之較嚴格之制約；而廣義營業自由（即如活耀於經濟市場之營業自由，亦即正當競爭秩序下之營業活動自由），實有行使財產權之意味，營業如有妨害國計民生平衡發展之不當競爭行為，國家自有義務予以防阻，故此時國家毋寧係負有積極作為之義務，而與憲法第 23 條國家之受到限制，性質上應有不同。有關營業開始之行為規範，係屬狹義營業自由之問題。（參照李惠宗，論營業許可基準之司法審查---兼論我國憲法上營業自由之限制，經社法制論叢，5 期（79 年 1 月），頁 231-232，235-237。）

法第 12 條第 1 項規定，所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及教育訓練場所之權利，職業之執行得依法律或授權法規規制之。德國聯邦憲法法院於 1958 年 6 月 11 日藥房判決（sog. Apoteheken-Urteil）[4]認為，職業自由（Berufsfreiheit）[5]依基本法第 12 條第 1 條規定，其雖可細分為自由選擇職業、工作地點、教育訓練場所與執行職業四部分[6]，但認為其係屬於職業自由之單一基本權（ein einheitliches Grundrecht; Einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit），此係為德國通說所採[7]。有認為前述基本法第 12 條第 1 條規定四部分在職業自由整體概念而言，其往往不宜加以區分，而其可能交互作用，同受法律保留原則之拘束，且由不同視角觀察職業活動，其可構成單一複合體

---

4 參照 BVerfGE 7, 377 – Apotheken-Urteil. 該判決確認職業自由基本權（Das Grundrecht der Berufsfreiheit），並發展出著名之三階理論（Drei-Stufentheorie）。

5 德國基本法第 12 條第 1 項所宣示職業與營業自由作為社會與經濟秩序之客觀原則（objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnumg）。職業自由有如財產權保障，作為客觀原則，歸屬於自由市場經濟秩序之制度性保障。參照 Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., München: Beck, 2018, §30 Rn.1f..此於威瑪帝國憲法第 151 條第 3 項規定，已將營業自由作為社會與經濟秩序之客觀原則，可供參考。（參照 G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band I, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Art. 12 Abs. 1 Rn.1.）

6 此將職業自由可分 4 部分，係基於德國基本法第 12 條第 1 項規定之文義。如依聯邦憲法法院藥房判決之單一基本權見解，有主要區分兩部分（zwei Teilbereich），即以狹義職業自由作為主要領域，涉及職業之選擇（Berufswahl）與職業執行（Berufsausübung）。工作地點之自由選擇，則係介於職業選擇與職業執行之間（BVerfGE 84, 133/146）。工作地點自由選擇之侵害，通常亦構成職業之選擇或執行。除前述狹義職業自由外，有關教育訓練場所之自由（Freiheit der Ausbildungsstätte）（職業相關教育之整體自由；das gesamte Freiheit der berufsbezogenen Ausbildung），歸屬於廣義職業自由。（參照 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 14. Aufl., München: Beck, 2016, Art. 12 Rn. 1 ff., 93ff..）此分廣狹意義且將工作地點自由，納入狹義職業自由，可供比較參考之。

7 參照 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht II – Grundrechte, München: Beck, 2010, §70 Rn. 5f.; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., München: Beck, 2018, §30 Rn. 23.

（der einheitliche Komplex）之單一基本權，並非多數基本權。[8]此雖非分屬不同保障範圍（或稱保護領域或範圍）層面（Schutzbereichsebene），但其係屬於法律效果層面，乃針對執行職業與選擇職業之主觀與客觀許可要件之憲法審查時，就職業自由基本權之干預（Eingriff）與限制之合憲正當化事由（Rechtfertigung）[9]審查，得以比例原則分階段審查之問題。[10]

本件係涉及禁止不動產估價師設立分事務所，其係專業人員執行估價業務之活動範圍或工作地點（Arbeitsplatz）（即空間位置，包含職業周圍環境（das berufliche Umfeld），尤其是獨立工作者（即如自由業者）之職業營業處所（設立）之自由（Freiheit der Berufsniederlassung）或服務自由（Dienstleistungsfreiheit）[11]，亦受職業自由保障。[12]理論上，營業自由係屬職業自由之下位概念，從作為

---

8 參照 Sodan, in: Sodan, Grundgesetz, 4.Aufl., München: Beck, 2018, Art.12 Rn.1; BVerfGE 7, 377, 402; Mann, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 12 Rn.14; Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werstand: 94. EL Januar 2021-beck-online, GG Art. 12 Rn. 25, 266.

9 有譯阻卻違憲事由（如法治斌、董保城，憲法新論，臺北市：元照，2020 年 3 月 7 版 1 刷，頁 209）；或譯合憲正當性或憲法正當性理由（如陳慈陽，憲法學，臺北市：元照，2016 年 3 月 3 版 1 刷，頁 533-536），請參考之。

10 參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §35 Rn. 5ff., 17, 26.

11 在歐盟，依歐盟運作條約(Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; AEUV)第 49 條以下（營業處所（設立）權；Das Niederlassungsrecht）規定營業處所（設立）自由與第 56 條以下規定服務自由，具有主觀公權利，此於歐盟會員國及歐洲經濟同盟國得以跨區域保護，亦即其是否許可與如何營業活動之法律制度上保障。（參照 Eisenmenger, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Werkstand: 86. EL Februar 2021-beck-online, GewO §1 Rn. 82f..）

12 參照 Mann, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl., 2021, Art. 12 Rn. 86.有認為營業自由基本上源自人類營生之需求，屬於一般職業自由之派生自由，或職業自由之一種型態，二者屬於一種包含關係，而非並立關係，皆為憲法第 15 條工作權保障範圍。（參照李建良，經濟管制的平等思維---兼評大法官有關職業自由暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，102 期（97 年 4 月），頁 10。另參考頁 10 註 19 之不同見解。該文收載於李建良，人權思維的承與變---憲法理論與實踐〔四〕，臺北市：新學林，2010 年 9 月 1 版 1 刷，頁 63，68-71。）

自由服務業之不動產估價師而言，既依法要求其執業應以事務所型態為之，是就其本質，其營業自由[13]已遭受限制。是故，應認為不動產估價師之單一職業自由基本權（包含營業自由之職業自由選擇）[14]，亦受到不當之干預。換言之，就其專門職業人員職業自由而言，係對於其包含營業自由之職業自由基本權之限制。整體而言，如營業自由涵蓋於職業自由之概念下，將可凸顯禁止不動產估價師設立分事務所之不妥當，因其似難以達成不動產估價師法所准許全國業務區域均得執業之立法目的，且有關專業人員之營業自由，並非純屬財產權保障之基本權問題，其可能攸關不動產估價師從事估價專業服務活動過程之競爭自由（Wettbewerbesfreiheit）之保障，亦不應與憲法對於前述營業自由（職業自由）保障意旨相牴觸。

三、面對新近社會發展就禁止分事務所設立之系爭規定有檢討改進之必要

立法當時，或有其時代背景，但不動產估價師越來越多，委任人有更多選任對象時，昔日管制借牌之現象，自應有所改變，為有利於聯繫與管理及防止借照執業所採禁止設立分事務所管制手段，未免不合時宜，甚至有管制手段過苛之疑慮！詳言之，以現代交通便捷所謂

---

13 於德國，營業自由原則（Grundsatz der Gewerbefreiheit），雖並非現行基本法之用語，但其可從營業條例（GewO）第 1 條所導出，該原則係整體經濟行政法之核心原則，且於 1869 年 6 月 21 日北德聯邦營業條例亦類似前述營業條例第 1 條規定。該原則不僅是不具拘束力之綱領性原則，而具有法律拘束力，且是一種可訴訟之權利（ein einklagbares Recht）。德國聯邦憲法法院如營業條例第 1 條規定，營業自由涵蓋營業許可之是否（ob）與職業如何（wie）活動，均受到基本法第 12 條第 1 項職業自由基本權部分領域所保護及涵蓋。（參照 Eisenmenger, in: Landmann/Rohmer, a.a.O., GewO §1 Rn. 1, 95.）

14 於日本，憲法所保障之經濟自由，與精神活動自由（自己決定權、學問之自由、政治活動之自由等）相對照。經濟自由包含職業選擇之自由。職業選擇之自由，係指人類於社會自由選擇所從事之職業，當然包含執行所選職業之自由。職業選擇（遂行）之自由，包含營業自由。（參照高橋和之，立憲主義と日本国憲法，東京：有斐閣，2020 年 4 月 15 日 5 版 1 刷，頁 279-280。）亦可參考比較之。

一日生活圈，且不動產估價之資料調查、分析及比較，往往可透過視訊或網路資料傳輸，同時達到資訊交流或傳播之目的，既其可全國區域服務，亦且可共同設立事務所。如另由同地同一事務所之共同合夥估價師，於他地設立分事務所，從事跨區服務，宜認為其為法所許可。又為避免少數估價師之壟斷，妨礙公平競爭，則屬另外得以不動估價師法或公平交易法等規範明文規制或法律適用之問題。

至於原先立法時所欲防止之借牌不法現象，如前所述，現今不動產估價師人數漸多，且專業倫理之要求，通常估價師亦會愛惜羽毛，而不致於濫用其估價之法定權限，或有浮濫從事估價業務或簽名等不法或不當違反專業倫理行為，此方面之有效管理，實非禁止設立分事務所，而得以完全禁絕者。再者，該具有豐富經驗之不動產估價師，因更具有專業能力，得透過分事務所之聯絡便利性，以及服務地點接近，對於當地委任人或委任法院，難認其管理上有何不良後果，況且其可以直接有效提升偏鄉不動產估價之專業品質，甚至得以縮短城鄉差距。時至今日，因應社會變遷，作為防止借牌及有利聯絡及管理之管制方式，亦應與時俱進，參考類似性質專業人員相關規定，藉以尋找其他適當規制手段為宜。

此外，系爭規定係基於有利於主管機關管理與避免借照作為禁止設立分事務所之立論，而非考量不動產估價師之專業服務活動範圍，實際上往往集中於都會區，較不熱門地區之不動產估價師通常為數不多，而參加鄰近城市之公會。例如從目前公會會員分佈之現況觀之，如設立事務所於宜蘭縣（例如宜蘭市、羅東鎮、礁溪鄉等）者，參加臺北市不動產估價師公會；設立事務所於基隆市者，參與新北市不動產估價師公會；設立於新竹市或新竹縣（例如竹北市）或彰化縣（例如彰化市、埔鹽鄉）者，參與桃園市不動產估價師公會；另如苗栗縣（例如苗栗市、公館鄉）之不動產估價師，參加臺中市公會；雲林縣（例如北港鎮、虎尾鎮）及嘉義縣（例如民雄鄉）之不動產估價師，

則參加臺南市公會等情形。[15]以上可見，雖有所謂不動產估價具有專業性及地域性（在地性），惟目前仍有城鄉差距之資源分配不均之情況，面對此情勢，如能使更具專業之優秀不動產估價師有機會設立分事務所，既可保障其包含營業自由之職業自由，亦可促進自由與公平競爭，藉以有更多專業人員有意願前往較少不動產估價師之地方服務，如此對於不動產估價制度之健全發展，自有其助益！

另從立法論而言，不動產估價師法立法時若干規定，係參照建築師法相關規定，認為其從事不動產估價，不但須具有高度之理論學養，且須具有估價經驗，方能獨立作業，並確保估價成果之準確度，且要求其專業知識應不斷進修精進，明定估價師開業證照之更新方式及要件，以維其專業素質。[16]不動產估價師應具專業性，自屬當然。另法律要求建築師與不動產估價師開業，應設立建築師事務所或不動產估價師事務所執行業務。然建築師法規定建築師以全國為其執行業務之區域（建築師法第 6 條[17]參照），並無執業或開業地區之限制，且建築師法有關建築師借牌執業之處理方式，亦不盡相同。建築師不准

---

15 不動產估價師公會有關會員名錄之網頁，參照
http://www.reaa.org.tw/member_namelist.php;
http://www.tcarea.url.tw/product_1244107.html;
https://www.tarea.org.tw/1464155350-0.html;
http://www.creaa.org.tw/front/Member_1.aspx;
http://www.xn--ihqp1as5bfn91diwak39crjat61ezi6ais3a.tw/about_member.html?i=1;
http://www.karea.org.tw/html/member_find
（以上最後瀏覽日期：110 年 9 月 30 日）

16 參照建築師法第 7 條立法例，於不動產估價師法第 5 條第 1 項規定，要求不動產估價師應具備二年以上之估價經驗，始得申請發給開業證書。（參照第 5 條第 1 項立法理由）不動產估價師負責執行估價業務，對於日新月異之專業知識，應不斷進修精進，爰參仿美、日之證照更新制度，明定估價師開業證照之更新方式及要件，以維其專業素質。（參照第 20 條第 1 項立法理由）

17 建築師法第 6 條（開業方式與執行業務區域）
建築師開業，應設立建築師事務所執行業務，或由二個以上建築師組織聯合建築師事務所共同執行業務，並向所在地直轄市、縣（市）辦理登記開業且以全國為其執行業務之區域。

借牌係法定義務[18]，如有違反規定之情事，得以撤銷或廢止開業證書之嚴格處罰[19]。反觀不動產估價師法為防止借照等違反法律職業倫理（professional ethics in law）之不法或不當行為[20]，主要以禁止設立分事務所作為管理之手段，如有以分事務所跨區執業者，充其量予以申誡或警告之處罰。兩者相互比較，為避免借牌（照）之不法行為，是否得以禁止設立分事務所，達到其立法目的，頗令人懷疑！如欲禁止此等不法行為，亦可明定專業人員之法定義務，如有違反者，嚴以懲處，實可達其禁絕借牌（照）之不法情事！況且，據中華民國不動產估價師公會全國聯合會於 109 年 10 月 16 日回覆本院函詢，目前各地方主管機關均會對轄區範圍之不動產估價師事務所進行業務檢查，借牌情事應漸減少，以系爭規定禁止設立分事務所避免借牌之情事，恐非適當規定。此外，該會曾於 108 年 10 月間，針對此議題進行問卷調查，約有 76 %之執業不動產估價師認為在其他配套措施下，應予開放得設立分事務所。從現今實務界看法而言，可見當時制定系爭規定之社會背景，至今已有所變遷，不動產估價師法相關立法政策，亦有檢討改進之必要。至於本號解釋雖併以指明立法者應注意衡酌不動產估價行業之發展及社會大眾對不動產估價專業信任度之提升，並參酌其他專門職業技術人員關於事務所與分事務所設立規定之沿革等因素，就系爭規定適時檢討。惟本號解釋既已肯認系爭規定之合憲性，之後呼籲適時檢討，實有流於「道德勸說」而已，恐其實際效果

18 參照建築師法第 26 條規定，建築師不得允諾他人假借其名義執行業務。

19 參照建築師法第 46 條規定，建築師違反本法者，依下列規定懲戒之：……五、違反第 4 條或第 26 條之規定者，應予撤銷或廢止開業證書。

20 此係就不動產估價師法規定而言，另於中華民國不動產估價師公會全國聯合會第 1 號公報「不動產估價師職業道德規範」第 23 條，不動產估價師於申請開業以外之其他縣市設立聯絡處，不得委任助理或其他人變相主持。但因原本規定，不動產估價師不應與不具不動產估價師資格者，共同組織不動估價師聯合事務所，並未明定與現行規範之中，為何修正（放寬）之原因，則有學者提出疑問。（參照陳明燦，我國不動產估價師執業與懲戒相關法律問題分析，台灣環境與土地法學雜誌，2014 年 10 月 1 日，頁 12。）

有限，難以彰顯本院解釋對於憲法保障專門職業人員之包含營業自由之職業自由基本權之重視！

四、有關本號解釋之不受理部分

從聲請人所稱之事實及法院認定事實綜合觀之，聲請人於臺中經營不動產估價事務所，另以設於臺南之鑑定顧問公司作為通訊地址，受託辦理不動產估價之鑑定，本件聲請人受理臺灣臺南地方法院委託之不動產估價案，遭檢舉有設立分事務所及未於估價報告書簽名情事，涉有違反系爭規定及不動產估價師法第 19 條第 2 項規定，嗣經臺中市不動產估價師懲戒委員會認聲請人違反上述規定，依同法第 36 條第 1 款及第 2 款規定，裁處警告及申誡各 1 次。因本件聲請人未就不動產估價師法第 19 條第 2 項[21]及第 36 條第 2 款[22]規定聲請釋憲，本號解釋因此採取較嚴格審查之門檻，而將違反系爭規定而依第 36 條第 1 款及第 2 款規定所為裁罰部分之規定，以不受理處理，而未予一併審查，亦值得再推敲之。因該未於估價報告書簽名而受裁罰之部分，與設立分事務所，係與本原因案件行為事實與其裁罰法律之依據及效果所適用相關規定具有重要關聯性，是本號解釋如能將未於估價報告書簽名情事一併審查，基於與系爭規定具有重要關聯性之相關規定進行整體性綜合憲法審查，實較能窺見本原因案件憲法審查之全貌！

不同意見書　　林俊益大法官　提出

本解釋為警告性宣示的解釋，系爭規定，尚屬合憲，但告誡有關機關，系爭規定將來有轉變為違憲之虞，要求有關機關有所作為，以符合立

21 該項規定，即不動產估價師受託辦理估價，應依前項技術規則及中央主管機關之規定製作估價報告書，於簽名後交付委託人。

22 不動產估價師法第 36 條（懲戒處分）規定，不動產估價師違反本法規定者，依下列規定懲戒之：一、違反第 9 條第 2 項、第 10 條至第 12 條或第 15 條規定情事之一者，應予警告或申誡。二、違反第 18 條或第 19 條第 2 項規定情事之一者，應予申誡或停止執行業務。

法之初昭告國人所稱「不動產估價師，一處開業，全國執業」的立法意旨！

壹、前言

本解釋係**【不動產估價師設分事務所案】**。

本解釋宣告，不動產估價師法第 9 條第 2 項規定：「前項事務所，以一處為限，不得設立分事務所。」（下稱系爭規定）尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。

本解釋文雖為合憲宣告，但從解釋理由觀之，本件實為警告性宣示[1]，雖宣告系爭規定合憲，但告誡有關機關，系爭規定將來有轉變為違憲之虞，要求有關機關有所作為，適時檢討，法與時轉，俾利符合立法之初昭告國人所稱「不動產估價師，一處開業，全國執業」的立法意旨！

本席對於本解釋的釋憲結論，尚難完全贊同，爰提出不同意見書，以就教於方家。

貳、本件聲請釋憲的原因案件事實

本件釋憲聲請人因所經營的不動產估價師事務所，受理地方法院委託的不動產估價鑑定案，遭檢舉有設立分事務所及未於估價報告書簽名情事，涉有違反系爭規定及不動產估價師法第 19 條第 2 項規定，經不動產估價師懲戒委員會懲戒，裁處聲請人警告及申誡各 1 次。聲請人循序提起行政救濟，最後經最高行政法院 105 年度判字第 493 號確定終局判決駁回。聲請人認確定終局判決所適用的系爭規定限制不動產估價師的事務所，以一處為限，不得設立分事務所，僅係基於行

[1] 警告性宣示，又稱警告性裁判，本院諸多合憲檢討的解釋（例釋字第 311 號、第 318 號、第 327 號、第 356 號、第 396 號、第 409 號、第 433 號、第 468 號、第 502 號、第 578 號、第 579 號、第 623 號、第 637 號及第 799 號解釋等），宣告系爭規定與憲法「尚無違背」，但同時諭示立法者「應檢討修正」、「應適時檢討」、「應檢討改進」等，即其適例。詳請參閱，本院釋字第 637 號解釋李震山大法官之部分協同意見書。

政機關查核的便宜，未考量不動產估價師依法得全國執行業務，需高度配合不動產所在位置而移動，致不動產估價師囿於現實考量，無法於所設事務所所在地以外地區執行業務，且於有重大公益或緊急情況的需要時，仍禁止不動產估價師於其他處所執行業務，未設必要合理的例外規定，對不動產估價師的職業自由，形成不必要的限制，違反憲法第 23 條規定，有牴觸憲法第 15 條保障工作權意旨的疑義，聲請解釋。

參、本號解釋的釋憲爭點

本件釋憲聲請案，有 2 項釋憲爭點，分別說明如下：

一、系爭規定，規範不動產估價師開業，應設立一處事務所執行業務，不得設立分事務所。此一限制，干預人民執行職業自由，是否違憲？

二、不動產估價師法第 9 條所規範「一處開業，全國執業」的立法意旨，既然賦予不動產估價師得全國執行業務，系爭規定禁止設立分事務所，是否會產生實質阻絕不動產估價師於一處事務所所在地以外地區執行業務的結果？

肆、不動產估價師法第 9 條所規範「一處開業，全國執業」的立法意旨

一、一處開業全國執業之意旨

不動產估價師法第 9 條第 1 項規定：「不動產估價師開業，應設立不動產估價師事務所執行業務，或由二個以上估價師組織聯合事務所，共同執行業務。」及系爭規定明定：「前項事務所，以一處為限，不得設分事務所。」其立法理由稱：「不動產估價師執行業務，不限制其執行業務區域。」係以全國作為不動產估價師執行業務的範圍，是以有關機關乃稱第 9 條所規範「一處開業，全國執業」[2]的立法意旨。

[2] 法務部 102 年 11 月 4 日法律字第 10200221320 號函：「……『不動產估價師法』第 9 條所規範之『一處開業，全國執業』之立法意旨……。」

二、一處開業全國執業確有必要

依不動產估價師法第 14 條規定：「不動產估價師受委託人之委託，辦理土地、建築改良物、農作改良物及其權利之估價業務。」可知不動產估價師係依委託人的委託而辦理不動產及其權利的估價，委託人的不動產及其權利，可能散落在各不同地區（例如，分屬臺北市、臺中市、高雄市等區域內之不動產），是以不動產估價師法第 9 條所定「一處開業、全國執業」的立法意旨，確有其必要！已開業之不動產估價師於加入不動產估價師公會後，即得於全國執行業務。如不動產估價師得設立分事務所，輔助人力熟悉與不動產價格有關的人文民情等因素，應有助於不動產估價師相關估價業務之進行。

伍、禁設分事務所產生實質阻絕的結果

本院釋字第 738 號解釋釋示：「……對從事工作地點之執行職業自由所為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制應受【較嚴格之審查】外……」，提及「其限制產生實質阻絕之結果」一詞，因而引起系爭規定禁止不動產估價師在開業事務所以外設立分事務所，對不動產估價師在開業處所以外之其他區域，是否會產生實質阻絕結果的疑慮？

按：不動產估價師受委託人的委託，辦理土地、建築改良物及其權利的估價業務（不動產估價師法第 14 條第 1 項規定參照）。一般不動產估價師事務所受理的委託，以法院有關不動產的鑑定估價業務及拍賣不動產之底價評估或法務部行政執行署委託估價案為大宗，依司法院 108 年 2 月 26 日修正頒布的「地方法院民事執行處選任不動產鑑定人作業參考要點」第 2 點規定：「不動產估價師經主管機關發給開業證書，加入該管直轄市或縣（市）不動產估價師公會，並**在法院轄區內設有事務所者**，得向法院申請列為鑑定人，參與法院有關不動產之鑑定估價業務。」另法務部行政執行署臺南分署行政執行業務委託鑑定估價須知第 2 點規定：「經本分署轄區內臺灣臺南地方法院民

事執行處評選列為得選任之鑑定人者，得向本分署申請列為得選任之鑑定人。」法務部行政執行署高雄分署行政執行業務委託鑑定估價須知第 2 點亦為同一規定。亦即未經地方法院民事執行處評選列為得選任的不動產估價師鑑定人，並不可能向行政執行署申請列為得選任的鑑定人。

以此觀之，一位不動產估價師，僅得為一法院或該地行政執行署分署的不動產估價鑑定人，因系爭規定明定不得設分事務所，不得在全國其他 21 個地方法院轄區內設立分事務所，致不可能向全國其他 21 個地方法院申請列為不動產鑑定人，更不可能向其他行政執行署分署申請列為得選任之鑑定人，如此是否「**產生實質阻絕」該不動產估價師在全國其他 21 個地方法院民事執行處或行政執行署執行業務的可能性？**不無疑義。所謂「一處開業，全國執業」，是否成空話？

或謂：不動產估價師未設分事務所，致無法擔任法院民事執行處的不動產估價鑑定人，是地方法院民事執行處的規定所致，並非因系爭規定而起，未設分事務所，仍得於全國執業云云。然而，若允許不動產估價師設立分事務所，既有分事務所之設，或有可能擔任地方法院民事執行處的不動產估價鑑定人！

陸、禁止不動產估價師設分事務所的定性及審查基準

一、先論藥師執業處所應以一處為限的規定有無違憲

關於專門職業人員執業處所的限制，本院釋字第 711 號解釋，曾就藥師法第 11 條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」是否違憲，針對其未就「藥師於不違反該條立法目的之情形下」，或「於有重大公益或緊急情況之需要時」，設必要合理之例外規定，作成部分違憲的宣告。

本院釋字第 711 號解釋的審查基準如下：「憲法第 15 條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制。法律對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於**從事**

工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為**追求公共利益**，且採行之限制手段**確屬必要**者，始符合憲法第 23 條比例原則之要求，迭經本院解釋在案（本院釋字第 584 號、第 649 號、第 702 號解釋參照）」，並將「限制藥師於登記領照執業後，僅得於一處所執業」，認為是對藥師**執行職業之方法、地點所為之限制**，採寬鬆的審查標準，認為目的正當，但限制手段逾越必要之程度，即就①「藥師於不違反該條立法目的之情形下」，②或「於有重大公益或緊急情況之需要時」二部分，未設必要合理的例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要的限制，有違憲法第 23 條比例原則，作成部分違憲的宣告。

二、再論不動產估價師禁止設分事務所的規定有無違憲

限制不動產估價師開業只能設立一處事務所，禁止設立分事務所，使不動產估價師僅能以單一事務所執行不動產估價業務，也是對不動產估價師執業方法、地點所為的限制，也是涉及其執行職業自由的干預，依前揭本院釋字第 711 號解釋意旨觀之，亦應採寬鬆的審查標準。

惟本院釋字第 711 號解釋釋示有二種例外情形，即就①「於不違反該條立法目的之情形下」，②或「於有重大公益或緊急情況之需要時」二部分，於不動產估價師執行業務是否會發生？

就不動產估價師執行業務，是否存在「於有重大公益或緊急情況之需要時」之疑惑？本解釋理由謂：「至系爭規定雖限制不動產估價師僅能設立單一事務所，然依不動產估價師法第 9 條之立法意旨，係一處開業，全國執業，其執業區域並無限制（立法院公報第 89 卷第 51 期院會紀錄第 62 頁第 9 條立法說明參照），自不存在於有重大公益或緊急情況之需要時，應允許不動產估價師於事務所以外之其他處所，執行不動產估價業務之問題，與本院釋字第 711 號解釋之情形尚屬有間。」言下之意，肯認不動產估價師「一處開業，全國執業」的立法意旨。

剩下的疑惑是，既然本解釋肯定不動產估價師法第 9 條所定「一

處開業，全國執業」的立法意旨，禁止不動產估價師設立分事務所，又如何讓不動產估價師得以有效在全國執行業務？是否會產生實質阻絕不動產估價師於一處事務所所在地以外地區執行業務的結果？如有此實質阻絕的結果時，能否謂無違反憲法保障人民職業自由的意旨？

柒、不動產估價師執行業務設分事務所的必要性

一、先就不動產估價師執行業務的範圍而觀

關於不動產估價師執行業務的範圍，本解釋依不動產估價技術規則第 5 條[3]、第 8 條及第 13 條至第 15 條規定而釋示：「舉凡法院有關不動產之鑑定估價業務及拍賣不動產之底價評估、公開發行公司取得或處分資產之價值評估、金融機構貸款及有關資產徵信估價、聯合開發權益分配評估或土地徵收補償市價查估等業務，均有賴不動產估價師辦理。」實際上，不動產估價師執業範圍更廣，依中華民國不動產估價師公會全國聯合會網頁[4]的介紹，不動產估價師的業務，有 22 項如下：「一、金融機構不動產抵押擔保物之估價。二、公開發行公司不動產買賣交易之估價。三、法院民事執行處拍賣不動產之估價。四、法院民事糾紛有關土地分割、合併等之估價。五、都市更新權利變換前後不動產價值之估價。六、聯合開發有關政府、地主、投資者之權益價值估價。七、土地開發合建分配之權益價值估價。八、土地重劃前後地主權益價值估價。九、區段徵收地主分配抵價地估價。十、政府公共工程徵收地上改良物之估價。十一、政府公共工程徵收農作改良物之估價。十二、政府公共工程土地徵收之估價。十三、不動產證券化之不動產開發價值之估價。十四、各項工程造價或鄰房損害之不

---

3 不動產估價技術規則第 5 條規定：「不動產估價師應力求客觀公正，運用邏輯方法及經驗法則，進行**調查**、勘驗、**整理**、比較、分析及調整**等估價工作**。」依內政部 92 年 3 月 31 日台內地字第 0920069720 號函，認為「得委由他人申請、調查、整理必要資料。」

4 引自中華民國不動產估價師公會全國聯合會網頁，最後瀏覽日期：110 年 10 月 1 日。

動產價值減損之估價。十五、土地使用分區變更前後之價值差異估價。十六、會計作業對不動產以最近日期重新估價。十七、企業購併對不動產價值之估價。十八、企業投資以不動產作價入股之估價。十九、各級政府公有不動產標售、買賣之估價。二十、 移民國外有關之不動產價值之估價。二十一、 不動產權利（地上權、抵押權等）之估價。二十二、其他土地、建築改良物、農作改良物及其權利之估價。」如此眾多不動產及其權利估價業務的執行，需賴更多相關資訊的蒐集、整理、比較、分析，如不動產估價師得設立分事務所，以利蒐集影響不動產價格的當地人文民情有關資料，更有助於不動產估價師正確估價業務的進行。

二、再就不動產的估價決定，需要更多輔助人員協助而論

依不動產估價技術規則第 8 條規定：「不動產估價作業程序如下：一、確定估價基本事項。二、擬定估價計畫。三、蒐集資料。確認勘估標的狀態。五、整理、比較、分析資料。六、運用估價方法推算勘估標的價格。七、決定勘估標的價格。八、製作估價報告書。」共有 8 項估價作業程序，然而依本解釋理由所示：「不動產估價作業中，與**鑑估標的價格之決定及估價報告書之製作**有密切相關部分，均應由不動產估價師親自執行，以確保不動產估價品質。」只有「七、價格之決定」及「八、估價報告書之製作」2 項作業程序（具一身專屬之不可替代性），應由不動產估價師親自執行，以確保估價技術水準，固屬正確，惟關於前揭「一至六項」形成價格決定的諸多估價前置作業程序，如不動產估價技術規則第 3 條規定：「不動產估價師**應經常蒐集與不動產價格有關**之房地供需、環境變遷、人口、居民習性、公共與公用設施、交通運輸、所得水準、產業結構、金融市場、不動產經營利潤、土地規劃、管制與使用現況、災變、未來發展趨勢及其他**必要資料**，作為掌握不動產價格水準之基礎。」第 4 條規定：「（第 1 項）不動產估價師**應經常蒐集比較**標的相關交易、收益及成本等**案例及資料**，並**詳予求證其可靠性**。（第 2 項）前項資料得向當事人、

四鄰、其他不動產估價師、不動產經紀人員、地政士、地政機關、金融機構、公有土地管理機關、司法機關、媒體或有關單位**蒐集**之。」此等與不動產價格有關的必要資料及相關案例與資料，本解釋意旨並未要求需由不動產估價師親自執行。內政部函示亦認為「得委由他人申請、調查、整理必要資料」[5]，是此等諸多與不動產價格有關必要資訊的蒐集、整理、比較、分析等，不動產估價師並非不得委諸其他助手協完成。如法律允許不動產估價師設立分事務所，助手熟悉「估價標的所在之人文民情[6]」(詳見本解釋理由第三段第二部分之敘述所示)，應更有利於助手在最短時間內完成蒐集正確資訊，以利不動產估價師在最短時間內作更正確的鑑估價格決定與估價報告的製作。

捌、本解釋為合憲宣告的理由並不充分

本解釋宣告系爭規定合憲的理由雖有二項：「系爭規定考量不動產估價師之執行業務並無地區之限制，為**使不動產估價師之管理事權統一**，並**使估價師從事估價業務之權責與名實相符**，乃禁止不動產估價師設立分事務所，限制其等僅於一處設立事務所，**以利管理並避免借照執業**。」惟本席認為，此二項理由，均不充分，茲說明如下：

一、就有利管理而論

依專門職業及技術人員考試法第 2 條規定，本法所稱專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係[7]，並依法律應經考試及格領有證書之人員，可

---

5 內政部 92 年 3 月 31 日台內地字第 0920069720 號函參照。

6 本解釋理由謂：「不動產估價作業須勘估標的狀態，其**估價所需專業知識**通常與估價標的所在之人文民情有密切關係」(不動產估價技術規則第 3 條及第 4 條規定參照)。所謂其估價所需專業知識，係指不動產估價技術規則第 3 章估價方法，第 1 節比較法（第 18 條至 27 條）、第 2 節收益法（第 28 條至第 47 條）、第 3 節成本法（第 48 條至第 82 條）；第 4 章宗地估價，第 1 節通則（第 83 條至第 89 條）、第 2 節特殊宗地估價（第 90 條至第 97 條）等專業知識。

7 本院釋字第 453 號解釋釋示：「憲法第 86 條第 2 款所稱之專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所

分 14 類[8]。對此等專門職業人員，基於其從事的業務與**公共利益**或人民的生命、身心健康、財產等權利有密切關係，立法者乃制定相關專門職業法規以規範，並交由相關公會的自律及政府機關的監督，對其執業處所等重要事項，予以必要的管制。大體而言，政府對專門職業人員管制的密度，依其從事的業務與公共利益或人民權益的密切程度而有寬、嚴之不同。如附表一「專門職業人員執業處所限制一覽表」所示，關於社會類的專門職業人員（如律師、會計師等）從事的業務，與公共利益或**人民的財產**密切相關，對其執業處所採取較為寬鬆的管制，並不嚴格規定；反之，關於醫事類的專門職業人員（例如醫師、藥師等）從事的業務，與公共利益或**人民的生命、身心健康**密切相關，對其執業處所採取較為嚴格的管制，原則上，執業處所以一處為限，但設有例外[9]。不動產估價師屬於社會類的專門職業人員，其從事的業務，僅與公共利益或人民的財產密切相關，對其執業處所的管制，亦應採取較為寬鬆的標準！應採取不干涉的原則為妥。

內政部為執行不動產估價師法第 21 條第 1 項規定之不動產估價師業務檢查，以**加強**不動產估價師業務**管理**，**提升**不動產估價師服務**品質**，於 100 年 3 月 25 日發布內政部台內地字第 1000054864 號令訂

從事之業務，與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言。」

8 專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條規定：「本法第二條所定專門職業及技術人員考試**種類**如下：**一、律師、會計師、專利師。二、建築師、各科技師**。三、醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師、助產師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、醫事放射師、營養師、物理治療師、職能治療師、語言治療師、聽力師、牙體技術師。四、獸醫師。五、社會工作師。**六、不動產估價師、地政士、不動產經紀人。**七、保險代理人、保險經紀人、保險公證人、記帳士。八、導遊人員、領隊人員。九、民間之公證人、法醫師。十、牙體技術生。十一、引水人、驗船師、航海人員。十二、消防設備師、消防設備士。十三、專責報關人員。十四、其他依法律應經考試及格領有證書始能執業之專門職業及技術人員。」第 2 條附表專門職業及技術人員考試種類則列出 41 類考試。其中所謂技術人員，例如，土木工程技師、電子工程技師、工業工程技師等。

9 此部分，是受到本院釋字第 711 號解釋的影響所致。

定**不動產估價師業務檢查作業要點**。依第 3 點規定：「執行業務檢查時，應依下列規定辦理：(一)**於事前排定檢查對象、時間、地點**。(二)檢查人員應主動出示證明身分之機關服務證，並說明檢查目的及相關法令依據。(三) 檢查人員應當場作成『**不動產估價師業務檢查紀錄表**』一式二份，由不動產估價師事務所負責人及檢查人員簽章後，一份當場交付受檢不動產估價師事務所收執，一份由檢查人員攜回存檔。不動產估價師事務所負責人不在場時，得由現場工作人員簽章。受檢單位如拒絕簽收時，不予交付該紀錄文件，應由檢查人員攜回，以雙掛號郵寄送達。(四) 應作成紀錄專案建檔，以備查考。」經查如附表二所示之不動產估價師業務檢查紀錄表，檢查項次雖有 9 項，但只是就不動產估價師法第 9 條至第 11 條、第 15 條、第 19 條、第 21 條、第 22 條第 4 項、第 33 條第 1 項、第 2 項所規定的內容，列為檢查項目，視其是否符合規定而為勾選。任何一位合格的不動產估價師，事前均已知悉上開 9 項法律規定內容，在地方政府地政（局、處）派員檢查之前，必定會自我過濾檢查，看是否符合該 9 項檢查項目。此種檢查方式，如同考試之前，已提供考題給考生，考試結果當然人人 100 分，全部 all pass！怎麼可能查出什麼弊端？實務上懲戒違反不動產估價師法的案件，大都是第三人檢舉或移送而被發現[10]。因此本席要問：如此例行性的檢查，究竟能發揮多大的效用？如依此種形式審查的方式，允許不動產估價師設立分事務所，只需在如附表二所示的檢查表，增加一欄是「主事務所」或「分事務所」，即可達成所謂的「有效管理」，究竟設立分事務所，有何檢查困難？殊難理解！本解釋理由敘明：「系爭規定明定不動產估價師僅能於一處開業設立事務所，使主管機關檢查不動產估價師業務之管理事權統一，得**更有**

10 實務上發生違反不動產估價師法的案件，大抵因第三人的檢舉而發現。例如，臺北高等行政法院 106 年度訴字第 94 號、第 130 號及第 148 號判決，均由金融監督管理委員會函請內政部卓處而發現；臺北高等行政法院 105 年度訴字第 644 號、第 1040 號及訴更一字第 72 號判決，由監察院調查而發現；103 年度訴字第 1560 號判決，因臺北地方法院審理刑事案件而發現。

效進行不動產估價師**是否依法執行業務之檢查**」，實難認同！

公司法第 3 條第 2 項後段規定：「所稱分公司，為受本公司管轄之分支機構。」第 130 條第 1 款規定「下列各款事項，非經載明於章程者，不生效力：一、分公司之設立。」可知，公司法允許本公司設立分公司，經濟部可以把分公司管理的很好，為什麼不動產估價師設立分事務所，即無能有效管理？為一句「使不動產估價師的管理事權統一」，即禁止不動產估價師設立分事務所，弱化不動產估價師全國執行業務的可行性與正確性！政府實在管太多了！

二、就避免借照執業而論

本解釋援引內政部的主張：「使估價師僅以單一名義對外行使估價業務，始能權責、名實相符」（內政部 102 年 10 月 16 日台內地字第 1020324986 號函參照），而於解釋理由謂：「並使估價師從事估價業務之權責與名實相符」。惟依內政部提供之資料，91 年開始有不動產估價師開業，迄 109 年 9 月全國開業之不動產估價師計 443 人。地方政府自 103 年開始有不動產估價懲戒案件，迄今 10 年間，受懲戒處分之不動產估價師 10 人，違反系爭規定者，只有 1 人（詳見內政部 110 年 3 月 25 日本院說明會提供之書面資料參照），且係因他人檢舉而查出，足徵所謂系爭規定立法理由所稱「以利管理」一詞，事實上並未發揮「有效管理」以查明借照執業的作用。換言之，所謂檢查管理的手段，根本難以發揮監督作用，又如何達成主管機關所謂：「**加強**不動產估價師業務**管理**，**提升**不動產估價師服務**品質**」？事實上，果真查出借照執業者，不動產估價師法第 36 條第 1 款業有懲戒處分之規定；不動產估價師公會也會發揮一定自律功能，以維持風紀；該借照執業者在不動產估價師之間亦很難生存，可謂得不償失！立法者為有利管理，以杜借照執業的小小事，禁止不動產估價師設立分事務所，大大影響不動產估價師得在全國有效執行其業務的效能，甚或產生實質阻礙其等在開業地點以外執業的可行性，實在不符憲法第 23 條比例原則。如允許不動產估價師在開業處所以外設立分事務所，例

如「ＯＯＯ不動產估價師分事務所」，有名有實，更能符合權責與名實相符，是以所謂「為使估價師從事估價業務之權責與名實相符」，而禁止不動產估價師設立分事務所，更是背離其在使不動產估價師得「一處開業，全國執業」的立法意旨！

玖、本解釋警告性宣示

本解釋，並非完全的合憲宣告，而是警告性宣示。本解釋特別指出：「不動產估價師一處開業全國執業既為立法之意旨，則立法者即應注意①**衡酌**不動產估價師行業之發展及社會大眾對不動產估價師專業信任度之提升，並②**參酌**其他專門職業人員關於事務所與分事務所設立規定之沿革等因素，就系爭規定適時檢討，併此**指明**。」詳言之：

一、立法當時的背景因素業有調整，不動產估價師行業的發展已趨專業化

誠如中華民國不動產估價師公會全國聯合會 109 年 10 月 16 日 109 估全聯字第 134 號復本院函所示：「一、查不動產估價師法第 9 條第 2 項禁止不動產估價師設立分事務所執行業務之立法理由確為禁止無照估價師借牌營業，此舉於不動產估價師立法初期與鑑定公司同時存在之落日期間，有其必要，惟不動產估價師事務所限制設立一處，而執行業務範圍可及全國，對業務執行的方便性，**實有檢討之處**，且分事務所之設立，雖法有禁止，但實質上透過附設公司型態、辦事處、據點等方式實質執行，亦有認定之困難。本會認為不動產估價師就其出具不動產報告書簽名蓋章即應負全部責任，委託及作業過程假手他人或僅能言“代工”部分工作，借牌認定有舉證困難之處，且目前各地方主管機關均會對轄區範圍之不動產估價師事務所進行業務檢查，借牌情事應漸減少，以不動產估價師法第 9 條第 2 項之條文透過禁止設立分事務所避免借牌之情事，**恐非適當規定**。二、不動產估價師法立法迄今 20 年，各級機關團體及民眾對不動產估價師專業服務需求漸增，受託估價標的非位於事務所設立區域者為常有之事」。

亦即，立法初時，為避免無照估價師借牌營業的情形發生，系爭規定或有其必要性，惟系爭規定自 89 年 10 月 4 日制定公布施行至今已逾 20 年，以人言之，都已長大成年了！89 年立法當時所考慮的背景因素，如不復存在，20 年後時空轉變，不動產估價師公會如已能發揮自治自律的功能，不動產估價師專門職業已趨專業化，系爭規定還有存在的必要嗎？殊值檢討改進！

二、社會大眾對不動產估價師專業信任度的提升

誠如內政部於本院舉行說明會所提供書面資料所示：「按不動產估價師乃經不動產估價師考試及格，具高度技術之專門職業人員，其依法出具之估價報告書，普遍應用於金融機關擔保品價值評估、法院不動產拍賣底價訂定、公開發行公司不動產取得或處分價值評估、不動產證券化價值評估、都市更新權利價值評估、聯合開發權益分配評估等多種用途」等語，顯然可見，不動產估價的專業需求，愈來愈多，社會大眾對不動產估價師專業信任，也愈來愈高，不動產估價師需要更多「熟悉標的所在人文民情」的輔助人力，以協助蒐集、調查、比較、分析及歸納，設立分事務所的必要性愈來愈強，系爭規定是否仍有維持的必要？不無疑問。

三、專門職業人員關於事務所與分事務所設立規定的沿革

同為專門職業人員且為法院民事執行處不動產鑑定人[11]的建築師，其建築師法第 6 條於 98 年 12 月 30 日修正公布時，基於「既**以全國為執行區域**，設立分事務所之管制規定已無必要，爰予以刪除」而取消設立分事務所的管制規定，即是否設立分事務所，完全尊重建築師本人的意願。

如附表一所示，同為專門職業人員的律師，亦無禁止設立分事務所的規定，完全尊重律師本人經營業務的考量。

---

11 地方法院民事執行處選任不動產鑑定人作業參考要點第 2 點第 2 項規定：「**建築師**經主管機關發給開業證書，加入該管直轄市或縣（市）建築師公會，並在法院轄區內**設有事務所者**，得向法院申請列為鑑定人，依建築師法規定，參與法院有關不動產之鑑定估價業務。」參照。

誠如中華民國不動產估價師公會全國聯合會前揭函所示：「若業務執行所生之各項工作，均僅限於事務所處所內為之，營業成本勢必大幅增加，實務上迭生困擾，加上證照取得人數漸增，原有無照之估價人員，或擬從事估價行業之新進人員，實務常態多為於不動產估價價師事務所內擔任進行相關資料之蒐集等估價助理性質工作，此等人員係受不動產估價師之指導監督。因此本條項（指系爭規定）限制分事務所之成立，反而導致經營成本大幅提高，**實務上並未如其立法理由所期**。」益加證明系爭規定禁止設立分事務所的不合理。是以本解釋乃為警告性宣示，希望有關機關能注意參酌同為專門職業人員關於事務所與分事務所設立規定的沿革（從政府管制設立分事務所，開放到政府不管制的沿革發展趨勢），適時檢討系爭規定有關禁止設立分事務所的管制規定。

拾、結論

隨著全球經濟發展國際化的浪潮下，工商各界對專業服務需求的質與量均大幅度增加，專門職業人員對商業資本及企業營運方式的需求，已是不容否認的事實，因此，國際間主張專門職業法規逐漸**解除管制**，回歸市場競爭的呼聲，此起彼落，蔚為風潮[12]。

系爭規定所為禁止設立分事務所的管制規定，本解釋作成合憲檢討的警告性宣示，假以時日，希望在不動產估價師公會及公會聯合會能強化自律自治功能的前提下，誠正信實執行職業，共同堅守不動產估價師的專業信念，贏得系爭規定主管機關的信賴而刪除系爭規定，解除禁止設立分事務所的管制，和律師、建築師等專門職業人員一樣，享有專門職業人員應有的高度尊嚴和基本尊重，開創不動產估價師執行業務更開放、更美好、更理想的新境界，俾利確實保障委託人的財產權益和不動產交易安全，讓我們共同拭目以待！

---

12 請參閱，劉孔中，《專門職業服務解除管制及其競爭規範之研究》，律師雜誌 241 期，1999 年 10 月，頁 67。

附表一：專門職業人員執業處所限制一覽表

專門職業人員類別	執業處所之限制
社會類，涉及人民之財產權【多無限制執業處所】	
律師	無，得於主事務所所在地之地方律師公會區域外設分事務所 【律師法第 24 條第 3 項規定參照】
會計師	無，得設分事務所（原則上每直轄市或縣（市）以一家為限） 【會計師法第 16 條規定參照】
建築師	無，向所在地直轄市、縣（市）辦理登記開業且以全國為其執行業務之區域 【建築師法第 6 條規定參照】
專利師	無特別限制 【專利師法第 7 條規定參照】
記帳士	無，免設分事務所（僅需向主管登記） 【記帳士法第 9 條規定參照】
不動產估價師 **（本號解釋爭點）**	有，不得設立分事務所 【不動產估價師法 9 條第 2 項規定參照】
地政士	有，不得設立分事務所 【地政士法第 12 條第 2 項規定參照】
醫事類，涉及人民之生命、身心健康權【多有限制執業處所】	
醫師/中醫師/牙醫師	有，登記執業之醫療機構以一處為限 【醫師法施行細則第 4 條規定參照】
藥師（釋字第 711 號解釋）	有，原則上以一處為限，但設有例外 【藥師法第 11 條規定參照】
獸醫師	有，以申請執業執照之所在地為限 【獸醫師法第 7 條規定參照】

護理師	有，以一處為限 【護理人員法第 13 條規定參照】
助產師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【助產人員法第 12 條規定參照】
心理師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【心理師法第 10 條規定參照】
呼吸治療師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【呼吸治療師法第 10 條規定參照】
醫療放射師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【醫療放射師法第 9 條規定參照】
物理治療師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【物理治療師法第 9 條規定參照】
職能治療師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【職能治療師法第 9 條規定參照】
語言治療師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【語言治療師法第 9 條規定參照】
聽力師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【聽力師法第 9 條規定參照】
醫事檢驗師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【醫事檢驗師法第 9 條規定參照】
牙體技術師	有，以一處為限 【牙體技術師法第 11 條規定參照】
營養師	有，原則上以一處為限，但設有例外 【營養師法第 10 條規定參照】

附表二：不動產估價師業務檢查紀錄表

不動產估價師業務檢查紀錄表

臺北市政府第　　號　　檢查日期：　年　月　日

估價師姓名		事務所名稱	
事務所地址			

項次	項　　目	不動產估價師法	檢查結果	備註
1	不動產估價師事務所設立，以一處為限，不得設立分事務所	第 9 條	□符合□未符合	
2	不動產估價師事務所遷移於核准登記開業之直轄市或縣（市）以外地區時，應檢附原開業證書向原登記之主管機關申請核轉遷移登記	第 10 條	□符合□未符合	
3	不動產估價師開業後，其登記事項有變更時，應於事實發生之日起 30 日內，報主管機關登記	第 11 條	□符合□未符合	
4	不動產估價師受委託辦理業務，其工作範圍及應收酬金，應與委託人於事前訂立書面契約	第 15 條	□符合□未符合	
5	不動產估價受託案件之委託書及估價工作記錄資料應至少保存 15 年	第 19 條	□符合□未符合	
6	不動產估價師依中央主管機關規定格式，確實填載業務記錄簿	第 21 條	□符合□未符合	
7	不動產估價師事務所遷移並領得新開業證書後，應向該管不動產估價師公會申請辦竣出會及入會，始得繼續執業	第 22 條第 4 項	□符合□未符合	
8	不動產估價師是否已領有開業證書未加入公會而執行業務	第 33 條第 1 項	□是　□否	
9	不動產估價師是否開業證書屆期未換證、已註銷開業證書或受停止執行業務處分而仍執行業務	第 33 條第 2 項	□是　□否	
10	其他檢查事項：			

受檢單位建議事項：

前列檢查事項、檢查結果及記錄與事實相符，檢查人員執行檢查時，並無不法行為，特此具結。

具結人（受檢單位代表）

□不動產估價師　　（簽章）身分證字號：

□現場工作人員（與不動產估價師關係：　　）　　（簽章）身分證字號：

通訊地址：□同上

□其他：＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿＿

業務檢查小組人員：

附註：本表一式二份，一份當場交付具結人（如拒絕簽章時，則由檢查人員攜回以雙掛號郵寄），並告知本紀錄表內容若經主管機關認定違法將受罰，須依法遵守主管機關處分或繳納罰款。

不同意見書　　黃瑞明大法官　提出

本號解釋認為，不動產估價師法第 9 條第 2 項規定：「前項事務所，以一處為限，不得設立分事務所」（即系爭規定），尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨並無違背。本席無法同意，認為該條規定已侵害了不動產估價師之工作權，爰提出不同意見如下：

一、禁止設立分事務所，無助於維護不動產估價品質，反而可能有礙該行業整體之發展

（一）不動產估價師之工作親力親為重要，蒐集和累積資訊、分析大數據同等重要

本號解釋理由書依據系爭規定之立法理由，而認「不動產估價師設立分事務所，雖可能更便利其業務之執行，惟難免增加其為執行估價業務之便宜，而將受託之業務違法交由他人執行之誘因，系爭規定禁止不動產估價師設立分事務所有助於減少上開誘因，是就避免不動產估價師未親自執行估價業務等違規行為而言，亦難謂無預防之效」，而得出合憲結論。本席認為如此之理由僅著眼於防弊，而忽略了過度防弊將會對個別不動產估價師之職業自由造成不合理之限制，並且抑制了整體行業之發展而對公益造成傷害。依據不動產估價技術規則，不動產估價師確認勘估標的狀態，應至現場勘察（第 13 條[1]），因此，不動產估價師固然有應至現場勘估親力親為之一面。然而，不動產估價師並非堪輿地理的風水師，僅憑現場勘察尚無法精確估價。因此，同一技術規則有許多規定，要求不動產估價師應經常蒐

[1] 不動產估價技術規則第 13 條規定：「（第 1 項）確認勘估標的狀態時，應至現場勘察下列事項：一、確認勘估標的之基本資料及權利狀態。二、調查勘估標的及比較標的之使用現況。三、確認影響價格之各項資料。四、作成紀錄及攝製必要之照片或影像檔。（第 2 項）委託人未領勘，無法確認勘估標的範圍或無法進入室內勘察時，應於估價報告書敘明。」

集有關不動產之各種資訊，如第 3 條規定：「不動產估價師應經常蒐集與不動產價格有關之房地供需、環境變遷、人口、居民習性、公共與公用設施、交通運輸、所得水準、產業結構、金融市場、不動產經營利潤、土地規劃、管制與使用現況、災變、未來發展趨勢及其他必要資料，作為掌握不動產價格水準之基礎」、第 4 條規定：「（第 1 項）不動產估價師應經常蒐集比較標的相關交易、收益及成本等案例及資料，並詳予求證其可靠性。（第 2 項）前項資料得向當事人、四鄰、其他不動產估價師、不動產經紀人員、地政士、地政機關、金融機構、公有土地管理機關、司法機關、媒體或有關單位蒐集之」。由上規定可知，相關資料之蒐集、累積、分析，對不動產估價師執業之重要性，絕不亞於現場勘察。而相關資料之蒐集絕非不動產估價師一人親力親為足以完成，而有賴團隊合作。且資料蒐集必須貼近受估價之標的物，才能以經濟、有效的方式完成，因此不動產估價師於其所擬從事估價業務之地區設立分事務所，從事資料蒐集工作，對於不動產估價師工作品質之提升，有其必要性。從而，禁止不動產估價師設立分事務所，不利於不動產估價師於事務所以外之地區從事資訊蒐集工作，將影響其工作品質。

目前規定不動產估價師可以在全國各地承接案件，因此限制設立分事務所可以維持不動產估價品質之見解不合理，且自相矛盾。

（二）保障地區利益與促進競爭間之利弊

臺灣今日交通便利，幾為一日生活圈，不動產估價師在幾個縣市親力親為執行業務，並無困難，無需借牌。系爭規定禁止不動產估價師設立分事務所真正的目的應該是保障在地不動產估價師之工作機會。按不動產估價師之主要業務來源可分為來自公部門及私部門之委託，前者即法院有關不動產之鑑定估價及拍賣前之底價鑑定，或行政部門有關土地徵收補償之市價查估等；後者如公開發行公司取得或處分資產之價值評估等，均對社會經濟活動有重大影響。公部門之委託往往要求受委任之不動產估價師必須於轄區設有事務所，例如依地方

法院民事執行處選任不動產鑑定人作業參考要點第 2 條第 1 項規定：「不動產估價師經主管機關發給開業證書，加入該管直轄市或縣（市）不動產估價師公會，並在法院轄區內設有事務所者，得向法院申請列為鑑定人，參與法院有關不動產之鑑定估價業務」可知，在法院轄區內設立事務所之不動產估價師，才能參與當地法院之不動產鑑定估價業務，就公家機關要求其所委任之不動產估價師必須在其轄區有事務所，其目的是為了方便業務聯絡，並非不合理。因此禁止外地的不動產估價師在當地設立分事務所，令其無法承辦該地公家機關委任之業務，可產生限制競爭之效果，讓在地的不動產估價師得以保有其受公部門委託之市場。然而，如此之限制，卻連帶影響了不動產估價師在私部門執業之機會與能力，因為不動產估價業務必須大量蒐集相關資訊已如前述，限制設立分事務所即削弱了其蒐集資訊之機會，或增加接案之成本，從而亦影響了於主事務所以外之地區承接私部門案件之能力與意願，對於整體行業之發展有不良影響。於維護在地不動產估價師之執業利益與促進行業之競爭關係間的利弊衡量，自當以估價業務之使用者以及整體社會之利益為優先考量。而本號解釋對於系爭規定所產生限制競爭之問題並未著墨。

二、對職業自由限制之審查基準之檢討——德國藥房案判決所採用之基準應與時俱進、因地制宜檢討適用

（一）本號解釋延續本院過去對於職業自由審查之基準，即對於職業自由主觀條件之限制採較嚴格標準，至於對從事工作之方法、時間、地點、內容之限制則採寬鬆標準。本號解釋應係認為禁止設立分事務所屬對工作地點之限制，因此採取寬鬆審查標準，從而較尊重立法者之決定。如此之審查標準，原則上即採用德國藥房案判決所建立之三階理論[2]。但本席認為，德國藥房案判決對職業自由之審查基準，固深具參考價值，但適用上

[2] 三階理論指將工作權之限制區分為三種層次：(1) 關於職業執行自由之限制；(2) 關於職業選擇自由之主觀限制；(3) 關於職業選擇自由之客觀限制。

仍應與時俱進、因地制宜，考量各國、各地、各種不同職業之情形，而作必要之調整。尤其是對工作之方法、時間、地點、內容之限制往往產生限制競爭之問題，對人民工作權之影響可能重大，不應理所當然地採取寬鬆審查標準。

（二）按德國憲法法院藥房案判決之主要原因事實在於德國巴伐利亞邦政府依據藥房法規定，限制一定區域內藥房之開立許可。該判決雖然討論到了限制競爭之問題，但是以美國軍事政府對美國占領區（包括巴伐利亞邦）頒布營業自由之指令為討論基礎[3]。查德國限制競爭法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB）係於西元（下同）1957 年 7 月 3 日通過，1958 年 1 月 1 日施行，而藥房案判決公布於 1958 年 6 月 11 日[4]，可以推測該案原因案件爭議發生於限制競爭法施行之前，該判決亦未就限制競爭法之規定加以論述，可見藥房案判決公布時，有關限制競爭問題之討論在德國剛剛起步。然而時至今日，限制競爭法在德國已發展 60 多年了，對工作權審查之影響不應忽視。在德國許多專門行業自中古世紀就存在劃分執業地區之規定，例如律師。但為因應律師自由化與國際化之需求，德國憲法法院於 1987 年 11 月 19 日作出判決，鬆綁許多傳統對律師執業之限制[5]，促進後續多項修法，即值參考。

（三）德國藥房案判決指出觀察藥房法「必須基於藥房法之歷史發展才能明瞭」，因此對於藥房在德國社會之功能與角色的變遷，自中世紀、19 世紀，一直到二次大戰前後，於該判決均有詳

---

3 見蕭文生譯，關於「職業自由（工作權）」之判決——聯邦憲法法院判決第七輯第三百七十七頁，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院印行，1990 年 10 月，頁 128 以下。

4 BVerfG, Urt. v. 11.06.1958 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.

5 劉孔中，專門職業服務解除管制及其競爭規範之研究，律師雜誌，第 241 期，1999 年 10 月，頁 76-77。

細論述，可見工作權問題之探討應該從社會學或是法社會學之觀點，對該行業在社會中功能之變遷加以檢視。參考該判決，本號解釋於探討對職業自由主觀與客觀條件之限制是否違憲，即不應忽略對該行業在社會之定位及其發展的問題加以考慮。

三、不動產估價師之報考率日漸下滑之原因

根據學者研究指出，近 10 年報考不動產估價師高等考試之人數，日趨減少，「凸顯出國人對於該項證照執業前景或必要性，並不看好」[6]，即使「考上估價師但實際執行開業的比率大概只有一半而已」[7]。另根據中華民國不動產估價師公會全國聯合會所作的問卷調查，有將近 76%的會員支持開放分事務所，但應有相關配套[8]。以上不動產估價師執業之現狀，於探討系爭規定所造成限制競爭對產業發展之影響，亦須加以考慮。

不動產估價師雖允許全國執業，甚至可以聯合執業，但因禁止設立分事務所，限制了行業間之競爭，同時也限制了較大型之聯合事務所之發展，是否壓抑了此行業之發展，亦為探討法律對工作權之限制時，應加以思考之問題。國家對職業管制必須在各方尋求均衡：產業公平競爭之發展、一般社會對不動產估價師之信任度，以及維護估價需求者之保障等。一般而言，過度受保護之行業往往因缺乏競爭而萎縮，甚至被其他行業取代。

本號解釋未就上述禁止設立分事務所在限制競爭上之影響加以探究，亦未就不動產估價師在法社會學之相關問題加以探討，即為合憲之決定，故本席無法贊同。綜上討論，本席認為系爭規定不當限制不動產估價師之工作權，對該行業之發展及社會公益造成傷害，應為

---

6 張義權、黃達元著，不動產估價師執業界線之探討，土地問題研究季刊，第 18 卷第 1 期，2019 年 3 月，頁 95。

7 110 年 3 月 30 日司法院大法官審理會台字第 13343 號洪振剛聲請解釋案說明會，中華民國不動產估價師公會全國聯合會法制委員會主任委員莊銀琛發言。

8 同註 7。

違憲。

四、國家對專門職業人員管制之尺度為重要憲法議題

本號解釋還涉及國家對專門職業人員管制尺度之問題，憲法第86條第2款規定，專門職業人員執業資格，應經考試院依法考選銓定，此乃因專門職業人員所執行之業務對人民生命、身體、自由與財產之關係密切，因此國家對其資格限制較嚴，必須經過考試及格後，取得資格始能從事此行業，以保障其執業具有一定之品質。

然而國家對專門職業人員管制之尺度，亦涉及於民主開放社會與專制社會間之區別：自由開放的社會強調社會力量之自我管制以形成公民社會或民間社會，因此對專門職業人員重視其自治自律，避免國家管制介入太多，以維持專門職業人員之活力，從而對社會作出較大之貢獻。相反地，歐威爾[9]筆下的專制政府無時無刻想方設法對各行業進行鋪天蓋地之管制，對於有獨立意識之專門職業人員更是加強管制力道，以追求政權穩定，而扼殺社會活力。

本號解釋理由書指出專門職業人員「所從事之業務與公共利益及人民之財產有密切關係，與一般營利事業追求商業利潤有所不同，國家非不得對其為相當之管制」，而未進一步闡釋相當管制之尺度。本席相信國家對專門職業人員管制之尺度與維持專門職業人員之獨立性間的平衡，實為重要之憲法議題，本號解釋亦未就此加以探討。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

9 喬治·歐威爾（George Orwell），英國作家，其著作《動物農莊》和《一九八四》展現專制政權對個體自由之侵害。

司法院釋字第八一〇號解釋

【政府採購原住民就業代金案】

發文日期：中華民國110年10月8日

發文字號：院台大二字第1100028852號

解　釋　文

原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，上開規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。 1

解釋理由書

聲請人臺北高等行政法院第四庭審理同院 103 年度訴字第 224 號原住民族工作權保障法事件，因原告依原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定）應繳納之代金金額為新臺幣（下同）294 萬 9,712 元，然其採購金額僅為 164 萬元，爰認其審判應適用之系爭規定，確有牴觸憲法第 15 條財產權保障及第 23 條比例原則之疑義，乃裁定停止訴訟程序，於中華民國 105 年 1 月 12 日向本院聲請解釋憲法。 1

核其聲請，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理，作成本解釋，理由如下： 2

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害（本院釋字第 709 號、第 770 號及第 771 號解釋參 3

照）。立法者就人民未履行或未完全履行其法定作為義務，而課予繳納代金義務者，仍屬對人民財產權之限制，該限制須合乎憲法第 23 條比例原則之要求。

依政府採購法得標之廠商未依法僱用一定比例之原住民而須繳 4
納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制（本院釋字第 719 號解釋參照），以避免於特殊個案情形，可能因所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此如未設適當之調整機制，其對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。

按原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得 5
標之廠商，於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」第 3 項規定：「得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」另同法第 24 條第 2 項，即系爭規定明定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」據此，依政府採購法得標之廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，於履約期間應進用一定比例之原住民；未進用足額之原住民者，則負有繳納代金之義務，並依系爭規定計算其金額。

查，前揭原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定尚 6
無違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符，業經本院作成釋字第 719 號解釋。

次查，系爭規定係以得標廠商未依相關規定進用一定比例原住民 7
之差額人數乘以每月基本工資，計算代金金額，其目的係為提升得標廠商僱用原住民之意願（原住民族委員會 105 年 10 月 11 日復本院函說明二及四參照），洵屬正當；其所採之手段亦有助於上開目的之達成。

惟系爭規定關於代金金額計算之方式，一律依差額人數乘以每月 8
基本工資計算，未考慮是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情事，致得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金，已逾越人民合理負擔之範圍。對此，本院釋字第 719 號解釋理由書第 6 段業已敘明有關機關應就代金金額超過政府採購金額之情事，儘速檢討改進，然立法者迄今仍未修正。

綜上，系爭規定以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形， 9
難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，系爭規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內依本解釋意旨修正之。完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書　　黃虹霞大法官　提出

政府不能為非，這是民主憲政法治國家與共產專制根本不同所在，此一價值值得大法官大力捍衛

政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條規定（下併

稱系爭規定一）合憲固曾經本院釋字第 719 號解釋解釋在案，但該解釋也以合憲警告方式，諭知應檢討改進（以免違憲），但迄今已逾 7 年，有關機關仍未確實檢討修法改進，自有由本院進一步作成解釋以維護人權之必要。又因系爭規定一及與其相關之代金計算方式即原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）涉及政府行為嚴重侵害人民受憲法第 15 條保障之財產權，本件聲請有原則重要性，具憲法價值，本即應予受理。本席對於多數意見終作成受理之決議，及以宣告系爭規定二部分違憲之方式，較本院釋字第 719 號解釋，更勇敢踏出緩和系爭規定二規定過苛效果之第一步，本席固認多數意見仍未完全解人民之苦，但已屬不易，且可解人民部分之苦，爰勉強贊同。惟本件解釋文及理由均不足表達本席關於系爭規定一及二之完整意見，爰提出本協同意見書，說明本席之完整意見如下：

一、本件有受理價值

本院釋字第 719 號解釋固認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條規定合憲，惟其審查客體未含本件聲請人所針對之原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定（即系爭規定二）；而且本院釋字第 719 號解釋除了肯定上開系爭規定一即原住民族工作權保障法第 12 條等規定係對得標廠商受憲法保障之基本權（財產權、工作權）之限制，須符合比例原則外，另亦已於該解釋理由書末，明確指示應檢討改進，稱：「又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進」在案。[1]本件聲請自應受理，否則無異意謂大法官在人權保障上停滯不前、甚至不進反退！

而自 103 年本院作成釋字第 719 號解釋迄今，已 7 年餘，有關機

[1] 此部分違反比例原則，實質上係本院作成釋字第 719 號解釋當時，本院全體 15 位大法官之唯一共識，另林錫堯、陳碧玉、羅昌發大法官均提出不同意見書主張此部分違反比例原則違憲。

關並未至少依本院釋字第 719 號解釋所已為之上開應儘速檢討改進之諭知完成修法，致仍有如本件聲請案之原因案件所示之本院釋字第 719 號解釋已認為違反比例原則之案件繼續發生（於 101 年度，政府僅支付採購租金 164 萬元，其中含稅及管理費共 56 萬元，但得標廠商須交代金近 295 萬元），有關機關未苦民所苦，誠屬遺憾！又因這類案件非僅 1 件，[2]為求類似案件一體適用，並其中以是否超過採購金額為標準部分是否仍合宜，也不無再進一步檢討必要，是以自非無由本院受理本件聲請案，並依這些年來之事實變動情事，另作成適當解釋之憲法價值。更細而言之

二、行政不得強奪、立法不得恣意

臺灣人民含企業，很有愛心，凡有大災難時，不分災難地點在國內或外，都能發揮人飢己飢、人溺己溺之精神，慷慨捐輸，這叫樂捐，出於人民主動，這種行為是義行，受社會肯定，可感可佩！相反地，如果非出於人民自願主動，而是被其他人民強索，刑法會對強索者論罪科刑，國家處罰強索者的惡行也是天經地義！那如果強索者是國家呢？國家如以法律強制人民捐輸，為不樂之捐，可以嗎？這個道理很簡單，三歲小兒都知道不可以！因為我們不是共產國家，我們是堂堂民主憲政法治國家，行政不可以強奪、立法不得恣意！由憲法角度看，本院大法官已經以多個解釋確立人民財產權應予保障，在為公益而有徵收人民財產必要時，應給與人民適足補償，而且補償費須及時發給。同理，上述立法強制之不樂之捐，必須符合法治國原則，否則無異強制剝奪人民財產，當然也不可以，因為憲法第 15 條保障人民之財產權！如下分析，系爭規定一及二之代金不符法治國原則，與不樂之捐何異！

三、系爭規定一及二與政府採購連結掛勾，顯然不合理、不妥當，

[2] 聲請書所舉：應交代金金額超過採購履約金額之法院其他案例共 4 件，最高倍數為 4.9 倍，最高金額為 168 萬元；依本院釋字第 719 號解釋卷所附臺灣高鐵公司提出之 10 件案例中，其中一件：代金金額為得標（履約）金額之 36 倍多。

牴觸平等原則、比例原則等

（一）私人間契約不可以收取過高的違約金（賠償）；如果約定之違約金過高，法院得予核減至相當數額（民法第 252 條規定參照），為什麼？從一般人之觀點，上開行為不對！從法律言，這種行為違反民事誠信原則，不應該被容許！那如果是政府與人民間契約關係呢？政府可以經由契約約定向人民收取過高的違約金（賠償）嗎？如果這樣可以，那臺灣還是個民主憲政法治國家嗎？政府可以為非？！系爭規定一及二建立在政府採購行為之上，政府與人民因採購而必簽訂採購契約書，得標廠商未僱足原住民，就其差額人數應繳納之代金，本質上是一種違約罰，至少相近似。系爭規定一及二竟然不區分採購類型（財物採購、勞務採購、工程採購）、不管採購案是否有勞力需求、需要多少勞力或是否有合於資格之原住民可供僱用？更不論採購金額大小、得標廠商合理利潤若干？……一概以含得標廠商與採購案無關之總員工人數為計算應僱用原住民人數之基礎，並容許政府按系爭規定二之劃一標準收取代金！政府不可如此為非！已然不合理、不妥當。

（二）或謂政府採購行為非私人間契約行為，代金也不是違約金或賠償。惟以本件聲請案之原因案件為例：政府機關向人民租用辦公室，與其他私人間不動產租賃，法律性質那裡不同？至於代金是不是違約金或賠償，系爭規定一即政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條立法資料如附件 1，可供參考（政府採購法第 98 條是立法委員提案增列，不是主管機關提案，未查到立法理由。討論過程中，蔡正揚委員及林忠正委員之發言，均稱係賠罰金或繳罰金；另依立法院法律系統資料顯示，本條立法稱：「採購動輒上千億金額，理應對弱勢團體有所保障」，實則聲請書所舉案例及原因案件採購金額都只有幾百萬元而已，依此「立法理由」，應該被處代金嗎？明顯有疑。又同意旨之原住民族工作權保障法第 12 條規定之立法理由亦稱，代金為罰金。）系爭規定一及二竟許政府向人民收取不相當之代

金（違約罰），系爭規定一及二侵害為人民之得標廠商受憲法第 15 條保障之財產權，並牴觸憲法第 23 條比例原則，系爭規定一及二明顯違憲。

（三）又有謂保障原住民工作權是國家依憲法規定應盡之責任，代金是一種特別公課；大企業也應盡社會責任！然：

1、特別公課也應符合平等原則、比例原則

憲法所定之國家責任，不是應由全民分擔嗎？當然可以轉嫁給少部分人民（如得標廠商）的憲法原理何在？即使是特別公課就不必受憲法平等原則、比例原則等法治國原則之規制嗎？尤其是政府可以經由採購行為，轉嫁政府責任予得標廠商且不受任何限制嗎？

2、企業社會責任應出自企業主動，更不宜立法強求，當然更不能以社會責任之名，轉嫁尤其不合理轉嫁國家社福責任予企業。如果企業的社會責任可以是國家侵害憲法所保障人民財產權之依據，那(1)在此疫情嚴竣時刻，國家需要大量疫苗，可以立法強制大企業出錢認購疫苗，由國家分給民眾施打嗎？(2) 舉輕以明重，為公益而徵收企業財產，還需要給補償嗎？這讓本席想到最近中國大企業被共同富裕及香港特首要向大財團借地說。本席以為我國是民主法治憲政國家，不是共產體制，上述企業社會責任之論調應極謹慎，才能與共產體制明顯切割，避免混淆。本席無法贊同上述論調得作為系爭規定一及二合憲之理由。

（四）原住民工作權保障以系爭規定一加二方式與政府採購行為連結掛勾，違憲

1、政府採購是商業行為，得標人將本求利，政府怎可不在原採購合理標價之外增加補助，而另課得標人僱用一定比例原住民之義務即令就不足數交代金，而且代金數額無上限，可以吃掉得標人全部利潤、全部得標金、甚至自掏腰包，強制捐數倍於得標金之金錢？行政程序法比例原則，憲法法治國原則應該退讓，要為原住民工作權保障而被束之高閣嗎？實則這是假原住民工作權保障之名得污名化原住

民之實（詳後述）！不智！

2、政府採購之目的在有效採購，系爭規定一及二妨礙有效採購之事實，明甚！政府與得標廠商因之所生爭議不斷！

3、另如政府採購分為財物採購與勞務採購，財物採購未直接涉及人力僱用，系爭規定一及二未予區分，亦難認合於比例原則！等等。

四、自本院作成釋字第 719 號解釋迄今，相關情事已有相當變動，允宜再作檢討

依本院調查：政府採購法第 98 條定於 87 年，當時原住民失業率約為一般人民之三倍高，但 108 年、109 年二者失業率已約略相當，110 年 3 月最新統計資料更顯示：原住民失業率低於一般人民（附件 2）；監察院調查統計亦顯示：自 98 年至 108 年之 10 年間「各年度得標廠商應僱用原住民情形之統計」，已僱用原住民人數均超過應僱用人數，且自 104 年起已僱用人數超過應僱用人數 2 倍（附件 3）。類此情事，相較於本院釋字第 719 號解釋理由書第 3 段，所立基之解釋當時，原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上未受到有效保障之情形，明顯有所不同，即 7 年多來，情事已有重大變更，系爭規定一及二是否合於比例原則，有檢討必要！更遑論系爭規定一及二是否仍合於憲法第 5 條：「中華民國各民族一律平等」，及第 152 條：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會」之規定，更為有疑！

五、系爭規定一及二可能生污名化原住民之結果，而且由政府編列預算以獎勵補助得標人之手段，替代系爭強制聘僱原住民及如不足額應交代金之規定，才是正道，並更能有效落實增進原住民就業，保護原住民之憲法意旨，也才符合平等原則、比例原則

因為：

1、依本院調查，依系爭規定一即政府採購法第 98 條或原住民工作權保障法第 12 條規定（二者規定內容相同）所交代金之數額，以 108 年度決算為例，超過 3 億元（附件 4）。為什麼得標企業不僱足原住民而寧交代金？除了僱用困難（僱用困難者應被處罰代金嗎？）

外，寧受罰不願僱用，如是因對原住民能力之否定，系爭規定一及二不是反而傷了原住民族尊嚴，生污名化原住民之效果嗎？而且背離憲法增進原住民就業之本旨。

2、本院釋字第 719 號解釋係援引憲法增修條文第 10 條第 12 項規定，作為原住民族工作權應受保障之依據，目的在促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況（理由書第 3 段參照）。此為國家之社福保護責任，其所需費用理應由國家編列支出預算，間接分由全民負擔，才符合平等原則；若如系爭規定集中僅由少部分人民過重負擔，則不符比例原則。此外，社會福利事項之推展，縱使不必然需僅以補助獎勵方式為之，但其推動應多以補助獎勵方式為之，其理由除了不得強制人民為善行、不樂之捐外，更因補助獎勵之實效大於強制處罰！因此，如為落實保障原住民族工作權之意旨，亦應以補助獎勵替代系爭規定之處罰。

3、其實，強摘的花不香、強摘的果不甜，這個道理再淺顯不過！尤其增進原住民就業，是要追求長期穩定之勞動關係，政府採購行為所能促成者充其量為定期、短期性關係，系爭規定一及二尚非妥適達成上述憲法意旨之手段，而且收取代金從來都不是也不應是目的。

六、系爭規定一及二之立法，確應再斟酌

系爭規定一及二為美國、歐盟法例所無（附件 5：羅昌發大法官前整理之資料參照；本資料已徵得羅大法官同意作為附件），另上開監察院調查報告第 134 頁以下所舉澳洲、紐西蘭、日本國法例（請參見附件 3）也未見類似規定，似係我國獨有；政府採購法主管機關行政院公共工程委員會亦認為系爭規定一及二有時過苛，會發生不符比例原則的問題（附件 6：96 年 1 月 9 日原民會「就業代金相關疑義會議紀錄」參照）。上開監察院調查報告第 101 頁亦載稱：審計部 108 年檢察原民會業務時，認系爭規定一及二有未盡明確、合宜之處，致屢生爭訟，宜將大法官意見（按指上開檢討改進）納入修法參考等語。另甚至行政院了解收取代金不是系爭規定之立法本意，且因訴願爭議

甚多，早有系爭規定一及二應與政府採購脫勾、刪除之擬議（請見附件 6）。

七、綜上，以上述之本件聲請案原因案件事實，政府機關經由政府採購契約向人民租辦公室，只支付 164 萬元租金（其中含 56 萬元稅費，扣除後租金收入僅 108 萬元），卻以系爭規定一及二為據，令人民交超過收入 2 倍半之 295 萬元代金，無異國家以法律強迫人民，除了無償提供財產供政府使用外，還要為近 200 萬元之不樂之捐！也等同政府藉採購契約之約定向人民收取過高之違約金！在臺灣這塊民主憲政法治樂土上，竟然還有這樣的不義行為持續發生，本院 7 年多前作成之第 719 號解釋未及時宣告此種情形違憲，只作如再不檢討改善可能違憲之警告諭示，此一諭示遭棄置，未見修法處理，任令爭議持續存在不絕，難怪有良知的聲請人法官，會認為這種情形「匪夷所思」，故不平則鳴，為本件聲請。感佩、贊同其主張！爰予支持。

八、又大法官解釋只是合憲之最底線，未經大法官宣告違憲部分，不等於合理妥當，謹進一步呼籲有關機關苦民所苦，全面檢討系爭規定一及二之立法妥當性。本席贊成行政院刪除系爭規定一及二之擬議。

附件1：政府採購法第98條及原住民族工作權保障法第12條立法資料（節錄）。

附件2：各年度原住民族就業狀況調查（節錄）。

附件3：監察院109內調99調查報告（節錄）。

附件4：原住民族綜合發展基金附屬單位決算（108年度）（節錄）。

附件5：原住民優惠性差別待遇立法例-羅昌發大法官提供（節錄）。

附件6：研商原住民族工作權保障法第12條所為之原住民族就業代金相關疑義會議紀錄。

附件 1： 政府採購法第 98 條及原住民族工作權保障法第 12 條立法資料（節錄）

主席：請蔡委員正揚發言。

蔡委員正揚：主席、各位同仁。前面條文中，有保護中小企業的部分，當時是如何處理的呢？

主席：條文已經刪除，而原住民的獎勵非營利事業已經包括在內，林委員的建議條文則已撤回。

蔡委員正揚：有關韓國瑜委員案的說明中提到美國在一九九二年預算一千八百億四千萬美元裡面，設定百分之二十三保留給中小企業，日本也在一九九三年預算十一兆六千九百五十億日圓中，設定百分之四十保留給中小企業，尤其美國設百分之十給有色人種、印第安人等所開的中小企業，因此，本席建議應該設定一定比例的政府採購給中小企業，至於比例究竟多少以及中小企業弱勢團體的範圍到底包括那些，則可由有關主管機關再訂定詳細的細則來保障。

蕭委員金蘭：主席，本席與蔡委員都贊同規定一定比例由中小企業取得，你的意見如何？別的國家都有這種保障中小企業的條文。你要如何處理呢？

主席：別的國家有設定比例，並不表示在他們的法律中有如此規定，除非委員同仁把條文舉證出來！

蕭委員金蘭：本席又不是學法律的，怎麼知道是美國的那個法律第幾條？你有本事可以舉反證，說明別的國家沒有這種條文。

蔡委員正揚：美國法律有規定有色人種、弱勢族羣百分之十的保護。

主席：到底是美國的什麼法律？又是第幾條條文呢？

蕭委員金蘭：本席在總質詢曾經提過中小企業的問題，事實上，在歐洲德國也有保障中小企業的這種現象。

主席：有此現象並不表示在法律內有這種規定。況且我國中小企業發展條例第三十七條規定「各級政府及公營事業進行公告採購或興辦公共工程，應協助中小企業取得業務機會。」

蔡委員正揚：所謂「應」並未明定，因此本席認為應該給中小企業，甚至弱勢團體一些保障。

主席：可是比例不能定出來啊！政府的採購不能負擔太多社會義務或任務。

蕭委員金蘭：那本條文暫時保留。

主席：報告聯席委員會，對於第八十七條依照行政院案中修改「法律」為「法令」，另加上「小額採購」等文字，請問各位，有無異議？（有）有異議，本條文暫時保留。

進行韓國瑜委員案第八十七條之一

韓國瑜委員案

第八十七條之一　前條之廠商及中小企業，應進用具有工作能力之殘障人士及原住民，且其人數不得低於該企業員工總人數百分之一。

主席：請問各位，對韓國瑜委員案第八十七條之一有無異議？（有）請蔡委員正揚發言。

蔡委員正揚：主席、各位委員。有關第八十七條之一之內容，韓委員的建議是進用殘障人士及原住民，且其人數不得低於該企業員工總人數的百分之一，本席覺得將此內容列在第八十七條之一，並不十分恰當，如果能在第八十七條規定弱勢團體、原住民取得一定比例的業務採購，反而來得較為恰當些，現在民間企業有很多根本請不到殘障人士，政府機關也是如此，才會賠罰金了事，若規範進去，執行上有困難，將來是否也要賠罰金呢？

