

## 憲法訴訟 陳述意見書

案 號：待分案

聲 請 人：朱旺星 均 詳卷

訴訟代理人：劉繼蔚律師

憲法法庭收文
113. 2. 23
憲A字第 289 號

■聲請線上查詢案件進度：

1 茲聲請人前依憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，就聲請人所受確定裁判最高  
2 行政法院 110 年度上字第 673 號判決，前經聲請為法規範違憲審查暨裁判  
3 違憲審查，陳述意見事：

4 壹、聲請人前因確定裁判最高行政法院 110 年度上字第 673 號判決，經聲  
5 請為法規範違憲審查暨裁判違憲審查，迄未為受理或不受理之決定，  
6 為使 鈞院更能明瞭聲請人聲請違憲審查之路徑，爰陳述意見說明  
7 事。

8 貳、關於確定終局裁判適用系爭規定、暨裁判憲法審查經聲請人主張違憲  
9 之補充說明：

10 一、 本案法規範憲法審查部分，係認為我國選罷法「在籍投票」之  
11 規定，形式上看似乎平等無歧視，然憲法委託立法機關以法律設計選  
12 舉制度以為人民參政權之行使方法，並由國會以制定選舉法律，授  
13 權行政機關規劃投票方法、地點，然對於國家以公權力限制人身自  
14 由之受刑人，經歷長期選舉制度之踐行，並經監所人權團體之長期  
15 倡議、運動，仍「事實上」、「系統性」地，不能賦予此種由國家限  
16 制自由之人民投票之機會，從而構成類似於司法院釋字第 760 號解  
17 釋相當（「具有主觀惡性（明知且容任）」的）「間接歧視」而有違  
18 憲法第 7 條平等原則、即憲法第 129 條普通選舉原則，應屬違憲。

19 （一）關於憲法普通選舉原則與平等原則：

20 1. 按憲法第 2 條規定：「中華民國之主權屬於國民全體。」、第  
21 17 條：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權。」、第 129

1 條：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以  
2 普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」、第 130 條：  
3 「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權，除本憲法  
4 及法律別有規定者外，年滿二十三歲者，有依法被選舉之  
5 權。」；又總統選罷法第 1 條：「(第 1 項) 本法依憲法第四  
6 十六條及憲法增修條文第二條第一項制定之。(第 2 項) 總  
7 統、副總統選舉、罷免，依本法之規定。」、第 2 條：「總統、  
8 副總統選舉、罷免，除另有規定外，以普通、平等、直接及  
9 無記名投票之方法行之。」、公職選罷法第 1 條：「公職人員  
10 選舉、罷免，依本法之規定。」、第 3 條：「(第 1 項) 公職  
11 人員選舉，以普通、平等、直接及無記名單記投票之方法行  
12 之。(第 2 項) 全國不分區及僑居國外國民立法委員選舉，  
13 依政黨名單投票選出。」等規定可知，國家有義務依「普通  
14 選舉原則」辦理實施各項選舉，包括訴之聲明所列我國第  
15 16 任總統、副總統與第 11 屆不分區立法委員選舉。

16 2. 所謂「普通」選舉原則，係指只要達到法定年齡之公民，不  
17 因其身分，均有投票權；此項自憲法第 129 條貫穿至各項選  
18 舉法律之原則內涵，憲法法庭 112 年度憲判字第 11 號判決  
19 中，蔡大法官宗珍因執該訴訟標的違反普通選舉原則，應屬  
20 違憲之立場，卓有深論，並指出普通選舉原則乃憲法第 7  
21 條平等原則之特別規定。

22 (1) 依憲法法庭 112 年度憲判字第 11 號判決中，蔡大法官  
23 宗珍部分不同意見書指出：「選舉乃人民於民主體制上  
24 具體展現民意決定，並賦予國家權力機制及其權力行使  
25 民主正當性之核心機制，乃民主政治之根基所在。藉由  
26 定期改選各級民意代表以及應由人民選舉產生之各級  
27 政府首長，人民得以定期行使選舉投票之權利，憲法第  
28 1 條明定之民主原則與第 2 條明定之主權在民原則始

1 獲得彰顯，國家權力之民主正當性亦方得以持續更新並  
2 絲延不絕，從而落實並鞏固以民意政治與責任政治為核  
3 心內涵之民主政治。而人民本於自由意志，平等參與選  
4 舉，自為選舉發揮其民主功能所不可或缺之前提。是憲  
5 法第 17 條明文保障人民享有選舉權，並於第 129 條  
6 明定：『本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定  
7 外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。』，  
8 選舉乃人民於民主體制上具體展現民意決定，並賦予國  
9 家權力機制及其權力行使民主正當性之核心機制，乃民  
10 主政治之根基所在，選舉制度之正當存續，為貫徹憲法  
11 明定之民主國原則與主權在民等憲政國體之根基。

