

憲法法庭112年判決彙編 暨重要裁定選編（I）

司 法 院 印 行
中 華 民 國 一 一 三 年 七 月

憲法法庭 112 年判決彙編及重要裁定選編 (I)

目 次

憲法法庭 112 年判決彙編

憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決

【祭祀公業派下員資格案（二）】

祭祀公業條例以性別為派下員之標準，牴觸憲法保障性別平等意旨

主文	1
理由	2
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	10
協同意見書 詹森林大法官 提出	23
部分不同意見書 許志雄大法官 提出 黃昭元大法官 加入（更正）	32
部分不同意見書 黃昭元大法官 提出 許志雄大法官 加入、謝銘洋大法官 加入（第 3 至 16 段）、呂太郎大法官 加入（第 3 至 16 段）、楊惠欽大法官 加入（第 2、4、17 至 21 段）（更正）	39

憲法法庭 112 年憲判字第 2 號判決

【「減輕或免除其刑」之再審事由案】

刑訴 420 條 1 項 6 款之「應受……免刑」包含「免除其刑」、「減輕或免除其刑」

主文	49
理由	49

協同意見書	黃虹霞大法官	提出		59
協同意見書	許志雄大法官	提出		87
協同意見書	黃瑞明大法官	提出	詹森林大法官 加入	 93
協同意見書	呂太郎大法官	提出		98
不同意見書	楊惠欽大法官	提出	吳陳鐸大法官、黃昭元大法官 加入	 105

憲法法庭 112 年憲判字第 3 號判決

【公職年資併社團年資案】

為追求特別重要公益，社團年資併公職年資溢領追討等規定，合憲

主文		117
理由		117
附表		146
協同意見書	黃虹霞大法官 提出	 148
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、呂太郎大法官 加入 不同意見部分	 158
部分不同意見書	詹森林大法官 提出 張瓊文大法官 加入	 174
不同意見書	吳陳鐸大法官 提出 蔡明誠大法官 加入、呂太郎大法官 加入 第一至三部分	 177
不同意見書	蔡明誠大法官 提出 吳陳鐸大法官 加入、呂太郎大法官 加入 第四部分	 196

憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決

【限制唯一有責配偶請求裁判離婚案】

民法 1052 條 2 項但書尚無違婚姻自由保障，就個案過苛

部分與憲法意旨不符

主文	205
理由	206
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	217
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	219
協同意見書 詹森林大法官 提出	228
部分不同意見書 吳陳鐸大法官 提出	233
不同意見書 楊惠欽大法官 提出	237

憲法法庭 112 年憲判字第 5 號判決

【證交法公開收購之空白刑法案】

證交法公開收購之空白刑法相關規定，無違刑罰明確性、
授權明確性

主文	247
理由	248
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	259
部分不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 張瓊文大法官 加入	263
不同意見書 蔡明誠大法官 提出	275

憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決

【軍法判決之特別救濟案】

共同正犯之犯罪事實認定歧異，軍事審判有罪普通法院審
判無罪，應可再審

主文	283
理由	283
協同意見書 許志雄大法官 提出	291
協同意見書 詹森林大法官 提出	296

協同意見書 謝銘洋大法官 提出	307
協同意見書 呂太郎大法官 提出	310
部分協同部分不同意見書 黃瑞明大法官 提出	319
部分不同意見書 吳陳銀大法官 提出	330
部分不同意見書 林俊益大法官 提出 張瓊文大法官、 蔡宗珍大法官 加入	335
部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出 黃昭元大法官 加入	357

憲法法庭 112 年憲判字第 7 號判決

【成立廠場企業工會案】

工會法施行細則第 2 條第 1 項、第 2 項牴觸法律保留原則，
違憲

主文	369
理由	369
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	382
協同意見書 張瓊文大法官 提出	387
部分協同部分不同意見書 蔡烱燉大法官 提出	391
部分協同部分不同意見書 許志雄大法官 提出 黃瑞明 大法官、黃昭元大法官 加入	404
部分協同部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出 詹森林 大法官 加入 第貳、肆部分	413
部分不同意見書 呂太郎大法官 提出	429
部分不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 林俊益大法官 加入	430

憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決

【誹謗罪案（二）】

刑法誹謗罪合憲，均衡保障言論自由與名譽權，釋 509 應予補充

主文	437
理由	438
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	457
協同意見書 詹森林大法官 提出	463
協同意見書 謝銘洋大法官 提出	481
部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出	487
不同意見書 蔡明誠大法官 提出	493
不同意見書 許志雄大法官 提出	503
不同意見書 黃昭元大法官 提出	515
不同意見書 楊惠欽大法官 提出	522

憲法法庭 112 年憲判字第 9 號判決

【搜索律師事務所案】

刑訴法搜索、扣押等相關規定，未保障律師、委任人間秘密自由溝通權，部分違憲

主文	533
理由	534
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	545
協同意見書 林俊益大法官 提出	555
協同意見書 詹森林大法官 提出	563
部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出 黃昭元大法官、 蔡宗珍大法官 加入	568

憲法法庭 112 年憲判字第 10 號判決

【虛增股東可扣抵稅額帳戶金額案】

98 年修正之所得稅法 114-2 條 1 項 1 款就虛增股東可扣

抵稅額之罰則，部分違憲

主文 577

理由 577

部分協同部分不同意見書 黃虹霞大法官 提出 586

部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出 590

不同意見書 蔡明誠大法官 提出 吳陳銀大法官、黃瑞
明大法官 加入 601

附錄

憲法法庭 112 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 112 年判決彙編及重要裁定選編 (II)

目 次

憲法法庭 112 年判決彙編

憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決

【選舉幽靈人口案】

刑法第 146 條妨害投票正確罪合憲，惟「實際居住」之認定應予擴張

主文 2

理由 2

協同意見書 黃虹霞大法官 提出 蔡炯燉大法官、蔡明

誠大法官、許志雄大法官、謝銘洋大法官 加入 32

協同意見書 許志雄大法官 提出 蔡明誠大法官 加入 39

協同意見書 黃瑞明大法官 提出 45

協同意見書 呂太郎大法官 提出 51

部分不同意見書 林俊益大法官 提出 張瓊文大法官、

蔡宗珍大法官 加入 57

部分不同意見書 詹森林大法官 提出 76

部分不同意見書 黃昭元大法官 提出 89

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、楊惠欽大法官 加入 97

憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決

【未到庭證人警詢陳述之證據能力案（二）】

刑訴法就未到庭證人之警詢陳述得為證據之規定，未違正當法律程序與訴訟權保障

主文	113
理由	114
協同意見書 詹森林大法官 提出 林俊益大法官 加入.....	124
協同意見書 呂太郎大法官 提出	133
不同意見書 黃昭元大法官 提出 謝銘洋大法官 加入.....	134

憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決

【販賣第一級毒品案】

毒品條例規定販賣第一級毒品處死刑或無期徒刑，不符罪刑相當原則

主文	139
理由	140
附表	151
協同意見書 黃虹霞大法官 提出 蔡明誠大法官 加入	152
部分協同部分不同意見書 林俊益大法官 提出 吳陳鐸 大法官、張瓊文大法官、蔡宗珍大法官 加入	163
部分不同意見書 詹森林大法官 提出	177
部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出	183
部分不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 吳陳鐸大法官、 林俊益大法官、張瓊文大法官 加入	201
不同意見書 黃昭元大法官 提出	203

憲法法庭 112 年憲判字第 14 號判決

【刑事訴訟程序法官迴避案】

刑訴法 17 條 8 款「曾參與前審之裁判者」、釋 178 及最高法院「連身條款」等規範，合憲

主文	207
理由	208

附圖	239
附表	240
協同意見書 蔡明誠大法官 提出	249
協同意見書 黃瑞明大法官 提出（更正）	257
部分不同意見書 詹森林大法官 提出	262
部分不同意見書 謝銘洋大法官 提出	272
部分不同意見書 呂太郎大法官 提出	282
部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出	295

憲法法庭 112 年憲判字第 15 號判決

【公務人員執行職務意外受傷請領慰問金案】

公保法授權之 107 年意外傷亡慰問辦法所稱「意外」指突
發性外來危險事故，違憲

主文	305
理由	305
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	314
協同意見書 蔡明誠大法官 提出	319
部分不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 吳陳鐸大法官、 林俊益大法官、張瓊文大法官、楊惠欽大法官 加入	323
不同意見書 許志雄大法官 提出 張瓊文大法官 加入 第二部分、黃昭元大法官 加入	328