主席：請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位委員。政府乃資源的重要分配者，特別是它的採購，動不動就有上千億的金額，或許政府在採購時有效率的考量，但是常常會忽略中小企業或弱勢團體的保障。而政府有些法規規範進用殘障人士的百分比例，否則必須要繳罰金，另外，也規定在雇用上是沒有歧視的，這些都是很重要的社會法規。如果民間企業想承包政府的採購案，政府應該可以有一些要求，設定一些規範，且這些規範並不會太影響其採購的效率。西方國家中，尤其是美國有所謂 affirmative action，承包採購的企業必須要合乎不歧視，且要對於少數民族、或婦女或弱勢團體有一定雇用的比例，才准其參加聯邦政府的採購招標。事實上，整個採購流程機制，政府有責任讓它是公平的。而且又不會有太多的限制，因此可在雇用的人數及條件上，給予弱勢及少數民族做些必要的保障。事實上，已實際證明性別及種族的歧視與生產力是無關的，大部分的研究顯示，美國對黑人、少數民族及婦女有歧視，主要來自於族羣和性別的歧視而非工作能力。所以，本席認為雇用人數有所限制是可以接受的，不過方式上，本席與韓委員案稍有不同，即此廠商沒有按照一定比例雇用殘障人士及原住民勞工，但是我們又不能要求員工人數過少的中小企業一定要多少比例的雇用人數，因此，對於員工超過一百人以上的廠商，則必須進用某一個比例的殘障及原住民勞工，或許可以規定在履約過程中，要達成雇用的標準，以合乎法令。

另外，在承包政府採購的履約過程中，更不可以有族羣、宗教、黨派、性別等歧視的雇用員工標準。總之，本席所建議的意見或許與韓委員有些不同，但精神是一致的。

主席：綜合各位委員的意見，本席提出以下條文之修正為：「得標廠商應於履約期間，進用具有工作能力之殘障人士及原住民，其人數不得低於該廠商員工總人數百分之一，進用不足者，應繳納代金。」

林委員忠正：本席對殘障人士百分之一的比例沒有意見，但原住民百分之一比例則太少，起碼要百分之一點五以上，所以百分之二是較合理的。而且廠商總人數應該百人以上。

蔡委員正揚：本席反對！

主席：我們先處理第八十七條之一。

蕭委員金蘭：第八十七條與第八十七條之一有關連性。全部都保留。

主席：兩者不衝突嘛！可以先處理第八十七條之一，修正後的條文是：「得標廠商應於履約期間，進用具有工作能力之殘障人士及原住民，其人數不得低於該廠商員工總人數百分之二，進用不足者，應繳納代金。」請問各位，有無異議？（有）請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位委員。具有工作能力的殘障人士及原住民到底有多少人？並不很清楚，剛才林委員不是要求百分之二比例是指原住民嗎？

林委員忠正：殘障福利法規定是百分之一，但是原住民佔總人口數百分之一點五。當然要設定百分之二較合理。

蕭委員金蘭：但是現在條文中是具有工作能力者。

主席：蕭委員的意思是認為具有工作能力的文字刪除，其實，這也是可以的。請問各位，有無異議？

蔡委員正揚：不行，本席還是堅持應該把中小企業放在一起討論比較好。

蕭委員金蘭：兩條文有相關，本席覺得一起處理較好。

蔡委員正揚：即使第八十七條之一，廠商總人數也應規定在百人以上。

主席：要加上「百人以上」，本席也同意。修正條文為：「得標廠商其員工總人數逾一百人者，應於履約期間進用殘障人士及原住民，人數不得低於總人數百分之二，進用不足者，應繳納代金。」請問各位，有無異議？（無）無異議，修正通過。

現在進行第八十七條。

行政院草案條文：

第八十七條　主管機關得參酌相關法令規定採取措施，扶助中小企業參與各機關之採購。

主席：請問各位，對第八十七條照行政院草案條文通過，有無異議？

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。第八十七條雖有空間，但不知道現行法令對各機關之採購，是否有獎勵？

主席：獎勵是由融資及不被大包剝削而來，直接規定比例有困難存在。何況行政院草案條文並未排除直接規定比例。請問各位，是否便照行政院草案條文通過。

請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位同仁。蔡委員正揚提案條文第二項「前項規定得適用弱勢團體，弱勢團體之範圍由主管機關定之。」事實上於第八十七條之一已有保障，因為弱勢團體主要應指原住民及殘障者。但本席仍主張明文規定「一定比例的採購由中小企業優先取得。」因此本席支持採蔡委員正揚提案條文，但要刪除第二項。

主席：行政院草案條文亦不排除比例規定。

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。本席認為蔡委員正揚提案條文較具明白宣示意義。當然比例仍是由主管機關來訂。

主席：倘若要規定比例，應明定為小額採購或公告金額以下之採購。

請蕭委員金蘭發言。

蕭委員金蘭：主席、各位同仁。一定比例可於施行細則中訂定。

主席：倘若不如此明文規定，施行細則便可天馬行空的訂。

蕭委員金蘭：要如何決定範圍？國外是用總金額來規定比例。

主席：以總金額或公告金額決定比例，皆較適合中小企業的生產規模。

請林委員忠正發言。

林委員忠正：主席、各位同仁。本席建議保留此一條文，先討論其他條文。

主席：林委員建議第八十七條暫行保留，第八十七條暫行保留。

現在進行第八十八條及相關條文。

行政院草案條文

第八十八條　機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，準用本法之規定。

蔡委員正揚案及林委員忠正提案條文：

第八十八條　如行政院版。

鄭委員寶清等提案條文：

第七十條　（開放民間籌資興辦）

機關辦理採購案件，報經業務主管機關核准以開放民間籌資興辦之方式辦理者，其廠商之甄選程序除準用本法相關規定外，並得於招標文件中

第九十八條

(0870501 制定)

條文 得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用殘障人士及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，應繳納代金。

理由 政府為資源之重要分配者，尤其採購動輒上千億金額，理應對弱勢團體有所保障，正如美國的肯定行動計畫（Affirmative Action），規定凡意欲參加聯邦政府採購招標之企業，須合乎不歧視並承諾對少數民族、婦女或弱勢團體有一定僱用比例，爰訂定本條。

(0910116 修正)

條文 得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。

理由 一、第二句中「殘障人士」修正為「身心障礙者」。

二、限制其僱用不足額部分不允許僱用外勞取代，保障本國勞工權益。

購法公告金額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、法人或團體無法承包者，不在此限。原住民地區以外區域之政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達政府採購法公告金額之採購，亦同。 前項規定於辦理政府採購法公告金額以上之採購，應優先由原住民個人、機構、法人或團體承包。 前二項由原住民承包之績優機關應予獎勵，其辦法由中央主管機關定之。	額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、法人或團體無法承包者，不在此限。原住民地區以外區域之政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達公告金額之採購，亦同。 原住民地區以外區域之政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於非原住民地區未達公告金額之採購，得由原住民個人、機構、法人或團體承包。 前二項由原住民承包之績優機關應予獎勵，其辦法由中央主管機關定之。	由原住民勞動合作社承包。	由原住民承包。 二、明定由原住民承包之績優機關應予獎勵。 **楊委員仁福等提案：** 本條明定原住民地區工程由原住民勞動合作社承包。 （戴委員振耀保留院會發言權） **審查會：** 全條修正如上。
第十二條　得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一。	第十二條　得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之二。	第十六條 一、得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之	**協商版：** 一、本條明定得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用總人數百分之二之用原住民。

得標廠商及其分包商僱用原住民人數，不得低於工程需用勞工總人數百分之五。 得標廠商依第一、二項規定甄選決定錄用原住民於待工期間，應辦理職前訓練；其訓練費用應由政府補助。 前項補助條件、期間及數額，由中央勞工主管機關另以辦法定之。 得標廠商及其分包商進用原住民人數未達第一、二項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金專戶繳納代金；其金額依差額人數乘以每月基本工資之三倍計算。	前項得標廠商與政府訂定之契約中，應明訂得標廠商違反前項規定，政府有權終止契約且不負任何契約責任。	二。 二、前項得標廠商與政府訂定之契約中，應明訂得標廠商違反前項規定，政府有權終止契約且不負任何契約責任。
		二、本條明定政府與得標廠商訂定之契約中，應訂立得標廠商違反前項規定之罰則，最高罰則得爲終止契約。鑒於目前廠商未進用足額原住民，多數以繳納代金方式，罰金對於原住民整體工作權之保障，並未有太大作用，故以契約條文明訂違約罰則方式，迫使得標廠商進用足額原住民。 **楊委員仁福等提案：** 一、本條明定得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱總人數百分之二之用原住民。 二、本條明定政府與得標廠商訂定之契約中，應訂立得標廠商違反前項規定之罰則，最高罰則得爲終止契約。鑒於目前廠商未進用足額原住民，多數以繳納代金方式，罰金對於原住民整體工作權

			之保障，並未有太大作用，故以契約條文明訂違約罰則方式，迫使得標廠商進用足額原住民。 （戴委員振耀保留院會發言權） **審查會：** 全條修正如上。
（刪除）	第十三條　政府公共工程承包商每僱用一名原住民，始得聘用外籍勞工一名。		**協商版：** 本條明定公共工程原住民與外籍勞工之僱用比例。 **楊委員仁福等提案：** 本條明定公共工程原住民與外籍勞工之僱用比例。
第五章　促進就業	第五章　職業訓練	第十七條　政府公共工程承包商每僱用十名原住民，始得聘用外籍勞工一名。	
第十三條　中央勞工主管機關得視需要獎勵設立職業訓練機構，爲原住民辦理職業訓練。	第十四條　中央勞工主管機關應在下列地點設立或獎勵設立職業訓練中心： 一、花蓮縣。	第六章　職業訓練	**楊委員仁福等提案：** 第六章　職業訓練 **審查會：** 全條修正如上。
	第十八條　除現有職訓中心，勞委會職訓局應在左列地點設立原住民職業訓練中心： 一、花蓮縣。		**協商版：** 本條明定中央勞工主管機關應在花蓮縣、南投縣、屏東縣增設或獎勵設立原住民職業訓練

附件 2： 各年度原住民族就業狀況調查（節錄）

本頁為90年度原住民族就業狀況調查
下載自https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=687

本次調查與88年臺灣原住民就業狀況調查結果比較，九十年三月原住民十五歲以上勞動力人口的失業率(9.24%)高於88年原住民十五歲以上勞動力人口的失業率(7.55%)。(88年原住民戶內十五歲以上勞動力人口及其失業率之資料來源：88年臺灣原住民就業狀況調查報告，行政院原住民委員會編印。)

和一般民眾比較，根據行政院主計處資料(行政院主計處人力資源調查網站(http://www.dgbas.gov.tw))，民國九十年三月，臺灣地區十五歲以上勞動力人口的失業率為3.89%，比原住民的失業率(9.24%)低很多。(見表3-17)

表3-17 原住民與一般民眾失業率比較

單位：%

	88年		90年	
	原住民的失業率	一般民眾的失業率	原住民的失業率	一般民眾的失業率
總計	**7.55***	**2.84**	**9.24***	**3.89**
性別				
男	7.73*	3.38	8.64*	4.46
女	7.24*	2.03	10.17*	3.04
年齡				
15至19歲	12.32*	6.93	15.40*	9.54
20至24歲	8.40*	5.94	9.42*	8.04
25至29歲	7.98	8.86	7.79*	4.82
30至34歲	8.11*	2.50	8.00*	3.75
35至39歲	7.00*	2.14	8.72*	3.06
40至44歲	7.41*	1.98	9.54*	2.82
45至49歲	6.68*	1.89	10.63*	2.95
50至54歲	7.48*	2.23	10.21*	2.89
55至59歲	5.63*	1.51	10.93*	2.02
60至64歲	4.26*	1.06	5.92*	1.07
65歲或以上	1.50*	0.28	2.11*	0.10
教育程度				
自修及不識字	8.40*	1.39	8.85*	3.17
小學及以下	6.95*	2.33		
國中、初中	9.99*	3.13	11.54*	5.07
高中	6.65*	3.11	9.42*	4.32
高職	7.54*	3.30	9.11*	4.36
專科	5.24*	2.88	4.20*	3.39
大學或以上	2.83	2.09	1.24*	2.37

註：1. 88年原住民戶內十五歲以上勞動力人口及其失業率之資料來源：88年臺灣原住民就業狀況調查報告，行政院原住民委員會編印。

2. 88年臺灣地區15歲以上失業率之資料來源：中華民國、臺灣地區人力資源統計月報306

108 年原住民就業狀況調查

Employment Status Survey of Indigenous Peoples, 2019

原住民族委員會 編印

Council of Indigenous Peoples

中 華 民 國 1 0 9 年 6 月

108 年原住民族就業狀況調查結果摘要

一、15 歲以上原住民

1. 行政區域：108 年臺灣地區年滿 15 歲以上原住民現住人數年平均有 456,563 人，以居住在非原住民族地區的人口最多，有 202,553 人，占 44.36%，其次是山地原住民族地區，有 140,681 人，占 30.81%，再其次是平地原住民族地區，有 113,330 人，占 24.82%。

2. 統計區域：108 年 15 歲以上原住民以居住在北部地區的 156,095 人最多，占 34.19%，其次是東部地區的 145,542 人，占 31.88%，再其次依序為南部地區的 89,896 人，占 19.69%，中部地區的 65,030 人，占 14.24%。

3. 族別：108 年 15 歲以上原住民以阿美族的人數最多，占 37.91%；其次是排灣族，占 19.18%；再其次是泰雅族，占 15.51%；布農族占 11.36%，其餘各族別比率皆在 5%以下。

4. 性別：108 年 15 歲以上的原住民男性 217,941 人，占 47.74%，女性 238,622 人，占 52.26%。與全體民眾相較，15 歲以上的全體民眾亦是女性(50.75%)多於男性(49.25%)。

5. 年齡：108 年 15 歲以上原住民年齡的分布，15~24 歲占 20.88%，25~44 歲占 38.41%，45~64 歲占 30.77%，65 歲及以上占 9.94%。與全體民眾比較，全體民眾 45 歲以上者占 51.87%，高於原住民的 40.71%。

6. 教育程度：108 年 15 歲以上原住民的教育程度以高中(職)比率最高，占 41.18%，其次是大學及以上的 19.57%，再其次是國(初)中的 16.94%，小學及以下占 15.37%，專科僅占 6.93%最少。與全體民眾相較，原住民高中(職)及以下者之比率較全體民眾高，而專科及以上者之比率則低於全體民眾。

7. 婚姻狀況：108 年 15 歲以上原住民有配偶者占 46.76%，未婚者占 39.00%，離婚、分居或喪偶者合計占 14.24%。若與全體民眾比較，原住民未婚者比率較全體民眾高 4.74 個百分點，有配偶者比率較全體民眾低 3.53 個百分點。

8. 家計分擔：108 年 15 歲以上原住民有 60.67%需要負責家計，(包含有 31.68%為主要家計負責人，28.99%為次要（輔助）家計負責人)，而不需要負責家計的占 39.33%。

二、勞動力狀況

108 年原住民 15 歲以上不含現役軍人、監管人口與失蹤人口之民間人口數為 436,526 人，其中原住民的平均勞動力人數有 270,097 人，勞動力參與率為 61.87%；勞動力人口中有 259,407 人為就業人口，10,690 人為失業人口，失業率為 3.96%。與上年比較，108 年勞動力參與率較 107 年平均 61.34%上升 0.53 個百分點，失業率較 107 年平均 3.97%下降 0.01 個百分點。

三、就業狀況

1. 就業者從事的行業：108 年原住民就業者從事的行業，以「製造業」(15.34%)比率最高，其次為「營建工程業」(14.40%)，再其次為「住宿餐飲業」(10.65%)。與全體民眾相較，原住民從事「營建工程業」的比率高於全體民眾。

2. 就業者從事的職業：108 年原住民就業者所擔任職業中，以擔任「服務及銷售工作人員」(24.64%)比率最高，其次為「技藝有關工作人員」(16.61%)的比率最高，再其次為「基層技術工及勞力工」(15.94%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.10%)。與全體民眾相較，「技藝有關工作人員」、「機械設備操作及組裝人員」、「基層技術工及勞力工」三類職業合計，原住民就業者占 4 成 6 左右的比率，較全體民眾的 30.69%高。

3. 就業者的從業身分：108 年原住民就業者的從業身分以受私人僱用比率最高，占 78.73%，自營作業者占 11.46%，受政府僱用者占 8.85%，擔任雇主者為 0.50%，擔任無酬家屬工作者為 0.46%。其中受政府僱用者，有 34.43%有正式公務員任用資格，65.57%沒有正式公務員任用資格。

4. 原住民有酬就業者每人每月主要工作收入：108 年原住民有酬就業者每人每月主要工作平均收入 30,056 元。與全體民眾相較，原住民有酬就業者主要工作平均收入，較全體民眾的 40,401 元低 10,345 元。觀察每月主要工作收入分布情形發現，原住民有酬就業者每月主要工作收入未滿 3 萬元之比率占 48.34%，高於全體民眾的 32.25%。

5. 非典型就業情形：108 年原住民就業者是從事非典型工作的比率為 16.57%，與 107 年相比較為下降；不是從事非典型就業工作的比率為 83.43%。

6. 從事政府所提供之臨時工作情形：108 年原住民就業者有 2.95%從事政府所提供的臨時性工作，97.05%不是從事政府所提供的臨時性工作。從事政府提供之臨時工作者中，有 89.17%認為臨時工作對生活改善有幫助，78.86%認為對未來就業有幫助。

7. 就業者尋職管道：108 年原住民就業者獲得目前工作的管道以「託親友師長介紹」的相對次數最高，每百人次有 42.20 人次，其次為「自我推薦及詢問」，每百人次有 20.87 人次，再其次為「向民間人力銀行求職(含上網)」(每百人次 14.17 人次)、「自營作業/自家事業」(每百人次 6.50 人次)。

8. 工作場所僱用移工情形及其影響：108 年原住民就業者工作場所 7.70%有僱用移工，其中 19.06%認為對其工作有影響，影響情形以「部分工作項目被取代」的相對次數最高(每百人次有 10.97 人次)，其次是「工資下降」(每百人次有 7.91 人次)、「工作時間縮短」(每百人次有 4.12 人次)。

四、失業狀況

108 年原住民勞動力人數有 270,097 人，其中失業人數 10,690 人，失業率為 3.96%。和全體民眾 108 年平均失業率的 3.73%比較略高 0.23 個百分點。

1. 失業週數：原住民失業者，至資料標準週，平均已失業 20.92 週。

2. 失業者尋職管道：108 年原住民失業者尋找工作管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的相對次數最高，每百人次有 49.35

人次，其次是「託親友師長介紹」，再其次依序是「看報紙」、「向公立就業服務機構求職(含上網)」、「自我推薦及詢問」。

3. 遇到工作機會情形：108 年原住民失業者在找尋工作過程中，35.97%有遇到工作機會。曾經遇到工作機會，但是沒有去工作的原住民失業者沒有去工作的原因，以「待遇不符期望」相對次數最高，其次是「工時不適合」，再其次是「工作環境不良」。

4. 找工作主要遭遇困難：108 年原住民失業者有 64.03%在找尋工作過程中沒有遇到過工作機會，進一步分析找尋工作過程中，主要遭遇的困難是「就業資訊不足」，其次為「生活圈內沒有工作機會」，再其次依序是「本身技術不合」、「要照顧家庭無法找到合適的工作」及「生活圈以外沒有工作機會」。

5. 過去工作經驗：失業的原住民有 67.06%為非初次尋職者（過去曾經有過工作經驗）。其中有 69.07%離開上次工作為自願離職，另有 30.93%為非自願離職；離開上次工作的主要原因以「對原有工作不滿意」占 31.47%最多，其次為「工作場所業務緊縮或歇業」及「季節性或臨時性的工作結束」。

6. 最希望從事的工作內容：108 年原住民失業者中，最希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」最多(每百人次有 23.86 人次)，其次是「營建職類」，再其次是「行政經營」、「技術服務」、「資訊軟體」、「交通及物流服務」、「品管製造」等。

7. 沒有工作期間的主要經濟來源：原住民廣義失業者（包含失業者及想工作而未找工作且隨時可以開始工作者）沒有工作期間的主要經濟來源以「家庭協助」(每百人次有 47.32 人次)為主，其次為「積蓄」，再其次為「親友協助」。

109 年原住民就業狀況調查

Employment Status Survey of Indigenous Peoples, 2020

原住民族委員會 編印

Council of Indigenous Peoples

中 華 民 國 1 1 0 年 6 月

109 年原住民族就業狀況調查結果摘要

一、15 歲以上原住民族

1. 行政區域：109 年臺灣地區年滿 15 歲以上原住民族現住人數年平均有 461,643 人，以居住在非原住民族地區的人口最多，有 207,604 人，占 44.97%，其次為山地原住民族地區，有 140,490 人，占 30.43%，再其次為平地原住民族地區，有 113,548 人，占 24.60%。

2. 統計區域：109 年 15 歲以上原住民族以居住在北部地區的 159,066 人最多，占 34.46%，其次為東部地區的 145,638 人，占 31.55%，再其次依序為南部地區的 90,969 人，占 19.71%，中部地區的 65,970 人，占 14.29%。

3. 族別：109 年 15 歲以上原住民族以阿美族的人數最多，占 37.66%；其次為排灣族，占 18.76%；再其次為泰雅族，占 15.98%；布農族占 11.25%，其餘各族別比率皆在 5%以下。

4. 性別：109 年 15 歲以上的原住民族男性 220,138 人，占 47.69%，女性 241,505 人，占 52.31%。與全體民眾相較，15 歲以上的全體民眾亦是女性(50.81%)多於男性(49.19%)。

5. 年齡：109 年 15 歲以上原住民族年齡的分布，15~24 歲占 20.16%，25~44 歲占 38.59%，45~64 歲占 30.75%，65 歲及以上占 10.51%。與全體民眾比較，全體民眾 45 歲以上者占 52.71%，高於原住民族的 41.26%。

6. 教育程度：109 年 15 歲以上原住民族的教育程度以高級中等(高中、高職)比率最高，占 36.61%，其次為大學及以上的 22.87%，再其次為國(初)中的 18.09%，小學及以下占 14.05%，專科僅占

8.38%最少。與全體民眾相較，原住民族高級中等(高中、高職)及以下者之比率較全體民眾高，而專科及以上者之比率則低於全體民眾。

7. 婚姻狀況：109 年 15 歲以上原住民族有配偶者占 46.33%，未婚者占 39.17%，離婚、分居或喪偶者合計占 14.50%。與全體民眾比較，原住民族未婚者比率較全體民眾高 5.01 個百分點，有配偶者比率較全體民眾低 3.78 個百分點。

8. 家計分擔：109 年 15 歲以上原住民族有 61.18%需要負責家計，其中 32.25%為主要家計負責人，28.93%為次要（輔助）家計負責人；不需要負責家計的占 38.82%。

二、勞動力狀況

109 年原住民族 15 歲以上不含現役軍人、監管人口與失蹤人口之民間人口數為 440,899 人，其中原住民族的平均勞動力人數有 274,232 人，勞動力參與率為 62.20%；勞動力人口中有 263,319 人為就業人口，10,913 人為失業人口，失業率為 3.98%。與上年比較，109 年勞動力參與率較 108 年平均 61.87%上升 0.33 個百分點，失業率較 108 年平均 3.96%上升 0.02 個百分點。

三、就業狀況

1. 就業者從事的行業：109 年原住民族就業者從事的行業，以「製造業」(15.05%)比率最高，其次為「營建工程業」(14.79%)，再其次為「住宿餐飲業」(10.53%)。與全體民眾相較，原住民族從事「營建工程業」的比率高於全體民眾。

2. 就業者從事的職業：109 年原住民族就業者所擔任職業中，以擔任「服務及銷售工作人員」(23.47%)比率最高，其次為「技藝有

關工作人員」(17.27%)，再其次為「基層技術工及勞力工」(15.60%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.31%)。與全體民眾相較，「技藝有關工作人員」、「機械設備操作及組裝人員」、「基層技術工及勞力工」三類職業合計，原住民族就業者占 4 成 6 左右的比率，較全體民眾的 30.62%高。

3. 就業者的從業身分：109 年原住民族就業者的從業身分以受私人僱用比率最高，占 76.60%，自營作業者占 10.99%，受政府僱用者占 10.23%，擔任雇主者為 1.46%，擔任無酬家屬工作者為 0.72%。其中受政府僱用者，有 36.75%有正式公務員任用資格，63.25%沒有正式公務員任用資格。

4. 原住民族有酬就業者每人每月主要工作收入：109 年原住民族有酬就業者每人每月主要工作平均收入 30,538 元。與全體民眾相較，原住民族有酬就業者主要工作平均收入，較全體民眾的 40,516 元低 9,978 元。觀察每月主要工作收入分布情形發現，原住民族有酬就業者每月主要工作收入未滿 3 萬元之比率占 48.78%，高於全體民眾的 29.76%。

5. 非典型就業情形：109 年原住民族就業者是從事非典型工作的比率為 20.92%，不是從事非典型就業工作的比率為 79.08%。

6. 從事政府所提供之臨時工作情形：109 年原住民族就業者有 2.65%從事政府所提供的臨時性工作，97.35%不是從事政府所提供的臨時性工作。從事政府提供之臨時工作者中，有 92.84%認為臨時工作對生活改善有幫助，83.58%認為對未來就業有幫助。

7. 就業者尋職管道：109 年原住民族就業者獲得目前工作的管道以「託親友師長介紹」的比率最高，占 44.77%，其次為「自我推薦及詢問」占 20.05%，再其次為「向民間人力銀行求職(含上網)」占 12.63%。

8. 工作場所僱用移工情形及其影響：109 年原住民族就業者工作場所 7.45%有僱用移工，其中 15.76%認為對其工作有影響，影響情形以「部分工作項目被取代」的比率最高(9.33%)，其次依序為「工資下降」(4.46%)、「同事人際關係問題」(3.02%)、「工作時間縮短」(2.63%)。

四、失業狀況

109 年原住民族勞動力人數有 274,232 人，其中失業人數 10,913 人，失業率為 3.98%。和全體民眾 109 年平均失業率的 3.80%比較，略高 0.18 個百分點。

1. 失業週數：原住民族失業者至資料標準週，平均已失業 19.64 週。
2. 失業者尋職管道：109 年原住民族失業者尋找工作管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的比率最高(50.53%)，其次為「託親友師長介紹」(38.52%)，再其次依序為「看報紙」(12.25%)、「向公立就業服務機構求職(含上網)」(10.38%)。
3. 遇到工作機會情形：109 年原住民族失業者在找尋工作過程中，36.90%有遇到工作機會。曾經遇到工作機會，但是沒有去工作的原住民族失業者沒有去工作的原因，以「待遇不符期望」比率最高(34.60%)，其次為「工作環境不良」(29.52%)，再其次依序為「工時不適合」(20.13%)、「離家太遠」(13.38%)。
4. 找工作主要遭遇困難：109 年原住民族失業者有 63.10%在找尋工作過程中沒有遇到過工作機會，進一步分析找尋工作過程中，主要遭遇的困難是「本身技術不合」(30.90%)，其次為「就業資訊不足」(27.34%)，再其次為「生活圈內沒有工作機會」(20.76%)。
5. 過去工作經驗：失業的原住民族有 76.29%為非初次尋職者（過去

曾經有過工作經驗)。其中有 61.20%離開上次工作為自願離職，另有 38.80%為非自願離職；離開上次工作的主要原因以「工作場所業務緊縮或歇業」占 27.79%最多，其次為「對原有工作不滿意」(23.41%)，再其次為「季節性或臨時性的工作結束」(14.68%)。

6. 最希望從事的工作內容：109 年原住民族失業者中，最希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」比率最高(25.08%)，其次為「行政經營」(15.86%)，再其次為「資訊軟體」(11.22%)、「營建職類」(10.79%)。

7. 沒有工作期間的主要經濟來源：原住民族廣義失業者（包含失業者及想工作而未找工作且隨時可以開始工作者）沒有工作期間的主要經濟來源以「積蓄」比率最高(50.07%)，其次為「家庭協助」(46.40%)，再其次為「親友協助」(13.13%)。

五、非勞動力狀況

109 年原住民族非勞動力人數有 166,667 人，其中未參與勞動原因以「高齡、身心障礙」(27.88%)比率最高，其次為「求學及準備升學」(26.92%)及「料理家務」(25.55%)，再其次依序為「傷病或健康不良」(9.91%)、「賦閒」(8.23%)及「想工作而未找工作，且隨時可以開始工作」(0.91%)等。

六、再度就業情形

109 年有 14.72%的原住民族曾因結婚、生育、料理家務、照顧家人、傷病、退休等各式因素離開職場一段時間而成為再度就業者，平均離開職場時間為 3.12 年；另有 85.28%未曾因各式因素離開職場再度恢復工作。

110年第一季原住民族就業狀況調查報告

原住民族委員會編印

中　華　民　國　1　1　0　年　3　月

統計結果摘要

根據原民會提供之原住民族戶籍人口資料顯示，110 年 3 月底臺灣地區原住民族住戶（戶內至少有一位 15 歲以上且具有原住民身分者）共計有 244,638 戶，其中 15 歲以上原住民族人口數共計 464,606 人。根據調查推估，110 年 3 月原住民族勞動力人數有 276,583 人，勞動力參與率為 62.20%；就業人數為 265,887 人，失業人數為 10,696 人，失業率為 3.87%。

原住民族勞動力參與率及失業率狀況

單位：人、%

年別	15 歲以上原住民族人口	15 歲以上原住民族民間人口	勞動力			非勞動力	勞動力參與率	失業率
			合計	就業者	失業者			
109 年平均	**461,643**	**440,899**	**274,232**	**263,319**	**10,913**	**166,667**	**62.20**	**3.98**
109 年 3 月	459,627	439,750	273,584	262,771	10,813	166,166	62.21	3.95
109 年 6 月	460,825	440,121	273,372	262,081	11,291	166,749	62.11	4.13
109 年 9 月	462,452	441,149	274,464	263,631	10,833	166,685	62.22	3.95
109 年 12 月	463,666	442,576	275,508	264,793	10,715	167,068	62.25	3.89
110 年平均	**464,606**	**444,654**	**276,583**	**265,887**	**10,696**	**168,071**	**62.20**	**3.87**
110 年 3 月	464,606	444,654	276,583	265,887	10,696	168,071	62.20	3.87
本月與上次(109 年 12 月)比較(%)	0.20	0.47	0.39	0.41	-0.18	0.60	(-0.05)	(-0.02)
本月與上年同月比較(%)	1.08	1.12	1.10	1.19	-1.08	1.15	(-0.01)	(-0.08)

1.括弧()數字係為增減百分點。

2. 109 年 3 月樣本數為 12,348 人，109 年 6 月樣本數為 12,287 人，109 年 9 月樣本數為 12,599 人，109 年 12 月樣本數為 12,126 人 110 年 3 月樣本數為 12,409 人

一、原住民族狀況與勞動狀況

(一)110 年 3 月 15 歲以上原住民族以設籍在非原住民族地區的人數最多(45.94%)，族別以阿美族為各族之冠(37.49%)。原住民族年齡分布：25~44 歲占 38.64%，45~64 歲占 30.76%，15~24 歲占 19.71%，65 歲及以上者僅占 10.89%。教育程度以高級中等(高中、高職)比率最高(39.49%)，其次依序為大學及以上、國(初)中、小學及以下，分別占 21.99%、19.10%及 12.58%。

(二)臺灣地區原住民族勞動力參與率與全體民眾比較，110 年 3 月原住民族勞動力參與率(62.20%)高於全體民眾(59.14%)。

二、原住民族就業狀況

(一)110 年 3 月原住民族就業者從事的行業以「製造業」(15.23%)及「營建工程業」(15.09%)比率最高，其次為「住宿及餐飲業」(10.45%)。從事的職業以「服務及銷售工作人員」(24.07%)的比率最高，其次是「技藝有關工作人員」(17.68%)，再其次是「基層技術工及勞力工」(14.13%)及「機械設備操作及組裝人員」(13.49%)。

(二)110 年 3 月原住民族就業者的從業身分 76.42%為受私人僱用（71.56%受公司/企業僱用、4.86%受非營利組織僱用），受政府僱用者占 9.77%。在受政府僱用者中有 40.52%有正式公務員任用資格，59.48%沒有正式公務員任用資格。

(三)110 年 3 月原住民族就業者每人每月主要工作平均收入為 30,999 元。原住民族就業者每週平均工作時數為 42.08 小時，其中以每週工作時數以 35 至 44 小時者比率最高，占 58.31%。工作地點以在桃園市(13.81%)、新北市(12.40%)、花蓮縣(11.59%)、臺東縣(10.20%)的比率較高。

(四)110 年 3 月原住民族就業者有 1.82%從事政府提供的臨時性工作，臨時性工作期限在 12 個月以上占就業者 1.23%；認為從事政府臨時性工作對生活有幫助（含非常有幫助和有幫助）的比率為 95.95%，認為對未來就業有幫助（含非常有幫助和有幫助）的比率為 79.91%。

三、原住民族失業狀況

(一)110 年 3 月（3 月 14 日至 3 月 20 日），原住民族的勞動力人數有 276,583 人，其中失業人數為 10,696 人，失業率為 3.87%。

(二)110 年 3 月本次調查顯示，原住民族失業者平均失業週數為 20.46 週。

(三)110 年 3 月原住民族失業者求職尋找工作的方法與管道，以「向民間人力銀行求職(含上網)」的 52.75%比率最高，其次是「託親友師長介紹」的 39.33%，再其次依序為「向公立就業服務機構求職(含上網)」、「看報紙」、「原住民就業服務員轉介」比率分別為 19.08%、11.49%及 6.88%。

(四)110 年 3 月有 39.63%的原住民族失業者在求職過程中曾遇到工作機會，所遇到的工作機會類型主要為全時工作(61.83%)，其次為部分時間工作(27.13%)；未去工作原因主要為「待遇不符期望」(42.32%)，其次為「離家太遠」(21.04%)、「工時不適合」(17.43%)、「工作環境不良」(15.62%)。

(五)110 年 3 月原住民族失業者有 60.37%在找尋工作過程中沒有遇到工作機會，進一步分析找尋工作過程中主要遭遇困難為「就業資訊不足」(31.08%)，其次是「本身技術不合」(22.67%)、「教育程度限制」(15.08%)。

(六)110 年 3 月原住民族失業者有 12.80%為初次尋職者，非初次尋職者有 87.20%。非初次尋職的失業者中，有 71.33%離開上次工作為自願離職，另有 28.67%為非自願離職。非初次尋職的原住民族失業者中，離開上次工作的主要原因以「對原有工作不滿意」(30.76%)，其次為「工作場所業務緊縮或歇業」(21.15%)及「季節性或臨時性的工作結束」(19.33%)。

(七)110 年 3 月原住民族失業者希望從事的工作內容以「餐飲旅遊運動」(25.56%)最多，其次是「營建職類」(20.97%)，再其次是「行政經營」(12.52%)及「醫藥美容」(11.28%)。

(八)110 年 3 月原住民族廣義失業者沒有工作期間的主要經濟來源以「家庭協助」(48.81%)為主，其次為「積蓄」(42.68%)，再其次為「親友協助」(16.72%)。

四、非勞動力原住民族狀況及其他

(一)110 年 3 月原住民族非勞動力人數有 168,071 人，其中未參與勞動原因以「高齡、身心障礙」(28.84%)、「求學及準備升學」(28.46%)及「料理家務」(27.40%)所占的比率較高。

(二)110 年 3 月原住民族曾為二度就業者的比率占 15.74%，平均離開職場時間為 3.23 年。

附件 3： 監察院 109 內調 99 調查報告（節錄）

監察院109年度專案調查研究期末報告

壹、**題目**：「政府協助原住民就業成效及檢討」通案性案件調查研究。

貳、**專案調查研究主旨**：

一、研究緣起：

依據聯合國原住民族權利宣言第21條：「1.原住民族有權不受歧視地改善其經濟和社會狀況，尤其是在教育、就業、職業培訓和再培訓、住房、環境衛生、醫療和社會保障等領域。2.各國應採取有效措施，並酌情採取特別措施，繼續改善原住民族的經濟和社會狀況。應特別關注原住民老人、婦女、青年、兒童和殘疾人的權利和特殊需要。」

為回應原住民社會之需求，並順應世界潮流，行政院於民國（下同）85年間，即籌備成立中央部會級機關，以專責辦理原住民事務，並於籌備期間研訂機關組織條例草案，用為機關成立之法源依據。同年11月1日，立法院審議通過「行政院原住民委員會組織條例」，行政院並於同年12月10日即正式成立「行政院原住民委員會」，專責統籌規劃原住民事務，成就了我國民族政策史上新的里程碑，使原住民政策的釐訂及推展，更具一致性與前瞻性，以發揮整體規劃的功能，帶動原住民跨越新世紀全方位的發展。嗣後因應臺灣省政府功能業務與組織調整[1]，於91年1月4日，立法院審議通過行政院原住民委員會組織條例部分條文修正案，並於同年3月25日正式更改為「行政院原住民族委員會」（下稱原民會），掌理原住民族政策、制度、法規之綜合規劃、協調及推動等與原住民族相關之事項。

[1] 原臺灣省政府原住民事務委員會經裁撤，自 88 年 7 月 1 日起歸併行政院原住民委員會，並於中興新村設置中部辦公室；前臺灣省政府原住民事務委員會所屬文化園區管理處亦同時改隸行政院原住民委員會。

保障法第12條規定修正107條第2項規定[35]區分身心障礙者及原住民僱用比率各百分之一及分別計算。

(二)得標廠商僱用原住民人數統計：

1、據原民會查復，近十年進用情形（表38　），逾100人得標廠商平均為1千7百餘家，未有明顯增減，可知參與政府採購之廠商數變化不大，然已僱用原住民人數，已從10年前1萬餘人之進用數，增加至2萬1千餘人，呈現倍數成長，且未僱足原住民之廠商，平均家數為611家，除逐年遞減外，亦從102年起即低於平均值，可知近十年推動成效有正向發展。

表38　各年度得標廠商應僱用原住民情形之統計

年度	逾100人得標廠商家數	應僱用原住民人數	已僱用原住民人數	超額僱用原住民人數	未僱足原住民之廠商家數	未僱用原住民人數
98	1,657	6,609	10,747	5,986	703	1,848
99	1,725	7,032	12,286	6,931	731	1,677
100	1,714	7,668	13,946	8,027	681	1,749
101	1,606	7,954	14,531	8,328	615	1,750
102	1,647	7,461	14,303	8,247	568	1,405
103	1,792	8,311	16,504	9,675	608	1,482
104	1,736	8,472	17,084	10,121	570	1,677
105	1,802	8,709	19,350	11,904	590	1,257
106	1,856	8,825	21,333	13,679	527	1,171
107	1,587	9,254	22,100	13,650	546	1,148
108	2,013	9,317	21,099	12,845	587	1,063

資料來源：原民會查復資料。
備註：應僱用原住民、已僱用原住民、超額僱用原住民及未僱用原住民年度人數為月平均數。

2、行政院公共工程委員會說明：

展基金專戶(第2項)。第1項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足1月者，每日以每月基本工資除以30計(第3項)。」

[35] 政府採購法施行細則第107條第2項規定：「依本法第98條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之一，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」



簡報及座談交流



與技訓中心學員大合照



竹編工藝師證照班上課情形



訪談就業服務員及督導

十二、國外作法

(一)澳大利亞：

1、澳洲總理府內設有原住民事務部，現任部長為Ken Wyatt，係該職位自1968年設立以來，首位原住民裔部長。根據澳洲政府2016年普查，澳洲原住民(Aboriginal and Torres Strait Islander people)共有744,668人，佔澳洲總人口3.3%。

2、據澳洲政府「生產力委員會」(Productivity Commission)最新公佈之「2017年原住民支出報告」(2017 Indigenous Expenditure Report)顯示，澳洲政府2015-16年度編列之原住民相關預算約334億澳元，較2008-09年度預算270億澳元增加，平均每位原住民編列之預算為44,886澳元，為非原住民平均預算(22,356澳元)之2倍。

3、另根據「生產力委員會」發布之「克服原住民不

利因素報告：2016年主要統計資料」(Overcoming Indigenous Disadvantage: Key Indicators 2016)第九章「經濟參與」(Economic participation)顯示，澳洲政府以4大策略，提升原住民經濟參與，其中2014-15年為例，18-64歲原住民全職(full time employment)就業率為63.1%[54]，較2002年就業率54.5%提升約8.6%，該4大策略如下：

（1）「全職或兼職就業促進方案」(Employment by full time/ part time status, sector and occupation)

（2）「原住民擁有或管理之土地或公司」(Indigenous owned or controlled land and business)

（3）「房屋擁有權」(Home ownership)

（4）「所得協助」(Income support)

(二)紐西蘭：

1、據原民會103年度紐西蘭考察報告[55]內容，對於紐西蘭原住民之就業輔導，其以「先用後訓」之就業輔導模式與國內就業輔導方式之不同有特別之描述比較，重點如下：

（1）1990年7月成立職業輔導局（Rapuara）希望能夠從就業輔導與諮詢開始，協助毛利族群在工作上有不同的選擇，並提供適當的職業教育訓練，以符合未來工作方面之需要。該局為一獨立機構，由教育部長直接委派人員組成委員會，負責推展行動方案，其中包括提供就業諮詢、職業課程設計、建教合作所需之設備、課程安排與輔導，大部分經費由紐西蘭王室贊助。1991年通過毛利發展部法案（Ministry of

[54] 同年度非原住民就業率為 69.5%。

55 原民會「103 年度台灣原住民非政府組織赴紐西蘭考察(原住民就業輔導)報告」

Maori Develpoment Act 1991），1992年成立毛利發展部（Ministry of Maori Develpoment），從「毛利族群領導毛利族群發展」的理念開始，讓毛利族群能建構自我及發展自我的能力。在1990年代初期毛利族群在工作上雖然有改善的趨勢，但是在90年代中葉後卻又呈現停滯狀態。與非毛利族群相較，毛利族群之所得來源缺乏多樣性。由於他們的所得來源大多集中於工資，因此失業的衝擊對於毛利族群的影響較為顯著。當景氣衰退時，毛利族群對政府的依賴會隨之提高。

（2）紐西蘭原住民之就業及在職訓練

紐西蘭政府為扶助國內毛利族群健全發展，提供地區發展、能力建構或資金等方面的資助，主要是促使毛利族群脫離經濟困境，其中也特別針對商業發展給予專業資訊服務並挹注需要的資金。其中「地區發展」是以一個「地理區域」的規模層級促進毛利族群的發展，其目的是針對在某一區域範圍中的個人、家庭、部落和毛利族群、組織等，幫助他們確認當地的各種發展機會，並且發展出能夠對應這些機會的潛力和能力。

原住民領袖提出的毛利經濟發展策略，目的是透過教育，提高金融知識和儲蓄，發展土地和天然資源，並與各毛利部族衷心的合作，希望毛利族群的收入在2040年能追上全國平均收入。其實在過去10年來，毛利族群和歐裔人的平均時薪收入差距，一直維持在約17%至18%之間；此外，自2001年以來，每次普查結果均顯示，毛利族群較歐裔人有更多人領取社

會相關福利。懷卡托大學人口學家Tahu Kukutai博士分析數據後發現，沒有任何證據顯示毛利族群和太平洋島人的收入可以追得上歐裔人士，尤其是發生經濟衰退時，毛利族群和太平洋島人更容易流失其工作職位。因此紐西蘭政府不論是對毛利在學學生或一般人，都有提供特別針對毛利族群所設計之職業教育訓練方案，簡介如下：

〈1〉訓練機會方案（The Training Opportunity Programme）

過去十年以來，毛利族群進入綜合技術學院、教育學院及大學或其他訓練機構的人數已有增加。但真正進入第三等教育方案者仍不多。此一訓練機會方案是為失學者、長期失業及領取家庭津貼金戶長達四年以上的弱勢團體所設計的方案，主要是在幫助沒有一技之長、長期未有收入的毛利族群，藉由訓練取得國家與就業市場認可的資格，以期他們可藉此達到可被受雇的條件而最後能經濟獨立。這個方案由政府提供全額補助金，以供相關教育與訓練機構開設訓練課程，甚至私人機構訓練課程也被包括在內。凡參與受訓者，皆可透過這些課程取得國家證照檢定合格或國家文憑。

〈2〉技術提升方案（Skill enhancement）

技術提昇方案來自於「教育及訓練支援機構（Education Training & Support Agency，簡稱ETSA）」，主要對像是16歲到21歲的毛利青年及太平洋小島年輕人，方案設計主要目的是透過系統化教育訓練以提高

工作態度、職業品質與就業能力，不管是目前在職或兼職均可參與。ETSA不斷從執行中改良方案，目前著重於毛利族群職業訓練的需求。

（3）考察發現：

對毛利人之職業教育訓練或發展相關策略時，是以啟發、輔導及協助毛利人的能力為主，並不完全以社會福利之觀點來促成其生活上的質與量的增進。而是訂定各種職能標準，提供訓練機會，要求原住民考取證照或獲得某種特別技能。

目前國內（指台灣）對原住民之就業輔導，一部分是要求企業或公部門要聘雇一定比例的原住民，或是要求非營利組織在申請政府經費時能聘用原住民，進行就業能力之訓練。透過這些組織或協會的幫助聘雇原住民。但後來發現有些原住民的能力沒有被充分的訓練，反而變成非常依賴這些組織，因此目前台灣採用的是一種「先訓後用」的觀念，但這種方式讓原住民長期在這些組織中工作，離開後仍然無法自力工作，未能達成人力資源培育的目標。反觀紐西蘭政府在推展毛利人就業輔導方案時，與大企業或非營利組織之合作，會事先選拔適合的人員進行訓練，以「先用後訓」的方式，來培養或提升原住民之就業能力，當然這樣的型式短期不一定能見效，若能長期持續，才能培養更多原住民之中、高階人才。

2、另據紐西蘭毛利發展部（TPK）提供之「紐西蘭協助原住民就業成效相關研究報告一覽表」，共制訂7項協助原住民就業主題：

（1）2040年毛利經濟發展策略(Strategy to 2040)：

〈1〉2012年11月紐西蘭獨立機構「毛利經濟發展小組」(Māori Economic Development Panel)發表「2040年毛利經濟發展策略」(Strategy to 2040)，盼建立一個「政府與毛利經濟成長夥伴關係」(Crown- Māori Economic Growth Partnership)之願景。2013年紐西蘭商務、創新暨就業部(MBIE)設立「毛利經濟發展諮詢委員會」(Māori Economic Development Advisory Board)負責執行該策略。

〈2〉「2040年毛利經濟發展策略」六大目標包括：更多的教育機會及表現、成功且有技能的勞動力、提升金融知識及儲蓄、政府與毛利建立夥伴關係、積極開發自然資源、以及毛利公司(Māori Inc)驅動經濟成長等，盼於2040年將毛利的平均薪資、每人所得及失業率與紐國全國平均達成一致。

（2）微型金融研究(Microfinance Report)：紐西蘭毛利發展部(TPK)針對102戶毛利「家族」(whānau)之微型金融產品及服務需求，進行一對一面談研究，報告結論：

〈1〉多數毛利人仍處貧窮狀態。

〈2〉缺少可負擔的住房。

〈3〉工作或收入漸少而財務壓力增加。

〈4〉婦女及兒童受貧窮影響較深。

〈5〉積欠政府單位、金融公司及高利貸之債務情形普遍。

〈6〉多數毛利人不瞭解微型金融產品及服務之用途。

（3）毛利「家族」及低收入戶儲蓄報告(Whānau and

Low-Income Household Savings Report)：

〈1〉紐西蘭毛利發展部(TPK)及商務、創新暨就業部(MBIE)委託「金融知識及儲蓄夥伴工作小組」(Financial Literacy and Savings Partner Working Group)對於如何透過更多的金融知識及儲蓄機制來協助毛利人增加資產進行研究，盼鼓勵更多的正面儲蓄行為。

〈2〉該報告檢視毛利「家族」及低收入戶身邊可選擇利用的儲蓄機制，包括當地及國際性的儲蓄計畫，並透過一系列面談方式，蒐集低收入戶對於儲蓄機制的看法。

〈3〉報告結論：現有的儲蓄機制服務存有許多缺口，毛利部落(iwi)急需一量身訂製的儲蓄機制，以及更多可得的金融知識，以鼓勵更多的正面儲蓄行為。

（4）商務顧問計畫(He Tupu Ohanga:Commercial Advisors Scheme)：

〈1〉紐西蘭商務、創新暨就業部(MBIE)設有「毛利創新基金」(Māori Innovation Fund)，用以資助毛利企業或組織經營。

〈2〉每一毛利企業最多可獲6萬紐元贊助，以及一位商務顧問提供諮詢服務。該顧問最多可提供18個月的專業諮詢，包括創業選擇、可行性研究、策略規劃及市場分析等建議。

（5）實習生計畫(Cadetships)：

〈1〉提供至少6個月以上的實習計畫，協助雇主培訓全職的毛利員工，以期未來有更多的毛利人自己開業。

〈2〉每一實習計畫，雇主最多獲得1萬紐元的補助。

（6）青年發展計畫(Pae Aronui)：

〈1〉四年期間投注約1千5百萬紐元。目標鎖定在紐西蘭South Auckland、West Auckland 、Hamilton Hutt Valley及Porirua等地區的15至24歲毛利青年。

〈2〉給予15至24歲、未獲教育、沒有就業或沒有受訓的毛利青年更多的教育及就業機會，促使他們有良好的學習及就業成果。

（7）生活護照計畫(Taiohi Ararau-Passport to Life)：

〈1〉協助15至24歲、未獲教育、沒有就業或沒有受訓的毛利青年，在他們就業時所需取得的基本文件包括駕照、稅務號碼(IRD)、出生證明及銀行帳號等。

〈2〉該計畫原規劃在四年期間投注4百萬紐元，另經毛利發展部副部長Willie Jackson爭取8百萬紐元，該計畫總預算共計1千2百萬紐元。

(三)日本：

有關原住民族政策，在日本以對「愛努」族之政策較受關注。日本於2018年通過「為推動實現尊重愛努民族尊嚴社會之政策相關法律案」之內閣決議，並據此在內閣府設立「愛努政策推進本部」，由內閣官房長官擔任本部長，成員包含法務大臣、外務大臣、文部科學大臣、厚生勞動大臣、農林水產大臣、經濟產業大臣、國土交通大臣及環境大臣等各中央省廳首長，以推動綜合政策。

陸、結論與建議

一、「促進原住民就業方案」自98年至109年10年間，共推動三期計畫，透過「就業服務」、「職業訓練」、「保障進用」等面向，強化原住民族就業技能及穩定就業，使原住民與全體民眾失業率之差距逐年趨近。然

附件 4：原住民族綜合發展基金附屬單位決算（108 年度）（節錄）

中 華 民 國 108 年 度

（108年1月1日至108年12月31日）

中 算



原住民族 合發展基金附 單位決算

（非 營 業 部 分）

原住民族綜合發展基金管理會 編

原住民族綜合發展基金

收支餘絀表

中華民國108年度

單位：新臺幣元

科目	本年度預算數		本年度決算數		比較增減		上年度決算數	
	金額	%	金額	%	金額	%	金額	%
業務收入	**1,732,897,000.00**	**100.00**	**1,736,440,318.00**	**100.00**	**3,543,318.00**	**0.20**	**1,723,504,288.00**	**100.00**
投融資業務收入	**33,611,000.00**	**1.94**	**27,632,489.00**	**1.59**	**-5,978,511.00**	**17.79**	**25,791,569.00**	**1.50**
融資業務收入	33,593,000.00	1.94	27,632,489.00	1.59	-5,960,511.00	17.74	25,628,469.00	1.49
其他投融資業務收入	18,000.00				-18,000.00	100.00	163,100.00	0.01
徵收收入	**315,000,000.00**	**18.18**	**299,121,841.00**	**17.23**	**-15,878,159.00**	**5.04**	**288,151,109.00**	**16.72**
徵收就業代金收入	310,000,000.00	17.89	294,039,284.00	16.93	-15,960,716.00	5.15	283,175,884.00	16.43
溫泉取用費提撥收入	5,000,000.00	0.29	5,082,557.00	0.29	82,557.00	1.65	4,975,225.00	0.29
其他業務收入	**1,384,286,000.00**	**79.88**	**1,409,685,988.00**	**81.18**	**25,399,988.00**	**1.83**	**1,409,561,610.00**	**81.78**
其他補助收入	1,384,286,000.00	79.88	1,409,685,988.00	81.18	25,399,988.00	1.83	1,409,561,610.00	81.78
業務成本與費用	**3,145,081,000.00**	**181.49**	**2,732,624,826.00**	**157.37**	**-412,456,174.00**	**13.11**	**2,252,811,797.00**	**130.71**
投融資業務成本	**29,723,000.00**	**1.72**	**32,228,199.00**	**1.86**	**2,505,199.00**	**8.43**	**30,556,395.00**	**1.77**
融資業務成本	29,716,000.00	1.71	32,228,199.00	1.86	2,512,199.00	8.45	30,556,395.00	1.77
其他投融資業務成本	7,000.00				-7,000.00	100.00		
行銷及業務費用	**3,111,893,000.00**	**179.58**	**2,697,208,141.00**	**155.33**	**-414,684,859.00**	**13.33**	**2,218,937,120.00**	**128.75**
業務費用	3,111,893,000.00	179.58	2,697,208,141.00	155.33	-414,684,859.00	13.33	2,218,937,120.00	128.75
管理及總務費用	**3,465,000.00**	**0.20**	**3,188,486.00**	**0.18**	**-276,514.00**	**7.98**	**3,318,282.00**	**0.19**
管理費用及總務費用	3,465,000.00	0.20	3,188,486.00	0.18	-276,514.00	7.98	3,318,282.00	0.19
業務賸餘(短絀)	**-1,412,184,000.00**	**-81.49**	**-996,184,508.00**	**-57.37**	**415,999,492.00**	**29.46**	**-529,307,509.00**	**-30.71**
業務外收入	**55,482,000.00**	**3.20**	**84,169,070.00**	**4.85**	**28,687,070.00**	**51.71**	**81,005,765.00**	**4.70**
財務收入	**37,982,000.00**	**2.19**	**39,617,328.00**	**2.28**	**1,635,328.00**	**4.31**	**47,528,609.00**	**2.76**
利息收入	37,982,000.00	2.19	39,617,328.00	2.28	1,635,328.00	4.31	47,528,609.00	2.76
其他業務外收入	**17,500,000.00**	**1.01**	**44,551,742.00**	**2.57**	**27,051,742.00**	**154.58**	**33,477,156.00**	**1.94**
違規罰款收入			208,899.00	0.01	208,899.00		124,273.00	0.01
收回呆帳	6,000,000.00	0.35	3,023,977.00	0.17	-2,976,023.00	49.60	4,581,460.00	0.27
雜項收入	11,500,000.00	0.66	41,318,866.00	2.38	29,818,866.00	259.29	28,771,423.00	1.67
業務外費用	**10,000,000.00**	**0.58**	**11,730,054.00**	**0.68**	**1,730,054.00**	**17.30**	**19,879,580.00**	**1.15**
財務費用			**17,774.00**		**17,774.00**		**196,219.00**	**0.01**
利息費用			17,774.00		17,774.00		196,219.00	0.01
其他業務外費用	**10,000,000.00**	**0.58**	**11,712,280.00**	**0.67**	**1,712,280.00**	**17.12**	**19,683,361.00**	**1.14**
雜項費用	10,000,000.00	0.58	11,712,280.00	0.67	1,712,280.00	17.12	19,683,361.00	1.14

附件 5（本附件為羅昌發大法官前整理之資料，並已徵得其同意使用）（節錄）

原住民優惠性差別待遇立法例

羅昌發大法官提供

壹、 問題：以原住民工作權保障之優惠性差別待遇為中心

有無與我國政府採購法第 98 條（「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分」）或原住民工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項（內容相同）類似的外國立法例？

貳、 初步分析摘要：無相同立法例

於法令層面而言，美國法並無類似於我國原保法第 4 條第 1 項及第 12 條，以及政府採購法第 98 條比例進用之規定。其關於促進少數團體成員就業機會平等之相關規定，於 1964 民權法第七章僅消極宣示禁止歧視之意旨，縱使是較為積極地要求與政府機構締約之承包商承諾於進用員工時，不基於種族因素給予差別待遇，並於承包商違反時課予不利益，亦僅是針對歧視行為的消極評價。且縱使課與承包商積極採行優惠性差別待遇之義務，而令其提出就業人口結構報告、改善目標及計劃，亦留有相當之裁量空間與承包商自行設計相關計畫。於實踐層面而言，美國在對於優惠性差別待遇之具體內容形成，基本上係交由法院在衡量個案事實及當事人兩造間利益後而為之；方法上可能係法院直接下令要求企業應採取一定之優惠性方案，亦有以「同意判決」的方式由各方協商而形成之。觀諸美國法院判決之內容可發現，不論是法院所形成者、抑或是企業及政府機關所自願採行之優惠性方案均十分多樣化。聯邦最高法院甚至不斷於案例中表示單純使用「配額」來保障弱勢種族的方式並不適當(儘管此為多數企業所愛好之方式)；蓋其未考慮到可能造成對多數族群的反向歧視以及雇主營業自由保護等問題。是故，若欲以配額作為優惠性差別待遇之內容，仍應配合諸如「符合特定資格」等條件限制，始能被認為不偏離民權法案第七章之要求。

歐盟部分，原則上就相關法條與指令而言，不排除歐盟與成員國得就種族事項採取積極平權措施（Positive Action）。然而，歐洲法院對於積極平權措施之適

用相當嚴格，經常宣告成員國國內的積極平權措施牴觸歐盟條約「平等待遇」之規定。在此種適用之下，成員國之措施必須具有相當彈性，不得以僵化之配額，方符合比例原則。至於成員國部分，有採取軟性積極平權措施者，即透過實施多文化專案協商促進族群雇用多元化，例如英國與荷蘭等是。然而，亦有對於種族採取身分盲（identity-blind）態度者，原則上禁止一切基於種族為基礎之措施，例如德國與法國等是。

我國之相關比例進用規定，係為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項促進原住民族就業及經濟生活之保障，藉由採購方式賦予得標廠商僱用之責，即藉由國家私經濟行政行為，使得標廠商分擔一部之國家任務，而原住民族工作權保障法並未賦予原處分機關對於計算代金標準有裁量空間，係屬羈束處分，故廠商依政府採購法得標者，依法即負有僱用法定比例原住民或繳納代金之義務，原處分機關並無裁量之權限。——此等立法例相較於上述歐美立法例，似乎有較為僵化之問題，不區分具體情形，一概剝奪法院審查彈性以及行政機關裁量權，似可能有未能達實質平等目標、且手段不符比例原則之虞。

參、立法例具體說明

一、 美國

I. Title VII of the Civil Rights Act of 1964

Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (下譯為 1964 民權法第七章) 為美國法上關於就業平等之基礎規範，其規範意旨主要在於確保就業機會上之平等，消弭於就業過程中，基於種族、膚色、地區、性別、國籍之歧視，並設有相關的救濟程序規範及各類豁免及特殊例外，其中與比例進用此優惠性差別待遇較為相關的部分，整理如下：

1. 企業對於員工之進用

關於企業進用員工的資格審酌，1964 民權法第七章於違法僱傭行為章節 (Unlawful Employment Practices)，亦揭示禁止基於宗教、性別、國籍為差別待遇之意旨；並禁止教育機構於任用員工時，以宗教作為判斷基礎[7]。此外，另提出兩種可被允許的例外樣態，其一為該當以宗教、性別、國籍為差別待遇判斷基礎之資格要求，係基出於善意，且為維持事業正常運作所必需之合理條件。其二為關於教育機構及學術單位之例外規範，如該當教育機構或學術單位係由特定宗教組織直接或實質所有、控制或經營，或該教育機構及學術單位所提供之課程，係

[7] 42 U.S.C. §2000e-2(e): "Businesses or enterprises with personnel qualified on basis of religion, sex, or national origin; educational institutions with personnel of particular religion . . ."

以傳播特定宗教為目的，則其以宗教作為任用基準，不屬於非法之僱傭行為[8]。

2. 否認優惠性差別待遇之合法性

縱使 1964 民權法第七章將基於種族、膚色、地區、性別、國籍所為之各樣態就業歧視，視為違法僱傭行為而予以禁止。然而，該法案亦於 Section 2000e-2(j) 明示，即使是事業機構內之少數團體成員、女性受雇者於勞動結構中的組成偏低，亦不得以此為由請求給予該優惠待遇[9]，亦即，1964 民權法對於就業上的種族優惠性差別待遇並未肯認。

3. 小結

[8] *Id.* §2000e-2(e): "Notwithstanding any other provision of this subchapter, (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor- management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise, and (2) it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion."

[9] 42 U.S.C. §2000e-2(j): ". . . Nothing contained in this subchapter shall be interpreted to require any employer, employment agency, labor organization, or joint labor-management committee subject to this subchapter to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race, color, religion, sex, or national origin of such individual or group on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race, color, religion, sex, or national origin employed by any employer, referred or classified for employment by any employment agency or labor organization, admitted to membership or classified by any labor organization, or admitted to, or employed in, any apprenticeship or other training program, in comparison with the total number or percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community, State, section, or other area, or in the available work force in any community, State, section, or other area."

相較於我國原住民族工作保障法(下稱原保法)第 4 條第 1 項及第 12 條，積極以比例進用之方式，賦予在就業人口結構中代表性不足之原住民族優惠性差別待遇。1964 民權法第七章則相對保守，僅消極規範企業於進用員工時，不得以其種族、膚色、地區、性別、國籍作為差別待遇之依據，尚不及於積極以法規範強制企業需進用一定人數之少數團體成員。至於法院於認定企業違反上開禁止歧視之規範而予以禁止時，所附帶做成之積極的優惠性差別待遇，將於後詳述。

II. 平等就業機會報告

平等就業機會委員會 (Equal Employment Opportunity Commission) 除負責執行上開 1964 民權法第七章所規定之事項外，尚有監督聯邦政府內各機構就業人口結構，並接受各該機構每年提出之平等就業機會報告[10]。而在此類政府文書中，近似於優惠性差別待遇之文字往往僅是「應考量衡平之勞動力需求」、「為消除少數團體在就業上代表性不足之問題，必須進行特殊努力來招募少數團體成員」等[11]。由於此等法律文書之用語，並未明定應以何種手段達成優惠性差別待遇，而僅透過該機構對於優惠性差別待遇的宣示，以及所提出之年度就業人事報告中，針對不同團體代表性過低的問題所提出的解決方法，達成賦予少數團體優惠性差別待遇之目標。

III. 總統命令及其他行政命令

美國法上優惠性差別待遇之概念，於 1941 年羅斯福總統 8802 號總統命令當中即已出現。命令中禁止聯邦政府中存有種族歧視，並要求相關企業對於已存在之種族歧視問題採取相應之措施。然而囿於政府人力、預算之不足，且未有相應的處罰法律效果，種族歧視於就業市場中仍屢見不鮮。

1. 優惠性差別待遇之首見

於 1961 年甘迺迪總統所頒布之 10925 號總統命令 (Executive Order 10925) 中，優惠性差別待遇 (Affirmative action) 此詞彙首次出現，其鼓勵行政部門與政府機構採取積極的手段消除種族歧視[12]。並要求承包政府工程之承包商應平等對

---

[10] U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION, http://www.eeoc.gov/eeoc/index.cfm (last visited Jan 11, 2014)

[11] For example, 5 U.S.C §5379(e): "In selecting employees to receive benefits under this section, an agency shall, consistent with the merit system principles set forth in paragraphs (1) and (2) of section 2301(b) of this title, take into consideration the need to maintain a balanced workforce in which women and members of racial and ethnic minority groups are appropriately represented in Government service."

[12] Executive Order 10925 §201: "The President's Committee on Equal Employment Opportunity established by this order is directed immediately to scrutinize and study employment practices of the Government of the United

待員工與求職者，不因種族、膚色、國籍、宗教等因素而有差別待遇，並進一步採取優惠性差別待遇[13]，確保少數團體成員的就業機會。

2. 對聯邦承包商之具體規範

詹森總統於 1965 年發佈的 11246 號總統命令中，除再次重申行政部門及聯邦政府承包商，不得因種族、膚色、國籍、宗教等因素而有就業歧視外。另對於承包商的相關義務做出較具體之規範，例如於契約示範條款中明定，承包商於締約時需承諾其關於員工之進用、升遷、培訓、解雇等就業進程，不以種族、膚色、國籍、宗教等因素而有差別待遇，且要求承包商提出遵行報告[14]，並於承包商不履行該當承諾時，賦予一部或全部契約解除、終止、中止及取消將來締約資格之不利益[15]。

States, and to consider and recommend additional affirmative steps which should be taken by executive departments and agencies to realize more fully the national policy of nondiscrimination within the executive branch of the Government."

[13] *Id.* §301(1): "The contractor will not discriminate against any employee or applicant for employment because of race, creed, color, or national origin. The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color, or national origin. Such action shall include, but not be limited to, the following: employment, upgrading, demotion or transfer; recruitment or recruitment advertising; layoff or termination; rates of pay or other forms of compensation; and selection for training, including apprenticeship. The contractor agrees to post in conspicuous places, available to employees and applicants for employment, notices to be provided by the contracting officer setting forth the provisions of this nondiscrimination clause."

[14] Executive Order 11246 §203(a): "Each contractor having a contract containing the provisions prescribed in Section 202 shall file, and shall cause each of his subcontractors to file, Compliance Reports with the contracting agency or the Secretary of Labor as may be directed. Compliance Reports shall be filed within such times and shall contain such information as to the practices, policies, programs, and employment policies, programs, and employment statistics of the contractor and each subcontractor, and shall be in such form, as the Secretary of Labor may prescribe."

[15] *Id.* §202(6): "In the event of the contractor's noncompliance with the nondiscrimination clauses of this contract or with any of such rules, regulations, or orders, this contract may be cancelled, terminated or suspended in whole or in part and the contractor may be declared ineligible for further Government contracts in accordance with procedures authorized in Executive Order No. 11246 of Sept 24, 1965, and such other sanctions may be imposed and remedies invoked as provided in Executive Order No. 11246 of September 24, 1965, or by rule, regulation, or order of the Secretary of Labor, or as otherwise

3. 1971 年勞工部頒佈之第 4 號修正命令

於尼克森總統任內，勞工部頒佈了第 4 號修正命令 (Revised Order No.4)，要求未能充足進用少數團體成員之聯邦承包商，制定相當的優惠性差別待遇計畫，其中需包含目標及達成時間表，而該聯邦承包商基於善意所採取的優惠措施，亦須與更正缺失直接相關。[16]此種措施之採行，雖更進一步強化聯邦承包商採取優惠性措施之義務，惟仍留有裁量空間由承包商自行設定自身應達成之目標，並設計符合自身需求的優惠性差別待遇計畫。

美國於 1972 年的「公平就業機會法」就民權法第七章之規定為具體化補充，針對優惠性差別待遇部分，該法案提供了各級法院得考量個案情狀而形成優惠性差別待遇措施判決內容之依據。而法院在形成優惠性差別待遇判決的內容可能有兩種情況，一種係在發現雇主有歧視性措施、而雇主對此係有過失的情況下，法院即得逕為下令雇主應依法院認為適當之優惠性差別待遇措施為改善。另一種情況係法院與雇主間以「同意判決」(consent decree)的方式，在兩造合意的基礎下設計優惠性方案，供雇主為未來的執行。[17]以下擬介紹美國聯邦法院所下令或已同意判決方式所形成的優惠性方案等相關案例，以釐清針對「弱勢族群就業」之優惠性差別待遇措施在美國係如何適用。

IV. 美國法院在個案中對於優惠性差別待遇之適用

1. Local 28 of Sheets Metal Workers' international Ass'n v. E.E.O.C.[18]

本案係美國紐約市的金屬片工會(該工會係有向政府為採購)的若干歧視少數民族之措施，被聯邦地方院認為係違反了民權法第七章之規定，故法院下令工會必須實施一確保工會內需雇用至少 29%黑人員工的優惠性差別待遇政策。本案一路上訴到了聯邦最高法院，最高法院亦維持了地方法院之見解，認為當雇主故意對少數民族在職場上為歧視性行為時，法院除應禁止被告繼續為該等行為外，亦有權形成一優惠性措施以根本性地除去少數族群之弱勢地位；如此始為確保民權法第七章之意旨能充分實現之方式。而在上訴人所提出地方法院之優惠性方案可能會對白人造成所謂「反向歧視現象」的抗辯部分，最高法院認為，既然該優惠性措施並不會造成白人員工被迫資遣的結果，因此並不會不必要的侵害到白人員工的權益，自無所謂反歧視的情況發生。

2. United State v. Paradise[19]

---

provided by law."

[16] AFFIRMATIVE ACTION HASN'T WORKED, http://www.huppi.com/kangaroo/L-aahelp.htm (last visited Jan 11, 2014)

[17] BARBARA RESKIN, THE REALITIES OF AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT 13-14 (1998).

[18] Local 28 of Sheets Metal Workers' international Ass'n v. E.E.O.C., 478 U.S. 426 (1986).

本案係發生於政府機關之案件。在阿拉巴馬州政府機關內存在著非常嚴重的種族歧視情況，也因此該州政府時常為黑人所控訴。為解決黑人在阿拉巴馬州政府內所遭遇的不平等工作待遇，聯邦地方法院做出了一項優惠性待遇判決，要求該機關在決定升遷名額時，需保留百分之 50 之名額於黑人，直到黑人主管之人數達全部的百分之 25 為止。

被告對此項優惠性措施不服因而上訴至聯邦法院。聯邦法院在經過充分討論後仍然維持地方法院的判決，其理由在於：除該項措施僅係暫時性、不會過度侵害到白人員工的升遷權利。更重要者，乃地方法院所設計的優惠性待遇方案並非讓黑人得毫無限制的受到該配額的保障；蓋該優惠性待遇方案所保障之對象，係指那些「符合升遷資格」之黑人而言。聯邦法院認為，在給予了適當限制的情況下，此種優惠性待遇方案應被認為係有助於民權法第七章目的之達成。

3. *Local Number 93, Intern. Ass'n of Firefighters, AFL-CIO C.L.C v. Cleveland*[20]

本案係聯邦法院承認「同意判決」可做為實現民權法第七章意旨之方法的重要案例。在俄亥俄州的黑人消防協會，認為該州克里夫蘭市政府消防局對於黑人消防員的雇用、派遣或升遷均有明顯的歧視，因此向地方法院提起訴訟。地方法院與兩造在經過密集協商後，提出了一套優惠性差別待遇方案以保障黑人消防員。

此等經由各方磋商並達成合意的「同意判決」亦受到聯邦最高法院的認同。最高法院認為，因民權法第七章本就係以「自願實施優惠性措施」做為最高指導準則；而同意判決即具有加速達成此等自願實施優惠性措施之作用。

4. *Wygant v. Jackson Board of Association*[21]

與前案不同，本案的同意判決最終為聯邦最高法院所否決。本案之事時背景乃密西根州的傑克森市與該市的教師工會之前在地方法院的協調下達成一同意判決，內容係關於解雇時給予黑人教師優惠待遇的相關保障。依照該同意判決之規定，若學校遇到需解雇教師的情況，原則上資深者應予留任；惟當解雇人員中黑人所佔之比例將高於黑人教師在該學校所佔之總體教師比例時，則此時年資則不得作為保障之理由。

最高法院認為，由於此優惠性方案未能真正達到保障黑人之目的，且「解雇」對於該特定人所造成之工作權及財產權有極大傷害；欲達成保障黑人教師之目的，仍有其他較小侵害多數團體之方式可為之，諸如在受僱階段採取優惠性措施等均屬適例。因此本案中的解僱優惠性措施係屬違法。

5. *Regents of the University of California v. Bakke*[22]

---

[19] United State v. Paradise, 480 U.S. 149 (1987).
[20] Local Number 93, Intern. Ass'n of Firefighters, AFL-CIO C.L.C v. Cleveland, 478 U.S. 501 (1986).
[21] Wygant v. Jackson Board of Association, 476 U.S. 267 (1986).
[22] Regents of the University of California v. Bakke ,438 U.S. 265 (1978).

本案係美國聯邦最高法院對於優惠性差別待遇應如何正確適用於保障弱勢族群的一項重要判例。本案原告欲申請 University of California 的醫學院，惟卻因該校所採取對於弱勢族群多所保障的若干優惠性措施(包括維持百分之十六的保障民額給予特定少數族群)而未能錄取。原告因此提起訴訟，主張被告之措施違反了美國憲法增修條文第 14 條以及民權法案第七章之規定。

聯邦最高法院在本案中首次承認某些為糾正過去歧視而有相當種族意識之補救方案，應係民權法案第七章所允許者。惟須注意者，此仍不代表為優惠性差別待遇之機構或機關可以採取「配額」的方式以達成其補救之目的；蓋此等措施將造成其他未受優惠性政策所及之族群反而受到「反向歧視」(reverse-discrimination)的困境。

6. Gratz v. Bollinger[23]

本案之事實背景係密西根州大在評量大學入學申請人資格時，係以 150 分作為基準。其中若申請者係少數族群(如拉裔美人、黑人或原住民)則有自動加 20 分之優惠待遇。有兩位白人申請人則因此優惠性方案而無法入學，故因而向地方法院提起訴訟。案件一路上訴至聯邦最高法院，最高法院認為，密西根州大對於申請入學的評分方式雖表面上係為確保入學者具備多元背景；惟事實上能否達成如此之目的係難以被衡量，且此等優惠方案過度侵害了多數族群申請者之權益因而應屬違憲。

7. Grutter v. Bollinger[24]

與 *Gratz v. Bollinger* 案類似，本案之被告亦係密西根州大學。本案原告欲申請密西根州大法學院，最後卻因該校對於弱勢族群的優惠性差別待遇措施而未能錄取。原告主張，被告之措施違反了美國聯邦憲法增修條文第 14 條以及民權法案第七章之規定，對非弱勢族群的白人造成了歧視。被告則同樣提出「確保入學成員組成多元性」的抗辯，認為上開優惠性政策係屬必要。

本案原告在地方法院時獲得勝訴判決；惟在接下來的第六巡迴法院及最高法院中，均駁回地方法院所持的見解。蓋最高法院重申 *Bakke* 案之見解，認為基於補償弱勢族群在以往遭受不平等待遇時所受之損失，在選任特定人員時將「種族」作為一種判斷標準，而賦予少數或弱勢族群較優惠的待遇並不違反聯邦憲法增修條文第 14 條及民權法第 7 章之意旨。惟大法官在此亦提出了此種優惠性政策之限制，認為此種措施不可能係長期存在；且「種族」因素不可作為判斷一個學生是否得以入學的唯一標準。更重要者，本案中並非如前案係以「配額」(或可謂「一致性優惠」)的方式來保障弱勢族群，故自應得到此項優惠性差別待遇措施並無違反美國憲法及民權法第七章之結論。

8. Adarand Constructors, Inc. v. Peña[25]

---

[23] Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).
[24] Grutter v. Bollinger , 539 U.S. 306 (2003).

90 年代初期，美國「中小企業法案」(*Small Business Act*)及「水路運輸法案」(*Surface Transportation Act*)為扶助弱勢族群之發展，故規定主標商在取得政府標案後，若其能與一定比例之弱勢族群所持有或經營的次標商合作，即能獲得一定的獎勵與補助[26]。本案原告係一家建設公司。在一場與政府建設有關的標案中，雖然其所提出之標價系最低，但主包商為獲得上開法案中所授予之利益，因而與次優廠商簽約；蓋該次優廠商符合上開法案所謂「由弱勢族群所持有或經營」之要件。原告不服，提起訴訟主張上開兩法案之規定有違反平等權之疑慮。

本案在地方法院及巡迴法院階段原告均獲得敗訴判決。直到上訴至聯邦最高法院後，該法院以 5:4 推翻前兩法院之見解，認為所有涉及「種族」因素所為之優惠性差別待遇，均應採取嚴格之審查標準。此與最高法院在先前碰到優惠性差別待遇時將降低審查標準之態度有所不同[27]。在本案中，兩法案所追求之保障弱勢團體之目的雖係急迫且重大，惟所採取之手段與目的之達成並非緊密剪裁，蓋仍然有其他侵害較小之手段可達成相同之目的。故該兩法案係屬違憲。

二、 歐洲

（一）歐盟法層次

在歐盟，原則上其積極平權措施（positive action）最早出現於處理性別歧視議題—尤其是女性地位。

- 歐盟運作條約（TFEU）

Article 157(4)
With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, **the principle of equal treatment shall not prevent** any Member State from maintaining or adopting measures **providing for specific advantages** in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

然而就種族或民族之積極平權措施，或許因為歐洲本來多民族的歷史文化，相較於歐盟運作條約第 157(4)條，歐盟運作條約第 19 條文字顯然較為保守，僅「在不違反條約中其他（平等原則）條款之前提下，歐盟得採取適當措施對抗種族或民族歧視。」

- 歐盟運作條約（TFEU）Article 19

Article 19
Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in

[25] Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515 U.S. 200 (1995).
[26] GIRARDEAU SPANN, THE LAW OF AFFIRMATIVE ACTION- TWENTY-FIVE YEARS OF SUPREME COURT DECISIONS ON RACE AND REMEDIES 53 (2000).
[27] *See* Metro Broadcasting v. FCC, 497 U.S. 547, at 565-66 (1990).

accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, **may take appropriate action to combat discrimination based on** sex, **racial or ethnic origin,** religion or belief, disability, age or sexual orientation.

至於相關指令則更進一步說明歐盟原則上不排除會員國為種族或民族實施積極平權措施。

- 歐盟理事會就實施種族或族群間平等待遇原則之 2000/43/EC 指令[28]

Article 5 (Positive action)
With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for ***disadvantages linked to racial or ethnic origin***.

- 歐盟理事會就設立就業與職業平等待遇一般架構之 2000/78/EC 指令[29]

Article 1 (Purpose)
The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating ***discrimination on the grounds of religion or belief***, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

Article 7 (Positive action)
1. With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to any of the grounds referred to in Article 1.

雖然法律層次規範如此，但歐洲法院對於積極平權措施之適用相當嚴格，經常宣告成員國國內的性別積極平權措施牴觸歐盟條約「平等待遇」之規定。在此種適用之下，成員國之措施必須具有相當彈性，不得以僵化之配額，方符合比例原則。[30]

[28] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin
[29] Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation
[30]在 1995 年的 Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen 案，歐洲法院認定德國有關「條件相同則優先錄取代表數過少之女性」之規定，牴觸了歐體條約性別平等待遇之規定。法院以為此一無條件給予女性優先權之規定，違反了「禁止歧視」的要求，而侵犯了男性謀職者的「個人權利」(individual rights)。而在 1997 年的 Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen 案，歐洲法院雖然承認類似的雇用優惠措施合乎歐盟法。但依然採取相當形式主義的

（二）歐盟成員國法律層次：軟性積極平權措施

I. 英國

英國 1976 年的種族關係法案（Race Relations Act 1976）原則上禁止對種族的特殊待遇，但在法案的第六部分（Part VI）亦提供了一般例外，容許在「教育」「訓練」「福利」層面提供積極平權措施，同時針對公共與私人機構予以規範。措施內容包括鼓勵措施（例如：在徵才廣告中加上鼓勵特定族群應徵之敘述）、職前及在職訓練。

Section 35 (Special needs of racial groups in regard to education, training or welfare) —Nothing in Parts II to IV shall render unlawful any act done in affording persons of a particular racial group access to facilities or services to meet the special needs of persons of that group in regard to their **education, training or welfare, or any ancillary benefits**.

根據此法，雇主得對於「代表數過低」（underrepresented）之族群，提供特別的教育訓練。這類措施之目的，在於使少數族裔能夠與其他人在平等條件上競爭職位。而「過低代表數」係包含以下條件—第一，在特定機構的特定工作，並無該族裔之受僱人；或第二，該族群在該機構的受僱人數量比例，小於其於全英國之受僱比率；或是小於該族群在地方或全國之人口比例。

Section 37 (Discriminatory training by certain bodies.) (1) Nothing in Parts II to IV shall render unlawful any act done in relation to particular work by any person in or in connection with— (a) **affording** only persons of **a particular racial group access to facilities for training** which would help to fit them for that work; or (b) **encouraging** only persons of **a particular racial group to take advantage of opportunities for doing that work**, where it reasonably appears to that person that at any time within the twelve months immediately preceding the doing of the act— (i) *there were no persons of that group* among those doing that work in Great

途徑：積極平權措施仍然被當作一種「例外」。而系爭的措施之所以能夠通過檢驗，乃是因爲它有一個例外條款—男性謀職者可以提出其他的優點與理由，推翻「優先錄用女性」的推定。嗣後，在 2000 年的 Badeck v. Hessische Ministerpräsident 法院亦以類似的理由—系爭措施並非自動優惠，亦非絕對固定配額，而是擁有相當彈性的平權措施。最後，在另一個有關瑞典優先聘用女性教授的案件 Abrahamsson v. Fogelqvist 中，歐洲法院認定此一規定既無例外的「反證推定條款」，又不符合比例原則（proportionality），因而並不能通過檢驗。參照：廖元豪，種族積極平權措施（Race-Based Positive Action）與平等原則之關係—歐洲角度的評析，歐洲人權學術研討會 2004-10 中央研究院歐美研究所。

Britain; or
(ii) *the proportion of persons of that group among those doing that work in Great Britain was small* in comparison with the proportion of persons of that group among the population of Great Britain.

此外，在 2010 年新訂的平等法案（Equality Act）中，亦規定雇主得自願性的實施積極平權措施。措施內容亦是鼓勵性質之措施。

Section 158 (Positive action: general)
(1) This section applies if a person (P) reasonably thinks that—
(a) persons who share a protected characteristic suffer a disadvantage connected to the characteristic,
(b) persons who share a protected characteristic have needs that are different from the needs of persons who do not share it, or
(c) participation in an activity by persons who share a protected characteristic is disproportionately low.
(2) This Act does not prohibit P from taking any action which is a proportionate means of achieving the aim of—
(a) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to overcome or minimise that disadvantage,
(b) meeting those needs, or
(c) enabling or encouraging persons who share the protected characteristic to participate in that activity.

II. 荷蘭

荷蘭則是在「1994 年促進比例非國民勞動參與法」（the 1994 Act for the Promotion of Proportional Labour Participation of Non-Nationals）中規定，擁有員工超過三十五人的企業，有義務申報其員工的族裔組成情況。若少數族議員工有「代表數過低」之情況，該企業就有義務訂定計畫以強化其族群多樣性。爾後，此等硬性規定遭到廢止，政府邀請了工會以及企業界，研擬新方案已改進就業歧視。其後即制訂新法，改變原本強硬命令與懲罰的手段，而改採軟性的方法。新法規定企業應公布少數種族員工之數目以及年度雇用計畫，並由勞動檢查員監督。

上述法律已在 2004 年 1 月 1 日廢止。[31]荷蘭政府目前主要透過多文化專案繼續推動就業族群多樣性。[32]

III. 德國與法國—身分盲（identity-blind）

[31] http://www.art1.nl/artikel/1459-Wet_SAMEN.
[32] Daniela Caruso, Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, Jean Monnet Working Paper 10/02, at 52.

