

憲法法庭111年判決彙編  
暨重要裁定選編（I）

司 法 院 印 行  
中 華 民 國 一 一 二 年 十 月



# 憲法法庭 111 年判決彙編及重要裁定選編 (I)

## 目 次

### 憲法法庭 111 年判決彙編

#### 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決

##### 【肇事駕駛人受強制抽血檢測酒精濃度案】

道路交通條例第 35 條第 5 項關於酒測之規定，違憲，2 年內  
修正

主文	1
理由	2
協同意見書 林俊益大法官 提出	14
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	27
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	34
不同意見書 吳陳鐸大法官 提出 蔡烱燉大法官、蔡明誠大 法官 加入	50
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、吳陳鐸大法官 加入	56

#### 憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決

##### 【強制道歉案 (二)】

法院命加害人公開道歉，違憲，釋 656 應予變更

主文	67
理由	68
協同意見書 許志雄大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	75

部分不同意見書 詹森林大法官 提出 黃瑞明大法官 加入壹及參部分	84
不同意見書 蔡明誠大法官 提出 吳陳鑾大法官 加入	97
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	105

## 憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決

### 【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】

刑訴抗告權人應準用上訴權人規定，辯護人得為被告利益抗告 主文	115
理由	115
協同意見書 林俊益大法官 提出 詹森林大法官 加入	121
協同意見書 黃瑞明大法官 提出 謝銘洋大法官 加入	136
協同意見書 呂太郎大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	142
協同意見書 楊惠欽大法官 提出	156
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出 張瓊文大法官 加入	166
不同意見書 吳陳鑾大法官 提出	167

## 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決

### 【原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分案】

父母僅一方為原民者，子女取得原民身分須附加姓名要求， 違憲 主文	175
理由	176
協同意見書 黃虹霞大法官 提出 蔡明誠大法官 加入	189
協同意見書 許志雄大法官 提出 詹森林大法官 加入	196
協同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	200
協同意見書 黃昭元大法官 提出 許宗力大法官 加入、謝 銘洋大法官 加入、楊惠欽大法官 加入一至四部分	210

不同意見書	呂太郎大法官	提出	·····	222
不同意見書	蔡宗珍大法官	提出	吳陳鐸大法官 加入、林俊益大法官 加入、張瓊文大法官 加入	····· 234

## 憲法法庭 111 年憲判字第 5 號判決

### 【營利事業所得跨年度盈虧互抵案】

財政部 66 年營所稅跨年度盈虧互抵函，無違租稅法律主義				
主文	·····	247		
理由	·····	247		
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	····· 257
不同意見書	林俊益大法官	提出	·····	263
不同意見書	許志雄大法官	提出	林俊益大法官、張瓊文大法官、黃昭元大法官、謝銘洋大法官 加入	····· 273
不同意見書	謝銘洋大法官	提出	·····	287

## 憲法法庭 111 年憲判字第 6 號判決

### 【萊劑殘留標準之權限爭議案】

肉品安全標準訂定屬中央權限，主管機關函告自治條例無效，合憲				
主文	·····	299		
理由	·····	300		
附表	·····	319		
協同意見書	張瓊文大法官	提出	·····	323
協同意見書	詹森林大法官	提出	·····	334
部分協同部分不同意見書	黃虹霞大法官	提出	·····	339
不同意見書	蔡明誠大法官	提出	·····	345

## 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決

### 【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】

限制偵查中辯護權之行使，無救濟途徑，違憲

主文	357
理由	357
協同意見書 林俊益大法官 提出	363
協同意見書 詹森林大法官 提出 謝銘洋大法官 加入	375
部分協同部分不同意見書 黃瑞明大法官 提出	380
部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出	394
不同意見書 呂太郎大法官 提出 吳陳鐸大法官 加入貳 以外部分	400

## 憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決

### 【改定親權事件暫時處分案】

跨國父母交付未成年子女事件，應特別考慮繼續性原則、子女  
意願

主文	415
理由	415
協同意見書 黃虹霞大法官 提出 詹森林大法官 加入	434
協同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	440
協同意見書 詹森林大法官 提出	450
不同意見書 林俊益大法官、張瓊文大法官、黃昭元大法官、 楊惠欽大法官、蔡宗珍大法官 共同提出	460

## 憲法法庭 111 年憲判字第 9 號判決

### 【公務人員考績丁等免職案】

考績法許行政機關就公務員予以丁等免職之行政懲處權，合憲

主文	479
理由	479
不同意見書 黃虹霞大法官 提出	492
不同意見書 蔡明誠大法官 提出	512

## 憲法法庭 111 年憲判字第 10 號判決

### 【警消人員獎懲累積達二大過免職案】

警察人事條例獎懲互抵累積達 2 大過免職，合憲

主文	521
理由	521
不同意見書 黃虹霞大法官 提出	533
不同意見書 蔡明誠大法官 提出	538

## 附錄

憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決至第 10 號判決關係法令及 關鍵詞檢索	i
---	---

## 備註

本書收錄之憲法法庭裁判，為利讀者引註查找，於主文及理由欄右側皆標示段落碼，並與憲法法庭網站公開之裁判標示相符

# 憲法法庭 111 年判決彙編及重要裁定選編 (II)

## 目 次

### 憲法法庭 111 年判決彙編

#### 憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決

##### 【公立大學就不續聘教師之再申訴決定提起行政訴訟案】

公立大學就不續聘教師之再申訴決定得訴訟，最高行決議不  
再援用

主文	.....	1
理由	.....	1
協同意見書	黃虹霞大法官 提出	..... 9
協同意見書	林俊益大法官 提出	..... 13
協同意見書	黃瑞明大法官 提出	..... 26
不同意見書	吳陳鐸大法官 提出	..... 36
不同意見書	許志雄大法官 提出 張瓊文大法官 加入	..... 39
不同意見書	張瓊文大法官 提出	..... 47
不同意見書	謝銘洋大法官 提出	..... 56

#### 憲法法庭 111 年憲判字第 12 號判決

##### 【臺大法律學院教師評鑑案】

臺大法律學院教師評鑑細則規定，合憲

主文	.....	67
理由	.....	67
附件	.....	77
附表	.....	79



部分協同部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出	81
111 年憲裁字第 1686 號裁定	87

## 憲法法庭 111 年憲判字第 13 號判決

### 【健保資料庫案】

健保個資經去識別化供研究，合憲，個資蒐用欠缺監督等 法制，違憲	
主文	89
理由	90
部分協同、部分不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 林俊益大 法官、張瓊文大法官 加入	110
部分不同意見書 許宗力大法官 提出	124
部分不同意見書 吳陳鑾大法官 提出	127
部分不同意見書 黃昭元大法官 提出 許宗力大法官、許志 雄大法官、謝銘洋大法官、楊惠欽大法官 加入	130
部分不同意見書 謝銘洋大法官 提出	148
部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出	162

## 憲法法庭 111 年憲判字第 14 號判決

### 【農田水利會改制案】

新制定農田水利法就水利會改制之相關規定，合憲	
主文	173
理由	174
附表	200
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	201
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	206
不同意見書 蔡明誠大法官 提出 吳陳鑾大法官 加入	215

## 憲法法庭 111 年憲判字第 15 號判決

### 【農田水利用地照舊使用案】

照舊供作農田水利使用之土地，如無權源應予補償，3 年內擬定計畫

主文	229
理由	229
附表	235
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	236
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出	238

## 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決

### 【司法警察（官）採尿取證案】

刑事訴訟法 205 條之 2 關於司法警察(官)採尿取證規定，違憲

主文	239
理由	239
協同意見書 林俊益大法官 提出 吳陳鐸大法官、蔡宗珍大法官加入	248
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	264
協同意見書 呂太郎大法官 提出	275
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出 林俊益大法官 加入	283
部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出	288
部分不同意見書 蔡明誠大法官 提出	305

## 憲法法庭 111 年憲判字第 17 號判決

### 【西拉雅族原住民身分案】

既存且有歷史紀錄之其他臺灣南島語系民族，得申請核定為原住民族

主文	315
理由	316
協同意見書 許志雄大法官 提出	328
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	334
協同意見書 詹森林大法官 提出	347
協同意見書 黃昭元大法官 提出 謝銘洋大法官 加入	354
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出 林俊益大法官、張瓊文大法官 加入	375
111 年憲裁字第 1693 號裁定	381

## 憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決

### 【沒收犯罪所得規定溯及既往案】

沒收新制非刑罰，無違罪刑法定、法律不溯及既往與信賴保護	
主文	384
理由	384
附表	404
協同意見書 楊惠欽大法官 提出 黃虹霞大法官 加入	405
部分不同意見書 黃昭元大法官 提出 黃虹霞大法官 加入（第 3 至 15 段）、許志雄大法官 加入（第 3 至 15 段）、呂太郎大法官 加入、楊惠欽大法官 加入（第 3 至 15 段）	414
不同意見書 蔡明誠大法官 提出 呂太郎大法官 加入	420
不同意見書 呂太郎大法官 提出 蔡明誠大法官、黃昭元大法官 加入	430

## 憲法法庭 111 年憲判字第 19 號判決

### 【全民健保停保復保案】

全民健保法施行細則創設停保、復保制度，違反法律保留原則	
主文	457

理由	457
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	466
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	471

## 憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決

### 【請求准許發給外籍配偶居留簽證案】

最高行政法院就外配居留遭駁之救濟，未排除國人提撤銷訴訟，  
合憲

主文	475
理由	475
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	480
協同意見書 楊惠欽大法官 提出	483
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出	491
不同意見書 蔡明誠大法官 提出	497
不同意見書 詹森林大法官 提出	505
不同意見書 謝銘洋大法官 提出	510
不同意見書 呂太郎大法官 提出	518

## 重要裁定選編（實體裁定）

111 年憲裁字第 57 號	531
111 年憲暫裁字第 1 號	533

## 重要裁定選編（程序裁定）

111 年憲裁字第 217 號	537
111 年憲裁字第 218 號	541
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 蔡明誠大法官、詹森林大法官、謝大法官銘洋 加入	544
111 年憲裁字第 347 號	557
不同意見書 詹森林大法官 提出 蔡炯燉大法官、黃虹霞大法官、林俊益大法官、謝銘洋大法官 加入	560
111 年憲裁字第 1687 號	563
111 年憲裁字第 1689 號	567
111 年憲裁字第 1692 號	571
111 年憲裁字第 1695 號	573

### 附錄

憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決至第 20 號判決關係法令及 關鍵詞檢索	i
--	---

### 備註

本書收錄之憲法法庭裁判，為利讀者引註查找，於主文及理由欄右側皆標示段落碼，並與憲法法庭網站公開之裁判標示相符



## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 1 號

聲 請 人 臺灣花蓮地方法院刑事第五庭松股法官

上列聲請人因審理臺灣花蓮地方法院 107 年度玉原交易字第 1 號及 107 年度花原交簡字第 403 號公共危險案件，認所應適用之中華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項等規定抵觸憲法，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

## 主 文

- 一、中華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」（108 年 4 月 17 日修正，僅微調文字，規範內容相同，並移列為同條第 6 項；111 年 1 月 28 日修正同條規定，本項未修正）抵觸憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定實施相關採證程序而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。
- 二、相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修 2  
法。自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院

撤銷之。

三、其餘聲請不受理。

### 理由

壹、聲請案相關事實、當事人陳述要旨、相關法規範之沿革等【1】 1

一、聲請案相關事實【2】 2

本件聲請人因審理臺灣花蓮地方法院 107 年度玉原交易字第 1 3  
號及 107 年度花原交簡字第 403 號公共危險案件，認所應適用之中  
華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例（下稱道  
交條例）第 35 條第 5 項規定（下稱系爭規定一）、違反道路交通管  
理事件統一裁罰基準及處理細則第 19 條之 2 第 5 項第 2 款規定、道  
路交通事故處理辦法第 10 條第 4 項、道路交通事故處理規範八（二）  
4 及警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項第 2 點三  
（二）3 等規定（下合稱系爭規定二），均抵觸憲法，依司法院釋字  
第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨，經裁定停止訴訟程序後，  
於 107 年 8 月 20 日分別具狀向司法院聲請解釋憲法。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】 4

聲請人主張意旨略謂：系爭規定一就汽車駕駛人肇事拒絕接受 5  
或肇事無法實施酒精濃度檢定者，得逕自強制移由相關醫療或檢驗  
機構並實施血液檢測，毋須事前向法院聲請令狀，亦未定有事後聲  
請補發令狀機制，違反法治國法官保留、令狀原則及憲法正當法律  
程序而違憲；此外，其就醫療或檢驗機構及檢測人員等之資格未制  
定相關專業要件，亦未定有保障被強制檢測者之隱私權規定，已侵  
害被強制檢測者之憲法第 22 條資訊隱私權及免於身心受傷害之身體  
權等基本權。另系爭規定二均為系爭規定一之下位階規範，由於系  
爭規定一屬違憲之法律，自不應作為下位階規範之依據，從而系爭  
規定二均屬欠缺法律保留原則之下位階規範而違憲等語。【5】

三、相關法規範及其沿革【6】 6

查系爭規定一明定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施 7  
第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任



務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」其規範內容，初見於行政院 88 年 12 月 7 日函請立法院審議之「道路交通管理處罰條例部分條文修正草案」第 35 條第 4 項規定，立法院並於 90 年 1 月 17 日照此草案條文內容，修正增訂道交條例第 35 條第 4 項，自同年 6 月 1 日起施行；該項規定於 94 年 12 月 28 日修正公布時，移列於第 5 項，內容則未修正。其後同條規定雖分別於 100 年 1 月 19 日、101 年 5 月 30 日及 102 年 1 月 30 日（下稱 102 年版）修正增訂部分內容，惟第 5 項規定均未修正。108 年 4 月 17 日修正公布同條規定時，原第 5 項規定移列於第 6 項，並增加「機」一字，自 108 年 7 月 1 日施行。由於道交條例所稱「汽車」原即包含機車在內（道交條例第 3 條第 8 款規定參照），是此次修法並未變更 102 年版之同條第 5 項規範內容。111 年 1 月 28 日同條規定再次修正，惟第 6 項規定並未變動。本二件聲請案所據之原因案件相關事實，分別發生於 105 年 1 月 17 日及 107 年 3 月 20 日，是聲請人所應適用者，應為 102 年版之道交條例第 35 條第 5 項規定（即系爭規定一）。【7】

另查，系爭規定二中之「違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則」及「道路交通事故處理辦法」，係分別依道交條例第 92 條第 4 項及第 5 項規定之授權所訂定；「道路交通事故處理規範」及「警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項」則均係內政部警政署本於職權所發布。【8】

貳、審理程序及受理要件之審查【9】 9

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本二件聲請案均於 107 年 8 月 20 日提出，其受理與否，應依憲訴法修正施行前之規定，即司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件定之。【10】 10

就系爭規定一部分，其聲請核與上開要件相符，予以受理。又， 11

本二件聲請案聲請審查之法規範與爭議均相同，爰予合併審理。其形成主文之理由如下（參）。【11】

就系爭規定二部分，查該等規定均非法律，不得為法官聲請司法院解釋之客體，其聲請核與上開要件不合，應不受理。【12】

參、受理部分之審查【13】

一、審查原則【14】

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。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，應享有充分之保障。限制人身自由之措施，除須有法律明確之依據，並符合憲法比例原則之要求外，更須踐行必要之司法程序或正當法律程序，始得為之（司法院釋字第 384 號、第 588 號、第 708 號、第 710 號及第 737 號解釋參照）；其所應踐行之必要程序，應取決於人身自由受限制之目的、方式、程度與所造成之影響。對人身自由之限制是否抵觸憲法，亦應依此定相應之審查標準（司法院釋字第 384 號、第 690 號、第 708 號、第 710 號、第 799 號及第 812 號解釋參照）。【15】

人民免於身心傷害之身體權，包含身體完整不受侵犯與傷害之權利，受憲法第 22 條所保障（司法院釋字第 689 號解釋參照）。是侵犯人民身體之措施，須有法律明確之依據，並應符合憲法比例原則之要求。【16】

受憲法第 22 條所保障之資訊隱私權，係保障人民就是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間及方式等，享有自主決定權，並保障人民對其個人資料之使用，有知悉、控制權及資料記載錯誤之更正權（司法院釋字第 603 號解釋參照）。國家基於公益之必要，雖非不得立法強制取得所必要之個人資訊，惟其取得與利用個人資訊之目的、範圍與程序等重要事項，均應以法律明確規定，如授權以命令定之，亦應符合授權明確性原則；且應依個人資訊之屬性、取得方式、利用目的與範圍等，設定相當之正當法律程序以及確保該等資訊不受濫用與不當洩露之適當防護機制，始無違憲法第 23 條之法律保留原則，而符合憲法保障人民資訊隱私權之意旨。【17】

二、系爭規定一乃屬對人身自由、身體不受傷害權以及資訊隱私權 18  
之重大限制，應予以嚴格審查【18】

查系爭規定一明定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施 19  
第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任  
務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他  
檢體之採樣及測試檢定。」依此，於駕駛人肇事拒絕接受或肇事無  
法實施吐氣酒精濃度測試檢定（違反道路管理事件統一裁罰基  
準及處理細則第 19 條之 2 規定參照；下稱吐氣酒測）時，交通勤務  
警察或依法令執行交通稽查任務人員（下稱交通稽查人員）得違反  
受移送者之意願，以限制其行動自由之方式，將其強制移送並留置  
於醫療機構，俾實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定，就此而言，  
已涉及對受強制移送者人身自由之限制。再者，交通勤務警察或交  
通稽查人員得違反受移送駕駛人之意願或未經其同意，逕行委託醫  
療機構以侵入身體之器具自其身體組織採取血液或其他檢體，因而  
涉及對其身體之侵犯，而構成對其身體權之限制。又，受委託檢驗  
機構亦得不經本人之同意，就採得之血液或其他檢體之樣本為測試  
檢定，以探知檢體內之酒精濃度值或其他生物資訊。而人體組織內  
之血液等體液組織，均蘊含有人各不同且終身不變之生物資訊，乃  
高敏感個人資訊之載體；血液中所含酒精濃度值雖僅短期存在，惟  
其既須經由檢測屬高敏感個人資訊載體之血液始得探知，自仍將觸  
及重要個人資訊隱私之範圍。是系爭規定一亦構成對受強制採血檢  
測者資訊隱私權之嚴重侵害。【19】

綜上，系爭規定一對於受強制移送實施血液等檢體之測試檢定 20  
者，就其受憲法所保障之人身自由、身體權以及資訊隱私權，均已  
構成重大限制，本庭就其合憲性應予以嚴格審查。是系爭規定一就  
涉及憲法第 8 條所保障人身自由與憲法第 22 條所保障身體權之限制  
部分，應符合憲法第 23 條比例原則之要求；其目的須為追求憲法上  
特別重要公共利益，所採手段應有助於目的之達成，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，且其對基本權利之限

制與其所欲追求之特別重要公共利益間應具相稱性，始與憲法第 23 條之比例原則無違。此外，就限制人身自由部分，更應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序。另系爭規定一涉及資訊隱私權之限制部分，基於憲法第 23 條之法律保留原則，其就涉及個人資訊之取得與利用之目的、範圍與程序等，均應有法律或法律明確授權之規定；且鑑於系爭規定一所涉及之個人血液中酒精濃度值資訊，主要係自血液中檢測而得，而血液乃屬高敏感個人生物資訊之重要載體，強制檢測所得之血液中酒精濃度值亦可能成為關鍵犯罪證據，因此，應有確保該等資訊不受濫用與不當洩露之適當防護機制，始符憲法保障人民資訊隱私權之意旨。【20】

三、系爭規定一之立法目的，乃屬憲法上特別重要公共利益，所採 21  
手段除「其他檢體之採樣及測試檢定」部分外，亦適於立法目的之達成；其於確有檢定肇事駕駛人體內酒精濃度值之必要性與合理性之範圍內，尚屬有效達成立法目的中之侵害最小且無可替代之手段；於此範圍內，亦合於損益衡平之要求，而尚無違憲法第 23 條比例原則之要求；其餘部分，則抵觸比例原則之要求，而違反憲法第 8 條保障人身自由及第 22 條保障身體權之意旨【21】

有鑑於酒駕對道路交通及用路人生命、身體安全危害至鉅，立 22  
法者對違規酒駕者係兼採行政處罰與刑罰之制裁手段，除於道交條例第 35 條就違規酒駕者明定各種行政處罰外，亦於刑法第 185 條之 3 就重大酒駕行為施以刑罰制裁。此等罰則之設，均為防制酒駕行為，以有效維護交通秩序，確保交通安全，其目的係在追求憲法上特別重要公共利益。而駕駛人是否有酒駕行為，必須藉由對駕駛人吐氣酒精測試或血液酒精濃度測試予以辨明並為證據；因此，系爭規定一之立法初衷，即係為使交通執法人員於駕駛人肇事而拒絕接受或因神志不清、昏迷等狀況，致無法實施吐氣酒測時，仍得依此規定強行採證（行政院 88 年 12 月 7 日函請立法院審議「道路交通管理處罰條例部分條文修正草案」提案總說明第 9 點參照，見立法

院公報第 89 卷第 74 期院會紀錄第 29 頁)，以及時取得肇事駕駛人可能酒駕之證據（內政部 108 年 10 月 15 日內授警字第 1080873102 號函及交通部 109 年 5 月 1 日交路字第 1080031855 號函復司法院意見書參照），俾利相關機關依法追究其酒駕之行政罰或刑罰責任。究其目的，應在於防制酒駕行為，維護交通秩序，以確保用路人生命、身體及財產安全，核屬追求憲法上特別重要公共利益。【22】

就上開目的之實現而言，首先，系爭規定一中有關強制實施血液之採樣及測試檢定之部分，其就駕駛人肇事而未接受吐氣酒測之檢定，包括駕駛人拒絕接受以及肇事後因神志不清或昏迷等情事而無法實施兩類情形，係授權交通執法人員得將其強制移由受委託醫療機構，以侵入身體之器具採取血液，進而取得其血液中酒精濃度值，俾以認定駕駛人是否有違法酒駕之情事。由於吐氣酒測與血液酒精濃度測試乃檢定駕駛人是否有酒駕行為之兩大科學測試方式，因此，系爭規定一中有關強制實施血液之採樣及測試檢定部分之手段，確可替代吐氣酒測方式，而取得肇事駕駛人體內酒精濃度值，進而判定其是否有違法酒駕之情事。是系爭規定一於此範圍內，確有助於其立法目的之達成。另就必要性與相稱性原則之要求而言，由於用以檢定駕駛人是否有酒駕行為之方法，除吐氣酒測方式外，原則上僅能透過血液酒精濃度測試方式為之，而吐氣酒測方式須有應受測試者之配合始得實施；因此，針對拒絕配合吐氣酒測或因神志不清、昏迷而無法對其實施吐氣酒測之肇事駕駛人，如依肇事現場客觀情況或肇事駕駛人身體外部狀況（如身上是否存有酒氣等）判斷，相關交通執法人員有相當理由可認其係因酒駕而肇事，且肇事後情況急迫，有必要迅速保全酒駕證據者，則於此範圍內，強制對其實施血液酒精濃度測試，已屬別無其他替代可能性之必要手段；且此一必要手段就憲法上特別重要公共利益之維護，與肇事駕駛人所享有之憲法人身自由與身體權之保障兩者間之損益亦難謂失衡。是系爭規定一於此範圍內，尚無違憲法第 23 條比例原則之要求。【23】

反之，除上開範圍外，由於駕駛人肇事之原因多端，可能因疲勞、分心、疏忽、躲避異物、車輛機械突然故障或路況不熟悉等原因所致，未必皆肇因於酒駕，自非可僅因駕駛人肇事而拒絕配合吐氣酒測或因其神志不清、昏迷而無法對其實施吐氣酒測，即一律強制移送採檢其血液中酒精濃度值。因此，於客觀上不具強制檢定肇事駕駛人體內酒精濃度值之合理性與必要性之肇事事務，系爭規定一就其防制酒駕以確保交通與用路人安全之立法目的之實現而言，即難謂屬別無其他替代可能性之必要手段，從而違反憲法第 23 條比例原則之要求。【24】

其次，系爭規定一中有關「其他檢體之採樣及測試檢定」部分，查系爭規定一係以肇事後駕駛人拒絕接受或未能對其實施道交條例第 35 條第 1 項測試之檢定，作為對其實施強制血液等檢體之採樣及測試檢定之前提要件。現制下，交通勤務警察對駕駛人實施道交條例第 35 條第 1 項所稱測試檢定之法律依據，乃警察職權行使法第 8 條第 1 項第 3 款，即警察對於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具，得予以攔停並要求駕駛人接受酒精濃度測試之檢定；至於其實施方式與程序，則規定於違反道路管理事件統一裁罰基準及處理細則第 19 條之 2 第 1 項。依此，系爭規定一所稱「(道交條例第 35 條)第 1 項測試之檢定」，實僅指酒精濃度測試之檢定而言，實務上即為可由警察於攔停現場即時實施之吐氣酒測，並不包含酒精濃度測試檢定以外之毒品反應測試(如尿液毒品反應測試等)。而由於我國現制下酒駕之判定，僅以駕駛人吐氣或血液中所含酒精濃度值為標準(道路交通安全規則第 114 條及刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款規定參照)，因此，即便技術上可從血液以外之檢體(如尿液或其他身體組織)驗出酒精反應，亦無從據以判定是否酒駕，難以成為酒駕處罰之證據。從而，系爭規定一授權採檢之範圍，除血液外，尚及於「其他檢體之採樣及測試檢定」部分，不但逾越駕駛人應配合警察所實施之酒精濃度測試檢定之義務範圍，且亦非有效取得肇事駕駛人體內酒精濃度值之適合手段；就此而言，系爭規

定一於此部分所採手段，並無助於其立法目的之實現，更非別無其他替代可能性之最小侵害手段，遑論其對肇事駕駛人身體權之侵犯顯然過度而有失均衡，明顯違反憲法第 23 條比例原則之要求。【25】

綜上，系爭規定一之立法目的，乃屬憲法上特別重要公共利益，其所採手段除「其他檢體之採樣及測試檢定」部分外，亦適於立法目的之達成；其於客觀上確有檢定肇事駕駛人體內酒精濃度值之合理性與必要性之範圍內，尚屬有效達成立法目的中之侵害最小且無可替代之手段；於此範圍內，亦合於損益平衡之要求，而尚無違憲法第 23 條比例原則之要求。至系爭規定一其餘部分，則牴觸比例原則之要求，而違反憲法第 8 條保障人身自由及第 22 條保障身體權之意旨。【26】

四、系爭規定一牴觸限制人身自由、身體權及資訊隱私權所應具備之正當法律程序之要求，違反憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨【27】

系爭規定一係授權交通執法人員與受委託之醫療及檢驗機構，以限制人身自由及侵犯身體之方式，強制採檢肇事駕駛人血液中之酒精濃度值，並據以為對其酒駕行為之處罰證據，乃公權力所實施之強制取證措施，其性質與內容實與刑事訴訟程序之身體搜索及身體檢查措施（刑事訴訟法第 122 條及第 205 條之 1 規定參照）無異。此等強制取證措施不僅對被取證者之人身自由與身體權構成重大限制，更侵犯其資訊隱私權，因此，其實施即應具備必要之正當法律程序。至其所應踐行之必要程序，應取決於系爭規定一之強制取證目的、作用與影響等因素。【28】

系爭規定一之強制取證目的，主要即為判定肇事駕駛人是否有違法酒駕行為。我國現制下，立法者對違法酒駕行為係兼採行政處罰及刑罰制裁手段，兩種處罰間並無本質屬性之不同，僅依立法者所選定之標準而異其處罰類型。立法者對於酒駕之認定，則以客觀之酒精濃度值為據，凡吐氣所含酒精濃度達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.03 以上者，施以行政罰之制裁（道路交通安

全規則第 114 條及道交條例第 35 條各項規定參照)；而吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上者，即施以刑罰制裁（刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款規定參照）。由此可知，駕駛人酒駕行為無論應受行政罰抑或刑罰之制裁，均須以得自吐氣酒測或血液酒精濃度測試檢定之駕駛人體內酒精濃度值為主要證據。因此，依系爭規定一之方式所強制取得之駕駛人血液酒精濃度值，即有可能成為酒駕犯罪處罰之證據。從而，系爭規定一所應具備之正當法律程序，即應與刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設之正當法律程序相當。若非如此，則刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設各種正當法律程序之要求，即可因系爭規定一而遭規避或脫免，同時亦變相剝奪酒駕犯罪之被告或犯罪嫌疑人原應享有之相關刑事正當程序之保障。【29】

然而，系爭規定一僅規定汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法 30  
實施吐氣酒測者，交通勤務警察或交通稽查人員即應將其強制移由受委託醫療機構實施血液之採樣及測試檢定，不分情況是否急迫，事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法院之監督查核程序；且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者，亦未提供任何權利救濟機制；換言之，自系爭規定一之內容觀之，無論司法程序或正當法律程序，均付之闕如，相較於實施刑事訴訟程序中之身體搜索或身體檢查措施所應具備之相關司法程序，系爭規定一明顯牴觸憲法正當法律程序之要求。此外，系爭規定一授權不具警察職權，亦無從實施司法警察人員任務與功能之「依法令執行交通稽查任務人員」，亦得將肇事駕駛人移送受委託醫療機構實施強制採檢血液，就此而言，亦違反正當法律程序之要求。是系爭規定一欠缺必要之司法或正當法律程序，從而違反憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨。【30】

五、系爭規定一就資訊隱私權之限制，與法律保留原則之要求不 31  
符，違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨【31】



查系爭規定一對受移送強制實施血液酒精濃度測試檢定者之資訊隱私權構成重大限制，惟檢體採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，立法者均未以法律或有法律明確授權之命令予以明定，其就資訊隱私權之限制，與憲法第 23 條所定法律保留原則之要求不符，從而，系爭規定一亦違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨。【32】

#### 六、審查結論【33】

綜上，系爭規定一於客觀上確有檢定肇事駕駛人體內酒精濃度值之合理性與必要性之範圍內，就肇事駕駛人所強制實施之血液酒精濃度測試，其就憲法第 8 條人身自由與憲法第 22 條身體權之侵害部分，與憲法第 23 條比例原則無違；至系爭規定一其餘規定部分，則抵觸憲法第 23 條比例原則之要求，而違反憲法第 8 條保障人身自由與憲法第 22 條保障身體權之意旨。系爭規定一亦與憲法正當法律程序之要求不符，而違反憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨。另系爭規定一涉及資訊隱私權之限制部分，則與憲法第 23 條所定法律保留原則之要求不符，違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨。系爭規定一應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又鑑於系爭規定一係涉及採證之程序性規定，本判決公告前，已依該規定實施相關採證程序而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。【34】

相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法。自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。【35】

中 華 民 國 111 年 2 月 25 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力  
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鐸  
 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

本判決由蔡大法官宗珍主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、揚大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、 吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠
第二項	許大法官宗力、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、 吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠
第三項	全體大法官	無

**【意見書】**

協同意見書：林大法官俊益提出。

黃大法官瑞明提出。

不同意見書：黃大法官虹霞提出、蔡大法官炯燉、蔡大法官明誠加入。

吳大法官陳鐸提出、蔡大法官炯燉、蔡大法官明誠加入。

蔡大法官明誠提出、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大

法官陳鐸加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國

111

年

2

月

25

日

## 協同意見書

林俊益大法官 提出

肇事者無酒駕行為，不得再強制移送醫院採血檢定；  
肇事者有酒駕行為，原則事前許可；例外事後陳報。

### 壹、前言

本件判決是憲法訴訟法（下稱憲訴法）施行後第 1 件判決，案名【肇事駕駛人依道交條例強制採血檢測案】。

本件判決合併審理 2 件法官聲請釋憲案。

第 1 件原因案件，被告某甲於民國 105 年 1 月 17 日騎乘普通重型機車，自行擦撞排水溝，再自撞電線桿肇事受傷，經消防隊送醫院急救，交通勤務警察獲報至交通事故現場處理後趕赴醫院，再委託醫院對某甲實施血液酒精濃度測定，採血檢測，確認某甲血液酒精濃度為 0.273%（超過酒精濃度法定標準 0.05%），交通勤務警察取得檢測報告後，通知某甲到場說明，認為被告甲血液酒精濃度超過刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款所定標準而涉犯該條之罪，移由偵查隊調查，再函送地檢署檢察官偵辦。檢察官偵查終結，向法院聲請簡易判決處刑<sup>1</sup>。承辦法官認為交通勤務警察委託醫院採血的依據，即 102 年道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定（下稱系爭規定）違憲而聲請釋憲。

另第 2 件原因案件，被告某乙於 107 年 3 月 20 日騎乘普通重型機車，自行擦撞路邊停放小貨車，致傷及車損肇事，交通勤務警察獲報至交通事故現場處理，由消防局將乙送醫院急救，乙被送至醫院時無法言語，交通勤務警察委託醫院對某乙實施血液酒精濃度測定，採血檢測，確認某乙血液酒精濃度為 0.275%（超過酒精濃度法定標準 0.05%），交通勤務警察取得檢測報告後，通知某乙到場說明，認為被告某乙血液酒精濃度超過刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款所定標準而涉犯該條之罪，移由偵查隊調查，再函送地檢署檢察官偵辦。檢察

<sup>1</sup> 詳見，臺灣花蓮地方檢察署檢察官 109 年度撤緩偵字第 188 號聲請簡易判決處刑書。

官偵查終結，向法院聲請簡易判決處刑<sup>2</sup>。承辦法官認為交通勤務警察委託醫院採血之依據，即系爭規定違憲而聲請釋憲。

上開 2 件法官聲請釋憲案，經核與法官聲請釋憲之要件相符，予以受理且合併審理。憲法法庭審理後，判決如下：

判決主文一、宣告系爭規定，牴觸憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨，應自本判決公告之日（111 年 2 月 25 日）起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。又本判決公告前，已依上開規定實施相關採證程序而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。

判決主文二、宣告相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修法。自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。

判決主文三、宣告其餘聲請不受理。

本席對此釋憲結論，敬表贊同。

111 年憲判字第 1 號判決，開啟憲訴法的新頁，有許多新作為與新風格，值得分享！爰提出協同意見書，與大家分享！

## 貳、新作為及新風格

111 年憲判字第 1 號判決，雖採行判決書之格式，分別記載主文、理由，在理由項下分段敘明相關事項（1.聲請案件相關事實；2.聲請人陳述要旨；3.審查原則；4.審查結論），綱舉目張，條列分明，與專業法院之判決書相較，仍有許多新作為與新風格，殊值介紹！

一、當事人有數人時，直接記載聲請人一、聲請人二、聲請人三，俾利判決理由之敘述及說明。

---

<sup>2</sup> 詳見，臺灣花蓮地方檢察署檢察官 107 年度偵字第 1772 號聲請簡易判決處刑書。

二、當事人欄之記載，本判決只記載聲請人，未記載相對人，此乃因憲訴法第 6 條第 1 項規定，「本法所稱當事人，係指下列案件之聲請人及相對人：……二、第 4 章案件：指聲請之國家最高機關，及與其發生爭議之機關。三、第 5 章案件：指聲請機關及被彈劾人。四、第 6 章案件：指聲請機關及被聲請解散之政黨。」本件聲請是第 3 章第 2 節法院聲請法規範憲法審查，故不必於當事人欄記載相對人。

三、判決，分有【段號】，俾利援引。

四、判決最後一行，不記載「據上論結」，因「據上論結」並非憲訴法之要求記載事項。

### 參、釐清釋憲爭議

為免社會大眾誤解本判決的釋憲價值，首應釐清本件判決所涉法規範的規範對象。

系爭規定明定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」先就本規定的適用要件分析如下：

(一) 規範主體：有二

1. 交通勤務警察，本判決認為，此部分符合正當法律程序的要求。
2. 依法令執行交通稽查任務人員，本判決認為，此部分不符正當法律程序的要求。

(二) 規範對象：以汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定（指吐氣酒測而言）者為規範對象。

1. 所謂肇事，係指發生交通事故且無他人受傷或死亡者而言，即俗稱自撞行為；如有人受傷或死亡者，可能涉及過失傷害、過失致人於死之犯罪問題，則適用刑事訴訟法相關程序規定及同條例第 35 條第 1 項至第 4 項規定處理，此種涉及他人生命、身體、財產損害之嚴重犯罪問題，並非本判

決所要處理的課題，此乃閱讀本判決的首要前提，一定要釐清，請勿混為一談！

2.所謂第 1 項測試之檢定，其實實施測試檢定的方式及程序，規定在**道路交通管理事件統一裁罰基準及其處理細則**第 19 條之 2 第 1 項，採口含測試儀器吹嘴連續吐氣至儀器顯示取樣完成（下稱吐氣酒測）。

關於酒精濃度規定標準，依**道路交通安全規則**第 114 條第 2 款規定，汽車駕駛人，飲用酒類或其他類似物後其吐氣所含酒精濃度達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.03 以上，應處以罰鍰；依**刑法**第 185 條 3 第 1 項第 1 款規定，駕駛動力交通工具，吐氣所含酒精濃度達每公升 0.2 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上，構成犯罪，得處 3 年以下有期徒刑，得併科 30 萬元以下罰金。

3.所謂**汽車**駕駛人，包括汽車及機車之駕駛人。

4.所謂**肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測者**，無論何者，均可能包括無酒駕行為及有酒駕行為者。

(1)無酒駕行為：汽車駕駛人因疲勞、分心、疏忽、躲避異物、路況不熟、身體突然不適或機械故障、煞車失靈等原因而發生交通事故，既無涉嫌行政違規而應受罰鍰之處罰，亦無涉嫌犯罪行為而應受刑事處罰，自無採血檢定之合理性及必要性。本判決認為，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定，則涉及限制**憲法**第 8 條人身自由、第 22 條身體權及資訊隱私權違反**憲法**第 23 條比例原則之問題（本判決【24 段】參照）。

(2)有酒駕行為：可能涉嫌行政違規而應受罰鍰之處罰或涉嫌犯罪行為而應受刑事處罰，有採血檢定之合理性及必要性。則涉及程序應如何進行，始符合**憲法**之要求。

#### 肆、所涉**憲法**權利與審查原則

本判決針對系爭規定所規範的重要行為，即「**強制移由受委託醫**

療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定」逐一分析其①「強制移送」、②「實施血液或其他檢體之採樣」及③「測試檢定」涉及的憲法權利及審查原則，非常詳盡，茲統整如下：

### 本判決就系爭規定所涉憲法權利、審查原則及審查結果一覽表

102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」					
法規內容	憲法權利	審查原則	比例原則	正當程序	法律保留
規範主體： 1. 交通勤務警察 2. 執行交通稽查任務人員		正當程序		1. 交通勤務警察：合憲 2. 執行交通稽查任務人員：違憲	
規範事由： 1. 肇事拒絕接受吐氣酒測檢定 2. 肇事無法實施吐氣酒測檢定		比例原則 嚴格審查	1. 具備強制採血測試檢定血液酒精濃度之合理性及必要性者：合憲 2. 不具備者：違憲		
規範行為： 1. 強制移由受委託醫療或檢驗機構	涉及對受強制移送者人身自由之限制	1. 比例原則 2. <b>限制人身自由部分，更應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序</b>	比例原則 1. 具備強制採血測試檢定血液酒精濃度之合理性及必要性者：合憲	系爭規定與憲法正當法律程序之要求不符，違反憲法第 8 條保障人身自由、 <b>第 22 條保障身體</b>	



			2.不具備者： 違憲	<u>權及資訊隱 私權</u> 之意旨	
規範行為： 2.對其實施血液或其他檢體之採樣	採血涉及對其身體之侵犯，構成對其身體權之限制	比例原則	1.血液部分： 同上人身自由部分 2.其他檢體之採樣及測試部分： 違憲（第8條及第22條身體權）		
規範行為： 3.測試檢定	對其資訊隱私權之嚴重侵害	法律保留原則			違反法律保留原則

對於系爭規定所涉的憲法權利與審查原則，本席完全贊同，敬表支持！

### 伍、憲法正當法律程序的要求

#### 一、要求踐行正當法律程序的推論

本判決認定系爭規定所定「強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定」的實施，應踐行憲法正當法律程序，其推論如下：

- (一) **定性**：本判決首先定性，認系爭規定為公權力強制取證措施，其性質及內容，實與身體搜索及身體檢查措施無異。
- (二) **所涉基本權**：本判決次而分析基本權，認此等強制取證措施，對被取證者的人身自由與身體權構成重大限制，更侵犯其生物資訊隱私權，因此其實施即應具備必要的正當程序。
- (三) **必要程序的採行**：本判決進而提出採行必要程序的判定基準，認所應踐行的必要程序，應取決於強制取證目的、作用與影響。再詳述如下。

**1.強制取證之目的**，主要在判定是否有違法酒駕行為，如有酒

駕行為，究係違規酒駕處以行政罰，或犯罪酒駕處以刑罰。

2.強制取證之作用，最嚴重之情形，可能成為酒駕犯罪處罰的證據。

3.強制取證之影響，最重影響可能處以刑罰。

最後結論：強制取證措施所應具備的必要程序，應與刑事訴訟程序就犯罪證據的取得所設的正當法律程序相當（本判決【28、29 段】參照）。

本席認為上開取決必要程序的方法，可以簡稱為對比法。此種對比法，早在 96 年 7 月 20 日司法院釋字第 631 號解釋，關於通訊監察所應具備的必要程序，應如何踐行，亦曾採取過。採取對比法的最主要原因是，因我國憲法對於令狀原則，並無如同美國、日本或韓國憲法設有明文規定。<sup>3</sup>司法院釋字第 631 號解釋是我國大法官首次對令

---

<sup>3</sup>（一）美國憲法增補條款第 4 條規定(Amendment IV)「The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and **no warrants shall issue**, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly scribing the place to be searched, and the persons or things to be seized.」（人民有保障其身體、住所、文件與財物之權，不受不合理拘捕、搜索與扣押，並不得非法侵犯。除有相當理由，經宣誓或代誓宣言，並詳載搜索之地點、拘捕之人或扣押之物外，不得頒發搜索票、拘票或扣押狀。）

（二）日本國憲法第 35 條規定：「①何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。②搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」（①任何人關於其住所、文件以及所持有物品不受侵入、搜索及扣押之權利，除第 33 條之情形外，如無基於正當理由核發並明示搜索場所及扣押物品之令狀，不得侵犯之。②搜索或扣押，應依據有權限之法官所核發之令狀施行之。）

（三）韓國憲法第 12 條第 3 項規定：「(3) Warrants issued by a judge through due procedures upon the request of a prosecutor shall be presented in case of arrest, detention, **seizure or search**. Provided, That in a case where a criminal suspect is an apprehended flagrante delicto, or where there is danger that a person suspected of committing a crime punishable by imprisonment of three years or more may escape or destroy evidence, investigative authorities may request an ex post facto warrant.」

（逮捕、拘留、扣押或搜索時，應出示經檢察官聲請法院核發符合正當程序之

狀原則採法官保留原則作成解釋，採**對比法**，認為通訊監察對人民基本權的侵害，比搜索對人民基本權的侵害還要嚴重<sup>4</sup>。刑事訴訟法有關搜索的決定，採法官保留原則，對比結果，通訊監察也要採法官保留原則。事實上，通訊保障及監察法早在 96 年 7 月 11 日修正公布時，即於其第 5 條第 2 項<sup>5</sup>明文規定採法官保留原則，司法院釋字第 631 號解釋於 96 年 7 月 20 日才公布，能不採法官保留原則嗎？無論如何，本判決及司法院釋字第 631 號解釋所採的**對比法**，對侵害人民基本權所應具備的必要程序，樹立清晰可憑的判斷基準，即「應踐行之必要程序，應取決於強制取證目的、作用與影響」。

## 二、對本判決的小疑問

本席在此要對本判決提出 1 項疑問，是否對於公權力侵害人民基本權，都有應踐行的必要程序？何以提出此一疑問？良以本判決在參、「受理部分之審查」一、審查原則，揭示本判決的審查原則時，曾清楚明白的揭示，對第 8 條人身自由、第 22 條身體權及資訊隱私權的限制，應符合憲法第 23 條比例原則；對人身自由的限制，更須踐行必要的司法程序或正當程序。本判決繼而在「二、系爭規定一乃屬對人身自由、身體不受侵害權以及資訊隱私權之重大限制，應予以

---

令狀。但犯罪嫌疑人係現行犯，或其涉犯罪名係得判處 3 年以上有期徒刑，或其有逃亡或湮滅證據之虞時，檢察官得事後聲請補發令狀。）

<sup>4</sup> 司法院釋字第 631 號解釋釋示：「國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃是以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為犯罪與否認定之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種。惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，**與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。**」

<sup>5</sup> 通訊保障及監察法第 5 條第 2 項前段規定：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面記載第 11 條之事項，並敘明理由、檢附相關文件，**聲請該管法院核發。**」

嚴格審查」，特別指出「系爭規定就涉及第 8 條所保障人身自由與憲法第 22 條所保障身體權之限制部分，應符合憲法第 23 條比例原則之要求。此外，就限制人身自由部分，更應踐行必要之司法程序或其他正當程序。」另系爭規定涉及資訊隱私權部分，應符合法律保留原則。

本席初步認為，本判決所揭示之原則，似乎只有涉及第 8 條人身自由時，始有更應踐行必要的司法程序或其他正當程序的問題；至於涉及第 22 條的身體權及資訊隱私權部分，則無踐行必要的司法程序或其他正當程序的問題。

如本席對本判決所揭示審查原則的理解無誤，則本席要提出的質疑是，本判決「四、系爭規定牴觸限制人身自由、身體權及資訊隱私權所應具備之正當法律程序之要求」究竟如何得出的？是否應係「系爭規定牴觸限制人身自由……所應具備之正當法律程序之要求」？或可勉強說：「因為系爭規定包含人身自由、身體權及資訊隱私權，混在一起，所以勉強可以說均應具備正當法律程序之要求」。這樣的說法，本席也可以接受。在此前提下，假如不涉及人身自由時，僅限制身體權及資訊隱私權時，是否即無踐行必要的司法程序或其他正當程序的問題？假如亦無涉及身體權，只涉及資訊隱私權時，是否更無踐行必要的司法程序或其他正當程序的問題<sup>6</sup>？殊值深思！

#### 陸、完成修法前強制取證程序的實施

判決主文第 2 項宣告：「相關機關應自本判決公告之日起 2 年

---

<sup>6</sup> 關於隱私權之違憲審查，司法院釋字第 603 號解釋釋示：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（本院釋字第 585 號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第 23 條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」針對指紋的隱私權爭議作成解釋，只論憲法比例原則而未論正當程序。

內，依本判決意旨妥適修法。自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段，交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」關於此項判示，值得說明者如下：

- 一、此項判示，自本判決公告之日起至修法期限 2 年屆滿前或提前完成修法前之過渡階段內，所得強制取證之措施依據，相關機關仍應依本判決意旨妥為修法，應特別注意者，2 年期限屆至，如仍未完成修法，系爭規定即失其效力，無法可依，相關機關，應注意把握修法時限。如提早完成修法，修法完成公布施行之日起，上開過渡階段之強制取證措施，即不得為之。
- 二、所謂認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性，是係指強制取證措施的實體要件，即有事實足認駕駛人有違規或犯罪嫌疑重大（得認為現行犯或準現行犯逮捕之），有相當理由認為採取血液得作為違規或犯罪之證據者而言。
- 三、原則上，採事前聲請許可制

所謂應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之，係指依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定的程序聲請鑑定許可而言，實施強制取證前，應聲請許可。

目前實務上，交通勤務警察執行交通勤務，發現「肇事」駕駛人，聞有酒味，有相當理由認為駕駛人酒後不能安全駕駛，觸犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 2 款不能安全駕駛罪嫌，有實施血液酒精濃度測試之必要性（即有檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性），依現行犯或準現行犯予以逮捕，報請檢察官依刑事訴訟法第 205 條之 1 核

發鑑定許可書。本席認為，此一方式，既係現今實務上採行已久之操作程序，作為修法完成前之過渡措施，應屬可行。蓋：

(一) 現行實務操作如下

依內政部警政署 102 年 6 月 18 日頒定之「取締酒駕拒測處理作業程序」略以：……二、客觀情狀足認不能安全駕駛：依駕駛人有車行不穩、蛇行、語無倫次、口齒不清或有其他異常行為、狀況等客觀情事，判斷足認有不能安全駕駛之情形，經警方取締後，依法進行酒測。三、命令其作吐氣檢測（依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定）：

(一) 犯罪嫌疑人配合：完成吐氣檢測後，依規定製作調查筆錄及刑法第 185 條之 3 案件測試觀察紀錄表及吐氣酒精濃度檢測數值等資料，並隨案移送檢察官偵辦。

(二) 犯罪嫌疑人不配合：1、告知如仍拒不接受吐氣檢測將依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，向檢察官聲請強制採血檢測。2、依檢察官核發鑑定許可書，對拒測駕駛人強制採血檢驗酒精濃度後，製作調查筆錄、刑法第 185 條之 3 案件測試觀察紀錄表等資料，並隨案移送檢察官偵辦。

(二) 依此觀之，要求交通勤務警察報請檢察官核發鑑定許可書，實務上業已實施多年，交通勤務警察執行上，應無困難，只是將駕駛人肇事致人死傷時報請檢察官核發鑑定許可書，俾對駕駛人實施採血檢定的程序，取代系爭規定的處理程序，換個具有保障人權的程序而已（詳見附件：憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決前後改變對照表）！

四、例外，情況急迫時，採事後陳報、監督及救濟制

本判決理由認系爭規定明顯牴觸憲法正當法律程序的要求，主要是因系爭規定，不分情況是否急迫，事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法院之監督查核程序，且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者亦未提供任何權利救濟機制，無論司法程序或正當程序均付之闕如（本判決【30 段】參照）。

判決意旨，應認情況急迫亦得強制取證，只不過要有事後陳報該管檢察官之監督查核程序，且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者亦提供權利救濟機制，即符合憲法正當程序之要求。換言之，本判決對情況急迫的強制取證，並不嚴格要求一定要採行事前法官保留原則。是以本判決二乃論知：「情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」採事後陳報該管檢察官的監督查核程序，並賦予受強制實施血液酒精濃度測試檢定者聲明不服的權利救濟機制，如此始符合本判決理由所揭示正當法律程序的要求。

### 柒、結語

在新年伊始，萬象更新，新的憲訴法也正式上路施行，憲法法庭以新的風格，展現新的判決，以憲法法庭名義作成裁判，邁向憲訴法的新紀元！本判決對酒駕零容忍與保障人權取得一個折衷的平衡點，對欠缺採血取證的合理性與必要性的無酒駕行為者，不應強制採血取證；對具備採血取證的合理性與必要性的酒駕行為者，其強制取證措施的實施，強調應符合正當法律程序之要求，以保障人權。

### 附件：憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決前後改變對照表

駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測之處理流程			
駕駛人 情狀	身上毫無酒味 無酒駕行為 無違規或犯罪嫌疑 (無採血檢定之合理性 及必要性)	身上飄散濃濃酒味、酒氣衝天 疑有酒駕行為 有違規或犯罪嫌疑，依法逮捕 (有採血檢定之合理性及必要性)	
判決	依道交條例第 35 條第 5 項規定處理，強制移送醫	肇事(自撞) 無致他人傷亡	肇事 有致他人傷亡

前	院、採血、檢定	依道交條例第 35 條第 5 項規定處理	
判決後	不得為之	<p>1.完成修法前，有採血檢定之必要時，應報請檢察官核發鑑定許可書（即刑訴法第 205 條之 1 規定處理）→現今實務酒測處理方式</p> <p>2.情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之</p>	依刑事訴訟法相關規定及道交條例第 35 條第 1 項至第 4 項規定處理，有採血檢定之必要時，依刑訴法第 205 條之 1 規定處理（現今實務酒測處理方式）



## 協同意見書

黃瑞明大法官 提出

## 一、本件判決之原因案件事實大要

本件判決之聲請人為花蓮地方法院刑事庭法官，其所審理的二件酒駕案，被告酒駕肇事後，因受傷無法實施吐氣酒精濃度測試檢定（下稱吐氣酒測），乃由員警送醫院抽血檢驗，由於血液內酒精濃度超過標準，經檢察官提起公訴。聲請人認為該抽血檢驗行為，未經法院核發搜索票，亦無法官或檢察官核發之鑑定許可書或其他令狀，而有違憲疑義，乃聲請大法官解釋憲法。

本件判決之審議期間正值全國因為酒駕者撞死年輕母親留下年幼子女而咸感惋惜並痛恨酒駕者之際，立法院快速地於民國（下同）111 年 1 月 24 日三讀通過刑法、陸海空軍刑法及道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）之「酒駕三法」修正案，對於酒駕者提高罰責等<sup>1</sup>，法務部亦於 111 年 1 月間召開會議，要求各機關採取具體作為，展現防堵酒駕行動力<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 刑法、陸海空軍刑法及道交條例之修正案，總統於 111 年 1 月 28 日發布總統令公告，刑法及陸海空軍刑法自公布日施行，依中央法規標準法第 13 條規定，於同年月 30 日生效；道交條例之施行日期，另由行政院以命令定之。「酒駕三法」之修正條文主要內容為：(1)刑法修正第 185 條之 3 規定，修法重點為加重酒駕行為之刑度，增訂併科罰金刑並延長再犯加重處罰之年限。(2)陸海空軍刑法修正第 54 條規定，針對軍人酒駕刑責，在刑度及再犯期間認定上，比照刑法修正；但在併科罰金部分，則高於一般民眾 10 萬元至 20 萬元不等，相關罰則重於一般民眾所適用之刑法修正第 185 條之 3 條文。(3)道交條例修正第 35 條及第 35 條之 1 規定，修正重點包括酒駕累犯認定期限延長為 10 年，除現行加重處罰規定外，並得公布汽機車駕駛人之姓名、照片及違法事實；酒測前故意飲酒或吸毒，視同「拒絕酒測」加以處罰；酒駕者之 18 歲以上同車乘客連坐罰鍰提高至新臺幣 6,000 元以上 15,000 元以下；酒駕及毒駕之初犯吊扣汽機車牌照 2 年，因而肇事致人重傷或死亡則依行政罰法沒入其車輛；酒駕者重新考領駕照，應申請登記配備有酒精鎖（車輛點火自動鎖定裝置）之汽車，不依規定駕駛配備酒精鎖之汽車處新臺幣 60,000 元以上 120,000 元以下罰鍰等。參見立法院網站之重要通過法案簡介（網址：<https://www.ly.gov.tw/Pages/TopicList.aspx?nodeid=33324>）。

<sup>2</sup> 法務部所屬機關採取的具體作法包括：(1)酒駕案件，一律從速從重追訴；(2)

按我國刑事訴訟法對於犯罪證據之取得（刑事訴訟法第 1 編第 11 章）及其證據能力（刑事訴訟法第 1 編第 12 章）等有極為嚴謹詳細之規定。為取得犯罪證據，對犯罪嫌疑人得為搜索，對可為證據之物得為扣押；對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證內容，經審判長、受命法官或檢察官許可，得為鑑定；未符法定程序取得之證據，在無其他特別規定時，法院得於個案審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以認定其有無證據能力（刑事訴訟法第 158 條之 4 規定參照），倘認為無證據能力，即不得作為判斷被告有罪與否之依據<sup>3</sup>。

102 年 1 月 30 日修正公布之道交條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」（108 年 4 月 17 日修正，僅微調文字，規範內容相同，並移列為同條第 6 項；111 年 1 月 28 日修正同條規定，本項未修正；下稱系爭規定）其條文簡單，但卻觸及刑事訴訟程序中諸多關於證據取得及證據能力之規定，析言之，將該汽車駕駛人強制移送受委託醫療或檢驗機構，涉及對人身自由之限制；對其實施血液或其他檢體之採樣或測試檢定，屬於對人之身體為侵入性之採證；而取得之血液包含甚多人體隱私之資訊等。本件判決對系爭規定之要件逐一審議，最後結論為系爭規定違憲，並限期修正，其目的是為求兼顧程序正義與公共利益，試圖在打擊酒駕與避免公權力傷及無辜之間取得平衡，不可解讀為對酒駕之輕忽與放縱。本席認為，本件聲請案之核心爭議為警察將汽車駕駛人強制移送醫療或檢驗機構抽血檢驗是否須經法院或檢察官之許可，亦即正當法律程序之問題，就此部分補充意見如下。

## 二、處理酒駕問題之兩難

---

從嚴審核易科罰金；(3)依法從嚴審核假釋；(4)儘速移送並強力執行行政裁罰等。參見 2022 年 1 月 21 日第 3091 期法務通訊。

<sup>3</sup> 刑事訴訟法第 155 條第 2 項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」

酒駕對於公共安全造成重大威脅，且酒精在人體內會隨著時間而代謝，若不及時檢測以保全證據，將對受害者之權益及公共利益有所影響。駕駛人是否有酒駕行為，必須對駕駛人進行吐氣酒測或血液酒精濃度測試，當駕駛人拒絕或無法（例如昏迷中）實施吐氣酒測的情況下，強制抽血似乎為唯一之方法，這是現實面之難題，故由警察或交通執法人員將駕駛人送醫療或檢驗機構強制抽血以保存證據，系爭規定的立法意旨即在於此。對於酒駕之處罰，可分為行政罰及刑事罰，世界各國大致相同，即對於血液中酒精濃度超過一定數值者（我國為吐氣所含酒精濃度達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.03 以上）<sup>4</sup>，處罰緩、移置保管該汽機車及吊扣或吊銷駕駛執照等行政罰（道交條例第 35 條規定參照）；若超過更高之一定數值者（我國為吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上），則依刑法之規定受刑事處罰（刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款規定<sup>5</sup>參照）。然而得作為行政罰與刑事罰之證據，就其取得程序所應符合之要件有所不同。在未進行酒測之前，無法事先判知酒駕者體內酒精濃度係僅觸犯行政法或可能觸及刑法，若一律依嚴謹程序進行，恐造成人力負擔及程序遲擱；若僅依較寬鬆程序進行，其所取得之證據恐無法作為犯罪判斷之依據，此為保障人權與政府效率間之兩難，為世界許多民主法治國家共同面對的問題。

### 三、強制抽血檢測是否應先得到法官或檢察官核可之憲法與實務考量

（一）依系爭規定實施抽血檢測，並無必要事先得得到檢察官或法官核可之主要理由為：系爭規定以汽車駕駛人肇事為前提，已生公共危險危害；血液中之酒精濃度將依時間經過而代謝，具有急迫性，若需取得檢察官或法官之核可，因聲請及核可之文書

<sup>4</sup> 道路交通安全規則第 114 條第 2 款規定：「汽車駕駛人有下列情形之一者，不得駕車：……二、飲用酒類或其他類似物後其吐氣所含酒精濃度達每公升 0.15 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.03 以上。」

<sup>5</sup> 刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1 款規定：「駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處三年以下有期徒刑，得併科 30 萬元以下罰金：一、吐氣所含酒精濃度達每公升 0.25 毫克或血液中酒精濃度達百分之 0.05 以上。」

作業程序費時，恐緩不濟急，對公益反生傷害；法官與檢察官之人力有限，無法與數萬警察大軍相比，而酒駕通常發生在夜晚，要安排足夠的法官或檢察官夜班值勤，將造成人力不堪負荷；警察人員將肇事駕駛人強制移送抽血檢測，悉依行政程序法、警察職權行使法<sup>6</sup>、違反道路交通安全管理事件統一裁罰基準及處理細則<sup>7</sup>及取締酒駕拒測處理作業程序等規定進行，程序嚴謹，對駕駛人之權益已有保障等。

- (二) 按刑事訴訟法規定，實施身體搜索，原則上由法官簽發搜索票（刑事訴訟法第 128 條第 3 項規定參照），但偵查中檢察官確有相當理由認情況緊急時，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長（刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定參照）；實施身體檢查則應由審判長、受命法官或檢察官簽發許可書（刑事訴訟法第 205 條之 1 第 1 項規定參照）。本件判決認依系爭規定所實施之抽血檢測乃公權力所實施之強制取證措施，其性質與內容實與刑事訴訟程序之身體搜索與身體檢查措施（刑事訴訟法第 122 條及第 205 條之 1 規定參照）無異，但並未符合實施身體搜索或身體檢查措施所應具備之司法程序，因此明顯牴觸憲法正當法律程序之要求

<sup>6</sup> 警察職權行使法第 29 條第 1 項規定：「義務人或利害關係人對警察依本法行使職權之方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於警察行使職權時，當場陳述理由，表示異議。」

<sup>7</sup> 違反道路交通安全管理事件統一裁罰基準及處理細則第 19 條之 2 第 1 項規定：「對汽車駕駛人實施本條例第 35 條第 1 項第 1 款測試之檢定時，應以酒精測試儀器檢測且實施檢測過程應全程連續錄影，並依下列程序處理：一、實施檢測，應於攔檢現場為之。但於現場無法或不宜實施檢測時，得向受測者說明，請其至勤務處所或適當場所檢測。二、詢問受測者飲用酒類或其他類似物結束時間，其距檢測時已達 15 分鐘以上者，即予檢測。但遇有受測者不告知該結束時間或距該結束時間未達 15 分鐘者，告知其可於漱口或距該結束時間達 15 分鐘後進行檢測；有請求漱口者，提供漱口。三、告知受測者儀器檢測之流程，請其口含吹嘴連續吐氣至儀器顯示取樣完成。受測者吐氣不足致儀器無法完成取樣時，應重新檢測。四、因儀器問題或受測者未符合檢測流程，致儀器檢測失敗，應向受測者說明檢測失敗原因，請其重新接受檢測。」

而違憲。依系爭規定所取得之血液檢測結果，能否作為刑法第 185 條之 3 第 1 項各款酒駕行為之刑事制裁之證據，即有疑問。依本件判決之意旨，系爭規定未要求對肇事駕駛人抽血檢測應得到法官或檢察官之核可而違憲，但交通勤務警察就駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，究應否取得法官之核可，或檢察官之核可即已足，又或者原則上應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之，於情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，本件判決並無對相關機關應如何妥適修法作具體認定，核屬立法裁量範圍。

#### 四、外國法制之參考：嫌疑人之程序保障與公共利益間擺動

如前所述，依系爭規定於「肇事」之後，拒絕接受呼氣檢測或無法實施呼氣檢測者，在何種條件下可移送至受委託之醫療或檢驗機構抽血檢測，始合乎刑事法下之採證程序，而得作為刑事判決之依據，為重視人權之民主法治國家所共同面對的難題，因此各國曾採行之作法可供參考。

美國聯邦最高法院自 1950 年代至 2013 年之間，曾作出了多件判決，其見解擺動，不同的判決依個案情形宣示了不同的原則，但基本上仍然是對酒駕嫌疑犯基本權之侵害與公共安全之維護間之衡量<sup>8</sup>。從 1950 年代至今，測量酒精濃度之方法除了吐氣酒測以及抽血檢驗之外，並未發明其他更方便、有效且不侵入人體之方法，但是電子通訊方式卻有大幅度之進步，尤其是智慧型手機之普及，可以隨時照相、錄影後傳輸。政府不應忽略令狀之聲請程序已可隨科技進步更快速地進行。這是 2013 年 Sotomayor 大法官在 *Missouri v. McNeely* 案意見書中所表達之見解，即在人權保障與公共利益間之權衡，應加入現

---

<sup>8</sup> 美國聯邦最高法院對於警方以強制抽血之手段進行酒駕採證合憲性之判決解析，見劉靜怡教授為本件釋憲聲請案之鑑定意見。

代科技之因素<sup>9</sup>。

德國對於強制抽血程序之合憲性則在法官保留與檢察官核可間變動，2017 年以前，採取原則法官保留，緊急例外時，才由檢察官授權進行。2017 年之後，德國國會廢除法官保留，改由檢察官與檢察機關之偵查人員決定進行<sup>10</sup>。德國在 2017 年修法之主要理由為：採行法官保留之程序進行抽血，造成實務重大負擔，引發甚大之批評。因此，由「原則法官保留」，轉向為「警察決定」<sup>11</sup>，即是依實務操作之經驗所作之轉變。

### 五、未來修法之考量

對於酒駕之測量，目前除了吐氣酒測以及血液檢測之外，似尚無其他更簡潔、有效且精確之測量方法，未來如有新發明像現在測量體溫一般，不接觸人體就能測量血液中之酒精濃度，則本件判決所欲解決之問題似可迎刃而解。

如依本件判決認為系爭規定所實施之血液或其他檢體之採樣及測試檢定屬檢查身體，則依刑事訴訟法第 205 條之 1 第 1 項規定，此階段應由檢察官簽發許可書；至於是否應參照身體搜索之規定，而要求由更為客觀中立之法官簽發搜索票，本席認為於修法時或可分別情形定之，於駕駛人神志不清、昏迷而無法實施吐氣酒測時，有相當理由可認其係因酒駕而肇事，原則上應由檢察官核可後始可實施抽血檢測，情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可；至若駕駛人肇事後拒絕接受吐氣酒測時，則將其強制抽血檢測，恐生較大爭議，此際應可考慮由法官核發令狀之後才實施，惟此均尚屬立法考量之範圍。但不論立法決定由檢察官或法官核可，程序上可考慮使用現代電子科技（電子影像錄影傳輸）等工具，以加速審核流程，並減輕檢察官或法官之工作負擔。

<sup>9</sup> 同註 8，頁 7。

<sup>10</sup> 李佳玟教授為本件釋憲聲請案之補充鑑定意見（2021 年 11 月 16 日提出），頁 2。

<sup>11</sup> 楊雲驊教授為本件釋憲聲請案之鑑定意見，頁 7。

系爭規定所規範之情形，即汽車駕駛人肇事後拒絕接受或無法實施吐氣酒測時，強制移送醫療或檢驗機構實施抽血檢測，是為確認對駕駛人有無施以行政罰制裁或刑罰制裁之必要。本件判決之主要爭點涉及政府機關在行政程序中發現當事人之犯罪證據時，應符合如何之程序的問題，亦可一併通盤考量。

## 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

大法官以前作解釋或現在作裁判，都應該謹守最小解釋（裁判）原則，不是學者寫文章，應不可以無邊無際漫論！

保障肇事者人權同時，更應注意包含社會大眾公共安全、可能有之被害人之人權在內等之憲法上特別重要公共利益之保護；酒駕危害每年造成約 300 人死亡、1 萬 1 千多人受傷，<sup>1</sup>眾多家庭破碎，酒駕危害之防杜，大法官與有責任；整體法秩序之安定及檢察官、法官之案量加重，<sup>2</sup>過度負擔等現實情狀，大法官也有責任列入考量，不能一味追求超乎現實之一己理想之一步到位！

本件判決所審查之客體僅為道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」（下稱系爭規定，亦即本件判決之系爭規定一）。系爭規定為法律位階，不是命令位階。系爭規定係以行為人（汽車含機車駕駛人）已有肇事之事實為前提，即是「已然致生公共危險實害」，並可能已生公眾人身傷害、私人或公共財產受損等；而不是尚無肇事事實之單純有無酒駕或毒駕之「公共危險之虞」之情形。合先敘明。

又本件係法官聲請，原因案件事實是：肇事之機車駕駛人因肇事致傷被送至醫院，負責處理該肇事事故之交通勤務警察（不是依法令執行交通稽查任務人員）委託該醫療機構（不是檢驗機構）對受傷之

<sup>1</sup> 司法院大法官審理 107 年度憲三字第 20、22 號臺灣花蓮地方法院刑事第五庭法官聲請解釋案 110 年 11 月 16 日說明會發言速紀錄中交通部代表發言參照。

<sup>2</sup> 僅由註 1 傷亡人數反推，每年至少數千件。另依交通部代表在註 1 所示說明會之發言，違規酒駕案件每年約 9 萬件，其中 6 成涉及刑事犯罪。



肇事者實施血液（不是其他檢體）之採樣及酒精濃度（不是毒品反應）測試檢定。因此，聲請人法官就其審理之案件言：聲請人法官應適用之法律，不是系爭規定全文，而只是其中「汽車駕駛人肇事拒絕接受或無法實施第 1 項酒精濃度是否超過規定標準之測試檢定者，應由交通勤務警察，將其強制移由受委託醫療機構對其實施血液之採樣及測試檢定」部分而已；逾此部分之聲請包括系爭規定中：「依法令執行交通稽查任務人員、檢驗機構、其他檢體、毒品反應」等部分，則應非聲請人法官應適用之法律。另就聲請人法官言：該血液酒精濃度測試檢定僅係可否作為原因案件被告有罪證據之判定而已，其他事項包括醫療機構得採樣之項目、範圍為何、是否得作目的外利用、檢體之保存與銷毀等等有無及應否進一步規定（即本件判決所謂違反法律保留原則部分），均不在聲請人以其為刑事庭法官之地位，為裁判原因案件有權且必要審究範圍；聲請人法官也只主張系爭規定無令狀侵害隱私權，違反正當法律程序違憲而已，並未為系爭規定違反法律保留原則之主張。亦均合先敘明。

查本件判決多數意見認系爭規定全部均應受理，且認系爭規定全部違憲，本席難以贊同，爰提出不同意見書，並敘明不贊同之理由如下：

一、就系爭規定部分，本件聲請人之聲請應部分不受理，多數意見認應全部受理，顯非適法<sup>3</sup>

1、本件聲請人為法官，其以法官之地位，就法規範得聲請司法院解釋或憲法審查者，係以其於特定個案審判上所應適用之法律位階法規範，且於該案件之裁判結果有直接影響者為限（司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋參照）。

2、本件聲請指摘之法規範中屬命令位階部分（對隱私權保障是否不足而違反法律保留部分），因其非屬法律位階法規範，此部分聲

---

<sup>3</sup> 本件之聲請及受理均於憲法訴訟法施行前，其受理與否自然須依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋。憲法訴訟法第 55 條所規定之法院聲請法規範憲法審查要件，係綜合前開解釋而成（參照該條立法理由說明）。

請應不受理，固不待言。但就系爭規定之聲請部分，如前 1、所述，因本件聲請人為法官，必須以其個案審判上所應適用，且於該案件之裁判結果有直接影響者為限。而亦如前合先敘明部分所述，系爭規定中：依法令執行交通稽查任務人員、檢驗機構、其他檢體及毒品反應之規定部分，均非聲請人所應適用者，而且因此等部分均與該特定審判個案事實無關，是此等部分縱如本件判決理由所述違憲，亦與該個案之裁判結果無直接影響。從而本件聲請中上開「依法令執行交通稽查任務人員、檢驗機構、其他檢體及毒品反應」之規定部分，亦應不受理。

3、多數意見未予區分，認系爭規定應全部受理，牴觸前開司法院解釋（於憲法訴訟法施行後，受理要件應適用憲法訴訟法者，依其第 55 條規定，亦同）。

二、本件判決逾越聲請範圍，就系爭規定，以系爭規定違反法律保留原則為由宣告系爭規定違憲部分，屬訴外裁判，而且牴觸最小解釋（裁判）原則

1、本件聲請就所涉基本權部分，固提及隱私權之保障，但係針對比例原則及正當法律程序原則之主張部分；至所指違反法律保留原則部分，則是指摘多數意見亦認應不受理之命令性質部分。

2、退步言之，縱聲請人曾以隱私權保障不足指摘系爭規定違反法律保留，但如前一、所述，其聲請仍應以對其所審判個案之裁判結果有直接影響者為限！本件判決所指隱私權保障不足與個案審判結果亦無直接影響（前述合先敘明部分之說明參照），聲請人無權聲請。

3、憲法訴訟法施行後，憲法法庭所為裁判較諸先前之司法院大法官解釋，更具審判性質，而凡審判均應受其得審判範圍限制，包括不告不理、無權告不能理（如前一、所述之應不受理）、不能訴外裁判等等。是本件判決關於認系爭規定因侵害隱私權而違反法律保留原則部分，係訴外裁判，並牴觸憲法法院謙抑所應遵守之憲法解釋或裁判最小原則（下稱最小原則，因為憲法解釋或裁判之法效果不低於法律，具相當通案性，為維權力分立原則等）。

三、系爭規定中應受理部分規定，應無牴觸比例原則、正當法律程序原則或法律保留原則，致違憲，或經法益權衡後，已達到必須犧牲法安定性，直接宣告系爭規定違憲之程度，本件判決至少牴觸最小原則，而且恐過度干擾法秩序並致司法實務重大困擾

1、依本件判決理由關於比例原則之論述，即就系爭規定排除應不受理部分後之其餘應受理部分規定，係稱：「應在於防制酒駕行為，維護交通秩序，以確保用路人生命、身體及財產安全，核屬追求憲法上特別重要公共利益」、「針對拒絕配合吐氣酒測或因神志不清、昏迷而無法對其實施吐氣酒測之肇事駕駛人，如依肇事現場客觀情況或肇事駕駛人身體外部狀況（如身上是否存有酒氣等）判斷，相關交通執法人員有相當理由可認其係因酒駕而肇事，且肇事後情況急迫，有必要迅速保全酒駕證據者，則於此範圍內，強制對其實施血液酒精濃度測試，已屬別無其他替代可能性之必要手段；且此一必要手段就憲法上特別重要公共利益之維護，與肇事駕駛人所享有之憲法人身自由與身體權之保障兩者間之損益亦難謂失衡。是系爭規定一於此範圍內，尚無違憲法第 23 條比例原則之要求」等（本件判決理由參照，請見第 22 及 23 段），可知：本件判決肯認系爭規定中應受理部分規定符合比例原則。至所稱「如依肇事現場客觀情況或肇事駕駛人身體外部狀況（如身上存有酒氣）判斷」部分，查交通警察係於汽車駕駛人身上存有酒氣情況，才會要求汽車駕駛人實施酒精濃度檢測，除了此乃交通警察執行取締酒駕勤務時之一般守則（警察職權行使法第 3 條及第 8 條等規定參照）外，並應係曾被例行攔停酒駕臨檢過之用車人（比如本席即有多次經驗）共同親身經驗所認知之事實。從而，就交通警察執勤之通常情形言，應均符合此一條件。

2、以比例原則與正當法律程序原則、法律保留原則相較：比例原則之嚴格標準審查應已涵蓋正當法律程序原則及法律保留原則之審查，因為不符正當法律程序原則或法律保留原則者，應必然無法通過如本件判決所適用之比例原則中之嚴格標準審查。因此，本件判決先認系爭規定中應受理部分規定，經嚴格標準審查為合憲，但卻繼認

不符正當法律程序原則及法律保留原則而違憲，本件判決論理已然前後矛盾。系爭規定中應受理部分規定，應無違比例原則、正當法律程序原則及法律保留原則，為合憲。

3、再析述之，單就所謂違反正當法律程序部分言：本件判決之理由稱：「系爭規定一……不分情況是否急迫，事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法院之監督查核程序；且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者，亦未提供任何權利救濟機制；換言之，自系爭規定一之內容觀之，無論司法程序或正當法律程序，均付之闕如，相較於實施刑事訴訟程序中之身體搜索或身體檢查措施所應具備之相關司法程序，系爭規定一明顯抵觸憲法正當法律程序之要求。」

惟查：關於法官保留原則，我國與日本國憲法規定不同，我國憲法並未明文規定，再參酌美、德法例，就系爭規定中應受理部分所欲處理之急迫必要情形，也例外容許無令狀搜索。我國刑事訴訟法第 130 條及第 131 條規定，亦設有無令狀搜索之例外規定，是立法者就無令狀搜索之例外情形規定，應非全無立法裁量之權。又查系爭規定中之應受理部分規定：符合急迫情況、有必要保全證據、別無其他可能替代性之必要手段，係為保護憲法上特別重要公共利益等等，故已通過比例原則中之嚴格標準審查，既為本件判決所肯認，已如前述，則系爭規定中之應受理部分之規定，應尚在立法裁量範圍。至所稱未有任何陳報法院監督查核程序或權利救濟程序，除了本件判決受理本件法官釋憲之聲請即已自證：有監督救濟機制外，警察職權行使法第 29 條、道路交通管理處罰條例第 87 條等規定，<sup>4</sup>亦均已明文賦與汽車肇事者異議及訴訟權；另以之與本件判決所已肯認之憲法上特別重要公共利益之最後必要手段相較，本件判決以此等陳報等法益保護較輕微之末端程序欠缺為由，宣告系爭規定中之應受理部分規定違憲，本件判決反顯係法益輕重失衡，不符法律正當程序原則中之實質正當。

<sup>4</sup> 此部分已經警政署代表於前開說明會中說明。

又再由本件判決主文第 2 項就修法前之過渡處理，僅要求應先要求檢察官核發鑑定許可書，亦可知：是否陳報法院查核監督等非屬重要，無以之作為宣告系爭規定違憲之理。

次就所謂侵害隱私權違反法律保留原則部分言：司法院作過之解釋涉及法律保留原則者如附表，其中與法律位階法規範相關者僅四則，即司法院釋字第 788 號、第 761 號、第 743 號及第 593 號解釋，且均與本件爭議不相關，其意旨應不適宜比附援用於本件。又本件判決就隱私權與法律保留原則之論述，僅有第 32 段短短數行之想當然耳之原則論述，並由原則直接跳到違憲結論之重覆說明，已不無率斷，且是否只是展現大法官的權威，理由已完備足以服人了嗎？又如果系爭規定單因侵害隱私權而應違憲，但本件判決第 2 項卻容許繼續違憲之作為，寧為妥當耶？

更何況就系爭規定中之應受理部分規定，本件判決只是稱：「檢體採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，立法者均未以法律或有法律明確授權之命令予以明定，其就資訊隱私權之限制，與憲法第 23 條所定法律保留原則之要求不符，從而，系爭規定一亦違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨。」惟查：系爭規定只是整個法律體系中的一條中之一項規定而已，是否符合法律保留原則，不可只以系爭規定內容觀察，已不待贅言。更何況系爭規定認得為此等測試檢定之目的係為：憲法上特別重要公共利益之保護乃為本件判決所肯認；檢體採樣之項目與範圍為：血液、檢測之項目與範圍為：酒精濃度，則均係系爭規定所明定。本件爭議無關目的外利用，更不涉檢體保存與銷毀爭議，尤其以目的外利用避免及檢體保存銷毀等事項與本件判決所肯認之系爭規定所欲保護之憲法上特別重要公共利益相較：前二者猶如雞毛，可以之為令箭，摧毀憲法上特別重要公共利益之保護嗎？法律保留原則不必審酌法益輕重是否失衡，應該這樣適用嗎？本席深深不以為然！更何況個人資料保護法第 6 條就敏感個資之目的外利用已設

限制，檢體保存銷毀也有醫療廢棄物、<sup>5</sup>證據保存等相關規範，可資適用，根本沒有應規定而未規定之情形，故而根本不生所謂違反法律保留原則之問題。

4、如依本件判決違反法律保留原則部分之標準，隱私權真是偉大！連本件判決所肯認之為保護憲法上特別重要公共利益目的，且通過嚴格標準比例原則審查之系爭規定中應受理部分之屬法律（不是命令！）位階法規範圍規定，都應該因此一條項法律規定，未自為或授權訂定隱私權保護事項而違反法律保留原則，那難以細數會有多少法律會違憲！僅舉刑事訴訟法搜索章之任一條規定為例：搜索可能涉及隱私，毋庸置疑，刑事訴訟法搜索章任一個單一條文規定均未涵括全部隱私權保護事項規定，且搜索章甚至刑事訴訟法全文沒有直接規定搜索之目的為……，沒有直接規定禁止目的外之利用，沒有明文授權搜索扣押物之保存、銷毀……。更不敢想其他保障全民公共安全並一般認為有必要、非常非常重要之措施，是否已經因本件判決理由所宣示之為保護隱私權如此嚴格法律保留原則標準而違憲，或引發違憲爭議困擾呢？<sup>6</sup>本席真為法秩序之可能不安定擔心！

5、依本件判決主文第二項：自本件判決公告之日起，交通勤務警察必須先聲請檢察官准許鑑定，故必然增加檢察官之案件量負擔！<sup>7</sup>而且因酒精濃度快速下降，從肇事→肇事通報→交通勤務警察至現場→開始執行職務→確定肇事者有酒精濃度檢測必要→而拒絕或無法實施→製作鑑定申請文書加備妥必要佐證資料……已需相當時間，<sup>8</sup>酒精濃度持續下降，可能影響肇事者責任有無、關係人求償權及肇事者刑事責任有無之公平判定！再依本件判決主文要求，更需檢察官核准，除了檢察官應需 7-11 全年 24 小時接受隨時可能之數量龐

<sup>5</sup> 警政署代表於前開說明會之發言參照。

<sup>6</sup> 所謂法律保留原則之文字只是載於理由，非本件判決主文內容，無拘束力。

<sup>7</sup> 每年酒駕肇事數萬件，請見註 1。因本件判決而增加拒絕酒測之肇事者數量可能增大。

<sup>8</sup> 警政署代表於上開說明會之發言參照。

大之申請，<sup>9</sup>並且需放下其他更重要事務、暫停開庭、睡眠立即最快速處理，以免證據滅失，致妨礙各方權益，是否合宜、就實務言是否合理可行，顯非無疑外，檢察官所需審核合理時間，<sup>10</sup>亦必然會造成酒精濃度再下降，會加重證據滅失可能，對肇事之受害人權益之保護亦可能更加不利，對被害人不公平，且難免將嚴重有害道路交通安全之維護！至本件判決主文第二項後段稱「情況急迫時」部分：固應係出於避免實務執行困難之善意，但系爭規定之適用，本即係基於酒精濃度下降之急迫性為前提，是此部分亦有立論前後矛盾之嫌，且益見多數意見違憲之結論不無過當。

此外，因採血並完成酒精濃度測試檢定前，恐難正確判定酒精濃度，從而是否具刑事犯罪嫌疑其判斷也可能生困難。此一結果可能使負責處理之交通勤務警察因而放棄證據保全終結調查，肇事者則因而得以脫免刑事責任！又系爭規定失效後，交通勤務警察更因而解免此部分維護憲法上特別重要公共利益所必要之工作責任！此顯然與公共交通安全維護及受害人保護之旨容有未合。即本件判決所肯認之憲法上特別重要公共利益如何維護？可能被犧牲、忽略，多數大法官注意到了嗎？

四、防杜酒駕危害，人人（包括大法官）有責！當立法院甫因酒駕危害大，認有必要而通過刑法第 185 條之 3 之修正案，加重酒駕刑事責任之此刻，多數大法官竟不參酌德國法例及美國最高法院見解，<sup>11</sup>寧捨憲法上特別重要公共利益，執意宣告系爭規定違憲，本席無力阻止，無奈更非常遺憾！只能煩請檢察官多多擔待，即使無奈作橡皮圖章，也請配合，因為我們司法工作者有維護公共交通安全及保護被害人責任，憲法上特別重要公共利益應全力維護。立法者亦同，

---

<sup>9</sup> 同註 7。

<sup>10</sup> 檢察官核發鑑定許可書，正常作業需要數小時，法務部代表於上開說明會之發言參照。

<sup>11</sup> 基於過於加重司法實務負擔不可行之考量，而就類似系爭規定情形，變更放棄原應法官保留之規定，立法同意得由交通勤務警察辦理。

請勿因本件違憲宣告而逕行刪除系爭規定。

五、依本席所知：日本國就應接受酒測而拒絕者，得處以刑罰，此或許是可以考量選擇採納之平衡立法例。又關於正當法律程序原則部分，或許可採事後陳報方式，對證據保全及檢警處理酒駕肇事實務之干擾才能降到最小。

六、酒駕肇事害人害己，謹再呼籲酒後不駕車。



## 附件：司法院大法官關於法律保留原則之解釋

序號	解釋字號	審查客體	解釋文（節錄）
1	釋字 806 號	臺北市街頭藝人從事藝文活動許可辦法第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項及第 6 條第 1 項前段規定	略
2	釋字 794 號	4.衛生福利部國民健康署 102 年 10 月 11 日國健菸字第 1029911263 號函說明二	略
3	釋字 788 號	廢棄物清理法第 15 條及其授權訂定之行政院環境保護署中華民國 93 年 12 月 31 日環署廢字第 0930097607 號公告、99 年 12 月 27 日環署廢字第 0990116018 號公告、廢棄物清理法第 16 條第 1 項	<p>廢棄物清理法第 15 條及其授權訂定之行政院環境保護署中華民國 93 年 12 月 31 日環署廢字第 0930097607 號公告、99 年 12 月 27 日環署廢字第 0990116018 號公告修正「應由製造、輸入業者負責回收、清除、處理之物品或其容器，及應負回收、清除、處理責任之業者範圍」，有關應繳納容器回收清除處理費之物品或其包裝、容器，及應負回收、清除、處理責任之業者範圍，與法律保留原則……之意旨均尚無違背。</p> <p>同法第 16 條第 1 項中段有關責任業者所應繳納回收清除處理費之費率，未以法律明文規定，而以同條第 5 項授權中央主管機關具體決定，尚未違反法律保留原則及授權明確性原則。</p>
4	釋字 785 號	高雄市政府消防局 88 年 7 月 20 日高市消防指字第 7765 號函訂定發布之高雄市政府消防局勤務細部實施要點第 7	略

## 111 年憲判字第 1 號

		點第 3 款規定	
5	釋字 779 號	行政院農業委員會 90 年 2 月 2 日(90)農企字第 900102896 號函	略
6	釋字 778 號	藥事法施行細則第 50 條及行政院衛生署食品藥物管理局(現已改制為衛生福利部食品藥物管理署)中華民國 100 年 4 月 12 日 FDA 藥字第 1000017608 號函說明三	略
7	釋字 765 號	內政部中華民國 91 年 4 月 17 日訂定發布之土地徵收條例施行細則第 52 條第 1 項第 8 款	略
8	釋字 761 號	智慧財產案件審理法第 5 條	智慧財產案件審理法第 5 條規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」與法律保留原則及法律明確性原則尚無牴觸。
9	釋字 756 號	監獄行刑法施行細則第 81 條第 3 項、第 82 條第 1 款、第 2 款及第 7 款	略
10	釋字 753 號	96 年 3 月 20 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 66 條第 1 項第 8 款、99 年 9 月 15 日修正發布之同辦法第 39 條第 1 項等	略
11	釋字 751 號	財政部中華民國 96 年 3 月 6 日台財稅字第 09600090440 號函	略
12	釋字 750 號	行政院衛生署(改制後為衛生	略

		福利部) 中華民國 98 年 9 月 16 日修正發布之醫師法施行細則第 1 條之 1, 及考試院 98 年 10 月 14 日修正發布之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: 專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試分試考試應考資格表」牙醫師類科第 1 款	
13	釋字 743 號	依大眾捷運法第 6 條徵收之土地, 如欲移轉為第三人所有	依大眾捷運法第 6 條徵收之土地, 應有法律明確規定得將之移轉予第三人所有, 主管機關始得為之, 以符憲法保障人民財產權之意旨。
14	釋字 739 號	獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第 9 條第 3 款、第 20 條第 1 項、第 9 條第 6 款、第 26 條第 1 項	略
15	釋字 738 號	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 目等	略
16	釋字 734 號	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 (該府改制後於 100 年 1 月 13 日以南市府環管字第 10000507010 號公告重行發布, 內容相當)	略
17	釋字 730 號	學校教職員退休條例施行細則第 19 條第 2 項	略
18	釋字 724 號	內政部中華民國 95 年 6 月 15 日修正發布之督導各級人民團體實施辦法第 20 條第 1 項	略

## 111 年憲判字第 1 號

19	釋字 723 號	中華民國 89 年 12 月 29 日修正發布之全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法第 6 條第 1 項	略
20	釋字 715 號	中華民國 99 年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、(二)	略
21	釋字 711 號	改制前之行政院衛生署(現已改制為衛生福利部)中華民國 100 年 4 月 1 日衛署醫字第 1000007247 號函	略
22	釋字 710 號	臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第 15 條等	略
23	釋字 707 號	教育部於中華民國 93 年 12 月 22 日修正發布之公立學校教職員敘薪辦法(含附表及其所附說明)	略
24	釋字 682 號	中華民國 90 年 7 月 23 日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第 15 條第 2 項等	略
25	釋字 676 號	中華民國 84 年 8 月 2 日修正發布之全民健康保險法施行細則第 41 條第 1 項第 7 款等	略
26	釋字 658 號	公公務人員退休法施行細則第 13 條第 2 項	略
27	釋字 638 號	中華民國 86 年 5 月 13 日修正發布之公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則第 8 條	略
28	釋字 629 號	最高行政法院中華民國 90 年 11 月份庭長法官聯席會議暨法官會議決議	略

29	釋字 628 號	臺灣省石門農田水利會灌溉蓄水池使用要點第 4 點	略
30	釋字 619 號	土地稅法施行細則第 15 條	略
31	釋字 614 號	87 年 11 月 13 日修正發布之公務人員退休法細則第 12 條第 3 項	略
32	釋字 611 號	85 年 12 月 10 日修正發布之公務人員任用法細則第 15 條第 2 項	略
33	釋字 609 號	行政院勞工委員會 77 年 4 月 14 日台 77 勞保二字第 6530 號函及 79 年 3 月 10 日台 79 勞保三字第 4451 號函	略
34	釋字 602 號	行政院公平交易委員會 81 年 2 月 28 日訂定發布多層次傳銷管理辦法第 5 條	略
35	釋字 600 號	內政部中華民國 84 年 7 月 12 日修正發布之土地登記規則第 75 條第 1 款等	略
36	釋字 598 號	土地登記規則第 122 條第 2 項等	略
37	釋字 593 號	中華民國 73 年 1 月 23 日修正公布之公路法第 27 條第 1 項規定	略
38	釋字 586 號	財政部證券管理委員會(後更名為財政部證券暨期貨管理委員會)，於中華民國 84 年 9 月 5 日訂頒之「證券交易法第 43 條之 1 第 1 項取得股份申報事項要點」	略
39	釋字 581 號	自耕能力證明書之申請及核發注意事項第 4 點	略

## 111 年憲判字第 1 號

40	釋字 575 號	內政部於 81 年 6 月 10 日以台(81)內戶字第 8103536 號函發布、同年 7 月 1 日實施之「戶警分立實施方案」	略
41	釋字 570 號	中華民國 81 年 12 月 18 日經濟部及內政部會銜修正發布之玩具槍管理規則第 8 條之 1 等	略
42	釋字 566 號	73 年 9 月 7 日修正發布之農業發展條例施行細則第 21 條等	略
43	釋字 548 號	行政院公平交易委員會中華民國 86 年 5 月 14 日(86)公法字第 01672 號函發布之「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」	略
44	釋字 539 號	司法院以中華民國 84 年 5 月 5 日(84)院台人一字第 08787 號函訂定發布之「高等法院以下各級法院及其分院法官兼庭長職期調任實施要點」	略
45	釋字 532 號	中華民國 83 年 9 月 16 日發布之臺灣省非都市土地山坡地保育區、風景區、森林區丁種建築(窯業)用地申請同意變更作非工(窯)業使用審查作業要點	略
46	釋字 524 號	全民健康保險特殊診療項目及藥材事前審查作業要點等	略
47	釋字 514 號	教育部中華民國 81 年 3 月 11 日以台(81)參字第 12500 號令修正發布之遊藝場業輔導管理規則	略

48	釋字 505 號	財政部 64 年 3 月 5 日台財稅第 31613 號函	略
49	釋字 444 號	中華民國 84 年 6 月 7 日修正發布之臺灣省非都市土地容許使用執行要點第 25 點	略
50	釋字 423 號	交通工具排放空氣污染物罰鍰標準第 5 條	略
51	釋字 395 號	公務員懲戒委員會再審字第 335 號案例等	略
52	釋字 394 號	營造業管理規則第 31 條第 1 項第 9 款等	略
53	釋字 380 號	大學法施行細則第 22 條第 1 項等	略

## 不同意見書

吳陳鐸大法官 提出

蔡焜燉大法官 加入

蔡明誠大法官 加入

### 一、關於正當法律程序部分

#### (一) 多數意見認違憲之理由

多數意見認依中華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第 1 項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。」（108 年 4 月 17 日修正，僅微調文字，規範內容相同，並移列為同條第 6 項；111 年 1 月 28 日修正同條規定，本項未修正，下稱系爭規定）所強制取得之駕駛人血液酒精濃度值，我國現制下，立法者對違法酒駕行為係兼採行政處罰及刑罰制裁手段，兩種處罰間並無本質屬性之不同，僅依立法者所選定之標準而異其處罰類型。因此，依該規定之方式所強制取得之駕駛人血液酒精濃度值，即有可能成為酒駕犯罪處罰之證據。從而所應具備之正當法律程序，即應與刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設之正當法律程序相當。若非如此，則刑事訴訟程序就犯罪證據之取得所設各種正當法律程序之要求，即可因此而遭規避或脫免，同時亦變相剝奪酒駕犯罪之被告或犯罪嫌疑人原應享有之相關刑事正當程序之保障。然而，此規定僅規定汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測者，交通勤務警察或交通稽查人員即應將其強制移由受委託醫療機構實施血液之採樣及測試檢定，不分情況是否急迫，事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法院之監督查核程序；且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者，亦未提供任何權利救濟機制，明顯牴觸憲法正當法律程序之要求。此外，授權不具警察職權，亦無從實施司法警察人員任務與功能之「依法令執行交通稽查任務人員」，亦得將肇事駕駛人移送受委託醫療機構實施強



制採檢血液，就此而言，亦違反正當法律程序之要求，從而違反憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨。

## (二) 系爭規定不違憲之理由

按為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全，特制定道路交通管理處罰條例。<sup>1</sup>該條例所規範者非僅限於行政管理及行政處罰事項，亦及於刑事罰事項，此觀該條例第 10 條規定：「車輛所有人、駕駛人、行人、道路障礙者，違反道路交通管理，依法應負刑事責任者，分別移送該管地方檢察署、地方法院少年法庭或軍事機關處理。」第 86 條規定：「(第 1 項) 汽車駕駛人，無駕駛執照駕車、酒醉駕車、吸食毒品或迷幻藥駕車、行駛人行道或行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一。(第 2 項) 汽車駕駛人，在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，減輕其刑。」自明。故該條例所定程序，就刑事案件之處理，即屬刑事訴訟之特別程序規定。

次按因行政程序由非司法警察(官)或司法警察(官)所取得之證據，於刑事訴訟程序，並非無證據能力，但仍應有刑事訴訟程序相關證據能力規範之適用。例如：不具司法警察(官)身分之海關人員為查緝私運貨物進出口之違反行政規範事項，<sup>2</sup>依海關緝私條例第 9 條之檢查、<sup>3</sup>第 10 條第 1 項之勘驗、<sup>4</sup>搜索及第 11 條令交驗物件與搜

<sup>1</sup> 道路交通管理處罰條例第 1 條規定：「為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全，制定本條例。」

<sup>2</sup> 海關緝私條例第 1 條規定「私運貨物進出口之查緝，由海關依本條例之規定為之。」

<sup>3</sup> 海關緝私條例第 9 條規定：「海關因緝私必要，得對於進出口貨物、通運貨物、轉運貨物、保稅貨物、郵包、行李、運輸工具、存放貨物之倉庫與場所及在場之關係人，實施檢查。」

<sup>4</sup> 海關緝私條例第 10 條第 1 項規定：「海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。勘驗、搜索時，應邀同該場所占有人或其同居人、僱用人、鄰人並當地警察在場見證。如在船舶、航空器、車輛或其他運輸工具施行勘驗、搜索時，應邀同其管理人在場見證。」

111 年憲判字第 1 號

索身體、<sup>5</sup>第 17 條<sup>6</sup>與第 18 條之扣押，<sup>7</sup>具司法警察（官）身分之海巡機關人員為執行查緝走私等違反行政規範之事項，依海岸巡防法第 4 條第 1 項、<sup>8</sup>第 6 條第 1 項實施之檢查與命令出示文書資料、停止航行、回航、登臨或驅離<sup>9</sup>與同條第 2 項之以強制力實施<sup>10</sup>及第 7 條第 1 項之令交驗物件與搜索身體，<sup>11</sup>所取得之證據，於刑事訴訟程序，並

<sup>5</sup> 海關緝私條例第 11 條規定：「海關有正當理由認有身帶物件足以構成違反本條例情事者，得令其交驗該項物件；如經拒絕，得搜索其身體。搜索身體時，應有關員二人以上或關員以外之第三人在場。搜索婦女身體，應由女性關員行之。」

<sup>6</sup> 海關緝私條例第 17 條規定「（第 1 項）海關查獲貨物認有違反本條例情事者，應予扣押。（第 2 項）前項貨物如係在運輸工具內查獲而情節重大者，為繼續勘驗與搜索，海關得扣押該運輸工具。但以足供勘驗與搜索之時間為限。」

<sup>7</sup> 海關緝私條例第 18 條規定：「船舶、航空器、車輛或其他運輸工具，依本條例應受或得受沒入處分者，海關得予以扣押。」

<sup>8</sup> 海岸巡防法第 4 條第 1 項規定：「海巡機關人員執行職務時，得行使下列職權。但不得逾越必要程度：

一、對進出通商口岸之人員、船舶、車輛或其他運輸工具及載運物品，有正當理由，認有違反安全法令之虞時，得依法實施安全檢查。

二、對進出海域、海岸、河口、非通商口岸、航行領海內之船舶或其他運輸工具及其載運人員、物品，有正當理由，認有違法之虞時，得依法實施檢查。

三、對航行海域內之船舶或其他運輸工具，有正當理由，認有違法之虞時，得命船舶出示船舶文書、航海紀錄及其他有關航海事項之資料。

四、對航行海域內之船舶或其他運輸工具，根據船舶外觀、國籍旗幟、航行態樣、乘載人員及其他異常舉動，有正當理由，認有違法之虞時，得命船舶或其他運輸工具停止航行、回航，其抗不遵照者，得以武力令其配合。但武力之行使，以阻止繼續行駛為目的。

五、對航行海域內之船舶或其他運輸工具，如有損害中華民國海域之利益及危害海域秩序行為或影響安全之虞者，得進行緊追、登臨、檢查、驅離；必要時，得予逮捕、扣押或留置。

六、其他依法令、條約、協定或國際法規定得行使之職權。

<sup>9</sup> 海岸巡防法第 6 條第 1 項規定「船舶或其他運輸工具之船長、管領人、所有人或營運人對海巡機關人員依第四條第一項規定所實施之檢查、出示文書資料、停止航行、回航、登臨或驅離之命令，不得規避、妨礙或拒絕。」

<sup>10</sup> 海岸巡防法第 6 條第 2 項規定：「違反前項規定者，海巡機關人員得以強制力實施之，但不得逾必要之程度。」

<sup>11</sup> 海岸巡防法第 7 條第 1 項前段規定：「海巡機關人員行使第四條所定職權，有正當理由，認其有身帶物件且有違法之虞時，得令其交驗該項物件，如經拒絕，得搜索其身體。」

非無證據能力，但仍應有刑事訴訟程序相關證據能力規範之適用。亦即於行政程序中如係依法定程序取得之證據，仍得於刑事訴訟程序作為證據，但如係違背法定程序取得之證據，仍應依刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定，認定有無證據能力。

況按國家機關所制定之程序規範，是否正當，而與憲法正當法律程序原則之要求無違，除考量憲法有無特別規定外，仍應依事物領域，視所涉及基本權利之種類、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、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合考量而為認定（本院釋字第 639 號、第 689 號、第 690 號、第 709 號、第 710 號、第 739 號及第 797 號解釋參照）。

多數意見，既認系爭規定立法目的，乃屬憲法上特別重要公共利益，所採手段除「其他檢體之採樣及測試檢定」部分外，亦適於立法目的之達成；其於確有檢定肇事駕駛人體內酒精濃度值之必要性與合理性之範圍內，尚屬有效達成立法目的中之侵害最小且無可替代之手段；於此範圍內，亦合於損益衡平之要求，尚無違憲法第 23 條比例原則之要求。則揆諸司法院前揭解釋之意旨，系爭規定依事物領域、所涉及基本權利之種類、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、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合考量，應仍符憲法正當法律程序之要求，且所取得之證據，於刑事訴訟程序，仍有刑事訴訟程序相關證據能力規範之適用，故並無違憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨。<sup>12</sup>

<sup>12</sup> 美國聯邦最高法院於 *Missouri v. McWeely* (569U.S.141 (2013)) 案中，就對酒駕者強制抽血檢測酒精濃度，多數意見雖認為屬美國聯邦憲法增修條文第 4 條規定之搜索，原則上應於事前向法官取得搜索票，但又認依個案判斷，如搜索票之要求將使血液中酒精濃度明顯降低，可認構成緊急狀況 (exigent-circumstances)，無須事先取得搜索票，即可強制抽血檢測酒精濃度。於 *Mitchell v. Wisconsin* (139S.Ct.2525 (2019)) 案中，多數意見認為於駕駛人無意識而無法實施呼氣酒精濃度測試時，符合緊急狀況原則，無須令狀即得強制抽血檢測酒精濃度，因公路安全涉及公眾極重大之利益 (a vital public interest -- a compelling and paramount)，聯邦法及州法規定得對酒駕者強制抽血檢測酒精

因之，多數意見以事前既未經法官或檢察官之審查或同意程序，事後亦未有任何陳報該管檢察官或法院之監督查核程序；且對受強制實施血液酒精濃度測試檢定者，亦未提供任何權利救濟機制，且授權不具警察職權，亦無從實施司法警察人員任務與功能之「依法令執行交通稽查任務人員」，亦得將肇事駕駛人移送受委託醫療機構實施強制採檢血液，明顯抵觸憲法正當法律程序之要求，違反憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權及資訊隱私權之意旨，難以贊同。

## 二、關於資訊隱私權部分

### （一）多數意見認違憲之理由

多數意見以系爭規定對受移送強制實施血液酒精濃度測試檢定者之資訊隱私權構成重大限制，惟檢體採樣與檢測之項目與範圍、檢測結果之合目的利用範圍與限制以及檢體之保存與銷毀條件等重要事項，立法者均未以法律或有法律明確授權之命令予以明定，其就資訊隱私權之限制，與憲法第 23 條所定法律保留原則之要求不符，從而，系爭規定一亦違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨。

### （二）系爭規定不違憲之理由

按為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，已有個人資料保護法可資適用，<sup>13</sup>該法第 6 條就有關病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，更規定原則上不得蒐集、處理或利用，僅於符合法律明定之例外情形，方得蒐集、處理或利用。<sup>14</sup>亦即對受移送強制實施血液酒

---

濃度，確實發揮抑制酒駕之功能，且血液中酒精濃度隨時間之經過而消逝為生物學上之確信，相關檢測需及時，因此無法實施呼氣酒精濃度測試時，抽血檢測即為維護公眾極重大之利益所必要，此外因健康、安全或執法之急迫需求，例如駕駛人已失去意識，有及時送醫急救之必要，無須不顧該等急迫需求再處理聲請令狀事宜，即可無令狀送醫抽血檢測。德國刑事訴訟法第 81a 條第 2 項後段，就酒駕之送醫強制抽血檢測酒精濃度，亦規定司法警察亦得為之。

<sup>13</sup> 個人資料保護法第 1 條規定「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法。」

<sup>14</sup> 個人資料保護法第 6 條規定「（第 1 項）有關病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，

精濃度測試檢定者檢體採樣之項目與範圍，除系爭規定已明定外，檢測結果之合目的利用範圍與限制，亦有個人資料保護法可資適用，至檢體之保存與銷毀條件，是否應仿德國刑事訴訟法第 81a 條第 3 項規定，以法律明定之，或仿去氧核糖核酸採樣條例授權以法規命令定之，<sup>15</sup>要屬應否檢討改進之問題，不能因此即認移送強制實施血液酒精濃度測試檢定，與憲法第 23 條所定法律保留原則之要求不符，違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之意旨，多數意見該部分之見解，亦難贊同。

---

不在此限：

- 一、法律明文規定。
- 二、公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務必要範圍內，且事前或事後有適當安全維護措施。
- 三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。
- 四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生或犯罪預防之目的，為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。
- 五、為協助公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務必要範圍內，且事前或事後有適當安全維護措施。
- 六、經當事人書面同意。但逾越特定目的之必要範圍或其他法律另有限制不得僅依當事人書面同意蒐集、處理或利用，或其同意違反其意願者，不在此限。

（第 2 項）依前項規定蒐集、處理或利用個人資料，準用第 8 條、第 9 條規定；其中前項第 6 款之書面同意，準用第 7 條第 1 項、第 2 項及第 4 項規定，並以書面為之。」

<sup>15</sup> 去氧核糖核酸採樣條例第 12 條第 5 項規定：「去氧核糖核酸樣本之鑑定、儲存、管理、銷毀與紀錄之建立、使用、提供、刪除及監督管理之辦法，由主管機關定之。」

## 不同意見書

蔡明誠大法官 提出  
 蔡焜燉大法官 加入  
 黃虹霞大法官 加入  
 吳陳鋆大法官 加入

本號判決針對道路交通管理處罰條例之系爭規定（中華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定，此項規定係於 90 年 1 月 17 日新增，原為該條第 4 項規定，94 年 12 月 28 日修正公布時，移列為同條第 5 項，內容未修正。）就強制驗血<sup>1</sup>測試檢定酒精或管制藥品含量（血液濃度），係歸因於肇事之交通事故發生，及拒絕測試檢定或肇事駕駛人已陷於無意識狀態而無法實施測試檢定之特殊情形，皆比照刑事案件，等量齊觀，並宣告自本判決公告之日起 2 年期間屆滿前或完成修法前之過渡階段作法。惟關於酒駕肇事，是否有不急迫之情況，值得再推敲。又其中鑑定相關程序涉及刑事訴訟法第 205 條之 1 規定（參考德國刑事訴訟法第 81a 條舊法規定，該條規定於 2017 年已修正），值得再商榷，且強制採樣血液之使用範圍，及事後就該採樣血液是否應予銷毀等問題，亦宜予辨明。爰提出不同意見如後：

## 一、釐清系爭規定之法律解釋適用問題

關於違規酒駕，既然現行法律設計係兼採行政處罰與刑罰制裁，二者踐行之法律程序自屬有別。關於系爭規定之適用，依文義解釋及體系解釋，系爭規定僅限於汽車駕駛人因肇事拒絕接受或肇事無法實施測試檢定時<sup>2</sup>，始可移送受委託醫療或檢驗機構強制採取證，若未肇事之汽車駕駛人拒絕接受檢測時，應僅能依道路交通

<sup>1</sup> 強制送醫抽血，雖會對駕駛人之行動自由造成限制，但執行中並非長期將其禁錮在一封閉、與外隔絕之場所，或是如施用戒具等高壓方式嚴重限制其行動，並施加周密的監視或看管，且執行時間短暫，原則上應不構成對於人身自由之剝奪。參照楊雲驊教授為本件釋憲聲請案之鑑定意見，頁 1。

<sup>2</sup> 無法實施測試，亦可能是因死亡、昏厥或受傷需送醫急救等情況。

管理處罰條例第 35 條第 4 項規定，科以行政罰鍰、當場移置保管該汽機車或吊銷駕照之處分，而不能強制移送測試檢定。其如因肇事而涉犯刑責，拒絕或無法接受檢測，此時係為追訴其刑事責任而強制採樣取證，則應適用刑事犯罪偵查程序之相關規範。<sup>3</sup>因此，系爭規定與刑事訴訟法第 205 條之 1（鑑定之必要處分—採取分泌物等之許可）及第 205 條之 2（調查及蒐證之必要處分—採取指紋等）等規定，應有所區隔。尤其是在刑事訴訟法增修之後，就系爭規定之適用，必須限縮。<sup>4</sup>況且道路交通事故之肇事者，可能無法實施酒測或故意拒絕酒測（例如以拒絕酒測之行政罰鍰而避免刑責之情事）。交通警察關於交通事故肇事責任之處理，亦分有行政責任、民事責任與刑事責任。若涉及的是刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛罪之刑罰制裁，自須依循刑事訴訟法相關規定。<sup>5</sup>

<sup>3</sup> 刑事訴訟法內對採集血液之規定，顯然較道交條例規定嚴格，在個案適用及相關證據使用性上，應注意肇事之個案性質，亦即法條之適用，應依據個案情形區分「肇事且為刑事案件」與「肇事是否刑事案件不明」。例如：有無肇事致人傷亡、有無跡象顯示駕駛人體內酒精濃度超標或吸食管制藥物之虞，按照執勤員警的經驗，駕駛人相當可能已因服用藥物或酒精而無法安全駕駛，此時亦已進入「刑事案件偵查」之範圍，被告之地位已經形成。如果駕駛人不願意配合酒測，或無法決定是否配合酒測，應該以現行犯逮捕駕駛人後，依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，由檢察官下令將駕駛人強制送到醫院抽血檢驗，或是刑事訴訟法第 205 條之 2 規定命被告吐氣進行檢測。參照楊雲驊教授為本件釋憲聲請案之鑑定意見，頁 9~11。

<sup>4</sup> 學理上，有認為制定在先之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項所賦予警察將肇事拒絕酒測之駕駛人送醫療處所強制抽血之權限，在增訂刑事訴訟法第 205 條之 2 後，其適用必須限縮。參照林朝雲，論取締酒駕與其刑事程序，東吳法研論集，第 10 卷，2020 年 6 月，頁 105。

<sup>5</sup> 至於屬行政檢查目的之情況，因此獲得之資訊（例如血液檢驗酒精值達到刑罰標準），可否作為刑事證據使用？德國學說認為，警察執行刑事追訴任務時，僅能依據刑事程序法賦予之授權基礎而行動。因此，執行警察行政任務時所獲得之資訊，原則上不可為刑事追訴目的而使用，否則，刑事程序法上的許多限制較為嚴格的規定，將會被輕易的「架空」。我國司法實務從刑事訴訟法第 158 之 4 條規定「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」之反面解釋，似認為行政合法取得之證據可在刑事程序中使用。例如：最高法

又道路交通管理處罰條例第 35 條之增訂或修正，已有相當時日<sup>6</sup>，且系爭規定所稱肇事拒絕接受或無法實施測試檢定之情形，有測試檢定客體及採樣方式之差異，即如酒測<sup>7</sup>外，其尚可能包含吸毒者之「毒測」，亦即除血液檢測以外，尚及於其他檢體之採樣及測試檢定（例如毛髮、尿液等檢測）<sup>8</sup>，就系爭規定認為違憲，對於其他測試檢定或其他法規亦存在勘驗及人身檢查等特別規定<sup>9</sup>，亦可能受到

---

院 98 年度台上字第 7590 號、99 年度台上字第 4546 號刑事判決。參照楊雲驊教授為本件釋憲聲請案之鑑定意見，頁 11～13。

然亦有法官認警方所實施血液採驗具有刑事偵查性質，應合於刑事訴訟法之規定，依系爭規定取得之醫院血液檢驗報告核無證據能力，原審認有證據能力，並採為不利於被告之證據，自有未洽。例如臺灣高等法院臺中分院 108 年交上易字第 214 號刑事判決。

<sup>6</sup> 例如 86 年 1 月 22 日修正公布（86 年 3 月 1 日施行），汽車駕駛人，駕駛汽車有左列情形之一者，處新臺幣 6,000 元以上 12,000 元以下罰鍰，並當場禁止其駕駛及吊扣其駕駛執照 6 個月。因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照一年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再核發：一、酒精濃度過量。二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品。三、拒絕接受為前二款測試之檢定。上開增列第 1 項第 3 款部分之修正理由，係為酒後及吸食毒品迷幻藥駕車拒絕受儀器檢定之行為，如不予處罰，將無以落實取締。

之後，91 年 7 月 3 日修正公布（91 年 9 月 1 日施行）之第 35 條第 3 項及第 4 項規定，汽車駕駛人拒絕接受第 1 項測試之檢定者，處新臺幣六萬元罰鍰，並當場移置保管其車輛及吊銷其駕駛執照；如肇事致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領。汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施第一項測試之檢定者，應由交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員，將其強制移由受委託醫療或檢驗機構對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定。

<sup>7</sup> 各國關於酒精含量測試方法，或為 BrAC（吐氣含量）測試、或為 BAC（血液含量）值。

<sup>8</sup> 道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項規定：「汽機車駕駛人，駕駛汽機車經測試檢定有下列情形之一，機車駕駛人處新臺幣 15,000 元以上 9 萬元以下罰鍰，汽車駕駛人處新臺幣 3 萬元以上 12 萬元以下罰鍰，並均當場移置保管該汽機車及吊扣其駕駛執照 1 年至 2 年；附載未滿 12 歲兒童或因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照 2 年至 4 年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領：一、酒精濃度超過規定標準。二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品。」

<sup>9</sup> 例如海關緝私條例第 9 條（勘驗、搜索）規定，海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。勘驗、搜索時，應邀同該場所占有人或其同居人、僱用人、鄰人並當地警察在場見證。如在船舶、航空器、車



影響。是本件判決所為違憲之宣示，其可能產生外溢效應，如因未預先深入評估，恐發生不可預測之負面影響，故值得再商榷！

## 二、比較法觀察道路交通危險駕駛相關立法例

日本憲法關於人身自由保障之規範密度很高，採取嚴格令狀主義。加上日本對於酒駕肇事責任，係以刑事處罰為主，故對於拒絕酒測或無法實施酒測者之強制驗血，採絕對法官保留原則。<sup>10</sup>此外，日本道路交通法第 118 條之 2 規定，拒絕或妨礙吹氣測試者，處 3 個月以上懲役或 50 萬日圓以下之罰金。此所謂「拒絕吹氣檢查罪」，於無正當理由拒絕吹氣檢查之情形，警察通常將該駕駛以現行犯逮捕，將其帶至警局，再聲請令狀由醫生採血，或當警察告知成立拒絕吹氣檢查罪之可能時，通常駕駛人多會服從，而接受吹氣酒測。

---

輛或其他運輸工具施行勘驗、搜索時，應邀同其管理人在場見證。前項關係場所如係政府機關或公營事業，勘驗、搜索時，應會同該機關或事業指定人員辦理。

又海岸巡防法第 1 條規定，該法之立法目的，係為維護臺灣地區海域及海岸秩序，與資源之保護利用，確保國家安全，保障人民權益，特制定本法。同法第 4 條第 1 款、第 2 款、第 4 款與第 5 款規定，海巡機關人員執行職務時，得行使下列職權。但不得逾越必要程度：一、對進出通商口岸之人員、船舶、車輛或其他運輸工具及載運物品，有正當理由，認有違反安全法令之虞時，得依法實施安全檢查。二、對進出海域、海岸、河口、非通商口岸、航行領海內之船舶或其他運輸工具及其載運人員、物品，有正當理由，認有違法之虞時，得依法實施檢查。三、(省略)。四、(省略)。五、對航行海域內之船舶或其他運輸工具，如有損害中華民國海域之利益及危害海域秩序行為或影響安全之虞者，得進行緊追、登臨、檢查、驅離；必要時，得予逮捕、扣押或留置。又同法第 6 條第 1 項及第 2 項規定，船舶或其他運輸工具之船長、管領人、所有人或營運人對海巡機關人員依第 4 條第 1 項規定所實施之檢查、出示文書資料、停止航行、回航、登臨或驅離之命令，不得規避、妨礙或拒絕。違反前項規定者，海巡機關人員得以強制力實施之，但不得逾必要之程度。同法第 7 條第 1 項規定，海巡機關人員行使第四條所定職權，有正當理由，認其有身帶物件且有違法之虞時，得令其交驗該項物件，如經拒絕，得搜索其身體。搜索身體時，應有海巡機關人員 2 人以上或海巡機關人員以外之第 3 人在場。以上特別規定，可供參考。

<sup>10</sup> 參照李翔甫，警察下命抽血檢驗酒精濃度值正當性問題之探討（下），臺灣本土法學第 93 期（2007 年 4 月），頁 2-3。

另有對於酒駕課以刑事責任之立法例，就無法實施酒測之人，例外容許無法官令狀即可抽血進行酒測者，例如英國<sup>11</sup>。又美國立法例，則認其係類似搜索之強制處分，而適用刑事訴訟法之搜索規定。惟對於無法實施酒測者之強制驗血，例外不採法官令狀。不過，美國聯邦最高法院於 2013 年 4 月作成之 *Missouri v. McNeely* 判決中，針對強制要求飲酒駕車嫌疑人提供血液樣本之爭議，重新詮釋，以 5 比 4 極為接近之表決結果，多數意見認為採集血液樣本為美國憲法增修條文第 4 條規定之搜索，在不至於明顯減損搜索效能之情況下，應於事前取得搜索票，亦同時指出，倘若依照個案情形判斷，若搜索票之要求將使血液中酒精濃度明顯降低，則屬不切實際，此時可認足以構成緊急狀況，無需事先取得搜索票，即可強制採集血液樣本。<sup>12</sup>嗣後，於 2019 年作成之 *Mitchell v. Wisconsin* 判決中，同樣以 5 比 4 之表決結果，多數意見認為於駕駛人無意識之情況下，符合緊急狀況原則而無須令狀即得採集其血液樣本。因血液酒精濃度隨時間之經過而下降已為生物學上之確信，相關檢測需及時，公路安全為攸關公眾之極重大利益，有影響安全與執法之需求，即肇事須儘速處理現場，以維護肇事者及其他用路人之安全，如駕駛人已失去意識或有人受傷，並須及時送醫急救，無暇再處理聲請令狀事宜，此例外緊急狀況，即可無令狀送醫抽血檢測。<sup>13</sup>此緊迫狀況例外原則，如有重要執法需求，且無時間取得令狀，得實施無令狀之搜索，在我國實務上為值得重視之問題。

關於道路交通違規「酒駕」或「毒駕」，我國採行政處罰與刑事處罰雙軌模式，有謂係參考德國立法例，故德國法自有比較之價

<sup>11</sup> Section 7A ss of Road Traffic Act 1988 c. 52 英國在此部法律先定義道路交通危險罪名，包括酒駕，同時在此條授權警察得經醫師許可後，對無意識之人抽血保存。然而此條另規定警察應嗣後取得被抽血人之同意後，始可將酒精送驗，並告知被抽血人若不同意，將另外構成刑事犯罪。係一種將得否抽血之條件與得否送驗之條件分別規定之法例。

<sup>12</sup> *Missouri v. McNeely*, 569 U.S. 141(2013). 參照劉靜怡，飲酒駕車的憲法權利保護：公權力的程序紅線，月旦法學教室第 132 期，2013 年 9 月，頁 6-7。

<sup>13</sup> *Mitchell v. Wisconsin*, 139 S. Ct. 2525(Jun. 27, 2019). 此判決認可州法授權警察得對無意識之道路駕駛人進行無令狀抽血不違憲。

值。就強制驗血，德國立法例認屬身體檢查。詳言之，關於對身體檢查之行為類型，可分為基於其取證對象（有稱之為對被告、被告以外之第三人之身體檢查處分）、干預人民基本權利之嚴重程度（例如對身體侵入性（或稱侵犯性或穿刺性）與非侵入性（單純）之檢查處分（強制取證行為））、侵害法益嚴重性，以及從干預者角度分類，有區分為法官、檢察官或警察（含司法警察（官）及檢察事務官）所為之採樣或確認身分處分，亦有以檢查目的而分類，區分為鑑定目的、為勘驗目的及純為確認或採樣目的之檢查。涉及檢測體內酒精濃度或有無施用管制藥品所為之抽血處分（抽血檢驗），係屬於身體檢查（körperliche Untersuchung）或所謂體「內」之檢查（die Suche im Körper）。<sup>14</sup>

德國道路交通法（Straßenverkehrsgesetz）（StVG）第 24a 條規定汽車駕駛人於道路交通中駕駛汽車者，吐氣之身體酒精濃度每公升 0.25 毫克以上，或血液中千分之 0.5 以上，即構成違反秩序罰（Ordnungswidrig）之行為。有關驗血之容許性，係涉及違反秩序法（Ordnungswidrigkeitengesetz; OWiG）第 46 條第 4 項規定，於血液採取與其他輕微干預（andere geringfügige Eingriffe），容許不經命令為之。亦即如有特定事實認有道路交通法第 24a 條及第 24c 條違反秩序行為之嫌疑者，就其血液採取，不適用刑事訴訟法第 81a 條第 2 項前段規定，不須法官之命令，係就刑事訴訟法第 81a 條第 2 項前段適用之限制。<sup>15</sup>

德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項規定，係為確認訴訟程序上重要事實（Feststellung von Tatsachen）之目的，得命被告接受身體檢查。

---

<sup>14</sup> 參照林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），臺北市：新學林，2019 年 10 月 9 版 2 刷，頁 481 以下。

<sup>15</sup> 德國違反秩序法第 46 條係有關刑事程序規定之適用（Anwendung der Vorschriften über das Strafverfahren），該條第 4 項規定，即於血液採取與其他輕微干預，容許不經命令為之。於刑事訴訟所抽取血液及其他身體細胞，容許使用於第 1 項罰鍰程序。抽取血液及其他身體細胞，不容許使用於刑事訴訟法第 81e 條所定之檢查實施。

又基於該目的實施驗血及其他由醫師依醫療規則所為之身體上侵入（andere körperliche Eingriffe），如對其健康無不利後果之虞者，得不經被告同意為之。前項之命令，原則上由法官為之，亦即得命被告身體檢查之執法主體，於同條第 2 項前段明定，原則上為法官（Richter），如因遲延將導致危害偵查結果（bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung）（有稱遲延之危險；Gefahr im Verzug）時，例外得由檢察官與其偵查輔助人員（或譯輔佐人員）（Ermittlungspersonen）（德國法院組織法第 152 條參照）為之。<sup>16</sup>亦即例外情形，賦予檢察官與警察（檢察官之輔助人員）命令權限（Die Anordnungs-kompetenz）。亦即，身體檢查需由法官下令，在可能延誤影響偵查結果情況下，檢察官與其偵查輔助人員也可下令。

由於實務的重大負擔，引發批評聲浪，上開規定於 2017 年修正，將酒駕部分鬆綁，修正為當基於特定事實可認構成刑法不能安全駕駛罪時，則不需法官之下令。亦即德國刑事訴訟法第 81a 條第 2 項後段，特別就交通相關刑事處罰規定（如有嫌疑之特定事實足以認為屬刑法第 315a 條第 1 項第 1 款、第 2 項及第 3 項、第 315c 條第 1 項第 1 款第 1 目、第 2 項及第 3 項或第 316 條犯罪行為者），明定不依前段規定，容許不經法官之命令，而實施包括酒駕及毒駕之驗血。詳言之，即便德國設有偵查法官（Ermittlungsrichter）制度，其重要功能之一，即在偵查階段，經聲請而核發特定強制處分之命令，其權限範圍，取決於法制中對於強制處分之決定權限如何分配，此亦屬德國多數強制處分採法官保留原則之運作方式。<sup>17</sup>惟於 2017 年修正刑事訴訟法第 81a 條之後，將有關交通刑事處罰之強制驗血，明定得不經法官命令

<sup>16</sup> 參照 Adolf Rebler, Die Bedeutung des § 81 a II StPO im Fahrerlaubnisrecht, JA 2017, 59ff.