憲法法庭 112 年憲判字第 16 號判決

【提撥勞工退休金差額案】

勞基法第 56 條第 2 項課予雇主提撥勞工退休金差額義務，
合憲

主文	335
理由	335

不同意見書 謝銘洋大法官 提出 黃瑞明大法官、詹森林大法官 加入	343

憲法法庭 112 年憲判字第 17 號判決

【禁止醫師為醫療廣告案】

醫療法第 84 條就禁止醫師為醫療廣告部分，違反言論自由，即日失效	
主文	349
理由	349
協同意見書 許志雄大法官 提出 謝銘洋大法官、楊惠欽大法官 加入	356
協同意見書 詹森林大法官 提出	360
協同意見書 黃昭元大法官 提出	365
協同意見書 蔡宗珍大法官 提出	376

憲法法庭 112 年憲判字第 18 號判決

【選舉重新計票案】

選罷法 69 條 1 項前段規定之法院重新計票制度，僅限特定選舉，違憲	
主文	379
理由	380
部分不同意見書 呂太郎大法官 提出 許宗力大法官、張瓊文大法官、黃瑞明大法官、詹森林大法官、黃昭元大法官 加入	388

憲法法庭 112 年憲判字第 19 號判決

【供公眾通行之法定空地地價稅案】

土地稅減免規則 9 條但書就供公眾通行之建築法定空地徵	

地價稅，合憲

主文 397

理由 397

部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出 408

憲法法庭 112 年憲判字第 20 號判決

【日治時期私有土地經土地總登記程序登記為國有案】

日治時期私人土地未為登記而收歸國有，人民有權請求塗銷登記，無消滅時效之適用

主文 421

理由 421

協同意見書 黃瑞明大法官 提出 尤伯祥大法官 加入 431

協同意見書 呂太郎大法官 提出 陳忠五大法官、尤伯

祥大法官 加入 438

協同意見書 陳忠五大法官 提出 呂太郎大法官、尤伯

祥大法官 加入 447

協同意見書 尤伯祥大法官 提出 呂太郎大法官、陳忠

五大法官 加入（更正）..... 455

部分不同意見書 蔡彩貞大法官 提出 468

部分不同意見書 朱富美大法官 提出 473

附錄

憲法法庭 112 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 112 年判決彙編及重要裁定選編 (III)

目 次

憲法法庭 112 年判決彙編

重要裁定選編 (實體裁定)

112 年憲暫裁字第 1 號	1

重要裁定選編 (程序裁定)

112 年審裁字第 1 號	3
協同意見書 詹森林大法官 提出	5
112 年審裁字第 37 號	9
協同意見書 詹森林大法官 提出	11
112 年憲裁字第 2 號	15
不同意見書 謝銘洋大法官 提出 蔡明誠大法官、黃瑞 明大法官、呂太郎大法官 加入	17
112 年憲裁字第 4 號	21
協同意見書 黃虹霞大法官 提出	24
協同意見書 詹森林大法官 提出	25
不同意見書 謝銘洋大法官 提出	30
112 年憲裁字第 5 號	37
不同意見書 許宗力大法官 提出 黃虹霞大法官、許志 雄大法官、詹森林大法官、謝銘洋大法官、呂太郎大法官 加入	43

不同意見書 黃虹霞大法官 提出 詹森林大法官 加入	52
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	61
不同意見書 詹森林大法官 提出	72
不同意見書 呂太郎大法官 提出 許志雄大法官、詹森 林大法官、謝銘洋大法官 加入	84
112 年憲裁字第 6 號	93
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	95
不同意見書 呂太郎大法官 提出 詹森林大法官、謝銘 洋大法官、楊惠欽大法官 加入	102
112 年憲裁字第 7 號	113
不同意見書 呂太郎大法官 提出 詹森林大法官、謝銘 洋大法官、楊惠欽大法官 加入	115
112 年憲裁字第 8 號	125
不同意見書 黃昭元大法官 提出 詹森林大法官 加入	127
112 年憲裁字第 10 號	129
不同意見書 黃昭元大法官 提出 詹森林大法官、謝銘 洋大法官 加入	131
112 年憲裁字第 11 號	137
不同意見書 黃昭元大法官 提出 詹森林大法官 加入	139
112 年憲裁字第 13 號	141
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 許宗力大法官、蔡明 誠大法官、林俊益大法官、詹森林大法官、謝銘洋大法官 加入	144
不同意見書 詹森林大法官 提出 許宗力大法官、蔡明 誠大法官、林俊益大法官、黃瑞明大法官、謝銘洋大法官 加入	149

