

臺灣桃園地方法院 函

中華民國 99 年 8 月 31 日
桃院永文字第 0990101012 號

受文者：司法院大法官書記處

主旨：檢陳本院刑事庭錢法官建榮提出之釋憲聲請書 1 件
及其附件。敬請 鑒核。

說明：

- 一、本件係刑事庭審理如說明二稅捐稽徵法案件之承辦法官，認該法第 47 條及闡釋該條而與之不可分之最高法院 69 年台上字第 3068 號判例、73 年台上字第 5038 號判例有違反憲法第 7 條、第 23 條之情。而依 鈞院釋字第 371 號解釋意旨裁定停止訴訟程序，並聲請釋憲。
- 二、業經裁定審理之案件如下：臺灣桃園地方法院 95 年度簡字第 116 號案件（含 95 年度訴字第 343 號）。

院長 呂 永 福 公假

庭長 徐 培 元 代行

臺灣桃園地方法院刑事庭錢建榮法官釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法目的

民國九十八年五月二十七日修正公布前稅捐稽徵法第四十七條規定：「本法關於納稅義務人、扣繳義務人及代徵人應處徒刑之規定，於左列之人適用之：一、公司法規定之公司負責人。二、民法或其他法律規定對外代表法人之董事或理事。三、商業登記法規定之商業負責人。四、其他非法人團體之代表人或管理人」(註一)。

其中有關條文所示類型之人「應處徒刑」之規定，以及最高法院就本條項闡釋適用範圍之六十九年台上字第三〇六八號判例意旨（註二），及七十三年台上字第五〇三八號判例意旨（註三），均不符憲法第二十三條比例原則之要求，而有侵害人民基於憲法第七條所保障之平等權。爰依 鈞院釋字第三七一號解釋之意旨，裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，並請宣告稅捐稽徵法第四十七條暨上述二判例違憲且立即失效。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之經過：

邱坤豐係桃園縣中壢市民族路六段二五二號中國美健股份有限公司（下稱美健公司，已於民國九十年間辦理解散並清算完畢）及設於香港地區之香港隆發貿易有限公司（Huge Profit Trading Co Ltd.，下稱隆發公司）之負責人，負責處理該公司各項業務及稅務事宜，為從事業務之人；且美健公司為稅捐稽徵法所稱之納稅義務人。邱坤豐為使美健公司八十七年度營利事業所得稅之核課減低，明知該公司並無向隆發公司買蜂王乳之事實，竟與隆發公司某真實姓名不詳之成年會計，共同基於為納稅義務人美健公司以不正當方法逃漏稅捐、製作不實會計憑證及業務上登載不實之犯意聯絡及行為分擔，由該名會計先在香港地區偽造屬於私文書及會計憑證性質之發票十二張，金額合計新臺幣（下同）一千三百六十二萬六千六百十二元，並以美健公司為買受人，作為增加美健公司八十七年度之成

本，再交由邱坤豐攜入臺灣，並於八十八年營利事業所得稅申報期間，由邱坤豐據前開偽造之發票內容為該公司之進項憑證後，用以製作業務上不實之八十七年度營業銷售額與稅額申報書之詐術，再持向財政部臺灣省北區國稅局（下稱北區國稅局）提出申報扣抵銷項稅額而行使之，藉以抵扣銷項稅額一百七十五萬五千七百六十七元，足以生損害於稅捐稽徵機關對稅捐稽徵核課之正確性及隆發公司。經本院審理臺灣桃園地方法院九十五年度訴字第三四三號案件結果，被告對於上述犯行均坦承不諱，檢察官、被告均同意本件改以簡易判決處刑，因而改以本院九十五年度簡字第一一六號案件，被告並與檢察官於九十五年四月十九日達成審判外之協商，協商合意內容為：被告願捐款予犯罪被害人保護協會新臺幣五十萬元，檢察官同意判處被告拘役五十日。被告於同年四月二十一日履行上述捐款合意內容，又查被告因上述逃漏稅捐行為，業已補繳稅額三百二十萬六千六百二十七元。本院因而認被告為納稅義務人美健公司之負責人，應依行為時之稅捐稽徵法第四十七條第一款之代罰規定（其內容與現行第四十七條第一項同）論處，且被告與檢察官所協商合意之拘役刑五十日適當，又依稅捐稽徵法第四十七條之文義固限於「應處徒刑」之規定，惟依該條係代罰性質之規定，及觀該條立法過程，立法者顯係無意疏漏，因而並非不得為被告有利之類推，而採合憲解釋原則，認公司負責人亦得

判處第四十一條所定之拘役、罰金刑，惟最高法院六十九年台上字第三〇六八號、七十三年台上字第五〇三八號兩則判例明示稅捐稽徵法第四十七條第一款處公司負責人刑罰之規定，僅得處以有期徒刑，不得處以拘役或罰金刑。依最高法院判例對於法官適用法律所生之拘束力，聲請人無法忽視，因而原可能之合憲解釋原則全然被壓縮而無解釋空間，聲請人認該條法律配合兩則判例意旨，顯有違平等原則，侵害法官適用法律選擇刑罰種類之裁量權，因而停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

二、疑義之性質及涉及之憲法條文：

修正前稅捐稽徵法第四十七條規定，本法關於納稅義務人、扣繳義務人及代徵人應處徒刑之規定適用於公司或商業負責人，法人之董事或理事，非法人團體之代表人或管理人。而關於納稅義務人之刑罰，規定於稅捐稽徵法第四十一條：「納稅義務人以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金」；扣繳義務人及代徵人之刑罰則規定於同法第四十二條：「(第一項)代徵人或扣繳義務人以詐術或其他不正當方法匿報、短報、短徵或不為代徵或扣繳稅捐者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。(第二項)代徵人或扣繳義務人侵占已代繳或已扣繳之稅捐者，亦同」。

修正前稅捐稽徵法第四十七條屬「轉嫁罰」(亦稱「代罰」)之性質。歷來最高法院之見解均認為本

條將納稅義務人（扣繳義務人或代徵人）之公司等法人、商業或非法人團體之責任，於其應處徒刑範圍，轉嫁於負責人、董（理）事、代表人或管理人，其犯罪或受罰主體原屬為納稅義務人之公司等法人或非法人團體，僅因公司法人或非法人團體於事實上無從負擔自由刑，基於刑事政策之考量，乃特設該規定，於應處徒刑之範圍內，轉嫁於公司負責人等自然人，受罰之公司負責人等自然人，乃屬「代罰」之性質，並非因其本身之犯罪而負責任（註四）。

納稅義務人（扣繳義務人或代徵人）之公司等法人、商業或非法人團體，始為實際犯罪行為人，修正前稅捐稽徵法第四十七條所列舉應處徒刑者僅係代罰之性質，所謂應處「徒刑」之規定，如以文義解釋，似明顯排除「拘役及罰金刑」，導致實際行為人得處以拘役或罰金刑，而僅屬代罰性質之公司負責人等，卻必須處以較重於實際行為人之有期徒刑效果，更遑論實際行為人之法人或非法人團體無從處以自由刑性質之拘役刑，僅得處以罰金刑，而代罰之自然人亦不得處以拘役刑，形同架空該條拘役刑之適用，顯與立法者之原意不符（立法過程詳如後述），且如此結論造成實際行為人及代罰之自然人之處罰輕重失衡，就二者事物本質並無不同，侵害之法益亦同之行為，卻有不合理之差別待遇，顯有違比例原則及平等原則。又所謂應處「徒刑」之規定，基於合憲解釋原則之態度，聲請人以為並非不能自歷史解釋、體系解釋，及有利於行為

人之目的性擴張方式，解釋為「包括拘役、罰金刑」在內，惟最高法院六十九年台上字第三〇六八號及七十三年台上字第五〇三八號兩則判例意旨，（祇）以文義解釋明示代罰之自然人不得處以拘役或罰金刑，而「阻絕」聲請人所欲採取，並於本案事實中所實踐之合憲解釋原則結論，已於法律以外不當限制法官的刑罰裁量權。系爭條文結合系爭兩則判例，致對於代罰性質者，因不得處以拘役或罰金刑，僅得處以有期徒刑之結果，反較實際行為人得處以拘役或罰金刑之結果為重，此種處罰顯有違比例原則，致生不合理的差別待遇，而有違憲法第二十三條、第七條之比例原則及平等原則。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

甲、程序部分

一、「判例」為法官聲請釋憲之適格性

（一）法官聲請釋憲客體不應限於「形式意義之法律」

釋字第三七一號解釋係針對法官於審理案件時，對於應適用之「法律」，認為得聲請解釋憲法。此處所稱「法律」究何所指？係專指「形式意義的法律」，抑或包括「實質意義的法律」在內，觀釋字第三七一號解釋之內容，其僅談論憲法第一百七十一條及第一百七十三條，關於法律牴觸憲法之效力問題及解釋問題，並未提及命令違法及違憲之問

