

釋字第六八七號解釋部分不同意見書

大法官 李震山

針對本件解釋以「判例與法律尚有不同，非屬法官得聲請解釋之客體」為由，作成不受理法官聲請解釋最高法院六十九年台上字第三 六八號與七十三年台上字第五 三八號兩則判例（下併稱系爭判例）之結論，本席不表贊同，爰提部分不同意見書。

壹、多數意見於程序上不許法官就系爭判例聲請解釋，然系爭判例已因本件解釋結果而實質上違憲

系爭判例是針對適用稅捐稽徵法第四十七條第一款（中華民國六十五年七月二十二日制定公布，即九十八年五月二十七日修法後之第一項規定）之爭議，為統一法律上之見解所作成。而法院於原因案件之裁判上所應適用之該規定，內容為：「本法關於納稅義務人 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。」（下稱系爭規定）。系爭規定爭議之焦點在於，針對公司負責人「應處徒刑」之規定，究應僅限於有期徒刑，或者尚包括拘役及罰金在內。就此，前揭六十九年判例指出：「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。」另七十三年判例認為：「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。」質言之，「應處徒刑」之規定，就法定刑部分只能處有期徒刑，法官別無選擇。

本件解釋明白否定系爭判例之見解，認為系爭規定「應處徒刑之規定」部分，限於處五年以下有期徒刑，「係無正當理由以設定較為嚴厲之法定刑為差別待遇，有違憲法第七條之平等原則」。本件解釋雖在程序上不許法官就系爭判例聲請釋憲，實質上卻又宣告系爭判例違反平等原則而違憲，顯得突兀。之所以如此，除多數意見對攷判例之鋒有所顧忌外，更主要的原因是囿於本院釋字第三七一號解釋，因認為其已將法官聲請釋憲之客體，明白地限於立法院通過總統公布之形式意義的法律，而將判例排除在外，以致本件解釋宣告系爭判例所繫屬之系爭規定違憲，卻不能一併宣告系爭判例違憲。

事實上，闡釋系爭規定之系爭判例與原因案件判決及其所應適用之系爭規定間，顯然具有「重要關聯性」，並非不得以之作為受理解釋之理由。人民針對法令聲請解釋憲法，本院以「重要關聯性」併予審查相關判例作成解釋，畢其功於一役者，所在多有。可惜「併予解釋」的看法未為多數意見所採，本件解釋宣告系爭規定違憲而餘留系爭判例，系爭判例之效力在未廢止或停止適用前，形式上仍然有效，因此所產生之時間落差及可能衍生之弊病，絕非法官對判例一律不得聲請解釋一語可代。問題癥結之所在，是釋字第三七一號解釋受制於我國判例制度所產生的侷限性。

貳、針對法官何以僅得就法律聲請釋憲，釋字第三七一號解釋幾乎未備理由

釋字第三七一號解釋係以司法院大法官審理案件法第五條第二項之規定（八十二年二月三日修正公布）為審理對象，該規定為：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確定其有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」該號解釋之重點有二：一、將僅得由最高法院或改制前行政法院兩終審法院方得作為聲請大法官解釋主體之規定，以「憲法之效力既高於法律，所有法官皆有優先遵守憲法之義務」為由，擴充及於「各級法院法官」，並宣告與解釋意旨不符之規定，應停止適用，確實值得喝彩。二、但較遺憾的是，該號解釋卻將該規定中之釋憲客體，從「所適用之法律或命令」限縮為「適用之法律」，一筆排除「命令」，以致「相當於命令之判例」（釋字第一五四號解釋用語）亦同遭剔除。但為何將法官聲請解釋憲法之客體，由原來立法者所設定之「法律或命令」，變更為「法律」，該號解釋惜墨如金，未置一詞。惟此種改變非同小可，諒必非想當然爾神來之舉，理應經慎重考量才是，只好再費一番周章探求其真義如次。

從釋字第三七一號解釋理由書第一段中勉強找到如下蛛絲馬跡：「採用成文憲法之現代法治國家，基於權力分立之憲政原理，莫不建立法令違憲審查制度。各國情況不同，其制度之設計及運作，雖難期一致，惟目的皆在保障憲法在規範層級中之最高性，並維護法官獨立行使職權，俾其於審判之際僅服從憲法及法

律，不受任何干涉。我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近。」再據相關文獻合理的推斷，該號解釋之意旨應是師法德國基本法第一百條第一項之規定：¹「法院如認為某一法律 (ein Gesetz) 違憲，而該法律之效力與其審判有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院審判之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院審判之。各邦法律違反本基本法或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。」足見德國聯邦憲法法院或邦憲法法院受理法官提請審議 (Richtervorlage) 所謂「具體法規審查」 (konkrete Normenkontrolle) 之憲法訴訟類型，皆僅以法律為審查標的。²但德國違憲審查制度中有所謂「裁判憲法訴願」制度，即聯邦憲法法院得於該類型憲法訴訟中審查其他法院之判決及其所表示見解，其審查範圍已不限於法律，且德國並無如我國之判例制度，並不會產生如本件解釋前述之問題。³因此，該國將法官提起憲法訴訟限於「法律牴觸憲法」範圍內，是可以理解。而在兩國司法狀況及違憲審查制度尚有諸多不同情形下，釋字第三七一號解釋