<sup>17</sup> 參照林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，收錄於氏著「干預處分與刑事證據」，臺北：元照，2008 年 1 月出版，頁 68-69；刑事訴訟法（上冊），臺北：新學林出版，2019 年 9 月 9 版，頁 98；論偵查法官—兼論法官保留原則與直接審理原則，收錄於「法治國之刑事立法與司法：洪福增律師八秩晉五壽辰祝賀論文集」，臺北：春風煦日論壇編輯，1999 年 8 月，頁 184。

為之。

此外，於前開第 81a 條第 3 項規定，由被告所抽取血液或其他身體細胞（組織）（Körperzellen），僅准使用於該實施驗血目的或其他繫屬之刑事訴訟。一旦不再有使用之必要者，應立即銷毀（unverzüglich zu vernichten）。此項基於證據使用必要性與禁止使用範圍及廢棄時機之立法方式，值得參考。

職是，德國刑事訴訟法第 81a 條規定，係關於被告身體檢查與身體侵入之容許性（Körperliche Untersuchung des Beschuldigten; Zulässigkeit körperlicher Eingriffe），依該條規定，被告之身體得作為勘驗客體（Augenscheinsobjekt），為基本法第 2 條第 2 項第 1 段保護之身體不受侵犯權（Recht auf körperliche Unversehrtheit）之特別容許干預。

至於因驗血涉及 DNA 等資訊獲取之測試檢定或檢查，實與肇事者一般性酒精濃度之檢測及確認之目的不同，其適用程序及規範依據，另為其他特別規定，以資適用。即如德國刑事訴訟法第 81g 條 DNA 身分確認（DNA-Identitätsfeststellung）與第 81h 條 DNA 系列檢查（DNA-Reihenuntersuchung）<sup>18</sup>等特別規定 DNA 檢測程序及其相關規範。比較我國有關 DNA 及相關個人資料及隱私資訊等相關保護規範，亦可適用去氧核糖核酸採樣條例及個人資料保護法等相關規定。是從體系觀察，通常一般性之驗血相關規定，如適用於具特殊性之 DNA 檢測案件，比較前述德國法之經驗，其法律基礎上難免有規範不足之質疑，故其在檢測程序與隱私資訊保護等規範依據上，如將兩者詳加分別規定，將可使相關身體檢查程序及處分之規範體系，更加

---

<sup>18</sup> 德國於 1988 年以後容許 DNA 分析（Die DNA-Analyse）運用，作為刑事訴訟證據方法（als strafprozessuales Beweismittel）。1997 年刑事訴訟法修正後，於第 81a 條以後，陸續增修第 81e 條至第 81h 條等條文，補充對於基因檢測等規範不足之情形。（參照 Stephanie Pommer, Die DNA-Analyse im Strafprozess – Problemfelder der §§ 81e ff. StPO JA 2007, 621ff.; Hadamitzky, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019-beck-online, StPO § 81g Rn. 1ff..）

完整化。

總之，俗云：「他山之石，可以攻錯」。從前述比較法觀點，可見外國立法例，因法制背景及社會情況之差異，其規範酒駕及毒駕等現象及其衍生問題，容許採取不同應對之立法政策，且實際上不宜認為其係單純法律規範問題，因相關衍生社會現象及問題，隨社會不斷發展及演變之挑戰，外國立法例制定其各自不同規範，以因應此等挑戰。因此，如不賦予立法者更大自由形成規範之空間，恐法律發生規範失調現象，而不足回應社會變遷之挑戰。<sup>19</sup>

### 三、適用刑事訴訟法有關鑑定相關程序規定之問題

從本判決結論而言，自本判決公告之日起，至相關機關依本判決意旨完成修法前，交通勤務警察就肇事駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施吐氣酒測，認有對其實施血液酒精濃度測試，以檢定其體內酒精濃度值之合理性與必要性時，其強制取證程序之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書，始得為之。情況急迫時，交通勤務警察得將其先行移由醫療機構實施血液檢測，並應於實施後 24 小時內陳報該管檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受測試檢定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。本件判決雖另於情況急迫時，宣示上開過渡期間之適用依據，於急迫情況得例外處理，看似周延，然交通事故肇事現場是否有不急迫之情況？另賦予交通勤務警察於急迫情況時，得將駕駛人先行移由醫療機構實施血液檢測，是否多此一舉，值得再推敲。以本件原因案件為例，係無法實施通常酒測（如吐氣等），如因遲延可能影響檢測結果之精準性，已屬急迫情況，是否尚有可能認定其非急迫情況？且何謂情況急迫，係屬不確定法律概念，既給予交通勤務警察有先移送醫療機構驗血之權

<sup>19</sup> 關於刑事訴訟程序強制處分之決定機關，各國立法例大致分為法官、檢察官、司法警察，基於單一模式皆有難以克服之缺點考量，各國立法例多採混合型的立法模式。採行令狀主義之英美法系國家，強制處分之行使，並非率皆由法官事前審查，美國立法例中之令狀要求，亦僅限於部分之強制處分（如搜索、扣押）。

責，是否實務上亦由其為是否急迫情況之事實判斷負責？況本件酒測情形，通常其係屬急迫情況，是否仍有不急迫之情況，而卻另給予當場執法警察先行判斷其是否急迫之必要性，如此是否多此一舉，皆令人存疑，故其值得再推敲。

再從我國就酒駕或毒駕肇事案件處理實務觀之，通常係由派出所或分駐所員警處理肇事案件之現場，如須聲請鑑定許可，應由派出所或分駐所備文陳報分局偵查隊，再由偵查隊備文向地方檢察署聲請，如須聲請搜索票，尚須經檢察官許可後，向地方法院法官聲請，如此程序繁瑣費時，亦面臨前述美國實務上急迫狀況之類似問題，如未設例外規定，恐難以符合急迫狀況之肇事案件處理所需時效性及精準性之要求。

本件判決起初，係一般情況出發，急迫情況時，不得不將報請檢察官核發鑑定許可書，作出例外處理。此既未區分道路交通事故處理，非純刑事法問題，因酒測所得濃度，關係於行政或刑事處罰，其法律效果，差異甚大。因此，未來修法，是否再無參考德國立法例之機會，並應注意刑事訴訟法第 205 條之 1 規定係參考德國舊（2017 年前修正）刑事訴訟法第 81a 條第 1 項而增訂<sup>20</sup>。亦即如前所述，例外由檢察官或德國法院組織法第 152 條規定之偵查人員得簽發令狀，亦值得探究其參考之可能性！

再者，本判決目前所採之處理方式，係由檢察官核發鑑定許可

---

<sup>20</sup> 92 年 2 月 6 日修正公布之刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，並得採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或其他相類之行為。前項處分，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。其新增之理由，依目前各種科學鑑定之實際需要，鑑定人實施鑑定時，往往有必要採取被鑑定人之分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物，或採取指紋、腳印、聲調、筆跡、照相或為其他相類之行為，為應實務之需要，兼顧人權之保障，爰參考德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項之立法例，於本條第 1 項明定鑑定人得經審判長、受命法官或檢察官之許可而為之，以資適用。鑑定人實施鑑定時，所為本條第 1 項之行為，屬審判長、受命法官或檢察官之處分，故明定應於修正條文第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明，以求明確，並免爭議。

書，如此或許可以減少採取絕對法官保留原則而可能造成之法官負擔，且看似尊重檢察官之法制地位。惟未來實務運作上，不僅恐將增加檢察官之過度負擔，亦且可能延誤施測最佳時機，致使採樣或取證失其精準性之疑慮，故如此作法是否妥當，值得商榷。因此，本件判決宣示後，實務上在規範設計及程序執行，如何有充足量能因應，亦值得關切！

#### 四、展望---代結語

道路交通事故發生，原因多端，其中有如本件原因係酒駕機車自撞，且因故陷於昏迷，宜解為其係屬例外之急迫情況，如依法執行公務之警察，須事先取得檢察官或法官之令狀，始准許強制驗血，是否因遲延而失其精確性或時效性？亦值得三思！況且，交通事故酒測之實際勤務，除應要求其檢定或檢查結果之精準性及時效性外，司法實務上是否容易辦到檢察官及時作出測試檢定或檢查之許可，且就現實狀況觀之，檢察官通常不在肇事現場，若改採異地遠端聯絡方式，但強制要求陳報檢察官給予鑑定許可書，現實上是否每件案例有充分時間，細加審酌及精準評估有無抽血之合理性或必要性，皆非無疑！倘若追求時效，因避免遲延並顧及測試結果之精準性，而迅予准許測試檢定或檢查，如此恐又可能流於形式，甚至難免成為橡皮圖章？

再以美國實務為例，對於令狀之聲請及核發，法官平均花 2 分 48 秒時間審核聲請資料，警察提出令狀聲請之否准比例不及 10%，有學者認為法官於此僅扮演橡皮圖章之角色。<sup>21</sup>酒駕者如因未即時酒測，經時間拖延，酒測值下降，往往有導致酒測失準之疑慮。對此等例外之急迫情形，未來修法或過渡期間之執法時，自宜給予相關機關較大之裁量餘地，並賦予立法者更大自由形成空間，尤其是在肇事者酒測之特殊情形，如仍堅持原則上須由檢察官事先核發鑑定許可書，相關機關面對此情勢，其是否有充足量能，足以因應此一改變，不無疑問！總之，本件判決所造成社會影響，恐大於其所欲達成之理想目標！

<sup>21</sup> 參照王兆鵬、李榮耕、張明偉，刑事訴訟法（上），臺北：新學林出版，2018 年 9 月 4 版，頁 184。



## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 2 號

聲請人 一 朱育德

送達代收人吳姵瑩

訴訟代理人 王立中律師

陳文祥律師

聲請人 二 盧映潔

訴訟代理人 陳偉仁律師

聲請人 三 中國時報文化事業股份有限公司

代 表 人 王 丰

聲請人 四 陳敏鳳

送達代收人 鄭文筑

上列聲請人一認臺灣高等法院高雄分院 103 年度上字第 138 號確定終局民事判決，聲請人二認臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 14 號確定終局民事判決，聲請人三認臺灣高等法院 107 年度上字第 682 號確定終局民事判決，聲請人四認臺灣高等法院 108 年度重上更一字第 164 號確定終局民事判決，各所適用之民法第 195 條第 1 項後段牴觸憲法，聲請宣告違憲，並聲請變更司法院釋字第 656 號解釋。本庭判決如下：

### 主 文

- 一、民法第 195 條第 1 項後段規定：「其名譽被侵害者，並得請求 1  
回復名譽之適當處分。」所稱之「適當處分」，應不包括法院  
以判決命加害人道歉之情形，始符憲法保障人民言論自由及思  
想自由之意旨。司法院釋字第 656 號解釋，於此範圍內，應予  
變更。
- 二、本件聲請人均得自本判決送達之日起 30 日內，依法提起再審之 2  
訴。
- 三、本件各原因案件之確定終局判決命各該聲請人公開道歉部分， 3  
如已執行，再審之訴判決應依本判決意旨廢棄上開命加害人公

開道歉部分，並得依被害人之請求，改諭知回復名譽之其他適當處分，然應不適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定，亦不得命被害人回復執行前原狀；上開改諭知之其他適當處分亦不得強制執行。

## 理 由

### 壹、聲請人陳述要旨【1】 1

聲請人一至四認各該確定終局判決所適用之民法第 195 條第 1 項後段規定：「……其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」（下稱系爭規定），容許法院得以判決命加害人強制道歉，以回復他人名譽，侵害聲請人之不表意自由、人格權、良心自由、思想自由與人性尊嚴或新聞自由等，有抵觸憲法第 11 條及第 23 條規定之疑義，又司法院釋字第 656 號解釋（下稱系爭解釋）應予變更。其餘主張詳見聲請書。【2】 2

### 貳、受理依據及審理程序【3】 3

聲請人一於中華民國 104 年 8 月 12 日提出聲請，核與當時應適用之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（憲法訴訟法第 90 條第 1 項但書規定參照），大法官於 108 年 10 月 9 日決議受理，並於 109 年 3 月 24 日舉行公開說明會，邀請聲請人一、民法之主管機關法務部及鑑定人到會陳述意見，另邀請中華民國法官協會、中華民國律師公會全國聯合會及臺北律師公會以法庭之友身分到會陳述意見。後聲請人二至四於上開說明會舉行後，亦主張其各該確定終局判決所適用之系爭規定抵觸憲法，聲請宣告違憲，大法官於 109 年 8 月 12 日決議受理聲請人二之聲請，於 110 年 6 月 30 日決議受理聲請人三之聲請，於 110 年 12 月 30 日決議受理聲請人四之聲請。因審查標的相同，爰與聲請人一之聲請案合併審理並判決。本庭斟酌各聲請書、說明會各方陳述等，作成本判決，理由如下。【4】 4

### 參、形成主文之法律上意見【5】 5

一、法院以判決命加害人道歉，與憲法保障言論自由之意旨有違【6】 6

憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之言論自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述（司法院釋字第 577 號解釋參照）。國家法律如強制人民表達主觀意見或陳述客觀事實，係干預人民之是否表意及如何表意，而屬對於人民言論自由之限制。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，於加害人為自然人時，更會涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（系爭解釋參照）。【7】

民法第 195 條第 1 項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」係就侵害他人名譽等人格法益，所定之非財產上損害賠償規定。其後段規定（即系爭規定）所稱「回復名譽之適當處分」，依立法原意及向來法院判決先例，除容許於合理範圍內，由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事，或將判決書全部或一部登報等手段，以回復被害人之名譽外，另包括以判決命加害人公開道歉之強制道歉手段。系爭解釋對此亦持相同立場，然以合憲性限縮之解釋方法，將上開強制道歉手段限於「未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者」，始屬合憲。【8】

按系爭解釋係以基本權利衝突之權衡方法，認「於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第 23 條所定之比例原則。」惟國家禁止人民積極表意，人民尚得保持沉默。強制公開道歉之手段係更進一步禁止沉默、強制表態，以致人民必須發表自我否定之言論，其對言論自由之干預強度顯然更高。又容許國家得強制人民為特定內容之表意，甚至同時指定表意時間、地點及方式等，必然涉及言論

內容之管制。又強制公開道歉係直接干預人民是否及如何表達其意見或價值立場之自主決定，而非僅涉及客觀事實陳述之表意，顯屬對高價值言論內容之干預。又除自然人外，法人亦得為憲法言論自由之權利主體（司法院釋字第 577 號及第 794 號解釋參照）。不論加害人是自然人或法人，強制公開道歉均會干預其自主決定是否及如何表意之言論自由。於加害人為新聞媒體（包括機構或個人媒體等組織型態）時，甚還可能干預其新聞自由，從而影響新聞媒體所擔負之健全民主、公共思辨等重要功能。是系爭規定應受嚴格審查，其立法目的須係為追求特別重要公共利益，其手段須係為達成其立法目的所不可或缺、且別無較小侵害之替代手段，始符合憲法保障人民言論自由之意旨。【9】

侵害他人名譽之加害人，於自認有錯時，出於自願且真誠向被害人道歉，不論是表達其內疚或羞愧，皆為對被害人所受傷害之同理心表現，可讓被害人獲得精神上的安慰，感到受尊重，獲得安全感，從而重建對他人之信任。透過道歉，甚可宣示社會之共同價值觀，因而重建雙方及社會的和諧。故加害人於自認有錯時，本即得真誠向被害人道歉，不待法院以判決強制道歉。鑑於道歉所具之心理、社會及文化等正面功能，國家亦得鼓勵或勸諭加害人向被害人道歉，以平息糾紛，回復和諧。查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，以回復被害人名譽，其目的固屬正當。然由於名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，且不致影響第三人或公共利益者，是填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。【10】

次就限制手段而言，民法第 195 條第 1 項前段規定就被害人所受非財產上損害，係以金錢賠償為填補其損害之主要方法。縱認系爭規定所稱「回復名譽之適當處分」亦屬不可或缺之救濟方式，其目的仍係在填補損害，而非進一步懲罰加害人。又上開適當處分之範圍，除不得涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事（系爭解

釋參照)外,亦應依憲法保障人民言論自由之意旨,予以適度限縮。是法院本應採行足以回復名譽,且侵害較小之適當處分方式,例如在合理範圍內由加害人負擔費用,刊載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部刊載於大眾媒體等替代手段,而不得逕自採行侵害程度明顯更大之強制道歉手段。【11】

按公開刊載法院判決被害人勝訴之啟事或判決書之方式,即可讓社會大眾知悉法院已認定被告有妨害他人名譽之行為,而有助於填補被害人名譽所受之損害,且不至於侵害被告之不表意自由。法院於審判過程或判決理由中,亦可鼓勵或期許加害人向被害人道歉。又加害人如自認有錯,仍可真誠向被害人道歉,不待法院之強制。反之,法院如以判決命加害人向被害人道歉,並得由被害人逕以加害人之名義刊載道歉啟事,再由加害人負擔費用(強制執行法第127條第1項規定參照),實無異於容許被害人以加害人名義,逕自違反加害人自主之言論。對加害人而言,非出於本人真意之道歉實非道歉,而是違反本意之被道歉;對被害人而言,此等心口不一之道歉,是否有真正填補損害之正面功能,亦有疑問。是法院以判決命加害人公開道歉,不論加害人為自然人或法人,縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事,亦顯非不可或缺之最小侵害手段,而與憲法保障人民言論自由之意旨有違。【12】

二、於加害人為自然人時,法院以判決命加害人道歉,與憲法保障思想自由之意旨有違【13】

思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精神活動,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,應受絕對保障,不容國家機關以任何方式予以侵害。就此,司法院釋字第567號解釋曾明確諭知:「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。」國家於非常時期,如仍不得以因應緊急事態為由而強制人民表態;則平時法制自更不得以追求其他目的(如維護名譽權等)為由,強制人民表態,以維護人民之

思想自由。【14】

強制道歉係強制人民不顧自己之真實意願，表達與其良心、價值信念等有違之表意。個人是否願意誠摯向他人認錯及道歉，實與個人內心之信念與價值有關。於加害人為自然人時，強制道歉除直接限制人民消極不表意之言論自由外，更會進而干預個人良心、理念等內在精神活動及價值決定之思想自由。此等禁止沉默、強制表態之要求，實已將法院所為之法律上判斷，強制轉為加害人對己之道德判斷，從而產生自我否定、甚至自我羞辱之負面效果，致必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害憲法保障自然人思想自由之意旨。【15】

至加害人為法人時，因法人無從主張思想或良心自由，是強制法人公開道歉尚與思想自由無涉，併此指明。【16】

三、本庭判斷結果【17】

綜上，系爭規定容許法院以判決命侵害他人名譽之加害人向被害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦與憲法保障人民言論自由之意旨有違；於加害人為自然人時，更與憲法保障思想自由之意旨不符。是系爭規定所稱之「適當處分」，應不包括法院以判決命加害人公開道歉之情形，始符憲法第 11 條保障人民言論自由及第 22 條保障人民思想自由之意旨。於此範圍內，系爭解釋亦應予以變更。【18】

聲請人一至四均得依憲法訴訟法第 91 條第 2 項前段規定，自本判決送達之日起 30 日內依法提起再審之訴（司法院釋字第 800 號解釋參照）；另依同條第 3 項規定，其各該聲請案件自繫屬之日起至本判決送達聲請人之日止，不計入民事訴訟法第 500 條第 2 項所定 5 年再審期間，併此指明。【19】

至本件各原因案件之確定終局判決命各該聲請人公開道歉部分，於上開再審之訴判決時如仍未執行，且再審之訴判決諭知強制道歉以外之其他適當處分（如改刊登判決書之全部或一部等）者，被害人本得請求執行。如原確定終局判決所命之公開道歉部分已執

行，加害人雖得提起再審之訴，而再審之訴判決依本判決意旨固得依被害人之請求，改諭知回復名譽之其他適當處分，並廢棄超過上開其他適當處分部分（即命加害人公開道歉部分），然為免造成被害人之二度傷害，應不適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定，亦不得命被害人回復執行前原狀（如另登撤銷公開道歉之啟事等）。又考量強制道歉之事實上效果強於其他適當處分，為求加害人與被害人間權益之衡平，上開改諭知之其他適當處分亦不得強制執行，俾雙方間之紛爭得早日終結。【20】

至法律要求行使公權力之國家機關或公務員應向被害人道歉，或容許檢察官或法官於刑事程序中命被告向被害人道歉等法規範，不在本件判決之審查範圍，併此敘明。【21】

肆、另案審理部分【22】

聲請人一就臺灣高雄地方法院 102 年度簡上字第 451 號刑事判決所適用之刑法第 309 條第 1 項規定，聲請解釋憲法部分，因與本判決之標的不同，爭點有別，爰另案審理（憲法訴訟法第 24 條第 2 項規定參照），併此敘明。【23】

中 華 民 國            111            年            2            月            25            日

憲法法庭	審判長	大法官	許宗力		
		大法官	黃虹霞	吳陳鐸	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		

（蔡大法官炯燉迴避）

本判決由黃大法官昭元主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、黃大法官虹霞、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、 黃大法官瑞明、詹大法官森林
第二項	許大法官宗力、黃大法官虹霞、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、 黃大法官瑞明、詹大法官森林
第三項	許大法官宗力、黃大法官虹霞、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、 黃大法官瑞明

## 【意見書】

協同意見書：許大法官志雄提出、黃大法官虹霞加入。

部分不同意見書：詹大法官森林提出、黃大法官瑞明加入壹及參部分。

不同意見書：蔡大法官明誠提出、吳大法官陳鏗加入。

黃大法官瑞明提出、詹大法官森林加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 戴紹煒

中 華 民 國 111 年 2 月 25 日



## 協同意見書

許志雄大法官 提出  
黃虹霞大法官 加入

關於侵害人格法益之非財產上損害賠償，民法第 195 條第 1 項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」後段針對名譽之侵害部分，特別明定：「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分」（下稱系爭規定），惟所謂「回復名譽之適當處分」，是否包括由法院命侵害名譽之加害人向被害人公開道歉，向有爭議。大法官於 98 年就此作成司法院釋字第 656 號解釋（下稱系爭解釋），所持見解卻遭到諸多質疑，迄今已近 13 年，不但未能取得學界普遍認同，於實務上亦屢滋紛擾，殊有重新檢討之必要。

本件於司法院大法官審理案件法時代即已受理，並經多次漫長之討論表決，惜因受制於 2/3 特別多數之可決門檻，一直未能作成解釋。迨今年初憲法訴訟法施行，制度變革，可決門檻降低，終於促成本號判決之作成。憲法審查之成效與制度息息相關，可見一斑。

系爭解釋之見解多為本號判決所不採，彰彰明甚。二者主要異同有下列三點：第一、結論不同：前者承認，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，在一定條件下合憲。後者則認為，法院以判決命加害人公開道歉之情形一概違憲，系爭規定將強制道歉納入「回復名譽之適當處分」之範圍，此部分違憲。第二、所涉憲法上權利不一：前者係從不表意自由，亦即言論自由之角度，審查系爭規定之合憲性。後者則除言論自由外，更將思想自由之侵害問題納入審查焦點，據以判斷系爭規定之合憲性。第三、憲法判斷之方法不同：前者採取合憲性解釋，後者則為系爭規定部分違憲之判斷。本號判決變更系爭解釋，本席敬表贊同。惟本號判決蘊含若干疑點及問題，尚待釐清、辨正，爰提出協同意見書。

## 一、涉及之憲法上權利及審查順序

系爭解釋之解釋文宣示：「民法第 195 條第 1 項後段規定：『其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。』所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第 23 條比例原則，而不抵觸憲法對不表意自由之保障。」其將系爭規定可能侵害之憲法上權利標定在言論自由上，並藉比例原則及限縮解釋方法之運用，作成合憲性解釋。

本號判決主文宣示：「民法第 195 條第 1 項後段規定：『其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。』所稱之『適當處分』，應不包括法院以判決命加害人道歉之情形，始符憲法保障人民言論自由及思想自由之意旨。」涉及之憲法上權利除言論自由外，更包含思想自由，而將言論自由置於思想自由之前。又如判決理由所示，本號判決在審查之順序上，亦先言論自由而後思想自由。其先以比例原則審查系爭規定有無違反憲法保障言論自由之意旨，顯然沿襲系爭解釋之論理方式，充滿對話乃至抗衡之意味。事實上，二者於比例原則之操作迥然有別，而且結論亦大相徑庭，對比相當鮮明。

惟性質上，思想自由屬內在精神活動之自由，應受憲法之絕對保障，不許任何限制；國家無論具有任何公益之理由，皆禁止介入，有關限制思想自由之法律當然違憲。而言論自由屬外在精神活動之自由，即使應受高度保障，究與絕對保障有別，仍允許法律為一定之限制。兩相比較，思想自由於人權價值序列上優於言論自由，且為言論自由之基礎。本席認為，系爭規定既涉及思想自由之侵害，基於上述因素，於審查時似應以思想自由為優先。若經思想自由部分之審查，已得違憲判斷，即無再就言論自由部分加以審查之必要。

誠如本號判決理由所述：「憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之言論自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述（司法院釋字第 577 號解釋參照）。」言論自由包括不表意自由，當國家強制人民表意，一般可認係不表意自由（言論

自由)之限制或剝奪。惟表意之強制造成思想良心之不利益時，應不能僅以言論自由之侵害問題看待。此際，無寧已涉及思想良心自由所內含，而應受絕對保障之「沈默自由」<sup>1</sup>。本號判決參照系爭解釋，指出：「國家法律如強制人民表達主觀意見或陳述客觀事實，係干預人民之是否表意及如何表意，而屬對於人民言論自由之限制。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，於加害人為自然人時，更會涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權……」可見系爭解釋及本號判決均已碰觸問題癥結。惜乎系爭解釋就思想良心層面僅如此點到為止，並未深入探究，更遑論從事沈默自由或思想良心自由方面之審查。本號判決正視思想良心之侵害，特別於言論自由方面之審查後，進一步針對思想自由方面進行審查，顯有進展，但加害人為自然人者，未於審查時直接以沈默自由或思想良心自由取代不表意自由或言論自由，仍有未洽之處。

## 二、言論自由部分之審查

關於言論自由部分，本號判決與系爭規定相同，皆以比例原則作為審查原則，但其操作手法顯有差異。系爭解釋謂：「於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第 23 條所定之比例原則。」其僅要求應符合比例原則，至於審查之密度高低、寬嚴，則未置一詞。本號判決表明：「系爭規定應受嚴格審查，其立法目的須係為追求特別重要之公共利益，其手段須係為達成其立法目的所不可或缺、且別無較小侵害之替代手段，始符合憲法保障人民言論自由之意旨。」則明白表示，應採取高密度、嚴格之審查。

基於上開差異，系爭解釋稱：「系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠

<sup>1</sup> 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148。

償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。」明確肯定立法目的之正當性，毫無罣礙。本號判決對立法目的之正當性則語多保留，一方面固接受系爭解釋之說法，承認立法目有其正當性，另一方面又因「名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，且不致影響第三人或公共利益者，是填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。」而對目的之正當性抱持疑慮。

在手段之適合性方面，系爭解釋未予著墨，諒係堅信法院以判決命加害人向被害人道歉，一定有助於填補被害人名譽所受之損害，故無庸贅言。本號判決同樣未就手段之適合性清楚表達立場，但字裡行間透露出懷疑態度，認為強制道歉「對加害人而言，非出於本人真意之道歉實非道歉，而是違反本意之被道歉；對被害人而言，此等心口不一之道歉，是否有真正填補損害之正面功能，亦有疑問。」言下之意，其手段恐非有助於立法目的之實現，亦即手段之適合性有待商榷。

無可否認，系爭解釋與本號判決之審查重點一致，均擺在手段之必要性方面。系爭解釋表示：「權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身份及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。」認強制道歉基本上符合必要性之要求，僅於公開道歉「涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事」時，逾越回復名譽之必要程度，而例外違反必要性原則。反之，本號判決認以「公開刊載法院判決被害人勝訴之啟事或判決書之方式，即可讓社會大眾知悉法院已認定被告有妨害他人名譽之行為，而有助於填補被害人名譽所受之損害，且不至於侵害被告之不表意自由」，而強制道歉涉及不表意自由之侵害，其侵害程度明顯更大，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦顯非不可或缺之最小侵害手段，是與必要性原則有違。

本席認為，純就比例原則之審查而言，本號判決之見解應較系爭

解釋可採，但若將手段本身之合憲性納入考量，二者皆值得商榷。詳言之，比例原則乃在規制之目的與手段均合憲之前提下，用以檢視目的與手段之關聯性，並據以判斷該規制是否合憲。若目的或手段本身違憲，則其規制即已違憲，並無比例原則之適用餘地。例如，宗教自由係憲法保障之人權，若有法律以滅絕宗教為目的，其目的為憲法所不容，該法律當然違憲；不論其採取之手段如何，均不必且不應以比例原則審查。又設有法律規定以凌遲作為刑事制裁之手段，因其違反憲法禁止酷刑之誡命，手段本身違憲，法律規定自亦違憲，同樣不必亦不應以比例原則審查。

按人性尊嚴為憲法保障之最高價值，不容侵犯。於公開道歉「涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事」時，該手段本身即屬違憲，系爭解釋卻未逕為違憲之判斷，而仍以比例原則之操作，認其逾越回復名譽之必要程度，過度限制人民之不表意自由。徵諸前述，這種論法難謂妥適。至於本號判決，在比例原則之運用上，應視加害人為自然人或法人，而予不同之評價。加害人為法人時，強制道歉僅涉及言論自由之限制，尚不生手段本身違憲問題，故以強制道歉顯非不可或缺之最小侵害手段為由，認與必要性原則有違，而不符比例原則之要求，其論法尚稱允當。然加害人為自然人時，多數意見既認定強制道歉必然損及道歉者之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害加害人之思想自由，則強制道歉作為回復名譽之手段本身即屬違憲，於言論自由部分之審查時，以比例原則檢視其合憲性，實有不宜。本席忖度，此一問題之產生，可能與審查順序之安排有關。本件之審查係先言論自由而後思想自由，於審查言論自由部分時，未計及強制道歉對思想自由之侵害，以致出現盲點。思想自由部分之審查若先於言論自由部分，或許不致有此問題。

### 三、思想自由部分之審查

世界各國憲法，除少數例外（如日本國憲法、德意志聯邦共和國基本法、大韓民國憲法），一般均無思想良心自由保障之明文規定，我國亦然。惟思想良心自由係最根本之內在精神活動自由，且為表現

自由之基礎，本非國家權力所得介入之領域，憲法所以未予明定，諒係認其應受絕對保障，乃自明之理，無庸多此一舉。

司法院釋字第 567 號解釋明示：「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，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，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，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」其直接承認思想自由為憲法保障之權利，並未援引憲法第 22 條作為依據，顯然認知思想自由自始蘊含於憲法中，並非所謂憲法未列舉之權利，應與該概括性權利保障條款無涉。本號判決依循上開解釋之論理與意旨，亦未引據憲法第 22 條規定，洵屬正確。

惟思想自由保障之內容為何，釋字第 567 號解釋未見說明。本號判決謂：「思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精神活動」，又指稱強制道歉會「干預個人良心、理念等內在精神活動及價值決定之思想自由」。由此可知，本號判決採取廣義之思想自由概念，包含良心自由及狹義之思想自由。

嚴格言之，「思想」與「良心」固然均係內心之精神作用，意義卻非全然相同。大體上，思想偏重論理面，良心偏重倫理面，二者尚有差異，但境界之設定極其困難，未必能夠明確區別。而且，思想自由與良心自由同屬內在精神自由，均受憲法之絕對保障，即使強加區別，在憲法解釋上亦乏實益，所以一般以思想自由統稱之<sup>2</sup>。本號判決以思想自由涵蓋思想及良心之層面，實與通說一致<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 芹部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998 年，頁 103；高橋和之著，同註 1，頁 145。

<sup>3</sup> 日本最高法院於 1956 年謝罪廣告強制（強制刊登道歉啟事）事件判決（最大判昭和 31・7・4 民集 10 卷 7 號 785 頁），從良心自由角度作成合憲判斷，但並未認定一切強制道歉均與思想良心自由無違，且對合憲說持反對意見之學說強而有力。參照芹部信喜著，註 2 所揭書，頁 111-114；芹澤齊著，良心の自由と謝罪廣告の強制，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 76、77。對日常生活中習於道歉之日本人而言，道歉不具深刻意味，以此種文化為前提，或可認強制道歉基本上與思想

思想良心之內容如何，論者之見解不一，學說可大別為內心說與信條說兩種。依內心說，思想良心廣泛包含內心對事物之所有看法或想法。依信條說，內心之看法或想法中，限於與信仰相當之世界觀、人生觀等，而作為人格形成之核心或必要者，始為思想良心<sup>4</sup>。本號判決究採何說，未有明言，惟從認定強制道歉有違憲法保障思想自由之意旨一點觀之，應未侷限於信條說之狹義主張。又一般認為，單純事實之知或不知，與思想良心有別。因此，法庭內之強制證言，不構成思想良心自由之侵害<sup>5</sup>。系爭解釋容許，在合理範圍內採取由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，以回復被害人之名譽。對此，本號判決並未排拒。蓋其為事實之認知或澄清，在前述脈絡下，應不涉及思想良心自由之侵害。

#### 四、憲法判斷之方法

受審查之法律規定解釋上包括合憲部分與違憲部分時，其憲法判斷之方法有二，一為明確宣告部分違憲，一為採取合憲性解釋，將有違憲疑義之部分排除，而不作部分違憲之宣告。合憲性解釋因為違憲判斷之迴避手法，實質隱含部分違憲之判斷，是與部分違憲僅有一線之隔，但其本於不同之司法哲學，並有一定之機能考量，於違憲審查上具有特別意義，為美、日、德等國憲法訴訟經常採行之憲法判斷方法。我國違憲審查實務上，合憲性解釋亦屢見不鮮，扮演重要角色。

申言之，合憲性解釋又稱合憲限定解釋，係指某法令發生違憲疑義時，透過限定手法，將其有違憲疑義之部分去除，而作成合憲解釋者<sup>6</sup>。換言之，當法令有廣狹兩義之解釋可能，若採廣義解釋，則該法令違憲；若採狹義解釋，可依據憲法規定或原理，將有違憲疑義之

---

良心自由無關。參照高橋和之著，同註1，頁146。我國欠缺類似之文化，不宜相提並論。

<sup>4</sup> 芦部信喜著，註2所揭書，頁103-105。

<sup>5</sup> 伊藤正己著，憲法，弘文堂，1982年，頁250；高橋和之著，同註1；笹沼弘志著，臨床憲法學，日本評論社，2014年，頁120。

<sup>6</sup> 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁317。

部分除去，作成合憲解釋，此即合憲性解釋<sup>7</sup>。合憲性解釋屬法令解釋方法或準則，意在迴避法律之違憲判斷；其本於司法消極主義之思維，為一種司法自制之技術。藉此判斷方法，可避免宣告法令違憲，以示對政治部門之尊重，並維護法秩序之統一性<sup>8</sup>。惟合憲性解釋畢竟是法律之「解釋」，非立法行為。因此，當解釋逾越法律之文言、立法目的時，形成以司法改變法律，使法律之預見可能性喪失，應非所許。尤其，高度要求明確性之領域，如限制表現自由之法律、稅法及犯罪構成要件，不得輕易使用合憲性解釋<sup>9</sup>。

通說認為系爭解釋採取合憲性解釋，本號判決如理由所示，亦持相同看法。實際上，系爭解釋之解釋文表示，系爭規定所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違憲。純就文字觀之，其是否採取合憲性解釋，未必明確。惟其解釋理由書謂：「法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。」亦即，依解釋意旨，法院以判決命加害人為涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴情事之公開道歉，應非系爭規定所稱回復名譽之適當處分，故系爭規定與憲法無違。其透過解釋將違憲部分排除在系爭規定之外，應足堪認定為合憲性解釋。惟系爭規定涉及言論自由乃至思想良心自由，是否宜為合憲性解釋，不無疑問。

本號判決主文判示，系爭規定所稱之「適當處分」，應不包括法院以判決命加害人道歉之情形，始符憲法憲法保障人民言論自由

<sup>7</sup> 合憲性解釋有廣狹兩義，廣義泛指援引憲法以解釋法令之一般情形；狹義與合憲限定解釋相當，本意見書採之。參照山田哲史著，ドイツにおける憲法適合的解釋の位相，收於土井真一編著「憲法適合的解釋の比較研究」，有斐閣，2018年，頁106。

<sup>8</sup> 新正幸著，憲法訴訟論，信山社，2008年，頁439-441。

<sup>9</sup> 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009年初版第2刷，頁64。



及思想自由之意旨。其究採部分違憲或合憲性解釋，未臻明確。惟判決理由指出，系爭規定所稱「回復名譽之適當處分」，依立法原意，包括以判決命加害人公開道歉之強制道歉手段。若然，則是否適合藉由合憲性解釋將違憲之強制道歉排除在系爭規定之外，已非無疑。因將強制道歉排除在系爭規定之外，已明顯背離立法原意，與合憲性解釋係為對政治部門表示尊重之意旨背道而馳。況判決理由另表明：「系爭規定容許法院以判決命侵害他人名譽之加害人向被害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦與憲法保障人民言論自由之意旨不符。」依其語意，系爭規定包含強制道歉，該部分違憲。綜上，本號判決應係認定系爭規定部分違憲，而非採合憲性解釋。補充一言，判決主文若明確宣告，系爭規定關於容許強制道歉之部分違憲，即可避免疑竇，無寧較為允當。

## 部分不同意見書

詹森林大法官 提出  
黃瑞明大法官 加入  
壹、參部分

### 壹、關於主文第一項及第二項

#### 一、善變的大法官

本判決主文第一項宣告，民法第 195 條第 1 項後段所定名譽之被害人「並得請求回復名譽之適當處分」（下稱系爭規定），應不包含法院以判決命加害人道歉之情形；於此範圍內<sup>1</sup>，司法院釋字第 656 號解釋，應予變更。

查，系爭規定是否合憲，大法官曾以釋字第 656 號解釋宣告：「系爭規定，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第 23 條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」

上開解釋，係於 98 年 4 月 3 日公布，迨本判決於 111 年 2 月 25 日公布，相距尚未超過 13 年，但前後二者，結論完全相反。從裁判一致性之司法重要原則觀察，以「善變的大法官」形容本判決，要非妄言<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 通說認為，大法官解釋，僅其解釋文具有拘束力。憲法訴訟法施行後，憲法法庭之判決，其拘束力亦應僅限於主文。準此，依釋字第 656 號解釋之解釋文，法院並非不得依系爭規定判命名譽之加害人公開道歉；但依本判決主文第 1 項，法院根本不得依系爭規定判命加害人道歉。兩者完全南轅北轍。因此，嚴格而言，本判決主文第 1 項後段之「於此範圍」，係屬贅語，應改為：「司法院釋字第 656 號解釋，應予變更。」何況，釋字第 656 號解釋指明：「如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第 23 條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障」（合憲性解釋），而本判決於理由第 12 段強調：「法院以判決命加害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦顯非不可或缺之最小侵害手段，而與憲法保障人民言論自由之意旨有違。」（違憲解釋）。兩相對照，本判決公布後，釋字第 656 號解釋已無任何實質效力可言。

<sup>2</sup> 迄今，大法官以後解釋或判決變更前解釋之情形，前後二解釋/判決相距最久者為 53 年 1 個月（釋字第 108 解釋、釋字第 771 解釋文第 3 項；司法院院字及院

## 二、簡陋的判決理由

司法裁判善變，其實並非絕對不宜；從與時俱進、因應變遷之觀點，善變之司法裁判，有時甚至應予鼓勵。法官之法續造（Richterliche Rechtsfortbildung）即為其例<sup>3</sup>。

然而，改變裁判先例，應本於充分理由，確信先前解釋或裁判嚴重悖離法律原理、人權理念、正義要求、公平原則，始得為之<sup>4</sup>。

本判決認為釋字第 656 號解釋應予變更，係因系爭規定（一）違反憲法第 11 條之言論自由，及（二）抵觸憲法保障之思想自由。

### （一）關於言論自由部分

依本判決，系爭規定應受嚴格審查（理由第 9 段），以檢視其是否符合憲法第 23 條之比例原則。

本判決進而認為：

- （1）在目的正當性上，系爭規定所追求之填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。（理由第 10 段）
- （2）在手段適合性上，強制公開道歉，加害人係違反其本意被道歉，非其真意之道歉，是否有真正填補損害之正面功能，亦有疑問。（理由第 12 段）
- （3）在手段必要性上，判決命加害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，

---

解字解釋之效力）；最近者為 10 年 1 個月（釋字第 347 號解釋、釋字第 581 號解釋文末段：自耕能力之證明）。

<sup>3</sup> 參見 *Juristische Methodenlehre in Deutschland (Legal Methodology in Germany)*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, Vol. 83, No.2, pp. 267-284, 2019, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3405266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3405266)

<sup>4</sup> 美國聯邦最高法院曾於 1973 年之 *Roe v. Wade* 判決，肯認婦女之墮胎權應受憲法保障。但自其前任總統 Donald Trump 於 2017 年至 2021 年任內，陸續任命 3 位保守意識之大法官後，企圖推翻前開判決之案件不斷湧進該院。本事件彰顯之問題為：遵循裁判先例之基本原則（principle of stare decisis），是否得因終審法院裁判者之更替，而被侵蝕，甚至喪失？

亦顯非最小侵害手段，有違言論自由。（理由第 12 段）

### 1. 審查標準之選擇

本判決選擇以嚴格標準審查系爭規定，係以「強制公開道歉，顯屬對高價值言論內容之干預，於加害人為新聞媒體時，甚還可能干預其新聞自由。」為其論據（理由第 9 段）。

所謂「高價值言論」，以政治性言論最為典型<sup>5</sup>。否則，其言論之內容須與學術、宗教、文化、環保議題有關，或屬於藝術之表現<sup>6</sup>，始足當之，而受憲法高度之保障。至於非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論<sup>7</sup>，則尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀，亦即非屬高價值言論，而為所謂之「低價值言論」。一般商業性廣告、誹謗性言論及猥褻性言論<sup>8</sup>，屬之<sup>9</sup>。

實務上，法院所命加害人道歉之內容，多為「本人於某段時間，在某場合，為某陳述或作某報導，侵害某人名譽，謹此（向該人）道歉」<sup>10</sup>。

茲先摘錄釋字第 656 號解釋原因案件之道歉聲明，再例示本判決公布前不久，幾則確定裁判所判命之道歉聲明，以資佐證：

➤ 「道歉聲明 道歉人：NN 文化事業股份有限公司、王甲、李乙（筆名楊乙）、楊丙、吳丁、陶戊，茲於民國 89 年 11 月 16 日

<sup>5</sup> 吳庚/陳淳文，憲法理論與政府體制，2021 年 9 月，225-228 頁。請參見司法院釋字第 445 號、第 644 號解釋。

<sup>6</sup> 司法院釋字第 806 號解釋理由書第 3 段參照。

<sup>7</sup> 司法院釋字第 414 號理由書第 1 段、第 794 號解釋理由書第 11 段參照。

<sup>8</sup> 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於「言論自由與新聞自由」，2002 年 11 月，158-160 頁；董保城、法治斌，憲法新論，2021 年 9 月，312 頁。

<sup>9</sup> 就國家對言論自由之限制，區分為「高價值言論」與「低價值言論」，而適用不同之審查標準，乃美國法產物，雖已逐漸為國內學說及實務所採，但適用上，是否絕對妥適，非無疑義。請見吳信華，憲法釋論，2021 年 10 月，邊碼 621-623。

<sup>10</sup> 應併一提者，各級法院於適用系爭規定時，亦會綜合斟酌個案具體情事（被害人名譽被害情節輕重、兩造身分、職務、財力等），而認為被害人請求加害人為「道歉聲明」，逾越比例原則，遂判命加害人僅須為「澄清聲明」即可。參見最高法院 105 年度台上字第 1534 號民事判決。

發行之第 715 期新新聞周報，以聳動渲染之標題及筆法，刊登虛構之呂副總統『鼓動緋聞、暗鬥阿扁』等一系列不實報導，公然污蔑呂副總統，嚴重損害呂副總統之名譽，道歉人等謹向呂副總統，申致歉意，並鄭重聲明上開報導消息全非真實，謹此聲明。道歉人：NN 文化事業股份有限公司、王甲、李乙（筆名楊乙）、楊丙、吳丁、陶戊」<sup>11</sup>

- 「本人甲於 108 年 8 月 3 日至同年月 5 日在本群組所發表對乙的誹謗及侮辱等言論，本人甲向乙道歉。」<sup>12</sup>
- 「道歉聲明：聲明人於 168 周報第 408 期頭版與第 3 版因刊載有關 N 人壽保險股份有限公司財務之不實資訊，致 N 人壽保險股份有限公司名譽受損，謹此道歉。聲明人：一六八網站股份有限公司、一六八文創媒體股份有限公司、兼上二公司代表人翁甲」<sup>13</sup>
- 「澄清及道歉聲明 道歉人吳甲於 103 年 11 月 8 日公開文章於美麗島電子報，標題為『蔡乙與張丙』之文章，其中記載：『所以，即便他曾擔任過北市府都發局局長，爾後在扁擔任總統後，更獲拔成為經建會副主委，資歷豐厚，卻無法重返台大校園，原因就是出在他與業者利益有者扯不清的關係。』部分，對張丙有不實言論，造成張丙先生之名譽受到嚴重之損害，道歉人吳甲特向張丙先生表達最高歉意，並於網路發文道歉。 道歉人：吳甲」<sup>14</sup>

<sup>11</sup> 臺灣高等法院 91 年度上字第 403 號民事判決、最高法院 93 年度台上字第 851 號民事判決。本件確定判決命被告應連帶將道歉聲明及原判決主文暨理由以 1/2 版面刊登於中國時報、聯合報、自由時報、工商時報之全國版頭版各 1 天。

<sup>12</sup> 臺灣高等法院 110 年度上字第 50 號民事判決、最高法院 110 年度台上字第 2557 號民事裁定。依本件確定裁判，被告應在兩造均為成員之 Line 通訊軟體國中同學群組，張貼系爭道歉內容 1 個月。

<sup>13</sup> 臺灣高等法院 109 年度上字第 562 號民事判決、最高法院 110 年度台上字第 1334 號民事裁定。依本件確定裁判，被告應將系爭道歉聲明刊登於 168 周報之頭版及登載於 168 理財網頂端各 1 日。

<sup>14</sup> 臺灣高等法院 107 年度上字第 636 號民事判決、最高法院 109 年度台上字第 1675 號民事判決。依本件確定判決，吳甲應將系爭澄清及道歉聲明發表於

另外，本件 4 原因案件確定終局判決所命各聲請人道歉之內容，分別為：

- 「道歉人（聲請人一）為南山人壽保險公司業務員，於民國 101 年 12 月至 102 年 1 月間在『聯合踹人天地』及『南山的小朱』此二網誌上，多篇文章內發表許多公然侮辱言語攻擊趙甲先生，嚴重損害趙甲先生之名譽。經司法判決，特此公開道歉，以回復趙甲先生之名譽。」<sup>15</sup>
- 「道歉人（聲請人二）因一時思慮未周，於民國 102 年 4 月 2 日利用 facebook（臉書）社群網站，發表惡意不實之言論侵害陳甲之名譽，特登本啟事向陳甲道歉並公告周知。 道歉人：（聲請人二）」<sup>16</sup>
- 「道歉人（聲請人三）、副總編輯王甲於民國 104 年 12 月 27 日 A4 政治綜合版中，刊登標題為『養雞種樹？黃乙謊言被戳破』、內容包含『時代力量主席黃乙遭爆其岳父高丙赴大陸山東投資上億元風波，中天新聞獨家直擊位在山東的『農業園區』，土地上卻蓋著工廠，佔地約 3000 坪（中天新聞提供）』之文字，並搭配『龍口市水利建築安全工程有限公司』招牌及廠房照片 2 張之報導，未經相當查證，與事實不符，對黃乙先生造成無謂之困擾與傷害，茲為回復黃乙先生名譽，特此鄭重道歉。」<sup>17</sup>
- 「道歉人（聲請人四）公開報導馬英九先生於 2007 年競選第 12 任總統時，曾收受 12 個電子業人士集資新臺幣 2 億元違法政治獻金之不實內容，損及馬英九先生之名譽，特此澄清並表達歉意。 道歉人：（聲請人四）」<sup>18</sup>

由是足證，各級法院民事判決所命加害人道歉之聲明，其內容均為「本人曾經為不實之口頭陳述或報導，並因而侵害被害人名譽，謹

---

<http://www.my-formosa.com/Brand/tcwu>「美麗島電子報吳甲評論專欄」。

<sup>15</sup> 臺灣高雄地方法院 102 年度訴字第 2183 號民事判決附件。

<sup>16</sup> 臺灣高等法院高雄分院 104 年度上更(一)字第 14 號民事判決附件。

<sup>17</sup> 臺灣臺北地方法院 106 年度訴字第 92 號民事判決附件。

<sup>18</sup> 臺灣高等法院 108 年度重上更一字第 164 號民事判決附件二。

就此致歉」。本案4原因案件確定終局判決所命各該聲請人應為道歉之內容，亦無不同。

此等內容，究竟如何與政治、學術、宗教、文化、環保等議題或藝術表現有關，而屬於所謂之「高價值言論」，本判決理由並無任何交代。本判決甚至因被判命強制道歉之加害人可能是新聞媒體，遽認命強制道歉「甚還可能干預其新聞自由，從而影響新聞媒體所擔負之健全民主、公共思辨等重要功能。」，遂證立「是系爭規定應受嚴格審查」（理由第9段參照）。

詳言之，本判決並未釐清侵害他人名譽之加害人，係個人或新聞媒體；更未區分判決所命道歉之內容，是否涉及新聞自由應受保障之功能，即提高對系爭規定之審查標準。

準此，本判決選擇以嚴格標準檢視命加害人道歉之判決，尚嫌「理由不備」，甚至實乃「為賦新詞強說愁」<sup>19</sup>。

## 2. 保護名譽權，為何非屬特別重要之公益？

系爭規定目的在於保護被害人之名譽權，而名譽權雖非憲法列舉之基本權，但其屬人格權之一種，亦受憲法之保障。

加害人之言論自由與被害人之名譽權，皆屬基本權，當兩者有衝突時，應視個案情形，力求其法益之均衡，以維持憲法秩序之和諧<sup>20</sup>。而且，在某些情形，維護名譽係屬特別重要之公共利益，亦不容否認。此即為何「名譽乃第二生命」之所由來。

本判決質疑系爭規定所追求之填補或回復被害人名譽之立法目的的是否均屬特別重要之公共利益。說理草率，不具說服力。

<sup>19</sup> 審查法規之合憲性時，若採取「嚴格標準」，出發點上，即已推定受審查之法規為違憲。此乃「有預設審查結論及方向」的類型化操作，而不再是結論開放、自始至終均依個案（ad hoc）認定的方法。參見黃昭元大法官於釋字第744號解釋提出之協同意見書，段碼14。換言之，釋憲者已預先下了法規違憲之結論，至於違憲理由為何，根本無關緊要。

<sup>20</sup> 吳庚/陳淳文，憲法理論與政府體制，2021年9月，154頁；吳信華，憲法釋論，2021年10月，邊碼431。請併參看最高法院105年度台上字第1534號民事判決（新聞媒體之言論自由與個人名譽權及隱私權之衝突）。

### 3. 非真意之道歉又何妨

民事給付判決之可貴與必要，在於原告主張被告應為一定給付，但被告拒絕；在禁止私人救濟之法治原則下，乃由法院於認定原告主張依法有據之情形，以判決命被告應為給付。

準此，法院命被告為給付，本質上即係被告不願意給付，但法院仍強制其給付，至於被告依法院判決給付時，是否出於真意（或真誠），無須過問。被告於確定終局判決後，仍無誠意而不給付者，不論其應為之給付，係應為一定之行為、應容許他人（原告或第三人）之行為、禁止為一定之行為，或為一定意思表示（強制執行法第 127 條至第 130 條），原告得以該判決為執行名義請求強制執行<sup>21</sup>，法院亦應依判決內容強制執行之<sup>22</sup>。

本判決認為，縱使加害人依判決道歉，仍非出於其真意，且違反其本意；如此違反本意之被道歉，是否能真正填補被害人之損害，亦有疑問。

如此論理，完全不問取得勝訴判決而有權接受道歉之被害人，有無在意加害人道歉是否出於真意。而且，該論理若能成立，則任何確定終局判決所命之給付，被告均得以仍無真意給付，而予拒絕。確定判決之效力，從而癱瘓；審判制度之功能，變成空談。

簡言之，本判決僅關心加害人是否願意真誠道歉，而根本不管被害人是否在意加害人應為道歉。

本席相信，絕大多數人，不論其為國人或外人，自小即被父母教導，不法侵害他人時，最起碼的悔改表示，就是向被害人道歉。此時，縱使加害人百般不情願，父母仍會強制應行道歉。一旦加害人道歉，不論係出於其真意或出於父母強制，明理之被害人，或被害人同為幼童，而其父母亦屬明理人時，加害人即獲得原諒。一場可能擴大的糾紛，也因此種不真意之道歉而化於無形<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 強制執行法第 4 條第 1 項第 1 款。

<sup>22</sup> 但法律明定確定判決內容不得強制執行者，不在此限；參見民法第 975 條、強制執行法第 128 條第 2 項。

<sup>23</sup> 黃瑞明大法官就道歉之心理、社會及文化功能，有精闢的說明，請見其對本判



#### 4.刊登判決書與刊登道歉聲明之比較

本判決認為，充其量，法院僅得命以加害人之費用，刊登判決書之全部或一部，即可回復被害人之名譽。不得逾此限度，命加害人道歉，從而以加害人之費用，刊登道歉聲明。

然而，本判決顯然不知，許多侵害他人名譽事件，加害人之不實陳述，會因時間經過等因素，而自然澄清。亦即，加害人所為侵害被害人名譽之陳述，業經證明係屬不實，無須法院裁判。例如，加害人向他人陳述被害人偷竊第三人之物品，但該第三人澄清，並無此事。

本判決更未考量，關於加害人侵害被害人名譽之陳述係屬不實，判決書須以大量篇幅記載，以表明其心證所由得；而判決所命加害人道歉之聲明內容，則簡短清晰。因此，以刊登於報紙而言，刊登道歉聲明之費用，遠低於刊登判決書之一部，更遑論刊登全部。

換言之，本判決公布後，法院就從前認命加害人於報紙刊登道歉聲明，始得回復被害人名譽之情形，應改為命加害人於報紙刊登其敗訴之判決書全部或一部，加害人因而必須支付更多登報費用！

#### (二) 關於思想自由部分

本判決引用釋字第 567 號解釋而認為，加害人為自然人時，法院之強制道歉，造成加害人自我否定、甚至自我羞辱之負面效果，導致必然損及其內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害其受憲法保障之思想自由。惟本判決同時認為，加害人為法人時，強制其公開道歉無涉思想自由。（理由第 13-16 段）

思想自由，應受憲法保障，固經釋字第 567 號解釋宣告在案。惟該號解釋，係針對「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」規定，而揭示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，對自由民主憲

---

決提出之不同意見書。

政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關於任何時期，以任何方式侵害之。

準此，本判決無異於將經法院認定不法侵害他人名譽之加害人，比擬為行政機關未經審判程序直接核定為「匪諜」之人，且將法院所判命之強制道歉，比擬為治安機關核定之感化教育。實在不知，曾經判命加害人應為強制道歉，且其此類判決曾經釋字第 656 號肯定為合憲之眾多法官，對於前開比擬，有何感觸？<sup>24</sup>

何況，實務上，法院所命道歉之判決，若加害人仍不道歉，特別在法院命為在報紙刊登道歉聲明之情形，通常即由被害人自行刊登，再向加害人請求刊登之費用。此種情形之道歉，若依舊堅持與加害人之思想自由或良心自由有關，實在純屬擬制或幻想。

再進一步言，倘若如本判決所稱，被強制向他人道歉者，其思想自由即受侵害，則借用其法理，試問：（1）未成年人侵害他人名譽或做錯其他事，若其父母要求應向被害人道歉，是否亦為侵害該未成年人之思想自由。從而，民法第 1084 條第 2 項所定父母對於未成年人之教養權，應在此範圍內，宣告其違憲？（2）應受國民教育之幼童，再三明白表示，其內心思想為拒絕上學，而其父母或教育主管機關，仍強制其上學，該幼童可否請求憲法法庭宣告憲法第 21 條所定人民有受國民教育之義務，在此情形，因抵觸義務人之思想自由而違憲？

## 貳、關於主文第三項：再審程序中加害人與被害人之聲明

### 一、加害人部分

首先，感謝多數意見基於本席提議而作成主文第三項，以避免本案 4 件原因案件之名譽被害人，因本判決反遭加害人請求損害賠償。

按，本判決既然宣告系爭規定所稱之「適當處分」，應不包括法

<sup>24</sup> 應強調者，本判決公布後，法院仍得依系爭規定，判命加害人應就其不法侵害被害人名譽之事，以合適方式，為澄清之聲明。蓋澄清，純屬還原事實，不涉思想或良心。實務上，即有雖下級法院准許被害人請求加害人道歉，但經加害人上訴後，上級審認為強制加害人道歉，尚無必要，乃改判其應為澄清聲明之例。請見臺灣高等法院 103 年度上字第 1542 號民事判決、最高法院 105 年度台上字第 1534 號民事判決。

院以判決命加害人道歉之情形，聲請人一至四，自得持本判決，各就其原因事件，提起再審之訴（憲法訴訟法第 91 條第 2 項前段），並聲明請求廢棄各該確定終局判決關於命其道歉之部分。再審法院亦應依本判決，為如聲請人前開聲明之判決。

惟，若確定終局判決關於命加害人道歉部分，業於本件判決公告前執行完畢<sup>25</sup>，則再審法院原本應進一步適用民事訴訟法第 505 條之 1，並從而準用同法第 395 條第 2 項，依加害人之聲明，將其因確定判決命道歉而生之損害（例如：在報紙刊登道歉聲明之費用），於再審判決內，命被害人賠償。加害人未聲明者，再審法院並應告以得為聲明。

然而，系爭規定自 19 年 5 月 5 日施行迄今將近百年，法院均毫無懸念逕行適用，而依被害人請求道歉之聲明，於個案中，選取最合適之方式，判命加害人道歉。本案 4 件原因案件之確定終局判決，及維持各該確定終局判決之最高法院裁定<sup>26</sup>，亦不例外。因此，本席確信，若再審法院反過來命被害人賠償加害人因道歉而支出之費用，全體國民不但難以接受，且必從此不再信賴任何法院所為之任何判決。

鑑於聲請人持本判決提起再審之訴時，在原確定終局判決與再審判決相互間，將發生前述不僅矛盾，而且荒謬的後果，更為避免「被害人之名譽未受法律保障，加害人之惡行卻獲法院平反」之嚴重戕害司法信賴情事，本席乃在遺憾未能說服多數意見維持釋字第 656 號解釋之餘，提醒多數意見應有預防之策，幸經多數意見採納，始有本判決第三項主文之問世。

---

<sup>25</sup> 依憲法法庭調查結果，於本判決公布前，本案 4 件確定終局判決所命加害人應道歉部分，關於聲請人二及三，業已執行完畢。

<sup>26</sup> 聲請人一至四，就其所涉本案 4 件確定終局判決，均曾各自提起第三審上訴，但皆遭最高法院以未上訴不合法而裁定駁回。請分別見最高法院 103 年度台上字第 2086 號、105 年度台上字第 512 號、109 年度台上字第 1279 號、110 年度台上字第 610 號等民事裁定。聲請人一及三甚至各就其確定終局判決提起再審之訴，但仍分別經臺灣高等法院高雄分院 103 年度再字第 25 號民事判決、最高法院 104 年度台上字第 668 號民事裁定（再審之訴全案已確定），及臺灣高等法院 110 年度再字第 21 號民事判決（再審之訴尚未全案確定），駁回之。

## 二、被害人部分

就原確定終局判決命加害人道歉部分業已執行之情形，本判決第 3 項主文另諭示，再審法院除應廢棄該部分外，「並得依被害人之請求，改諭知回復名譽之其他適當處分，然…上開改諭知之其他適當處分亦不得強制執行。」

此項諭示，就法論法，尚有商榷餘地。蓋，命加害人公開道歉之原確定終局判決，如經再審廢棄，則在法律上，加害人應為道歉之判決，已經不存在；且該不存在，乃因憲法法庭判決所致，與名譽被不法侵害之人民，完全無涉。再者，系爭規定所稱「並得請求為回復名譽之適當處分」，亦未經憲法法庭宣告無效。因此，名譽之被害人，本來即仍得依該規定，請求加害人為道歉以外之其他適當處分，以回復名譽，無待憲法法庭於本判決另為此部分之諭知。豈料，本判決卻額外諭示：「上開改諭知之其他適當處分亦不得強制執行」，造成被害人在再審程序中，僅能取得「加害人仍應回復被害人之名譽，但被害人不得據以請求強制執行」之空包彈判決。

當然，本判決係因考量若原確定終局判決關於命道歉部分業已執行，且加害人於再審程序中，僅得請求廢棄該部分之判決，而不得進而就其因道歉所支出之費用請求被害人賠償，為平衡兩造權益，遂為前開額外之諭示，堪稱用心良苦。

被害人如因此諭示，仍對憲法法庭、法院及加害人有所不滿，本席願與被害人分享美國最高法院法官 Ginsburg 非常有智慧的提點，期盼被害人能「稍微裝聾作啞，有時會有幫助。…對輕率欠考慮或不友善之話語，最好置之不理。…」<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> 原文為：「...it helps sometimes to be a little deaf. ...When a thoughtless or unkind word is spoken, best tune out. ....」此乃 Ginsburg 大法官於 2016 年 10 月 1 日，在紐約時報（New York Times）所撰寫名為「Ginsburg 的生活忠告」（“Ruth Bader Ginsburg’s Advice for Living”）之文章中，最核心的內容。Ginsburg 在該文中指出，這句話，其實係其結婚時，精明的婆婆送給她的建議；她在文中強調，其不僅於 56 年的婚姻關係中，恪遵此項建議，而且將之運用於包含在最高法院內之每個工作場合。該英文原文請見：<https://www.nytimes.com/2016/10/02/opinion/sunday/ruthbader-ginsburgs-advice-for-living.html>

至於原確定終局判決關於命加害人道歉部分，雖尚未執行<sup>28</sup>，但加害人持本判決提起再審之訴時，再審法院亦將予以廢棄。惟同前所述，被害人仍得依系爭規定，請求再審法院判命加害人改為道歉以外之回復被害人名譽之行為（例如：加害人應以自己之費用，以適當方式，刊登被害人勝訴判決書之全部或部分）。再審法院此部分之判決，當然得為強制執行之名義（強制執行法第4條第1項第1款），始足彌補被害人因再審法院廢棄命加害人道歉之原確定終局判決，所生之權利保障缺漏。

準此，本判決所指：「至本件各原因案件之確定終局判決命各該聲請人公開道歉部分，於上開再審之訴判決時如仍未執行，且再審之訴判決諭知強制道歉以外之其他適當處分（如改刊登判決書之全部或一部等）者，被害人本得請求執行。」自屬正確（理由第20段）。

### 三、本項主文，尚可贊成

基於前揭理由，本席雖竭力反對本判決之第一項主文，但斟酌再三後，仍勉強支持其第三項主文。

### 參、結論

系爭規定，自18年11月22日制定公布之始，依立法者原意，即包含命加害人登報謝罪之情形<sup>29</sup>。最高法院及各級法院將近百年來，一直審慎適用，恪遵比例原則要求，而判命加害人道歉。而且，法院允許被害人得請求之道歉方式，亦為個案綜合各項情事後所定<sup>30</sup>。釋字第656號解釋，復強調命加害人道歉，不得涉及加害人自我

<sup>28</sup> 依憲法法庭調查結果，於本判決公布之日，本案4件確定終局判決所命加害人應道歉部分，關於聲請人一及四，尚未執行。

<sup>29</sup> 系爭規定立法理由為：「查民律草案第960條理由謂……其名譽之被侵害，非僅金錢之賠償足以保護者，得命為恢復名譽之必要處分，例如登報謝罪等。」

<sup>30</sup> 請僅參見最高法院106年度台上字第993號民事判決：「不法侵害他人之名譽者，被害人固得依民法第195條第1項規定，請求賠償非財產上之損害及回復其名譽之適當處分，惟其方式及內容須適當而後可。倘法院權衡侵害名譽情節之輕重及當事人身分、地位與加害人經濟狀況，認為須由加害人負擔費用刊

羞辱等損及人性尊嚴之情事。

本判決未檢視法院所為強制道歉之方式，有無導致加害人自我羞辱情事，遽然宣告即使無此情事，強制道歉，仍屬違反加害人之言論自由、甚至牴觸其思想自由與良心自由。

然而，本判決就其所持完全迥異於釋字第 656 號解釋之見解，並未賦予具體、堅強、充分之理由。將本判決簡化成為推翻釋字第 656 號解釋而推翻，實不為過。

本判決最應受訾議者，在於其無限上綱加害人之言論自由及思想自由、良心自由之保障，卻完全漠視被害人名譽權之衡酌。

此外，本判決一方面承認「透過道歉，甚可宣示社會之共同價值觀，因而重建雙方及社會的和諧。」他方面卻堅持，道歉必須出於加害人之真意（理由第 10 段），不僅狹隘化道歉之社會規範功能，更直接向國人宣示：「毀人名譽，賠錢了事，若無真意，無庸道歉」。

本席謹借用美國聯邦最高法院首席大法官 John Roberts 在其一件不同意見書之結語，作為對本判決之總結評論：「多數意見若要慶祝本判決，請便；但不要慶祝憲法，本判決無關憲法。」<sup>31</sup>

最後，本席想起該院大法官 Antonin Scalia 在其與 Ruth B. Ginsburg 大法官共同擔綱之一齣歌劇中，所說的一句話：「這個法院如此善變—彷彿它從來，從來不認識法律！」<sup>32</sup>

本席絕對確信多數意見認識法律，但實在不解其思想為何。爰謹以本意見書回應（I respectfully dissent）。

---

登道歉啟事時，其所刊登之方式及內容，應限於回復被害人名譽之必要範圍內，始可謂為適當之處分。」

<sup>31</sup> Roberts, dissenting opinion, OBERGEFELL ET AL. v. HODGES, DIRECTOR, OHIO DEPARTMENT OF HEALTH, ET AL: 'If you are among the many Americans ..... by all means celebrate today's decision. .... But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it.'

<sup>32</sup> Ginsburg/ Hartnett/ Williams, My Own Words, 中文翻譯，游淑峰，我是這麼說的，2021 年 10 月，94 頁。Scalia 與 Ginsburg，分別在 1986 年 9 月 26 日至 2016 年 2 月 13 日，及 1993 年 8 月 10 日至 2020 年 9 月 18 日，擔任美國聯邦最高法院法官，皆頗負盛名。兩人於最高法院工作期間，在裁判上，常持相反見解；在情誼上，卻是終身摯友。其公私分明之胸襟，傳為美談，實值世人，尤其法官們，仿效之。

## 不同意見書

蔡明誠大法官 提出

吳陳銀大法官 加入

本件判決涉及四位聲請人認為系爭四件確定終局民事判決，各所適用之民法第 195 條第 1 項後段規定「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」（下稱系爭規定）牴觸憲法，聲請宣告違憲，並聲請變更司法院釋字第 656 號解釋。本庭判決認為系爭規定所稱之「適當處分」，應不包括法院以判決命加害人道歉之情形，始符憲法保障人民言論自由及思想自由之意旨。司法院釋字第 656 號解釋，於此範圍內，應予變更。雖容許本件聲請人得自本判決送達之日起 30 日內依法提起再審之訴，但不適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定，亦不得命被害人回復執行前原狀；上開改諭知之其他適當處分亦不得強制執行等判決之結論，仍有商榷之餘地。爰提出不同意見書如下：

### 一、本件所涉及基本權之問題與探討

依本件判決，系爭規定容許法院以判決命侵害他人名譽之加害人向被害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦與憲法保障人民言論自由之意旨有違；於加害人為自然人時，更與憲法保障思想自由之意旨不符，理由進一步指出，「思想自由保障人民之良心…等內在精神活動」、「強制道歉…更會進而干預個人良心…等內在精神活動及價值決定之思想自由」。而加害人為法人時，因法人無從主張思想或良心自由，是強制法人公開道歉，與思想自由無涉。以上可見，本件憲法審查所涉及之基本權，主要係指言論自由與思想或良心自由，並將思想自由包含良心自由，此並非將思想與良心併存運用，似有將思想自由作為上位概念。是就此基本權之論述，頗值得再推敲。

本判決前述所審查基本權，有關言論自由之不表意自由，有延伸司法院釋字第 656 號解釋之意味。但比較特殊者，就自然人之基本權部分，論及思想自由，並涵蓋良心自由，其憲法依據為何？頗值得推

敲。我國憲法就思想或良心自由，未如日本憲法第 19 條<sup>1</sup>加以明定。另從學理上而言，亦有認為，思想乃個人意志與人生觀、社會觀、宗教觀與宇宙觀之總和，良心乃個人道德觀、價值觀取捨之自由<sup>2</sup>，可資參照。

於此或可參考日本憲法相關規定，藉以理解思想或良心自由之憲法意義。學理上，有將自由權之類型，區分為精神自由、經濟自由與人身自由。其中屬於個人內在精神活動之自由（內心自由），係構構意見自由等外在精神活動自由之基礎。此思想自由或良心自由，係屬精神自由權之內心自由類型之一。日本憲法就此特別規定，係因明治憲法下，因當時治安維持法之運用，將特定思想視為反國家思想而予以鎮壓，侵害內心自由之事例，為數不少。因此，日本憲法在有關精神自由諸規定中，明定思想、良心自由之保障。有關思想自由與良心自由，良心自由雖係道德、宗教之是非善惡判斷之倫理性，但兩者係精神自由權之原點，均係個人內心自由之意涵，故學理上有認為兩者並不必要特別嚴格加以區別，故兩者似可互為運用。但本件將思想自由涵蓋良心自由，似有將思想自由作為上位概念之意，或許從具倫理性意義之良心自由，作為論據，更可傾向於違憲觀點！

有如日本最高法院大法庭判決，在昭和 31 年（1956 年）7 月 4 日曾認為僅係表明事實真相，表示歉意之程度，而強制登報啟事道歉代替執行，不構成思想、良心自由之侵犯。<sup>3</sup>但學說上認為，強制對

<sup>1</sup> 「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」。即思想及良心之自由，不得侵犯之。

<sup>2</sup> 參照李惠宗，憲法要義，臺北：元照，2019 年，頁 204。另有認為我國無須額外承認良心自由，將之納入大法官已承認之思想自由即可。（參照吳佳霖，你給我道歉！—論判決公開道歉之合憲性，法學新論，2 期（2008 年 9 月），頁 76）。

<sup>3</sup> 最高裁昭和 31 年 7 月 4 日大法庭判決，民集 10 卷 7 號。（參照日本最高裁判所網站，[https://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=57386%7C](https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=57386%7C)（最後瀏覽日期：2022 年 2 月 24 日））；另參照陳沈岳譯，請求刊登道歉啟事事件—道歉啟事與憲法上之良心自由，日本最高法院裁判選譯（第一輯），臺北：司法院，91 年 12 月，頁 123-137；吳佳霖，前揭文，頁 69-71。



外公開表示縱使有時可解為並不違憲，惟從謝罪、道歉等之倫理性而言，是侵害良心自由之違憲行為，故要求道歉之妥當性，仍有再檢討之餘地。<sup>4</sup>本件特別就自然人涉及之基本權部分，於不表意自由之外，另論及於思想自由。如參考前述日本學說及實務上討論，可見強制謝罪道歉登報（廣告），不強調其倫理意義，非要求道歉者（加害人）真心之道歉，而係認為該謝罪意思表示之社會意義，在於回復被害人於社會對其名譽之評價，其與人格形成及發展並無直接關係，故該公開道歉並不侵害良心自由。<sup>5</sup>以上兩種見解及思考方法，將因出發點或立場上之不同，而可能產生違憲與否之不同結論。

另從本件判決採違憲立場觀之，其看似於一定範圍內，變更前述釋字第 656 號解釋，但如細繹判決理由，仍有再推敲之處。例如其認為法院以判決命加害人公開道歉，不論加害人為自然人或法人，縱未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦顯非不可或缺之最小侵害手段，而與憲法保障人民言論自由之意旨有違。從言論自由基本權而言，暫不論有關思想及良心自由，本件判決與釋字第 656 號解釋所涉基本權（即言論自由之不表意自由），兩者相似，但後者之結論，係例外在一定條件下（即前述不得有涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事），仍有合憲之餘地。惟本件判決實已全面否定其例外合憲之可能性，且其認思想自由保障人民之良心、思考、理念等內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，似有意將思想自由涵

<sup>4</sup> 參照芦部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書店，2017年3月6日6版6刷，頁149-152，及有關謝罪廣告強制事件之註解。在日本學理上，對於此掲載廣告，違反被告意思而表示「陳謝」之意之謝罪強制問題，亦有提出合憲性之質疑，例如長谷部恭男，憲法，東京：新世社，2021年3月10日7版7刷，頁192；加藤一彥，憲法，東京：法律文化社，2017年10月10日3版1刷，頁69，其認為該反對意見，今日已成為有力之見解。另就民法有關不法行為（即侵權行為法）之文獻，有認為謝罪廣告作為名譽回復處分之適當方法，有違反良心自由之疑問。但論及日本最高裁判所大法庭判例，其認此未侵害良心自由，並附謝罪文之參考範例，以供參考（參照大村敦志，新基本民法6不法行為編，東京：有斐閣，令和2（2020）年10月20日2版2刷，頁95）。

<sup>5</sup> 於國內就此有不同見解，可資參考。參照吳佳霖，前揭文，頁79-80及註37。

蓋良心、思考、理念等內在精神活動，並作為言論自由之基礎。但法人在社會上評價（例如名譽或商譽(goodwill)）與經濟上利益或價值（例如信用）<sup>6</sup>，如從法人之社會功能而論，其均有承認之必要。職是，本件判決既承認法人有外在表現自由，卻未賦予其內在思想良心自由，可能難以避免將外在行為與內在思想相互分離之質疑<sup>7</sup>。本件判決似為使無思想自由之法人，涵蓋於言論自由基本權審查，為法人之公開道歉問題，凸顯言論自由基本權，而自然人則著重於思想良心自由面向，兩者如何定性，且是否有相互混淆之疑慮，皆值得再推敲！

綜上，倘若有意採違憲者，宜從良心自由出發，以尋求其基本權依據，並可與司法院釋字第 656 號解釋以言論自由之立論，有所區隔，是本件就基本權之論述基礎，值得再推敲！

## 二、系爭規定因實務上解釋所引起違憲疑義之問題與探討

從司法院釋字第 656 號解釋有關回復名譽方法之論述而言，其認為該回復名譽方法，係肇因於民事審判實務上不乏以判令登報道歉，作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。由此可見，判令登報道歉之強制手段，係因法院實務之社會因素所造成。通常引起此現象，往往是被害人（即如原告）訴請法院判令加害人（即如被告），按判決附件中之道歉文登報道歉，如敗訴之被告一方不願刊登，則他方得以強制執行法第 127 條代為刊登，再請求相關費用。此替代或直接強

<sup>6</sup> 此可參考德國民法第 824 條有關意見表達（價值判斷; Werturteile）或事實主張（Tatsachenbehauptungen），而危害他人之信用（即所謂危害信用（Kreditgefährdung）之侵權行為，其加害人與被害人除自然人外，亦包括法人（參照德國聯邦最高法院判決，例如 BGH NJW 1982, 2246（Abgrenzung von Meinungen gegenüber Tatsachenbehauptungen; 意見與事實主張之區別）；NJW 1983, 1183（Unterlassungsklage gegen rufgefährdende Äußerungen über Behörde; 危害機關名聲表示之不作為訴訟）；NJW 2006, 601 zu §823 I（Unterlassungsanspruch bei bewusst unvollständiger Berichterstattung; 有意不完整報導之不作為請求權）等）；Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl., München: Beck, 2021, §824 Rn.8; Teichmann, in: Jauernig, BGB（Bürgerliches Gesetzbuch）, 18. Aufl., München: Beck, 2021, §824 Rn.3.

<sup>7</sup> 有認為法人（即如報章媒體法人）應享有思想良心自由之基本權利者。參照吳佳霖，前揭文，頁 80-81。

制之公開道歉，引發違憲與否之疑義。

此一現象之發生，另從歷史解釋，或許可能找到其根源！系爭規定自民國 18 年 11 月 22 日迄今，並未予修正，從歷史解釋，其係沿自大清民律草案之立法理由，明示以登報謝罪為例<sup>8</sup>。而該規定雖未明示參考日本立法例規定，但如比較日本民法第 723 條規定<sup>9</sup>，其對侵害他人之名譽者，法院因被害人之請求，得命令代以金錢損害賠償（例如慰撫金（慰謝料）），或命回復名譽之適當處分。有關強制新聞謝罪廣告，即此命其恢復名譽之適當方法，實務上發生之前述日本最高法院大法庭判決，可供參照。

先從日本立法例而言，登報謝罪（即如日本所謂謝罪廣告）之類似規定，有如前述民法第 723 條規定，該謝罪廣告是否因違反良心自由而違憲，學說與實務見解並不一致。如前所述，有認為思想自由與良心自由不必要嚴予區分，但不乏基於倫理性之良心自由<sup>10</sup>，質疑其合憲性，而非以思想自由作為論述基礎。本件判決就自然人部分，以思想自由作為精神自由權之原點或根本，不分精神活動之內外層面差異，實將之與言論自由混合一談。其對於法人則以言論自由作為依據，並從嚴審查原已在司法院釋字第 656 號所採折衷立場，是否必要

---

<sup>8</sup> 大清民律草案第 961 條之立法理由提及：「名譽被害人之利益，非僅金錢上之損害賠償足以保護者，遇有此情形，審判衙門得命其為適於恢復名譽之處分，例如登報謝罪等事是也，此本條所由設。」

<sup>9</sup> 「他人の名譽を毀き損した者に対しては、裁判所は、被害者の請求により、損害賠償に代えて、又は損害賠償とともに、名譽を回復するのに適当な処分を命ずることができる。」

<sup>10</sup> 韓國憲法法院憲法審查民法第 764 條有關名譽權侵害之法院命令道歉部分，係以憲法第 19 條良心自由為論據（另提及 freedom of silence，即沉默自由或不表意自由），而將其部分規定宣示違憲，而非全部規定。（The Court declared unconstitutional only the part of the statute that provided for a court-ordered apology, not the statutory provision in its entirety.）參照 Dai-Kwon Choia, Freedom of Conscience and the Court-Ordered Apology for Defamatory Remarks, 8 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 205 (2000). 另將韓國與美國、日本相關案例或規定比較者，參照 Ilhyung Lee, The Law and Culture of the Apology in Korean Dispute Settlement (With Japan and the United States in Mind), 27 Mich. J. Int'l L. 1 (2005).

或合理？換言之，於此評斷法院判命強制道歉之合理性或必要性時，難道本件判決就無過苛或恣意之疑慮？

### 三、從社會與法綜合觀察強制道歉及其在概念上再思考

強制道歉，通常係因法院同意被害人之主張，於判決附件明列道歉文，將之刊登於報上。道歉文視個案可能長短不一，但實務上相較判決書全部或一部刊載，通常較為簡短，可見其登報費用支付較少。因此，本件判決將法院判決揭載，仍未予否定，此似延續前述司法院釋字第 656 號解釋之見解。該解釋認為在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度，亦即符合比例原則。但此係所謂判決揭載請求權，係明定於特別法<sup>11</sup>，作為其適用依據，但非必要將之等同於民法所稱之回復名譽請求權基礎。且登報道歉雖係公開道歉方法之一，但為避免回復原狀之情求，造成過苛之情事，故其並非當然值得鼓勵當事人在判決書或啟事刊登於新聞紙後，仍須另外判命敗訴之加害人一方登報道歉（謝罪廣告）。因此，有關被害人向法院訴請回復名譽之適當處分，仍可由法院就個案加以衡酌其是否過苛，亦即就此宜賦予法院就個案裁量之餘地。

再從賠償金之經濟考量而言，如金錢損害賠償之填補，可能需要十餘萬或數十萬等金額之補償，相較於刊載判決書之內容過長或新聞紙之頭版或其他顯著版面之情形，恐所費不貲。若法院命其於新聞紙公開刊登道歉文，或改由記者會或網路上以口頭或文字表示歉意，甚至在法官勸告下，於法庭上道歉或前述公開道歉，可以取代甚至免除慰撫金或非財產損害賠償之請求。因此，從實務上長期發展而成之登報道歉社會現象觀之<sup>12</sup>，本件判決未予法院審酌個案之差異性，過度

<sup>11</sup> 例如著作權法第 89 條規定，被害人得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容全部或一部登載新聞紙、雜誌，可資參照。

<sup>12</sup> 道歉非純屬法律問題，係屬社會文化現象之一。另可從各國文化背景及發展，找尋其立論依據。譬如 18 世紀時期，有如哲學家康德認同此強制道歉之彌補

強調加害人可能無意願或非真心之強制道歉之妥當性，如此恐忽視有時因法院諭知敗訴之加害人一方公開道歉，同時在免除財產上或非財產上損害賠償（即如慰撫金）時，而有另類選擇之機會，更且可能忽視民法第 195 條民事請求權依據之特質。因該請求權基礎，仍須由法院就個案作出利益衡量，亦即係從被害人之請求內容與加害人所處情況，客觀上就案件之社會與法之綜合判斷，而作出適當之回復或損害賠償之決定。反觀本件判決之結論，否定司法院前開解釋及系爭規定立法理由之歷史解釋，可能作為民事請求權基礎之例示，但卻並未否定法院得改以更加昂貴判決書全部或一部掲載於新聞紙之請求權基礎，因此加諸於加害人之負擔，是否較輕或更加有利，亦令人存疑！

#### 四、本件判決宣示聲請人聲請再審時不得適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定等多重限制之質疑

本件之結論，認為侵害加害人基本權嚴重，變更司法院釋字第 656 號解釋言論自由基本權保障，為強化違憲之立論，轉而強調思想、良心自由等基本權。惟如前所述，思想良心自由係精神自由權之原點或根本，受到絕對保障，須從嚴審查，其與言論自由在具有正當化理由，受到之干預或限制可能合憲，故兩者容有差異。換言之，既

---

過錯之形式。（對於康德見解與哲學、言論及良心自由（Freedom of Speech and Conscience）等方面之探討及評論，參照 Nick Smitha, *Against Court-Ordered Apologies*, 16 *New Crim. L. Rev.* 1 (2013)；Nick Smitha, *Just Apologies: An Overview Of The Philosophical Issues*, 13 *Pepp. Disp. Resol. L.J.* 35 (2013)）。

又現代西方文化則不認同此強制道歉（Forced Apologies; Compelling Apologies）、公開道歉（Public Apologies）或法院命令道歉（Court-Ordered Apologies）方式，但亦有人揶揄所謂「大街罵人，小巷道歉」之社會現象。另學理上，可從哲學、倫理、社會文化或憲法及法律等層面，分析及論述與法院命令道歉之關係。例如對於美國普通法及法院命令道歉作為衡平救濟手段（Court-Ordered Apologies as an Equitable Remedy）之法律與文化等方面觀察，亦即從心理治療 Psychological Healing）、社會正義之促進（Promotion of Social Justice）、社會均衡之修復（Restoration of Social Equilibrium）及導引行為改變（Inducement for Changed Behavior）探討。由此可見，法院命令道歉實非單純法律規範問題。參照 Brent T. White, *Say You're Sorry: Court-Ordered Apologies as a Civil Rights Remedy*, 91 *Cornell L. Rev.* 1261 (2006)。

認為原因案件之裁判，要求聲請人道歉已嚴重侵害其基本權，且是極為重要之思想良心自由，為何未給予適度補償？本件卻明示再審之訴判決不得適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定，並不得命被害人回復執行前原狀，改諭知之其他適當處分亦不得強制執行。從此設下重重之限制，雖為免造成被害人之二度傷害，但如前所述，法院得改為命令加害人直接支付或被強制支付登報費用，難道此並非自願而法院強制所增加財產上支出，甚至判決刊登新聞紙等媒體所造成心理負擔，就無過苛或恣意之疑慮？

綜上，於再審之訴判決，對於公開道歉已執行部分聲請人，應不適用民事訴訟法第 505 條之 1 規定，亦不得命被害人回復執行前原狀（如另登撤銷公開道歉之啟事等），將導致本件部分聲請人僅能吸收原已支付之登報費用，此或許是互讓一步，一起向前看之不得已作法！但本件判決純從憲法或法律問題面思考，亦屬可議！且其論述中既已如此嚴厲批判長期存在於社會之道歉文化，實無意採取解釋之補充方式，以補充前述釋字第 656 號解釋原先之解釋基礎，而卻採較激烈之方式，實質上已完全終結此法院命令公開道歉之制度。且雖稱「於此範圍內，應予變更」，看似部分變更，事實上已完全變更釋字第 656 號解釋之向來見解，而非以補充方式，以補法之不足。總之，本件之處理態度，起初是強力出手，卻又縮手，而不給予部分聲請人更大救濟之空間，如此前後是否合乎邏輯？實有再商榷之處！

## 不同意見書

黃瑞明大法官 提出  
詹森林大法官 加入

民法第 195 條第 1 項規定：「（前段）不法侵害他人之……名譽……，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。（後段）其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」（該項後段即系爭規定）所稱回復名譽之適當處分是否包括法官在判決中命加害人（即被告）對被害人道歉，為本判決所審議之爭點。本席認為此問題應分為二層次加以討論，一是法官於判決中命加害人道歉之違憲審查；二是命加害人道歉判決之強制執行之違憲審查。就前者而言，本席認為法官於判決中命加害人向被害人道歉屬法官之審判領域，不涉加害人之思想自由與言論自由，因加害人尚未為任何表意。就後者而言，乃命加害人道歉之判決之強制執行問題，本席認為判決書所要求加害人刊登之「道歉啟事」不應由被害人以加害人之名義自行刊登，否則即侵害了加害人之不表意之自由。就法院以判決命加害人道歉與該判決之強制執行方法對加害人基本權之影響不同，故應分別審議其合憲性。本件判決未就此二者分別審議，結論認定法院以判決令加害人道歉已侵害言論自由與思想自由，本席無法同意，爰提出不同意見如下：

### 一、審查原則：除雙方當事人之基本權之外，民事訴訟解決當事人紛爭功能之達致屬重要公共利益，應納入考量。

一般民事糾紛負損害賠償責任者，以回復原狀為原則（民法第 213 條規定參照），不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害（民法第 215 條規定參照）。於名譽權被侵害時，系爭規定特別規定得請求回復名譽之適當處分，即因「名譽是人的第二生命」不是一句空話，名譽權之爭議往往伴隨巨大的情感創傷與情緒張力，若未得舒緩，可能延續衝突。此於眾多歷史事件與人生經驗之描述可獲佐證，在審議回復名譽之適當方法之合憲性時，除了探求該方法對於雙方基本權之限制外，不應忽略考量名譽權爭議對雙方造成之巨大

情緒壓力，以及法院解決此紛爭效果之達成。法院對於名譽權之侵害案件判被害人勝訴，固可還原真相，惟該判決是否包括命加害人道歉，對被害人、加害人雙方之感受不同，社會上對該事件之觀感有所不同，對於解決紛爭之效果亦有所不同。

司法院釋字第 656 號解釋認法院命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違憲。實務上法院判決命加害人刊登之道歉啟事，一般用語均僅提到對雙方之爭議事件深感抱歉「特登本啟事道歉並公告周知」並未要求使用自我羞辱性之用語，單純為抱歉之表意而已。因此在審議回復名譽之適當處分是否得包括法院以判決命加害人道歉之情形，僅就道歉之表意為審議，就此本席認為不可忽略道歉之表意在彌補社會爭端之功能。民事訴訟之功能在讓被害人得以恢復原狀以平息糾紛，該功能之達致亦為重要公益，否則受害者心頭之痛難解，可能成為下一輪糾紛之引爆點，甚至擴大紛爭<sup>1</sup>。

## 二、法院以判決命加害人道歉之違憲審查

### (一) 道歉之意義及其於社會規範之功能

法院以判決命加害人道歉，且將該判決主文公諸於世，而未強制執行，是否侵害了加害人之基本權，必須先對「道歉」之意義及社會規範上之功能加以討論。

「道歉」之觀念普遍存在於人類各地文明，在不同之文化圈裡或有內涵差異，但人性相通，道歉之基本意義沒有太大差異，有其共通之處，對其詮釋，必須兼顧語意學、心理學和社會學等各方面之意涵，其他國家學者之論述亦可參考。美國學者指出「這是個療傷止痛的過程，而後加害者與受害者才可以和解，共同攜手走向未來。這是一種自己和別人的集體療癒。」<sup>2</sup>；「道歉學是一種道德哲學，也是一種

<sup>1</sup> 2018 年上演的黎巴嫩電影「你只欠我一個道歉」(The Insult) 情節大致為：基督徒與巴勒斯坦難民鄰居間澆水之糾紛，罵了一句「王八蛋」，因雙方間之道歉爭議無法解決造成爭端擴大，引發動盪。該片入圍奧斯卡最佳外語片。

<sup>2</sup> 參見亞倫·拉扎爾 (Aaron Lazare) 著；林凱雄、葉織茵譯，道歉的力量：維護



人性論和歷史哲學」<sup>3</sup>。本件判決理由指出了「透過道歉，甚可宣示社會之共同價值觀，因而重建雙方及社會的和諧」，亦認為「鑑於道歉所具之心理、社會及文化等正面功能，國家亦得鼓勵或勸諭加害人向被害人道歉，以平息糾紛，回復和諧」，就此論述本席完全贊成，本席與本件判決之立場不同之處在於當加害人拒絕向被害人道歉時，由法院以判決宣示加害人應道歉，在一定程度仍可達到上述道歉之功能，故不應完全禁絕。此時應就該判決對被害人名譽回復之作用，與對加害人基本權可能造成之侵害，以及民事訴訟解決紛爭之功能之間加以權衡。就此必須探討加害人「自願且真誠地道歉」與「拒絕道歉」間之差距，以及法院判決可能產生拉近差距之功能。

### （二）道歉之艱難：難解的情緒與幽微曲折的心理

爭執雙方是否道歉、如何道歉，涉及雙方情緒與複雜萬端的心理狀態，絕非簡單可分類為祇有「自願且真誠」與「不願意」。在兩個極端間游移的複雜心理狀態，可以舉例描繪為「七分願意，八分不情願」；「心裡想道歉，嘴巴卻開不了口」；「這一刻想道歉，下一刻又反悔」等種種百轉千迴的心理變化，都是可以想見的。法官在勸諭和解的審理過程中，自應對當事人之心理變化順勢疏導、巧妙促成，以求和解。於和解不成，而法官依爭議事件，權衡雙方權益後，認加害人應道歉，且道歉有助於被害人名譽之回復與紛爭之解決者，實無理由不讓法官於判決書中宣示加害人應對被害人道歉。法院為此判決可能成為雙方和解之新契機，於此必須探究法院判決後之可能發展。

### （三）法官以判決令加害人道歉後之可能發展

法院以判決命加害人應道歉之後，有幾種可能的發展。

- 1、加害人依判決之要求自行刊登道歉啟事，被害人之請求獲得滿足。

加害人依法院判決刊登道歉啟事，心裡可能仍然是不甘願的，並非心悅誠服。然而如前所述，人的心理活動在誠心道

---

尊嚴與正義，進行對話與和解（On Apology），南方朔推薦序，頁5，2016年。

<sup>3</sup> 同註2，頁8。

歉與堅拒道歉之間，有很大的空間，加害人或許曾經為了要不要道歉、該如何道歉，而苦苦掙扎，法院的判決正好讓他們順勢脫離了這個苦海。加害人縱非心甘情願，但仍願刊登道歉啟事以求和平解決之心態，仍然具有達成和解之價值，且社會上對於道歉未必均為負面評價，「勇於認錯」不就是「東山再起」的始點？學者指出「在公開道歉中表達懊悔時，真誠的角色普遍沒有那麼重要，此時，充分承認社會契約或道德契約遭到破壞，有著更為重要的社會價值，因此也就顧不上真誠與否了」<sup>4</sup>。實務上，加害人選擇依判決而自行刊登道歉啟事，但在刊登啟事之安排上可以透露加害人係心不甘情不願地刊登。甚至於刊登道歉啟事時，同時刊登其係被迫道歉之聲明，並不違法，如此之安排讓加害人可充分表達被迫刊登道歉啟事之不滿、無奈。雙方持續宣洩情緒仍然具有解決紛爭之效果。

## 2、加害人拒絕履行，被害人亦未請求強制執行

就被害人而言，獲得加害人應道歉之判決已感滿足而未必要求執行刊登公開道歉啟事。因未進入強制執行程序，尚不得認加害人思想或言論自由已受侵害。本件判決之聲請人共 4 件原因案件中，有二位獲判決勝訴之被害人並未要求強制執行刊登道歉啟事，但未被要求強制執行之加害人仍請求釋憲，可知此時加害人認為法院以判決令其道歉即已侵害了基本權，故應就此為審議。法院以判決命加害人道歉，而被害人尚未請求強制執行時，加害人頂多處於言論或思想自由可能受傷害之危險，而該危險是否實際存在，應於命道歉之判決之強制執行階段進行討論。在法院命道歉之階段，該判決頂多會讓加害人「失面子」，也就是加害人之名譽權之問題。法院為此判決時自應就被害人名譽所受損害以及判決命加害

<sup>4</sup> 同註 2，頁 151。

人道歉可能對加害人面子或名譽所受減損間為權衡。於此必須就被害人期待獲得加害人道歉之心理、加害人萬分不甘願道歉之心理，以及令道歉對解決雙方爭議之功能全部加以衡量。受到判決命道歉之加害人心理上不情願可以理解，然而所有民事判決令加害人給付損害賠償金、拆屋還地等，以及刑事判決對加害人處以刑罰，何者不是在受裁判之加害人萬般不情願的情況之下仍為判決且為強制執行。受敗訴判決者不甘願之心情，以及其面子受損，與其思想自由與言論自由尚無關係。

- 3、加害人拒絕依判決履行，被害人請求強制執行，對加害人基本權之影響於下論述。

### 三、判決命加害人道歉之強制執行之違憲審查

按法院命加害人應為刊登道歉啟事，則刊登道歉啟事之行為義務，是否屬可替代之行為，學者之間見解不一<sup>5</sup>，實務上各判決間亦曾有不同之認定<sup>6</sup>。本席認為就該行為義務，應著眼於其「道歉」之本質，而屬不可替代之行為。因此祇能依強制執行法第 128 條課處怠金而不能依同法第 127 條代為履行。

依強制執行法第 128 條第 1 項之規定，執行法院得定履行期間，債務人不履行時，得處新台幣 3 萬元以上 30 萬元以下之怠金，其續經定期履行而仍不履行者，得再處怠金或管收之。在處怠金之階段，加害人所受之侵害僅為財產權，並非思想或言論自由被侵害。至若加害人被管收則為人身自由受侵害之問題，然而處多少次怠金以及最後是否管收，屬執行法院之權責。

---

<sup>5</sup> 參見陳榮宗，強制執行法，頁 601，三民書局，2002 年 10 月二版二刷。

<sup>6</sup> 有認為命被告道歉屬可代替行為而適用強制執行法第 127 條，得以債務人之費用命第三人代為履行者，如臺灣高等法院 88 年度上易字第 240 號民事判決及臺灣臺中地方院 102 年度訴字第 389 號民事判決；亦有認為命被告道歉屬不可替代行為而適用強制執行法第 128 條第 1 項規定，執行方法以對被告課處代金或管收者，如最高法院 107 年度台上字第 2351 號民事判決及臺灣臺中地方法院 97 年度訴字第 2026 號民事判決。

若法院誤認命刊登道歉啟事屬可由第三人代為履行之行為，而依強制執行法第 127 條規定裁定准許由被害人先行支付費用後刊登，亦應表明代為刊登之意旨，而不應以加害人之名義刊登。若允許被害人自行以加害人名義刊登，則屬錯誤之裁定，已涉侵害加害人之不表意自由。因此，命道歉之判決縱進入強制執程序，亦不得強迫加害人表意，而係對其科處金錢處罰，二者尚有差別。至若被害人未得法院之同意，自行代替加害人刊登道歉啟事，則為被害人之恣意行為，涉及侵害加害人之不表意自由，屬另一可能之不法行為，不可與法院之強制執行混為一談。若僅因實務上曾有被害人未依法執行而自行恣意採行以加害人名義刊登道歉啟事之手段，就全盤否認法院以判決命加害人道歉之合憲性，無異因噎廢食，限制了法官解決社會紛爭之裁量空間。

#### 四、名譽權被侵害事件與言論自由、思想自由或新聞自由之關聯

##### (一) 道歉之意思表示與言論、思想、信仰之內涵尚有不同

本判決理由認為由法院判令加害人強制道歉本身即損及加害人之內在思想、良心及人性尊嚴，從而侵害憲法保障自然人思想自由之意旨，本席認為並非如此。觀諸本件判決 4 件聲請案，有二件屬一般人民生活上或實務上之衝突所生之言語衝突，另二件是新聞媒體業者對政治人物之報導或批評，如此之組合應已包括了大多數請求回復名譽之適當處分之主要類型。

按「思想與良心」應解為廣泛包括世界觀、人生觀、主義、主張等個人之人格的內部精神作用<sup>7</sup>。就日常包括之言語衝突，法官有能力判斷如此之衝突是否涉及思想、信仰、價值之衝突，例如雙方因宗教信仰不同而相互衝突，因學術論爭而互噴口水，或為反同/挺同與否而引爆粗口等，即有可能涉及言論、思想與良心自由。然而與思想、信仰、良心等無關之日常生活摩擦造成之言語衝突而生之糾紛，法官就此種爭議命加害人提出道歉應未觸及侵害思想、信仰、價值之問

<sup>7</sup> 參見蘆部信喜著、李鴻禧譯，憲法，月旦出版社，頁 150，1997 年。

題。回顧歷史上為維護不表意自由者最壯烈者厥為抗拒當局脅迫改教或棄教，甚至遭火焚、穴吊，仍不肯褻瀆自己之信仰，甚至殉教，其中價值與日常生活之言詞衝突，其應受保護價值之差距，實不可道里計<sup>8</sup>。

至若命新聞機構道歉是否干預新聞自由，本席認為為維護新聞自由，應由法院於審查新聞媒體之報導是否涉及妨害名譽時，以及道歉是否為適當之方法時嚴格審查，不應輕易為之。但如法院於嚴格審查後仍認新聞機構道歉為適當之方法時（如新聞報導確有明顯惡意，且對受報導者之名譽確造成重大傷害時），此時應屬法院之審判領域，若認命道歉即為侵害新聞自由，亦為跳躍。

### （二）思想自由、言論自由與新聞自由之保障應由法院於命加害人道歉前從嚴審查

法官於判決令加害人道歉自應審慎為之，應考量者包括言論自由、思想自由與新聞自由等憲法所保障之權利之維護，換言之，本件判決所認應保障之言論自由、思想自由、信仰自由、新聞自由等，均應在法院審酌加害人之言論是否侵害被害人之名譽時，即為嚴格審查，至於認定構成侵害名譽之情事後，該侵害是否適宜以公開道歉之方式以回復名譽，亦應審慎為之。法院於審酌各該情事，尤其是充分考量上述基本權之衝突之後，仍認為加害人應為公開道歉時，應屬法院對於回復名譽平息糾紛之方法之判斷餘地，不必也不應完全禁絕法院為之。

### （三）不表意之自由並非絕對，應受比例原則之限制

憲法第 11 條保障人民不表意之自由見於釋字第 577 號解釋，該號解釋審查菸害防治法要求菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文

<sup>8</sup> 中古世紀於基督教徒與回教徒之間，以及天主教與新教之間為了信仰衝突而有逼迫改教情形。17 世紀日本江戶幕府禁止基督教，下令所有教民踐踏基督教聖像，以示叛教，違抗者處刑。日本作家遠藤周作以此時代為背景之作品「沉默」，經好萊塢導演馬丁史柯西斯（Martin Charles Scorsese）拍成電影，其中山穴、海洞等均在臺灣取景，於 2017 年上映。

標示於菸品容器上之規定，認為該規定對於菸品業者不為表述自由之限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度。本席認為以課處金錢之方式強迫加害人道歉，係對加害人不表意自由之限制，就該限制亦應與命道歉可以導致紛爭解決之社會公益為比例原則之衡量。依本席意見書之討論，本席認為就法院判加害人道歉對加害人基本權之可能侵害與道歉所能達成消弭紛爭之功能而言，並不違反比例原則。

### 五、結論

道歉之複雜心理變化於判決前之調解程序存在，於判決確定之後依然如此，在令道歉之判決確定後，爭議雙方之心情可能產生變化，命道歉之判決亦可能成為和解之新契機，有助於實質達成消弭雙方爭議之效果。本席認為鼓勵道歉成為文化，有助於社會祥和，如將道歉一律視為羞辱，而禁止法院命犯錯者道歉，恐讓道歉更為艱難，對社會紛爭之解決有負面影響。

我國法律有關道歉之規定亦著眼於道歉行為對促進和解之功能，如法官於緩刑宣告時得斟酌情形命犯罪行為人向被害人道歉（刑法第 74 條第 2 項第 1 款）；又檢察官為緩起訴處分者，得命加害人於一定期間內向被害人道歉（刑事訴訟法第 253 條之 2 第 1 項第 1 款參照），仍具強制性質。此二條規定命犯罪行為人道歉，與法官依系爭規定裁判命加害人道歉，雖有民事、刑事程序之分，但本質並無不同，均係要求加害人對被害人表示歉意，其撫平被害人之創傷並共同尋求和解之意旨相同。又性騷擾防治法第 9 條規定：「（第 1 項）對他人為性騷擾者，負損害賠償責任。（第 2 項）前項情形，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」其規範意旨與系爭規定相同。該法第 11 條特別規定加害人對被害人為回復名譽之適當處分時，加害人之雇主、機構或學校、教育訓練機構應提供適當之協助（性騷擾防治法第 11 條參照），亦可見道歉之艱難，有時需要外力之協助。

本判決認為法官於判決中命加害人為道歉即已違憲，其實是限

制了法官審判領域中可用以彌補社會衝突之工具。將思想自由、言論自由之保障擴張至禁止法院為應道歉之判決，或許可視為解構傳統文化透過公權力對人格之侵害。但可慮的是，對於日常衝突中的拒絕道歉亦以言論自由、思想自由及信仰自由之基本權為名加以保障，恐為基本權之過度寬泛使用，對於言論、思想、信仰與新聞自由的威名與崇高性造成價值稀釋與貶損。

111 年憲判字第 2 號

第  
2  
號



## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 3 號

聲 請 人 張丞旭  
訴訟代理人 黃中麟律師  
趙國婕律師

上列聲請人認臺灣高等法院 109 年度偵抗字第 1036 號刑事確定終局裁定，所適用之刑事訴訟法第 403 條及第 419 條規定，有牴觸憲法之疑義，依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

### 主 文

刑事訴訟法第 403 條規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，  
1 除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」及同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。

### 理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1

一、事實經過【2】 2

本件釋憲聲請人張丞旭，於偵查中經檢察官向臺灣臺北地方法  
3 院聲請裁定延長羈押獲准，其辯護人依刑事訴訟法第 419 條準用同法第 346 條規定，為聲請人之利益而抗告，嗣經臺灣高等法院 109 年度偵抗字第 1036 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以抗告無理由而駁回。聲請人認確定終局裁定所適用之同法第 403 條規定：「（第 1 項）當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。（第 2 項）證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受

裁定者，亦得抗告。」（下稱系爭規定一）及第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」（下稱系爭規定二）有違憲疑義，聲請解釋憲法。【3】

## 二、聲請人陳述要旨【4】 4

聲請人主張意旨略謂：系爭規定一及二未賦予偵查中辯護人對於法院延長羈押之裁定，得為被告之利益而抗告，致受羈押之聲請人未能於短暫之 5 日抗告期間內，獲得辯護人及時協助而無法有效行使防禦權，與憲法第 8 條及第 16 條保障人民人身自由及訴訟權之意旨有違等語。【5】 5

## 貳、受理依據及審理程序【6】 6

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除憲訴法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請人係於中華民國 109 年 8 月 27 日聲請釋憲，得否受理，應適用修正施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）決之。次按大審法第 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。」其目的在使基本權遭受不法侵害之人民得聲請解釋憲法。查本件確定終局裁定之受裁定人，雖非本件聲請人而係其辯護人，惟該辯護人係為協助被告即本件聲請人有效行使憲法所保障之訴訟權（司法院釋字第 654 號及第 737 號解釋參照），為被告之利益而抗告，其效果及於本件聲請人，是本件聲請人核屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱受不利益確定終局裁判之人民，其釋憲聲請核與大審法上開規定相符，業於 110 年 10 月 27 日經大法官受理在案。【7】 7

## 參、形成主文之法律上意見【8】 8

### 一、審查原則及所涉憲法上之權利【9】 9

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被 10

告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 582 號、第 654 號、第 737 號、第 762 號及第 789 號解釋參照），包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能（司法院釋字第 654 號解釋參照）。此項被告受辯護人有效協助之權利，已成為現代法治國普世公認之基本人權（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 4 款、歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款、美國憲法增補條款第 6 條及日本國憲法第 37 條第 3 項等規定參照）。被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意图相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。【10】

## 二、本庭判斷結果【11】

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，為重要之基本人權，應受充分之保障。羈押係於裁判確定前拘束刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分。此一保全程序乃在確保偵審程序順利進行，以實現國家刑罰權。惟羈押強制處分限制刑事被告之人身自由，將使其與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，故應以無羈押以外其他替代方法，慎重從事為前提（司法院釋字第 392 號、第 653 號及第 737 號解釋參照）。受羈押被告因與外界隔離，蒐集相關有利法令資訊以撰寫抗告書狀尋求救濟尤為不易，致其行使防禦權諸多困難，自我辯護功能幾近喪失；更因羈押裁定之法定抗告期間僅有 5 日，稍縱即逝。受羈押被告於此極為不利之情境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔任辯護人為其提供及時有效之協助，例如獲知卷證資訊、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與最後手段性。【12】

關於偵查中羈押之決定，於 17 年 7 月 28 日制定公布刑事訴訟法之初，採行檢察官決定制，由檢察官訊問被告後羈押之，對於檢察官羈押或延長羈押之處分，僅有被告始得向該管法院聲請撤銷或變更；縱於 71 年 8 月 4 日修正公布刑事訴訟法，增訂偵查中辯護制度，亦僅有被告得向該管法院聲請撤銷或變更，被告之辯護人並無聲請撤銷或變更之權。【13】

嗣 86 年 12 月 19 日修正公布刑事訴訟法，依司法院釋字第 392 號解釋意旨，將偵查中羈押之決定，改由法官訊問被告後裁定羈押或延長羈押，被告得基於當事人之身分，依系爭規定一第 1 項規定提起抗告。至被告之辯護人，有無抗告權，則有爭議。查刑事訴訟法就法院判決及裁定，於其第 3 編及第 4 編分別設有上訴與抗告聲明不服之機制，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，乃於其第 3 編第 1 章第 346 條規定：「原審之……辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」反觀第 4 編則無類似規定，致生被告之辯護人得否依系爭規定二準用第 3 編第 1 章第 346 條規定之疑義。【14】

系爭規定二可遠溯 17 年 7 月 28 日制定之刑事訴訟法，其第 432 條規定：「抗告除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」迄今之立法沿革，均有完全相同內容之規定，其立法目的則因年代久遠而無可考。惟經整體觀察其第 4 編與第 3 編所定聲明不服之機制，系爭規定二應係考量抗告與上訴之類似性，均為透過審級制度以救濟當事人權益，並維持法院裁判之正確與公平，為免與上訴有關規定重複，故以準用之方式處理。然衡酌法院裁定之大量、急迫與儘早確定等需求，抗告編乃有自為特殊設計之必要。是抗告編若設有排除性之特別規定，即不再依系爭規定二準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。【15】

系爭規定二所稱之特別規定，例如得抗告事項，依現行刑事訴訟法第 404 條第 1 項特別規定以所列舉者為限；抗告期間，依其第 406 條特別規定，僅有 5 日；抗告法院依其第 410 條第 3 項規定，須

於收到卷宗及證物後 10 日內裁定等而言。至就抗告權人而言，系爭規定一僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，被告之辯護人自得依系爭規定二，準用同法第 3 編第 1 章第 346 條之規定，為被告之利益而抗告，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。【16】

綜上，系爭規定一僅就當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，得對於法院所為得抗告之裁定提起抗告而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，系爭規定一及二整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。【17】

肆、併予說明部分【18】 18

一、為有效保障被告之訴訟權，辯護人協助被告行使防禦權，為憲法保障之權利。被告之辯護人，依本判決意旨，就被告依法得抗告之事項（刑事訴訟法第 404 條第 1 項但書規定參照），除與被告明示意思相反外，得為被告之利益而抗告，自屬當然。又被告依法得聲請撤銷或變更、聲請再議等聲明不服之權利規定（刑事訴訟法第 416 條第 1 項及第 256 條之 1 規定參照）或依法得行使刑事訴訟法所賦予之權利規定（例如第 18 條規定之聲請法官迴避、第 200 條第 1 項規定之聲請拒卻鑑定人，第 455 條之 3 規定之聲請撤銷協商合意等），因非屬本件釋憲聲請之法規範，自無法合併審理，惟相關機關允宜依本判決意旨，妥為研議、修正刑事訴訟法，併此指明。【19】 19

二、另被告之法定代理人或配偶之抗告權，得依系爭規定二準用第 3 編第 1 章第 345 條之規定，併此敘明。【20】 20

中 華 民 國 111 年 3 月 25 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力  
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鐸  
 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

本判決由林大法官俊益主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
全 文	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸

【意見書】

協同意見書：林大法官俊益提出、詹大法官森林加入。

黃大法官瑞明提出、謝大法官銘洋加入。

呂大法官太郎提出、黃大法官虹霞加入。

楊大法官惠欽提出。

蔡大法官宗珍提出、張大法官瓊文加入。

不同意見書：吳大法官陳鐸提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 楊靜芳

中 華 民 國 111 年 3 月 25 日

## 協同意見書

林俊益大法官 提出  
詹森林大法官 加入

被告受辯護人有效協助的權利，  
是憲法保障的權利，應予落實。

### 壹、前言

本件判決案名【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】。

本判決主文及理由，分別以 14:1 及 13:2 的極高比例，通過評議，極為少見，至為難得！本席雖為主筆，負責依多數意見撰寫判決書，但因認仍有值得說明之處，爰提出協同意見，以就教於方家！

### 貳、本判決的憲法價值：重申被告受辯護人有效協助的權利

#### 一、關於本判決所涉憲法權利

本件原因案件，被告的辯護人對於地方法院延長羈押裁定提起抗告，遭高等法院以辯護人無抗告權為由而裁定<sup>1</sup>駁回確定。此一事實，被告究有何憲法上的權利遭受侵害？

就法院的羈押裁定言，涉及限制被告人身自由，與憲法第 8 條保障人身自由及正當法律程序有關；就對於羈押裁定抗告言，涉及被告的訴訟權，與憲法第 16 條保障人民訴訟權與正當法律程序有關，故就原因案件所涉憲法上的權利言，本判決理由開宗明義敘明：「本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序<sup>2</sup>之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 582 號、第 654 號、第 737 號、第 762 號及第 789 號解釋參照），包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有

<sup>1</sup> 臺灣臺北地方法院 109 年度偵聲字第 109 號刑事裁定及臺灣高等法院 109 年度偵抗字第 1036 號刑事裁定參照。

<sup>2</sup> 司法院釋字第 396 號解釋：「至懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取……辯護制度。」依舉輕明重法理，應可推論在刑事訴訟程序中，被告受辯護制度的保護，應為憲法上之權利。見，王兆鵬，刑事訴訟法講義，元照出版公司，2005 年 9 月初版 1 刷，頁 476。

效之保護，始能發揮防禦權之功能(司法院釋字第 654 號解釋參照)。」換言之，本判決重申被告受辯護人有效協助的權利，係憲法保障的權利，並據此憲法要求，審查刑事訴訟法第 403 條及第 419 條規定(下依序稱系爭規定一及二)的合憲性。

## 二、被告受辯護人有效協助的權利，是普世公認的基本人權

現代法治國普遍承認被告受辯護人有效協助的權利<sup>3</sup>，是重要的基本人權<sup>4</sup>，其詳如下：

### (一) 聯合國公民與政治權利國際公約

聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 4 款規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：……(四) 到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯……。」論及所有遭刑事控訴的被告，有權透過自己選任的律師協助辯護。此外，聯合國 2012 年 12 月 20 日第 60 次全體會議通過之「聯合國關於在刑事司法系統中獲得法律協助機會之原則與準則」(United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid<sup>5</sup> in Criminal Justice Systems) 準則 3 規定，國家應確保任何受羈押、逮捕、涉嫌或被控得處以有期徒刑或死刑的刑事犯罪者，在所有刑事司法程序各階段，均有權獲得法律協助<sup>6</sup>。

<sup>3</sup> 陳運財，被告接受辯護人援助之機會，月旦法學教室第 24 期，2004 年 10 月，頁 116。

<sup>4</sup> 陳顯武、蔡浩志，我國刑事偵查程序中實質辯護權之強化——以公民與政治權利國際公約及國際刑事法院規約為考察，刑事法雜誌第 57 卷第 4 期，2013 年 8 月，頁 63-105。

<sup>5</sup> 此處所稱 Legal aid，包含受羈押的法律諮詢、協助及代表權，原文：The term “legal aid“ includes legal advice, **assistance** and representation for persons detained, arrested or imprisoned, suspected or accused of, or charged with a criminal offence and for victims and witnesses in the criminal justice process that is provided at no cost for those without sufficient means or when the interests of justice so require. Furthermore, “legal aid“ is intended to include the concepts of legal education, access to legal information and other services provided for persons through alternative dispute resolution mechanisms and restorative justice processes.

<sup>6</sup> See EARLY ACCESS TO LEGAL AID IN CRIMINAL JUSTICE PROCESSES: A



## (二) 歐洲人權公約

歐洲人權公約第6條(公平審判的權利)第3項第3款規定：「凡受刑事罪的控告者具有下列最低限度的權利：……由他本人或由他自己選任的法律協助為自己進行辯護，或如果他無力支付法律協助的費用，則為公平的利益所要求時，可予免費」。首先，**遭刑事追訴被告受律師有效辯護 (effectively defended)**，是公平審判的核心內容<sup>7</sup>；再者，被告在遭刑事追訴時 (criminal charge)，即應獲得法律協助 (legal assistance)，如人別確認或犯罪現場重建程序即有權利受律師協助<sup>8</sup>，該協助不僅包含律師在場權，亦包含在必要時獲得法律協助<sup>9</sup>；最後，**被告受其辯護人協助的權利，須使其獲得確實有效的協助**<sup>10</sup>。所謂確實有效的協助，應滿足兩個最低限度要求，亦即：(1) 在訊問前接見溝通律師權，包含提供辯護人機密資訊；(2) 在初次警詢時及隨後審判前訊問程序律師有在場權，且該在場須確保係確實有效的 (practical and effective)<sup>11</sup>。此外，歐洲人權法院強調受律師協助權，除允許其在場外，更應允許其於警詢時積極協助與干預，以確保犯罪嫌疑人的權利<sup>12</sup>。

另，歐洲人權法院於2005年5月12日，在 *Öcalan v. Turkey*<sup>13</sup> 一案中，認為依歐洲人權公約第6條第1項、第3項第2款及第3款規定，**被告有權受律師協助以挑戰羈押的合法性。**

---

HANDBOOK FOR POLICYMAKERS AND PRACTITIONERS 46.

<sup>7</sup> See *Salduz v. Turkey* [GC], § 51 ; *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], § 255 ; *Simeonovi v. Bulgaria* [GC], § 112 ; *Beuze v. Belgium* [GC], § 123.

<sup>8</sup> See *Ibrahim Öztürk v. Turkey*, §§ 48-49; *Türk v. Turkey*, § 47; *Mehmet Duman v. Turkey*, § 41.

<sup>9</sup> See *Lagerblom v. Sweden*, § 49; *Galstyan v. Armenia*, § 89.

<sup>10</sup> See *Artico v. Italy*, § 33; *Vamvakas v. Greece (no. 2)*, § 36.

<sup>11</sup> See *Beuze v. Belgium*, §§ 133-134.

<sup>12</sup> See *Soytemiz v. Turkey*, §§ 44-46, 27.

<sup>13</sup> See ECtHR, *Case of Öcalan v Turkey* (Application No 46221/99), Judgment of 12 May 2005, at para 70. See also THE RIGHT LEGAL AID: A GUIDE TO INTERNATIONAL LAW RIGHTS TO LEGAL AID 38.

(三) 美國憲法增補條款

美國憲法增補條款第 6 條規定：「在所有刑事訴訟中，被告應享有下列權利：……受律師協助為其辯護。」( **to have the assistance of counsel for his defense** )<sup>14</sup>所謂受律師協助權<sup>15</sup>，美國聯邦最高法院在 1970 年 *McMann v. Richardson*<sup>16</sup> 判決中，首度闡釋：「受律師協助權係指受律師有效協助之權利 ( **The right to counsel is the right to the effective assistance of counsel.** )」<sup>17</sup>隨後，在 *United States v. Cronin*<sup>18</sup> 判決，美國聯邦最高法院繼指出：「憲法增補條款第 6 條本身不僅要求向被告提供律師，更要求協助為其辯護 ( **for his defense** )」<sup>19</sup>。

(四) 日本國憲法

日本國憲法第 37 條第 3 項規定：「刑事被告人在任何場合都可委託有資格的辯護人。被告本人不能自行委託時，由國家提供之。」<sup>20</sup>其旨旨在於確保被告有權受律師協助，以符合當事人主義及正當法律程序<sup>21</sup>。

(五) 南非憲法

<sup>14</sup> 美國有關被告受辯護人協助權，是憲法保障的權利，可參閱，李榮耕，Gideon's Trumpet 被告的受有效辯護，全國律師第 12 卷第 12 期，2008 年 12 月，頁 22-24；收錄於氏著：搜索、扣押及受律師協助，2020 年 4 月，初版，頁 3-5；王兆鵬，偵查中之辯護權，律師雜誌第 348 期，2008 年 9 月，頁 10-11。

<sup>15</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟法，第三編，憲法增修條文第 6 條(受律師協助的權利)，元照出版有限公司，2004 年 9 月，初版 1 刷，頁 355。

<sup>16</sup> *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759 (1970).

<sup>17</sup> *Id.* at 771 n.14.

<sup>18</sup> *United States v. Cronin*, 466 U.S. 648 (1984).

<sup>19</sup> *Id.* at 654.

<sup>20</sup> 刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。英譯版本：“All the times the accused shall **have the assistance of competent counsel** who shall, if the accused is unable to secure the same by his own effort, be assigned to his use by the State.”

<sup>21</sup> 樋口・佐藤・中村・浦部合著，注釈・日本国憲法，青林書院，1984 年，頁 778。

1996年南非憲法（The Constitution of the Republic of South Africa）第35條第2項第2款規定：「任何受羈押之人有權選任及諮詢律師，並受適當通知享有此權利。」<sup>22</sup>

#### （六）紐西蘭權利法案

1990年紐西蘭權利法案（The New Zealand Bill of Rights Act 1990）第23條第1項第2款規定：「根據任何法律規定而受拘捕或羈押之人有權不受遲延諮詢及委任律師，並被告知享有該權利。」<sup>23</sup>

#### （七）加拿大權利與自由憲章

加拿大權利與自由憲章（The Canadian Charter of Rights and Freedoms）第10條規定：「任何受拘捕或羈押之人有權不受遲延聘請與通知律師，並被告知享有此權利。」<sup>24</sup>

### 三、被告依法得上訴或抗告權，為被告重要的防禦權

被告依法得上訴或抗告權，是被告為阻斷判決或裁定確定，尋求上級審獲得更有利裁判的權利，為被告重要的防禦權。從而，本判決宣告：辯護人得為被告之利益而提起上訴、抗告等聲明不服之權，是被告受辯護人協助有效行使防禦權的重要內涵，應受憲法的保障。

以下即以憲法所保障的被告受辯護人協助權，審查系爭規定一及二的合憲性。

### 參、本判決的審查方法

本件釋憲爭議為，就辯護人對於法院羈押或延長羈押的裁定有無抗告之權，現行刑事訴訟法並無明文規定。此究係法律有漏洞的規範不足？或係立法者立法技術的權宜措施？此端視系爭規定一如何進

<sup>22</sup> Everyone who is detained, including every sentenced prisoner, has the right - (b) to choose, and to consult with, a legal practitioner, and to be informed of this right promptly.

<sup>23</sup> Everyone who is arrested or who is detained under any enactment - (b) shall have the right to consult and instruct a lawyer without delay and to be informed of that right.

<sup>24</sup> Everyone has the right on arrest or detention (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.