題，似乎係專指對於形式意義法律之審查程序。又參見大法官第一一五三次會議議決之不受理案件（會台字第六五〇七號）理由，大法官援引釋字第一三七號、院解字第四〇一二號及釋字第二一六號等解釋為據，明白表示：「對行政機關頒布之命令或規則，法官得依法表示適當之不同見解，並不受其拘束。此種命令或規則自非本院釋字第三七一號解釋中法官得聲請解釋之標的，法官於審理案件時，對相關命令或規則，認有抵觸憲法、法律之確信者，應不予適用，尚無聲請本院解釋之餘地」。所以幾乎可以確定，大法官似乎認為法官聲請釋憲之標的僅有一種，就是立法院通過，總統公布之形式意義之法律，而不及於其他法規範，此相較於大法官對於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款，即一般通稱「憲法訴願」之規定，關於確定終局裁判所適用之「法律或命令」的擴張解釋態度（所謂「相當於法律或命令」之概念），似無可相提並論。釋字第三七一號解釋及會台字第六五〇七號不受理案件，將法官聲請解釋憲法之標的限縮於「形式意義之法律」一種，非無外國法制之依據，因為德國基

本法第一百條關於具體法規審查之規定，就明文限定為「法律」(Gesetz)，聯邦憲法法院實務亦明白表示法規命令不在法官聲請標的之內，現為德國實務之確定見解(註五)。蓋德國多數學說及聯邦憲法法院裁判均以為，基本法第一百條第一項規定之意旨，係為保障基本法公布施行後，由具有直接民主代表性之立法者，所制定之法律不致任意受到法官的藐視，而於裁判時逕行拒絕適用(註六)，所以會限於形式意義的法律(註七)。當然德國學者中亦有採不同見解者，認為國會授權行政機關訂定之法規命令，仍屬客觀法規範之一種，即便該法規命令曾經立法者同意備查，法官亦得於個案中直接拒絕適用，而如欲使生終局確定之效力，並同時兼顧法安定性之考量，亦得聲請聯邦憲法法院解釋(註八)。此外，奧地利憲法第八十九條第二項明文規定法規命令(Verordnung)得為法官聲請之對象(註九)，足供我國參考。

聲請人以為，我國不應與德國多數說為相同之解釋，換言之，不應限於形式意義之法律始得為法官聲請之標的。首先，我國並無德國因為基本法明定聲

請標的限於「法律」的解釋上困難，此外，法官對於違法或違憲之「命令」(包括法規命令、行政規則及我國特有之職權命令)，固然得於個案中拒絕適用，惟其亦僅於個案中發生效力，即使於終審法院亦拒絕適用，殊不論我國終審法院組織龐大，出自不同庭之見解亦常相互衝突，令下級審無所適從之現狀，至少我國非採強制先例拘束原則之實務，除非作成我國特有制度—判例，否則仍不致發生一般對世之效力，如此反有害法安定性之維護，是以應使其發生一般效力，而此種效力於我國現行制度下，除立法權外，就祇有大法官解釋。更何況，現行司法院大法官審理案件法第十四條第一項後段，尚明文規定大法官宣告命令違憲時之表決人數，釋憲實務上又承認人民聲請釋憲之標的可以擴及法規命令、行政規則，甚至職權命令，何獨對於身為法律專家之法官，聲請釋憲之標的採取如此限縮之態度？並且如何解釋司法院大法官審理案件法第十四條第一項後段關於命令違憲宣告之規定，對於法官之聲請形同具文。大法官第一一五三次會議，會台字第六五〇七號不受理決議，認為法官得聲請解釋

之標的，並不包括「行政機關頒布之命令或規則」在內，而該案標的為行政機關「頒布之規則」(註十)，所以非法官得聲請釋憲之客體。聲請人以為，此種見解顯然忽略了大法官所具有之命令違憲審查的對世一般效力，其不同於其他各級法院法官僅有的個案效力。

至少，大法官第一一五三次會議之不受理案件，否定法官可以對於「行政機關頒布之命令或規則」為聲請標的，其意似指職權命令及行政規則，而不限於法規命令在內，大法官是否有意排除「法規命令」，認為可以為法官聲請釋憲之標的，尚待觀察(註十一)，至少就該件聲請之標的—「省市立醫療機構醫師專勤服務辦法」觀之，其性質似乎屬職權命令或行政規則，而非法規命令。

(二) 判例之性質及拘束力

所謂判例，乃我國司法實務特有之制度，係指最高法院或最高行政法院，對於某案件所為之判決或裁定，其所表示之法律見解，足為該院及下級法院審理相同或類似案件時之參考依據，最高法院或最高行政法院經由「法定程序」選編其要旨，報請司法院備查，並由各該院公告，作為「判決先例」者。前述

所稱「法定程序」，依據法院組織法第五十七條，及行政法院組織法第十六條之規定，係指須經由該院院長、庭長、法官組成之會議決議，並報請司法院備查者。「判例」因為係終審法院之法律見解，於相同或類似之案件既有判決先例之存在，下級法院若無相當之自信，當不致為相反或相異之裁判，即或有之，該案件一經當事人上訴，最高法院亦會以判例要旨為據，廢棄或發回下級法院之裁判，基於審級制度之使然，對於下級法院，具有事實上之拘束力甚明，此外，判例選編及公布後即為人民所週知，又因為其多為下級法院法官所信守及遵從，經過類同案件之長久累積適用，不論對內或對外即產生事實上之拘束力，而為人民所信賴。基於審級制度及信賴保護原則，即使認為判例對於下級法院無「法律上之拘束力」，惟其具有「事實上之拘束力」，當無疑問。

惟就我國判例之選編而言，其來源固係出自法院就具體個案所表示之法律見解，惟僅限於最高法院及最高行政法院之少數判決始有成為判例之可能，且其形成方式乃透過「非審判機關」（組織意義的法院）之挑選，並非直接出於

法院之審判(審判意義之法院)而來(註十二)。更遑論現行實務對於判例之操作及適用方式，均係依據所謂「判例要旨」，而脫離該判例所依附之基礎事實，視其為一般抽象法規範以適用。現行實務更認為判決違背現行有效之判例，亦屬裁判「違背法令」，得據以為上訴終審法院或提起再審之理由(最高法院六十年台再字第一七〇號判例、行政法院六十二年判字第六一〇號判例(註十三))。

司法院亦因其實質上之法源地位，以及因應憲法解釋之需要，而將判例視為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之「確定終局裁判所適用之法令」之一種，得為違憲審查之標的(釋字第一五四號、第三七四號解釋參見)。釋字第一五四號解釋認為：司法院大法官會議法第四條第一項第二款(即現行法為司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款)關於確定終局裁判所適用之「法律或命令」，乃指確定終局裁作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依(舊)法院組織法第二十五條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與

本庭或他判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。」及（舊）行政法院處務規程第二十四條規定：「各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。」足見最高法院及行政法院判例，在未變前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利等語。

我國並無審查裁判本身是否違憲之制度，係不完全的具體法規審查制度，因而釋字第一五四號解釋目的顯係欲藉由審查判例有無違憲，擴大釋憲之標的，惟其既稱判例「相當於法律或命令」，究係相當於法律或相當於命令，大法官模糊以對。直至十七年後的民國八十四年所公布之釋字第三七四號解釋終清楚定位「判例視同命令」，而非與法律相當。釋字第三七四號解釋理由書謂：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，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

之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等解釋）。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，「視同命令」予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條，又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認「與命令相當」。

很有趣的法位階排序：「判例視同命令」，「決議與命令相當」。是否意味大法官心目中認為：判例位階等於命令？決議則略低於判例？不得而知。

無論如何，正如林子儀、許宗力及楊仁壽三位大法官於釋字第五七六號解釋所共同提出之協同意見書指出的：判例之拘束力已超越個案事實，而具備類似抽象法規之性格，如此一來，我國之整體判例制度遂已成為一由上而下之法律見解控制體制，而為變相的司法造法，與判決先例拘束力存續之正當基礎——「相同案件、相同處理」漸行漸遠，進而有違反權力分立與審判獨立之憲法上要求之虞等語。因而聲請人曾藉由個案適用判例要旨時，強調：「在判例制度尚未廢止之前，適用判例之基本原則，應掌握不僅適用判例意旨，更應包括該判例所植基之具體事實」，並試圖以此種方式操作判例如何適用於個案事實，以突顯僅適用判例要旨可能產生的錯誤（註十四）。正如前述三位大法官於釋字第五七六號解釋所共同提出之協同意見書所言：「持平而論，判決之先例經由後續相同案件之一再援用，在實際上的確會有某程度上之實質拘束力，

而為實際意義的法源之一種，這也是法院自我拘束及公平審判之展現。但此種事實上之抽象拘束力終究不應等同於政治部門所制定之法律。行政機關訂定具抽象規範性質之法規命令，尚且須依其事務性質符合層級化之法律保留原則，方與權力分立原則及憲法人民權利保障之要求無所違背。相較之下，判例來自不具備直接民主正當性之法院對於具體個案所表示之法律見解，此種見解如果沒有事實基礎之支撐，則其拘束力便失卻法理基礎，而質變為抽象法規。其結果不僅可能扭曲判例原意而成為錯誤的法律見解，更混淆司法判決與立法者角色之分際，亦使非審判機關，藉由單純的判例選列決議，而侵害法官獨立審判的權限。因此其後之案件援用判例，絕不能與基礎事實分離而片面割裂其判例要旨，判例之拘束力也不應超越其基礎事實類同者，否則根本無從判斷是否符合相同案件相同處理之原則。也唯有如此，法院方得藉由事實精細區辨案件基礎事實案件之差異，逐步細緻化法律之解釋與操作、建立新的案件類型並保持法律見解之靈活發展」、「我國判例制度實有檢討必要。縱其成因有歷