法國之憲法以及相關法律原則上致力於消除「種族」一詞。1958 年憲法第一條明確規定「法蘭西是一個不可分裂、政教分離、民主及社會的共和國。她確保每位公民在法律前平等，不分出身、種族或宗教。她尊重所有信仰。她的組織架構是非中央集權的。」第二條第一項明文規定：「法國保障所有公民法律之前的平等，無分出身、種族，或宗教。」國家法令措施，甚至民間社會行為，均不可以種族作為分類標準一連一般性的戶口普查、資料統計，均不准有種族或宗教的分類。在 2013 年五月，更進一步刪除 9 處法典裡和 13 處非成文法裡出現的「種族」詞彙。[33]準此，法國法律中並無針對少數族群的積極性平權措施立法例。

對德國而言，種族議題主要存在外來移民與本國國民間之問題。德國聯邦憲法第三條第三項禁止基於性別、出身、族裔、信仰、宗教或政治意見、身障而來的歧視。然而，除了第二項允許對女性的積極措施外，除此之外似乎並不允許對於其他族群的積極性矯正措施，蓋可能與第三條第三項之平等原則產生衝突。[34]

[33] http://tw.news.yahoo.com/%E6%B3%95%E8%AD%B0%E6%9C%83%E9%80%9A%E9%81%8E%E6%8F%90%E6%A1%88-%E5%88%AA%E9%99%A4%E6%B3%95%E6%A2%9D%E4%B8%AD-%E7%A8%AE%E6%97%8F-%E8%A9%9E-015823524.html.

[34] Daniela Caruso, Positive Action in the European Union after the New Equality Directives, Jean Monnet Working Paper 10/02, at 32-42.

附件 6

研商原住民族工作權保障法第 12 條所為之原住民族就業代金相關疑義會議紀錄

壹、會議時間：96 年 1 月 9 日（星期二）上午 9 時 30 分

貳、會議地點：本會第二會議室（10 樓）

參、主持人：徐副主任委員明淵　　紀錄：鄭婷尹

肆、出席機關與人員：如簽到簿（後附）

伍、主席致詞：略

陸、討論事項：

案由一：行政院訴願審議委員會就國立新竹高級工業職業學校及國立成功大學醫學院等不服本會依原住民族工作權保障法（以下簡稱本法）第 12 條所為之代金處分提起訴願案，行政院訴願審議委員會認為本會就「得標廠商」之定義與範疇應另為解釋、另亦對「員工總人數之計算基準」、「比例原則」提出疑義案，提請討論。

與會學者及機關代表意見：

一、原民會杞處長明錫：

（一）本會為原住民族工作權保障法（以下稱本法）之主管機關，自應有得標廠商解釋權限，惟政府採購法（以下稱採購法）第 8 條已明確定義「廠商」，亦即只要得標，不論公、私部門均為「得標廠商」。本法第 12 條乃依照採購法第 98 條應運而生，基此，得標廠商應比例進用原住民乃採購法為促進原住民就業，改善其經濟生活之立法實現，立法者既賦予採購法促進原住民就業之重任，非採購法主管機關之本會實難違背立法機關之民意而作成不同之解釋。倘強就本法「廠商」為不同解釋，實有割裂法律適用之疑慮。

（二）按本法第 12 條規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低

於總人數百分之一。」觀其文義，凡得標且人數逾 100 人者均有其適用，並未排除政府機關、公立學校及公營事業。倘前開機關並非廠商，招標機關不應使其得標，一旦得標自為廠商甚明，將該等得標之機關排除廠商身份，實有窒礙難行之處。

（三）本法第 4、5 條係規範(原住民族地區)各級政府機關、公立學校及公營事業機構平時進用義務，第 12 條則係規範依政府採購法得標廠商於履約期間之進用義務，前開各條文係規範不同情形下所產生之不同法律效果，即各級政府機關、公立學校及公營事業機構平時應符合第 4、5 條之規定，一旦得標則應依實際情形適用第 12 條之規定，應無重複課處代金之情形。

（四）公部門對於促進原住民族就業應負有更多之責任，第 4 條僅規範五類人員 1%(不含公務人員)，而第 12 條若僅規範私部門需以員工總人數 1%計，顯不合理，部分公家機關歷年來均依法繳納代金，倘今恣意排除，將有違「平等原則」之虞。

二、工程會代表：

（一）政府採購法（以下稱採購法）自施行至原住民族工作權保障法施行前，第 98 條條文所定應僱用身心障礙者與原住民人數比例，係採合併計算認定，故執行上並無問題。惟原住民族工作權保障法公布施行後規定二者各應僱用 1%，不得合併計算認定，對於原住民之僱用，始出現窒礙難行之處。

（二）採購法所稱「廠商」，同法第 8 條已有規定。如原民會基於原住民族工作權保障法之主管機關，對該法第 12 條之廠商另為適當之解釋，本會尊重其職權。

（三）依照原住民代金繳納規定，實務上有時會發生不符比例原則的問題。例如一個標案之契約價金僅為新台幣 100 餘萬元，結果有可能因未僱足原住民，而須被追繳 500 餘萬元代金之情形。

三、行政院秘書處：

（一） 原住民族工作權保障法第 12 條在實務運作上，已經出現不少爭議。行政院訴願會已就依政府採購法得標之廠商，其為公法人者，認為應無該條之適用，而撤銷原民會所作的處

分。其他包括公益性質的財團法人，其係以接受政府補助款形式執行政府部門委託之業務，而非以營利為目的者，亦有不少訴願案件待解決。

（二） 行政院訴願會受理有關本條之訴願案件甚多，顯見其在適用上已產生諸多疑義。原住民族工作權保障法部分條文修正草案已針對這個問題，刪除第 12 條的條文，在但在法律修訂的空窗期，請原民會本於主管機關權責，依法律解釋方式釐清得標廠商的定義，以供行政院訴願會受理此類訴願案件參考，否則只能逐一就個案認為訴願有理由者，撤銷原處分，並請原民會另為適當處分，而原民會又堅持依政府採購法第 8 條認定得標廠商，則問題永遠無法解決，而且也浪費許多行政成本。

（三） 本法第 12 條之得標廠商認定，是否可依採購案件的類型與性質作區分，而非將工程會所列之得標廠商均視為應適用該條的規定？本處認為有加以討論的必要，且應非一體適用，惟其範圍為何，請各位集思廣益提供意見。

（四） 原民會擔心部份廠商會因此得免繳納代金，將減少原住民就業基金收入一節，其實促進原住民穩定就業才是本法的政策目的，收取代金只是督促措施，不宜本末倒置。至於已繳納代金者若因原民會所作出之解釋而得請求返還者，其金額及後續籌措等問題，可將法律解釋結果之影響評估，報請行政院協助處理。

四、徐正戎教授：

（一） 探討業務主管機關對所適用法律的解釋權限，重要原則：主管機關當然有解釋權限，其限制為一、解釋過程依照法律解釋方式與規則。二、適用有爭議時，以司法機關之解釋為最終解釋。原住民族工作權保障法（下稱本法）12 條是依照政府採購法，原民會對廠商解釋擴及到無人格團體。新竹高工與成大醫院主張應是無理由的。

（二）本法 12 條無法排除公營事業的機構，黃校長將 4、12 條掛

鉤處理，張教授將4、12條脫鉤處理。我認為4、12條立法意旨不同，第4條為公營事業長期進用的規定，12條為得標者短期（履約期間）進用規定，12條無法排除公營事業機構，公部門應受應受第4條及第12條之規範，若有預算、員額之問題，應於投標前一律考量。提議以得標之特定單位人口作為人數計算基準。

五、黃俊杰教授：

代金為專款專用，偏向徐教授意見。本案關鍵點，本法12條第1項規定，與身障法規定配合看，應以總人數作為判斷標準，行政院的訴願決定，另為適法處分，所以還是有處分權，貴會裁量權，重點在計算基礎合不合法，為何有三次變動？

六、張桐銳教授：

（一）解釋法律非單以文意解釋，主管機關可從規範目的的角度對本法12條廠商要擴張或限縮解釋，從第4條與第12條發現立法者對公部門要求更多責任，細觀本法，只有第4、5條針對公部門為特別規定，並未對私部門有特別規定，僅於第12條規範得標廠商，可見立法者在第12條之立法想像之規範對象係私部門，如此應可限縮解釋，將得標公部門廠商原先因24條而不須僱用到1%的公部門也應僱用到1%。

已經確定的行政處分是否要撤銷，屬於法律見解變更，不一定認為之前行政處分違法，即使認為先前之處分違法，是否要撤銷先前的處分，主管機關是有裁量權的，不一定涉及溯及既往與退回的問題。

七、林志成教授：

私部門也有在反應比例原則的問題（大公司標得小金額之標案其應繳納之代金卻多於小公司標得大金額之標案，顯不合理），在尚未修法前仍應依法行政，貴會應考量例如補助款、上級委託下級、受委託廠商外包程序，是否比照政府採購法，比照與視同不一樣，有較多解釋空間。希望貴會採限縮的解釋。

八、劉士豪教授：

（一）非營利組織與公益團體並不代表沒有營利行為，只是營利所得為公益目的，所以在採購得標時應將其視為廠商。

（二）請教公程會為何身心障礙者部分沒有發生問題？（工程會代表表示，未接到該類陳情案件）身障法有進用比例原則，且平常即須進用，所以廠商沒注意到政府採購法的規定；原住民族工作權保障法因政府採購法有 2%的規定，且須於履約期間才需僱用，立法目的和政府採購法相關聯，原本採購法就已規定合計 2%，後來在本法立法時，為了確實保障原住民就業，希望取得其中 1% 之進用機會，故於本法中規定 1%。在廠商的解釋上，不只關係公立學校，也關係到私立學校，若將本法 12 條解釋作限縮有三種 1. 類推、2. 目的性限縮，不同限縮方式會造成不同結果，且目的性現縮限制嚴格，應作嚴謹的操作。

如果採標案類型作排除，則關於標案是否屬於公益之判斷標準及認定，必須作非常公平合理及嚴密之類型劃分。類型化的目的性限縮若作成，而將已做成之處份撤銷，將造成同一期間做成處分，而已繳交代金之廠商的抗議，是否符合公平性？

（三）廠商於投標前已明知採購法第 98 條及本法第 12 條規定，若不敷成本，造成繳納代金會超過標案利益，難道也有違憲疑慮嗎？

九、沙一誠教授：

1. 無論是委辦或是委託案在政府單位都是依照採購程序處理。
2. 政府單位審標時會要求他們應僱用人數（資格標）。
3. 第 12 條的解套，可以有兩種，(1) 不包括公部門，將第 12 條廠商界定為私部門，再限縮總人數。(2) 包括公部門，解釋成依政府採購法得標之廠商。

十、主持人徐副主任委員：

（一）有關依政府採購法得標之廠商，其程序類別繁多（例如委辦、研討會或中央指定之案件），以及公益團體部份（公益法人、財團法人），以採購法程序進行致需雇用原住民一定比例或遭追繳代金，本會解釋以何為標準是討論關鍵所在。

（二）私部門部分也很極端，第二個提案將從總人數計算部分請教各位。

（三）本案各位的意見彙整後，函知各與會學者及機關代表。

案由二：原住民族就業代金追繳核算總公司及分公司員工總人數認定標準之疑義，提請　討論。

與會學者及機關代表意見：

一、工程會代表：

採購法第 98 條所稱「國內員工總人數」，採購法施行細則 107 條已有規定。如原民會基於原住民族工作權保障法之主管機關，對該法第 12 條之「國內員工總人數」為適當之解釋，本會尊重其職權。至於原民會 94 年 3 月 11 日研商「協助廠商（企業）解決繳納原住民就業代金相關問題與籌組專案小組」第一次會議紀錄，曾作成結論「得標廠商以分公司名義投標，但納入總公司投保者，可檢附投保人數（勞工保險局保險費繳款單）及勞工名卡等證明文件，以分公司實際僱用員工總人數計算應僱用原住民人數」，併請參考。

二、劉士豪教授：

勞動基準法第 7 條有規定，事業單位要準備勞工名卡（不同於勞工保險卡），可請勞委會的勞工檢查機構以及臺北市高雄市的勞工檢查機構協助查驗，若有偽造嚴重處罰。

三、黃俊杰教授：

代金是平衡弱勢的特別公課，其所注重點是在於一群體利益性（集體利益），若因人數上的切割而可規避群體責任（集體責任），類似透過稅金的減免造成稅務移轉，對整體來說是不對的，支用目的造成責任移轉似乎不妥。

四、徐正戎教授：

政府採購法已規定團體可作為投標廠商，我們不用考慮當事人能力的問題（訴訟法上概念），權利能力則為實體法上概念，現行法規定下若不修法，分公司名義投標就應以分公司人數計算不應算

入總公司。

對平等權的爭議，應考慮的是未足額雇用原住民課以就業代金比例1%是否將全國原住民比例考量進去。至於是否有分公司以少報多，則在採購法採購案件中有規範，應和此處重點不同。

五、林志成教授：

公程會於 90 年曾給經濟部中小企業處函釋，員工總人數是以投保單位為計算標準，總行跟分行可個別當投保單位。

六、工程會代表：

上開函據悉目前應無停止適用。原民會 94 年 3 月 11 日的會議結論，係指以分公司名義投標，但納入總公司一併投保之情形。

七、法務部代表：

法務部為行政院及各部會的法律諮商機關。實務上分公司有當事人能力。我們將保障法第 4.5.11.12 條一起看，發現立法者意在建購政府機關與廠商的種種僱用責任，應將整部法的立法意旨一併考量。

柒、結語：

感謝諸位老師指導，給我們一個方向，基本問題仍是整個民族的就業問題解決，原住民人口有 1/3 強在都會地區，其就業需要關照，另原鄉部落產業發展也需要大家努力推動協助。

捌、散會：十二時整

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

壹、本號解釋聲請案原因事實大要及聲請釋憲之主張

本號解釋釋憲聲請人為臺北高等行政法院第四庭，就其所審理原告中國人壽保險股份有限公司（下稱中國人壽）與被告原住民族委員會（下稱原委會）間有關中國人壽應繳納代金之爭議，認為該事件所應適用之原住民族工作權保障法（下稱原保法）有關代金計算之規定違憲而聲請釋憲。

聲請人所審理案件之原因事實為：臺中市政府地方稅務局（即招標機關）為承租辦公廳舍，依政府採購法公開招標，中國人壽提供一處房舍而得標，依原保法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一」[1]。僱用原住民人數未達該標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金（同條第 3 項）。應繳代金金額依原保法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算」（即系爭規定）。

中國人壽於履約期間全國僱用員工總數 5,000 多人，超過 100 人之最低門檻，其進用原住民之人數，未達總人數百分之一之標準，中國人壽就差額人數乘以每月基本工資新臺幣（下同）18,780 元計算，於履約期間合計應繳納代金為 2,949,712 元。然而，該採購案於民國（下同）101 年度，招標機關僅支付 7 至 12 月總租金 1,640,000 元，低於中國人壽應繳納之代金金額，聲請人認為系爭規定侵害人民財產權，違反比例原則而聲請釋憲。

貳、本號解釋與釋字第 719 號解釋之關聯

針對系爭規定之相同爭議，本院曾於 103 年 4 月 18 日作出釋字

[1] 意旨相同之規定亦見於政府採購法第 98 條：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」

第 719 號解釋，認為原保法第 12 條第 1 項、第 3 項，以及政府採購法第 98 條規定，關於政府採購法得標廠商於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於百分之一，未達標準者，應繳納代金之規定，並未違反憲法平等原則及比例原則而合憲。依解釋理由書，合憲之理由包括「代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」，但同時指出「得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制」，並要求有關機關應儘速檢討改進。本號解釋可稱是接續釋字第 719 號解釋，就立法者遲未修正之系爭規定，認為係「以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀」，並總結：立法者就此未設適當之調整機制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。本席贊同本號解釋之結論，但認為本件聲請案應與釋字第 719 號解釋一併重新檢討繳納代金義務規定（即原保法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條）之合憲性，以及代金調整機制之問題，爰提出協同意見如下：

參、釋字第 719 號解釋原因案件、本件聲請案之原因案件以及其他相關判決案例之原因事實應合併觀察

本席認為，評價繳納代金義務之規定與系爭規定是否合理（合憲），應由瞭解相關案例之原因事實為起點，以避免流於理論推演。

一、本件聲請案之原因事實已如前述。

二、釋字第 719 號解釋共有 4 件聲請案，有 2 件為雜誌或報紙刊登國營事業等廣告案，另 2 件為興農公司標得國民小學午餐採購案，以及台灣高鐵公司標得國防部聯合後勤司令部採購處「國軍人員高速鐵路運輸」採購案。

三、與釋字第 719 號解釋和本件聲請案爭議相同，但敗訴廠商並未據以聲請釋憲之其他案件

除了本號解釋之原因案件以及釋字第 719 號解釋之 4 件原因案件

之外，尚有許多廠商因參與政府採購案而被追繳代金之案件，部分受追繳代金之金額超過採購金額數倍之多[2]。本席認為其中較具代表性之案件為：

（一）臺灣萊雅公司標得國立臺灣大學附設醫院總務室「安德利全護敏感防曬乳液（清爽防曬乳）」採購案，履約期間銷售總價146,952 元，獲得利潤 22,000 元。原委會向其追繳代金 720,192 元[3]。

（二）義大醫院標得行政院衛生署疾病管制局「94 年度衛生署愛滋病指定醫院免費匿名篩檢諮詢服務徵選計畫書」採購案，採購案總金額為 480,950 元。原委會向其追繳代金 2,165,328 元[4]。

（三）燦坤公司標得前中央信託局股份有限公司 5 組採購案。實際交易訂約僅國立清華大學向燦坤公司之光復分公司訂購數位相機 35,940 元、國立花蓮師範學院向燦坤公司訂購數位相機與記憶卡 12,000 元，二者合計營業金額共計 47,940 元。原委會向其追繳代金 2,581,920 元，最後判決確定追繳 847,440 元[5]。

肆、前揭得標廠商對原委會追繳代金處分表示不服之主張及法院判決駁回之理由

一、得標廠商不服之理由大要

（一）未能順利招募原住民員工非可歸責於得標廠商，如因原住民族分布、人力結構限制等因素，造成人力供需不平衡或受到地域限制，事實上難以招聘足額原住民。

（二）採購案履行方式本不須投入大量勞力，甚至是使用電腦程式處

[2] 相關案件事實及判決理由可參見：臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2085 號、第 3062 號、97 年度訴字第 295 號、98 年度訴字第 1266 號、99 年度訴字第 136 號判決。

[3] 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3511 號判決、最高行政法院以 99 年度判字第 533 號判決、臺北高等行政法院 99 年度訴更一字第 69 號判決。

[4] 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號判決。

[5] 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 332 號判決、最高行政法院 100 年度判字第 2134 號判決、臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 242 號判決。

理，而無需實際處理人力，而原委會要求之僱用原住民人數，已超過得標廠商承作採購案所需之人力。

（三）採購案之履約期間，未區分政府採購單位與各種不同型態之採購契約而為不同之規定，概以形式上規範義務之期間為準，並不合理。

（四）原委會對得標廠商課處之應繳納代金，超出採購金額或得標利益，有違比例原則。

二、行政法院則概以下述見解，駁回前揭得標廠商之主張

（一）原保法第 12 條規定，性質上屬於特別公課，與行政罰或其他行政責任有別，無涉可責性或歸責性，故僅需得標廠商符合法律所規定之構成要件，即負有繳納代金之義務，不問是否有故意或過失。

（二）廠商於投標時，即可由相關法令、契約內容及招標機關之投標須知等得知相關僱用原住民之義務，以及執行力有未逮時應負擔之成本（代金），本可綜合考量及風險評估。

（三）代金相關規定並未因採購案利潤之多寡而區分代金之計算方式，故縱使得標並未增加就業機會，或所獲得之利潤不高，得標廠商仍負有僱用原住民之義務。

（四）條文既未區分計算國內員工總人數之範圍是否以實際參與採購案或與之相關者為限，且未區分採購案之適用類型、特性，亦不論有無增添人力之必要或考量履約期間長短之問題，自不得恣意附加法律所無之限制，否則將無法落實該法律為促進原住民族就業，保障原住民族工作權及經濟生活之立法目的。

上述行政法院判決之理由，依法論法並無違誤。但本席認為代金制度可能涉及政府多重政策間之衝突，如不能兼顧，即應探討代金制度合憲性問題。如代金制度尚有存在之必要，則應考量調整機制以免過苛。就上述案件之原因事實綜合觀察，可得討論如下：

伍、政府採購制度與促進原住民族就業機會政策掛勾之利弊

對上述諸多案例綜合研判，本席認為原保法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條將政府採購制度與國家保障原住民族工作權政策目的掛勾，可能妨害政府採購法立法意旨之實現，應予重新檢討：

一、政府採購案不具吸引力，且政府公共工程品質低下之原因多端──政府採購制度承擔太多政策任務為原因之一

憲法規定國家應保障原住民族（憲法增修條文第 10 條第 12 項），並依此制定原保法，其立法目的自為合理，然而就原保法所定之各種保障機制，應隨執行之效果及成本而隨時檢討。又政府採購法之立法目的是為「提升採購效率與功能，確保採購品質」（政府採購法第 1 條參照），欲達此目的，立法上應儘量鼓勵有能力承作之優質廠商踴躍參與投標，從事價格及品質競爭，讓招標機關得以最合理之價格獲取最優質之採購成果，以促進公益。政府採購制度若與促進原住民族就業政策相輔相成，讓政府採購制度搭配扶助弱勢族群之目的，自屬雙贏。但若為保障原住民族工作機會而妨害政府採購法立法目的之實現，就該保障方式自應予檢討。行政法院判決及釋字第 719 號解釋理由書所稱「代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」，此說法固有道理，但其副作用卻被忽視。按廠商如評估後認為代金過高而決定不參加投標，實際上已產生篩選、阻隔投標廠商之效果。因為廠商如於投標前注意到因得標將被課處與採購金額不成比例之代金，沒有一個理性的廠商會來投標，造成「是否僱用原住民人數達國內員工總人數百分之一」成為資格標之要件。未具備此資格而選擇不參與投標之廠商，並非其專業沒有競爭力，相反地可能是少數具有履約專業能力的廠商之一，少了此一家（或數家）投標廠商，對標案價格、品質之競爭產生影響，如此所生阻隔、篩選之結果，已妨礙政府採購法立法意旨之實現，對公益有所傷

害。實務上，投標須知通常為印得密密麻麻之定型化契約條款，於金額不高、履行項目單純之採購案，很少投標廠商會去特別注意招標條款裡竟然隱藏如此嚴苛的代金義務，招標機關若未事先提醒投標廠商，縱然不能說違法，但稱其未以誠信之方式履行招標機關之義務，並不為過。

二、未注意到代金規定而參與投標並得標之廠商，依約忠實履行之後，卻被原委會要求繳納高額之代金，不僅侵蝕利潤，且代金金額可能超過採購金額，廠商當然不服，卻於訴訟後均遭敗訴駁回。可以想見這些廠商將對政府採購制度留下極為負面的評價，爾後對政府採購案避之唯恐不及。影響所及導致優良廠商普遍性地選擇不參與政府採購案，將造成政府採購制度之立法目的無法實現之後果，是整體社會的損失。

三、國內公共建設品質不如民間之建設，其原因與政府採購制度僵化有關，包括「單價偏低、工期不足、工程查核失焦」等[6]，無法吸引優質有競爭力之廠商參與投標，也反映在最近許多政府採購案不斷地流標。由本案可知，政府採購制度背負著與其立法本旨無關的政策任務，如本案所爭議之促進原住民族就業的政策目標，亦為造成政府採購缺乏吸引力之原因之一。

四、原住民族就業促進政策與政府採購制度應予脫勾已如前述，如一定要有所聯結，強制繳納代金方式並非為達成促進原住民族就業目的而損害較小之方法。由政府採購之預算中提撥一定比例之金額供原住民族就業訓練，以及結合政府所推動國家發展目標，培力原住民族在「地方創生產業」、「文化創意產業」或「高科技產業」等等領域之人才，可能更有助於該目的之達成，並避免政府採購制度受到扭曲。原保法第 5 章所定之促進就業措施，尤其是

6 徐岩奇，剪綵文化 讓公家建築品質輸民間，聯合報，110 年 9 月 30 日，https://udn.com/news/story/7339/5781601（最後瀏覽日：110 年 10 月 8 日）。

第 15 條[7]所定政府應辦理職業訓練，以及提供生活補助之規定，符合授人以魚竿之意旨，應值得國家投注更大之經費以實踐。

五、依原委會統計，目前原住民族之失業率與一般民眾逐年趨近，在「量」的提升有長足進步，且「自 105 年迄今，原住民族失業者平均失業週數較全體民眾為低」[8]，此數據應可解讀為戰後多年來各方的努力，原住民族與一般民眾間之教育水平漸趨接近，原住民族已於就業市場憑自己之實力取得一席之地，而不依賴法令最低聘僱比例之保障。對於憑自己實力爭取到工作職位的原住民卻可能須承受「一定比例僱用保護」之眼光，對其亦不公平，在此環境之下應重新檢討原保法結合政府採購法之機制。

陸、持續課徵代金應有適當調整機制

本號解釋認為「尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀」，因此立法者未設適當之調整機制而違憲。至於立法者應如何設適當之調整機制，本號解釋並未說明。本席認為所謂過苛應不限於代金金額超過採購金額之情形，而調整機制可考慮如下情形：

一、代金與採購金額顯不相當者，例如租賃契約，每月租金可能不高，契約總額不大，但可能因履約期間長，依此計算代金，造成代金金額龐大，如本件聲請案之原因案件，即應有調整機制。

二、代金與採購金額顯不相當，亦可能是採購金額微小，僅因廠商於全國僱用員工總人數多，因此應僱用原住民人數相對提高，造成代金金額龐大，例如前述之臺灣萊雅公司出售防曬乳液給國立臺

[7] 原保法第 15 條規定：「（第 1 項）中央勞工主管機關得視需要獎勵設立職業訓練機構，為原住民辦理職業訓練。（第 2 項）中央勞工主管機關應依原住民就業需要，提供原住民參加各種職業訓練之機會；於其職業訓練期間，並得提供生活津貼之補助。（第 3 項）中央主管機關對原住民取得技術士證照者，應予獎勵，以確保並提升其專業技能。（第 4 項）第二項之補助條件及數額，由中央勞工主管機關定之；前項之獎勵辦法，由中央主管機關定之。」

[8] 原住民族委員會，109 年原住民就業狀況調查報告，頁 2、113。

灣大學附設醫院案，以及燦坤公司出售相機及記憶卡給學校案，即為此情形，亦應有調整機制。

三、得標廠商如為全國性之廠商，於原住民族居住人數較多之縣市或於履約之縣市已僱用原住民達最低人數標準，甚至超過，但是於原住民族人數較少之縣市，則無法僱足一定比率之原住民，造成全國計算未達比例，此時應讓廠商有說明之機會，瞭解未僱用足額之原因，以減少或免除代金。

四、履約期間之計算亦有調整空間，如機具採購或工程契約，於給付義務履行之後往往有一段保固期間，長達數年，此段保固期間是否屬履約期間而列入計算代金範圍，實有疑義。又政府採購契約常因不可抗力或其他不可歸責於廠商之原因而延展，延展期間未必能獲得政府增加契約金額給付，若此延長工期均列入計算代金之履約期間，對廠商即為不公。

綜上，本意見書支持本號解釋之結論而為協同意見書，但本席認為本號解釋之結論就處理代金問題祇是跨出小小一步，並非是解決相關政策衝突最好的方法。代金過苛應予調整，不限於代金金額超過採購金額之情形。更進一步，政府採購應與代金制度脫勾，讓政府採購回歸立法本旨，亦可考慮由政府採購預算中提撥一定比例金額供原住民族就業訓練，不失為達成相同目的而損害較小之方法。

協同意見書　　詹森林大法官　提出

本號解釋宣告：原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項（下稱系爭規定）就原住民就業代金所定之計算方式，特別在依該公式計算所得之代金金額超過採購金額之情形，個案上，可能顯然過苛，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者卻未就此設有適當之調整機制，於此範圍內，該規定對人民（此之「人民」，於本號解釋，指政府採購之得標廠商而言）受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而違反憲法第 23 條之比例原則。有關機關應至遲自本解

釋公布之日起 2 年內（即中華民國 112 年 10 月 8 日前），依本解釋意旨修正之。

本解釋並諭知，在新法施行前，如發生本解釋所稱顯然過苛之個案，相關機關及法院均應依本解釋意旨為適當之處置。

本席贊同上開解釋文[1]，並認為尚有其他應闡述之處，爰提出本協同意見。

一、系爭規定所定代金金額計算方式，未考慮政府採購之多樣性及不確定因素，易生個案過苛情事

按政府採購之得標廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用原住民，其聘用之人數不得低於總人數 1%；如進用原住民人數不及前述標準，即應於履約期間內繳納代金[2]。至於其所應繳納之代金金額，依系爭規定，則以應聘用與實際聘用人數之差額，乘以每月基本工資計算之。

準此，系爭規定據以計算原住民就業代金之因素有三：（1）人數差額（2）每月基本工資（3）履約期間。前二者均屬固定，但第三個因素，則可能難以確定或純為配合採購機關需求，並因而可能致生對廠商不公平之結果。

按此之「履約期間」，依政府採購法施行細則第 107 條第 1 項，係指：「自訂約日起至廠商完成履約事項之日止。但下列情形，應另計之：一、訂有開始履約日或開工日者，自該日起算。兼有該二日者，以日期在後者起算。二、因機關通知全面暫停履約之期間，不予計入。三、一定期間內履約而日期未預先確定，依機關通知再行履約者，依實際履約日數計算。」

前開規定，看來平淡無奇，且似亦合乎事理。惟實際適用上，則不然。舉例說明：

1 本解釋文，係參考釋字第 641 號解釋（米酒專賣案）而作成，惟本號解釋與釋字第 641 號解釋不同者在於，本號解釋之客體（即系爭規定）並非行政罰。

2 參見原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、政府採購法第 98 條。

1. 前開第 2 款所指「不予計入履約期間」之情形，以發生「因機關通知」而「全面暫停履約」為要件。換言之，縱有「全面暫停履約」之客觀情事（例如：履約期間內，發生颱風、地震等不可抗力事由，或因疫情致履約期間拖長[3]），但若採購機關不為「全面暫停履約」之通知，或僅通知「部分暫停履約」，該不可抗力之存續期間，仍屬「履約期間」，從而仍為系爭規定所據以計算廠商應繳納原住民就業代金之期間。
2. 主管機關關於履約期間之認定，或有恣意情形。本號解釋之原因案件中，採購機關向相對人承租辦公處所，兩造簽署之租賃契約所載明之契約租賃期間為 9 個月。惟採購機關為配合其遷駐裝修，遂要求相對人於遷駐裝修期間，應免收租賃費用，從而僅支付 6 個月之租金。但原住民族委員會在依系爭規定計算相對人應繳納之原住民就業代金時，卻仍以 9 個月為履約期間。相對人雖就此提出訴願，但原住民族委員會拒不變更。聲請人（臺北高等行政法院第四庭法官）於審理相對人所提原因案件之行政訴訟時，即直指系爭規定適用上對相對人顯欠公允[4]。
3. 在不少實際爭議個案，依系爭規定計算所得之原住民就業代金金額，顯逾履約金額[5]，無異於國家（採購機關）強迫人民（得

---

3 2019 年 9 月左右開始，迄今仍未停止之新冠肺炎（COVID-19），對眾多商業交易即造成履約期間一再延展。2021 年 3 月 23 日至 29 日發生之長榮海運貨櫃船「長賜輪」在埃及蘇伊士運河擱淺，致波及全球交易秩序大亂，僅為其中較為顯著之一事件而已。

4 參見本院 105 年 1 月 12 日收受之聲請書第 1 頁至第 3 頁，及 105 年 9 月 23 日收受之釋憲聲請補充理由書第 1 頁。

5 下列案例，可供參考：**(1)** 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 2085 號判決：代金金額 260 萬 4,096 元／履約金額 192 萬 2,350 元（1.35 倍）；**(2)** 臺北高等行政法院 96 年度訴字第 3062 號判決：代金金額 928 萬 2,240 元／履約金額 450 萬元（2.06 倍）；**(3)** 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決：代金金額 165 萬 5,808 元／履約金額 4 萬 5,000 元（36.79 倍）；**(4)** 臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2988 號判決：代金金額 216 萬 5,328 元≧履約金額 48 萬

標廠商）須賠本履約。此種結果，無論比例進用原住民及繳納原住民就業代金之強制規定（原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、政府採購法第 98 條、系爭規定）具有如何崇高而重要之立法目的，均不能認為並未牴觸現代法治國之基本原則：國家不得為保障一定族群，而制定嚴重影響另一族群基本權之法律。

再者，依政府採購法第 2 條規定，政府採購分為工程採購、財物採購及勞務採購。而採購金額，依其大小，則有小額[6]、公告金額[7]、查核金額[8]、巨額[9]之別。因此，所謂之履約期間，其長短即可能因不同類型之採購，及不同之採購金額，而有重大差異。

綜上，系爭規定就得標廠商所應繳納之代金，不問政府採購之類型為何，亦不管採購金額之大小，及因而所致履約期間之差異為何，一律以劃一公式機械式地計算之，固有簡單、明確之效，卻也因立法模式不夠細緻[10]，致適用上，易生個案過苛情事。依系爭規定計算得

950 元（4.5 倍）；**(5)** 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1266 號判決：代金金額為 206 萬 7,120 元／履約金額為 57 萬 6,000 元（3.58 倍）；**(6)** 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 136 號判決：代金金額為 174 萬 9,696 元／履約金額為 123 萬 7,494 元（1.41 倍）；**(7)** 臺北高等行政法院 99 年度訴更一字第 69 號判決：代金金額 72 萬 192 元／履約金額為 14 萬 6,952 元（4.9 倍）；**(8)** 臺北高等行政法院 100 年度訴更一字第 242 號判決：代金金額為 84 萬 7,440 元／履約金額 4 萬 7,940 元（17.67 倍）。

6 依行政院公共工程委員會民國 88 年 4 月 2 日(88)工程企字第 8804490 號函，政府採購法所稱之小額採購，指其採購金額為新臺幣（下同）10 萬元以下。

7 政府採購法所稱之公告金額，在工程、財物及勞務採購，均為 1 百萬元，同註 6 之函。

8 政府採購法所稱之查核金額，在工程及財物採購為 5 千萬元，在勞務採購則為 1 千萬元，參見註 6 之函。

9 依行政院公共工程委員會所定投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第 8 條，政府採購法所稱之巨額採購，在工程採購為 2 億元、財物採購為 1 億元、勞務採購為 2 千萬元。

10 參見陳新民大法官於釋字第 719 號解釋所提出之部分不同、部分協同意見書一（四）（第 12 頁至第 14 頁）部分。

標廠商應繳納之代金金額超過履約金額時，尤然[11]。

或有認為，得標廠商於投標前，可自行依系爭規定計算其應繳納之代金金額，即可預知該金額之具體數字，自無增加其履約風險可言，亦不生個案過苛情事。

然而，如前所述，系爭規定據以計算代金之因素，其中之履約期間並非一律不變，且不論變動原因是否可歸責於得標廠商所致，均可能導致履約期間（大幅）延長。在此情形，其依系爭規定計算所得之代金，即不得謂為仍屬廠商於投標時所得預見。履約期間之長短或變動若純為配合採購機關之情形[12]，尤其明顯。

二、就保障與促進原住民就業之相關法規，國家應依社會經濟之發展情事，定期檢討之

為促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活，立法者先於87年5月27日公布（88年5月27日施行）之政府採購法規定第98條，又於90年10月31日公布施行之原住民族工作權保障法規定第12條第1項及第3項。依據前開規定，政府採購得標之廠商，如其國內員工總人數逾100人者，應於履約期間至少僱用員工總人數百分之一之原住民；未達此一標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。依據本院釋字第719號解釋，前開規定尚無違背憲法第7條平等原則及第23條比例原則，與憲法第15條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨亦無不符。

本號解釋立基於釋字第719號解釋，進一步針對系爭規定之合憲

---

11 參見陳碧玉大法官於釋字第719號解釋所提出之不同意見書第7頁：「企業之責任既因賺取國家資金，則此項成本負擔不應超過契約金額內之一定比例（利潤部分），**尤其更無令得標廠商負擔超過得標金額之契約法理。**」陳大法官所稱「此項成本」，即為得標廠商依系爭規定計算所得應繳納之代金。

12 臺北高等行政法院96年度訴字第2085號判決之原因案件，原告所標得之採購案，為單純之軌道燈具買賣契約。採購機關所需之燈具數量，原告依其產能，本可於1個月內即完成製作並一次全數交付，但為配合採購機關之倉庫容量，始約定近1年半之履約期間，分批給付。嗣後，原住民族委員會卻以該近1年半之履約期間計算代金金額，致其代金金額遠逾履約金額。

性進行審查。

按國家透過課予得標廠商進用一定比例原住民，並在未進用時課予得標廠商繳納代金之義務，企圖藉由要求得標廠商優先僱用原住民族勞工，使長期因文化、環境及教育資源分配等因素，在資本勞動市場上競爭力較弱之原住民族，與非原住民勞工間結構性就業機會不平等之問題，得獲改善，實屬對原住民族之優惠性差別待遇（或稱積極平權措施，affirmative action）。

如前所述，政府採購有工程採購、財物採購、勞務採購之分，且採購金額有小額、公告金額、查核金額、鉅額之別，並非任何類型、任何金額採購之得標廠商，均有因履行採購契約而增加人力之需求[13]。於此情況下，得標廠商為達到法定僱用原住民之比例，必須以調整既有人力配置之方式為之。惟各產業性質不同，得標廠商是否得於勞動市場上，尋得該產業所需具備特定資格、學（經）歷或專業能力之原住民勞工，並非無疑。

更重要者，優惠性差別待遇一方面固然可提供受益之弱勢群體一定之保護，另一方面卻對非受益者造成不利益。以本案為例，前開優惠性差別待遇不僅限制得標廠商之營業自由及財產權，對非原住民求職者，亦當然發生排擠之效應。況且，非原住民求職者中，亦可能有屬於其他社會弱勢族群（失學者、低收入戶等）。倘國家無視經濟與社會之發展，及原住民就業扶助需求之變化，而持續施行優惠性差別待遇，即會產生「逆向差別」，而有違反憲法平等保障之疑慮。對釋字第719號解釋，不僅多位大法官持不同意見[14]，學者亦有批評看法[15]，

13 本號解釋原因案件涉及之政府採購案件，即為單純辦公廳舍之租賃。此外，臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決之原因案件，得標廠商標得臺北自來水事業處「委託金融機構代收水費」採購案後，僅需透過電腦程式設定，即可完成代扣繳水費業務，根本不因得標而需增加任何人力。

14 對釋字第 719 號解釋，計有陳新民大法官提出部分協同部分不同意見書、林錫堯大法官、陳碧玉大法官及羅昌發大法官提出不同意見書。

15 參見李仁淼，平等保障與積極性優惠措施，月旦法學教室第 150 期，2015 年 4 月，44-46 頁、50 頁。

均值參酌。

查原住民族工作權保障法於 90 年制定公布之時，原住民之失業率為 9.24%，一般民眾之失業率為 3.89%，兩者差距高達 5.35%[16]。經過 20 年之發展，此項差距已逐漸拉近。109 年間，原住民族之失業率大幅降至 3.98%，與一般民眾之失業率 3.85%相較，僅略高出 0.13%[17]。

觀察此一資料，或可認為，採取強制政府採購得標廠商應比例進用原住民，否則即應繳納代金之手段，對原住民整體就業，尚非無助益；然此一資料亦同時顯示，提升原住民整體就業率之需求，實已下降[18]。更何況，前開優惠性差別待遇所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，亦為釋字第 719 號解釋理由書第 6 段所明示。

準此，本號解釋雖並未變更釋字第 719 號解釋，然立法者面對時代發展，應採取更適合而有效之手段，始能因應當前原住民於就業市場上所遭遇之問題。

三、本解釋所指之調整機制，及相關機關與法院於修法前應採取之適當處置

---

16 參見行政院原住民委員會 90 年臺灣原住民就業狀況調查報告第 28 頁，https://twinfo.ncl.edu.tw/tiqry/hypage.cgi?HYPAGE=search/merge_pdf.hpg&dtd_id=11&type=s&sysid=T0114136&jid=00997124&vol=90060000&page=%E6%8F%90%E8%A6%81%E5%88%86%E6%9E%9027-34（最後瀏覽日期：2021 年 10 月 8 日）。

17 參見原住民族委員會 109 年臺灣原住民就業狀況調查報告，108 至 109 頁，file:///C:/Users/user/Desktop/109%E5%B9%B4%E5%8E%9F%E4%BD%8F%E6%B0%91%E5%B0%B1%E6%A5%AD%E7%8B%80%E6%B3%81%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%B9%B4%E5%BA%A6%E5%A0%B1%E5%91%8A-%E9%9B%BB%E5%AD%90%E6%AA%94%20(1).pdf（最後瀏覽日期：2021 年 10 月 8 日）。

18 相較於整體就業率不足，現今原住民族參與經濟生活之結構性問題主要在於其教育程度低於一般民眾、工作型態為勞力密集型、非典型就業比例較高、參與職業訓練比例過低等問題上。參見張義德，論原住民就業促進與工作權保障法制，台灣原住民族法學，第 6 期，2019 年 4 月，46 頁。

為彌補本解釋文所指系爭規定欠缺之適當調整機制，法理上，即應就解釋文所指「依系爭規定計算所得之代金金額超過採購金額，致個案顯然過苛」之情形，增設將該代金金額減輕至合理限度之明文。至於合理限度為何，究竟應以廠商在該個案實際所得利潤、同業利潤，或履約金額為最高額？或以前述實際所得利潤、同業利潤、履約金額之一定倍數為最高額？抑或交由主管機關及法院依個案一切具體情事裁量之？甚或修正系爭規定所定之三計算因素（人數差額、每月基本工資、履約期間）？均為立法取捨，自屬當然。

又，本號解釋於解釋文末，另諭知於系爭規定完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案時，應依本解釋意旨為適當處置。換言之，在修法前如遇有顯然過苛個案之情形，相關機關，固應依本號解釋意旨，對個案所應繳納之代金金額予以酌減。法院於審理個案過苛案件時，亦應適當處置之；至於其處置之方式，則不僅得撤銷訴願決定及原處分，並發回由原處分機關另為適法處分，並且得基於訴訟經濟之考量，不「撤另處」，而依行政訴訟法第 197 條規定，逕行判決裁減得標廠商所應繳納之代金[19]。

最後一提者，立法者為實踐憲法增修條文第 10 條第 12 項所定保障扶助原住民族之經濟，並促其發展之基本國策，遂將其與政府採購連結，且不分採購類型之差異與採購金額之大小，對政府採購之得標廠商，一律課以比例進用原住民或繳納就業代金之義務。此項立法，是否確為有效且損害最小之手段，或亦可藉由本號解釋，重新省思[20]。

不同意見書　　蔡明誠大法官　提出

本號解釋延續本院釋字第 719 號解釋意旨，並未質疑原住民族工作權保障法要求政府採購得標廠商，應於履約期間足額僱用原住民一

19　參見林明鏘，行政訴訟法第 197 條，翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，2018 年 2 版，561-563 頁。

20　參見黃瑞明大法官於本號解釋提出之協同意見書伍，5-8 頁。

定比例人數規定之合憲性，可資贊同。但卻認原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」（下稱系爭規定）以劃一方式計算代金金額，尤其所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，系爭規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。有關機關應至遲於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。本號解釋所稱顯不符相當性，認系爭規定之計算方式違背狹義比例原則（相當性），係以促進原住民就業代金與採購金額多寡或過重（超過）作為比較對象，誤解原住民族工作權保障法要求依政府採購法得標之廠商，應於履約期間僱用一定比例人數原住民之立法意旨，及促進原住民就業代金之目的及特性，此一解釋結果及立論均有值得商榷之餘地，爰提出不同意見如後：

一、先從本院釋字第 719 號解釋而論

本院釋字第 719 號解釋認依憲法第 5 條規定：「中華民國各民族一律平等。」及憲法增修條文第 10 條第 12 項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。」等意旨，該號解釋系爭規定[1]係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神。

[1] 該號解釋系爭規定，係指原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」同條第 3 項規定：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」又政府採購法第 98 條亦規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，……應繳納代金……。」

亦即參照原住民族工作權保障法第 1 條[2]、聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）第 21 條第 2 項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族之經濟及社會狀況持續得到改善」[3]及國際勞工組織原住民與部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989（No. 169））第 20 條第 1 項：「各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障」[4]。是該號解釋系爭規定係為維護重要之公共利益，其目的具正當性。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡，亦未牴觸憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。且該號解釋系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，為增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條

2 中華民國 90 年 10 月 12 日制定（90 年 10 月 31 日公布）原住民族工作權保障法第 1 條之立法理由，明確引用憲法增修條文第 10 條第 12 項規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」作為法源。（引自：https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?006D290A6F05000000000000000001400000000400FFFFFD00^03627090101200^000000000000（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日））。

3 "States shall take effective measures and, where appropriate, special measures to ensure continuing improvement of their economic and social conditions."

4 "Governments shall, within the framework of national laws and regulations, and in cooperation with the peoples concerned, adopt special measures to ensure the effective protection with regard to recruitment and conditions of employment of workers belonging to these peoples, to the extent that they are not effectively protected by laws applicable to workers in general."

文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施（affirmative action），依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。其中以憲法與國際宣言及公約等規範及精神作為立論基礎，符合保障原住民人權之意旨及目的，可資贊同。

惟就得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金部分，其金額如超過政府採購金額者，該號解釋附加宣示：「允宜有適當之減輕機制」，並呼籲有關機關應依該號解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。整體而言，本號解釋基本上未對前開釋字第 719 號解釋之立論有所懷疑，由於該號解釋自 103 年 4 月 18 日公布後，未見有關機關有所檢討改進，故本號解釋將原先合憲性解釋中併予呼籲性宣示部分，以比較政府採購原住民就業代金與採購金額多寡之方式，認為系爭規定違反狹義比例原則（相當性）而違憲。但對於促進原住民就業代金之課徵特殊性，卻未予以申論，亦即並未深究代金係屬於原住民族工作權保障法所定義務之違反，而非政府採購法所定採購契約義務之違反，即純從數量上以代金與採購金額之多寡，進行比較，本號解釋之立論，是否符合本院釋字第 719 號解釋之意旨，頗值得再推敲。

二、促進原住民就業代金之意義及性質

關於政府採購原住民就業代金之課徵，依原住民族工作權保障法相關規定，僅係使依政府採購法得標廠商，於履約期間內，負有依相關規定足額僱用原住民族之義務。[5]原住民族工作權保障法並規定，僱用不足者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項之用。前述代金之概念為何，值得申論，以期較正確予以定性，藉以作為本號解釋之立論基礎。

---

5 上開規範對象及內容，與身心障礙者權益保障法規定有所不同，後者係針對各級政府機關、公、私立學校、團體及公、民營事業機構，不論是否為政府採購法得標廠商，皆應負有足額僱用身心障礙者之義務。參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B637B9AEF768756E93-info.html（最後瀏覽日期:110 年 10 月 7 日）

1. 特別公課之概念及定性

有關公法上之負擔，亦即公法上之給付義務，可分為公法上金錢給付及公法上實物給付。其中公法上金錢給付，亦即公課（öffentliche Abgaben），包括稅捐、規費、受益費及特別公課。[6]特別公課，係源自於德國之法律概念，[7]首見於公法學者 Werner Weber 於 1943 年所發表之文章，該文指出特別公課與稅捐相對，主要係基於經濟政策目的，而非財政目的。[8]所謂特別公課，係指由國家對人民以公權力課徵，將其收入納入封閉之財政循環系統（特種基金專戶），用以挹注國家特別任務支出之金錢給付義務。[9]其中涉及法律義務之特別公課，例如身心障礙者權益保障法規定之差額補助費、原住民族工作權保障法規定之代金等。[10]

從比較法觀察，德國基本法將公共負擔（Gemeinlast）之稅捐（Steuer）（德國基本法第 105 條以下）與非稅公課（nicht steuerliche Abgaben）（德國基本法第 70 條以下）予以區分。該非稅公課，包含德國法傳統受益負擔（Vorzugslast）之規費（Gebühr）、分擔金（或譯分擔費，Beitrag），以及有名之第 4 種獨立公課範疇之特別公課（Sonderabgabe），其應與前述稅捐嚴予區分。[11]特別公課，係以實現

---

6 在具體情形，是否有一項稅捐、規費、受益費或特別公課存在，應專門依其是否滿足此類公課的各自概念特徵而定，至於立法者對於此類公課所選擇的名稱如何，並不重要。參照陳清秀，稅法總論，臺北：元照，2019 年修訂 11 版，頁 75。

7 戰後隨著德國重建與經濟發展的需要，實務上曾大量運用此種公課，以實現特定之經濟政策目的。早期係將其理解為除了稅捐、規費以及受益費以外之其他公課，亦即將特別公課作為補遺式構成要件，泛指無法歸類於上述三種古典公課概念以外之金錢給付義務。參照張志偉，特別公課的憲法框架—以德國聯邦憲法法院裁判及其學理檢討為借鏡，興大法學第 23 期，2018 年 5 月，頁 66。

8 參照柯格鐘，特別公課之概念及爭議—以釋字第 426 號解釋所討論之空氣污染防制費為例，月旦法學雜誌第 163 期，2008 年 12 月，頁 199。

9 參照陳敏，稅法總論，臺北：作者發行，108 年 2 月初版，頁 10。

10 參照陳敏，前揭書，頁 11-12。

11 參照 Mike Wienbrache, Zum Begriff der Sonderabgabe, VR 2021, S. 73f.; Gersch,

國家特定政策目的，課予特定團體（或譯群體或集體）所負擔金錢給付義務（Geldleistungspflicht），不負直接對待給付（keine unmittelbare Gegenleistung）之義務。與納入一般預算之稅捐義務不同者，該公課負擔（Abgabeaufkommen）納入特種基金專戶（Sonderfonds）。[12]又特別公課，不僅應符合法律保留及授權明確性要求，經由德國聯邦憲法法院實務運作發展，認尚須符合一定要件，例如其係為特別事務之財政目的（Finanzierung einer besonderen Sachaufgabe dienen）、負擔特別公課團體須具同質性（homogen）（或稱團體同質性（Gruppenhomogenität））、特定團體負有履行該特別公課目的之責任（besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung des Zwecks, dem die Abgabe dient）（即所謂團體當責性、或譯團體責任或團體有責性（Gruppenverantwortung）），且須具為團體所用益之利用（團體用益性；Gruppennützigkeit）[13]、特別公課僅准許定期課徵，以及正當化事由之存續須受到立法者持續監督等 ，始得課徵。由此可見，特別公

in: Klein, a.a.O., AO §3 Rn. 18a, 21; BVerfG NJW 81, 329; 95, 381; BVerfG NVwZ 10, 35; BVerfGE 113, 128.

12 因特別公課之許可課徵，德國實務上設有適用許可要件，因其受到狹義之設限，故其係屬例外情事，始准予課徵。因此，個案中，雖不乏許可之案例，但亦有不受許可之案例。（參照 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland-Kommentar, 14. Aufl., München: Beck, 2016, §105 Rn. 9-14; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grunrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §14 Rn. 35.）雖在德國聯邦憲法法院強調特別公課僅作為“少見之例外“（nur als „seltene Ausnahme“）（BVerfG 2 BvL 1/99, BVerfGE 108, 186 (217); BVerfG 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141 等）（參照 Koenig, in: Koenig , AO, 4. Auflage 2021-beck-online, AO §3 Rn. 36），但立法者一往如昔創造新型特別公課。在司法實務上，將之區分財政功能之特別公課（Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion）（狹義特別公課；Sonderabgabe im engeren Sinne）與平衡、平準及引導功能之特別公課（Sonderabgabe mit Ausgleichs-, Abschöpfungs- und Lekungsfunktion）（廣義特別公課；Sonderabgabe im witeren Sinne）（參照 Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2018, Rn. 25.）

13 參照 Gersch, in: Klein, AO, 15. Auflage 2020-beck-online, AO §3 Rn. 18a, 21；本院釋字第 788 號解釋本席所提出意見書有關特別公課部分。

課之課徵，須符合一定許可要件，始具合憲性[14]，亦即其課徵目的，並非專為補充政府稅收之不足，而係踐履特定國家政策之目的，有如本件所涉及之政府採購原住民就業代金（特別公課）。

2. 促進原住民就業代金之定性

就特別公課之定性及與相關概念之區別[15]，本院曾採納學理上特別公課之概念，作為解釋之立論。例如本院釋字第 426 號解釋，認為空氣污染防制費係屬特別公課，立法者為實現環境保護政策之目標，如未悖離徵收特別公課之目的，且與母法空氣污染防制法之法律授權意旨無違，於憲法亦無牴觸。惟主管機關就此項公課應按污染源公平負擔原則課徵，避免在公眾認知上造成假行為制約之名，為財政收入徵收公課之誤解。

另如本院釋字第 515 號解釋，亦論及特別公課之問題。其認為工業主管機關依 79 年 12 月 29 日公布之促進產業升級條例開發之工業區，除社區用地外，其土地、標準廠房或各種建築物出售時，應由承購人按規定繳付工業區開發管理之基金，係專對承購工業區土地、廠房及其他建築物興辦工業人課徵，用於挹注工業區開發及管理之所需，性質上相當於對有共同利益群體者所徵收之特別公課。

回到本件應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，上開基金設置之依據，係依政府採購法及原住民族工作權保障法規定，促進原住民就業代金繳納義務，係因違反政府採購法及原住民

14 另外關於德國聯邦憲法法院判決認為特別公課是否具備正當性與合法性之標準，參照陳清秀，前揭書，頁 88-90。

15 本院釋字第 788 號解釋指出「回收清除處理費依其性質，係國家為一定政策目標所需，對於有特定關係之人民所課徵之公法上金錢負擔，其課徵所得自始限定於特定政策用途，而與針對一般人民所課徵，支應國家一般財政需要為目的之稅捐有別（本院釋字第 593 號解釋參照）。」該號解釋所涉及回收清除處理費之定性，未以釋字第 426 號有關空氣污染防制費屬於特別公課（本院於此採較為寬鬆審查密度之特別公課概念）之解釋作為參考基礎。此外，因如參考德國聯邦憲法法院判決要求之特別公課及審查密度，在解釋上尚有差異，故此不定性為特別公課。參照該號解釋本席所提協同意見書有關環境公課部分。

族工作權保障法，且係依原住民族工作權保障法第 23 條[16]規定及原住民族就業基金收支保管及運用辦法第 1 條[17]規定，作為其收支、運用相關之法令依據，自較無本院釋字第 426 號解釋所涉及法律保留或法律授權明確性等爭議。實務上[18]，有認該代金具「專款專用」之特別公課性質，以供立法所欲實現促進原住民就業之政策目標[19]。質言之，政府採購原住民就業代金，應解為特別公課，係基於國家保障原住民工作權特定政策為其目的，而對於特別關係之人民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之公課之用途，且國家亦不得以特別公課之收入支應一般之財政需要。亦即其係原住民族工作權保障法要求政府採

16 原住民族工作權保障法第 23 條規定：「中央主管機關應於原住民族綜合發展基金項下置就業基金，作為辦理促進原住民就業權益相關事項；其收支、保管及運用辦法，由行政院定之。前項就業基金之來源如下：一、政府循預算程序之撥款。二、依本法規定所繳納之代金。三、本基金之孳息收入。四、其他有關收入。中央主管機關辦理原住民就業服務及職業訓練事宜所需經費，得提工作計畫及經費需求，送就業安定基金管理委員會審議通過支應之。」

17 原住民族就業基金收支保管及運用辦法第 1 條規定：「為促進原住民就業權益，特依原住民族工作權保障法（以下簡稱本法）第 23 條第 1 項規定，設置原住民就業基金（以下簡稱本基金），並依同條項及預算法第 21 條規定，訂定本辦法。」同法第 5 條規定：「本基金之用途如下：一、補助、獎勵、委託或辦理本法所規定各項促進原住民就業支出。二、管理總務支出。三、其他有關支出。」

18 司法實務上，亦有採取特別公課見解之判決者，例如原住民族工作權保障法第 12 條係課與標得政府採購案者僱用法定比例原住民之義務，未達者始需向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，係國家為一定政策目標之需要，對於有特定關係之國民所課徵之公法上負擔，並限定其課徵所得之用途，性質上屬於特別公課，究與行政罰或其他行政責任有別，原住民族工作權保障法立法考量即以得標廠商員工總人數，作為應僱用原住民人數之計算基準，而非以得標廠商之獲利情形，作為應僱用原住民人數之計算基準，且原住民族就業代金之立法目的，乃為藉著政府採購程序及公共工程來保障原住民就業，於廠商有履行之困難或力有未逮之時，始由行政院原住民族委員會就其所繳之代金負起原住民培訓、就業相關等事宜，實有代負履行義務之性質，原告所稱不符比例原則者自無可憑（臺北高等行政法院 97 年度訴字第 295 號判決參照）。

19 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B60A588103099793E1-info.html（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

購得標廠商僱用足額原住民之法定義務之違反，而應繳納一定金額之代金。所謂促進原住民就業代金，其係有特定之國家保障原住民工作之政策目的，並非政府採購契約之債務不履行衍生之違約金或其他損害賠償或補償性質之金額。

再者，上開作為特別公課之政府採購原住民就業代金之課徵，與以一般人民為對象而課徵之稅捐不同，稅捐係納入公庫並循預算程序運用，且與對於過去違反義務之行為而予以制裁之行政罰，亦有所不同。

三、政府採購原住民就業代金之相關行政程序及計算方式

1. 政府採購原住民就業代金之相關行政程序

為避免「初次得標」之廠商不察政府採購法及原住民族工作權保障法規定，致未僱用法定比例原住民而應繳納政府採購原住民就業代金，原住民族委員會（下稱原民會）於標案決標之次月，通常以函文促請其等注意相關法令規定；另於每年 1 月，亦以函文對於前年度全體得標廠商，提醒於政府採購履約期間，其仍須遵依相關法令規定辦理。此外，因得標通知函文，僅就得標廠商通知，並未進行查核程序，從而於發函時，往往無法知悉收受函文之得標廠商是否須繳納原住民族就業代金。[20]又該得標通知函之性質而言，其係為促請政府採購之得標廠商，注意政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定，實務上將之解釋為單純之觀念通知，不生法律上之任何效果，自非具有繳納代金之通知。[21]

又政府採購法及原住民族工作權保障法先後於 87 年 5 月 27 日及 90 年 10 月 31 日制定公布，上開法律施行既久，且廠商於參與投標時，亦可由政府採購公報或招標文件，查知有關比例進用原住民及繳納代金義務之相關規定，得以預先就人員招募、職務缺額及違反法令

---

20 參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B6970776778AB00921-info.html（最後瀏覽日期：110 年10 月7 日）。

21 參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B67E68D1B0B7AF1C6D-info.html（最後瀏覽日期：110年10月7日）。

時所須負擔之相關成本為整體考量，據以決定參與投標與否，非謂原民會未宣導相關法律規定，受處分人即可執為免除其應比例僱用原住民或繳納代金義務之合法論據。

此外，代金之繳納期限，受處分人應於每月 10 日前向原民會設立之原住民就業基金專戶繳納當月之代金；或於原民會行政處分書送達之次日起 30 日內繳納。於行政救濟程序方面，因繳納代金之處分，係屬課予公法上金錢給付義務之行政處分，不服者得於法定期間內提起撤銷訴願及撤銷訴訟。否則，受處分人未於行政處分書送達之次日起 30 日內完納代金，原民會將逕依相關規定移送法務部行政執行署所屬各分署辦理強制執行。[22]綜上，該原住民就業代金之課徵或繳納，須踐行法定之行政程序及依法進行強制執行。

2. 促進原住民就業代金之計算方式

政府採購原住民就業代金之計算方式，係依系爭規定及原住民族工作權保障法施行細則第 13 條規定：「本法第 24 條第 2 項所稱基本工資，指依勞動基準法第 21 條所定之基本工資（自 110 年 1 月 1 日起為 2 萬 4,000 元[23]）。」另參照政府採購法施行細則第 108 條規定：

---

22 依原住民族工作權保障法第 24 條第 3 項規定：「依本法應繳納之代金，經通知期限繳納而不繳納者，依法移送強制執行。」行政執行法第 11 條第 1 項第 1 款規定：「義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，附有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之：一、其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者。」參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B690AEC12DE11103C7-info.html（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

23 106 年 9 月 6 日發布，自 107 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 22,000 元，每小時基本工資調整為 140 元；民國 107 年 9 月 5 日發布，自 108 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 23,100 元，每小時基本工資調整為 150 元；民國 108 年 8 月 19 日發布，自 109 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 23,800 元，每小時基本工資調整為 158 元; 民國 109 年 9 月 7 日發布，自 110 年 1 月 1 日起實施，每月基本工資調整為 24,000 元，每小時基本工資調整為 160 元。（參照 https://www.mol.gov.tw/topic/3067/5990/13171/19154/）（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）可見近年來，基本工資每年調整，計算

「前項代金之差額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足一月者，每日以每月基本工資除以 30 計（2 萬 4,000 元÷30＝800 元）。」以上可見，其計算應繳納代金，以差額人數乘以每月基本工資計算，如不足月者，以每日計算之。[24]其計算之方式，係按月計算，如不足一月，以每日計算。通常情形，受聘僱人之實際薪資，不低於基本工資，故實務運作上，係以較低之基本工資作為促進原住民就業代金之計算基準，而非以人力市場之實際支付薪資計算，於此，已選擇較輕負擔基準作為計算方式，實難認為其計算方式有何過苛之處。

四、系爭規定是否有違比例原則

關於系爭規定是否有違憲疑義之審查，本號解釋應比較政府採購原住民就業代金與其他類似代金之繳納義務及計算方式，是否有過苛或顯不相當之疑義，而非以參與政府採購廠商之採購金額為比較對象。詳言之，因違反原住民族工作權保障法法定義務而生代金，此雖屬不利於廠商之處分，但並非制裁性之行政罰。亦即因未履行法律義務而課徵之特別公課，並非對行政不法行為之非難，原容留當事人在履行義務與繳納特別公課之選擇餘地，其性質並非罰鍰。義務人如依規定履行義務，以避免繳納該特別公課，毋寧更符合法律之本旨。更何況，營利事業繳納之特別公課，於申報營利事業所得稅時，得以之為其他費用或損失列支。況且，參與政府採購之廠商，事前可能已知或有機會得知原住民族工作權保障法或政府採購法課與得標廠商之

時須留意其計算之基準年。

[24] 例如 A 機關自 107 年 1 月 1 日起至 107 年 1 月 31 日止之期間，僱用原住民人數未達法定比例之差額 1 人，則其應繳納代金為 1（人）×2 萬 2,000（元）＝2 萬 2,000 元。另如 B 機關自 107 年 1 月 1 日起至 107 年 1 月 10 日止之期間，僱用原住民人數未達法定比例之差額 1 人，則其應繳納代金為 1（人）×10（日）×733.33（元）＝7,333.3 元。又此所稱進用，須具公務人員任用資格人員之計算方式係以參加公教人員保險為準，則受訓人員訓練期間已參加公務人員保險，亦應計入。參照 https://www.cip.gov.tw/zh-tw/news/data-list/E7960D2DA7621AC4/2D9680BFECBE80B690C0811774765852-info.html（最後瀏覽日期：110 年 10 月 7 日）。

義務，其可事先選擇是否參與競標。就算得標之後，得標廠商自可選擇依規定履行義務，以避免繳納該特別公課，更符合相關規定之本旨。何以，於得標廠商選擇繳納特別公課之後，竟主張系爭規定有牴觸憲法第 15 條財產權及第 23 條之疑義？

再者，特別公課是國家對於經濟統制、社會形成之一種方式，並非取向於量能課稅原則。[25]有如本院釋字第 719 號解釋所宣示，原住民族工作權保障法相關規定係為保障扶助原住民族之發展。[26]既然肯認其合憲性，縱要審查本件系爭規定是否違憲，進行考量或比較之標準或基準，應係系爭規定是否有助於立法目的之達成，能否提升原住民整體就業率；系爭規定所定之計算方式及基準，是否過高，以致於大部分廠商將無法達標，或是以致於大部分廠商不願意參與政府採購，始有過苛可言。於此並非以政府採購金額作為考量基準或比較是否過苛之標準，亦即不應將所應繳納之代金金額與政府採購金額兩相比較，作為認定系爭規定是否違憲之考量或標準。更何況，從代金設計立法意旨而言，較高之代金金額，始有助於促進立法意旨之達成，否則政府採購得標廠商，寧可選擇繳納代金，而不願依原住民族工作權保障法規定足額僱用一定比例人數之原住民，終將導致系爭規定無法達成其原先設想之立法目的。

至於政府採購原住民就業代金之課徵計算方式及基準如何設計，是否應採上限或累退等計算方法，宜給予立法者裁量之餘地，即經由法律或法律授權法令予以明定，實不宜由本院解釋介入有關代金之計算方式及基準之擬訂及其立法自由形成之空間。

不同意見書　　許志雄大法官　提出
　　黃昭元大法官　加入

25　參照陳清秀，前揭書，頁 88。
26　於學理上有稱為引導型特別公課。

原住民族工作權保障法第 24 條第 2 項規定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」（下稱系爭規定）本號解釋認其部分違憲，而為如下之釋示：「以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，上開規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。」並限期修法，以及責成有關機關與法院於修法前採取適當之處置。本席就部分違憲之結論礙難接受，且認多數意見所持見解蘊含諸多問題，有待解明，爰提出不同意見書。

一、釋字第 719 號解釋與本號解釋之遞嬗

原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」第 3 項規定：「得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」同法第 24 條第 2 項，即系爭規定明定：「……第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」另政府採購法第 98 條規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾 100 人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，……應繳納代金……。」此等規定環環相扣，形成一套促使企業進用一定比例原住民，以及國家維護原住民就業等權益之法制（下稱一定比例原住民進用制度）。

根據上開規定，依政府採購法得標之廠商，其國內員工總人數逾 100 人者，於履約期間至少應進用一定比例（1%）之原住民；未進用足額之原住民者，則負有繳納代金之義務，其金額依系爭規定計算。釋字第 719 號解釋曾就原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條有關部分，作成合憲解釋。本號解釋承襲釋

字第 719 號解釋，亦肯認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定尚無違背憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

系爭規定關於代金金額之計算方式，尚非釋字第 719 號解釋之審查客體，惟該解釋於理由書中表示，得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制，有關機關應就其規定，儘速檢討改進。本席認為，其立場背離促進原住民就業及保障原住民工作權之旨意，恐弱化原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及政府採購法第 98 條僱用原住民規定之實效性，要不足取。本號解釋卻基於此一錯誤前提，變本加厲，宣告系爭規定部分違憲，並限期修法。其論斷十分可議，問題癥結在於，多數意見未能體察一定比例原住民進用制度在憲法上，特別是人權保障上之意義，漠視私人間實現人權價值之重要性，而且審查系爭規定之合憲性時，就比例原則之操作顯然失當。有關分析，詳如後述。

二、一定比例原住民進用制度在人權保障上之意義

原住民之工作權應受憲法保障，與一般人同（憲法第 7 條及第 15 條參照）。然現實社會中，原住民之失業率偏高，其工作權並未受到同樣程度之保障，此一現象與憲法第 7 條揭櫫之種族平等有違。有鑑於此，國家乃建立一定比例原住民進用制度，用以促進原住民就業，保障原住民工作權（原住民族工作權保障法第 1 條參照），並追求種族實質平等之實現。為達成上開目的，其採取之手段，係以法律明定，符合一定要件之廠商須僱用一定比例之原住民，未進用足額之原住民者，則負有繳納代金之義務。對於原住民之人權保障而言，一定比例原住民進用制度應有相當助益。惟人權保障本屬國家之義務及責任，為何國家可藉由立法，要求第三人進用原住民或繳納代金，而將義務轉嫁予私人？換言之，一定比例原住民進用制度之憲法基礎何在？

釋字第 719 號解釋依據憲法第 5 條及增修條文第 10 條第 12 項規定，並參照聯合國原住民族權利宣言第 21 條第 2 項前段及國際勞工組織原住民和部落人民公約第 20 條第 1 項規定，肯認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等關於原住民之進用規定具正當性[1]。惟憲法第 5 條民族平等規定置於憲法第一章總綱，屬原則性宣示，重在政治意義。增修條文第 10 條第 12 項規定屬基本國策性質，即使課以國家保障原住民族之政治或法律義務，亦無法直接從中導出基本權，或賦予國家可立法強制廠商進用一定比例原住民之權力。至所引國際法上之權利宣言及公約規定，固要求國家採取有效或特別措施保障原住民，但亦僅供參酌，並非一定比例原住民進用制度之規範基礎。本席認為，從憲法觀點著眼，我國立法建立一定比例原住民進用制度，基本上係為追求工作權保障之實質平等，故須自人權論尋求該制度之憲法依據。

根據近代憲法理論與人權觀念，憲法乃限制國家權力之法規範，人權則係個人對國家之「防禦權」（Abwehrrechte; defensive rights），專為對抗國家權力之侵害；若屬私法領域，應受私法自治原則及契約

[1] 釋字第 719 號解釋理由書稱：「憲法第 5 條規定：『中華民國各民族一律平等。』憲法增修條文第 10 條第 12 項並規定：『國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。』……立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神（原住民族工作權保障法第 1 條、聯合國原住民族權利宣言（United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007）第 21 條第 2 項前段：『各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善』及國際勞工組織原住民和部落人民公約（Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)）第 20 條第 1 項：『各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障』參照）。」認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等關於原住民之進用規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

自由原則支配，而無人權規定之適用。然而，基於戰後主流之實質憲法論立場，人權屬普世價值，為實定化之自然權，於全體法律秩序中具有最高價值，一切國家權力皆應受人權規定拘束，公法及私法皆應追求人權價值之實現。

為在私人間落實人權價值，乃須設法擴張人權規定之效力，以規範私人間的法律關係。大體上，具體化人權規定在私人間之效力，或所謂人權規定之第三人效力，其可運用之方式有憲法明定、立法規定及憲法解釋三種，略述如下[2]：

（一）憲法明定：堪稱最明確之解決方法，通常係憲法本身針對特定人權，明文規定適用於私法關係，諸如德國基本法第 9 條第 3 項及日本憲法第 15 條第 4 項，分別對勞工團結權及選舉權所作之保障，即為典型例子。1975 年葡萄牙憲法第 18 條第 1 項揭示「憲法上關於權利、自由及保障方法之規定，不論公私團體，亦皆直接適用，並受拘束」，屬最極端之作法，頗為特殊。

（二）立法規定：關於私人間之人權保障，涉及複雜之利益衡量，宜由立法機關擔負首要任務，此乃通說見解。我國勞動基準法第 25 條規定同工同酬、禁止性別歧視，性別工作平等法第二章規定性別歧視之禁止，就業服務法第 5 條規定就業機會平等，均有將憲法第 7 條及增修條文第 10 條第 6 項平等原則具體化之效果，明顯屬於立法保障之方式。

（三）憲法解釋：人權規定在私人間之效力，未依上開兩種方式保障者，唯有藉由憲法解釋謀求解決。參照德國及日本學說，採取此一解決方式之主張大致分為直接效力說與間接效力說兩種，而以間接效力說居於主流地位。另外，美國判例發展出「國家行為」（state action）理論，用以解決人權與私法關係問題，同樣屬於憲法解釋之方式。

一定比例原住民進用制度係以立法規定之方式，具體化人權規定

[2] 許志雄著，人權規定之第三人效力，月旦法學雜誌試刊號，1995 年 3 月，頁 59、60；同氏著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 121。

在私人間之效力。從企業角度觀之，其財產權不免因該制度而受限制，但相對可促進人權價值之落實，有助於企業社會責任之實現（公司法第 1 條第 2 項參照）[3]。自政府採購法 87 年公布，翌年施行，以及原住民族工作權保障法 90 年公布施行以來，原住民之失業率已顯著降低。以 88 年及 90 年失業率為例，原住民分別為 7.55%、9.24%，相較於一般民眾之 2.84%、3.89%，高出甚多[4]，狀況十分嚴峻。近年狀況緩和，差距縮小，例如 108 年失業率原住民為 3.96%，較全體民眾之 3.73%略高 0.23%[5]；109 年失業率原住民為 3.98%，較全體民眾之 3.80%略高 0.18%[6]；110 年第 1 季失業率原住民為 3.87%，較全體民眾之 3.67%略高 0.20%[7]。由此觀之，在原住民之人權保障上，一定比例原住民進用制度似已發揮相當成效。

三、比例原則之操作不當

一定比例原住民進用制度係為促進原住民就業，保障原住民工作權，改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用及繳納就業代金之手段所為優惠措施（釋字第 719 號解釋第 3 段參照），與一般人

---

3 企業之財產權固受憲法保障，但其性質上為「基於公共福祉之權利」，應受公共福祉之制約。國家基於一定之經濟或社會政策考量，為追求公益之實現，非不得立法加以限制。尤其 1990 年代以降，企業之社會責任（CSR: Corporate Social Responsibility）備受重視。企業之社會責任論強調：企業不僅追求利潤，亦對社會負有責任，須尊重消費者、投資者及勞工等利害關係人之立場；企業不僅須遵守法令，亦應謀求人權、勞動及環境等之充分保障與維護。參照戶波江二著，憲法學から企業を分析する視角，收於氏編「企業の憲法的基礎」，日本評論社，2010 年，頁 3。公司法順應國際潮流，於 107 年修正第 1 條，導入公司應善盡其社會責任之理念。而一定比例原住民進用制度，亦有促使企業善盡社會責任之旨趣。

4 原住民族委員會編印「90 年原住民就業狀況調查」（AJ010002），頁 32。下載自中央研究院人文社會科學研究中心調查研究專題中心學術調查研究資料庫：https://srda.sinica.edu.tw/datasearch_detail.php?id=687（最近更新：103 年 8 月 12 日）

5 原住民族委員會編印「108 年原住民就業狀況調查」，頁Ⅳ，109 年 6 月。

6 原住民族委員會編印「109 年原住民就業狀況調查」，頁Ⅳ，110 年 6 月。

7 原住民族委員會 110 年第 1 季原住民族就業狀況調查報告書，頁 83。下載自原住民族委員會網站：https://reurl.cc/73Rn1D（最近更新：110 年 5 月 27 日）

比較，乃一種優惠性差別待遇。按優惠性差別待遇或稱積極性差別矯正措施，旨在矯正扭曲之不平等社會環境，以追求實質之平等，通常見諸高等教育機構之入學、職場之進用、升遷等場合，用以維護少數或弱勢群體之權益。一定比例原住民進用制度屬職場進用場合之優惠性差別待遇，要無疑義。

優惠性差別待遇與一般差別待遇不同，違憲審查之嚴格程度應適度降低。蓋在一般差別待遇，少數或弱勢者受到立法之不利規制時，要將該法修正或廢止，恐非易事。反之，在優惠性差別待遇之情形，少數或弱勢者若因立法而享有不當之優惠，多數者自可透過民主程序加以調整[8]，違憲審查機關不必過度介入。除非優惠性差別待遇過度，形成「逆差別」（reverse discrimination, inverse discrimination），須另予斟酌，否則即使以種族為區別指標之「可疑類型」（suspect classification），一般亦不宜採取嚴格審查基準。本席認為，關於一定比例原住民進用制度，似以中度審查基準，亦即實質合理關聯性基準為宜。

惟本件係就財產權之規制問題，以比例原則審查系爭規定之合憲性，並未觸及優惠性差別待遇及平等原則之課題。本席認為，多數意見操作比例原則時，出現兩大問題，其一係邏輯上之謬誤，其二係以違反狹義比例原則為由，認定系爭規定部分違憲，卻誤用該原則，致結論荒腔走板，難以服人。以下依序說明之：

第一、多數意見在本件違憲判斷之邏輯上，犯了乞題（begging the question）或循環論證之謬誤。換言之，多數意見之論斷，係先預設系爭規定可能出現之情境，想定該情境為違憲，並以之作為違憲審查基準。然後，於推論時，將原先預設之情境套入該違憲審查基準，從而得出系爭規定部分違憲之結論。

具體言之，本號解釋理由書首先設定如下之違憲審查基準：「依政府採購法得標之廠商未依法僱用一定比例之原住民而須繳納代

8 長谷部恭男著，憲法，新世社，2014 年第 6 版，頁 173。

金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制（本院釋字第 719 號解釋參照），以避免於特殊個案情形，可能因所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此如未設適當之調整機制，其對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則。」（本號解釋理由書第 4 段參照）其未就規制目的之正當性要求及審查密度予以言明，顯然不同於近來大法官解釋之慣例。

接著，穿插 3 個簡單橋段，依序為：1.臚列有關法條規定，敘明一定比例原住民進用制度之要點（本號解釋理由書第 5 段參照）；2.援引釋字第 719 號解釋，確認原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定之合憲性（本號解釋理由書第 6 段參照）；3.肯認系爭規定之目的正當，以及所採手段有助於目的之達成，亦即具適合性（本號解釋理由書第 7 段參照）。之後，旋即按照預設之情境，略謂系爭規定關於代金金額計算之方式，一律依差額人數乘以每月基本工資計算，未考慮是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情事，致得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金，已逾越人民合理負擔之範圍；對此，有關機關未依釋字第 719 號解釋理由檢討改進，立法者亦未修法等語（本號解釋理由書第 8 段參照）。

最後，作成部分違憲判斷謂：「系爭規定以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，系爭規定對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則（本號解釋理由書第 9 段參照）。」相較於與前揭違憲審查基準，其文字雖然略有變化，但內容意旨如出一轍。至此，多數意見犯下乞題或循環論證之謬誤，已昭

然若揭。

第二，關於狹義比例原則之誤用問題。多數意見表示，系爭規定之目的，係為提升得標廠商僱用原住民之意願。此一說法，尚無不妥。惟系爭規定乃一定比例原住民進用制度之一環，該制度之目的，係為促進原住民就業，保障原住民工作權，並追求種族實質平等，則謂系爭規定之最終目的相同，應無不可。就系爭規定是否違反狹義比例原則進行審查時，衡量之對象應係上開目的所涉公共利益與得標廠商財產權所受損失。詎知，多數意見竟將代金金額與採購金額作為相互比較衡量之對象，而認個案所應繳納之代金金額超過採購金額，即可能過苛，顯不符相當性（狹義比例原則）而有違比例原則。此一操作顯然有誤，成為本號解釋之一大敗筆。

本席認為，除非法律規定之應僱用人數過多，超出原住民人數占國家總人口之比率，抑或代金之計算方式不合理，例如以超出差額人數或超出國人每月平均薪資計算，而失諸過重，否則即無與比例原則有違之問題。現行一定比例原住民進用制度並無上述情形[9]，應不致違反比例原則。況進用一定比例原住民之規定業經宣告合憲，差額代金乃原進用義務之變形，其規定竟遭認定違憲，殊難想像。反向思考，如果系爭規定違憲，則進用一定比例原住民之規定豈能合憲？又理論上，仿一定比例身心障礙者進用制度之立法模式（身心障礙者權益保障法第 38 條第 2 項及第 43 條第 2 項規定參照），對所有具一定規模之民營事業機構，課以平時即應進用一定比例原住民及繳納代金之義務，應無不可。現行制度將該義務與政府採購掛鉤，限縮義務主體及客體，係低調之立法。依理，判斷系爭規定合憲與否時，採購金額大小本不應納入考量，多數意見竟以之作為部分違憲之關鍵因素，自屬

9 110 年 8 月底原住民人口數為 579,590 人，占總人口數 23,451,837 人之比例 2.47%。參照民國 110 年 8 月戶口統計資料分析：https://reurl.cc/DZAqgQ（發布日期：110 年 9 月 10 日）
進用比例 1%，遠低於人口數比例 2.47%。計算代金之每月基本工資，亦低於國人每月平均薪資。

不當。

四、本號解釋背離工作權之實質平等保障意旨，後遺症堪憂

本號解釋赤裸裸暴露出，原來所稱系爭規定係為提升得標廠商僱用原住民之意願之目的，只是虛晃一招，多數意見真正之懸念，乃廠商利益或財產權之維護[10]。至於一定比例原住民進用制度最終為促進原住民就業，保障原住民工作權，並追求種族實質平等之目的，業已拋到九霄雲外，甚至蕩然無存。部分違憲之結果，有些廠商須繳納之代金金額可能減少，而進一步降低僱用原住民之人數，並且對全額僱用原住民之廠商形成不公平對待，恐有間接導致其僱用原住民之意願降低，乃至未能善盡其社會責任之虞。本號解釋對原住民工作權之實質平等保障造成不利影響，難免遭受物議。

事實上，所謂個案顯然過苛之情狀，究應如何認定，多數意見並未提示明確之準繩。立法者、有關機關及法院於修法或為個案處置時，如何因應，將是一大難題。又依政府採購法第 98 條規定，得標廠商僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數 2%。若原住民之僱用人數低於 1%，身心障礙者及原住民之僱用人數合計亦不足 2%，則有關問題更加複雜，不言可喻。

此外，身心障礙者權益保障法第 38 條第 2 項規定：「私立學校、團體及民營事業機構員工總人數在 67 人以上者，進用具有就業能力之身心障礙者人數，不得低於員工總人數百分之一，且不得少於 1 人。」第 43 條第 2 項規定：「進用身心障礙者人數未達第 38 條第 1 項、第 2 項標準之機關（構），應定期向所在地直轄市、縣（市）勞工主管機關之身心障礙者就業基金繳納差額補助費；其金額，依差額人數乘以每月基本工資計算。」該一定比例身心障礙者進用制度完全與政府採購脫鉤，既未將義務之主體及計算期間限定於得標廠商、履

[10] 部分論者主張，除採購金額外，採購類型（工程採購、財物採購及勞務採購）、採購案之勞力需求、得標廠商之之合理利潤等，亦應納為系爭規定是否符合比例原則之考量因素。其向廠商利益或財產權之維護傾斜，更加明顯。