112 年憲裁字第 14 號	155
部分不同意見書 詹森林大法官 提出	158
不同意見書 謝銘洋大法官 提出	164
112 年憲裁字第 15 號	169
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 黃虹霞大法官、詹森 林大法官 加入	171
不同意見書 詹森林大法官 提出 黃虹霞大法官、黃瑞 明大法官 加入	178
112 年憲裁字第 16 號	187
不同意見書 詹森林大法官 提出 許宗力大法官、林俊 益大法官、黃瑞明大法官、謝銘洋大法官 加入	189
112 年憲裁字第 19 號	195
協同意見書 黃虹霞大法官 提出 蔡明誠大法官、黃瑞 明大法官、詹森林大法官、謝銘洋大法官 加入	197
112 年憲裁字第 24 號	203
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官 加入	206
不同意見書 謝銘洋大法官 提出 詹森林大法官 加入	221
112 年憲裁字第 29 號	225
部分不同意見書 詹森林大法官 提出	228
不同意見書 黃昭元大法官 提出 許宗力大法官、林俊 益大法官、張瓊文大法官、楊惠欽大法官 加入	234
112 年憲裁字第 30 號	237
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 加入	240
不同意見書 謝銘洋大法官 提出 許宗力大法官、許志 雄大法官 加入	244

112 年憲裁字第 117 號	249
不同意見書 黃昭元大法官 提出 張瓊文大法官 加入	252
112 年憲裁字第 133 號	259
不同意見書 楊惠欽大法官 提出	262
112 年憲裁字第 134 號	271
部分不同意見書 詹森林大法官 提出 謝銘洋大法官 加入	274
112 年憲裁字第 143 號	281
協同意見書 黃瑞明大法官 提出	284
不同意見書 蔡宗珍大法官 提出 張瓊文大法官、黃昭 元大法官、楊惠欽大法官 加入	291
112 年憲裁字第 144 號	295
不同意見書 黃昭元大法官 提出 許志雄大法官、謝銘 洋大法官、陳忠五大法官 加入	298
不同意見書 蔡彩貞大法官 提出 詹森林大法官、謝銘 洋大法官、陳忠五大法官 加入	303
112 年憲裁字第 146 號	307
協同意見書 黃昭元大法官 提出 許志雄大法官 加入	312
部分不同意見書 尤伯祥大法官 提出	322
112 年憲裁字第 148 號	335
部分不同意見書 尤伯祥大法官 提出 黃瑞明大法官、 詹森林大法官、謝銘洋大法官 加入	339
112 年憲裁字第 149 號	343
協同意見書 黃昭元大法官 提出	346
不同意見書 黃瑞明大法官 提出 詹森林大法官、謝銘	

洋大法官 加入	352

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

112 年憲判字第 1 號

聲請人一 陳純美
陳文祥
葉陳月娥

上 三 人
共同訴訟代理人 梁志偉律師
陳建宏律師
洪國欽律師

聲請人二 許金賀
許瑞民
許瑞章
許瑞發

上 四 人
共同訴訟代理人 呂冠勳律師
陳品好律師

上列聲請人為請求確認派下權存在事件，分別認臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 354 號民事判決，及最高法院 109 年度台上字第 2124 號民事判決，所適用之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段等規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

- 一、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定：「本條例施行前已存在之 1
祭祀公業，……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男
系子孫（含養子）。」暨同條第 2 項規定：「派下員無男系子
孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有
男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」未涵蓋設立
人其餘女系子孫部分，牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨。
- 二、上開祭祀公業設立人之女系子孫（以現存親等近者為先），尚未 2
列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請