史上之特殊因素，但是其發展實已有違憲法權力分立與獨立審判之要求。即使不變更現行判例制度，至少亦應堅持判例之援用無論如何不能逸脫事實，而使其具備超越基礎事實相同者之拘束力」。

(三) 法官以「判例」為聲請釋憲客體之必要性—兼論法官內部獨立之困境

判例雖具有強大的事實上拘束力，惟無論如何「此種事實上之抽象拘束力終究不應等同於政治部門所制定之法律」，而不應視之為法律。大法官將之「視同命令」作為人民聲請解釋憲法之適格客體，以彌補現行不完全的具體法規審查制下，大法官無法審查個案司法裁判的缺憾，聲請人甚表贊同。惟就法官聲請釋憲之客體而言，大法官似乎又將判例排除在外，而期待法官自行於個案中排除判例之適用（註十五）。

惟精研法官聲請釋憲制度的學者對大法官上述看法紛紛提出質疑。學者吳信華提出至少四點理由，主張判例應得作為法官聲請釋憲的客體：1. 實務上法官信仰判例甚於法律，當判例超出法律而有違憲之虞，讓法官得據釋憲，可解決法官之兩難困境；2. 法官即使於個

案中對違憲判例不予援用，亦僅有個案效力，在其他法官並不認同該判例違憲而仍適用之情形下，勢將產生嚴重法律見解之歧異，將使集中違憲審查制度下所欲維護的法安定性及法一致性原則遭嚴重破毀，而應由大法官解決判例之合憲性以取得對世效力；3. 容許法官聲請判例違憲，可避免人民於「窮盡救濟途徑」後始得聲請，對於司法資源之搏節及人民權利保障均具正面意義，且判例既為大法官審查客體，則由人民聲請或法官聲請，本質上不應有所差異；4. 德國「具體法規審查」制度所以容許法官僅得以「法律」為釋憲客體，乃因彼邦未有如我國之判例制度，同時德國有「裁判憲法訴願」之類型，得審查「法院裁判」，對於裁判整體—包含「適用法律所表示之見解」—若有違憲均得審查，即使「窮盡救濟途徑」之程序要求亦有明文例外，外國法理之繼受應當配合我國現狀以合於國情之思考（註十六）。而學者楊子慧更早即參考釋字第五七六號解釋三位大法官所提出之協同意見書，分析我國判例之依據、效力及實質地位，並強調判決先例拘束原則，非指法院具有抽象法規制定權，否

則將破壞司法權與立法權間之權力分立機制，且危害法官獨立審判權力，僵化法律見解之進步。因而認為即使法官於個案裁判逕行拒絕適用其確信為違憲之判例，亦僅有個案效力，祇要該判例未經變更或經由人民聲請釋憲程序而經大法官宣告停止適用，該判例仍繼續存在而可能於其他審判中經援用而為裁判基礎，造成合憲秩序維護之漏洞及人民權利保障之不足，主張應允許法官就其裁判上所應適用，並合理確信違憲且與裁判結果有重要關聯性之判例聲請釋憲（註十七）。

聲請人對於釋字第五七六號解釋的三位大法官協同意見書，提醒法官就判例之援用無論如何不能逸脫事實，就不同事實即不能援用僅有抽象要旨之判例，希望藉此踏出檢討判例制度之第一步，使法官得以擺脫判例的不當束縛之用心良苦，至感敬佩。然而長期欠缺憲法意識的法官養成教育，使得法官忽略其代表司法權有制衡其他國家權力之功能，愈資深的法官愈有此傾向，此自聲請釋憲法官的統計中，地方法院法官始終多於上訴審法院法官，最高法院法官則從無聲請之案例，可見一斑（註

十八)。法官普遍習於接受「規範」拘束，不論是立法者制定的法律或行政機關發布的命令，更遑論最高審判機關以所謂「判例」形式所樹立的「命令」。尤以我國法官將「判例」當作抽象法令適用於具體個案之司法運作模式，從國民政府年代算起已近百年，此種適用方式積習難改，這不僅是因為最高法院公布之判例向來僅有「判例要旨」，類似抽象的法令規範，並無該判例所依附之事實可供查詢，別說一般民眾難以窺見該判例事實，就算法官都未必或有意願詳查該判例的具體案例事實（註十九）。

此外，深究司法內部體系及文化，更可知判例在法官心目中的地位，甚至「高於法律及憲法」（註二十）。不僅是因為審級制度「外部效力」使然，除最高法院以判例造法，作成最高法院六十年台再字第一七〇號判例及行政法院六十二年判字第六一〇號判例，宣示判決違背現行有效之判例，等同於適用法規顯有錯誤，下級法院判決如有違背判例者，即構成違法判決的上訴或再審事由，勢必遭到撤銷命運外，其撤銷的「內部效力」更附隨著法官的「辦案成績」，當事人的「折服率」及上訴後的「維持

率」不佳，更是直接、間接影響法官的「考績」，進而影響法官的職等及薪俸。期待法官忽視判例的拘束力，毋寧是違反人性的。

判例對於法官內心強大的束縛，適反映出法官對於司法倫理或階級服從的想法。因為最高法院法官不僅決定審判系統的最終見解，從司法內部的人事行政設計可知，最高法院更具有決定性的「掌控地位」，首先是實任法官的審級間「升遷」，依據「法院庭長、法官、委員遴選要點」第四點第一項（註二十一）的規定及實務運作，想要擔任最高法院的法官，除非經過最高法院（庭長們）決議同意的人選，否則就連司法院也難以插手，從「人」的因素言，有志最高法院法官的優秀法官，可能會因為多年前不論在公事或私誼上得罪某（幾）位資深法官，成為最高法院的「拒絕往來戶」（註二十二），更別說法官敢於個案拒絕或批評判例，因為每則判例的背後都有作成法官，最高法院法官均以其所製作之裁判能獲選為判例為榮（註二十三），批評判例背後所隱含的忤逆最高法院法官、不尊重司法倫理的意涵自不言可喻。此外，候補、試署法官在成為

實任法官前必經的書類審查程序，其「書類審查委員會」的組成成員，也是以最高法院法官為最主要成員（註二十四），實務上也的確發生候補法官因為於個案中不贊同且拒絕適用最高法院判例，遭到書類不及格的命運，甚至差點連實任法官身分都不保的案例。而該書類不及格的理由，更藉由臺灣高等法院發函所屬各地方法院候補、試署法官，飭令改進（參見附件二：臺灣高等法院 95 年 2 月 8 日院信人一字第 0950000849 號函轉司法院秘書長 95 年 1 月 26 日秘台人三字第 0950002433 號函，暨其附件：「司法院 94 年 7 月至 12 月法官候補、試署書類審察委員會建請司法院通函各法院法官注意改善事項」），試想：所有候補、試署法官閱畢該等會招致書類不及格結果的「注意改善事項」理由後，還能期待法官能基於「法律」表達確信嗎？實務運作上不論候補或試署法官，對外均獨立審判，如此豈非謂憲法審判獨立的價值，司法院以一紙行政命令即可架空？而且經由最高法院法官身分的書類審查委員所形成的「判例至上、不得批評」的思維，難道祇會適用於候補或

試署法官，而不會及於實任法官？已無庸贅言。

總之，大法官即使談再多理論及制度上對於「判例」的定位，最終以：「判例視同命令」，法官不受命令拘束，自得依法表示適當之不同見解，並不受其拘束，而認為判例非釋字第三七一號解釋中法官得聲請解釋之標的，而拒絕法官以判例為聲請釋憲標的。仍難逃避昧於現實的指摘。簡言之，法官如果於個案拒絕適用判例，即使有再多理由，其下場是成為「被逐出司法界的法官」，如此大法官還能若無其事的要求法官「自得依法表示適當之不同見解，並不受判例拘束」？

（四）聲請人的現身說法—代小結

「法律的生命不在邏輯，而在經驗」。為了能開啟判例作為法官聲請釋憲的窗口，聲請人不得不以親身經歷，現身說法，重回五年前的痛苦經歷，提供自身遭遇使大法官明瞭法官於個案中「不遵從」判例的下場。上述司法院秘書長 95 年 1 月 26 日秘台人三字第 0950002433 號函附件「注意改善事項」中的第二、刑事部分之（五）至（十），即係聲請人於候補法官送審書類的主

要不及格理由，為了讓大法官們瞭解法官面對判例的內在處境，聲請人另附當時書類審查委員認定書類不及格的全部評語（附件三），並擇其中關於判例部分者，說明如下（註二十五）：

1. 第五點評語，針對臺灣桃園地方法院 92 年度聲判字第 12 號刑事裁定認為：最高法院判例，係就該院歷年裁判中，擇其精要者，依法定程序，編為判例刊行，供全國各級法院裁判上參酌遵循，而第一審法院對於具體案件，理應針對認定之事實，適用法律，作適當之裁判。而本件刑事裁定引用最高法院 84 年度台上字第 5360 號判例，竟謂：「簡單地說，我實務上，包括最高法院判例，雖承認信賴原則之適用，但均強調該原則有其限制。惟本院以為，實務對於信賴原則所加諸之限制，容易使人誤解為『祇要自身有違規的人，即不得主張信賴原則』（尤其前述最高法院判例之用語）」（見本件書類第 176 頁第 4 行至第 7 行），按法院裁判，當與法學研討論文有所不同，本件判決對最高法院判例，恣意批評，殊非所宜。
2. 第六之（二）點評語，針對臺灣桃園