行法律解釋而定。茲分述如下。

### 一、有意排除說（我國學者及最高法院實務通說）

此說認為，系爭規定一是就抗告權人所為列舉性、排除性的特別規定，第 1 項是就當事人而為規定，第 2 項是就證人、鑑定人、通譯或其他非當事人受裁定者而為規定。此外別無抗告權人之規定，系爭規定一未列舉者，自不得再依系爭規定二，準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人的規定。此不但為我國刑事訴訟法學者的通說<sup>25</sup>，更為最高法院判例<sup>26</sup>、裁定<sup>27</sup>的通說。

### 二、無意排除說（本判決見解）

此說認為，系爭規定一只是就受裁定者是當事人或非當事人而為規定，並非列舉性、排除性的特別規定，系爭規定一所未規範的其他非受裁定者且非當事人的抗告權，仍可依系爭規定二，準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人的規定。換言之，被告的法定代理人、配偶或被告的辯護人或代理人，仍有抗告權。

以上二說，嚴格而言，純為法律規定應如何解釋的法律解釋爭議，究以何說為是？本席認為，有意排除說，較為可採。其理由如下：

#### （一）就立法體例的選擇而言

<sup>25</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂版，作者自版，1990 年 4 月，頁 544~545；蔡墩銘，刑事訴訟法，五版，五南圖書出版有限公司，2002 年 10 月，頁 593；林山田，刑事程序法，五版，五南圖書出版有限公司，2004 年 9 月，頁 733~734；林永謀，刑事訴訟法釋論，改訂版，作者自版，2010 年 11 月，頁 185~187；朱石炎，刑事訴訟法論，修訂 7 版，三民書局，2017 年 8 月，頁 550~551。

<sup>26</sup> 最高法院 20 年抗字第 38 號刑事判例要旨：「不服法院之裁定，得提起抗告，以當事人及受裁定之非當事人為限，在刑事訴訟法第 414 條著有明文，雖同法第 432 條載有抗告準用上訴之規定，而第 359 條復載有被告之配偶為被告利益起見，得獨立上訴，但關於有抗告權人在抗告編中既經分別訂明，即不能更準用該項法條，准許被告配偶亦得獨立抗告，此按諸第 432 條所載抗告以無特別規定為限，始得準用上訴規定之本旨，自屬無可置疑。」

<sup>27</sup> 最高法院 94 年度台抗字第 171 號刑事裁定；99 年度台抗字第 799 號、第 254 號刑事裁定；102 年度台抗字第 70 號刑事裁定；105 年度台抗字第 258 號、第 782 號刑事裁定；106 年度台抗字第 2 號刑事裁定；109 年度台抗字第 207 號、第 1096 號刑事裁定；107 年度台抗字第 254 號刑事裁定參照。

現行系爭規定一，可遠溯刑事訴訟法 17 年立法初始的立法體例設計<sup>28</sup>，並不採日本大正 11 年（即西元 1922 年）刑事訴訟法第 3 編「上訴」中，包括「通則」、「控訴」、「上告」及「抗告」的體例，而於第 3 編及第 4 編分別規定上訴及抗告程序，各編並各自設有上訴權人（包括當事人及「非當事人」之法定代理人、配偶或辯護人、代理人）及抗告權人（僅明文規定當事人及「非當事人受裁決者」）之規定，其中就抗告編而言，於其第 414 條規定：「（第 1 項）當事人對於法院之裁決有不服者，得抗告於直接上級法院。但有特別規定者，不在此限。（第 2 項）證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁決者，亦得抗告。」足見立法者於 17 年立法草創初始，本即有意將上訴權人與抗告權人作不同的處理。抗告權人既有特別明文規定，自無再依 17 年刑事訴訟法第 432 條規定：「抗告除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」準用關於上訴權人的規定。

就立法體例的選擇而言，此是有意排除說最強論據，也是無意排除說無法自圓其說，最大的致命處！

## （二）就被告受辯護人有效協助的權利言

上開有意排除說並無被告受辯護人協助的觀念，無意排除說則有被告受辯護人協助的觀念。

<sup>28</sup> 我國刑事訴訟法之制定，自晚清以降，由時任法律大臣沈家本為主導，日本學者岡田朝太郎協助，編定大清刑事訴訟律草案；民國初期由於法制匱乏，基本上仍援引清末法律，而現行刑事訴訟法之草創，一般認為係民國 10 年 3 月 2 日公布之刑事訴訟律。嗣國家政局穩定後，刑事訴訟法經國民政府 17 年 7 月 28 日公布，並於 9 月 1 日施行。此部分相關立法史料，可參閱，黃源盛，大理院刑事判例輯存總則編（一），黎齋社，初版，2013 年 7 月，頁 26；張麗卿，刑事訴訟法百年回顧與前瞻，收錄於，氏著：驗證刑訴改革脈動，4 版，五南圖書有限公司，2017 年 10 月，頁 8-11；郝懿，刑事訴訟法通論，1938 年，中華書局，頁 19-20；岡田朝太郎口授；熊元襄整理；吳宏耀點校，刑事訴訟法，中國政法大學出版，2012 年，頁 200；吳宏耀、種松志主編，中國刑事訴訟法典百年，1906 年-2012 年，中國政法大學出版，2012 年，頁 200；康煥棟、俞鍾駱，刑事訴訟法論，上海法學編譯社，1933 年 4 月，頁 285；朱采真，刑事訴訟法新論，世界書局，1929 年 1 月，頁 215；朱甘霖，刑事訴訟法釋義，大東書局，1929 年 10 月，頁 365。

就立法沿革過程觀之，刑事訴訟法於 17 年立法草創初始，並不採偵查中辯護制度，遲至 71 年 8 月 4 日始明文規範偵查中辯護制度，除賦予偵查中辯護人在場權（同法第 245 條規定參照）及陳述意見權（89 年 7 月 19 日修正公布同法時增訂），增訂緊急拘提時，**應即告知本人及其家屬，得選任辯護人到場**，俾受辯護人有效協助，以充分行使其防禦權（同法第 88 條之 1 第 4 項規定參照），嗣將**告知得選任辯護人的告知義務**，推廣於所有訊問、詢問程序之前（86 年 12 月 19 日修正公布同法第 95 條第 3 款及第 100 條之 2 規定參照），俾所有被告或犯罪嫌疑人都能享有受辯護人有效協助的權利。另 86 年 12 月 19 日修正公布同法，偵查中羈押被告的決定權，始改歸法官決定。此外，立法者為落實被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助的權利，使其得以有效行使防禦權，逐次修正公布刑事訴訟法如下：

1. 當被告或犯罪嫌疑人表示**已選任辯護人時**，應停止訊問、詢問；等候辯護人 4 小時；等候期間不得訊問，違反規定而訊問或詢問者，**所得筆錄不得作為證據**（同法第 93 條之 1 第 1 項第 5 款、第 2 項、第 95 條第 2 項及第 158 條之 2 第 2 項規定參照），俾利辯護人有效協助被告充分行使防禦權。
2. 建構偵查中強制辯護制度（95 年 5 月 24 日及 102 年 1 月 23 日分別修正公布同法第 31 條第 5 項規定參照），俾精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述或具原住民身分的被告或犯罪嫌疑人，受辯護人有效協助，以充分行使防禦權。
3. 規範辯護人與偵查中受拘提或逮捕的被告或犯罪嫌疑人享有優先接見特權或互通書信相關規定（99 年 6 月 23 日修正公布同法第 34 條規定參照）。
4. 重申應告知被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人及當場告知、**書面通知拘提或逮捕之原因**（109 年 1 月 15 日修正公布同法第 89 條規定參照）。
5. 創設辯護人對詢問、訊問筆錄的三種權限（109 年 1 月 15 日修正公布同法第 41 條；同法第 43 條之 1 規定參照），增訂：

①辯護人對被告之訊問筆錄有協助其閱覽權；②辯護人得對筆錄記載有無錯誤表示意見權；③辯護人請求更正訊問筆錄權（可簡稱辯護人之筆錄三權），俾辯護人有效協助被告或犯罪嫌疑人充分行使防禦權。

從前揭 71 年起至 109 年修正公布刑事訴訟法，近 40 年來逐次強化被告受辯護人有效協助權利的落實背景觀之，應可推知，刑事訴訟法於 17 年立法草創初期，應無被告受辯護人協助的觀念，就抗告權人的範圍，立法者應無意依系爭規定二準用同法第 3 編有關上訴權人之規定，賦予辯護人得為被告之利益而抗告之權。

再就法院審判實務觀之，在所有最高法院刑事裁判中，最早闡明被告受辯護人協助的觀念者，首推最高法院 87 年度台上字第 644 號刑事判決要旨指出：「刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟權所衍生之基本權」<sup>29</sup>，從此開啟被告有依賴律師為其辯護之權的新頁。12 年後，即 98 年 1 月 23 日司法院公布釋字第 654 號解釋，大法官在憲法解釋上確認被告受辯護人有效協助的權利，是憲法保障的權利，受到學界與律師界的諸多肯定與讚揚<sup>30</sup>！最高法院判決自 99 年 8 月 12 日起，更廣泛援引：「被

<sup>29</sup> 87 年度台上字第 644 號刑事判決要旨：「刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第 16 條享有之訴訟權所衍生之基本權，其性質係以確保實體上基本權為目的之程序上基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位，而受法院公平之審判，法院於訴訟程序之進行，對於此項辯護權之實踐，自不得恣意漠視，否則即不足以維護訴訟上之程序正義。」援用此一判決要旨之判決有 40 多則，例如 109 年度台上字第 2555 號、第 4702 號、第 4787 號刑事判決、110 年度台上字第 2802 號刑事判決參照。另，最高法院 94 年台上字第 4929 號刑事判例要旨：「當事人及審判中之辯護人得於搜索或扣押時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。刑事訴訟法第 150 條第 1 項定有明文。此規定依同法第 219 條，於審判中實施勘驗時準用之。此即學理上所稱之『在場權』，屬被告在訴訟法上之基本權利之一，兼及其對辯護人之倚賴權同受保護。故事實審法院行勘驗時，倘無法定例外情形，而未依法通知當事人及辯護人，使其有到場之機會，所踐行之訴訟程序自有瑕疵，此項勘驗筆錄，應認屬因違背法定程序取得之證據。」

<sup>30</sup> 陳運財，釋字第 654 號解釋與自由溝通權，月旦法學雜誌第 192 期，2011 年 5

告有受其辯護人協助訴訟之權利」、「基於辯護人實質有效協助被告之職責」、「被告享有受辯護人協助之權利」<sup>31</sup>等語作為判決要旨。由此觀之，我國法院審判實務上，在刑事訴訟法 17 年立法草創初始，應無被告受辯護人協助的觀念至明。

從立法沿革及審判實務不斷精進言，當可推知，刑事訴訟法 17 年立法草創初始，應無被告受辯護人協助的觀念，在立法體例上，立法者選擇將抗告編與上訴編分編而為規範以觀，就抗告權人的範圍言，有意與上訴權人作區分至為明顯，因此我國刑事訴訟法學者通說及最高法院判例、裁定通說所主張的有意排除說，應有其立論依據！就此而言，系爭規定一及二欠缺被告受辯護人協助之觀念，致未規範辯護人得為被告之利益而抗告，顯屬規範不足，應可認定。就此部分的論據，也是無意排除說無法提出證明反駁的弱點所在！是以本席認為本判決的主文應如下：

- 「一、刑事訴訟法第 403 條及第 419 條規定整體觀察，就抗告權人而言，僅就當事人及其他非當事人受裁定者，設有特別規定，並未賦予偵查中受羈押被告之辯護人，對於法院所為羈押或延長羈押之裁定，得為被告之利益，代為提起抗告之權，致被告未受辯護人之有效協助，無法有效行使防禦權，而未受公平審判之保障，於此範圍內，與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨不符。
- 二、有關機關應自本判決宣告之日起 2 年內，依本判決意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。完成修法前，偵查中受羈押被告之辯護人，對於法院所為羈押或延長羈押之裁定，有為被告之利益，代為提起抗告之權。」

惜未為多數意見所採！

許宗力大法官在司法院釋字第 585 號解釋部分協同暨部分不同

---

月，頁 5-8。

<sup>31</sup> 99 年度台上字第 5087 號、第 7060 號刑事判決、100 年度台上字第 1135 號刑事判決、101 年度台上字第 2300 號刑事判決參照。



意見書明確指出：「合憲解釋是出於司法者對有直接與多元民主正當性基礎之立法者的尊重，有其合理性。惟適用合憲解釋原則也有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍、不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心。尤其逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異，依本席之見，在此情形，反而是直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新思索，或選擇作進一步修正，繼續追求其原始的立法目的，或選擇改弦更張，以嶄新思維另立新法，或乾脆放棄立法，才是對立法者的真正尊重。」誠哉斯言，深獲我心！

以此推論，系爭規定一，從立法體例觀之，立法者顯然有意區別抗告權人與上訴權人而分別不同編予以規範，此乃立法者明顯可辨的基本價值決定與規範核心，自無必要逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，硬說抗告權人之範圍，得依系爭規定二準用上訴權人之規定，再宣告其合憲！這種合憲性解釋方式，誠如許宗力大法官所說：「與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異」！

關於本判決，究採規範不足的違憲判決，或採合憲性解釋的合憲判決，見仁見智！本席認為，只要本判決能肯認宣告「被告受辯護人協助的權利，是憲法保障的權利」，吾願足已！但本席憂心的是，合憲性解釋的結果，是否會產生「憲法法庭是第四審，打臉我國學者通說及最高法院長久以來的判例、裁定通說見解」的聯想和誤會？果真如此，大法官因此付出逾越司法權界限之代價就太大了！得不償失！

#### 肆、本判決主文有無訴外裁判的說明

基於司法被動原則，向來司法院大法官作成解釋，均就抽象法規範與原因案件有關的部分而為解釋，與原因案件無關的部分，則不論及，留待爾後有適當案件再行處理。

例如，司法院釋字第 748 號解釋的原因案件，僅涉及婚姻而不涉收養、繼承等部分，故該解釋亦僅就民法親屬編有關婚姻部分而為規範不足的解釋，並不及於收養或繼承。

又如，司法院釋字第 751 號解釋的原因案件，僅涉及行政罰法第 26 條第 2 項規定中的緩起訴處分，而不及於其他處分，故該解釋亦僅就該規定中的緩起訴處分確定而為解釋，並不及於其他處分。

再如，司法院釋字第 752 號解釋的因原因案件，僅涉及修正前刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，而不及於同條第 3 款至第 5 款規定，該解釋僅就第 1 款及第 2 款規定而為解釋，並不及於其他款規定。

反觀本件判決，原因案件是辯護人就被告受羈押裁定有無抗告權而聲請釋憲，依司法院解釋先例，本件判決主文應為如下：「刑事訴訟法第 403 條及第 419 條規定整體觀察，關於辯護人之抗告權，仍應準用同法第 3 編第 1 章**第 346 條之規定**。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。」

但本判決主文卻為：「刑事訴訟法第 403 條及同法第 419 條整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章**關於上訴權人之規定**。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。」

此乃因部分大法官認為：「關於被告之法定代理人或配偶之抗告權，仍應準用同法第 3 編第 1 章**第 345 條之規定**。」

本判決為求得最大的妥協，乃判決宣告：「整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章**關於上訴權人之規定**。」如此調整為「關於上訴權人之規定」，不免有訴外裁判之嫌？且本判決此一宣告，可能有後遺症，即準用關於上訴權人規定的結果，勢必亦

準用同法第 347 條規定：「檢察官對自訴案件判決，得獨立上訴。」更是訴外裁判？本席認為，本判決的釋憲價值，在保障被告有效行使防禦權，如勉強可以準用同法第 347 條規定，則可參考司法院釋字第 752 號解釋第 2 段論知「得為被告之利益」的解釋先例，檢察官僅限於為被告之利益始有抗告之權！

### 伍、本判決公告後的實務操作建議

本判決公告後，本席建議實務上操作如下：

- 一、刑事訴訟法第 346 條規定：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」司法院釋字第 306 號解釋曾釋示：本院院解字第 3027 號解釋及最高法院 53 年台上字第 2617 號判例，謂刑事被告之原審辯護人為被告之利益提起上訴，應以被告名義行之，在此範圍內，與憲法保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸。但上開判例已指明此係程式問題，如原審辯護人已為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正，如未先命補正，即認其上訴為不合法者，應予依法救濟。
- 二、本判決主文宣告：「被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告。」參照上開司法院釋字第 306 號解釋意旨，被告的辯護人為被告之利益而代為抗告，應以被告名義行之。茲以附表說明如下：

被告抗告書狀	被告之辯護人代為抗告書狀
姓名欄	抗告人：被告姓名
抗告人：被告姓名	辯護人：○○○律師
具狀人欄 具狀人：被告姓名 <input type="checkbox"/>	具狀人：被告姓名 <input type="checkbox"/> 辯護人：○○○律師 <input type="checkbox"/>

具狀人欄，一定要有被告的蓋章、簽名或按指印<sup>32</sup>，以表示辯護人代為提起抗告，**不違反被告明示之意思**。實務上，辯護人具狀時偶而疏漏，或以辯護人自己名義為之，或被告未於具狀人處蓋章、簽名或按指印，需要法院裁定命補正<sup>33</sup>，希望從今以後，不要再發生這種瑕疵，有勞法院裁定命補正，辯護人能幫忙多注意一下，就能減輕法院許多工作負擔！

### 陸、修法建議的補充意見

在本判決肆、一、【第 19 段】，建請相關機關允宜依本判決意旨妥為研議、修正刑事訴訟法，以落實被告受辯護人有效協助的權利，為憲法保障的權利意旨，併此指明部分，相關機關似可在刑事訴訟法第 2 條增訂第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人依本法所得為之權利或訴訟行為，其辯護人得為被告或犯罪嫌疑人之利益而為之。但不得違反被告或犯罪嫌疑人之明示意思。」只要增訂此一條文，即可將被告受辯護人有效協助的權利，發揮到淋漓盡致！

關於修法，值得附帶一提的是，刑事訴訟法第 351 條第 2 項規定：「被告不能自作上訴書狀者，監所公務員應為之代作。」此規定乃源

<sup>32</sup> 臺灣高等法院 110 年度上訴字第 3119 號刑事裁定：「辯護人以上訴人即被告盧○○之名義，依刑事訴訟法第 346 條規定，為被告之利益提起上訴，惟其上訴狀未經被告簽名或蓋章或按指印，其上訴不合法律上之程式，前經本院於民國 111 年 2 月 15 日裁定被告應於 7 日內補正，逾期不補正即駁回其上訴。」另，同法院 111 年度上訴字第 692 號刑事裁定：「本件係選任辯護人林○○律師為上訴人即被告向○○具狀聲明上訴，惟上開辯護人並非被告於原審之辯護人，且卷附『刑事聲明上訴狀』除開頭之姓名欄提及被告為『向○○』外，最末具狀人欄僅有林○○律師用印，無從得知被告是否確有上訴之意，此上訴自己違背法律上之程式，惟此項程式之欠缺，既非不可補正，爰定期命為補正，逾期不補正，即駁回其上訴。」

<sup>33</sup> 最高法院 104 年度台職字第 17 號刑事裁定要旨：「原審之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴，因為刑事訴訟法第 346 條前段所明文規定。惟此所謂被告之原審辯護人得為被告利益所為之上訴，並非獨立上訴，故其上訴應以被告名義行之，若以原審之辯護人自己名義提起上訴，即屬違背法律上之程式。至原審辯護人以為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正（司法院大法官會議釋字第 306 號解釋意旨參照）。」

自 17 年 7 月 28 日制定公布刑事訴訟法第 365 條規定：「被告不能自作上訴書狀者，應由監獄或看守所之公務員代作。」在 90 多年前的清末民初時期，或許因民智未開，該條規定或有其作用！但現今我國科技進步，法律普及，民智大開，已有健全的律師制度及優質的辯護人可為協助；另有法律扶助法及法律扶助機構眾多律師可代為製作足以發揮實質有效辯護的上訴或抗告等聲明不服的書狀，第 351 條第 2 項規定的歷史任務應可告一段落，功成身退。且此一規定，容易讓人誤以為監所公務員都是法律專業人士，所以不必再選任辯護人為其協助的誤解。監所公務員是監所管理的專業人士，實在不必再讓他們承擔法律專業人士所能提供的法律專業協助，是以相關機關修正刑事訴訟法時，應刪除該規定為是！

### 柒、結論

回顧 98 年間司法院公布釋字第 654 號解釋，宣示被告受辯護人有效協助的權利，迄今 13 年間，無論是刑事訴訟法的修正，或是刑事審判實務不斷的精進，都使被告受辯護人有效協助的權利盡情發揮，落實憲法正當法律程序原則的要求，俾利被告受法院公平審判的保障！

本件釋憲聲請案，聲請解釋憲法，而不是解釋憲法。本件判決從憲法的高度，即憲法保障被告受辯護人有效協助權利的要求，審查系爭規定一及二的合憲性。本判決宣告：「就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。」重申被告受辯護人有效協助的權利，為憲法保障的權利，邁向保障人權、公平審判的新里程！觀此思及日本法諺有云：「刑事訴訟法的歷史，乃辯護權的擴大史」<sup>34</sup>，確有其道理！

<sup>34</sup> 團藤重光，新刑事訴訟法綱要，創文社，增訂七版，1967 年，頁 115；松尾浩也，弁護人の使命，同作者刑事訴訟法講演集，有斐閣，2004 年，頁 243；林裕順，論偵查中辯護人之在場權，法學新論第 2 期，2008 年 9 月，頁 2。

## 協同意見書

黃瑞明大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

### 一、本件聲請案原因事實及本件判決大要

本件判決之聲請人於民國 109 年間因涉犯毒品危害防制條例等罪，經臺灣臺北地方法院裁定延長羈押，其辯護人黃、趙二位律師具狀提出抗告，末頁具狀人欄繕打「具狀人張丞旭，辯護人黃○○律師、趙○○律師」，但僅有辯護人黃、趙二位律師之蓋章，而無聲請人本人之簽章。臺灣高等法院 109 年度偵抗字第 1036 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）認為依刑事訴訟法第 403 條之規定：「（第 1 項）當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。（第 2 項）證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」（下稱系爭規定一）不服法院之裁定，得提起抗告者，以「當事人」與受裁定之「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」為限，而不包括辯護人。又同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」（下稱系爭規定二）而依第 3 編第 1 章第 346 條規定：「原審之……辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」然而，因為系爭規定一已明定抗告權人為「當事人」與受裁定之「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」，即不能準用同法第 346 條之規定，准許原審之辯護人得為被告之利益而抗告，因此駁回抗告確定。確定終局裁定理由引用最高法院 105 年度台抗字第 782 號刑事裁定作為參考。

聲請人並提出其他類似之多件裁定，包括最高法院 99 年度台抗字第 799 號、102 年度台抗字第 70 號、105 年度台抗字第 258 號等刑事裁定，均為辯護人為被告提出之抗告狀僅蓋律師章而無被告簽名或蓋章，即被認為抗告不合法，且無從命補正而被駁回之情形，故認確定終局裁定之見解已構成法律適用或見解之普遍性，而有聲請釋憲之必要。

本件判決主文認定「被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁

定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第8條保障人身自由及第16條保障訴訟權之意旨無違」，本席贊同，並提供協同意見如下：

## 二、本件判決主文與理由中「併予說明部分」應合併理解

本件判決之特色在於除了對爭議事項之羈押或延長羈押裁定作出抗告權人包括辯護人之結論外，另外對於其他裁定，被告所得行使抗告以外之其他權利，以及被告之法定代理人與配偶之抗告權利，亦包括於判決理由肆「併予說明部分」之範圍，因此必須將判決主文與理由中「併予說明部分」一併觀察，才能獲得本件判決意旨之全貌。

(一) 本件判決理由參「形成主文之法律上意見」內容，包括羈押強制處分係干預人身自由最大之強制處分，更因羈押裁定之法定抗告期間僅有5日，非常短暫，唯有倚賴具有法律專業知識之律師為其提供及時有效之協助，始能有效行使其防禦權，因此受羈押被告之辯護人，應有為被告之利益而抗告之權利。另外，在判決理由中亦以合目的性之法律解釋方法，解釋系爭規定二所稱「除本章有特別規定」之意旨，並認為「得抗告事項」與「抗告期間」屬於有別於上訴程序之特別規定。至於就抗告權人而言，「系爭規定一僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，被告之辯護人自得依系爭規定二，準用同法第3編第1章第346條之規定，為被告之利益而抗告，始符憲法保障人民訴訟權之意旨」，本席完全贊同如此之論述。

(二) 依本件判決理由參「形成主文之法律上意見」加以闡釋，就必然得到本件判決理由肆「併予說明部分」之結論，申言之：

1. 在刑事訴訟程序中之法院裁定，莫不與被告權益密切相關，最終均會影響其人身自由。偵查中羈押或延長羈押裁定祇是影響人身自由權最直接且最明顯的情況而已，因本件判決原因案件事實為延長羈押裁定，故判決理由特別就羈押或延長

羈押之裁定所生限制人身自由之嚴重程度為論述，並依此為判決，然而不得以此反面論述非羈押或延長羈押之裁定因未有如此強度之干預人身自由之情事，即可不予辯護人抗告權。

2. 按系爭規定一第 1 項所稱之當事人為刑事訴訟程序之主角，法院裁定自然以其為主要對象，至第 2 項所稱之「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」，係指在刑事訴訟程序中有為協助法院發現真實，而依其功能擔任特定之角色，其立場中立，與當事人之角色完全不同，故分別列之。至於辯護人，在刑事訴訟程序中之主要功能是為了協助當事人進行辯護，以維護當事人權益，故與第 2 項所稱之「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」立場和功能有別，辯護人在刑事訴訟程序中固仍應維持一定獨立性，但其主要功能在協助當事人而非協助法院。故第 1 項所指之當事人，解釋上應該包括辯護人，始符辯護制度之功能，至於第 2 項列舉出「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人」，其規定之目的並非是為排除辯護人，而是與當事人作區隔，但如此之區隔，在當事人與其辯護人間並不存在。

- (三) 至於將抗告權人限於被告而排除其辯護人之說法，依法條之文字結構或可作正反兩面不同之解讀，因此仍必須就刑事訴訟法上之規範意旨加以探究，何者始為合理。或謂上訴程序重在「謹慎」，而抗告程序重在「簡速」，因此「過多之抗告權人，增加提出抗告之機會，恐使案件難以早日確定」<sup>1</sup>，如此之立論實為牽強，亦禁不起檢證。按以排除辯護人抗告權之方法以求刑事訴訟程序快速進行，無異為被告之抗告製造障礙，或是束縛其手腳以求審理簡速，並非依公平審判（Fair Trial）進行刑事訴訟程序。按辯護人本是因被告法律智識不足，為協助其進

<sup>1</sup> 司法院刑事廳為本件聲請案於 110 年 4 月 13 日提出之「刑事廳關於刑事訴訟法第 403 條、第 419 條之研究意見」，頁 5。



行刑事訴訟程序以保障其權益而設，若剝奪辯護人之抗告權以求訴訟進行「簡速」，已違背設置辯護人之本意。故系爭規定一之當事人，解釋上應包括受被告倚賴之辯護人，而不能作排除解釋。基於此，刑事訴訟程序上被告依法得抗告事項，除與被告明示意思相反之外，辯護人均得為被告之利益而抗告（而不限於羈押或延長羈押裁定），此即為本件判決理由肆「併予說明部分」標題一前段結論之依據。又除抗告之外，被告依法得聲請撤銷或變更、聲請再議等聲明不服之權利規定，或依法得行使刑事訴訟法所賦予之權利規定，亦應可由辯護人行之，此即「併予說明部分」標題一後段要求有關機關妥為研議、修正之理由。

- (四) 依相同立論，因刑事訴訟法第 345 條規定「被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴」，而系爭規定一僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之法定代理人及配偶設有排除性之特別規定，自得依系爭規定二準用第 3 編第 1 章第 345 條之規定，認定被告之法定代理人及配偶亦有抗告權，此即本件判決理由肆「併予說明部分」標題二之立論依據。

### 三、由司法院釋字第 306 號解釋到本件判決之迢迢長路

本件判決之原因案件事實與釋字第 306 號解釋之原因案件事實大同小異，故二者值得對照觀察。

77 年間，李律師之當事人經第一審判決有罪，李律師為當事人撰寫上訴狀，於具狀人欄僅載選任辯護人李律師之名，而未載明當事人之名，但於上訴狀之當事人欄已表明李律師是被告之選任辯護人，第二審法院於審理達 7、8 個月之後，突然以上訴不合法律上程式而駁回被告之上訴，被告不服而上訴至第三審法院，亦遭駁回確定。

大法官於 81 年作出釋字第 306 號解釋，認定「如原審辯護人已為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴字樣者，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正，如未先命

補正，即認其上訴為不合法者，應予依法救濟」。

釋字第 306 號解釋聲請案李律師的遭遇與本件判決聲請案黃、趙二位律師的遭遇，可稱是完全一樣，唯一差別是在上訴狀與延長羈押裁定之抗告狀之不同而已。其結果，當事人之上訴與對延長羈押裁定之抗告均以不合法程序而遭駁回確定，當事人之權益受到重大影響，亦屬律師辯護權行使之重大挫敗，如此重大挫敗又無法律上令人信服之理由，必然造成不滿。依據釋字第 306 號解釋之意旨，本件判決之原因案件事實，即對延長羈押裁定之抗告狀如僅蓋律師章，而無當事人之簽名蓋章，法院實可定期命當事人補正即可。實務上亦有部分之法院是以命補正之方式解決此一程序上缺失之情形<sup>2</sup>。但因有部分法院未以命當事人補正之方式以解決少當事人簽名蓋章的問題（如確定終局裁定），甚至認為釋字第 306 號解釋不適用於抗告程序（如最高法院 99 年度台抗字第 254 號刑事裁定認為對裁定之抗告無釋字第 306 號解釋之適用），才有本件判決之必要。釋字第 306 號解釋理由書認定書狀內未表明以被告之名義上訴字樣，係「因辯護人對於上訴程式之疏忽，而使被告之上訴權受不測之損害」，因此應命補正，且「有原審辯護人之代為上訴，而可節省勞費、減少貽誤，與憲法保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸」，而本件判決之理由參「形成主文之法律上意見」則進一步強調「被告受辯護人有效協助之權利，已成為現代法治國普世公認之基本人權」，從而認定「辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障」，因此本席認為辯護人為被告上訴或抗告，不論有無表明以被告之名義，或有無被告之簽名蓋章，本質上就是為被告之利益而為之行為，僅蓋律師章即為律師辯護權之行使範疇，實可不認為有所「疏忽」。

至於刑事訴訟法第 345 條規定所稱被告之法定代理人或配偶有獨立上訴之地位，與辯護人之上訴權之地位差異，係指辯護人不能違

<sup>2</sup> 臺灣高等法院 103 年度抗字第 1223 號刑事裁定及臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 31 號法律問題。見註 1，頁 1-3。

背被告之意思而言，如就僅蓋律師章之上訴狀或抗告狀須補正，應係就「不得與被告明示之意思相反」為補正，至於補正之方法，要求被告補簽名蓋章當然是最清楚之方式，但亦非不可由辯護人自己在書狀內表明「未違反被告明示之意思」，或於訊問被告時確認，而非限制於補簽名蓋章之形式。不過如此之見解，尚待實務界之確認。

釋字第 306 號解釋公布於 81 年，迄今正好 30 年，在這 30 年內，陸續增加許多保障（尤其是偵查程序中）辯護人行使職權之規定<sup>3</sup>，若法院依釋字第 306 號解釋之意旨解釋系爭規定，命當事人補正簽名蓋章，其實並無作成本件判決之必要。然而因為最高法院內之不同見解，而催生了本件判決。本件判決理由更進一步確認辯護人得協助被告行使防禦權之事項，包括所有被告依法得抗告之事項，又辯護人亦得有效協助所有被告依法得聲明不服之權利，以及被告依法得行使刑事訴訟法所賦予之權利。畢其功於一役，防免再生爭議，是為本件判決之最大貢獻。

---

<sup>3</sup> 如 86 年增訂刑事訴訟法第 95 條第 1 項第 3 款規定，訊問被告時，應先告知「得選任辯護人」，即將米蘭達法則制定於法條內。同時期增訂第 100 條之 2（原增訂於第 100 條之 1，於 87 年修法時變更條次為第 100 條之 2），該條告知義務規定準用於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時。又 105 年釋字第 737 號解釋中，確立犯罪嫌疑人及其辯護人有關羈押理由及相關證據之獲知權，並促成 106 年修法新增刑事訴訟法第 33 條之 1。109 年時更基於辯護人保護被告之立場，並促進辯護權之有效行使，修正刑事訴訟法第 41 條第 2、3 項規定，認為辯護人得協助被告閱覽訊問筆錄，並有對筆錄記載有無錯誤表示意見權和更正權。

## 協同意見書

呂太郎大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

### 壹、本席立場

- 一、本判決確認：「關於抗告權人之範圍，應依刑事訴訟法第 419 條規定，準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。」並得出如下 3 個結論：1. 依刑事訴訟法第 419 條準用第 346 條規定，被告之辯護人得為被告之利益，對羈押或延長羈押之裁定抗告（判決主文參照）。2. 被告依法得抗告之事項，除與被告明示意思相反外，辯護人得為被告之利益而抗告（判決理由第 19 段參照）。3. 被告之法定代理人或配偶之抗告權，得依第 419 條（系爭規定二）準用第 3 編第 1 章第 345 條之規定（判決理由第 20 段參照）。

換言之，凡當事人依法得抗告之事項，被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人，亦均得依刑事訴訟法第 419 條準用第 345 條及第 346 條規定，為被告之利益而抗告，不限於對羈押或延長羈押之裁定為抗告。

- 二、本席贊同本判決前開結論，並認為前開結論，足以澄清近百年來學說及實務對於刑事訴訟法第 419 條及第 403 條關係之誤解，還給被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人，本得為被告利益而對裁定抗告之權利。對於落實刑事被告訴訟權之保障，具有全面而深遠之意義。

惟應進一步說明者，本判決肯定辯護人有前述抗告權，係以被告有受辯護之憲法上權利，作為理論依據。此一論證方法，無法說明被告之法定代理人、配偶及代理人，並非被告之辯護人，何以本判決亦認為可為被告之利益而抗告？本席認為，本件應以「依刑事訴訟法第 419 條規定抗告權人準用上訴權人之規定，被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人，本得為被告之利益而抗告，此一規定，與憲法並無牴觸。」為理由，方能使本判決之前開 3 點結論，獲得充分之理論支持。爰提出協同意見書，作為

本判決上開結論之補充理由。

- 貳、刑事訴訟法「始終」規定被告法定代理人、配偶、辯護人及代理人，得為被告利益抗告，此一規定，應做合憲解釋
- 一、大法官於審查法律是否違憲之前，必須先就法律規定之內涵如何進行理解，於確定法律規定之內容後，始能進一步評價該法律是否違反憲法，事屬當然。如法律就某一問題雖未明文規定，而依法律擴張解釋方法，仍可得出合於憲法之內容時，亦應以此合憲性解釋為優先，以判決宣告該法律擴張解釋應有之內容，使該法律不必修正即可運作。必也法律已為明文，且內容違背憲法，或法律雖未明文規定，但無法以合憲性解釋之方法予以補充時，始得為法律違憲之宣告。
  - 二、因此，本件憲法審查首應注意者，乃法律規定之內涵為何，是否允許被告的辯護人，得為被告之利益對裁定抗告？如果允許，這樣的法律有沒有違憲？為了論證法律是否允許辯護人為被告利益抗告，就必須理解刑事訴訟法第 419 條規定：「抗告，除本章（應為編之誤）有特別規定外，準用第三編第一章關於上訴之規定。」是否包含辯護人抗告之準用。又被告之法定代理人、配偶、代理人，與辯護人同屬得為被告利益上訴之人（刑事訴訟法第 345 條及第 346 條參照），透過了解被告之法定代理人、配偶及代理人，是否亦得為被告利益抗告，乃論證抗告權人應否依第 419 條規定，準用上訴權人規定之重要方法，與本件原因案件所涉，辯護人得否依第 419 條規定準用第 346 條，為被告利益抗告，有密切關聯。
  - 三、不論從立法沿革、刑事被告之協助或比較法等觀點（詳細如後述），均應認為立法者「始終」允許被告之辯護人、代理人、法定代理人及配偶，得為被告之利益，對裁定（包含羈押及其他裁定）抗告。
  - 四、從協助刑事被告對於不利之裁定（包含處分），可以迅速聲明不服的觀點，對於何人得協助被告對裁定抗告，立法政策原則上是可以「多多益善」的，只要不是多到足以妨害刑事審判程序之本

質，即不生違憲問題。只有法律未允許特定人抗告（例如未允許辯護人、法定代理人抗告）時，才發生是否對被告之協助不足之違憲問題。對於得為被告利益抗告之人，立法者要採如德國法限於辯護人及法定代理人（德國刑事訴訟法第 297 條及第 298 條），或擴大如日本法，包含輔佐人、辯護人、法定代理人、及其他曾請開示羈押理由之保佐人、配偶、直系親屬、兄弟姐妹（日本刑事訴訟法第 353 條、第 354 條及第 87 條），或採如我國現行法的折衷範圍，讓被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人得為抗告，均為立法政策之考量，無違憲問題。即便我國法律要增加「被告之父母」、「被告具有律師資格之兄弟姊妹或其他親屬」，也未必違憲。立法者基於刑事政策之種種考量，增加得為被告利益而抗告之人，也不一定只能基於所謂受辯護人有效辯護之理由，只要能協助被告，使被告權利受到更充分保護，即得允許之，至於得抗告者，是否為辯護人，反而不是重點。

參、從立法沿革言，立法者自始即賦予被告法定代理人、配偶、辯護人、代理人，得準用上訴規定，對法院裁定為抗告之權

一、我國現代刑事訴訟制度，係奠基於前清宣統 3 年（1911 年），由日本學者岡田朝太郎參考日本刑事訴訟法所草擬之刑事訴訟律草案（以下簡稱刑訴律草案）。雖刑訴律草案未及頒行，清朝已滅，但刑訴律草案內容，不但為當時負責審判之大理院以法理加以援用，也成為我國其後歷次刑事訴訟法律案之重要基礎。以下僅就與本判決相關，被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人，得否為被告利益抗告之問題，分析歷次草案或法律所採立場。

二、宣統 3 年刑訴律草案

（一）草案係由清廷委由日本學者岡田朝太郎所擬，該草案參考 1890 年日本刑事訴訟法研擬而成，第三編之「上訴」，係包含「控告」（對第一審判決不服）、「上告」（對第二審判決不服）與「抗告」（對裁定不服）等三類，該上訴編第一章通則立法理由說明即指出，第一章通則之規定，

係適用於控告、上告及抗告之規則。有關何人得上訴之問題，該編固僅於第一章通則之第 357 條第 1 項規定：「當事人得為上訴。」第 2 項規定：「檢察官因被告人利益，亦得為上訴。」但於立法理由中特別指出：「除當事人外，凡辯護人、法定代理人及夫，依第 61 條或第 62 條，得分別提起上訴。蓋為保護被告利益起見，所設之例外耳。」第 61 條規定：「依第 316 條或第 317 條所選任之辯護人，為被告人利益起見，得聲明上訴。但被告人明示反對之意思者，不在此限。」第 62 條規定「被告人之法定代理人或其夫於提起公訴後，得隨時為輔佐人，獨立實施被告人所得為之訴訟行為。」（參見吳宏耀、種松志主編，中國刑事訴訟法典百年（上冊），104 頁、186 頁、123 頁、124 頁，中國政法大學出版社，2012.北京）

- (二) 依上開法條及立法理由，可知刑訴律草案已明定辯護人、法定代理人及夫均有為被告利益獨立為上訴（包含控告、上告及抗告）之權，但辯護人限於依第 316 條或第 317 條所選任（近於現行法強制辯護案件）者，且不得與被告明示意思相反。至於被告之法定代理人或夫（配偶），因與被告關係更密切，故法律不予設限。

### 三、民國 10 年刑事訴訟律及刑事訴訟條例

- (一) 民國成立至北伐統一間，事實上有南北對峙之兩政府存在，南方為廣州護法軍控制之軍政府，北方為北洋軍閥控制之北洋政府，兩政府並於民國 10 年分別頒布刑事訴訟之法律案，各自施行於所控制之區域。在南方為「刑事訴訟律」，北方為「刑事訴訟條例」。刑事訴訟律係以刑訴律草案為基礎，僅將與臨時約法或當時已施行之法律抵觸者，加以刪除或修改。但有關辯護人、法定代理人、配偶（夫）之上訴權（包含控告、上告及抗告），均未刪除或修正，仍均沿用刑事律草案（參見吳宏耀、種松志前引著，271 頁至 275 頁）。

(二) 至於北洋政府則於 1912 年成立法典編纂會，1918 年改設修訂法律館，由董康、王寵惠任總裁，於 1921 年公布刑事訴訟條例，該條例係依據松岡義正之草案加以修正，由陸鴻儀主其事，亦是以刑訴律草案為基礎而成，並深受 1920 年日本刑事訴訟法草案之影響。此外並將已頒行簡化審判之單行法規納入。就與本判決所論辯護人、法定代理人、配偶（夫）之抗告權有關者，該條例規定當事人得上訴（條例第 373 條）、被告之法定代理人、保佐人或配偶，為被告利益起見，得獨立上訴（條例第 374 條），原審之辯護人及代理人，為被告利益起見，得代為上訴。但不得與被告明示之意思相反（條例第 375 條）。「當事人對於法院之裁決有不服者，得抗告於直接上級法院。但有特別規定者，不在此限。」（條例第 431 條第 1 項）：「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁決者，亦得抗告。」（條例第 431 條第 2 項）「抗告，除本章有特別規定外，準用第三編第一章關於上訴之規定。」（條例第 450 條）（參見吳宏耀、種松志前引著，276 頁至 279 頁）。

應加說明者有二：1. 該條例有關當事人上訴、抗告之規定體例，為民國 17 年全國統一後所制定之刑事訴訟法，及其後歷年修正與現行法所依循，在立法發展上具有其重要性。2. 該條例在立法體例上，因將上訴與抗告分別規定，與刑訴律草案及廣州軍政府之刑事訴訟律不同，抗告程序已不能適用上訴通則，乃有於第 450 條規定，抗告準用對第一審判決上訴規定之必要。此一般性準用之結果，與刑訴律草案將抗告亦適用上訴通則，實質上並無不同。

#### 四、民國 17 年刑事訴訟法

(一) 民國 17 年全國統一後公布之刑事訴訟法，為第一次施行於全國之刑事訴訟法。就上訴、抗告部分，基本上仍延續刑事訴訟條例之體例及條文內容。有關上訴人，於第 358 條



第1項、第359條及第360條，分別規定當事人、被告之法定代理人、配偶、辯護人、代理人得提起上訴與現行法第344條第1項、第345條（刪除保佐人）及第346條規定相同。有關抗告人部分，於第414條第1項及第2項，分別規定當事人、證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者之抗告，於第432條規定：「抗告除本章有特別規定外，準用第三編第一章關於上訴之規定。」亦與現行法第403條第1項、第2項及第419條規定相同。

- (二) 上開法律案之立法理由如何，雖乏立法史料可資查考，但該草案完成後，係經石志泉、陳瑾昆兩人修改後送立法院（參見吳宏耀、種松志前引著，332頁）。故陳瑾昆在1930年所著「刑事訴訟通義」一書（國立臺灣大學典藏，由國家圖書館數位化，北平朝陽大學出版），應該可以完全闡述立法者之意思。依該書所言：「上訴主體與上訴權主體，嚴格言之，微有不同。上訴權主體，詳言之，即有上訴權之人，法律上本只應限於當事人（參照385 I、366）至上訴主體（簡稱曰上訴人），詳言之，即得提起上訴之人，則不以當事人為限。茲就上訴主體，分述如下：第一檢察官……第二自訴人……第三被告……第四被告之法定代理人、保佐人或配偶……第五原審之辯護人及代理人……」（同書第378至第380頁）。「得提起抗告，亦為訴訟法上之權利，稱曰抗告權，嚴格言之，抗告權主體即有抗告權之人，應僅以第414條所規定者為限，即僅為受裁定之當事人及受裁定之證人、鑑定人、通譯及其他非當事人。但關於抗告主體，因須準用上訴通則之規定，其結果自亦如上訴，有雖非真正抗告權人而亦得提起抗告之人，此均簡稱曰抗告人。」（同書第415頁）。依該書解說，被告之辯護人、法定代理人、配偶、代理人等，也須準用上訴規定，得為被告利益對裁定提起抗告。

- 五、由上述立法沿革可知，作為我國歷年刑事訴訟法基礎之刑訴律草案，以及其後制定之民國 10 年（1921 年）廣州軍政府頒行之刑事訴訟律，均明文承認法定代理人、配偶、辯護人、代理人等之抗告權。至於民國 10 年北洋政府公布之刑事訴訟條例，及同一立法體例及條文內容之民國 17 年刑事訴訟法，其立法理由，目前雖尚無法直接取得，但鑑於該二法律均仍以刑訴律草案為基礎，且依審查民國 17 年刑事訴訟法草案之陳瑾昆之解說，以及我國刑事訴訟法對被告訴訟防禦權之保障，有往愈修正愈精緻周全方向發展之趨勢。於君主專制時期所研擬之刑訴律草案，尚已明文承認，為保護被告訴訟權益所必須之辯護人、法定代理人、代理人、配偶等之抗告權，即便於民國成立後國家處於南北分裂狀態之戰爭時期，刑事訴訟律仍未廢止此一良法美意，當無於民國 17 年全國統一後訂定之刑事訴訟法，竟予以刪除前開保護刑事被告訴訟權益規定之特別理由（目前亦無刪除之相關立法資料）。
- 肆、從現行法之體系解釋言，亦應承認法定代理人、配偶、辯護人、代理人等得為被告利益提起抗告
- 一、就第 403 條第 1 項言，立法目的並非為了排除法定代理人、配偶、辯護人、代理人等人之抗告權。第 403 條第 1 項規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。」係就得否抗告之「事項」，為有別於上訴之規定，不是就得否抗告之「人」，為有別於上訴權人之規定。與第 344 條第 1 項規定：「當事人對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院。」兩相對照，即知二者區別，在於當事人對於第一審判決之不服，係全面准許，但對裁定則非如此，法律仍可不許當事人抗告。法律所以為如此差別規定，係鑑於裁定情形極為複雜，未必適合准許當事人對所有裁定都可以抗告，因此第 403 條第 1 項才規定，有特別規定者，不得抗告，而排除準用上訴程序。簡言之，第 403 條第 1 項只是為「限制」當事人得抗告之「事項」，排除第 344 條第 1 項得「不限制上訴」，故為特別規定。此一立

法之背後思維，亦表示若於抗告編未為特別規定，即使得否抗告之「事項」，亦應依第419條規定，準用上訴編之規定。

## 二、就第403條第2項規定言，立法目的亦非在排除法定代理人、代理人、配偶等人之抗告權

第403條第2項雖規定：「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」但刑事判決之客體，是被告之行為。證人、鑑定人、通譯或非當事人之人，本質上不會是受刑事判決之人，上訴程序自不可能就其等得否上訴為任何規定。但證人、鑑定人、通譯或非當事人之人，亦可能成為裁定之對象（例如受罰鍰之裁定等），所以第403條第2項才規定於其受裁定效力所及時，准許其抗告。易言之，第403條第2項只是在貫徹受不利裁定者，應有救濟機會之基本原則而已，其情形與第344條第1項規定受判決效力之被告，得對判決上訴並無本質不同。第344條第1項係規定被告得上訴，與第345條、第346條係規定何人得協助被告上訴，乃屬兩事。證人、鑑定人、通譯或非當事人之人，於其依第403條第2項規定抗告之程序，亦無排除依第419條準用上訴規定，受其法定代理人、代理人、配偶協助之理由（例如一位滿16歲之未成年之證人受法院罰鍰，豈應禁止其法定代理人為其利益提起抗告？）從而第403條第2項，僅在賦予受裁定效力所及之人，有對裁定抗告之權利而已，亦非為排除依第419條準用上訴程序而為特別規定。

## 三、第403條並非明示其一，排除其他之規定

在通說所引據之最高法院20年抗字第38號刑事判例（無全文，依法院組織法第57條之1第1項規定，應停止適用），稱：「不服法院之裁定，得提起抗告，以當事人及受裁定之非當事人為限，在刑事訴訟法第414條（現行法第403條）著有明文，雖同法第432條載有抗告準用上訴之規定，而第359條復載有被告之配偶為被告利益起見，得獨立上訴，但關於有抗告權人在抗告編中既經分別訂明，即不能更準用該項法條，准許被告配偶亦得

獨立抗告，此按諸第 432 條所載抗告以無特別規定為限，始得準用上訴規定之本旨，自屬無可置疑。」本席認為上開判決之解釋方法，顯然有如下錯誤：

- (一) 首先，該判例所適用民國 17 年公布之刑事訴訟法第 414 條第 1 項規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，得抗告於直接上級法院。但有特別規定者，不在此限。」第 2 項規定：「證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」上開條文第 1 項之「特別規定」，文句安排雖與現行法第 403 條第 1 項略有不同，但實質內容完全一致。但均未就「得提起抗告，以當事人及受裁定之非當事人為限」，有任何明文，上開判例充其量僅係對該條文所為解釋而已，謂其在刑事訴訟法第 414 條（現行法第 403 條）「著有明文」並無依據。
- (二) 其次，對第一審判決之上訴權人，既分別有當事人、法定代理人、配偶、辯護人及代理人等，而抗告程序則規定當事人抗告，未及於法定代理人、配偶、辯護人及代理人等，則究應依「明示其一，排除其他」之法則，解為未經明示之「法定代理人、配偶、辯護人及代理人」即在排除之列，或應依第 419 條規定，認為「法定代理人、配偶、辯護人及代理人」之抗告權，係抗告程序未特別規定，應準用上訴程序而准許之，容或有不同切入點。但第 403 條第 1 項、第 2 項，均僅在表明受裁定之當事人，原則上得就裁定抗告，但有特別規定者，不在此限。受裁定之非當事人，就該裁定亦得抗告之意旨，已如前述。又「明示其一，排除其他」之法則，係從吾人日常經驗所推知之通常意思表示方式，並非毫無例外，僅明示其一，但未排除其他之行為，亦屢見不鮮。此時，應全盤觀察意思表示之內容，確認究係「排除其他」之列舉，或亦包含其他之「例示」。即使法律條文之解讀，亦復如是。第 419 條既已明定：「抗告，

除本編有特別規定外，準用第三編第一章關於上訴之規定。」可見立法已表明：「凡抗告編所未規定者，均準用第3編第1章關於上訴之規定」，已就抗告編所未「明示」者，應一般性準用上訴之規定有所表示，吾人豈可推出「凡抗告編所未規定者（如關於法定代理人、配偶、辯護人及代理人等抗告權），不準用上訴規定」與立法者意思完全相反之結論？易言之，如立法者在一般性準用上訴程序之外，欲另排除不予準用之事項，即須於另就不準用之事項為明文，例如於第403條第1項規定「僅」當事人就裁定得為抗告，或規定「對法院之裁定為抗告，以當事人為限。」或於第419條規定：「但第345條及第346條之情形，不適用之。」方可解釋立法者有將當事人以外之人，排除於協助當事人抗告之意思。現行法並無就抗告程序原則準用上訴之規定，另為明示排除，自不能解讀立法係以明示第403條之規定，排除其他。

伍、從保障刑事被告充分防禦權言，現行法應解釋為辯護人、代理人、法定代理人、配偶，均有準用上訴規定之抗告權

一、就辯護人之一般抗告權言

（一）使辯護人具有普遍性辯護權，乃使刑事被告之訴訟防禦權獲得充分保障，所不可或缺之前提，其理至明，無待贅論。易言之，除了本判決所宣告之就羈押或延長羈押部分外，就法院所為其他對被告不利之裁定，例如命關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、身體檢查、通訊監察、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定、依第105條第3項、第4項所為之禁止或扣押之裁定及依第258條之3第2項為交付審判之裁定（第404條第1項第2款），以及訴訟上得准許被告抗告之其他裁定，均攸關被告訴訟上權益，均無排除辯護人得為被告利益為抗告之理。

- (二) 基於「舉重明輕」法理，原審辯護人就被告權利影響更為重大、救濟期間較長之判決，尚得提起上訴，豈有對於程序事項、通常為必須即時處理之裁定，反而不得抗告之理？
- (三) 實務上，臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 31 號，研討結果：「1. 刑事訴訟法第 403 條之立法體例，與同法第 344 條類似，係抗告權人之一般（基本、例示）規定，或係特別（除外、除…外，不得抗告）規定，非無再討論之餘地。2. 刑事訴訟法 92 年 9 月修正施行後，已改採改良式當事人進行主義，為保障被告之訴訟權、辯護依賴權，第 403 條似可解為係一般規定。3. 建議最高法院檢討 20 年抗字第 38 號判例，以「不合時宜」不再援用，亦寓有相同之意。」表決結果，實到 72 人，贊成此研討者（乙說）55 票，反對者（甲說）10 票，足以說明從事第一線審判實務之法官，已對該判例之合理性，產生極大懷疑。

應說明者，民國 10 年之刑事訴訟條例第 375 條及民國 17 年刑事訴訟法第 360 條固均規定辯護人得為被告之利益「代為」上訴，但此之「代為」上訴，僅在表明其上訴不得與被告明示意思相反，且於被告喪失上訴權時，亦不得為之而已，只須於判決為止，其辯護關係尚屬存在，並不須曾經授權，亦不須事前承認、事後追認，凡為被告利益即得為之（參見陳瑾昆，同書第 380、381 頁）。上開「代為」上訴之文字，確容易使人望文生義，誤認為辯護人之上訴，須以被告名義為之，並經被告授權，始得為之。故於民國 24 年刑事訴訟法修正時，將「代為」之文字刪除（第 338 條），其後刑事訴訟經多次修正，均維持不變，乃屬正確之修法。

## 二、就被告之代理人言

第 36 條規定：「最重本刑為拘役或專科罰金之案件，被告於審判中或偵查中得委任代理人到場。但法院或檢察官認為必要時，仍得

命本人到場。」於符合前開規定，得由代理人到場之案件，代理人實質上即為代被告本人進行訴訟行為之人，其所為行為之效果，即由被告承受（即使被告於審判時心神喪失或因有疾病不能到場者，亦不停止審判，第 294 條參照），自應賦予為保護被告利益得為一切訴訟行為之權，其理亦明。因此，第 346 條准許被告代理人為被告利益上訴之規定，自無排除依第 419 條準用於抗告之理。

### 三、就被告之法定代理人言

- (一) 如所周知，現行法律就未成年人、受監護宣告或輔助宣告之人，設有法定代理人，可代為、代受意思表示或事後承認本人之法律上行為，其目的在全面保護當事人本人之法律上各種權益，以免當事人本人因經驗不足或智慮不周，於法律上受到不利對待。刑事訴訟程序之結果，直接影響被告之權利，為避免未成年人或受輔助宣告者，無法充分為有利於己之防禦，法律自應准許其法定代理人本於保護被告利益之立場，代被告進行訴訟上防禦，此乃當然之理。
- (二) 按當事人所為訴訟行為之內涵，主要有三類型：陳述意見（表達其意見）、聲明或聲請（請求法院為一定行為或不行為）及對裁判不服（上訴、抗告、異議等）。其中不服權復為落實陳述意見、聲明或聲請權之重要手段，欠缺不服權，則陳述意見、聲明或聲請權，可能即淪為惠而不實的空包彈。現行法對被告所得為之刑事訴訟行為，基本上已包含前述三類型。為落實法定代理人協助被告防禦之功能，法律並已明文規定被告之法定代理人得自任為輔佐人，為訴訟行為並陳述意見（第 35 條），已一般性賦予其陳述意見、聲明或聲請權。至於不服權部分，法律亦已明文規定法定代理人得對判決之獨立上訴（第 345 條），基於法定代理人保護被告訴訟權益之意旨，以及其對判決不服之地位，更超過辯護人之規定觀之，法定代理人對法院裁定之抗告，絕無劣於辯護人之理。從而經由第 419 條準

用第一審上訴之規定，賦予法定代理人享有抗告權（包含第 416 條準抗告權），使法定代理人為充分協助被告防禦，所得為之訴訟行為，有完整配套，當在立法者設想之內。

（三）以本判決所涉對被告羈押或延長羈押裁定之抗告而言，若被告未選任辯護人，難道身為其法定代理人者，竟只能徒呼負負，聽任受羈押之未成年人、受輔助宣告之被告自謀救濟？就羈押或延長羈押以外，前述三、（一）所列不利之裁定之抗告，亦復如是。

#### 四、就被告之配偶而言

被告本人與其配偶之關係，雖基於不同之獨立法律人格而得為獨立之意思表示，與被告本人與法定代理人之關係，略有不同。然被告與其配偶在情感、身分及其他法律上利害關係，其密切程度完全不下於被告之法定代理人。因此，現行法亦如被告之法定代理人一般，賦予被告配偶得自任為被告之輔佐人，為訴訟行為及陳述意見（第 35 條第 1 項及第 2 項），及獨立上訴之權（第 345 條），以協助被告為充分防禦，自無排除其依第 419 條準用第 345 條，為被告利益而抗告之理（其餘請參照前述三、法定代理人之說明）。

陸、從比較法觀點言，亦應解釋為法定代理人、配偶、辯護人、代理人，得準用上訴規定，有抗告權

一、德國法：與我國同屬大陸法系之德國及日本法，就刑事裁判之救濟程序，均設有通則規定，與刑訴律草案近似。德國刑事訴訟法第 3 編第 1 章救濟程序通則中，第 297 條係規定：「辯護人得為被告提起救濟。但不得與被告明示之意思相反。」第 299 條第 1 項規定：「被告之法定代理人，得於對被告所規定之期間內，獨立提起合法之救濟。」第 1 項規定：「對此救濟及其程序，準用被告提起救濟時所適用之程序。」此之「救濟」，包含第 2 章抗告（第 304 條以下）、第 3 章第二審上訴（第 312 條以下）及第 4 章第三審上訴（第 333 條以下）。可知德國刑事訴訟法明文承認辯護人及法定代理人之獨立抗告權。



二、日本法：日本刑事訴訟法第3編上訴，係包含第1章通則、第2章抗告、第3章控訴及第4章上告。其於上訴編第1章通則第353條規定：「被告之法定代理人或輔佐人，得為被告之利益而提起上訴。」第354條規定：「關於羈押，在已經開示羈押理由時，曾經提出過請求該項開示之人，亦得為被告之利益上訴，對該上訴不受理之裁定，亦同。」而得請求開示羈押理由之人，依同法第82條規定，為被告、辯護人、法定代理人、保佐人、配偶、直系親屬、兄弟姐妹或其他利害關係人。第355條規定：「原審之代理人或辯護人得為被告利益上訴。」第356條規定：「前三條之上訴，不得與被告明示之意思相反。」所謂「上訴」，亦包含抗告（對裁定不服）、控訴（第二審上訴）及上告（第三審上訴）。可知依日本刑事訴訟法規定，被告、法定代理人、配偶、辯護人、代理人，甚至直系親屬、兄弟姊妹、利害關係人等，均得為被告利益抗告。應值一提者，就本件聲請所涉辯護人等抗告權之問題，我國刑事訴訟法直接受至日本法之影響，可能更較德國法為深。從前述可知，自宣統3年刑訴律草案到民國17年刑事訴訟法，參與草案研擬、審查、修改者，或為岡田朝太郎、松岡義正等日本學者，或為董康、王寵惠（為留美博士但曾赴日研究）、陸鴻儀、陳瑾昆、石志泉等我國實務家或學者，均曾留學日本研習其法律，因此，自刑訴律以後之歷次法律案內容會受日本法影響，本可想見。從而，由日本法追尋我國立法者之本意，認為我國立法者當有意准許辯護人、代理人、法定代理人、配偶等，得為被告之利益抗告，亦屬解釋我國法之重要方法。

#### 柒、結論

綜上，不論從立法沿革、現行法體系解釋、被告訴訟權益保護及比較法觀點，均應認為依第419條抗告程序準用上訴通則規定，被告之法定代理人、配偶、辯護人及代理人，除得對羈押或延長羈押之裁定，為被告之利益抗告外，亦得對其他被告得抗告之裁定，為被告之利益抗告。

## 協同意見書

楊惠欽大法官 提出

本判決關於「原審辯護人得為被告利益而抗告」之結論，本席雖表同意，但就判決理由則認尚有應予補充或不同意見之處，爰提出協同意見。

本判決之爭點係原審辯護人就依法得提起抗告之裁定，得否為委任其辯護之被告或犯罪嫌疑人（下均稱被告）利益而抗告，即本判決所要處理者係原審辯護人得否為被告利益提起抗告，尚與刑事訴訟法（下稱刑訴法）關於得提起抗告之裁定類型所為之限制無涉。本席認原審辯護人就依法得提起抗告之裁定，得為委任其辯護之被告提起抗告，尚非刑訴法如未規定原審辯護人得為被告利益而抗告，係當然違憲之結果。爰分述如下：

### 一、原審辯護人得為被告利益提起抗告，尚非當然為憲法上之要求

- （一）原審辯護人若不得為被告利益而抗告，是否即違憲？應就立法者所形塑之抗告制度整體觀察，是否已導致「有權利即有救濟」之保護漏洞

「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。訴訟程序倘未損於訴訟權核心內容，立法者自得斟酌憲法上有效法律保護之要求，衡諸各種案件性質之不同，就其訴訟程序為合理之不同規定，尚無違於訴訟權之保障」（司法院釋字第 574 號解釋參照）。

又「基於有權利即有救濟之憲法原則，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……。人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保

障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開本院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容。此外，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定」、「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。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能」，復經司法院釋字第752號、第654號解釋分別闡述在案。

可知，就憲法第16條所規定之訴訟權，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，其中立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定，倘未損於訴訟權核心內容，立法者自得斟酌憲法上有效法律保護之要求，衡諸各種案件性質之不同，就其訴訟程序為合理之不同規定。抗告係我國訴訟法上，就法院裁定所設計之救濟制度，而抗告權之賦予則是為開啟裁定之救濟程序，依上述司法院釋字第752號解釋意旨，核係基於有權利即有救濟之憲法原則，為有效保障人民之訴訟權而為；且此種司法上受益權，不僅形式上應保障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（司法院釋字第418號解釋參照）。

本判決之爭點係原審辯護人若無為被告之利益而抗告之權，是否即違憲？本判決理由係認辯護人得為被告利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法保障（本判決第10段參照）。換言之，本判決理由係認法律若未規定原審辯護人得為被告利益而抗告，則該法律係屬違憲，故系爭規定一及二即刑訴法第403條及第419條應為合憲性解釋，使原審辯護人得為被告利益而抗告。然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，並受其辯護人協助之權利，與辯護人對刑事被告予以之協助是否均應

受憲法保障，致未允辯護人協助刑事被告即違憲之命題，尚屬有間，更遑論甚而因此論斷辯護人協助刑事被告行使防禦權乃憲法所保障之權利。而辯護人得為被告利益而上訴或抗告，是否為辯護人協助被告有效行使防禦權之重要內涵，是否進而應受憲法之保障，本即為尚待辯證之問題。況刑事被告於上訴或抗告程序中為訴訟攻防之防禦權，與刑事被告為開啟上訴或抗告程序而行使上訴權或抗告權，二者間雖有其關聯性，但非完全無從區隔為兩個階段，至其各是否及如何受辯護人協助，始能符合有效權利救濟之憲法保障訴訟權之要求，亦應分別論斷。本席認原審辯護人若不得為被告利益而抗告，是否違憲？應從立法者所形塑抗告制度之相關程序規範予以整體觀察，被告之抗告權是否因無原審辯護人為其利益提起抗告，致未能獲得確實有效之保護？若被告之抗告權因此未能獲得確實有效之保護，致使其無從進行救濟程序以救濟其權利，因會形成「有權利即有救濟」之保護漏洞，損及訴訟權之核心內容，自不符憲法上有效法律保護之要求，而抵觸憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。易言之，辯護人不得為被告利益而抗告，並不當然即可謂被告之抗告權必然受到影響，乃至侵害其訴訟權，自亦無法當然推導出原審辯護人得為被告利益而抗告，應受憲法保障。原審辯護人若不得為被告利益而抗告，是否違憲？問題應在於立法者形成之抗告制度，未規定原審辯護人得為被告利益而抗告，是否致使被告之抗告權難以甚或無法行使？

(二) 本件判決所欲處理問題之癥結，不在原審之辯護人得否為被告提起抗告，而在抗告合法要件之設計

參諸司法院釋字第 663 號解釋，人民之權利遭受侵害時，根據憲法第 16 條規定，有權循國家依法所設之程序，尋求適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。而相關程序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及

各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

我國刑訴法第 404 條第 1 項明定：「判決前關於管轄或訴訟程序之裁定，不得抗告」，惟又以但書明文得提起抗告之裁定類型，且於同條第 2 項規定，其第 1 項第 2 款、第 3 款之裁定已執行終結，受裁定人亦得提起抗告，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回<sup>1</sup>。即立法者已就得提起抗告之裁定，明定其範圍，且依同法第 403 條規定，當事人即被告係有提起抗告之權。即立法者所形塑之抗告制度，已賦予被告於受一定類型之裁定時，享有抗告權。

在此所要探討者，既係原審辯護人為被告利益提起抗告是否受憲法保障，則所關係者係抗告之提起，而非抗告之審理。是首須界定何謂提起抗告？本席認所謂提起抗告，目的是為啟動抗告程序，故所關涉者係啟動抗告程序之相關規範，即涉及被告如何表現抗告意思，俾使被告所不服之裁定得受抗告程序之審理，從而該個案有受救濟可能之規定。則所涉及者核屬刑訴法關於抗告之合法要件規定，茲為利說明，爰先臚列如下；

- (1) 刑訴法第 406 條規定：「抗告期間，除有特別規定外，為 5 日，自送達裁定後起算。但裁定經宣示者，宣示後送達前之抗告，亦有效力。」
- (2) 刑訴法第 407 條規定：「提起抗告，應以抗告書狀，敘述抗告之理由，提出於原審法院為之。」
- (3) 刑訴法第 408 條規定：「(第 1 項) 原審法院認為抗告不合法律上之程式或法律上不應准許，或其抗告權已經喪失者，應以裁定駁回之。但其不合法律上之程式可補正者，

---

<sup>1</sup> 刑訴法第 404 條規定：「(第 1 項) 對於判決前關於管轄或訴訟程序之裁定，不得抗告。但下列裁定，不在此限：一、有得抗告之明文規定者。二、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、身體檢查、通訊監察、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定及依第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之裁定。三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之裁定。(第 2 項) 前項第 2 款、第 3 款之裁定已執行終結，受裁定人亦得提起抗告，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。」

應定期間先命補正。(第 2 項)原審法院認為抗告有理由者，應更正其裁定；認為全部或一部無理由者，應於接受抗告書狀後 3 日內，送交抗告法院，並得添具意見書。」

(4) 刑訴法第 410 條規定：「(第 1 項)原審法院認為有必要者，應將該案卷宗及證物送交抗告法院。(第 2 項)抗告法院認為有必要者，得請原審法院送交該案卷宗及證物。(第 3 項)抗告法院收到該案卷宗及證物後，應於 10 日內裁定。」

(5) 刑訴法第 411 條規定：「抗告法院認為抗告有第 408 條第 1 項前段之情形者，應以裁定駁回之。但其情形可以補正而未經原審法院命其補正者，審判長應定期間先命補正。」

觀上述規定可知，抗告之合法要件中，與本判決爭點有關者核屬程式部分之規定，而抗告程序之啟動，自包含表示不服原裁定之意思得依法到達法院即應提出抗告書狀，及提出期限即 5 日抗告不變期間之遵守。以下即按立法者已制定之抗告合法要件，針對本判決爭點，即是否因無原審辯護人協助（即由原審辯護人為被告利益提起抗告），致被告之抗告權未能受有效保護，分別析述之。

#### 1. 關於不變期間之遵守部分：

關於提起抗告之 5 日不變期間，不論原審辯護人得否為被告利益而抗告，均為應遵守之期間，且其期間之起算點亦同。至被告係在監執行，或如本件判決所聚焦之羈押或延長羈押裁定，被告屬在押者，依刑訴法第 419 條準用同法第 351 條第 1 項至第 3 項規定：「(第 1 項)在監獄或看守所之被告，於上訴期間內向監所長官提出上訴書狀者，視為上訴期間內之上訴。(第 2 項)被告不能自作上訴書狀者，監所公務員應為之代作。(第 3 項)監所長官接受上訴書狀後，應附記接受之年、月、日、時，送交原審法院。」其等提起抗告之不變期間遵守，較之非在監或在押之被告或辯護人，本席認尚無何更不利之處。是關於遵守抗告不變期間之程式部分，可認被告尚不因無原審辯護人之協助即難以遵守，從而致其抗告權未能獲確實有效之保護。

## 2.關於提出抗告書狀部分：

提出抗告書狀，不可諱言，就受裁定之被告言，有辯護人協助當然較無辯護人協助者便利，然此所要審究者並非立法政策之優劣或法律應如何解釋更符合立法意旨之問題，而是被告應提出抗告書狀，是否因無辯護人之協助，致被告之抗告權未能獲得確實有效之保護，從而形成有權利即有救濟之保護漏洞。為釐清提出抗告書狀在提起抗告上之意涵，首依原審辯護人得為被告利益提起抗告之面向觀之，基於刑訴法第 30 條規定<sup>2</sup>，辯護人既應按偵查及審判之審級分別委任，是原審辯護人為被告利益提起抗告，重點應係以書狀表示對原裁定不服之意旨；而抗告書狀為應敘述理由之程式要求，雖有配合抗告案件須儘速處理特質<sup>3</sup>之考量，然亦另有規範上並無抗告應行言詞辯論之要求，且通常亦多未行言詞辯論<sup>4</sup>，是乃藉抗告書狀之敘述理由要求，使抗告人表明所以不服原裁定理由之意旨，此外，又就抗告書狀未記載理由之程式欠缺，明文於刑訴法第 408 條第 1 項及第 411 條為法院應命補正義務之規定，使抗告人有再提出符合記載理由之程式要求之機會。

可知，抗告書狀為應敘述理由之要求，實已涉及抗告程序之案件審理，尚非僅是抗告程序之啟動，並於抗告書狀未具理由，制度設計已為應命補正之明文，且被告於抗告程序本得另行選任辯護人，強制辯護案件，法院亦須依法指定辯護人（如偵查中之羈押案件，其立法理由即明言強制辯護及於救濟<sup>5</sup>）等制度設計下，應認所

<sup>2</sup> 刑訴法第 30 條規定：「（第 1 項）選任辯護人，應提出委任書狀。（第 2 項）前項委任書狀，於起訴前應提出於檢察官或司法警察官；起訴後應於每審級提出於法院。」

<sup>3</sup> 刑訴法第 408 條第 2 項規定：「原審法院認為抗告有理由者，應更正其裁定；認為全部或一部無理由者，應於接受抗告書狀後 3 日內，送交抗告法院，並得添具意見書。」刑訴法第 410 條第 3 項規定：「抗告法院收到該案卷宗及證物後，應於 10 日內裁定。」

<sup>4</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（下）501-502 頁。

<sup>5</sup> 刑訴法第 31 條之 1 立法理由：「偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，係起訴前拘束人身自由最嚴重之強制處分，是自應予以最高程度之程序保障。爰參酌司

謂提起抗告，應是指遵期提出抗告書狀，向法院表示不服原裁定之意，至抗告書狀之理由記載是否合於程式要求，則已屬提起抗告，啟動抗告程序後之審理範疇<sup>6</sup>。而此等定義下之提起抗告，縱就本判決所聚焦之羈押及延長羈押裁定，因受裁定之當事人，依抗告原則上不停止執行之規定（刑訴法第 409 條參照），係在押者觀之，亦因刑訴法第 101 條第 3 項本文及第 101 條之 1 第 2 項規定<sup>7</sup>，法官就羈押所依據之事實、各項理由之具體內容及有關證據，係應告知被告，並記載於筆錄；且於被告不能自作抗告書狀時，刑訴法亦有監所公務員應為之代作之明文（刑訴法第 419 條及第 351 條第 2 項規定參照）。是整體觀察上開涉及提起抗告之相關規定，應得認被告之抗告權，尚不因無原審辯護人為其利益提起抗告之規定，其抗告權即未能受確實有效之保護。

縱認所謂原審辯護人為被告利益而抗告，其權責應至抗告之移審，即應滿足之抗告程式要求，除前開所述外，尚包含提出符合上述刑訴法第 407 條所規定應「敘述抗告之理由」之抗告書狀，以使該抗告得合法繫屬抗告法院。然亦得自與刑訴法第 361 條第 2 項關於上訴第二審書狀應敘述具體理由之規定相對照，上訴書狀所稱「具體理由」係須就不服下級審判決之理由，為具體之敘述，而非僅空泛之指摘<sup>8</sup>，至抗告書狀要求之「敘述抗告之理由」，則僅須敘明為何不服下級法院裁定之原因即足，尚無須具體指摘下級審裁定有何

---

法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂第一項規定，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。……」參照。

<sup>6</sup> 如臺灣高等法院 105 年度抗字第 1077 號、臺灣高等法院臺中分院 111 年度抗字第 85 號刑事裁定，分別以抗告理由狀「僅泛稱……明顯導致抗告人員判決之既得利益（定應執行刑）部分消滅……」或「僅泛稱原裁定所定應執行刑過重……」等語，認抗告人未敘明抗告理由，並限期以書狀補正抗告之理由。

<sup>7</sup> 刑訴法第 101 條第 3 項本文規定：「第 1 項各款所依據之事實、各項理由之具體內容及有關證據，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」第 101 條之 1 第 2 項規定：「前條第 2 項至第 4 項之規定，於前項情形準用之。」

<sup>8</sup> 最高法院 108 年度台上字第 3974 號刑事判決即採此見解。



不當或違法之情形<sup>9</sup>，可認立法者為抗告制度之設計時，雖基於抗告案件應儘速處理及無應行言詞辯論要求之特質，而為應敘述抗告理由之要求，但就所敘述理由之強度已為明顯低於上訴第二審書狀之要求，且使書狀記載不符程式者，明文法院有命補正之義務，以利抗告案件得通過此一合法要件之審查<sup>10</sup>。即立法者就刑事裁定之抗告，已就抗告案件之特質，為公私益衡平之考量。並審判實務上，亦多有抗告法院就抗告人僅為否認有犯罪事實之抗告理由者，係進行抗告有無理由審查之案例<sup>11</sup>，加以辯護人之委任係應按審級為之，而被告本得另行選任辯護人為之提起抗告及於抗告審辯護。是抗告程序之啟動，縱認尚包含合於程式之理由記載，亦難認被告之抗告權因無原審辯護人為之提起抗告，即無從獲確實有效之保護。

退一步言之，若如本判決之理由，而認原審辯護人不得為被告利益而抗告，被告之抗告權將未能獲得確實有效之保護，從而即能得出原審辯護人應得為被告利益提起抗告，否則係屬違憲之結論。則就原審無辯護人之被告，因無原審辯護人得為其利益而抗告，其抗告權豈非因此而謂未能獲確實有效保護，以致其訴訟權受侵害！由此更可印證，「原審辯護人得否為被告利益而抗告」，並非能否確實有效保護被告抗告權之問題癥結，其問題核心，係在提起抗告之合法要件規定<sup>12</sup>。

綜上所述，本判決就原審辯護人為被告提起抗告遭駁回之原因案件，以原審辯護人得否為被告利益而抗告作為爭點，自被告對法院裁判依法得提起上訴或抗告聲明不服，係被告重要之防禦權之論點出發，所得出「辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係辯護人協助被告有效行使防禦權之重要內涵，

<sup>9</sup> 最高法院 110 年度台抗字第 1315 號刑事裁定即採此見解。

<sup>10</sup> 同註 6。

<sup>11</sup> 如臺灣高等法院 111 年度毒抗字第 199 號、第 200 號刑事裁定。

<sup>12</sup> 此論點係以我國憲法並無刑事案件應全面強制辯護之要求，刑訴法亦非採全面強制辯護制度之前提而為。

應受憲法之保障。」之判決理由，本席尚難以同意。

二、刑事案件之原審辯護人得為被告利益而抗告，係為更保護被告，依相關法律規定之解釋結果

刑訴法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」是關於抗告之規範，除抗告編<sup>13</sup>有特別之規定外，原則上係準用第 3 編第 1 章即上訴之通則規定，除非此等規定與抗告之性質不合<sup>14</sup>。

查刑訴法第 4 編抗告，關於抗告權人部分，僅於第 403 條規定：「(第 1 項) 當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。(第 2 項) 證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」而將此條第 1 項與同法第 3 編第 1 章之第 344 條第 1 項：「當事人對於下級法院之判決有不服者，得上訴於上級法院。」之規定，對照以觀，可知係因刑訴法對當事人之抗告權係採原則容許、例外限制，而有別於上訴一律容許之立法政策；另刑訴法第 403 條第 2 項規定，則是基於裁定之類型，乃特就非當事人之受裁定者，為亦具抗告權之明文。亦即刑訴法第 403 條第 1 項係因當事人之抗告權與上訴權，刑訴法係採有別之立法政策，同條第 2 項則對上訴所無之情形，特予明文，而其等即上述刑訴法第 419 條所稱在抗告編關於抗告權人之特別規定；此外，抗告編並無其他關於抗告權人之規定，而就同法第 3 編第 1 章之第 346 條：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」之規定，抗告編亦無類同或排除之規定，且抗告案件雖具有應儘速處理之特質，然依上述關於不變期間遵守之說明、抗告書狀未載理由須命補正之要求及刑訴法第 163 條第 2 項之證據

<sup>13</sup> 刑訴法於 17 年 7 月 28 日制定公布時，抗告即訂為「第 4 編」，惟於制定刑訴法前之刑事訴訟律草案（清宣統時期），抗告則屬第 3 編「上訴」之第 4 章。是刑訴法第 419 條規定所稱「本章」，本席揣測，應係沿此草案，卻疏未修正所致，是該條規定所稱「本章」，應係指「本編」即抗告編。

<sup>14</sup> 依準用之本旨，本席認尚應再視法條所規範之概括準用規定中之個別規範，與抗告制度之性質是否相抵觸。

調查規定，原審辯護人得為被告利益而抗告，本席認不僅與抗告案件之程序特質無妨礙，且基於辯護人對程式之熟悉度，或更有利於程序之儘速進行。是於刑訴法第 419 條已為「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」之規定下，本諸前述司法院釋字第 574 號所揭櫫：憲法第 16 條所規定之訴訟權，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，法院於適用法律時，須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利可能之意旨，本席贊成本判決關於因準用刑訴法第 3 編第 1 章之第 346 條規定，原審辯護人得為被告利益而抗告之結論，但構築之理由，則未盡相同，爰說明如上。

### 三、關於本判決理由「肆、併予說明」部分

本席並不贊同原審辯護人得為被告利益而抗告，係屬憲法之要求，亦不贊同本判決自防禦權導出原審辯護人得為被告利益而抗告，應受憲法之保障；是本判決以「辯護人協助被告行使防禦權，屬憲法保障之權利」等語為基礎，就刑訴法形似抗告之制度，於理由所為併予說明一部分，本難贊同。加以憲法第 16 條所規定之訴訟權，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，業經司法院著有多則解釋闡述在案；且訴訟程序多非單一規定，常更是一系列彼此環環相扣之制度設計，本判決就未經本判決審查之其他訴訟制度，如「被告依法得聲請撤銷或變更、聲請再議等聲明不服之權利規定」（本判決第 19 段參照），另以併此指明方式，逕曉諭相關機關宜依本判決意旨，妥為修正刑事訴訟法，本席尚難同意。

另關於併予說明二即「被告之法定代理人或配偶之抗告權，得依系爭規定二準用第 3 編第 1 章第 345 條之規定」部分，因所涉規定尚非本判決審理範圍，判決理由中逕為併此敘明，實徒增判決效力範圍之爭議與困擾，本席亦難同意。

## 協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

張瓊文大法官 加入

本席贊同刑事被告選任辯護人並受辯護人有效協助之權利，乃其受憲法第 8 條人身自由及第 16 條訴訟權所保障之依正當法律程序原則，受法院公平審判權利之一環，亦受憲法之保障；基於此等憲法保障之權利，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自應得為被告之利益而抗告。就此，本件判決於方法論上，採法律合憲性解釋之方法，將刑事訴訟法第 403 條規定解釋為僅屬抗告權人之例示性規定，仍得適用同法第 419 條之規定準用第 346 條規定，得出上開辯護人得為被告之利益而抗告之結論。本席雖認此作法實有「過度操作」相關規定立法意旨之嫌，惟尚可勉予支持。

然而，本判決理由末所附加之併予說明部分，本席認為均已逾越本件聲請範圍，且與聲請標的（僅針對辯護人對法院羈押之裁定是否有為被告利益而抗告之權）無涉，不應納入判決理由中。況綜觀本件判決內容，均未見有就併予說明事項之相關理由論述與關聯性說明，則本判決究如何得出該等附於判決理由之指示？其「指明」與「敘明」各該與本件聲請標的無涉事項之正當性何在？均大有商榷餘地。尤其明確敘明被告之法定代理人或配偶，得依刑事訴訟法第 419 條準用第 345 條規定而有抗告權部分，不僅明顯屬訴外裁判性質之指示，且已「主動」介入法院與大法庭認事用法之權限。憲法判決理由中所附併予說明之內容，即令不具判決之實質拘束力，但仍應審慎為之，尤不宜脫離聲請標的之脈絡。對此部分，本席予以保留，爰提出協同意見書如上。

## 不同意見書

吳陳鏗大法官 提出

### 一、本件聲請不符司法院大法官審理案件法之程序要件，應不受理

#### (一) 多數意見認本件符合受理程序要件之理由

多數意見於判決理由第6段認：「本件聲請人係於中華民國109年8月27日聲請釋憲，得否受理，應適用修正施行前之司法院大法官審理案件法……決之。次按大審法第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抵觸憲法之疑義者。』其目的在使基本權遭受不法侵害之人民得聲請解釋憲法。查本件確定終局裁定之受裁定人，雖非本件聲請人而係其辯護人，惟該辯護人係為協助被告即本件聲請人有效行使憲法所保障之訴訟權（司法院釋字第654號及第737號解釋參照），為被告之利益而抗告，其效果及於本件聲請人，是本件聲請人核屬大審法第5條第1項第2款所稱受不利益確定終局裁判之人民，其釋憲聲請核與大審法上開規定相符……。」

#### (二) 聲請人並非原因案件當事人，不符合聲請釋憲之要件

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）第90條第1項規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定。」本件聲請既係於109年8月27日提出，依憲法訴訟法上開規定，即應依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）判斷得否受理。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抵觸憲法之疑義者。」本件據以聲請之原因案件，即臺灣高等法院109年度偵抗字第1036號刑事裁定，詳細載明法院向聲請人之辯護人趙國婕律師調查並確認，該案係「辯護人先行幫被告提起抗告，

尚不確定被告是否要提出抗告」，並據此認定，「本件並非被告自己抗告，而係由被告之辯護人提起抗告，則辯護人既非本案當事人，亦非本件受延長羈押裁定之人」。故自形式觀察，係「本案刑事訴訟程序」之辯護人以其自己之名義，於並未經被告簽章及同意之情況下，就延長羈押之裁定提起抗告，法院以程序不合法為由駁回。則該原因案件抗告程序之當事人並非聲請人本人，而係聲請人於刑事訴訟程序中之辯護人。故聲請人既非終局確定裁定之當事人，自與大審法第 5 條第 1 項第 2 款「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」之要件不合，不符合聲請釋憲之要件。

多數意見認定本件聲請案原因案件抗告之效果及於聲請人，顯係就刑事案件中辯護人對延長羈押之裁定是否有代被告提起抗告權限之實體憲法問題採取肯定見解後，再倒果為因，擴張大審法之受理要件，混淆憲法上實體判斷與聲請釋憲程序要件判斷間之先後順序，實難贊同。

## 二、多數意見實質從事大法官審理案件法所不允許之裁判憲法審查

### （一）聲請人實質聲請「裁判憲法審查」

本件釋憲聲請書雖載明，聲請之標的為刑事訴訟法第 403 條及第 419 條。然其聲請意旨實際上為：刑事法院恣意曲解立法者之原意，認定刑事訴訟法第 403 條乃同法第 419 條之特別規定，故抗告權人僅限於當事人。聲請人因而依刑事訴訟法第 419 條準用同法第 346 條關於原審之代理人或辯護人等得為被告之利益而上訴之規定，主張對人民之人身自由及訴訟權增加法律所無之限制。是其所聲請者，實質上為「裁判憲法審查」。

### （二）多數意見以其法律解釋取代刑事法院對刑事訴訟法第 419 條所表示之見解

多數意見於判決書理由第 16 段認定：「系爭規定二（按：刑事訴訟法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」）所稱之特別規定，例如得抗告事項，依現

行刑事訴訟法第 404 條第 1 項特別規定以所列舉者為限；抗告期間，依其第 406 條特別規定，僅有 5 日；抗告法院依其第 410 條第 3 項規定，須於收到卷宗及證物後 10 日內裁定等而言。至就抗告權人而言，系爭規定一僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，被告之辯護人自得依系爭規定二，準用同法第 3 編第 1 章第 346 條之規定，為被告之利益而抗告，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。」

上開判斷，係以憲法法庭之法律解釋，取代刑事法院對於刑事訴訟法第 419 條規定準用範圍所表示之如下見解：「按不服法院之裁定，得提起抗告者，以『當事人』與『受裁定之證人、鑑定人、通譯及其他非當事人』為限，刑事訴訟法第 403 條著有明文。又刑事訴訟法抗告編（第四編）之第 419 條雖設有『抗告，除本章（編）有特別規定外，準用同法第三編第一章關於上訴規定』之例，而同法第 3 編即上訴編第 1 章『通則』內之第 346 條前段復有原審之辯護人，得為被告之利益而上訴之規定；但關於『抗告權人』，在刑事訴訟法第四編內之第 403 條既已定明，即不能更準用同法第 346 條前段，准許原審之辯護人得為被告之利益而抗告。」

### （三）裁判憲法審查非大審法所許

按憲訴法新制施行前，我國釋憲制度並無裁判憲法審查之類型，司法院大法官僅得就抽象之法規範審查是否違憲。本件聲請，係於憲訴法施行前提出，審查標的與審查範圍，自應以大審法為據，不得審查法院對於法律所表示之見解。多數意見以憲法法庭對於刑事訴訟法第 403 條及第 419 條之解釋，取代確定終局裁定所採之見解，顯係從事裁判憲法審查，自非本件應適用之大審法所許。

**三、辯護人得否為被告之利益獨立提起抗告，非屬訴訟權之核心內容，為立法自由形成之範疇**

（一）多數意見謂辯護人無得為被告利益代理提起抗告之權限，即不能為有效之辯護，實屬臆斷

多數意見於判決理由第 10 段認：「被告受辯護人有效協助之權利，已成為現代法治國普世公認之基本人權（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 4 款、歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款、美國憲法增補條款第 6 條及日本國憲法第 37 條第 3 項等規定參照）。被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。」第 12 段並認：「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，為重要之基本人權，應受充分之保障。羈押係於裁判確定前拘束刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分。此一保全程序乃在確保偵審程序順利進行，以實現國家刑罰權。惟羈押強制處分限制刑事被告之人身自由，將使其與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，故應以無羈押以外其他替代方法，慎重從事為前提（司法院釋字第 392 號、第 653 號及第 737 號解釋參照）。受羈押被告因與外界隔離，蒐集相關有利法令資訊以撰寫抗告書狀尋求救濟尤為不易，致其行使防禦權諸多困難，自我辯護功能幾近喪失；更因羈押裁定之法定抗告期間僅有 5 日，稍縱即逝。受羈押被告於此極為不利之境境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔任辯護人為其提供及時有效之協助，例如獲知卷證資訊、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與最後手段性。」

惟自刑事被告有受辯護人有效協助之防禦權及羈押裁定之法定抗告期間僅有 5 日，並不能即推導出，於未取得被告授權之情形下，辯護人有為被告之利益代理提起抗告救濟之權。蓋所謂刑事被告受辯護人有效辯護之權利，在於使被告與辯護人間有接見並充分溝通意見之機會，俾獲得法律專業協助。至對於法院之裁判及審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為之處分是否提起救濟，程序發動



之決定權係專屬於被告或受裁定人、受處分人「本人」，抑或得由其最近親屬、配偶、法定代理人或辯護人獨立或代為行使，與受辯護人之法律專業協助而行使防禦權，並無必然關連，更不得謂辯護人無得為被告利益代理提起抗告之權限，即不能為有效之辯護。因之，多數意見之推論，實屬臆斷，不能贊同。<sup>1</sup>

## (二)「及時有效辯護協助」之具體內涵應由立法者綜合考量各項因素而為決定

按訴訟權與自由權不同，並非自始即有確定之保障範圍，需由國家以法律設立制度，人民方得據以行使。

次按憲法第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，基於有權利即有救濟之憲法原則，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。有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定，訴訟程序倘未損於訴訟權核心內容，立法者自得斟酌憲法上有效法律保護之要求，衡諸各種案件性質之不

---

<sup>1</sup> 美國聯邦最高法院於 *JONES v. BARNES* 案中，即認被告對於案件有關特定之根本性決定，例如是否認罪、捨棄陪審、為自己作證及上訴，有最終之決定權。（“It is also recognized that the accused has the ultimate authority to make certain fundamental decisions regarding the case, as to whether to plead guilty, waive a jury, testify in his or her own behalf, or take an appeal...” 463 U.S. 745, 751 (1983).）於 *Mccoy v. Louisiana* 案中，亦認被告依美國聯邦憲法增修條文第6條獲辯護人協助辯護之權利，並不須放棄對於案件整個控制權，辯護人協助辯護之權利，仍僅僅係協助者，對於有關是否認罪、捨棄陪審、為自己作證及上訴之決定權，仍保留由被告自己決定。（“The choice is not all or nothing: To gain assistance, a defendant need not surrender control entirely to counsel. For the Sixth Amendment, in ‘grant[ing] to the accused personally the right to make his defense,’ ‘speaks of the ‘assistance’ of counsel, and an assistant, however expert, is still an assistant.’...Some decisions, however, are reserved for the client—notably, whether to plead guilty, waive the right to a jury trial, testify in one's own behalf, and forgo an appeal.” 138 S.Ct. 1500, 1508 (2018).）

同，就其訴訟程序為合理之不同規定，尚無違於訴訟權之保障（司法院釋字第 396 號、第 418 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 639 號、第 653 號、第 665 號、第 742 號、第 752 號及第 761 號解釋參照）。

再按本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障（司法院釋字第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。

關於刑事訴訟中被告得受「及時有效辯護協助」之權，雖屬訴訟權之核心範圍，然律師辯護權之內涵及其行使，仍需由立法者綜合考量被告與辯護人間之關係以及其他訴訟上配套制度而定。憲法法庭作為憲法維護機關，僅得就立法者之制度設計使辯護人不能發揮應有功能而妨礙被告防禦權之行使時介入，否則將衍生更多問題。多數意見反於刑事法院向來之見解，賦予辯護人對羈押裁定之代理抗告權，恐導致該權限如同刑事訴訟法第 346 條之代理上訴權一般，成為辯護人之義務（最高法院 100 年度台上字第 7086 號刑事判決參照）。<sup>2</sup>如此將使律師受委任為被告之辯護人時，考量其所負擔之義務範圍增加而提高律師酬金，增加被告之經濟負擔。是多數

<sup>2</sup> 最高法院 100 年度台上字第 7086 號刑事判決指明：「刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助上訴之權利，此觀刑事訴訟法第三百四十六條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明。倘若被告在第一審經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書狀者，本乎被告在第一審之辯護人倚賴權係至上訴發生移審效力為止之當然延伸，及刑事訴訟法第三百四十六條與公設辯護人條例第十七條等規定之相同法理，被告自得請求第一審指定辯護人代作上訴理由書，第一審指定辯護人亦有代作之義務，此屬被告受辯護人協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。」

意見之結果，並非純對被告有利。又在羈押裁定之外，辯護人之代理抗告權，是否應擴及至其他類型之裁定或處分，亦恐生爭議。該等問題，牽涉甚廣，於民主憲政法治國中，應由具有直接民主正當性之國會經過充分討論後基於國民主權以法律形式決定，不宜且不應由憲法法庭越俎代庖，亦即辯護人有無得為被告利益代理提起抗告之權限，屬立法自由形成之範疇。本件多數意見之見解，面對複雜權利義務情況，逕行取捨判斷，實已僭越立法權，有違權力分立之憲法原則，難以贊同。

111 年憲判字第 3 號

第 3 號

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 4 號

聲請人 樂桃·來有（原名吳陳春桃）

訴訟代理人 馬潤明律師

聲請人 梧梅·來有（原名劉陳春梅）

訴訟代理人 林韋翰律師

聲請人 吳若韶

法定代理人 吳欣陽

鄭川如

上列聲請人為原住民身分法事件，分別認最高行政法院 106 年度判字第 305 號、第 306 號及第 752 號判決所適用之原住民身分法第 4 條第 2 項及中華民國 97 年 12 月 3 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分違憲，並分別於 107 年 2 月 14 日及 107 年 10 月 29 日依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，請求宣告法規範違憲，本庭判決如下：

### 主 文

- 一、原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」中華民國 97 年 12 月 3 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，暨 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，違反憲法保障原住民身分認同權及平等權之意旨，均違憲。相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。逾期未完成修法者，上開原住民身分法第 4 條第 2 項及 110 年 1 月 27 日修正公布同法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分失效，原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。
- 二、其餘聲請不受理。

## 理 由

## 壹、當事人陳述要旨【1】

1

聲請人樂桃·來有及梧梅·來有姐妹二人（下併稱聲請人一）  
 稱：其等之父陳添爐，係具原住民身分之楊來有女士與非原住民之  
 陳金堂先生結婚所生之子，陳添爐及聲請人一均從父姓。陳添爐於  
 原住民身分法施行前，未及取得原住民身分即死亡，聲請人一於中  
 華民國 102 年間依 97 年 12 月 3 日修正公布之原住民身分法第 8 條  
 等規定，申請取得原住民身分。其申請案先經該管戶政機關核准，  
 次經撤銷並逕為更正，塗銷原准許原住民身分之登記。聲請人一不  
 服，迭經訴願、行政訴訟，終遭最高行政法院分別以 106 年度判字  
 第 305 號及第 306 號判決駁回確定（下併稱確定終局判決一），判  
 決理由均稱：陳添爐是原住民與非原住民結婚所生子女，未從具原  
 住民身分之母之姓，亦未從原住民傳統名字，不符合原住民身分法  
 第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住  
 民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」（下  
 稱系爭規定一，110 年 1 月 27 日原住民身分法第 4 條修正，但僅刪  
 除第 3 項規定，系爭規定一未修正），故依系爭規定一及上開原住  
 民身分法第 8 條規定：「（第 1 項）依本法之規定應具原住民身分  
 者，於本法施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失或未  
 取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復  
 或取得原住民身分。（第 2 項）前項當事人已死亡者，其婚生子女  
 準用第 4 條第 2 項及第 7 條之規定。」（下稱系爭規定二），聲請  
 人一不得取得原住民身分等。聲請人一認確定終局判決一所適用之  
 系爭規定一及二，侵害其受憲法第 22 條保障之姓名權及人格權等，  
 並抵觸憲法第 7 條保障平等權之意旨，於 107 年間依司法院大法官  
 審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，請求宣告系  
 爭規定一及二違憲等語。【2】

聲請人吳若韶（下稱聲請人二）稱：其母鄭川如為原住民，其  
 父吳欣陽則不具原住民身分。聲請人二出生後，雙親約定其從父姓，

3

向戶政機關申請登記為原住民遭拒，經訴願後提起訴訟。臺北高等行政法院 106 年度原訴字第 2 號判決駁回其訴，聲請人二上訴經最高行政法院 106 年度判字第 752 號判決（下稱確定終局判決二）以無理由駁回確定。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定一將原住民與非原住民結婚所生子女取得原住民身分之條件，限制於「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」，侵害其受憲法第 22 條保障之人格權等，並抵觸憲法第 7 條保障平等權之意旨及原住民自我認定原則等，於 107 年間依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，請求宣告系爭規定一違憲等語。【3】

貳、本件聲請就系爭規定一及二部分，均符合受理要件，均應受理，且得併案審理及裁判；110 年 1 月 27 日修正公布原住民身分法第 8 條準用第 4 條第 2 項規定部分，與系爭規定一具重要關聯，應併予納入審理及裁判；其餘聲請部分，不合法，應不受理【4】

一、系爭規定一及二部分【5】

本件二聲請案俱已依法定程序用盡審級救濟，聲請人等均認與其相關之確定終局判決一或二所適用之系爭規定一，及聲請人一另認系爭規定二，侵害其受憲法保障之基本權，且均已具體陳明系爭規定一及二如何違憲之理由，核其聲請均符合應適用之大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件，經全體大法官於 110 年間決議均應予受理暨併案審理在案。【6】

又系爭規定二業於 110 年 1 月 27 日修正公布為：「（第 1 項）符合第 2 條、第 4 條、第 5 條或第 6 條規定取得原住民身分之要件，但於申請取得原住民身分前死亡者，其子女準用第 4 條第 2 項、第 6 條及前條之規定。（第 2 項）得依第 4 條或第 6 條規定申請改姓或取用原住民族傳統名字取得原住民身分，但於本法中華民國 109 年 12 月 31 日修正施行前死亡者，其子女於修正施行後 2 年內，準用第 4 條第 2 項、第 6 條及前條規定，取用原住民傳統名字，得取得原住民身分。」（下稱系爭規定三），其中關於原住民與非原住民結婚所生子女取得原住民身分之要件部分，仍規定為須準用第 4 條第 2

項規定，就此而言，與系爭規定二之意旨相同，其與系爭規定一有重要關聯，自有由本庭併將系爭規定三納入審理及裁判之必要。【7】

另憲法訴訟法已於 111 年 1 月 4 日起施行，爰依該法第 90 條規定，由本庭適用該法規定繼續審理。本庭並於 111 年 1 月 17 日上午 10 時 30 分行言詞辯論，除通知聲請人及關係機關原住民族委員會外，另邀請監察院國家人權委員會到庭陳述意見。聲請人及關係機關關於言詞辯論之陳述要旨如下：【8】

聲請人樂桃·來有略謂：系爭規定一及二出於歷史性之刻板印象，就原住民女性與非原住民男性所生子女是否取得原住民身分，附加條件，係不當限制原住民天賦身分、自由決定身分之憲法上人性尊嚴絕對權利，及受憲法保障之姓名、人格、身分、性別平等、種族平等權利，應受最嚴格標準審查，系爭規定一及二不符憲法第 23 條比例原則為違憲；聲請人梧梅·來有略謂：系爭規定一及二針對原住民女性嫁與非原住民男性所生子女以「從母姓」或「取傳統名字」之方式，來增加文化認同，已過度限制未能取得法定原住民身分之原住民之文化權、工作權、生存權、自決權、選舉權、姓名權及平等權等，構成性別歧視及種族歧視，應採嚴格或較為嚴格之審查基準，系爭規定一及二違反憲法平等原則及比例原則等語。【9】

聲請人二略謂：1、系爭規定一就原住民與非原住民結婚所生子女，規定僅「從具原住民身分之父或母之姓」或「從具原住民傳統名字」者始得取得原住民身分，不當限制原住民女性將原住民身分傳承予其子女，有違憲法第 7 條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第 10 條第 6 項消除性別歧視之意旨。2、系爭規定一不當限制原住民之姓名權、身分權等人格權、自治權、文化權，侵害人性尊嚴，牴觸原住民自我認同原則，有違憲法第 22 條保障人格權等之意旨以及第 23 條比例原則等語。【10】

關係機關原住民族委員會略謂：1、系爭規定一及二無涉性別平等之限制，非涉性別之間接歧視；2、系爭規定一及二限制基本權如人格權部分，其未採單純血統主義，而採血統主義兼採認同主義，



所形成之原住民與原住民結婚所生子女和原住民與非原住民結婚所生子女間差別待遇，意在尊重並確認原住民之自我認同，兼具身分關係穩定性與資源分配明確性之目的，其以從姓或傳統名字作為手段，與所欲達成之目的間存有實質關聯性，得通過應適用之較嚴格（中度）審查標準，無違平等原則或比例原則等語。【11】

## 二、其餘聲請部分【12】 12

至聲請人一指摘原住民身分法第 2 條第 1 款規定違憲部分，聲請人一為山地原住民，非平地原住民，且此規定尚非確定終局判決一所適用以駁回聲請人一上訴之關鍵法律依據；聲請人二主張行政院原住民族委員會（現已改制為原住民族委員會）101 年 6 月 28 日原民企字第 1010035265 號函釋違憲部分，該函釋亦未經確定終局判決二所適用，是此部分聲請均不符應適用之大審法第 5 條第 1 項第 2 款受理要件（憲法訴訟法第 90 條第 1 項規定參照），均應不受理。【13】 13

## 參、本庭判決實體理由【14】 14

一、系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，違反比例原則，侵害原住民身分認同權，違憲【15】 15

### （一）據以審查之憲法權利：原住民身分認同權【16】 16

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值，人格權作為個人人格的基礎，乃為不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權之一（司法院釋字第 399 號、第 587 號、第 603 號及第 664 號等解釋參照）；而人格權保護的是特定人之身分、資格及能力，暨以此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益。又人之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，與個人及所屬群體之身分認同密切相關。另憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定保障原住民族多元文化、地位及其政治參與等，又原住民之文化權利乃個別原住民受憲法第 22 條保障之基本權之一環，亦經司法院釋字第 803 號解釋在案；即原住民之地位較特殊，其身分原則上係依自我認同原則。是原住民之身分認同權應受憲法第 22 條規定高度保障，乃原住民特殊人格權利；上開身分認同權復與原住 17

民族之集體發展密切相關，就此而言，亦為應受憲法保障之重要基本權利（司法院釋字第 803 號解釋參照）。【17】

（二）系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分係對受憲法高度保障之重要基本權之限制，本件應採嚴格審查【18】

國家固非不得以法律限制人民之基本權，惟須符合憲法第 23 條比例原則。如係就受憲法高度保障之重要基本權之限制者，就該法規範是否合於比例原則應採嚴格標準予以審查，亦即其限制之目的應係為保護特別重要公益、手段應適合且必要，別無侵害較小之其他替代手段，並應通過狹義比例原則之審查等。【19】

原住民身分法第 1 條第 1 項規定：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。」準此，原住民身分法係取得原住民身分之法規範，其認定目的則在保障原住民之權益等（註 1）。【20】

原住民身分法就原住民身分之取得，除須登記外（原住民身分法第 11 條規定參照），原則上係採血統或擬制血統主義（同法第 2 條、第 4 條第 1 項及第 5 條規定參照）及自我認同原則（系爭規定二參照）；但於系爭規定一及同法第 6 條第 2 項、第 3 項規定，則於血統主義之外，另附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」等原住民文化認同要件。對不符上開附加要件之原住民與非原住民結婚所生子女言，其原本依其所具原住民血統，而有之得因自我認同而具原住民身分之權利，於系爭規定一附加上開要件之結果，其原住民身分遭到否定，系爭規定一自己限制此等原住民與非原住民結婚所生子女身分認同應受肯認之重要人格權。【21】

綜上，系爭規定一之規定涉及受憲法保障之原住民身分認同權之限制，與憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項等規定均相關，本庭爰認為系爭規定一是否符合比例原則應受嚴格審查。系爭規定二及三準用系爭規定一部分，亦同。【22】

（三）系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，不符比例原則，與憲法保障原住民身分認同權之意旨不符，違憲【23】

1、目的審查部分【24】

或謂原住民身分法並非處理族群認同問題，而係確認國家給付行政之範圍（關係機關原住民族委員會 108 年 3 月 11 日原民綜字第 1080011749 號復司法院函；立法院公報第 89 卷第 28 期，委員會紀錄，第 334 頁；關係機關言詞辯論意旨書參照）；或謂係為兼顧血緣及文化因素，係採血統主義輔以文化認同主義（關係機關前揭 108 年 3 月 11 日函；立法院議案關係文書，院總第 1722 號政府提案第 7348 號；立法院公報，第 90 卷第 5 期，院會紀錄，第 451 頁；關係機關言詞辯論意旨書參照）。上開二規範目的迥不相侔。【25】

就上開目的之前者而言：查人包括原住民之血統係先於憲法、法律存在之自然事實，應受憲法高度保障。遍查原住民身分法全文，又沒有任一條述及國家給付行政具體內涵，且給付行政之內涵係給與符合給付條件之人民優惠，所涉及者為國家資源之分配，以此目的與本件所涉及原住民身分認同權等受憲法保障之基本權之限制相較，原則上尚難認係特別重要公益。就上開目的之後者而言：考量我國原住民族之特殊歷史地位及憲法增修條文之特別保障，上開追求文化認同之目的應認係特別重要公益。【26】

## 2、限制手段與規範目的間之關聯性部分【27】

系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，以「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」為其子女取得原住民身分之要件，其中「取用原住民傳統名字」部分，固確有助於促進認同；然「從具原住民身分之父或母之姓」部分是否亦有促進認同之效果，則非無疑。按我國原住民族本無姓之概念或傳統，而採「親子聯名」、「親子連家屋名」、「親從子名」等不同取名制度。要求子女從父或母之姓，此姓為漢姓，而非原住民文化傳統之取名。是系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，要求子女須從其原父或原母之漢姓，始得取得原住民身分之限制手段，是否真有助於促進原住民文化認同，實有疑問。【28】

其次，促進原住民認同之方法多端，姓名只是其中之一，而且是相當形式之手段。如欠缺實際之養成過程，單純從原父或原母之

姓或傳統名字亦未必真能顯現對原住民文化之認同，因為認同之形成及持續，需要有相關之養成、學習或生活過程。又依現行法制，原住民之身分及民族別均須登記後始得取得；與取用姓名相比，系爭規定一所稱父母之申請登記其子女為原住民，實即足以彰顯其認同。再相較於「先承認其身分，再要求培養認同」，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，要求「先從姓或取名，而後才有身分」之限制手段，也明顯並非侵害最小之限制手段。【29】

退步言之，即使認為從促進原住民文化之認同意，與系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，附加上開要件之手段相較，仍尚有其他侵害較小之手段：比如要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列具所屬原住民族傳統意義之名字，而非逕以不符系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分所附加要件為由，否定其為原住民，致其無從以原住民之身分，以上開侵害較小之方式，客觀表達其對所屬原住民族文化之認同。【30】

### 3、小結【31】 31

綜上，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，就原住民與非原住民結婚所生子女之原住民身分之取得，所附加之要件係對於具原住民血統者之身分認同權之限制；其限制目的縱係為保護文化認同特別重要公益，但其手段亦非適合且必要，顯非最小侵害手段，其限制不符憲法第 23 條比例原則，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，違憲。【32】 32

二、系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，違反憲法第 7 條對種族平等之保障，違憲【33】 33

#### （一）據以審查之憲法權利及審查標準【34】 34

依憲法第 7 條規定，中華民國人民，無分種族在法律上一律平等。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（司法院釋字第 682 號、第 722 號、第 745 35

號、第 750 號、第 791 號及第 802 號解釋參照)。法規範如採種族分類而有差別待遇，或其差別待遇涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本庭應加強審查，而適用嚴格標準，以判斷其合憲性。【35】

本件所限制之憲法權利為原住民身分認同權，此係原住民受憲法保障之特殊人格權，攸關原住民個人人格發展等，為重要基本權利，已如前述。【36】

其次，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，附加上開要件之結果，已直接在「原住民與原住民結婚所生子女」和「原住民與非原住民結婚所生子女」之間，形成是否須另符合上開附加要件之差別待遇（例如同為漢姓漢名，前者之子女依原住民身分法第 4 條第 1 項規定當然取得原住民身分，但後者之子女依系爭規定一則不當然取得）。此項差別待遇係對具原住民血統者，以其父、母是否具原住民身分為分類，就父母僅有一方為原住民者，附加姓名之要求。此項分類係屬種族或族群分類，且其差別待遇涉及原住民身分認同權之重要基本權利，應適用嚴格審查標準。即其目的須為特別重要公益，其手段須絕對必要且無可替代。【37】

(二) 系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，附加上開要件之手段，並非絕對必要且無可替代，違反憲法第 7 條對種族平等之保障【38】

1、目的審查部分【39】

如前所述，就促進原住民文化認同之目的言，尚屬特別重要公益，為合憲。【40】

2、限制手段與規範目的間之關聯性部分【41】

查由子女所取用之姓名觀察，上述系爭規定一所規範之「原住民與非原住民結婚所生子女」與原住民身分法第 4 條第 1 項所規範之「原住民與原住民結婚所生子女」相較，其姓名從外觀看，可能同為漢姓漢名，但依法規範，二者異其是否取得原住民身分之結果，此足見以子女所取用之姓名為分類之手段與促進文化認同之目的

間，其關聯必要性有疑。【42】

再就原住民血統或血緣比例與認同之關聯言，不論原原結婚所生子女或原與非原結婚所生子女，兩者均具有一定比例之原住民血統。後者最高為 50%，前者則可能高於、等於或低於 50%，已可見原與非原結婚所生子女之原住民血緣比例，未必低於原原結婚所生子女。又前者之原住民血緣比例再低（如原父原母各僅具 25% 原住民血緣，子女亦僅具 25% 血緣比例），仍當然取得原住民身分；反之，原與非原結婚所生子女之原住民血緣比例（如 100% 原住民與 100% 漢人結婚所生子女應有 50% 原住民血緣），縱使高於前述原原結婚所生子女，亦不當然取得原住民身分，而須另外符合有關姓名取用之要求。何以原住民血緣比例還可能較高之原與非原結婚所生子女，卻比血緣比例可能較低之原原結婚所生子女，須有更強、更明顯之認同表現，才能取得原住民身分？此等差別待遇之立法，顯然是假設原原結婚所生子女，必然有足夠之原住民認同，因此不要求另外有認同之表現；而原與非原結婚所生子女則必然欠缺足夠之原住民文化認同，因而為差別之待遇。又如果認為原原結婚所生子女可以透過登記而取得原住民身分，且其登記即足以彰顯其認同，則原與非原結婚所生子女之相同登記，為何就當然不足以彰顯其認同，而須另加姓名之要求？系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分所定之差別待遇，甚至是無據且顯然恣意。【43】

綜上，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，加上開要件之手段與其目的間難認係絕對必要且無可替代，難以通過嚴格審查，是系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，抵觸憲法第 7 條保障種族平等之意旨，違憲。【44】

另憲法第 7 條亦規定，中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等。因我國長久以來之子女從父姓習慣（註 2），適用系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分之結果，確實致生同樣從父姓者，因究係父或母為原住民而其是否取得原住民身分之結果有差異（父為原住民者，依從父姓習慣，取得原住民身分；母為原住

民者，依從父姓習慣，未取得原住民身分），聲請人一及二爰主張系爭規定一及系爭規定二準用系爭規定一部分，另有性別實質不平等之違憲情形（註3），亦非顯然無據。【45】

三、系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分均違憲，並均應定期失效【46】

綜上所述，系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分，違反憲法第22條保障原住民身分認同權及第7條保障種族平等之意旨，均違憲。相關機關應於本判決宣示之日起2年內，依本判決意旨修正之。逾期未完成修法者，系爭規定一及系爭規定三準用系爭規定一部分失效，原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分，並得辦理原住民身分及民族別登記。至相關機關於本判決宣示之日起滿2年之後，始依本判決意旨完成修法之情形，於其修法後，應適用修正後新法規定，且新法之施行，不影響已依本判決意旨登記者之權利義務，乃屬當然。【47】

至系爭規定二部分，業因系爭規定三修正公布而失效，故不另為系爭規定二準用系爭規定一部分失效之諭知。【48】

肆、併此敘明【49】

原住民身分之取得與原住民所得享有之優惠措施不當然等同；立法者就原住民優惠措施之設置固有裁量權，但仍應將原住民身分與原住民所得享有之優惠措施，依優惠措施之性質作適當之區分。又關於原住民族群文化認同之客觀表達方式本屬多元，原住民身分立法當時決定就系爭規定一之情形，所採用之從姓或原住民傳統名字，充其量僅係其中一種身分認同表徵，並非唯一。且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。再就認同程度言，雖可能因人而異，惟應與父母雙方均為原住民或僅一方為原住民之差異間尚無必然關聯。是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇，

但依憲法第 7 條保障平等權之意旨，仍不應以父母雙方均為原住民或僅一方為原住民作為區別標準，均併此敘明。【50】

註 1：另請見 90 年制定原住民身分法，行政院提案之總說明：「鑒 51  
於原住民身分之認定，涉及人民權利，宜以法律定之，現行『原住民身分認定標準』實有提升為法律之必要，爰考量原住民社會發展變遷之實際需要，擬具『原住民身分認定條例』草案……。」（立法院議案關係文書，院總第 1722 號政府提案第 7348 號，政 77 頁參照。）又，改制前之行政院原住民委員會副主任委員於立法院審議時，就系爭規定一之立法理由指出：「據我們所知，原住民女子嫁給平地漢人後，不論是整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多，甚至有人認為和一般平地是一致的。因此本會希望能將一些『文化條件』的限制放在法條中，故由『從母姓或恢復原住民傳統名字』方面作限制，期能兼顧文化及血源因素。」（立法院公報，第 89 卷第 28 期，委員會紀錄，第 334 頁參照。）【51】

章仁香委員等之提案說明中指出：「我國是多元民族的國家 52  
家，從光復以來，將國民的民族屬性劃分為原住民和非原住民二類，以作為政府推動原住民社會建設的基礎；並因原住民之語言、文化、歷史與一般國民不同，及其於教育、經濟、社會結構上皆處於弱勢地位，現行法令體系對具有原住民身分者，恒有賦予其特殊權益之規定，期以縮短原住民與一般國民之差距。」（立法院公報，第 90 卷第 5 期，院會紀錄，第 449 至 450 頁參照。）楊仁福委員等之提案說明則指出：「原住民的身分必須先獲得認定，才能享受中華民國憲法增修條文第 10 條所賦與的權利。現行『原住民身分認定標準』有不公平合理之處，因此，剝奪了許多原住民的權利，再則，其中部分規定，不僅不符合目前國際公法的原則，還會因性別差異導致不同的認定結果。為使原住民身分認定更為公平、合理且符合國際公法的原則，制定本法。」（立法院公報，第 90 卷第 5 期，院



會紀錄，第450頁參照。)【52】

註2：依內政部統計104年至108年10月出生嬰兒從姓情形，從父  
姓者比例達95.21%，從母姓者為4.74%（內政部統計處，出生  
嬰兒從姓統計，內政部統計通報108年第47週，2019年11  
月23日。）【53】

註3：依關係機關原住民族委員會提出之言詞辯論書狀附件1之統計  
資料，父為原住民母非原住民或不詳者，僅有3.4%未取得原住  
民身分，而母為原住民父非原住民或不詳者，未取得原住民身  
分之比例則為35.16%；劉千嘉、章英華以99年的普查資料為  
基礎，其研究指出，89年後，原漢通婚家庭中之子女，原父漢  
母者，其子女為原住民者為88.9%，原母漢父者，其子女為原住  
民為42.1%（請參見劉千嘉、章英華，原漢通婚家庭中雙裔子女  
的族群從屬：子代性別與數量的影響，載於人文及社會科學集  
刊，32卷1期，2020年3月，第1頁，第19頁，表5）。【54】

中 華 民 國 111 年 4 月 1 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀

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

本判決由黃大法官虹霞主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、 許大法官志雄、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、楊大法官惠欽	吳大法官陳鐸、林大法官俊益、 張大法官瓊文、呂大法官太郎、 蔡大法官宗珍
第二項	全體大法官	無

## 【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出、蔡大法官明誠加入。

許大法官志雄提出、詹大法官森林加入。

黃大法官瑞明提出、詹大法官森林加入。

黃大法官昭元提出、許大法官宗力加入、謝大法官銘洋  
加入、楊大法官惠欽加入一至四部分。

不同意見書：呂大法官太郎提出。

蔡大法官宗珍提出、吳大法官陳鐸加入、林大法官俊益  
加入、張大法官瓊文加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 111 年 4 月 1 日

## 協同意見書

黃虹霞大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

### 「我是誰？」

壹、時間過得飛快！轉眼 20 年過去了。猶記得民國 90 年間，本席在第一審法院有罪判決後，輿論幾乎一邊倒的不利情形下，為十項全能國手、阿美族青年古金水先生作刑事公益辯護；本席當時對古先生無罪之確信，憑的正是檢察官所舉、第一審法院採納作為古先生有罪認定之最重要證據，即交通部民用航空局飛航安全委員會調查報告。同一份報告，審檢與辯截然不同之有罪、無罪解讀，這種案例不多。古先生是原住民，應該稱得上原民之光，本案也涉及原住民，不免挑起上開回憶，除了懷念故人，更想起當時，本席突破傳統，沒有先提出答辯、辯護狀，而是以連續 26 份調查證據聲請狀之方式，開啟為古先生辯護之路！就本案言：本席是主筆大法官，本件判決的憲法法理論述，雖不是主筆一人之見，而是在少數意見提醒下，整合折衝並包含多數意見大法官智慧之共同成果，但本席個人之法律上意見，大部分都已反映。本席在本件協同意見書中，不擬也不應重複贅述己見，只是就性別平權部分未能在理由書中詳予記載，所以以附件方式補充之。

作為主筆，本席認為本席有責任，用庶民的話語，說明本席意見形成的幾個重要基礎考量，同時想跟關心本案的人軟性溝通。就此，我想故技重施，仿為古先生所作之辯護模式，以提出下列問題之方式說明在本件判決背後本席之思維，並希望爭取共識，至少得到您的理解：

1、本席以為血統係先於人造憲法及法律存在的自然事實。您對這一點的看法？

先有人群才有國家，有國家才有憲法及法律；而人群之初，是一群有血脈關係者之結合（我們系出同源，不應相煎太急），所以血統是自然事實，先於人造憲法及法律存在。

如果血統係先於憲法及法律存在的自然事實，那麼認定是否為原住民即是否具原住民身分的人造法律，當然可以否定有原住民血統的人為原住民，使其不具原住民身分嗎？「我是誰」不是應該是個人自覺、自決嗎？為什麼有原住民血統者不能經由原住民戶籍登記當然取得原住民身分呢？法律予以否定，當然可以嗎？

2、本席以為原住民身分取得與原住民優惠措施應可以分離。您對這一點的看法？

憲法說要保障原住民權益！憲法可沒有說，可以以法律先剝奪部分有原住民血統並自我認同為原住民者之原住民身分，即先否定部分原住民，再對其餘原住民賦予優惠！這跟承認原住民身分，再依優惠措施性質，將不同優惠給予需要者，截然有別。因為原住民身分跟原住民之優惠措施可以分離，怎麼能為了不讓部分有原住民血統者得到優惠措施，就斷然不准他們在戶籍登記上作原住民登記，全然否定他們是原住民呢？不是不應該在原住民身分法中否定具原住民血統者之身分，而是應該在相關優惠措施法令中，進一步就優惠措施之資格作適當之規定，才對嗎？

3、本席以為原住民身分法第 4 條第 2 項規定與同條第 1 項規定對照，違反平等權。您對這一點的看法？

原住民身分法第 4 條第 1 項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」；第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分」。同樣具有原住民血統，單單文義即可看出：不合第 2 項規定所附加要件者，不能取得原住民身分，兩個規定顯然有別！為什麼要有差別，這種分類適當且必要嗎？

4、本席以為即使原住民身分法第 4 條第 1 項規定內容修正為與同條第 2 項規定相同，仍然有性別不平權之情形（父姓傳統及極少數已登記為原住民者取原住民傳統名字之事實）。您的看法如何？

子女只能從父或母之姓是法律強制規定，因此原住民身分法第 4 條第 1 項規定縱使新增加從姓要件，只是虛晃一招，使第 1 項規定形

式上即看起來好像與第2項規定拉平，但因父姓傳統之作用，所以事實上仍無解於性別實質不平權之結果。

又據內政部之統計資料顯示：具原住民身分者取原住民傳統名字之比例很低，<sup>1</sup>所以如果原住民身分法第4條第1項規定，修正為原住民與原住民結婚所生子女須取原住民傳統名字，才能取得原住民身分，那絕大部分原住民均將喪失原住民身分，其為不合理可行，非常明顯，所以不能為了求第1項及第2項規定符合平等權，而要求原住民均必須取原住民傳統名字，才能取得原住民身分。從而法律也不適合用是否取原住民傳統名字，作為可否取得原住民身分之標準。

5、本席以為楊仁福委員及章仁香委員暨與其等共同提案認一方父母為原住民，其子女即取得原住民身分之共6位立法委員，已佔89年原住民身分法立法當時，共8位原住民立委總額之四分之三之事實，應已能代表一般原住民族關於誰是原住民即身分取得之看法；又國籍法、其他相關法律如客家基本法、蒙藏族身分證明條例，均採父母一方血統為取得身分之要件，所以就原住民身分之取得，應採父母一方之血統即可（必須另作戶籍登記，乃屬當然）。您對這一點之看法？

國籍法等都採父母一方血統為取得身分之要件，四分之三原住民立法委員也提案認應採父母一方血統為取得原住民身分之要件，立法院黨團協商逕以法律（原住民身分法第4條第2項規定）強制對其中部分具原住民血統者，在戶籍登記為原住民及所屬族群別之外，增加額外要件，排除其原住民身分，這樣的立法妥適而不可議嗎？

6、本席以為如果拿掉對原住民之優惠措施，就不會有排擠原母嫁漢父所生子女取得原住民身分之問題，所以優惠措施是淵藪。您對

---

<sup>1</sup> 根據內政部至111年2月之統計資料，回復傳統名字之原住民為4,586人，以傳統名字之羅馬拼音並列登記者為27,315人（其中至少有2,057人是已取用傳統名字再以羅馬拼音並列），以傳統名字申報出生登記者為1,084人（以上資料請參見內政部戶政司全球資訊網，原住民回復傳統姓名，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>，最後瀏覽日：111年3月28日）。111年2月底統計之原住民人口有581,134人，則取用傳統名字者（含並列登記者）比例約為4.9%。

這一點的看法？

有容乃大，加人加福氣；佛陀說黃金是毒蛇，少子化是明顯的事實，國家為扶助原住民而給與優惠保障，卻因此而引來以法律規定排擠掉部分原母所生子女，原住民人數必然更減少，對原住民文化傳承，有利嗎？具原住民血統的孩子是用錢買不到的！多一個具原住民身分的孩子，多一分發揚光大原住民族光榮文化的機會！

7、您同意原住民族本性是很大方、很願意分享族人的嗎？法律讓他們可能被認為是為了優惠措施而排擠同族人，這樣的法律對嗎？

最近有一個 Discovery 節目叫南島民族系列節目，以科學角度調查，並明白認定臺灣是南島民族的原鄉。其中提到南島民族的原住民有分享食物的傳統，打獵回家會一路分送獵物給族人。這種傳統是不是似曾相識？對，在司法院釋字第 803 號解釋作成過程，曾聽原住民朋友如是說！多好的分享美德啊！

這種分享美德不應該被扼殺或妨礙！對照楊仁福、章仁香委員就原住民身分法第 4 條第 2 項規定的提案內容，這不是多數原住民立委之意思，那殺手已呼之欲出……唉！黃金生出毒害！即使無心，我們制定之法律，起了離間作用！證據是：如果依楊仁福、章仁香委員等的提案通過，會有今天的少數具原住民血統者間之對立嗎？答案是應該不會！這值得我們一起反省！

由博愛座禮讓想到：是不是請把優惠禮讓給更需要的族人！

貳、本席生長於傳統大家庭，身為人女、人媳、人妻、人母，不難理解兩位年長聲請人、一位年幼聲請人及其母之心情、甚或苦。她們據理力爭，就是勇者，對於她們的家務事，大家應予尊重，本席不認為有人有權以不夠勇敢指摘她或因此為難她、否定她包括拒絕賦與她的子女身分。最後我還想呼籲：優惠措施是短暫、一時的，血脈才是長久、代代相續的，何者值得珍惜保護，非常明白！

民國 100 年，我把清白的古先生交還古太太；今天透過這個判決，把三位原住民女兒交還原住民族大母親，希望大家珍惜接納歡迎她們，更希望她們及她們的後代，為原民族文化盡心，重現臺灣原住民

祖先的光榮；讓斯土斯民，不分種族，共享榮耀！

附件：〈性別平等部分之原草案論述〉

（一）據以審查之憲法權利及審查標準

中華民國人民，無分男女，在法律上一律平等。又國家應維護婦女之人格尊嚴，消除性別歧視，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，司法院並已以釋字第365號、第372號、第410號、第452號、第457號及第728號等解釋肯定兩性應實質平權。所稱性別歧視不僅指直接歧視與目的上歧視，並應包括間接歧視與結果上歧視。且立法者於形塑政策時，亦應避免形成性別角色之窠臼，否則亦有違反憲法第7條保障性別平等之意旨（司法院釋字第807號解釋參照）。

因我國長久以來之子女從父姓習慣（註1），致生同樣從父姓者，因究係父或母為原住民而異其是否取得原住民身分之結果（父為原住民者，依從父姓習慣，取得原住民身分；母為原住民者，依從父姓習慣，未取得原住民身分），更已經造成兩性實質不平權之結果，而為結果上間接歧視。而且此等因性別而形成之差別待遇，除難認係特殊例外情形外（註2），亦非基於男女生理上之差異等。是本件亦涉及受憲法第7條保障之性別平等。

法規範之適用結果如形成性別差別待遇，或其差別待遇涉及攸關個人人格發展及人性尊嚴之重要基本權利，本庭應適用嚴格或中度審查標準。本件涉及原住民受憲法保障之身分認同權及性別實質平權，應採嚴格、至少中度標準審查之，即其目的須為特別重要公益或重要公益，其手段須絕對必要且無可替，或與目的間具實質關聯。

（二）系爭規定一附加上開要件之手段，非絕對必要且無可替代，甚至該手段與其目的間不具實質關聯，違反憲法第7條對性別平等之保障，違憲；系爭規定二及三準用系爭規定一部分，亦同

1、目的審查部分

如前所述，就促進原住民文化認同之目的言，尚屬特別重要公益，為合憲。

## 2、手段與目的間之關聯性部分

適用系爭規定一反造成兩性實質不平權之結果，與系爭規定一原所寓有之兩性平權意旨（立法院議案關係文書，院總第 1722 號政府提案第 7348 號參照），亦有未合。兩性平權係現代法治國所追求的高度價值（憲法增修條文第 10 條第 6 項規定參照），任何以促進文化認同為目的之手段，均不應造成性別實質不平權之結果；如竟造成性別實質不平權，該手段之合理必要性殆難想像。

國籍法第 2 條第 1 項第 1、2 款及蒙藏族身分證明條例第 3 條第 2 項規定均單純採父或母一方即單方為取得身分之標準，未就「父母雙方」與「父母一方」二者作差別待遇，對照觀察，系爭規定一附加上開要件之手段，其分類之必要性，顯然有疑。

關係機關雖稱：即便系爭規定一之適用結果形成明顯之性別差異，惟此係我國從父姓文化所致，系爭規定一並無助長或強化此種父姓文化之效果，相反地，系爭規定一反而有促成從母姓之實質效果（關係機關言詞辯論意旨書第 4 頁至第 6 頁參照）。惟一則仍無解於適用系爭規定一、二、三之結果，確有性別實質不平權之事實，二則所謂促成從母姓之實質效果，係關係機關經由系爭規定一之強制附加要件並對符合要件給予行政優惠之結果，與系爭規定一所欲達成之文化認同目的間，難認具實質關聯。

綜上，系爭規定一附加上開要件之手段非絕對必要且無可替代，該手段與其目的間甚至不具實質關聯，牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨，違憲。系爭規定二及三準用系爭規定一部分，亦同。

註 1：依內政部統計 104 年至 108 年 10 月出生嬰兒從姓情形，從父姓者比例達 95.21%，從母姓者為 4.74%（內政部統計處，出生嬰兒從姓統計，內政部統計通報 108 年第 47 週，2019 年 11 月 23 日。）

註 2：依關係機關原住民族委員會提出之言詞辯論書狀附件 1 之統計資料，父為原住民母非原住民或不詳者，僅有 3.4% 未取得原住民身分，而母為原住民父非原住民或不詳者，未取得原住民身



分之比例則為 35.16%；劉千嘉、章英華以 99 年的普查資料為基礎，其研究指出，89 年後，原漢通婚家庭中之子女，原父漢母者，其子女為原住民者為 88.9%，原母漢父者，其子女為原住民者為 42.1%（請參見劉千嘉、章英華，原漢通婚家庭中雙裔子女的族群從屬：子代性別與數量的影響，載於人文及社會科學集刊，32 卷 1 期，2020 年 3 月，第 1 頁，第 19 頁，表 5）。

## 協同意見書

許志雄大法官 提出

詹森林大法官 加入

一、司法院釋字第 803 號解釋依據憲法第 22 條、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，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。本號判決同樣以憲法第 22 條為依據，並參照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定，呼應上開解釋保障原住民文化權之意旨，而承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。就原住民之尊重及保障而言，於經歷釋字第 810 號解釋之短暫倒退後，如今呈現復甦現象，值得肯定。

無論原住民文化權或原住民身分認同權，均為原住民獨享之權利，屬少數者權利，在當代憲法學上日漸受到關注，惟其中蘊含諸多嚴肅之課題，必須審慎以對。本席於釋字第 803 號解釋部分協同部分不同意見書中，已從原住民文化權出發，就有關問題加以探討。茲為免重複，對原住民身分認同權之類似問題，不予贅述。以下主要針對原住民身分認同權之定位、性質及保障，論述一二。

二、人格權作為私法上之權利，歷史悠久。除與個人人格有本質性關聯之生命、身體及健康外，尚有名譽、姓名、肖像、隱私、自由及其他與生活有關之各種利益，均可廣泛稱為人格權。德國憲法判例及學說上，以基本法第 1 條「人性尊嚴」不可侵犯原則及第 2 條「人格之自由發展權利」為基礎，將上開各種利益統稱為一般人格權<sup>1</sup>。人格權受憲法保障，亦為我國通說。司法院釋字第 664 號解釋理由書即直截了當表示：「人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第 22 條保障。」

無可諱言，人格利益牽涉甚廣，人格權之內涵及外延為何，未必明確。過去大法官承認姓名權（釋字第 399 號解釋參照）及子女獲知

<sup>1</sup> 芦部信喜著，憲法學Ⅱ，有斐閣，1994 年第 1 版第 2 刷，頁 359。

血統來源之權利（釋字第 587 號解釋參照）皆屬人格權之一環，且肯定隱私權攸關人格之自由發展（釋字第 603 號解釋參照），但未曾針對人格權加以定義，本號判決亦然。鑑於人格權保障之對象繁多，未可一視同仁，故依類別或領域分別為不同程度之保障，殊有必要<sup>2</sup>。本號判決承認個人及所屬群體之身分認同係人格權保障範圍，進一步充實人格權在個別領域之保障。而且，其正視原住民之特殊地位，認原住民之身分認同權應受高度保障，有關限制規定之合憲性應採嚴格審查基準。就此，本席敬表贊同。然原住民身分認同權畢竟具有獨特性，能否與一般人之身分認同權或人格權相提並論，非無疑義。

三、人權具有普遍性，乃任何人皆得享有之權利，應與種族、性別及身分無關，甚至外國人，只要是權利性質上允許者，亦得享有之。如前揭司法院釋字第 664 號解釋所示，人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權具有普遍性，任何人皆得享有之，其為人權之一種，自屬當然。一般人之身分認同，既係人格權涵蓋之範圍，其具備人權性質，不言可喻。因原住民身分認同權乃原住民方能享有之權利，權利主體受限，未具備一般人均得享有之普遍性，顯與人權之特性有所扞格，故即使認定為憲法上權利或基本權利（司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款、憲法訴訟法第 60 條第 5 款及第 61 條第 1 項參照），亦與嚴格意義之人權有別。要之，原住民身分認同權出於人權（人格權），而入於人權以外之憲法上權利或基本權利，這種定位及性質上之變化頗堪吟味。

所謂憲法上權利或基本權利，係指受實定憲法保障之權利，包括實定化之人權及其他性質之權利。人身自由、表現自由、宗教自由及職業自由等，屬典型之人權；一般行為自由則為其他性質之憲法上權利或基本權利。人權之種類及性質不一，所受保障程度有高有低，違憲審查基準或寬或嚴。同理，人權以外之各種憲法上權利或基本權

<sup>2</sup> 戶波江二著，自己決定權の意義と射程，收於芦部信喜先生古稀祝賀「現代立憲主義の展開上」，有斐閣，1994 年，頁 337。

利，其受保障程度及違憲審查基準亦未必一致。例如一般行為自由，不涉及人格利益及個人尊嚴，所受保障程度自然較低，違憲審查基準亦趨於寬鬆。反之，原住民身分認同權攸關原住民之個人尊嚴及人格發展，如本號判決所示，應受高度保障，並採嚴格審查基準。

四、何謂原住民及原住民族，國內外迄今存有各種議論。包含聯合國原住民族權利宣言在內，國際間尚無確立統一之定義<sup>3</sup>，我國法律亦欠缺明確之規定。因此，原住民身分如何認定，難免出現歧見。惟關於原住民及原住民族之身分與歸屬，聯合國原住民族權利宣言採自我認同原則。其第 9 條規定：「原住民族及個人有權按照一個原住民族社區或民族之傳統及習俗，歸屬該社區或民族。此項權利之行使不得引起任何形式之歧視。」第 33 條第 1 項前段規定：「原住民族有權按照其習俗及傳統，決定自己之身分或歸屬。」原住民族之自我認同原則，同樣見諸國際勞工組織原住民與部落人民公約第 1 條第 1 項第 3 款規定。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。」尤其同條第 12 項明定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與……」應寓有相同意旨。本號判決亦主張，原住民之身分原則上應依自我認同原則決定。

原住民身分法原則上採血統或擬制血統主義及自我認同原則，殆與前揭宣言及公約規定之意旨若合符節。惟系爭之原住民身分法第 4 條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」多數意見認其於血統主義外附加「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」等原住民文化認同要件部分，不符比例原則，侵害原住民身分認同權。本席認為，聯合國原住民族權利宣言及國際勞工組織原住民與部落人民公約所揭示之自我認同原則，係出於原住民之立場，意在積極尊重原住民，保障原住民之權利。反之，原住民身分法規定之原住民文化認同要件，則偏重公權力之立場，帶有濃厚之管制色彩，主要

<sup>3</sup> 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 536。

形成消極否定原住民身分之效果。二者雖然皆稱「認同」，但文化認同要件與自我認同原則大異其趣，不能不辨。

本號判決以併予敘明方式，指出：「衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。」本席認為，我國原住民族實際上包含諸多原住民族及部落，其彼此之傳統及文化頗有差異。原住民身分法未來修正時，關於原住民之身分認定，應尊重各原住民族及部落之自主決定，而非採一律之標準，方能符合原住民族之自我認同原則。至現行原住民身分法立法時，固有原住民立法委員之積極參與及強力影響，但尚難因此即謂符合原住民族之自我認同原則。又原住民族之自我認同與原住民之自我認同未必一致，立法時允宜兼顧。從基本權之保障著眼，原住民族及部落對於其成員認定上之自主決定應有界限，無論如何均不得侵害個別原住民之身分認同權。

## 協同意見書

黃瑞明大法官 提出

詹森林大法官 加入

### 一、本件聲請案原因事實大要

本件判決聲請人一原為漢人姓名之姊妹，其父為漢父原母結婚所生，且生前未從具原住民身分之母（即聲請人一祖母）之姓或原住民傳統名字，聲請人一申請原住民身分先經核准後遭撤銷，提起行政救濟經駁回確定，聲請人一認確定終局判決所適用民國 90 年 1 月 17 日制定公布之原住民身分法第 4 條第 2 項：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」（下稱系爭規定一）<sup>1</sup>及 97 年 12 月 3 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定（下稱系爭規定二）<sup>2</sup>侵害其姓名權及人格權等而有抵觸憲法之疑義，聲請解釋。後聲請人一依系規定一及 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定（下稱系爭規定三）<sup>3</sup>取用傳統原住民名字後，始取得原住民身分。

<sup>1</sup> 110 年 1 月 27 日修正公布原住民身分法第 4 條，僅刪除第 3 項規定，系爭規定一未修正。

<sup>2</sup> 97 年 12 月 3 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定：「（第 1 項）依本法之規定應具原住民身分者，於本法施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因喪失或未取得原住民身分者，得檢具足資證明原住民身分之文件，申請回復或取得原住民身分。（第 2 項）前項當事人已死亡者，其婚生子女準用第四條第二項及第七條之規定。」（即系爭規定二）該系爭規定二於 110 年 1 月 27 日修正公布為本判決所審查之系爭規定三。

<sup>3</sup> 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定：「（第 1 項）符合第二條、第四條、第五條或第六條規定取得原住民身分之要件，但於申請取得原住民身分前死亡者，其子女準用第四條第二項、第六條及前條之規定。（第 2 項）得依第四條或第六條規定申請改姓或取用原住民族傳統名字取得原住民身分，但於本法中華民國一百零九年十二月三十一日修正施行前死亡者，其子女於修正施行後二年內，準用第四條第二項、第六條及前條規定，取用原住民傳統名字，得取得原住民身分。」（即系爭規定三）明定得取得原住民身分者於該條文修正施行前死亡者，其子女於修正施行後 2 年內取用原住民傳統名字，得取得原住民身分。本件判決僅就系爭規定二、三準用系爭規定一部分宣告違憲，故本意見書討論範圍僅限於系爭規定一。

聲請人二為漢父原母之女兒，父母均為漢姓（父姓吳，母姓鄭），雙親約定其女從父姓，向戶政機關申請登記為原住民遭拒，經行政救濟均被駁回，認確定終局判決所適用之系爭規定一對於漢父原母之子女若維持其父之漢姓，即無法取得原住民身分，已侵害其受憲法保障之人格權等，並抵觸憲法第7條保障平等權之意旨及原住民自我認定原則等。因二件聲請案之聲請標的系爭規定一相同，故合併審理。

聲請人之主張大致為原住民身分之取得祇要有原住民之血統，亦即有原住民之父或母即已足夠，從父姓或母姓皆應可取得原住民身分。關係機關原住民族委員會（下稱原民會）則主張，取得原住民之身分除了血統之外尚須有文化認同之動作，系爭規定一要求從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，僅為簡單的文化認同之表態，為維繫原住民傳統文化之合理要求。本判決認系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分違憲，本席贊同判決結論，但對於判決理由則未盡同意。本判決主文要求「相關機關應於本判決宣示之日起2年內，依本判決意旨修正之。」本席爰就本判決意旨及如何妥適修法提供補充意見。

## 二、取得原住民身分與得享優惠措施之條件應分別考量

臺灣原住民身分之認定係採血統主義或兼採文化認同主義，90年制定公布「原住民身分法」曾就各種方案加以討論，最後決定為血統兼採認同主義，即系爭規定一之立法意旨。系爭規定一在立法過程有代表原住民之立法委員充分參與，本件判決之聲請人具原住民血統，關係機關代表及受邀到庭陳述意見之監察院之代表亦均有原住民身分，本件聲請案公開辯論之後，各界討論熱烈，許多具有漢父原母身分之學者發表意見，各有不同之立場。足見本件判決所審查之爭議點在具原住民血統者之間亦有不同之意見。

在諸多意見中最为夾雜難分者，莫過於原住民族之身分認同與國家優惠措施間所生之齟齬。制定系爭規定一時將原住民族之文化認同列為取得原住民身分之條件，同時亦將「原住民女子嫁給平地漢人」後整個家庭氣氛或經濟條件、各方面都較一般原住民家庭高出很多之

狀況一併列入立法考量<sup>4</sup>，此即原民會認原住民身分法並非處理族群認同問題，而係包括確認國家給付行政範圍之問題。依系爭規定一，原漢結婚所生之子女要取得原住民身分，必須從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，而取得原住民身分者，即能依其他相關法令享有各種優惠性保障措施，諸如保障入學及就業機會、考試加分、學費減免、原住民保留地繼承、年金福利、衛生福利等。因為漢人沿襲父姓之習慣，系爭規定一設定之條件即造成漢父原母子女取得原住民身分較大之困難，從而得以限縮優惠措施之適用範圍。依此，系爭規定一就原漢通婚之子女所設定取得原住民身分之條件有二個功能（一）以從具原住民之父或母之姓或原住民傳統名字作為文化認同之表徵，以維繫原住民族文化之傳承；（二）排阻一部分原漢通婚者之子女（大部分為漢父原母之子女，因家庭具有從父姓之香火繼承傳統，於單一子嗣時更為明顯），以避免一般認為社經地位較優渥者亦得享用國家對原住民優惠措施之資源。系爭規定一背負此雙重功能，難免負荷過重，顧此失彼，或為爭議之根源，這是本判決認定系爭規定一違憲的第一個理由。

按原住民族身分之認定，主要依據傳統及習俗<sup>5</sup>。而國家優惠措施給付行政應依其性質及內容，賦予最需要的人，二者之目的不同，認定條件亦應加以區隔，讓文化的歸文化，優惠的歸優惠，二者之間有所關聯，但不應完全等同。本席認為系爭規定一制定施行迄今已逾 20 年，對於身分認同與其他相關行政法規所規範之優惠措施之間產生難以協調或不盡公平之處，有必要全面檢討並作妥適修法。首應摒棄現行想要二者兼顧卻均不到位的現狀，讓文化認同之條件得以更明確彰顯原住民文化之特質，而優惠措施之受惠條件亦得以將資源提供給最需要的族人。

<sup>4</sup> 立法院公報第 89 卷第 28 期委員會紀錄，頁 334。

<sup>5</sup> 聯合國原住民族權利宣言第 9 條：「原住民族與原住民個人有權依據相關社群或民族的傳統及習俗，隸屬該原住民社群或民族。本項權利的行使，不得產生任何形式之歧視。」



本庭審理本件聲請案期間紐約時報報導美國華盛頓州之 Nooksack 原住民，有部分族人被部落排除其部族身分，同時喪失在保留區內居住之權利及其他優惠，因而向聯邦政府請求救濟，產生原住民族之自治權與國家機關權力分際之問題<sup>6</sup>，亦即就認定原住民身分所依據之血統或文化認同等因素，原則應尊重原住民族自主決定，但就得享有國家優惠措施之資格及其喪失，則國家應有較大之參與決定之權力，二者間相互關聯與區隔之分際，為各國原住民族政策共同遭遇的問題。

### 三、現行「從姓」之規定無法達到文化認同之目的，反而產生違反比例原則及平等原則之問題

本件判決理由認定系爭規定一之規範目的有二，一是確認國家給付行政之範圍，二是追求原住民文化認同。前者原則上尚難認係特別重要公益，後者則為特別重要公益。惟其中「取用原住民傳統名字」部分，固確有助於促進認同；然「從具原住民身分之父或母之姓」部分是否亦有促進認同之效果，則非無疑，因為要求子女從父或母之姓若為漢姓，而非原住民文化傳統之取名，是否真有助於促進原住民文化認同，實有疑問。且促進原住民認同之方法多端，系爭規定一要求「先從姓或取名，而後才有身分」顯非最小侵害手段，違反憲法比例原則；又認為系爭規定一對原與非原通婚子女附加限制，與原原通婚子女比較，造成之差別待遇無據且顯然恣意而違反平等權。本席認為

---

<sup>6</sup> 2022年1月5日 The New York Times 報導(第6版 A bitter tribal purge and a call for help, 作者 Mike Baker)住居於美國華盛頓州北部的原住民部族 Nooksack 共有族人 2000 多人，獲有在保留區經營賭場及於特定河流獵捕鮭魚之權利，約有 300 位族人被部落排除族人之身分。喪失族人之身分者，除了自我身分認同被拒絕所感受到的失落與傷害之外，亦被取消教育補助、健康福利以及財務支持等福利，甚至被驅逐出現在保留區居住之房子。按美國法制一向尊重原住民之自治權，然而因身分之喪失同時導致許多生活資源之被剝奪，因此被剝奪身分之族人主張其身分被剝奪之主要原因是部落資源分配之問題，而向聯邦主管機關請求救濟。聯邦政府將面臨如何在尊重部落之自治權力以及族人主張可居住於保留區之權利以及其他福利受侵害時，國家機關介入分際之問題。本案亦有相類之爭議。

系爭規定一違反比例原則與平等權者僅限於前段「從具原住民之父或母之姓」之部分；至於後段「原住民傳統名字」部分則並未違反比例原則。爰說明理由如下：

（一）臺灣全島居民共約 2300 萬人，原住民全部約 58 萬餘人，僅占約 2.48%，漢人占絕對多數之 96.42%<sup>7</sup>。為維護少數原住民族文化之持續傳遞，避免被同化於無形即有必要。以原住民族之傳統姓氏或名字作為文化認同之表徵，為合理之選項。系爭規定一就原漢通婚者之子女設定取得原住民身分之二個條件，即「從具原住民身分之父或母之姓」或「原住民傳統名字」，將二者比較觀察，前者之立法原意應指「從具原住民身分之父或母之原住民傳統姓名」始具意義。然而系爭規定一僅要求「從具原住民身分之父或母之姓」，該姓可能為漢姓，亦可能為原住民之姓，若為原住民之姓，始能與後段之「原住民傳統名字」立於對等位置而相互呼應。由此可知，系爭規定一之立法原意應是為鼓勵且推廣原住民族使用傳統名字，對外展現其族群標誌之獨特性，在浩瀚之漢族人海中，以原住民族傳統名字彰顯認同，互相呼喚，以發揮鼓舞族人團結與自尊的力量。世界各國之少數民族莫不努力維持其文化之特色<sup>8</sup>，而原住民族傳統姓氏與名字即為表彰原住民族特色之文化標誌。系爭規定一之目的是為鼓勵原漢通婚之子女使用原住民傳統姓名，若能達此目的，可稱為適宜之立法。系爭規定一後段之「原住民傳統名字」即為達此目的之合宜條件，不能認為違反比例原則。至於系爭規定一前段之「從具原住民之父或母之姓」之條件制定後，20 餘年來執行之結果，大部分卻仍為漢姓，無法達到認同原住民文化之目的。當原住民之父或母之姓與另一半之漢姓一樣都沒有區隔原漢之功能（聲請人二無論姓吳或姓鄭，對外皆未具有彰

<sup>7</sup> 臺灣住民以漢人為最大族群，約占總人口 96.42%，其他 2.48% 為 16 族的臺灣原住民，另外 1.10% 包括來自中國大陸的少數民族、大陸港澳人民及外籍人士。參行政院國情簡介網頁 <https://www.ey.gov.tw/state/99B2E89521FC31E1/2820610c-e97f-4d33-aale-e7b15222e45a>（最後瀏覽日：111 年 4 月 1 日）。

<sup>8</sup> 例如猶太民族有其獨特之節日以及服飾（猶太帽）等。

顯原住民文化認同之功能)，即成為聲請人主張系爭規定一違憲之主要理由。既然原住民文化存在的危機是被漢文化同化於無形，則要求原漢通婚之子女於原姓與漢姓之間擇一並非不合理，然而因為系爭規定「從姓」之規定並未要求從具原住民身分之父或母之姓者限於原住民之傳統姓氏，以致沒有辦法達成區隔原、漢之目的，反而被認為違反比例原則及平等權而違憲。

(二) 至於何以具原住民身分之父或母仍然多數維持漢姓，此乃過去大漢主義之政策所造成之結果。歷史上世界各民族往往認自己的文化最優，而無法平等看待其他民族之文化。以漢民族為中心的中華文化亦不例外<sup>9</sup>。種族主義發展成民族主義乃為壓制周邊弱小民族之心理基礎，亦為人類歷史上長年衝突爭戰之根源，至今未休。至第二次世界大戰之後，世人體會戰爭之殘酷，提倡尊重基本人權與多元文化等普世價值，包括珍惜並保護原住民之語言、文化等。

世居臺灣島上的原住民在日治時代曾被要求以日本名字登記。1945年日本戰敗，國民政府統治台灣，次年臺灣省行政長官公署發布施行的《修正台灣省人民回復原有姓名辦法》，要求每個原住民取漢姓，即為大漢主義之展現，造成原住民的傳統名字逐漸消失。解嚴前後的原住民族運動提出「還我姓名」的訴求，姓名條例於90年大幅修正，其後經多次修改，原住民已依漢人姓名登記者，得申請回復其傳統姓名（姓名條例第1條第2項參照），並且對原住民傳統姓名之登記為彈性規定（同法第4條第1項參照）<sup>10</sup>。然而推動之結果，成效甚微，原住民維持漢人姓名者仍居95%左右之絕對多數<sup>11</sup>，以致

<sup>9</sup> 此由歷史上漢字描寫異族的文字即為例證，例如番、夷、狄、戎、蠻等。

<sup>10</sup> 姓名條例第4條第1項規定：「臺灣原住民及其他少數民族之傳統姓名或漢人姓名，均得以傳統姓名之羅馬拼音並列登記，不受第一條第一項規定之限制。」

<sup>11</sup> 依據2017年的統計資料，至2013年，在全部原住民族近53萬人（100%）之中祇有2.1萬人（4%）去「改姓名」，改用漢字族名者，只有3千人（3,183人，0.6%），以及採「增列採羅馬字族名」的人1.8萬人（3.4%）參見黃季平著，原住民族的人名體系-「還我姓名」的抉擇，載野林厚志、松岡格編『台灣原住民の姓名と身分登録』，国立民族学博物館調查報告第147期，頁32至33，2019年2月。另外依內政部戶政司全球資訊網「原住民回復傳統姓名