約期間，亦無採購金額，顯然對義務人更為不利。若依本解釋之意旨審查該制度，則必然形成全面過苛而全部違憲之結果，比本件之個案過苛及部分違憲更加嚴重，此諒非多數意見所樂見。

綜上，本號解釋問題重重，後遺症堪憂！

不同意見書　　黃昭元大法官　提出
許志雄大法官　加入

一、本號解釋結論及本席立場

[1] 本案是釋字第719號解釋後，大法官第二次審理有關原住民就業代金之憲法爭議，也是本院解釋中涉及種族積極優惠措施（race-based affirmative action）的第二件。在本號解釋，多數意見一改釋字第719號解釋之合憲結論，宣告原住民族工作權保障法（下稱原民工作法）第24條第2項所定「…第12條第3項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」部分違憲。主要理由是：「以劃一之方式計算代金金額，於特殊個案情形，難免無法兼顧其實質正義，尤其計算所應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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，於此範圍內，…對…財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第23條比例原則」。對於上述結論及理由，本席均難以贊成，茲提出不同意見如下。

二、本號解釋實質變更釋字第 719 號解釋？

[2] 本號解釋在表面上並未明白變更釋字第719號解釋之合憲結論（本號解釋理由書第6段），然另援引該號解釋理由書第6段末：「…又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。」進而宣告原民工作法第24條第2項所定代金金額之計算方式，如會造成「代金金額超過採購金額」之個案顯然過苛情形，「於此範圍內」違憲。

[1]基於以下理由，本席認為本號解釋實質上已實質變更釋字第719號解釋，動搖該解釋所確立之原則。

（一）如何認定有個案顯然過苛之情形，欠缺可操作的標準

[3] 本號解釋宣告違憲的範圍看似不及於原民工作法第12條第1項有關得標廠商僱用義務及第3項有關代金義務之規定，而只宣告原民工作法第24條第2項（下稱系爭規定）之代金計算公式於個案顯然過苛之範圍內違憲。又本號解釋係以適用同一計算公式所致各該月應繳納代金金額之總和，來和（總）採購金額相比。前者即使顯逾廠商利潤金額，如未超過（總）採購金額，就仍合憲；如超過（總）採購金額，才可能違憲。即使接受本號解釋所採（總）採購金額為比較基準，問題是要超過多少才違憲？究竟是一旦超過就是顯然過苛？或需要超過很多才算？如採後者理解，究應如何認定已經超過太多？又是一個無解難題。對此，多數意見並未提供任何有操作可能性之指標或新公式。多數意見甚至在理由書第9段末還要求在系爭規定「完成修正前，有關機關及法院遇有顯然過苛之個案，均應依本解釋意旨為適當之處置。」然由於本號解釋並未提供新的計算公式或認定標準，不同機關或法院就不同個案，勢必要各自選擇其認為適當的計算公式，甚至直接訴諸喊價方式解決。這在未來的實務上不僅會產生更多爭議，且會造成混亂的結果。多數意見如此解釋，其實是以恣意代替其宣稱的過苛。

（二）依「採購金額」認定是否有個案顯然過苛之情形？

[4] 本號解釋是以代金金額超過採購金額，作為進一步認定是否有個案顯然過苛情形之出發點，這個連結很有問題。先就得標廠商而言，誠如釋字第719號解釋理由書第4段中所述，國內員工總人數逾100人

[1] 政府採購法施行細則第 108 條第 2 項前段：「前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算」規定，因與系爭規定原民工作法第 24 條第 2 項採用同一公式，且同樣適用於得標廠商代金金額之計算。本號解釋宣告後者規定部分違憲後，於同一範圍內，內容相同之上述施行細則規定在解釋上亦屬部分違憲。

之得標廠商，始負有百分之一之定額僱用義務。參酌相關統計，本席推估因此負有定額僱用義務之大、中型企業[2]家數應約占我國全體企業家數之2.5%，且不致超過3%；[3]至於定額僱用比例也僅為1%，且限於履約期間內，「整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞」。[4]對於這類大、中型企業而言，員工總人數已達百人，卻仍僱不到一名原住民，究屬不為也？還是不能也？又得標廠商僅於未僱用足額之原住民時，始須繳納代金，「至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」。[5]換言之，得標廠商對於其應負之僱用義務及代金義務（及計算公式），在投標前即已知悉；至於採購金額，也是在投標前即已由採購機關認定（參政府採購法施行細則第6條），而為得標廠商所知悉之事項。如果得標廠商將來所可能負擔的（總）代金金額會超過其（總）採購金額，而廠商仍願投標並執行該標案，應有其盤算，蓋賠錢的生意沒人做。不然就可能是得標廠

2 2015 年 3 月 30 日經濟部經企字第 10404601530 號令修正發布之中小企業認定標準第 2 條原規定：「本標準所稱中小企業，指依法辦理公司登記或商業登記，並合於下列基準之事業：一、製造業、營造業、礦業及土石採取業實收資本額在新臺幣 8 千萬元以下，或經常僱用員工數未滿 200 人者。二、除前款規定外之其他行業前一年營業額在新臺幣 1 億元以下，或經常僱用員工數未滿 100 人者。」2020 年 6 月 24 日經濟部經企字第 10904602890 號令將上述第 2 條修正為：「指依法辦理公司登記或商業登記，實收資本額在新臺幣 1 億元以下，或經常僱用員工數未滿 2 百人之事業。」可見僱用員工總人數逾 100 人之企業，在 2020 年 6 月 24 日前，多半已屬大企業。

3 依經濟部統計，2019 年時，我國全體企業將近 153 萬家，其中屬於中小企業者共 1,491,420 家（占比 97.65%）；大企業家數約 35,852 家（占比 2.35%）。參經濟部，《2020 年中小企業白皮書》，頁 34-35（2020）。2020 年 6 月 24 日修正上述認定標準後，中小企業家數增加了 1,752 家。參經濟部中小企業處，《修正「中小企業認定標準」助中小企業升級轉型》（2020 年 7 月 14 日新聞稿），引自經濟部官網，https://www.moea.gov.tw/mns/populace/news/News.aspx?kind=1&menu_id=40&news_id=90556（最後瀏覽日：2021 年 10 月 3 日）。整體而言，國內員工總人數逾 100 人之中、大型企業家數，粗估應不到 4 萬家，約占全體企業家數之 2.5%左右，至多應不至於超過 3%。

4 本院釋字第 719 號解釋理由書第 4 段。

5 本院釋字第 719 號解釋理由書第 4 段。

商自己打錯算盤，甚或是自始即打算賴帳。對於此等得標廠商理性計算後的盈虧損益風險，似乎應該適用市場經濟法則，而非法律規範。

[5] 其次，原民工作法所定之定額僱用義務及代金義務，不適用於得標廠商（參原民工作法第12條第1項及第3項），也適用於各級政府機關、公立學校及公營事業機構（下合稱公部門）（參原民工作法第4條、第5條、第24條第1項）。在僱用義務方面，公部門人員或得標廠商員工總人數之計算基準有別，僱用比例也有些微差異。然定額僱用義務在公部門是經常性的人員比例，就得標廠商則限於履約期間，可見公部門所負擔的僱用義務顯然大於得標廠商。在代金義務方面，兩者應繳納代金金額之計算則適用同一公式（差額人數乘以每月基本工資）（參原民工作法第24條第2項），唯一差別是公部門因有經常性之僱用義務，因此其代金義務也沒有期間和（總）金額上限，而得標廠商則有依履約期間計算的（總）金額上限，故公部門之代金義務也明顯大於得標廠商。依本號解釋意旨，假使得標廠商得主張代金金額過苛，則負有更大僱用及代金義務的公部門（特別是具有私法人地位之公營事業機構）是否也得如此主張？如可，有何指標可用以認定是否過苛？

[6] 即使不考慮公部門之情形，立法者在制定有關得標廠商僱用義務及代金義務的規定時，除了以履約期間為上限外，顯然並未考慮採購金額這項因素。因此採購金額50萬元和5千萬元的標案，其得標廠商所負之僱用義務與代金義務仍相同。

[7] 釋字第719號解釋理由書第6段突然引入採購金額這項因素，本號解釋更進而賦予利齒。惟本號解釋據以為令箭的釋字第719號解釋理由書第6段末所要求之檢討改進，這項要求究竟真是憲法義務性質的令箭，或僅是政策建議性質的雞毛，已有解釋餘地。如果對照同段理由書前後兩個檢討修正或改進之要求，前一個是認為現行機制實效有限，因此要求國家要更積極保障；[6]後一個則要求代金金額超過政府

[6] 釋字第 719 號解釋理由書第 6 段前半：「國家所採取原住民族之保障扶助發展

採購金額者，宜有適當之減輕機制，[7]這兩個檢討改進的方向其實是會發生衝突的。如果逕將後者看成是憲法義務，則如何定位前者之要求？如果兩者同屬憲法義務的要求，則對此內在衝突，究有何種憲法層次的調節機制？本號解釋多數意見僅取後者，而置前者於不顧，實不妥當。

（三）代金金額之計算於政府採購實務本即不考量採購金額

[8] 再從政府採購法之實務運作而言，在計算得標廠商應繳納之代金金額時，有關連的是履約期間，而不是採購金額，也不考慮同一廠商在同一期間內執行之標案數量。按行政院公共工程委員會早於2000年即已函示政府採購法第98條「規定之代金繳納，係以『履約期間』應行僱用為計算基準，尚非以『標案』為計算單位；廠商於履約期間已為繳納即符合規定，無須就個別標案分別重複繳納。」[8]換言之，不管得標廠商在同一月份是執行一件或多件標案，其僱用及代金義務之計算標準都相同，而不是就每件標案分別計算。雖然立法者對得標廠商所課之僱用及代金義務已經輕於公部門，但執行機關在實際適用時，仍就得標廠商所負之代金義務，採取負擔較小的認定標準，可說是已有調節機制。

[9] 如依多數意見將採購金額納入考量，反生困惑。如上一段所述，

措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中之一環。然因此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需求，定期檢討修正。…」

7 釋字第 719 號解釋理由書第 6 段後半：「…又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。」

8 行政院公共工程委員會 2000 年 8 月 1 日（89）工程企字第 89019760 號函之說明一。原住民族委員會 2016 年 10 月 11 日原民社字第 1050058384 號（復本院）函說明五亦採相同立場。

系爭規定有關代金之計算公式，係逐月計算，不考慮各該月標案之總採購金額（不論是一案或多案），也不是就某一特定標案計算其履約期間內應繳納之代金總額。因此各該月應繳納之代金金額，所相對應的各該月採購金額就有可能不同。假設有一得標廠商在同1年的履約期間內，均未僱用足額原住民，致每月各應繳納代金10萬元，12個月共應繳納之代金總額為10x12＝120萬元。如其在第1至6月間僅有一個標案，採購金額50萬元；第7至12月間每月各有5個標案（包括前6個月的標案），總採購金額共5千萬元。在第1至6月，每月應繳納代金金額為10萬，不會超過該月標案採購金額50萬元；然如以該件標案履約期間12個月計算，其代金總額為10x12=120萬元，則已超過該標案之採購金額（120萬元＞50萬元），即使僅以1至6月計算總額，也還是超過（10x6＝60萬元＞50萬元）。然如以第7至12月而言，各該月雖有多件標案，每月應繳納代金金額仍是10萬元，不論是1個月金額（10萬元）或6個月總額（60萬元），都明顯小於總採購金額（5千萬元），而不會過苛。依多數意見，究應以何者為準？每月數字相同之代金金額，是否會因各月（總）採購金額之不同，而受到不同評價？月亮是初一十五不一樣，代金是否違憲則是1月7月不一樣？

（四）僱用義務不會過苛，只有代金義務會過苛？

[10] 代金義務是僱用義務的延伸及變形，不是另一個獨立義務。多數意見既認為僱用義務完全合憲，卻另僅就代金義務認定其部分違憲，這是否一致？在法理上，如僱用義務違憲，則代金義務自亦違憲。反之，如僱用義務不違憲，代金義務亦不至於當然違憲，然不排除有因本身設計（如計算公式）問題而部分違憲之可能。由於本院目前僅得為抽象審查，無法直接認定個案應繳納之實際代金金額是否過苛，因此本院亦僅能以系爭規定有關應繳納代金之計算公式為審查客體，而據以評價是否會過苛。就此而言，系爭規定係採「差額人數乘以每月基本工資」之逐月計算公式，而非一次性或總額式的計算方式。然本號解釋卻引入以標案為計算單位之（總）採購金額為認定是否過苛之

比較基準，不僅無據，也與上述逐月計算之公式有所衝突；其結果，則更可能因此動搖本院釋字第719號解釋之原則，而不只是整個定額僱用制度執行末端之細節性修正。

[11] 上述僱用義務是否可能違憲？這當然是重要的憲法議題，因為涉及種族積極優惠措施，不僅在學理上具深層意涵，也是各國憲法法院或最高法院實務上經常面臨的挑戰。本院釋字第719號解釋未正面處理這類積極優惠措施是否違反種族平等的爭點，從而迴避此爭議。本號解釋則以鋸箭法式的切割，繼續迴避這項爭議，因而錯失了就此重要憲法爭點表示立場之機會。

三、原住民就業僱用義務及代金義務之憲法意涵

（一）原住民就業僱用義務

[12] 不論是原民工作法第12條或政府採購法第98條所規定之定額僱用原住民義務，並不只是立法政策之選擇，而是有憲法增修條文第10條第11項及第12項之明文規定。上述憲法增修條文規定，對國家（含中央及地方）機關而言，既是憲法之授權，也是憲法之要求，各有關機關自有積極實現之義務。由於此類定額僱用規定涉及種族分類，法院本應從嚴審查。然法院亦應考量此類規定之目的及效果係為扶助弱勢族群，實與排擠弱數族群之歧視性規定大不相同。對於後者類型之種族歧視規定，各國法院實務多嚴格審查，以維護種族平等。但就前者類型之種族積極優惠措施，就應適用相同的嚴格審查標準或可略為放寬至中度審查標準？在法院實務及學理上向有爭議。本席認為：考量上述憲法增修條文之明文規定，並為促進族群間之實質平等，對於此類種族積極優惠措施之憲法審查，本院宜採中度審查標準即可。

[13] 依其目的及效果觀之，系爭規定顯為經濟領域[9]事項中，對原住

[9] 憲法增修條文所要求的種族積極優惠措施，除了系爭規定所涉及的經濟事項外，另也及於政治、教育文化等領域（參原住民族基本法）。在政治領域，如原住民立委（參憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款）、原住民地方公職人員（參地方制度法第 33 條、第 57 條第 2 項、第 58 條第 4 項等）、公務人員考試之原住民特考等。在教育文化領域的相關規定，參原住民族教育法第 23 條第 1

民的積極優惠措施，其目的兼有補償原住民族過去所遭受的結構性不利、提昇原住民之就業機會，從而促成一個更多元的勞動市場。尤其是在過去較少見有原住民之勞動市場，原住民勞動者之加入，不僅對原住民本身之經濟利益、社會生存甚至人格發展均有正面助益，也有助於非原住民得透過和原住民同事間之互動，體驗、學習不同族群之文化及生活經驗，從而有助於種族關係之和諧。其整體目的及效果，不僅僅是金錢問題，而兼有更豐富、深刻的社會文化意涵。是就目的而言，系爭規定所追求之公共利益，不僅重要，甚至可達特別重要的程度。

[14] 在手段部分，原民工作法第12條第1項及政府採購法第98條都採取定額僱用的方式。兩者所定之1%僱用比例，確屬配額（quota）性質之手段，而不只是要求雇主應考量原住民身分後為綜合評價，以決定是否僱用的加權因素（plus factor）。對於此類配額式手段之合憲性，在她國法院實務及憲法學理上，是有爭議。美國最高法院自 *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978) 判決以來，向都認為種族因素固可成為大學錄取學生之考量因素之一，但不得使用固定配額之手段，而只能是綜合考量中之加權因素。後就涉及經濟領域之種族積極優惠措施，於 *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995) 一案判決，仍持相同立場。然此保守立場，亦始終遭受批評。

[15] 本席認為：在積極優惠措施中使用配額手段是否合憲，恐怕也應該考量配額之比例高低，而不能一概而論。在美國，由於非洲裔美國人（即黑人）的人口約占全國總人口之13%，若加上拉丁裔約18%、亞裔約5%、印第安人約1%等，整體少數族群之人口比例已將近全國人口之半數。因此在美國所施行的各類種族積極優惠措施，不論是在教育或經濟領域，其配額比例可達15-20%，也因此引發爭議。然在我

項、專科學校法第 32 條第 1 項、高級中等教育法第 41 條第 1 項、原住民學生升學保障及原住民公費留學辦法、原住民族基本法第 12 條等）。

國，暫且不論原住民有其獨特的歷史地位，而與其他少數族群（如客家人、新住民等）有所不同，系爭規定所定之僱用比例也僅有1%，而非10%或更高之配額比例。目前我國原住民人口占全國總人口之比例約在2.5%左右，兩相對照，系爭規定之1%僱用比例，其性質雖屬配額，但比例已經相當低。本院釋字第719號解釋和本號解釋，都沒有禁止立法者於種族積極優惠措施，使用固定比例之配額手段，應該也和1%比例極低有關。本席也支持此種寬容態度，並認為配額手段於我國並非當然違憲（unconstitutional *per se*），而屬立法者得選擇手段之一。且此種定額僱用的要求，與促進原住民就業間，當然有相當密切的實質關聯。

（二）代金義務

[16] 如果上述1%僱用比例的要求並不當然違憲，則因僱用義務之未履行而延伸變形之代金義務，原則上自也不違憲。至於此項代金義務之金額對於得標廠商而言，是否真的會在特殊情形下造成個案顯然過苛之結果，是有進一步討論之必要。

[17] 對「以代金替換僱用」的省思：系爭規定所定代金之性質並非行政執行法第27、28條所稱間接強制方法[10]之一，而應屬公課，釋字第719號解釋似乎也如此定性。代金之效果則可取代上述僱用義務，因此可認係後者之延伸及變形。不過，本席認為：立法者是否可讓得標廠商理所當然地以代金替換實際僱用，恐怕需要更深入地研究。

[18] 立法者既然採取定額僱用作為種族積極優惠措施的手段，並課予得標廠商有定額僱用之行為義務，得標廠商如未實際僱用，原本設定之立法目的即無法達成。至於得標廠商違反行為義務的效果，更適當的作法或許是按未足額僱用之月數予以處罰（如罰鍰），並得連續處罰。反而是在罰鍰之情形，還比較可以討論罰鍰金額是否過苛的問題。而不應如現行法般，不問原因，逕自容許得標廠商繳納代金而免

[10] 行政執行法第 28 條第 1 項：「前條所稱之間接強制方法如下：一、代履行。二、怠金。」

除僱用義務。換言之，立法者本應先設定繳納代金替代僱用的具體條件，只有在得標廠商已經合理努力，而仍因不可歸責於廠商本身之事由致無法足額僱用時，才例外許其繳納代金以替換其行為義務。就此而言，系爭規定有關代金義務的規定本身對於促進原住民就業之目的而言，反而可能是保護不足之規範，而非過苛。

[19] 在法理上，應該是堪認代金和行為義務等值，而足以完全或充分滿足行為義務所擬達成之目的者，才適合以代金替換行為義務。例如廠商依廢棄物清理法第15條所負回收清除處理之行為義務，與同法第16條對廠商所課之回收清除處理費間，大致上可認為是等值，畢竟這是可以花錢解決的問題（當然還有技術面等其他因素）。然系爭規定所要求之定額僱用，對於受僱者而言，所表彰的不僅是工作收入之財產價值，而更兼有人格發展、社會關係等精神面的重大意義。失業者所面臨的困境，並不僅僅是收入之減少（除非是家有充分資產者，才比較能夠忍受流動所得之短期或長期減損），而另有人格發展及社會關係等層面之不利影響。前者如長期失業之挫折感、自我評價之下降、自暴自棄等，後者如欠缺同事朋友之互動、無從發展人脈而累積社會資本、也無從透過工作精進技能、提升能力，進而得以在社會階梯向上爬升。僱用所表彰的上述正面效用，實在不是單純的金錢可以充分替換的。對雇主而言，基本工資只是僱用人事成本的一部份，其他另有勞健保費、人員訓練、工作設備及工具、甚至交通工具、宿舍等成本，均未計入。對失業者而言，其所喪失的，豈僅是以每月基本工資計算的財產價值而已。僅以基本工資來換算廠商的僱用義務，已經是從寬的計算標準。再以之和採購金額相比，恐怕是落入數字陷阱。

[20] 得標廠商之所以未能足額僱用原住民，原因各有不同，有的是廠商確有意願僱用但找不到適當的人之「不能也」，有的是廠商根本沒有僱用意願之「不為也」，寧可花錢了事。在「不能也」的情形，有可能是勞工面的問題，如欠缺技術能力、經驗；也有可能是雇主面問題，如薪資不夠吸引人、3D（dirty, dangerous, difficult）工作等。至

於在「不為也」之情形，甚至有可能是出於種族歧視而堅持不僱用或避免僱用原住民。現行規定讓雇主可以不附任何理由地以代金來替換其僱用義務，有時反會縱容雇主之隱藏性社會歧視，而與定額僱用規定所追求的種族平等目的，明顯衝突。

四、對立法者之呼籲

[21] 由於多數意見就「代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀」之違憲理由，並未提出具體的認定標準，因此究竟立法者要如何設定適當之調節機制，或有關機關應為如何之適當，恐怕都仍籠罩在黑霧迷團中，難以執行。按代金金額總和係以「差額人數 x 每月基本工資 x 履約期間」計算，如果要設調節機制，這三個變項其實都不容易修正。差額人數減半計算？基本工資及履約期間都打折計算？這些都不是實際可行的修正方向。如果限制代金金額不得逾採購金額之一定倍數，依多數意見之理由，這仍然會構成過苛，除非是以每月全部標案之總採購金額為準，限制各該月代金金額總和一律不得超過。但即使如此，這個標準對於廠商而言，還是過苛，因為採購金額明顯大於實際利潤，未來得標廠商應該會進而主張以標案之預期利潤為上限，來認定是否過苛。如此一來，在本號解釋所開啟的骨牌效應下，整個定額僱用制度勢必崩盤。這也就是本席在本意見書第[10]段所主張的：宣告代金金額會因過苛而違憲，必然溯源動搖定額僱用制度的根基。依本席想法，如果退一步認為相關規定需要修正，比較具體可行，且能兼顧定額僱用制度的核心原則的修正方向，或許是將總採購金額未達一定金額之標案予以排除，從經濟規模著手。類似現行規定之以得標廠商國內員工總人數逾100人者為限，始課以定額僱用義務。如此一來，審查標的也不是系爭規定，而是原民工作法第12條第1項（及政府採購法第98條規定）。且本席認為這依然只是立法政策的選擇，而不是違憲與否的問題。

[22] 本席認為：系爭規定如有不當，並不是代金金額可能過苛，而是（1）將定額進用義務與政府採購連結，而非規定為廠商平時就應履

行之經常性義務；（2）容許廠商得任意以代金取代實際僱用，花錢了事。

[23] 雖然本席既愚且魯，[11]仍不揣淺陋，呼籲立法者：（1）將系爭規定之定額僱用改為平時義務：仿照身心障礙者權益保障法第38條規定，將原住民僱用比例與政府採購脫勾。除了原住民族工作權保障法第12條外，政府採購法第98條亦應刪除。至於是否也要比照身心障礙者權益保障法第38條，將私部門企業之國內員工總人數從現行之100人降為67人，則屬立法政策之選擇。（2）將已僱用人數改列為投標廠商之資格要件：如不採取上述平時僱用義務的修正，則可考慮將定額僱用要求列為廠商之投標資格要件，亦即：廠商之國內員工總人數逾100人者，如已僱用1%以上之原住民，始有投標資格。且於得標期間，應繼續符合定額僱用要求，否則應逐月繳納代金或另處以罰鍰。

五、結語

[24] 據統計，2020年時，原住民人口占全國人口比例約為2.5%。國內員工總人數逾100人之大、中型企業家數，推估約占全國企業總家數之2.5%左右；[12]其中有參與政府採購標案者，家數應該更少。在這兩個2.5%之間，本號解釋結果明顯有利後者。本席深以為憾。

不同意見書　　蔡宗珍大法官　提出
　　黃昭元大法官　加入

本號解釋多數意見以依政府採購法得標之廠商，其依法「應繳納之代金金額超過採購金額，可能造成個案顯然過苛之情狀，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……對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則」為由，作成原住民族工作權保障法第 24 條第 2

11 宋・蘇軾，〈洗兒戲作〉詩：「人皆養子望聰明，我被聰明誤一生。惟願孩兒愚且魯，無災無難到公卿。」

12 參前註 2 及 3。

項規定（部分）違憲之解釋。本席認為本號解釋於宣告違憲部分欠缺實質論理，忽略憲法保障原住民族之意旨與國家具有保障扶助並促進原住民族發展之憲法義務，並與本院釋字第 719 號解釋之理據背道而馳；且本號解釋恐帶來變相扭曲相關制度運作之後遺症，因此對本號解釋之理由及結論均難以認同，爰提出不同意見如下：

一、本號解釋於宣告違憲部分理據不明，且實質上悖離釋字第 719 號解釋意旨

1. 本號解釋之標的及其爭議內涵

本號解釋係以釋字第 719 號解釋意旨為前提，並無變更或補充該號解釋之意，解釋中亦重申其合憲結論，因此本號解釋之標的，有意侷限於原住民族工作權保障法（下稱原民工作保障法）第 24 條第 2 項規定（下稱系爭規定）中有關得標廠商應繳納代金之計算標準部分。

然而，系爭規定之內容僅涉及代金計算標準，至於代金繳納義務及其要件（範圍），係規定於原民工作保障法第 12 條第 3 項：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向……繳納代金。」此處所謂代金，係指代替同條第 1 項所定之依法定標準僱用原住民之義務（下稱僱用義務）之現金，其繳納義務之屬性及範圍等，自應依其所欲代替之僱用義務而定；且進用原住民人數未達法定標準之得標廠商，於不足額部分始有代金繳納義務。因此，代金繳納義務是否「過苛」或「不相當」，其衡量指標即應以僱用義務為準。至於僱用義務是否「過苛」或「不相當」，乃課予僱用義務之規定是否合於比例原則要求之審查事項；且不論是僱用義務，抑或代金繳納義務，均已經釋字第 719 號解釋肯認其合憲性。

2. 釋字第 719 號解釋之相關理據與結論

釋字第 719 號解釋之標的，正是得標廠商依法僱用一定比例原住民之僱用義務，以及代金繳納義務之規定（原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定）。於論述理路上，該號解釋開宗明義強調，基於憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，國

家負有保障扶助並促進原住民族發展之義務；上開規定即係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過使得標廠商比例進用原住民之手段所為優惠措施。該號解釋於比例原則之審查部分認為，僱用義務「固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，**整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞**；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。又系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，〔原民工作保障法第 12 條第 3 項〕就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。」從而，原民工作保障法第 12 條第 1 項所定僱用義務與同條第 3 項所定代金繳納義務，並未牴觸比例原則，與財產權及營業自由之意旨均無不符。

應特別注意的是，釋字第 719 號解釋針對其解釋標的所為審查論斷，並未出現「採購金額」之衡酌標準，解釋理由中甚且明指，「代金金額是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估」，並未以之為代金繳納義務是否合於比例原則之考量因素。

3.本號解釋之理路與謬誤

不同於釋字第 719 號解釋，本號解釋一開始即先設定「依政府採購法得標之廠商未依法僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制……，以避免於特殊個案情形，可能因所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當，致有嚴重侵害人民財產權之不當後果，立法者就此如未設適當之調整機制，其對人民受憲法第 15 條保障之財產權所

為限制，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則」之審查原則。然而，此等審查之前提實已蘊含諸多違憲評價與論斷，諸如：「所應繳納之代金金額超過採購金額，造成代金繳納義務呈現顯不相當」、「致有嚴重侵害人民財產權之不當後果」、「對……財產權所為限制，顯不符相當性」等。該等評斷不但正是有待審查之客體（即代金繳納義務是否合於比例原則），且係以未經證成、尚屬「來路不明」之衡量指標（採購金額）為前提，違憲結論已躍然紙上，可說未論先斷，結論已成。

實體論述部分，本號解釋指出，系爭規定關於代金金額之計算，「一律依差額人數乘以每月基本工資計算，未考慮是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀，可能造成應繳納之代金金額超過採購金額之情事，致得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金，已逾越人民合理負擔之範圍」。然而，在這段應屬本號解釋審查核心之文字以及通篇解釋理由中，**完全未說明何以須考慮「是否有不可歸責於得標廠商之情事以及採購金額大小等情狀」，以及何以「得標廠商須以採購金額以外之其他財產，繳納與採購金額顯不相當之代金」，即得出逾越合理負擔之結論。**於上述文字之後，本號解釋隨即得出系爭規定（部分）違憲之結論，且內容幾乎是上述審查前提之同語反覆，與審查之「實體論述」之文字亦無太多差別。

從本號解釋之理路鋪陳來看，除據以審查之原則與審查之結論，用語與內容幾無二致，形同循環論證外，**何以得依「採購金額」衡量代金應繳納金額之相當性，以及於應繳納之代金金額超過採購金額，即可能造成個案「顯然過苛」之違憲情狀之論點，自始至終未見有任何立論根據**（引用釋字第 719 號解釋中未附理由之立法改善要求，恐尚難稱之，詳下述）。此外，值得注意者，釋字第 641 號解釋之理據與文風於本號解釋處處隱然可見。然而，該號解釋涉及的是行政處罰之罰鍰額度，有違法行為與處罰間是否過苛之違反比例原則問題。而

代金之性質並非處罰，而是僱用義務之代替，是否有不問僱用義務之內容與範圍，比照罰鍰之處罰而獨立論其是否過苛之正當性，實值商榷。

另從本號解釋所欲審查之爭議來看，其重點實在於依系爭規定計算而得之代金繳納義務是否「過苛」。姑不論代金繳納義務是否涉及過苛與否之問題，僅就過苛之語意而言，其必然為比較、衡量之結果，**故本號解釋之爭議實質上定然涉及據以判斷代金繳納義務是否過苛之比較、衡量之基準**。而代金繳納義務係代替僱用義務之完全履行，已如前述。本號解釋既遵循釋字第 719 號解釋之結論，即意味著其肯認國內員工總人數逾 100 人之得標廠商，應於履約期間僱用一定比例原住民之規定合憲正當，得標廠商此等僱用義務亦無過苛之違反比例原則問題，縱使其依法定標準履行僱用原住民之義務之結果，亦可能付出遠高於採購金額之人事費用。得標廠商依法應履行之僱用原住民之義務，其義務之形成與範圍，均與採購金額多寡無關。由此可知，**「採購金額」從來不是原民工作保障法第 12 條第 1 項所規定之得標廠商強制進用原住民制度之法定要素！**釋字第 719 號解釋審酌得標廠商依法定標準僱用原住民義務是否合於比例原則，尤其是是否造成其負擔過重，主要係直接針對僱用義務之要件（針對屬國家公務一環之政府採購得標廠商，並僅限於國內員工總人數逾 100 人者），及應僱用比例（員工總人數百分之 1）而為考量，且得繳納代金以代替僱用，因而認定相關規定未反比例原則，其中均與個案採購金額無關。**得標廠商依法定標準僱用原住民之義務既無過苛問題，則僱用不足應繳納代金時，應繳納之代金金額是否過苛，自應以僱用義務為首要指標，亦即應繳納之代金金額理應不超過完全履行僱用義務所需成本。**系爭規定係依僱用不足之差額人數乘以每月基本工資計算應繳納之代金金額，由於我國現制下，勞工之薪資不得低於基本工資，而雇主就其所僱用之勞工所應支付之費用，除基本工資外，尚有社會保險分攤費等相關必要費用，因此，依系爭規定計算所得之代金金額，理應

少於實質僱用原住民所需支付之金額，是得標廠商之代金繳納義務之於僱用原住民義務而言，實無過苛可言。而採購金額既非原僱用義務之法定要素，自亦非代金繳納義務所應斟酌衡量者。

本號解釋立論之實質憑藉，其實是出在釋字第 719 號解釋理由末所提示之檢討改進要求：「得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。」本號解釋除直接引用此段文字之前段為審查所據之前提外，亦含蓄指摘立法者迄今仍未修正相關規定。然而，如前所分析，釋字第 719 號解釋理由關於解釋標的之論述，並未以「政府採購金額」為審查僱用義務與代金義務相關規定之合憲性之審酌因素；且此段檢討改進之要求，並未有任何理由論述，遑論經憲法解釋之審查；**其性質應僅屬立法建議性質，實難認已有違憲預警之警告性解釋之性質與效力**。況該段文字表述方式，如「允宜」、「適當之減輕機制」等用語，皆可見該號解釋仍留給立法者相當大之形成空間。本號解釋卻無視於釋字第 719 號解釋並未有相關理據與論述，逕以該等尚非違憲預警之立法建議，作為解釋所憑據之前提，致使「得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制」之說形同橫空出世，欠缺法理脈絡與根基，在法律論述上，終究無法回應何以採購金額得作為衡量基準等「何以致之」之問題。

二、本號解釋恐動搖政府採購得標廠商依法僱用一定比例原住民之制度本意與根基，對相關原住民就業扶助發展政策之衝擊不容小覷

如釋字第 719 號解釋所示，原民工作保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定針對原住民所建構之優惠性措施，係立法者為促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，以貫徹憲法第 5 條及憲法增修條文第 10 條第 12 項保障原住民之意旨，以及實現國家之保障扶助並促進原

住民族發展之憲法義務所為。**制度所重在於一定規模以上之得標廠商依規定僱用原住民，以促進原住民就業，而非希冀代金之繳納。**因此，就制度目的之實現而言，繳納代金義務不應成為履行義務之主要型態，因而大幅減縮原住民受僱之空間與機會。本號解釋雖未直接涉及得標廠商依規定僱用原住民之義務問題，然其要求就代金應繳納金額超過採購金額，而造成個案顯然過苛之情形，增設調整機制，則未來修法後，無論如何，勢將增加得標廠商逕行繳納代金之經濟誘因，其結果，由源自國家預算之政府採購案一定規模以上得標廠商依一定比例僱用原住民，以促進其就業之制度本意與根基恐遭動搖，亦可能衝擊相關原住民就業扶助發展政策。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八一一號解釋

【復職（聘）者公保養老給付年資採認案】

發文日期：中華民國110年10月22日

發文字號：院台大二字第1100030184號

解　釋　文

中華民國 94 年 1 月 19 日修正公布之公教人員保險法第 6 條第 3 項及第 4 項規定：「（第 3 項）重複參加本保險所繳之保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關學校或被保險人之事由所致者，不在此限。（第 4 項）重複參加軍人保險、勞工保險或農民健康保險者，除本法另有規定外，依前項規定辦理。」103 年 6 月 1 日修正施行之同法第 6 條第 4 項及第 5 項規定：「（第 4 項）被保險人不得另行參加勞工保險、軍人保險、農民健康保險……或國民年金保險。但本法另有規定者，不在此限。（第 5 項）被保險人重複參加其他職域社會保險或國民年金保險……期間，發生第 3 條所列保險事故……，除本法另有規定外，不予給付；該段年資亦不予採認；其所繳之本保險保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關（構）學校或被保險人之事由所致者，得退還其所繳之保險費。」均係揭示社會保險禁止重複加保原則，符合憲法第 23 條比例原則之要求，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨均尚無違背。惟關於違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。 1

於本解釋公布後，有關機關就本件聲請人追溯加保之申請，應依本解釋意旨辦理。 2

解釋理由書

聲請人王敏自 71 年 8 月 1 日起初任國小教職即加入公教人員保險（下稱公保），82 年 8 月 1 日起至國立竹北高級中學擔任教師，102 1

年 9 月 25 日因故遭學校解聘，自 102 年 10 月 2 日起退保生效。上開解聘處分嗣經聲請人提起行政爭訟而遭行政法院撤銷，原學校遂准予聲請人復聘，嗣因故再予解聘，自 104 年 5 月 13 日生效。聲請人就 102 年 10 月 2 日至 104 年 5 月 12 日復聘期間，申請辦理追溯參加公保（下稱追溯加保）。主管機關以聲請人於此段期間內，曾斷斷續續加入勞工保險（下稱勞保），因此禁止其於參加勞保期間之追溯加保，僅准許其餘期間之追溯加保。嗣聲請人乃提起行政爭訟，經臺北高等行政法院 106 年度訴字第 924 號判決以無理由駁回其訴，上訴後經最高行政法院 107 年度裁字第 189 號裁定以未對原判決如何違背法令為具體指摘，上訴為不合法而駁回。是其聲請，應以前揭臺北高等行政法院判決為確定終局判決。

聲請人認確定終局判決所適用之 94 年 1 月 19 日修正公布之公教人員保險法（下稱公保法）第 6 條第 3 項及第 4 項規定（下併稱系爭規定一），有違反憲法比例原則，侵害人民受憲法保障之工作權、財產權等權利之疑義，向本院聲請解釋憲法。核其聲請，與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定所定要件相符，應予受理。聲請人另認 103 年 6 月 1 日修正施行之公保法第 6 條第 4 項及第 5 項規定（下併稱系爭規定二），特別是公保法第 6 條第 5 項關於「該段年資亦不予採認」之規定，有侵害聲請人受憲法第 15 條保障財產權之疑義，聲請解釋憲法。查系爭規定二雖未為確定終局判決適用，然聲請人復聘並申請辦理追溯加保，因參加勞保而遭否准之期間，橫跨 103 年 6 月 1 日前後，是系爭規定二具有重要關聯性，應一併納入審查範圍。爰作成本解釋，理由如下： 2

一、據以審查之權利及審查標準 3

國家為謀社會福利，應實施社會保險制度，為憲法第 155 條前段、憲法增修條文第 10 條第 7 項及第 8 項所明定。公保係國家為照顧公教人員生老病死及安養，運用保險原理而設之社會福利制度（本院釋字第 434 號解釋參照），為社會保險之一種。其所定各種給付中 4

之養老給付，乃國家於公教人員年老退休或符合其他法定事由時，以金錢給付方式履行對其之照顧義務，是公教人員依法請領公保養老給付之權利，應受憲法第 15 條財產權保障（本院釋字第 246 號、第 434 號及第 596 號解釋參照）。惟立法者對於社會保險制度之建構，本享有較大之自由形成空間，包括公保養老給付在內之各種社會保險給付之請領要件及金額，應由立法者盱衡國家財政資源之有限性、人口增減及結構變遷可能對社會保險帶來之衝擊等因素而為規範。是立法者基於公共利益之考量，就被保險人受憲法保障財產權之相關權利施以限制，例如公教人員得否參加公保及採認保險年資，涉及其是否符合請領養老給付之條件及依此所得請領之數額，如其所採手段與目的之實現間有合理關聯，即符合憲法第 23 條比例原則之要求，而與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。

二、系爭規定一及二均係揭示社會保險禁止重複加保原則，符合憲法第 23 條比例原則之要求，與憲法第 15 條保障財產權之意旨均尚無違背 5

我國社會保險制度係區分不同職域依序開辦，於同一保險制度下給予各種保障與給付，各職域社會保險依身分職業強制納保，本不應重複參加，以避免社會資源重複配置及政府重複補貼。系爭規定一乃明定：「（第 3 項）重複參加本保險所繳之保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關學校或被保險人之事由所致者，不在此限。（第 4 項）重複參加軍人保險、勞工保險或農民健康保險者，除本法另有規定外，依前項規定辦理。」系爭規定二明定：「（第 4 項）被保險人不得另行參加勞工保險、軍人保險、農民健康保險……或國民年金保險。但本法另有規定者，不在此限。（第 5 項）被保險人重複參加其他職域社會保險或國民年金保險……期間，發生第 3 條所列保險事故……，除本法另有規定外，不予給付；該段年資亦不予採認；其所繳之本保險保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關（構）學校或被保險人之事由所致者，得退還其所繳之保險費。」亦即原則上，公 6

保之被保險人，若重複參加其他社會保險，則重複加保期間之年資不予採認；如於該期間發生保險事故，亦不予給付；可歸責於被保險人之事由而重複加保者，所繳交之公保保險費概不退還。其係揭示社會保險禁止重複加保原則，已構成對被保險人受憲法保障財產權之限制。核其目的，係為避免重複保障，浪費公共資源，對於同一被保險人重複配置資源（各該社會保險之保險費，均有政府負擔補助比例，例如公保法第 9 條第 1 項及勞工保險條例第 15 條等規定參照），並避免對於被保險人產生同一保險事故得重複請領給付之不當誘因，其所追求者係正當公共利益，所採取之手段與目的之實現間亦有合理關聯，符合憲法第 23 條比例原則之要求，與憲法第 15 條保障財產權之意旨均尚無違背。

三、就違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）者，其重複加保期間之年資即應採認為公保養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符；公保法第 6 條第 5 項有關「該段年資亦不予採認」之規定部分，應不包括非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形 7

至於原為公保被保險人，因受解職（聘）處分，喪失被保險人資格，致遭強制退保之特殊情形，如其解職（聘）處分因違法嗣經撤銷，並依法溯及既往失其效力（行政程序法第 118 條本文規定參照），從而獲復職（聘），原據以退保之事由自始不存在，得為被保險人之資格當然回復，有關機關應依其申請，准予追溯加保，該加保年資應予採認（公保法第 2 條第 1 項第 2 款及第 6 條第 1 項規定參照）。如其於退保期間業已依法參加其他社會保險，而產生形式上同一期間內併存公保與其他社會保險之特殊重複加保情形，然此種重複加保係因有關公權力行為所致，非可歸責於被保險人，究與通常情形之重複加保有所不同。此時如不予採認重複加保期間之養老給付年資，則就被保險人原得請領公保養老給付之權利勢必造成減損，立法者就該重複加保情形既未另行加以規範，則其重複加保期間之年資即應採認為公保 8

養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。是公保法第6條第5項有關「該段年資亦不予採認」之規定部分，應不包括上述非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形。

於本解釋公布後，有關機關就本件聲請人追溯加保之申請，應依本解釋意旨辦理。

四、不受理部分

聲請人主張銓敘部100年7月14日部退一字第1003414233號書函及101年11月30日部退一字第1013616450號書函違憲部分，查上開書函，分別為銓敘部回復臺灣銀行股份有限公司公教保險部以及立法委員辦公室轉人民陳情案之詢問，為機關間函復與個案函復，僅係就個案應如何適用法律所為之說明，並非大審法第5條第1項第2款規定所稱之命令，自不得為聲請解釋之客體。是此部分聲請，核與上開規定不符，依同條第3項規定，應不受理。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

協同意見書

林俊益大法官　提出

凡事，有原則，亦常有例外。原則上，公保禁止重複加保原則，固為合憲；但例外時，重複加保期間的年資，應採認為公保養老給付年資，始為合憲。

壹、前言

本件解釋係【復職（聘）者公保養老給付年資採認案】。

本件聲請人自民國 71 年起，因有教師身分而加入公教人員保險（下稱公保），嗣於 82 年間因故遭某高級中學解聘，聲請人不服，提起行政救濟，經行政法院撤銷原解聘處分，學校乃准聲請人復聘，隨即因故解聘。聲請人申請辦理解聘期間的追溯參加公保（下稱追溯加保），主管機關銓敘部以聲請人於解聘期間，曾斷斷續續加入勞工保險（下稱勞保），因此禁止聲請人於參加勞保期間的追溯加保，而只准許解聘期間未參加勞保部分的追溯加保。聲請人不服，提起行政救濟，迭經裁判[1]駁回而告確定。

本件聲請人以其已復聘為教師，回復公教人員身分，自應准許其追溯加保，確定終局判決所適用之 94 年 1 月 19 日修正公布之公教人員保險法（下稱公保法）第 6 條第 3 項及第 4 項規定（下併稱系爭規定一）及與系爭規定一有重要關聯性之 103 年 6 月 1 日修正施行之同法第 6 條第 4 項及第 5 項規定（下併稱系爭規定二），有侵害人民受憲法保障財產權的疑義，向本院聲請解釋憲法。

本席協力完成的多數意見認為，系爭規定一及二，**於一般通常情形下**，符合憲法第 23 條比例原則之要求，與憲法保障人民財產權的意旨均尚無違背。惟**於特殊情形**，即違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，其重複加保期間的年資即應採認為公保養老給付年資，始與憲法保障人民財產權的意旨相符。

此外，本解釋併諭知：「於本解釋公布後，有關機關就本件聲請人追溯加保之申請，應依本解釋意旨辦理。」以利本件聲請人的個案救濟。

---

1 相關裁判：臺北高等行政法院 106 年度訴字第 924 號判決（確定終局判決）以無理由駁回其訴，再經最高行政法院 107 年度裁字第 189 號裁定以上訴不合法而駁回確定。

本解釋爭議屬於「系爭規定，於一般通常情形，合憲；遇有特殊情形，系爭規定呈現漏洞、規範不足[2]，此部分是否違憲，視其未規範是否屬於立法上之重大瑕疵[3]而異其處理方式」的釋憲模式類型，本解釋作成合憲性解釋的宣告。本席對此解釋結論，敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出協同意見書，以為補充。

貳、本解釋的特色

本解釋有 4 項特色如下：

一、本解釋肯認公教人員依法請領公保養老給付的權利，是受憲法第 15 條**財產權**的保障。

二、審查標準：因立法者對於社會保險制度的建構，本享有較大的自由空間，故本解釋採**寬鬆的審查標準**。立法者基於公共利益的考量，就公教人員得否參加公保及採認保險年資的限制，如其所採手段與目的之達成間具有**合理關聯**，即符合憲法第 23 條比例原則的要求，而與憲法第 15 條保障人民財產權的意旨無違。

三、本解釋肯認**社會保險禁止重複加保原則的**合憲性。

四、公保法就違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保，並未另行規範，顯有**規範不足的漏洞**，解釋上，重複加保期間的年資，即應採認為公保養老給付年資，始與憲法保障人民財產權的意旨相符。本解釋僅就「復職（聘）**追溯加保期間的年資是否**應採認為**公保養老給付年資**」一事而為解釋，尚不及於其他問題。

---

2 有關**規範不足、立法不作為**之違憲審查，其方式如下：①先敘明憲法所規範之立法作為義務為何，②再指出系爭規定之立法不作為事項為何，③再審查系爭規定未規定事項與憲法保障何一基本權之意旨有違，④再命定期修法，⑤最後諭知逾期未完成修法之處理方式；有關**規範不足**之違憲審查解釋，可參閱，釋字第 477 號、第 748 號、第 762 號、第 785 號及第 803 號解釋參照。

3 本院釋字第 477 號解釋釋示：「漏未規定，**顯屬立法上之重大瑕疵**」；本院釋字第 748 號解釋釋示：「未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**顯屬立法上之重大瑕疵**。」

參、本件釋憲模式的分析

本件釋憲聲請案，涉及社會保險重複加保的禁止原則與允許例外爭議。在一般通常情形，禁止社會保險重複加保，避免社會資源重複配置及政府重複補貼，言之成理，應無不妥之處；但極少數特殊情形，如不允許重複加保，又會產生不公平、不合理的結果，此時在釋憲實務上應如何處理？頗費思量！所幸本院解釋先例早有類似處理模式可資參酌，即「系爭規定，於一般**通常情形，合憲**；遇有**特殊情形**，系爭規定呈現漏洞、規範不足，此部分是否違憲，視其未規範是否屬於立法上之**重大瑕疵**而異其處理方式」。茲分析如下：[4]

一、本院釋字第 242 號解釋

74 年 6 月 3 日修正公布民法前，民法第 985 條規定，有配偶者，不得重婚，以維持一夫一妻婚姻制度，在通常情形，重婚構成撤銷後婚姻的法定事由，本無違憲爭議；但在特殊情形，**國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期的情況下，發生重婚事件，與一般重婚事件究有不同**，於此特殊情形下，撤銷後婚姻顯不公平，究應如何處理是好？對此，本院 78 年 6 月 23 日作成釋字第 242 號解釋：「中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布前之民法親屬編，其第 985 條規定：『有配偶者，不得重婚』；第 992 條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，**與憲法並無牴觸**。**惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同**，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第 992 條之規定予以撤銷，**嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序**，就此而言，**自與憲法**第 22 條保障人民自由及權利之規定**有所牴觸**。」即，民法上開有關重婚的規定，於一般通常情形，與憲法並無牴觸，**惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生的重婚事件，與一般重婚事件**

[4] 關於此等解釋與本件解釋釋憲模式之比較，請併參本意見書附表一。

究有不同。

二、本院釋字第 362 號解釋

74 年 6 月 3 日修正公布民法之後，民法第 988 條第 2 款規定，在通常情形，有配偶者重婚，構成後婚姻無效的法定事由，本無違憲爭議；但如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，於此特殊情形下，如認後婚姻無效，顯不公平，究應如何處理是好？本院釋字第 362 號解釋：「民法第 988 條第 2 款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，**就一般情形而言，與憲法尚無牴觸**。**惟**如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，**究與一般重婚之情形有異**，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。**首開規定未兼顧類此之特殊情況**，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」（本院釋字第 552 號解釋[5]亦同）說明：上開民法第 988 條第 2 款[6]關於重婚無效的規定，**於一般通常情形，與憲法尚無牴觸**；**惟就特殊情形，即**如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，**究與一般重婚之情形有異**。

本解釋案件的爭點，亦屬於「系爭規定，於一般通常情形，合憲；遇有特殊情形，系爭規定呈現漏洞、規範不足，此部分是否違憲，視其未規範是否屬於立法上之重大瑕疵而異其處理方式」的釋憲模式類型。本解釋多數意見，認為系爭規定一及二，就通常情形而言，合憲；惟就特殊情形，作成合憲性解釋的宣告。即公保法就違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保，並未另行規範，有**規範不足之漏洞**，解釋上，重複加保期間之年資即應採認為公保養老給付

5 針對協議離婚所導致之重婚而為之解釋。

6 96 年 5 月 23 日修正公布民法時，移列為同條第 3 款。

年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。對此，本席敬表贊同！

肆、社會保險禁止重複加保原則部分，合憲

一、公保法有關禁止重複加保原則的立法沿革[7]

（一）公保法施行細則首創禁止重複加保原則

66 年 5 月 12 日修正發布之公務人員保險法施行細則第 9 條規定：「凡有兼職之被保險人，不得**重複參加本保險**，應在其支領全額俸給之機關要保，否則發生同一保險事故時，以請領一次保險給付為限。」首創**禁止重複加保原則**。

69 年 9 月 29 日教育部與銓敘部共同發布之私立學校教職員保險條例施行細則第 7 條規定：「被保險人，不得**重複參加本保險**，其有重複參加本保險者，如發生同一保險事故時，以請領一次保險給付為限。其重複參加本保險所繳之保險費，概不退還。其重複參加政府舉辦之其他保險者，應依照前項規定辦理。」[8]

88 年 5 月 29 日修正公布**公務人員保險法**時，基於「將公務人員保險法修正為公教人員保險法，復將私立學校教職員保險條例、公務人員眷屬疾病保險條例有關規定予以納入，同時廢止『私立學校教職員保險條例』，及『公務人員眷屬疾病保險條例』。」之理由而將名稱修正為公教人員保險法。

嗣於 89 年 7 月 12 日修正發布**公教人員保險法**施行細則時，基於「本條係將公務人員保險法施行細則第 9 條及私立學校教職員保險條例施行細則第 7 條規定予以合併。除於第 1 項後段增列『其重複參加本保險所繳之保險費，概不退還。』及參酌勞工保險條例第 16 條第 2 項規定增列但書外，並將私立學校教職員保險條例相關規定移列為第 2 項並酌作文字修正，與勞工保險條例施行細則第 30 條規定：『同時具備參加勞工保險及公務人員保險條件者，僅得擇一參加之。』相互呼應。」等理由，修正第 16 條為：「（第 1 項）兼職之被保險人，

[7] 公保法禁止重複加保之立法沿革，請併參本意見書附表二。

[8] 參見，臺灣省政府公報 69 年冬字第 15 期，頁 2。

不得**重複參加本保險**，應在其支領全額俸（薪）給之機關要保，如發生同一保險事故時，以請領一次保險給付為限。其重複參加本保險所繳之**保險費，概不退還**。但非可歸責於要保機關或被保險人之事由所致者，不在此限。（第 2 項）除全民健康保險外，重複參加其他社會保險者，應依照前項規定辦理。」

（二）公保法明文繼受禁止重複加保原則

94 年 1 月 19 日修正公布公教人員保險法時，基於「茲以公教人員保險法施行細則第 16 條有關被保險人**不得重複參加本保險**或其他社會保險，及同一保險事故以請領一次給付等規定，**係屬於限制被保險人權益事項，為因應行政程序法之施行，宜以法律定之**，爰增定本條第 2 項至第 5 項規定，並明列**社會保險**之種類，以資明確。」等理由[9]，系爭規定一即其第 6 條第 3 項及第 4 項規定為：「（第 3 項）重複參加本保險所繳之**保險費，概不退還**。但非可歸責於服務機關學校或被保險人之事由所致者，不在此限。（第 4 項）重複參加軍人保險、勞工保險或農民健康保險者，除本法另有規定外，依前項規定辦理。」亦重申公保禁止重複加保原則。

對於上開修正，銓敘部 96 年 5 月 11 日部退一字第 09627749231 號令：「為避免社會資源重複配置及政府重複補貼，公教人員保險法（以下簡稱公保法）第 6 條明定，公教人員保險（下簡稱公保）被保險人除參加全民健康保險外，不得重複參加軍人保險、勞工保險或農民健康保險。故公保被保險人如同時有 2 種職業而符合參加公保及其他社會保險者，應擇一參加，不得重複參加 2 種保險；如有違反強制性規定者，其已重複參加之公保，**不生保險效力**；其重複加保期間就同一事實已由其他保險核發相關給付者，**不予**核發同一事由之公保**給付**；已核發者應予追繳；此外，其**已繳納之保險費**，除具有不可歸責於服務機關學校或被保險人之因素外，**不予退還**。」

此外，關於私立學校教師原解聘處分經撤銷並補發解聘期間薪資

[9] 參見，立法院公報第 94 卷第 1 期院會紀錄，頁 83-84，頁 103。

後，得否追溯辦理其於原解聘退保期間曾參加勞保期間之公保加保事宜，銓敘部於 100 年 7 月 14 日部退一字第 1003414233 號書函答復臺灣銀行股份有限公司公教保險部，略以：「公保與勞工保險不得重複投保，如有違反則重複參加之公保，不生保險效力；是為符法制並兼及維護公保被保險人保險權益，私立學校教師原解聘處分經撤銷並補發解聘期間薪資者，**其原解聘退保期間另行參加勞工保險期間，不得追溯辦理公保加保**。」首次針對類似本件釋憲爭議表示意見。

（三）新公保法強化禁止重複加保原則

系爭規定二即 103 年 6 月 1 日修正施行之同法第 6 條第 4 項及第 5 項規定：「（第 4 項）**被保險人不得另行參加**勞工保險、軍人保險、農民健康保險……或國民年金保險。但本法另有規定[10]者，不在此限。（第 5 項）被保險人重複參加其他職域社會保險或國民年金保險……期間，發生第 3 條所列保險事故……，除本法另有規定[11]外，不予給付；該段年資亦不予採認；其所繳之本保險保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關（構）學校或被保險人之事由所致者，得退還其所繳之保險費。」[12]即原則上，公保之被保險人，若重複參加其他社會保險，則（一）**重複加保期間之年資不予採認**；（二）如於該期間發生保險事故，亦不予給付；（三）可歸責於被保險人之事由而重複加保者，所繳交之公保保險費概不退還。均係揭示社會保險禁止重複加保原則。

二、公保法禁止重複加保原則的合憲審查

本解釋認為，系爭規定一及二，均係揭示社會保險禁止重複加保原則，「核其目的，係為避免重複保障，浪費公共資源，對於同一被

10 修正理由稱：「第 4 項所稱本法另有規定，指第 10 條第 1 項所定依法徵服兵役，以及第 8 項所定依規定得重複加保者。」

11 修正理由稱：「第 5 項所稱本法另有規定，指第 6 項所定不適用第 5 項規定之除外情形，以及第 7 項所定重複加保年資得併計成就請領養老給付條件，但不予給付之例外規定。」

12 參見，立法院公報第 103 卷第 8 期院會紀錄，頁 59-76。

保險人重複配置資源（各該社會保險之保險費，均有政府負擔補助比例，例如公保法第 9 條第 1 項[13]及勞工保險條例第 15 條[14]等[15]規定參照），並避免對於被保險人產生同一保險事故得重複請領給付之不當誘因[16]，其所追求者係正當公共利益，所採取之手段與目的之實現間亦有合理關聯，符合憲法第 23 條比例原則之要求，而與憲法保障財產權之意旨尚無違背。」本席對此釋憲結論，亦敬表贊同。

---

13 公保法第 9 條第 1 項規定：「本保險之保險費，由被保險人自付百分之 35，政府補助百分之 65。但私立學校教職員由政府及學校各補助百分之 32 點 5；政府補助私立學校教職員之保險費，由各級主管教育行政機關分別編列預算核撥之。前項保險費應按月繳付；當月之保險費由各該服務機關（構）學校於當月 15 日前，彙繳承保機關；逾期未繳者，承保機關得俟其繳清後，始予辦理各項給付。其因而致被保險人或受益人蒙受損失時，由服務機關（構）學校負責。」

14 勞工保險條例第 15 條規定：「勞工保險保險費之負擔，依下列規定計算之：一、第 6 條第 1 項第 1 款至第 6 款及第 8 條第 1 項第 1 款至第 3 款規定之被保險人，其普通事故保險費由被保險人負擔百分之 20，投保單位負擔百分之 70，其餘百分之 10，由中央政府補助；職業災害保險費全部由投保單位負擔。二、第 6 條第 1 項第 7 款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之 60，其餘百分之 40，由中央政府補助。三、第 6 條第 1 項第 8 款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之 20，其餘百分之 80，由中央政府補助。四、第 8 條第 1 項第 4 款規定之被保險人，其普通事故保險費及職業災害保險費，由被保險人負擔百分之 80，其餘百分之 20，由中央政府補助。五、第 9 條之 1 規定之被保險人，其保險費由被保險人負擔百分之 80，其餘百分之 20，由中央政府補助。」

15 例如，農民健康保險條例第 12 條規定：「本保險之保險費，由被保險人負擔百分之 30，政府補助百分之 70。政府補助之保險費，在直轄市，由中央主管機關負擔百分之 40，直轄市負擔百分之 30；在縣（市），由中央主管機關負擔百分之 60，縣（市）負擔百分之 10。」

16 例如：生育給付僅能擇一領取，勞工保險條例第 32 條第 3 項規定：「被保險人同時符合相關社會保險生育給付或因軍公教身分請領國家給與之生育補助請領條件者，僅得**擇一請領**。但農民健康保險者，不在此限。」國民年金法第 32 條之 1 第 2 項前段規定：「同一分娩或早產事故同時符合本保險與相關社會保險生育給付或補助條件者，僅得**擇一請領**」及同法第 33 條第 2 項規定：「經診斷為重度以上身心障礙且經評估無工作能力者，如同時符合相關社會保險請領規定，僅得**擇一請領**」。

伍、本解釋為合憲性解釋的宣告

就系爭規定一及二所未規範**特殊情形**所生之釋憲爭議，本解釋參考本院釋字第 242 號解釋的釋憲模式而釋示：「惟關於違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，**立法者就該重複加保情形並未規範**，其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。」解釋理由並敘明：「是公保法第 6 條第 5 項有關『該段年資亦不予採認』之規定部分，應不包括上述非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形。」此種合憲性解釋方法，至為特別。茲分析如下：

一、公保法第 6 條第 5 項有關「該段年資亦不予採認」

系爭規定二明定，原則上，公保**被保險人不得另行參加**勞保等社會保險；如被保險人重複參加其他社會保險期間，發生保險事故，原則上，不予給付；該段年資亦不予採認；其所繳之本保險保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關（構）學校或被保險人之事由所致者，得退還其所繳之保險費。從系爭規定二前後文義可知，系爭規定二係就**通常情形，即公保被保險人重複參加勞保等其他社會保險之情形而言**。是以本解釋理由第 2 段特別言及「**通常情形**之重複加保」。

二、特殊情形：先勞保，後追溯參加公保

至於原為公保被保險人，因受解職（聘）處分，喪失被保險人資格，致遭強制退保之特殊情形，如其解職（聘）處分因違法嗣經撤銷，本解釋理由特別指出：「依法溯及既往失其效力[17]（行政程序法第 118 條本文規定參照），從而獲復職補薪，原據以退保之事由自始不存在，得為被保險人之資格當然回復，應依其申請，准予回復加保，該加保

[17] 關於溯及既往失其效力之解釋先例，如本院釋字第 186 號解釋：「宣告股票無效之除權判決經撤銷後，原股票應回復其效力。但發行公司如已補發新股票，並經善意受讓人依法取得股東權時，原股票之效力，即難回復。其因上述各情形喪失權利而受損害者，得依法請求損害賠償或為不當得利之返還。本院院字第 2811 號解釋，應予補充。」

年資應予採認(公保法第 2 條第 1 項第 2 款[18]及第 6 條第 1 項規定[19]參照)。如其於退保期間業已依法參加其他社會保險，而產生形式上同一期間內併存公保與其他社會保險之**特殊重複加保情形**，然此種重複加保係因有關公權力行為所致，非可歸責於被保險人，究與**通常情形之重複加保**有所不同。」此種**特殊情形**，本解釋特別指出：「立法者就該重複加保情形並**未規範**」，顯見本解釋多數意見承認公保法有漏洞、規範不足至明。

三、法有漏洞、規範不足

系爭規定一及二，法有漏洞、規範不足，此部分是否違憲？本席認為，上開漏未規範之瑕疵，多數意見**採取合憲性解釋，應係基於漏未規範尚非「顯屬立法上之重大瑕疵[20]」之故，而**認為「此時如不予採認重複加保期間之養老給付年資，則就被保險人原得請領公保養老給付之權利勢必造成減損，立法者就該重複加保情形既未另行加以規範，則其重複加保期間之年資即應採認為公保養老給付之年資，**始與憲法保障人民財產權之意旨相符**。是公保法第 6 條第 5 項有關『該段年資亦不予採認』之規定部分，**應不包括上述非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形**。」

---

18 公保法第 2 條第 1 項第 2 款規定：「本保險之保險對象，包括下列人員：……二、公立學校編制內之有給專任教職員。」

19 公保法第 6 條第 1 項規定：「符合第 2 條規定之保險對象，應一律參加本保險……為被保險人；其保險期間應自承保之日起，至退出本保險……前一日止。」所謂「應一律參加本保險」即強制參加，毫無選擇的空間。是以違法解職(聘)處分嗣經撤銷確定，依行政程序法第 118 條規定，該違法解職(聘)處分溯及既往失其效力，當然回復公教人員身分，依上開規定，應一律參加公保，先前如有參加勞保者，勢必造成特殊的重複加保情形。是以本解釋理由乃謂：「此種重複加保係因有關公權力行為所致，非可歸責於被保險人，究與**通常情形之重複加保**有所不同。」

20 如漏未規範，顯屬立法上之重大瑕疵，則可能採部分違憲之宣告。例如，本院釋字第 748 號解釋釋示：「現行婚姻章規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，**顯屬立法上之重大瑕疵**。於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由之意旨有違。」

詳析之，本解釋既已釋示：「重複加保期間之年資即應採認為公保養老給付之年資，**始與憲法保障人民財產權之意旨相符**。」且本解釋亦認為「立法者就該重複加保情形並未規範」，以此推論，就此規範不足之漏洞而言，系爭規定一及二，與**憲法保障人民財產權之意旨**有所違背（違憲宣告[21]）才對。然而本解釋多數意見卻峰迴路轉，改認為，上開漏未規範之情形，尚非屬於立法上之重大瑕疵，並尊重有關機關銓敘部在本爭議解套方面的努力不懈[22]，爰不宣告此規範不足部分違憲，而僅表示「是公保法第 6 條第 5 項有關『該段年資亦不予採認』之規定部分，**應不包括上述非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形**。」是以有關機關應體會大法官的用心良苦，仍應本解釋意旨，檢討修正相關規定，衡酌被保險人是否可能重複領取其他社會保險相類給付，及採取維護被保險人最佳利益方式（考試院及行政院會銜於 106 年 5 月 11 日向立法院提出之公保法修正草案第 11 條規定[23]可資

21 參考本院釋字第 737 號解釋先例：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並**使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求**。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第 101 條第 3 項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』**整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符**……。」之處理方式，即可明白，本解釋應為部分違憲宣告。

22 銓敘部亦認為本件聲請人之特殊情形，確實法有漏洞，努力研議修正公保法，106 年間，考試院會銜行政院共同提出公保法修正草案第 11 條可資參照（引自立法院第 9 屆第 3 會期第 14 次會議議案關係文書，10 頁），嗣因立法院屆期不連續而未完成立法。

23 公保法修正草案第 11 條規定：「（第 1 項）被保險人受免職、解職、休職、撤職或免除職務處分後，因撤銷、廢止或其他事由而溯及既往失效者，得於復職（聘）並補薪時，追溯加保。（第 2 項）前項人員於免職、解聘、休職、撤職或免除職務期間已參加其他職域社會保險者，得比照前條第 5 項及第 6 項規定辦理。」草案第 10 條第 5 項規定：「被保險人於本法中華民國 103 年 6 月 1 日修正生效後，依規定得另受僱於固定雇主，擔任具有固定工作及薪給且屬其他職域社會保險應加保對象之職務者（以下簡稱依規定得重複加保

參照），規範上開法無明文特殊的追溯加保情形，俾符憲法實施社會保險制度及憲法保障財產權之意旨。

陸、本解釋有關個案救濟之諭知

依本院釋字第 185 號解釋釋示：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。」由於本解釋採合憲性解釋，而未作部分違憲之宣告，致本件聲請人可能無從救濟，是以本解釋特別依司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項規定，並參照本院釋字第 795 號[24]及第 800 號[25]解釋先例，在本解釋文諭知：「於本解釋公布後，有關機關就本件聲請人追溯加保之申請，應依本解釋意旨辦理」要求有關機關應依本解釋意旨，准許聲請人追溯加保之申請，聲請人不必再依冗長的再審程序尋求救濟。

柒、結論

依法行政原則，是法治國重要基本原則，對公教人員解聘的行政處分，自應嚴格遵守。如解聘處分不合法，經行政法院依法撤銷確定，依行政程序法第 118 條規定，該違法行政處分溯及既往失其效力，自應回復公教人員的身分，以及依此相應之公保被保險人身分，此乃公教人員在行政機關應依法行政原則行使公權力所應有的保障！

本釋憲爭點，屬於「系爭規定，於一般通常情形，合憲；遇有特

者），自參加其他職域社會保險之日起 60 日內，得選擇溯自參加其他職域社會保險之日起退保；一經選定後，不得變更。逾期未選擇者或選擇不退保者，其重複加保期間如發生保險事故，除本法另有規定外，不予給付；該段年資亦不予採認。」第 6 項規定：「前項人員之重複加保年資得併計成就請領本保險養老給付之條件，並依第 18 條第二項規定計給養老給付。」

24 本院釋字第 795 號解釋釋示：「本件聲請人於本院釋字第 742 號解釋公布之日起 30 日內所提再審之訴，視為已於法定得提起訴願之期間內向訴願管轄機關提起訴願。本院釋字第 742 號解釋應予補充。」

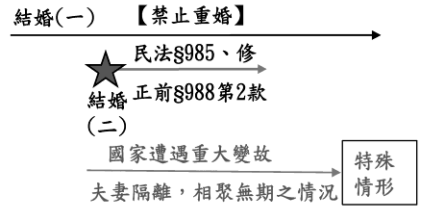
25 本院釋字第 800 號解釋釋示：「本案聲請人得自本解釋公布之日起 30 日內，就臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1850 號確定判決提起再審之訴，不受上開行政訴訟法所定 5 年再審最長期間之限制。」

殊情形，系爭規定呈現漏洞、規範不足，此部分是否違憲，視其未規範是否屬於立法上重大瑕疵而異其處理模式」釋憲模式。本解釋參考本院釋字第 242 號及第 362 號解釋先例而釋示，系爭規定一及二，**於一般通常情形下**，符合憲法第 23 條比例原則之要求，與憲法保障人民財產權之意旨均尚無違背。惟**於特殊情形**，關於違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，**惟尚非顯屬於立法上重大瑕疵**，則其重複加保期間之年資即應採認為公保養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符，應可贊同。

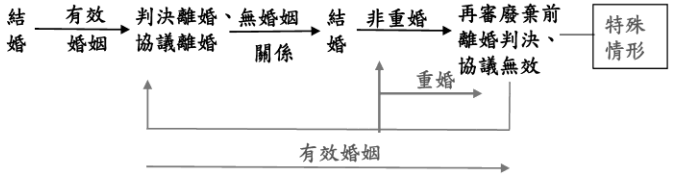
附表一:釋憲模式:一般通常情形，合憲；特殊情形，違憲或合憲性解釋

一、民法禁止重婚

①案例一(釋字242號解釋)

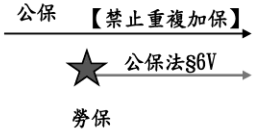


②案例二(釋字第362、552號解釋)

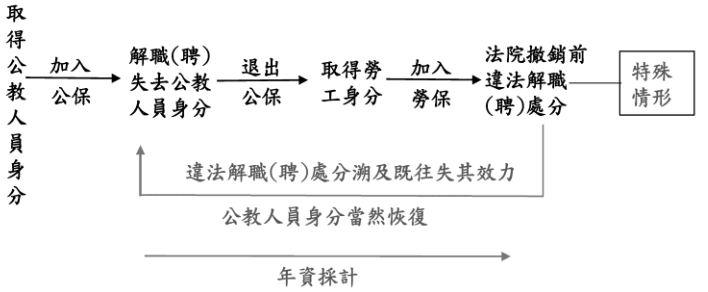


二、王敏案(禁止重複加保)

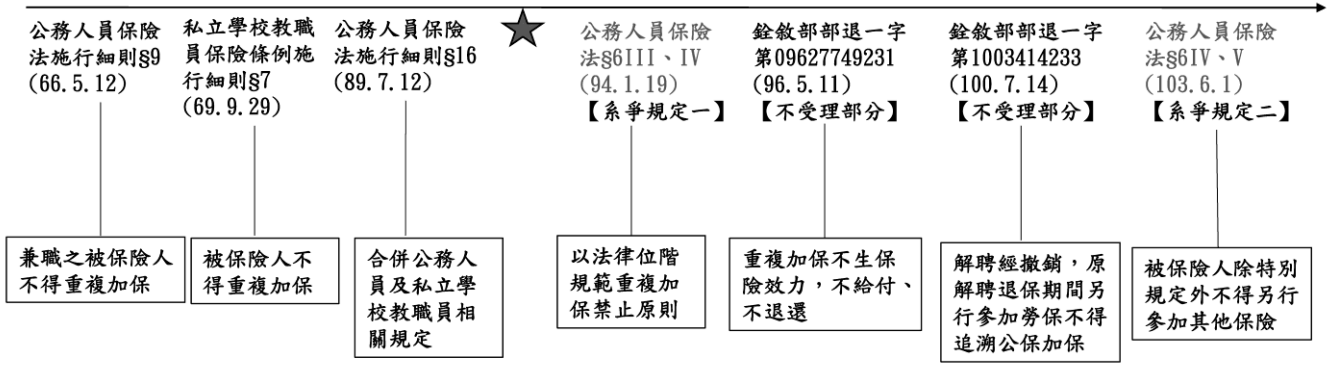
①案例一



②案例二(釋字第811號解釋)



附表二:公保法禁止重複加保原則的立法沿革



部分不同意見書　　楊惠欽大法官　提出

本號解釋第一段前段即關於認中華民國 94 年 1 月 19 日修正公布之公教人員保險法（下稱公保法）第 6 條第 3 項、第 4 項規定及 103 年 6 月 1 日修正施行之同法第 6 條第 4 項、第 5 項規定，均係揭示社會保險禁止重複加保原則，符合憲法第 23 條比例原則之要求部分，本席敬表贊同。惟就本號解釋第一段後段即「關於違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。」及第二段「於本解釋公布後，有關機關就本件聲請人追溯加保之申請，應依本解釋意旨辦理。」中關於採計年資所累計之養老給付金額部分，本席尚難同意，爰提出部分不同意見書。

一、本號解釋標的之思考

依憲法第 155 條前段：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度。」之規定，國家應實施社會保險，而公教人員保險（下稱公保）係國家就公教人員（下併稱公務員）職域所為之社會保險，原則上符合法定加保資格者均應強制納保，是其等依法參加公保之公法上權利，應受憲法保障。

本號解釋爭執所在之事實，係公務員於解職後（原參加之公保已因而退保）另行加入勞工保險（下稱勞保），嗣該解職處分因遭撤銷而復職，則就該已參加勞保期間，可否於復職後再請求溯及加入公保？而依此原因事實及本號解釋所聚焦之公保養老給付，其所涉及者主要是 103 年 6 月 1 日修正施行之公保法第 6 條第 1 項、第 4 項、第 5 項及第 7 項規定，爰先將此等規定臚列如下，以利說明。

（1）第 6 條第 1 項：「符合第 2 條規定之保險對象，應一律參加本保險（以下簡稱加保）為被保險人；其保險期間應自承保之日起，至退出本保險（以下簡稱退保）前一日止。」

（2）第 6 條第 4 項：「被保險人不得另行參加勞工保險、軍人保

險、農民健康保險（以下簡稱其他職域社會保險）或國民年金保險。但本法另有規定者，不在此限。」

（3）第 6 條第 5 項：「被保險人重複參加其他職域社會保險或國民年金保險（以下簡稱重複加保）期間，發生第 3 條所列保險事故（以下簡稱保險事故），除本法另有規定外，不予給付；該段年資亦不予採認；其所繳之本保險保險費，概不退還。但非可歸責於服務機關（構）學校或被保險人之事由所致者，得退還其所繳之保險費。」

（4）第 6 條第 7 項：「第 5 項人員之重複加保年資得併計成就請領本保險養老給付之條件。但不予給付。」

查違法行政處分經撤銷者，依行政程序法第 118 條規定，除另定失效日期外，係溯及既往失其效力，是原為公保被保險人，因受解職處分，喪失被保險人資格，致遭強制退保者，如其解職處分因違法嗣遭撤銷，並依法溯及既往失其效力而獲復職，則此等公務員原遭退保之公保，自因原退保事由之自始不存在，依上述公保法第 6 條第 1 項規定，其公保之被保險人資格自因而當然回復，而如多數意見所稱「應依其申請，准予追溯加保」（解釋理由書第 8 段）。從而形成該公務員係自始（即解職前之投保時）即加入公保，並因該公務員於遭解職期間係曾加入勞保，而有於解職期間加入公保並加入勞保之重複加保情事。

關於公保與其他社會保險之重複加保，公保法係於第 6 條第 4 項為原則禁止之規範，至於原則禁止之效果，則是於同條第 5 項為原則性規定，即該段期間所生保險事故不予給付、該段年資不予採認及該段期間所繳之公保保險費不予退還；並就本號解釋所聚焦之公保養老給付部分，於同條第 7 項為「重複加保年資得併計成就請領本保險養老給付之條件。但不予給付。」之例外規範。換言之，公務員（即公保被保險人）於有重複參加勞保等之重複加保情事，關於公保養老給付部分之效果，係於公保法第 6 條第 7 項另予明文規範，而此觀該條關於「八、考量被保險人於重複加保期間確已繳納保險費，爰於第 7

項規定重複加保之年資得採計成就請領養老年金給付年資條件，……且重複加保期間年資不予給付。」之立法理由益明。是本席認本號解釋關於「違法解職（聘）處分嗣經撤銷之復職（聘）者，申請辦理追溯加保，其重複加保期間之年資是否應採認為公保養老給付之年資？」之爭點，公保法既已於第 6 條第 7 項予以規定，其即非「並未規範」(解釋文第 1 段)，至本號解釋多數意見以解釋文第 1 段後段「其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。」等語，所欲表明重複加保期間之年資，不僅是得採計成就請領養老給付之年資條件，尚應併計其養老給付之金額一節，亦屬公保法第 6 條第 7 項規定是否合憲之問題，即縱如多數意見於本號解釋所為之合憲解釋（合憲性限縮），其解釋標的亦應為公保法第 6 條第 7 項規定。是本號解釋多數意見以「公保法第 6 條第 5 項有關『該段年資亦不予採認』之規定」(解釋理由書第 7 段及第 8 段參照)，作為合憲解釋之解釋標的，本席尚難贊同。

二、重複加保年資未併計養老給付金額，是否當然違憲？

「憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。國家則對公務人員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務」(本院釋字第 658 號解釋參照)，另「憲法第 83 條暨憲法增修條文第 6 條設置國家機關掌理公務人員退休法制之事項，亦旨在立法保障公務人員退休後之生活」，而「……公教人員保險法中關於『養老給付』之規定等，係國家為履行憲法保障公務人員之退休生活而設……」(本院釋字第 596 號解釋參照)。至以憲法第 155 條、憲法增修條文第 10 條第 5 項前段作為憲法依據之我國社會保險制度，則均屬基本國策之規定，雖關於社會保險基本國策條款之效力，論者間有諸多未盡相同之見解，惟無論如何，立法者所進行之社會保險立法，皆應符合社會保險之本旨、目的與基本原則。

公保之養老給付既須具備一定之保險年資，始該當請領要件（公

保法第 16 條參照），而公保法之「養老給付」又係國家為履行憲法保障公務員之退休生活而設，是基於國家對公務員之照顧義務，於公務員因任職（含依法復職）而應依法參加公保之保險年資，因涉及公務員依法是否符合請領公保養老給付之條件，原則上自應予以計入成就請領公保養老給付之條件，始符前述之憲法上要求。是本號解釋關於「重複加保期間之年資是否應採認為公保養老給付年資」之爭執，本席認應作為其解釋標的之公保法第 6 條第 7 項本文規定：「第 5 項人員之重複加保年資得併計成就請領本保險養老給付之條件。」部分之合憲性，自應予以肯認。從而立法者以公保法第 6 條第 7 項所規定重複加保者關於養老給付之法效，與本號解釋多數意見之差異，核僅係該重複加保之年資是否尚應併計其養老給付金額部分。而此差異，所涉及者應係公保法第 6 條第 7 項但書之「但不予給付」（即重複加保年資不併計養老給付金額）。換言之，就本號解釋言，本席認其審查所應聚焦者應係公保法第 6 條第 7 項但書規定是否合憲之問題。

查公保法第 6 條第 7 項規定，本係同條以第 5 項就第 4 項之禁止重複加保規定為原則之效果規定外，另就養老給付部分之效果所為之例外規定。雖本項（第 7 項）但書之「不予給付」規定之目的，立法理由未予明言，然基於如上述第 7 項本文係屬第 5 項之例外，而第 7 項但書又屬同項本文之例外規定之立法體例，本席認公保法第 6 條第 7 項但書規定，應係基於禁止重複加保原則之考量而為。而社會保險因所耗費之社會資源龐大，是為避免社會資源重複配置及政府重複補貼，公保法乃於第 6 條第 5 項明文揭示禁止重複加保，而此亦經該條項立法理由揭示甚明，並此禁止重複加保原則之合憲性，復經本號解釋予以肯認在案（本號解釋理由書第 6 段參照）。又依公保法第 9 條第 1 項規定，公保之保險費，被保險人係自付百分之三十五，政府補助百分之六十五，在各類社會保險之政府分攤比例上，雖非最高者，但亦屬偏高[1]，則再徵諸此段年資之社會保險重複性，為避免社會資

[1] 政府分攤比例，分別規定於勞工保險條例第 15 條、公教人員保險法第 9 條、

源重複配置及政府重複補貼之公共利益，而對依法復職者，雖應於老年給付採認重複加保之年資，但不予給付回復採認年資所累計之養老給付金額，即僅併計成就請領養老給付之條件，使其不致無法成就養老給付之條件，尚難謂有失衡平而有違憲之處。

至縱如本號解釋多數意見所稱，本號解釋爭點之被保險人，其重複加保係「公權力行為所致，非可歸責於被保險人」（解釋理由書第 8 段參照），即認此等情形係與通常重複加保之情形有別。然此等被保險人於因公權力行為而得申請回復公保前，既確有另參加其他社會保險情事，尤其在被保險人重複參加之其他社會保險未明文禁止重複加保者，更是形成前述禁止重複加保原則所為避免之社會資源重複配置及政府重複補貼之情形，而違反禁止重複加保原則。況縱認只容許該段重複加保年資僅成就請領公保養老給付之條件，但「不予給付」尚有失衡平，然因個案另參加之其他社會保險及參加後之具體情事均不一而足，則就此等重複加保年資所涉之公保養老給付金額，亦應為合憲性限縮解釋，並令立法者就此等情事另為立法（例如：應如何核計養老給付之金額，甚或給予被保險人是否回復公保年資之選擇權等），亦不宜如多數意見所稱之「即應採認為公保養老給付之年資」，即認此段年資應併計養老給付金額。是本號解釋多數意見未進一步說明理由，即就因復職而依法應准回復加保之年資，逕謂亦應採認為公保養老給付之年資並令有關機關據以辦理部分，本席尚難以同意。

農民健康保險條例第 12 條及國民年金法第 12 條。其中政府分攤比例最高者為國民年金保險之低收入戶，其保費由政府全額補助，另一般受僱者之勞保保費，政府則補助百分之十。

不同意見書　　黃虹霞大法官　提出

本席以為：整體公平正義應該是大法官決定受理或不受理釋憲聲請案，暨作成合憲、違憲解釋時，應該時時刻刻擺在心頭上的，更應以之為判斷前提準繩！

一、絕大多數大法官認為本件聲請案有受理價值，本席則基於下列理由認為應不受理：

（一）本件原因事實，顯示：就整體公平正義而言，本件釋憲聲請人並無憲法上所保障之基本權受侵害，故其聲請不符司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，應不受理：

1、 聲請人為某國立高中輔導老師，被指因隱匿該校男老師 90 餘年間多次性侵害該校女學生案件、洩露調查訊息予被調查老師，並 100 年 4 月 12 日在媒體揭露相關訊息等，致遭學校教評會於 102 年 3 月 28 日，以聲請人將職務得知及輔導教師專業倫理應保密之內容洩露於新聞媒體，造成被害學生二度傷害為由，依當時有效之 101 年 1 月 4 日修正公布教師法第 14 條第 1 項第 7 款所定行為不檢有損師道經有關機關查證屬實之規定，決議解聘，並經學校依規定報教育部國教署核准後，以 102 年 5 月 10 日函通知聲請人解聘（下稱第一次解聘處分）。