地方法院 91 年度易字第 1273 號刑事判決認為：刑法第 321 條第 1 項第 3 款之攜帶兇器竊盜罪，係以行為人攜帶兇器竊盜為其加重條件，此所謂兇器，其種類並無限制，凡客觀上足對人之生命、身體、安全構成威脅，具有危險性之兇器均屬之，且祇須行竊時攜帶此種具有危險性之兇器為已足，並不以攜帶之初有行兇之意圖為必要。螺絲起子為足以殺傷人生命、身體之器械，顯為具有危險性。本件判決謂是否構成兇器，尚須附加被告行為時之主觀意圖作為判斷標準，而認螺絲起子非屬兇器，作出與最高法院 79 年台上字第 5253 號判例不同之論述，變更檢察官起訴法條（刑法第 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器之加重竊盜罪），改以普通竊盜罪（刑法第 320 條第 1 項）論科，顯有未合。

聲請人於當時的再申訴書中強調，絕不否認評語所言：「最高法院判例，係就該院歷年裁判中，擇其精要者，依法定程序，編為判例刊行，供全國各級法院裁判上參酌遵循，而第一審法院對於具體案件，理應針對認

定之事實，適用法律，作適當之裁判」等語。惟依據司法院釋字第三七四號解釋，判例「視同命令」，絕非法律，又依據司法院釋字第三八號、第一三七號、第二一六號解釋，「法官於審判案件時，不受命令拘束」、「於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解」。以本案為例，最高法院八十四年台上字第五三六〇號判例的用語，確實易使人誤解信賴原則之適用原則，下級法院誤解的案例俯拾即得；而七十九年台上字第五二五三號判例獨尊「兇器客觀說」，舉例而言，持螺絲起子工具竊取車牌一面的罪刑，竟較徒手竊取機車一部之罪刑為重，事理豈能平？實則，客觀上具殺傷力之物始可能構成「兇器」，屬當然之理，本件判例僅係重申事物本質之理，簡單的說，該判例不能直接理解為有排除主觀說之意，正如關於信賴原則之判例，最高法院的判例未必有誤，但下級法院於涵攝、適用時，卻產生錯誤的結果，一律僅以客觀說為判斷標準，此類案例更是不勝枚舉。正因為深知上述判例見解，更深知現行「判例意旨化」，

而非附帶基礎事實之適用方式，往往造成「判例無誤、適用結果有誤」的結果，所以藉由個案提出說明，並且引用學者見解及詳細論證，「依據法律提出適當的不同意見」。試圖與最高法院「對話」，提醒下級法院適用最高法院判例時，應留意「個案差異」，卻落得對最高法院判例，「恣意批評，殊非所宜」、「顯有未合」之評語。對於製作判決的用心，確為一大打擊（至於針對上述兩點不及格評語的「答辯」，為免有失焦點並顧及本聲請書篇幅，請參見附件四）。

憲法要求及保障法官的就祇有「依法審判」，如果「判例」與法律適用結果有異，卻強要法官「依判例審判」，已經戕害法官基於法律之確信，固然法律解釋及適用容有不同結果，審級制度即足救濟，至於書類審查之重點，難道不是檢視法官說理思辨之能力及用心，竟是「訴諸權威」？這是一個涉及原則的制度性問題，更是嚴重的憲法爭議，如果司法行政體系透過書類審查制度，要求法官不能基於良心及確信去適用「法律」，而是要求候補法官違背良心及確信去適用

判例，這已經是干涉審判獨立的核心。尤有甚者，如此審查評語無異於「警告」候補法官要「聽從上級法院見解」，即使有自己基於法律的確信，亦不可「恣意批評」，將「獨立審判實務」不當連結「行政倫理」的思考，也有違反不當連結禁止原則之虞。顯而易見的結果是，要求候補五年的法官都要聽從判例，如何奢望法官在試署及實任後會「突然」依據法律表達確信，事實上這種審查標準，已經在候補法官間形成「寒蟬效應」。如果連審判獨立這塊基本價值都棄守，司法也完了！又如果司法院認為憲法第八十條的獨立審判的法官，竟不包括候補法官，則訴訟制度設計上就不應讓候補法官獨任審判，如今民事小額、簡易及一定數額下之訴訟，刑事簡易、簡式審判程序，均不排除候補法官獨任審判，候補法官既然為訴訟法上之「法院」，自然受憲法第八十條審判獨立之保障，僅能基於適用法律之確信，對個案當事人負責地表示適當見解，這不僅保障法官不受制度異質的侵害，更是保障一般民眾對於客觀法律的信賴。聲請人並非不知候補

法官書類如第二次再經評定為不及格，將永久失去法官身分，以「失去身家性命」形容亦不為過，也明知「訴訟」的動作會引發最高法院法官身分的書類審查委員不悅。然而為捍衛「法官依法律獨立審判」之憲法價值，更為防杜「寒蟬效應」，擔憂其他候補法官畏懼表達與上級法院—尤其最高法院—判決、判例意見相左之見解，造成法官內心「自我設限」，唯判例是從的現象。仍決定循公務員保障法的救濟途徑，同時提起復審及申訴、再申訴，雖最終均「敗訴」確定，但於再申訴程序中，獲得十一位公務員保障及培訓委員中的五位委員的「不同意見書」，已堪欣慰（如附件五）。

上述爭訟案件已經落幕，聲請人也遲至二〇〇九年五月間終能取得實任法官的身分，雖然相較同期法官，聲請人承受不論是考績、職等及薪俸上的鉅大不利益，但聲請人「有怨無悔」，然而，勇於「以身試法」的經驗及結果卻不能就此無疾而終，反而必須化為推動司法進步的力量，至少如此的案例可以讓大法官瞭解基

層法官在整個司法體制內的「生存困境」，所謂審判獨立的實情通常是：人身獨立性決定了事物獨立性的高度（註二十六）。大法官不能再「不食法官煙火」的要求法官自行排拒判例而不適用，至少允許法官以判例為標的聲請釋憲，始能開啟法官——尤其刑事庭法官——的「生存之門」（註二十七）。

二、藉由「重要關聯性」附帶審查判例之可能性

所謂「裁判重要關聯性」者，係指「聲請標的」（法律）之合憲性與否，將直接影響本案之裁判結果，若該法律於審理案件的訴訟程序無效，則法官必須作出與系爭法律若有效時，完全不同之裁判（註二十八）。例如法官於審判上就該案件應適用某法律為判決依據，但法官認該法條違憲，則該法條之有效與否必然影響案件審理之結果，此即具有裁判上之重要性。所謂「裁判」，指該原因案件於訴訟上任何裁判及決定，亦即該規範的合憲性與否，直接會影響實體上的判決及程序上裁定的結果，即可對該規範聲請解釋（註二十九）。學者更強調，若某項規範雖非裁判上之主要依據，惟於憲法上之評價，直接影響該為裁判基礎規範之合憲性者，則亦得認為其存在有「間接之裁判重要關聯性」，而應包含在聲請標的之內（註三十）。

裁判關聯性原則在釋字第五七二號解釋

中獲得具體落實，該解釋認為釋字第三七一號解釋所稱：「得以其裁判上所應適用之法律是否違憲為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法」等語，其中所謂「先決問題」，係指「審理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」。換言之，釋字第三七一號解釋所謂的「先決問題」就是學說上所謂的「裁判重要關聯性」要件當無疑。

學者指出，即使大法官堅持「判例」不得為法官聲請釋憲之標的，仍應以「重要關聯性」為特殊的程序考量，亦即當法官聲請法律違憲，而該法條向來即均適用某判例為裁判，則法官聲請法律違憲時，當得對該判例之違憲性一併指陳。此際該判例固不成為法官聲請釋憲時的「聲請客體」，但若該判例與該法條之適用既屬密切，則在判例所繫諸之法律違憲情況下，一併（基於相同違憲法理而）宣告該判例違憲，如此即使該判例即得成為大法官之「審查客體」，或甚至法官所聲請之法律經大法官以合憲解釋原則，認為尚不違憲，惟若認該判例違憲，並非不可基於前述相同法理而為處理（註三十一）。

最高法院六十九年台上字第三〇六八號、七十三年台上字第五〇三八號兩則判例，明示稅捐稽徵法第四十七條第一款處公司負責人

刑罰之規定，僅得處以有期徒刑，不得處以拘役或罰金刑。儼然成為法官適用稅捐稽徵法第四十七條量處刑罰時的「裁量基準」，實務上如未適用該兩判例，判處公司負責人拘役或罰金者，均會招致判決遭撤銷而改判有期徒刑之命運，該兩判例與稅捐稽徵法第四十七條之適用已屬不可分割，兩者間具有重要關聯性，使兩判例亦得為大法官解釋之客體，當無疑問。

三、稅捐稽徵法第四十七條及兩判例均為本案之先決問題：

釋字第五七二號解釋指出，所謂「先決問題」係指「審理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言」。