求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係不受影響。

三、其餘聲請不受理。

理 由

壹、案件事實及聲請意旨【1】

一、聲請人一【2】

聲請人一為陳奧之子女；陳奧為李屋之女，李屋為祭祀公業李祿設立人李春長之子，對該祭祀公業具派下權。祭祀公業李祿無規約。李屋、陳奧分別於中華民國 45 年間及 101 年間死亡。祭祀公業李祿之其他派下員於 103 年申報該祭祀公業派下員系統表時，並未將陳奧列為派下員。聲請人一對祭祀公業李祿起訴，請求確認聲請人一對該祭祀公業具派下權。臺灣高雄地方法院 107 年度訴字第 201 號民事判決駁回聲請人一之訴，聲請人一上訴後，經臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 354 號民事判決以無理由駁回，而告確定。是聲請人一部分應以前開臺灣高等法院高雄分院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）。【3】

聲請人一認確定終局判決一所適用之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段、第 2 項、第 3 項及第 5 條規定，以性別作為認定祭祀公業派下員身分之標準，有牴觸憲法第 7 條平等保障、第 14 條保障結社自由及第 15 條保障財產權之疑義，爰於 109 年 3 月間，依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法，請求宣告上開規定違憲，並聲請變更司法院釋字第 728 號解釋等語。【4】

二、聲請人二【5】

祭祀公業黃再為黃葉所設立之祭祀公業，無規約；黃葉無男系子孫，其女黃緣為該祭祀公業派下員，招贅許代，育有許福文等人；聲請人二為許福文之子。黃緣、許福文分別於 67 年間及 91 年間死亡。祭祀公業黃再並未有規約規定僅得由黃姓子孫為派下員，聲請人

二認其父許福文具派下員資格，故其等亦具派下員資格。惟祭祀公業黃再之其他派下員，於106年間辦理該祭祀公業派下全員申報時，未將聲請人二列為派下員。聲請人二遂向臺灣臺南地方法院起訴，請求確認聲請人二對祭祀公業黃再具派下權，經該院107年度訴字第1380號民事判決駁回其訴；聲請人二上訴後，經臺灣高等法院臺南分院108年度上字第87號民事判決以上訴無理由駁回；聲請人二再提起上訴後，未經最高法院109年度台上字第2124號民事判決以上訴無理由駁回。是聲請人二部分應以前開最高法院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。【6】

聲請人二認確定終局判決二所適用之祭祀公業條例第4條第2項規定，牴觸憲法第7條平等保障之意旨，爰於110年11月間，依大審法第5條第1項第2款規定聲請解釋憲法，請求宣告上開規定違憲等語。【7】

貳、受理依據及審理程序【8】

一、受理依據【9】

（一）聲請人一【10】

查聲請人一主張確定終局判決一所適用之祭祀公業條例第4條第1項後段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」（下稱系爭規定一）及同條第2項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」（下稱系爭規定二），有違憲法第7條平等保障意旨部分，與大審法第5條第1項第2款規定要件相符，經司法院大法官於110年7月間議決受理。【11】

至聲請人一另主張祭祀公業條例第4條第3項及第5條違憲暨聲請變更司法院釋字第728號解釋部分：查系爭規定一及二並非司法院釋字第728號解釋之審查客體，不生變更該解釋之問題。又祭祀公業條例第4條第3項未經確定終局判決一適用，聲請人一自不得以之為聲請解釋之客體。至祭祀公業條例第5條部分，則尚難謂已具體指

112 年憲判字第 1 號

摘該規定有如何牴觸憲法之處。是此等部分之聲請，均應不受理。

【12】

(二) 聲請人二部分 【13】 13

查聲請人二主張系爭規定二有違憲法第 7 條平等保障意旨，與 14
大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定要件相符，經司法院大法官於 110 年
12 月間議決受理。【14】

(三) 併案審理 【15】 15

又聲請人一與二之聲請客體就涉及系爭規定二有無違憲部分相 16
同，且系爭規定一與系爭規定二，均涉及以性別作為是否得為派下員
區別標準之合憲性，爰併案審理。【16】

二、言詞辯論程序 【17】 17

憲法訴訟法已自 111 年 1 月 4 日施行，爰依憲法訴訟法第 90 條 18
及第 91 條規定，由本庭適用憲法訴訟法規定就系爭規定一及二是否
牴觸憲法繼續審理。本庭並於 111 年 10 月 18 日行言詞辯論，除通知
聲請人及關係機關內政部外，另邀請監察院國家人權委員會暨專家學
者到庭陳述意見。聲請人及關係機關內政部之言詞辯論要旨如下：