2、 聲請人不服第一次解聘處分，提起訴願，因聲請人解聘案係屬教育部職掌事項，教育部國教署乃撤銷其前核准，並由教育部另以 102 年 9 月 24 日函再核准學校教評會之解聘決議，學校則以次日即 102 年 9 月 25 日函再通知聲請人解聘（下稱第二次解聘處分），並強制聲請人退出公保，自 102 年 10 月 2 日起生效。

3、 聲請人再不服第二次解聘處分，提起行政救濟。經臺北高等行政法院判決，以教師法第 14 條規定已於學校教評會作成決議解聘聲請人後之 102 年 7 月 10 日，修正原第 1 項第 7 款規定，並移

列為第 11 款規定：「行為違反相關法令，經有關機關查證屬實」等，公布在案，學校應適用 102 年 7 月 10 日修正後教師法第 14 條第 1 項第 11 款等規定，另經教評會決議始屬適法，而學校仍以修正前同條項第 7 款規定為據解聘聲請人，為違法，故撤銷第二次解聘處分。復經最高行政法院駁回學校之上訴確定。

4、 學校遂依最高行政法院確定判決意旨，先准聲請人復職並補發復職日前第一、二次退聘期間之全薪，隨即再以同一事實依教師法第 14 條第 1 項第 11 款規定解聘聲請人，並自 104 年 5 月 13 日起生效（下稱第三次解聘處分），並該解聘處分確定。

5、 就上述 102 年 10 月 2 日起至 104 年 5 月 12 日公保退保期間，扣除聲請人加入勞工保險期間（如本院整理共 420 日），餘公保主管機關准聲請人追溯參加公保；合計自聲請人加入公保之日至 104 年 5 月 13 日聲請人因第三次解聘處分確定，即於 104 年 5 月 12 日退出公保日止，共 27 年 9 月 12 日，扣除上述聲請人加入勞保期間即重複加入社會保險之期間後，餘公保年資為 26 年 6 月 29 日，公保主管機關爰認聲請人得請領公保養老給付之年資為 26 年 6 月 29 日。聲請人則主張其加入勞保期間亦應併計入公保養老給付年資，即公保主管機關應再補付其養老給付數萬元（依本院估算為 6 萬餘元）。此即為本件聲請人所謂其財產權受侵害之金額。

6、 姑不論聲請人失職行為始自 90 餘年間，100 年間即已對媒體洩密等，學校依教師法第 14 條規定早可以解聘聲請人，而延至 102 年才處理外，學校也得依同法第 22 條等規定停聘聲請人且停聘期間不必付薪，但學校亦未此之為，是聲請人已然得相當利益。另單以本院調查所得聲請人月俸額 48,415 元計，單就上開 102 年 10 月 2 日起至 104 年 5 月 12 日止聲請人全未服教職期間，聲請人至少亦已受薪資 936,000 元之全額給付利益。此外，此段期間中，因聲請人從事私人企業工作之薪資收入金額（未經調取聲

請人之所得資料，故不明），僅以勞保期間共 420 日（約 14 月）及 103 年月基本工資 19,237 元計算，至少 27 萬元，也未依民法第 487 條規定（最高法院 110 年度台上字第 26 號民事判決等參照）或其意旨，被自上述補薪中扣除。是聲請人除了受有上述未被即時解職、停職及未服教職領全薪之利益外，已然併受有超過上述其所謂受侵害之 6 萬餘元損害之數倍之勞動薪資利益！聲請人根本未受財產上損害，其聲請自不符大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，本件聲請已應不受理。

7、 又人民財產權是否受侵害，應從整體公平正義之角度思考，不能割裂，而僅由釋憲聲請人之角度及單一法律規定觀察。本件原因事實已顯示：（1）聲請人至遲於 100 年間確已有應被解聘之實體事由，期間或因學校、教育部等處理因素延至 102 年間始為解聘處分，復因解聘簽報程序中，恰逢教師法第 14 條規定修正及移列系爭解聘事由之款次等（由第 7 款移列至第 11 款），行政法院認應另依修正後規定解聘等程序事項，導致解聘延至 104 年才確定，並因此使聲請人多獲近百萬元（未執行教職）及公保養老給付年資得延長之利益，則相較於其他在教職上兢兢業業辛苦工作者，使聲請人得受有利解釋，符合整體公平正義嗎？（2）國家財源主要來自稅收，聲請人第一、二次解聘期間得領全薪且不必扣除已領勞務所得，增加國家支出，從納稅人角度言，適當合理嗎？為什麼公教人員與勞工在民法第 487 條適用上竟（應）有差異？（3）公保基金係為全體加保人利益而存在，其給付應公平，不得偏惠任何成員。如多給付養老給付予聲請人，對其他參與人已然不公平；另以聲請人確有可歸責之實體解聘事由，與被冤枉起訴經停職（聘）後無罪復職（聘）者相較，聲請人明顯較不值得保護，而被冤枉停職者停職期間如果退出公保，其公保年資無法回復，即不計入養老給付年資；另依公教人員保險法（下稱公保法）第 6 條第 5 項合法重複加保之情形，依第 7 項規定，以聲

請人已成就養老給付門檻之情形，系爭公保年資亦不予養老給付。是如許聲請人本件聲請，明顯與整體公平正義有違。

8、 以上都還沒有包含受害學生的苦，她們的權益……這筆帳該怎麼算？唉！但無論怎麼算，有可歸責之人都不應該反而得利，才合事理、公平正義！這是本席堅守、不能退讓的標準。

（二）本件沒有作成解釋之價值：

1、 社會保險重複加保禁止原則符合比例原則，無違憲法保障財產權之意旨，為本件解釋所當然肯認，此部分固值贊同，但此原則本不待公保法明文規定，本件解釋也不認為公保法未有此一原則之明文規定，即存有違反法律保留或其他違憲問題。是肯認社會保險重複加保禁止原則不能認為係必須作成本件解釋之必要價值（如不受理，也是消極肯認此一原則）。

2、 法律縱使有漏洞，憲法解釋即使可以是填補方法之一，但是填補責任必應在大法官嗎？本件聲請到底存在什麼憲法重大價值（依本件解釋，也只是涉及有實體應解聘事由者之數萬元，應適用寬鬆審查原則之財產權爭議，不可能違反憲法第 23 條比例原則）？又系爭規定存有什麼漏洞，且需賴大法官填補呢？憲法解釋應何其慎重！姑不論本件第二次解聘處分應否撤銷，見仁見智，退而言之，在(1)本件解釋也肯認社會保險重複加保禁止原則下，(2)在公保法第 6 條第 5 項及第 7 項已有重複加保者養老給付年資應如何計算之規定下，就本件第二次解聘期間之重複加入勞保期間應不計其應給付之養老給付年資，不是適用或類推適用之法律解釋所應然嗎？何需本件解釋！

3、 本件解釋既肯定公保法第 6 條相關項次規定合憲，又認本件爭議涉及重複加保，且就此「特殊」情形，係以重複加保年資是否應採認為公保養老給付之年資屬立法形成自由為前提（解釋理由書第 4 段稱「立法者對於社會保險制度之建構，本享有較大之自由形成空間」及第 8 段稱「立法者就該重複加保情形既未另行加以

規範」。然第 8 段所為未規範之認定，如前 2、所述，容有未當），則本件亦不符為解決多數爭議目的而必須作成具通案效力憲法解釋之受理要件，本件解釋充其量係為聲請個案而為，而個案充其量是僅涉及 6 萬餘元之財產權爭議，怎能謂具憲法價值？

二、本件確定終局裁判之結論正確，本席支持之。本席反對聲請人得為再審聲請，且聲請人即使提起再審，依本件解釋全文意旨，其不必然符合再審要件，因為本件解釋之理由第 7 段及第 8 段，均係以「非可歸責於被保險人之事由所致特殊情形」為條件、前提，而本件聲請人就被解聘乙事，自始即存有實體可歸責之事由，就是否重複加入勞保更係出於聲請人之自主選擇，且已然因其選擇而得利。

三、民法固然是私法，規範私法關係，但是民法也是最普通、最基本的法律，其規定常是當然事理之具體呈現，原是不待任何法律明文規定的自然道理！與本件相關之民法第 487 條規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受僱人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」本席以為即其適例，應不待另於公法上明文規定，即當然亦應適用於公法僱聘用關係中停職、撤職、停聘、解聘之情形。本件原因事實中，國家對本件聲請人至少應先扣減聲請人之其他勞務所得後，僅補其差額，而非支付全薪予聲請人。即就此而言，是否具公教身分，應無差別！請有關機關善盡為全民守護財政、減省不應支出之支出責任！如果有與此不合而需要修改之公教人員法律，請即修法！

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八一二號解釋

【強制工作案】

發文日期：中華民國110年12月10日

發文字號：院台大二字第1100034999號

解　釋　文

中華民國 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法 1
第 90 條第 1 項及第 2 項前段規定：「（第 1 項）有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。（第 2 項前段）前項之處分期間為 3 年。」95 年 5 月 30 日修正公布並自同年 7 月 1 日施行之竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項規定：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。」同條例第 5 條第 1 項前段規定：「依本條例宣告之強制工作處分，其執行以 3 年為期。」就受處分人之人身自由所為限制，均違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。

106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規 2
定：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。」（嗣 107 年 1 月 3 日修正公布第 3 條，但本項並未修正）就受處分人之人身自由所為限制，違反憲法比例原則及憲法明顯區隔原則之要求，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

24 年 1 月 1 日制定公布並自同年 7 月 1 日施行之刑法第 90 條第 3
1 項規定：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。」81 年 7 月 29 日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項規定：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪防制條

例第 3 條第 3 項規定：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年。」就受處分人之人身自由所為限制，均違反憲法第 23 條比例原則，另前開組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定亦違反憲法明顯區隔原則之要求，均與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。本院釋字第 528 號解釋於相關範圍內應予變更。

自本解釋公布之日起，確定終局裁判所宣告之強制工作，尚未執行或執行未完畢者，應免予執行；受處分人應另執行徒刑者，自本解釋公布之日起至檢察官指揮執行徒刑之日止，其在原勞動場所等候執行徒刑之期間，應算入執行徒刑之期間。 4

解釋理由書

聲請人最高法院刑事第一庭（下稱聲請人一）審理同院 107 年度台上字第 2237 號組織犯罪防制條例（下稱組織犯罪條例）等案件，認判決所應適用之組織犯罪條例第 3 條第 3 項關於參與犯罪組織者，不分情節輕重，一律應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作 3 年部分之規定，違反憲法第 8 條正當法律程序及第 23 條比例原則。又拘束人身自由之保安處分應使審判機關有衡酌個案情節而決定宣告與否及其內容之空間，以符合實質正當法律程序及實現公平法院之理念，以及維持刑罰與保安處分之均衡原則。且司法院釋字第 528 號解釋因組織犯罪條例之修正而有變更之必要，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。 1

聲請人臺灣臺東地方法院刑事第三庭（下稱聲請人二）審理同院 107 年度訴字第 31 號、第 63 號及第 157 號違反組織犯罪條例等案件，認判決所應適用之組織犯罪條例第 3 條第 3 項關於參與組織犯罪者，不分情節輕重，一律應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作 3 年部分之規定，未賦予法官個案裁量權，有涵蓋過寬過廣之疑慮，可能造成個案輕重失衡，違反憲法第 8 條正當法律程序及第 23 條比例原則，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。 2

聲請人臺灣南投地方法院刑事第四庭（下稱聲請人三）審理同院 3
107 年度金訴字第 10 號洗錢防制法等案件，認判決所應適用之組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定，不問情節輕重、有無預防及矯治之必要，一律宣告強制工作 3 年，司法院釋字第 528 號解釋對此雖曾為合憲之宣告，但其後組織犯罪條例修正後，「刑後強制工作」修正為「刑前強制工作」，且犯罪組織之定義範圍擴大，釋字第 528 號解釋之合憲性基礎實非無疑，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。

聲請人臺灣臺中地方法院刑事第五庭功股法官（下稱聲請人四） 4
審理同院 109 年度易字第 318 號、109 年度簡字第 169 號及 108 年度金訴字第 269 號組織犯罪條例等案件，認判決所應適用之刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段、竊盜犯贓物犯保安處分條例（下稱盜贓條例）第 3 條第 1 項及第 5 條第 1 項，以及組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定，對特定犯罪者於徒刑之外，另施以強制工作，具有強烈自由刑色彩，限制人民受憲法第 8 條所保障之人身自由，在刑之執行外，再處以強制工作之保安處分，顯屬雙重評價，違反憲法第 8 條正當法律程序及第 23 條比例原則，司法院釋字第 471 號及第 528 號解釋亦應予變更，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。另外就其所審理之 109 年度易字第 1917 號竊盜案件，就判決所應適用之刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段、盜贓條例第 3 條第 1 項及第 5 條第 1 項規定，亦以相同理由裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。

聲請人一至四聲請案，核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 5
590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，爰予受理，各聲請案所審理案件及受理釋憲標的如附表一。

聲請人柯賜海（下稱聲請人五）因詐欺案件，認如附表二所示確 6
定終局判決所適用之刑法第 90 條規定違憲，其理由略以：「拒絕工作」屬憲法保障人民之權利，國家不能以法律規定強制人民工作，且於刑法廢除連續犯之處罰後，無須再考慮以強制工作規定補充刑罰不足，故強制工作制度已無繼續存在之合理性與正當性，是該規定違反憲法

第 8 條及第 23 條等規定。聲請人范鴻洋（下稱聲請人六）因詐欺案件、聲請人王隆笙（下稱聲請人七）因詐欺案件、聲請人周志霖（下稱聲請人八）因搶奪等案件、聲請人陳必福（下稱聲請人九）因加重詐欺等案件、聲請人陳信志（下稱聲請人十）因加重詐欺等案件，認如附表二所示確定終局判決所適用之刑法第 90 條規定違憲。其理由略以：確定終局判決就同一犯罪事實判處有期徒刑外，另依該規定宣告強制工作 3 年，且刑法第 98 條第 2 項雖規定強制工作處分執行完畢或一部執行免除後，得免其刑之全部或一部執行，然實際上鮮少許可免其刑之全部或一部執行，致該規定形同具文；二者之累進處遇亦無法接續，且不予免除強制工作又不得提起救濟，均有牴觸憲法第 23 條比例原則及一罪不二罰原則之疑義。

聲請人黃新堯、黃教賢、呂印子、于立、許家銘、郭威志、彭雲明、陳清文、郭宗禮、顏一忠、呂佳昌、謝育瑩、詹益瑋、林國文、李文義、周英豪、王子建、吳政南及史龍輝（下依序稱聲請人十一至二十九）認如附表三所示確定終局判決所適用之盜贓條例第 3 條第 1 項或第 5 條第 1 項規定違憲。其理由略以：於連續犯規定廢止後，刑法已採一罪一罰，確定終局判決就同一犯罪事實判處徒刑並宣告強制工作 3 年，而徒刑執行期間亦可參加各項技能訓練，且強制工作之執行方式與受刑人之執行方式並無不同。又強制工作並不能折抵刑期，亦不能與徒刑累進處遇接續，故於徒刑之外再加強制工作，違反一行為不二罰原則，過度侵害人身自由，牴觸憲法平等原則與比例原則，且對於駁回聲請強制工作之停止繼續執行及免除刑之執行，未賦予救濟途徑，違反正當法律程序原則等。聲請人二十五另就刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段規定為聲請。 7

聲請人黃書庭、王思漢、湯盛如、彭弘亮、蔡嘉偉、詹靜雯及蘇冠彰（下依序稱聲請人三十至三十六）均因違反組織犯罪條例等案件，認如附表四所示確定終局判決所適用之組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定違憲。其主張略以：該規定不論犯罪情節如何，未審酌行為人 8

有無預防矯治其社會危險性之需要，一律付強制工作 3 年，係以剝奪受處分人之人身自由為內容，又未能折抵刑期，所受處分無異重複執行徒刑，處罰超過其行為之不法內涵，而違反比例原則等。且現行徒刑之執行，一般監獄已設有技能訓練等內容，與強制工作之功能並無二致。又刑罰功能之不足，不應以令少數人從事強制工作予以彌補。

聲請人五至三十六之聲請案，核均與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。上開聲請案之確定終局判決及受理釋憲之標的分別如附表二至四，釋憲標的之內容如附表五。 9

以上 36 位聲請人提出共 39 件聲請案，所聲請解釋如附表五所示之釋憲標的，均涉及對犯罪者施以強制工作之釋憲爭議，有其共通性，爰併案審理。本院公告言詞辯論事宜後，依大審法第 13 條第 1 項規定通知聲請人一至八、十一至二十七、三十至三十五，關係機關法務部及司法院（刑事廳）指派代表及代理人於 110 年 10 月 12 日行言詞辯論（聲請人九、十、二十八、二十九及三十六因係於公告言詞辯論期日後始聲請解釋，故未通知其參與言詞辯論），另邀請鑑定人及法庭之友監察院國家人權委員會到庭陳述意見。又言詞辯論終結後，聲請人郭宗禮等人於同年 10 月 21 日由訴訟代理人具狀聲請再開言詞辯論，經大法官審酌審理過程所得資料，已足供判斷，認無再開言詞辯論之必要，合先敘明。 10

聲請人及關係機關於言詞辯論期日之陳述要旨如下： 11

聲請人二於言詞辯論主張略以：組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定，不分情節輕重，應一律施以強制工作 3 年，此部分已經使個案承審法官之裁量收縮至零而可能產生輕重失衡、違反比例原則之問題，且本件應採最嚴格之審查標準。 12

聲請人五、六等或其代理人於言詞辯論主張略以：強制工作違反比例原則，首從適合性之觀點，犯罪之習慣成因多端複雜，期望用強制工作此單一手段，亦即在受處分期間給予受處分人技能訓練，來解 13

決犯罪習慣之問題，實際成效不足，重點可能是在如何使受監禁人在釋放後能尋得工作位置。另強制工作並非最小侵害手段，仍有其他包括職業訓練與媒合等就業服務、保護管束或社區處遇等不與世隔絕之培養工作能力方式，均係對於矯正受處分人同等有效而侵害更小之手段。又從損益權衡之角度來觀察，一律宣告強制工作 3 年，可能導致刑期較短之犯罪者必須接受更長期間之強制工作，於個案中可能產生輕重失衡結果。另亦主張強制工作與刑罰間，就目的、功能、制度規範或實際執行層面，均無明顯區隔。又主張強制工作違反人性尊嚴、一罪不二罰原則，如附表五所示之系爭規定一至四違反法律明確性原則等。

關係機關法務部主張略以：部分聲請人誤解強制工作之實務運作 14
情形。實際上強制工作係國家對於特定犯罪者之良法美意，技訓班係為強制工作受處分人所開設，如有多餘名額始讓受刑人一起參與學習，不能因為受處分人與受刑人參加相同之技訓課程即認為強制工作違反明顯區隔原則。從實證數據觀之，強制工作確能達到降低再犯率之效果，符合比例原則。就執行之區隔而言，目前尚在逐步改進中，但此缺陷並不因此使強制工作整套制度違憲。

關係機關司法院（刑事廳）主張略以：強制工作之宣告、免予繼 15
續執行及免刑之執行，均有救濟程序之保障，尚無不完足之處。

本院斟酌釋憲聲請書、全辯論意旨、鑑定意見書、法庭之友意見 16
及大法官於 110 年 10 月 29 日至法務部矯正署泰源技能訓練所實地履勘等，作成本解釋，理由如下：

一、審查原則 17

（一）對人身自由之限制，應符合憲法比例原則之要求 18

憲法第 8 條所定人民之人身自由，乃行使憲法所保障其他自由權 19
利之前提，應享有充分之保障。依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體於特定處所，而涉及限制其人身自由者，不問是否涉及刑事處罰，均須以法律規定，並符合憲法第 23 條比例原則之要求。至於對人身自

由之限制是否牴觸憲法，則應按其實際限制之方式、目的、程度與所造成之影響，定相應之審查標準（本院釋字第 384 號、第 690 號、第 708 號、第 710 號及第 799 號解釋參照）。

如附表五所示之系爭規定一至七所規定之強制工作，雖非刑罰， 20
並有刑前、刑後強制工作之分，然均係以剝奪受處分人之人身自由為其內容，在性質上，帶有濃厚自由刑之色彩（94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 1 條立法理由參照），且於法務部設置之勞動場所內執行（保安處分執行法第 2 條及第 52 條規定參照），受處分人與社會隔離，其所受之處遇與受刑人幾無二致（保安處分執行法第 15 條第 1 項、第 21 條、第 52 條至第 63 條規定參照），已對受處分人之人身自由造成重大限制。是其是否違反比例原則，應採嚴格標準予以審查（本院釋字第 799 號解釋參照），其目的應係追求特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，且屬對受處分人權利侵害最小者，所犧牲之私益與所追求之公益間，應具相稱性。

（二）拘束人身自由之保安處分之規範及其執行，應符合憲法明顯區 21
隔原則

我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，立法者針對具有 22
社會危險性之犯罪行為人，除就其犯罪行為依法處以刑罰外，另就其反社會人格或危險性格，施以各種保安處分，以期改善、矯治其偏差性格，維護社會大眾之安全。換言之，保安處分並非針對犯罪行為人過去之犯罪行為所科處之刑罰，而是針對犯罪行為人之危險性，為預防其未來犯罪，危害社會大眾安全，所實施之矯治性措施，其與刑罰之憲法上依據及限制有本質性差異。從而，保安處分，尤其是拘束人身自由之保安處分，其制度之具體形成，包括規範設計及其實際執行，整體觀察，須與刑罰有明顯區隔，始為憲法所許（本院釋字第 799 號解釋參照）。

強制工作係屬拘束人身自由之保安處分，立法者如針對具有社會 23
危險性之犯罪行為人，除刑罰之制裁外，另施以強制工作，以期改善、

矯治其偏差性格，並維護社會大眾之安全，有關強制工作之規範與其執行，即須與刑罰及其執行明顯有別，以符合憲法明顯區隔原則之要求。

二、刑法第 90 條所定強制工作部分 24

（一）94 年修正公布之刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段所定刑前強制工作，就受處分人之人身自由所為限制，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符 25

94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法（下稱 94 年修正公布之刑法）第 90 條第 1 項及第 2 項前段，即系爭規定一明定：「（第 1 項）有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。（第 2 項前段）前項之處分期間為 3 年。」係以「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者」為令入勞動場所施以強制工作處分之對象，處分期間一律為 3 年，並於刑之執行前為之。考其目的，應在於以強制工作之方式，培養其勤勞習慣與工作觀念，習得一技之長，俾矯正受處分人之犯罪習慣、遊蕩或懶惰習性，避免其犯罪服刑完畢復歸社會後再犯罪，危害治安，寓有積極為犯罪特別預防之意旨。基於維護治安與預防犯罪乃國家極重要之任務，是系爭規定一所欲追求之目的可認屬特別重要公共利益。 26

查系爭規定一為實現上開目的所採之強制工作手段，係於受處分人受刑之執行前，拘束其人身自由於特定勞動場所（保安處分執行法第 2 條及第 52 條規定參照），並使其從事指定之作業或接受特定技能訓練。該手段是否有助於矯正受處分人之犯罪習慣、遊蕩或懶惰習性，並預防其日後再犯，固非毫無疑問，然習得用以謀生之一技之長，依常理一定程度當有助於受處分人出獄後經營正常社會生活，進而預防其日後再犯，是系爭規定一應尚無違背適合性原則。 27

次就系爭規定一所採強制工作手段之必要性而言，系爭規定一之目的固在追求犯罪特別預防而有其正當性與重要性，惟犯罪特別預防本為刑罰重要目的之一，包括徒刑在內之各種刑罰之科處與執行，均 28

係為貫徹犯罪特別預防目的之手段，並非須藉由獨立於刑罰手段之外，另以對人身自由之限制程度不下於刑罰之強制工作手段始得為之。此外，依系爭規定一所施以強制工作之內容，無論是以啟發國民責任觀念為目的而設計之教化課程，或以學習一技之長，訓練謀生技能及養成勞動習慣為目的而設計之各種項目，或於無技能訓練課程時，而在工場進行之一般性作業，客觀上均非不得於受處分人受刑之執行期間實施；況依目前監獄行刑實務，各監獄亦多已開辦各種技能訓練課程，受刑人於刑罰執行期間即得以接受適當之技能訓練，並無為此另施以強制工作之必要。再者，系爭規定一所採刑前強制工作之情形，受處分人強制工作期滿後，仍應入監執行有期徒刑，而非直接回歸社會，從而其於強制工作期間所習得技能，於刑滿出獄時極可能已荒廢生疏，致使強制工作協助受處分人復歸社會之功能大為降低甚或難以發揮。反之，如能於服刑期間即對受處分人（受刑人）施以強制工作之教化課程、技能訓練及一般作業，使其刑滿出獄復歸社會後，即得直接發揮獄中所學，經營正常社會生活，如此不僅是達成所欲追求目的之更有效手段，更因不必使受處分人之人身自由於受刑之執行前即遭受長時間重大限制，而明顯屬較小侵害手段。又，立法者針對出獄人復歸社會之保護與協助，亦設有更生保護制度，目的是使其得以自立更生，適於社會生活，並預防其再犯罪，以維社會安寧（更生保護法第 1 條規定參照），此等制度就達成系爭規定一所欲追求之目的而言，更有直接助益，且無須限制受更生保護者之人身自由。是系爭規定一所定刑前強制工作手段，實非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違。

此外，依系爭規定一第 2 項規定，強制工作之處分期間一律為 3 年，即使依同條項但書規定，法院亦僅得於執行 1 年 6 個月後，且認為無繼續執行之必要，始得依檢察官聲請免其處分之執行（刑事訴訟法第 481 條第 1 項規定參照）。系爭規定一既係為矯正有犯罪習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者之惡習與預防其再行犯罪而設，則不問受 29

處分人犯罪行為之型態與情節輕重，一律令強制工作 3 年，就其所欲達成之目的而言，顯非對受處分人侵害最小之必要手段。

綜上，系爭規定一就受處分人之人身自由所為限制，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。

（二）94 年修正公布前之刑法第 90 條第 1 項所定刑後強制工作，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符

24 年 1 月 1 日制定公布並自同年 7 月 1 日施行（下稱 94 年修正公布前）之刑法第 90 條第 1 項，即系爭規定二規定：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。」其所定強制工作之執行係於刑之執行完畢或赦免後為之，與系爭規定一之規定不同，至二者之立法目的及強制工作之實施內容則無差別。於刑之執行完畢或赦免後，始執行強制工作處分之情形，因受處分人於強制工作處分執行完畢時，即得復歸社會，其於強制工作期間若習得一技之長，固可能更直接有助於其自立更生，適應社會生活。然而，強制工作處分所欲達成之目的及其內容，均得於刑之執行期間內為之，已如前述，此不因強制工作係於刑之執行前或後實施而有不同。是系爭規定二所定強制工作，非屬對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，就此而言，其對受處分人之人身自由所為限制，不符必要性原則之要求，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。

三、盜贓條例所定強制工作部分

81 年 7 月 29 日修正公布之盜贓條例第 3 條第 1 項，即系爭規定三明定：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」嗣於 95 年 5 月 30 日修正公布並自同年 7 月 1 日施行之盜贓條例第 3 條第 1 項，即系爭規定四修正為：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，得於刑之執行前，令入

勞動場所強制工作。」同條例第 5 條第 1 項前段，即系爭規定五明定：「依本條例宣告之強制工作處分，其執行以 3 年為期。」係以 18 歲以上觸犯竊盜罪或贓物罪，而有犯罪習慣者，或以之為常業者，為令入勞動場所強制工作之對象，宣告強制工作期間一律為 3 年，並於刑之執行前為之，乃刑法保安處分之特別規定。究其立法初衷，應係考量竊盜罪或贓物罪之慣犯往往存有不勞而獲之偏差心態，欲以強制工作之手段予以矯正，避免其犯罪服刑完畢復歸社會後再犯，危害治安，是其立法目的亦在於犯罪特別預防，乃屬憲法上特別重要公共利益。而其所採之強制工作手段，與系爭規定一所定強制工作並無不同，就其立法目的之實現而言，固非全無助益而與適合性原則無違，然參照前揭所述（解釋理由二），其非屬對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段。

此外，依系爭規定三及四施以強制工作處分之對象，通常已因其犯罪型態（常業犯、連續犯、數罪併罰及累犯等）而於竊盜罪或贓物罪論處時，受處較重刑期，因而入監服刑期間亦較長，可能長於令強制工作之 3 年期間，益見系爭規定三及四所定強制工作之內容，均得於刑之執行期間充分實施，而相同有效實現其所欲追求之目的，卻不必使受刑人之人身自由於受刑之執行前即遭受重大限制。 35

至系爭規定五明定，強制工作之執行期間一律為 3 年，即使依同條項但書規定，法院亦僅得於執行滿 1 年 6 個月後，且認為無繼續執行之必要，始得依檢察官聲請免其處分之執行（同條例第 5 條第 1 項但書規定參照），不論受處分人所犯竊盜罪或贓物罪之情形及其先前犯罪之型態與情節輕重，就其所欲達成之目的而言，顯非對受處分人侵害最小之必要手段。 36

綜上，系爭規定三至五就受處分人之人身自由所為限制，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。 37

四、組織犯罪條例第 3 條第 3 項所定強制工作部分 38

（一）85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定，違反憲法第 39

23 條比例原則之要求，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符；本院釋字第 528 號解釋於相關範圍內應予變更

85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪條例（下稱 85 年組織犯罪條例）第 3 條第 3 項，即系爭規定六明定：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年。」依此，凡犯發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之罪者，於其刑之執行完畢或赦免後，均應令入勞動場所，強制工作 3 年；如受刑之執行完畢或赦免後，再犯該等罪行，則強制工作期間延長為 5 年。嗣 106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪條例（下稱 106 年組織犯罪條例）第 3 條第 3 項，即系爭規定七修正為：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。」僅將強制工作處分之執行改於刑之執行前為之，並刪除再犯時強制工作期間延長為 5 年之規定，其餘規定並未修正。107 年 1 月 3 日修正公布組織犯罪條例第 3 條時，系爭規定七並未修正。由於系爭規定六及七所定強制工作，係直接以犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項所定之罪者為對象，考其目的，係在於遏阻組織犯罪（組織犯罪條例第 1 條規定、85 年 12 月 11 日組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定立法理由參照），乃屬憲法上特別重要公共利益，其目的尚屬正當。 40

就系爭規定六及七所採之強制工作手段而言，其與前述系爭規定一至四所採之強制工作手段並無不同，均係以拘束受處分人之人身自由於特定勞動場所，並使其從事指定之作業或接受特定技能訓練之方式所為之保安處分。就其所追求目的之實現而言，尚難謂全無助益，而與適合性原則無違。 41

然而，依系爭規定六及七施以強制工作之對象，即犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項之罪者，本已因其犯罪行為而應受相應之刑罰制裁，而包括刑之執行在內之刑罰手段，其目的亦在追求遏阻組織犯罪。就此目的之實現而言，並不當然存有於刑罰之外，另行施以剝奪人身自 42

由之強制工作手段之必要性。況強制工作無論於刑之執行前或後實施，其所欲達成之具體目的及其內容，均得於刑之執行期間內為之；另不以剝奪人身自由為內容之更生保護制度，對於協助犯罪行為人服刑期滿復歸社會後，得以適應社會生活，避免其再犯，更有直接助益，已如前述，均足證系爭規定六及七所採強制工作之手段，並非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違。

況，組織犯罪條例所定犯罪組織所可能從事之犯罪活動，其型態 43
與犯罪手法相當多元，晚近更出現各種結合科技運用之新興組織犯罪型態，而發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之犯罪行為人之人數眾多，人格特質、專業知識能力、社會經歷與生活背景等，有相當大之差異。然系爭規定六及七就犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項所定之罪者，無分其年齡、人格習性、犯罪動機及社會經歷等差異與令強制工作以矯正其性格之必要性，亦不問強制工作期間所實施之作業內容是否能有效防範再犯進而遏阻犯罪，均一律令入勞動場所強制工作。就此而言，益徵系爭規定六及七所採取之強制工作手段，就其所欲追求之防制組織犯罪之目的而言，更難謂為對受處分人為侵害最小之必要手段。

再者，系爭規定六所定強制工作之期間一律為 3 年，再犯則延長 44
為 5 年，系爭規定七所定強制工作之期間則一律為 3 年；即使依相關規定，於執行 1 年 6 個月後，且認為無繼續執行之必要，法院得依檢察官聲請免其處分之執行（85 年組織犯罪條例第 3 條第 5 項、106 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項準用刑法第 90 條第 2 項但書及刑事訴訟法第 481 條第 1 項規定參照），至少仍應一律執行 1 年 6 個月。是無論何種情形，系爭規定六及七均不分受處分人犯罪行為之型態與情節輕重，就其所欲達成之目的而言，皆顯非對受處分人侵害最小之必要手段（註）。

綜上，系爭規定六及七所定強制工作，非屬對受處分人侵害最小 45

且為達成目的所無可替代之必要手段，就此而言，其對受處分人之人身自由所為限制，牴觸必要性原則之要求而違反憲法第 23 條比例原則，從而與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。本院釋字第 528 號解釋於相關範圍內應予變更。

（二）85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定，與憲法明顯區隔原則之要求不符，牴觸憲法第 8 條保障人身自由之意旨 46

系爭規定六及七所定強制工作，均係以犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項所定之罪者為對象，凡構成該項犯罪者，即一律施以強制工作，立法者並未另定施以強制工作之要件。較諸系爭規定一及二所定強制工作，係針對有犯罪之習慣，或因遊蕩或懶惰成習而犯罪等犯罪行為人、系爭規定三及四所定強制工作，則針對有犯罪習慣之竊盜犯或贓物犯，均係於就犯罪行為科處刑罰之外，另針對具有偏差性格之犯罪行為人施以強制工作之情形，系爭規定六及七欠缺犯罪行為人個人偏差性格之限定，凡構成犯罪者，即一律施以強制工作。考其緣由，應係以系爭規定六及七所定強制工作作為刑罰之補充與延伸，以收遏阻組織犯罪之刑罰威嚇之效（組織犯罪條例第 1 條、85 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定立法理由參照）。然而，強制工作作為拘束人身自由之保安處分，無論其目的或功能，均有別於針對犯罪行為所為之刑罰制裁，本非為追求刑罰威嚇目的。又，系爭規定六及七施以強制工作之對象，既為犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項之罪者，則受處分人必為依該規定應受刑罰制裁之人，致受處分人於受剝奪人身自由之刑罰制裁外，另受亦以剝奪人身自由為內容之強制工作，卻未見有別於刑罰之目的與要件，亦有使受處分人實質受到雙重剝奪人身自由之處罰之嫌。是以強制工作手段追求刑罰威嚇目的，其結果與憲法明顯區隔原則之要求不符，致違反一罪不二罰原則，從而牴觸憲法第 8 條保障人身自由之意旨。 47

五、現行強制工作之執行不符憲法明顯區隔原則之要求 48

強制工作之目的既在於改善、矯治有社會危險性之犯罪行為人之 49

偏差性格，以預防其再犯，是強制工作本質上應為一種由專業人員主導實施之處遇程序，而非對受處分人之刑事處罰。因此，強制工作制度之建構，自應以使受處分人得受有效處遇，俾利其學習技能及協助改善其偏差性格為核心內容，截然不同於犯罪之處罰。從而，強制工作制度之具體形成，包括規範強制工作之制度與其實際執行，無論涉及者為強制工作之處所（包含空間規劃及設施），施以強制工作之程序、管理及專業人員之配置、參與等，整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。

查依現行強制工作之執行之相關規範，其對受處分人戒護之規定 50
與監獄行刑法對受刑人戒護之規定類似（保安處分處所戒護辦法第 2 條及監獄行刑法第 21 條規定參照）；對於受處分人得使用戒具或收容於鎮靜室之條件及方法之規定，亦與監獄行刑法對受刑人施用戒具或收容於保護室之規定類似（保安處分處所戒護辦法第 5 條及監獄行刑法第 23 條規定參照）。又受處分人固得與其家屬及親友接見及通信，惟其接見頻率、時間及通信內容均受到管制（保安處分執行法第 22 條至第 25 條規定參照），與監獄受刑人之接見與通信規定（監獄行刑法第 67 條至第 74 條、行刑累進處遇條例第 55 條至第 58 條規定參照），並無根本之不同。可見二者對人身自由之限制並無實質差異。

又目前實務將依系爭規定一至七之受處分人分別男女集中於同 51
一處所執行，該同一處所除受處分人外，另有為數更多之受刑人接受刑罰執行。或囿於場地與師資，強制工作實施處所所能提供之技能訓練課程有限，受處分人於強制工作期間未必均有接受技能訓練之機會，而是與其他受刑人同樣從事短期技能訓練或一般性作業（如摺紙蓮花、縫補漁網、組合零組件等）。受處分人於日常包括管理、作業、課程及技能訓練與受刑人並無差別，實務上亦未見專門用以矯正受處分人犯罪習慣之評估與矯正機制，是現行強制工作之執行亦不符憲法明顯區隔原則之要求。

六、結論 52

綜上，系爭規定一至七均與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不 53
符；系爭規定一、四、五及七應自本解釋公布之日起失其效力。

自本解釋公布之日起，確定終局裁判所宣告之強制工作，尚未執 54
行或執行未完畢者，應免予執行；受處分人應另執行徒刑者，自本解釋公布之日起至檢察官指揮執行徒刑之日止，其在原勞動場所等候執行徒刑之期間，應算入執行徒刑之期間。

系爭規定二、三及六因法律修正而失效前，暨系爭規定一、四、 55
五及七依本解釋意旨失效前，均仍為依法公布施行之有效法律，各級法院法官原應以之為審判之依據，尚不得逕行拒絕適用（本院釋字第 371 號解釋參照）；又系爭規定二及三所定之強制工作制度，本院釋字第 471 號解釋理由書並未否定其合憲性，本院釋字第 528 號解釋甚且認系爭規定六所定強制工作相關規定與憲法保障人權之意旨不相牴觸，自有拘束全國各機關及人民之效力（本院釋字第 185 號解釋參照），法院依系爭規定一至七宣告強制工作，自屬合法有效，亦不因本解釋而生實質違法情事，縱嗣經本解釋宣告違憲，係自公布當日起發生效力，亦無從否定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實，於此特殊情況下，附表二至四所示編號五至三十六之聲請人，尚不得據本解釋，經非常上訴程序，請求撤銷其所受強制工作之宣告。

七、併予指明部分 56

立法者就具有偏差性格致生重大社會危險性之犯罪行為人，如於 57
其犯罪行為施以相當之刑罰制裁之外，另施以適當之拘束人身自由之保安處分，以改善、矯治其偏差性格，並預防其社會危險性，不論所使用之具體名稱為何，除不得不問犯罪行為人客觀上有無預防矯治其社會危險性之必要，一律施以拘束人身自由之保安處分外，其所實施保安處分之規範及其具體執行，更須符合憲法明顯區隔原則之要求，併此指明。

八、不受理部分 58

聲請人四另就盜贓條例除系爭規定四及五外之其餘條文、刑法第 59
90 條第 2 項後段、第 3 項及第 98 條第 2 項規定聲請部分，均未提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，是依本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋，上開部分之聲請，應不受理。

除系爭規定一至七外，聲請人一至四以外聲請人之其餘聲請，或 60
非為確定終局判決所適用之法律或本院解釋，或未具體指摘該規定客觀上究有何牴觸憲法之處，核均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定應不受理；聲請統一解釋部分，並非指摘不同審判系統法院之確定終局裁判適用同一法令所表示之見解歧異，核與大審法第 7 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定，亦應不受理。

註：85 年組織犯罪條例固有刑之執行完畢或赦免後得免執行強制工 61
作之機制（第 3 條第 4 項規定參照），106 年組織犯罪條例亦有強制工作執行完畢後得免刑之執行之機制（第 3 條第 4 項準用刑法第 98 條第 2 項及第 3 項規定參照），俾受強制工作與刑罰之宣告者，得僅執行其一。然實務上依上開規定獲法院裁定免除強制工作或刑之執行者，極為少見，實難認此一執行時之調整規定可使系爭規定六或七成為對受處分人侵害最小之手段。

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　蔡明誠
林俊益　許志雄　張瓊文　黃瑞明
詹森林　黃昭元　謝銘洋　呂太郎
楊惠欽　蔡宗珍

附表一

聲請人	法官聲請之原因案件案號	受理釋憲標的
最高法院刑事第一庭（聲請人一）	最高法院 107 年度台上字第 2237 號	系爭規定七
臺灣臺東地方法院刑事第三庭（聲請人二）	臺灣臺東地方法院 107 年度訴字第 31 號、第 63 號及第 157 號	系爭規定七
臺灣南投地方法院刑事第四庭（聲請人三）	臺灣南投地方法院 107 年度金訴字第 10 號	系爭規定七
臺灣臺中地方法院刑事第五庭功股法官（聲請人四）	臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 318 號、109 年度簡字第 169 號、108 年度金訴字第 269 號	系爭規定一、四、五及七
臺灣臺中地方法院刑事第五庭功股法官（聲請人四）	臺灣臺中地方法院 109 年度易字第 1917 號	系爭規定一、四及五

附表二

聲請人	確定終局判決	受理釋憲標的
柯賜海 （聲請人五）	臺灣高等法院94年度上重訴字第86號刑事判決	系爭規定二
范鴻洋 （聲請人六）	臺灣高等法院臺南分院101年度上易字第556號刑事判決	系爭規定一
王隆笙 （聲請人七）	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第308號刑事判決	系爭規定一
周志霖 （聲請人八）	臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第1371號刑事判決	系爭規定一
陳必福 （聲請人九）	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第363、364號刑事判決	系爭規定一
陳信志 （聲請人十）	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第363、364號刑事判決	系爭規定一

附表三

聲請人	確定終局判決	受理釋憲標的
黃新堯 （聲請人十一）	臺灣高等法院 91 年度上重訴字第 51 號刑事判決	系爭規定三及五
黃教賢 （聲請人十二）	臺灣高等法院臺中分院85年度上易字第 1339 號刑事判決	系爭規定三及五
黃教賢 （聲請人十二）	臺灣高等法院 92 年度上易字第 1939 號刑事判決	系爭規定三及五
黃教賢 （聲請人十二）	最高法院 103 年度台非字第 30 號刑事判決	系爭規定四及五
呂印子 （聲請人十三）	臺灣高等法院 103 年度上易字第 413 號刑事判決	系爭規定四及五
于立 （聲請人十四）	臺灣高等法院臺中分院 102 年度上易字第 764 號刑事判決	系爭規定四及五
許家銘 （聲請人十五）	臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 487 號刑事判決	系爭規定四及五
郭威志 （聲請人十六）	臺灣高等法院 108 年度上易字第 763 號刑事判決	系爭規定四及五
彭雲明 （聲請人十七）	臺灣高等法院 102 年度上易字第 2655 號刑事判決	系爭規定四及五
陳清文 （聲請人十八）	臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 109 號刑事判決	系爭規定四及五
郭宗禮 （聲請人十九）	臺灣新北地方法院 105 年度訴字第 1070 號刑事判決	系爭規定四及五

顏一忠 （聲請人二十）	臺灣高等法院 102 年度上訴字第 1625 號刑事判決	系爭規定四及五
呂佳昌 （聲請人二十一）	臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 208 號刑事判決	系爭規定四及五
謝育瑩 （聲請人二十二）	臺灣高等法院臺南分院 101 年度上訴字第 235 號刑事判決	系爭規定四及五
詹益瑋 （聲請人二十三）	臺灣高等法院臺中分院 105 年度上訴字 603 號刑事判決	系爭規定四及五
林國文 （聲請人二十四）	臺灣臺南地方法院 105 年度審易字第 590 號刑事判決	系爭規定四及五
李文義 （聲請人二十五）	臺灣高等法院 106 年度上易字第 2043 號刑事判決	系爭規定一、四及五
周英豪 （聲請人二十六）	臺灣高等法院 106 年度上訴字第 1761 號刑事判決	系爭規定四及五
王子建 （聲請人二十七）	臺灣高等法院臺南分院 105 年度上易字第 166 號刑事判決	系爭規定四及五
吳政南 （聲請人二十八）	臺灣高等法院高雄分院98年度上易字第 184 號刑事判決	系爭規定四及五
史龍輝 （聲請人二十九）	臺灣高等法院 107 年度上易字第 1068 號刑事判決	系爭規定四及五

附表四

聲請人	確定終局判決	受理釋憲標的
黃書庭 （聲請人三十）	臺灣高等法院 99 年度上訴字第 2001 號刑事判決	系爭規定六
王思漢 （聲請人三十一）	臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字第 814 號刑事判決	系爭規定七
湯盛如 （聲請人三十二）	臺灣高等法院臺中分院 108 年度原上訴字第 7 號刑事判決	系爭規定七
彭弘亮 （聲請人三十三）	臺灣高等法院 107 年度原上訴字第 112 號刑事判決	系爭規定七
蔡嘉偉 （聲請人三十四）	臺灣高等法院臺中分院 108 年度上訴字第 620 號刑事判決	系爭規定七
詹靜雯 （聲請人三十五）	臺灣高等法院 107 年度原上訴字第 112 號刑事判決	系爭規定七
蘇冠彰 （聲請人三十六）	臺灣高等法院 107 年度上訴字第 1150 號刑事判決	系爭規定七

附表五

系爭規定一	**中華民國 94 年 2 月 2 日修正公布並自 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段**：「（第 1 項）有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。（第 2 項前段）前項之處分期間為 3 年。」
系爭規定二	**24 年 1 月 1 日制定公布並自同年 7 月 1 日施行之刑法第 90 條第 1 項**：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。」
系爭規定三	**81 年 7 月 29 日修正公布之盜贓條例第 3 條第 1 項**：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」
系爭規定四	**95 年 5 月 30 日修正公布並自同年 7 月 1 日施行之盜贓條例第 3 條第 1 項**：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。」
系爭規定五	**81 年 7 月 29 日修正公布之盜贓條例第 5 條第 1 項前段**：「依本條例宣告之強制工作處分，其執行以 3 年為期。」
系爭規定六	**85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪條例第 3 條第 3 項**：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年。」
系爭規定七	**106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪條例第 3 條第 3 項**：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。」

協同意見書

黃瑞明大法官　提出
黃昭元大法官　加入

自中華民國（下同）24 年制定公布刑法時，於第 90 條規定法院對犯罪者得於刑期之外另宣告強制工作，施行迄今已逾 86 年，其後於數個特別刑法分別規定宣告強制工作之要件。本號解釋宣示現行宣告強制工作的三個法律相關條文（即刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段、竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項及第 5 條第 1 項前段，以及組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項）均違憲，並同時宣示已受強制工作宣告而尚未執行或執行未完畢者均免予執行，則本號解釋實質上已達到宣告強制工作制度違憲之效果，讓強制工作制度在臺灣走入歷史。本席支持本號解釋並提出協同意見。首先應該辨明的是，本號解釋並非否認受刑人於服刑期間應從事技能學習及作業。相反地，正因為肯認監獄應加強對受刑人技能訓練之功能，因此沒有於監獄之外另外維持強制工作制度之必要。

一、本號解釋之鋪路人

本號解釋宣告強制工作違憲，主要理由為強制工作相關規定[1]違反比例原則，及 85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪防制條例（下稱 85 年組織犯罪條例）與 106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪防制條例（下稱 106 年組織犯罪條例）第 3 條第 3 項之規定（即系爭規定六及七）不符憲法明顯區隔原則之要求，以及現行強制工作執行之規範與實務與憲法明顯區隔原則之要求不符。然而本席認為強制工作之規範及執行除上述違憲事由外，尚有其他甚多違反憲法原則之疑義，諸如法律明確性原則、正當法律程序原則，及人性尊嚴之保障等。這些強制工作違憲之論述除見於學者長期以來之著作外，另外包括聲請釋憲法官及代理聲請人之律師於釋憲及言詞辯論書狀抽絲剝繭地詳細闡述，以及言詞辯論時鑑定人和法庭之友的意見書，也都提出相當

[1] 即釋字第 812 號解釋標的之系爭規定一至七。

深入且精闢的見解。本號解釋未將這些違憲疑義於解釋理由中全部充分討論，可能是因為基於比例原則及明顯區隔原則宣告強制工作違憲已足夠，而無須再討論其他。但本席認為這些論述在一定程度上有助於形塑本號解釋之理由，並達成本號解釋結論，茲簡要記述各該論述重點如下：

（一）我國強制工作制度首見於 24 年（西元 1935 年）制定公布之刑法第 90 條，德國於 1934 年、瑞士於 1937 年均制定了類似之保安處分型態。按德國於 1933 年由納粹政府取得政權後，在社會中區隔有用者與無用者，修改諸多法律，曾制定「對抗危險之習慣犯罪人以及安全暨改善處分法「（Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung，簡稱習慣犯罪人法 Gewohnheitsverbrechergesetz, GewVbrG）[2]。戰後，德國與瑞士均已先後廢除類似之保安處分制度（德國於 1969 年廢除；瑞士於 2006 年廢除）[3]；日本於 1960 年代就不再將勞動處分納入保安處分之對象[4]。

（二）刑法第 90 條第 1 項規定以「因遊蕩或懶惰成習而犯罪」作為宣告強制工作之要件，不符法律明確性原則之要求。與此類似之規定曾見於檢肅流氓條例規定之「欺壓善良」、「品性惡劣」及「遊蕩無賴」等要件，業經本院釋字第 636 號解釋認該用語違反明確性原則而違憲。

（三）強制工作與社會科學作為犯罪矯治的本質相差甚遠，強制工作是在監獄封閉環境中執行，犯罪者完全沒有行動自由，必須接受監獄方式的管理，大家在一起工作，缺少分工、參與、學習等工作矯正機制，無法提升犯罪者賦能，明顯背離保安處分之

[2] 參見盧映潔為本件聲請案提供之法庭之友意見，頁 3 至 5。

[3] 參見許恒達，論保安處分之強制工作，收於月旦法學雜誌第 214 期，頁 211，2013 年 3 月。

[4] 參見謝如媛為本件聲請案提供之鑑定意見，頁 4。

目的。且強制工作違反啟蒙的人權精神[5]。

（四）不論在理論上或實務上都無法提供一個確切的證據可以證明強制工作之矯治功能[6]。

（五）與其他保安處分所處理的精神異常、酒癮、毒癮，強制工作與控制效果間的連結，欠缺明確的實證依據[7]。

（六）強制工作處分與刑罰的相似性，不僅在於剝奪人身自由本身，還在於受處分人其他基本權利的限制，以及改善及矯正教育的實施，與刑罰執行之內容沒有明顯差異[8]。

（七）現行刑事訴訟法對於宣告強制工作前，應進行如何之調查及辯論，及是否應由專業鑑定，均未具體規範，故有關法院宣告強制工作、免除繼續執行強制工作或免除其刑之程序規定，均可能違反憲法正當法律程序原則。

（八）強制工作應具有適切的評估方式、有效的矯正效果，以及合理、適當及完整的執行程序，從這幾個面向觀察，強制工作制度本身就是違憲，沒有辦法因為個案判斷的可能性，沒有辦法因為程序面上的優化，或者說執行面上更好的機制導入，而使得這整個機制變合憲[9]。

以上所列僅是各界對強制工作所作檢討之豐富論述中的滄海一粟，但見微知著，已可窺知強制工作制度確有甚多違憲疑義。按社會制度之改革絕非一蹴可就，通常在觀念發想之後，需有長期的論述，

5 參見侯崇文為本件聲請案提供之鑑定意見，頁 4 至 5。

6 參見聲請人郭宗禮等共同代理人 110 年 10 月 4 日釋憲言詞辯論狀頁 21 至 23 所列學者之見解，即李茂生，論刑法部分條文修正草案中保安處分相關規定，收於月旦法學雜誌第 93 期，頁 110 至 111，2003 年 2 月；相同或類似見解，見林山田，刑法通論（下冊）增訂 9 版，頁 545 至 546；盧映潔，我國刑法修正草案中有關保安處分修正條文之評釋，收於臺灣本土法學雜誌第 46 期，頁 139，2003 年 5 月。

7 參見許恒達，同註 2，頁 209 至 211。

8 參見謝如媛，同註 4，頁 6。

9 許恒達於 110 年 10 月 12 日憲法法庭言詞辯論發言，參見言詞辯論筆錄頁 34 至 35。

累積足夠的能量，最後才能在因緣際會之下，一舉推動改革，形成新的制度。眾多長期致力於此問題之學者、法官、律師以及公民團體都是本號解釋之鋪路人。

二、通往本號解釋之路徑標示

在本號解釋之前，大法官曾經針對強制工作之不同規定作出了三號解釋（即釋字第 567 號、第 471 號及第 528 號解釋），與本號解釋之標的僅有一法條重疊（第 528 號解釋之標的即為本號解釋之系爭規定六），但回顧此三號解釋，可說為本號解釋之出現發揮了路徑標示之功能：

（一）國家曾以強制工作作為改善思想行狀之工具，經本院釋字第 567 號解釋宣告違憲

釋字第 567 號解釋共有二位聲請人，其原因案件案情類似，江、袁二位先生均於 40 年間服役，因叛亂罪遭羈押、判刑，刑期屆滿後未依法釋放，而依「戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法」第 2 條第 1 項之規定：「匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿，而其思想行狀未改善，認有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓。」解送職訓總隊再執行強制工作或感訓。解嚴後二位分別於 89、90 年間依據戒嚴時期人民受損權利回復條例向法院聲請冤獄賠償，同遭司法院冤獄賠償覆議委員會駁回其聲請，理由為聲請人所受之羈押或管訓，係依當時有效之法令入勞動場所強制工作或感訓處分之執行，而駁回請求[10]。二位分別聲請釋憲，經大法官合併審

[10] 其中江先生之請求經臺灣桃園地方法院准許，經最高法院檢察署聲請覆議，司法院冤獄賠償覆議委員會撤銷原決定，駁回其聲請，理由為「**既係依當時有效之國防部命令令入勞動場所強制工作，即與違法羈押有間**，自不得依戒嚴時期人民受損權利回復條例……準用冤獄賠償法規定，請求國家賠償。」袁先生於有期徒刑執行期滿後另受感訓處分之執行，聲請冤獄賠償，經臺灣板橋地方法院駁回後，聲請覆議，經同覆議委員會維持原決定，理由為「**既係依當時有效之法令另受感訓處分之執行**，即與戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條第 1 項各款規定之情形不符，僅為得否依戒嚴時期不當叛亂暨匪諜

理後於 92 年 10 月 24 日作出釋字第 567 號解釋，解釋理由書指出「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴」、「不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之」及「令入勞動教育場所強制工作嚴加管訓，無異於允許國家機關得以強制工作方式改造人民之思想，違背憲法保障人民言論自由之本旨，亦不符合最低限度之人權保障」等理由而宣告上開辦法之該規定違憲。

按戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法可說是國共鬥爭下之產物，雙方都曾各自制定類似之嚴酷法律，以強制工作作為箝制人民思想之工具。釋字第 567 號解釋確立了思想自由之重要性，並且宣示以強制工作改造人民之思想為違憲，可稱為具里程碑意義之解釋。

依循釋字第 567 號解釋之意旨，強制工作之目的如為「培養正確工作觀念」或「培養勤勞習慣」，恐亦已涉侵犯人民思想自由之領域而違憲。

（二）為維護治安，臺灣一直嚴格管制槍砲彈藥刀械，除刑法相關規定之外，另制定槍砲彈藥刀械管制條例加強管制，86 年修正公布的該條例第 19 條第 1 項，規定觸犯該條例特定條文之罪者（主要為未經許可製造、販賣、運輸、轉讓、出借、出租、持有、寄藏或意圖販賣而陳列槍砲之行為），應於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作 3 年。花蓮地方法院法官審理被告持有空氣槍之案件，認為依該條例應宣告被告強制工作 3 年不合比例原則，乃裁定停止訴訟而聲請釋憲；另有數件人民聲請釋憲之案件，大法官合併審理後於 87 年 12 月 18 日公布釋字第 471 號解釋，認為該規定不問對行為人有無預防矯治

審判案件補償條例相關規定，向財團法人戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償基金會申請給付補償金之問題。」

其社會危險性之必要，一律宣付強制工作 3 年，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不符比例原則而違憲。釋字第 471 號解釋促成了 90 年修法廢除了槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條一律宣告強制工作之規定。

釋字第 471 號解釋認定強制工作屬拘束人身自由之保安處分，其措施亦含有社會隔離、拘束身體自由之性質。本號解釋雖未直接引用該解釋，但解釋理由論述與此意旨相同，並依對強制工作如此之定性，而認應採嚴格標準予以審查。此外釋字第 471 號解釋所建立「一律應宣告強制工作」之違憲性，亦為本號解釋所依循，即認為組織犯罪條例強制工作之規定（即系爭規定六及七）不問發起、主持、操縱、指揮及參與犯罪組織者，有無預防矯治其社會危險之必要，一律應宣付強制工作 3 年之規定違反比例原則，與釋字第 471 號解釋此部分之論理相同。

（三）為打擊組織犯罪，85 年組織犯罪條例第 3 條規定所有發起、主持、操縱、指揮及參與組織犯罪者均應於刑之執行完畢或赦免後強制工作 3 年，90 年 6 月 29 日公布之釋字第 528 號解釋係以該規定為審查標的，該號解釋認為以組織型態從事犯罪，其所造成之危害、對社會之衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性犯罪，故該規定具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要，故認該規定並未違反比例原則。本號解釋則將同一規定列為系爭規定六加以審查，認為依該規定不論觸犯組織犯罪者為跨國組織犯罪之首腦，或涉世未深遭吸收入會的跑腿者，一律宣告強制工作 3 年，違反比例原則而違憲，故宣示釋字第 528 號解釋於相關範圍內應予變更。惟釋字第 528 號解釋於認同一規定合憲時，同時指出「至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者……於同條第 4 項、第 5 項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足

供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量」而作為不違反比例原則之理由之一，可認該理由對於本號解釋之作成亦有路徑標示之作用。

按系爭規定六之刑後強制工作，於 106 年修法後改為系爭規定七之刑前強制工作，同時於 106 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項規定準用刑法第 98 條第 2 項及第 3 項規定，亦即，強制工作執行完畢或一部執行而免除後，認無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行，俾受強制工作與刑罰之宣告者得僅執行其一。大法官為本號解釋時，對於釋字第 528 號解釋公布後，於刑之執行完畢後受免除強制工作者之實際數據，曾詳細探究並分別請法務部及司法院刑事廳表示意見。經查發現自 80 年以來迄今，無論是刑前強制工作者被免除刑罰之執行，或是刑後強制工作者被免除強制工作之執行，均極為少見[11]。亦即絕大多數受強制工作宣告者，均接受刑罰與強制工作之雙重執行。大法官實地履勘執行強制工作之泰源技能訓練所之後，多數意見認其執行與監獄執行刑罰沒有差別，也是形成本號解釋結論之原因之一，亦即本號解釋註解所稱「實難認此一執行時之調整規定可使系爭規定六或七成為對受處分人侵害最小之手段」，即係回應釋字第 528 號解釋認系爭規定六尚符比例原則之理由。故本號解釋同時宣告系爭規定六及七違

11 強制工作執行完畢後，經法院免除其刑之執行案件之數量，80 年以前無統計資料資料可查；80 年以後，僅臺灣臺南地方法院 1 件（見法務部 108 年 1 月 11 日法令檢字第 10800003440 號復本院秘書長函）。

按 106 年組織犯罪條例將刑後強制工作修改為刑前強制工作，其修改理由為「原第 3 項採刑後強制工作，惟受刑人如經假釋出監，須於假釋期滿再進入勞動處所執行強制工作，執行上易生困擾且不利受刑人更生，爰修正為刑前強制工作。」依相同理由，109 年法院曾作出數件刑罰執行後免除強制工作之裁定，其原因事實大致均為被告依 85 年組織犯罪條例受刑後強制工作宣告，於刑之執行期間獲假釋，於假釋期滿後，依法應執行強制工作，但於檢察官聲請後由法院裁定免受刑後強制工作之執行。其理由與組織犯罪條例於 106 年改為刑前強制工作之立法理由相同，即「不利受刑人更生」。

憲，尚依循釋字第 528 號解釋所指之方向。

三、強制工作與刑罰在規範與執行上已經趨同

本號解釋理由書指出強制工作之執行就人身自由之限制在規範面與執行面與刑罰之執行類似，因此不符明顯區隔 原則之要求，故強制工作違憲。本席認為強制工作與刑罰二者之間除了對人身自由之限制沒有區隔之外，就技能之學習與教化的規範與執行其實亦無差別，尤其是自 109 年修改監獄行刑法之後，監獄行刑法就受刑人技能學習與教化之規定絕不亞於保安處分之相關規定，例如就分類管理而言，保安處分執行法第 53 條前段規定：「實施強制工作，應依受處分人之性別、年齡、身體健康、知識程度、家庭狀況、原有職業技能、保安處分期間等標準，分類管理，酌定課程……」而監獄行刑法第 31 條第 2 項規定：「監獄對作業應斟酌衛生、教化、經濟效益與受刑人之刑期、健康、知識、技能及出獄後之生計定之，並按作業性質，使受刑人在監內、外工場或其他特定場所為之。監獄應與受刑人晤談後，於個別處遇計畫中訂定適當作業項目，並得依職權適時調整之。」；就教化之執行而言，依保安處分執行法第 55 條規定：「對於受強制工作處分者，應施以教化，灌輸生活知識，啟發國民責任觀念。」而監獄行刑法第 40 條第 2 項及第 3 項規定：「（第 2 項）前項教化，應參酌受刑人之入監調查結果及個別處遇計畫，施以適當之輔導與教育。（第 3 項）前項輔導內容，得委由心理學、社會工作、醫療、教育學、犯罪學或法律學等相關領域專家設計、規劃，並得以集體、類別及個別輔導等方式為之。」；就技能之學習，強制工作之執行目標為「訓練其謀生技能及養成勞動習慣，使具有就業能力」（保安處分執行法第 53 條規定參照），而監獄行刑法亦有意旨相同之規定，如監獄行刑法第 31 條第 1 項後段規定「為落實復歸社會目的，監督機關得商洽勞動部協助各監獄發展作業項目，提升作業效能。」於同條第 6 項規定「監督機關得商洽勞動部協助各監獄發展職業訓練項目，提升訓練效能。」

由上可見，監獄行刑對受刑人之處遇與強制工作對受處分人之處遇，在分類管理、教化以及技能訓練等各方面之措施已經趨同，監獄行刑應可完全取代強制工作之功能。

四、強制工作作為打擊國際詐欺犯之利器？

近年到國外設置機房以電話或網路方式進行詐欺之犯罪猖獗，受害者包括兩岸許多退休人士，危害甚大，且對臺灣國際形象造成負面影響。社會上多有認為組織犯罪條例中之強制工作，可提高對擬犯罪者之嚇阻效果，是防阻國際詐欺犯之利器，不宜輕易廢除。按國內宣告強制工作者原已逐年減少，至 105 年、106 年僅餘 46 人、41 人，但自 106 年起又開始逐年增加，至 109 年為 105 人，110 年 1 至 8 月已有 88 人，多數為觸犯組織犯罪或詐欺罪者[12]，這是因為組織犯罪條例於 106 年 4 月 19 日修法同時修改組織犯罪之定義，不以常習性為必要，且增加實施詐欺及最重本刑逾 5 年有期徒刑之犯行之組織，107 年 1 月 3 日修正公布之組織犯罪條例使具有持續性「或」牟利性之有結構之組織即為已足，而擴大犯罪組織之範圍，且該條例規定不分發起、主持、操縱及參與組織犯罪者，亦不論其是否已有一技之長，均應宣告強制工作，可見在立法上確有意圖使用強制工作作為打擊國際詐欺犯之手段。

然而強制工作為保安處分之一種，其目的既然是在於矯正受處分人之偏差性格，並使其學習技能，則以強制工作作為嚇阻組織犯罪之利器本為落伍的想法。本號解釋理由針對此特別指出「強制工作……無論其目的或功能，均有別於針對犯罪行為所為之刑罰制裁，本非為追求刑罰威嚇目的」。更何況目前強制工作與監獄行刑之實務幾乎沒有差別，已如前述，故強制工作所擬達成之目標皆可透過刑罰之執行達成，縱認有加強打擊組織犯罪之必要，亦應於刑罰體系內實施，不必也不應假借強制工作之名而行刑罰之實。

[12] 參見法務部為本件聲請案於 110 年 10 月 12 日提出之書面意見附件一附表一，以及法務部矯正署泰源技能訓練所 110 年 10 月 29 日簡報第 12 頁。

協同意見書　　詹森林大法官　提出

本號解釋宣告刑法、竊盜犯贓物犯保安處分條例，及組織犯罪防制條例，關於強制工作之規定，分別因違反憲法第 23 條比例原則、憲法明顯區隔原則，而與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符，均為違憲。對此結論，本席敬表贊同[1]。

然而，關於本號解釋之效力，雖然解釋文第 4 段揭示：「自本解釋公布之日起，確定終局裁判所宣告之強制工作，尚未執行或執行未完畢者，應免予執行；受處分人應另執行徒刑者，自本解釋公布之日起至檢察官指揮執行徒刑之日止，其在原勞動場所等候執行徒刑之期間，應算入執行徒刑之期間」，理由書第 55 段卻諭知[2]：「法院依系爭規定一至七宣告強制工作，自屬合法有效，亦不因本解釋而生實質違法情事，縱嗣經本解釋宣告違憲，係自公布當日起發生效力，亦無從否定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實，於此特殊情況下，附表二至四所示編號五至三十六之聲請人，尚不得據本解釋，經非常上訴程序，請求撤銷其所受強制工作之宣告。」

對於前述理由書所指本件聲請人五至三十六（皆為本號解釋公布前，業已受強制工作執行完畢，或受強制工作執行尚未完畢之人民），不得依本號解釋，經非常上訴程序，請求撤銷其所受強制工作之宣告，本席不能同意，爰提出本協同意見。

一、本號解釋對人民聲請人效力之諭知，不符本院解釋先例

大法官宣告法規違憲，且未為定期失效之諭知，則該違憲之法

1　本席以為，系爭強制工作之規定，其中刑法第 90 條第 1 項「因遊蕩而犯罪」部分，參照釋字第 636 號關於檢肅流氓條例第 2 條第 5 款規定部分之解釋，亦應認與法律明確性原則不符而違憲。至於強制工作是否已嚴重至侵害人性尊嚴，本席於履勘泰源技能訓練所，並與聲請人之一詳細洽談該所對受強制工作處分人所為之處遇後，持保留看法。

2　本號解釋理由書第 55 段所述，於討論過程中，經激烈爭辯，最終幸因未獲 10 位大法官認同，故未成為具有拘束力之主文，而僅屬理由書之敘述。

規，係溯及既往自始無效，或自被宣告違憲之日，始向後失其效力？又，法規經大法官解釋宣告違憲者，該解釋之效力，對原因案件聲請人，及對其他一般人，有無不同？

前述兩項問題，憲法及司法院大法官審理案件法，均無明文，有賴大法官於相關案例解決，並據以累積而形成解釋先例。

釋字第 185 號解釋文揭示：「司法院解釋憲法，……其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力……違背解釋之判例，**當然失其效力**」。嗣後，釋字第 188 號解釋理由書第 1 段更明確指出：「本院……解釋，除解釋文內另有明定者外，**應自公布當日起發生效力**」，確認我國大法官解釋之效力，原則上採法規範失效說，亦即法規範如被宣告為違憲，該法規係向將來失效，而非溯及既往自始無效。

再者，法規經大法官解釋宣告違憲時，該法規對聲請該號解釋之人民，效力又為何？對此，釋字第 177 號解釋文第 2 段明白表示：「本院依人民聲請所為之解釋，**對聲請人據以聲請之案件，亦有效力**」。該號解釋並於理由書指出：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款，許可人民聲請解釋之規定，**該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟**。」

其後，釋字第 185 號解釋理由書補稱：「……確定終局裁判於裁判時所適用之法規或判例，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符時，依上所述，**是項確定終局裁判，即有再審或非常上訴之理由**，其受不利確定終局裁判者，如以該解釋為理由而請求再審，**受訴法院自應受其拘束，不得再以其係法律見解之歧異，認非適用法規錯誤，而不適用該解釋。**」（理由書第 3 段參照）[3]，釋字第 188 號解釋再度強調：「……惟**引起歧見之該案件**，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，**經本院解釋為違背法令之本旨時，即屬適用法規顯**

[3] 釋字第 185 號解釋文後段，亦有類似之敘述，因該號解釋理由書第 3 段之闡述更為明確，此處僅援引解釋理由書第 3 段。

有錯誤或違背法令，為保護人民之權益，應許當事人據該解釋為再審或非常上訴之理由，依法定程序請求救濟。」（理由書第 2 段參照）[4]。

準此，民國 71 年作成釋字第 177 號解釋時，我國解釋先例即已承認，法規經大法官依人民聲請而宣告立即失效者，其解釋之效力及於聲請人據以聲請解釋之原因案件；73 年作成之釋字第 185 號及第 188 號解釋，更進一步確認，被宣告違憲之法規，對一般人，**自解釋公布之日起向將來失效；惟對原因案件聲請人，該法規溯及既往失其效力，聲請人得以該號解釋作為提起再審或請求提起非常上訴之理由**。此項解釋先例，一直沿用迄今。

至於大法官依人民聲請，而解釋宣告法規違憲，並諭知該法規定期失效者，其解釋對原因案件聲請人之效力為何，大法官則於釋字第 725 號及第 741 號解釋，分別予以補充而於解釋文指明：「聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。」、「凡本院曾就人民聲請解釋憲法，宣告聲請人據以聲請之確定終局裁判所適用之法令，於一定期限後失效者，各該解釋之聲請人均得就其原因案件據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴，以保障釋憲聲請人之權益。」

換言之，在法規經大法官依人民聲請而宣告定期失效之情形，聲請人亦得據該解釋而對原因案件，以提起再審之訴，或聲請非常上訴方式，尋求救濟。

綜上，人民聲請解釋，如取得有利之解釋，即得據該解釋，使其在原因案件所受之不利益裁判，經由再審或非常上訴「翻案」，而獲得個案救濟。

法規因人民聲請而被宣告違憲時，不論其為立即失效，或定期失效，對原因案件聲請人，該法規均例外地溯及失效，於 111 年 1 月 4

[4] 釋字第 188 號解釋文後段，亦有類似之敘述，基於與註 3 之相同理由，茲僅援引理由書第 2 段。

日憲法訴訟法施行後，亦無不同。此觀該法第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，**並廢棄之，發回管轄法院**；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告」及第 64 條第 1 項前段規定：「判決宣告法規範定期失效者，於期限屆至前，**審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束**」自明。

尤有甚者，憲法訴訟法第 53 條第 1 項及第 2 項規定[5]：「（第 1 項）判決宣告**法規範立即失效**者，於判決前已繫屬於各法院而尚未終結之案件，各法院應依判決意旨為裁判。（第 2 項）判決前已適用前項法規範作成之**刑事確定裁判**，檢察總長得依職權或被告之聲請，**提起非常上訴**。」亦即，憲法訴訟法施行後，刑事法規被宣告立即失效時，得聲請檢察總長提起非常上訴之人，不限於提起憲法訴訟之原因案件聲請人，而係包含所有曾遭該違憲法律裁判之刑事被告。

據此，本號解釋，於主文宣告刑事法之強制工作制度違憲且立即失效，卻於理由書諭知聲請本號解釋之受強制工作處分人，尚不得據本解釋，請求撤銷其所受強制工作之宣告，此與本院前述之解釋先例，互有扞格，亦與即將施行之憲法訴訟法，難以接軌。

二、本解釋對人民聲請人效力之諭知，理由不具說服力

本號解釋之效力，何以「例外地」，「於此特殊情況下」，對本案人民聲請人不具溯及既往效力，且因而導致該等聲請人不得據本解釋，聲請檢察總長提起非常上訴，以請求撤銷其所受強制工作之宣告？多數意見之理由為：「系爭規定二、三及六因法律修正而失效前，暨系爭規定一、四、五及七依本解釋意旨失效前，**均仍為依法公布施行之有效法律，各級法院法官原應以之為審判之依據，尚不得逕行拒絕適用**（本院釋字第 371 號解釋參照）；又系爭規定二及三所定之強制工作制度，**本院釋字第 471 號解釋理由書並未否定其合憲性，本院**

[5] 本條規定於人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查時，準用之（憲法訴訟法第 63 條參照）。

釋字第 528 號解釋甚且認系爭規定六所定**強制工作相關規定與憲法保障人權之意旨不相牴觸，自有拘束全國各機關及人民之效力**（本院釋字第 185 號解釋參照），法院依系爭規定一至七宣告強制工作，自屬合法有效，亦不因本解釋而生實質違法情事，縱嗣經本解釋宣告違憲，係自公布當日起發生效力，亦無從否定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實（理由書第 55 段參照）」。

本席以為，前揭理由，不具說服力。

首應說明者，系爭規定一至七，於本號解釋作成之前，僅其中之系爭規定六（即 85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項），曾為釋字第 528 號解釋之審查客體；其餘規定，即系爭規定一至五，及系爭規定七，均未曾經本院解釋為合憲與否之審查[6]。

換言之，曾因法院適用系爭規定一至五，及系爭規定七，而受強制工作宣告之本案聲請人，與在本號解釋前，因法院適用經本院宣告違憲之法律，而得據本院解釋尋求再審或非常上訴救濟之眾多聲請人，並無本質之不同。蓋兩者聲請本院審查之法規，皆為多數意見所稱之「在各該解釋宣告聲請之法律失效前，**均仍為依法公布施行之有效法律**」，而為「**各級法院法官原應以之為審判之依據，尚不得逕行拒絕適用**」。是多數意見以「法規未經本院宣告違憲前，皆屬有效，法院不得拒絕適用」為由，證立因法院適用系爭規定一至五，及系爭規定七，而受強制工作宣告之本件聲請人，不得據本解釋尋求非常上訴之救濟，實屬毫無說服力。

至於曾因法院適用系爭規定六而受強制工作宣告之本案聲請

---

6 本院釋字第 471 號解釋，僅審查槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項有關強制工作之規定，對系爭規定二及三合憲與否，則未以審酌。至系爭規定二及三，雖曾經該號解釋理由書第 2 段予以援引，惟此段援引系爭規定二及三之文字，應僅指刑法及竊盜犯贓物犯保安處分條例，亦如同槍砲彈藥刀械管制條例，對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作而犯罪者，設有強制其從事勞動之規範，但並未對該規範合憲與否，有所著墨。因此，本席以為，多數意見所持「依系爭規定二及三所定之強制工作制度，**本院釋字第 471 號解釋理由書並未否定其合憲性**」之結論，不無商榷餘地。

人，亦不得據本號解釋，尋求非常上訴之救濟，多數意見之理由則為：系爭規定六曾經釋字第 528 號解釋肯認其合憲性，則該規定在未經大法官另行宣告違憲之前，屬持續合憲，即便本解釋宣告系爭規定六違憲，亦無從否定該規定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實，故適用該規定所為之強制工作宣告，亦屬合法有效。

然而，如上所述，本院自釋字第 185 號及第 188 號解釋起，即已確認：法規經宣告違憲且立即失效者，其效力僅向將來失效，而非自始無效。因此，依本院解釋先例，大法官縱使於解釋中宣告法規立即失效，亦無從動搖該法規在解釋作成前之合憲法秩序，無論該合憲之法秩序係因無任何相關大法官解釋而僅被推定，或已被先前之大法官解釋所確認，均同。至於本院解釋先例同時宣示，聲請案原因案件之聲請人，得突破上述「違憲法規僅向後失效」之原則，而例外獲得個案救濟，其原因則始終立基於「保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻」[7]之考量。此項考量，不應因法規範係首次被大法官宣告違憲，或係經補充／變更解釋之方式被宣告違憲，而有差異。蓋兩者之聲請人，對於維護客觀憲法秩序，均有貢獻；更重要者，在人民聲請解釋憲法之情形，賦予人民得據解釋而對原因案件尋求救濟，另蘊含人民藉此主觀保障其基本權之目的。亦即，因確定終局裁判適用法規，致憲法上權利受不法侵害之人，其聲請解釋憲法之最終目的，莫過於希望對該裁判可以「翻案」。從此項保障聲請人權益之目的而言，更不會因法規係首次經審查即被宣告違憲，或因時代變遷等因素，以致於再次經審酌始被宣告違憲，而有區別。

簡言之，依本院解釋先例，大法官即便以補充解釋之方式，全部或部分變更先前之解釋，均未曾禁止原因案件之聲請人得據該補充解釋，就原因案件尋求個案救濟。近期公布之釋字第 791 號解釋（變更本院釋字第 554 號解釋，認通姦罪為違憲）、第 784 號解釋（變更本

7 釋字第 188 號解釋理由書第 2 段、釋字第 725 號解釋理由書第 2 段，及釋字第 741 號解釋理由書第 3 段參照。

院釋字第 382 號解釋，認各級學校學生均得提起行政爭訟），及第 771 號解釋（變更／補充本院釋字第 107 號、第 164 號解釋，認繼承回復請求權時效完成後，真正繼承人仍得行使物上請求權），皆為適例。

對照觀察下，本號解釋理由書第 55 段之不同處理，既為突兀，更屬不利人權保障，實難支持。

三、結論：末代解釋，為德不卒

憲法訴訟法即將於明（111）年 1 月 4 日施行，大法官「解釋」因而走入歷史。在此前夕，細看本號解釋，一方面樂見其宣告刑事法關於強制工作之規定違憲且立即失效；他方面，惋惜其阻絕聲請解釋之人民就原因案件尋求救濟之管道。百味雜陳，感慨萬千！

協同意見書　　謝銘洋大法官　提出

本件聲請案是因為最高法院與其他法院於審理組織犯罪防制條例等罪案件，以及若干受強制工作處分人，對於刑法第 90 條第 1、2 項、竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項，以及組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項，有關強制工作的規定，認為違反憲法第 8 條正當法律程序及第 23 條比例原則而聲請釋憲，並聲請變更本院釋字第 528 號解釋認為組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項合憲的見解。

本件解釋結果認為系爭規定的刑前強制工作，以及規定處分期間一律為 3 年，其目的雖與適合性原則無違，但均非屬對受處分人侵害較小且為達成目的無可取代的必要手段，因而違反憲法的比例原則，並變更本院釋字第 528 號對於組織犯罪防制條例的合憲解釋。此外，本件解釋並認為組織犯罪防制條例的規範與執行違反憲法明顯區隔原則，致違反一罪不二罰原則。

對於多數大法官的意見，本席表示贊同，然而本席認為本件解釋的論述仍有補充的必要，因此提出幾點協同意見。

一、相關規定與釋憲標的

刑法於 1935 年初制定時，就在保安處分章中規定強制工作，當

時於第 90 條就規定：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作（第 1 項）。前項處分期間，為 3 年以下（第 2 項）」，惟引入強制工作的立法理由已經不可考。

現行刑法第 90 條仍然維持 80 多年前設立的強制工作制度，只是於 2005 年因已經廢除連續犯而刪除「以犯罪為常業」，並考慮處分的作用在於「補充或代替刑罰」而將強制工作由刑後改為刑前，且將處分期間由 3 年以下，改為一律 3 年，以強化強制工作的作用。除了刑法外，強制工作的制度也被引進到其他法律領域，包括 1955 年的「戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例」第 4 條（1992 年更名為「竊盜犯贓物犯保安處分條例」，改列第 3 條）、1996 年的「組織犯罪防制條例」第 3 條、1997 年修正的「槍砲彈藥刀械管制條例」第 19 條第 1 項（惟該條規定於 2001 年本院第 528 號解釋公布後，經立法院於同年 11 月刪除），都有強制工作的規定。

本件的釋憲標的為刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段（1935 年版，以及 2005 年修正版）、竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項（1992 年修正版、2006 修正版）與第 5 條第 1 項前段（1992 年修正版），以及組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項（1996 年修正版、2017 年修正版）。

二、本院歷來解釋

本院歷來解釋中，有 3 件涉及強制工作。最早是釋字第 471 號解釋（1998 年）對於「槍砲彈藥刀械管制條例」第 19 條第 1 項規定「犯第 7 條、第 8 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條第 1 項至第 3 項、第 13 條第 1 項至第 3 項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年」，雖然認為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 3 年，違反比例原則；但是卻仍然肯認只要「個案情節符合比例原則」，還是可以宣告強制工作，甚至縱使個案情節不符合比例原則，也還是可以依刑法第 90 條的規定宣告強制工作。

其次則是釋字第 528 號解釋（2001 年），對於組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項的規定「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年」，認為強制工作可以補充刑罰之不足，協助其再社會化，具有防制組織犯罪之功能，而為維護社會秩序、保障人民權益所必要，且對於無強制工作必要者，有免其執行與免予繼續執行之規定，因而認為合憲。

除上面兩號解釋外，尚有本院釋字第 567 號解釋（2003 年），對於過去的「戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法」第 2 條第 1 項「匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿，而其思想行狀未改善，認有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓」的規定違憲，主要是因其係以行政命令，而非以法律規定必要的審判程序，限制人民之身體自由。雖然如此，該號解釋理由中進一步明白指出「縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第 2 條規定國家機關得以人民思想行狀未改善，認有再犯之虞為理由，令入勞動教育場所強制工作嚴加管訓，無異於允許國家機關得以強制方式改造人民之思想，違背憲法保障人民言論自由之本旨，亦不符合最低限度之人權保障」，該號解釋不僅在於保障人民的思想自由、言論自由以及人身自由，對於國家機關以剝奪人民人身自由的強制工作改造人民的思想的作法，也明白表示其不符合最低限度之人權保障。

三、強制工作應在規範面與執行面均符合明顯區隔原則

雖然本件解釋一開始肯定保安處分的規範與執行，均應該符合憲法明顯區隔原則，然而除了在執行面有進行檢視並認為不符合明顯區隔原則外，在規範面，卻只對組織犯罪防制條例的規範進行是否符合明顯區隔原則的檢視；而對於刑法與竊盜犯贓物犯保安處分條例所規定的強制工作，則只是進行比例原則的檢視，對於其是否在規範面符