系爭規定一鼓勵原住民改回原住民傳統姓名之意旨無法達成。雖然原民會統計（統計時間至 111 年 1 月 12 日止），在系爭規定一之下，漢父原母之子女有 64.84% 採取母姓，遠遠高於父母皆為漢人之子女採母姓者（僅約 5%），已達到鼓勵漢父原母採用原母姓氏之目的，然而採用原母之姓仍為漢姓，對於維繫原住民族文化並無太多助益，反而產生平等權等爭議。

（三）系爭規定一僅要求子女從具原住民身分之父或母之姓即可登記取得原住民之身分，而未要求其從具原住民身分之父或母之原住民傳統之姓。在原漢結婚之下，如父母皆為漢姓，則從具任何一人（漢或原）之漢姓，對外並沒有辨識性，頂多是在家庭內具有精神與文化傳承作用。因此產生從具原住民之父或母之漢姓可取得原住民身分，而從具非原住民之父或母之漢姓則不能取得原住民身分，甚至於原原結婚而當然取得原住民身分者（原住民身分法第 4 條第 1 項規定參照），其子女無論從父姓或從母姓皆可能為漢姓，如此之差別待遇又無合理基礎，即產生不公平之現象。至於某些特定原住民部族使用之漢姓與氏族傳統姓氏已清楚連結，具有辨識作用<sup>12</sup>，則應屬原住民族傳統名字應如何定位之問題，但對外而言，畢竟不如原住民族傳統名字具有較明顯之辨識性。在強勢漢文化之下，系爭規定一具有鼓勵原住民族恢復其傳統姓名之立法原意，但實際執行之結果未能達到目的，反而造成違反平等權等之問題，不得不改弦更張，這是本件判決

---

及羅馬拼音並列登記統計表」，自 84 年至 111 年 2 月原住民恢復傳統姓名者 4,586 人，以傳統姓名之羅馬拼音並列登記者 27,315 人，以傳統姓名中報出生登記者 1,084 人，以上合計 32,985 人，以 111 年 2 月底統計之原住民人口 581,134 人，估計占 5.6%（此比例僅為估算，因內政部上開統計表並無自 84 年起回復傳統姓名及羅馬拼音並列者而至 111 年 2 月已死亡之人數），參見 <https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>（最後瀏覽日期 111 年 4 月 1 日）。

<sup>12</sup> 有原住民指出，漢姓仍能與世族傳統清楚連結，從汪姓即為 Vayayana 或 Kautuana 氏族人，從浦姓即為 Poiconu 氏族人，從高姓者即為 Yatauyongana 氏族人，從文姓者即為 Yatauyongana 或 Usaiyana 氏族人等。參見文淑盈 Akuanu Usaiyana（鄒族）著，鞏固父姓常規的釋憲案剝奪原住民母親賦姓權，自由時報自由開講，2022 年 1 月 25 日。

認定系爭規定一違憲的第二個理由。

#### 四、未來立法之考量

##### (一) 有關身分認同部分

本件判決宣示系爭規定一違憲並要求有關機關應於本判決宣示之日起2年內依本判決意旨修正。至於未來有關原住民身分之認定，除了血緣之外，是否另要求文化認同，以及文化認同要求之內容為何，本件判決並未作出明白指示，而於判決理由肆「併此敘明」部分指出「衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定」。因此未來原住民身分之取得，應重新制定條件，本席認為有幾個可能方向可以考慮：

- 1、其一方向是放寬姓氏之要求，父母之一方為原住民者，不論取父姓或母姓，皆可依自己之認同而登記為原住民，此即本件判決理由所指「系爭規定一所稱父母之申請登記其子女為原住民，實即足以彰顯其認同」，至於需要多少百分比之血緣始可為申請登記為原住民之門檻，則有待重新立法時考量。如此放鬆登記取得身分之門檻可擴大原住民之人數，但亦稀釋了原住民之族群獨特性。因為以姓名作為區隔原漢文化之標誌消失，更容易使原住民族消失於人數占絕對多數之漢人族群中，遭同化於無形。更何況在都會區生活與居住之原住民人數漸多，原漢間生活型態與文化之區隔已不明顯，同化之風險更大。作為折衷之方法，判決理由舉例「退步言之……仍尚有其他侵害較小之手段：比如要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列具所屬原住民族傳統意義之名字」，亦即漢父（或母）姓與原名並列之方式亦可供參考。
- 2、另外一個方向則正好相反，將系爭規定一前段修正為漢原通婚所生子女取得原住民身分者限於從具原住民身分之父或母之原住民傳統姓名者，與後段規定之「原住民傳統名字」之效果相同，均具有表彰原住民文化之特徵，亦即提高認同門檻，以從具原住民

父或母之傳統姓名或取用傳統名字作為加強文化認同之標誌，此條件亦可適用於原原結婚者，亦即具原住民身分者均可由姓名一望即知，具清楚之文化標誌性。在認同文化之表徵上，本有各種不同之選擇，血緣之外精通熟習原住民語言本應是最適當的門檻，若實務上有困難，則從具原住民之父或母之原住民族之姓名或取用原住民族之傳統名字作為門檻以彰顯原住民文化者，亦為合理選擇。至於何者屬原住民族之傳統名字應由原住民族部族自行決定，有些特定之漢姓有相對應之原住民族傳統宗名而已具有文化表徵、民族認同及宗名傳承之地位者，亦可由該部族決定該特定之漢姓已屬原住民族傳統姓氏。

- 3、參考外國有關原住民族認定之標準，應可考慮尊重各部族對其族人身分之認定及接納之權利，由其自行決定條件，而非完全由國家訂定同一標準。除了血緣與具有標誌性之姓名外，另可增加其他文化認同之要件，例如具備該族群傳統語言一定程度之能力，或限於居住在傳統原鄉部落並參與該地之文化活動者、或是通過各族群傳統之成長考驗或參與宣誓儀式等，不一而足，可由各族群自行決定其接納之機制。

### (二) 有關各種優惠措施之適用條件

上述各種寬嚴不同之身分認同標準，都必須同時考慮配合修改國家優惠措施之給付標準。簡言之，採取最寬鬆之條件取得身分時，即應對各種優惠措施分定較嚴格之標準。原住民間彼此經濟、教育條件不同，在優惠措施資源有限之前提下，應將優惠措施集中實施予最需要的族人。因此對於得適用各種不同優惠措施之條件應可作較精密之規定，而非一體適用於全部具原住民身分者。尤其是應區隔優惠措施中，具有較強烈之族群內部競爭之性質，以及較不具競爭性質者，而分定不同之適用標準。例如父母已受高等教育，其社會、經濟地位已高之原住民家庭子女，實不應與偏鄉資源不足之原住民子女競爭升學保障、公職考試保障或留學保障等名額。

本件判決前舉行之言詞辯論引發國內對原住民身分認同與優惠

措施之討論，除了文化認同之條件外，另外包括各種優惠措施以及原住民立法委員選舉之資格等，可見原住民身分之認定影響範圍廣泛，可謂牽一髮而動全身。自原住民身分法制定後 20 多年來，社會型態與原住民族群之生活方式已有重大變化，利用本件判決宣告系爭規定一違憲之時機重新審視文化認同與優惠措施之條件，就各方面之問題整體考量後作修正，或為本件判決之主要貢獻。

## 協同意見書

黃昭元大法官 提出  
許宗力大法官 加入  
謝銘洋大法官 加入  
楊惠欽大法官 加入（一至四部分）

### 一、本判決結論理由及本席立場

[1] 本判決宣告原住民身分法第 4 條第 2 項（即系爭規定一）、第 8 條（97 年舊法即系爭規定二，110 年新法即系爭規定三）準用上開第 4 條第 2 項部分均違憲，本席支持上述違憲結論。<sup>1</sup>在理由部分，本席也支持多數意見以原住民身分認同權及種族平等為憲法權利基礎，進而宣告上述規定違憲之架構及多數論述。然就多數意見所忽略的原住民身分認同權之集體權面向（參後述第[2]至[11]段），以及原住民身分認同權（參後述第[12]至[17]段）及種族平等之審查理由（參後述第[18]至[22]段），則有以下補充意見，謹提出協同意見如下。

### 二、原住民身分認同權兼具集體權及個人權性質，國家法律應適度退讓而容許各族或部落得自主認定其成員資格

[2] 本判決多數意見認為原住民身分認同權具有人格權之性質，再參

<sup>1</sup> 本件蔡宗珍大法官提出，吳陳銀大法官、林俊益大法官、張瓊文大法官加入之不同意見書認為：系爭規定「就原住民與非原住民結婚所生之未成年子女，於其成年而得以自主變更為從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，以取得原住民身分前，欠缺使其仍有依其他一定要件而取得原住民身分之機會之規定，於此範圍內，國家依憲法之委託所負有之立法形成原住民身分法制義務之履行顯有不足，抵觸憲法保障原住民族地位與權利之意旨，應由有關機關修正相關法律妥為規定。」依本席理解，上述不同意見應該是認為系爭規定現行之姓名綁身分規定合憲，只是在立法政策上要求立法者應增加其他方式，使不符合現行規定之未成年子女亦能取得原住民身分，並就後者規範不足部分宣示抵觸憲法意旨。然因上述不同意見僅要求立法者檢討修正，既未附加任何修法期限，也未宣示逾期修法時現行法應失效。故本席認為上述不同意見的審查結果及宣告模式，基本上是：宣告現行規定「合憲」，不足部分「單純違憲」，後者再加無期限、無強制力之「修法建議」。雖然蔡大法官等之不同意見書有上述單純違憲宣告部分，但因其認為系爭規定之限制仍合憲，因此與本判決多數意見立場相反，而屬不同意見。



照憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項對原住民族之特殊保障規定，承認其為特殊人格權之一種，而為憲法第 22 條所保障之非明文權利，固值得贊成。但本席認為：多數意見明顯忽略了原住民身分認同權之集體權面向，及其與個人權間之內在密切關聯；也未要求國家法律應適度退讓，以使各原住民族或部落得依其傳統文化及機制，自主決定其成員資格，實有不足。

[3] 按個人對其所屬群體之身分認同，與其人格發展密切相關，確屬憲法人格權之保障範圍，並為任何個人均得主張之權利。然就原住民族與少數族群而言，如何認定其族群成員，則與原住民族及少數族群之集體認同、族群存續及文化發展等密切相關，更應受到憲法之保障。我國之原住民族不僅是先於國家而存在之特殊群體，且有其獨特的身分識別及認同文化。因此，不僅原住民個人之身分認同權應受憲法保障，且國家亦應尊重原住民族各自之文化傳統，並使各原住民族得以依其民族意願，循適當程序自主決定。

[4] 次按，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項皆係以「原住民族」為其保障對象，而非只是個別之原住民。尤其是第 12 項更是明文規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位…」，在解釋上，所謂原住民族之地位，除了彰顯原住民族是先於國家而存在的特殊地位外，另應包括整體及各個原住民族，乃至於其族群成員之永續存在。而上述「民族意願」之明文規定，更隱含原住民族就其族群及成員地位（包括成員資格等）應有其自主權。故基於上述增修條文規定意旨，於憲法第 22 條所承認之原住民身分認同權，應兼具集體權及個人權面向之性質，並承認各原住民族（及各部落）應享有自主認定其成員身分的權利。如此，始可保障原住民族不因國家權力之任意限制或剝奪其成員資格，以致有族群萎縮甚至消散的危險，同時保障各族得以維繫其成員並求集體發展。

[5] 在血統及文化淵源上，每位原住民都有其歸屬的特定原住民族或部落（可能是單一或複數，後者如跨族結婚之後裔），因此個別原住民之身分其實是原住民族集體身分之表現及延伸。就像每一位台灣人

之個人地位，也要放在台灣人之集體地位及認同下，才得以理解，並得與其他國族有所區別。在此意義上，個別原住民之身分認同，不僅是個人認同並歸屬於其所屬原住民族或部落的權利，且與其所屬族群或部落之集體身分認同無從切割，也不應切割。如果說個別原住民之身分認同權，係源自原住民族之集體身分認同權，亦不為過。

[6] 就此，判決理由第 17 段雖有：「…上開身分認同權復與原住民族之集體發展密切相關…」之敘述，第 50 段也指出：「…且因原住民族地位較為特殊，衡諸憲法保障原住民族文化傳統之意旨，原住民身分取得所需具之認同表徵，宜尊重各自所屬原住民族之自主決定。…均併此敘明。」本席認為：前者過於輕描淡寫，修辭功能大於論證效用。後者係於本判決理由業已審查完畢後，再於最後一段以「併予敘明」方式，將本屬審查標的之爭點，改以本庭向來用來說明非屬審查標的事項之段落及用語，提出上述訴外傍論。臨別感言固然溫馨，直球對決更顯霸氣。

[7] 暫且不論台灣是否還有尚未為官方正式承認之其他原住民族，就目前業經官方承認的 16 個原住民族而言，原住民身分法係以國家法律就各族成員設定劃一之相同標準，而沒有容許各原住民族或部落得以依其各自之傳統文化、機制，自主認定其所屬成員。因此系爭原住民身分法規定，不僅是因其規範內容過度干預個別原住民之身分認同權而違憲（參後述第[12]至[17]段），也會因為剝奪或未賦予各族或部落就其所屬成員資格享有集體之自主決定權，而背離憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項的規範意旨。

[8] 我國原住民身分法第 4 條第 2 項（及其連結適用的相關規定，如同法第 6 條第 2 項及第 3 項、第 7 條第 2 項、第 8 條等），以姓名作為原住民與非原住民（以下簡稱原與非原）結婚所生子女取得原住民身分之要件，在比較法上，實屬罕見。各國就原住民身分所定資格要件，除了血統外（可能有一定比例血緣之要求），通常還會要求個人需與其所屬族群有一定的實際關聯（如與族群團體、文化或活動等有持續接觸、參與等；此為個人認同層面的要求），甚至要得到所屬族

群之認定及接受（集體認同層面的要求）。有的國家（如美國）甚至授權並承認各（印第安）族群或部落就其成員資格享有自治及自主決定權，而少見如我國般之以國家法律直接設定統一適用於所有原住民族的一致身分標準。

[9] 我國是世界上實施戶籍制度的少數國家，而且已經發展成一套相當嚴密、有效的人口管理制度及人口資料庫。選舉靠它，健保靠它，強制入學也靠它，可謂從搖籃到墳墓，都靠戶籍制度進行人口管理。但也正因為戶籍制度太有用、太好用，以致各機關甚至團體都想用。之前司法院釋字第 603 號解釋宣告違憲的當時戶籍法第 8 條第 2、3 項按捺指紋始核發身分證規定，以及後來如數位身分證所引發的爭議，其實都和戶籍制度之可能為國家巨靈濫用或誤用之利維坦疑慮有關。由於戶籍法的規定，原與非原結婚並生有子女者，一如其他父母，在其子女出生後短時間內就要辦理出生登記，同時也必須就原住民身分法所要求的子女從姓或取名作出第一次決定。這等於是在既有嚴密戶籍制度的基礎上，進一步以姓名綁身分，讓原與非原結婚者，於其子女出生後的短時間內，就需面臨身分抉擇的可能文化衝突與兩難。即使現行法律賦予父母就未成年子女或成年子女有變更從姓或取用傳統名字的權利（參原住民身分法第 7 條、民法第 1059 條第 2 至 4 項規定），然此等衝突與兩難，即使在擬為上述變更時仍依然存在，甚至會因為子女成長致人際關係複雜化之結果（包括學經歷各類證件之更名等實際問題），而更為加劇。這是國家以法律訂定一致的身分資格標準並統一適用於各原住民族，對於不同族群及個人之可能壓迫。

[10] 本席認為：比較符合憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定意旨的立法方式，應該是國家法律僅提供一個規範框架，並授權或容許各原住民族或部落，得依其傳統文化及機制，自主決定其成員資格。至於取用姓名，尤其是取用原住民傳統名字的要求，當然可以是各族或部落自主決定時得納入的認定標準之一，但不應該是國家法律所設定的唯一標準。然如果有特定族群或部落自主決定以姓名（不論

是漢人姓名或原住民傳統名字，不論是使用中文漢字或羅馬拼音）為取得原住民身分之唯一標準，國家則予尊重。用更白話的方式講：就算是要以姓名為取得身分的要件，也應該由原住民族或部落自主決定，而不是由國家強制規定。國家法律如要有所規範，除了上述框架性規範的形式外，似應採取「歸納法」，也就是調查整理各族或部落之身分認定標準後，將各族各部落所採之各種標準歸納後，列為具開放性之身分標準規定。這是我們在面對原住民身分結合戶籍的制度建構時，所應謹慎考量並保持彈性之處。

[11] 在上述族群自主、多元標準的開放性規範架構下，如果有特定原住民族或部落，基於其傳統，願意接納冠非原父原母之漢姓者為其成員，國家自應予以尊重。又如有族群要專以原住民傳統名字作為其成員資格之必要要件，原則上亦應予以尊重。至於此時具有該族群血統之潛在成員與該族群間的衝突，則為另一憲法問題，而與本件所涉由國家直接管制原住民身分要件之爭議有別。

### 三、原住民身分認同權之審查

[12] 本判決多數意見係以原住民身分認同權及種族平等為權利基礎，宣告原住民身分法第 4 條第 2 項及第 8 條準用前者部分違憲。本席認為：取用漢姓部分的要求，比較是違反原住民身分認同權的問題；至於取用原住民傳統名字部分的要求，則是種族平等的問題（參本意見書後述第[19]至[20]段）。先就取用漢姓與原住民身分認同之關聯來說，如果比較該法第 4 條第 1 項就原原結婚所生子女，與同條第 2 項就原與非原結婚所生子女，各自取得原住民身分之規定異同，本席認為：原住民身分法第 4 條第 2 項規定將從（漢）姓（即使是從原父或原母之姓，也必然是中文的漢姓）列為子女取得原住民身分之要件，基本上是因違反上述原住民身分認同權而違憲。

（一）從漢姓未必有助於認同目的之達成

[13] 按我國各原住民族本無類似漢人之姓氏，故對原住民族而言，不論是清治時期所賜之漢姓（主要是平埔族群，另有賽夏族等），或二戰結束中華民國政府接收台灣後，對於當時沒有漢字姓名之原住民強

制並任意分配的漢姓，<sup>2</sup>就有如原住民於日治時期被迫改用的日本姓名一樣，本都屬原住民傳統外之國家公權力干預，實無法表彰原住民傳統文化或身分認同。雖然 70 多年後的今日，已有部分原住民族（如屬於氏族社會制度的賽夏族、邵族、鄒族、拉阿魯哇族及卡那卡那富族、與排灣族等）可以確認各該族使用之漢姓與其傳統氏族間的對應關聯，然其他各族則未必有上述漢姓與傳統名字間的對應關聯。對於後者族群而言，漢姓就如日治時期也曾改用的和式姓名般，均仍屬外來物，而未必已成為傳統文化之元素。是原住民身分法第 4 條第 2 項規定將漢姓列為原與非原結婚所生子女之原住民認同表徵之一，再據以決定該子女能否取得原住民身分，就認同目的之達成而言，這項要求顯然是無助也非必要的限制手段。

#### （二）姓名並非表達認同之唯一手段

[14] 本判決理由第 30 段在審查系爭規定二之手段是否侵害原住民身分認同權部分，認為：

「…仍尚有其他侵害較小之手段：比如要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列具所屬原住民族傳統意義之名字，而非逕以不符系爭規定一及系爭規定二、三準用系爭規定一部分所附加要件為由，否定其為原住民，致其無從以原住民之身分，以上開侵害較小之方式，客觀表達其對所屬原住民族文化之認同。」

本席認為：上述段落於從「漢姓」之後，附加「漢名」，實難以理解其義。因為系爭法律係以「從原父或母之姓」或「取用原住民傳統名

<sup>2</sup> 於日治時期最後 10 年間，由於當時推行的皇民化運動，許多台灣漢人及原住民曾改用日本姓名。1945 年 8 月日本戰敗，國民政府接收臺灣後，台灣省行政長官公署隨即於 1945 年 12 月發布台灣省人民回復原有姓名辦法，採聲請制鼓勵台灣人民（包括當時稱為高山族之原住民）回復漢字姓名。因成效不彰，再於 1946 年 5 月發布修正台灣省人民回復原有姓名辦法，要求台灣人在 3 個月內回復漢字姓名，否則罰鍰。沒有漢字姓名者（如原住民）則強制冠上漢字姓名。當時的戶政事務所甚至有以康熙字典等通用字典為據，隨機分配漢字給原住民為姓。這是台灣原住民被迫全面使用漢姓的開始。

字」為其子女取得原住民身分之要件，於漢姓之後所命之名是否為具有漢人文化意義的漢名，應該與本件爭議無關；即使加進來，也無助於本件爭議之解決。又上開段落所稱「具所屬原住民族傳統意義之名字」亦非現行制度之用語，且不易瞭解其與「原住民傳統名字」之意涵是否相同，不如直接要求得並列「原住民傳統名字」。然現行姓名條例就原住民所容許使用的兩個本名，第一個必是使用漢字之中文姓名（不論是從原父或原母之漢姓之中文姓名，或使用漢字之原住民傳統名字）；至於第二個本名，則限於傳統名字之羅馬拼音。<sup>3</sup>多數意見的上述要求，勢必引發姓名條例的更大變動。

[15] 再者，即使如多數意見意旨而開放併列兩個中文姓名，但如繼續維持現行原住民身分法第 4 條第 1 項和第 2 項之區別父母身分，則上述並列兩個中文姓名之規定，對原原結婚所生子女而言，仍只會是具有選擇權的「得並列」，因為他們可以只登記一個從原父或原母之（漢）姓的中文姓名，就取得原住民身分，而沒有義務同時並列「原住民傳統名字」或「傳統名字之羅馬拼音」為其第二個本名。相對而言，原與非原結婚所生子女如從漢父或漢母之漢姓，因仍不取得原住民身分，故須再並列「原住民傳統名字」或「傳統名字之羅馬拼音」，始得取得原住民身分。這除了仍有後述違反種族平等的問題外，多數意見在此所認為之較小侵害手段，其實和現行原住民身分法第 4 條第 2 項規定的限制相同：只從漢父或漢母之漢姓者，必無從取得原住民身分，多數意見並沒有解決這個問題。反之，如有意願並列「原住民傳統名字」，何不乾脆直接適用上述第 4 條第 2 項規定已經提供的「取用原住民傳統名字」選項，為其第一個本名，即可取得原住民身分，

<sup>3</sup> 姓名條例第 1 條第 1 項規定：「中華民國國民，應以戶籍登記之姓名為本名，並以一個為限。」；同法第 4 條第 1 項規定：「臺灣原住民及其他少數民族之傳統姓名或漢人姓名，均得以傳統姓名之羅馬拼音並列登記，不受第 1 條第 1 項規定之限制。」本件所涉及的原住民身分法則使用原住民傳統名字，因為我國原住民向來並無類似漢人之姓氏，而只有各種方式的取名（如親子聯名、個人名+家屋名等），因此原住民身分法係用「傳統名字」之用語，本件意見書以下就原住民之取名，也都使用「傳統名字」之用語。

也毋庸採取兩個中文姓名之作法。<sup>4</sup>

[16] 多數意見可能是認為不論是「具所屬原住民族傳統意義之名字」（其實相當於「原住民傳統名字」）或「傳統名字之羅馬拼音」，均具有表現原住民認同之意涵及效果，因此立法者可以加上此要求，而不致違反原住民身分認同權。但依本席看法，姓名僅是表現認同之一種手段，並非唯一選項。上述多數意見之看法，仍陷入將「姓名等同身分認同」的窠臼，與現行原住民身分法第4條第2項規定有類似問題。又如果上述並列傳統名字（不論是使用漢字或羅馬拼音）之要求，仍僅適用於第4條第2項原與非原結婚所生子女，而不適用於第4條第1項原原結婚所生子女，亦仍無法通過種族平等的審查。

[17] 雖然本席認為取用傳統名字之要求，於符合平等的前提下，可算是有助於促進原住民認同之有效手段。但其效果如和族語能力、文化參與、傳統技能等其他要求相比，其實也未必是足夠有效的要求。何況直到此時此刻的我國社會，無可否認地，很多人對原住民仍存有相當程度的隱形歧視。而姓名具有外顯性，可謂一望即知其身分。在我國的歷史及社會脈絡下，要求原住民（尤其是其下一代）一定要取用傳統名字始能取得身分，恐怕反而會讓她/他們必須時時（或自幼）承受各種歧視的壓力。在理念上，本席樂於見到更多的原住民願意改用傳統名字，也支持將此作為長期的立法目標。但在策略上，本席則認為國家或可一方面立法採取鼓勵性措施，提供更大誘因以吸引原住民取用傳統名字，同時採取必要的反歧視措施，消除各種直接或間接歧視；或經由族群或部落之集體、自主機制，促進各族或部落原住民之取用傳統名字。至於我們這些白浪漢人，當然也應該謙卑瞭解各原住民族文化傳統，時時警惕各類可能帶有隱形歧視的日常言行，以免白浪變白目。

---

<sup>4</sup> 如善解多數意見之意旨，上述附加傳統名字的方法，或許可使與漢父結婚之原母，得以一方面先屈從父姓常規，讓其子女從漢父之漢姓，再同時取用原住民傳統名字，以取得原住民身分。這可能是唯一的實益，但仍沒有根本破解「即使具原住民血統，如從漢父或漢母之漢姓，亦不取得原住民身分」之法定障礙。

#### 四、種族平等之審查

[18] 本判決理由認為原住民身分法第 4 條第 2 項與同條第 1 項相比，前者違反種族平等。按這兩項規定固然都容許子女從父或從母之姓，表面上是符合性別平等，然原與非原結婚所生子女一旦從漢父或漢母之姓，且未取用傳統名字，即無從取得原住民身分，而與原原結婚所生子女間確實存有相對不利之差別待遇。因此問題不在於從父姓或從母姓，而是在從原父/母姓或從漢父/母姓，此為種族平等，而非性別平等問題。此外，原父或原母也會因其結婚對象是否具原住民身分之種族分類，以致受有其子女從姓或取名之不同要求，而不當然能將其原住民身分傳承給其子女。這也是一種以種族為分類之法律上差別待遇。本席支持上述結論及理由，然更有以下補充意見。

[19] 延續本意見書上述第[12]段之分析，本席認為：對於原與非原結婚所生子女而言，取用傳統名字的要求之所以違憲，就比較是違反種族平等，而不是違反原住民身分認同權。又同法第 8 條準用第 4 條第 2 項部分，更限制其子女只能取用原住民傳統名字，而無法透過改從（已去世）原父或原母之姓，取得原住民身分。這項要求固然未必違反原住民身分認同權，但也是違反種族平等。

[20] 原住民身分法第 4 條第 2 項規定要求子女如不取用原父或原母之漢姓，就要取用原住民傳統名字，才能取得原住民身分，這項要求雖有助於促進原住民認同，甚至有重要關聯，而不當然違反原住民身分認同權。但立法者對於原原結婚所生子女完全沒有設定這項要求，而只對原與非原結婚所生子女才有此要求。原原結婚所生子女，即使只從其原父或原母之漢姓，而不取用原住民傳統名字，也不並列傳統名字之羅馬拼音，均不影響其取得原住民身分。然原與非原結婚所生子女，若不從原父或原母之漢姓，就只有取用原住民傳統名字為其本名之唯一選項，始能據以取得原住民身分。即使是想先從非原父或非原母之漢姓（第一本名），同時並列傳統名字之羅馬拼音（第二本名），而以此取得原住民身分，亦不可能。換言之，依現行原住民身分法及姓名條例相關規定，在我國目前的戶籍登記上並不存在有：「漢人身



分之中文姓名+原住民傳統名字之羅馬拼音」之選項，例如噶瑪蘭族以外之其他平埔族群人因仍不具原住民身分，就無法要求在其中文姓名之後，並列其傳統名字之羅馬拼音。姓名條例第4條第1項所定得並列傳統名字之羅馬拼音，而有兩個本名者，僅限於已取得原住民（包括上述噶瑪蘭族在內的16族）或其他少數民族身分者。然原與非原結婚所生子女一旦從非原父或非原母之姓，且未取用傳統名字者，就不可能取得原住民身分。既然不具原住民身分，就無從依姓名條例第4條第1項規定並列原住民傳統名字之羅馬拼音。這也是現行法下原住民身分、認同與姓名間的循環糾結。

[21] 至於本判決理由在種族平等的審查之後，於第45段認為：「…聲請人一及二爰主張系爭規定一及系爭規定二準用系爭規定一部分，另有性別實質不平權之違憲情形（註3），尚非顯然無據。」按原住民身分法係於2001年1月17日制定公布，自始即容許子女從父或從母姓，只是從漢父或漢母之姓者，不會取得原住民身分。民法第1059條則是於2007年5月23日修正公布後，始將原先的子女從父姓之規定，改為得從父姓或母姓。在民法修正前，原住民身分法有關子女從姓的規定，其實是比當時民法規定更符合性別平等。只是這項規範表面上的進步性，在民法第1059條也修正為得從父姓或母姓後，基本上已無太大區別。

[22] 至於系爭規定之實際適用結果，原與非原結婚所生子女從母姓者之比例，固然仍遠低於從父姓者，但兩者間差距則明顯低於漢漢結婚所生子女從母姓與從父姓之差距（民法第1059條之實際適用結果）。換言之，原住民身分法第4條第2項規定適用結果之性別不平等，恐怕是整個社會父姓常規影響下的產物，而不只是系爭規定運作的結果。甚至因為有系爭規定之適用，以致原本整個社會從父姓（約95%）和從母姓（約5%）比例懸殊之事實上性別不平等，在原與非原結婚的情形，還反而是縮小差距，而非更擴大差距。相關機關原住民委員會據此主張原住民身分法第4條第2項規定之適用結果，其實是減少原本因父姓常規所致之事實上性別不平等，而非擴大性別不平

等，不能說全無是處。本席認為：上述本判決理由第 45 段之論述及其註 3 之統計數字是否足以導出系爭規定與性別平等有違之結論，仍難以確定。就系爭規定之平等審查而言，原與非原結婚所生子女之所以無法取得原住民身分，比較是因為取用「漢」父或「漢」母之姓，而不是取用「母」姓之故。因此應該還是違反種族平等，而非性別平等。

### 五、結語：解開身分、認同、姓名間之糾結

[23] 除了本判決所審查的原住民身分法第 4 條第 2 項及第 8 條外，同法第 6 條第 2 項及第 3 項、第 7 條也是連結適用第 4 條第 2 項之相關規定，有關機關依本判決意旨檢討修正原住民身分法時，亦應一併注意，全盤修正，以免體系不一致。至於與原住民身分有關的其他規定或事項，如山地與平地原住民身分之區別是否應繼續維持、<sup>5</sup>跨族結婚所生子女能否同時登記兩種民族別等，這些問題雖然與原住民身分也有關，但限於聲請標的範圍，本判決並不及於此。

[24] 由於本判決未明文要求有關機關要導入原住民族或部落集體自主決定的機制，故如仍採國家法律的規範架構，依本判決意旨，本席認為比較單純、清楚的修法方向應該是合併原住民身分法第 4 條第 1 項及第 2 項，而均採目前第 1 項的立法原則：只要是原住民的婚生子女，不論原原結婚或原與非原結婚所生子女，都適用相同的標準（如申請登記<sup>6</sup>）取得身分。換言之，身分認定標準應從寬並簡化，另就基於原住民身分所得主張之各種優惠性待遇，則不妨於個別檢討後，分別訂定適合的標準。<sup>7</sup>至於是否要設定一定比例的原住民血緣要

<sup>5</sup> 依目前的法律定位，住在蘭嶼島上的達悟族是山地原住民，住在新竹縣的賽夏族之北族多為山地原住民，但住在苗栗縣的賽夏族之南族則多屬平地原住民。山地與平地原住民的區別其實也是歷史、政治的遺留，而也有重新檢討的必要。

<sup>6</sup> 本判決理由第 43 段亦有此意：「…又如果認為原原結婚所生子女可以透過登記而取得原住民身分，且其登記即足以彰顯其認同，則原與非原結婚所生子女之相同登記，為何就當然不足以彰顯其認同，而須另加姓名之要求？…」

<sup>7</sup> 例如現行「原住民學生升學優待及原住民公費留學辦法」第 3 條第 1 項第 3 款，就原住民學生參加大學新生入學，規定：「(一) 參加考試分發入學者，依其採計考試科目成績，以加原始總分百分之 10 計算。但取得原住民文化及語言能力

求，並一體適用於原原結婚或原與非原結婚所生子女、原住民非婚生子女之身分、不具原住民血統之非原住民為原住民收養是否亦取得原住民身分等問題，則非屬本件爭議，非本判決效力所及。

[25] 認同的養成是個動態發展過程，需要自身之學習和體驗，也和民族教育、生活環境、成員互動等息息相關，甚至會受到特殊事件的刺激所影響。形式上姓名或法律要求的登記只是起點之一，不應該是身分認同的分界點。本席捫心自問，我自己對身為台灣人的認同，其實也是透過閱讀、討論、體驗及各類事件的刺激，甚至是在國外留學時以異鄉人身分與當地的他邦人互動後的反省、領悟，長期累積形成的結果。在這個長期過程中，那張從小持有的國民身分證或出國時持有的護照，乃至於向來理所當然認為屬於我的台灣人身分，往往正是認同成長、強化，並進而影響行動與選擇的起點。這就是那一張身分證明的力量，戶籍登記簿中所記載的原住民身分，也會有此力量。

[26] 本判決是本庭在不到一年內，繼司法院釋字第 803 號解釋（2021 年 5 月 7 日）及第 810 號解釋（2021 年 10 月 8 日）後，就原住民議題所為之第三件裁判。雖然本件審查標的同屬涉及原住民權利義務之國家法規範，但本件則更直接涉及「誰是原住民」之身分資格問題。其爭議除了「國家 v. 原住民」之層面外，另有「原住民 v. 原住民」之層面。不論本庭如何判決，恐怕都無法獲得所有原住民之認同或接受，而必有來自部分原住民之批評反對。這是法院人設之內在兩難，本庭無從迴避，只能面對問題並承擔結果。本席希望：本判決能促進相關法令採取更具包容性的原住民身分認定政策及規範；能讓具有原住民血統者，更以她們的身分為榮；並且讓不具有原住民血統者，也以有原住民親人或朋友為榮。

---

證明者，以加原始總分百分之 35 計算。」就是區別身分和其他待遇要件的適例。

## 不同意見書

呂太郎大法官 提出

### 壹、本席立場

本席認為原住民身分法第 4 條第 2 項（即系爭規定一）規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」與憲法並無抵觸。

### 貳、尊重原住民族意願認定原住民身分，是憲法所要求之原則

按原住民個人，應如同其他非原住民之人民，平等同受憲法有關人民權利之保障，本無待論。就原住民及集合原住民所成之原住民族，在憲法上另賦予一般人民或其他民族所無之特別保障，亦即憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款關於原住民立法委員席次之保障，及第 10 條第 11 項及第 12 項有關原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等所為保障、扶助。至於保障之辦法，憲法增修條文第 10 條第 12 項特別指示國家「應依民族意願」以法律定之。

蓋尊重原住民族之自主決定，乃國家處理原住民族事務之重要原則，亦為聯合國大會通過之原住民族權利宣言所一再強調，前開憲法增修條文亦在揭櫫此一原則。所謂「民族意願」，從文義理解，當為一個集合概念，指某一原住民族群共同（至少是多數）之意願，而非指族內「個別原住民」之意願。因此，國家在建構相關原住民族之法律制度時，應依原住民族群之意願，而非指族內「個別原住民」之意願，乃當然之解釋。

應特別說明者，所謂「民族意願」，文義上固不排除依據特定民族（例如阿美族、泰雅族……等）之意願，制定屬於該族群之法律。但鑑於國內有眾多不同之原住民族，人數多寡不一，只為人數極少之特定原住民族制定法律，未必切合實際。何況臺灣因地狹人稠，不同原住民族間往來頻繁，應以法律規範其共同事項者，必所在多有。因此亦不能排除國家得依據「所有原住民族之意願」，制定可適用於所有原住民族之法律。

參、憲法上「原住民族」或「原住民」，為一法律概念

- 一、原住民族或原住民的意義或概念，可以從血緣、文化、社會、宗教或法律等層面加以描述。憲法增修條文第4條第1項第2款規定：「（立法委員席次）自由地區平地原住民及山地原住民各三人」，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。」雖未就該項規定所稱之原住民族或原住民，為任何定義。然判斷前開憲法所稱之「原住民族」或「原住民」之意義，乃國家依憲法規定建構包含原住民立法委員席次如何產生之法律，以及制定發展、推動原住民族語言文化及保障、扶助、促進發展原住民族事務之法律制度，所必須先行完成之準備作業。此之「原住民族」或「原住民」之意義如何，也影響到如何透過法律之制定，履行憲法上開義務問題。因此「原住民族」或「原住民」一詞，自然也成為適用憲法或依據憲法制定之法律時，所必須定義之法律概念。
- 二、吾人為了描述、理解、分析、討論及解決某一問題，通常會先就要處理之問題，界定其範圍，避免焦點模糊，言人人殊。為了要從憲法或法律制度層面，討論「原住民族」或「原住民」，當然必須界定「原住民族」或「原住民」，在憲法或法律制度上應有的意義或範圍。尤其憲法或法律制度是以國家權力加以維持與運作，事涉國家資源利用或國家能力範圍，所以在界定「原住民族」或「原住民」於憲法或法律制度上的意義或範圍時，更須具備明確標準、符合法律目的及可經由國家權力予以執行等要素。  
例如為了遵循憲法有關平地原住民及山地原住民立法委員席次之規定，法律必須就「平地原住民」及「山地原住民」設有具備前述要素之認定標準。為了善用國家有限資源，充分、有效率履行前開憲法增修條文第10條第11項及第12項之義務，亦須以具備前述要素之認定標準，界定「原住民族」、「原住民」

之範圍。事實上，如後述肆、二之立法過程，及協商通過之原住民身分法第 1 條第 1 項明定：「為認定原住民身分，保障原住民權益，特制定本法。」可知原住民身分法是由原住民立法委員主動提出法律草案，立法目的係為使原住民得享有前開憲法增修條文所賦予之權益，因而必須認定原住民在法律上之身分。

肆、基於議會民主制度，依原住民族之立法委員共識所制定之原住民身分法，原則上應認為符合原住民族之意願

一、在議會民主制下，國家法律之制定，應由代表民意組成之立法機關為之。我國憲法亦規定立法院有議決法律案等權力，立法院由人民選舉之立法委員組織，代表人民行使立法權（憲法第 63 條、第 62 條參照）。是就憲法規定之意旨或民主政治之運作實際而言，民意代表於立法機關所為立法或其他意見表達，除非人民直接進行法律案之創制、複決或公民投票，否則常態上應被認定為係所代表之人民之意思。

二、就原住民身分法之立法過程觀之，應認為符合憲法增修條文第 10 條第 12 項之原住民族意願所制定之法律。理由如下：

（一）立法院內政及民族委員會立法委員楊仁福（中國國民黨籍，阿美族）於中華民國 89 年 1 月 5 日提出「原住民身分認定法草案」，於立法說明中指出立法目的為：「原住民的身分必須先獲得認定，才能享受中華民國憲法增修第十條（按：公報誤載為第十一條）所賦與的權利。」有關原住民身分之認定，草案採血統主義，第 4 條規定，雙親為原住民，則子女取得原住民身分，雙親之一為原住民，子女是否取得原住民身分，於當事人未滿 18 歲時，由父母協議決定是否取得原住民身分，而年滿 18 歲者，則依當事人個人意願決定是否取得、保留或喪失原住民身分（立法院第 4 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書，委 81 頁至委 85 頁參照）。

（二）立法委員章仁香（中國國民黨籍，阿美族）、林春德（親

- 民黨籍，賽德克族）、曾華德（中國國民黨籍，排灣族）於89年4月19日共同提出「原住民身分法草案」，其立法目的為：「原住民身分之取得與喪失等事項，係取得原住民權益或優惠受益對象之資格，屬人民權利、義務之事項，中央法規標準法第五條第二款明定，應以法律定之。」有關原住民身分之認定，草案第3條規定，父母均為原住民者，其所生之子女取得原住民身分。父母有一方為原住民，另一方為非原住民者，除父母另有協議外，其子女取得原住民身分。如父母協議其子女為非原住民者，其子女於成年後，得自願取得原住民身分（立法院第4屆第3會期第9次會議議案關係文書，委19頁至委23頁參照）。
- （三）上開2草案經該委員會併案審查，幾經討論後，於89年5月10日之審查會，決議有關前開楊委員版第4條及章委員版第3條，均予保留，送院會討論（立法院公報第89卷第28期委員會紀錄，第333頁、第353頁及第90卷第5期院會紀錄，第455頁參照）
- （四）89年5月20日民主進步黨籍之陳水扁先生就任總統，前述（一）及（二）提案之委員成為在野黨立法委員。行政院於同年9月23日函請立法院審議「原住民身分認定條例草案」，併同（一）及（二）草案審議。於90年1月2日、3日、4日召開之立法院第4屆第4會期第28次院會（二讀會），併案審議上開草案時，主席宣布：「針對本案，在野聯盟有一協商結論。……本案逐條討論時，依在野聯盟協商結論所列條文次序進行處理。」旋於院會照上開協商條文通過（立法院公報第90卷第5期院會紀錄，第462頁至464頁參照）。
- （五）查上開立法院在野聯盟協商會議，係於89年12月26日中午12時20分至2時50分，於立法院試場三樓會議室召開，出席委員為楊仁福（中國國民黨籍，阿美族）、瓦

歷斯.貝林（全國民主非政黨聯盟推舉，賽德克族）、章仁香（中國國民黨籍，阿美族）、蔡中涵（親民黨籍，阿美族）、高揚昇（中國國民黨籍，泰雅族）、林春德（親民黨籍，賽德克族）、曾華德（中國國民黨籍，排灣族）。參與協商之代表，除前述出席委員外，另有鍾紹和、何智輝、馮定國、蔡豪、賴士葆、曾永權及羅福助等在野立法委員。與本件有關之協商結論，法案名稱定為「原住民身分法」，第 4 條第 1 項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。」第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」（立法院公報第 90 卷第 5 期院會紀錄，第 463 頁及 464 頁參照）。

上開協商會議，係由各在野黨之原住民立法委員出席，在野之其他立法委員參與協商，至於政府部分（行政院）所提出之「原住民身分認定條例」草案，從院會紀錄觀之，並未進行實質審議。縱該協商結論之內容，與政府部門所擬之草案內容相同，以當時立法委員席次分配係處於「朝小野大」之情況，難認該協商結論係出於國家行政部門之意思，而非出於協商之立法委員之共識。又出席之立法委員全部為原住民立法委員，因此應認為依此一協商結論所制定之原住民身分法，符合憲法增修條文第 10 條第 12 項所要求「依民族意願」制定有關保障、扶助原住民族之法律。

#### 伍、大法官不能忽視原住民族之意願

作為憲法審查機關，大法官係針對系爭規定一之「原住民」身分之取得，是否為履行憲法義務所採取之適當規定為判斷，不是就系爭規定一是否符合文化、社會、政治、血緣等層面之原住民身分。又依憲法增修條文第 10 條第 12 項規定，國家為保障、扶助原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等所制定之法律，其所規範者，基本上為原住民族之族群認同、原住民身分之認同或原住民族權益之取得或分配之問題，均與原住民族之文化有關，且為原住民族內



部問題，與原住民基於一般人民地位應受憲法保障之權利，關係較薄。故憲法前開增修條文乃規定制定此等法律「應依原住民族之意願」，則大法官於審查上開法律是否違憲，自應以該法律是否係依原住民族意願所制定，為審查依據，不能忽視原住民族之意願而為審查，自屬當然。

試想：如果全體原住民均認為系爭規定一符合其傳統文化，亦有助於其地位、身分之保障，大法官得否不受原住民族意願之拘束，認為系爭規定一對於某些特定之原住民仍可能發生不利，以違反性別平等、比例原則等理由，宣告系爭規定一違憲？退一步言，如以公民投票方式確認多數原住民族均同意系爭規定一者，情況是否有所不同？如前述二種情形，均應採否定，認為大法官應尊重基於原住民族之意願所制定之法律，不得為違憲宣告，何以原住民以選舉方式選出代表其意願之立法委員所為之立法，大法官即可以無視其亦出於原住民族之意願，而得為違憲之宣告？

陸、系爭規定一實質上亦難認係違憲

一、原住民身分法制定之主要目的，在於使原住民得否享有憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項所賦予之權益，有認定標準

原住民身分法制定之主要目的不論基於「原住民的身分必須先獲得認定，才能享受中華民國憲法增修第十條（按：公報誤載為第十一條）所賦與的權利。」（楊仁福委員版），或基於「原住民身分之取得與喪失等事項，係取得原住民權益或優惠受益對象之資格，屬人民權利、義務之事項，中央法規標準法第五條第二款明定，應以法律定之。」（章仁香等委員版），均為判斷得否取得原住民所享有之法律上權利、義務之事宜。因此，應否賦予原住民身分，所應考慮者，除了原住民個人之族群認同外，亦涉及國家資源如何善用、國家能力範圍之問題。

易言之，無限制擴大原住民身分之認定，是否會使原住民族與非原住民間之區別變為模糊，欠缺原住民族群體之認同性？是否因而稀釋國家有限資源，導致憲法增修條文第 10 條第 12 項，要求國家應有

保障、扶助原住民地位、權利或教育、文化等義務，流於華而不實之口號？反之，過於限縮原住民之身分認定條件，致國家資源僅為少數人所享有，是否將使前開憲法增修條文之意旨，反造成特權化之現象？乃系爭規定一所欲處理之問題。

至於如何從人格權、人性尊嚴、血緣關係、歷史地位或傳統文化等層面，界定原住民身分之取得，既非系爭規定一所欲解決之問題，可能也不是法律所能解決之問題（參照原住民身分法第 2 條關於「最初之原住民」之界定，亦出於國家權力）。

本判決多數意見雖認為「原住民身分之取得與原住民所得享有之優惠措施不當然等同；立法者就原住民優惠措施之設置固有裁量權，但仍應將原住民身分與原住民所得享有之優惠措施，依優惠措施之性質作適當之區分」「是如相關機關本於有限資源合理分配考量，欲以族群文化認同強度作為具原住民血統者，所得享有各項原住民優惠措施之高低準據，尚屬立法裁量範疇」（判決第 50 段）。然本席認為，原住民身分法之立法目的，本來就是為了確定得享有現行法有關原住民權益之「主體」為何所設共通規定，並不排除其他法律基於特別行政考量，另就得享有特定權益之原住民，特別規定其他要件（原住民身分法第 1 條第 2 項參照），若其他法律未為特別規定，即依原住民身分法之規定，如此即可不必就個別規定適用之「原住民」要件。事實上，現行法規及行政規則中，就原住民為特別規定者，法規數量即達數百種，所涉法條數量更逾千條。在個別法規或行政規則分別規定應適用該法規或得適用該法規之「原住民」之要件，在立法技術上，其實並不可行，且無必要。

以最近公布有關原住民之解釋為例，如釋字第 803 號解釋所涉之野生動物保護法、槍砲彈藥刀械管制條例規定之特別受保護或除罪之原住民，釋字第 810 號解釋所涉之原住民族工作權保障法及政府採購法規定應僱用之一定比例原住民，是否也要在上開法律規定「何種條件下之原住民」才可適用上開規定，不符合此種條件者，縱然具有原住民身分，亦不適用上開法律？

## 二、將原住民血緣與原住民身分同視，難落實憲法要求

系爭規定一：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」此一規定，係適用於原住民與非原住民結婚所生子女。從血緣之觀點，如有 100% 原住民血緣之原住民，與完全無原住民血緣之非原住民結婚，則其所生之子女係具有 1/2 之原住民血緣。如該子女復與非原住民結婚，則所生之第 2 代子女，僅有 1/4 之原住民血緣，依此類推此一結婚模式，其所生子女之原住民血緣，第 3 代為 1/8，第 4 代為 1/16，第 5 代為 1/32，第 6 代為 1/64，第 7 代為 1/128，時間愈久，原住民血緣關係愈淡薄。

立法政策上，規定凡有原住民血緣者，均具有原住民身分，理論上雖非不可行。只是作為履行憲法要求之法律制度，應有其穩定性與持續性，如果僅從血緣觀點，作為認定原住民身分之唯一要件，將原住民血緣有無等同原住民身分有無，則歷時愈久，原住民血緣愈淡薄，但原住民人數愈多，個別原住民所享有之國家資源必將嚴重稀釋，將無法真正落實憲法增修條文第 10 條第 12 項保障、扶助原住民族之意旨。

何況依前述原住民立法委員楊仁福提案第 4 條及章仁香委員提案第 3 條，以及在野聯盟之協商結論，原住民與非原住民結婚之情形，所生子女是否取得原住民身分，於子女未成年時，由父母協議決定，成年後可自行決定。即便是立法院第 4 屆 8 位之原住民立法委員中，唯一未參與協商之林正二委員（阿美族，中國國民黨），亦連署楊仁福委員提出之前述「原住民身分認定法草案」，贊同草案第 4 條規定，且於審查會時表達原住民子女身分，應由父母決定之立場（立法院第 4 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書，委 81 頁、84 頁，立法院公報第 89 卷第 28 期委員會紀錄，第 341 頁參照）。可知於立法過程中對於原住民與非原住民結婚所生子女，不因有原住民血緣即當然取得原住民身分，並無不同意見。

此外，將原住民血緣有無等同原住民身分有無，尚須面臨二個問

題：一、如何證明身為「原住民」之父或母，係具有原住民血緣，因而取得原住民之身分（原住民身分法第 2 條參照）？二、有關為原住民收養無原住民血緣之子女，是否應取得原住民身分？

三、法律規定原住民身分之取得，除血緣外尚須有認同之表徵，並不違憲

按血緣為識別不同民族之重要因素，固無待言。然為建構國家有關原住民之法律制度，難將原住民血緣有無等同原住民身分有無，亦如前述。依憲法增修條文所保障、扶助者，為原住民族地位、政治參與、文化、教育、民生經濟、福利等原住民族文化生活事項，而非成員之個別原住民之血緣。身為原住民族成員之個別原住民，固有認同並遵循傳統文化生活之權利，但此權利仍係緣自前開憲法增修條文所承認之原住民族文化（釋字第 803 號解釋參照）。系爭規定一應認係依據原住民族意願所制定之法律，已如前述，其對欲取得原住民身分而受前開憲法增修條文所特別保障、扶助之權利者，設定除血緣之外，另須具備原住民族所認同之表徵，以強固或凸顯原住民族文化之主體性，使原住民族文化得以延續、發展，亦難認與前開憲法增修條文之意旨有違。

四、以姓名作為身分認同之表徵，亦不違憲

（一）姓名是身分表徵也是國家制度

姓名為他人對自己之呼號，為自己與他人進行社會活動時，所不可欠缺之媒介。姓名，具有表彰自己與他人為不同之主體，以利於社會活動上之辨識之功能。某程度，姓名也具有表明自己所屬之血緣與宗族等功能，在愈重視傳統文化之社會，此一功能愈為明顯。尤其在一個社會或國家內，處於政經地位弱勢之少數民族，透過姓名達到族群認同，有時更顯其必要性。惟不可忽視者，依我國目前整體法律制度，姓名亦有便於國家各項施政之功能。因此，姓名權固然屬於表彰個人身分之人格權之一環，但姓名制度，也是國家制度，自不待言。

（二）姓名非不得作為認同原住民身分之手段

個別原住民族對其所屬成員之身分認同方式，固未必一致，即使是姓或名，各原住民族亦有不同之傳統。如果是否具有原住民身分，在法律上並無特殊效果，亦不涉國家施政，國家自無透過法律規定原住民身分如何取得之必要。然而，原住民族之意義、範圍或原住民身分，已成為國家之憲法或法律制度之一環，且與原住民族或原住民之法律上權益有關，已如前述。因此，國家依原住民族之意願，制定可適用於全體原住民族之認同方式，即難遽認與憲法意旨不合。

至於認同方式，究依血緣、宗教儀式、紋面、服飾、姓名、戶籍註記或其他方式，當然可以有各種選擇，只須依原住民族之共同意願，選擇易於辨識、易於執行、可適用於全體原住民族又可真正落實憲法增修條文保障、扶助原住民族之意旨者，即無違背憲法之問題。

鑑於前述（一），姓名於表彰個人主體性、社會交往、族群認同及國家施政上之功能。因此，依原住民族意願所制定之系爭規定一，選擇以具有原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，作為原住民身分認同之表徵，即難認為違反憲法。

（三）已賦予當事人選擇機會，無所謂平等問題

或有主張系爭規定一規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」與同條第1項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分。」相較，系爭規定一已違反平等。然究違反何種平等，則有不同觀點，或認為於漢父原母結婚之情形，在社會多採用父姓之傳統下，所生子女亦採父姓而無法取得原住民身分，有歧視女性之不平等；或認為於「原與原結婚」之情形，依同條第1項，不論採父或母姓，均取得原住民身分，但於「原與非原結婚」之情形，則須從有原住民身分之父或母之姓，始能取得原住民身分，二相比較，對「原與非原結婚」之子女不公平。

按系爭規定一與同條第 1 項之規定，可以從血緣與從姓二層面觀察。就血緣之觀點，二者所生子女，均有原住民血緣，似乎應同賦予原住民身分，始符公平。然而，將原住民血緣與原住民身分同視，難成為落實憲法增修條文意旨之法律制度，已如前述，故以此觀點認為系爭規定一違反平等，僅重視形式平等，忽略憲法增修條文特別保障、扶助原住民族之意旨，已難贊同。就從姓之觀點，表面觀之，二者似有不同。但實質而言，二者均「從具原住民身分之父或母姓」為取得原住民身分之要件。易言之，於第 1 項規定情形，不論從父姓或母姓，亦係因其「從具原住民身分之父或母姓」，故取得原住民身分，與系爭規定一，並無不同，難認其違反平等原則。

何況於原住民與非原住民結婚之情形，除非法律將原住民血緣與原住民身分同視，規定凡有原住民血緣者，即有原住民身分，否則就其所生子女應否享有原住民身分，必發生須有所選擇之問題。但將原住民血緣與原住民身分同視之立法，並非可採，已如前述。又依前述，於原住民與非原住民結婚之情形，所生子女並不因有原住民血緣而當然取得原住民身分，於子女未成年時，仍應由父母協議決定，成年後可自行決定，於立法過程中並無不同意見。因此，只剩如何選擇或由誰選擇之問題。依系爭規定一及同法第 7 條第 1 項規定，於子女未成年前由父母選擇，成年後可自行選擇，已賦予當事人有選擇機會。

(四) 系爭規定一，並非不可變更或透過法律解釋，達到本判決希望之認同方式

系爭規定一，縱以是否從原住民之父或母之姓，或原住民傳統名字，作為選擇享有原住民身分之方法，而不以其他方式，只是原住民族之意願之表達而已，並不排除嗣後復依原住民族新意願，制定其他選擇之法律。但無論如何，基於憲法增修條文要求「應依原住民族意願」制定法律，不應發生未選擇大法官所認為之「最好」或「更好」方式，即宣告該依原住民

族意願所制定之法律違憲。何況系爭規定一係規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」原住民傳統名字，可作為取得原住民身分之條件，而所謂具原住民身分之父或母之姓，亦包含漢姓及漢名在內。從而，為達到本判決多數意見，認為「要求在從非原住民父或母之漢姓、漢名之外，另並列其所屬原住民族傳統意義之名字」（本判決第30段），亦可取得原住民身分之目的，透過對系爭規定一為合理解釋，並非絕不可行，未必要宣告其違憲。

## 不同意見書

蔡宗珍大法官 提出  
吳陳鐸大法官 加入  
林俊益大法官 加入  
張瓊文大法官 加入

本判決核心爭議在於原住民身分法第 4 條第 2 項規定是否違憲。對此，本席認為，就原住民與非原住民結婚所生之未成年子女，於其成年而得以自主變更為從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，以取得原住民身分前，欠缺使其仍有依其他一定要件而取得原住民身分之機會之規定，於此範圍內，國家依憲法之委託所負有之立法形成原住民身分法制義務之履行顯有不足，牴觸憲法保障原住民族地位與權利之意旨，應由有關機關修正相關法律妥為規定。上開主張與理據，與多數意見所支持之本判決主文與理由均有重大差異，爰提出不同意見如下：

### 一、憲法審查基礎

國家應積極維護發展原住民族語言及文化，並應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項定有明文。是原住民族之地位、政治參與、語言及文化之存續與發展等，均受憲法明文保障，國家負有保障、維護、扶助並促進其發展之義務。此外，憲法更明文要求國家應以法律明定對原住民族教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業之保障扶助與促其發展之各種措施（憲法增修條文第 10 條第 12 項規定參照），乃憲法具體委託之國家任務，國家依此負有立法實施相關行政措施之積極給付義務，其目的應在於藉此積極調整原住民族長期所承受之各種生存與發展上之不利處境與不平等待遇，進而促進原住民族於各領域之平等發展。基此，國家對原住民族所負有之憲法義務，主要即為落實憲法各種保障及受憲法委託之積極給付義務。

原住民係原住民族之構成員，乃具體承載與表現其所屬原住民族之認同與文化傳承之主體，為國家履行憲法委託之積極給付義務之基



本前提與實施對象，是原住民自應為憲法對原住民族之保障之一部分。惟有關原住民之意涵及其資格要件，憲法並未自行定義，而須由立法者制定法律具體形成，正如同中華民國國民資格所繫之中華民國國籍（憲法第3條規定參照）、邊疆地區各民族（憲法第168條及第169條規定參照）、澎湖、金門及馬祖地區人民（憲法增修條文第10條第12項後段規定參照）與僑居外國國民（憲法增修條文第10條第13項規定參照）等受憲法保障之人民特定身分或地位般，均須由立法者立法形成其身分認定要件，方得落實憲法相關保障意旨。立法者此等立法形成任務，性質上應屬強制性（而非任意性）憲法委託事項，立法者因而負有立法形成原住民身分認定法制之義務。

就此立法義務之履行，立法者固享有一定程度之立法形成自由，惟其立法決定須符合立法平等之要求，亦即其所選擇之用以認定原住民身分之連結要素或身分取得要件，須與立法建立原住民身分之目的間具有正當合理之關聯，不得恣意。又，此等立法者基於憲法委託所負之立法義務，其履行尚須達最低限度之要求，如其立法建立之原住民身分取得標準與要件，若將導致特定範圍之權利主體取得原住民身分之機會遭第三人（包括其父母或其他法定代理人）封鎖者，立法者之義務履行即難謂已達憲法最低限度之要求。

就原住民身分之連結要素或身分取得要件之立法決定而言，除直接影響個人就原住民身分之取得外，亦對其所屬原住民族之傳承與發展有重大而深遠之影響，因此，對此所為之立法制度形成，立法者除應考量原住民族文化與傳統習俗外，亦應適切保障與維護原住民族成員間之認同、凝聚與文化傳承之永續發展。是以，原住民身分取得之重要考量因素，即不外客觀性與主觀性要素二種，均為立法者履行憲法委託之立法義務時所應考量者。其中，客觀性要素通常以血統主義表現，即欲取得原住民身分者，須為原住民之後裔。主觀性要素則著重於主觀上認同，亦即欲取得原住民身分者對所欲參與之原住民族須有群體之認同，並自我認同為其成員，後者尤為是否承認其為原住民之關鍵（1989年原住民族與部落族群公約第1條2項規定參照）。

客觀血統要素之要求，係為顯示原住民族群成員身分客觀之傳承；主觀認同要素則有助於確保用以凝聚原住民族之精神、價值與文化之傳承。立法者於原住民身分取得法制之形成上，若僅偏重客觀性之原住民血緣傳承關係，忽視對原住民族之認同或為其成員之自我認同等主觀要素之要求者，其於履行受憲法委託之立法義務上，即有不符憲法委託意旨之不足。

尤須說明者，「原住民」乃是一種法律地位或身分（Status），係附隨於權利主體之法律屬性，其本身尚無涉憲法上之權利概念，而是享有憲法與法律所保障或賦予之相關權利之前提資格，且有待立法具體形成其要件等內涵，已如前述。因此，依法取得原住民身分之人民，除其本於人民與國民身分本得享有之各種憲法基本權外，亦得享有具原住民身分者始得享有之憲法保障與權利（如司法院釋字第 803 號解釋所肯認之原住民文化權利）；未能依法取得原住民身分者，則尚難主張其基於憲法人格權之保障，即享有所謂「原住民身分認同權」，或甚至以憲法第 22 條為據直接認定該等權利之存在，進而主張有權取得原住民身分。從憲法基本權之權利內涵，無法導出基本權主體之身分屬性，更無法導出基本權主體對該身分屬性之取得權或「身分認同權」，否則形同主張與論理邏輯之循環。「身分」既不同權利，則立法者於立法形成身分法制時，固受各種憲法客觀規範之拘束，但基本權主體對此尚無得據以向立法者主張特定憲法上權能與內涵之基本權可言，就此而言，自無憲法上用以節制國家權力過度侵害人民基本權之比例原則之適用。

## 二、現行法制關於原住民身分之認定與取得要件

### （一）原住民身分之認定

現制下，有關原住民身分之認定與取得要件，係明定於自中華民國 90 年 1 月 1 日起施行之原住民身分法，其前身則依序為 69 年 4 月 8 日臺灣省政府發布施行之「臺灣省山胞身分認定標準」、80 年 10 月 14 日內政部發布施行之「山胞身分認定標準」及 83 年 10 月 24 日內政部修正發布之「原住民身分認定標準」。於臺灣省政府發布施行

臺灣省山胞身分認定標準前，有關原住民身分之認定，並未以統一法規予以明定，而是以台灣省政府自 35 年起陸續下達之公函為依據。而有關於原住民身分認定之標準，自始即以臺灣光復前之戶口調查簿之登記資料為據，亦即臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者，為山地原住民；臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者，為平地原住民（原住民身分法第 2 條規定參照）。本人據上開規定所為山地或平地原住民之登記，乃原住民身分之創始登記。基此，原住民身分之認定，係藉助臺灣光復前之籍設地及戶口調查簿登記其本人或其直系血親尊親屬為原住民族者為原住民，由此彰顯原住民身分之認定，係以特定制度為基礎，而非根源於「原始存在」之權利。

## （二）現制下原住民身分取得要件及其內涵分析

關於原住民身分之取得標準，自始（民國 35 年後）即以父母子女間之血緣關係（即所謂血統主義）為基礎，以具原住民身分之父母身為前提，進而定其子女取得原住民身分之要件。其內容演變至今雖已有相當大之變化，然自始至今不變的是，取得（及嗣後喪失或回復）原住民身分之申請、審核、准駁決定與顯示，均係以戶籍登記方式為之，且得於子女出生登記時即併同辦理登記。換言之，我國原住民之身分，自始即以戶籍登記方式確認之，為國民身分基礎上所賦予之一種外加法律身分，並非如若干外國法制（往往見於無戶籍管理制度之國家），係依各種保障或福利措施之目的而分別個案認定之。也由於原住民身分之取得自始即與戶籍登記相結合，且於父母為子女辦理出生登記時即得為之，因此，無論原住民身分法制化前或後，有關原住民身分取得要件，有權機關均納入或結合戶籍登記（尤其出生登記）之個人基本登記事項之要素。

就現制言，原住民身分之取得要件，主要規定於原住民身分法第 4 條至第 8 條。其中，本件聲請案核心爭議所在之原住民身分法第 4

條第 2 項規定：「原住民與非原住民結婚所生子女，從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」（下稱系爭規定）與同條第 1 項規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」、第 5 條針對收養情形之規定及第 6 條針對原住民之非婚生子女之規定，共同構成原住民之子女取得原住民身分之基礎要件；第 7 條及第 8 條則為上開規定之補充規定。

就上開規定為整體觀察，首先，立法者就原住民身分之取得，係以父母子女之法律上血親關係（法律上血統主義）為客觀前提；其次，立法者進而區分天然血親（含婚生或非婚生子女）與擬制血親（收養），分別設定不同之原住民身分取得要件，屬於由欲申請取得原住民身分者依其意志而予以滿足之要件，性質上應屬於主觀要件。其中，就天然血親之子女取得原住民身分之要件部分，係納入子女之從姓與名字之要素而為規定。

由於我國法制上有關子女之從姓，除養子女得例外維持原來之姓外，無論婚生子女抑或非婚生子女，均僅得從父姓或母姓（民法第 1059 條、第 1059 條之 1 及第 1078 條規定參照），而子女欲從父或母之傳統名字者，係以其父或母具原住民身分為前提；因此，除收養情形所生擬制血親關係有特別規定外，凡原住民所生之子女，其原住民身分之取得，實均以「**子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字**」為共通要件。此於原住民與非原住民結婚所生子女，或原住民所生非婚生子女經非原住民父認領，或非原住民所生非婚生子女經原住民父認領之情形，已明文表現於系爭規定與同法第 6 條規定中；即如父母雙方均為原住民以及原住民女子之非婚生子女之情形，其子女亦必從其原住民父母之一方或原住民生母之姓或其傳統名字。因此，現行取得原住民身分之規定均隱含上開共通要件。

申言之，就第 4 條第 1 項之規定言，其雖未若系爭規定明定「從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者」之要件，而僅簡潔規定：「原住民與原住民結婚所生子女，取得原住民身分」，然原住民與原住民結婚所生子女，亦必從其父或母之姓或取用原住民傳統名

字，因此該規定本質上即已蘊含與系爭規定相同之要件內涵，僅立法技術上予以省略。該條2項規定實可整合、簡化為：「婚生子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字者，取得原住民身分。」就此而言，系爭規定與同條第1項規定間，並不存在取得原住民身分法定要件之差異。

綜上，立法者針對天然血親之父母子女關係，就其子女原住民身分之取得之主觀要件，係採從其具原住民身分之父或母一方之姓，或從其原住民傳統名字之要件。

### 三、系爭規定內容之合憲性審查

立法者既以「婚生子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」為天然血親之子女取得原住民身分之共通要件，系爭規定係針對其中原住民與非原住民結婚所生子女之情形而為規定，因此，系爭規定之合憲性審查，其核心爭議仍在立法者以上開共通要件為原住民身分取得要件是否合憲問題。具體而言，立法者以「從姓」或「取用原住民傳統名字」為取得原住民身分之法定要件，於原住民身分法制之立法形成上，是否合於其目的之追求？其手段是否恣意？

(一) 立法者就原住民身分之取得，於父母血統關係外另設表徵認同之要件，非憲法所不許

首應檢討者，立法者就天然血親之子女原住民身分之取得，得否於父母血統關係外，另設表徵認同之要件。對此，毫無疑問應予肯定。表徵原住民身分認同之要件，屬客觀血緣傳承關係外之主觀要素，係欲取得原住民身分者所應具備之個人條件。此等主觀性條件設定之目的則在促成所屬原住民族成員間之凝聚，不僅非憲法所不許，甚至應為立法者履行憲法委託之立法義務時所應採擇之標準；蓋若僅有血統上之客觀連結，卻缺乏主觀上之族群認同與自我認同表現即可取得原住民身分，勢必弱化其血統所連結之原住民族之凝聚與團結，長久以往，原住民族之文化傳承恐亦有鬆散化，甚至斷裂之危機，凡此皆悖離憲法保障原住民族與其文化傳承永續發展之意旨。

(二) 天然血親子女之從姓或取用原住民傳統名字，均可彰顯父或

### 母之原住民血緣傳承與認同

姓名係人之法律人格之代表，依法辦理戶籍登記之國民均須登記姓名，並為法律上之本名，代表本人。我國現制下，除收養所形成之父母與子女關係之情形外，於天然血親之情形，子女必然承續父或母之姓（或從其原住民傳統名字），因此，天然血親子女之姓氏，本質上即已彰顯其與所從姓之父或母間之血緣關係。又，父、母與其子女間分屬直系一親等血親之二種血緣系絡，因此父與母之姓就其子女而言，亦可表彰其所從出之二種血緣系絡。而子女從姓之選擇，即顯示父母所協議或子女成年得以自主後，對於子女二種血緣系絡之顯、隱決定。換言之，天然血親之子女從姓之決定，無論出自父母之決定或本人嗣後之決定，於子女法律身分上均象徵從姓一方之父或母血緣傳承之顯現，其於社會實態與風俗習慣中，往往也代表其主要承續之家族系譜或香火傳承關係；反之，未從姓一方之父或母血緣則為子女法律身分上之隱性傳承。又，人之姓名為人格之表現，於法律生活上即表徵其身分，因此姓與名字均足以表現個人之認同。由此可知，子女從姓之選擇，具有一般性彰顯父系或母系親族血緣傳承之選擇與認同之意涵與功能。

於此應強調的是，子女從姓所彰顯之血緣傳承，重點係在於父或母姓氏所連結之父或母血親身分，而不是抽象的姓氏字義，否則姓名條例即毋須就姓氏之決定及變更設有限制。因此，縱使其父或母或其所從姓之直系血親尊親屬曾改姓，並不影響父或母「本人」與其子女間之血緣傳承，自亦不影響姓氏所彰顯之血緣傳承與個人認同之意義。有認原住民如今使用之漢姓，係外來統治者強迫施予，與其傳統命名文化格格不入，大部分原住民改從之漢姓亦不具文化傳承上之意義；然而，即便原住民所從之漢姓非其（父祖或母祖）所願，其字形或字義亦不具傳統文化上之意義，該漢人姓（名）卻仍明確代表其父祖或母祖，且從姓彰顯的是父祖或母祖之血緣傳承，並非該漢人姓氏的字義！換言之，只要原住民所生子女從其具原住民身分之父或母之姓，則此一姓氏即代表了原住民父或母與其子女之血緣傳承關係，以

及對其所屬原住民族之連結與認同，因而亦表彰了原住民身分之傳承。

此外，原住民傳統名字之取用，原本即具有與其原住民父母、甚至祖先血緣關係之連結，因此，原住民與非原住民所生子女若取用原住民傳統名字，亦已顯示其與具原住民身分之父或母之血緣傳承關係，甚且更彰顯其對所屬原住民族之認同。

(三)「婚生子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字」乃立法者擬制之主觀認同表現；此一擬制規定有其正當性，並非恣意，與憲法平等立法之要求無違

天然血親之子女從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，既足以彰顯其與原住民族之血緣傳承，藉此客觀上亦可顯示本人與其具原住民身分之父或母所屬原住民族之連結以及對此一定程度之認同（含對該原住民族之認同與自我認同為其成員），則立法者以該等可與原住民族（成員）產生連結之從姓或名字之要素，作為原住民身分取得之要件，實具有將之擬制為欲取得原住民身分者之認同表現之用意。就此而言，立法者關於天然血親子女取得原住民身分要件之規定，包括系爭規定在內，客觀上即具有正當合理性，並非恣意，尚難認有牴觸憲法之疑慮。更何況，如前所言，我國法制上係以原住民身分為國民身分基礎上之一種法律身分，是戶籍登記中之身分登記法定事項之一（戶籍法第4條第1款第9目規定參照），相關法律並未排除得於辦理出生登記時，即由父母等法定代理人為本人申請取得原住民身分，並完成登記。立法者就天然血親之子女取得原住民身分之要件，除其父母應至少一方具原住民身分之客觀血統要素外，以其從姓或傳統名字之選擇擬制為主觀認同表現，亦有使子女於無行為能力階段即可取得原住民身分之正當制度考量，亦證立法者關於天然血親子女取得原住民身分要件之規定，包含系爭規定在內，並無違反立法平等而違憲之疑慮。

至立法者就收養之子女另定原住民身分之取得要件，因收養所生之父母子女關係本即為擬制血親關係，欠缺天然血緣，勢需另有兼顧

原住民血緣傳承與身分傳承之標準，與天然血親之情形難以比擬，自有為不同規定之必要，附此敘明。

四、系爭規定就未成年子女部分之規範不足，於此範圍內違憲

就系爭規定而言，其就子女取得原住民身分之要件規定，係屬絕對必要之要件，不符該等要件者，原住民與非原住民所生子女即無從取得原住民身分。而依原住民身分法第 7 條第 1 項之規定，於父母僅一方具原住民身分之情形，其子女是否從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，子女成年前係由法定代理人協議，成年後始得依個人意願變更。因此，父母僅一方具原住民身分之子女出生後、成年前，是否得依系爭規定取得原住民身分，端視其父母或其他法定代理人是否協議使其從具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字。此種情形下，未成年子女原住民身分之取得，完全附隨於其法定代理人就未成年子女從姓與名字之專屬性決定權；其結果，法定代理人即享有封鎖其未成年子女取得原住民身分之權限，或相反地，得無視未成年子女之真實意願，而強行為之申請取得原住民身分。

然而，未成年子女為獨立之權利主體，於憲法上亦享有獨立之權利保障地位，絕非其父母（包含具原住民身分之父或母）等法定代理人權利之附屬或客體。系爭規定所定取得原住民身分之要件，就子女成年前之階段，子女如欲取得原住民之身分，除由父母等法定代理人行使其對子女之姓、名決定權予以滿足外，別無其他管道可循；因此，就未成年子女得否取得原住民身分而言，系爭規定無異使未成年子女成為其父母等法定代理人權利行使之客體，未成年子女亦因而實質喪失取得原住民身分之權利主體地位。是系爭規定欠缺使原住民與非原住民結婚所生之未成年子女，於其成年後依其認同，而得以自主變更為從其具原住民身分之父或母之姓或原住民傳統名字，以取得原住民身分前，仍有依其他一定要件（如所屬原住民族之認可等）而過渡性或終局取得原住民身分之機會之規定，致使該等未成年子女於成年前取得原住民身分之可能，完全掌握於父母之決定，亦可能受其封鎖。於此範圍內，憲法課予國家形成原住民身分法制之立法義務之履行，



顯有不足，從而抵觸憲法保障原住民族地位與權利之意旨。

由於此種立法者因履行不足所致之違憲情形，立法者並未喪失其於立法義務之履行所享有之立法裁量權，包括立法手段與方式之選擇等，因此此等立法不足之違憲仍須由立法者適切行使其裁量權，充分履行其立法義務予以排除，尚不得由職司憲法審判之憲法法庭逕行介入而決定未成年子女於成年前取得原住民身分之要件。

五、本判決依職權將 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身分法第 8 條規定納入審查範圍，並宣告其「準用第 4 條第 2 項部分違憲」，缺乏合理性與必要性

本件聲請人樂桃·來有與梧梅·來有（即聲請人一）除就系爭規定提出聲請外，另就原住民身分法第 2 條第 1 款、97 年 12 月 3 日修正公布之第 8 條第 1 項及第 2 項規定提出聲請。其中針對原住民身分法第 2 條第 1 款規定聲請部分，經本判決不受理，第 8 條規定部分（下稱 97 年版第 8 條規定），則經本判決認定其聲請符合應適用之司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件，予以受理。本判決進一步就 110 年 1 月 27 日修正公布之原住民身份法第 8 條規定（下稱 110 年版第 8 條），以其「仍規定為須準用第 4 條第 2 項規定」為由，認與 97 年版第 8 條規定意旨相同，與系爭規定「有重要關聯」，而依職權將之納入審理與裁判之範圍，並就 97 年版第 8 條「準用第 4 條第 2 項規定部分」以及 110 年版第 8 條「準用第 4 條第 2 項規定部分」均宣告違憲，並連同系爭規定要求「相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正之」。

然聲請人一於 110 年版第 8 條規定修正施行後，即依該新修正之規定，取用原住民傳統名字，並已依法取得原住民身分，其聲請解釋憲法所主張之「憲法上所保障權利，遭受不法之侵害」已不存在，欠缺權利保護之必要，其憲法審查之聲請，是否仍應予以受理，實非無疑。

姑不論此，依相關確定終局判決所認定之事實及理由，聲請人一未能取得（保有）原住民身分之原因，係因所涉事實並不在 97 年版

第 8 條第 1 項及第 2 項規定之規範範圍內，致無法適用該項規定取得原住民身分。依此，就聲請人一原因案件事實而言，97 年版原住民身分法（含第 8 條）之規定存有規範漏洞，亦即立法者漏未就相關事實類型予以規範，而非適用 97 年版第 8 條規定而構成要件不該當之情形。110 年版第 8 條之修正，正為填補該規範漏洞。詳言之，110 年版第 8 條第 1 項規定係修正 97 年版第 8 條第 1 項及第 2 項規定內容，刪除「於本法（原住民身分法）施行前，因結婚、收養、自願拋棄或其他原因而喪失或未取得原住民身分」之限制；同條第 2 項規定則為填補規範漏洞之新規定，乃舊規定所無。聲請人一之情形與該條第 1 項規定無涉，但得依第 2 項之全新規定申請取得原住民身分。由此可知，110 年版第 8 條二項規定與 97 年版第 8 條二項規定間，於規範內容上並無實質要件上或法律效果上之依存性或延續性。因此，針對 97 年版第 8 條規定所聲請之憲法審查，不必也不應納入已全新修正舊規定之新規定，兩者間並不存在憲法審查上之必要關聯。至於無論 97 年版抑或 110 年版第 8 條規定，其規定內容均涉及系爭規定，即原住民身分法第 4 條第 2 項規定，此種情形僅意味著針對系爭規定所為憲法審查結論，將會影響所有以系爭規定為構成要件之其他規定之效力，然此係憲法判決之直接效力或間接效力當然之結果，毋待憲法法庭另為宣告，根本毋須以「具重要關聯」之說，依職權將相關規定納入審查。況本判決根本未獨立論究 97 年版與 110 年版第 8 條規定之合憲性，而是始終將之附於系爭規定而為審查。

雖未有獨立之理由論述，本判決最後仍宣告已因法律修正而失效之 97 年版第 8 條規定及新修正之 110 年版第 8 條規定於「準用第 4 條第 2 項部分」違憲，甚至進一步限期要求立法修正，逾期未完成修正，該準用部分失效，且直接諭示「原住民與非原住民結婚所生子女，取得原住民身分」。然而，耐人尋味的是，110 年版第 8 條第 2 項規定（亦即聲請人一取得原住民身分之依據）所稱之「準用第 4 條第 2 項」，實僅準用第 4 條第 2 項之類型規定，亦即「原住民與非原住民結婚所生子女」部分，至於第 4 條第 2 項所定取得原住民身分之要件，

並不在準用之列，而是自行規定為「取用原住民傳統名字」。換言之，依110年版第8條第2項規定取得原住民身分者，必應取用原住民傳統名字，無申請改姓之途（已過世之父或母亦無從改姓）。本判決宣告110年版第8條規定「準用第4條第2項部分違憲」，則受違憲宣告者，究竟為何？本判決就此部分之效力，又如何可逕行排除110年版第8條第2項規定所設「取用原住民傳統名字」之要件？如本判決效力並無法排除該要件之要求，則又如何可得出，立法者如逾期未完成修正該規定—即準用第4條第2項部分—，原住民與非原住民結婚所生子女，即得取得原住民身分？凡此均令人費解！

111 年憲判字第 4 號

第 4 號

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 5 號

聲 請 人 中國鋼鐵股份有限公司  
代 表 人 翁朝棟  
訴訟代理人 王健安律師  
                  周泰維律師  
                  陳彥勳律師

上列聲請人認最高行政法院 105 年度判字第 661 號判決所援用之財政部中華民國 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

### 主 文

財政部中華民國 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函，與憲法第 19 條租稅法律主義尚無牴觸，亦不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。惟所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之跨年度盈虧互抵制度，其政策選擇影響國家財政、經濟與產業發展，並涉及人民之租稅負擔，為避免疑義，有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜。

### 理 由

壹、當事人陳述之要旨等【1】 1  
一、原因案件之事實概要【2】 2  
聲請人 99 年度營利事業所得稅（下稱營所稅）結算申報，與其 3  
子公司中龍鋼鐵股份有限公司採連結稅制合併報繳，經財政部高雄  
國稅局查核結果，將聲請人虧損年度（98 年度）依中華民國 86 年  
12 月 30 日修正公布（下稱 86 年版）所得稅法第 42 條第 1 項規定不  
計入所得額之股利淨額（所得稅法第 42 條所稱之股利、股利淨額、  
盈餘、盈餘淨額，下均稱投資收益）抵減該年度虧損後，調減其依  
所得稅法第 39 條第 1 項但書規定申報之前 10 年虧損本年度扣除額。  
聲請人不服，循序提起行政訴訟，終經最高行政法院 105 年度判字  
第 661 號判決（下稱確定終局判決）駁回確定。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

4

確定終局判決所適用之財政部 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函（下稱系爭函），逕行限制聲請人依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之跨年度盈虧互抵之虧損扣除範圍，變相對虧損年度所獲配不計入所得額課稅之投資收益實質課稅，擴大營所稅之稅基，悖離所得稅法第 39 條之立法意旨，並抵觸同法第 42 條規定避免重複課稅之立法目的；且與財政部 74 年 7 月 6 日台財稅第 18503 號函（下稱財政部 74 年函）及財政部 76 年 9 月 22 日台財稅第 7585901 號函（下稱財政部 76 年函），分別就證券交易所及土地交易所之釋示，為差別課稅待遇。故系爭函違反憲法第 7 條平等原則及第 19 條租稅法律主義，抵觸憲法第 15 條保障財產權及營業自由之意旨等語。【5】

5

貳、受理依據【6】

6

按憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前即司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定定之，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文；復依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，人民聲請解釋憲法，須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，發生有抵觸憲法之疑義者，始得為之。查本聲請案係於 107 年 12 月 26 日繫屬，其受理與否，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件定之。經核本件聲請，與上開規定要件相符，爰予受理。【7】

7

參、形成主文之法律上意見【8】

8

一、審查原則【9】

9

憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。而主管機關於職權範圍內適用各該租稅法律規定時，本於法定職權就相關規定予以闡

10

釋，如係秉持一般法律解釋方法，且符合相關憲法原則及各該法律之立法目的，即與租稅法律主義無違（司法院釋字第 660 號、第 693 號及第 700 號解釋參照）。【10】

二、系爭函係為利稽徵機關行使所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之核定權，而為之釋示【11】

營利事業所得之計算，係以本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額，以往年度營業之虧損，原則上不得列入本年度計算，所得稅法第 24 條第 1 項前段及第 39 條第 1 項本文分別定有明文。惟同法第 39 條第 1 項但書規定：「公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」係於一定要件下，容許以「前 10 年內各期虧損」作為列報跨年度盈虧互抵年度（下稱本年度）之全年所得額（即純益額，下稱純益額）之扣除額，為營利事業所得原則上以年度為計算期限之例外。此等例外規定之要件，除營利事業應屬公司組織，其會計帳冊簿據完備，且虧損及申報扣除年度均使用同法第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報外；並因「前 10 年內各期虧損」之內涵，所得稅法並無明文，尚須經該管稽徵機關核定後，始得將之（即前 10 年內各期虧損）自本年度純益額中扣除，以核算本年度課稅所得額。是該管稽徵機關就營利事業「前 10 年內各期虧損」之核定，乃營利事業列報跨年度盈虧互抵之年度，課稅所得額應如何認列之前提。【12】

該管稽徵機關依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定認定本年度之課稅所得額時，既應先核定「前 10 年內各期虧損」，且各年度營所稅結算申報核定通知書上「課稅所得額」欄位之金額，係呈現稽徵機關就營利事業申報所得（虧損）之審查結果，並據以計算該年度應納之營所稅，非為盈虧互抵而設，是同但書規定所稱得自本年度純益額中扣除之「前 10 年內各期虧損」，尚非逕指營利事業於以前

各該虧損年度之營所稅結算申報經核認之虧損數。稽徵機關之上級機關財政部為明確核定之基準，乃以系爭函：「公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條規定，自本年度純益額中扣除前 3 年各期核定虧損者，應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。」（3 年之規定，98 年 1 月 21 日修正公布後之現行規定為 10 年）就「經該管稽徵機關核定之虧損」之核計為釋示，明示各期虧損之計算，應將各期依所得稅法第 42 條規定不（免）計入所得額之投資收益，先行抵減各該期虧損數，以利該管稽徵機關行使核定權。【13】

從而，系爭函之釋示若未逾越所得稅法第 39 條第 1 項但書「前 10 年內各期虧損」規定之可能解釋範圍，且符合該規定之立法目的，即難謂與租稅法律主義有違。【14】

三、系爭函未逾越所得稅法第 39 條第 1 項但書所規定「前 10 年內各期虧損」之可能解釋範圍，且符合同但書規定之立法目的，與憲法第 19 條租稅法律主義尚無抵觸【15】

所得稅法第 39 條第 1 項但書之跨年度盈虧互抵規定，係基於以年度為期限計算營利事業所得，常使變動性大之所得負荷過重，為提高企業競爭能力及促進稅制公平合理，並考量稅捐負擔能力之正確衡量及企業永續經營而制定（第 1 屆立法院議案關係文書 43 年 2 月 20 日院總第 225 號政府提案第 148 號第 58 頁至第 59 頁；立法院公報第 78 卷第 104 期院會紀錄第 111 頁、第 98 卷第 3 期院會紀錄第 81 頁至第 82 頁參照）。申言之，所得稅法第 39 條第 1 項但書規定為年度課稅原則之例外，係基於正確衡量營利事業之稅負能力，而使符合特定條件（即會計帳冊簿據完備等）之營利事業，得於本年度認列以往年度營業之虧損，以適度放寬年度課稅原則，並藉此提高企業競爭能力。【16】

系爭函尚涉及之所得稅法第 42 條既係規定，投資收益不（免）計入所得額課稅，即指不（免）計入各年度之全年所得額即純益額，



是於同法第 39 條第 1 項但書規定中所涉者，核屬本年度（即列報跨年度盈虧互抵年度）獲配之投資收益不（免）計入本年度純益額之計算；至以前各虧損年度已依所得稅法第 42 條規定不（免）計入該年度所得額之投資收益，則非計算本年度純益額之基礎（即本年度之收入總額、各項成本費用、損失及稅捐，所得稅法第 24 條第 1 項前段規定參照），是於所得稅法第 39 條第 1 項但書規定所涉者乃本年度純益額之扣除額（即同法第 39 條第 1 項但書規定之「前 10 年內各期虧損」）應如何核定之問題。故依系爭函之釋示，核定「前 10 年內各期虧損」，雖涉及各該虧損年度依所得稅法第 42 條所規定不（免）計入所得額之投資收益，然該「前 10 年內各期虧損」既係本年度純益額之扣除額，用以核算本年度課稅所得額，無涉本年度純益額之計算，則依系爭函所為「前 10 年內各期虧損」之核定，並不會有以前年度之投資收益計入本年度純益額（即全年所得額），致有牴觸所得稅法第 42 條所規定不（免）計入全年所得額之情事。【17】

再者，無論由所得稅法第 42 條規定，於採行營所稅與綜合所得稅（下稱綜所稅）獨立課稅制時期，該條 69 年 12 月 30 日修正公布之立法理由所稱：「……此項規定，目的原在避免投資收益之重複課稅。……」（立法院公報第 69 卷第 102 期院會紀錄第 35 頁至第 36 頁參照）；抑或於 86 年版所得稅法採行兩稅合一制時期，該條立法理由所謂：「……無論營利事業轉投資層次之多寡，該投資收益僅在最終被投資事業階段，課徵一次營利事業所得稅，由於營利事業之轉投資收益不計入所得額課稅，自應計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額，俟盈餘分配予個人股東時，由個人股東併計其綜合所得總額課稅並予以扣抵，……」（立法院公報第 86 卷第 57 會期院會紀錄第 37 頁至第 38 頁參照）。可知，所得稅法第 42 條規定之立法目的，並非為避免就同一租稅客體對同一租稅主體之重複課徵所得稅。【18】

又所得稅法第 42 條所規定之投資收益，就獲配之營利事業言， 19

仍屬其收入，且因此等投資收益於獲配年度並未計入該營利事業之所得額課稅，是營利事業於獲配投資收益年度，雖年度營所稅結算申報經核定結果係屬虧損，但該虧損數既未將該投資收益計入，即非該營利事業之實際營業虧損；況營利事業投資於其他營利事業之原出資額折減之已實現投資損失，於年度營所稅結算申報係得列報為成本費用減除（營利事業所得稅查核準則第 99 條規定參照）。故系爭函核係基於正確衡量營利事業實際營業盈虧所示之實質稅負能力，乃釋示應將前 10 年內各該虧損年度依所得稅法第 42 條規定不（免）計入所得額之投資收益，先抵減各該期之虧損數，以營利事業之實際營業虧損，核定所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之「前 10 年內各期虧損」，既未逾越「前 10 年內各期虧損」所得可能解釋範圍，且尚能符合同但書規定適度放寬年度課稅原則以正確衡量稅負能力之立法目的，而與憲法第 19 條租稅法律主義尚無牴觸。【19】

四、系爭函尚未牴觸所得稅法第 42 條第 1 項規定於兩稅合一制下之立法意旨，亦尚難謂其因牴觸同條項規定於兩稅合一制下之立法意旨，而與憲法第 19 條租稅法律主義有違【20】

87 年 1 月 1 日施行之兩稅合一制，更有藉系爭函涉及而為本件原因案件所適用之 86 年版所得稅法第 42 條第 1 項規定（下稱所得稅法第 42 條第 1 項），使投資收益於營利事業獲配階段之不計入所得額課稅，及將可扣抵稅額計入股東可扣抵稅額帳戶餘額，以避免營利事業與個人股東間因盈餘分派致所得稅之雙重負擔，俾達成兩稅合一制最終由個人股東負擔投資收益稅負之目的。是在兩稅合一制下，營利事業獲配之投資收益，必需透過營利事業之分派盈餘，將投資收益全額併同股東可扣抵稅額最終分配予個人股東，始能達成兩稅合一制就投資收益最終由個人股東負擔較高稅率綜所稅（所得稅法第 5 條規定參照；且參照立法院公報第 85 卷第 50 期委員會紀錄第 283 頁，兩稅合一制修法時，我國約有半數以上之股利所得屬適用百分之 30 及 40 個人所得稅稅率者所有）之目的；亦是在此獲配投資收益後分派盈餘之必需過程前提下，考量營利事業間投資

收益稅負之雙重負擔對徵納雙方在課徵與申報程序之勞費，以及因投資收益稅負最終由個人股東負擔所產生之可能效益，於兩稅合一制下之所得稅法第 42 條第 1 項規定，仍對營利事業獲配之投資收益為不計入所得額課稅之規定。【21】

然營利事業之營業難免有虧損，獲配投資收益之營利事業如有虧損，依法須彌補虧損後，始得分派股息紅利（公司法第 232 條規定參照），是此等有虧損之營利事業，其獲配之投資收益已無從全額分派予其股東，從而將無從藉其獲配投資收益後之分派盈餘，達成兩稅合一制最終由個人股東負擔投資收益稅負之目的，遑論原欲對個人股東課徵較高稅率之綜所稅；加以營利事業獲配投資收益所併同之股東可扣抵稅額，並非於營利事業獲配投資收益階段，而係於最終被投資事業階段課徵一次營所稅時所支付，並最終併由個人股東負擔稅負及用以扣抵綜所稅，是就獲配投資收益之營利事業言，該投資收益是否含可扣抵稅額，對其年度營所稅之負擔並無意義，但於虧損年度，營利事業獲配之投資收益雖已無從全額分派予其股東，惟與該投資收益所併同獲配之股東可扣抵稅額，最終卻仍可能全額分配予個人股東用以扣抵綜所稅。故於營利事業之虧損年度，所得稅法第 42 條第 1 項規定於兩稅合一制下存立之功能已有減損；從而，嗣後營利事業由虧轉盈，並依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定列報跨年度盈虧互抵，系爭函釋示各該虧損年度已依同法第 42 條第 1 項規定不計入該年度全年所得額之投資收益，應先抵減各該年度之虧損數，以其虧損數之餘額作為本年度（即列報跨年度盈虧互抵年度）純益額（即全年所得額）之扣除額，尚未抵觸所得稅法第 42 條第 1 項規定於兩稅合一制下之立法意旨，亦尚難謂因抵觸同條項規定於兩稅合一制下之立法意旨，而與憲法第 19 條租稅法律主義有違。【22】

五、系爭函與財政部 74 年函、76 年函間，尚不生違反憲法第 7 條平等原則之問題【23】

聲請人執以爭議系爭函違反憲法第 7 條平等原則之財政部 74 年

函及財政部 76 年函，係分別釋示稽徵機關於核定所得稅法第 39 條第 1 項但書所規定之各期虧損時，就營利事業於各該虧損年度如有暫停課徵營所稅之證券交易所得或免納所得稅之土地交易所得，無須先予抵減各該虧損年度所核定之虧損數。而各項實質上具免納所得稅效果之事項，既各有其稅制設計需求及立法目的，故稽徵機關為所得稅法第 39 條第 1 項但書所規定「前 10 年內各期虧損」之核定時，是否先行抵減各該虧損年度所核定之虧損數，自應各別判斷，是財政部就此類所得，所為如何核定「前 10 年內各期虧損」之函釋間，其規範事項各不相同，尚不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。【24】

況所得稅法第 4 條之 1 之停徵證券交易所稅之營所稅規定，核 25  
係為簡化稽徵手續之目的而為（立法院公報第 78 卷第 104 期院會紀錄第 134 頁參照），並有就此等資本利得之所得類型免納所得稅之租稅優惠性質。另所得稅法第 4 條第 16 款所以規定土地交易所得免納所得稅，則是因該土地交易所得已課徵土地增值稅（立法院公報第 51 卷第 30 會期第 10 期第 16 頁、第 52 卷第 30 會期第 14 期第 38 頁參照），即為避免就同一租稅客體對同一租稅主體課徵同屬所得類稅捐（所得稅、土地增值稅）之重複課稅而為；且上述 2 函亦同時揭示證券交易損失及出售土地損失，均不得併計虧損（所得稅法第 4 條之 1 及同法施行細則第 8 條之 4 規定參照）。故系爭函與財政部 74 年函、76 年函間，乃基於不同事物所為之釋示，自不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。【25】

六、本庭判斷結果【26】 26

綜上所述，系爭函乃為協助下級稽徵機關行使所得稅法第 39 條 27  
第 1 項但書規定授予之核定權，所為之釋示，其釋示未逾越同但書所規定「前 10 年內各期虧損」之可能解釋範圍，且符合該規定適度放寬年度課稅原則以正確衡量稅負能力之立法目的，與憲法第 19 條租稅法律主義尚無牴觸；亦不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。惟所得稅法第 39 條第 1 項但書規定於年度課稅之原則下，例外允許

營利事業之跨年度盈虧互抵，本係基於多重立法目的而設，是營利事業依同但書規定列報跨年度盈虧互抵時，各該虧損年度依同法第42條規定不(免)計入所得額之投資收益，是否應先抵減各該年度虧損數，固非不得適度配合國家各階段財政及經濟發展之目的，予以調整，但所得稅法第39條第1項但書規定之跨年度盈虧互抵制度，其政策選擇影響國家財政、經濟與產業發展，並涉及人民之租稅負擔，為避免疑義，有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜。【27】

中 華 民 國 111 年 4 月 29 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力  
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鐸  
 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

本判決由楊大法官惠欽主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、黃大法官瑞明、詹大法官森林、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官昭元、謝大法官銘洋

#### 【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出、蔡大法官烱燉加入、蔡大法官明誠加入。

不同意見書：林大法官俊益提出。

許大法官志雄提出，林大法官俊益加入、張大法官瓊文加入、黃大法官昭元加入、謝大法官銘洋加入。

111 年憲判字第 5 號

謝大法官銘洋提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 高碧莉

中 華 民 國      111      年      4      月      29      日

## 協同意見書

黃虹霞大法官 提出

蔡焜燉大法官、蔡明誠大法官 加入

租稅（課稅）公平為最高準則，至少應避免擴大貧富不均；租稅優惠屬立法問題

本件多數意見認財政部中華民國 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函（下稱系爭函）合憲，本席贊同，爰提出本協同意見書，簡要說明本席之主要考量如下：

一、系爭函公布前後，與本件爭議相關之所得稅法第 39 條第 1 項及第 42 條規定之修法時序及各次規定內容如附件：相關修法時序所示。

二、聲請人主要主張為：在兩稅合一制度下，公司組織之營利事業之投資收益，不得納入為營利事業所得稅之稅基，否則即屬重複課稅違憲，且系爭函發布於兩稅合一設算扣抵制施行前，未依 87 年兩稅合一設算扣抵制之實施而相應廢止，致就公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條第 1 項關於以往年度營業虧損之扣除，仍認應將各該期依同法第 42 條規定不計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除，違反憲法第 19 條租稅法律主義等語。是本件爭議主要關鍵有二：1、依所得稅法第 42 條規定，公司組織之營利事業之投資收益不納入為營利事業所得稅之稅基，係不得課稅之項目，抑或稅捐優惠？如為前者，是否因而即涉及重複課稅且因而違憲？2、系爭函在 87 年後仍繼續適用，是否違反租稅法律主義？

三、系爭函不是針對所得稅法第 42 條規定而為。公司組織之營利事業之投資收益是否計入營利事業所得稅課稅，性質上應屬租稅裁量範圍，所得稅法第 42 條規定全部或部分免計入所得稅課稅，屬稅捐優惠，而且不生重複課稅或違憲問題：

（一）公司是營利社團法人，具法律上之權利能力，有獨立人格，

別於其法人或自然人股東。公司之財產（包括其投資收益）歸公司所有及為公司之所得，非其股東（包括法人股東）所有或所得。又因為公司與其股東為不同人格者，是公司就其自身所得繳納所得稅，與其分配盈餘予其股東並另由其股東就其所得繳納所得稅，係不同之人就各自之不同所得納各自之所得稅，沒有重複課稅問題。<sup>1</sup>

（二）重複課稅即違憲嗎？什麼叫重複課稅？針對一個課稅主體（同一人：同一自然人或法人）？針對同一種稅？不同稅就必然沒有重疊徵收可能嗎？如果重複課稅必然違憲，那單純提高稅率呢？反面言之，如果單純提高稅率為財稅裁量範圍，那兩倍（重複）計稅為何就必然不合憲？遍查最足以彰顯租稅正義的納稅者權利保護法，其中最重要之原則為課稅公平原則（第 1 條規定參照），未見重複課稅禁止原則！另查司法院解釋亦未肯認重複課稅禁止為憲法原則（司法院釋字第 608 號解釋參照）。<sup>2</sup>

（三）又單由所得稅法第 42 條規定觀察：1、在 52 年修正所得稅法之前，投資收益應計入所得額課稅，69 年修法後至 86 年再修法前也不是全部百分之一百免稅；2、52 年以後，也不是所有人包括自然人、法人之投資收益均全部或部分免稅：比如 107 年修正前，免稅主體只限於公司組織之營利事業，其後才另納入合作社及其他法人之營利事業，惟迄均未含自然人及非營利事業；投資對象部分，86 年修正前後亦不同，86 年之前：限國內非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司，86 年修法後，則放寬為國內之營利事業，但均不包括外國之營利事業。

如果投資收益均應不計入所得稅課稅，才不致重複課稅而且違憲，那麼不但 52 年之前的所得稅法規定違憲，52 年迄今之所得稅法

<sup>1</sup> 法人實在說為通說，稅法上亦應然。本件主張重複課稅者，主要是立基於法人虛擬說，本席以為不然。

<sup>2</sup> 司法院釋字第 597 號、第 608 號、第 660 號等解釋固均本於非針對同一租稅客體，而分別提到「無重複課稅可言」、「不生重複課稅問題」等語，但並未稱重複課稅禁止為憲法原則，甚至第 608 號解釋理由明載：「關於重複課稅是否違憲之原則性問題，自無解釋之必要」。



第 42 條規定也部分違憲，因為部分不適用該條規定。應該是這樣子嗎？本席以為不然！所得稅法第 42 條應該是一種稅捐優惠規定，應屬裁量範圍，而為立法問題。

（四）所得稅法第 42 條與第 39 條第 1 項規定係分別針對不同事項所作之規定，系爭函所針對者為所得稅法第 39 條第 1 項規定，與所得稅法第 42 條規定同屬法律位階，二者沒有孰特別、普通，應優先適用關係，也不必然需相牽涉。又系爭函所針對之所得稅法第 39 條第 1 項但書規定，也是一種租稅優惠規定（司法院釋字第 427 號解釋參照），其如何適用，稅捐中央主管機關應有相當裁量空間。<sup>3</sup>而且其但書規定本屬例外，本例外從嚴原則，系爭函尤非無其立基之合憲空間，而應未違背租稅法律主義。

（五）或謂所得稅法第 39 條第 1 項規定之立法理由亦認其但書規定係本於量能課稅，故系爭函牴觸量能課稅原則或租稅法律主義。然由所得稅法第 39 條第 1 項但書規定所寓之稅捐負擔能力之正確衡量之考量，並不當然應推導出系爭函牴觸量能課稅原則或租稅法律主義之結論。因為系爭函並未全面否定以往年度營業虧損之扣除，而只是本於盈虧互抵普通道理，認為「不必計入年度所得淨額之投資收益」，無礙其仍是公司之收入，故應以之先予抵減後，再以虧損餘額為扣除額納入年度結算計算應納所得稅額而已。尤其投資收益為正收入，在公司言，是可用以支付私債務或公法義務的，即公司在該收入額範圍內有正支付能力，亦即非無支付能力，從而系爭函使具所得稅支付能力者，於其納稅能力範圍內（年度所得淨額減去扣除額後仍有剩餘所得額，才需納所得稅），盡其納稅義務，亦不當然牴觸量能課稅原則，因此也不生因而牴觸租稅法律主義之問題。

<sup>3</sup> 所得稅法採取年度結算申報納稅本身就是一種立法選擇。在年度結算申報納稅制度下，所得稅法第 39 條第 1 項本文規定：「以往年度營業之虧損，不得列入本年度計算」，有其邏輯合理性，故也是立法選擇之非不合理結果。其但書規定從文義即知更是一種立法選擇，因為只有符合所示要件者才能主張跨年度扣抵營業虧損。

四、由附件可知：本件爭議相關之所得稅法第 39 條第 1 項及第 42 條規定，均係於 52 年間初立法，而且其中第 39 條相關部分，只是由 52 年之「3 年內」改為 78 年之「5 年內」再改為 98 年之「10 年內」；第 42 條關於投資收益是否計入所得額部分，則是：由 52 年之「免予計入所得額課稅」到 69 年之「百分之八十免予計入所得額課稅」到 86 年之「不計入所得額課稅」再到現行 107 年修正之「不計入所得額課稅」。兩相對照：兩規定之要旨始終相同，都沒有變動，則 66 年間作成之系爭函怎麼會有聲請人所稱之未因應 87 年以後兩稅合一設算扣抵制實施而廢止，致違反租稅法律主義之問題？

尤有進者，所得稅法第 39 條及第 42 條係不同之兩條規定，而且係同屬所得稅法之規定，法律位階相同，所得稅法中央主管機關本其職權針對第 39 條第 1 項規定所為函釋，怎可能因第 42 條規定曾一度立法選擇採納兩稅合一設算扣抵制而違憲呢？何況課稅公平是最重要原則！盈虧互抵本來也是自然之理！在按年度課徵所得稅租稅政策下，所得稅法第 39 條第 1 項本文限縮以「本年度虧損才能列入本年度計算」之原則規定，也還合於自然之理，雖然因此而使以往年度營業虧損不得列入本年度計算，可能對營利事業之稅捐利益不利，但是這應仍屬立法裁量範圍。而該項但書規定則是例外賦與所定公司組織之營利事業，得將一定年限內之以往年度營業虧損列入計算，使該等公司組織之營利事業例外獲得稅捐減免利益。相較而言：對所有自然人、非營利事業、非公司組織之營利事業，及其他不符該但書規定之公司，也可能不公平，此種不公平本已非全不值得立法檢討（此仍屬立法裁量範圍）；假如在修法前，再如聲請人之主張，各期虧損不必先以投資收益沖銷，即得全數自本年純益額中扣除，則此等公司組織之營利事業所獲稅捐減免利益將更進一步擴大，即更加大稅捐不公平，此種結果不符合課稅公平最高準則，而且可能會更擴大貧富不均！直心是道場，故本席無法認同聲請人之主張。

五、兩稅合一設算扣抵制，在 87 年立法之初，即存在應否採納之正反意見大爭議，107 年更因造成國庫鉅大稅捐損失、惡化貧富

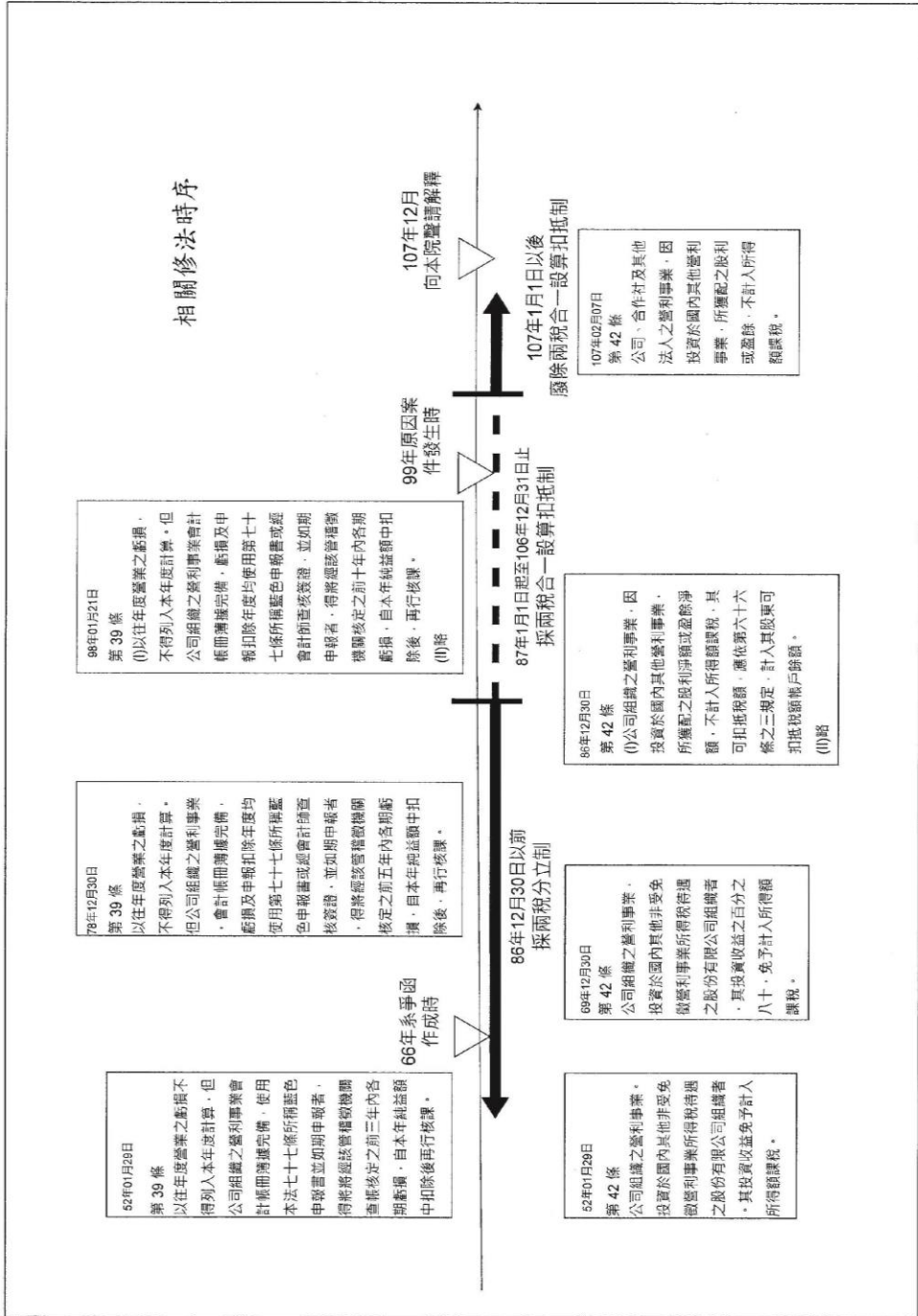
不均現象而立法廢除之。<sup>4</sup>是該制採取與否本屬立法形成範圍，部分人民因其立法而受益，故非不當利得，但終屬稅捐優惠性質，縱因故未能再得利益或減少受益額度，尚難認其受憲法第 15 條規定保障之財產權即當然受到不法侵害，故系爭函合憲。

---

<sup>4</sup> 請參見中央研究院，《中央研究院報告 No.12，賦稅改革政策建議書》，103 年 6 月等。

附件

相關修法時序



## 不同意見書

林俊益大法官 提出

### 壹、前言

本件判決係【營利事業所得跨年度盈虧互抵案】。

聲請人於辦理 99 年度營利事業所得稅（下稱營所稅）結算申報後，經國稅局查核認定，依財政部 66 年 3 月 9 日臺財稅第 31580 號函（下稱系爭函釋），將聲請人依所得稅法第 42 條第 1 項規定不計入所得額課稅的投資收益，依同法第 39 條第 1 項但書規定，先行抵減申報前之 10 年內各期虧損，再以虧損餘額，自該年度純益額扣除後予以課稅。聲請人不服，依序提起行政救濟，終經最高行政法院以上訴無理由判決駁回確定。

本判決宣告：系爭函釋合憲，但應檢討（即有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜）。

本席認為，系爭函釋增加法律所未明文規定的租稅義務，違反憲法第 19 條租稅法律主義而違憲。對於本判決所為合憲檢討的結論，難以贊同，爰提出不同意見書，以就教於方家。

### 貳、審查財政部函釋是否違憲的審查原則

審查財政部有關租稅的函釋是否違憲，其主要的憲法審查原則如下：

#### 一、稅基等租稅構成要件法定原則

租稅法律主義乃基於民主國原則及法治國原則而生，認為國家課人民以繳納稅捐的義務或給予人民減免稅捐的優惠者，應透過代議民主制度，由立法者依民主程序完成租稅法制，始得為之。行政機關只負有執行租稅法律的權限，並不得以函釋變更稅基等租稅構成要件，是以司法院諸多解釋都認為，財政部有關影響或變更稅基等租稅構成要件的函釋，**逾越法律解釋的範圍，增加法律所無的租稅義務**，違反憲法第 19 條租稅法律主義，不再援用，**稅基等租稅構成要件法定原則**，是審查財政部函釋是否合憲的首要基本原則。

就租稅法律主義，司法院穩定的解釋先例早即釋示：「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、**稅基**、稅率、納稅方法及納稅期間等**租稅構成要件**，以法律明文規定。**主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋**，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；如**逾越法律解釋之範圍**，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許（司法院釋字第 620 號、第 622 號、第 640 號、第 674 號、第 692 號、第 693 號、第 703 號、第 705 號及第 798 號等解釋參照）。茲詳析其適例如下：

- (一)財政部函釋，**逾越法律解釋的範圍，限制人民依法享有減除扶養親屬免稅額的權利**，限縮所得稅法適用，增加法律所無的租稅義務（司法院釋字第 692 號解釋參照）。
- (二)財政部函釋，**否准法律所定得為扣除的成本費用，與所得稅法規定的要件不符，無異以命令變更法律所規定的稅基**，違反憲法第 19 條租稅法律主義（司法院釋字第 703 號解釋參照）。
- (三)財政部函釋，**涉及稅基的計算標準**，攸關列舉扣除額得認列的金額，並非屬執行所得稅法規定的細節性或技術性事項，**而是影響人民應納稅額及財產權實質且重要事項**，自應以法律或法律具體明確授權的命令定之。系爭函釋與憲法第 19 條租稅法律主義不符（司法院釋字第 705 號解釋參照）。
- (四)財政部函釋，使人民不能扣減其當期的銷項稅額，影響其於當期應納**營業稅額**，而增加法律所無的租稅義務，與租稅法律主義不符（司法院釋字第 706 號解釋參照）。

由上分析可知，基於稅基等租稅構成要件法定原則，主管機關財政部不得以函釋變更稅基，函釋如有變更或影響稅基等租稅構成要件者，該函釋就是**逾越法律解釋的範圍**，增加法律所未明文規定的租稅義務，違反憲法租稅法律主義。

系爭函釋稱：「應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之

投資收益，先行抵減各該期之**核定虧損**」是與稅基等租稅構成要件有關的事項。本判決主文後段提及「核定各期虧損之**基準**」及本判決理由載明「財政部為明確**核定之基準**」（判決編碼【13】段參照），均在說明系爭函釋所稱以投資收益先行抵減各期虧損的事項，是與稅基等租稅構成要件息息相關的事項至明。

## 二、租稅法律漏洞補充禁止原則

除租稅法律主義外，學理上尚有**租稅法律漏洞補充禁止原則**。所謂**租稅法律漏洞補充禁止原則**，是源於租稅法律主義而生的原則，是指租稅法律有漏洞時，基於民主國原則及法治國原則，國家仍應透過代議民主制度，由立法者依民主程序完成修正租稅法律填補漏洞後，始得對人民課以原本法律有漏洞的稅捐，禁止行政機關以函釋補充漏洞，對人民課以法律所未規定的稅捐。

## 三、有關執行法律的細節性、技術性函釋

租稅法律的規定，無法鉅細靡遺，主管機關可否為有關執行法律的技術性或細節性事項的函釋？司法院釋字第700號解釋釋示：「**有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。**」（司法院釋字第420號、第460號、第496號、第519號、第597號及第625號解釋參照）及司法院釋字第705號解釋釋示：「若僅屬執行法律之**細節性、技術性次要事項**，始得由主管機關發布行政規則為必要之規範。」（司法院釋字第650號、第657號解釋參照）。此外，納稅者權益保護法第3條第3項亦明文規定：「主管機關所發布之行政規則及解釋函令，僅得**解釋法律原意、規範執行法律所必要之技術性、細節性事項**，不得增加法律所未明定之納稅義務或減免稅捐。」由此可知，主管機關有關租稅法律的函釋，只得為有關執行法律的**細節性、技術性次要事項**而為。

## 參、本判決的釋憲爭點

本件聲請釋憲的原因案件，行為時應適用的98年所得稅法第39條第1項但書規定：「……得將經該管稽徵機關核定之前10年內各

期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」<sup>1</sup>系爭函釋稱：「應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之**投資收益**，先行抵減各該期之**核定虧損**後，再以虧損之餘額，自本年度**純益額**中扣除。」

本判決的釋憲爭點在於，系爭函釋是否逾越法律解釋的範圍，增加所得稅法第 39 條第 1 項但書規定所無的租稅義務？如有，則違反憲法第 19 條租稅法律主義。

系爭函釋中「3 年」及「免計入所得額」之用詞，係財政部就 52 年 1 月 29 日修正公布所得稅法第 39 條但書規定而為，當時規定「3 年」、「免計入所得額」及第 42 條之用詞，於 98 年 1 月 21 日修正公布所得稅法時，調整為「10 年」、「不計入所得額」及 86 年 12 月 30 日修正公布所得稅法時調整為第 42 條第 1 項<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 關於此條文的立法沿革如下：

- (1)、本文部分，始於 37 年 4 月 1 日制定公布所得稅法第 30 條（並無但書規定）；於 44 年 12 月 23 日修正公布所得稅法時移列第 35 條本文，並增訂但書規定：「但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，使用本法**第 74 條**第 1 項所稱營甲申報書並如期申報者，得將經該管稽徵機關**查帳核定之前 3 年內**各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」
- (2)、於 52 年 1 月 29 日修正公布所得稅法時移列第 39 條但書，修正為：「但公司組織之營利事業會計帳冊簿據完備，使用本法**第 77 條**所稱藍色申報書並如期申報者，得將經該管稽徵機關**查帳核定之前 3 年內**各期虧損，自本年純益額中扣除後再行核課。」
- (3)、於 78 年 12 月 30 日修正公布所得稅法時同條但書修正為：「但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關**核定之前 5 年內**各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」
- (4)、於 98 年 1 月 21 日修正公布所得稅法時移列同條第 1 項但書，並修正為：「但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關查帳核定之**前 10 年內**各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」

<sup>2</sup> 此項跨年度盈虧互抵規定的立法沿革如下：

- (1)、44 年 12 月 23 日修正公布所得稅法第 38 條規定：「(第 1 項)營業收益中，已納或扣繳之所得稅，於應納之所得稅總額中扣除之。(第 2 項)前項收益，如係公司組織投資於其他事業之營利所得時，得僅以其百分之五十數額，計入所得額課稅。」



## 肆、系爭函釋違憲的主要理由

本席認為系爭函釋違憲的主要理由如下：

### 一、擴大稅基，違反租稅法律主義

- (一)依所得稅法第 39 條第 1 項前段規定，原則上，採跨年度盈虧不互抵制，即以往年度營業的虧損，不得列入本年度計算。但有例外，同條但書規定，如為符合特定要件即「公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者」的優良營利事業，「得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自本年度純益額中扣除後，再行核課。」改採跨年度盈虧互抵制，自本年度純益額，扣除之前 10 年內各期虧損後，再行核課營所稅<sup>3</sup>。

(2)、52 年 1 月 29 日修正公布所得稅法第 42 條規定：「公司組織之營利事業，投資於國內其他非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司組織者，所**投資收益**免計入所得額課稅。」

(3)、69 年 12 月 30 日修正公布所得稅法第 42 條規定：「公司組織之營利事業，投資於國內其他非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司組織者，其所**投資收益**之百分之 80，免予計入所得額課稅。」

(4)、86 年 12 月 30 日修正公布所得稅法第 42 條第 1 項規定：「公司組織之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之**股利淨額或盈餘淨額**，不計入所得額課稅，其可扣抵稅額，應依第 66 條之 3 規定，計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額。」

(5)、107 年 2 月 7 日修正公布所得稅法第 42 條規定：「公司、合作社及其他法人之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之**股利或盈餘**，不計入所得額課稅。」

<sup>3</sup> 經查閱該規定的立法理由得知，該盈虧互抵的規定，是基於以年度為期限計算營利事業所得，常使變動性大的所得負荷過重，為提高企業競爭能力及促進稅制公平合理，並考量稅捐負擔能力之正確衡量及企業永續經營而制定（第 1 屆立法院議案關係文書 43 年 2 月 20 日院總第 225 號政府提案第 148 號，第 58 頁至第 59 頁；立法院公報第 78 卷第 104 期院會紀錄第 111 頁；第 98 卷第 3 期院會紀錄第 81 頁至第 82 頁參照）。所謂「考量稅捐負擔能力之正確衡量」，是為了落實量能課稅原則而設的規定，考慮所得稅分年度稽徵的制度與企業本身的所得變動性不同，為消除跨年度期間所得虧損的不平衡情況，針對優良的營業事業，准許其虧損可於以後年度扣抵，以消除經營結果波動造成的租稅負擔，以符合所得稅法量能課稅的原則，並非租稅優惠措施。

(二)系爭函釋稱：「應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之**投資收益**，先行抵減各該期之**核定虧損**後，再以虧損之餘額，自本年度**純益額**中扣除。」其課稅的計算公式如下：

A：本年度純益額 B：前 10 年內各期虧損

C：各該期不（免）計入所得額的投資收益

D：課稅所得額

1.依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定的計算公式如下：

$$A - B = D \text{ (課稅所得額)}$$

2.依系爭函釋所示的計算公式如下：

$$A - (B - C) = A - B + C = A + C - B = D + C$$

↑ C 為依法不計入所得額課稅 ↑ 計入

綜上分析可知，系爭函釋將依法不計入所得額課稅的投資收益（C 部分），加入課稅所得額（D 部分）予以課稅至明，明顯違反所得稅法第 42 條第 1 項規定不計入所得額課稅在避免重複課稅<sup>4</sup>的立法意旨，系爭函釋顯然逾越法律解釋的範圍，**變更稅基構成要件**，將不計入所得額課稅的投資收益，先行抵減前 10 年內各期虧損，減縮前 10 年內各期虧損額，限縮所得稅法第 39 條第 1 項但書規定的適用，**限制人民依法享有扣除前 10 年內各期虧損額的權利**，增加課稅所得

<sup>4</sup> 關於投資收益不計入所得額課稅的規定，依 69 年 12 月 30 日修正公布時的立法理由稱：「公司投資於國內其他非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司組織者，其投資收益免予計入所得額課稅。此項規定，目的原在避免投資收益之重複課稅。」再參照，本件原因案件行為時即 86 年所得稅法第 42 條第 1 項規定：「公司組織之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之股利淨額或盈餘淨額，不計入所得額課稅，其可扣抵稅額，應依第 66 條之 3 規定，計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額。」其立法理由係謂：「在兩稅合一之設算扣抵制下，營利事業取自轉投資事業之投資收益，不計入投資事業之所得額課稅，無論營利事業轉投資層次之多寡，該投資收益僅在最終被投資事業階段，課徵一次營利事業所得稅，由於營利事業之轉投資收益不計入所得額課稅，自應計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額，俟盈餘分配予個人股東時，由個人股東併計其綜合所得總額課稅並予以扣抵，而非用以扣抵投資事業當年度所得稅結算申報應納稅額。」（立法院公報第 86 卷第 57 會期院會紀錄第 37 頁至第 38 頁參照）。可知，所得稅法第 42 條第 1 項規定，係為避免投資收益的重複課稅。

額，增加人民的應納稅額，增加法律所未規定的租稅義務，顯非執行租稅法律之細節性或技術性次要事項，而是影響人民應納稅額及財產權實質且重要的事項，自應以法律或法律具體明確授權的命令定之。依司法院諸多解釋先例可知，系爭函釋顯然違反憲法第 19 條租稅法律主義至明。

系爭函釋既已違反稅基等租稅構成要件法定原則，本判決有再多、再好、再詳細的理由說明，也無法抹煞任何人一看即知系爭函釋「增加法律所未規定的租稅義務」的事實。

## 二、違反租稅法律漏洞補充禁止原則

如本判決理由所述，因「10 年內各期虧損」之內涵，所得稅法並無明文（判決編碼【12】段第 14 行參照）及稽徵機關的上級機關財政部為「明確」核定之基準（判決編碼【13】段第 8 行參照），乃以系爭函釋，明示各期虧損的計算方法，可知本判決亦認定所得稅法第 39 條第 1 項但書規定的 10 年內各期虧損，如何確定一事，該法並無明文規定，存有法律漏洞。依前揭租稅法律漏洞補充禁止原則，禁止行政機關以函釋補充租稅法律的漏洞，系爭函釋確實是在補充所得稅法的漏洞，故系爭函釋違反租稅法律漏洞補充禁止原則，也違反租稅法律主義。

## 伍、本判決值得商榷之處

本判決值得商榷之處如下：

### 一、本判決對聲請人主張系爭函釋變相擴大稅基未為任何回應：似有判決不備理由之違誤

從本判決主文後段論知：「所得稅法第 39 條第 1 項但書之跨年度盈虧互抵制度……涉及人民之租稅負擔，有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準」等語可知，本判決應意識到跨年度盈虧互抵涉及人民的租稅負擔，特別是變更稅基等租稅構成要件的問題。而本判決理由關於聲請人陳述要旨（判決編碼【4】段參照）主張：「系爭函釋逕行限制聲請人依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之跨年度盈虧互抵之虧損額扣除範圍，變相對虧損年度所獲配不計入所得額課稅之投

資收益實質課稅，擴大營所稅之稅基」等語，本判決理由對此並無隻字片語予以回應；對系爭函釋是否擴大稅基、是否增加法律所無之租稅義務等有關稅基構成要件法定的質疑，未置一詞，似有判決不備理由的違誤！

## 二、稅基等租稅構成要件法定原則應優先於租稅公平原則而為審查

本席認為財政部函釋有無違憲的審查順序，應該是租稅法律主義優先於租稅公平原則而為審查，僅於符合租稅法律主義的前提下，才有討論系爭函釋是否符合租稅公平原則的餘地；若主管機關的函釋，業已變更稅基等租稅構成要件，增加法律所無的租稅義務，業已違反租稅法律主義，實無再討論系爭函釋是否違反租稅公平原則的問題。

如前所述，本席認為系爭函釋增加「先行將投資收益與各期虧損抵減」的要件，跨年度盈虧互抵後課稅所得的計算基準，多一項「先將投資收益抵減」的要件，致最後的課稅所得額增加，增加人民的租稅負擔，確實增加法律所無之租稅義務，違反憲法第 19 條租稅法律主義而違憲，自不必再審查租稅公平原則。本判決理由置變相擴大稅基違反租稅法律主義於不顧（合法性審查），長篇大論說明，如何基於租稅公平原則，應將不計入所得額課稅的投資收益，先行抵減 10 年內各期虧損，再從本年度純益額扣除，始符合租稅公平原則（公平性審查）（判決編碼【19】段-【22】段參照），其審查順序，殊有問題，本席難以贊同。

## 陸、結論

本席認為，所得稅法第 39 條第 1 項但書規定：「得將經該管稽徵機關核定之 10 年內各期虧損」究應以何基準計算認列前 10 年內各期虧損的扣除額度，所得稅法並無明文規定，亦未具體明確授權主管機關以命令定之，存有法律漏洞，依租稅法律主義的憲法要求，不容主管機關逕以函釋補充租稅法律的漏洞，而應依代議民主程序，由立法者依民主程序完成修法，始得對人民予以課稅。

上級機關為協助下級機關統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，固得依職權訂頒性質上屬行政規則（行政程序法第 159 條參照）

的解釋性函釋（司法院釋字第705號解釋參照），惟函釋只能就執行法律的細節性、技術性次要事項而為必要的規範。系爭函釋針對跨年度盈虧互抵，如何依所得稅法第39條第1項但書規定認列「前10年內各期虧損」的扣除額，其所稱「將各該期依同法第42條規定免計入房地額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損」要件，涉及根據課稅所得額以核課營所稅稅基的計算標準，攸關「前10年內各期虧損」得認列的金額多寡，並非僅屬執行前揭所得稅法規定的細節性、技術性事項，而是影響人民應納稅額及財產權實質且重要的事項，自應以法律或法律具體明確授權的命令定之。是以本席應認系爭函釋，違反憲法第19條租稅法律主義。

況且所得稅法第39條第1項但書規定，所稱「經該管主管機關查帳核定之10年各期虧損」一詞，有「已經核定」或「再經核定」、「各期虧損」或「各期實際營業虧損」、是否先行抵減所得稅法第42條第1項規定投資收益等法律規定文義不明確或法律漏洞的適用疑義，主管機關財政部為何不以法律規定明定之？

退萬步言之，縱有如本判決支持系爭函釋合憲的理由，系爭函釋作成於66年間，從66年至今111年長達45年間，歷經多少稅法學者著文批判，主管機關仍無動於衷。本席認為，稅法學者通說所強調者，不過是回歸憲法所要求的租稅法律主義，果真如主管機關所言，系爭函釋確有其必要性，為何不將系爭函釋內容以法律或法律具體明確授權的命令定之？這就是為什麼本判決評議過程，大法官的意見從合憲、違憲均未達通過門檻的票數，不斷評議討論，直到最後，如判決主文所示的合憲檢討，才成為多數意見的理由所在！

本判決主文最後雖僅諭知：「有關該管稽徵機關核定之各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜」，這是告訴主管機關，系爭函釋並非絕對合憲，大法官之間仍有某些違憲疑慮，提出警告，為杜爭議，回歸憲法的要求，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜，特別是所得稅法攸關人民每年申報所得稅的重要法律依據，理應以人民一望即知的法律明文規定，讓人民有

所遵循。本席由衷的建議主管機關，能體會大法官的用心良苦，儘速完成修法！否則下回再有營利事業來聲請憲法法庭憲法審查系爭函釋，遇到稅法專業背景的學者擔任大法官時，難保不會變更本判決的見解！

近日來，新冠肺炎疫情日趨嚴峻，造成經濟生活無法如往日正常進行，日積月累，可能造成若干營利事業年度虧損，稅法上的盈虧互抵制如何援用，勢必成為報稅的爭點，目前又來到五月報稅的季節，在此特別的時空背景下，適巧憲法法庭公告跨年度盈虧互抵課稅案的判決，顯得特別有感觸！憲法法庭的判決，攸關人民受憲法保障的納稅權益，憲法法庭理應嚴守憲法第 19 條租稅法律主義，替人民把關納稅者依憲法所享有的納稅權益，本判決似乎讓人民失望了！

## 不同意見書

許志雄大法官 提出  
 林俊益大法官 加入  
 張瓊文大法官 加入  
 黃昭元大法官 加入  
 謝銘洋大法官 加入

財政部中華民國 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函（下稱系爭函）釋示：「公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條規定，自本年度純益額中扣除前 3 年（98 年 1 月 21 日修正公布後之現行規定為 10 年）各期核定虧損者，應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。」本號判決認其與憲法第 19 條租稅法律主義尚無違背，卻同時指明：「……為避免疑義，有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜。」對此合憲但應檢討改進之結論，本席至表遺憾，礙難認同。鑑於判決主文前後矛盾，主文及理由明顯違背租稅法律主義，且蘊含諸多概念及論理上之重大謬誤，爰提出不同意見書，舉其問題之犖犖大者論述如下，並試擬判決書置於末節。

### I 租稅法律主義之誠命

租稅法律主義萌芽於 1215 年英國大憲章，寢假成為顛撲不破之憲法原則。憲法第 19 條規定：「人民有依法律納稅之義務。」該條文明定人民之納稅義務，同時揭櫫租稅法律主義，規定國家須依據法律，始得對人民課徵租稅，亦即無法律則無租稅，而扮演保障人權（財產權）之重要角色。我國釋憲實務上十分重視租稅法律主義，據以作成之違憲解釋近 20 件<sup>1</sup>，數量相當驚人。經宣告違反租稅法律者，多屬主管機關財政部之令函，少數為行政法院判例（司法院釋字第 413

<sup>1</sup> 計有司法院釋字第 210 號、第 367 號、第 413 號、第 415 號、第 478 號、第 566 號、第 620 號、第 622 號、第 640 號、第 650 號、第 657 號、第 661 號、第 674 號、第 692 號、第 703 號、第 705 號、第 706 號及第 798 號解釋共 18 件。

號解釋參照)及最高行政法院庭長法官聯席會議決議(司法院釋字第 620 號及第 622 號解釋參照)。

長久以來，關於租稅法律主義之內涵，大法官已形成穩定之見解，認係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；如逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許(司法院釋字第 674 號、第 692 號、第 703 號、第 706 號及第 798 號解釋參照)。

準此，租稅法律主義可區分為兩個層面：其一為立法面，係指課稅要件法定主義，要求納稅義務人、稅捐客體及課稅標準等課稅要件，乃至繳納及徵收等程序，均須於國會制定之法律中盡可能詳細規定。其二為執行面，係指合法律性原則，要求稅捐機關須嚴格依據稅捐法律之規定，為稅捐之課徵；稅捐機關對稅法之解釋適用，不得依恣意之判斷為之，法院之裁判亦然。究其目的，乃為阻止執行(行政及裁判)過程中之權力濫用，俾保障納稅者之人權<sup>2</sup>。惟就執行面而言，稅法應如何解釋適用，方與合法律性原則無違？前揭歷來解釋所稱「主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應……遵守一般法律解釋方法而為之」，究何所指，攸關本案系爭函之合憲與否，實有釐清之必要。

按納稅者權利保護法第 3 條第 3 項規定：「主管機關所發布之行政規則及解釋函令，僅得解釋法律原意、規範執行法律所必要之技術性、細節性事項，不得增加法律所未明定之納稅義務或減免稅捐。」揭示稅法應有之解釋方法，乃合法律性原則之明文化。進一步言之，租稅法基本上屬「侵害規範」，為免增加法律所無之租稅義務，應以

<sup>2</sup> 北野弘久著，租稅法の基本問題，成文堂，1977 年第 6 刷，頁 24、25 及 35；金子宏著，租稅法，弘文堂，2019 年 23 版，頁 81-88。



