

憲法法庭111年判決彙編 暨重要裁定選編（Ⅱ）

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 (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 吳陳鐸大法官 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 吳陳鐸大法官 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 吳陳銀大法官、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 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	吳陳鑑大法官	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	吳陳鑑大法官 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

憲法法庭判決

111 年憲判字第 11 號

聲 請 人 國立臺灣大學
代 表 人 管中閔
訴訟代理人 王晨桓律師
林伊柔律師

上列聲請人因聘任事件，認最高行政法院中華民國 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議，有抵觸憲法之疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

最高行政法院中華民國 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議 1
決議，關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，
不得循序提起行政訴訟部分，抵觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16
條保障訴訟權之意旨，應自本判決公告之日起不再援用。

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

聲請人國立臺灣大學（下稱臺灣大學）就該校生物資源暨農學 3
院（下稱生農學院）園藝暨景觀學系（下稱園藝系）李○○助理教
授，因任職屆滿 8 年未升等，自 103 學年度起不續聘案，前經教育
部中央教師申訴評議委員會（下稱中央教師申評會）作成再申訴有
理由，應另為適法處置之決定後，經該校園藝系、生農學院之教師
評審委員會審議，終經該校教師評審委員會中華民國 104 年 7 月 27
日 103 學年度第 10 次會議決議，自 103 學年度起不續聘（下稱系爭
不續聘決議），並由聲請人以同年 8 月 5 日校人字第 1040058471A
號書函通知李○○。李○○乃向臺灣大學教師申訴評議委員會（下
稱該校教師申評會）提出申訴，該校教師申評會於同年 11 月 19 日
作成（104）教申評字第 5 號評議書，認申訴有理由，撤銷系爭不續
聘決議，由聲請人另為適法之處置。聲請人不服，提起再申訴，經

教育部 105 年 3 月 21 日臺教法(三)字第 1050016557 號函送之同年月 14 日中央教師申評會再申訴評議書(下稱系爭再申訴決定),認聲請人之再申訴無理由予以駁回。【3】

嗣聲請人以教育部為被告,向臺北高等行政法院提起撤銷之訴,經該院 105 年度訴字第 710 號裁定以教育部所屬中央教師申評會所為之系爭再申訴決定,「與一般行政機關所受上級機關之訴願決定無異,原告自應服從主管機關之監督,而無許可其對再申訴決定提起行政訴訟之餘地」為由,駁回聲請人之訴。聲請人提起抗告,經最高行政法院 106 年度裁字第 1527 號裁定(下稱確定終局裁定),援用該院 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議(下稱系爭決議),以抗告無理由,予以駁回確定。【4】

二、聲請人陳述要旨【5】

聲請人主張意旨略以：大學對教師之聘免為大學自治權之核心事項,受憲法第 11 條學術自由之保障,大學就此自治事項具權利主體之地位,教育部就大學自治事項行使監督權時(例如作成不予維持大學不續聘教師措施之再申訴決定),如侵害大學自治權,大學自享有請求排除侵害之救濟權利,確定終局裁定所援用之系爭決議謂：84 年 8 月 9 日制定公布之教師法(下稱 84 年教師法)「第 29 條、第 31 條、第 33 條規定教師對有關其個人措施得提出申訴、再申訴及循序提起行政訴訟之程序,係為糾正主管教育行政機關或學校違法或不當損害教師權益行為所設之特別行政救濟制度。大學對所屬教師不予續聘決定,教師不服而提起申訴、再申訴,其程序標的為不予續聘之措施,大學則為作成該措施之主體,除法律別有規定外,大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟,方符該特別行政救濟制度之設立本旨。參酌教師法第 33 條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟,此與同法第 31 條第 2 項後段特別規定『學校』亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同;又綜觀教師法第 33 條規定之立法歷程,立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍,並非立

法上有所疏漏。從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。」而否定大學對不利其享有大學自治權之再申訴決定，得循序提起行政訴訟以為救濟之權利，牴觸憲法第 11 條保障大學自治及第 16 條保障訴訟權之意旨等語。【6】

貳、受理依據【7】

聲請人之代表人原為郭大維，於 108 年 1 月變更為管中閔，茲據新任代表人管中閔具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。【8】

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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之。查本件聲請案係於 106 年 11 月 13 日繫屬，是其受理與否，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，與大審法上開規定之要件相符，爰予受理。【9】

參、形成主文之法律上意見【10】

一、審查原則【11】

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，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（司法院釋字第 736 號及第 785 解釋參照），此乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 742 號解釋參照）。又憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，大學自治亦屬該條之保障範圍，大學對研究、教學與學習之事項，包括大學內部組織、教師聘任及資格評量，享有自治權（司法院釋字第 380 號解釋參照）。而依憲法第 162 條規定，大學係依法律受國家之監督，教育主管機關

依法行使其行政監督權時，如侵害大學之自治權，大學基於受憲法保障依法享有自治權之權利主體地位（大學法第 1 條規定參照），本於上開有權利即有救濟之意旨，自應允大學提起訴訟以尋求司法救濟。【12】

二、本庭之判斷【13】

13

大學聘用教師之自主權既受大學自治之保障，是各大學得與符合聘用資格之特定教師訂立聘任契約，以形成雙方間之權利義務關係，並於聘約期限屆至時決定是否繼續聘任。惟國家為保障大學教師之工作權益與生活，以提升教師專業地位，對大學與其所屬教師之權利義務，以及教師之解聘、不續聘、停聘等之要件與程序等事項，於教育人員任用條例及教師法均有明文規範，並藉須經主管機關核准，予以監督〔教育人員任用條例第 31 條、103 年 1 月 8 日修正公布教師法（下稱 103 年教師法）第 14 條、108 年 6 月 5 日修正公布教師法（下稱現行教師法）第 14 條至第 16 條、第 18 條及第 22 條規定參照〕。就大學於聘約期限屆至時是否續聘教師而言，大學法第 19 條規定：「大學除依教師法規定外，……得基於學術研究發展需要，另定教師……不續聘之規定，……並納入聘約。」又依 103 年教師法第 14 條第 1 項第 14 款及第 2 項規定（現行教師法為第 16 條），大學就是否不續聘教師，須經學校教師評審委員會審議，以認定教師是否有不續聘原因，並報主管教育行政機關核准，予以不續聘；而此等規範內容，涉及各大學與教師於聘約期限屆至時，是否不再繼續成立新的聘約關係，且應為各大學與所聘教師間聘任契約之內容。是各大學依據具此等規範內容之聘約約定，不續聘教師，其法效僅係使教師在原受聘學校不予聘任，性質核係單純基於聘任契約所為之意思表示，雖對教師之工作權益有重大影響，惟尚與大學為教師資格之審定，係受委託行使公權力，而為行政處分之性質（司法院釋字第 462 號解釋參照）有別。【14】

14

按「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申

15

訴。」「教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。」84 年教師法第 29 條第 1 項及第 31 條第 2 項（現行教師法第 42 條第 1 項及第 44 條第 2 項僅各微調文字，規範內容相同）固分別定有明文，惟大學因其自治權受侵害得提起訴訟以尋求司法救濟，係在憲法第 16 條訴訟權保障範圍，已如前述；且教師法為保障教師工作權益，雖另設有申訴、再申訴之特別紛爭解決機制，然並未明文限制大學認其自治權受教育主管機關之監督措施所侵害時，得依法提起相應行政訴訟之權利。若如系爭決議所稱：「……參酌教師法第 33 條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，……立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍……。」則上開教師法規定尚難謂無違憲之處。實則關於公立大學得否對中央主管機關之再申訴決定提起行政訴訟之疑義，仍應視公立大學對所屬教師之措施，是否係立於單純聘約當事人地位並無受委託行使公權力之情，以及審究教師法所規定申訴、再申訴之性質，俾對相關規範進行解釋。【15】

上述教師法所稱之教師申訴評議委員會（下稱教師申評會），¹⁶不論係依現行或 84 年教師法之規定，其組成均包含學者及該地區教師組織代表，且未兼行政職務之教師不得少於委員總數三分之二；並其評議決定確定後，就其事件有拘束各關係機關、學校之效力，主管機關並應依法監督其確實執行（84 年教師法第 29 條第 2 項、第 32 條、現行教師法第 43 條第 1 項及第 45 條第 1 項規定參照）。又教師法規定之申訴程序，分為申訴及再申訴二級，就非軍事校院及警察校院之大學而言，申訴係由教師向設置於各大學之學校教師申評會提起，其組成方式及運作由各大學訂定，評議決定應作成評議書，以大學名義行之，且於申訴人（教師）或原措施之大學未於評議書送達後 30 日內提起再申訴而告確定；至再申訴決定則向設置於中央主管機關即教育部之中央教師申評會提起，其評議書係以中央主管機關名義行之（大學法第 22 條、84 年教師法第 30 條第 1 款、

現行教師法第 42 條第 3 項、第 44 條第 1 項第 1 款、94 年 8 月 19 日修正發布教師申訴評議委員會組織及評議準則第 11 條、第 29 條第 1 項、第 30 條第 3 項、現行即 109 年 6 月 28 日修正發布教師申訴評議委員會組織及評議準則第 12 條、第 35 條第 1 項及第 36 條第 3 項規定參照）。【16】

申言之，教師申評會係以未兼行政職之教師為主要成員，為解決教師與所屬大學間之爭議，提供其等於教育實務之專業意見；而不論公立大學基於受委託行使公權力或聘任契約，對所聘教師所為者係具行政處分性質或非行政處分性質之措施，公立大學教師均得向學校教師申評會提出申訴，即先以學校內部組織為爭議處理。此除為維護大學教師之學術專業自主外，亦具有大學教師雖為所屬大學所聘任，但並非立於大學自治客體地位之意旨。倘提出申訴之教師與所屬公立大學間關於學校措施之爭議，尚未能藉由學校內部機制獲得解決，教師法明定之再申訴制度係允許存有爭議之雙方（即教師與公立大學）提起再申訴，並由設於中央主管機關之中央教師申評會，基於中央主管機關依大學法及教師法對大學所具之監督職權，以具行政處分性質之再申訴決定進行裁決。其中，就公立大學對教師所為非基於受委託行使公權力之措施，而引發之聘約上爭議，倘申訴決定未維持大學之措施，公立大學因而提起再申訴，又不服再申訴決定者，本於其與教師同為學術自由之權利主體地位，並享有大學自治權，於以中央主管機關名義所為之再申訴決定，侵害公立大學之自治權時，大學自得對該再申訴決定，循序提起行政訴訟。【17】

系爭決議謂：「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。」惟如前所述，公立大學對所屬教師之不續聘措施，其性質係公立大學單純立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示，而公立大學就未維

持其對教師所為不續聘措施之申訴決定，依法得提起再申訴，係因再申訴乃於大學自治之內部機制無法解決其內部爭議，始由中央主管機關裁決雙方爭議之特別紛爭解決機制。是為解決不續聘措施爭議之再申訴決定，如公立大學認侵害大學聘任教師之自治權時，自得對中央主管機關不予維持其不續聘措施之再申訴決定，循序提起行政訴訟。【18】

綜上，系爭決議關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16 條保障訴訟權之意旨，應自本判決公告之日起不再援用。【19】

中 華 民 國 111 年 7 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 吳陳銀
蔡明誠 林俊益 許志雄
張瓊文 黃瑞明 謝銘洋
呂太郎 楊惠欽
(詹大法官森林、
黃大法官昭元、
蔡大法官宗珍迴避)

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：

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、黃大法官瑞明、呂大法官太郎、楊大法官惠欽	吳大法官陳銀、許大法官志雄、張大法官瓊文、謝大法官銘洋

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

林大法官俊益提出。

黃大法官瑞明提出。

不同意見書：吳大法官陳銀提出。

許大法官志雄提出、張大法官瓊文加入。

張大法官瓊文提出。

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 7 月 29 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

公立大學與教師間聘任關係為私契約關係，如有爭議，任一方均應得循民事爭訟程序處理

教師法第 16 條第 1 項及第 43 條第 1 項規定均應適當修正

本席贊成本件判決之主文，但認為應不限於公立大學，對於私立大學亦應有適用，而且理由與多數意見所持之教育部中央教師申訴評議委員會再申訴決定係行政處分之見解不同，故有必要提出本協同意見書，說明本席之立場及其理由如下：

一、本席認為大學（不論公立或私立）與其聘任教師間之聘任關係是私契約關係，如有爭議，本契約當事人對等原則，任一方均有權訴請普通法院審判，同受憲法第 16 條訴訟權保障：

（一）教師包括大學教師均非公務員，也就是學校非居於行使國家公權力之地位，則大學與其聘任之教師間所成立者係聘任關係，而不是公務員任用關係。

（二）教師之工作在教學、研究，不是從事國家統治相關行為，即不是在執行國家公權力。因此，大學與教師間成立的應不是公法關係。

（三）大學與教師間是本於大學為由教師從事教學及或研究目的要約聘任，而教師承諾受聘，故大學與教師間成立聘任契約關係。

（四）是大學與所聘任教師間應係成立私契約關係，此由私立大學與其所聘任教師間係成立私契約關係，如有契約糾紛，係由普通法院審判，向無爭議之事實，應可明之。因為大學固有公立與私立之分，但其等均係為教學及或研究之目的應無殊，類如公營銀行與民營銀行之差異而已，是公立大學與其聘任之教師間也應成立私契約關係。二者間如因聘任契約而生爭議，也應循民事契約爭議解決途徑處理，即由普通法院審判。

（五）契約當事人對等，如有契約爭議，雙方之訴訟權自應同

等受憲法保障，始符憲法平等原則。本件原因案件所涉者為大學教師聘任契約之不續聘爭議，系爭決議認不服再申訴決定者，僅教師方得提起訴訟，大學方含公立大學方均不得提起訴訟，牴觸憲法平等原則。

（六）又大學法第 22 條第 2 項已明定：「申訴評議委員會之裁決，不影響當事人提起司法爭訟之權利。」是系爭決議認大學不得對不利之再申訴決定（裁決、評議結果）提起訴訟，牴觸大學法第 22 條第 2 項規定，亦有未當。

二、學校包括大學有權決定教師聘任等（包括聘任、解聘、停聘、不續聘、資遣）相關事項之組織，原則上為教師評審委員會，不應是教師申訴評議委員會

（一）依教師法第 9 條、第 14 條至第 16 條、第 18 條、第 22 條、第 23 條及第 27 條等規定，暨大學法第 20 條規定，教師含大學教師之聘任等相關事項之有權決定組織為教師評審委員會。

（二）教師法第 42 條第 1 項規定：「教師對學校或主管機關有關其個人之措施，認為違法或不當，致損害其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提起申訴、再申訴。」其中學校有關措施是否包括聘任等相關事項，非無疑義。由大學法第 22 條第 1 項規定：「大學設教師申訴評議委員會，評議有關教師解聘，停聘及其他決定不服之申訴；其組成方式及運作等規定，經校務會議審議通過後實施。」至少不包括聘任。

（三）由教師法第 42 條第 1 項規定文義可知：教師申訴評議委員會受理教師之申訴時，只是就學校之受申訴措施是否違法或不當損害教師權益為評議而已，不是因此取代教師評審委員會之地位，而成為有權不解聘、不停聘之決定者地位。

三、就大學與教師間不續聘爭議，教育部中央教師申訴評議委員會之再申訴決定非行政處分性質

（一）教師申訴評議委員會之組成規定不合理

1、教師法第 43 條第 1 項規定：「教師申訴評議委員會委員，

由教師、社會公正人士、學者專家、該地區教師組織代表，及組成教師申訴評議委員會之主管機關或學校代表擔任之；其中未兼行政職務之教師人數不得少於委員總數三分之二。」大學法第 22 條第 1 項則規定，大學教師申訴評議委員會之組成方式等，由校務會議審議通過，但因教師申訴評議委員會組織及評議準則第 8 條規定結果，其組成與其他各級學校相同。

2、教師申訴評議委員會所受理者，係由教師提出或由所屬學校提出與教師相關爭議之申訴，而依上開教師法第 43 條第 1 項規定，有權為申訴決定之教師申訴評議委員會之法定成員，其中為申訴教師之教師同僚竟佔全體成員之三分之二以上，對照依同條第 3 項訂定之教師申訴評議委員會組織及評議準則第 31 條，申訴決定應經其成員（委員）總數二分之一以上出席、出席委員三分之二以上同意之規定，可知：申訴決定權可能完全掌握在爭議一方即教師方之同僚手中，此種情形，如何期待委員必然客觀中立不偏頗而申訴決定公正妥當？而且如其為行政處分即具強制力，尤其是如系爭決議所言，大學不得對教育部教師申訴評議委員會之再申訴決定不服，不得提起行政訴訟，則對大學言，形同由教師們間接或教師申訴評議委員會直接取代教師評審委員會決定教師之續不續聘，此與民主法治原則、正當法律程序原則，應均不符合。是不論申訴決定之性質為何（是否為行政處分），教師申訴評議委員會之組成規定都明顯不合理，立法者應有責任為適當修正。

（二）在大學自治下，教師申訴評議委員會之決定尤其關於不續聘之爭議，充其量應只是類似調解（調處）性質，為不具強制力之先訴訟外糾紛解決機制，其決定不是行政處分

1、教師申訴評議委員會之決定，依理不應因其係申訴或再申訴之決定而異其性質，而由前引大學法第 22 條第 2 項規定應可知：教師申訴評議委員會之決定應非行政處分，因為如果是行政處分，不應該也不必要有大學法第 22 條第 2 項規定。

2、私立大學也有教師申訴評議委員會，依理其決定與公立大學

教師申訴評議委員會決定之性質應無殊。而私立大學教師申訴評議委員會之決定尤其關於不續聘之爭議，非行政處分殆無疑義，是公立大學教師申訴評議委員會之不續聘申訴決定，也應非行政處分。

3、在大學自治下，就不續聘教師爭議，既是私契約爭執，也不涉公權力行使，公立大學教師申訴評議委員會之申訴決定應非行政處分，則再申訴決定也不應是行政處分。

4、如上所述，教師申訴評議委員會之組成不合理，本質上已當然違反民主法治原則及正當法律程序原則，其作成之決定怎可能是、怎可以是有強制力之公法上之行政處分？！

5、教師申訴評議委員會之決定與主管機關（在大學為教育部）之監督（核准）有別

教師法第 16 條第 1 項固規定，學校包括大學對教師之不續聘，應受主管機關（在大學為教育部）之核准（監督），但教師申訴評議委員會之決定與主管機關之核准，性質上不同，比對教師法第 16 條與第 43 條規定，亦知程序明顯有別，二者不可相混。即主管機關之核准與否決定縱屬行政處分，也不能據此推論教師申訴評議委員會之決定亦為行政處分。

又上述學校教師之不續聘應經主管機關核准之規定，應係為原學校與教師間為特別權力關係而設，但該特別權力關係業已解構，此一規定繼續存在之合理性即屬有疑；尤其在大學自治下，人事應由大學自主，此一應經核准規定部分更顯突兀，而應予修正刪除之。

6、綜上，教師申訴機制充其量係如土地法第 59 條第 2 項之如界址爭議（土地法第 46 條之 2 規定參照）之調處，乃不具強制力之先訴訟外之糾紛解決機制，一種 ADR，不是行政處分；不服再申訴者，應得提起民事訴訟救濟。

四、依上開不續聘爭議乃私契約爭議之觀點，國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法也可認為是私契約條款，而非法令，是本庭 111 年憲判字第 12 號案亦應可不受理。

協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件判決係【公立大學就不續聘教師之再申訴決定提起行政訴訟案】。

聲請人國立臺灣大學（下稱臺大）於中華民國 103 年 7 月間對其所屬教師作成 103 學年度起不續聘措施（依現行教師法第 16 條規定，此措施須經教育部核准，始生效力）之通知，教師不服，向臺大教師申訴評議委員會提出申訴，經認申訴有理由，撤銷該不續聘措施。聲請人對申訴決定不服，向教育部中央教師申訴評議委員會提起再申訴。經認再申訴無理由，駁回再申訴（教育部另函復臺大對其不續聘措施，不予核准）。嗣聲請人以教育部為被告，以再申訴決定為訴訟客體，向臺北高等行政法院提起撤銷之訴，經法院以起訴不合法為由而裁定¹駁回，聲請人不服提起抗告，經最高行政法院適用該院 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），以抗告無理由，裁定²駁回而確定。

聲請人聲請釋憲，主張系爭決議，牴觸憲法第 11 條保障大學自治權及第 16 條保障訴訟權之意旨，聲請宣告系爭決議違憲。

本席認為，本件釋憲聲請，涉及大學受憲法保障之大學人事自治權遭受公權力侵害之救濟爭議，殊具憲法價值，應予受理。系爭決議，認大學（不分公立或私立大學）就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟。本判決就公立大學部分採肯定說，宣告系爭決議「關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由

¹ 臺北高等行政法院 105 年度訴字第 710 號裁定：被告所屬之中央教師申訴評會既為終級之教師申訴評議委員會，其就上開教師權益事項所為之決定，乃本於中央教育主管機關行使法定監督權，核其性質，與一般上級行政機關所為之訴願決定無異，原告學校自應服從其監督，無許可對之提起行政訴訟之餘地（最高行政法院 105 年度判字第 155 號判決、99 年度裁字第 151 號裁定意旨參照）。

² 最高行政法院 106 年度裁字第 1527 號裁定參照。

及第 16 條保障訴訟權之意旨，應自本判決公告之日起不再援用。」至於私立大學，則未置一詞。

本判決受限於原因案件之聲請人為公立大學而於判決主文僅宣告系爭決議關於公立大學部分違憲，本席對此部分，尚可贊同。至於判決理由關於釋憲模式之選擇，本席則有不同的論述，爰提出協同意見書，以就教於方家。另本席亦認為系爭決議關於私立大學部分，同屬違憲，併予論敘。

貳、本判決釋憲爭議之憲法價值

一、強調大學人事自治權係受憲法保障之權利

憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障；就大學教育而言，應包含研究自由、教學自由及學習自由等事項。大學就上開事項，享有大學自治權，是大學法第 1 條第 2 項規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」大學所屬教師為校內自治權之核心主體，其素質良窳，攸關研究、教學及學生學習之品質，與學術發展、專業能力提升及大學設立宗旨得否實現，均密切相關，是大學對教師聘免（包括聘任、解聘、不續聘、停聘等），享有大學人事自治權，惟依憲法第 162 條規定，仍依法律受國家之監督（司法院釋字第 380 號、第 450 號及第 563 號解釋參照）。本判決理由於「二、本庭之判斷」開宗明義只談「大學聘用教師之自主權既受大學自治權之保障」（判決編碼【13】段第 1 行參照），而未併論及「大學對教師之解聘、不續聘及停聘等，亦係大學之自治權限」，似有欠妥。

國家依法律就大學對教師聘免人事自治權之監督，主要表現在二個面向：其一係國家為保障大學教師之工作權益與生活，以提升教師專業地位，對大學與其所屬教師之權利義務，以及教師之聘任、解聘、不續聘及停聘等之要件與程序等事項，於教師法³設有明文規範，特

³ 教師法第 1 條規定：「為明定教師權利義務，保障教師工作及生活，提升教師專業地位，並維護學生學習權，特制定本法。」及第 4 條規定：「教師資格檢定及審定、聘任、解聘、不續聘、停聘及資遣、權利義務、教師組織、申訴及

別係對教師之解聘、不續聘、停聘等措施，須經國家主管機關之核准⁴，始生效力，此乃國家對大學之監督之一。其二係大學與教師間之解聘、停聘、不續聘等紛爭，教師法設有**特別行政救濟制度之申訴、再申訴程序**，經由申訴程序仍無法有效解決紛爭時，大學得對申訴決定提起再申訴，由中央主管機關代表國家基於監督職權，予以裁決，作成具行政處分性質之再申訴決定，此乃國家對大學之監督之二。

二、重申有權利即有救濟之憲法原則

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，不得僅因身分之不同，即予限制或剝奪（司法院釋字第 430 號、第 653 號、第 736 號、第 784 號及第 785 號解釋參照）。

凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人之不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判⁵。大學（不論是公立大學或私立大學）既享有大學自治權，為權利主體，並不因其提起再申訴而喪失權利主體地位，教師就大學對其所為不續聘措施向學校之**教師申訴評議委員會**提起申訴，經認有理由，作成申訴決定，撤銷該不續聘措施，大學對申訴決定，向中央主管機關即教育部之**中央教師申訴評議委員會**提起再申訴，經認無理由，作成再申訴決定（為公權力措施），駁回大學之再申訴，其性質上等同於不予核准（亦為公權力措施）大學不續聘措施，此乃屬國家對大學之監督，可能涉及對大學自治權之干預，單方決定並對外發生法規範效力（具行政處分之性質），於大學主觀上認其受憲法保障之大學自治權遭受國家公權

救濟等事項，應依本法之規定。」

⁴ 教師法第 16 條第 1 項規定：「教師聘任後，有下列各款情形之一者，應經教師評審委員會審議通過，並報主管機關核准後，予以解聘或不續聘；其情節以資遣為宜者，應依第 27 條規定辦理：一、教學不力或不能勝任工作有具體事實。二、違反聘約情節重大。」

⁵ 司法院釋字第 368 號解釋吳大法官庚之協同意見書參照。

力措施不法侵害時，得否依教師法所定之特別行政救濟制度循序提起行政訴訟？

此一釋憲爭點，涉及憲法保障學術自由（大學自治權）及有權利即有救濟之憲法原則之關係，極具憲法價值。

參、大學與教師間法律關係現狀之概述

84 年 8 月 9 日制定公布教師法，設有**特別行政救濟制度**，其第 31 條規定：「（第 1 項）教師申訴之程序分**申訴及再申訴**二級。（第 2 項）教師不服申訴決定，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。」第 33 條規定：「**教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者**，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」108 年 6 月 5 日修正公布教師法（下稱現行教師法）時，將第 31 條第 2 項規定移列為第 44 條第 2 項規定，第 33 條規定移列為第 44 條第 6 項規定：「原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；**不服再申訴決定者，得依法提起行政訴訟。**」合先敘明。

本件釋憲爭議之背景事實，涉及教師法及大學法與公、私立大學間錯綜複雜之法律關係，剪不斷、理還亂，所幸經最高行政法院 98 年 7 月份庭長法官聯席會議決議（下稱最高行政法院 98 年決議）後，形成統一見解，讓實務得以正常運作。茲依實務上之見解，就大學與教師間之法律關係歸納如下：

一、**就聘任契約之性質言**：大學聘任教師，乃基於彼此間之合意而成立之契約關係，但公、私立大學與其教師間之聘任契約關係不同，前者為**公法關係之行政契約**（最高行政法院 98 年決議⁶參照）；後者為**私法關係之私法契約**。

⁶ 決議：「公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位（司法院釋字第 382 號解釋理由書第 2 段參照）。**公立學校教師之聘任，為行政契約**。惟在行政契約關係中，並不排除立法者就其中部分法律關係，以法律特別規定其要件、行為方式、程序或法律效果，俾限制行政契約當事人之部分契約自由而維護公益。」

- 二、就大學不續聘教師措施之性質言：公、私立大學對教師之不續聘措施性質不同，前者為行政處分（最高行政法院 98 年決議⁷參照），如對不續聘措施有所爭執，應循行政救濟程序；後者為基於私法契約所為不繼續簽訂聘任契約之意思表示，如有爭執，應循民事訴訟程序尋求救濟（最高行政法院 109 年度判字第 312 號判決及 110 年度抗字第 227 號裁定參照）。
- 三、就教育部核准不續聘措施之性質言：大學於教師聘任契約期限屆至前所為不續聘教師措施，依現行教師法第 16 條規定，須報請主管機關核准，始生效力。關於主管機關核准之定性，亦有不同。就公立大學之不續聘措施，核准係法定生效要件，核准前，不續聘措施係法定生效要件尚未成就之不利行政處分（最高行政法院 98 年決議參照）；如教育部不予核准，公立大學得對之提起訴願及行政訴訟請求救濟；就私立大學之不續聘措施而言，核准具有使不續聘措施發生法律效果之作用，性質上為形成私法效果之行政處分，受不續聘之教師自可對該核准處分，循序提起行政撤銷訴訟（最高行政法院 102 年度判字第 513 號及第 617 號判決參照），提起撤銷訴訟，須以經合法訴願為要件（最高行政法院 107 年度判字第 131 號判決參照）。
- 四、就教師因不續聘措施而提起之訴訟性質言：教師因學校具體措

⁷ 決議：「公立學校教師於聘任後，如予解聘、停聘或不續聘者，不僅影響教師個人權益，同時亦影響學術自由之發展與學生受教育之基本權利，乃涉及重大公益事項。是教師法第 14 條第 1 項規定，教師聘任後，除有該項各款法定事由之一者外，不得解聘、停聘或不續聘，乃為維護公益，而對公立學校是否終止、停止聘任教師之行政契約，以及是否繼續簽訂聘任教師之行政契約之自由與權利，所為公法上限制。除該項教師解聘、停聘或不續聘法定事由之限制外，該法另定有教師解聘、停聘或不續聘之法定程序限制（教師法第 14 條第 2、3 項、同法施行細則第 16 條各款參照）。是公立學校教師因具有教師法第 14 條第 1 項各款事由之一，經該校教評會依法定組織（教師法第 29 條第 2 項參照）及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由該公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。」

施認其權利或法律上利益受侵害，經循申訴、再申訴程序，而仍無法排除該教師所認之侵害結果，而有提起訴訟之必要時，其所採之訴訟途徑亦有不同，就公立大學之教師，應提起撤銷訴訟⁸；反之，私立大學之教師，應依其私法契約之性質，循民事訴訟途徑請求救濟（最高行政法院 110 年度抗字第 82 號及第 227 號裁定參照）。

綜上可知，大學對其所屬教師之不續聘措施，實務見解有非常複雜之定性及救濟途徑，業經最高行政法院作成 98 年決議，統一見解，行政法院體系亦依決議意旨而為裁判。在實務見解穩定之情況下，本席要問：於此情況下，有必要為解決大學對教育部駁回其再申訴之決定可否循序提起行政訴訟一項極小的問題（實務上提起此類訴訟之案件極少⁹），而改變上開實務之穩定見解嗎？況且此等爭議，均為行政法之法律適用爭議，而非憲法爭議，是否允宜委諸於專業法院決定，憲法法庭予以適當尊重即可？

肆、釋憲模式之選擇

⁸ 最高行政法院 109 年度裁字第 131 號裁定要旨：「公立學校教師得對法定生效要件尚未成就之不利行政處分提起訴願、行政訴訟以資救濟，乃教師法第 33 條所為之特別規定。至當事人不服公立學校解聘、停聘或不續聘之行政處分，但未利用法定特別程序救濟（或遲誤法定特別救濟程序相關期限），而俟主管教育行政機關核准該行政處分後，始依教師法第 29 條第 1 項、第 31 條第 2 項前段及第 33 條規定提起申訴、再申訴（視為訴願）或依法逕提訴願後，再以學校為被告依法提起撤銷訴訟者，亦無不合。」

⁹ 以原告國立、大學及被告教育部為關鍵字，搜尋臺北高等行政法院的裁判書，資料庫內只有 7 件，即：①108 年度訴字第 2037 號裁定（國立臺灣大學與被告教育部因教師升等事件，原告之訴駁回）；②106 年度訴字第 1553 號裁定（國立臺灣大學與被告教育部間性別平等教育法事件，移送臺灣臺北地方法院行政訴訟庭）；③105 年度訴字第 710 號裁定（國立臺灣大學與被告教育部間聘任事件，原告之訴駁回）；④97 年度訴字第 1219 號裁定（國立臺北大學與被告教育部間有關教育事務事件，原告之訴駁回）；⑤94 年度訴字第 1561 號裁定（國立臺北藝術大學與被告教育部間因薪資事件，原告之訴駁回）；⑥93 年度訴字第 2934 號裁定（國立成功大學與被告教育部間因薪資事件，原告之訴駁回）；⑦91 年度訴更一字第 9 號裁定（國立臺灣大學與被告教育部間有關教育事務事件，原告之訴駁回；同一案件，89 年度訴字第 1371 號裁定）。

一、司法院有關訴訟權釋憲爭議之釋憲模式

司法院關於權利主體得否提起訴訟之訴訟權釋憲爭議案之解釋甚多，其釋憲之處理方式，皆有一定模式，先指出釋憲審查原則：基於有權利即有救濟之憲法原則，再依序處理下列問題：①聲請人是否享有受憲法保障之基本權利？②聲請人之基本權利（有時擴及於權利或法律上之利益¹⁰）有無遭受公權力措施侵害？③如聲請人認其基本權利遭受公權力措施之侵害，其有無救濟途徑？④最終認定，權利人如認其基本權利遭受公權力措施侵害，而無權利救濟途徑，相關法律或命令規範是否違憲？茲舉例說明如下。

（一）司法院釋字第 785 號解釋（公務人員訴訟權保障案）

根據公務人員保障法，公務人員就影響其權益之不當公權力措施，於申訴、再申訴後，不得續向法院請求救濟，是否違憲？司法院釋字第 785 號解釋，依有權利即有救濟之憲法原則予以審查，審查結果，釋示：「本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，人民因其公務人員身分，與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害，或有主張權利之必要，自得按相關措施與爭議之性質，依法提起相應之行政訴訟，並不因其公務人員身分而異其公法上爭議之訴訟救濟途徑之保障。中華民國 92 年 5 月 28 日修正公布之公務人員保障法第 77 條第 1 項、第 78 條及第 84 條規定，並不排除公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨均尚無違背。」

（二）司法院釋字第 755 號解釋（受刑人司法救濟案）

就監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款之規定合併觀察，其不許受刑人向法院請求救濟，是否與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違？

¹⁰ 司法院釋字第 736 號解釋：本於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，教師認其權利或法律上利益因學校具體措施遭受侵害時，得依行政訴訟法或民事訴訟法等有關規定，向法院請求救濟。

司法院釋字第 755 號解釋，依有權利即有救濟之憲法原則予以審查，審查結果，釋示：「監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款之規定，不許受刑人就監獄處分或其他管理措施，逾越達成監獄行刑目的所必要之範圍，而不法侵害其**憲法所保障之基本權利**且非顯屬輕微時，得向法院請求救濟之部分，逾越憲法第 23 條之必要程度，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。」

其他相類訴訟權釋憲爭議之解釋，諸如釋字第 736 號解釋（教師因學校措施受侵害之訴訟救濟案）、第 784 號解釋（各級學校學生之行政爭訟權案）均採相同之釋憲模式。

二、本件釋憲聲請之釋憲模式選擇

對於本件釋憲爭點之處理，本席認為亦得循往昔司法院解釋先例之釋憲模式，依序處理 4 項問題：①大學是否享有受憲法保障之自治權？②大學自治權有無因公權力措施而遭受侵害之可能？③其大學自治權因公權力措施而遭受侵害，有無救濟途徑？④最終認定，如大學自治權因公權力措施而遭受侵害，卻無權利救濟途徑，是否違憲？換言之，本判決只需從憲法高度，判斷大學既享有受憲法保障之大學自治權，中央主管機關名義所為之再申訴決定（公權力措施），如侵害大學之自治權時，基於有權利即有救濟之憲法原則，大學自得循序提起行政訴訟即可，此觀本判決之結論亦謂：「享有大學自治權，於以中央主管機關名義所為之再申訴，**侵害公立大學之自治權**，大學自得對該再申訴決定，循序提起行政訴訟」（判決編碼【17】段參照）自明！

至於大學不續聘教師之措施，如何定性（大法官間有主張行政處分說；有主張契約說）？以及申訴、再申訴程序之性質如何（大法官間有認為申訴及再申訴如同紛爭解決機制之調解；有認為申訴如同調解，但再申訴決定係行政處分，尚非一致），此涉及行政法之法律適用問題，並非憲法問題，可留諸專業法院之行政法院先進精英們，集思廣益、腦力激盪，一定可以解決，如無違憲疑慮，憲法法庭對專業法院之法律解釋適用，應予適當尊重！此乃變動最小又能解決本件釋

憲爭議的釋憲模式選擇。

伍、不贊同本判決理由之說明

基於下列理由，本席不贊同本判決理由之建構：

一、本判決理由只說一半

本判決理由只敘述，大學教師之**聘任**係大學之自治權限；大學對其教師之不續聘措施，須經主管機關核准，予以監督，本判決明知，大學之不續聘措施，必須是大學基於契約關係而為意思表示，加上主管機關之核准（為公權力措施，性質上為行政處分），始生效力，詎本判決理由只論及「不續聘教師，性質核係單純基於聘任契約所為之意思表示」（判決編碼【14】段參照），但卻不論述「使不續聘措施發生法效之主管機關核准」之性質。本判決只說一半，容易讓人產生誤會，誤以不續聘措施僅係單純基於聘任契約所為之意思表示，且一經表示立即生效？

二、引用大學法第 19 條及教師法第 16 條但未論斷其關係

本判決理由就大學法第 19 條及現行教師法第 16 條¹¹之關係，僅說明：就大學於聘約期限屆至時是否續聘教師而言，大學法第 19 條後段規定：「大學除依教師法規定外，……得基於學術研究發展需要，另定教師……不續聘之規定，……並納入聘約。」又依 84 年教師法第 14 條規定（現行教師法為第 16 條），大學就是否不續聘教師，須經學校教師評審委員會審議，以認定教師是否有不續聘原因，並報主管教育行政機關核准，予以不續聘；**而此等規範內容**，涉及各大學與教師於聘約期限屆至時，是否不再繼續成立新的聘約關係，且**應為各**

¹¹ 4 年 8 月 9 日教師法第 14 條第 1 項第 8 款規定：「教師聘任後除有下列各款之一者外，不得解聘、停聘或不續聘：……八、教學不力或不能勝任工作，有具體事實或**違反聘約情節重大**者。」98 年 11 月 25 日修正公布教師法時，未予修正；101 年 1 月 4 日修正公布教師法時，改列第 9 款；102 年 7 月 10 日修正公布教師法時，移列第 13 款；103 年 1 月 8 日修正公布教師法時，移列第 14 款；108 年 6 月 5 日修正公布時，改列第 16 條第 1 項規定：「教師聘任後，有下列各款情形之一者，應經教師評審委員會審議通過，並報主管機關核准後，予以解聘或不續聘；其情節以資遣為宜者，應依第 27 條規定辦理：一、教學不力或不能勝任工作有具體事實。二、**違反聘約情節重大**。」

大學與所聘教師間聘任契約之內容。是各大學依據具此等規範內容之聘約約定，不續聘教師，其法效僅係使教師在原受聘學校不予聘任，性質核係單純基於聘任契約所為之意思表示（判決編碼【14】參照）。

按：現行教師法第 16 條第 1 項規定：「教師聘任後，有下列各款情形之一者，應經教師評審委員會審議通過，並報主管機關核准後，予以解聘或不續聘；其情節以資遣為宜者，應依第 27 條規定辦理：一、教學不力或不能勝任工作有具體事實。二、違反聘約情節重大。」就大學法第 19 條及教師法第 16 條之關係，最高行政法院向來見解¹²認為，教師法第 16 條係為保障教師而設，且教師法第 4 條亦已規定，「教師……、不續聘……事項，應依本法之規定。」故教師法

¹² 最高行政法院 107 年度判字第 493 號判決要旨：「大學於自治原則下，仍應接受國家以法律之監督，依教師法第 14 條第 1 項第 14 款『教師聘任後除有下列各款之一者外，不得解聘、停聘或不續聘：……十四、教學不力或不能勝任工作有具體事實；或違反聘約情節重大。』規定，大學對於所聘教師如欲依該款後段規定為解聘、停聘或不續聘時，須教師有違反聘約且其違反之情節重大時始得為之，故相關單位為審酌時，教師是否違反聘約乃屬要件之認定，至於違反聘約之情節是否重大，審議單位具有判斷餘地，然應為具體審酌並說明其理由，此為本院一致之見解。」另 105 年度判字第 550 號判決亦指出，揆諸前揭說明，原審對攸關上訴人違反系爭聘約「未於 6 年內升等（教授）」約定是否已達情節重大之程度；參加人校教評會對上訴人為不續聘之決議，是否合於行為時教師法第 14 條第 1 項第 9 款及參加人教師評審委員會設置辦法第 9 條第 2 項規定之要件，暨被上訴人核准參加人不續聘上訴人之處分有無違法等事實，未為審查判斷，於法即有未合。另 105 年度判字第 280 號判決亦指出，教師法第 14 條第 1 項第 8 款既將「違反聘約」與「情節重大」並列，顯見是否「情節重大」，並非聘約所得約定之事項，學校不得於聘約中約定教師有一定違反聘約行為，即屬情節重大，而應依職權探知個案違反聘約之相關事由，綜合判斷該違反聘約行為，是否確達情節重大程度；如其於聘約中約定教師有一定違反聘約行為，即得予以解聘、停聘或不續聘者，於適用時仍應受「情節重大」之限制，不得僅以教師有一定違反聘約行為，即予以解聘、停聘或不續聘。其他，如 102 年度判字第 617 號、第 239 號判決亦採同一見解。對此等實務通說見解，學者有贊同者，例如，李仁淼，大學教師限期升等與違反聘約情節重大—最高行政法院 105 年度判字第 550 號評析，裁判時報第 75 期（2018 年 9 月），頁 40；亦有採不同見解者，例如蕭文生，不續聘大學教師之事由—最高行政法院 102 年度判字第 239 號及 102 年度判字第 617 號判決評析，法令月刊第 65 卷第 4 期（2014 年 4 月），頁 9-12。

第 16 條，係大學法第 19 條之特別規定，教師雖有違反聘約之約定，惟依教師法第 16 條規定，必須具備「情節重大」之要件，大學始得為不續聘，如教師僅違反聘約條款而未符情節重大之要件，大學仍不得僅依違反聘約條款為由而對教師不續聘。

詎本判決理由僅輕描淡寫：「84 年教師法第 14 條規定（現行教師法為第 16 條），大學就是否不續聘教師，須經學校教師評審委員會審議，以認定教師是否有不續聘原因，並報主管教育行政機關核准，予以不續聘」，並稱此「須經學校教師評審委員會審議，以認定教師是否有不續聘原因，並報主管教育行政機關核准」為「此等規範內容」，不論述教師法第 16 條第 1 項第 2 款「違反聘約情節重大」中之「情節重大」。又本判決理由並稱，此等規範內容「應為各大學與所聘教師間聘任契約之內容。」亦將「情節重大」之要件略而不談。本判決理由又稱：「是各大學依據具此等規範內容之聘約約定，不續聘教師」，似不以「情節重大」為不續聘之要件，僅依大學法第 19 條納入聘約之事項有所違反，大學即得經學校教師評審委員會審議，以認定教師是否有不續聘原因，並報主管教育行政機關核准，予以不續聘。本判決理由之論述，易生疑義，似有欠妥。

三、本判決僅就公立大學而為宣告，徒增困擾

系爭決議僅就「大學」得否針對不予維持其不續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟而為，並不區分公立或私立大學，一律採否定說。本判決則宣告系爭決議有關公立大學部分，違憲；至於有關私立大學部分，本判決則未置一詞，致生爭議。或謂：依判決理由所載之論據，公、私立大學均一體適用，系爭決議關於私立大學部分，亦屬違憲，故私立大學如同公立大學，就不予維持其不續聘教師之再申訴決定，亦得循序提起行政訴訟。或謂：系爭決議關於私立大學部分，既未經憲法法庭宣告違憲，當然仍然有效，最高行政法院實質上援用系爭決議意旨而作成判決要旨者，即成為判決先例，該統一見解之判

決先例意旨¹³仍有其適用，即私立大學不得就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，循序提起行政訴訟。本判決之目的，在於解決聲請人得否提起行政訴訟之釋憲爭議，卻又造成更多法律適用之爭議，徒增困擾，殊無必要！

陸、結論

有關大學不續聘教師措施，經教師申訴後，申訴決定撤銷該不續聘措施，大學提起再申訴後，遭教育部以再申訴決定駁回，大學就不予維持其不續聘教師措施之具行政處分性質之再申訴決定，得否循序提起行政訴訟？

此一問題，系爭決議採否定說，認為「大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨」，忽略大學作成不續聘教師措施本身之同時亦享有受憲法保障之大學自治權，大學得為基本權之主體，如其大學之自治權遭受公權力措施侵害，基於有權利即有救濟之憲法原則，自應採肯定說為是。

系爭決議形成過程中，曾列出甲說（否定說）、乙說（肯定說）及丙說（折衷說，即公立大學採否定說，私立大學採肯定說），結論則採取甲說（否定說）。嗣仍紛紛擾擾，最高行政法院嗣於 108 年 5

¹³ 最高行政法院 109 年度判字第 262 號判決要旨：「本院 106 年 6 月 27 日 106 年度 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議『大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符合該特別行政救濟制度之設立本旨』之決議內容，雖係教育部對大學就所屬教師不予續聘決定不予維持之再申訴決定，大學得否對該再申訴決定提起行政訴訟為決議，惟與地方自治團體就其自治事項之決定經訴願決定撤銷時，地方自治團體能否對該訴願決定提起行政訴訟之情形並無不同，因此本院 107 年度判字第 89 號判決參酌上開決議意旨，認為依現行訴願法及行政訴訟法之體制，原處分機關縱認為訴願決定違法時，仍應受訴願決定之拘束，不允許其對於訴願機關提起撤銷訴訟。足見，原處分機關不得就對其不利之訴願決定提起行政訴訟，不因原處分機關是否係地方自治團體而有異，乃本院自上開決議之後所採取的統一見解。」

月 24 日舉行 108 年度第 1 次行政訴訟實務研討會¹⁴，再就「大學教師解聘案之行政訴訟實務－兼論教育部於大學自治中的功能」進行研討，試圖從不同面向觀點集思廣益，找出法律問題之最佳解決模式。

因系爭決議有其一定之影響力及拘束力，甚難撼動！大學認其受憲法保障之大學自治權遭受國家之侵害，向憲法法庭聲請釋憲，大法官之間，亦見解分歧，有主張本件釋憲聲請應不受理說者；有主張應受理說者，但又分為二說（就大學對教師之不續聘措施，亦有行政處分說與契約說，最後契約說多了一些）。但最終無論持不受理說者或受理說者，多數又認再申訴決定具行政處分之性質，並綜合以上判斷，結論認為公立大學得循序提起行政訴訟，足徵大學對其教師不續聘措施之性質，仍將爭論不休，仁智互見。此實為行政法之法律適用問題，憲法法庭實不宜介入。

本判決的宣告，從憲法保障大學自治權之意旨，釋示公立大學自得對中央主管機關不予維持其不續聘措施具行政處分性質之再申訴決定循序提起行政訴訟，固然給予公立大學極大的鼓舞與肯定，卻又默默地改變最高行政法院 98 年決議之穩定見解，徹底推翻該決議所稱大學不續聘措施為行政處分之見解，且對私立大學未置一詞，均有欠妥？本判決之公告，勢必帶來更多的討論，本判決似未能發揮憲法法庭一槌定音、定分止爭的功效？

¹⁴ 請參閱，最高行政法院編印，行政訴訟實務研討會實錄（108 年度），2020 年 11 月出版。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

第
11
號

一、本件聲請案之原因案件爭議大要

（一）臺大決議不續聘生農學院李姓助理教授之理由及經過

本件聲請人國立臺灣大學（下稱臺大）就該校生物資源暨農學院（下稱生農學院）園藝暨景觀學系（下稱園藝系）李姓助理教授（下稱申訴人），因任職屆滿 8 年未升等，自 103 學年度起不續聘案，前經教育部中央教師申訴評議委員會（下稱中央申評會）作成再申訴有理由，應另為適法處置之決定後，經該校園藝系、生農學院之教師評審委員會審議，終經該校教師評審委員會（下稱校教評會）審議，於中華民國 104 年 7 月 27 日 103 學年度第 10 次會議決議自 103 學年度起不續聘（下稱系爭不續聘決議），並由臺大以書函通知申訴人。申訴人向臺大教師申訴評議委員會（下稱校申評會）申訴，經校申評會認定申訴有理由，臺大不服，向中央申評會提起再申訴，中央申評會認臺大之再申訴無理由予以駁回。

系爭不續聘決議為：「本案經縝密討論，考量臺大為維護學生之受教權，並為社會培育優質人才，對教師品質應有一定要求，本校及生農學院規定，專任助理教授任職 8 年內未獲通過升等申請者，視為覆評不通過，乃維護教師品質之基本門檻。李師任職 8 年內仍無法達到生農學院研究質量之規定，此已顯示該名教師無法具備聘約所敘之基本工作能力，應已嚴重違反臺大教師聘約，且情節重大無法履行研究的責任。經投票表決，與會委員三分之二以上 22 票認定李師違反聘約情節重大，同意依教師法第 14 條第 1 項第 14 款、本校教師評鑑準則、生農學院教師評鑑辦法及本校聘約等規定，自 103 學年度起不續聘李姓助理教授，並將結果報教育部核定。」¹申訴人向校申評會

¹ 103 年 1 月 8 日修正公布之教師法第 14 條第 1 項第 14 款規定：「教師聘任後除有下列各款之一者外，不得解聘、停聘或不續聘：……十四、教學不力或不能勝任工作有具體事實；或違反聘約情節重大。」（於 108 年 6 月 5 日修正公布後改列於第 16 條第 1 項第 2 款：「教師聘任後，有下列各款情形之一者，應經教

提出申訴。

（二）校申評會撤銷系爭不續聘決議之理由

校申評會於 104 年 11 月 19 日作成（104）教申評字第 5 號評議書，認申訴有理由，撤銷系爭不續聘決議，主要理由包括：「申訴人之教學、研究、服務等成果，於 103 年 4 月已通過生農學院教師評鑑，可證明其具備助理教授資格之基本能力；99-101 學年度學生教學評鑑分數平均值 4.46 分，遠高於本校教師平均值，且於 97-102 學年度獲頒本校教學優良獎六次、103 學年度更榮獲本校教學傑出獎，加以至今仍持續積極發表論文、指導學生、獲校內外多項褒獎等各項具體表現，申訴人於歷次院、校教評會皆提出書面陳明。原措施單位在作出『違反聘約情節重大』之認定時，既有依程序辦理、審酌事實的責任，對於上述具體事實卻未加以詳查、客觀審酌，其論斷不無偏頗、草率之嫌，非但有失公允，也不盡符合事實，實體上損害申訴人之權益。」臺大不服，提起再申訴。

（三）中央申評會駁回臺大再申訴之理由

教育部 105 年 3 月 21 日臺教法（三）字第 1050016557 號函送之同年月 14 日中央申評會再申訴評議書（下稱系爭再申訴決定），認臺大之再申訴無理由予以駁回。

系爭再申訴決定之主要理由包括：教師違反聘約是否情節重大，應以公益性、必要性、符合比例原則及正當法律程序加以審查，並引述校申評會之決議「由原措施單位的決議內容來看，實乃僅以研究成果為唯一標準，並未考量申訴人之整體工作表現。如上段所述，原措施單位論斷申訴人工作能力不足一事恐有違誤，如遽謂申訴人不符本校教師品質之要求，顯屬武斷。至如申訴人連續多年獲本校教學優良

師評審委員會審議通過，並報主管機關核准後，予以解聘或不續聘；其情節以資遣為宜者，應依第二十七條規定辦理：……二、違反聘約情節重大。」）當時臺大生農學院教師評鑑辦法第 10 條第 1 項規定：「本院專任講師、助理教授於 93 年 4 月起就任現職，於八年內未獲通過升等申請者，視為覆評不通過，應經提院及校教評會決議不續聘。」

獎，甚至傑出獎之肯定，應可證明其教學用心認真且有具體成績，原措施單位以偏於研究一端之觀點否定申訴人之整體工作表現，如此所為之決議恐有違比例原則，亦難謂其有充分的公益性、必要性」而駁回臺大之再申訴。

（四）臺大對系爭再申訴決定不服，乃以教育部為被告機關，以系爭再申訴決定為撤銷客體向臺北高等行政法院提起撤銷之訴，經該院於 105 年 9 月 13 日由程序上駁回，臺大向最高行政法院提起抗告，經最高行政法院 106 年度裁字第 1527 號裁定（下稱確定終局裁定），援用該院 106 年度 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），以抗告為無理由，予以駁回確定，臺大乃聲請釋憲。

（五）由上可知本件實體爭議乃臺大認為教師之研究質量為教師應具備之基本工作能力，屆期未升等，顯示該教師不具此能力，依據聘約應不續聘，而校申評會及中央申評會則認為不應以研究成果為唯一之標準，教學能力及成績亦應納入整體工作表現之考量，始能決定該教師是否違反聘約情節重大。如此見解之差異顯示在不同之治校理念下對教師要求標準亦有所不同，於教師屆期未能升等致違反聘約時，是否符合 103 年教師法第 14 條第 1 項第 14 款規定「違反聘約情節重大」之條件，臺大對教師之要求與校申評會以及中央申評會看法之差異導致彼等對於法律規定「違反聘約情節重大」解釋上之歧異，而其根源則為大學自治之界線之問題。就此類爭議，行政法院間曾有不一致之意見²。臺大就其與中央申評會解釋法律歧異所生之爭議提出行政訴訟，經確定終局裁定適用系爭決議，認為中央申評會作出不利於學校之決定時，學校不得提出行政訴訟而駁回台大之訴。臺大因此無法讓此爭議由行政法院作最終之判定。本席認為於審查系爭決議是否違憲時，臺大能否提行政訴訟之程序性之爭議實與實體上之爭執，即大學自治之界線問題密切相關，無法分割而應一併觀察討論。

本件聲請案涉及大學自治與國家監督間之界線問題。按憲法第

² 參見傅朝文，大學教師期限內未升等致不續聘之法律問題研析，國會季刊第 47 卷第 4 期，頁 109 至 126，2019 年 12 月。

162 條規定：「全國公私立之教育文化機關，依法律受國家之監督。」而我國大學法第 1 條第 2 項規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」故知「法律」為區隔大學自治與國家監督間之準繩。當大學與國家監督機關對「法律」規定之意涵解釋不同而有所爭執時，應如何解決，為本件判決審議之核心問題。

二、系爭決議之產生及主要內容

最高行政法院於 106 年 6 月 27 日庭長法官聯席會議作出系爭決議。

（一）系爭決議所討論之法律問題與本件聲請案之異同

系爭決議所討論之法律問題設定為「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴，經申訴評議決定駁回後，教師復向教育部中央教師申訴評議委員會提起再申訴，再申訴決定不予維持大學不予續聘決定及原申訴評議決定，大學得否就再申訴決定循序提起行政訴訟？」該法律問題之設定與本件聲請案之原因事實，相同之處為均係大學對所屬教師不續聘之決定所引起之爭議。而不同之處則在於系爭決議設定之情形為大學對所屬教師作出不予續聘決定後，校申評會支持學校之決定而駁回教師之申訴，故由教師向中央申評會提起再申訴，中央申評會不維持學校及校申評會之決議。而本案之情形則為校申評會不支持學校之決議，而由學校提出再申訴，中央申評會支持校申評會之決議，而不維持大學不予續聘之決定。二者有此背景之差異，涉及大學自治主體是否包括校申評會之認定問題應另行討論；但程序上中央申評會不維持大學所做不續聘之措施則無差異，確定終局裁定乃適用系爭決議作為駁回臺大提起行政訴訟之理由，本件判決亦因此而以系爭決議作為審查之標的。

（二）系爭決議之主要內容及立論基礎

系爭決議之主要結論為「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。參酌教

師法第 33 條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，此與同法第 31 條第 2 項後段特別規定『學校』亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同；又綜觀教師法第 33 條規定之立法歷程，立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏。從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。」由上決議內容可知該決議之立論基礎是就當時之教師法第 31 條第 2 項規定得提起再申訴之主體與第 33 條規定得提起訴訟之主體加以比較³，而認為將學校排除於得提起訴訟之主體是立法者有意之決定。另該決議採取研討意見中之甲說，甲說中之意見包括「中央教師申訴評議委員會既為終級之教師申訴評議委員會，其就上開教師權益事項所為之決定，乃本於中央教育主管機關對大學行使法定監督權，核其性質，與一般上級行政機關所為之訴願決定無異，大學自應服從其監督，無許可對之提起行政訴訟之餘地。」該意見雖未列入決議主文，但應可認係形成系爭決議中「大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟」之理由，亦應一併討論。

三、108 年修改教師法之後仍有審查系爭決議之必要

系爭決議為最高行政法院 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議，以當時教師法第 33 條規定得提起行政訴訟之主體限於教師而作為系爭決議之理由之一。嗣後教師法於 108 年 6 月 5 日修正公布（自 109 年 6 月 30 日施行）原教師法第 33 條規定與第 30 條、第 31 條整併後移列為第 44 條，相關部分修正規定為第 6 項「原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；不服再申訴決定者，得依法

³ 108 年 6 月 5 日修正公布前之教師法第 31 條規定：「（第 1 項）教師申訴之程序分申訴及再申訴二級。（第 2 項）教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。」第 33 條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」

提起行政訴訟。」與舊法比較，不服再申訴決定而得提起行政訴訟之主體已不限於教師，解釋上自然包括學校。既然作為系爭決議基礎之法律已經修改，則系爭決議之見解自應受影響，則是否尚有審查系爭決議之必要，自有疑問，然而基於如下二個理由仍認有對系爭決議加以審查並且作出本件判決之必要：

1、教育部仍維持學校不得提起行政訴訟之立場

教育部於110年3月12日以臺教法（三）字第1100011103號復司法院函指出：108年修正後之教師法第44條第6項明文規定原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定，故不服再申訴決定者，應比照訴願決定後續救濟程序，僅原提起申訴之教師得依行政訴訟法提起行政訴訟，原措施之學校及主管機關不得就再申訴決定提起行政訴訟。教育部前揭函另指出依教師法第45條之規定：「評議決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關、學校之效力；原措施之學校或主管機關應依評議決定執行，主管機關並應依法監督其確實執行。」從而認為「如容任下級機關或學校得對上級機關（中央申評會）之決定提起行政爭訟救濟，將導致學校及主管機關不依再申訴決定執行之情形，恐影響教師權益保障、申訴制度整體之合法性運作，且會破壞國家、機關內部間之行政一體架構。」

2、最高行政法院並未因教師法修改而變更系爭決議之見解

另案最高行政法院109年11月10日109年度裁字第2001號裁定明白表示：「觀諸108年6月5日修正公布之教師法第44條規定，亦僅將原條文第30條、第31條及第33條規定整併移列，其第6項規定仍未如第2項後段規定一般，賦予學校及主管教育行政機關得對再申訴決定依法請求救濟之權益明。故相對人所屬中央教師申評會所為之決定，乃本於中央教育主管機關行使法定監督權，抗告人亦為作成該措施之主體，自應服從其監督，無許可對之提起行政訴訟之餘地」

3、依上，自108年修改教師法之後，教育部及最高行政法院並未因此而變更系爭決議之見解，且係以學校應服從上級機關（即中央申評會）之監督為其核心理由，因此仍有必要就臺大之聲請案對於系爭決

議加以審查。

四、對本件判決理由之協同意見

憲法法庭於 111 年 7 月 29 日作出 111 年憲判字第 11 號判決，宣示系爭決議關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由與第 16 條保障訴訟權之意旨，應自本判決公告之日起不再援用。本席贊同本判決之結論，並提出協同意見如下：

（一）學者指出，大學自治保障之範圍，參酌相關大法官解釋之內容，大致包括：1、研究自由 2、教學自由 3、學習自由 4、組織自主 5、人事自治⁴。中央主管機關對大學行政事項之監督，依法律之規定，應有不同之密度。系爭決議及本聲請案之原因事實均僅涉及大學對所屬教師因屆期未能升等之不續聘案，因此本判決理由所指之大學自治自應僅就此領域內為理解。本件判決理由指出「公立大學因而提起再申訴，又不服再申訴決定者，本於其與教師同為學術自由之權利主體地位，並享有大學自治權，於以中央主管機關名義所為之再申訴決定，侵害公立大學之自治權時，大學自得對該再申訴決定，循序提起行政訴訟。」（理由欄第 17 段）本席認為其中「公立大學……本於其與教師同為學術自由之權利主體地位」實點出本件爭議之核心，即本件乃大學之人事自治權與教師之講學自由間之衝突。二者同受憲法第 11 條學術自由之保障，均屬應受憲法保障之法益，不應偏廢，而人事權屬大學自治範圍之一部分，因此於大學自治權下之人事自治權與教師之工作權或講學自由權發生衝突時，自應由法院作最終之決定，而非由主管機關依行政監督作決定。因此於學校與教師就不續聘發生爭議時，僅允許教師得對中央申評會之決議提起行政訴訟，而不許學校提起行政訴訟，即侵害了學校之訴訟權。

（二）對於教師不續聘之爭議，大學應否接受主管機關之監督問題，本件判決理由指出「教師法為保障教師工作權益，雖另設有申

⁴ 參見吳志光，教育主管機關對大學行政監督之界線，世新法學第 8 卷第 1 期，頁 7 至 9，103 年 12 月。

訴、再申訴之特別紛爭解決機制，然並未明文限制大學認其自治權受教育主管機關之監督措施所侵害時，得依法提起相應行政訴訟之權利」（理由欄第 15 段）此段理由指出教育主管機關之監督措施可能侵害大學之自治權，亦即認定大學與一般行政機關不同，有一定程度之自主性，此應即學者所指出大學應被排除為一「國家行政部門附屬者」因此具有實質之行政獨立性⁵。本件判決之立場與系爭決議最大之區隔所在，即系爭決議討論時之甲說認為中央教育主管機關對大學行使法定監督權，與一般上級機關所為之訴願決定無異，大學自應服從其監督，無許可對之提起行政訴訟之餘地，而討論時之乙說則認為「然大學就其自治事項擁有自治權，大學對教師為不續聘決定，本質上即有作為防禦權保護法益的教師工作權與作為制度性保障法益的大學自治衝突的問題，主管教育行政機關或再申訴決定機關就其衝突所作成之監督決定：如不利於教師，教師可以其工作權受損而提起行政訴訟以救濟；如不利於大學，因大學在人事任用上的決策權對學術自由的保障，可謂之大學自治核心，大學當亦可以其自治權受損為由而提起行政訴訟」本件判決理由可認與乙說之見解相同。

（三）中央申評會之決議如與校申評會之決議相同，而與教評會之決議不同時，是否侵害大學之自治權，為本件判決必須處理之另一問題。本件判決理由指出「是為解決不續聘措施爭議之再申訴決定，如公立大學認侵害大學聘任教師之自治權時，自得對中央主管機關不予維持其不續聘措施之再申訴決定，循序提起行政訴訟。」（理由欄第 18 段最後一句）至於「大學聘任教師之自治權」屬校申評會之決定或校教評會之決定，判決理由對此未詳細說明，但另於理由欄指出「……（教師申評會）其組成均包含學者及該地區教師組織代表，且未兼行政職務之教師不得少於委員總數三分之二」（理由欄第 16 段），其含義應是指校申評會之成員並非全部均由同一校之教師組

⁵ 參見許育典，大學法制下大學自治概念的釐清-兼論法律保留的適用問題，載月旦法學雜誌第 201 期，頁 11，2012 年 2 月。

成，而包括甚多校外人士⁶，故並非足以代表學校意志之機關。相對而言，本席認校教評會之組成成員全部均為校內之成員，且學校之重要領導人及各學院之院長均為當然成員，自屬大學之決策核心⁷，其決定始為大學自治權之實現。另外由教師法明文規定，學校不服申訴決定者得提起再申訴（84 年教師法第 29 條第 1 項及第 31 條第 2 項，現行教師法第 44 條第 2 項規定參照），即可知校申評會之決議並不同於學校之決定，而有可能係立於對立關係，故可認校申評會之決議並非學校自治之意思決定機關，故無論中央申評會之決議是否與校申評會之決議相同，祇要與教評會之意見不一致，均無礙於大學對中央申評會之決議以侵害其自治權為由而提出行政訴訟。

（四）至於公立大學對所屬教師之不續聘措施之性質為何？本件判決理由認為「公立大學對所屬教師之不續聘措施，其性質係公立大學單純立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示」（理由欄第 18 段）如此之定性，應是為了區隔過去最高行政法院將之定性為行政處分（最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議），以作為支持本件判決所採大學於再申訴決定不予維持其不續聘教師措施時，得循序提起行政訴訟之理由。本席認為於此判決理由為公立大學之不續聘措施加以定性實無必要，且可能徒增困擾。按公立大學與所聘任之教師間之契約屬行政契約，幾無爭議，已成通說。大學基於行政契約所為不續聘措施，與中央申評會之意見不一致時，為保障大學自治之下之訴訟權，已足以達成應許大學提出行政訴訟之結論，已如前述，實不必再就該措施係屬於行政處分或是契約之意思表示加以選擇。本席認為公立大學不續聘教師之措施兼具公私法之性質，大學依

⁶ 校申評會之組成應包括教師、社會公正人士、學者專家、該地區教師組織代表及組成申評會之學校代表，其中未兼行政職務之教師人數，不得少於委員總數三分之二（教師法第 43 條第 1 項、教師申訴評議委員會組織及評議準則第 8 條規定參照）。

⁷ 臺大教師評審委員包括當然委員及推選委員。當然委員由副校長一人、教務長、研發長及各學院院長擔任之。推選委員由各學院推選專任教授各二人擔任（國立臺大教師評審委員設置辦法第 2 條規定參照）。

大學自治之精神與教師約定聘約是否牴觸強制規定，本有解釋之空間，應由司法機關作最後之決定，況且導致大學不續聘措施前之評鑑、升等等程序係在國家法律規定之框架下進行，並非完全是契約自由之領域。是故公立大學依據聘約所為不續聘之措施難以截然論斷為行政處分或契約行為，應由行政法院於個案審查，而不必於本判決中加以定位。

不同意見書

吳陳銀大法官 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，應不予受理

（一）本件聲請得否受理應依司法院大法官審理案件法之規定

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）之規定定之，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文；次按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，大審法第 5 條第 1 項第 2 款亦著有明文。查本件聲請案係於 106 年 11 月 13 日繫屬，是受理與否，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定定之。

（二）本件聲請無權利保護必要，應不予受理

查聲請人國立臺灣大學（臺灣大學）就該校生物資源暨農學院（下稱生農學院）園藝暨景觀學系（下稱園藝系）李○○助理教授，因任職屆滿 8 年未升等，自 103 學年度起不續聘案，前經教育部中央教師申訴評議委員會（下稱中央教師申評會）作成再申訴有理由，應另為適法處置之決定後，經該校園藝系、生農學院之教師評審委員會審議，並經該校教師評審委員會決議自 103 學年度起不續聘（下稱系爭不續聘決議），並由聲請人以書函通知李○○。李○○乃向臺灣大學教師申訴評議委員會（下稱該校教師申評會）提出申訴，該校教師申評會認申訴有理由，撤銷系爭不續聘決議，由聲請人另為適法之處置。聲請人不服，提起再申訴，經教育部函送中央教師申評會再申訴評議書（下稱系爭再申訴決定），認聲請人之再申訴為無理由予以駁回。

嗣聲請人以教育部為被告，向臺北高等行政法院提起撤銷申訴及再申訴決定之行政訴訟，經該院 105 年度訴字第 710 號裁定以中央教師申評會所為之系爭再申訴決定，「與一般行政機關所受上級機關之訴願決定無異，原告自應服從主管機關之監督，而無許可其對再申訴決定提起行政訴訟之餘地」為由，駁回聲請人之訴。聲請人提起抗告，

經最高行政法院 106 年度裁字第 1527 號裁定（下稱確定終局裁定），援用該院 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），以抗告無理由，予以駁回確定。

聲請人為申訴決定後，向中央教師申評會所提再申訴，係對於自己所為申訴決定表示不服；其後向臺北高等行政法院所提之行政訴訟，係對支持聲請人自己所為申訴決定之再申訴決定表示不服；其後向最高行政法院所提抗告，係對支持自己決定之臺北高等行政法院裁定表示不服；最後向憲法法庭前身即改制前之司法院大法官聲請解釋憲法，係對支持自己決定之最高行政法院裁定表示不服。自始至終，係聲請人對自己之決定、支持自己決定之再申訴決定與臺北高等行政法院及最高行政法院之裁定表示不服，換言之，聲請人係否定自己先前依法所為決定。因此，聲請人自無因自己決定與支持自己決定之教育部再申訴決定及臺北高等行政法院與最高行政法院之裁判而有憲法上所保障之權利受公權力侵害之情形，欠缺權利保護必要之聲請解釋要件，其聲請解釋憲法，揆諸上開規定，自應不受理。

二、就教育部再申訴決定維持大學之申訴決定，不許大學提起訴訟，並未侵害大學自治權

按大學教學、研究及學生之學習自由均受憲法之保障，在法律規定範圍內享有自治之權。為避免學術自由受國家不當干預，不僅行政監督應受相當之限制，立法機關亦僅得在合理範圍內對大學事務加以規範，經司法院釋字第 380 號、第 563 號、第 626 號及第 684 號解釋釋明在案。

多數意見認為：「依憲法第 162 條規定，大學係依法律受國家之監督，而教育主管機關依法行使其行政監督權時，如侵害大學之自治權，大學基於受憲法保障依法享有自治權之權利主體地位（大學法第 1 條規定參照），本於上開有權利即有救濟之意旨，自應允大學提起訴訟以尋求司法救濟。……大學教師之聘任係大學之自治權限（司法院釋字第 380 號解釋參照）……教師法為保障教師工作權益，雖另設有申訴、再申訴之特別紛爭解決機制，然並未明文限制大學認其自治

權受教育主管機關之監督措施所侵害時，得依法提起相應行政訴訟之權利……教師法所稱之教師申訴評議委員會（下稱教師申評會），不論係依現行或 84 年教師法之規定，其組成均包含學者及該地區教師組織代表，且未兼行政職務之教師不得少於委員總數三分之二；並其評議決定確定後，就其事件有拘束各關係機關、學校之效力，主管機關並應依法監督其確實執行（84 年教師法第 29 條第 2 項、第 32 條、現行教師法第 43 條第 1 項及第 45 條第 1 項規定參照）。又教師法規定之申訴程序，分為申訴及再申訴二級，就非軍事校院及警察校院之大學而言，申訴係由教師向設置於各大學之學校教師申評會提起，其組成方式及運作由各大學訂定，評議決定應作成評議書，以大學名義行之……（大學法第 22 條、84 年教師法第 30 條第 1 款、現行教師法第 42 條第 3 項、第 44 條第 1 項第 1 款、94 年 8 月 19 日訂定發布教師申訴評議委員會組織及評議準則第 11 條、第 29 條第 1 項、第 30 條第 3 項、現行即 109 年 6 月 28 日修正發布教師申訴評議委員會組織及評議準則第 12 條、第 35 條第 1 項及第 36 條第 3 項規定參照）。……教師申評會係以未兼行政職之教師為主要成員，為解決教師與所屬大學間之爭議，提供其等於教育實務之專業意見；而不論公立大學基於受委託行使公權力或聘任契約，對所聘教師所為者係具行政處分性質或非行政處分性質之措施，公立大學教師均得向學校教師申評會提出申訴，即先以學校內部組織為爭議處理。」確屬的論，則大學教師申訴評議委員會所為申訴決定，既係由組成方式及運作由各大學訂定之學校內部組織以大學名義為之，且核與上揭司法院解釋有關大學自治之意旨無違，即屬大學自治之一環，中央教師申評會再申訴決定維持聲請人教師申訴評議委員會所為申訴決定，即無侵害聲請人之大學自治權可言，無許其依行政訴訟法向行政法院請求救濟之理。

不同意見書

許志雄大法官 提出

張瓊文大法官 加入

本號判決宣示，最高行政法院中華民國 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），關於公立大學就不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得循序提起行政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16 條保障訴訟權之意旨。判決理由略謂：

1. 憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，大學自治亦屬該條之保障範圍。
2. 依憲法第 162 條規定，大學係依法受國家之監督，而教育主管機關依法行使其行政監督權時，如侵害大學之自治權，大學基於受憲法保障依法享有自治權之權利主體地位，得提起訴訟以尋求司法救濟，係在憲法第 16 條訴訟權保障範圍。
3. 教師法規定之再申訴制度，係因大學自治之內部機制（申訴）無法解決其內部（教師與所屬大學間）爭議時，由中央主管機關裁決雙方爭議，而設之特別紛爭解決機制。
4. 公立大學不續聘教師，性質係單純基於聘任契約所為之意思表示，並非受委託行使公權力而為之行政處分，則為解決此措施爭議之再申訴決定（具行政處分性質），如侵害大學聘任教師之自治權，公立大學若有不服，自得針對不予維持其不續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。

惟多數意見蘊含諸多問題：1. 其謂「憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障」，乃以制度性保障詮釋講學自由及學術自由，有將基本權與制度性保障混為一談之嫌。2. 何者為大學自治之主體？本件有無大學之自治權受侵害情形？該再申訴決定如何構成學術自由及大學自治之侵害？3. 認大學不續聘教師，性質係單純基於聘任契約所為之意思表示，並非受委託行使公權力而為之行政處分。此與行政法院之一貫見解大相徑庭，並背離立法原意，將對實務造成重大衝擊。4. 司法院釋字第 462 號解釋認定，大學各級教師評審委員會（下稱教評會）對教師升等通過與否之決定，均為行政處分；本號判決卻否定大學不續聘教師之行政處分性質，二者不無矛

盾。5.再申訴制度（教師法第 7 章規定參照）本身有侵害學術自由及大學自治之虞，應為癥結所在，多數意見卻視而不見，僅將系爭決議列為審查客體。此等問題有待釐清、辨正，爰提出不同意見書。

一、學術自由與大學自治之保障及侵害

本號判決理由第 12 段指出：「憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，大學自治亦屬該條之保障範圍，大學對研究、教學與學習之事項，包括大學內部組織、教師聘任及資格評量，享有自治權（司法院釋字第 380 號解釋參照）。」其所謂「憲法第 11 條關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障」，顯然因襲司法院釋字第 380 號解釋文及第 450 號解釋理由書之說法。就其文義觀之，講學自由似定性為制度性保障，尚非基本權本身，致有矮化之嫌；而學術自由之性質如何，是否屬基本權，陷於曖昧不明；至於大學自治之性質如何，與學術自由有何關係，亦未見說明。

按通說認為學術自由受憲法第 11 條講學自由規定之保障，而學術自由與大學自治息息相關，故大學自治亦受憲法保障。講學自由乃憲法保障之基本權，學術自由自不例外。大學自治則屬於一種客觀之制度性保障，用以確保學術自由之實現。歷史上大學自治之起源甚至早於學術自由，惟理論上大學自治係由學術自由派生而來，二者有手段與目的之關係。大學自治意指大學對內部管理營運享有自主決定權，不受公權力及其他外部權威，特別是行政主管機關之干預，內容包括人事自治、校園管理上之自治、學生管理上之自治、教育研究內容與方法之自主決定乃至預算管理上之自治（財政自治權）¹。其中，特別重要且複雜者，非人事自治莫屬。本案涉及教師之續聘與否，自係人事自治之問題，堪稱大學自治之核心領域。

釋字第 380 號解釋理由書表示：「憲法第 11 條關於講學自由之規定，以保障學術自由為目的，學術自由之保障，應自大學組織及其他建制方面，加以確保，亦即為制度性之保障。為保障大學之學術自

¹ 芦部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998 年，頁 223。

由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由。」²「大學內部組織、教師聘任及資格評量，亦為大學之自治權限，尤應杜絕外來之不當干涉。」其與通說契合，顯較本號判決參照之該號解釋文可採。

事實上，大法官作成釋字第 563 號後，已揚棄過去釋字第 380 號解釋文及第 450 號解釋理由書之說法，釋字第 626 號及第 684 號解釋亦然。尤其釋字第 563 號解釋文稱：「憲法第 11 條之講學自由賦予大學教學、研究與學習之自由，並於直接關涉教學、研究之學術事項，享有自治權。國家對於大學之監督，依憲法第 162 條規定，應以法律為之，惟仍應符合大學自治之原則。」解釋理由書並指出，大學自治為憲法第 11 條講學自由之保障範圍，受憲法制度性保障。該解釋言簡意賅，表明憲法第 11 條之講學自由賦予大學教學及研究等自由，亦即學術自由受憲法第 11 條講學自由之保障。而且，大學自治原則受憲法制度性保障，直接關涉教學、研究之學術事項，大學享有自治權；國家固得依據法律監督大學，但法律規定有其界限，不得違背大學自治原則。其已化解釋字第 380 號解釋文及第 450 號解釋理由書之疑點，詎知多數意見舊調重彈，再度出現同樣問題。

二、受理及審查客體之商榷：教師法之再申訴規定方為癥結所在

顧名思義，大學應為大學自治之主體，但自治之實際擔當者可能因事項而異。大學自治係為確保學術自由之實現，從自治之存在理由著眼，自治之主要擔當者自非教授及其他研究者之組織莫屬，具體言之，自治應以教師組成之會議（下稱教授會）為中心²，如校務會議、教評會及教師申訴評議委員會（下稱教師申評會）皆是。

大學教師之聘任、升等、停聘、解聘、不續聘及資遣原因之認定等事項，應經教評會審議（大學法第 20 條第 1 項參照），教評會實際擔負大學教師聘任等事項之決定。大學設教師申評會，評議有關教

² 佐藤幸治著，憲法，青林書院，1996 年第 3 版第 5 刷，頁 511；同氏著，日本國憲法論，成文堂，2021 年初版第 2 刷，頁 274。

師解聘、停聘及其他決定不服之申訴（大學法第 22 條第 1 項參照），其評議決定應作成評議書，以大學名義行之。是教評會與教師申評會之分工不同，各有職責，但同為大學自治之擔當者，其決議均係大學意志之體現，並無軒輊。

本件原因案件中，台灣大學教師申評會評議決定，認教師申訴有理由，撤銷教評會所為教師不續聘決議，由原措施單位即台灣大學教評會另為適法之處置。台灣大學不服，提起再申訴，經教育部中央教師申評會評議決定，認台灣大學之再申訴無理由予以駁回。由於教師續聘與否，屬大學之人事自治範圍，教育部駁回台灣大學之主張，表面上似涉及學術自由與大學自治之侵害。惟申訴決定乃由具教授會性質之台灣大學教師申評會作成，而提起再申訴僅由台灣大學校長一人決定，教育部駁回再申訴之結果，係維持台灣大學教師申評會之決定，實質上無寧更符合憲法保障學術自由與大學自治之意旨。就此觀之，原因案件尚難認有學術自由與大學自治之侵害，本件聲請案應否受理，非無疑問。

事實上，系爭決議所處理之法律問題係：「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴，經申訴評議決定駁回後，教師復向教育部中央教師申訴評議委員會提起再申訴，再申訴決定不予維持大學不予續聘決定及原申訴評議決定，大學得否就再申訴決定循序提起行政訴訟？」與本件原因案件並不相同。其申訴及再申訴均由教師提起，而本件原因案件之申訴及再申訴分別由教師、大學提起。在系爭決議處理之法律問題中，再申訴決定根本推翻大學教評會及教師申訴會之決定，亦即否定大學本身之決定，故涉及教育主管機關侵害大學自治及學術自由之問題，而系爭決議認大學不得就該再申訴決定循序提起行政訴訟，亦有侵害訴訟權而違憲之問題，是與本件原因案件迥異。原因案件援引系爭決議，本號判決並聚焦於系爭決議，不無可議。

本席認為，教師法之再申訴規定方為癥結所在，系爭決議不過是代罪羔羊。蓋憲法第 162 條固規定：「全國公私立之教育、文化機關，依法律受國家之監督。」然如釋字第 563 號解釋文所示：「國家對於

大學之監督，依憲法第 162 條規定，應以法律為之，惟仍應符合大學自治之原則。」其強調國家據以監督大學之法律，不得違背大學自治原則，否則即構成違憲。教師續聘與否，屬大學之人事自治事項，而教師法之再申訴規定允許教育主管機關介入該大學自治核心領域，應已逾越界限而違憲。總之，為根本解決問題，應將再申訴規定列為審查客體。

三、大學不續聘教師措施之定性問題（一）：系爭決議及行政法院之一貫見解採行政處分說

系爭決議所以引起爭議，且經認定違憲，依多數意見之看法，關鍵在於大學不續聘教師措施之定性上。關於公立大學教師之聘任，學界及實務通說均認係行政契約。惟不續聘措施之性質如何，學者見解不一，有行政處分說與契約上意思表示說對立；行政訴訟實務上，行政處分說向為行政院所採，尤其最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議作成後，已成定論。

詳言之，最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議表示：「公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位（司法院釋字第 382 號解釋理由書第 2 段參照）。公立學校教師之聘任，為行政契約。惟在行政契約關係中，並不排除立法者就其中部分法律關係，以法律特別規定其要件、行為方式、程序或法律效果，俾限制行政契約當事人之部分契約自由而維護公益。」「公立學校教師……經該校教評會依法定組織……及法定程序決議通過予以解聘、停聘或不續聘，並由該公立學校依法定程序通知當事人者，應係該公立學校依法律明文規定之要件、程序及法定方式，立於機關之地位，就公法上具體事件，所為得對外發生法律效果之單方行政行為，具有行政處分之性質。」依該決議，不續聘乃公立學校立於機關地位所為之行政處分，顯然不採契約上意思表示說。

系爭決議基本上承襲上開決議之見解，並進一步表示：「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定

外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。」其不許大學就再申訴決定提起行政訴訟，理由係因「參酌（按：84 年 8 月 9 日制定公布）教師法第 33 條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，……立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍……。」惟此僅為形式上之理由，實質理由應在於：不續聘決定為行政處分，而再申訴相當於訴願。作成行政處分之行政機關不得就訴願決定不服而提起行政訴訟，同理，作成不續聘措施之大學亦不得就再申訴決定不服而提起行政訴訟。

四、大學不續聘教師措施之定性問題（二）：本號判決採契約上意思表示說

關於大學不續聘教師措施之性質，本號判決推翻行政法院一貫之行政處分說，改採契約上意思表示說。此一作法是否妥適，值得深思。

本席認為，如果單純認定公立大學與所屬教師間之關係是否為行政契約，不續聘措施究係行政處分或契約上之意思表示，因其本質上屬行政法問題，基於法院之分工，憲法法庭照理應尊重行政法院之見解，不輕易介入而為不同之認定。惟如本案，因其涉及憲法問題，攸關大學自治與訴訟權之保障，另當別論。此際憲法法庭於處理憲法問題之必要範圍內，介入原本屬於行政法層次之問題並自為判斷，應無不可。至於多數意見介入後，就大學不續聘教師措施採契約上意思表示說，其見解是否允當，乃另一問題，仍待審視。

多數意見採契約上意思表示說，而排斥行政處分說，主要理由在於：一、依大學法第 19 條規定，大學除依教師法規定外，得基於學術研究發展需要，另定教師不續聘之規定，並納入聘約。二、大學不續聘教師，係依聘約約定之規範內容為之，未有受委託行使公權力之情形。三、不續聘之法效僅使教師在原受聘學校不予聘任，性質核係單純基於聘任契約所為之意思表示，雖對教師之工作權益有重大影響，惟尚與大學為教師資格之審定，係受委託行使公權力，而為行政處分之性質有別（理由第 14 段參照）。

然基於下列考量，本席認為，上開理由尚不足以作為憲法法庭揚棄然行政法院之行政處分說，而改採契約上意思表示說之論據：一、教師不續聘之事由，依大學法第 19 條規定，大學固得另定補充規範，但主要仍規定於教師法第 16 條，屬法定事由，且補充規範之訂定，乃源於法律之授權。二、除教師不續聘之事由外，不續聘之程序基本上亦為教師法第 16 條所明定，非大學所能自行訂定或以聘約約定，未嘗不可視為行使公權力之委託。三、如依多數意見以法效決定措施之性質，則升等之評審、教師法第 14 條（終生不得聘任）及第 15 條（1 至 4 年不得聘任）規定之解聘，法效不限於教師與受聘學校之間，應均屬行政處分。然事實上若從教師立場著眼，對其權益影響之大小，依序為解聘＞不續聘＞升等不過，解聘與升等不過均應認定為行政處分，唯獨中間之不續聘認定為契約上意思表示，實有未洽。況各該措施同樣經教評會審議、主管機關核准，卻為不同之定性，寧屬合理？是以法效認定不續聘措施之性質，未必允當。

補充言之，釋字第 462 號解釋明確表示：「各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審之權限，係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使，其對教師升等通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，均應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。」依其見解，大學各級教評會對教師升等通過與否之決定，係公權力之行使；升等通過與否之決定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響；從而認定，升等通過與否之決定為行政處分。準此，學校對教師之不續聘決定，何嘗不是公權力之行使？不續聘會造成教師身分之喪失，相較於升等不通過，對教師權益之影響更重大，是不續聘決定無寧亦應認定為行政處分。

又 108 年 6 月 5 日修正公布之教師法第 44 條第 6 項規定：「原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；不服再申訴決定者，得依法提起行政訴訟。」修正理由稱：「依最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議『再申訴視為訴願』之意旨，

教師不服學校或主管機關有關其個人之措施，得按其性質選擇循申訴、再申訴（視為訴願）、行政訴訟，或訴願、行政訴訟之途徑，以資救濟，爰於第 6 項明定原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；不服再申訴決定者，得依法提起行政訴訟。」立法者援引最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，可以推知，立法者接受該決議關於不續聘措施為行政處分之見解。多數意見認公立大學對所屬教師之不續聘措施，性質係公立大學單純立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示，而非行政處分。徵諸前述，其見解顯與立法意旨有違，在法律之解釋上，難謂妥適。

最後，多數意見認中央主管機關就公立大學教師不續聘措施爭議所為再申訴決定，具行政處分性質，公立大學若有不服，得針對該再申訴決定循序提起行政訴訟，亦即依序提起訴願、行政訴訟。同理，因再申訴決定僅具行政處分性質，不再視同訴願決定，教師若對再申訴決定不服，亦只能依序提起訴願、行政訴訟，而無法如現行作法直接提起行政訴訟。就教師而言，救濟程序更加繁複、迂緩，多數意見治絲益棼，徒增困擾。

不同意見書

張瓊文大法官 提出

國立臺灣大學（下稱聲請人）因該校李○○助理教授不續聘案，不服申訴（臺灣大學申訴評議委員會作成）及再申訴決定（教育部中央教師申訴評議委員會作成），以教育部為被告，向臺北高等行政法院提起撤銷之訴，訴請撤銷再申訴決定。經該院以 105 年度訴字第 710 號裁定駁回聲請人之訴，聲請人向最高行政法院提起抗告，復經最高行政法院 106 年度裁字第 1527 號裁定（下稱確定終局裁定）援用該院 106 年 6 月份第 2 次庭長法官聯席會決議（下稱系爭決議），予以駁回而確定。聲請人認確定終局裁定所援用之系爭決議，侵害其受憲法第 11 條保障之大學自治及第 16 條保障之訴訟權，故依據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，向司法院聲請憲法解釋。

多數意見認系爭決議關於公立大學不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得提起行政訴訟部分，抵觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16 條保障訴訟權之意旨，應自憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決（下稱本號判決）公告之日起不再援用。其論理本席殊難贊同。有鑑於大學自治與教師工作權保障間之關聯性，仍有釐清之必要，故提出不同意見如後。

壹、大學自治之內涵與定位

隨著大學之任務，由原來主要為傳授知識，後轉變為研究學問，探求真理，到現今強調產學合作，回饋社會等，大學事務愈趨繁複。大學依法律受國家之監督（憲法第 162 條參照），其事務之內容依性質得略分為三類。第一類為與學術自由有直接關聯性之大學自治事項，對此，司法院大法官於釋字 380 號解釋、釋字第 450 號解釋、釋字第 563 號解釋、釋字 626 號、釋字第 684 號解釋多所著墨。第二類則是法律在特定範圍內授予大學行使公權力事項，例如，學位授予法

¹規定，大學依教育部訂定之程序、授予要件及其他相關事項之準則，得授與學生各種學位；或司法院釋字第 462 號解釋中所指出，各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等評審，「屬法律授權範圍內為公權力之行使」，均為其適例²。第三類則是其他維繫大學營運之輔助性或必要性事項，例如購置校地興建校舍、宿舍、圖書館供教師、職員及學生使用等。其中第二類有關學位授予或教師升等部分，涉及學位授予、學術研究及教學之品質，亦同屬大學自治受保障之範圍，大學非不得於法律規定之基礎上，於合理必要範圍內，訂定有關取得學位及教師升等之一定資格條件（司法院釋字第 563 號解釋參照）。而本號判決，實涉及第一類大學自治事項，先予敘明。

自司法院釋字第 380 號解釋以來，為保障大學之學術自由，避免研究、教學及學習等活動受到不當之干涉，大法官於憲法第 11 條講學自由之保障範圍內，承認大學自治制度，並不因公立大學非公法人，以及私立大學具備法人格而有不同³。關於大學自治之事項，舉凡教學研究之相關內部組織、科目訂定、課程設計、研究規劃、成果發表、學力評鑑、學生選課、考試規則、入學資格、學業及品行之考

¹ 學位授予法第 3 條規定：「I.學位分副學士、學士、碩士、博士四級。副學士學位由專科學校授予，並得由大學授予；學士、碩士、博士學位由大學授予。II.前項各級學位，由授予學校依學術領域、修讀課程及要件訂定各類學位名稱；其名稱、授予要件、學位證書之頒給及註記等規定，由各校經教務相關之校級會議通過後實施，並報主管機關備查。III.前項各類學位名稱之訂定程序、授予要件及其他相關事項之準則，由主管機關定之。」

² 行政程序法第 15 條第 1 項及第 2 項規定：「I.行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。II. 行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之。」行政程序法第 16 條第 1 項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」前者現稱之為權限委任或委託；後者則稱之為權限之委託。釋字第 462 號解釋作成於行政程序法實施前，大法官概稱「屬法律授權範圍內為公權力之行使」。時至今日，吾人或可再細分，對公立大學為權限之委任，對私立大學則為權限之委託。

³ 參閱陳愛娥，〈大學自治的憲法要求與其對教育行政的規範效果——以司法院大法官相關解釋提供的判準為考量中心〉，《世新法學》第 8 卷第 1 號，103 年 12 月，頁 43 至 44。

核與畢業條件等，均為歷來大法官解釋所肯認（司法院釋字第 380 號、第 450 號、第 563 號及第 626 號解釋參照）。大學法第 1 條第 2 項雖規定：「大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」，其文義表面上觀之，似乎是學術自由僅在法律規定之範圍內始受保障。惟學術自由既為大學自治之主要內涵，其受憲法保障業經前述大法官諸多解釋所建立，則大學法前述條項規定所謂「在法律規定範圍內」，其規範之訂定自應符合大法官所建立對大學學術自由保障之意旨，而不得違背大學自治之原則。有鑑於大學教師為大學學術研究之主要參與成員，且係維繫教學品質、提昇研究競爭力、發展學習特色之重要支柱，為排除立法及行政措施之不當干涉，大學教師之聘任、不續聘及資格評量等事宜，自應包括在大學自治之範圍內⁴。

另，大學與地方自治團體均就其自身事務享有自主決定權限；大學自治與地方自治皆受憲法之保障⁵。惟憲法保障地方自治制度，係基於住民自治與垂直分權之理念，讓地方自治團體於所轄區域內，一方面，在「特定事務之執行上，即可與中央分權，並與中央在一定事務之執行上成為相互合作之實體⁶」；另一方面，當地方自治團體之自治權受到侵害時，地方自治團體得循法定程序與要件，向憲法法庭尋求救濟（憲法訴訟法第 82 條及第 83 條規定參照⁷）。與此相對，

⁴ 司法院釋字第 380 號解釋解釋理由書。

⁵ 司法院釋字第 419 號解釋解釋理由書。

⁶ 司法院釋字第 498 號解釋解釋理由書。

⁷ 憲法訴訟法第 82 條規定：「I.地方自治團體之立法或行政機關，因行使職權，認所應適用之中央法規範抵觸憲法，對其受憲法所保障之地方自治權有造成損害之虞者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。II.前項案件，準用第五十條至第五十四條規定。」憲法訴訟法第 83 條規定：「I.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。二、其立法機關議決之自治事項，經監督機關函告無效。三、其行政機關辦理之自治事項，經監督機關撤銷、變更、廢止或停止其執行。II.前項聲請，應於確定終局裁判送達後六個月之不變期間內為之。III.第一項案件，準用第六十條、第六十一條及第六十二條第一項前段規定。」

大學係於前揭學術自由之範圍內始受憲法第 11 條學術自由之保障，法律之規定侵害此一自治權時，大學自得以憲法第 11 條所保障之學術自由對抗之。是大學自治附屬於學術自由，其內涵仰賴對於作為憲法上權利之學術自由之詮釋，大學亦僅在此範圍內始為基本權主體，其自治權受侵害時，該當於憲法訴訟法第 59 條所稱之人民，而得依該條之規定聲請法規範及裁判憲法審查。學術自由之實現及其本質核心之保障為大學自治之基礎，逸脫學術自由之範圍，大學自治及其基本權主體地位亦失所依附。就此而言，大學自治與地方自治容有本質上之區別。

貳、全國一致性之教師不續聘救濟制度

如前所述，容許國家遂行己意挑選各大學教師，實為間接葬送大學關於研究、教學及學習等活動之獨立自主性。另一方面，允許各大學任憑己意聘任、不續聘、解聘、停聘或資遣教師，亦恐戕害後者之學術自由與工作權保障，以及學生的學習權（司法院釋字第 382 號、第 684 號及第 784 號解釋參照）。故大學法第 17 條至第 22 條規定，就教師之聘任、升等、停聘、解聘、不續聘及資遣等事項，規定審定標準、辦理組織與認定程序。又因教師工作權益及學生學習權之維護，非僅為大學教師及大學生之問題，大學以外之各級公、私立學校之教師及學生，其工作權及學習權之應如何保障，亦是同等重要事項。職此之故，自 84 年 8 月 9 日制定公布教師法以來，立法者透過教師法之相關規定，統一規範全國各級公、私立學校之教師權利保障及救濟事宜，並依現行（109 年 6 月 30 日施行）教師法第 4 條規定，「教師資格檢定及審定、聘任、解聘、不續聘、停聘及資遣、權利義務、教師組織、申訴及救濟等事項」，悉依教師法規定辦理，實展現立法者在全國一致性適用之架構與流程下，兼容大學教師個殊性。

就本號判決所涉及之教師不續聘問題，依教師法第 16 條第 1 項規定，不續聘教師，指教師教學不力或不能勝任工作有具體事實，或違反聘約情節重大，經教師評審委員會審議通過，並報主管機關核准後之具體措施。而大學法第 19 條則是規定：「大學除依教師法規定

外，得於學校章則中增列教師權利義務，並得基於學術研究發展需要，另定教師停聘或不續聘之規定，經校務會議審議通過後實施，並納入聘約。」後者雖賦予大學於聘約中增訂不續聘之事由，惟就不續聘之法定事由而言，大學教師與非大學教師一樣，皆適用教師教學不力或不能勝任工作有具體事實，或違反聘約情節重大。

就教師不續聘程序而言，不論新舊教師法均規定，須經教師評審委員會審議通過。教師於學校教師評審委員會審議通過後，主管機關核准前，即得向各教師申訴評議委員會提起申訴、再申訴。對於專科以上學校而言，係向所服務之學校教師申訴評議委員會提起申訴；向中央教師申訴評議委員會提起再申訴。對於高級中等以下學校而言，原則上則向直轄市、縣（市）教師申訴評議委員會提起申訴；向中央教師申訴評議委員會提起再申訴。但無論是學校教師申訴評議委員會、直轄市、縣（市）教師申訴評議委員會，還是中央教師申訴評議委員會，其組成適用教師法第 43 條第 1 項規定⁸；其評議適用教師申訴評議委員會組織及評議準則⁹；其決定之效力，則適用教師法第 45 條第 1 項規定¹⁰。至於不服學校教師申訴評議委員會或直轄市、縣（市）教師申訴評議委員會評議決定（下稱申訴決定）者，教師、學校及主管機關皆可提起再申訴（教師法第 44 條第 2 項規定參照）。上開救濟制度，對全國各級公、私立教師一體適用。

有鑑於教師法第 16 條第 1 項所定不續聘程序之故，全國各級公、私立學校教師與所服務之學校間的契約關係，無論係行政契約，抑或

⁸ 教師法第 43 條第 1 項規定：「教師申訴評議委員會委員，由教師、社會公正人士、學者專家、該地區教師組織代表，及組成教師申訴評議委員會之主管機關或學校代表擔任之；其中未兼行政職務之教師人數不得少於委員總數三分之二。」

⁹ 教師法第 43 條第 3 項規定：「教師申訴評議委員會之組織、迴避、評議程序與方式及其他相關事項之準則，由中央主管機關定之；軍警校院及矯正學校適用之規定，得由各該主管機關另定之。」

¹⁰ 教師法第 45 條第 1 項規定：「評議決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關、學校之效力；原措施之學校或主管機關應依評議決定執行，主管機關並應依法監督其確實執行。」

是民事契約，主管機關未核准前，不生契約關係消滅或發生不續聘之法律效果¹¹。

由上所述可知，關於教師不續聘之事由、作成不續聘之組織及程序、不服時之救濟制度，立法者未因大學教師與非大學教師而採取不同之規範架構與流程。相反地，二者皆適用同一套規範架構與流程。其中或有因大學教師與非大學教師之個殊性而做特殊或不同處理，例如，大學教師評審委員會之分級、組成方式及運作規定，經大學校務會議審議通過後實施（大學法第 20 條第 2 項規定）；而依據教師法第 29 條規定，教育部發布高級中等以下學校教師解聘不續聘停聘或資遣辦法，就該等學校教師之解聘、不續聘、停聘或資遣程序及相關事項，進行規範。又例如，依據教師法第 43 條第 2 項規定，教師申訴評議委員會委員組成之教師組織代表，在直轄市、縣（市）由直轄市、縣（市）教師會推薦；在專科以上學校由該校教師會推薦，其無教師會者，由該學校教育階段相當或直轄市、縣（市）教師會推薦；在中央教師申訴評議委員會由全國教師會推薦。與此相對，大學設教師申訴評議委員會，評議有關教師解聘，停聘及其他決定不服之申訴；其組成方式及運作等規定，經校務會議審議通過後實施（教師法第 22 條第 1 項）。儘管如此，這些特別處理或不同規範，係立法者本於功能適當之前提，按事物本質所做之細節性調整，無礙於教師不續聘相關之架構及程序，乃不分教師所服務的學校，全國一致性地被適用，與本案所涉大學自治之爭議無關，多數意見以之與大學自治結合論述，恐徒生紛擾。

參、再申訴決定與大學之訴訟權

依上開不續聘救濟制度架構與流程，大學教師不服申訴、再申訴決定者，按 84 年 8 月 9 日制定公布之教師法（下稱 84 年教師法）第 33 條規定¹²，「得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或

¹¹ 參閱最高行政法院 107 年度判字第 131 號、105 年度判字第 150 號及 100 年度判字第 1690 號判決。

¹² 84 年教師法第 33 條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按

其他保障法律等有關規定，請求救濟」。一言以蔽之，大學教師，無論其服務於公立大學，抑或是私立大學，基於有權利即有救濟之訴訟權保障，皆可向法院請求救濟¹³。相反地，若大學不服申訴、再申訴決定時，84 年教師法第 31 條與現行教師法第 44 條第 2 項規定，僅明定其提起再申訴之權利，關於大學如不服再申訴決定時，得否對之提起訴訟則未為規定。

對此，系爭決議表示：「（按：84 年）教師法第 29 條¹⁴、第 31 條¹⁵、第 33 條規定教師對有關其個人措施得提出申訴、再申訴及循序提起行政訴訟之程序，係為糾正主管教育行政機關或學校違法或不當損害教師權益行為所設之特別行政救濟制度。大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴、再申訴，其程序標的為不予續聘之措施，大學則為作成該措施之主體，除法律別有規定外，大學自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨。參酌教師法第 33 條僅規定『教師』得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，此與同法第 31 條第 2 項後段特別規定『學校』亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同；又綜觀教師法第 33 條規定之立法歷程，立法者係基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏。從而，大學自不得針對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定循序提起行政訴訟。」言下之意，無論是公立大學，抑或是私立大學，在再申訴決定

其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」

¹³ 參閱司法院釋字第 736 號解釋解釋理由書。

¹⁴ 84 年教師法第 29 條規定：「I.教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。II.教師申訴評議委員會之組成應包含該地區教師組織或分會代表及教育學者，且未兼行政教師不得少於總額的三分之二，但有關委員本校之申訴案件，於調查及訴訟期間，該委員應予迴避；其組織及評議準則由教育部定之。」

¹⁵ 84 年教師法第 31 條規定：「I.教師申訴之程序分申訴及再申訴二級。II.教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。」

不予維持大學不予續聘措施時，皆不可對之不服，繼續向法院請求救濟。惟基於以下幾點理由，本席認為應允許大學於再申訴決定不予維持大學不續聘教師措施時，仍得向法院請求救濟。

首先，否定大學得提對上開再申訴決定提起行政訴訟的理由之一，係公立學校（包含公立大學）為各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位¹⁶，屬國家行政之一部，自不得對上級機關之行政決定，再行爭執。然而，如前揭說明，大學自治係附屬於憲法第 11 條所保障之學術自由，大學並得據此依憲法訴訟法第 59 條規定聲請法規範及裁判憲法審查，即使是公立大學，其於大學自治之範圍內之基本權主體地位已不容質疑。

其次，司法院釋字第 380 號解釋理由書謂：「按學術自由與教育之發展具有密切關係，就其發展之過程而言，免於國家權力干預之學術自由，首先表現於研究之自由與教學之自由，其保障範圍並應延伸至其他重要學術活動……大學……**教師聘任及資格評量**，亦為大學之自治權限，尤應杜絕外來之不當干涉……。」故知大法官於肯認大學自治受學術自由之制度性保障之初，即將教師聘任、不續聘等事宜納入大學自治之範圍，應受學術自由之保障。此處所謂之「聘任」當然應作廣義解釋，包含聘任相關事宜均屬之，故解聘、停聘、不續聘等，均應涵蓋在內，不宜作狹義的解釋，僅限於初聘而已。

尤其在直接涉及研究、教學及學習等學術自由活動範圍內，大學應享有完整的自治規範權與自主決定權。屬於此一範圍內之事項，莫過於教學與研究規劃，及報考碩士、博士學程資格、應試程序、錄取條件、修業規則與學分之取得以及取得碩士、博士學位的條件等。這些都必須由大學教師單獨辦理或共同形成決定。由此可知，所謂大學自治，即是教授或大學教師自治。故無論就大學及其學院系所之運作，或排除國家不當之干涉而言，大學教師之聘任、不續聘等事項，屬大學學術自由保障之核心事項，將其排除在學術自由或大學自治之

¹⁶ 司法院大法官釋字第 382 號解釋理由書。

外，大學之學術自由應如何確保，令人堪慮。

綜上，系爭決議認為大學對不予維持其不予續聘決定之再申訴決定不得提起行政訴訟，侵害大學於其自治權範圍內作為基本權主體之訴訟權。基於大學自治受憲法學術自由之制度性保障，且教師之聘任、不續聘等事宜又牽涉學術自由保障之核心事項，則無論公立大學，還是私立大學，應皆可對不予維持其不予續聘措施之再申訴決定，提起（行政）訴訟。多數意見，僅給予公立大學提起訴訟之權限，而未考量私立大學為大學自治之主體，甚為遺憾！

不同意見書

謝銘洋大法官 提出

第
11
號

本件聲請案是因為聲請人國立臺灣大學（下稱聲請人）對於該校生物資源暨農學院（下稱生農學院）所屬園藝暨景觀學系的李○○助理教授（下稱原申訴人），因任職滿 8 年未升等，經校教評會決議不續聘，原申訴人不服，向臺大教師申訴評議委員會（下稱校申評會）提起申訴，經校申評會決議不受理，原申訴人續向教育部中央教師申訴評議委員會（下稱教育部中央申評會）提起再申訴，教育部中央申評會於 2015 年 4 月認為再申訴有理由，原措施及原申訴評議決定不予維持，請原措施單位另為適法處置。

生農學院重為處置後，經園藝系教評會決議，續聘與否尊重上級教評會之決議，嗣後生農學院決議移請上級校教評會審議處置。校教評會決議仍請生農學院重新召開院教評會處置，生農學院教評會於 2015 年 7 月 17 日決議不續聘，校教評會於同年 27 日亦決議不續聘。原申訴人乃依當時之教師法第 29 條第 1 項規定（現行教師法第 42 條第 1 項規定）向臺大校申評會提起申訴，經校申評會做成申訴有理由之評議決定，並撤銷原不續聘之決議，由原措施單位另為適法之處置。

聲請人不服校申評會之評議決定，依當時之教師法第 31 條第 2 項規定（現行教師法第 44 條第 2 項規定）向教育部中央申評會提起再申訴，惟遭駁回。聲請人不服再申訴決定，乃以教育部為被告，提起行政訴訟。經臺北高等行政法院以其提起之撤銷訴訟不合法，裁定駁回，聲請人對此提起抗告，最高行政法院援引其 106 年度 6 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），認聲請人不得請求救濟而將抗告駁回確定。聲請人認為系爭決議違反憲法第 11 條保障學術自由權與大學自治權，以及憲法第 16 條之保障訴訟權，爰提出本件聲請，請求宣告系爭決議無效。

本件經憲法法庭審理後，認為系爭決議關於公立大學就教育部中央申評會所為不予維持其不續聘教師措施之再申訴決定，不得提起行

政訴訟部分，牴觸憲法第 11 條保障學術自由及第 16 條保障訴訟權之意旨。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、聲請標的與相關規定

本件聲請標的為最高行政法院所援引的系爭決議，其涉及的規定主要為 1995 年制定公布的教師法第 29 條、第 31 條以及第 33 條，其內容如下：

- 第 29 條：「（第 1 項）教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。（第 2 項）教師申訴評議委員會之組成應包含該地區教師組織或分會代表及教育學者，且未兼行政教師不得少於總額的三分之二，但有關委員本校之申訴案件，於調查及訴訟期間，該委員應予迴避；其組織及評議準則由教育部定之。」¹
- 第 31 條：「（第 1 項）教師申訴之程序分申訴及再申訴二級。（第 2 項）教師不服申訴決定者，得提起再申訴。學校及主管教育行政機關不服申訴決定者亦同。」²
- 第 33 條：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等

¹ 現行教師法（2019 年修正公布）第 42 條第 1 項規定：「教師對學校或主管機關有關其個人之措施，認為違法或不當，致損害其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提起申訴、再申訴。」第 43 條第 1 項規定：「教師申訴評議委員會委員，由教師、社會公正人士、學者專家、該地區教師組織代表，及組成教師申訴評議委員會之主管機關或學校代表擔任之；其中未兼行政職務之教師人數不得少於委員總數三分之二。」

² 現行教師法第 44 條規定：「（第 1 項）教師申訴之程序分為申訴及再申訴二級如下：一、專科以上學校分學校及中央二級。二、高級中等以下學校分直轄市、縣（市）及中央二級。但中央主管機關所屬學校為中央一級，其提起之申訴，以再申訴論。（第 2 項）教師不服申訴決定者，得提起再申訴；學校及主管機關不服申訴決定者，亦同。」

有關規定，請求救濟。」³

由上述規定可知，教師法賦予「教師」就主管教育行政機關或學校有關其個人之違法或不當措施，致損其權益者，得提起申訴、再申訴（或訴願）、行政訴訟。此外，教師法也賦予「學校」及主管教育行政機關不服申訴決定者，得提起再申訴；惟並未規定其於不服再申訴決定時，得提起行政訴訟。

系爭決議認為大學為作成該措施之主體，除法律別有規定外，自不得就再申訴之結果復行循序提起行政訴訟，方符該特別行政救濟制度之設立本旨，且此為立法者基於立法裁量而有意不將學校納入得對再申訴決定提起行政訴訟之範圍，並非立法上有所疏漏。系爭決議限制大學就教育部中央申評會再申訴之決定提起行政訴訟，是否違憲，即為本件的主要爭議所在。

二、本院歷來解釋：學術自由與大學自治受憲法第 11 條之制度性保障

本件除了訴訟權外，主要涉及大學自治權，特別是從大學自治的觀點，是否應該讓大學對於再申訴決定，享有循序提起行政訴訟以為救濟的訴訟權。

本院過去解釋涉及大學自治的有：釋字第 380 號解釋（大學課程共同必修科目之研訂，屬於大學自治範圍）、釋字第 450 號解釋（大學法應設軍訓室違憲）、釋字第 563 號解釋（大學自治受憲法制度性保障，大學系所規定碩士生之資格考與退學，屬於大學自治事項）、釋字第 626 號解釋（中央警大碩士班招生簡章拒色盲者入學之規定違

³ 現行教師法第 44 條規定：「……（第 3 項）教師依本法提起申訴、再申訴後，不得復依訴願法提起訴願；於申訴、再申訴程序終結前提起訴願者，受理訴願機關應於十日內，將該事件移送應受理之教師申訴評議委員會，並通知教師；同時提起訴願者，亦同。（第 4 項）教師依訴願法提起訴願後，復依本法提起申訴者，受理之教師申訴評議委員會應停止評議，並於教師撤回訴願或訴願決定確定後繼續評議；原措施屬行政處分者，應為申訴不受理之決定。……（第 6 項）原措施性質屬行政處分者，其再申訴決定視同訴願決定；不服再申訴決定者，得依法提起行政訴訟。」

憲)及釋字第684號解釋(權利受侵害之學生應得提起行政爭訟)。

其中,釋字第380號解釋認為:「憲法第11條關於講學自由之規定,係對學術自由之制度性保障」。釋字第450號解釋亦肯定:「大學自治屬於憲法第11條講學自由之保障範圍,舉凡教學、學習自由有關之重要事項,均屬大學自治之項目,又國家對大學之監督除應以法律明定外,其訂定亦應符合大學自治之原則」,並於理由書中肯認大學自治亦屬於制度性保障:「憲法第11條關於講學自由之規定,係對學術自由之制度性保障,大學自治亦屬該條之保障範圍」。釋字第626號解釋理由書亦同樣肯認「大學自治為憲法第11條講學自由之保障範圍」。

三、大學教師的聘任應屬大學自治的範圍,以確保其學術自由為目的

有關大學自治的範圍,釋字第380號解釋認為:「大學法第1條第2項規定:『大學應受學術自由之保障,並在法律規定範圍內,享有自治權』,其自治權之範圍,應包含直接涉及研究與教學之學術重要事項」,並於解釋理由書中進一步闡述:「憲法第11條講學自由之保障,以學術自由為目的,學術自由之保障,應自大學組織及其他建制方面,加以確保,亦即為制度性之保障」,同時認為「大學內部組織、教師聘任及資格評量,亦為大學之自治權限。惟教育主管機關依法行使其行政監督權之際,應避免涉入前述受學術自由保障之事項」。

由憲法第11條規定所導出對大學自治的制度性保障,其核心在於保障大學教師的講學自由,亦即學術自由。大學教師的聘任或不續聘,一方面涉及教師的講學與學術自由,另一方面涉及大學的人事自主權,雖然兩者均屬於大學自治的範疇,然而毋寧前者在憲法價值的判斷上具有更重要的意義,之所以肯認大學對於教師聘任與否具有人事自主權,其目的應在於確保大學教師的講學與學術自由,以避免來自於外界或行政機關的不當干預。

大學自治的人事自主權的實踐,在法治國原則下,是依據相關法律以及大學的組織規程所規定的程序予以落實,而非得恣意為之,以

保障教師的學術自由與權益。

四、大學教師聘任相關事項的審議與救濟

（一）大學教師聘任相關的校內審議程序

有關大學教師的停聘或不續聘，具體規定於大學法第 4 章，其於第 19 條規定：「大學除依教師法規定外，得於學校章則中增列教師權利義務，並得基於學術研究發展需要，另定教師停聘或不續聘之規定，經校務會議審議通過後實施，並納入聘約」，第 20 條規定設置「教師評審委員會」，以審議大學教師之聘任、升等、停聘、解聘、不續聘及資遣原因之認定等事項，並要求學校教師評審委員會之分級、組成方式及運作規定，經校務會議審議通過後實施。

聲請人依此而訂定「國立臺灣大學組織規程」，經校務會議通過報請教育部核定後發布施行，就教師的聘任定有嚴謹的程序：設校、院、系等各級教師評審委員會，教師之聘任、升等、停聘、解聘、不續聘及資遣原因認定等事項，應經教師評審委員會審議，各級教師評審委員會之組成方式及運作規定，須經校務會議通過後施行（現行國立臺灣大學組織規程第 49 條規定參照）。是其審議的組織與程序自屬大學自治的具體表現。

（二）不服校內審議結果的救濟：二級申訴

教師法對於教師就學校有關教師個人的措施，認為違法或不當致損害其權益者，提供教師申訴的管道，其申訴程序分為申訴（學校）及再申訴（中央）二級（1995 年制定的教師法第 30 條第 1 款及第 31 條第 1 項，現行法第 44 條第 1、2 項）。學校內部是以學校教師申評會處理教師申訴案件，不服者則是向教育部中央申評會提出再申訴。

（三）校內申訴程序亦屬大學自治之一環

大學法第 22 條規定大學設置「教師申訴評議委員會」，評議有關教師解聘，停聘及其他決定不服之申訴⁴。教師法對於教師申訴亦

⁴ 大學法第 22 條：「（第 1 項）大學設教師申訴評議委員會，評議有關教師解聘，停聘及其他決定不服之申訴；其組成方式及運作等規定，經校務會議審議通過後實施。（第 2 項）申訴評議委員會之裁決，不影響當事人提起司法爭訟之權

設有一般性的規定。教師法第 42 條第 1 項規定「教師對學校或主管機關有關其個人之措施，認為違法或不當，致損害其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提起申訴、再申訴」，並於第 43 條規定教師申訴評議委員會的組成與運作⁵。而教育部根據教師法第 43 條第 3 項之授權而制定的「教師申訴評議委員會組織及評議準則」第 8 條第 1 項規定：「專科以上學校申評會之組成方式及運作等規定，由各校訂定，經校務會議通過後實施」。

聲請人據此於「國立臺灣大學組織規程」第 51 條規定：「（第 1 項）教師、研究人員、專業技術人員就解聘、停聘、不續聘、不予升等或其他決定不服者，得以書面向教師申訴評議委員會提出申訴。（第 2 項）教師申訴評議委員會組織及運作辦法，經校務會議通過後施行」，並制定「國立臺灣大學教師申訴評議委員會組織及評議要點」作為教師申訴評議委員會組織及運作之依據。

除了教師申訴評議委員會外，大學尚設有各種申訴評議委員會⁶，其設置均同樣規定於大學之組織規程內，且其組織及運作辦法，均須經校務會議通過後施行，性質上均屬於校內組織的一部分，而非屬校外的組織，應無疑義，並不會因為教師申評會的組成包括教師以及校外人士（如社會公正人士、學者專家、教師組織代表等），而使其成為校外的申訴處理組織。可以說教師申評會是大學為落實大學自

利」。

⁵ 教師法第 43 條規定：「（第 1 項）教師申訴評議委員會委員，由教師、社會公正人士、學者專家、該地區教師組織代表，及組成教師申訴評議委員會之主管機關或學校代表擔任之；其中未兼行政職務之教師人數不得少於委員總數三分之二。（第 2 項）前項教師組織代表在直轄市、縣（市）由直轄市、縣（市）教師會推薦；在專科以上學校由該校教師會推薦，其無教師會者，由該學校教育階段相當或直轄市、縣（市）教師會推薦；在中央教師申訴評議委員會由全國教師會推薦。（第 3 項）教師申訴評議委員會之組織、迴避、評議程序與方式及其他相關事項之準則，由中央主管機關定之；軍警校院及矯正學校適用之規定，得由各該主管機關另定之。」

⁶ 除教師申訴外，聲請人依「國立臺灣大學組織規程」的規定，另設有「職員申訴評議委員會」、「工友申訴評議委員會」（第 52 條），以及「學生申訴評議委員會」（第 55 條）。

治的人事自主權，於大學內部設置的紛爭解決機制，其所為之評議決定，為校內就聘任與否所為之最終決定，自亦屬大學自治的一環。

（四）不服校申評會評議決定，得向教育部提出再申訴

為避免教師個人在校內受到不利的措施，教師法在校內申訴之外，尚於中央主管機關設有再申訴管道，讓教師不服校內申訴決定時，得進行第二級的申訴程序，亦即向教育部中央申評會提出再申訴，以保障教師權益。

然而除教師外，教師法亦容許學校，於不服校申評會所為之申訴決定時，可以提出再申訴（1995 年教師法第 31 條第 2 項後段、現行教師法第 44 條第 2 項後段）。此一立法⁷在法理上不無疑問，畢竟校申評會亦屬於大學的內部組織，其所為之決定自屬學校之決定，而且是校內的終局決定，如果容許大學就其申訴提出再申訴，無異於是大學可以不服自己所為之最終決定而向外提出再申訴，違反禁反言原則，並不妥當。況且教師個人在校內通常居於弱勢地位，教師法為保障教師工作權益及其學術自由而賦予其於不服校內申訴決定時，可以尋求向校外客觀監督機關的再申訴途徑，有其必要性；然而學校身為做成措施之主體，相較於教師個人，有其較為優勢的地位，理論上並無賦予此特別保障之必要。

五、公立大學是否可以就再申訴決定提出行政訴訟，應以大學自治是否受侵害為斷

雖然本席認為讓大學可以對自己校申評會的申訴決定不服而提出再申訴，在法理上有所疑義，已如前述，惟並不表示公立大學就一律不得對再申訴決定向行政法院提起行政訴訟。又或認為現行法既然容許學校可以提起再申訴，就認為教師法沒有規定學校可以對再申訴決定提起行政訴訟屬於立法的缺漏，因此如同本件判決多數大法官的意見，認為應該容許學校一律可以提起再申訴，亦嫌速斷。本席認為

⁷ 根據當時立法資料，行政院之原始提案並無此規定，而是陳哲男與何智輝等立法委員所提之版本加入此一規定，並成為嗣後審查通過的版本。見立法院公報第 84 卷第 46 期院會記錄，第 145、146 頁。

公立大學是否可以就再申訴決定提出行政訴訟，首先應視大學自治是否受侵害為斷。

除大學自治權是否受侵害外，另一問題則是依歷來實務之見解，公立大學所為不續聘之措施性質上為行政處分（最高行政法院 98 年度 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議參照），則公立大學身為行政處分之主體，如何可以提起行政訴訟？本件判決理由中，認為大學所為不續聘之措施，性質上屬於公立大學單純「立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示」，以避開無法提起行政訴訟的問題。姑不論此一見解是否適當（詳見後述），惟縱使是如此，亦不應一概認為公立大學都可以對於再申訴決定提起行政訴訟，仍然應該視其自治權是否受到侵害為斷。

六、本件判決的原因事實與系爭決議所欲處理的法律問題並不相同

值得注意的是，本件聲請人所據以聲請的原因事實，與前述系爭決議所欲處理的法律問題並不相同。

系爭決議所欲處理的法律問題為：「大學對所屬教師不予續聘決定，教師不服而提起申訴，經申訴評議決定駁回後，教師復向教育部中央教師申訴評議委員會提起再申訴，再申訴決定不予維持大學不予續聘決定及原申訴評議決定，大學得否就再申訴決定循序提起行政訴訟？」簡言之，其所處理者為：教育部與大學的最終決定相左；亦即校教評會與校申訴評議委員會，一致做成不予續聘的決定與申訴決定，而教師提出再申訴時，教育部中央申訴會則持不同見解，不維持大學的決定。針對此種情形，系爭決議認為當時之教師法第 33 條僅規定「教師」得對再申訴決定按其性質循序提起行政訴訟，而未規定「學校」得對再申訴決定提起行政訴訟，係立法者基於立法裁量而有意不將學校納入，此與當時之教師法第 31 條第 2 項後段特別規定「學校」亦得對申訴決定提起再申訴之情形顯不相同，因而認為學校不得就再申訴決定提起行政訴訟。就此種情形，本席認為系爭決議一律不許學校就再申訴決定提起行政訴訟容有討論空間，畢竟此種情形教育部與大學的意見相左，亦即教育部的再申訴決定，不維持校申訴會的

評議決定，此時從保障大學自治權之觀點，容許大學提起行政訴訟，有其正當性。

然而本件是學校不服校內申評會的最終評議決定，提出再申訴，而再申訴的結果是教育部中央申評會同意並維持校內申評會的評議決定。聲請人不服，乃提起行政訴訟。兩者不同之處在於，本件教育部再申訴之決定是維持大學教師申評會的決議，而系爭決議則是不予維持。

七、本件聲請人之大學自治權並未受侵害

就本件判決爭議之事實而言，聲請人先因不服其校內的申訴決定而提起再申訴（雖然這在法理上有疑義，然而在未修法前，既然現行法賦予其提起再申訴的權利，其仍可以據以提出再申訴），嗣後聲請人不服教育部中央申評會所為的再申訴決定，繼而提起行政訴訟。

就此，本判決多數大法官認為系爭決議違憲，而肯認大學有提起行政訴訟的權利。然而本席認為就此尚不能一概而論，仍應回歸到問題的核心，也就是應以大學自治權是否果真受侵害為判斷依據。如果大學自治權受侵害，固然有讓其提起行政訴訟以資救濟之必要，然而如果大學自治權實際上並未受到侵害，其是否可以提起行政訴訟，實不無疑問。

本席認為，就本案之原因案件事實而言，聲請人之大學自治權實際上並未受到侵害，應不得提起行政訴訟。並非只有大學的教評會才是自治機關，大學內部所設置的申訴救濟機制也是大學自治的一環，當聲請人內部的校教評會決議與教師申評會決定不同時，校教評會的決議並非聲請人校內的終局決定，教師申評會的處理結果才是聲請人校內最後程序的最終結果，也才是足以代表聲請人真正意見的決定。本件原因案件教育部中央申評會既是維持聲請人的最終處理結果，與聲請人並無意見相左之情形，自是尊重並同意聲請人基於大學自治所為的決定，聲請人之大學自治權並未受到侵害，並無可表示不服而提起行政訴訟之餘地。在此範圍內，不容許聲請人提起行政訴訟部分，並無侵害大學自治權或訴訟權而構成違憲的問題。

縱使如本件判決多數大法官的見解，認為公立大學所為不續聘措施是「契約上意思表示」，而聲請人校教評會所為的不續聘決議的意思表示已經被校教師申訴會撤銷，因此校教師申訴會之意思表示始為本件聲請人最終之意思表示。則教育部中央申評會既然同意維持學校教師申評會的決定，並無侵害大學自治權或訴訟權問題，應無容許聲請人提起行政訴訟之餘地，亦無侵害聲請人大學自治權與訴訟權而違憲的問題。

八、本件判決未解決的問題

本件判決主要是從契約意思表示的角度出發，肯定公立大學得就教育部的再申訴決定提起行政訴訟，然而在此一觀點下，將產生如下所述的若干問題而有待解決。

（一）公立大學所為不續聘決定之性質

公立學校係各級政府依法令設置實施教育之機構，具有機關之地位（本院釋字第382號解釋理由書第2段參照），依歷來實務見解，公立大學所為不續聘的決定是一種行政處分，然因其尚須經主管教育行政機關核准（現行教師法第16條參照），是以其性質屬於「法定生效要件尚未成就之不利益行政處分」（最高行政法院98年度7月份第1次庭長法官聯席會議決議參照）。惟本件判決理由中，認為公立大學所為不續聘措施，性質屬係公立大學單純「立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示」，就此業已徹底地改變了過去實務上認為其性質為行政處分的見解。其目的或許在於避免產生如果是行政處分，則公立大學身為行政處分之主體，恐無法提起行政救濟的問題。本件判決理由，甚至為避免公立大學被認為與公權力行使有關，而認為公立大學所為「教師資格之審定」雖然是受委託行公權力（其實釋字第462號解釋是認為「係屬法律在特定範圍內授予公權力之行使」），但「教師不續聘」則「非基於受委託行使公權力之措施」。

然而如果認為公立大學所為不續聘只是基於聘任的行政契約關係而為的意思表示，則主管教育行政機關核准的性質如何，本件判決並未為進一步之說明，究竟是獨立的行政處分？抑或是終止聘任契約

的生效要件，而非獨立對外發生效果之行政處分？是否可以對該核准提起撤銷訴訟？此外，公立學校對教師所為的其他措施，例如不予升等，性質上是否還是行政處分，或者也是一種契約關係的意思表示，是否可以提起行政訴訟？

（二）教育部中央申評會再申訴決定之性質

另一問題是教育部中央申評會所為的再申訴決定性質究竟如何？其既然是申訴後的救濟程序，性質上是否果真如本件判決理由所述，為行政處分？如果認為是獨立的行政處分，則教師不服者再申訴決定提起行政訴訟，過去認為係以公立學校（行政處分的主體）為行政訴訟的被告，未來是否就必須改以教育部為被告？

九、結語

本件判決不僅推翻系爭決議，而且推翻過去實務上若干基本見解，包括認為公立大學所為不續聘措施，性質屬係公立大學單純「立於聘約當事人地位所為之契約上意思表示」而非行政處分，並認為教育部中央申評會所為的再申訴決定性質為行政處分，以保障公立大學自治權與訴訟權保障，用心良苦。

然而細究本件的原因事實，與系爭決議所欲處理的法律問題基礎並不相同，本席認為以本件原因事實觀之，聲請人之大學自治權實際上並未受到侵害，應不得提起行政訴訟。畢竟聲請人校申評會的決定也是大學自治的一環，而且是有拘束校教評會效力的校內最終決定，教育部的再申訴決定是維持聲請人的最終處理結果，完全符合大學自治的精神。聲請人僅以教育部再申訴決定與其校教評會的意見相左，就率爾認為其大學自治權受侵害，顯然是對於大學自治有所誤解。

本件判決以此實際上並未違反大學自治的案件事實為基礎，進而推翻過去實務上穩定的多數見解，恐將產生更多的問題。

憲法法庭判決

111 年憲判字第 12 號

聲 請 人 陳妙芬

訴訟代理人 林石猛律師

翁國彥律師

宋易修律師

上列聲請人認最高行政法院 106 年度判字第 628 號判決所適用之國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第 5 條至第 8 條規定牴觸憲法，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

國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第 5 條至第 8 條規定 1
與法律明確性原則無違，未違反正當法律程序原則之要求；對教師
職業自由之限制，亦符合憲法第 23 條比例原則，尚不違反憲法第 15
條保障工作權之意旨。

理 由

壹、事實經過及當事人陳述意旨【1】 1

一、原因案件之事實概要【2】 2

聲請人為國立臺灣大學（下稱臺大）法律學院副教授，未通過 3
中華民國 100 學年度教師評鑑，依規定應於 2 年內接受覆評。臺大
法律學院於 103 年 1 月 20 日召開 102 學年度第 1 學期第 2 次教師評
鑑委員會（下稱評鑑會），決議未通過聲請人 102 學年度教師評鑑
覆評，聲請人向臺大教師申訴評議委員會（下稱申評會）提起申訴，
案經臺大申評會於 103 年 6 月 23 日評議決定「申訴人之申訴有理由，
請法律學院另為適當之處理」；嗣臺大法律學院重於 103 年 10 月 7
日召開 103 學年度第 1 學期第 1 次評鑑會，就聲請人覆評之相關問
題，決議委請 5 位校外委員進行鑑定。臺大法律學院彙整 5 位校外
委員鑑定書後，於 104 年 1 月 7 日召開 103 學年度第 1 學期第 2 次
評鑑會，就聲請人之教師評鑑覆評案，以聲請人教學、研究、服務 3

項成績綜合考評後，平均分數為 65.4 分，未達 70 分，決議聲請人未通過覆評，臺大法律學院並於 104 年 2 月 10 日發函檢附評鑑會決定通知聲請人。聲請人不服，循序提起申訴、再申訴，分別經臺大申評會及教育部中央教師申評會駁回，其嗣後所提行政訴訟，則經臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1735 號判決駁回，復經最高行政法院 106 年度判字第 628 號以上訴無理由，駁回確定。是本件應以最高行政法院上開判決為確定終局判決。聲請人認確定終局判決所適用之臺大法律學院教師評鑑辦法施行細則（下稱系爭施行細則）第 5 條至第 8 條規定（下依序稱系爭規定一至四，條文詳如附件）牴觸憲法，爰於 109 年 12 月 2 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，向司法院聲請解釋憲法。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

系爭規定一至三分別規定教學、研究及服務之教師評鑑參考項目，未就如何計分、評分另為規定，逕於系爭規定四明定就受評者之教學、研究、服務三項成績綜合考評，平均達 70 分者為通過評鑑。由系爭規定一至四無法知悉評鑑會就受評教師之教學、研究、服務之評分基準為何，使受評教師無法預測評鑑通過與否之標準，司法機關更無從加以審查，亦無法發揮確保評鑑結果係客觀可信、公平正確之功能，而違反法律明確性原則。又大學教師評鑑與大學教師升等相同，均涉及人民受憲法保障之工作權及職業資格之取得，且大學就未通過評鑑之教師，通常規定需於若干年內接受覆評，覆評未通過之效果為直接送教評會審議「不予續聘」，故其踐行之程序至少應與司法院釋字第 462 號解釋之大學教師升等程序相當，即必須符合專業評量原則，若大專院校未就其教師評鑑程序，訂定得客觀且公正評價受評教師專業學術能力之規定，即違反正當法律程序，與比例原則不符，而屬違憲。系爭規定四所定評分程序，由評鑑會就受評教師之「教學、研究、服務三項成績綜合考評」，僅有分配比例之規定，未有如教師升等審查時，將教師之著作送外部審查之程序，並且未將評鑑項目如何計分定有具體明確且客觀之標

準，評鑑會僅需告知受評教師之評鑑決定，毋須告知受評教師各項目之評鑑結果，此等程序規定未能保證對受評教師之專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，與正當法律程序之要求有違，難謂符合憲法第 23 條比例原則等語。【5】

貳、受理依據及審查【6】

一、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。又人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，憲訴法第 90 條第 1 項及大審法第 5 條第 1 項第 2 款分別定有明文。【7】

二、查本件聲請案於憲訴法修正施行前即已繫屬，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。核其聲請意旨，與上開所示人民聲請釋憲之要件相符，爰予受理，其形成主文之理由如下（參）。【8】

參、形成主文之法律上意見【9】

一、涉及之基本權及審查原則【10】

（一）大學教師評鑑涉及對教師職業自由之限制與工作權之保障【11】

憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民有從事工作、選擇及執行職業之自由（司法院釋字第 404 號、第 510 號、第 612 號及第 637 號解釋參照），是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障，對於職業自由之限制，應具有正當之理由，並不得逾越必要程度（司法院釋字第 462 號解釋參照）。【12】

大學法第 21 條第 1 項規定，大學應建立教師評鑑制度，對於教師之教學、研究、輔導及服務成效進行評鑑，作為教師升等、續聘、長期聘任、停聘、不續聘及獎勵之重要參考。其目的係為了提昇大學教學品質及學術水準，增加大學競爭力，以達成追求大學教育卓

越化之目標。惟大學教師評鑑未通過可能將予受評教師不予續聘或資遣等之規定，足以改變其教師身分，關係教師權益，涉及對教師職業自由之限制，影響其工作權，故大學之教師評鑑事項及相關程序之規定，自應合理妥適。【13】

（二）審查原則：適用寬鬆標準【14】

按對職業自由之限制，因其限制內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。大學教師評鑑，於覆評未通過時，受評教師始可能受不予續聘或資遣等決定，故得透過教師個人之努力避免其教師身分之喪失，應屬對於大學教師職業選擇之主觀條件上限制。【15】

憲法第 11 條之講學自由賦予大學教學、研究與學習之自由，並於直接關涉教學、研究之學術事項，享有自治權（司法院釋字第 380 號、第 450 號及第 626 號解釋參照）。故大學對於涉及教學及研究之學術事項，享有自治規章之訂定自主權。依大學法第 21 條第 2 項規定，教師評鑑方法、程序及具體措施等規定，經校務會議審議通過後實施。顯見大學教師評鑑之具體措施係授權責由各大學自行訂定，其目的乃使各學校能建立個別之特色，以符合大學自治（94 年 12 月 28 日修正公布之大學法第 21 條規定立法理由參照）。又大學之院、系（所）為大學組織於教學研究之基本單位（大學法第 11 條規定參照），故學校可進一步授權各院、系（所）訂定教師評鑑辦法及施行細則，由各院、系（所）成員共同決定教師評鑑事務細節，包括評鑑項目、期間、方式、分數比例、通過標準、評鑑未通過時之不利措施及程序事項等，並報校核備。教師評鑑之結果，固得作為教師升等、續聘、長期聘任、停聘、不續聘及獎勵之重要參考，惟尚不直接立即發生教師身分變動之結果，且為尊重大學自治規章之訂定自主權，其校、院、系（所）教師評鑑之規定是否符合憲法基本原則，於大學自治之範圍內，自應降低審查密度，故適用寬鬆標準予以審查。【16】

二、系爭規定一至四對教師職業自由之限制，符合法律明確性原則、正當法律程序及比例原則之要求【17】

(一) 系爭規定一至四與法律明確性原則無違【18】 18

法律明確性原則，乃針對一切法規範而設，不限於形式意義之 19
法律。法律明確性之要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空
間或必要，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥
當性，選擇適當之法律概念與用語，不須將具體內涵鉅細靡遺詳加
規定。苟其意義非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之
對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，
即無違反法律明確性原則（司法院釋字第 432 號、第 521 號、第 594
號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804
號解釋參照）。【19】