本件因被告認罪，業經合議庭裁定改以簡易判決處刑程序，而由受命法官即聲請人獨任審理，復經檢察官聲請以協商程序判決，經檢察官與被告合意，因檢察官另要求被告向被害人保護協會捐款新臺幣五十萬元，且被告於聲請判決前即履行該負擔，檢察官因而聲請判處被告拘役五十日，本院審酌量刑適當，惟稅捐稽徵法第四十七條第一款的「應處徒刑」文字，及系爭兩判例對於該條量刑之闡釋，無異命令法官不得處以拘役、罰金刑。如輔以兩判例意旨適用稅捐稽徵法第四十七條，顯然已限制本案聲請人欲量處的拘役刑，而顯然於裁判結果

有影響，符合先決問題程序要件之要求。

四、本案已裁定停止程序聲請人已依釋字第五九〇號解釋所指，裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序，裁定停止本案之訴訟程序（參見附件六）。

乙、實體部分

一、問題意識及源起

實務上產生對稅捐稽徵法第四十七條之人得否處以拘役或罰金的疑義，早從民國七十年間即發生（註三十二），從當年舉行的臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會法律問題即知：依稅捐稽徵法第四十七條第一款規定，納稅義務人係公司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處徒刑之規定，轉嫁處罰公司負責人，若依稅捐稽徵法第四十一條處以拘役或罰金時，可否引用同法第四十七條第一項轉嫁處罰公司負責人？當時討論意見計有四說：

甲說：依最高法院六十九年度台上字第三〇六八號刑事判決（見司法院公報第二十三卷第一期第四十四頁）認為依稅捐稽徵法第四十七條第一款規定，納稅義務人係公司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處「徒刑」之規定為限，轉嫁處罰公司負責人，若判處拘役（或罰金）則軼出罪刑法條之範圍，不得引用同法第四十七條第一款。

乙說：依最高法院六十九年度台上字第三九二八號刑事判決認為：依稅捐稽徵法第四十七條規定，公司法規定之公司負責人為公司逃漏稅捐，應處徒刑時，不認其為同法第四十三條所規定幫助漏稅之幫助犯，而應以其為納稅義務人予以處罰，應屬擬制規定，而非由於犯罪與處罰主體分離之轉嫁法理關係。（甲說與乙說結果雖同，但一採轉嫁關係，一採擬制規定，究竟何說為當）。若處以拘役或罰金似亦不得引用同法第四十七條第一款。

丙說：依稅捐稽徵法第四十一條處以「徒刑」「拘役」或「罰金」均屬刑罰，均可引用稅捐稽徵法第四十七條第一款。此係立法欠妥，主張修正。

丁說：處徒刑時則引用稅捐稽徵法第四十一條、第四十七條第一款。若處拘役及罰金時公司負責人則論以幫助犯，依稅捐稽徵法第四十三條第一項論處。

研討結果本係同意審查意見，認為本題為立法上疏漏，決議送司法院研究，結果司法院第二廳研究意見採甲說。之後甲說的最高法院六十九年度台上字第三〇六八號刑事判決也經最高法院選為判例，亦即本件聲請釋憲之標的。

二、最高法院長期獨尊文義解釋且不解類推適用真義的結果

如附件一最高法院諸判決意旨，稅捐稽徵法第四十七條屬「轉嫁罰」(代罰)性質，將納稅義務人(扣繳義務人或代徵人)之公司等法人、商業或非法人團體於事實上無從負擔之自由刑「轉嫁」於公司負責人等自然人，換言之，公司負責人等自然人，屬「代罰」性質，並非因其本身之犯罪而負責任。惟本條使用應處「徒刑」之文字，而同法第四十一條、第四十二條之刑罰效果，除有期徒刑外，尚有拘役、罰金刑。如以最狹義的文義解釋，並參酌刑法總則第三十三條關於主刑之種類(註三十三)，「徒刑」限於「有期徒刑」與「無期徒刑」，因而不包括「拘役」及「罰金」刑。又依當時普遍對於罪刑法定主義的理解，根本不容許為任何類推，即使有利行為人(被告)，這從甲說所使用「若判處拘役(或罰金)則軼出罪刑法條之範圍」更可知。

三、應處徒刑之規定未必不得包括「拘役」刑

有期徒刑與拘役刑均屬自由刑，祇是長期或短期自由刑之別(註三十四)，將拘役刑解釋排除於「徒刑」之文義範圍外，毋寧係受到刑法第三十三條關於主刑種類的概念影響所致，而本條立法目的係為使性質上不適用於法人或非法人團體之「自由刑」轉嫁由自然人負擔，

如此自無排除同屬自由刑的拘役刑之理，除非立法者此處係有意排除，且排除必須有合理的差別待遇理由，否則所謂「應處徒刑」之用詞，並非不能理解為「應處自由刑」之意，而所謂「自由刑」之用詞並非慣常立法用語，自不能拘泥於立法者的用詞，蓋「探求立法意旨，主要仍應取決於表現於法條文字之客觀化之立法者意思，而非立法者參與立法程序當時之主觀見解」（參見釋字第六二〇號解釋理由書）。

四、兩判例顯然忽略立法者的原意—歷史解釋的觀察

稅捐稽徵法制定於民國六十五年間，參見當時主管機關行政院財政部草擬的草案，及立法過程（註三十五）觀之（如附件七），行政院原送立法院審議之草案第四十一條法定刑為「六月以上五年以下有期徒刑」、第四十二條法定刑為「一年以上七年以下有期徒刑」，即使第四十三條幫助犯之規定亦為「三年以下有期徒刑」，均無拘役或罰金之規定。因而轉嫁第四十一條、第四十二條刑罰效果的第四十七條，自然使用的就是「應處徒刑之規定，於左列之人適用之」等文字。惟經立法院審議結果，認為行政院草擬的刑罰效果「殊嫌嚴苛」，因而參照刑法詐欺罪及偽造文書罪之法定刑，將第四十一條、第四十二條之刑罰，均改為「五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰

金」，第四十三條亦修正為「三年以下有期徒刑、拘役、或科一千元以下罰金」，換言之，均不設有有期徒刑之下限，並增列拘役、罰金刑之效果，而同法第四十七條仍維持「應處徒刑」之字樣，未隨同修改，該條僅附有行政院原草案的立法說明，不似第四十一條至第四十三條，均併附有立法院審查會之說明可知，足見立法當時並未針對第四十七條配合修正討論，即逕以原草案條文通過，而參見原草案之立法理由說明：「法人或非法人團體組織之納稅義務人，無法處以自由刑，爰參照破產法第三條規定，對該類組織所處之徒刑亦適用於其負責人」，更足見第四十七條的轉嫁自由刑刑罰性質，因為草案對納稅義務人等之法定刑為六月以上有期徒刑，因而第四十七條使用「應處徒刑」之文字，當立法者對納稅義務人等增列拘役、罰金刑後，第四十七條之用語自應配合修正，惟立法者顯然忽略討論該條之文字即照案通過，顯係無意疏漏，而非有意排除。很顯然的，兩判例從來沒有考慮歷史解釋，忽略立法者的原意，僅以文義解釋，而且是法律人始明瞭的所謂「主刑種類」的最狹義文義解釋，更遑論是其他目的及體系解釋的觀察。

五、目的解釋及體系解釋的落空

七十年的臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會提出的「丙說」顯然留意到目的及體系

解釋，認為：依稅捐稽徵法第四十一條處以「徒刑」「拘役」或「罰金」均屬刑罰，均可引用稅捐稽徵法第四十七條第一款。此係立法欠妥，主張修正。而臺灣高等法院的審查意見及當時全國法官代表均認同此為「立法上疏漏，決議送司法院研究」，顯然也都發現文義解釋的不妥，且兼顧歷史解釋的觀察，沒想到司法院還是「最高法院說了算」，業務單位第二廳於是未附理由的選擇甲說，也就是後來成為系爭判例的說法。

稅捐稽徵法第四十七條的立法目的，從立法者從未更動的原草案立法理由：「法人或非法人團體組織之納稅義務人，無法處以自由刑，爰參照破產法第三條規定，對該類組織所處之徒刑亦適用於其負責人」可知，為納稅義務人等之公司等法人或非法人團體，無法以自己為意思表示，必須藉由其負責人、代表或代理人等對外代為意思表示，因而發生有第四十一條、第四十二條之處罰情事時，以轉嫁代罰之方式，處罰該法人或非法人團體有代表權之自然人，蓋法人不可能自己逃漏稅，本質上也無可能處以及執行自由刑刑罰，立法政策上轉而處罰自然人。再從法條體系解釋觀之，第四十七條就是要解決納稅義務人為法人、非法人團體等本質上無法處以自由刑者，所設的轉嫁代罰規定，體系上自無排除拘役刑之理？否則形

同架空拘役刑之規定，更別說公司負責人等自然人既為代罰性質，何以公司負責人必須負較納稅義務人為重之刑責，所生的輕重失衡現象。甚且依上述立法說明及立法過程可知，立法者有無將罰金刑排除於第四十七條之人之想法，亦甚有疑。