12 (2) 固然，選舉制度仰賴國家於憲法以外，透過法律立法形  
13 成之過程，進一步具體加以形塑，然憲法對於選舉制度  
14 之委託，並非全然空白由立法者加以形成，蔡大法官進  
15 而指出：「憲法已就選舉制度相關事項自為規定部分，  
16 立法者自有遵循之義務；相關選舉法律規定違反憲法明  
17 定內容者，即屬牴觸憲法。查憲法第 129 條明定，憲  
18 法所定各種選舉，除別有規定外，以普通、平等、直接  
19 及無記名投票之方法行之，是國家就憲法所規定之各種  
20 選舉，除憲法另有規定外（例如憲法第 130 條所定國  
21 民取得選舉權與被選舉權之最低年齡），負有立法形成  
22 符合憲法所要求之普通、平等、直接及無記名投票方法  
23 之選舉制度之義務，俾使人民得依符合普通、平等、直  
24 接及無記名投票方法之選舉法令規定，行使其受憲法保  
25 障之選舉權。因此，憲法第 17 條對人民選舉權之保  
26 障，係保障人民享有符合憲法所要求之普通、平等、直  
27 接及無記名投票方法前提下，依法律具體規定參與選舉  
28 投票權與被選舉權。」，立法者僅於符合憲法規定之前

1 提下，始對選舉制度之具體規範，享有廣泛之立法形成  
2 空間。

3 (3) 蔡大法官隨即所述，即在此申論下當然之理：「立法者  
4 以法律創設人民選舉投票權之資格與行使要件等規  
5 定，形成對普通、平等、直接或無記名投票方法之限制  
6 者，如逾越憲法容許之限度，即屬違反憲法第 129 條  
7 規定，於此範圍內，同時構成對人民受憲法保障之主觀  
8 性選舉權之侵害。至於選舉相關法律規定涉及對普通、  
9 平等、直接或無記名投票選舉之限制者，其是否逾越憲  
10 法所容許之限度，一般而言，法律所欲追求之公共利  
11 益，須足以與憲法所要求之普通、平等、直接及無記名  
12 投票選舉之重要性相匹敵，其所採手段須適當且必要，  
13 且不得變動普通、平等、直接及無記名投票選舉之核心  
14 內涵，始為憲法所許，從而與憲法保障人民選舉權之意  
15 旨無違。」，換言之立法者對於選舉制度之形成，不得  
16 偏離憲法所定普通、平等、直接或無記名之原則，否則  
17 即構成選舉權的限制，苟其所欲追求之公共利益，不足  
18 以與憲法所要求之普通、平等、直接及無記名投票選舉  
19 之重要性相匹敵，其所採手段並非適當且必要，甚或變  
20 動普通、平等、直接及無記名投票選舉之核心內涵者，  
21 即難與憲法本旨相合，而構成對選舉權之違憲侵害。

22 (4) 又所謂「普通選舉原則」暨保障的核心範圍，蔡大法官  
23 指出：「憲法第 129 條所要求之普通選舉方法，係要求  
24 人民之選舉資格形式上應平等，是立法者就人民選舉資  
25 格之規定，應予以一視同仁之對待，非基於與憲法普通  
26 選舉要求同等重要之憲法上重大公共利益之考量，不得  
27 就人民選舉資格予以分類而形成差別待遇，尤不得因分  
28 類而為差別待遇之結果，使得某一類型人民之投票權完

1 全遭到排除；此種情形通常發生於以立法者以禁止規定  
2 (消極要件性規定)，而非積極性要件規定方式，就選  
3 舉投票資格為規定之情形。」，換言之，只要符合法定  
4 門檻，就可以投票，非基於與憲法普通選舉要求同等重  
5 要之憲法上重大公共利益之考量，不得就人民選舉資格  
6 予以分類而形成差別待遇，尤不得因分類而為差別待遇  
7 之結果，使得某一類型人民之投票權完全遭到排除。