臺大授權各學院訂定教師評鑑辦法，規定各級人員受評項目、 20
通過評鑑之標準及程序事項，並報校核備（臺大教師評鑑準則第 13
條規定參照），臺大法律學院依此授權訂定臺大法律學院評鑑辦法，
並依該辦法另定系爭施行細則。按系爭施行細則第 5 條至第 7 條規
定，即系爭規定一至三分別規範教學、研究及服務之參考項目，並
設有最基本門檻標準，即「教學」方面必須達各級教師依人事室計
算之從寬認定標準義務授課鐘點數；「研究」方面應提出系所推薦
經臺大法律學院教評會認可報校核備之期刊上發表經審查之論文或
經審查之專書論文合計 3 篇，或經審查之學術專書 1 本，且受評期
間內擔任科技部專題計畫主持人或共同主持人 1 次（若為未經審查
之期刊論文、學術會議論文、未經評審之教科書、學術專書或翻譯
專書等之情形，每年至少 1 件）；「服務」方面必須校內、外學術
性或公共服務至少 1 件。另依第 8 條規定，即系爭規定四明定通過
評鑑之標準，須評鑑會就受評教師之教學、研究、服務三項成績綜
合考評平均達 70 分者始通過評鑑；平均未達 70 分者，為未達評鑑
標準或為不適任。故符合上開教學、研究、服務考評之最基本門檻
標準之受評教師，評鑑會就其三項成績綜合考評，即平均至少達 70
分，通過評鑑，其語意及內涵依一般社會通念並無不明確之處，且
適用之對象均為臺大法律學院之專任教師，具備法律專業知識，內

容自非難以理解。【20】

又系爭施行細則係由臺大法律學院院務會議訂定及修正通過，
院務會議由當然代表（臺大法律學院、法律學系主任及科際整合法律學研究所所長）、教師代表（臺大法律學院全體專任教師）、學生代表等組成（臺大法律學院院務會議組織及議事規則第 2 條規定參照）。大學教師評鑑既涉及受評教師職業自由之限制與工作權之保障，而臺大法律學院全體專任教師為院務會議之組成成員，自得參與教師評鑑規定之訂定及修正，並受其拘束。故對於受評教師而言，就未來面對評鑑所應準備之事項及通過與否具預見可能性，並得提前因應準備；對於教學、研究、服務三項成績綜合考評未達 70 分，可能遭不予續聘或資遣等決定，亦屬可得預見，而該規定尚得透過行政救濟等管道，經由司法審查加以確認。綜上，系爭規定一至四與法律明確性原則無違。【21】

（二）系爭規定一至四尚無違背正當法律程序之要求【22】

按大學教師評鑑程序，涉及教師職業自由之限制與工作權之保障，針對大學之教師評鑑所訂定之實施程序，須能對受評教師專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量（司法院釋字第 462 號解釋參照），藉由正當法律程序之形成，確保教師憲法上權利之保障。是以，教師評鑑項目之指標、權重與通過標準等，應於可實質提升教師專業及教學品質前提下，周延審慎訂定。評審過程中，必要時應予受評教師以書面或口頭辯明之機會；且於評鑑未通過時，應確保受評教師針對評鑑委員之評分意見與分數，能有效提出抗辯及救濟。【23】

查系爭規定一至三規範教師評鑑之評鑑項目，為受評教師之教學、研究及服務工作之成效，並明確訂定評鑑教學、研究及服務之標準；系爭規定四則明定由評鑑會就受評教師之教學、研究、服務三項成績綜合考評，平均達 70 分者通過評鑑。依系爭規定四，評鑑會委員對於教師之教學、研究、輔導及服務成效進行評鑑，於具體個案中所為之評分，實係指評鑑委員應於依循系爭規定一至三之評

鑑標準，就教學、研究、服務等三項評鑑項目，比照臺大法律學院教師升等評審與推薦細則之比例（系爭施行細則第4條第2項規定參照），分別進行評分後，將該等分數加總，並以該加總結果是否達於70分之標準，作為受評教師是否通過評鑑之依據。如此之評分標準及程序，係臺大法律學院建立自身特色之目的所訂定，尚符客觀可信、公平正確之評量，依大學自治精神，應予尊重。【24】

評鑑委員基於系爭規定一至三所定之標準，根據其個人學識經驗所為專門學術上獨立公正之智識判斷，具有高度之專業性及屬人性，故為維護評鑑之客觀、公平及評鑑會委員所為之學術評價，評分適切性之問題，具判斷餘地，法院及其他行政爭訟機關應予以較高之尊重。惟如評分有違法或顯然不當情事時，並不排除其接受司法審查之可能性，法院及其他行政爭訟機關審查關於大學教師評鑑事件時，尚得據以審查其是否遵守正當法律程序，或其評鑑是否以錯誤事實為基礎。倘該判斷有恣意濫用及其他違法之情形時，非不得予撤銷或變更，自不待言。【25】

綜上，系爭規定一至四關於教學、研究、服務等三項評鑑項目評分之規定，尚無違正當法律程序之要求。【26】

另臺大法律學院於評鑑過程中，須通知受評教師到場說明，否則不得為不適任之決定。評鑑會於評鑑完成後將評鑑結果報院核定，並將該核定結果通知受評教師。經評鑑未通過者，臺大法律學院應敘明理由通知受評教師得依規定提起申訴或訴願（臺大法律學院教師評鑑辦法第11條及第15條規定參照）。而在受評教師初次評鑑未通過後，其效果為自次一學年起不予晉薪、不得在外兼職、兼課或借調，亦不得延長服務或擔任校內各級教評會委員或行政、學術主管；教授、副教授評鑑未通過者，亦不得申請休假研究（臺大法律學院教師評鑑辦法第12條及臺大教師評鑑準則第8條規定參照）。臺大法律學院於受評教師初次評鑑未通過時，應敘明具體理由通知受評教師並就其教學、研究、服務方向及成果提出改善建議，由院方協調系所給予協助。於自評鑑未通過之次學期起算2年（或

來校服務第 7 年)改善期間後,俾使其得在評鑑未通過之項目予以加強,以通過評鑑,始由臺大法律學院進行覆評。倘若受評教師覆評仍未通過,方依大學法及教師法規定,提院、校教評會決議不予續聘或資遣(臺大法律學院教師評鑑辦法第 9 條、第 10 條及臺大教師評鑑準則第 5 條、第 6 條規定參照)。是以,在臺大法律學院之教師評鑑過程中,尚能確保受評教師之聽審權、受告知權及救濟權之保障,與正當法律程序之要求無違。【27】

(三)系爭規定一至四對教師職業自由之限制,符合憲法第 23 條比例原則【28】 28

教育為國家百年大計,為改善國民整體素質,提升國家文化水準之所繫(憲法第 158 條規定參照)。大學以研究學術,培育人才,提升文化,服務社會,促進國家發展為宗旨(大學法第 1 條第 1 項規定參照)。因大學有學術責任及追求卓越之目標,同時作為教育機構,肩負發展國民道德、培養學生健全人格之任務(教育基本法第 2 條第 2 項規定參照),而大學教師素質之良窳影響教學及研究品質,故我國大學校、院、系(所)對教師之教學、研究、輔導及服務工作,規範大學教師評鑑制度,目的在於提升教師榮譽、增進教學、研究、輔導及服務水準,俾使大學能克盡學術責任並追求學術品質,以確保學生良好之受教權及實現上開憲法規定之教育文化目的。上開目的與國家及社會之發展重要相關,而屬合理之公共利益,其目的洵屬正當。【29】 29

大學法授權各校訂定之教師評鑑制度(大學法第 21 條規定參照),大學得以自治方式對未通過學校評鑑之受評教師為不同之措施。臺大法律學院之教師評鑑,對教師之教學、研究、輔導及服務成效進行評估,並訂定系爭規定一至四指出分數之參考項目及通過評鑑之客觀標準,於第一次評鑑未通過時,仍予相當改善期間,再進行覆評,而於覆評未通過時,將連結不利益措施,學校教評會後續可能會作出不予續聘或資遣等決議(大學法第 21 條及其施行細則第 17 條規定參照)。故此一手段依據一般經驗法則,可認對於教師 30

在教學、研究、輔導及服務上，克盡其責並維持一定之水準，有敦促之效，是以，臺大法律學院之教師評鑑制度，透過教師評鑑審核此一手段，與大學追求卓越、維持學術品質等目的達成間，具有合理關聯性，未抵觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨，尚無違背。【30】

三、結論【31】

綜上，系爭規定一至四之文義非一般受規範者難以理解，而受評教師就未達評鑑之基本門檻標準可能遭不予續聘或資遣等，亦屬可得預見，且上開規定尚得透過行政救濟等管道，經由司法審查加以確認，故與法律明確性原則無違；且教師受評項目、通過評分、評鑑標準及程序之規定，亦能對受評教師之專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，故未違反正當法律程序原則之要求；對教師職業自由之限制，亦符合憲法第 23 條比例原則，尚不違反憲法第 15 條保障工作權之意旨。【32】

中 華 民 國 111 年 7 月 29 日

憲法法庭 審判長大法官 蔡炯燉

大法官 黃虹霞 吳陳鐸 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明

呂太郎 楊惠欽

（許大法官宗力、

蔡大法官明誠、

詹大法官森林、

黃大法官昭元、

謝大法官銘洋、

蔡大法官宗珍迴避）

本判決由黃大法官瑞明主筆。

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	蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、 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、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽（正當法律程序原 則 8/9，其他部分 9/9）	楊大法官惠欽（正當法律程序原 則部分） 1/9

【意見書】

部 分 協 同 、
部分不同意見書：楊大法官惠欽提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 111 年 7 月 29 日

附件

規定簡稱	法規及條號	條文內容
系爭規定一	國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第5條	教學之最低標準為各級教師依人事室計算之從寬認定標準義務授課鐘點數。 教學評鑑參考項目如下： 一、課程： （一）科目數。 （二）學分數。 （三）成績分布。 （四）時數。 （五）選課人數。 （六）教學大綱。 二、論文指導： （一）指導學生數。 （二）論文題目。 三、學生輔導： （一）導師生。 （二）非導生之學生輔導 四、教學評鑑（包括系所或本校教學評鑑，原則上以系所為主，學校為輔；本校教學優良獎、教學傑出獎）。
系爭規定二	國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第6條	達到學術研究標準如下：應提出系所推薦經本院教評會認可報校核備之期刊（參附表）上發表經審查之論文或經審查之專書論文合計三篇，或經審查之學術專書一本，且受評期間內符合下列要求之一： （一）擔任科技部專題計畫主持人或共同主

		持人一次。 (二) 屬以下者平均每年至少一件： ①未經審查之期刊論文。 ②學術會議論文。 ③未經評審之教科書、學術專書或翻譯專書。 ④學術期刊評論論文。 ⑤書本章節。 ⑥創作性作品之展示及發表。 ⑦科技部以外其他機關團體委託之研究計畫。
系爭規定三	國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第 7 條	服務評鑑參考校內或校外之學術性服務或公共服務。校內服務包括系、所、院、校之服務。通過評鑑之服務最低標準為校內、外服務至少一件。
系爭規定四	國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則第 8 條	評鑑委員會就受評者之教學、研究、服務三項成績綜合考評，平均達 70 分（含 70 分，僅取整數，小數一律捨去）者為通過評鑑；平均未達 70 分者，為未達評鑑標準或為不適任。

附表

類別	屬本要點所稱之學術期刊 或學術研究專書	學術研究點數	所刊登文章屬本要 點所稱學術論文或 專書之條件
A	TSSCI 期刊（第一級） （附註一）	六十點 （附註二）	TSSCI、THCI、Core 需符合條件二，其餘 無條件（附註三）
	THCI Core 期刊（第一級） （附註一）		
	SSCI 期刊（排名 $\leq 15\%$ ）		
	SCI 期刊（排名 $\leq 15\%$ ）		
B	TSSCI 期刊（第二級） （附註一）	四十點 （附註二）	條件一、條件二
	THCI Core 期刊（第二級） （附註一）		
	SSCI 期刊 （排名 $> 15\% \leq 40\%$ ）		
	SCI 期刊 （排名 $> 15\% \leq 40\%$ ）		
	A&HCI 期刊		
C	國內外學術期刊、專書論 文	二十點 （附註二）	條件一、條件二
D	專書	一百二十點 （附註二）	條件一、條件二、 條件三

附註一：未來新制實施後之分級。A、B 於 TSSCI 新制名單公布前已刊登或已接受刊登者皆列為 A 類期刊。

附註二：合著之著作，僅可由 1 人用作代表著作送審教師資格，代表著作如係數人合著，須檢附「合著人證明」，敘明送審人及合著人完成部分或貢獻，其他合著人須簽名放棄以該著作送審教師資格之權利。但下

列情形，得免繳交合著者簽章證明：1、送審者為中央研究院院士。2、送審者為第一作者或通信（訊）作者，其國外合著者簽章證明部分。代表著作及參考著作之點數皆依送審人提出之證明及貢獻度計算其點數。

附註三：A 類期刊之歸屬，以接受刊登之時點，為認定標準。

條件一：由一般學術角度，非屬於介紹性質者（例如缺乏學術性之引註等情形）。

條件二：刊登前經二人以上匿名評審（有鑑於國內法律學門已建立之長期慣例，凡升等與評鑑所提出之論文應以經雙向匿名審查者為限）、超過一萬五千字（含註釋，但不含表格、附件）。並應附審查證明及評審意見書（未附證明者，視同未經評審，從而不符合本條件之要求）。但國外專書及專書論文，其匿名評審得以早向匿名為之。

條件三：已出版，且經本院教師評審委員會認定非為論文集之性質、非內含已另行發表之章節、非內含他人撰寫之部分（但附件所引用之文件不在此限）、字數超過十萬字（含註釋，但不含表格、附件）。

部分協同、部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號判決之審查標的為國立臺灣大學法律學院教師評鑑辦法施行細則（下稱系爭施行細則）第5條至第8條規定（下依序稱系爭規定一至四），其中關於系爭規定一至四是否違反正當法律程序原則部分之爭議，本席係認「與正當法律程序原則無涉」，與多數意見之「未違反正當法律程序原則之要求」之結論，尚屬有間，故就此部分提出不同意見；至本號判決其餘部分之合憲結論，本席敬表贊同，但就比例原則部分，則認多數意見之理由尚有應予補充或不同意見之處，爰就此部分提出協同意見。

一、系爭規定一至四應與正當法律程序原則無涉

按「大學應建立教師評鑑制度，對於教師之教學、研究、輔導及服務成效進行評鑑，作為教師升等、續聘、長期聘任、停聘、不續聘及獎勵之重要參考。前項評鑑方法、程序及具體措施等規定，經校務會議審議通過後實施。」大學法第21條定有明文。而系爭規定一至四（規定內容詳本號判決附件），係國立臺灣大學法律學院（下稱臺大法學院），依國立臺灣大學法學院教師評鑑辦法（下稱法學院評鑑辦法），就上述大學法第21條之評鑑制度規定所稱教學（含學生輔導）、研究及服務等三項評鑑項目，所訂定關於具體之細項評鑑內容，及此三項評鑑項目之成績考評方式暨通過評鑑標準等之規定。

關於系爭規定一至四之規範內容，如本號判決多數意見所稱：「……系爭規定一至三分別規範教學、研究及服務之參考項目，並設有最基本門檻標準，即『教學』方面必須達各級教師依人事室計算之從寬認定標準義務授課鐘點數；『研究』方面應提出系所推薦經臺大法律學院教評會認可報校核備之期刊上發表經審查之論文或經審查之專書論文合計3篇，或經審查之學術專書1本，且受評期間內擔任科技部專題計畫主持人或共同主持人1次（若為未經審查之期刊論文、學術會議論文、未經評審之教科書、學術專書或翻譯專書等之情形，每年至少1件）；『服務』方面必須校內、外學術性或公共服務

至少 1 件。……」另「……系爭規定四明定通過評鑑之標準，須評鑑會就受評教師之教學、研究、服務三項成績綜合考評平均達 70 分者始通過評鑑；平均未達 70 分者，為未達評鑑標準或為不適任。……」（本號判決理由第 20 段參照）

申言之，系爭規定一至三係關於教學、研究及服務等三項評鑑項目之細項內容及最低標準之規定，所涉者均係關於教師評鑑內容之實體性規定。另系爭規定四則係就系爭規定一至三所規範之教學、研究及服務之評鑑項目，採應綜合考評及平均達 70 分始屬通過評鑑之評分規範，僅係關於進行系爭規定一至三之項目評鑑時之評分方式及通過分數之規定。是系爭規定一至四核均與作成評鑑之組織，或程序上是否應予受評教師陳述意見等關於正當法律程序之事項無涉。又系爭規定一至四所規範者，如自教師評鑑一事予以整體觀察，固屬實施教師評鑑流程之一環，但其規範內容則是為對受評教師之教學、專業學術能力及成就等關係教師是否具備在該大學繼續擔任教師之能力，作成客觀可信、公平正確之評量，參諸司法院釋字第 462 號解釋針對大學教師升等資格之審查所揭櫫：「……主管機關所訂定之實施程序，尚須保證對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第 23 條之比例原則。教師升等資格評審程序既為維持學術研究與教學之品質所設，其決定之作成應基於客觀專業知識與學術成就之考量，此亦為憲法保障學術自由真諦之所在……」等語，可認攸關評鑑決定作成之系爭規定一至四，得否對受評教師具備所需之教學及專業學術能力等，為客觀公平且正確之評量，應係就此等規定審查是否符合憲法第 23 條比例原則之範疇。

至系爭規定四之內容中雖言及評鑑委員會，然其僅係針對評鑑委員會之評分方式及通過分數之規定，已如上述；且觀本號判決理由第 27 段關於評鑑過程尚得確保受評教師之聽審權、受告知權及救濟權，而與正當法律程序要求無違之附論部分，所引用者係國立臺灣大學教師評鑑準則（下稱臺大教師評鑑準則）及法學院評鑑辦法之規定，益知系爭規定一至四之規範，實與正當法律程序原則無涉。雖比例原則

之內涵，英美法係以「實質正當法律程序」為之，但基於我國釋憲實務向以比例原則之意涵進行審查之慣例，是本席認為有予以釐清之必要，爰就本號判決多數意見認系爭規定一至四未違反正當法律程序之要求部分，提出不同意見。

二、比例原則部分

（一）關於採取寬鬆審查之理由

按對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違（司法院釋字第649號解釋參照）。

查大學所聘任之教師應具備一定之資格，且其資格應經審定，為教育人員任用條例及教師法所明定（教育人員任用條例第16條至第19條、教師法第7條及第8條參照），即國家為保障大學教育及學術研究之品質，乃對大學教師之資格訂有限制規定。而大學教師評鑑制度，本於大學法第21條規定關於「大學基於學術責任及追求卓越之要求，應對於教師之教學、研究、輔導及服務工作進行評鑑，並作為教師升等、續聘、長期聘任、停聘、不續聘及獎勵之重要參考，以彰顯評鑑之功效。」之立法理由，可認大學教師評鑑制度係為大學學術水準及教學品質之維持，就已經大學聘任之教師，所為教師應持續具有一定職業能力之要求。是屬臺大法學院教師評鑑之細節性規定之系爭規定一至四，核係基於大學自治之意旨，在大學法第21條規定之授權下，依臺大教師評鑑準則及法學院評鑑辦法之規定（詳下述），本於該學院之定位取向及上述大學教師評鑑制度之目的，所為具體化

各評鑑項目之細項內容及最低標準，俾得有效評量該學院教師是否具有繼續在該學院擔任教師所應具備職業能力之規範，而涉及對該學院教師職業自由之限制。

惟依臺大教師評鑑準則及法學院評鑑辦法規定，教師於經評鑑之覆評不通過時，應提該院校（或三級）教評會決議不續聘（或資遣）¹。而教師因評鑑未通過所涉及之不續聘事由，如依教師法，亦應是中華民國 108 年 6 月 5 日修正公布前教師法（下稱 108 年修正前教師法）第 14 條第 1 項第 14 款或現行教師法第 16 條規定，所稱之「教學不力或不能勝任工作有具體事實」或「違反聘約情節重大」。而因此等事由遭大學不續聘，不論是依 108 年修正前教師法第 14 條第 2 項或現行教師法第 16 條規定，其效果均僅是不得在遭不續聘大學即臺灣大學繼續擔任教師。換言之，教師評鑑未通過之最大法效（指覆評未通過之可能效果；因初評未通過，尚有覆評之機制），僅是喪失在原受聘大學繼續擔任教師之資格，但其原具有之教師資格並未遭剝奪，仍可在其他大學擔任教師，而與包括上述司法院釋字第 649 號解釋之多則司法院大法官之解釋，針對職業自由主觀條件限制，所指「從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格」之限制，即從事特定職業（如擔任大學教師）所應具備主觀條件之限制間，有其程度上之差異。是本號判決多數意見，認本件應採寬鬆審查標準之結論，本席亦表贊同，但理由則未盡相同。

（二）關於比例原則之審查，應著重於系爭規定一至四之目的與手段間之衡酌

系爭規定一至四係關於臺大法學院教師評鑑之受評細項及評分之規定，乃國立臺灣大學基於尊重各學院之教學及研究自主，復於依大學法第 21 條授權訂定之臺大教師評鑑準則，明文為各學院應訂定

¹ 依 104 年 6 月 16 日修正發布臺大教師評鑑準則第 3 條規定，覆評不通過，應經教評會決議是否續聘；現行之臺大評鑑準則第 5 條則規定，覆評不通過，應依大學法及教師法規定，提教評會決議不予續聘或資遣。法學院評鑑辦法規定亦循此而為規範。

評鑑辦法，規定各級人員受評項目、通過評鑑之標準及程序等項，並報校核備之規範下（現行評鑑準則第 13 條參照，先前評鑑準則亦有相同規定，惟條次不同），依臺大法學院評鑑辦法所訂定。是系爭規定一至四係為明確臺大法學院教師評鑑之細項內容，並使教師得以預知評鑑之各項目細項內容及點數、評分方式暨通過評鑑之標準等，俾利教師遵循，而得對受評教師之教學、專業學術能力及成就等作成客觀可信、公平正確之評量，以克盡大學學術責任，並追求教學及學術品質，其目的洵係為維護合理之公共利益，核屬正當。

系爭規定一至三係分別針對教學（含學生輔導）、研究及服務之評鑑項目，各為該項目評鑑最低標準，及其參考或達到標準之細項規定，而此等評鑑項目，核係大學法第 21 條所規定各大學建立教師評鑑制度所應進行之評鑑項目要求，且所規範之教師教學（含學生輔導）、研究及服務等各評鑑項目之細項內容，亦普及該項目之一般所能考量範圍，而得以多面向評價受評教師於該評鑑項目之能力及成就；另系爭規定四所規定之綜合考評方式，可使評鑑委員對受評教師之評分更全面性，而以分數表現評價方式，明定一定分數之通過標準，本是關於評分作業之規範所必需。是系爭規定一至四之評鑑細項、評分方式及通過標準等規定，對臺大法學院受評教師之教學、專業學術能力及成就等作成客觀可信、公平正確評量目的之達成，核均有促進之效。

至系爭規定一至四規定之評鑑方式，雖未如教師升等，有為應選任各該專業領域具充分專業能力之學者專家先行審查（下稱外審）之要求（國立臺灣大學專任教師升等作業要點參照），然教師評鑑與升等，其制度目的及法效本屬有別。本件之教師評鑑，所關係者僅係受評教師是否具備繼續在臺大法學院擔任教師之職業能力評價，至於教師升等則涉及教師得否升等為助理教授、副教授或教授等適用於各大學之教師職業資格；且觀系爭規定一至三之各評鑑項目之細項內容，又係採明確規範項目事項及數量標準之模式；況依系爭施行細則第 9 條規定，於系爭施行細則有疑義，由評鑑委員會補充解釋之，並提下

次院務會議報告。是關於臺大法學院之教師評鑑，雖於評鑑委員會決定前，無類如升等之外審要求，亦難因此而謂依系爭規定一至四所為之教師評鑑，就受評鑑教師是否具備繼續在臺大法學院擔任教師之教學、專業學術能力及成就等，未能為客觀可信、公平正確之評量。

再者，如前所述，教師評鑑雖影響教師之職業自由及工作權益，但教師評鑑未通過，所攸關教師於臺大法學院職業能力之評價，最大效果亦僅涉及該校是否不續聘，致教師無法於臺大法學院繼續任教，故系爭規定一至四就臺大法學院教師評鑑所為之評鑑細項、評分方式及通過標準等規定，與對教師職業能力作成客觀可信、公平正確評量，以確保大學學術研究及教學品質之目的間，具有合理關聯，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。

從而，本席亦贊同本號判決多數意見關於系爭規定一至四，未牴觸憲法第 23 條比例原則之結論。惟因本號判決之審查標的為系爭規定一至四，是關於比例原則部分之審查，本席認應著重於系爭規定一至四之目的與手段，本號判決多數意見之論述尚有應予補充之處；另關於應採寬鬆審查標準之理由，亦與多數意見之論據未盡相同，故就此部分提出協同意見。

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1686 號

聲 請 人 陳妙芬

訴訟代理人 林石猛律師

張宗琦律師

就本庭 111 年憲判字第 12 號判決，本庭裁定如下：

主 文

一、本件判決附件關於系爭規定二中「科技部」之記載，均應更正 1
為「國科會」；關於附表之記載，應更正如本裁定附表。

二、補充判決之聲請駁回。 2

理 由

一、按判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，而不影響於全 1
案情節與判決之本旨者，憲法法庭得依聲請或依職權以裁定更
正並公告之（司法院釋字第 43 號解釋及憲法法庭審理規則第 50
條第 1 項規定參照）。

二、查本件判決有如主文第 1 項所示之顯然錯誤，爰依職權予以更 2
正。

三、至聲請人主張因本庭誤引附表致上開判決脫漏，請求本庭為補 3
充判決等語，因本件判決之審理範圍本為最高行政法院 106 年
度判字第 628 號判決所適用之國立臺灣大學法律學院教師評鑑
辦法施行細則第 5 條至第 8 條規定，是本件判決並無裁判脫漏
之情形，核無補充之必要，聲請無理由，應予駁回。

四、爰裁定如主文。 4

【附 表】

類 別	屬本要點所稱之學術期刊	所刊登文章屬本要點所稱學術 期刊論文之條件
A	TSSCI 期刊	無條件
	SSCI 期刊	
	SCI 期刊	

	A&HCI 期刊	
B	國內學術期刊	條件一、條件二、條件三
C	國外外文學術期刊	條件二、條件四

附 註：A 類期刊之歸屬，以接受刊登之時點，為認定標準。

條件一：合計超過二篇者，不計入本要點第六點至第八點所要求之篇數。

條件二：由一般學術角度，非屬於介紹性質者（例如缺乏學術性之引註等情形）。

條件三：刊登前經二人以上評審、超過一萬五千字（含註釋，但不含表格、附件）。並應附評審證明書（未附證明者，視同未經評審，從而不符合本條件之要求）。

條件四：附評審證明（未附評審證明者，視為未經評審，從而不符合本條件之要求）。

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

憲法法庭 審判長大法官 蔡炯燉
大法官 黃虹霞 吳陳鐸 林俊益
許志雄 張瓊文 黃瑞明
呂太郎 楊惠欽
（許大法官宗力、
蔡大法官明誠、
詹大法官森林、
黃大法官昭元、
謝大法官銘洋、
蔡大法官宗珍迴避）

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
除迴避之 6 位大法官外，全體一致贊成。	無

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉
中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

憲法法庭判決

111 年憲判字第 13 號

聲 請 人 蔡季勳
邱伊翎
施逸翔

共 同

訴訟代理人 涂予尹助理教授
邱文聰研究員

聲 請 人 滕西華
黃淑英

共 同

訴訟代理人 劉繼蔚律師
邱文聰研究員

聲 請 人 劉怡顯
洪芳婷

共 同

訴訟代理人 翁國彥律師
邱文聰研究員

上列聲請人因個人資料保護法事件，認最高行政法院 106 年度判字第 54 號判決，所適用之個人資料保護法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定等，有違憲疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 一、個人資料保護法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定：「有關病歷、醫療、基因……健康檢查……之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：……四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生……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。」與法律明確性原則、比例原則尚屬無違，不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。 1

二、由個人資料保護法或其他相關法律規定整體觀察，欠缺個人資料保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障不足，而有違憲之虞，相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，制定或修正相關法律，建立相關法制，以完足憲法第 22 條對人民資訊隱私權之保障。 2

三、就個人健康保險資料得由衛生福利部中央健康保險署以資料庫儲存、處理、對外傳輸及對外提供利用之主體、目的、要件、範圍及方式暨相關組織上及程序上之監督防護機制等重要事項，於全民健康保險法第 79 條、第 80 條及其他相關法律中，均欠缺明確規定，於此範圍內，不符憲法第 23 條法律保留原則之要求，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，修正全民健康保險法或其他相關法律，或制定專法明定之。 3

四、衛生福利部中央健康保險署就個人健康保險資料之提供公務機關或學術研究機構於原始蒐集目的外利用，由相關法制整體觀察，欠缺當事人得請求停止利用之相關規定；於此範圍內，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內制定或修正相關法律，明定請求停止及例外不許停止之主體、事由、程序、效果等事項。逾期未制定或修正相關法律者，當事人得請求停止上開目的外利用。 4

五、其餘聲請部分，不受理。 5

理 由

壹、原因案件背景事實及聲請意旨等【1】 1

一、原因案件背景事實【2】 2

我國自中華民國 84 年起實施全民健康保險制度，全體國民合於法定加保要件者，均一律參加全民健康保險。全民健康保險對象接受特約醫事服務機構之醫療照護服務，並由醫事服務機構依全民健康保險法（下稱健保法）第 80 條規定，向保險人即衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）提供相關資料（含保險對象之相關病歷 3

與藥歷資料、處方箋、診療紀錄等），以申報醫療費用。因之，健保署為辦理全民健康保險業務（下稱健保業務），多年來已蒐集累積數量與種類均極其可觀之全民健康保險資料（下稱健保資料），其中包含個人健康保險資料（下稱個人健保資料）。【3】

健保署所蒐集之健保資料內容包括：健保醫療服務申報類總表、明細、醫令檔案；健保承保類檔案；健保卡上傳類檔案；檢驗檢查上傳類檔案（包含醫學影像資料）；VPN（虛擬私人網路）上傳類檔案；特約醫事機構類檔案；健保給付項目及支付標準類檔案等。健保署前曾將健保資料委託財團法人國家衛生研究院（下稱國衛院）建置全民健康保險研究資料庫，並自 89 年起對外提供使用，此一全民健康保險研究資料庫委託建置利用關係，已於 105 年 6 月 28 日終止且不再由國衛院對外提供，國衛院並已將原始資料及光碟資料檔等交予健保署。健保署現設有全民健康保險保險人資訊整合應用服務中心，依其自訂之全民健康保險保險人資訊整合應用服務中心作業要點、全民健康保險保險人資訊整合應用服務申請案件審核作業原則等規定，對外提供前開健保資料，該對外提供之健保資料均已透過加密演算法以假名化處理。政府機關因公務需求或學術研究及其他專業機構因研究需求而需使用該中心之資料者，得檢具相關文件（包含倫理審查委員會證明），向健保署提出申請，由健保署審查；如健保署無法辨識或產生疑義之申請案，則由外部專家辦理複審；如有申請醫學影像，則另由全民健康保險影像資料應用審議會審議。【4】

此外，健保署並將健保資料中之健保醫療服務申報類總表、明細、醫令檔案以及健保承保類檔案，以金鑰加密後，提供予衛生福利部（下稱衛福部）所建置之衛生福利資料科學中心（前稱為健康資料加值應用協作中心）。該中心除健保資料外，尚包含其他衛生福利資料（包括出生通報檔、死亡通報檔、身心障礙者檔、國民健康訪問調查等），自 100 年開始對外提供使用。依其 99 年 5 月 12 日訂定發布之行政院衛生署健康資料加值應用協作中心使用資料作

業要點第 6 點，請求提供資料供使用者，應檢具文件向該署統計室申請。該中心更名為衛生福利資料科學中心後，則設置衛福部衛生福利資料統計應用管理審議會，並訂有衛福部衛生福利資料應用管理要點、衛福部衛生福利資料申請案件審核作業原則等。該中心所蒐集之一級資料（具編號欄位且經處理使其無從識別特定個人之資料），僅有政府部門、學研單位或取得當事人書面同意使用衛生福利資料之衛生福利相關產業得申請使用，申請時應檢附之文件包含倫理審查委員會證明；申請案由衛福部就程序進行初審後，再由外部專家就內容進行複審。【5】

聲請人認健保署將健保資料交由國衛院建置全民健康保險研究資料庫對外提供使用，以及將健保資料傳輸予衛福部衛生福利資料科學中心對外提供使用，係將健保資料中所包含之受憲法隱私權保障之個人健保資料用於健保業務以外之目的，為原始蒐集目的外之使用，有違法之情事，於 101 年 5 月至 6 月間，分別以存證信函向健保署表示，拒絕健保署將聲請人之個人健保資料釋出給第三人，用於健保相關業務以外之目的。健保署於同年 6 月至 7 月間函復聲請人，拒絕其主張，其理由略以：健保署辦理健保業務，而擁有全國民眾之納保及就醫資料，為促進健保相關研究，以提升醫療衛生發展，對外提供資料時，均依行為時即 84 年制定公布之電腦處理個人資料保護法規定辦理；且其資料之提供，已有嚴格之資料管理措施，足資保障研究資料之合理使用等語。聲請人不服，提起訴願，遭駁回。【6】

聲請人遂以健保署為被告，向臺北高等行政法院起訴，請求撤銷原處分及訴願決定，並命健保署准予聲請人所請，停止將聲請人之個人健保資料，提供予國衛院之全民健康保險研究資料庫及衛生福利資料科學中心作學術或商業利用。臺北高等行政法院以 102 年度訴字第 36 號判決駁回聲請人之訴，聲請人上訴後經最高行政法院 103 年度判字第 600 號判決廢棄原判決，發回臺北高等行政法院更審；嗣臺北高等行政法院作成 103 年度訴更一字第 120 號判決仍駁

回聲請人之訴，聲請人上訴後，未經最高行政法院 106 年度判字第 54 號判決（下稱確定終局判決），以無理由駁回聲請人之上訴。【7】

聲請人認確定終局判決所適用之個人資料保護法（下稱個資法）第 6 條第 1 項但書第 4 款等規定，有違憲疑義，於 106 年 12 月 5 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，請求宣告法規範違憲。【8】

二、聲請意旨【9】

聲請人主張略謂：1、個資法第 6 條第 1 項但書第 2 款及第 5 款、第 15 條第 1 款、第 16 條但書第 5 款，及有重要關聯性之同法第 11 條第 3 項但書、健保法第 79 條與第 80 條，允許國家僅依公務機關之組織法，即可強制蒐集、處理或利用人民之一般或私密敏感性個人資料（下稱個資），或大規模強制蒐集、處理或利用個資，或於原始蒐集目的外強制留存個資，違反法律保留原則；2、個資法第 6 條第 1 項但書第 2 款、第 4 款及第 5 款，第 15 條第 1 款、第 16 條但書第 2 款、第 5 款，未區別大規模、建立資料庫與小規模、個別性之個資蒐集、處理或原始蒐集目的外之利用行為，分別訂定不同之合法要件，與比例原則不符，侵害資訊隱私權；3、個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款、第 16 條但書第 5 款，及有重要關聯性之個資法施行細則第 17 條，允許公務機關未經個資當事人同意，即一律得對仍具有間接識別可能性之個資，為強制蒐集、處理或進行原始蒐集目的外利用，違反比例原則，侵害資訊隱私權；4、具重要關聯性之個資法第 11 條第 2 項、第 3 項及第 4 項，因立法規範不足導致國家於正確性有爭議、特定目的消失或期限屆滿、違反個資法以外之情形，均得恣意禁止當事人對其個資進行事後控制之權能，侵害資訊隱私權；5、司法院釋字第 603 號解釋應予補充等語。【10】

三、本件主要爭議【11】

聲請人於原因案件訴訟中，並未對健保署因辦理健保業務，而蒐集、處理、自行利用個人健保資料之合法性有所爭執。其主要爭執係針對健保署將健保資料含個人健保資料，交予國衛院建置資料

庫（現已停止，而由健保署設置全民健康保險保險人資訊整合應用服務中心），以及交予衛福部之衛生福利資料科學中心設置資料庫，並對外提供學術研究此一超越原始蒐集健保資料目的（辦理健保業務）之行為。【12】

貳、受理依據、審查範圍及審理程序【13】 13

一、受理依據【14】 14

（一）受理部分及審查範圍【15】 15

按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，大審法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。又依司法院大法官第 948 次會議決議，當事人對於確定終局裁判所適用之司法院解釋，發生疑義，聲請解釋時，仍依大審法有關規定視個案情形審查決定之。【16】 16

查聲請意旨所主張之個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定：「有關病歷、醫療、基因……健康檢查……之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：……四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生……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。」（下稱系爭規定一）為確定終局判決所適用，且聲請人就此部分之聲請符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之要件，經司法院大法官於 110 年間決議受理。【17】 17

至聲請人主張個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款其餘規定違憲部分，本庭認為本件判決應僅以該款規定中與本件原因案件主要相關部分（即系爭規定一）為審查核心範圍。是個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款所規範之個資原包括病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查及犯罪前科，且其得蒐集、處理、利用之法定目的包括基於醫療、衛生或犯罪預防，但本件原因案件所爭議之個人健保資料不包含性生活及犯罪前科資料，且其利用之目的也不及於犯罪預防，故本件審查範圍就個資部分僅以病歷、醫療、基因及健康檢查資料為限， 18

而目的部分僅以法定之醫療、衛生目的相關者為限。【18】

又人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，¹⁹亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容，而不以確定終局裁判所適用者為限。如非將聲請解釋以外之其他規定納入審查，無法整體評價聲請意旨者，自應認該其他規定為相關聯且必要，而得將其納為解釋客體（司法院釋字第 445 號及第 737 號解釋參照）。查聲請人主張應以重要關聯性，將健保法第 79 條及第 80 條規定納入審查範圍。健保法第 79 條規定：「保險人為辦理本保險業務所需之必要資料，得請求相關機關提供之；各該機關不得拒絕。保險人依前項規定所取得之資料，應盡善良管理人之注意義務；相關資料之保存、利用等事項，應依個人資料保護法之規定為之。」及第 80 條規定：「主管機關為審議保險爭議事項或保險人為辦理各項保險業務，得請保險對象、投保單位、扣費義務人及保險醫事服務機構提供所需之帳冊、簿據、病歷、診療紀錄、醫療費用成本等文件或有關資料，或對其訪查、查詢。保險對象、投保單位、扣費義務人及保險醫事服務機構不得規避、拒絕、妨礙或作虛偽之證明、報告或陳述。前項相關資料之範圍、調閱程序與訪查、查詢等相關事項之辦法，由主管機關定之。」（下併稱系爭規定二）雖然未經確定終局判決所適用，惟系爭規定二為健保法第 9 章「相關資料及文件之蒐集、查閱」之全部內容，用以規範保險人即健保署就健保資料及相關資料之蒐集、保存及利用行為，是針對原始蒐集目的外，個人健保資料之合理蒐集、處理及利用爭議言，系爭規定二與系爭規定一具密切關聯，如不將其納入審查，尚難為整體適當評價，本庭爰將系爭規定二納入審查範圍。【19】

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，²⁰由本庭適用該法規定繼續審理。【20】

（二）不受理部分【21】²¹

至聲請人主張個資法第 6 條第 1 項但書第 2 款及第 5 款、第 11²²

條第 2 項至第 4 項、第 15 條第 1 款、第 16 條但書第 2 款及個資法施行細則第 17 條規定違憲部分，前開規定均非確定終局判決作成裁判之核心基礎；聲請人主張個資法第 16 條但書第 5 款部分違憲部分，並未經確定終局判決直接適用，且與本件核心爭議之高敏感特種個資無涉；聲請人主張補充司法院釋字第 603 號解釋部分，除本件爭議與該解釋之爭議無直接關聯外，另查該解釋意旨及內容闡釋甚為明確，並無文字晦澀或論證不周之情形，難謂有聲請補充解釋之正當理由，核無補充解釋之必要。是以上部分之聲請，均不符大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之要件，均應不受理。【22】

二、言詞辯論程序【23】

本庭於 111 年 4 月 26 日上午 9 時行言詞辯論，除通知聲請人及關係機關健保署、衛福部及國家發展委員會外，另邀請監察院國家人權委員會及專家學者到庭陳述。聲請人及關係機關於言詞辯論之陳述要旨如下：【24】

（一）聲請人略謂：1、依司法院釋字第 603 號解釋，大規模之資料蒐用，應至少採中度審查標準。本件涉及大規模資料之強制蒐用，且健保資料有更為深遠之串連效應，故應採嚴格審查。2、依司法院釋字第 603 號解釋，涉及資料庫或大規模蒐用資料時，應有行為法之具體規定。系爭規定一允許公務機關得以執行法定職務為名，以組織法為蒐用個資之依據，違反法律保留原則。3、依有權機關之解釋，透過代碼連結比對而得間接識別特定當事人之情形，仍符合系爭規定一關於無從識別特定當事人之要件；聲請人無意摧毀健保資料庫之完整性，但依系爭規定一，為學術研究之目的即一律得就尚有間接識別可能性之個資為目的外利用，未區分不同公益重要性，與比例原則仍有未符。4、系爭規定一欠缺對於目的外利用之審議程序，允許機關單方面認定是否滿足目的外利用要件，不符正當法律程序原則。5、個資法未規範包含退出權之一般性事後控制權能，係對事後控制權之過度限制，違反憲法對資訊隱私權之保障等語。【25】

(二) 關係機關健保署略謂：1、系爭規定一已規定高敏感特種 26
個資須經去識別化始得為蒐用，無違比例原則。2、就健保資料之目的外利用，健保署已訂有全民健康保險保險人資訊整合應用服務中心作業要點，作為目的外利用及相關管理之依據；並訂有全民健康保險保險人資訊整合應用服務申請案件審核作業原則，就申請案是否符合公益、隱私保障等為審查，已足資保護個人之資訊隱私權，如若仍有不足之處，並願與時俱進持續改善等語。【26】

(三) 關係機關衛福部略謂：1、系爭規定一於健保資料供學術 27
研究時仍符合比例原則：(1) 健保資料之目的外利用，係為追求重大公益；(2) 系爭規定一已有「無從識別當事人」之規定，即採取匿名、代碼、隱藏部分資料等方式處理後，方提供給研究者利用，或研究者直接取得個資，但發表時應確保揭露方式無從識別特定之當事人，已符合最小侵害原則；(3) 如允許當事人請求刪除健保資料或退出健保資料庫，恐造成取樣偏差，故系爭規定一限制個人之刪除或退出權，尚無明顯法益失衡之情形。2、個資法之規範密度，縱因時代演進而有不足，仍不應因認高敏感特種個資在學術研究利用應另有法律明文規範，而逕認系爭規定一違反法律保留原則。3、就健保資料之目的外利用，衛福部已訂有衛福部衛生福利資料應用管理要點作為目的外利用及相關管理之依據；並訂有衛福部衛生福利資料申請案件審核作業原則，就申請案是否符合公益、隱私保障等為審查，已足資保護個人之資訊隱私權等語。【27】

(四) 關係機關國家發展委員會略謂：1、司法院釋字第 603 號 28
解釋之原因案件涉及指紋個資，其蒐集目的在識別特定當事人；而本件健保資料並非用於識別特定當事人，故本件聲請與司法院釋字第 603 號解釋有本質差異，無適用或補充該解釋之必要。2、司法院釋字第 603 號解釋涉及戶籍法專法，而本件所涉之系爭規定一為個資利用之一般性規範，就審查標準而言，自不應採取較該號解釋更為嚴格之審查標準。3、系爭規定一原則禁止蒐集、處理、利用高敏感特種個資，僅例外於符合主體、公益及利用目的與方式，且滿足

必要性之嚴格控制之情形，始得為蒐用，故系爭規定一無違憲法對資訊隱私權之保障。4、就事後控制權部分，個資法第 3 條第 5 款已賦予請求刪除權、第 5 條規範利用個資之一般原則、第 11 條課予蒐集利用個資者主動停止處理或利用個資之義務，當事人亦得依同條第 3 項、第 4 項請求刪除、停止處理或利用個資，故個資法實已賦予事後控制權等語。【28】

參、形成判決主文第 1 項至第 4 項之法律上意見【29】 29

一、據以審查之憲法權利【30】 30

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國家與他人侵擾及個資之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。其中就個人自主控制個資之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個資、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個資之使用有知悉與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）。【31】 31

進一步而言，資訊隱私權保障當事人原則上就其個資，於受利用之前，有同意利用與否之事前控制權，以及受利用中、後之事後控制權。除當事人就獲其同意或符合特定要件而允許未獲當事人同意而經蒐集、處理及利用之個資，仍具事後控制權外，事後控制權之內涵並應包括請求刪除、停止利用或限制利用個資之權利。【32】 32

二、系爭規定一及二構成對個人資訊隱私權之限制【33】 33

系爭規定一係就原則上禁止蒐集、處理或利用之高敏感特種個資，例外容許公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生法定目的之統計或學術研究必要，且擬蒐集、處理或利用之資料經一定程序處理後或揭露時，無從識別特定當事人之前提下，得未經當事人同意予以強制蒐集、處理或利用之規定。其屬對個人資訊隱私權中當事人（個資主體）於事前以同意方式控制其個資權利之限制。【34】 34

其次，個資若經處理，依其資料型態與資料本質，客觀上仍有 35

還原而間接識別當事人之可能時，無論還原識別之方法難易，若以特定方法還原而可間接識別該個人者，其仍屬個資。當事人就此類資料之自主控制權，仍受憲法資訊隱私權之保障。反之，經處理之資料於客觀上無還原識別個人之可能時，即已喪失個資之本質，當事人就該資訊自不再受憲法第 22 條個人資訊隱私權之保障。個資法第 2 條第 1 款以「得直接或間接識別該個人」為是否屬個資之標準，即在表彰上開憲法對個人資訊隱私權保障界限之意旨。【35】

查個人健保資料包含系爭規定一之高敏感特種個資，具有高度個體差異，於客觀上非無以極端方式還原而間接識別特定當事人之可能性，此為科學上之事實。因此，個人健保資料無論為原始型態或經處理，均必然仍屬「得直接或間接識別該個人」之資料，當事人對於此類資料之自主控制權，受憲法保障。【36】

綜上所述，系爭規定一容許公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生之統計或學術研究目的，而得於一定條件下強制蒐集、處理或利用個人健保資料，包括自行蒐集、處理與原始利用，以及就他人蒐集、處理、提供之資料之延伸利用，均毋須有當事人之同意；於此範圍內，當事人已大幅喪失對其個人健保資料之自主控制權，是系爭規定一已構成對當事人受憲法第 22 條保障之資訊隱私權之限制，應受法律明確性原則與比例原則之審查。又系爭規定二明定健保署就健保資料之蒐集、查閱，暨其保存、利用，應依個資法規定辦理，是系爭規定二聯結系爭規定一後，亦構成對資訊隱私權之限制。【37】

三、判決主文第 1 段法律明確性原則部分【38】

法律明確性之要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語。如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點觀察非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（司法院釋字

第 432 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號等解釋參照）。【39】

系爭規定一中「公務機關或學術研究機構」、「醫療、衛生目的」、「為統計或學術研究之必要」均屬客觀上非難以理解之用語。而系爭規定一以「無從識別特定之當事人」為利用病歷、醫療、基因、健康檢查等個人健保資料之條件，「無從識別特定之當事人」之文義，首可明確排除「可直接識別該個人」之資料型態；又與個資法第 2 條第 1 款規定之個資定義合併觀察，亦可排除「完全匿名且無還原可能性，因此不在個資法保護範圍內」之資料型態。準此，系爭規定一所採「無從識別特定之當事人」文義，尚非難以理解，且應已足使一般受規範者得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷：系爭規定一之意旨，係指基於醫療或衛生法定目的，為統計或學術研究必要而蒐集、處理及利用個人健保資料之際，應採取去識別化之措施，使資料不含可直接識別特定當事人之資訊，但其資料仍屬可能間接識別特定當事人之資訊之情形。【40】

是系爭規定一容許公務機關或學術研究機構為醫療或衛生之法定目的，於統計或學術研究之必要時蒐集、處理及利用個人健保資料，並規定相關要件，其意義尚非難以理解、受規範者所不能預見，或無從經由司法審查加以認定及判斷，與法律明確性原則尚無違背。【41】

四、判決主文第 1 項比例原則部分【42】 42

（一）審查標準【43】 43

資訊隱私權之保障核心既在於保護個人對資料之自主控制權，則個資之蒐集、處理及利用，即應以取得當事人同意為原則。於未取得當事人同意，而允許基於其他事由強制蒐集、處理及利用個資之情形，本庭於審查時，應視所蒐用之個資屬性及其對隱私之重要性，而採不同寬嚴之審查標準，以定其是否合於比例原則。司法院釋字第 603 號解釋就指紋個資之蒐集，因指紋屬具備高度人別辨識功能之個資，且居於開啟完整個人檔案鎖鑰之地位，而採取中度審查（其目的應為重大公益，且手段應為與目的間具備密切關聯之侵 44

害較小手段；司法院釋字第 603 號解釋參照）。【44】

查系爭規定一所規範之個人健保資料，此等個資承載大量個人資訊，藉由個人健保資料內所含之年齡、就醫機構，可能描繪個人生活區域、行動軌跡，由病歷、醫療及健康檢查資料內所含之傷病與醫療處遇史，諸如職業傷病、家暴傷害或性犯罪傷害、罹病與投藥紀錄、手術與診療影像紀錄、家族高危險疾病因子、生育紀錄、疫苗接種紀錄，亦可能描繪個人曾經歷之職業環境、社會生活事件、家庭與經濟環境、個人決策模式等極私密敏感事項。亦即，個人健保資料乃屬得深入解讀並預測資料當事人人格與身心狀況，進而模擬建構其人格圖像之重要個資，其具有私密敏感與潛在延伸影響資料當事人之社會、經濟生活（例如保險或就業）之特質。此等個人健保資料如受侵害，其所致生危害結果之嚴重性，尤甚於指紋。本庭爰認就系爭規定一是否合於比例原則，應採較指紋個資蒐集更高之嚴格標準予以審查。即其目的應係為追求特別重要之公益，其所採取手段應有助於目的之達成，且為最小侵害手段，所犧牲之私益與所追求之公益間應具相稱性，始與比例原則相符（司法院釋字第 690 號、第 799 號及第 812 號解釋參照）。【45】

（二）目的審查【46】

個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定之立法目的係以：基於統計或學術研究之目的，經常會蒐集、處理或利用個資法第 6 條第 1 項所定之個資；基於資料之合理利用，促進學術研究發展，故應允許學術研究機構基於醫療、衛生等目的，為統計或學術研究之必要，得蒐集、處理、利用個資法第 6 條第 1 項所定之個資；而公務機關依法執行職務時需蒐集敏感資料進行統計，亦有相同之需要（立法院公報，第 97 卷第 48 期，院會紀錄，第 131 頁至第 132 頁；立法院公報，第 99 卷第 26 期，院會紀錄，第 68 頁至第 69 頁參照）。

【47】

申言之，系爭規定一已明定蒐集、處理及利用之目的限於醫療與衛生，其立法目的係容許公務機關及學術研究機構得蒐集、處理

及利用個人健保資料，以透過統計或學術研究方式，而促成法定目的即醫療、衛生之發展。按憲法第 157 條規定：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」憲法增修條文第 10 條第 5 項規定：「國家應……促進現代和傳統醫藥之研究發展。」第 8 項規定：「國家應重視……醫療保健等社會福利工作……。」即憲法已明示國家有促進衛生與醫療之責任，系爭規定一寓有透過統計或學術研究累積科學知識技術等公共財，諸如發現或確認辨識疾病有效治療方法，以提升醫療與公共衛生之目的，是系爭規定一所稱基於醫療、衛生之統計及學術研究目的，基本上尚難即謂不符特別重要公益目的之標準。惟實際操作上應由一定之獨立監督機制，依申請個案之相關情狀作嚴格之審查。【48】

（三）手段審查【49】

49

1、手段有助於目的之達成【50】

50

系爭規定一所採取之手段，係強制人民於公務機關或學術研究機構基於系爭規定一所定醫療或衛生目的，於統計或學術研究有必要且符合一定條件下時，有義務容忍其個人健保資料供統計或學術研究利用。公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生之法定目的，為統計或學術研究而有必要利用個人健保資料，並非罕見。例如公務機關為制定符合國情與科學事實之醫療照護、社會保險、人口、傳染病防治政策，而須統計或學術研究者；或例如學術研究機構為學術研究之必要，利用已合法蒐集之病歷、醫療、基因及健康檢查等個資，有助於降低蒐集研究樣本成本、開展具有可行性之學術研究主題，進而達於制定有效醫療與衛生政策、累積醫學知識技術之目的者均屬之。是系爭規定一採取強制人民容忍其個人健保資料，供此類為特別重要公益之醫療、衛生法定目的之統計或學術研究而蒐用，其手段應有助於其目的之達成。【51】

51

2、手段為最小侵害手段且符合相稱性【52】

52

系爭規定一以「經過提供者處理後或揭露時無從識別特定之當事人」為利用個人健保資料之合法要件，亦即為醫療、衛生法定目

53

的，蒐用個人健保資料，其提供者至遲於揭露時須為已經採取去識別化措施處理，使該個資成為非可直接識別當事人之資料。【53】

系爭規定一課予採取去識別化措施之義務，使一般人採取當時存在技術與合理成本，在不使用額外資訊時，不能識別特定當事人。雖個人健保資料於客觀上非無以極端方式還原而間接識別特定當事人之可能性，惟系爭規定一所採之去識別化手段已足大幅降低蒐用個人健保資料所生之個人資訊隱私權所生之侵害。【54】

而且系爭規定一除已明定目的限於醫療、衛生（排除其他目的），暨蒐用主體以公務機關及學術研究機構為限（排除其他人）外，並明定以統計或學術研究且必要為另一要件，亦已排除非為統計或學術研究者，暨非必要之統計及學術研究，是系爭規定一應與個人資訊隱私權之最小蒐用原則尚屬相符。【55】

或有主張將個人健保資料處理成為完全不具還原識別可能性之匿名資料再予利用，同樣能達成系爭規定一之法定目的等語。惟完全不具還原識別可能性之匿名資料，已非受憲法第 22 條資訊隱私權保障之個資；而且匿名資料固非全然不具學術研究價值，但已喪失病歷、醫療、基因及健康檢查資料作為學術研究樣本時可擇定變因交互比對、建立相關性之特性者，將無從達成系爭規定一所欲追求之特別重要公益目的。是系爭規定一以去識別化及公務機關及學術研究機構為醫療、衛生之統計或學術研究目的必要為合法蒐用要件，屬最小侵害手段。【56】

再者，系爭規定一所犧牲之個人敏感資訊隱私權固屬特別重要法益，但公務機關、學術研究機構基於醫療、衛生法定目的之統計或學術研究，係為救治或預防疾病，事涉公眾之健康，與社會集體安全之維護必要相關，更是特別重要公益。兩者相權，應認為系爭規定一之手段原則上尚符合相稱性要求。【57】

（四）小結【58】

綜上所述，系爭規定一與比例原則尚屬無違，不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。【59】

五、判決主文第 2 項部分【60】

60

就資訊隱私權之保障而言，除應以法律明確訂定蒐用個資之目的及要件外，應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式，並對所蒐集之個資採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨（司法院釋字第 603 號解釋參照）。前述組織上與程序上必要之防護措施中，個資保護之獨立監督機制為重要之關鍵制度。此一獨立監督機制之目的，在於確保個資蒐用者對於個資之蒐用，均符合相關法令之規定，以增強個資蒐用之合法性與可信度，尤其個人健保資料業已逸脫個人控制範圍，如何避免其不受濫用或不當洩漏，更有賴獨立機制之監督。又其審酌事項尤應包括特予注意個案利用之申請，其具體情狀是否合於比例原則，比如：依系爭規定一為高敏感特種個資之原始蒐集目的外利用者，因醫療、衛生之範圍甚廣，於具體個案中是否合於系爭規定一所欲達成之特別重要公益目的，可能因統計或學術研究之內涵而有差異，是就為醫療、衛生目的之統計或學術研究原始蒐集目的外利用之申請者，其是否確實符合特別重要公益標準，以使所犧牲之法益與所欲保護之法益不致輕重不相稱而失衡，暨是否確有強制蒐用必要等事項之審酌即屬之。至於監督機制如何設置，例如設置一個統籌性之獨立監管機制，或於各相關法律設置依各該專業領域設計之獨立監督機制，屬立法形成自由（註）。【61】

61

惟由個資法暨其他相關法律規定整體觀察，均欠缺個資保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障自有不足，而有違憲之虞。相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，制定或修正相關法律，建立相關法制，以完足憲法第 22 條對人民資訊隱私權之保障。【62】

62

六、判決主文第 3 項部分【63】

63

根據憲法第 23 條之法律保留原則，國家限制人民受憲法保障之基本權利，應依其規範對象、內容或法益本身及其所受限制之嚴重程度，或直接根據法律，或經法律明確授權之命令，始得為之（司法院釋字第 443 號解釋參照）。又特定基本權利就其性質或保障內

64

容，需仰賴國家積極提供適當組織與程序規定，始能獲得具體實踐者，國家亦應以法律或法律明確授權之命令為之，始符合法治國家法律保留原則之要求。【64】

基於個人健保資料所涉資訊隱私權之重要性，國家蒐集個人健保資料，構成對個人資訊隱私權之限制，即應有法律保留原則之適用；另就國家將強制蒐集之個人健保資料進一步儲存、處理，建構成資料庫，甚至對外傳輸，作原始蒐集目的外之利用而言，因已完全脫離個別資訊主體控制範圍，是如何確保該業已逸脫個人控制範圍之個人健保資料，不受濫用或不當洩漏，而導致資訊隱私權之侵害繼續擴大，國家亦有義務以法律積極建置適當之組織與程序性防護機制，以符法律保留原則之意旨（本庭 111 年憲判字第 1 號判決參照）。【65】

查系爭規定二係健保法第 9 章健保相關資料、文件之蒐集、查閱之全部內容，惟其只直接規定健保署本身就健保資料及相關資料之蒐集等，至健保署就所蒐集資料包括個人健保資料應如何為保存、利用，其應遵循之法定要件與正當程序，暨應如何避免該等資訊不受濫用與不當洩漏之適當防護機制等重要事項，系爭規定二僅規範應依個資法規定為之，而個資法係框架性規範，並非關於個人健保資料蒐集之專法，其規定不及於對外傳輸、處理或利用個人健保資料相關法定組織上與程序上要求之重要事項。【66】

綜上，由系爭規定二及其他相關法律規定整體觀察，關於涉及個人資訊隱私權限制，應受法律保留原則拘束之健保署就個人健保資料之對外傳輸或提供利用相關行為，其所應遵循之法定要件與正當程序，包括上開資料以資料庫儲存、處理、對外傳輸及對外提供利用之主體、目的、要件、範圍及方式，暨相關組織上及程序上之監督防護機制等重要事項，均未見相關法律有所規定，而充其量僅有若干非法律位階、尚不完足之衛福部與健保署自訂之行政規則規定，即均仍欠缺法律位階之明確規定，於此範圍內，不符憲法第 23 條法律保留原則之要求，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意

旨。相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，修正健保法或其他相關法律，或制定專法明定之。【67】

七、判決主文第 4 項部分【68】

68

憲法第 22 條個人資訊隱私權保障當事人原則上應有事後控制權，且當事人就獲其同意或符合特定要件而允許未獲當事人同意而經蒐集、處理及利用之個資，仍具事後控制權，不因其曾表示同意或因符合強制蒐集要件，當事人即喪失請求刪除、停止利用或限制利用個資之權利。系爭規定一係對個人資訊隱私權中當事人於事前以同意方式控制其個資權利之限制，其合憲性固經本庭肯認，惟此應不妨礙當事人對仍受憲法保障之個人健保資料事後控制權之行使。【69】

69

查由系爭規定一、二及相關法律整體觀察：個資法第 3 條規定係以當事人同意為基礎，而系爭規定一非以當事人同意為前提，故系爭規定一應為個資法第 3 條之特別規定，應優先適用。此外，僅有個資法第 11 條第 2 項規範個資正確性有爭議時，應主動或依當事人之請求停止處理或利用；第 3 項規範蒐集之特定目的消失或限期屆滿時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個資；第 4 項規範違反個資規定蒐集、處理或利用個資者，應主動或依當事人之請求，刪除、停止蒐集、處理或利用該個資。惟個資法第 11 條第 2 項至第 4 項規定，並未涵蓋所有利用個資之情形，比如合法蒐集、處理或利用正確之個資，其特定目的尚未消失、限期尚未屆滿之情形，如本件爭議者，即不在其適用範圍，故尚難以有個資法第 11 條第 2 項至第 4 項規定，即認全部蒐集利用個資之行為，均符合憲法保障個資事後控制權之要求。【70】

70

次查依前述對事後控制權之說明，就健保署因辦理健保業務而合法蒐集健保資料中個人健保資料，並提供公務機關或學術研究機構原始蒐集目的外利用此一限制個人資訊隱私權之行為，當事人之停止利用權應仍受憲法第 22 條規定保障。但由相關法制整體觀察，卻未見立法者依所保護個人資訊隱私權與利用目的間法益輕重及手

71

段之必要性，而為適當權衡及區分，一律未許當事人得請求停止利用，停止利用應遵循之相關程序亦無規定，亦即欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，顯然於個人資訊隱私權之保護有所不足；於此範圍內，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內制定或修正相關法律，明定請求停止利用及例外不許停止利用之主體、事由、程序、效果等事項。逾期未制定或修正相關法律者，當事人得請求停止上開目的外利用。【71】

註：例如歐盟一般資料保護規則（General Data Protection Regulation 72

，下稱 GDPR）即規定各會員國應設置至少一獨立監管機關（supervisory authority），職司個人資訊隱私權之保障；該監管機關應依照 GDPR 規定獨立行使職權（GDPR 第 51 條及第 52 條參照）。各國依上開規定，多於聯邦或國家層級設置個資監管機關，例如法國 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL、芬蘭 Office of the Data Protection Ombudsman、德國 Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit，以及愛爾蘭 Data Protection Commission 等。各國監管機關之名單請見歐盟資料保護委員會（European Data Protection Board）網站 https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_en（最後瀏覽日為 111 年 8 月 12 日）。【72】

中 華 民 國 111 年 8 月 12 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 (法律明確性部分)	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、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、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	謝大法官銘洋
第一項 (比例原則部分)	蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	許大法官宗力、許大法官志雄、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽
第二項	蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、許大法官志雄、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽
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
第四項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、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、呂大法官太郎、楊大法官惠欽	林大法官俊益、張大法官瓊文、蔡大法官宗珍

第五項	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、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	謝大法官銘洋

【意見書】

部分協同、：蔡大法官宗珍提出、林大法官俊益加入、張大法官部分不同意見書：瓊文加入。

部分不同意見書：許大法官宗力提出。

吳大法官陳鑾提出。

黃大法官昭元提出、許大法官宗力加入、許大法官志雄加入、謝大法官銘洋加入、楊大法官惠欽加入。

謝大法官銘洋提出。

楊大法官惠欽提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 111 年 8 月 12 日

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 加入

張瓊文大法官 加入

本席對本判決主文第 1 項至第 3 項結論敬表同意，惟理由構成不同，就主文第 4 項之結論與理由則尚難苟同，爰分述部分協同與部分不同意見如下：

壹、主文第 1 項部分：系爭規定一非屬資料提供者提供個人資料於公務機關或學術研究機構之授權依據，此乃其未牴觸憲法比例原則要求之前提

一、本件關於個人資料保護法部分之審查標的及其規範意旨

本件原因案件涉及的是個人健保資料供作公務機關或學術研究機構之研究或統計目的之用之爭議，而個人健保資料主要涉及病歷、醫療、基因、健康檢查等涉及個人健康資訊之個人資料（下稱個人健康資料），因此本件多數意見於個人資料保護法（下稱個資法）領域所受理之聲請標的，亦僅侷限於個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定中，涉及以個人健康資料作為醫療、衛生領域之統計或學術研究之用部分（即系爭規定一）。欲論斷此一審查標的究竟涉及何等憲法上權利，以及是否可通過憲法比例原則之檢驗，須先釐清其規範意涵，尤其是其規範效力之涵攝範圍。

細究系爭規定一之規範結構，立法者首先將上述個人健康資料列為受強化保護之特殊個人資料，原則上禁止予以蒐集、處理或利用，僅於符合該條明文列舉之情形及其要件時，始容許例外為之；就系爭規定一而言，即係例外容許公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生之統計或學術研究目的之必要，且擬蒐集、處理或利用之資料經一定程序處理後，無從識別特定之當事人之前提下，例外得蒐集、處理或利用個人健康資料。因此，系爭規定一但書規定之規範意旨，僅係於法定條件下，解除公務機關或學術研究機構不得蒐集、處理或利用個

人健康資料之禁令，使之得以合法予以蒐集、處理或利用。

系爭規定一但書規定所提及之相關主體，除從事統計或學術研究之「公務機關或學術研究機構」外，雖尚有「資料提供者」及「資料蒐集者」，惟後二者係涉及相關資料之法定要件，並非系爭規定一但書規定容許得例外接近使用個人健康資料之對象；該規定容許得例外接近使用個人健康資料之對象，亦即該規定之規範對象，僅限於基於醫療、衛生目的為統計或學術研究之「公務機關或學術研究機構」，不及於資料提供者或資料蒐集者。至於公務機關或學術研究機構如何取得所需之個人健康資料、資料蒐集或處理者向公務機關或學術研究機構提供相關個人健康資料之合法依據，以及公務機關或學術研究機構取得個人健康資料後之資料利用規範與程序要求等事項，皆非系爭規定一之規範任務與範圍。換言之，系爭規定一僅為特定範圍之公務機關或學術研究機構得以合法蒐集、處理或利用個人健康資料之要件規定，不涉及資料來源與資料提供者，亦非資料之蒐集、提供者提供資料於公務機關或學術研究機構之依據。因此，資料提供者提供個人健康資料於系爭規定一但書規定所稱公務機關或學術研究機構，即應另有法律依據，非可引據該規定。

此外，系爭規定一但書所定要件，除限於醫療與衛生目的之統計或學術研究之用外，所涉及之個人健康資料，須為經資料提供者處理後，或蒐集者依其揭露方式，無從識別特定之當事人之資料。此等對資料型態之要求，乃系爭規定一所獨有，未見於個資法第6條第1項其他各款規定。由此等資料要件之規定，益證系爭規定一但書部分之授權對象與事項，並不包含資料提供者提供相關資料之行為，否則即存在規範矛盾，蓋對公務機關或學術研究機構提供相關個人資料之資料提供者，須先就擬提供之個人資料為適當之處理以去除識別特定當事人之可能性，因此資料提供者本身即難以符合系爭規定一但書所定資料屬性要件之要求。

二、系爭規定一就人民憲法資訊隱私權之限制，不違反憲法比例原則要求之理由

系爭規定一所涉及之病歷、醫療、基因及健康檢查等個人健康資料，乃屬得深入解讀並預測個資當事人人格、健康與身心狀況，進而模擬建構其人格圖像之重要個人資料，其具有私密敏感與潛在延伸影響個資當事人之社會、經濟生活（例如保險或就業）之特質，是個資當事人對此等個人資料之蒐集、處理與利用之自主控制權，包括自主決定其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，以及對其個人資料之使用之知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權等，應受憲法第 22 條資訊隱私權之保障（司法院釋字第 603 號解釋參照）。

然而，符合系爭規定一但書所定要件者，公務機關或學術研究機構即得基於特定目的而蒐集、處理或利用個人健康資料，毋須經個資當事人之同意，就此而言，個資當事人就其個人資料之自主控制權已遭限縮，是系爭規定一但書部分已構成對個資當事人受憲法第 22 條保障之資訊隱私權之限制，應受憲法第 23 條所定合憲性要求，尤其是比例原則之檢驗。鑑於個人健康資料之敏感性，立法者既明文予以強化保護（個資法第 6 條、第 15 條、第 16 條、第 19 條及第 20 條等規定參照），立法者就此類特種個人資料再例外排除其原則上應享有之強化保護者，即應具備比限制一般性個人資料更堅實之理由始得為之。基此，本席贊同對系爭規定一應予以嚴格審查。是系爭規定一對個資當事人資訊隱私權之限制，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，所採手段如有助於目的之達成，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，且其對資訊隱私權之限制與其所欲追求之特別重要公共利益間具相稱性，始與憲法第 23 條之比例原則無違。

首先，於系爭規定一所欲追求之目的方面，就國家發展而言，以專業為基礎所進行之各類統計與學術研究，實攸關國家各種政策之適切形成與發展，其成果乃民主政治下政策評估與決定所不可或缺之理性根基與科學憑據，因此，公務與學術研究部門所進行之各種各樣之統計與學術研究，本質上均屬憲法上非常重要之公共利益。況系爭規

定一但書規定尚且明文侷限於基於醫療或衛生之統計與學術研究目的之情形，始對個資當事人有關個人健康資料之資訊隱私權施以限制，進一步將統計與學術研究領域限縮於醫療或衛生範疇；而醫療、衛生範疇之統計或學術研究成果更攸關醫療品質、國民健康與相關社會政策之發展，明顯為憲法上特別重要之公益。就此而言，系爭規定一之目的係在追求憲法上特別重要之公共利益，殆無疑問。

其次，就系爭規定一所採手段之適合性與必要性而言，如前所言，國家政策之評估與決定，往往須仰賴各種科學實證資料，而以科學方法所為相關統計與學術研究成果乃其中最主要部分，此於亟需國人各種相關健康資料以進行本土性醫療與衛生議題之統計、分析與研究之情形尤然，從而，其就國家醫療與衛生政策之評估與決定，極具關鍵性與無可替代性。此外，系爭規定一但書明定，公務機關或學術研究機構蒐集、處理或利用人民之個人健康資料，須「為統計或學術研究而有必要」，蘊含資料最少化之要求；且公務機關或學術研究機構所得接觸、使用之個人健康資料，限於已無從識別特定之當事人之資料，亦即立法者已明確排除公務機關或學術研究機構依據系爭規定一而接近使用仍得識別特定之當事人之個人健康資料，就系爭規定一但書規定之適用範圍予以進一步限縮。因此，系爭規定一但書部分所採手段，就其目的之達成而言，無疑符合適合性與侵害最小之必要手段之要求。此等手段對個資當事人之資訊隱私權所為限制，與其所欲追求之特別重要公益間之關係，亦難謂有失均衡。綜上，系爭規定一就個資當事人之憲法上資訊隱私權之限制，尚不抵觸憲法第 23 條比例原則之要求。

貳、主文第 2 項部分：現行個資保護法制欠缺獨立監督機制，有違憲預警必要之理由

本判決主文第 2 項，以現行法制下欠缺個人資料保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障不足，而有違憲之虞為由，警示「相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，制定或修正相關法律，建立相關法制，以完足憲法第 22 條對人民資訊隱私權之保障」。其理由主

要係援用司法院釋字第 603 號解釋所揭示之要求，亦即國家應「對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨」，進而認「個資保護之獨立監督機制」為其中重要之關鍵制度，惟個資法與其他相關法律規定，均欠缺該等獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障自有不足，而有違憲之虞。由於本項主文內容與本件聲請案之訴訟標的無涉，本庭對相關法制未臻周全之情形，亦未為實質審查，因此本項主文雖限期要求相關機關制定或修正相關法律，其仍僅屬違憲預警性質，尚非違憲宣告，立法者自仍享有廣泛之立法形成空間，似不受相關判決理由見解之拘束。於此前提下，略述本席所持理由供參。

建立個資保護之獨立監督機關之必要性，其一大理由在於藉由第三方監督機制，避免其他國家機關於個資保護領域之角色衝突，以有效保護人民就其個人資料所享有之自主控制權。蓋就國家公權力部門而言，其取得與利用人民個人資料，原則上係為行使公權力以達行政目的（公益目的）之輔助手段，其本身並非目的，且所有國家部門皆可能有取用人民個資之需求；此亦是個資法立法以來，皆未設主管機關之故。其結果，不論公務機關抑或非公務機關蒐集、處理或利用個資所生權利義務爭議，原則上均須由個資當事人向取用個資之對造機關，依法定程序為相關請求，若有不服，即須區分事涉公務機關或非公務機關，分別於民事法院或行政法院請求救濟，包括損害賠償之請求；整體而言，其權利保護架構基本上屬於對立之兩造當事人結構下之事後追究、救濟模式。此類權利保護模式下，主張權利之當事人須自行辨識、確認權利遭受侵害之事實，並承擔權利主張成本，即便個資法明定團體訴訟途徑亦然；就請求有效權利保護而言，門檻極高。於公務機關取用個資之情形，個資當事人欲主張權利尤為困難，蓋個資當事人認識並獲取公務機關違法事證之難度更高；且於進入司法救濟程序前，取用個資之公務機關有「選手兼裁判」之便，進入事後救濟性質之司法救濟程序後，取用個資之公務機關更往往有「木已成舟」之現實處境及公益目的護持。因此，個資保護架構如未引進第三方監

理機制，由不參與個資取用之獨立監督機關掌理人民個資保護任務，並建立個資法領域完整之行政管制體系，則個資當事人面對有極大個資恣意取用空間之公務機關，長期以往，人民憲法上之資訊隱私權恐有實質淪喪之虞。

另從人民個資保護之本質需求觀之，亦有建立個資保護獨立監督機關之必要性與迫切性。由於個資取得、儲存與各種利用科技無止境之高度發展，人民之個資一旦被蒐集與數位化處理，幾乎即可永續長存，與其他非個資屬性之資料結合進入複合性資料庫後，更可能產生更強大之追索、識別特定當事人及其人格圖像之資訊解讀力，凡此均可能對個資當事人造成難以回復之傷害，由此可知，個資保護之法規範需求，已具有風險預防之特性。從而，法制上尋求個資保護之事後彌補已無濟於事，藉助科技而力求防範於未然之風險預防方為上策。風險預防措施基本上屬於以科技知識為基礎之事前安全治理措施，高度仰賴各種事前許可制下之組織性、程序性管制手段，以及共同遵循之科學標準之建立。凡此任務，非有國家所建立之第三方監理機制司責，恐無法竟事。就日益迫切之資安風險預防言，國家建立個資保護之獨立監督機制，已屬迫在眉睫之需。

參、主文第 3 項部分：全民健保保險人對外傳輸與提供其掌有之個人健保資料，違反憲法第 23 條法律保留原則要求之理由

本件聲請案另一項爭執重點，係全民健保保險人因全民健保關係而掌有之保險對象個人健保資料，得否於現行法制狀態下，依系爭規定一但書規定所定條件，提供公務機關或學術研究機構統計或研究之用？得否逕行傳輸於全民健康保險法（下稱健保法）主管機關，亦為其直屬上級機關衛福部，並由衛福部亦依申請提供上開公務機關或學術研究機構使用？現行法制狀態是否符合憲法第 23 條法律保留原則之要求？

對此，本判決主文第 3 項結論採否定見解，認「就個人健康保險資料得由衛生福利部中央健康保險署以資料庫儲存、處理、對外傳輸及對外提供利用之主體、目的、要件、範圍及方式暨相關組織上及程

序上之監督防護機制等重要事項，於健保法第 79 條、第 80 條及其他相關法律中，均欠缺明確規定，於此範圍內，不符憲法第 23 條法律保留原則之要求，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。」本席雖大抵贊同現行法制狀態不符法律保留原則之要求，因而違反憲法保障人民資訊隱私權意旨之結論，惟由於此部分之判決理由似過於簡略，爰提出本席所持主要論據供參。

一、國家對人民資訊隱私權之所有干預措施，均須符合法律保留原則之要求；干預措施之實施主體與屬性不同，即應各有法律依據

人民就其個人資料之自主控制權，雖受憲法第 22 條資訊隱私權之保障，惟國家基於公益之必要，且符合憲法第 23 條所定各種合憲要件，仍得以法律予以限制；此等限制人民就其個資之自主控制權之法律規定，就國家公權力而言，即為其依法律規定方式，接近使用人民個資之法律依據。由於人民受憲法資訊隱私權所保障之個資自主控制權涵蓋廣泛，凡涉及個資之蒐集、處理與利用之各種階段與資料表現形態均受保障，因此國家未經個資當事人同意而接近使用或允許他人接近使用其個資之所有公權力措施，原則上均構成國家對人民憲法資訊隱私權之限制（干預），應有法律或法律明確授權之命令以為依據，始符憲法第 23 條法律保留原則之要求。

人民作為個資當事人，與其個資間具有不可分割性，只要公權力之行使涉及人民，公權力機關即可能且有必要接觸人民個資。因此，國家各種公權力部門以及各層級行政機關，皆存有以限制人民資訊隱私權之方式而接近使用人民個資之可能性與必要性。從而，各該機關即應各自就其限制人民資訊隱私權以接近使用其個資之需求，獲得法律之授權，以滿足法律保留原則之要求。

法律授權對象之範圍，固應依其規定，然基於法律明確性原則，立法者不得為概括、空泛之授權；而獲法律授權為個資干預措施之行政機關，解釋上並不及於其所隸屬之直接上級機關或其下級機關，正如行政機關依法取得之法定管轄權非當然得由其上級機關或所屬下

級機關行使。若非如此，則獲明文授權之行政機關即可「掩護」其上、下級機關亦取得相同之個資干預權限，甚至透過少數獲法律授權接近使用人民個資之行政機關，即可變相建置全民個資資料庫，供其他未獲法律授權之公務機關使用，因而使憲法法律保留原則對憲法基本權保護之功能空洞化。

此外，限制人民資訊隱私權之法律實體規定，亦即授權國家機關得接近使用人民個資之法律授權事項與範圍，除須具體且明確限定外，解釋上均不應具「自我增生」之可能，亦無容許「搭便車」之空間；換言之，除法律明文授權之資料使用方式與範圍外，原則上不得擴及於其他資料使用型態。此於個資保護領域尤為重要，蓋個資從蒐集、處理到各種利用，本具有程序發展性與前後階段之依存關係，因此國家對個資之接近使用亦具有階段發展關係，而每一階段均構成對個資當事人之個資自主控制權之限制。從而，國家於個資保護領域所為基本權干預措施，往往具有環環相扣之連鎖性：前一千預措施（例如個資之蒐集）乃後一千預措施（例如個資之建檔處理）之前提，後一千預措施再為其後續干預措施（例如個資之統計利用等）之前提等等；同一個資利用階段，亦可能併存有多種不同個資使用方式（如個資蒐集機關自行利用，並同時對外傳輸或對外提供利用等）。自憲法資訊隱私權之保障角度而言，此等連鎖性干預結構下，每一環結之干預措施均須符合憲法第 23 條所定要求，自應各有其法律授權依據，絕非僅以連環干預措施之啟始法律依據，即得「掩護」後續未獲法律明確授權之連鎖干預措施，否則法律保留原則對憲法資訊隱私權之保障功能將大打折扣，甚或名存實亡。

再者，跨機關之個資傳輸/接取之情形，傳輸方與接取方亦應各有其法律授權依據，且其法源依據不得違反法律意旨而相互流用或共用。詳言之，跨機關（構）之個資傳輸，乃屬個資利用型態之一，其就個資當事人而言，乃個資傳輸者未經其同意，逕為支配其個資而侵犯其資訊隱私權之行為，此與受傳輸方（如公務機關或學術研究機構）未經個資當事人同意而接收個資，進而予以利用所構成之侵犯資訊隱

私權行為，乃屬不同行為主體所為不同之侵害資訊隱私權行為，自應分別受到法律保留原則與比例原則等憲法要求之檢驗。同理，凡公務機關將其儲存之個資，以個資傳輸以外之特定方式對外提供利用，由於其與相對應之個資接取利用，乃不同之侵犯資訊隱私權之行為，因此，即便外部利用者就該等個資之接取利用獲有法律之授權，提供個資之公務機關就此仍須有法律明文授權依據，不得逕行依附個資接取利用方之法律授權依據。

至於應納入法律保留範圍者，應包括所有實質影響人民資訊隱私權之享有與行使之重要事項，立法者除應就相關干預授權事項與範圍，即立法者擬容許受規範對象接近使用個人資料之目的、資料取得、處理與使用型態之權限內容、受限制之個人資料範圍及其儲存、利用型態等，以法律或法律明確授權之命令予以規範外，尤應具有確保相關個資不受濫用與不當洩露之安全防護機制，以及調節個資當事人權益與干預措施所欲追求之公益間之衡平關係之規定。

二、全民健保保險人跨機關傳輸個人健保資料，以及對外提供個人健保資料於特定範圍之公務機關或學術研究機構，欠缺法律授權依據，遑論於法律或法律明確授權之命令中，就該等限制個資當事人資訊隱私權之重要事項予以明文規範

本件原因案件所生爭議，可具體析分為以下爭點：（一）保險人將個人健保資料傳輸於衛福部及對外提供利用等措施，是否應滿足憲法第 23 條所定法律保留原則之要求？哪些事項應屬法律保留範圍？

（二）系爭規定一得否為保險人或衛福部將個人健保資料對外提供利用之法律依據？（三）健保法第 9 章所定第 79 條及第 80 條之規定，得否為保險人或衛福部將個人健保資料對外提供利用之法律依據？

就爭點（一）而言，個人健保資料為個資法立法者特予強化保護之特種個資，當事人就其個人健保資料自享有憲法資訊隱私權之保障，因此，保險人將其因辦理全民健保業務而掌握之個人健保資料傳輸於其他公務機關衛福部，以及提供公務機關或學術研究機構基於特定目的之利用，均分別構成對個人健保個資當事人之憲法資訊隱私權

之干預，自應有憲法第 23 條所定法律保留原則之適用，其範圍應包括具體限定干預授權之目的、範圍、條件、程序、相關權利義務等實質影響當事人之憲法資訊隱私權之享有與行使之組織性、程序性及實體性重要事項，尤應包括確保個資安全之適當防護機制與調節個資當事人權益與干預授權所欲追求之公益間之衡平關係等規範。

就爭點（二）而言，系爭規定一不得作為保險人或衛福部將個人健保資料對外提供利用之法律依據，理由已如上述（參見上文「壹」部分）。

就爭點（三）而言，健保法第 9 章固以「相關資料及文件之蒐集、查閱」為章名，惟其中第 79 條規定，係授權保險人得向相關機關調取辦理全民健保業務所需之必要資料之規定，與保險人對外傳輸或提供個人健保資料無涉。至第 80 條規定，則為主管機關與保險人強制取得各種健保相關資料，包括個人健保資料之法律依據，然其規範範圍並不及於所取得資料之儲存、處理及利用事項，自亦非保險人或衛福部將個人健保資料對外提供利用之法律依據。附帶一提的是，保險人就對外提供其掌有之資料（包括個人健保資料）作業程序之統一性與透明性，雖曾發布「全民健康保險保險人對外提供資料作業要點」、「全民健康保險保險人資訊整合應用服務中心作業要點」，健保法主管機關衛福部亦曾發布「衛生福利部衛生福利資料應用管理要點」、「衛生福利部衛生福利資料申請案件審核作業原則」等諸多行政規則，其內容均涉及利用健保相關資料之申請程序與審核控制機制，然而，基於法律保留原則，應以法律或法律明確授權之命令予以規範之事項，尚不得以行政規則訂定之。

綜上，現行法制狀態下，健保保險人跨機關傳輸其掌握之個人健保資料、提供個人健保資料於特定範圍之公務機關或學術研究機構，以及衛福部就其接取自健保保險人之個人健保資料對外提供利用等措施，均欠缺法律授權依據，遑論於法律或法律明確授權之命令中，就該等限制個資當事人資訊隱私權之重要事項予以明文規範，因而牴觸憲法第 23 條之法律保留原則，違反憲法第 22 條保障資訊隱私權之

意旨。

肆、本判決主文第 4 項所宣告違憲之標的與理據不明

本判決主文第 4 項針對全民健保保險人將個人健保資料提供公務機關或學術研究機構利用之情形，宣示「由相關法制整體觀察，欠缺當事人得請求停止利用之相關規定；於此範圍內，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨」，並限期令相關機關制定或修正相關法律，「明定請求停止及例外不許停止之主體、事由、程序、效果等事項」，逾期未完成者，「當事人得請求停止上開目的外利用」。

細究此部分判決理由，勉力歸納其理路發展如下：1. 資訊隱私權保障當事人原則上應有「事後控制權」，包括請求刪除、停止利用或限制利用個資之權利；2. 由個資法第 3 條、第 11 條及系爭規定一等法律規定整體觀察，尚不符合「憲法保障個資事後控制權之要求」；3. 當事人之停止利用權應仍受憲法第 22 條規定保障，然「未見立法者依所保護個人資訊隱私權與利用目的間法益輕重及手段之必要性，而為適當權衡及區分，一律未許當事人得請求停止利用」，欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，顯然於個人資訊隱私權之保護有所不足，因而違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。

由此可見，此部分判決理由亦係基於個資當事人所應享有之憲法資訊隱私權之保障，而認現行法制下欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，因而違反憲法資訊隱私權。然而，本判決主文第 3 項本已宣告全民健保保險人對外傳輸及對外提供個人健保資料及相關重要事項，均欠缺法律明確規定而不符憲法第 23 條法律保留原則，於此前提下，如何再另行單獨指摘現行法制欠缺當事人得請求停止利用之相關規定？違反法律保留原則之大前提下，不僅欠缺當事人請求停止利用權而已，而是所有關於個人健保資料之對外傳輸與對外提供利用之重要事項均未有法律規定！尤令人費解的是，根本欠缺相關干預性法律規範之前提下，個資當事人所享有之憲法資訊隱私權並未受到法律之限制，則個資當事人何以不是當然直接享有憲法資訊隱私權保障下之個資自主控制權，包括要求停止利用個資之權利，反而竟因相關法

律規定之欠缺，而違反憲法資訊隱私權之保障？

再者，姑不論區分個資當事人就個資之「事前同意權」與「事後控制權」，就憲法資訊隱私權保障內涵之理解是否合宜、有無實益（所謂「事前」與「事後」之區分基準點為何，即為一大問題，且當事人之同意於整體個資使用程序均有實效，非限於某一資料利用階段），可肯定的是，個資當事人所享有之憲法資訊隱私權，係保障其就個人資料享有自主控制權，只要「個人資料」屬性存在，個資當事人於憲法上即享有廣泛之個資自主控制權，包括自主決定是否主動揭露、被動同意以及個資使用情形之知悉與控制等。個資當事人此等憲法上權利，固可能因干預性法律之規定而遭限制，但本質上並非屬於須仰賴法律規範始得享有之制度性基本權，立法不作為，尤其是欠缺干預性立法之情形，並不會導致「於個人資訊隱私權之保護有所不足」，實難以由此（即欠缺當事人得請求停止利用之法律規定）直接導出違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之結果。

此外，立法者未為相關規定（「未見立法者……為適當權衡及區分」），非即等同於「一律未許當事人得請求停止利用」。更何況，個資法作為個資保護之一般性規範，是否果真欠缺當事人請求停止利用其個資之規定，恐已大有商榷餘地。僅以其中第 11 條第 4 項規定而言，其明定違反個資法規定蒐集、處理或利用個人資料者，當事人得請求刪除、停止蒐集、處理或利用其個資，此一規定何以定非屬立法者「依所保護個人資訊隱私權……，而為適當權衡及區分」之決定？自憲法資訊隱私權之保障，又如何得出「全部蒐用個資之行為，均〔應〕符合憲法保障個資事後控制權之要求」？令人費解。

從憲法隱私權保障內涵觀之，此處所謂當事人請求停止利用之權利，應屬憲法資訊隱私權所保障之個資自主控制權中之一種表現態樣，原即包含於憲法資訊隱私權之保護範圍內。立法者如以法律明定該權利及行使之要件與程序者，該法律規定一方面具體化憲法資訊隱私權為具體法律上權利，另一方面因其就權利要件等為限定之故，因此亦具有限制憲法資訊隱私權之性質；且其所定權利行使要件與程序

等要求，往往亦代表立法者權衡相關公、私益所為決定。此等限制人民憲法基本權利之法律規定，固應受憲法相關要求，尤其是比例原則之檢驗，如違反比例原則，即可能導致違憲之結果，然不應僅因現實中存有不合法定要件，致無法取得與行使相關法律上權利之個案情形，而竟使該等法律規定成為「規範不足」或「欠缺相關規定」而違憲。

以判決理由中論及之個資法第 11 條第 4 項規定為例，立法者於該條項明文規定，違法蒐集、處理或利用個資者，當事人有權請求停止蒐集、處理或利用該個資，乃個資當事人請求停止利用個資權利之明文規定。惟立法者就此一權利之行使所設定之要件，是「違反個資法規定，蒐集、處理或利用個人資料」，因此若非屬違法蒐集、處理或利用個資之情形，個資當事人自無從依該規定取得與行使請求停止利用個資之權利。此種法定要件不該當之情形，不應即認係因個資法第 11 條第 4 項規定「不足」，更非可指摘立法者未就非屬違法蒐集、處理或利用個資之情形，明文規定個資當事人請求停止利用個資之權利。從憲法角度毋寧應考慮的是，個資法第 11 條第 4 項規定以違反個資法規定，作為個資當事人請求停止利用個資權利之法定要件，是否有違反憲法比例原則之問題，而非因此即得認定個資法欠缺當事人請求停止利用個資權利之規定。個資法第 11 條第 3 項規定之情形亦同。

然而，本部分判決理由雖提及個資法第 11 條第 3 項及第 4 項規定，卻以個案（如本件原因案件）如不符法定要件（如屬合法利用個資之情形），即無法適用該等規定為由，而認並非「全部蒐用個資之行為，均符合憲法保障個資事後控制權之要求」，進而得出「由相關法制整體觀察，欠缺當事人得請求停止利用之相關規定」之違憲結論，並未就個資法第 11 條第 3 項或第 4 項等規定為違憲審查，亦未說明何以某特定個案（如本件原因案件），個資當事人因不符現行法律所定法定要件，致無從依該規定主張相關權利者，即可認係相關法制欠缺規定而違憲。本判決此部分理由構成實漏洞百出，難以自圓其

說。更有甚者，本判決此部分宣告違憲之標的究竟為何？僅限於具體個案情形（即本件原因案件）？抑或一般性、抽象性之個資當事人請求停止利用個資權？如係前者，憲法判決竟可為該等個案審查與判斷？如為後者，又如何得不就個資法第 11 條第 3 項或第 4 項等規定為違憲審查？更根本之問題，本件聲請案究竟有無對應於判決主文第 4 項之聲請標的？

實則，個資法係個資保護領域之一般性、普通性之法規範，立法者自得、甚至應另行制定個資相關專法規範，就當事人於特定個資利用型態下之個資自主控制權及其限制，另為權衡決定。本判決主文第 3 項既已諭示，全民健保保險人欲將個人健保資料，提供於公務機關或學術研究機構利用者，相關重要事項均應以法律或法律明確授權之命令予以規範，個資當事人就其個資得請求停止及例外不得請求停止利用之要件與程序規定等，自屬涉及個資當事人權利之重要事項，應為法律保留範圍，亦即應以法律或法律明確授權之命令予以規範，因此，主文第 4 項所要求立、修法之內容與其理據，實已為主文第 3 項所要求之立、修法內容與理據所涵蓋，本判決主文第 4 項所列理由，反有畫蛇添足之嫌。

推測多數意見之所以支持本判決主文第 4 項之結論，除了欲強調須有個資當事人「得請求停止及例外不得請求停止利用」之相關規定，蘊含引導立法內容之意圖外，主要可能係為「替代立法」，亦即於相關機關未及於 3 年期限內立、修法時，逕行宣示「當事人得請求停止上開目的外利用」，直接創設當事人相關權利，藉以防免立法者怠惰。然而，彰顯憲法民主法治原則之立法權有立法怠惰之可能，是否即可正當化憲法判決為各種形式之「替代立法」？此等權力之界限為何？實值得省思。

部分不同意見書

許宗力大法官 提出

本判決就個人資料保護法（下稱個資法）第 6 條第 1 項但書第 4 款規定（下稱系爭規定）及全民健康保險法之相關規定，使國家在未獲得人民知悉並事前同意時，即得將強制蒐集得來之人民健康保險資料（下稱健保個資）提供第三人為目的外之利用等是否違憲，多數意見認定目前法規範並未違反法律明確性原則（主文第 1 項前段），但法律欠缺組織及程序之監督防護機制而違反法律保留原則（主文第 3 項），以及欠缺當事人得請求停止利用之具體規範（主文第 4 項）而違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨等節，本席敬表贊同；惟就系爭規定單純以「去識別化」之手段，便允許公務機關或學術研究機構基於醫療衛生目的，於統計、學術研究之必要，即得蒐集、處理或利用（含目的外利用）敏感個資，則認定與比例原則尚屬無違（主文第 1 項後段），以及就個資法暨其他相關法律規定整體觀察，欠缺個資保護之獨立監督機制，僅寬認其有違憲之虞，而非直接認定違憲（主文第 2 項），本席尚難同意。本席除加入黃昭元大法官部分不同意見書外，並簡要提出部分不同意見如下：

本席認為，國家以追求特別重要公益目的為由，企圖將原合法蒐集得來之人民健保個資，提供第三人為（原蒐集）目的外使用，根據憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨，即應同時負有設置適當組織與程序上保護規定之義務，以防止健保個資遭濫用或不當外洩。沒設置相應配套的組織與程序上保護規定，就逕行將蒐集而來的健保個資提供他人為目的外利用，該提供他人做目的外利用之行為即不能免於違憲之指謫。本席認為，該適當組織與程序保護規定之設置義務，一方面來自憲法對於國家侵害或限制人民基本權利時，所提出必須遵守之正當法律程序要求，二方面也因此連結憲法比例原則，亦即判斷限制人民基本權利之手段是否為最小侵害時，不僅是限制手段本身，同時亦須衡酌有無相應的適當組織與程序保障機制。

按根據憲法的正當程序要求，國家限制人民基本權利，本就應遵

循一定正當程序規範，以避免基本權利之限制流於恣意。程序規範如何設計，始為正當，一般須考量基本權種類、所涉事物領域、侵害基本權強度及範圍、所欲追求之公共利益、可能程序之成本等等諸多因素，而為綜合判斷（司法院釋字第639號解釋參照）。於具體個案判斷時，一般固都承認立法者擁有一定之自由形成空間，然隨著對基本權干預之程度越強，或使人民權利陷入危害之程度越嚴重，該自由形成空間就越受到壓縮，甚至趨近於零。

就本案而言，影響程序正當與否之考量因素，約略有如下數點：其一，涉及之健保資料（含病歷、醫療及健檢資料等）具有極私密敏感與潛在延伸影響資料當事人之社會與經濟生活之特性，屬高敏感特種資訊。其二，系爭規定允許在不經人民事前同意之情況下，即得將強制蒐集得來的前揭高敏感特種資訊提供他人為目的外利用，對資訊隱私權之干預極為強烈。其三，國家強制蒐集人民之高敏感特種個資後，該個資即已完全脫離人民作為個資主體之掌控範圍，則國家是否會濫用該個資（例如是否會嚴格遵守允許目的外利用之嚴格要件），是否會妥善保護該個資，不致發生不當外洩（例如是否採取隨資訊科技進步腳步與時俱進的資安技術，避免不當洩漏），人民基本上無從得知，更沒有任何監督國家如何使用其個資之管道，只能聽天由命。其四，在大數據時代，網路連結無遠弗屆，本件所涉高敏感特種資料，一旦遭到濫用或不當外洩，其所造成的隱私權侵害，往往具不可逆的災難性、毀滅性規模。

綜上因素之考量，本席認為立法者於組織與程序規範設計之裁量空間應收縮至零，且壓縮到要合乎正當程序要求，只剩唯一的選擇，也就是建置一套含獨立第三方監督機制之組織與程序保護規定，否則即違反憲法正當程序要求。因在作為資訊主體之人民無從知悉、不知情的情況下，唯有獨立第三方機制之存在，才能提供對掌握人民健保個資的國家，以及使用人民健保個資的學研單位，相對有效的監督與制衡，人民的資訊隱私權也因此才比較能獲得保障。

另方面，於採取去識別化之手段外，另要求同步建置含獨立第三

方監督機制之組織與程序保護規定，方能使健保個資於逸脫出個資主體之掌控後，仍能受到一定程度之控制，進而將高敏感特種個資遭濫用或不當外洩的可能性減至最低，也唯有上述條件都獲得滿足後，多數意見才能拍胸脯主張採取去識別化之手段，符合最小侵害要求。

無奈本判決多數意見不僅不認為欠缺個資保護之獨立監督機制違憲，只願承認有違憲之虞，且將系爭規定與組織、程序保護機制分開評價，認為後者僅是整部個資法規範不足的問題，不影響國家目的外利用健保個資，而認定系爭規定不違反比例原則。如此割裂審查的結果，無異表示國家可以先上車後補票（甚至何時才補票仍屬未知），也就是允許國家可以強制蒐集人民健保個資後，即逕行為目的外利用，無論獨立第三方監督機制是否已經建置完備，「先做了再說」，不僅違反憲法正當法律程序之要求，也因天真以為只要採取去識別化之措施就已滿足最小侵害手段之要求，無視在欠缺獨立第三方監督機制之保護下，健保個資暴露於可能遭受過度侵害之風險，不免令人感到憂心與遺憾。

最後，容本席引述日本漫畫家伊藤潤二短篇作品「無街之城」的情節，充當文末的若干反思。「無街之城」描述一個沒有隱私權的社會：人們生活在一個「客廳即公園」的環境裡，為了彼此通行便利的「公共利益」，臥室可以成為通行道路；以為戴上面具生活，不知道彼此身分就可以保有隱私，殊不知當自己的家成為馬路，人來人往，戴上面具還是沒有隱私；即便自暴自棄，不戴面具甚至全身赤裸，放棄所有隱私，仍然會有更私密的自己成為被窺視的目標。當國家可以強制蒐集我們的健保個資，並不經我們同意，就提供第三人使用，即便信誓旦旦掛保證，一定可以讓我們戴上面具「去識別化」而保有隱私權，但失去家、失去如同所謂「城堡」的獨立監督機制及嚴謹程序保障，我們仍然生活在這座「無街之城」。不讓人民生活在伊藤潤二筆下的「無街之城」，不僅是本席在對學術研究與基本權利二者作出權衡後的呼籲，更是本庭貫徹憲法保障人民資訊隱私權的職責所在！

部分不同意見書

吳陳銀大法官 提出

多數意見判決主文第 2 項指出立法者就個人資料保護機制之不足，而為警告性裁判，敦促立法者就人民資訊隱私權為更完整之保障，此一保護憲法所保障人民權利之動機，本席至為贊佩。但判決主文第 2 項，為未受聲請之事項而作成裁判，有違不告不理原則，並干預立法者之權限，均有違權力分立原則，爰提出不同意見如下。

一、多數意見判決主文第 2 項指摘規範不足之範圍，逾越聲請意旨所指，有違不告不理之權力分立原則

按憲法法庭為司法審判權之一部分，基於不告不理原則，憲法法庭就法規範憲法審查案件之審理範圍，除與聲請審查之法規範具重要關聯者外，應以聲請人所聲請審查之法規範為限。

惟查，本件聲請係關於全民健康保險強制蒐集個人健康保險相關資訊並供學術研究之原始目的外利用而生之爭議，且聲請意旨就規範不足之指摘已指明範圍，即個人資料保護法（下稱個資法）第 11 條第 2 項、第 3 項及第 4 項有所不足：因該等立法規範不足導致國家於正確性有爭議、特定目的消失或期限屆滿、違反本法以外之情形，均得恣意禁止當事人對其個資進行事後控制之權能，侵害資訊隱私權。多數意見判決主文第 2 項：「個人資料保護法或其他相關法律規定整體觀察，欠缺個人資料保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障不足，而有違憲之虞，相關機關應自本判決宣示之日起 3 年內，制定或修正相關法律，建立相關法制，以完足憲法第 22 條對人民資訊隱私權之保障。」將審理範圍擴及於個資法及其他相關法律規定整體，並要求立法者為整體廣泛之立法或修法，已超出聲請審查之法規範範圍，有違審判機關不告不理之權力分立原則。

二、多數意見判決主文第 2 項關於建立個人資料保護獨立監督機制之立法指示，干預立法者之權限，亦有違權力分立原則

多數意見宣示立法者修法或立法建立個人資料保護之獨立監督機制，立意甚佳。但已干預立法者之權限，有違權力分立原則。

按「立法院如經由立法設置獨立機關，將原行政院所掌理特定領域之行政事務從層級式行政體制獨立而出，劃歸獨立機關行使，使其得依據法律獨立行使職權，自主運作，對行政一體及責任政治即不免有所減損。惟承認獨立機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。……然獨立機關之存在對行政一體及責任政治既然有所減損，其設置應屬例外。唯有設置獨立機關之目的確係在追求憲法上公共利益，所職司任務之特殊性，確有正當理由足以證立設置獨立機關之必要性，重要事項以聽證程序決定，任務執行績效亦能透明、公開，以方便公眾監督，加上立法院原就有權經由立法與預算審議監督獨立機關之運作，綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始不致於違憲。」經司法院釋字第 613 解釋釋明在案。故於行政權下立法設獨立機關或獨立行使職權之機制，要屬例外，且屬立法自由形成之範疇。但須一定程度之民主正當性基礎仍能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始屬合憲。

次按「主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」固經司法院釋字第 603 號解釋釋明在案，但該解釋僅要求國家應「在組織上與程序上為必要防護措施」，以保護人民之資訊隱私權，並未要求立法設立獨立監督機制。

多數意見於判決理由第 61 段及 62 段中援引司法院釋字第 603 號解釋意旨後旋即認定：「前述組織上與程序上必要之防護措施中，個資保護之獨立監督機制為重要之關鍵制度。此一獨立監督機制之目的，在於確保個資蒐用者對於個資之蒐用，均符合相關法令之規定，以增強個資蒐用之合法性與可信度，尤其個人健保資料業已逸脫個人控制範圍，如何避免其不受濫用或不當洩漏，更有賴獨立機制之監

督。」此一論斷於我國憲法並無依據，尤與司法院釋字第 613 解釋釋明於行政權下立法設獨立行使職權之機制，要屬例外，且屬立法自由形成範疇之意旨有違，干預立法者之權限，有違權力分立原則。

至多數意見於判決理由第 61 段之末引註附於判決末尾：「例如歐盟一般資料保護規則（General Data Protection Regulation，下稱 GDPR）即規定各會員國應設置至少一獨立監管機關（supervisory authority），職司個人資訊隱私權之保障；該監管機關應依照 GDPR 規定獨立行使職權（GDPR 第 51 條及第 52 條參照）。各國依上開規定，多於聯邦或國家層級設置個資監管機關，例如法國 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés–CNIL、芬蘭 Office of the Data Protection Ombudsman、德國 Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit，以及愛爾蘭 Data Protection Commission 等。各國監管機關之名單請見歐盟資料保護委員會（European Data Protection Board）網站 https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_en」顯係欲引用歐盟一般資料保護規則及受該等規則拘束之各國制度設計，用以支持其論述。惟上開規則既非憲政規範或憲法理論，自無法據為法規範憲法審查之立論基礎。

部分不同意見書

黃昭元大法官 提出
許宗力大法官 加入
許志雄大法官 加入
謝銘洋大法官 加入
楊惠欽大法官 加入

一、本判決結論及本席立場

[1] 本判決就健保署將個人健保資料提供第三人利用案，（1）於主文第一項宣告個人資料保護法（下稱個資法）第 6 條第 1 項但書第 4 款規定（下稱系爭個資法規定）符合法律明確性原則及比例原則，與憲法第 22 條資訊隱私權並無牴觸；（2）於主文第二項宣告個資法與其他相關法律均欠缺個人資料保護之獨立監督機制，然僅為瑕疵警告，並未宣告現行法之欠缺上述機制違憲；（3）於主文第三項宣告健保署將個人健保資料建置為健保資料庫，並對外傳輸、提供第三人（包括衛福部等公務機關及學術研究機構）利用等，僅有行政命令位階之規範依據，於全民健康保險法（下稱健保法）第 79 及 80 條（下合稱系爭健保法規定）及其他相關法律均欠缺明確之法律規範或授權，因此違反法律保留原則而違憲；（4）於主文第四項宣告健保署固得將個人健保資料提供第三人為目的外利用，然欠缺當事人請求停止利用（即所謂退出權）之相關規定，於此範圍內，違反憲法保障之資訊隱私權。

[2] 綜合上述主文及其相關理由，本判決基本上是先區別個資法及健保法規定，並認為受審查之系爭個資法規定全部合憲；只是就欠缺獨立監督機制之瑕疵，提出有「違憲之虞」之警告。至於就本案之核心爭議：健保資料庫提供第三人目的外利用是否違憲，多數意見也只是質疑現行實務作法欠缺形式的法律依據或授權，因此要求有關機關在 3 年內以法律規定相關重要事項，包括當事人退出權之要件及效果等。與上述（2）之採（附加警告之）合憲宣告及（3）之採（附修法要求之）單純違憲宣告相比，上述（4）則以附條件的司法造法方式，

宣示：如逾3年仍未完成修法，當事人即得請求停止提供其個人健保資料予第三人為目的外利用，這算是本判決最尖銳的牙齒。

[3] 本判決以憲法第22條保障之資訊隱私權（又稱資訊自主權）為憲法權利基礎，並採取嚴格審查標準，審查系爭個資法規定及健保法規定是否違憲，於此範圍內，與本席立場相同。就審查結果，亦即上述四項主文之結論，本席僅支持上述（1）有關不違反法律明確性原則、（3）及（4）之宣告違憲部分；然不贊成（1）主文第一項有關係爭個資法規定不違反比例原則，致不牴觸資訊隱私權之合憲宣告結論，也不贊成（2）主文第二項僅為「警告性合憲宣告」之結論。以下就不贊成主文部分，提出部分不同意見書。

二、個人健保資料供第三人為目的外利用之實體爭議

（一）請求停止或限制利用之事後控制權（退出權），屬人民資訊隱私權之保障範圍

[4] 本判決引用釋字第603號解釋，認為資訊隱私權之核心保障在於個人對其個資之自主控制。然就本案所涉爭點，本判決進一步闡釋資訊隱私權之保障範圍，除同意他人利用與否之事前同意權外，亦涵蓋他人開始（合法）利用後之事後控制權，包括請求刪除、停止利用或限制利用之自主決定權。這是上述釋字第603號解釋所未明白涵蓋的部分，也是本判決對於資訊隱私權保障範圍的貢獻所在，本席亦表贊成。

[5] 特別是就本案所涉個人健保資料而言，我國全民健保制度所採之強制納保制度，業經釋字第472號解釋認屬合憲。故人民除非從不使用健保，否則實無從避免或阻止國家透過健保系統強制蒐集、儲存並利用個人健保資料，亦無從針對每次就醫所生之健保資料，於事前一表示同意。又國家進一步建置全民健保資料庫，不論是否有專法之依據，也已經是既成事實，且為健保制度運作上之必要（例如用以核付保險費用、醫師處方用藥之查詢等），個人亦難以抗拒。在此意義下，人民對於國家於健保目的內之蒐集、儲存、利用個人健保資料，實無事前同意權可言。在現實上，人民對於個人健保資料之自主控制

範圍，大概就只剩下對保險人（健保署）提供第三人為目的外利用之自主控制權。問題在於：是否應承認個資主體對第三人利用應有其事前同意權？或僅賦予其事後控制權即可？甚至在醫療、衛生目的之大旗下，可容許學術研究機構盡力探勘如此巨量資料的新黑金寶礦，卻不容許個資主體之請求停止或限制其利用？

[6] 就本案所涉健保署將人民健保資料提供第三人（包括其他公務機關及學術研究機關）為目的外利用之合憲性爭議，多數意見雖適用嚴格審查標準予以審查，但認毋須個資主體之事前同意，即得為之。以下分別就多數意見有關目的及手段之審查結論及其理由，表示本席之不同意見。

（二）目的審查部分

[7] 本判決理由第 48 段認為：「…憲法已明示國家有促進衛生與醫療之責任，系爭規定一寓有透過統計或學術研究累積科學知識技術等公共財，諸如發現或確認辨識疾病有效治療方法，以提升醫療與公共衛生之目的，是系爭規定一所稱基於醫療、衛生之統計及學術研究目的，基本上尚難即謂不符特別重要公益目的之標準。…」多數意見顯然是認系爭個資法規定之統計及學術研究目的均具公共財之效益，當然為特別重要之公益，因此合憲。

[8] 按主管機關健保署及衛福部係主張申請使用健保資料庫資料的學術研究機構，在 2006 至 2021 年間，已經產出有關國人醫療實證研究論文共 7,177 篇，涵蓋各類疾病，為全球醫療重要指引，並以此等量化資料來證立上述學術研究目的之具體及重大效益。與之相比，本判決多數意見的論述方式，則是逕認此等研究成果既然有公共財性質，因此就是特別重要公益。言簡意賅，大筆一揮，即有定論。至於多數意見的如此論斷及主管機關的上述主張是否有足夠的說服力，就只能留待公評了。

[9] 本席認為：將所有基於醫療或衛生之統計及學術研究都一律評價為特別重要公益，恐怕有失籠統、過寬。畢竟這涉及特種、敏感個資之目的外利用，即使以專法規定得例外供學術研究為目的外利用，還

是會有其憲法爭議。按學術研究之類型及目的多端，不同的學術研究，多半牽涉不同類型、程度的利益。即使是基於醫療、衛生目的之學術研究，有係臨床醫生對於特定疾病的研究，有係政府為避免傳染病流行所進行的研究，有為博、碩士論文而為者，亦有受商業委託而為者等。各類學術研究與醫療、衛生目的之達成間，更有直接或間接關聯、遠近程度不等的差異。縱認上述各類學術研究之可能效益皆具有公共財之性質，但鑑於其效益類型與程度不一，立法者仍應有更嚴謹的區別或限縮，而不是要求人民資訊隱私權當然退讓。

[10] 多數意見在上述立法目的之抽象審查上高度尊重立法者，並在理由第 48 段最後要求：「…惟實際操作上應由一定之獨立監督機制，依申請個案之相關情狀作嚴格之審查。」將問題推給未來的獨立監督機制。此即本意見書後述第[35]段所稱「實體權利保障之程序化」，即將抽象法規範立法目的之審查問題，轉移到個案審查之具體認定。從多數意見強調個案審查之必要，反可證明系爭個資法規定所稱之學術研究目的恐過於廣泛，以致有個案嚴格審查之必要。但由於多數意見對於個案應如何嚴格審查，完全沒有提出可操作之認定標準，將來獨立監督機制恐怕也是不知如何是從。

（三）手段審查部分：系爭個資法規定之手段違反必要性原則

[11] 在比例原則的手段審查部分，多數意見先審查並認定系爭個資法規定所採取之手段有助於目的之達成。按本案既然適用嚴格審查標準予以審查，實在無庸審查所謂手段是否有助於目的之達成，這其實無助於嚴格審查標準之操作。在手段審查部分，嚴格審查之重點應該在於是否已經別無其他更小侵害手段，或已屬最小侵害手段的必要性審查。

[12] 就必要性之審查，多數意見認為系爭個資法規定已經要求

1. 去識別化措施：「其提供者至遲於揭露時須為已經採取去識別化措施處理，使該個資成為非可直接識別當事人之資料。」（參本判決理由第 53 段），並「使一般人採取當時存在技術與合理成本，在不使用額外資訊時，不能識別特定當事人。雖個人

健保資料於客觀上非無以極端方式還原而間接識別特定當事人之可能性，惟系爭規定一所採之去識別化手段已足大幅降低蒐用個人健保資料所生之個人資訊隱私權所生之侵害。」（參本判決理由第 54 段）；

2. 最小蒐用原則：「而且系爭規定一除已明定目的限於醫療、衛生（排除其他目的），暨蒐用主體以公務機關及學術研究機構為限（排除其他人）外，並明定以統計或學術研究且必要為另一要件，亦已排除非為統計或學術研究者，暨非必要之統計及學術研究，是系爭規定一應與個人資訊隱私權之最小蒐用原則尚屬相符。」（參本判決理由第 55 段）

因此認為系爭個資法規定「以去識別化及公務機關及學術研究機構為醫療、衛生之統計或學術研究目的必要為合法蒐用要件，屬最小侵害手段。」（參本判決理由第 56 段）符合必要性原則。

[13] 綜合上述，多數意見認為系爭個資法規定之手段符合必要性原則的主要理由可歸納為：1. 以一般人能否一望即之、毋須使用額外資訊而識別當事人為標準，認定系爭個資法規定所要求之去識別化措施已經是最小侵害手段；2. 法律已限定利用目的、蒐用主體及必要，因此符合最小蒐用原則。

1. 系爭個資法規定之去識別化措施仍非最小侵害手段

[14] 先就上述 1. 去識別化措施而言，本席認為：多數意見僅以一般人（而非具有統計及資訊知識及經驗之專業人士）無法一望即知地識別當事人為標準，因而認定系爭個資法規定所要求之去識別化措施已經符合最小侵害手段之要求，顯然是過於寬鬆的審查。如下說明，系爭個資法規定及其實踐所採之去識別化措施（尤其是其方式及項目）顯非最小侵害手段，而另有侵害較小之其他手段，應無法通過嚴格審查標準之審查。

[15] 就本案而言，健保署在提供健保資料予衛福部時，僅是以金鑰加密（有如加鎖）後交給衛福部，之後衛福部再以金鑰解密，即取得完整、無任何去識別化之健保個資。然而加鎖之加密方式與去識別化是

不同的方式，前者無法取代後者。加鎖是透過改寫資料，將資料上鎖（有如放入保險箱），避免他人未經允許獲知資料內容，這主要是「資訊安全」的防護機制。只要去除加密之鎖定（開鎖），資料隨即得以還原（有如從保險箱再取出原資料）。至於去識別化則是要斷開資料和當事人的連結，將之轉化為難以辨識，甚至永久無法再連結、比對的資訊型態，此涉及「資訊隱私」的保障。因此上述單純加鎖式的加密方法仍不足以符合資訊隱私的保障要求。

[16] 個資法施行細則第 17 條將系爭個資法規定所稱之「無從識別特定之當事人」，進一步規定為「以代碼、匿名、隱藏部分資料或其他方式，無從辨識該特定個人者」。按現行科學及技術條件下的匿名化技術，已越來越難以達成完全的匿名化（指徹底的去連結，而無從再還原識別當事人）。因此，所謂去識別化其實比較像是個光譜，有些去識別化方式仍容易還原連結，有些去識別方式則需耗費較多成本方能識別，但最終仍能識別。就此而言，系爭個資法規定並未進一步針對不同風險程度之目的外利用情形，要求或區別不同的去識別化方法，致健保資料之主管機關享有相當大的選擇空間，而有侵害人民資訊隱私權之風險。

[17] 其次，健保署在健康保險個資的儲存、處理、利用上，也只是刪除當事人之「姓名」及「住址」二個變項資料，至於其他私密敏感資料（例如：身分證字號、醫療院所代碼、申報日期、就醫日期等），則以「專屬代碼」的方式（即假名化），儲存於健保資料庫或提供外部使用時，分別進行多次編碼。雖然健保署已經刪除上述姓名及住址二個變項資料，但個人健保資料中僅以專屬代碼呈現的其他變項資料（例如：身分證字號），因未永久斷開其與個資主體間之連結，如透過與其他資料庫內資料的比對，在技術上依然有可能輕易識別其個資主體，而不再具有假名化之效果。其實，類似身分證字號之變項資料，對於大多數的學術研究者而言，多半沒有直接助益或關聯。就此而言，現行實務僅去除姓名及住址二個資料變項，去識別的項目顯然過少，明顯不符合資料最小蒐用原則，因此難以認定已屬最小侵害手段。

[18] 以美國 1996 年健康保險可攜與責任法（Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, HIPAA）¹為例，依該法發布之 Standards for Privacy of Individually Identifiable Health Information（“Privacy Rule”）（隱私規則）規定個人健康保險資料如果去除以下 18 種資訊，而符合所謂安全港方法（safe harbor method），始符合匿名化之去連結要求，而不再屬於受保護之個人資料：1 姓名；2 所有比「州」單位小的地理位址資訊；3 所有可以與特定個人直接連結的日期資訊（例如生日、入院日、出院日、死亡日等）；4 電話號碼；5 傳真號碼；6 電子郵件信箱；7 社會安全碼；8 醫療紀錄編號；9 健康計畫受益人編號；10 帳戶號碼；11 證書號碼；12 車識別與序列號碼，包括車牌號碼；13 設備識別與序列號碼；14 網址；15 通訊協定位址碼；16 生物識別特徵，包括指紋、聲紋；17 全臉影像或其他可比擬之影像；18 任何其他獨特可識別的號碼、特徵或編號。²

[19] 然考量上述完全匿名化所要求的去識別程度相當高，為顧及醫學研究的需求，上述美國法也承認若干例外，以供目的外之醫學研究。其中可供本案參考者即「有限資料組資訊」（“Limited Data Set” of Information）：例如於著重地域性的傳染病研究或著重年齡性的遺傳性疾病研究，即得容許保留上述 18 項中之部分資訊，如地址中之鎮或市（town or city）、州（State）與郵遞區號（zip code），或出生之月、日等變項資料。但取得並利用此等有限資料組之研究者，必須簽署資料使用協議，並遵守相關規定之要求（例如禁止重新辨識個資主體身分），始得利用此類個資，而毋須個資主體之授權。³

[20] 對照上述美國法之相關規定，系爭個資法規定就去識別化程度之

¹ Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, Pub. L. No. 104-191, 110 Stat. 1936 (1996).