【18】

(一) 聲請人一略謂：1、祭祀公業條例之立法目的在於尊重傳 19
統習俗、祭祀祖先發揚孝道及延續宗族傳統等。2、系爭規定一及二
以性別作為差別待遇之分類標準，涉及難以改變之個人特徵，應採嚴
格或較為嚴格之審查標準。3、系爭規定一及二，使設立人之女及其
直系血親卑親屬無法或難以成為派下員，亦不得參與祭祀公業相關事
務之決定與推展，侵害人民受憲法第 14 條保障之結社自由、第 15 條
保障之財產權及第 22 條保障之契約自由等權利，亦違反憲法第 7 條
平等原則等語。【19】

(二) 聲請人二略謂：1、祭祀公業條例之立法目的為祭祀祖先 20
發揚孝道、延續宗族傳統及健全祭祀公業土地地籍管理等。2、系爭
規定一及二限制女性派下員之繼承人取得派下權之資格，有違憲法第
7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項消除性別歧視之意旨，亦與祭祀

公業條例制定目的無關等語。【20】

(三) 關係機關內政部略謂：1、祭祀公業條例實質上係將習慣內容以制定法之方式予以規範化。2、有關派下員之認定，實質上係以有無共同承擔祭祀為認定標準，而非形式上以性別論斷。3、系爭規定一及二無涉結社自由。4、本件應採寬鬆標準審查，且系爭規定一及二為維護之法安定性，所採行影響較小之手段，並適度限縮其適用範圍，手段與目的間具有合理關聯性，故為合憲等語。【21】

參、形成主文第1項及第2項之法律上意見【22】 22

一、據以審查之憲法權利【23】 23

中華民國人民，無分男女……在法律上一律平等，憲法第7條定有明文。又立法者於形塑政策時，應避免形成性別角色之窠臼，否則亦與憲法第7條保障性別平等之意旨有違（司法院釋字第807號解釋參照）。【24】 24

104年司法院釋字第728號解釋於其理由書末，就不在該解釋客體範圍內之系爭規定一及二等部分，已先認定系爭規定一係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，並諭知：對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關應與時俱進，於兼顧憲法增修條文第10條第6項規定課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就含系爭規定一及二在內之相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則，與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨各在案（司法院釋字第728號解釋理由書末段參照）。【25】 25

二、審查標準【26】 26

法規範如以性別為分類，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準者，本庭應適用中度標準審查之（司法院釋字第807號解釋參照），始符憲法第7條規定。即其目的須為重要公益，其分類與目的間須具實質關聯。【27】 27

三、本庭之判斷【28】 28

（一）系爭規定一及二係以性別為分類標準，已對婦女形成差別待遇（司法院釋字第 728 號解釋理由參照），因係以個人難以改變之歷史性刻板印象可疑分類，為差別待遇之標準，是就其合憲性本庭應以中度標準審查之，即其目的須為重要公益，其分類與目的間須具實質關聯，始符憲法第 7 條規定。【29】

（二）查祭祀公業條例第 4 條之立法理由稱：「一、本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然人之遺產，其派下權之繼承不同於一般遺產之繼承，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定。……。二、基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」（立法院公報，第 96 卷第 20 期，院會紀錄，第 225 頁至第 226 頁參照。）即系爭規定一及二之目的乃在於：尊重傳統宗祧繼承之舊慣及遵守法律不溯既往原則。【30】

惟查：1、宗祧繼承舊慣並非法律位階之法規範，在祭祀公業條例施行前，並無法律規定祭祀公業之派下員資格，是系爭規定一及二係新訂之法律，且其係適用於祭祀公業條例施行後仍繼續存在之法律關係，此種情形要非新法規之溯及適用，故無涉法律不溯及既往原則（本庭 111 年憲判字第 18 號判決參照）。又 2、祭祀公業之設立，其最主要目的在祭祀祖先發揚孝道（祭祀公業條例第 1 條規定參照）；而就祭祀祖先之香火傳承言，男系子孫與女系子孫原無本質差異，在少子化之今日及可預見之未來，續強予區分，尤不利祭祀香火之傳承；就承擔祭祀之意願及能力言，時至今日，女系子孫不論姓氏、結婚與否，尤已與男系或冠母姓子孫無顯著不同；其他宗族意識之維持等亦均同。是就無規約或規約未規定派下員資格之祭祀公業言，若繼續任由系爭規定一及二，再以曩昔習慣，作為拒絕設立人之女系子孫，不論性別、結婚或冠母姓與否，列入為派下員之理由，不但於事理已難謂相合，而且顯然未能與時俱進，不合時宜，甚至有害