禁止擴張解釋及類推適用為原則<sup>3</sup>。同理，稅法之規定若對人民有利，例如免稅、扣除額、退稅及不計入所得額課稅等規定，則不許限縮解釋。過去財政部之解釋令函，即屢因藉由解釋限縮對人民有利之稅法之適用，經宣告違反租稅法律主義（司法院釋字第 210 號、第 478 號、第 566 號、第 674 號、第 692 號、第 703 號及第 798 號解釋參照）。

## II 本號判決架空租稅法律主義

本案系爭函涉及所得稅法第 39 第 1 項但書及第 42 條規定之解釋適用，是否違反租稅法律主義，關鍵在於有無恪遵前述稅法應有之解釋方法。按所得稅法第 39 第 1 項規定：「以往年度營業之虧損，不得列入本年度計算。但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」其但書允許跨年度盈虧互抵，係有利於納稅義務人之規定。同法第 42 條關於投資收益不計入所得額課稅，即不納入營利事業所得稅稅基之規定，亦對納稅義務人有利。二者均屬對人民有利之規定，參照前述，自不得採取限縮解釋。然系爭函釋示，於適用跨年度盈虧互抵規定時，應將不計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。本席認為，系爭函採取稅法所不許之限縮解釋方法，縮減所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之虧損扣除範圍，實質等同將原已不納入營利事業所得稅稅基之投資收益，回計於稅基之中，變相擴大營利事業所得稅之稅基，增加法律規定所無之租稅義務，違反憲法第 19 條租稅法律主義。

惟多數意見主張系爭函與租稅法律主義尚無抵觸，理由略謂：

一、所得稅法第 39 條第 1 項但書規定所謂「前 10 年內各期虧損」，係屬列報跨年度盈虧互抵年度（即本年度）之全年所得額（即純益額）之扣除額，稽徵機關具有核定權，而系爭函係財政部為利稽徵機關行

<sup>3</sup> 北野弘久著，註 2 所揭書，頁 32；金子宏著，註 2 所揭書，頁 123。

使核定權所為之釋示（判決理由（以下同）第 11 段及第 12 段參照）。

二、依所得稅法第 39 條第 1 項但書規定，「前 10 年內各期虧損」應先經核定，則得自本年度純益額中扣除之「前 10 年內各期虧損」，尚非逕指營利事業於以前各該虧損年度之營所稅結算申報經核認之虧損數（第 13 段參照）。

三、系爭函釋示，核定「前 10 年內各期虧損」時，應將各該期依所得稅法第 42 條規定不（免）計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再予合計。因「前 10 年內各期虧損」係本年度純益額之扣除額，用以核算本年度課稅所得額，無涉本年度純益額之計算，故依系爭函所為「前 10 年內各期虧損」之核定，並不會有將以前年度之投資收益計入本年度純益額（即全年所得額），致生抵觸所得稅法第 42 條所規定不（免）計入全年所得額之情事（第 17 段參照）。

四、於年度營所稅結算申報時，投資損失得列報為成本費用減除，而投資收益則未計入所得額課稅。因此，年度營所稅結算申報雖經核定結果係屬虧損，卻非該營利事業之實際營業虧損。系爭釋示，應將前 10 年內各該虧損年度投資收益，先抵減各該期之虧損數，以營利事業之實際營業虧損，核定「前 10 年內各期虧損」。其既未逾越「前 10 年內各期虧損」可能解釋範圍，且尚能符合所得稅法第 39 條第 1 項但書規定適度放寬年度課稅原則以正確衡量稅負能力之立法目的，而與憲法第 19 條租稅法律主義尚無抵觸（第 19 段參照）。

本席認為，若上開理由成立，則系爭函即與租稅法律主義無違。然主文於宣示系爭函與租稅法律主義尚無抵觸之同時，又指明「惟所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之跨年度盈虧互抵制度，其政策選擇影響國家財政、經濟與產業發展，並涉及人民之租稅負擔，為避免疑義，有關該管稽徵機關核定各期虧損之基準，仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜。」這種因襲司法院釋字第 493 號解釋之作法，在論理上有待商榷。蓋「該管稽徵機關核定各期虧損之基準」涉及課稅要件，依據租稅法律主義，應以法律明文規定，且主管機關

對其所為解釋，應遵守合法律性原則，不得逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務。多數意見既認系爭函尚無牴觸租稅法律主義，意指所得稅法第39條第1項但書之規定符合課稅要件法定主義，且系爭函與合法律性原則無違，何以復有「仍以法律或法律具體明確授權之命令予以明定為宜」之指明？其指示之內容實已暗示，系爭函實際並未符合租稅法律主義之要求。是主文前後矛盾，昭然若揭。

從本號判決之理由可以探知，多數意見問題重重，茲就所論各點依序逐一評析如下：

一、財政部掌理全國賦稅事項（財政部組織法第1條及第2條第2款參照），本於職權，自有解釋稅捐法令之權。惟財政部解釋稅法時，應遵守租稅法律主義，符合課稅要件法定主義及合法律性原則之要求，不得恣意為之。其以系爭函釋示稽徵機關應如何行使「前10年內各期虧損」之核定權，仍應恪遵此一誡命，自不待言。

二、稽徵機關就「前10年內各期虧損」固然具有核定權，惟其核定之對象應係虧損額，不包括虧損之扣除要件；而且，對虧損額之核定，應依法律規定為之，稽徵機關並無裁量權。此乃自明之理，正如同稽徵機關有稅捐核課權，作成課稅處分前，應先依法律規定核算稅額，但不能因此而認稽徵機關有權進行稅額之裁量，乃至改變課稅要件。

依所得稅法第24條第1項規定，營利事業以本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為其所得額。若計算結果為負數，即係虧損。而所謂收入總額，包括應稅所得及免稅所得，未含公司法第42條規定不計入所得額之投資收益。無論公司法第39條第1項本文規定之「以往年度營業之虧損」，或但書規定之「前10年內各期虧損」，其所稱「虧損」，意義應無不同。惟系爭函釋示，核定「前10年內各期虧損」時，應將各該期之投資收益先行抵減各該期之核定虧損後，再予合計。其增加法律所無之虧損要件，改變虧損之意義，已超出核定權範圍，導致納稅義務負擔之加重，自非租稅法律主義所許。

三、從形式觀之，或如多數意見所言，系爭函就「前 10 年內各期虧損」所為釋示，並未直接將投資收益納入本年度稅基，其影響者係本年度純益額之扣除額，無涉本年度純益額之計算，似與所得稅法第 42 條關於投資收益不計入所得額之規定不生牴觸。然依系爭函釋示，將各該期之投資收益先行抵減各該期之核定虧損，造成虧損扣除額之減少，導致課稅所得增加。這種投資收益回計之作法，實質上與擴大稅基無異。是多數意見難免有掩耳盜鈴、移花接木之嫌。

補充一言，假設所得稅之課稅週期非 1 年，而係從營利事業成立至結束為止（最符合量能課稅及租稅公平原則，但因稽徵行政之考量，現實上不可能發生）。依所得稅法第 42 條規定，營利事業歷年之投資收益當然不計入所得額課稅，與課稅週期為 1 年時投資收益不計入所得額課稅相同。何以 10 年之跨年度盈虧互抵制下，各虧損年度之投資收益竟要回計？相較之下，多數意見及系爭函顯不合理，不言可喻。

四、多數意見認為，依系爭函之釋示，將前 10 年內各該虧損年度投資收益，先抵減各該期之虧損數，據以核定「前 10 年內各期虧損」，乃為正確算出營利事業之實際營業虧損，尚能符合所得稅法第 39 條第 1 項但書規定適度放寬年度課稅原則以正確衡量稅負能力之立法目的。換言之，依其見解，系爭函與量能課稅原則無違，從而符合租稅公平原則（租稅平等原則）。

誠然，租稅公平原則與租稅法律主義同為租稅之基本原則，相互關係密切，但截然有別。前者主要攸關稅負之分擔，屬於實質原理；後者與課稅權之行使方法有關，乃形式原理<sup>4</sup>。稅捐法令即使符合租稅公平原則，仍可能因牴觸租稅法律主義而違憲。

多數意見主張，「前 10 年內各期虧損」應指營利事業之實際營業虧損。此一見解以會計所得（會計損益）取代課稅所得（稅務損益），顯然背離財稅常識。申言之，會計所得係營利事業根據商業會計法及

<sup>4</sup> 金子宏著，註 2 所揭書，頁 78。

一般公認會計原則，於會計年度內計算之當期損益。判決理由所稱「營利事業之實際營業虧損」，當指會計所得而言。計算會計所得之目的，在於提供經營者忠實之財務資料，正確顯示實際之財務績效，公允表達經營成果。課稅所得則係以會計所得為基礎，依稅法規定進行「帳外調整」而得之金額。亦即，課稅所得係營利事業按所得稅法等相關法令之規定，並依所得稅結算申報書所列示各項收益減除各項費用及損失，再扣除合於租稅減免規定之所得後之餘額。營利事業所得稅之課徵客體，應為課稅所得，不是會計所得，自非判決理由所稱「營利事業之實際營業虧損」。要之，所得稅法第 39 條第 1 項但書所稱之「前 10 年內各期虧損」，應從課稅所得之概念理解。同法第 42 條規定之投資收益，既不計入所得額課稅，排除在課稅所得之外，則稽徵機關於核定「營利事業之實際營業虧損」時，自不得予以回計。

又參照所得稅法第 42 條規定，系爭函所稱免計入所得額之投資收益，係指營利事業因投資於國內其他營利事業，所獲配之股利或盈餘。至於投資損失，非指營利事業因所投資之營利事業經營不善，致無法獲配股利或盈餘，而係所投資之營利事業經減資或清算後，原先投入之資本額有虧損，始足當之。是投資收益與投資損失並非相對應之概念，猶如蘋果與橘子一般，欠缺可比較性，況稅法已分別為不同之規定，解釋適用時不應相提並論、比附援引。

五、此外，有主張系爭函合憲之大法官認為，所得稅法第 42 條規定投資收益不計入所得額課稅，屬租稅優惠。同法第 39 條第 1 項但書規定跨年度盈虧互抵，亦係租稅優惠，其如何適用，稅捐中央機關主管機關應有相當裁量空間。按立法理由顯示，投資收益不計入所得額課稅，係為避免經濟上之重複課稅；跨年度盈虧互抵法制之目的，則係為正確衡量稅捐負擔能力，落實租稅公平。二者應均屬量能課稅原則之實踐，絕非為追求特定政策而犧牲量能課稅原則之租稅優惠<sup>5</sup>。至於所謂如何適用，稅捐中央機關主管機關應有相當裁量空間

<sup>5</sup> 葛克昌指出，營利事業所得稅為期間稅，係按年度課徵，此種按年度課徵僅為技術上安排、簡化之需要，有時不免違反量能課稅原則，而須為跨年度或跨期

之說法，無視乎稅法應有之解釋適用方法，顯與租稅法律主義有違，不足道矣。

綜上，依多數意見所持見解，租稅法律主義應有之內涵幾遭掏空，而徒具形骸。本號判決以有名無實之租稅法律主義審查系爭函，獲致合憲結論，實難令人接受。但願這只是一時走調，而非悲歌傳唱。

### III 判決書擬案

本席曾擬就判決書草案一份，惟未獲多數支持，至感遺憾。爰收錄於後，用以表明本席之立場與主張。

### 憲法法庭判決

111 年憲判字第 5 號

聲 請 人 中國鋼鐵股份有限公司

代 表 人 翁朝棟住同上

訴訟代理人 周泰維律師

王健安律師

上列聲請人認最高行政法院 105 年度判字第 661 號判決所援用之財政部中華民國 66 年 3 月 9 日臺財稅第 31580 號函牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

#### 主 文

財政部中華民國 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函釋示：「公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條規定，自本年度純益額中扣除前 3 年（98 年 1 月 21 日修正公布後之現行規定為 10 年）各期核定虧損者，應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益

---

間之調整，是跨年度之盈虧互抵並非租稅優惠，而係為正確衡量其負擔能力，依客觀淨值所得原則所為之調整。參照氏著，盈虧互抵與納稅者權利保護，月旦法學雜誌第 276 期，2018 年 5 月，頁 157。相同見解，參照黃茂榮著，稅法解釋與司法審查，2015 年 12 月增訂 3 版，頁 732；蔡孟彥著，量能課稅原則與盈虧互抵，財稅法令半月刊第 43 卷第 16 期，2020 年 8 月，頁 47。

額中扣除。」其違反憲法第 19 條租稅法律主義，應不再援用。

### 理由

#### 壹、當事人陳述要旨等

- 一、聲請人中華民國 99 年度營利事業所得稅結算申報，與其子公司中龍鋼鐵股份有限公司採取連結稅制合併申報，經財政部高雄國稅局審查，將其前 10 年已核定合併之本年度營業虧損扣除額，以 98 年度之投資收益抵減後，重為核定虧損額。聲請人不服，先後提起復查及訴願，復提起行政訴訟，遞經高雄高等行政法院 104 年度訴字第 256 號判決及最高行政法院 105 年度判字第 661 號判決（下稱確定終局判決）駁回確定。
- 二、聲請人陳述略謂：所得稅法第 39 條第 1 項規定：「以往年度營業之虧損，不得列入本年度計算。但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」故只要符合所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之要件，即得就經該管稽徵機關核定之前期虧損，與本年度純益額進行盈虧互抵。惟確定終局判決所適用之財政部 66 年 3 月 9 日台財稅第 31580 號函（下稱系爭函）釋示，應將各該期依同法第 42 條規定不計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除，其變相擴增營利事業之納稅義務，直接影響適用所得稅法第 39 條納稅義務人之租稅負擔，實質擴大營利事業所得稅之稅基，牴觸憲法第 15 條財產權之保障及第 19 條租稅法律主義等語，並聲明請求宣告系爭函違憲。
- 三、受審查法規範之主管機關財政部陳述略謂：依所得稅法第 24 條第 1 項規定，營業之虧損應以營利事業以往各該年度之收入總額，減除各項成本費用、損失及稅捐計算之。營利事業投資於國內其他營利事業所獲配之投資收益，依所得稅法第 42 條規定，雖不計入獲配年度所得額課稅，惟仍屬該年度之收入，故營利事

業於適用所得稅法第 39 條規定計算跨年度之盈虧互抵時，自應將該投資收益包含在內，俾正確計算其實際營業虧損，避免虛增可扣除之虧損金額。系爭函係主管機關本於權責，就營利事業獲配投資收益時，應如何適用所得稅法第 39 條規定，計算可扣除虧損金額所為之釋示，其並未違反所得稅法第 42 條規定投資收益不計入所得額課稅之立法設計，亦能兼顧租稅公平及反映營利事業實際經營所得與納稅能力，尚無違反租稅法律主義等語。

## 貳、受理依據

按憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。查本聲請案係於 107 年 12 月 26 日繫屬，其受理與否，應依憲法訴訟法修正施行前之規定，即大法官審理案件法第 5 條第 1 項 2 款規定要件定之。經核本件聲請，與上開要件相符，爰予受理。

## 參、形成主文之法律上意見

### 一、本件所涉及之憲法上權利與審查標準

憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律明文規定。主管機關本於法定職權就相關法律所為之闡釋，自應秉持憲法原則及相關法律之立法意旨，遵守一般法律解釋方法而為之；如逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許（司法院釋字第 674 號、第 692 號、第 703 號、第 706 號及第 798 號解釋參照）。

### 二、所得稅法第 39 條第 1 項盈虧互抵法制之立法目的

所得稅法第 39 條第 1 項規定：「以往年度營業之虧損，不得列入本年度計算。但公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自



本年純益額中扣除後，再行核課。」考其立法意旨，係因所得稅之課稅週期，本應以單一年度為之，惟以年度為期限計算營利事業所得，常使變動性大之所得負荷過重，為提高企業競爭能力及企業永續經營，考量稅捐負擔能力之正確衡量及促進稅制公平合理，爰參照其他國家之制度並參酌稅捐核課期間及憑證保存年限，於第 39 條第 1 項但書放寬原核定得扣除之營業虧損年限規定（第 1 屆立法院議案關係文書 43 年 2 月 20 日院總第 225 號政府提案第 148 號，第 58 頁及第 59 頁；立法院公報第 78 卷第 104 期院會紀錄，第 111 頁、第 98 卷第 3 期院會紀錄，第 81 頁及第 82 頁參照）。跨年度盈虧互抵法制之目的既係為正確衡量稅捐負擔能力，落實租稅公平，則其性質應屬量能課稅原則之實踐，非稅法或其他法律為特定政策所規定之租稅優惠。

三、系爭函與所得稅法第 42 條投資收益不計入所得額課稅之意旨有違

系爭函釋示：「公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條規定，自本年度純益額中扣除前 3 年（98 年 1 月 21 日修正公布後之現行規定為 10 年）各期核定虧損者，應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。」按所得稅法第 42 條規定不計入所得額之投資收益，應否先行抵減各該期之核定虧損，攸關跨年度盈虧互抵時應納稅額之計算，主管機關所為相關解釋，自應遵守一般法律解釋方法而不得逾越法律解釋之範圍，增加法律所無之租稅義務。

查系爭函作成時之所得稅法第 42 條規定：「公司組織之營利事業。投資於國內其他非受免徵營利事業所得稅待遇之股份有限公司組織者。其投資收益免予計入所得額課稅。」（52 年 1 月 29 日修正公布），係參照當時獎勵投資條例（已於 79 年 12 月 31 日因施行期間屆滿而當然廢止）第 8 條之免稅規定，將投資收益免予計入所得額課稅（立法院公報第 30 會期第 14 期，第 121 頁參照）。按獎勵投資條例係為獎勵投資活動，加速國家經濟發展之目的所制定，採用稅捐減

免優惠為主要獎勵方法，以實現其立法意旨（司法院釋字第 458 號、第 496 號及第 565 號解釋參照）。且行政院 49 年 6 月 23 日函送立法院審議之獎勵投資條例草案，其立法原則第 6 點明示，第 7 條（即獎勵投資條例第 8 條）規定係：「對於營利事業……，酌予減免所得稅，以資鼓勵。」（第 1 屆立法院議案關係文書 49 年 6 月 23 日院總第 574/459 號政府提案第 545/379 號之 6，第 287 頁參照）。由上觀之，系爭函作成時之所得稅法第 42 條應屬租稅優惠之規定。惟查獎勵投資條例草案前揭條文之立法說明另表示：「甲事業轉投資於乙事業，乙事業分派盈餘予甲事業時，已課稅一次，甲事業收到乙事業分派之盈餘併入甲事業本身之盈餘時，又需課稅一次，雖現行所得稅法第 38 條規定，此類轉投資收益，准以二分之一之數額計入課稅。但重複課稅並未完全避免，對於資本累積妨礙甚大，故特規定投資於國內其他非免稅之生產事業之營利所得，全部不計入所得額，不予課稅。」（第 1 屆立法院議案關係文書 49 年 6 月 23 日院總第 574/459 號政府提案第 545/379 號之 6，第 295 頁參照）依此，該規定既係為避免投資收益之重複課稅，則寓有將投資收益不納入營利事業所得稅稅基之意旨，與前述租稅優惠之意旨有所歧異。

嗣原因案件適用時之所得稅法第 42 條第 1 項規定：「公司組織之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之股利淨額或盈餘淨額，不計入所得額課稅，其可扣抵稅額，應依第 66 條之 3 規定，計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額。」（86 年 12 月 26 日修正公布）其修正理由稱：「在兩稅合一之設算扣抵制下，營利事業取自轉投資事業之投資收益，不計入投資事業之所得額課稅，無論營利事業轉投資層次之多寡，該投資收益僅在最終被投資事業階段，課徵一次營利事業所得稅，由於營利事業之轉投資收益不計入所得額課稅，自應計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額，俟盈餘分配予個人股東時，由個人股東併計其綜合所得總額課稅並予以扣抵，而非用以扣抵投資事業當年度所得稅結算申報應納稅額。」（立法院公報第 86 卷第 57 期院會紀錄，第 37 頁及第 38 頁參照）。依兩稅合一制之精神，營利事業之轉

投資收益不計入所得額課稅，係為避免營利事業間以及營利事業與個人股東間所得稅之重複課稅，以兼顧租稅公平及量能課稅原則之實踐。投資收益不計入所得額課稅，應係指投資收益不納入所得稅之稅基，自與租稅優惠無涉。

又所得稅法於 107 年間再次修正，廢除兩稅合一之設算扣抵制度，並修正第 42 條如現行規定所示：「公司、合作社及其他法人之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之股利或盈餘，不計入所得額課稅。」其修正理由重申消除重複課稅之意旨，表明無論轉投資層次之多寡，投資收益僅在營利事業階段課徵一次營利事業所得稅，俟盈餘分配予個人股東時，由個人股東併計綜合所得總額課稅（立法院公報第 107 卷第 19 期院會紀錄，第 336 頁參照）。此益徵自 86 年 12 月 26 日所得稅法第 42 條修正公布後，立法者將投資收益不計入所得額課稅，其性質並非租稅優惠，而係為避免經濟上之重複課稅，實踐量能課稅原則，乃將投資收益排除於所得稅稅基範圍之外。

準此，所得稅法第 42 條於 86 年 12 月 26 日修正公布後，投資收益不計入所得額課稅，意指投資收益業非屬營利事業所得稅稅基之範圍，而與租稅優惠無涉，已臻明確。系爭函釋示，公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條關於以往年度營業虧損之扣除者，應將各該期依同法第 42 條規定不計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。其顯然將投資收益視為所得稅之稅基，並將投資收益不計入所得額課稅當作租稅優惠。是以財政部賦稅署聲稱：「公司於虧損年度自國內轉投資事業獲配之投資收益屬當年度所得之一部分，雖依所得稅法第 42 條規定不計入當年度所得額課稅，嗣後年度依同法第 39 條第 1 項但書規定計算該虧損年度之核定可扣除虧損金額時，倘未加回該不計入所得額課稅之投資收益，將虛增可扣除之虧損金額，造成投資收益於取得年度及虧損扣除年度雙重獲益之情形……。」（確定終局判決實質援用之財政部賦稅署 104 年 3 月 25 日臺稅所得字第 10304049180 號書函參照）然徵諸前述，此等見解實與 86 年 12 月 26 日修正公布後所得

稅法第 42 條規定之意旨有違。又會計所得與課稅所得之概念不同，課稅應以課稅所得為準。投資收益非屬營利事業所得稅之稅基，即使係會計所得，亦非課稅所得。上開財政部賦稅署書函似將會計所得與課稅所得混淆，並於損益計算時，以會計所得取代課稅所得，顯不足採。

四、系爭函限縮所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之虧損扣除範圍，違反租稅法律主義而違憲

綜上，系爭函釋示應將所得稅法第 42 條規定不計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除，此形同以命令將已不納入營利事業所得稅稅基之投資收益，回計於稅基之中，致營利事業虧損扣抵額減少，變相增加營利事業之所得稅負擔。是系爭函限縮所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之虧損扣除範圍，實質擴大營利事業所得稅之稅基，增加法律規定所無之租稅義務，違反憲法第 19 條租稅法律主義，應自本解釋公布之日起不再援用。

## 不同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件聲請案是因為中鋼公司與其子公司中龍公司採連結稅制合併辦理營利事業所得稅（下稱營所稅）結算申報，於 99 年度合併申報營利事業所得時，列報前 10 年核定合併營業虧損本年度扣除額，惟經財政部高雄國稅局查核依財政部 66 年台財稅第 31580 號函釋（下稱系爭函釋），將免計入所得額之投資收益先行抵減核定虧損。中鋼公司不服，申請復查、提起訴願及行政訴訟，歷經高雄高等行政法院以及最高行政法院判決敗訴確定後，聲請解釋。

本件經憲法法庭審理後，認為系爭函釋與憲法第 19 條租稅法律主義並無牴觸。對於本件判決的大法官多數意見，本席並無法贊同，爰提出不同意見。

### 一、相關規定與聲請標的

本件涉及所得稅法第 39 條第 1 項但書規定：「公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課。」財政部就該規定，發布系爭函釋作為適用的依據：「公司組織之營利事業適用所得稅法第 39 條規定，自本年度純益額中扣除前 3 年（按：現為 10 年）各期核定虧損者，應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。」

本件是憲法訴訟法施行後，首件審查稅法規範的憲法判決，具有重要意義。然而本件判決主文與理由，不僅未能正面具體回應聲請人對於變相擴大營所稅的稅基，違反租稅法律主義的主要指摘，而且對於盈虧互抵、轉投資不納入所得課稅、兩稅合一等制度的立法意旨亦有所誤解。

### 二、稅基之認定，應符合租稅法律主義

#### （一）歷來解釋對於租稅法律主義的界定

歷來大法官解釋中提及租稅法律主義者，高達 52 件之多，最早為 1977 年 12 月 23 日司法院釋字第 151 號解釋。於 1985 年司法院釋字第 198 號解釋中，則明示其憲法基礎：「憲法第 19 條規定『人民有依法律納稅之義務』，乃揭示『租稅法律主義』之原則」。直至 1986 年司法院釋字第 210 號解釋理由書中才對租稅法律主義的意涵有所闡釋：「按人民有依法律納稅之義務，為憲法第 19 條所明定，所謂依法律納稅，兼指納稅及免稅之範圍，均應依法律之明文。至主管機關訂定之施行細則，僅能就實施母法有關事項而為規定，如涉及納稅及免稅之範圍，仍當依法律之規定，方符上開憲法所示租稅法律主義之本旨。」

大法官解釋對租稅法律主義的界定，最初僅及於納稅及免稅，其後乃擴張到「納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項」（司法院釋字第 217 號、第 413 號解釋參照）、「租稅客體」（司法院釋字第 415、597、607 號等解釋參照）、「租稅客體對租稅主體之歸屬」（司法院釋字第 674、685、693 號等解釋參照）」。

## （二）稅基等租稅構成要件，應以法律明定，始符合租稅法律主義

首度出現「稅基」一詞，並肯定其亦屬於租稅構成要件，應依法律明定之，始符合租稅法律主義的是 1996 年司法院釋字第 415 號解釋。其於理由書中提到「憲法第 19 條規定人民有依法律納稅之義務，係指稅捐主體、稅捐客體、稅基及稅率等稅捐構成要件，均應以法律明定之。」惟該號解釋是因當時所得稅法施行細則第 21 條之 2 規定，額外增加須「與納稅義務人或其配偶同一戶籍」為申報個人綜合所得稅（下稱綜所稅）時，受扶養之人數減除免稅額之要件，限縮母法之適用，認有違憲法第 19 條租稅法律主義，而被宣告違憲，並無直接與稅基有關的論述。該號解釋後的將近 10 年間，都沒有再出現「稅基」之解釋。

直到 2005 年司法院釋字第 597 號解釋開始，才又再出現「稅基」一詞：「憲法第 19 條規定，人民有依法律納稅之義務。所謂依法律

納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則。」

此後的大法官解釋都積極而穩定地肯定稅基屬於租稅構成要件，應依法律明定之，始符合租稅法律主義（司法院釋字第 597、607、615、620、622、635、640、650、651、657、660、661、674、685、692、693、700、703、705、706、745、746、779、798 號解釋參照）。

雖然如此，在歷來的解釋中，對於究竟何謂「稅基」，其概念範圍與審查、判斷標準如何，並未見有所闡述。只有司法院釋字第 745 號解釋理由書略微提到：「本於量能課稅原則，所得課稅應以收入減除成本及必要費用後的客觀淨值，而非所得毛額，作為稅基。此項要求，於各類所得之計算均應有其適用。」本件判決對於系爭規定是否涉及稅基，未能把握機會有所論述，更遑論對其審查判斷標準有所闡述，誠屬可惜。

「稅基」一詞，雖未見法律定義，惟自稅捐稽徵實務上觀之，應可以理解為「課稅之（計算）基礎」，亦即「法律所規定應據以為計算應繳納稅額的基礎」，以該基礎進而決定應適用之稅率，並計算應繳納的稅額。在憲法第 19 條所要求的租稅法律主義下，與稅基相關的事項，都應該以法律，或至少有法律明確授權為依據的法規命令，明文加以規定。我國稅法中屬於稅基規範者相當多，例如所得稅法第 24 條第 1 項前段規定：「營利事業所得之計算，以其本年度收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額為所得額。」即為營所稅稅基的規範。

雖然司法院歷來的解釋，認為「主管機關於職權範圍內適用各該租稅法律規定時，本於法定職權就相關規定予以闡釋，如係秉持憲法原則及相關立法意旨，遵守一般法律解釋方法為之，即與前述憲法第 19 條規定之租稅法律主義或依法課稅原則無違」，但是「如逾越法律解釋之範圍，而增加法律所無之租稅義務，則非憲法第 19 條規定之租稅法律主義所許」（司法院釋字第 607 號、第 615 號、第 625 號、第 635 號、第 660 號、第 674 號、第 685 號、第 692 號、第 693 號、

第 745 號及第 746 號等解釋參照)。是以縱使是主管機關就相關租稅法律進行解釋適用時，司法院歷來解釋仍嚴格要求其必須遵守租稅法律主義，不得逾越法律解釋的範圍，且不得在欠缺法律或經法律具體明確授權的法規命令的情形下，增加法律所無的租稅義務。

### 三、系爭函釋逾越法律文義所可以理解的範圍，未經法律授權賦予稅捐稽徵機關以不同標準重新核定歷年虧損之權力，違反租稅法律主義

所得稅法第 39 條第 1 項但書規定公司組織之營利事業，會計帳冊簿據完備，虧損及申報扣除年度均使用第 77 條所稱藍色申報書或經會計師查核簽證，並如期申報者，得將「經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損」，自本年純益額中扣除後，再行核課。可知該條文在於規定跨年度盈虧互抵，並以之為核課公司組織之營利事業本年度營所稅之計算基礎，涉及稅基之計算，應無疑義。系爭函釋要求必須「應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除」，亦即涉及營所稅核課基礎的計算，是否應將轉投資收益「先行抵減各該期之核定虧損」，再以餘額自本年度純益額中扣除，自是影響「稅基」的計算。

本件判決理由書二、認為「系爭函係為利稽徵機關行使所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之核定權，而為之釋示」（第 11 段參照），且「因『前 10 年內各期虧損』之內涵，所得稅法並無明文，尚須經該管稽徵機關核定後，始得將之（即前 10 年內各期虧損）自本年度純益額中扣除，以核算本年度課稅所得額」（第 12 段參照），「同但書規定所稱得自本年度純益額中扣除之『前 10 年內各期虧損』，尚非逕指營利事業於以前各該虧損年度之營所稅結算申報經核認之虧損數」（第 13 段參照），且理由書三、認為「系爭函未逾越所得稅法第 39 條第 1 項但書所規定『前 10 年內各期虧損』之可能解釋範圍」（第 15 段參照），「然該『前 10 年內各期虧損』既係本年度純益額之扣除額，用以核算本年度課稅所得額，無涉本年度純益額之計



算，則依系爭函所為『前 10 年內各期虧損』之核定，並不會有以前年度之投資收益計入本年度純益額（即全年所得額），致有牴觸所得稅法第 42 條所規定不（免）計入全年所得額之情事」（第 17 段參照），「系爭函核係基於正確衡量營利事業實際營業盈虧所示之實質稅負能力，乃釋示應將前 10 年內各該虧損年度依所得稅法第 42 條規定不（免）計入所得額之投資收益，先抵減各該期之虧損數，以營利事業之實際營業虧損，核定所得稅法第 39 條第 1 項但書規定之『前 10 年內各期虧損』，既未逾越『前 10 年內各期虧損』所得可能解釋範圍，且尚能符合同但書規定適度放寬年度課稅原則以正確衡量稅負能力之立法目的，而與憲法第 19 條租稅法律主義尚無牴觸」（第 19 段參照）。本席並無法贊同上述見解。

營利事業每年都必須申報營所稅，稽徵機關亦就營利事業每年所為之申報為核定後，據以課徵營所稅。是以「經該管稽徵機關核定之前 10 年內各期虧損」，在法律未有特別規定不同的虧損認定標準下，其文義自是指過去前 10 年間業已經過稽徵機關核定之各期虧損，此由系爭函釋的用語「先行抵減『各該期之核定虧損』」亦可知之甚明。

如果欲採取不同於每年核定虧損的標準，而要求於盈虧互抵時應將原本免計入所得額之投資收益先行抵減各該期之核定虧損，自是「以不同標準重新核定」歷年虧損，使歷年原來的核定虧損被抵減掉，不僅使得原本為達到量能課稅目的而設的盈虧互抵的良法美意無法達成，而且改變原來的營所稅額的計算基礎，造成稅基的變動，增加人民的稅捐負擔，絕非理由書中所稱的只是「為利稽徵機關行使核定權」而已，自應該以法律或至少有法律明確授權的法規命令加以規定，而非僅以主管機關的系爭函釋即可擅自為之，始符合租稅法律主義的要求。

此外，上述本件判決理由書認為，系爭函釋是「基於正確衡量營利事業實際營業盈虧所示之實質稅負能力」，「以營利事業之實際營業虧損」，核定前 10 年內各期虧損（第 19 段參照）。此一見解，混淆了課稅所得（taxable income）與會計所得（accounting income）的

計算，以及稅務會計與財務會計的區別，似乎有意掩蓋稅基（計稅標準）的變動結果，而且逸脫租稅法律主義所可涵蓋的形式範圍，也逾越法律解釋之範圍，增加了法律所無的租稅義務，並不適當。

#### 四、稅法案件之憲法審查不應只是停留在形式租稅法律主義的審查層次，而應積極建立實質審查標準

在租稅法律主義下，租稅各項構成要件必須以法律或法律明確授權的法規命令明文規定，然而稅法案件之憲法審查並不應以此形式上的要求為已足。在稅務案件的憲法審查上，應該擺脫過去多僅在形式層次審查有無違反租稅法律主義，而進一步在要求必須建立實質上的審查標準，亦即視具體案件類型、所涉及之基本權種類、侵害基本權之型態與強度等，具體判斷所應採取之審查基準以及審查密度之寬嚴。

詳言之，假如系爭稅法規範形式上並未違反租稅法律主義的要求，並非即當然合憲。基於憲法保障基本權的審查模式，尚應進一步審查系爭稅法規範有無實質侵害憲法所保障的人民基本權，特別是財產權保障、營業自由、職業自由等，並據以建立不同寬嚴密度的審查標準，同時也就系爭稅法規範所追求的目的或所採取的手段，是否符合比例原則或平等原則的要求進行實質審查。

過去司法院釋字第 420 號及第 438 號解釋，曾嘗試從形式意義的租稅法律主義轉而為追求實質意義的租稅法律主義：「人民有依法律納稅之義務，憲法第 19 條定有明文。涉及租稅事項之法律，應本於租稅法律主義之精神，依各該法律之立法目的，衡酌經濟上之意義及實質課稅之公平原則解釋之，亦為本院釋字第 420 號解釋所揭示。」但何謂租稅法律主義之「精神」，語焉不詳，往後亦未曾出現過。然而歷來實際上僅有少數的大法官解釋審查稅法案件時，有進行實質審查，例如：司法院釋字第 745 號（未許薪資所得者核實減除必要費用，宣告當時之所得稅法相關規定違憲），即為以憲法平等原則審查模式實質審查稅法規範的前例。

本席認為本件系爭函釋，所涉及者為營所稅的稅基問題，不僅形

式上應符合租稅法律主義，實質上亦應該進一步審查系爭函釋有無侵害憲法所保障的人民基本權。

### 五、盈虧互抵為量能課稅的具體表現，系爭函釋造成實質上不公平結果

所得稅法第 39 條第 1 項但書跨年度盈虧互抵的規定，為 1963 年修法所新增，當時規定「……得將經該管稽徵機關查帳核定之前三年內各期虧損，自本年純益額中扣除後，再行核課」。1989 年修法，放寬為「前 5 年」虧損，其修正理由為：「為提高企業競爭能力及促進稅制公平合理，爰參照其他國家之制度並參酌稅捐核課期間及憑證保存年限之規定，將但書規定得扣除之『前 3 年』虧損放寬為『前 5 年』虧損……」。2009 年修法再放寬為「前 10 年」虧損，其修正理由為：「為提高企業競爭能力及促進稅制公平合理，並考量企業永續經營及課稅能力的正確衡量，參照其他國家做法，將第一項規定得扣除『前 5 年』虧損，放寬為『前 10 年』虧損。」由上述修法理由可知，跨年度盈虧互抵的規定，係政府為「提高企業競爭能力」、「促進稅制公平合理」及「考量企業永續經營及課稅能力」而設的規定，其性質並非租稅優惠，而是量能課稅原則的具體展現。

本件判決理由書五、認為聲請人執以爭議系爭函釋違反憲法第 7 條平等原則之財政部 74 年函及財政部 76 年函，為差別課稅待遇，雖前開財政部 74 年函及財政部 76 年函係分別釋示稽徵機關於核定所得稅法第 39 條第 1 項但書所規定之各期虧損時，就營利事業於各該虧損年度如有暫停課徵營所稅之證券交易所得或免納所得稅之土地交易所得，無須先予抵減各該虧損年度所核定之虧損數，尚不生違反憲法第 7 條平等原則之問題（第 24 段參照）。

惟依本件判決理由書所述，停徵證券交易所得之營所稅規定，係為簡化稽徵手續之目的，具有租稅優惠性質；而免納所得稅之土地交易所得，則是因為已課徵土地增值稅，為避免重複課稅（第 25 段參照）。然而本件系爭函釋則是涉及所得稅法第 39 條第 1 項但書量能課稅的稅法基本原則，且依系爭函釋要求將轉投資收益「先行抵減各

該期之核定虧損」，顯然有擴大稅基的效果，不僅違反量能課稅的基本原則，且影響納稅義務人財產權甚鉅，從租稅法律主義的規範密度角度觀之，至少應以法律或法律具體明確授權之行政命令為之。本件判決理由書五、僅以「系爭函與財政部 74 年函、76 年函間，乃基於不同事物所為之釋示，自不生違反憲法第 7 條平等原則」（第 25 段參照）為由，而忽略系爭函釋與財政部 74 年函、76 年函間產生實質上的差異，亦即形成屬於租稅優惠者可以毋須抵減，屬於為避免重複課稅者也可以毋須抵減，但屬於量能課稅者的盈虧互抵卻必須先行抵減虧損而增加稅負的實質上不公平結果。

就本件判決而言，聲請人明確指摘系爭函違反平等原則，並限制或侵害人民受憲法第 15 條保障財產權及營業自由。然而本件判決就此部分只有結論，沒有論述的理由。至於實質審查操作，例如：系爭函侵害何種憲法上所保障之人民基本權？其所造成基本權限制或影響的程度為何？當權衡規範目的與手段之後，是否有客觀上較不侵害憲法權利的手段或方法存在？或者，就大法官解釋過去就法規範是否符合平等原則要求所採行的判斷標準，包括審酌該法規範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性等等（參照司法院釋字第 701 號、第 719 號、第 722 號、第 727 號、第 801 號解釋等），均付之闕如。本件判決主軸仍停留在形式租稅法律主義的審查層次，甚為可惜。

## 六、系爭函釋並無法以兩稅合一加以正當化

### （一）兩稅合一在制度建置上與投資收益免納入所得課稅無直接相關

由於系爭函釋中提到「……應將各該期依同法第 42 條規定免計入所得額之投資收益，先行抵減各該期之核定虧損後，再以虧損之餘額，自本年度純益額中扣除。」本件判決理由書花了相當長的篇幅，以兩稅合一制度來說明系爭函釋要求所得稅法第 42 條的投資收益先行抵減各該期核定虧損之正當性，並認為「系爭函尚未牴觸所得稅法第 42 條第 1 項規定於兩稅合一制下之立法意旨，亦尚難謂其因牴觸

同條項規定於兩稅合一制下之立法意旨，而與憲法第 19 條租稅法律主義有違」（第 20 段以下參照）猶顯語意不明。本席就此並無法贊同。

所得稅法第 42 條規定公司組織投資於其他事業之投資收益可以部分或全部免記入所得額課稅，最早於 1955 年兩稅分立的時代就已經存在，規定得僅以其百分之 50 數額，計入所得額課稅（當時為所得稅法第 38 條）。1963 年修法，則容許其全部的投資收益免予計入所得額課稅。1980 年修法，規定其投資收益之百分之 80，免予計入所得額課稅。1997 年底修法，規定投資收益全部不計入所得額課稅，然而當時因採取「兩稅合一之設算扣抵制」（1998.1.1～2017.12.31），乃於後段增加「其可扣抵稅額，應依第 66 條之 3 規定，計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額」的規定。現行法是於 2018 年修正，除了延續規定公司、合作社及其他法人之營利事業，因投資於國內其他營利事業，所獲配之股利或盈餘，不計入所得額課稅，同時配合兩稅合一的廢止，而將後段設算扣抵的規定刪除。

由此可知，早在採取兩稅合一制度之前，營利事業投資收益免納入所得課稅就已經存在超過 40 年，兩稅合一廢止後，也仍然繼續存在。是以從制度建置的觀點，投資收益免納入所得課稅的規定，與兩稅合一並無直接相關。

## （二）兩稅合一之立法目的亦與投資收益免納入所得課稅無關

兩稅合一所稱的「兩稅」是指「營利事業的營所稅」和「股東的個人營所稅」，亦即兩稅合一在於規範營利事業於被課徵營所稅後，分配盈餘給個人股東時，個人股東就該筆所得併計其綜合所得總額以申報個人營所稅時，得為如何扣抵的問題。此由實施兩稅合一時所得稅法第 3 條之 1 規定：「營利事業繳納屬 1998 年度或以後年度之營利事業所得稅，除本法另有規定外，得於盈餘分配時，由其股東、社員、合夥人或資本主將獲股利總額或盈餘所含之稅額，自當年度綜合所得稅結算申報應納稅額中扣抵。」即可知，而此所稱之「除本法另有規定外」，即是包括所得稅法第 42 條所規定的營利事業取自轉投

資事業之投資收益，不計入投資事業之所得額課稅的情形，在此情形下，所得稅最後實質負擔人是獲得盈餘分配的股東，因此才會有學說上認為營利事業僅係在中間扮演「導管」的角色。

而所得稅法所以採取營利事業轉投資收益不計入所得額課稅，其立法目的在 1980 年的修正理由中說明相當清楚，是在於「避免投資收益之重複課稅」；2018 年修正理由中，亦再次表明是為「消除重複課稅」。亦即該筆投資收益在發放股利的被投資公司已經繳納過營所稅，在投資公司如果再被納入所得課徵營所稅，將造成同一筆收益重複被課徵兩次營所稅的情形。

然而本件判決理由書中卻以 1997 年為配合兩稅合一而新增後段的修正理由「……無論營利事業轉投資層次之多寡，該投資收益僅在最終被投資事業階段，課徵一次營利事業所得稅，由於營利事業之轉投資收益不計入所得額課稅，自應計入其股東可扣抵稅額帳戶餘額，俟盈餘分配予個人股東時，由個人股東併計其綜合所得總額課稅並予以扣抵，……」進而推論「所得稅法第 42 條規定之立法目的，並非為避免就同一租稅客體對同一租稅主體之重複課徵所得稅」（第 18 段參照），其顯然誤解前揭立法原意。

由上可知，兩稅合一的立法目的以及所欲處理之問題，與所得稅法第 42 條規定營利事業投資所得不納入所得額課稅完全不同，兩者並無直接關係。本件判決理由書以兩稅合一來正當化系爭函釋，並不具有說服力，本席亦無法贊同。

## 七、結語

租稅法律主義下，稅基為租稅之重要構成要件，影響人民的租稅負擔義務，有關稅基的規範與解釋適用，都必須符合租稅法律主義，始符合憲法保障人民財產權之意旨。

本件判決系爭函釋涉及對所得稅法第 39 條第 1 項跨年度盈虧互抵的解釋適用問題，亦即是否應將原本依所得稅法第 42 條規定不計入所得額課稅的轉投資收益「先行抵減各該期之核定虧損」，再以餘額自本年度純益額中扣除，影響「稅基」的認定與計算，自應符合租

稅法律主義的要求。

本件判決主文，既然肯定系爭函釋涉及人民之租稅負擔，且與「該管稽徵機關核定各期虧損之基準」有關，即是肯認其屬稅基事項，然而卻未能嚴守租稅法律主義宣告其違憲，而只是認為以法律或法律具體明確授權之命令予以明定「為宜」，且無視系爭函釋逾越法律文義所可以理解的範圍，賦予稅捐稽徵機關可以在欠缺法律明文規定或授權的情形下，擅自以不同標準重新核定歷年虧損之權力，並且錯誤地以與盈虧互抵及轉投資收益不計入課稅無關的兩稅合一，來正當化該函釋，嚴重悖離歷來大法官解釋所肯定的租稅法律主義，本席並無法同意。

111 年憲判字第 5 號

第 5 號



## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 6 號

聲請人 一 嘉義市議會  
代 表 人 莊豐安  
訴訟代理人 梁樹綸律師  
聲請人 二 臺北市議會  
代 表 人 陳錦祥  
訴訟代理人 紀俊臣教授  
張少騰律師  
黃品瑜律師  
聲請人 三 臺南市議會  
代 表 人 郭信良  
訴訟代理人 蔡文斌律師  
林冠廷律師  
許依涵律師  
聲請人 四 臺中市議會  
代 表 人 張清照  
訴訟代理人 吳佳漣律師  
聲請人 五 桃園市議會  
代 表 人 邱奕勝

上列聲請人一至五分別就其制定食品安全相關之自治條例，經衛生福利部及行政院函告無效及不予核定部分，聲請憲法解釋及統一解釋。本庭判決如下：

### 主 文

- 一、進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準，屬中 1  
央立法事項。
- 二、衛生福利部就聲請人嘉義市議會，行政院就聲請人臺北市議會、 2  
臺南市議會、臺中市議會及桃園市議會，函告其所通過之各該  
自治條例無效或不予核定部分（如附表一及二所示），並未逾

越憲法賦予中央監督地方自治之權限範圍，均屬合憲。

三、其餘聲請不受理。 3

### 理 由

壹、案件事實與聲請意旨【1】 1

一、原因案件事實背景【2】 2

嘉義市議會（下稱聲請人一）為衛生福利部（下稱衛福部）於 3  
中華民國 109 年 12 月 31 日以衛授食字第 1091304823E 號函，函告  
其於 105 年 10 月 16 日所公布之嘉義市食品安全管理自治條例（下  
稱系爭自治條例一）第 6 條第 2 項規定無效，認有違反憲法對地方  
自治之制度性保障及中央與地方分權之權力分立原則，侵害地方自  
治與其立法權限，發生適用憲法之爭議，於 110 年 5 月 13 日（本庭  
收案日，下同）聲請解釋憲法。【3】

臺北市議會（下稱聲請人二）為行政院以 109 年 12 月 31 日院 4  
臺食安字第 1090203692B 號函，函告其於 105 年 12 月 13 日公布之  
臺北市食品安全自治條例（下稱系爭自治條例二）第 9 條之 1 規定  
無效，並對其於 109 年 11 月 4 日審議通過之同自治條例第 17 條之 1  
規定不予核定乙案，認侵害地方自治權，於 110 年 2 月 8 日聲請解  
釋憲法暨統一解釋法令。【4】

臺南市議會（下稱聲請人三）為行政院以 109 年 12 月 31 日院 5  
臺食安字第 1090203692A 號函，函告其於 106 年 9 月 4 日公布之臺  
南市食品安全管理自治條例（下稱系爭自治條例三）第 11 條之 1 規  
定，自 110 年 1 月 1 日起應屬無效，及行政院 110 年 1 月 8 日院臺  
食安字第 1090044498 號函，函復臺南市政府所報 109 年 12 月 1 日  
審議通過修正之同自治條例第 11 條之 1 及第 17 條之 1 規定不予核  
定等案，致聲請人三與行政院間因行使職權發生適用憲法之爭議，  
及適用法律與命令發生抵觸憲法之疑義，且其與行政院所持見解有  
異，於 110 年 3 月 24 日聲請解釋憲法暨統一解釋法令。【5】

臺中市議會（下稱聲請人四）為行政院以 109 年 12 月 31 日院 6  
臺食安字第 1090203692 號函，函告其於 106 年 9 月 25 日公布之臺

中市食品安全衛生管理自治條例（下稱系爭自治條例四）第 6 條之 1 及第 13 條之 1 規定無效，認有侵害地方自治權之爭議，於 110 年 10 月 12 日聲請解釋憲法暨統一解釋法令。【6】

桃園市議會（下稱聲請人五）為行政院以 109 年 12 月 31 日院 7 臺食安字第 1090203692C 號函，函告其於 108 年 11 月 5 日公布之桃園市食品安全管理自治條例（下稱系爭自治條例五）第 12 條規定無效，並就其於 109 年 10 月 30 日審議通過修正之同自治條例第 12 條及第 22 條規定有關違反第 12 條罰則部分不予核定，認有違憲法對地方自治之制度性保障及中央地方分權之權力分立原則，侵害地方自治權之爭議，於 111 年 3 月 15 日聲請解釋憲法及統一解釋法令。【7】

## 二、聲請人聲請意旨【8】

### （一）聲請人一【9】

聲請人一主張：衛福部於 109 年 12 月 31 日函告系爭自治條例 10 一第 6 條第 2 項規定自 110 年 1 月 1 日起應屬無效，已侵害地方縣市對自治事項之自主權利及立法權限，違反憲法對地方自治之制度性保障，及中央、地方分權之權力分立原則。食品安全與人民日常作息相關，亦屬地方得立法執行之自治事項，食品安全衛生管理法（下稱食安法）第 15 條第 4 項雖僅規定中央有權訂定檢出動物用藥（含乙型受體素）之安全容許量標準，但該標準應為最低標準。系爭自治條例一第 6 條第 2 項規定僅為不得販售含萊克多巴胺（Ractopamine）之豬肉（下稱萊豬），而非全面禁止販售豬肉，且過去從無開放萊豬販售，繼續維持禁止販售規定對市民之營業自由影響小，亦可維護市民之健康權，而未違反比例原則。又萊豬得自國外輸入，與可否於地方販售係不同層次之情事，且食安法第 15 條第 4 項係規定應依國人膳食習慣為風險評估，衛福部卻以國際貿易政策為考量，驗證其並未盡最低限度之保護要求，違反憲法維護健康權之目的等語。【10】

### （二）聲請人二【11】

11

## 1. 聲請解釋憲法部分【12】

12

聲請人二主張：系爭自治條例二第 9 條之 1 及 109 年 11 月審議通過之同自治條例第 17 條之 1 規定事項，係屬地方制度法（下稱地制法）第 18 條第 7 款第 4 目「直轄市消費者保護」及同條第 9 款第 1 目「直轄市衛生管理」所明定之地方自治事項，行政院所為函告無效或不予核定，已侵害聲請人受憲法第 118 條規定關於地方自治之制度性保障。且系爭自治條例二第 9 條之 1 規定前經行政院業予備查在案，前開函告又認無效，已違反禁反言原則。參酌司法院釋字第 738 號解釋意旨及學界見解，動物用藥殘留標準第 3 條所規定豬肉得添加萊克多巴胺安全殘留標準應為最低標準，為維護市民健康權，地方自得制定更嚴格之零檢出標準，亦符合憲法第 22 條規定所保障之人民健康權及第 23 條規定之法律保留原則及比例原則。動物用藥殘留標準第 3 條有關進口豬肉品殘留萊克多巴胺安全容許量標準之規定，違背食安法第 15 條第 2 項及第 4 項規定之規範精神及授權範圍，有悖於食安法第 4 條第 1 項規定對於主管機關之食品安全管理措施應遵行之法定要求及所欲建立之風險評估與諮議體系，並違反憲法第 7 條規定之平等原則及第 22 條規定保障人民健康權之義務。地制法第 26 條第 4 項、第 30 條第 1 項、第 32 條第 3 項、地方自治法規報院核定或備查之統一處理程序第 1 點第 1 項第 3 款第 2 目暨同點第 2 項第 3 款第 2 目等相關規定，形成自治條例之位階低於中央法規命令之狀態，係增加憲法所無之限制，使中央行政權得以訂定授權命令限制自治事項之立法空間，已侵害地方自治核心領域，有違憲法對地方自治之制度性保障等語。【13】

13

## 2. 聲請統一解釋部分【14】

14

聲請人二主張：行政院認系爭自治條例二第 9 條之 1 規定牴觸食安法第 15 條第 4 項規定，因而函告無效，實屬法規之錯誤適用，須予統一解釋等語。【15】

15

## (三) 聲請人三【16】

16

## 1. 聲請解釋憲法部分【17】

17

聲請人三主張：行政院援引食安法第 15 條第 2 項授權訂定之動物用藥殘留標準第 3 條規定，作為函告聲請人所訂定之自治條例無效及不予核定之理由，惟該標準並非憲法第 107 條第 11 款規定所稱「立法」之法律；又援引憲法第 108 條第 1 項第 18 款規定，實已侵害憲法第 118 條規定賦予直轄市依地制法第 18 條第 7 款第 4 目規定就「直轄市消費者保護」事項及同條第 9 款第 1 目規定「直轄市衛生管理」等事項制定相關規定之地方自治權，侵害地方自治核心領域。系爭自治條例三之相關規定係為保護地方消費者之身體健康，更符合憲法第 22 條規定所示健康權之要求。地制法第 30 條第 1 項、第 4 項「函告無效」與地方自治法規報院核定或備查之統一處理程序「函復不予核定」之規定，除增加憲法所無之限制，侵害地方自治核心，且未給予地方自治立法機關事前陳述意見與地方自治機關事後提起救濟之機會，違反有權利即有救濟之法理等語。【18】

## 2. 聲請統一解釋部分【19】 19

聲請人三主張：行政院所為之函告無效及不予核定，衍生聲請人三就職權上適用食安法、動物用藥殘留標準及地制法相關規定時，與行政院有適用同一法律或命令之見解有異之情事，爰一併聲請統一解釋等語。【20】

### (四) 聲請人四【21】 21

## 1. 聲請解釋憲法部分【22】 22

聲請人四主張：依憲法第 108 條第 1 項第 18 款、第 2 項、第 110 條第 1 項第 1 款、憲法增修條文第 9 條、地制法第 18 條第 7 款第 4 目、第 9 款第 1 目等規定，及司法院釋字第 550 號解釋意旨，直轄市內之消費者保護及衛生管理事項，均為地方自治權限。中央所制定之食安法及相關安全容許量標準僅為最低限度規範，地方自治團體得本於地方自治權限，因地制宜制定較嚴格之規範。行政院於 109 年 12 月 31 日函告系爭自治條例四第 6 條之 1 及第 13 條之 1 規定(相關罰則)無效，已侵害聲請人之地方自治權限等語。【23】

## 2. 聲請統一解釋部分【24】 24

聲請人四主張：其與行政院就系爭自治條例四第 6 條之 1 規定 25  
是否抵觸食安法第 15 條第 4 項及動物用藥殘留標準第 3 條規定之見  
解不同，應予統一解釋等語。【25】

(五) 聲請人五【26】 26

1. 聲請解釋憲法部分【27】 27

聲請人五主張：公共衛生事項屬地方自治範疇，地方政府基於 28  
因地制宜之考量，有權訂定較嚴格之規範，行政院就聲請人五制定  
通過之系爭自治條例五相關規定所為函告無效及不予核定，有違憲  
法對地方自治之制度性保障及中央地方分權之權力分立原則，已侵  
害地方自治權限等語。【28】

2. 聲請統一解釋部分【29】 29

聲請人五主張：其與行政院就系爭自治條例五有關萊克多巴胺 30  
零檢出之標準是否抵觸食安法第 15 條第 4 項、動物用藥殘留標準第  
3 條規定之見解不同，應予統一解釋等語。【30】

貳、受理依據及審理程序【31】 31

一、聲請人一至四部分【32】 32

聲請人一於 110 年 5 月 13 日提出聲請，就其所制定之系爭自治 33  
條例一經衛福部函告無效部分（如附表一及二所示），聲請解釋憲  
法，依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 90 條第 1 項但書規定，核與當  
時應適用之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項  
第 1 款、地制法第 30 條第 5 項規定及司法院釋字第 527 號解釋所定  
要件相符，大法官於 110 年 12 月 23 日決議受理。聲請人二至四亦  
各於同年 2 月 8 日、3 月 24 日、10 月 12 日提出聲請，就其各自所  
制定之系爭自治條例二至四經行政院函告無效部分，聲請解釋憲  
法，其聲請核與前開受理要件亦相符，並分別於同年 12 月 23 日、  
12 月 30 日、12 月 23 日決議受理。因爭議相同，爰與聲請人一之案  
件合併審理並判決。【33】

另聲請人二及三，分就行政院及衛福部對系爭自治條例二、三 34  
各為不予核定部分聲請解釋憲法部分，按地制法第 30 條所定得聲請

司法院解釋之事由，固未明文包括不予核定之情形（同法第2條第4款及第26條第4項規定參照）。然如地方自治條例經中央主管機關不予核定，而無從生效，其效果與生效後之函告無效實無二致，地方自治團體之立法機關對不予核定之內容持不同意見，且認侵害其憲法保障之地方自治權者，此應屬中央與地方間因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，而為大審法第5條第1項第1款中段所定之機關爭議，應予受理。【34】

至聲請人二至四聲請統一解釋部分，其所爭執之爭點多屬憲法解釋問題，而非純屬法令解釋之見解歧異，核與大審法第7條第1項第1款所定統一解釋之要件不符，此部分應不受理。【35】

## 二、聲請人五部分【36】

本庭於111年2月22日舉行言詞辯論後，聲請人五於同年3月15日向本院提出聲請，就其制定之系爭自治條例五經行政院函告無效及不予核定部分（如附表一及二所示），聲請解釋憲法及統一解釋。查聲請人五係於憲訴法施行後始提出聲請，其受理與否應依憲訴法規定決定之。【37】

依憲訴法第83條第1項第1款規定，自治法規經監督機關函告無效或函告不予核定者，地方自治團體依法定程序用盡審級救濟而有受之不利確定終局裁判，認為損害其受憲法所保障之地方自治權者，始得聲請憲法法庭為宣告上開裁判違憲之判決。故地方自治團體於111年1月4日後擬就地方自治法規向本庭聲請判決，自應符合憲訴法第83條第1項第1款規定之要件，而無繼續適用地制法第30條第5項等相關規定之餘地。【38】

查聲請人五並未提起行政爭訟，亦未用盡審級救濟；又係主張機關爭議，而非以不利確定終局裁判為聲請標的。是聲請人五之聲請顯與憲訴法第83條第1項第1款規定之受理要件不符。【39】

其次，聲請人五主張其聲請符合地制法第30條第5項規定及司法院釋字第527號解釋之要件，且認上開地制法規定及司法院解釋符合憲訴法第1條第2項所稱「其他法律規定得聲請司法院解釋者」

之規定，而得據以聲請憲法解釋等語。【40】

按憲訴法第 1 條第 2 項規定之文義及立法意旨係指，縱使其他 41  
法律（如地制法第 30 條第 5 項、第 43 條第 5 項及第 75 條第 8 項、  
公民投票法第 30 條第 3 項等規定）另有得聲請司法院解釋之規定，  
然於憲訴法施行後，除本庭就憲訴法無明文規定之訴訟類型或程序  
（如不涉及變更先前解釋或判決之聲請補充等），仍得本於程序自  
主權而受理外，其他法律所定得聲請司法院解釋者，仍須符合憲訴  
法所定之各該訴訟類型及其要件，始得受理。【41】

惟憲訴法第 92 條第 2 項規定：「……或第 83 條第 1 項之案件， 42  
聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，6 個月之聲  
請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第 90 條第 1  
項但書及第 91 條之規定。」考其意旨，係使地方就其於大審法時  
期所受之不利確定終局裁判，仍得於憲訴法施行後之 6 個月過渡期  
間內，聲請判決宣告裁判所適用之法規範違憲。又鑑於大審法時  
期，依地制法及司法院釋字第 527 號解釋之意旨，就函告自治條例  
無效之聲請解釋憲法，地方自治立法機關毋須先提起行政救濟，即  
可聲請，且無聲請期間之限制。反之，於大審法時期，如地方自治  
團體或其立法、行政機關就此提起行政訴訟，行政法院亦不受理。  
是憲訴法就類似聲請人五之情形，欠缺相關之過渡規定，就地方自  
治團體或其立法、行政機關提起憲法訴訟之權利而言，保障確有不足。  
參酌上開憲訴法第 92 條規定及其立法意旨，地方自治團體或其立  
法、行政機關如於憲訴法施行後 6 個月內向本庭提出聲請，且  
符合大審法、地制法及司法院解釋所定之受理要件者，自仍應予以  
受理。【42】

綜上，聲請人五之聲請憲法解釋部分，應予受理。就其對行政 43  
院函告無效及不予核定聲請解釋憲法部分，因審查標的類似，爭點  
相同，爰與聲請人一之聲請案合併審理並判決。至其聲請統一解釋  
部分，其所爭執之爭點多屬憲法解釋問題，而非純屬法令解釋之見  
解歧異；且憲訴法第 8 章關於聲請統一解釋法律及命令案件之規定，



已經刪除機關聲請之類型，是地方自治團體或其行政、立法機關已不得為統一解釋之聲請主體，依憲訴法第 15 條第 2 項第 7 款規定，聲請人五就此部分之聲請不合程式，應不受理。【43】

### 三、言詞辯論程序部分【44】

本庭於 111 年 2 月 22 日上午 9 時 30 分舉行言詞辯論，邀請聲請人一至四、關係機關行政院、衛福部及專家學者到庭陳述意見。至聲請人五因係於上開言詞辯論期日後始聲請判決，故未參與言詞辯論。【45】

聲請人一至四之言詞辯論陳述要旨略以：衛福部對於進口萊豬之管理政策，並未提出嚴格有信服力之風險評估，亦未依食安法第 15 條第 4 項規定之以國人膳食習慣為根據來判斷，其所訂定之安全容許量標準已違憲法保障人民健康權之目的。中央機關就國內豬肉並未開放使用萊克多巴胺，且對於中小學、國家運動訓練中心及國軍之豬肉供應政策上，皆訂有以供應國產豬肉為原則，與其訂定安全容許量標準及開放進口萊豬政策不同調，其差別待遇已違反平等原則。食品安全管理並非中央專屬之權利，亦屬地方衛生管理及消費者保護事項，依憲法及地制法規定，地方亦同樣得立法並執行之，中央所訂之標準應屬最低標準，地方自得以自治條例規定不得檢出。又國際貿易雖為憲法第 107 條第 11 款規定之專屬中央事項，國外輸入和地方販售應屬不同層次之考量，並不必然會造成貿易障礙，地方得否販售與國際貿易無關。其餘所陳，如言詞辯論意旨狀所載。【46】

關係機關行政院及衛福部之言詞辯論陳述要旨略以：憲法第 108 條至第 110 條分別規定中央及地方立法執行等事項分配，如有未列舉事項時，則依憲法第 111 條前段規定，依事務性質分配中央與地方權限，此均權原則雖抽象，惟司法院釋字第 738 號解釋已指出因地制宜之解釋方向。而食安法第 15 條第 2 項及第 4 項規定已授權由中央主管機關（即衛福部）訂定食品之殘留動物用藥安全容許量標準，並未違反憲法第 108 條及第 111 條規定。又豬肉及其製品具有

全國流通性，並無因地制宜之必要，各地方自治條例所訂之零檢出標準亦不符比例原則，且系爭自治條例一至四未就相同事務為相同規定（如就豬肉以外之其他肉品未訂有零檢出之相同要求），亦有差別待遇而違反平等原則。有關外國豬肉進口、運輸、販售等政策，確為憲法第 107 條第 11 款規定所訂之國際貿易政策，如容許各地方另訂標準，除將架空中央專屬權限，亦使國家對外有違反國際法義務之虞，恐構成違法之貿易障礙。其餘所陳，如言詞辯論意旨狀所載。【47】

本庭斟酌各聲請書、言詞辯論各方陳述等，作成本判決，理由如下。【48】 48

參、受理部分之審查【49】 49

一、中央與地方間權限分配之憲法原則【50】 50

（一）憲法之框架規定【51】 51

有關地方自治及中央與地方如何分權，憲法第 10 章及憲法增修條文第 9 條第 1 項規定分別就中央、省、縣之立法及執行事項，設有明文。至於直轄市之自治事項，憲法或其增修條文均無明文規定予以直接保障，而係以憲法第 118 條規定授權立法院以法律定之。在解釋上，直轄市自治權限可能高於、等於或低於憲法所明文保障之省縣自治，立法者就此本享有一定之形成空間。然以我國有關地方自治之憲政實踐而言，立法者就直轄市之自治層級，大致與凍結前之省相當，而高於縣（市）（地制法第 3 條第 1 項及第 2 項規定參照）；然就直轄市自治事項之保障範圍，則與縣（市）自治事項幾乎完全相同（地制法第 18 條及第 19 條規定參照）。是就本件所涉上開食品安全標準之訂定權限爭議，應認直轄市與縣（市）享有相同之權限或應受到相同之限制，而毋須予以區別。【52】 52

依憲法第 10 章及憲法增修條文第 9 條第 1 項規定意旨，有關中央與地方間權限爭議之分配，如憲法本文及其增修條文已有明文規定者，依其規定。例如憲法第 107 條規定專屬中央立法並執行權限之事項；憲法第 108 條所定事項之立法權限屬中央，其執行則由中 53

央決定是否自行執行或交由地方執行；憲法第 109 條有關省自治規定業經憲法增修條文第 9 條第 1 項規定凍結而停止適用；憲法第 110 條則規定屬縣立法並執行之縣自治事項。是涉及中央或地方權限劃分之爭議時，首應探究憲法本文及其增修條文是否已有明文規定，或可據以解釋而劃分中央與地方間之權限。於無明文且無從經由解釋而決定其性質究屬中央或地方之權限時，始由立法院依憲法第 111 條規定以政治途徑解決之（司法院釋字第 769 號解釋參照）。【53】

（二）本件爭議之性質及所涉及之憲法規定【54】

54

就本件所涉進口肉品殘留萊克多巴胺之安全容許量標準爭議而言，食安法第 15 條第 2 項規定：「前項第 5 款……殘留農藥或動物用藥安全容許量……之標準，由中央主管機關會商相關機關定之。」同條第 4 項規定：「國內外之肉品及其他相關產製品，除依中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許量標準者外，不得檢出乙型受體素。」已明文授權並容許中央主管機關衛福部得不採零檢出標準，而另訂安全容許量標準。衛福部基於上述食安法規定之授權，先依行政院農業委員會（下稱農委會）101 年 9 月 7 日農防字第 1011473960 號公告，於 101 年 9 月 11 日修正發布動物用藥殘留標準第 3 條規定，就乙型受體素中之萊克多巴胺，增訂牛肉殘留萊克多巴胺之安全容許量標準；再依農委會 109 年 9 月 7 日農防字第 1091472241 號公告，於 109 年 9 月 17 日修正發布動物用藥殘留標準（110 年 1 月 1 日施行），在第 3 條及其附表增訂豬肉殘留萊克多巴胺之安全容許量標準（上開標準第 3 條附表之註 6 參照）。【55】

55

對於上述衛福部先後就牛、豬肉殘留萊克多巴胺之安全容許量標準，聲請人一至四所定系爭自治條例一至四則明定豬肉及其產製品不得檢出包括萊克多巴胺在內之任何乙型受體素，聲請人五所定系爭自治條例五則明定牛、雞、豬等肉類及其產製品均不得檢出乙型受體素包括萊克多巴胺。是聲請人一至五係於系爭自治條例一至五各就肉品殘留萊克多巴胺之安全容許量，採取與上開中央法令不

56

同且更為嚴格之零檢出標準，並主張上述自治條例屬於憲法所保障之地方自治立法權限，致與中央產生本件權限爭議。【56】

按本件所涉進口肉品殘留含有萊克多巴胺之安全容許量標準爭議，係涉及中央與地方間立法權限之劃分，而非執行權限劃分之爭議。更精確言之，憲法第 108 條第 1 項第 18 款規定「公共衛生」事項，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之，是中央就食品安全標準必有立法權。問題在於：憲法第 110 條第 1 項第 1 款亦規定縣衛生事項，由縣立法並執行之。地方得否依據後者規定主張其有立法權，而得以其自治條例訂定有別於中央法律規定之標準，並排除中央法律之適用？【57】

除了上述憲法規定外，由於食品（包括國外輸入及國內生產者）安全標準之訂定及執行，亦涉及食品之製造、交易、運輸、進出口等，是憲法第 107 條第 11 款「國際貿易政策」、第 108 條第 1 項第 3 款「商業」及第 10 款「二省以上之……農牧事業」（以上均屬中央立法事項）、第 110 條第 1 項第 1 款「縣……實業……」及第 5 款「縣……漁牧……」（以上均屬縣立法事項）等規定，亦為審理本件爭議時所應納入考量之憲法相關規定。【58】

就上開憲法規定而言，除國際貿易政策之立法權係專屬中央外，（公共）衛生或農牧、漁牧事項看似由中央與縣（市）分享立法權，故尚難僅依上開憲法規定，即逕自論斷究係由中央獨占食品安全標準之立法權，或係由中央與地方分享立法權，且各有其憲法保障之立法權核心領域。憲法就此權限歸屬既有上述明文規定，故本件爭議並非憲法第 111 條規定所稱之未列舉事項。然由於上開憲法規定之文義仍無法提供水晶般透明之清楚答案，故需就憲法之體系及規範意旨進一步解釋，始足以劃分中央與地方之立法權限。【59】

（三）單一國體制下，地方自治團體就自治事項之立法權，仍應受憲法及中央法律之拘束【60】

我國憲法就政府體制之垂直權力分立，係採單一國，而非聯邦國體制。憲法除於第 107 條及第 108 條明定專屬中央立法之事項外，

並未同時明定有專屬地方之立法或執行事項，其他政府權力如司法權、考試權及監察權，亦均專屬中央。就目前仍有適用之憲法第 110 條規定而言，該條第 1 項所列之各種縣自治事項，均可在憲法第 107 條及第 108 條找到相對應或類似性質之事項規定，而無中央立法權完全或絕對不及之縣自治事項。換言之，憲法第 107 條至第 110 條就中央、省及縣立法權事項及範圍之規定，並非相互排斥，互不重疊，反而有如同心圓式之規範架構，各個縣自治事項（小圓），均為其相對應之省自治事項（中圓）及中央立法權（大圓）所包涵。至直轄市之自治事項，憲法第 118 條規定係授權中央立法決定，而無憲法直接保障之地方自治核心事項。【61】

在我國憲法之單一國體制下，如專屬中央立法事項，地方即無以自治條例另行立法之權，至多只能依中央法律之授權，就其執行部分，於不違反中央法律之前提下，自訂相關之自治條例或規則。相對於此，即使是憲法保障之地方自治事項，均仍受憲法及中央法律之拘束，且不得牴觸憲法及中央法律之規定。此即憲法第 125 條規定：「縣單行規章，與國家法律或省法規牴觸者無效。」之意旨。憲法第 108 條第 2 項規定：「前項各款，省於不牴觸國家法律內，得制定單行法規。」亦屬類似意旨之規定。直轄市就其自治事項之立法，在解釋上至少也受有與上開縣立法類似之拘束，即不得牴觸憲法及中央法律之規定，而同有上述中央法律優位原則之適用。就此，司法院釋字第 738 號解釋亦曾釋示：「……各地方自治團體所訂相關自治條例須不牴觸憲法、法律者，始有適用，自屬當然。」（上開解釋理由書第 2 段），可資參照。又地制法第 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。」即係為貫徹上述單一國體制所定之中央法律規範。【62】

（四）地方因地制宜行使自治立法權之範圍及界限【63】 63

除憲法明文劃歸中央專屬立法權事項（憲法第 107 條及第 108 條規定參照）外，各縣就憲法第 110 條所定各事項，本於地方自治 64

因地制宜之精神，就其「有一縣之性質者」（憲法第 111 條規定參照），應有其自治立法及執行權。直轄市就「有一直轄市之性質者」，亦同。中央對於此等自治事項，不論是組織法或作用法，均仍得以法律予以規範（如地制法、地方稅法通則等），且有一定之立法形成空間。然為貫徹憲法保障地方自治之意旨，中央法律宜留給地方就其自治事項有一定之立法或執行空間。而地方行使其自治立法或執行權時，亦應注意其範圍及界限。【64】

按任一地方自治團體，不論縣（市）或直轄市，均有其法定轄區，而為該地方自治立法及行政權所應及且所能及之空間範圍。故不論是「有一縣之性質」或「有一直轄市之性質」者，就地方自治團體之執行權而言，當然應以其轄區為空間範圍。除法律別有規定者外，各該地方自治行政機關原則上並不得跨縣（市）或跨直轄市行使其執行權，自不待言。至如一地方自治立法係以位於各該地方轄區內之人、事、物等為其規範對象，原則上可認屬各該地方自治立法權之範圍。反之，地方轄區外之人、事、物等，原則上即非地方自治立法權所得及之範圍。【65】

至於地方自治立法究係僅以其轄區內之人、事、物為其規範對象，或已逾此界限而對其轄區外之人、事、物有所規範，就其判斷，除應依地方自治條例規定之文義認定外，亦應考量其規範效果及實際影響。地方自治條例規定之文字在表面上縱僅以各該地方居民或事物為其規範對象，然如其規範效果或適用結果對於轄區外居民或事物，會產生直接、密切之實質影響，則應認該地方自治條例之規範內容，已超出一縣（市）或一直轄市之轄區範圍，而應屬跨地方轄區甚至全國性質之事項，自不應完全交由各地方自治團體自行立法並執行。縱使依憲法第 110 條第 2 項規定，得由有關各縣共同辦理（執行），然其立法權仍應劃歸中央（憲法第 108 條第 1 項第 9 款及第 10 款規定意旨參照），只是在執行上容可考量各地差異，而交由地方執行。【66】

二、肉品殘留萊克多巴胺之安全容許量標準，屬中央立法事項，地

方不得另訂抵觸中央法定標準之自治法規【67】

(一) 系爭安全容許量標準具全國一致之性質，屬中央立法事項【68】 68

就以全國為其銷售範圍之國內外肉品及其產製品而言，如容許 69  
各地方得自訂不同之動物殘留用藥之安全容許量標準，則必然對各  
該地方轄區外之買賣雙方及販售、運送等行為，產生直接、密切之  
實質影響。例如同一火車上所販售含牛、豬肉之相同食品，會因經  
過不同縣市而有能否合法販售之不同待遇或疑義，致民無所適從。  
是有關食品安全衛生之管制標準，應具有全國一致之性質，而屬憲  
法第 108 條第 1 項第 3 款規定「商業」及第 18 款規定「公共衛生」  
所定之中央立法事項。【69】

依據上述憲法規定，食安法第 15 條第 1 項第 5 款規定：「食品 70  
或食品添加物有下列情形之一者，不得製造、加工、調配、包裝、  
運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列：……五、  
殘留農藥或動物用藥含量超過安全容許量。……」就上開第 5 款規  
定所稱安全容許量之標準，同條第 2 項明定「由中央主管機關會商  
相關機關定之」，並未授權地方亦得自行另定不同之安全容許量標  
準。另如同法第 15 條之 1 規定就「可供食品使用之原料品項及其限  
制事項」、第 18 條第 1 項規定就「食品添加物之品名、規格及其使  
用範圍、限量標準」、第 21 條第 2 項規定就「食品所含之基因改造  
食品原料」等有關食品原料及成分之規範，亦皆規定屬中央立法事  
項，以貫徹上述憲法規定意旨。是衛福部先後公告就進口牛肉及豬  
肉分別訂定其殘留萊克多巴胺安全容許量標準，不僅有食安法之明  
文授權，亦符合憲法第 108 條規定其屬中央立法事項之意旨。【70】

(二) 系爭各該自治條例抵觸中央法律及憲法規定【71】 71

系爭自治條例一至五之相關規定文字，在表面上雖看似僅以各 72  
該地方居民或事物為其規範對象，然其規範效果或適用結果顯會對  
其轄區外之居民或事物，產生直接、密切之實質影響，因而超出各  
該地方之轄區範圍，進而限制及於跨地方轄區甚至全國性質之事  
項。是系爭自治條例一至五顯已逾越地方自治立法權之範圍及界

限，不僅抵觸上述食安法第 15 條第 1 項第 5 款、第 2 項及第 4 項等中央法律規定，亦已抵觸憲法第 108 條第 1 項第 3 款及第 18 款規定意旨。【72】

(三) 司法院釋字第 738 號解釋與本案之情形不同，應予區別，本案難以比附援引其結論【73】

聲請人等援引司法院釋字第 738 號解釋，並據以主張其所訂定之系爭自治條例為其地方自治立法事項。按上開解釋之結論固認為地方自治團體就轄區內電子遊樂場業營業場所之距離限制，得訂定比中央法律規定更為嚴格之要求，然上開解釋亦認中央制定之電子遊戲場業管理條例第 11 條規定已明文賦予地方主管機關核發、撤銷及廢止電子遊戲場業營業級別證及辦理相關事項登記之權。故地方於不抵觸中央法規之範圍內，自得就法律所定自治事項，以自治條例為因地制宜之規範（司法院釋字第 738 號解釋理由書第 3 段參照）。而本案各該聲請人以自治條例所訂比中央法令更為嚴格之系爭安全容許量標準，不僅欠缺中央法規之授權，其內容亦抵觸中央法規，且其規範效果明顯干預各該轄區外居民之權利義務，而非僅以各該地方之居民為限，自與上開解釋之情形有別，而難以比附援引上開解釋之結論。【74】

(四) 小結【75】

綜上，立法者為貫徹憲法第 108 條第 1 項第 3 款「商業」及第 18 款「公共衛生」規定意旨，就上述食品安全衛生事項，業已明文規定屬中央立法事項。尤其是就肉品殘留萊克多巴胺之安全容許量標準而言，食安法第 15 條第 4 項規定及其授權之動物用藥殘留標準等規定，顯係立法者就此事項所為之規範，並適用於全國，地方自治法規應受其拘束而不得自行訂定不同標準。又地方就上述事項，縱得訂定細節性、技術性之規定，以為執行之依據，然仍不得與上述中央法規抵觸。【76】

是聲請人等於各該自治條例自訂之零檢出標準，不僅欠缺中央法律之授權，且顯然抵觸上述食安法及其法規命令。依地制法第 30



條第 1 項規定，有監督地方自治團體權限之各該主管機關自得依地制法相關規定，就各該自治法規函告無效或不予核定。【77】

至中央所定安全容許量標準是否足以保障人民之健康權，或地方自訂之不同標準是否有其科學證據，而更能保障人民之健康權，事屬風險評估之專業問題，應由中央主管機關循法定程序，依據科學證據決定之。況有關上述安全容許量標準妥當與否之爭議，亦與本案係中央與地方間權限劃分之性質有別，不在本判決審理範圍內，併此指明。【78】

又聲請人主張進口肉品得含萊克多巴胺，國內肉品仍禁用之，有違平等；又主張中央就中小學營養午餐、國家運動訓練中心及國軍膳食均僅限於使用國產豬肉，顯有差別待遇，違反平等原則等語。惟前者涉及國家產業政策之選擇，且受有差別待遇者係國內畜牧業者，而非地方自治團體受有差別待遇。至於後者，開放進口並不等於強制使用，因上述採購政策而受有相對不利之差別待遇者，亦係進口豬肉（包括萊豬或非萊豬）及其販售業者，而非地方自治團體或其機關。是上開聲請人主張實均與中央與地方權限爭議無關，亦不生是否違反平等原則而侵害地方自治權之問題，均併此指明。【79】

三、聲請人等各該自治條例就進口肉品所訂零檢出之安全容許量標準，亦與憲法第 148 條國內貨物自由流通規定意旨有違【80】

憲法第 107 條第 11 款明定國際貿易政策係由中央獨占立法及執行權，而中央係依我國正式參與並受拘束之世界貿易組織協定（WTO Agreements）及食品安全檢驗與動植物防疫檢疫協定（Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures，簡稱 SPS Agreement）之相關規範，先後開放含有萊克多巴胺之牛肉及豬肉進口，然仍繼續禁止國內使用上述動物用藥。因此聲請人所定各該自治條例顯係以國外輸入之肉品為規範客體（系爭自治條例一至四均只限制進口豬肉及其產製品，系爭自治條例五則同時禁止牛、雞、豬肉及其產製品），且係針對中央已開放且得合法進口之貨物而為管制。此等管制，雖未直接牴觸憲法第 107 條第 11 款規定專屬中央之國際貿易

政策立法權，然因此所致之國內市場障礙，則亦有可能間接影響我國對外貿易政策之執行及相關國際貿易條約之履行，致對外可能違反國際法義務。雖然對外之違反國際法，未必即當然並自動構成對內之違反憲法，然本庭於權衡決定系爭食品安全標準立法權究應由中央獨占，或由中央與地方分享時，亦應將上述影響納入考量，並力求國際法與國內法之調和。【81】

按「中華民國領域內，一切貨物應許自由流通。」憲法第 148 82  
條定有明文。上述規定雖定於第 13 章基本國策，然並非全無其規範效力，而應依其規範內容及性質認定之。為確保上述規定所設定之目標得以實現，國家（包括中央及地方）公權力之行使，至少不應與上述目標背道而馳；且就足以妨礙或阻絕國內貨物自由流通之法律及事實上障礙，國家自得採取必要措施予以排除。又上述規定係以全國為其空間範圍，亦顯有保障跨地方轄區間貨物自由流通之意旨。【82】

依憲法第 148 條規定意旨，除非屬依法應予管制或禁止流通之 83  
貨物，一切合法貨物均應許自由流通，以免形成國內之市場障礙，從而背離上開條文之規範目標。本件所涉含萊克多巴胺之肉品（下稱含萊劑肉品），既為食品，也是商品，且為中央許可進口之合法貨物，自亦應受憲法第 148 條規定之保障。查聲請人一至五均以自治條例禁止含萊劑肉品之販售（賣），並均定有罰則；聲請人三及四則更禁止萊豬之輸出、輸入、製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、作為贈品、公開陳列等，從而完全阻絕萊豬進口商於各該地方之買賣、運送等商業行為，即使該進口商並非於各該聲請人轄區內登記營業，亦受管制。又上述各該自治條例另亦阻絕各該地方消費者之自主決定是否食用及相關廠商之自主決定是否使用含萊劑肉品，其規範效果實幾近於宣告含萊劑肉品於其轄區內為非法商品。甚至連擬由甲縣（市）運送至乙縣（市）之含萊劑肉品，也會僅因途經聲請人三或四之轄區，而同遭禁止，甚至處罰。聲請人各該自治條例之限制、處罰，明顯具有逾越其轄區之管制目的及效果，而

與因地制宜之精神不合。【83】

聲請人各該自治條例以保護健康為由，訂定比中央規定更為嚴格之肉品殘留萊克多巴胺安全容許量標準，從而阻絕其各該轄區內含萊劑肉品之銷售、運送等，亦有違憲法第 148 條規定保障國內貨物自由流通之意旨。【84】

肆、本判決結論【85】 85

綜上所述，進口肉品及其產製品殘留乙型受體素（包括萊克多巴胺）之安全容許量標準，涉及全國人民之健康及商品交易等自由權利，且為保障國內貨物之自由流通，上開安全容許量標準之訂定應有全國一致之性質，依憲法第 108 條第 1 項第 18 款、第 148 條等規定，屬中央立法事項。【86】 86

直轄市、縣（市）為執行上開中央立法事項，於不牴觸中央法律之範圍內，固得制定自治法規；然各該地方法規如牴觸中央法律，有監督地方自治團體權限之各該主管機關自得依地制法相關規定，就各該自治法規函告無效或不予核定。【87】 87

衛福部就聲請人一，行政院就聲請人二至五，函告其所通過之各該自治條例無效或不予核定部分（如附表一及二所示），並未逾越憲法賦予中央監督地方自治之權限範圍，均屬合憲。【88】 88

聲請人一至五之其餘聲請，不受理。【89】 89

中 華 民 國 111 年 5 月 13 日

憲法法庭	審判長	大法官	許宗力		
		大法官	蔡烱燉	黃虹霞	吳陳鐓
			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	

本判決由黃大法官昭元主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 吳大法官陳鑾、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、蔡大法官明誠
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無

## 【意見書】

協同意見書：張大法官瓊文提出。

詹大法官森林提出。

部分協同、

部分不同意見書：黃大法官虹霞提出。

不同意見書：蔡大法官明誠提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 林廷佳

中 華 民 國 111 年 5 月 13 日

附表一

聲請人	監督機關函	自治條例	效果
嘉義市議會 (聲請人一)	衛生福利部 109 年 12 月 31 日衛授食字第 1091304823E 號函	105 年 10 月 16 日制定公布之嘉義市食品安全管理自治條例第 6 條第 2 項規定	函告無效
臺北市議會 (聲請人二)	行政院 109 年 12 月 31 日院臺食安字第 1090203692B 號函	105 年 12 月 13 日制定公布之臺北市食品安全自治條例第 9 條之 1 規定	函告無效
		109 年 11 月 4 日臺北市議會審議通過之臺北市食品安全自治條例第 17 條之 1 規定	不予核定
臺南市議會 (聲請人三)	行政院 109 年 12 月 31 日院臺食安字第 1090203692A 號函	106 年 9 月 4 日制定公布之臺南市食品安全管理自治條例第 11 條之 1 規定	函告無效
	行政院 110 年 1 月 8 日院臺食安字第 1090044498 號函	109 年 12 月 1 日臺南市議會審議通過之臺南市食品安全管理自治條例第 11 條之 1 及第 17 條之 1 規定	不予核定

<p>臺中市議會 (聲請人四)</p>	<p>行政院 109 年 12 月 31 日院臺食安字第 1090203692 號函</p>	<p>106 年 9 月 25 日制定公布之臺中市食品安全衛生管理自治條例第 6 條之 1 及第 13 條之 1 規定</p>	<p>函告無效</p>
<p>桃園市議會 (聲請人五)</p>	<p>行政院 109 年 12 月 31 日院臺食安字第 1090203692C 號函</p>	<p>108 年 11 月 5 日制定公布之桃園市食品安全管理自治條例第 12 條</p>	<p>函告無效</p>
		<p>109 年 10 月 30 日審議通過桃園市食品安全管理自治條例第 12 條及第 22 條關於違反第 12 條之罰則部分規定</p>	<p>不予核定</p>

附表二

聲請人	監督行為	相關自治條例
嘉義市議會 (聲請人一)	函告無效	105年10月16日制定公布之嘉義市食品安全管理自治條例(即系爭自治條例一)第6條第2項規定:「本市轄內販售之豬肉及其製品不得檢出乙型受體素。」
臺北市議會 (聲請人二)	函告無效	105年12月13日修正公布之臺北市食品安全自治條例(即系爭自治條例二)第9條之1規定:「本市販售之豬肉及其他相關產製品不得檢出乙型受體素。」
	不予核定	109年11月4日增訂之系爭自治條例二第17條之1規定:「違反第9條之1規定者,處新台幣6萬元以上10萬元以下罰鍰,並得按次處罰。」
臺南市議會 (聲請人三)	函告無效	106年9月4日修正公布之臺南市食品安全管理自治條例(即系爭自治條例三)第11條之1規定:「於本市販賣之國內外豬肉產製品及其他相關肉製品,不得檢出乙型受體素。」
	不予核定	109年12月1日增訂之系爭自治條例三第11條之1規定:「於本市輸入、輸出、製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、作為贈品或公開陳列之國內外豬肉產製品及其他相關肉製品,不得檢出乙型受體素。」 第17條之1規定:「違反第11條之1規定,且乙型受體素含量超過動物用藥殘留標準者,依食品安全衛生管理法規定裁罰;乙型受體素含量未超過動物用藥殘留

		標準者，處行為人新臺幣 3 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。」
臺中市議會 (聲請人四)	函告無效	106 年 9 月 25 日修正公布之臺中市食品安全衛生管理自治條例(即系爭自治條例四)第 6 條之 1 規定：「製造、加工、調配、包裝、運送、貯存、販賣、輸入、輸出、作為贈品或公開陳列之豬肉及其相關產製品，不得檢出乙型受體素。」 第 13 條之 1 規定：「(第 1 項)違反第 6 條之 1 規定者，依食品安全衛生管理法相關規定辦理。(第 2 項)食品安全衛生管理法之中央主管機關訂定豬肉或其相關產製品安全容許標準後，違反第 6 條之 1 規定檢出乙型受體素含量超過安全容許標準者，依前項規定辦理；未超過安全容許標準者，處新臺幣 3 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。」
桃園市議會 (聲請人五)	函告無效	108 年 11 月 5 日修正公布之桃園市食品安全管理自治條例(即系爭自治條例五)第 12 條規定：「本市販售之豬肉及其他相關產製品不得檢出乙型受體素。」
	不予核定	109 年 10 月 30 日修正之系爭自治條例五第 12 條規定：「本市販售之牛、雞、豬等所有供人食用之肉類及其他相關產製品不得檢出乙型受體素包含萊克多巴胺。」 第 22 條規定：「違反第 12 條、第 13 條規定者，處以新台幣 8 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得按次處罰，連續三次勒令停業。」



## 協同意見書

張瓊文大法官 提出

嘉義市議會（下稱聲請人一）臺北市議會（下稱聲請人二）臺南市議會（下稱聲請人三）臺中市議會（下稱聲請人四）桃園市議會（下稱聲請人五），分別就豬肉及相關產製品不得檢出乙型受體素之部分，議決食品安全相關之自治條例，並或含有罰則而須送交行政院或衛生福利部（下稱衛福部）核定。惟於民國 109 年 12 月 31 日，分別經行政院或衛福部以牴觸食品安全衛生管理法（下稱食安法）第 15 條第 4 項及嗣後修訂並於 110 年 1 月 1 日生效施行之動物用藥殘留標準（下稱殘留標準）第 3 條規定為由，函告其自治條例無效及不予核定。聲請人一至五認有爭議，故聲請憲法解釋。

多數意見認為進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準，屬中央立法事項。故聲請人一至五遭函告其所通過之各該自治條例無效或不予核定部分（如本號判決附表一及二所示），並未逾越憲法賦予中央監督地方自治之權限範圍，均屬合憲。此意見本席茲表贊同。

惟關於憲法訴訟法（下稱憲訴法）公布施行後，聲請人五所提出之聲請是否合於受理要件，以及關於中央與地方權限劃分之盱衡等，仍容有二三言待申，故提出協同意見如後。

### 壹、程序部分

聲請人一及四，係因其所議決之自治條例中特定條文（如本號判決附表二所示）被衛福部或行政院函告無效，於憲訴法生效施行前，聲請憲法解釋。聲請人二至三，係因其所議決之自治條例中特定條文（如本號判決附表二所示）同時經行政院函告無效及不予核定，於憲訴法生效施行前，聲請憲法解釋。依憲訴法第 90 條第 1 項規定，聲請人一至四之聲請得否受理，須依修正施行前之規定決之。相對於此，聲請人五雖因與聲請人二及三相同之事由而提出聲請，惟其聲請係於憲訴法生效施行後提出，故其聲請受理與否，應依憲訴法第 83 條第 1 項規定辦理，先予以敘明。

依地方制度法（下稱地制法）第 30 條第 1 項及第 4 項規定，所謂函告無效，指自治條例與憲法、法律、基於法律授權之法規或上級自治團體自治條例牴觸而無效，由行政院、中央各該主管機關、縣政府予以函告之意。而所謂不予核定，則指行政院或中央各該主管機關，對於地方自治團體所陳報之含有罰則規定之自治條例進行審查，並作成不予接受而使其無法繼續完成發布程序之決定（地制法第 2 條第 4 款及第 26 條第 4 項參照）。在憲訴法生效施行前，對於函告無效有不同意見時，依司法院釋字第 527 號解釋意旨，地方自治團體之立法機關得於行政院函告無效後，依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 8 條第 1 項及第 2 項規定，聲請憲法解釋。而對於不予核定有不同意見時，地方自治團體於大審法生效施行期間，應如何聲請憲法解釋，大審法及地制法均付之闕如；而司法院大法官曾認「此與本院釋字第五二七號解釋所指自治條例經中央主管機關函告無效，地方自治團體對於函告無效之內容持不同意見時，得向本院聲請解釋之情形不同」，且「行政院或中央各該主管機關對報請核定之自治條例決定不予核定，地方自治機關如何救濟，地方制度法並未明文，宜由立法解決之」，而不予受理<sup>1</sup>。

儘管如此，多數學者認函告無效或不予核定之公權力措施，已侵害地方自治團體之「自治立法權」等權限，且涉及中央及地方自治團體 2 個公權力主體，已發生外部效力，應構成行政處分<sup>2</sup>，法理上應

<sup>1</sup> 101 年 9 月 14 日司法院大法官第 1393 次會議；101 年 11 月 21 日司法院大法官第 1396 次會議。

<sup>2</sup> 蔡宗珍，〈地方自治監督與自治法規監督〉，《月旦法學雜誌》，元照出版社，第 134 期，2006 年 7 月，第 167 頁以下；蕭文生，〈國家·地方自治·行政秩序〉，元照出版社，2009 年初版，第 80 頁以下；吳明孝，〈從自治條例核定制度論地方自治團體地方立法權—憲法忠誠與地方自治〉，《台灣法學雜誌》，第 213 期，2012 年 12 月，第 179 頁以下；王毓正，〈中央與地方政府立法權限爭議解決機制之研析—以自治法規之事前監督(核定)為中心〉，《月旦法學雜誌》，元照出版社，第 220 期，2013 年 7 月，第 19 頁以下；陳愛娥，〈中央對地方自治法規之監督權限—以自治條例之核定權為中心〉，《月旦法學雜誌》，元照出版社，第 235 期，2014 年 12 月，第 9 頁以下。

認為係監督機關對地方自治團體所為具拘束力之行政處分，地方自治團體非不得於提起行政救濟確定後，再向司法院聲請解釋，本席向採相同看法，此亦為憲訴法第 83 條第 1 項第 1 款規定之緣由，其文字略以：「地方自治團體，就下列各款事項，依法定程序用盡審級救濟而受之不利確定終局裁判，認為損害其受憲法所保障之地方自治權者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決：一、自治法規，經監督機關函告無效或函告不予核定。……」。

上開憲訴法第 83 條第 1 項第 1 款規定，雖自 111 年 1 月 4 日起始成為地方自治團體之自治權保障之憲法訴訟類型，然而憲訴法既經總統於 108 年 1 月 4 日以華總一義字第 10800001301 號令修正公布，並自該日起成為「立法院通過」，經「總統公布」之「法律」（憲法第 170 條參照），則函告無效或不予核定亦自該日起，正式地被定性為得對之提起訴願、行政訴訟之行政處分（訴願法第 1 條第 2 項及行政訴訟法第 4 條、第 5 條參照）。此一定性，一方面毋須先經 3 年等待期間，始生效力，另一方面，其他中央及地方機關亦不得悖於立法者所為之定性而為相反之認定或使其無法發揮實效性<sup>3</sup>。

職此之故，自 108 年 1 月 4 日起，地方自治團體對於其自治條例被函告無效或不予核定有不同意見時，因上開定性之故，即可對之提起訴願及行政訴訟，並在踐行「依法定程序用盡審級救濟」，獲得「不利確定終局裁判」後，如認受憲法保障之地方自治權遭受侵害，自得於憲訴法第 83 條第 1 項第 1 款生效施行起 6 個月內，聲請憲法法庭為違憲宣告之判決<sup>4</sup>。但關於自治條例被函告無效部分，基於法安定

<sup>3</sup> Vgl. EuGH, C-129/96, Inter-Environnement, Slg. 1997, I-7411, Rn. 40 ff.; auch vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 1998 - I ZR 211/95, BGHZ 138, 55, 59 - Testpreis-Angebot.

<sup>4</sup> 憲訴法第 92 條第 1 項及第 2 項：「（第 1 項）第五十九條第一項之裁判憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，不得聲請。但在本法修正施行前已援用大法庭之法律見解之裁判，得於本法修正施行後六個月內聲請。（第 2 項）第五十九條第一項之法規範憲法審查案件或第八十三條第一項之案件，聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，六個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第九十條第一

性及權利救濟之實效性，於憲訴法生效施行前，地方自治團體之立法機關依司法院釋字第 527 號解釋意旨，於其議決之自治條例被函告無效後，依大審法第 8 條第 1 項及第 2 項規定，逕向司法院聲請憲法解釋之制度，自仍應予以維持。地方自治團體如於憲訴法施行前，一方面依司法院釋字第 527 號解釋意旨，就函告無效部分聲請大法官解釋，另一方面又依憲訴法第 83 條第 1 項第 1 款增訂意旨，向行政法院提起訴訟，行政法院為避免司法資源重置之浪費及裁判歧異，因此認訴訟無實質救濟功能，而予駁回，亦值贊同<sup>5</sup>。

以上所敘，於自治條例之條文僅被函告無效或僅被不予核定時，當然無衝突。而在自治條例之條文，同時或先後部分被函告無效、部分被不予核定，且函告無效之部分與不予核定之部分不具關聯性時，雖難免給人產生同一條例卻適用不同救濟途徑之印象，但從地方自治團體之權利救濟完整保障觀點而言，亦無可厚非。然而在自治條例因同一爭議，部分條文被函告無效、部分條文被不予核定，且二者有密切關聯性時（如同本案），若依循函告無效部分依司法院釋字第 527 號解釋之釋示，向大法官聲請解釋，不予核定部分依憲訴法第 83 條第 1 項規定增訂意旨，向行政法院請求救濟，不僅會招致割裂適用救濟途徑之批評，也會形成司法院與行政法院憑藉各自之受理依據，審理同一爭議之窘境。若此一爭議又牽涉到法律有無抵觸憲法疑義時，依司法院釋字第 371 號解釋以來的看法，審理個案之行政法院法官勢必須停止訴訟程序，向司法院聲請憲法解釋。由此可知，憲訴法第 92 條第 2 項規定：「……或第八十三條第一項之案件，聲請人所受之『確定終局裁判』於本法修正施行前已送達者，六個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；……。」此一規定，對「憲訴法生效施行前，自治條例因同一爭議部分被函告無效、部分被不予核定，且二者有密切關聯性之情形」，顯然未設處理規定。有鑑於函告無效及不予核定係因同一爭議而同時發生，本就密切關連，且考量訴訟經濟及爭議一

項但書及第九十一條之規定。……」

<sup>5</sup> 參閱最高行政法院 110 年度抗字第 321 號裁定。

次解決之理念，司法院於憲訴法生效施行前，關於函告無效部分決定受理時，不予核定亦應一併受理，以填補權利保障救濟之漏洞。

據上所述，本席贊同主筆大法官有關聲請一至四有關函告無效或函告無效及不予核定部分皆應予以受理之結論。關於聲請人五之聲請，因其於憲訴法生效施行前，既未對函告無效及不予核定提起訴願、行政訴訟，亦未依司法院釋字第 527 號解釋，就函告無效及不予核定部分，聲請憲法解釋，核與憲訴法第 83 條第 1 項第 1 款不合，本應不予受理。但考量聲請人五之聲請，爭議內容及性質與聲請人一至四完全相同，且事涉中央與地方之立法權分配爭議，於中央及各地方間具普遍性而應一體看待，基於紛爭一次性解決，本席勉予同意受理聲請人五之聲請。

## 貳、憲法法庭之審查依據

本件既係依司法院釋字第 527 號解釋意旨提出並受理聲請，則憲法法庭之審查，當係聲請人一至五所議決之自治條例中特定條文（如本號判決附表二所示），是否因抵觸憲法、法律或法規命令而生形式或實質的違憲或違法之問題<sup>6</sup>。（地制法第 30 條第 1 項參照）就法律或法規命令部分而言，主要指食安法第 15 條第 2 項、第 4 項及殘留標準第 3 條規定（本號判決第 55 段參照）；就憲法部分而言，主要指憲法第 10 章、第 11 章及憲法增修條文（下稱增修條文）第 9 條所定中央與地方權限之劃分。一旦聲請人一至五所議決之自治條例中特定條文（如本號判決附表二所示）逾越地方自治團體之自治立法權限，或者其與食安法第 15 條第 2 項、第 4 項及殘留標準第 3 條規定之內容不一致時，即表示衛福部或行政院之函告無效或不予核定為合憲或合法。

惟上開審查肇因於中央政府為符合世界貿易組織（World Trade Organization，下稱 WTO）之國民待遇原則、與他國簽訂自由貿易協定以及提昇加入其他國際組織之可能性，先後開放含有殘留萊克多巴

---

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 6, 35(41).

胺之進口的牛肉及豬肉，則 WTO 相關條約規定，應否成為憲法法庭於本號判決之審查依據，不無疑問。

憲法第 141 條規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」就尊重條約一事，首先，司法院大法官透過釋字第 329 號解釋，於內國法秩序中賦予條約法律位階，以確保其實效性。其次，就所簽訂之條約規定，我政府機關應予以遵守並且不從事違反條約規定之行為。再其次，就政府機關違反條約規定之情事，立法者亦須保障其被更正之可能性。最後，在國際法層面，敦促其他締約國共同遵守條約規定。<sup>7</sup>

但上開尊重並非讓我國完全地臣服於條約規定及其所形成之國際法秩序，也非建立國際法效力絕對優位於我國法。相反地，依憲法第 38 條、第 58 條第 2 項及第 63 條規定而於我國享有法律位階及效力之條約，仍不得牴觸憲法（憲法 171 條參照），尤其，不得因遵守條約規定而發生違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度<sup>8</sup>。

據上所述，本號判決雖與國際貿易不無關係，但因地方自治團體之自治立法權保障，不僅為憲法位階之議題，亦涉及我憲法之基本原則，故本席贊同主筆大法官，就中央與地方權限之劃分著手，審理本號判決之實體問題。

### 參、中央與地方之權限劃分部分

#### 一、中央立法事項

我國憲法草擬之初，就中央與地方權限如何劃分一事，係基於「中央與地方均權」，「中央事權採列舉方式；地方事權採概括方式」，即凡未列舉為中央立法執行或中央立法交由地方執行之事項，原則上

<sup>7</sup> BVerfGE 112, 1(25f.).

<sup>8</sup> 司法院大法官釋字第 419 號解釋理由書參照。

由地方立法並執行之<sup>9</sup>。隨著省從「中央直轄之行政區域」或「國家行政區域」<sup>10</sup>，變為「地方最高單位」，向制憲國民大會提交之「中華民國憲法草案」中，一方面列舉「中央立法並執行」、「中央立法並執行或交由省縣執行」以及「省立法並執行或交由縣執行」之事項；另一方面，未列舉之事項發生時，屬全國一致性質者，屬中央；有因地制宜性質者，屬各省<sup>11</sup>。惟該草案於制憲國民大會第一讀會時，第五審查委員會則採取中央、省及縣三級均權制度，並於立法體例上，先明列「中央立法並執行」、「中央立法並執行或交由省、縣執行」、「省立法並執行或交由縣執行」以及「縣立法並執行」之事項，再就未列舉之事項，明定其事務屬全國一致性者，歸屬中央；其事務屬全省一致性質者，歸屬省；其事務屬一縣性質者，歸屬縣<sup>12</sup>。基於此一審查意見所形成之憲法第10章「中央與地方之權限」之條文，在略做文字修正及條次調整後，遂三讀通過為憲法第107條至第111條規定<sup>13</sup>。

綜觀憲法第107條至第111條規定，並結合憲法第11章「地方制度」之條文，中央與地方之權限劃分有以下特點：

- (一) 中央、省及縣三級均權制度，指中央之立法院、省之省議會及縣之縣議會，就所明列或依事務性質所屬之事項，共享立法權（憲法第62條、第113條第2項及第124條第2項參照）。
- (二) 關於中央立法之事項，固然依執行層級得區分為「中央立法並執行」、「中央立法並交由省縣執行」以及「中央立法並部分由中央執行、部分交由省縣執行」三類，但關於地方得否就中央立法事項自行訂定省單行法規或縣單行規章一事，制憲者做不同的處理：

<sup>9</sup> 國民大會編印，《國民大會實錄》，頁130、148至149，民國35年12月。

<sup>10</sup> 國民大會編印，《國民大會實錄》，頁170、188、202，民國35年12月。

<sup>11</sup> 國民大會編印，《國民大會實錄》，頁309至311、頁397，民國35年12月。

<sup>12</sup> 國民大會編印，《國民大會實錄》，頁447、482至485，民國35年12月。

<sup>13</sup> 國民大會編印，《國民大會實錄》，頁500、512至515、539至542、564至567，民國35年12月。

1. 憲法第 107 條強調其第 1 款至第 12 款所列舉以及第 13 款「其他依本憲法所定關於中央之事項」所囊括之事項專屬中央，須由中央立法並執行之（下稱絕對中央事項），例如，憲法規定某某事項「以法律定之」。

2. 憲法第 108 條則在其第 1 項第 1 款至第 20 款列舉中央立法並執行或交由省縣執行之事項（下稱相對中央立法事項），並於第 2 項規定：「前項各款，省於不抵觸國家法律內，得制定單行法規。」

3. 二者相較，可得出 2 點結論：（1）絕對中央立法事項，地方無自治立法權。（2）相對中央立法事項，因憲法容許性，省在不抵觸法律之限度內，享有自治立法權；而縣議會則否。

（三）因所轄行政區域範圍不同，省、縣立法事項看似毫無關聯，然而，一方面因憲法第 109 條第 1 項及第 110 條第 1 項文義高度重疊，另一方面，縣為省所轄行政區域範圍內之下級地方自治團體，省、縣立法事項反而形成省大縣小之重疊的同心圓。

（四）憲法第 107 條至第 110 條以外之立法事項，中央、省、縣應依憲法第 111 條規定判斷其屬性及其有無立法權限。

上開特點，因行憲之初即國情遽變，致長期欠缺多省實證運作之經驗，以資佐證其可行性。另為因應及符合解嚴以後之國情，自 81 年 5 月 28 日增訂公布之增修條文第 17 條至現行增修條文第 9 條，修憲者強調民選之地方自治團體之自治立法權，並授權以法律規定中央與省、縣之關係（例如已廢止之省縣自治法<sup>14</sup>、直轄市自治法<sup>15</sup>及 88 年 1 月 25 日公布施行之現行地制法）。成為里程碑者，莫過於 87 年 12 月 21 日停止辦理選舉臺灣省省長及省議會，新設之省諮議會亦不再享有省立法權以後，受憲法保障之直轄市、縣（市）自治（憲法第 118 條、第 121 條及第 128 條參照）以及法律創設之鄉（鎮、市）自

<sup>14</sup> 總統於 83 年 7 月 29 日以（83）華總（一）義字第 4395 號令制定公布全文 66 條，並於 88 年 4 月 14 日以（88）華總一義字第 8800079640 號令公布廢止之。

<sup>15</sup> 總統於 83 年 7 月 29 日以（83）華總（一）義字第 4396 號令制定公布全文 56 條，並於 88 年 4 月 14 日以（88）華總一義字第 8800079630 號令公布廢止之。



治，齊一地透過地制法第 18 條至第 20 條享有各自的自治事項，並由直轄市議會、縣（市）議會或鄉（鎮、市）民代表會行使自治立法權（地制法第 5 條及第 25 條參照），以建立全新的中央與地方之夥伴關係。雖然如此，憲法第 10 章「中央與地方之權限」之條文，除憲法第 108 條第 1 項第 1 款及第 109 條停止適用外，其餘條文仍繼續適用，其中絕對中央立法事項，地方自治團體本不得自治立法，固無疑問，但關於相對中央立法事項，因憲法第 108 條第 2 項僅容許省得自治立法，則在省自治停止運作後，經憲法保障自治權之直轄市、縣（市）得否對此享有自治立法權？

按明示其一，排除其他之法理，憲法第 108 條第 2 項既然僅容許省得制定單行法規，以文義觀之，直轄市、縣（市）就相對中央立法事項似無自治立法之權限，換言之，憲法第 108 條第 2 項規定自此成為空轉之憲法條文。然而，就前揭制憲史之說明可知，制憲者區別絕對中央立法事項及相對中央立法事項之原因，不僅基於執行面，更考量地方自治立法的可能性。因省於制憲時被定位為最高層級之常設地方自治團體，故制憲者讓其享有得就相對中央立法事項自行制定省單行法規之權。86 年 7 月 21 日修正公布之增修條文第 9 條固然停止省自治，惟修憲者並沒有變更絕對中央立法事項及相對立法中央事項之區分，可見就相對中央立法事項，修憲者仍維持制憲者原意，由常設之最高層級之地方自治團體享有自治立法權。

職此之故，在省自治停止運行後，應由直轄市、縣（市）就相對中央立法事項享有自治立法權，以維持憲法固有之中央與地方分權規則，而非逕將相對中央立法事項併入絕對中央立法事項範疇中，減縮現行地方自治團體之自治立法權範圍。

## 二、公共衛生與地方自治立法的可能性

憲法第 108 條第 1 項第 18 項所定公共衛生，係為預防疾病、促進國民健康及消弭健康不平等，就疾病防治、環境衛生、職業安全健

康、食品及藥物安全、健康照顧（護）制度、社區健康促進等領域<sup>16</sup>，以法律、法規命令、自治法規或委辦規則予以規範並執行之相對中央立法事項。「進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準」事涉食品安全標準，屬此一公共衛生範疇，先予敘明。

涉及公共衛生之相對中央立法事項，直轄市、縣（市）得否自治立法，端視中央法完全未規範、部分規範或完整規範而定：

- （一）中央法完全未規範者，直轄市、縣（市）得自治立法，且不生函告無效或不予核定之爭議。例如，行政院於 110 年 7 月 7 日以院臺衛字第 1100019566 號函，核定「新北市電子煙及加熱式菸具管理自治條例」，即為適例。
- （二）中央法完整規範者，直轄市、縣（市）自無自治立法之權，例如，菸害防制法第 9 條規定：「促銷菸品或為菸品廣告，不得以下列方式為之：……九、其他經中央主管機關公告禁止之方式。」
- （三）中央法部分規範者，直轄市、縣（市）自得就中央法所適用之主體、客體、要件、效果、期間、地域等空白之處，以自治法規予以規範。例如，菸害防制法第 21 條第 1 項規定：「醫療機構、心理衛生輔導機構及公益團體得提供戒菸服務。」同條第 2 項規定：「前項服務之補助或獎勵辦法，由各級主管機關定之。」對此，臺北市政府於 102 年 3 月 29 日，以（102）府法綜字第 10230870800 號令訂定「臺北市健康促進服務實施辦法」，其中第 3 條第 1 項即規定「衛生局每年得於年度預算額度內，辦理下列健康促進服務：一、戒菸。」

上開（二）及（三）之情形之判斷，並非易事，除利用傳統法律解釋之方式，探求中央法之真意外，就中央與地方權限劃分而言，亦須輔以「全國一致性」或「因地制宜」之標準進行判斷。

綜上所述，食品安全對於國民健康影響甚鉅，中央、直轄市、縣

<sup>16</sup> 陳為堅、江東亮撰稿，《公共衛生教育與人力現況與展望》，頁 15 至 22，民國 109 年 12 月，財團法人國家衛生研究院發行。

(市)均須妥善規範。聲請人一至五所議決之自治條例中特定條文(如本號判決附表二所示)，無法透過解釋，從食安法第15條第2項、第4項及殘留標準第3條規定，找出自行訂定標準之依據，亦無法突顯「因地制宜」之必要，也無法確保其自治立法之實際適用結果僅於所轄區域內之食品流通產生影響，本席認為「進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準」，有全國一致性之必要，應由中央立法並執行，或交由直轄市、縣(市)執行。

#### 肆、結語

本席贊成本號判決之主文，就所敘理由認有補充說明之必要，爰說明如上。又，憲法法庭係就中央與地方權限之劃分，進行憲法審查，並作出本號判決。至於主管機關所為政策之抉擇及其良窳，非憲法法庭所能置喙，尚須由人民選擇與判斷。

## 協同意見書

詹森林大法官 提出

對於本判決 3 項主文，本席均敬表贊同，但對本判決之理由，本席認尚有補充說明必要，爰提出本協同意見書。

一、憲法第 110 條賦予地方自治團體之自治權限，固應予保障，然地方自治團體自治權之行使，倘實質架空憲法第 107 條賦予中央之專屬立法權，則非憲法所許

聲請人等主張「衛生」屬憲法第 110 條第 1 項第 1 款明定之自治事項，地方自治團體對轄區內流通之肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量，訂定較中央更嚴格之標準，應屬地方自治權限之範疇。

按地方自治為憲法保障之制度，憲法不僅保障地方自治團體之自治地位（憲法第 118 條、第 121 條、第 128 條及憲法增修條文第 9 條第 1 項參照），且就中央及地方間之權限分配，亦有明文規範（憲法第 107 條至第 111 條參照，其中之第 109 條規定，因憲法增修條文第 9 條第 1 項而暫停適用）。由是可知，我國雖屬單一國體制，但地方自治團體之自治權限，非源於中央之委任或授權，而是憲法所賦予之固有權限。是憲法第 110 條第 1 項明文列舉之縣自治事項，倘中央之立法者任意予以剝奪，即為憲法所不許。從而，憲法第 110 條第 1 項第 1 款既明定縣衛生事項由縣立法並執行之，則縣自治團體針對其轄區內之衛生事項，制訂自治條例，原則上應受憲法保障。

「食品安全之維護」雖不在憲法第 110 條第 1 項所定自治事項範圍內，然自我國食品法制之發展歷程觀察，此事務仍可涵蓋於該條項第 1 款所稱「衛生」一詞中，而為縣地方自治團體依憲法有權立法及執行之事項<sup>1</sup>。準此，本件聲請人等據以聲請憲法解釋之各該食品安全（管理）自治條例（均含豬肉及其相關產製品不得檢出乙型受體素之相關規定，下稱系爭自治條例），既然係以制定轄區內食品安全衛生標準之方式，維護轄區內食品安全衛生，自屬憲法第 110 條第 1 項

<sup>1</sup> 參見李寧修，中央與地方之立法權限劃分及其爭議-以食品安全法制為例，2018 年 10 月，法學叢刊第 252 期，第 9 頁。

第 1 款所保障之自治權限。

然而，地方自治雖受憲法制度性保障，但地方自治團體並非獨立於國家之外，故其自治權之行使，應在憲法之框架下，始得為之。憲法列舉之地方自治事項，如同時涉及憲法列舉賦予中央權限之事項時，即可能發生垂直權力分立下不同機關間（中央及地方自治團體）之權限衝突。對此衝突，憲法雖無明文規範，但解釋上應力求兩者之調和。特別是地方自治團體行使其自治權將實質架空中央專屬立法權之情形，即非憲法所許。

查，有關進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準，一方面固可解為憲法第 110 條第 1 項第 1 款所指之衛生事項，而為地方自治團體之自治權所涵蓋。但另一方面，從衛福部於民國 109 年發布「動物用藥殘留標準」之背景可知，該標準係為配合國家整體經濟戰略發展所為之配套措施，透過開放含有萊克多巴胺（以下簡稱萊劑）之豬肉及其產製品，期能掃除我國在國際貿易上之障礙，以深化與各國之經貿互動，擴大我國之國際經貿發展空間<sup>2</sup>。是關於進口肉品萊劑安全容許量標準一事，亦涉及憲法第 107 條第 11 款明定之「國際貿易政策」，而為專屬於中央立法之權限。

我國已於 91 年 1 月以「台灣、澎湖、金門、馬祖個別關稅領域」名義正式加入世界貿易組織（World Trade Organization，下稱 WTO）<sup>3</sup>，自負有遵行 WTO 架構下自由貿易政策與法令之義務。因此，既然中央基於國際貿易之考量，開放含有萊劑之肉品進口，倘地方自治團體透過地方自治權之行使，要求其轄區內製造、加工、運輸、販賣等之豬肉或其產製品必須零檢出，實質上必然導致該等開放進口之商品無法於國內自由流通，形成非關稅之貿易障礙<sup>4</sup>，從而架空中央對國

<sup>2</sup> 有關我國開放含有萊劑之豬肉進口之目的，參行政院網站：<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/ef503c8b-e286-43c7-b0f0-a31c953c959a>（最後瀏覽日：2022.05.13）。

<sup>3</sup> 參外交部網站：<https://subsite.mofa.gov.tw/igo/cp.aspx?n=26A0B1DA6A0EBAA2>（最後瀏覽日：2022.05.13）。

<sup>4</sup> 本判決「參、受理部分之審查，三」（即判決第 80 段至第 84 段），認系爭自

際貿易政策專屬事項之立法及執行<sup>5</sup>。

面對此種憲法第 107 條第 11 款及第 110 條第 1 項第 1 款明文列舉之中央與地方權限衝突，解釋上應認為，地方自治團體必須在不架空中央國際貿易政策之前提下，行使其基於憲法第 110 條第 1 項第 1 款所賦予之「衛生」自治權限，以既不抵觸中央法令，又能維護轄區內食品安全之手段，以為調和。其可採取之手段包含：要求轄區內製造、加工、運輸、販賣等肉品業者，應更明確標示其所經手豬肉之原產地、萊劑含量及合格檢驗證明，或限制、區隔含有萊劑肉品之販售地點等方式，俾人民更容易辨識。

## 二、中央所定之肉品萊劑殘留安全容許量標準，於憲法上尚難予以指摘

聲請人另主張，中央主管機關訂定之萊劑安全容許標準，違反憲法第 22 條保障人民健康權之規定。

惟，就權力分立之功能最適觀點言，豬肉萊劑之殘留安全容許量標準範圍，屬科學研究及風險評估之行政專業事項。因此，中央主管機關就此所為之決定，除有明顯之瑕疵外，釋憲機關原則上應予尊重。

查，就我國豬肉萊劑殘留安全容許量，中央主管機關所為之風險

---

治條例就進口肉品所訂之零檢出標準，有違憲法第 148 條規定保障國內貨物自由流通之意旨。相同見解，亦可參見本案言詞辯論邀請之李惠宗教授所提專家諮詢意見書，第 13 頁第 23 行至第 14 頁第 4 行。惟本席以為，憲法第 148 條規定，僅屬基本國策章之規範，實難據以認定地方自治條例訂定零檢出之安全容許標準，因違反該條規定，即應屬無效或不予核定。

<sup>5</sup> 參見本案言詞辯論邀請之林勤富教授提出之專家諮詢意見書第 12 頁至第 14 頁「四、食品之殘留農藥或動物用藥安全容許量標準訂定權限」。應併指出者，本案言詞辯論邀請之詹鎮榮教授提出之專家鑑定意見書第 25 頁至第 27 頁，持不同意見。詹教授認為：憲法第 107 條第 11 款「國際貿易政策」之規定，應予限縮理解，僅以直接涉及貨品或服務進出口相關事宜為限，不及於貨品進口後，在內國市場的競爭與銷售管理等事項；系爭自治條例，實質上雖可能對外構成違反國際法之貿易障礙，惟既非直接就國際貿易政策事項予以規範，即應將該等條例視為肉品之一般性食安管理規範，從而不在憲法第 107 條第 11 款所稱「國際貿易政策」概念範疇內。

評估，係依聯合國糧農組織與世界衛生組織所定「食品安全風險分析—國家食品安全主管機關之指南」之四大步驟；亦即，從我國國人之膳食習慣踐行危害鑑定、危害特徵描述、暴露評估及風險特徵描述後，方決定豬肉萊劑之殘留安全容許量<sup>6</sup>。該殘留安全容許量標準，與其他國家（如：美國、加拿大、澳洲、紐西蘭、日本、韓國等）及國際食品法典委員會（CODEX）所訂定之殘留安全容許量標準，大致相符，甚至更為嚴格<sup>7</sup>。

準此，聲請人等既未提出其他更有力之科學證據，以顯示中央主管機關對於進口豬肉萊劑殘留安全容許量標準之訂定有明顯瑕疵，憲法法庭對於專業行政部門之決定，即應予以尊重。再者，消費者如對萊劑之安全性存有疑慮，則因目前流通於市面之豬肉商品，尚有不合萊劑者，可供其選擇<sup>8</sup>，更難僅因中央主管機關核准含萊劑之肉品進口，即據以指摘中央就豬肉所訂之萊劑殘留安全容許標準，有違反憲法第 22 條保障人民健康權之規定。

### 三、結論：讓科學歸科學，政治歸政治

本件聲請人一致指稱，其針對中央主管機關訂定之萊劑殘留安全容許量，以系爭自治條例，制訂更嚴格之標準，係以維護轄區居民健康，為其動機。

然而，全國所有想要購買豬肉或其產製品之人民，並不因中央主管機關決定進口含萊劑之豬肉，而喪失其不購買「萊豬」之自由。而

---

<sup>6</sup> 參閱 110 年度憲一字第 1 號、第 3 號、第 4 號及第 5 號聲請案衛生福利部所提之憲法訴訟言詞辯論意旨書，第 10-12 頁。

<sup>7</sup> 參閱衛生福利部「美牛開放、美豬訂定安全容許量及清楚標示，安心自由選擇」新聞稿（網址：<https://www.mohw.gov.tw/cp-4627-55568-1.html>，最後瀏覽日 2022.05.13）；衛生福利部「開放美豬問答集」第 2-3 頁（網址：[file:///C:/Users/user/Downloads/MOHW-%E5%95%8F%E7%AD%94%E9%9B%86%E7%B0%A1%E8%A6%81%E7%89%88-%E7%BE%8E%E8%B1%AC%E9%83%A8%E5%88%86-1090917%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/MOHW-%E5%95%8F%E7%AD%94%E9%9B%86%E7%B0%A1%E8%A6%81%E7%89%88-%E7%BE%8E%E8%B1%AC%E9%83%A8%E5%88%86-1090917%20(4).pdf)，最後瀏覽日：2022.05.13）。

<sup>8</sup> 參閱衛生福利部「美牛開放、美豬訂定安全容許量及清楚標示，安心自由選擇」新聞稿（網址：<https://www.mohw.gov.tw/cp-4627-55568-1.html>，最後瀏覽日 2022.05.13）

且，聲請人並未證明，若其轄區居民食用前述之「萊豬」，健康必然受損<sup>9</sup>。他方面，系爭自治條例卻明顯抵觸憲法所定專屬中央立法及執行權限之國際貿易事項。

從而，聲請人之主張，尚難採取。其制訂之系爭自治條例，中央主管機關及行政院分別予以函告無效或不予核定，即難指為違憲。

中央主管機關核准之肉品萊劑殘留安全容許量，是否有害人民健康，本質上，乃食品科學問題。地方自治團體若以非關食品科學之考量，而制訂比中央主管機關更嚴格之容許數量標準，則已涉入政治範疇。以政治手段回應科學問題，僅徒增困擾而已。當然，中央政府本於國際貿易政策考量，而核准肉品萊劑殘留安全容許數量，則就其決策選擇，應負絕對之政治責任，自不待言。

讓科學歸科學，政治歸政治，才是正辦！

---

<sup>9</sup> 歐盟堅持豬、牛之飼養，禁止使用萊劑、生長激素等添加物，係由動物權保護之觀點出發，與保護人民健康之議題無涉，參見本案言詞辯論邀請之李惠宗教授所提專家諮詢意見書，第 10 頁第 1 行至第 6 行。



## 部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件多數意見認行政院、衛生福利部函告嘉義市議會等五聲請人，其等所通過之各該市食品安全自治條例中，豬肉殘留乙型受體素（包含萊克多巴胺）不得檢出之規定無效，及其相關罰則不予核定等未抵觸憲法，為有權處分部分（即判決主文第2項），結論本席贊同，但論理不同。又對於多數意見主要以憲法第108條第1項第18款及第148條規定為據，認為國內銷售之進口豬肉殘留乙型受體素之安全容許量標準，屬中央立法事項部分（判決主文第1項之國內銷售部分），本席則有不同意見。本席認在本件地方所定得在該市銷售之標準較中央所定標準嚴格之情形，該地方尚非當然無權訂定之；再者，在憲法訴訟法施行後，本件判決主文第1項部分充其量應只是形成判決主文第2項理由之一部分，不當然須獨立為憲法法庭判決之主文內容。爰提出本件部分協同、部分不同意見書，將本席之意見及理由簡述如下：

一、進口豬肉殘留乙型受體素之安全容許量標準之訂定屬中央執行權限，臺中市及臺南市相關自治條例規定中，關於輸入之豬肉不得檢出乙型受體素部分，暨其他聲請人相關自治條例中所定豬肉含進口豬肉部分，抵觸憲法第107條規定，中央主管機關函告無效及不予核定處分為有理由：

（一）進口豬肉殘留乙型受體素之安全容許量標準如涉及國際貿易政策及涉外之經濟事項，依憲法第107條第11款及第12款規定，應專屬中央立法並中央執行之事項。

（二）馬拉喀什設立世界貿易組織協定（下稱WTO協定）暨其下協定之簽署，均涉及國際貿易政策及涉外經濟事項，依憲法第107條第11款及第12款規定，專屬中央立法並專由中央執行。WTO協定暨其下「食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定」（下稱SPS協定）之簽署過程如下：於中華民國90年11月12日由時任經濟部長林信義先生代表我國簽署WTO入會議定書，WTO入會條約案（含

WTO 協定及其下協定包括 SPS 協定)於同年月 16 日經立法院審議通過，總統陳水扁先生於 20 日簽署我國加入 WTO 批准書。是自 90 年 11 月 22 日 WTO 條約案生效後之 91 年 1 月 1 日我國成為 WTO 正式會員起，行政院暨所屬權責機關（就本件爭議之進口豬肉殘留乙型受體素安全容許量標準言，包括衛生福利部），依上述憲法規定，即專有權責執行已經立法院審議通過加入之 WTO 協定暨其下協定，包括與本件相關之 SPS 協定。而進口豬肉殘留乙型受體素之安全容許量標準與 WTO 協定暨 SPS 協定相關，故其訂定專屬中央執行權限（食品安全衛生管理法第 15 條規定已授權衛生福利部訂定國內外之肉品安全容許標準）。

（三）從而，本件全部聲請人之相關自治條例中，關於輸入之豬肉不得檢出乙型受體素之規定部分，已涉及進口豬肉殘留乙型受體素安全容許量標準之訂定，聲請人等審議通過相關自治條例之行為，抵觸憲法第 107 條規定，中央主管機關之函告無效及不予核定處分均有理由。

二、WTO 協定暨其下 SPS 協定為條約，而系爭自治條例規定，其法位階低於條約，依憲法第 172 條規定，中央行政機關函告系爭自治條例規定無效及不予核定均有理由：

（一）依憲法第 172 條規定，命令抵觸法律者無效。

（二）如前所述，WTO 協定暨其下 SPS 協定係經立法院審議通過、總統批准之我國與國際組織所締結之國際書面協定，屬條約，其位階等同於法律（司法院釋字第 329 號解釋理由書第 1 段參照）。而地方自治條例之法位階為命令性質（司法院大法官 107 年度憲三字第 5 號及 109 年度憲三字第 21 號不受理決議參照）。兩相對照：WTO 協定及其下 SPS 協定之法位階，高於地方自治條例，且依憲法第 172 條規定，地方自治條例規定抵觸 WTO 協定暨其下 SPS 協定者，地方自治條例規定無效。

（三）而依附件分析，因為衛生福利部依食品安全衛生管理法第 15 條第 2 項規定授權發布之進口豬肉殘留乙型受體素安全容許量標

準（動物用藥殘留標準第3條參照），係依國際標準設置，而且聲請人設置之標準，係較國際標準嚴格之標準，但未提出相應之科學證據及風險評估，故中央主管機關依憲法第172條規定，有權依法位階較高之WTO協定及其下SPS協定規定，宣告系爭自治條例規定無效或不予核定。

三、憲法訴訟法施行後，桃園市議會就機關爭議事項已無釋憲聲請權，且臺中市、臺南市及嘉義市之反萊豬公投結果，同意票未過半，其等之違憲宣告聲請是否仍合於權利保護要件，似值斟酌：

（一）與其他聲請人係於憲法訴訟法施行前提出聲請者不同，桃園市議會係於憲法訴訟法施行後，始提出聲請，其聲請應否受理，不適用原司法院大法官審理案件法規定，而應適用憲法訴訟法規定。

（二）桃園市議會為地方自治團體之立法機關，由憲法訴訟法第82條與第83條規定對照，可知：在憲法訴訟法施行後，地方自治團體之立法機關，僅有依第82條規定，聲請判決宣告其行使職權所應適用之中央法規範，因侵害其地方自治權而違憲之權；而無以其自治法規經中央機關函告無效或不予核定，其受憲法所保障之地方自治權受損害為由，聲請違憲宣告判決之權。是本件桃園市議會聲請部分，應不受理。

（三）聲請人為民意機關，其議決應以民意為依歸。而經查於本件聲請提出後，臺中市、臺南市及嘉義市之反萊豬公投結果，同意票既均未過半，則其等之違憲宣告聲請是否仍合於權利保護要件，似亦值斟酌。

四、系爭自治條例規定應未違憲法第108條第1項第18款及第148條規定：

（一）食品安全衛生管理法第15條第4項規定：「國內外之肉品及其他相關產製品，除依中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許標準者外，不得檢出乙型受體素。」第5項進一步規定：「國內外如發生因食用安全容許殘留乙型受體素肉品導致中毒案例時，應立即停止含乙型受體素之肉品進口；國內經確認有因食用

致中毒之個案，政府應負照護責任，並協助向廠商請求損害賠償。」此二項特針對肉品殘留乙型受體素安全容許標準為規定，為極少見特殊之立法例，應已顯見立法者對肉品殘留乙型受體素安全，即其與人體健康關聯之關注，甚至如有殘留可能不健康之疑慮。<sup>1</sup>

(二) 憲法第 108 條第 1 項第 18 款固規定，公共衛生事項由中央立法等，但憲法第 109 條第 1 項第 1 款、第 110 條第 1 項第 1 款亦有省衛生、縣衛生屬於省、縣立法等之規定。而豬肉殘留乙型受體素安全容許量標準涉及公共衛生或衛生，因此，依上開憲法規定，已不當然為應專屬於中央立法並執行之事項（憲法第 107 條及第 108 條規定應有本質上差別）。尤其聲請人等審議通過之系爭自治條例既非係

<sup>1</sup> 食品安全衛生管理法第 15 條第 4 項及第 5 項，係於 101 年 8 月 1 日修正公布食品安全衛生管理法時所增訂（當時為食品衛生管理法第 11 條第 4 項及第 5 項）。101 年時因政府開放進口美國牛肉，乙型受體素之使用成為社會爭議焦點，故立法院就乙型受體素的殘留安全容許標準有多份提案，包括行政院提案及委員提案（請參見立法院公報，第 101 卷第 32 期，院會紀錄，頁 84-99）。在這些版本中，行政院版係規定：「國內外之肉品包含腦、眼睛、脊髓、絞肉、內臟等及其他相關產製品，除依中央主管機關所定安全容許標準認定無害人體健康者外，不得檢出乙型受體素」（即仍容許在安全標準內檢出）；親民黨黨團提案則規定「安全容許量標準不得高於聯合國食品法典委員會所制定之食品法典（CODEX）之標準」；規定肉品（包括豬肉及牛肉）及相關產製品不得檢出乙型受體素之提案包括：黃昭順等 27 人提案、吳秉叡等 33 人提案、鄭汝芬等 25 人提案、潘孟安等 20 人提案、民進黨黨團提案、楊麗環等 28 人提案、陳亭妃等 23 人提案、田秋堃等 17 人提案、羅淑蕾等 31 人提案（請參見立法院公報，第 101 卷第 32 期，院會紀錄，頁 101-123）。審查會通過之版本為民進黨黨團版：「畜禽類之肉品、頭骨、腦、眼睛、脊髓、絞肉、內臟及其他相關產製品，均不得檢出腎上腺乙型接受體作用劑」（請參見立法院公報，第 101 卷第 32 期，院會紀錄，頁 101-103）。在二讀審議過程中，親民黨團提出動議：「本院刻正協商食品衛生管理法有關瘦肉精萊克多巴胺是否合法開放之法律修正案，應待今年 7 月在日內瓦舉行之第 35 次聯合國食品法典委員會大會決議後再行處理。」民進黨黨團及國民黨黨團則均提案將該案交付黨團協商，立法院即作成決議，將該案交付黨團協商（請參見立法院公報，第 101 卷第 36 期，院會紀錄，頁 69-70）。嗣聯合國食品法典委員會於 7 月 5 日表決通過萊克多巴胺之殘留容許量（之前並無相關標準），立法院則於 7 月 25 日表決，通過國民黨黨團修正動議條文，即目前食品安全衛生管理法第 15 條第 4 項及第 5 項規定之內容（請參見立法院公報，第 101 卷第 50 期，院會紀錄，頁 1-7）。

放寬安全容許量標準，而有致不利人體健康之虞者；反係為加強維護人體健康之目的，而更嚴格要求零檢出，則由公共衛生或衛生觀點，系爭自治條例應不致抵觸憲法第 108 條第 1 項第 18 款規定意旨。

（三）至憲法第 148 條中華民國境內貨物應許自由流通之規定部分，是否足可獨立作為本件中央有權之依據，似非無可爭議。退而言之，充其量是否應限定於系爭自治條例規定中禁止豬肉（肉品）流通部分之規定（僅臺中市之規定未以其轄區為限），而不應併認其他如禁止未跨越其他市縣之轄區內販售部分（聲請人嘉義市、臺北市、臺南市、桃園市之規定，均僅適用於該市販售者），亦抵觸憲法第 148 條規定。

五、萊牛與萊豬爭議本質應無不同，萊牛爭議原本喧嚷如震天價響，但在肉品殘留萊克多巴胺安全容許量國際標準出現後，終結政治紛擾。而政黨輪替後，萊豬部分卻未能將心比心，參照萊牛部分處理，反而又起更大政治爭議，訴諸公投，聲請釋憲。本件爭議很政治，但因屬憲法爭議，大法官無拒絕受理聲請之餘地，只能勉依憲法意旨處理，有點無奈。如果這些爭議能少一點，我們大家都可以有更多時間興利，應該對國家、人民都會更好，企盼之！

六、本席一向以為平等心應該是最基本的。因此，對於中央主管機關關於萊牛、萊豬之國內外安全容許量標準有別（予人口實！），部分聲請人之相關自治條例規定只禁萊豬、不禁萊牛（為什麼？），都難以理解！是迫於國際情勢、出於無奈，還是……。單純一點不是比較好嗎？！

## 附件

提問：若臺灣禁止萊豬（牛），對既有的國際經貿條約或協定，或即將參加的國際經貿條約或協定，可能有所抵觸或影響之處？

分析：可能抵觸或影響之條約或協定如下。

### 1、會員「遵守 WTO 規範」的義務

（1）協定要求會員遵守的義務：依「WTO 協定」（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）第 XVI 條第 4 項，會員應確保國內規定，符合協定所規定的義務。

（2）會員入會時的承諾：最相關的是我國「工作小組報告」第 15 段，我國承諾在入會時將完全履行 WTO 協定，並就地方政府不符合 WTO 規範之措施予以撤銷或使其無效。

（3）會員要求其「地方政府」遵守 WTO 規範的義務：最相關的是食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定（SPS 協定）第 13 條要求會員有採行適當措施確保地方機關遵守 SPS 協定的義務。

### 2、在本件爭議中，會員在 WTO 規範下的主要「義務內容」

（1）SPS 協定第 3 條規定，如有「國際標準」，原則上應依照國際標準設置國內規範。

（2）SPS 協定第 2.2 條及第 5.1 條規定，如果必須設置較國際標準嚴格的標準，則必須有科學證據，且必須作成風險評估。

## 不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本判決認進口肉品及其產製品殘留乙型受體素（包括萊克多巴胺）之安全容許量標準，屬中央立法事項，且嘉義市議會等五聲請人所通過之各該市食品安全相關自治條例中，關於進口肉品及其產製品不得檢出乙型受體素及其相關罰則之規定，行政院、衛生福利部函告無效或不予核定部分，未逾越憲法賦予中央監督地方自治之權限範圍，皆屬合憲之論理及結論，值得商榷。爰提出不同意見書如下：

### 一、本判決憲法依據之問題

本判決以憲法第 108 條第 1 項第 18 款及第 148 條規定為依據，認為進口肉品及其產製品殘留乙型受體素之安全容許量標準，屬中央立法事項。以上憲法之依據，是否足以支持本件判決之結論及理由，值得再推敲。

本件有關進口肉品殘留乙型受體素之安全容許量標準，涉及憲法第 108 條第 1 項第 18 款所稱之公共衛生，憲法第 109 條第 1 項第 1 款、第 110 條第 1 項第 1 款、憲法增修條文第 9 條、地方制度法第 18 條第 9 款第 1 目、第 19 條第 9 款第 1 目等規定所稱之衛生，縣(市)及直轄市內之衛生管理事項，皆為地方自治權限。其中有關衛生，自非指一般個人衛生，而係公共衛生而言。所謂公共衛生，因與各地方人民生活息息相關，憲法上即特別指出省衛生（姑且不論凍省之問題）、縣衛生，其係屬於省、縣立法事項之特別規定。依上開憲法規定，（公共）衛生事項看似由中央與縣（市）分享立法權，尚難論斷係由中央獨占食品安全標準之專屬立法權。是從憲法文義及體系解釋而論，前開憲法規定，其屬性為何？是否為中央與地方併存（平行）之立法權？或視個案之事物本質（Natur der Sache）而定，如係直轄市或縣之地方自治團體具地方性之事務（例如憲法所稱縣衛生），亦同時可涵蓋中央相關公共衛生事務者，而將兩者併列。

再者，本院向來作成解釋或憲法訴訟新制施行後釋憲案所涉及憲法條文適用之疑義，往往不乏屬於不易解釋之「疑難雜症」，何嘗易

得其晶瑩剔透之憲法文義或毫無歧異之立論！本判決認為，有關食品安全衛生之管制標準，應具有全國一致之性質，而屬憲法第 108 條第 1 項第 3 款規定「商業」及第 18 款規定「公共衛生」所定之中央立法事項。惟有關商業或公共衛生事項，憲法並未規定於第 107 條有關中央專屬立法事項，卻將之規定於其後之第 108 條，可見其全國一致性，恐非等同第 107 條所定之立法事項。以體系解釋而言，顯示中央有關商業與公共衛生事項之立法，仍應顧及地方之當地膳食之習慣與需求，亦不應過於監督地方立法形成之空間！

如基於因地制宜之考量，就地方人民膳食習慣，何以不得維持或提高中央所制定之更低標準？相關聲請人於各該議會審議通過之系爭自治條例規定，既基於所轄之人民身體健康，提高或維持現行法規所定之安全容許量標準<sup>1</sup>，其結果既未致生各該所轄人民之身體健康之危害，甚至更加強當地食品安全或人民身體健康，不是更應加以鼓勵為是！且倘若有設定肉品或其他食品要求零檢出之更嚴格要求者，其既係有益於人民身體健康所作出之立法選擇者，地方立法機關基於其所轄人民之食品安全維護，維持立法者所設之較高標準，自不宜解為其與中央所定標準相互牴觸而無效。

此外，憲法第 148 條中華民國境內貨物應許自由流通之規定部分，因其規定於憲法基本國策中，是否單獨足以作為本件中央立法權之依據，抑或其是否具有主觀基本權或客觀法秩序之功能，均不無疑義！如將之解釋為具有規範效力，甚至推論出具有中央立法權或中央優位等規範效力，亦值得推敲！有關物暢其流之基本國策，固有呼籲地方拋棄本位主義之功能，惟解釋上宜認為其係期待性之政策宣示條款，似不宜高估其直接效力或規範功能！是本判決以憲法第 148 條有關貨暢其流之方針條款，作為否定地方立法權之主要論據之一，恐仍有商榷之處。

<sup>1</sup> 食品安全衛生管理法第 15 條第 4 項規定：「國內外之肉品及其他相關產製品，除依中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許標準者外，不得檢出乙型受體素。」



## 二、中央與地方之立法及執行權限劃分之問題

### (一) 憲法第 10 章及第 11 章規定之定性問題

就國家政府體制而言，有從有無聯邦國之「州」（「邦」）政府形式，區分該國家組織是否為聯邦國或單一國。<sup>2</sup>以聯邦國制之德國為例，其地方行政係依據自治原則（Prinzip der Selbstverwaltung），且關於地方自治（Kommunale Selbstverwaltung），德國基本法第 28 條第 2 項第 1 段及第 3 項<sup>3</sup>所定自治保障（Selbstverwaltungsgarantie），獲得憲法位階（Verfassungsrang）之保障<sup>4</sup>，亦且受憲法上制度性保障（institutionelle Garantien; Einrichtungsgarantien），以示重視。<sup>5</sup>雖現今國內文獻以單一國作為我國組織之屬性，惟依憲法規定之條文及內容，對於我國憲法有關中央與地方之立法權限劃分，亦有分別認其係屬單一國、聯邦國或均權主義之體制者，或另有所謂聯省自治或分縣

<sup>2</sup> 參照辻村みよ子，比較憲法，東京：岩波書店，2018 年 3 月 23 日 3 版 1 刷，頁 209。

<sup>3</sup> 德國就自治保障核心範圍（Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie）（即如事權整體性、在職責範圍內自我當責之領導（Eigenverantwortliche Führung）及地方高權（Gemeinde-Hoheitsrechte）之憲法依據而言，有如德國基本法第 28 條第 2 項係就延伸及於地方團體所有事務之規定，亦即針對地方職權範圍（活動範圍）之普遍性或事權整體性原則（Grundsatz der Universalität oder Allzuständigkeit des kommunalen Wirkungskreis）（參照 K.-A. Schwartz, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 2, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Art. 28 Rn. 168.）於該條第 2 項第 1 段規定，各鄉鎮在法律範圍內自行負責處理地方團體所有事務（alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung）之權利，應予保障。同條第 3 項規定，聯邦保障各邦之憲法秩序（die verfassungsmäßige Ordnung der Länder）符合基本權與第 1 項（按：各邦之憲法秩序應符合本基本法所定共和、民主及社會法治國原則）及第 2 項之規定。

<sup>4</sup> 參照 Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München: Beck, 2017, §23 Rn. 1, 6.