² 45 CFR §164.514(b)(2)(i) (2015)；翻譯引自：張陳弘，國家建置全民健康保險資料庫之資訊隱私保護爭議—評最高行政法院 106 年度判字第 54 號判決，《中原財經法學》，40 期，頁 185、235（2018）。另一種去連結的方法則是統計標準（statistical standard），參張陳弘，同註文，頁 235-236。

³ 參張陳弘，前註文，頁 236-237。

要求，顯然過於寬鬆。為保障人民之資訊隱私權，最完整的方式本來應該是匿名化，斷開資料與主體間的連結，使之無法或極難以再還原連結，如此個資也就不再是個資法所保護的資料。如果無法匿名化處理，至少也應明定更多的刪除項目，以增加還原連結的難度，並以此為對外提供利用的基本資料組資訊，而不是如目前之僅刪除姓名及住址二個變項資料。至於有特殊需求的研究，則再針對其需求目的、範圍等，透過資料管理機關倫理或審查委員會之個案審查機制，額外提供增加變項資料的資訊。在 2 與 18 之間，現行法顯然仍有檢討修正之空間。這已不只是立法政策的選擇，而是憲法的要求。

2. 依系爭個資法規定提供之個資範圍並不符合最小蒐用原則

[21] 再就上述 2. 最小蒐用原則的審查而言，系爭個資法規定對於因學術研究所生之目的外利用，除要求必須去識別處理外，就所提供的資料數量並沒有任何限制。然而，不同學術研究之目的及對象均有所不同，不同之研究對於資料數量的需求也會有所不同。因此，在手段與目的關聯性之審查上，至少應要求並限制資料提供機關，應就不同的學術研究，僅提供其所需之不同數量的個人資料。此即最小蒐用原則，亦即必要性原則在個人資料保護法制的具體展現。就此而言，系爭規定不僅在表面上對於所提供之資料數量並沒有限制，在實務運作上，健保署於實際提供健保資料時，也僅有「兩百萬人抽樣檔」及「全人口檔」的粗略分類，而無其他數量的抽樣檔，可對應不同研究目的、涉及之需求，以致可能提供明顯大於學術研究者需求之個人資料。於嚴格審查標準下，目前實務上所提供的「兩百萬人抽樣檔」及「全人口檔」似乎是過於簡略的手段，而有進一步精密剪裁的空間。就算不能或毋須做到逐案剪裁，至少也應該有不同數量的更多組資料檔，以供選擇、提供。

[22] 就此，本判決理由第 55 段認為系爭個資法規定不違反最小蒐用原則，所持之以下幾個理由，本席實都難以贊成。具體言之，本判決認為（1）系爭個資法規定「已明定目的限於醫療、衛生（排除其他目的）」，本席曰：這根本不是手段審查的問題，而是目的之審查；

(2)「蒐用主體以公務機關及學術研究機構為限（排除其他人）」，本席曰：這等於是說只要法律沒有開放給所有人，就符合必要性要求。至於全國的公務機關和學術研究機構究竟有多少，也不用問了。然而，本案核心爭點正是：為何可以開放給學術研究機構為目的外利用？本判決多數意見的回答則是：因為法律已經限定是公務機關及學術研究機構！（3）「並明定以統計或學術研究且必要為另一要件」，本席曰：難道說只要法律有寫「必要」二字，該法律就符合必要性原則所要求的最小侵害手段？這簡直是最容易、最寬鬆的必要性原則之審查，實在是本席所不認識的比例原則之操作。與其說是適用多數意見所宣稱的嚴格審查標準，不如說是放水審查標準！

（四）手段審查部分：有事後退出權的保障始符合衡平性原則

[23] 就比例原則之審查，多數意見最後在理由第 57 段進而審查衡平性原則並認為：「系爭規定一所犧牲之個人敏感資訊隱私權固屬特別重要法益，但公務機關、學術研究機構基於醫療、衛生法定目的之統計或學術研究，係為救治或預防疾病，事涉公眾之健康，與社會集體安全之維護必要相關，更是特別重要公益。兩者相權，應認為系爭規定一之手段原則上尚符合相稱性要求。」本席認為：這個結論未必不能成立，但如此論證，等於是說：因為目的是特別重要公益，屬個人權利的私益即應當然退讓。多數意見所謂兩者相權，實在欠缺可資識別的理由，就直接跳躍到合憲結論。

[24] 按衡平性審查之具體操作本應就目的利益及手段侵害間，進行實際或預估損益之程度比較，而不應只是抽象概念式的論斷。⁴多數意見在此之所以僅有空洞論述，可能和其在目的審查時，也是一筆帶過式地承認「基於醫療、衛生之統計及學術研究目的」，當然均屬特別

⁴ 釋字第 603 號解釋理由書第 12 段在衡平性審查時，就主管機關所主張之「迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之辨認」之目的，係先考量關係機關行政院所提「目前收容在社會福利機構迷途失智老人 2796 位，每年發現無名屍約 200 具」之目的利益，再與「強制年滿 14 歲之全部國民均事先錄存個人之指紋資料，並使全民承擔授權不明確及資訊外洩所可能導致之風險」比較權衡後，才作出「損益失衡，手段過當」致不符合比例原則之結論，可資參考。

重要公益的概括論斷有關（參本判決理由第 48 段）。而就受到限制的個人資訊隱私權，多數意見也未進一步分析其可能或實際受害之範圍、程度等，以致僅有上述之空洞速斷。

[25] 反之，聲請人在本案雖然強力主張主管機關之提供健保個資予第三人利用，可能會嚴重侵害個人之資訊隱私權，但其主張也始終困於資訊自主權之抽象論述，而未能提出實務運作至今所曾發生，因主管機關提供予第三人為目的外利用，致生廣泛、重大損害的實例。在現實社會中，雖然健保個資之外洩及其損害，在理論上是每一個人都有可能會遇到的風險，但就眾多對資訊隱私無感的人而言，此項風險的損害程度似乎相當輕微，甚至還可能認為聲請人所主張之資訊隱私風險機率，並不明顯高於被閃電擊中之風險。平心而論，主管機關也確有採取某些去識別化措施以及對申請個案之審查機制予以管控，以降低個資外洩的風險。甚至也有人主張：許多研究者，尤其是從事量化研究者，本於其專業訓練及研究倫理之要求，多半不會特意去還原並再識別所取得個資之主體為誰，並以此等理由來支持系爭規定之手段並未產生損益明顯失衡之結果。不過，限制手段是否會發生損益失衡的結果，不能只靠主管機關及研究人員的自律，而仍須有適當的外控機制，包括個資主體（潛在被害人）之自我防衛機制。就算實務上至今並未出現廣泛、重大損害的實例，也不等於就當然要棄守法制上的個人最後防衛手段，而只寄望於國家或他人的善意。

[26] 上述損益權衡所比較之目的利益和手段損害二者，基本上都是總合（aggregate）式的整體利益或損害之比較，就法規範的抽象審查而言，如此權衡固屬合理。然就本案而言，本席認為聲請人所主張之退出權（事後控制權之一環），如不於必要性審查時考量（亦即：欠缺退出權之系爭規定是否仍為最小侵害手段？），至少可於衡平性審查時予以納入權衡。如果認為上述個資外洩風險及其損害輕微，則個人之選擇退出是否必然會對研究造成重大之不利影響，在無本土之實施結果足以驗證前，自然也不能一概而論。

[27] 按憲法資訊隱私權所保障之個資自主控制權，本即包括事前同意

權及事後控制權，此項事後控制權甚至可及於已經匿名化處理而（所謂）完全無法還原之個資。⁵於現今之資訊科技社會，此項自主控制的制度設計及實踐本應朝向動態性的自主同意，始足以有效保障人民之資訊隱私權。基此，就健保個資之提供第三人利用，在理想上原應動態性的隨時告知受影響之人民，並使其得以一一行使事前同意權。這在現實上顯然有其困難，絕大多數人民恐怕也是閉著眼睛一直接或說：同意。如果在實務上如此動態通知、同意的制度設計與實踐不具可行性，那退一步的要求至少也應讓人民得以事後知悉其個資是否及已為何人利用，並決定是否要請求停止或限制第三人利用。本席認為：考量人民對於國家之強制蒐集健保資料並建置健保資料庫予以利用，早已無從行使其事前同意權，在制度上自有必要賦予個別人民行使事後之退出權，以此平衡人民事前同意權之喪失，這可說是人民對其個人健保資料自主控制權的最後一道防衛。就權利衡平的抽象審查而言，有個人退出權之保障，才足以維持集體性公益與個別性私益間之衡平，而不致淪於公益永遠大於私益的空洞衡平想像。⁶

[28] 對於退出權的主張，關係機關的主要反對論點有二：（1）退出權機制之執行成本過高；（2）資料主體行使退出權將使抽樣產生偏差，甚至產生破窗效應，減損研究效益。惟本席認為：依嚴格審查標準，上述兩點都難以成立。

[29] 就（1）執行成本過高的主張而言，於嚴格審查標準下，行政成本並不足以構成特別重要公益之合憲目的，而得據以限制本案所涉資訊隱私權。就此，也未見主管機關就其預估將增加的執行成本，提出

⁵ 多數意見在本判決理由第 35 段認：「…經處理之資料於客觀上無還原識別個人之可能時，即已喪失個資之本質，當事人就該資訊自不再受憲法第 22 條個人資訊隱私權之保障。…」，又於第 56 段認：「…完全不具還原識別可能性之匿名資料，已非受憲法第 22 條資訊隱私權保障之個資…」，與本席之立場不同。

⁶ 本席所想像的均衡狀態是：一方面可以讓不在乎交出個資之大多數人，可以安心享受資訊科技的便利與利益，讓研究者可以盡力運用資訊科技以創造更大的群體利益，同時讓那一小群連姓名告訴別人都會睡不著覺的「刁民們」，可以享受大隱隱於市的自主樂趣。

足以支持之具體說明或證據。更何況在實務上，現行法律如人體生物資料庫管理條例第 8 條⁷已有退出權之明文規定；另衛福部於無法律明文規定時，亦已於「我國新型冠狀病毒血清流行病學調查與長期趨勢分析計畫」之執行時，主動告知人民可以選擇退出。⁸可見退出權之執行成本過高的抗辯，應該是不為也，而非不能也。

[30] 再就（2）抽樣偏差、破窗效應而言，就本席的認知，研究者本就不可能窮盡蒐集擬研究之事物，以追求絕對正確之知識或真理，通常多僅能在特定的研究限制下追求相對正確之知識或真理。以我國而言，有關機關對外提供的資料檔本來就有「兩百萬人抽樣檔」，而非必然是「全人口檔」。相較於台灣全人口而言，「兩百萬人抽樣檔」本就有其偏差，即使有部分人口⁹選擇退出，究竟會因此增加多大的

⁷ 人體生物資料庫管理條例第 8 條第 1 項：「參與者得要求停止提供生物檢體、退出參與或變更同意使用範圍，設置者不得拒絕。」第 2 項：「參與者退出時，設置者應銷毀該參與者已提供之生物檢體及相關資料、資訊；其已提供第三人者，第三人應依照設置者之通知予以銷毀。但有下列情形之一者，不在此限：一、經參與者書面同意繼續使用之部分。二、已去連結之部分。三、為查核必要而須保留之同意書等文件，經倫理委員會審查同意。」

⁸ 中央流行疫情指揮中心於 2022 年 6 月 16 日起執行「我國新型冠狀病毒（SARSCoV-2）血清流行病學調查與長期趨勢分析計畫」，擬從 2022 年 1 月至 6 月全國各捐血中心由捐血人捐血時留存之血清存檔樣本中，抽選 36,000 件檢體樣本，進行病毒抗核蛋白抗體檢測。即使該計畫使用之捐血人個資已去除其中之直接識別資訊，該計畫仍以選擇退出（opt out）的方式，保障受試者的自主權。指揮中心並特別教示捐血人退出之方式：「若有曾於該段時間捐血之捐血人欲退出本計畫，請於今年 6 月 30 日前致電 1922 並請留下相關資料（血袋號碼，或提供姓名、身分證字號及生日）；或請以書面方式寄送相關資料至臺北市中正區林森南路 6 號疾病管制署疫情中心，後續由血液基金會於檢體抽樣前排除。」參疾病管制署「我國新型冠狀病毒（SARS-CoV-2）血清流行病學調查與長期趨勢分析計畫」說明（新聞稿），2022 年 6 月 16 日，引自：衛生福利部疾病管制署官方網頁首頁 / 最新消息 / 焦點新聞，<https://www.mohw.gov.tw/cp-16-70063-1.html>（最後瀏覽日：2022/08/12）。

⁹ 參考有實施退出權之外國經驗，如英國，於 2020 年 10 月 1 日至 2021 年 9 月 1 日期間內的退出人數是 3,264,327 人，計 5.35%，引自：NHS Digital, [MI]National Data Opt-Out, September 2021, <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/national-data-opt-out/september-2021>（最後瀏覽日：2022/08/10）；2021 年 5 月 1 日至 2022 年 4 月 1 日期間內的退出人數是 3,328,566

抽樣誤差，是否因此會造成不可彌補的誤差風險，有關機關對此並未提出具有說服力的資料或證明。何況退出權並非絕對，在制度設計上亦得有不許退出的例外情形。¹⁰本判決主文第四項亦容許相關機關以法律明定請求停止及例外不許停止之主體、事由等事項，而已留給相關機關相當的制度形成空間。

[31] 最後，本判決係區別個資法和健保法而分別審查，並於主文第一項宣告前者不違反比例原則而合憲，於主文第四項宣告後者因欠缺退出權而部分違憲。本席認為如此切割並不妥當，也是一種鋸箭法式的審查。個資法固然是有關個資保護的一般性、框架性規定（參本判決理由第 66 段），然因健保法第 79 條第 2 項明文規定：「保險人依前項規定所取得之資料，應盡善良管理人之注意義務；相關資料之保存、利用等事項，應依個人資料保護法之規定為之。」故就本案所涉個人健保資料之利用而言，系爭個資法規定同時也是本案原因案件裁判所直接適用之法律，無從與健保法相關規定切割而分別審查。故如本判決主文第四項認為健保法及相關規定欠缺退出權而違憲，由於個資法本身也欠缺有關退出權之規定，當然也應該是主文第四項違憲審查及宣告的範圍所及。在法理上，應不可能如本判決般，一方面在主文第四項宣告相關法制（解釋上應包括個資法及健保法等）因欠缺退出權規定而違憲，然在主文第一項竟仍宣告同樣欠缺退出權規定之系爭個資法規定不違反比例原則而合憲。

三、有關個人資料保護之獨立監督機制部分

[32] 本判決主文第二項認為個資法及其他相關法律欠缺有關個人資料保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障不足，就此雖認「有違憲之虞」，然僅提出警告，而仍為合憲宣告。本席也認為此項欠缺，確屬個資保障法制之重大瑕疵，但認為已達違憲程度，而應為清楚的

人，約 5.4%。引自：NHS Digital, [MI] National Data Opt-Out, April 2022, <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/national-dataopt-out/april-2022>（最後瀏覽日：2022/08/10）。

¹⁰ 參人體生物資料庫管理條例第 8 條第 2 項但書。

違憲宣告，並定期要求有關機關修法補正。

[33] 按大法官在 2005 年 9 月於釋字第 603 號解釋中，除宣告強制蒐集全民指紋之戶籍法規定違憲外，並在解釋文第 3 段明白要求「主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」上述解釋所稱組織上與程序上必要之防護措施，主要即指本判決所稱之獨立監督機制（包括組織上之獨立機關及程序上之防護措施）。不過，或許由於上述解釋宣告強制蒐集全民指紋之戶籍法規定違憲，因而阻止了全民指紋資料庫之建置，以致主管機關也不再構思應如何建立上述解釋所要求之組織上及程序上防護措施，即使其手中一度掌有 6、7 百萬人（主要是受刑人及役男等）之指紋資料。時至今日，個資法或其他相關法律，對於我國政府建置管理之各種資料庫（包括本案涉及之健保資料庫、財政部之財稅資料庫及其他政府機關建置之各類資料庫），均仍無任何有關獨立監督機制（尤其是獨立機關）的明文要求。就此而言，確實是我國有關個人資料保護法制的一大缺陷。

[34] 由於科技發展之可能威脅及社會網絡之日趨複雜化等因素，許多國家早已設置有關資料保護的獨立監督機關，使其以第三方機關之地位，透過各類適當的程序機制，監督政府機關及民間機構之利用個人資料，尤其是涉及大型資料庫的利用（包括目的內及目的外利用）時，例如：建立去識別化措施之管理規範（至少要去掉那些資料變項？定期檢測並要求更新加密、編碼等去識別工具等）、重大個案之事後調查及裁罰權、大型資料庫建置的基本管理規範、監督不同資料庫間的交叉連結利用等，這些都不是既有的研究機構內之審查委員會（Institutional Review Board, IRB）所能發揮的功能。¹¹就此而言，本

¹¹ IRB 是研究機構內，不是資料管理者（如本案之健保署或衛福部）的審查機制；其審查標的是研究計畫的內容，而非資料庫本身的管理；其審查重點固然包括資訊隱私之保障，但比較是以研究參與者（受試者）權益保護為主，而非資料管理者就資料去識別程度、提供範圍、個資主體知情同意等之管理機制是否健

判決所稱之獨立監督機制，幾乎已經是重視個資保障各國之基本法制要求。多數意見既然也再次注意到這項重大缺失，卻只是追隨 17 年前釋字第 603 號解釋之腳步，非常有耐心的再次提出警告，而未明白宣告違憲，誠屬遺憾。本席在 17 年曾受邀就釋字第 603 號解釋一案提出鑑定意見書，於今忝為本庭一員，都已等到兩鬢飛白，實再無多數意見之耐心了。

[35] 次按，個人資料保護所涉及的憲法核心爭點，本來應該是前述資料自主權（從事前同意到事後退出的自主決定權）、目的之審查（尤其是目的外利用）、手段之審查（例如去識別化之方法及效果等）等實體問題。如果只要求或過度強調獨立監督機制，反而會有「實體權利保障之程序化」，甚至「空洞化」的疑慮，也就是以國家權力分立層面的組織及程序保障（亦即國家機關間之相互制衡），來迴避甚至取代有關個人權利與國家權力間實體界限之劃分及審查。換言之，獨立監督機制的保障至多就是正當法律程序之事前及事中保障，仍不足以也不應因而取代各項權利之實體保障及其審查。但無魚，蝦嘛好，本判決主文第一項就系爭個資法規定是否違反比例原則之實體審查部分，既然已經輕輕放下，概認合憲；則主文第二項就獨立監督機制之建置，至少也應該宣告違憲，始足以對資訊隱私權提供最低限度之憲法保障。

[36] 再者，本判決主文第三項就有關個人健保資料利用相關法制之重要事項，認仍欠缺法律明確規定，因而宣告違反憲法第 23 條法律保留原則。其所稱重要事項之範圍，亦包括「相關組織上及程序上之監督防護機制」。故如對照本判決主文第三項之違憲宣告，主文第二項至少也應為相同之違憲宣告，始屬一致之價值判斷。其實我國法之欠缺獨立監督機關，本是內容違憲的實體問題，而不只是既有規範內容

全。得到 IRB 許可的研究，既不等於也不能擔保研究者擬取得或利用之個資，均符合資訊隱私保障之要求。何況 IRB 對於研究之執行及成果，也沒有事後監督或究責之權。人體生物資料庫管理條例第 5 條第 1 項所稱之倫理委員會比較接近本判決所稱獨立監督機制，但並非機構外的獨立第三者機制。

之法位階過低的形式問題。如果衛福部或健保署的相關行政命令或規則已有獨立監督機關的設置，而本庭認其法律位階過低，這時才是單純的違反法律保留原則之違憲問題。但現行法及相關命令等係完全欠缺有關獨立監督機關的規範，而不是已有規範但法律位階不足而已。因此更適當的審查方式及結果應該是在主文第二項直接宣告違憲，而不是只放在主文第三項的形式審查結果中。

四、健保資料庫之建置及利用等，應有專法之明文規定或授權，不得僅以個資法之一般性、框架性規定為依據

[37] 司法院釋字第 603 號解釋已曾明確釋示：「國家基於特定重大公益之目的而有大規模蒐集、錄存人民指紋、並有建立資料庫儲存之必要者，則應以法律明定其蒐集之目的，其蒐集應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。」按釋字第 603 號解釋作成當時，已有電腦處理個人資料保護法（為現行個資法之前身）之一般性規定。後者第 7 條第 1 款亦明文規定：「公務機關對個人資料之蒐集或電腦處理，非有特定目的，並符合左列情形之一者，不得為之：一、於法令規定職掌必要範圍內者。」然釋字第 603 號解釋仍要求指紋資料庫之建置，應有法律為依據，並應明定其法定目的。可見像電腦處理個人資料保護法或個資法之類的一般性、框架性規定，應該不會是釋字第 603 號解釋所要求之法律依據，否則上開解釋也不會另外強調此等要求。

[38] 依釋字第 603 號解釋之意旨，國家對於大規模資料庫之建置，包括本案所涉及之全民健保資料庫，本即應有特別法（如人體生物資料庫管理條例）為依據，且應明文規定其法定目的，同時禁止法定目的外利用。目的外利用之禁止既然是原則性之規範要求，因此如果要授權第三人（包括其他公務機關、公私立機構及個人等）為原始蒐集目的外之利用（如本案之學術研究），至少應於該專法中有明文之特別規定，不論是將之正面列入法定利用目的之一，或將其自禁止範圍予以排除。個資法既然不是上述解釋所稱之專法，健保法第 79 條第 2 項又以此一般性、框架性法律為其提供第三人目的外利用之唯一法律

依據，故在此範圍內，系爭個資法連同系爭健保法規定均因違反上述「應以特定法律明定」之要求而違憲。本席就此支持本判決主文第三項之結論。

五、結語

[39] 本席等與多數意見間雖然有上述差異，但整體而言，本席等和多數意見在原則上仍支持個人健保資料之提供對外利用，尤其是基於醫療、衛生之學術研究，問題在於：（1）既有個資法已屬老舊法律，本身亟需大幅修正，更不足以作為健保資料庫（及其他大型資料庫）之對外提供利用的法律基礎；（2）現行個資法及健保法等相關法令，對於去識別化工具及效果的規範過於空泛、密度不足，又欠缺退出權之規定，至少於此範圍內均違憲；（3）健保資料庫之建置、管理及利用，應以專法定之，並有更嚴密的規範架構及程序；（4）至今仍未建立個資保護的獨立監督機關。上述差異，與其說是根本性的目標或方向不同，不如說是鞭策向前的力道有別。

[40] 隨著資訊科技的發展，巨量資訊的利用已經是不可擋的需求及趨勢。然資訊法制及治理，不能只是追求功利主義的效益，或以巨大公益為由，當然碾壓一切個人權利的主張。便宜行事的高效率管制，通常是會比層層節制、講究程序、追求共識的民主治理，於短期內產生更大的效益，卻也可能因此失去人民長期、穩定的信任。公共信任，應該是難以寫入現代資訊法制，然又不可或缺的制度之不成文支柱。在全面監控、徹底利用、高度效益的中國式資訊社會，與透過尊重人權、自主的民主社會機制，來追求類似的資訊治理及效益目標，這兩者間，我們的選擇應該是很明顯的。

[41] 以本判決承認的退出權為例，與其詛咒有人只想享受健保制度的利益，卻不願意提供自己的個資供學術研究，以成就更大的群體利益；還不如先致力於修補既有機制的缺失，建立一個更令人民信任的健保資料庫機制。有足夠的信任，留下的人就多了，出走的人也會回來。至於每個時代都會出現的那群嚮往孤獨自主，考卷必寫“the right to be alone”，睡夢中也會哼唱“leave me alone”的現代亨利·大衛·

梭羅（Henry David Thoreau）們，何妨就讓她們在這個一望無際的 21 世紀資訊森林中，有個華登湖（Walden Pond），可以自我放逐，自建木屋，相互取暖？華登湖畔不會人滿為患的。

部分不同意見書

謝銘洋大法官 提出

國家的力量挾勢著科技的優勢愈來愈強大時，應更謙遜地保障人民的隱私權！

只有在個人資訊隱私權受到充分尊重與保障的前提下，公共利益才有真正實現的意義；否則將如同集權國家，使人民隱私淪為國家高權統治下的祭品！

第
13
號

本件聲請案是因聲請人於 2012 年間，數次向衛生福利部（下稱衛福部）中央健康保險署（下稱健保署）表示，拒絕健保署將其所蒐集的聲請人個人健康保險資料（下稱個人健保資料）釋出給第三者，用於健保相關業務以外之目的；遭健保署拒絕。聲請人不服提起訴願、行政訴訟均敗訴，上訴後經最高行政法院廢棄發回更為審理，其後仍分別經臺北高等行政法院及最高行政法院判決（106 年度判字第 54 號，下稱確定終局判決）敗訴確定。聲請人認為確定終局判決所適用的 2015 年修正個人資料保護法（下稱個資法）第 6 條、第 15 條、第 16 條、有重要關連的第 11 條，以及全民健康保險法（下稱全民健保法）第 79 條與第 80 條，限制憲法第 22 條所保障的資訊隱私權，違反憲法第 23 條法律保留原則、比例原則、正當法律程序原則等，以及司法院釋字第 603 號解釋保障資訊隱私權之意旨，乃聲請解釋憲法並補充釋字第 603 號解釋。

本件經憲法法庭審理後，認為相關法律對於個人健保資料的儲存、處理、對外傳輸與利用等事項欠缺明確規定，不符憲法第 23 條法律保留原則之要求（主文第三項），且就個人健保資料的目的外利用，欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨（主文第四項），就此本席亦表贊同。

惟本判決多數大法官將本件審查標的僅限縮於個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款（下稱系爭規定），而不受理其他相關規定（主文第五項），並認為系爭規定符合法律明確性原則及比例原則（主文第一

項），與憲法第 22 條所保障的資訊隱私權之意旨並無違背，並認為相關法律欠缺個人資料保護之獨立監督機制僅為「有違憲之虞」（主文第二項）而非違憲，本席並無法贊同，爰提出部分不同意見。

一、審查標的範圍過於限縮

（一）個資法第 15 條、第 16 條應納入審查標的

本件判決所涉之爭議資料為個人健康保險資料，其涵蓋範圍甚廣，包括聲請人於確定終局判決中所主張之「病歷與醫療個人資料」，亦即個資法第 6 條的部分高敏感特種個資¹。而本判決所認定健保署所蒐集之健保資料內容，則包括：健保醫療服務申報類總表、明細、醫令檔案；健保承保類檔案；健保卡上傳類檔案；檢驗檢查上傳類檔案（包含醫學影像資料）；VPN 上傳類檔案；特約醫事機構類檔案；健保給付項目及支付標準類檔案等（見本件判決理由第 4 段）。

本判決僅以個資法第 6 條第 1 項但書第 4 款規定為審查標的，而排除聲請人所主張的個資法第 15 條第 1 款及第 16 條但書第 5 款，是從法律適用的角度，以其未經確定終局判決直接適用，且與本件核心爭議之高敏感特種個資無涉為由，而不受理。然而對於高敏感特種個資的目的外利用，確定終局判決係以系爭規定未規範，因而「類推適用」個資法第 16 條但書第 5 款的規定，其仍應屬確定終局判決所適用的規定。況且就法律適用而言，聲請人所主張的病歷與醫療個人資料裡，除醫療記錄外，不同醫療院所要求填寫的資料雖然不盡相同，通常還包含一般性的個資（例如姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、婚姻、職業等），其均會涉及個資法第 15 條第 1 款及第 16 條但書第 5 款規定的適用問題。

另就個資法第 6 條第 1 項與第 15 條及第 16 條規定的關係而言，

¹ 確定終局判決所採北高行更審的基礎事實：「本件被上訴人所蒐集之個人健保資料，主要係依全民健康保險法、全民健康保險醫療辦法、全民健康保險醫療費用申報與核付及醫療服務機構審查辦法（原名稱：全民健康保險醫事服務機構醫療服務審查辦法）等相關法令規定，在其職掌範圍內，由保險醫事服務機構申報醫療費用及上傳健保 IC 卡之就醫紀錄而來」（見確定終局判決理由第 408 行至 413 行）。

理論上個資法第 15 條及第 16 條是以一般個資為規範對象，就公務機關的蒐集、處理、利用及目的外利用加以規範，而第 6 條則是就高敏感特種個資的利用，於第 15 條及第 16 條之基礎上，再加上更為嚴格的要件限制²。否則無從解釋何以個資法第 6 條對高敏感特種個資的目的外利用竟未為限制，而採取比一般個資更為寬鬆的規範方式。惟本判決多數大法官就這些規範間的關係並未進一步釐清，甚至認為個資法第 16 條但書第 5 款部分「與本件核心爭議之高敏感特種個資無涉」，而忽略其對於高敏感特種個資保護的重要性，逕為不受理，殊屬可惜。

（二）個資法施行細則第 17 條亦應納入審查標的

系爭規定要求去識別化應達到「無從識別特定當事人」的程度，然而何謂「無從識別特定當事人」，對於個人健保資料保護極為關鍵，個資法本身卻未為規定，而個資法施行細則第 17 條定義如下：「本法第 6 條第 1 項但書第 4 款、第 9 條第 2 項第 4 款、第 16 條但書第 5 款、第 19 條第 1 項第 4 款及第 20 條第 1 項但書第 5 款所稱無從識別特定當事人，指個人資料以代碼、匿名、隱藏部分資料或其他方式，無從辨識該特定個人者。」該規定為判斷是否符合無從識別特定當事人所適用的重要依據，其規定的處理方式是否足夠明確、是否果真能達到「無從識別特定當事人」的程度，對於個人健保資料保護能否真正落實，有重大影響。本判決未將其納入審查範圍，本席認為實有所不足。

二、系爭規定不符合法律明確性原則的要求

本件判決就系爭規定之內容「有關病歷、醫療、基因……健康檢查……之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：……四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生……之

² 我國個資法第 15 條及第 16 條即相當於歐盟 GDPR 第 6 條所規定的合法性基礎，而個資法第 6 條就相當於 GDPR 第 9 條第 2 項就特種個資所規定的容許性要件。在 GDPR 下，倘若欲就特種個資為利用，須同時符合第 6 條一般個資之合法性基礎以及第 9 條第 2 項特種個資的容許性要件。

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。」認為其中「公務機關或學術研究機構」、「醫療、衛生目的」、「為統計或學術研究之必要」以及「無從識別特定之當事人」，與法律明確性原則尚無違背，不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨，就此本席並無法贊同。

本席認為系爭規定不符合法律明確性原則之處，不僅在於何謂「無從識別特定之當事人」並不明確，而且對於去識別化義務主體的「提供者」與「蒐集者」亦未為定義，且系爭規定是否包含「目的外利用」也不明確。理由如下：

（一）何謂「無從識別特定之當事人」並不明確

系爭規定要求「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』」，然而究竟何謂「無從識別特定之當事人」在個資法第 2 條並未加以定義，其並非普通的法律概念或用語，且涉及複雜的技術問題，究竟何所指？是否必須達到絕對無從識別的度？抑或是只要達到相對無從識別（亦即仍然可以間接識別）特定當事人的度即可？並不明確，顯然並非一般受規範者所得預見，亦不易由法院審查認定及判斷。

雖然個資法施行細則第 17 條規定：「……所稱無從識別特定當事人，指個人資料以代碼、匿名、隱藏部分資料或其他方式，無從辨識該特定個人者。」然而該規定並未被本判決納入審查標的，且其所規定無從辨識特定個人的方法並不一致，同時包含絕對無從識別（匿名）與相對無從識別（代碼）兩種不同的情形，更是讓人無所適從；而且何謂「其他方式」並不清楚，導致實務上將「加密」亦當成是去識別化的處理方式之一。

「代碼」和「匿名」乃屬截然不同的兩件事。「代碼」即所謂「假名化」（pseudonymization），是以特定數值、文字或符號替代原有的個人資料，使其雖無法直接辨識特定個人，但結合或串連外部資料，仍然可以辨識出特定個人（歐盟 GDPR Article 4(5)參照），亦即本判決所稱的可以「間接識別特定當事人」的情形，這才是個資法所

規範的對象。

至於「匿名」(anonymization)則是將資料與特定個人間的連結去除，使其縱使結合或串連外部資料，亦無從直接或間接辨識特定個人，即達到無可還原(irreversibly)的程度；其雖未必達到絕對無法還原的程度，但至少要達到依資料處理時的科技發展程度無法還原，或縱使可以還原但所耗費的成本與時間不成比例的程度(GDPR Recitals 26 參照)。資料如果經過處理達到匿名的程度，嚴格言之，已經不是個資，而非屬個資法所規範之對象。

此外，前揭施行細則所規範之去識別化處理方式，尚包括「其他方式，無從辨識該特定個人」，容易被誤以為以「加密」方式處理後的資料，因已經無從辨識特定個人，亦屬符合去識別化的「其他方式」之一。

實則「加密」與假名化或匿名化乃不同的概念，加密是基於防止資料外洩所採取的安全性措施，經過加密的資料固然形式上無從辨識其資料內容，但如果未先經假名化或匿名化處理，一旦被解密或破解，資料內容將可以完整呈現，在不需要結合或串連其他資料的情形下，就可以輕易辨識特定個人。是以加密技術本身並非假名化或匿名化，並無法被當成是獨立有效的去識別化措施。未經去識別化的個資，縱使是以金鑰加密，金鑰擁有者或是可以破解加密技術的人，就能夠完全還原並識別全部的資料。加密技術可以被當成假名化或匿名化後，進一步的安全措施，但並無法取代假名化或匿名化成為一種去識別化處理的方法。此乃確定終局判決認為本件健保資料是由衛福部派專人至健保署執行加密作業並攜回加密之資料，而由衛福部保有解密之金鑰且有還原資料與主體連結之能力，並非由健保署單方掌握還原能力，此種情形即不符合「去識別化」標準的原因。

是否果真能達到「無從識別特定之當事人」的程度，對於是否能真正落實個人資訊隱私權保障有重大影響，個資法不僅本身未明文加以規定，個資法施行細則的規定將不同程度的去識別化方法混雜規定，也不夠明確而容易令人產生誤解，並不符合法律明確性的要求。

（二）誰有去識別化的義務並不明確

系爭規定要求「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」，其中「提供者」與「蒐集者」究竟何所指，並未見規定，於施行細則中亦未規定。根據確定終局判決中引用的被上訴人健保署的主張，健保署委託國衛院建置「全民健康保險研究資料庫」（或是嗣後由衛福部建置的「衛生福利資料科學中心」）提供予學術單位為資料加值服務之申請，為個人資料「提供者」，而學術單位申請取得經加密之個人健保資料，為個人資料之「蒐集者」（確定終局判決理由書第 226~233 行參照）。則究竟提供者是健保署，還是國衛院（現則為衛福部）？概念上難以理解且不明確。

而且系爭規定只要求資料「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，如果健保署是資料提供者，其所提供的資料若是去識別化後的個人健保資料，固無問題；然而如果認為建置資料庫的國衛院或是衛福部才是資料提供者，其於對外提供資料時才需要去識別化，是否表示健保署可以將完全未做任何去識別化的資料提供給國衛院或衛福部建置資料庫？如前所述，本件確定終局判決認為本件健保資料是由衛福部派專人至健保署執行加密作業並攜回加密之資料，因此顯然健保署是將完全未做任何去識別化的資料提供給衛福部。尤有甚者，因為系爭規定對於兩個不同的去識別化的義務主體是以「或」連結，因此是否表示資料提供者（不論是健保署、國衛院或衛福部）可以將完全未做任何去識別化的資料提供給學術單位（蒐集者），只要學術單位於揭露時去識別化即可？若然，將使個人健保資料保護的門戶洞開，問題極為嚴重。

上述諸多問題，皆肇因於系爭規定對於去識別化義務主體的規範並不明確，不僅造成法律適用上的問題，也使人民資訊隱私權的保障無法落實，實與法律明確性原則的憲法要求有違。

（三）目的外利用規範依據也不明確

系爭規定對於高敏感特種個資，規定原則上不得蒐集、處理或利用，但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」，不在此限。相較於個資法第 16 條但書明文規定一般個資的目的外利用，系爭規定對於高敏感特種個資之目的外利用並未規定。是以在法律適用上就產生疑義，高敏感特種個資是否可依系爭規定而為原始蒐集目的外的利用？

有關目的外利用，司法院釋字第 603 號解釋曾經指出「國家基於特定重大公益之目的而有大规模蒐集、錄存人民指紋、並有建立資料庫儲存之必要者，則應以法律明定其蒐集之目的，其蒐集應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用」，嚴格限制個資的目的外利用。

確定終局判決對於高敏感特種個資的目的外利用，是以類推適用個資法第 16 條規定的方式處理；而本件判決則除就系爭規定對於目的外利用欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，而認為違反憲法保障人民資訊隱私權之意旨外，對於此一問題並未正面回應。然而本件判決既然肯定資料當事人應得就目的外利用請求停止利用，似乎間接肯認依系爭規定之規定，即可為目的外利用。

如前所述，解釋上個資法第 6 條是對於高敏感特種個資於第 15 條及第 16 條之基礎上，再加上更為嚴格的要件限制，否則豈非影響個人隱私更嚴重的高敏感特種個資的受保護程度竟不如一般個資。然而在系爭規定不明確的情形下，多數大法官不僅未將個資法第 16 條納入本件審理範圍以釐清其與系爭規定間的關係，且逕將個資法第 6 條但書第 4 款當作允許為目的外利用的依據。在此情形下，僅以如此概括而不明確的系爭規定作為高敏感特種個資目的外利用之規範基礎，而未考慮個資法第 16 條就一般個資目的外利用「原則禁止例外許可」的規定，顯然與釋字第 603 號解釋禁止法定目的外使用之精神背道而馳。

至於不同公務機關之間，或是有上下隸屬的公務機關之間，所蒐集的個人資料是否可以流通，包括建置資料庫之情形，亦應視其是否

符合原始蒐集目的而定，並非有上下隸屬關係的公務機關之間就可以任意流通或分享所蒐集的個人資料。如果原始蒐集的目的是為健康保險，則於健康保險業務以外的處理與利用，都應該被認為是屬於原始蒐集的目的外的利用。縱使是將資料交由其他機關建置資料庫，其目的也必須符合原始蒐集之特定目的，亦即是為處理健康保險相關業務的目的而設置的資料庫。本件衛福部所設置的健保資料庫（衛生福利資料科學中心），其目的在於「將個別衛生福利資料經統計分析以產生具應用價值之集體資訊」（「衛生福利部衛生福利資料應用管理要點」壹、一、參照），遠比單純的健保業務來得廣，恐難被認為是符合處理健保業務的原始蒐集目的。

三、系爭規定不符合比例原則的要求

（一）對於高敏感特種個資之蒐用採取嚴格審查標準

有關資訊隱私權的憲法保障，司法院釋字第 603 號解釋是重要的里程碑，其從憲法保障的隱私權導出「個人自主控制個人資料之資訊隱私權」，認為指紋乃重要之個人資料，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障，包括保障人民可以自主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。在該號解釋理由書中，對於蒐集指紋的審查標準，認為「指紋係個人身體之生物特徵，因其具有人各不同、終身不變之特質，故一旦與個人身分連結，即屬具備高度人別辨識功能之一種個人資料。由於指紋觸碰留痕之特質，故經由建檔指紋之比對，將使指紋居於開啟完整個人檔案鎖鑰之地位。因指紋具上述諸種特性，故國家藉由身分確認而蒐集個人指紋並建檔管理者，足使指紋形成得以監控個人之敏感性資訊。國家如以強制之方法大規模蒐集國民之指紋資料，則其資訊蒐集應屬與重大公益之目的之達成，具備密切關聯之侵害較小手段，並以法律明確規定之，以符合憲法第 22 條、第 23 條之意旨。」係以中度審查標準審查其合憲性。

憲法法庭 111 年憲判字第 1 號則除肯認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，並進一步認為 2013 年道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項（現行法為第 6 項）的立法目的，乃屬憲法上特別重要公共利益，對於受強制移送實施血液等檢體之測試檢定者，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，應就其合憲性予以嚴格審查（理由段落 20、21 參照）。

本件所涉及的個人健保資料，其範圍遠較指紋或是血液廣泛，且涉及大規模資料的強制蒐集、處理與利用，其不僅具有高度的私密性，而且一旦洩漏甚至會造成對憲法所保障的人民的隱私權及其他基本權的高度危害性，是以本判決認為在比例原則的審查上，應該採取嚴格審查標準予以審查，本席亦表贊同。

雖然本件判決認為在比例原則的審查上，應該採取嚴格審查標準予以審查，並認為系爭規定之目的應係為追求特別重要之公益，其所採取手段應有助於目的之達成，且為最小侵害手段，所犧牲之私益與所追求之公益間應具相稱性，始與比例原則相符（司法院釋字第 690 號、第 799 號及第 812 號解釋參照）。惟本件判決多數大法官卻認為系爭規定可以通過嚴格審查，與比例原則無違，並不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨，就此本席並無法贊同。

（二）必須符合為特別重大公共利益目的

由於個人健保資料涉及高敏感特種個資，而且是大規模、強制性蒐集，系爭規定要求必須是為追求醫療與衛生等目的，且必須是為統計或學術研究而有必要，始得蒐集、處理及利用。就嚴格審查標準而言，所欲達成之目的必須是為追求特別重大之公共利益目的。然而就系爭規定而言，是否所有的統計、學術研究均與特別重要之公共利益有關，非無疑問。另外，在組織建制上亦應有適當的監督機制就個案加以檢視，以確保其係為追求特別重大之公共利益。然而在系爭規定以及個資法就此並未就有所規範，實難謂其所欲達成之目的確實已經

符合特別重大之公共利益之要求。

另外，如前所述，如果本件判決間接肯認依系爭規定亦得為目的外利用，由於已經超出原始蒐集目的，而為資料當事人被蒐集資料時所未預期者，基於對其個人資訊隱私權的保障，應該有更為嚴格的重大公共利益要求，以及相當的監督機制建制，始符合比例原則的要求。

（三）是否為最小侵害手段且符合相稱性？

在比例原則的審查上，尚應考慮所採取手段是否有助於目的之達成，且為最小侵害手段，所犧牲之私益與所追求之公益間應具相稱性。

系爭規定所採取的手段包括去識別化、限於統計或學術研究之必要，固有助於追求特別重大公共利益目的之達成；然而其是否屬於最小侵害手段，容有檢討之空間。

最小侵害手段，首先在個人資料的蒐集上，必須符合資料最少蒐集（data minimization）原則，僅得於統計或學術研究必要範圍內而為蒐集。其次，資料必須經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式，達到無從識別特定當事人之程度。而如何落實這些要求，均有賴獨立的監督組織與嚴謹的監督程序有效地就個案進行審查，始能有效保障人民資訊隱私權。然而系爭規定與相關規定對此付之闕如，實難認為其已經符合最小侵害手段的要求。

況且如前所述，該如何進行去識別化，以及誰負有去識別化的義務，系爭規定並不明確，導致資料提供者可以將未去識別化處理的資料釋出給蒐集者，只要蒐集者揭露時去識別化即可，因此資料蒐集者可以取得完全未去識別化的個人資料。此種去識別化之要求過於寬鬆，亦難謂其已經符合最小侵害手段的要求。

至於目的外利用，如果認為系爭規定亦得做為目的外利用之依據，則除在目的上應該有更為嚴格的重大公共利益要求外，在最小侵害手段上亦應有更為嚴格之要求，以避免個人健保資料被濫用或被不當洩漏，而導致資訊隱私權之侵害擴大。而且不同的目的外利用，其所涉及的公共利益重要性高低並不相同，所以可以容許的最小侵害手段亦應有不同的判斷標準，然而系爭規定就此並未有所區別而為適當的

規範。

此外，由於個人健保資料是屬於強制納保所蒐集的資料，正如本件判決理由所言，「由相關法制整體觀察，卻未見立法者依所保護個人資訊隱私權與利用目的間法益輕重及手段之必要性，而為適當權衡及區分，一律未許當事人得請求停止利用，停止利用應遵循之相關程序亦無規定，亦即欠缺當事人得請求停止利用之相關規定，顯然於個人資訊隱私權之保護有所不足；於此範圍內，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。」本件判決既然認為系爭規定及相關規範欠缺容許當事人得請求停止利用的規定，完全剝奪資料當事人對其個人資訊的自主控制權而屬違憲，且在比例原則審查上，採取嚴格審查標準予以審查，卻仍然以系爭規定已課予去識別化措施義務，就認為已經符合最小侵害手段而可以通過比例原則之檢驗，不僅忽略未容許當事人得請求停止利用在判斷最小侵害手段上的意義，且割裂審查之結果，也使得主文第一項與第四項在審查結果上，前後並不一致。

四、系爭規定欠缺獨立監督機制應屬違憲

系爭規定適用於本件原因案件，乃為個人健保資料中之高敏感特種個資目的外利用之情形，涉及人民受憲法第 22 條所保障的資訊隱私權之限制。為使人民之資訊隱私權受到充分之保障，對於資訊隱私權之限制應當踐行正當法律程序。進一步言，應踐行何種程度和內涵之程序規範始符合憲法正當法律程序之要求，可從個案所涉之基本權之種類、憲法有無特別規定、所涉之事物領域、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為綜合判斷（司法院釋字第 639、689 號解釋參照）。

本件所涉及國家強制蒐集個人健保資料，在未經當事人同意或不知情的情況下為目的外之利用，其範圍遠較指紋或是血液廣泛，且涉及大規模資料的強制蒐集、處理與利用，其不僅具有高度的私密性，一旦洩漏，對於人民隱私權之侵害屬於重大且不可回復，甚而將對憲法所保障的其他基本權利造成高度危害性。或有論者認為人民在其資訊隱私權受侵害之情形，可透過事後尋求司法救濟即為已足，無須建

置獨立之監督機制為事前的評估和審核。然而，本席認為資訊隱私權之侵害常常在高度隱密，或是在當事人不知情或無從察覺之情況下為進行，人民亦難以在資訊不對等的情況之下主張其權利受到侵害，在此種情形下，國家對於高敏感特種個資之利用（尤其是本件所涉之目的外利用）更應該在事前受到相當程度之監督和檢視，例如高敏感特種個資之利用是否基於特別重大公共利益之目的所為，或是對於個資的處理是否達到所謂「無從識別特別當事人」之法定程度等事項。

另關於有論者主張全民健康保險法第 79 條、第 80 條已規範健保署就個人健保資料及相關資料之蒐集、保存及利用，衛福部亦訂有「應用管理要點」、「審查作業原則」、「使用作業須知」等行政規則規範個人健保資料之應用，且研究人員亦須通過研究倫理之審查（the Institutional Review Board, IRB），現行之監督機制已經足夠，進而質疑建立之外部、獨立監督機制之必要性。然而，如本件判決主文三及其理由所言，從健保法及衛福部行政規則整體觀之，欠缺就個人健保資料之對外傳輸或提供利用相關行為，其所應遵循之法定要件與正當程序等重要事項為規範，不符憲法第 23 條法律保留原則之要求，違反憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。且公務機關（健保署、衛福部）本身即為個人健保資料之蒐集和進行目的外利用者，即便其針對個人健保資料之蒐用訂有相關行政規範以為審查，不免有淪為球員兼裁判之嫌，無法徹底落實監督之功能。況且所謂的研究倫理之審查乃屬機構內之自我審查，以確保所欲進行之研究符合科學與倫理適當性，或許關於研究對於人民隱私權侵害與否亦是其審查項目之一，但仍與具有外部、獨立性、專以個資保護為其主要任務之監督機制其所扮演的角色和所欲達成之功能仍屬有間。

早在 2005 年司法院釋字第 603 號解釋宣告強制捺指紋始核發身分證規定違憲一案即已指出：「主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」在憲法保障人民資訊隱私權之誠命下，宣示應對於資訊隱私保

障應有相應之「組織上與程序上」之防護措施，以達監督之功能。然而釋字第 603 號解釋作出至今已逾 16 年，對於隱私權保障之組織和程序法制架構似仍付之闕如。由於獨立監督機制在個人資訊隱私權保障的落實上，具有極為關鍵性的角色，如前所述，在是否屬於特別重要公共利益、是否符合最小侵害手段、目的外利用的審查、是否符合去識別性的要求等，都有賴獨立監督機關依嚴謹的程序加以審查，然而系爭規定及相關規定均未見就此有所要求，在個人健保資料的保護上顯有不足，而有違反憲法保障人民資訊隱私權之意旨，應屬立法不足而達到違憲的程度。本件判決多數大法官認為「由個人資料保護法或其他相關法律規定整體觀察，欠缺個人資料保護之獨立監督機制，對個人資訊隱私權之保障不足，而有違憲之虞……」認為雖有保障不足，但只是「有違憲之虞」之警告性宣示而非違憲，其並無法有效督促相關機關儘速建置相關法制，本席就此並無法贊同。

五、結語

本件判決是繼司法院釋字第 603 號解釋之後，在個人資訊隱私權保障上極為重要的一個判決，將影響未來台灣個人資訊隱私權保障的走向。

健保資料庫對於學術研究、救治或預防疾病、提昇醫療與公共衛生水準，涉及重要的公共利益，有其重要性。然而畢竟這些作為研究的素材是來自於特定人之身體或檢體，所獲得的病歷與檢驗結果，是屬於資料當事人極為私密、敏感的生物資訊而非公共財，理應受到充分的尊重與保障，以符合憲法保障個人資訊隱私權與資訊自主控制權的意旨，原則上只有經過資料當事人同意，始能加以蒐集、處理與利用；個資法只有在例外情形，基於特定重要公共利益的考量，規定若干特殊情形，允許公務機關或學術研究機構，在不需徵得資料當事人事先同意下，於特定的目的、要件與範圍內，可以進行蒐集、處理與利用。由於此一例外規定限制人民受憲法保障之重要權利，且並非如憲法法庭 111 年憲判字第 1 號案只是涉及個案的血液酒精濃度檢測，而是涉及大規模強制納保所蒐集的全民健康保險資料，其個資範圍極

為廣泛而巨量，對人民權益的影響更為鉅大，一旦洩漏不僅個人資訊隱私權受到侵害，甚至會危及憲法所保障的其他基本權利，在合憲性上自應該受到更為嚴格的審查。

國家原本就掌有強大的公權力，在國家力量挾勢著科技的優勢愈來愈強大時，應該更謙遜地考量人民隱私權的保障。愈重視民主、人權的國家，對於個人資訊隱私權的保障愈重視，只有在個人資訊隱私權受到充分尊重與保障的前提下，公共利益才有真正實現的意義。否則如果一味強調公共利益而忽略對人民隱私權的保障，將如同集權國家犧牲人民的隱私而成就所謂的公共利益，結果將使人民的隱私淪為國家高權統治下的祭品。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號判決多數意見認個人資料保護法（下稱個資法）第 6 條第 1 項但書第 4 款規定（下稱系爭規定一）符合比例原則，不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨（即主文第 1 項比例原則部分），暨個資法或其他相關法律規定，欠缺個人資料（下稱個資）保護之獨立監督機制，僅有違憲之虞部分（即主文第 2 項），本席均尚難同意，爰就此二部分提出不同意見。

壹、資訊隱私權部分**一、資訊隱私權與資訊自決權**

按「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。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。……國家基於特定重大公益之目的而有大规模蒐集、……、並有建立資料庫儲存之必要者，……主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」（司法院釋字第 603 號解釋參照）又「……生活私密領域不受侵擾之自由及個人資料之自主權，屬憲法所保障之權利……」（司法院釋字第 689 號解釋參照）。

關於資訊隱私權與資訊自決權，論者有自資訊自決係保障個人外在行動自由，資訊隱私則係維護個人人格內在形成之彈性空間，而認

其二者因不同內涵與性質而形成各自不完全相同之保護射程範圍，¹並認二者概念應予釐清。²依資訊隱私與資訊自決之文義，並參諸上述司法院解釋，資訊隱私權應係針對隱私權中關於個人資料部分之描述，其著重者係個人生活私密領域之資訊不受他人侵擾自由之保障；至資訊自決權則重在個人對其自身資料享有在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之自主控制權；惟個人生活私密領域之資訊不受他人侵擾自由之保障，勢須使個人對其自身資訊享有在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之自主控制權，是二者固各有著重之權利內涵，然於憲法裁判進行個案法規範對人民基本權之限制，是否違反比例原則之審查時，係應就該法規範之規範意旨，整體判斷所涉之基本權面向；於與個資相關之法規範審查，該法規範或僅涉資訊隱私權或資訊自決權，或係兼及二者。實則，就現今之大數據時代，所面對個資未經當事人同意之大規模蒐集，並建立資料庫儲存之情形，相關法規範是否違反比例原則之審查，除應本於資訊隱私權及資訊自決權之內涵，整體考量審查標的之法規範是否在其等射程範圍，資以判斷個案法規範所涉之基本權外，融入前述司法院釋字第603號解釋所稱組織上與程序上必要防護措施等，亦係必要之思考方向。

二、系爭規定一所涉之基本權

本號判決審查標的中之系爭規定一係個資法第6條第1項但書第4款規定，而觀個資法第1條：「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。」之規定，得認個資法所欲保護者，係包含人民對其個資之不受侵擾自由及自主控制。

依個資法之法名及其第1條規定之立法目的，個資法係規範個資

¹ 邱文聰，從資訊自決與資訊隱私的概念區分一評「電腦處理個人資料保護法修正草案」的結構性問題，月旦法學雜誌，168期，2009年5月，頁177。

² 張志偉，記憶或遺忘，抑或相忘於網路—從歐洲法院被遺忘權判決，檢視資訊時代下的個人資料保護，政大法學評論，148期，2017年3月，頁31。

保護之法律，故該法針對個資之取得或利用等，係採原則禁止、例外容許之立法模式，其中之第 6 條第 1 項係就病歷等特種個資之蒐集、處理或利用（下併稱蒐用），所為原則禁止、以但書例外容許之規範。屬其但書例外容許規範之系爭規定一：「有關病歷、醫療、基因……健康檢查……之個人資料，不得蒐集、處理或利用。但有下列情形之一者，不在此限：……四、公務機關或學術研究機構基於醫療、衛生……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。」之規定，除可認係限制人民基本權之規定外，其所限制之基本權係包含資訊隱私權及資訊自決權（詳下述）。雖本號判決多數意見針對系爭規定一是否違反比例原則之審查，就所涉基本權僅稱「資訊隱私權」，但就其係援引司法院釋字第 603 號解釋，並參諸前述司法院釋字第 603 號解釋內容，本席認本號判決亦肯認系爭規定一涉及之基本權，係包含資訊隱私權及資訊自決權，僅是仍沿司法院釋字第 603 號解釋為資訊隱私資權之用語。是本席以下就系爭規定一是否違反比例原則之意見，雖本於綜合資訊隱私權及資訊自決權之保障意旨予以整體判斷之方向為之，惟仍依本號判決使用資訊隱私權之用語。

貳、系爭規定一違反比例原則，抵觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨；個資法或其他相關法律欠缺個資保護之獨立監督機制，亦係違憲

一、系爭規定一之解析

本席就系爭規定一例外容許特種個資之蒐用之解釋，與本號判決就系爭規定一之理解不盡相同，進而以此為基礎所為之比例原則審查，也有不同之處，爰說明如下。

（一）系爭規定一條關於敏感個資之規範

個資法第 6 條第 1 項規定：「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，不在此限：……」係就病歷等特種個資之蒐用，所為原則禁止、以但書例外容許之規範，其中但書第 4 款即系爭規定一，依

前開引自本號判決所表現之文字，即「有關病歷、醫療、基因……健康檢查……之個人資料」（參見本號判決主文第1項），可知作為本號判決審查標的之系爭規定一，係僅就個資法第6條第1項所規定特種個資中之病歷等敏感性個資（下稱敏感個資）為審查範圍，而敏感個資係涉個人極私密領域，基於其與人性尊嚴、個人主體性及人格發展之密切性，應予以較高度之保障（即於比例原則之審查上，至少應採中度審查標準，系爭規定一之審查標準則另詳下述）。

（二）系爭規定一容許對敏感個資為至少一次之強制蒐用

1. 系爭規定一所規範之敏感個資蒐用，毋庸經當事人同意

個資法第6條第1項但書係就病歷等敏感個資之蒐用，所為例外容許之規範，其但書所規範之6款例外容許規定中，第6款規定：「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。」而依資訊自決權之意旨，個資之蒐用，原則上應依當事人同意始得為之，然綜觀個資法第6條第1項但書之6款例外容許規範，除第6款係為「經當事人書面同意」之容許情形規定外，尚有其他5種之容許規範。從而，屬其他5款容許規範之系爭規定一，其所規範之情形，當係指未經當事人即個資所有者同意之情形下，所為之敏感個資蒐用。

2. 系爭規定一所規範之敏感個資蒐用，毋庸告知當事人

系爭規定一所規範之敏感個資蒐用，既屬非經當事人同意者，且依個資法第6條第2項³準用之同法第8條關於向當事人蒐集個資之規定，其第2項針對免為告知蒐集者、蒐集目的、個資類別等6種事項⁴之規定中⁵，並無系爭規定一所規範之情形；且若係直接向當事人

³ 個資法第6條第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。」

⁴ 個資法第8條第1項：「公務機關或非公務機關依第15條或第19條規定向當事人蒐集個人資料時，應明確告知當事人下列事項：一、公務機關或非公務機關名稱。二、蒐集之目的。三、個人資料之類別。四、個人資料利用之期間、

蒐集，又應為蒐集目的等之告知，則此等個資之取得，實際上係已得當事人同意，自毋庸再適用系爭規定一；並其亦非系爭規定一所欲規範之範疇。是系爭規定一所規範之蒐集，原則上核屬針對非由當事人提供者。此外，依個資法第 6 條第 2 項準用同法第 9 條第 1 項及第 2 項第 4 款：「有下列情形之一者，得免為前項之告知：……四、基於公共利益為統計或學術研究之目的而有必要，且該資料須經提供者處理後或蒐集者依其揭露方式，無從識別特定當事人者為限。」規定，即蒐集非由當事人提供之個資暨處理或利用前免為告知蒐集目的等之結果，系爭規定一所規範主體之公務機關或學術研究機構，依系爭規定一，向個資所有者以外之第三人所蒐集之敏感個資，對此等個資之處理、利用，係得免向當事人即個資所有者告知前述個資法第 8 條第 1 項明列之蒐集目的等 6 種事項。從而，依系爭規定一所為之敏感個資蒐用，係無庸告知當事人。

3. 系爭規定一容許對敏感個資為至少一次之強制蒐用

系爭規定一所容許之敏感個資蒐用，既得毋庸告知當事人、亦毋庸經當事人同意，則就該個資所有者而言，其係存在至少一次之強制蒐用。

所以稱「至少一次」，係指系爭規定一所規範之公務機關或學術研究機構，其個資之提供者若係直接向當事人蒐集，因在提供者為蒐集時可能有經當事人同意或有依法告知當事人，然依系爭規定一所為之蒐集，既得毋庸告知當事人、亦毋庸經當事人同意，是僅存在於依系爭規定一為蒐集時之一次強制蒐用。然如本件之健保資料庫，衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）因健保給付，自各特約醫療院

地區、對象及方式。五、當事人依第 3 條規定得行使之權利及方式。六、當事人得自由選擇提供個人資料時，不提供將對其權益之影響。」

⁵ 個資法第 8 條第 2 項：「有下列情形之一者，得免為前項之告知：一、依法律規定得免告知。二、個人資料之蒐集係公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要。三、告知將妨害公務機關執行法定職務。四、告知將妨害公共利益。五、當事人明知應告知之內容。六、個人資料之蒐集非基於營利之目的，且對當事人顯無不利之影響。」

所取得全民健康保險被保險人之醫療等敏感個資，如未經個資所有者同意、亦未告知個資所有者，則係該等個資蒐用可能存在之第一次強制；而健保署未經個資所有者同意、亦未告知個資所有者，將此等個資提供予衛生福利部（下稱衛福部）建置之衛生福利資料科學中心，即屬此等個資蒐用之第二次強制⁶；而衛福部未經個資所有者同意、亦未告知個資所有者，將其衛生福利資料科學中心所儲存之個資，提供予其他公務機關或學術研究機構，則屬此等個資蒐用之第三次強制；其中如上述之第一次強制部分，健保署之蒐用依據，應為個資法第6條第1項但書第1款或第2款規定；至於第二次及第三次強制部分，衛福部及其他公務機關、學術研究機構之蒐用依據，應為系爭規定一，故謂系爭規定一容許對敏感個資為至少一次強制之蒐用。而觀此例，實可更明晰系爭規定一對敏感個資所有者之資訊隱私權（自決權）之限制程度。

（三）系爭規定一所規範「醫療、衛生之統計或學術研究目的」，非均屬特別重要公益；且相對於其個資提供者之原蒐集目的，屬目的外利用

1. 系爭規定一之規範目的，非均屬特別重要公益

醫療、衛生之統計或學術研究目的，總體而言，評價為重大公共利益，原則上或較無疑義。蓋既稱醫療、衛生之統計或學術研究，想像中最大可能係為發現或辨識疾病之有效治療方法，但其亦可能是如發現皮膚長雀斑、老人斑之原因及其去斑方法之學術研究，此等學術研究似難謂與醫療全然無關，但得否謂係特別重要公益目的，實有爭議；而上述僅是舉例，實則，醫療、衛生、統計或學術研究均屬不確定法律概念，在個案之涵攝上存有諸多可能，是系爭規定一之規範目的，本席尚難贊同均屬特別重要公益。

⁶ 有認個資法第2條第4款就該法所稱「處理」之定義中，所稱「內部傳送」，就公務機關而言，解釋上應包括同一行政主體有隸屬關係之各機關間。李建良，資料流向與管控環節一個資保護ABC，月旦法學雜誌，272期，2018年1月，頁27。若依此見解，則不存在此所稱之第二次強制。

2.系爭規定一之規範目的，相對於其個資提供者之原蒐集目的，屬目的外利用

如前所述，依系爭規定一所蒐用之個資，原則上係非個資主體之當事人所提供，是就系爭規定一所稱資料提供者之原蒐用目的言，系爭規定一規範主體之公務機關或學術研究機構，所基於之醫療、衛生之統計或學術研究目的，自屬目的外利用。此外，依前述個資法第 6 條第 1 項但書第 6 款規定，關於敏感個資，並不得僅依當事人書面同意，而為逾越特定目的必要範圍之蒐集、處理或利用。是縱認公務機關或學術研究機構得將其原依當事人同意而蒐集之個資，依系爭規定一，為原經當事人同意目的外之其他醫療、衛生之統計或學術研究目的之利用，亦屬原當事人同意目的外之利用。

（四）系爭規定一容許依該規定目的蒐用之敏感個資，於揭露前毋庸去識別化

1.系爭規定一所要求之無從識別特定當事人，係仍具還原可能

系爭規定一所稱之無從識別特定當事人，本席贊同本號判決所稱「使資料不含可直接識別特定當事人之資訊，但其資料仍屬可能間接識別特定當事人之資訊之情形」之結論（參見本號判決理由第 40 段）。簡言之，系爭規定一所要求去識別化之敏感個資，係指非可直接識別，但經由極端方式仍有還原可能之個資。

2.系爭規定一容許依其規定目的蒐用之個資，於揭露前毋庸去識別化

依系爭規定一關於「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」之規范文義，則符合系爭規定一所蒐集之敏感個資，於公務機關或學術研究機構蒐集時暨蒐集後之處理及利用過程，如無揭露情事，均毋庸予以去識別化。換言之，如提供者於提供時未將該等敏感個資予以去識別化，則為與提供者原蒐集目的不同之公務機關或學術研究機構，在其等為醫療、衛生之統計或學術研究過程中（即揭露前），所處理者，係既未經當事人同意、亦未告知當事人有被蒐用情事之直接可識別特定當事人之敏感個資。

3.系爭規定一係因學術研究需要，而容許個資於提供時毋庸去識別化

系爭規定一所以就此等敏感個資之去識別化，為「資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式」之規定，依本案中華民國 111 年 4 月 26 日言詞辯論時，個資法主管機關國家發展委員會訴訟代理人之陳述，係因「個資法是普通法」、「在做學術研究的時候，有時候還是要關照到學術研究的目的，假使是在研究者必須要使用到仍有可能識別的時候，你提供給他的是完全無從識別的話，這會讓資料本身成為無意義的資料」（該日言詞辯論筆錄第 33 至 34 頁參照）。換言之，個資法之主管機關亦認系爭規定一就該款所為個資去識別化之規定，並未要求個資於提供者提供時即已須去識別化，其理由則是學術研究有需用未去識別化個資之情形。

二、系爭規定一違反比例原則，抵觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨

承上所述，系爭規定一所規範者，不僅係容許敏感個資之蒐用，更是該等個資之強制目的外利用，而基於敏感個資係涉個人極私密領域，強制之目的外利用，更是對個資所有者之自主控制為極嚴重之干預，是就系爭規定一是否符合比例原則之審查，本席贊同本號判決所採之嚴格標準（本號判決理由第 45 段參照）。而依系爭規定一所規範之醫療、衛生之統計或學術研究目的，既尚非皆得評價為特別重要公益，是系爭規定一於比例原則之目的審查上，已非得全然通過。

又關於系爭規定一所採之限制手段，雖有為統計或學術研究所必要之最小蒐用原則及個資去識別化之要求，但在所蒐用個資之去識別化要求上，則僅規範「提供者處理後」或「蒐集者揭露時」，無從識別特定當事人，從而使為原始蒐集目的外強制蒐用之公務機關或學術研究機構，得蒐集可直接識別特定當事人之敏感個資，進而對其等為處理及利用行為。就醫療、衛生之統計或學術研究目的言，縱難以否定可能存有蒐用之敏感個資須具直接識別性之情形。但基於系爭規定一，係對被強制為目的外蒐用之高私密性敏感個資所有者之資訊隱私

權（含自決權）之限制規定，而此等個資以未去識別化之形貌被接觸之機會愈多，個資所有者之資訊隱私權遭侵害之風險即愈高；是雖個資法係屬普通法，但目的上存有蒐用之個資須具識別性之學術研究，一般而言究屬例外，而未去識別化個資之蒐用，又係對人民資訊隱私權產生更多被侵害之風險，是規範上本當以之作為例外，並考量其他之規範模式，始符最小侵害原則。實則，系爭規定一所稱之無從識別特定當事人，係可經由極端方式予以還原，已如前述，是就須使用具直接識別性個資之特殊例外情形，本得以如另設獨立監督機制或例外之程序規定，就個案為是否准個資還原或給予未去識別化個資之監控；或另配合監督機制，賦予個資所有者如停止處理或利用資訊之自主權等綜合考量之規範模式；尚非於無其他適當配套機制及相關規範下，即因可能存有特殊須使用未去識別化個資之例外情形，而為系爭規定一之將例外作為原則之規範。故系爭規定一中屬特別重要公益目的的部分，其所採僅須蒐集者於揭露時無從識別特定當事人之手段，亦難謂係為達其特別重要公益目的之最小侵害手段，而使敏感個資所有者之資訊隱私權（含資訊自決權）受過度之限制，抵觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨。

綜上，系爭規定一所規範「醫療、衛生之統計或學術研究目的」，尚非當然均屬特別重要公益，而本號判決多數意見謂：「基本上尚難即謂不符特別重要公益目的之標準。惟實際操作上應由一定之獨立監督機制，依申請個案之相關情狀作嚴格之審查」（本號判決理由第 48 段參照）似亦承認系爭規定一所規範之目的應存有非特別重要公益者，但可藉由獨立監督機制就個案具體判斷是否具特別重要公益目的，予以維持系爭規定一未違反比例原則之合憲結論。而獨立監督機制就系爭規定一目的之合憲性既具重要性，則在個資法並無相關獨立監督機制之設置規範下，如何在嚴格審查下支持系爭規定一容許敏感個資，毋庸經當事人同意、毋庸告知當事人而為原蒐集目的外之蒐用，並未違反比例原則之結論，本席實感困惑。

此外，基於人民受憲法第 22 條保障之資訊隱私權係內含資訊自

決權，且如此之資訊隱私權內涵，復為本號判決多數意見所肯認（本號判決理由第 32 段參照）。而系爭規定一所限制之資訊隱私權係內含資訊自決權，個資法針對人民之資訊自決權，則分別於第 3 條為依該法規定行使，不得預先拋棄或預約限制之規定，以及於第 11 條為具體之自決權內容規範。個資法第 3 條就人民之資訊自決權既限依該法即第 11 條所定者，而個資法第 11 條之規定，於人民資訊自決權之保障係有所欠缺，亦經本號判決宣告違憲在案（參見本號判決主文第 4 項及理由第 69 段、第 70 段）。則於本號判決已為相關法制整體觀察，個資法就人民資訊自決權之保障係有所不足之判斷下，多數意見卻將憲法保障個資事後控制權之要求與屬限制人民資訊隱私權（含資訊自決權）之系爭規定一割裂評價，仍認容許公務機關或學術研究機構間流通利用敏感個資，又無須於揭露前去識別化之系爭規定一，未因而違反比例原則，不牴觸憲法第 22 條保障人民資訊隱私權之意旨，本席尚難以理解，亦不贊同。

三、個資法或其他相關法律，欠缺個資保護之獨立監控機制，對憲法第 22 條人民資訊隱私權之保障不足，應屬違憲

如上所述，系爭規定一所採僅須提供者處理後或蒐集者於揭露時無從識別特定當事人之手段，就敏感個資所有者之資訊隱私權係屬限制過度之判斷，本席所形塑之理由中，係包含因個資法無獨立之監控機制，致其過於寬鬆之去識別化要求規定，更易形成資訊隱私權保障之破口，非屬最小侵害手段，而構成對資訊隱私權之限制過度，違反比例原則。是本席認個資法雖屬普通法，但於個資法及其他相關法律未設置獨立監控機制之規範下，屬普通法之個資法卻仍以系爭規定一對敏感個資之蒐用為過於寬鬆之規範，而對敏感個資所有者之資訊隱私權（含資訊自決權）為過度之限制，是關於欠缺個資保護之獨立監控機制，所形成對人民資訊隱私權之保障不足，亦應屬違憲。本號判決多數意見認僅係有違憲之虞（參見本號判決主文第 2 項），本席尚難同意。

111 年憲判字第 13 號

第
13
號

憲法法庭判決

111 年憲判字第 14 號

聲 請 人

即被選定人 謝衣鳳

林文瑞

翁重鈞

共 同

訴訟代理人 蘇煥智律師

張鴻翊律師

上列聲請人認農田水利法第 1 條等規定牴觸憲法，聲請憲法解釋。

本庭判決如下：

主 文

- 一、農田水利法第 1 條規定：「為確保糧食安全及農業永續，促進 1
農田水利事業發展，健全農田水利設施之興建、維護及管理，
以穩定供應農業發展所需之灌溉用水及擴大灌溉服務，並維護
農業生產與提升農地利用價值及妥善處理農田水利會之改制事
宜，特制定本法。」與法律明確性原則尚無違背，且不生侵害
憲法第 14 條保障人民結社自由之問題。
- 二、農田水利法第 18 條第 1 項規定：「主管機關為辦理農田水利事 2
業區域之灌溉管理，得於所屬機關內設置灌溉管理組織，辦理
下列事項：一、農田水利用水調配及管理。二、灌溉用水秩序
維護及水利小組業務輔導。三、農田水利設施興建、管理、改
善及維護。四、農田水利設施災害預防及搶救。五、灌溉管理
組織內專任職員（以下簡稱農田水利事業人員）之人事管理。
六、農田水利事業作業基金所屬資產管理及收益。」第 3 項規
定：「第 1 項灌溉管理組織之設置、辦理事項之範圍及其他相
關事項之辦法，由主管機關定之。」及第 19 條第 3 項規定：「農
田水利事業人員，其甄試、進用、薪給、就職離職、考績獎懲、
退休、資遣、撫卹、保險與其他權益保障及人事管理事項之辦

法，由主管機關定之。」與憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項規定，均尚無牴觸。

三、農田水利法第 23 條第 1 項規定：「農田水利會改制後資產及負債由國家概括承受，並納入依前條第 1 項規定設置之農田水利事業作業基金管理。」與法律明確性原則尚無違背，且不生侵害憲法第 15 條保障人民財產權之問題。

四、農田水利法第 23 條第 5 項規定：「農田水利會改制後，因地籍整理而發現之原屬農田水利會之土地，由該管直轄市或縣（市）地政機關逕為登記，其所有權人欄註明為國有，管理機關由主管機關指定所屬機關為之。」不生侵害憲法第 15 條保障人民財產權之問題。

五、農田水利法第 34 條第 2 項規定：「自本法施行之日起，農田水利會組織通則不再適用。」不生侵害憲法第 14 條保障人民結社自由之問題，亦不生違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題。

六、本件暫時處分之聲請駁回。

理 由

壹、聲請人陳述要旨【1】

立法委員費鴻泰等 38 人（詳如附表）聲請本件解釋，並選定謝衣鳳、林文瑞及翁重鈞等 3 人為當事人，主張：中華民國 109 年 7 月 22 日制定公布之農田水利法第 1 條規定：「為確保糧食安全及農業永續，促進農田水利事業發展，健全農田水利設施之興建、維護及管理，以穩定供應農業發展所需之灌溉用水及擴大灌溉服務，並維護農業生產與提升農地利用價值及妥善處理農田水利會之改制事宜，特制定本法。」（下稱系爭規定一）、第 18 條第 1 項規定：「主管機關為辦理農田水利事業區域之灌溉管理，得於所屬機關內設置灌溉管理組織，辦理下列事項：一、農田水利用水調配及管理。二、灌溉用水秩序維護及水利小組業務輔導。三、農田水利設施興建、管理、改善及維護。四、農田水利設施災害預防及搶救。五、灌溉

管理組織內專任職員之人事管理。六、農田水利事業作業基金所屬資產管理及收益。」（下稱系爭規定二）、同條第3項規定：「第1項灌溉管理組織之設置、辦理事項之範圍及其他相關事項之辦法，由主管機關定之。」（下稱系爭規定三）、第19條第3項規定：「農田水利事業人員，其甄試、進用、薪給、就職離職、考績獎懲、退休、資遣、撫卹、保險與其他權益保障及人事管理事項之辦法，由主管機關定之。」（下稱系爭規定四）、第23條第1項規定：「農田水利會改制後資產及負債由國家概括承受，並納入依前條第1項規定設置之農田水利事業作業基金管理。」（下稱系爭規定五）、同條第5項規定：「農田水利會改制後，因地籍整理而發現之原屬農田水利會之土地，由該管直轄市或縣（市）地政機關逕為登記，其所有權人欄註明為國有，管理機關由主管機關指定所屬機關為之。」（下稱系爭規定六）及第34條第2項規定：「自本法施行之日起，農田水利會組織通則不再適用。」（下稱系爭規定七），改制農田水利會並成立農田水利署、由國家未經徵收而概括承受農田水利會之財產、改由行政院農業委員會（下稱農委會）辦理灌溉事業，及授權主管機關訂定灌溉組織及人事管理之相關規定，違反法律保留原則、權力分立原則、法律不溯及既往原則、信賴保護原則及比例原則，侵害農田水利會受憲法保障之結社權及財產權等語，聲請解釋憲法。其理由略以：【2】

一、農田水利灌溉組織是臺灣先民飄洋過海開拓墾殖所自然形成之互助組織，時間已將近四百年歷史，從日治時期正式賦予公法人地位迄今亦已超過一百年。從荷蘭、鄭成功統治時期即開始興建水利設施，到了清領時期為私人經營，日治時期歷經公共埤圳組合、官設埤圳組合及水利組合，確立農田水利會為公法人、自治團體地位，但從無消滅水利會之政策。【3】 3

二、系爭規定一及五僅規定「改制」，而未明文規定農田水利會改制為公務機關及新設農田水利署，即使是農田水利會組織通則不再適用，農田水利會後續運作仍可依水利法第12條有關公法人之 4

規定，以人民團體法相關規定運作。是農委會以系爭規定一及五為據，設立農田水利署，明顯違反法律明確性原則、組織法律保留原則、權力分立原則、法律保留原則及干預限制法定主義。【4】

三、系爭規定七規定農田水利會組織通則不再適用，視同消滅全國 17 個農田水利會之公法人資格，顯已違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則、法律保留原則及干預限制法定主義，且侵害全國 17 個農田水利會及其會員農民依憲法第 14 條保障之結社權。【5】

四、農田水利會係獨立之公法人，其財產並非國家資產，系爭規定五及六規定將其資產及負債概括由國家承受，而未經合法徵收程序，係由國家強奪農田水利會之財產，有違法律保留原則，侵害其受憲法保障之財產權。【6】

五、農業用水權、水利設施所有權及灌溉管理經營權本為農田水利會所有，系爭規定二規定改由農委會辦理灌溉管理，顯已侵害全國農田水利會之水權、水利設施所有權及灌溉管理經營權，有違比例原則，侵害其受憲法保障之財產權。【7】

六、系爭規定三有關灌溉管理組織之設置辦法及系爭規定四有關農田水利事業人員甄試進用人事管理辦法，係以作用法偷渡組織機關之相關規定，違反組織法律保留原則、中央行政機關組織基準法（下稱組織基準法）第 5 條第 3 項、憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項之規定。【8】

七、農田水利法公布施行後，農田水利會將被行政院及農委會視同消滅，其數兆資產亦將由國家承受，形同被國家強制沒收，造成難以回復之損失，且本不應設立之農田水利署現正招考之水利人員，亦將成為政府負擔。【9】

八、為避免人民權益及公共利益受有不可回復之重大損害，併聲請暫時處分。【10】

貳、受理要件之審查【11】

按憲法訴訟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

前即司法院大法官審理案件法（下稱大審法）規定定之，同法第 90 條第 1 項定有明文；復依大審法第 5 條第 1 項第 3 款規定立法委員現有總額三分之一以上，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。查立法院審議農田水利法之三讀程序，聲請人 38 位立法委員均未投票贊成（立法院公報第 109 卷第 52 期院會紀錄，第 296 頁至第 297 頁參照），已達行為時立法委員總額三分之一，於農田水利法三讀通過並經總統公布生效後，確信多數立法委員表決通過之系爭規定一至七有違憲疑義，向本庭聲請解釋，核與大審法第 5 條第 1 項第 3 款之規定相符，應予受理。【12】

參、聲請人、關係機關及關係人言詞辯論要旨【13】

本庭於 111 年 5 月 24 日上午 10 時舉行言詞辯論，通知被選定之聲請人、關係機關行政院、農委會、關係人臺灣桃園農田水利會及專家學者到庭陳述意見。茲將聲請人、關係機關及關係人言詞辯論要旨摘述如下：【14】

一、聲請人辯論要旨【15】

聲請人陳述略以：農田水利會係先於我國法律而存在，水利法及農田水利會組織通則賦予其公法人地位僅係追認此一既存事實。組合員負擔沉重之埤圳興建費用，故水利會亦具有民間法人投資者之性質。農田水利法之真實立法目的係基於選舉考量及減少農業用水，非屬公益目的，且與改制為公務機關間無正當關聯性。農委會宣稱之立法目的係為建構國家水資源公共化管理體制，惟此與系爭規定一所指確保糧食安全及永續農業之立法目的實相互衝突。農田水利會雖為公法人，惟仍應受憲法基本權之保障，系爭規定一及五所定之「改制」未有明確定義，有多種解釋可能，違反法律明確性原則。如將「改制」解釋為改制為公務機關，實質意義即為消滅農田水利會、併吞資產。農田水利法既未明文規定廢止或消滅農田水利會，自不生廢止或消滅農田水利會之法律效果。依據信賴保護原則、法律不溯及既往原則，既存之農田水利會公法人資格及水權、

灌溉管理經營權，並不因農田水利會組織通則之不適用而當然喪失。農田水利會財產並非國有財產，系爭規定五及六規定將其財產強制移轉予國家，形同國家沒收人民財產，違反比例原則，侵害憲法第 15 條所保障之財產權。灌溉管理組織係農田水利署之核心重要組織，應納入農田水利署組織法，依組織基準法第 4 條及第 6 條規定應以法律定之，然系爭規定三及四卻以行政命令規定，違反組織法律保留原則及憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項之規定。又農田水利灌溉業務專屬於地方政府，而非屬中央政府之權限，故農田水利法修法後，改制農田水利會為公務機關並成立農田水利署，由農委會辦理灌溉事業，已違反憲法第 107 條至第 110 條所保障之地方自治權等語。【16】

二、關係機關辯論要旨【17】

17

（一）關係機關行政院陳述略以：農田水利乃憲法託付國家（含中央與地方）之任務，農田水利會係為協助政府推行農田水利事業，由法律所創設之公法人，其制度之改廢，原則上亦得逕由同屬法律位階之規範為之。又農田水利會，僅係「功能自治」概念，不受憲法上地方自治之保障，且其作為一種公法人制度，因非經憲法保證其存在，故亦無從主張制度性保障，藉以確保其制度存續之空間。再者，農田水利會既純為法律所設立，典型以完成公共任務為目的之公法人，則個別農田水利會無由主張受憲法上基本權利之保障，更無從據以對抗整個公法人制度之改廢。系爭規定一、五、六及七將農田水利會之公法人地位改制為農田水利署，並無違反法律明確性、法律保留、權力分立、信賴保護及法律不溯及既往等原則，亦未限制或剝奪原有會員本於憲法第 14 條所保障之結社自由權。系爭規定三及四既未違反組織法律保留原則，亦未違反憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項之規定等語。【18】

18

（二）關係機關農委會陳述略以：關於農田水利會歷來財產變動方面，係日本政府透過收購私有埤圳，將埤圳公共化，而不再屬於私產，嗣公共埤圳及官設埤圳之資產復由水利組合公法人繼受，

19

戰後再一脈相承，由農田水利會公法人所繼受。依此農田水利組織財產移轉及變動之歷史觀察，農田水利會之財產性質，自難認屬私有財產。農田水利會為公法人，財產屬公有財產而非農民會員之財產，則農田水利會由公法人改制為行政機關，自無侵占會員或其他私人財產之情事，且農田水利會為法律創設之公法人，不能主張受憲法第 15 條財產權之保障，藉以抗拒農田水利會財產因改制而由國家概括承受。而農田水利會改制後，資產及負債由國家概括承受並登記為國有，納入「農田水利事業作業基金」管理，係專款專用於農田水利事業，不影響農田水利會公有財產之公益目的存續。又系爭規定三作為法規命令之授權條款，亦未違反憲法第 15 條保障之財產權等語。【19】

三、關係人辯論要旨【20】

關係人臺灣桃園農田水利會陳述略以：關係人之財產於戰後法制上向來認定為私有財產，為全體會員所有，並非公有財產；且關係人財源均為自籌，利用資產活化方式自給自足。系爭規定三、五及六逕自將關係人所有資產納為國有財產，是在錯誤基礎之上侵占民產，使得歷來捐輸財產共創水利事業之農民蒙受無辜損害，有違法律明確性、比例原則及正當法律程序等原則，侵害憲法第 15 條保障人民之財產權。行政院依系爭規定一、五、六及七將農田水利會之公法人地位，改制為農田水利署，剝奪原有會員本於憲法第 14 條所保障之結社自由權，並危及人民之基本生活保障，應屬違憲等語。

肆、形成主文之法律上意見【22】

一、農田水利組織之沿革【23】

（一）日治時期臺灣水利組織，由私人契約發展為公法人【24】

1. 契約或舊慣時期【25】

臺灣農田灌溉事業由來已久，於清領時期，有關灌溉所用之埤圳，雖亦有由官方興建者，但以民間自行出資興建、維修為主。因埤圳之利用、經營所生權利義務關係，依契約或舊慣之私法關係處理（註 1）。【26】

然水為天然資源，水資源之利用影響農業生產，故日本政府於 27
統治臺灣後，即著手調查臺灣水圳情況及水圳利用之舊慣，逐步將
水資源之利用納入公權力，並加以管理。【27】

2. 公共埤圳【28】 28

依 1901 年（日本明治 34 年，以下關於日治時期之年份，均以 29
西元記載）公布，1903 年修正之「臺灣公共埤圳規則」（註 2）及
1904 年公布之「臺灣公共埤圳規則施行規則」，凡以水田、旱田灌
溉為目的而設之水路、池塘及其附屬物（包含與前項水利有直接關
係之河川池沼之堤防），行政官廳認定其與公共利害有關者，即為
公共埤圳，其區域由行政官廳指定，區域內利害關係人（指因公共
埤圳之設置而受有利害之土地業主、佃戶及埤圳主），應依臺灣總
督之規定制定規約，並經行政官廳認可。行政官廳於公告公共埤圳
時，應直接就利害關係人中選定 5 人為準備委員，進行籌備。公共
埤圳有舊慣者，以不違背本規則、依本規則所發命令或規約為限，
依其舊慣。行政官廳認為必要時，得代為徵收水租及費用，交付予
權利人。前開徵收金，準用臺灣國稅徵收規則中關於滯納處分之規
定。關於公共埤圳之一切水利爭議，由行政官廳裁決之（同規則第 1
條、第 2 條、第 4 條、第 6 條、第 9 條至第 11 條規定及同規則施行
規則第 1 條及第 5 條規定參照）。【29】

依此，埤圳一旦經行政官廳指定為公共埤圳，行政官廳即可主 30
導籌備委員，以籌組訂立其據以運作之規約，並由包含土地業主、
佃戶、埤圳主在內之利害關係人，以多數決方式議決規約，不再僅
由興建或經營埤圳之埤圳主單方決定，且其規約應依臺灣總督所定
並經行政官廳之認可。水租及費用之徵收準用國稅滯納處分之規
定。又關於公共埤圳之一切水利爭議，亦由行政官廳裁決之，而非
司法機關。【30】

為使公共埤圳經營所需資金得向日本勸業銀行以貸款取得， 31
1904 年復修正「臺灣公共埤圳規則」，規定公共埤圳之利害關係人
得經行政官廳之認可，組織組合。公共埤圳組合為法人，以管理人

代表之。公共埤圳組合，依規約所定，得賦課徵收水租及費用。另又配合修正「臺灣公共埤圳規則施行規則」，規定組織公共埤圳組合時，應添附依規約所定之預定收支計算書，一併送總督認可（同規則第4條之2至第4條之4規定及同規則施行規則第5條規定參照）。【31】

從修正後規定，公共埤圳組合為法人，除具有原公共埤圳之公法性外，並授權該法人得賦課徵收水租及費用，而行使公權力，以及其預算須經國家認可等觀察，應認為公共埤圳組合，已為成文法上國家機關之一部而分擔統治權作用之公法人（註3）。【32】

3.官設埤圳【33】

依1908年公布「官設埤圳規則」（註4），所謂官設埤圳，指由政府直接經營之灌溉排水路、池塘及工作物，包含與水利有直接關係之土地及其定著物。官設埤圳區域內之土地及其定著物由政府取得，其他權利消滅，依官設埤圳而受水利之土地業主、佃戶、典主或為動力或其他目的而使用官設埤圳之水者，應負擔水租，水租徵收準用臺灣國稅徵收規則，有關官設埤圳水利之爭議，由臺灣總督裁決（同規則第1條、第3條、第5條、第7條及第8條規定參照）。【34】

依此，屬於官設埤圳者，其產權及經營權均源於國家，縱於1910年另頒布「官設埤圳水利組合規則」，成立官設埤圳水利組合，該組合權力有限，仍由臺灣總督府土木局長或廳長管理（同規則第4條規定參照），屬於政府組織之一部門。【35】

4.水利組合【36】

公共埤圳組合及官設埤圳組合之設，均係為灌溉及排水目的而利用及管理埤圳，並不包含水害之預防，1921年公布「臺灣水利組合令」（註5），規定為灌溉排水或水害預防之必要，得設置水利組合，仍賦予水利組合法人地位（同令第1條及第2條規定參照）。就組合之組織及職權，諸多沿續臺灣公共埤圳規則之架構，例如明定水利組合為法人、依臺灣總督之規定訂定規約、得依臺灣總督之

規定，依國稅之例，徵收或囑託地方自治團體徵收組合費、夫役、物品、加入金、費用，並有次順位之優先權、對此等賦課徵收認有違法或不當時，並得聲明異議等（同令第 20 條、第 24 條及第 25 條規定參照）（註 6）。【37】

在組合之成立上，雖放寬官廳主導色彩，由民間自主成立，由組合員中 5 人以上為創立人作成組合規約，經組合員總額二分之一以上，包含組合區域總面積三分之二以上之土地所有人同意，向臺灣總督申請認可（同令第 4 條規定參照）。但在組合之營運上，則進一步由政府掌控，例如明定組合置組合長，由地方知事或廳長直接任命，任期 4 年，並代表組合，擔任組合事務之處理。組合另置有給職或無給職之吏員（指在都道府縣及市町村服勤務之人中具有公法上關係者），其任免等人事管理事項，由臺灣總督定之。組合置評議會，由組合長與評議員組成，作為組合長之諮詢機關。評議員依臺灣總督所訂之規定，由組合中互選，並取得認可（同令第 8 條至第 14 條規定參照）。知事或廳長認為監督上必要時，得解任組合長或評議員。組合應執行而未執行之事務，監督官廳得以組合之費用執行之（同令第 35 條及第 36 條規定參照）。收入金或支付金之時效，依政府收入金或支付金之例，每年歲出歲入預算之製作或變更、追加，應經監督官廳之認可，其會計年度依政府之年度，關於一定財產之管理、收支或處分等，應受監督官廳之認可等（同令第 29 條及第 32 條規定參照）。【38】

簡言之，組合事務之處理，係由地方知事或廳長直接任命之組合長主其事，並對外代表組合，實際業務之執行，則由組合長任免之具有公法關係之吏員為之。組合事務由官廳主導，組合員僅有選出評議員，作為諮詢機關之權力，知事或廳長認為監督上必要時，得解任組合長或評議員，組合應執行而未執行之事務，監督官廳得以組合之費用執行之，可知水利組合性質上亦為公法人，並受政府全面嚴密之監督（註 7）。【39】

5. 水利組織合併於水利組合【40】

公共埤圳組合、官設埤圳組合及水利組合，其經營之模式雖略有不同，但均具有依政府法令設立運作、受政府監督、行使公權力及相關爭議由官廳裁決之公法人或公務機關之特色，故於臺灣水利組合令之附則，已規定公共埤圳組合或官設埤圳組合，得依其管理人之申請，依據臺灣總督所訂之規定及經認可，成為水利組合。官設埤圳組合成為水利組合時，臺灣總督認有必要，得附條件將官設埤圳交付水利組合。【41】 41

1922 年官設埤圳正式廢止，原有官設埤圳或予廢止（如荊仔埤圳、獅子頭圳及后里圳）（註 8），重新編為公共埤圳（註 9），或與公共埤圳組合合併為水利組合（如官設桃園大圳國庫工事部分與桃園公共埤圳組合合併）（註 10）。【42】 42

1937 年中日戰爭爆發後，為因應戰時糧食供應及其他工業用水、消防用水等需求，日本政府乃於 1941 年公布「臺灣農業水利臨時調整令」，依該調整令及臺灣總督府於同年訂定公布之「臺灣農業水利臨時調整令施行規則」規定，臺灣總督認有農業水利調整必要時，對於引用同一河川、貯水池或其他水源之公共埤圳組合、水利組合或利用埤圳者，得為水源之引用及時期之必要命令，得就公共埤圳組合、水利組合之區域或該當組合及與其有關係之地域，設定農業水利調整區域。其後日本政府即依該調整令，逐步將引用同一河川、貯水池或其他水源之公共埤圳組合、水利組合，整併為較大事業區域之水利組合。【43】 43

（二）國民政府接收後臺灣水利組織之演變【44】 44

1. 水利組合、農田水利協會、水利委員會【45】 45

日本統治結束前，臺灣各農田水利組織即由日本政府調整合併為水利組合。政府接收日治時期之水利組合之初，仍沿用日治時期水利組合之架構，組織名稱亦使用水利組合，僅將組合長改為由縣長或區長兼任。惟因當時已施行於臺灣之水利法第 12 條規定：「人民興辦水利事業，經主管機關核准後，得依法組織水利團體或公司。」（於 52 年修正時，改列第 14 條），係以民間興辦水利事業，基於 46

此一立法精神，故將水利組織改為民選，由會員選出評議員，由評議員選出會長，再由農林處委任，任期 4 年，復認為接收後仍沿用日本舊名（水利組合），與我國法規不合，因此改稱農田水利協會（35 年），並受臺灣省行政長官公署農林處農田水利局輔導。又因農田水利協會業務並不包含防汛，乃將防汛業務納入，並改為水利委員會（37 年），水利委員任期 4 年，除由水利局聘請當地縣區鄉（鎮）長為當然委員外，餘由會員分區選出，再由委員選出主任委員及副主任委員，由委員組織委員會，議決重要會務。水利委員會對會員得限期徵收工程、管理及養護費或實物，會員如不依限完納者，得徵收滯納費，其徵收標準及辦法由委員會決議，送請該管縣政府核轉水利局遞呈省政府核准後行之。舉辦工程時，得依法徵工服役及徵收土地。【46】

2. 農田水利會【47】

47

鑑於水利委員會已於臺灣各地區普遍設立，且其組織複雜、性質特殊，但僅以臺灣省政府頒訂之設置辦法為設置依據，欠缺法律依據，且不具法人資格，法律地位不明，無法為不動產產權登記等因素，故於 44 年修正水利法增訂第 3 條第 2 項及第 3 項，其中第 2 項規定：「主管機關得視各地方區域之需要，核准設立地方水利自治團體，協助政府推行水利事業。」第 3 項規定：「前項水利自治團體為公法人，其組織規程由省政府擬訂，呈請行政院核定之。」（參見第一屆立法院第 14 會期第 24 次會議議案關係文書院總第 293 號政府提案第 223 號及所附修正條文草案）。臺灣省政府委員會乃依據此修正後水利法之規定，於 44 年呈行政院核准公布臺灣省各地農田水利會組織規程，以農田水利會為水利自治團體。52 年水利法全面修正時，復鑑於水利並不限於灌溉，原條文規定「水利自治團體」範圍過大，為配合現況，乃修正第 12 條規定，將「水利自治團體」改為「農田水利會」，仍賦予公法人地位，因而於同條第 1 項規定：「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」第 2 項規定：「前項農田水利會為公

48

法人，其組織通則另定之。」（參見第一屆立法院第30會期第1次會議議案關係文書院總第293號政府提案第664號及所附修正條文案草案、第一屆立法院第31會期第41次會議議案關係文書院總第293號政府提案第664號之1立法院經濟司法委員會審查報告及所附修正條文暨立法院公報第32會期第5期，立法院會議速記錄）。【48】

依據母法水利法制定之農田水利會組織通則，就有關農田水利會業務運作之法制，曾有多次變動。於54年公布施行時，係規定會員代表大會為權力機構，會長由會員選出，採民選制；82年修正時，改採官派，規定農田水利會置會務委員，以會務委員會取代會員大會之職權，會務委員及會長，均由主管機關核派外，並增訂第39條之1，於第1項規定：「本通則自修正公布施行日起適用3年。」同條第2項規定：「行政院應於3年內，將農田水利會改制為公務機關，分別納入各級主管機關編制內。」朝公務機關方向推動。84年修正第39條之1第1項，規定：「行政院應於本條修正公布日起2年內依據農田水利會自治原則，修正本通則有關條文，送請立法院審議。」復改向法人自治方向推動。89年修正時，該第39條之1並未修正，至90年修正時，始規定會務委員及會長，均由會員選舉產生，回復民選制。嗣為推動農田水利會由公法人改制納入公務機關，立法院於107年修正農田水利會組織通則第40條，停止辦理會務委員及會長之選舉，以因應農業環境變遷且降低直選體制之選舉副效益，為能達到強化農業水資源利用、擴大對農民服務範圍、強化組織專業經營等目標（同條立法理由參照），109年為確保糧食安全及農業永續，促進農田水利事業發展，健全農田水利設施之興建、維護及管理，以穩定供應農業發展所需之灌溉用水及擴大灌溉服務，並維護農業生產與提升農地利用價值及妥善處理農田水利會之改制事宜，復制定農田水利法（同年10月1日施行），農田水利組織成為政府組織之一部門。【49】

二、系爭規定一及五將農田水利會改制納入農田水利署，與法律明確性原則，尚無違背【50】

(一) 法律明確性要求，非謂法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語。如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（司法院釋字第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號解釋參照）。【51】

(二) 系爭規定一及五雖僅規定農田水利會之改制事宜，未明文規定應將農田水利會由公法人改制納入公務機關，然查行政院為推動農田水利會由公法人改制事宜，於 109 年農田水利法修正前，即先提出農田水利會組織通則修正草案，經立法院於 107 年 1 月 17 日三讀通過，總統於同年月 31 日公布施行。對照農田水利會組織通則第 40 條第 1 項及第 2 項規定停止繼續辦理會務委員、會長之選舉及縮短原有任期及過渡時期會長出缺時指派人員代理，同條第 3 項規定另以法律規定農田水利會之改制及其資產處理、職員工作權益保障等事項，並於各該項之立法理由中均敘明：「農田水利會改制為公務機關」，又農田水利法第 17 條第 1 項前段規定：「主管機關得於農田水利事業區域內，視地方灌溉需求成立水利小組」以及系爭規定二、三及四分別規定主管機關得設置灌溉組織及人員，均可使受規範者明確知悉上開修法之目的係為辦理農田水利會改制納入公務機關，故無違反法律明確性原則。

(三) 又水利法第 12 條第 1 項規定：「主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。」第 2 項規定：「前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」固未經修正，然依上開規定，農田水利會之成立尚必須依據組織通則。按農田水利法乃水利法之特別法，且為公布在後之法律，其效力應優先適用於水利法之規定。依 109 年 7 月 22 日公布施行之農田水利法第 34 條第 2 項規定：「自本法施行之日起，農田水利會組織通則

不再適用。」農田水利會據以成立之農田水利會組織通則既不再適用，且已納入為公務機關之一部，其公法人之地位自亦隨同消滅。

【53】

三、系爭規定一及七不生侵害農田水利會原有會員受憲法第 14 條所保障結社自由之問題【54】

（一）憲法第 14 條規定人民有結社之自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參與其活動之權利，並確保團體之存續、內部組織與事務之自主決定及對外活動之自由（司法院釋字第 479 號及第 733 號解釋參照）。此結社自由，僅在保障人民是否成立私法上團體，以及參加或不參加此團體之自由，並不包括人民有組成得行使公權力之公法人之自由在內。蓋基於民主憲政體制，取得或行使公權力以遂行公法任務者，均應直接或間接來自人民之授權，例如由人民直接選出中央及地方公職人員，或由選出之立法委員、地方議會議員制定法令規範公權力之行使，或代表人民行使人事同意權等。就公法人資格之取得言，憲法固不禁止立法者直接立法而成立特定之公法人，或由立法者訂定法規範做為成立之準據等方式。但不包含人民得直接本於憲法第 14 條保障之結社自由，而成立公法人。【55】

（二）農田水利會係依法律規定而設立之公法人，並非人民基於憲法第 14 條保障之結社自由所成立。從而，系爭規定一及七規定農田水利會改制納入公務機關，消滅其公法人之法人格，亦不生侵害農田水利會原有會員受憲法第 14 條所保障之結社自由問題。【56】

四、系爭規定五及六不生侵害憲法第 15 條保障財產權之問題【57】

（一）公法人之財產，非憲法保障之財產權【58】

1.按憲法為人民權利保障書，保障人民之權利乃憲法核心目的，為達此一目的，憲法乃賦與國家機關各種權限，並透過權力分立之設計，避免國家權力過度集中而可能侵害人民之權利。蓋人民所以有必要享有各種不同之基本權利，主要乃是因為作為人，得自由發展自己之人格，追求自己之利益之故，而作為為人民服務之國家，

本質上既不可能擁有如人民般得自由發展之人格，亦不可能如人民般享有得自由追求之私益，只能追求公益，以執行公共任務為職志，從而，國家自無受憲法第 15 條保障財產權之基本權利。公法人既為分擔國家任務而存在，其財產之取得，如本於公法人之地位而取得，自亦不受憲法第 15 條規定所保障。【59】

2. 至於公法人就其所有財產，如何依政府之法令為財產之登記或登帳，並不影響該財產為公有財產之性質。再者，公法人就其財產而為收益或處分時，常以私法行為為之（例如買賣或租賃等），並發生私法上效果，但亦不影響其依此私法行為所取得之財產，仍屬公有財產之性質。【60】

（二）日治時期臺灣水利組合之財產為公有財產【61】 61

1. 日治時期臺灣水利組合係以法人地位單獨享有財產權，而非組合員集體所有【62】 62

首應說明者，日治時期臺灣水利組合制度，雖係參考日本本土之法制而來，惟日本本土之水利組合，係源於其歷史因素，與臺灣之水利組織情形不同。蓋於日本本土為共同利用同一天然資源（例如森林、牧場、河川、湖泊等）之村落或住民而組成之民間組織（例如大字水利團體、水利土功會等「入會團體」），早已存在，如何利用此天然資源，亦有其固有習慣，有多數住民對標的物有共有關係者，亦有非共有關係，而是集體所有，標的物之管理處分，應由全體住民為之者，態樣複雜。1890 年施行水利組合條例後，其中一部分組合變更其組織為法人，一部分仍保留原有「入會團體」性質。變更為法人組織者，標的物之財產權即脫離其成員而獨立歸屬於法人，未變更為法人者，仍以「入會團體」成員集體對標的物享有權利之形式存在，「入會團體」所有財產之管理、處分，須經全體構成員一致同意，與一般共有不同，故學說上以「總有」稱之（日本民法第 263 條及第 294 條仍分別規定有共有性質之入會權與無共有性質之入會權，除各地方之習慣外，分別適用或準用所有權章之規定）（註 11）。【63】 63

然就臺灣農民利用水資源之情形，則與日本本土大異其趣，在 64
臺灣並無因使用水資源而成立「入會團體」之情形（註 12），於施行公共埤圳之前，水資源之利用，係需引水使用之土地業主或佃戶，以支付水租為代價，利用埤圳主所經營之埤圳引水，於施行公共埤圳組合或水利組合之後，僅埤圳主轉為具有法人地位之組合而已，需引水使用之土地業主或佃戶，仍以支付水租（會費）或費用為代價，利用組合所經營之埤圳引水，其間關係雖由契約或舊慣，轉為公法上關係，但均非基於業主或佃戶與埤圳主有共同引水之需，所發生之法律上關係。又該需引水使用之土地業主或佃戶，對該埤圳本身亦不存在私法上權利，與日本「入會團體」係由成員集體享有標的物之權利，並不相同。【64】

2.基於公法人之地位所取得之財產為公有財產【65】 65

按基於憲法保障人民財產權之意旨，國家固不能將原已存在之私法人，透過法律規定賦予公法人地位，即無償取得其原有之財產。但於公法人成立之始或成立之後，基於公法人地位所取得之財產，即應認係為公共利益而取得之財產，而為公有財產。【66】 66

3.日治時期臺灣水利組合之財產為公有財產【67】 67

如前述，水利組合係公法人，其資產由公共埤圳組合、官設埤圳組合及其他水利組合變更或合併而來，其中來自官設埤圳組合之財產為公有財產，固無待論，即便於公共埤圳組合或水利組合期間所取得，因其財產仍係於組合成立之始或成立之後基於其公法人地位而取得，亦屬於公有財產。蓋就成為組合財產之來源而言，不論是基於：（1）為原興建經營埤圳之埤圳主、利用該埤圳取水之土地所有權人（土地業主）、佃戶或其他個人、團體所無償贈與、捐助。（2）日本政府將徵收或興建之埤圳無償交付或讓與。（3）組合依法令所徵收之加入金、水租、費用、夫役。（4）日本政府之經費補助。（5）組合經營埤圳所得利益。（6）組合向日本勸業銀行等貸款。（7）組合所價購或支付補償金而取得之土地、建物等原因，均為組合基於公法人地位所取得之財產，其財產性質自屬公有財產， 68

該財產原權利人或組合之成員，均非該公有財產之權利人。【68】

換言之，原財產權利人或所有人於將財產移轉予組合時，該財產屬性即由私有財產轉為公有財產，原所有人或權利人即不得再就其移轉前之財產主張原有權利。又依組合規約或法令規定應繳納、支付加入金、水租、費用或提供夫役之人，其所為之支付或給付，屬使用引水之對價，係履行法令或規約所定之義務，僅有引水使用之權利，亦無對組合所有之埤圳及水利設施之財產權。至於政府之經費補助、組合經營埤圳所得利益，係基於組合為公法人之地位所取得之資產，組合所價購或支付補償金而取得之土地、建物，亦係組合基於公法人地位取得金錢後支付對價取得之財產，均與組合員無關。法令或規約亦未約定組合員有請求組合分配利益或盈餘之權利，難認組合員對組合之財產，有法律上之財產權。【69】

（三）日治時期臺灣水利組合之財產由我國政府接收為公有財產【70】 70

1.戰後國民政府仍行訓政體制，對日產之接收，係以 34 年 3 月 14 日國民黨總裁修正核定之「臺灣接管計畫綱要」（侍秦字 15493 號總裁（34）寅元侍秦代電修正核定）為基本準則。依此綱要、35 年 4 月 22 日臺灣省行政長官公署公布臺灣省政府公有土地處理規則及 36 年 11 月 28 日行政院頒布之「臺灣省土地權利清理辦法」等相關規定，凡屬於日治時期日本官立公立之水利機關、日人在臺灣之資產、日人私有或與台民合有之農林漁牧資產權益、水利工作、日人私有土地、日本佔領時代之官有、公有土地，包含水田、旱田、池沼、養魚池，及其他應行歸公之土地，包含原屬州有市有及總督府所屬各機關以公費購置之土地及經劃為河川用地，或因水利之必需，築成埤圳等公共建築，均在接收之列，而為我國公有財產，人民捐獻贈與或「寄附」之土地亦不予發還。【71】 71

2.臺灣省行政長官公署農林處係於 34 年 11 月 1 日開始進行水利事業之接收，接收情況為：「接收分機構與事業二項。惟工作人員初接時不敷分配一切，呈停頓狀態，為繼續推行水利事業起見，一方除徵集本省農田水利工作諸同志共同進行外，一方力謀事業之 72

推動，先後派員分赴各縣督導縣耕地課及全省 38 個水利組合搶修災害工程、督促徵收水租事項。又與縣耕地課負責遴選當地知名之士為水利組合長或理事長，力圖打開停頓局面，期圖安定人心、維護原有設施為目標。」（註 13）。可知日治時期臺灣水利組合之財產及業務，業經政府依法接收（共 38 個）。接收後其財產部分成為公有財產，業務部分，因當時並無規定公共化之農田水利組織之法令（與農會等不同），而水利事業不可中斷，依前述接管計畫綱要第 9 條甲款但書規定「法令無規定而事實有需要之機關，得暫仍其舊。」仍依日治時期水利組合運作，已如前述。【72】

（四）農田水利會資產由國家概括承受，不生違反憲法第 15 條保障財產權之問題【73】 73

1.如上述，國民政府接收後臺灣農田水利組織業務之運作模式，雖因政府法令及政策不同，而有由行政機關主導或由會員自治或折衷其間等不同時期，然均係依據政府相關法令，分擔政府部分職權之組織，於 44 年水利法修正後更取得公法人地位。其資產之取得，不論係來自政府接收之日產，或依法令對於其會員徵收工程、管理、維護費用、工程分攤費用、滯納金、會費、建造物及餘水使用費用、捐款及贈與、接受政府補助或其他依法之收入，甚至為舉辦工程而依法徵收土地，均係基於其為公法人之地位而取得之公有財產，依前述，此等財產均非受憲法第 15 條所保障之財產，是系爭規定五及六將農田水利會所有之公有財產，明定由國家概括承受，並納入農田水利事業作業基金管理，繼續作為推動農田水利之經費，自不生侵害農田水利會受憲法第 15 條保障之財產權之問題。【74】 74

2.又由水利組合實際使用，但非屬水利組合之財產（例如組合無權占有或僅有使用權而無所有權之財產），應如何處理，不在本判決範圍內。再者，納入為公務機關後，原有之埤圳及灌溉系統均仍繼續運作，對農民享有灌溉之權益，亦無影響。【75】 75

五、系爭規定七不生違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題【76】 76

(一) 按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，對於人民因信賴法令或行政措施而為一定表現行為時，就其信賴所生之利益，國家亦應予以保護，此即禁止法律溯及既往原則及信賴保護原則。【77】 77

(二) 公法人係以實現公共福利及分擔國家任務為目的，依據公法規定而設立之法人。公法人為履行公法任務，作為行使公權力之主體，其權力係源自於國家行政權，並未自國家行政權之外，另行獨立取得權力。且公法人既為履行公法上任務而存在，即係以將法令具體化實踐為其任務，法令變更時，其任務亦隨之變更，並無因信賴法令而於法令變更時，有應受保護之利益可言。國家對於公法人之設立、解散及其任務之擴張、限縮，自得本於其行政權整體運作之政策考量，予以適時調整。受調整之公法人，尚不得主張基本權利受有侵害而對抗之，亦不生違反法律不溯及既往原則或信賴保護原則之問題。【78】 78

(三) 農田水利會既為依法成立之公法人，依前開理由，國家基於行政權整體運作之政策考量，經由制定系爭規定七以排除農田水利會組織通則規定之適用，廢止其成立公法人之依據及授權，將其原得行使之公權力回歸國家行政機關直接行使，並利用原屬公有之資產，繼續執行原有業務，不生應適用法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題。【79】 79

六、系爭規定二、三及四未違反憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項規定【80】 80

(一) 憲法增修條文第 3 條第 3 項規定：「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定。」同條第 4 項規定：「各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之。」係授權立法者得以準則性法律，就國家行政體制之建構為框架性規範，並使各機關之組織、編制及員額之決定，得於該等法律框架下為之，以收國家機關總體規劃佈建之效。上開規定， 81

係於立法者以法律建構個別行政組織之權限外，增加其就行政組織之一般性、框架性立法權限，但並未因此而剝奪立法者制定單獨組織法或兼含組織法規定之法律之權限，亦非謂立法者制定關於行政組織之法律時，若未遵循同屬法律位階之準則性法律規定，即構成違憲（司法院釋字第 793 號解釋參照）。【81】

（二）在業務性質單純之機關，要求就有關其組織與作用之事項，必分別訂立組織法與作用法，亦未必實際。故立法者本於農田水利會之改制及其資產處理、職員工作權益保障等事項須特別立法之立法政策，衡酌為達農田水利法所規範目的之整體法規需求及效能，於系爭規定二、三及四明文規定灌溉管理組織之設置、辦理事項之範圍及農田水利事業人員之人事事項，自難謂與憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項之規定抵觸。再者，有關農田水利事業人員之人事管理事項，農田水利事業人員人事管理辦法未規定者，僅參照公務人員人事管理法令規定辦理（同辦法第 80 條規定參照），而非依公務人員人事管理法令規定，可知農田水利事業人員之進用，並非以公務人員之資格進用，如何規定相關人事管理事項，非屬考試院職權，亦不生侵害考試院職權之問題。【82】

（三）依組織基準法第 36 條第 1 項規定：「一級機關為因應突發、特殊或新興之重大事務，得設臨時性、過渡性之機關，其組織以暫行組織規程定之，並應明定其存續期限。」同條第 2 項規定：「二級機關及三級機關得報經一級機關核定後，設立前項臨時性、過渡性之機關。」行政院正進行功能業務與組織調整之修法，惟尚未完成修法，有關農田水利事項之主管機關如何歸屬，亦尚難以法律明文定之，然農田水利事項攸關全國農業灌溉效率及農業政策健全發展，其管理與經營不可一日或缺，為因應實務需要，確有於修法完成前，成立過渡性機關之必要。農委會報經行政院核准，訂定「行政院農業委員會農田水利署暫行組織規程」、「行政院農業委員會農田水利署辦事細則」及「行政院農業委員會農田水利署編制表」，設置農田水利署據以辦理農田水利事務，經行政院 109 年 8

月 7 日院授人組字第 10961000421 號函核准發布，並送立法院備查。前開組織規程第 6 條亦明定：「本署於農業部農田水利署成立時裁撤」之存續期限，可知農田水利署係過渡性之機關，應認為業已於組織法上取得設立農田水利署及所屬灌溉管理組織（各農田水利管理處）之依據，並符合組織基準法第 36 條第 2 項之規定，尚難認有聲請人所主張違反機關組織法律保留之問題。【83】

（四）聲請人於言詞辯論後雖另具狀主張，依憲法第 107 條至 84 第 110 條規定，農田水利灌溉乃專屬地方政府執行之業務，農田水利法之規定已違反憲法前開規定等語。查憲法第 108 條第 1 項第 10 款規定，二省以上之水利、河道及農牧事業，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之。第 109 條第 1 項第 6 款規定，省農林、水利事項，由省立法並執行之，或交由縣執行之。然依 86 年 7 月 21 日公布施行之憲法增修條文第 9 條第 1 項及第 3 項規定，憲法第 109 條規定凍結適用，有關省、縣地方制度，以法律定之，臺灣省政府之功能、業務與組織之調整，得以法律為特別之規定。依 87 年 10 月 27 日制定同年 12 月 21 日起施行之臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例第 4 條第 4 項規定：「原省政府所屬機關主管之水資源業務，基於整體考量不宜分隸者，在行政院組織法及相關法律完成修正前，應由行政院指定部會統籌承辦其水資源之相關業務，不受其他相關法令之限制。」第 4 條第 5 項規定：「法律及中央法規有關本省及省政府主管或執行之事項，於相關法規未修正前，由行政院依第 1 項職權業務調整移轉歸屬，以命令調整之。」及 88 年 1 月 25 日制定公布地方制度法第 2 條第 1 款規定，省政府為行政院派出機關，省為非地方自治團體。依上開憲法增修條文及地方制度法之內容，憲法第 109 條第 1 項第 6 款規定原列有關省水利之職權，已歸屬於中央。89 年 4 月 25 日修正公布之憲法增修條文第 9 條第 1 項及第 2 項規定，及其後多次修正之地方制度法，均維持前開規定內容。臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例雖於 94 年 12 月 31 日廢止，但不影響憲法第 109 條第 1 項第 6 款規定原列有關省水利之職

權，仍歸屬於中央。為配合上述修憲及省業務組織之調整，立法者亦於 89 年 5 月 17 日全文修正公布農田水利會組織通則，將第 22 條原定有關省主管農田水利會組織部分，修正並改由中央主管。是由中央制定農田水利法將農田水利組織改制納入公務機關，自無違反憲法前開規定之問題。【84】

七、暫時處分之聲請應予駁回【85】 85

本件業經裁判，核無暫時處分之必要，聲請人暫時處分之聲請，應予駁回。【86】 86

伍、結論【87】 87

綜上，系爭規定一及五將農田水利會改制納入公務機關，與法律明確性原則，尚無違背。系爭規定一及七不生侵害農田水利會原有會員受憲法第 14 條所保障之結社自由。系爭規定五及六不生侵害憲法第 15 條財產權之問題。系爭規定七規定不生違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題。系爭規定二、三及四未違反憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項規定。暫時處分之聲請應予駁回。【88】 88

要言之，臺灣農田水利組織自 1901 年日治時期施行公共埤圳制度起，雖歷經公共埤圳、公共埤圳組合、官設埤圳及水利組合等各種不同之運作模式，國民政府接收後迄今，亦經歷水利組合、農田水利協會、水利委員會及不同模式之農田水利會等運作模式。但從憲法之觀點，不論採公法人或機關化模式，均為因應時代環境之變遷所為之政策選擇，其選擇妥當與否，乃屬政治面問題，而非合憲違憲與否之法律面問題。【89】 89

註 1：參閱陳金田譯，《臺灣私法第一卷（臨時臺灣舊慣調查會第一部調查第三回報告書）》，第 431 頁以下，1997 年，臺灣文獻委員會。【90】 90

註 2：臺灣公共埤圳規則及臺灣公共埤圳規則施行規則之全文內容，參閱臺灣總督府內務局土木課編纂，《臺灣水利關係法令類纂》，第 67 頁至第 81 頁，1942 年，臺灣水利協會。【91】 91

註 3：此亦為當時司法審判實務及日本學說所採之見解。例如臺灣高 92

等法院昭和 9（1934）年 11 月 21 日昭和 9 年上民第 191 號判決即指出：「依明治 34 年律令第 6 號（以 36 年律令第 3 號及大正 2 年律令第 3 號為一部修正）臺灣公共埤圳規則第 4 條之 2 所組織之公共埤圳組合，通觀同規則及同規則施行規則之諸規定，在有關於對該組合之組合員之水租、費用、追徵金及過怠金之徵收，係準用臺灣國稅徵收規則中關於滯納處分之規定（臺灣公共埤圳規則第 9 條）等，由此觀之，應為係成文法上作為國家機關之一部而分擔統治權作用之公法人。」參閱臺灣總督府覆審·高等法院編纂，《覆審高等法院判例 6》，第 568 頁，1997 年，文生書院；園部敏著，《行政法概論--特に臺灣行政法規を顧慮して--》，第 291 頁及第 336 頁，1940 年，有斐閣；新田定雄著，《台灣水利法令の研究》，第 111 頁，1937 年，臺灣水利法令研究會。【92】

註 4：官設埤圳規則及官設埤圳規則施行規則之全文內容，參閱臺灣總督府內務局土木課編纂，前揭註 2，第 83 頁至第 88 頁，1942 年。【93】

註 5：臺灣水利組合令之全文內容，參閱臺灣總督府內務局土木課編纂，前揭註 2，第 1 頁至第 9 頁，1942 年。【94】

註 6：當時日本專家學者亦認為臺灣之水利組合為公法人，參閱新田定雄著，前揭註 3，第 146 頁至第 147 頁，1937 年；園部敏著，前揭註 3，第 290 頁及第 332 頁，1940 年。【95】

註 7：當時日本學者園部敏，認為水利組合為公共組合之一，屬公共團體，性質上為公法人，參閱所著，前揭註 3，第 290 頁及第 333 頁，1940 年，有斐閣；新田定雄認為水利組合事業深切關係公共利益，因此政府對其採行周到細密之監督。又關於水利組合是公法人，為學說上一致之見解，參閱所著，前揭註 3，第 141 頁及第 146 頁，1937 年。再依昭和 13 年 4 月 15 日總內 572 號通達，有關大正 3 年法律第 37 號關於公共團體管理之公共用土地物件之使用，於水利組合及公共埤圳組合亦應適用。【96】

- 註 8：參閱大正 11（1922）年 3 月 21 日臺灣總督府告示第 39 號， 97
 「官設埤圳水利組合設置廢止」（1922-03-21），〈大正 11 年
 3 月臺灣總督府報第 2611 號〉，《臺灣總督府（官）報》，國
 史館臺灣文獻館，典藏號：0071022611a002。【97】
- 註 9：參閱大正 11（1922）年 4 月 20 日臺灣總督府公告（認可公共 98
 埤圳組合后里圳、荊仔埤圳），「公共埤圳組合組織認可」
 （1922-04-22），〈大正 11 年 4 月臺灣總督府報第 2634 號〉，
 《臺灣總督府（官）報》，國史館臺灣文獻館，典藏號：
 0071022634a010；參閱大正 11（1922）年 5 月 17 日公告（認
 可獅子頭圳公共埤圳組合），「公共埤圳組合組織認可」
 （1922-05-20），〈大正 11 年 5 月臺灣總督府報第 2659 號〉，
 《臺灣總督府（官）報》，國史館臺灣文獻館，典藏號：
 0071022659a006。【98】
- 註 10：參閱武內貞義著，《臺灣》，第 216 頁，1927 年，新高堂書 99
 店。【99】
- 註 11：關於日本入會權之一般問題，參閱松尾弘執筆，小粥太郎編， 100
 《新注釈民法（5）物權（2）》，第 799 頁以下，2010 年，
 有斐閣；河上正二著，《物權法講義》，第 369 頁以下，2012
 年，日本評論社；能見善久、加藤新太郎編集，《論点体系
 判例民法 2 第 3 版物權》，第 464 頁以下，2020 年，第一法
 規株式会社。有關大字水利團體及水利土功會之沿革，參閱
 山村恒年著，〈固定資產稅等賦課徵收懈怠違法確認請求等
 住民訴訟事件：堺市〉，《判例地方自治》，404 號，第 36
 頁以下，2016 年。【100】
- 註 12：依日本政府統治臺灣初期所作之舊慣調查，臺灣並無入會地 101
 之事例。參閱陳金田譯，前揭註 1，第 618 頁，1997 年。【101】
- 註 13：參閱臺灣省行政長官公署農林處耕地科編輯發行「一年來臺 102
 灣農田水利」，第 1 頁，1945 年。以臺灣南北二大水利組合
 為例，桃園水利組合係於 1945 年 11 月接收，參閱林煒舒、

陳錦昌、李曉菁撰稿，陸之駿主筆，黃金春主修，黃金德總編纂，《臺灣桃園農田水利會百年誌》，第 96 頁，2019 年，桃園農田水利會；嘉南農田水利會則於 1946 年 2 月著手接收，參閱嘉南大圳水利委員會灌溉課編，《臺灣省嘉南大圳水利委員會事業與概要》，第 2 頁，1955 年，嘉南大圳水利委員會。【102】

中 華 民 國 111 年 8 月 12 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、蔡大法官烱燉、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、蔡大法官明誠
第 二 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、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、蔡大法官明誠
第 三 項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、	吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠

	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	
第 四 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 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	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠
第 五 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 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	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠
第 六 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 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	吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

黃大法官瑞明提出。

不同意見書：蔡大法官明誠提出、吳大法官陳鏗加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 111 年 8 月 12 日

附表

費鴻泰等 38 位立法委員釋憲案聲請人名冊一覽表

孔文吉	江啟臣	吳怡玳	吳斯懷	李貴敏
李德維	呂玉玲	林文瑞	林奕華	林思銘
林為洲	林德福	洪孟楷	徐志榮	翁重鈞
馬文君	張育美	許淑華	陳以信	陳玉珍
陳雪生	陳超明	曾銘宗	費鴻泰	楊瓊瓔
溫玉霞	萬美玲	葉毓蘭	廖國棟	廖婉汝
蔣萬安	鄭天財	鄭正鈐	鄭麗文	魯明哲
賴士葆	謝衣鳳	羅明才		

農田水利會改制為公務機關乙節，曾經 82 年間立法，且獲當時朝野立法委員一致無異議通過；其後，於 84 年又經立法委員提案修法改為自治團體。立法反覆，本件所涉應為政治問題

本席贊成本件判決合憲之結論，除了判決理由中已經敘述者大體可以贊同外，還有以下幾點考量：

一、農田水利會財產與其會員無關，所以沒有侵害農田水利會會員財產權之問題

本席出身農家，對農田水利自幼即有所見聞。從焚田、翻土犁田、播種、插秧、除草、施肥到收割、打穀、晒穀、去殼，粒粒皆辛苦！從排水、引水到排水，一再反覆；跟著父親巡田水，看著父親繳田賦、水租。我知道水從天上來，但看天吃飯不能確保插秧及稻子成長過程中，田裡都有所需要的水。為了水在需要的時候流到田裡，所以要支付引水代價，就是水租，這就跟買家庭用自來水一樣，要交水費。水租、自來水費都不是作生意投資所交股款，作為使用水之農民（農田水利會會員）或自來水用戶不能對收錢的農田水利會或自來水公司主張有供水以外之權利，當然沒有主張受盈餘分配，或如公司股東一般，於公司解散清算時受分配公司剩餘財產之權利。也就是說農田水利會（不是公司）財產跟為其會員之農民無關，這一點其實從農田水利會組織通則尤其第 1 條及第 14 條規定，農田水利會會員是因政府推行農田水利事業而享受農田水利灌溉利益之受益人之意旨，可以印證。進而言之，本席以為長久以來依法為公法人之農田水利會，性質上不是公益社團法人，沒有如社團法人之社員或股東之概念。¹另退而言之，即使是公益社團法人，其財產於法人人格存續期間，不歸其

¹ 本庭邀請之專家證人陳愛娥教授在其 111 年 5 月 17 日專家諮詢意見書中稱其認為：「以當時之法制設計而論，農田水利會的會員比較不是公法社團法人的社員，毋寧更接近公營造物法人之利用人的身分……。」（頁 9。）

社員所有；在解散清算完畢後之剩餘財產原則上亦不歸其社員，即使其財產主要來自社員之繳款或捐贈（民法第 44 條規定參照）。因此，本件沒有侵害農田水利會會員財產權之問題。

二、本件關鍵在農田水利會由公法人改制納入公務機關，不在資產負債由國家概括承受；資產負債由國家概括承受不是因而是果，而且是應然之果

公法人改制之事例眾多，不論是改制為私法人（如臺灣銀行改制為臺灣金控公司）或由獨立地方自治團體變更為另一自治團體（比如原桃園縣市合併為直轄市桃園市）或其一部分（比如桃園縣市合併升格為直轄市，原龜山鄉改制為龜山區），其等之資產負債均由改制後組織概括承受（比如地方制度法第 87 條之 3 第 1 項規定參照），此乃一般法理（公司法第 75 條規定參照）。是本件關鍵不在資產負債由國家概括承受。

三、本件改制似非無其政策選擇必要性

由於社會經濟環境改變，農業收入偏低，農村人口減少，鄉村型農田水利會賴以營運之會費收入，逐年減少，政府補助比例逐年提高。83 年度起由農委會依 82 年起修正農田水利會組織通則第 39 條之 1 規定，每年編列 20.26 億元（94 年起調高為 22.286 億元）全額補助臺灣省 15 個農田水利會之會員會費（臺北市之七星、埤公 2 個農田水利會財務佳，政府未予補助）。此外，農委會自 83 年度起並每年補助 5 億元予雲林、彰化、屏東、南投、花蓮、臺東等 6 個財務困難農田水利會，挹注其營運費用。另各農田水利會自籌之收入，大多仰賴處分所有之非事業用土地（大部分為原水利設施用地），例如供民眾因建築等需要提出申購，或取得政府因公共設施需要，依土地徵收條例規定協議價購及徵收之價金或補償金，於都會型之農田水利會，尚有出租土地之收入等。都會型農田水利會因非事業用土地多坐落於都市精華地段，其資產之利用效率，遠較鄉村型者為佳，鄉村型者，其自籌財源能力欠佳，高度仰賴政府補助，二者財務差異甚大（參見監察院 110 年 9 月 7 日公告之 108 財調 0077 號調查報告）。即都

會型農田水利會，其農田灌溉功能已逐漸消失，其事業用土地逐漸轉為非事業用土地，處分或出租其非事業用土地，成為重要收入，並累積數以億計之相當資產，也因而漸離以農田灌溉為目的而設立之初衷。相對而言，鄉村型農田水利會雖仍以農田灌溉為其主要任務，却陷於財務狀況不佳、入不敷出之境，無法以自籌財源運作。二者均與農田水利會以自助自給運作農田灌溉事業為原則之設立初衷，漸離漸遠。是立法院基於此一環境之長期改變，將農田水利會改制納入公務機關，由國家統籌運作全國農田水利事業，非全無其政策選擇之必要性。

又農田水利會未能照護全部農民之用水需求，也未積極以承租、價購等方式解決照舊使用之私人所有農田水利用地之權源或補償問題等，均屬事實。甚至本席執行律師業務期間，即曾多次聽聞農田水利會相關弊端，包括見諸報端及立法院公報（例如立法院公報第 82 卷第 4 期院會紀錄第 387 頁陳委員定南、第 84 卷第 54 期院會紀錄第 27 頁蘇委員煥智之發言）。

據 111 年 8 月 9 日報載：農田水利署與桃園市政府合作以原廢棄荒蕪之農田水利用地，開闢為司法公園。如果農田水利會未改制納入公務機關，這種利益人民以及友善環境之措施，恐難付諸實施，這未嘗不是本件修法衍生之意外利益。

四、立法院早有改制之擬議，甚至 82 年間朝野黨團無異議同意並完成修法明定應於 3 年內，將農田水利會改制為公務機關

（一）82 年農田水利會組織通則修正時，立法院審查會以「（四）農田水利會為唯一由法律賦予公法人地位之人民團體，性質特殊，擁有部分公權力。近年來社會變遷及農業比重大幅降低，已使農田水利會營運遭遇極大困境，必須澈底改變其體質，即改制為公務機關，方能防杜弊端，健全營運及服務品質，進而造福農民。惟因『改制』變動幅度過鉅，且若干問題不易克服，與會委員經審慎研討後，僉認農田水利會改制為公務機關為唯一的方向，惟必須增列一落日條款以為過渡，使農田水利會能順利改變其體質，爰決議增訂第 39 條之 1，

條文為：『本通則自修正公布施行日起適用三年。（第 1 項）行政院應於三年內將農田水利會改制為公務機關。（第 2 項）在農田水利會改制為公務機關前，水利會會費由政府全額補助。（第 3 項）』。五、爰經決議：『草案第 1 條……並增訂第 39 條之 1。全案審查完竣，擬具審查報告，提請院會公決。』」（立法院公報第 82 卷第 4 期院會紀錄第 370 頁參照），嗣經院會無異議三讀通過，完成第 39 條之 1 之立法，規定：「本通則自修正公布施行日起適用三年。（第 1 項）行政院應於三年內，將農田水利會改制為公務機關，分別納入各級主管機關編制內。（第 2 項）在農田水利會改制為公務機關前，水利會會費由中央政府全額補助。（第 3 項）」。

（二）但 84 年經當時執政黨高委員育仁等 26 人提案修改上開規定，取消農田水利會應改制為公務機關之規定，雖當時在野黨委員如蘇煥智發言反對，但經當時執政黨委員多數支持三讀通過，第 39 條之 1 改為：「行政院應於本條修正公布日起二年內依據農田水利會自治原則，修正本通則有關係文，送請立法院審議。（第 1 項）本通則完成修正前，水利會會費由中央政府全額補助。（第 2 項）」（立法院第 2 屆第 5 會期第 38 次會議議案關係文書報第 49 頁、第 50 頁；立法院公報第 84 卷第 54 期院會紀錄第 26 頁第 28 頁參照）。

（三）是農田水利會改制為公務機關不是始於本件爭議之修法，而且 82 年間為當時立法院朝野黨團委員之一致意見。此或可佐證本件修法非不合理，且本件改制所涉者本質上為政治問題。

五、改制後農田水利會財產由國家承受應屬合理，而且才有可能加速解決農田水利設施長久以來「強佔」民地之不當得利、不合理狀況

（一）農田水利會會員會費長期由政府全額補助，都會型農田水利會名下財產主要為原農田水利設施用地廢止不用者或其變價物，其價值之提升來自土地自然漲價，暨以農田水利會乃公法人之地位，其財產應歸公，蘇委員煥智 84 年在立法院同此意旨之發言（上開立法院公報 84 年之第 27 頁參照），合於公道。

（二）農田水利設施有部分長期無償佔用民地之事實，礙於農田水利會非公務機關，且事關特別重要公益，如全部徵收，經費又非小，致本庭在很多年前已接到法官、人民釋憲請求宣告照舊使用規定違憲案，但一直未即處理。此種長期存在不公道現象，藉此機會，於本件判決同時，另以本庭 111 年憲判字第 15 號判決宣告政府應予人民適當補償，期能儘速解民苦，至少也是遲來之正義。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、本件聲請案爭議之緣由

中華民國 109 年 7 月 22 日制定公布、自同年 10 月 1 日施行之農田水利法，施行結果將自 45 年起設立之農田水利會改制，其資產、負債由國家概括承受；原農田水利會負責推行之農田水利事業，均改由行政院下之農田水利署負責辦理。聲請人為立法院內少數黨（即中國國民黨）籍之立法委員共 38 人，在立法院均未投票贊成制定該法，乃向本庭聲請釋憲，主張農田水利法第 1 條、第 23 條第 1 項及第 5 項等規定違憲，聲請意旨主要為農田水利法施行之結果讓現登記在農田水利會名下之土地、水利設施等全部登記為國有，而未經徵收程序，已侵害人民之財產權。本件判決則認農田水利法各該相關條文均無違背憲法原則。本席贊同本件判決主文。本席認為本件聲請案涉及臺灣土地上之水利設施，即為灌溉所興建之埤塘、水圳（下稱埤圳）之所有權之歸屬。而埤圳之興建始自先民移墾開闢草萊時期，迄今已 400 餘年，歷經多次統治權更迭，故有必要就臺灣埤圳開發之歷史作一回顧。

（一）臺灣地理特色與埤圳開發之必要

臺灣可供耕種之平原大部分位於西部，中部綿延聳立 3000 公尺以上之山脈，高山融雪及蓄積之雨水沿山而下，河流短促而水勢湍急，很快傾入大海，而臺灣冬季少雨乾旱，故攔截、貯存水流以灌溉西部平原，為農業發展之必要，興建貯水之埤塘及灌溉之圳道，成為臺灣開發歷史上之重要活動。歷經荷屬、明鄭均有興建之紀錄，清領時期（自 1683 年至 1895 年共 212 年）移民增加，農墾與水利設施漸次發展，南北各地民間自力開闢之埤圳亦多。爾後歷經日治 50 年（1895 年至 1945 年）以迄民國，各時期之政權均投注人力、物力開發、興建水利設施。

（二）埤圳經營之特色：涉及多方利益，有高度公益性

埤圳之開設、維護與管理往往需要大量之費用，而開發完成之

後，水道經過之路線及灌溉之區域涉及多方利益，因此埤圳之經營管理與農民之生計密切相關，為確保農業用水之供應與上下游之公平分配，需要有強有力之組織以指揮運作。另外埤圳之開設亦涉及用地與灌溉用水的爭奪，導致閩、粵移民與漢、原之間的衝突，為臺灣早期械鬥的原因之一¹。因此埤圳之經營管理涉及農業生產之利益調和及防免衝突之重要社會公益，是臺灣歷來統治者極為重視之任務。400年來統治者來去、政權更迭，但埤圳始終附著於土地，水流依舊，農民依賴水利設施以耕種之型態均未改變。各政權管理埤圳之政策與相關法律不同，因此在今日要判斷曾歷經各朝代之埤圳屬於私產或公產時，自須回溯各政權之相關法令及當時之治理政策。

（三）清領時期之埤圳管理

清代埤圳分「官有」（官方投資，或沒收、充公者等，而歸官方管理）、「公有」（公共開築者）、「私有」（人民私開者）三大類²。大部分之埤圳為民間私自開闢，屬人民所有，各埤圳形成一類似水利小組之組織，由圳主收租管理，是一種自治性的組織，也是日治時代的水利組合及戰後的水利會之基礎³。

（四）日治時期之水利管理

清朝於 1895 年將臺灣的統治權移交給日本，日本政府對於原屬人民之財產承認為私有。對於清朝時代留下之埤圳之經營管理，地方官員發現「乃至近來，土地業主等人當中，經常有人不繳水租，或埤圳之管理人怠忽埤圳之必要修繕，或其管理方法流於放縱，而違背職務，凡此等等，其結果，恐將造成水利事業的衰頹」⁴故研議、制定

¹ 參見張峻嘉纂修，農業志，嘉義縣志，卷六，頁 287；另參見傅寶玉，水利與國家：日治初期桃園廳公共埤圳的公法人化，載國史館館刊第 20 期，頁 4，2009 年 6 月。

² 參見張峻嘉前揭註 1，頁 286。

³ 參見張峻嘉前揭註 1，頁 287。

⁴ 「臺灣公共埤圳規則」律令案之提案理由，參見徐國華，「臺灣公共埤圳規則」之制定經過，載於國史館臺灣文獻館電子報第 125 期，2014 年 8 月 28 日。此資料取自關係人臺灣桃園農田水利會言詞辯論意旨狀附屬文件編號桃證 20，即該意旨狀頁 105 至 110。該文文末亦有 1901 年發布之臺灣公共埤圳規則之中文

而於 1901 年 7 月 4 日發布「臺灣公共埤圳規則」，其主要內容包括公共埤圳之承租之費用得由行政官廳徵收，再交付給權利人（第 6 條），並對公共埤圳之管理人課予履行本規則、根據本規則所發布命令規定或規約所定之義務，違反者應受處分。故知該規則之目的是為維護公共埤圳之運作，以避免損害公益（臺灣公共埤圳規則第 6 條、第 7 條及第 8 條規定參照）。於 1903 年修正臺灣公共埤圳規則，增訂第 4 條之 2 至第 4 條之 4⁵，於第 4 條之 4 規定「公共埤圳組合依規約所定，得賦課徵收承租及費用」讓公共埤圳組合具有執行準公權力之權力，甚至「準用關於臺灣國稅徵收規則中滯納處分之規定」（第 9 條），另規定公共埤圳之利害關係人得經官廳許可，組織組合（第 4 條之 2）。

對於地處偏僻或大規模水利工程非人民所能負擔者，由日本政府投資興辦水利設施並負擔經費，而於 1908 年發布「官設埤圳規則」。1921 年頒行「臺灣水利組合令」，於附則規定公共埤圳組合或官設埤圳組合，依其管理者之聲請，經臺灣總督認可得改為水利組合⁶，並明定「組合長」為政府任命，可由非組合員擔任，任期 4 年，且規定組合內部之職員為官吏⁷。臺灣水利組合令施行後，公共埤圳組合及官設埤圳組合逐步改為水利組合，官設埤圳組合皆於 1922 年改為水利組合，迄 1943 年時，公共埤圳組合均已改制為水利組合⁸。

（五）國民政府接收後之水利組織變更

翻譯。

⁵ 有關臺灣公共埤圳規則增訂條文之中文翻譯，係參見陳鴻圖，臺灣水利史二版，附錄一，2020 年 9 月。

⁶ 參見關係機關行政院農業委員會（下稱農委會）言詞辯論意旨書附件 1，臺灣農田水利組織與制度沿革概述，頁 4。

⁷ 參見農田水利史，肆、農田水利會之組織歷史，農委會農田水利署網頁 <https://www.ia.gov.tw/Sp/Page/0cd53269-b9f6-4a4a-b45f-e44891529f5b>（最後瀏覽日期 2022 年 8 月 12 日）。

⁸ 同註 6，頁 5。上開內容註腳為該文註 15「芝田三男著，台灣省之農田水利，臺灣省建設廳水利局出版，頁 1-2，1948 年 2 月。另可參見林建村、李源泉、陳信雄等著，探索臺灣農田水利組織及制度，頁 65，2013 年 12 月。」

二戰結束後，日本將臺灣移交國民政府，日治時期水利組合之財產及業務由國民政府依法接收。接管水利業務之組織名稱先後為水利組合、農田水利協會、水利委員會及農田水利會，但均受政府高度監督且得行使部分公權力，亦均沿襲日治時期水利組合之架構，於 45 年成立臺灣農田水利會接管日治時期水利組合之資產，原登記於水利組合名下之土地於辦理土地總登記時，由接管土地之各該地農田水利會辦理總登記⁹。於 109 年制定農田水利法，將農田水利會之資產由國家概括承受，而產生本件爭議。

二、聲請人與關係機關之主張及本件判決之認定

聲請人主張明、清年代臺灣水利設施都是民間投資興建，或者有力者投資興建。日治時期成立公共埤圳組合，除了部分由日本政府補助外，仍是水利會成員農民負擔主要開發成本，甚至出工、出土地，並負擔日常維護管理費（水租），所以農田水利會的財產是農民出資，並非政府的財產。

關係機關行政院農業委員會（下稱農委會）則主張：「關於農田水利會歷來財產變動方面，係日本政府透過收購私有埤圳，將埤圳公共化，而不再屬於私產，嗣公共埤圳及官設埤圳之資產復由水利組合公法人繼受，戰後再一脈相承，由農田水利會公法人所繼受。依此農田水利組織財產移轉及變動之歷史觀察，農田水利會之財產性質，自難認屬私有財產。農田水利會為公法人，財產屬公有財產而非農民會員之財產，則農田水利會由公法人改制為行政機關，自無侵占會員或其他私人財產之情事」（判決書理由欄第 19 段）

按農田水利會名下之土地係由接管水利組合之各地農田水利會

⁹ 台灣省政府(49)69 府建水字第 41872 號令「事由：關於各地農田水利會會有土地應如何辦理登記一案經有關單位協調結論，通令遵照。各農田水利會：一、關於各地農田水利會會有土地，應如何辦理登記一案……(1)各地農田水利會依法接管之土地，未經辦理土地總登記者，由各該水利會依法辦理總登記……二、凡各該會有未經辦理總土地登記者，即指過去日據時期，水利組合名義登記之土地。已登記為共同共有之土地，即指水利協會與水利委員會名義登記之土地……」

於辦理總登記時登記取得，已於前述。故為決定農田水利會名下土地屬公產或私產，必須回溯探究日治時期水利組合名下登記之財產為公產或私產。此實涉及日治時期歷史事實與當時法律規定之考據，本件判決理由於參酌學者著述及歷史文獻後指出「水利組合係公法人，其資產由公共埤圳組合、官設埤圳組合及其他水利組合變更或合併而來，其中來自官設埤圳組合之財產為公有財產，固無待論，即便於公共埤圳組合或水利組合期間所取得，因其財產仍係於組合成立之始或成立之後基於其公法人地位而取得，亦屬於公有財產。」（判決書理由欄第 68 段）至於成為公產之水利組合之組合財產來源，本件判決理由列出 7 項來源，其中第 2 項「日本政府將徵收或興建之埤圳無償交付或讓與。」（判決書理由欄第 68 段）實涉及日本政府如何將屬私產性質之公共埤圳透過徵收轉為公有性質之水利組合之過程。爰就此問題另依歷史文件補充意見如下：

三、由公共埤圳到水利組合之資產屬性之變化

農委會指出，依學者研究，自 1901 年頒布臺灣公共埤圳規則後，被認定為公共埤圳之私有埤圳，部分由政府支付補償金予埤圳主後予以徵購，更多為每年支付一定金額給埤圳主，最終於 1917 年埤圳業主權已被全面性徵購，完成公共埤圳之整頓¹⁰。農委會整理提供「日治時期收購公共埤圳相關案例」，列舉臺北、臺中、彰化、淡水等地收買圳主權之案例¹¹，主要為參考臺灣省水利委員會聯合會出版之相關著作。關係人臺灣桃園農田水利會則認為「遍查史料並無所謂 1917 年全面徵收或徵購之情形，以此種行政行為之規模，不僅總督府檔案無任何全臺徵收之紀錄，以當時日本殖民政府之財政狀況也難以負擔」（111 年 6 月 15 日臺灣桃園農田水利會言詞辯論意旨（二）狀

¹⁰ 參見農委會言詞辯論意旨書，頁 14，上開內容註腳為該意旨書附件 16，森田明，清代水利史研究，東京亞紀書房株式會社，頁 549，1974 年 3 月；另參見陳佳德，日治時期臺灣的官設埤圳與水利公共化，載國史館館刊第 71 期，頁 1、8，2022 年 3 月；亦參見傅寶玉，水利與國家：日治初期桃園廳公共埤圳的公法人化，載國史館館刊第 20 期，頁 24 至 25，2009 年 6 月。

¹¹ 農委會言詞辯論意旨書（附件 17），頁 105 至 106。

頁 51)，本席認為欲判斷此爭議之曲直，當時之原始資料應為最佳判斷依據。

（一）「臺灣公共埤圳規則」制定過程出現之公有化之提議

「臺灣公共埤圳規則」規範之標的為公共埤圳，係指以田園灌溉為目的所設之水路、溜池及附屬物，經行政官廳認定與公眾有利害關係者（第 1 條參照），制定之目的是由政府之力量透過官廳許可制定之規約介入管理既有之埤圳，以促進並維持埤圳之正常運作。行政官廳可就公共埤圳之相關事務行使部分之公權力，包括收取水租及費用。可知臺灣總督係透過該規則之運作將清領時期以民間經營為主之埤圳，逐步納入公權力範圍。值得注意的是，該規則於制定過程即考慮到將公共埤圳公有化，總督府縣治課最早提付評議會審議之「臺灣公共埤圳規則」之律令草案第 12 條規定：「（第 1 項）公共埤圳經官方認定有必要時，得補償其損失後，收用之。但其補償金額，依臺灣總督之認定。（第 2 項）為新設、變更公共埤圳而有必要收用、使用土地、房屋時，得依事業興辦人之請願，適用前項規定。」¹²該條文已經預定官方有必要時得予徵收公共埤圳。然而最終經總督府評議會通過的規則卻未見該條文，評議會審查時刪除該條文之理由未可知，但可推測是因經費負擔之考慮。由該預定徵收之條文於草案中出現，可見總督府縣治課自始有意將公共埤圳收為官方所有。另外在總督府回覆內閣法制局就該規則之疑義時，指出「五、於埤圳主為管理人之場合，其解除職務之處分，也僅是解除其管理人之職務，並未失去埤圳主之身分。管理權和所有權是不同的權利，因此，於此場合，另置管理人，規約中有該修正者，就予修正，毫無所謂侵害所有權之虞。」¹³已區別埤圳主之所有人與管理人之身分，官方可解除管理人之職務，但不能任意剝奪埤圳主之身分，以免侵害其所有權。

（二）由一則大正五年（西元 1916 年）報紙報導埤圳收購事件談起

本件判決之主筆大法官蒐集、爬梳了許多日治時代之文獻，除已

¹² 同註 4。

¹³ 同註 4。

於判決理由中引註者外，另有一則報紙報導，殊具參考價值。大正五年（1916 年）10 月 10 日臺灣日日新報有篇「買收埤圳主權」之報導，大意为臺北廳以每年對廳下諸圳主所給之額八倍半之數加以買收¹⁴，由該報導，可以得知

- 1、臺北廳長期向埤圳主支付金額，現考慮一次買斷。臺北廳支付埤圳主之金額來源可能是向埤圳之受益戶收取水租及費用。
- 2、臺北廳以年給付金八倍半之金額收買（應即徵收之意）。
- 3、臺北廳自行計算就收買金額如以年 15% 之生息，則每年可生一千二百七十五圓元，與埤圳主每年收取之金額差不多，因此認為埤圳主並無損失。
- 4、本件「買收」事件發生於大正 5 年（即 1916 年），翌年亦有許多收購公共埤圳之紀錄¹⁵。由此報導可見當時南北各地均有收買埤圳主之權利之案例，亦可印證許多學者所主張 1917 年時公共埤圳均已陸續「公有化」之說法。由存在甚多「買收」埤圳主之記載，亦可以反推若未經「買收」之埤圳主或公共埤圳之土地所有人之財產仍應歸屬私人所有。與本件判決同日公布之 111 年憲判字第 15 號判決之人民聲請人主張其所有之土地遭農田水利會長期無償使用未獲補償，而聲請宣告 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定：「原提供為水利使用之土地，應照舊使用」¹⁶違憲，該判決已宣告依該規定照舊使用之土地，如

¹⁴ 報載全文為「臺北廳公共埤圳。從來每年度。對廳下諸圳主。所給之額。計三千二百二十八圓。本年度。則計畫以二萬六千餘圓。即八倍半買收。目下方與諸圳主交涉。已作成契約者。噶里岸圳三千圓。及芳秦圳四百四十二圓。今假如就一年所酌千圓者。而觀前記買收之損益關係。則給八千五百圓之利。每年按一成五分。則可得千二百七十五圓。從而有利權之人。亦不致損失云。」另臺北廳於大正五年收購噶里岸、芳秦二圳乙事，亦紀載於胡清正、陳存良、林彩文譯，臺北廳誌，頁 186，臺北縣立文化中心出版，1998 年 7 月，即臺灣桃園農田水利會言詞辯論意旨狀附屬文件編號桃證 13。

¹⁵ 同註 14，臺北廳誌，頁 186 紀載大正六年收購永豐圳、瑠公圳、大安圳、八達圳、成渠圳、匠頭圳、金包圳、平林圳等八圳。

¹⁶ 109 年 7 月 22 日制定公布之農田水利法第 11 條第 1 項規定：「本法施行前提

屬人民所有，而未以租用、價購或以其他方式取得權源，因其已形成個人之特別犧牲，即應依法徵收，給予相當之補償。聲請人所擁有之土地係承繼而來，條文所稱「照舊」使用，應可遠溯至日治時期即供水利設施之用。由此案例亦可知，供水利設施使用之土地若未經徵收，其所有權仍登記為私人所有，而現已可由政府依法辦理租用、價購或以其他方式補償¹⁷。

四、農田水利會之資產並非由其會員所共同所有

聲請人另主張農田水利會名下之資產「屬私有財產性質，為全體成員共同所有」然而由農田水利會所承繼土地之日治時期水利組合之成員，及組成水利組合前公共埤圳組合之成員，均非以土地或資產所有人為必要，且非以擁有資產為目的，可知農田水利會名下之資產屬會員共同所有之說法不能成立，茲分述之：

（一）按「公共埤圳之利害關係人經行政官廳之認可，可組成組合」（公共埤圳規則第4條之2）而所謂利害關係人則指「因公共埤圳而受有利害影響土地之業主、典主、佃戶及埤圳主」（臺灣公共埤圳規則施行規則第1條規定參照）故知依公共埤圳規則成立之組合，其成員範圍廣泛，因埤圳之運作而受影響之利害關係人均可參加，而不限於土地或資產所有人。

（二）大正10年（1921年）發布之「臺灣水利組合令」其組合員為「因水利組合事業受有利益之土地為區域，依規約所定之規定，該區域內土地、家屋及其他工作物之所有人，及臺灣總督指定區域內之典主，或以土地主產物為原料之製造業者為組合員」（第3條）可見組

供農田水利會水利使用之土地，應照舊使用。」意旨相同。

¹⁷ 109年7月22日制定公布、自同年10月1日施行之農田水利法第26條規定：「農田水利事業作業基金每年應提撥部分財產處分所得價款，辦理依第11條第1項規定照舊使用土地之承租或用地取得。」依農委會111年8月3日農授水字第1116025114號復憲法法庭函指出，自109年10月1日起依第11條第1項及第26條規定，持續加強辦理對於照舊使用私人土地之承租或用地取得。其中價購部分，自109年10月1日起至110年12月31日止，總計價購土地111筆，面積共38,616.23平方公尺，支出金額新臺幣205,481,417元。

合員之成員並不限於土地或資產所有人，於第 5 條更進一步規定「適用第 3 條規定之國有地，如有佃戶、租用國有未墾地之人或有買賣預約之人，將佃戶、租用人或預約買受人視為土地所有人」而得為水利組合之成員。可見水利組合之成員主要是以因該水利組合之事業受有利益之土地上之利害關係人為組合員，不限於所有權人。

（三）民國 54 年制定之農田水利會組織通則¹⁸規定，農田水利會的會員包括私有耕地之所有權人或典權人、公有或私有耕地之承租人或永佃權人，以及其他受益人等（第 14 條規定參照），而其所稱其他受益人則包括「享受灌溉或排水利益之會員」（第 25 條規定參照），並包括因「新建工程擴增受益之會員」（第 27 條規定參照）。可見農田水利會沿襲日治時期的公共埤圳、水利組合之組織方式，係以利害關係人作為成員，並非以資產之所有人為必要，性質上是以管理經營水利設施目標，其任務是對會員提供灌溉及排水利益，並非以讓會員擁有財產為目的。

¹⁸ 依農田水利法第 34 條第 2 項規定，農田水利會組織通則自本法施行日（即 109 年 10 月 1 日）起不再適用。

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

本號判決從公法人不具有基本權保障之適格立論，認農田水利會改制納入公務機關之農田水利法相關系爭規定，不生侵害憲法保障結社自由及財產權問題等結論，仍有商榷之餘地。又本件農田水利法制定對於既存農田水利組織及改制所發生衝擊甚鉅，且就農田水利會所涉及財產與團體組織之定性及其歷史演變等諸因素之理解，亦有再推敲之必要，爰提出不同意見書如下：

一、農田水利會機關化之政治面與政策選擇問題

本件涉及農田水利會組織變革與相關機關之政府行為，憲法上可賦予多大之立法自由形成空間。本件判決理由中，認為農田水利組織採公法人或機關化模式，係屬政治面問題，但政治面問題是否等同立法者政策選擇之自由形成？實有推敲之餘地。司法院過去解釋中，以上類似用語，皆曾運用，惟嚴格言之，仍有區分之必要。質言之，農林水利事項，係屬法律事項（legal matter）或政治問題（political question）（或稱政治問題原則；Political Question Doctrine¹）？後者有稱之為非司法問題（nonjusticiable question²）或所謂不受司法管轄之高權行為（gerichtesfreier Hoheitsakt）³？先就政治問題之概念在司

¹ 對於此原則之探討與批評之文獻，參照 John M. Hillebrecht, Foreign Affairs Cases and Political Question Analysis, 23 Stan.J. INT'L L. 665 (1987); Maria V. Gillen, The Rebirth of the Political Question Doctrine, 23 NAT. Resources & ENV't 23 (2008); Angela M. Banks, Deporting Families: Legal Matter or Political Question, 27 GA. St. U. L. REV. 489 (2011); Jackson A. Myers, Transatlantic Perspectives on the Political Question Doctrine, 106 VA. L. REV. 1007 (2020); Scott Dodson, Article III and the Political Question Doctrine, 116 NW. U. L. REV. 681(2021).