8 (5) 對於產生差別待遇之結果，是否逾越憲法容忍之界線，  
9 蔡大法官指出：「鑑於憲法普通選舉方法所欲確保之人  
10 民選舉地位上之平等，攸關民主原則之實踐根基，是立  
11 法者就人民選舉投票資格為規範，致生差別待遇者，如  
12 其中受差別對待者之選舉投票權將受到完全剝奪，即非  
13 屬憲法普通選舉要求所得容許者；此種情形下，涉及選  
14 舉投票資格之差別性立法即抵觸憲法普通選舉之要  
15 求，於此範圍內，該等法律規定亦構成對受差別對待者  
16 受憲法保障之選舉權之違憲侵害。」，並再次繼續強調，  
17 不得使受差別對待者之選舉投票權將受到完全剝奪，即  
18 以投票權之完全剝奪為其不得侵入之核心範圍，否則均  
19 抵觸憲法普通選舉之要求，於此範圍內，該等法律規定  
20 亦構成對受差別對待者受憲法保障之選舉權之違憲侵  
21 害。

22 (6) 小結：蔡大法官上開立論，雖係本於立法層次之違憲為  
23 討論，惟基於基本權之公法性暨基本權之防禦機能與保  
24 障射程，上開論據應及於所有之公權力行為，均應有其  
25 適用：任何國家行為如係造成「系統性地」「投票權完  
26 全剝奪」，即抵觸憲法普通選舉原則、即平等原則特別  
27 規定之要求，於此範圍內，該等公權力措施構成對受差  
28 別對待者受憲法保障之選舉權之違憲侵害。

1 (二) 關於「差別影響歧視」、即「間接歧視」：

- 2 1. 上開蔡大法官論據裡，提及「尤不得因分類而為差別待遇之  
3 結果，使得某一類型人民之投票權完全遭到排除」，除了考  
4 慮法規範「法律上歧視」之差別待遇外，依憲法實務，亦包  
5 括「事實上歧視」所生「系統性之不利差別待遇」（司法院  
6 釋字第 760 號解釋參趙）。此種差別待遇，即黃大法官昭元  
7 於司法院釋字第 760 號解釋協同意見書所稱「差別影響歧  
8 視」或所謂「間接歧視」，此係指法規或公權力行為形式上  
9 乍看並無差別待遇，然執行結果卻發生事實上差別待遇之情  
10 形。
- 11 2. 此可參見該解釋中，我國憲法學關於平等權之重要學者、即  
12 黃大法官昭元所提出之協同意見書「二、本案所涉之歧視類  
13 型：差別影響歧視（間接歧視）」段落，卓有深論：「多數意  
14 見認為系爭規定之所以違反平等權，並不是其規定在表面上  
15 即有差別對待（disparate treatment），而是『經多年實際適  
16 用』（解釋理由書第 7 段），使 100 年之前上開考試及格之  
17 一般生無法取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資  
18 格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，而  
19 在此範圍內，宣告系爭規定違反平等權保障。（參解釋文第 1  
20 段、解釋理由書第 10 段）」、「『新』的歧視類型：上述意義  
21 下的歧視應該是本院歷來有關平等權解釋中，還不曾出現的  
22 新類型，雖然在比較憲法的學理及實踐上早已有之。過去本  
23 院解釋所認定的歧視，多為法律上歧視（de jure  
24 discrimination），也就是法規範本身在表面上（facially）就  
25 有差別對待（disparate treatment）。例如法規範使用種族等  
26 分類，並有差別對待的不同法律效果。至於本案所認定的歧  
27 視，則屬於：法規範本身在表面上中立（facially neutral），  
28 並未使用某項分類（如種族），然實際適用結果，卻對某些

1 群體造成系統性的不利差別待遇，此即事實上歧視 (de facto  
2 discrimination)。在比較法上，有稱為差別影響歧視 (disparate  
3 impact discrimination)，亦有稱為間接歧視 (indirect  
4 discrimination)。」、「與適用上違憲之比較：在憲法上，差  
5 別影響歧視是法規適用結果所造成的通案性 (或一般性)  
6 不平等，以致違憲。這和抽象法令在『個案』適用結果所生  
7 之適用上違憲 (unconstitutional as applied) 仍有不同。後者  
8 不以平等權案件為限，即使是在平等權案件，也不以有系統  
9 性的差別影響 (即適用結果具有通案性) 為其要件；而是純  
10 粹在『個案』適用結果出現過度限制 (在自由權案件) 或明  
11 顯不公 (在平等權案件)，以致違憲。未來我國如修法採取  
12 裁判憲法審查的訴訟類型，大法官即可進一步正式審理裁判  
13 結果所涉之單純適用上違憲爭議。」，對此闡明甚詳：即法  
14 規範本身在表面上中立 (facially neutral)，並未使用某項分  
15 類 (如種族)，然實際適用結果，卻對某些群體造成系統性  
16 的不利差別待遇，而我國司法院釋字第 760 號解釋，即承認  
17 「表面中立的國家法令之實際適用結果，發生系統性的差別  
18 影響」為憲法所不許的事實上歧視。