六、兩判例阻絕法官的解釋或類推適用空間，而無合憲解釋之可能

稅捐稽徵法第四十七條既屬自然人代罰性質，解釋上拘役刑（甚且罰金刑）並無排除之理，本來法官透過上述包括文義、歷史、目的及體系解釋方法，加上係有利行為人（被告）之解釋，並非不能得出至少拘役刑亦適用之結論。即使採取最狹義的文義解釋，也可以透過「舉重以明輕」及「有利被告的類推適用」，得出相同的結論，使該條的拘役刑法律效果得以適用於行為人，使該條免於架空同法第四十一條、第四十二條拘役刑，產生的不利被告的結果，惟兩判例明白表示僅有有期徒刑之效果始得適用於該條之人，基於上述各項法理及現實因素等壓力，法官於審判上不得不「聽從」判例的指示，導致法官適用法律的獨立審判空間遭判例不當壓縮，無從適用拘役刑效果，尤其對被告而言，判例如此解釋，無疑係以判例增加法律所無之限制，違法且不當地侵害人民的自由基本權。

七、稅捐稽徵法第四十七條加上兩判例的限制解釋，違反平等原則及比例原則

平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇（註三十六）。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號解釋）；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在（註三十七）。

正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」（註三十八）。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，翁岳生大法官說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益

係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止國家權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性（ambivalent und relativ），嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」（verfassungswidrige Normenrelation）（註三十九）。

學者黃昭元也指出，平等與否應該是一種「比較性」或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組（群）人民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人民間的關係。亦即「兩組關係的比較思考」與「一組關係的對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內涵或具體案例的討論，似乎沒有大用（註四十）。所以，如果真要對平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且以「類型化」的操作方式，才能發展出更細

賦的審查標準（註四十一）。

學者李惠宗提出判斷法律是否違反平等原則的具體步驟，亦頗具參考價值（註四十二）：首先（一）制度目的之確定：確定有所差別待遇之制度目的何在，此等制度目的是否合憲；次則（二）事物本質要素的探求：探求「事物本質要素」何在，如何可作為差別待遇，甚或應作為差別待遇之基準，此一步驟旨在排除不合事物本質要素者，藉助平等原則所要求的「不當連結禁止」更足以體現（註四十三）；最後（三）合理差別的形成：有可以為差別對待之要素後，即可為差別對待，惟必須為「合理」的差別對待，是否合理差別往往又與比例原則競合適用。蓋此處之合理差別即有正當理由之差別，是否具正當理由，又不外乎三項標準：是否追求正當目的、是否為達成此一目的所必要、與目的之價值是否成適當之比例，正是比例原則之內涵（註四十四）。

最後，如立法者違反本身所建立之「體系正義」（Systemgerechtigkeit）時，亦足為判斷為對於平等原則之違反，所謂體系正義者，按立法者於制定法律時，在不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義

之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則（註四十五）。

實則，對於自由權侵害之案例，我國仿德國模式，發展出可謂詳盡的比例原則為審查標準，所以「平等審查是否有比例原則適用之餘地」，換言之，比例原則可否適用於平等權案例的討論，即成為我國與德國共同之課題。學者許宗力於提名大法官之前，曾撰文分析大法官解釋，嘗試建構平等審查的模式，並融入比例原則之審查標準，試圖提出得一體適用於自由權及平等權之審查標準，其審查層次更為精細分明，聲請人認為足以作為本案平等原則審查之方法，有介紹之必要（註四十六）：（一）平等審查的第一步是先判斷系爭法規範究竟有無存在差別待遇的問題，差別待遇係指對於具有「可相提並論性（Vergleichbarkeit）」的人或社會生活事實在法規範上作不相同之處理，而「可相提並論性」，乃指法規範上受到不同處理的人或社會生活事實，共同具有一個他人或其他生活事實所未具有的特徵。例如法規範對於服志願役及義務役者作不同處理，兩者共同具有一個他人所無的服兵役特徵，所以兩者可以相提並論。（二）第二步是確定差別待遇的目的，判斷其究係追求、實現「不等者不等之」的實質平等目的，或是無涉實質平等的政策目的。此處的審查在平等審查居於關鍵地位。

(三) 如係追求實質平等目的的差別待遇，則適用「合目的性審查模型」，亦即判斷差別待遇之分類手段與目的間是否有合理關聯，必要時得佐以「事物本質」與「體系正義」的觀察，而分別採取從寬或從嚴審查基準；(四) 如係追求無關實質平等的政策目的者，則適用「比例原則的審查模型」，須注意於此之前仍須先為目的合憲審查，審查所追求之政策目的是否符合憲法第二十三條所要求的四項「公益要件」之一，確定目的合憲後，即依序審查差別待遇是否有助於政策目的之達成(適合原則)、是否除此以外，已別無他法之不得已手段(必要原則)、所追求公益的分量是否超越因差別待遇而遭犧牲的平等法益(狹義比例原則)。

本件具體個案屬自由權遭侵害之法律，比較稅捐稽徵法第四十一條之納稅義務人美健公司，及第四十七條之公司負責人即本案被告邱坤豐。第四十一條的處罰對象為以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐之納稅義務人，第四十七條則係針為無法以自己為意思表示，必須藉由代表或代理人代其對外為意思表示的納稅義務人，即公司、法人或非法人團體。因為此種納稅義務人之性質特別，故當其有逃漏稅捐之情事發生時，該條以轉嫁代罰之方式處罰該法人或非法人團體所屬之自然人。蓋法人不可能自己為逃漏稅，立法政策上轉而處罰代表該

法人或非法人團體的負責人，畢竟負責人對於其所負責之法人或非法人團體是否有逃漏稅的情形應最清楚，實務上亦為最有動機及最有可能上下其手之人。足認兩條所欲處罰之對象皆為納稅義務人之本質，欲保障的社會法益也相同，二者有「可相提並論性」無疑。然而稅捐稽徵法第四十一條除徒刑外，尚有拘役及罰金刑之選擇，第四十七條以最狹義之文義及經由兩判例之限制解釋，僅適用徒刑規定，造成「差別待遇」，而此處的差別待遇難認係為達成實質平等的地位而設，至少對於事物本質均相同的實質納稅義務人而言，立法者難以說明其中差別待遇的合理性所在，更別說依立法過程的歷史解釋觀之，立法者從無以差別待遇之想法，毋寧係立法者的主觀意思與表現於立法文字及司法解釋的結果產生的落差。此外，祇得處以有期徒刑的解釋也限制法官於不同情節個案，所得選擇不同刑罰效果的差別待遇（例如本案認為處以拘役刑已足），而有違平等原則。

此外，此處產生的差別待遇如無關實質平等的政策目的，則另以比例原則審查。即令認為稅捐稽徵法第四十七條之公益目的在於該條所處罰之類型皆為公司、法人或非法人團體，一般以為所涉及的逃漏稅金額或影響的社會、經濟層面較廣，而在法律效果採取較重的

徒刑手段，其手段有助於其目的之達成，自不待言。惟就手段的必要性而言，殊不論實務界未意識到，得否對於納稅義務人之公司及公司負責人分別處以罰金及徒刑，是否容許及有無違反一行為二罰的疑義，惟實務運作對於公司等法人或非法人團體的納稅義務人案例，多係選擇依第四十七條起訴負責之自然人，而未對公司等法人或非法人團體處以罰金刑，實質上運作形同架空拘役及罰金刑，實則如修法大幅提高罰金的比例，對公司等法人處以高額罰金，不僅較契合本法處罰納稅義務人之立法目的，且同樣可以達到嚇阻及預防逃漏稅捐行為之發生，相較處以自由刑之效果，顯然侵害程度較小，更遑論法定刑仍許處以得易科罰金之有期徒刑，而易科罰金之數額又極其有限情形下，效果未必較佳。此外，處罰條文未區分逃漏稅捐之情節、金額重大與否，即一律對自然人處以徒刑，無異剝奪法官針對個案差異性，有選擇拘役，甚或罰金之可能性（例如系爭本案被告已捐出五十萬元，本院認拘役刑為妥適之情），這種不論以判例增加法律所無之限制，限制甚或剝奪法官量刑的空間；抑或違背立法原意，阻絕法官解釋法律或類推適用空間的判例，均與欲達成的稅捐正義之公益，有輕重失衡之情，而有違比例原則。

肆、結論

聲請人基於上述合理確信之理由，認為稅捐稽徵法第四十七條，因為與最高法院六十九年台上字第三〇六八號、七十三年台上字第五〇三八號兩則判例有重大關聯性，後者造成法律無從有合憲解釋空間，除該兩則判例顯已增加法律所無且不利於人民之限制外，亦同時且致系爭法律已有違憲法第七條、第二十三條的平等原則及比例原則意旨，爰請鈞院於程序上允許法官針對判例聲請釋憲，以鬆綁法官—尤其刑事庭法官—受制於不當判例的壓力，進而影響依據法律獨立審判的憲法原則，實體上宣告系爭法條及（或）兩判例違憲，並不再援用。

伍、關係文件名稱及件數

附件一：最高法院關於稅捐稽徵法第四十七條為轉嫁罰（代罰）性質諸判決。

附件二：臺灣高等法院 95 年 2 月 8 日院信人一字第 0950000849 號函轉司法院秘書長 95 年 1 月 26 日秘台人三字第 0950002433 號函，暨其附件：「司法院 94 年 7 月至 12 月法官候補、試署書類審察委員會建請司法院通函各法院法官注意改善事項」。