合明顯區隔原則，可惜並未為檢視。

（一）保安處分的目的在於預防犯罪而非究責

我國的刑事制裁體系採取「刑罰」與「保安處分」雙軌制，刑罰在於對犯罪行為的究責與處罰，同時也具有預防未來犯罪的作用；而保安處分，則是在於對於具有高度再犯危險性的人，所為的輔助措施，以預防其再犯，並保護社會大眾安全，且使受處分人得以復歸社會。是以保安處分無論是在制度規範面或是執行面，都應該與刑罰有明顯區隔，始為憲法所許，而不生牴觸罪刑法定或一事不二罰原則之問題（本院釋字第 799 解釋參照）。

我國刑法於總則編第 12 章所規定的保安處分，除強制工作外，尚有感化教育、監護、禁戒、強制治療、保護管束、驅逐出境。為執行保安處分，我國於 1963 年進一步制定「保安處分執行法」，其中設有強制工作專章，並據以於 1964 年訂定「保安處分處所戒護辦法」，對於強制工作的處所與戒護加以規定，以及於 1973 年訂定「保安處分累進處遇規程」，規定強制工作的累進處遇。

強制工作既然是屬於保安處分的一環，則不論在規範面（包括宣告的要件以及法律效果），或執行面（包括處所、設施、程序、管理，甚至專業人員的配置及參與等），自都應該與刑罰有明顯區隔，才能達到保安處分制度預防犯罪的目的。

（二）強制工作在規範面並不符合明顯區隔原則

強制工作在規範面是否符合明顯區隔原則，可以分別就要件與法律效果，兩方面加以檢視。

1. 強制工作的要件未充分考量再犯危險性高低

就本件解釋的標的而言，可以宣告強制工作處分的要件有下列數端：

— 有犯罪之習慣（舊法包括：以犯罪為常業）或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者（刑法第90條第1項）

— 18歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者（舊法包括：以犯

竊盜罪或贓物罪為常業者）（竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項）

— 發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者（組織犯罪防制條例第3條第1項）

其中組織犯罪防制條例的規定，與憲法明顯區隔原則不符，本件解釋理由已經有所說明，茲不再贅。而刑法的規範，是以「有犯罪之習慣」為強制工作的對象，其範圍甚廣，包括所有類型的犯罪，且不分犯罪情節的輕重，未考慮其犯罪行為的嚴重性，也未考慮其是否具有高度再犯的危險性以及對社會的危害性可能性高低，例如其是否屬於故意犯罪、所犯的罪名為何、犯罪的次數如何、被宣告的刑期如何、是否經過專業評估其再犯可能性高低等，均得被施以強制工作；甚至只要是有「遊蕩或懶惰」的習慣，只要一有犯罪行為，縱使沒有犯罪的習慣，也可以被施以強制工作。而竊盜犯贓物犯保安處分條例，以有「竊盜、贓物」犯罪習慣者為強制工作處分的對象，也同樣未考慮犯罪情節的輕重，也未經專業評估再犯的危險性高低。

是以刑法與竊盜犯贓物犯保安處分條例有關強制工作的規定，在規範的要件上與並不符合保安處分的目的，而與明顯區隔原則有違。

2. 刑前強制工作對於復歸社會效益有限

1935 年的刑法原本是規定「刑後」強制工作：「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作」，2005 年修法改為「刑前」強制工作：「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作」，依法務部當時所提的立法說明：「本條現行第 1 項規定強制工作應於刑之執行後為之，惟按其處分之作用，原在補充或代替刑罰，爰參考德國現行刑法第 67 條立法例及竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項強制工作處分應先於刑之執行而執行之意旨修正為應於刑之執行前為之」。

然而法務部當時所參考德國刑法第 67 條，是規定強制治療與禁

戒，與我國的強制工作情形並不相同。而竊盜犯贓物犯保安處分條例於 1955 年制定時規定：「14 歲以上未滿 18 歲之竊盜犯贓物犯，免除其刑，但應令入感化教育處所，施以感化教育」，1992 年修正，規定為刑前強制工作：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者」，這個版本即為刑法修法改為刑前強制工作的參考依據，但當時竊盜犯贓物犯保安處分條例修法，對於何以採取刑前強制工作，在修法理由中並未有任何說明。

而組織犯罪防制條例於 1996 年制定時採取「刑後」強制工作的立法理由為：「參酌刑法第 90 條對於有犯罪之習慣或以犯罪為常業者併宣告保安處分之法例，明定參加犯罪組織者，除判刑外，同時並應宣告保安處分，以收刑事懲處及保安教化、授習技藝之雙重效果，以有效遏阻組織犯罪。但嗣後於 2017 年修法改為「刑前」強制工作的修正理由則為：「原第 3 項採刑後強制工作，惟受刑人如經假釋出監，須於假釋期滿再進入勞動處所執行強制工作，執行上易生困擾且不利受刑人更生，爰修正為刑前強制工作」。

刑前強制工作，由於強制工作後即進入服刑階段，其原先所習得的技能，對於其於數年後服完刑期復歸社會的幫助效益已經大為降低，並不像在刑期中或刑後強制工作學習到技能後，立即可以為其復歸社會所用，更能有效降低其危險性及預防再犯。況且刑後強制工作，尚可以進行階段性的專業審查，於評估其危險性降低後，讓其可以有外宿的機會，以減少與社會的疏離感，甚至於評估不再對社會具有危險性時，可以提早讓其復歸社會，而且也可以較有效地為其媒合就業機會。至於如果擔心刑後強制工作在假釋的情形執行上有困難，則更應該考慮把強制工作所欲達成的技能訓練安排在刑期中進行。

是以刑法與竊盜犯贓物犯保安處分條例所採取的刑前強制工作，所能發揮的預防犯罪作用有限，反而是以限制人身自由為主，並不符合保安處分的目的，也與明顯區隔的要求不合。

3. 一律 3 年並未審酌其預防矯治危險之必要性

刑法與竊盜犯贓物犯保安處分條例對於強制工作的宣告，一律為 3 年，雖然於執行滿 1 年 6 個月後，認無繼續執行之必要者，檢察官得聲請由法院免其處分之執行（刑法第 90 條第 2 項但書、竊盜犯贓物犯保安處分條例第 5 條第 1 項但書參照），然而於宣告時未能使法官得依專業的判斷，審酌預防矯治受處分人社會危險之需要性高低而有裁量的空間，卻規定一律付強制工作 3 年，並不符合明顯區隔原則的要求。而且縱使於執行後可以由檢察官聲請法院免其處分之執行，主要還是以受處分人於受執行時的表現是否良好為依據，而非是否有再犯危險性高低的專業判斷為準，也與明顯區隔原則有違。

（三）強制工作在執行面亦不符合明顯區隔原則

我國對於強制工作的執行，幾乎完全沿用徒刑的處遇方式，包括生活管理、監禁處所、工作時間、教化內容、戒具使用、累進處遇、人身自由限制等，與徒刑在執行上並無實質差異。就此本件解釋大多數大法官認為強制工作在執行面已經違反明顯區隔原則，可資贊同。

四、強制工作制度為威權時代產物，背離國際趨勢

在國際上有強制工作規定的國家原本就相當有限，例如德國、瑞士、奧地利等歐洲國家，然而由於強制工作並無法發揮原本預期的效果，絕大多數的民主國家都已經紛紛廢除強制工作的規定，目前尚透過強制勞動以進行改造者，主要就是集權的中國與北韓。

我國雖為現代民主國家，卻仍墨守這 80 多年前威權時代所建立的制度，甚至還擴大適用範圍，而無視國際發展趨勢，這不僅在現代民主國家殊屬罕見，在人權保障意識抬頭的今日，更是顯得格格不入，長久以來也備受我國刑法學界批判與質疑[1]。

[1] 參閱林山田，評刑法修正草案，臺大法學論叢第 20 卷第 1 期，1990.12，頁 151、166 以下。另外，該文尚提到，1974 年由司法行政部組成的刑法「研究修正委員會」於 1978 年提出的修正草案第 13 點「刑修會認為現行法第九十條對於有犯罪習慣或以犯罪為常業以及因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，一律施以強制工作的保安處分，有所欠當，故參考德國、瑞士、英國等國的立法例，

可以拿來做參考比較的，是歐洲若干國家在保安處分中所採取的「保安監禁」制度（並非強制工作），用以處理具有完全責任能力，而具有再犯之虞的犯罪行為人。然而這並非毫無問題的。例如德國於納粹時代 1933 年引進的保安監禁（Sicherungsverwahrung）制度中的部分規定，就被歐洲人權法院判決違反歐洲人權公約。在歐洲人權法院的 M. v. Germany 案（2009/12/17，案號：19359/04）中，原告主張行為時的德國法律，保安處分的上限為 10 年，其所受的連續性保安處分超過 10 年的部分違反歐洲人權公約第 7 條第 1 項第 2 句。歐洲人權法院除肯定本案原告的主張外，並認為德國的保安監禁，依德國刑法第 66 條的規定，適用於某些重罪的累犯與慣犯，其所受的待遇基本上與刑罰相同，其執行也大多類推適用刑罰的執行，因而構成歐洲人權公約第 7 條所稱之「刑罰」（penalty），並因而受該條不溯及既往規定的限制。

歐洲人權法院的判決，促使了德國對於保安監禁制度的改革[2]，過去在德國竊盜或詐欺犯都可能被宣告保安監禁，現在則是針對性犯罪和暴力犯罪。德國聯邦憲法法院於 2011 年判決[3]中也認定保安監禁的規定，違反德國基本法，而要求保安監禁的安置，必須與之前的自由刑的監禁明顯區分。亦即受保安監禁的行為人被執行完與其罪責相應的刑罰後，國家應給予特別密集的照料，以使其達到再社會化的目，如果行為人不再具備危險性，即應予釋放；對於受保安監禁的人，政府應增加新的安置機構或監禁場所，致力對於這受保安監禁的人提供適當的治療，而且該治療必須能降低收容人對於社會的危害性。

將強制工作劃分為『保安監管』與『職業訓導』兩種，而分別規定於草案第九十條與第九十條之一；惟法務部草案全加翻案」，頁156。然而德國嗣後已經於1969年廢除強制工作，瑞士雖於1971年引入「勞動教養」（Arbeitserziehung）的制度（Art 100bis），也在 2006 年修法正式廢除。

2 參閱 Jörg Kinzig, Aktuelle Reformen des Sanktionensystems in Deutschland, 馬躍中譯）：德國刑事制裁體系改革現況，軍法專刊第 63 卷第 1 期，2017.02，頁 165，169。

3 BVerfGE 128, 326 vom 4.5.2011.

至於其他國家，根據歐洲人權法院在上述判決中所述，德國以外至少有 7 個歐洲國家設有保安監禁（secured custody）制度，包括奧地利、丹麥、列支敦斯登、聖馬利諾、斯洛伐克、瑞士、義大利，以使公眾免於受到有責任能力者的犯罪侵害，以及免於受到具高危險犯罪傾向的服刑期滿者的侵害。這些國家都是由法院宣告施以保安監禁，且多是接續在受刑人服刑期滿之後再執行。受監禁者的危險性會受到階段性的審查，且於不再對社會具有危險性時，予以試驗性的釋放；多數國家規定監禁處所應設於特殊機構，或至少是監獄中的特別監禁區。值得注意的是，這些國家所採取的保安監禁，有的監禁機構會提供工作機會給受監禁人，但並非強制工作，而是依受監禁人的意願決定是否從事工作。

相較於上述歐洲的發展，我國的強制工作制度，雖然提供技能訓練，然而根據法務部矯正署泰源技能訓練所的統計，近 5 年來未接受技能訓練的受處分人數達 22%，這些人無非就是從事摺紙蓮花、補漁網等作業，也就是一般的勞動工作。固然技能訓練可以讓受處分人習得一定的技能，對於其未來復歸社會有其積極意義。然而不論是技能訓練或是一般的作業，無非就是要透過工作來改變其犯罪或是遊蕩或懶惰的習慣，或是培養其勤勞習慣與工作觀念。其實並無實證研究可以證明，經由強制工作就可以使人觀念有所改變，而養成良好的工作習慣，此為歐洲國家認為強制工作並無法發揮原本預期的效果，紛紛揚棄的原因。頂多是在保安監禁中提供工作機會，而尊重受監禁人的工作意願，這樣的作法也符合歐盟基本權利憲章第 5 條第 2 項所要求的「不論何人均不得被要求施以強制或非自願性勞動（No one shall be required to perform forced or compulsory labour.）」。更何況以強制工作改變一個人的想法，何嘗不是另類的思想改造，而以強制方式改造人民思想，則早已為本院於釋字第 567 號解釋認定其並不符合最低限度的人權保障。

五、結語：應建立符合保安處分本旨的制度，才能真正有效降低受處

分人再犯危險性，並保障社會大眾安全

強制工作雖然名為保安處分，但是在刑罰和保安處分雙軌制的國家，兩者必須要有明顯區隔，不僅在執行面上有所區隔，在規範面上也要有所區隔。

保安處分是對於有高度再犯危險性的犯罪行為人所為的特別預防，是在刑罰之外，再外加的輔導性質措施。保安處分的目的，並非在於對行為人過去的行為加以處罰，而是對於其未來再犯的可能性，透過保安處分的矯治，予以避免。而其是否具有高度再犯危險性、是否有矯治的必要，這必須經由專業的判斷，而不是只是由其過往的犯行就可以直接判斷，也不是單純由法官就可以加以判斷，加上強制工作是以對人身自由的剝奪方式為之，因此必須更為慎重，不僅在執行面必須嚴格遵守明顯區隔原則，更重要的是在制度規範面也必須符合明顯區隔原則。

由上所述可知，除了組織犯罪防制條例，刑法與竊盜犯贓物犯保安處分條例的規定，在要件上也都未能考慮犯罪行為是否故意、是否具有高度再犯的危險性以及對社會的危害性可能性高低；而在法律效果面，則一律採取刑前強制工作 3 年的規定，不僅所能發揮的預防犯罪作用有限，且未能使法官得依專業的判斷，審酌預防矯治受處分人社會危險之需要性高低而有裁量的空間。這些都顯然與保安處分的本旨有違，不僅不符合必須要與刑罰有明顯區隔原則的要求，且顯然與國際發展趨勢相背離。強制工作與其說是保安處分，毋寧說是刑罰的加長，也就是實際上是「以保安處分之名，行徒刑之實」。在本件解釋公布之後，相關機關應依本解釋意旨之憲法思考，重新檢討強制工作之制度與規範。唯有符合保安處分本旨的制度，才能有效降低再犯危險性，而達到真正保障社會大眾安全的目的。

本件解釋公布之日，正好是國際人權日（每年的 12 月 10 日），本件解釋宣告強制工作違憲，並變更釋字第 528 號解釋，在人權保障上是個重要里程碑，深具意義！

協同意見書　　呂太郎大法官　提出
許志雄大法官　加入
黃昭元大法官　加入

一、本解釋多數意見認為刑法、竊盜犯贓物犯保安處分條例及組織犯罪防制條例所定強制工作違反憲法相關意旨，應自公布之日起失其效力，本席敬表贊同。惟多數意見另認為本件聲請人不得依據本解釋，依非常上訴程序，聲請撤銷強制工作之宣告，本席就此部分之結論與理由，均難贊同，爰提出協同意見書。

二、多數意見

多數意見認為：「系爭規定二、三及六因法律修正而失效前，暨系爭規定一、四、五及七依本解釋意旨失效前，均仍為依法公布施行之有效法律，各級法院法官原應以之為審判之依據，尚不得逕行拒絕適用（本院釋字第 371 號解釋參照）；又系爭規定二及三所定之強制工作制度，本院釋字第 471 號解釋理由書並未否定其合憲性，本院釋字第 528 號解釋甚且認系爭規定六所定強制工作相關規定與憲法保障人權之意旨不相牴觸，自有拘束全國各機關及人民之效力（本院釋字第 185 號解釋參照），法院依系爭規定一至七宣告強制工作，自屬合法有效，亦不因本解釋而生實質違法情事，縱嗣經本解釋宣告違憲，係自公布當日起發生效力，亦無從否定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實，於此特殊情況下，附表二至四所示編號五至三十六之聲請人，尚不得據本解釋，經非常上訴程序，請求撤銷其所受強制工作之宣告。」

三、人權保障，勿功虧一簣

當事人得依大法官解釋提起非常上訴以求個案救濟，乃民國 71 年作成大法官釋字第 177 號，及其後作成之第 185 號及第 188 號解釋以來，40 年間大法官從不遲疑予以肯定、維護之當事人憲法上權利，不但為人民受憲法直接保障推進了重大里程碑，也為即將施行之憲法

訴訟法提供了前導理論與奠基。新法不但延續此一貫立場，更加以擴大延伸。申言之，憲法法庭判決前已適用經憲法法庭宣告應立即失效之法規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依職權或被告之聲請，提起非常上訴；於聲請裁判憲法審查之個案，如經大法官宣告該確定裁判或所適用之法規範違憲者，即直接由憲法法庭將原確定判決廢棄，發回管轄法院，減省當事人須另行起訴非常上訴之迂迴與不便（憲法訴訟法第 53 條第 2 項及第 62 條第 1 項參照）。如果在釋憲舊制的最後一哩路，限縮了堅持這麼久的憲法權利，對一個好的開始，作了一個不甚完美的結束，不免令人有功虧一簣之憾。

四、對於依修正或解釋而失效前之法律所作成之裁判，仍得提起非常上訴

多數意見對於禁止本件聲請人依非常上訴程序救濟，其第一理由為：「系爭規定二、三及六因法律修正而失效前，暨系爭規定一、四、五及七依本解釋意旨失效前，均仍為依法公布施行之有效法律，各級法院法官原應以之為審判之依據，尚不得逕行拒絕適用（本院釋字第 371 號解釋參照）」。然而，法院依據原有效之法律為刑事裁判，與該法律嗣經大法官宣告違憲，得否依據大法官解釋作為依非常上訴程序救濟，乃完全不同之二事。大法官自第 177 號解釋，即肯定當事人得依據大法官解釋，聲請依非常上訴救濟，其後肯定此一立場之解釋，已不知凡幾。刑事訴訟法亦明定犯罪後之法律已廢止其刑罰者，應為免訴之判決（刑事訴訟法第 302 條第 4 款參照），欲使確定判決改為免訴判決，均依非常上訴程序為之，從未因裁判時法律未經修正或未經宣告解釋，即阻止當事人於法律修正後或法律經解釋為違憲後，對該裁判依非常上訴程序請求救濟。

五、大法官合憲宣告，無法使刑事確定裁判取得不受非常上訴撤銷之金鐘罩

多數意見對於禁止本件聲請人依非常上訴程序請求救濟，其第二理由為：「又系爭規定二及三所定之強制工作制度，本院釋字第 471

號解釋理由書並未否定其合憲性，本院釋字第 528 號解釋甚且認系爭規定六所定強制工作相關規定與憲法保障人權之意旨不相牴觸，自有拘束全國各機關及人民之效力（本院釋字第 185 號解釋參照），法院依系爭規定一至七宣告強制工作，自屬合法有效，亦不因本解釋而生實質違法情事，縱嗣經本解釋宣告違憲，係自公布當日起發生效力，亦無從否定過去符合憲法要求具公益性質之法秩序事實，於此特殊情況下，附表二至四所示編號五至三十六之聲請人，尚不得據本解釋，經非常上訴程序，請求撤銷其所受強制工作之宣告。」

依上開意見，彷彿大法官曾經作成之合憲解釋，提供了該確定裁判「金鐘罩」，縱使該確定裁判所依據之法律再經大法官宣告違憲，該確定裁判亦可免被依非常上訴撤銷。然而，為何大法官之合憲宣告，有此效力？多數意見並未說明。

本席認為，法律於未經大法官宣告違憲前，均應推定其合憲，大法官宣告某一法律合憲，其意義僅在進一步確認於宣告時，該法律符合宣告時之憲法意旨而已，並非謂經大法官宣告合憲之法律，與未經合憲宣告之法律，效力有任何不同。即便是曾經大法官宣告合憲之法律，亦無排除日後復經宣告違憲之效力，已經有諸多前例可循（本件解釋、釋字第 791 號及第 748 號等解釋參照）。以通姦罪為例，本院釋字第 554 號解釋固宣告其合憲，但嗣經本院釋字第 791 號解釋宣告其違憲，實務上即依釋字第 791 號解釋意旨，准許被告依非常上訴程序請求救濟，並未因釋字第 554 號解釋而獲得「金鐘罩」（例如最高法院 109 年度台非字第 191 號及 110 年度台非字第 3 號、第 13 號刑事判決等參照）。

六、理由不充分但結論却危險的解釋

本席認為，以大法官曾經宣告法律合憲為理由，阻絕對於依據該法律循非常上訴程序請求救濟，理由並不充分，結論却很危險。受強制工作者除了實際上要受更長的自由被剝奪外，比一般犯罪者尚更受負面的社會評價，如果當事人只單純要求依非常上訴程序請求撤銷受

強制工作的宣告，以除去此負面評價，而非刑事補償，就如通姦罪被判有罪之人，請求依非常上訴程序撤銷有罪判決，有什麼理由加以拒絕？又在新制裁判憲法審查下，某一確定裁判所依據之法規範曾經大法官宣告合憲後，現在又被宣告違憲者，大法官可否將該確定判決廢棄？如果大法官可以不受前大法官解釋之拘束，仍可以將該確定判決廢棄，為何其他非聲請案件之當事人，即不得引該違憲宣告之大法官解釋，依憲法訴訟法第 53 條第 2 項對該確定裁判聲請非常上訴？如果當事人依本解釋意旨，不能依憲法訴訟法第 63 條準用第 53 條第 2 項規定，聲請檢察總長提非常上訴救濟，那麼憲法訴訟法第 53 條第 2 項規定是否可能違反本解釋而違憲？這樣的結果，難道是本解釋所要的？

部分不同意見書

蔡烱燉大法官　提出
黃虹霞大法官　加入
蔡明誠大法官　加入

本院釋字第 799 號解釋，就刑法第 91 條之 1 有關性犯罪者之強制治療保安處分之規定，認為與憲法保障人身自由之意旨尚無違背，惟現行強制治療制度長年運作結果有趨近於刑罰之可能，從而悖離與刑罰之執行應明顯區隔之憲法要求，有關機關應自上開解釋公布之日起 3 年內為有效之調整改善，以確保強制治療制度運作之結果，符合憲法明顯區隔要求之意旨。惟針對刑法、竊盜犯贓物犯保安處分條例（下稱盜贓條例）及組織犯罪防制條例（下稱組織犯罪條例）中有關強制工作保安處分之規定，本號解釋多數意見卻宣告其違憲並立即失效。對此，本席實難以認同，因而提出不同意見書，就保安處分制度與習慣性犯罪之處遇問題、我國強制工作制度相關規定與實務概況、強制工作制度之合憲性、本號解釋多數意見有待商榷之處等重點，略作說明。

壹、保安處分制度與習慣性犯罪之處遇問題

一、保安處分之意義與必要性

對於特定人之犯罪行為，為了防止其將來犯罪危險性，在刑罰之外，施以補充或代替之手段，由法院對其宣示，伴隨自由之剝奪或限制之治療、隔離或改善處分[1]。保安處分概念本來是德國法，英美法上不存在[2]，在德國法中也並非是理論而係藉由實踐而漸漸形成之概念[3]。18 世紀末德國刑法學者 E.F. Klein 提出保安處分理論，區別保安處分與刑罰，主張保安處分之必要性[4]。19 世紀後半因歐陸資本主義高度發展，犯罪率大量增加，特別是少年犯罪、習慣性犯罪、累犯或精神障礙者犯罪激增之社會現象。對於此一現象，以應報刑罰作為犯罪對策，實證上無法解決問題，刑罰應致力於社會防衛之目的，此為刑罰之存在理由。

依據日本刑法學者之研究整理，保安處分制度之必要性，從維持社會安全之觀點，僅藉刑罰之執行（自由刑）尚有不足，或有比刑罰對矯正犯罪更為適當之方法，其分析如下：1.從道義責任論之應報刑，對於有再犯危險性之人或無責任能力之人，不得不將其以刑法以外之手段來處理。2.刑罰本係對於過去行為之處罰，對於累犯或習慣性犯罪，僅以刑罰手段處理，縱能確認其未來釋放後再犯之可能性，刑罰亦無能為力，為了預防再犯，有必要實施個別處置。3.對於少年犯罪，應以改善作為目標。4.縱使具備責任能力，對於酒精成癮者或厭惡勞動者，有必要採取刑罰以外之特別手段。[5]

---

1 藤本哲也，刑事政策概論，青林書院，2015 年（全訂第 7 版），頁 195。

2 但 20 世紀初英國法上對於習慣犯罪者有採預防監禁或對於精神障礙者命其入院治療制度，在美國法上對於習慣性犯罪累犯有採不定期刑，對於精神障礙者強制醫院收容制度等，也可見到與大陸法系保安處分相對應之制度，參照大塚仁編著，新刑事政策入門，青林書院，1998 年，頁 299。

3 石原明、藤岡一郎、土井政和、荒川雅行著（下稱石原明等著），現代刑事政策，青林書院，2000 年，頁 131。

4 大塚仁編著，前揭書，頁 298；石原明等著，前揭書，頁 132-133。

5 藤本哲也，前揭書，頁 195-196；石原明等著，前揭書，頁 131。

瑞士刑法學者 C.Stooss 於 1893 年在由其主導參與之刑法預備草案中，將保安處分有系統引進，創造刑罰與保安處分二元體系，對於一直以來的刑罰體系，以保安處分來補充刑罰之不足。其後多數國家採取二元主義（雙軌制）[6]之立法例，例如：德國、奧地利、義大利，為 20 世紀國際主要刑法思潮與立法趨勢。

二、保安處分之種類

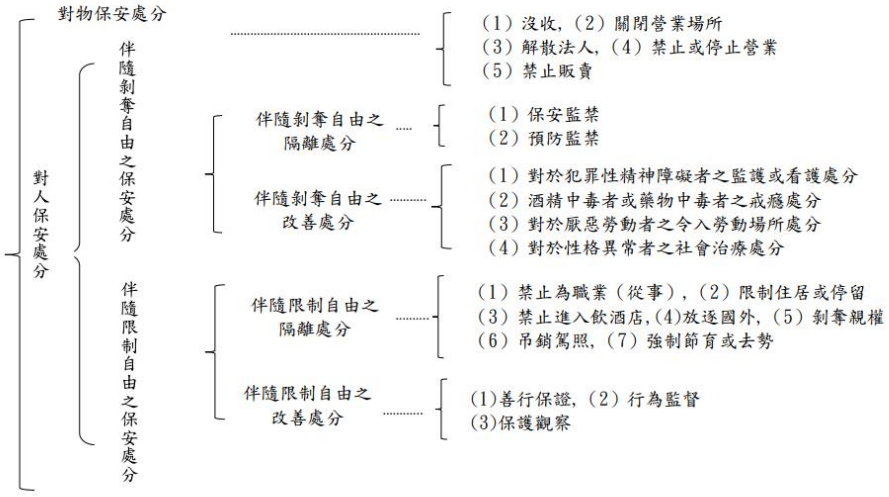
保安處分通常就其係對人之保安處分或對物之保安處分而區分，前者進一步可區分為伴隨剝奪自由之保安處分及伴隨限制自由之保安處分；從處分之目的，伴隨剝奪自由之保安處分復可區分為伴隨剝奪自由之隔離處分與伴隨剝奪自由之改善處分；伴隨自由限制之保安處分復可區分為伴隨自由限制之隔離處分與伴隨限制自由之改善處分。

保安處分在各國以及不同時代，其種類非常多樣[7]，可簡單整理如下圖：

6 我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，本院釋字第 528 號解釋理由書參照。學者也有稱刑罰與保安處分雙軌制，見蘇俊雄，刑法總論 III，自刊本，1999 年，頁 273；林山田教授稱為法律效果的雙軌制，見林山田，刑法通論（下），自刊本，2008 年（增訂 10 版），頁 579。

7 以下之分類與各國立法例說明，參照石原明等著，前揭書，頁 134-135；大塚仁編著，前揭書，頁 299-301。

刑法上保安處分之體系



出處：藤本哲也《刑事政策概論（全訂第7版）》青林書院，2015年，頁200。

剝奪自由之隔離保安處分，係以社會安全之保安為主要目的，對於改善或治療困難之習慣性犯罪者，將其長期監禁於一定設施之保安處分，例如：德國刑法第66條之保安監禁、瑞士刑法第42條之保安監禁、英國預防監禁（1948年刑事裁判法第21條、1967年刑事裁判法廢止）。

伴隨剝奪自由之改善處分，係將受處分收容於一定之設施，施以改善、治療或看護為目的之保安處分：（1）對於精神障礙者之治療處分：德國刑法第63條、瑞士刑法第43條等；（2）酒精中毒者或藥物中毒者之戒癮處分：德國刑法第64條、瑞士刑法第44條等；（3）對於厭惡勞動、乞食以及遊蕩者為令入勞動場所處分：德國舊刑法第42d條，德國第一次刑法修正法廢止，挪威刑法第39條、丹麥刑法第62條、瑞士刑法第100-2條；（4）對於年輕危險累犯，或性格異常者之社會治療處分：德國刑法第65條，但因財源與欠缺人才而於1984年12月停止實施並廢止。

伴隨限制自由之隔離處分，對於受處分人之社會行動自由為部分

剝奪限制，例如：職業、住居或行動自由等，主要目的係不讓行為人有犯罪機會，把行為人從犯罪機會中隔離為其中心，同時也促使行為人之自制心，期待其改善效果。例如：(1) 禁止職業：例如德國刑法第 70 條、法國刑法第 171 條、瑞士刑法第 54 條等；(2) 限制住居或停留：義大利刑法第 233 條、希臘刑法第 73 條、丹麥刑法第 70 條等；(3) 禁止進入飲酒店：義大利刑法第 234 條；(4) 放逐國外：義大利刑法第 235 條；(5) 剝奪親權：德國 1911 年草案第 77 條；(6) 吊銷或剝奪駕照等：德國刑法第 69 條等；(7) 強制節育或去勢：德國舊刑法第 42 條。

伴隨限制自由之改善處分，對於受處分人為限制自由，期待其改善效果之保安處分。(1) 善行保證：瑞士刑法第 57 條；(2) 行為監督：德國刑法第 68 條；(3) 保護觀察。

三、刑罰與保安處分之關係

保安處分與刑罰之關係，有採取一元主義與二元主義之立法例。

一元主義係從保安處分與刑罰皆係為社會防衛之合目的手段，兩者之間並無本質上差異，因此主張刑罰與保安處分一元化。此一主張者，認為因應行為人危險性所為自由之剝奪，保安刑或不定期刑形式之刑罰，其本身也能完成保安處分機能之刑罰一元主義，或者廢止刑罰將刑事制裁僅以保安處分單一化之保安處分一元主義。美國有多數州採取不定期刑，即為近似刑罰一元主義。

採取二元主義（雙軌制）之立法例，則認為刑罰與保安處分之性質為不相同，簡言之有以下幾點[8]：

1.二者均係對於犯罪行為人之處分，刑罰係以責任為根據，保安處分以危險性為根據；2.刑罰係對於過去個個行為與責任為價值判斷之表現，保安處分係基於行為人將來危險性為價值判斷；3.刑罰係對於犯罪為制裁，其本質為應報，其內容也係痛苦或惡害。但保安處分係作為再犯之預防，所為之隔離或改善為其本質，其內容並非痛苦或

[8] 參照大塚仁編著，前揭書，頁 301。此一分析亦可見林山田，前揭書，頁 585。

惡害；4.刑罰係以一般預防為主要目的，特別預防則僅為附隨目的，保安處分係專以特別預防作為目的，一般犯罪預防並非其本質；5.刑罰具有倫理非難性，保安處分不具備非難之意義，不具備倫理之色彩。

對於責任採取刑罰，對於危險性採取保安處分係二元主義之主張，就其處遇亦應明顯區別，理論上係相當明快。但實際上就犯罪人之處遇，二者之區分係相當困難，因二者均係對於犯罪行為人為自由拘束，保安處分與自由刑實際上很難區別。伴隨自由剝奪或自由限制之保安處分，其目的係為了改善或隔離，並非係如同刑罰般以剝奪法益為目的。**但二者僅是觀念上的區別，從機能面來觀察，特別是近來刑罰與保安處分之機能流動化現象**[9]。例如：日本自由刑之懲役，需使受刑人為所定刑務作業，亦係一種強制勞動，在 1873 年（明治 6 年）改定律例時，廢止鞭刑與杖刑而創設之刑罰用語，一直沿用至今。舊刑法下如該用語所表現，其前提係使犯人為勞役，以使其感受苦痛之刑罰，例如：在大阪府、兵庫縣等部分監獄也曾有使囚犯搬「罪石」之懲罰，所謂課予「空役」[10]，或者在明治中期開拓北海道使用囚犯工作開墾北海道也係其歷史[11]。日本現行刑法自 1907 年（明治 40 年）制定以來，關於自由刑一直維持懲役與禁錮之區別，但 1960 年代刑法全面修正，開始提出疑問，對於犯罪行為區分破廉恥罪懲役刑與非破廉恥罪禁錮型提出疑義；矯正實務中，認為工作並非是給與苦痛，而係將其定位為使受刑人改善更生處遇之一種，從改善教育觀點出發，以促進受刑人早日復歸社會之手段[12]；同時也進一步就其社會處遇為擴大，有代替刑罰之處遇，例如：緩刑宣告、保護觀察及社會服

9 大塚仁編著，前揭書，頁 302。

10 藤本哲也，前揭書，頁 255；大塚仁編著，前揭書，頁 264。

11 川出敏裕，刑罰のイメージ，法學教室 494 號（2021 年 11 月），頁 1。

12 2020 年 10 月法務省法制審議會向法務省大臣提出將懲役與禁錮單一化，新自由刑為內容之答詢報告（日文：答申），報告中認為：新自由刑以「監禁於刑事設施」，「處以新自由刑者，為了謀求其改善更生，有必要使其工作或為必要之指導」。因此以是否有工作義務區分自由刑之制度將廢止，工作與指導並列係為了使受刑人改善更生必要之制度。

務等，此一傾向顯示刑罰與保安處分二者有其近似性或者相互替代性之新局面[13]。[14]

四、習慣性犯罪者之處遇問題

由於我國刑法、盜贓條例及組織犯罪條例中有關強制工作保安處分之規定，係針對有犯罪之習慣者、以犯罪為常業者、常習性或持續性之犯罪組織成員，且本案附件 2 聲請人多數經法官認定有習慣性犯罪之情況[15]，因而日本學者對習慣性犯罪之研究，或可供我國處理此一問題之借鏡。

習慣性犯罪問題被日本刑法學者稱為「刑事政策之好望角」，因為在人類歷史中，能否環繞世界一周，重要分界點在於好望角；而刑事政策上未解決問題亦即習慣性犯罪問題，也具有同樣地位與意義[16]。日本昭和時期監獄學及刑事政策實踐法學者正木亮，在 1965 年稱習慣性犯罪問題如同月亮，任何人均看得到，相信月亮的存在，卻無法去真正瞭解它的真面目;習慣性犯罪也一樣，大家都相信它的存在，但無法真正瞭解它的實際狀況[17]。時至今日，自然科學已經進步到太空人登陸月球，但習慣性犯罪仍是刑事政策上未解決之問題。

習慣性犯罪者係犯罪學上概念，其因其性格上特質而存在，需以慣行來獲得內在滿足，而重覆進行犯罪，且有犯罪反覆傾向之人格。犯罪學上關於習慣性犯罪，從生物學、精神醫學及社會學角度加以實證研究之成果，對於犯罪者予以類型化。累犯則係刑法上概念，需具

13 大塚仁編著，前揭書，頁 302。

14 日本刑法是否導入保安處分制度，為其刑事政策長年以來之爭議，由於保安處分之問題點，例如：再犯之預測困難；保安監禁狀況下，治療有其困難；容易發生以治療為名之監禁，或輕鬆要件即構成治療處分，可能成為對於政治犯之惡用；對於受處分人之人權侵害可能性等，雖有相關刑法修正草案提出對於精神障礙者之治療保安處分與藥物酒精中毒者之戒癮處分等，但因受到強烈批判而未獲立法，僅有關於少年之保護處分以及對於賣春者之輔導處分。

15 參照附件 2 表格「宣付強制工作判決理由摘要」一欄所示。

16 藤本哲也，前揭書，頁 455。

17 正木亮，刑法と刑事政策，有斐閣，1965 年，頁 65。

備刑法規定之要件始成立，二者並非一致之概念，但二者其類似之處係犯罪者重複累積進行犯罪，在刑法上習慣性犯罪者常係構成刑法上之累犯，而以累犯問題來處理。

累犯（或習慣性犯罪者）應如何處遇，係刑事政策上最重要課題。在各國立法例中，為了謀求對於犯罪人之改善更生與社會安全，於刑法上採取之特別措施非常多，日本刑法總則累犯加重規定外，刑法分則及刑法以外之法律中，對於個別犯罪，以常習而犯罪者規定較重之刑罰，例如：盜犯等防止及處分法（下稱盜犯等防止法）之常習（強）竊盜[18]、常習累犯（強）竊盜[19]等，對於常習特殊竊盜罪及常習累犯竊盜罪處以 3 年以上懲役之重刑[20]。總體而言，日本現行刑法對於習慣性犯罪之對策並非充分，其立法政策上對於習慣犯罪者應如何處遇，成為刑法修正之大課題。

日本學者整理各國對於習慣性犯罪之處遇對策，一般而言有以下七類型立法例[21]：1.累犯加重範圍內科處定期刑：日本現行刑法、美國各州刑法、1967 年英國刑事司法法。2.僅科處不定期刑：日本 1974 年改正刑法草案、1902 年挪威刑法、1950 年希臘刑法。3.定期刑與預防監禁併科：1908 年英國犯罪預防法、1930 年比利時社會防衛法、

18 盜犯等防止法第 2 條（常習特殊竊盜犯）常習而以下列方法，犯刑法第 235 條（竊盜罪）、236 條（強盜罪）、238 條（準強盜）、239 條（使昏迷而盜取財物）之罪或未遂者，**犯竊盜者，應處以 3 年以上懲役**，犯強盜罪者，處 7 年以上懲役。一、攜帶凶器犯罪者；二、二人以上於現場共同犯罪者；三、損壞門牆等或打開鑰匙進入住居、或有人看守之宅邸、建築物或船舶而犯罪者；四、夜間侵入人之住居、或有人看守之宅邸、建築物或船舶而犯罪者。

19 盜犯等防止法第 3 條(常習累犯竊盜罪)規定：常習而犯前條所揭刑法各條之罪或未遂者，且該行為前 10 年內，曾因此等罪或因此等罪與其他罪合併論罪 3 次以上，而受 6 個月以上懲役，刑之執行或被免除其刑者，應按前條規定科處。

20 日本刑法第 12 條之規定，懲役分為無期及有期，有期懲役 1 個月以上 20 年以下。

21 以下立法例之說明，參照藤本哲也，前揭書，頁 465-470；石原明等著，前揭書，頁 373-375；大塚仁編著，前揭書，頁 337-339。

1933 年西班牙遊蕩及非行者法。4.定期刑與不定期保安處分併科[22]：舊西德刑法、1929 年挪威刑法、1930 年義大利刑法。5.取代刑罰，科處定期預防監禁及矯正訓練：1948 年英國刑事司法法。6.取代刑罰，科處不定期保安監禁：1927 年瑞典刑法、1930 年丹麥刑法、1937 年瑞士刑法。7.刑罰與社會治療處分併為宣告，執行面上承認社會治療處分之刑罰代替性：舊西德刑法。

以上，1 及 2 是刑罰一元主義，3 以下是刑罰與保安處分二元主義（雙軌制），3 及 4 是併科主義或累積主義，5 及 6 是擇一主義，7 是取代主義，各種不同之處理手段與立法政策，當係各國刑事政策之選擇。

對於習慣性犯罪者，日本刑法修正作業中一直以來都有採取不定期刑之提議，以戰前大正 15 年刑法改正綱領為基礎之刑法暫案（昭和 15 年 1940 年），戰後準備草案（1961 年）也承襲此一立法，1974 年改正刑法草案對於常習累犯採取不定期刑，草案第 58 條規定「所謂常習累犯係指被處 6 個月以上懲役之累犯者再為犯罪，作為累犯應以有期懲役處斷之情形。」第 59 條則規定對於常習累犯得為宣示不定期刑。1974 年草案，遭到刑法學者強烈之批判，最後並未完成立法程序。

因此日本在現行制度下，對於習慣性犯罪僅能在刑罰加重刑主義下，活用假釋及保護觀察制度為中心之更生保護，並加以社會治療方法（例如：精神醫學、心理醫學、教育個別治療及團體治療等），以

[22] 我國刑法應可列入此一類型之立法例。因我國刑法保安處分多採（相對）不定期制度，原則上由立法者制定一定之最高處分期限，在處分期間終了前，由法院視行為人個別之改善情況，以決定處分期間之長短及是否免其處分之執行。例如刑法第 86 條第 3 項規定：「感化教育之期間為 3 年以下。但執行已逾 6 月，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。」又例如同法第 90 條第 2 項前段規定強制工作處分期間為 3 年，但同條項但書及第 3 項另規定強制工作免予繼續執行及延長執行之規定。見王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月（7 版），頁 50-51、631。

改善為目的之處遇[23]。

貳、我國強制工作制度相關規定與實務概況

一、強制工作制度相關規定

我國強制工作之相關規定，散見於相關法律，與本件聲請案相關之規定內容，概述如下[24]：

（一）刑法所定強制工作部分

民國 24 年 1 月 1 日制定公布，同年 7 月 1 日施行之刑法（下稱 24 年刑法）第 90 條規定：「（第 1 項）有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。（第 2 項）前項處分期間，為 3 年以下。」同法第 97 條規定：「依……第 90 條……規定宣告之保安處分，期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行；如認為有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內，酌量延長之。」同法第 98 條規定：「依……第 90 條規定宣告之保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行。」

94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法（下稱 94 年刑法）第 90 條規定：「（第 1 項）有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作。（第 2 項）前項之處分期間為 3 年。但執行滿 1 年 6 月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。（第 3 項）執行期間屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾 1 年 6 月，並以 1 次為限。」同法第 98 條第 2 項及第 3 項規定：「（第 2 項）依……第 90 條第 1 項……規定宣告之保安處分，於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執

---

[23] 石原明等著，前揭書，頁 375；大塚仁編著，前揭書，頁 338-339；中山研一，不定期刑——刑法改正問題への提言，法律時報 41 卷 2 號，1969 年 2 月，頁 47。

[24] 關於強制工作立法沿革的詳細介紹，可參照許恆達，論保安處分之強制工作，月旦法學雜誌第 214 期，2013 年 3 月，頁 196 以下。

行。（第 3 項）前二項免其刑之執行，以有期徒刑或拘役為限。」同法第 97 條則於本次修法時予以刪除[25]。

概觀本次修法重點為：(1) 修法後法官僅就「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪」之要件，有個案判斷空間，一旦法官認定行為人之情狀合乎該要件，即須依修正後之規定宣告強制工作；(2) 刪除「以犯罪為常業」之要件；(3) 修法前規定強制工作應於刑之執行後為之，但因強制工作原在補充或代替刑罰，修法後改為應於刑之執行前為之；(4) 強制工作的宣告期間由 3 年以下，一律改為 3 年；(5) 增訂強制工作處分免予繼續執行之條件（執行滿 1 年 6 月）、延長執行時間之上限（1 年 6 月）及次數（1 次）之規定；(6) 因修法後強制工作處分之執行先於刑之執行，故增訂處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免除刑之全部或一部之執行。

（二）盜贓條例所定強制工作部分

81 年 7 月 29 日修正公布之盜贓條例（下稱 81 年盜贓條例）第 3 條第 1 項規定：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」上開條文將本條例強制工作之宣告與否，改由法官依職權判斷，即法官「得」依個案情節判斷是否宣告強制工作。95 年 5 月 30 日修正公布，同年 7 月 1 日施行之盜贓條例（下稱現行盜贓條例）第 3 條第 1 項規定：「18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有犯罪之習慣者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作。」上開條文刪除「以犯竊盜罪或贓物罪為常業者」之要件。

81 年及現行盜贓條例第 5 條均規定：「（第 1 項）依本條例宣告

[25] 94 年刑法修正時，刪除 24 年刑法第 97 條之法務部立法說明，就與刑法第 90 條相關部分，摘錄如下：「二、現行第 97 條係就裁判諭知保安處分之期間特設免除及延長之規定，而普遍適用於各種保安處分。惟經分別檢討修正後之各種保安處分與本條之關係：(一) 免除處分之執行，已分別納入第 86 條至第 90 條中。(二) 現行第 90 條規定已依次將本條延長執行之規定納入第 90 條第 2 項中。……依上開說明，本條已無保留必要，爰予以刪除。」

之強制工作處分，其執行以 3 年為期。但執行已滿 1 年 6 個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。（第 2 項）依本條例宣告之強制工作處分，執行已滿 3 年，而執行機關認為有延長之必要者，得檢具事證報經上級主管機關核准後，報請檢察官聲請法院許可延長之。但延長期間，最長不得逾 1 年 6 個月，並以 1 次為限，在延長期間內，執行機關認無繼續延長之必要者，得隨時檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續延長執行。」81 年及現行盜贓條例第 6 條均規定：「依本條例執行強制工作之結果，執行機關認為無執行刑之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免其刑之執行。」

（三）組織犯罪條例所定強制工作部分

85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪條例（下稱 85 年組織犯罪條例）第 2 條規定：「本條例所稱犯罪組織，係指 3 人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織。」同條例第 3 條規定：「（第 1 項）發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處……；參與者，處……。（第 2 項）犯前項之罪，受刑之執行完畢或赦免後，再犯該項之罪，其發起、主持、操縱或指揮者，處……；參與者，處……。（第 3 項）犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年。（第 4 項）前項強制工作，於刑之執行完畢或赦免後，檢察官認為無執行之必要者，得檢具事證聲請法院免其執行。（第 5 項）第 3 項強制工作執行已滿 1 年 6 個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」依上開規定，發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織者，應於刑之執行完畢或赦免後，強制工作 3 年；如受刑之執行完畢或赦免後，再犯該等罪行，則強制工作期間延長為 5 年。

106 年 4 月 19 日修正公布之組織犯罪條例（下稱 106 年組織犯

罪條例）第 2 條規定：「（第 1 項）本條例所稱犯罪組織，指 3 人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾 5 年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織。（第 2 項）前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。」同條例第 3 條規定：「（第 1 項）發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處……；參與者，處……。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。……。（第 3 項）犯第 1 項之罪者，應於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。（第 4 項）前項之強制工作，準用刑法第 90 條第 2 項但書、第 3 項及第 98 條第 2 項、第 3 項規定。……」上開規定將犯罪組織定義得更為嚴謹，並將強制工作處分之執行改為於刑之執行前為之，同時刪除再犯時強制工作期間延長為 5 年之規定。同條例第 3 條第 4 項規定，關於強制工作之免予繼續執行或延長執行，準用 94 年刑法第 90 條第 2 項但書、第 3 項；關於強制工作執行完畢或一部執行而免除後，免除刑罰之全部或一部之執行，則準用 94 年刑法第 98 條第 2 項、第 3 項規定。就 85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項規定之強制工作而言，法官並無個案判斷空間，即符合上開二條文之要件，法官即應對行為人宣告強制工作處分。

本院釋字第 528 號解釋（下稱系爭解釋一）認為，85 年組織犯罪條例第 2 條所定義之犯罪組織，成員間雖有發起、主持、操縱、指揮、參與等之區分，然以組織型態從事犯罪，內部結構階層化，並有嚴密控制關係，其所造成之危害、對社會之衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性犯罪。故 85 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，於 85 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項及第 5 項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之

基本原則，為適當、必要與合理之裁量，與憲法第 8 條人身自由之保障及第 23 條比例原則之意旨不相牴觸。

（四）槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條

86 年 11 月 24 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例（下稱 86 年槍砲條例）第 19 條規定：「（第 1 項）犯第 7 條、第 8 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條第 1 項至第 3 項、第 13 條第 1 項至第 3 項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年。（第 2 項）犯前項之罪，受刑之執行完畢或赦免後，再犯該項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 5 年。（第 3 項）前 2 項強制工作，於刑之執行完畢或赦免後，檢察官認無執行之必要者，得檢具事證聲請法院免其執行。（第 4 項）第 1 項、第 2 項強制工作執行已逾二分之一，而執行機關認無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」

本院釋字第 471 號解釋（下稱系爭解釋二）認為，86 年槍砲條例第 19 條第 1 項規定，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 3 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 23 條所定之比例原則。嗣 86 年槍砲條例第 19 條規定，經立法院依黨政協商結果，於 90 年 11 月 14 日予以刪除。

二、實務運作概況

保安處分之強制工作制度，在我國刑事司法實務，對於習慣犯之運用相當頻繁，此由附件 1 所示自 90 年迄 110 年 9 月間，經第一審及第二審宣示強制工作之判決，總計各高達數千人（件）次，以及最高法院 77 年度台上字第 1711 號刑事判決所持：「18 歲以上之竊盜犯，而有犯罪之習慣，應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第 4 條第 1 款定有明文。而**被告有無犯罪之習慣，應以客觀事實作為認定其有無犯罪習性之準據，與被告等**

有無職業及犯罪時間之長短並無絕對關係，倘若被告等利用從事職業上之方便而犯罪，自不能以其有職業遽認其無犯罪之習慣。」之見解，以往為相關裁判所引用[26]，可見一斑。

長年從事刑事審判實務工作，對刑事理論與實務均相當嫻熟之最高法院吳燦院長，於 94 年間參與該院 94 年度台上字第 6611 號判決，合議庭指出：「保安處分係針對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化、治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分雙軌制，係在維持行為責任之刑罰原則下，為協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。是保安處分中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作因而習慣犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。**刑法第 90 條第 1 項規定……即係本於保安處分應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性及對於行為人未來行為之期待性相當之意旨而制定，而由法院視行為人之危險性格，決定應否令入勞動處所強制工作，以達預防之目的。所謂『有犯罪之習慣』係指對於犯罪以為日常之惰性行為，乃一種犯罪之習性，至所犯之罪名為何，是否同一，則非所問**，上訴意旨指其之前並無強盜犯罪紀錄，而執此謂其無犯罪之習慣，已有誤會。……原判決審酌上訴人自 86 年間至 92 年間之犯罪科刑及執行之情形，暨本案強盜犯罪等之犯罪習性，認定上訴人係以共同連續攜帶兇器犯強盜罪，而於論處其有期徒刑 10 年後，併認有犯罪之習慣，依刑法第 90 條第 1 項、第 2 項規定，宣告令入勞動處所強制工作 3 年之保安處分，要無違誤。」另於 109 年間擔任該院 109 年度台上字第 3571 號乙案審判長時，合議庭認：「刑之量定，屬

[26] 例如：臺灣高等法院臺中分院 98 年度上訴字第 1464 號、臺灣高等法院 103 年度上易字第 2475 號、臺灣高等法院 109 年度上易字第 2048 號、臺灣高等法院臺南分院 95 年度上易字第 224 號、臺灣苗栗地方法院 105 年度易字第 539 號、及臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 688 號刑事判決等。

為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第 57 條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，自不得指為違法。本件原判決……**審酌刑法第 57 條科刑等相關一切情狀，而為刑之量定，並考量預防矯治其社會危險性之必要，且於符合比例原則之範圍內，依法宣告付刑前強制工作**，已說明其理由及依據，其量刑裁量權之行使，客觀上未逾越法定刑度，且**無悖於公平、比例及罪刑相當等量刑原則**，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之情事。再**量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，故其判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量**，不可摭拾其中片段，遽予評斷或為指摘。」

上開二件有關強制工作之見解，可謂係司法實務向來之主流意見，也是長久以來實務之運作實態。

參、依系爭解釋一及二之意旨，我國強制工作制度原則上應屬合憲

依系爭解釋一及二之意旨，保安處分（包括強制工作制度）作為刑罰之補充制度，與刑罰並存原則上並無違憲疑義。依系爭解釋二之意旨，若強制工作之相關規定於要件中已充分考量行為人社會危險性及預防矯治之必要性，且依系爭解釋一之意旨，強制工作之相關規定已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量，則與憲法第 8 條人身自由之保障及第 23 條比例原則之意旨不相牴觸。

一、就強制工作相關規定必須描述行為人之社會危險性言

系爭解釋二之解釋理由書提及：「保安處分中之強制工作，旨在對嚴重職業性犯罪及欠缺正確工作觀念或無正常工作因而犯罪者，強制其從事勞動，學習一技之長及正確之謀生觀念，使其日後重返社會，能適應社會生活。**刑法第 90 條第 1 項規定**：『有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。』**竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條**

第 1 項規定：『18 歲以上之竊盜犯、贓物犯，有左列情形之一者，得於刑之執行前，令入勞動場所強制工作：一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。』**均係本此意旨而制定，而由法院視行為人之危險性格，決定應否交付強制工作，以達特別預防之目的**。」是系爭解釋二應已間接肯認 24 年刑法第 90 條第 1 項及 81 年盜贓條例第 3 條第 1 項於構成要件中，已充分描述行為人之危險性格，就此範圍內應屬合憲。因而與上開刑法條文構成要件類似的 94 年刑法第 90 條第 1 項（僅刪除「以犯罪為常業」之要件），及與上開盜贓條例條文構成要件類似的現行盜贓條例第 3 條第 1 項（僅刪除「以犯竊盜罪或贓物罪為常業者」），於此範圍內，依系爭解釋二之意旨，亦應屬合憲。

另系爭解釋一解釋理由書提及，85 年組織犯罪條例第 2 條有關犯罪組織定義之規定，與 86 年槍砲條例第 19 條第 1 項規定，**不問行為人所具之犯罪習性、有無預防矯治其社會危險性之必要，均一律宣付強制工作，有違憲法保障人身自由意旨之情形有別，不可相提並論**。犯罪組織為遂行其犯罪宗旨，以分工及企業化之方式從事犯罪行為，內部結構階層化，並有嚴密之控制關係，犯罪組織之成員既屬常習性並具隱密性，犯罪型態多樣化，除一般犯罪外，甚或包括非法軍火交易、暴力控制選舉等，其對社會所造成之危害與衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性犯罪。基此，系爭解釋一應已肯認 85 年組織犯罪條例第 2 條規定，已具體描述犯罪組織成員之社會危險性，從而同條例第 3 條第 3 項有關強制工作之規定，於此範圍內，應屬合憲。相較之下，106 年組織犯罪條例第 2 條第 1 項關於犯罪組織的定義，更為具體描述犯罪組織成員之社會危險性，如「以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾 5 年有期徒刑之刑之罪」，故同條例第 3 條第 3 項有關強制工作之規定，於此範圍內，亦應屬合憲。

綜上，與本件聲請案相關之強制工作規定，應皆已於強制工作宣

告之要件中，充分考量行為人社會危險性及預防矯治之必要性，與此範圍內，依系爭解釋一及二之意旨，應屬合憲。

二、就強制工作相關規定須有免其執行與免予繼續執行之規定言

此外，類似於 85 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項及第 5 項規定，與本件聲請案相關之其他強制工作規定，皆設有免處分之執行或免予繼續執行之規定（24 年刑法第 97 條前段及第 98 條、94 年刑法第 90 條第 2 項但書、81 年及現行盜贓條例第 5 條第 1 項但書、106 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項規定參照）；且強制工作處分於修法後改為於刑後執行後，另有免刑之一部或全部執行之規定（94 年刑法第 98 條第 2 項、81 年及現行盜贓條例第 6 條、106 年組織犯罪條例第 3 條第 4 項規定參照）。依系爭解釋一之意旨，上開各規定應足供法院為適當、必要與合理之裁量，與憲法第 8 條人身自由之保障及第 23 條比例原則之意旨應不相牴觸。

據上說明，依系爭解釋一及二之意旨，與本件聲請案相關之強制工作規定原則上應屬合憲。

肆、本號解釋多數意見之見解

本號解釋多數意見認為，與本件聲請案相關之強制工作規定違憲，主要係基於以下理由：

一、對受處分人人身自由之限制，不符憲法比例原則之要求

與本件聲請案相關之強制工作規定所欲追求之目的，在於維護治安與預防犯罪，此乃國家極重要之任務，屬特別重要之公共利益。且習得用以謀生之一技之長，依常理一定程度當有助於受處分人出獄後經營正常社會生活，進而預防其日後再犯，是強制工作之相關規定應無違背適合性原則。惟多數意見認為，如能於服刑期間內施以強制工作相關之教化課程、技能訓練及一般作業，受處分人刑滿出獄後即得直接發揮所學，經營正常社會生活，是與本件聲請案相關之強制工作規定，實非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違。多數意見另認為，94 年刑法第 90 條第 1

項及第 2 項前段、81 年及現行盜贓條例第 5 條第 1 項前段、85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項，不問受處分人犯罪行為之型態與情節輕重，一律令強制工作 3 年（或 5 年），就其所欲達成之目的而言，顯非對受處分人侵害最小之必要手段。

爰認與本件聲請案相關之強制工作規定，對受處分人之人身自由所為限制，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。

二、對受處分人人身自由之限制，於規範及其執行不符合憲法明顯區隔原則

此外，多數意見認為，我國刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，強制工作係屬拘束人身自由之保安處分，有關強制工作之規範與其執行，即須與刑罰及其執行明顯有別，以符合憲法明顯區隔原則之要求（本院釋字第 799 號解釋參照）。85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項之受處分人，於受剝奪人身自由之刑罰制裁外，另受以剝奪人身自由為內容之強制工作處分，惟上開規定卻未見有別於刑罰之目的與要件，已有使受處分人實質受到雙重剝奪人身自由之處罰之嫌。其結果與憲法明顯區隔原則之要求不符，致違反一罪不二罰原則。

又，目前實務將依 24 年刑法第 90 條第 1 項、94 年刑法第 90 條第 1 項及第 2 項前段、81 年及現行盜贓條例第 3 條第 1 項、第 5 條第 1 項前段、85 年及 106 年組織犯罪條例第 3 條第 3 項之受處分人，分別男女集中於同一處所執行，該同一處所除受處分人外，另有為數更多之受刑人接受刑罰執行。受處分人於日常包括管理、作業、課程及技能訓練與受刑人並無差別，實務上亦未見專門用以矯正受處分人犯罪習慣之評估與矯正機制，是現行強制工作之執行亦不符憲法明顯區隔原則之要求。

伍、本號解釋多數意見有待商榷之處

本號解釋多數意見之論述，並不否定強制工作制度目的之特別重要性及手段之適合性，惟其認為，若能於刑罰執行時對受處分人同時

施以強制工作之訓練，對受處分人人身自由之侵害程度最小，符合憲法比例原則必要性之要求；且目前強制工作制度之規範面與執行面不符憲法明顯區隔之要求，被認定為刑罰之替代性措施，因而違背一罪不二罰之憲法原則。本席認為，上開多數意見論點，難以認同，析論如次。

一、如多數意見認為設立獨立於刑罰外之強制工作保安處分制度有其意義，似以採合憲性解釋為宜

倘多數意見認為，設立一個針對特定類型行為人，且獨立於刑罰之外的強制工作制度，有其必要性，且強制工作所欲達成之目的、規範內容及執行方式，應與刑罰及刑期中的強制勞動完全不同；但為使受處分人人身自由之剝奪符合比例原則，應在刑罰執行中實施強制工作處分，且其規範內容及執行方式應與刑期中強制勞動明顯有別，以符合憲法明顯區隔之要求。若多數意見採此見解，則基於法律解釋方法中合憲性解釋之觀點[27]，多數意見似應於本號解釋中宣示強制工作相關法規與憲法「尚無牴觸」之意旨，揭示「應如何……方符憲法意旨」之見解，同時諭示立法者「應從速檢討修正」、「應檢討修正」、「宜予（應）通盤檢討修正」或「宜檢討改進」[28]，而不宜貿然廢除強制工作制度。

二、如多數意見認為設立獨立於刑罰外之強制工作保安處分制度並無必要，恐係對強制工作功能之誤解

若多數意見認為，設立一個針對特定類型行為人，且獨立於刑罰之外的強制工作制度（無論其是否可折抵刑期），並無必要，因強制

---

27 所謂的合憲性解釋係指，僅在法規範之可能文義範圍內，竭盡努力仍無法對該法規範作成合憲之解釋時，方可宣告此一法規範違憲。見黃茂榮，法學方法與現代民法，國立台灣大學法學叢書 32，2009 年（6 版），頁 534；陳慈陽，憲法學，元照，2016 年（3 版），頁 153 以下；蘇永欽，合憲法律解釋原則，收於氏著「合憲性控制的理論與實際」，月旦，1994 年，頁 77 以下。

28 有關警告性解釋的說明，可參見李震山，司法院釋字第 637 號解釋部分協同意見書，頁 1-2。

工作所欲達成之目的、規範內容及執行方式，與刑罰及刑期中的強制勞動雷同，故以刑期中的強制勞動方式取代現行強制工作制度即可。本席認為，若多數意見採此見解，恐係對強制工作制度及刑期中強制勞動之功能區分，有所誤解。

（一）德國法的觀察

我國刑事法效法德國之立法例，採刑罰與保安處分雙軌（二元主義）之立法體制。德國舊刑法於 1934 年 1 月 1 日增訂第 42d 條強制工作（Unterbringung in einem Arbeitshaus）保安處分之規定[29]，該規定雖於 1969 年 9 月 1 日廢除，惟其廢除之原因，應不在於強制工作制度之設立違反德國基本法。根據 1968 年位於德國漢堡之該邦高等法院（Oberlandesgericht）之實務見解[30]，不論是從當時德國基本法第 12 條第 4 項[31]有關強制勞動之規定[32]、第 12 條第 2 項第 1 句[33]有關強

[29] 德國舊刑法第 42d 條規定：「（第 1 項）犯刑法第 361 條第 3 款至第 5 款、第 6a 款至第 8 款之規定而被判拘役（Haftstrafe）者，若其有強制工作以習於正常生活之必要性時，法院得於刑罰外，另行宣告強制工作。（第 2 項）行為人經營色情事業以營生，而依第 361 條第 6 款受有罪判決，亦同。（第 3 項）強制工作僅於行為人無意工作、懶散或常業乞討之情形時，得施用於犯乞討罪之人。（第 4 項）受強制工作之宣告，又無工作能力者，得安置於庇護所。」以上條文翻譯係參照許恆達，前揭文，頁 211，註 49。德國舊刑法第 42d 條規定的德文原文及其生效與廢除時間，參見 https://lexetius.com/StGB/42d,2（最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）

[30] OLG Hamburg, NJW 1968, 1150.

[31] 當時的德國基本法第 12 條雖於 1968 年 6 月 28 日修正，但該條第 4 項，與現行德國基本法第 12 條第 3 項的內容相同，僅項次略作調整（見 https://lexetius.com/GG/12,2，最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）。現行德國基本法第 12 條第 3 項規定：「強制勞動（Zwangsarbeit）僅於受法院判決剝奪自由時，始得准許。」條文翻譯係參照司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（15），103 年 11 月，頁 340。

[32] 有德國學者基於當時德國基本法第 12 條或同條第 4 項，論證德國舊刑法第 42d 條的合憲性。相關討論見 OLG Hamburg，前揭判決，頁 1150.

[33] 當時的德國基本法第 12 條雖於 1968 年 6 月 28 日修正，但該條第 2 項第 1 句有關強制特定勞動的規定，與現行德國基本法第 12 條第 2 項的內容相同（見 https://lexetius.com/GG/12,2，最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）。現行德國基本法第 12 條第 2 項規定：「任何人不得被強制為特定之工作，但習慣上一般性

制特定勞動之規定、第 3 條第 1 項[34]平等權之規定，及第 2 條第 2 項第 2 句[35]人身自由不可侵犯之規定，德國舊刑法第 42d 條均符合德國基本法之要求。上開德國判決認為，國家無權僅僅因為矯治（bessern）行為人即剝奪其自由，必須行為人在自由狀態下危害自己或他人時，始可剝奪其自由，且德國舊刑法第 42d 條規定係位於德國刑法典「矯治」及「保安」處分章節中，因而德國舊刑法第 42d 條雖未明文以確保公共安全（öffentliche Sicherheit）為要件，但解釋上仍應以確保公共安全為目的。

德國舊刑法第 42d 條規定雖於 1969 年廢除，惟德國基本法第 12 條第 3 項有關強制勞動（Zwangsarbeit）之規定仍可適用於目前德國刑法中剝奪人身自由之保安處分，如保安監禁[36]（Unterbringung in der Sicherungsverwahrung）[37]等[38]。歐洲人權公約第 4 條第 3 項（a）款[39]亦

而所有人均平等參加之強制性公共服務，不再此限。」條文翻譯係參照司法院印行，前揭書，頁 340。

34 當時的德國基本法第 3 條雖於 1994 年 11 月 15 日修正，但該條第 1 項並未修正（見 https://lexetius.com/GG/12,2，最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）。現行德國基本法第 3 條第 1 項規定：「法律之前人人平等。」條文翻譯係參照司法院印行，前揭書，頁 338。

35 德國基本法第 2 條第 2 項第 2 句規定：「人身自由不可侵犯。」條文翻譯係參照司法院印行，前揭書，頁 338。

36 德國保安監禁制度之介紹，可參見 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁—成年刑法與少年刑法之現狀分析與改革構想，元照，2008 年 11 月，頁 128 以下。

37 **德國刑法第 66 條規定：「（第 1 項）（第 1 句）有下列情形之一者，法院除宣告刑罰外，併宣告保安監禁處分：（第 1 款）行為人因犯下列之故意犯罪而受 2 年以上有期徒刑之宣告**：a）**侵害生命、身體之不可侵犯性、人身自由或性自主決定權之犯罪**，b）刑法分則第 1 章、第 7 章、第 20 章或第 28 章或國際刑法典或麻醉物品法之罪，且法定最重本刑為 10 年以上有期徒刑，或 c）行為人因實行上述 a 目或 b 目所稱之犯罪類型，而受行為監督處分之宣告後，實行該當第 145a 條構成要件之行為者，或行為人於迷醉狀態下之違法行為，係屬上述 a 目或 b 目所稱之犯罪行為，而該當第 323a 條構成要件者，（第 2 款）**行為人因最新犯行前，所實行之第 1 款所稱犯罪行為類型，已經兩次各被判處 1 年以上有期徒刑**，（第 3 款）**行為人因新犯行前之一個或數個犯行，已受 2 年以上有期徒刑或拘束人身自由之矯治與保安處分之執行**，及（第 4

有類似之規定[40]。我國憲法雖未如上開德國基本法及歐洲人權公約條

款）**經整體評估行為人及其犯行後得出，行為人因其癮癖實行重大犯罪，特別是嚴重損害被害人身心之類型，且於有罪裁判時對公眾有危險性。**（第 2 句）……。（第 2 項）**倘行為人實行了第 1 項第 1 句第 1 款規定之 3 種類型犯罪，因此各量處 1 年以上有期徒刑，並因其一個或數個犯行判處 3 年以上有期徒刑，則法院得在第 1 項第 1 句第 4 款所稱要件下，除刑罰外，亦得令保安監禁**，即便前無有罪判決或拘束人身自由之處分（第 1 項第 1 句第 2 款及第 3 款）。……」以上條文翻譯參照李聖傑等編譯，德國刑法典，元照，2019 年 7 月（2 版），頁 76。德國刑法第 66 條雖於 2021 年 7 月 1 日作部分修正，惟上開條文之引述內容，未有任何改變，對此可見 https://lexetius.com/StGB/66,2（最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）。

根據德國聯邦統計局（Statistisches Bundesamt）的統計資料，近 10 年來每年依德國刑法第 66 條宣告保安監禁的人數，大體上呈現緩步上升的趨勢，其數據依序為 504 人（2011 年）、466 人（2012 年）、492 人（2013 年）、508 人（2014 年）、529 人（2015 年）、540 人（2016 年）、561 人（2017 年）、566 人（2018 年）、551 人（2019 年）、589 人（2020 年）。資料出處為 Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 4.1, Rechtspflege, Strafvollzug-Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3, 2020, Tabelle 1。下載網址為 https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-10.html?nn=206136（最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）

德國刑法第 67 條第 4 項規定：「保安處分之全部或一部優先於刑罰之執行者，保安處分執行期間應折抵刑期，最多可至刑期之三分之二。」條文翻譯係參照李聖傑等編譯，前揭書，頁 87。

德國刑法第 67d 條第 3 項規定：「執行保安監禁處分已逾 10 年，且受收容者，已無對被害人實施足以嚴重損害其身心之重大犯罪行為的危險性時，法院應宣告保安處分終結。收容人自收容機構釋放後，應即予以行為監督。」條文翻譯係參照李聖傑等編譯，前揭書，頁 93。

[38] BeckOK GG/Ruffert, 48. Ed. (Stand: 2021.08.15), GG Art. 12 Rn. 155; Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 95. EL Juli 2021, GG Art. 12 Rn. 505.另可參照陳愛娥副教授對本件釋憲聲請案所提出之鑑定意見書，頁 7。

[39] 歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）第 4 條第 2 項及第 3 項（a）款規定：「（第 2 項）不得要求任何人從事強制或者是強迫勞動。（第 3 項）出於本條的目的，本條的“強制或強迫勞動”一詞不應包括：（a）在根據本公約第 5 條的規定而被監禁的正常程序中，以及在有條件地免除上述被監禁期間所必須完成的任何工作。」上開條文翻譯，基本上參照歐洲人權法院所公布的歐洲人權公約中譯版，下載自 https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ZHO.pdf（最後瀏覽日：110 年 12 月 10 日）。

[40] 德國基本法第 12 條第 3 項因而並不違反歐洲人權公約第 4 條第 3 項（a）款之規定。見 Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 95. EL Juli 2021, GG Art. 12 Rn. 506;

文，明文規定強制工作制度，惟從比較法的觀點切入，設立獨立於刑罰外的強制工作保安處分制度，原則上在我國應亦無違憲之虞。

（二）我國強制工作制度所針對之行為人類型應有與受刑人區隔並集中施以特別處遇之必要

我國設立保安處分強制工作制度之目的，依系爭解釋一及二之意旨，旨在對有犯罪習慣、以犯罪為常業、因遊蕩或怠惰成習而犯罪、或參加組織犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生。保安處分執行法第 53 條亦規定強制工作之實施，應使受處分人具有就業能力；相較之下，監獄行刑法第 31 條第 2 項有關受刑人服刑時作業之規定，並未要求受刑人須經由作業習得一技之長，具備就業能力[41]。是強制工作之宣告，應與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當，最終

BeckOK GG/Ruffert, 48. Ed. (Stand: 2021.08.15), GG Art. 12 Rn. 155。

41 52 年間制定公布之保安處分執行法第 53 條規定：「實施強制工作，應依受處分人之性別、年齡、身體健康、知識程度、家庭狀況、原有職業技能、保安處分期間等標準，**分類管理，酌定課程，訓練其謀生技能及養成勞動習慣，使具有就業能力。**」109 年 1 月 15 日大幅修正，並於同年 7 月 15 日施行之監獄行刑法，於第 31 條規定：「（第 1 項）受刑人除罹患疾病、入監調查期間、戒護安全或法規別有規定者外，應參加作業。**為落實復歸社會目的，監督機關得商洽勞動部協助各監獄發展作業項目，提升作業效能。**（第 2 項）**監獄對作業應斟酌衛生、教化、經濟效益與受刑人之刑期、健康、知識、技能及出獄後之生計定之**，並按作業性質，使受刑人在監內、外工場或其他特定場所為之。監獄應與受刑人晤談後，於個別處遇計畫中訂定適當作業項目，並得依職權適時調整之。……（第 6 項）**監督機關得商洽勞動部協助各監獄發展職業訓練項目，提升訓練效能。**」惟 109 年修正前，即 69 年 12 月 1 日修正公布之監獄行刑法，於第 27 條關於監獄作業僅規定：「（第 1 項）**作業應斟酌衛生、教化、經濟與受刑人之刑期、健康、知識、技能及出獄後之生計定之**。（第 2 項）監獄應按作業性質，分設各種工場或農作場所，並得酌令受刑人在監外從事特定作業，其辦法由法務部定之。（第 3 項）炊事、打掃看護及其他由監獄經理之事務，視同作業。」顯然 69 年間修正公布之監獄行刑法第 27 條規定，遠比 109 年間修正公布之第 31 條相關規定內容簡陋得多，而其法規範似也較 52 年間之保安處分執行法第 53 條規定，遜色許多。

達成受處分人自力更生且降低其未來危險性之教化、矯治目的。正如前開德國邦高等法院的見解，國家無權僅僅因為矯治行為人即剝奪其自由，必須行為人在自由狀態下危害自己或他人時，亦即危害公共安全，始可剝奪其自由。強制工作拘束受處分人人身自由之正當性，正植基於特定行為人類型所顯現之社會危險性，如有犯罪習慣、以犯罪為常業、因遊蕩或怠惰成習而犯罪或參加常習性或持續性犯罪組織等。

此外，根據學者研究，上開習慣性犯罪者常具有反社會性人格違常（Persönlichkeitsstörungen; Personality disorder）的傾向[42]，雖其所犯罪行多屬竊盜、詐欺、傷害等輕罪，但反社會性人格違常者會一再地對自己或社會從事破壞行為，僅為了滿足自身喜好，亦即以刑罰矯正習慣性犯罪者，幾乎沒有成效[43]。而人格違常者在一般精神病院執行矯治時，常產生暴行、破壞及逃亡等行為，妨害其他患者之治療與氣氛。從而對人格違常之犯罪者最佳之矯治機構，應為類似中間性機構（介於監獄及精神病院之間）之保安處分執行機構[44]。我國目前強制工作處分之執行，雖亦有工作外其他觀念之教化實施，惟每日實施時間極為短暫，亦非由專業人士為之，對人格違常之犯罪者之矯治成效極其有限[45]。為使人格違常犯罪者養成勤勞習慣及正確工作觀念，並使其矯治產生一定之效果，現行強制工作制度之執行內容確實應予大幅改革，除強制工作之實施外，亦應針對受處分人實施強制之專業

42 張麗卿，司法精神醫學—刑事法學與精神醫學之整合，元照，2018 年 9 月（4 版），頁 85 以下。

43 張麗卿，前揭書，頁 102。

44 以上參照張麗卿，前揭書，頁 102 及註 130。

45 保安處分執行法第 16 條規定：「保安處分處所，應商請公私機關、團體，或延聘犯罪學、心理學、社會學、教育學等專家，協助策進其業務。」同法第 55 條規定：「對於受強制工作處分者，應施以教化，灌輸生活知識，啟發國民責任觀念。」同法第 56 條規定：「前條教化之實施，得依類別或個別之方式行之，每日以 2 小時為限，並得利用電影、音樂等為輔導工具，及聘請有學識德望之人演講。」

身心治療或輔導教育。從而強制工作處分之規範及執行，應比照刑法第 91 條之 1 之強制治療處分，及本院釋字第 799 號解釋之意旨，於規範面強化對犯罪學、心理學、精神醫學、社會學及教育學等領域之專業人員之介入[46]，並在執行面上與受刑人區隔之特定處所為之。

本席認為，強制工作處分，應非如本號解釋多數意見所言，缺乏專業性，無須在與受刑人區隔之特定處所執行，而得於受處分人之刑期中予以執行。

陸、結語

最高法院吳燦院長前所參與該院 94 年度台上字第 6611 號及 109 年度台上字第 3571 號二件有關強制工作判決之見解[47]，可謂係司法實務向來之主流意見，也是長久以來實務運作實態。多數意見對強制工作相關規定所持違憲意見，勢必對數十年來穩定之實務見解與運作造成莫大衝擊。

多數意見以現行強制工作有關人身自由之拘束與監獄之行刑，欠缺明顯區隔，違反比例原則，因而宣告其違憲，立即失效。然而強制工作與本院釋字第 799 號解釋所處理之強制治療，同屬拘束人身自由之保安處分，既屬拘束人身自由之保安處分，其拘束人身自由之程度，是否相當，如何規劃二者之區隔，核屬立法政策之問題，司法權似以尊重為宜[48]，以免侵犯立法權。多數意見選擇不循本院釋字 799 號解釋之路徑，另辟蹊徑，福禍難料。

據日本監獄學及刑事政策實踐法學者正木亮之研究，習慣性犯罪是一難解，迄今仍為刑事政策上未解決之問題。日本刑事政策上對於習慣犯罪者應如何處遇矯正非常重視，但也一直無法有最直接之處理對策，業如前述[49]。我國學者張麗卿也認，據研究，刑罰矯正習慣性

46 類似見解，見許恆達，前揭文，頁 212。

47 參照本文上揭貳、二、實務運作概況。

48 為強化人性化之管理，或可建議酌採受處分人之心聲，加大受處分人與受刑人間有關拘束人身自由間之區隔。

49 見註 17。且依附件 2 所示有關「宣付強制工作判決理由摘要」所載內容可知，

犯罪者，幾乎沒有成效[50]。刑罰既未能有效矯正習慣犯，即難以否定拘束人身自由之保安處分—強制工作，對於習慣犯處遇之功能性及必要性。強制工作處遇，除了重視職業技能之訓練外，或應採取如另類保安處分—強制治療之思惟模式，結合犯罪學、心理學、精神醫學、社會學、教育學等專家，針對每一習慣犯受處分人之特殊性，施以特別處遇，才比較會有成效。雖保安處分執行法於 52 年間制定以來，於第 16 條即有「保安處分處所，應商請公私機關、團體，或延聘犯罪學、心理學、社會學、教育學等專家，協助策進其業務」之規定，然而本席於一同赴法務部矯正署泰源技能訓練所履勘期間，詢問有關人員：「該場所有無相關專業人員之配置？」卻得到否定之答案。倘此制度仍有存在之必要，相關專業人員之配置及對每一個別受處分人之專業處遇，或許才是此一制度實施成敗之核心問題。

縱如多數意見所信，監獄行刑處遇同樣可以達到強制工作所欲達成之目的，乃涉及保安處分與刑罰之關係，究採一元或二元主義之問題，各有其思考脈絡[51]，屬立法抉擇。我國既採二元主義（雙軌制），如此刑法第 90 條所建構之強制工作制度，實難認違憲。多數意見以一元主義之觀點，指稱我國二元主義制度設計上之缺陷，似有「時空錯置」之嫌。不過立法者就此如欲改採一元主義，亦屬立法形成之自

部分聲請人已多次進出保安處分場所，仍然再犯，可見此一問題之複雜性。

50 見註 43。

51 法官對於習慣犯之審判，在一元主義下，法官單以被告所犯之犯罪情節及次數，給予被告適當之刑罰；而在二元主義下，（我國）法官在量刑時，如欲對被告宣付拘束人身自由之強制工作之保安處分，通常會一併考慮被告因受強制工作宣告所受拘束人身自由之情事，於量處宣告刑或合併定應執行刑時，給予被告相應較低之刑度，此由附件 2 所示許多有定應執行刑之判決，其宣告判與所定應執行刑間之差距頗大，或可略見端倪。聲請人 4 即張淵森法官在辭去法官職務後，接受媒體訪問時，也不諱言：「強制工作與刑罰都是拘束人身自由，法官在量刑時，很可能會一併考量因為已經判處被告強制工作 3 年，而在刑度上斟酌，避免兩者相加的期間過長。強制工作若遭廢除，猜測法官在該類案件中的量刑很可能會略為提高。」（聯合新聞網，2021-10-13，https://udn.com/news/story/7321/5813771）。

由，多數意見急切介入，且直指因該立法選擇所為之相關規定為違憲，亦有侵犯立法權之嫌。

多數意見於解釋理由書末謂：「立法者就具有偏差性格致生重大社會危險性之犯罪行為人，如於其犯罪行為施以相當之刑罰制裁之外，另施以適當之拘束人身自由之保安處分，以改善、矯治其偏差性格，並預防其社會危險性……更須符合憲法明顯區隔之要求」等語，似又表明，並不反對立法者基於二元主義之精神，對於「有偏差性格致生重大社會危險性之犯罪行為人」，施以適當之拘束人身自由之保安處分[52]，如此轉折，前後立論或有欠一貫。且附件 2 所示聲請人之中，依法官所宣付強制工作判決理由，是否均無多數意見所指「具有偏差性格致生重大社會危險性之犯罪行為人」特質之人？如有，則何以相關強制工作之規定，必然違憲？且有將強制工作制度全部「打掉重練」之必要？

比較穩健之作法，或應選擇本院釋字第 799 號解釋之模式，以現行強制工作制度長年運作結果有趨近於刑罰之可能，從而悖離與刑罰之執行應明顯區隔之憲法要求，限期有關機關為有效之調整改善，以兼顧社會秩序之維護與人權之保障，並降低對立法權、行政權與司法實務運作之衝擊。

52 多數意見或許有意藉此建議立法者參考德國刑法第 66 條有關保安監禁之制度（參見本文註 37），以補社會安全網之漏洞，姑不論其近 10 年之統計，監禁人數均達約 5、6 百人（同上註）。且縱可考慮引進該制度，也不表示我國強制工作此一社會安全網之建構即毫無足取，已達非即時除去不可之程度。

附件 1

表1 地方法院刑事第一審訴訟終結案件被告經宣告強制工作且裁判有罪之人次

資料期間：90年1月至110年9月

單位：人次

資料年	被告違反之法條類別			
	竊盜罪	贓物罪	組織犯罪條例	刑法第90條
總計	**2,952**	**145**	**872**	**1,028**
90年	344	24	22	180
91年	243	18	25	65
92年	278	16	22	72
93年	190	8	30	56
94年	209	10	26	53
95年	213	7	59	46
96年	239	9	31	46
97年	255	10	8	44
98年	163	10	37	19
99年	157	9	30	28
100年	141	13	25	32
101年	125		23	14
102年	101	3	7	12
103年	69	1	15	12
104年	48	2	6	4
105年	36	1		
106年	32		30	9
107年	22	2	188	28
108年	33	1	121	78
109年	33	1	100	162
110年1-9月	21		67	68