- 19 3. 職此之故，任何國家行為縱係表面中立，如「經多年實際適  
20 用」，而對可資識別之類型化之人民產生「系統性不利差別  
21 待遇」，即屬「間接歧視」，此間接歧視如係對類型化人民「系  
22 統性地」形成「投票權完全剝奪」之不利影響，即牴觸憲法  
23 普通選舉原則之要求，於此範圍內，該等公權力措施構成對  
24 受差別對待者受憲法保障之選舉權之違憲侵害。

25 (三) 本案確屬「間接歧視」之案型：

- 26 1. 本件選舉行政機關安排矯正機關受刑人於矯正機關外投  
27 票，雖形式上與其他人民並無不同，然類似原告一般在矯正  
28 機關執行或等待執行之收容人或受刑人，雖有憲法所保障之

1 選舉權，卻因選務主管機關無視該類人員受國家公權力限  
2 制，無法前往設置於矯正機關外之投票所投票，多年實際操  
3 作之結果，持續性地造成此類選舉人事實上不能投票之不利  
4 影響，系統性地完全剝奪該類人民之選舉權，此系統性不利  
5 影響已該當「間接歧視」，而抵觸憲法保留之普通選舉原則，  
6 侵害受刑人受憲法保障之選舉權。

7 2. 類似原告一般監禁於矯正機關的收容人或矯正機關受刑罰  
8 執行的受刑人等、受到國家公權力限制不能離去矯正機關之  
9 人民，即便在監禁期間，依我國相關選舉法律規定仍為系爭  
10 選舉之選舉人，已如此前書狀所述，仍有權行使受憲法第  
11 17 條所保障之選舉權。

12  
13 尤其參以刑法第 36 條修法沿革觀察，刑法第 36 條原規定：  
14 「褫奪公權者，褫奪左列資格：一、為公務員之資格。二、  
15 公職候選人之資格。三、行使選舉、罷免、創制、複決四權  
16 之資格。」(24 年 1 月 1 日制定、24 年 7 月 1 日施行)，而  
17 後於 94 年 2 月 2 日修正、95 年 7 月 1 日施行之條文為：「從  
18 刑為褫奪公權。褫奪公權者，褫奪下列資格：一、為公務員  
19 之資格。二、為公職候選人之資格。」，當時隨條文修正公  
20 布之立法理由：「依現行褫奪公權制度係剝奪犯罪行為人三  
21 種資格，就社會防衛立場觀之，咸認第一款限制被告擔任公  
22 務員及第二款擔任公職候選人之資格，尚屬適當。惟第三款  
23 之行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格，係不分犯罪情  
24 節、犯罪種類，齊頭式的剝奪人民選舉權之行使，似與受刑  
25 人之再社會化目的有悖，則迭遭質疑其與預防犯罪之關係。  
26 為兼顧預防犯罪及受刑人再社會化之理想，宜修正褫奪公權  
27 內涵，將選舉、罷免、創制、複決等參政權行使之限制，移  
28 於『公職人員選舉罷免法』、『總統副總統選舉罷免法』中規

1 範，以與憲法第 23 條以法律限制基本權利行使之必要性、  
2 比例原則相契合。」，舉重（併宣告褫奪公權之犯罪行為人）  
3 以明輕（未宣告褫奪公權之犯罪行為人），立法者顯然有意、  
4 並確認「不分犯罪情節、犯罪種類，齊頭式的剝奪人民選舉  
5 權之行使」，與受刑人之再社會化目的有悖，即在矯正機關  
6 中是否限制其行使「選舉、罷免、創制、複決」等參政權，  
7 留待立法者根據個案情節於選舉相關法律中，另行檢討；然  
8 我國選舉相關法令此後並未修正賦予其他限制，堪信立法者  
9 亦肯定並支持，在矯正機關內之收容人或受刑人，並不因為  
10 監禁而不能行使憲法保障之參政權；反之，立法者更是支持  
11 並贊成受監禁者，應能行使參政權，換言之，可以、也應該，  
12 讓受刑人投票。