附件三：94 年法官辦案書類第 10 次審查會決議候補編號 1155 號（臺灣桃園地方法院法官錢建榮）書類審查評語書類不及格評語。

附件四：針對書類不及格評語第五點及第六之（二）點之具體答辯。

附件五：公務員保障暨培訓委員會再申訴決議書及不同意見書。

附件六：臺灣桃園地方法院九十五年度簡字第一一六號
裁定（停止審理裁定）。

附件七：立法院公報，第六十五卷，第七十九期，第八
十四頁以下（立法院審議稅捐稽徵法第四十一
條至第四十七條之院會紀錄）。

註一：本條於九十八年五月二十七日修正公布，另增訂第二
項「前項規定之人與實際負責業務之人不同時，以實
際負責業務之人為準」，原條文移為第一項，其構成要
件不變，僅將「左列」修正為「下列」而已。以下如
未特別指明，均指修正前本條。

註二：69 年台上字第 3068 號判例：

「公司與公司負責人在法律上並非同一人格主體，依
稅捐稽徵法第四十七條第一款規定，納稅義務人係公
司組織而應受處罰者，僅以關於納稅義務人應處徒刑
之規定，轉嫁處罰公司負責人，原判決引用上述轉嫁
罰之法條，逕對為公司負責人之被告判處拘役五十
日，殊難謂合。」

註三：73 年台上字第 5038 號判例：

「稅捐稽徵法第四十七條第一款曾就公司負責人犯
同法第四十一條以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐
罪者，設有特別規定，並以應處徒刑為限，始有其適
用，因而同法第四十一條所定之拘役及罰金刑，對公
司負責人，即無適用之餘地。故主管院核定自七十二
年九月一日依修正之戡亂時期罰金罰鍰提高標準條
例就稅捐稽徵法有關罰金金額提高為十倍，對於公
司負責人自亦不生比較新舊法之問題。」

註四：參見最高法院 95 年度台上字第 741 號、93 年度台上字第 5110 號、93 年度台上字第 262 號、92 年度台上字第 4025 號、91 年度台上字第 2093 號、89 年度台上字第 5117 號、89 年度台非字第 268 號、89 年度台上字第 1642 號、87 年度台上字第 1974 號、86 年度台上字第 6316 號、86 年度台上字第 3991 號、86 年度台上字第 3201 號、86 年度台上字第 2811 號、86 年度台上字第 2570 號、86 年度台上字第 1269 號、85 年度台上字第 6065 號、84 年度台上字第 5391 號、83 年度台上字第 5415 號等判決意旨（詳如附件一）。

註五：參見吳信華，論法官聲請釋憲，載於中正大學法學集刊，第 3 期，2000 年 7 月，頁 119，於註 59 中之說明。另參見楊子慧，論具體法規審查，載於輔仁法學第 19 期，2000 年 6 月，頁 86-87。

註六：楊子慧（註五）文，頁 85-86。

註七：所以也就限於基本法生效後之法律，始得為聲請之標的，行憲前之法律，則由各級法院具有最終決定是否適用之權，但也僅限於個案中附帶的審查，其非難決定不具一般之拘束力。參見 Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, 3Aufl., Rn. 129.；另楊子慧（註五）文，頁 86。我國亦有許多行憲前之法律，包括適用最頻繁之民、刑法及民、刑訴訟法（及曾經引起是否失效爭議的現已廢止之懲治盜匪條例），大法官對於此類法律之合憲性亦似乎從未質疑，而均加以審查。關於行憲前法律應如何於

有效適用於行憲後之時空之探討，可參見吳信華（註五文），頁 114 以下。

註八：Schlaich,（註七），Rn.130.133.

註九：參見吳信華，（註五）文，頁 119，註 59 說明。

註十：所謂「行政機關頒布之規則」，是否係指行政程序法第一百五十九條以下所規定之行政規則，抑或中央法規標準法第七條所規定之職權命令，大法官似乎有意迴避此一問題，而僅使用「規則」一詞。

註十一：最高法院即採取限於法規命令始須聲請之態度：最高法院民國 82 年 5 月 25 日 82 年度第 1 次民、刑事庭總會議決議，認為司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項規定之法律或「命令」，應以法律授權訂定之法規性命令為限。

註十二：以最高法院判例選編及變更程序為例，依據「最高法院判例選編及變更實施要點」規定，可知其有濃厚的「司法行政」色彩，已凌駕於「審判個案」之意義：（一）最高法院判例變更程序 1 法律依據法院組織法第 57 條第 1 項：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認有編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事總會議決議後，報請司法院備查」。2 選編程序依據民國七十九年六月十二日修正公布之「最高法院判例選編及變更實施要點」（以下簡稱本要點）之規定。（1）初審前程序：彙編判例初稿資料（本要點第 2 至 4 則）民、刑庭各庭庭長或法官五人精選裁判。院長核可。交資料科刊登司法院

公報。資料科彙編作為判例初稿資料。(2) 初審程序：審查小組提出審查報告(本要點第5則)資料科將積聚相當數量之判例初稿資料，報請院長交付審查。院長選定庭長、法官若干人組成審查小組決定取捨。經審查小組選為判例初稿，得就文字修正。審查小組提出審查報告，敘明理由，送請院長核閱。

(3) 複審程序：(本要點第5、6則)院長核閱後，分別召開民事庭會議、刑事庭會議，或民、刑事庭總會議複審之。判例複審會議，由院長為主席。複審會議須由庭長、法官三分之二以上出席，出席人以記名投票過半數之同意決議之。可否同數時，取決於主席。

(4) 備查及公告：(本要點第9則)選編之判例，應報請司法院備查，並由最高法院公告之。

(二) 最高法院判例變更程序 1 法律依據法院組織法第57條第2項：「最高法院審理案件，關於法律上之見解，認有變更判例之必要時，適用前項規定」。2 變更程序依據民國79年6月12日修正公布之「最高法院判例選編及變更實施要點」(以下簡稱判例要點)，及80年7月20日修正公布之「最高法院民、刑事庭會議及民、刑事庭總會議議事要點」(以下簡稱議事要點)第9則之規定。(1) 初審前程序：先行程序及變更提案(議事要點第9則、判例要點第8則)先行程序：先由最高法院民、刑事庭會議進行討論議事要點第九則規定：遇有與以往判例見解不同，但為新法令精神或國家社會現況所需要，得採為新見解，俾作為變更判例之先行程

序。此類案件，應依其性質，分別由民、刑事庭會議進行討論。並適用最高法院判例選編及變更實施要點第 8 則之規定。認有變更判例必要之庭，敘明與判例不同之法律見解，擬具變更判例提案，送請院長核閱。(2) 初審程序：審查小組提出審查報告（判例要點第 8 則準用第 5 則）院長選定庭長、法官若干人組成審查小組決定。審查小組決定變更判例初稿，得就文字修正。審查小組提出審查報告，敘明理由，送請院長核閱。(3) 複審程序：(判例要點第 8 則準用第 5、6 則) 院長核閱後，分別召開民事庭會議、刑事庭會議，或民、刑事庭總會議複審之。判例複審會議，由院長為主席。複審會議須由應出席之總額，記名投票過半數之同意決議之。可否同數時，取決於主席。(4) 備查及公告：(判例要點第 9 則) 變更之判例，應報請司法院備查，並由最高法院公告之。

註十三：以判例解釋違背判例即等於違背法令或法規，是否有循環論證的邏輯謬誤，且自創法律效力，始終備受爭議。

註十四：詳請見臺灣桃園地方法院 93 年度訴字第 2118 號刑事判決。

註十五：參見大法官第 1243 次會議（93 年 5 月 7 日），其中第 3 案係臺灣新竹地方法院法官聲請判例違憲，大法官除以「尚難認其有客觀上形成確信法律違憲之具體理由」為由不受理外，另附帶提及判例並非釋字第 371 號解釋中法官得聲請解釋之對象。

- 註十六：吳信華，法官聲請「判例」違憲，月旦法學教室第 87 期，2010 年 1 月，第 1 頁以下。
- 註十七：楊子慧，法官聲請判例違憲解釋，月旦法學教室第 52 期，2007 年 2 月，第 8 頁以下。
- 註十八：另可見釋字第 558 號解釋的聲請人，臺灣高等法院刑事第四庭的聲請書，其聲請書末另有庭長蔡永昌法官所附註其不同意釋憲之「不同意見書」，亦足窺見法官面對法律「照單全收」的態度：「一、按人民入出境，各國咸有適度管制，為確保國家安全，維護社會安定，制定國家安全法；二、法官依據法律獨立審判，不得拒絕適用現行有效法律，自無牴觸憲法第 10 條之疑義」。
- 註十九：值得一提者，最高法院於 98 年 10 月出版「最高法院判例全文彙編」全七冊，除收錄自民國 39 年至 94 年的「判例要旨」外，並附有每則判例僅係「判決地位」時的「裁判書全文」，有別於以往僅有判例要旨，沒有具體事實的各彙編書籍。聲請人以為，這顯然是時任及現任最高法院院長楊仁壽，為了貫徹其於釋字第 576 號解釋協同意見書的呼籲，所採取的司法行政作為，令人激賞。可惜的是，該套書籍出刊時，並未列為各級法院法官公務上用書，法官必須自費購買該等書籍，1 套是 1200 元。以桃園地院為例，願自費購買的法官屈指可數，這樣的購買意願，也突顯出法官仍無意配合具體案例事實適用判例的心態。
- 註二十：由司法院一手主導，立法院於日前公布，於 101 年