說明：1.本表資料範圍係地方法院刑事第一審訴訟案件終結，被告經宣告強制工作且裁判有罪者。

2.本表係以被告違反之法條分類，方式如下：

(1)竊盜罪：被告任一罪違反刑法第320至322條且裁判有罪者。

(2)贓物罪：被告任一罪違反刑法第349至350條且裁判有罪者。

(3)組織犯罪條例：被告任一罪違反組織犯罪條例且裁判有罪者。

(4)刑法第90條：被告違反法條皆非上開法條且裁判有罪者。

3.強制工作資料係依裁判主文蒐集，未必因違反所歸入之法條類別而宣告。

4.被告如同時違反兩類以上之罪者，分別於所犯類別列計1人次。例如：一被告同時違反竊盜及贓物罪，則於竊盜及贓物罪各計1人次。

5.有罪係指科刑及免除其刑。

（司法院統計處製表：110年11月）

表2 高等法院刑事第二審訴訟終結案件被告經宣告強制工作且裁判有罪之人次

資料期間：90年1月至110年9月

單位：人次

資料年	被告違反之法條類別			
	竊盜罪	贓物罪	組織犯罪條例	刑法第90條
總計	**1,920**	**124**	**683**	**861**
90年	213	22	42	168
91年	198	20	20	91
92年	193	17	26	75
93年	155	7	65	75
94年	138	5	20	55
95年	145	6	30	48
96年	117	11	70	39
97年	135	4	29	45
98年	98	9	14	23
99年	116	6	17	19
100年	90	6	19	25
101年	85	3	19	13
102年	72	2	47	12
103年	43	1	11	5
104年	27	1	7	2
105年	18	1	5	
106年	18		11	3
107年	13	1	20	6
108年	9	1	55	23
109年	24	1	113	96
110年1-9月	13		43	38

說明：1.本表資料範圍係高等法院刑事第二審訴訟案件終結，被告經宣告強制工作且裁判有罪者。

2.本表係以被告違反之法條分類，方式如下：

(1)竊盜罪：被告任一罪違反刑法第320至322條且裁判有罪者。

(2)贓物罪：被告任一罪違反刑法第349至350條且裁判有罪者。

(3)組織犯罪條例：被告任一罪違反組織犯罪條例且裁判有罪者。

(4)刑法第90條：被告違反法條皆非上開法條且裁判有罪者。

3.強制工作資料係依裁判主文蒐集，未必因違反所歸入之法條類別而宣告。

4.被告如同時違反兩類以上之罪者，分別於所犯類別列計1人次。例如：一被告同時違反竊盜及贓物罪，則於竊盜及贓物罪各計1人次。

5.有罪係指科刑及免除其刑。

6.高等法院刑事第二審訴訟案件判決無理由駁回及不合法駁回之被告裁判結果及強制工作資料均係引用前審終結資料。

（司法院統計處製表：110年11月）

表3 地方法院刑事第一審訴訟終結案件被告經宣告強制工作且裁判有罪之件次

資料期間：90年1月至110年9月

單位：件次

資料年	被告違反之法條類別			
	竊盜罪	贓物罪	組織犯罪條例	刑法第90條
總計	**2,682**	**132**	**396**	**711**
90年	320	19	7	151
91年	223	17	7	51
92年	247	14	9	54
93年	167	8	14	38
94年	189	10	11	29
95年	187	4	13	37
96年	211	9	13	27
97年	229	9	6	38
98年	147	10	8	16
99年	146	9	3	19
100年	132	12	5	23
101年	112		3	11
102年	93	3	1	8
103年	69	1	2	11
104年	43	2	2	3
105年	35	1		
106年	30		4	7
107年	22	2	89	16
108年	32	1	76	45
109年	28	1	75	83
110年1-9月	20		48	44

說明：1.本表資料範圍係地方法院刑事第一審訴訟案件終結，任一被告經宣告強制工作且裁判有罪者。

2.本表係以被告違反之法條分類，方式如下：

(1)竊盜罪：任一被告任一罪違反刑法第320至322條且裁判有罪者。

(2)贓物罪：任一被告任一罪違反刑法第349至350條且裁判有罪者。

(3)組織犯罪條例：任一被告任一罪違反組織犯罪條例且裁判有罪者。

(4)刑法第90條：任一被告違反法條皆非上開法條且裁判有罪者。

3.強制工作資料係依裁判主文蒐集，未必因違反所歸入之法條類別而宣告。

4.一案之被告如同時違反兩類以上之罪者，分別於所犯類別列計1件次；同一案件於同一類別最多列計1件次。例如：以下情形皆於竊盜及贓物罪各計1件次：

(1)案例1：A被告違反竊盜罪、B被告違反贓物罪。

(2)案例2：C被告同時違反竊盜罪及贓物罪、D被告違反贓物罪。

(3)案例3：E被告同時違反竊盜罪及贓物罪。

5.有罪係指科刑及免除其刑。

（司法院統計處製表：110年11月）

表4 高等法院刑事第二審訴訟終結案件被告經宣告強制工作且裁判有罪之件次

資料期間：90年1月至110年9月

單位：件次

資料年	被告違反之法條類別			
	竊盜罪	贓物罪	組織犯罪條例	刑法第90條
總計	**1,715**	**105**	**292**	**650**
90年	196	17	19	139
91年	170	17	10	72
92年	166	12	10	57
93年	133	7	20	55
94年	132	5	10	33
95年	128	4	12	36
96年	102	8	18	29
97年	116	4	13	24
98年	88	8	6	20
99年	100	6	5	14
100年	84	6	4	23
101年	78	3	5	12
102年	63	2	8	8
103年	43	1	4	5
104年	25	1	1	2
105年	17	1	1	
106年	18		1	2
107年	13	1	14	4
108年	9	1	39	15
109年	22	1	64	70
110年1-9月	12		28	30

說明：1.本表資料範圍係高等法院刑事第二審訴訟案件終結，任一被告經宣告強制工作且裁判有罪者。

2.本表係以被告違反之法條分類，方式如下：

(1)竊盜罪：任一被告任一罪違反刑法第320至322條且裁判有罪者。

(2)贓物罪：任一被告任一罪違反刑法第349至350條且裁判有罪者。

(3)組織犯罪條例：任一被告任一罪違反組織犯罪條例且裁判有罪者。

(4)刑法第90條：任一被告違反法條皆非上開法條且裁判有罪者。

3.強制工作資料係依裁判主文蒐集，未必因違反所歸入之法條類別而宣告。

4.一案之被告如同時違反兩類以上之罪者，分別於所犯類別列計1件次；同一案件於同一類別最多列計1件次。例如：以下情形皆於竊盜及贓物罪各計1件次：

(1)案例1：A被告違反竊盜罪、B被告違反贓物罪。

(2)案例2：C被告同時違反竊盜罪及贓物罪、D被告違反贓物罪。

(3)案例3：E被告同時違反竊盜罪及贓物罪。

5.有罪係指科刑及免除其刑。

6.高等法院刑事第二審訴訟案件判決無理由駁回及不合法駁回之被告裁判結果及強制工作資料均係引用前審終結資料。

（司法院統計處製表：110年11月）

附件 2

聲請人／編號	確定終局判決	罪名	罪數*及宣告刑（A）	應執行刑（B）	B/A*＊	宣付強制工作判決理由摘要
柯○○（5）	臺灣高等法院94年度上重訴字第86號刑事判決	共同連續行使偽造私文書罪累犯	156次犯罪行為（下稱犯行）1罪3年（減為1年6月）	**3年3月**	**約69%**	參照附註[53]
		共同連續詐欺取財等罪累犯	68次犯行1罪3年			
		行使偽造私文書罪累犯	2罪共5月（減為2月又15日）			
			計4罪4年8月又15日			
范○○（6）	臺灣高等法院臺南分院	共同詐欺取財等罪	34罪各處7月至3年10月共36年10月	12年2月	**約51.1%**	參照附註[54]

* 實際罪數仍依確定終局判決所載為準。

* B/A＝應執行刑÷宣告刑

[53] 審酌被告已有多次犯罪前科，且本件係其自 85 年間起至 91 年間之綿密不斷犯罪情形，顯見其有犯罪之習慣，且其前犯各罪既均受刑罰之執行完畢，詎猶未能知所省惕，記取教訓並徹改前非，亦徵單純施予刑罰已無法矯其頑習，審酌其行為之常習性、嚴重性、危險性及對未來行為之期待性，依比例原則決定，認有必要依修正前刑法第 90 條規定併行諭知被告柯○○於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作 3 年，俾其從而汲取教訓而培養出崇法務實守法守紀及摒棄好逸惡勞之觀念，重新融入社會而啟新機。（臺灣高等法院 94 年度上重訴字第 86 號刑事判決理由乙壹六（十四））

[54] 被告范○○均正值壯年，非無謀生能力之人，於 100 年 3 月底前，以前述附表…詐取金錢，自 100 年 4 月起之後，仍以四處詐騙，且以渠等在大陸地區與共犯○○○等人共組詐欺集團，自 100 年 4 月起至被查獲之日止數月之期間內，即分別指揮被告○○○、○○○、○○○、○○○等人犯本案其餘犯行，以獲取暴利，其等反覆實行犯罪之次數甚多，得款非微，且被害人眾多，遍及各地，從事之犯罪並非出於偶然，而屬日常慣性之行為，又其等於本案犯行中居於大陸地區指揮、實際詐騙被害人之主導地位，…足見渠等自 100 年 4 月起，有圖不勞而獲之惡習且欠缺正確工作觀念，而有犯罪之習慣；又被告多次犯行，嚴重影響社會治安，且居於主導指揮犯罪之地位係本案詐騙集團之高層重要成員，犯罪情節及惡性顯較其他共同正犯為重，僅賴徒刑之執行，顯難收警惕及教化之效。（臺灣高等法院臺南分院 101 年度上易字第 556 號刑事判決理由乙壹五）

	101年度上易字第556號刑事判決	同上	23罪各處3月至6月共9年7月	3年2月（得易科罰金）		
			計57罪46年5月（法定合併宣告刑上限為30年）[55]	**計15年4月**		
王○○（7）	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第308、309號刑事判決	以網際網路對公眾散布之詐欺取財罪累犯	9罪各處1年1月至1年6月共11年4月	2年4月	**約23.8%**	參照附註[56]
		詐欺取財罪累犯	2罪各處3月及4月共7月	6月		
			計11罪11年11月	**計2年10月**		
周○○（8）	臺灣高等法院臺中分院	搶奪罪累犯	2罪各處10月及9月共1年7月	1年5月	**約91.3%**	參照附註[57]

[55] 刑法第51條第5款規定：「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依下列各款定其應執行者：五、宣告多數有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。**但不得逾30年。**」

[56] 被告王○○接二連三詐騙，且自服替代役至出社會，均未找尋一正常職業，以勞力換取工價，反以詐騙維生，一騙再騙，法院之科刑對其產生不了任何作用，其顯有犯罪之習慣。加以國人受詐騙頻傳，社會間之信任感已因詐騙之猖獗而蕩然無存，信用交易秩序大受影響，因而若未對接二連三以詐騙維生之被告為保安處分之宣告，無異鼓勵大眾詐騙，更無法讓被告王○○有正確勞動之觀念，因而有令被告強制工作之必要。…顯缺乏自我反省能力，實難期待其僅受徒刑之執行，即能知所悔改，步入正途，更應認有矯治其惡習、培育其正確觀念、性格，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，並獲新生之必要。是就被告犯罪行為之嚴重性、犯罪手段所表現之危險性及對其將來行為之期待性綜合觀之，實有必要令入勞動處所施以強制工作之必要，爰依刑法第90條第1項之規定，認為被告王○○有犯罪之習慣，於刑之執行前，令入勞動場所，強制工作3年，以收矯治之效。（臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第308號刑事判決理由貳六）

[57] 被告前有因數起竊盜案件，…於92年間，同有因數起搶奪、竊盜案件，為本院論罪科刑，並責令於刑後強制工作3年，直至104年4月3日始因強制工作執行完畢出監。其甫於強制工作執行完畢不久，即再犯同類型之竊盜、搶奪案件，手法蓋為相同（先偷機車，再騎車搶奪路人），顯見被告並未因受徒刑及強制工作保安處分之執行，而知所警惕、悔改。…就被告所犯搶奪罪部分，本院認均應依刑法第90條第1、2項規定，諭令被告應於刑之執行前，入勞動場所強制工作3年，並依保安處分執行法第4條之1第1項第4款、第1款規定，僅執行其一，期被告能革除搶奪之財產犯罪惡習，養成正確之勞動營生觀念。（臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第1371號刑事判決理由貳二（六））

	105年度上訴字第1371號刑事判決	竊盜罪累犯	1罪4月	4月		
			計3罪1年11月	**計1年9月**		
陳○○(9)	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第363、364號刑事判決	3人以上共同詐欺取財等罪累犯	8罪各處8月至1年3月共9年5月	**12年**	**40%**	參照附註[58]
		同上	5罪各處1年2月至1年3月共6年1月			
		同上	13罪各處7月至1年9月共14年9月			
		同上	4罪各處1年7月至2年8月共7年10月			
			計30罪38年1月(法定合併宣告刑上限30年)			
陳○○(10)	臺灣高等法院臺南分院106年度上訴字第363、364號刑事判決	3人以上共同詐欺取財等罪	5罪各處1年至1年1月共5年3月	17年	**約58.3%**	參照附註[59]
		同上	17罪各處1年至1年8月共20年10月			
		同上	5罪各處1年5月至2年6月共8年6月			
		修正前詐欺取財罪	1罪7月			
		修正前詐欺取財等罪	6罪各處10月至3年10月共14年4月			
		行使偽造私文書罪	1罪7月			
		詐欺取財行使偽造文書等罪	5罪各處1年4月至4年6月共16年9月			
		行使偽造私文書罪	1罪6月	6月		
			計41罪67年4月(法定合併宣告刑上限30年)	**計17年6月**		

58 刑法第90條第1項規定對於「有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者」之宣付強制工作處分，係本於保安處分應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與犯罪人行為之嚴重性、表現之危險性及將來之期待性相當之意旨而制定，由法院視個案之具體情形，決定應否令入勞動處所施以強制工作之矯正，以達預防之目的。陳○○、陳○○前均有犯罪前科，於本案又有多次性、長期性之詐欺犯行，欠缺正確工作觀念，確有犯罪習慣，陳○○、陳○○辯稱無犯罪習慣，並無理由對之施以強制工作之矯正仍具必要性。(臺灣高等法院臺南分院106年上訴字第363號刑事判決理由肆(四)4)

59 與編號9聲請人係共犯，強制工作之理由同註58之理由。

黃○○（11）	臺灣高等法院91年度上重訴字第51號刑事判決	共同犯竊盜罪常業犯累犯	88次犯行1罪共6年6月	**20年**	**約97.6%**	參照附註[60]
		共同犯加重強盜罪常業犯累犯	1罪13次犯行共14年			
			計2罪20年6月			
黃○○（12）	臺灣高等法院臺中分院85年度上易字第1339號刑事判決	連續攜帶凶器、夜間毀越牆垣侵入住宅竊盜等罪累犯	15次犯行 **計1罪2年4月**	**2年4月**	**100%**	參照附註[61]
黃○○（12）	臺灣高等法院92年度上易字第1939號刑事判決	連續攜帶兇器毀損門扇夜間侵入住宅竊盜等罪累犯	7次犯行 **計1罪2年**	**2年**	**100%**	參照附註[62]

[60] 審酌被告二人均值壯年，不思正途謀生，前均有竊盜前科，執行完畢出監後，不知悔改，攜帶特製之犯罪工具及具有殺傷力之槍彈，或單獨，或二人，或三人、或四人，不惟行竊他人車輛，甚且以闖空門方式進入被害人處行竊，進而為多次強盜犯行，選定農會、公司及國軍新竹財務組等處綑綁被害人後強盜財物，且均以此為業，所犯竊盜案件近百件，強盜案件十餘起，…是被告等所為妨害被害人等財產法益及居住安全至深且鉅，對良善之社會風氣戕害甚深，所生之危害實屬重大，…又被告等均曾因竊盜案件入獄執行完畢後，猶不知悔悟，即再犯本件所示多達93件竊盜犯行，並均以竊盜為常業，是認僅藉刑法自由刑之執行，實不足以徹底根絕其惡性，故均有施以保安處分矯治之必要，諭知被告應於刑之執行前令入勞動場所強制工作3年。（臺灣新竹地方法院90年度訴字第278號刑事判決理由三（九））

[61] 被告有7次竊盜、恐嚇、詐欺及贓物各1次前科，…所犯竊盜罪執行於83年11月28日執行完畢後，仍不知悔改，復又於84年間1月起行竊14次，足見被告有犯罪之習慣，應足堪認定。…被告染有犯罪習慣已如前，原審未予宣告強制工作，容有未當，檢察官上訴意旨有理由…爰審酌被告有10次前科、犯罪動機、目的、手段、所生危害及犯罪後之態度等一切情狀，並應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院臺中分院85年度上易字第1339號刑事判決理由二）

[62] 審酌被告有多次竊盜前科，素行不佳、其犯罪之目的、犯罪次數及所生危害、嗣後否認犯行，犯後態度不佳等一切情狀，量處如主文所示之刑；被告先前有多次竊盜、贓物前科，且經法院依竊盜犯贓物犯保安處分條例宣付於刑之執行前令入勞動場所強制工作3年確定，竟於執行完畢後，再犯本件竊盜犯罪，足認其對於自我行為之拘束力及法治觀念薄弱，有犯罪之習慣，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第三條第一項於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣臺北地方法院91年度易字第286號刑事判決理由二）

黃○○（12）	最高法院103年度台非字第30號刑事判決	攜帶凶器毀損門扇侵入住宅竊盜等罪	**4罪各處11月計3年8月**	**3年2月**	**約86.4%**	參照附註[63]
呂○○（13）	臺灣高等法院103年度上易字第413號刑事判決	攜帶凶器毀損門扇侵入住宅竊盜等罪累犯	11罪各處8月至10月共8年6月	**10年6月**	**約40.8%**	參照附註[64]
		攜帶凶器毀損門扇侵入住宅竊盜等罪	23罪各處7月至11月共17年3月			
			計34罪25年9月			
于○（14）	臺灣高等法院臺中分院102年度上易字第764號刑事判決	結夥攜帶兇器竊盜罪	6罪各處10月共5年	3年	**約61.9%**	參照附註[65]
		共同犯行使偽造特種文書罪	1罪處3月	3月		
			計7罪5年3月	**3年3月**		
許○○（15）	臺灣高等法院臺南分院	加重竊盜等罪累犯（上訴改判）	5罪各處7月至8月共3年2月	**3年4月**	**約26.7%**	參照附註[66]

[63] 被告迭有多次竊盜前科，並曾執行 2 次強制工作，仍未思悔悟，一再犯案，顯然被告確有竊盜習慣，難憑刑罰制裁收矯正竊盜惡習之功，而諭知刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年，已足協助被告再社會化之功能，改善被告潛在危險性格，並達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。（臺灣高等法院 100 年度上易字第 763 號刑事判決中「事實及理由」三）

[64] 被告自 83 年間至 95 年間有竊盜、盜匪、贓物等罪之前案紀錄，且甫於 100 年 1 月所短刑期執行完畢，未久即再犯數次竊盜案，分別經…判處罪刑確定在案，就本案而言，被告自 100 年 5 月起至 101 年 11 月止將近 1 年 6 個月間，反覆行竊達 34 次，被告復供稱因染上毒品而為多次竊盜犯行，顯見被告竊盜已成慣習，難期待單純之刑罰可矯治被告之惡習。又被告多以客觀上對於人之身體、生命具有危險之工具破壞門善、安全設備侵入住宅行竊，對居住安寧之危害性甚高…所竊物品甚多，價值不低，其行為所表現出之危險性及嚴重性，對社會秩序、民眾權益有重大危害。爰依竊盜犯贓物犯保安條例第 3 條第 1 項規定，諭知被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。（臺灣高等法院 103 年度上易字第 413 號刑事判決理由六、（二））

[65] 被告現年 22 歲，非無工作能力，卻屢次為竊盜犯罪，而有犯罪習慣，若不及早預防矯治，恐怕日後重返社會時，仍將因沿襲犯罪習慣，而有再犯之虞，為矯正被告于○利用財產犯罪尋求經濟來源之惡習，本院認為有促成其養成勞動習慣之必要，若僅藉刑之執行，實不足以根絕被告于○之惡性及犯罪習慣，從而宣告被告于○於刑前強制工作。（臺灣臺中高分院上易字第 764 號判決理由書七）

	102年度上易字第487號刑事判決	加重竊盜等罪累犯（上訴駁回）	2罪各處7月至1年共9年4月			
			計17罪12年6月			
郭○○（16）	臺灣高等法院108年度上易字第763號刑事判決	攜帶兇器竊盜等罪累犯	11罪各處7月至8月共6年7月	2年10月	**約47.4%**	參照附註[67]
		竊盜累犯	4罪各處3月至5月共1年4月	1年(得易科罰金)		
			計15罪8年1月	**計3年10月**		
彭○○（17）	臺灣高等法院102年度	踰越安全設備侵入住宅竊盜罪罪	1罪10月	**1年5月**	**85%**	參照附註[68]

[66] 被告許○○前有多次竊盜前科紀錄，是被告許○○長期以來多次犯有加重竊盜之犯行，不僅於案件查獲或審理期間中，仍一再犯案，甚至在假釋期間中，亦未思及假釋之寬典正當工作，謹慎言行勿再觸法，竟仍一再反覆行竊，原刑之執行及假釋之寬典顯均不足教化被告許○○，不但無從導正被告許○○之法治觀念，亦未能抑止被告許○○反覆犯案，難僅期待單純之刑罰可以矯治被告許○○之惡習，且本案之行竊方式，除有破壞窗戶鎖及大門門鎖外，並竊取被害人住處機車配戴安全帽及口罩，騎乘所竊取被害人機車進行連串性竊盜犯行，以掩飾被告等人行竊行徑遭監視錄影器測錄之惡行，足認被告許○○為達目的，不擇手段，對居住安寧之危害性甚高，所行竊之物範圍之廣除現金外，尚有被害人之身分證件、信用卡、金融卡、洋酒、鑽石、電腦等物，價值不低，可見被告許○○顯有以竊盜行為恃以維生之慣行，足徵被告許○○確有竊盜犯罪之習慣，其行為所表現出之危險性及嚴重性，對社會秩序、民眾權益有重大危害。故公訴意旨建請令被告許○○於刑之執行前入勞動場所強制工作，本院認有必要。（臺灣高等法院臺南分院102年度上易字第487號刑事判決理由六）

[67] 查被告自87年起，即犯多次竊盜案件，並經法院判處罪刑確定，又於本件涉犯多次竊盜犯行，且由所示犯行觀之，被告於106年11月至107年3月間即犯15次竊盜犯行，且該期間在桃園市、新北市等地，尚有多起竊盜犯行，現正偵辦、起訴或審理中，其雖曾入監接受刑罰執行，卻未能知所警惕、反省改過，顯已長期溺於竊盜犯行，而產生不勞而獲之偏差心態，致將竊盜行為視以為常，而有犯竊盜罪之習慣至明，準此，僅藉刑罰之執行尚不足以根絕其惡性，故應於刑之執行前，令被告入勞動場所強制工作，施以特別教化，使其養成勤勞之習慣、學習一技之長及正確之謀生觀念，改正不勞而獲之心態，避免再以行竊方式圖得生活所需，使其日後重返社會，能適應社會生活。原審諭知強制工作亦屬妥適。（臺灣高等法院108年度上易字第763號刑事判決理由貳三、）

[68] 被告正值壯年，卻未盡其力於正途，而有所載之竊盜前科紀錄，足認被告確有竊盜犯之犯罪習慣甚明。另查被告雖於原審自述其父親已高齡85歲，母親重度殘障，家庭經濟狀況不佳，以致其行有為偏差，謀生不易等情，若誠如

	上易字第2655號刑事判決	攜帶兇器毀越安全設備侵入住宅罪	1罪10月			
			計2罪1年8月			
陳○○（18）	臺灣高等法院臺南分院102年度上易字第109號刑事判決	攜帶凶器毀損門扇侵入住宅竊盜等罪累犯	**12罪**各處8月至1年4月**計13年2月**	**3年8月**	**約27.8%**	參照附註[69]
郭○○（19）	臺灣新北地方法院105年度訴字第1070號刑事判決	竊盜或加重竊盜未遂等罪累犯	27罪各處2月至6月共8年11月	3年6月(得易科罰金)	**約38.6%**	參照附註[70]
		加重竊盜等罪累犯	7罪各處7月至10月共4年11月	1年10月		
			計34罪13年10月	**計5年4月**		
顏○○（20）	臺灣高等法院102年度	加重竊盜未遂等罪累犯	5罪各處4月至5月共1年10月	7月(得易科罰金)	**約42.4%**	參照附註[71]

被告所言，其肩負扶養年邁雙親之重責，則被告更應藉由積極勞動之工作環境，使其培養勤奮任事、樂觀進取之態度，以準備重返現實社會。故足認有矯治其惡習、培育其正確觀念、性格，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，並獲新生之必要，是就被告犯罪行為之嚴重性、犯罪手段所表現之危險性及對其將來行為之期待性綜合觀之，實有必要令入勞動處所施以強制工作，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項、第4條、第5條第1項前段之規定，諭知於刑之執行前，令被告入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院102年度上易字第2655號刑事判決理由六）

69 被告自84年間起，已數度犯竊盜案件入監執行，而犯下本案時，於99年5月15日假釋期滿後之2年內，犯罪次數高達12次，顯見被告法治觀念淡薄，嚴重缺乏尊重他人財產權之觀念，對於犯罪以為其日常之惰性行為，已有犯罪習慣，單純刑罰制裁甚難達成矯治之目的。為使被告養成勞動習慣，以訓練其謀生技能，乃依竊盜贓物犯保安處分條例第3條第1項第4條、第5條第1項前段規定，諭知被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院臺南分院102年度上易字第109號刑事判決理由乙六）

70 審酌被告除有本案多次竊盜、加重竊盜犯行外，…客觀上顯見被告確有恃竊盜手段維生之犯罪習慣，審酌被告正值青壯之時，未盡其力於正途，反屢次為竊盜犯罪，不勞而獲，復衡以被告所為竊盜犯行之嚴重性、危險性，認僅對被告犯行予以論罪科刑，仍無法期待其將來會從事正當行為，不致再次犯罪，為藉由保安處分之強制力，令其參與勞動，訓練其職業技能並養成勞動習慣，改正不良習性，使之將來能適應社會生活，而諭知被告應於刑之執行前，入勞動場所強制工作3年之處分。（臺灣新北地方法院105年度訴字第1070號刑事判決理由五）

	上訴字第1625號刑事判決	加重竊盜既遂等罪累犯	14罪各處7月至1年6月共11年	4年8月		
		共同犯行使偽造特種文書罪定累犯	1罪4月	4月		
			計20罪13年2月	**計5年7月**		
呂○○（21）	臺灣高等法院臺南分院102年度上	攜帶凶器竊盜等罪累犯	7罪各處8月 **計4年8月**	**2年6月**	**約53.6%**	參照附註[72]

[71] 本案被告3人均有竊盜前科，而其等自100年6月20日至101年6月11日止，反覆行竊達19次，顯見之前法院就其等竊盜犯行所為刑之執行均不足教化被告3人，未能抑止被告3人反覆犯案，難僅期待單純之刑罰可以矯治被告3人之惡習。且本案之行竊方式，渠等使用偽造車牌掛於自小客車上，以躲避警方追查，且攜帶所示之工具行竊，至宜蘭地區找尋下手目標，分工細膩，侵入住宅行竊，對居住安寧之危害性甚高。再者，本件所竊之物品，數量甚多，價值不低，顯見渠等應有以竊盜行為恃以維生之慣行，足徵被告3人當有竊盜犯罪之習慣，其行為所表現出之危險性及嚴重性，對社會秩序、民眾權益有重大危害。…足認有矯治其惡習、培育其正確觀念、性格，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，並獲新生之必要。…然查強制工作乃為教化、治療目的之保安處分，與刑罰目的不一，自難以刑期之長短，判斷有無強制工作之必要。…經衡酌本案被告3人行為之危險性、嚴重性及對被告3人未來行為之期待性，認依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項之規定施以保安處分，與所欲達成之預防矯治目的及限制所需程度應屬相當。（臺灣高等法院102年度上訴字第1625號刑事判決理由肆（五））

[72] 被告於前案執行完畢出獄後，非惟犯另案竊盜共9罪，且犯本案所犯竊盜7罪，…被告年方45歲，係壯年之人，四肢健全，具有謀生能力，竟不思正當工作賺取金錢，乃思不勞而獲，以竊盜方式取得財物，毫無法治觀念，且密集為之，顯缺乏自我反省能力，實難期待被告僅受徒刑之執行，即能知所悔改，步入正途。被告之行為具有常習性、嚴重性、危險性及不具未來期待性，令其入勞動場所強制工作，應有助於矯正竊罪犯罪常習，可以培養正確之勞動習慣，習得謀生技巧，使其日後能適應社會生活，安於工作，而達教化、治療之目的，且與長期自由刑相較，強制工作毋寧為對被告權益損害最少者，對其未來謀生幫助最大，其未來人生還很長遠，如長久習於犯罪而施以監禁，殊非其個人及國家之福。復審酌施以強制工作保安處分，其教化、治療被告所生之利益，與強制工作限制其等短暫人身自由之損害相較未顯失均衡，應符合比例原則之適當性原則、必要性原則，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項之規定，於其所犯加重竊盜罪定應執行刑項下，併宣告被告應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年，以資矯正。（臺灣高等法院臺南分院102年上易字第208號刑事判決理由（三））

	易字第208號刑事判決					
謝○○（22）	臺灣高等法院臺南分院101年度上訴字第235號刑事判決	結夥3人以上攜帶兇器強盜、侵入住宅竊盜等罪	14罪各處4月至7年10月**計22年9月**	**20年**	**約87.9%**	參照附註[73]
詹○○（23）	臺灣高等法院臺中分院105年度上	竊盜罪累犯	1罪9月	4年5月	**約74.7%**	參照附註[74]
		共同犯攜帶兇器竊盜罪累犯	1罪1年			

[73] 查被告謝○○雖有上開前科，竟仍未能悛悔，復自99年5月6日至100年6月1日間，密集犯下本件10次竊盜犯行，其竊盜之犯罪手法，大部分均以解碼器打開鐵捲門後，進入住宅內將值錢物品搜刮完畢，所竊取之財物價值不低，對於竊得贓物之流向，則以拿去跳蚤市場變賣稱之，而被告雖自稱從事腳踏車技工工作，對照本件犯案時間均集中在上午9、10時之通常上班時間，據此判斷被告並無正常工作，被告對於所竊得未還給被害人之財物，亦自承已變賣換取現金，觀諸被告謝○○年紀尚輕，出獄後不斷犯案，所犯係施用毒品及財產犯罪之案件，法治意識顯然淡薄，又因有毒癮惡習，方頻頻實施財產犯罪，致有犯罪之習慣；若無適當之矯治，仍難期待上訴人日後重返社會時，能遠離犯罪，不再重蹈覆轍。考量被告謝○○行為之常習性、嚴重性、危險性及對其未來行為之期待性，並依比例原則加以衡量後，為矯正謝○○偏差之人格及利用財產犯罪尋求經濟來源之惡習，認有必要促其養成勞動習慣，俾日後出監重返社會生活時，能有謀生之技能，以免一犯再犯而危害社會治安，…為矯正被告不良之犯罪之習慣，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例之規定，…併諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年，期使被告養成勞動習慣，以訓練其謀生技能，俾其日後順利重返社會就業，確實達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。（臺灣高等法院臺南分院101年度上訴字第235號刑事判決理由肆三）

[74] 查被告詹○○於103年12月3日至19日短短約半個多月期間又犯所示竊盜犯行，其犯罪時間密集，犯罪模式雷同（多為竊取機車、自小客車或車內財物），足認其有竊盜犯罪之習常性至明；…若僅藉刑之執行實不足以徹底根絕被告之惡性，是認被告詹○○有必要於刑之執行前，令入勞動場所強制工作，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，以資矯治其犯罪習慣，並習得一技之長，以便往後重回社會時，能自立更生，適應正常群體生活，期以達成刑法教化、矯治之目的，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項、第4條、第5條第1項前段規定併諭知被告詹益瑋於附表所犯竊盜罪所處不得易科罰金刑部分所合併之應執行刑執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第603號刑事判決理由五（三））

	訴字603號刑事判決	共同犯攜帶兇器竊盜等罪	5罪各處8月至1年4月共4年4月			
		竊盜罪	1罪6月	6月(得易科罰金)		
			計8罪6年7月	**計4年11月**		
林○○(24)	臺灣臺南地方法院105年度審易字第590號刑事判決	毀越安全設備侵入住宅竊盜等罪	7罪各處7月至1年共6年3月	4年	**約66.7%**	參照附註[75]
		竊盜罪	1罪6月	6月(得易科罰金)		
			計8罪6年9月	**計4年6月**		
李○○(25)	臺灣高等法院106年度上易字第2043號刑事判決	竊盜等罪	**39罪**各處5月 **計16年3月**	**5年2月**	**約31.8%**	參照附註[76]
周○○(26)	臺灣高等法院106年度	竊盜罪	4罪各處2月至6月共1年7月	1年3月(得易科罰金)	**約87%**	參照附註[77]

[75] 被告前犯46件竊盜犯行，顯見被告確有竊盜犯罪之習慣，對社會秩序、民眾權益有重大危害，而其已因前揭竊盜犯行，入監執行近5年始假釋出監，卻仍於假釋期滿後再犯本件竊盜犯行，其未因刑之執行而記取教訓甚明，足認有以強制工作之方式，矯治其惡習、培育其正確觀念、性格，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，並獲新生之必要。爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項之規定，宣告被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。(臺灣臺南地方法院刑事判決105年度審易字第590號理由三(七))

[76] 被告李○○自89年起即有多次竊盜犯行，且於因犯多次竊盜等財產犯罪，非僅仍未改過遷善，而再犯本罪，且於103年9月間至同年12月間，行竊次數即高達39次之多，顯見被告以習於以竊取他人財物之方式滿足自己所需，竊盜已成習慣，法治觀念薄弱且嚴重缺乏正確工作觀念，難以期待單純透過刑罰即可以矯治被告，使其徹底戒除竊盜惡習，是自應藉由積極勞動之工作環境，使其培養勤奮任事之態度及正確觀念，並習得一技之長，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，實有必要令入勞動處所施以強制工作。爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項、第4條、第5條第1項前段規定，諭知被告於本件所犯各罪所定應執行之刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年，以收矯治之效。(臺灣高等法院106年上易字第2043號刑事判決)

[77] 被告多次因犯竊盜罪經法院分別判決處刑確定，且被告因竊盜等案件入監執行，嗣因縮短刑期假釋出監付保護管束，又為本件6次竊盜、加重竊盜犯行，足見被告多次犯竊盜罪經判決處刑或執行後，猶犯本案多件竊盜罪，顯欠缺正常工作觀念，未戮力正途，足認有犯罪之習慣，對社會秩序、民眾權益危害重大，因認有令被告強制工作，習得技藝，矯治惡習，培育正確觀念、性

	上訴字第1761號刑事判決	攜帶凶器竊盜罪	3罪各處9月至7年2月共8年8月	7年8月		
			計7罪10年3月	**計8年11月**		
王○○（27）	臺灣高等法院臺南分院105年度上易字第166號刑事判決	毀越安全設備侵入住宅竊盜累犯	**1罪1年2月**	**1年2月**	**100%**	參照附註[78]
吳○○（28）	臺灣高等法院高雄分院98年度上易字第184號刑事判決	夜間侵入住宅竊盜罪累犯	4罪各處有期徒刑8月共**2年8月**	**2年6月**	**約93.8%**	參照附註[79]

格，俾於刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，能獲新生，以適應社會生活之必要，爰依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項、第4條、第5條第1項前段規定，諭知被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年，以資矯治。（臺灣高等法院106年上訴字第1761號刑事判決理由六）

78 被告因10餘起竊盜案件，於96年9月7日入監，甫於104年1月16日假釋期滿，然於未及1年，即再犯本件竊盜犯行，以被告前犯10餘件竊盜犯行，多係侵入住宅內為之，顯見被告確有竊盜犯罪之習慣，對社會秩序、民眾權益有重大危害，而其已因前揭竊盜犯行，入監執行近6年始假釋出監，卻仍於假釋期滿後再犯本件加重竊盜犯行，其未因刑之執行而記取教訓甚明，足認有以強制工作之方式，矯治其惡習、培育其正確觀念、性格，俾其能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，並獲新生之必要，而宣告被告於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院臺南分院105年上易字第166號刑事判決理由參三（一））

79 被告竊盜前科累累，每因假釋或執行完畢出監，未及1年又因另案而受羈押或入監服刑，有上開前案紀錄表暨入出監資料可參，可見被告尚難謀得正當職業並恃以維生，本件其又再犯4次加重竊盜罪，顯有犯罪習慣，實有加強他律矯治，並使其學習一技之長及正確謀生觀念之必要，以利其日後重返社會，能適應社會生活，爰併依竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項規定，諭知應於刑之執行前令入勞動場所強制工作3年（臺灣高等法院高雄分院98年度上易字第184號刑事判決理由四）

史○○（29）	臺灣高等法院107年上易字第1068號刑事判決	攜帶凶器竊盜罪累犯	9罪各處8月至1年6月共8年5月	**6年10月**	**約71.9%**	參照附註[80]
黃○○（30）	臺灣高等法院99年度上訴字第2001號刑事判決	參與犯罪組織等罪	**1罪8月**	**8月**	**100%**	參照附註[81]
王○○（31）	臺灣高等法院臺中分院107年度上訴字第814號刑事判決	指揮犯罪組織	1罪2年	**5年4月**	**約17.8%**	參照附註[82]
		共同犯3人以上加重詐欺取財罪	既遂15罪各處1年8月至1年10月共13年，未遂191罪各處10月共159年2月共計172年2月			

80 經查被告自 94 年以降已有 14 案經判處罪刑確定，其中並有 9 案全係竊盜案且共觸犯多達 39 件之竊盜罪，…甚且，於 106 年 3 月 16 日至同年 7 月 18 日短短 4 個月間即復為本案之 10 起竊行，是依其如此綿密賡續不斷犯罪之情形觀之，足徵確有犯罪之習慣，審酌…共 31 件竊盜之罪刑皆已執行完畢，詎竟依然屢罰屢犯，怙惡不悛，猶悍秉其慣如常，足見被告極端欠缺刑罰之感受性，更乏須藉己力以謀生活資財之正確工作觀，是單憑施予刑罰制裁，實難收矯正既存頑習…，因之，就被告犯罪行為之嚴重性、犯罪手段所表現之危險性及對其將來行為之期待性綜合觀之，確有令入勞動處所施以強制工作之必要，使其培養勤奮任事、樂觀進取之態度，深化自食其力，須以勞務換取生活所需之正確工作觀念認知，…俾能於將來刑滿重返社會時，不再重蹈覆轍，就對被告施以強制工作而生之教化利益，與強制工作限制其短暫人身自由之損害相較，未顯失均衡，符合比例原則之適當性、必要性原則，因而併依竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項、第 4 條、第 5 條第 1 項前段之規定諭知應於刑之執行前令入勞動場所強制工作 3 年，以資矯正。（臺灣高等法院 107 年上易字第 1068 號刑事判決事實及理由三）

81 黃○○所犯組織犯罪強制條例第 3 條第 1 項之罪，應依同條第 3 項規定，並予宣告於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作 3 年。（臺灣高等法院 99 年度上訴字第 2001 號刑事判決理由肆二）

82 審酌被告正值青壯之年，然不知守法，思循正當途徑獲取財物，反而指揮詐欺犯罪組織，向大陸地區人民施詐行騙，價值觀念嚴重偏差，損害我國國際形象及兩岸交流秩序至深，被告無視於政府一再宣誓掃蕩詐騙犯罪之決心，猶執意以身試法而甘為詐騙集團之羽翼，所為實應嚴懲；並考量其犯罪分工之程度、犯罪動機、目的、犯後態度、未詐得被害人款項及其生活狀況、智識程度、前科素行等一切情狀，…及依組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定，諭知應於刑之執行前，令入勞動場所強制工作 3 年。（臺灣高等法院臺中分院 107 年度上訴字 814 號刑事判決理由四（二）2(1)）

			計207罪174年2月（法定合併宣告刑上限30年）			
湯○○（32）	臺灣高等法院臺中分院108年度原上訴字第7號刑事判決及108年度上訴字第126號刑事判決	指揮犯罪組織	1罪2年10月	**5年**	**約16.7%**	參照附註[83]
		3人以上共同犯詐欺取財罪	既遂13罪未遂4罪。14罪各處10月至2年8月共24年。上訴改判3罪，各處1年8月至2年2月共5年6月			
			計18罪32年（法定合併宣告刑上限為30年）			
彭○○（33）	臺灣高等法院107年度原上訴字第112號刑事判決	共同發起指揮犯罪組織罪	1罪3年5月	**7年**	**約36.4%**	參照附註[84]
		3人以上共同冒用政府機關及公務員名義詐欺取財等罪	11罪各處9月至1年11月共15年10月			
			計12罪19年3月			
蔡○○（34）	臺灣高等法院臺中分院108年度上訴字第620號刑事判決	發起犯罪組織罪	1罪7年6月	**16年6月**	**約55%**	參照附註[85]
		3人以上共同以電子通訊、網際網路之傳播工具對公眾散步詐欺取財等罪	9罪各處4年1月共36年9月			

八一二

[83] 被告湯○○因指揮犯罪組織，而犯組織犯罪防制條例第3條第1項前段之指揮犯罪組織罪，業據本院認定如前，應依同條第3項之規定，諭知於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院臺中分院108年度原上訴字第7號刑事判決及108年度上訴字第126號刑事判決理由貳二（九））

[84] 又就發起犯罪組織應諭知強制工作一情，依現行法法院固無裁量權；然本院認為，以本件○○○、彭○○、詹○○年紀均輕，卻不思正當方法謀取收入，反發起詐欺組織，至前述無辜之被害人無端受有損害觀之，法院縱有裁量是否要為諭知強制工作權限，經裁量結果，亦應依該條例諭知強制工作，且本院認依其行為惡性及本案行為情狀，個人素行等情，強制工作期間不宜過短，以3年為宜，爰宣告○○○、彭○○、詹○○均於刑之執行前，令入勞動場所強制工作3年。（臺灣高等法院107年度原上訴字第112號刑事判決理由肆四）

[85] 被告蔡○○因犯組織犯罪條例第3條第1項前段之發起犯罪組織罪，爰依同條第3項規定，宣告於刑之執行前，另入勞動場所，強制工作3年（臺灣高等法院臺中分院108年度上訴字第620號刑事判決理由參二（四））

		同上	10罪各處4年4月 共43年4月			
		同上	4罪各處4年5月 共17年8月			
		同上	2罪各處4年6月 共9年			
		同上	70罪各處1年8月 共116年8月			
			計96罪230年11月（法定合併宣告刑上限30年）			
詹○○ （35）	臺灣高等法院107年度原上訴字第112號刑事判決	共同犯發起犯罪組織、3人以上共同冒用政府機關及公務員名義詐欺取財等罪	12罪各處1年至3年6月 **計23年3月**	**9年2月**	**約39.4%**	參照附註[86]
蘇○○ （36）	臺灣高等法院107年度上訴字第1150號刑事判決	指揮犯罪組織罪	1罪3年5月	**3年10月**	**約90.2%**	參照附註[87]
		3人以上共同詐欺取財未遂罪	1罪10月			
			計2罪4年3月			

部分不同意見書

黃虹霞大法官　提出
蔡烱燉大法官　加入
蔡明誠大法官　加入

大法官沒有乘勢將已被污名化及嚴重扭曲的強制工作制度，往比較有希望降低再犯率之技能訓練立法原意方向回推一把，反而以保障人權之名，終結強制工作制度，間接堆高監獄圍牆，至少暫時關上了這一扇通往「希望」的小門，好生遺憾！

保安處分包括強制工作本質不是刑罰、也不該是處罰，尤其不該是一種刑罰外之加重處罰。

---

86 與編號33聲請人彭○○係共犯，強制工作理由如同註84。

87 被告蘇○○犯指揮犯罪組之罪部分，依組織犯罪防治條例第3條第3項規定，宣告應於之執行前，令入勞動場所，強制工作3年。（臺灣高等法院107年度上訴字第1150號刑事判決理由陸一）

本席舉雙手贊成由比例原則觀察：誠如聲請人一最高法院刑事第一庭等之聲請意旨所言，組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定一律應於刑之執行前令入勞動場所強制工作 3 年等，確有違憲疑義。也就是本席贊同聲請人一最高法院刑事第一庭等之系爭規定部分違憲主張，但是也只是贊成系爭規定在特定範圍內部分違憲而已。本席所不贊成的是：多數意見超越聲請人一最高法院刑事第一庭等之主張，雖與本席同由比例原則出發，卻認為系爭規定雖然目的正當、手段適當，但已因可由監獄行刑取代，故已均無法通過必要性審查，即以本件解釋實質終結強制工作制度，暨部分變更本院釋字第 528 號解釋原肯定強制工作制度繼續存在價值之意旨，根本、全盤否定：在監獄行刑之外，另繼續有以強制技能訓練替代自由刑處罰，以期補監獄行刑矯治功能不足之可能機制，而將原本有機會不必要入監執行者也推進監獄高牆內。本席以為此係過猶不及，且將目前法制上本已將刑罰與保安處分作區分，並至少在監獄內高牆上，所鑿開的將監獄行刑與強制技能訓練區隔兩邊的小門再關閉，此除了將讓原本不應該同時收容受刑人之泰源技能訓練所，可以堂而皇之地「正名」為監獄外，也堵住進一步要求落實以強制技能訓練替代自由刑處罰之通路，以致原所被寄寓的使一些財產犯罪被告（較年輕無一技之長弱勢被告），因強制免費技能訓練，而比較可能不再犯、重生之期待與希望破滅。本席深深不以為然，並感遺憾！爰為本部分不同意見書。

謹將本席所持之理由等簡述如下：

一、刑罰尤其監獄行刑除了仍不免其對犯罪行為之應報性外，更重要的是社會預防，並冀望受刑人得以重生。因此，監獄行刑之重要任務在矯治受刑人。然則受刑人之矯治本非易事，尤其習慣性、成癮性者之矯治，更加困難，再犯率很高，所以才有在刑罰之外，另設一軌保安處分之必要。即針對成癮性者，係於刑罰之外佐以強制治療；針對習慣性之財產犯罪者，則是輔以強制工作，此為系爭規定之所由設。

二、刑罰與保安處分雖然均涉及人身自由之高度限制，其相關規定固均應受比例原則高度規範。但因我國法制兵分兩軌，而且二者本質不同、目的有別，當然應予區隔，惟是否已作適當區隔，本憲法解釋係作法規範審查之立場，應針對所受審查之法規範本身（系爭規定），如果要及於系爭規定背後之強制工作制度，則是否宜由比例原則出發，已然有疑（如果要檢討強制工作制度是否違憲，不應該由比例原則出發，而或可由是否侵害人性尊嚴或牴觸一行為不二罰原則等論點檢討。但是由多數意見肯認監獄行刑中之強制作業，即可知：多數意見亦認無關人性尊嚴；本件解釋關於必要性之論述部分，也未提及一行為二罰。本席認為未牴觸一行為不二罰原則，另如下述）；而且由法規範抽象審查言：尤應注意嚴予區分規範不當與實務執行不當，二者不能相混淆。準此，關於由法規範面觀察：強制工作制度如何不違憲，已有本院釋字第 471 號及第 528 號等解釋可資參照，另單由與本件爭議相關之強制工作與刑罰執行之法規範相較，並由保安處分執行法 52 年立法之初即已有之第 53 條規定：「實施強制工作應依受處分人之性別、年齡、身體健康、知識程度、家庭狀況、原有職業技能、保安處分期間等標準，分類管理，酌定課程，訓練其謀生技能及養成勞動習慣，使具有就業能力。」及監獄行刑法尤其 109 年 1 月 15 日修正前第 1 條規定：「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」兩相對照，即知：二者明顯有別，監獄行刑無法替代本質應為技能訓練之強制工作制度。多數意見竟主要由邇來監獄行刑實務執行狀況，推論認監獄行刑中之強制作業，已可取代強制工作之技能訓練，從而強制工作制度已欠缺必要性，系爭規定全部已均牴觸比例原則為違憲等等，本席就此難以贊同。

三、強制工作之執行迄未妥適落實使受處分人「具就業能力」之初衷，有待檢討改進，固屬事實；法院為強制工作宣告時，原本較

著重於行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，也是事實。但是對於行為人未來行為之期待性，本也是法院審酌是否宣告強制工作之重點（比如最高法院 94 年度台上字第 6611 號刑事判決參照）。又法律及法律觀念都應該與時俱進。查除了自 52 年保安處分執行法制定伊始，強制工作制度之立法原意本即重在「行為人未來行為之期待性」，由該法第 53 條自始即明文規定，應使受處分人具有就業能力可以得知外，94 年 2 月 2 日修正刑法第 90 條修正理由稱「（強制工作）處分之作用，原在補充或代替刑罰」等語及第 98 條修正規定，增加就強制工作處分，「於處分執行完畢或一部執行而免除後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行」等語，均可知：現代化之強制工作保安處分之作用，除了係為補刑罰（矯治功能）不足外，更是替代刑罰（得免除刑之處罰）之道。是顯然至遲已由 94 年 2 月 2 日修正前之原對行為人之「加重矯治」，轉變為「照護體諒」，即已有本質上之差異改變；修法後所展現之「照護體諒」用意，自不再可能係以惡性重大、生計無虞之財產犯罪主腦為適用對象，而應認為已然轉化為對惡性較小，且無一技之長之弱勢犯罪行為人之照護與憐憫。這不是很值得被高度肯定之具新時代意義之強制工作保安處分嗎？（關於免除刑之全部或一部之規定，亦可參見竊盜犯贓物犯保安處分條例第 6 條及組織犯罪防制條例第 3 條準用刑法第 98 條等規定。惟多數意見不認為應將之納入強制工作制度是否必要之重要考量。）如果能夠不囿於已被污名化及嚴重扭曲之「強制工作」奴工意象、拋開誤解強制工作係對惡性重大者刑罰外加重懲罰潛意識作祟，暨不為強制工作制度執行不佳現況所惑，並改由與監獄明顯區隔之公費技能訓練處所實施適合受處分弱勢被告之技能訓練，更由法院針對確有技能訓練需要之被告為適當之宣告，並輔以刑期之折抵甚至刑之免除，這樣不是更可能啓自新，更可能降低再犯率，減少其他人民受害嗎？這是

本席所體會及寄予強制工作制度之有別於監獄行刑之刑之執行「希望」之所在！非常遺憾，本席很努力但無能說服多數意見大法官終結強制工作制度之決定後，就此只有選擇「無言」……。

四、強制工作制度屬保安處分，其取捨本屬立法裁量範圍，是否適宜由本院以解釋認無必要而終結之（即使依本解釋意旨，僅僅是自解釋公布之日起，往後失效），已應非無疑（本件解釋理由書末併此指明段，正是以保安處分為立法裁量事項為前提）。又強制工作制度自始因無必要而溯及違憲，與因為情事變更而於為本件解釋時，因現行監獄行刑之強制作業已可以替代強制工作而應自斯時起違憲往後失效，是不同之命題，並係已執行強制工作完畢之聲請人得否針對諭知其強制工作之確定終局裁判聲請非常上訴，進而本於撤銷強制工作宣告之確定判決，聲請刑事補償之關鍵。本件解釋就此，自有必要進一步於本件解釋中清楚敘明，以免困擾並資準據。就此，多數意見認為沒有溯及效力、只是往後失效，法官以外其他聲請人即聲請人五至三十六不得持本件解釋為據，聲請撤銷原確定終局判決之強制工作宣告，此部分本席贊同之，但其理由則除了本件解釋理由所已稱者，暨如下述五所述，非一罪二罰，故無刑事補償問題；而且此種情形，如更許聲請人得因本件解釋而以其受強制工作之執行為由，請求刑事補償，反生不公平之結果，是不宜許其聲請非常上訴請求撤銷強制工作之宣告等外，本席以為另併係因為強制工作制度不是本質即當然應屬違憲（立法原意在免費對需要技能訓練之犯罪者施以技能訓練，俾其具備就業能力，以補監獄行刑之不足，並得免除刑罰之執行，以替代刑罰）；而是因部分規定（比如組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項規定）甚至執行上，偏離、未落實或誤解制度原意（比如未體認強制工作制度與其他保安處分如強制治療同，意在照護需要特別照護之犯罪者，其目的不在也不能在加重處罰，所以應以此作為是否宣告強制工作之標準，與惡性是否重大

無關；又比如未妥適落實技能訓練及免除刑之執行等規定，未嚴予與監獄行刑作區隔、甚至在各種處遇如假釋期間之計算上，對已先受強制工作處分執行再服徒刑者作不利處理），有以致之（本席贊同本件解釋理由書末併此指明段所指：現行法就應適用者未作妥適區分，及執行上與現行監獄行刑區隔不足）。又本席以為目前監獄行刑之強制作業規定及實況即多數意見憑以判斷系爭規定均已無必要之依據（未嚴予區隔也只是判斷必要性標準之一），法務部稱係導因於強制工作之（有限）技能訓練實作外溢至監獄行刑，應屬實情。甚至本席以為現行監獄行刑法於 109 年 1 月 15 日參酌公民與政治權利國際公約等規定完成大幅度修正（其第 1 條修正規定立法理由參照），除了可歸因於教育刑觀念之普及和進一步落實外，由原使受刑人「適於社會生活為目的」，提升為「培養其適應社會生活之能力」（109 年 1 月 15 日監獄行刑法第 1 條規定修正前後文字對照），與原屬強制工作之技能訓練有限施行亦應有相關聯。因此，雖然實務演變是漸進的、法律配合修正也需要作業時間，但是在憲法解釋之法規範審查觀點言：因本院充其量應只能認為自 109 年 1 月 15 日起因監獄行刑法大修，而使監獄行刑之強制作業與屬保安處分之強制工作之內涵趨同後之目前，強制工作制度才失其必要性。就此而言，凡已執行強制工作完畢者包括聲請人，自均應不生就已執行之強制工作，得依本件解釋請求非常上訴以撤銷強制工作宣告，或聲請刑事補償救濟之問題。

五、本件沒有一行為二罰之問題；而且終結強制工作制度對未來被告，尤其對需要免費技能訓練之弱勢觸法者反而不利，幼兒最初被教 1＋1＝2，但稍長孩子了解 1 個蘋果＋1 個橘子不等於 2 個蘋果或 2 個橘子，不能適用於 1＋1＝2。同理，一行為而受刑罰與強制工作之諭知，不等於一罪而受二個刑罰。因為刑罰與強制工作本質不同、目的不同，強制工作本質上不是刑罰甚至不是處

罰，正如蘋果與橘子不同。是法院係以一個裁判依法審酌後，宣告刑罰並同時諭知強制工作，不是 1＋1＝2；而且依刑法第 57 條規定，法院科刑時應審酌一切情狀，以定刑罰之輕重，而是否併諭知強制工作（拘束人身自由期間為 3 年），無疑係重要情狀，法院將之列入刑罰應科處額度（宣告刑）考量，乃屬應然並為合理。即一般而言，法院裁判判刑並諭知強制工作者，應已於所宣告刑罰額度為相應調降，故更無一行為二罰問題。

另於本件解釋後，因已不再併諭知強制工作 3 年，法院裁判予以審酌，並相應提高宣告刑，使未來被告入監服刑期間因之拉長，法院裁判亦應屬合理公平（但目前受刑人人數已超過監獄合理收容人數標準，為合理公平而提高宣告刑，將增加受刑人人數，使監獄收容人數超標之情形，更加惡化，不利受刑人之處遇。法院可能因此而為難）。是以本件解釋前後相較：因強制工作之處遇（應排除顯然不合理之假釋期間等之計算），優於監獄行刑，兩相比較，終結強制工作制度，對未來犯罪被告反而更不利，此部分可能是關心受刑人而呼籲廢止強制工作制度之團體所未及考量者。本席同樣關心監獄行刑（本席曾於意見書中多次質疑一般監獄與外役監行刑處遇之公平性，最近又收到受刑人肯切之陳情函述及。查受刑人同受憲法平等原則保護，爰謹再併此呼籲主管機關依平等原則儘速妥適改善監獄行刑不公平之處），但本席認為被害人、被告權益亦均應注意維護，故量刑妥適公平更不能偏廢，因此已預知並考量若終結強制工作制度可能有上述將來會相應提高宣告刑之裁判結果。又本席盼望革新現有之強制工作制度，回歸並落實立法原意，應使之轉型為照護弱勢觸法者之技能訓練，俾能較有效降低再犯率，從而直接減少犯罪行為及其受害人，也間接幫助受刑人更生，有利其家庭，暨減少監獄收容人人數。基於上開理由，本席乃不贊同多數意見之終結強制工作制度作法，而只認系爭規定部分違憲，並需確實依立法原意檢討改

進，包括但不限於揚棄強制工作之名稱。

六、監獄行刑尚無法全面實施技能訓練，監獄也不太可能全面轉型為技能訓練所，監獄之強制作業更不具替代刑罰之免除刑罰機制除了需相當之經費外，技能訓練也需要場地、設備及師資等配合。而如於監獄全面實施技能訓練，所需經費不貲；監獄場地本已不足，擴建、遷建困難重重，可以想見；設備、師資除了與經費有關，涉及國家預算之合理分配外，尤其人力資源有限，符合法令資格之師資更有限，與人力資源及其整體分配運用亦習習相關。因此，監獄行刑無法全面實施技能訓練，監獄也不太可能全面轉型為技能訓練所。再加上監獄之強制作業不具替代刑罰之免除刑罰機制（因為監獄之強制作業以入監執行刑罰為前提）。從而，欲以監獄行刑取代強制工作保安處分，是不是無可避免地必然需放棄目前強制工作制度，所欲達成補刑罰不足（矯治功能不足）、替代刑罰（免除刑之執行）之原目的，一個降低再犯率之希望呢？！

至於多數意見在以沒有必要為由，決定終結強制工作制度後，又在本件解釋理由書末，加上一段立法者得另立法取代之「併此指明」段落，此與前斷然否定強制工作制度必要性之論述，沒有前後矛盾嗎？既然仍肯定得於刑期之外延長拘束人身自由之期間，為什麼不能只宣告系爭規定中該段所指不符部分違憲，諭令應與監獄行刑作必要區隔呢？又所想像的合憲並具可執行性之可能替代藍圖內容如何？全無任何說明，高深難解。到底是本於對惡性重大者之進一步處置，還是對弱勢之照護（本席懷疑多數意見均已有保安處分具照護性質、本質非加重處罰之理解，因為在本件解釋中都是由強制工作為類似刑罰之處罰之基點立論）？可能多數大法官亦各有所見！然則如果可以因此經由立法積極作為使本席前述「希望之門」全新開啓，亦幸甚！但是如果只是要避免外界對大法官終結強制工作制度是否過當之指摘，所

畫的餅，那……好生遺憾！

七、本院解釋效力強大，本席固不贊成終結強制工作制度，但既經作成本件解釋，強制工作制度已走入歷史，我們必須相應往前看，即在沒有強制工作制度輔佐之刑罰執行，應大幅被革新，才有可能更有效地避免再犯。另一方面，由孩子教育不易、任二個獨立個體間觀念差異之事實，即可明瞭需處理超過 6 萬受刑人事務之監獄行刑本就很難，很辛苦，希望受刑人也能異地而處理解之。又多數意見似也寓有肯定邇來監獄行刑部分實務之意，本席認為此種肯定也非全然無據（儘管仍有很多可以再改進之處）。本席最近自受刑人處受贈工整心經墨寶一幅（感謝。本席自知寫不成），使本席除了頓生反省自己會不會過度有稜有角（大法官有用毛筆簽到之傳統，收到所贈之墨寶後一天，簽寫自己名字時突生上述感觸）外，更因為就本席之認知：心不平、氣不順，寫不成一幅工整好字。是受刑人的陳情函在陳情抗議監獄行刑不公言辭之外，是不是同時也已具體表現監獄行刑之部分教化功效呢？

刑期無刑理想之實現，監獄行刑之執行者責無旁貸，但受刑人自我覺醒更是最重要且不可缺之必要因素。盼大家一起努力！

部分不同意見書　蔡明誠大法官　提出
蔡烱燉大法官　加入
黃虹霞大法官　加入
吳陳鐶大法官　加入

本號解釋就現行強制工作之處遇環境及執行情況未盡理想，認系爭諸項規定中有關刑前、刑後強制工作部分，違反憲法第 23 條比例原則中之必要性原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符，且採取類似本院釋字第 799 號解釋，認為有關現行強制工作之執行與憲法明顯區隔要求有所違背。雖有認為現行外國刑事法立法例中少見強制工作之規定，但從比較憲法觀點，例外有關准許法官判命受處分人強

制工作之外國憲法及國際條約規定，不乏其例，且是否採取刑罰與保安處分雙軌制度之正當性與強制工作保安處分制度之存廢論，係屬現代民主法治國家刑事立法政策之重要一環，雖目前刑事制度及刑罰與保安處分實務執行等方面尚有檢討改善之空間，但前述有關強制工作保安處分制度之存廢，宜予尊重，委由立法者整體考量刑事立法政策，給予其制度性選擇之自由形成空間。至於本件涉及強制工作之系爭諸項規定合憲性，仍有憲法第 23 條比例原則進行憲法審查之可能性，自屬當然。因此，本號解釋就強制工作制度存廢是否具合憲性，與系爭諸項規定所涉及基本權之限制是否具有合憲正當化事由，即如所謂基本權「限制之限制」（Schranken-Schranken）之審查問題，亦即系爭諸項規定是否符合比例原則等審查與刑事制度及政策選擇，兩者不宜相提並論，且對於本件是否適宜參考本院釋字第 799 號解釋運作明顯區隔要求作為審查依據，亦值得再推敲。爰提出部分不同意見如後：

一、從比較憲法觀察強制工作制度之合憲性問題

在刑事法[1]保安處分規定強制工作制度之存廢，時至今日，實為值得深入討論之議題。[2]有關強制工作，如從比較憲法觀察國際條約

---

1 本件審理標的包含刑法、組織犯罪防制條例及竊盜犯贓物犯保安處分條例，故統稱刑事法，特先註明。

2 中華民國刑法於 23 年 10 月 31 日制定、24 年 1 月 1 日公布及 24 年 7 月 1 日施行之第 90 條規定「有犯罪之習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。前項處分期間，為三年以下。」當時即有強制工作之用語及制度。組織犯罪防制條例於 85 年 11 月 22 日制定及 85 年 12 月 11 日公布第 3 條第 3 項規定「犯第一項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年；犯前項之罪者，其期間為五年。」其立法理由係為「參酌刑法第九十條對於有犯罪之習慣或以犯罪為常業者併宣告保安處分之法例，明定參加犯罪組織者，除判刑外，同時並應宣告保安處分，以收刑事懲處及保安教化、授習技藝之雙重效果，以有效遏阻組織犯罪。」亦即參酌刑法第 90 條設強制工作之保安處分制度。另如竊盜犯贓物犯保安處分條例於 44 年 12 月 20 日制定及 44 年 12 月 30 日公布第 4 條亦明定十八歲以上之竊盜犯贓物犯，有法定情形之一者，應一律令入勞動場所，強制工作。至 52 年 5 月 21 日制定、52 年

及憲法層面之歷史發展而論，德國基本法第 12 條有關職業自由（Berufsfreiheit）第 2 項規定對於所有公勤務之傳統一般工作之工作強制（Arbeitszwang）與第 3 項規定特殊例外情形之強制工作（Zwangsarbeit），包含單一基本權（ein einheitliches Grundrecht）。該權利係人性尊嚴之具體化，且特別係為排除納粹社會主義所採貶抑人格之工作強制與強制工作方式，此可與歐盟基本權憲章（Charta der Grundrechte der Europäischen Union; The Charter of Fundamental Rights of the European Union; GRCh）第 5 條[3]第 2 項所定權利相比擬，係作為德國基本法第 12 條第 1 項一般職業自由之特別法，優先適用。強制工作僅於法院命為剝奪自由時，始得准許，且須有法律授權之必要。該法官命令須特別有充分理由，且在強制工作時，應有公法上負責之執行機構實施。但強制工作，須符合比例原則。[4]前述德國基本法有關強制工作規定，如比較歐盟人權與基本自由保護公約（或稱歐洲人權公約）（Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; ECHR; The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第 4 條[5]第 1 項規定，雖未對奴隸

7 月 3 日公布及 53 年 8 月 1 日施行保安處分執行法第 2 條將勞動場所稱為「強制勞動之處所」，以執行保安處分。該法於 64 年 1 月 17 日修正及 64 年 1 月 28 日公布第 2 條改稱為「強制工作處所」，其理由為「刑法第九十條、戡亂時期竊盜犯贓物犯保安處分條例第四條及本法第五章均規定對被告所宣告之保安處分為強制工作。而本法第二條第一項第一款則稱該保安處分處所為『強制勞動之處所』為期一致，爰參酌有關規定修正為『強制工作之處所』。」以上就「強制工作」相關規定之緣起，可資參照。

3 第五條（Art. 5）（Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit）（奴隸與強制工作）
(1) Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden.（任何人不應受到奴隸或苦役。）
(2) Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten.（任何人不應被強迫為強制或義務工作。）
(3) Menschenhandel ist verboten.（人口販賣應禁止。）

4 參照 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., München: Beck, 2016, Rn. 113, 119, 121f..

5 第四條（ARTIKEL 4）Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit（奴隸與強制工作）

之概念定義，但採取奴隸之絕對禁止（ein absolutes Verbot der Sklaverei），且於同條第 2 項明定任何人不應受強制工作與義務工作。惟同條第 3 項就強制工作與義務工作規定，其僅於基本權之事物保障範圍（或稱對物保護範圍）（Sachlicher Schutzbereich）之強制工作與義務工作（Pflichtarbeit）屬於例外構成要件（Ausnahmetatbestände），其中包含通常方式（normalerweise）要求他人於自由受剝奪（如於監獄或附條件釋放期間工作）（Arbeit in der Haft oder bei bedingter Entlassung）之強制工作及義務工作，例外准許。至該公約禁止個別受刑人負擔超過其所能通常程度（über das übliche Maß）之特別工作。就個別受刑人不許使其負擔特別工作，另亦不得使其負擔極度繁重或危險之工作（extrem schwere oder gefährliche Arbeiten）。該強制工作，亦許其適用於刑法或依少年法院法之少年事件而經裁判之所有工作負擔及指令之情形。[6]

1. Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden.（任何人不應受到奴隸或苦役。）
2. Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten.（任何人不應被強迫為強制或義務工作。）
3. Nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne dieses Artikels gilt（下列不適用於本條所稱之強制或義務工作：）
   (a) eine Arbeit, die üblicherweise von einer Person verlangt wird, der unter den Voraussetzungen des Artikels 5 die Freiheit entzogen oder die bedingt entlassen worden ist;（依第五條要件受剝奪或有條件釋放者，要求通常方式之工作；）
   (b) eine Dienstleistung militärischer Art oder eine Dienstleistung, die an die Stelle des im Rahmen der Wehrpflicht zu leistenden Dienstes tritt, in Ländern, wo die Dienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist;（軍事勞務或在因良心理由拒絕勞務之所屬國家，取代服兵役而從事之勞務；）
   (c) eine Dienstleistung, die verlangt wird, wenn Notstände oder Katastrophen das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen;（因緊急情況或意外事故危及生命或公共福祉者，要求提供之勞務；）
   (d) eine Arbeit oder Dienstleistung, die zu den üblichen Bürgerpflichten gehört.（屬於通常公民所為之工作或勞務。）

6 參照 Lohse/Jakobs, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage

又德國基本法第 12 條第 3 項明定僅於法院命令強制工作時，始例外准許（nur bei gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehungen ausnahmsweise zulässig），且得適用於剝奪自由之改善及保安處分與少年事件之拘禁與刑罰（freiheitsentz. Maßregeln der Besserung u. Sicherung, Jugendarrest u. Jugendstrafe）之情形。[7]在執行規範上，德國刑罰執行法第 41 條第 1 項亦有所規定，受刑人負擔身體所能負荷之相當工作、勞動治療或其他作業之義務。經其同意，受刑人每年至多三個月，負擔監所之協助活動。但對於超過 65 歲或懷孕或哺乳之婦女，則不適用該規定。惟此等例外情形，並不適用刑事偵查之看守所階段。[8]

再者，前述歐洲人權公約不容許受刑人負擔不必要之多餘勞累或刁難之工作，或有種族、社會、國籍或宗教之歧視。[9]刑罰執行之強制工作所追求之目的，首要者係為受刑人之再社會化。因此，法院命令強制工作之自由剝奪，各按程序種類而適用各不同規範，但該強制工作之命令，須符合適合、必要及相當之手段。[10]

此外，美國憲法增修條文第 13 條第 1 項（Amendment XIII, Section 1）規定[11]，係針對解放黑奴年代，與前述德國基本法之背景不盡相同，

2019-beck-online, MRK Art. 4 Rn. 5f..

7 參照 Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021-beck-online, GG Art. 12 Rn. 191；本件陳愛娥教授之鑑定意見書第 7 頁，亦論及德國基本法第 12 條第 2 項及第 3 項規定，且於此所稱強制工作主要在自由刑之執行、在剝奪自由之保安處分，以及在少年刑罰之範圍內行之，可資參考。

8 參照 Behsen, in: Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grunfreiheit, Kommentar, München: Beck, 2012, 1ff., 15, 20, ff..

9 參照 BVerfGE 74, 102 (121).

10 參照 Gröpl, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, 4. Aufl., München: Beck, 2020, GG, Art 12 Rn.88, 90f..

11 "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction."（美國境內或屬美國管轄區域之內，不得有奴隸制度或強迫勞役之存在。但因犯罪而被判強迫勞役者，不在此限。）

其禁止奴隸或強迫勞役之原則，卻對罪犯之刑罰設有例外准許之規定。[12]

另有類似憲法規定，例如日本憲法第 18 條規定[13]，亦明定禁止任何人受到奴隸之拘束，而受到違反意願之任何形式之強迫苦役，但因犯罪而受處罰之情形除外。[14]

---

[12] 有關美國憲法增修條文第 13 條禁止奴隸（Slavery），且就非自願性苦役（Involuntary Servitude），原則上禁止，但對於監獄勞動（Prison Labor）則設除外規定。前述規定之增修，由來已久，就相關問題之探討文獻，請參照 Martin B. Miller, At Hard Labor: Rediscovering the 19th Century Prison, 9 Issues CRIMINOLOGY 91 (1974); James Henry Haag, Involuntary Servitude: An Eighteenth-Century Concept in Search of a Twentieth-Century Definition, 19 PAC. L. J. 873 (1988); Catherine M. Page, United States v. Kozminski: Involuntary Servitude - A Standard at Last, 20 U. TOL. L. REV. 1023 (1989); Kenneth T. Koonce Jr., United States v. Kozminski: On the Threshold of Involuntary Servitude, 16 PEPP. L. REV. 689 (1989); David Wiese, Court-Ordered Support and the Thirteenth Amendment's Prohibition against Imposition of Involuntary Servitude, 11 J. CONTEMP. LEGAL Issues 419 (2000) 等。茲就衍生問題之論著，加以引述。有認為監獄勞動之無生產力，與眾所周知之監獄勞動之無效能，有所關聯（The unproductiveness of prison labor is tied up with the well-known inefficiency of prison labor.），是其仍留下若干尚未解決之問題，其認為最佳監獄勞動制度，應考量該勞動之所有目的。該問題解決之道，可能有賴於下列條件：（a）不同地區之氣候條件；（b）受刑人按其不同效能程度加以分類（c）按照經濟條件，控管不同形式產業活動之生產力。（Possibly the settlement of this question will depend upon: (a) The climatic conditions of different regions; (b) The classification of prisoners into different efficiency grades, and (c) Upon the economic conditions which control the productivity of different forms of industrial activity.）（參照 John Lewis Gillin., Criminology and Penology (1926), Chapter XXI SSOME UNSETTLED PRISON LABOR PROBLEMS, PRESENT DAY PRISON LABOR PROBLEMS IN THE UNITED STATES, p. 450-451（以上文獻，均下載於 HeinOnline(2021)）. 就現在美國情況，與過去問題，自容有差異，但可比較參考。惟面對新世紀之現代實務上強迫性勞動（the modern practice of coerced labor）是否加以終結，或另尋求新詮釋或定義，以利應用，均有待進一步再探討。

[13] 「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。」

[14] 日本憲法第 18 條就身體自由之保障，類似於美國憲法增修條文第 13 條規定（參照渋谷秀樹，憲法，東京:有斐閣，2017 年 4 月 30 日 3 版 1 刷，頁 229 以下）。因奴隸之拘束，與個人之尊嚴不相容，例如日本戰前之「監獄部屋」，

前述三國憲法及歐洲人權公約，雖原則上禁止奴隸及強制工作（或強迫勞役），但因犯罪而受處罰或法院命令強制工作等，設有例外規定。由此可見，既在憲法層次對於強制工作禁止規範，仍留有例外合憲性之空間，本號解釋卻採取衝擊最大方式，雖未明講但可能導致否定所引用之本院釋字第 471 號[15]及第 528 號解釋[16]對於強制工作制度合憲性之見解，而未預留立法者重新審視刑事法強制工作保安處分制度之機會，且有忽視前述外國立法例規定之情形，故以上問題，均值得再推敲。

或於明治維新時期，為開拓北海道，因人力不足，利用北海道內監獄之犯人組成工作隊，強制其開闢鐵路、道路等勞動，有稱之北海道「章魚部屋」勞動（日語：タコ部屋労働; たこ部屋労働），即該當此所稱奴隸之拘束。至違反意願之苦役，除刑罰情形外，亦受到憲法保障。此違反本人之意思之苦役，非屬個人主觀上感覺痛苦之勞務（主觀說），而是以一般人痛苦判斷是否該當此勞務（客觀說）。因此，非常災害時期命為救援活動等（消防法第 29 條第 5 項、水防法第 24 條、災害對策基本法第 65 條第 1 項、災害救助法第 7 條及第 8 條等），非屬於此禁止之苦役。至於徵兵制，雖外國憲法將兵役規定為憲法上（市民）義務，有認為因考量和平主義、戰爭放棄之規定，應解為該當於此苦役。參照高橋和之，立憲主義と日本國憲法，東京：有斐閣，2020 年 4 月 15 日 5 版 1 刷，頁 300。

15 該號解釋係認為，犯槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條所定之罪，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之部分違憲。依個案情節不符比例原則部分而應宣告保安處分者，仍由法院斟酌刑法第 90 條第 1 項規定之要件，依職權為之。故該號解釋並未否定強制工作制度本身之合憲性。

16 該號解釋認為，組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項設強制工作之規定，與憲法第 8 條人民身體自由之保障及第 23 條比例原則之意旨不相牴觸。於此，如將此解釋與本院釋字第 471 號解釋比較，可見兩者均不否定現行刑事法採刑罰與保安處分雙軌之立法體制，及保安處分中之強制工作制度。但其與前述釋字第 471 號解釋認槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項規定，不問行為人所具之犯罪習性、有無預防矯治其社會危險性之必要，均一律宣付強制工作，有違憲法保障人身自由意旨之情形有別，兩者非可相提並論。因此，於此部分，兩者之見解尚有差異。惟值得注意者，本號解釋就釋字第 528 號解釋之變更，是否僅是「部分」（即如「一律宣付強制工作」部分）之變更，還是完全變更前述兩號解釋所未否定刑事法上前述雙軌制及強制工作制度，則不無可議之處！

另從實施現況方面思考，本號解釋雖認為相關機關未有充分具體論證強制工作制度為何合憲，但從本號解釋理由觀之，其是否已具體且充分詳加審慎評估強制工作制度之社會影響，及相關論據是否同樣具體且充分，而足以廢除形諸多年之刑事制度，亦恐難免受到質疑！況且，前述歐洲人權公約及德國基本法層面，並不否定就強制工作設有法院命令強制工作之例外准許規定，且得就法院命令強制工作之規範，亦可運用所謂「基本權限制之限制」審查，其中特別是依憲法比例原則進行審查。惟本號解釋以比例原則之必要性審查為主要論據，是否足以論證系爭諸項規定之目的正當，且手段所欲達成之目的亦具適合性，卻因不符必要性，則逕認強制工作（至少刑前強制工作）制度違憲，甚至終結該整體制度，使其走入歷史。凡此等論述，如再從前述比較法觀察，在憲法層次上是否足以充分支持其論證結論，不無可疑！總之，本號解釋所得到之結論，為何與前述外國立法例顯有不同，並為何未給予立法者或相關機關相當期間之充分準備，頗值得再推敲，且其改採與本院曾未否認刑事法強制工作制度合憲性之釋字第 471 號及第 528 號兩件解釋相反論調之理由應有充分論證，以期更具說服力。

二、運用比例原則之商榷

如前所述，在強制工作制度合憲之前提下，本席並不反對就強制工作相關規範進行比例原則等憲法原則之審查。惟其問題在於，如採本院釋字第 471 號解釋之方法[17]，認有部分違憲（例如一律宣告強制工作三年等規定），立法者或相關機關就部分現行系爭諸項規定應檢討改進，或採如本院釋字第 528 號解釋之解釋方式，經審查系爭諸項規定認為其未違反比例原則，如此乃對於刑事立法之尊重，亦即針對刑事法規範違憲審查時，給予立法者更多自由形成之空間及檢討改進

17 該號解釋理由中指出，「犯上開條例第十九條所定之罪，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之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。……有關機關應依本解釋意旨就槍砲彈藥刀械管制條例有關保安處分之規定通盤檢討修正……。」

之準備修正時間。否則，如認刑事法強制工作整體制度已構成違憲，於此其所涉及之系爭諸項規定，自無從依附，實亦毋庸再論系爭諸項規定是否符合比例原則。

本號解釋欲將強制工作制度走入歷史，表面上是聲請釋憲者之成功，其或本於所謂「前人種樹，後人乘涼」之開闊心胸，面對此聲請結果。但在實務執行上，對於部分仍在強制工作階段之聲請人，如有認為其處於比監獄更好學習技能之強制工作場所者，卻因本號解釋宣告強制工作違憲，而未予相關機關再次檢討改進現有保安處分環境及處遇措施之準備機會，經本號解釋立即生效之結果，使強制工作受處分人隨即全納入監獄中執行刑罰之中。且設若未來法官於個案之量刑上，是否在無形中反而給予受判決人加重刑度，如此將可能使其自由受到拘束之空間，原可在環境較佳之保安處分場所執行，卻轉而全歸於監獄中執行。如此作法，是否對受判決人有利？其是否符合基於特別預防所採保安處分之刑事規範目的？皆值得商榷。

再者，如以目前監獄與保安處分場所之處遇條件相互比較，我們是否真正相信現有強制工作場所環境及處遇條件比較差，且未來監獄是否真能迅速因應及提供理想之監獄學習技能環境及處遇條件？凡此質疑，在本號解釋宣示後，皆有待時間檢驗。倘若現行監獄作業真正優於強制工作場所，為何有部分受刑人想爭取到現在強制工作場所學習技能？且既採取類似本院釋字第 799 號解釋所適用之明顯區隔要求，是否應提供不同於監獄之學習技能之環境或工作場所？此兩種場所何者較佳，原本屬現實執行情況問題，其優劣往往涉及個人主觀之價值判斷，恐難免仁智之見！況本號解釋之任務，主要係在於憲法解釋，而非充任立法者或相關機關之主事單位，如非屬於憲法層次之刑罰與保安處分之具體執行現況成效或優劣，事涉價值判斷，且有屬執行問題。就此等非憲法層次之立法或相關機關實務執行之問題，或許宜預留給立法者及相關機關自由裁量之空間，以示尊重其權責。

三、憲法明顯區隔要求之適用問題

再就憲法明顯區隔要求而言，在採刑罰與保安處分雙軌之刑事法相關規定之合憲性審查，固有其適用之價值。此在本院釋字第 799 號解釋曾參考德國憲法法院所採明顯區隔要求，其進行審查刑法及性侵害犯罪防治法有關保安處分處遇是否符合與刑罰明顯區隔之要求，即屬一例。但值得注意者，前開釋字第 799 號解釋，係對於性侵害者之強制治療場所與封閉監獄，認為兩者無所差異。另就強制治療場所之環境與個別處遇計畫等措施，原則上自應與受刑人階段之監獄環境及處遇條件，有所不同，自屬無疑。反觀，強制工作場所環境及處遇條件，通常情形自應優於現在監獄環境及處遇條件，本號解釋就系爭諸規定，卻延伸前述明顯區隔要求，並如前所述，其將不以罪責為基礎而具有特別預防目的之強制工作保安處分，走入歷史，卻未預留立法者或相關機關自由形成之空間，並不給予充分時間檢視此行諸有年之強制工作保安處分制度之存廢必要性，亦未循立法程序給予正當化（Legitimation）論辯之機會，則不無疑問。況且，如仍未否認現行刑事法所採刑罰與保安處分雙軌（有謂宣示二元與執行一元）制度，則宜避免以「罪責」為基礎之刑罰取代保安處分，亦即逕將受處分人等同於受刑人之地位，不問其人身自由受到拘束之刑罰目的理論及制度設計上之差異，而以現在執行所呈現之狀況，作為評斷強制工作存廢之立論，且將強制工作對象改以環境或處遇條件可能更不利於受刑人之監獄，取代保安處分場所及處遇方式，皆有商榷之處。

又既然本號解釋亦採前述明顯區隔要求，自應依刑事法所採強制工作制度基礎上，如認現行強制工作有不良狀況，可呼籲相關機關追求檢討改善現行強制工作之執行狀況。況且，既以比例原則審查，認為強制工作相關系爭諸項規定並無「必要」，又何必再論有無違反明顯區隔要求？因此，如欲採德國聯邦憲法法院就保安監禁（Sicherungsverwahrung）與刑罰違反明顯區隔要求（Abstandsgebot）之見解，認其不符合憲法之要求，而對於當時相關法律，係採取定期

促請立法者修正刑法規定（例如修正刑法第 66c 條規定），且限期給予形成新規範之機會，並非完全廢除保安監禁整體制度[18]，就此亦值得再思考。

綜上，在本院釋字第 471 號及第 528 號解釋之後，相關機關將刑後強制工作改為刑前強制工作，作為保安處分之類型。本號解釋在終結所有刑事法強制工作之前，實際上應從強制工作制度在實務上發展狀況，充分考量刑前強制工作之場所與監獄之工作或學習技能之環境及實際執行情況，其所存在理想與現實上之差異。亦且應避免過度樂觀，而認為此解釋結果對於受刑人或受強制工作處分之聲請人一定最為有利，甚至可以肯定認為刑罰對於社會之一般預防，或對於特定犯罪之特別預防，對受處分人或受刑人重獲自由前接受矯治或改善措施之再社會化準備工作，業已足夠，且認為現行強制工作之保安處分制度，對於犯罪被害者及我們所處於之社會亦已無意義。總之，如此想法，恐過於樂觀，難免受到社會現實之檢驗！