13 3. 然選舉行政機關長期以來，均安排矯正機關受刑人於矯正機  
14 關外投票，雖形式上與其他人民並無不同，然類似原告一般  
15 在矯正機關執行或等待執行之收容人或受刑人，雖有憲法所  
16 保障之選舉權，卻因選務主管機關無視該類人員受國家公權  
17 力限制，無法前往設置於矯正機關外之投票所投票，多年實  
18 際操作之結果，持續性地造成此類選舉人事實上不能投票之  
19 不利影響，系統性地完全剝奪該類人民之選舉權，此系統性  
20 不利影響該當前引司法院釋字第 760 號解釋所稱「經多年實  
21 際適用」而生「系統性不利差別待遇」即黃大法官昭元於協  
22 同意見書所稱「間接歧視」，並依憲法法庭 112 年度憲判字  
23 第 11 號判決蔡大法官宗珍部分不同意見書之見解，確屬系  
24 統性地對類型化人民之選舉權，產生「完全剝奪」之結果，  
25 而抵觸憲法保留之普通選舉原則，而有違平等原則，侵害受  
26 刑人受憲法保障之選舉權。

27 （四）本案「不公平之結果」可歸責於國家，而具有「主觀惡意」：

28 1. 黃大法官昭元於司法院釋字第 760 號解釋協同意見書，特別

1 指出對於此種「差別影響歧視」即「間接歧視」比較法上有  
2 「主觀惡性」存否必要性之不同意見(黃大法官昭元司法院  
3 釋字第 760 號解釋協同意見書第 8 段)。

4 2. 然聲請人以為，自客觀背景而言，受刑人人身自由係受國家  
5 之限制，即便並非由選舉主管機關所致，然仍係由同屬國家  
6 權力機關之司法與矯正機關所致(即便有受刑人本人之犯罪  
7 行為參與其中)，就「國家法人同一」、「行政一體」之角度，  
8 選務機關於相關選務安排時，仍不能主張「假裝不知道」受  
9 刑人之行動限制，仍預設受刑人可以如同所有其他自然人一  
10 般、「原則上可以自由行動」，而為選舉之安排。否則國家毋  
11 寧是在知道有人被國家限制人身自由的情況下，拒絕為受刑  
12 人為投票方法之適當安排而「明知且容任」(刑法第 13 條第  
13 2 項：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生  
14 並不違背其本意者，以故意論。」)受刑人不能投票而進行  
15 投票。

16 3. 誠如代理人嘗思考：「行政行為應受法律及一般法律原則之  
17 拘束。」、「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護  
18 人民正當合理之信賴。」，行政程序法第 4 條、第 8 條定有  
19 明文，國家明知當事人受困於矯正機關，國家的腦袋跟臉  
20 面，總統府、行政院、監察院(暨國家人權委員會)甚至司  
21 法院等國家憲法高層高層高高層，總在需要人權光彩的時  
22 候，大義凜然地指出「受刑人是穿著囚服的國民，有選舉權  
23 並有權投票，也應該要有機會行使選舉權、而要能夠投票」，  
24 但是等到實際落地執行時：左手國家矯正機關將受刑人死死  
25 按在矯正機關監禁不能行動，右手國家選務機關把投票所設  
26 在矯正機關以外的投開票所叫受刑人從鐵窗內飛出去投  
27 票。國家機關如此安排，難道以為受刑人是提姆·羅賓斯，  
28 能夠在台灣上演我國版刺激 1995 或是不可能的任務嗎？

1  
2 如果這還可以算是「國家依憲法保障（受刑）人民之投票權  
3 與選舉權」，甚至認為國家完全不具備主觀義務違反之惡  
4 性，顯然有違誠信原則，亦逸脫基本的論理法則，邏輯上殊  
5 難理解。

6 4. 更有甚者，代理人於另案協助受刑人提起選舉維權訴訟，經  
7 訪談發見當事人竟未收到依法應發給選舉人之選舉公報與  
8 投票通知（選罷法第 47 條第 9 項），且告知歷屆選舉均未依  
9 法發給、送達相關選舉文書，爰並協助其以律師函陳請選務  
10 機關督促注意（附件 3）。此瑕疵亦足認選務機關長期、明  
11 知，且有意排除、妨害受刑人投票參與選舉，而行使憲定參  
12 政權之權利，而具有結果之主觀惡性。

13 5. 綜上，聲請人以為，即便認為「差別影響歧視」即「間接歧  
14 視」需國家具備有比較法上所要求之「主觀惡性」，始足成  
15 立，然無論以受刑人係「受國家權力限制人身自由」之客觀  
16 背景，暨個案所發現，選務機關長期明知且無視受刑人應有  
17 投票權利與機會而未發給相關選舉文書之瑕疵，均足認國家  
18 對此差別影響結果，具備有可歸責之主觀惡性。