² 例如 Oetjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918); Charles W. BAKER et al., Appellants, v. Joe C. CARR et al. (1962)等。

³ 德國法上有認為不受司法管轄之高權行為，非屬憲法審查範疇(„Gerichtsfreie Hoheitsakte“ keine verfassungsrechtliche Kategorie)。行政行為僅係欲達成特定目的之表現行為，例如外交或施惠之治理規劃行為，係排除司法管轄之審查。參照 Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 96. EL November 2021- beck-online, GG Art. 19 Abs. 4, Rn.77f..

法院解釋之使用情形，例如司法院釋字第 328 號、第 387 號⁴及第 712 號等解釋，作相關問題之討論。

司法院釋字第 328 號解釋認為，憲法第 4 條所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。釋字第 387 號解釋則係就立法委員改選後閣員是否應總辭之問題，基於民主政治以民意政治及責任政治為重要內涵，闡釋立法委員因任期屆滿而改選時，推行政務之最高行政機關為因應最新民意，自應重新改組，方符民主政治之意旨。多數意見並未將之認為係政治問題，而不予受理。另釋字第 712 號解釋認為，鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關，固宜予尊重（釋字第 618 號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第 23 條比例原則之要求。由此可見，對於政治性兩岸關係事務，雖容許立法者（機關）自由決定之空間，但仍應符合比例原則，審查相關規定有無過苛之情事。因此，本件有關農田水利會機關化，其不僅是具有政治性，更應考量其經濟與社會等諸多因素，而非純然與憲法相關基本權保障無涉。

又面對深具悠久歷史或人數眾多之水利相關團體，政府是否可基於所謂團體經營不善或人事紛雜等諸因素，逕予機關化，其在憲法上是否具有正當性？頗多疑慮。如容許政府從事此行為，則可能有一種情況產生，例如政府欲對於原屬私法性質之團體機關化之前，先將之

⁴ 另參考該號解釋之吳庚大法官不同意見書，論及德國法上之不受司法管轄之高權行為（政府行為）（例如議會對內閣總理之選任、議員之資格審查、政府向議會所作之報告或對議員質詢之答復等）。關於美國之「政治問題」，則早已成為其違憲審查制度上重要原則，例如美國與其他國家產生之爭訟、各州共和政體之爭議、選舉區劃分之合法性、議員資格之判定及憲法修正案是否已經各州批准之疑義等。聯邦最高法院認為應由聯邦之政治部門（總統或國會）自行判斷，不宜由法院加以裁決。以上係針對議會、選舉及其與政府機關間之爭議，即所謂政治問題，是否亦及於農田水利等事項，值得再推敲之。

改為公法人，將原有私法關係予以公法化，之後再以所謂重要公益為由，將之機關化，亦即所謂改制納入公務機關，恐成為新官僚化之行政體系！此外，此等將私法關係轉化為公法關係後，再為機關化等政府行為，其是否使農田水利能有效率營運，實令人懷疑。況且，現代民主法治國家中，就原有國營獨占事業，往往改採民營化或自由化經營，使其更有效率。現卻反其道而行，將農田水利會機關化及全面國有化，於此形成另類官僚化之新機關，是否比原有組織更為妥當，亦值得商榷！

綜上，本件如將農田水利會機關化解讀為純屬政治面問題，而不再深入審視其憲法上正當性，恐賦予立法者過大自由形成空間，或使相關行政機關享有過大政府行為，而給予其恣意或濫用公權力之機會，從而壓縮深具歷史性或地域性習慣演化形成組織之憲法上制度性保障或其基本權保障範圍審查（Schutzbereichsprüfung）之空間！

二、農田水利會之團體定性問題

有關社會團體之形成，如參考社會學者之見解，其可區分為利益性團體(Gesellschaft；利益性社會)與共同體(Gemeinschaft；本質性團體；共同社會)。⁵有關利益性團體，可能包含以營利為目的之公司

⁵ 此係德國社會學者 Ferdinand Tönnies 所提出之著名理論。如從衝突論(The Conflict Tradition)、理性/功利論(The Rational/Utilitarian Tradition)、涂爾幹論(The Durkheimian Tradition)與微觀互動者論(Microinteractionist Tradition)等四種社會學理論，前述 Tönnies 所提理論，係於 1880 年代之德國學說，與前開 1893 年以總體觀點之涂爾幹論(即如社會勞動者分工論；De la division du travail social)，有所不同，前者著重於個人性之社會類型，而後者係獨立存在於個人之外(非個人；impersonal)。參照 Randall Collins, Four Sociological Traditions, Oxford University Press, 242-243(1994)；在民法學上，有運用此利益團體與共同社會(共同體)之社會學概念，認為親屬之共同生活，係為超越個人，包攝個人，而有共同目的之本質的結合，即其係屬於共同社會，與利益社會相對立。參照戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，臺北：元照，2021 年 10 月初版 1 刷，頁 3。又有參考前述社會學者見解之日本學說(即如中川善之助教授見解)，亦認為可將人類社會之結合關係，分為「本質的社會結合」與「目的的社會結合」，與親屬法有關者，為本質的社會結合關係。參照陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，臺北：三民，2020 年 9 月修訂 15 版 1 刷，頁 2-3。

等營利法人，與非營利法人（例如財團法人）等。至於本質性結合團體之內涵，較注重於其身分關係等組成之團體性。此在民法親屬關係，學理上有將之納入本質性結合之關係。配合所謂總有概念，乃多數人所結合之不具法律上人格之共同體，以團體資格而所有之共同所有關係。例如日耳曼村落共同體之所有型態，此共同體，將村落與其村民調和為一實在之綜合體（Genossenschaft; 協同體⁶）。對於所有物之管理權能，專屬於村落團體，村民僅取得收益權能，不具有所有物之應有部分，亦不得請求分割。於比較法上，民法共有關係在分別共有與公同共有之外，存在依習慣法形成總有之類型，甚至有將之規定於民法，例如日本民法第 263 條規定，共有性質之入會權，除從各地方習慣外，適用本節規定（按：第三章所有權中之第三節共有）。以上入會權，即為總有權，係某村之住民於一定之山林原野，依其村落習慣上之規則，共為伐木、狩獵、放牧等之使用及收益權利。入會權無登記能力，無須登記而得對抗第三人。⁷

我國民法所採共有類型，傾向瑞士立法例，未採總有（Gesamteigentum）類型，僅有分別共有與公同共有（或稱合手或總手的共有；合有；Eigentum zur gesamten Hand）兩類。我國習慣法上則有類似總有之型態，例如祀產、祠堂、學田及其他宗族共同財產、會館等。⁸此種共同所有之總有型態，在近代所有權概念發展以前，於

⁶ 此所謂總有之協同體，於日本，有如農業=漁業協同體（Genossenschaft）所屬土地（牧場、森林、河川、水流等），其構成員基於協同體之內部規範共同利用。於判例上，入會權屬於無權利能力之社團，以及有關日本共有類型三分法之評論。參照小粥太郎編集，大村敦志、道垣內弘人、山本敬三編集代表，新注釈民法（5），物權（2），§§180-294，東京：有斐閣コンメンタール，令和 2 年（2020 年）11 月 30 日初版 1 刷，頁 542-546。

⁷ 參照史尚寬，前揭書，頁 139-140；溫豐文，論共有，三民，2011 年 1 月初版 1 刷，頁 8-9。其亦提及日治時期臺灣農村社會裡所謂牛埔、溪埔、海埔等土地，具有總有性質。

⁸ 參照史尚寬，物權法論，1975 年 7 月臺北 4 版，頁 138-140；鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，臺北：三民書局，2013 年 9 月修訂 18 版 2 刷，頁 157-160；另臺灣原住民就部落生活區域範圍內之地上空間與地下自然資源，其權利歸屬之型態，係屬部落總有之財產，與家族公同共有及個人私有等權利歸屬，分屬

農村共同生活中，頗具普遍性，係先於制定法存在之社會規範。

有關前述總有類型，雖於我國民法並未明文規定，但民法第 827 條第 1 項及第 2 項規定，依法律規定、習慣或法律行為，成一共同關係之數人，基於其共同關係，而共有一物者，為共同共有人。前項依法律行為成立之共同關係，以有法律規定或習慣者為限。且現行民法第 757 條規定已未再堅持往昔物權法定原則，容許習慣創設物權。因此，學理上不乏承認習慣形成共同共有關係之類型。另在特別法上，例如原住民族傳統智慧創作保護條例第 10 條規定，智慧創作專用權人除法律另有規定或契約另有訂定外，原則上應以特定民族、部落或全部原住民族名義，專有使用及收益其智慧創作之財產權。⁹就前述智慧創作專用權之歸屬及運用，其可能形成總有類型之共有關係。

在水利法修正時，立法委員就第 1 條及法律定性之討論，有直接認為該法為民事法律，且就習慣規定討論甚為熱烈，於第 1 條規定，水利行政之處理及水利事業之興辦，依本法之規定。但地方習慣與本法不相牴觸者，得從其習慣。其作為民法第 1 條有關民事習慣適用之法源規定，顯示其對地方習慣之重視。臺灣農田水利事業之歷史發展，始於 17 世紀，迄今已將近 400 年。就其發展階段觀之，1622 年以前，屬於先民時期，處於萌芽階段，並無大型具體之水利建設，僅有小規模簡易之引水灌溉措施。荷蘭治臺時期（1623-1661），開始出現井、陂等蓄水措施，有稱之係臺灣農田水利開發之起源。明鄭時期（1662-1683），多修築陂圳，但尚無具規模而固定之水利工程。清領時期（1684-1895），水利建設傾向民辦官督，開闢之圳道諸如宜蘭萬長春圳、臺北瑠公圳、大安圳、後村圳、臺中葫蘆墩圳、彰化

不同型態，此可資比較。參照蔡明誠、蔡志偉、官大偉、浦忠勇，臺灣原住民族傳統習慣調查彙編（試行本），新北市：原住民族委員會，2017 年 4 月初版，頁 317, 324, 328, 332, 334-335 及相關文獻。

⁹ 民國 96 年 12 月 7 日制定（96 年 12 月 26 日公布）原住民族傳統智慧創作保護條例第 10 條規定之立法理由，智慧創作專用權通常係共有或總有等所有形式，故除法律另有規定（例如原住民個人得為個人之使用）或契約另有訂定外，應以團體名義使用其族群傳統智慧創作之權利。

八堡圳、嘉義道將圳與高雄曹公圳等，除曹公圳屬官方獎勵興建外，此時尚無制式官方機關，埤圳為私人建設經營，並得自由交易。日治時期（1895-1945），1901 年設立公共埤圳，此時就農田水利設有法定管理機關，有稱之為臺灣水利事業之奠基期。1908 年設立官設埤圳，開始有大型水利工程建設，並有官方籌設經營之組織與管理制度。1922 年水利組織合併於水利組合，此時除拓展政府管理範圍外，對於民間水利事業亦嚴密加強管理。¹⁰

1945 年以後，農田水利協會具有人民團體屬性，於 1948 年陸續發展為水利委員會，其係合併農田水利協會與防汛協會而組成，其性質仍屬人民團體。因臺灣產業發展趨勢，自農業轉型為農工並重（相輔），1955 年修正水利法，改為地方水利自治團體，定性為公法人。嗣於 1963 年再次修正水利法，改稱農田水利會，仍賦予公法人地位。從農田水利團體形成或用水關係發展史觀之，所謂農田水利會之用語，係屬晚近之事。¹¹自 2020 年 10 月 1 日起，行政院農業委員會農

¹⁰ 日本就法人之性質與類型（例如舊民法有中間法人類型），現行民法已有所修正，惟學說上探討無權利能力之社團或財團時，受德國法理論影響，其可能介於法人制度（日本民法第 33 條以下）與組合制度（第 667 條以下），其具有人之集團（社團）之多樣性。從兩者之概念與要件而言，法人係具有團體之性格，法人與其構成員獨立出來，其所為之行為由代表機關為之，財產之歸屬，係為總有或合有，且有關債務與其構成員分離。至於組合具有個人之性格，其與構成員並非相互獨立，其所為之行為，係以全體構成員之共同行為，其財產之歸屬，係為共有（分別共有），且其債務由構成員負擔。有關無權利能力之社團，其財產（權利）歸屬之法律性質，於學理上有共同所有說（其中有採總有說、合有說等）、單獨所有說與分析說（個別的處理說）。以上說法，雖各有其本，但有認為按其實體而個別處理，而較為妥當者。參照近江幸治，民法總則，東京：成文堂，2018 年 4 月 1 日 7 版 1 刷，頁 117-122。

¹¹ 於民國 44 年 1 月 7 日修正（44 年 1 月 19 日公布）水利法第 3 條第 2 項及第 3 項規定，主管機關得視各地方區域之需要，核准設立地方水利自治團體，協助政府推行水利事業。前項水利自治團體為公法人，其組織規程，由省府擬訂，呈請行政院核定之。前項規定，是否使用農田水利會、水利會、水利協會、水利委員會、地方水利團體或水利自治團體等用語，有相當多討論，因此可見修法當時，雖實務上有農田水利會或類似團體名稱之使用，但尚非有定論。之後，於 52 年 11 月 29 日全文修正（52 年 12 月 10 日公布）水利法時，為顧及當時各地農田水利會之現狀，將條文內「水利自治團體」一詞修正為「農田水利會」，

年水利處與農田水利會整合，升格為農田水利署，並設 17 個農田水利管理處。現今將農田水利會改制納入公務機關，此政府行為是否合憲，正是本件爭議之所在。

如從前述臺灣農田水利建設發展不同階段觀察，農田水利團體在 300 餘年發展過程中，並非起初即屬官設或公立之組織，而係屬於私人集資興建及經營。其具有可讓與性，得自由買賣交易，係屬民事權利，而非公有財產或公法人地位。因此，傳統所謂農田水利團體，其稱呼頗具地方特性，且因發展階段之不同，其團體性亦不盡相似，故其並不同於現行法所謂農田水利會，不宜以農田水利會概括稱呼之，甚至將之作為其上位概念。

綜上，從前述臺灣農田水利發展史觀之，臺灣農田水利制度之形成，係早先於現行臺灣農田水利法或水利法相關規範，是現代民主法治國家如何尊重各地習慣早已形成農田水利關係，實更有其重要性。質言之，現行前述規範，不宜解為純屬「制定法」（statute），站在國家公權力一方作出合憲性論斷，而應重視其具有自然權（natural right）之本質或習慣法自然形成法律關係之屬性。因此，立法者如欲介入此由來已久而延續至今之現狀（status quo）或存立狀態重大改變，甚至將其組織歸於消滅等，自應受到憲法之審查。

且另從憲法第 10 章中央與地方之權限規定而言，水利事項並未於第 107 條明定為「由中央立法並執行之」事項，而係於第 108 條第 1 項第 10 款規定，有關二省以上之水利、河道及農牧事業，由中央立法並執行之，或交由省縣執行之，且依第 109 條第 1 項第 6 款及第 110 條第 1 項第 6 款規定，有關省或縣農林、水利、漁牧及工程，係由省立法並執行之，或交由縣執行，或由縣立法並執行之。以上亦可見農田水利事項，係具有因地制宜之屬性，宜視各地方之特殊性，容許存在依當地習慣形成水利事項之地域性規範，而非一條鞭式集中於

俾符實際。參照第一屆立法院議案關係文書院總第 293 號政府提案第 223 號、政府提案第 223 號之 1、政府提案第 664 號，立法院公報，第 14 會期，第 8 期，頁 67-68；立法院公報，第 32 會期，第 5 期，頁 7-16，40-54。

中央立法。換言之，農林水利事項，因具有地方差異性，如按其特殊情況而採取不同規制方式，實更符合憲法保障農林與水利發展之意旨，而不應將之解為政治面問題。

三、有關水利及水權在法律上之定性

農田水利涉及水利及水權，因此有必要釐清其法律性質。於外國立法例上，不乏以水權於特定情形下為私人所有。例如日本法對於純屬私有土地所有範圍內之水，認為其係屬私有水權，人民得自由使用、收益及處分。德國舊時代各邦所公布實施之邦水利法，如普魯士水法，亦有承認水為私有權利¹²。就我國採水及用水之利益而言，具有私益性，且有其地域性，並非全歸屬公共所有，否則毋庸在民法物權編第 2 章第 2 節不動產所有權中，於第 775 條至第 785 條直接規定有關水之相鄰關係，諸如自然流水、排水、用水、水流變更、設堰權及用堰權等。以上可見，自民法制定之初，尤其在農業社會，使用水利並非純屬公權力所支配之公法關係。況且在物權分類，學理上亦將水利法規定之水權列為現行民法上物權之種類（有稱之為準物權），甚至認為按水利法第 15 條，所稱水權，謂依法對於地面水或地下水，取得使用或收益之權，所謂「依法」可解釋包含習慣法在內¹³。雖民國 52 年 11 月 29 日修正（52 年 12 月 10 日公布）水利法，根據憲法第 143 條之立法精神，增修第 2 條明定，水為天然資源，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響，惟該次修法並未杜絕私人土地上水源屬誰之爭¹⁴。從水利法觀之，有關水利¹⁵或水權之適用範圍，不以農田水利為限，且解釋上，水所經過之土地、設施及其用水有關之權利，仍受民法及特別法所保護。因此，對於用水及水流經過所衍生土地及設施之相鄰關係，仍可能具有私權性質。

¹² 參照朱柏松，民事法問題研究—物權法論，臺北：元照，2010 年 3 月，頁 442-443。

¹³ 參照史尚寬，前揭書，頁 12。

¹⁴ 參照立法院公報第 32 會期第 5 期，頁 18-19。

¹⁵ 參照水利法第 18 條第 1 項規定，用水標的之順序如左：一、家用及公共給水。二、農業用水。三、水力用水。四、工業用水。五、水運。六、其他用途。其包含農業用水。

四、公法人之憲法基本權保障問題

憲法基本權之保障，係屬私人對國家公權力之違憲干預(Eingriff)之防禦權（例如結社自由及財產權等個人自由保護；Schutz der Individualfreiheit）或平等權，其保障主體，除自然人外，亦包含法人。原則上，此所謂法人，並未包含公法人（juristische Person des öffentlichen Rechts），其非得以行使前開基本權之適格主體（Grundrechtsträgerschaft）¹⁶，以上見解係就通常情形之原則上論述。惟前述所謂公法人，亦應就其不同類型而分別判斷，並非無例外情形。以德國比較法而言，公法人主要有團體（Körperschaften）（例如鄉鎮(Gemeinden)、公立大學）、營造物（Anstalten）（例如公辦儲蓄銀行；Sparkassen）與公法財團（Stiftung des öffentlichen Rechts）三種類型。如其執行公共任務（Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben），自不具基本權能力（keine Grundrechtsfähigkeit）。但如其係公眾生存預防措施（für die öffentliche Daseinsvorsorge¹⁷）或直接歸屬於基本權所保障之活動領域（Lebensbereich）者，不分私法或公法形式之法人，均得享有其憲法權利。¹⁸

依憲法第 15 條規定，人民財產權，應予保障。其財產基本權主體，係屬人民，解釋上可能難以涵蓋公法人。惟如前所述，農田水利會係屬具有悠久歷史且地域性之團體，在民國 44 年稱之為地方水利自治團體，52 年修正水利法時，因顧及當時各地農田水利之現狀，

¹⁶ 參照 BVerfGE 21, 362 (369) = NJW 1967, 1411; 68, 193, 205 = NJW 1985, 1385; BVerfG NJW 1987, 2501 ff. (法人之基本權能力; Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen)。

¹⁷ 有關公眾生存預防措施之概念與相關討論，參照 Johann-Christian Pielow, Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, JuS 2006, 692ff.; Matthias Knauff, Zurück zur kommunalen Daseinsvorsorge in der Energieversorgung? EnWZ 2015, 51ff.; Matthias Knauff, Die Kommunen als Träger der Daseinsvorsorge, WiVerw 2011, 80ff.-beck-online.

¹⁸ 德國學說上，就直接歸屬於公法人在基本權所保障之活動領域（Lebensbereich），亦即在一定程度內作為個別之受託執行者（Sachwalter），其基本權上自由行使時，亦認為其受到基本權保障。（參照 Peter Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., München: Beck, 2018, C14.）

將之修正為農田水利會，並仍繼續定性為公法人。¹⁹本件判決從日治時期找尋其法源依據時，認為其性質上為公法人而受政府監督、行使公權力等色彩，並認為日治時期臺灣水利組合係以公法人地位單獨享有財產權，而非組合員集體所有，之後將其相關財產，皆定性為公有財產。然此等立論，恐有以偏概全之疑慮！又現代法律雖將之公法人化，惟所謂農田水利會，因往昔所使用概念及各地有不同稱呼，且有關本判決所稱水利組合，僅顯示日治時期之農田水利經營及管理態樣之一，似難以全面性涵蓋此深具長期傳統且各有其不同農田水利制度之發展階段。從農田水利發展史觀察，雖在前述發展階段，曾出現公權力管制之色彩，但從整體發展史而言，其並非當然排斥水利組合具團體性，或依習慣形成總有之可能性。換言之，農田水利會之前身各類型所涉及之財產來源，甚具多樣性，故不宜一概而論，否則亦無庸在 44 年明文修正定性為公法人，以整合當時農田水利歸屬與運用之紛亂情狀。至 52 年修正之前，並非稱農田水利會，是現行法意義之農田水利會，從農田水利發展史觀之，其實不宜將之等同往昔所有農業水利團體。

再從農田水利法第 1 條及立法理由觀之，其涉及農田水利會之改制事宜。其制定新法之目的，在於配合農田水利會組織通則第 40 條第 3 項規定，有關農田水利會改制之資產處理、職員工作權益保障及其他相關事項，由該法規範之。農田水利法之影響範圍，其中攸關農田水利會改制之資產處理，可見其已涉及該團體及提供土地或私人興建相關設施者之財產權問題。再者，同法第 11 條第 1 項規定，該法

¹⁹ 水利法於民國 31 年 6 月 20 日制定（31 年 7 月 7 日公布、32 年 4 月 1 日施行）時，並無農田水利會等用語。於 44 年 1 月 7 日修正（44 年 1 月 19 日公布）第 3 條第 2 項及第 3 項規定，主管機關得視各地方區域之需要，核准設立地方水利自治團體，協助政府推行水利事業。前項水利自治團體為公法人，其組織規程，由省政府擬訂，呈請行政院核定之。此時稱之為水利自治團體，為公法人。水利法於 52 年 11 月 29 日修正（52 年 12 月 10 日公布）第 12 條規定，主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。於此時明定農田水利會之稱呼。

施行前提供農田水利會水利使用之土地，應照舊使用。其係延續農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定，原提供為水利使用之土地，應照舊使用。於其立法理由明示，因考量當時農田水利會在辦理更新改善時如涉及私有土地者，在農田水利會改制後，相關土地如原作水利使用者，均以維持原使用狀況辦理。至於該土地於使用期間稅捐之徵免，於該法施行後依土地稅法規定辦理。又依同法第 26 條規定，農田水利事業作業基金，每年應提撥部分財產處分所得價款，作為價購或承租照舊使用土地之財源，以規範國家對於照舊使用土地取得之義務。以上規定顯示，既有照舊使用之必要，難免有需要維護現狀，繼續使用農田水利會機關化前業已存在，可能形成使用私人土地或設施之法律關係（例如租用或收益租賃（Pacht；賻(pák)）、普通地上權或區分地上權、不動產役權或民法相鄰關係等利用方式），而非全採徵收等取得所有權之利用方式。於此可與前述相呼應者，農田水利會之土地取得及利用關係，隨歷史演變與社會需求，固難免有所調整或變遷，惟其涉及財產來源或水利相關土地使用，亦即人民之結社自由及財產權等基本權，實不應簡化依法律規定而設立之公法人組織，而否定其享有基本權適格之可能性！

另就原有法人組織之機關化時，因其改制而涉及其法人格之團體定性與權利歸屬及利用等問題，亦即其除涉及財產權外，尚包含多數農民因務農而自然形成農田水利之屬人性組織，故其團體之形成，具有人合性質，其所歸屬之農民或其他提供土地者，亦可能涉及結社自由。如前所述，從早期農田水利組合，改為水利自治團體，再變為農田水利會，並非一開始即稱為農田水利會，亦非自始即為公法人。因此，此等政府行為，由行政機關發動，立法機關並呼應，將公法人改制納入公務機關之一部，其中忽視農田水利會之歷史發展與營運效率及其各地習慣差異性，而將全國所有農田水利組織改制納入公務機關。如認其係先改以公法人而再機關化，無涉人民結社自由與財產權問題，實難認為其已符合憲法正當化理由（Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung）！因本件系爭相關規定並非處理公法人資格之取得問

題，而係屬消滅其公法人組織等存立之基礎爭議，如不准許其經由憲法審查，作為救濟管道，藉以審查國家公權力行使，及干預或限制憲法上基本權之正當化理由，尚難符憲法守護者之職責！總之，憲法之審查，如純從制定法所發生權利概念出發，而不更廣泛考量「自然權」或習慣法形成權利或法律上利益保護可能性及將其納入憲法保障範圍（Schutzbereich）之可行性，亦即綜合性體系思考憲法基本權概念，恐有欠周延！於此不但喪失憲法守護者依憲法保障人民基本權之功能，亦且可能忽視憲法之法續造作用！

五、有關暫時處分之問題

從司法院解釋轉型為憲法法庭裁判之發展而言，較少准許暫時處分（Einstweilige Anordnung）之聲請²⁰，此有其個案判斷之考量。因暫時處分須具有防止較重不利後果之急迫性（die Dringlichkeit der Abwehr der schweren Nachteile），憲法訴訟實務上採取較保留之態度。²¹亦即聲請案件繫屬中，憲法法庭須判斷其是否具有避免憲法所保障之權利或公益遭受難以回復之重大損害，且有急迫必要性，而無其他手段可資防免時，得依聲請或依職權，就案件相關之爭議、法規範之適用或原因案件裁判之執行等事項，為暫時處分之裁定，於憲法訴訟法第 43 條第 1 項定有明文。²²本件涉及各地農田水利組織之存立

²⁰ 例如司法院釋字第 585 號解釋，因該件聲請於本案解釋作成前為暫時處分部分，雖非憲法所不許，惟因本案業經作成解釋，已無須予以審酌。另有准許者，例如司法院釋字第 599 號解釋（該解釋則部分准許暫時處分）及憲法法庭 111 年憲暫裁字第 1 號裁定等。

²¹ 如參考德國聯邦憲法院裁判，其亦採取較嚴格准許要件。其中須要判斷該不利後果是否不可回復或極難以改正者（ob die Nachteile irreversibel oder nur sehr erschwert revidierbar sind）。參照 Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungs-gerichtsgesetz, Werkstand: 61. EL Juli 2021-beck-online, BVerfGG § 32 Rn.70ff.; Zuck/Eisele, Das Recht der Verfassungsbeschwerde 6. Auflage 2022-beck-online, Rn.929.

²² 參照該條之立法理由，大法官依據憲法獨立行使憲法解釋及憲法審判權，為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一；且因該制度具基本權利與公共利益重要性，屬法律保留範圍（司法院釋字第 585 號及第 599 號解釋參照）。定暫時狀態之假處分為訴訟法上保全程序之重要規定（行政訴

及人事（即員工任用或會長選任等）等重大變動，如前所述，其仍有既存與私人間之土地及相關設施或財產權之權利歸屬釐清及處理等法律問題。所謂不平則鳴，倘若認為本件系爭相關規定之施行，對於聲請人之權益或臺灣農田水利制度發展不生重大影響，何以農田水利會機關化，引起如此大之社會關注，甚至引發不少反面評論！因此，本件涉及農田水利法之施行所生私益與公益兩者利益衡量²³，如暫緩施行該法，對於公益並非為利益之權衡，惟於權衡作暫時處分之利益與不作成暫時處分之不有急迫影響，但對於相關團體或人員所涉及憲法上保障之權利或利益，具有立刻且急迫之有利結果，更具憲法上重要性。且本席認為，本件如前所述具有違憲之虞，是系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免等情事。因此，於本件裁判宣示前，如不作成暫時處分以定暫時狀態，暫停其組織改制，恐任其進行機關化相關改制工作之推動。其牽涉人民結社自由及財產權等憲法上權利保障，實有准予作成暫時處分之急迫必要性，否則人民之憲法上權利將有不可回復之重大損害。

訟法第 298 條第 2 項、民事訴訟法第 538 條及德國聯邦憲法法院法第 32 條有關暫時處分參照），鑒於釋憲實務上，司法院釋字第 585 號解釋於理由書就暫時處分作成之要件已詳予闡述，且釋字第 599 號解釋復曾就戶籍法作成暫時處分在案，本條乃將上開解釋明文化，明定其聲請要件及裁定之程序。

²³ 參照該條之立法理由，依司法院釋字第 585 號解釋，憲法法庭尚應為利益之權衡，惟於權衡作暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時始得為之。

111 年憲判字第 14 號

第
14
號

憲法法庭判決

111 年憲判字第 15 號

聲請人 一 臺灣雲林地方法院民事庭真股法官

聲請人 二 蘇明信等 7 人（如附表）

訴訟代理人 陳樹村律師

宋瑞政律師

聲請人一為審理臺灣雲林地方法院 101 年度訴字第 158 號排除侵害事件，認所應適用之中華民國 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定牴觸憲法，裁定停止審判，聲請解釋憲法。聲請人二為補償事務事件，認最高行政法院 106 年度判字第 453 號判決，所適用之上開規定有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。本庭判決如下：

主 文

中華民國 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定：「原提供為水利使用之土地，應照舊使用」（109 年 7 月 22 日制定公布之農田水利法第 11 條第 1 項規定：「本法施行前提供農田水利會水利使用之土地，應照舊使用。」意旨相同）。其應照舊使用之土地，如屬人民所有，而未以租用、價購或其他方式取得權源，因其已形成個人之特別犧牲，即應依法徵收，給予相當之補償，並於 3 年內擬定徵收補償相關計畫，籌措財源，俾於合理期限內逐步完成徵收補償，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

理 由

壹、當事人陳述要旨【1】

一、聲請人一為審理臺灣雲林地方法院 101 年度訴字第 158 號排除侵害事件，認應適用之中華民國 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定：「原提供為水利使用之土地，應照舊使用」（109 年 7 月 22 日制定公布之農田水利法第 11 條第 1 項規定：「本法施行前提供農田水利會水利使用之土地，應照舊使用。」意旨相同，下併稱系爭規定），有牴觸憲法之疑義，經

裁定停止審判程序後，於 101 年 8 月 3 日依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨，聲請解釋憲法。聲請意旨略謂：系爭規定於立法時，未斟酌人民所有土地供作水利使用之原因、必要、替代方案及所需費用等具體情況，一概規定應照舊使用，卻未給予人民任何補償，顯有違反憲法第 15 條保障人民財產權之意旨等語。

【2】

二、聲請人二為補償事務事件，認最高行政法院 106 年度判字第 453 號判決，所適用之系爭規定違反憲法，聲請解釋憲法。聲請意旨略謂：系爭規定明定原提供為農田水利使用之土地應照舊使用，致人民就該土地既無法為一般用途使用，亦無法獲得合理之補償，有侵害憲法第 15 條保障人民財產權等憲法疑義。【3】

貳、受理依據【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。查聲請人一於 101 年 8 月 3 日提出聲請、聲請人二於 108 年 8 月 23 日提出聲請，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 款規定決之。核聲請人一之聲請，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符。次核聲請人二之聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請釋憲之要件相符。上開法官及人民聲請案，均應予受理，且涉及系爭規定有無違憲之疑義，具有共通性，爰併案審理。【5】

參、形成主文之法律上意見【6】

一、據以審查之基本權與審查原則【7】

憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（司法院釋字第 400 號、第 732 號、第 747 號及第 813 號解釋參照）。國家將人民所有之特定財產設定為公物，致人民就該財產無從自由

使用收益，基於法治國家之要求，自須具備設定公物關係之權源，如欠缺權源，因其已形成個人之特別犧牲，即應依法徵收，給予相當之補償，始符憲法保障人民財產權之意旨。【8】

二、農田水利用地屬公物，照舊使用係為確保特別重要公益之實現【9】 9

農田水利事業包括農田之灌溉、排水及防洪等，乃農業發展所必需，攸關國家經濟及民生。臺灣農田水利事業由來已久，日治時期，原以民間經營為主之農田水利事業，逐步納入政府公權力範圍，先後設立公共埤圳組合、官設埤圳組合及水利組合等農田水利組織，其經營之模式雖略有不同，但均具有依政府法令設立運作、受政府監督、行使公權力及相關爭議由官廳裁決之公法人或公務機關之特色。日本統治結束前，臺灣各農田水利組織即調整合併為具公法人性質之水利組合。【10】 10

第二次世界大戰結束後，政府接收日治時期之水利組合，幾經變革，迨44年1月19日修正公布水利法第3條規定：「（第1項）本法所稱主管機關，在中央為中央水利主管機關；在省為省政府，在市為市政府，在縣為縣政府。（第2項）主管機關得視各地方區域之需要，核准設立地方水利自治團體，協助政府推行水利事業。（第3項）前項水利自治團體為公法人，其組織規程由省政府擬訂，呈請行政院核定之。」之後，臺灣省政府委員會及臺灣省臨時省議會依上開規定於同年4月間審議通過臺灣省各地農田水利會組織規程，呈奉行政院同年9月17日核准公布施行，臺灣省各地原有水利組織自此一律改定為臺灣省○○農田水利會。又水利法於52年12月10日重加修正，其第12條規定：「（第1項）主管機關得視地方區域之需要，核准設立農田水利會，秉承政府推行農田灌溉事業。（第2項）前項農田水利會為公法人，其組織通則另定之。」依此，農田水利會組織通則乃於54年7月2日制定公布。又鑑於農田水利用地，雖有遠自日治時期，即由農田水利組織依法取得其所有權或使用權者，惟亦有不屬於此情形，而由農田水利組織實際使用者，實施耕者有其田條例臺灣省施行細則第37條規定：「原供被徵收土 11

地灌溉排水使用之水源地、井、溝渠等及其他水利設施，於耕地徵收後，依原利用方式繼續利用，所有權人不得拒絕。」並經臺灣省政府以 42 年 5 月 29 日府建水字第 50502 號令公告農民使用他人之土地為水路者，一律照舊使用，惟最高法院對此有不同判決，為免影響灌溉發生糾紛，乃於 59 年 2 月 9 日修正公布增訂系爭規定（第 1 屆立法院第 44 會期第 20 次會議議案關係文書，院總第 293 號，政府提案第 1030 號；立法院公報，第 59 卷，第 2 期，委員會紀錄，頁 1 至 2 參照）。【11】

按國家為達成行政任務，除層級式行政體制之直接行政外，亦得另設具獨立法人格之行政主體，以間接行政方式為之，惟須有組織法作為設置依據，其業務權責須緊扣設置目的，並受國家監督。又行政任務之達成，除需配置行政人員外，尚須藉助公物，不待贅言。【12】

自 44 年 1 月 19 日修正公布水利法第 3 條及同年 9 月 17 日公布施行臺灣省各地農田水利會組織規程起，農田水利會即為公法人，屬國家間接行政之行政主體，協助政府推行農田水利事業，並受國家監督（54 年 7 月 2 日公布農田水利會組織通則第 31 條第 2 項、第 6 章監督及輔導等規定參照）。由農田水利會興建、管理、養護或改善之農田水利設施及供農田水利使用之土地，設置目的係為促進農田水利事業，於農田水利事業區域內就農田之取水、汲水、輸水、蓄水及排水等灌溉排水事項提供公共使用，其性質自屬公物（農田水利法第 3 條規定參照）。109 年 7 月 22 日制定公布農田水利法，自同年 10 月 1 日施行，農田水利會由公法人改制為行政機關，該法施行前原由農田水利會管理之農田水利設施及供農田水利使用之土地，回歸國家直接行政，改由行政院農業委員會（下稱農委會）管轄（農田水利會組織通則第 10 條、農田水利法第 1 條、第 2 條及第 18 條規定參照），其性質仍屬公物。【13】

按公物係為達成行政目的、實現公共利益而設，於公物關係消滅前，自應維持其運作。農田水利用地既為公物，係推行農田水利

事業所不可或缺者，而與國家經濟及民生息息相關，攸關特別重要公益，且歷經久遠年代未曾中斷作為農田水利之用，除非情事變更，已無繼續作為農田水利之必要而廢止其公物關係，否則即應維持其公物之使用，以確保特別重要公益之實現，是系爭規定明定原提供水利使用之土地應照舊使用。【14】

三、照舊使用人民所有之土地，如未取得權源，即應依法徵收【15】 15

國家將人民所有之土地設定為公物，要求所有權人須容忍其土地 16
地供公共使用，致人民就該土地無從自由使用收益，基於法治國家之要求，應具備設定公物關係之權源，若欠缺權源，因其已形成個人之特別犧牲，即應依法徵收，並給予相當之補償，始符憲法第 15
條保障人民財產權之意旨。【16】

如前所述，依系爭規定照舊使用之土地具公物性質，如屬人民 17
所有者，該人民須容忍其土地供農田水利所需使用，不得為妨礙灌溉之行為（農田水利法第 8 條、第 16 條、第 27 條及第 30 條規定參照），對該土地已無從自由使用收益，致其財產權遭受嚴重限制。依法治國家之要求，就人民之土地設定為供農田水利照舊使用之公物，應具備設定公物關係之權源。為供農田水利設施照舊使用之土地如原已具備設定公物關係權源，自不生問題，否則即應以租用、協議價購或其他方式取得權源（農田水利法第 9 條及第 26 條規定參照）。若未能取得權源，因其已形成個人之特別犧牲，即應依法徵收，給予相當之補償，並於 3 年內擬定徵收補償相關計畫，籌措財源，俾於合理期限內逐步完成徵收補償，始符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。【17】

四、併此指明【18】 18

根據農委會統計，農田水利設施使用他人土地共計約 6,171 公 19
頃，其中符合系爭規定之無償照舊使用他人土地者，共計約 5,932 公頃，包括公有土地約 2,624 公頃、公營事業土地約 397 公頃、私有土地約 2,911 公頃；以 105 年公告現值估計共計約 1,732 億元，除公有土地約 810 億外，公營事業土地（約 50 億）及私有土地（約 872 億）

合計約 922 億（農委會 106 年 6 月 6 日農水字第 1060082614 號函參照）。農田水利會改制後，農委會農田水利署要求所轄各管理處辦理農田水利事業作業基金資產處分案件，須依農田水利法第 26 條規定提撥所得價款百分之十，辦理照舊使用土地之承租或用地取得。惟自 104 年起至 110 年止，以承租或價購方式處理者已支出合計約 4 億 4,692 萬元，其中於改制後承租土地約 1,096 萬元、價購土地約 2 億 548 萬元，而照舊使用土地之用地取得專戶餘額僅約 18 億 5,959 萬元（農委會 111 年 4 月 29 日農授水字第 1116022467 號函及 111 年 8 月 3 日農授水字第 1116025114 號函參照）。對照之下可見，依系爭規定照舊使用土地之權源取得緩慢、成效有限，且照舊使用土地之用地，專戶餘額不足，顯然無法因應照舊使用土地之承租或用地取得所需。有鑑於此，主管機關應訂定期限，積極籌措財源，或思考以全部徵收所有權以外之其他方式取得權源之可行性，盡速完成照舊使用土地之權源取得，俾符合憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。【19】

又依系爭規定照舊供農田水利使用之人民所有土地，僅能作農田水利目的之使用、須遵守最小侵害原則（不得妨礙土地所有權人 20 無礙於農田水利使用之權利行使），且其現況是否仍供農田水利使用或有無其他替代方案，為落實人民財產權之保障，主管機關應就具體情況通盤檢討，如已無繼續作為農田灌溉排水使用之必要，應即辦理公物之廢止事宜。【20】

中 華 民 國 111 年 8 月 12 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 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

本判決由許大法官志雄主筆。

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、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 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：黃大法官虹霞提出。

蔡大法官宗珍提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 戴紹煒

中 華 民 國 111 年 8 月 12 日

附表：聲請人年籍資料詳表

編 號	聲 請 人 類 別	自 然 人 姓 名 或 法 人 名 稱
1.	聲請人一	臺灣雲林地方法院民事庭真股法官
2.	聲請人二	蘇明信
3.		蘇政誠
4.		葉進昌
5.		蘇家慶
6.		葉進順
7.		葉素惠
8.		葉素華

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

**抱歉，遲到的正義！請再給政府幾年籌措徵收補償款時間
苦民所苦！**

農田水利雖然是特別重要公益，但長期照舊使用、強制佔用人民土地，未依徵收規定予人民適當補償，也未付使用對價，實在有違公道。本庭收到釋憲聲請多年，終於可以趁審理第 14 號案同時併處理本案，鬆口氣稍稍放下不安，但還是應該先說聲抱歉，正義遲到了。

又本件判決雖然礙於農田水利特別重要公益之維護，而未即宣告農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段照舊使用之規定違憲，致只是一半正義，人民未能逕因本件判決請求還地或取得徵收補償請求權，即本件聲請人一尚不能依本件判決意旨為有利於審理案件原告之裁判；聲請人二也不能據本件判決，就其確定終局裁判提起再審之訴，或直接請求主管機關徵收補償。但是確有不得已之其他特別重要公益考量，至少與司法院大法官釋字第 400 號解釋（迄今無法落實解釋意旨）相較，本件判決除於理由四、併此指明欄已對主管機關作具體明確之要求外，另主文明確記載主管機關應：「於 3 年內擬定徵收補償相關計畫，籌措財源，俾於合理期限內逐步完成徵收補償」，主管機關不能再無止盡推拖，不予徵收補償。大法官們苦民所苦，已經由本件判決更進一步保障人民之財產權！主管機關有義務及責任，應依本件判決主文處理；也請本同理心，苦民所苦！

本席當然贊同本件判決認應予人民適當補償之主文結論，但對於理由仍有下列幾點認為應予補充：

一、本席以為光是「公物」一點不足以作為照舊使用規定合憲之依據

（一）為公法人之農田水利會所有之農田水利設施為公物，可以接受。但其所在之私人土地，在法律上為不同之物，私人土地不可能因而成為公物。

(二)但是農田水利設施涉及特別重要公益是事實，本件判決理由第14段已另論及特別重要公益之保護，加上課政府應依法徵收，給予人民適當補償義務，是可認為照舊使用規定對私地所有權人財產權之限制，於此範圍內，尚合於比例原則，難謂照舊使用規定違憲。

(三)本件判決末段並已諭知：僅能作農田水利目的之使用（比如不能佔用挪作養殖等用途使用或收益）、應遵守最小侵害原則（比如設定區分地上權已足供農田水利之用者，不能要求為越該必要範圍之使用）、無繼續使用者應即廢止使用並還地予民等。政府均應遵照辦理，否則應受有權機關之監督。

二、本件判決理由第19段引農委會之答辯資料，稱全部照價徵收者，單以土地公告現值計算，民地部分即需約872億元，而基金顯然不足部分，固有依據。惟：時代已然不同，捷運、高速路……都已經有很多通過他人建築物下方、土地上方、場站聯合開發之例！人車走的路可以用區分地上權等方式以較低對價取得需要之土地使用權源，水走的路為何必須「上窮碧落下黃泉」，全面使用、徵收所有權全部？又既然農田水利設施已屬國有，則非不可立法使其所在部分土地，准作為建築基地之法定空地，照舊使用同時，融入景觀設計，其容積率也可原地使用，對地主言未受使用、收益不利益，政府因之可能不必另為金錢補償；另因容積原地使用，與容積移至他區使用相較，對當地交通、環境相對友善。

三、既成道路問題似也可同樣處理！樓可跨過道路上空，事例所在多有！

四、總之，官門好修行！動動腦，苦民所苦，解決不公義事，大家都有責任，對於既成道路、農田水利用地照舊使用私人土地等實質「強佔」人民財產行為，不可再以沒錢、沒預算推拖。相較於給予優惠福利，對人民權利侵害補償，應更優先處理，這是政府之當為！

協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

本件聲請案係屬法規範憲法審查案件，審查標的則為 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定（即系爭規定）：「原提供為水利使用之土地，應照舊使用。」此一規定係就 59 年 2 月 9 日修法前已提供為水利使用之土地，明定應照舊使用，亦即應繼續提供水利使用。究其意旨，係為利通水灌溉，並維持農田灌溉系統之完整性，乃屬憲法上極重要之公益。其中屬私有土地者，其所有權權能固因此受到減損，惟基於農田灌溉之極重要公益，系爭規定就原提供水利使用之土地，課予其應繼續配合農田水利灌溉需求之社會責任。基於憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，此等課予人民財產權社會責任之規定，亦應受憲法第 23 條比例原則之檢驗。因系爭規定係為追求憲法上極重要公益，適用範圍亦僅針對 59 年 2 月 9 日前即已提供為水利使用，亦即早已納入農田灌溉系統之土地，且不分公、私有土地均有系爭規定之適用，並非僅針對私有土地施以限制。此外，年代久遠前即已形成之農田水利灌溉用地持續照舊使用者，意味著該土地相關之農田水利灌溉環境與條件並未改變，則該土地分擔農田水利灌溉之社會責任即有其必要，國家亦另給予免徵土地稅捐以為補償。整體而言，系爭規定對私有土地所設定之社會責任，尚難謂違反憲法第 23 條比例原則，而逾越財產權社會責任之合理範圍。

應強調的是，系爭規定未違反比例原則之要求而不牴觸憲法財產權之保障，並不影響國家建立相關徵收補償或損失補償法制，就照舊使用之私有土地依法予以補償。

憲法法庭判決

111 年憲判字第 16 號

聲 請 人 臺灣新北地方法院刑事第十七庭

上列聲請人因審理違反毒品危害防制條例案件，認應適用之刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分之規定牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，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，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。 1
- 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法；自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 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；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。 2

理 由

- 壹、當事人陳述之要旨等【1】 1
- 一、聲請人因審理臺灣新北地方法院 102 年度簡上字第 615 號違反毒品危害防制條例案件，認應適用之刑事訴訟法第 205 條之 2 2

關於採取尿液部分之規定牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序，提出本件聲請。【2】

二、聲請意旨略謂：刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」（下稱系爭規定）其文義過廣，授權檢察事務官、司法警察官或司法警察〔下併稱司法警察（官）〕對經依法拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告（下稱受合法拘捕者），得違反其等意思強制導尿，傷害其人性尊嚴甚鉅，又無任何及時或事後之救濟途徑，有違法律明確性原則，並違反憲法正當法律程序原則及憲法第 23 條比例原則，牴觸憲法第 22 條保障隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨。【3】

貳、受理依據【4】

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。查本聲請案係於中華民國 103 年 9 月 25 日繫屬，其受理與否，應依憲法訴訟法修正施行前之規定，即司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件定之。經核本件聲請，與上開要件相符，爰予受理。【5】

參、形成主文之法律上意見【6】

一、本件所涉基本權利與審理原則【7】

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，為自由民主憲政秩序之核心價值，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，隱私權乃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，所不可或缺之基本權利；其中之個人自主控制個人資料之資訊隱私權，係為保障人民就是否揭露其個人資料及揭露之對象、範圍、時間、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）；此外，人民免於身心受傷害之身體權，旨在確保個人對自我身心之完整有不受侵犯之權利，亦屬憲法第 22 條所保障之基本權利（司法院釋字第 689 號解釋及本庭 111 年憲判字第 1 號判決參照）。【8】

又國家基於公益之必要，雖非不得立法以限制人民身體權之方式，強制取得人民之個人資訊，惟其除須符合憲法第 23 條所定要件外，尤須具備必要之正當法律程序；至其所應踐行之必要程序，除人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會外，亦應取決於所涉基本權之種類、案件涉及之事物領域、侵害基本權利之強度與範圍、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（司法院釋字第 689 號及第 710 號解釋參照）。【9】

二、系爭規定係就非侵入性方式採取尿液而為規範【10】 10

系爭規定所涉及之採尿取證行為，係為取得犯罪之證據，認定 11
犯罪相關事實，對人之身體產生之尿液進行採集之取證行為，屬對身體採樣之身體檢查處分（如刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1 及第 205 條之 1 之規定），與刑事訴訟法第 1 編第 11 章所定之搜索同具有強制處分之性質，即本質均在蒐集證據以釐清犯罪事實之有無，俾利決定是否追訴犯罪。而就採尿之方式觀之，違反受採尿者意思採取其尿液，其方式可大別為侵入性與非侵入性方式兩大類。侵入性方式之採尿，係由第三人以侵入身體之器具，強行採取受採尿者體內之尿液（例如將導尿器具插入人體內以強制導尿）。非侵入性方式之採尿，則係於受採尿者自行解尿後予以採集，其如屬違反受採尿者意思為之者，具體實施方式，通常係受採尿者受制於採尿人員可得支配之實力範圍下，因採尿人員之要求，而自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液。【11】

由於尿液蘊含足資辨識個人行為與生活方式之個人資訊，例如體 12

內毒品濃度之閾值（濫用藥物尿液檢驗作業準則第 15 條規定參照），而屬個人資訊之載體，所採取之尿液亦得依法予以檢測，進而為後續之評價利用，因此尿液中所蘊含之個人資訊受有為第三人所知悉之危險，並使受採尿者喪失對其個人資訊之自主控制權，且尿液檢測結果又可作為相關犯罪之證據，因此，上述兩種違反受採尿者意思之採尿方式，就取得受採尿者之尿液作為犯罪之證據而言，其對受採尿者之資訊隱私權之侵害程度，雖無本質之不同，惟侵入性方式之採尿，因係以器具侵入受採尿者之身體私密部位以採集尿液，除令受採尿者裸露私密部位，嚴重侵害其等個人私密領域之隱私權外，更使受採尿者之身體受到實施採尿者之操控，且須忍受異物侵入體內，可能產生精神上屈辱感及心理創傷，致嚴重侵害受採尿者免於身心受傷害之身體權，甚至可能危害其身心健康。【12】

從而，縱憲法上允許於實現國家刑罰權之特別重要公益所必要 13
範圍內，以侵入性方式採尿取證，然就其嚴重侵害受採尿者之基本權而言，授權受檢察官指揮（命令）或協助檢察官偵查犯罪之司法警察（官）（法院組織法第 66 條之 3、刑事訴訟法第 228 條至第 231 條規定參照），作為以侵入性方式採取尿液之強制處分主體，顯非合理、正當之程序規範。是系爭規定使司法警察（官），得違反受合法拘捕者（刑事訴訟法第 75 條、第 76 條、第 87 條、第 88 條及第 88 條之 1 規定參照）之意思採尿取證，如係以侵入性方式為之者，並不符憲法正當法律程序原則之要求。況由刑事訴訟法第 205 條之 2 規定中與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液，可知，系爭規定所稱之採取尿液，解釋上應與同條文所定其他標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照同屬涉及身體採樣取證，但其實施須經審判長、受命法官或檢察官許可之刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之。因此，系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包含以侵入性之手段為之者，其係就非侵入性方式採

取尿液而為規範。【13】

三、系爭規定所規範之非侵入性方式採尿取證，違反憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨【14】

違反受採尿者意思之非侵入性方式採尿取證行為，若係於受採尿者經合法拘提或逮捕後所進行，雖對其等受限制之人身自由原則上並未構成額外之限制，但仍對受採尿者受憲法第 22 條保障之資訊隱私權構成限制，已如前述；且以非侵入性方式採取尿液，受採尿者自行解尿係因採尿人員之要求，並在受制於採尿人員可得支配之實力範圍內，受到外力制約所致，即使於實施過程中採尿人員未對受採尿者施以強制力（如強行灌水等），亦未令其等困窘、難堪，且因受採尿者係自行排尿，對其等身體健康通常尚無不利之虞，然均已使受採尿者身體自主控制權受到制約，其等受憲法第 22 條保障之免於身心受傷害之身體權因而受到限制，僅不若以侵入性方式採尿嚴重。是非侵入性方式之採尿取證程序，仍應具備必要之法律程序，以符合憲法正當法律程序原則之要求；而是否符合憲法正當法律程序原則之要求，則應審酌系爭規定之採尿取證目的、作用與影響等因素，尤應考量非侵入性之採尿方式對受採尿者受憲法保障之資訊隱私權與身體權之侵害程度，以及相關刑事取證程序之要求。【15】

司法警察（官）依系爭規定，以非侵入性方式違反受合法拘捕者意思採尿取證，其目的，主要係為於犯罪調查程序之初，檢測受合法拘捕者體內是否有毒品陽性反應，以判定其是否涉及違法施用毒品或違法毒駕等行為。因此，採尿檢測之結果，即有可能成為施用毒品（毒品危害防制條例第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 11 條之 1 第 2 項規定參照）或毒駕犯罪（刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款規定參照）處罰之證據，是系爭規定乃刑事偵查階段蒐證方式之一種。從而，系爭規定所應具備之正當法律程序，原則上即應與法律屬性相近之其他刑事蒐證方式之必要程序相當。而系爭規定既涉及人體自然解出之尿液，性質上屬對身體採樣之身體檢查處分之一種，已

如前述，因此，系爭規定之採尿取證，即應踐行與同具強制處分性質之身體檢查處分程序相當之法律程序，始符憲法正當法律程序原則之要求。若非如此，則刑事訴訟程序就搜索或身體檢查處分所設正當法律程序之要求，即可因系爭規定而遭規避或脫免，同時亦變相剝奪受合法拘捕者原應享有之相關刑事正當程序之保障。【16】

惟考量人體尿液檢體，雖亦蘊含體內毒品濃度之閾值等個人資訊，因而亦受憲法資訊隱私權之保障，但人體尿液並不如血液般蘊含大量個人生物特徵識別資料，其對受採尿者憲法上資訊隱私權之侵害程度，實不若強制採檢血液之情形；且以非侵入性方式違反受採尿者意思採尿，對受採尿者之免於身心受傷害之身體權造成限制，其嚴重程度實遠不及以侵入性方式所為者。再者，檢察官主要任務係在犯罪之偵查及公訴權之行使，犯罪證據之蒐集為其中不可或缺之一環，因此檢察官依法有指揮司法警察（官）偵查犯罪之權（刑事訴訟法第 230 條第 1 項及第 231 條第 1 項規定參照），而司法警察（官）就犯罪調查之情形並應主動或應要求報告該管檢察官（刑事訴訟法第 228 條第 2 項、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及第 231 條之 1 規定參照）。是賦予檢察官以非侵入性且對受採尿者身體健康無虞方式之採尿取證權限，就個案具體情狀，決定是否違反受採尿者之意思採尿取證，尚符合憲法正當法律程序原則之要求。【17】

至司法警察（官）為調查犯罪及蒐集證據，對受合法拘捕者，有違反其等意思採取尿液作為犯罪證據之必要，固得於受合法拘捕者之人身自由已受合法留置之限制下，經事前報請檢察官發動職權，核發鑑定許可書（刑事訴訟法第 205 條之 1 規定參照），以非侵入性且對受合法拘捕者身體健康無虞之方式採尿取證。惟權衡國家刑罰權之實現、犯罪訴追對個案法益之保護、司法警察（官）於犯罪偵查程序之地位及職權（刑事訴訟法第 229 條至第 231 條規定參照），亦非不得視採尿取證對受採尿者如上述之基本權侵害情形，暨情況急迫程度等因素，例外授權司法警察（官）於調查犯罪及蒐

集證據而干預基本權之必要範圍內，違反受合法拘捕者意思，以非侵入性且對其等身體健康無虞之方式，採尿取證；但於採取尿液後，仍應有事後監督及權利救濟機制，以符合憲法正當法律程序原則之要求。【18】

查司法警察（官）依刑事訴訟法第 230 條第 2 項及第 231 條第 2 19 項規定，知有犯罪嫌疑應即開始調查，而為偵查程序之順利進行及有效取得認定事實之證據（立法院公報第 92 卷第 8 期院會紀錄第 2051 頁參照），系爭規定乃例外授權司法警察（官）於「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」及「有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據」之情形下，無須令狀或許可，即得違反受合法拘捕者之意思，以非侵入性方式為採尿取證之強制處分。由於系爭規定係針對經司法警察（官）拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告所為，其實施之時點，乃司法警察（官）調查犯罪之初始階段，而得自人體尿液檢測出生理跡證或其他檢測數值，可檢測時間有其時限，且如毒品濃度之閾值，尚受施用劑量、頻率、施用方式、飲水多寡、個人體質及其代謝情況暨檢測方法等因素之影響（衛生福利部食品藥物管理署即原行政院衛生署管制藥品管理局 97 年 12 月 31 日管檢字第 0970013096 號函參照）。【19】

從而，為偵查程序之順利進行及有效取得認定事實之證據，於 20 有非即時採尿否則無法有效保全證據之急迫情況，自得例外賦予司法警察（官）以非侵入性方式採尿取證之強制處分權限，且於採尿後，於一定期限內陳報檢察官許可，檢察官並應得於事後予以撤銷，以保障受採尿者之資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。此外，司法警察（官）以非侵入性方式採尿既具有強制處分之性質，則受採尿者作為受處分人之身分，自應享有依法向法院請求救濟之機會，始符合憲法正當法律程序原則之要求。故系爭規定未區分是否有非即時採取尿液，否則無法有效保全證據之急迫情況，即例外授權司法警察（官）無須令狀或許可，得違反受合法拘捕者意思採尿取證，並欠缺須經檢察官事後審核監督之機制，以及受採尿者事後

權利救濟途徑等權利保障之程序規定，與前述限制資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權所應具備之正當法律程序不合。【20】

四、本庭判斷結果【21】 21

綜上所述，系爭規定係就司法警察（官）以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不分情況是否急迫，事前既未經該管檢察官許可，事後亦無任何陳報該管檢察官之監督查核程序，且對受採尿者亦無提供任何權利救濟機制，不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，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，已依上開規定採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理。【22】 22

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至完成修法前，司法警察（官）依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 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；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。【23】 23

中 華 民 國 111 年 10 月 14 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：

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、 吳大法官陳鰲、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（部分不同意）、 蔡大法官明誠（部分不同意）
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 吳大法官陳鰲、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（部分不同意）、 蔡大法官明誠（部分不同意）

【意見書】

協同意見書：林大法官俊益提出，吳大法官陳鰲、蔡大法官宗珍加入。

黃大法官瑞明提出。

呂大法官太郎提出。

蔡大法官宗珍提出，林大法官俊益加入。

部分不同意見書：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 高碧莉

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

協同意見書

林俊益大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

蔡宗珍大法官 加入

壹、前言

本判決宣告：刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液（下稱採尿）部分之規定，即：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」（下稱系爭規定），涉及限制人民之**資訊隱私權**及**身體權**，違反**憲法正當法律程序原則**之要求。關於限制人民基本權部分，本席僅贊同限制資訊隱私權部分，不贊成限制身體權部分。基於第 1 項主文採包裹式表決，本席不得已按下同意票。至於主文第 2 項，本席完全贊同，但對判決理由關鍵部分之論述，本席並不贊同！

系爭規定應如何解釋適用，本屬專業法院的職權¹。最高法院對系爭規定之採尿，往昔雖有不同見解²，惟受到學者³著文批評的影響，最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決，改採合憲性限縮解釋，認為系爭規定應僅限於非侵入性方式採尿，並不包括侵入性方式採尿（例如強制導尿）。自此之後，最高法院此一見解，在實務上已成為通說⁴，並無法律適用之疑義。實務上，司法警察（官）將經拘提或

¹ 關於系爭規定如何解釋及適用，詳見最高法院 100 年度台上字第 3292 號刑事判決。

² 最高法院 99 年度台上字第 40 號及第 7407 號刑事判決，認為刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之採尿，得以侵入性方式為之。

³ 請參閱，朱石炎，刑事訴訟論，三民書局，2007 年 9 月，頁 236 謂：「得依第 205 條 2 規定，實施該條所定各種**非侵入性**之採證行為。」李佳玟，〈急診室中的強制導尿—簡評最高法院 99 年度台上字第 40 號判決〉，台灣法學雜誌第 158 期，2010 年 8 月 15 日，頁 223-227。

⁴ 可最高法院 109 年度台上字第 3154 號、109 年度台上字第 543 號、108 年度台上字第 4288 號、108 年度台上字第 3187 號、107 年度台上字第 2760 號刑事判決參照。

逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告（下稱受拘捕者）移至醫院，請醫師以侵入性方式採尿之案例，可謂微乎其微，縱有此事，大抵係事先依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定⁵，聲請該管檢察官核發鑑定許可書而為⁶。縱或發生以侵入性方式採尿之違法案例，實務上⁷，法院會以其採尿違反刑事訴訟程序規定，其所採之尿液及尿液所衍生之鑑定報告，均無證據能力，判決被告無罪⁸。是以在最高法院 103 年台上字第 447

⁵ 最高法院 95 年度台非字第 102 號刑事判決認為，鑑定許可之聲請，固應以鑑定人為聲請人，然法官或檢察官亦得本於職權之行使，主動為鑑定採樣取證之許可非必待鑑定人聲請，比乃法理所當然。

⁶ 臺灣基隆地方法院 106 年度簡上字第 196 號刑事判決、臺灣苗栗地方法院 98 年度訴字第 262 號刑事判決所適用之案例，均係事先依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，聲請該管檢察官核發鑑定許可書而為。

⁷ 最高法院 108 年度台上字第 2817 號判決謂：「若不符合上揭強制採尿及自願性同意採尿，而取得尿液之情形，為兼顧程序立義及發現實體真實，則由法院依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷其證據能力。」

⁸ 例如，最高法院 108 年度台上字第 427 號刑事判決、109 年度台上字第 4560 號刑事判決及臺灣新北地方法院 103 年度簡上字第 436 號刑事判決，可資參考。另，臺灣宜蘭地方法院 108 年度易字第 432 號刑事判決，即認該尿液及鑑定報告無證據能力。該判決理由略以：……堪認被告於醫院急診室內並非自然排泄，而係由醫療專業人員對被告身體進行侵入性採集尿液方式，此種對被告進行侵入性強制採尿之依據應為刑事訴訟法第 205 條之 1，並應依照同法第 204 條之 1 規定由檢察官核發由醫療人員進行侵入性強制導尿採取排泄物之鑑定許可書為之，非得依據被告先前簽立之採尿同意書即可強制進行此種「侵入性之強制採尿」。故本件員警於被告因身體不適送至醫院急診室由醫師進行強制導尿以取得被告尿液，已與法定程序相違。……為導正警方偵辦此類犯罪之正確觀念，確實遵守法定程序，避免日後再以違法方式取得證據，並綜合本件侵害被告權益之種類及輕重、犯罪所生之危險或實害，暨證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，本件犯罪所生危險與欲保護之公共利益並未明顯優先於被告個人身體自主權及隱私權之保護，而此項證據取得之違法，對被告訴訟防禦上之不利益至為重大，且本件被告係於騎乘機車時遭警方攔查且未查得任何毒品有關之違禁品即遭警才帶回警局製作筆錄，並要求採尿，並無符合毒品危害防制條例第 25 條、刑事訴訟法第 205 條之 2 所定得強制採尿之規定，是偵查人員依照法定程序並無發現此項證據之必然性，因此，本院認本件警方違背法定程序取得之被告尿液檢體無證據能力，不得執為認定被告犯罪事實之依據。又本件鑑定機關即慈濟大學濫用藥物檢驗中心檢驗總表、應受尿液採驗人尿液檢體採集送驗記錄（檢體編號 Z00000000000）各 1 份，因鑑定之標的物即

號判決之後，本件法官提出本件釋憲聲請，似無必要，本席爰認本件釋憲聲請應不受理。然多數意見仍認本案應予受理，本席認大法官願意從憲法正當法律程序原則，強化人民資訊隱私權之保障，提升警察憲法意識，也是美事一樁，本席亦樂觀其成，爰就相關重要爭點，提出協同意見書，以就教於方家。

貳、原因事實

本件原因事實，在實務上極為少見，卻在司法警察與檢察官聯繫、溝通不甚充分詳盡之情況下，發生本件憾事！

本件釋憲案之原因事實，涉及犯罪嫌疑人有無施用第二級毒品之蒐證程序。其事實經過如下：犯罪嫌疑人陳○○（曾施用毒品，經檢察官處分緩起訴中，有毒品前科）之妻於中華民國 101 年 3 月 23 日下午前往三重分局永福派出所報案，請求警方協助阻止其夫繼續吸毒。警方隨即前往其住宅搜索，經妻之同意而進入屋內臥室搜索，在臥室垃圾桶內搜得分裝杓（內有殘渣）3 個及玻璃球口及食器（已使用、內有殘渣）1 組，警方乃於下午 13:30 依刑事訴訟法第 88 條規定以準現行犯逮捕犯罪嫌疑人，帶回派出所。警方於下午 16:00 至 16:48 詢問犯罪嫌疑人，犯罪嫌疑人全盤否認有何犯行（日落後日出前之夜間時段，刑事訴訟法禁止詢問），司法警察於同日晚上 21:01 以「請示報告書」（內載犯罪事實、證據及所犯法條）請示該檢察官「是否予以強制採集尿液（導尿）？」檢察官於晚上 21:35 傳真「批示回傳單」給警方指示如下：「一、如犯嫌有方片也用毒品前科或為毒品管制人口，請依毒品危害防制條例規定，採驗尿液實施辦法第 11 條強制採尿；二、如扣案之物均為犯嫌所有，且供施用毒品之用，亦得由被告自行採尿」，司法警察認犯罪嫌疑人確實有施用毒品前科，遂依

被告採集之尿液檢體，並非符合法定程序或經被告同意而獲取之，此份尿液檢驗總表與先前違法情形，具有前因後果之直接關連性。經斟酌前述侵害被告基本人權之種類及其輕重、犯罪所生之危險或實害、禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果等因素綜合考量後，認仍應排除此尿液檢驗總表之證據能力，而不得作為認定被告犯罪之證據。

檢察官指示，帶同犯罪嫌疑人至醫院進行強制導尿。翌日上午 9:10 將犯罪嫌疑人移送至臺灣新北地方檢察署。尿液經司法警察依事先檢察官概括授權函，送請有關機構鑑定，發現有第二級毒品安非他命、甲基安非他命陽性反應，有鑑定報告附卷。法院審理案件中，被告抗辯採尿過程不合法，尿液鑑定報告無證據能力。

本案之爭點如下：司法警察帶同犯罪嫌疑人至醫院進行侵入性採尿行為，其依據究係刑事訴訟法第 205 條之 1 規定之採尿？或係刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之採尿？因該管檢察官未依刑事訴訟法第 205 條之 1 規定核發鑑定許可書，自不符合該條之規定。本件司法警察經請示檢察官是否予以強制採集尿液（導尿）？經檢察官批示回傳單，指示「如犯嫌有施用毒品前科，請依毒品危害防制條例規定、採驗尿液實施辦法第 11 條⁹得強制採尿」司法警察乃以犯罪嫌疑人有施用毒品前科，強制帶同犯罪嫌疑人至醫院，由醫師採集尿液。本件確實係侵入性採尿，但問題出在檢察官並未核發鑑定許可書，顯然司法警察誤會檢察官之批示。倘若司法警察與檢察官多一些聯繫、溝通，向檢察官聲請核發鑑定許可書，通常類此情形，檢察官也會核發，但本案司法警察就是少了這項聯繫、溝通、確認程序，導致整個採尿程序違反法定程序，被法官聲請釋憲。

參、系爭規定之立法始末

一、司法院 77 年間研議第 205 條之 2 規定：「司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要而情況急迫時，得違反犯罪嫌疑人之意思為前條第 1 項之行為。但應即報請檢察官。」¹⁰認

⁹ 採驗尿液實施辦法第 11 條規定：「（第 1 項）應受尿液採驗人經合法通知而無正當理由不到場，或到場而拒絕採驗者，警察機關或執行保護管束者得報請檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）許可，強制採驗。但有正當理由，並經警察機關或執行保護管束者同意者，得另定期日採驗。（第 2 項）前項強制採驗，須強制到場者，由警察機關協助執行到場。但不得逾必要之程度。（第 3 項）第 1 項強制採驗之執行結果，應通知許可強制採驗之檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）。」

¹⁰ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（四），司法院秘書處，77 年 6 月，頁 703。

為司法警察（官）於情況急迫時，得為採尿之鑑定必要處分，但應事後陳報檢察官監督查核。嗣該條文仍經不斷研議，於 90 年間，上開條文調整為：「司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，得違反犯罪嫌疑人之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予照相，測量身高或類似之行為；**情況急迫時**並得採取其毛髮、唾液、尿液、聲音或吐氣。」¹¹意旨相同，但無事後陳報機制。嗣司法院與行政院會銜而提出之條文，經調整為：「司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，得違反犯罪嫌疑人之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予照相，測量身高或類似之行為；**情況急迫時**，並得採取其毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣。」目的在於「防止證據滅失或消失，有害真實之發見，以利犯罪調查之進行」¹²。

二、立法院審議時，為免適用範圍過於廣泛而不當侵害人權，遂加上「拘提或逮捕」之要件，惟刪除「情況急迫」而代之以「有相當理由」。最後三讀通過條文之立法理由稱：「事關偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，爰增訂本條，以為執法之規規範。」¹³

三、最後完成立法之規定為：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」

四、從 77 年研議之初，第 205 條之 2 規定：「司法警察官或司法警

¹¹ 司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十三），司法院秘書處，90 年 11 月，頁 1941。

¹² 立法院公報，第 91 卷第 45 期第 3241 號，一冊，頁 16-17。

¹³ 立法院公報，第 91 卷第 66 期第 3262 號，上冊，頁 4；第 91 卷第 67 期第 3263 頁，上冊，頁 5；第 91 卷第 73 期第 3269 號，頁 179。

察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要而**情況急迫時**，得違反犯罪嫌疑人之意思為前條第1項之行為。但應即報請檢察官。」可知，研議之初，第205條之1規定與第205條之2規定併列，且採樣內容均相同，均為鑑定必要處分。第205條之1規定係規範通常情形，有鑑定之必要，事先經檢察官許可；第205條之2規範情況急迫時，有蒐集證據之必要，事後報請檢察官。符合一般正當法律程序原則與例外之要求。倘若立法院審議之初，依司法院與行政院會銜提案版本通過（情況急迫＋事後陳報），或許就沒有本件之聲請釋憲案！

肆、系爭規定係僅就非侵入性方式採尿而為規範之理由

於進行系爭規定之違憲審查前，首應釐清系爭規定所稱「採取尿液」一詞之法規範意涵，此涉及法律解釋問題，應以法律解釋方法論定之。自文義解釋觀之，系爭規定所稱「採取尿液」，固可能包括「侵入性方式採尿」（即以導尿管侵入身體導出尿液，或稱強制導尿）及「非侵入性方式採尿」（即待人體生理反應自然解尿而採取之，或稱自然解尿）二種措施。惟本席認為，系爭規定應僅係就非侵入性方式採尿而為規範，其理由如下：

一、首就刑事訴訟法賦予司法警察（官）之調查犯罪及蒐集證據權限之強制處分體系而觀

司法警察（官）固得因知有犯罪嫌疑而主動開始調查（刑事訴訟法第230條第2項及第111條第2項規定參照），亦得依檢察官命令而調查犯罪及蒐集證據（刑事訴訟法第228條第2項規定參照），然司法警察（官）僅得為限制人民基本權**比較輕微之通知**犯罪嫌疑人或證人到場詢問（刑事訴訟法第71條之1條、第196條之1、第43條之1規定參照）。至於限制人民基本權**相對嚴重**之拘提、逮捕、搜索、扣押等剝奪人身自由或限制人民隱私權、財產權之直接強制處分行為，**通常情形下，原則上，司法警察（官）無決定權**，只有依檢察官（長）或法官核發之拘票、通緝書、搜索票或扣押裁定，始得執行之。至於例外遇有急迫情況時，司法警察（官）固得先行為緊急拘提、緊

急搜索、緊急扣押、附帶扣押（刑事訴訟法第 88 條之 1、第 131 條、第 133 條之 2、第 137 條第 1 項規定參照），惟刑事訴訟法均有事後監督審核機制（刑事訴訟法第 88 條之上第 2 項、第 131 條第 4 項、第 133 條之 2 第 4 項及第 137 條第 2 項規定參照）。依刑事訴訟法授權司法警察（官）調查犯罪及蒐集證據權限之**強制處分體系觀之**，系爭規定，既無明文規定情況急迫，亦無規定事後監督審核機制，自應回歸通常情形，立法者應無意授權司法警察（官）得逕為限制人民基本權較諸搜索更為嚴重之侵入性方式採尿措施。

二、次就刑事訴訟法第 2 必條之 2 規定併列各種採樣標的而觀

刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，……有相當理由認為採取**毛髮、唾液、聲調或吐氣**得作為犯罪之證據時，並得採取之。」與尿液併列之其他採樣標的，諸如**毛髮、唾液、聲調或吐氣**，均無須以器具作穿刺性之採取方式即得為之，是以就同一條文內併列之採樣標的而觀，系爭規定之採尿，應僅就非侵入性方式採尿而為規範，並不包括以導尿器具侵入人體而為侵入性方式採尿。

三、再就刑事訴訟法第 205 條之 1 與第 205 條之 2 規定併列而觀

刑事訴訟法第 1 編「總則」第 12 章「證據」第 3 節「鑑定及通譯」內併列第 205 條之 1 規定及第 205 條之 2 規定，二者均有採取排泄物（尿液）與採尿之規定，二者均為鑑定之前置措施，目的均在鑑定尿液之生物特徵，均為鑑定之必要處分。惟第 205 條之 1 規定併列有侵入性之採取血液處分，系爭規定則無併列侵入性之採取血液處分，前後二條文對照以觀，應可推知，立法者應無意授權司法警察（官）於通常情形下得逕為限制人民基本權甚為嚴重之侵入性方式採尿。

綜上，無論依刑事訴訟法授權司法警察（官）調查犯罪及蒐集證據權限之**強制處分體系而觀**，或僅就刑事訴訟法第 205 條之 2 規定併列之採樣標的而觀，或就併列第 205 條之 1 及第 205 條之 2 規定對照而觀，均可推知立法者並無意授權司法警察（官）通常情形下得自行

決定逕為侵入性方式採尿措施，是系爭規定應僅係就非侵入性方式採尿而為規範。

伍、非侵入性方式採尿所限制之基本權

詳析系爭規定，可知司法警察(官)得自行決定採尿之要件如下：

(一)執行採尿之主體，係檢察事務官、司法警察官或司法警察；(二)採尿之發動原因，係因調查犯罪情形及蒐集證據之必要(即有蒐證之必要性)；(三)採尿之對象，係對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告；(四)採尿之形態，係違反犯罪嫌疑人或被告之意思；(五)採尿之要求，有相當理由認為採尿得作為犯罪之證據時，並得採取之，即符合憲法比例原則之要求。系爭規定所稱「採取尿液」一詞，係僅就非侵入性方式採尿而為規範，此種方式之採尿措施，限制人民何種基本權？端視如何定義非侵入性方式採尿之內涵而定。

依本判決理由所載：「非侵入性方式之採尿，則係於受採尿者自行解尿後予以採集，其如屬違反受採尿者意思為之者，具體實施方式，通常係受採尿者受制於採尿人員可得實力支配之範圍下，因採尿人員之要求，而自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液」(本判決理由編碼【11】)。茲分析其可能限制人民基本權之態樣如下：

一、從「通常係受採尿者受制於採尿人員可得實力支配之範圍下」觀之

所謂受制於採尿人員可得實力支配之範圍下，指受採尿者處於受拘捕之狀態。依司法院釋字第392號解釋理由所釋：「憲法之所以賦予非法院之司法(或警察)機關逮捕拘禁之權，要在使其對犯罪行為人得為適當年偵查與訴追，是此所謂之24小時當係指其客觀上確得為此項目的之進行而言。」「若該管法院於犯罪嫌疑人被逮捕拘禁時起24小時內，經本人或他人聲請，向逮捕之機關提審，於審問調查後認為逮捕機關逮捕拘禁犯罪嫌疑人並無不合法之情形，即應將犯罪嫌疑人才多還原逮捕機關繼續偵查。」等語，可知此拘捕後24小時內，係檢察機關或警察機關得為適當偵查與追訴之期間，即本判決理由所

稱**合法留置期間**，不生檢察機關或警察機關另外限制受拘捕者人身自由之問題。換言之，本判決理由所稱「受採尿者受制於採尿人員可得實力支配之範圍下」，係指受採尿者因受拘捕而受制於人，採尿措施僅係利用該拘捕狀態下而為，並非為採尿之目的而將受採尿者置於採尿人員實力支配之範圍下，本判決理由所稱「受採尿者受制於採尿人員可得實力支配之範圍下」等語，容易產生不當的連結，殊有欠妥。

二、限制人民之資訊隱私權

系爭規定，與憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決所審判之標的即道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定：「……對其實施血液或其他檢體之**採樣及測試檢定**。」對照以觀，系爭規定僅規定「採取尿液」四個字，並未規定「測試檢定」。依憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決意旨可知，如有規定「測試檢定」，始有限制人民之資訊隱私權之可能。

目前實務上，司法警察（官）採尿後，均依法務部 92 年 9 月 1 日法檢字第 0920035083 號函所示：「基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得**即時送請事前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關（團體）實施鑑定**。」¹⁴司法警察（官）送請事前已選任之鑑定人或，屬託之鑑定機關（團體）實施鑑定，始有可能侵害或限制受採尿者之資訊隱私權。是以本判決理由乃謂：「所採取之尿液亦得依法予以檢測，進而為後續之評價利用，因此尿液中所蘊含之個人資訊受有為第三人所知悉之危險，並使受採尿者喪失對其個人資訊之自主控制權，且尿液檢測結果又可作為相關犯罪之證據，因此，上述兩種違反受採尿者意願之採尿方式，就取得受採尿者之尿液作為犯罪之證據而言，其對受採尿者之資訊隱私權之侵害」（本判決理由編碼【12】參照）。由此可知本判決理由認為「得依法予以檢測」（即另送請檢測），故有可

¹⁴ 刊載於，法務部公報第 312 期，民國 92 年 10 月 1 日，頁 24-26。

能造成個人資訊受有為第三人所知悉「危險」、「喪失」自主控制權及作為相關犯罪之證據。反面解釋，如**不依法予以檢測**，似即不致於限制或侵害受採尿者之資訊隱私權？果係如此，系爭規定僅規定「採取尿液」四個字本身，應不致於限制或侵害受採尿者之資訊隱私權？

然本席認為，尿液蘊含足資辨識個人行為與生活方式之個人資訊，例如體內毒品濃度之閾值（濫用藥物尿液檢驗作業準則第15條規定參照），而屬個人資訊之載體，受採尿者對尿液所蘊含足資辨識個人行為與生活方式之個人資訊，有自主決定權，受採尿者對尿液是否交付司法警察（官）有自主決定權，是以司法警察（官）違反受拘捕者之意思而採尿之當下，在未另送檢測之前，本即已侵犯受採尿者之資訊自主決定權（資訊隱私權）。

三、限制人民之身體權？

依憲法法庭111年憲判字第1號判決（下稱採血案判決）之審查方式，限定審查標的法規範之法律明文規定內容，即以道路交通管理處罰條例第35條第5項規定之處分行為：「**強制移由……對其實施血液或其他檢體之採樣及測試檢定**」以確定法規範限制人民基本權之內容及範圍。「強制移由」一詞，對受強制移送者**人身自由**構成限制；「實施血液採樣」一詞，涉及**對身體權之侵犯**；「測試檢定」一詞，涉及**資訊隱私權**之限制。非常清楚的憲法審查方式，清楚對應，一目了然，毫無逾越或牽連過廣。

本判決就系爭規定「採取尿液」一詞，認係僅就非侵入性方式採尿而為規範，自應於此範圍內，界定其所涉及之基本權。在前揭採血案判決，因為有採取血液之措施，必須用針筒刺入人體始有可能採取血液，就以針筒刺入人體之過程觀之，確實侵害人民受憲法第22條保障之神聖不可侵犯之身體權，清楚明瞭。反觀，本件之非侵入性方式採樣尿，係請受拘捕者自行解出尿液、親自將尿液倒入事先自行清洗乾淨之集尿瓶，親自彌封後再交付司法警察（官）。此一過程，司法警察（官）未曾絲毫碰觸受拘捕者之身體，如何侵犯受拘捕者之身體權？

如本判決理由所稱「以非侵入性方式採尿，受採尿者自行解尿係因採尿人員之要求，並在受制於採尿人員可得支配之實力範圍內，受到外力制約所致，即使於實施過程中採尿人員**未對**受採尿者施以強制力（如強行灌水等），亦**未令**其等困窘、難堪，且因受採尿者係自行排尿，對其等身體健康通常**尚無不利之虞**」（本判決理由編碼【15】參照）。話鋒一轉，本判決理由忽謂：「**然均已使受採尿者身體自主控制權受到制約**，其等受憲法第 22 條保障之免於身心受傷害之身體權因而受到限制」。

本席認為，系爭規定簡簡單單明定「採取尿液」四個字，係就非侵入性方式採尿而為規範，從本判決理由所稱「自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集」觀之，究竟司法警察（官）是如何制約受拘捕者之身體自主控制權？身心完整不受侵犯之身體自主控制權？殊難想像？是以本席對系爭規定侵害受採尿者之身體權部分，難以贊同。

陸、系爭規定限制資訊隱私權應符合正當法律程序之要求

關於限制人民之基本權，應踐行如何之法律程序，始屬合法、正當，憲法並無明文規定。在釋憲實務上，只有 2 號釋憲先例可供指引。司法院解釋先例往昔採用對照比較法（下稱對比法），以定其應遵循最低限度之正當法律程序。例如，關於通訊監察之決定，司法院釋字第 631 號解釋¹⁵釋示，以通訊監察對人民基本權之侵害，比搜索對人民基本權之侵害更為嚴重，搜索之決定，刑事訴訟法規定由法官決定（刑事訴訟法第 128 條之 1 規定參照），故通訊監察之決定，亦應由採法官保留。關於採取血液案決定，憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決判示，強制採取血液，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，

¹⁵ 司法院釋字第 631 號解釋釋示：未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第 12 條保障人民秘密通訊自由之意旨不符。

故強制採取血液之決定，事前應由法官或檢察官決定之。

系爭規定容許司法警察（官）自行決定，違反受拘捕者之意思而採尿，構成對受採尿者資訊隱私權之限制，亦應符合憲法限制資訊隱私權所應具備之正當法律程序最低限度之要求。茲分析如下：

一、首從限制人身自由之正當法律程序要求觀之

依司法院諸多有關限制人身自由之解釋先例可知，國家剝奪或限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚應踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之（司法院釋字第384號、第588號、第636號、第690號、第708號、第710號、第799號、第812號解釋及憲法法庭111年憲判字第1號判決參照）。系爭規定所為非侵入性方式採尿措施，係在受採尿者經拘捕到案始加以進行，因此原則上並未對受採尿者之人身自由構成額外限制，是以系爭規定採尿措施之正當法律程序要求，自不必適用如同剝奪人身自由所應具備之正當法律程序要求（採法官保留）。

二、次從採取血沒所需之正當法律程序觀之

依憲法法庭111年憲判字第1號判決所釋示，從人體採取血液所需之正當法律程序要求，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，事前應經法官或檢察官之落查或同意程序，情況急迫時，事後應有陳報法官或檢察官之監督機制，並提供權利救濟機制。誠如本判決理由所述：「人體尿液並不如血液般蘊含大量個人生物特徵識別資料，其對受採尿者憲法上資訊隱私權之侵害程度實不若強制採檢血液之情形」（本判決理由編碼【17】參照），是以採尿措施之憲法正當法律程序要求，亦不必高於採取血液之正當法律程序要求（採法官或檢察官保留）。

三、再從侵入性採尿所需之正當法律程序觀之

依刑事訴訟法第205條之1規定所規範之侵入性採取排泄物（包含尿液）所需要之正當法律程序，偵查中事前應經檢察官之許可，系爭規定所規範之非侵入性採尿，對受採尿者基本權之侵害，比侵入性

方式採尿更為輕微，故系爭規定所為非侵入性方式採尿所需之正當法律程序要求，亦不必高於侵入性方式採尿之要求（採檢察官保留）。

四、未從採尿處分係身體檢查之鑑定必要處分觀之

如本判決理由所稱：系爭規定所涉及之採尿取證行為，係為取得犯罪之證據，認定犯罪相關事實，對人之身體產生之尿液進行採集之取證行為，屬對身體採樣之身體檢查處分（如刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1 及第 205 條之 1 之規定）（本判決理由編碼【11】參照），系爭規定之採尿取證，即應踐行與同具強制處分性質之身體檢查處分程序相當之法律程序，始符憲法正當法律程序原則之要求（本判決理由編碼【16】參照）。而現行刑事訴訟法關於身體檢查處分，屬於鑑定必要處分，偵查中應聲請檢察官許可，由檢察官核發鑑定許可書始得為之，是以系爭規定之採尿措施，至少應符合身體檢查處分之正當法律程序要求，即事前應經檢察官之許可。

上述憲法正當法律程序原則之要求，於通常情形，固係如此，惟如遇有情況急迫時，基於公益，自應賦予司法警察（官）先行採尿，惟事後應於一定期間內陳報檢察官許可，如檢察官認為不應准許者，自得於一定期間內撤銷之。此外，受採尿者因司法警察（官）之採尿致其受憲法保障之資訊私權受到侵害，基於憲法正當法律程序原則之要求¹⁶，或基於有權利即有救濟之憲法原則¹⁷，受採尿者自得向該管法院請求救濟。是以本判決主文第 2 項宣告：「自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第

¹⁶ 司法院釋字第 689 號解釋示：「其所應踐行之必要程序，除人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會外」，本判決理由編碼【9】參照。

¹⁷ 憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決理由指出：「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。」

205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 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；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」¹⁸

柒、現行法相關規定與本判決主文之對應

司法警察（官）依系爭規定自行決定採尿後之陳報與檢察官受理陳報的處理流程，於現行刑事訴訟法下，亦有類似的處理依據，茲分別敘述如下：

- 一、依刑事訴訟法第 130 條規定，司法警察（官）逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所（即附帶搜索）。
- 二、依刑事訴訟法第 130 條規定，司法警察（官）逮捕被告、司法警察（官）因附帶搜索而扣押被告或犯罪嫌疑人持有之毒品、吸食器，得知受拘捕者有施用毒品之犯罪嫌疑，【知有犯罪嫌疑】，應即開始調查¹⁹（刑事訴訟法第 230 條第 2 項及第 231

¹⁸ 依憲法第 8 條第 2 項規定，人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，至遲於 24 小時內移送該管法院審問。系爭規定係對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告採取尿液，司法警察（官）既應於 24 小時內移送該管法院，自亦應於 24 小時內陳報該管檢察官。至於受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之其性質如同刑事訴訟法第 416 條規定之準抗告，該條現行規定為 5 日內聲請所屬法院撤銷之，但司法院與行政院 110 年 1 月 5 日院台廳刑一字第 1100000351 號、院臺法字第 1090202321A 號會銜提出之「刑事訴訟法第 67 條及第 416 條條文修正草案，已將聲請期限 5 日修正為 10 日，故本判決亦配合修法草案之修正意旨，宣告受採尿者得於受採取尿液後 10 日內聲請該管法院撤銷之。

¹⁹ 典型案例，可參見臺灣苗栗地方法院 111 年度聲字第 374 號刑事裁定，內載：「本案警方於進入上揭地址租屋處時，係當場查獲該租屋處內之小房間有海洛因及安非他命等毒品，且當時在場之 9 人無人承認毒品係何人持有，此有苗栗縣警察局刑事警察大隊請示紀錄表在卷可參。則當時在場之 9 人既無人承認係何人持有該毒品，則依當時之客觀情狀及經驗法則綜合判斷，在場之 9 人顯然具有犯罪行為人之可能性，故在場之 9 人即得以現行犯論。因此，警方為釐清

條第 2 項規定參照)。

- 三、第一級司法警察官應將調查之結果，以移送書移送該管檢察官（刑事訴訟法第 229 條第 2 項規定參照）；第二級司法警察官以報告書！報告該管檢察官（刑事訴訟法第 230 條第 2 項規定參照），司法警察應將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官（刑事訴訟法第 231 條第 2 項規定參照）。依此可知，司法警察（官）對於因拘提或逮捕犯罪嫌疑人或被告而開始調查，即有報告之義務，是以本判決主文第 2 項宣告：「情況急迫時，得先行依非侵入性方式採取尿液，並應於採取尿液後 24 小時內陳報該管檢察官許可」亦僅係現行規定之報告義務予以細緻化之要求而已！
- 四、刑事訴訟法第 231 條之 1 規定：「（第 1 項）檢察官對於司法警察官或司法警察移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回，命其補足，或發交其他司法警察官或司法警察調查。司法警察官或司法警察應於補足或調查後，再行移送或報告。（第 2 項）對於前項之補足或調查，檢察官得限定時間。」立法理由謂：「賦予檢察官得限期命警察再行調查或才多回自行偵察之**立案審查權**」。依此可推論，該管檢察官對於司法警察官移送書或報告書，認為有不合法之處，亦可命其補正為合法。**檢察官對於司法警察官所為不合法之鑑定必要處分，亦應有撤銷之權**。是以本判決主文第 2 項宣告：「情況急迫時，得先行依非侵入性方式採取尿液，並應於採取尿液後 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**」亦係現行規定細緻化要求而已，更可達成精密偵查之目標！

捌、結論

系爭規定，於司法院提案修正刑事訴訟法之初，設有情況急迫之要件。換言之，司法院提案之初，即設定系爭規定係授權司法警察（官）於情況急迫時自行決定進行採尿，奈何於立法過程中因警政單

案情而將在場 9 人全數帶回製作筆錄及驗尿之行為，於法並無違誤。」

位的堅持而刪除「情況急迫」之要件，而代之以「有相當理由」之要件。依本判決意旨觀之，司法院當初提出刑事訴訟法修正案，應係相當審慎！

於 89 年 8 月 16 日，檢察官搜索國會，引起軒然大波，促成 90 年 1 月 12 日修正公布刑事訴訟法，將偵查中之搜索決定權，改由法院決定；101 年 3 月 23 日因司法警察與檢察官的聯繫不夠精緻而發生本判決之原因事實（侵入性方式採尿），嗣因法官之聲請釋憲而促成本案之受理與本判決之公告，澈底改變司法警察（官）對受拘捕者之採尿取證程序，依憲法正當法律程序原則之要求，司法警察（官）事前應聲請檢察官核發鑑定許可書後始得採尿取證；情況急迫時，司法警察（官）雖得先行採尿，但必須於採尿後 24 小時內陳報該檢察官許可，檢察官認為不應准許者，應於 3 日內撤銷之；受採尿者得於受採尿後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。倘若主事者就攸關其職權之行使過程能更加細膩些，更具憲法意識，或許就沒有本判決之宣告！

綜上可知，本判決的最大貢獻，宣告非侵入性方式之採尿措施，涉及資訊隱私權之限制，亦應有其最低限度正當法律程序之要求！

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本件聲請人為臺灣新北地方法院法官，其審理毒品案時，該案被告甲曾因施用毒品而受緩起訴，甲妻發現其行為怪異報警後，員警在住處以現行犯逮捕甲，另扣得毒品吸食器，經員警請示檢察官後，強行押解甲至醫院後將之綑綁於病床上，由醫師將尿管插入導尿，經送驗結果，有毒品陽性反應。經檢察官以施用第二級毒品罪提起公訴，第一審判決有罪。甲不服提起上訴，聲請人審理時認為檢察官提起公訴之證據，係由員警將被告固定後以侵入尿道之方式取得之尿液，其依據為刑事訴訟法第 205 條之 2（即系爭規定），認系爭規定侵害人民之隱私權及免於身心受傷害之身體權而涉違憲乃聲請釋憲。

壹、現行有關強制採取人民尿液之規定不周延，應於修法時重新整合修正

一、現行有關強制採尿之相關規定

（一）對曾因吸毒而付保護管束者強制採驗尿液之規定：

毒品危害防制條例第 25 條第 1 項規定：「犯第 10 條之罪（按：即施用第一級或第二級毒品罪）而付保護管束者，或因施用第一級或第二級毒品經裁定交付保護管束之少年，於保護管束期間，警察機關或執行保護管束者應定期或於其有事實可疑為施用毒品時，通知其於指定之時間到場採驗尿液，無正當理由不到場，得報請檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）許可，強制採驗。**到場而拒絕採驗者，得違反其意思強制採驗**，於採驗後，應即時報請檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）補發許可書。」此條規定了二次「強制採驗」，依文義，第一次規定所指強制應指強制到場，而重點在於到場後若拒絕採驗者「得違反其意思強制採驗」。

（二）對經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告採取尿液之規定：

刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮

捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思……有相當理由認為採取……尿液……得作為犯罪之證據時，並得採取之。」（即系爭規定）與前述毒品危害防制條例第 25 條第 1 項規定比較，本條僅規定「得違反犯罪嫌疑人或被告之意思」、「並得採取之」，而非如毒品危害防制條例第 25 條第 1 項規定，得「違反其意思強制採驗」，依文義其採尿行為之強制力強弱有別，是依系爭規定得採取尿液之行為，應依何程序採取何方式，始為合憲，即為本件判決審議之爭點。系爭規定所稱得採取尿液之對象為「對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」（下稱「受合法拘捕者」）均應符合刑事訴訟法有關拘提或逮捕之要件¹。依系爭規定，檢察官、司法警察官或司法警察（下稱「司法警察（官）」），對於受合法拘捕者，有相當理由認為採尿作為犯罪證據時，即得採尿，其受拘提或逮捕之發動要件尚未考慮犯罪嫌疑之重大與否及其涉犯之罪別輕重、種類、與毒品是否有關，與前述毒品危害防制條例第 25 條第 1 項得強制採尿之對象比較，其得採取尿液要件之規定實為寬泛。

（三）鑑定人因鑑定之必要得採取排泄物以作鑑定之規定：

刑事訴訟法第 205 條之 1 規定：「（第 1 項）鑑定人因鑑定之

¹ 一、得予拘提之規定一般分二種情形：

（一）被告經合法傳喚無正當理由不到場者（刑事訴訟法第 75 條規定參照）。

（二）被告犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一者，必要時，得不經傳喚逕行拘提：

1、無一定之住、居所者。2、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。3、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。4、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者（刑事訴訟法第 76 條規定參照）。

二、至於逮捕之規定，大致為：

（一）任何人對現行犯均得逮捕。

（二）犯罪在實施中或實施後，即時發覺者為現行犯。以現行犯論者有二種情形：

1、被追呼為犯罪人者。2、因持有兇器、贓物或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者（刑事訴訟法第 88 條規定參照）。

（三）檢察官、司法警察官得逕行逮捕通緝犯（刑事訴訟法第 87 條第 1 項規定參照）。

必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，採取……排泄物……或其他出自或附著身體之物……（第 2 項）前項處分，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。」第 1 項所稱之排泄物解釋上包括尿液，因此依本條規定經審判長、受命法官或檢察官之許可後，得對受鑑定人採取尿液。

二、強制採取尿液之方法及相關規定之適用

按違反受採尿者之意思而採取尿液，實務上有二種方法，第一種方式即強制以管子插入尿道內強制取尿，其過程往往需以外力強制束縛人體後始能實施，除令受採尿者裸露私密部位，且以異物侵入人體造成重大痛苦，此種方式稱為侵入性採尿。第二種方式是要求受合法拘捕者多喝水、多走動至其膀胱充滿尿液之後不得已解尿而取得，雖仍違反受拘捕者之意思，但因對人身自由及身體權之侵害程度較輕，且未侵入人體，稱為非侵入性採尿。（另外尚有未告知嫌疑人將採尿，而將嫌疑人在拘留室廁所內解出之尿液送檢驗，稱計謀性採尿，仍屬違反受拘捕者意思之非侵入性之採尿）。前述現行三條有關採取人民尿液之規定，並未區隔侵入性與非侵入性之採尿方法而為規定，然依毒品危害防制條例第 25 條第 1 項規定之強制採驗，實務上限就保護管束者於保護管束期間，由檢察官簽發強制到場（強制採驗尿液）許可書後，得由合法醫師執行侵入性採尿²。至於對未符毒品危害防制條例之要件，而依刑事訴訟法規定進行之採尿，因侵入性採尿行為對人身自由、隱私權及身體權之侵害程度，遠高於非侵入性之採尿，而實務界在此情況下，基於保障人民身體權、自由權與隱私權等理由，多數見解認為採取侵入性之採尿行為必須依據刑事訴訟法第 205 條之 1 之規定，即於取得審判長、受命法官或檢察官之許可始得為之；至於非侵入性之採尿則依系爭規定，由司法警察（官）依法認有必要

² 參照檢察機關辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 28 條，但該注意事項已依 111 年 6 月 29 日法務部法檢字第 11104521730 號函，自 111 年 7 月 1 日停止適用。

時採取，尚無需事先獲得法官或檢察官之許可³。可見法律實務者基於人權保障之理念而於現行法規定之下，依不同之採尿方法而自行調整應適用之程序規定。然如前所述，因受拘提或逮捕之原因寬泛，系爭規定賦予司法警察（官），認有相當理由得採尿作為犯罪證據時，即得採尿，即使僅限於以非侵入性之方式為之，其發動採尿之要件仍有過於寬泛而侵害人民基本權之虞。

法院審理時，若認司法警察（官）所取得受合法拘捕者之尿液，係違背法令程序取得之證據，則依刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定，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。因未取得令狀而採侵入性採尿取得之證據，即可能被排除而不得作為定罪之證據。然而在此情況下，嫌疑犯或被告已被強制侵入導尿，已屬受罪，而警察、醫護人員可謂均白忙一場，司法機關亦必須耗費心力去審究證據之合法性及其證據能力，可說是浪費社會資源之三輸局面，此類案件並非少數⁴。至於未取得令狀而以非侵入性之方式取得之尿液，但其拘提逮捕之原因又與毒品無任何關聯時，則採得之尿液是否符合法定程序，亦非毫無疑問。目前多數見解認為「依據系爭規

³ 司法院刑事廳及法務部、內政部均持此見解，參見司法院刑事廳 110 年 8 月 13 日廳刑一字第 1100001455 號復大法官書記處函第 2 頁。該函並列舉近 10 年內各級法院採取見解之相關裁判，包括最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決及其他地方法院及高等法院判決。另法務部所提供「回復有關司法院大法官審理會台字第 12288 號聲請案爭點題綱之說明」第 2 頁亦認為「檢察事務官、司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第 205 條之 2 採取尿液，不包括侵入性措施」；內政部 110 年 6 月 29 日內授警字第 1100878407 號函亦稱「惟侵入性之強制導尿因屬高度侵害人民基本權利，為免產生爭議，於偵查實務中員警多依據刑訴法第 204 條之 1、205 條之 1，於檢察官簽發鑑定許可書後始為之。」

⁴ 同註 3，司法院刑事廳函第 11-18 頁，列出相關裁判包括：1、宜蘭地方法院 108 年度易字第 432 號刑事判決。2、新北地方法院 108 年度訴字第 609 號刑事判決。3、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 176 號刑事判決。4、新北地方法院 108 年度簡上字第 839 號刑事判決。5、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 616 號刑事判決。6、桃園地方法院 95 年度壢交簡第 687 號刑事判決。7、桃園地方法院 95 年度桃交簡第 876 號刑事判決。8、桃園地方法院 95 年度桃交簡第 310 號刑事判決。9、桃園地方法院 95 年度壢交簡第 393 號刑事判決。10、最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決。

定採取尿液不應限於拘提或逮捕之本案之證據，如限於該等證據，將可能造成過度限縮偵查取證空間，妨礙真實之發現」⁵。但實務上仍有不同見解，認為即使為非侵入性之取尿，但「未於被告身上或立即可觸及之處所查扣任何與毒品有關之物，自無相當理由或必要依據得發動採尿」，法院權衡後認該尿液檢驗報告係警方違背法定程序所取得，而維持無罪判決者⁶。

三、本件判決之認定

本件判決認定系爭規定係就司法警察（官），以非侵入性方式採取尿液而為規範，該規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，應自判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力，並要求相關機關於 2 年內依判決意旨妥適修法。本席贊同本判決，但認為本判決係將系爭規定限縮解釋在非侵入性採尿之範圍，即使修法後要求司法警察（官）必須於取得檢察官之事先許可（或事後核准）始得進行非侵入性採尿，然而在得採尿之要件規範不明之情形下，檢察官核准者未必能獲得法官之認同，因此法官或檢察官在何條件下，得允許司法警察（官）進行採尿（包括侵入性或非侵入性之採尿），應有較清楚之規定，以免程序浪費且侵害人民之基本權，爰就此提出協同意見。

四、除本判決認定違憲事項外，其他相關立法不周延之處

- （一）依系爭規定，司法警察（官）得採取犯罪嫌疑人或被告尿液之要件在於「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，以及「有相當理由」認為尿液得作為犯罪之證據，而不必先獲得檢察官或法官之許可。相較於刑事訴訟法規定其他為偵查犯罪而得採取之行動所需之要件，系爭規定之要件顯屬寬鬆。如搜索被告或犯罪嫌疑人之身體應用搜索票，搜索票由法官簽名（刑事訴訟法第 122 條第 1 項及第 128 條第 3 項規定），在一定情況下，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察雖無搜索票得逕

⁵ 同註 3，司法院刑事廳函第 8 頁。

⁶ 臺灣高等法院 109 年度上易字第 616 號刑事判決。

行搜索，但均應於實施後三日內陳報法院，法院認為不應准許者，應於5日內撤銷之（刑事訴訟法第131條規定參照）。本件判決已經認定司法警察（官）依系爭規定採取非侵入性採尿行為，未獲法官或檢察官之核可乃違背正當法律程序原則，並認為「是賦予檢察官以非侵入性且對受採尿者身體健康無虞方式之採尿取證權限，就個案具體情狀，決定是否違反受採尿者之意思採尿取證，尚符合憲正當法律程序原則之要求」。（判決理由第17段）在修法完成前之過渡期間，應先報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。亦即將系爭規定所定「有相當理由」而得進行非侵入性採尿之要件，交由檢察官決定。然而若無較具體客觀之標準，可能個別檢察官見解不同，亦可能檢察官認為已符合「有相當理由」者，卻不為法院認同，因次可能產生爭議而侵害人民之基本權。因本件釋憲聲請人認為系爭規定所稱「有相當理由」違反法律明確性原則而有違憲疑義，但本件判決並未對此置論，仍有所不足。

- （二）本件判決將系爭規定限縮在非侵入性方式之採尿方式範圍而為判決。判決理由認為系爭規定中「與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液」，而對照刑事訴訟法第205條之1規定，「其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液」，而認系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包括以侵入性之手段為之者（判決理由第13段），亦即因系爭規定所採取之標的，係規定「有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣，得作為犯罪之證據時，並得採取之」係將尿液與「吐氣」等併列，均為非侵入性之採取標的，而刑事訴訟法第205條之1之規定標的則為「分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物」，係將排泄物與「血液」併列，而血液須經侵入人體始能取得，即認系爭規定對象之尿液，僅能以非侵入性方式採取而排除侵入性之方式採取。本席認為如此之解讀固可言之成

理⁷，但一般人可能無法由閱讀法條即可獲得如此之結論，亦恐非立法者之原意，而係實務界在立法不足的情況下，就侵入性或非侵入性之採尿方式選擇適用不同之法條，而形成固定且普遍之見解。然而即使將系爭規定之適用限縮在非侵入性方式採取尿液之範圍，本件判決仍然認該規定違反憲法正當法律程序之要求，而牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨，並限期相關機關於 2 年內完成修法。本席認為本件判決既然已判定系爭規定應予修正，修法時就應連同實務上作為侵入性採尿依據之刑事訴訟法第 205 條之 1 與系爭規定一併檢討修正，將得採尿之情形，包括非強制與強制之作法，且將強制作法包括侵入性與非侵入性之採尿行為應具備之要件及應遵守之法定程序等一併整合規範，作出清楚之規定，以供遵循而避免紛爭。

- (三) 現行實務上以刑事訴訟法第 205 條之 1 之規定作為侵入性採尿之依據，實亦有問題，該條僅規定鑑定於獲得審判長、受命法官或檢察官之許可後，得採取排泄物，該條規定甚至連「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」以及「違反其意思強制採驗」之規定均無。且本條係針對「鑑定人」因鑑定之必要而規定，而非如系爭規定係針對「檢察事務官、司法警察官或司法警察」而規定，因此實務上依據第 205 條之 1，作為檢察事務官、司法警察官或司法警察於取得鑑定許可書後執行侵入性採尿之依據，實亦有所勉強。
- (四) 本席認為修法時應將得採取侵入性與非侵入性採尿之要件及程序一併考量而修法，始能畢其功於一役。本判決理由所稱「是

⁷ 以法條規定之文字作對比，本席尚認可將系爭規定與毒品危害防制條例作比較。就採尿之方法而言，系爭規定雖有「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」之文字，但與毒品危害防制條例第 25 條第 1 項所規定「違反其意思強制採驗」相比較，就採尿所得採取強制力之強弱規定有別。因此亦可認系爭規定之適用限於非侵入性之採尿。

否符合憲法正當程序之要求，則應審酌系爭規定之採尿取證目的、作用與影響等因素，尤應考量非侵入方式之採尿方式對受採尿者受憲法保障之資訊隱私權與身體權之侵害程度，以及相關刑事取證程序之要求」（判決理由第 15 段）。本席認為如此之原則亦適用於侵入性之採尿。得採行侵入性之採尿要件，當然要比非侵入性採尿之要件更加嚴格。按受合法拘捕者體內是否有毒品陽性反應，主要是作為判斷其是否涉及施用毒品或毒駕犯罪處罰之證據。（判決理由第 16 段），以本件原因案件為例，受採尿者因其妻子不滿其可能吸毒而報警，若該丈夫並未有駕駛動力車輛或其他罪行，則僅為吸毒之嫌犯，是否得以侵入性方式採尿，恐怕在不同之檢察官、法官間見解亦有所不同⁸。本席認為在立法不足之情況下，司法機關於審理時對該不符法定程序採取之證據不加以採認，固發揮了保障人權之司法功能，然而當事人縱事後獲無罪判決，但他（她）們之前受到非侵入性（甚至侵入性）之採尿所受到之侵犯已經發生，因此追本溯源是要把得採尿（分侵入性與非侵入性）之要件規範清楚，不僅是讓司法警察（官），而且是讓得核發採尿許可之檢察官或法官亦得所遵循，才是由源頭避免侵害人權之作法。而非僅於法官於審理時，認採證不合程序而將取得之證據排除之功能而已。即使是司法警察（官）提出採尿要求時，當事人自願配合而提供，其要件亦應明確，因為受合法拘捕者當

⁸ 依釋憲聲請書所載，員警曾請示當日值內勤之檢察官，本案是否得強制採尿，檢察官回覆以「一、如犯嫌有施用毒品前科或為毒品列管人口，請依毒品危害防制條例規定、採驗尿液實施辦法第 11 條得強制採尿；二、如扣案之物均為犯嫌所有，且供施用毒品之用，亦得由被告自行採尿」等語，員警即強行押解被告至醫院，由醫師強制導尿，而聲請人於審理本案時，認為被告於案發時，係於前案毒品案件之緩起訴期間，並非毒品危害防制條例第 25 條第 1 項、第 2 項或採驗尿液實施辦法強制採驗尿液之規範對象，故若謂本案員警對被告強制採尿之舉合法，其法源依據僅於刑事訴訟法第 205 條之 2 授權員警對經拘提或逮捕到案之被告或犯罪嫌疑人於認有相當理由時得強制採驗其尿液之規定。可見檢察官與法院對得強制採尿之要件認定不同。

時已喪失自由，員警之要求已對其心理產生一定之強制力，已非自願。更何況若員警對受合法拘捕者稱，若不自願配合，則將聲請檢察官核發強制採尿之許可，到時候更難看等，在此心理壓力之下進行之非侵入性採尿，其合法性亦非當然無疑。

- (五) 依本件判決，司法警察（官）在修法完成前，依系爭規定以非侵入性方法採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之。然而當司法警察（官）向檢察官申請採尿之許可時，若僅向檢察官申請「非侵入性」採尿，而受合法拘捕者不配合（如尿在褲子上或水泥地上），而無法採尿時，司法警察（官）若認仍有採取尿液之必要，是否需隨後再申請一次「侵入性」採尿，如此豈不多費周章？因此從實務運作之觀點向檢察官申請許可採尿，應係就非侵入性或侵入性採尿之必要性一併行之。而檢察官亦應同時認定可得採取何種方式，而法律亦應分別情況，就得採取侵入性與非侵入性之採尿分別定之。例如對已發生交通事故，甚至致死傷時，則對採取尿液之急迫性與必要性，顯然高於僅單純懷疑嫌犯是否吸毒者之情形，而被懷疑吸毒者，可能亦因其有無毒品前科有所不同⁹。於此更可見就系爭規定與刑事訴訟法第 205 條之 1 採尿要件與程序規定，有一併整合規範之必要。

貳、強制採尿案與強制採血案之異同

憲法法庭於 111 年 2 月 25 日公布之 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」（下稱採血案）與本件判決可為對比觀察。

- 一、得執行人員之比較：依系爭規定，執行強制採尿之人員為檢察事務官、司法警察官或司法警察。至於強制抽血之執行人員，依

⁹ 實務上有認「被告為警查獲時係為另案毒品案件之通緝犯而被警方逕行逮捕，自足認有相當理由對被告強制採尿作為犯罪之證據，故本件警方依刑事訴訟法第 205 條之 2 規定對被告實施採尿，即屬適法。」（臺灣高等法院 108 年度上訴字第 3895 號刑事判決參照）。

道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第 35 條第 6 項（依 108 年 4 月 7 日修正公布者）規定得將嫌疑人強制移送受委託醫療或檢驗機構抽血檢驗之人員為「交通勤務警察或依法令執行交通稽查任務人員」¹⁰。至於採尿與採血應遵守之法定程序部分，二條規定皆未有應經法官或檢察官同意為必要，實務亦因此對於所取得之驗尿與驗血檢驗報告能否作為認定犯罪之證據，產生爭議，而分別聲請釋憲，而本件判決及 111 年憲判字第 1 號判決亦均以採血及採尿之過程欠缺正當法律程序作為理由而判決相關規定違憲。

- 二、採尿之方式分自願（非強制性）與強制性，而強制性之採尿又分為侵入性與非侵入性二種。至於為了檢定肇事駕駛人體內酒精濃度之方法則分吐氣酒精測試與血液酒精濃度測試這二種方法，後者為侵入性之採取血液之行為，是在醫療機構由醫護人員以針抽血，對於人體之侵犯程度可以說小於侵入性採尿，但大於非侵入性採尿行為。
- 三、採尿與採血之結果，均可作為成立犯罪之證據，或是作為犯罪加重處罰之依據。強制採尿是為了檢驗嫌疑人及被告是否吸毒；強制採血是為了檢驗嫌疑人是否酒駕。按施用第一級及第二級毒品者構成施用毒品罪¹¹，然施用毒品則僅屬自殘行為，若未有駕駛或其他犯罪行為，尚未生公共安全之危害，其應受保障之公益較小。但亦有認為因施用毒品造成精神、心理狀態失常，容易產生犯罪行為，故亦有公共安全之疑慮。另駕駛動力交通工具而食用酒精者，體內酒精濃度達一定程度與服用毒品致不能安全駕駛者，均需受刑事處罰，得處 2 年以下有期徒刑，得併科 20 萬元以下罰金（刑法第 185 條之 3 條第 1 項第 1 款、第 3 款規定參

¹⁰ 其中依法令執行交通稽查任務人員部分業經 111 年憲判字第 1 號判決宣告為違憲而不適用。

¹¹ 毒品危害防制條例第 10 條規定：「（第 1 項）施用第一級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑。（第 2 項）施用第二級毒品者，處三年以下有期徒刑。」

照)，至於未達刑事處罰之酒精濃度而超過法定標準者，以及吸食毒品尚未達不能安全駕駛者，則處行政處罰(道交條例第 35 條規定參照)。另外道交條例亦規定酒駕、毒駕作為加重處罰之規定，即第 86 條規定：「汽車駕駛人……酒醉駕車、吸食毒品或迷幻藥駕車……，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。」則將酒駕與毒駕同列為加重處罰之條件。

- 四、採血案判決與本件判決認定相關規定侵害人民應受保障之基本權大致相同，即採血案認定所受侵害之基本權為人身自由、身體權及資訊隱私權；而本件判決則為資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。至於人身自由則因受採尿之對象為受合法拘捕者，對其等受限制之人身自由，原則上並未構成額外之限制(判決理由第 15 段)。另採血案之判決認定情況急迫時，交通勤務警察得將肇事駕駛人先行移由醫療機構實施血液檢測，並於 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；受測試鑑定者，得於受檢測後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。本件判決對於採尿亦有類似之事後核准之監控程序規定。然而何情況下構成「情況急迫」，在實務適用上恐生爭議，故亦應於修法時作適度規範以求明確。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

壹、本判決結論應值支持

本判決宣告刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 205 條之 2 規定授權檢察事務官、司法警察官及司法警察（以下僅以司法警察為例說明），得以非侵入性方式採取經拘捕到案之犯罪嫌疑人或被告尿液之部分（下稱系爭規定），不符憲法正當法律程序原則之要求，至遲於屆滿 2 年時失其效力。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。此一結論，本席十分贊同。

至於本判決另宣告修法完成前，司法警察依系爭規定採取尿液，應報請檢察官許可；情況急迫時，得先行為之，但應於採尿後 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；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之部分，乃鑑於修法需有一定時程，故承認於現行刑事訴訟規範所無之情形，得採取之過渡性措施。此一過渡措施，對刑事被告程序之保障言，雖非釜底抽薪之計，但仍有揚湯止沸效果，較現行法有所進步，本席仍予支持。

貳、尚應從刑事審判，檢視司法警察強制採尿之容許性

一、賦予司法警察強制蒐集犯罪證據權，違反正當法律程序

依刑訴法規定，司法警察固有獨立調查犯罪之職責，於知有犯罪嫌疑時，應即為調查犯罪，無待檢察官之指示或許可。司法警察為調查犯罪，自有蒐集相關資料（包含個人資料、機關檔案、犯罪現場所留物品、血跡、指紋、體液等跡證）、詢問被告、證人或關係人及封鎖犯罪現場，並為即時之勘察之職責，於調查完備時，將調查情形報告或移送檢察官（刑訴法第 229 條至第 231 條規定參照）。

然於審判程序，檢察官係對被告提起公訴之人，居於與被告對立之訴訟當事人地位（刑訴法第 3 條規定參照），司法警察則係協助檢察官或受檢察官指揮偵查犯罪之人，為檢察官之助手。司法警察蒐集犯罪證據之目的，係為證明被告之犯罪事實，促成檢察官對被告提起

公訴，並作為檢察官對於被告進行訴訟上攻擊之資料，因此，不論於偵查或審判階段，司法警察事實上均居於與被告對立之地位。從而，賦予司法警察得對被告施以強制力蒐集對於被告不利之證據，等同授權訴訟當事人之一造，得對他造實施「壓迫」，形式上已與公平審判之原則不符。何況司法警察行使犯罪調查權，性質上仍屬行政權，具有主動積極之性格，賦予司法警察有強制蒐集被告犯罪證據之權力，實質上亦可能造成證據偏在於不利被告，使日後於檢察官判斷應否對被告提起公訴及檢察官提起公訴後法院之審判，均蒙受不利。另一方面，亦可能使司法警察有藉調查犯罪之名，對人民之生活自由進行不當干預之機會。因此，從憲法保障人民有受公平審判權利及生活自由不受干預之觀點，刑訴法賦予司法警察強制蒐集被告犯罪證據之規定，均不符正當法律程序而屬違憲，當無疑義。此一違憲性，並不因該證據是否涉及人民之隱私權，或蒐集過程是否以侵害人民身體權為手段，有所不同。

二、系爭規定之違憲性，除了侵害受採尿者之身體權或資訊隱私權外，更在於授權司法警察有「違反受採尿者之意思」之強制處分權

系爭規定之違憲性，除了牴觸憲法保障人民免於身心受傷害之身體權及資訊隱私權外，更在於授權司法警察「得違反犯罪嫌疑人或被告之意思」採取其尿液之強制蒐集證據權力。從法律條文之文義言，系爭規定原有解釋為包含侵入性採尿（插入導尿管）及非侵入性採尿之空間，本判決鑑於侵入性採尿對於受採者之傷害尤甚，故認為系爭規定應限縮解釋為係就非侵入性採尿為規範，此一立場應值肯定。所謂非侵入性採尿，依目前實務上作法，通常係受採者在司法警察之要求下，自行喝水、走動以產生尿意，從而自行解尿、採集，最終由採尿人員取得定量之尿液；於被拘捕者不願意配合時，甚至有司法警察會告以如不自行喝水、排尿，將報請檢察官核發許可書強制採尿，致實際情形，受拘捕到案者幾無不自行喝水解尿者。上開情形無論是司法警察有無告以將報請檢察官核發許可書，既屬「違反犯罪嫌疑人或

被告之意思」而採取其尿液，本質上即屬強制採尿，為強制處分之一種。依前述說明，系爭規定授權司法警察得強制蒐集犯罪證據，自屬違反正當法律程序而無效。

應值一提者，司法警察依系爭規定採尿之對象，雖為受拘捕到案之犯罪嫌疑人或被告，其人身自由已在司法警察實力支配之下，但並無任何實質理由可以說明憲法保障之正當法律程序及公平審判原則，在此應有例外。蓋司法警察對於執行拘提、逮捕通緝到案之被告，應即送指定之處所，於接受或逮捕現行犯者，即解送檢察官或法院（刑訴法第 91 條及第 92 條規定參照）。至於蒐集犯罪證據，應回歸一般規定處理，不得因其對象為受拘捕到案之人而有不同。以本件釋憲案之原因案件為例，司法警察以「告發人同意」之要件，對被告住處進行搜索，並以「逮捕現行犯」（被告為刑訴法第 88 條規定之現行犯？）為名，強取被告之尿液，目的只為證明本質上屬於「自戕」行為之施用毒品，正足以凸顯系爭規定之不合理。

申言之，從正當法律程序原則之意旨，司法警察不應享有強制蒐集證據之權力，已如前述。事實上，刑訴法除包含系爭規定在內之第 205 條之 2 規定外，僅於同法第 130 條規定授權司法警察得為無搜索票之搜索。然第 130 條規定雖授權司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所，但此係為保護執行拘捕人員之安全，例外賦予司法警察之搜索權，搜索之目的在於發現是否有可能危及拘捕人員安全之物件，而非賦予司法警察得對人身自由已受限制之受拘捕者，從事一般情形下所不得為之之證據蒐集。

蓋就已移送檢察官或已由法院審判中案件之犯罪事實，而有進行後續強制蒐證之必要，自應依訴訟程序之進度，由檢察官或法院依法為之，非司法警察越俎代庖而為強制採尿。即便是為證明尚在司法警察調查中之犯罪事實，受拘捕者與其他未受拘捕者應受之法律保障，不應有所區別，如同司法警察不得認為路人有犯罪嫌疑，即對其實施強制蒐集證據一般，司法警察不得對人身自由已受限制之受拘捕者，

從事一般情形下所不得為之之證據蒐集。因為拘捕之目的，僅在一時的拘束受拘捕者之行動自由，俾將其解送指定處所而已，並非謂憲法所保障受公平審判及生活不受干預之自由，於受拘捕者應予排除。

三、司法警察依據無效之系爭規定強制採尿，即侵害受採者之身心免受侵害之身體權及資訊隱私權

按公務機關為執行法定職務之必要而蒐集、利用個人資料，原則上應不發生侵害個人資料保護之問題（個人資料保護法第 6 條第 1 項第 2 款、第 15 條第 1 款及第 16 條等規定參照）。依刑訴法規定，司法警察本有獨立調查犯罪之職責，於知有犯罪嫌疑時，應即為調查犯罪，無待檢察官之指示或許可。司法警察為調查犯罪，自有蒐集相關資料（包含個人資料、機關檔案、犯罪現場所留物品、血跡、指紋、體液等跡證）、詢問被告、證人或關係人及封鎖犯罪現場，並為即時之勘察之職責，於調查完備時，將調查情形報告或移送檢察官（刑訴法第 229 條至第 231 條規定參照）。是司法警察依刑訴法之規定，蒐集有關犯罪之相關資訊，包含個人資料，應屬執行法定公權力，尚不能因此即認為侵害個人資訊隱私權。

然系爭規定因違反正當法律程序而無效，故司法警察依系爭規定而蒐集、利用個人資料，難認係執行法定職務所必要，因此其違反被拘捕到案者之意思而強制採取尿液，自應認為已侵害被拘捕到案者之資訊隱私權及身心不受傷害之身體權。換言之，從法律適用之邏輯言，係因系爭規定違反正當法律程序而無效，故司法警察據系爭規定採取尿液，已欠缺法律依據，因而應評價為侵害受拘捕者之資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權。

參、如何依本判決意旨修法

一、過渡應只是過渡

本判決之結論有三：1.系爭規定牴觸憲法，應自本判決公告之日起，至遲於屆滿 2 年時失其效力。2.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。3.修法前可採之過渡措施。即自本判決公告之日起至完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察

依刑訴法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液之實施，應報請檢察官核發鑑定許可書始得為之；情況急迫時，得依刑訴法第 205 條之 2 規定以非侵入性方式採取尿液，並應於採尿後 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；受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之。」然此僅為修法完成前之過渡性措施，並非謂未來應依此過渡措施而修法，未來如何修法，應依本判決之意旨為之。

二、檢察官許可強制採尿與正當法律程序

（一）按檢察官雖為刑事審判程序之當事人，代表國家擔任原告，與被告處於對立地位，基於前述公平審判原則，不但不應允許司法警察有對於被告強制蒐證權，亦不應允許檢察官有之。然我國刑訴法自立法初始，就犯罪證據之蒐集，向來賦予檢察官有類似法院之地位，檢察官與法院，均有搜索、扣押、勘驗、鑑定等強制蒐集被告犯罪證據之權，甚至為便於犯罪證據之蒐集，均賦予得羈押被告之權。檢察官只須所蒐集之證據，達到足以證明被告有犯罪嫌疑，即可提起公訴（刑訴法第 251 條第 1 項規定參照），不必達到被告犯罪已經證明之程度（刑訴法第 299 條第 1 項規定參照），至於證明超過被告有犯罪嫌疑至證明被告犯罪（一般人均確認無疑）間所須之證據，則由法院依職權填補之（中華民國 92 年 2 月 8 日修法前刑訴法第 163 條規定參照），法院如未依職權調查者，其判決為當然違背法令（刑訴法第 379 條第 10 款規定參照），換句話說，在蒐集被告犯罪證據上，檢察官與法院係居分工之關係，二者係處於前、後手之關係，檢察官舉證詳盡些，法院就可少補充調查些，檢察官舉證疏漏，則法院即必須費力調查。就檢察官偵查後所為不起訴之處分，亦賦予幾同確定判決之效力，於極嚴格之條件下，始得再行起訴（刑訴法第 260 條規定參照）。

然而，將檢察官與法院之職權，設定為居於分工之關係，極易形成檢察官「聯手」法院追訴被告之想像，又使檢察官享有對被告之強制蒐集證據權，亦有訴訟當事人之一造得壓迫他造而取證之不符訴訟

上武器平等原則，無論何者，均抵觸被告享有應受法院公平審判之權利。是自 84 年司法院釋字第 392 號解釋，認為對於被告之羈押，僅法院有權為之，檢察官不與焉起，歷經 86 年至 92 年間綿密之修法，使刑事訴訟制度朝當事人進行主義之精神邁進，檢察官欲為搜索、扣押、羈押、鑑定留置等強制處分，均應經法院允許，檢察官與法院間之關係，已由分工改為分立關係，有助於公平法院之建立。

本席認為，勘驗係法院或檢察官透過五官感受事物之性狀，以了解應證事實之行為，勘驗之對象物，係特定之物，該對象物之性狀，具有一定程度之公開性與客觀性。至於鑑定，則係第三人依其專業，判斷應證事實之真偽，較無檢察官利用勘驗或鑑定，對被告形成壓迫之疑慮。鑑於檢察官對於犯罪事實負舉證責任，檢察官所為不起訴處分，具有類似確定判決之效力，授權其為勘驗或鑑定，應有助於其舉證及明瞭犯罪事實真相，對於避免檢察官濫行起訴或濫行不起訴處分，均有所助益，因此，法律允許檢察官得為勘驗或囑託鑑定（鑑定留置例外），尚與為達成刑事訴訟目的所應遵循之正當法律程序無違。

（二）惟應注意者，鑑定人因鑑定之必要，固得經審判長、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（刑訴法第 205 條之 1 第 1 項規定參照）。然而，得依上開規定請求檢察官許可而採取分泌物等，僅限於鑑定人有此請求權，司法警察並非鑑定人，並不符合上開規定。何況鑑定人並無調查或追究犯罪行為之職責，僅係本於其專業知識判斷待證事實，不必顧慮其利用此權力，對於被告造成壓迫，但司法警察亦有調查犯罪之職責，訴訟上為檢察官之助手，與被告居於對立地位，亦不應允許其依刑訴法第 205 條之 1 第 1 項規定，請求檢察官核發鑑定許可書。

至於毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 25 條規定雖有由檢察官或少年法院所發之鑑定許可書之設計，但其係針對已犯同條例第 10 條規定施用毒品罪尚於保護管束期間之人實施，而司法警察依刑訴法第 205 之 2 規定逮捕或拘提之人，並不限於已犯前開施用毒品罪

者，對於非毒品條例第 25 條規定所列之人，亦無由司法警察先依刑訴法第 205 條之 2 規定對被告進行採尿，再報請檢察官補發「鑑定許可書」之依據。

（三）因此，本判決宣告於過渡時期，檢察官得允許司法警察依系爭規定採尿，事實上係超出現行刑訴法或毒品條例所授權檢察官之權力。鑑於司法警察依系爭規定採尿，雖非為發現、取得可扣押之物件或被告所為之搜索，但仍係取得被告體內之尿液，實質上為蒐集犯罪證據所為之搜索（本判決理由第 11 段及第 16 段參照），原則上應於搜索之相關規定規範。即使為考慮整體配套，而於過渡時期予以一定條件之准許，仍應由個案嚴格判斷是否符合系爭規定之要件，例如依客觀情形，有相當理由可認受拘捕人有施用毒品之犯罪（例如有毒癮發作現象），為調查施用毒品之犯罪情形，確有採取尿液之必要，始可為之，非可透過所謂概括授權方式，概括允許司法警察為之，符合此條件之檢察官許可，方與本判決一再宣示之正當法律程序相符。

三、系爭規定之修法，應與周邊制度保持均衡與維持體系一致性

刑訴法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」本判決雖僅就條文中有關強制採尿之部分為審查。然而，就同條後段有關違反受拘捕人之意思，而採取毛髮、唾液、聲調或吐氣得作為犯罪證據之規定，亦屬於司法警察等之強制蒐證行為，且蒐集之毛髮、唾液、聲調或吐氣等，亦含有受拘捕者之生理資訊，依本判決意旨，此等規定亦屬授權司法警察為強制蒐證，違反憲法保障正當法律程序及資訊隱私權之意旨，而屬無效。又指紋、掌紋、腳印、長相、身高等，亦為足以辨識個人之資料（個人資料保護法第 2 條第 1 款規定及司法院釋字第 603 號解釋參照），因此，本條前段授權司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指

紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為，亦與同條後段一般，授權司法警察有強制蒐證權，仍有違憲疑慮。

本席認為，刑訴法第 205 條之 2 前段規定之違憲性，亦如同本判決所判斷之強制採尿一般，在於授權司法警察「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，而「違反犯罪嫌疑人或被告之意思」，採取個人資訊。如僅為辨識受拘捕人之真實身分，確認有無拘捕錯誤，而非「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，將蒐集所得資訊，作為證明犯罪事實之用，自非屬司法警察之蒐證行為。縱使為「調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，但出於受拘捕人之同意採取上開個人資訊，亦無違憲問題。

因此，相關機關修法時，自宜就刑訴法第 205 條之 2 規定之全部，與其他周邊制度（例如搜索、鑑定等）之均衡與體系一致性綜合考量，依本判決意旨妥為修法。

協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

林俊益大法官 加入

本席對本號判決認定刑事訴訟法第205條之2有關司法警察(官)採取尿液部分之規定，不符憲法正當法律程序原則之要求而牴觸憲法保障資訊隱私權意旨之主文結論，敬表同意，惟所持主要理據與判決理由不同，爰述要如下：

一、本案系爭規定規範意涵之釐清，乃違憲審查之前提，尚非違憲審查本身，不宜採合憲性解釋方式為之。

本件法規範違憲審查之標的，乃刑事訴訟法第205條之2中有關司法警察(官)因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘捕到案者，有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，得違反其意思而採取之規定（即系爭規定），其事項範圍僅限於採取尿液部分。就此為違憲審查前，自須先釐清所謂「採取尿液」之法規範意涵，是否包括侵入性與非侵入性之採尿方式在內，此係法律解釋問題，應以法律解釋方法論定之。法律合憲性解釋，固屬法律解釋之一種特殊方法，各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，聲請為法規範憲法審查者，尤應先以法律合憲性解釋之方法，力求排除系爭法規範違憲之可能；惟法律合憲性解釋亦為違憲審查之一重要方法，且足以直接影響違憲審查結論。因此，如欲釐清違憲審查標的之規範意涵，俾以展開違憲審查者，即不應以法律合憲性解釋方法論斷其規範意涵，否則形同循環論證。