¹ 翁岳生大法官指出釋字第 371 號解釋係以司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項為審查標的，「而完全實現法官具體規範審查制度 (參照德國基本法第 100 條) 的理念」。見氏著，*憲法之維護者 - 省思與期許*，收於廖福特主編，《*憲法解釋之理論與實務* 第 6 輯》，中央研究院法律學研究所籌備處，98 年，頁 98-99。吳庚大法官指出：「釋字第三七一號解釋認為只有上述終審法院法官可以發動違憲審查，顯與憲法規定一般法官均獨立審判的意旨不符，遂仿德國之制，擴大解釋各級法院法官都可以法律違憲為由聲請解釋。」另指出：「釋字第三七一號解釋只限於法律違憲，命令違憲法官得逕行拒絕適用，不須聲請解釋，審理案件法第五條第二項，將命令也包括在內，是指欲使違憲命令完全失效而言，而非單純拒絕適用。」惟後段並未說明仿倣何國制度。見氏著，《*憲法的解釋與適用*》，93 年 3 版，頁 376-77。許宗力大法官指出：「事實上，釋字第 371 號解釋乃是仿德國聯邦憲法法院的具體法規審查制度，經由司法造法而創設出法官聲請釋憲的程序類型，其所型塑的程序要件也因此基本上可說是抄襲德國制度而來。」見氏著，*司法權的運作與憲法 - 法官作為憲法之維護者*，收於葉俊榮主編，《*法治的開拓與傳承 - 翁岳生教授的公法世界*》，元照，98 年，頁 50。

² 法官提起「具體規範審查」之要件，在聯邦層次上係規定在聯邦憲法法院法第 80 條：「具備基本法第一百條第一項規定之要件時，法院應直接請求聯邦憲法法院裁判。(第 1 項) 理由必須敘明，即法院之裁判在何種程度內取決於這些法律規定之效力，以及這些法律與何種上級法律規範牴觸。卷宗應同時附具。(第 2 項) 法院的聲請，與訴訟當事人對該法規之無效的指責無關。(第 3 項)」相關之介述，請參考楊子慧，*論具體法規審查*，《*輔仁法學*》，第 19 期，89 年 6 月，頁 67-123。同作者，*再論具體法規審查*，《*憲法訴訟*》，元照，97 年，頁 152-56、201-09。

³ 吳信華，*法官聲請「判例」違憲*，《*月旦法學教室*》，第 87 期，99 年 1 月，頁 7。另請參考同氏著，*論法官聲請釋憲*，收錄於《*憲法訴訟專題研究 (一) - 「訴訟類型」*》，元照，98 年，頁 122-23。

驟然且未附理由的將相當於命令之判例，隨同命令一概排除在法官聲請釋憲範圍之外，就承襲德國法的立場言，恐遭囫圇吞棗之譏。不准法官聲請判例違憲，是否有足夠正當性，令人起疑。

此外，司法院大法官自作成釋字第一五三號解釋（六十七年七月七日）以判例為審查對象起，至今由人民以確定終局裁判適用判例違憲為理由而聲請釋憲所作成的解釋，早已不下於五十幾號。而其中經聲請釋憲被宣告違憲之判例並非少見，⁴顯見判例不是鐵則，其須有隨時接受內在與外在檢驗的暢通管道。重點是，人民聲請判例違憲，仍須「窮盡救濟途徑」。若容許法官亦得聲請，於訴訟程序進行中即可啟動釋憲程序，不必等到確定終局裁判。且如經大法官解釋，判例究為合憲或違憲，可告確定，不會僅因是聲請人在個案中拒絕適用，以致可能形成與他案之間的歧異，而判例如果確實違憲，情形亦可獲得導正。兩相比較，允許法官就判例聲請解釋憲法，應較能保障當事人之基本權利，並維護憲政秩序。再者，人民就判例之合憲性可向本院聲請解釋，司法院大法官與其他法院體系在合憲性控制的基本分工已行之有年，允許法官聲請，其僅僅是擔任釋憲程序之發動者，大法官審查判例之本質仍然相同，並不當然引起分工間之緊張與疑慮。