19 （五）聲請人所受差別待遇，不具制度形成之正當性：

20 對於此差別影響歧視，縱非不得因制度形成之需要加以限制所  
21 致，然誠如蔡宗珍大法官於 鈞庭 111 年度憲判字第 11 號部分  
22 不同意見書所指出：「立法者以法律創設人民選舉投票權之資格  
23 與行使要件等規定，形成對普通、平等、直接或無記名投票方  
24 法之限制者，如逾越憲法容許之限度，即屬違反憲法第 129 條  
25 規定，於此範圍內，同時構成對人民受憲法保障之主觀性選舉  
26 權之侵害。至於選舉相關法律規定涉及對普通、平等、直接或  
27 無記名投票選舉之限制者，其是否逾越憲法所容許之限度，一  
28 般而言，法律所欲追求之公共利益，須足以與憲法所要求之普

1 通、平等、直接及無記名投票選舉之重要性相匹敵，其所採手  
2 段須適當且必要，且不得變動普通、平等、直接及無記名投票  
3 選舉之核心內涵，始為憲法所許，從而與憲法保障人民選舉權  
4 之意旨無違。」，已足為認定本件聲請人受妨害之權利，國家欠  
5 缺正當化之基礎。

6  
7 特別在受刑人（在籍）投票的前案中，選務機關最大的質疑乃  
8 是針對矯正機關的「封閉性」，以各種可能方案中、於矯正機關  
9 特設投票所之方式辦理為例，選務機關即認為會無法達成「開  
10 票所」「公開」之要求。然而開票所之「公開」，僅係法律層次  
11 之原則，與憲法第 129 條所定、普通、平等、直接及無記名投  
12 票選舉之核心內涵並不相當。且此公開性之要求，係為滿足開  
13 票之公信力，換言之即「可受檢驗」性。此種可受檢驗性原即  
14 不以毫無保留之公開，為唯一之檢驗方法，具有利害關係的團  
15 體或候選人可以親自在場或有其代表在場監督，並得隨時提出  
16 質疑，並有司法救濟、驗票之程序，即可充分滿足。並可參照  
17 公政公約第 25 號一般性意見第 20 段中：「...投票箱的安全必須  
18 得到保證，清點選票時應有候選人或其代理人在場。應制定投  
19 票和記票程序的獨立審查程序以及司法審查或其他相當的程  
20 序，以便選舉人能相信投票的安全和選票的統計。...」即可明  
21 瞭。

22 (六) 職此之故，本案法規範憲法審查部分，係認為我國選罷法「在  
23 籍投票」之規定，形式上看似乎平等無歧視，然我國憲法委託立  
24 法機關以法律設計選舉制度以為人民參政權之行使方法；經國  
25 會以制定選舉法律，並授權行政機關規劃投票方法、地點等技  
26 術性安排，然對於受國家公權力限制人身自由之受刑人，經歷  
27 長期選舉制度之踐行，並經監所人權團體之長期倡議、運動，  
28 仍「事實上」、「系統性」地，不能賦予此種由國家限制自由之

1 人民，有依國家機關之安排投票之機會而「不能投票」，此結果  
2 因此構成相當於司法院釋字第 760 號解釋相當（「具有主觀惡性  
3 （明知且容任）」的）「間接歧視」而有違憲法第 7 條平等原則、  
4 即憲法第 129 條普通選舉原則，應屬違憲。

5 二、 本案裁判憲法審查部分，聲請人認為我國行政法院系統對於基  
6 於「基本權防衛機能」所生「公法上結果除去請求權」與「公法上  
7 妨害防止請求權」，認識上有所欠缺，適用上並過於保守，致司法  
8 權與行政權之「權力對話」的機能受到限制：基本權本具有「防禦  
9 權」之特性，得據以防免國家機關之侵害，人民應得本於基本權之  
10 防衛機能，請求除去、防免國家侵害人民基本權，原確定判決竟否  
11 定聲請人有基於憲法保障之參政權，請求國家除去、防免聲請人持  
12 續不能投票之公法上請求權，並促使國家機關依憲法本旨運行，避  
13 免侵害人民之權利結果持續發生，督促國家機關依憲法委託之本  
14 旨，積極維護人民權利之圓滿。

15 （一） 最高行政法院過去曾在多號裁判中指出公法上結果除去請  
16 求權之存在，如 111 年度上字第 475 號行政判決：「『人民與中  
17 央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成  
18 行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公  
19 法上契約發生之給付，亦同。』為行政訴訟法第 8 條第 1 項所  
20 明定。準此，人民因國家違法行政行為（如行政處分之違法執  
21 行或其他違法行政行為，多屬行政事實行為），所造成之結果，  
22 自得依上開規定請求行政法院判決予以除去，以回復未受侵害  
23 前之狀態，此即公法上結果除去請求權。結果除去請求權可作  
24 為公法上一般給付訴訟之請求權，應具備下列要件：(1)須被告  
25 機關之行政行為（包括行政處分或其他高權行為）違法，或行  
26 為時合法，後來因法律變更而成為違法者；(2)直接侵害人民之  
27 權益；(3)該侵害之狀態繼續存在，且有除去回復至行政行為前  
28 狀態之可能；(4)被害人對於損害之發生無重大過失。」；又又按