於本案情形，系爭規定不包括以侵入性方式採尿之論斷，即不應以系爭規定如包括侵入性方式採尿者，「並不符憲法正當法律程序原則之要求」（見判決理由第13段）之反推方式得出。系爭規定—無論其規範意旨是否包括侵入性方式採尿—是否符合憲法正當法律程序之要求，乃本件違憲審查之標的所在，無法在開始審查前即予論斷，更無法以「系爭規定若包括侵入性方式之採尿，並不符憲法正當法律程序原則之要求」之理由，導出系爭規定所稱採尿，不包括以侵

入性方式為之者。

本席認為，系爭規定之規範意涵為何，乃違憲審查之前提，其是否包括侵入性方式之採尿，須以文義解釋方法認識「採取尿液」之可能意涵，再以體系解釋方式認識其規範範圍。

詳言之，違反受採尿者意思而採取其尿液，其實施方式可大別為侵入性與非侵入性方式兩大類。侵入性採尿方式，係由第三人以侵入身體之器具，強行採取受採尿者體內之尿液（例如將導尿器具插入人體內以強制導尿）；非侵入性採尿方式，無論過程為何，最後均係由受採尿者自行解尿、採集，始由第三人取得其尿液。系爭規定所稱採取尿液，文義上固可能包括此兩種方式之採尿，惟進一步以體系解釋方式分析，首先自刑事訴訟法第 205 條之 2 規定中與尿液併列之指紋、掌紋、腳印、毛髮、唾液、聲調或吐氣等取證標的之屬性觀之，其採樣均屬無法或毋庸由第三人以器具侵入人體體內之手段為之者，並不包含須以侵入性方式始得採樣之血液，由此推之，系爭規定所稱採取尿液，解釋上應與同條文所定其他標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照同屬身體採樣取證之刑事訴訟法第 205 條之 1 之規定，其明文列舉之採樣標的，係包括排泄物（解釋上自應包含尿液）與血液在內，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之，因此，依該條規定實施採尿時，理應亦得以侵入性方式為之，而此時之侵入性採尿之實施，依該條規定，即須經審判長、受命法官或檢察官之許可。從而，基於刑事訴訟法第 205 條之 1 及之 2 規定之體系一貫性，系爭規定所定採取尿液，解釋上自不應包含以侵入性方式為之者，否則將出現因法律解釋結果所生之法規範衝突。據上，系爭規定所稱採取尿液，應僅指以非侵入性方式為之者，並不包含侵入性方式之採尿。

二、系爭規定係因欠缺任何採尿執执行程序之監控性規定，於事前或事後均毋須踐行任何法律程序，亦不受任何外部監督機制所監控，且對受採尿者亦無提供任何權利救濟機制，因而不符憲法資訊隱私權之正當法律程序最低限度要求而違憲

系爭規定所容許之司法警察（官）採尿取證，既已構成對受採尿者憲法資訊隱私權之侵犯，則其規定即應符合限制憲法資訊隱私權所須具備之最低限度正當法律程序。本案之核心爭點，即在於系爭規定容許司法警察（官）自行決定採尿取證，是否符合上開正當法律程序最低限度之要求。

由於系爭規定就司法警察（官）對被拘捕者實施非侵入性採尿取證，於事前或事後均毋須踐行任何法律程序，亦不受任何外部監督機制所監控，且立法者亦未就對受採尿者提供相關救濟程序；整體而言，系爭規定僅具執行性之授權規定，欠缺執行程序之監控性規定。僅以此而言，系爭規定即已不符憲法資訊隱私權之正當法律程序最低限度之要求而違憲。

至系爭規定理應具備之最低限度法律程序之要求，以為立法者完成修法前之過渡時期之準據，應考量司法警察（官）之採尿取證之法律屬性、司法警察（官）受指揮監督之情形以及所涉及之受採尿者相關基本權情形等因素而定。

系爭規定係針對經司法警察（官）拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告所為，而其實施之時點，乃司法警察（官）犯罪調查階段或檢察官指揮犯罪偵查之初始階段。檢察官主要任務係在犯罪之偵查及公訴權之行使，犯罪證據之蒐集為其中不可或缺之一環，因此檢察官乃犯罪偵查之主體，依法有指揮司法警察（官）偵查犯罪之權（刑事訴訟法第 230 條第 1 項及第 231 條第 1 項規定參照）。司法警察（官）就犯罪調查之情形並應主動或應要求報告該管檢察官（刑事訴訟法第 228 條第 2 項、第 230 條第 2 項、第 231 條第 2 項及第 231 條之 1 規定參照）。由此可知，無論是司法警察（官）所為犯罪調查階段，抑或檢察官實施偵查階段之犯罪證據之蒐集，檢察官均有指揮監督之主導權責，司法警察（官）於犯罪之調查或偵查程序，原則上並不具完全獨立於檢察官之外而行使職權之地位。僅就此而言，司法警察（官）於犯罪調查或受命協助偵查程序而為證據之蒐集時，原則上均應受檢察官事前或事後不同程度之審核監控，始可能符合上開憲法正當法律

程序原則下必要法律程序之最低限度要求。於系爭規定之情形，司法警察（官）因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，違反受拘捕到案者之意思，以非侵入性方式取得其尿液，並可能作為犯罪之證據，既屬對受採尿者資訊隱私權之侵害，則其實施至少應有該管檢察官事前許可或事後核准之監控程序。

再考量系爭規定所涉及之相關基本權利之情形，首先，其容許司法警察（官）得違反受拘捕到案者之意思，以非侵入性方式對其實施採尿取證，雖限制受拘捕到案者之資訊隱私權，惟由於其係於受採尿者經拘提或逮捕到案後始進行，因此原則上並未對其等已受限制之人身自由構成額外之限制，自亦不適用限制人身自由所須具備之較高正當法律程序之要求。其次，系爭規定所涉及之人體尿液檢體，雖亦蘊含體內毒品濃度之閾值等個人資訊而為重要之個人資訊載體，因而受憲法資訊隱私權之保障，惟人體尿液並不如血液般蘊含大量個人生物特徵識別資料，其對受採尿者憲法上資訊隱私權之侵害程度，實不若強制採檢血液之情形，是系爭規定之實施所必要之法律程序要求，不應高於刑事訴訟法就強制採檢血液所定法律程序（刑事訴訟法第 122 條以下相關規定及第 205 條之 1 規定參照）。此外，系爭規定所涉及之非侵入性方式採尿，其對受採尿者身體之侵害程度，實遠低於以侵入性方式採尿之情形，因此，系爭規定之實施所必要之法律程序要求，亦不應高於刑事訴訟法就侵入性採尿取證所定法律程序（刑事訴訟法第 205 條之 1 規定參照）。

綜上考量，司法警察（官）於犯罪調查或偵查階段，因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘捕到案者以非侵入性方式採尿，以作為犯罪之證據時，其程序之實施，至少應有該管檢察官介入主導控制，亦即原則上應經檢察官之事前許可始得為之（刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1、第 205 條之 1 等規定所定程序參照）；惟一旦出現非即時採尿無法有效保全證據之急迫情況時，自得例外容許司法警察（官）先行採尿後，於一定期限內報請檢察官審查核准，檢察官並應有權於事後予以撤銷，以維護受採尿者之正當權益。

三、系爭規定是否直接涉及對受採尿者身體權之侵害，容有商榷餘地

系爭規定所稱採取尿液，既不包含以侵入性方式為之者，則難以想像以非侵入性方式所取得之尿液，非由受拘捕到案者自行以解尿之生理作用所產生。即便司法警察（官）違反受拘捕到案者之意思而以命令或勸誘方式請其解尿，或請其喝水、走動以產生尿意，無論如何最終均係受拘捕到案者自行解尿。此種情形下，受採尿者之身心不受傷害之身體權，究竟受到如何之傷害？即便司法警察（官）依系爭規定實施採尿取證之過程中，命令或勸誘受拘捕到案者喝水、走動使自行產生尿意而解尿，該等司法警察（官）為取得尿液之執行手法，並非系爭規定所要求或明文容許，何以由實務上可能存在之執行手法，可直接導出作為法規範之系爭規定所定採尿，其規範內涵構成對受採尿者不受身心傷害之身體權之侵害？換言之，違反受拘捕到案者之意思所為採尿，固然可能須由司法警察（官）於現場以各種方式強力要求其解尿，但其亦可能在非情願下，仍選擇配合完成採尿程序，因此，於心理上受到（極大）壓迫之情境，並非系爭規定之規範內涵，甚至非系爭規定之個案執行所必有，則作為法規範憲法審查標的所在之系爭規定，何以涉及受拘捕者之不受身心傷害之身體權？況本號判決之核心爭點，乃系爭規定是否符合憲法正當法律程序原則之要求，自身身體權之憲法保障內涵，實難導出其具有正當法律程序之要求，除非將憲法第 22 條所導出之身體權與憲法第 8 條所保障之人身自由權等同以觀！或有認為，受拘捕到案者之所以自行解尿、採集，使司法警察（官）得以取得其尿意，是受制於採尿人員可得支配之實力範圍內，受到外力制約所致，然而，此種人身自由受制約之處境，係因受採尿者被依法拘提、逮捕致其人身自由（非身體權）遭受限制與制約，非因系爭規定所致，法規範憲法審查時，實不應混為一談。據上，本席認為系爭規定之審查依據，應僅為憲法資訊隱私權之正當法律程序之要求，不涉及身體權之保障問題。

部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

刑事搜索、扣押涉及憲法第 8 條人身自由之保障，採令狀原則（令狀主義）及由法院裁定，乃現代法治國憲法正當法律程序原則之基本要求，並已經立法落實於刑事訴訟法規定中（刑事訴訟法第 1 編第 11 章尤其第 128 條及第 133 條之 1 規定參照）。司法警察官等職司犯罪偵查，尤其負責依法官之命令為刑事搜索、扣押，而為搜索、扣押之第一線並主要執行者，固屬事實，但基於刑事搜索、扣押令狀原則，其所為搜索、扣押應得法院（法官，不包括檢察官）事前許可。另其為犯罪嫌疑人及被告之拘提、逮捕行為，除現行犯或準現行犯外，須依法官、檢察官所簽發之拘票等辦理，且拘提、逮捕與搜索、扣押不同；即有權執行拘提、逮捕不等於有權搜索、扣押，尤其不等於得由司法警察官等無令狀自主決定為體表搜索以外之人身搜索、扣押。是刑事訴訟法第 205 條之 2 規定中，許檢察事務官、司法警察官及司法警察對經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得未經法院事前許可發給搜索票或裁定許可，逕自主決定強制採尿取證部分，已侵害犯罪嫌疑人等受憲法保障之人身自由權，並違反憲法正當法律程序原則，該規定部分為違憲。又在搜索、扣押令狀原則下，此部分事實上無須另行規定，回歸刑事訴訟法第 1 編第 11 章「搜索及扣押」規定已足。

本席贊成刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，其中關於本件爭執之採取尿液部分（下稱系爭規定），1、不適用於侵入性方式採取尿液，僅適用於非侵入性方式採取尿液，而且 2、此規定違憲（如適用於侵入性方式採取尿液，其為違憲更不待言）；但 3、本席不贊成違憲之理由為未經檢察官許可等，暨不論知立即失效而且論知未完成修法前，僅需得檢察官許可，甚至於急迫情形，司法警察官等無須先經檢察官許可，即可採尿取證；以及尚未終結之案件依現行規定辦理之諭知。4、本席並認為本件必然涉及憲法第 8 條所已明定保障之人身自由（含一般隱私權）之侵害，非僅身心不受侵害之身體權而已；至資

訊隱私權部分涉及採取後進一步運用，係間接侵害。爰提出本部分不同意見書，並略述理由如下：

一、立法過程即曾有立法委員認系爭規定可能使警察濫權實施鑑識，建議不予立法

刑事訴訟法第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」係於 92 年新增¹。是於 92 年立法當時，已有立委依民間版所提之理由：「本條規定之強制處分，攸關被告人權甚鉅，司法院版（指原提案）規定過於粗糙，難以防止警察機關違法濫權實施鑑識，為避免人權無端受到侵害」，故建議刪除之²。

又立法院審查會修正通過版（即現行規定）固以保障人權為由，將本條規定之適用對象侷限於「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」（取代司法院原提案之「犯罪嫌疑人」）。但是司法院原提案就後段「採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣」部分，係以「情況急迫」為前提條件；現行規定則刪除「情況急迫時」，而以「有相當理由認為得作為犯罪之證據時」取代之。亦即不論情況是否急迫，只要有相當理由認為採取尿液等可以作為犯罪之證據，即可違背經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人等之意思，強制採尿等，斯亦不同；至於前段規定即關於採取指紋等部分，現行規定與司法院原提案，就其前提條件為「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」，並無不同。

二、關於系爭規定本即應不適用於侵入性採取尿液部分

¹ 原行政院、司法院提案內容見立法院第 5 屆第 1 會期第 22 次議案關係文書政 91 以下（91 卷 45 期 3241 號一冊 16-19 頁）、立法院委員會審查通過內容見立法院第 5 屆第 2 會期第 17 次會議議案關係文書討 2 以下。

² 前 1 之提案內容、相關立法過程、立法理由略如附件。摘錄自立法院公報第 92 卷第 8 期院會紀錄第 2050 頁至第 2053 頁。

（一）刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，由其文義稱「採取指紋、掌紋、腳印」、「予以照相、測量身高或類似行為」及「採取毛髮、唾液、聲調或吐氣」，應均屬並可以非侵入性方式取得者。

（二）法院實務上，固然也有刑事訴訟法第 205 條之 2 規定適用於侵入性採取尿液等之見解³，然係少數，晚近多數意見已認為不適用之⁴。

（三）因為系爭規定本應不適用於侵入性採取尿液，故檢察事務官、司法警察官或司法警察，如無其他法律依據，對於單純經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，縱有相當理由認為採取尿液得作為犯罪證據且有檢察官許可，本即不得對之為侵入性採取尿液行為，如逕為之，當屬違法採證；在本件判決後，縱經檢察官許可，原則上仍不得對之為侵入性採取尿液行為！即對於侵入性採取尿液，檢察事務官等原則上不因本件判決而得經檢察官許可對上開犯罪嫌疑人等為之。

（四）法官可以准許檢察事務官等甚至檢察官，對於單純經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告（非現行犯或準現行犯），以因調查犯罪情形及蒐集證據必要，且有相當理由認為可以作為犯罪證據，而為侵入性採取尿液行為嗎？本席不以為當然可以，另如後述。

（五）本件判決已認為非侵入性部分違憲，舉輕以明重，系爭規定如被適用於侵入性部分，該行為構成對憲法第 8 條所保障人身自由權之侵害，不得為之，更不待言。

三、系爭規定不但不以情況急迫為前提條件，而且檢察事務官等得自主決定為之，已侵害經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，受憲法第 8 條保障之人身自由權，牴觸憲法正當法律程序原則，系爭規定違憲。

其理由如下：

³ 最高法院 99 年度台上字第 40 號、第 7407 號刑事判決等。

⁴ 最高法院 103 年度台上字第 447 號、107 年度台上字第 2760 號、108 年度台上字第 4288 號、109 年度台上字第 3154 號刑事判決等。

（一）系爭規定係以檢察事務官等有權（得）違背經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告之意思，即強制採取尿液為前提，本件意見書（本件判決亦同）亦立於此一前提論述。至如經自願（自主並同意）解尿並提供尿液作為證據，不在本件討論範圍，先予敘明。

（二）因為系爭規定涉及「強制」取尿，是否違憲之關鍵也在「強制取尿」，且因尿液必然取自人民身體，而自決定採取尿液之檢察事務官等發出強制命令，至受處分人解出尿液而完成採檢間本需時間，然而於此段時間內，檢察事務官等就拘提逮捕所憑之犯罪嫌疑可能已無再留置偵訊受處分人之理由，更何況即使有留置理由亦非當然可以併利用而為與原拘提、逮捕無關之其他行為如強制採尿，故僅以系爭規定限制採尿處分須以合法拘提逮捕為前提，尚不足以完全正當化因採尿處分所限制之人身自由。從而，即使經合法拘提逮捕，利用原拘提逮捕程序之外溢採尿強制處分仍必然涉及人身自由之限制。

（三）憲法第8條明文保障人身自由，不管從憲法理論或司法院大法官解釋⁵、憲法法庭判決⁶，人身自由因係其他憲法所保障基本權之基礎，故無疑應是憲法所保障之基本權之最。又如果已涉及人身自由之侵害，縱使另侵害其他憲法已明定或未明定之基本權（如身體權、隱私權），似沒有捨人身自由權，而僅由其他基本權之侵害，論述並作違憲審查依據之理。

（四）本席認為本件涉及人身自由侵害，故應由人身自由侵害為論述，且顯然違反憲法正當法律程序原則，系爭規定為違憲，簡要分析如下：

1、任何人包括經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，其人身自由權均受憲法保障。依憲法第8條第1項及第2項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之（第1項）。

⁵ 司法院釋字第384號、第392號、第523號、第708號、第710號解釋。

⁶ 憲法法庭111年憲判字第1號判決。

人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審（第 2 項）。」

2、系爭規定所稱「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」，應限於合法拘提或逮捕，並至少涉及刑事犯罪而有相當理由認其有犯罪嫌疑之人，乃屬當然。又經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，不等於現行犯或準現行犯。在以「被告」地位被拘提、逮捕到案之情形，系爭規定應與是否現行犯或準現行犯無關⁷。

至於就偵查中，尚未經檢察官提起公訴之「犯罪嫌疑人」部分言：查由刑事訴訟法第 77 條第 3 項準用第 71 條第 4 項、第 85 條規定觀之，現行法固賦予檢察官得命拘提、通緝逮捕犯罪嫌疑人之權⁸，惟檢察官命拘提等亦不當與是否現行犯或準現行犯有關⁹。

3、就系爭規定與現行犯或準現行犯無關部分：

對於所拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，依刑事訴訟法第 78 條及第 87 條規定，司法警察官或司法警察「僅係拘提或逮捕之執行機關」而已¹⁰，其等既非該命拘提或通緝逮捕案件之受訴法院，也非負責調查之原承辦檢察官，根本無權逕自對經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告之人身強制為任何證據調查（依刑事訴訟法第 91 條

⁷ 因為「被告」係指經檢察官提起公訴，正由法院審判其是否有罪中者；而因被告未如期到庭者，固得由法院依法命予拘提或通緝逮捕到案，但是單純未如期到庭並不另構成犯罪，因此，如果被告係因為現行犯、準現行犯或其他犯罪被通緝逮捕到案，則均應與被告正受審判案件無關。又依刑法第 161 條脫逃罪規定，除越獄外，單純逃亡無罪，甚至受追訴權時效保障，只是如為棄保潛逃，保證金會被沒收，及可能被認為係犯罪後態度不佳，被從重量刑。

⁸ 本席對於檢察官有權傳喚強制犯罪嫌疑人到庭應訊，並因其不如期到庭，即得予以拘提，持保留看法，請參見本席於本庭 111 年度憲判字第 7 號所提部分不同意見書。

⁹ 其中關於未如期到庭部分之邏輯論理與法官略同，請參見註 7。

¹⁰ 依刑事訴訟法第 78 條及第 87 條規定，檢察事務官既非拘提亦非逮捕之執行機關，是系爭規定於立法院委員會審查時，增列檢察事務官為系爭規定之調查主體，應非妥當。

規定，只能立即解送至命拘提或為通緝之法院或檢察官所指定之處所，除人別調查外，應無權為其他調查）。系爭規定竟賦予其等對人身之強制處分權，即使不論是否合於正當法律程序，系爭規定根本也不可能合於比例原則。

4、就涉及現行犯或準現行犯部分：

此更與是否為「經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告」之地位無關，立法院審查會為保障人權而於系爭規定中，增列之（取代原提案之「犯罪嫌疑人」），亦非妥當。又關於現行犯或準現行犯之逮捕，刑事訴訟法第 88 條早定有明文，並依刑事訴訟法第 92 條第 2 項規定，逮捕後應即解送檢察官；另逮捕後，依刑事訴訟法第 93 條規定，應即時訊問（依刑事訴訟法第 95 條規定，犯罪嫌疑人及被告有默秘權），除有羈押必要應於 24 小時內由檢察官向法院聲請外，如無羈押必要，應立即釋放。關於對於現行犯或準現行犯人身相關之證據調查，另如下述（本席認為已涉及搜索及扣押，應依相關規定，並應遵守令狀原則）。

5、就司法警察官、司法警察依刑事訴訟法第 88 條之 1 規定執行拘提部分言：限於所列舉之情形，且情況急迫，並應立即解送指定處所。其餘同前 4、所述。

6、就上述 4、及 5、情形，檢察事務官等依系爭規定，違背經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告之意思，強制其配合為非侵入性採取尿液行為，已涉及搜索（強制配合解尿）及扣押（強制提供所解出之尿液）。系爭規定違憲、司法院 92 年原提案不當，因為：

依 90 年修正刑事訴訟法第 122 條、第 128 條之 1 及之 2 規定，司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有「搜索犯罪嫌疑人身體」之必要，固得執行之，惟應遵守令狀原則，即必須經檢察官許可後先向法院聲請發給搜索票（即檢察官原則上無權逕許可搜索、扣押，包括對犯罪嫌疑人身體之搜索、扣押；例外於逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提時，依刑事訴訟法第 130 條規定，得無搜索票逕為體表搜索），始得為之（刑事訴訟法第 128 條之 1 及第 128 條規

定參照)。此等 90 年修正刑事訴訟法由法院核發搜索票，司法警察官等始得憑以執行對犯罪嫌疑人身體搜索之規定，乃係憲法第 8 條保障人身自由所必要之憲法正當法律程序原則重要基本要求之立法具體實踐。而系爭規定之原司法院提案固於 79 年擬議，但係於上開對人民身體搜索、扣押（強制採尿取證涉及對人民身體搜索、扣押），應先經法院核發搜索票之憲法正當法律程序原則，於 90 年刑事訴訟法修法具體實踐後，系爭規定於 92 年才完成立法。是系爭規定於 92 年立法時，即顯然未充分全盤考量刑事訴訟法整體規定之一致性，更未注意新刑事訴訟搜索、扣押令狀原則之憲法正當法律程序要求。

又或謂司法院 92 年之原提案係以情形急迫為要件。惟系爭規定並未以情形急迫為前提，系爭規定係搜索人民身體，與 90 年、91 年修正刑事訴訟法第 131 條第 1 項規定（住宅、處所）之逕行搜索不同；系爭規定係為取證目的強制採取尿液與 90 年修正同法第 130 條之附帶搜索（體表搜索，此係為避免執行之司法警察官等受到犯罪嫌疑人之攻擊而生危害，即為保護執法人員之安全）亦不同。即使是「情況急迫，非迅速搜索，24 小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞」者¹¹，依 90 年、91 年修正刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定，亦僅「檢察官」有權決定逕行搜索住宅、處所，並應層報檢察長，即司法警察官等仍並無自主決定並逕行搜索權。是仍無解於原提案之不當性（依刑事訴訟法第 131 條第 2 項及第 3 項規定，除需「情況急迫」外，檢察官只能在併有「非迅速搜索，24 小時內證據有湮滅等之虞」之條件下，才能逕行搜索住宅、處所，且須層報檢察長；但系爭規定之原提案卻許受檢察官指揮執行搜索之檢察事務官等，超越檢察官之法定權限，在檢察官依法無權之情形一無刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定之情形，即得自主決定並逕行採尿取證，系爭規定之原提案自非妥當；系爭規定亦同），以及系爭規定之違憲性（許無搜索票，得由檢察事務官等自主決定並逕行為體表以外，搜索人民之身體，違反憲法

¹¹ 本件原因案件應與現行犯或準現行犯無涉，而且不是酒駕肇事，原則上沒有 24 小時內證據湮滅之虞問題。

正當法律程序原則)。

另就違反經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告之意思，未先取得搜索票，而由檢察事務官等，依系爭規定強制扣押犯罪嫌疑人等解出之尿液部分，應係「非附隨於搜索之扣押」，而且不能認為係得為證據之物（刑事訴訟法第98條、第131條第4項規定意旨參照），依刑事訴訟法第133條之1規定，其扣押應先經法院裁定。是就「強制提供所解出之尿液」部分言，系爭規定亦違憲法正當法律程序原則，為違憲。

7、不論是否逾24小時解送，系爭規定許無搜索票、為作為犯罪證據目的，而由檢察事務官等，對經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，強制採取尿液，均為對憲法第8條所保障人身自由權之不當限制。因為：

不論憲法第8條第2項規定之24小時(稱「至遲於24小時內」)，或刑事訴訟法第91條及第93條規定之24小時(稱「24小時內」)，均係最長時間之限制，不是容許檢察事務官等得在24小時內任意拖延，違反「立即解送」義務，或者為所欲為，違法取證。是逾24小時解送固屬違反憲法正當法律程序原則行為，應受非難；即使24小時內解送，但違法取證，亦為違反憲法正當法律程序原則之行為，亦應受非難。

又對人民身體強制取證，必然涉及人身自由之限制。檢察事務官等均為執行公務之人員，有遵守正當法律程序原則之義務，如果為取證而延遲解送，或利用解送作業空檔併違法強制取證，自均應屬對人身自由之不當限制，已牴觸憲法第8條保障人身自由之意旨。

本件判決理由稱係於受採尿者經合法拘提或逮捕後進行，對其等人身自由原則上尚未形成違憲之干預等，亦難贊同。又本件判決先由人民有身心不受侵害之身體權出發，並認系爭規定涉及之，故須符合憲法正當法律程序，但又認非侵入採尿取證對健康無虞，理由前後矛盾。

四、本席不同意：本件違憲理由為未經檢察官許可、暨本件判

決未宣示系爭規定立即失效，另諭知二年內修法暨於修法前之過渡期間，檢察事務官等得經檢察官許可或於急迫情形，得強制非侵入性採尿取證。

因為：

（一）系爭規定本質為搜索、扣押，在令狀原則下，檢察官本身無權為之，系爭規定怎可能僅因未經檢察官許可而違憲？本件判決論理違背令狀原則，有邏輯上謬誤，且係人權保障上之大大退步！殊難贊同！又正如 92 年立法當時民間版所提意見，至少系爭規定部分應刪除¹²，直接回歸刑事訴訟法第 11 章「搜索及扣押」尤其第 128 條之 1 第 2 項至第 132 條之 1 規定即可，沒有另作過渡規定之必要。

（二）又檢察官與律師同為法曹一員，但檢察官非法官，尤非有權核發搜索票或裁定許可扣押之法院（法官），更是立於與犯罪嫌疑人或被告對等地位之刑事訴訟程序一方當事人，由其決定得否對為另一方當事人之犯罪嫌疑人或被告強制採尿取證，顯然不符憲法正當法律程序原則之要求！而且本庭多數意見應無以過渡之諭知，肯認檢察官為法官之意思，但據悉有檢察官竟以本庭 111 年憲判字第 1 號判決為據，聲稱憲法法庭肯認檢察官為法官，已然引致誤解，尤非妥當。

（三）刑事訴訟法第 122 條及第 128 條已規定，對於被告或犯罪嫌疑人之身體，必要時得搜索；暨搜索，應用搜索票，則刑事訴訟法第 212 條及第 213 條規定所稱因調查證據及犯罪情形得由檢察官實施，檢查身體之勘驗，應當解為只限於體表勘驗，而不包括系爭強制採尿取證，始符令狀原則。刑事訴訟法第 204 條、第 204 條之 1、第 205 條及第 205 條之 1 規定中「經檢察官許可」部分，也抵觸令狀原則，應刪除之¹³。

¹² 刑事訴訟法第 205 條之 2 其他規定部分，亦應全盤檢討有無獨立存在必要，是否回歸刑事訴訟法第 131 條規定之要件、程序及其相關救濟等。

¹³ 外國立法例中，從未見「檢察官許可」即可以滿足令狀原則之要求者。德國就身體檢查於刑事訴訟法之規定原則上須由法官授權，惟 2017 年修法增訂第 81a 至 81h 條後，就情況急迫時，得不經法官授權而僅由檢察官及其輔佐人員為身體檢查；美國就搜索令狀原則規定於憲法第 4 修正案，就侵害人民隱私權之檢

(四) 本件判決放棄令狀原則及法官保留之理由，係認使受合法拘捕者，因採尿人員之要求，並在受制於採尿人員可得支配之實力範圍下，以喝水、走動等方式產生尿意，原則上對受合法拘捕者之身體健康尚無不利之虞等。一則如果這是理由，為何刑事訴訟法第1編第11章明定身體搜索需符合令狀原則、法官保留？二則由憲法法庭肯認：不必經法院許可，即得由司法警察官等人員以實力強制人民（以有犯罪嫌疑為由）喝水等，以便其等採取尿液作為追訴人民犯罪（包括施用毒品罪）之證據，當然合宜無違比例原則嗎？那麼地當然不涉人權侵害嗎？三則系爭規定至少主要目的在抓吸毒者，既為本件判決所肯認，而吸毒者腎功能極可能本已不佳，應為公知之事實¹⁴，則為取得受拘捕者吸毒之證據，以便將其以施用毒品罪處罰，而許司法警察官等依系爭規定，強制受拘捕者喝水等，在受拘捕者畏懼被刑事處

查，均應由法官核發令狀授權，僅於情況急迫時，可能符合不需經法官核發令狀之例外。案例法詮釋憲法第4修正案所樹立的法學方法乃是先判斷採尿等身體檢查屬於對隱私權侵害，再判斷為不同目的之採尿是否落入憲法第4修正案所保障之應由法官核發令狀授權，進而判斷具體情狀之採尿與其目的是否符合緊急例外而得不經法官核發令狀即執行（*Winston v. Lee*、*Schmerber v. California*、*Rochin v. California* 等判決）。英國司法警察職權執行法（*Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE*）第63B條則明文規定警察基於一定罪名合法拘捕犯罪嫌疑人，基於逮捕罪名合理懷疑犯罪嫌疑人施用毒品、或合理懷疑犯罪嫌疑人之犯罪係因毒品反應所致時，經對已滿18歲之犯罪嫌疑人完整告知將以檢驗毒品反應為目的採尿，若不配合將可能觸犯其他罪名後，經被採取人配合而進行採尿，毋庸經法官核發令狀；日本則於刑事訴訟法明文規定身體檢查應經法官以令狀為之，僅於警察告知採尿用途或並未欺騙犯罪嫌疑人、犯罪嫌疑人自願排尿且自願提供時，不須另由法官核發令狀（最決昭和50年12月4日裁集刑198卷第723頁；最決昭和49年12月3日判時766卷第122頁）。上述各種法例皆是遵守令狀原則，即人民無配合偵查之義務，強制偵查行為對基本權的侵害須經中立之法官授權，若有緊急情況，則可無須法官事前核發令狀。本判決不以情況急迫為要件，又不以犯罪嫌疑人主動配合為要件，逕以「檢察官保留」代替令狀原則，使人民須忍受強制偵查，毋寧係將我國刑事訴訟法自搜索回歸法官保留而引入令狀原則之正向發展打回原形。

¹⁴ 學術論著如王郁婷（Yu-Ting Wang）、朱宗信，海洛因腎病變，台灣醫學，2004年09月（8:5期），頁735-737；另如略以吸毒、腎功能搜尋，即得康健雜誌，吸毒會害人腎衰竭、尿失禁等諸多文章。

罰之心理下，憋尿乃屬正常，從而對原已功能不佳之腎臟可能造成進一步傷害，怎會對受合法拘捕者之身體健康尚無不利之虞？本件判決之論述背於事理。

五、對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，法官得否許可負責執行拘提或逮捕之司法警察官等為侵入性強制採取尿液？

（一）依目前令狀原則等法制，本席已以為不當然可以，謹分述如下：

1、因為涉及憲法第 8 條所保障之人身自由，且另涉及身體權、資訊隱私權等受憲法第 22 條保障之其他基本權，故應特別注意嚴格審酌聲請是否合於法律規定及比例原則等。

2、如果是針對已經被提起公訴之經拘提或逮捕到案之被告，負責執行拘提、逮捕之司法警察官等只有將其解送至法院指定處所之義務，沒有就已繫屬於審理法院之案件有主動調查權，故執行拘提、逮捕之司法警察官等不得聲請命拘提、逮捕之法院許可強制採尿取證。而且上開法院之審理範圍以起訴書所載起訴事實為範圍，是上開法院不得許可其為侵入性、非侵入性強制採尿取證，因為無權為本案外其他調查聲請之許可。

3、如果是針對偵查中之經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人，因為人之身體在得搜索範圍（刑事訴訟法第 122 條第 1 項規定參照），侵入性採尿取證非絕無必要性，故若司法警察官等依刑事訴訟法第 128 條之 1 第 2 項規定報請檢察官許可後提出聲請者，法官經依 1、審酌後，得依法以搜索票准許之。

4、惟以上均與系爭規定無關，而且均得不到經檢察官許可即可強制取尿之結論。即不論侵入性或非侵入性強制採尿，均需符合令狀原則，為法官保留。

（二）即使符合令狀原則法官保留，在具體個案依然要考量比例原則。

六、司法警察官等之犯罪調查權，固然是保護犯罪被害人權益、維護社會安全及實踐公平正義所必要，但現代民主法治國，憲法正當

法律程序原則之遵守更是不二前提！檢察官依照 90 年、91 年修正刑事訴訟法第 1 編第 11 章「搜索及扣押」尤其第 131 條規定，已無權即不得為之侵害人身自由行為，92 年修正系爭規定卻賦予檢察事務官、司法警察官、司法警察得逕行為之，寧有斯理哉？！自應由本庭宣告系爭規定違憲並立即失效，使相關證據調查回歸刑事訴訟法第 1 編第 11 章搜索及扣押規定，斯為正道。

另關於尚未終結案件之處理，憲法訴訟法第 54 條第 1 項已有原則性規定，本件判決主文第 1 項末句應屬多餘，且反不利人權保障（限制法官之個案裁量權），應非妥適，爰難贊同。

七、本件判決僅就所爭議之採尿部分處理，至於刑事訴訟法第 205 條之 2 其餘規定部分不在本件審理範圍，即憲法法庭並未肯認該等規定合憲，應予敘明。又以毒品殘留為例，毛髮之殘留期較尿液為長¹⁵，果如此，則系爭規定併列毛髮、尿液，均許司法警察官等得逕自決定強制採取尿液，亦已不符比例原則，因為採取毛髮顯然是較輕微之手段。本件判決主文第 2 項「於急迫情形」之諭示部分，也難以想像該急迫情形存在之可能性（毒品殘留毛髮時間長達 90 天），其為不當，至為明顯。

八、本件判決對令狀原則大打折扣，所為何來？如果是為法官案件負荷考量，理由足堪抵銷因此所生對人權保障之傷害嗎？更何況由此所減省的充其量只是法官簽發搜索票、扣押裁定之程序時間，但是司法警察官等依本判決可堂而皇之查什麼犯罪呢？不過就是施用毒品輕罪而已！抓了施用毒品者，法官不必進一步實質審判嗎？如果要，那不是反增加法官之負擔嗎？又施用毒品本質是應該以刑罰處罰之犯罪行為嗎？國事會議不是早已有吸毒是病¹⁶，毒癮應循醫療戒治

¹⁵ 行政院衛生署管制藥品管理局 92 年 7 月 23 日管檢字第 0920005609 號函釋參照。

¹⁶ 總統府司法改革國是會議第五分組第三次增開會議，討論事項（一）監所醫療現狀與改進建議--「監所內附設醫療院所或監所附近設置醫療專區」（列席機關：衛生福利部、法務部矯正署）（二）緝毒政策與毒品重刑化政策之檢討（列席機關：法務部、司法院）（三）施用毒品者戒癮治療多元處遇模式之改良，

程序處理之共識嗎？據悉監獄人滿，一半是毒品犯，戒治也要排隊！本件判決給司法警察官方便抓吸毒者，既犧牲人權保障所倚仗之令狀原則，又不符國事會議共識，單純從刑事政策著眼，對嗎？也顯然有疑！

此外，本件判決主文第 2 項末句「受採尿者得於受採取尿液後 10 日內，聲請該管法院撤銷之」，對人權保障有益且在本件判決不採令狀原則之情形下更有必要（因為是否「因調查犯罪情形及蒐集證據之必要」、「有相當理由認為得作為犯罪之證據」，不應是司法警察官等甚至檢察官說的算，只有法官有權判斷），本席贊成，但較之由法官簽發搜索票等，可能無法避免將更增加案件量及法官之負擔。

九、本席對本庭 111 年憲判字第 1 號判決與本件判決之意見，所以有相當之差異，其原因在於：111 年憲判字第 1 號係針對汽車駕駛人肇事（現行犯或準現行犯）拒絕酒測等情形作抽血檢測，本件原則上係對非現行犯或準現行犯之吸毒自殘者作強制採尿，二者顯然有別。前者有無喝酒駕駛汽車嫌疑，有客觀直接跡證憑以判斷，且單純酒駕本身已具公共危險性，已肇事者更有極具體犯罪嫌疑，更重要的是其蒐證所涉及者，已經不是單純犯罪追訴之國家刑罰權直接行使問題，而另涉及犯罪被害人權益之保護；再加上酒精代謝快，抽血應該不是那麼不日常之事項（人難免生病、看病抽血是尋常），由醫事人員抽血應該不致傷害健康等，所以可以是令狀原則之例外。而本件判決原則上係針對非現行犯或準現行犯、不當然具公共危險性及有犯罪被害人、暨毒品殘留時間較長等情形，與前者迥不相同，所以應不同處理，本件應該固守令狀原則。

依本件判決結果：在「因調查犯罪情形及蒐集證據必要」、「有相當理由認為得為犯罪證據」，就可以無須法官事前准許，對非現行犯或準現行犯之人民（即使是經拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人，不等於有罪確定者或另當然有其他犯罪嫌疑）強制取證。這樣的結論令人很不安！

整合司法、醫療與社工資源，矯治勒戒（戒治所）回歸衛福部醫療體系（列席機關：衛生福利部）。參見連結<<https://justice.president.gov.tw/meeting/52>>

				處分，故明定應於本修正草案第二百零四條之一第二項許可書中載明，以求明確，並免爭議。 審查會： 照案通過
(修正通過) 第二百零五條之二 檢察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑入或被告，得違反犯罪嫌疑入或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時	第二百零五條之二 司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，得違反犯罪嫌疑入之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；情況急迫時，並得採取其毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣。	高育仁委員等提案：(刪除)		司法院、行政院提案說明： 一、本條係新增。 二、依現行刑事訴訟法第二百零三十條、第二百零三十一條之規定，司法警察官、司法警察知有犯罪嫌疑者，得不待指揮或命令，逕行調查犯罪嫌疑入犯罪情形及蒐集證據，則於有必要或情況急迫時，得否違反犯罪

立法院公報 第九十二卷 第八期 院會紀錄

第 16 號

二〇五

，並得採取之。	
嫌疑人之意思，予以照相、測量身高或類似之行為，並採取其指紋、掌紋、腳印、毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣？事關偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，參考德國刑事訴訟法第八十一條第二項、第八十一條第五項之立法例，就採取其指紋、掌紋、腳印、照相及相類似行為部分因侵害程度較低，准許司法警察、司法警察官認有必要時即得為之。至於毛	

勢、唾液、尿液、聲調或吐氣之採取，為保障人身自由，則須有急迫情形時始得為之。爰明文予以規定，以為執法之依據，並應實務之需要。

高育仁委員等提案說明：

本條規定之強制處分，攸關被告人權甚鉅，司法院版規定地過於粗糙，難以防止警察機關違法濫權實施鑑識，為避免人權無端受到侵害，故民間版建議刪除本條文。

審查會：

為避免司法警察人員濫權侵害犯罪嫌疑入或被告之人身

立法院公報 第九十二卷 第八期 院會紀錄

(照案通過) 第二百零六條之一 行 鑑定時，如有必要，	
第二百零六條之一 行 鑑定時，如有必要， 法院或檢察官得通知	
一、本條係新增。 二、為期發見真實，當事人在場之	自由，本條爰依司 法院、行政院提案 條文再修正，檢察 事務官、司法警察 官或司法警察因調 查犯罪情形及蒐集 證據之必要，對於 「經拘提或逮捕到 案之犯罪嫌疑人或 被告」，始得違反 犯罪嫌疑人或被告 之意思，為採取其 指紋、掌紋、腳印 ，予以照相、測量 身高等類似之行為 ；且有相當理由認 為採取毛髮、唾液 、尿液、聲調或吐 氣得作為犯罪之證 據時，乃得採取之 。

二〇五三

部分不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件判決認刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分之規定，係以非侵入性方式採取尿液而為規範。惟其規定不符憲法正當法律程序原則之要求，牴觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨。於完成修法前，檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液之實施，事前應報請檢察官核發鑑定許可書，情況急迫時事後應陳報檢察官許可，並給予受採尿者事後權利救濟機制，此係為確保採尿制度及救濟程序之完善，固可資贊同。然因本件判決對採取尿液所為限於非侵入性方式之「限縮性解釋」，與有關憲法原則及基本權審查等部分之論理及理由，及宣示系爭規定採定期失效與相關諭知，仍有值得商榷之餘地，爰提出部分不同意見書如下：

一、刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之限縮解釋問題

本件判決認刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分之規定，係就檢察事務官、司法警察官或司法警察以非侵入性方式採取尿液而為規範。對於系爭規定之此種限縮性解釋，是否已非法律解釋（Gesetzesauslegung），而係目的性限縮（Teleologische Reduktion）之補充性法續造（Ergänzende Rechtsfortbildung）¹，故其妥適性，不無疑問。

（一）最高法院之實務見解

從最高法院之實務見解而言，有判決認為刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，固賦予檢察事務官、司法警察官、司法警察對犯罪嫌疑人或

¹ 就法律漏洞之填補（Lückenschließung），其不僅可適用「類推」（Analogie），亦可採用反面推論（Umkehrschluss）、目的性限縮與適用一般（自然）法原則（例如民事法誠信原則）（參照 Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München: Verlag Franz Vahlen, 2011, S.85ff.; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien, New York: Springer, Nachdruck 2011, S.428ff, 472ff, 480f.; Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 37. Aufl., München: Beck, 2013, Rn.22ff..)

被告身體採證權。惟該條規定之立法意旨，乃在偵查階段若非於拘提或逮捕到案之時即為該條所規定之採集行為，將無從有效獲得證據資料，有礙於國家刑罰權之實現，故本得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，強制採尿²。此乃不須令狀或許可，即得干預其身體之立法特例，係針對犯罪嫌疑人或被告頑強地繼續拒絕任意提供尿液之替代方法，俾滿足偵查階段之及時蒐證需求，使證據能有效取得，國家刑罰權得以實現。³惟身體檢查處分，係干預身體不受侵犯及匿名、隱私權之強制處分，適用上自應從嚴。其於干預被告身體外部之情形，須具備因調查犯罪情形及蒐集證據之必要性；於干預身體內部之時，則以有相當理由為必要。此等必要性或相當理由之判斷，須就犯罪嫌疑程度、犯罪態樣、所涉案件之輕重、證據之價值及重要性，如不及時採取，有無立證上困難，暨有無其他替代方法存在之取得必要性，所採取者是否作為本案證據，暨犯罪嫌疑人或被告不利益之程度等一切情狀，予以綜合權衡；於執行採證行為時，就採證目的及採證證據之選擇，應符合比例原則，並以侵害最小之手段為之。法院對於必要性或相當理由之有無，得依職權予以審查，以兼顧國家刑罰權之實現與個人身體不受侵犯及隱私權之保障。苟被告就其適法性已為爭執，

² 參照最高法院 107 年度台上字第 2760 號刑事判決及最高法院 109 年度台上字第 3154 號刑事判決。該等判決認為此之強制採取尿液，其屬侵入身體而作穿刺性或侵入性之身體採證者，因攸關人身不受侵害基本權之保障，學說上固有仍須取得令狀而排除在本條授權之外之主張，惟如屬一般強迫犯罪嫌疑人或被告自然解尿之方式採尿取證，例如警察命犯罪嫌疑人或被告喝水、喝茶或走動等以促其尿意產生，待其自然排泄之後再予扣押者，則以合乎刑事訴訟法有關告知緘默權之程序即可，依法並無事先取得令狀或許可之必要。至於有無相當理由之判斷，則應就犯罪嫌疑之存在及使用該證據對待證事實是否具有重要性、且有保全取得之必要性等情狀，予以綜合權衡。

³ 參照最高法院 109 年度台上字第 543 號刑事判決。該判決認為自願性同意採尿，係以一般意識健全具有是非辨別能力之人，得以理解或意識採尿之意義、方式及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於警方明示或暗示之強暴、脅迫或其他不正方法施壓所為同意為實質要件，尤應綜合徵求同意之地點及方式，是否自然而非具威脅性、同意者之主觀意識強弱、教育水準、年齡、智力程度、精神狀態及其自主意志是否已為警方以不正方法所屈服等一切情狀，加以審酌判斷。

事實審法院尤應於判決內為必要之說明，始臻適法。⁴且有最高法院判決進一步認為刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，係指司法警察之採尿（非侵入性），並無應事先取得檢察官之許可。⁵亦即有相當理由而為強制採尿（非侵入性）作為犯罪之證據，如符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，並無違法可言。

本件判決就刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之適用範圍，採取狹義解釋，亦即認為採尿取證以侵入性方式為之者，並不符憲法正當法律程序原則之要求，且系爭規定中與採取尿液併列之其他取證標的，並不包含必須以侵入性方式採取之血液，系爭規定所稱之採取尿液，解釋上應與同條文所定其他標的之採樣方式相當，限於以非侵入性方式為之者。再者，對照刑事訴訟法第 205 條之 1 規定，其明文列舉之取證標的，除排泄物（解釋上自應包含尿液）外，尚包括血液，而血液之採樣勢必須以侵入性方式為之。因此，系爭規定所規範之採取尿液行為，應不包含以侵入性之手段為之者，其係就非侵入性方式採取尿液而為規範。

前述實務見解固可與本件判決就強制採尿方法，限縮於非侵入性方式，兩者相互呼應。惟採尿是否違背意思（強制性）或以侵入、非侵入性方式為之，仍宜另從法律體系及立法過程之歷史解釋，亦即刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分規定應與第 205 條之 1 規定

⁴ 參照最高法院 100 年度台上字第 3292 號刑事判決。

⁵ 參照最高法院 103 年度台上字第 447 號刑事判決、最高法院 107 年度台上字第 2760 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 3187 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 4288 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 543 號刑事判決及最高法院 109 年度台上字第 3154 號刑事判決等。以上判決，皆認為依卷內現存事證以觀，或依案內相關證據資料憑以判斷，縱上訴人於斯時拒絕驗尿，司法警察自仍得依刑事訴訟法第 205 條之 2 之規定對其強制採尿（非侵入性），是其已符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件。又前開最高法院 108 年度台上字第 3187 號刑事判決另認為，縱認上訴人所辯係員警對其強制採尿乙節屬實，因上訴人涉嫌違反毒品危害防制條例罪嫌重大，員警合理懷疑其仍有施用毒品之行為，亦足認為有相當理由對上訴人強制採尿（非侵入性）作為犯罪之證據，符合刑事訴訟法第 205 條之 2 規定之要件，而無違法可言。

整體合併觀察，始足以整合式確定其法律概念，否則難免可能有望文生義之疑慮！如超越系爭規定之文義所及可能範圍，其已非限縮性之法律解釋，而係屬目的性限縮之法律補充問題。

（二）從刑事訴訟法第 205 條之 1 與第 205 條之 2 合併觀察

前開兩條規定係於民國 92 年 1 月 14 日修正（92 年 2 月 6 日公布），其中第 205 條之 1 規定，與憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決筆事駕駛人受強制抽血檢測所涉問題相關⁶，然與本件採尿問題相比較，解釋上可能存有差異。從歷史解釋而言，第 205 條之 1 規定之立法理由明確指出，其係參考德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項之立法例，依目前各種科學鑑定之實際需要，增訂鑑定人實施鑑定之相關程序規定，即明定鑑定人得經審判長、受命法官或檢察官之許可採取分泌物等。且鑑定人實施該條第 1 項之鑑定處分時，應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明。

至刑事訴訟法第 205 條之 2 即系爭規定，其立法理由⁷並未明確指出其與第 205 條之 1 規定之關係，僅指明有調查犯罪及蒐集證據權限者，須具有必要性與有相當理由作為犯罪證據，始得違反犯罪嫌疑人或被告之意思而採取尿液。如對照第 205 條之 1 規定之立法理由，系爭規定既未明確指出其係參考何國立法例，亦未充分說明其增訂之理由，僅係考量偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實

⁶ 該號判決指出，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，強制採檢筆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。

⁷ 系爭規定之立法理由謂，檢察事務官、司法警察（官）、依法有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之權限，則其等於有必要或有相當理由時，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得否違反犯罪嫌疑人或被告之意思，予以照相、測量身高或類似之行為，並採取其指紋、掌紋、腳印、毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣？事關偵查程序之順利進行與否，及能否有效取得認定事實之證據，爰增訂本條，以為執法之規範。

之證據，而特別立法作為執法依據。質言之，細譯該條文之文義，似難以理解其係就非侵入性方式之採尿行為而為規範，而僅規定須有必要性及相當理由而得違背意思採尿之構成要件。茲整理上開兩條規定之簡表如下，以供參考：

法律依據	採取主體	規定內容之定位	許可程序與一般要件	例外要件
第 205 條之 1	鑑定人	刑事訴訟法第 12 章證據第 3 節鑑定與通譯	1. 經審判長、受命法官或檢察官之許可；應於第 204 條之 1 第 2 項許可書中載明 2. 採取內容：分泌物、排泄物、血液、毛髮或其他出自或附著身體之物	
第 205 條之 2	檢察事務官、司法警察官或司法警察	刑事訴訟法第 12 章證據第 3 節鑑定與通譯	因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人的被告，得違反犯罪嫌疑人的被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為	1. 必要且有相當理由 2. 採取內容：以毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣作為犯罪之證據

比較系爭規定與第 205 條之 1 規定之規範內容及體系後，可見兩者皆一同列入刑事訴訟法第 12 章證據第 3 節鑑定與通譯，而有意作為鑑定程序中採證之方法，有認為系爭規定係為鑑定作業之前置程序。⁸如符合一定法定要件，自可解為其具有得作為證據使用之證據能力。至於證明力，係屬法院就實際個案之調查證據及認定事實之問題。⁹

（三）從比較法觀察

從比較法觀察，前述第 205 條之 1 規定參考德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項之立法例，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。且基於該目的實施驗血與由醫師依醫療規則所為之其他身體上侵入（andere körperliche Eingriffe）¹⁰，如對其健康無不利後果之虞者，得不經被告同意為之。其以實施驗血作為例示主要類型，另列為其他身體之侵入，其包含採尿，與單純身體檢查（einfache körperliche Untersuchung）（非侵入性；keinEingriff）有所區別。¹¹前項之命令，原則上由法官為之，亦即得

⁸ 有關係爭規定，係賦予偵查輔助人員強制採證之權限，藉以實施該條所定各種非侵入性之採證行為。此項強制採證，並非鑑定性質，實乃鑑定之前置作業，偵查輔助人員據以蒐證所作書面紀錄或報告，可認為符合傳聞證據之例外情形而有證據能力。參照朱石炎，刑事訴訟法論，臺北：三民書局，2017 年 8 月修訂 7 版 1 刷，頁 288。

⁹ 另有認為我國法向來忽略身體檢查處分屬獨立型態之強制處分，以致於強制處分章節未設其授權規範，也無干預要件之詳細規定。2003 年雖修法，惟體例上繼受舊法缺失，將其編列於證據章鑑定及勘驗節。從身體檢查附隨於證據章規定可知，立法者未能辨明強制處分與證據調查兩者之區別，其通常具有先後關係。參照林鈺雄，刑事訴訟法上冊，臺北：新學林，2019 年 10 月 9 版 2 刷，頁 478-479。

¹⁰ Andere körperliche Eingriffe（其他身體上侵入）（第 81a 條第 1 項；Abs. 1 S. 2 Alt. 2:），包含從身體上採集與對身體內輸送材料或其他侵入者（例如 Entnahme von Liquor, Samen, Harn, Speichel; Zuführung von Stoffen oder sonstige Eingriffe in das haut- und muskelum-schlossene Körperinnere.）

¹¹ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 63. Aufl., München: Beck, 2020, §81a Rn.13ff.. 另德國聯邦憲法法院有關依刑事訴訟法第 81a 條酒測之憲法訴願案之裁定（Beschluß des Ersten Senats vom 10. Juni 1963-- 1 BvR

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時（bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung）（有稱遲延之危險；Gefahr im Verzug），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。¹²於此設有法官保留之例外（Ausnahme vom Richtervorbehalt）規定，賦予檢察官與警察（檢察官之輔助人員）命令權限（Die Anordnungscompetenz）。¹³職是，德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項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），被告身體得作為勘驗客體（Augenscheinsobjekt），係屬於基本法第 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，有另為其他特別規定，例如德國刑事訴訟法第 81e 條（分子基因檢測；Molekulargenetische Untersuchung）

790/58），亦區分驗血與其他身體侵入（Entnahme von Blutproben und andere körperliche Eingriffe）類型，其主要涉及之基本權，係為身體不受侵犯基本權（Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit）（另亦論及基本法第 103 條第 1 項有關法院聽審請求權；Vor Gericht hat jedermann Anspruch aufrechtliches Gehör; Das rechtliche Gehör）（參照 BVerfGE 16, 194(202) – Liquorentnahme）。再者，德國聯邦憲法法院判決認為刑事訴訟法第 81a 條符合憲法比例原則（BVerfGE 47, 239 (248) = NJW 1978, 1149）（Zwangswise Veränderung der Haar- und Barttracht eines Beschuldigten, GG Art. 1 I, 2 I, II; StPO §§ 81 a, 81 b）。又於秩序罰法之強制採尿，須符合憲法上人性尊嚴與比例原則（Menschenwürde, Verhältnismäßigkeit）之要求，否則可拒絕之。尿液樣本僅於自願交付，始可使用（eine Urinprobe ist nur bei freiwilliger Abgabe verwertbar）。Burmman, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, Straßenverkehrsrecht, 27. Auflage 2022-beck-online, StPO § 81a Rn. 1f..

¹² 參照 Adolf Rebler, Die Bedeutung des § 81 a II StPO im Fahrerlaubnisrecht, JA 2017, 59ff..

¹³ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, a.a.O., § 81a Rn. 26.

至第 81h 條¹⁴，其中第 81g 條有關 DNA 身分確認 (DNA-Identitätsfeststellung)，對其與其他特別法規定或措施之間，如何為其法體系定位之問題¹⁵，及第 81h 條有關 DNA 系列檢查 (DNA-Reihenuntersuchung)¹⁶等，值得探究。

另德國聯邦憲法法院就前述刑事訴訟法第 81a 條之合憲性審查，有以人性尊嚴與比例原則，作為審查原則者。因此，就前述身體檢查之鑑定客體及採集程序，固可經由個別法律進行解釋或補充，惟如從憲法自由基本權保障觀點而言，其重點宜放置於受檢測者之意思自主，即採尿意思是否受到強迫或其他強制手段而遂行採尿之目的。換言之，其應著重於尿液採集是否違反受檢測者之意思，而受到強制實施可能性 (zwangsweise durchsetzbar)。是於此情形，實不宜以採尿方式是否具侵入性 (例如侵入人體內之強制導尿) 與非侵入性 (例如自行解尿而採集者)，作為其是否事先應經檢察官許可之區分標準。

綜上，於此建議未來修正系爭規定時，宜與第 205 條之 1 規定合併觀察且適度予以整合，或合併於一條規定如前述德國立法例，並對於較特殊採集方式，例如前述 DNA 等資訊獲取之測試檢定或檢查，另加以明定為獨立或特別條文，以示區別，並對新進科技鑑識手段之

¹⁴ 德國刑事訴訟法有關基因檢測規定增修 (Art. 1 Nr. 3Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) – (StVÄG) 17.3.1997)之發展史與其相關基因分析資料之問題及評析，參照 Trück, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Auflage 2014-beck-online, StPO § 81e Rn. 5f.; Lothar Seng, Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), NJW 1999, 253ff.; Harald Wollweber, DNA-Analysen und Richtervorbehalt, NJW 2002, 1771ff.; Stephanie Pommer, Die DNA-Analyse im Strafprozess – Problemfelder der §§ 81e ff. StPO, JA 2007, 621ff..

¹⁵ 參照 Harald Wollweber, DNA-Analysen und Richtervorbehalt, NJW 2002, 1771ff.. 其從學理上，論述德國刑事訴訟法第 81e 條可否認為係屬不成文之補助性條款 (eine ungeschriebene Subsidiaritätsklausel) 或補助性考量 (Subsidiaritätsgedanke)，而作為補充性之規範。

¹⁶ 德國刑事訴訟法有關基因檢測之要件與干預資訊自主決定等問題，參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, a.a.O., § 81g Rn. 1, 7ff., 26; § 81h Rn. 1ff.. 例如第 81h 條僅適用於殺人與其他重罪 (Verbrechen) (如謀殺犯罪、重大身體傷害及兒童之重大性侵害等)，並須符合必要性與比例原則等要件。

採用，作出程序規範之適當回應。

二、本件判決所涉及憲法原則及基本權審查之問題

本件判決理由中，對維護人性尊嚴之憲法價值，固有其啟示性意義，惟以個人自主控制個人資料之資訊隱私權，作為系爭規定侵害憲法基本權之立論，不無推敲之必要。不論驗血或採尿，因鑑定所獲取內容，或許隱藏諸多個人資料或資訊，惟如本件採尿判決為例，於必要且有相當理由時得允許司法警察（官）進行強制採尿，其所採取之尿液所應適用範圍，固應限於毒品檢驗為主，惟如有其他使用，可能涉及證據使用與禁止之範圍，而非動輒皆認為其係為資訊隱私權之侵害。

至於本件判決主要以憲法正當法律程序原則作為審查原則，是否妥當，亦有再推敲之必要。本件判決就系爭規定所規範採尿取證限於非侵入性方式，因既有刑事訴訟法作為司法警察（官）之執法規範，並另有相關作業準則或規定，設若司法警察（官）依此等規範進行採尿，是否即認為其違反憲法正當法律程序原則之要求，抑或係主導採尿或許可權限受到質疑？換言之，是否為違反意思（強制採尿）或法官保留等問題？如此等爭點之事實調查或許可權限，以是否有無給予事後救濟程序，而違反正當法律程序（即所謂通知（notice）與聽證（hearing）（陳述意見）等）原則，兩者是否列為同一層次或前提之問題，亦值得探究！又本件判決以非侵入性方式之採尿取證程序，仍應具備必要之法律程序，以符合憲法正當法律程序原則之要求，固非無見，惟其有過度強調受採尿者受憲法保障之資訊隱私權與免於身心受傷害之身體權侵害嚴重，及相關刑事取證程序違背憲法正當法律程序原則之疑義！

三、宣示系爭規定採定期失效與相關諭知之問題

本件判決認系爭規定違背憲法正當法律程序原則，侵害憲法保障前開基本權意旨，看似其情節不可不謂具相當嚴重性，惟對於受違憲宣告之系爭規定之法規範效力與相關諭知，卻又相當保守，而定系爭規定2年期限失效，且依系爭規定採取尿液而尚未終結之各種案件，

仍依現行規定辦理。此設例外不禁止其作為證據之使用，恐有其不得已之處，但此宣示方式是否妥適，亦有可議之處。換言之，倘若系爭規定隱含如此嚴重違憲情事存在，即應宣示系爭規定立即失效，且應採更嚴格之法官保留原則，否則實不足以彰顯憲法法庭保障人權之意旨與目的（Sinn und Zweck）！

此外，於主文另有諭知採取尿液而尚未終結之各種案件，仍依現行規定辦理，是否有其必要，不無商榷之餘地。如觀察憲法訴訟法第 54 條第 1 項規定¹⁷之立法目的與意旨，為維持法秩序之安定，判決宣告法律位階法規範定期失效者，原則上於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。除非例外情形，否則實毋庸就主文另有諭知。所謂例外情形，參考立法理由可見，係因個案情形不一，給予各法院得考量該經違憲宣告但尚未失效之法規範於個案之影響，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時，得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。因此，本件判決諭知各法院依現行規定審理，係屬前開憲法訴訟法第 54 條第 1 項之原則規定之通常情形，故實無論知之必要，否則可能限制各法院基於個案之情事，個別審酌人權保障及公共利益之均衡，而另作例外處理之可能性。

¹⁷ 憲法訴訟法第 54 條第 1 項規定，判決宣告法律位階法規範定期失效者，除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。但各法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。

憲法法庭判決

111 年憲判字第 17 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第三庭

上列聲請人因審理原住民身分事件，認應適用之原住民身分法第 2 條規定違憲，聲請解釋憲法，請求宣告法規範違憲，本庭判決如下：

主 文

- 一、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民 1
民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。除憲法增
修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住
民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，
其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南
島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；
其所屬成員，得依法取得原住民身分。
- 二、原住民身分法第 2 條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住 2
民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列
規定：一、山地原住民：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。
二、平地原住民：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。」所
稱原住民之定義性規定，僅指山地原住民及平地原住民，並未
及於符合本判決主文第 1 項要件之其他臺灣原住民族，致其原
住民（族）身分未受國家法律之保障，於此範圍內，與憲法第
22 條保障原住民（族）身分認同權、憲法增修條文第 10 條第
11 項及第 12 項前段規定保障原住民族文化等意旨有違。
- 三、相關機關應於本判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨，修正 3
原住民身分法或另定特別法，就本判決主文第 1 項所稱同屬南
島語系民族之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分
要件及登記程序等事項，予以明文規範。逾期未完成修法或立

法，舉凡日治時期戶口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為「熟」或「平」，釋明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所屬民族成員仍維持族群認同者，於修法或立法完成前，均得向中央原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。

理 由

壹、聲請意旨【1】

1

聲請人臺北高等行政法院第三庭為審理同院 107 年度原訴更一 2
字第 1 號原住民身分法事件（下稱原因案件），認應適用之原住民身分法第 2 條規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：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。二、平地原住民：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。」（下稱系爭規定）有違憲疑義，經裁定停止訴訟程序後，於中華民國 109 年間依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋聲請解釋憲法。【2】

聲請人稱：系爭規定將「平地原住民」限於「臺灣光復前原籍 3
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」之範圍，致同樣在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者，僅因未及於政府所定之期間辦理登記為「平地原住民」，即無法取得「平地原住民」之身分。因此已產生系爭規定是否侵害具原住民血統者之原住民身分認同權，違反憲法平等原則及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之疑義。聲請人合理確信系爭規定有牴觸憲法第 5 條、第 7 條、第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之意旨等語。【3】

貳、受理依據及審理程序【4】 4

一、受理依據【5】 5

系爭規定確為聲請人審理原因案件所應適用之法律，且聲請人已裁定停止訴訟程序，並敘明其確信系爭規定如何違憲之具體理由，核其聲請，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號等解釋所示法官聲請解釋憲法之要件相符，應予受理，經全體大法官於 110 年間決議受理在案。又憲法訴訟法已於 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。【6】 6

二、言詞辯論程序【7】

本庭於 111 年 6 月 28 日行言詞辯論，除通知聲請人、關係機關 7
原住民族委員會（下稱原民會）、臺南市政府及關係人即原因案件 8
原告外，另邀請監察院國家人權委員會暨專家學者到庭陳述意見。
聲請人及關係機關之言詞辯論要旨如下：【8】

（一）聲請人略謂：1、17 世紀漢族開始大量移入臺灣前，臺灣 9
本島上即存在南島語系之民族，包括高山族及平埔族。2、憲法增
修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之原住民族，應包括具社
會文化意義之平埔族。3、政府在 40 年及 50 年間，限期開放 4 次平
地原住民登記，惟其目的係為便利行政機關釐清平地原住民身分，與
是否具原住民身分之本質無涉，是系爭規定以是否於上開政府核准期
間登記為平地原住民，作為區分是否為原住民之標準，顯非斟酌規範
事物性質之差異所為合理之區別對待，侵害具臺灣原住民血統者受憲
法第 22 條保障之原住民身分認同權，違反憲法第 7 條平等原則、憲
法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之意旨等語。【9】 9

（二）關係機關原民會略謂：1、憲法上之原住民族，不包括平 10
埔族或西拉雅族。2、系爭規定攸關憲法關於族群議題採取之政策選
擇與價值決定，憲法法庭應予尊重，採寬鬆審查標準。3、45 年及
46 年間之平地原住民登記，已預設優惠措施保護之對象及範圍，縱
認當時之平地原住民登記僅係為行政之便，透過歷年制度之穩定、
身分關係之連結及憲法增修條文之意旨，已形塑出一價值秩序，不

應輕易更易之。4、系爭規定係承循憲法預設之價值決定，其目的在追求優惠措施之明確性與實質平等之實現，並兼顧個人身分認同，及提升身分關係穩定性之重要價值。5、系爭規定採行限期登記之手段與上開重要之憲法目的具實質關聯性，未違反憲法上平等原則或侵害原住民身分認同權等語。【10】

(三) 關係機關臺南市政府略謂：1、西拉雅族為臺灣原住民族，11 為其正名屬國家義務，基於憲法平等原則及禁止歧視原則，系爭規定侵害臺南市政府之自治權限。2、系爭規定涉及原住民身分認同權，屬憲法第 22 條保障之重要基本權，應採嚴格審查標準。3、系爭規定增加限期登記之要件，其目的係行政管制便宜性。4、自我認同而取得國家所認定之原住民身分與優惠措施之享有，實屬二事。5、原住民身分係因血緣而來，是與生俱有，非國家恩賜。系爭規定僅以行政管制便宜性為考量，對西拉雅族人之人格權造成重大侵害，為違憲。6、系爭規定以登記有案之方式作為取得原住民身分之要件，使未登記之原住民及其後代無法取得原住民身分，系爭規定已達身分封鎖之程度，自屬違憲等語。【11】

參、形成主文之法律上意見【12】 12

一、原因案件背景事實【13】 13

(一) 在為目前佔臺灣人口多數之漢民族大量移入臺灣之前，14 千百年來，早有同屬南島語系之不同族群臺灣原住民，先已長久世代居住在臺灣這塊土地上。日治時期，為統治目的，方便分別管理、同化融合，透過戶口調查程序，將上開原住民依其所在之區域（高山或平地）及與漢人同化程度之差異，區分為二類：1、高山（砂）族（生蕃）（戶口調查簿註記為「生」、「高砂」）、及 2、平埔族（熟蕃）（戶口調查簿註記為「熟」、「平」）。【14】

(二) 國民政府來臺後，基本上沿用日治時期之區分，但 15 因「生蕃」、「熟蕃」用語蘊含高度歧視，乃先改以山地同胞（山胞）稱呼居住山地之原住民，並為了地方選舉而有特予區分山胞之緊急需要，臺灣省政府自 43 年起，即頒布臺灣省政府 43 年 2 月 9

日（肆參）府民四字第 11197 號等函令，並使用「山地山胞」及「平地山胞」之用語（83 年第 3 次修憲後由「山胞」改稱「原住民」）。經查除了臺灣省政府 46 年 1 月 22 日（肆陸）府民一字第 128663 號令例外放寬平埔族登記為平地原住民，稱：「日據時代居住平地行政區域內，而戶籍簿種族欄記載為『熟』，於光復後繼續居住平地行政區域者，應依照『平地山胞認定標準』之規定，經聲請登記後，可准予登記為『平地山胞』」、臺灣省政府民政廳 46 年 3 月 11 日（四六）民甲字第 01957 號代電亦稱：「4、日據時代居住於平地，其種族為「熟」者，應認為平地山胞」外，其餘 43 年起之其他准予登記為山胞之函令，包括臺灣省政府 45 年 10 月 3 日（肆伍）府民一字第 109708 號、臺灣省政府 46 年 5 月 10 日（肆陸）府民一字第 19021 號、臺灣省政府 48 年 4 月 7 日（48）府民一字第 29784 號、臺灣省政府 52 年 8 月 21 日（52）府民一字第 60148 號等令，均稱：「山地山胞」及「平地山胞」，係指臺灣光復前原籍設籍在日治時期之「蕃地」，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬為「生」、「高砂」之註記者。即原則上僅指日治時期之高山（砂）族原住民，不包括日治時期之平埔原住民。臺灣省政府 69 年 4 月 8 日 69 府民四字第 30738 號令訂定公布之「臺灣省山胞身分認定標準」第 2 條第 2 款規定沿用之；內政部 81 年 8 月 7 日台（81）內民字第 8185501 號令修正「山胞身分認定標準」第 2 條第 2 款規定再沿用之。【15】

（三）憲法本文無「山地山胞」、「平地山胞」或原住民之用語。「山地山胞」、「平地山胞」之用語首見於 80 年第 1 次修憲（80 年憲法增修條文第 1 條及第 2 條規定參照）；於 81 年第 2 次修憲則使用「山胞」之用語（81 年修正憲法增修條文第 18 條規定參照）；於 83 年第 3 次修憲時改稱「山地原住民」、「平地原住民」或「原住民」（83 年修正憲法增修條文第 1 條、第 3 條及第 9 條規定參照）；於 86 年 7 月 21 日修正時起，第 10 條「原住民」修正為「原住民族」及文字修正如現行第 11 項及第 12 項條文（86 年 7 月 21 日修正憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定參照）。【16】

又 81 年及 83 年第 2 次及第 3 次修憲時，均曾有憲法增修條文 17
應設「原住民族專章」，以保護原住民族權益，且其中一條稱「臺
灣原住民族包括平埔族……」之提案，但均未獲通過。（註）【17】

（四）90 年制定之原住民身分法，其立法理由稱：依據憲法增 18
修條文第 4 條「山地原住民」及「平地原住民」規定用語，及繼續
沿用上述 43 年以來之「山地原住民」及「平地原住民」內涵意旨等，
於系爭規定將該法所稱原住民限於山地原住民與平地原住民，及就山
地原住民與平地原住民間，以原籍山地行政區域與平地行政區域作分
類。而不論山地原住民或平地原住民，係指臺灣光復前日治時代戶籍
簿種族欄登載其本人或直系血親尊親屬為高山族者（系爭規定 90 年
制定之立法理由參照，請見立法院第 1 屆第 90 會期第 10 次會議議案
關係文書，報第 83 頁起至報第 85 頁；立法院第 4 屆第 4 會期第 4 次
會議議案關係文書，政第 78 頁及政第 79 頁），即系爭規定所定原住
民原則上不包括日治時期所稱平埔（族）原住民。【18】

二、據以審查之憲法權利：原住民（族）身分認同權【19】 19

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 20
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，其中包括原住民身分認同
權（本庭 111 年憲判字第 4 號判決參照）。另依憲法增修條文第 10
條第 11 項及第 12 項前段之規定，國家應積極維護發展原住民族之
語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助。是由憲
法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定整
體觀察，受憲法保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身
分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同。【20】

三、本庭之審查【21】 21

（一）就法規範違憲審查案件，本庭受理後，本可不受聲請人 22
主張（本件聲請人主要主張系爭規定尤其其第 2 款後段規定牴觸憲
法第 7 條規定違憲）之拘束。本庭認為本件關鍵應為：在憲法解釋
上「原住民（族）」之意涵應為何，即憲法增修條文第 10 條第 11

項及第 12 項前段規定，國家應以法律特別保障其權益之「原住民族」之範圍應為何？【22】

（二）由憲法文義及修憲意旨觀察，憲法沒有特別將所欲保護之「原住民族」，限定在系爭規定所稱山地原住民與平地原住民之族群範圍【23】

1、憲法及憲法增修條文均未明文定義原住民、原住民族，及明定劃分原住民族之標準或規定原住民僅指或僅能區分為平地原住民及山地原住民。亦即憲法並未將系爭規定所稱山地原住民及平地原住民以外之其他臺灣原住民族，明文排除在受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所定「原住民族」保護之外。【24】

2、次應釐清修憲者就其所欲保護之原住民族範圍，是否有意排除系爭規定所稱山地原住民與平地原住民以外其他臺灣原住民族。查第 2 次及第 3 次修憲提案（其中一條稱：臺灣原住民族包括平埔族……）未獲通過固屬事實，但應不足憑以認定修憲者已有意排除對於系爭規定所稱山地原住民與平地原住民以外其他臺灣原住民族之保護，理由如下：【25】

（1）依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，如屬原住民族，國家即有以法律積極保護其文化等義務。又除修憲者於憲法條文明白排除其中部分原住民（族）不予保護外，有關機關不得自行任意界定原住民族之意義，將部分臺灣原住民族排除在國家應立法保護之外，因為於憲法解釋上，為符上開憲法增修條文特予保障原住民族文化等之意旨，就原住民族之意義及保護範圍，其認定應避免反於歷史事實、國際保護原住民（族）潮流，而失諸過度嚴格，即應作較寬鬆之認定；亦即其排除保護應採極嚴格限縮原則，例外處理。【26】

（2）大法官解釋憲法，應隨時代進步、掌握時代脈動，作出因應、符合時代需要之解釋，不應拘泥於憲法部分條文用語形式，尤應避免囿於修憲過程之隻字片言，致失憲法保障人權之本旨。是修憲過程中，第 2 次及第 3 次修憲時，曾有於山地原住民及平地原住

民之外，擬增列平埔族為原住民族之提案，且未獲通過，固屬事實（參見註）。惟憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款所稱「山地原住民」及「平地原住民」，與第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱「原住民族」，用語及意涵並非相同；且當時兩次提案，均以在憲法增修條文中，增列「原住民族專章」為主軸，所謂將平埔族納入臺灣原住民族，僅係其中一個條文之規定。況此等提案未獲通過，論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論。【27】

（3）又立法委員如何產生，固係憲政選擇，原住民如何特予保障其參政權亦同。是憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定之原住民參政權保障，與第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之原住民族文化等應特予立法保護，二者規範主題各別、目的不同。再者，我國憲法亦未明指於 80 年第 1 次修憲起即已納入規定之現行憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款所定兩種「原住民」（時稱「山胞」，83 年修憲時改稱「原住民」），與於 86 年第 4 次修憲時第 10 條第 11 項及第 12 項前段修正規定之「原住民族」，二者範圍必須相同。【28】

（4）不能因修憲過程中曾有上述提案，或憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款關於參政權之規定，即認除山地原住民及平地原住民外，修憲者無意保護其他臺灣原住民族之文化等權益，進而認立法者無義務以法律特別保障彼等之原住民（族）身分認同權。【29】

（三）由臺灣歷史脈絡觀察，除日治時期所稱「高山（砂）族」外，尚有其他南島語系民族【30】

在臺灣歷史上，於漢民族大量移入臺灣而成為多數人口之前，早已有許多原同屬南島語族群，而散落居住生活於臺灣各地，並各自發展出自己之歷史、語言、形塑出自己之傳統文化、習俗之原住民（族）群。此等族群有居住於山區者，於日治時期為區分統治目的，稱之為「高山（砂）族」；居住於平地者，則以平埔族名之，但均系出臺灣南島語系民族。是由臺灣歷史脈絡觀察，除系爭規定所定之屬日治時期所稱「高山（砂）族」之山地原住民及平地原住民外，臺灣尚有同屬臺灣南島語系之其他民族，應無爭議。【31】

(四) 臺灣南島語系民族之客觀歷史紀錄【32】 32

臺灣南島語系民族固然於日治時期之前早已居住於臺灣，而為臺灣原住民族，但其等僅占臺灣人口中之一部分，如何區分出臺灣南島語系民族裔？【33】 33

查日治時期政府曾經於臺灣作全面性戶口調查，所得官方戶口調查簿資料，堪認具客觀完整性之臺灣歷史紀錄。而且該等戶籍資料經現今政府接續使用，以作為採認臺灣原住民族之法定依據，是若採同一日治時期戶籍資料作為是否臺灣南島語系民族之判斷基準，亦符合一致性。本庭爰認若以其本人或其直系血親尊親屬是否於日治時期戶口調查簿，經註記為「熟」、「平」者，作為是否屬臺灣南島語系民族裔之判斷標準之一，應屬合宜。【34】 34

(五) 就其他臺灣南島語系民族中，應屬於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定保護範圍之判斷【35】 35

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段分別規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」；「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。」依此意旨，憲法係明文肯認臺灣原住民族文化，所以特予保護，並係為維護其至今仍存續之語言、習俗、傳統等文化特徵等，且進而督促國家擔負積極維護及發展責任（司法院釋字第 803 號解釋參照）。是受憲法特予保障之「原住民族」，亦應指既存於臺灣之原住民族，且尚未全然為其他民族同化，其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，得以永續傳承給下一代者。縱具原住民族血緣，但其民族已全然為非原住民族同化，而失其原有族群文化等特性，無以或無意願保存、發展，並以之傳承下一代者，已非一般所認應受特別保護之原住民族。【36】 36

另受憲法第 22 條規定保障之原住民（族）身分認同權，其內涵主要即為文化認同；唯個別原住民具族群文化認同，始能確保其所屬原住民族文化暨族群之永續發展，斯乃應受憲法之特予保障（司 37

法院釋字第 803 號解釋參照)。是族群成員應對其所屬族群維持認同，包括有意願組成特定原住民族群，並成為其成員。【37】

(六) 綜上，由臺灣之歷史脈絡觀察，解釋上，受憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，應由國家以法律特別保障其文化等權益之原住民族，不應僅限於系爭規定所定之原住民，而應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系之民族。除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，本應可包括其他既存於臺灣同屬臺灣南島語系民族（監察院 110 年 11 月 110 內調 0045 調查報告參照）中，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，有意願組成特定原住民族群並成為其成員，且其為臺灣南島語系民族之事實有客觀歷史紀錄可稽者。此等臺灣南島語系民族或其成員應有權要求承認並依法核定其族群別並為原住民族，主管機關有依法核定之義務；至其相關原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，自應由相關機關明文規範，適當訂定之。上開成員得依相關法定要件、程序取得原住民身分，享受法定權利及負擔法定義務。【38】

四、本庭之判斷【39】

(一) 憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。【40】

(二) 系爭規定所稱原住民之定義性規定，僅指山地原住民及平地原住民，並未及於符合（一）要件之其他臺灣原住民族，致其原住民（族）身分未受國家法律之保障，於此範圍內，與憲法第 22 條保障原住民（族）身分認同權、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定保障原住民族文化等意旨有違。【41】

(三) 相關機關應於本判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨， 42
修正原住民身分法或另定特別法，就（一）所稱同屬南島語系民族
之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序
等事項，予以明文規範。逾期未完成修法或立法，舉凡日治時期戶
口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為「熟」或「平」，釋
明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所
屬民族成員仍維持族群認同者，於修法或立法完成前，均得向中央
原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。於民族別認定
後，得憑以申請戶籍登記為原住民，取得原住民身分（原住民身分
法第 11 條規定意旨參照）。【42】

肆、併予指明【43】 43

其他臺灣原住民族既屬憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項 44
前段規定所保障之原住民族，國家自應積極維護發展其語言及文
化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助；立法者應依上開
憲法保障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及
現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。至其保障內容及範圍，
立法者自有一定之形成空間，不在本判決之審理範圍。【44】

註：所謂未獲通過之原住民範圍應包括平埔族之修憲提案，係 81 年 45
第 2 次及 83 年第 3 次修憲提案。86 年第 4 次修憲時起未再有原
住民（族）應否包括平埔族之討論及相關決議。以上參見第 2
屆國民大會臨時會修憲提案第 34 號、第 88 號；第 2 屆國民大
會第 4 次臨時會實錄，第 452 頁；第 3 屆國民大會第 2 次會議
修憲審查委員會第 4 審查小組第 2 次會議速紀錄，第 11 頁、第
12 頁、第 14 頁、第 15 頁。【45】

中 華 民 國 111 年 10 月 28 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、吳大法官陳鏐、 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
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏐、 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
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏐、 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：許大法官志雄提出。

黃大法官瑞明提出。

詹大法官森林提出。

黃大法官昭元提出，謝大法官銘洋加入。

蔡大法官宗珍提出，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 10 月 28 日

協同意見書

許志雄大法官 提出

一、從原住民個人權至原住民族集體權

至今一年半期間，連同本號判決在內，大法官陸續作出 4 件攸關原住民權利之解釋及判決（司法院釋字第 803 號及第 810 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號及第 17 號判決），顯示原住民權利保障已成重要之憲法課題，為憲法審查必須嚴正以對者。從演變軌跡觀之，大法官就原住民權利之保障雖曾出現頓挫現象，但大體上呈現深化及擴大趨勢。

首先，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，承認原住民於憲法上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個別原住民受憲法保障之基本權。對原住民個人權利之維護乃至原住民族集體文化之保存與發展而言，該號解釋具有劃時代之意義。詎知接下來釋字第 810 號解釋卻因比例原則不當操作，而宣告原住民族工作權保障法有關政府採購原住民就業代金之規定違憲；其背離原住民工作權之實質平等保障意旨，大開時代之倒車（釋字第 810 號解釋本席不同意見書參照）。惟今年初憲法訴訟法新制施行不久，憲法法庭即作成 111 年憲判字第 4 號判決，與釋字第 803 號解釋相互輝映，亦以憲法第 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，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。

無論釋字第 803 號解釋或 111 年憲判字第 4 號判決，均從個別原住民之角度，承認原住民文化權及原住民身分認同權。其立論過程不免觸及原住民族集體之傳統及文化，然所保障之權利終究屬於原住民之個人權，尚不涉及原住民族之集體權。本號判決則除延續 111 年憲判字第 4 號判決之觀點，承認個別原住民之身分認同權外，更進一步表示，原住民族身分認同權亦受憲法第 22 條之保障。前者為個人權，後者為集體權。此乃大法官首度承認原住民族（少數群體）集體權，勢必對基本權之主體及譜系造成衝擊，值得關注。

二、原住民族集體權之承認可能產生擴散效應

原住民族集體權之承認，代表憲法法庭已突破第一代人權及第二代人權之藩籬，開始接受第三代人權之觀念。惟近代立憲主義想定之人權主體為個人，第三代人權之主體則為群體，二者顯然不同。個人與群體間難免蘊含緊張甚至對立關係，個人權與集體權間自亦存有扞格之處，彼此如何整合，乃引進第三代人權後必須克服之棘手問題。自 1970 年代以來，第三代人權成為國際人權法之焦點，少數群體之保障亦備受關注，而各國於國內憲法上對第三代人權卻始終抱持戒慎恐懼之態度，不輕易引進。所以如此，實因有其憲法原理及憲政實務上之難處。

本席認為，個人方為立憲主義終極維護之對象，個人之尊嚴及人權具有普世價值，即使引進第三代人權觀念，這種基本原理仍應堅守不變，庶幾得以維繫立憲主義於不墜。集體權之承認，並非表示群體本身具有終極之價值，而應該只是將其當作一種手段，用以達成維護群體成員之個人尊嚴及人權之目的。因此，集體權不妨視為西歐人權之「亞種」¹，而第三代人權應係為落實第一代及第二代人權而存在。要之，唯有為落實個人權之保障，在不可或缺之範圍內，方可承認集體權。

憲法法庭既然接受第三代人權觀念，則對於原住民集體權以外之第三代人權，是否亦會以相同之態度及立場對待之，後續發展如何，仍在未定之天。惟大法官業已開啟潘朵拉之盒子，今後在處理此等問題時，將面臨沈重之負荷，不難想像。

第三代人權強調集體權，重視少數群體之保障。少數群體種類不一，其中少數民族堪稱典型，而原住民族屬少數民族，在我國更是最具代表性之少數群體。惟台灣素有移民社會之特質，本就存在各種族群，加以近年來新住民人數持續成長，少數民族有增無減，關於少數民族及其他少數群體之保障，勢必成為今後憲法上之重要課題。各種

¹ 芦部信喜著，憲法叢說 1 憲法と憲法學，信山社，1994 年，頁 245。

少數群體將來不無可能因本號判決之影響，紛紛提出集體權保障之要求。屆時大法官應如何因應，值得深思。

原住民族具有「原住群體」及「少數群體」兩要素，原住民族在法上之處遇，可能因重點置於何者，而異其內容。國際法上之原住民族權利，主要取徑於原住民族之「原住群體」要素，以原住民族自決權為核心，涉及國家定位、認同及領土問題，蘊含脫殖民地化及侵害國家主權之契機²，應不在本號判決處理及效應所及範圍。本號判決側重原住民族之「少數群體」要素，關注之對象係原住民族在國內憲法上之權利，而且聚焦於原住民族身分認同權。但原住民族權利之內容，本不以原住民族身分認同權為限，其他如原住民族自治權、原住民族文化權、原住民族土地權，亦均屬之。又取徑於「少數群體」要素時，原住民族作為少數民族，基於平等原則，常有賴國家採取某些措施，於消極面上消除歧視待遇，於積極面上提供優惠性待遇，維護發展原住民族獨特之文化³。

三、本號判決疑點之釐清

（一）111 年憲判字第 4 號判決以憲法第 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，承認原住民身分認同權為應受憲法保障之重要基本權利。本號判決參照 111 年憲判字第 4 號判決，表示：「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，其中包括原住民身分認同權」；並指出「另依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定，國家應積極維護發展原住民族之語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助。」從而認定「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」（理由第 20 段參照）。

² 常本照樹著，先住民族の權利—アイヌ新法の制定，收於深瀬忠一、杉原泰雄、樋口陽一、浦田賢治編「恆久世界和平憲法のために—日本國憲法からの提言」，勁草書房，1998 年，頁 990。

³ 常本照樹著，同註 2，頁 990、999。

惟無論 111 年憲判字第 4 號判決或本號判決，皆強調人格權為個人人格之基礎，則將其歸類為個人權，當無疑義。原住民身分認同權既納入人格權範疇，自應同屬個人權性質。按 111 年憲判字第 4 號判決承認原住民身分認同權之依據，主要係憲法第 22 條規定，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定則扮演輔助角色。因憲法第 22 條係概括性權利保障條款，本可作為憲法未列舉之權利之保障依據，而憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段復有保障原住民族之規定可資參照，故憲法法庭承認原住民身分認同權，立論尚稱允當。況原住民身分認同權乃個人權，攸關原住民之個人尊嚴及人格發展，即使與嚴格意義之人權有別，但與憲法既有之權利體系尚能調和，是將其納為憲法上權利或基本權利，應無理論上之障礙（111 年憲判字第 4 號判決本席協同意見書參照）。至於原住民族身分認同權屬集體權，與憲法上權利體系原本保障之個人權不同，要從憲法第 22 條規定直接導出，實有困難。又憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段屬基本國策性質之規定，與憲法之權利規定有別。憲法第 22 條規定即使加上前揭憲法增修條文規定之輔助，應猶不足以證立屬集體權性質之原住民族身分認同權。多數意見遽下「憲法第 22 條保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同」之判斷，恐有速斷甚至理由不備之嫌。

本席認為，原住民族之存在乃原住民身分認同權之前提，若未承認原住民族身分認同權，原住民身分認同權將無以實現。具體言之，我國原住民族實際上包含諸多台灣南島語系民族，其彼此之語言、習俗、信仰及其他傳統與文化頗見差異。所謂原住民之身分認同，實係指個別原住民對特定台灣南島語系民族之認同，而非對泛稱之原住民族之認同。唯當特定台灣南島語系民族經國家承認為原住民族，其成員始能取得原住民身分。本號判決之原因案件當事人，即因所屬西拉雅族未經國家認定為原住民族，致其無法取得原住民身分。本號判決肯認原住民族身分認同權，讓符合主文第 1 項主客觀要件而未獲核定為原住民族之台灣南島語系民族，得以獲得救濟機會；其成員之原住

民身分認同權亦因而得以實現。本號判決主文第 2 項以違反憲法保障原住民（族）身分認同權等為由，宣告系爭規定部分違憲。主文第 2 項限期修法或立法；並判示若逾期未完成修法或立法，則「舉凡日治時期戶口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為『熟』或『平』，釋明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所屬民族成員仍維持族群認同者，於修法完成前，均得向中央原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。」其顯然亦認原住民族之存在為原住民身分認同權之前提，民族別認定後，原住民身分認同權之保障始能實現。按理，集體權之權利主體為群體，原住民族身分認同權之權利主體自非原住民族本身莫屬。惟因特定原住民族尚未經認定，權宜之計，乃允許其成員行使原住民族身分認同權，申請主管機關為其民族別之認定。

（二）本號判決主文第一項宣示：「憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。」依此，除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民外，其他臺灣之南島語系民族要成為原住民族，不但須具備所列主客觀要件，尚須經「核定」，所屬成員要具有原民身分，尚須「依法取得」，故能否成為原住民族及原住民，似仍取決於法律規定及行政機關之處分。然本席認為所謂「核定」或「依法取得」，應屬確認性質，並無創設效果。凡具備上開主客觀要件之臺灣南島語系民族及其成員，皆有成為原住民（族）之資格，法律不得逕予排除，行政機關亦不得拒為核定。原住民身分法第 2 條（下稱系爭規定）界定之原住民範圍，僅包括山地原住民及平地原住民，即日治時期所稱之高山（砂）族（生蕃，當時戶口調查簿註記為「生」、「高砂」），而未及於符合本號判決主文

第 1 項要件之其他臺灣原住民族，特別是日治時期業已承認之平埔族（熟蕃，戶口調查簿註記為「熟」、「平」），致後者原住民（族）身分未受國家法律之保障。系爭規定任意限縮原住民（族）之範圍，顯已背離前述「核定」及「依法取得」應有之確認性質，違反憲法保障原住民族認同權之意旨，故遭本號判決主文第 2 項認定違憲。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

壹、本件聲請案之緣由、主要爭議及本件判決之認定

一、本件聲請案之緣由：

聲請人為臺北高等行政法院之法官，其所審理案件之原告萬小姐等人（下稱原告），主張其均為居住於臺南市（改制前為臺南縣）的西拉雅族人，屬於平埔族¹的一支，於民國 101 年 12 月 6 日向行政院原住民族委員會（下稱原民會）申請認定其為平地原住民遭駁回，而提起行政訴訟，現由聲請人審理中，聲請人認為原住民身分法第 2 條有關平地原住民身分認定之規定有違憲疑義，裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。

按原告曾於 98 年間檢附本人或直系血親尊親屬於日治時期之戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」之證明，依改制前臺南縣政府 98 年 5 月 19 日頒布之辦理日治時期種族「熟」之縣民申請登記平地原住民之作業要點（下稱「臺南縣平地原住民登記作業要點」），向戶籍所在地之戶政機關申請登記為平地原住民，經臺南縣轄戶政事務所函復准予登記，予以列冊建檔保存，但無法將原告之原住民身分登錄於戶政資訊系統電腦中，遂請原告逕向內政部請求於戶政系統中登記為原住民。原民會於 98 年 7 月 24 日函復臺南縣政府，稱該府於 98 年 5 月 19 日函頒之「臺南縣平地原住民登記作業要點」牴觸該會有關原住民身分法第 2 條第 2 款及第 8 條第 1 項規定之解釋令而當然無效，並稱臺南縣政府戶政機關以紙本登記並註記為有平地原住民身分之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件。原告向臺北高等行政法院提起確認平地原住民身分之訴，經該院判決駁回，上訴後亦

¹ 本件判決主文並未使用「平埔族」，而係就「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族，除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民」為判決對象，並於判決理由指出，在漢民族大量移入之前，在臺灣早已有同屬南島語族群，散落居住生活於臺灣各地，居住於平地者，則以平埔族名之（參判決理由第 31 段）。本意見書採用一般習稱之平埔族。

經最高行政法院駁回確定。最高行政法院於判決理由中指出，原告申請認定為原住民，應向原民會為之，而非向戶政機關為之²。

原告乃於 101 年 12 月 6 日向原民會申請認定其為平地原住民，經原民會駁回其申請，原告提起訴願未果復向臺北高等行政法院提起行政訴訟，經該院判決駁回後提起上訴，最高行政法院將原判決廢棄，發回臺北高等行政法院，審理法官提出本件釋憲聲請。憲法法庭審理本件聲請案時曾舉行言詞辯論，臺南縣政府以關係機關身分到庭表示意見，支持原告之請求，原民會到庭則持反對立場。

二、主要爭議：

支持和反對平埔族人得被認定為平地原住民之主要爭議點如下：

（一）憲法增修條文規定應保障之原住民是否包括平埔族？

光復後臺灣省政府曾於 45、46、48、52 等年公告登記取得平地原住民身分之期間（其後於 69、81、90 年沿用）。按 90 年 1 月 17 日制定公布之原住民身分法第 2 條對原住民身分認定之規定：「本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，依下列規定：一、山地原住民：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。二、平地原住民：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。」（即系爭規定）。

原民會反對平埔族人得被認定而取得原住民身分之主要理由為，系爭規定所稱「登記為平地原住民有案者」，係指光復後臺灣省政府於 45、46、48、52 等年及其後公告得登記為平地原住民之期間，向戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。透過該登記，已設定原住民優惠措施保

² 最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決。

護對象及範圍，多年來已形塑出一個價值秩序，不宜輕易變更。按中華民國憲法於 36 年制定公布時，並無「原住民」之規定，80 年第 1 次修憲，所謂之「山地山胞」、「平地山胞」以及 83 年第 3 次修憲所稱「山地原住民」、「平地原住民」、「原住民」均以 40、50 年代已完成登記之原住民人數為範圍。過了這個登記期限，即已喪失取得原住民身分之權利。81 年第 2 次修憲制定憲法增修條文第 18 條第 6 項規定，國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障。83 年第 3 次修憲移為憲法增修條文第 9 條第 7 項，並修正為國家對於自由地區原住民之地位及政治參與，應予保障。復 86 年第 4 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 10 項，並修正規定為國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與。88 年第 5 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 12 項。此外，86 年第 4 次修憲制定憲法增修條文第 10 條第 9 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。並於 89 年第 6 次修憲移為憲法增修條文第 10 條第 11 項。於 94 年 6 月 10 日憲法增修條文第 4 條第 1 項規定立法委員選出之人數「自由地區平地原住民及山地原住民各三人」。上述修憲過程有關原住民之條文，均係以山地原住民，以及過了民國 40、50 年代公告登記期限後已完成登記取得平地原住民身分之總人數為依據，若現在開放當時未登記之平埔族人納入平地原住民，其人數大量增加，將排擠現有平地原住民族之政治參與，並稀釋現行原住民族給付福利措施之憲法落實³。

而支持平埔族人得登記為平地原住民之理由為，政府於民

³ 參照原民會 110 年 11 月 23 日原民字第 1100067226 號函檢送之「原住民族委員會補充意見書」，依該意見書目前法律上所認定之原住民族人口總數為 57 萬 9169 人，其中平地原住民人口總數為 27 萬 980 人，計算日治時期登記為「熟」、「平」者，其直系血親卑親屬之現存人數，經 1 年之統計結果，為 98 萬 1641 人，人口分布于全臺各地。

國 40 及 50 年間 4 次公布開放准予登記之期間（及其後沿用之登記期間），每次開放登記期間有限，且因當時資訊不夠公開，以致在日治時代時戶口調查簿種族欄登記為「熟」、「平」者（即為平埔族人）於期間內登記而取得平地原住民身分者極少，致絕大多數平埔族人未取得原住民身分。且登記屬國家管制措施，僅因未及於政府所定之期間內辦理登記，即無法取得原住民身分，違反憲法增修條文保障原住民之意旨。

（二）平埔族人的生活習慣已經漢化是否仍具原住民之資格？

反對平埔族人得取得原住民身分之理由包括，平埔族人早已漢化，生活習慣與平地人無異，大部分族語幾乎都難以保存，甚至消失殆盡。而山地原住民尚保存其傳統語言及文化，具有特殊性及珍貴性。

主張平埔族人應得取得原住民身分之理由為，族群身分之認同乃人之天性，為憲法保障之基本權利。透過有心人之努力，有些平埔族人仍保留其祖先之語言、文化及傳統祭儀者，以西拉雅族為顯著之例子。經認定平埔族人為原住民後，可由國家協助維護保存其語言及文化，避免進一步消亡之危機。

三、本判決之認定

本件判決認憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項規定所保障之原住民，應包括既存於臺灣之所有南島語系民族，除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民外，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。並要求相關機關於判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨，修正原住民身分法或另定特別法，就本判決主文第 1 項所稱同屬南島語系民族之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，予以明文規範。本件判決之主要理由為：「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，其中包括原住民身分認同權。」且認「是由憲法第 22 條及憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之規定整體觀察，受憲法保障之原住民身分認同權，除保障個別原住民之身分認同外，亦包括各原住民族之集體身分認同。」(判決理由第 20 段)。

本席贊同本判決之主文結論，除對本判決之解讀提出協同意見一，另外對平埔族離散流亡歷史之回顧以及本判決所隱含翻轉臺灣治理視角之意涵，提出協同意見二及三如下。

貳、協同意見一：解讀本判決對主要爭議點之判定

就本件聲請案之主要爭點，本判決之判定可解讀如下：

一、憲法增修條文規定應保障之原住民是否包括平埔族？

本判決認為取得原住民身分之前提為「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」，雖未明定「血緣」，但其實意指在漢人大規模移居臺灣前世居臺灣，而具有南島語系之血緣者。至於血緣之認定並不要求作 DNA 等檢測，而是要「有客觀歷史紀錄可稽」。至於何謂「客觀歷史紀錄可稽」，於判決理由舉例說明指出：「本庭爰認若以其本人或其直系血親尊親屬是否於日治時期戶口調查登記簿經註記為『熟』、『平』者，作為是否屬臺灣南島語系民族裔之判斷標準之一，應屬合宜。」(判決理由第 34 段)。故平埔族即屬得受憲法保障之原住民範圍。

但原住民族身分之取得並非僅憑客觀歷史紀錄已足。本件判決主文第 1 項指出其他應備要件為「其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續」、「其成員仍維持族群認同」。另於判決主文第 3 項指出，就判決主文第 1 項所稱之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，應由相關機關於本判決宣示後 3 年內，修正原住民身分法或另定特別法。亦即就該南島語族文化特徵之存續及族群認同等要件之具體規定，係由法律定之。依此，於本判決公布後，除已獲得政府認定之原住民族共 16 族⁴之外，其他南島語族均得申請認定為原

⁴ 現已認定原住民 16 族為：阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族、撒奇萊雅族、賽德克族、

住民⁵。本人或其直系血親等親屬，於日治時期戶口調查簿經註記為「熟」、「平」者，得以之作為「客觀歷史紀錄」之證明而申請認定。然而提出註記為「熟」、「平」之戶口登記簿者，並非當然可取得身分，仍應符合本判決主文第 1 項所稱之要件，依據修正後原住民身分法或另立特別法時具體規定之條件及程序，始可取得。由此可見未來平埔族人取得原住民身分之要件及程序，與現行原住民身分法所定取得之要件及程序有所區隔。至若逾期未完成修法或立法，平埔族人得釋明其已符合認定要件後，向中央原住民主管機關申請認定其民族別，憑以申請戶籍登記為原住民，取得原住民身分（判決理由第 42 段參照）。

又本件判決主文第 1 項所舉取得原住民身分應具有文化特徵存續及族群認同之要件，並不存在於現行原住民身分法，有學者主張「現行原住民身分法所採山地原住民與平地原住民之分類，除無以符應原住民族之民族別屬性，亦無以表彰文化認同，後續立（修）法策略，允宜取消此一倚恃種族中心主義之論述分類，聚焦原住民族相關立法與政策措施之性質作適當之區分⁶。」本席贊同該見解，但本件判決並未對此有所論述。

二、平埔族人取得原住民身分後得享受之優惠措施為何？

平埔族群取得原住民身分之後，得享受何種權利及應負擔何種義務，本件判決並未做出任何認定（判決理由第 38 段），僅於判決理由肆、併予指明中指出，國家應積極維護發展及應予適當保障扶助之範圍，「立法者應依上開憲法保障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。」（判決理由第 44 段）。亦即現行各法律所定對原住民之優惠事項，

拉阿魯哇族、卡那卡那富族。

⁵ 南島語族通稱為平埔族者包括：西拉雅、凱達格蘭、噶瑪蘭、道卡斯、巴宰、巴布薩、洪雅、拍瀑拉、馬卡道、噶哈巫、大武壠等族。參照原民會平埔族群身分認定政策意向書草案，104 年 11 月 13 日，第 3 頁。

⁶ 參照蔡志偉教授為本件釋憲聲請案所提出之專家諮詢意見書第 15 頁。

於取得原住民身分之平埔族，並非當然適用，而是另以法律定之。相同意旨亦見於 111 年憲判字第 4 號判決之肆，併此敘明：「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。」其差別僅在於 111 年憲判字第 4 號判決理由之併此敘明，係就現在已被認定之 16 族原住民中得享有之優惠措施應有所區分而言；而本件判決是就現已被認定之 16 族原住民，與爾後增加認定之平埔族原住民間，得享有優惠措施有所區隔而言，但是道理是相同的，也就是不能以稀釋優惠措施之顧慮而阻礙原住民身分之認同與取得。而且不管是現已被認定或未來新增之原住民間，均應依其政經社會地位之不同而作優惠措施之區隔，始能達到優惠之目的並符平等原則。至於原住民之參政權問題，本件判決理由指出：「憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定之原住民參政權保障，與第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定之原住民族文化等應特予立法保護，二者規範主題各別、目的不同。」（判決理由第 28 段），其意涵應是指平埔族人取得原住民身分後，其參政權之保障亦應另以法律定之。

參、協同意見二：回顧「熟番離散流亡」的時代

本件判決及理由指出南島語系民族取得原住民身分「客觀歷史紀錄」之要件，可由日治時期戶口調查簿登記為「熟」、「平」者，作為證明文件。而日治時期之戶口調查簿將原居臺灣之南島語系民族登記為「熟」、「平」，其實是延續清朝之分類。按「平埔族」、「熟番」均為清領時期之用語，清廷治理臺灣時曾公布施行「熟番募補丁章程」，可見「熟番」在清朝已是法律用語，日人僅為延續清朝之分類並非獨創。故為了解「熟」或「平」之歷史必須溯源至清治。平埔族於清治前期尚活躍於臺灣西部平原，清末卻已成為臺灣社會經濟及文化之弱勢民族⁷，其原因可由歷史學者從不同觀點作解讀。本席認

⁷ 參照王泰升教授為本件釋憲聲請案所提出之專家諮詢意見書第 17 頁。

為值此平埔族人成為釋憲主角之際，對此段歷史作一回顧是有意義的。

一、清廷眼中的臺灣漢人

歷來統治臺灣的政權以清朝統治年代最久（自 1684 年打敗明鄭至 1895 年割讓給日本共 211 年），在此期間也就是生番轉為熟番，而熟番淪入流離失所之時代，皆與清代之治理政策有關。滿清以少數民族入主中原，對於漢人原本就充滿了疑慮與不信任，對於在臺灣的漢人更視為明末遺民，而採防禦心態。

順治皇帝於 1656 年頒佈禁海令，以削弱鄭成功等抗清力量的財源。順治皇帝於 1661 年、康熙皇帝於 1662 年及 1664 年頒佈之遷界令，將東南沿海居民內遷 30 至 50 里，封死了沿海各地漢人地方勢力形成的獨立地域社會，轉變成為邊陲地帶。康熙皇帝於 1684 年平定明鄭後，在大清皇帝眼中臺灣乃為邊陲地帶，治理措施在於防止反叛。

二、熟番與奸民

對於平埔族人之文化與歷史，已有相當多之歷史學家作出研究，各成一家之言。本席認為中央研究院學者柯志明所著「熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治」，研究清代的治理部署導致熟番離散流亡的歷史，論證深入，採用資料豐富，深值推薦，爰摘錄該書若干要點如下⁸：

- （一）乾隆九年福建布政使司高山提出「劃清界線，使生番在內、漢民在外，熟番間隔於其中」作為臺灣治理體制的藍圖，即所謂三層制族群空間體制⁹。「然而此一體制甫經落實，隨即開

⁸ 參見柯志明，熟番與奸民：清代臺灣的治理部署與抗爭政治（分上、中、下三冊），國立臺灣大學出版中心、中央研究院社會學研究所出版，2021 年 9 月初版。本意見書所摘錄者，僅為此書之微小部分。該書之主要內容及意涵，應由讀者自行研閱讀解。

⁹ 參見柯志明，同註 8，下冊，第 1057 頁。原民會對此的敘述為：「18 世紀中葉，在清帝國族群政治的引導下，平埔族群主動或被動移居土牛線界，成為隔離生番與漢民的夾心層」，同註 5，第 4 頁。

始其崩解之過程¹⁰。」「界外私墾不僅無法禁絕，又有不少無法監控的『奸民』在界外來去自如¹¹。」

- (二)「朝廷如此寄望和倚重（同時大力合理化）的三層制，在實作上不只名不符實，不久之後更證實，它還帶來了一場不折不扣的大災難：乾隆五十一年至五十三年間的林爽文動亂¹²」。
- (三)「逆勢阻擋漢人移民開墾界外土地及利用山林，在治安上造成嚴重的後果。事實證明，漢人越界私墾不僅大勢所趨，終究難以阻遏，而且還發展出挑戰國家權力的沿山勢力，引發（林爽文事件等）動亂。與此同時，番政變革保護的對象一熟番社一則陷入窮困、階層化與內鬥，負責守隘防杜界外私墾的熟番普遍發生監守自盜的現象¹³」。
- (四)「高山三層制原初構想內最積極執行的部分（三層制族群空間分布）演變成一場災難，而原先被忽視甚至曾遭摒棄部分（積極利用熟番武力），卻繼續發揚光大，甚至發展成為林爽文動亂後臺灣族群空間體制一番屯制一的主要內容¹⁴。」
- (五)「林爽文事件後，清廷企圖更積極利用熟番牽制漢人力量，透過建制化熟番武力並且配給土牛界外漢人私墾田園埔地，在原有三層制的基礎上建立番屯制。不僅如此，國家權力於十九世紀時進一步試圖施行高風險的權變部署，利用漳泉客社群『分類』操弄義民/亂民之分，分化離間漢人力量。結果卻適得其反，造成乾隆朝後十九世紀異常滋長的社群敵對（分類械鬥）以及後續民間豪強武力林立和互鬥，釀成直接威脅國家權力的動亂。與此同時，轉化成為番屯制後用以制衡漢人的熟番武力，隨著民間武力的擴張與失控，卻相對弱化，終至失卻應有

¹⁰ 參見柯志明，同註8，中冊，第641頁。

¹¹ 參見柯志明，同註8，中冊，第641頁。

¹² 參見柯志明，同註8，下冊，頁1066。

¹³ 參見柯志明，同註8，下冊，頁1062。

¹⁴ 參見柯志明，同註8，下冊，頁1066。

的作用。國家權力長久建立並仰為常態治理機制的三層式族群空間體制，在熟番遭受漢人豪強債剝典佔威逼，失業流離遷移界外後，終於失能。國家權力意圖『兼用經權』，反致用權廢經¹⁵。」

- (六)「更不幸地，非既得利益者即使因絕望放棄抗爭，選擇脫離既有體制，流亡界外，一旦國家權力尾隨而至，終難苟全性命於異地¹⁶。」

三、清廷並未試圖「漢化」平埔族

一般認為平埔族之消失是因為「漢化」的結果，然而如此之推論恐怕過度簡化，而忽略了在臺灣的漢人其實是不受清廷重視的化外之民。柯志明先生於此特別指出「惟請務必留意，清廷雖然要求熟番接受教化以方便管理、控制，絕非意圖改變其族群認同，使熟番變得與漢人無從區辨。因為，一旦熟番完全漢化，清廷就無從利用人群分類間的歧異來配合其統治目的：分而治之¹⁷」。

四、清朝吏治不良，各族群同為受害者

清朝期間，移墾臺灣的漢人起義作亂不斷，被稱為「三年一小反，五年一大反」，究其原因，實為吏治不彰，尤其是司法體制不良所積累民怨為導火線，此由重大民變首領之供詞，當時高層官員之檢討¹⁸以及後世學者之研究¹⁹，皆可獲得相同之結論。即使清朝訂定保護熟番

¹⁵ 參見柯志明，同註8，書折頁簡介。

¹⁶ 參見柯志明，同註8，中冊，第735頁。

¹⁷ 參見柯志明，同註8，上冊，第1頁，註二。

¹⁸ 沈葆楨於同治十三年「請移駐巡撫檔」內謂「臺民遊惰可惡，而實戇直可憐，所以常聞蠢動者，殆由官以吏役為爪牙，吏役以民為魚肉，繼則民以官為仇讎。詞訟不清，而械鬥，紮厝之端起；奸宄得志，而豎旗聚眾之勢成」參照戴炎輝，清代臺灣之鄉治，聯經出版公司，1979年7月初版，第711頁。

¹⁹ 「就臺灣而言，官員為一般習氣所染，姑息偷安，遇事推諉，不以民生為意，其廉正、負責且有遠見者甚少，官既如此，差吏更不待言。民敬遠官吏，或予仇視，視法令如故紙。無賴或奸民乘其間，鼓動民變，或煽惑分類械鬥、豎旗、打劫，造成『三年一小反，五年一大反』的局面」。參照戴炎輝，同註18，第728頁。相同見解：「過去，傳統見解多認為大清帝國差役受賄、勒索規費情形嚴重，晚近則有國外學者質疑此一觀點。檢視淡新檔案的案件，不只官方批

之政策，但「國家缺乏治理意願，熟番欠缺管理能力²⁰」。封建皇朝之治理心態僅為保住一家一姓之江山，將所有人民反抗不公不義之起義，均視為威脅其政權之反叛，由大陸各地調派精兵赴台，對參與民變者趕盡殺絕。不僅未能視民如子，反而利用操弄漳、泉、客以及熟番、生番間之矛盾，作為壓制、防範人民謀反之手段。

五、回顧臺灣歷史上最生猛的年代

在生番變成熟番，熟番被迫離散流亡的時代，臺灣不僅在清廷的眼中是邊陲外的邊陲，就當時島上的居民，無論原漢都處在披荊斬棘與大自然搏鬥之時代，移民而來的漳、泉、客不僅彼此爭奪土地，更與世居的熟番、生番衝突不斷，彼此間依利害互為合縱連橫，而清廷則操弄各族群成為敵對廝殺的對象。這段期間，可說是臺灣歷史上最生猛的年代。三年一小反、五年一大反，造成遍地白骨，臺灣島上到處可見祀奉無主孤魂的萬善爺、百姓公、大眾廟，就是這個時代的歷史封印，而收納之骨骸混雜已分不清彼此，也是臺灣獨有的 7 月 15 日祭拜好兄弟習俗的來源，成為臺灣文化基因的一部分。在不良的治理心態和操弄族群的手段下，在臺灣的熟番、生番、漳、泉、客各族群均為封建專制政權下之受害人。

乾隆自詡打敗林爽文之役為其十大武功之一，在臺灣立碑表功，乾隆到處征伐，號稱國力鼎盛，卻是生靈塗炭的時代。然而在此同時，歐美正值思想解放、人權意識興起。以自由、平等、博愛為號召的法國大革命（1789-1795）、揭隲人人生而平等，享有生命權、自由權與追求幸福權利的美國獨立戰爭（1775-1783），都發生在乾隆朝代（1735-1796），而乾隆皇帝卻自矜武功強盛而固步自封，對內則吏

示出現嚴命遏止差役需索，正堂對差役所具稟者感到懷疑；民間投狀亦有不少公然投訴差役受賄勒索的陳詞，甚至出現差役毀搶、擄人的指控。因此，『蠹役』的存在應非只是官方的形塑，而係真實存在於訴訟實務，傳統見解應較符合清代台灣北部之實際狀況。」。參見「從淡新檔案觀察清治台灣官府法律之運作」，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，87 年 10 月 31 日，第 87 頁。

²⁰ 參見柯志明，同註 8，中冊，第 641 頁。

治不修、視人民如草芥，自然人心不服。乾隆之後武力已無法壓制人民，太平軍興，內亂不斷，招致外侮，直至滅亡，所謂的百年國恥其源於此。專制政權下之不良治理可以禍及整個弱勢族群，這是回顧平埔族離散流亡歷史之教訓。

肆、協同意見三：翻轉邊陲治理視角下的臺灣

本件判決確認了平埔族人得取得原住民之身分，其意義不僅是承認、尊重平埔族之族群及其文化而已，其實是代表臺灣島上的居民，由統治者眼光中邊陲的角色，慢慢取得土地上主人的地位。

在西人與漢人「發現」位於歐亞大陸邊緣的臺灣島之前，臺灣島上原居住著南島語系的多個民族。自漢人大量移墾後，統治臺灣的政權曾多次易手，但統治者率皆以邊陲治理之眼光統治臺灣，臺灣島上的居民從未取得主體地位，而本件判決承認曾經活躍於西部平原與近山的平埔族得為原住民，實具有翻轉邊陲視角之歷史意義，茲簡述之。

- 一、大航海時代來到臺灣的葡萄牙及西班牙等歐洲人，帶來傳教士與探險家，留下早期福爾摩沙山地人、平埔族與漢移民之剪影。其後荷蘭東印度公司占領臺灣作為印尼與日本間之貿易中繼站。打敗荷蘭人的鄭成功收容來自福建南部和廣東的貧困民眾，基本上以臺灣作為反清復明的基地。臺灣島上的各族人民，都只是被統治的客體。
- 二、清治時期將臺灣視為化外邊陲之地，利用族群矛盾分而治之，以遂行防制反叛之目的，已於前述。就此而言，臺灣的原漢關係與歐洲白人在其國家支持下至世界各地展開探索與征服所產生之殖民者與原住民關係尚有所不同。於援用西方文獻以探討原住民問題時，不應忽略此差異。
- 三、清廷將臺灣割讓日本，成為日本第一個殖民地，在殖民者眼光全島各族均為次等國民，因此以漢人為主體的知識份子才會推動廢除六三法案，希望將臺灣納入帝國憲法體系，其後改為臺灣議會設置請願運動，由武力反抗轉為近代政治運動。日本政府沿襲清朝對種族之分類，將平埔人稱為熟番與漢人相同對待，對於生

番則甚至有認為在法律上完全不具「人格」之說法²¹，而進行恩威並濟之措施，曾發動多次討伐行動。

四、國民政府時期，民國 36 年制定公布之中華民國憲法於第 168、169 條規定對於邊疆民族之保障係出自中原本位之立場，尚非今日保障原住民之理念。

五、直至民國 81 年第 2 次修憲制定之憲法增修條文第 18 條第 6 項規定「國家對於自由地區山胞之地位及政治參與，應予保障。」（同意旨之規定均保留於其後歷次修憲制定之憲法增修條文，僅山胞改稱原住民，另條次有所變動），於憲法中確認應保障原住民之地位及語言、文化等，是人權保障理念之重要進程。其後於 90 年公布施行原住民身分法，並陸續制定公布保障原住民權益之法律，但因規定平地原住民身分須於一定期間內向國家申請登記始能取得，因此產生原住民身分之認定及優惠措施之保障，是否應以山地原住民及 40、50 年間已完成登記之平地原住民之範圍作為原住民概念之範圍之爭議。

六、本件判決所隱含轉換治理視角之意涵

本件判決將系爭規定取得平地原住民身分所設「特定期限內登記在案」之要件，認定為違憲而加以推翻。學者有認為該登記要件係「過去本於同化主義而壓縮原住民族規模的產物²²」。依此，則本判決實具有揚棄同化主義，而闡明臺灣島上所有民族之文化與地位均為平等之憲法要求。所隱含的意義是由過去將臺灣人民視為邊陲治理對象之視角，轉變為珍視且平等善待臺灣島上之所有居民之視角。

²¹ 松田京子著；周俊宇譯，帝國的思考：日本帝國對台灣原住民的知識支配，衛城出版，2019 年 7 月初版，第 150 頁。

²² 參見王泰升，同註 7 第 11 頁。

協同意見書

詹森林大法官 提出

本席贊同本判決之結論，並認為本判決對憲法條文的解釋，值得再略微論述，爰提出本協同意見書。

解釋法律之方法多元，常見者為文義解釋、歷史解釋、體系解釋、目的解釋。解釋一般法律，固然；解釋憲法，基本上，亦同¹。本判決在解釋本案時，對憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，明白採用文義解釋、歷史解釋及目的解釋。

一、文義出發

成文法規之解釋，一般而言，皆從文義出發；法官裁判適用法規時，更無例外。在成文法之歐陸，固係如此；在判例法之英美，並無差異。

（一）本案爭議所在

本案爭議，肇因於原住民身分法第 2 條規定，將該法所指之「原住民」，明定為：「包括山地原住民及平地原住民」，且該法主管機關原住民族委員會又依據該條規定，認為平埔族及西拉雅族，不符合該條所指之「平地原住民」，而拒絕將原因案件之多位原告認定為平地原住民。

此項爭議，從憲法角度，牽涉憲法及憲法增修條文，是否就「原住民（族）」設有基本權或其他相關規定；如設有規定，則憲法及憲法增修條文，是否就「原住民（族）」設有定義性條文？

經查，36 年 1 月 1 日公布之憲法，並無任何關於「原住民（族）」之規定。至於憲法增修條文，則自 80 年 5 月 1 日制定公布時起，即陸續就「平地山胞及山地山胞競選國民大會代表、立法委員」，及「國家對山胞之地位及政治參與之保障」，定有明文。其有不同者，僅係將「山地山胞」、「平地山胞」之用語，改為「山地原住民」、「平地原住民」或「原住民」而已。此外，86 年 7 月 21 日第 4 次修正公

¹ 陳慈陽，憲法學，2016 年 3 月，141 頁；李惠宗，憲法要義，2020 年 10 月，邊碼 0247；吳信華，憲法釋論，2021 年 10 月，編碼 46。

布時，於第 10 條第 9 項及第 11 項，增加「原住民族」之名稱（理由第 16 段參照）。

然而，前開憲法增修條文，對於其各自所稱之「山地原住民」、「平地原住民」、「原住民」，及「原住民族」，皆無任何定義。

（二）美國最高法院裁判及大法官解釋案例參考

文義解釋，看似簡單，其實並非必然²。茲分別以美國最高法院裁判³及我國大法官解釋，簡要說明之。

美國最高法院大法官就「擁槍權」（right to keep and bear arms）及「死刑」（death penaty）之釋憲聲請案，意見紛歧，即導因於各大法官雖均由「文義解釋」出發，卻得出完全相反之解釋結果。關於美國憲法第二修正案所定「擁槍權」，保守派之大法官，從文義上，盡量擴張⁴；自由派之大法官，則從文義上，極盡限縮。反之，就美國憲法第八修正案所定禁止「殘酷和不尋常之懲罰」（cruel and unusual punishment），保守派之大法官，從文義上，予以限縮解釋而排除死刑；自由派之大法官，則從文義上，當然解釋而涵蓋死刑。

在釋字第 792 號解釋，爭議之問題為：毒品危害防制條例第 4 條

² 例如：民法第 127 條第 8 款及消費者保護法第 7 條，皆有「商品」一語。關於前者，最高法院 78 年 4 月 18 日 78 年第 9 次民事庭會議決議認為，僅指動產而言，不包括不動產在內；關於後者，消費者保護法施行細則第 4 條，明定含動產及不動產。

³ 更多關於美國最高法院與文義解釋有關之裁判，及精彩之論述，參見賴英照，始於文義，終於文義，臺灣法律人，第 11 期，2022 年 5 月，65-92 頁。請併參照，賴英照，羅勃茲翻觔斗，臺灣法律人，第 10 期，2022 年 4 月，61-79 頁。

⁴ 最近之案例，參見美國最高法院 2022 年 6 月 23 日之裁定 New York State Rifle & Pistol Association (NYSRPA) v. Bruen。該裁定認為，美國憲法第二修正案及第十四修正案，保障個人在家庭之外，為自衛而攜帶手槍之權利，此一憲法權利並非二等權利（The constitutional right to bear arms in public for self-defense is not “a second-class right”），個人在行使該憲法權利時，無須向政府官員說明有何特殊需求，故紐約州「限制民眾在公共場所攜帶槍械」之法規違反美國憲法第二修正案賦予人民的擁槍權。本裁定由極端保守之 Thomas 大法官主筆，其餘 5 位保守派大法官，即首席 Roberts 與 Alito、Gorsuch、Kavanaugh 及 Barrett 均加入。自由派大法官 Breyer 提出不同意見，另 2 位自由派大法官 Sotomayor 及 Kagan 加入。

第1項至第4項規定之販賣毒品既遂罪，其所稱「販賣」，究應解為：「須有出售之行為，始足該當」，抑應解為「不以販入之後復行賣出為要件」？對此爭議，本解釋指出：該規定所稱之「販賣」一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。

（三）本案之文義解釋

如前所述，憲法及憲法增修條文均未明文定義原住民、原住民族。本判決另又基於「憲法及憲法增修條文亦未明定劃分原住民族之標準或規定原住民僅指或僅能區分為平地原住民及山地原住民」，遂推論為：「憲法並未將系爭規定（原住民身分法第2條）所稱山地原住民及平地原住民以外之其他臺灣原住民族，明文排除在受憲法增修條文第10條第11項及第12項前段所定『原住民族』保護之外。」（理由第24段）

本席以為，前開結論，雖可支持，但其推理，尚待說明。

按，受憲法增修條文第10條第11項及第12項前段所保障之「原住民族」究何所指，前開條文既無明文，則解決之道有二：（一）首先，改循「歷史解釋」及「目的解釋」，從前開條文之立法史料及立法目的，探求如何界定其所稱之「原住民族」（詳見本意見書後述之二、三）；（二）其次，參考其他與憲法增修條文第10條第11項及第12項前段所定之「保障」有關之法律中，有無就「原住民」或「原住民族」，界定其範圍。

就前述之（二）而言，以「保障原住民族基本權利，促進原住民族生存發展，建立共存共榮之族群關係」為立法目的之原住民基本法，應為最優先參考對象。該法第2條第1款規定，將該法所指之「原住民族」定義為：「係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族，包括阿美族、泰雅族……及其他自認為原住民族並經中央原住民族主管機關報請行政院核定之民族。」

本判決主文第1項揭示：「憲法增修條文第10條第11項及第12項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南

島語系民族。」其中強調「既存於臺灣」，應係參考前開原住民族基本法第 2 條第 1 款規定而來。

綜上，本判決從憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段出發，因該二規定就「原住民族」卻無定義，遂在對該二規定所稱「原住民族」之文義解釋上，參考原住民族基本法第 2 條第 1 款關於「原住民族」之定義，方法論上，應屬正確⁵。

二、歷史搜尋

歷史解釋，指藉由參酌法規之立法史料（包含起草機關之法條草案、立法過程發言記錄等），探求立法者原意之解釋方法⁶。

本判決稱：「81 年及 83 年第 2 次及第 3 次修憲時，均曾有憲法增修條文應設『原住民族專章』，以保護原住民族權益，且其中一條稱『臺灣原住民族包括平埔族……』之提案，但均未獲通過。」（理由第 17 段），且從而認為：「此等提案未獲通過，論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論。」（理由第 27 段）

惟從「修憲者曾於第 2 次及第 3 次修憲時，有意於增修條文中明定臺灣原住民包括平埔族，最終卻未能通過」此一立法史實，指稱「論理上亦難以得到修憲者排除保護其他臺灣原住民族之結論」，推論上，尚待強化。

查，考試院曾認 51 年 8 月 29 日修正公布之考試法第 7 條規定「公務人員考試與專門職業及技術人員考試，其應考資格及應試科目相同者，其及格人員同時取得兩種考試之及格資格」有欠週全，乃提出修正草案送請立法院審議，惟經立法院於 69 年 11 月 4 日議決，維持該法第 7 條條文，不予修正。考試院遂於 71 年 6 月 15 日修正發布考試法施行細則第 9 條第 2 項規定：「公務人員考試及格人員，同時取得

⁵ 其實，本判決此時，似有運用體系解釋之情形。

⁶ 本判決理由第 14 段、第 15 段（日本治理臺灣時期，為利統治及管理，將原本已久居於臺灣之原住民，區分為高山（砂）族（生蕃）、平埔族（熟蕃），國民政府來臺後，基本上沿用之），及第 30 段、第 31 段（由臺灣歷史脈絡觀察，所有既存於臺灣之南島語系民族均為原住民族），雖均為歷史之觀察，但尚非解釋方法上之歷史解釋。

專門職業及技術人員考試及格資格者，其考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準」。嗣經考生對該施行細則規定聲請解釋，司法院因而作成釋字第 268 號解釋，認系爭細則規定增設法律所無之限制，顯與首述法律使及格人員同時取得兩種資格之規定不符，並有違憲法保障人民權利之意旨，依憲法第 172 條之規定，應不予適用。有學者認為，本號解釋係以歷史解釋，宣告上開施行細則違反既得權保障之適例⁷。

若以前開釋字第 268 號解釋為借鏡，則將「增修條文之第 2 次及第 3 次修憲者最終未明定臺灣原住民包括平埔族」此一立法歷史，解為該 2 次之修憲者多數不認為臺灣原住民並不包含平埔族，似無不可。

準此，本案爭議，即平埔族是否該當憲法上之原住民族，並從而受憲法關於原住民（族）之保障，在解釋論上，必須求諸相關法規之目的探求。

三、目的探求

法規之目的解釋，係從該法規整體規範之意旨與目的（Sinn und Zweck），探求其立法宗旨。法規，性質上屬於保護特定人之特定權利或法益為立法目的者，藉由目的解釋，最能實踐其立法宗旨，亦即確實保護該特定人之特定權益，既不過於狹隘，亦不流於浮濫。

為解決本案爭議（原住民身分法第 2 條就該法所指「原住民」所為之定義是否違憲），本判決基於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段保障原住民族文化等之意旨，認為：「就原住民族之意義及保護範圍，其認定應避免反於歷史事實、國際保護原住民（族）潮流，而失諸過度嚴格，即應作較寬鬆之認定；亦即其排除保護應採極嚴格限縮原則，例外處理。」（理由第 26 段），從而為第 1 項及第 2 項主文之宣示，宣告原住民身分法第 2 條就該法所指「原住民」所

⁷ 李惠宗，同註 1，邊碼 0254。在民法上，立法者就某事項雖曾考量予以規範，最終卻仍未加以明文者，一般而言，此乃立法者認為該事項尚不宜立法，而應交由學說、實務繼續發展。

為之定義規定違反受憲法第 22 條保障之原住民（族）身分認同權，及前開憲法增修條文保障原住民族文化等意旨。此乃目的解釋之充分展現，亦最能彰顯目的解釋解決重大憲法爭議之功能。本判決就該目的解釋之論述，或許簡略，但在解釋憲法之方法論運用上，仍應予肯定。

四、結論及感言

關於憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱之原住民族，係何所指，111 年憲判字第 17 號判決藉由文義解釋、歷史解釋，及目的解釋，得出此之「原住民族」應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族，並於結論上肯認該臺灣南島語系民族及其成員，享有憲法第 22 條保障之原住民（族）身分認同權。此項方法論，值得肯定。本意見書再簡要說明各該解釋方法在本案之運用，以供參考。

本判決強調：「大法官解釋憲法，應隨時代進步、掌握時代脈動，作出因應、符合時代需要之解釋，不應拘泥於憲法部分條文用語形式，尤應避免囿於修憲過程之隻字片言，致失憲法保障人權之本旨。」（理由第 27 段）

旨哉斯言，大法官作為「憲法之發言人」（Der Sprecher der Verfassung），豈能無感。

美國最高法院於今（2022）年 6 月 24 日，在 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 一案，就「墮胎」之憲法爭議，推翻 1973 年 Roe v. Wade 案（首度承認婦女擁有墮胎之憲法權利）及 1992 年 Casey 案（再度確認婦女之墮胎權）兩件判例，而其主要理由只是「美國憲法並未提及墮胎」（The Constitution does not mention abortion）⁸。

⁸ 在 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 案，美國最高法院認定密西西比州禁止懷孕 15 周以上孕婦墮胎的法律並未違憲。本件係由另一極端保守派大法官 Alito 主筆，其餘 5 位保守派大法官贊成。自由派大法官 Kagan 提出，其餘 2 位自由派大法官加入之反對意見，用語刻薄，指摘強烈。值得一提者，屬於保守派之首席大法官 Roberts 在其協同意見書中指出，其實可以用比較溫和之方式支持密西西比州禁止墮胎之法律，不必直接推翻法院自己作成之先例。Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 案引發美國支持墮胎者及反對墮

相較於此，本院全體大法官以一致決作成 111 年憲判字第 17 號判決。本判決顯示伸張人權、保護弱勢之決心與魄力。

期盼憲法法庭持續本此認知，藉由各種解釋憲法之方法，捍衛憲法，保障人權。

胎者之激烈對立，抗議之民眾甚至包圍保守派大法官的家，威脅保守派大法官之人身安全。本判決所造成之社會動盪，及最高法院公信力之低落，迄未平息。

協同意見書

黃昭元大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

一、本判決爭點、主文及本席立場

[1] 本件係法院聲請案，聲請人臺北高等行政法院第三庭，原因案件為同院 107 年度原訴更一字第 1 號原住民身分法事件¹（下稱原因案件）。原因案件原告萬淑娟等 112 人主張她們係西拉雅族後裔，於訴願未果後，以原住民族委員會（下稱原民會）為被告，向臺北高等行政法院提起課予義務之訴，要求原民會應作成行政處分，認定她們具有原住民身分法第 2 條（下或稱系爭規定）第 2 款所稱平地原住民之身分，讓她們得依法登記為平地原住民。聲請人認為原因案件裁判上應適用之系爭規定第 2 款中之「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」（下稱登記期間限制）部分，違反憲法第 7 條平等保障、憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，因而聲請釋憲。

[2] 就本件所涉憲法爭點而言，表面上看似原住民身分法第 2 條第 2 款的登記期間限制是否違憲，在解釋上，這涉及兩個前提問題：一是原因案件原告所屬之西拉雅族是否為憲法保障之原住民族，二是西拉雅族是否為原住民身分法第 2 條第 2 款所稱平地原住民。如果這兩個問題的答案都是肯定，而後才有聲請人主張之上述登記期間限制是否違憲的爭議。

¹ 本件原因案件原告前後曾提起兩次行政訴訟，第一次訴訟是原告萬淑娟等於 2010 年間向臺北高等行政法院提起確認平地原住民身分之訴，經該院以 99 年度訴字第 2306 號判決駁回，後經最高行政法院 101 年度判字第 732 號判決駁回，認應改提課以義務之訴。因此原告萬淑娟等乃 2012 年 12 月先向原民會申請認定其平地原住民身分，為原民會駁回；原告萬淑娟等人向行政院提起課以義務訴願，亦遭駁回，因此向臺北高等行政法院提起課以義務訴訟。該院先以 104 年度原訴字第 1 號判決駁回，原告上訴後，最高行政法院以 107 年度判字第 240 號判決廢棄上開臺北高等行政法院 104 年判決，發回而由本件聲請人更行審理，此即本件之原因案件（臺北高等行政法院 107 年度原訴更一字第 1 號原住民身分事件）。

[3] 問題是：原因案件原告起訴要求原民會認定之西拉雅族尚非政府已經核定之 16 個原住民族之一，如果政府不先核定西拉雅族為法定原住民族，原因案件原告根本無從直接取得其所主張之原住民身分。因此真正的爭點與其說是原因案件原告是否具有個別原住民身分，不如說更是西拉雅族是否為憲法所保障之原住民族。蓋依原住民身分法第 11 條及戶籍法第 4 條第 1 款（九）之相關規定，原住民戶籍登記應同時辦理原住民身分及民族別之登記。原因案件原告如具原住民身分，不可能只登記為平地原住民，而不登記其民族別。²換言之，需由中央主管機關先核定³西拉雅族是法定原住民族之一，然後原因案件原告才可能取得並登記為西拉雅族之個別原住民身分。就此而言，本件之憲法爭點與其說是原因案件原告能否取得原住民身分之憲法上個人權利爭議，不如說更是西拉雅族是否屬憲法保障之原住民族的憲法上集體權問題。這才是本件最核心的憲法爭點。故本件應受審查之法律其實不會只是原住民身分法第 2 條第 2 款，而必然涉及原住民族基本法（下稱原基法）第 2 條第 1 款有關政府核定原住民族之規定等。

[4] 本判決雖認為系爭規定違憲，但並未採用聲請人主張之違憲理由，而是認為系爭規定所稱之平地原住民並不包括一般所稱平埔族，因此亦不包括原因案件原告所屬西拉雅族。然本判決認其他原住民族

² 依 2001 年 1 月 17 日公布，溯及於同年月 1 日施行之原住民身分法第 11 條第 1 項規定，原住民辦理戶籍身分登記應同時註記其民族別。參原住民族別認定辦法（2002 年 6 月 12 日公布，2004 年 4 月 7 日修正施行）第 10 條第 3 項：「當事人應依第 2 條規定之民族別，提出註記之申請。」第 2 條：「本辦法所稱民族別，指阿美族、泰雅族、排灣族、布農族、卑南族、魯凱族、鄒族、賽夏族、雅美族、邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族及其他經行政院核定之民族。」

³ 依原住民族委員會組織法第 2 條第 2 款（原因案件原告起訴當時為行政院原住民族委員會組織條例第 4 條第 6 款）規定，「原住民身分與原住民族之認定、部落之核定」係屬原民會之職權，而後戶政機關始得據以辦理原住民身分之戶籍登記。另參原住民身分法第 11 條第 2 項、原住民族別認定辦法第 2 條至第 4 條及第 10 條第 3 項、戶政事務所辦理原住民身分認定及登記作業注意事項等規定。

仍屬憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族，因此宣告系爭規定之未承認其他原住民族，違反憲法增修條文第 10 條上開規定意旨，侵害其他原住民族受憲法第 22 條保障之身分認同權而違憲。

[5] 本席贊成判決主文（concur in the judgment），謹提出協同意見如下。

二、據以審查之憲法權利：原住民族身分認同權

[6] 按本件原因案件原告所屬西拉雅族，並非行政院依原基法第 2 條第 1 款所已核定的 16 個原住民族之一。在憲法解釋上，必須先承認西拉雅族為臺灣原住民族之一，其所屬成員才可能據以取得原住民身分（不論是否為平地原住民）。可見本判決所涉及的原住民身分認同，並不是個別原住民對既有 16 個原住民族之個人認同，而是對「目前尚未為國家承認之其他原住民族」（在本案為西拉雅族）之群體認同。系爭規定所限制之身分認同權，並不只是個別原住民之個人認同，而是整體西拉雅族（及未被承認之其他原住民族）成員對所屬民族之群體認同。是本件之核心爭點，可說是上述尚未被承認之其他（平埔）原住民族要求國家承認之原住民族身分認同權。

[7] 本庭 111 年憲判字第 4 號判決已經承認原住民身分認同權為憲法第 22 條保障之非明文權利，由於該案爭點基本上是既有原住民族的個別成員資格問題，因此上述判決僅以個別原住民之身分認同權為據以審查之權利基礎。惟如本席在該判決協同意見書第[4]段所指出者：

…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 條所承認之原住民族身分認同權，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。...