<sup>5</sup> 有關德國基本法所承認地方自治（die kommunale Selbstverwaltung）之憲法上制度性保障，參照 Peter Badura, Staatsrecht, 8. Aufl., München: Beck, 2018, D92. 又相關之評論，參照法治斌、董保城，憲法新論，臺北：元照，2020 年 3 月 7 版 1 刷，頁 616-622，其就日本人民主權說之引述與法律制度保障及地方自治制度之核心領域不可侵性之評析，請參酌。

自治等討論，在學理上頗多探討<sup>6</sup>，可資參照。憲法第 10 章規定中央與地方之權限，共分 5 條，即第 107 條至第 111 條，其將中央及省與縣之權限，均由憲法分別列舉，而非例示規定。學理上有認以上形式規定方式，既非如單一國家，不在憲法上規定地方之權力，而係由中央政府以法令規定地方權力；與一般聯邦國家，憲法僅就中央或地方之一方權力，為列舉規定，他方為概括規定者，又不相同。學說上有認為如純就該章規定觀之，就國家事權劃分，係以聯邦型之規定為其主幹，是其殆近於聯邦國家之憲法。此體制之良窳及前述學說見解，容有探討之餘地，且現代國際情勢、社會組織及經濟結構演變，異於往昔，在政治組織型態之定位及憲法內涵，皆有另行檢討之必要，故有修正之倡議者。<sup>7</sup>此等見解仍值得重視並再探究之。

如從現行憲法之體系、目的及文義觀之，前述第 10 章之中央與地方立法及執行之權限劃分，除憲法增修條文部分停止適用者外，原則上大多仍具拘束力，應予遵守。憲法第 10 章（中央與地方之權限）與第 11 章（地方制度）均就地方體制之規範，明定地方自治團體之權力及其建制之憲法保障，以防中央立法之干預或侵害，而加強地方自治團體之地位，此正是學理上認為憲法將前開兩章連貫規定之目的所在。本判決明確指出其係以單一國定位作為立論，而偏向於中央權力之思維，忽視地方自治團體之自治權限，是否符合中央與地方均權之原理，且是否有違背中央與地方分權原則尋求較佳平衡點之理念？是本判決既受理，卻未站在更高之角度處理此一立法權限爭議，不無可惜！

退而言之，鄰近國家而被認為係單一國制之日本<sup>8</sup>，例如公害管

<sup>6</sup> 參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義，臺北：三民書局，1993 年 9 月 6 版，頁 1-16。

<sup>7</sup> 參照林紀東，前揭書，頁 1-2, 13-15。

<sup>8</sup> 聯邦國與單一國係兩種常見之國家基本模式，二者最根本之不同乃在於次級團體之憲法地位與權限分配原則。聯邦國，諸如美國、德國、瑞士及澳洲等。單一國，諸如日本、英國、法國及紐西蘭等。參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，臺北：作者發行，2021 年 9 月增訂 7 版，頁 652 及註 500, 501, 654。

制上之所謂「凌駕條款」，即有因應地方之實情，而設定比法律所定管制基準更加嚴格基準之自治條例之適法性問題。日本學說一般採取較寬鬆之見解<sup>9</sup>，認為除法律有明定排除者外，地方如具有監督、掌握污染排出狀況之職責時<sup>10</sup>，自得訂定較法規更嚴格之「加強排出標準<sup>11</sup>（上乘せ排出基準）」，而並未違反法律之條件（大氣污染防治法第4條第1項、噪音規制法第4條第2項參照。<sup>12</sup>）是前述地方自治條例與中央法律衝突之調和，如法律定有全國一致（一律）之最小限定之管制基準，得考慮地方自治團體之地域特性<sup>13</sup>，以自治條例為較嚴格之強化管制。如參考此等見解，地方自治團體（立法機關），為守護住民之健康，超越中央所訂之基準，被視為當然之理。<sup>14</sup>換言之，如基於國民身體健康之食品安全衛生，此具有公益性之理由，因而設定更高之標準，自有其適法性。是中央機關之立法監督權限，如過度擴張，恐有權力濫用之嫌，中央以節制為宜。

## （二）所謂同心圓模式之解釋方法

本件關於長年存有爭議之中央與地方權限劃分或地方自治立法權問題，涉及以中央優先，還是地方優先之原則性問題。本判決採同心圓式之規範架構論點，認各個縣自治事項（小圓），均為其相對應之省自治事項（中圓）及中央立法權（大圓）所包涵。至直轄市之自治事項，憲法第118條規定係授權中央立法決定，而無憲法直接保障

---

其提出分權制衡與深化民主，成為兩個支持國家次級統治團體必須存在，並分享部分統治權，享有一定程度之自主控制空間之理論基礎。

<sup>9</sup> 參照市橋克哉，自治体は国に替って NOX 規制ができるか（特集身近な環境問題から トピックで考える行政法）法学セミナー通号467号，1993年，頁50。

<sup>10</sup> 例如大氣污染防治法第22條第1項賦予都道府縣監督污染情況之職責。

<sup>11</sup> 大氣污染防治法の概要（參照 <https://www.env.go.jp/air/osen/law/>）（最後瀏覽日期111年5月9日）。

<sup>12</sup> 參照芦部信喜著，高橋和之補訂，東京：岩波書店，2021年6月15日7版6刷，頁383-384。

<sup>13</sup> 參照長谷部恭男，憲法，東京：新世社，2021年3月10日7版7刷，頁464。

<sup>14</sup> 參照加藤一彦，憲法，東京：法律文化社，2017年10月10日3版1刷，頁282。

之地方自治核心事項。從學理上而言，有認為決定中央與地方權限劃分基準之前，應以人民主權說<sup>15</sup>之理念，確立其指導原則，中央與地方權限之劃分，應採同心圓之分配方式，越在同心圓外側者，其越具有功能上補充性，僅得於內側者無法達成照顧、保障任務時介入。<sup>16</sup>因此，在權限分配上宜遵循「地方優先、上升分配」原則，只要地方能處理之事務，即劃歸地方，中央僅處理地方所不能（如度量衡之統一等）或不宜處理（如縱貫全國大半面積之高速公路等<sup>17</sup>）之事務。<sup>18</sup>是以所謂同心圓之處理模式，如從人民主權說而言，中央與地方權限之劃分，就自治立法權與國家立法權雖皆存有來自事項性質之內在界限，但其如採地方優先，國家補充之原則，並區分自治團體所轄之區域廣狹，較狹區域自治團體所能處理之事務，即不應分配於較廣區域自治團體。是本判決採同心圓分配立法權之模式，卻相反推論，而形成中央優先之結論，亦有商榷之處！

以上有關中央優位之見解，推演至極致，自不利於中央與地方就共同事項之分工合作，及要求中央對爭議問題，應積極與地方加強溝通或諮詢之機會，以良性解決中央與地方爭議。反之，爾後中央再持本判決所宣示中央優位原則，如此恐將阻絕中央與地方共同擬定相同法定標準之合作機會，並失去雙方共創雙贏之先機！因此，本判決就

<sup>15</sup> 學說上提出人民主權說之主張，作為地方自治權應受保障之依據。人民主權說之內涵為，國家與一切地方自治團體之存立，均以保障人權為終極目的，地方自治團體處理與居民切近相關之事務。又因組織上與居民最為接近而適於以最民主方式營運，因此在人權保障上越是狹域之地方自治團體越具重要性。參照蔡茂寅，地方自治之理論與地方制度法，臺北：學林文化，2003年2月1版，頁31, 56-57。

<sup>16</sup> 有謂中央法律就地方自治事項為規範時，僅屬「框架法律」之特性，參照詹鎮榮，論自治條例與中央法律之關係——地方立法權行使之回顧與展望，中國地方自治，72：3期，2019年，頁22。

<sup>17</sup> 又如國土計畫之規劃權限統一劃歸於中央，恐將完全壓縮地方自治團體之高權，因而與地方自治之精神完全背馳，參照林明鏘，國土計畫法與全國國土計畫之合憲性問題——以地方都市計畫權限保障為中心，財產法暨經濟法，51期，2018年，頁1-21。

<sup>18</sup> 參照蔡茂寅，前揭書，頁31-32。

上述中央優先之立論，如放在地方優先原則觀察，本判決有關前述同心圓之說法，顯已忽視人民主權說及地方自治制度性保障之意旨。

何況通常情形，肉品中豬肉係國人膳食習慣中極重要之膳食來源。此所謂習慣，係屬特定地區之習慣，還是所謂全國之習慣，不無疑義！如從民法所稱之習慣<sup>19</sup>，需要一定習慣事實，即一定期間內在特定地域有反覆實施之事實，因此稱國人之習慣為何，顯示更需要尊重各地方之地域性，而非以一條鞭地往中央看齊之方式，忽視各地方人民膳食習慣，甚至若干以農業為主縣市之豬肉等肉品業者之商業習慣或交易上特別習慣，是否應一併納入考量，亦屬值得再思考之議題。

況且，食品安全衛生管理法第 15 條第 4 項規定原則不得檢出（俗稱零檢出）之標準，地方立法機關之立法作為，充其量不過是維持前開規定所設下基準，並未更嚴。再者，就中央訂定之標準，該標準解釋上至少有三種：上限標準、下限（最低）標準與參考標準。如涉及重要公共利益者，例如環境保護（如噪音或廢水等處理）或食品安全等，宜容許各地方得訂定比中央更嚴格之該市銷售標準。

### （三）中央與地方均權及分工合作之憲法意旨

本件判決認為食品安全容許量標準係屬中央立法事項，如將其聚焦於公共衛生事項時，中央與地方對此所生立法權限爭議，兩者間是否容許併存或競合？通常兩者之適用具有互斥性，若不如此，中央與地方立法權限劃分，因雙方立場之歧異，勢必陷入解釋之困境，且引

<sup>19</sup> 有關民法所稱習慣，例如第 68 條第 1 項規定，非主物之成分，常助主物之效用，而同屬於一人者，為從物。但交易上有特別習慣者，依其習慣。第 207 條規定，利息不得滾入原本再生利息。……前項規定，如商業上另有習慣者，不適用之。第 491 條第 2 項規定，未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付。（類似規定，如第 566 條第 2 項規定等）以上使用有關習慣用語，有單純稱之為習慣，亦有以交易上特別習慣或商業上習慣稱之者。由此可見，民法相關習慣之用語，容有差異，可供比較。既稱習慣，往往因其地域或行業別而異其適用範圍，固商業或交易特別習慣，似非指全國性之習慣，如其涵蓋全國，已屬全國一致性或包含所有行業之規範，何須再以特別習慣或商業習慣稱之！況且，本件所謂國人膳食習慣，因北中南東地區人民之嗜好、宗教或族群等特殊因素而致國人有不同習慣，故要達到全國一致性，談何容易！

發立法權限難以調和之衝突。惟如從理想目標而言，比較國際發展，有認中央與地方關係發展之第三方向，為中央與地方雙方應逐漸走向諮詢與合作之途徑，以謀取雙方之相互利益。<sup>20</sup>如從事務（事物）本質而言，依循事務本質而為判斷者，其自宜歸屬於中央或地方，是採取前述「地方優先、上升分配」原則，即扣除應由中央辦理之事務者，其餘事務，原則上推定為地方自治事項。是以，建立中央與地方共同辦理事項之機制，亦符中央與地方分工與合作之憲法本旨。

地方自治團體為與中央政府共享權力行使之主體，於中央與地方共同協力關係下，垂直分權，以收因地制宜之效。憲法於第 11 章第 2 節設「縣」地方制度之專節規定，分別於憲法第 118 條、第 121 條、第 128 條規定直轄市、縣與市實行自治，以實現住民自治之理念，使地方人民對於地方事務及公共政策有直接參與或形成之權。憲法增修條文第 9 條亦係本諸上述意旨而設，地方制度法並據此而制定公布。（司法院釋字第 498 號解釋理由書第 2 段參照）因此，對於中央與地方宜分工與合作之共同事項，憲法容許中央與地方競合立法權之創設，以達成中央與地方雙贏目的與均權理念。就本件原因事實而言，關於中央就進口肉品安全標準之調降，如將之視為係屬中央立法事項，如此已無前述所謂地方優先之機會。本件涉及地方人民關注之食品安全衛生之重要公共利益問題，宜解為前述宜分工合作之共同事項，其間亟待雙方加強溝通或諮詢，以期中央與地方共同擬定相同法定標準，而非中央以單方高權方式，對於地方自治法規，函告其無效或不予核定，強加地方順從。此等強制性措施，實不符憲法所欲達成前述均權與分工合作之意旨及目的。

換言之，隨社會變遷及科技進步，中央與地方之互動模式，宜有

<sup>20</sup> 比較國際發展趨勢，有認中央與地方關係發展之第三方向，為中央與地方雙方應逐漸走向諮詢與合作之途徑，以謀取雙方之相互利益。換言之，隨社會變遷及科技進步，中央與地方之互動模式，宜有所調整，改以協助及服務之角色出發，在制定法律或擬定類似本件之安全標準之過程中，以徵詢地方之意見，或共同參與相關法規之形成過程。參照董翔飛，地方自治與政府，臺北：五南圖書公司，1990 年 11 月 3 版，頁 629-635。

所調整，改以協助及服務之角色出發。在制定法律或擬定類似本件食品安全標準之過程中，宜徵詢地方之意見，或中央與地方共同參與相關法規之形成過程，而非以函告無效或不予核定等中央單方高權之作為，囿於垂直之上下隸屬之傳統心態，處理中央監督或控制地方之立法或行政行為，如此恐有違憲法垂直分權或均權原則之地方自治制度性保障之意旨及目的（Sinn und Zweck）

### 三、與司法院釋字第 738 號解釋之關聯性及其適用問題

本件判決認司法院釋字第 738 號解釋難以比附援引其結論，僅輕描淡寫引用釋字第 738 號解釋中中央立法優位部分，此或許係因本判決採合憲結論，而不得不與其區隔。前開釋字第 738 號解釋理由書指出，憲法規定我國實施地方自治。依憲法第 118 條及憲法增修條文第 9 條第 1 項規定制定公布之地方制度法，為實施地方自治之依據。依地方制度法第 25 條及第 28 條第 2 款規定，地方自治團體得就其自治事項或依法律及上級法規之授權，限於其內容不牴觸憲法有關中央與地方權限劃分之規定、法律保留原則及比例原則者，得以自治條例規範居民之權利義務。臺北市、臺北縣及桃園縣電子遊戲場業設置自治條例等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，如未產生實質阻絕之效果者，原則上其皆未違反憲法中央與地方權限劃分原則、法律保留原則及比例原則。

地方自治條例不僅係基於食品安全等公共衛生之重要公益，亦且因採高標準更有利於各該轄區內居民之身體健康。再從地方訂定自治條例與中央法規所設下標準而言，其發生差異因此涉及之中央與地方立法權限爭議，兩者在論理及憲法處理程序上，應屬雷同。如僅擇取釋字第 738 號解釋有關中央法律優位原則部分，卻忽視聲請人等援引前開解釋據以主張其所訂定之系爭自治條例為其地方自治立法事項部分，不無商榷之餘地！因上開解釋之要點，不容忽視者，係其所欲確立地方可訂定比中央法律規定更為嚴格要求之判斷基準。

綜上，司法院釋字第 738 號解釋之重要性，在於其肯認憲法規定實施地方自治之意旨，並對地方自治權限之憲法原則之遵循。該號解

釋與本件判決有關地方自治立法權之基礎，兩者在事務本質上相似，除非有意變更或補充該號解釋，否則本判決之立論，宜參酌該號解釋所建立之原則，以審查本件為妥。況且，相較電子遊戲場設置之限制，與食品安全衛生所涉及國人身體健康之議題，其更具普遍性，且公益性更強，並不低於前述電子遊戲場設置之情形。是基於舉輕以明重原則，自不容忽視該號解釋意旨所揭櫫之憲法原則及法理，與該號解釋所確立之審查原則及標準。

#### 四、關於國際貿易政策及食品安全科學論證問題

從本件判決之立論與專家鑑定所主張之憲法依據以觀，如欲以中央所屬立法權限出發，或許可嘗試以國際貿易政策作為出發點。本件涉及外國肉品輸入之國際貿易事項，定性上較無問題，但本件判決並未純從此立論出發，恐係因憲法所稱國際貿易政策，在文義上，似指國際間多邊貿易政策之廣泛框架式決定而言。因此，其是否及於與雙邊個別貿易國家之間所形成之放寬特定肉品輸入標準？亦值得再推敲之。

我國於 2002 年加入 WTO，入會相關議定書包含「食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定」（SPS 協定）。但是否 WTO 會員國皆應遵守進口肉品殘留乙型受體素之安全容許量標準，且其是否為強制性規範，而具有絕對拘束力？如有，何以現在仍有 WTO 會員國並未遵守該協定，禁止殘留乙型受體素之肉品輸入該會員國？由此可見，此究係內國食品安全政策，或係國際條約之遵守問題，不無疑問！且由於食品安全等衛生事項，攸關一國人民之健康、身體或生命之安全，該相關國際條約所設之標準，通常僅是最低（下限；俗稱「地板」，而非「天花板」）標準，自容許各國例外有更高標準，以符各該會員國之內國人民在食品安全等公共利益之憲法保障。

再從個別食品安全衛生規範而言，民國 101 年 7 月 25 日修正（101 年 8 月 8 日公布）之舊食品安全衛生管理法第 11 條第 4 項，現行法第 15 條第 4 項規定，國內外之肉品及其他相關產製品，除依中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許標準者外，不得檢出乙型受體素。該規定係以所稱零檢出之高標準要求為立法原則，



其所涉之例外情形，係經中央主管機關根據國人膳食習慣為風險評估所訂定安全容許標準，給予個別降低標準之空間。而此所謂根據國人膳食習慣為風險評估，其是否有科學數據，可供實證之證明？本判決認為，中央所定安全容許量標準是否足以保障人民之健康權，或地方自訂之不同標準是否有其科學證據，而更能保障人民之健康權，事屬風險評估之專業問題，應由中央主管機關循法定程序，依據科學證據決定之。況有關上述安全容許量標準妥當與否之爭議，亦與本案係中央與地方間權限劃分之性質有別，不在本判決審理範圍內。此見解有商榷之處。詳言之，聲請人設置之標準，既然遵循食品安全衛生管理法第 15 條第 4 項就國內外肉品零檢出之標準，則中央如欲制定不同於立法者通過而施行之標準，而例外訂定並發布較低之肉品殘留乙型受體素安全容許量標準，因中央在經費及可供證明之設施上，通常優於地方，是就有關降低安全性標準之舉證責任，自應由中央分擔。就本件原因案件所涉及事實，雖中央提出國際相關信息（Codex 等），看似已符合國際之標準，但為何仍有國家不願降低相關肉品之安全標準<sup>21</sup>？且目前對於特定消費對象之限制，並不許其食用含有萊劑之肉

---

<sup>21</sup> 國際食品法典委員會（Codex Alimentarius Commission, Codex, CAC, Der Codex Alimentarius）制定有關食品、食品生產、食品標籤及食品安全（food, food production, food labeling, and food safety）之一般規定（食品標籤（尤其是有機和轉基因食品）等）及特殊規定（肉製品等）。其中肉製品所含安全容許量標準，於 2012 年會議中係經表決方式 69 票贊成、67 票反對、7 票棄權通過，並未有共識決，目前如歐盟內國家等，並未接受其所定之標準。此所謂 Codex 之標準，是否為世界各國具有普遍性之標準，仍有推敲之餘地！（前述表決結果，參照會議報告頁 20 第 113 段，[https://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/sh-proxy/en/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252FMeetings%252FCX-701-35%252FREP12\\_CACe.pdf](https://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/sh-proxy/en/?lnk=1&url=https%253A%252F%252Fworkspace.fao.org%252Fsites%252Fcodex%252FMeetings%252FCX-701-35%252FREP12_CACe.pdf)）（最後瀏覽日期 111 年 5 月 11 日）。且食品法典（Die Lebens-mittelrichtlinien des "Codex Alimentarius"）設立之宗旨，為消費者之保護規定（eine Schutzvorschrift für Verbraucher），惟有論者憂心其受到各種不同利益團體之影響，前述有益消費者之意旨因而有所改變。其認為消費者健康之維護，不再扮演重要角色，並批評權勢與金錢之利益，決定 Codex 報告書之內容。（參照 <https://www.zentrum-der-gesundheit.de/bibliothek/sonstige-informationen/weitere-informationen/codex-alimentarius>）（最後瀏覽日期 111 年 5 月 9 日）。該健康中心（Zentrum der

品，國內產製豬肉亦不准殘留乙型受體素，是其除引發差別待遇之疑問者外，目前中央說法尚未提出足以令人信服之具體科學證據及風險評估，藉以說服地方團體及當地人民之支持，故尚待努力！從現況而言，有關食品安全與否，往往需要一定期間觀察及驗證，是本件就此舉證固有一定難度，然仍應採取精準且嚴格之實證程序，以增強人民對安全容許標準之可信度。

綜上，本件之爭議在於中央自訂不同於現行法之標準，顯示中央有提出風險評估之專業科學證據之必要，藉以證明是否影響人民之健康權，且從一般解釋方法而論，食品安全衛生法所定之例外規定應採嚴格解釋，是本件豈可容忍中央不充分舉證，逕予免除其負擔舉證之責任！

## 五、結語

如前所述，在憲法學上雖向來有聯邦國、單一國或所謂均權主義型態之國家定性上之爭論，但其並未完全否定地方立法權限，地方如另設定高於中央法律所訂之標準，自應被認為其係在容許之範圍內。本件判決之憲法依據，將憲法第 108 條與第 148 條交錯適用，並過度強化中央法律優位原則，阻絕地方自治理念之實現，且強調基本國策章中有關貨物流通之憲法宣示，其規範效力是否足以排除地方自治之制度性保障之憲法意旨，皆不無可議！況且本件係維持中央法律所明定零檢出之標準，但中央對於進口肉品與本土肉品卻採取雙重標準，是本件引發之爭議，係來自中央。且此所謂物暢其流，事實上非屬國內生產肉品之交易流通問題，而是督促地方採取較低標準之進口肉品在當地流通問題，是本件導致阻絕地方採取更安全之標準之可能性，其所引發之監督或控制地方之權力行使，是否有恣意或過苛之情事，皆屬可疑！

本件判決之結論，看似可解決中央與地方之爭議，但其對於地方自治或地方立法權所畫下之界線，恐不利於憲法保障地方自治制度之良性發展，著實令人擔憂！總之，本件判決之結論及立論，皆有商榷之餘地。爰提出不同意見如上。

---

Gesundheit) 網頁之上述批評，是否過苛，固可受公評，惟其所提出對於消費者保護之看法，或許有值得深思之處！

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 7 號

聲 請 人 陳明賢

訴訟代理人 梁志偉律師

上列聲請人認臺灣高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定，所適用之刑事訴訟法第 416 條第 1 項等規定，牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

### 主 文

- 一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。 1
- 二、於完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。 2 3
- 三、其餘聲請不受理。 3

### 理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1

一、原因案件相關事實【2】 2

本件聲請人以刑事被告辯護人之身分，於被告受檢察官訊問時在場陪訊。訊問程序中，檢察官以聲請人之筆記過於詳細為由，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，指揮在庭法警扣押其已製作之訊問札記乙紙、禁止聲請人繼續筆記偵訊內容，並記明於扣押筆錄與偵訊筆錄。聲請人不服，依刑事訴訟法第 416 條第 1 項（下稱系爭規定一）第 1 款規定，聲請法院撤銷之。案經臺灣高雄地方 3

院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以其聲請與系爭規定一所列各款事由均不符為由，予以駁回，並不得再為抗告。聲請人認上開裁定所適用之系爭規定一，及法務部中華民國 93 年 6 月 23 日法令字第 0930802186 號令修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定（下稱系爭規定二），有牴觸憲法之疑義，於 105 年 9 月 29 日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，聲請解釋憲法。【3】

## 二、聲請人陳述要旨【4】

聲請人主張意旨略謂：系爭規定一未將檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定所為「限制、禁止辯護人在場權之強制處分」，以及「限制、禁止辯護人筆記偵訊內容之強制處分」，列舉為人民得提起準抗告之事由，乃存有權利保護漏洞，並有違憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。另系爭規定二對辯護人偵查中在場權增加法律上所無之限制，已違反憲法第 15 條及第 16 條保障人民職業自由及訴訟權之意旨，亦不符憲法第 23 條法律保留原則等語。【5】

## 貳、受理要件之審查【6】

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請案於憲訴法修正施行前即已繫屬，除其受理與否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定外，應適用憲訴法相關規定。【7】

就系爭規定一部分，經查，聲請人係確定終局裁定之受裁定人，其主張辯護人於檢察官訊問被告時在場並筆記偵訊內容，係受憲法保障之權利，遭檢察官限制、禁止而受侵害，且無從向法院提起救濟，於用盡現制下之審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理，其形成主文之理由如下（參）。【8】

就系爭規定二部分，查該規定並未為確定終局裁定所實質審酌、適用，自不得以之為聲請客體。況該規定業經法務部 108 年 3

月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定所取代，亦已無再予審查之必要。是此部分之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，應不受理。【9】

#### 參、受理部分之審查【10】

10

##### 一、審查原則【11】

11

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。此等刑事正當法律程序及充分防禦權之憲法保障，非僅侷限於刑事被告受法院審判之階段，而係自人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查時起，即應受有效之保障，其中應包括被告或犯罪嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利（本庭 111 年憲判字第 3 號判決參照）。【12】

12

被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人，於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其辯護人並得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。就犯罪偵查程序而言，被告或犯罪嫌疑人受檢察官訊問時，其於不諳法律下，可能為不當或不利於己之陳述或未能及時為有利於己之主張，其辯護人為有效維護其權益，自應有權於訊問時在場聽聞，並當場為被告或犯罪嫌疑人之權益，適時表示法律意見或提供法律上之協助。此外，提供法律專業協助之辯護人，既有權於被告或犯罪嫌疑人受訊問時在場聽聞並表示意見，自有權就聽聞所得進行記憶、理解與分析等思維活動，而當場自行筆記，乃屬其記憶與思維活動之輔助行為，與其在場並陳述意見密不可分。因此，被告或犯罪嫌疑人於偵查中所應享有之受有效協助與辯護之權利，除辯護人之選任權外，至少應包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。又，辯護人既係以法律專業身分而協助被告或犯罪嫌疑人維護

13

其權益，是被告或犯罪嫌疑人於偵查中辯護權遭受侵害時，基於被告或犯罪嫌疑人受有效協助與辯護權利之憲法保障，除與被告或犯罪嫌疑人明示之意思相反外，其辯護人自應有權為被告或犯罪嫌疑人之利益，而以自己之名義請求救濟。【13】

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係在保障人民於其權利遭侵害 14  
時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，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，以獲得及時有效救濟之機會，乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 736 號、第 752 號、第 755 號及第 785 號解釋參照）。是人民於其權利遭受侵害時，若因相關法律未設司法救濟之規定，致使權利遭受侵害者無從向法院提起救濟程序，請求依正當法律程序受公平審判者，該等法規範之欠缺，即與有權利即有救濟之憲法原則不符，而有違憲法保障人民訴訟權之意旨。【14】

二、本庭之判斷【15】 15

查刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯 16  
護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」其前段部分明定被告或犯罪嫌疑人於受檢察官訊問時，其辯護人享有在場陪訊，並得陳述意見之權利，乃被告或犯罪嫌疑人憲法上所應享有之受有效協助與辯護權利之具體化，為彰顯憲法公平審判原則下之正當法律程序及充分防禦權保障之重要法律規定；其權利內涵如前所述，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。【16】

然而，上開規定但書部分亦明定檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人 17  
時，對被告、犯罪嫌疑人或其辯護人所應享有之偵查中辯護權，於一定要件下仍得予以限制或禁止，從而被告或犯罪嫌疑人憲法上之受辯護人有效協助與辯護之權利，即可能因此受到限制或剝奪。對

此，現行刑事訴訟法並未設有相應之救濟途徑。影響所及，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人對檢察官限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分不服，認已侵害其憲法上受有效協助與辯護之權利，即無從循司法救濟程序，請求法院為有效之權利保護。就此而言，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人基於有權利即有救濟之憲法原則，而受憲法保障之訴訟權已明顯受到侵害。【17】

綜上，系爭規定一及刑事訴訟法其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法妥為規定。於完成修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用系爭規定一所定程序，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。【18】

中 華 民 國            111            年            5            月            27            日

憲法法庭	審判長	大法官	許宗力		
		大法官	蔡焜燉	黃虹霞	吳陳鑽
			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	

本判決由蔡大法官宗珍主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸、呂大法官太郎
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸、呂大法官太郎
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、黃大法官瑞明、呂大法官太郎

## 【意見書】

協同意見書：林大法官俊益提出。

詹大法官森林提出、謝大法官銘洋加入。

部分協同、部分不同意見書：黃大法官瑞明提出。

部分不同意見書：黃大法官虹霞提出。

不同意見書：呂大法官太郎提出、吳大法官陳鐸加入貳以外部分。  
以上正本證明與原本無異。

書記官 廖純瑜

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日



## 壹、前言

本件判決案名【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】。

本件聲請人陳律師以**刑事被告辯護人**之身分，於被告受檢察官訊問時在場陪訊。訊問程序中，檢察官以聲請人之筆記過於詳細為由，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定，指揮在庭法警**扣押**其已製作之訊問札記乙紙、**禁止**聲請人繼續筆記偵訊內容，並記明於扣押筆錄與偵訊筆錄。聲請人不服，依刑事訴訟法第 416 條第 1 項（下稱系爭規定）第 1 款規定，聲請法院撤銷之。案經臺灣高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以其聲請與系爭規定所列各款事由均不符為由，予以駁回，並不得再為抗告。聲請人認上開確定終局裁定所適用之系爭規定，有違憲疑義而聲請解釋憲法。

憲法法庭審理後，就系爭規定部分，判決如下：

一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項<sup>1</sup>及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項<sup>2</sup>但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告或犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會<sup>3</sup>，於此範圍內，與有權利即有救濟之

<sup>1</sup> 刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定：「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之處分。二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。四、對於第 34 條第 3 項指定之處分。」

<sup>2</sup> 刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」

<sup>3</sup> 刑事訴訟法第 105 條第 3 項同樣設有禁止規定：「法院認被告為前項之接見、通

憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨。相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。

二、於完成修法前，被告或犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，所為限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。

本席對判決主文，完全贊同。惟關於本案聲請釋憲仍有部分值得分享之處，爰提出協同意見書，以就教於方家！

本判決就被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之辯護人辯護權，創設四項重要特色，茲分述如下：

## 貳、首創辯護人得聲請釋憲之先例

本件係律師擔任偵查中被告之辯護人，就檢察官對其限制其筆記並扣押其筆記之處分不服，依刑事訴訟法第 416 條準抗告之規定，向法院聲請撤銷該處分，經法院裁定駁回其聲請，因不得抗告而確定。嗣辯護人得否向憲法法庭聲請釋憲？此涉及辯護人有何憲法上所保障之權利受侵害而得聲請釋憲之重要爭議。

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請案於憲訴法修正施行前之 105 年 9 月 29 日繫屬，其受理與否應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：「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。」判斷之。

從前揭規定可知，人民聲請釋憲之基本前提，係主張其憲法上所

---

信及受授物件有足致其脫逃或湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得依檢察官之聲請或依職權命禁止或扣押之。但檢察官或押所遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應即時陳報法院核准。」同法第 416 條第 1 項第 1 款設有針對「第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之處分」之救濟規定。

保障之權利，遭受不法侵害。本件釋憲聲請，首應審究者，辯護人有何憲法上所保障之權利受侵害？茲就相關之司法院解釋及憲法法庭判決分析說明如下：

### 一、應由被告與辯護人共同聲請釋憲

司法院釋字第 737 號解釋，涉及偵查中羈押審查程序辯護人卷證資訊獲知權之爭議。偵查中之辯護人在羈押審查程序，以辯護人名義向該管法院聲請閱卷，經地方法院裁定駁回聲請人即辯護人之聲請，辯護人抗告於高等法院，亦經該院以抗告無理由而裁定駁回抗告人即辯護人之抗告。

前揭地方法院及高等法院之裁定，聲請人欄及抗告人欄，僅列辯護人之姓名，均未列偵查中被告之姓名。如確定終局裁定所適用之法規有違憲疑義而要聲請釋憲，應由何人提出聲請方屬適法？

就此，司法院釋字第 737 號解釋認為，被告受憲法第 16 條訴訟權之保障，至於律師辯護人並無受憲法保障之基本權，故於解釋理由特別敘及：「本件解釋之聲請人有二，即被告（未起訴前應為犯罪嫌疑人，現行刑事訴訟法稱為被告，以下稱犯罪嫌疑人）及其辯護人。犯罪嫌疑人雖非確定終局裁定之抗告人，惟辯護人係犯罪嫌疑人選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（本院釋字第 654 號解釋參照）；辯護人為確定終局裁定之抗告人，其受犯罪嫌疑人選任，於羈押審查程序檢閱檢察官聲請羈押之卷證，係為協助犯罪嫌疑人行使防禦權，是二聲請人**共同聲請釋憲**，核與前揭聲請釋憲要件相符。」即上開情形，必須列被告及辯護人為共同聲請人，始符合人民聲請釋憲之法定要件。

### 二、被告得聲請釋憲

憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決案，涉及辯護人得否對偵查中延長羈押裁定代理被告提起抗告之爭議。偵查中之辯護人在地方法院裁定延長羈押被告後，以被告之名義，代為提起抗告，經高等法院認為，辯護人既非延長羈押裁定之當事人，其逕以辯護人之名義提起抗告，於法尚有未合，而裁定駁回抗告人即辯護人之抗告，裁定抗告人

欄僅記載抗告人即選任辯護人姓名。嗣被告乃以自己之名義聲請解釋憲法。

憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決認為，被告受憲法第 16 條訴訟權之保障，至於律師辯護人並無受憲法保障之基本權，故於判決理由敘明：「查本件確定終局裁定之受裁定人，雖非本件聲請人而係其辯護人，惟該辯護人係為協助被告即本件聲請人有效行使憲法所保障之訴訟權（司法院釋字第 654 號及第 737 號解釋參照），為被告之利益而抗告，其效果及於本件聲請人，是本件聲請人核屬大審法第 5 條第 1 項第 2 款所稱受不利益確定終局裁判之人民，其釋憲聲請核與大審法上開規定相符。」換言之，確定終局裁定之抗告人雖為辯護人，如要聲請釋憲，仍應以被告名義聲請，而非辯護人。

### 三、辯護人得聲請釋憲

本判決原因案件確定終局裁定之受裁定人係辯護人，而非被告本人，辯護人如要聲請釋憲，其究有何憲法所保障之權利受侵害而得聲請釋憲？殊值探討！

過往司法院解釋先例，大法官曾想方設法用心良苦從**被告受辯護人有效協助之憲法權利**，導出什麼事項係辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。此一釋憲之論證模式，最早出現於 98 年 1 月 23 日司法院公布之釋字第 654 號解釋，其解釋理由略以：「刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。」自由溝通權一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之自由溝通權，亦係辯護人為有效協助被告之自由溝通權，均受憲法保障。本解釋公布後，99 年 6 月 23 日修正公布刑事訴訟法，修正第 34 條規定<sup>4</sup>並增

<sup>4</sup> 刑事訴訟法第 34 條規定：「(第 1 項) 辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。(第 2 項) 辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾 1 小時，且以 1 次為限。接見經過之時間，同為

訂第 34 條之 1 有關被告或犯罪嫌疑人與其辯護人自由溝通權之規定，於同法第 416 條第 1 項序文規定：「受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更」下，增訂第 3 款規定：「對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。」及第 4 款規定：「對於第 34 條第 3 項指定之處分。」上開受處分人，就被告、犯罪嫌疑人與其辯護人之自由溝通權而言，一體兩面，即包括被告、犯罪嫌疑人及其辯護人雙方，均得以自己之名義，向所屬法院聲請撤銷或變更限制或禁止之處分。

嗣憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決亦援用上開釋憲模式，該判決理由謂：「**被告受辯護人有效協助之權利**，已成為現代法治國普世公認之基本人權……被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，**辯護人得為被告之利益而上訴或抗告**，除與被告明示意思相反外，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障」，強調辯護人有效協助被告行使被告之抗告權，必須再強調一下，係被告之抗告權，而非辯護人之抗告權。此際就只有一個面向而已！此際辯護人基於有效協助被告之立場，以被告之名義代為提起抗告！

本判決雖亦援引上開釋憲模式，但最重要之關鍵在於，將「受辯護人有效協助之權利」，擴大為「受辯護人有效協助與辯護之權利」，論及有效辯護，自應賦予辯護人得有效辯護之地位與機會為重要前提，始足以落實憲法保障被告受有效辯護之權利（詳見附表一之說明）。本判決的釋憲邏輯 4 步驟為：①先從憲法正當法律程序原則及訴訟權保障，導出被告享有充分之防禦權；②再由被告享有充分之防禦權，導出被告受辯護人有效協助與辯護之權利；③為達有效辯護，自應賦予辯護人得為被告之利益而為有效辯護之權利；④就原因案件而言，最後導出，憲法保障被告受有效協助與辯護權利所涵蓋之辯護

---

第 93 條之 1 第 1 項所定不予計入 24 小時計算之事由。(第 3 項)前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第 245 條第 2 項前段規定之權利。」

人偵查中辯護權，應受憲法之保障（本判決理由段碼【13】參照）。從而辯護人主張其偵查中辯護權遭受檢察官之限制或禁止處分，於用盡審級救濟後，得以辯護人名義聲請釋憲，乃是為落實憲法對被告訴訟權之保障。是以本判決理由對此特別論述：「經查，聲請人係確定終局裁定之受裁定人，其主張辯護人於檢察官訊問被告時在場並筆記偵訊內容，係受憲法保障之權利，遭檢察官限制、禁止而受侵害，且無從向法院提起救濟，於用盡現制下之審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。」

本判決開啟辯護人得聲請釋憲之新里程，對被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之訴訟權，開創新思維的釋憲模式，保障人權更進步，殊值肯定與讚同！此為本判決第 1 項重要貢獻！

### 參、確立受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段始點

首先，本判決依司法院釋字第 654 號、第 762 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，重申被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護之權利，係受憲法保障之重要權利。

其次，本判決確立被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段，包括偵查機關之偵查階段與法院之審判階段，偵查階段始自「人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查時起，即應受有效之保障」（判決理由段碼【12】參照），即被告或犯罪嫌疑人因犯罪嫌疑受偵查機關（包括司法警察、司法警察官、檢察事務官及檢察官）開始調查<sup>5</sup>或偵查之時起（偵查機關主觀上對人民知有犯罪嫌疑之時起），該人民即應享有受辯護人有效協助與辯護之權利而受憲法保障。偵查機關即應依憲法之要求，賦予被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之各項措

<sup>5</sup> 刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」第 230 條第 2 項規定：「前項司法警察官知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。」第 231 條第 2 項規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。」第 71 條之 1 第 1 項規定：「司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。」

施，對人民採取一系列的保障措施。是以**確立被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之適用階段始點**，始自人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查之時，是本判決第2項重要貢獻。

#### 肆、確認辯護人偵查中辯護權受憲法保障之權利內涵

被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之初始階段係**偵查階段**，此一階段，被告或犯罪嫌疑人享有受辯護人有效協助與辯護權利之內容<sup>6</sup>為何？受限於原因原件，本判決僅揭示其權利內涵，除**辯護人之選任權**外，至少應包括**辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權**（判決理由段碼【13】參照），均係受憲法保障之權利。除本判決外，受憲法保障之辯護人偵查中辯護權，尚包括司法院釋字第654號解釋所揭示之**自由溝通權**、司法院釋字第737號解釋所揭示之**偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權**及111年憲判字第3號判決所揭示之**就偵查中延長羈押裁定得代被告提起抗告之權**。

本判決宣告辯護人偵查中辯護權，係受憲法保障之權利，一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之權利，亦係辯護人之權利，本判決宣示，應有助於保障偵查中被告或犯罪嫌疑人之基本人權，澈底杜絕偵查中之違法取供，此乃司法改革最重要的第一步，上游乾淨清澈，下游自

<sup>6</sup> 刑事訴訟法規定被告或犯罪嫌疑人偵查中受辯護人有效協助與辯護權利之內容如下：①告知被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人（第88條之1第3項、第89條第1項第95條第1項第3款規定參照）、②被告或犯罪嫌疑人表示選任辯護人時應停止訊問（第95條第2項及第100條之2準用規定參照）、③等候辯護人4小時，等候期間不得詢問或訊問（第93條之1第1項第5款、第2項及第158條第2第2項規定參照）、④偵查中應通知依法設立之法律扶助機構指派律師到場為其辯護（第31條第5項規定參照）、⑤被告或犯罪嫌疑人得選任辯護人權，辯護人到場時，應賦予優先接見、自由溝通之權利（第27條第1項、第34條第2項及第3項規定參照）、⑥辯護人在訊問被告或犯罪嫌疑人時，有在場權、筆記權及陳述意見權（第245條第2項前段規定參照）、⑦辯護人對偵訊筆錄有協助被告或犯罪嫌疑人閱覽權、筆錄記載有無錯誤表示權、請求更正筆錄記載錯誤權（第41條第2項、第3項及第43條之1第1項規定參照）、⑧偵查中羈押審查程序之閱卷權（第33條之1第1項規定參照）、⑨偵查中羈押審查程序之請求給予適當時間準備答辯之權（第101條第4項、第100條之1第3項規定參照）、⑩辯護人權限受限制或禁止之準抗告權（第416條第1項規定參照）。

然水到渠成，偵查階段重視被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利之落實，自有助於避免冤獄，落實憲法公平審判原則之要求，此乃本判決第 3 項重要貢獻。

#### 伍、創設辯護人偵查中辯護權遭侵害之救濟途徑

辯護人偵查中辯護權，並非獨立性權利，係在憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利，一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之權利，亦屬辯護人之權利，均為受憲法保障之權利。檢察官就上開辯護人偵查中辯護權予以限制或禁止之處分，影響所及，受處分人包括被告或犯罪嫌疑人與其辯護人，雙方均得以受處分人自己之名義(其他權利行使方式，詳見附表二)，聲明不服、尋求救濟。

本判決除宣告辯護人偵查中辯護權，係憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利外，更依憲法第 16 條所揭**有權利即有救濟之憲法原則**，審查現行刑事訴訟法第 416 條<sup>7</sup>及其他規定，均未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，違反有權利即有救濟之憲法原則，不符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。應定期修正刑事訴訟法，妥為規定；並宣告完成修法前，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人均得就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定所為

<sup>7</sup> 民國 99 年 6 月 23 日修正刑事訴訟法第 416 條之立法理由謂：「二、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。基於**有權利即有救濟之原則**，人民認為其權利遭受侵害時，必須給予向法院請求救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容，不得因身分之不同而予以剝奪(司法院釋字第 653 號解釋參照)。故對於接見或互通書信權利受限制之辯護人或被告，自應給予救濟機會。上開限制如係以法院裁定為之者，得依第 404 條第 3 款提起抗告救濟之；如係由審判長或受命法官所為者，**自得聲請所屬法院撤銷或變更之**，爰增訂第 1 項第 3 款。三、辯護人、被告或犯罪嫌疑人對於檢察官依第 34 條第 3 項規定指定接見之時間、場所之處分，如有不服，亦應給予救濟之機會，爰增訂第 1 項第 4 款。」



之限制或禁止處分，請求所屬法院撤銷該處分。此乃本判決第4項重要貢獻！

或謂：「檢察官依刑事訴訟法第245條第2項但書規定所為限制或禁止之處分，嗣偵查程序業已終結，木已成舟，聲請法院撤銷並無實益，倒不如依刑事訴訟法第158條之4規定，主張該偵訊筆錄違法取得應予排除，比較有實益」云云。惟本席認為，刑事訴訟法第416條第1項序文特別規定：「處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回」此乃因聲請法院撤銷之程序，本質上另有**確認訴訟之性質**<sup>8</sup>，先行確認檢察官所為限制或禁止處分之程序是否合法，如不合法，即予以撤銷，可早日釐清偵查程序之合法性，確有其效益，故法院不得以偵查程序業已終結為由而駁回被告、犯罪嫌疑人或其辯護人所提起之準抗告。況檢察官雖依刑事訴訟法第245條第2項但書規定為限制或禁止之處分，惟檢察官偵查終結未必是提起公訴或聲請簡易判決處刑，可能處分不起訴或緩起訴處分，此際根本無從在審判中主張刑事訴訟法第158條之4相對排除法則，以排除不法取得訊問筆錄之證據能力，則辯護人偵查中辯護權遭受檢察官之限制或禁止之處分，即無澄清之可能，是以主張因有刑事訴訟法第158條之4規定相對排除法則可資援引，進而否定辯護人得準用刑事訴訟法第416條規定聲請撤銷之處分程序，此一說法容有商榷餘地！

### 陸、需要急起直追之配套改革—警詢階段

本判決雖指出，被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護權利

<sup>8</sup> 關於確認訴訟之性質，111年2月18日修正公布刑事訴訟法增訂第121條之6規定：「(第2項)於執行暫行安置期間，有事實足認被告與外人接見、通信、受授書籍及其他物件，有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，且情形急迫者，檢察官或執行處所之戒護人員得為限制、扣押或其他必要之處分……(第4項)對於第二項之處分有不服者，得於處分之日起十日內聲請撤銷或變更之。法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。」其立法理由略以：「該項所定之救濟期限較前述處分效力期間更長，亦可明確其**兼具確認訴訟之性質**，縱使處分效力期間經過之後，仍得依其聲請而**確認處分之違法與否**。」可供參考。

之適用階段，始於人民因犯罪嫌疑被檢察事務官、司法警察官或司法警察開始調查時或檢察官開始偵查時（判決理由【12】參照），但因受限於原因案件係發生於檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人，故判決主文僅論及檢察官訊問被告或犯罪嫌疑人時。至於檢察事務官、司法警察官或司法警察開始調查被告或犯罪嫌疑人時，亦有可能發生刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書所定之檢察事務官、司法警察官或司法警察對偵查中辯護人限制或禁止處分之爭議，現行刑事訴訟法第 416 條對此警詢階段所發生之限制或禁止處分情形並無救濟之規定，亦有違反有權利即有救濟之憲法原則，相關機關將來修法，亦應依本判決意旨，妥為修正。

### **柒、結論：為迎向當事人進行主義而鋪路**

明年 112 年 1 月 1 日即將施行國民法官法，採行當事人進行主義之卷證不併送制（起訴狀一本主義）及證據開示制（國民法官法第 43 條第 1 項及第 53 條規定參照），被告受辯護人有效協助與辯護之權利，勢必更需要辯護人有效辯護而得以落實。希望本判決之重大宣示，肯定辯護人偵查中辯護權，係**憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利涵蓋下而得享有之權利**，並於判決理由內敘明「被告或犯罪嫌疑人所享有之受有效協助與辯護之權利，不僅包含其得自主選任辯護人、於無資力時得享有免費獲得辯護之機會，其**辯護人並得於刑事訴訟程序各階段**，適時表示法律意見與提供法律上之協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。」在刑事訴訟程序各階段（包括犯罪偵查階段與法院之審判階段），均有其適用，讓我們共同迎向溫暖有人性且富保障人權的新刑事訴訟制度！讓本判決所揭示之人民受法院公平審判之權利，得以澈底實踐！

附表一：辯護人偵查中辯護權受憲法保障之論據說明

憲法保障之權利		
第 8 條正當法律程序原則及第 16 條保障人民之訴訟權		
刑事被告應享有充分之防禦權，係受憲法保障之權利		
適用階段	人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查階段	法院審判階段
憲法依據	被告或犯罪嫌疑人受辯護人有效協助與辯護之權利	
辯護人之有效辯護	1、得自主選任辯護人； 2、於無資力時得享有免費獲得辯護之機會； 3、辯護人得於刑事訴訟程序各階段，適時表示法律意見； 4、提供法律上協助，以協助被告或犯罪嫌疑人有效維護其權益。	
具體權利	1、辯護人之選任權 2、至少應包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權	
救濟方式	1、對此，現行刑事訴訟法均無規範，於此範圍內，違憲，應定期修法。 2、完成修法前，就檢察官所為限制或禁止辯護人在場、筆記及陳述意見之處分， ①被告或犯罪嫌疑人或②其辯護人，得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，聲請所屬法院撤銷之。 3、至於檢察事務官、司法警察官或司法警察所為之限制或禁止辯護人在場、筆記及陳述意見之處分，因與本判決原因案件無涉，故本判決未諭知。	

附表二：被告受辯護人有效協助與辯護權利之行使方式

憲法保障被告受辯護人有效協助與辯護之權利	
性質上屬被告權利	性質上屬辯護人辯護權
被告受辯護人有效協助	被告受辯護人有效辯護
以【被告】之名義	以【辯護人自己】之名義
代理上訴(刑事訴訟法第346條規定及司法院釋字306號解釋)	閱卷權(刑事訴訟法第33條第1項及第33條之1第1項規定)
代理抗告(憲法法庭111年憲判字第3號判決)	在場權(刑事訴訟法第245條第2項、刑事訴訟法第150條及第219條準用第150條規定)
代理聲請撤銷或變更(刑事訴訟法第416條第1項規定)	自由溝通權(刑事訴訟法第34條規定)
代理聲請再議(刑事訴訟法第256條之1規定)	聲請調查證據權(刑事訴訟法第163條第1項規定)
代理聲請迴避(刑事訴訟法第18條規定)	出庭辯護權(刑事訴訟法第271條及第289條規定)
代理聲請拒卻鑑定人、聲請撤銷協商合意(刑事訴訟法第200條第1項及第455條之3規定)	對筆錄協助被告閱覽權、有無錯誤表示權、請求更正筆錄記載錯誤權(刑事訴訟法第41條第2項、第3項及第43條之1第1項規定)

## 協同意見書

詹森林大法官 提出  
謝銘洋大法官 加入

對於本判決3項主文，本席均敬表贊同。惟對構成主文之理由，尤其將律師之在場、筆記及陳述意見權，由憲法上被告或犯罪嫌疑人之正當法律程序及訴訟權推導而出部分（即判決理由段碼12至15），本席尚有不同看法，略述如下。

### 一、從事辯護工作為律師核心業務之一，受憲法工作權之保障

就偵查中辯護人之在場、筆記及陳述意見權，其憲法上權利之根基，本席認為，與其間接由被告或犯罪嫌疑人受憲法第8條及第16條所保障之正當法律程序及訴訟權推導而出，不如訴諸憲法第15條所保障辯護人之工作權<sup>1</sup>，更為合適。

查，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」。因此，「工作」包含兩個核心概念：一、在主觀上，行為人將之作為與生活相關聯之活動；二、客觀上，在一定期間內反覆之行為<sup>2</sup>。次查，律師法第21條第1項規定：「律師得受當事人之委任，辦理法律事務」，此處法律事務之範圍，內容雖稍龐雜，然受民事、行政當事人及刑事被告或犯罪嫌疑人之委託，協助其於法庭上或偵查中為訴訟行為，當然應視為律師工作之核心內涵。

刑事辯護實務上，法院更進一步將上開辯護人之工作內容具體化為代理權及固有權，即認「刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為代理權與固有權，前者（或稱傳來權限）乃指被告所得為訴訟行為，其在性質上或法律規定上許為代理者，得由辯護人代為行使，辯護人行

<sup>1</sup> 聲請人亦主張其因受憲法保障之工作權受限制，且未有相應之救濟管道，故相關規範有違憲之疑慮。參見聲請人105年9月29日所提之釋憲聲請書，第5頁至第7頁、第11頁。

<sup>2</sup> 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。

使此項權限，本應尊重被告之意思，原則上不得與被告明示之意思相反（例外者，如刑事訴訟法第 110 條具保停止羈押之聲請）；**後者**（或稱原始權限），係指與被告之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告共享者（亦即法條規定『當事人（或被告）及辯護人得……』，如刑事訴訟法第 150 條第 1 項搜索及扣押時之在場權、第 163 條第 1 項聲請調查證據權、第 289 條事實及法律辯論權等），有僅辯護人所專有者（亦即法條規定為『辯護人得……』，如刑事訴訟法第 34 條第 1 項之接見羈押被告並互通書信、第 49 條攜同速記到庭記錄權、第 389 條第 2 項律師充任辯護人之第三審辯論權等）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，因之，其行使自不受被告明示、默示意思之拘束，縱其與被告共享之權限亦然。」<sup>3</sup>

由是可見，在法律規範上，辯護人所享有之權利，並非完全與被告或犯罪嫌疑人之權利重疊，而係有非依附於被告或犯罪嫌疑人之權利者。

尤應注意者，基於刑事訴訟「發現真實」及「保障人權」之最高宗旨，辯護人於刑事訴訟程序中所扮演之角色，除被告或犯罪嫌疑人之辯護者外，尚有其他獨立、且具公益色彩之面向。申言之，刑事訴訟之目的，「在於發現真實，確定具體刑罰權之有無及其範圍，使刑法得以正確適用，藉以維護社會安全，其手段則應合法、純潔、公平、公正，以保障人權」<sup>4</sup>，即「並非為求真實，而不計任何代價或使用任何手段，發現真實必須在正當之程序作用下，方為所許」<sup>5</sup>。

換言之，在審、檢、辯分立之法庭程序中，或在檢、辯分立之偵查程序中，辯護人之功能，不僅係被告或犯罪嫌疑人之代理人而已，更肩負以辯護人角色，實踐上開刑事訴訟之目的。例如，探究案情、蒐集證據<sup>6</sup>，於檢察官忽略相關證據時，適時提出，以協助發現真實，

<sup>3</sup> 最高法院 108 年度台上字第 3842 號刑事判決理由二（二）參照。

<sup>4</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2019 年 9 月，19 版，第 18 頁至第 19 頁。

<sup>5</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2019 年 9 月，19 版，第 19 頁。

<sup>6</sup> 參見律師法第 31 條規定：「律師為他人辦理法律事務，應探究案情，蒐集證據。」

或於檢察官提出之證據非出於合法、純潔、公平、公正時，適時提醒以保障人權。辯護人扮演前揭角色時，甚至不當然受委任人意思之拘束。

就此，律師法之相關規定，可為佐證。該法第 38 條：「律師對於委任人、法院、檢察機關或司法警察機關，不得有矇蔽或欺誘之行為」、第 46 條：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴、抗告或其他濫行訴訟之行為」等規定，課以辯護人獨立於被告及犯罪嫌疑人之公益義務；另同法第 35 條第 1 項規定：「律師在法庭或偵查中依法執行職務，應受尊重」。前述條文在在彰顯辯護人於刑事訴訟程序所從事之工作，並非完全依附被告或犯罪嫌疑人，而係有其獨立之工作內涵，藉以維護刑事訴訟所保障之目的與價值。此項特殊性，在公益辯護案件，尤其明顯。

綜上，因實務上，刑事訴訟之辯護人，往往以被告或犯罪嫌疑人代理人之角色參與程序，並被賦予維護被告權利、為其辯護之任務，以致忽略辯護人在從事辯護工作之同時，其本身亦受憲法第 15 條工作權之保障。然辯護人作為一種職業，倘其業務之執行受到公權力限制、介入或侵害時，其救濟基礎，若仍須藉助被告或犯罪嫌疑人受有效辯護權，難免有不盡完善之嫌。是探究辯護工作之憲法根基，本席認為應由辯護人本身之工作權出發，較為合宜<sup>7</sup>。

## 二、偵查中之訊問被告時，律師在場札記偵訊內容，係貫徹其辯護工作之重要手段，若受限制，應有相應之救濟管道

刑事訴訟法第 254 條第 2 項（下稱系爭規定）本文賦予律師於檢察官、檢察事務官、司法警察或司法警察官訊問被告或犯罪嫌疑人時，享有在場及陳述意見權。系爭規定固係為確保偵查階段之訊問程序依法進行，及保障被告或犯罪嫌疑人之權益而設<sup>8</sup>。然如上所述，律師既被賦予於偵查訊問程序中，為被告或犯罪嫌疑人提供法律上協

<sup>7</sup> 對此，聲請人亦持相同見解。參見聲請人 111 年 3 月 28 日所提之法規範憲法審查陳述意見書，第 1 頁至第 5 頁。

<sup>8</sup> 中華民國 71 年 8 月 4 日增訂系爭規定時之立法理由。

助之任務與角色，則其於完成該任務範圍內所為之必要行為，自應受憲法第 15 條工作權之保障。

查，律師/辯護人之實質有效辯護，必須立基於對被告或犯罪嫌疑人案情之掌握，故辯護人獲取被告或犯罪嫌疑人案情相關資訊之方式與手段，自屬其執行業務之重要方式。系爭規定雖僅明定律師於偵查中之訊問有在場及陳述意見權，然其於偵訊現場透過筆記有效記憶及掌握偵訊內容、獲悉基本案情及偵辦方向，以作為後續擬定訴訟策略或蒐集有利於被告或犯罪嫌疑人證據資料之方向，本即當然屬於律師辯護業務之權利。尤其，在偵查階段，本於偵查不公開原則，辯護人之閱卷本即受到限制<sup>9</sup>，若再限制或剝奪辯護人陪訊時筆記之權利，必定嚴重影響其業務之執行。

準此，檢察官依系爭規定但書，限制或禁止辯護人在場陪訊、陳述意見、甚至筆記偵訊內容等協助被告受有效辯護之權利時，從刑事被告及犯罪嫌疑人之面向觀察，固然如憲判字第 7 號判決理由所言，係限制被告或犯罪嫌疑人本於憲法第 8 條及第 16 條而生之「由辯護人為其有效協助與辯護之權利（判決理由段碼 12）」；然從辯護人自身之面向而言，亦同時當然係限制其受憲法第 15 條保障之工作權。

綜上，辯護人自身作為工作權之主體，於從事辯護工作時，若遭受公權力侵害，自應具有得單獨提起救濟之管道。現行刑事訴訟法於辯護人之在場筆記權受檢察官限制或禁止，從而侵害其工作權時，未提供相應之救濟管道，自屬有違憲法第 16 條保障人民（辯護人）訴訟權之意旨。

### 三、結論

憲判字第 7 號判決，乃我國刑事訴訟法制之重要里程碑。蓋本判決不僅延續大法官釋字第 737 號解釋、憲法法庭憲判字第 3 號判決之腳步，允許刑事被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得以自己名義，對限制

<sup>9</sup> 依偵查不公開原則，辯護人在偵查階段原則上不得閱卷，僅在涉及偵查中之羈押審查程序時，方得依刑事訴訟法第 33 條之 1 第 1 項規定檢閱卷宗及證物。



其辯護權之刑事訴訟法規範，獨自聲請解釋憲法<sup>10</sup>。本判決更本於該聲請，宣告刑事訴訟法第461條第1項及其他規定，在未針對辯護人設有救濟管道範圍內，違反憲法第16條保障訴訟權之規定。

本席十分贊同本判決保障人民基本權之意旨，但認為辯護人之辯護權應受憲法訴訟權保障之論理，無庸依附於被告或犯罪嫌疑人之訴訟權，而可立基於辯護人自己之工作權。爰提出本意見書。

---

<sup>10</sup> 詳見林俊益大法官就憲判字第7號判決提出之協同意見書第2頁至第7頁。

## 部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官 提出

### 壹、原因案件事實及聲請釋憲理由

本件聲請人陳律師於其當事人觸犯貪污治罪條例案件偵查程序中，以辯護人身分在場陪訊。檢察官以偵查不公開原則及筆記過於詳細為由，禁止其筆記，並指揮在庭法警扣押筆記。聲請人依刑事訴訟法第 416 條第 1 項<sup>1</sup>（即系爭規定一）第 1 款規定提出準抗告，經臺灣高雄地方法院 105 年度聲字第 2531 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以其聲請與系爭規定一所列各款事由均不符為由，予以駁回。聲請人認為確定終局裁定所適用之系爭規定一及法務部於中華民國 93 年 6 月 23 日法令字第 0930802186 號令修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定<sup>2</sup>（即系爭規定二）有違憲疑義，而聲請解釋。

### 貳、協同意見部分

本件判決主文一認為檢察官依刑事訴訟法第 245 條第 2 項<sup>3</sup>（於

<sup>1</sup> 刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定：「對於……檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第 105 條第 3 項、第 4 項所為之禁止或扣押之處分。二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。四、對於第 34 條第 3 項指定之處分。」

<sup>2</sup> 法務部於中華民國 93 年 6 月 23 日法令字第 0930802186 號令修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定：「檢察官對於辯護人有無依本法第 245 條第 2 項前段規定，於訊問被告時在場，應命書記官於訊問筆錄內記明之。在不違反偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點。檢察官於訊問完畢後，宜詢問在場之辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。（刑訴法 41、245）」

<sup>3</sup> 刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限

本意見書下稱系爭規定三)但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，系爭規定一及其他規定，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，並要求相關機關應於本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法；主文二宣示於刑事訴訟法修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人得準用刑事訴訟法第 416 條所定程序，聲請所屬法院撤銷之。本席贊同本件判決主文一及二，但就判決理由認有補充說明之必要，爰就此部分提出協同意見如下。

按判決理由第 16 段指出：「其（指系爭規定三前段部分：『被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。』）權利內涵如前所述，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權」，即確認辯護人偵查中辯護權受憲法保障，是辯護人之辯護權若受侵害，本即得獨立以自己名義請求救濟，本件判決理由於此未清楚明示，實有所不足。

實則刑事訴訟法上關於辯護人權限，可分為以下兩種：「代理權」（或稱傳來權限），乃指被告或犯罪嫌疑人所得為訴訟行為，其在性質上或法律規定上許為代理者，得由辯護人代為行使，辯護人行使此項權限，本應尊重被告或犯罪嫌疑人之意思，原則上不得與其明示之意思相反；「固有權」（或稱原始權限），係指與被告或犯罪嫌疑人之權利分離而為辯護人特別所擁有之權限，此項權限有與被告或犯罪嫌疑人同享者，亦有僅辯護人所專有者（即法條規定為「辯護人得……」）。由於辯護人之固有權係基於辯護人之地位所具有，故其行使自不受被告或犯罪嫌疑人明示、默示意思之拘束，縱其與被告或犯罪嫌疑人同享之權限亦然（最高法院 108 年度台上字第 3842 號刑事判決參照）<sup>4</sup>。本席認為按系爭規定三之法條明示：

---

制或禁止之。」

<sup>4</sup> 基此判決所衍伸之關於辯護人法律上所享有之權利及其憲法根基之討論，可參見本件判決詹森林大法官提出之協同意見書，頁 2-3。

「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得……」，故依上開最高法院見解，辯護人在場權、筆記權及陳述意見權，應屬辯護人之固有權，其行使自不受被告或犯罪嫌疑人明示、默示意思之拘束。若檢察官依系爭規定三但書對辯護人上述權利為限制或禁止之處分，其處分對象為辯護人，直接侵害其固有權，並進而侵害其受憲法所保障之辯護權及工作權，被告或犯罪嫌疑人受辯護之防禦權亦因此受到侵害。對上述權利受到侵害應如何救濟，辯護人應較被告或犯罪嫌疑人有立場作決定且有較佳之判斷力，況律師作為辯護人之角色並非均依被告或犯罪嫌疑人之指示而為，而具有一定獨立之地位，此於律師法已有明文規定<sup>5</sup>，因此辯護人因辯護權及工作權受侵害行使救濟權，應得獨立以自己名義行之，無須得被告或犯罪嫌疑人之同意，甚至可與其明示、默示之意思相反，方能彰顯辯護人之辯護權及工作權受憲法保障之本質。

### 參、不同意見部分

本件判決主文三對聲請人之其餘聲請不受理。判決理由指出系爭規定二未為確定終局裁定所實質審酌、適用，自不得以之為聲請客體。況該規定業經法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定<sup>6</sup>所取代，亦已無再予審查之必要。本席不贊同本件判決主文三

<sup>5</sup> 律師法第 34 條第 3 項規定：「當事人之請求如係違法或其他職務上所不應為之行為，律師應拒絕之。」同法第 46 條規定：「律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴、抗告或其他濫行訴訟之行為。」

<sup>6</sup> 法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定：「(第 1 項) 檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第 245 條第 2 項規定，准許辯護人在場、陳述意見並札記訊問要點。但有事實足認有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官報請檢察官同意後，得限制或禁止之：一、有妨害國家機密之虞。二、有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。三、有妨害他人名譽之虞。四、其行為不當足以影響偵查秩序。(第 2 項) 檢察官、檢察事務官依本法第 245 條第 2 項但書規定，限制或禁止辯護人在場、陳述意見或札記訊問要點，宜審慎認定，將其限制或禁止所依據之事由、限制之方法及範圍告知辯護人及被告，並命書記官記明於訊問或詢問筆錄。(第 3 項) 檢察官、檢察事務官就辯護人在場製作

及其理由，爰就此部分提出不同意見如下。

### 一、本件爭議之核心：對辯護人之辯護權及工作權加以限制或禁止之規定之合憲性

本席認為本件聲請案之核心爭議不限於辯護人受禁止或限制行使其辯護權及工作權後有無救濟機會的問題，而應包括對辯護權及工作權之行使加以限制或禁止之規定之合憲性問題。按系爭規定三但書賦予檢察官在一定條件之下得限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之權力，法務部依據該規定發布系爭規定二，本件判決就系爭規定二為不受理，且未對系爭規定三為任何審議，本席認為系爭規定二及三均有違憲疑義，未就此加以審議實有所不足。

### 二、系爭規定二及三符合受理之要件，具有一併受理審查之價值

確定終局裁定理由標題三、(二)指出：「被告雖因本件經裁定羈押在案，然聲請意旨所指檢察官於前揭期日依刑事訴訟法第 245 條第 2 項、檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點規定所作成不許筆記訊問要旨之處分，並非針對被告人身自由所為限制，自非『廣義上關於羈押所為禁止處分』，復與刑事訴訟法第 416 條第 1 項各款所例示得提起救濟之事由均有不符，本院自無從就檢察官上開處分之當否為實體上之審究」，由上理由可知系爭規定二及三於確定終局裁定均有所適用。至於系爭規定二雖已於法務部 108 年 3 月 20 日法檢字第 10804510780 號函修正發布之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 28 點規定所取代，然而本件爭議之起源在於系爭規定二所規定「在不違反偵查不公開之原則下，得許辯護人在場札記訊問要點」，該規定於 108 年 3 月 20 日修改為：「檢察官、檢察事務官訊問、詢問被告時，應依本法第 245 條第 2 項規定，准許辯護人在場、陳述意見並札記訊問要點」，二者雖有些行文用語之差異，但爭議根源之「札記訊問要點」之規定並未變更，因此其違憲疑義持續

---

之札記，除法律另有規定外，不得扣押。(第 4 項)檢察官、檢察事務官於訊問、詢問完畢後，宜詢問辯護人有無意見，並將其陳述之意見要旨記明筆錄。(刑訴法 41、245)」

存在。系爭規定二於確定終局裁定有適用，聲請人亦主張系爭規定二違憲，自符受理之要件。聲請人雖未聲請審查系爭規定三，然系爭規定二係依據系爭規定三而訂定，而且以違反系爭規定二為理由所作之任何處分，均須依據系爭規定三為之，系爭規定三亦為確定終局裁定所適用，於規範意義上二者具有不可分割關係，均符合受理要件，自應一併納入審查範圍。

### 三、系爭規定二僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之合憲性探討

本件原因案件之爭議，即辯護人於偵查訊問時在場作詳細之筆記，是否構成「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，而得命其不得繼續筆記，甚至得限制或禁止其在場，因此系爭規定二所定辯護人得「札記訊問要點」與系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」為爭議之核心，其合憲性應予檢討。

#### （一）辯護人在偵查庭「詳細記載偵訊內容」與「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之關聯度

系爭規定三允許被告或犯罪嫌疑人之辯護人得於檢察官訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場並得陳述意見，該規定對於辯護人於偵查庭能否作筆記並未為任何規定。當檢察官認為辯護人筆記太詳細已超越系爭規定二「札記訊問要點」之範圍，因而認符合系爭規定三之「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，則限制或禁止辯護人繼續作筆記之依據是系爭規定三，而依系爭規定三，檢察官亦可以相同的理由命辯護人不得在場，對其辯護權行使之限制程度更為嚴重，因此系爭規定二僅為系爭規定三執行之技術面規定，可說是系爭規定三所稱「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之例示規定而已，審查系爭規定二所訂「札記訊問要點」有無違憲，自然必須同時審查系爭規定三之合憲性始為完整，因為若同意辯護人在場而限制或禁止其作詳細筆記，令辯護人僅能憑藉記憶以作為日後為被告或犯罪嫌疑人辯護之基礎，實已淘空其辯護權，與限制或禁止辯護人在場之處分並無太大的差別，故應一併審查。

## (二) 檢評會之決議理由及部分委員對該決議之不同意見之解析

本件聲請案之原因案件，曾由高雄律師公會向檢察官評鑑委員會（下稱檢評會）聲請就該檢察官進行個案評鑑，檢評會作出不付評鑑之結論，該評鑑決議書<sup>7</sup>及不同意見書之理由可資參考。

本件爭議案最具代表性之意義在於：檢察官自認依法執行職務之行為卻被律師公會請求評鑑。而評鑑之結果雖然是「本件不付評鑑」，但9位評鑑委員中（原11位扣除請假及自行迴避者2位），有4位評鑑委員提出不同意見，亦即本件是以一票之差（5：4）而未交付評鑑。明明依系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」而行使偵查庭指揮權，卻差點被移付評鑑，如此之結果，可能讓許多檢察官感到不解甚至震驚。由此可見爭議之源起不在檢察官，而在於法務部訂定之系爭規定二，以及系爭規定三之問題。檢評會僅就應否對檢察官移付評鑑為決議，但是決議及不同意見書之理由對辯護人在偵查庭中作詳細筆記而被禁止所涉及辯護權及工作權之意涵討論詳盡，不同意見雙方均深入論述，充分表達了對此問題正反兩面不同之看法，可作為判斷系爭規定二及三是否合憲之參考。

### 1. 檢評會決議不付評鑑之主要理由

檢評會認為檢察官禁止辯護人作詳細筆記之行為符合系爭規定三之要件，即「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，主要理由包括：

- (1) 受評鑑案件為員警包庇賭博性電玩之集團性違反貪污治罪條例案件，「行受賄案件多為隱密進行，且以現金交付製造金流斷點，除供述證據外，實難以其他方式取證」。
- (2) 「陳情人（註：即本件聲請人陳律師）於庭訊時針對檢察官訊問被告帳戶內金流，即（檢察官主觀認為恐與犯罪有關之）金額、時間及被告回答（金流來源為被告至親）等以QA方式記載。……受評鑑人（註：即檢察官）以案件偵辦全局思考，認陳情人在場札記之行為，其內容及方式，已足使有心之閱覽或使用者獲悉檢

<sup>7</sup> 檢察官評鑑委員會107年檢評字第001號評鑑決議書。

察官偵辦關於職務賄賂罪所揭露之核心（即各筆疑似賄款現金金額、時間等），顯有串證之虞，似非無據」。

- (3) 陳情人曾受僱於甲辯護人，而甲辯護人曾擔任與被告具有職務賄賂對立關係之電玩業者（即行賄嫌疑人）之辯護人，從而認為「任何稍具有社會經驗或者常識之人，都可能會高度懷疑陳情人在本件受評鑑案件中，存在違反刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定『勾串共犯或證人』之可能性」。

## 2. 對檢評會決議不同意見書之理由

對該評鑑決議提出不同意見書之 4 位委員，針對相同之行為，解讀則完全不同：「既然訊問的是有關金流問題，則辯護人未確認每筆金流的時間、金額，又如何能特定調查的標的而協助被告調查有利證據？辯護人於訊問時行使在場權而詳實紀錄金流的金額、時間，乃是盡責之辯護人行使職權之必然，今多數意見竟然以辯護人盡責行使職權之成果，認為『已足使有心之閱覽或使用者獲悉檢察官偵辦關於職務賄賂罪所揭露之核心』，此一意見如成普遍見解，則日後辯護人在場權的機能將被弱化、損害被告的防禦權」。

## 3. 對評鑑決議及不同意見理由之評析

就評鑑決議書形成心證之立論基礎與不同意見書之理由加以比對觀察，辯護人之同一行為事實可被視為「盡責行使職權」，亦可認「稍具社會經驗或者常識之人」均可高度懷疑為「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」，就此立場鮮明之差異可以說明辯護人與檢察官就分工之角色，難免有緊張關係，此不僅我國獨有，而是法治國家共有之普遍現象。此即日本學者所感慨：「最完善之辯護」常被斥責為「妨害偵查」或「不適當辯護」<sup>8</sup>。

評鑑決議認「本件受評鑑人於庭訊時發覺陳情人之札記以 QA 方式近乎逐字記載詳盡，並非僅札記問訊過程要點，因恐偵訊內容外洩致有勾串發生，當場制止繼續札記，自符規定」，所稱「規定」應是

<sup>8</sup> 森際康友編，劉志鵬等譯，法曹倫理，頁 157，新學林，2011 年 11 月，1 版。



指系爭規定二及三。精確言之，本件爭議也就是詳細筆記已超出系爭規定二所定「札記訊問要點」之範圍，從而構成系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之問題，就此討論如下：

### (1) 辯護人在法庭外與其他共犯及證人接觸之行為界限

按辯護人於何範圍內得於法庭外與其他共犯<sup>9</sup>或證人接觸，律師法及刑事訴訟法等均無直接明確規範，中華民國律師公會全國聯合會會員代表大會制定公布並報請法務部備查之律師倫理規範，就此特別規定「律師接受事件之委託後，應忠實蒐求證據、探究案情，並得在訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人」（第16條第1項前段），即肯認辯護人在訴訟程序外與證人有所接觸並不違反律師倫理規範，此乃辯護人可以協助證人回復記憶、瞭解爭點、知曉法律用語等正面功能。然而，辯護人對證人給予意見之界限，可說是刑事辯護律師之倫理難題，該難題就是律師在刑事訴訟程序所負之「真實義務」以及對當事人「忠實義務」間尋求平衡點之問題，幾乎所有法律倫理學之書籍皆將之列為重要課題加以論述<sup>10</sup>。

### (2) 檢察官對辯護人可能串證之疑慮

系爭規定二限制辯護人在場僅能「札記訊問要點」，即推論筆記記載詳盡就有串證之虞。限制筆記內容之目的，就是防範辯護人知悉並詳細記錄訊問之內容後，於庭外利用這些資訊與其他共犯或證人進行串證。由系爭規定二可以得知法務部對於辯護人是否會參與串證有高度的懷疑與不信任感，本席認為此不信任感至少有如下三個原因：

① 辯護人於證人作證前與證人會談固無不可，但辯護人為當事人之最佳利益而努力，為避免證人作出不利於其之陳述，協調當事人與各證人間之說詞以尋求當事人最佳利益之誘因存在。

<sup>9</sup> 刑事訴訟法第287條之2規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」

<sup>10</sup> Deborah L. Rhode, David Luban 著，林利芝譯，法律倫理（上），頁448-451，新學林，2018年8月，1版。台北律師公會主編，尤伯祥等合著，法律倫理，頁295，五南，2012年5月，2版。

②對證人給予意見構成串證與否之界限模糊

證人於出庭陳述前，與辯護人有所諮詢並非法律或倫理規範所禁止，但律師倫理規範第 23 條第 1 項規定<sup>11</sup>亦明確規範律師不得有「教唆偽證或其他刻意阻礙真實發現之行為」，然而對證人給予意見於何程度將被認定有串證行為，而可能該當教唆偽證之罪責，其間界線模糊，對辯護人與檢察官均形成困擾。

③串證通常隱密為之，且證人或共同被告間可能利害一致，故揭發不易

基於以上因素所產生之不信任感，造成檢察官曾對律師以教唆偽證罪起訴之案件，有些案件或許律師確已逾越界限而罪有應得，然而有許多案件是在界限不清之情形下，而遭移送，過去曾發生之檢察官發現律師為當事人準備檢察官可能之問題及擬答之「教戰手則」案例<sup>12</sup>，引起社會與法界正反兩面之論戰，即為典型事例，本件爭議之本質亦為如此，如此之爭議普遍存在於世界各國律師與檢察官之間。

(3) 律師界對防止律師串證之努力

針對辯護人與證人會談間之倫理界限，律師界努力定出會員行為之規範，如前述律師倫理規範第 16 條第 1 項前段規定律師得於訴訟程序外就與案情或證明力有關之事項詢問證人，但該條後段則明定「不得騷擾證人，或將詢問所得作不正當之使用」。且律師不得為串證之規範極為明確，「律師不得自行或教唆、幫助他人使證人於受傳喚時不出庭作證，或使證人出庭作證時不為真實完整之陳述」（第

<sup>11</sup> 律師倫理規範第 23 條第 1 項規定：「律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為。」

<sup>12</sup> 95 年 5 月間台灣土地開發公司股票內線交易的案件（簡稱台開案），趙建銘為當事人之一，調查局北機組在搜索趙建銘臺大醫院辦公室時搜出檢調攻防教戰手冊，內容記載面對檢調訊問的答辯技巧。檢察官查出資料來源為其委任律師，考慮將該律師以違反律師倫理之名移送懲戒。參見：趙建銘辦公室搜出攻防教戰手冊，TVBS 新聞網，<https://news.tvbs.com.tw/politics/360867>，95 年 6 月 20 日；應訊教戰手冊追來源，<https://tw.appledaily.com/headline/20060712/6TE4HBKPGBOTWDFNYNFUR7CSIU/>，95 年 7 月 12 日；吳景欽，律師有錯嗎？從台開案的教戰守則談被告的辯護權，人權教育諮詢暨資源中心，<https://hre.pro.edu.tw/article/3716>，108 年 2 月 26 日。

16 條第 3 項前段)。另外尚有許多條文直接規範律師與證人之會談界限，如明文規定律師不得有教唆偽證之行為（串證該當之）<sup>13</sup>，甚至特別制定「律師訪談證人要點」<sup>14</sup>，其他尚有許多避免律師過度執著於當事人之勝負而踰矩之原則性規定<sup>15</sup>。

**(4) 系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」得限制或禁止辯護人在場，侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權**

按偵查庭中，辯護人之一舉一動一切盡在檢察官眼中，不可能當場有勾串共犯或證人之行為，因此檢察官所疑慮的是辯護人作了詳細筆記後，於庭外是否作為串證之依據，然而是否串證與札記是否詳細實無必然關係，筆記詳盡頂多是「有助於」或「較便於」從事串證，然而辯護人作了詳細之筆記，仍可能謹守刑法、律師法及律師倫理規範之規定，而不踰矩。況詳細筆記有助於辯護人為被告或犯罪嫌疑人辯護，具有維護其辯護權、工作權及保障被告或犯罪嫌疑人防禦權之正面功能，自不應受到限制或禁止。檢評會決議以辯護人筆記詳細而超出「札記訊問要點」之限制即認符合系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之規定。按「勾串共犯或證人」可能成立刑法教唆偽證罪或違反律師倫理規範之行為，然而教唆偽證罪之成立亦須有教唆行為，在辯護人未有任何教唆行為之前，即預先防患，高度懷疑辯護人可能會從事教唆偽證之行為，從而即可禁止辯護人筆記甚至禁止在場，限制了其辯護權之行使，更可能讓辯護人在場之機能完全弱化，侵害被告或犯罪嫌疑人受憲法保障之防禦權。

由上可知，辯護人於偵訊被告或犯罪嫌疑人時在場，固然有機會得知被告或犯罪嫌疑人之答詢並作詳細筆記，但辯護人是否會利用

<sup>13</sup> 同註 11。

<sup>14</sup> 中華民國律師公會全國聯合會制定，96 年 7 月 1 日起施行。

<sup>15</sup> 律師倫理規範第 35 條第 2 項規定：「律師不得就家事、刑事案件或少年事件之結果約定後酬。」同法第 28 條規定：「律師就受任事件，不得擔保將獲有利之結果。」

這些資訊進行串證，其實受到許多內部與外界規範之制約，外部規範包括刑法與律師法規定之刑事責任與懲戒措施（第 8 章規定參照），尚包括律師倫理規範所規定之處置措施（第 49 條規定參照）；內部規範包括律師之倫理自覺等。因此檢察官應尊重辯護人之辯護權及工作權之行使係憲法保障之權利，不必也不應以懷疑的眼光看待辯護人，若檢察官僅因辯護人作詳細筆記已超過「札記訊問要點」之範圍，懷疑辯護人可能串證就令辯護人不得作詳細之筆記甚至可以禁止其在場，無疑是在辯護人可能觸犯刑法（教唆偽證罪）或律師倫理規範之前，就先行採取防制之措施。雖然法律規定檢察官得發動禁止或限制處分之門檻不低（有事實足認有……之虞），但符合該門檻之事實認定必生爭議。依此，本席認為系爭規定二辯護人僅得「札記訊問要點」與系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」得限制或禁止辯護人在場之規定，給予檢察官過大之裁量權並採預先防範之立法方式，已侵害了辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權而違憲。

**(5) 聲請人曾受僱於同案共同被告之辯護人之事由不應構成「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」**

檢評會決議認為本件聲請人有串證之虞的另一個理由是因為聲請人曾受僱於同案共同被告之辯護人，本席認為如此之理由亦為牽強。按律師承辦具體案件應否迴避，於律師法已有相關規定（第 34 條），律師倫理規範並為更詳細嚴格規定（第 30 條等），實務上並已有許多案例可供參酌。同案共同被告之辯護人間彼此熟識或曾有受僱關係，在辯護實務上極為平常，並無特殊之處，不構成迴避事由，而檢評會之決議僅以同案共同被告之辯護人間曾有受僱關係，即作為「高度懷疑」有串證可能性之理由之一，應該是認為光憑「作詳細筆記」即推論有勾串共犯或證人之虞有所不足，因此再增列此一理由。然而本席認為如此之理由係以「高度懷疑」取代法律要求之「有事實足認」之認定門檻，其心證之基礎已有不當，由此亦可見系爭規定三但書之規定門檻雖高，但在事實認定上有高度被濫用

之可能性。

#### 四、系爭規定三「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」以外之其他條件之必要性與妥適性探討

以上討論僅對系爭規定三所定「有事實足認有勾串共犯與證人之虞」，而認為系爭規定三此部分條件違憲。本席認為系爭規定三但書規範之其他條件之必要性與妥當性亦有同時討論之價值：

##### (一) 「有事實足認有妨害國家機密之虞」

「有事實足認有妨害國家機密之虞」之情形，應係偵查訊問被告或犯罪嫌疑人之內容涉及國家機密，為防患辯護人可能洩漏而得限制或禁止辯護人在場，然而辯護人即使因在場而獲悉國家機密，仍受嚴格保密義務之拘束，違反者除違背律師法第 36 條<sup>16</sup>及律師倫理規範第 33 條前段規定<sup>17</sup>之外，甚有刑事責任（國家機密保護法第 32 條規定<sup>18</sup>）。因此若僅因案件涉及國家機密即可限制或禁止辯護人於偵訊時在場，除妨害辯護人之辯護權及工作權，被告或犯罪嫌疑人受刑事辯護之防禦權亦將受侵害。

##### (二) 「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據之虞」

按偽造、變造證據或隱匿關係他人刑事被告證據，構成刑法第 165 條湮滅刑事證據罪，律師倫理規範第 23 條第 1 項亦明文規定律師「不得偽造變造證據」，因此依前述有關「有事實足認有勾串共犯或證人之虞」之論述，此條件亦無規範之必要。

<sup>16</sup> 律師法第 36 條規定：「律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務。但法律另有規定者，不在此限。」

<sup>17</sup> 律師倫理規範第 33 條前段規定：「律師對於受任事件內容應嚴守秘密，非經告知委任人並得其同意，不得洩漏。」

<sup>18</sup> 國家機密保護法第 32 條規定：「(第 1 項) 洩漏或交付經依本法核定之國家機密者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。(第 2 項) 洩漏或交付前項之國家機密於外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人者，處 3 年以上 10 年以下有期徒刑。(第 3 項) 因過失犯前 2 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 20 萬元以下罰金。(第 4 項) 第 1 項及第 2 項之未遂犯罰之。(第 5 項) 預備或陰謀犯第 1 項或第 2 項之罪者，處 2 年以下有期徒刑。(第 6 項) 犯前 5 項之罪，所洩漏或交付屬絕對機密者，加重其刑至 2 分之 1。」

**（三）「有事實足認有妨害他人名譽之虞」**

辯護人如果洩漏偵訊時在場所獲得之資訊，而妨害他人名譽者，本得依刑法第 316 條洩漏業務上知悉秘密罪以及妨害名譽罪（刑法第 309 條以下）處罰，依前述討論之法理，亦沒有必要將之列為得限制或禁止辯護人在場之理由。

**（四）「行為不當足以影響偵查秩序者」**

按檢察官有主導偵查程序及維護法庭秩序之權利，當辯護人在偵查庭之行為有不當而足以影響偵查秩序者，檢察官自有權限制或禁止其在場，因此該規定是對辯護人已有不當行為時處置，而非事先之防範規定。因此本席認系爭規定三僅此條件之規定具有合理性，而無違憲疑慮，至於辯護人之行為是否有所不當而足以影響偵查秩序，而應受限制或禁止在場、筆記或陳述意見之處分，辯護人自得依本件判決所宣示之準抗告權而提起救濟。

**五、系爭規定三但書除「行為不當足以影響偵查秩序」之外之其他條件，侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權而違憲**

綜上討論，系爭規定三但書所定檢察官得限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見之條件，除「行為不當足以影響偵查秩序」之外，其餘均已於刑法、律師法、律師倫理規範或其他法律有明文限制或禁止之規定，而沒有在此重複規定之必要。況系爭規定三所定「有事實足認有……之虞」之要件，係以「懷疑」或「有此可能」取代違法事實之發生，其規範不明有被濫用之可能，已侵害辯護人之辯護權、工作權及被告或犯罪嫌疑人之防禦權。就立法政策之考量上，亦應對律師採取信任尊重之立場，不應事先抱持懷疑之態度，而先行採防制之措施，本席相信律師與檢察機關有良性互動，始符律師與司法機關共負法治責任之理念<sup>19</sup>。誠然律師界也應強化辯護人與證人間互動界限之研究，俾會員知所遵循，自重而後人重。

<sup>19</sup> 律師倫理規範第 20 條規定：「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任。」

本席認為本件爭議其實凸顯了國內檢察官與律師對彼此職業之行為與倫理界限尚有許多隔閡，而有進一步磨合以求更為精緻執行職務之進步空間。

## 部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

除立於協助審判中之被告及偵查中之犯罪嫌疑人之地位之外，辯護人為審、檢、辯司法大鼎三隻腳之一，應另具獨立憲法上地位，而非僅係輔助被告或犯罪嫌疑人行使基本權之附屬地位。律師本質為公益，應爭天下利，而非一己之工作權、職業自由等小利！

檢、辯對等，在審判中應然，在偵查中亦應無異！檢察官無權禁止、限制辯護權之行使！刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲！

檢察署刑事傳票例稿「注意事項一、被告無正當理由不到場者，得命拘提」：「被告」之用語誤謬、不足為拘提依據；犯罪嫌疑人得拒絕到場，到場後亦得拒絕陳述！

雖然聊勝於無，本件判決主文第 1、2 項違憲結論至少肯定辯護人之訴訟權，故不必全盤不贊成之，但其主文第 3 項意含應受理且違憲之刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定亦併不受理，暨其理由建立在辯護人輔助犯罪嫌疑人地位部分，本席難以贊同，爰提出部分不同意見書，說明本席之意見及理由如下：

一、如果本最小釋憲原則，比如可以以合憲限縮處理的，不必作法規範違憲之宣告。則本件如果只是要賦予辯護人程序救濟（保障訴訟權），其實不必然要為刑事訴訟法違憲之宣告，因為法理上本可透過法律解釋得到準用刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定之結論；或如為爭執當次偵訊筆錄之證據能力目的，在提起公訴後亦本可於本案審理中主張等，是得以此為據作成合憲限縮判決，亦可達到相同目的。

二、本件判決有宣示保障訴訟權之意，但其實質效果有限；其未由刑事訴訟法審、檢、辯根本架構著手，併予審查刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，宣告該條項但書規定違憲，藉此確立刑事訴訟偵查中檢、辯對等，至為可惜；甚至於理由中，僅由辯護人輔助犯罪嫌疑人的地位為基礎，並似肯定偵查中檢、辯不對等，應非有當：

（一）本件判決宣示保障訴訟權包括肯定辯護人之訴訟權，固屬



事實。然則其實質效果？必然極其有限，因為：

1、僅準用刑事訴訟法第 416 條第 1 項規定，得事後準抗告：如果是立即停止偵訊程序，由法院立即審理，則確具實益，但實務上明顯不可行；如果偵訊結束後抗告，則偵訊程序已結束，木已成舟。

2、有謂辯護人可以以抗告裁定為據，或主張排除該次偵訊筆錄之證據能力，或聲請國家賠償，故具實益。惟不經抗告，辯護人依現行刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，本已可能為證據排除主張；除非修改國家賠償法，否則求償無門。

3、可能徒增訟源及審、檢、辯甚至犯罪嫌疑人之負擔，故可能僅具宣示意義。

#### （二）刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲

1、本件聲請違憲審查之確定終局裁判已適用刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，應無爭議；而且本件原因爭議係因刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定而起，亦無爭議，是刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定至少具實質密切關聯，憲法法庭得將之納入併予審查，但多數意見未併予受理，本席不贊成。

2、司法院釋字第 737 號解釋已認於提起公訴前之偵查階段，尚無「被告」，只有「犯罪嫌疑人」（司法院釋字第 737 號解釋理由書參照），但屬刑事訴訟法第二編第一章第一節偵查之刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定，卻仍併稱「被告或犯罪嫌疑人」，明顯不當。

3、偵查中之犯罪嫌疑人、審判中之被告有緘默權、選任辯護人權，86 年修正刑事訴訟法第 95 條定有明文；102 年修正增列第 2 項，其本文規定：「無辯護人之被告表示已選任辯護人時，應即停止訊問。」以上權利為偵查中之犯罪嫌疑人、審判中之被告受憲法保障之基本權，亦應無爭議（司法院釋字第 654 號解釋理由書參照）。即在 86 年起刑事訴訟法第 95 條明定犯罪嫌疑人上開權利而且為受憲法保障之基本權以來，犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官等訊問該犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見，乃屬由上開基本權論理推導之所當然，本不待刑事訴訟法之明定。是刑事訴訟法第 245 條第 2 項本文規定是憲

法要求，不是刑事訴訟法給予犯罪嫌疑人之立法裁量恩惠。

4、受憲法保障之基本權固非一概不得以法律並合於比例原則之方式限制之，但上開緘默權、選任辯護人權及無辯護人陪同停止訊問權，係法治國保障被告或犯罪嫌疑人人身自由之最基本程序要求之一，本席以為不得以法律限制之。準此，刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定：「但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」顯然侵害犯罪嫌疑人上開受憲法保障之基本權，違憲。退而言之，單由比例原則著眼，上開但書規定亦無法通過比例原則之審查，因為除其僅限制辯護人而已，並無法限制有直接利害關係之犯罪嫌疑人本人，故根本無法達到原擬達到之避免妨害國家機密等公益目的外，原因案件禁止筆記，尤屬荒謬，因為律師均需通過國家考試，其不具備相當記憶能力殆難想像，是欲以禁止筆記冀求避免串證，無異緣木求魚。

5、另由辯護人之地位著眼，上開但書規定也違憲：

辯護人之辯護權不是僅因居於協助被告或犯罪嫌疑人之地位始受憲法保障，辯護人具獨立憲法地位！辯護人乃為法治國思想體系下，與法官及檢察官同地位之「獨立司法機關」。<sup>1</sup>又五權分立，憲法賦予司法機關獨立地位及審判任務，係為成就民主法治國之確保公平審判憲法價值；而公平審判不可或缺之制度性架構，建立在審檢辯三足鼎立之基石上，即經由辯護人之避免冤抑主軸（辯護人之職責

<sup>1</sup> 司法院釋字第 737 號解釋羅昌發大法官提出，本席加入之協同意見書，以及蔡明誠大法官提出，本席加入之協同意見書參照。另請參見 Schmitt, in: Meyer-Großner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63.Aufl., München:Beck, 2020, Vor §137Rn.1。因辯護人負有「使程序在實體及形式上之軌道運作」之注意義務，其所負擔辯護職責，宜認為固有之獨立法律地位，而非居於依賴被告或犯罪嫌疑人之有利協助之地位。換言之，辯護人非居於從屬性地位，不問被告是否選任，或由法院所指派，宜解為其係履行法定委託(einen gesetzlichen Auftrag)，不僅是為被告之利益，亦且為法治國思想實現之刑事司法者。因此，依德國通說，其與法官及檢察官居於同等獨立地位之司法者(Rechtspflege)。以上見解所強調律師在刑事司法程序上之獨立地位，方屬現代法治國思想實現之重要一環。

只在避免冤抑，不在為被告或犯罪嫌疑人脫罪，使有罪變無罪、重罪變輕罪，辯護人心中要有被害人，是與其說辯護人協助被告或犯罪嫌疑人，毋寧是與法官協力實現公平正義）、檢察官之避免縱放，成就審判公平，進而實現正義！故就憲法高度言，辯護人制度是先於個別被告或犯罪嫌疑人而存在，辯護人之憲法上地位，自然非係附屬於被告或犯罪嫌疑人。<sup>2</sup>另在刑事審判程序對審制度下，檢辯對等已然無可爭議。至於偵查程序固無對審問題，但本席以為亦應然。因為偵查為審判之前行廣義司法程序，檢辯同為「獨立司法機關」，角色目的均在實踐公平正義，勿枉勿縱。二者地位應相等。檢察官沒有指揮監督辯護人之權，也不應有其他高於辯護人之公權力。是上開但書規定准檢察官限制、禁止辯護人行使辯護權，自與法治國原則有違。

6、如宣告刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書規定違憲無效，還需要談因該規定而生之相關爭議救濟嗎？本件判決應該由審、檢、辯根本架構著手！

7、或謂律師良窳不齊！但刑事訴訟法第 245 條第 3 項及律師法、律師倫理規範不是已有相關因應處置規定了嗎？本席支持對少數害群之馬為相應處罰。另本席無法理解：如果有刑事訴訟法第 245 條第 2 項但書之情形，為什麼一定要對犯罪嫌疑人揭露？如果其原本不知，而檢察官告訴犯罪嫌疑人，又無法完全阻絕他妨礙公益等，那不是自找麻煩，是一種「洩密」嗎？難不成是證據不足，直到科技昌明的今日，還要高度仰賴供述證據，尤其犯罪嫌疑人之自白？<sup>3</sup>偵查技術真的還需要大大提昇，本席支持之！

三、犯罪嫌疑人不當然有應檢察官通知到場受訊問義務，檢察官不得僅以犯罪嫌疑人未依其傳票通知到場為由，拘提犯罪嫌疑人

<sup>2</sup> 另在由法院為被告指定辯護人之情形，更可以看出辯護人之獨立地位。

<sup>3</sup> 但是供述證據極不可靠。以供述故意誤導調查方向，以期脫罪者眾；有意無意未為完整陳述致偵查中、審判中供述不一之情事更是屢見不鮮！無事實佐證或與客觀事實相齟齬者更多！很多冤案或縱放都與供述證據相關。時至今日，實不應再繼續仰賴供述證據尤其被告或犯罪嫌疑人之陳述，以免冤縱！另測謊報告作為有罪證據也有類似造成冤錯問題。

1、刑事訴訟法第 71 條文義固可能包括偵查中檢察官傳喚犯罪嫌疑人之文書（傳票），暨其應記載事項包括：「無正當理由不到場者，得命拘提」；第 71 條之 1 第 1 項規定：「司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。經合法通知，無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。」第 75 條規定：「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」惟一則第 71 條規定未區分偵查與審判，概稱傳喚「被告」，已有未當（第 71 條之 1 規定已稱「犯罪嫌疑人」）；二則犯罪嫌疑人有應檢察官傳喚到場被訊問之義務嗎？本席以為本於犯罪嫌疑人之緘默權，犯罪嫌疑人沒有義務。但不到場，會不會被檢察官拘提呢？

2、刑事訴訟法第 71 條只是傳票格式之規定，不足為檢察官有權拘提犯罪嫌疑人之依據，自不待言，是檢察官拘提犯罪嫌疑人權限，必須另有法律依據。其依據為何？單單第 75 條規定就可以作為檢察官之拘提權依據嗎？本席以為不可以。至少要另有第 76 條、第 87 條或第 88 條之 1 規定為依據。也就是說：不論犯罪嫌疑人有無正當理由，檢察官均不得僅以犯罪嫌疑人未依其傳票通知到場為由，拘提犯罪嫌疑人。

四、犯罪嫌疑人得拒絕檢察官等之訊問、隨時離開訊問地點

犯罪嫌疑人既有緘默權，則犯罪嫌疑人當然有權拒絕檢察官之訊問；除非符合羈押規定，並由檢察官依法聲請法院准予羈押，否則檢察官沒有留置權，犯罪嫌疑人得隨時離開訊問地點。司法事務官、警察官等之詢問更然。

這也是本席以為本件判決實益不大的理由之一。

五、律師本質是公益，要爭的是天下利即與審檢共同實踐公平正義、勿枉勿縱！贏得人民信賴，何需斤斤於私利，工作權、職業自由何足掛齒？！

六、上開刑事訴訟法相關規定未區分審判與偵查程序，不符現代刑事訴訟之思維理念，不當侵害人權，允宜通盤檢討修正。

七、111年5月20日及21日的新聞中報導：依單一照片指認，將人誤為起訴及判刑入獄119天，起訴檢察官認錯並願賠33萬元後，被申誡。

真沒想到這種不當指認不該有的冤錯，到現在還有！想起84、85年間，本席第一件公益辯護案（羅讚榮先生冤錯案）就是因單一指認而起，該案羅先生被法院錯誤羈押832天，多虧更一審遇到蔡永昌法官，才獲判無罪定讞，羅先生並因錯誤羈押獲冤獄賠償（現為刑事補償）200多萬元。唉！司法同仁們，我們還要更努力避免冤錯！併此，感謝蔡永昌法官！

其實以本席前執行律師業務30多年之親身經驗，作出正確裁判保護被害人或被告，及在審級救濟制度下，努力達成自我糾錯任務的蔡永昌法官們很多，他們做應做的事，默默為所當為，盡守護人民職責。這一部分也希望各界能看見！

## 不同意見書

呂太郎大法官 提出  
吳陳鐸大法官 加入  
貳以外部分

### 壹、本判決多數見解

本判決認為刑事被告或犯罪嫌疑人（以下僅以被告說明）受由辯護人有效協助與辯護之憲法權利，此一權利應包括辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。被告於偵查中辯護權遭受侵害時，其辯護人自應有權為被告之利益，而以自己之名義請求救濟。刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 245 條第 2 項但書明定檢察官訊問被告時，對被告或其辯護人所應享有之偵查中辯護權，於一定要件下仍得予以限制或禁止，從而被告憲法上之受辯護人有效協助與辯護之權利，即可能因此受到限制或剝奪。就被告或其辯護人對檢察官限制或禁止辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分不服，刑訴法並未設有相應之救濟途徑。被告或其辯護人基於有權利即有救濟原則，而受憲法保障之訴訟權已明顯受到侵害。

### 貳、本席之基本立場

本席就多數見解認為辯護人為被告尋求訴訟救濟時，得以自己名義為之，敬表贊同。但辯護人之權限乃源自被告之訴訟權，故仍應以被告得依法對檢察官之處分或法院之裁判聲明不服之情形為限，若被告不得不服者，辯護人當然亦不得不服（參見憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，及黃瑞明大法官與本席分別就該判決提出之協同意見書）。至於多數見解認為，因被告有受辯護人有效協助及辯護之憲法權利，故辯護人亦應享有之偵查中辯護權，刑訴法未就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，設有不服程序，已侵害辯護人受憲法保障之訴訟權之部分，本席就此結論及理由，均不贊同，爰提出不同意見書如下。

### 參、憲法法庭判決之司法性

司法與其他國家權力最大之不同，在於以審判獨立為核心價值，並堅守不告不理原則。也因為司法堅守不告不理原則，故即使賦予司法機關獨立審判權限，亦無須顧慮會發生司法權力過大危及民主，甚至造成司法獨裁之後遺症。儘管憲法法庭行使憲法所賦予憲法解釋權，及因此延伸抽象的法規範違憲審查權，可經由判決宣告法規範因違反憲法而無效，而超越原因案件拒絕適用該法規範之範圍，故於審查該法規範是否違反憲法時，可不受聲請人主張之該法規範違反憲法之見解所拘束，甚至可就聲請人所未主張，但具有重要關聯之其他法規範，一併審查，俾符合整體法規範之合憲性。然而，憲法法庭所行使的職權，仍屬司法權之範圍，因此，不告不理原則如何於憲法法庭的判決中實踐，也不能完全忽略，尤其在憲法訴訟法新制施行後，強調以判決方式為憲法審查方式，立法精神正是使憲法法庭判決更具有司法性。

又憲法第 16 條保障之訴訟權，係一項制度性保障之基本權，因此，有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素後，予以規劃（後述伍、一參照）。不同之權利受侵害，其應尋求之訴訟救濟程序即有不同。因此，於判斷聲請人之訴訟權是否受侵害，自不能無視其所主張受侵害之權利為何。

就本件原因案件而論，聲請人係主張其於檢察官訊問被告時，遭檢察官禁止札記及扣押札記，侵害聲請人之工作權及職業自由，刑訴法就此又未規定可向法院尋求救濟，亦侵害其受憲法保障之訴訟權。可知聲請人係主張其基於受憲法所保障之工作權及職業自由被侵害，所應享有之訴訟權。因此，憲法法庭審查者，至少應包含刑訴法針對聲請人所主張之工作權或職業自由被侵害，是否應設有救濟之規定？以及若應有所規定，其應循之程序如何？此救濟程序與保障被告訴訟防禦權為目的之救濟程序，是否相

同？等。然本判決未就聲請人前開主張之基本權受侵害所應有之訴訟權保障，有所論述，反而針對聲請人所未主張「辯護人之辯護權受侵害」，作成本判決，似已逸脫聲請人之聲請，與憲法訴訟法強調之憲法法庭判決之司法性，是否相符，尚有商榷餘地。

#### 肆、是被告有使辯護人在場權，而非辯護人有在場權

##### 一、本判決之推論過程

本判決就辯護人何以亦受憲法第 16 條訴訟權之保障，其推論過程似乎是：由被告受憲法保障之人身自由、訴訟權及受有效辯護權（理由第 12 段，下稱 A），推論出辯護人得協助被告（理由第 13 段，B），進而推論出辯護人有權在場、提出意見與筆記（理由第 13 段，C），再推論出辯護人之辯護權（理由第 13 段，D）。因刑訴法第 245 條但書可能限制或剝奪了被告受有效辯護之權利，但並未設有相應之救濟途徑（理由第 17 段，E），故被告或辯護人受憲法保障之訴訟權明顯已受侵害，基於有權利即有救濟之憲法原則，被告或辯護人得依憲法第 16 條請求救濟（理由第 17 段，F）。

##### 二、令人目眩神迷的推論

（一）就從導出本判決結論前的最後二項 E、F 之論述來看，從「被告」訴訟權中受有效辯護之權利，可能被限制或剝奪之前提（E），導出「辯護人」受憲法保障之訴訟權明顯已受侵害之結論（F），不但變更了述句的主詞（權利主體），也變更了權利狀態，但並沒有中間理由的充填，是否符思維的邏輯法則，有待斟酌。

（二）從推 A 至 D 之推論過程，辯護人之辯護「權」，係由被告受憲法第 16 條保障之訴訟權衍生而來，最終卻得出辯護人也有受憲法保障且明顯受侵害之訴訟權（F）的結論，這樣的推論，是否也陷入雞生蛋、蛋生雞、雞又生蛋一樣的自我循環論證？

（三）再仔細觀察，便可發現本判決的推論過程中，由 B 轉到 C，



再由C轉到D的過程，正是由「權能」(power)質變為「權利」(right)的過程。在B之結論，辯護人得協助被告，充其量只能說辯護人有協助被告之「權能」，此「權能」來自被告之權利(A)，到了C，已由辯護人之「權能」自己產出辯護人「有權」在場、提出意見與筆記之結論，所謂「有權」，究竟是延續B結論之「有權能」，或已演化到可以享受行使「權能」所生結果之「利益」地步之「權利」，尚屬未明，但到了D則明顯演化到辯護人有「辯護權」，且是強大到足以獨立受憲法保障之訴訟權之地步。然本席認為，本判決就辯護人協助被告之「權能」，何以能質變到為協助被告而有在場、陳述意見及筆記之「權利」？並未充分說明。

### 三、若辯護人有「辯護權」，誰是辯護人行使權利之對象？

如果承認辯護人為協助被告而有在場、陳述意見及筆記之「權利」，那麼辯護人因行使此「權利」，究竟能享有什麼「利益」？或者是如果不能行使此「權利」，將承受何種「不利益」？如果承認辯護人有此權利，其權利行使之對象為何人？亦即何人有忍受辯護人行使權利之義務？是受協助之被告或國家(檢察官)？被告可否拒絕辯護人在場、陳述意見或筆記？如果不可以，會不會發生被告反受自己權利所衍生之辯護人權利所拘束？如果此權利之對象為國家，那麼辯護人對國家有此權利之依據何在？辯護人行使此一「權利」時，應否經被告同意？若辯護人此一權利之行使，與被告防禦權之行使相衝突時又該如何處理？等，均生問題。

### 四、必須澄清的基本觀念

#### (一) 多數見解困境所由生

本席認為，本判決多數見解之所以無法從「被告享有受辯護人有效協助及辯護權利」，順理成章的推論到「辯護人有受憲法訴訟權保障之辯護權」，基本上是因為將「被告

享有受辯護人有效協助及辯護權利」這樣的述句，用來說明被告與辯護人間之關係，而這樣的說明，有明顯錯誤。因為如此解釋，當然會產生被告、辯護人與國家之間，應有如何權利、義務之錯亂的「三角關係」，也就會變成如前所述，被告成為辯護人行使其辯護權的對象，被告受辯護人協助辯護反成為其義務，或國家分別成為被告與辯護人行使權利的對象，可能導致被告的受辯護權與辯護人的辯護權相衝突之結果（例如被告禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，但辯護人反對或拒絕，或被告同意檢察官禁止辯護人在場、陳述或筆記，但辯護人仍然聲明不服），致被告遭自己權利（受有效辯護權）所衍生之權能（辯護人之「辯護權」）反噬，法理上完全不通的結論。正如後述美國聯邦最高法院於 1975 年 *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 案之判決中所指出：「辯護權是直接賦予被告，因為倘辯護失敗，是被告要承受判決之結果。」

(二) 受辯護權是被告對國家的權利

本席認為，「被告享有受辯護人有效協助及辯護權利」的述句，是在說明被告與國家之關係，而非被告與辯護人之間的關係。換言之，是指受刑事控訴之被告，可以對國家主張有受辯護人有效辯護之權利，國家不但有忍受被告選任辯護人為其辯護之義務，甚至於被告未選任辯護人時，合於一定條件下，國家還須為被告指定辯護人為其辯護。在這樣的述句中，辯護人協助被告、為被告辯護，是被告對國家主張權利之「內容」，辯護人不是前開述句中的當事人（主詞或受詞、權利人或義務人）。我國雖未將辯護制度納入憲法明文，但由大法官歷來有關使被告受辯護人協助的解釋觀之，受憲法保障之主體，均為受協助之被告、受處分人等，而非辯護人，辯護人只是為使被告受憲法保障之權利能落實，必須享有一定之訴訟上權能而已。例如

釋字第 799 號解釋（犯性侵害案件而受強制治療者為精神障礙或其他心智缺陷無法為完全之陳述者，應有辯護人為其辯護）、釋字第 737 號解釋（辯護人於偵查中羈押程序閱卷）及釋字第 654 號解釋（辯護人接見在押被告時之監視及以監視資料作為證據）等，均持此一見解。

就比較法言，美國聯邦憲法第 6 修正案及日本國憲法第 37 條第 4 項規定，所保障之辯護依賴權，都是以被告為保障之主體。歐洲人權法院認為：「歐洲人權公約第 6 條一般係要求在一開始接受警察詢問時，**被告即有權受益於律師的協助**。然而，此項權利至今被認為於有合理的理由時，得受到限制（CASE OF MADER v. CROATIA, 56185/07(2011)。」<sup>1</sup>此外，歐洲議會與歐盟理事會第 2013/48/EU 號指令前文第 25 段及第 3 條 b 項亦指出：「締約國應確保，當犯罪嫌疑人或被告接受警察、其他執法單位或司法當局詢問時，包括法院的聽審程序，**犯罪嫌疑人或被告有權使其辯護律師在場並有效參與詢問程序**。」<sup>2</sup>可知應受協助辯護，為被告對國家之權利。

（三）所謂「辯護人在場權」，是指「被告有權使其辯護人在場」**沒有被告，哪來辯護人？**

如上所述，被告受辯護之權利才是憲法所保障的權利，所謂「辯護人在場權」，是指「被告有權使其辯護人在場」，不是「辯護人有在場之權利」，除前述歐盟指令已明白指出這樣的關係外，美國聯邦最高法院於 1966 年 **Miranda v.**

<sup>1</sup> 原文：Article 6 will normally require that **the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer** already at the initial stages of police interrogation. However, this right has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause).