1 最高行政法院 107 年度判字第 698 號行政判決闡謂：「憲法所保  
2 障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到  
3 國家侵害時，得提起訴訟，請求國家『不得侵犯其基本權利』，  
4 排除侵害行為。國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害  
5 事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之『公法上原因』，受害  
6 人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法  
7 第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政  
8 處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為。惟因此提  
9 起之排除侵害訴訟，在實體上有理由之要件有二：一是行政機  
10 關之事實行為違法，二是人民權利因行政機關之違法事實行為  
11 受到侵害。」，亦肯認基本權之防禦機能，並由防禦機能推導出  
12 公法上權利防衛請求權，排除或防免國家對於基本權之侵害或  
13 干預。

14 (二) 以本案而言，誠如聲請人立場，就結果而言，具有違反平等  
15 原則、牴觸普通選舉原則之情況，並侵害聲請人之參政權，如  
16 前所述。行政法院確定判決以為，聲請人並不具備有「請求國  
17 家形成特定選舉方法供聲請人投票行使參政權」的公法上「特  
18 定作為」之請求權，實際上是一種具「形成性」之請求；然而  
19 從另一個角度而言，聲請人基於基本權的防禦機能，應該有「請  
20 求國家不得維持使聲請人客觀上不具投票可能性的選舉方式，  
21 妨害聲請人與其他人民平等行使參政權的機會」的公法上違法  
22 結果的「排除」、「防免」之請求權，實則是一種對否定現況的  
23 妥適性，並要求國家承認並改變現況的督促請求權。

24 (三) 論者、或者 鈞庭可能認為，積極作為與消極不作為具有一  
25 體兩面之性質，然則有本質上的區別。聲請人承認在此種「需  
26 立法形成」之權利，立法者固有相當之形成空間，然此形成空  
27 間亦非漫無邊際，何況已經涉及到平等原則、即憲法第 129 條  
28 框架性原則即普通選舉原則之牴觸，則本於「有權利、即有救

1 濟」的訴訟權基本權利範圍，人民自得請求法院，就溢出此部  
2 分立法形成界限之國家公權力行使，加以排除，乃至更進一步  
3 加以防免。

4  
5 實則，行政訴訟法第 200 條第 4 款：「行政法院對於人民依第五  
6 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，  
7 應為下列方式之裁判：四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚  
8 未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關  
9 遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」、第 201 條「行政  
10 機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或  
11 濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」、第 216 條第 2 項至第  
12 4 項「原處分或決定經判決撤銷後，機關須重為處分或決定者，  
13 應依判決意旨為之。」、「前二項判決，如係指摘機關適用法律  
14 之見解有違誤時，該機關即應受判決之拘束，不得為相左或歧  
15 異之決定或處分。」、「前三項之規定，於其他訴訟準用之。」，  
16 即已明定司法權對於其他權力機關有裁量或形成空間之事項，  
17 並非不得予以審查，也並非不得指明其違誤，而是審查有其界  
18 限與原則，並且在於法規意旨範圍內，拘束其他權力機關。

19  
20 司法院釋字第 748 號解釋，就民法就婚姻章規定，未使相同性  
21 別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性  
22 之永久結合關係，是否違反憲法第 22 條保障之婚姻自由及第 7  
23 條保障之平等權，作成解釋；其主文亦尊重立法形成之空間，  
24 明示：「有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨  
25 完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之  
26 平等保護，屬立法形成之範圍。」立法形式與內容，仍由立法  
27 機關加以形成，不過為避免立法機關遲遲不能完成此項憲法委  
28 託致使違憲狀態長期維持，進一步以：「逾期未完成相關法律之

1 修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依  
2 上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦  
3 理結婚登記。」，為限期立法之指示，堪屬憲法層次之適例。

4  
5 換言之，承認其他憲法權力機關，於其權力核心範圍內的運作  
6 空間，固為憲法權力分立所要求，然權力運作有無違反憲法委  
7 託？有無違反憲法規範？有無合乎憲法上原理原則？此種憲法  
8 與法規本旨之闡明，則專屬於司法權之核心，並由審判機關，  
9 來為我國的憲法與法律爭議，來說最後一句話，亦不容司法者  
10 於其中屬於司法的本質問題，訴諸其他權力，而逃避司法者應  
11 負之憲法義務。