本判決主文使用「原住民族（族）身分認同權」一詞，相較於 111 年憲判字第 4 號判決之僅使用「原住民族身分認同權」，顯然有意進一步明白承認具有集體權或群體權（group right）性質之原住民族身分認同權，而不僅僅是屬於個人權（individual right）之原住民族身分認同權。按司法院釋字第 803 號解釋所稱「原住民族文化權利」、本庭 111 年憲判字第 4 號判決所稱「原住民族身分認同權」，均偏重個人權之定位，其本應兼具之集體權面向則仍隱晦不明。直到本判決，以原住民族為權利主體、具集體權性質之憲法上「原住民族身分認同權」終於正式登場，甚至成為本件違憲審查的主要權利依據，而非配角。這項權利，從此也成為我國憲法第 22 條所保障非明文權利譜系中之特定權利類型。

[8] 雖然本判決所承認的原住民族身分認同權之內涵係以民族及其成員身分、地位為主，所要回應及解決的問題則是臺灣有那些原住民族、其成員資格及認定程序等。至於確定是原住民族後，該族所應或所得享有之各項集體性權利，包括群體之自決權（參原基法第 4 條）、政治（如部落自治組織架構）及法律（如各族習慣法及其相關程序機制）體系的自主權等，以及現行法律已經承認的各種集體權，如部落會議及公法人（參原基法第 2-1 條）、傳統智慧（參原基法第 13 條、原住民族傳統智慧創作保護條例）、土地及自然資源權利（參原基法第 20 至 23 條）等，則不是這項原住民族身分認同權所當然涵蓋的保障範圍。不過，上述各種法律位階之集體權中，也可能會有其相對應的憲法位階之集體權，性質與本判決所承認的身分認同權類似。就此而言，本判決之承認原住民族身分認同權，可說是在原住民族（族）權利譜系中向來空白的憲法位階集體權部分，放下第一塊拼圖。雖然一目不足以定勝負，但總是布局之始。

三、憲法所稱原住民族之範圍及分類

[9] 本件原因案件原告主張其所屬之西拉雅族為臺灣原住民族之一，且為平地原住民之一族，只是被系爭規定之登記期間限制致無法登記為平地原住民。本件聲請法官應該也是持類似立場，並主張系爭規定之登記期間限制部分，與同條第 1 款有關山地原住民之規定相比，明顯構成不利差別待遇而違反平等保障，因此違憲。然上述主張如要能成立，前提是系爭規定及憲法增修條文所稱之平地原住民包括本件原因案件原告所屬之西拉雅族。這就涉及憲法增修條文所稱原住民（族）之範圍，也可說是本件的第一個關鍵爭點。

（一）憲法上之原住民族應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族

[10] 本判決主文第 1 項認為：「憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，應包括既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族。」其中所稱「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」，是參考原基法第 2 條第 1 款對原住民族之定義「原住民族：係指既存於臺灣而為國家管轄內之傳統民族」而來。與後者相比，本判決將「傳統民族」改稱為「所有臺灣南島語系民族」，採用「既存於臺灣」之要素，但刪除「為國家管轄內」之要素。

[11] 原基法所稱「傳統民族」之用語，應有強調原住民族與臺灣土地的長遠關係，以凸顯其為先於國家存在的「原」住民地位。本判決則改強調「南島語系民族」所蘊含的語言及文化要素，隱然呼應近年來有關臺灣原住民族可能是南島民族（或南島語族）起源之研究發現。雖然未明白凸顯原住民族先於國家存在的「傳統」地位，但如本判決理由第 14 段所示：「在為目前佔臺灣人口多數之漢民族大量移入臺灣之前，千百年來，早有同屬南島語系之不同族群臺灣原住民，先已長久世代居住在臺灣這塊土地上。」本判決其實是將原住民族之悠久歷史地位當成是毋須爭辯之歷史事實，因此沒有在界定臺灣原住民族之範圍時，重複強調此項歷史起源的時間性。

[12] 本判決主文第 1 項所指「既存」於臺灣之「所有」臺灣南島語系民族，一方面是指向歷史上曾存在，且至今仍存續之各原住民族，以此突破或解除目前法定 16 族之限制。另方面，就其他原住民族之認

定而言，所謂「既存」，在解釋上應連結本項主文後述有關其他原住民族之認定指標：「其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同」，予以理解。（參本意見書後述第[23]至[28]段）

[13] 至於原基法第 2 條第 1 款中之「為國家管轄內」要素，則未出現在本判決主文或理由中。這是因為多數意見（在本判決為全體大法官）認為此屬當然之理，毋須強調。就學理而言，這項留白或許會引發原住民族與國家間究竟是憲法關係或國際法關係的爭議。然就本庭而言，因為憲法法庭本來就應依（也只能依）憲法而為判決，故本判決所稱之憲法上原住民族當然是國家管轄內，既受憲法保障也受憲法規制之原住民族。從而原住民族與國家間之關係自屬憲法⁴關係，而非超國家或超憲法的國際法或條約關係。雖然在學說和原住民運動上，有不少人倡議原住民族之自然主權、自決權等，然在本判決的整體規範架構下，上述自然主權業已為國家主權所吸納；上述自決權基本上屬憲法層次的內部自治權，而不是國際法層次的外部自決權，這也是憲法法庭判決權限之框架。至於在增修條文第 10 條第 11 項肯定多元文化、第 12 項前段尊重民族意願的前提下，有關機關如何從寬承認並積極保障各原住民族之自治、自主權，本庭受限於不告不理、司法被動的個案審理原則，就此等部分，於本判決也只能留白而待他案。

（二）憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括原因案件原告所屬西拉雅族及其他平埔原住民族

[14] 憲法本文並無關於原住民（族）之明文規定，無從自其中探求原

⁴ 此處所稱憲法關係，並非肯定並要求原住民族須完全接受現行憲法或憲政體制之正當性，或不能再質疑其外來性，而是指一般、抽象規範意義下的國家公權力架構及所形成之實證法秩序，亦不是指特定、歷史意義下的既有國家及憲法架構。包括原住民族在內之一國國民當然有權循民主程序，重新制定憲法或變更政府體制，這些都是集體的政治選擇。反之，一方面主張實證憲法之保障，另一方面又根本否定實證憲法之形式合法性及實質正當性，而停留在自然主權或殖民統治的政治訴求，恐怕也是自相矛盾的主張。在憲法解釋的層面，既有的憲法架構和規範內涵當然也可能因為政治和社會變遷，而改變其規範內涵，以致出現舊瓶裝新酒的現象，就如同本判決就增修條文所稱原住民族所採之立場。

住民族之範圍。現行憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款就立法委員選舉，訂有山地原住民及平地原住民各選出 3 席的特別規定；另於第 10 條基本國策條款中之第 11 項及第 12 項前段，就原住民族之語言文化、地位及各項保障，亦訂有特別規定。

[15] 就歷年修憲經過及修憲意旨而言，增修條文第 4 條所稱山地原住民及平地原住民，在解釋上應僅以過去之 9 族、目前之 16 族為限，而不包括一般所稱之平埔原住民族，⁵這是相關機關原民會之主張，也是本判決所持立場，本席亦贊成如此解釋。如依聲請人及原因案件原告主張，西拉雅族及其他平埔原住民族亦屬平地原住民，姑且先不論法律上各項原住民優惠待遇的連結適用，在憲法面的直接影響就是未來立法委員選舉的平地原住民及多個區域選區之選舉人人數勢必要重新計算。不論因此可能增加的平地原住民人數是否真如原民會宣稱之高達近百萬人，或僅有 20 萬人或更少，其結果都必然衝擊修憲者就立法委員選舉方式之整體規劃，並改變原先平地原住民立委所代表之民意基礎。考量立委選制之變更對於立法院組成、中央政府之權力分立、人民參政權、政黨生態等之重大影響，本席認為此應交由修憲者循修憲程序予以解決，而不適合由釋憲者透過判決逕自並實質修正。

[16] 綜合以上考量，本席認為憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括原因案件原告所屬之西拉雅族及其他平埔原住民族。故如連結上述增修條文第 4 條與原住民身分法第 2 條而為體系解釋，原住民身分法第 2 條第 2 項所稱平地原住民，亦應不包括西拉雅族及其他平埔原住民族。

（三）憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族應

⁵ 目前 16 族中的噶瑪蘭族，原係由宜蘭遷徙至花蓮的平埔族之一，長期隱身或被迫附屬於阿美族，後於 2002 年 12 月始正名為噶瑪蘭族，成為目前唯一得到國家正式承認，並成為平地原住民之平埔族。然而，噶瑪蘭族之成為平地原住民族，其實也是源自其曾一度擁有的「生番」或「高砂族」身分，而非直接從「熟番」或「平埔族」，而取得平地原住民身分。

包括西拉雅族及其他平埔原住民族

[17] 雖然憲法增修條文第 4 條所稱平地原住民應不包括西拉雅族及其他平埔原住民族，但憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段所稱原住民族則應包括之。本判決認為在目前已為政府承認之 16 個原住民族外，另外還有其他原住民族，亦為憲法保障。原因案件原告所屬之西拉雅族，如符合本判決所定之指標或要件，也應該屬於憲法上之原住民族。此為本判決所持立場，本席支持。

[18] 本席認為：就歷史正義的觀點，法院在解釋增修條文第 10 條所稱原住民族之範圍時，尤應考量南島語系民族作為臺灣先住民的特殊地位、歷代外來殖民政權及移民者對其之壓迫、近年各原住民族（包括西拉雅族等）之復興運動等因素，採取具有開放性之解釋方法及態度，以匡正並彌補過往的歷史不正義，促進多元平等的族群關係，從而實現憲法第 5 條之民族平等。立基於上述價值立場的解釋，亦與增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段的規範文義、內涵及目的相容。

[19] 在文義上，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段僅泛稱原住民族，並未明確限定或區別為山地及平地原住民。因此增修條文第 10 條所稱原住民族之範圍，在文義解釋上，本來就可能和增修條文第 4 條有所不同，而且有可能大於增修條文第 4 條所稱之山地及平地原住民。從規範內涵及目的來看，增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段的保障內涵不僅限於原住民族之政治參與（立委選舉），另也包括其地位、語言、文化、教育、經濟等各類事項，甚至明文凸顯其民族意願。可見修憲者對於增修條文第 10 條所稱原住民族整體圖像之預設及想像，應該是大於增修條文第 4 條所稱山地及平地原住民之總和。因此法院對於增修條文第 10 條有關原住民族範圍之解釋，自應隨我國原漢關係及政經發展而持續演進，並應參酌國際間有關原住民族保障之相關規範及實踐，盡可能採取對原住民族友善的解釋。承認西拉雅族及其他同屬南島語系民族者均為憲法保障之原住民族，應該是更符合上述意旨的憲法解釋方向及結論。

（四）高山族與平埔族之二分法，或山地、平地、平埔之三分法，應

逐步修正廢除，而直接以各原住民族為保障對象

[20] 本判決認為原因案件原告所屬之西拉雅族並非增修條文第 4 條所稱之平地原住民，而是本判決所稱其他原住民族之一。如此判決之結果看似繼續維持既有山地及平地原住民之分類，並將西拉雅族等另列一大類。但這是因為山地及平地原住民之分類係增修條文第 4 條明定，在修憲之前，仍有其效力，本庭尚難以逕自廢除這項分類。

[21] 不過，本判決承認西拉雅族等仍屬增修條文第 10 條所保障之原住民族，並統稱為「其他原住民族」，而非常見之「平埔族」或「平埔原住民族」之統稱。本判決之真正意旨並不是要繼續沿用從清治、日治及戰後國治以來，歷代殖民或外來政府區別生番（生蕃、高砂族、高山族、山胞）及熟番（平埔番、熟蕃、平埔族），分而治之的行政管理政策。這套外來統治者基於行政管理便利，甚至是出於種族歧視動機，所為之政治性分類，⁶於今不僅已有爭議，且有明顯之負面烙印，早該解構。

[22] 本判決是以憲法保障之臺灣原住民族為整體概念，期待有關機關在落實增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段意旨的立法層面，能逐步廢除高山族及平埔族之二分法，或山地、平地、平埔的三分法，而直接以各族為對象，給予各族應有之保障。如此也更能解決本屬平埔族之噶瑪蘭族，因歷史因素而於目前被列為平地原住民族之奇特現象。至於增修條文第 4 條有關山地及平地原住民之分類，當然就只能透過修憲才能解決。但至少立委選舉以外的事項，有關機關仍得直接以各族為規範對象。退一步言之，在本判決上述意旨之整體架構下，立法者仍可（於部分事項）繼續採取高山族及平埔族之二分法或

⁶ 曾在海拔約 1100 公尺的七星山上留下遺址的凱達格蘭族，被外來移民及政權認為是平埔族；住在海拔約 550 公尺紅頭山下，最具海洋民族特色的蘭嶼雅美族（達悟族）卻被歸入高山族（山地原住民）。同樣是賽夏族，住在新竹縣五峰鄉的北賽夏被歸於高山原住民，住在苗栗縣南庄鄉和獅潭鄉的南賽夏則列為平地原住民。泰雅、賽夏、布農、排灣、魯凱、阿美族都有同一民族卻分屬山地或平地原住民的情形。參詹素娟，典藏台灣史（二）：台灣原住民史，臺北：玉山社，2019 年，頁 236-239。

山地、平地、平埔的三分法，因為本判決並未完全禁止如此分類。重點是：本判決是容許，但不強制立法者必須如此二分或三分。

四、憲法所稱原住民族之認定指標

[23] 本判決雖然認為憲法所稱原住民族應向原因案件原告所屬西拉雅族及其他南島語系民族打開大門，但也同時設下了 3 個認定指標，作為門檻。本判決主文第 1 項宣示：

...除憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款規定所稱之山地原住民及平地原住民，舉凡其民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今仍然存續，其成員仍維持族群認同，且有客觀歷史紀錄可稽之其他臺灣南島語系民族，亦均得依其民族意願，申請核定其為原住民族；其所屬成員，得依法取得原住民身分。

正是此意。

[24] 上述（1）民族文化特徵、（2）族群認同、（3）客觀歷史紀錄等 3 個指標，可說是連結並具體化主文第 1 項所稱「既存於臺灣之所有臺灣南島語系民族」中之「既存」要件。其中的（1）民族文化特徵和（3）客觀歷史紀錄屬於客觀指標，（2）族群認同則屬主觀指標。（1）和（2）係以目前為時點來認定，（3）則是指向過去的歷史要素。

[25] 如參考判決理由第 34 段，本判決所指客觀歷史紀錄，主要係指日治時期戶口調查簿之種族註記為「熟」或「平」者，這和現行原住民身分法第 2 條亦採同一戶口調查簿之種族註記，作為山地及平地原住民之客觀依據⁷相同，並非本判決新創之客觀指標。然此項指標應該不是可為依據之唯一歷史紀錄，畢竟日治時期戶口調查簿或容有錯誤或遺漏之可能，而臺灣各原住民族間或各該族與漢民族間，也有族群移動、混同之情形，故如另有日治時期之前、甚至之後的歷史紀錄

⁷ 如果比較原住民身分法第 2 條有關平地和山地原住民之申請要件，前者多了登記期間限制，本席認為這部分也應該違憲，但因為本判決認為西拉雅等其他原住民族並非平地原住民，不適用原住民身分法第 2 條第 2 款，因此沒有進而審查登記期間限制的規定部分是否違憲。

足以證明其屬臺灣南島語系民族，且另符合其他兩項指標者，當然也有可能據以請求主管機關認定為其他原住民族。又這項歷史紀錄指標係指向過去，用以表現「原」住民族之地位，並以此和同具有南島語系民族血緣、語言、文化特徵之部分新住民，例如來自菲律賓、印尼之新移民及其後裔，有所區別。後者雖具有類似血緣或語言，但不具歷史起源和連續性，並非臺灣原住民族。

[26] 日治時期戶口調查簿最早係將生蕃人與內地人（日本人）、本島人和外國人並列；在本島人之下，再分為熟蕃人、福建人（福佬人）、廣東人（客家人）及其他漢人。不管是生蕃或熟蕃，都只有統稱式的種族註記，而無個人所屬特定種族別（相當於目前戶籍登記上之民族別）之註記。自 1906 年起，日本政府針對生蕃才另有「種族／部落／村社」之註記，進一步註記如泰雅族等特定民族別，並作成「蕃社戶口」，與原有之戶口調查簿同列為家戶資料。⁸至於熟蕃在日治時期戶口調查簿內，則無特定種族別之註記。這可能是當時日本政府之政策基本上是將熟蕃看成本島人，並適用與漢人相同的法律，加上調查當時可能已經難以精確區別平埔蕃之特定種族。時至今日，如要以日治時期戶口調查簿為基礎，據以認定平埔族為原住民族，自仍需要其他證據或指標，始足以認定其特定民族別。因此本判決另外要求（1）民族文化特徵和（2）族群認同這兩項指標。這兩者雖然不是原住民身分法第 2 條所明定之個人申請要件，但其實都是中央原住民族主管機關依原基法第 2 條第 1 款，報請行政院核定臺灣原住民族時，所必然考量並確認的重要因素。按目前已獲承認並核定的 16 個原住民族中，有 7 個是從原本的 9 族分出來，⁹在各自的核定過程中，原民會也

⁸ 參本件聲請案（憲法法庭 109 年度憲三字第 17 號），王泰升，專家諮詢意見書（修正版），頁 4-5、13-14（2022/07/01）；引自：憲法法庭官網，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=340093>（最後瀏覽日：2022/10/25）。

⁹ 有 3 族自鄒族分出：邵族（2001 年 8 月正名）、拉阿魯哇族和卡那卡那富族（同於 2014 年 6 月正名）；2 族原被歸於阿美族：噶瑪蘭族（海岸阿美族，2002 年 12 月正名）、撒奇拉雅族（原為奇萊阿美族，2007 年 1 日正名）；2 族自泰

都曾邀集各該族群代表、地方機關代表、相關學專家者等，確認其民族文化特徵及族群認同後，始予核定。就此而言，這兩項指標也可說是本來即已存在的不成文要件。

[27] 關於原住民族之定義，不論是國內法或國際法，至今都仍無具有普遍性的精確定義，¹⁰本判決也避免提出定義性的規範，而僅提出幾項指標。在國際法上，有關原住民族之認定指標通常會包括：（1）自我認同（self-identification）（包括自我認同既是「民族」更是「原」）、（2）歷史連續性（historical continuity）（指有共同祖先，且自外來殖民統治之前即延續至今）、（3）與祖傳土地的特殊關係（special relationship with ancestral lands）、（4）獨特性（distinctiveness）（指獨特的社會、經濟或政治體系，或有獨特的語言、文化、信仰和習慣法等）、（5）非優勢者（non-dominance）、（6）永續性（perpetuation）。

雅族分出：太魯閣族（2004年1月正名）、賽德克族（2008年4月正名）。

¹⁰ 聯合國人權委員會（Commission on Human Rights）及經濟社會理事會（Economic and Social Council）所屬之預防歧視與少數保障次委員會（Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities），於1980年代曾任命厄瓜多爾（Ecuador）籍Jose R. Martinez Cobo為特別報告員（Special Rapporteur），研究原住民族所受歧視之問題。Cobo在他之後提出之報告中曾提出一個有關原住民族的工作性定義（working definition）：

“Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system.”

See Jose R. Martinez Cobo, *The Concept of Indigenous Peoples* (2004), U.N. Doc. PFII/2004/WS.1/3, Background paper prepared by the Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues (19-21 January 2004). 上開聯合國人權委員會在2006年後已由人權理事會（Human Rights Council）取代，預防歧視與少數保障次委員會在1999年則改為促進及保障人權次委員會（Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights），於2006年亦併入人權理事會，再改組成常設性的諮詢委員會。

¹¹然本判決沒有特別強調其中「(3)與祖傳土地的特殊關係」之指標，
¹²也是考量各該其他（平埔）南島語系民族之可能差異。然未來立法者在進一步規定其他（平埔）原住民族應有之各項保障時，就土地及自然資源權利部分（如傳統領域、原住民族地區、原住民保留區等），當然得斟酌各族之情形，而有相對應之規範，此即本判決在理由第 44 段所指明者：「…立法者應依上開憲法保障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。至其保障內容及範圍，立法者自有一定之形成空間，不在本判決之審理範圍。」

[28] 依學者研究及官方初步分類，臺灣的平埔族包括以下各族：噶瑪蘭、凱達格蘭、道卡斯、巴宰（或稱巴則海）、噶哈巫、拍瀑拉（或稱巴布拉）、巴布薩（或稱貓霧揀）、洪雅（或稱和安雅、洪安雅）、馬卡道（或稱猴猴）、西拉雅、大武壠（或稱大滿）等族，¹³就本件原因案件原告所屬之西拉雅族而言，其民族文化特徵及族群認同可能

¹¹ See Catherine Iorns Magallanes, *ILA Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples* (2012), Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 50/2012, available at <https://ssrn.com/abstract=2175897> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2175897>（最後瀏覽日：2022/10/25）。

¹² Cobo 也是將「與祖傳土地的特別關係」這項指標，列為「歷史連續性」的認定因素之一。See Cobo, *Supra* note 11 (“This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present of one or more of the following factors: a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them; b) Common ancestry with the original occupants of these lands; c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc.); d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language); e) Residence on certain parts of the country, or in certain regions of the world; f) Other relevant factors.”)

¹³ 參本件聲請案（憲法法庭 109 年度憲三字第 17 號），詹素娟，專家諮詢意見書（2022/6/20），附件：原住民族委員會，平埔族群身分認定意向書草案，頁 3-4（2015/11/13）；引自：憲法法庭官網，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=340093>（最後瀏覽日：2022/10/25）。另參王泰升，前註 8，頁 13-14（列有邵族，但註明有爭議）。

是相對清楚、可識別。另如噶瑪蘭、巴則海¹⁴及業經花蓮縣富里鄉承認為鄉定原住民族之大武壠族和馬卡道族、屏東縣承認為縣定原住民之馬卡道族，亦可見明顯且持續的民族文化活動及族群認同。但歷史上曾存在過的各該平埔族群中，也有因通婚、混居、遷徙、從屬、國家統治等因素，致與漢族或其他南島語系民族間，產生文化交織甚至同化之情形，使各族群間之界限因而交錯、模糊或混同。¹⁵部分南島語系民族之文化特徵或族群認同是否確實存續至今，且仍具獨特性，或須進一步調查、確認。本判決之所以在官方之戶籍登記紀錄外，另外要求上述兩項指標，亦係考量臺灣平埔各族之差異，有意將此問題留給主管機關和各該族群，透過法定程序及族群協商機制，個別認定之。蓋本庭就本件只能為抽象法規範審查及憲法解釋，故只能提出一般性的認定指標，也無法逕自認定西拉雅族是否符合臺灣原住民族的要件。

五、後續修法：其他（平埔）原住民族之身分與保障

[29] 本判決主文第 3 項就後續修法宣示：

相關機關應於本判決宣示之日起 3 年內，依本判決意旨，修正原住民身分法或另定特別法，就本判決主文第 1 項所稱同屬南島語系民族之其他臺灣原住民族之認定要件、所屬成員之身分要件及登記程序等事項，予以明文規範。…

依此意旨，立法者就其他原住民族之身分認定，將來可有兩種修法途徑：一是直接修正原住民身分法第 2 條，規定本法所稱原住民，包括山地原住民、平地原住民及其他原住民（或平埔原住民），再於同條增訂第 3 款規定其他原住民族之身分認定要件。立法者甚至可以同時將平地原住民的登記期間限制刪除，畢其功於一役。二是另外制定平埔原住民身分法，以特別法規定其身分認定要件，甚至在同一部特別法中同時規定其地位及保障事項。

[30] 關於其他原住民族之各項保障，本判決於理由第 44 段以併予指

¹⁴ 參王泰升，前註 8，頁 14。

¹⁵ 參詹素娟，前註 6，頁 50-92、124-131、141-145、230-235。

明¹⁶之方式宣示：

其他臺灣原住民族既屬憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定所保障之原住民族，國家自應積極維護發展其語言及文化，並就其教育文化等事項予以適當之保障扶助；立法者應依上開憲法保障之意旨，充分考量各原住民族及其成員之歷史發展脈絡及現況，並斟酌國家資源分配，另以法律定之。至其保障內容及範圍，立法者自有一定之形成空間，不在本判決之審理範圍。

上述所稱「另以法律定之」，意指目前法令中，有關山地原住民及平地原住民之各項保障規定，原則上均不直接適用於其他原住民族，也不會直接受到本判決承認其他原住民族之影響。至於其他原住民族之權益保障事項及範圍，則須由立法者另行制定法律，從頭開始一一決定。故立法者未來如果採取前述第一種修法方式，就其他原住民族之保障部分，恐怕需要另外增訂規定（如增訂第 2 條第 2 項），明定：「前項所稱其他（或平埔）原住民之保障，另以法律定之，不適用山地原住民及平地原住民之相關規定。」如果立法者是採取上述第二種修法方式，就可在特別法中就身分及權利保障事項全盤予以規定。

[31] 依憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定，西拉雅族等其他原住民族一旦獲承認為法定原住民族，必然會有其保障，尤其是增修條文第 10 條第 11 項的語言及文化事項。但就同條第 12 項前段所定之政治參與等事項之保障，因係委託立法者另以法律定之。故不僅其他原住民族與目前的 16 族間可能會有不同，甚至連其他原住民族之各族間，也容有依其族群情形而為適當差別待遇之可能。¹⁷本

¹⁶ 本判決審查標的限於西拉雅族（及其他原住民族）之原住民身分問題，不及於其權利保障部分。但因為後者與前者仍有直接關聯，就此等部分，本庭通常會以「併予指明」方式，提出仍有拘束力（程度較主文弱）之指示。若屬與審查標的無直接關聯之事項，或純屬建議性之諮詢意見，則多半會以「併予敘明」方式說明。本席在此併予敘明，以免誤解。

¹⁷ 目前有關原住民族之相關法令，有關原住民之範圍大致可分為以下幾類：

（1）逕以「原住民」或「原住民族」為其資格，未明定其身分之法律依據者：

判決對其他原住民族之身分，固然採取從寬承認的立場；但就其應有之保障，則與現行法令對法定 16 族之保障先完全區隔，而由立法者全盤考量後決定，以減緩對向來原住民法制及實踐的衝擊。

六、原因案件之續行審理及救濟

[32] 本件係法院聲請案，因此在本庭判決後，聲請法院需依本判決意旨續行審理原因案件。按原因案件原告係向聲請法院提起課以義務之訴，要求聲請法院判命原民會作成認定原告萬淑娟等 112 人為原住民

如原住民族委員會組織法第 3 條：「本會置主任委員 1 人，特任，由原住民擔任...」、第 4 條第 1 項：「本會置委員 19 人至 29 人，其中原住民族各族代表應至少 1 人依聘用人員聘用條例聘用...」其他如財團法人原住民族文化事業基金會設置條例第 7 條第 1 項、財團法人原住民族語言研究發展基金會設置條例第 8 條第 1 項等，均僅以「原住民」為資格要件；原住民族教育法、文化資產保存法第 13 條、原住民族文化資產處理辦法等，亦僅以「原住民族」為資格要件。

- (2) 以原住民身分法所定之原住民為適用對象者：如政府採購法施行細則第 22 條第 5 項：「本法第 22 條第 1 項第 12 款所稱身心障礙者、身心障礙福利機構或團體及庇護工場，其認定依身心障礙者權益保障法之規定；所稱原住民，其認定依原住民身分法之規定。」；農民或原住民製酒管理辦法第 2 條：「本辦法所稱農民，指依農業發展條例第 3 條規定之農民；原住民，指依原住民身分法第 2 條規定之原住民。」；原住民學生就讀專科以上學校學雜費減免辦法第 2 條：「本辦法用詞，定義如下：一、原住民學生：指依原住民身分法規定具有原住民身分且就讀國內國立或已立案之私立專科以上學校（以下簡稱學校），具有學籍之學生。」等法令。
- (3) 明定以山地及平地原住民為其適用對象者：如增修條文第 4 條第 1 項第 2 款、地方制度法第 33 條（原住民議員、鄉鎮市民代表）、第 57 條第 2 項（山地鄉鄉長）及第 58 條第 4 項（直轄市山地原住民區區長）等；原住民族工作權保障法第 2 條：「本法之保障對象為具有原住民身分者。」原住民族工作權保障法施行細則第 2 條：「本法第 2 條所稱具有原住民身分者，以依原住民身分法第 11 條第 1 項規定，於戶籍資料記載為山地原住民或平地原住民者。」；原住民保留地開發管理辦法第 4 條第 1 項：「本辦法所稱原住民，指山地原住民及平地原住民。」等法令。

上述第（1）類是最可能直接適用於其他（平埔）原住民，第（3）類無法直接適用，至於第（2）類就要看立法者究竟是以原住民身分法或特別法來承認其他（平埔）原住民之地位。但不論是那一類，立法者都可全盤考量後，一個一個別決定。

身分法第 2 條第 2 款之平地原住民之處分。¹⁸本判決雖認為原因案件原告所屬西拉雅族可能屬憲法保障之其他原住民族，但並非原住民身分法第 2 條所稱平地原住民，因此宣告上開法律有關原住民之規定，「並未及於符合本判決主文第 1 項要件之其他臺灣原住民族」，於此範圍內違憲。換言之，上開原住民身分法第 2 條係因欠缺保障其他原住民族之規定而違憲，並非聲請人所主張之該條第 2 款有關登記期間限制部分違憲。縱令認為上開登記期間限制部分違憲，亦與本件原因案件原告無關。因為依本判決意旨，原因案件原告根本無從依原住民身分法第 2 條第 2 款申請登記為平地原住民，而應等待修法後，先由原民會報請行政院核定其所屬原住民族（如西拉雅族）之地位，然後再申請登記為各該族群之原住民（如西拉雅族原住民）。縱使有關機關逾期未完成修法，也還是須先請求主管機關核定其所屬原住民族後，原因案件原告才能據以取得並登記為該族原住民，而無從跳過核定原住民族之程序，而逕自登記為一個尚非法定原住民族之成員。

[33] 依本判決意旨，本件聲請人及原因案件原告看似贏了憲法訴訟，因為本判決係宣告原住民身分法第 2 條，因欠缺保障其他原住民身分之規定而違憲；但原因案件原告係請求原民會認定她們具有系爭規定所稱平地原住民身分，就此訴之聲明而言，則屬無理由，聲請法院應判決原告萬淑娟等 112 人敗訴。¹⁹至於聲請法院能否裁定停止原因案件之訴訟程序，等待修法？本席認為本件並非宣告系爭規定違憲且定期失效，聲請法院應無依憲法訴訟法第 58 條，準用同法第 54 條第 1 項但書之可能。

¹⁸ 本件聲請案，關係人萬淑娟等 112 人釋憲陳述意見狀（2020/12/25），頁 92-150，即附件甲：關係人萬淑娟等 112 人於臺北高等行政法院 107 年度原訴更（一）字第 1 號所提出之言詞辯論意旨狀（2020/2/27），頁 1（I、訴之聲明二）。

¹⁹ 至於原住民身分法第 2 條第 2 款有關平地原住民之「登記期間限制」要件，相較於第 1 款山地原住民之要件，是否構成不利差別待遇，而違反平等？本席亦認違憲。未來如有本屬平地原住民（如阿美族、屏東縣滿州鄉的排灣族等）之各族原住民，由於上述登記期間限制致無法補登記為平地原住民，並有適當之聲請案時，本庭仍得審查並宣告系爭規定之上述登記期間限制違憲。

[34] 再者，本席認為聲請法院裁定停止訴訟亦無實益。按如要裁定停止訴訟，聲請法院恐須先准許原因案件原告變更訴之聲明（參行政訴訟法第 111 條第 1 項但書或第 3 項第 3 款），改為要求原民會認定其所屬西拉雅族之民族別。這是否符合行政訴訟法規定，已有疑問。假設訴之變更合法並經准許，聲請法院也進而裁定停止訴訟，以等待修法後再為判決。然如果有關機關在本判決宣示後 3 年內完成修法，並核定新的原住民族（如西拉雅族等），原因案件原告自得依新法及其核定結果而取得西拉雅族原住民身分，也毋須法院判決。除非是有關機關逾期未完成修法，而原因案件原告要求中央主管機關核定其所屬原住民族之民族別仍遭拒時，始有由法院逕自依本判決意旨判命中央主管機關作成認定其民族別之處分的實益。因此本席認為上述裁定停止本件原因案件之訴訟程序並等待修法的選項，應該不是聲請法院後續應該或適合採行之處置。從本判決意旨來說，原因案件原告之終極救濟，恐怕還是要等待有關機關修法後，始得依新法之要件及程序而登記取得原住民身分。

[35] 本判決主文第 3 項前段雖有 3 年修法期限之要求，但仍然只是單純違憲宣告，因為原住民身分法第 2 條是因為欠缺保障其他原住民族之規定而違憲。不論有關機關是否有依本判決意旨完成修法，現行規定本身於 3 年後都不會失效。此種宣告方式，和司法院釋字第 748 號解釋類似，都是「附修法期限之單純違憲宣告」。而且本判決也和釋字第 748 號解釋類似，於修法期限屆滿後，進一步加上司法造法之定期生效宣告，以此預防有關機關之怠惰不作為。此即本判決主文第 3 項後段：

...逾期未完成修法或立法，舉凡日治時期戶口調查簿其本人或其直系血親尊親屬經註記為「熟」或「平」，釋明其所屬民族語言、習俗、傳統等文化特徵至今依然存續，且其所屬民族成員仍維持族群認同者，於修法或立法完成前，均得向中央原住民族主管機關申請依本判決意旨認定其民族別。

於上述逾期未完成修法之情形，原因案件原告或任何其他原住民族之

成員，均得依本判決發動請求權，向中央主管機關要求認定其所屬之民族別。因為依現行制度，中央主管機關須先承認並報請行政院核定為特定原住民族後，該族成員始能取得該族原住民身分，並辦理戶籍登記。因此本判決之上述司法造法，其效果也不是讓原因案件原告或其他原住民族之成員得以直接取得原住民身分，而是讓她們得以啟動原基法第 2 條第 1 款之核定程序。

[36] 按本判決有關修法之要求，基本上是要解決個人取得原住民身分的問題。因為現行原住民身分法僅限於山地及平地原住民（相當於日治時期之高砂族），不包括平埔族，戶籍法等相關身分登記規定也因而受有相同限制，因此需要修法明定才能使西拉雅族等其他原住民族成員取得並登記原住民身分。至於承認西拉雅及其他平埔族為新的台灣原住民族部分，嚴格而言，原民會要啟動西拉雅族等的認定及核定程序並不需要修法，也不需要等待 3 年修法期限屆滿，而是現在就可以啟動。依原住民族委員會組織法第 2 條第 2 款，「原住民身分與原住民族之認定」本即為原民會之法定職權。原民會本於職權，目前即可啟動原基法第 2 條第 1 款所定認定民族別及後續報請行政院核定之程序。至於民族文化特徵和族群認同之要素，原本就是個案認定，也是過去邵族、噶瑪蘭族、太魯閣族等 7 族從原有 9 族分出來時，實務上都曾踐行的程序，毋須另有新的法律依據。

[37] 對中央主管機關而言，本判決之核心誠命則是：臺灣不是只有 16 個原住民族，新的原住民族不是僅能由過去的法定 9 族或目前的法定 16 族中分出來。即使現行原基法第 2 條第 1 款規定不作任何修正，只要中央主管機關秉持本判決意旨，忠實貫徹憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之意旨，即得（也即應）承認並核定新的原住民族，例如西拉雅族及其他（平埔）南島語系民族，只要各該族群符合本判決主文第 1 項之要件。

七、結語

[38] 本件審查標的在表面上只有原住民身分法第 2 條，但實質上另涉及原基法第 2 條第 1 款。前者僅屬個別原住民身分之認定，後者則涉

及（新）原住民族之核定。依現行原住民族相關法制，個別原住民於取得並登記其身分時，另須或同時確定其所屬民族別。本件原因案件原告所要求原民會認定之西拉雅族原住民身分，係目前尚未經政府依法核定之原住民族成員身分。在政府未依原基法第2條第1款程序核定西拉雅族為臺灣原住民族前，原因案件原告實無從要求原民會逕自認定其等具有原住民身分，並許其向戶政機關登記。本判決主文第3項就修法期限屆滿仍未完成修法之後續救濟，也是指向原基法第2條第1款新原住民族核定程序之強制啟動，而非直接讓各該原住民族成員可以逕自取得並登記其原住民身分。正因為如此，聲請法院在表面上雖然是獲得違憲宣告判決，但其提出之違憲理由其實並不成立。而原因案件原告在本件憲法訴訟看似實質上勝訴，但她們於原因案件所提起之行政訴訟終究仍會敗訴。看似矛盾之如此訴訟結果，可能是釋憲史上罕見的案例。

[39] 在臺灣民主化後興起之平埔族正名運動，至今已有20多年，但目前政治上仍面臨層層障礙，一如過去的婚姻平權和通姦罪除罪化等所曾面臨的困境。就此而言，本判決應該是本庭繼釋字第748號及第791號等解釋後，再一次以憲法法庭判決斷開歷史糾葛，並期待能為政治僵局注入新的能量，從而有所進展。然考量本件所涉問題之複雜，本判決也僅先承認西拉雅等其他南島語系民族及其成員之原住民身分應受憲法保障；至於其權利事項之保障，則仍須由政治部門，與有待承認之各該族群、既有之法定原住民族等，循民主程序解決之。基於本判決首度正式承認之集體權（原住民族身分認同權），本席也期待各原住民族能逐步發展出各自的身分認定標準及程序，並能得到國家法律之適度尊重和包容。

[40] 不過，所謂原住民（族）身分，終究還是國家法律上之身分地位，而非語言學、人類學、民族學等學術或族群意義上的身分地位。各原住民族即使依本判決意旨得以主張並行使其集體權，自主認定成員資格及權利義務等，但只要國家仍維持戶籍登記制度，並採認日治時期戶口調查簿及後來官方紀錄為認定原住民（族）之依據之一，所謂原

住民族之自我認同原則就必然會受到制約。又原住民族的集體決定與其個別成員自主決定間，也可能會發生衝突。這些都是承認原住民族集體權之後，下一階段可能會發生的新問題，也是未來憲法法庭要面對的新挑戰。

協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

林俊益大法官 加入

張瓊文大法官 加入

本席支持本號判決之主文結論，爰簡述主要理據如下：

一、憲法審查依據

國家應肯定多元文化與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，對其教育文化等事項亦應予以保障扶助與促其發展，憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段定有明文。是原住民族乃憲法保障之多元文化之一環，國家對其存續與發展負有各種保障扶助之義務。此等國家義務之履行，係以原住民族之概念為前提，就此憲法並未委由立法者立法形成其內涵，因此，上開憲法增修條文規定所稱「原住民族」之涵義，應立基於憲法整體規範秩序，以憲法解釋方法得出；立法者並應以此為據，立法具體形成有關原住民身分認定要件之法規範。凡應屬憲法原住民族保障範圍內之族群，其成員，即個別原住民，就立法者有關原住民身分法制之立法，即享有憲法第 7 條平等權之保障，是立法者之立法決定須符合立法平等之要求，不得為恣意差別待遇。如有關原住民身分認定之立法決定，將憲法原住民族保障範圍內之部分族群排除在外，致該族群無從依法享有憲法相關保障，其成員亦無從依法取得原住民身分者，該等立法決定除違反上開憲法增修條文保障原住民族之意旨外，就遭排除之原住民族族群成員而言，亦牴觸其受憲法第 7 條所保障之平等權。

憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段對原住民族之保障，係屬憲法文化國原則之一環，因此就其所稱「原住民族」涵義與範圍之理解，除文義解釋外，應著重於包括語言、風俗、信仰、社群結構、經濟及生活方式等文化傳承脈絡與特徵。依此，凡於使用漢字語言之現今多數族群（下稱漢語族群）自 17 世紀開始移入臺灣前，即已世居於島上之南島語系民族之後裔，有客觀歷史記錄可稽，且至

今仍維持其族群之語言、文化傳統與認同者，皆應屬上開憲法增修條文特予保障之原住民族；至其於歷史上各時代（如清朝統治時期、日治時期或憲政時期）之集體或個別之政治、社會與經濟生活方式之選擇，亦即是否接受或融入漢語族群社會及其程度等，原則上並不影響其是否屬憲法所保障之原住民族之判斷。換言之，基於憲法文化國原則之尊重與維護多元文化價值之要求，凡有客觀歷史紀錄可據以認定為臺灣南島語系民族之後裔，且其族群仍維護與延續其語言、文化傳統與認同，則即便該族群之（多數）成員於政治、社會與經濟生活上，選擇融入漢語族群，亦不影響其為受憲法所保障之原住民族。

由此亦可知，憲法所保障之「原住民族」範圍之認定，與憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款所稱「自由地區平地原住民及山地原住民」，就規範目的與內容而言，並不具關聯性，後者之分類及由立法者立法界定之原住民範圍，不應直接引為認定原住民族範圍之基準。申言之，後者係就立法委員選舉之席次分配、選舉區與選舉方式所為規定，固涉及個別原住民之政治參與，惟其所採平地與山地原住民之區分，憲法上之主要意義係劃分原住民立法委員席次之選舉區，使原住民立法委員之席次分別由平地原住民及山地原住民選舉區有投票權者選出，而非在於一般性、抽象性地界分平地原住民與山地原住民；有投票權之平地原住民及山地原住民，亦僅為具原住民身分者之一部而非全部。是該等用以劃分原住民立法委員選舉區之原住民類別及立法者立法界定之原住民範圍，實無法據以認定憲法保障原住民族之類別與範圍。況憲法增修條文第 10 條第 12 項前段明定國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，是原住民族受憲法保障之政治參與權，與個別原住民之政治參與方式，尚不應混為一談，自不得以原住民立法委員選舉區之劃分，直接作為受憲法保障之原住民族之分類，更不得逕以立法者就平地原住民與山地原住民身分之定義規定，反向界定憲法所保障之原住民族之範圍。

二、臺灣南島語系民族後裔之認定及其憑據

受憲法保障之原住民族，既應包括所有於漢語族群移入前即世居

臺灣之南島語系民族之後裔，則欲瞭解其所涵蓋之範圍，自應尋繹臺灣南島語系民族傳承至今之歷史發展脈絡，及相關歷史紀錄。

自 17 世紀漢語族群與南島語系民族於臺灣島上相遇以來，漢語族群始終掌有統治優勢，因此南島語系民族之身分與地位，可說均是由漢語族群一方界定。從歷史發展脈絡來看，早自荷鄭時期，南島語系民族即被稱為「番」，以有別於主要為漢語族群之「民」，並依其主要居住區域（山地區或平地區）及政治上之順服情形與同化程度，再被區分為「生番（蕃）」與「熟番（蕃）」，此從荷鄭、清治一直到日治時期，均大致如此。「生番（蕃）」與「熟番（蕃）」後來逐漸被「高山番」、「平埔番」之稱呼所取代，日治時期則稱為「高砂族」、「平埔族」（但其戶口調查簿之種族欄仍分別記載為「生」與「熟」）。由此可知，不論稱為「生番（蕃）」、「熟番（蕃）」，或稱為「高砂族」、「平埔族」，兩者均是臺灣南島語系民族之後裔。

由於日治時期曾進行多次戶口調查，建立了詳實之戶口調查簿資料，自斯時起，於戶口調查簿上記載為「生」或「熟」之高砂族與平埔族族人，已可認定其屬臺灣原住者之南島語系民族之後裔，而其子孫亦可依親系傳承紀錄而溯源為南島語系民族後裔。是日治時期戶口調查簿資料，足資為辨識臺灣南島語系民族後裔之客觀歷史憑據，亦即凡有直系血親尊親屬為日治時期戶口調查簿上記載為「生」或「熟」（後亦有記載為「平」者）者，均可論定其為臺灣南島語系民族之後裔。

特須辨明者，日治時期將臺灣南島語系民族區分為「高砂族」（生蕃）與「平埔族」（熟蕃），主要仍是基於統治需求，與荷鄭時期、清朝統治時期之考量類似。詳言之，由於平埔族同化程度較高，甚至多已與漢人混居、交往、通婚，因此於治理政策上，日人爰將平埔族納入普通行政區域治理，與漢語族群等同對待；至於對同化程度較低之高砂族人（包括蕃地蕃人與平地蕃人）之治理，則採特別治理政策，除由不同主事機關（理蕃警察）管轄，亦適用不同之法律，例如減免

其稅賦。¹由此可知，日治時期將平埔族人（熟蕃）視同漢人對待，僅係基於統治需求，而非否定其種族根源，斯時亦難謂有尊重與保障傳統文化存續之價值觀；況如前所述，原住民族族人接受或融入漢語族群社會，與維持其傳統文化傳承及認同，本可並行不悖。因此，日治時期之平埔族人（熟蕃）未如同高砂族人般受到日人特別治理，並無法導出身為臺灣南島語系民族後裔之平埔族人，即不再具有自我認同為文化上之原住民族之資格。

小結以言，憲法增修條文所稱「原住民族」，既應涵蓋至今仍具有傳統文化傳承與認同，且有客觀歷史紀錄可稽之臺灣南島語系民族後裔，則就是否屬臺灣南島語系民族後裔之認定，自可以日治時期戶口調查簿紀錄為重要憑據，至於其於日治時期係歸於高砂族，抑或平埔族，則非所問。

三、系爭規定所稱原住民範圍涵蓋不足，牴觸憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之原住民族之保障規定；於此範圍內，亦違反憲法第 7 條平等權之保障意旨

本件爭議所在之原住民身分法第 2 條規定，即系爭規定，係將原住民分為「山地原住民」及「平地原住民」，並分別設定其身分認定要件，其中均包括「戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民」之要件，係以上開日治時期所建立之戶口調查簿記載資料，為原住民身分認定之重要憑據。惟戶口調查簿雖登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，其於臺灣光復前原籍在平地行政區域內者，僅可申請認定為平地原住民，且須符合「申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案」之要件，亦即須曾於 45 年、46 年、48 年及 52 年間依規定辦理平地原住民登記者，始可能獲認定為平地原住民。換言之，依系爭規定之認定標準，臺灣光復前之戶口調查簿記載為「生」或「熟」（亦有記載為「平」）之原住民中，僅原籍在山地行政區者（即日治時期之蕃地蕃人），及原籍在平地行政區且曾申

¹ 以上關於臺灣南島語系民族之歷史發展脈絡，主要參考本件言詞辯論鑑定人王泰升教授之專家諮詢意見書。

請登記為平地原住民者，始得依法認定為原住民；如原籍在平地行政區，然未曾申請登記為平地原住民者，即使戶口調查簿記載其本人或其直系血親尊親屬為「生」（即日治時期之平地蕃人）或「熟」（「平」，即日治時期之平埔族），雖無疑為臺灣南島語系民族之後裔，卻無從依系爭規定取得原住民身分。

由此可知，系爭規定所定原住民之範圍，並未完全涵蓋憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項所保障之原住民族之範圍，尤其未包含可依日治時期戶口調查簿之記載而判定為臺灣南島語系民族後裔，且至今仍維持其族語、文化傳統與認同之平埔族群，致使該等亦屬憲法增修條文上開規定所保障之原住民族範圍內之族群，無從獲得法定原住民族地位，無法有效享有憲法相關保障，其族人亦無從依法取得原住民身分。是系爭規定所稱原住民範圍涵蓋不足，從而其就原住民身分認定之規範即有不足，牴觸憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段之原住民族之保障規定。又，系爭規定就原住民身分認定，於憲法增修條文上開規定所保障之原住民族間，已構成無正當理由之立法差別待遇，於此範圍內，亦違反憲法第 7 條平等權之保障意旨。

附此說明的是，系爭規定係因就原住民身分認定之規範不足而違憲，立法者就此負有立法補足規範缺漏之義務；至立法者究應直接增修系爭規定或另制定新法、應維持系爭規定之分類而調整身分認定要件之規定，或增定其他原住民類別與認定要件等，均屬立法形成事項，立法者自享有一定裁量空間。

111 年憲判字第 17 號

第
17
號

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1693 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第三庭

就本庭 111 年憲判字第 17 號判決，本庭裁定如下：

主 文

本件判決理由第 16 段「86 年 7 月 21 日修正憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項」，及第 28 段「於 86 年第 4 次修憲時第 10 條第 11 項及第 12 項」，其中「第 11 項及第 12 項」部分，均更正為「第 9 項及第 10 項」。

理 由

- 一、按判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，而不影響於全案情節與判決之本旨者，憲法法庭得依聲請或依職權以裁定更正並公告之（憲法法庭審理規則第 50 條第 1 項規定參照）。
- 二、查本件判決理由第 16 段及第 28 段，關於憲法增修條文第 10 條部分，其中「第 11 項及第 12 項」係「第 9 項及第 10 項」之誤植，爰依職權以裁定更正之。

中 華 民 國 111 年 11 月 2 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

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、吳大法官陳銀、	無

111 年憲判字第 17 號

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	

書記官 孫國慧

中 華 民 國 111 年 11 月 2 日

憲法法庭判決

111 年憲判字第 18 號

聲請人 一 味全食品工業股份有限公司
代 表 人 陳宏裕
訴訟代理人 陳彥希律師（兼送達代收人）
黃渝清律師
謝礎安律師
聲請人 二 吳英裕
訴訟代理人 林世祿律師
聲請人 三 楊強蓉
訴訟代理人 鄧又輔律師
聲請人 四 高宏銘
訴訟代理人 張淵森律師
聲請人 五 葉秀貞
汪家勇
汪家明
汪君玲

上 四 人

訴訟代理人 徐履冰律師（兼送達代收人）
范嘉倩律師

聲請人 六 臺灣花蓮地方法院刑事第三庭樂股法官

聲請人 七 臺灣臺北地方法院刑事第十八庭寧股法官

上列聲請人一至五為各該案件，認附表一所示各該確定終局裁判所適用之刑法第 2 條第 2 項等規定牴觸憲法，分別聲請解釋憲法、法規範憲法審查；聲請人四於其「法規範憲法審查聲請書」上，另聲明就其所受附表一所示確定終局判決適用刑法第 2 條第 2 項部分聲請裁判憲法審查；聲請人六、七為審理附表二所示各該案件，認所應適用之刑法第 2 條第 2 項等規定，有違憲疑義，分別聲請解釋憲法、法規範憲法審查。本庭判決如下：

主 文

- 一、中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行 1
之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。
其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生
牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信
賴保護原則，與憲法並無牴觸。
- 二、聲請人一關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲 2
請駁回，其餘聲請不受理。
- 三、聲請人二之聲請駁回。 3
- 四、聲請人三關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲 4
請駁回，其餘聲請不受理。
- 五、聲請人四關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範暨裁判憲法審 5
查之聲請，均駁回。
- 六、聲請人五關於上開刑法第 2 條第 2 項規定法規範憲法審查之聲 6
請駁回，其餘聲請不受理。
- 七、聲請人七關於刑法第 40 條第 3 項規定法規範憲法審查之聲請不 7
受理。

理 由

- 壹、聲請意旨【1】 1
- 一、聲請人一之代表人及受僱人等於 101 年間因詐欺等案件， 2
經臺灣臺北地方法院 103 年度金重訴字第 21 號及 103 年度智易字第
98 號刑事判決論處詐欺等罪刑，但未諭知沒收；上訴後經智慧財產
法院 105 年度刑智上易字第 38 號刑事判決，論處其代表人、受僱人
等詐欺等罪刑，就渠等販售調合油，適用 104 年 12 月 30 日修正公
布，並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，
適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定），依同法第 38 條之 1 第 2
項第 3 款規定，宣告沒收聲請人一之犯罪所得。該案因不得上訴於
第三審法院而確定，是應以上開智慧財產法院刑事判決為確定終局
判決（下稱確定終局判決一）。聲請人一主張略以：確定終局判決

一適用系爭規定，使新法之效力回溯適用於修法前已經發生且結束之行為，致其受沒收之宣告，系爭規定顯已違反罪刑法定原則、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法所保障之財產權等語。【2】

二、聲請人二因違反護照條例案件，經臺灣南投地方法院 106 3 年度訴字第 254 號刑事判決諭知無罪，檢察官上訴後經臺灣高等法院臺中分院（下稱臺中高分院）107 年度上訴字第 1558 號刑事判決論處罪刑，並適用系爭規定，依刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得，復經最高法院 108 年度台上字第 3342 號刑事判決以上訴違背法律上之程式為由而駁回確定，是應以上開臺中高分院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。聲請人二主張略以：確定終局判決二，所適用之系爭規定，牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則，侵害憲法保障之財產權等語。【3】

三、聲請人三因賭博案件，迭經臺灣士林地方法院 107 年度易 4 字第 343 號刑事判決、臺灣高等法院 108 年度上易字第 2147 號刑事判決論處賭博罪刑，並適用系爭規定，依裁判時刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得，因不得上訴於第三審法院而確定，是應以上開臺灣高等法院刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決三）。聲請人三主張略以：其行為時上開刑法第 38 條之 1 規定尚未施行，確定終局判決三所適用之系爭規定，牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。【4】

四、聲請人四因違反商業會計法等案件，分別經臺灣臺中地方 5 法院 105 年度訴字第 697 號、105 年度易字第 805 號刑事判決（合併判決）、臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號、109 年度上易字第 794 號刑事判決（合併判決）論處詐欺等罪刑，適用系爭規定，依裁判時刑法第 38 條之 1 第 1 項規定，宣告沒收犯罪所得。聲請人四就前開臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決提起上訴（臺中高分院 109 年度上易字第 794 號刑事判決，並非聲請人四據以聲請

本件法規範暨裁判憲法審查之標的)，經最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決以上訴違背法律上之程式為由而駁回確定，是應以上開臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決四）。聲請人四主張略以：系爭規定及確定終局判決四適用系爭規定部分，均牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。【5】

五、聲請人五因聲請單獨宣告沒收案件，歷經臺灣臺北地方法院 105 年度單聲沒字第 1 號刑事裁定、臺灣高等法院 107 年度抗字第 70 號刑事裁定，及最高法院 108 年度台抗字第 458 號刑事裁定（下稱確定終局裁定五之一）適用裁判時刑法第 38 條之 1 第 2 項第 2 款、第 40 條第 3 項等規定，宣告沒收如確定終局裁定五之一主文第 2 項所示犯罪所得；另經臺灣臺北地方法院 105 年度單聲沒字第 1 號刑事裁定、臺灣高等法院 108 年度抗更一字第 3 號刑事裁定，及最高法院 110 年度台抗字第 1386 號刑事裁定（下稱確定終局裁定五之二）宣告沒收如確定終局裁定五之二主文第 2 項所示犯罪所得。聲請人五主張略以：確定終局裁定五之一及五之二所適用系爭規定部分，牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權等語。【6】

六、聲請人六因審理臺灣花蓮地方法院 111 年度簡字第 14 號偽造文書等案件，認所應適用之系爭規定牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，侵害憲法保障之財產權，乃裁定停止訴訟程序而聲請法規範憲法審查。【7】

七、聲請人七因審理臺灣臺北地方法院 107 年度單聲沒字第 295 號聲請單獨宣告沒收扣押物案件，認所應適用之系爭規定牴觸罪刑法定原則與法律不溯及既往原則，侵害憲法保障之財產權，乃裁定停止訴訟程序而聲請解釋憲法。【8】

貳、受理要件之審查及審理程序【9】

一、受理要件之審查【10】

（一）受理部分【11】

1. 聲請人一至三及聲請人七【12】 12

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。【13】 13

聲請人一至三及聲請人七之聲請案，均於憲訴法施行前已繫屬，是其受理與否，應依該法修正施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）定之。經核，聲請人一至三之聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請釋憲之要件相符；聲請人七之聲請，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符。爰均予受理。【14】 14

另，聲請人一代表人原為陳永清，於 108 年 8 月 13 日變更為陳宏裕，新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。【15】 15

2. 聲請人四【16】 16

按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；前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後 6 個月之不變期間內為之，憲訴法第 59 條第 1 項及第 2 項分別定有明文。【17】 17

查聲請人四曾就確定終局判決四提起上訴，經最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決以上訴違背法律上之程式，予以駁回。又，上開最高法院刑事判決係於 111 年 4 月 28 日作成，本庭於同年 7 月 18 日收受聲請書，核其法規範暨裁判憲法審查之聲請，與上開憲訴法規定之聲請要件相符，爰予受理。【18】 18

3. 聲請人五【19】 19

按人民所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，得於憲訴法施行日起 6 個月內，聲請法規範憲法審查，其案件之受理與否，依修正施行前之規定，憲訴法第 92 條第 2 項定有明文。【20】 20

查聲請人五據以聲請之確定終局裁定五之一、五之二均於憲訴法施行前送達，憲法法庭係於 111 年 6 月 7 日收受聲請人五之聲請 21

書，核其法規範憲法審查之聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件相符，爰予受理。【21】

4.聲請人六【22】

按各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請本庭為宣告違憲之判決，憲訴法第 55 條定有明文。查，本庭於 111 年 4 月 26 日收受聲請人六之聲請案，核其聲請，符合上開規定之要件，爰予受理。【23】

上述 7 件聲請案，其原因案件均涉及系爭規定，因其審查標的同一，爭點亦同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項但書規定，合併審理。又 7 件聲請案所涉沒收之客體，均為刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項犯罪所得，爰僅就涉及前開第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項所定犯罪所得部分，審查系爭規定之合憲性。【24】

（二）不受理部分【25】

1.聲請人一、三及聲請人五【26】

按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，大審法第 5 條第 1 項第 2 款、第 3 項定有明文。【27】

查聲請人一另就 106 年 11 月 16 日修正公布刑事訴訟法第 376 條第 1 款、第 4 款規定聲請解釋；聲請人五就刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定聲請法規範憲法審查。核其所陳，均尚難謂客觀上已具體敘明確定終局判決一、確定終局裁定五之一及五之二，所適用之各上開規定有何牴觸憲法之疑義。聲請人三另就刑事訴訟法第 370 條規定聲請解釋，惟該規定未為確定終局判決三所適用。又，確定終局裁定五之二主文第一項部分（即該聲請單獨宣告沒收案涉及之孳息），經確定終局裁定五之二撤銷發回臺灣高等法院更為裁定中，聲請人五雖對此部分亦聲請法規範憲法審查，核屬未依法定程序用盡審級救濟。是聲請人一、三及聲請人五前述聲請，

均核與上開大審法規定不符，應不予受理。【28】

2.聲請人七【29】

按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋闡釋甚明。查聲請人七另就刑法第 40 條第 3 項規定聲請解釋部分，核其所陳，尚難謂已於客觀上提出違反憲法之確信論證，與上開司法院解釋意旨不符。是聲請人七此部分之聲請，亦應不予受理。【30】

（三）另行審理部分【31】

至聲請人四就確定終局判決四所適用之刑法第 47 條第 1 項規定聲請法規範暨裁判憲法審查部分，則另行審理，併此敘明。【32】

二、言詞辯論程序【33】

本庭於 111 年 7 月 19 日行言詞辯論，通知聲請人一至三及聲請人六至七（聲請人四、五因係於公告言詞辯論期日後，始受理併案，故未通知其參與言詞辯論）、關係機關法務部，另邀請專家學者到庭陳述意見。聲請人及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：【34】

（一）聲請人一至三略謂：1、我國刑法之沒收在 104 年修法前，定位為從刑，修法後之沒收新制，雖將沒收列為獨立之法律效果，惟採取總額原則，犯罪所得不扣除成本加以沒收，無異剝奪第三人之固有財產，彰顯其處罰之本質，應屬刑罰。2、系爭規定使行為人或第三人行為時未能預見刑罰之處罰，已違反罪刑法定原則。3、沒收適用裁判時法之結果，使聲請人一至三因系爭規定生效前已發生且結束之行為被科以刑罰，已牴觸法律不溯及既往原則。又，本件聲

請案之情形與司法院釋字第 793 號解釋之情形不同，系爭規定不符合追求憲法重大公益之例外，故系爭規定違反法律不溯及既往原則。4、在被司法認定為不法財產之前，人民之財產權應受憲法之保障，人民信賴其財產受憲法所保障，該等信賴不可被剝奪，系爭規定亦違反信賴保護原則。【35】

(二) 聲請人六及七略謂：1、司法院釋字第 384 號解釋揭示之罪刑法定原則，屬正當法律程序之一部，任何行為構成犯罪，需事先以法律明定。又罪刑法定原則本不限於刑事犯罪及刑罰，沒收犯罪所得既類似刑罰之處分，自應受該原則之拘束，並有嚴格法律不溯及既往之適用。2、德國刑法雖於 1992 年修法將犯罪利得沒收由淨額原則改為總額原則，然學說上反對見解認，此舉已使犯罪利得之沒收具有刑罰或類似刑罰之效果，應適用罪刑法定原則。3、我國刑法關於沒收犯罪所得之規定，參照其立法理由亦採取總額原則，縱令犯罪所得之沒收具有準不當得利衡平措施與保安處分之特徵，惟在沒收範圍之計算不扣除犯罪成本，則犯罪所得之沒收即具有財產制裁與懲罰之效果，而兼具類似刑罰之性質。4、復以司法院釋字第 799 號及第 812 號解釋闡明之明顯區隔原則進一步觀察，犯罪所得沒收與罰金刑在本質上均屬對人民財產之剝奪，在執行面上，兩者均以檢察官囑託民事執行處對受宣告者之財產予以執行，由此可知犯罪所得之沒收與罰金刑之功能具高度相似性。5、犯罪行為既已於系爭規定施行前終結，系爭規定使犯罪所得沒收規定之效果，亦適用於該終結之犯罪行為，顯見系爭規定屬於真正溯及既往之法規範。又人民對修法既無法預見，亦未欠缺信賴保護之基礎，此處更不存有公益絕對優越人民財產利益而構成法律不溯及既往原則之例外，致生信賴不值得保護之情形，故系爭規定違反法律不溯及既往原則。6、縱令沒收新制下，立法者訂有過苛條款（即刑法第 38 條之 2 第 2 項規定參照），仍無法緩解系爭規定違憲之疑慮。【36】

(三) 關係機關法務部略謂：1、立法者仿效德國刑法，刪除沒收為從刑之規定，增訂刑法第 5 章之 1 規定並參酌聯合國反貪腐公約，

引進「非以定罪為基礎」之沒收，填補舊法漏洞，乃具有獨立之法律效果。2、系爭規定與沒收新制之立法目的在衡平財產秩序，並非施加刑罰惡害。任何人均不得保有犯罪所得，參酌民法及公法之不當得利機制，沒收犯罪所得為準不當得利衡平措施，並非對行為人施加惡害非難，而係將財產恢復犯罪未發生前之狀態。3、沒收犯罪所得縱然採總額計算，仍不具刑罰性質，理由如下：行為人將固有財產投入犯罪，係出於己意處分而終局喪失。沒收犯罪所得係為避免犯罪成為無經濟風險之事業，具有貫徹預防之功能。參酌德國民法第 817 條第 2 句規定（即我國民法第 180 條第 4 款規定），沒收犯罪所得乃糾正不合法財產歸屬，其思維為對取得不法所得人拒絕給予權利保護，此乃不當得利之法律風險分配，並非新的處罰性效果。4、財產權之保障應由立法者藉由相關法律制定，以建構各類財產價值之權利地位，犯罪所得非憲法財產權保障之範圍。觸犯刑事法律而取得對社會秩序有重大危害之財產標的，難想像可作為合法之權利地位；縱認犯罪所得受憲法財產權之保障，沒收犯罪所得係為追求憲法上重大公共利益，仍不違反信賴保護原則。5、系爭規定與法律不溯及既往原則無涉。不法行為實施後，對原有財產法秩序之侵擾持續存在，系爭規定之適用，目的乃除去該侵擾財產秩序，為不真正之溯及規定。【37】

（四）各聲請人及關係機關其餘主張及陳述，詳見其言詞辯論意旨書。【38】 38

本庭斟酌各聲請人之聲請書、關係機關之意見書、鑑定人之意見書，及全辯論意旨等，作成本判決，理由如下。【39】 39

參、形成主文之法律上意見【40】 40

一、系爭規定涉及沒收犯罪所得部分，無涉罪刑法定原則【41】 41

按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之剝奪或限制，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則，行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。罪刑法定原則為憲法之重要原則，乃現代法治國之根基。無法律規定者，行為即不構成犯罪，亦 42

不得對該行為科處刑罰。【42】

憲法罪刑法定原則所稱之刑罰，簡言之，係指國家為對從事刑 43
事違法且有責行為之人民予以非難，所施加符合罪責相當之嚴厲處
遇，例如剝奪人身自由或財產。是國家對於人民之任何不利益處遇，
是否具刑罰之性質，須視是否與上開所描述刑罰之概念要素相符而
定。【43】

申言之，立法者依其所欲達成之目的，對國家基於違法行為干 44
預人民自由或財產之措施，於法制度之形成上，享有一定之立法裁
量空間。判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不應僅因
該措施係規範於刑法典中而定，亦不應僅著眼於該措施使人民遭受
財產或經濟上不利益，而須綜觀該措施之性質、目的及效果，是否
等同或類似刑罰（司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋參照），不
受立法者對該措施所下定義之拘束，亦不拘泥其條文是否使用刑罰
相關用語（註 1）。若該措施之性質、目的及效果，並非等同或類似
刑罰，即無涉罪刑法定原則。【44】

（一）由沒收新制整體內容觀之，犯罪所得之沒收不具刑罰性質【45】 45

就沒收犯罪所得之性質言，沒收犯罪所得係藉由沒收之手段， 46
以衡平因違法行為所生財產秩序之干擾，故為避免犯罪行為人或非
善意之第三人坐享犯罪所得，致顯失公平正義，其得予沒收之犯罪
所得，僅須係因違法行為所生，即為已足（註 2）。換言之，行為僅
需具刑法構成要件該當性及違法性，縱不具可責性，因該行為而生
之犯罪所得，仍應予以剝奪，以回復犯罪行為前之合法財產秩序。
是沒收犯罪所得，並非非難行為人或第三人有何違反社會倫理之犯
罪行為，此與刑罰係基於制裁個人犯罪行為而設，行為人須因違法
且有責行為始受刑事制裁有異。犯罪所得之沒收，有別於刑罰，此
其一。【46】

就受沒收犯罪所得宣告之主體言，依刑法第 38 條之 1 第 1 項及 47
第 2 項規定，受沒收宣告之主體，除犯罪行為人外，非善意取得犯
罪所得之第三人，亦包含在內。該非善意之第三人，雖非從事違法

行為之人，仍應沒收其取得之犯罪所得，此並非評價第三人有何違反刑法之不法行為，僅係回復合法之財產秩序，並具防止犯罪行為人及非善意之第三人以不法獲取之所得，再次投入其他非法使用之功能，不具懲罰性。沒收犯罪所得與刑罰大相逕庭，此其二。【47】

就受沒收犯罪所得宣告之客體言，依刑法第 38 條之 1 第 4 項規定，國家得沒收或追徵之「犯罪所得」，包括「違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息」。易言之，犯罪所得之範圍係可依法推算之特定數額，國家亦僅於該特定數額內，始得對犯罪行為人或取得犯罪所得之第三人沒收之。該數額與行為人犯罪之罪名輕重無關，更不取決於行為人從事犯罪行為時之歸責程度（例如：故意或過失）。亦即，國家不以罪行或刑罰之輕重，決定應沒收之犯罪所得額度。反之，國家對犯罪行為人之科刑，應受嚴格罪責原則之拘束，無論係處以自由刑或罰金刑，關於其刑度之宣告，不僅取決於行為人所犯罪名之輕重，亦須衡酌行為人之歸責程度，予以適當之加重或減輕後，始得量處。沒收犯罪所得異於刑罰，此其三。【48】

就沒收犯罪所得之裁判言，關於犯罪所得之沒收，在程序面上，可分為以被告為對象之主體訴訟，及以沒收客體為對象之客體訴訟。【49】

關於主體訴訟之宣告沒收，刑法第 40 條第 1 項規定：「沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之。」即不論是否判決被告有罪，均於裁判時併宣告沒收。刑事訴訟法且依被告有罪判決或無罪判決，分別規定其主文諭知、構成沒收之事實及理由記載之法律依據（刑事訴訟法第 309 條及第 310 條之 3 規定參照）。另在主體訴訟程序中，尚有刑事訴訟法第 7 編之 2 規定之第三人參與沒收程序（刑事訴訟法第 455 條之 12 至第 455 條之 33 規定參照）。【50】

關於客體訴訟之單獨宣告沒收，刑法第 40 條第 3 項規定：「……第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」亦即，此種情形之沒收，不致生犯罪所得之違法行為被追訴或定罪為必

要。在有特殊事實上或法律上原因，例如犯罪行為人死亡、曾經判決確定，或因刑法第 19 條等事由，受不起訴處分或不受理、免訴等（註 3），致未能追訴行為人之犯罪或判決其有罪時，程序上仍可對該犯罪行為所生之犯罪所得，予以單獨宣告沒收。就此，刑事訴訟法第 7 編之 2 第 455 條之 34 至第 455 條之 37，亦有相對應之沒收特別程序。【51】

是沒收新制下主體訴訟被告無罪時之沒收、第三人參與沒收程序或客體訴訟之單獨宣告沒收，並非以刑事定罪為必要（註 4）；反之，刑罰必須依法論罪後，始得對行為人科處之（刑事訴訟法第 155 條、第 299 條第 1 項及第 309 條規定參照）。沒收犯罪所得有異於刑罰，此其四。【52】

就沒收犯罪所得之執行言，犯罪所得沒收之執行與刑罰罰金刑之執行亦有區別。犯罪所得，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，依刑法第 38 條之 1 第 3 項規定，僅得追徵其價額，是追徵為刑法沒收新制下之唯一替代手段。反之，刑法第 42 條第 1 項及第 2 項分別規定：「罰金應於裁判確定後 2 個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。其無力完納者，易服勞役。……其餘未完納之罰金，強制執行或易服勞役。」「依前項規定應強制執行者，如已查明確無財產可供執行時，得逕予易服勞役。」刑法第 42 條之 1 第 1 項又規定：「罰金易服勞役，除有下列情形之一者外，得以提供社會勞動 6 小時折算 1 日，易服社會勞動……。」是罰金無法完納者，得予易服勞役或易服社會勞動，而沒收及追徵不能執行者，國家不得透過易服勞役或易服社會勞動，以代替執行。沒收犯罪所得異於刑罰，此其五。【53】

就沒收犯罪所得之備位性言，立法者於刑法第 38 條之 1 第 5 項規定：「犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。」第 38 條之 3 第 2 項規定：「……第三人對沒收標的之權利或因犯罪而得行使之債權均不受影響。」刑事訴訟法第 473 條第 1 項規定：「沒收物、追徵財產……由權利人聲請發還者，或因犯罪而得行使

債權請求權之人已取得執行名義者聲請給付……檢察官應發還或給付之……。」亦即，犯罪所得已實際合法發還被害人者，受違法行為所干擾之財產秩序即已回復，國家不得再對曾取得犯罪所得之行為人或第三人，予以沒收或追徵。犯罪所得經國家沒收後，被害人仍得請求檢察官發還。沒收犯罪所得異於刑罰，此其六。【54】

綜上所述，由沒收新制之整體內容觀之，犯罪所得之沒收與刑罰之性質迥然不同，非屬刑罰。【55】

（二）沒收新制之立法目的，係回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產【56】

查，立法者於 104 年修正系爭規定時，即於立法理由中明確表示：「本次沒收修正經參考外國立法例，以切合沒收之法律本質，認沒收為本法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）。」而且，立法者係鑑於「『任何人都不得保有犯罪所得（Crime doesn't pay; Verbrechen dürfen sich nicht lohnen!）』是長久存在的普世基本法律原則。因此在民法及公法領域均存在不當得利機制（參照民法第 179 條以下、行政程序法第 127 條），得以剝奪不法所得之利益。刑事法領域亦然，剝奪犯罪所得，更是基於打擊不法、防止犯罪之主要手段。換言之，犯罪所得……自應予以剝奪，以回復合法財產秩序」，從而修正「沒收之法律適用，爰明定適用裁判時法」，並參考聯合國反貪腐公約第 5 章、德國 2017 年修正前刑法第 3 章第 1 節及第 7 節、日本改正刑法草案第 10 章等規定，「在第 5 章之 1 以專章規範，確認沒收已不具刑罰本質。」（註 5）【57】

由是可知，立法者增訂刑法第 5 章之 1 規定時，除著眼於澈底消除犯罪誘因外，更強調其立法宗旨為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前犯罪行為人或非善意第三人之固有財產，從而不具刑罰本質。是立法者修正沒收規定，並非出於刑罰之目的，與刑罰乃懲罰犯罪行為人，矯治其犯罪行為並遏阻其再犯之嚴厲處遇，顯有不同。【58】

(三) 犯罪所得範圍之計算縱採相對總額制，亦難認沒收犯罪所得具刑罰或類似刑罰之性質【59】 59

聲請人六主張，現行法採取之相對總額原則，無可避免帶有財產制裁效果之特質等語（聲請人六言詞辯論意旨補充書第 49 頁參照）。【60】 60

按犯罪所得範圍之計算，依是否扣除成本，區分為淨額原則及總額原則；總額原則，更進一步就得扣除之成本，是否沾染不法，再區分為絕對總額原則及相對總額原則。【61】 61

台上字第 3464 號、107 年度台上字第 3332 號及 110 年度台上字第 1637 號等刑事判決參照），即犯罪行為人所為與不法行為相關之支出，於沒收範圍審查時應否列入犯罪所得，視該等支出是否係非與犯罪直接相關之中性成本而定。倘產生犯罪所得之交易自身即為法所禁止之不法行為，則沾染不法範圍及於全部所得（例如販賣毒品而取得之全部價金），其沾染不法之成本，非屬中性成本，均不得扣除（例如前開案例中買入毒品之全部支出）。反之，若交易自身並非法所禁止，則沾染不法之部分僅止於因不法行為而取得之獲利部分，並非全部之所得，於宣告沒收犯罪所得時，即應扣除屬於中性成本之支出（例如廠商違法得標後，為履約而支出之材料費、人事費及其他營造費用）。【62】 62

另查，立法者制定沒收新制，曾參考民法第 179 條以下關於不當得利，剝奪不法所得利益之意旨（註 6）。而依民法第 182 條規定，不當得利受領人，依其於得利時是否知無法律上原因，區分為善意受領人及惡意受領人。善意受領人，在其所受之利益已不存在時，免負返還或償還價額之責任；惡意受領人，不得主張所受利益不存在，而應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還，如有損害，並應賠償。換言之，不當得利之受領人，依其於受利時，是否知無法律上原因，而就其應返還不當利益之範圍，承受不同之風險。沒收新制規範，立法者除參考民法不當得利制度，以沒收為手段而調整被干擾之財產秩序外，在 63

沒收範圍上，亦進而採納民法第 182 條之風險分配概念(註 7)。【63】

準此，立法者衡酌刑事法領域之特性，將風險分配之法理運用於因違法行為所生之犯罪所得沒收上，使具惡性之犯罪行為人或非善意之第三人，承擔沾染不法之犯罪成本應被沒收之風險。更何況，任何交易均存有風險。對於合法交易，法律尚且不保障當事人得取回其成本，對於違法交易，當國家沒收該交易所生之犯罪所得時，更不容行為人主張應扣除所謂之犯罪成本。既為回復原狀之性質，行為人或第三人並未處於較不法行為前更不利之地位，是尚難僅因實務對犯罪所得之計算方式採相對總額原則，即逕認沒收具刑罰或類似刑罰之性質。【64】

(四) 小結【65】

綜上所述，沒收犯罪所得，從其性質、目的及效果觀之，非屬刑罰或類似刑罰。應沒收之犯罪所得，雖以相對總額原則計算其範圍，亦不得逕行推斷犯罪所得之沒收具刑罰或類似刑罰之性質。是系爭規定明定，沒收適用裁判時之法律，其中涉及沒收犯罪所得部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題。【66】

二、系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則【67】

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之構成要件事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。惟如將新法規適用於舊法規施行時期內已發生，且於新法規施行後仍繼續存在之構成要件事實或法律關係，此種情形則非新法規之溯及適用，無涉法律不溯及既往原則(司法院釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋參照)。【68】

如前所述，沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序。又，犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序

已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為止。因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。【69】

又人類生活有其連續性，新法雖無溯及效力，對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。是法律之變動在無涉真正溯及既往之情形，依憲法信賴保護原則，仍應進一步考量人民是否具有值得保護之正當合理信賴；於信賴值得保護之情形，尚應就公益與信賴利益間為衡量，俾符憲法信賴保護原則之意旨（司法院釋字第 574 號及第 717 號解釋參照）。【70】

查刑法中所定各該犯罪行為之構成要件，係立法者認其行為具反社會性，應以刑罰此一強烈之手段予以制裁。行為該當構成要件且具不法性者，自始即為法秩序所不許，依此取得之犯罪所得亦隨之沾染不法，該不法之特性並不因行為時有無沒收犯罪所得之規定，而有差異。換言之，沒收因違法行為所獲得而持續帶有污點之犯罪所得，其背後所彰顯之普世價值，係宣示自始即不保護不正權利之取得及保有。是，新法雖影響犯罪行為人及非善意之第三人依舊法所建立之生活秩序，然因犯罪所得係透過破壞原有法秩序之違法行為而取得，該財產自始存有沾染不法之重大瑕疵，犯罪行為人及非善意第三人信賴其得依舊法永久保有犯罪所得，自不值得保護（註 8）。【71】

況且，在沒收新制施行前，人民得繼續取得犯罪所得，係肇因於 104 年 12 月 30 日修正公布前舊刑法沒收規範不足。蓋，依舊刑法第 38 條第 1 項第 3 款後段及第 3 項之規定：「下列之物沒收之：……三、因犯罪……所得之物」、「第 1 項……第 3 款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定」。上開犯罪所得之物，依司法院院字第 2140 號解釋係指因犯罪「直接」取得者，且該物亦限於有體物，致犯罪所得之轉換或對價均不能沒收，

範圍過狹，無法澈底剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因（註9）。是立法者鑑於上開法規範之不足，為彰顯法秩序之公平性及不可侵犯性、強化人民對於法之信賴及確保社會依合法秩序穩定運作等重大公益（註10），修訂沒收新制，要無不可，更遑論犯罪行為人及非善意第三人對其得依舊法時期持續保有犯罪所得之信賴，本即不值得保護。【72】

據此，系爭規定涉及刑法第38條之1第1項及第2項所定沒收部分，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則。【73】

肆、結論【74】 74

一、受理部分【75】 75

（一）104年12月30日修正公布並自105年7月1日施行之刑法第 76

2條第2項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第38條之1第1項及第2項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。【76】

（二）系爭規定既屬合憲，則聲請人一至五關於系爭規定法規範憲法審查之聲請，均應駁回。【77】 77

（三）聲請人四就確定終局判決四適用系爭規定部分，聲請裁判憲法審查，經核系爭規定並未牴觸憲法，已如前述，且聲請人四亦未指摘確定終局判決四適用系爭規定有其他違反憲法之情形，是其此部分之聲請，非有理由，應予駁回。【78】 78

（四）聲請人六及七就其審理之案件，對裁判上所應適用之系爭規定，依其合理確信，認有牴觸憲法，聲請本庭為宣告違憲之判決，惟系爭規定其中涉及刑法第38條之1第1項及第2項所定沒收部分，並不違憲，已如判決主文第一項所示，聲請人既非對其自身之權利有所主張，尋求救濟，爰不另為駁回聲請人六之聲請及聲請人七此部分聲請之諭知。【79】 79

二、不受理部分【80】 80

（一）聲請人一就106年11月16日修正前刑事訴訟法第376條第1 81

款、第 4 款規定、聲請人三就刑事訴訟法第 370 條規定，及聲請人五就確定終局裁定五之一、五之二所適用之刑法第 38 條之 1 第 2 項、第 40 條第 3 項規定、確定終局裁定五之二主文第一項適用系爭規定部分，聲請法規範憲法審查，均核與上開大審法規定之要件不符，已如前述，應不受理。【81】

(二) 聲請人七另就刑法第 40 條第 3 項規定聲請法規範憲法審查部分，核其所陳，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨不符，應不受理。【82】

三、另行審理部分【83】 83

聲請人四就確定終局判決四所適用之刑法第 47 條第 1 項規定聲請法規範暨裁判憲法審查部分，另行審理。【84】 84

附註：【85】 85

註 1：德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfG 2 BvL 8/19, Rn. 105, 109、歐洲人權法院 2019 年 10 月 8 日判決 Case of Balsamo v. San Marino, applications no. 20319/17 and 21414/17, § 59 參照。【86】 86

註 2：104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 38 條之 1 說明三、(一) 及五、(一)，立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 268 頁至第 270 頁參照。【87】 87

註 3：104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 40 條說明一，立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 273 頁至第 274 頁參照。【88】 88

註 4：聯合國反貪腐公約第 54 條第 1 項第 c 款規定參照。應併注意者，反貪腐公約第 2 條第 g 款所稱之沒收，較之我國沒收新制之沒收涵蓋更廣。【89】 89

註 5：104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 2 條說明一、(一) 及 (二)、第 5 章之 1 沒收說明二，立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 260 頁至第 261 頁、第 265 頁參照。【90】 90

- 註 6：104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 2 條說明一、（一）及（二），立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 260 頁至第 261 頁參照。【91】 91
- 註 7：同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 115, 117, 120 參照。【92】 92
- 註 8：同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 159-161 參照。【93】 93
- 註 9：104 年 12 月 30 日修正公布之刑法部分條文立法理由第 38 條之 1 說明五（一），立法院公報第 104 卷第 98 期院會紀錄，第 269 頁至第 270 頁參照。【94】 94
- 註 10：同前揭註 1 德國聯邦憲法法院裁定 Rn. 151 參照。【95】 95
- 中 華 民 國 111 年 12 月 2 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 詹森林 黃昭元
呂太郎 楊惠欽 蔡宗珍
（黃大法官瑞明、
謝大法官銘洋迴避）

本判決由詹大法官森林主筆。
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、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、詹大法官森林、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、呂大法官太郎
第二項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、林大法官俊益、許大法官志雄、	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、呂大法官太郎

	張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、 呂大法官太郎
第四項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、 呂大法官太郎
第五項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、 呂大法官太郎
第六項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、 呂大法官太郎
第七項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、黃大法官昭元、 呂大法官太郎

【意見書】

協同意見書：楊大法官惠欽提出、黃大法官虹霞加入。

部分不同意見書：黃大法官昭元提出、黃大法官虹霞加入意見書第3段至第15段、許大法官志雄加入意見書第3段至第15段、呂大法官太郎加入、楊大法官惠欽加入意見書第3段至第15段。

不同意見書：蔡大法官明誠提出、呂大法官太郎加入。
呂大法官太郎提出、蔡大法官明誠加入、
黃大法官昭元加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 吳芝嘉

中 華 民 國 111 年 12 月 2 日

附表一

聲請人	確定終局裁判
味全食品工業股份有限公司 法定代理人陳宏裕 (聲請人一)	智慧財產法院 105 年度刑智上易 字第 38 號刑事判決 (確定終局判決一)
吳英裕 (聲請人二)	臺灣高等法院臺中分院 107 年度 上訴字第 1558 號刑事判決 (確定終局判決二)
楊強蓉 (聲請人三)	臺灣高等法院 108 年度上易字第 2147 號刑事判決 (確定終局判決三)
高宏銘 (聲請人四)	臺灣高等法院臺中分院 109 年度 上訴字第 1660 號刑事判決 (確定終局判決四)
葉秀貞、汪家勇、汪家明、 汪君玲 (聲請人五)	最高法院 108 年度台抗字第 458 號刑事裁定(主文第二項) (確定終局裁定五之一)、 最高法院 110 年度台抗字第 1386 號刑事裁定(主文第二項) (確定終局裁定五之二)

附表二

聲請人	法官聲請之原因案件案號
臺灣花蓮地方法院刑事第三庭樂 股法官 (聲請人六)	111 年度簡字第 14 號刑事偽造文 書等案件
臺灣臺北地方法院刑事第十八庭 寧股法官 (聲請人七)	107 年度單聲沒字第 295 號聲請 單獨宣告沒收扣押物案件

協同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本號判決認刑法第 2 條第 2 規定關於涉及同法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項所定沒收部分係合憲之結論，即主文第 1 項，本席敬表贊同，但就部分理由則認有予以補充或不同意見之處，爰提出協同意見。另就本號判決主文第 2 項至第 6 項針對法規範憲法審查之聲請予以駁回部分，雖予以尊重，但對其再為諭知駁回之表現方式，實有不同意見之處，爰就不同意此等表現方式之理由，加入黃昭元大法官部分不同意見書第〔3〕至〔15〕段部分。

系爭規定明定：「沒收……適用裁判時之法律。」係關於刑法沒收規定之「時」的效力規範，是自系爭規定施行起（中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布、105 年 7 月 1 日施行，下稱新法），沒收即應依裁判時之規定。惟於系爭規定修正施行前，刑法即有沒收之規範，惟於新法時有大幅修正；而依 104 年 12 月 30 日修正公布前刑法（下稱舊法）第 1 條、第 2 條第 1 項、第 32 條及第 34 條規定¹，沒收係屬從刑，屬舊法所規定之刑，是其法律適用之時點規定為「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」即採從舊從輕原則。而就本號判決所處理之犯罪所得沒收一事觀之，若違法行為之行為（終了）時係舊法時期，但裁判時（含各審級法院裁判時）新法已施行，則關於該違法行為之犯罪所得沒收之法律適用，即因系爭規定而應適用裁判時之沒收新制規範，從而衍生系爭規定是否有致法律之溯及既往適用暨是否違反信賴保護原則之問題。

¹ 舊法第 1 條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。」第 2 條第 1 項規定「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」第 32 條規定「刑分為主刑及從刑。」第 34 條規定「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」

一、系爭規定會形成新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用

按新訂之法規，如涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規（司法院釋字第 783 號解釋參照）。

（一）為利以下說明，爰先臚列舊法及新法關於犯罪所得沒收之主要規定，並列表為簡要之比較。

A：新舊法關於犯罪所得沒收之主要規定

1、舊法部分：

- （1）第 34 條：「從刑之種類如下：一、褫奪公權。二、沒收。三、追徵、追繳或抵償。」
- （2）第 38 條第 1 項第 3 款及第 3 項：「（第 1 項）下列之物沒收之：……三、因犯罪……所得之物。……（第 3 項）第 1 項第 2 款、第 3 款之物，以屬於犯罪行為人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」
- （3）第 39 條：「免除其刑者，仍得專科沒收。」
- （4）第 40 條之 1：「法律有規定追徵、追繳或抵償者，於裁判時併宣告之。」

2、新法部分：

- （1）第 38 條之 1 第 1 項至第 4 項：「（第 1 項）犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。（第 2 項）犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一、明知他人違法行為而取得。二、因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三、犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。（第 3 項）前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。（第 4 項）第 1 項及第 2 項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳

息。」

- (2) 第 40 條第 3 項：「第 38 條第 2 項、第 3 項之物、第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項之犯罪所得，因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。」

B：新舊法之簡要比較表

		舊法	新法
是否須存	規定	第 34 條第 2 款、第 39 條	第 40 條第 3 項，並參酌第 38 條之 1 立法理由。
有有責之 犯罪行為	內容	1.從刑。沒收所附隨之犯罪行為須具備構成要件該當性、違法性及有責性。 2.免除其刑者，仍得專科沒收。	1.犯罪所得之沒收，其沒收標的須係來自違法行為，即不以定罪為必要，其舉證以該行為該當犯罪構成要件，具違法性為已足。 2.因事實上或法律上原因未能追訴犯罪行為人之犯罪或判決有罪者，得單獨宣告沒收。
法官裁量 權	規定	第 38 條第 3 項	第 38 條之 1、第 38 條之 2 第 2 項
	內容	犯罪所得之物係「得」沒收。	除有第 38 條之 2 第 2 項之過苛等情形外，犯罪所得係「應」沒收。
沒收主體	規定	第 38 條第 3 項	第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項
	內容	犯罪行為人	犯罪行為人、犯罪行為人以外符合一定要件之自然人、法人或非法人團體
沒收客體	規定	第 38 條第 1 項第 3 款	第 38 條之 1 第 4 項
	內容	因犯罪所得之物	犯罪所得：包括違法行為所

			得、其變得之物或財產上利益及其孳息。
沒收客體 滅失	規定	第 34 條第 3 款、第 40 條之 1	第 38 條之 1 第 3 項
	內容	法律有規定追徵、追繳或抵償者，始得於裁判時併宣告之。	於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

（二）舊法沒收規定之犯罪所得，於所附隨之犯罪行為終了時，犯罪所得之構成要件事實亦隨之完結，系爭規定使新法關於犯罪所得之沒收規定，真正溯及適用。

依舊法，沒收係屬從刑，原則上不能獨立科處，只能於有主刑時附帶科處之²，是個案犯罪行為是否有犯罪所得之事實，自係附隨於該犯罪行為之終了而完結；並如上所述，舊法針對犯罪行為及沒收之法律適用係採從舊從輕原則，即除行為後之法律係有利於行為人外，原則上係適用行為時之法律。而觀上述之舊法規定及新舊法比較表，可知，舊法之犯罪所得沒收，即是否有犯罪行為及屬於犯罪行為人因犯罪所得之物之構成要件事實，原則上亦係於犯罪行為終了時完結³。換言之，犯罪行為終了時如係舊法時期，則舊法未規定得沒收之犯罪所得，如新法所規定犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得者，因此等所得並不屬於犯罪行為人，則此等於舊法時期已終了之犯罪行為，其有並不該當舊法犯罪所得沒收之構成要件事實亦同時已完結。本號判決多數意見以：「沒收新制並非針對行為人破壞法益之違法行為本身而設，而係為終止該行為所生之不法財產秩序狀態。又，犯罪所得之產生雖係基於違法行為，然無論該違法行為是否終止、何時終止，亦不論行為人是否構成犯罪，自犯罪所得產生之時起，不法財產秩序狀態已然形成，且仍繼續存在至該犯罪所得被剝奪時為

² 例外：如舊法第 40 條第 2 項：「違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收。」

³ 所以稱原則上，係指法律可能嗣後為除罪化之修正等例外情形。

止。因此，系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範……」等由（判決理由第 69 段參照），而認系爭規定使新法之犯罪所得沒收規定適用於舊法時期已終了之犯罪行為之犯罪所得，屬不真正溯及既往，固非無見。惟查：

- 1、如上所述，舊法對於犯罪所得既非無沒收之規範，且係將之定性為從刑，法律適用並係採從舊從輕原則，而刑事關於犯罪類型之分類，雖有所謂繼續犯與狀態犯之分，然其中所謂繼續犯，係指行為雖已既遂，但仍未完成、終了；另所謂狀態犯則係行為既遂，即屬完成、終了⁴；是犯罪行為之性質屬繼續犯，且其行為完成係在新法時期，因其「行為時」並非在舊法時期，本不生本意見書所稱之新法犯罪所得沒收規定是否溯及適用之問題；反之，若犯罪屬繼續犯，且其行為完成係在舊法時期，或犯罪屬狀態犯，且其行為係在舊法時期，因其行為既遂即行為終了，是此等犯罪之「行為時」均在舊法時期，則此等犯罪，是否因犯罪行為而有犯罪所得及如何之犯罪所得，因係附隨於犯罪行為之終了而終了，從而其犯罪所得之構成要件事實亦因之完結。至其犯罪行為終了後所形成犯罪狀態之繼續存在，基於舊法並無單純針對犯罪狀態予以處罰（主刑）之規範，是屬從刑之沒收，自難以其犯罪所得之狀態仍繼續存在，而謂該犯罪所得之構成要件事實尚未完結。
- 2、依舊法第 40 條之 1 規定，就犯罪所得固另有追徵、追繳或抵償之規定，然其係須法律有規定者，始得於裁判時併予宣告，且依舊法第 34 條規定，「追徵、追繳或抵償」係與「沒收」併列，均屬從刑；而與新法第 38 條之 1 第 3 項針對犯罪所得之沒收，所為「於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額」之規定，係將追徵定性為沒收之執行方法有別⁵。是行為時為舊法時期之犯

⁴ 林鈺雄著，新刑法總則，2016 年 9 月，5 版 1 刷，元照，第 105 頁參照。

⁵ 刑法第 40 條之 1，104 年修正理由參照。

罪行為，亦不能因舊法有犯罪所得之追徵、追繳或抵償規定，而謂其犯罪所得之構成要件事實須至裁判時始完結。

綜上，新法、舊法均有關於犯罪所得沒收之規定，雖基於不同之立法政策，而對犯罪所得之沒收分別為「從刑」、「不當利得之衡平措施」之定性，然不論是舊法或新法所稱之犯罪所得，均以有違法行為（舊法之犯罪行為當然屬違法行為）存在為前提，而就此違法行為及其所得之沒收，舊法既有規範，雖因其規範內容有所缺失，而有修正之新法沒收規定，然此等違法行為若於舊法時已終了，則其所得，是否合致犯罪行為終了時之舊法，關於得沒收之犯罪所得規定之構成要件事實即已完結；是依系爭規定，就此等於新法施行前，是否屬得沒收之犯罪所得之物之構成要件已完結之事實，再適用新法沒收規定予以評價（裁判），當係新法關於犯罪所得沒收規定之真正溯及適用。多數意見自犯罪所得所形成之不法財產秩序狀態至新法施行時仍繼續存在之觀點，即係從違法行為後之狀態，判斷系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定真正溯及適用，卻未慮及刑事雖有所謂狀態犯，但尚非就行為終了後，持續存在之狀態予以處罰，且忽略沒收新舊制度更迭下，新法對犯罪行為與其後之狀態間所為之評價，相較於舊法有根本性之差異，是關於系爭規定是否使新法之犯罪所得沒收規定有溯及既往適用之情形，自應以新舊法對犯罪行為與其後之狀態間所為之不同評價，而形成之適用上差異，予以審酌。故多數意見認系爭規定係不真正溯及既往之法規範，本席尚難贊同。

二、系爭規定無違信賴保護原則

（一）新法關於犯罪所得之沒收規定，並非刑罰

按所謂刑罰，依其本質，簡言之，核係為對從事違法行為之有責者予以非難，所施予干預其等人身自由或財產之不利益嚴厲措施；又此所以稱「嚴厲」措施，係就「質」的部分，強調其「罰」的性質，就「量」的部分，藉以彰顯與行政罰之區隔⁶。至立法者對從事違法

⁶ 本席就刑罰與行政罰係採量的差別說，故另強調此所稱之「嚴厲」，尚有相對於行政罰之意旨。

行為之有責者所施予干預人身自由或財產之不利益措施，是否屬刑罰，則應依該措施之目的、內容及效果等綜合判斷之。若判斷結果，應認屬刑罰者，則該措施之「刑」，與其「罪」間，縱與罪責相當原則有悖，亦僅係該罪之刑是否或如何程度違憲之問題，尚與該措施是否屬刑罰之認定無涉。惟本號判決多數意見，就刑罰所界定之要件中，卻稱「施加符合『罪責相當』之嚴厲處遇」，本席認恐反有治絲益棼之疑慮，爰提出意見如上。

又新法之沒收制度係為切合沒收之法律本質，而將新法之沒收，規範為刑法所定刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，並非刑罰（從刑）；另新法第38條之1第1項及第2項之犯罪所得沒收規定，則係為避免犯罪行為人或第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，無法預防犯罪，而舊法第38條第1項第3款及第3項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，而予以修正及增訂（新法第2條及第38條之1立法理由參照）。

查立法者為預防犯罪，遏阻犯罪誘因，而構建犯罪所得沒收制度，其就該制度之目的、性質及內容之形塑，固享有一定之形成空間，但該制度是否合於立法者所規劃制度之目的、性質，仍應依該制度之具體內容判斷之。而觀前述之新舊法比較表，舊法之犯罪所得沒收，因定性為從刑，故除有專科沒收或可單獨宣告沒收之特別規定外（舊法第40條規定參照），不僅係應於裁判時併宣告外，其得專科沒收者亦僅限於免除其刑，即沒收原則上係針對具備構成要件該當性、違法性及有責性之犯罪行為而為，與新法就犯罪所得之沒收，並不以涉及犯罪所得之違法行為被追訴，甚或被判決有罪為必要（新法第40條第3項參照）；此外，新法除就犯罪所得之沒收，將舊法之「得」，修正為「沒收之」，即除有過苛之裁量外（新法第38條之2第2項參照），係應沒收；並更將犯罪所得沒收之主體（人）及客體，擴及於犯罪行為人以外之第三人及犯罪所得之孳息，並將應沒收之犯罪所得之追徵，規定為執行方法。換言之，新法就沒收之犯罪所得，原則

上雖仍以存有違法行為為前提，但不僅未將之附隨於犯罪行為，且係從任何人都不得保有犯罪所得之角度形塑關於犯罪所得沒收之規定，是應得認已符合新法就犯罪所得之沒收，所為非屬從刑之獨立性及不當利得衡平措施之定性。

另基於新法第 38 條之 1 立法理由所稱：「基於澈底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因之意旨，不問成本、利潤，均應沒收。」固得認新法就犯罪所得之沒收係採總額主義，但其核心意旨應認係為「禁止犯罪成本之扣除」，其具體表現即本號判決所稱之相對總額制。至本於新法就犯罪所得採總額沒收制，雖有新法之沒收係類似刑罰之主張，惟不論是自本號判決所闡述之不當得利風險觀點，或不法原因之給付不受保障，甚或犯罪所得之沒收係為根絕犯罪誘因之立法意旨，並佐以新法尚有供審判實務運用之第 38 條之 2 第 2 項過苛條款規定⁷，是本席認新法之犯罪所得沒收，並不因沒收之所得範圍未採淨額原則，即應認其係刑罰或類似刑罰。實則，本席更關注及期待者，係審判實務在個案審判上，應更重視過苛條款之規定，俾使該規定能確實發揮功能，而非僅是一條作為新法沒收規定非全然屬不利益變更或無違比例原則之說詞。

（二）系爭規定與信賴保護原則尚無違背

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。基於法安定性及信賴保護原則，限制或剝奪人民權利之法律規範（下稱不利性法律規範），原則上不得溯及既往生效；亦即法律原則上不得溯及適用於該法律施行前即已終結之事件。惟立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許（司法院釋字 793 號解釋參照）。亦即立法者制定溯及既往生效之不利性法律規範，縱受規範對象對先前之法規範有所信賴，但若其信賴並不值得保護，或縱有值得

⁷ 新法第 38 條之 2 第 2 項：「宣告前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減之。」

保護之信賴，但該溯及既往生效之不利性法律規範係追求憲法上重大公共利益，則受規範者個人之信賴利益即應行退讓，此溯及既往生效之不利性新規範，尚與信賴保護原則無違。

本件爭點所在之新法第38條之1第1項、第2項規定既已經認定為非屬刑罰，從而系爭規定之規範沒收適用裁判時法，雖形成新法沒收規定之溯及既往適用，亦因無涉罪刑法定原則，並不因此違憲下，所涉者僅係是否違反一般法律溯及既往原則之問題；而所以為是否違反該項原則之審查，本席認為其重點係在於系爭規定是否構成信賴保護原則之違反。觀新法沒收制度，係基於「任何人都不得保有犯罪所得……的普世基本法律原則。因此在民法及公法領域均存在不當得利機制……，得以剝奪不法所得之利益。刑事法領域亦然，剝奪犯罪所得，更是基於打擊不法、防止犯罪之主要手段……。」及舊法犯罪所得沒收規定，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，且為避免犯罪行為人或非善意第三人坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪等理由而修訂。是得認新法之犯罪所得沒收規定，係基於舊法之相關規定有諸多缺失，立法者為遏阻犯罪誘因，以有效杜絕犯罪，並符合公平正義而為。而新法規範應沒收之犯罪所得，雖不以該所得須源自具備有責性之犯罪行為為必要，但仍以所得來自具備構成要件該當性及違法性之違法行為，即此等所得，不論是由犯罪行為人或非善意之第三人取得，雖其取得係在舊法時期，依舊法規定非屬得沒收之犯罪所得，亦因其屬違法行為之所得，則本於任何人都不得保有犯罪所得之公平正義要求，此等所得之持有者，縱具有依行為時之舊法規定，其所得並無須沒收之信賴，但此等信賴顯係不值得保護。從而，系爭規定雖有使新法犯罪所得沒收之效力溯及既往，亦與信賴保護原則無違。是本號判決併認系爭規定無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則之結論，本席雖表同意，但若僅表明系爭規定無違信賴保護原則，實更符合本席之真意，亦藉此敘明。

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）

[1] 本判決認 2016 年 7 月 1 日修正施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分（即沒收新制之溯及規定）合憲，除於主文第一項宣告上述規定合憲外，另於主文第二至六項分別駁回聲請人一至五就上述規定之聲請。

[2] 本席對於本判決主文上述合憲宣告及諭知聲請駁回部分，均持反對立場。¹就本判決之「受理及實體判決部分」，本席除加入呂太郎大法官之不同意見書外，另針對主文第二至六項就聲請人一至五之聲請法規範憲法審查「諭知聲請駁回」部分、與主文就聲請人六及七之聲請法規範憲法審查「未另諭知聲請駁回」部分，所涉主文是否必要及其格式問題，提出以下不同意見。

[3] 憲法訴訟法未規定聲請無理由時主文應如何諭知：按憲法訴訟法就不合法或顯無理由之各類聲請案件，係明文規定應以裁定不受理之（參憲法訴訟法第 15 條、第 32 條、第 61 條）。關於第三章及第七章案件之聲請有理由者，就國家最高機關及立法委員之聲請法規範憲法審查案件，係以同法第 51 至 54 條明文規定判決主文之違憲宣告類型及效力，再各以同法第 58 條準用於法院聲請法規範憲法審查案

¹ 就本件之實體判決部分，亦即主文第一項全部、第二至六項有關法規範憲法審查聲請駁回部分、第五項有關裁判憲法審查聲請駁回部分，本席均持反對立場。就不受理部分，本席認聲請人五就刑法第 38 條之 1 第 2 項及第 40 條第 3 項之聲請（參理由書第 28 段）、聲請人七就刑法第 40 條第 3 項之聲請（參理由書第 30 段）二部分，均應受理。至於主文第二項有關聲請人一、第四項有關聲請人三、第六項有關聲請人五（除去上述聲請部分）之其餘聲請不受理部分，本席則支持多數意見之立場。

件，同法第 62 條第 2 項、第 63 條及第 64 條第 2 項準用於人民聲請法規範憲法審查案件，同法第 82 條第 2 項準用於地方自治機關聲請中央法規範憲法審查案件之各該判決。至於人民聲請裁判憲法審查案件有理由者，係於第 62 條第 1 項明定其主文諭知方式；地方自治團體聲請裁判憲法審查有理由者，則依第 83 條第 3 項準用第 62 條第 1 項前段規定。然就第三章及第七章案件中，有關法規範或裁判憲法審查之聲請無理由者，不論其聲請人為國家最高機關、立法委員、法院、人民、地方自治機關或團體，憲法訴訟法均未明文規定各該判決主文應如何諭知。

[4] 在我國實務上，大法官解釋或憲法法庭判決如認審查標的之法規範合憲，向來都僅於解釋文或判決主文闡釋該法規範合憲，而未另為「聲請駁回」之諭知。縱令是本庭於憲法訴訟法施行後，就人民聲請法規範憲法審查案件所為之合憲宣告判決，如 111 年憲判字第 3、5、10、12 號判決等，亦然。

[5] 相較於過去實務作法，本判決新創「宣告法規範合憲」＋「諭知聲請駁回」之主文格式。按本判決主文第二至第六項分別就聲請人一至五之人民聲請案中之受理部分，明白諭知「聲請駁回」。就此而言，本判決主文第二至六項中有關諭知法規範憲法審查之「聲請駁回」部分（參理由書第 77 段），可說是創歷史新例，² 值得注意。惟憲法訴

² 在裁判體例上，本判決另有以下兩項新創首例：

（1）將裁判憲法審查併入法規範憲法審查案件，合併審理及判決：聲請人四除聲請法規範憲法審查外，同時聲請裁判憲法審查，也是本件受理之審查標的中唯一屬「裁判」者，本判決予以合併審理及判決。然本判決僅於理由書第 18 段說明「爰予受理」，並未說明為何併案審理及其依據。本席認為：上述聲請人四據以聲請之裁判所適用之法規範因與本件受理之法規範同一，就此部分，本庭係先依憲法訴訟法第 24 條第 1 項後段規定，將各聲請案之法規範憲法審查部分合併審理；再依同條項前段規定，將適用同一抽象法規範之上述裁判，也納入本件審理範圍，並合併審理及判決。此為本庭合併抽象法規範及具體裁判兩種不同審查標的，而合併審理及判決之首例。由於聲請人四於其聲請案並未就裁判本身主張其法律見解違憲，如此併案審理及判決，固屬簡易。然如聲請人四另有針對裁判本身主張其違憲理由，尤其是有多數裁判憲法審查聲請案件，而各個裁判所涉違憲理由各有不同時，是否仍宜併案審理及判決，又併案審理

訟法對於人民或機關（包括國家最高機關、立法委員及法院）就法規範聲請本庭判決之類型，均依其標的定位為抽象審查性質之訴訟類型，且於第三章統稱為「法規範憲法審查」，並無不同。而本庭既已宣告受審查法規範合憲，此即對於聲請人（於本件包括人民及法院）所提抽象法規範審查之聲請予以正面回應，並作出判決，實無必要再予駁回。再者，本庭宣告法規範合憲後，是否必然都應該諭知「聲請駁回」，也需要進一步釐清。例如於解釋文或判決主文兼有合憲與違憲宣告之情形，如釋字第 799、803 號解釋、111 憲判字第 13 號判決等，究應諭知那些部分之聲請駁回，恐怕是別生枝節，自找麻煩。又如限縮解釋後之合憲宣告，如釋字第 617 號（解釋文第 3 項）、第 689 號、第 789 號解釋等，這種宣告類型其實是「（質的）部分合憲、部分違憲」之宣告，是否應進一步審查聲請人據以聲請之原因案件究係落於合憲或違憲部分，再就其聲請法規範憲法審查部分為「部分聲請駁回」或「部分聲請有理由」之諭知？都是本判決上述新諭知方式所留下的未決問題。

[6] 其次，本判決主文就同屬法規範憲法審查之聲請，於聲請人一至五之人民聲請案，固然有上述「聲請駁回」之明白諭知，然就聲請人六及七之法官聲請案，則僅於主文第 1 項宣告系爭法規範合憲，而未另外諭知「聲請駁回」。就此，本判決於理由書第 79 段說明：

是否反不利審理效率，仍有斟酌餘地。

（2）就各聲請人之聲請案一一諭知駁回或不受理：過去大法官就個別或多數聲請人聲請之多項標的，於宣告其中部分標的合憲或違憲後，就其餘標的，係於解釋理由書中一併說明「其餘聲請不受理」；憲法訴訟法施行後，本庭就此情形，係於主文最後一項統一諭知「其餘聲請不受理」，均未針對各聲請人之聲請案一一諭知不受理。本判決主文第二至七項，則改依聲請人一至七之順序，一一分別諭知駁回或不受理其聲請；其中只有聲請人六因屬法院聲請人，本判決故意未另為聲請駁回之諭知（參理由書第 79 段），因此未出現在主文中。上述針對不同聲請人一一諭知之格式，亦屬新例。不過，本判決理由書第 25 至 28 段仍然沿襲先前寫法，混雜說明，例如聲請人五之聲請不受理部分，本判決仍區別兩種不受理理由（未具體指摘、未用盡審級救濟），並與聲請人一之不受理部分交叉說明，有如藏寶圖之曲徑密道，不易理解。

(四) 聲請人六及七就其審理之案件，對裁判上所應適用之系爭規定，依其合理確信，認有牴觸憲法，聲請本庭為宣告違憲之判決，惟系爭規定其中涉及刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，並不違憲，已如判決主文第一項所示，聲請人既非對其自身之權利有所主張，尋求救濟，爰不另為駁回聲請人六之聲請及聲請人七此部分聲請之諭知。

(粗黑體為本席所加)

[7] 對於上述區別，本席認為並無依據，且無必要。多數意見既認系爭法規範合憲，實仍可維持過去慣例，都不必另為「聲請駁回」之諭知。如要另為「聲請駁回」之諭知，理應就本件之所有聲請，不分人民或法院聲請，均明白諭知「聲請駁回」。

[8] 本判決上述理由以聲請人六及七並非如人民般，係「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」為由，因而不另諭知聲請駁回。然過去大法官對於法院之聲請憲法解釋暨暫時處分案，至少有 3 件不受理決議均在不受理法院之聲請憲法解釋後，就其暫時處分之聲請，明白諭知「應併予駁回」。³這 3 件聲請案之聲請法官，應該都不是「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。

[9] 再者，同樣並非人民提起，而屬政府機關聲請人之立法委員聲請案，至少亦有 1 件之不受理決議，也是對其有關暫時處分之聲請明白予以駁回。⁴憲法訴訟法施行後，本庭於 111 年憲裁字第 348 號裁定，亦就立法委員林岱樺等 34 人聲請案，除於主文第一項不受理其聲請

³ 參大法官第 1412 次會議（2013 年 12 月 20 日）就會台字第 11784 號國防部北部地方軍事法院第二庭聲請案之不受理決議（「(六) ...聲請人有關暫時處分之聲請即失所附麗，應併予駁回。」）、上述會議就會台字第 11804 號國防部最高軍事法院第一庭聲請案之不受理決議（「(六) ...聲請人有關暫時處分之聲請即失所附麗，應併予駁回。」）、大法官第 1508 次會議（2020 年 8 月 28 日）就會台字第 12593 號臺灣臺中地方法院刑事庭寧股法官聲請案之不受理決議（「(二) ...聲請人有關暫時處分之聲請即失所依附，應併予駁回。」）。

⁴ 參大法官第 1528 次會議（2021 年 12 月 24 日）就會台字第 13088 號立法委員林德福等 39 人聲請案之不受理決議（「(三) ...聲請人有關暫時處分及言詞辯論之聲請即失所依附，應併予駁回。」）。

法規範憲法審查部分外，並同時於主文第二項明白諭知：「本件暫時處分之聲請駁回」。上述二案之立委聲請人，應該也不是「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。

[10] 就與本判決情形更類似之「受理後宣告法規範合憲」之情形，大法官曾於釋字第 781 至 783 號的 3 號解釋中，在宣告這 3 案中絕大多數受審查法規範合憲後，於這 3 號解釋的解釋文最後一項，均各明白諭知「本件暫時處分之聲請，應予駁回。」在憲法訴訟法施行後，本庭亦曾於 111 年憲判字第 14 號判決，於判決主文第一至五項宣告受審查法規範合憲後，再於主文第六項明白諭知「本件暫時處分之聲請駁回」。這件判決也是立法委員聲請案，而不是人民「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之聲請案。

[11] 上述有關「暫時處分之聲請駁回」的諭知，雖然並不是對本案聲請（即法規範憲法審查）之駁回，然就聲請人（立法委員或法院）而言，實與本判決聲請人六及七相同，都不是在「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」。如果這個因素（非尋求自身權利之救濟）並不致妨礙過去大法官及目前本庭之諭知「暫時處分之聲請駁回」，何以在本判決就一定要省略「聲請駁回」之諭知，甚至認為是「不得」為此諭知？

[12] 依本席對訴訟法制之粗淺理解，我國各個訴訟法上所稱之「駁回」，不論是以判決或裁定駁回，均係法院認各該程序之當事人所提之起訴、上訴、抗告、聲請、聲明異議等請求不合法或無理由時，為終結該請求所為程序上處置之用語之一，其他類似效果之用語如不受理。就相同性質之程序上請求，法院不論是對「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之人民，或並非「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之其他程序上當事人，都是一樣予以「駁回」，在用語上並無不同。本席實無從理解何以「駁回」一語，就一定不能用來處理「非人民」訴訟主體之訴訟上請求。

[13] 以刑事訴訟法為例，就檢察總長提起之非常上訴，最高法院認為無理由者，仍以判決「駁回」之（參刑事訴訟法第 446 條）；法院認

檢察官提起之第二審或第三審上訴無理由者，也都是以判決「駁回」之（參刑事訴訟法第368條、第396條第1項）。在我國法制上，從未見法律明白將「駁回」一詞僅用於駁回「人民」「對其自身之權利有所主張，尋求救濟」之訴訟上請求，且不得用於「非人民」訴訟主體之訴訟上請求。

[14] 我國釋憲制度發展至今已逾70年，2022年1月4日起施行之憲法訴訟新制，雖然強調組織法庭化、程序訴訟化、解釋裁判化等改革方向，然終究不是革命式的斷裂突變，而仍有其漸進改變的基底。又憲法訴訟新制的訴訟類型除了裁判憲法審查係全新者外，其他訴訟類型均屬既有舊制之延續、修正或補充。至於法規範憲法審查之違憲宣告類型及效力，包括單純違憲宣告、違憲並立即失效、違憲但定期失效等，也多半是將過去本由大法官解釋自主形成的既有規範，予以明文化，少見無中生有的新創制度。在新增或修正的規定中，如憲法訴訟法第53條第2項規定，固係參考德國法有關法律被宣告違憲時以溯及自始失效為原則的有關規定，然因為忽略我國大法官解釋對於被宣告違憲法律之失效時點，係以自解釋公布之日起向將來失效為原則，而非溯及自始失效的向來立場，以致造成實務的進退兩難。

[15] 就法規範憲法審查之聲請部分，本判決主文對（人民）聲請人一至五明白諭知聲請駁回，卻又對（法官）聲請人六及七之聲請，有意不諭知聲請駁回。如此刻意的不同諭知方式，明顯不顧憲法訴訟法對於人民或機關所提起之訴訟均稱為聲請，而無區別；也未考量過去司法院大法官審理案件法及釋憲實務，對於人民或機關之聲請憲法解釋，就其解釋文之格式及用語，亦均未曾有所區別。本判決之上述新創格式，恐怕又是另一個翻譯式繼受的結果，徒生困惑。

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

呂太郎大法官 加入

本件判決認中華民國 104 年 12 月 30 日修正公布並自 105 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……，適用裁判時之法律。」其中涉及同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項所定沒收部分，不生牴觸憲法罪刑法定原則之問題，無違法律不溯及既往原則及信賴保護原則，與憲法並無牴觸。惟關於本件判決認沒收犯罪所得之規定不具刑罰本質，且屬不真正溯及既往之法規範，無違法律不溯及既往原則等論述，仍有商榷之處。爰提出不同意見書如下：

一、沒收新制所欲達成回復合法財產秩序與剝奪不法利得目的之問題

（一）沒收制度所稱之「合法財產秩序」係由刑法自行定義

本件判決指出，沒收新制之立法目的，係為回復合法財產秩序，並非剝奪不法行為前之固有財產。其一再引述之「合法財產秩序」乃係由系爭規定之立法理由稱「任何人都不得保有犯罪所得（Crime doesn't pay; Verbrechen darf sich nicht lohnen.）」所導出，為長久存在之普世基本法律原則¹。惟精確而言，「任何人不得保有犯罪所得」乃是一方面反映法律感情，一方面消除犯罪誘因之刑事政策²。本件判決理應審查立法理由闡述之刑事政策是否正當、合憲界限為何，卻

¹ 由歷史脈絡觀之，「任何人不得保有犯罪所得」作為法律原則之論述並非明顯可見。可能與「任何人不得保有犯罪所得」類比之說理，為在 19 世紀普通法系就海關管制採取沒收未完稅貨物之手段，惟該種管制手段現已不復存在。近代「任何人不得保有犯罪所得」之論述與上述僅存之歷史背景未必具有連續性。詳見 Naylor, R. T. (2001). License to Loot? A Critique of Follow-the-Money Methods in Crime Control Policy. *Social Justice*, 28(3 (85)), 121-152.

² 此一刑事政策因在國際毒品防制、反洗錢之刑事合作發展下，透過國際公約之簽訂而廣受採納，參照 Stessens, G. (2000). The background of the fight against money laundering, *Money Laundering: A New International Law Enforcement Model* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), 3-28.

反客為主，將刑事政策高舉為「長久存在之普世基本法律原則」³，用以推導出「合法財產秩序」，再以「回復合法財產秩序」為由推論新法沒收並未剝奪固有財產，肯定系爭規定之合憲性，已落入套套邏輯。

況且，於此宜再辨明者，乃本件判決所執「合法財產秩序」並非先驗存在，亦非依民事財產法規範所形成，而是純由「任何人不得保有犯罪所得」推論而來。舉例而言，由民事法規範觀察，犯罪行為構成契約之一部時，經得撤銷之他方撤銷意思表示使契約自始不存在，或未經撤銷意思表示而契約之債繼續存續，均屬民事法規範容許之財產狀態。惟因契約之債所得之給付若涉及犯罪，卻可能因「任何人不得保有犯罪所得」之原則而被視為「不合法財產秩序」。

實則，如能遵守上述相關原則，立法者實非不得在民事財產法規範外，以刑法或其他法律另行定義何謂「合法財產秩序」⁴，及何者在何情況下，不得保有犯罪所得。本件判決毋寧應觀察形成此「合法財產秩序」之目的（消除犯罪誘因）與手段（在何種範圍內之犯罪所得應予剝奪）等因素，以決定適用於檢視新舊制沒收相關之法治國原則（Rechtsstaatsprinzip）⁵（罪刑法定、刑罰不溯及既往、比例原則、

³ 「任何人不得保有犯罪所得」被引述為普世法律原則，主要原因可能是源於前註2所述之立法脈絡下，各國及國際立法文件引用此一字句之次數大增，惟其本質上實為刑事政策，與法律原則間之差異，不可不辨。參照 Manes, V. (2016). The last imperative of criminal policy: nullum crimen sine confiscatione, *European Criminal Law Review*, 6(2), 143-160.

⁴ 例如英國實務判決就財產法上取得之權利與刑法上犯罪所得或利益如何類比、刑事庭法官在決定犯罪所得數額時如何參照或區別財產法上之法則；在 value confiscation(與我國追徵類似)之制度下，被告之財產權如何滿足沒收與財產犯罪直接被害人之求償，有詳細梳理。詳見 R. v May (Raymond George) [2008] UKHL 28; [2008] 1 A.C. 1028; [2008] 5 WLUK 281 (HL); Jennings v Crown Prosecution Service [2008] UKHL 29; [2008] 1 A.C. 1046; [2008] 5 WLUK 273 (HL); R. v Morgan (John) [2008] EWCA Crim 1323. 觀察比對下，更顯示沒收犯罪所得可能具有處罰之性質。

⁵ 法安定性作為法治國原則之要素，要求法之可理解性(Erkennbarkeit)、清晰性(Klarheit)、明確性(Bestimmtheit)、無矛盾性(Widerspruchsfreiheit)與可預見性(Berechenbarkeit)。參照 Zippelius/Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl,

法安定性(Rechtssicherheit)等原則)及法之可信性(Verlässlichkeit des Rechts)。⁶然而，本件判決未以相關法治國原則檢視立法者自行於刑法定義之「合法財產秩序」，逕將此併同司法實務見解補充何人於何情況下不得保有犯罪所得之「相對總額原則」⁷視為先驗價值，照單全收，甚至以司法實務見解所採取之相對總額原則反推沒收之結果符合合法財產秩序，實陷入「任何人不得保有犯罪所得→犯罪所得不是既有財產(合法財產秩序)→沒收剝奪犯罪所得→剝奪犯罪所得非剝奪既有財產→沒收犯罪所得符合合法財產秩序」之封閉論證。其中「犯罪所得不是固有財產」之前提未經本件判決檢視，更將衍生民事法律之規定中若容許保有此種所得財物者，是否均違反法治國原則之疑問。

綜上，本件判決肯認「任何人不得保有犯罪所得」係法律原則並以之為出發點，惟其論證是否周延，且其後推演之論述，皆仍有再推敲之餘地。

(二) 刑事法律調整財產分配，應受法治國原則之審查

有關新舊制沒收犯罪所得之規定，可解為其係國家透過法律課予私人(新制下包括犯罪行為人及非善意第三人)給付財產(犯罪所得)之義務，規範私人得否保有財產、調整財產之分配⁸。

雖有謂沒收係為回復合法之財產狀態，抑係為防止犯罪行為人及非善意之第三人不法獲取所得，惟如前述，所謂回復合法財產秩序或剝奪不法所得乃是基於「避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪

München: Beck, §12 Rn. 62.

⁶ 參照 Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 20 Rn. 122.

⁷ 本件判決直接引用最高法院採用相對總額原則之見解，區隔沾染不法之成本非屬固有財產、中性成本即屬固有財產，更可顯示所謂固有財產、合法財產秩序之概念實為刑事法律與實務所創，如從民法上不當得利之論理，實有因不當「比附援引」致生「引喻失義」之疑慮！

⁸ 雖刑法第 2 條第 2 項涉及第 38 條之 1 第 3 項追徵部分未在本件判決範圍內，惟沒收新制搭配犯罪所得應追徵之規定(縱使犯罪所得之原物滅失，仍不影響犯罪行為人以其他財產向國家履行給付相當財產之義務)，更為明顯。

所得」、「消除犯罪誘因」等目的所形成之立法判斷。換言之，犯罪所得之財物本屬中性，是否發生沒收之效果之判斷，必然繫於受裁判之人有無法律責任或義務，無從脫離行為之刑事違法性而單獨考量持有財物是否合於財產秩序。從而，新制沒收犯罪所得乃是評價犯罪行為人或非善意第三人之行為所引致私人得否保有財產、調整財產分配之效果。無論是否含有對受剝奪財產之人之非難，皆可見其所發生財產權剝奪之法律效果，不可謂其不重大。此種對人民財產權發生重大影響之規定，焉能假藉「合法財產秩序」之名，迴避法治國原則之檢視！

至於本件判決謂沒收犯罪所得之規定不考量有責性，而僅審查犯罪行為人或非善意之第三人取得財產之合法性，非但不足作為非刑罰之論據，反而顯現沒收犯罪所得之規定忽視受剝奪財產之人其可責性(Schuld)有無之判斷，有未盡程序保障之嫌。

二、沒收定性之問題—就從刑、類似不當得利與獨立措施而論

按刑法第2條第2項規定，沒收及非拘束人身自由之保安處分皆適用裁判時之法律。從刑罰體系觀之，立法者似有意將新制下之沒收類似於非拘束人身自由之保安處分，因而適用裁判時之法律。惟如前所述，沒收所造成受規範者之不利後果之影響甚鉅，反而較類似於刑法第1條規定所稱之拘束人身自由之保安處分，亦即其對憲法基本權利之干預程度，應類似於拘束人身自由之保安處分，而非類似於刑法第2條第2項所稱非拘束人身自由之保安處分。

從法制史發展觀之，往昔曾有「公私法不分、民刑事混合」時代，面對現代民刑事法，兩者之法律適用、解釋與漏洞補充之理論及法律原則，從憲法保障人權之觀點而言，恐難以等同齊觀。因刑法在不利於受規範者時，仍有遵守罪刑法定原則之必要，但於民法之解釋與適用上，面對法之漏洞，自得給予法官更大之法續造餘地，有如法未明定者，得運用習慣或法理，作為法之適用原則（民法第1條參照）。再者，民法之規定乃在分配私人間法律關係，刑法則係在規範國家對人民權利最嚴厲之限制。因此，在刑法上是否借用民法與行政法有關

不當得利之規定，作為將沒收新制與刑罰脫鉤之正當化理由，且私人間法律關係分配之法理與國家對人民財產之剝奪有無類比之空間，仍有再推敲之必要。

（一）沒收與民法不當得利類比之商榷

沒收乃規範國家高權與人民之間之財產流動，與私人間財產與風險分配截然有別，首應辨明。沒收於刑法 2015 年修正前原屬從刑，系爭規定為使新修正之沒收規定溯及既往適用於業已完成之事實行為，立法乃參照類似民事與公法上不當得利規定，定性其為非刑罰，而屬獨立成類之措施（Maßnahme eigener Art）或法律效果之獨立類型（sui generis）。惟本件判決一方面引用民法上不當得利財產與風險分配之觀念說明沒收之性質，他方面卻忽略不談沒收是國家高權干預而非私法財產分配，終導致所謂「合法財產秩序」之意義不明，民事法律規範及理論對於論述沒收正當性之貢獻仍陷於混沌。

民事法有關不當得利之請求權（Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung; condictio），在民法體系作為債法之請求權由來已久，最早可追溯於羅馬法。近代民法典則可溯源於德國 1900 年民法第 812 條以下規定，其係參考薩維尼現代羅馬法體系之名作而予以法典化。至現代民法不當得利之立論，則係參考奧地利學者 Walter Wilburg 與德國學者 Ernst von Caemmerer 之見解，建構其現代理論基礎。不當得利係就得利者多得（Mehr）之衡平（Ausgleich eines “Mehr”），與侵權行為法係對於侵權行為之請求權人之損害（少取）之衡平（Ausgleich eines “Weniger”）不同。⁹又前述多得之原因，如採取通說之非統一說（Trennungstheorie）見解，則可區分為給付型不當得利與非給付型之不當得利（即其他方式(in sonstiger Weise)之不當得利；侵害權益不當得利(Eingriffskondiktion)）。¹⁰關於非給付型不當得利，

⁹ 有關德國不當得利規定之敘述，參照 Manfred Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 6.Aufl., München: Vahlen, 2014, §9 Rn.1ff, §11 Rn.6ff, 24ff., §12 Rn.64, §20 Rn.18.

¹⁰ 我國採非統一說者，參照王澤鑑，法律思維與案例研習，臺北：作者發行，2020 年校正 2 版，頁 477 以下。

係因無法律上原因之得利，就請求權相對人之「多得」之衡平或彌補受損害人之措施，其係物權法與侵權行為法之補充。然而不當得利，除與財產犯罪之財產彼此流動，而可能由一方得利、他方受損之情狀略可類比外，實難以與其他各種透過犯罪行為完成兩願交易而獲得利益即犯罪所得，或以犯罪行為為交易標的而獲得對價即犯罪所得等情狀，加以相互比擬。

再者，民法不當得利並非永久禁止「多得」之人保有財產。民法不當得利具有一定消滅時效(或稱對一定請求權之「時效抗辯」；(Einrede der Verjährung¹¹)期間(Verjährungsfrist)(例如15年，我國民法第197條及第125條¹²參照)，於消滅時效經過後，請求權之抗辯發生，「多得」之人之不當得利債務轉變為自然債務，其即無對待給付之義務而得保有財產。¹³因此，如欲採民法不當得利作為釋義學(Dogmatik)上之立論與沒收之本質類比，理應一併考量不當得利請求權既可能罹於時效而生抗辯權，自不宜當然推論沒收可毫無限制之溯及既往，而任令無所限制之業經一定期間而生時效抗辯之得利而宣告沒收！

綜上，沒收之本質，即為高權行為，本件判決借用立法理由所述民法上私人間「不當得利」返還之規定，審酌沒收之範圍與風險分配是否合理，卻忽略國家與人民之間焉有風險分配之關係，故沒收與民法不當得利類比，恐有失當之疑慮！

(二) 不當得利與刑罰性質不當然具有互斥關係

沒收犯罪所得乃是國家以高權剝奪人民對財物之支配，不僅與分

¹¹ 其係非對於絕對權與形成權為時效抗辯客體，而係對於請求權之時效抗辯。不當得利請求權，係適用普通時效期間(3年)。參照 Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 41. Aufl., München: Beck, 2017, §18 Rn.19ff..)

¹² 參照史尚寬，民法總論，臺北：作者發行，1975年10月臺北2版，頁566, 575以下。

¹³ 德國民法不當得利時效，原則上為3年(德國民法第195條參照)(普通(一般)時效期間; Regelverjährungsfrist)，例外情形，例如土地權利之對待給付請求權發生後，至遲10年罹於時效(德國民法第196條、第199條等參照)。

配私人間多得受損之財產狀態流動迥然相異，邏輯上更不具備「若屬 P（不當得利）則非 Q（刑罰）」之關係。實則，沒收是否屬刑罰，應依是否構成憲法上刑罰或類似刑罰之標準判斷。

（三）沒收犯罪所得之規範目的具一般預防功能，但非無形成制裁性之個別嚴格處遇可能性

本件判決說明沒收具有「避免犯罪行為人或非善意之第三人坐享犯罪所得」、「消除犯罪誘因」等功能，換言之，即基於刑事政策一般預防功能（採相對刑罰目的論，其可能發生預防犯罪之功能）。依本意見書一（一）之說明，沒收犯罪所得規定之本身更是立法者基於刑事政策而在民事財產法以外重新定性財產秩序。誠然，其或許可產生刑事政策之多面性功能，且基於刑事政策而立法所採之手段，亦未必均屬刑罰。惟本件判決所持「回復合法財產秩序」並非在「懲罰犯罪行為人並遏阻再犯」，亦即以特別預防為由，一躍至以新法沒收「未剝奪固有財產」、「僅在回復合法財產秩序」，因而非屬刑罰或類似刑罰之結論，不僅迴避新舊法沒收犯罪所得之規定既具備之一般預防功能，且忽略「固有財產」之概念本身即為反映一般預防功能之價值判斷，無法作為衡量沒收犯罪所得是否對於特定關係人（即如當事人或第三人等）構成制裁性之嚴格處遇之基準。因此，上述論點恐有造成跳躍式推論之疑慮，亦頗值得商榷！

（四）原刑法之立法者既早已定性沒收為從刑，難「回溯式」解為「非刑罰」

本件判決參照司法院釋字第 751 號及第 808 號解釋之意旨，乃是釋憲者立基於法治國原則，判斷立法者制定之措施是否屬刑罰或類似刑罰，不受立法者所擇定之種類拘束。沒收於 2015 年修法之前經立法者採用從刑為其性質，嗣後卻因立法理由一改前詞，謂修法後之沒收均非屬刑罰。無論立法者之目的，是否在於便利修法溯及既往，皆應由釋憲者就後者斟酌探求其性質，檢視修法前後所應適用之憲法上基本權利保障，前開解釋所揭示者即為此旨。因前開解釋雖有判斷刑罰或類似刑罰之概念或界定作用，但其立論意旨，著重於無刑罰之

名，卻有刑罰之實者，應認為屬刑罰而不得為一事兩罰，亦即不應重複處罰。

倘欲論斷沒收之法律效果，其修正後雖無刑罰之名，確有刑罰之實，引用上開二號解釋自不無道理。惟本件判決，卻反其道而行，將立法者已在舊法時期明確定為從刑之規定解為不具刑罰性質，恐有誤用前述解釋，其是否適合為本件判決引用之論據¹⁴，實有再推敲之處！

三、刑法溯及既往禁止與犯罪所得保有禁止兩原則之衡量問題

（一）新法溯及適用於已終結犯罪行為所生犯罪所得之沒收，當屬真正溯及

縱認「任何人不得保有犯罪所得」係普世法律原則，對於已存在相當時日之財產，應適用之憲法不溯及既往禁止原則，何嘗不屬於普世憲法保障人權之基本原則。在兩者基本原則或基本權保障衝突時，如何合乎比例性之務實諧和（praktische Konkordenz）¹⁵，或在法安定性與正義衡量下，如法律尚非難容忍不正義（„unerträglich ungerecht“），基於法治國之法安定性之尊重，亦不容忽視。¹⁶換言之，

¹⁴ 本件判決註1引用歐洲人權法院所建立關於內國法律規定是否構成刑罰應獨立判斷標準，應係指歐洲人權法院已確立長久，並持續在近代判決中發展引用之 Engel Criteria。惟該套標準之第1項明白揭示若立法者選擇採用刑罰性質，該規定即屬刑罰，也無法反面推導出本件判決之論旨。

¹⁵ 參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Nachdruck der 20. Aufl., H: C. F. Müller, Rn. 72, 317ff..