<sup>2</sup> 第 25 段原文：「Member States should ensure that **suspects or accused persons have the right for their lawyer to be present and participate effectively** when they are questioned by the police or by another law enforcement or judicial authority, including during court hearings.」第 3 條 b 項文字略同。

**Arizona, 384 U.S. 436** 案之判決中亦指出：「因此，本院認為，為保護個人之增修條文第五條之權利，個人被訊問之前，必須被清楚告知其有權與律師諮商，且在訊問過程中有律師在場予以協助。」、「在訊問之前須被警示其有權保持沈默、所為之任何陳述都可能在法院被採為對其不利的證供、有權選任律師在場陪同、如果他無力聘請律師，政府將依其意願在偵訊之前指派律師到場。」<sup>3</sup>。可知所謂辯護人在場權，是被告有讓辯護人在場之權利，而非辯護人有此權利。是被告有受辯護之權利，而非辯護人有辯護之權利。本判決將「被告有受辯護之權利」，簡化為「辯護人有辯護之權利」，似有「魯魚亥豕」之誤認。

又刑訴法第 245 條第 2 項雖然規定「辯護人……，得……在場」，形式上似乎是賦予辯護人「權利」，但推究其實，辯護人之在場，只是源於被告受憲法保障之權利 (right) 所派生的權能 (power)。被告欲禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，原則上均無不可，因為承受程序最終結果者為被告，如何對被告可能最有利，被告有權決定，也如此才能與判決理由所指「辯護人不得與被告明示之意思相反」（理由第 13 段），理論前後一貫。

關於此點，美國聯邦最高法院早在 1975 年 **Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975)** 案判決中，已有深刻而精闢的分析，該判決指出：「第六增修條文並非只規定要為被告提供辯護。第六增修條文是提供被告有為自己辯護之

<sup>3</sup> 原文為：「(Accordingly we hold that an individual held for interrogation must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation under the system for protecting the privilege we delineate today.」  
「He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.」

個人權利。是被告，而非辯護人，應被告知被訴之原因事實、得以詰問不利於己之證人、得要求以強制手段取得有利於己之證人。雖然第六增修條文沒有記載的如此詳盡，為自己主張的權利－替自己辯護，是必然包含於第六增修條文之內。辯護權是直接賦予被告，因為倘辯護失敗，是被告要承受判決之結果。」、「辯護人的規定是在補充此制度設計。該條規定論及辯護人的『協助』，而協助者縱使為專家，仍只是協助者。第六增修條文之用語及精神，旨在說明辯護人就如同增修條文所舉之其他保障防禦權之工具，是在協助願意受其協助之被告，而非被國家安插在不願受協助之被告與被告為自己辯護之權利間的人。違反被告之意願，將辯護人強行指派給被告，是違反增修條文的邏輯。於此情形，辯護人已非協助者，而是專家，防禦權將背離增修條文所堅持的特質。當被告選擇委任律師來處理他的案件，法律上及傳統上會將權能分配給律師，使其在許多訴訟策略上得做出有拘束力的決定。然而，此種分配僅能藉由被告於一開始時已同意委任律師為其代表而予以正當化。」<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> 原文：「The Sixth Amendment does not provide merely that a defense shall be made for the accused; it grants to the accused personally the right to make his defense. **It is the accused, not counsel,** who must be ‘informed of the nature and cause of the accusation,’ who must be ‘confronted with the witnesses against him,’ and who must be accorded ‘compulsory process for obtaining witnesses in his favor.’ Although not stated in the Amendment in so many words, the right to self-representation—to make one’s own defense personally—is thus necessarily implied by the structure of the Amendment. The right to defend is given directly to the accused; for it is he who suffers the consequences if the defense fails.」 「The counsel provision supplements this design. It speaks of the ‘**assistance**’ of counsel, and an assistant, however expert, **is still an assistant.** The language and spirit of the Sixth Amendment contemplate that counsel, like the other defense tools guaranteed by the Amendment, shall be an aid to a willing defendant—not an organ of the State interposed between an unwilling defendant and **his right** to defend himself personally. To thrust counsel upon the accused, against his considered wish, thus violates the logic of the Amendment. In such a case, counsel is not an \*\*2534

(四) 檢察官限制或禁止辯護人在場或陳述意見，係影響被告之防禦權，而非辯護人之辯護權

辯護人在場，可避免被告受到不正訊問，也可以安定被告心情，有助於被告以自由意思決定是否保持緘默或如何陳述，對被告防禦權之行使，有所助益。至於辯護人陳述意見，能促請檢察官為有利於被告之訊問，或適時糾正檢察官不當之訊問，亦有助於被告之防禦權之落實。因此，檢察官限制或禁止辯護人之在場或陳述意見，固可能影響被告之防禦權，但對辯護人自身而言，並未因此承受法律上不利之效果，無侵害辯護人之辯護權問題。

(五) 檢察官限制或禁止辯護人札記，更無侵害辯護人之辯護權問題

本件聲請案之原因案件，係檢察官限制或禁止辯護人為札記，而刑訴法第 245 條第 2 項，並未允許辯護人於檢察官訊問被告時為札記，因此，就檢察官訊問被告時，限制或禁止辯護人札記，是否侵害辯護人之辯護權，自有說明必要。按所謂札記，乃隨手為重點、簡要之記錄之意，至於筆記，則不限於繁或簡。辯護人札記後，該札記已成為獨立之物體（猶如於身分證上按指紋一般，釋字第 603 號解釋參照）。如果非於訊問完畢即予銷燬或交回，該札記就有獨立流通於外之可能，鉅細靡遺之記錄，可能有與錄音、錄影或閱卷相近之功能，對於後續偵查程序之影響，即有

---

assistant, but a master;16 and **the right** to make a defense is stripped of the personal character upon which the Amendment insists. It is true that when a defendant chooses to have a lawyer manage and present his case, law and tradition may allocate to the counsel **the power** to make binding decisions of trial strategy in many areas. Cf. *Henry v. Mississippi*, 379 U.S. 443, 451, 85 S.Ct. 564, 569, 13 L.Ed.2d 408; *Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1, 7—8, 86 S.Ct. 1245, 1248—1249, 16 L.Ed.2d 314; *Fay v. Noia*, 372 U.S. 391, 439, 83 S.Ct. 822, 849, 9 L.Ed.2d 837. This allocation can only be justified, however, by the defendant's consent, at the \*821 outset, to accept counsel as his representative.」

特別考慮之必要。如果認為辯護人為輔助記憶之必要，即可就檢察官訊問被告之全盤過程，鉅細靡遺的記錄，則辯護人為輔助記憶，請求檢察官允許其自行為現場錄音、錄影（非指檢察官依規定應為之錄音、錄影，刑訴法第 100 條之 1 規定參照），檢察官得否限制或禁止？如檢察官不得限制或禁止雷同於錄音、錄影之詳細筆記，又如何與現行法有關偵查中除羈押審查程序外不得閱卷之規定（刑訴法第 33 條及第 33 條之 1 規定參照），有所區別？辯護人於檢察官訊問被告時為札記，係辯護人就其在場聽聞之內容，為重點式摘記，與在場、陳述意見，雖然在行為之啟動上有部分關聯，但客觀上乃完全不同之行為，行為內涵上亦有不同。在場與陳述意見，固均直接有助於被告決定受檢察官訊問時，採如何應對態度，係為落實被告之防禦權，但限制或禁止辯護人在場或陳述意見，尚且難謂係侵害辯護人之辯護權，已如前述。遑論札記僅辯護人輔助記憶之行為，對正實施之訊問程序，以及對於被告接受檢察官訊問時，應採何種應對之態度，均無直接影響，自更無侵害辯護人辯護權問題。

#### 伍、允許辯護人得就檢察官禁止筆記之處分為準抗告，實際功能有限

##### 一、訴訟制度有一定立法形成自由

憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定是否予以限制，及如欲限制，應如何以法律為合理之規定，有一定之立法形成空間，迭經大法官作成解釋（司法院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號、第 574 號、第 591 號、第 639 號、第 665 號、第

752 號及第 761 號解釋參照)。蓋訴訟是一個連續的過程，其最終目的在於使法院得作成裁判，故一切的訴訟過程中之行為，其共同的目標都是為提供判決的基礎；訴訟也是一個集團現象，一個程序同時有多人參與其間，一套程序要能同時適用極多數之案件，因此法律就程序如何進行，通常設有明確規定俾供遵循，強化效率，一方面使國家有限之司法資源得適當分配，避免不必要之人力、物力浪費，另一方面，亦減少當事人因訴訟程序之冗長，增加時間、金錢之支出，以及訴訟過程之折磨。

因此，環視現代法治國家，看不到允許程序參與者可以無條件對程序過程中法院（或檢察官等）所為裁判、處分，單獨聲明不服，啟動另一審查程序之情形。因為允許這樣無條件的不服程序，將造成程序進行又新增爭執程序，就新增程序再生另一爭執程序，循環爭執不休，致案件之終結，遙遙無期。

換言之，現代法治國家有關訴訟程序之規定，係以參與程序者，包含法官、檢察官、當事人、代理人、辯護人、證人及鑑定人等，均能依法律規定，合法而理性的參與程序，並為程序中行為作為設想前提，至於對於少數未遵循程序之行為，除了該行為已經對於當事人或其他參與訴訟之人產生重大不利影響，或會造成後續程序進行之困難，法律才會特別規定得針對此等有未遵循法律之行為，於程序中單獨進行救濟外，其餘均視為因判決而補正其瑕疵，或就其瑕疵行為於判決時一併評價、斟酌，或經由參與者各自之執業倫理（如律師、醫師倫理）、行政監督（如法官、檢察官及參與程序之公務人員）或法律責任（如科以罰鍰、偽證罪等），進行事後監督、究責，而非啟動另一審查程序以為糾正，避免訴訟遲滯。因此，訴訟程序中之裁定、處分，除法律別有規定外，不得抗告，乃各國所採之基本原則（我國民事訴訟法第



483條、刑訴法第404條、行政訴訟法第265條，日本刑事訴訟法第420條及德國刑事訴訟法第305條參照）。此與實體法之法律行為、行政處分，一為行為，原則上即單獨存在並發生效力，無連續性，所以有透過法院之裁判，確認個別法律行為或行政處分效力之制度，有根本的不同，不能相提並論。

二、檢察官限制或禁止辯護人筆記之處分，與刑訴法第416條第1項所列情形，均不相同

刑訴法第416條第1項規定，對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之。處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回。茲分析如下：

(一) 刑訴法第416條第1項所列之處分，與第245條第2項但書之處分，性質完全不同

1. 刑訴法第416條第1項第1款所列處分，乃關於羈押、具保、責付、限制住居、限制出境、限制出海、搜索、扣押或扣押物發還、變價、擔保金、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分、身體檢查、通訊監察及第105條第3項、第4項（被告受羈押時，接見、通信及所受授之物件，有致逃亡、滅證或串證之虞），所為之禁止或扣押之處分，此等處分均係直接以被告之人身自由、隱私權（監聽）或財產權為對象，與辯護人無涉。第2款對於證人、鑑定人或通譯科以罰鍰之處分，亦與辯護人無關。至於第3款對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分，雖亦限制了辯護人與被告之接見或互通書信之權能，但與辯護人之接見及通信，仍是被告之權利，辯護人僅有基於此權利所派生之權能，已如前述，故仍然是以被告為處分對象，且因而影響到

被告受憲法保障之防禦權。第 4 款對於第 34 條第 3 項指定之處分（檢察官為暫緩辯護人接見並指定即時接見時間、場所），性質上與第 3 款同。綜言之，第 416 條第 1 項第 1 款至第 3 款，法院或檢察官之處分，均直接以被告為對象，且直接限制或剝奪了被告之人身自由、隱私權、財產權及防禦權，此等權利為憲法所保障之重要權利，故法律乃明定被告得於程序進行中，例外開啟審查程序。

2. 刑訴法第 245 條第 2 項但書，係檢察官限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記之處分，處分之對象均為辯護人，而非被告，形式上與第 416 條第 1 項第 1 款、第 3 款及第 4 款，已不相同。尤其本件原因案件，聲請人係因檢察官禁止札記之處分，與被告接受訊問之過程，或被告對訊問採何種應對態度，更毫無關聯。換句話說，於被告接受檢察官訊問時，辯護人為何有札記之需要、是否札記及札記之內容如何等，均僅係辯護人執業之習慣或方法之問題，對被告對訊問採何種應對態度，或為陳述時，其陳述之內容，均不會發生任何影響，更明顯與第 416 條第 1 項所列之處分，有所不同。

（二）准許對刑訴法第 416 條第 1 項之事由為準抗告，與准許對刑訴法第 245 條第 2 項但書之處分為準抗告，功能與實益亦完全不同

1. 法院或檢察官就第 416 條第 1 項各款所為之處分，不但均係直接以被告為對象，並涉及被告受憲法保障之基本權利，且有處分持續性、重覆實施處分或實施完畢但法律效果仍然持續等特徵，因此：A、若該處分仍持續中者（例如羈押、責付、限制住居、限制出境、監聽等），許為準抗告，如準抗告有理由，即可

阻止處分之繼續執行。B、如其處分已執行完畢，但因處分所生之法律效力仍然存續者（搜索、扣押或扣押物發還、變價、監聽等），即得透過準抗告，取消處分之效力（如同條第2項規定，搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，或請求返還扣押物）。C、如其處分已執行完畢，但仍有再次重覆實施之可能性，亦得經由準抗告，阻止再次重覆處分（例如監聽、禁止接見、通信等），無論何種情況，允許經準抗告而撤銷或變更處分，均有其法律上實益。

2.因依第1項規定所為之處分，有處分仍在執行中者，有執行完畢但不利於被告之法律效果仍然持續，有執行完畢但可能再次重覆為相同內容之處分者，無論何者，均有使被告以準抗告程序救濟之必要性，故同條第1項序文規定處分已執行終結，受處分人亦得聲請，法院不得以已執行終結而無實益為由駁回，誠有必要，並非僅為「確認」原處分之違法性而已。

3.但辯護人就檢察官依第245條第1項但書限制或禁止其在場、陳述意見或筆記所為準抗告，通常會在檢察官訊問被告完畢後為之，不可能經由準抗告程序，即時阻止檢察官為該處分。縱令嗣後經準抗告，由法院予以撤銷該處分，對於已完成之訊問程序，亦無任何影響。即便是檢察官於第二次對被告訊問時，能否再次限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，仍須依第二次訊問的具體情況判斷，非謂因有第一次法院裁定，即謂檢察官於第二次訊問時，不得限制或禁止辯護人在場、陳述意見或筆記，聲請人如對第二次限制或禁止為準抗告，法院仍須依檢察官第二次訊問之具體情況，判斷檢察官之處分是否合法，不受第一次裁定之拘束。是法院第一次撤銷檢察官限制札記的裁

定，縱有「確認」第一次處分違法之功能，但對於已完成之該次訊問或爾後程序之進行，沒有任何拘束力。至於檢察官之限制或禁止處分經撤銷後，能否據此即謂檢察官所為之訊問無證據能力，亦有研究餘地，縱使欲由證據能力觀點處理經撤銷處分後之被告陳述，亦未必須以允許準抗告之程序為前提。從而允許辯護人為前述準抗告，徒然增加法院工作負荷而已。

### 三、辯護人不得準用刑訴法第 416 條規定，提起準抗告

綜上，本判決認為辯護人就檢察官限制或禁止其在場、陳述意見或筆記之處分，得準用第 416 條之規定為準抗告，理論基礎薄弱，實際功能有限，徒然造成司法資源浪費而已。

### 陸、宣告程序法律因規範不足而違憲之判決，應審慎為之

應附一言者，我國現制所採之違憲審查，係採抽象、集中審查制，僅大法官有違憲審查權，且可宣告違憲之法規無效，而非僅於個案審判拒絕適用違憲之法規。因此，某法律經大法官以規範不足為由而宣告違憲者，立法者即必須依據大法官之判決意旨，制定新法律，以補大法官所認不足之規範。於此情形下之大法官，不但扮演相當於立法者之角色，有時更甚於一般之立法者，因為立法者一旦依此制定新法，該法即具有相當於憲法之具體化，日後不但不可能透過立法者修法而改變（因修法改變，即可能牴觸大法官判決意旨而構成違憲），也不會因大法官再次判決而改變（因為依大法官判決意旨制定之法律，通常不會有所謂違憲之問題，也很難會再作為審查客體），亦即該法律可能將長期存在於我們的法律體系內。其中尤以訴訟法之影響為甚，蓋訴訟法乃根本之程序法，同一程序規定，所適用之案件每年動輒數萬至數十萬件，如何兼顧當事人因訴訟程序所生之勞費、精神負擔、社會公益需求、正義之實現及國家資源之分配與利用等諸多複雜需求，故有關訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，以決定之，大法官未必適合為此決定。

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 8 號

聲 請 人 甲○○  
訴訟代理人 劉繼蔚律師  
                  聶瑞瑩律師  
                  高肇成律師

上列聲請人認最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事確定終局裁定等牴觸憲法，聲請裁判憲法審查，本庭判決如下：

### 主 文

- 一、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院。 1
- 二、其餘聲請不受理。 2

### 理 由

- 壹、相關事實及當事人、關係人陳述要旨【1】 1
- 一、相關事實【2】 2
- （一）聲請人甲○○與關係人義大利籍之乙○○無婚姻關係而於中華民國 103 年 2 月 4 日在臺灣生有一女丙○○，由雙方共同行使或負擔對於丙○○之權利義務，嗣甲○○同意乙○○得於 106 年 12 月 20 日至 107 年 1 月 10 日之期間，帶同丙○○至義大利。然乙○○提前於 106 年 12 月 12 日即帶同丙○○至義大利，甲○○亦於同日向臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）請求改定對於丙○○權利義務之行使或負擔，由甲○○獨任之（由同法院 107 年度家親聲字第 212 號受理），並於 107 年 1 月 3 日向臺北地院聲請禁止乙○○將丙○○攜帶出境及將丙○○交付予甲○○之暫時處分。上開暫時處分聲請案，經臺北地院 107 年度家全字第 2 號民事裁定禁止乙○○於改定親權之本案撤回、和解或裁定確定前，在未經甲○○同意下將丙○○攜出或送出境，駁回甲○○其餘聲請。乙○○就該暫時處分裁定不利之部分提起抗告，經臺北地院 107

年度家聲抗字第 17 號民事裁定駁回抗告，乙○○再為抗告，經最高法院 107 年度台簡抗字第 289 號民事裁定廢棄二審裁定並發回臺北地院更為裁定，臺北地院以 108 年度家聲抗更一字第 1 號民事裁定廢棄第一審裁定（107 年度家全字第 2 號），改為駁回甲○○於第一審之聲請，甲○○不服再為抗告，經最高法院 109 年度台簡抗字第 82 號民事裁定駁回再抗告而確定。【3】

- (二) 乙○○就前開改定對於丙○○權利義務之行使負擔事件，亦 4  
於 108 年 3 月 19 日向臺北地院聲請暫時處分（即本件憲法審查聲請案之原因案件），經臺北地院於 108 年 10 月 31 日以 108 年度家暫字第 46 號民事裁定（下稱系爭裁定一）：「（一）甲○○應將未成年子女丙○○交付乙○○。（二）於臺北地院 107 年度家親聲字第 212 號改定親權之一審裁定前，乙○○得攜未成年子女丙○○出境至義大利同住。（三）甲○○得自交付未成年子女丙○○後，在子女住義大利期間，每半年與子女在臺灣同住二週，日期由兩造自行協議定之，子女之機票費用由二造各負擔二分之一。（四）未成年子女丙○○住義大利期間，甲○○得於不影響子女日常作息下，與子女以書信，通訊軟體或電話等方式聯絡。（五）其餘聲請駁回。」甲○○對此裁定提出抗告，經臺北地院於 110 年 10 月 27 日以 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（下稱系爭裁定二）駁回抗告。甲○○再為抗告，經最高法院於 111 年 2 月 23 日以 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（下稱系爭裁定三，為確定終局裁定）駁回再抗告確定。【4】
- (三) 甲○○復向臺北地院聲請暫時處分（第二次聲請），請求禁 5  
止乙○○未經甲○○同意，不得攜帶或使第三人攜帶未成年子女丙○○出境，經臺北地院 110 年度家暫字第 164 號民事裁定（下稱系爭裁定四）駁回聲請。甲○○不服提起抗告，經臺北地院 110 年度家聲抗字第 86 號民事裁定（下稱系爭裁定五）

駁回抗告。甲○○再為抗告，經最高法院 111 年度台簡抗字第 32 號民事裁定（下稱系爭裁定六）駁回再抗告確定。【5】

（四）有關非屬本件憲法審查範圍之改定親權之本案，甲○○於 106 年 12 月 12 日向臺北地院請求改定對於丙○○權利義務之行使或負擔，由甲○○單獨任之；嗣於 109 年 4 月 16 日變更聲明為聲請酌定兩造所生子女丙○○權利義務行使及負擔，應由甲○○與乙○○在臺灣共同任之；乙○○則於 107 年 2 月 1 日提起反聲請，請求酌定未成年子女丙○○權利義務之行使負擔，由乙○○單獨任之。經同法院合併審理後，於 111 年 1 月 6 日以 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定：「一、對於兩造之未成年子女丙○○權利義務之行使或負擔，改由乙○○單獨任之。二、甲○○之聲請駁回。三、聲請費用及反聲請費用（含程序監理人報酬）均由甲○○負擔。」甲○○對此裁定抗告，目前由抗告法院審理中。【6】

## 二、聲請人及關係人陳述之要旨【7】

### （一）聲請人陳述要旨【8】

系爭裁定一引用西元 1980 年國際兒童誘拐之民事責任公約（下稱國際兒童誘拐公約）及 1996 年父母保護子女責任之管轄權、準據法、承認、執行與合作公約，作為我國裁判之法理，違反權力分立之憲法原則。改定未成年子女權利義務行使負擔事件中，子女最佳利益原則應優先於不友善父母原則，而子女最佳利益原則首應重視子女之意願，然法官於系爭裁定一至六所進行之程序中俱未曉諭未成年子女該裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會，且未調查丙○○於義大利之生活狀況而逕為裁定，顯已違反憲法正當法律程序，且侵害聲請人會面交往之親權及牴觸憲法維護未成年子女丙○○最佳利益及訴訟權保障之意旨而違憲等語。【9】

### （二）關係人乙○○陳述要旨【10】

系爭裁定三已使未成年子女表達意願及陳述意見，又未成年子女之意願是否面臨忠誠議題，甚而已遭離間，係法院基於未成年子

女最佳利益應審慎評估者，系爭裁定三已為未成年子女之最佳利益而為綜合判斷，且所適用之家事事件法（下稱家事法）雖於暫時處分部分，未設有未成年子女陳述意見之規定，惟考量暫時處分之急迫性及未成年子女保護等重大公益，且同法於抗告程序另設有陳述意見規定，又家事事件審理細則中亦就未成年子女之表意權有所保障，是系爭裁定三及所適用之家事法，均未違反兒童權利公約第 3 條、第 9 條、家事法第 108 條、家事事件審理細則第 107 條、憲法第 156 條等規定。再者兒童權利公約第 5 號一般意見書中，另有鼓勵締約國批准其他主要國際人權文書之清單，其中包含國際兒童誘拐公約，故國際兒童誘拐公約應得作為我國法院處理相關問題時之法理。【11】

## 貳、受理要件之審查【12】

12

一、憲法訴訟法第 59 條第 1 項之確定終局裁判，包含本案及非本案裁判【13】

13

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，憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項定有明文。按法院所為之民事裁判，固有針對當事人請求事項所為之本案判決與本案裁定，以及針對前開事項以外之其他程序事項所為之裁判（非本案判決或非本案裁定）之區別。然無論何者，均為法院將抽象之法規範（實體法或程序法），宣示於個案之結果，法院所宣示之裁判結果，即為該個案所適用之法律之具體化，所謂「權利是主觀化的法律，法律是客觀化的權利」，即為此義。本案裁判，係直接宣示當事人或關係人應承受之具體權利義務或法律效果，固為此之裁判，即使為非本案裁判，亦有宣示當事人或關係人應承受具體權利義務或法律效果者，或僅就該事件之程序事項為裁判者，然無論何者，均對於當事人或關係人之實體上或程序上權益，發生一定之法律效果或影響。此等使當事人、關係人承受具體權利義務或法律效果或使當事人、關係人程序上權益受影響之裁判，如係確

14



定終局裁判，即為宣示就該裁判事項，其具體應適用之法律為何，並不因其為本案裁判或非本案裁判而異，其是否違背憲法，自均應受憲法審查。是憲訴法第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判，並不限於本案裁判，即使為非本案之裁定，如屬已盡審級救濟之確定終局裁判，亦包含在內。【14】

二、依家事法所為暫時處分裁定，如已盡審級救濟，得為裁判憲法  
審查客體【15】 15

依家事法第 85 條第 1 項本文、第 3 項及司法院依同條第 5 項規  
定所發布之家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 7 條規定，法  
院就父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔之家事非訟事件，  
得為之暫時處分類型，包含為保全家事金錢債權、特定標的物將來  
強制執行之暫時處分（假扣押、假處分）及就爭執之法律關係，為  
防止發生重大之損害或避免急迫之危險或其他相類之情形而有必  
要，所為之定暫時狀態之暫時處分。此等暫時處分之裁定，均對家  
事非訟事件之當事人或關係人之權益有所影響，自屬憲訴法第 59 條  
第 1 項所稱之裁判。又暫時處分之裁定，一經法院為之，就該裁定  
事項即結束審級，因裁定而權利受侵害之關係人，如有不服，僅得  
為抗告（家事法第 91 條及第 92 條規定參照），故為終局裁定。如  
該暫時處分之裁定為已盡審級救濟之確定裁定，即得為裁判憲法審  
查之客體。【16】 16

三、系爭裁定三之裁判憲法審查，應予受理【17】 17

（一）系爭裁定三為確定終局裁定【18】 18

聲請人對系爭裁定一提起抗告，經系爭裁定二以抗告無理由駁  
回，聲請人復對系爭裁定二為再抗告，經系爭裁定三以再抗告無理  
由駁回，是應以系爭裁定三為確定終局裁定。系爭裁定三為關於交  
付未成年子女之暫時處分之確定終局裁定，依前述一，符合憲訴法  
第 59 條第 1 項所稱之確定終局裁判之要件。【19】 19

（二）系爭裁定三之裁判憲法審查，應予受理【20】 20

人民聲請裁判憲法審查案件，於具憲法重要性，或為貫徹聲請 21

人基本權利所必要者，受理之，憲訴法第 61 條第 1 項定有明文。系爭裁定三涉及法院為跨國父母交付未成年子女之暫時處分時，如何根據憲法課予國家對兒童之保護義務規定，判斷未成年子女之最佳利益，以及於此程序中，是否應給予未成年子女如何之陳述意見機會，始符憲法正當程序要求等基本權。又此等問題於往後案件均可能一再發生，且無法從憲法規定文字直接獲得解答，是有澄清必要，因而具憲法重要性。再者，法院酌定或改定父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔之程序，或於此程序中所為交付子女之暫時處分程序，固不必出於父母一方之聲請(民法第 1069 條之 1 準用第 1055 條規定參照)，惟一旦發動該程序，父母及該未成年子女，即為該程序之實質當事人(家事法第 97 條準用非訟事件法第 10 條規定參照)。於父、母之一方對於確定終局裁定聲請憲法審查者，該未成年子女應受憲法保障之基本權，亦在審查範圍內。本件裁判憲法審查聲請，除涉及聲請人受憲法保障之親權外，亦涉及未成年子女丙○○受憲法保障之人格權及人性尊嚴之基本權利。【21】

從而，系爭裁定三憲法審查之聲請，符合憲訴法第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項之規定，應予受理。【22】

四、系爭裁定六之憲法審查聲請，應不受理【23】

聲請人另聲請宣告系爭裁定四、五及六違憲部分，查聲請人對系爭裁定四提起抗告，經系爭裁定五以抗告無理由駁回，聲請人復對系爭裁定五為再抗告，經系爭裁定六以再抗告無理由駁回，是應以系爭裁定六為確定終局裁定。經核系爭裁定六，法院係駁回聲請人暫時處分之聲請，對於聲請人或關係人權利義務之現狀，尚不生影響，依憲訴法第 15 條第 2 項第 7 款規定，應不受理。【24】

參、形成主文第 1 項之法律上意見【25】

一、系爭裁定三關於未成年子女最佳利益之判斷，與憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所抵觸【26】

(一)系爭裁定三之判斷【27】

系爭裁定三認為：「原法院以：丙○○由兩造約定共同監護，

甲○○前已同意乙○○於106年12月20日至107年1月10日期間帶同丙○○返回義大利，雖乙○○提前於106年12月12日即帶同丙○○出境，惟難認有何不法考量，甲○○於兩造約定返臺日即107年1月10日前之同年月3日即向臺北地院聲請暫時處分（107年度家全字第2號），已與其同意內容有違。至乙○○雖於107年1月10日後仍與丙○○留滯義大利，然兩造仍互有訊息往來聯繫，甲○○為達帶同丙○○返臺之目的，利用乙○○善意配合其赴義大利探視丙○○之機會，以丙○○護照遺失為由，向我國駐義大利代表處申請補發後，逕於108年1月20日攜其返臺，不應被鼓勵。審酌丙○○在義大利、臺灣均能適應良好，兩造與丙○○之親子聯繫及家族系統之支持均佳，有義大利心理醫師出具之訪視報告及照片等可稽，並丙○○在義大利已生活1年，適應良好，義大利已屬其之新慣居地，又兩造關於親權行使方式意見不一，對立嚴重，甲○○曾將審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於丙○○影片，確有以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性。因而維持臺北地院所為系爭處分，裁定駁回甲○○之抗告。經核並無適用法規顯有錯誤。」【28】

## （二）憲法法庭與各級法院之分工【29】

按法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝，其正確與否，一般而言係屬各級法院及其審級救濟之權責，原則上應不受憲法法院之審查。憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，難有如水晶般透明之標準，基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。至訴訟程序中之指揮進行，原則上屬各級法院權責，惟

若違反憲法正當法律程序之要求者，亦應同受裁判違憲審查。【30】

(三) 維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及  
人性尊嚴之重要內涵【31】

人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維  
護人性尊嚴關係密切，應受憲法第 22 條保障。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（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，始符憲法保障  
兒童及少年人格權之要求（司法院釋字第 664 號及第 689 號解釋參  
照）。維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及  
人性尊嚴之重要內涵，凡涉及未成年子女之事件，因未成年子女為  
承受裁判結果之主體，無論法院所進行之程序或裁判之結果，均應  
以未成年子女最佳利益為最優先之考量。又父母與未成年子女間之  
親權關係，同受憲法之保障，維持父母與未成年子女間之親權關係，  
原則上亦符合未成年子女最佳利益。【32】

(四) 判斷未成年子女最佳利益，應審酌一切有利與不利之因素  
【33】

法院酌定父母對於未成年子女權利義務之行使、負擔時，應依  
子女之最佳利益，審酌一切情狀，除參考社工人員之訪視報告等外，  
尤應注意子女之年齡、性別、人數、健康情形；子女之意願及人格  
發展之需要；父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生  
活狀況；父母保護教養子女之意願及態度；父母子女間或未成年子  
女與其他共同生活之人間之感情狀況；父母之一方是否有妨礙他方  
對未成年子女權利義務行使負擔之行為等情形（民法第 1055 條之 1  
規定參照）。所謂「未成年子女之最佳利益」屬不確定之法律概念，  
並無明確、具體且固定不變之判斷標準，應由法院於具體個案中，  
先查明一切對未成年子女有影響之有利或不利之因素（例如從尊重  
子女意願原則、幼兒從母原則、繼續性原則、子女與父母同性別原  
則、手足不分離原則、父母適性比較衡量原則、主要照顧者原則、

善意父母原則、家庭暴力行為人受不利推定原則等及其他因素，判斷何者對未成年子女有利，何者不利，以及該有利或不利之程度如何等），再綜合衡量各項有利或不利之因素及其影響程度，判斷未成年子女之最佳利益。【34】

（五）法院為交付未成年子女之暫時處分，亦應以子女最佳利益為前提【35】 35

家事非訟事件之暫時處分，係為因應本案裁定確定前之緊急狀況，避免本案請求不能或延滯實現所生之危害，所採取之暫時性處置。於酌定或改定父母對於未成年子女權利義務之行使負擔事件，法院所為交付子女之暫時處分，性質上屬於定暫時狀態之暫時處分。雖暫時處分之結果，並不影響本案之最終判斷，惟法院一旦為此暫時處分，則於暫時處分有效之期間內，即發生父或母間，應單獨或共同行使或負擔對於未成年子女之權利義務之效果，某程度雖會影響父母親權之行使，但對於未成年子女而言，除非法院另為禁止出境之處分，否則可能發生應隨父或母生活之結果而有重大影響。此於跨國父母間交付子女之暫時處分，更可能因此改變其語言、生活習慣、學校教育及人際關係等生活環境，對未成年子女之影響尤甚，故法院自應本於未成年子女最佳利益之前提，而為暫時處分（家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第7條第2項規定參照）。又交付子女之暫時處分，雖為因應緊急狀況下所為暫時性之必要措置，法院為審酌未成年子女最佳利益所為之調查，未必能如酌定或改定親權之本案一般，有較充裕時間進行嚴格程序及詳細調查，但鑑於交付子女之暫時處分，對未成年子女有前述重大影響，故法院仍應依事件具體情形，於客觀情況所允許下，盡量調查相關資料，不得以暫時處分並非本案裁判，而將有關判斷未成年子女最佳利益之因素，一概置之不論。【36】 36

（六）尊重未成年子女之意願，係保障未成年子女最佳利益之重要原則【37】 37

按基於憲法保障未成年子女之人格權與人性尊嚴，法院於處理 38

有關未成年子女之事件，應基於該未成年子女之主體性，尊重該未成年子女之意願，使其於相關程序陳述意見，並據為審酌判斷該未成年子女最佳利益之極重要因素。【38】

又我國雖非聯合國 1989 年兒童權利公約（適用於未滿 18 歲之 39  
未成年人）之締約國，但已於 103 年公布兒童權利公約施行法，明  
定：「公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法  
律之效力。」「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨  
及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋。」（同法第 2 條及第 3 條  
規定參照），而依該公約第 12 條第 1 項規定：「締約國應確保有形  
成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其  
意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡。」因此，僅  
簡單聽取兒童意見尚非足夠，於兒童有能力形成自己之意見時，必  
須認真考慮其意見，並說明對其意見是如何考慮，以免聽取兒童意  
見流於形式（2009 年兒童權利委員會第 51 屆會議通過，兒童權利公  
約第 12 號一般性意見書「兒童表達意見之權利」第 28 點及第 45 點  
參照）。【39】

（七）跨國父母交付子女事件之暫時處分，繼續性原則（或維持現 40  
狀原則）亦為判斷未成年子女最佳利益之重要原則【40】

按維持未成年子女於固定環境穩定成長，避免因成長環境變 41  
動，產生身心適應問題，對未成年子女身心健全發展有極重要利益。  
故法院於酌定或改定由跨國父母之一方行使或負擔對於未成年子女  
權利義務時，即應特別考慮因慣居地之改變，未成年子女所必須面  
臨適應改變後之語言、生活習慣、學校教育及人際關係等問題，作  
為判斷未成年子女最佳利益之重要因素。我國雖非國際兒童誘拐公  
約（適用於未滿 16 歲之未成年人）之締約國，無從適用該公約有關  
締約國間應迅速返還兒童之相關程序，然參諸該公約避免兒童被帶  
離其慣居地，以及兒童被拐帶後，兒童已適應於新慣居地，或兒童  
已表達拒絕返回原居地之意願者，仍避免違反兒童意願將其帶離新  
慣居地（公約第 3 條第 1 項、第 4 條、第 12 條第 2 項及第 13 條第 2

項規定參照)之規定，益見繼續性原則及兒童意願已為定跨國父母交付未成年子女事件，國際公約所共認應特別考慮之原則。【41】

於法院為跨國父母交付子女事件之暫時處分時，因暫時處分僅為本案裁判前，為因應緊急狀況下所為暫時性之必要措置，從而除非基於十分急迫而強烈之必要性（例如現居地之父或母，有虐待、傷害未成年子女，或該父或母失去照護未成年子女之能力，暫時無法恢復，或該現居地發生疫情、戰爭等重大事故，致未成年子女必須暫時性離開現居地等），不能率爾違反繼續性原則甚至違反未成年子女之意願，迫使未成年子女於本案裁定確定前「暫時」離開其原慣居地而移居至他國，否則除對父母親權之行使有所影響外，亦違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨，構成對未成年子女人格權及人性尊嚴之侵害。【42】

(八)系爭裁定三就尊重未成年子女意願及繼續性原則，有應審酌而未審酌之情形，抵觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨【43】

1.就尊重未成年子女之意願言，依系爭裁定一、二之內容觀之，均無審酌丙○○意願之記載。雖系爭裁定二已調取臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號執行事件之筆錄，惟其所審酌者，係「甲○○與乙○○就親權行使方式意見不一、對立嚴重，甲○○並曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於未成年子女影片」之事實，而非丙○○之意願。系爭裁定一、二作成時，丙○○已居住臺灣，年齡分別為5歲8月及7歲8月，自應使其有於法庭內、外陳述意願之機會，俾審酌其意見。惟系爭裁定一、二均未使丙○○有陳述意願之機會，亦未說明審酌丙○○意見之情形，即裁定命甲○○必須將丙○○交付乙○○，就未成年子女最佳利益之判斷，明顯有應審酌未成年子女意願而未審酌之情形。【44】

2.就繼續性原則之判斷言，依系爭裁定一、二所認定之事實，自乙○○於106年12月12日將丙○○帶至義大利起，至甲○○於108年1月20日復將丙○○帶返臺灣為止，丙○○居住義大利之期間約1

年，自甲○○於 108 年 1 月 20 日將丙○○由義大利帶返臺灣起，至系爭裁定二於 110 年 10 月 27 日駁回甲○○之抗告止，丙○○居住臺灣之期間約 2 年 9 月（至系爭裁定三於 111 年 2 月 23 日裁定止，居住臺灣之期間約 3 年 1 月），其於義大利及臺灣之生活及就學適應均佳。依此事實，丙○○居住臺灣之期間遠較居住義大利為長，其於臺灣之生活及就學適應亦佳，臺灣可否認為已成丙○○之新慣居地？事涉甲○○應否將丙○○交付乙○○，讓丙○○暫時隨乙○○移居義大利之重大改變，自為法院於判斷丙○○最佳利益時所應審酌之事項。尤其因丙○○年紀漸長，對居住地之改變，更可能有適應之問題，從而使丙○○暫時離開居住生活及就學適應亦佳之臺灣，而移居至義大利，是否符合丙○○最佳利益？為法院所應審慎審酌之事項。然系爭裁定二維持系爭裁定一之見解，仍認為居住 1 年之義大利為丙○○之新慣居地，就已居住 2 年 9 月，且生活及就學適應亦佳之臺灣，是否已為丙○○之新慣居地，並未有所審酌，應認於未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌而未審酌之事項，與憲法維護未成年子女最佳利益之意旨，有所不符。【45】

何況系爭裁定二維持系爭裁定一所為之交付子女之暫時處分，<sup>46</sup>為本案裁判前之暫時性必要措置，除非基於十分急迫而強烈之必要性，不能僅基於暫時性考量，違反繼續性原則，迫使未成年子女離開其原慣居地而移居至他國，否則除對父母親權之行使有所影響外，亦可能因法院裁判見解不同，致未成年子女輾轉移居於不同國家，違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨，構成對未成年子女人格權及人性尊嚴之侵害，已如前述。而系爭裁定二固載：「綜上所述，兩造就未成年子女之權利義務行使負擔既仍由本院審理中（107 年度家親聲字第 212 號），且參卷附臺灣臺中地方法院 109 年度司執字第 11967 號執行筆錄，抗告人與相對人就親權行使方式意見不一、對立嚴重，抗告人並曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於未成年子女影片，是本件確有經法院以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性。」然解決丙○○父母雙方就親權行



使方式意見不一、對立嚴重，是否應從如何使父母雙方均體認並實踐以丙○○最佳利益為前提，理性討論解決方案，避免因父母就親權行使方式意見不一、對立嚴重，造成對丙○○之傷害著手，而非以無辜之丙○○暫時離開其臺灣現居地而移居義大利為必要方法？縱然使丙○○暫時離開臺灣而移居義大利，是否真能消彌其父母雙方因嚴重對立而對未成年子女不利之影響？又甲○○曾將上開審理中事件訴諸媒體並在社群媒體公開播放關於丙○○影片，是否已達對於丙○○造成虐待、傷害或已不適合行使或負擔對於丙○○之權利義務之狀態，而有立即使丙○○暫時離開臺灣之必要性？等，均為法院以未成年子女丙○○最佳利益考量為前提，判斷應否為將丙○○交付予乙○○之暫時處分時，所應審酌之事項。然系爭裁定二就前開事項，亦未見審酌，即為命甲○○應將丙○○交付乙○○之暫時處分，且未禁止乙○○將丙○○帶回義大利，就未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌而未予審酌之情形，且聲請人原得與乙○○在臺灣共同行使負擔對於丙○○之權利義務，亦變為暫時由乙○○單獨為之，其親權之行使因而受影響。【46】

3. 依上述 1、及 2、之理由，系爭裁定二就尊重未成年子女意願及繼續性原則等攸關未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有應予審酌而未予審酌之情形，牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，並因而影響聲請人親權之行使。系爭裁定三依法應對於系爭裁定二是否違背憲法，進行審級監督及審查，於系爭裁定二之判斷違背憲法時，予以廢棄，俾發揮審級制度之功能，並使憲法之意旨得落實於具體個案。然系爭裁定三就系爭裁定二關於未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有如上應予審酌而未予審酌之情形仍予維持，所持見解，亦與憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所牴觸。【47】

二、系爭裁定三就未成年子女意見陳述權之判斷，亦與憲法正當法律程序之保障，有所牴觸【48】

(一) 系爭裁定三之判斷【49】

系爭裁定三認為：「按暫時處分之抗告，抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。但抗告法院認為不適當者，不在此限，家事事件法第 91 條第 4 項定有明文。又法院使未成年子女有表達意願或陳述意見之機會，應依子女年齡等不同情況，以適當方式為之，非必於法庭內，親自聽取其意見。次按法院核發前項暫時處分，應審酌未成年子女之最佳利益，並應儘速優先處理之。家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 7 條第 2 項亦有明文。查臺北地院於系爭事件已選任程序監理人王儷穎、林欣儀，以保障丙○○之權益，又調閱丙○○於臺北（按：應為臺中之誤）地院 109 年度司執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳述（見原審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心理醫師出具之訪視報告及丙○○之生活照片，縱未於法庭內詢問丙○○，尚難認有何違反上開規定之情形。」【50】

（二）有關未成年子女之家事非訟程序，均應使未成年子女有陳述意見之機會【51】

尊重未成年子女人格獨立與主體性，為憲法保障未成年子女身心健全發展之重要內涵，已如前述。因此，於有關定對於未成年子女權利義務之行使負擔之家事非訟程序，應基於尊重未成年子女程序主體性，使未成年子女有陳述意見之機會，此不但為憲法所保障審酌未成年子女最佳利益之正當法律程序，且已為我國現行法律所普遍採行（例如家事法第 76 條及第 77 條第 1 項第 2 款、第 108 條第 1 項、第 110 條第 2 項、第 113 條、民法第 1089 條第 3 項及第 1097 條第 3 項規定等）。法院使未成年子女陳述意見時，應依其年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助（家事法第 108 條規定參照）。【52】

申言之，有關定對於未成年子女權利義務之行使負擔之家事非訟程序，只須未成年子女有表達意見之能力，客觀上亦有向法院表達意見之可能，法院即應使其有表達之機會，俾其意見有受法院審

酌之機會。又意見陳述權係基於未成年子女之程序主體權而來，非未成年子女有表達意見之義務，如未成年子女拒絕表達，仍應尊重未成年子女之決定。再者，使未成年子女陳述意見，非僅簡單聽取其意見，於未成年子女有形成自己之意見時，必須認真考慮其意見，並說明對其意見是如何考慮，以免聽取其意見流於形式（其餘參閱參、一、（五）之說明）。【53】

（三）法院為交付子女之暫時處分裁定前，應使未成年子女有陳述意見之機會【54】 54

家事非訟事件之暫時處分，係為因應本案裁定確定前之緊急狀況，避免本案請求不能或延滯實現所生之危害，所採取之暫時性處置，包含以保全日後強制執行為目的之處置（假扣押或標的物假處分性質之暫時處分）及定相對人應為給付或實現本案內容之暫時處分（定暫時狀態之暫時處分）。又暫時處分事件，亦屬家事非訟事件，有關家事非訟程序應有之程序保障，有時固應依暫時處分之類型，適度調整，例如其中以保全日後強制執行為目的之處置，經常須顧及密行性，不適用家事法第75條至第77條有關暫時處分前應通知相對人並使其有陳述意見機會之規定（家事法第186條第2項準用強制執行法第132條第1項規定參照）。然於定暫時狀態之暫時處分，因具有定法律關係狀態甚至命為給付之效力，對利害關係人之權利義務將發生立即改變，除法院認為不適當者外，自應於裁定前，依家事法第75條至第77條規定通知相對人及利害關係人，並使其有陳述意見機會（另民事訴訟法第538條第4項規定參照）。【55】 55

法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，命為交付未成年子女之處分者，法院於裁定前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助（家事法第108條第1項規定參照）。於酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行 56

使或負擔之本案，為命交付子女之暫時處分者，性質上為定暫時狀態之處分，有實現本案之功能，且基於未成年子女仍為該程序之主體，自應依前開規定，於暫時處分前使未成年子女有陳述意見之機會。又法院「使」未成年子女陳述意見，係於審理法院主導下，於法庭內、外向審理法院為之，使其所陳述之意見得受審理法院直接聽取，其目的除在保障未成年子女程序主體權外，並有落實直接審理主義，使審理法院能曉諭裁判結果之影響，直接聽取未成年子女之陳述，以解明事件全般狀況，而得為未成年子女最佳利益之暫時處分功能，此一功能並非調取未成年子女於程序外之陳述內容所得取代。又程序監理人係為受監理人之利益為一切程序行為之人，乃獨立於受監理人以外之程序參與者，其雖可為未成年子女之利益陳述意見，但不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。換言之，於未成年子女有陳述意見之能力時，應使未成年子女有陳述意見之機會，此時雖不排除程序監理人亦陳述意見，但非謂法院得以程序監理人之意見陳述，取代未成年子女之意見陳述，此乃基於未成年子女程序主體權之當然結論。【56】

（四）就交付未成年子女之暫時處分之抗告程序，仍應使未成年子女有陳述意見之機會【57】

暫時處分之抗告，抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。但抗告法院認為不適當者，不在此限，家事法第 91 條第 4 項定有明文。其立法意旨當在保障聲請人、相對人或利害關係人之程序利益，並使抗告法院能判斷原裁定之當否（民事訴訟法第 528 條規定立法理由參照）。就交付子女之暫時處分言，因其性質為定暫時狀態之暫時處分，裁定將對於未成年子女發生重大影響，基於保障未成年子女程序主體權，於法院為暫時處分之裁定前，原即應使未成年子女有陳述意見之機會，已如前述。若原審未使其有陳述意見之機會，除非使未成年子女陳述之障礙尚未除去（例如基於時間之急迫，未及使之為陳述、未成年子女年紀極幼，尚無表達意見

之能力、未成年子女居住於國外，一時無法使其陳述，或所在不明，事實上無法使其陳述等），或抗告法院有相當理由認為使未成年子女陳述意見為不適當者外，抗告法院仍應使其有補為陳述意見之機會。縱未成年子女已於原審陳述意見，然為使未成年子女對原裁定是否妥適、正確表示意見，或為了解原審裁定後未成年子女之意見是否已有變更，抗告法院仍應使未成年子女於抗告程序有陳述意見之機會，以確保未成年子女意見受充分尊重與考慮，保障其程序主體權及符合正當法律程序。【58】

（五）系爭裁定三就未成年子女陳述意見之機會，所持法律見解， 59  
抵觸憲法【59】

1. 依系爭裁定一所載，丙○○於 107 年 11 月 5 日於義大利接受專家 60  
證人訪視時，即有充分陳述意見之能力。於 108 年 10 月 31 日系爭  
裁定一作成時，已 5 歲 8 月並入學，於 110 年 10 月 27 日系爭裁定  
二作成時，丙○○更已近 8 歲，且返臺已 2 年 9 月，則法院於暫時  
處分及抗告裁定前，當有充裕時間，使丙○○有陳述意見之機會。  
然系爭裁定一、二卻未踐行此一程序，即分別為甲○○應將丙○○  
交付乙○○之暫時處分及駁回甲○○抗告之裁定，侵害丙○○受憲  
法正當法律程序保障之權利，並因而影響聲請人親權之行使。【60】
2. 系爭裁定三雖認為：「臺北地院於系爭事件已選任程序監理人王儷 61  
穎、林欣儀，以保障丙○○之權益，又調閱丙○○於臺中地院 109  
年度司執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳  
述（見原審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心  
理醫師出具之訪視報告及丙○○之生活照片，縱未於法庭內詢問丙  
○○，尚難認有何違反上開規定之情形。」然法院選任程序監理人，  
與程序監理人向法院陳述意見，乃屬二事，縱程序監理人已向法院  
陳述其意見，仍不能取代未成年子女之陳述意見之機會，亦如前  
述。再者，以抗告法院調取丙○○於強制執行程序中對司法事務官  
所為之陳述及非由審判法院徵詢之義大利心理醫師之訪視報告，取  
代丙○○向抗告法院之陳述，亦有未合。是系爭裁定三以前開理

由，認為抗告法院已使未成年子女丙○○有陳述意見之機會，亦抵觸憲法保障未成年子女丙○○程序主體權之意旨，及基於此而應享有陳述意見機會之正當法律程序保障，並因而影響聲請人親權之行使。【61】

三、綜上，系爭裁定二關於未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有應予審酌而未予審酌之情形，抵觸憲法保障未成年子女丙○○人格權及人性尊嚴之意旨。又未於裁定前使未成年子女丙○○有陳述意見之機會，侵害未成年子女丙○○受憲法正當法律程序保障之權利。系爭裁定三維持系爭裁定二前開見解，亦應認為與憲法維護未成年子女最佳利益，保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨及正當法律程序原則，有所抵觸，且因而影響聲請人親權之行使，系爭裁定三應予廢棄，發回最高法院。【62】

肆、本判決僅就判斷未成年子女丙○○最佳利益時，於尊重未成年子女意願原則及繼續性原則，有無應審酌而漏未審酌之情形，以及使丙○○有陳述意見之機會，就系爭裁定三所持見解進行憲法判斷，並非謂本件聲請案之原因案件（暫時處分），法院應裁定將丙○○交付父或母，何者始符合丙○○最佳利益。故依本判決發回後，法院如何判斷丙○○最佳利益，仍應由法院依憲法保障人民基本權之意旨，本於其權責為之，非在本判決判斷範圍內，應併予敘明。【63】

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

憲法法庭 審判長	大法官	許宗力		
	大法官	蔡焜燉	黃虹霞	吳陳鐸
		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	

本判決由呂大法官太郎主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官焯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第二項	許大法官宗力、蔡大法官焯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	

**【意見書】**

協同意見書：黃大法官虹霞提出，詹大法官森林加入。

黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入。

詹大法官森林提出。

不同意見書：林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍共同提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 111 年 5 月 27 日

## 協同意見書

黃虹霞大法官 提出

詹森林大法官 加入

子女是人不是物，永遠只能是權利主體，不可以是父母（親權）權利之客體；

在定親權事件中，子女最佳利益是王道，子女意願是王道中的王道；只有與子女選擇不相違之法院子女最佳利益判斷，才可能符合「子女」最佳利益原則！

子女之意願為何，應由法官放空，用全心理解、親自確認，這是決定親權裁判之前提及不二途徑；

遠遠超過一般大人的理解，再小的孩子都可能有能力表達其意願，只是大人（法官）看不懂或者不以為需要懂！

本席贊成憲法法庭 111 年憲暫裁字第 1 號裁定所為暫時處分，因為最高法院原准父在本案判決確定前交付子女聲請之裁定（下稱原確定終局裁定），雖然就該親權事件之本案而言，是暫時處分裁定，但就父對家事院所為暫時處分聲請程序（相當於民事事件定暫時狀態假處分程序）言，已是得受本庭違憲審查之終局確定裁定；而且就對本庭所為之暫時處分聲請言，有由本庭為暫時處分之緊急性、必要性之事實很清楚，本庭爰認有應暫停原確定終局裁定執行（暫不應變更原確定終局裁定時子女與其母同住之事實原狀）之必要，即認不應如原確定終局裁定般，未經定親權歸屬本案確定終局裁判即遽爾變更事實原狀（原確定終局裁定准即變更現況，甚至准由其暫時處分聲請人即主張應由其行使親權之父，於本案確定終局裁判前，即先將子女帶離我國法管轄範圍）。<sup>1</sup>至於其憲法上之理由，本席係認為至少未由

<sup>1</sup> 這顯然有暫時處分裁定應避免之本案裁判實體效果化之問題。而且除了沒有任何確保父必能依本案確定終局裁判意旨辦理之機制外，因為我國與子女將被帶至之義大利國，沒有司法互助協定，是本案確定終局裁判結果如果不同於暫時處分之決定，本案裁判之執行亦將生重大困難，從而原確定終局裁定有未符司



法官親自確認子女意願一點，已有悖於維護子女最佳利益應行之憲法正當法律程序原則。先予陳明。

本席也贊同本件憲法法庭判決結論及其所已述之大部分理由（法律上論述），本席之看法與本庭所諮詢之多位學者專家之意見也不謀而合，本席無意在此作太多重覆贅述。除了一些憲法法庭未述及之觀點暨可能之是否合憲制度性疑義，認有補充說明以供參考外，本席更想以人子、人母的體驗，為未成年子女發聲：

一、與虐童無關之定親權事件，應不適宜由法院在作定親權歸屬裁判確定前，先准「變更現狀」之暫時處分

（一）因為在虐童之情形，為保護兒童，避免其受虐，故有立即變更現況之必要，需要緊急暫時處分。但是在無關虐童之情形，法院定親權歸屬，只是在兩個親權者之間，以子女最佳利益之維護為本，作選定而已，應無在本案訴訟裁判確定前，立即先以暫時處分裁定為變更現狀之緊急必要情事。當然更沒有理由肯認就此種非虐童情形之聲請，法院得相對降低未成年子女最佳利益之審酌標準或限縮其他程序要求之適用，以便法院「快速」回應暫時處分聲請。這個道理只要以同理心，從被變更現狀的子女角度思考，是再淺顯不過的，不需要高深法理或深度實務專業訓練，就可以明白！應不待贅辯。

（二）至於禁止變更現狀，比如禁止將子女帶離法院所在國家，至少從確保本案確定終局裁判之執行可能言，則有所不同。

（三）類似准變更現狀暫時處分之案例非僅一件，是可能不能以個案有無必要性裁量當否問題視之。如果從保護人民出發，由制度性變革角度思考，就類似情形，未限制排除法院為變更現狀暫時處分之權，沒有違憲疑義嗎？

二、子女是獨立的權利主體，不是如物一般之權利客體

（一）黎巴嫩詩人、哲學家季伯倫在「孩子」一文中所描述的：孩子是獨立的權利主體，不是父母的附屬品，即不是如物一般之任何

其他人之權利包括親權之客體。<sup>2</sup>

(二) 民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」短短 14 字已然說明凡是人，不論多麼年幼都是權利主體。

(三) 人可以併為其他人權利之客體嗎？人不是物，在民法解釋上應否定，在民主法治國高度保障人性尊嚴，答案當然是「No」。憲法、民法如此，家事事件更是強調未成年子女在家事事件（尤其定親權歸屬事件）之主體性地位，不可能同意子女是父母親權之客體。

(四) 但是說易行難。民法施行近百年，由民法第 13 條第 1 項及第 76 條規定：只能導出父母只是未滿 7 歲子女之代理人；由民法第 13 條第 2 項及第 77 條規定：只能導出滿 7 歲之未成年子女有不完整自主決定權，父母只有允許子女決定與否之權，而無代為決定全權。惟真實世界裡，有多少父母體認自己只是未成年子女之「代理人」或「允許權人」，這表示父母不等於是行為人，即不是「子女本人」？有多少父母從來不曾或常常不以子女是權利主體之角度，逕自由父母觀點以子女名義為行為（可能以愛合理化父母行為，自認為小孩子不懂，自己是為他們好）？為什麼很多人包括法官、專家暢言未成年子女之程序主體地位，但是不認為必然需親自聽取未成年子女意見？這樣的現實與上述最根本的法律規定相背離，很奇怪不是嗎？為什麼大人有看沒有見？因為「見怪不以為怪」，因為父權（權威）思想餘毒未除，潛藏社會慣行因素使然，被自己的下意識蒙蔽而難自覺！

(五) 因為子女不是物，怎麼有「交付子女之訴」甚至執行的問題？「要跟父或母」不是應取決於子女嗎？若父母同意或依法不能妨礙但子女不肯配合，執行法院可以強令子女配合嗎？更何況子女不是交付子女之訴的兩造當事人，該訴之既判力當然及於子女致他們當然受拘束而為被執行對象嗎？如果說家事事件法第 194 條及第 195 條得對子女直接強制的規定，是植基於已以程序主體地位予子女表達意願機會，則

<sup>2</sup> 季伯倫說：「你的孩子不是你的孩子。他們是生命渴求的兒女，是生命本身的企盼。他們只是藉由你而生……卻不附屬於你。你可以給予他們你的愛，而不是思想，因為他們有自己的思想。……」。

未直接聽取子女意願或與其意願相違之裁判，得對子女強制執行之法理依據又何在？從子女獨立人格保護之觀點，目前的制度沒有違憲疑義嗎？或謂直接強制執行交付子女與虐童無異，非全無道理。

三、在定親權歸屬事件，不論本案審理程序或暫時處分程序，法官都必須緊守子女最佳利益維護原則，這是王道。就此，應無爭議也應不必多所論述。

四、承上，子女最佳利益之維護，應首重子女意願；且唯有經由法官親見子女並放空全心理解聽取其陳述，才可能適切確定子女之意願。

（一）子女最佳利益之維護，應首重子女意願！就此本席以為應不作第二想，但是恐怕不是人人都這麼想。有人會說小孩子「有耳沒嘴！」、「他懂什麼，他不懂啦！」、「爸媽說了算！」、「我愛他呀！為他好呀！」等等說詞否定子女意願，甚至拒絕聽取子女陳述。還常有這樣的說法：定親權事件中，如果父母均有強烈意願，那就比較父母所能提供的客觀環境、父母的教育態度甚至配合訴訟程序之狀況（名之曰善意父母原則）……。這些都是常見的否定或弱化子女意願重要性的因素！

（二）法不入家門！這句老話，仔細思考，不全然沒有道理！想想在定親權事件中，最核心的主體是誰？法官？父或母？都不是！是子女！如果您重視人性尊嚴、尊重個人獨立、自主，您有什麼理由否定子女意願、拒絕聽取子女陳述？法官裁判完，所了結的是案件，但是被裁判決定的不是身外之物的錢財，而可能是被裁判取代的子女自由意志。法院裁判認定的子女最佳利益如果與子女意願相違，那是「子女最佳利益」嗎？還是只是法院自以為的子女最佳利益而已？而且為什麼子女一定要接受法院以為的最佳利益，被裁判決定要過什麼樣日子的是子女，不是法官，他們為什麼不能有較不佳選擇權？為什麼不能選擇環境沒那麼好但比較需要他相依為命的一方？無關虐童的親權歸屬爭議事件，與子女意願相違的裁判能符合裁判「保護人民」的本旨嗎？

（三）金窩銀窩不如我的狗窩！電影中「被強制安置的小女孩

寒夜中偷偷跑去她弱智爸爸家找爸爸」，<sup>3</sup>這一幕……。請再想想，子女意願才真正重要！

（四）訴訟是最後不得已的解決家事爭議的方法！心平氣和、理性作為，原本就不容易；進入法院訴訟，期待當事人心平氣和、理性作為並完全相信法官一定公正是過度的奢求！在平常生活或定親權歸屬事件中，父母相互指摘不是常見的嗎？我們不也都曾數落別人的不是嗎？這些都是普通的、本來就不完美的人性表現而已！除虐童事件外，父母的教育態度或對法院程序之不配合，所謂的非善意父母行為，不該是法院弱化子女意願重要性的正當考量！

（五）確定子女意願是可能的：

1、小小嬰兒趴在母親胸前安然熟睡，這是很平常的畫面，因為熟悉的心音節奏、味道；媽媽的聲音、腳步聲可以改變嬰兒的哭聲或讓嬰兒停止不哭，應是很多人的共同經驗；

2、我先生不時會提到令他不解也不服氣的經驗：有一晚，婆婆陪公公出門，我也有事，幾個月大的兒子由他照顧數小時。其間，很少哭的孩子哭不停，餵奶沒用、換尿布沒用、抱起來沒用、放小床不行，先生束手無策！我回到家，接過來，兒子立即停止哭泣。他想要媽媽而已。

3、確定子女意願，很難嗎？不是常有作弄還被抱在手上的小小孩子的遊戲：大人們排一排一起伸出雙手，孩子會伸手找誰？他們有能力簡單、清楚地表達自己的意願想要誰！

（六）法官親自確認子女意願是必要的

1、任何其他人的觀察都難免其主觀，且充其量只是法官的助手，不能取代法官自己之親身見聞！程序監理人不是法官之代表，其聽取子女意願不等於法官已聽取子女意願；程序監理人以其專責保護未成年子女之地位，是程序主體，跟家事調查官不同，不是為法官調查事實或依法官要求提出報告。程序監理人係為輔佐、協助子女而設，不

---

<sup>3</sup> 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

論其係相當於「訴訟代理人」或「子女與法院間橋樑」之地位，應均無權反於子女意願為主張。

2、正確理解子女的意願，法官要放空（放下法律、學說，保護兒童的公約包括海牙公約，不要讓它們成為阻礙保護子女真理的玻璃）、<sup>4</sup>放下執著（包括父母資源能力之考量，因為孩子不必然需要，而且可以由較有能力者支付扶養費方式填補），以孩子的角度（高度）全心去感受子女所需要的保護，不應強令子女接受不必要的保護。要找出的是子女想要的甚至可能是痛苦的、他人包括法官眼中比較不好的選擇！不是要替代子女作法官認為比較好的選擇。

3、就無關虐童之事件，親子關係應首重子女意願，任何人不應該替代子女而以外在因素秤斤論兩！甲眼中之最好環境不當然應是乙之最佳選擇！

五、雖然為盡職責、儘可能了解相關事證、避免誤解，憲法法庭已調閱原暫時處分全卷（確認法院未親自聽取未成年子女之意見陳述）及其執行卷、原本案一審卷、所查知原因案件當事人間全部爭訟裁判、不起訴處分書等等，但是因為憲法法庭不直接作成准否暫時處分或定親權歸屬之裁判，不作子女意願之事實認定，因此，本席同意憲法法庭與普通法院不同，於作成憲法法庭裁判前無須直接聽取子女之陳述，併此敘明。

六、愛不是占有！請尊重子女的選擇，即使客觀上或主觀上不是最佳選擇！又季伯倫的「孩子」是對手抱著嬰兒的婦人及大眾說的。他希望所有人尤其為人父母者都理解他講的道理。本席以為這個道理應該被無差別具體實踐，適合法官作為形成判斷決定的哲理，但不是訴訟當事人只在對自己有利時，才選擇用來作訴訟攻防的。如果真的接受這個道理，在子女不選擇自己時，也應該坦然接受。

---

<sup>4</sup> 季伯倫說：「學說像窗戶上的玻璃，它讓我們看到真理，但也阻絕了真理」；金剛經說：「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」。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出  
詹森林大法官 加入

一、本聲請案原因事實大要、聲請之理由及本件判決

本件聲請人為中華民國籍女士（下稱甲母）與義大利籍男士（下稱乙父）無婚姻關係在臺灣生有一女（中華民國 103 年 2 月 4 日生，下稱丙小妹），二人原於臺灣約定共同行使或負擔對於丙小妹之權利義務，雙方約定乙父得於 106 年 12 月 20 日至 107 年 1 月 10 日期間帶丙小妹至義大利與其家人共聚，乙父提前於 106 年 12 月 12 日帶同丙小妹出境，甲母於同日向臺北地院請求改定對丙小妹之權利義務之行使或負擔（下稱改定親權）為其在臺獨任，乙父未遵守期限將丙小妹於 107 年 1 月 10 日帶回臺灣交還，甲母至義大利與丙小妹會面交往時，於 108 年 1 月謊報丙小妹護照遺失而補辦護照，將丙小妹帶至臺灣。雙方間為丙小妹權利義務之行使及負擔產生之爭議進行多起訴訟。對於甲母提出聲請改定對於丙小妹親權之訴訟（後變更聲明為請求酌定雙方在臺灣共同任之），乙父亦提出反聲請，臺北地院合併審理後於 111 年 1 月 6 日以 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定乙父勝訴，親權之行使由乙父單獨任之。甲母提出抗告，目前由抗告法院審理中。甲母將丙小妹帶回臺灣後，乙父就前開改定對丙小妹親權行使事件於 108 年 3 月 19 日向臺北地院聲請暫時處分（即本件憲法審查聲請案之原因案件），要求法院判令甲母將丙小妹交還給他並得帶至義大利居住等。臺北地院於 108 年 10 月 31 日以 108 年度家暫字第 46 號民事裁定（即系爭裁定一）命甲母應依乙父之要求履行，甲母提出抗告後經臺北地院於 110 年 10 月 27 日以 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（即系爭裁定二）駁回抗告，甲母提出再抗告經最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（即系爭裁定三）駁回確定。甲母乃向憲法法庭聲請宣告系爭裁定一、二、三等均違憲並聲請暫時處分。憲法法庭於 111 年 3 月 18 日以 111 年憲暫裁字第 1 號裁定准許暫時處分，命系爭裁定三於憲法法庭就甲母聲請裁判憲法審查案件

裁判宣告前，應暫時停止執行，憲法法庭於 111 年 5 月 27 日以本件判決宣告系爭裁定三違憲而廢棄並發回。

前述憲法法庭准許暫時處分之裁定為 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法（下簡稱憲訴法）施行後第一件准許暫時處分之裁定，而本件判決則為第一件裁判憲法審查判決，並宣告最高法院裁定違憲。因此必然要面對社會大眾以及實務界法官們的審視，大法官抱持著謹慎的心情與態度作成暫時處分裁定及本判決。本席支持本件判決主文，並肯認以系爭裁定三違反丙小妹之人格權及人性尊嚴作為判決之理由之一，提供協同意見如下。

## 二、系爭裁定二及三違憲之主要理由：忽略幼女與母親長期實際共同生活產生之親密與依賴關係

（一）聲請人主張系爭裁定一、二、三均違憲，本件判決僅宣告最高法院所作之系爭裁定三違憲，是因為憲訴法第 59 條規定人民聲請憲法法庭為宣告法規範或裁判違憲判決之對象，限人民依法定程序用盡審級救濟案件之不利確定終局裁判，故依憲訴法第 62 條規定，憲法法庭審查之標的為確定終局裁判，而系爭裁定三即為乙父所提出暫時處分程序之確定終局裁定，因此以系爭裁定三作為本件判決宣告之對象，然而系爭裁定三主文為駁回抗告，理由是系爭裁定二並無適用法規顯有錯誤情事。審查系爭裁定三有無違憲自應審查系爭裁定二有無違憲情事，如有，而系爭裁定三未加以指摘而致違憲，因此本判決實質審查範圍自應包括系爭裁定二。本判決之理由指出系爭裁定二未考慮臺灣已成為丙小妹之慣居地，以及抗告法院未踐行讓子女至法庭陳述之程序等理由而違憲，因此本判決實體審查之主要對象其實是系爭裁定二。本席認為由系爭裁定二作成之日期及該裁定之理由即可以認定系爭裁定二對涉及未成年子女利益之核心事項漏未審酌。申言之，丙小妹於 106 年 12 月至 108 年 1 月於義大利與乙父居住，甲母於 108 年 1 月 20 日將丙小妹帶回臺灣，乙父於 108 年 3 月 19 日提出暫時處分之聲請，要求法院命甲母將丙小妹交付乙父並得帶至義大利居住。臺北地院於 108 年 10 月 31 日作出系爭裁定一，裁定主文主要

為（一）甲母應將未成年子女丙小妹交付乙父。（二）於臺北地院 107 年度家親聲字第 212 號改定親權之一審裁定前，乙父得攜未成年子女丙小妹出境至義大利同住等。簡言之，該裁定命甲母應於本案一審裁定前將丙小妹交付乙父，且乙父可將丙小妹攜至義大利同住。系爭裁定一係於乙父聲請後 7 個月左右即作出，距離丙小妹離開義大利回到臺灣僅約 9 個月，尚在 1 年之內，讓丙小妹回到其前已生活 1 年多之義大利（106 年 12 月至 108 年 1 月與父親共同生活），應無適應困難。但是當甲母提出抗告後，臺北地院於 110 年 10 月 27 日作出駁回抗告之系爭裁定二，駁回抗告之理由基本上重複系爭裁定一之理由而認定「……原審審酌未成年子女已在義大利生活 1 年，適應良好與義大利親族間之聯繫及系統支持均佳，因而援引海牙公約（按：即西元 1980 年「國際兒童誘拐之民事責任公約」Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction，下稱國際兒童誘拐公約），認義大利屬未成年子女之新慣居地在案，而上開認定亦與客觀事實相符，難認有何違誤。」並以此為主要理由而駁回甲母之抗告，就顯示了系爭裁定二對於自系爭裁定一作成日（108 年 10 月 31 日）至系爭裁定二作成日（110 年 10 月 27 日）這整整二年期間，該未成年子女之成長情形，與父、母之互動，對新環境之適應情況與未成年子女之最佳利益之關聯，均未加以調查、考慮，亦未為任何論述，甚且於理由認為「未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益等各節，實屬本案酌定親權應調查事項，應由本案審理，故抗告人（按：即甲母）猶執前詞指摘原裁定不當，未予廢棄，為無理由，應予駁回其抗告。」即明示該裁定並未就抗告法院應如何裁決始符未成年子女之最佳利益加以審酌。實則抗告法院審理之二年期間正值丙小妹成長之關鍵時期，身心變化極大，法院依家事事件法（下稱家事法）作出交付未成年子女之裁判，絕不應忽略時間之經過對未成年子女身心狀況之影響。

按系爭裁定二與系爭裁定一作出日期相隔二年，這二年期間丙小妹是由甲母單獨照顧，而丙小妹由 5 歲 8 個月成長至 7 歲 8 個月，如



果自丙小妹於108年1月20日返臺起計，則丙小妹受母親獨自照顧之期間，至系爭裁定二作成時已達2年9個月，由4歲11個月成長至7歲8個月，由牙牙學語成長至入小學，一直受到甲母良好照顧，而乙父在此期間並未入境臺灣，僅與丙小妹視訊聯繫。按3至6歲是幼兒語言發展的關鍵期、情緒發展的重要階段、遵守行為規範的關鍵期，也是社會發展變化很大的階段，亦是責任感的關鍵養成期<sup>1</sup>。丙小妹受甲母單獨照顧期間由幼兒期成長至入小學階段，包括了前述幼兒發展之重要時期，此期間對幼兒提供安全且舒適之環境絕對重要，而此時期之幼兒與日夜照顧之親人發展出最親密與依賴之關係，即為人類童年甜蜜時光，足為一生之回憶。按幼兒並非行李，可以隨意轉手，而是有血有肉有豐富情緒與敏銳感覺，需要小心呵護之脆弱個體。幼兒最恐懼擔心之事為離開其熟悉之成長環境，與每日照顧之親人隔離，因此所造成之失落感與不安全感，對其心理和情緒之創傷形同虐待。至於迫令父或母與長期日夜照顧的幼兒分離，甚至海外相隔，何時再聚遙遙無期，對該父或母身心之折磨更不待言，應該是人類痛苦指數中名列前茅者。系爭裁定二在甲母獨自照顧丙小妹2年9個月之後迫令母女分離，對母親及幼兒可能造成災難式之後果卻未為任何考慮，系爭裁定三亦未就此考慮而廢棄系爭裁定二（系爭裁定三於111年2月23日作成時甲母獨自照顧丙小妹已達3年1個月），此即為本判決宣告系爭裁定三違憲之主要理由。本判決理由指出系爭裁定二侵害丙小妹之人格權及人性尊嚴並侵害甲母之親權，本席支持。本席並認為親權受侵害時實亦可認人格權和人性尊嚴亦已受侵害。

## （二）與司法院釋字第242號解釋意旨相同之處

憲訴法施行前，裁判憲法審查尚無法律明文依據時，大法官亦曾就法院適用法律為判決時，認為判決忽略了人民基本權之重要意義而對裁判適用法律進行憲法審查，最具指標性者為司法院於78年6月

<sup>1</sup> 參見辛宜津，「嬰幼兒心理發展與育兒EQ成長家長/照顧者手冊0-6歲適用」頁77至81，衛生福利部出版，2017年6月。

23 日公布之釋字第 242 號解釋，即對於民法第 985 條第 1 項規定「有配偶者，不得重婚。」違反者得被撤銷之規定（確定終局判決所適用之民法第 992 條，已於 74 年 6 月 3 日修正刪除），大法官認為禁止重婚之法律乃維護一夫一妻婚姻制度所必要，該規定並未違憲，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，反足妨害社會秩序而違憲。依相同之法理，本席認為縱然母親以謊報護照遺失之方式將丙小妹攜回臺灣之行為有所不當<sup>2</sup>，但丙小妹已由母親單獨在臺灣照顧近 3 年，此階段正值幼兒成長之關鍵期，母親與幼女雙方長期實際共同生活，發展出親密關係與依賴關係之事實，法院加以忽略，而以國家之力量強制母女分離，並將幼女送出境，對於幼女與母親均將造成巨大痛苦，亦嚴重影響其家庭生活及人倫關係，因此本席認為本件判決與釋字第 242 號解釋均具有對長期實際共同生活所產生之人倫關係加以保障之意旨。

### 三、由家事法、相關規定及國際公約審查系爭裁定二及三

本席認為由家事法、相關規定及國際公約亦可印證並強化上述見解，論述如下：

（一）維護未成年子女之最佳利益，為家事法立法之核心意旨，於家事事件審理程序之每一階段均不應忽略

家事法之立法目的是為「謀求未成年子女之最佳利益」（家事法第 1 條規定參照）因此未成年子女之最佳利益是審理家事事件之程序中每一階段都不可忽略之核心價值。未成年子女每日持續成長，其周遭環境亦隨時變動，法院於審理時自應隨時注意未成年子女當時之情況，以決定其最佳利益，於暫時處分之審理程序亦不應忽略。家事法

<sup>2</sup> 本席認於判斷善意父母時，亦應對謊報護照遺失之前後緣由一併調查，亦即乙父違背雙方之合意提前將丙小妹帶至義大利，逾期不肯交還時，是否涉有保管丙小妹之護照而不肯交付甲母，以達到將丙小妹繼續留在義大利之目的，一併考量。

第 88 條第 1 項甚至規定「暫時處分之裁定確定後，如認為不當或已無必要者，本案法院得依聲請或依職權撤銷或變更之。」依此，即使暫時處分之裁定已確定，於執行前仍應考量當時未成年子女之最佳利益，而得由法院依聲請或依職權撤銷或變更之。於暫時處分裁定之抗告階段更不應忽略審查，此即本件判決理由所指「不得以暫時處分並非本案裁判，而將有關判斷未成年子女最佳利益之因素，一概置之不論」，即以未考慮未成年子女之最佳利益作為認定系爭裁定二及三違憲之理由之一。

(二) 抗告法院為維護未成年子女之最佳利益應調查並瞭解其於審判當時適應環境之身心狀態

「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會」家事法第 91 條第 4 項前段明文規定，於交付子女事件，未成年子女自為最重要之關係人，法律要求抗告法院「應」使未成年子女有陳述意見之機會，最重要的理由應該是法院透過親自聽聞未成年子女陳述意見之機會，瞭解該未成年子女之日常生活情況及生理、心理之健康情形，亦即法院應認知審理之對象是活生生的人，不能僅依據前審呈送之卷宗文件即為審判。此即家事法第 108 條特別規定法院就未成年子女權利義務之行使或負擔事件為裁判前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外以適當方法曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會，此亦民法第 1055 條之 1 規定法院審酌子女之最佳利益，尤應注意子女之意願及人格發展之需要（第 1 項第 2 款）以及父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況（第 1 項第 5 款）之意旨。系爭裁定二引用義大利醫生之訪視報告作為裁定之理由，但該報告係於 107 年 11 月 5 日作成，距離系爭裁定二作成之日（110 年 10 月 27 日）已經 2 年 11 個月，這近三年期間，該未成年子女成長、生活適應情況如何？未見調查，反而僅引用系爭裁定一已曾引用之證據，而未讓未成年子女有至法庭陳述之機會，已是直接違反家事法第 91 條第 4 項及第 108 條之規定。畢竟孩子每天都在成長，對新環境之適應也是每日有所變化。雖然家事法第 91 條第

4 項但書規定「但抗告法院認為不適當者，不在此限。」賦予法院裁量權，但該但書之立法理由，是為了「避免暫時處分無法達到實際效用」，即使關係人陳述意見，反而無法達到暫時處分之效用時，即不必為之<sup>3</sup>。例如第一審如果是駁回暫時處分之聲請，到了抗告審，法院如果發現小孩子可能即將被帶出國，則抗告審若仍須踐行應使關係人有陳述意見之機會的話，反而沒有辦法限制子女可能會被帶出國之狀況。在此情形下當然會以急迫處理為優先。在本案並不存在如此之急迫情況，抗告法院未給予未成年子女有陳述意見之機會亦未說明其理由，即有所違誤。為了讓法院得親自聽取未成年子女之意見，家事法第 14 條第 2 項特別規定「滿 7 歲以上之未成年人，除法律別有規定外，就有關其身分及人身自由之事件，有程序能力。」抗告法院作出系爭裁定二時（110 年 10 月 27 日）丙小妹已經滿 7 歲 8 個月，依該條項規定，已具有程序能力，即無理由不聽取其親自陳述。又系爭裁定三理由指稱（按：以下裁判內容及筆錄記載本案當事人及關係人姓名，皆以上述代稱稱之）「調閱丙小妹於臺北（臺中之誤）地院 109 年度司執字第 11967 號相對人聲請交付子女強制執行事件中之陳述（見原審卷(二)第 277 至 278 頁），綜合兩造之陳述，及義大利心理醫師出具之訪視報告及丙小妹之生活照片，縱未於法庭內詢問丙小妹，尚難認有何違反上開規定之情形。」然查第 277 頁至第 278 頁之執行調查筆錄係於 110 年 5 月 7 日在臺中地院之訊問室進行（當時丙小妹已 7 歲 3 個月），在甲母離庭之情況下（按：以下摘錄執行（調查）筆錄一部分）「司法事務官：是否會想回義大利？是否會想念義大利的同學及爺爺？丙小妹：（搖頭）司法事務官：是否會期待與父親見面？丙小妹：（搖頭）司法事務官：爸爸也很愛你，為什麼搖頭？丙小妹：跟爸爸視訊見面就可以了，比較想跟媽媽在一起。」對於丙

<sup>3</sup> 家事法第 91 條第 4 項立法理由說明：「為保障關係人之程序權，抗告法院為裁定前應使其有陳述意見之機會。但如抗告法院認為不適當者，抗告法院得予裁量，以避免暫時處分無法達到實際效用，爰規定如第 4 項前段及但書所示。」參見立法院公報第 100 卷第 88 期頁 168。

小妹如此明確表達之意願，系爭裁定二及三均未說明未予採用之理由。

### （三）攜帶未成年子女出境之暫時處分應考慮回復之可能性

按司法院少年及家事廳所訂定發布之「家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法」第7條第1項第4款規定：「法院受理本法第104條第1項第1款、第3款、第5款或第113條之親子非訟事件後，於本案裁定確定前，得為下列之暫時處分：……四、禁止關係人或特定人攜帶未成年子女離開特定處所或出境。……」特別就禁止未成年子女出境為規定，此乃因我國之特殊地理與政治環境，未成年子女若出境難以期待經由跨國間之司法協助而得以將未成年子女帶回國。因此依暫時處分之裁定將未成年子女帶至國外，若是本案判決認在臺灣的甲母改定親權之訴訟勝訴，則本國法院並沒有辦法至國外執行，亦難以透過司法互助將未成年子女帶回臺灣，在此情況下暫時處分之執行幾乎就是本案敗訴之強制執行完畢。就此，系爭裁定一主文第3項所定「相對人（即甲母）得自交付未成年子女丙小妹後，在子女住義大利期間，每半年與子女在臺灣同住二週，日期由兩造自行協議定之……」若乙父拒絕讓丙小妹回臺，該裁定內容實難以透過司法執行手段實現，故該裁定主文第3項實僅具有望梅止渴之安慰作用而已，並不能緩解丙小妹被帶出境後母女跨洋相隔之困境。

實則對於跨國之子女交付，仍應考慮未獲親權之父或母與未成年子女維持會面交往之可行性，系爭裁定二及三並未就此有所論述。

### （四）適用國際兒童誘拐公約應觀照所有條文規定

系爭裁定一引用國際兒童誘拐公約作為我國裁判之法理，依該公約第12條規定<sup>4</sup>，兒童在從其被非法帶走或扣留之日起算不滿1年

<sup>4</sup> 1980年國際兒童誘拐公約（即本判決之國際兒童誘拐公約）第12條：

（第1項）遇有兒童被非法帶走或扣留符合第3條的規定時，如果兒童所在的締約國司法或行政機關開始訴訟程序的日期，在從其非法帶走或扣留之日起算不滿一年者，有關機關應命令立即交回該兒童。

（第2項）即使此種訴訟程序是在前款所規定一年期滿之後開始，司法或行政機關也應命令交回兒童，除非能證明該兒童現已轉居於新的環境之中。

（第3項）被請求國的司法或行政機關如有理由相信該兒童已被帶至另一國家時，

者，有關機關應命令立即交還。但若已逾 1 年，則需探查該兒童是否已轉居於新的環境之中。國際兒童誘拐公約之所以規定 1 年內子女要立即返回慣居地，應是推定在 1 年內，子女回到慣居地是最符合其利益。但隨著時間的演變，超過 1 年以上，就要考慮子女跟現在實際上住居地是否已經產生新的連結，也就是所謂的情事變更，這時候要考量的因素就更多了。

綜上，本席認為家事法、相關法規及國際公約已定有許多保護未成年子女最佳利益之規定，如經遵守即可避免產生違憲之裁判。

#### 四、結論與建議

(一) 值得一提的是，乙父於 108 年 6 月間向駐於臺北之義大利經濟貿易文化推廣辦事處申請核發丙小妹之出國文件。該處任命之監護法官，108 年 7 月 2 日派員進行領事訪談，從遠處觀察丙小妹之生活及適應狀況，並至丙小妹住處瞭解其居住環境，且在沒有母親在場之情況下進行訪談，判斷「孩子、母親和外婆之間顯現強烈的情感聯繫。在孩子的問話中她對義大利並沒有特別的懷念，偶爾才提及她的父親，但帶有情感」結論為「該未成年子女呈現極好的身心狀態，並被安置於充滿愛心與熱情的社會和家庭環境中，在此，她似乎融入得很好」，並以該觀察結果作為主要理由而於 108 年 8 月 14 日以 N.05/2019 領事命令拒絕乙父之申請，該命令並提到「考慮到監護人法官的授權規定最終並不是為了解決孩子父母主觀權利之間的衝突，而是為了以符合孩子之利益為前提」並以此作為判斷依據。本席認為該領事命令審查之程序中，親自觀察未成年子女之生活狀況及環境，並脫離父母主觀權利之間的衝突，而以未成年子女之利益為主要考量，並不偏袒其國人，符合前述家事法、相關法規及國際公約有關子女最佳利益考量之意旨，殊值參考。

(二) 本件父母雙方間已長期進行多起訴訟，本判決並非法律戰的終點，未來法律程序可能拖延時日，無論最終裁判結果如何，執行都有

---

得停止訴訟程序或者撤銷請求返還該兒童的申請。

困難，因此雙方有必要脫離法律層面，構劃出符合未成年子女最佳利益之解決方法。按子女不是父母的資產，而是獨立自主的個體，父母如果真心愛小孩就不應有占有之心，而應想辦法讓小孩在最安全溫暖的環境下健康成長，同時享有父母之親情與照顧，畢竟童年祇有一次，而且稍縱即逝，目前丙小妹已進小學，很快進入青春期開始發展自主意識，至 18 歲已可算是個獨立自主之個體。父母間情緣已盡而無法共同生活，但是疼愛小孩的心是共同的，子女成長期間若是父母彼此善意對待，各留空間給對方，父或母縱未能與該子女天天相處，仍可維持良好的關係，畢竟父母子女親情天生，無法取代也無法剝奪。但若為了爭奪親權而互動干戈不知止息，所牽動的負面情緒影響，其實是以愛之名而實質傷害小孩<sup>5</sup>。成熟的父、母在此情況下應讓子女在同時與對方維持良善互動關係下成長，這是父母對子女的責任，才是真正為未成年子女最佳利益考量的作法。

---

<sup>5</sup> 「照顧者的內在狀態決定了孩子的行為舉止；照顧者的內在是寧靜穩定的，孩子便會沉穩、專注；照顧者的內在是焦慮混亂的，孩子便會躁動、不安。」見註 1，頁 86。

協同意見書

詹森林大法官 提出

壹、審查標的

一、111 年憲判字第 8 號判決見解

聲請人甲母（下稱聲請人）與關係人乙父之間，就雙方之未成年子女丙（下稱丙）權利義務之行使或負擔，共有不少件法院之暫時處分裁定（參見 111 年憲判字第 8 號判決理由欄，第 2 至 6 段）。111 年憲判字第 8 號判決審查後，將之區分為兩類。

第一類，係乙父於 108 年 3 月 19 日請求聲請人交付丙等。歷審法院（臺北地方法院及最高法院）均認其請求有理由，分別作成第一、二、三審裁定（即 111 年憲判字第 8 號判決所稱之系爭裁定一、二、三）。

第二類，係聲請人於 110 年聲請乙父不得未經聲請人同意，自行攜帶或使第三人攜帶丙出境。歷審法院（臺北地方法院及最高法院）皆駁回其聲請或抗告，分別作成第一、二、三審裁定（即 111 年憲判字第 8 號判決所稱之系爭裁定四、五、六）。

就系爭裁定四、五、六，111 年憲判字第 8 號判決認系爭裁定六乃以聲請人對系爭裁定五之抗告無理由，而予駁回，故系爭裁定六始為憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項所稱之「人民用盡審級救濟所受不利確定終局裁判」。111 年憲判字第 8 號判決並認系爭裁定六係駁回聲請人暫時處分之聲請<sup>1</sup>，尚不影響聲請人及關係人乙父權利義務之現狀，是聲請人就該裁定聲請裁判憲法審查，難認有何憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要，爰不予受理（111 年憲判字第 8 號判決理由欄第 24 段）。

至於系爭裁定一、二、三，111 年憲判字第 8 號判決認系爭裁定三乃以聲請人對系爭裁定二之抗告無理由，而予駁回，故系爭裁定三始為憲訴法第 59 條第 1 項所稱之「人民用盡審級救濟所受不利確定

<sup>1</sup> 如以主文而言，系爭裁定四始為駁回聲請人禁止乙父攜帶丙出境暫時處分之請求；系爭裁定五及六，則分別駁回聲請人之抗告及再抗告。



終局裁判」。111年憲判字第8號判決並認系爭裁定三具有憲法重要性，遂受理之（111年憲判字第8號判決理由欄第18至22段）。

## 二、本席意見：系爭裁定一、二，亦應列為本案之審查標的

### （一）大法官適用「司法院大法官審理案件法」見解之繼續援用

如前所述，111年憲判字第8號判決認為，系爭裁定六及三，始該當憲訴法第59條第1項所定之「不利確定終局裁判」；系爭裁定四、五；及系爭裁定一、二，則皆否。

此項見解，顯係延續大法官從前適用「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「確定終局裁判」時，慣用之見解。

詳言之，我國釋憲機關，於111年1月4日變更為憲法法庭，從而適用憲訴法之前，大法官就大審法第5條第1項第2款所持見解為：人民據以聲請解釋之普通法院或行政法院之最後一審裁判，如就該原因案件之實體事項，係以聲請人（即原因案件受不利益裁判之當事人）對前審裁判之上訴或抗告，乃「不合法」為由，而予駁回者，應以該前審裁判，為前揭條款所指之「確定終局裁判」（請看釋字第792號解釋之解釋理由書第1至第5段、第7段）。若該最後一審裁判，就該原因案件之實體事項，係以聲請人對前審裁判之上訴或抗告，係「無理由」為由，而予駁回者，則應以該最後一審裁判，為此之「確定終局裁判」（請看釋字第792號解釋之解釋理由書第6段。）

上開見解，本席以為，背後蘊含盡可能貫徹保障人民權利及維護合憲秩序之考量。蓋關於原因案件之實體事項，如最後一審裁判，以不合法為由，而駁回聲請人之抗告或上訴，則該最後一審之裁判，通常均未就系爭實體事項，適用相關之法規範。此時，即應以前審裁判所適用，且實際上對本案結果有重大影響之法令，為合憲與否之審查客體，以免對人民權利之保障，有所欠缺。

### （二）憲訴法施行後，「確定終局裁判」之認定

#### 1. 一、二審法院之裁判，亦得為憲訴法所稱「確定終局裁判」

前述大法官關於大審法第5條第1項第2款所持見解，在憲訴法

施行後，如人民係僅就確定終局裁判聲請**法規範憲法審查**者，原則上，仍可繼續援用。但若人民係就確定終局裁判聲請**裁判憲法審查**者，則可否繼續援用，尚有斟酌餘地。

首應指出者，法規範憲法審查與裁判憲法審查之審查標的不同，前者所審查者為法規範是否違憲，而後者則審查法院之適用法規範所持之見解違憲與否。基於延續保障人民基本權之立場，在人民就其窮盡救濟途徑之裁判，聲請裁判憲法審查時，對於「確定終局裁判」之認定，不應為過度狹隘之解釋，而應以各歷審裁判是否有嚴重違反憲法之情事為依歸。

何況，人民據以聲請解釋之普通法院或行政法院之最後一審裁判，若係維持前審裁判，而駁回該人民對前審裁判之上訴或抗告，則不問其駁回之理由，係上訴或抗告為不合法或無理由，不僅該最後一審裁判為確定終局裁判，其前審裁判，亦因被維持而成為確定終局裁判<sup>2</sup>。

甚且，若該前審裁判為第二審裁判，且係維持第一審裁判，駁回對該第一審裁判之上訴或抗告，而第一審裁判亦有侵害人民基本權及嚴重違反憲法情形時，則歷審裁判均屬裁判憲法審查之標的<sup>3</sup>。

其次，憲訴法第 62 條第 1 項前段所稱之「管轄法院」，應係指最適合依憲法法庭廢棄意旨，重新審理原因案件之法院。準此，此處之「最適合重新審理法院」，不必限於原因案件之最後一審裁判法院。

以本聲請案而言，111 年憲判字第 8 號判決係以法院未使丙陳述意見為由，認定系爭裁定三違反憲法上正當法律程序。惟在論述系爭裁定三違反憲法上正當法律程序時，111 年憲判字第 8 號判決指出：「**系爭裁定二關於未成年子女丙最佳利益之判斷，……抵觸憲法保障未成年子女丙人格權及人性尊嚴之意旨。又未於裁定前使未成年子女**

<sup>2</sup> 當然，在計算憲訴法第 59 條第 2 項之 6 個月不變期間時，仍應以最後一審裁判送達翌日為準。

<sup>3</sup> 相同見解，請參閱 Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar, 3 Aufl., 2020, §90, Rn.183f..

丙有陳述意見之機會，……，侵害丙受憲法正當法律程序保障之權利。系爭裁定三仍予維持系爭裁定二前開見解，亦應認為與憲法維護未成年子女最佳利益，保障……正當法律程序原則，有所抵觸，……應予廢棄……」（111年憲判字第8號判決理由欄第62段）。

明顯可見，111年憲判字第8號判決認系爭裁定三之所以抵觸憲法之原因，主要乃因系爭裁定二有違反憲法保障未成年子女人格權、人性尊嚴及正當法律程序情事，且系爭裁定三係在此基礎上維持系爭裁定二，從而在結論上指摘系爭裁定三抵觸憲法。申言之，本判決先從形式上認定僅系爭裁定三屬「確定終局裁判」，卻隨即實質上審酌系爭裁定三之下級審裁定（即系爭裁定二），尚屬迂迴。

## 2. 從貫徹人民基本權看憲訴法第59條之「確定終局裁判」

貫徹人民之基本權，乃憲訴法有別於大審法而創設裁判憲法審查之立法目的，此觀憲訴法第61條第1項規定自明。

然而，本件聲請案，僅選擇以系爭裁定三為憲訴法第59條所稱之「確定終局裁判」，從而僅廢棄該裁定，不一併廢棄系爭裁定一、二。此種作法，必將發生延滯聲請人及丙基本權之貫徹。

詳言之，111年憲判字第8號判決係以法院於處理本件暫時處分程序過程中，未使丙有陳述意見之機會，而指摘確定終局裁判抵觸憲法。從而，系爭暫時處分裁定經憲法法庭廢棄發回後，受發回之管轄法院即應重啟程序，聽取丙之意見。此時，作成系爭裁定一、二之事實審法院，亦即本案之臺北地方法院（不論第一審或第二審），始有權限直接聽取丙之意見，並儘速重新認定乙父之暫時處分聲請是否應予允許。至於最高法院，則因其為法律審，在本案經發回後，並無權限直接聽取丙之意見。因此，111年憲判字第8號判決廢棄系爭裁定三，並發回給作成該裁定之最高法院後，最高法院僅得廢棄系爭裁定二，發回給作成系爭裁定二之臺北地院，再由臺北地院依最高法院發回意旨辦理。

兩相比較，由本件原因案件之第一審或第二審法院直接依111年憲判字第8號判決意旨，使丙有陳述意見之機會，逕行聽取意見，遠

比最高法院依本判決意旨廢棄第二審裁定並發回第二審法院，再由該第二審法院聽取丙意見，更屬訴訟經濟，並迅速貫徹聲請人及丙之基本權。

### 3. 小結

綜上，依憲訴法第 59 條第 1 項之文義，系爭裁定一、二、三，均得為該條項所稱之「確定終局裁判」，而可列為本件裁判憲法審查之標的。考量憲訴法第 62 條第 1 項貫徹人民基本權之立法意旨，更應一併廢棄系爭裁定一、二、三，並發回給作成系爭裁定一或二之一審或二審法院，諭知其應使丙有陳述意見之機會，再就乙父於原因案件所提暫時處分之聲請，重為適當之裁定。

#### 貳、本案聲請人應受憲法保障之權利因系爭裁定一、二及三而受限制

本案聲請人為系爭裁定一、二、三所指之相對人；依該三裁定，聲請人應將丙交付於乙父，且丙在義大利居住期間，聲請人每半年僅得與丙在臺灣同住二週；丙不在臺灣而在義大利時，聲請人如欲與丙以書信、通訊軟體或電話等方式聯絡，需不影響丙之日常作息。是聲請人該當憲訴法第 59 條第 1 項所稱「受不利確定終局裁判之人民」，自屬無庸置疑。

然而，或許有人懷疑，聲請人受憲法保障之基本權，有無因系爭裁定一、二及三，而受限制，從而得就該三裁定聲請裁判憲法審查？

應先肯定者，人民依憲訴法第 59 條規定，就其所受之不利確定終局裁判聲請裁判憲法審查，應以該確定終局裁判限制其憲法所保障之基本權為要件。

在本案，聲請人乃丙之親生母親，是依民法第 1084 條第 2 項規定，聲請人對丙有保護及教養之權利與義務。聲請人對丙之保護及教養之權利，卻因系爭裁定一、二及三而明顯受限制。

民法第 1084 條第 2 項所定之「保護與教養之權利」，不僅受民法保障，亦為憲法第 22 條所保障之憲法上權利。一個國家，或許沒有法治國意義下之憲法；但任何國家，絕對不欠缺父母子女間之人倫關係與親情。法治國家之憲法，對於此種人倫關係與親情，不論有無

明定，均應予以保障。

再者，法治國中，法院當然得以裁判限制父母一方甚或雙方保護及教養其未成年子女之權利。但若法院裁判所為之限制，有不符子女最佳利益，而違反憲法正當法律程序等情事時，除對未成年子女構成侵害其受父母保護與教養權，及其人格權等憲法上權利外，亦同時侵害父母保護與教養其未成年子女之憲法上權利。

反之，對於前述有違反憲法情事之法院裁判，若堅持僅該未成年子女之憲法上權利受侵害，至於父或/及母，因非該最佳利益之權利主體，從而父或/及母固為受不利裁判之當事人，但「無權主張其未成年子女之憲法上權利」，是父或/及母自不得聲請裁判憲法審查（參見本案五位大法官提出之不同意見書第[2]至[5]段），則本席除感嘆憲法高度之懸疑莫測外，或許該向一般民眾請問孰是孰非了！

況且，在法院酌定或改定父母對於未成年子女之親權事件中，不論其為暫時處分之裁定或本案之裁判，受裁判之雙方當事人，必然為父母，不可能為未成年子女。因此，一切酌定或改定親權之裁判，不問其為暫時處分裁定或本案裁判，縱有違反子女最佳利益而抵觸憲法基本原則情事，該個案之未成年子女，因非為裁判之當事人，不得對該裁判聲請裁判憲法審查；而依前開不同意見之看法，受不利裁判之父或母，又因「無權主張其未成年子女之憲法上權利」，而亦不得對該裁判聲請裁判憲法審查。

準此，在前開不同意見之下，所有酌定或改定父母親權之法院裁判，縱有違反子女最佳利益而抵觸憲法情事，仍均豁免裁判憲法審查。試問：如此豁免特權，有何憲法依據？

美國著名大法官 Oliver Wendell Holmes, Jr.之傳世名言「法律之生命不在邏輯，而在經驗」(The life of the law has not been logic: it has been experience.)，再度令人警惕。立法者及法官，應隨時切記：法律及裁判，不得與人民之常識認知及真正需求脫節。

### 參、系爭裁定一、二及三皆有違反憲法正當法律程序情事

依本席看法，111年憲判字第8號判決僅以系爭裁定三為審查標

的，尚待商榷，固如前述。惟本判決以詳盡理由論述系爭裁定三有下列違反憲法情事：（1）關於未成年子女最佳利益之判斷，與憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨，有所抵觸（請看本判決理由第 26 至 47 段）、（2）就未成年子女意見陳述權之判斷，亦與憲法正當法律程序之保障，有所抵觸（請看本判決理由第 48 至 61 段），本席均敬表贊同。茲僅就系爭裁定一、二及三，未使丙陳述意見，違反憲法正當法律程序部分<sup>4</sup>，再略為闡述。

法院在裁判父母對於未成年子女權利或義務之行使或負擔時，應以子女之最佳利益為最高準則，經立法者一再耳提面命，不厭其煩明文規定（民法第 1055 條之 1；家事事件法第 1 條、第 106 條第 1 項、第 109 條、第 110 條第 1 項、第 111 條第 5 項、第 194 條）。尤應強調者，隨著觀念改變，未成年子女已非父母得任意處分之「資產」，而係得決定自己權利之「主體」。因此，法院於為前述裁判時，應使未成年子女有表達意願或陳述意見之機會（家事事件法第 108 條第 1 項）。

前開未成年子女最佳利益之準則，在法院就父母對於未成年子女權利或義務之行使或負擔，為本案裁判或暫時處分裁定時，均應絕對遵守<sup>5</sup>。如有違反，則不僅侵害未成年子女之人格權及程序主體權，且妨害父母之親權，從而即有可能構成裁判違憲情事。

在本件暫時處分程序過程中，系爭裁定一、二之承審法院，從未讓丙有陳述意見之機會。對此，系爭裁定三並無任何指摘。

系爭裁定一，作成於 108 年 10 月 31 日。該裁定雖曾參酌義大利檢察機關於 107 年 11 月 5 日指派之兒童神經病學醫生 Dr. Camerini 所提出之訪視報告（參見該裁定，理由四，（三）），但其主要裁判

<sup>4</sup> 德國聯邦憲法法院亦曾在一般法院裁定親權程序事件中，認該法院因未聽取子女之意見，致其裁判違憲。詳見 *Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Oktober 1998- 2 BvR 1206/98, Rn 60.*（參見該院網站：[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/10/rs19981029\\_2bvr120698.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/10/rs19981029_2bvr120698.html)）

<sup>5</sup> 此為本案 111 年 5 月 3 日說明會上，憲法法庭邀請之林秀雄、沈冠伶、戴瑀如、林沛君 4 位教授在當日說明時之一致看法。參見該日說明會紀錄。

理由為：「聲請人趁與丙在義大利會見交往機會，以丙護照遺失為由申請補發，逕攜丙返臺，構成 1980 年「國際兒童誘拐之民事責任公約」第 3 條所定，及 1996 年海牙公約第 7 條第 2 項所繼受之「不法移送或留置」（即國際兒童誘拐，international child abduction）。」（參見該裁定，理由六，（二）至（五））。

查，Dr. Camerini 訪視時，丙（103 年 2 月出生）僅 4 歲餘，且在義大利生活僅 1 年多，在意思能力及語言能力上，能否以義大利文或英文陳述自己之意見，已經十分可疑。縱使置此不問，系爭裁定一主要係從懲罰聲請人立場，為暫時處分之裁定。惟懲罰父母之一方或雙方，顯然並非子女最佳利益所應審酌，故系爭裁定一是否不違反子女最佳利益而牴觸憲法，實可質疑。

系爭裁定二，作成於 110 年 10 月 27 日，距系爭裁定一作成後將滿 2 年，卻仍僅一再援用系爭裁定一之論述，並泛稱系爭裁定一已衡酌未成年子女利益，即駁回聲請人之抗告。

按家事事件法第 94 條第 1 項前段明定：「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。」丙，即為此之關係人，且其在系爭裁定二作成之前，已經滿 7 歲，依家事事件法第 14 條第 2 項，除法律別有規定外，就有關其身分及人身自由之事件，有程序能力。但系爭裁定二之法院，就有關決定丙親權之暫時處分，仍未使丙有陳述意見之機會。

查，系爭裁定一作成後，該裁定之聲請人乙父立即聲請法院強制執行（臺灣臺中地方法院 109 年度司執字第 11967 號執行事件）。在此強制執行程序中，司法事務官曾於 110 年 5 月 7 日詢問丙：「是否會想回義大利？是否會想念義大利的同學及爺爺？」、「是否會期待與父親見面？」丙均以「搖頭」回答。司法事務官又詢問：「爸爸也很愛你，為什麼搖頭？」丙回答：「跟爸爸視訊見面就可以了，比較想跟媽媽在一起。」以上詢問及回答，均係司法事務官先請該執行事件之債務人（即 111 年憲判字第 8 號判決之聲請人，亦即乙母）暫先離庭之下所為，此有當日之執行筆錄可稽。

依據前開執行筆錄，明顯可見，丙（當時已滿 7 歲，具備家事事務之程序能力，且華語能力充足），已可在自由意思下陳述意見。系爭裁定二之承審法院，既然曾參酌前開執行筆錄（見該裁定，理由六，（三）），卻就丙向司法事務官所陳之前述意見，全然置之不問，反而機械式地援用系爭裁定一所援引、作成於丙 4 歲時之 Dr. Camerini 訪視報告（見系爭裁定二，理由六，（三））。準此，系爭裁定二有無嚴重違反家事事件法第 94 條第 1 項前段規定表彰之憲法正當法律程序，尚須浪費唇舌爭辯？

至於家事事件法第 91 條第 4 項但書所定：「抗告法院認為不適當者，不在此限」，係指例如未成年子女因年幼或其他原因，致不能親自陳述意見，或為避免暫時處分無法達到實際效用等情形<sup>6</sup>。系爭裁定二就其為何未使丙有陳述意見之機會，並未指明係本於該但書所稱「使丙陳述意見為不適當」，更彰顯該裁定不符同條項前段在酌定或改定子女親權之事件中，為保障未成年子女之基本權，而明定之正當法律程序。

至於系爭裁定三在保障未成年子女陳述意見上，亦有違反憲法正當法律程序情事，業經 111 年憲判字第 8 號判決詳細指明（見本判決理由第 48 至 61 段），本席並無補充。

#### 肆、結論

父母之一方，甚至雙方，為行使對未成年子女之權利，以對方為對造而訴諸法院時，不論法院裁判結果為何，對父母雙方及所涉及之未成年子女，皆為傷害。因為，爭得親權之一方父或母，未必贏得未成年子女之心；喪失親權之他方母或父，則有椎心之痛。未成年子女，更是手足無措；即使當時因係強裸或稚童而不知傷痛，將來仍必懷恨為何欠缺父愛或母愛。

下酌定或改定親權裁判之法官，亦經常處於無奈，甚至隨同痛苦。個案裁判，本席深信，大都恪遵子女最佳利益原則。但當偶爾忽

<sup>6</sup> 參見本案邀請之專家學者沈冠伶教授 111 年 5 月 3 日說明會之答詢。



略該原則而侵害人民基本權時，例如系爭裁定一、二、三未依循使子女有陳述意見機會之要求，在憲訴法施行後，此類裁判即應接受憲法法庭之審查。

附帶一提，憲訴法施行後，其實不必諱言「裁判憲法審查乃第四審」。但應特別澄清者，此之第四審，並非來者不拒，而係僅在裁判適用法律所持見解，違反憲法而嚴重侵害受不利裁判當事人之基本權時，始會啟動<sup>7</sup>。憲訴法第 61 條第 1 項，就裁判憲法審查，設有聲請案件「具憲法重要性，或為貫徹人民基本權所必要之門檻」，可資控管<sup>8</sup>。就此而言，與其稱之為「一般之第四審」，不如視之為「憲法之特別審」。

111 年憲判字第 8 號判決，乃憲訴法施行後，第 1 件裁判憲法審查案件。又因事涉跨國父母交付子女事件之暫時處分，更是增添許多無謂爭議。本席不敢奢望甲母、乙父及丙間之親權掙扎，將因本判決而圓滿落幕，僅願祈求恩慈重新洗滌三人心靈，並讓傷害降至最低。

---

<sup>7</sup> 裁判憲法審查，其類型可分為裁判解釋法律違憲及裁判涵攝事實違憲。前者，如法院裁判對刑法之解釋逾越文義範圍、誤以為民法概括條款與憲法無涉，或未作合乎憲法意旨之解釋。後者，指法院裁判在個案中之事實涵攝不符憲法意旨；例如認定某言論是否構成侮辱時，未就言論自由與名譽權進行權衡。詳見，許宗力大法官，裁判憲法審查—受理標準與比較法案例分析，2021 年 7 月 12 日，司法院主辦「憲法訴訟制度專題演講」講義第 5 頁。

<sup>8</sup> 此項門檻要件，乃仿效德國聯邦憲法法院法第 93 條之 1 而定。參見，Lenz/Hansel 原著，林明昕等翻譯，德國聯邦憲法法院法逐條釋義，司法院印行，2021 年 12 月初版，§ 93-1，邊碼 32 以下。

## 不同意見書

林俊益大法官  
張瓊文大法官  
黃昭元大法官  
楊惠欽大法官  
蔡宗珍大法官  
共同提出

本席等認本件聲請案不符憲法訴訟法所定相關聲請要件，應全部不受理；即便部分受理，受理部分之裁定亦未抵觸憲法，本件聲請無理由，應予駁回。對於多數意見所支持之判決主文及理由，均難以認同，爰共同提出不同意見書如下：

### 壹、本件聲請應全部不受理

[1] 本號憲法法庭判決（下稱本號判決），係因跨國父母就改定對未成年子女權利義務之行使或負擔事件（下稱改定親權事件），聲請人對須交付子女於他方，他方並得於一審裁定作成前，攜未成年子女出境至義大利同住等之暫時處分（臺灣臺北地方法院 108 年度家暫字第 46 號民事裁定，下稱系爭裁定一）不服，提起抗告、再抗告，分別經臺灣臺北地方法院 108 年度家聲抗字第 122 號民事裁定（下稱系爭裁定二）、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定（下稱系爭裁定三）予以駁回。聲請人遂依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定，就系爭裁定一至三聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。惟本件聲請與憲訴法所定要件不合，應不受理，理由如下：

一、具體敘明其基本權利遭受侵害，乃人民聲請裁判憲法審查之要件

[2] 按憲訴法第 59 條第 1 項規定固未如司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款明文規定，依據該條聲請法規範憲法審查者，應以「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」為要件，惟由該條之立法理由可知，其規定意在擴張大審法第 5 條第 1 項第 2 款僅以法規範為憲法審查對象之憲法保障侷限性，使憲法審查之對象擴及於裁判，而將大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定人民得聲請之法規範違憲

審查，併同裁判同為規定，使侵害人民憲法上權利之裁判亦得受憲法審查。故憲訴法第 59 條第 1 項雖未明文規定應以「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」為要件，解釋上亦當然為人民聲請裁判憲法審查之合法性要件之一。是人民依憲訴法第 59 條第 1 項規定，就其依法定程序用盡審級救濟案件所受之不利確定終局裁判，聲請為裁判憲法審查者，須符合其基本權利遭受該不利確定終局裁判侵害，致抵觸憲法之要件。

[3] 此一聲請合法性要件，固以聲請人主張或釋明其有特定憲法上權利遭受侵害為已足，並不以客觀上之實體證明為必要，惟該等基本權利遭受侵害之情形，依其所訴之事實，須客觀上有形成之可能，而非顯然不成立或得排除其發生之可能性者。聲請人尤不得以不利確定終局裁判違法為由，聲請裁判憲法審查。

二、本件聲請未具體敘明其究有何等基本權利遭受相關裁判之侵害，不合聲請裁判憲法審查之要件

[4] 綜觀本件聲請裁判憲法審查之理由，其中涉及基本權之主張者有二：一為未成年子女之各種憲法上權利，包含其正當法律程序之權利；一為聲請人之訴訟權。

（一）關於主張未成年子女之各種憲法上權利部分

[5] 查聲請人向本院提出之書狀，凡涉及基本權利之主張者，幾乎均著重於未成年子女各種基本權利（人格權、訴訟中陳述意見權或聽審權、受教權、健康權、最佳利益、身心健全發展、身分認同權等）之主張。然而，本件聲請人係以母親身分，聲請改定其未成年子女之親權行使，並進行後續有關暫時處分程序與抗告救濟程序，進而以自己名義提起本件聲請，其未成年子女並非系爭裁定一至三之當事人，亦非本件聲請之聲請人。子女（含未成年子女）於憲法上所享有之各種憲法上權利，尤其具人格權屬性之權利，其權利主體並不擴及子女之父母，是聲請人無權主張其未成年子女之憲法上權利。況親權酌定或改定事件涉及父、母及子女三方之關係，父母任何一方之利益，未必與未成年子女之利益一致，反而不排除有利益衝突之可能，故家事事

件之審理上，尚須輔以社工人員之訪視報告或家事調查官、程序監理人之調查報告，以及警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果（民法第 1055 條之 1、家事事件法第 109 條規定參照），以確保未成年人之利益。由此可知，父或母並不能逕為主張未成年子女之基本權利，並據以聲請裁判憲法審查。

（二）指摘訴訟權受到侵害部分

[6]聲請人於裁判憲法審查補充理由（二）狀簡略提及其受憲法保障之訴訟權亦受侵害，其理由略謂：系爭裁定三認為關於義大利疫情是否適於未成年子女前往是再抗告程序才提出之新證據，非該院得審究，實已罔顧民事訴訟法規定，更已侵害聲請人三級三審之訴訟權益，使聲請人無異只剩下一級一審之程序保障等語。依其所述，聲請人顯然是針對系爭裁定三關於證據事實之認定與評價，且係指摘其違法性，是聲請人以此為由聲稱其訴訟權遭受侵害，其主張顯難以成立。

[7]綜上，本件聲請人未具體敘明其究有何等基本權利遭受相關裁判之侵害，與聲請裁判憲法審查之要件不合，本件聲請應不受理。然本號判決僅以「系爭裁定三為確定終局裁定」以及系爭裁定三合於憲訴法第 61 條規定所稱兩種情形，並自行認定「本件裁判憲法審查聲請，除涉及聲請人受憲法保障之親權外，亦涉及未成年子女丙○○受憲法保障之人格權及人性尊嚴之基本權利」，即認「系爭裁定三憲法審查之聲請，符合憲訴法第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項之規定，應予受理」，其受理之理由，不但嚴重混淆裁判憲法審查聲請之合法性要件審查事項與實體審查事項，於聲請案是否受理之審查時，即逕以憲法法庭依職權認定之實體審查基準（如聲請人並未主張之「聲請人受憲法保障之親權」）為據，論斷聲請案是否合於法定要件，且完全忽略人民聲請裁判憲法審查，應主張其基本權利遭受裁判之侵害而違憲之要求。作為憲訴法修正施行以來第一件裁判憲法審查判決，其對聲請裁判憲法審查之「聲請權能」（Beschwerde-befugnis）之忽視，實令人憂心！

## 貳、系爭裁定三未違憲，本件聲請無理由，應予駁回

### 一、本庭於裁判憲法審查之審查範圍

[8]裁判憲法審查制度，非在使憲法法庭成為各級法院裁判之第四審或超級上訴審，而是為確保人民所享有之憲法基本權利確實受到法院之尊重與維護；正如同人民聲請法規範憲法審查制度下，憲法法庭係致力於確保人民所享有之憲法基本權利，確實受到法規範制定者之尊重與維護。因此，憲法法庭於裁判憲法審查程序所應審查者，係人民已用盡審級救濟案件之確定終局裁判是否抵觸憲法，亦即是否違憲侵害其憲法基本權利。就此而言，個案事實之認定與評價、個案所應適用法規範之解釋與適用、訴訟程序之進行等，原則上為各級法院之職權，非屬憲法法庭所應審查者。憲法法庭於裁判憲法審查所應審查之範圍，毋寧係法院對於相關法規範之解釋與適用，是否漠視或輕忽憲法基本權關聯性，或存有悖離相關基本權保障意旨之觀點或價值取向；且唯有法院就其據以為裁判基礎之法規範所為解釋與適用，包括所為利益衡量，是基於對基本權之意義與保護範圍之根本性錯誤之理解，並因此對系爭個案之裁判造成實質影響時，始達到應由憲法法庭以判決予以廢棄之違憲程度。

### 二、本庭於本件聲請案應審酌之基本權

[9] 本件聲請人並未有效主張其究有何基本權利遭受系爭裁定一至三之侵害，已如前述。然本件聲請既獲受理，本庭仍應依職權確定本件聲請案應審酌之基本權。由於親權改定事件必然涉及父、母及子女之三方關係，且父母雙方之立場往往存有極大衝突，而父、母及子女本即各基於其權利主體地位，享有相關憲法上權利之保障，從而本庭均應予以審酌論究。

[10] 父母所享有與子女有關之憲法上權利，主要即為受家庭權所保障之父母對未成年子女之教養權。憲法第 22 條所保障之家庭權，除保障父、母與子女有自主組成與發展家庭生活之權利外，亦保障父、母對其未成年子女之教養權。父與母非共同生活時，只要其有與子女建立家庭之意願，即得分別與子女組成與發展家庭生活，並分別享有家

庭權與未成年子女教養權之憲法保障。

[11] 憲法所保障之父母對未成年子女之教養權，其權利主體雖為父母，惟其權利保障內容及其界限，均以追求與實現兒童福祉與未成年子女之利益為最高指導原則。於父母雙方無法共同行使對未成年子女之教養權之情形，基於維護兒童福祉與利益，關於父母親權之行使，即須由立法者立法形成相關規範，包括爭議解決機制。就此而言，民法第 1055 條、第 1055 條之 1 及第 1089 條之 1 就未繼續共同生活達 6 個月以上之父母，關於其未成年子女權利義務之行使或負擔所為規定，性質上即屬對父母憲法上親權衝突調整之具體規定，是個案法官於適用該等規定以酌定或改定未成年子女親權之行使時，即須同時考量父、母雙方之憲法上權利地位、兒童福祉及子女利益等憲法基本權利保障與要求，以為利益衡量決定。此外，於父母雙方就其未成年子女之教養權行使立場不一致時，往往也引動其各自憲法平等權之保障，是平等權之保障亦應納入法院與本庭之審酌範圍。

[12] 就子女而言，其與父母之教養權直接相關之憲法上權利保障，乃亦受憲法第 22 條所保障之子女健全成長與人格發展權。此權利首先係子女針對國家權力之防禦性自由權，然國家亦負有確保其健全成長與人格發展不受第三人（包括其父母在內）之危害，並積極促成其實現之保護義務。此等憲法義務不僅係對立法者之要求，所有國家權力，包括法官在內，均應於行使職權時致力維護與落實其對子女健全成長與人格發展權之義務。

[13] 此外，親權酌定或改定事件係由法院審理裁判，父、母及子女三方均屬利害相關者，其相關程序基本權之保障，如正當法律程序亦應納入考量。

### 三、本件聲請案之審查標的及範圍

[14] 本號判決所受理之直接審查標的係最高法院針對抗告裁定所為之系爭裁定三（即再抗告裁定），間接審查標的則為受系爭裁定三依法審查之系爭裁定二（即抗告裁定），以及受系爭裁定二依法審查之系爭裁定一（即家事非訟事件之暫時處分）。於裁判憲法審查之情形，

上述裁定均因救濟審級關係而具有牽連關係，均應納為審查標的，非僅侷限於形式上之確定終局裁定，即系爭裁定三。

[15] 就本件聲請案之審查範圍（或稱審查密度）而言，由於系爭裁定二及三係系爭裁定一之抗告裁定，而系爭裁定一則涉及改定親權事件繫屬中之暫時處分核發事件，因此本庭就本件聲請案之審查範圍，即應考量家事事件暫時處分與本案事件間之特殊關係。

[16] 查暫時處分係於急迫情形下，為及時有效確保本案聲請所為之暫時權利保護方法，因此家事非訟事件暫時處分之核發法院及其抗告審查法院，首須考量是否有核發暫時處分之急迫性與必要性；就本件聲請案所涉之暫時處分（即系爭裁定一）而言，即是否有於家事非訟事件本案裁定確定前，就未成年子女之親權行使之父母一方、內容與方法等，為暫時指定之急迫性與必要性。

[17] 由於父或母聲請改定親權事件涉及父母對未成年子女親權行使既定狀態與規則之改變，亦即由父母共同任之改為父母一方任之，或由父母一方任之改由他方任之，因此，現實生活中，往往父母雙方與未成年子女早已未共同生活，甚至已無共同生活之可能。若於改定親權事件之本案程序進行中，父母之一方或雙方均向法院聲請核發暫時處分，以暫定親權行使規則者，通常更意味著父母已無共同任親權行使之可能，基於未成年子女之福祉與其最佳利益之考量，即可能有由法院以暫時處分暫定親權行使規則之必要；其內容通常是就本案裁定確定前之過渡時期，指定父母之一方暫任親權之行使及其方法等。然而，本案裁定確定時間難以預測，時間延宕愈久，隨著未成年子女日益成長與生活秩序之穩定化，暫任親權行使之父母一方，相較於他方，即愈可能與未成年子女建立更緊密甚至具排他性之親子關係與生活秩序，或獲得更有利之獨任親權條件，進而改變足以影響本案程序對子女最佳利益判斷之重要關聯因素。如此一來，法院於作成本案裁定所應優先審酌之未成年子女最佳利益之裁量、判斷空間，即可能無形間減縮，致使本案事件之「未成年子女最佳利益」之判斷基準，可能實質受到暫時處分之牽引與制約。

[18] 基此，改定親權事件暫時處分之核發及其暫時性親權行使規則之指定，法院除應基於兒童福祉與未成年子女最佳利益衡量、判斷未成年子女於本案裁定作成前之過渡時期之最佳利益外，更須為本案程序之未成年子女最佳利益之衡量、判斷，留下最大可能空間，避免為作成暫時處分而直接涉入本案程序對未成年子女最佳利益之評斷，反而導致危害未成年子女之福祉與最佳利益之結果。暫時處分之抗告法院與再抗告法院，亦應本於上開原則，審究親權改定事件暫時處分之合法性。是法院就改定親權事件暫時處分裁定之內容，如已適當考量未成年子女之最佳利益，並充分尊重與照顧到本案程序衡酌子女最佳利益之條件與空間者，其相關裁定（包括暫時處分裁定與抗告裁定）之作成，於此範圍內，即難謂違反憲法對兒童福祉與子女最佳利益之要求。

[19] 是本庭就系爭裁定一至三之審查範圍，應著重於該等裁定對相關法規範之解釋與適用，於父母雙方憲法上之子女教養權存有衝突之情況下，是否充分考量父、母及未成年子女三方之各該基本權立場、就個案中權利衝突之利益衡量，是否充分衡酌憲法上解決或調和該等權利衝突之首要基準，即兒童福祉與子女利益之要求。至於系爭裁定一及二就相關事實之認定與評價，以及對法規範之解釋、適用之見解，原則上非屬本庭審查之範圍。

#### 四、系爭裁定三難認有牴觸憲法

本席等認為系爭裁定三難認有牴觸憲法之處，遑論已達應由憲法法庭以判決予以廢棄之違憲程度；本號判決據以宣告系爭裁定三違憲之主要理由，亟待商榷。理由分述如下：

- （一）系爭裁定一至三就法規範之解釋、適用及利益衡量，難謂存有對父、母及未成年子女基本權利及相關憲法原則之錯誤理解；亦未見有輕忽兒童福祉與未成年子女最佳利益保障之憲法要求之違誤

[20] 首先，系爭裁定三認定系爭裁定二並無適用法規顯有錯誤之違誤；其次，針對再抗告主張，系爭裁定三亦認定再抗告人（即本件聲



請人)所陳意旨,就家事事件法第91條第4項規定之解釋適用部分,難謂有適用法規顯有錯誤之情形,其餘所陳,則屬原法院取捨證據、認定事實當否,及理由是否不備、矛盾問題,均與適用法規顯有錯誤無涉等。由此可知,系爭裁定三無論係就系爭裁定二之審查部分,抑或自為相關法律之解釋與適用部分,均認再抗告無理由。而系爭裁定三自為法律之解釋與適用部分,除提起再抗告之要件規定(家事事件法第94條第2項規定參照)外,主要係針對家事事件法第91條第4項規定。對此,系爭裁定三除強調法院使未成年子女有表達意願或陳述意見之機會,應依子女年齡等不同情況為之外,特別引用家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第7條第2項所定,「法院核發……暫時處分,應審酌未成年子女之最佳利益,並應儘速優先處理之」,指明原法院取用與未成年子女之意願或陳述相關之證據資料等難認有違誤,客觀上可認係系爭裁定三基於未成年子女最佳利益所為評價與判斷;此等評價與判斷非屬憲法法庭審查之範圍,憲法法庭毋寧應予以尊重,更不生評價或裁量錯誤之違憲問題。

[21] 其次,就受系爭裁定三所審查之系爭裁定二而言,亦難認其有違背憲法所要求之未成年子女最佳利益之違憲疑慮。系爭裁定二首先指明其於暫時處分程序不應介入調查審理之事項:「……在改定未成年子女權利義務之行使或負擔事件裁定確定前,認有必要者,法院非不得依聲請或職權,斟酌子女之利益,為適當之暫時處分。至相對人是否有阻撓會面交往、是否非善意父母、未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益等各節,實屬本案酌定親權應調查事項,應由本案審理」。依此,系爭裁定二僅審查法院是否有以暫時處分,訂立本案裁定前,父母對其未成年子女親權行使依循之急迫性與必要性,並指明應斟酌未成年子女之利益,明確將未成年子女應由何人監護較符合子女最佳利益之問題,留待由本案法院審理調查。就此而言,其對暫時處分之核發所應適用法律之解釋,實難謂有漠視或悖離憲法所要求之兒童福祉或未成年子女最佳利益之裁量錯誤或評價謬誤。

[22] 此外,系爭裁定二雖有過度簡化系爭裁定一理由之嫌,惟無疑係

肯定該裁定內容之正當性，而系爭裁定一理由中，法院特別指出：「……本案改定親權事件之程序監理人已完成子女與相對人在臺灣部分之訪視，惟子女與聲請人之親子互動觀察尚未進行，故程序監理人宜於相對人交付子女完成後，赴義大利觀察子女與聲請人在自然情境中面對面接觸之親子互動，並就子女在義大利之生活與就學等環境加以評估，供本案親權裁判之審酌。依此，本院可預見本案一審在參酌雙方之訪視報告後，所為親權行使、主要照顧者及探視方式之裁定，自較本暫時處分更為完備，爰就第二項子女與聲請人同住義大利期間之屆至日定為一審裁定前；迨一審裁定後如有暫時處分之急迫及必要，再行斟酌變更暫時處分內容，俾符子女最佳利益。」明確指明基於子女最佳利益之考量，要求程序監理人應於子女隨同其義大利籍父親暫居義大利生活期間，親自赴義進行相關親子評估，供本案親權裁判之審酌，且明定子女與父親同住義大利之期限僅至一審裁定前，一審裁定後應重行考量是否有暫時處分之急迫與必要，以及斟酌變更其內容，目的應在於動態調整未成年子女最佳利益之判斷，以符合其最佳利益。此外，法院所為暫定親權行使之規劃，亦納入子女與母親之聯絡交往方式以及在臺灣相處時間等。由此可知，系爭暫時處分不但充分考量子女最佳利益而形成暫時處分內容，亦充分尊重與照顧到本案程序衡酌子女最佳利益之條件與需求，實難認系爭裁定一之認事用法存有悖離憲法相關基本權，包括父母家庭權、子女教養權、子女健全成長與人格發展權以及其中所蘊含之兒童福祉與子女最佳利益等保障意旨之錯誤，或對該等基本權利保障內容存有錯誤理解。從而，系爭裁定二維持系爭裁定一之內容而駁回抗告，亦難認有何違憲可言。

(二) 系爭裁定二就未成年子女最佳利益之判斷上，就繼續性原則之適用，以及作成系爭裁定一之暫時處分之必要性，均已本於相關基本權利之適當理解而為衡酌，難謂有本號判決所指摘之違誤

[23] 本號判決係就改定親權事件之暫時處分裁定，所為裁判憲法審查

之判決。依民法第 1055 條第 3 項及第 1055 條之 1 第 1 項規定，行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方得為子女之利益，請求法院改定之；且法院為此等事件之裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，尤應注意第 1055 條之 1 第 1 項所列各款規定。另依家事事件法第 85 條第 1 項及同條第 5 項授權訂定之家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 2 條第 1 項本文、第 4 條、第 7 條第 2 項規定，就改定親權事件，於本案裁定確定前，法院審酌未成年子女之最佳利益，為確保本案聲請之急迫情形且有必要，得依聲請或依職權為適當之暫時處分。可知，關於改定親權事件之暫時處分裁定，我國實定法亦認應依未成年子女之最佳利益，就是否有為暫時處分之必要性及急迫性，暨暫時處分內容之適當性為審查，符合未成年人主體性及未成年子女最佳利益優先之要求（憲法第 22 條人格權保障及兒童權利公約第 3 條規定參照）。

[24] 又，所謂未成年子女之最佳利益係一不確定法律概念，雖民法第 1055 條之 1 第 1 項規定有明列尤應注意之事項，但依該條項所為「法院……審酌一切情狀，尤應注意……」之規範內容，足知所明列者只是就重要事項為例示，關於未成年子女最佳利益之審酌，仍應由法院就個案之一切情狀綜合判斷之，尚非僅限於法文所明列者。申言之，法院既不得僅依單一事項作為判斷未成年子女最佳利益之標準；並因未成年子女最佳利益之考量，係判斷如何之情狀方屬個案之未成年子女最佳成長環境；且既言成長環境，自包括人、地、事、物，而親權之酌定或改定又極可能涉及原成長環境之人、地、事、物之變動，加以此等事項之變動對未成年子女最佳利益之衡酌，不僅包括對個案之過去及現在相關事實之調查，尚有對未來之預測，而具有相當之個案性，是民法第 1055 條之 1 規定，除於第 1 項賦予法院審酌個案一切情狀之職權外，並於同條第 2 項就法院審酌子女最佳利益之證據調查，為其他專業人士輔助之規範，使法院得多面向了解個案情形，俾得為妥適之綜合判斷。然於法院就未成年子女最佳利益之判斷上，各種判斷未成年子女最佳利益之事項（如學理所稱之繼續性原則、尊重

子女意願原則、善意父母原則、父母適性比較衡量原則等)間，本應依個案具體情事及事件(如親權酌定或改定，本案裁判或暫時處分等)之特質，將各該事實情狀涵攝於上開未成年子女最佳利益判斷事項之內涵，並為不同比重之綜合判斷，而此核屬個案裁判之衡量評價範疇，除有嚴重誤認或悖離國家保護義務，而違背憲法所要求之未成年子女最佳利益之情事外，憲法法庭均應予以尊重。

[25] 系爭裁定二經系爭裁定三所肯認，就屬改定親權之本案，認有以暫時處分訂立依循之急迫性與必要性之理由，主要如下：(1) 本件之父親在對未成年女兒係共同監護下，違反與母之約定，將女兒提早帶返義大利，難認有何不法考量；而母在與父約定之攜女兒返回臺灣之日前，即聲請禁止父攜女兒出境(臺灣)等之暫時處分，暨父與女兒留滯義大利期間，兩造仍互有訊息往來聯繫；以及母藉父親同意其前往義大利探視女兒，以遺失女兒護照為由，逕將女兒帶回臺灣之行為不應被鼓勵。(2) 本件之女兒在義大利、臺灣均能適應良好。(3) 本件之父、母與女兒之親子聯繫及家族系統之支持均佳。(4) 本件之女兒在義大利已生活 1 年，適應良好，義大利已屬其之新慣居地。(5) 本件之父、母關於親權行使方式意見不一，對立嚴重，母並曾將審理中事件訴諸媒體，及在社群媒體公開播放關於女兒影片(詳參本號判決理由第 28 段)。而本號判決多數意見主要係以法院於酌定或改定跨國父母之一方行使或負擔對於未成年子女權利義務，應特別考慮未成年子女因慣居地之改變，所必須面臨之適應問題，作為判斷未成年子女最佳利益之重要因素；且認除非基於十分急迫而強烈之必要性，法院不能僅基於暫時性考量，即違反繼續性原則，為跨國父母交付子女事件之暫時處分。並以系爭裁定二就未成年子女最佳利益之判斷上，有應審酌之事項未審酌，而牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨。本席等尚難同意，爰分述如下：

1. 系爭裁定三維持系爭裁定二部分，尚無未審酌繼續性原則情事

[26] 按衡量未成年子女最佳利益之各事項中，學理上所稱之繼續性原則(照護之繼續性原則)，重視的是子女過去以來之照護狀況，即子

女以前原本之照護模式與生活環境能夠繼續維持。查系爭裁定一係於女兒丙○○經母自義大利帶返臺灣之1年內作成，並為義大利係丙○○新慣居地之事實認定。至系爭裁定二距系爭裁定一之作成時間雖相距近2年，然系爭裁定一之暫時處分係不待確定即具執行力，且抗告中亦不停止執行（家事事件法第87條及第91條規定參照），而個案之父乙○○就系爭裁定一亦有聲請法院強制執行（臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號交付子女強制執行事件），惟迄今猶在執行中。換言之，於系爭裁定二裁定時，系爭裁定一之暫時處分，雖經個案之父聲請強制執行，然迄未能執行，此期間女兒仍與母居住臺灣。而就此等事實，系爭裁定二與系爭裁定一裁定時相較，已有情事變更之情。

[27] 然系爭裁定二仍基於（5）部分之事實認定，即個案父母不僅已對親權行使方式對立嚴重，且當時主要照顧女兒之一方親權者即母親，又有不符未成年子女保護之情事，而認為未成年子女最佳利益，在改定親權之本案裁判前，有為暫時處分以供父母雙方遵循之急迫性與必要性；並綜合（1）至（5）之情事，即在考量丙○○在義大利、臺灣均適應良好，且義大利已屬丙○○之新慣居地等情狀下，除考量父母適性比較衡量原則外，並斟酌個案父母分居臺灣、義大利，有衡酌親子最大接觸原則之必要，即未同住親權者之探視及會面交往之酌定（民法第1055條第5項規定參照），而維持系爭裁定一所為暫時處分之諭知（暫時處分之主文參見本號判決理由第4段）。

[28] 綜觀系爭裁定二所持之上述理由，可認關於（1）及（3）部分，應係分別針對個案父、母之保護教養子女態度、意願、能力及支持系統等父母適性比較衡量原則之判斷；另關於（2）及（4）部分則涉及繼續性原則之衡量。且觀諸系爭裁定二有為臺灣臺中地方法院109年度司執字第11967號交付子女強制執行事件執行筆錄之援引，及系爭裁定三所為系爭裁定二有調閱該執行筆錄之認定，應得認系爭裁定二之法院於裁判時，已瞭解甲○○有未依系爭裁定一將女兒交付父親，及於系爭裁定一裁定後，雖經父親聲請法院為交付子女之強制執行，

亦迄未能執行及女兒在上述執行筆錄所表達之意願等事實，惟系爭裁定二仍以女兒在義大利已生活 1 年，適應良好，且與義大利親族間之聯繫及家族系統之支持均佳等由，維持義大利為新慣居地之認定，可認系爭裁定二係於綜合前述（1）至（5）等因素下，降低前述之情事變更事實在繼續性原則考量上之比重，尚無就未成年子女最佳利益之審酌上，未考量繼續性原則之情。

[29] 至系爭裁定二就個案未成年子女最佳利益之考量，關於繼續性原則之衡酌上，雖未就個案有關因未依系爭裁定一履行所致情事變更事實，降低在繼續性原則涵攝比重上之情事，詳予論述，有過度簡化系爭暫時處分裁定理由之嫌，但尚難謂存有悖離國家基於人格權保障而生之保護義務觀點，而有違反憲法所要求之未成年子女最佳利益之裁量錯誤或評價謬誤。故本號判決多數意見以系爭裁定二未考量系爭裁定一作成後之情事變更事實，而認其就繼續性原則，有應審酌而未審酌之違反未成年子女最佳利益情事一節，實質上已具認定事實後代為涵攝判斷之嫌，而有是否逾越裁判憲法審查界限之疑慮。

2. 系爭裁定三維持系爭裁定二部分，尚無就暫時處分之必要性，未審酌未成年子女最佳利益情事

[30] 按「法院就已受理之家事非訟事件，除法律別有規定外，於本案裁定確定前，認有必要時，得依聲請或依職權命為適當之暫時處分。」  
「第一項暫時處分，得命令或禁止關係人為一定行為、定暫時狀態或為其他適當之處置。」家事事件法第 85 條第 1 項本文及第 3 項分別定有明文，而家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 4 條則規定：「暫時處分，非有立即核發，不足以確保本案聲請之急迫情形者，不得核發。」可知，關於改定親權事件之暫時處分，依我國目前之實定法規範，其暫時處分內容，既無不得准未成年子女隨一方親權人暫時離開原居住地之規定，至就應否准暫時處分之要件，雖有急迫性、必要性及適當性之要求，但亦無如為未成年子女隨一方親權人暫時離開原居住地之暫時處分，另須符合「十分急迫而強烈之必要性」之規範。此外，如本件之改定親權事件之暫時處分，係應依未成年子女最

佳利益，就是否有為暫時處分之必要性及急迫性，暨暫時處分內容之適當性為審查，已詳述如前；至繼續性原則，核屬綜合判斷未成年子女最佳利益之多種事項之一，且依前開關於未成年子女最佳利益內涵之說明，於具體個案之衡酌上，尚無某一事項之考量係具絕對重要性地位，始符國家基於對未成年子女之人格權保障所生保護義務之要求，加以依前述民法第1055條之1第1項規定之立法體例，及增列同條項第6款之立法理由，益證於我國實定法上，亦無法院為未成年子女最佳利益之審酌時，繼續性原則應具絕對重要性地位之意旨。是本號判決多數意見未說明有何憲法上之依據，即謂：除非基於十分急迫而強烈之必要性，不能僅基於暫時性考量，違反繼續性原則，使未成年子女離開原慣居地而移居他國，否則即屬違反憲法保障未成年子女最佳利益之意旨（詳見本號判決理由第42段），實難以贊同。

[31] 此外，如上所述，系爭裁定二係因認個案之父母，不僅對親權行使方式對立嚴重，且當時主要照顧女兒之一方親權者即母親，又有不符未成年子女保護之情事，乃認於改定親權之本案裁判前，有以暫時處分暫定未成年子女之親權行使內容，以供父母雙方遵循之急迫性及必要性；亦即系爭裁定二維持系爭裁定一之暫時處分，不僅已說明何以有為暫時處分之急迫性及必要性，且其所以認有以暫時處分，酌定雙方親權人行使親權之依循方式，更是基於未成年子女最佳利益之考量。惟本號判決多數意見以繼續性原則在交付未成年子女之暫時處分上，具絕對重要性地位為前提，認系爭裁定三維持之系爭裁定二，有應審酌而未審酌個案父母對立嚴重及母親之公開播放未成年子女影片等情事，是否已至須使未成年子女暫時離開現居之臺灣而移居義大利，始符子女最佳利益之必要性一節，實質上已係介入具體個案相關事實與未成年子女最佳利益應審酌之各種事項間，應如何涵攝，始合於該個案未成年子女最佳利益之暫時處分必要性之要求，亦有是否逾越裁判憲法審查界限之疑慮。

（三）系爭裁定三有關正當法律程序之法律見解及適用結果並未違憲

[32] 本號判決多數意見認為系爭裁定三就家事事件法第 91 條第 4 項所定，暫時處分裁定之「抗告法院為裁定前，應使關係人有陳述意見之機會。」（在本案即未成年子女陳述意見之機會），所持法律見解，與憲法正當法律程序之保障，有所抵觸，並據以為宣告系爭裁定三違憲之理由之一。本號判決理由書第 56 段引用家事事件法第 108 條第 1 項規定，認為其所要求之法院應「使」未成年子女陳述意見，「係於審理法院主導下，於法庭內、外向審理法院為之，使其所陳述之意見得受審理法院直接聽取，……不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。……於未成年子女有陳述意見之能力時，應使未成年子女有陳述意見之機會……」

[33] 本席等認為：上述判決理由所稱「於未成年子女有陳述意見之能力時，法院應直接聽取未成年子女陳述意見」之要求，不論是在法律或憲法解釋上，均非正當法律程序所必然要求之規範誠命，而難以成為宣告系爭裁定三違憲之憲法依據。

[34] 先就法律解釋而言，本號判決多數意見所引用之家事事件法第 108 條第 1 項規定法院應「以適當方式」，使子女有陳述意見之「機會」，並未強制要求法院必須直接、親自聽取子女之陳述意見，與同法第 91 條第 4 項但書之立法意旨相近。顯見立法者亦明文容許，並授權法院得斟酌個案情形，而為最適當之處理，以免損及子女最佳利益。換言之，縱使引用家事事件法第 108 條第 1 項規定，亦無從導出同法第 91 條第 4 項所定之抗告法院有「親自並直接聽取」子女陳述意見之程序義務。系爭裁定三認抗告法院「縱未於法庭內詢問丙○○，尚難認有何違反上開規定之情形」，從而維持抗告法院之二審裁定，實無違法之處，更無違憲可言。

[35] 退一步而言，縱使如多數意見所稱，家事事件法第 108 條第 1 項規定確係要求「於未成年子女有陳述意見之能力時，法院應直接聽取未成年子女陳述意見」，因此同法第 91 條第 4 項於適用時亦應為相同解釋。就解釋方法而言，這其實是以體系解釋的方法，協調並整合家事事件法第 91 條第 4 項與第 108 條第 1 項規定之解釋，難以稱



得上是憲法解釋。而如此解釋結果也只是法律所定之程序要求，並不當然即屬憲法上正當法律程序之必然要求。

[36] 再就憲法解釋而言，憲法上正當法律程序原則之核心內涵固包括當事人之陳述意見及事後救濟。但有關陳述之方式、時間、地點等具體安排，或事後救濟之機關及審級等，則多容許立法者有以法律為第一次決定之適當形成空間。本庭向來亦認為：「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適當程序」（司法院釋字第689號、第710號解釋參照），亦屬同旨。

[37] 以司法救濟所應遵循之正當法律程序而言，則應區別民事、刑事或行政訴訟等不同類型，而有不同密度之正當程序保障。一般而言，刑事訴訟因涉及被告之生命、自由、財產等重要權利，其程序保障密度最高，例如刑事被告於事實審之最後（言詞）陳述權。就涉及私權爭議之民事訴訟程序而言，其受憲法拘束之程序保障密度相對較低，而容許法院有一定之權衡空間，未必一定要直接並親自聽取當事人之言詞陳述，甚至得考量效率、成本等因素而為迅速之決定。至於憲法訴訟，不論是過去大審法或現行憲訴法，亦均未將本庭應直接聽取當事人以言詞陳述意見列為憲法訴訟之正當程序要求，自不待言。

[38] 特別是在具有緊急性之保全程序，其程序密度自不可能與一般訴訟程序完全相同，而應有較大之程序彈性及個案權衡空間。因此不論是民事訴訟法第538條第4項就定暫時狀態之處分，或家事事件法第91條第4項就家事非訟程序暫時處分之抗告，固均規定應使當事人或關係人有陳述意見之機會，但也都設有例外規定，容許「法院認為不適當者，不在此限。」又如本庭於作成本件111年度憲暫裁字第1號暫時處分裁定前，亦不曾使因此受有不利之父方有任何以言詞或書面陳述意見之機會，而僅以書面審查程序，並依一方之陳述，即據以作成上述裁定。此亦係本庭考量程序之急迫性等因素後所為之決定，應為憲法正當法律程序所許。

[39] 就涉及子女之親權改定事件而言，其程序是否正當，則應考量子女最佳利益。然有關應否及如何使子女陳述意見，始符合子女最佳利益之權衡判斷，更涉及事實審法院之事實認定，並非單純之法律解釋或憲法解釋問題。縱使未成年子女看似已有陳述意見之能力，但如為避免子女於各審級法院反覆陳述，或避免子女被迫要在陌生的法官面前就其父母選邊站，致有忠誠義務之兩難，或需由專業人士協助確保並確認子女之陳述係出於其真實、自主意志，並未受到父、母或其他人之誤導或片面影響，或依專業人士之建議，不適合由法院親自並直接聽取等情形，本即應容許法院於權衡上述各項事實因素後，有一定的個案裁量餘地，始可能作出正當且適當之程序決定。