12  
13 誠如程明修教授（附件4）所指出：行政法院之見解與保守地操  
14 作，忽視基本權的作用在司法救濟體系所扮演之功能。國家不  
15 僅有義務避免對於基本權保護領域違法地干擾，甚至於當各人  
16 之自由領域受到侵害時，應該同時承認人民有法律上的力道可  
17 以積極主動地去防禦此一高權侵害。基本權作為一個拘束所有  
18 國家權力有效的「法」，本身就是一種對基本權干預之不作為請  
19 求權。及至基本權所保障的自由領域確實受到侵害時，便必須  
20 透過同樣在基本權中蘊藏的排除請求權來加以補充。不能說作  
21 為防禦權之基本權可以防禦國家對基本權的干預，卻不容許用  
22 以排除國家違法侵害基本權所造成之結果。

23 （四）職此之故，聲請人以為，我國行政法院系統對於基於「基本  
24 權防衛機能」所生「公法上結果除去請求權」與「公法上妨害  
25 防止請求權」認識有所欠缺，適用上並過於保守，致司法權與  
26 行政權之「權力對話」的機能受到限制；基本權本具有「防禦  
27 權」之特性，得據以防免國家機關之侵害，人民應得本於基本  
28 權之防衛機能，請求除去、防免國家侵害人民基本權，原確定

1 判決竟否定聲請人有基於憲法保障之參政權，請求國家除去、  
2 防免聲請人持續不能投票之公法上請求權，並促使國家機關依  
3 憲法本旨運行，避免侵害人民之權利結果持續發生，督促國家  
4 機關依憲法委託之本旨，積極維護人民權利之圓滿。

5 參、誠如司法院釋字第 666 號解釋後，聲請人楊坤樵法官的報紙投書（附  
6 件 5）：「或許是多數意見已意識到性交易合法化之爭議，於是選擇一  
7 條安全的道路，避免引起社會爭議，以維護少得可憐的司法權威。但  
8 回頭看看『布朗案』，美國聯邦最高法院所承受之社會、政治壓力絕  
9 不少於我國司法院大法官。當大法官選擇一條安全道路的同時，不僅  
10 捨棄了積極闡釋《憲法》，引領台灣社會以開放心態，探討東方文化  
11 一向曖昧、隱而不顯、視而不見之情色議題的契機，也喪失對外宣示：  
12 『司法永遠是為了弱勢、少數之保障而存在』的價值，誠屬可惜。

13  
14 如果修正新法之適用，確已造成『娼嫖皆罰』之結果，由於釋字第 666  
15 號解釋僅就『罰娼不罰嫖』為解釋，『娼嫖皆罰』並不在解釋之列，  
16 是因修正新法而受罰之人民仍可依《司法院大法官審理案件法》第 5  
17 條第 1 項第 2 款聲請違憲審查。筆者相信，司法雖然有其極限，但仍  
18 有許多開明且勇敢的裁判者，社運團體與行政、立法打交道之同時，  
19 別忘了法院的大門永遠是為弱勢、少數而開啟。」，國會應付性地修  
20 訂社會秩序維護法 91 條之 1，至今十餘年過去，楊法官投書有如識  
21 語，我國社會毫無前進。

22  
23 固然我們可以持續要求沒有政治實力的社會弱勢與少數族群，透過政  
24 治部的遊說、運作，乞求主流社會多數族群的慈悲與憐憫，施捨本屬  
25 於他們的權益，但我們也應該正視，這些社會弱勢與少數族群才有唯  
26 一公平的機會，向憲法守護者的大法官詢問：共和國的憲法原則是甚  
27 麼？正義是甚麼？國家對我所做的，是對的嗎？「因為凡祈求的，就  
28 得著；尋找的，就尋見；叩門的，就給他開門。」（太 7:8），去尋見

1 那憲法與法治國的真理。  
2 肆、狀請 鈞庭鑒核，宣告相關法規範與確定終局裁判違憲，以維護憲法  
3 之秩序。

4

謹 呈

憲法法庭

公鑒

**【證據及附件】**

附件 3：雪谷南榕法律事務所 113.1.9 中律字第 01130109-01 號函

附件 4：程明修，國家責任體系之漏洞-結果除去請求權

附件 5：楊坤樵法官報紙投書「不語的司法，卸責的政府」

以上均為影本。

具狀人 朱旺星

撰狀人 劉繼蔚律師

中 華 民 國 1 1 2 年 1 2 月 2 2 日