¹⁶ 有關法之理念(Rechtsidee)，如參考德國法學家 Gustav Radbruch 見解，其具有正義(Gerechtigkeit)、合目的性(Zweckmäßigkeit)與法之安定性(Sicherheit des Rechts; Rechtssicherheit)三種面向。雖三者在不同時代與國家體制(例如警察國家與現代法治國家)或許存在尖銳之對立(Widerspruch)，但在法之理念，從整體面向觀之，仍具有支配之共同關聯。(參照 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, 頁 77)。上述三者間之關係與諧和，亦為後來德國學說及實務上所引用之著名「賴德布魯公式」(Radbruchsche Formel)(有譯為拉德布魯赫或賴德布魯赫公式)。參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 3. Aufl., München: Beck, 2011, §4 Rn. 7, §21 Rn.64; Carsten Bäcker, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, S.86ff., 114; 林文雄，賴特布魯的自然法論－關於自然法與實證法衝突的探討，台大法學論叢(國立臺灣大學法學論叢)，1 卷 2 期，頁 301 以下。惟在國際人權保障與受侵害之個案上，亦有運用該原則作為溯及既往禁止之例外，可資比照。(參照 G.

為確保民主法治國與固有刑法體系之延續性，對於舊刑法已存在從刑性質之沒收規定，自應遵守，如欲改革刑法，亦有一定限度，不應忽視刑法溯及既往禁止之基本重要原則。是以基於憲法保障人民基本權利與考量犯罪行為須符合刑法構成要件該當性及違法性外，沒收既規定於普通刑法，如欲免除可責性之要求與罪刑法定原則之適用，自應受到憲法最嚴格審查，不應任令立法者借刑法改革之名，過度恣意擴張沒收範圍，違背刑法溯及既往禁止之憲法原則及憲法保障人權之核心意旨。

關於財產是否屬犯罪所得、犯罪所得之數額，不論新、舊法就沒收犯罪所得之規定，皆係由法官判斷個案犯罪之事實與產生犯罪所得之事實而定。於裁判時觀察，沒收犯罪所得所憑之事實早已終結，換言之，新修正之法律若溯及適用於業已完成之犯罪事實，實宜將其定性為「真正溯及」較妥！

（二）比較德國聯邦憲法法院所採立論路徑之問題：以真正溯及為探討中心

本件判決引用德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfGE 2 BvL 8/19, Rn. 105, 109（參照本件判決註 1），卻認系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，仍有再推敲之必要。有關真正溯及既往原則與不真正溯及既往原則之區分，主要係參酌德國學說與實務見解，現亦有認可改區分為法律效果溯及效力（真正溯及效力）（„echte“ Rückwirkung („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“) 與構成要件事實連結（不真正溯及效力）（„unechte“ Rückwirkung („tatbestandliche Rückanknüpfung“)），以取代真正與不真正溯及既往之區別。¹⁷系爭規定所涉及之犯罪所得沒收，除非其該當構成要件之行為事實（Sachverhalte）在沒收之新法制定時仍為存續，否則往往其構成沒收

Nolte/H.P. Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 3 Art. 83-146, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Art.103 Rn.126.)

¹⁷ 在刑罰成立與加重相關法律，有稱之為絕對溯及既往（溯及效力）禁止（ein absolutes Rückwirkungsverbot），參照 Zippelius/Würtenberger, a.a.O., §12 Rn. 69ff..

犯罪所得之法律效果業已形成，是應認為構成法律效果（真正）溯及既往。前開德國聯邦憲法法院 2021 年 2 月 10 日裁定 BVerfGE 2 BvL 8/19 裁定未否定為真正溯及既往¹⁸，惟因僅有刑罰係適用絕對禁止真正溯及既往之規定，對於其他法律，則可運用一般溯及既往原則，視溯及既往是否侵害信賴利益而定。該裁定之結論乃是認為雖屬真正溯及既往，但受影響之人既因犯罪獲得利益，其信賴不值得保障，故系爭規定仍可成為法律不溯及既往原則之例外，而非憲法所禁止。

因此可見，與本件判決爭議條文近似之前開德國裁判，認為犯罪所得沒收之溯及規定乃屬真正溯及既往。本件判決加以引用，卻未能適切說明何以與真正溯及既往為不同之推論！因此，本件判決就此之立論，不無疑義，故其仍有再商榷之必要！

四、小結

總之，沒收犯罪所得是否具有對人民財產之制裁性質，如認其類似於拘束人身之自由保安處分等，而嚴重干預人民人身及財產等重大基本權利，不應以回復合法財產秩序或不當得利之民事法原則作為沒收新制之立論，認為其非屬刑罰之刑事制裁，而忽視憲法保障人民財產權等基本權觀點，及作為揭禁人權與正義維護之刑法規範標準。

¹⁸ 該判決對於德國刑法施行法第 316h 條(Art. 316 h EGStGB)之憲法審查，不否定其係屬法律效果溯及效力，且認為其係屬例外許可之情形(Die in Art. 316 h S. 1 EGStGB angeordnete Rückbewirkung von Rechtsfolgen („echte“ Rückwirkung) ist nicht an Art. 103 II GG, sondern an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. Hiernach liegt eine Rückbewirkung von Rechtsfolgen vor, die ausnahmsweise zulässig ist. Sie ist hier ausnahmsweise zulässig.)其係指嚴重情節(angesichts des erheblichen Umfangs)，而有微量行為事實(即微量保留; Bagatellvorbehalt)。我國於 2015 年 12 月 30 日修正公布(2016 年 7 月 1 日施行)之刑法沒收新制，關於刑法第 2 條第 2 項之修正理由，係參考德國 2017 年刑法改革之舊法(即有利得沒收; Verfall，新法將之刪除)，其中亦參考當時德國刑法施行法第 307 條過渡規定，其係針對第 1975 條增訂之利得沒收(Verfall)，而非 2017 年刑法修正後所適用前開刑法施行法第 316h 條，故宜留意之。

不同意見書

呂太郎大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

黃昭元大法官 加入

壹、本判決審查之客體

本判決審查之客體，為中華民國 104 年 12 月 30 日修正之刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收……適用裁判時之法律。」（下稱系爭規定）適用於同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定。因此，本判決之重點，在審查同法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項沒收之規定依系爭規定而溯及既往是否合憲。至於其他沒收規定之溯及既往是否合憲，以及第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定本身是否合憲均不在本判決審查範圍內。〔1〕

貳、罪刑法定原則為現代國家法治之基石，文明之指標

一、沒有罪刑法定原則，談不上是文明國家

犯罪之成立及犯罪行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限。換言之，何種行為成立犯罪？成立犯罪後應依何種刑罰、施以如何程度之處罰？均以行為時法律所明文規定者為限，此即罪刑法定原則。罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明文之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，藉以保護人民之生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。故罪刑法定原則，可謂現代法治中最重要法律原則之一，各國莫不據為建構刑事制度之根本前提，並為評價是否為現代文明國家之指標。我國刑法第 1 條即開宗明義揭櫫此一意旨，並經大法官於釋字第 594 號、第 602 號及第 792 號解釋中再三確認為我國重要之憲法原則。要言之，未遵循罪刑法定原則之國家，談不上是文明國家，殆無疑義。〔2〕

二、禁止不利之溯及處罰為罪刑法定原則之核心內涵

罪刑法定原則，既在禁止國家濫用其權力，對於成立犯罪者，施以行為時法律明文規定以外之處罰。因此，不得依行為後制定之法律，對行為人施以處罰。但若行為後之法律更有利於行為人者，適用

行為後之法律，既無國家濫用其權力之疑慮，且對行為人有利，故可例外為之，此即「從舊從輕原則」。要言之，禁止不利之溯及處罰，亦為罪刑法定原則之核心內涵。〔3〕

三、不得以「非刑罰」為名，逃脫罪刑法定原則之控制

（一）應從罪刑法定原則之目的，解釋刑罰之意義

前述〔2〕，罪刑法定原則之確立，目的在禁止國家濫用其權力，羅織行為時法律所未明定之罪名，或施以法律明文規定以外之處罰，以保護人民生命、自由及財產不受來自國家之恣意侵擾。因此，行為當時之法律有關不利於人民處置之規定，性質上是否屬於刑罰，而應受罪刑法定原則之控制，自應綜觀全體法規範之目的與功能以定之。換言之，即使法律條文或立法理由並不使用刑罰之用語，甚至明白指出並非刑罰，但綜觀全體法規範之目的與功能，認為此不利之處置，性質上屬於刑罰者，仍應受罪刑法定原則之控制。蓋若不如此，無異承認立法者得以使用「非刑罰」之文句或理由，輕易逃脫罪刑法定原則之控制，同樣會使罪刑法定原則形同具文¹。〔4〕

（二）各國釋憲實務亦認為類似刑罰者，應與刑罰一樣受較嚴格之實體及程序規範

1.我國釋憲實務

鑑於刑罰為國家對人民之不利處置中最為嚴厲者，故憲法第8條乃就國家為實現刑罰權所進行之程序，特別為嚴格之規定，刑罰以外之處置程序，本非憲法第8條規範之主要對象，但為避免立法者以非刑罰為名，逃脫憲法第8條規定之嚴格程序，大法官向來之解釋，均基於人權保障之意旨，只須處置之性質與刑罰相當者，即應受與刑罰相同之程序規範，從不拘泥於法律所使用之用語。例如於司法院（下同）釋字第812號解釋，將受刑人之強制工作，等同刑之執行看待；釋字第808號解釋，將社會秩序維護法規定之罰鍰，等同或類似刑罰看待；釋字第799號解釋中，將長期強制治療等同刑罰看待；釋字第

¹ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第47卷第3期，第1104頁，2018年9月。

751 號解釋，將檢察官緩起訴處分所命被告應履行之負擔，解為類似處罰；釋字第 708 號解釋，將受驅逐出境之外國人收容，等同強制處分看待；釋字第 664 號解釋，認對於少年施以收容或感化教育，性質上屬於憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 588 號解釋，將行政執行法上拘提管收，視同憲法第 8 條規定之拘禁；釋字第 567 號解釋，將對匪諜之強制工作或管訓處分，認與刑罰無異。〔5〕

尤其釋字第 636 號就檢肅流氓條例案之解釋更提出：「凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」〔6〕

2. 外國之憲法審判實務

德國基本法第 103 條第 2 項雖規定：「行為之處罰，以行為前之法律規定處罰者為限。」但實務上向來將此之處罰，包含刑法及與刑法相類以國家高權對於違法、有責之行為，所為之處罰，學說上多數見解也認為沒收被涵攝在此條項之刑罰概念之內²。在日本，其憲法第 31 條固規定：「任何人未經法律所定之程序，不受生命或自由之剝奪或科處其他刑罰。」但學說及實務亦認為包含行政罰³。〔7〕

在歐洲，具有統合指標之歐洲人權公約，於第 7 條第 1 項規定：「任何人之行為或不行為，在其發生時根據國內法或國際法並不構成刑事犯罪，不應認為犯任何刑事罪。所處刑罰不得重於犯罪時所適用的刑罰。」係就罪刑法定原則為規定。另歐洲人權法院曾認為英國對於販賣毒品之利得沒收係屬刑罰⁴；在被告涉犯非法開發土地罪嫌，但因罪行罹於時效而未經法院定罪之情形下，義大利對於該筆土地及

² 薛智仁，前引註，第 1104 頁。

³ 日本最高裁判所大法庭昭和 41 年 12 月 27 日決定、昭和 43 年 6 月 12 日判決；浦中佐樋・部村藤口・法睦幸陽・穗男治一，注釈日本国憲法（上卷），第 713 頁，平成 3 年初版第 3 刷，青林書院。

⁴ Case of Welch v. The United Kingdom (Application no.17440/90), 9 February 1995.

其上建物之沒收亦屬刑罰⁵。延續此一立場，歐洲人權法院大法庭於2018年6月28日作成更具有指標性之 Case of G.I.E.M. S.R.L. And Others V. Italy 案判決(Applications nos.1828/06 and 2 others – see appended list)，除針對判斷是否屬於公約第7條所定之刑罰列出5種應考量之因素外⁶，更特別指出：「本院重申公約第7條所示刑罰之概念係由本院自主解釋其文義。為使該條有效發揮保護功能，本院自不受表面形式意義之限制，且得評價該特定措施本身是否已實質上構成該條所指之刑罰」⁷「為達成公約之目的，如果僅以當事人是否實行經內國法定義為犯罪之行為及經刑事庭判決有罪，作為認定系爭措施是否具有刑事本質，將與對於刑罰得以自主解釋其意之旨不合。若無法自主解釋刑罰的概念，國家只要不將一項措施歸類為刑罰，即可任意施加該措施，而當事人將無法受到公約第7條第1項規定之保護。該條規定將失去其實質作用。解釋及適用公約，應係以實際及有效之方式為之，而非以理論及不切實際之方式，此係相當重要之原則，且此原則於公約第7條亦有適用」⁸「關於沒收在內國法下的分

⁵ Case of Varvara v. Italy (Application no.17475/09), 29 October 2013.

⁶ 即：1.是否以刑事犯罪定罪為沒收之前提(Whether confiscation were imposed following convictions for criminal offences)。2.內國法對於沒收的分類(The Classification of Confiscation in domestic law)。3.沒收的本質及目的(The nature and purpose of the confiscation measure)。4.沒收效力的嚴重性(The Severity of the effects of the confiscation)。5.沒收的適用及執行程序(Procedures for the adoption and enforcement of a confiscation measure)。

⁷ 原文：The Court reiterates that the concept of a “penalty” in Article 7 has an autonomous meaning. To render the protection offered by this Article effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a “penalty” within the meaning of this provision. (摘自第210段)

⁸ 原文：In the Court’s view, if the criminal nature of a measure were to be established, for the purposes of the Convention, purely on the basis that the individual concerned had committed an act characterised as an offence in domestic law and had been found guilty of that offence by a criminal court, this would be inconsistent with the autonomous meaning of “penalty” (see, to this effect, Valico S.r.l., decision cited above). Without an autonomous concept of penalty, States would be free to impose penalties without classifying them as such, and the individuals concerned would then be deprived of the safeguards under Article 7 § 1. That provision would thus be

類，本院首先注意到本案中作為沒收依據之規定即建築法第 44 條，其上之標題為『刑事制裁』。本院留意到政府辯稱此僅係修法時草擬法案者所犯之錯誤。然而，稽之該條立法歷史資料，尚難認上開辯稱可採。尤有甚者，該條係於 2001 年通過，立法者如有意修正，也有長達 16 年之時間可以修法。就此觀之，沒收實屬公約第 7 條所指之刑罰」⁹。上開歐洲人權法院大法庭之判決，基於人權保障之立場，對歐洲人權公約第 7 條所為之闡示，可謂鞭辟入裏、擲地有聲。〔8〕

由上述可知，各國之憲法審判實務，莫不將憲法有關刑事處罰之要件或刑事審判程序之規範，擴大適用及於非以刑罰為名之其他處罰，以保障人權，避免國家以非刑罰為名，逃脫罪刑法定原則之控制。〔9〕

參、系爭規定採溯及不利沒收，違反罪刑法定原則

一、系爭規定修正前，沒收為刑罰，應受罪刑法定原則拘束

按對犯罪行為應如何對應，各國皆有不同，各種對應方式是否屬於對犯罪行為人之「處罰」，亦應依各國法律而為解釋，已如前述〔4〕～〔9〕。所謂刑罰，係對應於犯罪行為，由國家運用其高權對行為人為不利之處置，以作為其犯罪行為之代價。就我國而言，沒收係對應於行為人之犯罪行為，由國家剝奪行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物，使行為人承受喪失物之所有權或支配權之

devoid of any practical effect. It is of crucial importance that the Convention be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory, and this principle thus applies to Article 7. (摘自第 216 段)

⁹ 原文：As regards the classification of confiscation in domestic law, the Court would first observe the Article 44 of Construction Code, which governs the confiscation measure at issue in the present case, bears the heading “Criminal sanction”. The Court further takes note of the Government’s argument that this wording was simply a mistake on the part of the drafters of this text when the relevant rules were codified. However, this argument is not supported by the legislative history of the provision. Moreover, as the law was approved in 2001, the legislature had sixteen years to correct it should it have chosen to do so. This element indicates that confiscation is indeed a “penalty” within the meaning of Article 7 (see *Sud Fondi S.r.l. and Others*, decision cited above. (摘自第 220 段至第 221 段)

不利，以作為犯罪行為之代價，自屬刑罰之一。故 104 年 12 月 30 日刑法修正前，歷來法條均明文規定沒收為從刑，沒收之客體為行為人所有供犯罪所用、預備犯罪、犯罪所生或所得之物（104 年修正前刑法第 34 條及第 38 條規定參照），除違禁物或專科沒收之外，於犯罪成立並受有罪宣告時，始得宣告沒收，應於有罪判決時併宣告之（105 年 6 月 22 日修正公布之刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定參照），沒收裁判確定後之執行，亦由檢察官依刑事訴訟法為之（刑事訴訟法第 470 條至第 473 條規定參照），行刑權時效亦依主刑定之（104 年 12 月 30 日修正前刑法第 39 條、第 40 條及第 84 條規定參照），故從我國刑法及刑事訴訟法相關規定觀察，沒收係國家對應於犯罪行為，施予行為人不利之處置，作為其犯罪為之代價，與犯罪行為密不可分，有補主刑不足之功能（主刑只能對行為人之人身為之，例如剝奪其生命、自由或命為財產給付或易服勞役，無法由國家對行為人之財產直接處置），性質為刑罰者，並無可疑。學說及實務上雖有認為沒收亦有保安處分之性質者，但幾無主張沒收純為保安處分而無刑罰性質者。〔10〕

要言之，從法條明白宣示之沒收屬性、有關沒收之客體內容、整體配套及學說實務見解觀之，刑法修正前之沒收為從刑之一，性質上為刑罰，毫無疑義。〔11〕

二、即使是修正後之沒收，亦非全無刑罰性質

按修正前之沒收為刑罰，故關於修正前之行為為沒收者，應適用罪刑法定原則，至於修正後之新法就沒收為如何規定，不得影響該行為應受罪刑法定原則之保護。何況，修正後之新法所規定之沒收，更不利於行為人，且其法律屬性亦非全無刑罰性。理由如下：〔12〕

（一）依修正後之刑法第 38 條至第 38 條之 3 規定，沒收之客體，為「犯罪」行為所用、預備之用、所生之物或犯罪所得，其用語與修正前之刑法第 38 條第 1 項第 2 款及第 3 款規定基本上相同。雖新法使用「犯罪所得」，文義範圍較廣，除舊法之「犯罪所得之物」外，尚包含「犯罪所得之利益」，但均出於「犯罪」而來，却無不同。舊

法之沒收，因屬從刑，必犯罪成立後，方有就犯罪行為所用、預備之用、所生之物或犯罪所得之物為沒收之問題，故所謂「犯罪」乃指犯罪成立而言。此一舊法時期之用語，於新法仍然沿用，自不能否認沒收仍有刑罰之意義。〔13〕

從修正後之刑法第 38 條及第 38 之 1 沒收之規定而言，即使沒收屬於行為人犯罪所得之物或利益，此物或利益，如係行為人基於交易行為而來，通常亦包含行為人之成本、稅捐等在內，其一併沒收之結果，亦包含剝奪行為人為犯罪行為所付出之固有財產在內，對於行為人而言，自屬處罰。〔14〕

（二）新法雖參考德國刑法，並於第 38 條之 1 規定之立法理由中論及「至該違法行為不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，爰增訂第二項，以防止脫法並填補制裁漏洞。」云云。然：〔15〕

1. 罪刑法定原則之下，刑罰沒有「漏洞」可言。在法律體系內，係使用抽象之文字，規範立法者所預想之社會事實，有時因立法之疏漏，致某一社會事實欠缺法律規範，形成紛爭無法解決，因而發生所謂「漏洞」，此時為使該社會事實得圓滿解決，必須通過法律解釋方法，將此「漏洞」填補。然而，刑法非係全面規範社會事實之法律，而僅係立法者就所有社會事實中，選擇認為應構成犯罪之行為，以及就其行為應如何處罰，加以規定，於未經立法者選擇為犯罪之行為及處罰，即不成立犯罪或不為該處罰，縱使因此法律之文義可能無法及於某些行為，而有「失出」之情形，但此為罪刑法定原則可以預見之結果。這在一百多年前（西元 1905）之清末，初次引進現代刑法之刑律草案即明定罪刑法定原則，並於立法理由中指出：「茲擬准泰西文明之制，不論何種行為，概不得以未定之法律治之。法網稍闊，容有失出之弊，然失出究愈於失入，權衡弊之輕重，亦應爾也。」¹⁰因此，在罪刑法定原則下，概念上不發生「應予論罪或處罰，卻疏未論

¹⁰ 參閱：黃源盛纂輯，元照出版有限公司出版，2010 年 7 月初版，晚清民國刑法史料輯注（上），第 7 頁，1905 年（清光緒 31 年）由章宗祥與董康聯合草擬之刑律草案第 5 條立法理由參照。

罪或處罰」之「漏洞」問題，即使立法者透過修正或增訂法律，將過去未予規定為犯罪之行為，規定為犯罪，或增加過去未有之刑罰，亦係立法者因應社會新情事之必要，而為「增訂」之犯罪或刑罰，並非「填補」過去未規範之「漏洞」，更不能以此為詞，以填補漏洞之名，而為溯及既往之規定。〔16〕

2.新法就何以依第 38 條之 1 第 2 項規定所為沒收，不以具有可責性，不以被起訴或證明有罪為必要，提供任何法律條文為依據，於罪刑法定原則之下，審判實務上自不能依據立法理由為刑事處罰〔49〕。對照後述〔18〕，此與德國刑法第 11 條第 1 項第 5 款明定沒收之對象為僅完成構成要件行為之所得，而非具備有責性之犯罪行為之所得，不生違反罪刑法定原則者，不同。何況刑法第 38 條之 1 第 2 項規定，係針對第三人擴大利得沒收之規定，尤不宜據此規定之立法理由，推論其他客體所為沒收之屬性。〔17〕

3.德國刑法是針對違法行為（*rechtswidrige Tat*）所用、所生、所得之物或利益，為沒收（德國刑法第 73 條規定以下參照），我國新修正之刑法第 38 條第 2 項規定，亦使用與德國刑法相同之用語。但德國刑法適用沒收規定之違法行為（*rechtswidrige Tat*），依同法第 11 條第 1 項第 5 款規定，僅指完成構成要件之行為（*nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht*；）。因此，得為沒收之標的物或利益，只須行為係具備侵害性、違法性之違法行為即可，縱不具備有責性而非犯罪行為，其所得、所用、所生之物，仍得為沒收標的，此乃德國法律所明文之規定，無違反罪刑法定原則之問題。反之，我國刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項，均規定係針對「犯罪」行為之所用、預備之用、所生之物或犯罪所得為沒收者，與德國刑法規定，並不相同，未必可將德國法原樣照搬，據為解釋我國法。何況德國學者亦主張，刑法之沒收，其性質為刑罰、具有懲罰性質之附加刑、類似刑罰性質之制裁或措施，採從舊從輕原則，亦有禁止溯及既

往之適用¹¹。〔18〕

4.從新修正之刑法第 38 條及第 38 條之 1 第 1 項規定對行為人之沒收，與第 38 條之 1 第 2 項規定對第三人之沒收，二者對照觀察：前者，其沒收之客體均為「犯罪」所用、預備、所生或所得者，後者則為因他人之「違法行為」所得，用語尚有不同。然第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項規定為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限。即便依立法說明所稱，後者不以具備「有責性」為必要，致適用前者之條件較嚴格，後者較寬鬆，前者有利於被沒收者。然此種立法之疏忽所造成之不同結果，不論從罪刑法定原則、人權保障之觀點，亦均應依前者規定而為有利於被沒收者之解釋，認為得為沒收之客體，以「犯罪」所得者為限。〔19〕

（三）刑法於第 5 章之 1，就沒收設獨立章節，係為擴大對第三人之沒收，並規範沒收之要件及執行方法而設，但此與沒收如何定性，無必然關聯，不可能以移動條文位置，即改變沒收之性質。如同刑法不可能透過將有期徒刑移出第五章「刑」而另立一章，即否定其刑罰性，否則「罪刑法定原則」亦將束之高閣¹²。何況第 38 條之 1 第 2 項規定之沒收，係因無法依同條第 1 項為沒收時，用以補充同條第 1 項不足之規定，故判斷得否依同條第 2 項規定對第三人沒收，必以得依同條第 1 項沒收之客體為限〔19〕。怎能反而依對第三人沒收之客體屬性，推論對行為人之沒收客體屬性，進而謂沒收之客體，不以行為人具備有責性為要件？〔20〕

（四）即使依修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之立法理由，認為

¹¹ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正——質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版；林書楷，刑法總則，第 581 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第 53 期，第 25 頁，2018 年 1 月；薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，第 1102 頁，2018 年 9 月。另上開文獻所引用之德國學說，亦請參照。

¹² 林書楷，刑法總則，第 584 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

得沒收之客體，不以行為人具備「有責性」為必要，然亦不能以偏概全推論所有之沒收，均係針對不具備「有責性」之行為所為。蓋從訴訟實務言，應適用修正後刑法第 38 條及第 38 條之 1 規定沒收之案件，仍為多數，至於依第 38 條之 1 第 2 項規定沒收，畢竟少數例外，豈可以少數例外之規定，解釋普遍之一般案件應適用之原則？就對行為人之沒收而言，固亦有不具備「有責性」而違法取得者，但仍屬少數中之少數，絕大部分情形，適用新沒收規定之行為人，均係成立犯罪。此時，沒收當然亦是針對行為人之犯罪行為，施以不利處分，以作為其犯罪行為之代價，此之沒收怎能謂非「刑罰」？〔21〕

（五）或謂沒收已修正為具獨立性之法律效果，故其宣告，不必然附隨於裁判為之，且不必受有罪判決，即得單獨宣告沒收（刑法第 40 條第 3 項規定立法說明參照），故沒收之客體不限於因犯罪行為而來，沒收並非刑罰云云。然本條係針對沒收程序之規定，並非變更得沒收之客體，且其適用僅為例外情況，非一般原則，本不得依例外規定，解釋原則性規定。何況依本條規定，反可推知，如非於上開例外情形，須待有罪判決始得宣告沒收（刑事訴訟法第 309 條第 1 款規定參照）。〔22〕

（六）或謂「因犯罪所得之沒收性質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰」云云（刑法第 38 條之 2 規定立法說明二參照）。然依新法第 38 條規定之沒收，其沒收之物係供犯罪所用、預備犯罪之物者，純為行為人固有財產，並非行為不當取得之財產，如予沒收，豈可以剝奪行為人之不當得利名之？縱沒收之物為因犯罪所生之物，亦係行為人以犯罪行為加工所得之物，亦不能謂係行為人之不當利得。即便為犯罪所得，於犯罪行為完成時，即於行為人占有支配之下，此一占有支配之關係，當然為利益（至於此利益應否剝奪，為另一問題），國家經由沒收制度，剝奪行為人已取得之此一利益，自屬對應於行為人之犯罪行為，而為行為人不利之處置，以作為其犯罪之代價，亦具有處罰之性質。何況若犯罪所得係透過交易行為而取得，通常所得之物或利益，亦包含行為人所支付之成本或稅捐等，國家將

此所得沒收者，亦包含剝奪行為人為此次交易所支付之成本或稅捐等固有財產，而非僅返還行為人因犯罪所得之不當得利。再依修正後規定，不問是否扣案或是否現仍存在，均予沒收，無法執行沒收時，將追徵行為人之固有財產（刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 3 項規定參照），與舊法僅「得」沒收不同。故於舊法，已廢失而不存在者，實務上認為不予沒收（司法院院字第 2259 號、最高法院 81 年度台上字第 5194 號刑事判決及 85 年度台上字第 2857 號刑事判決參照）。但依修正後之新法，即使犯罪所得之物已不存在，仍應以剝奪行為人固有財產作為對其犯罪行為所加之痛苦或不利，而非僅剝奪其因犯罪所得之物，此剝奪行為人固有財產之效果，當然為刑罰而非不當得利。何況國家並非因行為人取得犯罪所得而受害，縱行為人取得犯罪所得為不當得利，亦為被害人依民法規定，請求返還該不當得利，並附加利息，而非國家得予剝奪而代行為人取得該利益，否則國家豈非應依不當得利之法則，返還該利益並附加利息予被害人？〔23〕

（七）或以為依新法，沒收之範圍與行為人可歸責之程度無關，故非刑罰云云。然依舊法規定，是否沒收，原則上亦與行為人之可歸責性無關，但並不妨害其具有刑罰之性質。又依刑法第 58 條規定，科罰金時，除依同法第 57 條規定審酌一切情狀外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重。可知如何將犯罪所得利益，實質剝奪，修法前後均允許透過罰金之數額，達到目的。就此而言，更可印證罰金與沒收，本質有相通之處，實際亦有互補之功能。〔24〕

（八）就沒收程序而言，沒收係依刑事訴訟程序為之，除有刑法第 40 條第 3 項規定或單獨宣告沒收之情形，均附隨於刑事審判之本案程序進行，於有罪判決時併於主文諭知後，由檢察官以處分方式執行（刑事訴訟法第 309 條第 1 款、第 470 條至第 473 條規定參照），係對應於判決被告有罪後之處置，亦足見具有刑事處罰之性質。〔25〕

三、縱使修正後沒收非刑罰，亦類似刑罰，仍應適用禁止不利溯及原則

應說明者，如行為時沒收非為刑罰，則有關沒收之事項如何辦理，雖無法直接適用罪刑法定原則。但若沒收性質為刑罰以外之處罰，仍應適用無法律即無處罰之原則，不得溯及既往為不利行為人之沒收，如法律已就該處罰有禁止溯及之規定者，依其規定固無問題，即使法律未為規定，亦應將罪刑法定原則，類推適用於非刑罰之處罰〔4〕～〔9〕。我國除刑法第1條為此規定外，社會秩序維護法第2條及行政罰法第4條規定，就國家對於人民之處罰，亦有相同規定，即出於此一法理。即便沒收既非刑罰又非處罰，仍應考慮如何適用法律不溯及既往之一般原則。〔26〕

應附一言者，以行政罰法第20條及第22條規定為例，亦有與本次新修正沒收相類似追徵不當利得、擴大沒入之規定，但同法第45條特別明文規定不溯及處罰。可知並非規定不當利得之沒收或追徵或擴大對第三人之沒收，即可排除不利溯及處罰禁止之原則。嚴屬性不若刑罰之行政罰，尚堅持禁止溯及處罰，何況乎刑罰？〔27〕

四、系爭規定為真正溯及之規定

（一）系爭規定變更了百餘年來之立法

我國現代刑法之草創，始於清末，1905年由章宗祥及董康參考日本法而聯合草擬之刑律草案，除於第5條規定：「凡法律無正條者，不論何種行為，不得處罰。」宣示罪刑法定原則外，另於第15條規定剝奪公權、管束、沒收為附加刑，第31條第1項規定：「凡沒收之物，記列如左：一、違禁之物。二、供犯罪所用及預備之物。三、因犯罪所得之物。」第2項規定：「違禁之物不問何人所有，概行沒收。餘物以屬於本犯者為限。」此草案中關於沒收之刑罰屬性及其沒收之客體，經1907年日人岡田朝太郎協助完成之「刑律草案」（為第一部近代歐陸式新刑法典，第1條規定不溯及、從新原則，但舊法不以為罪，不在此限，第10條規定罪刑法定原則、第37條規定沒收為從刑、第48條規定沒收客體）、1911年大清新刑律（條號及內容，同前述1907年草案）、1912年中華民國暫行新刑律（條號及內容，同前述1907年草案）、1928年中華民國舊刑法（第1條規定罪刑法

定原則、第 2 條規定從新從輕原則、第 50 條規定沒收為從刑、第 60 條至第 62 條規定沒收之標的物) 及 1935 年中華民國刑法(第 1 條規定罪刑法定原則、第 2 條規定從新從輕原則、第 34 條規定沒收為從刑、第 38 條規定沒收之客體)，直至 104 年修法前，一百多年來，均無重大變更，系爭規定可謂變更了百餘年來之沒收制度¹³。〔28〕

(二) 是否為溯及規定，應視構成要件事實是否於舊法時即已完成

1. 是否溯及規定之判準

依據本判決所援引之釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋，均謂：「按新訂之法規，原則上不得適用於該法規生效前業已終結之事實或法律關係，是謂禁止法律溯及既往原則。倘新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規。此種情形……無涉禁止法律溯及既往原則。」依此，「構成要件事實」於新法規生效「施行後」始完全實現者，始應適用新法。若構成要件事實於新法規生效「施行前」已完全實現者，即應適用舊法。〔29〕

應特別深論者，乃上開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」其意義為何？按「關係」云者，乃兩事物間之互動。此互動有係物理性之互動（例如日、月、地球間之互相影響，地球暖化與環境生態之互相影響），有係人與人間在感情上（例如男女朋友）、經濟上（例如消費者與生產者）、倫理上（例如五倫關係者之間）或法律上（例如權利人與義務人）之互動等。所謂法律關係，係指依法律規定所生之互動關係，此一互動關係即為法律效果，雖以權利與義務關係為最常見關係，但不以此限，例如法之地位、資格等，亦包含在內。〔30〕

應進一步說明者，就成文法律一般性結構觀察，完整之法條，通

¹³ 上開條文內容，參照各國刑法彙編（上），司法行政部編輯，司法通訊社發行，69 年 6 月出版；黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上），元照出版有限公司出版，2010 年 7 月初版。

常以「……者，……。」呈現，其中，前段為構成要件事實，後段為法律效果。所謂構成要件事實，指能發生法律效果之事實，為可經由五官感受或透過證據、科技予以認識之物質世界，訴訟上是否有此事實，可依證據證明之。至於法律效果則為立法者所決定之規範世界，不是證據可證明。何種事實始為構成要件事實，亦即立法者要將何種事實賦予法律效力，係由立法者依其規範目的作出選擇。例如在民事法律，構成要件事實可能是人之行為（例如法律行為、侵權行為、無因管理行為……）、自然之事實（例如添附）等。在刑法，構成要件事實則僅限於犯罪行為人之行為。〔31〕

所謂「法律關係」，應指特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係（例如因買賣契約之構成要件事實與其所生之買受人與出賣人間之權利義務，構成買賣關係；因殺人之構成要件事實與應受死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑之刑罰，所構成殺人罪之罪刑），離開構成要件事實，無所謂法律效果可言，亦不生法律關係。因此，前開解釋所稱「法律關係，跨越新、舊法規施行時期」，係指「特定構成要件事實及所連結之法律效果之關係，跨越新、舊法規施行時期。」如此，方能與前開解釋所稱「構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規」之邏輯一貫。〔32〕

2. 不法財產秩序之持續，不是構成要件事實之持續

本判決認為：「系爭規定，雖導致刑法第 38 條之 1 第 1 項、第 2 項沒收犯罪所得之規定，適用於該條施行前已發生之犯罪所得，然因該不法財產秩序，於該條規定施行後，仍繼續存在，故系爭規定屬不真正溯及既往之法規範，而無違法律不溯及既往原則。」雖引用釋字第 620 號、第 717 號及第 783 號解釋之前例，說明法律不溯及既往之概念，但却完全逸脫前開解釋以構成要件事實何時完成，作為判斷是否屬於溯及規定之基準。〔33〕

然而，刑法所規範之對象，為犯罪行為，並針對犯罪行為給予一定之處置（刑罰、保安處分等），至於犯罪行為所生之結果如何，有時雖為判斷構成要件是否該當之一要素，亦為量刑應審酌之事項，但

刑法並不單純就犯罪之結果（例如死亡、受傷、財物損失等）另規定其法律效果（本判決所謂犯罪後之法秩序？）易言之，犯罪所生之結果並非構成要件事實，不因犯罪行為所生之結果，橫跨新舊法，發生應如何適用新舊法之問題。如依本判決見解，認為為除去舊法時期犯罪所生之不法財產秩序而制定新法，即無涉法律不溯及既往原則，那麼凡是發生於舊法之犯罪，立法者均得以該犯罪所生之不法秩序尚未除去為由，重新制定新法以除去之，以回復法秩序。例如於被害人受傷未癒時，以新法規定被告須服侍被害人至傷癒為止，於被害人物品、建物被毀損時，以新法規定被告須修繕至完全修復為止，於被害人名譽受侵害時，以新法規定被告須登廣告、洗門風至被害人名譽已完全回復為止，則所謂罪刑法定原則，將流於一種空洞口號，毫無意義可言。〔34〕

3. 系爭規定為真正之溯及既往

依系爭規定，沒收適用裁判時之法律，而犯罪行為若已進入法院審判程序並將為裁判，此時符合構成要件事實之犯罪行為當已完結。因此，系爭規定所適用之犯罪行為，可以包含兩種。其一，犯罪行為於系爭規定施行前已完結，但尚未經裁判。其二，犯罪行為於系爭規定施行後才完結。於第二種情形，犯罪行為既於系爭規定施行時，尚在持續中，自應適用系爭規定，固不生溯及既往之問題。但於第一種情形，系爭規定則為真正溯及既往之規定。〔35〕

（三）系爭規定非與「禁止溯及既往」無涉

系爭規定之立法說明謂：「本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之『溯及既往』無涉。」然系爭規定適用刑法第 38 條之 1 第 1 項及第 2 項規定之結果，已使沒收之客體擴大，凡犯罪所得均一律沒收，不宜或不能執行沒收者，追徵其價額，並擴大對第三人利得沒收之制度，均改變修正前之規定而更不利於行為人或第三人，且依系爭規定適用修正後之沒收，性質上仍有刑罰性質，均如前述〔12〕。又罪刑法定原則並不僅適用於犯罪成立與否之規定，犯罪成立後應如何處罰，亦應受罪刑法定原則之控制，故

系爭規定確有溯及適用而不利於行為人或第三人之處罰效果，上開立法說明謂系爭規定與罪刑法定原則下，禁止溯及既往原則無涉，實難贊同。〔36〕

五、系爭規定較修正前更不利於行為人

（一）就系爭規定修正前後之沒收規定比較言之，系爭規定所適用之刑法第38條之1第1項，將沒收之客體擴大包含犯罪所得利益，較修正前僅限於犯罪所得之物為廣，又犯罪所得應沒收，不能或不宜執行沒收者，追徵其價額，亦較修正前係規定「得」沒收，且無追徵之規定者，對行為人不利。依系爭規定所適用之刑法第38條之1第2項，更擴大至修正前所無之對第三人沒收，故系爭規定適用刑法第38條之1第2項之結果，對第三人亦屬不利。〔37〕

（二）雖系爭規定之立法說明謂：「此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。」云云，然刑法本身，就新法之沒收客體，仍具刑罰性質，已如前述〔12〕。就應被沒收之行為人或第三人而言，不論將沒收定性為刑罰或非刑罰，對其財產均因沒收而生被剝奪之結果，並無不同。因此，所謂對行為人利或不利之比較，應從沒收之效果觀察，而非沒收之性質。立法說明以系爭規定所適用之沒收新法並非刑罰，認不受罪刑法定原則之拘束云云，無異認為立法者可以新法繞過刑罰之用語，逃脫罪刑法定原則之控制，委實難採。〔38〕

六、充滿疑義之溯及沒收理由

（一）104年修正之立法過程及理由

1.法務部及立法院各黨團所提草案採不溯及既往原則

有關沒收修法之各版本，不論是法務部報請行政院院會通過會銜司法院之政府提案（立法院第8屆第8會期第13次會議議案關係文書院總第246號政府提案第15453號參照。另參照行政院第3473次會議通過之法務部擬具「中華民國刑法」部分條文修正草案）、民進黨黨團所提版本（立法院議案關係文書院總第246號委員提案第18153號參照）或國民黨黨團所提版本（立法院議案關係文書院總第

246 號委員提案第 18193 號參照)，都規定沒收「適用行為時之法律」。
〔39〕

應值說明者，法務部報請行政院院會通過與司法院會銜之原提草案，於第 2 條第 3 項規定：「沒收，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律；第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式，適用裁判時之法律。」並於立法說明中明確指出：「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量，以適用行為時法為當；至第 40 條第 2 項及第 3 項所定得單獨宣告沒收之方式，應適用裁判時之法律，惟此僅限於因法律修正涉及訴訟程序之法律適用。至於訴訟程序以外關於沒收範圍等實體事項，仍應適用行為時之法律。」可知沒收適用行為時法，係政府機關經學者專家審慎研究後，所採方案。〔40〕

2. 立法院黨團協商得出改採溯及既往原則

裁判時法律之規定，則是經黨團協商產生（系爭規定立法說明參照）。系爭規定修正為沒收適用裁判時之法律，既非政府提案，無從由政府提案或法律研修過程瞭解修正之理由，又立法院經黨團協商通過之理由為何，亦未公布，難以明瞭修正之真正理由。惟從刑法主管機關法務部就此黨團協商通過之條文所提供之立法說明參考資料，當亦可相當程度反應其修法理由。依法務部為此協商結論所提供之立法說明參考資料，略以：〔41〕

(1) 此次修法已明定沒收為獨立之法律效果，確認沒收已不具刑罰本質，自無罪刑法定原則之適用與適用行為時法之必然性。〔42〕

(2) 與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。〔43〕

(3) 「任何人都不得保有犯罪所得」是長久存在的普世基本法律原則。刑事法領域亦然，剝奪犯罪所得，更是基於打擊不法、防止犯罪之主要手段。換言之，犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。〔44〕

(4)本次沒收之修正，並未涉及犯罪與刑罰之創設或擴張，故與原則性禁止之「溯及既往」無涉。〔45〕

(5)另德國刑法施行法第 307 條係針對 1975 年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定，對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。〔46〕

(6)參諸司法院釋字第 525 號解釋意旨，對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求，故適用裁判時法之立法政策決定，亦符合憲法本旨。〔47〕

(7)在個案適用時，得透過第 38 條職權沒收及新增之第 38 條之 2 過苛條款予以調節，兼顧比例原則。〔48〕

（二）不得依立法理由處罰人民

依系爭規定適用修正後刑法第 38 條之 1 第 2 項之結果，係針對「違法行為」所得為沒收。但何謂「違法行為」？我國刑法並未如德國刑法於第 11 條第 1 項第 5 款為明文，而係依法務部所提供之立法說明，謂不以行為具備「有責性」為必要。此種透過行政部門所提供之立法說明，設定不利於人民之處罰條件，以取代應由法律明文規定之法律，如可通過憲法之違憲性審查，那麼「罪刑法定原則」或「無法律即無處罰」之憲法原則，將流於空談。（其餘參考前述〔17〕～〔19〕之說明）〔49〕

（三）沒收不能比擬非拘束人身自由之保安處分

系爭規定之立法說明雖謂：「與沒收本質較為相近之保安處分，就非拘束人身自由之保安處分，即適用裁判時之法律，故沒收適用裁判時法並非特例。」然沒收具有刑罰性，其對象為一般犯罪行為人，主要目的在於處罰，且係針對財產為之，執行之範圍固定，一旦沒收即無回復該財產之可能；至於保安處分純為預防將來再犯目的，除對外國人得採驅逐出境外，通常係針對有再犯傾向之人，施以治療、隔絕、保護管束等措施，以改善再犯可能性，故均係針對行為人之人身

為之，於處分目的達成時，即予停止，執行之期間較具彈性，且一旦停止執行，即回復未執行前之狀態。可知沒收與保安處分二者，本質、目的及對行為人之影響，明顯不同，難以相提並論。〔50〕

何況沒收係剝奪人民之財產，如果是鉅額之沒收，或掏空一切之沒收，對於行為人而言，其結果可能比判決處有期徒刑或人身自由受限制之保安處分，更為嚴重，豈可無條件之不利溯及？〔51〕

（四）美麗而危險之立法理由

1.系爭規定之立法說明謂：「任何人都不得保有犯罪所得（Crime doesn't pay；Verbrechen dürfen sich nicht lohnen！）」是長久存在的普世基本法律原則。犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍，自應予以剝奪，以回復合法財產秩序。」〔52〕

2.然而，所謂「任何人都不得保有犯罪所得」，可能僅是一句美麗而危險之詞藻，引人入勝但漏洞百出、處處陷阱。例如由「任何人都不得保有犯罪所得」一詞，導出「犯罪所得本非屬犯罪行為人之正當財產權，依民法規定並不因犯罪而移轉所有權歸屬，法理上本不在其財產權保障範圍」之結論，即與現行民法及刑法有關財產權保護之規定，大相徑庭。〔53〕

首先，如果犯罪所得不受財產權保護之結論可以成立，豈不代表「黑吃黑」是法律所允許？如「黑吃黑」為法律允許，那麼「吃黑者」又被「黑吃黑」，也會被允許，如此一再循環，豈是憲法所能容忍之財產秩序？上開結論完全忽略憲法所保障之財產權，並不以合法取得之財產為限，即使非合法取得，欲加以剝奪，仍須遵守法律所定之條件與程序，以避免紛爭之延續與擴大之意旨。從而，未依法律程序而剝奪他人因犯罪所得之物，仍為法律所禁止，例如：1.甲施用詐術致乙陷於錯誤而將所有珠寶一件，低價出賣予甲，縱使甲係以犯罪行為詐得之該珠寶，但其惡意取得之占有，仍受民法保障，丙若盜之、搶之，將該珠寶據為己有，甲仍得依民法第 962 條規定，請求丙返還。又 2.丙若竊取或搶奪該珠寶，仍係侵害甲受法律保護之財產持有法

益，而成立刑法第 320 條第 1 項之竊盜罪或第 325 條第 1 項之搶奪罪。
〔54〕

其次，甲不因犯罪而移轉所有權歸屬之結論，亦不當然正確。如前例，甲雖施用詐欺買得該珠寶，若受詐欺之乙並未依民法第 92 條第 1 項規定撤銷其出賣之意思表示，甲、乙間之買賣契約仍屬有效，甲仍可取得該珠寶之所有權。〔55〕

3. 尤應注意者，更不能由「任何人都不得保有犯罪所得」，導出「犯罪所得不具有值得保護之正當信賴」，故沒收可無條件地溯及，而不受罪刑法定原則控制之結論。蓋「任何人都不得保有犯罪所得」，本來就可能與民法等法律規定不符，而且欠缺作為刑法規範之明確性特質。如據以推論出對於行為人犯罪所得可溯及沒收之結論，後果將十分嚴重。〔56〕

所謂「值不值得保護之正當信賴」，本來就含有極高成分之主觀的價值評價，不但每個人都有其觀點，言人人殊，更可能因時間、環境不同而異，並非放諸四海皆準。以前述〔39〕～〔41〕系爭規定之立法過程為例，法務部原提案說明指出「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益」，但經立法院黨團協商後，變更為「對於犯罪所得之持有人，難認其有何強過公共利益之信賴保護需求」，做為刑法主管機關，短期內竟有完全相反之觀點，可知其內涵之浮動不定，豈可以之為溯及處罰人民之論據？如果「任何人都不得保有犯罪所得」，可以作為溯及沒收之理由，那麼「任何人都必須為其犯罪付出應有之代價」，也可以成為行為後以新法律增加刑度，並溯及適用，以符合「犯罪行為與處罰之相稱性」之理由，其後果將不堪設想。〔57〕

本席認為，於罪刑法定原則之下，只要行為時之法律未規定應予以沒收，或法律雖規定得予沒收，但法院未予沒收之財產，即屬受法律保護之財產，除了因犯罪行為而權利受侵害之第三人，可依據民法等法律，對該未經沒收之財產主張權利外，並非任何人都可以如此主張，國家更不得本於刑罰權為之。換言之，超過行為時法律所規定沒收範圍之財產，便不是「任何人都不得保有犯罪所得」之財產，如國

家以制定事後法之方式，對此財產為沒收，性質上即屬對已受法律保障之人民財產為沒收，自非憲法所許。〔58〕

（五）出於對德國法之誤解而立法

1. 依法務部所提供之立法說明，謂：「德國刑法施行法第 307 條係針對 1975 年增訂之利得沒收（Verfall）定有過渡條款，明定對於修法前實行之犯罪所得的沒收宣告，原則上適用裁判時（新）法之規定。對此規定，德國聯邦憲法法院亦未曾為違憲之宣告，故沒收新法適用裁判時法，比較法例上亦有其先例。」〔59〕

2. 然而德國刑法總則，係規定沒收準用刑罰之規定（德國刑法第 2 條第 5 項沒收準用第 1 項至第 4 項刑罰之規定），禁止不利之溯及沒收，原則上適用「行為終了時之法律」，但裁判前有變更者，適用「最有利於行為人之法律」（德國刑法第 2 條第 5 項沒收準用第 1 項至第 4 項刑罰之規定）。而依德國刑法施行法第 307 條第 1 項第 1 款規定，得適用新法關於沒收之規定者，以舊法已有規定利得沒收或一般沒收為前提。只有在「關於估算、過苛情形之裁判、利得沒收之效力及其事後宣告」可完全適用新法（同條項第 2 款）。且同條第 3 項規定，如舊法對被沒收較有利者，即不適用第 1 項第 1 款之規定，可謂係從輕從新之規定，與德國刑法第 2 條第 5 項之規定相同，與我國系爭規定無條件地採完全溯及既往迥然有別¹⁴。故學說認為，引德國刑法施行法第 307 條作為沒收溯及之立法例，係出於誤會¹⁵，非出無因。〔60〕

要言之，德國刑法施行法第 307 條係從新從輕之立法，並非無條件溯及既往，與我國刑法第 2 條第 1 項採從舊從輕之結論相同。系爭

¹⁴ 林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

¹⁵ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正——質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版；張志偉，刑法不法利得沒收制度溯及適用之憲法問題，法令月刊，第 68 卷 6 期，第 123 頁，2017 年 6 月；柯耀程，沒收制度的實然與應然，東海大學法學研究，第 53 期，第 25 頁、第 26 頁，2018 年 1 月；林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

規定修正之立法說明實出於誤會。〔61〕

3.德國聯邦憲法法院就德國行法施行法第 307 條之判決，係謂「刑法第 73d 條並未違反禁止溯及既往。根據德國聯邦最高法院之見解，擴大利得沒收對於受干預人在指示適用刑法第 73d 條規定生效前所取得之標的，依據刑法第 2 條第 5 項結合第 1 項而不適用之。在此無憲法疑慮之法律解釋下，擴大利得沒收之規定並沒有溯及既往效力。」¹⁶明確指出在德國法背景下，關於擴大利得沒收，並無溯及效力。學說上認為我國系爭規定誤引該憲法法院見解，認為德國係採溯及沒收，但憲法法院認為合憲，據為立法參考之依據，實有嚴重誤解¹⁷。〔62〕

（六）德國刑法原則上仍禁止不利之溯及沒收

德國雖於 2017 年就沒收再為大幅修正，但做為刑法原則性之總則編第 2 條第 5 項，仍維持沒收準用刑罰規定，採從舊從輕原則。至於其刑法施行法雖同步修正第 316h 條，規定沒收規定之溯及適用於 2017 年 7 月 1 日施行後第一次就沒收作成之裁判，但限於 2017 年 4 月 13 日前法院不曾裁判「是否」宣告沒收之事件，以維護法之安定性。亦即如下級審於 2017 年 4 月 13 日前已宣告不予沒收，縱案件繫屬於上級審時該法已施行者，仍適用舊法¹⁸。〔63〕

申言之，即便德國於 2017 年大幅修正沒收之規定，但於刑法仍維持準用刑罰規定，採從舊從輕原則，至於其刑法施行法第 316h 條之溯及適用，亦有其條件與限制。何況依學者研究，即使是德國刑法施行法第 317h 條之規定有限度之溯及沒收，不僅德國學者亦對此表示質疑違反罪刑法定原則及禁止溯及既往原則，也引發部分德國法院

¹⁶ 連孟琦，擴大利得沒收之合憲裁判--德國聯邦憲法法院裁定 BVerfG 2 BvR 564/95(BverfGE 110,1)，月旦裁判時報，第 48 期，第 165 頁，2016 年 6 月；張志偉，同上註。

¹⁷ 林書楷，刑法總則，第 587 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司；張志偉，同上註。

¹⁸ 薛智仁，刑事沒收制度之現代化：2015 年沒收實體法之立法疑義，臺大法學論叢，第 47 卷第 3 期，2018 年 9 月，第 1102 頁。

以其違反德國基本法第 103 條第 2 項與歐洲人權公約第 7 條罪刑法定原則為理由，拒絕適用上開施行法溯及既往條款，亦有律師表示衷心期待有更多法院拒絕適用¹⁹。〔64〕

但在我國經由系爭規定將沒收無條件全面溯及適用，即便日後再就沒收之個別條文再為修正，亦一律適用再修正之新規定，且不論下級審是否宣告沒收，一律以上級審裁判時為準，與德國刑法大不相同。〔65〕

要之，我國依系爭規定溯及適用之沒收範圍，遠遠超過德國法，等同透過系爭規定，給了沒收制度可逃脫罪刑法定原則下禁止不利溯及原則，無限期之通行證，日後不論沒收再為如何修正，亦均適用再修正之規定，不發生違憲問題，其後果確實嚴重。〔66〕

（七）釋字第 525 號解釋，與沒收不同

按釋字第 525 號解釋係針對銓敘部先以函釋，將後備軍人轉任公職考試比敘條例第 3 條第 1 款適用對象常備軍官，擴張及於志願服 4 年預備軍官現役退伍之後備軍人，嗣又停止該擴張之函釋，是否損及志願服 4 年預備軍官現役退伍之後備軍人轉任比敘之信賴保護利益為解釋，是「應給予利益而停止給予」之服公職權保障問題，與溯及沒收為「不應剝奪而剝奪」之人民財產權保障問題，完全不同，本難比擬。〔67〕

何況，依該解釋，除非法規預先定有施行期間、因情事變遷而停止適用不生信賴保護問題，或法規有重大明顯違反上位規範情形或法規係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護外，即應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，始符合憲法信賴保護原則。就系爭規定而言，並無該解釋所指不生信賴保護或不值得保護之情形，竟未採過渡期間之條款，依上開解釋意旨，自屬違反憲法信賴保護原則。〔68〕

（八）過苛條款與禁止溯及既往原則無關

¹⁹ 林書楷，刑法總則，第 587 頁及第 588 頁，2020 年修訂 5 版，五南圖書出版股份有限公司。

修正後之刑法第 38 條之 2 雖規定，前二條之沒收或追徵，有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要者，得不宣告或酌減。但不利之溯及沒收，是否合憲？應否禁止？為前提問題，如屬違憲，根本不得為之，而非過苛時，始得不為之。〔69〕

（九）系爭規定亦違反平等原則

依系爭規定適用修正後沒收規定之結果，亦會造成完全不相干之二人，在同一時間在不同地點，個別犯相同罪名，僅因其中一人係於修正前受裁判，另一人於修正後受裁判之裁判時間不同，致其犯罪所得之利益應否沒收，有完全不同之結果。此一法律上完全不同之對待，並非基於其行為之性質不同所生，而係基於行為人未必能控制之訴訟程序進行速度使然，此種既非基於事物之本質不同，又非可歸責於行為人之不平等之不利益待遇，純然係因系爭規定之選法所生，則系爭規定亦已違反憲法第 7 條所宣示之平等原則。〔70〕

（十）系爭規定違反比例原則

其實犯罪所得的態樣十分多元，掏盡一切沒收貪污、組織犯罪、重大經濟犯罪、販毒或恐怖組織之犯罪所得，與掏盡一切一般市民偷、搶、盜、騙、賭之犯罪所得，未扣案或已費失者亦應追徵之，對重大公共利益之維護，情況並不完全相同，難以一概而論。各特別法規定犯罪所得之沒收範圍，及不能沒收時之追徵價額，立法目的均有不同。系爭規定不問類型之不同，將沒收一概適用裁判時法，顯然濫用立法裁量，違反比例原則²⁰。〔71〕

（十一）系爭規定違反信賴保護原則

按於罪刑法定原則下，何種情形始成立犯罪，以及犯罪成立後應如何處罰，均以行為時法律有明文者為限。這樣的法律原則，確實賦予刑法新的意義及功能，使刑法揮別長久以來從統治者之觀點，以刑法為禁止人民為一定行為之工具，變成從人民之觀點，以刑法保障機

²⁰ 朱石炎，評述刑法第二條第二項之修正—質疑修正沒收關於時之效力，司法周刊，第 1782 期，2016 年 1 月 15 日，司法院出版。

能保護人民之自由，除了法律所明文規定之行為外，人民可以自由為其他任何行為，也不會構成犯罪及或受刑罰處罰。因此，罪刑法定原則可以說是國家保障人民自由之最明確宣告。又從我國刑法之發展言之，自清末 1905 年由章宗祥及董康聯合草擬之刑律草案開始，至 2015 年訂定系爭規定，2016 年施行系爭規定止，長達百年以上之歷次刑法典或草案，均明白規定沒收為從刑，適用罪刑法定原則，足以證明不論在君主專制體制正在崩解之際，或其後之連年爭戰或解除戒嚴後法治回復常軌之年代，國家從未放棄或動搖對沒收應適用罪刑法定原則之立場。因此，人民相信這樣已為舉世皆然，且堅持百年之法律原則仍會持續，當然具有完全正當及可期待性：「不在法律規定沒收範圍之財產，是受法律所保障之財產。」從而罪刑法定原則下禁止法律為不利之溯及沒收，應屬人民最可信賴之保護人民之法律原則。〔72〕

前述〔40〕，法務部報請行政院院會通過之原提案，關於刑法第 2 條第 3 項，採沒收不溯及既往原則，其理由亦謂：「沒收影響財產權歸屬，基於保護財產權之信賴利益及法律安定性等考量，以適用行為時法為當。」可知系爭規定貿然變更法務部之原提案，採溯及沒收之規定，改變百餘年來堅持之刑罰原則，確實是破壞最具有可信賴之法律原則。〔73〕

肆、附言

憲法是人民權利之保障書，保障人民自由自在、隨心所欲地生活，是憲法核心之宗旨。為了達成此一宗旨，憲法開宗明義於第 1 條表明我國為民主共和國，第 2 條表明我國為主權在民之國家，於第 2 章規定「人民之權利義務」，一再堅定宣示憲法是為保障人民之自由及權利而訂定，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。換言之，保障人民之自由與權利，才是憲法之目的，至於維持社會秩序或增進公共利益，只是為了保障多數人之自由與權利，而在必要範圍內對於個人之自由權利予以限制，並非憲法所追求之獨立目的。〔74〕

保障每一個人民之自由與權利，雖為憲法之核心目的，但相較與

國家或政府機關所擁有之資源與力量，個人畢竟是十分微弱的，為避免因國家權力過於集中致侵擾人民之自由及權利，憲法乃透過權力分立之設計，從橫向將國家權力分由行政、立法、司法、考試及監察等院行使，彼此制衡。〔75〕

因此，一旦人民認為政府措施或法律，已侵犯其自由或權利時，即必須由獨立之司法機關，依據憲法及法律規定，進行判斷與解決，若涉及憲法爭議，司法院大法官即扮演不可或缺之角色。如何從憲法保障人民自由與權利之意旨，充分落實權力分立之機制，對於行政措施或立法，進行嚴格之憲法審查，確保行政措施或立法，均符合憲法保障人權之意旨行事，變成大法官最重要，甚至唯一之任務。〔76〕

刑事處罰乃國家干預人民自由與權利之各項措施中，最為嚴厲者，因此各國多於憲法明文規定國家以刑罰干預人民自由或權利之要件或程序，我國憲法第8條所以就人民自由與權利之保障，特別詳細規定國家對人民人身自由干預時，應遵守之程序，亦本於此旨。〔77〕

就本件而言，涉及立法者以新修正之法律，溯及刑事處罰人民之問題，可以說是對刑事法最根本之罪刑法定原則進行挑戰，當然是觸動了憲法保障人民自由與權利最敏感之神經。針對這樣嚴肅之憲法議題，由政府主管部門延聘相關專家學者詳細評估與研究所提出草案及立法院各政黨分別提出之草案，所採之不溯及既往原則，倏忽之間，竟以黨團協商方式，一百八十度轉變為採溯及既往原則，本席面對這樣髮夾彎式立法，自應責無旁貸，從憲法保障人民自由與權利之宗旨出發，仔細盤點相關問題，進行嚴格之憲法審查。〔78〕

111 年憲判字第 18 號

第
18
號

憲法法庭判決

111 年憲判字第 19 號

聲 請 人 李一佩

上列聲請人因全民健康保險事件，認臺灣臺北地方法院 106 年度簡字第 44 號行政訴訟確定判決所適用之全民健康保險法施行細則第 37 條第 1 項第 2 款及第 39 條第 1 項第 2 款規定，有抵觸憲法疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 一、全民健康保險停保及復保制度影響被保險人權利義務，並涉及 1
重大公共利益，其重要事項之具體內容，應有法律或法律明確
授權之命令為依據，始符法律保留原則之要求。全民健康保險
法施行細則第 37 條第 1 項第 2 款規定：「保險對象具有下列情
形之一，得辦理停保，由投保單位填具停保申報表一份送交保
險人，並於……出國期間，暫時停止繳納保險費，保險人亦相
對暫時停止保險給付：……二、預定出國 6 個月以上者。但曾
辦理出國停保，於返國復保後應屆滿 3 個月，始得再次辦理停
保。」及第 39 條第 1 項第 2 款規定：「保險對象停保後，應依
下列規定辦理：……二、預定出國 6 個月以上者，應自返國之
日復保。但出國期間未滿 6 個月即提前返國者，應自返國之日
註銷停保，並補繳保險費。」未有法律明確授權，即就全民健
康保險停保及復保等權利義務關係重要事項逕為規範，違反法
律保留原則，至遲於本判決公告之日起屆滿 2 年時，失其效力。
- 二、上開二規定就停保及復保所設要件，尚未抵觸憲法第 23 條比例 2
原則，與憲法第 22 條保障管理自身健康風險之自主決定權及第
15 條保障財產權之意旨尚無違背，亦無違憲法第 7 條保障平等
權之意旨。

理 由

- 壹、原因案件事實及聲請人陳述要旨【1】 1
- 一、原因案件事實【2】 2

聲請人長期旅居國外，因保留戶籍，乃於中華民國 91 年 11 月 3 間委託其父以 88 年 7 月 15 日修正公布之全民健康保險法（下稱全民健保法）第 8 條規定之第 6 類第 2 目被保險人身分，追溯至 91 年 2 月 1 日加保於戶籍所在地區公所，並依 90 年 1 月 30 日修正發布之全民健保法施行細則第 36 條第 2 款規定辦理出國停保。因聲請人每年短暫返國省親期間均未依法辦理復保及停保，衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）乃於 104 年 8 月逕依 101 年 10 月 30 日修正發布、102 年 1 月 1 日施行（即現行）之全民健保法施行細則第 37 條第 1 項第 2 款規定（下稱系爭規定一）及第 39 條第 1 項第 2 款規定（下稱系爭規定二），以聲請人最近一次返國即 104 年 2 月 11 日復保、同年 2 月 21 日出國停保，函告聲請人應補繳當月之保險費新臺幣（下同）749 元。聲請人嗣於 105 年 2 月 7 日再次入境後仍未辦理復保，健保署乃於同年 5 月逕依系爭規定二為聲請人辦理復保，並依系爭規定一函告聲請人補繳 105 年 2 月及 3 月保險費各 749 元。聲請人不服上開兩次補繳保險費之處分，經提起審議、訴願均遭駁回後提起行政訴訟，嗣臺灣臺北地方法院 106 年度簡字第 44 號行政訴訟判決以無理由駁回；聲請人不服提起上訴，復經臺北高等行政法院 107 年度簡上字第 48 號裁定以上訴不合法駁回。是本件聲請，應以上開臺灣臺北地方法院行政訴訟判決為確定終局判決，合先敘明。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

聲請人主張確定終局判決所適用之系爭規定一及二抵觸憲法，其理由略以：全民健保法本身並無停保規定，然主管機關於 84 年 1 月 28 日訂定發布全民健保法施行細則，其中第 36 條及第 38 條規定，亦僅就出國 6 個月以上者得辦理停保，並應於返國之日辦理復保，並未規定復保後需屆滿多久始得再為停保，嗣因有長期居留外國僅短暫返國使用全民健康保險（下稱全民健保）就醫者，為避免「繳交保險費失衡之爭議」，乃於系爭規定一修正為「但曾辦理出國停保，於返國復保後應屆滿 3 個月，始得再次辦理停保」之規定，卻

未區分是否有「短期復保就醫」之情形，一律均須復保並於屆滿 3 個月後始得再次辦理停保，其限制並非達成避免短期復保就醫、保險費繳交失衡等立法目的之最小侵害手段；系爭規定一及二亦未考量如聲請人般長期居留國外，每次短暫返國並非為短期復保就醫者，是否得參諸現行全民健保法施行細則第 39 條第 2 項規定予以例外規定，過度限制一般停保後短暫返國人民之財產權，違反憲法第 23 條比例原則。惟本庭探究其主張，亦另有指摘系爭規定一及二違反法律保留原則與憲法保障平等權之意。【5】

貳、受理依據及程序審查結果【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。次按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。查本件聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定一及二，有牴觸憲法第 23 條法律保留原則、第 7 條平等權與第 15 條保障財產權意旨之疑義，於 109 年 5 月 19 日向司法院聲請解釋憲法，經核與大審法上開規定所定要件相符，爰予受理。【7】

參、形成主文之法律上意見【8】

一、據以審查之憲法基本權利【9】

按憲法保障之人民各項權利，於符合憲法第 23 條所定之條件下，得以法律限制之；其限制或所為差別待遇，自應符合憲法第 23 條比例原則及第 7 條保障平等權之意旨。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規

定；如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。若僅屬執行法律之細節性、技術性事項，且只對人民產生不便或輕微影響，始得由主管機關發布命令為必要之規範。關於給付行政措施，倘涉及公共利益之重大事項，亦應有法律或法律明確授權之命令為依據（司法院釋字第 443 號解釋參照）。【10】

查全民健保固因提供人民醫療照護，而得歸類為給付行政措施，然其性質既屬強制性之社會保險（全民健保法第 1 條第 2 項規定參照），凡具我國國籍並設有戶籍者，均有加入全民健保之義務（全民健保法第 8 條規定參照），即難免限制人民受憲法第 22 條保障管理自身健康風險之自主決定權（例如決定以自己積蓄、購買商業保險或親友接濟等方式因應健康風險之自由權利），並因涉及課予繳納保險費義務而影響人民財產權。司法院釋字第 472 號解釋固未明白提及全民健保限制人民何種基本權利，但已宣示「強制全民參加全民健康保險之規定，係國家為達成全民納入健康保險，以履行對全體國民提供健康照護之責任所必要，符合憲法推行全民健康保險之意旨」，顯不否認作為給付行政措施之全民健保亦涉及人民自由權利之限制，只是該限制屬為追求公益目的「所必要」而合憲；之後司法院釋字第 676 號解釋則明白提及全民健保限制人民之財產權。【11】

次查國人如因工作、留學等各種不同原因長期旅居國外，制度上允許其得以辦理停保（全民健保法施行細則第 37 條規定參照），其短暫返國時應否強制其辦理復保，如應復保，又何時可復而辦理停保，因亦涉及強制納保問題，而不免一樣影響人民受憲法第 22 條保障管理自身健康風險之自主決定權，以及憲法第 15 條保障之財產權。且因長期旅居國外者人數至鉅（註），致其短暫返國期間繳納保險費暨使用全民健保醫療資源之相關問題，亦影響全民健保制度之公平性，與其整體財務之健全發展，均屬攸關公共利益之重大事項，故依前揭司法院釋字第 443 號解釋所揭示之層級化法律保留意旨，整體而言，有關長期旅居國外人民之停保、復保等保險權利義

務關係重要事項，應有法律保留原則之適用，亦即應有法律或法律明確授權之命令為依據，其具體內容並應符合憲法第 23 條比例原則及第 7 條保障平等權之意旨。【12】

二、系爭規定一及二違反法律保留原則【13】 13

系爭規定一明定：「保險對象具有下列情形之一，得辦理停保， 14
由投保單位填具停保申報表一份送交保險人，並於……出國期間，暫時停止繳納保險費，保險人亦相對暫時停止保險給付：……二、預定出國 6 個月以上者。但曾辦理出國停保，於返國復保後應屆滿 3 個月，始得再次辦理停保。」系爭規定二則明定：「保險對象停保後，應依下列規定辦理：……二、預定出國 6 個月以上者，應自返國之日復保。但出國期間未滿 6 個月即提前返國者，應自返國之日註銷停保，並補繳保險費。」系爭規定一及二規定長期（6 個月以上）出國者得辦理停保，自返國之日應復保，返國復保後應屆滿 3 個月，始得再次辦理停保，如前所述，除涉及人民受憲法保障管理自身健康風險之自主決定權與財產權外，亦因影響全民健保制度之公平性，與其整體財務之健全發展，而堪認定屬攸關公共利益之重大事項，且觀其具體內容，亦顯非執行法律之細節性或技術性事項，因此應有法律或法律具體明確之授權為依據，始符憲法第 23 條法律保留原則之要求（司法院釋字第 524 號及第 753 號解釋參照）。【14】

按立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授 15
權之內容、目的、範圍應具體明確，命令之內容並應符合母法授權意旨。至授權之明確程度，固不應拘泥於授權條款本身所用之文字，惟仍須可由法律整體解釋認定，或可依其整體規定所表明之關聯意義為判斷，足以推知立法者有意授權行政機關以命令為補充，始符授權明確性之要求。查系爭規定一及二之訂定，係以全民健保法第 103 條規定：「本法施行細則，由主管機關定之。」為其授權依據；然該條屬概括性授權規定，綜觀全民健保法未有隻言片語提及全民健保是否得停保及復保等相關事項，即使從寬認定就該事項有默示之授權，亦無從依全民健保法第 1 條立法目的以及法律整體之觀察，

推知任何可供主管機關訂定命令時得以遵循之方針指示或概念框架，遑論讓人民可以預見，是主管機關逕以系爭規定一及二創設母法所無之停保及復保制度，顯係逾越立法者制定全民健保法所形塑之制度內涵，違反法律保留原則。【15】

三、系爭規定一及二與憲法保障管理自身健康風險之自主決定權、財產權及平等權之意旨尚無抵觸【16】

至系爭規定一及二是否違反憲法保障管理自身健康風險之自主決定權、財產權及平等權之意旨部分。查系爭規定一及二就短暫期間返國之國民，並未區分是否使用全民健保之醫療資源，一律要求應自返國之日復保，並繳納保險費，屆滿 3 個月後始得再次辦理停保，且未如全民健保法施行細則第 39 條第 2 項規定，就短期返國者，設有政府駐外人員於一定條件內免依系爭規定二註銷停保或復保，其就人民管理自身健康風險之自主決定權及財產權確已形成一定限制，並以長期旅居國外人民是否具有駐外人員身分為分類標準而形成差別待遇。鑑於全民健保為國家為履行憲法委託之義務所設之制度（憲法增修條文第 10 條第 5 項規定參照），其因而限制人民自由權利，比單純根據憲法第 23 條基於公共利益之考量而限制人民權利者，具有更高之正當性，司法者從事比例原則之審查時，應予更多之尊重；且因社會政策涉及國家整體資源之分配與運用，政治部門需要盱衡政治、經濟、社會等各項條件作綜合考量，基於權力分立之要求，本即擁有較大自由形成空間；況所涉及差別待遇並非可疑分類所形成。是該限制及差別待遇，其目的若為追求正當之公共利益，限制及差別待遇之手段與目的間具有合理關聯，即與憲法比例原則及保障平等權之意旨無違。【17】

次查系爭規定一及二規定出國 6 個月以上辦理停保之人民，應自返國當日復保，其後屆滿 3 個月始得再次辦理停保，係為提供出國停保民眾短期返國期間之健康照護，並在「適度處理出國停保民眾僅短期復保就醫」，與避免「繳交保險費義務失衡之爭議」兩者間取得均衡，其目的當屬追求正當之公共利益。採短期返國期間強

制復保暨課予繳納保險費義務之手段，縱未區分短期返國是否實際就醫使用全民健保醫療資源，一律要求返國即應復保，惟因全民健保既屬強制性之社會保險，依社會互助、風險分攤之制度意旨，人民只要符合保險資格，本即有加入保險，繳納保險費之義務，原即不論其是否就醫或有無使用全民健保醫療資源而有不同；況返國強制復保，僅為回復其出國停保前之納保狀態，並未增加更多保險費負擔。是強制復保之手段固然限制人民管理自身健康風險之自主決定權及財產權，然與實施全民健保，提供出國停保民眾短期返國期間健康照護之正當公共利益間，自有合理關聯。又採返國之日復保後屆滿3個月始得再次辦理停保之手段，縱可能課予返國不足3個月期間者較其實際返國期間更長之繳納保險費義務，產生人民雖已出國卻仍繼續繳納保險費之情況，惟考量繳納3個月保險費之負擔對人民財產權之限制尚屬有限，且有助於防免短期返國復保就醫後隨即出國辦理停保之道德風險，不容否認對維護全民健保制度公平性及財務健全等目的之達成均有一定程度之助益，是手段與目的之間亦難謂不具合理關聯。綜上，系爭規定一及二對短暫返國者施以強制復保及一定期間（3個月）後始得再次辦理停保之限制，其手段與達成正當目的間具合理關聯，與憲法第23條比例原則尚屬無違。【18】

再查系爭規定二未使一般人民得如政府駐外人員或其隨行之配偶及子女，於辦理出國停保後，依全民健保法施行細則第39條第2項規定，因公返國未逾30日且持有服務機關出具之證明，即得免依系爭規定二註銷停保或復保。該差別待遇係因政府機關駐外人員與隨其赴任者，「常須因公務短期返國並不得自行選擇返國日期」，其目的係為追求駐外人員順利執行公務之正當公共利益，一般人民未設相同例外規定之差別待遇，其手段與目的間尚具合理關聯，與憲法第7條保障平等權之意旨尚無抵觸。【19】

四、審查結論及其效力【20】

綜上，本庭認：【21】

（一）系爭規定一及二於母法無明確授權下，就全民健保停保

及復保等權利義務事項逕為規範，違反法律保留原則，至遲於本判決公告之日起屆滿 2 年時，失其效力。【22】

查憲訴法第 52 條第 2 項後段固規定命令位階法規範定期失效，其所定期間不得逾 1 年，相較於法律位階法規範定期失效期間不得逾 2 年，之所以規定較短之定期失效期間，乃因命令之修訂不若法律修訂所需遵循程序繁複所致。是命令如因內容違憲，其回復合憲狀態以修訂命令內容本身為已足，採較短之定期失效期間自有其正當性；惟命令如因違反法律保留原則而違憲，而須修正法律始得回復合憲狀態，如仍依字面解釋，採 1 年之定期失效期間，勢非立法本意，準此考量，本判決爰採 2 年之定期失效期間，併此指明。【23】

（二）系爭規定一及二就停保及復保所設要件，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 22 條保障管理自身健康風險之自主決定權及第 15 條保障財產權之意旨尚無違背，亦無違憲法第 7 條保障平等權之意旨。【24】

（三）全民健保是否應繼續維持停保及復保制度，及其內涵如何，在不違反全民健保強制納保及社會風險分擔公平性之前提下，立法者基於政策通盤考量，自應享有一定形成空間，惟其規範形式與具體內容，仍應符合法律保留原則以及憲法保障人民基本權利意旨之要求，附此指明。【25】

註：根據國家發展委員會統計，2020 年國人因工作因素旅居國外者有 50 萬 1,000 人（參見該會網站：https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=4CD0000000000B07，最後瀏覽日期：2022 年 12 月 23 日）；根據教育部統計，2021 年國人因留學因素旅居國外者有 6 萬 307 人（參見教育部國際及兩岸教育司，110 年度世界各主要國家之我留學生人數統計，網址：https://depart.moe.edu.tw/ed2500/News_Content.aspx?n=2D25F01E87D6EE17&sms=4061A0000000F45A&s=47EA35D53954DCB8，最後瀏覽日期：2022 年 12 月 23 日）。【26】

中 華 民 國 111 年 12 月 23 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

本判決由許大法官宗力主筆。

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、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳銀、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
第二項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳銀、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：黃大法官虹霞提出。

黃大法官瑞明提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 雷超智

中 華 民 國 111 年 12 月 23 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

全民健康保險為強制性社會保險，強制全民繳納負擔部分費用參加健保，固對人民之管理自身健康風險自主決定權及財產權有所限制，但其為合憲，已經司法院大法官釋字第 472 號、第 676 號解釋及本件判決肯認，故立法者如認無繼續維持系爭停保及復保制度之必要者，要屬立法形成範疇，不但不生侵害人民之管理自身健康風險自主決定權及財產權問題，而且不另修訂法律，也合於本件判決意旨。

又全民健保至為重要，值得全民支持，應該是公認之事實。全民健保財務健全與否是全民健保制度存續之關鍵，其收入來源，本件釋憲聲請人所爭執之全民共通之健保基本費（本件原因事實當時為每月 749 元，目前為 826 元，以我國經濟實況，當在一般人民負擔能力範圍）繳納，只是其中一小部分而已，其他大部分來自政府補助、雇主負擔及高收入者之社會互助及超過基本費之繳納等，全民健保財務之健全需要全民同舟共濟、互助，共同支持，全民才能於遭逢旦夕禍福時，有全民健保解危即時救助！有全民健保，我們何其幸福！又全民健保因係憲法增修條文第 10 條第 5 項規定賦予相關機關之誠命成果，故是民主政治制度下全民才有之福祉，不是天上掉下來的禮物，也不是想當然耳者，本席自應惜福、並心存感恩！

本席在年改案意見書中曾呼籲政府應特重長照制度。長照之重要性日益增加，將心比心，為需照顧者及承擔照顧責任者，藉此再呼籲長照一定要作得跟健保一樣好！在本意見書初稿完成之際，得知衛福部健保署 10 月 27 日公告核定 40 家醫院試辦「住院整合照顧計畫」，並自 11 月 7 日起試辦，讓民眾在家屬住院期間不用費心全時段照顧病人或自費聘請看護，即將住院看護納入健保給付範圍。為此，本席要給健保署按個讚！因為你們聽到人民聲音，苦民所苦！謝謝。但這只是長照 2.0 版，遠遠不足，仍需大家一起繼續努力，成就長照 3.0、4.0 版，才有可能實現老有所終、鰥寡孤獨廢疾者皆有所養之終極目標。12 月 18 日晚間民視臺灣演義節目播出彰化基督教醫院蘭大衛、

蘭大弼父子院長及家人，為臺灣斯土斯民長期奉獻，提供醫療服務的故事，非常感動，藉此，向他們致上最高敬意！同時，也對為全民健保基石之醫護人員致謝，大家加油！

本件判決延續司法院大法官釋字第472號及第676號解釋全民健保制度原則上合憲之意旨（稱上開解釋係認作為給付行政措施之全民健保對人民自由權利之限制屬為追求公益目的所必要而合憲，本件判決理由第11段參照），肯認：1、全民健保為強制性之社會保險（全民健保法第1條第2項規定參照），凡具我國國籍並設有戶籍者，均有加入全民健保之義務（全民健保法第8條規定參照）；2、全民健保為立法者為履行憲法委託之義務所設之制度（憲法增修條文第10條第5項規定參照）；3、依社會互助、風險分攤之制度意旨，只要符合保險資格，就有加入保險，繳納保費之義務（本件判決理由第11段、第17段、第18段參照）；暨4、認全民健保是否應繼續維持停保及復保制度，立法者享有一定形成空間（本件判決理由第25段參照），並以此為前提，得到本件判決二項主文之結論，本席敬表贊同。惟關於形成主文第一項違反法律保留原則結論（健保停保復保相關事項應以法律或法律明確授權之命令定之，不能以未經法律明確授權之全民健保法施行細則第37條第1項第2款及第39條第1項第2款規定停保復保相關事項）之理由部分，尤其就其中併以影響人民受憲法保障之財產權（指本件釋憲聲請人主張之復保保費負擔）、管理自身健康風險之自主決定權為據所為論述部分，本席以為不然，爰提出本部分協同意見書，簡要說明如下：

一、司法院大法官相關解釋及本件判決既均肯認全民健保制度為強制社會安全制度，凡具我國國籍且設有戶籍者即有繳納健保費加入全民健保義務，則於肯認全民健保法下全民健保制度合憲之時，自己肯認全民健保法得對全體人民之財產權（課以健保費繳納義務）及管理自身健康風險之自主決定權（課以加入全民健保義務）為限制。在此一前提下，凡具我國國籍且設有戶籍之人民

本已無拒絕繳納健保費，及請求停止加入健保，應許其自行管理自身健康之權利，即已然否定人民有請求停止加入全民健保暨拒絕繳納健保費之公法上權利。準此，系爭全民健康保險法（下稱全民健保法）施行細則規定係超越全民健保法本身規定（全民健保法本身無停保規定，也未明確授權以施行細則定之），額外賦與部分人民停保「優惠」，使人民在停保期間即復保前，免繳納原依全民健保法規定應繳納之健保費；復保後，也只是回復原依全民健保法應繳納之健保基本費而已，並未增加人民之財務負擔。此種情形，係在人民已因健保制度合憲而已被剝奪而無得以之對抗國家之財產權及由其管理自身健康風險自主決定權基礎之上，何仍侵害人民基本權（本來已無）行為之有（關於復保後繳納健保基本費部分，更與財產權之限制無涉）？是邏輯上言，系爭全民健保法施行細則規定沒有侵害人民財產權及管理自身健康風險自主決定權問題。

- 二、又系爭全民健保法施行細則停保復保之規定固有本件判決主文第一項所指違反法律保留原則，即應以法律或法律明確授權之命令定之，而未此之為之情事，但其原因不在於侵害人民之財產權等，而應在於本件判決所另提及之 1、關於給付行政措施，倘涉及公共利益之重大事項，應有法律或法律明確授權之命令為依據（司法院釋字第 443 號解釋參照），及 2、因長期旅外者人數至鉅，致其短暫回國期間繳納保費暨使用健保醫療資源之相關問題亦影響全民健保制度之公平性，與其整體財務之健全發展，均屬攸關公共利益重大事項，故整體而言，有關旅外國人之復保、停保等保險權利義務關係事項，應有法律保留原則之適用（本件判決理由第 12 段參照）。也就是說，是因為全民健保係強制性社會保險，本社會安全考量，在依法行政原則下，政府無法律或法律明確授權，固然不能限制人民之基本權，同時也不能恣意予人民優惠比如解免法律（本件指全民健保法）課與人民之義務（強制繳納健保費）；故系爭全民健保法施行細則規定所以被本件判

決主文第一項指為違反法律保留原則之理由，正係：牴觸司法院大法官釋字第 443 號解釋所已揭示之「涉及公共利益重大事項之給付行政措施應遵守法律保留原則」。其實這正是依法行政原則之另一個重要面相。就此而言，本件判決深具意義。

三、本件判決主文第一項固認系爭全民健保法施行細則二規定，違反法律保留原則，並諭知應於二年內以法律或法律明確授權之命令定之，但：

（一）一方面主文第一項末已併稱「上開二規定至遲於本判決公告之日起屆滿 2 年時，失其效力」，即認 1、系爭全民健保法施行細則二規定於自本件判決公告之日起 2 年內仍有效、仍應適用；2、如 2 年內未以法律或法律授權之命令另為規定，則其法律效果只是回復到沒有規定之狀態而已，從而不論系爭全民健保法施行細則二規定未經另以法律或法律明確授權之命令訂定，或已以法律或法律明確授權之命令另為內容相同之規定，釋憲聲請人均應繼續如數繳納健保費，且無權請求退還已繳納之健保費。

（二）因為是否繼續維持停保及復保制度，屬立法形成範疇（本件判決理由第 25 段參照），所以相關機關沒有必於本件判決公告之日起 2 年內，另以法律或法律明確授權之命令訂定停保及復保制度之義務，即可以單純不作為，而自然回復到無系爭全民健保法施行細則二規定之狀態，亦與本件判決意旨無違。

四、依本庭收集所得資料顯示：關於全民健保是否宜有停保制度，確有不同意見¹。本席以為除了依戶籍法規定除籍而因在我國無戶籍而失其投保全民健保資格之情形，應以法律或法律明確授權之命令，審酌公平性及保險道德風險防免等，就其再入戶籍後之全民健保投保資格之回復事項為適當規定外，其他情形似不宜准

¹ 簡略整理見本件已公開之衛生福利部 111 年 5 月 2 日衛部保字第 1110116467 號函。

予停保，以免與全民健保係強制性社會安全制度之本旨相牴觸。

另本件判決主文第二項固肯定系爭全民健保法施行細則二規定實質合憲，但只是回應釋憲聲請人法規範實質違憲之質疑而已，並非認相關機關必應以法律或法律明確授權之命令，就系爭全民健保法施行細則二規定之內容為相同之規定，為免誤解，爰併此說明。

一、本件聲請案之原因事實及聲請人之主張

本件聲請人為中華民國國民，長期旅居日本，但保留臺灣之戶籍，依全民健康保險法（下稱健保法）第8條第1項第1款規定屬「應參加本保險為保險對象」¹即強制投保之對象，因長期在外，故符合健保法施行細則第37條第1項第2款²（系爭規定一）所定「預定出國6個月以上者」之條件而辦理停保，其後聲請人每年短暫返國省親均未辦理復保，經衛生福利部中央健康保險署（下稱健保署）發現後，依健保法施行細則第39條第1項第2款³（系爭規定二）規定出國停保者「應自返國之日復保」而為其辦理復保，且依系爭規定一後段之規定「但曾辦理出國停保，於返國復保後應屆滿3個月，始得再次辦理停保」，要求聲請人補繳3個月之保險費。聲請人不服，提起行政救濟被駁回確定後聲請解釋憲法。主張系爭規定一及二強制短期返國省親者復保，並強制收取保險費，違反憲法比例原則及保障平等權等意旨而違憲。

二、本件判決之要旨

本件判決宣示全民健康保險停保及復保制度影響被保險人權利義務，並涉及重大公共利益，其重要事項之具體內容，應有法律或法律明確授權之命令為依據，始符法律保留原則。系爭規定一，即返國

¹ 全民健康保險法第8條第1項第1款規定：「具有中華民國國籍，符合下列各款資格之一者，應參加本保險為保險對象：一、最近二年內曾有參加本保險紀錄且在臺灣地區設有戶籍，或參加本保險前六個月繼續在臺灣地區設有戶籍。」

² 全民健康保險法施行細則第37條第1項第2款規定：「保險對象具有下列情形之一，得辦理停保，由投保單位填具停保申報表一份送交保險人，並於……出國期間，暫時停止繳納保險費，保險人亦相對暫時停止保險給付：……二、預定出國六個月以上者。但曾辦理出國停保，於返國復保後應屆滿三個月，始得再次辦理停保。」

³ 全民健康保險法施行細則第39條第1項第2款規定：「保險對象停保後，應依下列規定辦理：……二、預定出國六個月以上者，應自返國之日復保。但出國期間未滿六個月即提前返國者，應自返國之日註銷停保，並補繳保險費。」

復保後應屆滿 3 個月，始得再次辦理停保之規定，以及系爭規定二，即預定出國 6 個月以上者，應自返國之日復保之規定，係就停保及復保等權利義務關係重大事項為規定，違反法律保留原則，至遲於本判決公告之日起屆滿 2 年時失其效力。但就系爭規定一及二所設定之停保及復保條件則認尚未抵觸憲法比例原則，與保障管理自身健康風險之自主決定權、財產權及平等權之意旨尚未違背而未違憲。然而於判決理由同時宣示「全民健保是否應繼續維持停保及復保制度，及其內涵如何，在不違反全民健保強制納保及社會風險分擔公平性之前提下，立法者基於政策通盤考量，自應享有一定形成空間，惟其規範形式與具體內容，仍應符合法律保留原則以及憲法保障人民基本權利意旨之要求，附此指明。」（判決理由第 25 段參照）本席贊同本判決及其理由，並就附此指明部分補充意見如下。

三、「旅外國人停、復保制度」問題之探討

我國健保制度在歷年的醫療保健指數（Health Care Index）均名列前茅，但是仍面臨甚多困境，例如一般認為臺灣健保制度對醫療服務提供者給付偏低，長期下來，恐影響醫療品質；另健保收支逐年虧損其財務狀況堪憂等。本件判決涉及「旅外國人停、復保制度」，期以來困擾健保局與國人，並造成不公平之疑義，所衍生之訴訟糾紛為數不少，本件聲請案僅為眾多類似糾紛案件之一例，故有必要就實務累積之經驗隨時檢討。按旅居國外之國人停、復保制度，並未於健保法規定，行政院衛生署於 101 年修正發布之健保法施行細則中之系爭規定一及二創造了「出國 6 個月以上可停保，返國後強制復保，屆滿 3 個月之後，始得再次停保」之機制，本件判決認系爭規定一及二違反法律保留原則，亦即有關機關如欲維持旅外國人停、復保制度，其重要事項之具體內容應由立法者於 2 年內通盤考量後，以法律或法律明確授權之命令定之。就此本席認為至少有如下問題應予考慮：

（一）強制復保制度對於沒有復保意願與必要之旅外國人造成沒有必要之困擾與負擔

按強制復保制度將所有在臺灣的國民均納入保險，固符合健保係

強制性社會保險之本意，但並非沒有彈性處理之空間。本件聲請人長期旅居日本，認為短暫返國沒有必要在臺灣復保，此或因日本之國民健康保險法當被保險人在國外發生醫療支出時，可提供國外費用單據回日本申請給付費用⁴，因此被保險人在臺灣停留期間並不擔心健康保險保障不足之情事，即認為於短期返國時沒有復保之必要。現行規定強制返國者一律復保，反而造成困擾。旅外國人因其旅居外國之原因及其所旅居國家施行之健康保險制度不同，於其返國時使用國內健保之需求各有不同，如國人短期返國確無在臺復保之必要時，應可尊重其意願。

（二）強制復保制度下為收取保費所投入之行政資源及衍生司法爭議之社會成本亦應列入考慮

在強制返國者復保之制度下，健保署必須查詢國人之出入境紀錄，找出停保之國人返臺後未主動辦理復保者，追繳保費，甚至動用強制執行之手段，對國人造成困擾，而行政部門為此所耗費之行政資源，以及所衍生司法程序之社會成本是否值得，應列入評估。

（三）繳交 3 個月之保險費對於意圖取巧濫用醫療資源之道德風險並無法達到權義平衡之功能

返國後復保者至少必須屆滿 3 個月始能再次停保之規定下，返國就醫者至少必須繳交 3 個月之保險費，其金額仍然相當有限，比起重大疾病診療時健保負擔之龐大醫療費用，實屬杯水車薪，對於有心利用健保之巧門，出國停保，因傷痛短期返國復保就醫之道德風險，3 個月之保險費並無法達到權義平衡之功能。

（四）折衷手段未必是最好的手段

本件判決理由指出，系爭規定一及二所建構之現行返國強制復保屆滿 3 個月始得再次辦理停保之制度，係為提供出國停保民眾短期返國期間之健康照護，並在「適度處理出國停保民眾僅短期復保就醫」與避免「繳交保險費義務失衡之爭議」兩者間取得均衡（判決理由第

⁴ 參見何建志、李崇僊，全民健康保險停保、復保制度檢討—法律與政策觀點，保險專刊第 33 卷第 4 期，頁 406，2017 年。

18 段)。本席贊同，惟本席認為有必要指出「尚未違憲」之制度規劃未必即為最佳之制度。依前述討論，現行折衷之制度也有可能造成二個想要達成之目標均落空，反而徒增行政成本與人民困擾之現象。無可否認，能夠出國長期居住達 6 個月以上者均屬社經地位較高之人士，若其利用此折衷制度之巧門，採用僅繳交 3 個月之保險費而返國使用大量醫療資源之手段，將造成國內辛苦繳交保險費之普羅大眾負擔較多健保成本之不公平現象。此現象是否存在，應如何防止，應由有關機關於未來考慮修法時，實際精算出各項成本及費用，檢討利弊得失，以定出更公平之制度，讓健保制度能永續提供良好品質，以造福國人。

憲法法庭判決

111 年憲判字第 20 號

聲 請 人 甲○○

上列聲請人因領事事務事件，認臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1980 號判決，所適用之最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議，有牴觸憲法疑義，聲請解釋，本案判決如下：

主 文

最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議：「外籍 1
配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶……提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴」，僅係就是否符合提起課予義務訴訟之要件所為決議，其固未承認本國（籍）配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，惟並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟之可能。於此範圍內，上開決議尚未牴觸憲法第 22 條保障本國（籍）配偶之婚姻自由與第 16 條保障訴訟權之意旨。

理 由

壹、事實經過、聲請人陳述要旨及程序審查【1】 1

一、事實經過及聲請人陳述要旨【2】 2

聲請人甲○○為中華民國籍人，於中華民國 103 年 6 月 4 日與 3
越南籍乙○○在越南辦理結婚登記，同年 11 月 19 日於臺北市立聯合醫院婦幼院區產下子女。嗣乙○○持越南結婚證書向外交部駐越南代表處（下稱代表處）申請驗證結婚證書及核發依親居留簽證。代表處以聲請人與乙○○於面談時對於結婚重要事實陳述不一致或作虛偽不實陳述為理由，駁回簽證申請。聲請人與乙○○不服駁回簽證申請處分，乃分別提起訴願，行政院以聲請人與乙○○之訴願均係基於同一事實及法律上之原因而合併審議，並認訴願無理由而駁回。聲請人就訴願決定提起行政訴訟，訴之聲明除請求撤銷原處分外，另請求「被告機關應核發乙○○依親居留簽證」。臺北高等行政法院以 104 年度訴字第 1980 號判決駁回，判決理由關於機關否

准居留簽證部分，以聲請人並非居留簽證之申請人及否准處分之相對人，無為乙○○申請居留簽證之公法上請求權，其權利或利益並未因駁回乙○○居留簽證之申請而受有損害，是其提起課予義務訴訟，請求撤銷該部分訴願決定及原處分，及判命被告應核發乙○○依親居留簽證，屬當事人不適格以判決駁回。聲請人不服提起上訴，經最高行政法院 105 年度裁字第 825 號裁定以上訴不合法為由予以駁回確定。是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。【3】

聲請人認確定終局判決所適用之最高行政法院 103 年 8 月份第 1 4 次庭長法官聯席會議決議：「……得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。……外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。」（下稱系爭決議）違反憲法第 16 條所保障之訴訟權及第 22 條所保障之婚姻權及家庭權為由而聲請解釋憲法。【4】

二、受理依據及程序審查【5】

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 6 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 105 年 9 月 2 日聲請釋憲，得否受理，應適用憲訴法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。」【6】

又按最高行政法院決議如經法官於裁判上援用，應認其與命令 7 相當，得為憲法解釋之對象（司法院釋字第 374 號、第 516 號、第 620 號及第 622 號解釋參照）。查系爭決議經確定終局判決援用，據

以認定聲請人並無為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，並認定聲請人並未因主管機關否准其外籍配偶之居留簽證，而有權利或法律上利益受損害之情形。經核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。次查聲請人曾於 111 年 1 月 27 日具狀撤回聲請，經本庭審酌本件聲請案件並非獨特個案，而於憲法上具原則之重要性，故不准許聲請人撤回聲請（憲訴法第 21 條規定參照），仍予繼續審理，並作成本判決，理由如下。【7】

貳、形成主文之法律上意見【8】 8

一、本件所涉之憲法上權利【9】 9

憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本庭 111 年憲判字第 11 號判決參照）。【10】 10

又憲法第 22 條所保障之婚姻自由，除保障人民是否結婚及選擇與何人結婚外，還包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利（司法院釋字第 791 號解釋參照）。於本國人與外國人成立婚姻關係之情形，如國家為維護國境安全、防制人口販運、防範外國人假借依親名義來臺從事與原簽證目的不符之活動等，而否准外籍配偶來臺簽證之申請，勢必影響本國（籍）與外籍配偶之共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由。就此等婚姻自由之限制，外籍配偶固得依法提起行政救濟，本國（籍）配偶亦應有適當之行政救濟途徑，始符合憲法第 16 條保障人民訴訟權，有權利即有救濟之意旨。【11】 11

二、系爭決議認，外籍配偶申請依親居留簽證被拒，本國（籍）配偶不得提起課予義務訴訟，並未排除其得例外提起訴願及撤銷訴訟，尚不得逕行認定其違憲【12】 12

行政訴訟法第 5 條第 2 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分 13

或應為特定內容之行政處分之訴訟。」其中「依法申請之案件」之規定，為人民依本條規定提起課予義務訴訟之要件。按外國護照簽證條例（下稱簽證條例）第 1 條及第 6 條規定，外交部或駐外館處核發簽證之對象為持外國護照者。故僅持外國護照者始能依簽證條例之規定，依其申請來我國之目的及條件，申請外交部或駐外館處核發適當之簽證，屬持外國護照者專屬之權利，本國（籍）配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利。然而有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質，本國（籍）配偶就此等不利處分，自非不得對之例外依法提起訴願及撤銷訴訟，以保障其訴訟權。系爭決議認「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶……提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴」，僅係就是否符合提起課予義務訴訟之要件所為決議，其固未承認本國（籍）配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，惟並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第 4 條提起撤銷訴訟之可能。於此範圍內，上開決議尚未牴觸憲法第 22 條保障本國（籍）配偶之婚姻自由與第 16 條保障訴訟權之意旨。【13】

中 華 民 國 111 年 12 月 30 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	

本判決由黃大法官瑞明主筆。

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、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、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、 黃大法官昭元、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、詹大法官森林、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

楊大法官惠欽提出。

蔡大法官宗珍提出。

不同意見書：蔡大法官明誠提出。

詹大法官森林提出。

謝大法官銘洋提出。

呂大法官太郎提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 111 年 12 月 30 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件違憲審查之客體僅為：最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議，就外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回之行政處分，作成行政法院應駁回其本國（籍）配偶所提起之課予義務訴訟之決議（下稱系爭決議）而已，故本件所直接涉及之釋憲聲請人受憲法保障之基本權僅為訴訟權。本件判決主文認系爭決議未侵害本國（籍）配偶之訴訟權合憲，本席贊同之；但對於其另稱「未排除本國（籍）配偶，例外依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟之可能。於此範圍內，上開決議尚未牴觸憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由」暨其必要相關理由論述部分，認係多餘。尤其本國籍配偶就以婚姻不真實為由遭駁回簽證申請者，本其為婚姻當事人之一之地位，得以簽證申請案利害關係人之地位，有權提起撤銷訴訟，是以「例外」名之，係混淆訴訟權主體（外籍配偶與本國（籍）配偶各自之訴訟權），且不論拒絕簽證之理由是否與婚姻之真實性有關，本國（籍）配偶均得獨立提起撤銷訴訟，是否妥當，亦非無疑。爰提出本協同意見書，說明本席之看法及所依據之理由如下，敬供參考：

一、依相關訴願決定書、裁判書之記載：自訴願程序伊始，就共二件行政處分之訴願，稱依訴願法第 78 條規定，由訴願機關合併審議並合併決定。訴願階段：釋憲聲請人及其外籍配偶均對二件行政處分聲明不服，共為訴願人，但行政訴訟階段：則僅釋憲聲請人針對二個行政處分之合併訴願決定提起行政訴訟，訴之聲明內容均包括撤銷之訴及課予義務訴訟：

（一）本件原因事實涉及訴外人（釋憲聲請人之外籍配偶）向我國駐外館處所為之兩個申請案，主管機關作成二個行政處分：申請案分別為結婚證書認證申請及結婚依親居留簽證申請（釋憲聲請人本身均非為申請人），主管機關則均以婚姻真實性有疑為由，相應分別依外交部及駐外館處文件證明條例（下稱文件證明條例）及外國護照簽證條例（下稱簽證條例）規定，作成二個釋憲聲請人之外籍配偶之

申請駁回之行政處分，並分別送達釋憲聲請人及其外籍配偶（行政處分申請人）。

（二）釋憲聲請人及其外籍配偶均對上開二個行政處分不服，均提起訴願。訴願機關經合併審議合併作成二人對二件行政處分之訴願均無理由而駁回之實體決定。是訴願機關係肯認釋憲聲請人就二件行政處分之訴願聲請均適格，但訴願決定書沒有說明：釋憲聲請人到底是受處分之當事人或利害關係人之地位。

又如由訴願機關依訴願法第 78 條規定，就釋憲聲請人之訴願與原處分申請人之訴願，認係本於同一事實上及法律上原因之兩個請求觀之，二人之地位應相同，也就是由訴願機關之觀點，二人應均為受處分之當事人。苟非如此，則訴願階段所行之合併審議及決定之程序，於法即有未合。

（三）行政訴訟階段：外籍配偶未提起行政訴訟。僅釋憲聲請人一人對訴願決定不服提起行政訴訟，除請求撤銷訴願決定及二件行政處分外，另針對拒絕結婚證書認證部分，及駁回其外籍配偶依親居留簽證部分，均提起課予義務訴訟，請求法院判令主管機關應發給其外籍配偶依親居留簽證，及就其與外籍配偶之結婚證書為認證。臺北高等行政法院及最高行政法院審理後，均予駁回。理由略稱：就駁回簽證部分：釋憲聲請人非申請人及否准之相對人，不得以自己名義提起課予義務訴訟，即當事人不適格；就結婚證書認證部分：釋憲聲請人之起訴，其當事人適格，但其主張實質無理由等語。

因為釋憲聲請人為訴願決定書所列訴願聲請人且其訴願係遭無理由駁回，故就後續行政訴訟程序言：釋憲聲請人係以「訴願當事人」之地位起訴；至行政法院裁判就依親居留簽證處分部分，應係認釋憲聲請人充其量只可能是原處分之利害關係人，但對同樣由外籍配偶申請之結婚證書認證部分，似未否定其為原處分當事人，至少肯認其為原處分之利害關係人。行政法院就同非由釋憲聲請人申請之兩件申請案，為何就釋憲申請人之法律地位（自為原不利處分之相對人或只是利害關係人）認定有別，至少係作程序駁回（居留簽證部分認當事人

不適格)及實體駁回(結婚證書認證部分請求無理由)不同處理?邏輯上似有可議。

(四)此外,本件涉及兩件行政處分,是典型之訴之客觀合併。臺北高等行政法院認釋憲聲請人關於結婚證書認證部分實體無理由,此屬認事用法當否問題。至依親居留簽證部分:釋憲聲請人共聲明請求撤銷原處分及法院判命主管機關發給其外籍配偶依親居留簽證,即係併提起撤銷訴訟及課予義務訴訟共二個訴訟。查釋憲聲請人縱如行政法院之認定,非原簽證處分之相對人故而不得提起課予義務訴訟,但因該處分既係基於釋憲聲請人與其外籍配偶之結婚證書所示婚姻不真實為由,則釋憲聲請人顯然係該處分之利害關係人,仍非不得以其為利害關係人之地位,提起撤銷訴訟。然則行政法院卻僅以釋憲聲請人不得提起課予義務訴訟為由,駁回釋憲聲請人全部之訴!是漏未就簽證部分之撤銷之訴為裁判?還是將釋憲聲請人與其外籍配偶之人格混為一談,沒有仔細分辨夫妻二人均為獨立人格者,在法律上為不同行為(訴訟程序)主體?均有可議。

二、本席以為夫妻甚至(未成年)子女均為獨立之人格者,釋憲聲請人與其外籍配偶就其外籍配偶之系爭兩申請案,其地位應有不同,釋憲聲請人固因系爭二行政處分均質疑其婚姻之真實性而應具法律上利害關係(原處分機關乃併送達原處分書予釋憲聲請人,及訴願機關受理其訴願),而得獨立訴願及提起行政訴訟,但釋憲聲請人終非二行政處分之相對人,故僅得就其自身利害直接相關之婚姻真實性部分,提起撤銷訴訟,不得擴及於簽證或認證之准駁部分,亦即不得提起課予義務訴訟。

準此,本席以為以原因案件事實而言,釋憲聲請人係本其自身為婚姻一方當事人之獨立地位,而得提起撤銷訴訟,此非「例外」。至如其與外籍配偶間婚姻真實性未受質疑之情形,比如其外籍配偶涉及恐怖活動而遭拒絕發給居留簽證,則本國(籍)配偶可以利害關係人地位為行政爭訟救濟,提起撤銷訴訟嗎?本件判決多數意見認為應例外准許,本席尚有保留。

協同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號判決之結論，本席雖表同意，但就「惟並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第4條規定提起撤銷訴訟之可能。」部分，認尚有予以補充說明之處，爰提出本協同意見書。

本號判決基於有權利即有救濟之憲法原則，例外容許孤立撤銷訴訟，本席認其除含有就否准外籍配偶依親居留簽證申請之處分，肯認本國（籍）配偶得提起孤立撤銷訴訟之例外外，並因此亦有肯認本國（籍）配偶因該否准處分而有婚姻自由受侵害之例外；而此等例外，本席認係針對類如本件原因案件事實（外籍配偶已申請入境居留簽證，係因婚姻真實性被質疑，致入境居留簽證申請遭否准，而外籍配偶曾對居留簽證遭否准處分提起訴願，並本國（籍）配偶有對不受理結婚文件證明處分提起課予義務訴訟），所容許之例外。此外，本席亦認本號判決例外容許之孤立撤銷訴訟，對本國（籍）配偶言，亦尚非全無實益。爰分述如下：

一、容許提起孤立撤銷訴訟之例外

按行政訴訟法（下稱行訴法）第5條第2項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」此條項係關於課予義務訴訟之規定，為中華民國87年10月28日修正公布之行訴法所新增，其立法理由即明言：「在行政機關違法駁回人民申請案件的情形，依現制人民祇得請求撤銷駁回處分，倘若行政機關在其駁回處分被撤銷後，仍然堅持己見，繼續違法駁回人民之申請，則人民祇能反覆爭訟請求撤銷，而無法有效實現其公法上權利。爰仿倣德國課予義務訴訟之立法例，規定對於駁回處分在踐行訴願程序後，得起訴請求判決行政機關應為行政處分（在案件尚未成熟的情形）或應為特定內容之行政處分（在案件成熟的情形），以資救濟。」換言之，課予義

務訴訟（含行訴法第 5 條第 1 項、第 2 項）係基於行政訴訟原僅具之撤銷訴訟，就人民請求中央或地方機關（下稱機關）為作成（或作成一定內容）行政處分之申請遭駁回，尚未能為有效之權利救濟，所新增之訴訟類型。從而，就人民向機關為作成（或作成一定內容）行政處分之申請，未獲准許，且經訴願又未能獲得救濟者，人民得提起之行政訴訟類型即應為行訴法第 5 條規定之課予義務訴訟，尚不容許僅提起撤銷訴訟（下稱孤立撤銷訴訟）。

系爭決議係就「本國（籍）配偶得否就其外籍配偶遭否准之依親居留簽證申請，提起行政訴訟法第 5 條第 2 項規定之課予義務訴訟」所為，而本國（籍）配偶就其外籍配偶依親居留簽證申請遭否准，提起行訴法第 5 條第 2 項規定之課予義務訴訟，其聲明除請求撤銷原否准核發簽證之處分及訴願決定外，並另請求法院判命被告機關作成核發依親居留簽證予外籍配偶之處分¹。而依本號判決容許本國（籍）配偶提起之撤銷訴訟，本國（籍）配偶僅得聲明撤銷原否准核發居留簽證之處分及訴願決定，但不得請求法院判命被告機關作成准核發依親居留簽證予外籍配偶之處分等。從而，上述增訂行訴法第 5 條課予義務訴訟之目的並無法達成。此亦本即不容許提起孤立撤銷訴訟之原因所在。

本號判決係因認本國（籍）配偶受憲法保障之婚姻自由，已因否准核發其外籍配偶之居留簽證處分而受限制（詳下述），為保障本國（籍）配偶之訴訟權，基於有權利即有救濟之憲法原則，應許本國（籍）配偶得提起行政訴訟，以尋求救濟，並囿於現行行政訴訟法關於行政訴訟類型之明文規定，故稱「例外依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟之可能」（判決主文參照）。惟依行訴法第 4 條第 1 項：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤

¹ 可參臺北高等行政法 104 年度訴字第 1980 號判決之原告聲明。

銷訴訟。」之規定，本國（籍）配偶提起撤銷訴訟，仍須具備其權利或法律上利益受侵害（可能）之要件，本席認本號判決係以本國（籍）配偶之婚姻自由受侵害作為立論基礎，而就外籍配偶入境簽證請求所為之否准處分，針對類如本件原因案件事實，例外容許本國（籍）配偶得提起孤立撤銷訴訟，爰詳述如下。

二、僅對類如本件原因案件事實之否准處分，肯認與受處分人利害關係相同之第三人（本國籍配偶），亦有權利或法律上利益受侵害之例外

本號判決係以：「於本國人與外國人成立婚姻關係之情形，如國家為維護國境安全、防制人口販運、防範外國人假借依親名義來臺從事與原簽證目的不符之活動等，而否准外籍配偶來臺簽證之申請，勢必影響本國（籍）與外籍配偶之共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由。」及「有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質，本國（籍）配偶就此等不利處分，自非不得對之例外依法提起訴願及撤銷訴訟，以保障其訴訟權」等由（判決理由第11段及第13段參照），肯認本國（籍）配偶就其外籍配偶之依親居留簽證申請遭否准之處分，已致本國（籍）配偶之婚姻自由受限制，從而有權利或法律上利益受侵害，符合行訴法第4條所規定之撤銷訴訟要件。本席雖贊成此論點之結論，但係基於以下之論理予以贊同，並認本號判決係就如本件原因案件事實之否准外籍配偶居留簽證處分，始容許之例外。

系爭決議爭執所在之行政處分係外籍配偶所為入境臺灣之依親居留簽證申請遭否准之行政處分，所涉者係該外籍配偶之入境居留簽證請求權，而入境居留簽證請求權，性質上係屬持外國護照者專屬之權利，故雖外國護照簽證條例施行細則第13條明定有依親目的之居留簽證，但並無使本國（籍）配偶有為其外籍配偶請求入境簽證之權利，自亦無所謂權利受侵害之可能。至該本國（籍）配偶受憲法保障之與其配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由，雖因外籍配偶之入境簽證

申請遭否准而受影響，但此影響是否已致本國（籍）配偶之婚姻自由受侵害，而應准提起訴訟予以保障，本席認尚須自憲法所保障婚姻自由之內涵予以觀察，並非一理所當然且可一概而論之結論。

首觀行政法院審判實務肯認本國（籍）配偶就其外籍配偶遭否准之依親居留簽證申請，得提起行政訴訟法第 4 條所規定撤銷訴訟之裁判²，其所參考之德國聯邦行政法院西元 1996 年 8 月 27 日判決之案例（下稱德案例），核係針對外籍配偶延長居留之申請遭拒之事實而為。換言之，德案例之外籍配偶係曾經國家作成准入境居留處分，並已入境居留，而在本國（德國）已與其配偶共同形成與經營婚姻關係者。惟系爭決議所處理者係未經本國（臺灣）准予核發居留簽證之外籍配偶，是此等案例自無因國家行為而有外籍配偶已入境居留，並因而已在本國（臺灣）與其本國（籍）配偶共同形成與經營婚姻關係之情。亦即德案例與本件判決之爭議事實間係存有差異性。

承上，如德案例之業經國家允准外籍配偶入境居留之情形，其本國（籍）配偶已因而與其外籍配偶在本國存有共同形成與經營婚姻關係之情，則國家嗣後之否准外籍配偶入境居留之延長，核屬對既存之「共同形成與經營婚姻關係」之干預。然如本件之外籍配偶入境居留簽證遭否准之情形，不僅尚無形成有跨國婚姻關係之配偶間在本國（臺灣）存有所「共同形成與經營婚姻關係」之情，遑論是否准許外國人入境，國家基於主權，本具有得衡酌國家利益為判斷之廣泛裁量權。再者，本國（籍）配偶基於婚姻自由，與其外籍配偶所欲共同形成與經營婚姻關係之履行地，係由本國（籍）配偶與外籍配偶合意選定，本非定須在本國（籍）配偶之本國；且外籍配偶向本國（籍）配偶之本國（臺灣）申請入境居留簽證遭否准，於我國行政救濟實務，係允准外籍配偶得提起訴願及行政訴訟為救濟；加以申請入境居留簽證係屬持外國護照者專屬之權利，更涉有外籍配偶為權利主體有其自主意願之意旨。是本號判決關於本國（籍）配偶之婚姻自由，已因否

² 如臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1904 號判決、109 年度訴字第 542 號判決。

准其外籍配偶之入境居留簽證處分而受侵害之論點，基於下述理由，本席認為係針對類如本件原因案件事實之案例，始予以肯認之例外。

（一）按憲法第 22 條所保障之婚姻自由，係包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利（司法院釋字第 791 號解釋參照），而此所稱婚姻關係之共同形成與經營，基於婚姻之本質，自包含由雙方協議以何方式、在何處共同生活之形成與經營。惟實現共同經營婚姻生活之婚姻自由之權利內容，須配偶雙方間共同協力始得以形成及經營，並僅得由成立婚姻關係之配偶雙方始得以相互協力。而於跨國婚姻，更因配偶雙方間所形成在何地共同經營婚姻關係之婚姻自由，尚涉及國家對於外國人入境之裁量權，是於跨國婚姻之情形，關於本國（籍）配偶之婚姻自由，是否已因否准其外籍配偶入境居留簽證申請之處分而受有限制，除應考量婚姻關係形成與經營之共同性，及與本國（籍）配偶有婚姻關係之外籍配偶之無可取代性外，尚應及於外籍配偶之入境居留簽證申請遭否准之事由是否係因「婚姻本身」所致。

（二）蓋是否容許外國人入境，涉及國家主權之行使，國家雖以法律准許外國人入境簽證，並從中開放依親居留簽證，使外籍配偶取得入境簽證請求權，但國家為邊境安全或預防跨國性犯罪等國家利益，自得就入境簽證於立法政策上為較大之限制，此項基於邊境管制，而對個人基於各種如依親、受僱等目的之申請，是否取得入境簽證所為之普遍限制，其管制目的並非針對本國人之基本權利而為。從而，主管機關依外國護照簽證管制條例等規定否准外國人之入境申請，雖不僅使該外國人無法入境，有時亦連帶使本國人受憲法保障之基本權如營業自由、婚姻自由等受影響，但此時受國家直接侵害者，原則上仍係外國護照簽證條例所賦予該外國人之入境簽證請求權，本國人原則上尚不得以其憲法所保障之基本權因主管機關否准外國人申請入境簽證而受到限制，從而主張其權利或法律上利益因此受

有侵害，而提起行政訴訟。

至本國（籍）配偶與其外籍配偶協議於本國共同經營婚姻生活，除有婚姻關係之雙方均有義務前往並定居於經協議之共居地外，尚須該外籍配偶依法提出入境簽證之申請而合法取得簽證，並入境前往協議之共居地，始得實現其婚姻自由所保障之權利內容。簡言之，國家核准該外籍配偶之入境簽證，雖係本國（籍）配偶與其外籍配偶於本國共同經營婚姻生活之必要條件，但我國之外國護照簽證條例所賦予者僅係外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，而非於本國共同經營婚姻生活之權利，況該項權利內容是否得以確實實現，尚有賴外籍配偶基於其自主意願之協力。惟如主管機關否准外籍配偶居留簽證之原因，係基於否認本國（籍）配偶與其外籍配偶間之婚姻真實性，而除認定外籍配偶對申請來我國之目的作虛偽之陳述或隱瞞（外國護照簽證條例第 12 條第 1 項第 4 款規定參照），而否准外籍配偶入境簽證申請外，並不予受理結婚文件證明之申請（外交部及駐外館處文件證明條例第 11 條第 3 款規定參照）者，因已具有本國（籍）配偶與外籍配偶就婚姻關係之存否，有造假情事之表現，且此種情形已非例如外國護照簽證條例第 12 條第 1 項第 1 款事由，僅係單純基於邊境管制所為之否准處分，尚直接涉及本國人於外國之婚姻是否為本國所承認，並進而得否在本國共同經營婚姻生活，開展與其外籍配偶之婚姻關係，是本國（籍）配偶之婚姻自由即得因此而認受有侵害。又外籍配偶已為依親入境居留簽證之申請，且又曾對否准其居留簽證申請之處分表示不服者（如以外籍配偶名義提起訴願），除可認此等跨國婚姻之配偶雙方間已為協議，以本國為雙方共同形成經營其婚姻關係之處所外，尚可認該外籍配偶已就其一身專屬之入境居留簽證申請有爭取之意旨，而認已就其申請入境本國居留之請求權，行使程序處分權，進而得認本國（籍）配偶就否准其外籍配偶入境簽證之處分，循序提起撤銷訴訟，並未違反外籍配偶之意願，而無視外籍配偶之權利主體

地位。

(三) 綜上，外國簽證護照條例賦予外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，並設有准駁之要件，其管制目的原非針對本國（籍）配偶之婚姻自由所為，故外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權雖受有侵害，而得提起課予義務訴訟，但尚難認本國（籍）配偶之婚姻自由即當然因該否准處分而受有侵害，惟基於否認本國（籍）配偶與其外籍配偶間之婚姻真實性，進而認定對申請來我國之目的作虛偽之陳述或隱瞞（外國護照簽證條例第12條第1項第4款規定參照），除作成不受理其結婚文件證明之處分外，並否准申請居留簽證處分之情形，本國（籍）配偶除得就不受理其結婚文件證明之處分提起課予義務訴訟（詳下述）外，並例外肯認本國（籍）配偶因與其外籍配偶於本國共同經營婚姻生活之婚姻自由受有侵害，得就否准其外籍配偶之入境簽證處分循序提起撤銷訴訟。

三、本號判決容許本國（籍）配偶就否准其外籍配偶入境簽證處分，得例外提起之撤銷訴訟，尚非全無訴訟實益—代結論

關於否准外籍配偶之入境簽證處分，外籍配偶所得提起之課予義務訴訟，基於外國人並無自由進入我國國境之權利³及外國護照簽證條例第12條規定⁴賦予主管機關之廣泛裁量權，行政法院於個案裁判，如認主管機關之否准核發簽證處分係屬違法，原則上亦係作成行訴法第200條第4款所規定判命行政機關依判決之法律見解作成決定，尚非同條第3款之命作成原告（外籍配偶）所申請內容之行政處分⁵。而本號判決例外容許本國（籍）配偶提起之孤立撤銷訴訟，本

³ 司法院釋字第708號解釋理由參照。

⁴ 外國護照簽證條例第12條規定：「外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；其有下列各款情形之一，外交部或駐外館處得拒發簽證：（以下略）」

⁵ 行政訴訟法第200條第3款、第4款規定：「行政法院對於人民依第5條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為下列方式之裁判：……三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉

國（籍）配偶如獲勝訴判決確定，其所形成者係該個案回復至外籍配偶之依親居留簽證申請尚未為處分，即主管機關仍應依法為處分之狀態。此等結果，就行政訴訟之各訴訟類型規範目的觀之，似雖有訴訟目的未能完全達成之憾，從而有此等孤立撤銷訴訟係欠缺保護必要之觀點⁶。但基於有權利即有救濟之憲法原則，本席認本號判決所採「孤立撤銷訴訟」之例外容許，係就本國（籍）配偶之訴訟權保障，於現行法制上不得不然之選擇⁷。

此外，類如本件原因案件事實案例，主管機關基於同一婚姻真實性所為者，除否准外籍配偶入境居留處分外，尚有不受理結婚文件證明處分，而本國（籍）配偶不論係為結婚文件證明之申請，屬不受理結婚文件證明處分之受處分人，或本國（籍）配偶因該結婚文件證明申請之准否，涉及其在臺灣之婚姻登記，為法律上利害關係人，均得提起課予義務訴訟。而於本國（籍）配偶就該不受理結婚文件證明申請係得提起課予義務訴訟下，容許本國（籍）配偶就否准其外籍配偶入境簽證之處分，例外提起孤立撤銷訴訟，係得使因同一婚姻真實性為基礎所生之爭議，均得經由本國（籍）配偶提起訴訟尋求救濟，而於均獲確定勝訴判決時，關於否准其外籍配偶入境簽證處分部分，因孤立撤銷訴訟，所回復至外籍配偶申請入境簽證申請未為處分之狀態，將得因不受理結婚文件證明處分之課予義務訴訟勝訴，而可能獲准結婚文書驗證處分之結果，進而實質上可防免例外容許提起孤立撤銷訴訟，致生行政機關可能仍僅是重複為不利處分之結果。是就此而言，本號判決就否准外籍配偶入境簽證處分，例外容許本國（籍）配偶提起孤立撤銷訴訟，尚非全無實益。

及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」

⁶ 李建良，訴訟權能、訴訟實施權與本案適格的觀念辯正—兼論行政訴訟法之「當事人不適格」，月旦法學教室，238 期，2022 年 8 月，頁 50-51。

⁷ 有主張應以准本國（籍）配偶訴訟擔當之方式者。林孟楠，簽證否准處分之訴訟權能與訴訟擔當—簡評臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1904 號行政判決，月旦裁判時報，99 期，2020 年 9 月，頁 87-90。此種方式在立法政策上確值得考量，但因本號判決之標的為最高行政法院決議，在現行行政訴訟規定下，本席認於本號判決尚難逕予採取。

協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

本席主張本件聲請既經聲請人具狀撤回，即應不受理，惟多數大法官既決議不准許聲請人撤回聲請並受理之，於此前提下，本席支持本號判決主文宣示最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）未牴觸憲法之結論，然所持理據則有不同，爰述要如下。

一、系爭決議之核心爭點，係特定案型是否具備行政訴訟法第5條第2項所定課予義務訴訟之訴訟要件問題

本件聲請與審查標的，即最高行政法院系爭決議，其所針對之問題是：「本國人民與外國人民在國外結婚後，該外籍配偶以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回，本國配偶得否認為其有權利或法律上利益受損害，而提起行政訴訟法第5條第2項課予義務訴訟？」即本國配偶於此類案例類型（下稱系爭案型），得否以配偶之地位，自為原告，針對其外籍配偶申請居留簽證遭否准之拒絕處分，提起行政訴訟法第5條第2項所定之課予義務訴訟（以下所稱課予義務訴訟均僅限於此類型，不包括同條第1項之課予義務訴訟），係提起課予義務訴訟所須具備之訴訟要件中之訴訟權能問題，並不涉及系爭案型之實體法爭議與訴訟有無理由之實體問題，亦無涉課予義務訴訟以外之其他訴訟類型（如行政訴訟法第4條第1項所定撤銷訴訟）及其訴訟要件問題。

行政訴訟法第5條第2項明定人民得提起課予義務訴訟及其訴訟要件，乃具體化憲法訴訟權保障之制度憑藉，就此而言，該規定並不生限制人民訴訟權之問題。而人民提起課予義務訴訟是否具備訴訟要件，法官應依行政訴訟法第5條第2項規定，依職權而為解釋、認定，而此階段僅屬訴訟是否合法提起之認定，尚未涉及訴訟實體有無理由問題，原則上不生限制憲法訴訟權或其他基本權問題。又，最高行政法院庭長法官聯席會議係最高行政法院於大法庭制度建立前，為求各審判庭就相同法律爭議所持法律見解一致化，所建立之內部討論機

制，其決議內容仍應由個案法官採為裁判之見解，始生拘束力，性質上仍屬法官認事用法之一環。是系爭決議乃屬法官就系爭案型中，本國配偶是否具備提起課予義務訴訟之訴訟要件問題所採法律見解，其決議內容尚不生牴觸憲法訴訟權與婚姻自由之問題。

課予義務訴訟乃原告就其享有公法上請求權之依法申請案，遭主管機關否准，致損害其權益，經依訴願程序未獲救濟時，以否准機關為被告所提起之訴訟，其目的係在請求法院撤銷原拒絕處分及訴願決定，以使其申請案回復未受准駁之狀態，進而判命被告機關應依其申請，重為准駁處分或特定內容之行政處分，以實現原告所主張之公法上請求權。因此，得提起課予義務訴訟者，除法律另有規定外，自須為本於公法上請求權依法向該管機關提出申請，而遭受駁回處分，致得主張其據以為申請之公法上請求權遭受損害之申請人（即駁回處分之相對人）。換言之，「依法申請案件」之申請人，於其申請遭駁回時，始得主張其據以為申請之公法上請求權受違法損害，因而具備提起課予義務訴訟之訴訟權能（Klagebefugnis），得請求法院判命被告機關，依其申請作成其所請求之行政處分。申請人以外之第三人，除法律另有規定外，其既非申請人，即非該依法申請案所據公法上請求權之權利人，因此第三人自不因申請人所受之駁回處分而受有與該申請案相關之公法上請求權之損害，因此，第三人並不具提起課予義務訴訟之訴訟權能，無從以自己名義提起此類型訴訟，請求法院判命被告機關依申請人所請，對申請人作成其所請求之處分。至申請人所主張之「依法申請案件」及其所據之公法上請求權是否存在，乃訴訟有無理由之實體問題，與訴訟要件之訴訟權能要求無涉。

系爭決議所設定之問題為「……該外籍配偶以依親為由，向我國駐外館處申請居留簽證遭駁回……」，是該決議僅針對外籍配偶依外國護照簽證條例相關規定，申請居留簽證遭駁回之情形，亦即僅限外籍配偶為居留簽證申請人及居留簽證駁回處分之相對人之情形。此種情形下，外籍配偶自得因其依法申請居留簽證遭駁回，主張其公法上請求權遭違法損害而循序提起訴願與課予義務訴訟，其具備提起課予

義務訴訟之訴訟權能應屬無疑（其訴訟主張實體有無理由，則屬另事）。至其本國配偶，既非系爭居留簽證之申請人，亦非駁回處分之相對人，無從主張其有該依法申請居留簽證案所據之公法上請求權受損害，欠缺提起課予義務訴訟之訴訟權能，自不得以自己名義，就其外籍配偶所受居留簽證駁回處分，提起課予義務訴訟。就此而言，系爭決議內容難謂於法有違，與憲法訴訟權之保障實亦無涉，不生牴觸憲法問題。

附帶一提的是，若自始即由本國配偶以自己名義（即自為申請人），向該管機關申請其外籍配偶之居留簽證，遭該管機關以其不具申請權而予以退件或不受理，此種情形下，本國配偶既為申請遭拒之當事人，自得主張其據以提出申請之公法上請求權，因該管機關作成拒絕處分而受損害，具備訴訟權能，得循序提起訴願與課予義務訴訟；至其權利主張有無理由，乃訴訟實體面所應審究者，非訴訟權能問題。相反地，於此種情形，其外籍配偶則欠缺就其本國配偶所受拒絕處分，以自己名義提起課予義務訴訟之訴訟權能。由此亦可窺知，由於系爭決議僅涉及課予義務訴訟之訴訟要件問題，與訴訟標的所涉實體法上居留簽證之申請權具有一身專屬性（即專屬於欲獲得居留簽證之受益人本人所有），未必有直接關係。

二、孤立的撤銷訴訟之提起，除訴訟權能外，仍須具備權利保護必要性

本號判決主文指出，系爭決議「……並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第4條規定提起撤銷訴訟之可能……」，隱含支持系爭案型中之本國配偶，仍可能因具備提起撤銷訴訟之訴訟權能，而例外得提起孤立的撤銷訴訟之意。

然行政訴訟法第4條第1項所定撤銷訴訟與同法第5條第2項所定課予義務訴訟，其訴訟性質、依據、訴訟要件及判決效力等均不相同，其訴訟合法要件本應分別認定，並無相互作用關係，而系爭決議並無涉（孤立的）撤銷訴訟問題。本號判決主文意旨延伸納入撤銷訴

訟，是否妥適，非無商榷餘地。姑不論此，就系爭案型而言，本國配偶是否得提起孤立的撤銷訴訟，其訴訟權能固不妨著眼於憲法婚姻、家庭權之保障而從寬認定，惟是否具備權利保護必要性，恐須細加斟酌。

申言之，所謂孤立的撤銷訴訟，係指依法原告應提起課予義務訴訟，然其僅訴請撤銷系爭拒絕處分，以除去該拒絕處分效力所生之不利利益，而未同時訴請法院判命被告機關應依其申請，重為准其所請之授益處分。由於孤立的撤銷訴訟係代替原應提起之課予義務訴訟，而原告起訴之目的，通常係為滿足其向該管機關所為之申請內容，因此，原告若未提起課予義務訴訟，而僅訴請法院撤銷該拒絕處分，則即便該拒絕處分遭撤銷，亦僅排除其所生不利利益，原告向該管機關提出申請所欲滿足之內容，仍無從實現，原告訴訟之目的自亦無法達成。是原告提起此種孤立的撤銷訴訟，即屬欠缺權利保護利益，不具權利保護必要性。相反地，原告得例外合法提起孤立的撤銷訴訟之情形，基本上便是原告藉此即得實現其訴訟目的，達到其權利保護之需求者，甚至更有利於其權利保護需求之滿足，例如須經當事人提出申請始得作成准駁處分，該管機關卻未經當事人申請即對之作成駁回處分，或駁回處分機關欠缺專屬管轄權等情形，此時原告僅提起孤立的撤銷訴訟，訴請撤銷該駁回處分，即得以達成其訴訟目的，自具備權利保護必要性。

於系爭決議所涉案型，本國配偶起訴目的係為獲得其外籍配偶之入國居留簽證，若僅提起孤立的撤銷訴訟，訴請法院撤銷其外籍配偶所受駁回處分，則即便勝訴，法院亦僅得撤銷該駁回處分及訴願決定，本件訴訟目的（有權機關核發入國居留簽證於其外籍配偶）仍無從達成，此種情形下，本國配偶提起孤立的撤銷訴訟，即欠缺權利保護必要，依 112 年 8 月 15 日修正施行之行政訴訟法第 107 條第 3 項第 1 款規定，法院應以判決駁回其訴。於此，實與本號判決主文所提及之「本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制」之主張無涉，該等主張充其量僅涉及本國配偶就其外籍配偶

所受駁回處分提起撤銷訴訟，是否具備訴訟要件中之訴訟權能，無助於權利保護要件之成立。

於系爭案型，我國行政法院實務上已見容許本國配偶提起孤立的撤銷訴訟（僅訴請撤銷居留簽證申請駁回處分及訴願決定）之案例，惟法院於訴訟要件之審查上，似均僅著眼於訴訟權能問題，未見審究本國配偶提起孤立的撤銷訴訟有何等權利保護利益，因而具備權利保護必要性。就此而言，相關實務見解似有進一步周全之必要。

三、德國相關實務見解與適用案型之區辨

上述行政法院實務之發展，隱然有參考德國實務見解之影子，行政法院相關判決中，亦有明示表明係參考德國實務見解者¹，惟似未見對德國相關實務見解之法制背景與相關案型脈絡有所分析比較，是否得逕為參考援引，實非無疑。簡要以言，德國容許配偶（或家庭成員）就其配偶（或家庭成員）所受與居留權相關之拒絕處分，例外得提起孤立的撤銷訴訟之案例，並未涵蓋相當於我國系爭案型之情形，且配偶（或家庭成員）提起孤立的撤銷訴訟均須具備訴訟權能與權利保護必要性，條件相當嚴格，絕非一律容許配偶或家庭成員提起孤立的撤銷訴訟。

詳言之，德國居留法(Aufenthaltsgesetz)第 81 條第 1 項明文規定，除法律另有規定外，僅欲獲得居留許可之本人有權提出申請，因此實務上咸認其配偶與家庭成員均無權以自己名義為其提出居留申請，且無論從歐盟家庭團聚指令（2003/86/EC）、德國基本法第 6 條有關婚姻與家庭權之保障、歐洲人權公約第 8 條、兒童權利公約或歐盟基本權憲章，均無法導出配偶或家庭成員享有以自己名義，請求德國政府發給其配偶或家庭成員居留許可之權利。基此，申請居留許可遭駁回者之配偶與家庭成員，亦不得以自己名義提起課予義務訴訟，實務上對此亦幾無爭議²。至於實務上認許配偶或家庭成員得以自己名義，

¹ 如臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1904 號判決，援引德國聯邦行政法院 1996 年 8 月 27 日一則判決（BVerwG, Urteil vom 27.8.1996 – 1 C 8.94）。

² 晚近著名之判例：Verwaltungsgerichtshof Mannheim (Baden-Württemberg), Urteil

就居留許可申請人所受駁回處分，提起孤立的撤銷訴訟³之基本前提是，該申請人與其家庭成員已共同居留於德國境內，並已在德國建立家庭同居生活體（familiäre Lebensgemeinschaft），因此受到德國基本法第 6 條之婚姻與家庭權之保障。該管機關駁回申請人（延長）居留之申請後，申請人無法繼續於德國居留，導致其在德國經營之家庭同居生活體瓦解、無法與家庭成員團聚往來，或被迫必須移居國外以延續其家庭同居生活體，其配偶與家庭成員受憲法保障之家庭權即因此遭受侵害。此種情況下，其同樣居留於德國之配偶與家庭成員，始例外享有提起孤立的撤銷訴訟之訴訟權能⁴。德國相關實務案例中，似未見有容許人在德國之配偶，就其未能取得依親簽證進入德國之外國配偶所受拒絕處分，提起孤立的撤銷訴訟之裁判先例。

此外，就訴訟利益而言，由於受駁回處分之居留許可申請人先前已（合法）居留於德國，其延長居留申請遭駁回，喪失合法居留名義後，便可能遭受強制出境處分。如該申請人本人因種種原因已無法提起課予義務訴訟以為救濟（常見原因是逾期請求救濟），此時其配偶與家庭成員以自己名義提起孤立的撤銷訴訟，訴請撤銷申請人所受駁回處分，如獲勝訴判決，不但具有暫時排除強制出境處分之效力，亦因德國居留法定有諸如「容忍居留」（Duldung）之相關規定，申請人於原居留許可期限屆至，新居留許可尚未取得之過渡期間，於符合法定要件下，可合法暫時居留，因此，配偶與家庭成員提起孤立的撤銷訴訟，亦具備訴訟利益，符合權利保護要件。凡此皆與系爭決議所涉之系爭案型（外籍配偶尚未入境）之情境大不相同。

vom 17.07.2015 – 11 S 164/15.