⁴ 信手捻來幾例耳熟能詳者，如破除特別權力關係首件解釋之釋字第 187 號解釋，認行政法院 50 年判字第 98 號判例以軍事人員向國防部報請核計軍籍年資不得提起訴願之部分，應不再援用。就學生司法救濟權利之釋字第 382 號解釋，認行政法院 41 年判字第 6 號判例以學生就轉學處分不得提起訴願之部分，應不予援用。就教師升等之釋字第 462 號解釋，認行政法院 51 年判字第 398 號判例以公務員受懲戒處分不得提起訴願之部分，應不再適用。不惟特別權力關係之爭訟權利，就公務員怠於執行職務所生國家賠償責任之釋字第 469 號解釋，認最高法院 72 年台上字第 704 號判例以須人民對公務員具有請求權始得請求之部分，應不予援用。就對配偶不得自訴之效力之釋字第 569 號解釋，認最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例以包括與配偶共犯告訴乃論罪之人，應不再援用。上開本院解釋均為人民聲請解釋憲法，並為本院宣告判例違憲者；而所稱「不予援用」，係指解釋公布後所發生之法律關係，未及於解釋公布前所發生之法律關係，符合法上之無效僅向將來失效之原則，並無礙判例違憲之本質。

綜上，不准許法官聲請判例違憲理由，大概是判例具有統一法令上見解，從而促使法院審判相類似案件時之公平性功能，且由上而下選編之判例，基於審級制度，對於下級法院所生事實上之拘束力，形成法安定性。但當法官於審判時有確信判例違憲之際，該等理由是否經得起憲法審判獨立原則之檢驗，就值得探討。

參、一律不許法官聲請判例違憲有違審判獨立原則

憲法第八十條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」其所揭示之審判獨立原則，主要植基於審判之自主性，司法及審判制度的設計上即應積極予以保障，排除可能涉及審判的他治與他律情況。至於審判者依據憲法與法律在自治與自律前提下所產生的確信，幾乎等同於所謂的良知。而良知可被理解為自願堅守某種直接、明顯、鄭重、合乎道德善之「當為」(Sollen)需求，並以之為誠命所形成自我約束的一種精神狀態。⁵強制他人違背、改變或放棄良知去作為或不作為，幾乎是欠缺法律上及道德上的正當性基礎。若對法官審判時所生的確信或良知為不合理之干涉，必侵害其審判自主性，自與審判獨立原則有違。

或有論者以為，判例並無法律拘束力，當法官於審判時，確信所適用之判例違憲，法官自得依據憲法與法律表示適當不同見解，不受判例拘束。此種見解，於法官面對審判體系外之行政命令時，或可期待，於面對審判體系內之司法判例時，恐有疑問。因為法官若忠於良知，判決不論係積極衝撞或迂迴不適用判例，

⁵ Vgl. BVerfGE 12, 45, 54f. (Situationsbedingte Kriegsdienstverweigerung)

只要違背現行有效之判例，等同適用法規顯有錯誤，構成判決違法之上訴或再審事由，⁶後果不難逆料。若再聯結司法人事行政上對法官辦案成績之考核，往往會考量當事人的折服率或上訴的維持率等與裁判結果有關之因素，當會影響法官的考績與陞遷。更有甚者，如果法官身分會因該等審判之結果而受影響，即違反所謂法官身分上獨立之意旨。更重要的是，此種以審判外方式編選之司法見解所造成之「干涉」，不論是形成嚴重壓縮法官審判之自主空間，或者可能導致法官放棄確信而曲從判例，或使法官陷於良知困境（Gewissensnot），⁷或奉判例為圭臬且優先適用於法律及憲法等，皆促使「法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權」（釋字第五三號解釋用語）之意旨難以落實，顯已違背「審判獨立」之原則。無怪乎早有大法官已表示諤諤之見，從根本上去質疑判例制度，認為「判例之拘束力已超越個案基礎事實，而具備類似抽象法規之性格」，「係一由上而下之法律見解控制體制，而為變相的司法造法，有違反權力分立與審判獨立之憲法原則。」⁸本意見書從之。

肆、釋字第三七一號解釋就判例部分應予以變更 - 代結語

法官於審判時確信判例違憲，在執著遵守憲法義務而產生重大良知困境，是法官不可承受之重，若能於該種情形下，並符合釋字第三七一號、五七二號及五九號解釋所設其他要件時，允許法官向大法官聲請解釋，並不必然違背釋憲制度之本旨，至少

⁶ 最高法院 60 年台再字第 170 號判例及行政法院 62 年判字第 610 號判例參照。此種以「判例」去解釋法律所規定之「適用法規顯有錯誤」，進而支持強化「判例」效力的造法，是強烈反應出認同形式上司法倫理或官僚層級體制的既有制度。

⁷ Vgl. BVerfGE 12, 45, 54f. (Situationsbedingte Kriegsdienstverweigerung)

⁸ 林子儀、許宗力、楊仁壽大法官釋字第 576 號解釋協同意見書。

可緩解判例制度與審判獨立原則間的緊張關係。早在八十四年一月二十日作成之釋字第三七一號解釋，在重視保障人民權利及審判獨立原則的今日，其不許法官聲請判例違憲之部分，確已到可以變更的時候。本件聲請解釋之主旨，雖非針對釋字第三七一號解釋，但多數意見未能把握易轍良機，仍然持固舊見解，讓判例可繼續庇蔭於法院審判體系之下，不允許法官對之聲請解釋，使得審判獨立原則繼續蒙塵，並無助於人權保障及憲政秩序之維護，誠然相當可惜。