[40] 查本案所涉未成年子女丙○○於系爭裁定一作成時約 5 歲半，系爭裁定二作成時約 7 歲 8 月大，系爭裁定三作成時剛滿 8 歲。如以最後事實審之系爭裁定二為基準時，該未成年子女於當時是否確有陳述意見之能力及意願？如何排除他人對該未成年子女之可能不當影響，以確保其陳述確屬其真實自主之意見？由法院直接親自聽取其言詞陳述，是否反會對其最佳利益造成負面影響？在在均涉及事實認定，應由事實審法院綜合個案情形，而為最符合子女最佳利益之判斷。此實非法律審之系爭裁定三法院或憲法審之本庭，所應或所能取而代之並自行認定之事項。

[41] 再者，於 108 年 10 月 31 日作成之系爭裁定一早已命母方交付該未成年子女予父方，此裁定並有執行力。與該未成年子女實際生活之母方是否願冒上述被執行之風險，而攜其子女於法官面前直接陳述，亦屬當時審理法院所面對並需考量之因素。按臺灣臺北地方法院就本號判決原因案件之親權改定本案程序，於 111 年 1 月 6 日作成之 107 年度家親聲字第 212 號民事裁定即明確指出：甲○○（即母方）帶丙○○回臺後，「一度連法院都無法知悉丙○○去向，甚而連法院裁定甲○○應交付丙○○予乙○○後，迄今仍未遵守法院裁定交付子女」。是作成系爭裁定二之法院當時之所以未直接聽取該未成年子女之言詞陳述，實已涉及諸多複雜之事實因素，而非單純之法律或憲法

規範之解釋適用問題。對於此等事實基礎，本庭實應尊重事實審法院之認定，不宜取而代之，甚至逕行假設事實且據以為憲法判斷。

[42] 以本案而言，本席等認為：縱認未成年子女之陳述意見機會受憲法正當法律程序之保障，然此項子女權利是否當然屬本件聲請人（母方）本身之憲法上權利，而得據以為聲請判決之依據，已不無疑問。在憲法解釋上，更難逕從憲法正當法律程序原則推導出多數意見所持：於未成年子女有陳述意見之能力時，法院就必須「直接」、「親自」聽取其「言詞」陳述，始屬合憲之結論。本號判決多數意見之上述結論，無異是將法律所定子女陳述意見之「機會」，提升為絕對性的憲法要求，不僅嚴重壓縮甚至完全排除子女最佳利益原則所需之個案權衡空間，也等於是宣告家事事件法第 91 條第 4 項規定但書之「法規範」違憲，而不只是系爭裁定三之「裁判」違憲。

[43] 又家事事件法第 16 條第 2 項規定：「程序監理人有為受監理人之利益為一切程序行為之權，並得獨立上訴、抗告或為其他聲明不服。程序監理人之行為與有程序能力人之行為不一致者，以法院認為適當者為準。」同條第 3 項更明定：「選任之程序監理人不受審級限制。」可見程序監理人在家事事件程序之特殊地位。本號判決多數意見在理由書第 56 段卻認為：「……不得因法院已選任程序監理人，或程序監理人已為陳述，即可取代未成年子女之陳述。……」並據以為宣告系爭裁定三違憲之理由之一。如此見解，無異同時質疑甚至宣告上開家事事件法第 16 條第 2 項及第 3 項規定實質違憲，而不只是宣告系爭裁定三違憲而已。本號判決多數意見之上述見解，對於現行家事事件法之整體規範架構及實務運作，勢必有超越本案原因案件之廣泛、嚴重之不利影響。

[44] 綜上，本號判決多數意見有關係爭裁定三違反憲法上正當法律程序原則之見解，就法律解釋而言，顯然已背離家事事件法相關規定之立法意旨；又逕以本庭之法律解釋取代最高法院於系爭裁定三就此爭點所持之法律見解，因而不當干預家事法院於審理個案時之法律解釋權；甚且以事實審法院自居，先自行認定子女已有陳述意見之能力，

且無其他不適合直接陳述之情事，因此要求審理本案原因案件之最終事實審（即系爭裁定二）法院必須直接聽取未成年子女之陳述意見，更是間接干預家事法院於個案解釋適用上述規定時所須先為之事實認定，從而混淆憲法法院與各級法院間之權限分際。再就憲法解釋而言，多數意見以僅具法律位階之家事事件法第 108 條第 1 項規定為其憲法解釋之依據，進而要求法院必須踐行上述程序義務，並據以宣告系爭裁定三違憲，實已剝奪家事法院於審理時應有之個案權衡空間，過度干預家事法院之個案裁判結果。而多數意見所創設之上述毫無彈性之程序義務，實在是本席等所不認識，也不確定是否正當的法律程序要求。

[45] 又以多數意見所持之違憲理由觀之，本號判決除了宣告系爭裁定三之「裁判」違憲外，其實也幾近於同時宣告家事事件法第 91 條第 4 項但書、第 16 條第 2 項及第 3 項有關程序監理人地位規定之「法規範」均實質違憲。其對家事事件相關制度所造成之衝擊與破壞性效果之鉅，實令人憂慮。

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 9 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第五庭

上列聲請人因審理臺北高等行政法院 106 年度訴字第 936 號人事行政事務事件，就應適用之公務人員考績法相關規定，聲請憲法解釋，本庭判決如下：

### 主 文

一、公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款規定：「除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：……四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。」第 7 條第 1 項第 4 款規定：「年終考績獎懲依左列規定：……四、丁等：免職。」及第 8 條後段規定：「另予考績人員之獎懲……列丁等者，免職。」與憲法第 77 條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理……公務員之懲戒。」及憲法第 18 條保障人民服公職權之意旨，均尚無牴觸。

二、其餘聲請不受理。 2

### 理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1

一、事實經過【2】 2

臺北高等行政法院第五庭（下稱聲請人）因審理臺北高等行政法院 106 年度訴字第 936 號人事行政事務事件，認應適用之公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款：「除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：……四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。」（下稱系爭規定一）、第 7 條第 1 項第 4 款：「年終考績獎懲依左列規定：……四、丁等：免職。」（下稱系爭規定二）、第 8 條後段：「另予考績人員之獎懲……列丁等者，免職。」（下稱系爭規定三）及行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款：「下列事項， 3

不適用本法之程序規定：……七、公務員所為之人事行政行為。」  
（下稱系爭規定四）等規定，有違憲疑義，經裁定停止訴訟程序後，  
向本庭聲請憲法解釋。【3】

## 二、聲請人陳述要旨【4】

聲請人之陳述意旨略以：（1）系爭規定一至三就個別公務員之  
重大違失所作成之年終考績丁等或另予考績丁等，施以免職之法律  
效果，應屬實質懲戒處分。此懲戒處分由考試院以考績制度掌理，  
與憲法第 77 條、第 83 條及憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款等規  
定，要求懲戒一元化、由司法院掌理公務員懲戒事項之意旨有所不  
符；（2）現行之懲處懲戒雙軌程序，欠缺明確規範，並使追究公務  
人員違失情事之權限發動，取決於主管長官之裁量，除造成不同責  
任人間責任追究之差別待遇外，更使同一違失行為有雙重追究之風  
險，違反憲法之法律明確性原則、平等原則及比例原則；（3）系爭  
規定一至三賦予行政機關以考績免職剝奪公務人員身分關係之權  
限，與憲法第 77 條規定蘊含之懲戒處分保留於法官作成之意旨相抵  
觸，違反憲法之正當法律程序等語。其餘所陳詳見聲請書所載。【5】

## 貳、受理依據及審理程序【6】

### 一、受理依據及範圍【7】

聲請人於中華民國 109 年 6 月 15 日提出聲請（本庭收案日），  
是本案之標的是否應受理，應視其是否符合司法院釋字第 371 號、  
第 572 號及第 590 號解釋所定之要件（憲法訴訟法第 90 條第 1 項但  
書規定參照）。就其所聲請系爭規定一及二部分，與前開要件相符，  
爰予以受理。就其所聲請系爭規定三部分，雖非聲請人應適用之法  
律，惟其法律效果與系爭規定一及二相同，與本案具有重要關聯，  
亦應予受理。就系爭規定四部分，聲請人所陳尚難謂已提出客觀上  
形成確信法律為違憲之具體理由，應不受理。【8】

### 二、言詞辯論程序部分【9】

本庭於 111 年 3 月 29 日上午 10 時舉行言詞辯論，邀請聲請人、  
關係機關銓敘部、行政院人事行政總處、司法院行政訴訟及懲戒廳、

專家學者到庭陳述意見。【10】

聲請人之言詞辯論陳述要旨略以：（1）憲法第 77 條規定蘊含 11 之懲戒一元化原則，其目的在避免公務人員因同一違法失職事由，而受國家不同機關之不同程序予以追究，以落實一事不二懲及正當法律程序等之憲法要求；（2）年終考績丁等所生之免職效果，係基於公務人員違法或失職事項所生，為實質之懲戒處分；（3）行政機關為落實行政管理目的對公務人員為考績處分雖具有目的正當性，然行政考績與懲戒本質有所不同，是以懲處、懲戒權限之範圍及其應適用之程序，亦應有所差異，不應使行政長官有裁量權限，而得恣意選擇懲處或懲戒，否則即與法律明確性原則、正當法律程序及比例原則有違等語。其餘主張詳見聲請人聲請書所陳。【11】

關係機關銓敘部之言詞辯論陳述要旨略以：（1）懲處與懲戒有 12 所不同，且參酌制憲沿革，懲處懲戒雙軌並立之現實，於制憲之後並未改變，甚至於憲法增修條文第 6 條規定將免職權限保留予考試權及行政權，是我國憲法中不存在懲戒一元化之原則；（2）司法院釋字第 243 號及第 298 號解釋，承認懲處懲戒雙軌制度並立之正當性；前述解釋中，就公務人員得對實質懲戒處分進行行政救濟之論理，於司法院釋字第 785 號解釋後，已無繼續援用之必要，是年終考績所生之懲處與實質懲戒處分應屬二事；（3）行政權承擔施政成敗之責任，且行政長官就受考評人之表現知之甚稔，賦予行政長官掌人事獎懲權限，符合權力分立原則等語。其餘主張詳見言詞辯論意旨書所陳。【12】

關係機關行政院人事行政總處之言詞辯論陳述要旨略以：（1） 13 行政院為最高行政機關，任免考績之執行權屬行政權，是以懲處應係行政權之固有權限；參酌制憲過程，憲法第 77 條規定將公務員懲戒歸屬於司法，旨在避免監察權同時擔任彈劾權及審判權之角色，是憲法第 77 條規定並不蘊含懲戒一元化之要求；（2）免職權為行政權固有之權限，毋庸區分其目的是否係針對違失行為進行評價；另司法院釋字第 298 號解釋中「合理範圍」僅在處理公務員懲戒之

問題，與公務人員考績法中之懲處無涉；（3）年終考績丁等固生剝奪公務人員身分之法律效果，惟實務上已賦予人民正當法律程序之保障，並未牴觸憲法第 18 條規定保障服公職權之意旨等語。其餘主張詳見言詞辯論意旨書所陳。【13】

關係機關司法院行政訴訟及懲戒廳之言詞辯論陳述要旨略以： 14

（1）參酌我國行憲前公務員懲戒法律制度、制憲歷程及相關司法院解釋意旨，憲法第 77 條規定蘊含懲戒一元化之憲法原則，行政權應不具有懲戒公務員之權限；（2）憲法第 77 條規定由司法院掌理公務員懲戒權限之意旨在保障公務員權益，是司法院釋字第 298 號解釋中之「合理範圍」應不包括公務人員考績法中具有實質懲戒性質之免職處分；（3）公務人員考績法中年終考績之免職處分剝奪公務員之身分，限制人民受憲法第 18 條保障之服公職權，此為專屬於司法權之核心事項，不應由行政長官為之等語。其餘主張詳見言詞辯論意旨書所陳。【14】

本庭斟酌各聲請書、言詞辯論各方陳述等，作成本判決，理由 15  
如下。【15】

參、受理部分之審查【16】 16

系爭規定一至三賦予行政機關得對所屬公務員作成「年終考績 17  
丁等」或「另予考績丁等」之免職處分，其憲法爭議主要涉及以下  
兩個問題：一、具上開免職效果之行政懲處權是否違反憲法第 77 條  
規定？二、上開行政免職權是否侵害憲法第 18 條規定所保障之服公  
職權？就此二問題，本判決認為均不違憲。【17】

一、系爭規定一至三許行政機關就所屬公務員有予以考績丁等免職 18  
之行政懲處權，與憲法第 77 條規定，尚無牴觸【18】

（一）由行政機關行使免職權，符合憲法權力分立原則【19】 19

現代民主立憲國家之憲法就其政府組織，莫不採取權力分立 20  
原則，以避免政府濫權，保障人權。我國亦然，且為司法院釋字第 499  
號解釋列為我國憲法之非明文修憲界限之一。各國所採權力分立原  
則之具體制度安排容有差異，然多強調以下 3 個層面：（1）權力之



定性區分：多數國家之憲法係將政府權力依其性質區別為行政權、立法權及司法權三大類。(2) 權力之歸屬機關：將上述不同性質之權力，分別歸屬於組織及程序等功能最適之不同機關行使，以發揮功效；原則上並禁止同一機關行使兩種以上權力，以避免權力集中。

(3) 權力之相互制衡：行使不同權力之機關間應相互制衡，以避免權力失衡或侵害人權。司法院釋字第 613 號解釋理由書第 5 段就此亦曾釋示：「……惟權力之相互制衡仍有其界限，除不能抵觸憲法明文規定外，亦不能侵犯各該憲法機關之權力核心領域，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙（本院釋字第 585 號解釋參照）或導致責任政治遭受破壞（本院釋字第 391 號解釋參照），例如剝奪其他憲法機關為履行憲法賦予之任務所必要之基礎人事與預算；或剝奪憲法所賦予其他國家機關之核心任務；或逕行取而代之，而使機關彼此間權力關係失衡……」，可資參照。【20】

系爭規定一至三所定由行政機關行使考績丁等免職權是否符合 21  
權力分立原則之問題，亦可依上述步驟予以分析、判斷：(1) 此等免職權之性質究屬行政權或司法權？(2) 此等免職權適合或應由行政或司法機關行使？(3) 此等免職權如依聲請人之主張，僅得由司法權為第一次決定，而有所謂法官保留原則之適用，是否會違反上述制衡之界限？【21】

1. 免職權之性質屬行政權，且為行政機關人事權之固有核心權限 22  
【22】

法令政策之執行是行政機關之核心權力領域。行政機關為有效 23  
執行各項行政事務，除需有財政預算之支持外，另有賴人事始足以實現行政任務。無人即無行政，人事權為行政權所不可或缺之核心權力。於我國法制，免職係泛指個別公務員之終止現職，其原因則包括因受懲處或懲戒之免職，或因另有他用或主動辭職之免職，免職後機關長官即對個別公務員不再有業務上之指揮監督權。是公務員之任命為人事權之起點，免職為終點，兩者俱為人事權之核心事項。又基於行政一體及責任政治原則，機關長官就其所屬公務員應

有一定之指揮監督權限，始足以遂行任務並達成行政目的。法律就公務員之任命及免職固得就其資格、程序、效果等為一般性之規定，但不得完全剝奪行政機關之任命及免職權，否則即侵及行政機關人事權之核心（司法院釋字第 613 號解釋理由書二參照）。【23】

就政府業務之推動、上下指揮監督之運作及行政一體原則之確保而言，免職權之重要性甚至更大於任命權。特別是就有任用資格要求之文官而言，用人機關或許無從自主選擇其認為最適合之公務員，但如果用人機關對於績效不佳或有違法失職情事之不適任公務員，無從依法定程序予以汰除，則必影響行政效能，甚至妨礙行政目的之實現。是相較於任用權，免職權顯更能發揮指揮監督之實效，而為憲法行政權所不可或缺之固有核心權限。至於免職之要件、程序、效果及救濟等，另應符合法律保留、正當程序、比例原則等憲法要求，則為公務員服公職權之保障問題，與此處之權力分立問題有別。【24】

2. 考績免職權適合由行政機關行使並為第一次決定【25】 25

系爭規定一至三所定之年終考績制度係對公務員之平時考績，此等考績制度係行政機關人事權之重要環節，更是上開免職權之必要配套制度。考績結果一方面可供用人機關據以為獎懲、陞遷及免職等人事決定之依據，另一方面也提供公務員必要之法定事由及法定程序之保障。尤其是平時考績（包括年終考績），更是用人機關為指揮監督及汰除不適任者，所應具備及踐行之機制。由於平時考績係依據公務員於全年度內之各項表現，予以個別及綜合評斷；且公務員之主管人員及機關長官通常也最清楚及知悉機關運作需求與各該公務員之工作、操行、學識、才能及表現，從而不論是在組織或程序上，行政部門應屬功能最適之決定機關，而更適合為第一次之判斷。與掌理行政權之用人機關相比，法院固具法律專長，然就各項行政業務之推行則未必如行政機關熟悉；況法院之主要功能係在提供外部之事後救濟，且其救濟亦限於合法性審查，而無法及於妥當與否之合目的性審查。故不論是就組織、程序或專業能力而言， 26

行政機關至少應為行使免職權之主要機關，法院實難以、也不適合完全取代行政機關，就是否考績免職逕為第一次決定。【26】

故於憲法解釋上，應承認並保障行政機關於所屬公務人員發生特定之法定事由，且情節重大時（包括不能勝任、嚴重妨礙公務之有效施行或其他重大失職行為等），得依正當法律程序，予以考績免職。反之，如完全剝奪行政機關對所屬公務員之免職權，反與機關功能最適原則有悖，而有違反憲法權力分立原則之虞。【27】

3. 完全剝奪行政機關對所屬公務員之免職權，並由司法權取而代之，已逾越權力制衡之界限【28】

上述免職權雖屬行政權之核心領域，但並非不得限制。為健全公務員制度，保障人民之服公職權，立法機關得制定法律規定免職事由及其應遵循之正當法律程序，並給予被免職之公務員得依法請求司法救濟，以制衡行政權。然此等立法限制仍不得完全剝奪行政機關之免職權，或將之交由其他機關取而代之，否則將侵犯行政權核心領域，破壞責任政治，並致權力失衡。【29】

又制憲或修憲者如基於制衡或其他考量，亦得將第一次免職決定權之部分交由其他憲政機關分享行使（如監察院之彈劾權及司法院之公務員懲戒權），或將免職權交由行政院及考試院這兩個憲法上之行政機關共享，以形成行政權之內部分工及院際制衡。只要未完全取代行政機關之免職權，即屬憲法政策之選擇，而無違權力分立原則。【30】

（二）由行政機關行使懲處權作成免職處分，並未抵觸憲法第 77 條規定【31】

聲請人主張系爭規定一至三允許行政機關得行使行政懲處權，作成考績丁等免職處分，抵觸憲法第 77 條所蘊含「懲戒一元化」原則。【32】

按現行懲戒與懲處制度，其事由固有重疊，然其目的及效果則均有別。就目的而言，懲戒為國家對於公務人員違法、失職行為之制裁（公務員懲戒法第 2 條規定參照）；而懲處為國家綜覈公務人

員於從業上之名實、信賞必罰，就其表現優劣，進行考評（公務人員考績法第 2 條規定參照）。就效果而言，現行公務員懲戒法所定之免除職務，其效果除免其現職外，並有不得再任用為公務員之效果；其所定之撤職，除撤其現職外，並有於一定期間停止任用之效果（公務員懲戒法第 9 條、第 11 條及第 12 條規定參照）。而公務人員考績法所定之免職，則僅有免其現職之效果，而無根本剝奪公務員資格之效果。【33】

又查懲戒與懲處兩種制度，係承繼中華民國訓政時期法制，自始即為不同制度，且於憲法施行後繼續雙軌併行。不論是依制憲意旨或修憲規定，均無從認定憲法第 77 條規定蘊含「懲戒一元化」原則，且不容許行政機關行使具有免職效果之行政懲處權。大法官過去所為司法院解釋亦皆承認行政懲處及司法懲戒均得作成免職或類似效果之決定。【34】

1. 憲法第 77 條規定並無「懲戒一元化」之意旨或效果【35】 35

按 20 年 6 月 8 日公布施行之公務員懲戒法第 3 條明定免職為懲戒處分之一，並有停止任用至少一年之效果。24 年 7 月 2 日公布，同年 16 日施行之公務員考績法第 2 條明定公務員考績分為年考（一年成績之考覈）及總考（三年成績合併考覈）。同年 11 月 1 日公布施行之公務員考績獎懲條例第 3 條則定有解職處分，同條例第 4 條及第 5 條更分別明定解職為年考獎懲及總考獎懲之懲處措施之一。32 年 2 月 26 日公布施行之非常時期公務員考績條例第 5 條規定將解職改稱免職，同條例第 3 條第 3 項明定：「公務員……其有重大過失應記大過者，除依上述程序懲處外，並得視其情節依法交付懲戒。」明確區別懲處及懲戒。憲法施行後，38 年 1 月 1 日公布施行之公務人員考績法第 6 條繼續維持上述年考及總考免職之規定。後歷經多次修法，延續上開行政懲處制度所形成之考績丁等免職處分，至今仍與司法懲戒之免除其職或撤職處分，併行不悖，並未因憲法第 77 條規定之施行而受影響。【36】

憲法第 77 條固規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、 37

刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」然考諸制憲過程，當時制憲國民大會係為避免由監察院同時掌理彈劾案之提出及審理（即懲戒），故將彈劾案提出後之懲戒自監察院移列為司法院之職權，而於憲法第 77 條明定公務員懲戒為司法院職權（國民大會秘書處編印，國民大會實錄，35 年 12 月，第 445、477、479 頁參照）。究其意旨，僅係要以司法懲戒作為監察院彈劾權之外部制衡機制，避免監察院於彈劾案扮演球員兼裁判之雙重角色，而與制憲當時即已存在、併行之行政懲處制度無關。【37】

又憲法第 81 條規定：「法官……非受刑事或懲戒處分……，不得免職。……」明文禁止司法行政機關得逕依行政懲處將法官免職，以保障法官之審判獨立。相較於法官之上述特別保障，其他公務員則無「非受懲戒處分，不得免職」之特別保障。故依上開憲法規定之體系解釋，行政懲處及司法懲戒免職之雙軌併行制度，於法官以外之公務員自得適用，亦不牴觸憲法第 77 條規定。【38】

換言之，憲法第 77 條所定「公務員之懲戒」，在解釋上，應不包括行政懲處，亦非要求必須由法院擔任公務員懲戒及懲處之第一次決定機關。聲請人主張憲法第 77 條規定蘊含「懲戒一元化」原則，致所有公務員之免職，包括向來屬行政懲處之免職，均須由法院作成第一次決定，而有所謂法官保留原則之適用，實難以成立。【39】

## 2. 憲法增修條文第 6 條規定確認行政權包括免職權【40】 40

按憲法第 83 條本規定：「考試院為國家最高考試機關，掌理……任用、……考績……等事項。」憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款規定則將憲法第 83 條所定「任用」修正為「任免」，明白確認公務員之任命及免職俱屬行政權之範圍；同條項款另規定「公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項」屬考試院職權。雖未同時明文規定上開公務員任免、考績等事項之執行，移歸行政院掌理。然包含任命及免職之人事權本即為行政權之固有核心事項，而公務員任免之執行事項既不再屬考試院職權，則依我國憲法有關中央政府組織及職權之規定，憲法未明文劃歸其他憲政機關行使之有關公

務員任免之人事行政權，在解釋上，即應由享有概括行政權之行政院掌理（憲法第 53 條規定參照），並由總統依憲法第 41 條規定依法任免文武官員。此亦即行政院組織法第 6 條規定：「行政院設……行政院人事行政總處」之憲法基礎。【41】

可見上開憲法增修條文之規定意旨及效果，僅係就公務人員任免及考績等事項之執行，由考試院移歸行政院，從而修正調整考試院與行政院間之權限分配，既與監察院之彈劾權無關，亦與司法院所掌公務員懲戒權無關，更無將既有行政懲處之免職權，改由法院獨占並為第一次決定之規範目的及效果。【42】

3. 向來司法院解釋亦承認行政懲處及司法懲戒之雙軌併行【43】 43

制憲當時，上述行政懲處權與司法懲戒權原即已雙軌併行。因此公務員就其所受行政懲處，本應以憲法第 77 條所定行政訴訟為其救濟。然因過去囿於特別權力關係理論及實踐之限制，致公務員一度難以就其所受之不利措施提起訴願及行政訴訟以獲救濟。司法院釋字第 243 號、第 298 號、第 323 號、第 491 號及第 583 號解釋等，除強調法律保留原則及正當法律程序之保障，以求公務員考績制度之法制化外，另亦逐步破除公務員就其所受行政懲處請求司法救濟之限制，而在司法院釋字第 785 號解釋完全破除之，貫徹有權利即有救濟之原則。【44】 44

在上開釋字第 785 號解釋之後，公務員就影響其權益之各類違法公權力措施（包括行政懲處之免職），既得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟，則在解釋上，更無必要將年終及另予考績免職處分亦均解釋為實質上之懲戒處分，甚且僅限由司法懲戒始得為之。至於司法院釋字第 491 號解釋所審理之專案考績免職，是否應繼續認屬「實質上之懲戒處分」，甚至改為專由司法懲戒為之？或應回復其行政懲處之定性，且維持行政懲處與司法懲戒雙軌併行之現制？則不在本判決審理範圍，併此指明。【45】 45

綜合上述制憲、修憲及相關司法院解釋之整體意旨，應認憲法第 77 條所定之行政訴訟，係公務員就其受行政懲處所得請求司法救 46

濟之原則性及一般保障規定，至於監察院依公務員懲戒法移送司法懲戒，則屬例外性及特別保障規定，始為正本清源之解釋。【46】

二、系爭規定一至三與憲法第 18 條規定保障之服公職權尚無牴觸 47  
【47】

依公務人員任用法任用之公務人員，代表國家履行公共任務， 48  
與國家恆處於特別緊密之忠誠、信任關係，為維護行政一體之指揮監督，以實現行政目的，立法者就考績制度之內容應有一定之形成空間。然因免職處分對公務人員之身分及權益有重大不利影響，本庭就考績免職制度應採中度標準予以審查：其立法目的如係追求重要公共利益，而其手段與目的之達成間具有實質關聯，即不至於違反比例原則，而侵害憲法保障之服公職權。【48】

系爭規定一至三規定考績丁等者免職，係為汰除不適任公務 49  
員，以貫徹行政一體，發揮行政效能，其所追求之目的自屬重要公共利益。又於體系解釋上，用人機關於受處分公務員具有符合系爭規定一所定「品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者」或公務人員考績法第 6 條第 3 項第 1 款至第 3 款規定之明顯不適任事由時，始得依系爭規定二或三予以考績丁等而免職，是系爭規定一至三之限制手段與上述目的之達成間，顯具有實質關聯，而不違反憲法第 18 條規定保障人民服公職權之意旨。【49】

我國現行司法懲戒及行政懲處之雙軌併行制度，既未牴觸憲法 50  
第 77 條規定，自亦不生聲請人所稱違反平等保障或法律明確性原則之問題。惟公務員懲戒法第 2 條所定之懲戒事由，與公務人員考績法第 6 條第 3 項所定得考列丁等免職之 4 款事由、第 12 條第 3 項所定專案考績一次記二大過免職之 8 款事由間，難免有所重疊。而用人機關就同一事由究應依公務員懲戒法移付懲戒，並由懲戒法院作成司法懲戒處分之第一次決定，或依公務人員考績法逕為行政懲處，再由行政法院提供事後之司法救濟，不僅在規範面欠缺共同之選擇標準可資遵循，各機關之實務作法也不盡一致。是就上述公務

員權益保障或有不夠完整之處，有關機關宜適時檢討修正相關法令，適切區別懲戒與懲處事由；或就同時該當司法懲戒及行政懲處事由之情形，明定此二程序之關係，以避免或減少用人機關恣意選擇程序及受懲處公務員之雙重程序負擔。併此敘明。【50】

中 華 民 國 111 年 6 月 24 日

憲法法庭 審判長大法官 黃虹霞  
 大法官 吳陳鐸 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  
 （許大法官宗力及蔡大法官炯燉迴避）

本判決由黃大法官昭元主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	吳大法官陳鐸、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、蔡大法官明誠
第二項	黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	無



【意見書】

不同意見書：黃大法官虹霞提出。

蔡大法官明誠提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 林廷佳

中 華 民 國            111            年            6            月            24            日

## 不同意見書

黃虹霞大法官 提出

### 本件判決只是釋憲嗎？還是踩到制憲、修憲紅線？

多數意見認公務人員於考績年度內，有公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款事由（品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據）且年度考績經評為丁等者，得由所屬機關長官依同法第 7 條第 1 項第 4 款及第 8 條後段規定，作成免職決定，此一決定與憲法第 77 條規定尚無牴觸。本席不贊同多數意見，並認為公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款規定係錯誤立法（過度解讀司法院釋字第 491 號解釋），公務人員年度考績中具懲戒性質部分（指累積或一次記兩大過免職，不包括單純不適任免職）之免職處分，其決定權應在司法院，公務人員所屬機關長官無此部分之免職決定權，只有移送監察院調查彈劾，或建議免職並直接移送司法（懲戒法院）處理之權；是於此範圍內，公務人員考績法相關規定牴觸憲法第 77 條規定，違憲。

謹將本席之理由說明如下：

一、憲法第 77 條規定，司法院為國家最高司法機關掌理公務員之懲戒。在制憲前，即已有文官懲戒法制之擬議及「文官懲戒委員會」等專責懲戒機構之設置；自立憲以來，司法院先後設立公務人員懲戒委員會及懲戒法院，處理由監察院移送之彈劾案及行政機關移送之公務員懲戒案。此部分為第一次懲戒決定，權屬司法，並無爭議。

二、在司法院大法官經由釋字第 187 號、243 號、338 號、785 號等解釋，為保障公務員之權益，解構公務員特別權力關係，賦與公務員訴訟權後，公務員與所屬機關間權利義務之爭議，公務員亦得提起相關行政訴訟救濟。即如有爭議，行政法院至少有權就機關對公務員之處分是否合法，為適法性監督，<sup>1</sup>此部分亦無爭議。但就司法而

<sup>1</sup> 有謂本於權力分立原則，行政法院不能進一步就處之妥當性為監督者，本件判決即採此見解（請見本件判決理由第 26 段）。果真應當如此嗎？這是行政法院

言：此等事件之審判與前一、公務人員懲戒之處理，容有處分權歸屬甚至有權審查範圍（是否及於妥當與否之合目的性審查）等本質上之差異。

三、又公務人員考績制度由來亦久，其為用人機關人事權之所必要，而且在憲法實施前之訓政時期已有不適任免職制度（但應無累積或一次記兩大過免職），亦屬事實。

四、惟關於公務人員考績免職權與懲戒權間如何劃分，始符憲法第 77 條規定意旨，也就是一般所謂懲戒一元化之爭議，已經很久！數十年來，前輩大法官作了幾個僅堅守立憲意旨底線但妥協、退讓、用語模糊（具有懲戒性質之免職處分、對於公務員有重大影響之懲戒處分、實質懲戒處分、核心事項）之解釋（如附件 1：司法院關於實質懲戒之解釋）之後，現任大法官放棄底線，以本件判決直接承認公務人員考績免職包括具實質懲戒性質者，全權歸屬行政機關。身在這個時刻，因為未能阻止底線失守，覺得愧對前輩大法官，但也覺得這個結果何嘗不也是當初一再妥協、退讓所可能衍生的嗎？前輩大法官可能也不是那麼意外並扼腕吧！

五、本席不是公法學者，原來不熟悉懲戒一元化爭議，但是作為大法官，有責任深入了解案件；作為釋憲者，必須守護憲法！本此理念，本席整理相關資料作以下分析，供參並盡言責：

（一）憲法第 77 條規定：司法院掌理公務員之懲戒，意指公務員之懲戒權屬司法，公務員之懲戒指第一次懲戒之決定，不是懲戒處分之審判

1、憲法第 77 條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」

2、由憲法第 77 條規定文義：係將「訴訟審判」與「懲戒」併列，而且非稱「民事、刑事、行政訴訟及公務員懲戒之審判」，因此，若

---

所以被譏諷為「駁回法院」的原因嗎？本席以為如果行政作為明顯不妥當，法官還不能監督，那司法為民只是半吊子！司法沒有盡到作為防衛正義最後一道防線之天職！

將其中「公務員之懲戒」解為「公務員懲戒之審判」，與憲法第 77 條規定文義已有未合；

3、憲法第 77 條規定係稱「司法院為國家最高司法機關」，而不是稱「最高審判機關」，甚至於制憲過程中，將原草案第 82 條所稱「司法院為國家最高審判機關」修改為第 77 條之用語。<sup>2</sup>行憲後，認司法院應審判機關化者最重要的一號解釋為司法院釋字第 530 號解釋。<sup>3</sup>是制憲當時，「司法」與「審判」不當然為同義詞。

4、更何況依制憲當時之資料，顯示：憲法第 77 條規定將「公務員之懲戒」歸司法院掌理，係緣於在五權憲法體制下，制憲者原擬由監察院併掌理對公務人員之彈劾權及懲戒權，俟認彈劾與懲戒不宜併由同一機關掌理，乃將懲戒權移出監察院掌理範圍，改歸屬司法院。<sup>4</sup>是依制憲資料，憲法第 77 條規定所稱「公務員之懲戒」，非指公務員懲戒之審判，其與現行由行政法院就公務員負面考績處分案件之審理有所不同。

（二）前輩大法官堅守之底線：憲法第 77 條規定之懲戒包括實質懲戒，其核心領域如針對公務人員違法、失職行為所為免職處分，屬實質懲戒，詳如附件 1。

（三）本席所知前輩大法官之心聲：大法官從釋字第 243 號起，一貫見解認為記兩大過免職（包括一次及累積記二大過免職，不包括單純不適任免職），本質上屬於懲戒，而且是懲戒的核心問題，不在

---

<sup>2</sup> 參考：國民大會秘書處編印，1946 年，國民大會實錄，第 444 頁

<sup>3</sup> 司法院釋字第 530 號解釋文第 3 段稱：「憲法第 77 條規定：『司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。』惟依現行司法院組織法規定，司法院設置大法官 17 人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件，並組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散事項；於司法院之下，設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之大法官外，其本身僅具最高司法行政機關之地位，致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起 2 年內檢討修正，以副憲政體制。」

<sup>4</sup> 參考：國民大會秘書處編印，1946 年，國民大會實錄，第 459 頁。

釋字第 491 號解釋所稱：「可以由立法者經由考績法之規定，將憲法賦予當時公務員懲戒委員會之懲戒權之一部分，授權長官為之」之範圍內。大法官同時希望考試院、行政院在考績法修定時能夠尊重司法權，而不願意以解釋明白宣告考績法相關記兩大過免職之規定違憲。但因此引起誤解。

（四）由附件 2（司法院相關解釋與公務人員考績法之沿革）及附件 3（我國考績與懲戒制度相關事件之時間軸對照表）可知：

1、民國 75 年以前：僅有單純不適任免職（不適任淘汰即年度考績分數不及格之免職），沒有針對違法、失職行為所作具懲戒性質之考績處分。因此，於此階段，考績與懲戒截然劃分。

2、民國 75 年新公務人員考績法立法：新設一次及累積記兩大過免職規定等涉及對公務人員違法、失職行為之年度考績懲處事由。開始出現考績懲處與懲戒事由交錯，部分重疊，乃生界線劃分、行政、司法權屬爭議，嗣有司法院釋字第 243 號、第 298 號及第 491 號等解釋。

3、司法院釋字第 491 號解釋係針對具懲戒性質之一次記兩大過免職處分之規定，但其後 90 年修正考績法，竟然於其第 6 條第 3 項，將單純不適任免職處分一併納入（併規定均須疊加以符合第 6 條第 3 項規定要件之一，才能免職），以致凡考績免職處分均具懲戒性質，因而依憲法第 77 條規定，均應由司法權為第一次決定。此一將單純不適任免職處分一併納入之舉，顯然為過度解讀司法院釋字第 491 號解釋，為錯誤之立法，當然不能以此主張公務人員免職處分權俱應歸行政權，才合理。

4、綜上，考績與懲戒原來井水不犯河水，制憲時及至民國 75 年均如此！民國 75 年以後，經由新考績法立法以懲處名義，賦與行政機關記兩大過免職權，不當擴大行政權，侵犯憲法第 77 條規定屬於司法院之公務員懲戒權，卻未循修憲程序辦理，所為非妥當！

（五）民國 81 年憲法增修條文第 14 條規定考試院之職權等（後條次變更為現行增修條文第 6 條），其第 1 項第 3 款固規定公務人員

任免之法制事項由考試院掌理，但僅在明定考試院所掌管者為「法制事項」權責而已，<sup>5</sup>無任何證據顯示：修憲者擬變更憲法第 77 條公務員之懲戒由司法院掌理之原意，本件判決理由第 42 段亦不認為憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款規定，有意變更憲法第 77 條規定公務員之懲戒由司法院掌理之意思。是憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款規定不能作為行政機關有權為公務員一次或累積記兩大過免職處分決定之依據。

六、大法官之職責為解釋憲法，大法官不是制憲者；如果憲法明文規定未盡理想，應循修憲程序處理，而非逕以憲法明文規定未盡理想為由，由憲法法庭反於憲法明文規定而為裁判，否則大法官已然超越其釋憲者角色，而自為制憲者，其非妥當，非常明顯。本件判決由其理由觀之，主要係以由行政機關行使免職權如何符合權力分立原則出發並為論述重心，但權力分立固係重要憲政原則，惟如何分配國家權力（例如公務員懲戒權要歸屬司法或行政），乃制憲或修憲者之權限，僅得由制憲者或修憲者以憲法明文規定分歸某一機關即為憲政選擇（立法機關無權以立法行為為之、行政機關或大法官亦均無職權為之）：以本件為例，憲法第 77 條已規定公務員懲戒權歸司法，即制憲者就公務員懲戒權之歸屬，已在司法與行政之間作出選擇（司法）。是縱制憲者之選擇未盡理想，但大法官本於釋憲職權，亦不可以由行政機關行使免職權如何符合權力分立原則為依據（所謂免職權之性質、如何應為行政機關人事權之核心，並適合由行政機關作第一次決定等），逕認行政機關有權對公務員為懲戒。因為如此，則係大法官取代制憲者在作憲政選擇，即大法官已然超越其釋憲者地位，而為制憲者！

<sup>5</sup> 憲法本文第 83 條規定：「考試院為國家最高考試機關……掌理考試、任用、銓敘、考績……等事項。」81 年修正公布憲法增修條文第 14 條第 1 項第 3 款則規定：「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第 83 條之規定：……三、公務員之任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之**法制事項**。」其中增加「法制事項」4 個字，其後的歷次修憲（包括現行條文）也都規定考試院是掌管公務員任免等之「法制事項」。

又本件判決理由另稱：「完全剝奪行政機關對所屬公務員之免職權，並由司法權取而代之，已逾越權力制衡之界限」（請見本件判決理由第 28 段）。一則公務員之懲戒歸司法，係憲法第 77 條明文規定，是制憲者之憲政選擇，不是立法者之立法裁量，何逾越權力制衡界限可言？大法官無權監督制憲者！二則本件爭議係緣於行政機關透過 75 年考績法修正，將其對公務員之免職權由原本限於單純不適任免職，擴大至具實質懲戒性質之記二大過免職；而不是起因於司法擴權欲將單純不適任免職亦納入懲戒範圍。即司法從未主張單純不適任免職亦具懲戒性質，單純不適任免職權始終歸屬於行政機關，未為司法取代。是根本沒有所稱「完全剝奪行政機關對所屬公務員之免職權，並由司法權取而代之」之問題，反而是行政權經由立法程序，欲將憲法明定歸屬司法之公務員懲戒權納為行政機關之權力，即欲以行政取代司法；亦即如果有所稱逾越權力制衡界限之情形，其逾權者為行政權，不是司法權。

七、免職權與懲戒權之界限？本件不僅涉及司法權，也涉及監察權

目前之法律狀態，公務人員考績法關於行政機關對所屬公務員免職權相關規定，與依憲法第 77 條司法對公務員之懲戒規定訂定之公務員懲戒法規定，確有重疊，並已因此等重疊而發生：1、行政機關得在不予免職、自行免職或移送懲戒法院間作選擇，而且如何選擇，沒有客觀準則標準，可能因機關、主管或違法失職之涉案人不同，而異其結果，此亦為本件判決所是認（請見本件判決理由第 50 段）。2、行政機關未為免職處分，監察院有權對違法失職者行使彈劾權，固無爭議；但如果行政機關已為免職處分，則監察院可否再予彈劾？查依公務員懲戒法第 22 條第 3 項規定，應無礙監察院之彈劾權行使；惟如果行政機關已移送懲戒法院處理，監察院還可以再予彈劾嗎？尤其是懲戒法院已經依行政機關之移送為實體裁判之後，依公務員懲戒法第 22 條第 1 項規定，監察院縱發動彈劾程序，也不得再作懲戒。3、如果行政機關為免職處分或較輕微之處分如記一大過，而違法失職之

公務員提起行政訴訟，由行政法院受理甚至裁判後，監察院依公務員懲戒法第 22 條第 3 項規定，應仍有權彈劾及或移送懲戒法院懲戒，但是這些都當然不生任何問題嗎？這些問題涉及行政恣意、選擇性執法造成實質不平等、一事再理……等問題，更重要的是也涉及行政權與監察權之分權與制衡！這也是聲請人法官在其工作崗位上已觀察到的、因公務人員考績法不當規定而起，並期待大法官以劃出考績免職與懲戒之界線之方式，冀求解決之憲政亂象，但多數意見竟迴避不直接處理，是這些問題不重要可以忽視？是因為認為憲法第 77 條規定錯誤嗎？是因為以為根本劃不出考績免職與懲戒之界線，又堅持合憲立場，不願回復到民國 75 年新考績法制定前狀態，將累積或一次記二大過免職回歸司法決定嗎？是因為監察權不再重要、連帶懲戒法院也可以廢了嗎？然而即使廢了監察院，原有彈劾權也不是就此消滅，不是應該劃歸立法權嗎？如果屆時立法院修改公務人員考績法，把考績免職改為民國 75 年以前之「考績是考績、懲戒是懲戒」之狀態，大法官要怎麼辦？宣告該法律違憲嗎？唉！

八、本件判決 1、未查考績免職共有三類，即除單純不適任免職以外，另有一次及累積記兩大過免職，且在制憲當時甚至 75 年以前，尚無後兩者之事實，而有誤解及衍生錯誤推論；而且 2、未查上開三類考績免職間，因是否具實質懲戒效果而性質有別（單純不適任免職不具懲戒性質），故司法院大法官相關如附件 1 之解釋已予區分，並僅認其中記兩大過免職部分，屬公務員之懲戒，應回歸所謂懲戒一元化體制，由司法權（懲戒法院）作第一次懲戒決定；3、亦未查是因為大法官考量退讓，即經由司法院釋字第 491 號解釋文稱「此項懲戒得視其性質，於合理範圍內，以法律規定由其長官為之」之方式，授權立法者得在公務人員考績法中，就免職以外之其他如記過之具懲戒性質者，得由行政機關逕為第一次決定，如此才在憲法第 77 條規定之「公務員之懲戒屬司法院」之憲法明文架構下，創造出除了具實質懲戒性質之免職處分（不含單純不適任考績免職）保留予司法權外，其他具懲戒性質之行政懲處與懲戒得雙軌併行之狀態等。乃本件判決竟反於事實、倒果為因，進而由制憲、修憲及大法官向來解釋



之整體意旨，得到全面肯認三類考績免職權均應歸行政機關，且行政法院沒有妥當與否之合目的性審查權之結論。此種事實上反於憲法第77條規定明文、制憲當時實況及司法院大法官解釋意旨，尤其顯然對公務員服公職權之保障較為不足之結論，應有未當。

九、本席無法贊同多數意見。

## 附件 1：司法院關於實質懲戒之解釋

司法院解釋	關於「實質懲戒」之論理
243	公務員之懲戒，依憲法第七十七條規定，屬於司法院職權範圍，司法院設有公務員懲戒委員會，為主管懲戒事項之司法機關。對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分，此項權限之行使及其救濟程序如何規定，方符憲法之意旨，應由有關機關通盤檢討，而為適當之調整。（解釋理由書）
298	憲法第七十七條規定，公務員之懲戒屬司法院掌理事項。此項懲戒得視其性質於合理範圍內以法律規定由其長官為之。但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。有關法律，應依上述意旨修正之。本院釋字第二四三號解釋應予補充。至該號解釋，許受免職處分之公務員提起行政訴訟，係指受處分人於有關公務員懲戒及考績之法律修正前，得請求司法救濟而言。（解釋文）
491	公務人員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁，此項懲戒得視其性質，於合理範圍內，以法律規定由其長官為之。中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分。（解釋文）
583	公務員違反七十六年一月十四日訂定發布之公務人員考績法施行細則第十四條第一項第二款第七目關於挑撥離間或破壞紀律，情節重大者，一次記二大過免職之規定，其服務機關依七十九年十二月二十八日修正公布之公務人員考績法第十二條第一項第二款規定所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分（本院釋字第四九一號解釋參照）……。（解釋理由書）

## 附件 2：司法院相關解釋與公務人員考績法之沿革<sup>1</sup>

說明：

- 1.就公務人員考績法之沿革，除訓政時期已制定公布之公務員考績法等相關法令外，原公務人員考績法係於中華民國37年11月19日行憲後制定，另有56年制定之分類職位公務人員考績法二軌併行。然而此二法律關於考績免職部分，均是以考績分數不滿規定門檻時始得考列，雖功過得互相抵銷，惟並無如現行考績法直接規定丁等免職之事由，亦無累積達二大過後產生免職之效果。而公務員懲戒法則是早在20年即制定施行，就公務員之違法失職行為，予以懲戒。其實，立法機關於制定原考績法時，符合制憲者對於司法院及考試院權力分立之想像：由前者掌理公務員之懲戒權，後者則職司公務員之考績事項，二者無論在形式上或效果上均為相互分立之關係，並未產生疊加之情形。
- 2.考試院嗣於民國75年時提出修正草案，將原考績法與分類職位公務人員考績法合併成為新版之公務人員考績法，惟新考績法亦未於其中明定年終考績丁等之考列事由，而是依第6條授權由行政機關以施行細則之方式規定。相類似地，第12條則是明文將一次記二大過之標準，交由銓敘機關定之。考試院即於76年訂定發布公務人員考績法施行細則，其中第5條列舉了年終考績丁等之考列事由，而第14條則是臚列一次記二大過之事由。於此階段，從施行細則中之考績事由可以看出，主管機關所為之考績處分可以區別為非懲處性質與懲處性質二者，後者又與懲戒法中應受懲戒之事由產生重疊關係。
- 3.其後，司法院大法官陸續於民國78年、81年及88年作成釋字第243、298及491號解釋，不僅認為主管機關基於專案考績而為之免職處分，已屬於實質懲戒處分，亦指出其構成要件應由法律定之，方符憲法第23條之意旨。為因應釋字第491號解釋關於法律保留原則之

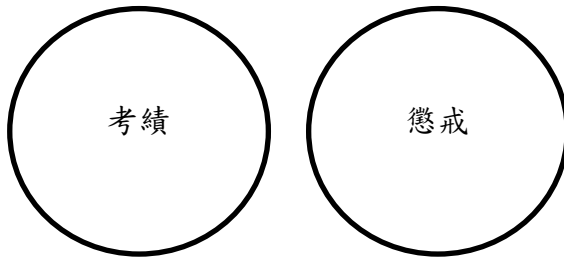
---

<sup>1</sup> 助理周函諒整理。

要求，嗣考績法於90年修正後，考試院將前開施行細則第5條及第14條之規定，提升至法律位階，分別移至考績法第6條及第12條。至此，考績法所規定之免職處分，無論是透過專案考績或者年終考績之評定方式，均與懲戒法之懲戒處分產生效果上之重合疊加關係。

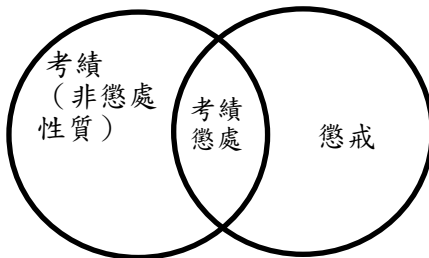
4.綜合前述，若將考績法與懲戒法二者作縱向沿革之觀察，可發現二者關係之演變：

民國75年考績法制定前：



民國 75 年考績法：

第 5 至 7 條及第 12 條（含施行細則第 5 條及第 14 條）參照

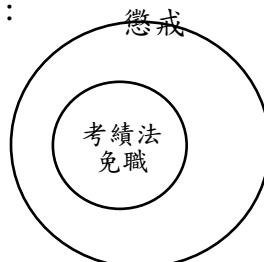


民國 78 年作成釋字第 243 號解釋

民國 81 年作成釋字第 298 號解釋

民國 88 年作成釋字第 491 號解釋

民國 90 年考績法修正後：



附件 3：我國考績與懲戒制度相關事件之時間軸對照表<sup>1</sup>

時間	大法官解釋	憲法及增修條文	公務人員考績法	公務員懲戒法
20.06.08				公務員懲戒法制定公布 第 2 條：公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：一、 <u>違法</u> 。二、 <u>廢弛職務或其他失職行為</u> 。 第 4 條：I. 免職，除免其現職外，並於一定期間停止任用。 II. 前項停止任用之期間，至少為一年。 第 11 條：各院部會長官或地方最高行政長官，認為所屬公務員有第二條所定情事者，應…送請監察院審查。但對於所屬薦任職以下公務員，得逕送公務員懲戒委員會審議。
24.07.16			公務員考績法制定公布 (訓政時期) 第 7 條：公務員考績獎懲	

<sup>1</sup> 助理周函諒整理。

			<p>條例另定之。</p> <p><b>公務員考績獎懲條例</b> 制定公布 (24.11.01)</p> <p>第 3 條：考績之懲處為解職、降級、記過。</p> <p>第 4 條：公務員年考獎懲，依左列之規定：一、等晉級。二、等記功。三、等不予獎懲。四、等記過。五、等降級。六、等解職。</p> <p>第 5 條：公務員總考獎懲，依左列之規定：一、等升等。二、等晉級。三、等記功。四、等不予獎懲。五、等記過。六、等降級。七、等解職。</p>	
25.05.05		<p><b>五五憲草</b></p> <p>第 76 條：司法院為中央政府行使司法權之最高機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及司法行政<sup>2</sup>。</p>		

<sup>2</sup> 後於 34 年 1 月憲政實施協進會徵集各方對五五憲草意見一覽表中，其意見包含刪除原條文中之司法行政，並增加公務員懲戒部分。

		<p>第 83 條：考試院為中央政府行使考試權之最高機關，掌理<u>考試</u>、<u>銓敘</u>。</p> <p>第 87 條：監察院為中央政府行使監察權之最高機關，掌理<u>彈劾</u>、<u>懲戒</u>、<u>審計</u>，對國民大會負其責任。</p>		
35.11.22		<p><b>最後修正之憲法草案</b></p> <p><b>通過</b></p> <p>於第一讀會中，第四審查委員會建議於第 82 條司法院部分增加公務員之懲戒，並刪除第 95 條監察院之懲戒權，<u>經綜合審查委員會通過採用</u>。另外，草案第 88 條關於考試院之權限已包含<u>考試</u>、<u>任用</u>、<u>銓敘</u>、<u>考績</u>、<u>薪給</u>、<u>陞遷</u>、<u>退休</u>、<u>養老</u>等。</p> <p>第 82 條：<u>司法院為國家最高審判機關</u>，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，及憲法之解釋。</p>		

<p>36.12.25</p>		<p>憲法公布施行 第 77 條：司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。 第 83 條：考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項。</p>		
<p>37.03.30</p>				<p>懲戒法全文修正 第 2 條：公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：一、違法。二、廢弛職務或其他失職行為。 第 4 條：I. 撤職，除撤其現職外，並於一定期間停止任用，其期間至少為一年。II. 休職，除其現職外，並不得在其他機關任職，其期間至少為六個月，休職期滿，許其復職。</p>



38.01.01			<p><b>舊考績法公布施行<sup>3</sup></b>  <b>(37.11.19 制定)</b>  第 6 條：考績獎懲依左列之規定。年考：…四等：停止晉俸，連續兩次年考列四等者，並得免職。<u>五等：免職。</u><sup>4</sup>  註：於該法中並無如現行考績法規定考列丁等免職之<u>事由，而逕於第 5 條以「不及五十分者」為五等，其法律效果與現行之丁等同為免職。</u></p>	
56.05.26			<p><b>分類職位公務人員考績法制定<sup>5</sup></b>  第 11 條：年終考績獎懲，依左列規定：……<u>戊等：免職。</u><sup>6</sup></p>	

<sup>3</sup> 已於 76 年 1 月 9 日廢止。

<sup>4</sup> 本條於 59 年 8 月 14 日經內容與條次修正後為第 4 條。

<sup>5</sup> 已於 76 年 1 月 9 日廢止。

<sup>6</sup> 本條於 58 年 8 月 12 日修正為第 8 條。

			<p>註：於該法中亦無如現行考績法規定考列丁等免職之事由，而逕於第 10 條以「不及五十分者」為戊等，且由機關列舉優劣之事實。其法律效果與現行之丁等同為免職。</p>	
75.06.27			<p>(新)考績法制定<sup>7</sup>第 6 條第 2 項：考列甲等及丁等之條件，應明訂於本法施行細則中，以資應用。 第 7 條：年終考績獎懲依左列規定：……四、丁等：免職。</p>	<p>懲戒法全文修正 (74.4.23) 將原第 4 條之撤職與休職規定移至第 11 及 12 條，並調整其內容。</p>
76.01.14			<p>考試院發布施行細則第 5 條規定年終考績丁等之考列事由<sup>8</sup>。第 14 條</p>	

<sup>7</sup> 第 1 條之立法理由：本條係參照原公務人員考績法及分類職位公務人員考績法第一條規定訂定。

<sup>8</sup> 公務人員年終考績評分，考列丁等者，除本法及本細則另有規定者外，須受考人在續年考度內，具有左列條件之一者為限：一、挑撥離間或誣控濫告，情節嚴重，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果者。四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽者。

78.07.19	釋字第 243 號解釋 <sup>10</sup>			規定專案考績一次記二大過之事由 <sup>9</sup> 。	
81.05.28 (第二次)			憲法增修條文公布 第 14 條第 1 項：考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：一、考試。二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。三、 <u>公務人員任免、考績、俸、陞遷、褒獎之法制事項。</u> <sup>11</sup>		
81.06.12	釋字第 298 號解釋 <sup>12</sup>				

<sup>9</sup> 二、有左列情形之一者，一次記二大過：(一) 圖謀背叛國家，有確實證據者。(二) 執行國家政策不力，或怠忽職責，或洩漏職務上之機密，政府遭受重大損害者。(三) 違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。(四) 涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。(五) 圖謀不法利益言行不檢，致嚴重損害政府或公務人員聲譽者。(六) 侮辱、誣告或脅迫長官，情節重大者。(七) 挑撥離間或破壞紀律，情節重大者。(八) 無故曠職繼續達十日，或一年累積達三十日者。

<sup>10</sup> 理由書節錄：公務員之懲戒，依憲法第七十七條規定，屬於司法院職權範圍，司法院設有公務員懲戒委員會，為主管懲戒事項之司法機關。對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分，此項權限之行使及其救濟程序如何規定，方符憲法之意旨，應由有關機關通盤檢討，而為適當之調整。

<sup>11</sup> 後為現行增修條文憲法增修條文第 6 條第 1 項。

<sup>12</sup> 「憲法第七十七條規定，公務員之懲戒屬司法院掌理事項。此項懲戒得視其性質於合理範圍內以法律規定由其長官為之。但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是

88.10.15	釋字第 491 號解釋 <sup>13</sup>		考績法修正 將施行細則第 5 條之一年終考績丁等考列事由，移列至考績法第 6 條中（內容幾無差異），並於 90 年 9 月 20 日刪除施行細則第 5 條之規定。施行細則第 14 條專案考績一次記二大過事由，則是移至考績法第 12 條中。	
90.05.29				
93.09.17	釋字第 583 號解釋 <sup>14</sup>			

否違法或不當加以審查，以資救濟。有關法律，應依上述意旨修正之。本院釋字第 243 號解釋應予補充。」

<sup>13</sup> 「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨……對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如……。」

<sup>14</sup> 「公務人員經其服務機關依中華民國七十九年十二月二十八日修正公布之公務人員考績法第十三條第一項第二款規定所為免職之懲處處分，實質上屬於懲戒處分，為限制人民服公職之權利，未設懲處權行使期間，有違前開意旨。」

104.05.01				<p>懲戒法全文修正 第 2 條修正公務員應受懲戒之事由<sup>15</sup>。 第 9 條增列免除職務之懲戒處分<sup>16</sup>。 第 11 條新增不得再任用公務員之法律效果。</p>
-----------	--	--	--	--

<sup>15</sup> 公務員有下列各款情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒：一、違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為。二、非執行職務之違法行為，致嚴重損害政府之信譽。其立法理由則謂：一、懲戒處分之目的在於對公務員之違法失職行為追究其行政責任，俾以維持公務紀律。惟公務員之違法失職行為，其情節輕重有別，如機關首長行使職務監督權已足以維持公務紀律，自無一律移送懲戒之必要，爰明定公務員如有本條所列情事之一，且有懲戒之必要者，始應受懲戒。

<sup>16</sup> 立法理由：一、公務員懲戒制度之目的在於整飭官箴，以提高行政效率，如依其應受懲戒之具體情事，足認其已不適任公務員，應將其淘汰，以維持官紀，爰參酌德國聯邦公務員懲戒法第五條、第十條及日本國家公務員法第八十二條之規定，增列第一項第一款免除職務之懲戒處分。

## 不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號判決認依公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款、第 7 條第 1 項第 4 款及第 8 條後段規定，公務人員如有品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據事由，於考績年度內，評為丁等者，或係另予考績丁等者，得由所屬機關依法作成免職決定，上開規定與憲法第 77 條規定尚無牴觸。然其對公務員之權益有重大影響者，即如本件相關之年終考績丁等或另予考績丁等之免職處分。該免職之決定，雖有行政機關汰除不適任公務員之功能，惟其影響公務員之權利重大，如將其決定權歸屬該管行政機關，是否與憲法第 77 條所定司法權之意旨及目的相符，頗值得商榷。爰提出不同意見書如下：

### 一、憲法第 77 條規定之意旨

自立憲以來，司法院先後設立公務員懲戒委員會及懲戒法院，處理由監察院移送之彈劾案及行政機關移送之公務員懲戒案，憲法既明定司法院為國家最高司法機關，且掌理公務員之懲戒。<sup>1</sup>依憲法第 77 條規定，是否宜限縮解釋或目的性限縮，逕認其僅係賦予就公務員行政懲處案件之司法救濟審判權或憲法保障公務員之事後救濟程序，實值得再推敲之。雖有認為此乃制度之選擇，如不採司法懲戒一元化，並非違憲。惟如以公務員之服公職權等憲法保障而言，我國憲法相關規定，不宜僅解為其係以賦予司法救濟審判權或事後救濟權為限，否

<sup>1</sup> 司法院解釋，曾就行政法院評事及公務員懲戒委員會委員之身分保障，司法院釋字第 162 號解釋（解釋日期：民國 69 年 4 月 25 日），認為行政法院評事，公務員懲戒委員會委員，就行政訴訟或公務員懲戒案件，分別依據法律，獨立行使審判或審議之職權，不受任何干涉，依憲法第 77 條、第 80 條規定，均應認係憲法上所稱之法官。其保障，應本發揮司法功能及保持法官職位安定之原則，由法律妥為規定，以符憲法第 81 條之意旨。另參照該解釋之陳大法官世榮一部不同意見書，其建議其解釋文及理由，包含「行政法院評事掌理行政訴訟之審判，公務員懲戒委員會委員掌理公務員之懲戒事宜」等用語。在行政法院與公務員懲戒委員會期間，以上分別稱之為「審判」與「審議」，似有意將兩者加以區分。

則有關司法救濟制度及其程序相關規範，實以各該行政爭訟法律規定，即足以因應，何庸於憲法明定？況且，憲法第 77 條明定「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」從該條前後文義觀之，其就民事、刑事、行政訴訟，稱之為「審判」<sup>2</sup>，唯獨「公務員之懲戒」，未稱之為「審判」。<sup>3</sup>亦即並不稱之為「民事、刑事、行政訴訟及公務員懲戒之審判，是否有意區別或因當時制度使然，公務員懲戒本質上並非僅是司法救濟或審判而已，因具有懲戒性質之免職等決定，其已影響公務員權益重大者，實不容由所隸屬機關內部決定是否懲戒，而應依循正當法律程序，由司法院作為是否懲戒之決定機關為當。如採此說，前開憲法規定，應解為司法院有懲戒決定權，始符憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理<sup>4</sup>及意旨。亦即，憲法第 77 條規定之意旨，宜解為一元化之司法懲戒制度。<sup>5</sup>

<sup>2</sup> 參照司法院釋字第 466 號解釋（解釋日期：民國 87 年 9 月 25 日），我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。

<sup>3</sup> 參照司法院釋字第 448 號解釋，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第 77 條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。另如司法院釋字第 86 號解釋（解釋日期：民國 49 年 8 月 15 日），憲法第 77 條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院。以上可見，稱其為審判。

<sup>4</sup> 此所謂司法權建制之憲政原理，參照司法院釋字第 436 號及釋字第 704 號解釋（該解釋稱之為「司法權建制之審判獨立憲政原理及憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨」）。之後，就軍事審判機關所行使者，再次指出司法權之性質。其審判權之發動與運作應符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 80 條等有關司法權建制之憲政原理（司法院釋字第 436 號解釋參照）。

<sup>5</sup> 有關考績法專案考績一次記二大過免職之懲處處分，與憲法第 77 條是否相違背，及有關司法懲戒一元化等問題，參見司法院釋字第 583 號解釋與許大法官宗力部分不同意見書。另參照廖大法官義男不同意見書，其認為若免職如多數意見所強調者，實質上屬於懲戒處分，則免職使公務員喪失其職位，對公務員權益侵害最大，即應屬懲戒權之核心領域。而司法權性質之懲戒權，其核心領

又司法院大法官歷經釋字第 187 號、第 243 號、第 338 號、第 785 號等解釋，為保障充分公務員之權益，解構公務員部分之特別權力關係，賦予公務人員得提起行政訴訟等救濟，藉以保障公務人員之訴訟權及其身分相關權利或法律上利益，早為外界肯定者。且從憲法第 77 條規定之歷史解釋，在五權分治彼此相維之憲政體制<sup>6</sup>或法治國家權力分立原則<sup>7</sup>，明定「公務員之懲戒」，由司法院掌理，並將彈劾與懲戒，由監察院與司法院分別掌理。又憲法第 83 條規定，考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、級俸、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項。之後，於中華民國憲法增修條文第 6 條第 1 項規定，再次宣示考試院為國家最高考試機關，不適用前開憲法第 83 條之規定，明定其掌理考試、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。憲法用語上，使用「公務人員任免」，比較憲法第 83 條所稱「任用」，雖解釋上其包含任用與免職之意涵，惟其稱為法制事項，似係指其職司考試相關法制事項，實不宜將之解為其就前述懲處、彈劾或懲戒等個案決定之職權。

總之，於司法院分設懲戒法院與行政院兩種系統，解釋上實不宜認為其僅侷限公務員懲戒之事後救濟，諸如有關公務人員違法、失職行為所為免職處分（例如記兩大過免職等），因其本質上係屬於較

---

域應保留由司法機關自己行使，如屬核心領域之懲戒權亦可由行政機關長官行使，將導致司法機關懲戒權行使之落空，而與憲法規定司法院掌理公務員之懲戒之意旨不符。

<sup>6</sup> 參照司法院釋字第 175 號解釋（解釋日期：民國 71 年 5 月 25 日），司法院為國家最高司法機關，基於五權分治彼此相維之憲政體制，就其所掌有關司法機關之組織及司法權行使之事項，得向立法院提出法律案。又司法院釋字第 682 號解釋亦使用「憲法五權分治彼此相維之精神」。此外，如司法院釋字第 3 號解釋（解釋日期：民國 41 年 5 月 21 日），乃較早明示五權分治體制之解釋，其係基於五權分治，平等相維之體制，與憲法之前言及精神。亦即依憲法第 53 條（行政）、第 62 條（立法）、第 77 條（司法）、第 83 條（考試）、第 90 條（監察）等規定建置五院。本憲法原始賦與之職權各於所掌範圍內，為國家最高機關獨立行使職權，相互平等，初無軒輊。

<sup>7</sup> 參照司法院釋字第 575 號解釋。



嚴重之懲戒性質之免職或撤職等法律效果，應解為其係為司法院向來解釋所稱之實質懲戒。

## 二、考績、懲處與懲戒相關概念之再商榷

民國 75 年 6 月 27 日制定（75 年 7 月 11 日公布、76 年 1 月 16 日施行）公務人員考績法第 2 條規定，制定當時參照分類職位公務人員考績法第 2 條（廢止），明定公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核，且沿用迄今，並未再修正。從規範內容觀之，分為：（一）年終考績獎懲，如甲等、乙等、丙等（留原俸級）及丁等（免職）（第 7 條參照）、考績人員之獎懲（如列丙等者，不予獎勵；列丁等者，免職等）（第 8 條參照）、各機關辦理公務人員平時考核（獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過等）。（二）專案考績，於有重大功過時行之，其獎懲有如一次記二大功者，與一次記二大過者，免職<sup>8</sup>。（第 12 條參照）再者，平時成績記錄及獎懲，應為考績評定分數之重要依據。就有關平時考核功過，設有法定之限制。（第 13 條參照）公務人員之考績，除機關首長由上級機關長官考績外，其餘人員應以同官等為考績之比較範圍。（第 9 條參照）民國 86 年 5 月 16 日修正（86 年 6 月 4 日公布）公務人員考績法第 3 條規定，公務人員考績，明定區分年終考績<sup>9</sup>、另予考績<sup>10</sup>與專案考績<sup>11</sup>。此外，另從民國 90 年 5 月 29 日修正（90 年 6 月 20 日公布）公務人員考績法第 7 條之修正理由觀之，其係考

<sup>8</sup> 公務人員考績法第 12 條第 2 項規定，前項第 2 款一次記二大功之標準，應於施行細則中明定之。專案考績不得與平時考核功過相抵銷。

<sup>9</sup> 年終考績：係指各官等人員，於每年年終考核其當年 1 至 12 月任職期間之成績。

<sup>10</sup> 另予考績：係指各官等人員，於同一考績年度內，任職不滿 1 年，而連續任職已達 6 個月者辦理之考績。此類考績，於舊考績法已有規定該種考績，惟此次修正，將另予考績之名詞解釋自年終考績之名詞解釋中，獨立出來增列為第 2 款，並於「任職不滿 1 年」前增列「係指各官等人員，於同一考績年度內」，以使各名詞用語一致及限定其 6 個月係指同一考績年度而言，另將「而已達 6 個月者，另予考績」修正為「而連續任職已達 6 個月者辦理之考績」以符現行另予考績之規定。

<sup>11</sup> 專案考績：係指各官等人員，平時有重大功過時，隨時辦理之考績。

量當時「甚多機關長官常憑一己好惡，偏袒循私，並以打年終考績作為整肅異己的工具，而屬員為求得年終考績甲等，逢年過節，亦不得走後門，送禮巴結，討好長官、機關裡充斥馬屁文化；因考列乙等人員，在所敘職等本俸最高俸級或年功俸級時，每二年才能晉俸級一級；考列丙等人員，永遠不能晉級」。上開修正理由之說明，雖相當直接，但甚具啟示性，即其鑑於當時之風氣有待改善之用意，頗值得吾人思之再三！

如將考績與懲戒不分，且其中以懲處概念<sup>12</sup>，試與懲戒相區別（參照本意見書附件：公務人員考績懲處與懲戒之概念比較表）<sup>13</sup>，甚至在歷來大法官所作出之解釋中，不得不另闢蹊徑，創出所謂實質上屬於懲戒處分與合理範圍等不甚明確之概念或判斷基準。於此是否能運用前述概念，加以解釋清楚，不無疑問！甚至難達到原本期待可藉本號判決講清楚且終結疑問之目的，不無可惜。

又對於公務人員在其從事職務上固應依法有所作為或不作為，對其前述行為，自應作出適時及適度進行考核。惟在對前述具有實質懲戒性質之決定過程中，究由何者主事或發動其懲戒權，基於防弊理念，如仍委由同一單位或機關之長官或組成委員會掌理第一次決定，表面上雖可符合所屬單位迅速明快處理等自清之優點，但如從另類角

---

<sup>12</sup> 司法院解釋中曾特別指出懲處用語。例如司法院釋字第 382 號解釋（解釋日期：民國 84 年 6 月 23 日），就各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。

<sup>13</sup> 從比較法觀察，德國聯邦懲戒法對一般公務員之申誡、減俸與、降級、撤職，及對退休公務員之減發退休金、剝奪退休金等懲戒處分。其中比較重之懲戒處分，即如對聯邦公務員身分變更之懲戒措施（Statusveränderende Disziplinarmaßnahmen）（諸如降級、撤職及剝奪退休金），不許由職務主管所為，而僅係由法院而為之。因此，其係由職務主管，以懲戒訴訟（Disziplinarklage）方式提起。（參照聯邦懲戒法第 34 條；BDG）尤其是於第一審懲戒訴訟程序，由專庭（Kammer），而非獨任法官審判。（參照聯邦懲戒法第 46 條第 2 項第 2 段）（參照 Thomsen, in: Brinktrine/Schollendorf, BeckOK Beamtenrecht Bund, 26. Edition, Stand: 01.11.2021-beck-online, BBG §77 Rn.36.）

度觀之，於此難免有被質疑其客觀性，甚至往往難免遭受俗稱「切割」等懷疑！通常舉發或發動懲戒者，不宜與實際上進行懲戒決定者同屬一人或同一體系行政單位之長官或委員會成員進行決定，具體而言，其懲戒之決定機關，宜由更超然之司法機關擔任，而非仰賴行政機關內部之自清或負責懲戒處分，尤其是如前所述之較嚴重懲戒決定，因其足以改變公務人員之身分或影響其權益重大者，不應僅賦予司法權進行後續之事後救濟權。倘若基於有權利就有救濟原則<sup>14</sup>或法理<sup>15</sup>、憲法第 16 條保障訴訟權與司法院解釋承認法律正當程序等概念及憲法原則，運用於事後救濟程序，如此是否已足以解決相關爭議，不無疑問！況且，多年來何以引發諸多五權分治或法治國權力分立原則之疑義，特別是就憲法第 77 條解釋可能發生各說各話之歧異現象，從而成為難分難解之問題！

綜上，現行將考績制度涵蓋獎勵與懲戒，理想上考績制度宜著重於獎勵之評核，至於懲戒部分，宜與考績區分。退而言之，縱使以現行賞罰併存制度而言，如係屬未影響公務人員身分存在（如僅係職務或職位上調整，而未致生公務員身分喪失等情事）或其權益未生重大影響者，可容許該行政主管或所屬機關對其所屬公務人員，在一定期間內進行考績評核。惟關於考績免職權，如係屬影響公務員身分存否或變更者，其顯已屬於發生重大後果之懲戒作用，認為其係屬實質懲戒處分為宜，而將之納入憲法對公務員保障之司法懲戒權範圍。如是解釋，實較符憲法第 77 條規定之意旨。換言之，前述免職之決定，雖有行政機關基於汰除不適任公務員之功能，惟其影響公務員之權益重大，實不宜將其決定權歸屬該管行政機關，而應納入司法權之範圍，以符憲法第 77 條所定司法權之意旨與目的，亦可保障公務員在

<sup>14</sup> 例如司法院釋字第 785 號解釋，就公務人員權益保障，明示憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，另如司法院釋字第 736 號亦就教師之權益，表示憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨。

<sup>15</sup> 司法院釋字第 243 號解釋，則稱之為有權利即有救濟之法理。另參照該解釋之鄭大法官健才之一部不同意見書。

憲法之基本權利。反之，設若運用大法官解釋曾提出合理範圍作為司法與行政間判斷實質懲戒概念之分界線，認為於合理範圍，將較重之懲戒性質之決定，解為由其長官監督權。如此作法，恐無形中擴大懲戒之所謂合理範圍之概念，甚至有假借懲處之名，而行懲戒之實！因此，於此如將所謂合理範圍之不確定概念加以過度從寬解釋，恐有弱化司法懲戒一元化理念實踐之疑慮。是本件之判決立論及結果，皆值得再商榷。

#### 附件：公務人員考績懲處與懲戒之概念比較表

考績 獎勵	考績 行政懲處	考績懲處與懲戒 實質懲戒	公務員懲戒 司法懲戒
平時考核：獎勵 分嘉獎、記功、 記大功 專案考績獎	平時考核：懲處 分申誡、記過、 記大過。 專案考績獎	釋 243(懲戒性質 之免職處分) <sup>16</sup> ， 298 <sup>17</sup> ， 491 <sup>18</sup> ， 583 <sup>19</sup>	公務員懲戒：違 法、廢弛職務或 其他失職行為。 (第 2 條) <sup>20</sup>

<sup>16</sup> 司法院釋字第 243 號解釋，對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分。

<sup>17</sup> 司法院釋字第 298 號解釋，司法院為公務員懲戒之最高機關，非指國家對公務員懲戒權之行使，一律均應由司法院直接掌理。公務員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁，此項懲戒為維持長官監督權所必要，自得視懲戒處分之性質，於合理範圍內，以法律規定由長官為之。但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。有關公務員懲戒及公務員考績之法律，應依上述意旨修正之。本院釋字第 243 號解釋應予補充。

<sup>18</sup> 司法院釋字第 491 號解釋，公務人員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁。此項懲戒得視其性質，於合理範圍內，以法律規定由其長官為之。中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第 23 條之意旨。公務人員考績法第 12 條第 1 項第 2 款規定各機關辦理公務人員之專案考績，一次記二大過者免職。同條第 2 項復規定一次記二大過之標準由銓敘部定之，與上開解釋意旨不符。

<sup>19</sup> 司法院釋字第 583 號解釋，公務員違反 76 年 1 月 14 日訂定發布之公務人員考

懲：一次記二大功者(考績法第12條第1項)	懲：一次記二大過者，免職(考績法第12條第1項)		懲戒 <sup>21</sup> ：免除職務、撤職等懲戒(104年5月1日修正公務員懲戒法第2條)
-----------------------	--------------------------	--	---

績法施行細則第14條第1項第2款第7目關於挑撥離間或破壞紀律，情節重大者，一次記二大過免職之規定，其服務機關依79年12月28日修正公布之公務人員考績法第12條第1項第2款規定所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分（本院釋字第491號解釋參照），同法未設懲處權行使期間之規定，……，有違前開意旨，為貫徹憲法上對公務員權益之保障，有關公務員懲處權之行使期間，應類推適用公務員懲戒法相關規定。

<sup>20</sup> 民國20年3月28日制定（20年6月8日公布）公務員懲戒法第3條，懲戒處分如左：一、免職。二、降級。三、減俸。四、記過。五、申誡。前項第2款至第4款處分，於政務官不適用之。22年11月24日修正第3條，懲戒處分如左：一、免職。二、降級。三、減俸。四、記過。五、申誡。前項第2款至第4款處分，於選任政務官及立法委員、監察委員不適用之。第2款處分，於特任、特派之政務官不適用之。37年3月30日第3條修正，懲戒處分如左：一、撤職。二、休職。三、降級。四、減俸。五、記過。六、申誡。前項第2款至第5款處分，於政務官不適用之。

<sup>21</sup> 民國104年5月1日修正（104年5月20日公布、105年5月2日施行）公務員懲戒法第2條，公務員有下列各款情事之一，有懲戒之必要者，應受懲戒：一、違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為。二、非執行職務之違法行為，致嚴重損害政府之信譽。其修正理由，考量本法之制定旨在整飭官箴，維護政府信譽，爰參酌德國聯邦公務員法第77條第1項規定，區分職務上行為與非職務上行為，明定公務員非執行職務之違法行為，須致嚴重損害政府之信譽時，始得予以懲戒。至於違法卻未嚴重損害政府信譽之行，則排除於懲戒事由之外，以避免公務員於私領域之行為受過度非難。至於公務員非執行職務之違法行為，是否致嚴重損害政府之信譽，係以其違法行為是否將導致公眾喪失對其執行職務之信賴為判斷標準。

111 年憲判字第 9 號

第  
9  
號

## 憲法法庭判決

111 年憲判字第 10 號

聲 請 人 徐國堯  
 訴訟代理人 邵允亮律師  
 邵允鍾助研究員

上列聲請人認最高行政法院 106 年度判字第 76 號判決所適用之警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款等規定抵觸憲法，聲請解釋憲法，並聲請補充解釋，本庭判決如下：

**主 文**

- 一、警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款規定：「警察人員有 1  
 下列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：……十一、同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過。」與憲法第 7 條、第 18 條保障人民平等服公職權及第 77 條司法院掌理公務員懲戒之規定，均尚無抵觸。  
 二、其餘聲請不受理。 2

**理 由**

- 壹、聲請人陳述要旨【1】 1  
 聲請人陳述要旨略以：聲請人為高雄市政府消防局隊員（警正 4 2  
 階），其自中華民國 103 年 1 月 1 日起至同年 7 月 16 日止之 103 年考績年度中，平時考核獎懲互相抵銷後，累積已達二大過，經高雄市政府依 96 年 7 月 11 日修正公布之警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款（下稱系爭規定）及第 2 項規定，以 103 年 9 月 4 日高市府人考字第 10304482600 號令核布免職，免職未確定前先行停職。聲請人不服，向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，遭決定駁回後，提起行政訴訟，經高雄高等行政法院 104 年度訴字第 162 號判決以無理由駁回。聲請人不服提起上訴，經最高行政法院 106 年度判字第 76 號判決（下稱確定終局判決）以無理由駁回上訴而告確定。聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定，因立法疏漏，使警消人員於考績年度一旦平時考核獎懲互相抵銷累積達二大過，即遭免

職，無法比照一般公務人員依公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款，於累積達二大過後，仍有可能於年終考績前將功抵過，形成不合理差別待遇；且該規定未限制獎懲之原因事實，須以同一考績年度中所發生者為限，有違憲法第 7 條及第 18 條保障人民平等服公職權之疑義。92 年 5 月 28 日修正公布之公務人員保障法第 25 條第 1 項前段、第 72 條第 1 項、第 77 條第 1 項、第 78 條第 1 項及第 84 條規定區分為權利事項或管理事項，而為不同之救濟程序，有違反憲法保障訴訟權之疑義。再者，系爭規定性質上為懲戒，卻由行政機關為之，亦違反憲法第 77 條懲戒權應由司法院掌理之要求等語，聲請解釋憲法、補充解釋司法院釋字第 243 號、第 298 號、第 323 號、第 785 號解釋及變更釋字第 583 號解釋。【2】

## 貳、受理要件之審查【3】

3

### 一、系爭規定部分【4】

4

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除同法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定。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，憲訴法第 90 條第 1 項及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，分別定有明文。又憲訴法係於 111 年 1 月 4 日施行，本件係於 106 年 8 月 9 日聲請，其是否受理應依大審法之規定。經核聲請人就系爭規定之聲請，與憲訴法第 90 條第 1 項但書及大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，應予受理。【5】

5

### 二、其餘部分【6】

6

（一）聲請人另聲請補充解釋司法院釋字第 243 號、第 298 號、第 323 號及第 785 號解釋、變更釋字第 583 號解釋部分。經查其原因案件之確定終局判決並未適用司法院釋字第 298 號、第 323 號及第 583 號解釋，又關於公務人員對違法之行政處分或不當之管理措施或有關工作條件之處置有所不服，均得按相

7



關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟，業經司法院釋字第 785 號解釋在案，自無再就前開解釋另為解釋必要，是聲請人上開部分之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定，均應不受理。【7】

- (二) 聲請人主張 92 年 5 月 28 日修正公布之公務人員保障法第 25 8  
條第 1 項前段、第 72 條第 1 項、第 77 條第 1 項、第 78 條第  
1 項及第 84 條規定區分為權利事項或管理事項，而為不同之  
救濟程序，有違反憲法保障訴訟權之疑義部分。查公務人員  
保障法第 25 條第 1 項前段、第 72 條第 1 項係關於公務人員  
對其服務機關或人事主管所為不當或違法之行政處分，提起  
復審及不服復審決定而向司法機關請求救濟之規定。本件聲  
請人就原因案件已依前開規定提起復審，並對於復審不服而  
向法院請求救濟，是聲請人提起復審及行政訴訟之權利，並  
未因上開規定而受不法侵害，不符合聲請解釋之要件。至於  
同法第 77 條第 1 項、第 78 條第 1 項及第 84 條規定部分，業  
經司法院就其聲請作成釋字第 785 號解釋，與憲法第 16 條保  
障人民訴訟權之意旨尚無違背，聲請人聲請再為解釋，尚無  
必要。是聲請人上開部分之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項  
第 2 款規定不合，依同條第 3 項規定均應不受理。【8】

參、形成主文第 1 項之法律上意見【9】 9

一、聲請人及關係機關言詞辯論要旨【10】 10

本庭於 111 年 3 月 29 日下午 3 時行言詞辯論，通知聲請人及關 11  
係機關內政部及銓敘部到庭陳述意見，茲摘述其言詞辯論之陳述要  
旨如下：【11】

(一) 聲請人辯論要旨【12】 12

聲請人陳述略以：系爭規定未限制獎懲之原因事實須為同一考 13  
績年度中所發生者為限，致聲請人之行政績效無從被公平地評價，  
甚可能導致因被免職而失去俸給，已違反憲法第 7 條及第 18 條保障  
人民服公職之平等權利。又免職處分為剝奪公務員身分之最嚴厲處

分，並非包含於行政機關得自行懲處之合理範圍內，系爭規定亦牴觸憲法第 77 條所定司法院直接掌理公務員懲戒之規定。【13】

(二) 關係機關辯論要【14】 14

1、關係機關內政部陳述略以：系爭規定採年中考績免職，係考量警 15

消人員與一般公務人員所負任務及特性之差異，其目的在於即時處置，避免影響主管領導統御與團隊紀律，核屬重要公益，該差別待遇與前述目的間，具有正當合理之實質關聯性，且國家就人民是否適於擔任公務人員，應有較大裁量空間，系爭規定因涉及行政權實際上需求，故應採寬鬆審查標準。是系爭規定與憲法保障平等權及人民服公職權之意旨均無違背。系爭規定涉及行政懲處，而憲法第 77 條所定之懲戒專指司法懲戒，不及於前述行政懲處。又年中考績免職，係基於警消人員勤務特性所為規定，故系爭規定未違反憲法第 77 條之規定等語。【15】

2、關係機關銓敘部陳述略以：系爭規定之立法形成過程有其特殊 16

考量理由及背景，雖就警消人員與一般公務人員之應考試服公職權為差別待遇，惟二者間勤務性質有所差異，且警察人員為國家執法人員，影響社會公益甚鉅，且對其人事管理採行重獎重懲制度，特重紀律要求與懲處時效性，系爭規定與前述目的具有關聯性，又受免職處分人仍得復經國家公務人員考試或依公務人員相關法規規定等再服其他種類公職，尚難謂與憲法保障之平等原則及人民應考試服公職之權利有違。司法院掌有公務員之懲戒權，並非指行政長官不得享有包括免職在內之獎懲權，即便行政長官行使獎懲權，作成免職處分，公務員亦得經司法程序尋求救濟，故司法院所享之懲戒權及作為最高懲戒機關之地位均未受到侵犯，系爭規定並未侵犯憲法第 77 條賦予司法機關享有懲戒權之意旨及受處分人之權益等語。【16】

二、系爭規定與憲法第 7 條及第 18 條保障人民平等服公職權之意 17  
旨，尚無牴觸【17】

(一) 審查原則【18】 18

憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法 19  
與相關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  
質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應  
視該法規範所以為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。又憲法第 18  
條固規定人民有服公職之權，包括擔任中央及地方公務人員之權  
利，惟公務人員有各種類型，且其性質不盡相同。參照憲法增修條  
文第 6 條第 1 項規定，國家固應制定有關公務人員之任免、銓敘、  
級俸、保障、退休及撫卹等事項之法律，以規範公務人員之權利義  
務，就此立法者原則上應享有一定立法形成之空間，並得依各類公  
務人員性質之不同而為不同之規定。惟鑑於服公職權為廣義參政權  
之一環，涉及人民參與國家意思之形成及公務之執行，與公共生活  
秩序之形塑密切相關，對此權利所為之差別待遇如涉及公務人員之  
免職，原則上應以中度標準予以審查，其目的須為追求重要公益，  
所採差別待遇與目的之達成間亦有實質關聯，即與憲法保障平等服  
公職權之意旨相符。【19】

(二) 系爭規定亦適用於消防人員【20】 20

系爭規定明定：「警察人員有下列各款情形之一者，遴任機關 21  
或其授權之機關、學校應予以免職：……十一、同一考績年度中，  
其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過。」（上開內容係於 86  
年 5 月 6 日修正公布時增列，於 91 年 12 月 11 日修正時，僅將原條  
文第 1 項序文有關免職之機關，由主管機關修正為遴任機關或其授  
權之機關、學校，其餘內容未修正；於 96 年 7 月 11 日修正公布法  
律名稱，條文內容亦未修正）。【21】

查各級消防機關人員之管理，列警察官者，適用警察人員管理 22  
條例等有關規定辦理；消防機關列警察官人員之人事事項，由各該  
主管機關依警察人員人事條例之規定辦理，內政部消防署組織條例  
第 14 條第 1 項及警察人員人事條例第 39 條之 1，分別定有明文。本  
件聲請人係列警察官之消防人員，系爭規定亦適用於聲請人。【22】

(三) 系爭規定與公務人員考績法之規定，確有差別【23】 23

查系爭規定與公務人員考績法第 12 條第 1 項第 1 款規定：「平時考核獎懲得互相抵銷，無獎懲抵銷而累積達二大過者，年終考績應列丁等。」及第 7 條第 1 項第 4 款規定：「年終考績獎懲依左列規定：……四、丁等：免職。」尚有不同。亦即警察人員於累積已達二大過者，即予免職，若為一般公務人員，則適用於累積已達二大過者，並不當然免職，應至年終考績時，仍累積已達二大過，方可能考列為丁等而免職。二者在累積已達二大過者，是否即予免職之層面，確有所差別。【24】 24

(四) 系爭規定之目的係為追求重要公益【25】 25

按警察負有維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利之任務。警察依法行使下列職權：「一、發佈警察命令。二、違警處分。三、協助偵查犯罪。四、執行搜索、扣押、拘提及逮捕。五、行政執行。六、使用警械。七、有關警察業務之保安、正俗、交通、衛生、消防、救災、營業建築、市容整理、戶口查察、外事處理等事項。八、其他應執行法令事項。」（警察法第 2 條及第 9 條參照）。足見警察執行職務之方法、過程或結果，攸關人民生命、身體、自由、財產之安全及社會秩序之維護。查系爭規定係於 86 年 5 月 6 日修正公布時增列，其內容與行政院於 78 年函送立法院審議之同條例修正草案第 32 條（未完成修法）之意旨相近，而該第 32 條修正草案之立法理由，係鑑於「對平時考核欠佳，大過不犯、小過不斷，輔導無效之頑劣員警，其獎懲抵銷累積達二大過以上者，原依公務人員考績法之規定，須俟年終考績列丁等免職。惟警察係武裝單位，執勤攜帶警械，如不及時予以斷然處置，易生意外事故，將嚴重影響主管領導統御與團體紀律，故宜即時辦理專案考績免職；對於忠勤盡職、冒險犯難、不眠不休維護治安之優秀員警，如獎懲抵銷累積達二大功以上者，亦宜即時辦理專案，以資激勵，藉收及時獎優汰劣之效。」（參見 78 年 12 月 30 日行政院、考試院函請審議「警察人員管理條例部分條文修正草案」總說明十， 26

及修正草案第 32 條對照表說明欄，載立法院公報第 86 卷第 23 期第 18 頁、第 32 至 33 頁；行政院人事行政總處 108 年 11 月 22 日復司法院總處培字第 1080047924 號函）。可知系爭規定係為對於違紀已達法定免職標準之警察及時予以汰除，以避免人民生命、身體、自由、財產及社會秩序受到威脅或危害，積極保護人民生命、財產、自由之安全與維護社會秩序，其目的自屬為追求重要公益。【26】

（五）系爭規定所採差別待遇與目的之達成間有實質關聯【27】 27

警察人員通常係直接於人民生活現場執行職務行使公權力，並 28  
得依法採取各種強行性措施（警察職權行使法第 2 條第 2 項規定參照），是警察人員執行職務之過程或結果，往往直接影響人民生命、財產、自由之安全及社會秩序之維護。一旦警察人員有消極怠於執行職務、未依法執行職務，或濫用違法手段執行職務，或職務上違紀鬆弛等情況，人民之生命、身體、自由、財產之安全及社會秩序之維護，極可能遭受立即之危害；反觀一般公務人員係於行政階層體系下執行職務行使公權力，其執行職務之行為通常須受到行政組織內之指揮監督與層層審核後，始得對外為之，此與警察人員行使職權之情形明顯不同。因此，警察人員之紀律要求較一般公務人員為高，對其違紀失職之容忍程度亦較一般公務人員為低。系爭規定考量警察執行職務與一般公務人員不同之特殊性，就警察人員於同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過者，採即時予以免職之手段，可認與達成其所追求重要公益之目的間具有實質關聯。【28】

（六）小結【29】 29

依前述理由，系爭規定與公務人員考績法之規定，雖有差別， 30  
然系爭規定之目的係為追求重要公益，且所採差別待遇與目的之達成間有實質關聯，與憲法保障人民平等服公職權之意旨，尚無抵觸。【30】

三、系爭規定不生違反憲法第 18 條保障人民服公職權之問題【31】 31

聲請人另主張獎懲相抵應限於同一年度發生之事實，系爭規定 32

以同一考績年度內核定之獎懲為相抵，已違反憲法第 18 條服公職權部分，查憲法第 18 條保障人民服公職權，旨在保障人民得依法擔任一定職務從事公務，國家自應建立相關制度予以規範，包括對不適任公務人員與警察人員之汰除機制。系爭規定係以警察人員於同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過，作為免職之要件，得予以汰除；而所謂同一考績年度之獎懲抵銷，係指於同一考績年度所核定發布之獎懲得為抵銷之意（銓敘部 58 年 9 月 9 日 58 台為登二字第 17207 號函意旨參照），而非指原因事實發生於同一考績年度之獎懲始得抵銷。蓋警察人員獎懲原因事由發生後，須有權機關知有該等獎懲原因事由之存在，始得對行為人施以法律上之獎懲決定，並非因獎懲事由之發生，即自動產生法律上之獎懲決定，是系爭規定以有權機關於同一考績年度所核定發布之獎懲間得為抵銷，不問各獎懲決定之原因事實之發生年度，此毋寧為法理之當然，自不生違反憲法保障人民服公職權之問題。若將得為抵銷之獎懲限於同一年度內發生之原因事實，則前一年度所發生應予敘獎之事實，將無適用抵銷於後一年度所發生應予懲處之事實，對於警察人員而言亦未必有利。況若有權機關恣意操縱核定發布懲處決定之時間，如蓄意延遲懲處時間至原因事實發生之次年度等，其亦受到行政行為之誠實信用原則或信賴保護等行政法上原理原則之制約，尚難謂警察人員憲法上之服公職權將因此蒙受不利。【32】

綜上，系爭規定以「同一考績年度中」，其平時考核獎懲互相抵銷後累積達二大過，作為免職之要件，而非限於「同一考績年度內之獎懲原因事實」之獎懲互相抵銷後累積達二大過，作為免職要件，並不生違反憲法保障人民服公職權之問題。【33】

四、系爭規定無違憲法第 77 條規定意旨【34】

關於公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款、第 7 條及第 8 條所定行政懲處免職權，是否牴觸憲法第 77 條規定部分，本庭業於 111 年憲判字第 9 號判決宣告並無牴觸。基於類似理由，本判決認為系

爭規定無違憲法第 77 條規定意旨。【35】

(一) 由行政機關行使免職權，符合憲法權力分立原則【36】 36

無人即無行政，人事權為行政權所不可或缺之核心權力。公務員之任命為人事權之起點，免職為終點，兩者俱為人事權之核心事項。基於行政一體及責任政治原則，機關長官就其所屬公務員應有一定之指揮監督權限，始足以遂行任務並達成行政目的。特別是就有任用資格要求之文官而言，如果用人機關對於績效不佳或有違法失職情事之不適任公務員，無從依法定程序予以汰除，勢必影響行政效能，甚至妨礙行政目的之實現。是相較於任用權，免職權顯更能發揮指揮監督之實效，而為憲法行政權所不可或缺之固有核心權限。【37】 37

公務員平時考核之獎懲，係用人機關為指揮監督及汰除不適任者，所應具備及踐行之機制。由於平時考核係依據公務員於平時之各項表現，予以評斷，而公務員之主管人員及機關長官通常也最清楚並知悉機關運作需求與各該公務員之工作、操行、學識、才能及表現。因此，關於同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過之免職事由，不論是在組織或程序上，行政部門應屬功能最適之決定機關，而更適合為第一次之判斷。與行政機關相比，法院固具法律專長，然就各項行政業務之推行則未必如行政機關熟悉；況法院之主要功能均係在提供外部的事後救濟，且限於合法性審查，而無法及於妥當與否之合目的性審查。故不論是就組織、程序或專業能力而言，行政機關至少應為行使免職權之主要機關，法院實難以、也不適合完全取代行政機關及其長官，就是否免職逕為第一次決定。【38】 38

(二) 由行政機關行使懲處權作成免職處分，並未抵觸憲法第 77 條規定【39】 39

按行政懲處與司法懲戒兩種制度，係承繼中華民國訓政時期法制，自始即為不同制度，且於憲法施行後繼續雙軌併行。不論是依制憲意旨或當時法制背景，尚無從逕認憲法第 77 條規定蘊含「懲戒 40

一元化」原則，且不容許行政機關長官行使具有免職效果之行政懲處權。其後憲法增修條文第 6 條第 1 項第 3 款規定將憲法第 83 條所定「任用」修正為「任免」，其意旨及效果僅係就公務人員任免及考績等事項之執行，由考試院移歸行政院，從而修正調整考試院與行政院間之權限分配，既與監察院之彈劾權無關，亦與司法院所掌公務員懲戒權無關，反更明白確認公務員之任命及免職俱屬行政權之固有範圍。是憲法第 77 條所定「公務員之懲戒」，在解釋上應不包括行政懲處，亦非要求必須由法院擔任公務員懲戒及懲處之第一次決定機關。【40】

上述行政懲處權與司法懲戒，於制憲當時既已雙軌併行，司法院歷來解釋亦皆承認行政懲處及司法懲戒均得作成免職或類似效果之決定。就公務員所受行政懲處（包括免職）而言，本應以憲法第 77 條所定行政訴訟為其救濟。惟因過去囿於特別權力關係理論及實踐之限制，致公務員一度難以就其所受之不利措施提起訴願及行政訴訟以獲救濟。然在司法院釋字第 785 號解釋之後，公務員就影響其權益之各類違法公權力措施（包括行政懲處之免職），已得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟，則在解釋上，更無必要將依系爭規定所為免職處分亦解釋為實質上之懲戒處分，甚且僅限由司法懲戒始得為之。【41】

綜合上述制憲、修憲及司法院向來解釋之整體意旨，系爭規定與憲法第 77 條規定並無違背。【42】

肆、結論【43】

綜上，系爭規定與憲法第 7 條、第 18 條保障人民平等服公職權及第 77 條司法院掌理公務員懲戒之意旨，均尚無抵觸；聲請人其餘聲請，應不受理。【44】

伍、併予指明【45】

系爭規定固與憲法前開規定之意旨尚無抵觸，惟系爭規定所定免職事由，係以警察人員於同一考績年度之平時考核獎懲互相抵銷後，累積達二大過為要件。由於系爭規定未於年度內另設獎懲互相





主文項次	同 意 大 法 官	不 同 意 大 法 官
第一項	蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、 黃大法官昭元（憲法第 7 條、第 18 條部分）
第二項	黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無

## 【意見書】

不同意見書：黃大法官虹霞提出。

蔡大法官明誠提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 111 年 6 月 24 日

## 不同意見書

黃虹霞大法官 提出

為消防人員人事條例催生！因為消防員不是警察，消防員要適用警察人員人事條例，這不是很奇怪嗎？

本件判決主文第1項認為警察人員人事條例第31條第1項第11款規定與憲法第7條、第18條及第77條規定，均無抵觸。本席不贊同，謹將理由說明如下：

一、警察是警察、消防員是消防員，二者勤務迥然有別，不應適用警察人員人事條例規定作成消防員考績免職處分

（一）警察是警察、消防員是消防員，二者勤務迥然有別，這是三歲娃兒都知道的！

（二）一般人含本席原不知道的是：到目前為止，全國現有編制員額內之消防員全部都是警察考試（消防行政）及格者，而且編制內消防員適用警察人員人事條例規定。

到底是警察等於消防員，還是消防員等於警察？很奇怪，打火兄弟跟與攜帶武器抓壞人的警察不是大不同嗎？本席無法贊同本件判決主文第1項的第一個理由就是：本件聲請人雖然通過警察考試中之消防行政取得消防員任用資格，但是所從事的是消防員職務，是以消防員身分受市消防局之考績免職處分，不是執行警察職務而以警察身分受警政機關之考績免職處分。因此，本件判決要判的是「警察人員人事條例第31條第1項第11款規定適用於消防員是否違憲」，不是「警察人員人事條例第31條第1項第11款規定是否違憲」，因為該條款規定適用於警察是否違憲跟本件爭議無關。

（三）但是多數意見不這麼想，所以本件判決主文第1項才未針對消防員作判決，他們認為既然消防員的任用資格來自警察考試及格，那二者無殊，警察人員人事條例就可以無差別適用於消防員。

（四）可是比如通過律師特考可以選擇擔任民間公證人，但是因為律師與民間公證人職務不同（其間差別不會大於警察與消防員），所以違反之處罰規範不同；同理，都是通過警察考試取得任

用資格，但是類科分別為警察行政與消防行政不同，所擔任者分別為警察與消防員，不相流用，而且二者勤務大不同，違反之處罰規範自不應該相同。

（五）本席認為消防員之考績免職處分不應該適用警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款規定。

## 二、消防員與警察不應該繼續糾結不清

（一）消防員隸屬內政部消防署、警察隸屬內政部警政署，而消防署、警政署互不相隸屬，這是民國 86 年，消防與警政分軌後已經 20 多年的事實。

（二）消防工作與警察勤務很不同，其訓練也應該大不同。縱使警察學校有能力培養消防員，但是警察科系與消防科系訓練出來的學員專業有別，不應該一概歸類為警察考試，消防員應該有消防員獨立資格考試，免滋誤解。<sup>1</sup>

（三）內政部早已擬就消防人員人事條例草案，但遲未提出立法，事涉截至 111 年 3 月底止，編制總員額共 20,412 名消防員（現有員額 16,816 人）、甚至 44,887 名義消人員<sup>2</sup>之權義，應該立即立法，不應該繼續任由消防員與警察糾結不清！除了消防人員人事條例應即立法外，警察人員人事條例第 39 條之 1 規定亦應即刪除。

## 三、警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款考績免職處分規定適用於消防員違憲

（一）關於牴觸憲法第 77 條規定部分，請參見本席就憲法法庭 111 年憲判字第 9 號判決所提之不同意見書。

（二）消防工作與警察勤務明顯不同，警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款關於警察之年中考績免職處分特別規定，適用於消防員，牴觸憲法第 7 條平等原則：

1、消防工作與警察勤務明顯不同，不待贅述。又自 86 年以後，

---

<sup>1</sup> 到目前為止，消防員與警察資格考試同屬警察考試，但前者為消防行政、後者為警察行政，故事實上係不同考試，且警察行政及格不取得消防員任用資格，消防行政及格也不能取得警察任用資格。

<sup>2</sup> 係本庭以電話詢問內政部消防署所得之數據。

不但消防員與警察分軌，警察是警察、消防員是消防員，互不相流用，而且一般大學也有消防科系之設置，早已不再是警察學校專有消防員之養成及訓練，是警察人員人事條例規定不應當然或再繼續適用於消防員，包括考績制度。

2、公務人員考績係採「年終考績，得功過相抵」（公務人員考績法第3條及第12條規定參照）；警察人員人事條例第31條第1項第11款規定採「年中考績」，係唯一獨特之法制規定，考其立法資料：此一規定不是行政機關之原始提案，係立法院黨政協商之結論，其理由為「警察執勤攜帶警械」（本件判決理由第26段參照）。查特別規定應限縮其適用範圍，不得任意擴大適用，乃一般法律原則。

3、等者等之、不等者不等之，斯為憲法第7條平等原則。如前所述，消防員工作與警察勤務不同，任用資格不同，消防員不配槍或武器，與警察有別，則消防員自不應適用關於警察之上開年中考績免職處分特別規定，始符憲法第7條平等原則。

4、至內政部稱消防員特重團隊紀律之說法部分：凡公務員無不重團隊紀律的；打火兄弟出生入死，冒的是消防員自己之性命危險，想救的是人命，出發點是慈悲心，奮不顧身的勇敢！火災現場瞬息萬變，需高度仰賴的與其是注重紀律之刻板規定，毋寧應是臨機判斷，而且即使判斷錯誤，救人不成，自己及同袍殉職，仍然是令人惋惜不捨但肅然起敬的真勇敢！故特重團隊紀律之說，言之成理嗎？本席不以為然。退而言之，縱使有極端特例而危害同袍性命之重大違法失職情形，已有公務員懲戒法相關規定可資適用，又何勞就消防員特予適用上開警察人員人事條例規定哉？

5、此外，實際參與火場勤務之義消人數倍於編制內消防員，如果消防員之團隊紀律必須適用警察人員人事條例才能維持，那義消呢？足見團隊紀律說無據。

（三）上開警察人員人事條例規定侵害消防員受憲法第18條保障之服公職權，牴觸憲法第23條比例原則，違憲：

1、上開警察人員人事條例年中考績免職處分規定，許免除公務員職務，已涉及人民受憲法第18條保障之服公職權。

2、年中考績為一種年度考績；既為年度考績，則除特別例外情形，不及發現納入當年度考績評價外，不得跨年度考評始符年度考績之意旨，是上開規定與此不符部分，難謂無侵害服公職權及抵觸比例原則之處（依聲請意旨所附即附表，本件原因案件，有跨年度考評之不符情形）。

3、公務人員考績法第 6 條第 3 項規定：「除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：一、挑撥離間或誣控濫告，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果，有確實證據者。四、品行不端，或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。」（依同法第 7 條第 1 項第 4 款及第 8 條規定，丁等免職），此規定於消防員應有適用（果如此，則對聲請人之原免職處分容有可議），否則以上開警察人員人事條例規定，與公務人員考績法第 6 條第 3 項免職規定相對照，就服公職權之保障言，亦與比例原則有未符之處。

4、另公務人員考績法無免職者並予免官之規定，但警察人員人事條例第 31 條第 3 項規定：依其第 1 項免職者，並予免官，消防員因而亦與一般公務員有所不同，如此，合於比例原則嗎？

附表：聲請人提出之「釋憲聲請人徐國堯遭懲處處分一覽表」

編號	懲處日期	懲處事由	懲處內容
一	103.6.3	言行不檢，有損公務員形象、機關聲譽，情節較重。	小過一次(3)
二	103.6.3	請假有虛偽情事，一年內曠職累計達 5 日。	大過一次(9)
三	103.6.3	承辦業務不力，執行職務懈怠。	申誡二次(2)
四	103.6.3	無故未參加常年訓練或測驗。	申誡二次(2)
五	103.6.3	赴大陸地區未依規定事先報准，行為失檢。	申誡一次(1)
六	103.7.15	溢領超勤加班費申領時數，處事不當，情節輕微。	申誡一次(1)
七	103.7.15	違反考績委員會組織規程禁止錄音規定。	小過二次(6)
八	103.7.15	未經機關許可，兼任非以營利為目的之團體職務，違反公務員服務法規定。	小過一次(3)
九	103.7.15	誣控濫告，經查屬實，情節較重。	小過二次(6)
十	103.7.16	違反公務員服務法兼任他項業務規定，行為不檢，致損害公務人員聲譽。	大過一次(9)
以上共計 42 支申誡。獎懲相抵後，所餘共 35 支申誡，高雄市政府乃於 103 年 9 月 9 日對聲請人送達免職令，保訓會救濟程序結束後餘 20 支。			

(資料來源：會台字第 13588 號徐國堯聲請案 106.8.9 聲請書，頁 7)

## 不同意見書

蔡明誠大法官 提出

第  
10  
號

本號判決認警察人員人事條例第 31 條第 1 項第 11 款規定：「警察人員有下列各款情形之一者，遴任機關或其授權之機關、學校應予以免職：……十一、同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過。……」規定，警察人員於同一考績年度中，其平時考核獎懲互相抵銷後累積已達二大過者，即予免職之規定，與一般公務人員不同，與憲法第 7 條、第 18 條保障人民平等服公職權，並無抵觸，且系爭規定允許遴任機關或其授權之機關、學校於符合上開條件時，即應為免職處分，與憲法第 77 條司法院掌理公務員之懲戒之規定，亦無抵觸。本號判決之結論與司法院大法官向來解釋，恐有歧異，甚至有倒退之疑慮！爰提出不同意見書如下：

## 一、憲法對消防人員之平等權保障問題

消防人員勤務工作具有機動性及高危險性，肩負消防及災害防救之重要任務，本應受到必要且適當之身分保障。惟消防人員之任用、遴用資格、官階之晉升及各項訓練、俸給、消防人員與一般行政人員及技術人員相互轉任、起敘、改任換敘及各項加給、退休與撫卹、保險及保障、考績及懲戒等身分保障事宜未見專門規定，而是散見於內政部消防署組織條例分別依警察人員管理條例或公務人員任用法之規定。況且相關機關早已宣示並推動消防機關與警察體系分立甚久，消防人員勤務之救災性質，與警察帶槍執行勤務，容有差異，所謂必也正名乎！一律借用警察人員人事條例之規定規範消防人員之人事，不免落入名實不符、規範事物本質不同之缺陷。事實上，此正是多年來相關機關所欲制定消防人員人事條例之意旨所在。<sup>1</sup>本號判決之重要爭點之一，即在於系爭規定將警察人員人事條例規定充作消防人員考績及懲戒，而將消防人員之考績及懲戒與適用公務人員考績法

<sup>1</sup> 消防人員人事條例草案之推動經過，參照：[https://www.nfa.gov.tw/cht/index.php?code=list&flag=detail&ids=846&article\\_id=8540](https://www.nfa.gov.tw/cht/index.php?code=list&flag=detail&ids=846&article_id=8540)。（最後瀏覽日期：111 年 6 月 24 日）



之一般公務人員區別，是否違背立法上平等權（平等原則），抑或係法律適用上平等權（平等原則）等憲法保障？值得推敲。

如在行政或司法程序上適用法律所生之不平等，有稱之為法適用平等權（平等原則）。至所謂立法平等權（平等原則），係指立法者制定法律違背憲法保障平等權（平等原則）。<sup>2</sup>憲法第 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

<sup>2</sup> 從比較法觀察，日本憲法第 14 條第 1 項前段規定，所謂法之下人人平等，其亦可解釋此法律適用上平等權（法適用平等說；立法者非拘束說）與立法上平等權（法內容平等說；立法者拘束說）。（參照 戶部信喜著、高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書局，2017 年 3 月 6 日 6 版 6 刷，頁 129-130。）再者，如德國基本法第 3 條第 1 項規定，任何人在法律前平等，即所謂一般平等原則（Der allgemeine Gleichheitssatz）。依文義解釋，係屬法適用平等（Rechtsanwendungsgleichheit）。有認法適用平等，對德國法而言，其係來自前項規定，亦參照法治國原則（Rechtsstaatsprinzip）（基本法第 20 條第 3 項），且因其具有超國家之內涵（脈絡）（im supranationalen Kontext），不論在行政及司法，與內國、歐盟及國際等層面，得否運用法適用平等之概念及原則，皆值得探討之。（參照 Marcus Schladebach, Rechtsanwendungsgleichheit in Mehrebenensystemen, NVwZ 2018, 1241ff.）至該基本法是否對立法者之平等原則有所拘束，依前述嚴格文義解釋，並不明確。但德國聯邦憲法法院認平等原則（基本法第 3 條第 1 項）亦拘束立法者（Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bindet auch den Gesetzgeber.），此即所謂立法平等（Rechtsetzungsgleichheit）。（參照 BVerfGE 1, 14 [52] - Südweststaat）如平等單純係指法適用平等而言，則可能任令立法者授權訂定不平等對待之法規，且依基本法第 20 條第 3 項規定，由行政及司法適用該不平等之法律規定，如此將導致其保護密度過低之疑慮！因此，基本法第 3 條第 1 項規定，涵蓋法適用與立法平等之概括保障。參照 Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl., Berlin: Springer, 2019, Rn.769; F. Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 7. Aufl., München: Beck, 2018, GG Art. 3 Rn. 60, 216f.; P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. EL November 2021-beck-online, Art. 3 Abs. 1 Rn.72ff., Krüger, Die Bedeutung der Rechtslehre, JuS 2012, 873。按德國基本法第 3 條第 1 項一般平等原則之型態（in Form des allgemeinen Gleichheitssatzes），其存在法適用平等（法律前平等；Gleichheit vor dem Gesetz）與立法平等（法律之平等；Gleichheit des Gesetzes）（Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. (2011), Rdnr. 460）。依聯邦憲法法院判決不僅禁止平等原則，本質上恣意不等者等之，„wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“，亦禁止恣意等者不等之對待。（„wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln“（BVerfGE 49, BVerfGE 49, 148 = NJW 1979, 151.）

等。該條所揭示之平等原則非指絕對、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，要求事物本質（Natur der Sache）上相同事物應為相同處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，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之間，是否存在一定程度之關聯性而定（司法院釋字第 682 號解釋參照）。<sup>3</sup>且憲法第 7 條保障人民平等權，人民依同法第 18 條應考試服公職之權<sup>4</sup>，在法律上自亦應一律平等。又憲法第 18 條保障之服公職權，亦應受憲法制度性保障<sup>5</sup>，且該規定旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。<sup>6</sup>於此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為非恣意合理之差別對待（即如合理差別規定）。<sup>7</sup>且其基於非恣意或合理之差別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第 23 條規定比例原則之要求。<sup>8</sup>

以上憲法平等保障之意旨，如係立法機關制定法律，對於人民之

<sup>3</sup> 參照司法院釋字第 694 號解釋。該解釋有關平等原則之立論，參照司法院釋字第 547 號、第 584 號、第 596 號、第 605 號、第 614 號、第 647 號、第 648 號及第 666 號解釋。

<sup>4</sup> 憲法第 18 條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。（參照司法院釋字第 42 號解釋）

<sup>5</sup> 參照司法院釋字第 483 號解釋，公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障，亦為公務員懲戒法第 1 條、公務人員保障法第 16 條及公務人員俸給法第 16 條之所由設。如有任免權之長官固得據此將高職等之公務人員調任為較低官等或職等之職務；惟一經調任，依公務人員俸給法第 13 條第 2 項及同法施行細則第 7 條規定，此等人員其所敘俸級已達調任職等年功俸最高級者，考績時不再晉敘，致高資低用人員縱於調任後如何戮力奉公，成績卓著，又不論其原敘職等是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，則調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果，與首開憲法保障人民服公職權利之意旨未盡相符。

<sup>6</sup> 參照司法院釋字第 575 號及第 605 號解釋。

<sup>7</sup> 參照司法院釋字第 614 號解釋。

<sup>8</sup> 參照司法院釋字第 618 號解釋。該解釋參照司法院釋字第 205 號解釋理由書。

自由、權利遭受同等損害者，立法機關亦應受平等保障之拘束，始符憲法第7條規定之意旨。如將之運用於立法機關制定或修正公務人員服務及保障相關法律規定時，亦自可將憲法第7條規定，包含前述立法平等原則之憲法保障。換言之，如立法機關制定法律時，未具正當理由而為不利差別待遇<sup>9</sup>，致生人民在法律上之不平等，自與憲法第7條保障平等原則之意旨有所抵觸。<sup>10</sup>因此，本件涉及系爭規定之內容於立法上是否符合憲法平等保障之問題，亦即立法平等原則之憲法保障問題。如立法者未具正當理由而就消防人員之免職與一般公務人員之免職為差別待遇，亦即規定消防人員不適用一般公務人員之免職規定，而適用較不利之警察人員人事條例規定，則系爭規定即有違反憲法保障平等原則之虞。

至於立法機關是否具備正當理由差別對待消防人員與一般公務人員，則須先由消防人員之定位問題出發，之後亦應對其身分保障相關規定予以探討。縱使立法機關基於憲法之價值體系，斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別對待，該差別對待而以法律對人民基本權利所為之過苛干預，亦應符合憲法第23條規定比例原則（過苛禁止；*Übermaßverbot*）之要求。

## 二、消防人員之定性問題

---

<sup>9</sup> 司法院解釋亦曾認平等權及應考試服公職權應受憲法保障，例如司法院釋字第760號解釋（民國107年1月26日），曾指出警察人員人事條例第11條第2項未明確規定考試訓練機構，……致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第7條保障平等權之意旨不符。行政院應會同考試院，於本解釋公布之日起6個月內，基於本解釋意旨，採取適當措施，除去聲請人所遭受之不利差別待遇。以上解釋採取系爭規定違憲之見解，可資參照。惟司法院釋字第750號解釋（民國106年7月7日），則認行政院衛生署（改制後為衛生福利部）修正發布之醫師法施行細則第1條之1，及考試院修正發布之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，關於國外牙醫學畢業生參加牙醫師考試之應考資格部分之規定，尚未抵觸憲法第23條法律保留原則、比例原則，與憲法第15條工作權及第18條應考試權之保障意旨無違，亦不違反憲法第7條平等權之保障。

<sup>10</sup> 參照司法院釋字第624號解釋，其係針對冤獄賠償法所為之解釋。該解釋所揭禁之法律內容平等之立法者拘束見解，自有參考之價值。

消防人員規範要求密度及其職務定性，如逕認其等同於警察人員，實有再推敲之必要。從全國現有編制員額內之消防人員觀之，雖其皆係通過警察考試及格者，並任用其為編制內消防人員，惟經考試及格取得資格為一回事，之後任用之職位或職務，係另一回事。因消防人員之法規不備，是否應直接適用、準用或類推適用警察人員人事條例規定？雖可採取權宜性措施，在法律適用上，將法規範經由立法技術性簡化其內容（警察人員人事條例第 39 條之 1 規定參照），固係為減省法律條文，或無可厚非，惟如從民國 86 年起將消防與警政分立之事實，現已其主管機關分別隸屬於內政部消防署與警政署，自不容忽視。因此，由於兩者之勤務存有差異性，其相關獎勵及懲戒等獎懲措施，如法律適用上選擇有利於消防人員之規定，或由立法者制定不同之更有利之規範，其亦應未違反前述消防與警政兩者制度分立之意旨及目的。

### 三、警察人員與消防人員分立原則與其在憲法上身分保障

因消防人員之工作性質，與警察之勤務，兩者容有差異，有如前述。消防人員與警察，立法意旨上已採分立原則，兩者互不隸屬，且消防人員於學校就讀消防相關科系，其所受之基本訓練與警察系統之養成及訓練，亦不盡相似。本號判決雖未忽視系爭規定於 78 年函送立法院審議之修正草案立法意旨及理由，藉以說明就警察採取重獎重懲之即時汰除與即時激勵制度，並說明系爭規定之目的在積極保護人民生命、財產、自由之安全與維護社會秩序等重要目的，且認為其所採即時汰除手段與目的，具有實質關聯（參見本號判決理由），惟其卻未論述非武裝且未攜帶警械、以消防、災害防救為任務之消防人員，為何同有即時汰除，若不即時汰除可能使人民生命、財產、自由即社會秩序受到威脅或危害之情狀。又關於系爭規定理所當然借用警察，且想當然耳地推論出來系爭規定就消防人員之考績懲處（懲戒）選用較不利之警察年中考績免職處分特別規定，於此論點，忽略將消防人員與一般公務人員相加比較，且亦無視兩者給予差別待遇是否具有正當性等問題，是本號判決在消防人員之較嚴重懲戒處分，將消防

人員比照警察人員辦理，恐有率斷之疑慮，亦且未詳以論述其為何得以通過較嚴格審查密度之平等原則審查，其說理恐有所缺憾之嫌！凡此皆值得商榷。

再者，有關消防人員之任用、遴用資格、官階之晉升及各項訓練、俸給、消防人員與一般行政人員及技術人員相互轉任、起敘、改任換敘及各項加給、退休與撫卹、保險及保障等事宜，與消防人員之考績，應適用公務人員考績法之規定，實不應當然直接適用警察人員人事條例第31條第1項第11款於消防人員。<sup>11</sup>因此，消防人員應適用更為有利之公務人員考績規範，諸如年終考績得功過相抵之制度（公務人員考績法第3條及第12條規定參照），而非警察人員人事條例第31條第1項第11款所定年中考績之制度，以期符合憲法第7條法律適用或立法之平等原則。

此外，前開警察人員人事條例有關年中考績免職處分規定，允許免除警察人員職務，其中年中考績為一種年度考績；既為年度考績，則除特別例外情形，不及發現納入當年度考績評價外，不得跨年度考評始符年度考績之意旨。由於本件未適用更有利於聲請人之法律（例如公務人員考績法第6條第3項、第8條及第12條，如連續受到申誡，考列為丁等而免職等規定），聲請人因免職而致其消防人員之身分受到重大之影響，縱使系爭規定係由立法者斟酌規範事物本質之差異而為合理之差別對待，該差別對待而以法律對人民基本權所增加不合理之負擔或干預，如前所述，亦應符合憲法第23條規定比例原則之要求。因消防人員之性質，異於警察人員，且就本件系爭懲戒處分，對於消防人員之身分改變或權益影響重大，是系爭規定侵害消防人員受憲法第18條保障之服公職權，亦即其所採懲戒處分之連續性手段，與其所欲達成所謂整飭官箴或維護消防安全及紀律之目的，實有

---

<sup>11</sup> 在過渡期間，可能須設特別規定，例如為保障消防人員於本條例施行前任警察官、一般行政人員及技術人員之年資、考績，於本條例施行後得予相互採計，作為考績升等（晉階）任用之依據，爰參照警察人員人事條例第14條之1規定，訂定本條規定。（參照前開消防人員人事條例草案第18條）

過苛之處，是有違反憲法第 23 條比例原則之虞！

#### 四、行政機關職掌免職處分有違憲法第 77 條之疑慮

公務人員之懲戒，乃國家對其違法、失職行為之制裁。此項懲戒得視其性質，於合理範圍內，以法律規定由其長官為之。中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分為限制人民服公職之權利，對公務員權益侵害最大，即應屬懲戒權之核心領域，實質上屬於懲戒處分，公務人員考績法容許行政權行使實質懲戒應容許受免職處分之公務員提起司法救濟<sup>12</sup>、免職處分之要件須符合法律保留原則<sup>13</sup>、且懲處權須訂有行使期間<sup>14</sup>。此為本院歷來見解。系爭規定涉及由行政權掌懲戒而使公務員免職，依上開見解，向來當落入懲戒處分之範圍。而憲法第 77 條懲戒處分由司法職掌之意旨，是否包含由行政長官掌懲戒，司法掌救濟，且何謂合理範圍之涵義，尚仍有討論空間，是其並非顯而易見，亦且不宜認為其係屬理所當然之事！

本號判決僅以權力分立及法院不宜取代行政機關及其長官為免職之第一次決定為由，似混淆行政機關及其長官免職決定與系爭規定所訂之法定免職之事由（即條件一經成就，依法應免職）二事。又以釋字第 785 後公務員已得依法就各類不當公權力措施請求救濟為由，明指由行政長官為包括免職之行政懲處，若有救濟機會即不違反憲法第 77 條之意旨，恐推翻歷來大法官解釋關於免職處分屬實質上懲戒處分而試圖設定較具彈性之判斷基準，亦且其遺漏論述法院是否全無可能判斷法定免職事由是否具備，及現行公務人員考績法對程序參與規範不足之現狀下，恐導致人民服公職權保障反被犧牲，不可不慎。

綜上，憲法第 77 條所稱公務員之懲戒，乃國家依法對公務人員之違法、失職行為之制裁。中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分為限制人民服公職之權

<sup>12</sup> 司法院釋字第 298 號解釋。

<sup>13</sup> 司法院釋字第 491 號解釋。

<sup>14</sup> 司法院釋字第 583 號解釋。

利，對公務員之身分或其權益侵害或干預重大，應將其歸屬於懲戒處分之範圍。是系爭規定涉及免職處分，實質上屬於懲戒處分，亦即應屬懲戒權之核心領域。總之，本號判決之合憲性立論，尤其是將免職處分由憲法第 77 條規定司法院掌理之公務員懲戒事項排除在外，反而可能導致現行公務人員考績（懲處）與懲戒概念處於重疊或交錯不明之灰色地帶，其所引發之程序基本權保障規範不足或懲戒規範過苛等現象，從而將難以給予人民服公職權之充分且合理保障。

111 年憲判字第 10 號

第  
10  
號



附錄：憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決至第 10 號判決關係法令  
及關鍵詞檢索表

判決號次 公布日期	相關法令	關鍵詞
1 (111.02.25)	憲法第 8 條、第 22 條、第 23 條 司法院釋字第 384 號、第 588 號、第 603 號、第 689 號、第 690 號、第 708 號、第 710 號、第 737 號、第 799 號及第 812 號解釋 道路交通管理處罰條例第 35 條 (102.1.30)、(108.4.17)、(111.1.28) 警察職權行使法第 8 條 刑法第 185 條之 3 刑事訴訟法第 122 條、第 205 條之 1 違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則第 19 條之 2 道路交通安全規則第 114 條	人身自由、身體權、資訊隱私權、正當法律程序、比例原則、法律保留原則、強制取證、身體檢查、身體搜索、強制抽血、血液酒精濃度測試檢定、吐氣酒精濃度測試檢定、個人資訊
2 (111.02.25)	司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 司法院釋字第 567 號、第 577 號、第 794 號及第 800 號解釋 民事訴訟法第 500 條第 2 項、第 505 條之 1	強制道歉、登報道歉、言論自由、思想自由、表意自由、新聞自由、回復名譽之其他適當處分、釋字第 656 號解釋

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	<p>民法第 195 條第 1 項                  強制執行法第 127 條第 1 項                  憲法第 11 條、第 23 條                  憲法訴訟法第 24 條第 2 項、                  第 90 條第 1 項但書、第 91                  條第 2 項前段</p>	
<p>3                  (111.03.25)</p>	<p>刑事訴訟法</p>	<p>人身自由、正當法律程                  序、訴訟權、受辯護人                  有效協助權、抗告、被                  告明示意思、偵查中羈                  押、辯護人</p>
<p>4                  (111.04.01)</p>	<p>原住民身分法第 1 條第 1                  項、第 2 條、第 4 條第 1                  項、第 2 項、第 5 條、第 6                  條第 2 項、第 3 項及第 11                  條；第 8 條準用第 4 條第 2                  項 (97.12.3)、(110.1.27)                  司法院釋字第 399 號、第 587                  號、第 603 號、第 664 號、                  第 682 號、第 722 號、第                  745 號、第 750 號、第 791                  號、第 802 號及第 803 號                  解釋                  憲法第 7 條、第 22 條及第 23                  條                  憲法增修條文第 10 條第 11                  項及第 12 項                  司法院大法官審理案件法第                  5 條第 1 項第 2 款</p>	<p>原住民身分認同權、種                  族平等、人格權、原住                  民身分、姓名、從姓、                  原住民傳統名字、自我                  認同原則、文化認同、                  血統主義、平等</p>

	憲法訴訟法第 90 條	
5 (111.04.29)	<p>憲法第 7 條、第 15 條及第 19 條</p> <p>憲法訴訟法第 90 條第 1 項</p> <p>司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款</p> <p>司法院釋字第 660 號、第 693 號及第 700 號解釋</p> <p>所得稅法第 4 條第 16 款、第 4 條之 1、第 5 條、第 24 條第 1 項前段、第 39 條第 1 項但書及第 42 條</p> <p>公司法第 232 條</p> <p>所得稅法施行細則第 8 條之 4</p> <p>營利事業所得稅查核準則第 99 條</p> <p>財政部 74 年 7 月 6 日台財稅第 18503 號函</p> <p>財政部 76 年 9 月 22 日台財稅第 7585901 號函</p>	<p>營利事業所得稅、扣除額、實質稅負能力、全年所得額、股利、股利淨額、盈餘、盈餘淨額、投資收益、課稅所得額、兩稅合一、盈餘分派、稅負能力、盈虧互抵、跨年度盈虧互抵、藍色申報書、租稅法律主義、純益額</p>
6 (111.05.13)	<p>嘉義市食品安全管理自治條例第 6 條第 2 項 (105.10.16)</p> <p>臺北市食品安全自治條例第 9 條之 1 (105.12.13)</p> <p>臺中市食品安全衛生管理自治條例第 6 條之 1、第 13 條之 1 (106.9.25)</p> <p>臺南市食品安全管理自治條例第 11 條之 1 (106.9.4)</p>	<p>機關權限爭議、萊豬、食品安全、乙型受體素、萊克多巴胺 (Ractopamine)、安全容許量標準、函告無效、不予核定、地方自治、權力分立、中央與地方權限劃分、因地制宜、健康權、平等原</p>

	<p>桃園市食品安全管理自治條例第 12 條 ( 108.11.5 ) ( 109.10.30 )、第 22 條 ( 109.10.30 )</p> <p>臺北市食品安全自治條例第 17 條之 1 規定 ( 109.11.4 )</p> <p>臺南市食品安全管理自治條例第 11 條之 1、第 17 條之 1 ( 109.12.1 )</p> <p>世界貿易組織協定 ( WTO Agreements )</p> <p>司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款、第 7 條第 1 項第 1 款</p> <p>司法院釋字第 527 號、第 550 號、第 738 號及第 769 號解釋</p> <p>地方自治法規報院核定或備查之統一處理程序第 1 點第 1 項第 3 款第 2 目暨同點第 2 項第 3 款第 2 目</p> <p>地方制度法第 2 條第 4 款、第 18 條第 7 款第 4 目及第 9 款第 1 目、第 19 條、第 26 條第 4 項、第 30 條第 1 項及第 5 項、第 32 條第 3 項、第 43 條第 5 項、第 75 條第 8 項</p> <p>行政院農業委員會 101 年 9 月</p>	<p>則、公共衛生、國際貿易、釋字第 527 號解釋、釋字第 738 號解釋</p>
--	--	--

	<p>7日農防字第1011473960號公告</p> <p>行政院農業委員會109年9月7日農防字第1091472241號公告</p> <p>食品安全衛生管理法第4條第1項、第15條第1項第5款、第2項及第4項、第15條之1、第18條第1項、第21條第2項</p> <p>食品安全檢驗與動植物防疫檢疫協定(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures)</p> <p>動物用藥殘留標準第3條及其附表</p> <p>憲法第7條、第22條、第23條、第107條第11款、第108條第1項第3款、第9款、第10款、第18款及第2項、第109條、第110條第1項第1款及第5款及第2項、第111條、第118條、第125條、第148條</p> <p>憲法訴訟法第1條第2項、第15條第2項第7款、第83條第1項第1款、第90條第1項但書、第92條第</p>	
--	--	--

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	<p>2 項 憲法增修條文第 9 條</p>	
<p>7 (111.05.27)</p>	<p>憲法第 8 條、第 16 條 司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 736 號、第 752 號、第 755 號、第 762 號、第 785 號及第 789 號解釋 刑事訴訟法第 245 條第 2 項 檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點 (93.6.23) 檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 28 點 (108.3.20)</p>	<p>防禦權、訴訟權、正當法律程序、偵查中辯護權、在場權、筆記權、陳述意見權</p>
<p>8 (111.05.27)</p>	<p>憲法第 22 條、第 156 條 司法院釋字第 664 號、第 689 號解釋 家事事件法第 75 條、第 76 條、第 77 條第 1 項第 2 款、第 85 條、第 91 條第 4 項、第 97 條、第 108 條第 1 項、第 110 條第 2 項、第 113 條、第 186 條第 2 項 家事事件審理細則第 107 條 家事非訟事件暫時處分類型及方法辦法第 7 條第 2 項 民法第 1055 條、第 1055 條之 1、第 1069 條之 1、第</p>	<p>交付未成年子女之暫時處分、子女最佳利益原則、繼續性原則、未成年子女意見陳述權、人格權、人性尊嚴、裁判憲法審查</p>

	<p>1089 條第 3 項及第 1097 條 第 3 項 非訟事件法第 10 條 強制執行法第 132 條第 1 項 民事訴訟法第 528 條 兒童權利公約施行法第 2 條、第 3 條 兒童權利公約第 3 條、第 4 條、第 12 條、第 13 條</p>	
<p>9 (111.06.24)</p>	<p>中華民國憲法第 18 條、第 41 條、第 53 條、第 77 條、 第 81 條、第 83 條 中華民國憲法增修條文第 6 條 公務人員考績法第 2 條、第 12 條 公務員懲戒法第 2 條、第 9 條、第 11 條、第 12 條 司法院釋字第 243 號、第 298 號、第 323 號、第 491 號、 第 499 號、第 583 號、第 613 號及第 785 號解釋</p>	<p>公務員、服公職權、司 法權、行政權、人事 權、彈劾、監察院、考 試院、權力分立原則、 行政懲處、年終考績、 專案考績、免職、實質 上之懲戒處分、懲戒一 元化原則</p>
<p>10 (111.06.24)</p>	<p>憲法第 7 條、第 18 條、第 77 條、第 83 條 憲法增修條文第 6 條第 1 項 第 3 款 司法院釋字第 785 號解釋 警察人員人事條例第 39 條之 1</p>	<p>警消人員、累積達二大 過、平等服公職權、中 度審查標準、重要公 益、權力分立原則、行 政懲處、司法懲戒</p>

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款、第 7 條及第 8 條 內政部消防署組織條例第 14 條第 1 項	
--	--	--



國家圖書館出版品預行編目

憲法法庭判決彙編暨重要裁定選編. 111 年 / 司法院憲法法庭書記廳編纂 -- 初版. -- 臺北市：司法院, 民 112.10  
面； 公分

ISBN 978-986-5499-61-7 (全套：平裝)

1. CST：中華民國憲法 2. CST：判決

581.21

112014294

**憲法法庭 111 年判決彙編暨重要裁定選編 (I)**

中華民國一一二年十月初版

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：上校基業有限公司

地址：高雄市三民區通化街 88 巷 26 號

電話：07-3116011

定價：新臺幣肆佰肆拾元整

GPN：1011201116

ISBN：978-986-5499-61-7