³ 於此暫不納入提起撤銷訴訟之情形（如涉及強制出境處分之例）。

⁴ 詳可參見上開 VGH Mannheim 判決理由。

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號判決認最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）固未承認本國（籍）配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，惟並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟之可能。於此範圍內，上開決議尚未牴觸憲法第 22 條保障本國（籍）配偶之婚姻自由與第 16 條保障訴訟權之意旨。本號判決就所涉及基本權與例外依法提起撤銷訴訟之論述，仍有商榷之餘地，且其合憲之結論，亦難以贊同。爰提起不同意見書如下：

一、本件涉及憲法保障婚姻權連結訴訟權之概括性綜合概念問題

從本件之原因案件事實與爭訟過程而言，本件聲請人中華民國籍之甲○○與越南籍乙○○在越南辦理結婚登記，乙○○持越南結婚證書向外交部駐越南代表處申請驗證結婚證書及核發依親居留簽證。聲請人與乙○○不服駁回簽證申請處分，乃分別提起訴願，經行政院認訴願無理由而駁回。聲請人就訴願決定提起課予義務訴訟及請求撤銷訴願決定及原處分，經臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1980 號判決駁回，關於機關否准居留簽證部分，以聲請人並非居留簽證之申請人及否准處分之相對人，無為乙○○申請居留簽證之公法上請求權，其權利或利益並未因駁回乙○○居留簽證之申請而受有損害，是其提起課予義務訴訟，請求撤銷該部分訴願決定及原處分，及判命被告應核發乙○○依親居留簽證，屬當事人不適格以判決駁回。聲請人不服提起上訴，經最高行政法院 105 年度裁字第 825 號裁定以上訴不合法為由予以駁回確定。

聲請人認確定終局判決所適用之系爭決議違憲，聲請解釋。本號判決認為，依行政訴訟法第 5 條第 2 項中「依法申請之案件」之規定，為人民依本條規定提起課予義務訴訟之要件。按外國護照簽證條例第 1 條及第 6 條規定，持外國護照者依其申請來我國之目的及條件，申請外交部或駐外館處核發適當之簽證，屬持外國護照者專屬之權利，

本國（籍）配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利。然而有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質，本國（籍）配偶就此等不利處分，自非不得對之例外依法提起訴願及撤銷訴訟，以保障其訴訟權。

本號判決所涉及之基本權，除憲法第 16 條保障人民訴訟權外，亦論及憲法第 22 條所保障之婚姻自由（司法院釋字第 791 號解釋參照），認本國（籍）與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制時，外籍配偶得依法提起行政救濟，亦應賦予本國（籍）配偶適當之行政救濟途徑，以符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之「有權利即有救濟」之意旨。本號判決就相關基本權之論述，固可資贊同，惟其立論，單純從外籍配偶申請居留簽證之個人基本權觀點出發，且認為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，係屬專屬性之申請權。如此立論，忽視婚姻權連結訴訟權之概括性綜合基本權之概念，亦即應就配偶間所享有共同生活關係之婚姻權而為立論，其具有經濟性與精神性兼具之同財共居之共同生活性質，屬於生活共同體，而非係單一性之個人權利而已。¹

所謂婚姻權與家庭權之概念，於我國憲法未明文規定，往昔司法院釋字係以憲法第 22 條作為依據。從比較憲法觀察，如德國基本法第 6 條有關婚姻與家庭（Ehe und Familie）規定，家庭之概念，主要著重於父母與子女之概括性共同體（die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern）。又婚姻之概念，於傳統觀念上，著重於男女結合之存續生活共同體（Lebengemeinschaft）²，在國家之參與作用下（例

¹ 婚姻自由保障範疇包括共同生活之維持，婚姻既以組成家庭共同生活為目的，立法或行政措施應維護夫妻共同生活，避免產生拆散家庭的效果，參照陳淳文、吳庚，憲法理論與政府體制，臺北：三民書局，2021 年 9 月增訂 7 版，頁 340。

² 德國在政治性之考量上，雖於 2017 年 6 月 30 日通過法律，擴張婚姻概念及於經登記之同性夥伴（Ehe für Alle；“為所有人之婚姻”），但有關現行德國基本法第 6 條所定之婚姻，解釋上仍相當保留，亦即婚姻之憲法概念仍未改變。（參照

如德國民法第 1310 條以下規定於戶政人員面前為結婚意思表示之婚姻登記等），得自由締結而成立婚姻，以平權之夥伴方式，自由形成其共同生活（Zusammenleben）。³又前開德國基本法第 6 條所稱婚姻權，包含結婚與共同生活等法律關係，且其具有特別保護功能，除具有典型防衛權性質，得拒絕國家干預婚姻、家庭與教育之自由外，在憲法文義上其應受國家秩序之特別保護，即客觀保護義務（ein objective Schutzpflicht）。⁴因此，婚姻權蘊含其他基本權所無者，包含連結婚姻配偶、家庭與父母之個人自由，及婚姻與家庭之客觀保護，作為共同體之基礎（Grundlage der Gemeinschaft）。如參考多年來德國聯邦憲法法院判決之見解，按其關聯性，使用「價值決定之基礎規範」、「制度保障」及「客觀保護規範」等用語⁵，藉以解釋婚

Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020, §16 Rn.2, 4, 45 及其相關評論。）

³ 參照 von Coelln, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 6 Rn.4, 8, 14; BVerfGE 10, 59(60).

⁴ 從德國憲法法院實務與學理上而言，基本法第 6 條第 1 項保護任何之婚姻與家庭，且同時保障受國家影響所剝奪之私生活形成之領域(eine Sphäre privater Lebensgestaltung)，可相互比較者，即人權與基本自由保護公約(EMRK)第 8 條及歐盟基本權憲章(EU-GRCharta)第 7 條所定「私人與家庭生活之尊重」(其中包含家庭生活權(Recht auf Familienleben))與前開人權與基本自由保護公約第 12 條所定之訂立婚姻與成立家庭權。(參照 Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten(EMRK), 3. Aufl., München: Beck, 2022, Art. 8 Rn. 40ff., 51, Art.12 Rn.1f., 13.)於此其除具有防衛或自由權外，亦涉及特別平等原則。此外，其尚包含具拘束力之價值決定(eine verbindliche Wertentscheidung)與制度保障(Institutsgarantie)。前述價值決定之內涵要求，得以提供與保護作為生活形式之婚姻(die Ehe als Lebensform)，且引導出廣泛之保護義務。參照 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München: Beck, 2022, Art. 6 Rn. 1.。另參照 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Band II Grundrechte, München: Beck, 2010, §67 Rn.1。其從德國憲法史發展觀察，認基本法第 6 條規定之婚姻與家庭，納入國家秩序之特別保護，係屬相對年輕之新基本權(relativ “junges Grundrecht”)，其係採於此所引述之見解。亦即其除將之作為價值決定外，有關制度保障，乃為確保婚姻與家庭之整體規範基礎之核心，不僅包含民法規定，亦且及於公法之部分(就學、少年保護、社會、稅捐及國籍法等)。

⁵ 參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl., München: Beck, 2020,

姻與家庭之主觀與客觀基本權性質。

系爭決議認聲請人並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，此以主觀公權利之個人基本權作為立論，而未以婚姻權之共同生活本質結合關係出發，亦即婚姻與家庭之屬性，具有同財共居之團體性。如不賦予本國（籍）配偶一方為外籍配偶他方提起法律救濟機會，實非公允！⁶從現實狀況而言，處於異地而遠居他方之外籍配偶，自不如本國（籍）配偶提起法律救濟，更加便利且直接有效之途徑。另從比較法觀察，尤其是外國人士入境與居留相關法律之憲法審查上，較不易被宣示違憲，縱使法規範有違憲之疑義，往往以合憲性解釋處理，固非少見。惟從憲法婚姻制度之保障與人道之考量，本號判決如能以更寬廣之思維，使我國籍配偶有為其遠在外國之配偶訴請居留簽證，共同保障其憲法上婚姻權及其自由選擇在同一地方經營生活共同體之機會，如此自更有益於憲法婚姻制度保障及客觀保護義務之實現，使配偶間得同時同地經營與維護其共同生活之關係。

本號判決肯定本國（籍）配偶之訴訟權，且與婚姻自由基本權相連結，原本應藉此基本權連結，強化本國（籍）配偶為其外籍配偶訴請來台依親共同生活之婚姻權。本號判決卻有過度運用行政訴訟法規定之「法釋義學（Dogmatik）」方法之嫌，得出不利於聲請人之合憲結論，因而失去對於本國（籍）與外籍配偶婚姻權之憲法保障制度具體化實踐之機會，不無可惜！況且，聲請人於我國產下子女，如未給予外籍配偶來台依親探視子女之機會，恐不符憲法保障其親子共同生活關係之家庭權與子女教育權之目的，亦且有與憲法保障人民婚姻權與訴訟權意旨牴觸之疑慮，是本號判決仍有商榷之處！

二、課予義務訴訟與撤銷訴訟之救濟類型及功能之差異性

本號判決不否認本國（籍）配偶之權利或法律上利益因拒發簽證

§16 Rn.33ff..

⁶ 婚姻與家庭保障之權利特質，係由兩人互動形成，應認為本國配偶為法律上利害關係人，而有提起行政訴訟之當事人資格，參照廖福特，限縮權利主體及範疇/最高行 103 年 8 月份第 1 次庭長決議，台灣法學雜誌，2015 年 5 月，第 271 期，頁 136。

否准處分受到侵害，得例外依法提起撤銷訴訟，以保障其訴訟權。於此本號判決不願直接賦予聲請人請求法院命相關機關為行政處分之訴訟救濟機會，不對於聲請人訴求加以正面回應，卻以相當迂迴方式，認系爭決議並未排除本國（籍）配偶例外提起撤銷訴訟，率爾認為系爭決議無侵害其婚姻自由與訴訟權，如此立論，是否合乎邏輯，不無再推敲之必要！

首要說明者，撤銷訴訟及課予義務訴訟之訴訟類型與功能，不盡相同。撤銷訴訟係屬形成訴訟類型，經法院撤銷違法行政處分，使其效力回到未處分狀態。至於課予義務訴訟屬於給付訴訟類型，其目的係為促使原駁回申請或不作為之機關，應有更積極作為作成行政處分之義務。茲比較撤銷訴訟及課予義務訴訟如下：

	撤銷訴訟	課予義務訴訟
要件	1.人民須主張行政處分違法，且損害其權利或法律上之利益 2.須提起訴願未獲救濟 3.應遵守法定救濟期間	1.人民已向機關提出申請，且因機關怠為行政處分或駁回人民申請 2.人民應主張其權利或法律上利益受損害，且其向法院請求機關應為者為行政處分 3.應先經訴願程序 4.應遵守法定救濟期間
訴訟性質與功能 ⁷	形成之訴； 防衛性(Abwehr)	給付之訴；對於駁回處分之訴（Versagungsgegenklage），亦包含請求決定之訴（Bescheidungsklage）與怠為處分之訴（Untätigkeitsklage）
目的	人民請求法院除去侵益性之行政處分，以防禦人民之權利	人民請求法院命機關作成行政處分或特定容之行政處分，以達到權利救濟之完整性及有效性

⁷ 參照 Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Auf., München: Beck, 2019, §13 Rn.5f., §16 Rn.6.

撤銷訴訟及課予義務訴訟兩者之訴訟類型與功能，尚存差異。有關撤銷訴訟之效果，僅在於撤銷違法之原處分，若行政機關另為處分之內容，非人民所期待者，人民僅能再次提起撤銷訴訟，陷入不斷地訴訟輪迴，無法獲得實質救濟。若允許提起課予義務訴訟，則人民得請求法院命機關作成特定內容之行政處分，甚且附帶發生撤銷原拒絕之處分等效果，如此產生之行政救濟效果更加，亦即其可達到更加完整且有效解決行政訟爭之功能。再者，本號判決卻以系爭決議縱使未允許本國（籍）配偶提起課予義務訴訟，然並未排除其例外提起撤銷訴訟等救濟機會，無礙於其憲法保障之婚姻自由與訴訟權，如此見解，略嫌保守，實有再商榷之餘地！

況且，課予義務訴訟，於實務上亦可能附含撤銷訴訟之作用，兩者是否應於行政訴訟一併提起，雖尚有不同見解。⁸惟兩者分屬兩種不同訴訟類型與功能，乃不容混淆！至於例外提起撤銷訴訟之情形，容許所謂孤立之撤銷訴訟（“Isolierte” Anfechtungsklage），亦屬特殊狀況⁹，並不宜認為另有提起撤銷訴訟之可能，即逕認其可取代課予義務訴訟之功能，如此之論述，將無法使人民獲得及時有效救濟之

⁸ 有認為，對駁回處分提起課予義務訴訟，邏輯上當然包括撤銷聲明，即使原告未為該聲明，法院在判決上亦應自動先將該拒絕處分撤銷，始得再為課予義務判決，參照李震山，行政法導論，臺北：三民書局，2022 年 9 月修訂 12 版 1 刷，頁 571。另有認為，為明確起見，自以一併提起撤銷之訴與課予義務之訴為佳，有疑義時法院尤應將撤銷之訴視為已默示提起，而一併處理，參照翁岳生主編，許宗力、張登科副主編，行政訴訟法逐條釋義，臺北：五南圖書，2018 年 7 月 2 版 1 刷，頁 75。

⁹ 於例外情形(In Ausnahmefällen)，始得提起以廢棄拒絕決定為目的之孤立撤銷訴訟，取代固有法定之課予義務訴訟。參照 Riese, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht Werkband: 42. EL Februar 2022-beck-online, VwGO § 113 Rn.198. 孤立撤銷訴訟原則上予以受理，因為人民不服之拒絕決定，具有行政處分性質。有認為，課予義務訴訟並非涉及與(孤立)撤銷訴訟相關之特別訴訟類型，因為兩者之訴訟目的與審查標準，並不相同。(有認此係較妥當見解，參照 so zutreffend Eyermann/Happ Rn. 21; NK-VwGO/Sodan Rn. 339; 但亦有採不同見解者，aA Schoch/Schneider/Pietzcker Rn. 110; Kopp/Schenke Rn. 30; Redeker/v. Oertzen/v. Nicolai Rn. 3)，參照 Schmidt-Kötters, in: Posser/Wolff(Hrsg.), BeckOK VwGO, , 63. Edition Stand: 01.10.2019-beck-online, § 42 Rn.45.

機會！

再從比較法觀察，婚姻權利係屬一種任何人（包含外國人）基本權（ein Jedermann-Grundrecht）。至德國實務上通常並未給予外國人享有進入德國而於家庭共同生活之請求權，外國人雖無此請求權，但是否賦予其前述基本權之保護，在個案上，仍須就各種因素綜合決定之。設若假結婚，固不受前開德國基本法第 6 條在德國之居留法保護。¹⁰惟是否准予入境依親簽證之訴訟提起與在實體上因假結婚而不准依親，分屬兩種不同階段。換言之，分別為涉及當事人能力或適格等要件，是否准予提起課予義務訴訟，而請求相關機關有作為義務（例如確認文件與簽證准許等）之程序合法性（Zulässigkeit）之問題，及其是否因假結婚等因素而被認為該訴訟在實體上有無理由（Begründetheit）之問題。如因國家公權力之介入等行政因素，阻絕配偶間共同生活之目的達成，實有忽視配偶一方為他方提起法律救濟之婚姻權連結訴訟權雙重保障之憲法意旨。

綜上，本號判決認系爭決議合憲，窄化憲法保障婚姻權之概括性功能，忽視聲請人之聲請目的，係在於課予義務訴訟之准否，其卻回應得例外提起撤銷訴訟以救濟，無侵害本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權，凡此論點，皆值得再推敲。

三、結語

總之，本號判決認系爭決議尚未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權，其未從憲法保障婚姻權之配偶共同生活綜合觀點出發，恐忽視憲法所保障者，除人民主觀公權利之婚姻自由外，亦意含婚姻制度保障與客觀法秩序之憲法價值。且就本件原因案件觀之，法院駁回簽證申請，本國（籍）配偶除提起撤銷訴訟外，仍有可能涉及其他不同功能之行政訴訟類型，亦即前述給付訴訟性質之課予義務訴訟等其他行政爭訟類型。因此，聲請人就系爭決議聲請釋憲之目的，既在於法院就課予義務訴訟之拒絕，實不宜僅因其另有其他訴訟

¹⁰ 參照 von Coelln, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl., München: Beck, 2021, Art. 6 Rn.23.

類型得以主張，即認系爭決議未構成憲法保障前開權利之侵害。因此，本號判決之推論方式，既有不合邏輯之疑慮，亦有違憲法保障人民之婚姻權與訴訟權之目的與意旨！

附錄：行政訴訟結構（Aufbau einer verwaltungsrechtlichen Klage）
（以課予義務訴訟為例）¹¹

1. 法律救濟途徑與法院管轄權（Gerichtsbarkeit）（與撤銷訴訟等其他行政訴訟類似）
2. 訴訟程序合法性（Zulässigkeit der Klage）
 - 2.1 聲請行政救濟之當事人或關係人之要件
 - 2.2 受理可能性
 - 2.3 授益行政處分作為訴訟目標（Klageziel）
 - 2.3.1 對拒絕之行政處分（反拒絕之訴）
 - 2.3.2 不作為之行政處分（怠為處分之訴）
 - 2.4 訴權（Klagebefugnis）
 - 2.5 異議程序（Widerspruchsverfahren）
 - 2.6 訴訟期限
 - 2.7 一般權利保護必要性（allgemeines Rechtsschutzbedürfnis）
 - 2.8 其他程序合法性要件（例如對於怠為處分之訴在法定相當期間內無正當理由未遵期作出決定者）
3. 實體要件（即有無理由審理）
 - 3.1 消極要件（如被告之不適格）（Passivlegitimation）
 - 3.2 行政處分之拒絕或不作為之違法性
 - 3.3 原處分機關之管轄
 - 3.4 程序與形式
 - 3.5 請求權基礎
 - 3.6 因拒絕或怠為處分之權利侵害
 - 3.7 作成裁判之成熟度（Spruchreife;即已可作裁判之時機）

¹¹ 參照 Friedhelm Hufen, a.a.O., §15 Rn.1ff,31,§26 Rn.1ff, 26.

不同意見書

詹森林大法官 提出

本判決主文認為「最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）……固未承認本國（籍）配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，惟並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，而仍有例外依行政訴訟法第4條規定提起撤銷訴訟之可能。於此範圍內，上開決議尚未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權。」

就本判決僅非常有限地承認本國配偶於例外時得提起撤銷訴訟之權，並排除本國配偶得以自己名義提起課予義務訴訟，本席深表遺憾，爰提出本不同意見書。

壹、本判決雖略有突破，惟仍為德不足

在跨國婚姻中，外籍配偶以依親為由向我國主管機關申請居留簽證遭駁回後，本國配偶得否以自己名義循序提起行政爭訟，向為我國行政法院實務爭議問題¹。

本判決首先從憲法第16條訴訟權切入，重申憲法訴訟權之保障，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，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（理由第10段參照）。本判決接著肯認配偶間共同形成與經營婚姻生活，係受憲法第22條所保障之婚姻自由範圍，故主管機關否准外籍配偶來臺簽證之申請，勢必影響本國籍與其外籍配偶共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由。本判決並強調，就此等婚姻自由之限制，本國(籍)配偶亦應有適當之行政救濟途徑，始符合憲法第16條保障人民訴訟權，有權利即有救濟之意旨（理由第11段參照）。

本判決正面肯認，外籍配偶申請居留簽證被主管機關駁回時，本國配偶雖非該居留簽證之申請人，然該本國配偶受憲法保障之婚姻自由亦因此同受限制。此項肯認，對本國配偶在相類案件中是否有權利

¹ 參見廖福特，限縮權利主體及範疇-最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長決議，台灣法學，第 271 期，2015 年 5 月，第 136 頁。

或法律上利益受損害之爭議，實乃一槌定音，自值讚賞。

惟本席以為，配偶團聚生活固為共同形成與經營婚姻關係之重要條件，但尤值強調者，配偶團聚，更係家庭制度之核心領域。蓋配偶倘不能團聚，不僅無從履行同居義務，更難以順利在精神上、物質上相互扶持，以共營婚姻生活。本判決在基本權之論述上，就婚姻自由之內涵(即共同經營婚姻之自由)受侵害之情形，未再進一步推導、建構家庭（聚團）權，且一併從家庭（團聚）權著眼，殊有缺漏。

本判決另一難以贊同之處，在於僅因系爭決議未排除本國配偶仍得例外依行政訴訟法第4條提起撤銷訴訟，即認該決議尚未侵害本國配偶受憲法保障之婚姻自由與訴訟權。

申言之，本判決未深思：撤銷訴訟對於本國配偶而言，是否確屬憲法第 16 條訴訟權所保障之「及時」及「有效」之救濟途徑？

貳、本判決反將造成有權利卻無實質救濟之效果，而不符憲法第16條保障人民訴訟權之意旨

一、憲法第16條之訴訟權，不僅須保障人民形式上有向法院主張其權利之機會，更應確保人民能實質獲得及時有效之救濟

憲法第16條所定之訴訟權，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（釋字第574號解釋理由書第1段參照）。

有關訴訟種類、提起要件及程序進行等，均屬救濟制度之一環，立法者對此固享有相當程度之形成自由，得衡量案件之性質、訴訟制度之功能與目的等因素定之，然仍應注意不得侵害憲法第16條所保障之訴訟權核心。亦即，立法者所設計之制度，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，實質上亦應使個人之權利獲得確實有效之保護（釋字第418號解釋理由書參照）。

是從憲法第 16 條訴訟權保障意旨觀之，倘立法者建立之訴訟制

度，所賦予人民向法院提起救濟之管道，不能及時有效回復人民受損之權利或實現其權利，即難認該訴訟制度與憲法無違。

二、撤銷之訴，不足確保本國配偶之家庭團聚權及其與外籍配偶共同經營婚姻生活之權利，顯非及時且有效之救濟管道

行政訴訟法所定之撤銷訴訟，其目的在於除去違法行政處分之效力，使人民因違法行政處分而被侵害之權利或法律上利益，回復為未受侵害之狀態。

因此，人民因行政處分而權利受侵害，且透過排除行政處分效力即足以回復者，則賦予人民向法院提起撤銷訴訟之權利（例如訴請法院撤銷違法之稅捐處分），自屬及時有效之救濟管道，而符合憲法第16條訴訟權保障之意旨。

然而，人民之權利須行政機關一定之作為方能實現者，僅賦予其向法院提起撤銷訴訟之權，即非屬及時、有效救濟人民權利之方式。是就人民受此種侵害之情形，縱令「形式上」賦予人民得提起撤銷訴訟之權，仍難謂無違憲法第16條規定。

本國人與外國人締結婚姻契約者，其二人自得決定以我國作為長期共同生活與經營婚姻關係之住所（民法第1002條第1項前段、涉外民事法律適用法第47條）。此時，自以該外籍配偶得依法取得我國長期居留之簽證，為不可或缺。因此，主管機關駁回該外籍配偶依親簽證之申請，致本國配偶受憲法第22條保障之婚姻自由及家庭團聚權受限制者，僅允許本國配偶得以自己名義向法院提起撤銷訴訟，就確保本國配偶之婚姻自由及家庭團聚權而言，顯有不足，自非憲法第16條訴訟權所應保障之及時且有效之救濟管道。蓋撤銷訴訟所能達成之效果，至多僅係除去主管機關否准依親簽證之效力，使外籍配偶回到主管機關「未駁回其申請」之狀態，但無法令該外籍配偶獲得「已准許其申請」之結果。故縱令本國配偶提起撤銷訴訟且獲得勝訴，雙方仍繼續處於空間分隔之狀態，未能真正除去本國配偶之婚姻自由及家庭團聚權所受之限制。

三、小結

依據本判決，本國配偶在其外籍配偶依親簽證申請被主管機關駁回時，不得以自己名義對主管機關提起課予義務訴訟；而本判決所指之撤銷訴訟，對本國配偶仍非及時、有效之救濟管道。是本號判決之作成，不僅無助於本國配偶訴訟權之保障，反將使人民陷入有權利（婚姻自由及家庭團聚權）受侵害，卻無實質救濟機會之憲法困境。

參、本判決應透過重要關聯性，將行政訴訟法第5條第2項規定納入審理，或於主文中諭知現行行政訴訟法有規範不足之處，以符憲法第16條保障人民訴訟權之意旨

就上述本國配偶面對婚姻自由及家庭團聚權受限制，卻無適當救濟管道之困境，本席以為若欲於本判決澈底解決，解方有二。其一係從現行行政訴訟法第3條以下所定之各種訴訟類型中，尋求對本國配偶較為及時且有效之救濟途徑。亦即，應透過重要關聯性，直接將行政訴訟法第5條第2項規定納入審理之範圍。蓋誠如本判決所言，系爭決議僅係對本國配偶是否符合行政訴訟法第5條第2項所定構成要件而為之決議，故重點應在於行政訴訟法第5條第2項規定，是否規範過窄，導致人民於權利受損時，無從依該規定請求國家作為一定之行政處分。其二，倘認現行行政訴訟法第5條第2項就課予義務訴訟所定之要件，對該訴訟類型所欲達成之目的，並無違誤，則顯示現行政訴訟法之制度設計，並未提供與本件聲請案件相類案件之適當救濟途徑。對此權利救濟之真空狀態，本判決亦應一併宣告現行行政訴訟法有規範不足之違憲情事，並諭知立法者制定相應之規範，以符合憲法第16條保障人民訴訟權之意旨。

肆、結論

現代生活型態係屬多元，立法者若未將此多元性納入考量，妥為規劃足以對應之訴訟救濟制度，釋憲者即應介入並為調整。歷來釋憲實務已經承認婚姻自由（釋字第242號、第362號、第552號、第554號、第748號解釋參照），而家庭團聚權亦應為憲法第22條保障之基本權，本國配偶於該等權利受損時，自應受憲法第16條訴訟權之保障，享有向法院提起訴訟，以獲得及時、有效之救濟機會。此種基本

權之保障需求，尤應考量本國人民與其外籍配偶之家庭型態，而進行更符合社會脈動之調整。系爭判決雖提供本國配偶於本件聲請案之情況下，享有例外向法院提起撤銷訴訟之權利，卻怯於提供課予義務訴訟或其他真正能使本國配偶獲得「及時、有效」之救濟管道，本席礙難贊同。

原來，人民接近憲法，竟然如此困難！是法律使然，或憲法守護者使然？

不同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件聲請案是因為聲請人就領事事務事件，認臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1980 號確定終局判決，所適用的最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議¹（下稱系爭決議），有牴觸憲法疑義，聲請解釋。本件經憲法法庭審理後，認為系爭決議關於「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶……提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴」，尚未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權。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、課予義務訴訟的規定與限制

本件涉及本國（籍）配偶得否為其外籍配偶提起課予義務訴訟的問題。課予義務訴訟是我國於 2000 年 7 月 1 日施行的新修正行政訴訟法，有鑑於原有的行政訴訟種類只有「撤銷訴訟」，對於人民合法權益的維護不夠周全，因而在原有的撤銷訴訟外，新增確認訴訟與給付訴訟。本件聲請所涉的「課予義務訴訟」，一般認為是屬於特殊型態的給付訴訟，其目的在於請求行政機關為特定之作為。課予義務訴訟，又可因為係人民就其依法申請之案件，行政機關應作為而不作為，或是行政機關將其申請駁回，而分為兩種類型，分別規定於行政訴訟法第 5 條第 1 項，因行政機關怠為處分（消極之應作為而不作為）之課予義務訴訟，與第 2 項，因行政機關（積極）拒絕人民所請之拒絕處分。本件聲請案所涉即為後者，條文規範如下：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。

課予義務訴訟向來的爭議，主要在於人民是否限於「依法申請之案件」，始得提起課予義務訴訟，而以人民對於其依法所申請的事務

¹ 系爭決議所涉及的法律問題與決議的完整內容如附件。

內容，從該法律規範之意旨中有無賦予申請人得據以請求的「公法上請求權」存在為要件。本件系爭決議認為依外國護照簽證條例第 11 條及第 12 條，以及同條例施行細則第 6 條的規定，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，是該外國國民之本國（籍）配偶，因並非居留簽證所核發的對象，而認為其並無為其外國配偶申請居留簽證的公法上請求權，不可能因主管機關駁回本國（籍）配偶的申請而有權利或法律上利益受損害，因而否定本國配偶得為其外籍配偶提起課予義務訴訟原告的訴訟權能。本件判決基本上也是延續前揭爭議，認為「……申請外交部或駐外館處核發適當之簽證，屬持外國護照者專屬之權利，本國（籍）配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利」（見理由書第 13 段）。

此一限制是否適當，非無疑義，因我國課予義務訴訟主要是參考德國行政法院法第 42 條第 1 項：「人民得起訴請求撤銷行政處分（撤銷訴訟），亦得起訴請求判令做成被拒絕或怠為之行政處分（課予義務訴訟）」的規定而為制定，我國卻加上「依法申請之案件」的限制，以致於實務適用上產生相當大的爭議，也深受學界批評。系爭決議則進一步將其具體化為以其是否有公法上請求權為判斷的依據。系爭決議之見解或許受限於法律規定的解釋適用而不得不然，惟憲法法庭應立於憲法的高度，檢視該項法律的限制規定是否符合憲法保障人民權益的意旨。

二、課予義務訴訟，重點應在於人民權益因行政機關未依法為特定內容的行政處分而受損害，而非人民是否依法申請或是否有公法上之請求權

本判決否定本國（籍）配偶得提起課予義務訴訟的依據，主要是基於外國護照簽證條例的規定，認為本國（籍）配偶並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，因而並非屬「依法申請之案件」。

課予義務訴訟，其實重要的是人民的權利或法律上利益，因為行政機關依法有為特定內容的行政處分的義務而拒絕為之或怠於作為

而受有損害，而訴請行政機關為特定內容的行政處分。至於人民提出的申請是否「依法」為之，或者是否有公法上請求權，此乃判斷請求是否合於程序要件（例如是否於法定期間內提出），或是其請求實體上是否有理由的問題，而不應該是訴訟主體資格的問題，或是得否提出課予義務訴訟的前提要件。更何況，人民縱使依其所申請事項所依據之法規範無法從解釋上得出其具有公法上請求權，其於其他憲法上所保障之基本權利或法律上利益仍可能因行政機關未為授益之行政處分而受有損害，本件之情形即為如此（詳下述）。此一限制，使人民於其憲法上所保障之基本權利或法律上利益受到損害時，依系爭決議及本判決之意旨，僅能迂迴地透過撤銷訴訟除去對第三人不利處分之效力，然而實際上無論是申請人或有利害關係之第三人均無法僅藉由撤銷訴訟獲得有效的救濟，顯然有違憲法保障人民權利之旨。

三、本判決肯認拒發簽證予外籍配偶之否准處分，侵害本國配偶受憲法保障的婚姻自由權利，但卻只容許提起撤銷訴訟，對婚姻自由及訴訟權的保障不足

本件判決肯定憲法所保障之婚姻自由，包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利，並認為「就此等婚姻自由之限制，外籍配偶固得依法提起行政救濟，本國（籍）配偶亦應有適當之行政救濟途徑，始符合憲法第 16 條保障人民訴訟權，有權利即有救濟之意旨」（見理由書第 11 段），而且於判決理由中進一步肯認「……有關機關之拒發簽證予其外籍配偶之否准處分，就本國（籍）配偶之上開憲法上權利而言，自己具侵害其權利或法律上利益之不利處分之性質」（見理由書第 13 段）。

就此而言，本件判決業已推翻系爭決議「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形」之見解，而明白肯認本國（籍）配偶受憲法保障的婚姻自由權利，將因其外籍配偶申請簽證被拒而受到侵害。此為本判決重要意義之所在，亦即肯認本國（籍）配偶縱使依法無公法上請求權，其「權利或法律上利益」仍可能因行政機關否准

其外籍配偶之簽證而受有損害。而此處之「權利或法律上利益」則為本國（籍）配偶自身基於憲法所保障之婚姻自由，所衍生與配偶共同形成與經營其婚姻關係之權利。且本於對其訴訟權之保障，自應許有請求救濟之機會，並應該是足以使其所受之侵害得以回復之有效救濟途徑。

惟撤銷訴訟只是消極地撤銷行政機關之違法行政處分，就本案而言，只是撤銷外籍配偶申請簽證被駁回或不受理的行政處分，並無法積極地使聲請人受憲法保障之婚姻自由獲得有效之救濟，其外籍配偶仍應重新提出申請。可以想見的情況是，行政機關仍可能基於不同、甚至相同理由，仍然再為否准的行政處分，此時有利害關係之本國（籍）配偶僅能再次提起第三人撤銷訴訟請求撤銷原處分，依此不斷循環，對於合於申請要件之外籍配偶與本國（籍）配偶而言，其憲法上所保障之基本權利仍無從獲得實現。

從保障人民憲法上的權利角度觀之，既然肯認系爭決議所涉之規定限制婚姻自由，侵害本國（籍）配偶自身受憲法保障之權利，本國（籍）配偶應有適當而有效之行政救濟途徑。然而本判決卻只肯定本國（籍）配偶「……以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第4條提起撤銷訴訟之可能」（見理由書第13段），亦即僅於例外情形始得提起無法達成目的之「孤立」的撤銷訴訟，僅止於撤銷被駁回的簽證申請，而未能進一步肯定人民於權利受侵害時，亦得提起課予義務訴訟。本件判決甚至以本國（籍）配偶仍有提起撤銷訴訟之可能為由，而認為未承認其得提起課予義務訴訟，並未侵害憲法保障本國（籍）配偶之婚姻自由與訴訟權，其結果將使本國（籍）配偶無法獲得積極有效之救濟，顯然不符合有權利即有救濟之旨。反之，如果容許本國（籍）配偶可以提起課予義務訴訟，將使其於法院確認行政機關之拒絕行政處分係屬違法之情形下，直接獲得有效之救濟，而達到可以共同經營婚姻生活之目的。

四、本國（籍）配偶亦屬利害關係人，卻僅得提起撤銷訴訟，而不得提起課予義務訴訟

再者，行政訴訟法第 4 條第 3 項對於撤銷訴訟，容許訴願人以外之利害關係人，認為訴願決定損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。解釋上，只要是認為訴願決定損害其權利或法律上之利益，縱使不是訴願人，而是利害關係人，亦得提起撤銷訴訟，完全以其權利或法律上之利益是否受損害為判斷之標準，此由本件判決容許本國（籍）配偶於婚姻自由受限制者，得提起撤銷訴訟亦可知。然而系爭決議所依據的行政訴訟法第 5 條第 2 項，卻只限於原訴願人得提起課予義務訴訟，而未規定利害關係人亦得提起，縱使利害關係人之權利或法律上之利益受到損害亦不得提起，此是否對利害關係人之權利保障（尤其是憲法上的權利保障）有所不足，實有疑義。特別是本件為申請人與其外籍配偶為夫妻關係，對於其外籍配偶能否取得簽證一事，彼此間利害關係實為相同，其所受損害之權利或法律上利益亦屬相同。

或許有人質疑課予義務訴訟係要求行政機關向申請人為特定行政處分，而利害關係人並非申請人，並無法要求行政機關向利害關係人為行政處分。實則利害關係人所提起的課予義務訴訟，並非要求行政機關向利害關係人為行政處分，而仍然是向申請人為行政處分，亦即利害關係人以自己名義「請求行政機關對第三人（申請人）作成特定行政處分」。

五、本件判決似有訴外裁判

此外，本件判決似有訴外裁判的問題。本件聲請的標的是系爭決議，其內容並未涉及撤銷訴訟，而是完全針對「課予義務訴訟」所為的決議，然而本件判決內容卻及於撤銷訴訟，甚至限制其僅於「例外」情形始得提起：「……並未排除本國（籍）配偶以其與外籍配偶共同經營婚姻生活之婚姻自由受限制為由，例外依行政訴訟法第 4 條規定提起撤銷訴訟之可能」（見理由書第 13 段）；惟依行政訴訟法第 4 條第 3 項之規定，本國（籍）配偶解釋上應屬於該條項所稱之「訴願人以外之利害關係人」，原本就可以提起撤銷訴訟，而本件判決卻認為其僅於「例外」情形始得提出撤銷訴訟，而究竟何為本判決所稱「例

外」之情況並不明確，反而限縮撤銷訴訟之適用範圍。

六、結語

本判決雖然肯認本國（籍）配偶受憲法保障的婚姻自由權利，將因其外籍配偶申請簽證被拒而受到侵害，然而對於其權利受侵害之救濟，卻保守地認為本國（籍）配偶僅得以撤銷訴訟保障其權利，而不需要賦予其提起課予義務訴訟的資格。實則只有撤銷原來否准簽證的處分，並無法積極地使本國（籍）配偶可以達到與其外籍配偶共同經營婚姻生活之目的，亦即對於本國（籍）配偶在憲法上所保障之婚姻自由權利保護不足。況且在其受憲法保障的婚姻自由權受侵害之情形下，既然容許其可以利害關係人之名義提起撤銷訴訟，從有權利就有救濟之觀點，卻不容許其以利害關係人之名義提起課予義務訴訟，實有不足。

況且從憲法對於人民訴訟權保障之觀點，容許本國（籍）配偶以自己或以利害關係人之名義提起課予義務訴訟之實益在於，就本件外國籍配偶申請人身在國外之情形而言，其可能因為聯繫、郵件、認證等諸多困難因素，而無法親自甚至無法委託其本國（籍）配偶以代理人名義提起課予義務訴訟，此時容許其本國（籍）配偶得以自己或以利害關係人名義提起課予義務訴訟即有其必要性與實益，也才能真正達到權利救濟之憲法訴訟權保障之目的。

綜上所述，本件判決只是從行政訴訟法的解釋適用角度出發，而認為系爭決議合憲，未能從憲法高度，以保障人民婚姻自由權利以及訴訟權為出發點來審查系爭決議，本席並無法贊同。

附件

第
20
號

最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議
法律問題：

本國人民與外國人民在國外結婚後，該外籍配偶以依親為由，向我國駐外使領館、代表處、辦事處、其他外交部授權機構（下稱駐外館處）申請居留簽證遭駁回，本國配偶得否認為其有權利或法律上利益受損害，而提起行政訴訟法第 5 條第 2 項課予義務訴訟？
決 議：

行政訴訟法第 5 條第 2 項：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」人民根據此項規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。外國護照簽證條例第 11 條：「居留簽證適用於持外國護照，而擬在我國境內作長期居留之人士。」第 12 條：「外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；……」同條例施行細則第 6 條：「外交部及駐外館處應審酌申請人身分、申請目的、所持外國護照之種類、效期等條件，核發適當種類之簽證。」據此等規定可知，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。又公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約（下稱經社文公約）所揭示保障人權之規定，固具有國內法律之效力，然其得否直接發生人民對國家機關請求作成一定行為之請求權，仍應視此兩公約之各別規定，對如何之請求權內容及要件有無明確之規定而定。有明確規定

者，例如公政公約第 24 條第 3 項兒童之出生登記及取得名字規定，及經社文公約第 13 條第 2 項第 1 款義務免費之初等教育規定，始得作為人民之請求權依據。至公政公約第 23 條第 1 項：「家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。」經社文公約第 10 條第 1 款前段：「家庭為社會之自然基本團體單位，應儘力廣予保護與協助，其成立及當其負責養護教育受扶養之兒童時，尤應予以保護與協助。」就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。

不同意見書

呂太郎大法官 提出

壹、本判決之核心爭點

本判決之核心爭點，為外籍配偶申請依親入境簽證經主管機關拒絕後，本國配偶主張其受憲法保障之婚姻自由被侵害，而以自己名義提起課予義務訴訟，請求主管機關應許可其外籍配偶入境，是否為適格之原告？就此，本判決認為，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，勢必影響本國配偶與外國配偶之共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由，本國配偶固得就該拒絕簽證之行政處分，提起撤銷訴訟，但依外國護照簽證條例（下稱簽證條例）第 1 條及第 6 條規定，外交部或駐外館處核發簽證之對象為持外國護照者，故僅持外國護照者始能依簽證條例之規定申請簽證來臺，本國配偶尚非得依簽證條例所定得申請簽證之人，並無為外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權，故依法尚無提起課予義務訴訟之權利，因而否認本國配偶之原告適格。

貳、不能以實體權有無，倒果為因推論訴訟實施權有無

一、不必要訴訟之篩除機制

完整的訴訟過程，係起於原告之訴求（訴），經被告之爭辯（訟）及法院之審理，最終得出裁判。此一過程，不論是原告、被告或法院，都須不斷投入人力、時間與資源。因此，即使是憲法第 16 條規定已明文保障人民之訴訟權，但訴訟作為一項國家制度，既不可能毫無限制地准許任何人提起任何訴訟，也不可能就已提起之訴訟，進行無窮無盡的爭辯與審理，而必須設定一定之條件，以篩除不必要之訴訟。這雖是一項甚為簡單易懂之道理，但如何為原告發動訴訟設定一定之條件，却是極為複雜而困難之事。因為寬鬆之條件，對於原告利用訴訟制度自是方便，但對於被告而言，則增加應訴負擔，對國家而言，亦增加司法資源之付出。反之，亦然。因此，如何透過條件之設定，篩除不必要之起訴，使原告利用訴訟制度之需要獲得滿足，又可避免被告過度應訴負擔及國家司法資源之浪費，乃橫跨各訴訟領域共通面對之問題。

在以人民發動為主軸之民事及行政訴訟，除了透過建立訴訟要件之概念，設定在各種訴訟均屬不可或缺之事項（例如審判權、當事人能力、訴訟能力、代理權等），篩除不具備此事項之訴訟外，尚透過建立權利保護必要、權利保護利益（訴之利益）或訴訟實施權（當事人適格）之概念，進一步從個案與實體權利義務之關聯，篩除不必要之訴訟，使有限之司法資源能投注於真正有必要之訴訟，俾該訴訟之爭議，能獲得迅速、正確及適當之解決。

二、行政訴訟法第5條第2項規定，亦在篩除不必要訴訟

本件原因案件所涉及之行政訴訟法第5條第2項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」僅係規定人民「得」提起課予義務訴訟之要件，而非法院就本案請求必須如何判決之要件，性質亦屬於篩除不必要訴訟之機制。未符合上開規定者，該起訴即會被排除，法院於駁回該起訴時，無從對原告是否具有請求行政機關為行政處分—甚至特定行政處分—之公法上請求權，進行判斷。

三、對於拒絕人民申請之行政處分，僅提起撤銷訴訟（所謂孤立的撤銷訴訟），亦屬不必要（不經濟）之訴訟

行政訴訟法之撤銷訴訟，指請求撤銷中央或地方機關之違法、逾越權限或濫用權力之行政處分之訴訟（行政訴訟法第4條規定參照），法院若認為原告之請求為有理由，而判決撤銷該行政處分者，該處分即失其效力，回復最初未處分前之狀態，如機關須重為處分或決定者，應依判決意旨為之（行政訴訟法第216條第2項、第3項規定參照）。所謂應依判決意旨為之，係指關於法律見解部分，應受撤銷判決之拘束，但對於事實認定部分，仍尊重原機關之見解（司法院釋字第368號解釋參照）。至於課予義務訴訟，則指人民請求機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟（行政訴訟法第5條規定參照），於法院認為原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命

行政機關作成原告所申請內容之行政處分（行政訴訟法第 200 條第 3 款規定參照）。於法院認原告之訴雖有理由，惟案件事實尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定（行政訴訟法第 200 條第 4 款規定參照）。

由上述可知，提起撤銷訴訟之目的，旨在消極排除行政機關所為不利之行政處分，於人民之權益單純因行政處分而受侵害時，只須撤銷該行政處分，通常足以保護人民之權益，但若原行政處分係拒絕或駁回人民之申請者，縱使經法院判決撤銷該行政處分，亦僅回復最初申請之狀態，仍須由該行政機關就該申請另為處分，此時不能擔保新處分必會准許人民之申請，行政機關仍可能以不同之事實理由，再次拒絕或駁回申請。如此，從理論上言，面對人民之同一申請應否准許，可能在行政機關與法院間來回爭議，難以定案，不但會造成人民、行政機關及法院資源之耗費，更可能加深人民權益之損害。反之，若許人民提起課予義務之訴，即可就行政機關究應准許或駁回人民之申請，以一次之訴訟程序解決。兩相比較，於行政機關拒絕或駁回人民之申請案時，如人民申請之利益仍然存在，僅准許人民提起撤銷訴訟，既不經濟亦不符合人民權利救濟之及時需要，毋寧准許人民直接提起課予義務訴訟。從訴之利益觀點，於此情形下僅提起撤銷訴訟（所謂孤立的撤銷訴訟），應係欠缺訴之利益，而為不必要之訴訟，此亦為我國實務見解所採（最高行政法院 104 年度判字第 134 號判決意旨參照）。就比較法之觀點，日本行政訴訟法第 37 條之 2 第 3 項規定，提起申請型之課予義務訴訟，如係針對行政機關不為處分而提起者，應合併提起不作為之違法確認訴訟，如係針對行政機關不合法或無理由駁回之行政處分者，應合併提起撤銷訴訟或無效等確認之訴，亦可知之。

四、以原告是否具備公法請求權，判斷是否有起訴權利，乃倒果為因之推論

如前述，為避免不必要之訴訟，法律乃設有各種篩除機制。蓋原告是否具備公法請求權，正是法院本案審判之核心。如依本判決之推

論，將發生法院於進入本案審判前，判斷原告有公法上請求權，因此進入本案審理，嗣經兩造攻擊或防禦、言詞辯論與法院審理後，法院亦認為原告確有公法上請求權時，必須為原告本案勝訴之判決。反之，如經本案審理後，認為原告實際上不具備公法上請求權時，卻須以原告欠缺訴訟實施權為由駁回原告之訴，而非以本案駁回。如此，法院判決原告勝訴之判決，為有既判力之本案判決，被告應受判決之拘束，但法院為原告敗訴之判決，則為無既判力之非本案判決，不受判決之拘束。如此只對原告有利之訴訟制度，豈會是憲法所允許？

五、「依法申請」應不限於「依法有申請權」

（一）應從寬解釋我國提起課予義務訴訟之要件

如前述，行政訴訟法第5條第2項規定，僅在篩除不必要之訴訟，因此，不應作過於嚴格之解釋，否則將使真正有透過裁判解決必要之案件，被排斥於司法大門之外，殊違憲法保障人民訴訟權之本意。

就比較法言，德國行政法院法第42條第1項規定，人民得起訴請求撤銷行政處分（撤銷訴訟），亦得起訴請求判令作成被拒絕或怠為之行政處分（課予義務訴訟）。同條第2項規定，除法律另有規定外，僅在原告主張其權利因該行政處分，或因被拒絕或怠於作成行政處分而遭受侵害時，其訴方為合法。可見德國法並未規定課予義務之訴，以人民「依法申請」為要件。

依日本行政事件訴訟法規定，課予義務訴訟，區分為非申請型與申請型兩類型，各有不同之起訴要件。關於非申請型之課予義務訴訟，依同法第3條第6項第1款及第37條之2規定，因行政機關應為一定之處分而未為之，有生重大損害之虞，且其損害無其他適當方法可以避免時，得提起之。關於申請型之課予義務訴訟，依同法第3條第6項第2款及第37條之3第1項規定，再分兩類型，第一，對於依各該法令規定之申請或審查請求，未於相當期間內作成處分或裁決者（第1款）；第二，對於依各該法令之申請或審查，已作成不合法或無理由駁回之處分或裁決時，該當處分或裁決應撤銷或無效、不存在者（第2款），得提起之。可知於日本法，在非申請型之課予義

務訴訟，著重於原告權利之保護，於申請型之課予義務訴訟，則著重於原告之程序權。

我國行政訴訟法第 5 條第 1 項及第 2 項規定之課予義務訴訟，因參考日本法而增加德國法所無「依法申請」之要件，以至於非申請型之課予義務訴訟，全未明文。復參考德國法而增加日本法所無之權利受損害要件，使原告提起課予義務訴訟，形同須兼具德、日兩國所定之要件，對人民行使訴訟權，顯然作了過苛之限制。

尤其依行政訴訟法第 5 條規定之文字，不論原告係因行政機關不為任何處分而起訴或行政機關拒絕或駁回其申請而起訴，均以原告已依法提出申請為前提。因此，對於未准許人民申請之行政措施，人民將無法提起課予義務訴訟，顯然違反憲法保障人民權利之意旨。換言之，法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，個人自有對國家或行政機關請求為一定作為之公法上請求權，即便法律係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟（司法院釋字第 469 號解釋參照）。

（二）所謂「依法申請」，文義上僅指「已依法申請」，而非「依法有申請權之申請」

我國行政訴訟法第 5 條規定以「依法申請」作為提起課予義務訴訟之一項要件，為德國法所無，係受日本法之影響，日本行政程序及行政爭訟法制上，關於行政權之發動，向來區分為行政機關依職權發動，與由人民申請而發動二類型，法制上規定之「依法申請」，僅在表明「客觀上有申請之制度」而言，凡客觀上有「依法申請」之制度，主觀上即承認「任何人」經由申請而享有「申請權」，得就申請案件提起課予義務訴訟。易言之，申請制度有無，即是訴訟權能之判斷依據（請參閱：林孟楠，從日本法論課予義務訴訟「依法申請」之制度

內涵，載政大法律評論，第164期，第127頁以下，2021年3月）。

就我國法而言，行政程序之開始，亦有行政機關主動為之，或人民已依法規之規定提出申請之別。人民一旦提出申請，即為行政程序之當事人，行政機關就其申請即應進行事實之調查（行政程序法第34條及第20條第1款規定參照），調查之客體當然包含申請人是否確為得為申請之人，其申請是否符合法規之規定，以及判斷應否准許其申請所須之相關資料。因此，作為行政程序之開啟要件，行政程序法第34條規定所謂「當事人已依法規提出申請」，重點顯然不是在「當事人依法規有申請權」，而是「當事人已依法規申請」之事實，蓋「當事人依法規之申請權」是否存在，仍賴後續之行政程序—甚至行政訟爭程序—始能確定，故「當事人已依法規申請」才是行政程序開始之要件，而非因「當事人依法規有申請權」才能開始行政程序，從法條文字係規定「當事人已依法規申請」，而非「當事人依法規有申請權」，亦可知之。

又一旦提出申請，申請人及相對人或行政機關處分之相對人，即取得行政程序法上當事人地位（行政程序法第20條第1款及第2款規定參照），而享有一定之程序主體地位，對行政機關就申請案件所為之行政處分，認違法或不當而損害其權利或利益者，即得提起訴願（訴願法第1條及第18條規定參照），訴願審議委員會即須就此訴願進行審議（訴願法第63條以下規定參照），至於訴願人對於原處分機關有無公法上請求權，乃屬訴願之本案有無理由問題，而非訴願應從程序為不受理之問題（訴願法第77條規定參照）。事實上本件聲請人及其外籍配偶分別提起訴願後，行政院訴願委員會均以無理由駁回，而非不受理之程序駁回。

作為延續訴願法之後之行政救濟程序，行政訴訟法第5條規定之課予義務訴訟，目的在經由法院之判決命行政機關依人民之申請為一定之行政處分，那麼人民是否有權為此申請、申請是否合法、申請有無理由等，仍然是行政訴訟提起後，法院應實質調查審理，最終並作成判斷事項，而非開啟行政訴訟程序之事項。至若「原告未向行政機

關提出申請」，則行政機關既無從開始行政程序，行政法院自不能強制行政機關開始行政程序，故作為行政訴訟開啟之要件，所謂「人民依法申請」，仍如行政程序法、訴願法一般，應指「人民已向行政機關提出申請」之事實，而非「人民有申請權」。至於人民是否已依法申請，應依聲請案全盤經過，合理解釋當事人意思。

參、本國配偶應有為自己兼為其外籍配偶提起課予義務訴訟，以貫徹申請目的之權限

一、本國配偶有為自己提起課予義務訴訟之權能

（一）按婚姻自由及由此衍生夫妻經營共同生活之權利，應為憲法所保障，拒絕外籍配偶入境簽證申請，已形成對本國人民及其外籍配偶婚姻自由之重大限制。查人民有訴訟之權，乃憲法第 16 條規定所明文。所謂有訴訟之權，指人民主張其權利或法律上利益，已受到侵害或有受到侵害之虞時，可向法院提起訴訟，請求法院為及時、充分有效與公平審判之權利。換言之，訴訟權之保障，至少有三項內涵，其一，得提起訴訟；其二，得受及時、充分有效之審判；其三，得受公平審判；此訴訟權保障之內涵，不但為大法官歷來堅持之見解（司法院釋字第 418 號、第 530 號、第 736 號、第 742 號、第 785 號、本庭 111 年憲判字第 11 號判決意旨參照），亦為本判決所援用，殊值贊同。就本件而言，聲請人既主張受憲法保障之婚姻自由，則其因行政機關拒絕其外籍配偶入境簽證申請之行政處分受到重大限制，依前開說明，自應准許聲請人提起可受充分、有效審判之訴訟，方符合憲法保障人民訴訟權之意旨。

（二）雖然，僅承認聲請人得提起撤銷訴訟（所謂孤立的撤銷訴訟），讓原告即使獲得勝訴判決，申請案件仍回到行政機關，顯然有較尊重或維護行政權之意涵。然而，面對人民權益保障與國家行政權力衝突之際，憲法既規定應由法院解決（憲法第 77 條規定參照），立法者也透過立法，將事件最終之解決方案，交由法院決定，作為踐行憲法職責之法院，自不能僅以准許聲請人提起「隔靴搔癢」之孤立的撤銷訴訟，而不許其直截了當提起課予義務訴訟，即認已踐行憲法

保障人民訴訟權之誠命。

（三）依行政訴訟法第5條規定之文字，雖限於已向行政機關提出申請之人，始得提起課予義務訴訟。然而，該條以「人民提出申請」作為提起課予義務訴訟之要件，已然對人民行使訴訟權，做了過苛之限制，因此，不論從比較法觀點或規範保護理論觀點（司法院釋字第469號解釋參照），都應從寬解釋，亦如前述。

以申請入境簽證為例，申請時固應填具申請書表，記載相關事項，主管機關必要時並得面談，然此程序之目的，是在確定「應否准予何人入境簽證」所進行之程序，亦即在審查「應對何人」為准許或否准之行政處分。至於該申請是由何人提出，並非重點。從行政法之觀點，申請人與受處分人本可以為不同之主體，為他人利益而為申請，亦屬有之（行政程序法第20條第1款及第2款規定參照）。本件原因案件，程序上雖由該外籍配偶依行政機關之格式以該外籍配偶之名義提出入境簽證之申請，但本國配偶不但至越南接受面談，並對拒絕簽證之行政處分提起訴願，積極參與行政處分形成之基礎，事實上，本國配偶就該簽證，亦與提出申請之外籍配偶，有共同之利害，應認其亦有請求行政機關准予簽證之意思，雖受限於行政機關之格式規定，不能以聲請人之名義提出，但若因此否認其得提起課予義務訴訟，無異行政機關得於行政程序前端，即可透過申請人之限定，控制後端得為行政爭訟之當事人，自不合行政訟爭法制之原理。因此，應從寬解釋本件聲請人亦屬於該入境簽證之實質申請人，符合行政訴訟法第5條第1項「已依法申請」之要件。

二、本國配偶有為其外籍配偶提起課予義務訴訟之權能

按為篩除不必要之訴訟，學說及實務乃建立訴訟實施權之概念，從當事人與實體權利義務之關聯性，篩除不必要訴訟。所謂訴訟實施權，簡言之，指能有效進行訴訟，使判決結果能達到解決爭議功能之權限，具備此權限之人為當事人，學說上即認為當事人適格。至於何人有此訴訟實施權，固應依具體訴訟判斷，但一般而言，以判決客體之法律關係，其實體法上之應歸屬者（應為權利義務之主體），作為

訴訟當事人，因其有承受判決結果之法律地位，以之為當事人，自屬適格之當事人。但於例外情形，訴訟實施權亦可能由實體法權利義務主體以外之第三人享有，但判決之效果由應為權利義務之主體承受者，學說上稱為訴訟擔當。此第三人享有訴訟實施權，有來自法律直接明文規定者，為法定訴訟擔當。有來自應為權利義務之主體之授與者，為意定（任意）訴訟擔當。

基於任意訴訟禁止原則，單純以進行訴願或訴訟為主要目的而授與訴訟實施權（訴訟信託），固為法所不許（信託法第 5 條第 3 款規定參照）。然二人以上，就同一原因事實之行政處分，得選定一至三人為代表人提起訴願（訴願法第 22 條第 1 項規定參照）；有共同利害之人，亦得選定其中一人至五人，為全體提起行政訴訟（行政訴訟法第 29 條第 1 項規定參照）；有利害關係之第三人有輔助一造之必要者，得聲請參加訴訟，經兩造同意者，亦得承擔訴訟（行政訴訟法第 44 條第 2 項、第 48 條準用民事訴訟法第 64 條規定參照）。依此等訴訟法理，可知第三人若與當事人有共同之利害關係時，當事人將訴訟實施權授與該第三人，由該第三人為其訴訟，並無濫用訴權之虞，應無不許之理。本件聲請人與其外籍配偶間，就家庭與婚姻生活之經營而言，客觀上具有密不可分之共同利害關係，主觀上，雙方亦均有請求行政機關准許入境簽證之意思，且對於行政機關拒絕簽證之行政處分，亦均提起訴願以求救濟，已如前述。故解為該外籍配偶有授權聲請人於本國提起課予義務訴訟之訴訟實施權，以延續雙方請求行政機關作為准許簽證之行政處分之最初目的，亦屬合理。於此情形，聲請人雖以自己名義為其外籍配偶訴訟，該訴訟之判決效力亦及於其外籍配偶（行政訴訟法第 214 條第 2 項規定參照），但即使聲請人受勝訴判決，亦僅其外籍配偶應被准許入境而已，是否入境仍由該外籍配偶決定，並不發生該外籍配偶因此負有入境義務，從而由本國配偶擔當訴訟，該判決對外籍配偶亦無不利，應無排斥之理由。

肆、本判決亦凸顯「有權利即有救濟」之理論困境

（一）越論越保守？

本判決認為憲法第 16 條規定所保障之人民訴訟權，係指人民於其權利或法律上利益遭受侵害時，有請求法院救濟之權利。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利或法律上利益遭受侵害時，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（判決理由第 10 段參照）。否准外國籍配偶來臺簽證之申請，勢必影響本國籍配偶與其外籍配偶之共同經營婚姻生活，而限制其婚姻自由。就此等婚姻自由之限制，外籍配偶固得依法提起行政救濟，本國配偶亦應有適當之行政救濟途徑（判決理由第 11 段參照）。系爭決議認，外籍配偶申請依親居留簽證被拒，本國配偶不得提起課予義務訴訟，並未排除其得例外提起訴願及撤銷訴訟，尚不得逕行認定其違憲（判決理由第 12 段參照）。

本判決理由第 10 段認為憲法第 16 條規定所保障之人民訴訟權，是保障人民有獲「及時、有效」救濟之機會，為訴訟權核心，僅由此段，想必會理直氣壯推衍出最後之結論，是本件聲請人可以受到最「及時、有效」救濟機會，即提起課予義務訴訟。惟至判決理由第 11 段，認外籍配偶固得「依法」提起行政救濟，本國配偶亦應有「適當」之行政救濟途徑，已可感受到對本國配偶之救濟途徑，開始在轉彎、限縮，其僅能享有「適當」而非「及時、有效」之救濟。至本判決理由第 12 段，終於明白指出，本國配偶所能享有之救濟僅為提起撤銷訴訟，不包含課予義務訴訟。然而，如本意見書前述，提起撤銷拒絕申請之訴訟，並不能使人民之權利獲得「及時、有效」之救濟。從而一開始所強調訴訟權之保障，係使人民受「及時、有效」救濟之目的，並未出現。

（二）權利不是被救濟之客體

所謂「有權利即有救濟」，此之「權利」，如果是指由客觀制度觀察應由何人享有之權利，因客觀制度所觀察之權利，並無受侵害可言，無對此客觀權利進行救濟之問題，訴訟程序亦不在救濟客觀制度下之「權利」。如果此一「權利」，是指客觀制度下發生某一構成要件事實，因而由某人取得之主觀上權利，那末此一主觀權利乃以國家

法律作為後盾之利益，如受侵犯，該權利即啟動「自救」作用，排除該侵害（例如受來自法律行為之侵害者，法律即規定該法律行為無效或得以撤銷，如受來自事實行為之侵害，可透過法院判決等強制除去其侵害），若該侵害已無法排除時，則轉變權利之形態為損害賠償請求權，透過請求損害賠償以回復原狀或彌補。因此，也不應存在有「救濟權利」之概念。如果權利須被「救濟」，那麼誰可以「救濟」權利？故憲法保障人民之訴訟權，並非賦予人民訴訟權以救濟其實體權利，而是使其就有無實體法上權利、應否負義務、如何排除對其權利之侵害、如何強制實現其權利或彌補權利之損失等事項之爭議，得請求法院為本案裁判而已（其餘請參閱本席於司法院釋字第 784 號解釋提出之協同意見書）。（不禁讓人懷念起，訴權理論提倡之初之私法的訴權理論，為使人民向法院起訴具有正當性，力主訴權為私權之變形，人民既有私權，自有向國家請求審判之訴權，而不是後來成為通說之權利保護請求權說，主張私權竟成為訴權保護之對象）

（三）主張有實體權利被侵害者，即有訴訟權能

就本件原因案件言，本判決之推論過程，似乎是：1.本國配偶因行政機關拒絕簽發其外籍配偶之入境簽證，其憲法所保障之婚姻自由受到重大限制。2.故本國配偶對於拒絕簽證之行政處分，得提起撤銷訴訟以撤銷之。3.但依簽證條例等法規，本國配偶不得聲請其外籍配偶入境簽證。因此本國配偶無請求行政機關准許入境簽證之公法上請求權。故本國配偶無提起行政機關有為簽證義務之課予義務訴訟之訴訟權。

此一推論過程，是從最抽象而廣泛之權利概念，到憲法上婚姻自由之權利，到具體法准許入境簽證之公法上請求權，推論出「有救濟」、「得提起撤銷訴訟」，到「不得提起課予義務訴訟」之結論。係由實體的權利有無，決定可以提起訴訟之類型，與「有權利即有救濟」係以實體權利有無，考慮得否訴訟之思考模式，完全一致。但是沒有經過訴訟程序由法院為本案判決，如何得知其有「權利」，因而可以提起某種訴訟？如果因其享有某權利而可以提起某訴訟，但經判

決結果，却否認該權利時，還可以說原告有該權利嗎？是否會發生一旦法院否決該權利，原告變成無權利，因而推論出原告自始即不能提起該訴訟之倒果為因結論，實值吾人深思。如果不能為上開倒果為因推論，那麼所謂「有權利即有救濟」，其實只有「原告主張其有權利並受侵害，即應有救濟」之意義，在此意義下，憲法保障人民之訴訟權，恐怕是指原告主張其權利受侵害時，即應賦予原告請求法院為本案裁判以解決爭議之意義。果爾，以本件為例，聲請人既主張其有請求行政機關為准許其外籍配偶入境之簽證，却被拒絕簽證，已侵害其權利，即已具備提起實現此一請求之課予義務訴訟之權能，法院即應就其主張之該權利是否存在及是否被侵害，行政機關有無准予簽證義務之本案進行審判，以終局的、有效的解決該爭議。要言之，原告所主張之該權利是否存在及是否被侵害，行政機關有無准予簽證義務等事項，乃原告之訴有無理由之問題，為本案判決所應處理之事項。行政法院如依原告所訴之事實，認原告所主張之該權利顯然不存在或未被侵害，或行政機關顯然無准予簽證義務時，尚得以原告之訴於法律上顯無理由，不經言詞辯論以判決駁回（行政訴訟法第107第3項規定參照），但終不能因認原告無請求之權利，而以欠缺訴訟實施權（當事人不適格）為理由，駁回原告之訴。

111 年憲判字第 20 號

第
20
號

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 57 號

聲請人 彭雲明

上列聲請人認臺灣高等法院臺中分院 94 年度上易字第 429 號刑事判決所適用中華民國 81 年 7 月 29 日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項及第 5 條第 1 項前段規定違憲，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，本庭裁定如下：

主 文

司法院釋字第 812 號解釋之效力及於聲請人之本件釋憲聲請案件。 1

理 由

- 一、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 1
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，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。
又按司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2
款規定，人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始
得為之，亦有明文。
- 二、經查，聲請人因竊盜犯贓物犯保安處分條例案件，認臺灣高等 2
法院臺中分院 94 年度上易字第 429 號刑事判決所適用 81 年 7
月 29 日修正公布之竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項及
第 5 條第 1 項前段規定，有牴觸憲法之疑義，於 109 年 10 月 20
日依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法（下稱系爭
案件），依憲訴法第 90 條第 1 項但書規定，系爭案件為憲訴法
施行日即 111 年 1 月 4 日前繫屬之案件，其應否受理，應依大審
法判斷之。經核與大審法上開規定聲請釋憲要件相符，應予受
理。
- 三、司法院於 110 年 12 月 10 日作成釋字第 812 號解釋，本件聲請人 3
據以聲請審查之系爭案件，與上開解釋屬同一法規範憲法審查

案件，且符合受理要件，於上開解釋公告前未及併案審理，自應為上開解釋效力所及，爰裁定如主文。

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

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
全體大法官	無

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

憲法法庭裁定

111 年憲暫裁字第 1 號

聲 請 人 甲○○

訴訟代理人 楊佳陵律師

上列聲請人為改定未成年子女權利義務行使負擔等事件之聲請暫時處分事件（最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號確定終局裁定），聲請裁判憲法審查暨暫時處分，就暫時處分部分，本庭裁定如下：

主 文

- 一、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號確定終局裁定（含臺灣臺北 1
地方法院 108 年度家暫字第 46 號家事裁定），於本庭 111 年度憲
民字第 192 號聲請人聲請裁判憲法審查案件裁判宣告前，應暫
時停止執行。
- 二、其餘聲請駁回。 2

理 由

- 一、聲請案件繫屬中，憲法法庭為避免憲法所保障之權利或公益遭 1
受難以回復之重大損害，且有急迫必要性，而無其他手段可資
防免時，得依聲請或依職權，就案件相關之爭議、法規範之適
用或原因案件裁判之執行等事項，為暫時處分之裁定，憲法訴
訟法第 43 條第 1 項定有明文。
- 二、查本件聲請人與義大利籍之乙○○於中華民國 103 年生有一女 2
丙○○（真實姓名見姓名代碼對照表），嗣雙方就對未成年子女
丙○○權利義務之行使或負擔，同意乙○○得於 106 年 12 月 20
日至 107 年 1 月 10 日帶同丙○○至義大利，然乙○○提前於 106
年 12 月 12 日即帶回丙○○至義大利。嗣聲請人於 106 年 12 月
12 日向臺灣臺北地方法院請求改定親權（107 年家親聲字第 212
號）之本案，並於 107 年 1 月 3 日向臺灣臺北地方法院聲請暫
時處分，請求禁止乙○○攜帶丙○○出境及應交付子女予聲請
人。乙○○後未依約於 107 年 1 月 10 日將丙○○帶回臺灣，聲

請人後於 108 年 1 月間至義大利探視丙○○，並於 108 年 1 月 20 日將丙○○帶回臺灣。乙○○亦於 108 年間聲請暫時處分，經同法院以 108 年度家暫字第 46 號家事裁定，准乙○○所請，命聲請人應將未成年子女丙○○交付乙○○，乙○○並得於該院 107 年家親聲字第 212 號改定親權之一審裁定前，攜未成年子女丙○○出境至義大利同住等。聲請人依法抗告及再抗告，嗣經上開確定終局裁定駁回再抗告確定。乙○○乃據以聲請臺灣臺中地方法院為前開暫時處分之強制執行（109 年度司執字第 11967 號）。本件聲請人已聲請就上開確定終局裁定為裁判憲法審查，並依憲法訴訟法第 43 條第 1 項規定聲請暫時處分。

- 三、本件聲請人主張略以：此次一去，孩子將受到無可回復的受國 3
民教育權、在臺灣的生存權、母女人格尊嚴、婦幼安全等無可
回復的損害，不知何處是兒家？不見媽媽在哪裡？臺灣不是海
牙公約國，單向保障外籍生父，不顧本籍母女的權益？本案至
為急迫等語。
- 四、就跨國父母之情形，如何適當酌定其對未成年子女權利義務之 4
行使或負擔，對未成年子女身心能否健全發展之憲法權利關係
尤切。於定對於未成年子女權利義務之行使或負擔之暫時處分
事件，如決定不當，確足使未成年子女身心健全發展之憲法權
利遭受難以回復之重大損害。上開確定終局裁定係維持第一審
裁定聲請人應將該未成年子女交付乙○○之暫時處分，但此暫
時處分之執行，對於該未成年子女憲法權利之影響至鉅，然上
開確定終局裁定有無牴觸憲法，仍待本庭進行憲法審查，且上
開確定終局裁定已進入強制執行程序，本件確具急迫性與必要
性，而無其他手段可資防免，本庭認本件確有准予暫時處分之
必要，是上開確定終局裁定（含臺灣臺北地方法院 108 年度家
暫字第 46 號家事裁定），於本庭 111 年度憲民字第 192 號聲請人
聲請裁判憲法審查案件裁判宣告前，應暫時停止執行。
- 五、至於聲請人併聲請子女應由聲請人與乙○○在臺灣共同監護之 5

部分，並無急迫必要性，核與憲法訴訟法第 43 條第 1 項規定之要件不符，應予駁回。

六、本件暫時處分裁定，有憲法訴訟法第 43 條第 4 項規定之情形時 6，失其效力。

中 華 民 國 111 年 3 月 18 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

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、吳大法官陳銀、 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

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 111 年 3 月 18 日

111 年暫裁字第 1 號

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 217 號

聲請人 一 花蓮縣政府
 代 表 人 徐榛蔚
 聲請人 二 花蓮縣地方稅務局
 代 表 人 呂玉枝
 共 同
 訴訟代理人 程春益律師
 劉豐州律師
 吳典倫律師

上列聲請人因地方稅務事務事件，就所受不利確定終局裁判及法規範，聲請為宣告違憲之判決，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

- 一、聲請人一及二因地方稅務事務事件，認最高行政法院 109 年度 1
 上字第 962 號（下稱系爭判決一）、110 年度上字第 274 號、第
 295 號及第 331 號判決（下合稱系爭判決二），適用地方稅法通
 則第 4 條第 1 項規定（下稱系爭規定），牴觸憲法，聲請憲法審
 查。其聲明及聲請依據如下：1.先位聲明：依憲法訴訟法（下稱
 憲訴法）第 83 條第 1 項規定或第 59 條第 1 項規定，聲請就系
 爭判決一及二為裁判憲法審查；2.第一備位聲明：依地方制度法
 第 30 條第 5 項規定，聲請憲法裁判；3.第二備位聲明：依憲訴
 法第 82 條第 1 項規定，聲請就系爭規定為宣告違憲之判決。
- 二、按憲訴法第 1 條第 2 項規定：「其他法律規定得聲請司法院解釋 2
 者，其聲請程序應依其性質，分別適用解釋憲法或統一解釋法
 律及命令之規定。」第 59 條第 1 項規定：「人民就其依法定程
 序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法
 規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲

之判決。」第 82 條第 1 項規定：「地方自治團體之立法或行政機關，因行使職權，認所應適用之中央法規範牴觸憲法，對其受憲法所保障之地方自治權有造成損害之虞者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」第 83 條第 1 項規定：「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。二、其立法機關議決之自治事項，經監督機關函告無效。三、其行政機關辦理之自治事項，經監督機關撤銷、變更、廢止或停止其執行。」第 92 條第 1 項前段規定：「第 59 條第 1 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。」又，聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理，憲訴法第 32 條第 1 項亦定有明文。

- 三、就先位聲明部分，查聲請人二並非憲訴法第 83 條第 1 項規定所 3
稱之地方自治團體，且系爭判決一及二所涉爭議，亦非屬該條
項所定各款事項，聲請人等尚不得依該規定聲請裁判憲法審
查。又，憲訴法第 59 條第 1 項規定所稱「人民」，係指享有憲
法基本權利保障之基本權主體，且受有不利之確定終局裁判
者，並不包括非立於人民地位之行使公權力之行政主體或行政
機關。查聲請人一及二均非該規定所稱之「人民」，尚不得依該
規定聲請裁判憲法審查；況系爭判決一於憲訴法修正施行前即
已送達，依憲訴法第 92 條第 1 項前段規定，本即不得為憲訴法
第 59 條第 1 項之裁判憲法審查案件之客體，且聲請人一亦非系
爭判決一及二之當事人，亦不得據以聲請裁判憲法審查。是聲
請人等就此部分之聲請，均於法不合。
- 四、就第一備位聲明部分，依上開憲訴法第 1 條第 2 項之規定，聲 4
請人尚不得逕依地方制度法第 30 條第 5 項之規定而為聲請，是
此部分之聲明，尚無從獨立予以審酌。就第二備位聲明部分，

按憲訴法第 82 條第 1 項規定所稱地方自治團體之行政機關，係指地方自治團體行政機關之最高機關，亦即直轄市政府或縣（市）政府（憲訴法第 82 條第 1 項規定立法理由參照）。查聲請人二係隸屬於聲請人一之下級機關，自不得依該規定聲請憲法審查。至聲請人一固為地方自治團體行政機關之最高機關，惟核其所陳，尚難謂客觀上已具體敘明其因行使職權所應適用之系爭規定，究有何牴觸憲法，而對其受憲法所保障之地方自治權造成損害。是聲請人等於此部分之聲請，亦與憲訴法第 82 條第 1 項規定之要件不符。

據上論結，本件聲請核均與憲訴法相關規定所定要件不合，應不受 5 理。

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

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
全體大法官	無

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 13 日

111 年憲裁字第 217 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 218 號

聲 請 人 臺灣南投地方法院少年及家事法庭日股法官

上列聲請人為審理臺灣南投地方法院 102 年度少侵訴字第 2 號妨害性自主及 102 年度少訴字第 8 號違反毒品危害防制條例案件，認應適用之中華民國 98 年 6 月 10 日修正公布之刑法第 74 條第 1 項第 1 款及少年事件處理法第 79 條規定，違反憲法所明文之平等權、公平審判權和訴訟權，聲請解釋案。本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。

1

理 由

- 一、本件聲請意旨略謂：聲請人因審理臺灣南投地方法院 102 年度 1
少侵訴字第 2 號妨害性自主及 102 年度少訴字第 8 號違反毒品
危害防制條例案件（下依序稱原因案件一及二），認應適用之中
華民國 98 年 6 月 10 日修正公布之刑法第 74 條第 1 項第 1 款及
少年事件處理法第 79 條規定（下依序稱系爭規定一及二），未
考量一人犯數罪，而犯罪於起訴前之相同時間或相當期間內被
發覺，然具體個案在犯罪調查及訴訟程序過程中，因承辦案件
之公務員個人因素，或刑事訴訟法及其他程序規定，例如因少
年事件處理法規定致案件前後繫屬於法院刑事庭及少年法庭，
而由法院以二件以上之訴審理和判決，此時被告因而在客觀上
無適用前述緩刑規定之機會，造成相同條件之不同被告，非因
其個人之因素致有二件以上之判決者，即無法符合未曾因故意
犯罪受有期徒刑以上刑之宣告的緩刑形式要件，此差異不符合
實質平等之事物本質，違反憲法所明文之平等權、公平審判權
和訴訟權，爰聲請宣告系爭規定一及二違憲等語。
- 二、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 2
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，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。次按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋闡釋甚明。

- 三、本件聲請人於 103 年 2 月 7 日聲請解釋憲法。依憲訴法第 90 條第 1 項但書規定，應以司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋判斷本件應否受理。核聲請意旨所陳，無非認定本件原因案件一及二之被告實以宣告緩刑為宜。惟其所提出違憲之論證，難謂已提出客觀上形成確信系爭規定一及二為違憲之具體理由。是本件聲請，核與前開司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，本庭爰依前揭規定裁定不受理。

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

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、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳銀、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官昭元、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、林大法官俊益、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎

【意見書】

不同意見書：黃大法官瑞明提出、蔡大法官明誠加入、詹大法官森林加入、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 111 年 5 月 13 日

不同意見書

黃瑞明大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

詹森林大法官 加入

謝銘洋大法官 加入

本件聲請案由南投地方法院少年及家事法庭日股法官提出，多數意見決議不受理，本席認為本件聲請具受理價值，爰提出不同意見如下：

壹、法官聲請解釋之緣由

一、聲請解釋之標的：得宣告緩刑之規定

本件聲請人南投地方法院少年及家事法庭日股法官因審理南投地方法院 102 年度少侵訴字第 2 號妨害性自主案件（下稱原因案件一）、102 年度少訴字第 8 號違反毒品危害防制條例案件（下稱原因案件二），認所應適用之中華民國 98 年 6 月 10 日修正公布之刑法第 74 條第 1 項第 1 款規定：「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」（嗣 104 年 12 月 30 日修正公布同條第 5 項規定，105 年 7 月 1 日施行。同條第 1 項第 1 款未修正，下稱系爭規定一）及少年事件處理法（下稱少事法）第 79 條規定：「刑法第 74 條緩刑之規定，於少年犯罪受 3 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者適用之。」（下稱系爭規定二），牴觸憲法，經裁定停止審判程序後，於 103 年 2 月 7 日依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋意旨，向司法院聲請解釋憲法。

二、原因案件一之事實大要

本件被告對甲為強制猥褻行為遭甲家屬發覺，被告書立悔過書，內容除陳述對甲為強制猥褻外，還曾對乙、丁為強制猥褻。南投縣警察局信義分局函送南投地方法院檢察署，僅函送被告強制猥褻甲部分，南投地方法院檢察署先行將被告對甲為強制猥褻之案件偵查終

結，提起公訴，南投地方法院以妨害性自主案件審理。

南投地方法院檢察署另就被告犯強制猥褻乙、丁之案件分案，檢察官並以與被告犯強制猥褻甲之案件相牽連為由，向南投地方法院追加起訴，南投地方法院刑事庭就被告強制猥褻甲和乙部分判決被告有罪並宣告緩刑（前案）；被告強制猥褻丁部分則以被告行為時為 14 歲以上未滿 18 歲之少年，依少事法等規定認檢察官應向南投地方法院少年法庭提起公訴，故諭知不受理。嗣後，南投地方法院檢察署就被告強制猥褻丁部分向南投地方法院少年法庭提起公訴，由聲請人審理中（後案），聲請人停止審判而聲請釋憲。

三、原因案件二之事實大要

本件被告涉犯刑法第 305 條恐嚇危害安全、第 354 條毀棄損壞、第 271 條第 2 項殺人未遂、第 277 條第 1 項傷害等罪（前案），經彰化縣警察局田中分局移送，南投地方法院檢察署以被告前案行為時已滿 18 歲，向南投地方法院刑事庭提起公訴，由南投地方法院刑事庭審理。

被告另涉犯毒品危害防制條例第 4 條第 3 項販賣第三級毒品罪（後案），經彰化縣警察局移送，南投地方法院檢察署以被告後案行為時未滿 18 歲，向南投地方法院少年法庭提起公訴，由聲請人審理中，聲請人停止審判而聲請釋憲。

四、聲請意旨

聲請人為審理原因案件一及二，個案審酌被告犯罪情節及犯後態度後，足信無再犯之虞，並認為以暫不執行刑罰為適當，應鼓勵被告自新並賦予緩刑之機會，卻因數罪中有部分犯罪時間係在少年時期所為，致數罪分別適用刑事訴訟法及少事法，而須分別由普通法院刑事法庭及少年法院、法院之少年法庭審理，勢必將有先後二件判決，造成客觀上被告始終無法獲得法院依系爭規定一及二審酌是否暫不執行宣告之有期徒刑。故認系爭規定一及二未考量於一人犯數罪，而於起訴前之相同時間或相當期間內被發覺，然因司法警察人員、檢察官偵查程序行使等個人因素，或刑事訴訟法及少事法之管轄規定，使案

件先後繫屬於法院，而有二件以上之判決，致自始無從宣告被告緩刑，無法達成緩刑之立法目的，侵害憲法所保障之平等權、公平審判權和訴訟權等。

貳、應受理之依據及理由

- 一、按憲法訴訟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，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。又各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信系爭法律為違憲之具體理由，向司法院聲請解釋憲法，司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。
- 二、本席認為，本件聲請意旨所陳，與司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件相符，依上開規定及上開解釋意旨，應予受理。

參、系爭規定一及二就宣告緩刑之條件之違憲疑義

一、系爭規定一及二就緩刑宣告規定相同之消極要件作為審查標的

系爭規定一明定宣告緩刑以受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，且未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者為限。

按國家就兒童及少年之身心健康及人格健全成長，負有特別保護之義務（憲法第 156 條規定參照）。基此，為保護心智未臻成熟之兒童及少年，立法者就其特定偏差行為或觸犯刑罰法律行為之處理，特制定少事法以為規範，其立法目的著重於健全少年（12 歲以上、18 歲未滿之人）之自我成長、成長環境之調整及其性格之矯治（少事法第 1 條及第 2 條規定參照）。系爭規定二則是 14 歲以上之少年犯罪受 3 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告者，即得宣告緩刑，此係因少年身心均未成熟，為保護少年，放寬少年受緩刑之空間，然仍限於未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者始得宣告緩刑。

據此，系爭規定一及二之緩刑要件，僅在被告所受宣告刑之年數

略有差異，然均以「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」為消極要件，造成曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，即不得宣告緩刑；未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，始有宣告緩刑之機會，法院得依其犯罪情節及犯後之態度，審酌是否足信無再犯之虞，而認為以暫不執行為適當（法院加強緩刑宣告實施要點第2點規定參照）。故就系爭規定一及二可能涉及之違憲疑義，可就其共同之消極要件加以審查。

二、系爭規定一及二之立法意旨符合憲法上重要之公共利益

我國緩刑制度，係被告因犯罪行為而被法院論罪科刑，具有明確之刑罰宣示，惟基於刑事政策之考量，將原屬自由刑之刑期，在符合法定要件下，認為給予其更生機會較為適當時，乃另設一定觀察期間延緩其刑之執行，迨其緩刑期間屆滿而未被撤銷時，其刑之宣告即失其效力。故緩刑之性質，仍屬刑罰權作用之一環，並著重於特別預防機能，區分犯罪行為之可罰性與被告現實上有無刑罰之必要性，進行個別化的刑罰判斷，並透過暫緩刑罰之執行，避免被告被剝奪人身自由之不利益和短期自由刑之流弊，使被告有自新之機會，而有消滅刑罰權之效果，主要目的在獎勵惡性較輕者使其遷善。

系爭規定一及二關於符合「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」，得宣告緩刑，係因「過失犯，惡性較之故意犯輕微，且以偶蹈法網者居多，而緩刑制度，既為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而設，自應擴大其適用範圍，使其及於曾因過失犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」（94年2月2日修正公布之法務部立法說明參照）。故曾因過失犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告者，仍得宣告緩刑。至於曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，則不得宣告緩刑，係因立法者認為被告曾經故意犯罪後猶不知警惕，難以期待被告能悔改，而有一再危害社會之嫌，故有執行刑罰之必要，以實現國家刑罰之功能。據此可知，系爭規定一及二就得否宣告緩刑之條件，係就被告過去所犯有期徒刑以上之罪係故意犯或過失犯而為分類，判斷被告是否具有刑罰必要性，故偶發犯、初犯及曾因過失犯罪者得受緩

刑宣告，復歸社會，達成在社會中重新社會化之人格重建功能；而不符此條件者，則須入監服刑，如此分類尚符我國刑罰目的之實現，自屬重要之公共利益。然而有爭議的是，曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，均一律排除受緩刑宣告之機會，是否過苛以及符合平等原則之問題。

三、系爭規定一及二宣告緩刑與否之條件涉違反憲法第 7 條平等原則

按於一人犯數罪之情形，且犯罪均於起訴前之相同時間或相當期間內被發覺，依現行刑事訴訟法之規定，原得合併起訴、審判，而以一判決為之（刑事訴訟法第 6 條、第 7 條及第 15 條規定參照），於同一程序中審酌是否依系爭規定一或二宣告緩刑。然若因被告有部分犯罪時間係於少年時期所為，構成少年刑事案件，致數罪分別適用刑事訴訟法及少事法（少事法第 3 條第 1 款、第 18 條第 1 項；少事法施行細則第 3 條、第 4 條、第 7 條第 1 項及第 2 項規定參照），而分別由普通法院刑事法庭及少年法院、法院之少年法庭審理（少年及家事法院組織法第 2 條規定參照），造成程序割裂，因此產生二件以上之判決。此時於後案判決中，法院並非無從期待被告能悔改警惕，而必認其有一再危害社會之嫌，並有執行刑罰之必要，故不宣告緩刑，乃係因不符合系爭規定一或二「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」之緩刑要件，使被告原有獲緩刑宣告之機會喪失，造成非受自由刑之執行不可；至於刑法第 74 條第 1 項第 2 款規定「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」，即有獲得緩刑之機會，於此時仍無法作為緩解系爭規定一及二違反平等原則之依據，因為被告所犯數罪之時間與行為緊接，原得合併審理，僅因管轄權之規定分割審理，而產生二件以上之判決，原則上後罪判決時間不可能在前罪判決後執行完畢或赦免已逾 5 年（除非法官停止審判）。且前案判決所為之緩刑宣告，亦可能於後案判決確定後遭撤銷（刑法第 75 條及第 75 條之 1 規定參照）。相較下，案件經合併起訴、審判之被告即有獲緩

刑宣告之機會。

查事實審法院裁量是否給予緩刑宣告時，自須恪遵法律授予裁量權之規範目的，妥適考量並審慎行使裁量權限，而法院決定宣告緩刑與否亦不能裁量怠惰。上述案例之情形，將使具有相同條件（即依犯罪情節、犯後態度等緩刑之審酌情狀）之被告，其受緩刑宣告與否，不是取決於特別預防或有無刑罰必要性等實質因素，使法院無法就被告有無再犯之虞，及能否因刑罰之宣告而策其自新等事由加以審酌，並本於特別預防之考量決定是否宣告緩刑之不公平情形，與我國緩刑制度之立法目的顯然有違。

四、系爭規定一及二就宣告緩刑與否之條件涉違反罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則

按「無責任即無處罰」原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰，乃司法院釋字第 687 號解釋所明揭之憲法上原則。罪責判斷並不因而使「行為刑法」變成「行為人刑法」，罪責判斷的連結點仍為不法行為，刑法罪責仍為個別行為之罪責，而非行為人之人格罪責。若非就個別犯罪行為評價所得之罪責，而以行為人之人格為評價之對象，即與「無責任即無處罰」原則有違。另基於罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則，立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人之責任之輕重相符，司法院釋字第 775 號解釋亦著有明文。

關於累犯加重本刑之部分，司法院釋字第 775 號解釋明確表示：「不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」，依該號解釋之意旨，則系爭規定一及二亦有相同違憲情形。

申言之，刑法第 47 條第 1 項之部分因一律加重本刑至二分之一，導致原可能諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序之案件，法院卻仍須宣告 7 月以上有期徒刑；而系爭規定一及同條項第 2 款規定，作為刑法緩刑與否之消極要件規定，即曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，或執行完畢或赦免後，5 年以內復因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，一律不得宣告緩刑，而讓法院無任何依個案衡量之空間，導致原可能諭知 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金，而法院認為宣告 2 年至 5 年緩刑即可收矯正之效或足以維持法秩序之案件，即使行為人確有悔意且與被害人達成和解，法院仍無從進一步宣告緩刑，致生行為人所受刑罰超過其所應負擔罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害，顯違罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則。系爭規定二亦同。

肆、外國立法之參考

參攷外國立法例，是否對被告宣告緩刑，多賦予法院個案裁量權，就個案情節與被告是否有特別預防及刑罰必要性等，作整體評估考量，或設有諸多彈性機制，而未以初犯、偶發犯為必要條件。

一、德國立法例

德國刑法第 56 條¹之緩刑規定，原則上為受宣告 1 年以下之自由刑（第 1 項）；僅於特殊情狀之考量下，得於受 2 年以下有期徒刑宣

¹ 德國刑法第 56 條（緩刑）

- I 受 1 年以下有期徒刑之宣告，如可預期有罪判決已警惕受有罪判決人，即使未受刑罰之執行，未來亦無再犯之虞，法院得暫緩刑之執行，以付管束。為緩刑宣告時，應審酌受有罪判決人之人格、素行、行為情狀、犯後態度、生活狀況與緩刑對其可預期之影響。
- II 基於犯罪行為與受有罪判決人之人格，整體評估存在特殊情狀，法院亦得對受 2 年以下有期徒刑之宣告者，依第 1 項之條件暫緩刑之執行，以付管束。裁判時亦應審酌受有罪判決人彌補其行為所生損害之努力。
- III 受 6 個月以上有期徒刑之宣告，基於法秩序維持之必要者，得不為緩刑之宣告。
- IV 緩刑不得限於刑罰之一部。緩刑不因羈押折抵或其他自由剝奪免除而受排除。

告者，為緩刑宣告（第2項）。受6個月以上有期徒刑之宣告，如基於特殊原因，法秩序所不允許者，亦得不為緩刑之宣告（第3項）。緩刑前提之科刑基礎，為受判決人最終應執行之刑，故數罪併罰之情況，亦有緩刑之適用。

如果是整體刑之情形，由於適用德國刑法第58條第1項連結第56條第2項規定，因此不必針對每個單獨的犯罪都要求存在特殊情況，而是需要整體評估。負責形成整體刑之法院必須對緩刑問題作出決定，以現時的判決時期作為相關的評估時點，重新整體評估緩刑問題。而整體刑的緩刑，僅以整體刑度的上限為準。詳言之，德國緩刑制度著重於再犯預防，除了數罪併罰有緩刑適用外，並未以初犯為必要條件，而是透過「正面的社會預測」（Günstige Sozialprognose）²，考量犯罪行為人個人的經歷、犯罪情節、犯後態度及家庭生活等，並採取特別預防措施，作出緩刑宣告與否之預測判斷。職是之故，前科刑，不一定排除緩刑，縱使被定罪的人在緩刑期間內犯了新的犯罪亦同，只是若為故意行為之情況下，或其有多次違反保護管束、幾次相關的犯罪紀錄時，這對預測有特別不利的影響，而可能無法通過緩刑之審查。故被告是否為「偶發犯」或「初犯」，至多僅是預測的條件之一，而非緩刑宣告之必要條件，重點仍是著重於緩刑之特別預防目的³。

二、日本立法例

日本法的立法體制和我國較為接近，日本刑法第25條規定⁴有初

² 以上有關第1項就執行停止之所謂正面（有利）社會預測，有認為其係基於特別預防而非一般預防之刑罰目的論所提出之見解，且不許將量刑與停止執行衡量相混用。惟必要時，亦可請法院協助或專家鑑定評估所有情事。（參照 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., München: Beck, 2022, §56 Rn. 3.）

³ Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, 30. Aufl., 2019, § 56 Rn. 14, 28.

⁴ 日本刑法第25條緩刑）

I 受3年以下懲役或禁錮或50萬日圓以下罰金之宣告，而有下列情形之一者，依情狀得於裁判確定日起1年以上5年以下之期間，暫緩其刑之執行。

一、未曾受科處禁錮以上之刑者。

二、雖曾受科處禁錮以上之刑，於其執行完畢或免除之日起5年以內，未受

次緩刑（第 1 項）和再度緩刑（第 2 項）之分，緩刑期間係於裁判確定之日起 1 年以上 5 年以下之範圍內，長短由法院定之。

日本裁判例將日本刑法第 25 條第 1 項第 1、2 款規定中「曾受科處禁錮以上之刑」解釋為被科處實際服刑，避免先前所為的緩刑宣告遭撤銷之情形。且在併合罪關係之數罪，分別起訴或審判之情形，已受緩刑宣告而在緩刑期間中之人，於該當緩刑判決確定前之餘罪再為緩刑宣告時，仍得依初次緩刑之規定，宣告緩刑。此外，日本刑法規範之緩刑要件即使被允許一次緩刑，於緩刑期間內再度犯罪，再犯危險性較大，但非絕對不允許緩刑，而僅係再次緩刑之要件相較於初次緩刑而言，較為嚴格而已。

而日本刑法第 25 條規定就緩刑之一般基準，僅單純規定「依情狀」（情狀により）或「情狀有應特別審酌者」（情狀に特に酌量すべきものがあるとき），並未具體明示內容，一般而言，多引用緩起訴時考量要素，即「犯人之性格、年齡及際遇，犯罪輕重及情狀、與犯罪後的情況」（日本刑事訴訟法第 248 條規定參照），依據量刑之一般原理，在責任主義範圍內，比較一般預防與特別預防之考量，來判斷緩刑相當性。在實務上，亦應將緩刑定位社會內處遇之手段，透過緩刑或保護觀察的本人社會復歸之可能性，當作重要考量因素⁵。

伍、近年經大法官決議不受理之法官有關緩刑聲請案

法官對緩刑相關規定聲請釋憲，而遭大法官決議不受理者，經查近 3 年來本件已是第三件，前二件分別為臺北地方法院刑事第十二庭聲請案⁶（下稱臺北地院聲請案），於 108 年 11 月 29 日經大法官第

科處禁錮以上之刑者。

II 雖曾受科處禁錮以上之刑之宣告但緩予執行其刑者，受 1 年以下懲役或禁錮之宣告，而其情狀有應特別審酌者，與前項規定同。但依次條第 1 項規定付保護觀察而於該期間內再犯罪者，不在此限。

⁵ 李茂生；王正嘉；黃宗旻；謝煜偉；黃士軒；林琬珊，日本刑法註釋書總則，法官學院，初版，2021 年 1 月，頁 149 以下。

⁶ 原分案號 108 年度憲三字第 48 號。對此聲請案不受理決議之不同意見，參見詹森林大法官提出、黃瑞明大法官加入之不同意見書。

1499 次會議議決不受理；以及桃園地方法院刑事第四庭騰股法官聲請案⁷（下稱桃園地院聲請案），於 110 年 12 月 17 日經大法官第 1527 次會議議決不受理。

本席認為此三件聲請案均由地方法院之法官提出，其於繁重工作壓力之下，就承辦案件所應適用法律認有違憲疑義者，耗費心力提出釋憲聲請書，應受到重視。雖然此三件聲請案所聲請宣告違憲之法條不盡相同，但均為有關緩刑之規定，具有共通性，故於本意見書附加討論。

一、臺北地院聲請案針對刑法第 74 條第 1 項第 2 款宣告緩刑規定聲請解釋

臺北地院聲請案原因案件之事實大要為：被告曾因酒駕觸犯公共危險罪，經法院判處有期徒刑 2 月確定，並易科罰金執行完畢後，5 年內再犯乘機性交罪，已與告訴人達成和解並賠償，且依修復式司法意涵取得告訴人之諒解，被告有一名智能障礙哥哥需被告扶養，另育有三名未成年子女及一名哥哥之未成年子女需倚賴被告之經濟來源，告訴人及檢察官均同意法院給予被告緩刑，但因刑法第 74 條第 1 項第 2 款規定：「受 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告 2 年以上 5 年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：……二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5 年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。」（下稱北案系爭規定）而無法宣告緩刑，乃聲請解釋。臺北地院聲請案主張之理由大致如下：

北案系爭規定就行為人所犯後案不得宣告緩刑，係行為人於前案之犯罪行為已受到刑法非難後，仍拘束後案不得宣告緩刑，而必須宣告自由刑、罰金刑，其所欲非難之對象，並非以行為人於後案偏離法規範所要求行為之主觀意念，亦非該意念所導致之後案犯罪行為本身，違反「無罪責即無刑罰」之罪責原則；又北案系爭規定所稱「前

⁷ 原分案號 110 年度憲三字第 28 號。

因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」之前案，就其內涵態樣所該當之犯罪類型及內容為何，並未加以區分，亦不論輕重、情節、動機如何，苟有經前案徒刑執行完畢後 5 年內再犯，亦不問後案故意犯罪之緣由、動機及態樣為何，行為人犯罪後是否顯有悔意，被害人是否已宥恕行為人且與行為人達成和解等情狀，一概排除後案宣告緩刑之可能性，內涵籠統，無從認為其與規範目的之實現有何關聯，顯然違背法律明確性原則；此外，北案系爭規定因一律不得宣告緩刑，導致原可能諭知 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金，並宣告 2 年至 5 年緩刑即可收矯正之效或足以維持法秩序之案件，即使因行為人確有悔意，甚至已做出具體悔過之行為並得到被害人之原諒，法院認為得宣告 7 月以上 2 年以下有期徒刑，卻無從進一步宣告緩刑，致行為人必受自由刑之刑罰，其人身自由遭受過苛之侵害，顯違憲法第 23 條比例原則。

本席認為北案系爭規定之違憲疑義實與本件聲請案所主張違憲之系爭規定一僅規範緩刑消極要件之不同款之差異⁸，本件聲請案所涉及之問題在於被告所犯數罪行為時間緊接，原得合併審理，僅因法院管轄之規定而產生二件以上之判決；而臺北地院聲請案涉及之事實係前後二件不相干之犯罪行為，但均因刑法第 74 條第 1 項之規定而無法獲得緩刑，二者主張違憲之理由實完全相同，本意見書標題參、四「系爭規定一及二就宣告緩刑與否之條件涉違反罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則」，於臺北地院聲請案，亦可以適用。

另依日本立法例，對曾經犯罪獲得緩刑者，再次犯罪而受 1 年以下懲役或禁錮之宣告，其情狀有應特別審酌者，仍可宣告緩刑，而非完全禁絕，可供參考。

二、桃園地院聲請案針對刑法第 75 條第 1 項第 2 款撤銷緩刑規定聲請解釋

桃園地院聲請案之原因案件與本件聲請案原因案件一均屬審理程序分割而導致不公平、不合理之問題，簡述如下：被告擔任詐欺集

⁸ 參註 6。

團車手有二位被害人 A 及 B，經臺灣高等法院合併審判，判決定應執行有期徒刑 1 年 6 月，緩刑 5 年。A 案經檢察官上訴，最高法院撤銷改判，因已有 B 案之有期徒刑確定，A 案改判後無法宣告緩刑；且前對 B 案宣告之緩刑，將因 A 案之有罪判決而依刑法第 75 條第 1 項第 2 款規定：「受緩刑之宣告，而有下列情形之一者，撤銷其宣告：……二、緩刑前因故意犯他罪，而在緩刑期內受逾 6 月有期徒刑之宣告確定者。」（下稱桃案系爭規定）被撤銷。桃園地院聲請案就該原因案件主張桃案系爭規定，違反正當法律程序、比例原則以及平等原則等，理由大致如下：桃案系爭規定未考量「緩刑前之犯罪」與「受緩刑宣告之犯罪」間，可能具有得合併審理之關聯性，甚至法院綜合審酌而認無執行刑罰之必要，惟檢察官以無關緩刑之事由一部上訴，原判決為緩刑宣告之基礎全無變更之情形下，僅因檢察官之上訴，致部分犯罪是在緩刑期間判決確定，而一律撤銷緩刑，造成人民過度侵害，違反比例原則，且不合正當法律程序；又桃案系爭規定使被告在未增加其他犯罪（不論是緩刑前或緩刑期間）之情形下，對於宣告緩刑部分確定判決所形成之法秩序具有值得保護之信賴，一律撤銷緩刑，亦違反信賴保護原則；而相同之犯罪行為及背景之行為人間，僅因國家追訴、審判機關所行訴訟程序不同，卻可能發生是否撤銷緩刑之差異，此一差別與緩刑制度目的及考量因素無關，欠缺正當合理基礎，亦抵觸平等原則。

本件聲請案法官之聲請書主要理由為其所審理之原因案件一及二，僅因法院管轄權之規定，致前後案分別由普通法院刑事法庭及少年法院、法院之少年法庭管轄，產生無從宣告緩刑之不公平情形。而桃園地院聲請案可顯示其他非可歸責於被告之事由，案件被分別起訴（如不同被害人分別提告、犯罪調查進行程度不一等而無法合併起訴）、審判（如被告之數案件於程序上原即由法院合併審理，法院並就該數案件所定執行刑宣告緩刑，嗣因一部上訴結果，致其中數罪先行確定，其餘數罪則經撤銷發回更審）；或由於違犯各罪之時間間隔、犯罪被發覺之時點、刑事程序進行之時間長短、案件之承辦人員（即

司法警察、檢察官、法官)等偶然因素受影響,致審判程序分割,產生二件以上判決之情形。此時因有前案故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告,後案即無從宣告緩刑,且依桃案系爭規定,前案之有罪宣告縱獲緩刑亦將被撤銷,而產生雙重不利益之後果。故系爭規定一、二與桃案系爭規定實具有重大關聯,本席認為均具受理審查之價值,應可合併審查後為違憲之宣告。

陸、結論

綜上,系爭規定一及二對相同犯行之被告,有部分犯罪時間係於少年時期所為,有部分則係成年時期所為,致數罪分別適用刑事訴訟法及少事法規定,而分由普通法院刑事法庭及少年法院、法院之少年法庭管轄,造成與數罪合併由同一

法院管轄者,就得否宣告緩刑有不同結果,其區隔與所欲達成之特別預防等目的間,難謂有實質關聯,與憲法第 7 條平等原則之意旨有違。此外,系爭規定一及二就曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者,於因法律規定造成訴訟程序割裂,或其他非可歸責於被告之事由而案件被分別起訴、審判,致先後判決確定,因此產生二件以上之判決時,在客觀上即無適用緩刑規定之機會,形成得否受緩刑宣告之差別待遇,與特別預防或有無刑罰必要性等緩刑考量因素無關,無法對無特別預防考量及刑罰必要性之被告宣告緩刑,不符合我國緩刑制度之目的,於此範圍內,有違罪刑相當原則及比例原則。系爭規定一及二,與北案系爭規定均係對宣告緩刑之消極條件之規範,而桃案系爭規定則係對緩刑經宣告後,應被撤銷之積極條件為規定,三者密切相關,予以整體合併觀察,均有違憲疑義,可見目前有關緩刑之規定,有許多缺陷,確有必要由相關機關通盤檢討改進,以實現緩刑制度之目的。

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 347 號

聲 請 人 林憲同

上列聲請人因律師懲戒案件，認臺灣律師懲戒委員會 107 年度律懲字第 33 號及律師懲戒覆審委員會 108 年度台覆字第 8 號決議書，所適用之中華民國 99 年 1 月 27 日修正公布之律師法，有牴觸憲法第 22 條規定等之疑義，聲請解釋。本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。

1

理 由

- 一、本件聲請意旨略謂：聲請人所涉犯之誣告罪，係 102 年 2 月 21 1
日（聲請書第 2 頁誤載為 102 年 4 月）經最高法院判決確定，
並於 102 年 10 月 28 日（聲請書第 2 頁誤載為 25 日）執行完畢，
臺灣臺北地方檢察署遲至 107 年 12 月 8 日始移付懲戒，已逾越
行政罰法第 27 條所定 3 年時效期間，臺灣律師懲戒委員會 107
年度律懲字第 33 號及律師懲戒覆審委員會 108 年度台覆字第 8
號決議書竟認聲請人所持之時效抗辯，於法無據。惟律師懲戒
罰實具準刑罰或行政罰之性質，係以國家公權力侵害人民工作
權及人格權，國家應依憲法第 22 條對於人民其他自由及權利之
保護，以法律明文給予人民必要之保障權利，例如：時效抗辯
權；且 99 年 1 月 27 日修正公布之律師法（下稱系爭律師法）
對於懲戒權行使期間，以及是否可以類推適用行政罰法，均未
有明文規定，為立法闕漏等語。
- 二、按憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別 2
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；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不
受理，憲法訴訟法第 90 條第 1 項、第 32 條第 1 項定有明文；
又按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，以其憲法上所保障之權

利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。

三、查聲請人就臺灣律師懲戒委員會 107 年度律懲字第 33 號決議請 3 求覆審，經律師懲戒覆審委員會 108 年度台覆字第 8 號決議認原決議應予維持，是本件聲請，應以前開律師懲戒覆審委員會決議為確定終局裁判。又查本件係憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，是受理與否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之，合先敘明。

四、核聲請意旨所陳，就系爭律師法未設懲戒權時效規定，究有何 4 憲法上權利受有如何之侵害；以及性質非顯然相同之懲戒罰與行政罰，二者間應為如何之類推適用，否則違反憲法何等規定或有何立法闕漏等，客觀上尚難謂已為具體之指摘。況依 109 年 1 月 15 日修正公布並於同日施行之現行律師法第 102 條規定，已新增律師懲戒權行使期間，是本件聲請解釋之疑義現已不復存在。綜上所述，本件聲請，核與上開規定不合，應不予受理。

中 華 民 國 111 年 6 月 24 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

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、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、 林大法官俊益、詹大法官森林、 謝大法官銘洋

【意見書】

不同意見書：詹大法官森林提出、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、
林大法官俊益、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 劉育君

中 華 民 國 111 年 6 月 24 日

不同意見書

詹森林大法官 提出
蔡烱燉大法官 加入
黃虹霞大法官 加入
林俊益大法官 加入
謝銘洋大法官 加入

本席反對不受理本件聲請案，且認為應予受理，爰提出本不同意見書。

壹、事實概要

聲請人因犯誣告罪，經臺灣高等法院 100 年度上訴字第 2254 號刑事判決判處有期徒刑 4 個月。聲請人雖提起上訴，仍經最高法院 102 年 2 月 21 日 102 年度台上字第 676 號刑事判決駁回。

就前開確定判決，臺灣臺北地方法院檢察署於 102 年間，以 102 年度執字第 1640 號辦理執行，並以易服社會勞動（刑法第 41 條參照）於 102 年 10 月 28 日執行完畢。

超過 5 年 1 個月後，臺灣臺北地方檢察署於 107 年 12 月 8 日以 107 年度律他字第 28 號律師懲戒移送書，認聲請人符合 109 年 1 月 15 日修正公布前之律師法（下稱舊律師法）第 39 條第 2 款所定「有犯罪之行為，經判刑確定」情形，移付懲戒。

案經臺灣律師懲戒委員會 107 年度律懲字第 33 號決議書決議聲請人停止執行職務 2 月。聲請人不服，請求覆審。臺灣律師懲戒覆審委員會以 108 年度台覆字第 8 號決議書（下稱系爭懲戒決議書）維持原決議。

聲請人認系爭懲戒決議書所適用之舊律師法，對律師懲戒未設時效規定，有牴觸憲法之疑義，於 108 年 7 月 3 日聲請解釋憲法。

貳、程序部分

本件聲請，係於憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日施行前提出，故依憲訴法第 90 條第 1 項但書規定，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，判斷應否受理。

查聲請人就其系爭違反律師法案件，業經用盡審級救濟途徑，並應以系爭懲戒決議書為大審法第5條第1項第2款所稱之確定終局裁判。又，聲請人已於聲請書中，依大審法第8條第1項規定，敘明其聲請解釋憲法之目的、違反律師法之經過及所涉及之憲法條文，亦已敘明其聲請解釋憲法之理由及對本案所持立場與見解（參看聲請書第1-6頁）。準此，本件聲請應屬符合大審法前開規定，應予受理。

111年憲裁字第347號裁定（下稱系爭裁定）泛稱聲請人就舊律師法未設懲戒權時效規定，如何構成違憲，客觀上尚難謂已為具體之指摘。系爭裁定實屬過苛，要難贊同。

系爭裁定又稱：律師法已於109年1月15日修正公布，並於同日施行；該修正條文第102條規定，已新增律師懲戒權行使期間，是本件聲請解釋之疑義現已不復存在。

惟人民聲請解釋憲法，目的在於推翻法院或其他機構（例如本件之律師懲戒覆審委員會）對其所為之不利益確定終局裁判（含系爭懲戒決議書）。是人民聲請解釋憲法，是否應予受理，應以確定終局裁判所適用之法規為判斷客體。該法規嗣後雖有修正，除非釋憲聲請人之原因案件因法規修正而獲得救濟，否則不應影響聲請案應否受理之判斷。如此，人民之基本權在違憲審查之程序上，始能受到周全之保障。109年1月15日修正公布之律師法第102條，並未溯及適用於聲請人本件違反律師法之懲戒處分。是對聲請人而言，舊律師法對律師懲戒未設時效規定是否違反憲法之疑義，依舊存在。系爭裁定所稱本件聲請解釋之疑義已不復存在，難謂有理。

參、實體部分

律師懲戒，性質上乃國家公權力對於律師名譽權，甚至工作權（除名及停止執行職務之懲戒處分部分）之干預。舊律師法關於律師懲戒，未定有時效期間，致律師懲戒委員會對符合懲戒事由之律師，享有無期限之懲戒權。如此，將使律師是否因其行為受懲戒，及何時受懲戒，陷入長期延宕、懸而未決之狀態，對於律師上開基本權之干預，要難謂為並不顯著，是否完全無違憲法第23條之比例原則？甚有探

究必要。

再者，本院釋字第 474 號及第 723 號解釋，均肯認時效制度與人民權利義務有重大關係，目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須由法律明定。雖然該二解釋所涉及之時效制度為消滅時效，與本件所涉及之懲戒權追究時效尚屬有別。惟從確保法安定性及法確定性之觀點而言，時效制度，不論消滅時效或追究時效，均為法治國原則之重要內涵。準此，本件確定終局裁判（即系爭懲戒決議書）所適用之舊律師法，就懲戒權之行使期間，未設明文，致人民（律師）無法預見其何時將遭受懲戒處分，並導致法律秩序長期處於不安定之狀態，是否無違法治國原則，實有斟酌餘地。對照觀察 95 年 2 月 5 日施行之行政罰法第 27 條第 1 項（行政罰之裁處權 3 年時效）、101 年 1 月 6 日施行之法官法第 36 條第 1 項及第 37 條第 2 款（法官、檢察官之個案評鑑 3 年請求時效）等條文，亦凸顯舊律師法，對於律師懲戒權未明定時效，確有聲請人主張之違憲疑義。

肆、結論

有權利即有救濟，乃法治國基本原則，迭經大法官解釋（釋字第 430 號、第 653 號、第 736 號、第 785 號解釋）及憲法法庭判決（111 年憲判字第 7 號判決）在案。

有處（懲）罰即有時效，亦為法治國基本原則。本件聲請案涉及舊律師法，是否違反此項法治國基本原則，甚有受理價值。系爭裁定卻以該法業經修正為由，並泛指聲請人未客觀具體敘明違憲疑義，而不受理其釋憲聲請，殊待商榷。

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1687 號

聲 請 人 余哲仁
 訴訟代理人 李念祖律師
 吳至格律師
 李劍非律師

上列聲請人認最高法院 103 年度台非字第 372 號刑事確定終局判決所實質援用之同法院 25 年非字第 139 號刑事判例，有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法，本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。

1

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：聲請人認最高法院 103 年度台非字第 372 號刑事判決（下稱確定終局判決）所實質援用之同法院 25 年非字第 139 號刑事判例（下稱系爭判例），未合理區分「案件審理期間法院間多數見解有利於人民，最終確定判決做成後最高法院亦以決議確認有利於人民之見解方為可採」之情形，與一般單純以作成在後之法院判決或見解提起非常上訴之不同，一律限制人民提起非常上訴，剝奪人民因刑事特別犧牲得到受補償之權利，構成憲法第 16 條訴訟權之不當限制，並違反正當法律程序。又系爭判例未對上開情形為合理之差別對待，而一併否定人民於此情形得執在後之最高法院決議見解提起非常上訴，以取得刑事補償之機會，違反憲法第 7 條平等權、第 15 條財產權及第 23 條比例原則，請求宣告系爭判例不再援用等語。
- 二、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。憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。次按人民、法人或政黨聲請解釋憲法，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，發生有牴觸憲法之疑義者，始得為之。聲請解釋憲法不合前述規定者，應不受理。司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款及第 3 項亦分別定有明文。又我國判例及決議制度雖於中華民國 107 年 12 月 7 日立法院三讀通過法院組織法部分修正條文施行之日（即 108 年 7 月 4 日）起，正式廢止。然為免人民聲請解釋憲法之權利於制度轉換期間受到限縮，在法院組織法前開修正條文施行後 3 年內（即 111 年 7 月 3 日前），人民就其所受確定終局裁判援用之判例或決議，發生牴觸憲法之疑義者，得準用大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請憲法解釋，法院組織法第 57 條之 1 第 3 項定有明文。

- 三、經查，本件聲請人於 104 年 5 月 11 日聲請解釋憲法，受理與否 3 應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之。次查，確定終局判決雖未直接援引系爭判例，惟確定終局判決所持之法律見解實質援用系爭判例。是依上開規定，聲請人自得以系爭判例作為聲請解釋憲法之客體。惟核本件聲請意旨所陳，尚未於客觀上具體指明系爭判例究有何牴觸前揭憲法規定之處，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，爰依上開規定，應不受理。

中 華 民 國 111 年 10 月 14 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	

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
全體大法官	無

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

111 年憲裁字第 1687 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1689 號

聲 請 人 臺灣土地銀行股份有限公司

代 表 人 何英明（總經理）

訴訟代理人 謝良駿律師

卓心雅律師

鍾鳳芝律師

上列聲請人因大眾捷運法事件，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

- 一、聲請人主張略以：臺北市○○區○○段○○段○○○號土地部 1
分持分（下稱系爭土地）為聲請人所有，於中華民國 53 年間因
尚非獨立法人，故系爭土地登記為中華民國所有，聲請人為管
理機關；上開○○○號土地因都市計畫，被開闢為忠孝東路 3
段，而於 69 年 8 月 20 日變更地目為道，但未經有償撥用；79
年 12 月 20 日至 87 年 3 月 7 日期間捷運板南線施工期間使用系
爭土地，但臺北市政府未依當時之大眾捷運法第 19 條第 1 項規
定給予聲請人施工補償費；88 年 5 月 20 日系爭土地更名為聲請
人所有；臺北市捷運工程局管理之捷運板南線及忠孝新生站站
體建物持續占用系爭土地，但臺北市政府亦未依大眾捷運法第
19 條第 1 項規定給予聲請人補償；聲請人爰於 101 年 10 月 30
日請求給予上開施工補償，經否准及訴願駁回後，於 102 年間
另增加請求上開建物無權占用系爭土地之公法上不當得利，提
起行政訴訟，迭經臺北高等行政法院以 103 年度訴字第 1428 號
判決以已罹於行政程序法第 131 條第 1 項規定之 5 年請求權消
滅時效為由，駁回聲請人之訴，暨最高行政法院亦認聲請人之
請求已罹於行政程序法第 131 條第 1 項規定之請求權消滅時效
而上訴無理由，於 110 年 2 月 25 日以 108 年度上字第 748 號判

決（下稱確定終局裁判）駁回上訴確定。聲請人因認確定終局裁判所適用之行政程序法第 131 條第 1 項規定（下稱系爭規定一）、77 年 7 月 1 日制定公布之大眾捷運法第 19 條第 1 項規定（下稱系爭規定二）、類推適用之民法第 128 條前段規定（下稱系爭規定三），以及實質適用之法務部 101 年 2 月 4 日法令字第 10100501840 號令（下稱系爭令）等，牴觸法律保留原則、法律明確性原則、法安定性、正當法律程序原則、正當行政程序原則等，侵害其受憲法第 15 條、第 16 條保障之財產權及訴訟權，爰於 111 年 7 月 4 日具狀聲請法規範違憲審查等語。

- 二、按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，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告法規範違憲之判決；人民聲請法規範憲法審查案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。憲法訴訟法第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項分別定有明文。 2
- 三、經查：1、系爭令並未為確定終局裁判所適用，自不得以之為違憲審查之客體。2、關於系爭規定一及三部分，核屬認事用法之爭執，尚難認聲請人就確定終局裁判所適用之此等規定，客觀上究有何牴觸憲法之處，已有具體指摘；至系爭規定二部分，系爭規定二原係聲請人之原因案件請求補償之依據，此部分確定終局裁判係為聲請人有利之事實認定，惟聲請人本件所爭執者則為：系爭規定二賦予行政機關得穿越系爭土地之公權力是否違反正當行政程序原則云云，已超越原因案件爭議範圍，是核其此部分聲請，尚難謂具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要。爰裁定不受理。 3

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 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

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日
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、吳大法官陳鏗、 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

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

111 年憲裁字第 1689 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1692 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第二庭

上列聲請人為審理臺北高等行政法院 109 年度訴字第 696 號遠洋漁業條例事件，認應適用之遠洋漁業條例第 42 條第 1 項規定，有牴觸憲法第 15 條保障人民財產權及第 23 條比例原則之疑義，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。

1

理 由

- 一、聲請意旨略以：遠洋漁業條例第 42 條第 1 項規定：「未經核准從事非我國籍船員之仲介業務者，處新臺幣四百萬元以上二千萬元以下罰鍰。」（下稱系爭規定）應以具有財力、組織、資訊取得等優勢之公司或法人型態仲介機構為主要規範對象，方能達成立法目的。然而系爭規定並未區分違法仲介業者之主體為公司法人組織，一律處以新臺幣 400 萬元以上之罰鍰。該最低金額可能使個案中僅獲得微薄對價且情節輕微之自然人行為人負顯然過苛之處罰，而有情輕法重之情形。系爭規定既於個案情形可能造成縱以最低額度裁罰，仍不免逾越達成行政目的之必要程度而失其均衡，已牴觸憲法第 15 條保障人民財產權及第 23 條比例原則，應受違憲宣告。 1
- 二、按各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法第 55 條、第 15 條第 2 項第 7 款定有明文。 2
- 三、查，行政處罰之裁處，除追究責任外通常亦兼有嚇阻目的，自難單純以行為人從事違法行為之獲利多寡為罰款額度設定之唯一標準。況行政裁罰構成要件與法律效果之決定，係具有直接民主正當性之立法者綜合考量能否達成立法目的、違法情節、 3

查緝難易與成本等諸多因素後所制定，尚非民主正當性根據僅源於恪守依法裁判原則之法院所得任意指謫。再者，聲請人認系爭規定應以針對公司法人組織型態之仲介機構為主要規範對象，亦無根據。蓋依我國現行法制，一人得成立公司（公司法第 2 條第 1 項第 2 款、第 98 條第 1 項參照），作為責任擔保之公司資本額亦未設限，且個人獨資或合夥從事營業行為之規模與資源未必小於公司組織，從事違法仲介行為時對於國家所設置保護外籍漁工制度造成危害，亦與公司組織所為並無不同，聲請人主張公司組織較具優勢而應為主要處罰對象始足以達成系爭規定之立法目的，實嫌速斷。是立法者於系爭規定中就違法行為之責任未因處罰構成要件中主體型態不同而異其處理，實無可為違憲之指謫。綜上，聲請意旨認系爭規定與憲法比例原則有違侵害人民之財產權等，尚難謂已於客觀上提出違反憲法之確信論證及已達違憲之確信，本件聲請核與上開規定不合。

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 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

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
全體一致同意	無

以上正本證明與原本無異。

書記官 蔡尚傑

中 華 民 國 111 年 10 月 14 日

憲法法庭裁定

111 年憲裁字第 1695 號

聲 請 人 盧 菁

訴訟代理人 蔡建廷律師

陳安安律師

羅士翔律師

上列聲請人認最高法院 89 年度台上字第 3822 號刑事確定終局判決，所適用之刑事訴訟法第 93 條第 1 項及第 156 條第 1 項規定，有牴觸憲法之疑義，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。 1

理 由

一、聲請人主張略以： 1

(一) 聲請人為受判決人盧正之胞姊，受判決人雖經執行死刑完畢， 2

然其依刑事訴訟法（下稱刑訴法）仍得為受判決人利益聲請再審，是受判決人若有憲法上所保障之權利遭受不法侵害之情形，其亦應得為受判決人利益而聲請法規範憲法審查。本件受判決人盧正，經臺灣臺南地方法院 87 年度重訴字第 13 號、臺灣高等法院臺南分院 88 年度上重訴字第 758 號及最高法院 89 年度台上字第 3822 號刑事判決（下依序稱系爭判決一至三），認定犯擄人勒贖而故意殺被害人，處死刑，歷審判決皆以自白為主要證據，然自白取得過程顯有不正違法情形，並經監察院提出調查報告予以糾正，其爰提出本件聲請，請求平反。

(二) 聲請人認上開判決所適用之刑訴法第 93 條第 1 項規定（下稱 3
系爭規定一），僅規定因拘提或逮捕到場者，始應即時訊問。漏未規定經通知到場者，亦應即時詢問，造成警方得以拖延方式，使受通知者人身自由遭受限制之時間變相拉長。

(三) 其次，刑訴法第 156 條第 1 項規定（下稱系爭規定二），僅規 4

定自白非出於不正方法且與事實相符者，得為證據，漏未規定被告遭偵查機關拘束人身自由超過 24 小時所取得之自白，亦不得作為證據。此使偵查機關對於非經拘提逮捕到案之被告，有誘因延長、拖延其人身自由遭拘束之時間。

- (四) 由上顯見，系爭規定一及二均有違背憲法比例原則、正當法律程序原則而侵害人身自由，牴觸憲法第 8 條第 2 項及第 23 條規定之疑義，聲請人爰依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條聲請法規範憲法審查等語。

二、按受判決人觸犯擄人勒贖而故意殺被害人罪，經系爭判決一判決死刑，受判決人提起上訴，經系爭判決二以上訴無理由駁回，受判決人再提起第三審上訴，經系爭判決三以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以系爭判決三為確定終局判決。

三、次按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於所受之不利確定終局裁判所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；惟聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，始受理之；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理；憲訴法第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項及第 32 條第 1 項前段分別定有明文。經查本件確定終局判決受判決人因死刑之執行而死亡，聲請人為受判決人之胞姊，係受判決人二親等旁系血親，為維護因執行死刑而死亡之受判決人受憲法保障之基本權利，於此範圍內，爰參酌刑事訴訟法第 427 條第 4 款規定之法理，准許聲請人為受判決人之利益聲請，合先敘明。

四、本庭查：

- (一) 憲法第 8 條就人民人身自由之保障，規定非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁，非由法院依法定程序，不得審問處罰。並設有司法或警察機關逮捕拘禁 24 小時後，須移由法院，始得繼續拘束人身自由之限制。上開所謂「逮捕」，係指以強制力將人之身體自由予以拘束之意；而「拘禁」則

指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂（司法院釋字第 392 號解釋參照）。公權力措施究否屬憲法所稱之逮捕拘禁，雖未可以辭害意，然仍必須具有上開限制或剝奪人身自由之效果，始可能當之。

- （二）依刑訴法規定，司法警察（官）得使用通知書，通知犯罪嫌疑 10
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。通知書依法準用傳喚有關規定，通知書須記載應到之日、時、處所，對於經通知到場者，與傳喚相同，亦應按時詢問（刑訴法第 71 條之 1、第 71 條第 2 項第 3 款及第 74 條規定參照）。通知本身，並無拘束人身自由之效果，警察若未即時詢問，犯罪嫌疑人本得自由離去。若警察復以其他理由不准離去，則業已使用強制力，進入拘捕階段，並起算憲法所要求之法定程序及 24 小時限制，同時依系爭規定一應即時訊問。是以，通知本身，得否謂屬上開憲法第 8 條規定所稱之逮捕拘禁，尚有疑問。系爭規定一未就通知到場者規定應即時訊問，尚難謂有何違反前揭憲法規定而具憲法重要性，以及有何侵害受判決人基本權利而有貫徹之必要。
- （三）其次，本件受判決人受詢問時，系爭規定二雖無明文規定「疲 11
勞訊問」一詞，然已明文規定出於不正方法所取得之自白，不得作為證據。則犯罪嫌疑人經通知到場，因警方非依法使用或未使用強制力而致滯留警局，進而自白，倘若取得自白之方法，該當上開「不正方法」，依法本不得作為證據。本件受判決人自白之情形，究否屬之，須個案認定，係事實認定問題，並非系爭規定二究否違憲之問題。況通知到場期間雖未算入憲法所規定之 24 小時，然犯罪嫌疑人經通知到場後，若警方再以拘捕等方式拘束人身自由，縱然客觀上因自拘捕時始起算 24 小時而未逾時，仍得個案認定自通知到場後，是否業已該當以疲勞訊問等不正方法取得自白，從而使自白無證據能力。則系爭規定二，亦尚難謂有何違反前揭憲法規定

而具憲法重要性，以及有何侵害受判決人基本權利而有貫徹之必要。

（四）綜上，本件聲請，與前開憲訴法規定不合，應不受理。 12

中 華 民 國 111 年 12 月 23 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

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
全體大法官	無

以上正本證明與原本無異。

書記官 楊靜芳

中 華 民 國 111 年 12 月 23 日

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
及關鍵詞檢索表

判決號次 公布日期	相關法令	關鍵詞
11 (111.07.29)	憲法第 11 條、第 16 條及第 162 條 司法院釋字第 380 號、第 462 號、第 736 號、第 742 號及第 785 解釋 憲法訴訟法第 90 條第 1 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 大學法第 1 條、第 22 條及第 19 條 教師法第 29 條、第 30 條、第 31 條第 1 款、第 32 條及第 33 條 (84.08.09) 教師法第 14 條第 1 項第 14 款及第 2 項 (103.01.08) 教師法第 14 條至第 16 條、第 18 條、第 22 條、第 42 條第 1 項、第 3 項、第 43 條及第 45 條 教育人員任用條例第 31 條 教師申訴評議委員會組織及評議準則第 11 條、第 29 條第 1 項、第 30 條第 3 項 (94.08.19) 教師申訴評議委員會組織及評議準則第 12 條、第 35 條第 1 項及第 36 條第 3 項	教師聘任、申訴、不續聘、再申訴、學術自由、制度性保障、大學自治、訴訟權

12 (111.07.29)	大學法第 1 條第 1 項、第 11 條、第 21 條及該條立法理由，以及同法施行細則第 17 條 教育基本法第 2 條第 2 項 司法院釋字第 380 號、第 450 號及第 626 號（大學自治）；第 432 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號（法律明確性原則）；第 462 號解釋（正當法律程序原則）等 臺大法律學院教師評鑑辦法第 9 條、第 10 條、第 11 條、第 12 條及第 15 條；同辦法施行細則第 4 條第 2 項、第 5 條至第 8 條；臺大法律學院院務會議組織及議事規則第 2 條 臺大教師評鑑準則第 5 條、第 6 條、第 8 條及第 13 條 憲法第 11 條、第 15 條、第 23 條及第 158 條 憲法訴訟法第 90 條 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款	教師評鑑、法律明確性原則、正當法律程序原則、比例原則、職業自由、工作權、大學自治、判斷餘地
13 (111.08.12)	中華民國憲法第 22 條、第 23 條及第 157 條	全民健康保險法、個人資料保護法、健保資

	中華民國憲法增修條文第 10 條第 5 項及第 8 項 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決 司法院釋字第 812 號、第 804 號、第 803 號、第 799 號、第 690 號、第 603 號、第 443 及第 432 號解釋 個人資料保護法第 2 條第 1 款、第 3 條、第 6 條第 1 項第 11 條第 2 項至第 4 項	料、高敏感特種個資、資訊隱私權、目的外利用
14 (111.8.12)	中華民國憲法第 14 條、第 15 條、第 107 條至第 110 條 中華民國憲法增修條文第 3 條第 3 項及第 4 項、第 9 條第 1 項及第 3 項 (86.7.21)、第 9 條第 1 項及第 2 項 (89.4.25) 司法院釋字第 432 號、第 479 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 690 號、第 733 號、第 794 號、第 799 號、第 803 號及第 804 號解釋 水利法第 12 條 (31.07.07)、第 3 條第 2 項及第 3 項、第 12 條第 1 項及第 2 項 (44.01.19)、(52.12.10) 農田水利會組織通則 (54.07.02)、(90.06.20)、	農田水利會、立法委員、結社自由權、財產權、公法人、水利組織、法律明確性原則、法律不溯及既往原則、信賴保護原則

	第 39 條之第 1 項 (82.02.03) 、 (84.11.08) 、 第 22 條 (89.05.17) 、 第 40 條 (107.01.31) 農田水利法第 17 條第 1 項前 段、第 34 條第 2 項 (109.07.22) 中央行政機關組織基準法第 36 條 地方制度法第 2 條第 1 款 (88.01.25) 臺灣省政府功能業務與組織 調整暫行條例第 4 條第 4 項及第 5 項 (87.10.27) 臺灣公共埤圳規則第 1 條、 第 2 條、第 4 條、第 6 條、 第 9 條至第 11 條 (1901 年 公布，1903 年修正) 官設埤圳規則第 1 條、第 3 條、第 5 條、第 7 條及第 8 條 (1908 年公布) 官設埤圳水利組合規則第 4 條 (1910 年頒布) 臺灣公共埤圳規則第 4 條之 2 至第 4 條之 4 (1904 年修 正) 臺灣公共埤圳規則施行規則 第 1 條及第 5 條 (1904 年 公布) 臺灣水利組合令第 1 條、第 2	

	條、第 4 條、第 8 條至第 14 條、第 20 條、第 24 條、第 25 條、第 29 條、第 32 條、第 35 條及第 36 條（1921 年公布） 臺灣農業水利臨時調整令（1941 年公布） 臺灣省政府公有土地處理規則（35.04.22 公布） 臺灣省土地權利清理辦法（36.11.28 頒布） 農田水利事業人員人事管理辦法第 80 條（109.09.18 訂定發布） 行政院農業委員會農田水利署暫行組織規程 行政院農業委員會農田水利署辦事細則 行政院農業委員會農田水利署編制表 臺灣接管計畫綱要（34.03.14 修正核定） 日本民法第 263 條、第 294 條	
15 (111.8.12)	水利法第 3 條（44.1.19）、第 12 條（52.12.10） 臺灣省各地農田水利會組織規程（44.9.17） 農田水利會組織通則第 31 條第 2 項、第 6 章（54.7.2）、	公物、特別犧牲、提供農田水利會水利使用之土地、照舊使用、農田水利法、農田水利會組織通則、徵收補償

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	第 10 條 司法院釋字第 400 號、第 732 號、第 747 號及第 813 號解釋 農田水利法第 1 條、第 2 條、第 3 條、第 8 條、第 9 條、第 11 條、第 16 條、第 18 條、第 26 條、第 27 條、第 30 條 實施耕者有其田條例臺灣省施行細則第 37 條 臺灣省政府以 42 年 5 月 29 日府建水字第 50502 號令 憲法第 15 條	
16 (111.10.14)	憲法第 22 條 司法院釋字第 603 號、第 689 號及第 710 號解釋 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決 刑事訴訟法第 75 條、第 76 條、第 87 條、第 88 條、第 88 條之 1、第 204 條、第 204 條之 1、第 205 條之 1、第 228 條、第 229 條、第 230 條、第 231 條、第 231 條之 1 法院組織法第 66 條之 3 毒品危害防制條例第 6 條、第 7 條、第 10 條、第 11 條之 1 第 2 項	強制處分、憲法正當法律程序原則、資訊隱私權、免於身心受傷害之身體權、身體檢查處分

	刑法第 185 條之 3 第 1 項第 3 款 濫用藥物尿液檢驗作業準則第 15 條 衛生福利部食品藥物管理署即原行政院衛生署管制藥品管理局 97 年 12 月 31 日管檢字第 0970013096 號函 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款(82.02.03)	
17 (111.10.28)	憲法第 22 條規定 憲法增修條文第 4 條第 1 項第 2 款、第 10 條第 11 項及第 12 項前段 憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決 司法院釋字第 803 號解釋 原住民身分法第 11 條	原住民身分法、原住民(族)、原住民(族)身分認同權、西拉雅族、平埔(族)原住民、南島語系民族
18 (111.12.2)	中華民國刑法第 38 條、第 38 條之 1 第 1 項至第 5 項、第 38 條之 3、第 40 條第 3 項、第 42 條、第 42 條之 1、第 58 條 刑事訴訟法第 155 條、第 299 條第 1 項、第 309 條、第 473 條、第 455 條之 12 至第 455 條之 33、第 455 條之 34 至第 455 條之 37 民法第 179 條、第 180 條、第 182 條 行政程序法第 127 條	沒收、總額原則、淨額原則、罪刑法定原則、法律禁止溯及既往原則、信賴保護原則

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

19 (111.12.23)	憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條及第 23 條 憲法增修條文第 10 條第 5 項 司法院釋字第 443 號、第 472 號、第 524 號、第 676 號及第 753 號解釋 憲法訴訟法第 52 條第 2 項及第 90 條第 1 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 全民健康保險法第 1 條第 2 項、第 8 條及第 103 條 全民健康保險法施行細則第 39 條第 2 項	全民健康保險、停保、復保、管理自身健康風險自主決定權、法律保留原則、比例原則、平等權、層級化法律保留、授權明確性原則、財產權
20 (111.12.30)	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 374 號、第 516 號、第 620 號及第 622 號解釋 外國護照簽證條例第 1 條、第 6 條 行政訴訟法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項 憲法第 16 條、第 22 條 憲法訴訟法第 21 條、第 90 條第 1 項	外國護照簽證條例、外籍配偶、本國（籍）配偶、共同經營婚姻生活、依法申請之案件、孤立的撤銷訴訟、居留簽證、婚姻自由、專屬之權利、訴訟權、撤銷訴訟、課予義務訴訟

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(II)

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