四、結語與展望

在臺東泰源技能訓練所，看到有幾句話語，在參與本件審查及寫意見書期間，時而湧現腦海之中！在進入該所樓房之門口上面寫著「明刑弼教、刑期無刑」，在某工場裡，黑板上寫著「物有定位、事有定規、人有定職」，且有幅「靜觀」字畫併寫著「靜觀古今事，放懷天地間」。又在教誨堂懸掛，揭櫫翻轉人生，轉動及追求新幸福之四心型，即信心（Faith）、希望（Hope）、真愛（Love）與幸福（Happiness），以期積極改變，擁抱希望。此等話語之體會，可能因人而異！純從個人觀感及解讀，如能因無人受強制工作之處分，達成刑期無刑，自然終結強制工作制度！在此理想境界尚未實現前，應衡酌犯罪行為人之法益侵害性或社會損害性，使其負應有刑事責任，且基於特別預防之目的，如何達到受保安處分人再社會化之「弼教」功能，頗值得深思！另就法院命令入強制工作處所而言，其設置目的及

[18] 請參考本席於本院釋字第 799 號解釋意見書有關德國相關區隔要求之引述。

所欲實現之理想，在於受處分人重獲自由後，既得以放懷天地間，亦可順利重返社會職場，從而落實更生保護目的，以追求幸福，開啟人生新希望！

當然，在拘束人身自由之密閉空間中，不論執行刑罰或保安處分，受刑人或受處分人既皆受到監控，尤其是刑前強制工作執行後，下階段須續行刑罰之執行，如採取刑罰與保安處分雙軌見解，兩者之執行環境及處遇條件，原本應有所差異！亦即執行保安處分之拘束自由處遇條件及強度，性質上其自應有別於刑罰之執行。除非改採刑事處罰單軌制，否則，倘若忽視立法者循立法程序所採雙軌制之規範設計，逕認為強制工作之保安處分制度，已不合乎比例原則之必要性審查，從而採一刀兩斷方式，立即失其效力，而未給予相關機關或立法者準備及妥適因應之時間，亦即逕將此實施多年以特別預防為目的之此種保安處分，一夕廢除，其衝擊有人可能認為不大，或認為此係杞人憂天！但就此有形衝擊如何？其是否衝擊不大？或許不久即可知曉！且其可能導致之無形影響及後續效應如何？總是令人難以釋懷，心中添增不少擔憂！尤其是對於本件所涉及人民聲請案件中受保安處分之聲請人為數甚多，本號解釋既然將強制工作定性為類似刑罰之拘束人身自由處分，實難以理解僅藉以今後已不必要此制度，卻可樂觀期待將之全歸於監獄執行所有技能培育工作，甚至可另尋新制（例如參考德國保安監禁制度），以資因應。且認為自本號解釋公布之日起向後生效，將可一切平順無事！凡此應對之態度及作法，是否過於樂觀，是否行得通，實不無疑慮！

最後，若能嘗試另一解釋方向，將刑事法是否繼續採刑罰與保安處分之雙軌，及於監獄或保安處分場所中所進行之強制工作制度之存廢等刑事政策選擇，委由立法者或相關機關自由裁量或自由形成之空間，並給予充分時間檢討改進之機會，似較妥當。當然，本席亦贊同刑事法上有關制度選擇，基於法治國或社會國之憲法原則，如認有違背濫用禁止或逾越裁量界限（Missbrauchsverbot oder Ermessensgrenzen）

之情事，仍可能受基本權之合憲正當化（Rechtfertigung）審查，即本件可運用憲法比例原則，審查系爭諸項規定。亦即就有關本件系爭諸項新舊法規定可能影響聲請人利益或業已造成不利益之規範，仍可另依憲法比例原則，審查其是否有過苛之情事。如有違反過苛禁止（Übermaßverbot）原則，該等不符比例原則之規定，如適用於個別聲請人而有侵害其基本權之情事，即可經由強制工作相關系爭諸項規定之合憲性正當化審查後，仍可能給予原受不利之聲請人獲取聲請釋憲之有利結果（例如非常上訴、刑期折抵、免除其刑之全部或一部執行或就執行期間給予法官更多裁量空間（諸如本件就一律令強制工作3年之釋憲爭議等）），並於必要時，亦可賦予該制度現代之新意涵或新稱呼，以利應用。總之，如運用上述解釋想法及正當化審查方式，其解釋結果，雖非係英雄式廢除行諸已久刑事法上強制工作制度，但其或許同樣可以達到本號解釋所欲防止或矯正現行強制工作保安處分之制度運作及執行不當現象之目的！

不同意見書　　吳陳鐶大法官　提出

一、多數意見認強制工作非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段與必要性原則有違及現行強制工作之執行不符憲法明顯區隔原則要求之論據

（一）多數意見認強制工作非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違之論據

多數意見認中華民國94年修正公布前之刑法第90條第1項與85年12月11日制定公布之組織犯罪防制條例第3條第3項所定刑後強制工作及94年修正公布之刑法第90條第1項、第2項前段、81年7月29日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項與106年4月19日修正公布之組織犯罪防制條例第3條第3項所定刑前強制工作，就受處分人之人身自由所為限制，其立法目的在於犯罪特別預防，乃屬憲法上特別重要之公共利益，其所採之強制工作手

段，就其立法目的之實現而言，非全無助益而與適合性原則無違。但認依上開規定施以強制工作之對象，本已因其犯罪行為而應受相應之刑罰制裁，而包括刑之執行在內之刑罰手段，其目的亦在追求遏阻犯罪，就此目的之實現而言，並不當然存有於刑罰之外，另行施以剝奪人身自由強制工作手段之必要性。況強制工作無論於刑之執行前或後實施，其所欲達成之具體目的及其內容，均得於刑之執行期間內為之；另不以剝奪人身自由為內容之更生保護制度，對於協助犯罪行為人服刑期滿復歸社會後，得以適應社會生活，避免其再犯，亦有相當程度之助益；又，上開規定所定強制工作之期間一律為 3 年或 5 年，即使依相關規定，於執行 1 年 6 個月後，且認為無繼續執行之必要，法院得依檢察官聲請免其處分之執行，至少仍應一律執行 1 年 6 個月，是無論何種情形，上開規定均不分受處分人犯罪行為之型態與情節輕重，就其所欲達成之目的而言，皆顯非對受處分人侵害最小之必要手段；況組織犯罪條例所定犯罪組織所可能從事之犯罪活動，其型態與犯罪手法相當多元，晚近更出現各種結合科技運用之新興組織犯罪型態，而發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之犯罪行為人之人數眾多，人格特質、專業知識能力、社會經歷與生活背景等，有相當大之差異，就犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項所定之罪者，無分其人格習性、犯罪動機與社會經歷等差異與令強制工作以矯正其性格之必要性，亦不問強制工作期間所實施之作業內容是否能有效防範再犯進而遏阻犯罪，均一律令入勞動場所強制工作，另刑後強制工作固有刑之執行完畢或赦免後得免執行強制工作之機制，刑前強制工作，亦有執行完畢後得免刑之執行之機制，俾受強制工作與刑罰之宣告者，得僅執行其一，然實務上依此規定獲法院免除強制工作或刑之執行者，極為少見，均可證上開規定所採強制工作之手段，並非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨不符。此外，犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪者，受處分人於剝奪人

身自由之刑罰制裁之外，另受亦以剝奪人身自由為內容之強制工作，卻未見有別於刑罰之目的與要件，以強制工作手段追求刑罰威嚇目的，與憲法明顯區隔原則之要求不符，致違反一罪不二罰原則，牴觸憲法第 8 條保障人身自由之意旨。

（二）多數意見認現行強制工作之執行不符憲法明顯區隔原則要求之論據

多數意見認強制工作制度之建構，應以使受處分人得受有效處遇，俾利其學習技能及協助改善其偏差性格為核心內容，強制工作制度之具體形成，包括規範強制工作之制度與其實際執行，無論涉及者為強制工作之處所（包含空間規劃及設施），施以強制工作之程序、管理及專業人員之配置、參與等，整體觀察，須與刑罰之執行有明顯區隔，始為憲法所許。依現行強制工作之執行之相關規範，其對受處分人戒護之規定與監獄行刑法對受刑人戒護之規定類似；對於受處分人得使用戒具或收容於鎮靜室之條件及方法之規定，亦與監獄行刑法對受刑人施用戒具或收容於保護室之規定類似。又受處分人固得與其家屬及親友接見及通信，惟其接見頻率、時間及通信內容均受到管制，與監獄受刑人之接見與通信規定並無根本之不同，二者對人身自由之限制並無實質差異。另，目前實務，執行強制工作之同一處所，除受處分人外，有為數更多之受刑人接受刑罰執行。或囿於場地與師資，強制工作實施處所所能提供之技能訓練課程有限，受處分人於強制工作期間未必均有接受技能訓練之機會，而是與其他受刑人同樣從事短期技能訓練或一般性作業。受處分人於日常包括管理、作業、課程及技能訓練與受刑人並無差別，實務上亦未見專門用以矯正受處分人犯罪習慣之評估與矯正機制，是現行強制工作之執行亦不符憲法明顯區隔原則之要求。

二、強制工作之立法目的與受強制工作處分執行者自由權利之限制及保障

刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或因遊蕩或怠惰

成習或欠缺正確工作觀念而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的（本院釋字第 471 號及第 528 號解釋參照）。法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第 1 條參照）。受刑人在監禁期間，因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制。鑑於監獄為具有高度目的性之矯正機構，為使監獄能達成監獄行刑之目的（含維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等），監獄對受刑人得為必要之管理措施，司法機關應予較高之尊重（本院釋字第 755 號解釋參照）。法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第 1 條參照），並非在剝奪其一切自由權利。受刑人在監禁期間，除因人身自由遭受限制，附帶造成其他自由權利（例如居住與遷徙自由）亦受限制外，其與一般人民所得享有之憲法上權利，原則上並無不同。受刑人秘密通訊自由及表現自由等基本權利，仍應受憲法之保障。除為達成監獄行刑目的之必要措施（含為維護監獄秩序及安全、對受刑人施以相當之矯正處遇、避免受刑人涉其他違法行為等之措施）外，不得限制之（本院釋字第 756 號解釋參照）。強制工作為拘束人身自由之保安處分，本院釋字第 755 號及第 756 號解釋所揭示對受刑人自由權利之限制及保障，自亦可適用於強制工作受處分人。

三、強制工作制度不違反比例原則，依組織犯罪防制條例宣告之強制工作，亦無違憲法明顯區隔原則之要求

（一）發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織者，均具常習性或持續性，與刑法及竊盜犯贓物犯保安處分條例項所定「有犯罪之習慣或以犯罪為常業者」相類，無違憲法明顯區隔原則之要求

按 85 年 12 月 11 日制定公布之組織犯罪防制條例第 2 條規定：「本條例所稱犯罪組織，係指三人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨

或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織。」106 年 4 月 19 日修正公布之同條例第 2 條第 1 項規定：「本條例所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾五年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性及牟利性之有結構性組織。」亦即發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織者，均具常習性或持續性，與 94 年修正公布前之刑法第 90 條第 1 項所定「有犯罪之習慣或以犯罪為常業者」、94 年修正公布之刑法第 90 條第 1 項所定「有犯罪之習慣者」、81 年 7 月 29 日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項第 1 款、第 2 款所定「一、有犯罪之習慣者。二、以犯竊盜罪或贓物罪為常業者。」相類。多數意見認：「組織犯罪條例所定犯罪組織所可能從事之犯罪活動，其型態與犯罪手法相當多元，晚近更出現各種結合科技運用之新興組織犯罪型態，而發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織之犯罪行為人之人數眾多，人格特質、專業知識能力、社會經歷與生活背景等，有相當大之差異。然……犯組織犯罪條例第 3 條第 1 項所定之罪者，無分其人格習性、犯罪動機與社會經歷等差異與令強制工作以矯正其性格之必要性，亦不問強制工作期間所實施之作業內容是否能有效防範再犯進而遏阻犯罪，均一律令入勞動場所，強制工作。就此而言，益徵……所採取之強制工作手段，就其所欲追求之防制組織犯罪之目的而言，更難謂為對受處分人為侵害最小之必要手段。」並認：「犯組織犯罪防制條例第 3 條第 1 項之罪者，受處分人於剝奪人身自由之刑罰制裁之外，另受亦以剝奪人身自由為內容之強制工作，卻未見有別於刑罰之目的與要件，以強制工作手段追求刑罰威嚇目的，與憲法明顯區隔原則之要求不符，致違反一罪不二罰原則，牴觸憲法第 8 條保障人身自由之意旨。」與事實不符，自難贊同。

（二）目前保安處分採相對不定期之制度，執行期間視執行成效而定，不能以強制工作之期間一律為 3 年或 5 年，至少仍應執行 1 年 6 個月，而指強制工作非屬對受處分人侵害最小之必要手段

按目前保安處分基於防止受處人再犯之特別預防目的，採相對不定期之制度，執行期間視執行成效而定。[1]多數意見認：強制工作之期間一律為3年或5年，即使依相關規定，於執行1年6個月後，且認為無繼續執行之必要，法院得依檢察官聲請免其處分之執行，至少仍應一律執行1年6個月，是無論何種情形，上開規定均不分受處分人犯罪行為之型態與情節輕重，就其所欲達成之目的而言，皆顯非對受處分人侵害最小之必要手段。顯然不了解目前保安處分基於防止受處人再犯特別預防目的，而採相對不定期制度之理論，亦難贊同。

（三）基於特別預防之目的，有於刑罰之外，另施以強制工作之必要

按徒刑、拘役之執行，固以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的，[2]亦寓有特別預防之色彩。但對於具有偏差性格高再犯可能之

1 94年修正公布前之刑法第97條規定：「依……第90條……規定宣告之保安處分，期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行；如認為有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內，酌量延長之。」85年12月11日制定公布之組織犯罪防制條例第3條第5項規定：「第3項強制工作執行已滿1年6個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。」94年修正公布之刑法第90條第2項、第3項規定：「（第2項）前項之處分期間為3年。但執行滿1年6月後，認無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。（第3項）執行期間屆滿前，認為有延長之必要者，法院得許可延長之，其延長之期間不得逾1年6月，並以1次為限。」81年7月29日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第5條規定：「（第1項）依本條例宣告之強制工作處分，其執行以3年為期。但執行已滿1年6個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。（第2項）依本條例宣告之強制工作處分，執行已滿3年，而執行機關認為有延長之必要者，得檢具事證報經上級主管機關核准後，報請檢察官聲請法院許可延長之。但延長期間，最長不得逾1年6個月，並以1次為限，在延長期間內，執行機關認無繼續延長之必要者，得隨時檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續延長執行。」106年4月19日修正公布之組織犯罪防制條例第3條第4項規定：「前項之強制工作，準用刑法第90條第2項但書、第3項……規定。」

2 35年1月19日制定公布迄109年1月15日全文修正公布前之監獄行刑法第1條均規定：「徒刑、拘役之執行，以使受刑人改悔向上，適於社會生活為目的。」109年1月15日全文修正公布之同法第1條則規定：「為達監獄行刑矯治處遇之目的，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，特制定本法。」

特定類型犯罪人，基於特別預防之目的，乃於刑罰之外，另設保安處分之制度。多數意見認：施以強制工作之對象，本已因其犯罪行為而應受相應之刑罰制裁，而包括刑之執行在內之刑罰手段，其目的亦在追求遏阻犯罪，就此目的之實現而言，並不當然存有於刑罰之外，另行施以剝奪人身自由強制工作手段之必要性。且更生保護制度，對於協助犯罪行為人服刑期滿復歸社會後，得以適應社會生活，避免其再犯，亦有相當程度之助益，亦無另行施以強制工作手段之必要。但本院釋字第 471 號及第 528 號解釋已釋明強制工作，旨在對有犯罪習慣或因遊蕩或怠惰成習或欠缺正確工作觀念而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。且如依多數意見之見解，所有於刑罰及更生保護之外，另施以保安處分，均無必要，自亦難贊同。

（四）刑罰或強制工作之執行已達矯治之目的，制度上本即可免強制工作或刑罰一部或全部之執行，不能以實務上依此機制獲法院免除強制工作或刑之執行者，極為少見，即認強制工作之手段，與必要性原則有違

按刑後強制工作已有刑之執行完畢或赦免後，已達矯治之目的，得免執行強制工作之機制，刑前強制工作，已達矯治之目的，亦有執行完畢後得免刑之一部或全部執行之機制。多數意見以：實務上依此機制獲法院免除強制工作或刑之執行者，極為少見，因認強制工作之手段，並非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違。但此屬執行層面之問題，多數意見據此而認強制工作之手段，並非對受處分人侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，而與必要性原則有違，此無異因監獄行刑無法完全達到使受刑人改悔向上適於社會生活之目的、保護管束無法完全達到使受保護管束人保持善良品行之目的，即謂監獄行刑及保護管束之制度，非屬侵害最小且為達成目的所無可替代之必要手段，與必要性原

則有違而違憲，亦難贊同。

四、強制工作之執行與監獄行刑應無本院釋字第 799 號解釋所揭示憲法明顯區隔原則要求之適用

按本院釋字第 799 號解釋對性犯罪者強制治療制度之建構及其實際執行，固要求均須符合與刑罰及其執行明顯有別之憲法明顯區隔要求。但本院釋字第 799 號解釋同時釋明強制治療本質上應為一種由專業人員主導實施之治療程序，受強制治療者係立於「病人」之地位接受治療。而強制工作，旨在對有犯罪習慣或因遊蕩或怠惰成習或欠缺正確工作觀念而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的，業經本院釋字第 471 號及第 528 號解釋釋明在案。法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活，亦經本院釋字第 755 號及第 756 號解釋釋明在案。亦即無論監獄行刑或強制工作，均寓有教化、矯治之特別預防色彩。但對於具有偏差性格高再犯可能之特定類型犯罪人，因恐監獄行刑無法完全達到教化、矯治之目的，乃於刑罰之外，另設保安處分之制度，以達教化、矯治之目的。故強制工作與強制治療，性質不同，目的亦不同，本院釋字第 799 號解釋對性犯罪者強制治療制度之建構及其實際執行，均須符合與刑罰及其執行明顯有別之憲法明顯區隔要求，自不能適用於監獄行刑與強制工作。

監獄行刑之進步，使監獄行刑之報復色彩淡化，而強化教化、矯治之特別預防功能，與保安處分教化、矯治之特別預防功能趨近。吾人自不得因監獄行刑之此種進步，而指強制工作與監獄行刑，不符明顯區隔之要求。

強制工作為拘束人身自由之保安處分，本院釋字第 755 號及第 756 號解釋所揭示對受刑人自由權利之限制及保障，自亦可適用於強制工作受處分人。故對強制工作受處分人戒護之規定與監獄行刑法對受刑人戒護之規定類似；對於受處分人得使用戒具或收容於鎮靜室之

條件及方法之規定，亦與監獄行刑法對受刑人施用戒具或收容於保護室之規定類似。又受處分人與監獄受刑人之接見與通信規定並無根本之不同，二者對人身自由之限制並無實質差異，符合本院釋字第 755 號及第 756 號解釋之意旨，自不能據此認現行強制工作之執行不符憲法明顯區隔原則之要求。

五、結論

發起、主持、操縱、指揮或參與犯罪組織者，均具常習性或持續性，與刑法及竊盜犯贓物犯保安處分條例項所定「有犯罪之習慣或以犯罪為常業者」相類，無違憲法明顯區隔原則之要求。

目前保安處分採相對不定期之制度，執行期間視執行成效而定，不能以強制工作之期間一律為 3 年或 5 年，至少仍應執行 1 年 6 個月，而指強制工作非屬對受處分人侵害最小之必要手段。

基於特別預防之目的，有於刑罰之外，另施以強制工作之必要。

刑罰或強制工作之執行已達矯治之目的，制度上本即可免強制工作或刑罰一部或全部之執行，不能以實務上依此機制獲法院免除強制工作或刑之執行者，極為少見，即認強制工作之手段，與必要性原則有違。

強制工作之執行與監獄行刑應無本院釋字第 799 號解釋所揭示憲法明顯區隔原則要求之適用。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

司法院釋字第八一三號解釋

【歷史建築所定著之土地為第三人所有之補償案】

發文日期：中華民國110年12月24日

發文字號：院台大二字第1100036685號

解　釋　文

文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項關於歷史建築登錄部分規定，於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為要件，尚難即認與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。 1

惟上開情形之土地所有人，如因定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，致其就該土地原得行使之使用、收益、處分等權能受到限制，究其性質，屬國家依法行使公權力，致人民財產權遭受逾越其社會責任所應忍受範圍之損失，而形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償。文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定，構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲者，同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定，未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，於此範圍內，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨，修正文化資產保存法妥為規定。 2

解釋理由書

緣聲請人慈祐宮（媽祖宮）所有坐落於新北市土城區土地上之案外人普安堂寺廟所有建物，經新北市政府以中華民國 105 年 8 月 17 日新北府文資字第 1051510226 號公告（下稱原處分）登錄為歷史建築，聲請人不服原處分，提起行政救濟，遞經臺北高等行政法院 106 年度訴字第 24 號判決及最高行政法院 109 年度判字第 70 號確定終局判決駁回。聲請人認確定終局判決所適用之文化資產保存法（下稱文資法）第 9 條第 1 項規定：「主管機關應尊重文化資產所有人之權益， 1

並提供其專業諮詢。」（下稱系爭規定一）其中所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為歷史建築之登錄要件，且原處分已剝奪聲請人本於上開土地所有權所有之自由利用、對無權占有者行使民法第 767 條規定之物上請求權等權能；暨同法第 99 條第 2 項規定：「私有歷史建築……所定著之土地，得在百分之五十範圍內減徵……地價稅……。」及第 100 條第 1 項規定：「私有……歷史建築……所定著之土地，因繼承而移轉者，免徵遺產稅。」（下併稱系爭規定二）分別對歷史建築所定著之土地所有人，給予減徵部分地價稅及繼承移轉時免徵遺產稅之優惠，於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，對於如聲請人所受財產權限制之損失，相較於同法第 41 條給予古蹟所定著之土地所有人容積移轉權之規定，未給予土地所有人相當補償，系爭規定一及二均牴觸憲法第 15 條規定，有侵害財產權等疑義，向本院聲請解釋。核其聲請，與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

又文資法第 18 條第 1 項規定：「歷史建築……由直轄市、縣（市） 2
主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。」（下稱系爭規定三）固不在聲請人所明列之聲請釋憲客體範圍，惟因系爭規定三係歷史建築登錄之重要程序規定，就本件聲請案之判斷言，與系爭規定一密切相關，且其復為原處分之法律上直接依據，暨為確定終局判決所適用，故應認為系爭規定三與本件聲請具重要關聯性，爰將其併列入本件審查範圍，並作成本解釋，理由如下：

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之 3
存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第 400 號、第 709 號及第 732 號解釋參照）。憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家雖未剝奪人民之土地所有權，但限制其使用、收益或處分已逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家亦應予土地所有人相當之

補償，始符合憲法保障人民財產權之意旨。

另依憲法第 166 條規定，國家應保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物係基本國策。國家為保存及活用文化資產，充實國民精神生活、發揚多元文化，特制定文資法（文資法第 1 條規定參照），以保存、維護具有歷史、藝術、科學等文化價值並經指定或登錄之有形及無形文化資產，其中有形文化資產部分，除古蹟外，亦包括本件爭議相關之歷史建築等（文資法第 3 條規定參照）。是系爭規定一及三關於歷史建築登錄之規定，其目的係為正當公益。按歷史建築又不能離其所定著之土地而存在，是歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，則依文資法相關規定，土地所有人即同受有相應承擔，因歷史建築登錄所生不能自由利用、不能對歷史建築所有人行使民法第 767 條規定之物上請求權等財產權能之社會責任及限制。上開對土地所有人財產權之限制，就歷史建築登錄所欲達成之充實國民精神生活、發揚多元文化之目的言，自屬必要，不因土地所有人是否同意而有不同。從而系爭規定一及三就歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以得土地所有人同意為要件，尚難即認與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。 4

惟查上述定著於第三人所有土地上之建造物及附屬設施，經登錄為歷史建築後，該第三人使用、管理、處分該土地之權能因文資法相關規定受限制（文資法第 34 條第 1 項、第 42 條及第 106 條第 1 項第 7 款等規定參照），已逾其所應忍受之社會責任範圍，而形成其財產權之特別犧牲者，上開歷史建築所定著之土地所有人自應享有受相當補償之權利，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。至以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，立法者自有形成自由。 5

而系爭規定二中，文資法第 99 條第 2 項規定，僅就歷史建築所定著之土地得在百分之五十範圍內減徵地價稅；另同法第 100 條第 1 項則規定就因繼承而移轉者有免徵遺產稅之優惠。然此等規定，或屬 6

量能課稅原則之具體呈現，或縱具稅捐優惠之性質，均難謂係相當之補償。

綜上，系爭規定一及三關於歷史建築登錄部分規定，其中所定著之土地為第三人所有之情形，未以經土地所有人同意為歷史建築登錄要件，尚難即認與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。惟上開情形之土地所有人，如因定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，致其就該土地原得行使之使用、收益、處分等權能受到限制，究其性質，屬國家依法行使公權力，致人民財產權遭受逾越其社會責任所應忍受範圍之損失，而形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償。系爭規定一及三構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲者，系爭規定二未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，於此範圍內，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨，修正文資法妥為規定。 7

大法官會議主席　大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉　黃虹霞　吳陳鐶　林俊益

許志雄　張瓊文　黃瑞明　詹森林

黃昭元　謝銘洋　呂太郎　楊惠欽

（蔡明誠大法官、蔡宗珍大法官迴避審理本案）

發文日期：中華民國110年12月28日
發文字號：院台大二字第1100037107號公布更正

協同意見書

林俊益大法官　提出

告別釋字 813 解釋，邁向判字 1 號判決
踏入憲訴法新境界，強化精進保障人權

壹、前言

本件解釋係【歷史建築所定著之土地為第三人所有之補償案】。

本件釋憲聲請人慈祐宮（媽祖宮）因其所有坐落於新北市土城區某地號土地，為案外人普安堂寺廟所有建物無權占有，聲請人為此提起民事訴訟，請求法院判令占有人返還土地，獲有勝訴確定判決[1]，且聲請強制執行中[2]，詎他人於 100 年 11 月 29 日向新北市政府提報普安堂為古蹟案，而進入登錄歷史建築之程序。嗣經新北市政府 105 年 8 月 17 日作成歷史建築登錄並公告之行政處分[3]，聲請人不服該處分，提起行政救濟，最後經最高行政法院 109 年度判字第 70 號確定終局判決以上訴無理由而駁回上訴確定。

本件釋憲聲請人認確定終局判決所適用之文化資產保存法（下稱文資法）第 9 條第 1 項規定：「主管機關應尊重文化資產所有人之權益，並提供其專業諮詢。」（下稱系爭規定一）其中所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為歷史建築之登錄要件；同法第 99 條第 2 項規定：「私有歷史建築……所定著之土地，得在百分之五十範圍內減徵……地價稅……。」及第 100 條第 1 項規定：「私有……歷史建築……所定著之土地，因繼承而移轉者，免徵遺產

1 相關訴訟判決，請參閱，臺灣板橋地方法院 95 年度訴字第 1936 號民事判決、臺灣高等法院 98 年度上訴字第 1025 號民事判決、100 年度台上字第 776 號民事裁定參照。

2 相關執行案號：臺灣板橋地方法院 99 年度司執字第 110235 號。

3 新北市政府以 105 年 8 月 17 日新北府文資字第 1051510226 號公告。

稅。」（下併稱系爭規定二）歷史建築之登錄如同國家之徵收，卻未予土地所有人相當補償，系爭規定一及二均牴觸憲法第 15 條規定，有侵害財產權等疑義，向本院聲請解釋。本院並認文資法第 18 條第 1 項規定：「歷史建築……由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。」（下稱系爭規定三）與本件聲請具重要關聯性，爰將其併列入本件審查範圍。

多數意見所形成之解釋文如下：

第一段：文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項關於歷史建築登錄部分規定，於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為要件，**尚難即認**與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。

第二段：惟上開情形之土地所有人，如因定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，致其就該土地原得行使之使用、收益、處分等權能受到限制，究其性質，屬國家依法行使公權力，致人民財產權遭受逾越其社會責任所應忍受範圍之損失，而形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償。文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定，構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲**者**，同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定，未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人**相當之補償**，於此範圍內，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨，修正文化資產保存法妥為規定。

對於本件聲請釋憲之解釋結論，本席尚表支持，然因仍有值得說明之處，爰提出協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有 2 項特色如下：

1、本件解釋開創歷史建築之登錄，應予相當補償之先例。即：如因定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，**致**其就該土地原得行使之使用、收益、處分等**權能受到限制**，究其性

質，屬國家依法行使公權力，致人民財產權遭受逾越其社會責任所應忍受範圍之損失，而**形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償。**此乃憲法對國家依法剝奪人民土地所有權或限制所有權權能應予相當補償之誡命。

2、本件解釋認為，文資法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定，構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲**者**，同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定，未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償。就此部分，將文資法實質上採**整體觀察[4]之違憲審查方式，**整體觀察系爭規定二及其他相關規定，就歷史建築之登錄，對其所定著之土地為第三人所有之情形，除系爭規定二之**部分減徵地價稅**或**免徵遺產稅**外，文資法其他條文規定，均未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，**於此範圍內**，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。是一則規範不足[5]，

---

4 採**整體觀察法的**違憲審查方式，首見於本院釋字第 737 號解釋：「本於憲法第 8 條及第 16 條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第 33 條第 1 項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第 101 條第 3 項規定：『第 1 項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』**整體觀察**，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」另本院釋字第 805 號解釋亦採整體觀察法，其解釋文如下：「少年事件處理法第 36 條規定：『審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。』**及其他少年保護事件之相關條文，整體觀察，均未明文規範**被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，於此範圍內，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」

5 有關**規範不足、立法不作為的**違憲審查方式，其步驟如下：1.先敘明憲法所規範的立法作為義務為何，2.再指出系爭規定的立法不作為事項為何，3.再審查系爭規定未規定事項與憲法保障何一基本權之意旨有違，4.再命定期修法，5.最後諭知逾期未完成修法的處理方式。詳可參閱釋字第 748 號、第 762 號、

部分違憲的解釋案。

此外，本解釋對歷史建築之登錄，是否為國家之徵收（如定性為徵收，有徵收即有補償），因為大法官之間的看法，並不一致[6]，妥協結果，本件解釋不談徵收，僅強調**形成個人之特別犧牲，國家應予相當之補償**，解釋文乃謂：「**如因**定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，**致其**就該土地原得行使之使用、收益、處分等**權能受到限制**，究其性質，屬國家依法行使公權力，致人民財產權遭受逾越其社會責任所應忍受範圍之損失，而**形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償**。」僅強調，上開情形下，一定要有補償，且要有「相當之」補償。至於應如何補償，始謂**相當之**補償，本解釋理由謂：至以「金錢」或「其他適當方式」給予上開土地所有人「相當之」補償，立法者自有形成自由。

另，歷史建築與其所定著之土地為同一所有人，因非本件聲請釋憲之原因案件，基於司法被動原則及大法官之間就此亦有不同見解，故本解釋亦不論及，併此敘明。

參、釐清「相當補償」之意涵

文資法第 9 章章名「**獎勵**」，其中第 98 條規定，主管機關得給予

第 785 號、第 803 號及第 805 號解釋。

6 就此，本解釋可與本院釋字第 747 號解釋比較之。本院釋字第 747 號解釋如下：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。需用土地人因興辦土地徵收條例第 3 條規定之事業，穿越私有土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，而不依徵收規定向主管機關申請徵收地上權者，土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。中華民國 89 年 2 月 2 日制定公布之同條例第 11 條規定：『需用土地人申請徵收土地……前，應先與所有人協議價購或以其他方式取得；所有人拒絕參與協議或經開會未能達成協議者，始得依本條例申請徵收。』（101 年 1 月 4 日修正公布之同條第 1 項主要意旨相同）第 57 條第 1 項規定：『需用土地人因興辦第 3 條規定之事業，需穿越私有土地之上空或地下，得就需用之空間範圍協議取得地上權，協議不成時，準用徵收規定取得地上權。……』未就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權有所規定，與上開意旨不符。」

獎勵或補助之情形；第 99 條第 2 項規定：「私有歷史建築……所定著之土地，得在百分之五十範圍內減徵……地價稅……。」第 100 條第 1 項規定：「私有……歷史建築……所定著之土地，因繼承而移轉者，免徵遺產稅。」分別對歷史建築所定著之土地所有人，給予減徵部分地價稅及繼承移轉時免徵遺產稅之**優惠**，此一**優惠獎勵措施**，是否屬於形成個人之特別犧牲時，國家應予相當補償之方式？

主張徵收說者認為，私有歷史建築之登錄，其所定著之土地為第三人所有之情形，該第三人使用、管理、處分該土地之權能因文資法相關規定受限制（文資法第 34 條第 1 項、第 42 條及第 106 條第 1 項第 7 款等規定參照），已逾其所應忍受之社會責任範圍，而形成其財產權之特別犧牲者，如同國家之徵收，應依一般徵收補償之法理，辦理補償。除系爭規定二，分別對歷史建築所定著之土地所有人，給予減徵部分地價稅及繼承移轉時免徵遺產稅之**優惠**外，**另應予徵收補償金**。

主張非徵收說者認為，私有歷史建築之登錄，其所定著之土地為第三人所有之情形，該第三人使用、管理、處分該土地之權能因文資法相關規定受限制，已逾其所應忍受之社會責任範圍，而形成其財產權之特別犧牲者，國家固應予相當之補償，但此**歷史建築之登錄，並非徵收**，故**不必**依一般徵收補償之法理，進行相當之補償，得以金錢或**其他適當方式**給予相當之補償。所謂**其他適當方式**，包括減徵地價稅、免徵遺產稅或給予歷史建築所定著之土地所有人容積移轉權等，只要是「相當之」補償，不一定要給予金錢補償。

本件解釋，為尋求最大的妥協，避談歷史建築登錄之定性是否為徵收，僅論是否形成個人之特別犧牲，國家應予相當之補償。至其補償方式，得以金錢或其他適當方式給予「相當之」補償，屬立法形成自由。

就本件原因案件而言，聲請人提起拆屋還地訴訟，獲有勝訴確定判決，該占有土地之建築物所有人應將該建築物拆除，並將土地返還

聲請人，且應給付相當租金之金額及利息，在聲請強制執行中，該建築物竟被政府登錄為歷史建築，就聲請人而言，上開情形，如何始得「相當之」補償？頗費思量！

肆、本件解釋文第 2 段之關鍵字

本件解釋之解釋文第 2 段，有許多關鍵字，值得注意如下：

一、謂：「**如因**定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，**致其**就該土地原得行使之使用、收益、處分等**權能受到限制**」，採用「如因……被登錄，…致其…權能受到限制」表達方式，意謂並非所有歷史建築之登錄，均會形成個人之特別犧牲，視具體情形判斷之。究應由何人負舉證責任呢？

二、謂：「文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定，構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲**者**」，採用「構成……特別犧牲**者**」之敘述方式，假如不構成特別犧牲**者**，即無相當補償之問題。此應由何人負舉證責任呢？

三、謂：「同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定，未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，於此範圍內」，似非指文資法整部法律有規範不足之處，僅指文資法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定之部分減徵地價稅或、免徵遺產稅，亦為補償之一種，但規範不足，與形成個人之特別犧牲之部分，不成比例，並不相當。

伍、本解釋文表達方式之建議

本件解釋是 111 年 1 月 4 日邁向憲法訴訟法新里程前的最後一號解釋，嘗試以審查會會外協商方式，代替審查會的逐一討論，完成解釋文及解釋理由初稿後，再進行一次審查會即定稿的解釋案，意謂者由舊制邁向新制的創新作為，主辦大法官的場外協商溝通，功不可沒！

憲法訴訟法為落實審理司法化，從組織與程序規範均落實司法化，特別是明定審理結果以裁判形式表現，憲法法庭判決之主文，原

則上只有合憲、違憲之判斷結果（最簡要之主文表達方式），至多僅記載侵害之基本權、違反之憲法原則。有鑑於此之重大改革，本席乃有不同的思維如下。

人民聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，主張某一項法規範是否違憲，可能有各種審查原則（判決論據），例如、比例原則、平等原則、罪刑相當原則、正當法律程序原則等論據，此等論據如同訴訟上主張之攻擊防禦方法，如最後形成法規範違憲的判決結論，判決主文只要出現法規範違憲的結論即可，至於其他法規範合憲之論據，只須於判決理由敘述明白即可，不必逐一在判決主文表示，以達判決主文精簡化之要求。

以本解釋聲請案而言，聲請人的主張有二：歷史建築登錄，未經土地所有人之同意，系爭規定一違憲；縱或登錄合憲，登錄如同徵收，國家亦應予相當之補償，系爭規定一及二亦違憲。

本件解釋之解釋文有二段，第一段釋示，系爭規定一及三有關歷史建築之登錄，其所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為要件，尚難**即**認[7]與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違；第二段釋示：系爭規定二未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，於此範圍內，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

本席認為，第一段合憲部分，只須於解釋理由敘明即可，第二段違憲部分，始應於解釋文表示。是以本件解釋文，本席建議改寫如下：

人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。依文化資產保存法第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定，私有之建造物及附屬設施，經政府登錄為歷史建築，已屬國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，逾越該歷史建築所定著之土地所有人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，國家應予該土地所有人相當之補償。**整體**

[7] 尚難即認，是用心良苦的表達，表示單單未經土地所有人之同意，尚未達違憲之程度而言。

觀察同法第 99 條第 2 項、第 100 條第 1 項**或其他規定**[8]，**均**未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償，於此範圍內，與上開意旨不符。有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨，修正文化資產保存法妥為規定。

關於多數意見之解釋文，值得商榷之處有二：

其一，只敘及「同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項**規定**，未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償」，單挑同法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定而言，假如立法者在文資法其他相關規定，明文規範以金錢或其他適當方式給予相當之補償，同樣可以達成目的，有何不可？是以本席認為，較為週延的方式，解釋文可仿釋本院釋字 737 號及第 805 號解釋體例採整體觀察法，而敘述「**整體觀察**同法第 99 條第 2 項、第 100 條第 1 項**或其他規定**，**均**未以金錢或其他適當方式給予上開土地所有人相當之補償。」

其二，再就修法之諭知言，本解釋不採一般解釋之宣告方式「依本解釋意旨檢討修正相關規定」，而仿本院釋字第 737 號解釋諭示[9]而諭知：「依本解釋意旨，修正文化資產保存法妥為規定。」此乃因本解釋係規範不足的違憲宣告，釋示立法者應設法補足其漏洞，故要求有關機關妥為規定，至於要規定在同法第 99 條或第 100 條，或增訂其他條文，均無不可。

8 本院釋字第 805 號解釋先例採整體觀察法亦敘述「其他相關條文」，其解釋文如下：「少年事件處理法第 36 條規定：『審理期日訊問少年時，應予少年之法定代理人或現在保護少年之人及輔佐人陳述意見之機會。』**及其他少年保護事件之相關條文**，**整體觀察，均未明文規範**被害人（及其法定代理人）於少年保護事件處理程序中得到庭陳述意見，**於此範圍內**，不符憲法正當法律程序原則之要求，有違憲法保障被害人程序參與權之意旨。」

9 有關機關應於本解釋公布之日起 1 年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。另本院釋字第 747 號解釋亦為規範不足的違憲解釋，其亦諭知：「有關機關應自本解釋公布之日起 1 年內，基於本解釋意旨，修正土地徵收條例**妥為規定**。」另本院釋字第 805 號解釋，亦為規範不足之違憲宣告，其諭知如下：「有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨及少年事件處理法保障少年健全自我成長之立法目的，**妥適修正**少年事件處理法。」

至於逾期未完成修法時，本解釋並未如本院釋字第 747 號解釋之諭知：「逾期未完成修法，土地所有權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。」而為諭知，此乃因有關機關已經著手修正，吾人應可拭目以待！

陸、結語

在年終歲末的 110 年 12 月 24 日，本院公布最後一號釋字第 813 號解釋，以此告別司法院大法官的解釋歷史，111 年 1 月 4 日即將以憲法法庭名義作成裁判，邁向憲法訴訟法的新紀元！本席謹以下列釋憲心得，與同道共勉之：

大法官解釋憲法，如同駕馭馬車握韁繩掌快慢，
當立法恣意時，收緊韁繩，抑制法律侵害人權，
當立法怠惰時，放掉韁繩，引領法律保障人權，
憲法訴訟法施行，大法官保障人權邁向新里程。

協同意見書　　黃瑞明大法官　提出

一、本號解釋聲請案原因事實大要

本號解釋聲請人為位於新北市新莊區的慈祐宮（下稱慈祐宮），其所有的土地，遭普安堂興建「普安堂園區及悟源紀念步道」（含外山門、石砌步道、山壁摩崖石刻、紅磚合院建築等）（下稱土城普安堂）。慈祐宮主張普安堂無權占用土地違法興建地上物，提起民事訴訟請求普安堂拆屋還地，經民事判決勝訴確定，向法院聲請強制執行。尚未執行前，第三人於民國（下同）100 年向新北市政府提報普安堂為古蹟，新北市政府古蹟歷史建築聚落暨文化景觀審議委員會專案小組現勘，並邀請普安堂及慈祐宮出席陳述立場與訴求之後，決議登錄「土城普安堂」為歷史建築。慈祐宮不服而進行訴願、行政訴訟等救濟程序，獲勝訴判決確定，登錄「土城普安堂」為歷史建築之決議乃遭取消。普安堂另於 105 年申請將同一地址之建物改以「百年齋堂普安堂及李應彬藝術家故居」名義申請指定為古蹟或歷史建築，經

新北市政府審查後決議登錄為歷史建築，慈祐宮不服而進行行政救濟，遭駁回確定後，聲請釋憲。

二、聲請人釋憲之主張及本號解釋之決定

（一）按「百年齋堂普安堂及李應彬藝術家故居」經普安堂申請後由新北市政府登錄為歷史建築，並未獲得土地所有人（即聲請人慈祐宮）之同意。聲請人主張文化資產保存法（下稱文資法）第 9 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定一）:「主管機關應尊重文化資產所有人之權益，並提供其專業諮詢。」於登錄為歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為歷史建築之登錄要件，已剝奪聲請人本於土地所有權，所享有自由利用土地等之權利。本號解釋理由書認為：文資法第 18 條第 1 項規定（即本號解釋之系爭規定三）:「歷史建築……由直轄市、縣（市）主管機關審查登錄後，辦理公告，並報中央主管機關備查。」與系爭規定一具重要關聯性，故一併列入審查範圍。審查結論認為，歷史建築登錄可達成充實國民精神生活、發揚多元文化之目的，惟因歷史建築不能離其所定著之土地而存在，因此系爭規定一及三就歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為登錄要件，尚不違背憲法保障人民財產權之意旨。主要理由為系爭規定一及三關於歷史建築登錄之規定，其目的是為了正當公益。

（二）聲請人另外主張文資法對於指定為歷史建築之所定著土地為第三人所有時，未給予土地所有人相當之補償，致牴觸憲法第 15 條保障人民財產權之規定。就此主張，本號解釋理由書認為，歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，就土地所有人而言，不能對歷史建築所有人行使民法第 767 條規定之物上請求權等財產權能，究其性質，屬國家依法行使公權力，致人民之財產權遭受損失，已逾越其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲，國家應予相當補償。因此要求有關機關應

自本解釋公布之日起 2 年內檢討修正文資法；至於以金錢或其他適當方式給予土地所有人相當之補償，立法者有形成自由。

本席同意本號解釋之前述決定，但認為本件聲請案凸顯了文資法之規定有所不足，以致臺灣歷史建築之保存陷於重大危機之中。本號解釋僅針對歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形為解釋，重點在保障該土地所有人之財產權。其他尚有許多歷史建築保護不足之問題有待解決，爰就此提供協同意見如下：

三、臺灣歷史建築所面臨之嚴峻危機及其成因

本號解釋指出登錄歷史建築是為達成充實國民精神生活、發揚多元文化之目的，其根據為憲法第 166 條規定：「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物」。按保護歷史建築可以留駐時空，讓過去歲月的活動得以立體呈現，使人民可以回到歷史場域，體會在此居住、生活過的祖先們之所思所為，藉此吟詠歷史情懷，從而獲得啟迪。因此，維護歷史建築對於延續文化、鑄造人民與土地間血脈相連之感情，具有不可取代之功能。先後來到臺灣的族群在不同時代留下獨特風格之歷史建築，呈現當時建築、環境空間美學，彰顯時代精神與生活風貌，實為臺灣土地上之瑰寶。然而遺憾的是，臺灣各時期興建的歷史建築被保留下來的並不多，倖存的少數，持續快速消失中，其原因至少有下列：

（一）天災地變之毀損

全臺灣有百分之十五的古蹟在 921 大地震和 10 月嘉義大地震中受損害；另外據學者專家及文化建設委員會之調查顯示，尚未被指定為古蹟和文化資產保護範圍之古建築，約百分之七十在地震中損毀[1]。

（二）為拓寬道路、新建馬路等交通建設以及都市開發下之人為摧殘

在交通建設與都市開發者的眼中，歷史建築祇是障礙，必除之而後快，如此之例子隨處可見，幾乎每個人都有成長記憶中的老建築被

[1] 立法院公報第 89 卷第 5 期委員會紀錄，頁 267。

拆除之體驗[2]。又重大工程進行前依法應先做環境影響評估，然而若工程顧問缺乏文化意識，在其所做的環境影響評估中，歷史建築可能被定位為毫無價值之破舊建物，而無保留價值，待地方文化界人士發現建物面臨被拆除之命運而發動搶救，往往已經來不及了。為了興建臺北環狀線捷運之維修廠而拆遷新店十四張劉氏宗廟、古宅，就是例子。

（三）逃過天災地變魔手，在交通建設與都市開發的狹縫中倖獲生存而被登錄為歷史建築者，卻以極快的速度被毀滅

107 年位於臺中市西屯重劃區的張慶興堂，在被指定為歷史建築 5 天後，一夕之間遭到拆除，成為臺灣古建築保護史上，壽命最短的歷史建築[3]。如此之例子並非絕無僅有，根據民間的調查，105 年有 12 棟被燒燬的古建築（並非每件均具歷史建築之身分），平均每月 1 棟[4]。為何逃過天災地變，在交通建設與都市開發的狹縫中倖存之古建築，被指定為歷史建築之後未受珍惜，反而突然遭焚燬或拆除？其原因並不難理解。從文資法有關歷史建築之規定就可以知道，被登錄

2 以本席而言，初中母校臺中市私立衛道中學，由修澤蘭女士設計的修女頭飾形狀之聖堂，位於方舟形狀之船上，有巨大的十字架為船桅，兼具美感與宗教意義，為臺灣建築史上著名之地標，卻因市政府規劃之道路橫穿學校，被迫遷校而遭拆除，迄今仍為建築界人士以及眾多校友心中之痛。

3 劉新圓，歷史建築與文化資產保存法，國政分析報告，財團法人國家政策研究基金會，2009 年 9 月 30 日，https://www.npf.org.tw/3/6514（最後瀏覽日：2021 年 12 月 24 日）。

4 見全能古蹟燒毀王，https://shaohui.simpleinfo.cc/more/（最後瀏覽日：2021 年 12 月 24 日）。
長期以來在臺灣經常有古蹟或歷史建築被無名火焚燬之案例，例如：臺北市大安區之義芳居古厝於 1876 年興建，經指定為直轄市定古蹟，卻於 1993 年因電線走火而焚燬；大同區之蔡瑞月舞蹈社於 1925 年興建，於 1999 年被核定為古蹟 3 日後即發生火災；中正區之撫臺街洋樓於 1910 年興建，經指定為直轄市定古蹟，卻於 2000 年因鄰房火災延燒遭波及；新北市蘆洲區之秀才厝，臺北縣文化局自 2004 年展開認列古蹟協商，卻於 2008 年遭縱火，已於 2009 年拆除；彰化縣鹿港鎮之鳳山寺於 1824 年興建，為縣立古蹟，卻於 2016 年失火付之一炬。

為歷史建築對所有人並沒有帶來經濟上之利益，反而要承擔更多之責任，從經濟立場而言是弊大於利，說明如下：

1. 文資法規定，歷史建築由所有人負責管理維護（第 21 條），若管理不當致有滅失或減損價值之虞者，主管機關得要求限期改善，若屆期未改善，主管機關得逕為管理維護、修復，並徵收代履行所需費用，或強制徵收歷史建築及其所定著土地（第 28 條）。若有毀損歷史建築之全部、一部或其附屬設施者，則可處新臺幣 30 萬元以上 200 萬元以下罰鍰（第 106 條第 1 項第 7 款），並應負回復原狀或損害賠償之責任（第 106 條第 4 項準用第 104 條）等，可見被指定為歷史建築，對其所有人除了增加財務負擔外，更多了法律責任。
2. 同法亦規定，歷史建築所有人所享有之福利包括在管理維護、修復及再利用所需經費，主管機關於必要時得補助之（第 30 條第 1 項）。另外就是在百分之五十之範圍內，減徵房屋稅及地價稅（第 99 條第 2 項）以及免徵遺產稅（第 100 條第 1 項）。由上規定可知，歷史建築所有人要負擔管理維護之責任，然而所能獲得政府補助及減稅之利益實極有限。
3. 若是歷史建築所座落之土地具有商業開發價值，在都市更新後改建為豪宅或商場，其所獲得之商業利益極為龐大，比起維護歷史建築所獲得之利益，真是九牛一毛，這也就是被登錄為歷史建築後很快地被燒燬、拆除之原因，造成整體社會之損失。文資法必須針對此問題加以徹底改善，才能達到保護歷史建築之效果。

四、政府應結合民間力量更積極地保存歷史建築

（一）目前文資法要求歷史建築所有人負責保存歷史建築之作法其實是不合理也不切實際的，因為歷史建築所有人之後代可能因繁衍而分散各地，子孫對歷史建築之感情不同、個人經濟情況不一，對於管理、維護、修復之責任歸屬與費用之分擔必生複雜之問題。在此情形之下，將歷史建築拆除、焚燬，往往是後

代子孫為解決紛爭最快速、有效之方法。為了排除此危機，應由國家、社會共同承擔歷史建築之保存責任。本號解釋認定歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，土地所有人如因定著於其土地上之建造物及附屬設施，被登錄為歷史建築，而形成個人之特別犧牲，國家應對土地所有人給予相當之補償，即本於此意旨。

（二）進一步發揮本號解釋之意旨，歷史建築之維護應由政府負擔重要之義務，國家應輔導由公益財團法人負責取得歷史建築之所有權並維修管理，才是長久之道，或是由國家徵收，使歷史建築及其所定著之土地成為國家之資產，再由公權力長期規劃管理。在此安排下，歷史建築及／或土地所有人得以市價取得補償，以兼顧其權益。

（三）政府經費有限，完全依賴政府的經費，要徵收全國的歷史建築及其所定著之土地，恐怕力有未逮且緩不濟急，故有必要訴諸全民的力量，公私協力以取得歷史建築及其所定著土地之所有權，並規劃長期維修管理之方法，讓保護歷史建築成為全民運動。歐洲許多國家都有政府結合民間力量以保護具有歷史價值之古建築的作法，如德國政府結合古蹟維護公司辦活動，向民眾介紹古蹟，順便募款；英國則設有信託基金；泰國則納入政府的「社會經濟發展計劃」，結合藝術文化觀光去做整體規劃等，均可以作為我國保護古蹟與歷史建築等有形文化資產之參考，並應由立法、行政部門積極著手規劃[5]。

五、維護並活用歷史建築需要新思維

保留歷史建築之後更應規劃將其活用，才能彰顯歷史建築之價值，並與人民的生活結合，讓人民產生珍惜、愛護的情感與共識。維護歷史建築除了彰顯文化價值外，如何能創造經濟價值並帶動地方繁榮，這是保護歷史建築最核心也是最困難的工作。若是保留歷史建築

[5] 以上參見註 4（最後瀏覽日：2021 年 12 月 24 日）。

卻淪為商品之展售場，即無法呈現歷史建築之美學與文化價值，則為焚琴煮鶴，殊為可惜。因此保留歷史建築必須加入新思維，至少應配合歷史、考古、文化等出版作品以及行腳體驗等活動，擴大體驗歷史建築之縱深。亦應與附近的環境結合，成為空間再造的地標，促進社區良性發展，讓歷史建築促成整體文化水準之提昇，並進而帶動地區經濟發展。德國各個小城、村莊都設有「故鄉博物館」（Heimatmuseum），往往就設在具有歷史價值之古建築內，成為遊客必到之處，遊子懷念故鄉的地標。

六、未來修法時，應將本號解釋之意旨擴大及於歷史建築與其所定著土地屬同一人所有，以及古蹟等有形文化資產之情形

（一）因為本號解釋之原因案件為歷史建築定著於第三人土地上之情形，因此本號解釋亦僅就此範圍內為解釋，然而本席認為就歷史建築與其所定著土地屬同一人所有部分，於歷史建築登錄處分對此等所有人受憲法第 15 條保障財產權之保護亦有未足之情形，因此本號解釋之意旨亦應及於歷史建築與土地所有人同一之情況。

（二）又本號解釋僅就歷史建築為解釋標的，而未及於古蹟等其他有形文化資產，然而本號解釋所涉及之問題，亦存在於其他有形文化資產。於古蹟之情形，甚至更為嚴重，如臺北市松河街地「陳復禮洋樓」是臺北市列冊 20 年以上追蹤的建物，卻於 110 年 5 月遭建商拆除，而臺北市文化局遲於 110 年 9 月文資委員審議通過為「直轄市定古蹟」[6]。僅此一例，亦足以顯示古蹟之保存與維護面臨比歷史建築更嚴峻之局面。故修法時自亦應將本號解釋意旨及於古蹟等其他有形文化資產之維護與保存。

[6] 游念育，陳復禮洋樓拆毀 文資會要求重建，中國時報，2021 年 9 月 28 日。

協同意見書　　楊惠欽大法官　提出

關於本號解釋，本席敬表同意，但認本件解釋之理由，尚有補充或說明之處，爰提出協同意見書。

一、關於對所有權形成限制之手段合憲性部分

本號解釋之爭點包含兩部分，一為於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為要件，是否違憲？另一則為於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未予土地所有人相當之補償，是否違憲？而此二爭點實係呈現地上物經登錄為歷史建築者，對該歷史建築所定著土地之所有人之所有權形成限制之手段是否合憲？及如係合憲手段所形成之限制，是否屬應予補償之財產權限制（或徵收）等兩項命題。而此二命題，從上開敘述之脈絡，可知其等間係具關連性且應併存之必要條件；換言之，從財產權保障之角度，因公權力之行使致對人民之財產權造成限制，並致人民因此受有應予補償之損失時，該限制係須與補償相結合，始得謂與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨無違。是本號解釋文第 1 段「於歷史建築所定著之土地為第三人所有之情形，未以取得土地所有人同意為要件，尚難即認與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。」等語，所欲表達者僅是文化資產保存法（下稱文資法）第 9 條第 1 項及第 18 條第 1 項，就登錄歷史建築之要件，雖未因未以取得土地所有人同意為要件而違憲，但仍應再審究法規範已否就此等財產權限制予以相當補償，從而有解釋文第 2 段就未予相當補償所為之違憲宣告。

二、關於應予補償之財產權限制或徵收之區別部分

「憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。惟個人行使財產權仍應依法受社會責任及環境生態責任之限制，其因此類責任使財產之利用有所限制，而形成個人利益之特別犧牲，社會公眾並因而受益者，應享有相當補償之權利」（本院釋字第 400 號解

釋參照）。

「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條設有明文。惟基於增進公共利益之必要，對人民依法取得之土地所有權，國家並非不得以法律為合理之限制，此項限制究至何種程度始逾人民財產權所應忍受之範圍，應就行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務，國家以法律所為之合理限制即與憲法保障人民財產權之本旨不相牴觸」（本院釋字第 564 號解釋參照）。

「憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第 15 條規定人民財產權應予保障之意旨」（本院釋字第 747 號解釋參照）。

按憲法第 143 條第 1 項中段雖規定：「人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制。」但基於憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，上述三則本院解釋雖係分別針對既成道路之土地、騎樓地及因公益所興辦事業之設施所穿越土地（上空或地下）等不同原因事實，所形塑之法規範而為，然均表達：國家為增進公共利益之必要，對人民之財產權，並非不得以法律為合理之限制，但此限制如已逾人民之社會義務（責任）所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲者，國家即應予以合理補償，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。而本院釋字第 425 號解釋則又稱：「土地徵收，係國家因公共事業之需要，對人民受憲法保障之財產權，經由法定程序予以剝奪之謂。規定此項徵收及其程序之法律必須符合必要性原則，並應於相當期間內給予合理之補償。」準此可認，依本院之歷來解釋，針對財產權侵害之損失補償，應可粗分為應予補償之徵收、應予補償之財產權限制及

不予補償之財產權限制等三大類。申言之，若國家為公益而對人民財產權之限制，已至完全剝奪，或致該財產權之本來效用已無從發揮，即已形骸化而實質上形同剝奪者（如本院釋字第 400 號解釋所稱已形成公用地役關係之既成道路土地），即屬應予補償之徵收；然若對財產權之限制並未至此程度，依上開本院釋字第 564 號解釋，即限制係至為輕微，則屬財產權之社會義務，係不予補償之財產權限制；反之，若對財產權之限制已「非至為輕微」，則應認係已逾越財產權之社會義務範圍，而形成個人之特別犧牲，屬應予補償之財產權限制。

三、關於本號解釋之情形是否已形成特別犧牲或已致剝奪部分

本號解釋關於補償部分之爭點，其事實係第三人所有之土地上所定著之建築物遭登錄為歷史建築，是於本號解釋關於補償部分所應審究者，乃土地所有權人因他人所有而定著在其土地上之地上物經登錄為歷史建築，其土地所有權之權能因此所受限制，是否已「非至為輕微」，而係已逾越所有權之社會義務，形成其個人之特別犧牲？或係其所有權所受之侵害已至剝奪或實質上形同剝奪者？

歷史建築係我國文資法所明定之文化資產。為利說明，爰先將文資法關於歷史建築之管理等（涉及所有人）及廢止之相關規定，臚列如下：

（一）關於歷史建築之維護、管理及利用等：

1、管理義務人（文資法第 21 條第 1 項前段）

「古蹟、歷史建築、紀念建築及聚落建築群由所有人、使用人或管理人管理維護。」

2、保存、再利用、管理及維護等（依文資法第 30 條第 2 項準用同法第 23 條、第 24 條）

（1）文資法第 23 條：

「（第 1 項）古蹟之管理維護，指下列事項：一、日常保養及定期維修。二、使用或再利用經營管理。三、防盜、防災、保險。四、緊急應變計畫之擬定。五、其他管理維護事項。（第 2 項）古蹟於指

定後，所有人、使用人或管理人應擬定管理維護計畫，並報主管機關備查。……」（依文資法第 23 條第 4 項授權訂定之古蹟管理維護辦法，依同辦法第 21 條規定，歷史建築之管理維護，準用之）

（2）文資法第 24 條：

「（第 1 項）古蹟應保存原有形貌及工法，如因故毀損，而主要構造與建材仍存在者，應基於文化資產價值優先保存之原則，依照原有形貌修復，並得依其性質，由所有人、使用人或管理人提出計畫，經主管機關核准後，採取適當之修復或再利用方式。所在地直轄市、縣（市）主管機關於必要時得輔助之。……」

3、違反義務之效果

（1）文資法第 28 條：

「古蹟、歷史建築或紀念建築經主管機關審查認因管理不當致有滅失或減損價值之虞者，主管機關得通知所有人、使用人或管理人限期改善，屆期未改善者，主管機關得逕為管理維護、修復，並徵收代履行所需費用，或強制徵收古蹟、歷史建築或紀念建築及其所定著土地。」

（2）文資法第 106 條第 1 項第 7 款：

「有下列情事之一者，處新臺幣 30 萬元以上 200 萬元以下罰鍰：……七、毀損歷史建築、紀念建築之全部、一部或其附屬設施。」[1]

（3）文資法第 104 條（依同法第 106 條第 4 項準用）：

「有前條第一項各款行為者，其損害部分應回復原狀；不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應賠償其損害。前項負有回復原狀之義務而不為者，得由主管機關代履行，並向義務人徵收費用。」

[1] 文資法第 106 條第 1 項第 7 款所謂「毀損」，依其文義，並參照同法第 103 條第 1 項第 1 款及第 2 款：「有下列行為之一者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以上 2 千萬元以下罰金：一、違反第 36 條規定遷移或拆除古蹟。二、毀損古蹟、暫定古蹟之全部、一部或其附屬設施。……」之規定，解釋上應包含「遷移或拆除」。

（二）歷史建築之廢止

文資法第 18 條第 4 項：「歷史建築、紀念建築滅失、減損或增加其價值時，主管機關得廢止其登錄或變更其類別，並辦理公告。」

觀上述規定可知，土地上坐落有第三人所有經登錄為歷史建築之地上物，該土地所有人因非歷史建築之所有人、使用人或管理人，固對該歷史建築無管理維護之責，且仍就該土地享有處分權，但依上述文資法第 106 條第 1 項第 7 款規定，對歷史建築予以毀損（含遷移或拆除）者，既應課予行政罰，是歷史建築所定著之土地，除該歷史建築遭主管機關廢止登錄，否則其土地在該歷史建築使用範圍均僅能供歷史建築之使用，且不論該歷史建築曾否經土地所有人之同意而建築，土地所有人均無從依原約定之債之關係或無權占有之法律關係，請求歷史建築所有人回復土地原狀並交還土地，而僅得依與歷史建築所有人間之債之關係請求如租金等使用對價，或因屬無權占有而請求相當於租金之不當得利。

按憲法第 15 條關於人民財產權保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，迭經本院著有多號解釋闡述在案；另基於所有權之權能，民法第 767 條亦明定，所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，享有返還及除去妨害之請求權。而為利以下之比較說明，爰先以一般土地（即地上物無類似歷史建築等之限制者）、歷史建築所定著之土地及既成道路之土地為例，就此等土地之使用、收益、處分等所有權權能、是否受有限制及所受限制之情形，簡略臚列如下列之比較表：

		一般土地	歷史建築所定著之土地	供既成道路使用之土地
①土地處分		可自由處分，通常係依市價交易	可自由處分，但應先通知主管機關*，且不易處分並價格易低於市價	可自由處分，但不易處分且價格易低於市價
②土地使用		所有人可自主決定	只能供歷史建築使用（**私用**）	只能作既成道路使用（**公用**）
③土地收益	房地同其所有人	**供地上物使用**	**供歷史建築使用**	**原則上無** （本院釋字第 440 號解釋參照）
	房地異其所有人	**1.因土地所有人同意而為土地之使用，則依約定方式收益，如租金。** **2.因無權占有而為土地使用，土地所有人有相當於租金之不當得利請求權。**	**1.因土地所有人同意而為土地之使用，則依約定方式收益，如租金。** **2.因無權占有而為土地使用，土地所有人有相當於租金之不當得利請求權。**	
④限制內容		無（如對無權占有者，可行使拆除地上物之侵害排除及土地返還請求權。）	1.維持歷史建築之從來使用（**私用**）。 2.無法行使侵害排除及占有返還請求權。	1.維持公眾通行之從來使用（**公用**）。 2.無法行使侵害排除及占有返還請求權。
⑤限制期間		無	長久（除非歷史建築遭廢止）	長久（除非既成道路遭廢止）

*文資法第 32 條規定參照。

觀上述比較表，可知：(1)歷史建築所定著之土地較之一般土地，雖原則上仍享有自由處分權（文資法第 32 條參照），但因其上定著有原則上長期間無法拆除之歷史建築，致存有交易不易及價格易低於市價等因素，已使土地所有人實際上係受有相當之損失；(2) 歷史建築所定著土地之所有人對土地之使用，與一般土地所有人相較，因僅得供該歷史建築使用，而無得隨意移作他用之使用自由度，但較之既成道路之土地，則有仍係供私用之別；(3) 歷史建築所定著之土地，因仍得為從來之使用，是其收益似與一般土地相當或差異不大，但基於其幾乎不存在之使用自由度及長久之限制期間（至歷史建築之登錄遭廢止），致其收益亦不易與未登錄為歷史建築之老建築所定著之一般土地相當；(4) 在歷史建築與所定著之土地係異其所有人時，土地所有人之排除侵害及返還之請求權，更是受有限制，而與既成道路之土地類似。

綜上，歷史建築所定著之土地，除向來提供公眾使用之歷史建築所定著土地是否構成特別犧牲之可疑類型外，其所有權之權能，因法令針對歷史建築之公益目的所為規範而受之限制，較之一般土地，原則上係不可謂不大[2]。換言之，因土地上之定著物經登錄為歷史建築，其土地所有人之所有權因此所受之限制，原則上已得認尚非「至為輕微」，而係已逾越所有權之社會義務範圍。

[2] 國家基於公益，對人民之財產權予以限制，是否已逾越該財產權之社會義務範圍，而形成個人之特別犧牲，本席認仍應自個案之限制手段、所有人受損失程度、限制期間及社會情狀等等因素綜合判斷之，尚難劃定單一或具體之標準。而就文資法所規範之文化資產言，其本具有長時間之歷史性，而此等長時間累積文化價值之過程，嗣經登錄為歷史建築之地上物，其興建及長期間存續之源由，或使用情形等情況多端，是土地所有人之所有權因該地上物經登錄為歷史建築所受之限制，不排除可能存有並未逾越社會義務範圍之個案，是本意見書乃以「原則上」等語，予以強調。而此亦係本號解釋於解釋文第 2 段、理由書第 5 段及第 7 段所表示：「構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲者」、「已逾其所應忍受之社會責任範圍，而形成其財產權之特別犧牲者」及「系爭規定一及三構成對上開情形之土地所有人之特別犧牲者」之意旨所在。

至所謂徵收，參諸憲法第 108 條第 1 項第 14 款及土地法第 208 條、第 209 條規定[3]，於我國，應是指國家為公用（或公益）之目的，對人民之財產權予以剝奪之制度。而觀前述比較表所列之供既成道路使用之土地，其係因該私有土地係具有公共用物之性質，其所有權人已無從對其自由使用收益，本院釋字第 400 號解釋乃認其已形成因公益之特別犧牲，國家應依法律規定辦理徵收予以補償。換言之，其土地因已屬公用，且所有人亦已無從行使其所有權之權能，而實質上已形同所有權之剝奪，故應由國家經由辦理徵收予以補償。然本號解釋所處理之歷史建築定著之土地，該歷史建築與所定著之土地，不論是否同一所有人，其土地均是供屬歷史建築之地上物使用，而此地上物之存在該土地上，不論係在其登錄為歷史建築前或後，均相同。申言之，該地上物經登錄為歷史建築後，就該土地之使用言，仍係為從來之使用；就收益言，土地所有人仍或係因地上物之使用（指土地與地上物同所有人時）或係依從來之約定等（如租金或相當於租金之不當得利，指土地與地上物不同所有人時）而收益，即其所有權之使用及收益權能雖受有限制，但並未至剝奪或幾乎剝奪之程度；且此歷史建築仍係私人所有，而其之從來使用，不論經登錄為歷史建築前或後，均屬私人使用[4]，而與既成道路性質上為公共用物，其使用已屬公用，更是有別。

從而，就歷史建築所定著土地之第三所有人，雖因地上物經登錄為歷史建築，致其土地所有權之權能受有限制，但並未至剝奪或近乎剝奪之程度，致應予徵收補償，而係屬限制已逾越土地所有權人所應

[3] 憲法第 108 條第 1 項第 14 款：「左列事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之：…… 十四 公用徵收。」及土地法第 208 條：「國家因左列公共事業之需要，得依本法之規定，徵收私有土地。但徵收之範圍，應以其事業所必需者為限。……」、第 209 條：「政府機關因實施國家經濟政策，得徵收私有土地。但應以法律規定者為限。」規定參照。

[4] 依文資法第 31 條規定，應適度開放大眾參觀之歷史建築，係因其有接受政府補助，並尚得酌收費用，即仍屬私用。

忍受之社會義務範圍，形成其個人之特別犧牲，從而國家應予相當之補償。

四、關於是否已有相當之補償部分

關於歷史建築所定著土地之所有人，其因土地屬歷史建築所定著之土地，依文資法第 99 條第 2 項及第 100 條第 1 項規定，享有在百分之五十範圍內減徵地價稅及因繼承而移轉者免徵遺產稅之獎勵（文資法第 9 章章名參照）。而此等租稅減免，觀其立法理由，應係鑑於歷史建築經登錄後，其權利人行使權利受有諸多限制，及因歷史建築採取較低密度管制（按，係指相對於古蹟），爰規定得在百分之五十範圍內減徵地價稅，以鼓勵人民參與文化保存工作；暨因經登錄為歷史建築，其發展受到限制，爰規定其土地因繼承而移轉所有權時，免徵遺產稅，以鼓勵歷史建築之保存。

惟此等租稅減免雖名為獎勵，然觀其立法理由所稱「行使權利受有諸多限制」、「其發展受到限制」等語，並徵諸本意見書前述關於歷史建築對所定著土地之所有權權能之影響，本席認其實係具有此等土地因地上物經登錄為歷史建築，或因土地應有之孳息收益及尚未實現之財產增值利益（涉及地價稅），或係土地時價（涉及遺產稅），均已低於法定核稅價值之量能課稅目的。亦即其所減免之租稅，縱存有超過量能課稅部分，而屬以租稅優惠方式，就歷史建築所定著土地之所有人，所受特別犧牲而為之補償，然僅就前述比較表所列事項，針對一般土地與歷史建築所定著土地部分，進行其等間之比較觀察，已得明顯得知前述以稅捐減免方式所為之補償，原則上尚難認已就歷史建築所定著土地之所有人，因文資法之公益目的，所受長期無法自由使用及土地價值遠低於市價等特別犧牲之相當補償。加以我國文資法所規範之文化資產並非僅歷史建築，其中針對古蹟部分，該法於第 41 條第 1 項明定古蹟所定著之土地，因古蹟之指定，致其原依法可建築之基準容積受到限制部分，得等值移轉至其他地方建築使用或享有其他獎勵措施；雖相關法規對歷史建築之管制密度低於古蹟，但就其等

所定著之土地言，兩者所受之限制實屬相當，然就歷史建築所定著之土地，則無類此之全面性容積移轉規定[5]。益見歷史建築所定著土地之所有人，因地上物經登錄為歷史建築，所受之特別犧牲，尚難謂法規範已予以相當之補償。

（相關聲請書及裁判請上憲法法庭網站連結「解釋及裁判」項下「解釋及不受理決議」之「解釋」閱覽，網址：http://cons.judicial.gov.tw/index.aspx）

[5] 都市計畫法第 83 條之 1 及所授權訂定之都市計畫容積移轉實施辦法，雖有關於歷史建築之保存維護得以容積移轉方式辦理之規範，但所適用地區，以實施容積率管制之都市計畫地區為限。

附錄：第八〇〇號解釋至第八一三號解釋關係法令及關鍵詞檢索表

解釋號次 公布日期	相關法令	關鍵詞
800 （110.01.29）	行政訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款、第 6 款、第 12 款、第 273 條第 2 項、第 276 條第 1 項、第 3 項、第 4 項、第 5 項（110.06.16） 民事訴訟法第 500 條第 2 項但書規定（110.06.16） 司法院釋字第 177 號、第 185 號、第 209 號、第 716 號、第 725 號、第 741 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03） 憲法訴訟法第 91 條第 3 項（108.01.04）	再審最長期間、聲請案繫屬本院期間、訴訟權、補充解釋、個案救濟、有效權利救濟
801 （110.02.05）	刑法第 77 條第 2 項（86.11.26，嗣 94.02.02 修正公布同條時，移列同條第 3 項，僅調整文字，規範意旨相同） 憲法第 7 條（36.01.01） 司法院釋字第 666 號、第 687 號、第 793 號解釋 刑法第 33 條第 3 款、第 37 條之 2	羈押日數算入無期徒刑已執行期間、羈押日數折抵有期徒刑刑期、平等原則、中度審查標準、實質關聯性

	第 1 項、第 51 條第 5 款、第 77 條第 1 項、第 77 條第 2 項第 1 款（109.01.15） 刑事訴訟法第 108 條第 5 項（109.01.15） 刑事妥速審判法第 5 條第 3 項（108.06.19）	
802 （110.02.26）	憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條、第 23 條（36.01.01） 司法院釋字第 576 號、第 768 號、第 778 號、第 786 號、第 794 號解釋 入出國及移民法第 58 條第 2 項、第 59 條、第 76 條第 2 款（105.11.16）	入出國及移民法、婚姻媒合、跨國（境）婚姻媒合、工作權、職業自由、契約自由、財產權、平等權、報酬、罰鍰
803 （110.05.07）	憲法第 15 條、第 22 條、第 23 條（36.01.01） 槍砲彈藥刀械管制條例第 4 條、第 5 條、第 5 條之 1、第 7 條、第 8 條、第 13 條、第 14 條、第 20 條第 3 項（109.06.10） 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03） 野生動物保育法第 17 條第 1 項、第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項、第 21 條之 1 第 2 項後段及	自製獵槍、野生動物、原住民、傳統文化、狩獵、文化權、比例原則、法律明確性原則

	第 41 條第 1 項第 2 款（102.01.23） 憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項前段（94.06.10） 公民與政治權利國際公約第 27 條（55.12.16） 司法院釋字第 371 號、第 432 號、第 521 號、第 572 號、第 590 號、第 594 號、第 602 號、第 603 號、第 689 號、第 690 號、第 719 號、第 780 號、第 792 號、第 794 號、第 799 號解釋 槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 5 條前段、第 10 條（107.08.16） 原住民族基於傳統文化及祭儀需要獵捕宰殺利用野生動物管理辦法第 4 條、第 6 條及其附表（104.06.09） 原住民基本法第 19 條(107.06.20) 1975 年生效之《瀕臨絕種野生動植物國際貿易公約》(Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora 簡稱華盛頓公約） 1975 年生效之《特別針對水禽棲	

	地之國際重要濕地公約》（Convention of Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat，簡稱拉姆薩公約） 1982 年生效之《保護歐洲野生動物與自然棲息地公約》（Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats） 1983 年生效之《保護野生動物遷徙物種公約》(Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals） 1993 年生效之《生物多樣性公約》（Convention on Biological Diversity）	
804 （110.05.21）	著作權法第 3 條第 1 項第 5 款及第 11 款、第 91 條第 2 項及第 3 項（108.05.01）、第 91 條（87.01.21）、(92.07.09)、第 91 條之 1 第 3 項（92.07.09）、第 100 條（108.05.01）、第 91 條之 1 第 3 項（92.07.09） 刑法第 41 條第 1 項、第 59 條（109.01.15）	非法重製光碟、著作財產權、意圖銷售或出租、散布非法光碟、載體、法律明確性原則、最低度法定自由刑、人身自由、罪刑相當原則、平等權、差別待遇、告訴乃論、立法形成自由

	憲法第 7 條、第 8 條、第 23 條（36.01.01） 司法院釋字第 371 號、第 432 號、第 521 號、第 544 號、第 551 號、第 572 號、第 590 號、第 594 號、第 602 號、第 646 號、釋字第 662 號、第 669 號、第 679 號、第 682 號、第 690 號、第 722 號、第 777 號、第 790 號、第 791 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號解釋 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03）	
805 （110.07.16）	憲法第 16 條、第 156 條(36.01.01) 司法院釋字第 512 號、第 574 號、第 653 號、第 664 號、第 737 號、第 752 號及第 755 號解釋 少年事件處理法第 1 條、第 29 條第 3 項、第 36 條、第 41 條第 2 項、第 42 條第 4 項、第 48 條、第 62 條及第 64 條之 2（108.06.19） 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03）	被害人程序參與權、正當法律程序、到庭陳述意見、訴訟權、少年保護事件
806 （110.07.30）	憲法第 11 條、第 15 條、第 23 條（36.01.01）	街頭藝人、審查許可、職業自由、職業

	憲法增修條文第 9 條（94.06.10） 臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法 臺北市街頭藝人從事藝文活動實施要點 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款及第 3 項(82.02.03） 司法院釋字第 709 號、第 739 號、第 577 號、第 755 號、第 764 號、第 756 號、第 749 號、第 802 號解釋 地方制度法第 3 章第 4 節、第 28 條第 2 款、第 18 條第 4 款第 2 目、第 6 款第 5 目、第 10 款第 1 目、第 19 條第 4 款第 2 目、第 6 款第 5 目及第 10 款第 1 目（105.06.22）	選擇自由、職業主觀條件、執行職業自由、工作權、藝術表現自由、表現自由、法律保留原則、比例原則、自治條例、自治規則、重要關聯性、合併觀察、公物之特別使用、公共空間、傳統公共場域、公共論壇、表意內容
807 （110.08.20）	憲法第 7 條（36.01.01） 憲法增修條文第 10 條第 6 項（94.06.10） 司法院釋字第 365 號解釋	女性、勞工、夜間工作、性別平等、實質平等、平等權、差別待遇、重要公共利益、中度審查標準、安全夜行權、工會、雇主
808 （110.09.10）	司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋	社會秩序維護法第 38 條但書、罰鍰、

	社會秩序維護法第 38 條（110.05.26）	重複處罰、一罪不二罰
809 （110.10.01）	憲法第 15 條、第 23 條（36.01.01） 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03） 不動產估價師法第 2 條、第 9 條第 1 項、第 10 條、第 14 條第 1 項、第 19 條第 2 項、第 21 條、第 36 條第 1 款（108.06.21） 專門職業及技術人員考試法第 2 條第 1 項 專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條附表第 28 款 不動產估價技術規則第 3 條至第 5 條、第 8 條、第 13 條至第 16 條 不動產估價師業務檢查作業要點	職業自由、執行職業自由、比例原則、不動產估價師
810 （110.10.08）	憲法第 15 條、第 23 條（36.01.01） 原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項、第 24 條第 2 項（104.02. 04） 司法院釋字第 709 號、第 719 號、第 770 號、第 771 號解釋	財產權、原住民就業代金、政府採購法得標廠商、代金金額超過採購金額、個案顯然過苛、未設適當之調整機制
811 （110.10.22）	憲法第 15 條、第 23 條、第 155 條前段（36.01.01） 憲法增修條文第 10 條第 7 項及第	社會保險、禁止重複加保、追溯加保、養老給付、財產權、公

	8項（94.06.10） 公教人員保險法第2條第1項第2款、第6條第1項、第4項、第5項、第9條第1項(103.06.01） 行政程序法第118條本文（110.01.20） 公教人員保險法第6條第3項及第4項（94.01.19） 勞工保險條例第15條(110.04.28） 司法院釋字第246號、第434號、第596號解釋	教人員保險、勞工保險、復職（聘）、重要關聯性、保險年資、自由形成空間、合理關聯、個案函復
812 （110.12.10）	憲法第8條、第23條（36.01.01） 司法院釋字第528號、第471號、第371號、第572號、第590號、第185號、第384號、第690號、第708號、第710號、第799號解釋 刑法第1條（110.06.16）、第90條（94.02.02修正公布並自95.07.01施行）、(24.01.01修正公布並自24.07.01施行)、第98條（110.06.16） 竊盜犯贓物犯保安處分條例第3條第1項及第5條(81.07.29修正公布）、第3條第1項（95.05.30修正公布並自	強制工作、刑法、竊盜犯贓物犯保安處分條例、組織犯罪防制條例、人身自由、比例原則、明顯區隔原則、保安處分、拘束人身自由之保安處分、勞動場所、犯罪之習慣、遊蕩、懶惰、竊盜犯、贓物犯、組織犯罪、犯罪組織、釋字第528號、釋字第471號、刑前強制工作、刑後強制工作、維護治

	95.07.01 施行） 組織犯罪防制條例第 1 條、第 2 條(107.01.03)、第 3 條(85.12.11 制定公布)；第 3 條第 1 項、第 3 項及第 4 項（106.04.19 修正公布） 保安處分執行法第 2 條、第 15 條、第 21 條、第 22 條、第 23 條至第 25 條、第 52 條至第 63 條（110.06.16） 監獄行刑法第 21 條、第 23 條、第 67 條至第 74 條（109.01.15） 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03） 更生保護法第 1 條（99.05.26） 刑事訴訟法第 481 條第 1 項（110.06.16） 行刑累進處遇條例第 55 條至第 58 條（95.06.14） 保安處分處所戒護辦法第 2 條及第 5 條	安、預防犯罪、預防再犯、特別預防、技能訓練、復歸社會、更生保護、一罪不二罰、監獄行刑、言詞辯論、實地履勘、泰源技能訓練所、一律、社會危險性、偏差性格、遏阻犯罪、非常上訴
813 （110.12.24）	司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款（82.02.03） 憲法第 15 條、第 166 條(36.01.01) 民法第 767 條（110.01.20） 司法院釋字第 400 號、第 709 號、	特別犧牲、文化資產、土地所有權、補償、第三人所有、歷史建築、財產權

	第 732 號解釋 文化資產保存法第 1 條、第 3 條、第 9 條第 1 項、第 18 條第 1 項、第 34 條第 1 項、第 41 條、第 42 條、第 99 條第 2 項、第 100 條第 1 項及第 106 條第 1 項第 7 款（105.07.27）	

國家圖書館出版品預行編目

司法院大法官解釋四十一 / 司法院憲法法庭書記廳編纂.
-- 初版. -- 臺北市：司法院, 民 111.07
面；　公分
ISBN 978-986-5499-36-5（平裝）
1.CST: 中華民國法律 2.CST: 判例解釋例
582.8　111012129

司法院大法官解釋(四十一)

中華民國一一一年八月初版
編纂者：司法院憲法法庭書記廳
發行者：司法院
地址：臺北市重慶南路一段一二四號
網址：http://www.judicial.gov.tw
排版印刷：昆毅彩色製版股份有限公司
地址：新北市三重區中正北路 430 號 8 樓之 6
電話：02-29718809
定價：新臺幣肆佰肆拾元整

GPN：1011101117
ISBN：978-986-5499-36-5