5月19日生效的刑事妥速審判法第9條即將「判決違背判例」列為上訴第三審的特別事由，並排除刑事訴訟法所定的法定上訴事由可知（第9條：「（第一項）除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：一、判決所適用之法令抵觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例。（第二項）刑事訴訟法第三百七十七條至第三百七十九條、第三百九十三條第一款規定，於前項案件之審理，不適用之」）。

註二十一：法院庭長、法官、委員遴選要點第四點第一項：「最高法院、最高行政法院法官、庭長；公務員懲戒委員會委員之遴選：（一）最高法院、最高行政法院法官（含調最高法院、最高行政法院辦理審判業務法官）之遴選：由司法院將符合任用資格之法官，參酌司法官訓練所結業期別，並參考遷調志願，按其最近五年辦理民事、刑事事務（採辦案期間較長者為準）、行政訴訟事務分別造具名冊（格式如附件三），逕送最高法院或最高行政法院院長，各該法院院長應徵詢所屬相關人員意見，擇品德、學識、工作、才能優良者，敘明理由，負責推薦，其人數各以不逾冊列人數四分之一為限。司法院除依前項推薦名單外，並得就符合任用資格而未獲推薦之人員中，擇品德、學識、工作、才能優良者，參酌年資、期別等項，擬具與擬補職缺同額之遷調人員建議名單，由司法院院長提請司法院人事審議委員會審議。

註二十二：2008年7月的人事審議委員會，司法院共提名12位2審法官調任最高法院辦事，其中呂太郎、魏大曉及林勤純因事前未獲最高法院民、刑庭長背書通過，三人均遭封殺。參見2008年7月3日中國時報。迄今呂太郎法官雖然每年志願最高法院法官，因為最高法院庭長們不願同意，司法院也不敢提出於人審會審議。

註二十三：聲請人11年前於司訓所受訓時，聆聽最高法院法官之講座之言。且另於某公開研討會場合，聽聞某已退休之資深大法官，講述其在最高法院時期的裁判，如何獲選為判例的經驗，以及其至今所保持的最多則判例的法官的光榮史。

註二十四：「候補試署法官辦理事務及服務成績考查辦法」第17條：「(第一項)司法院為審查候補、試署法官裁判或相關書類，聘請現任或曾任最高法院庭長、法官、高等法院庭長，或富有法學素養及審判經驗者，組成審查委員會，並指定其中一人為召集人。(第二項)審查書類時，得由司法院先指定委員三人初步審查，評定分數(以平均七十分為及格)，加具評語，如審查委員三人中一人評定之分數未滿七十分，且高低分相差十五分以上，得再指定委員一人參加初步審查及評定分數，經委員會以二分之一以上委員出席，出席委員二分之一以上同意，將審查結果提司法院人事審議委員會審議。(第三項)司法院為應業務需要，得分別召開民事、刑事類裁判或相關書類審查委員

會，其審查程序適用前項規定」。

註二十五：至於評語第一之（二）點針對臺灣桃園地方法院 91 年度訴字第 409 號判決，更是指責聲請人認為廢止前懲治盜匪條例早已於「34 年 4 月 8 日起即失效」的見解，是「不尊重大法官會議解釋（釋字第二六三號）」及「最高法院判例（53 年台上字第 983 號、63 年台上字第 2629 號、78 年台上字第 1488 號、78 年台非字第 107 號）」，「任憑一己之見」，致適用法則錯誤，「辦案心態可議，實非法官應有之態度」。其用語更是「罕見的強烈」，足見最高法院法官身分的書類審查委員，對於候補法官不適用其等判例或判決見解，如何深惡痛絕。至於聲請人不採最高法院見解的理由，均詳述於臺灣桃園地方法院 91 年度訴字第 409 號判決理由中。

註二十六：這是聲請人在 2009 年 10 月 20 日於自由時報投書「啟動扁案分案真相調查—釋字第六六五號解釋後的首要要務」，其中一句感慨，該段內容說明法官的「人身獨立性」如何脆弱：「然而審判獨立的實情通常是，人身獨立性決定了事物獨立性的高度。當司法院透過裁判書類的審查及所屬長官的考核，掌握法官的「生殺大權」時，所謂的依據法律獨立審判，難免成為依據上級法院的裁判及「判例」審判，法官不得不在乎所屬庭長、院長的態度，因為審查法官裁判書類的組成委員很單純，就是最高法院的法官或高等法院的庭長，

而決定候補或試署法官是否及格時，另須參考其所屬庭長、院長的考核評價，實務上也的確發生因為法官的裁判不依據判例、批評判例，或不使用最高法院實務所習稱之裁判用語，以及因為所屬庭長對於法官的負面評價，而成為不及格法官的實例。所以在司法體系內，討論再多的法律見解或論證，還不如拿出判例怎麼說來得有說服力，不免形成「判例」效力高於法律的特有文化，而案件評議時，身兼庭長（審判長）法官的意見，也可能因為上述考核制度的影響而未必票票等值。實任法官也好不到哪裏去，不論派任庭長或升遷至上級法院，有無院長的垂愛更是重要的因素」。

註二十七：不可諱言，本案為 95 年間之案件，所以拖至現在始聲請，正是因為聲請人以挑戰判例為由遭評定為不及格候補法官，不僅是書類審查意見的明示，甚至聲請人被私下告知，不得再批評挑戰判例，否則書類仍會評定為不及格。為「顧全大局」，祇能「忍辱」至書類審查及格，成為「金鋼不壞之身」的真正受憲法獨立審判原則保障的實任法官後，始能遞出本件聲請書。於此期間聲請人還要承受本件為遲延案件的管考上不利益，其內心壓力可想而知。

註二十八：參見 Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, 3Auf1., Rn. 138.

註二十九：Schlaich, aaO., Rn. 132.

- 註三十：吳信華，(註五)文，頁128。
- 註三十一：吳信華，(註十六)，頁2。
- 註三十二：實則早在民國65年度臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會，即稅捐稽徵法通過該年度即有此一爭議問題。參見該年度法律座談會刑事類臨字第2號提案，當時的結論就能及時窺見立法理由及立法過程，而認為「似非限於科處有期徒刑，始有其適用」。
- 註三十三：很顯然的，看見「徒刑」二字會想到刑法的主刑種類，又是法官的「制式專業」反應。
- 註三十四：實則以有期徒刑最短2個月與拘役刑最長59日相比，差距甚微，加上刑法第41條屢次修法放寬得易科罰金有期徒刑之範圍(6個月)，使得拘役刑究有無存在必要值得深思，95年7月1日刑法總則大幅修改，此議題於修法過程中也引發討論。
- 註三十五：詳見立法院公報，第65卷，第79期，頁84以下。
- 註三十六：我憲法第5條規定：「中華民國各民族一律平等」，第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第10條規定，國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第153條、第155條與第156條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於平等原則之重視。

- 註三十七：翁岳生大法官於釋字第四五五號解釋提出之協同意見書中明言。
- 註三十八：吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月，頁182。
- 註三十九：參見翁岳生大法官於釋字第四五五號解釋提出之協同意見書。另參見李建良，論法規之司法審查與違憲宣告—德國聯邦憲法法院裁判之分析，收錄於氏著，憲法理論與實踐（一），1999年7月，頁433（461）。
- 註四十：黃昭元，國軍老舊眷村改建條例的合憲性—司法院釋字第四八五號解釋評析，臺灣本土法學雜誌，6期，2000年1月，頁25。
- 註四十一：黃昭元進一步說明此基礎公式有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以為，此種思維顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。關於美國實務及學說之介紹，請參見法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收錄於：法治國家與表意自由，憲法專論（三），2003年5月，頁211以下。
- 註四十二：參見李惠宗，憲法要義，2002年10月，元照，初版，頁134以下；同作者，憲法工作權保障之系譜，收錄於氏著，權力分立與基本權保障，1999

年 3 月，頁 366 以下。

註四十三：明顯違反不當連結禁止之例子，未經考試及格任用之學校職員與經考試及格任用之學校職員，立法者使具相同之地位及保障，即有違平等原則。釋字第四〇五號解釋文對此有詳細的說明：憲法第 85 條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。學校職員之任用資格，自應經學校行政人員考試或經高等、普通考試相當類科考試及格。中華民國 79 年 12 月 19 日修正公布之教育人員任用條例第 21 條所稱「適用各該原有關法令」，並不能使未經考試及格者取得與考試及格者相同之公務人員任用資格，故僅能繼續在原學校任職，亦經本院釋字第二七八號解釋在案。83 年 7 月 1 日修正公布之教育人員任用條例第 21 條第 2 項中，關於「並得在各學校間調任」之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，與憲法第 85 條、第 7 條及前開解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

註四十四：吳庚，(註三十八)書，頁 189。

註四十五：關於體系正義作為平等原則之具體判斷方式，可參見李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別待遇之基準，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1988 年 6 月，頁 98-102。翁岳生大法官亦將此作為具體判斷標準，同參見釋字第四五五號解

釋協同意見書。

註四十六：以下僅簡略介紹結論，詳細論證請參見許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，發表於中央研究院主辦，「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，1999年3月20日，論文34頁以下。具體案例之操作，可參見許宗力大法官於釋字第568號解釋所提出之協同意見書。

此 致

司 法 院

聲 請 人：臺灣桃園地方法院刑事第六庭

法 官：錢建榮

中 華 民 國 9 9 年 8 月 2 5 日

(本件聲請書附件略)