祭祀公業設立之祭祀祖先、傳承香火之初衷目的；更何況3、依憲法第7條規定及增修條文第10條第6項規定：「國家應維護婦女之人格尊嚴……消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」之意旨，國家本有義務積極消弭性別歧視，自不應以立法肯認帶有性別歧視之傳統或舊慣。而系爭規定一及二乃國家之立法，此等立法其目的所欲維護者為傳統、舊慣，此等傳統、舊慣認祭祀公業之派下員以男系子孫為限；在無男系子孫之情形，女子以未結婚者為限或排除未冠母姓者，明顯係出於性別歧視且係以歷史性刻板印象為分類，因而對未列入派下員之其餘祭祀公業設立人之女系子孫，形成不當差別待遇。即系爭規定一及二欲以立法肯認者，乃帶有性別歧視之傳統、舊慣，其目的難謂為重要公益。另系爭規定一及二係基於傳統性別歧視之窠臼而為立法，其手段亦非正當，系爭規定一及二明顯牴觸憲法第7條規定。

【31】

四、結論【32】

綜上：系爭規定一及二未涵蓋設立人其餘女系子孫，均係以性別作為得否為祭祀公業派下員之標準，其中系爭規定二前段規定並另以有無結婚，後段部分並另以是否冠母姓，作為得否為祭祀公業派下員之標準，均已形成差別待遇，且其差別待遇之目的非屬重要公益，手段亦非正當，牴觸憲法第7條保障性別平等之意旨。上開祭祀公業設立人之女系子孫（以現存親等近者為先），尚未列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係（例如已受之分配或已履行之權利義務）不受影響。【33】

中 華 民 國 112 年 1 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

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、蔡大法官烱燉、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、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、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	許大法官志雄、黃大法官昭元、楊大法官惠欽
第三項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、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、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	許大法官志雄、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎

【意見書】

協同意見書：黃大法官瑞明提出。

詹大法官森林提出。

部分不同意見書：許大法官志雄提出，黃大法官昭元加入。

黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入，謝大法官銘洋加入 3 至 16 段，呂大法官太郎加入 3 至 16 段，楊大法官惠欽加入 2、4、17 至 21 段。

以上正本證明與原本無異。

書記官

孫國慧

中 華 民 國

112

年

1

月

13

日

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

第 1 號

本件判決以違反男女平等之憲法原則為理由宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段及第 2 項規定（即系爭規定一及二）¹，於祭祀公業無規約或規約未約定時，僅男系子孫具有派下員資格；派下員無男系子孫時，則女子未出嫁者得為派下員；該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員之規定均違憲，似乎是無需再多費唇舌予以論證之當然之理。然而「男女平等」的近代思潮，與「宗祧繼承限男系子孫」傳統舊慣間的衝突，自民國成立至今（112 年）尚未完全底定，這中間之跌宕起伏，實為研究法制史與法社會學之絕佳題材。系爭規定一及二對於祭祀公業派下員資格獨厚男系子孫之立法理由為「其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定」、「基於尊重傳統習俗」等，本件判決則以祭祀祖先之香火傳承不分男女系子孫，在少子化之今日及可預見之未來，若再拒絕女系子孫，顯然未能與時俱進、不合時宜，甚至有害祭祀公業設立之初衷目的等理由，而宣告系爭規定一及二違憲，本席就此部分贊同，並就宗祧繼承舊慣與男女平等原則之衝突部分補充意見如下。

一、「宗祧繼承」在繼承法制定過程之存廢

（一）「大清民律草案」延續「女子無繼承權」之傳統

滿清末年受到西方勢力之入侵而有變法圖強之議，於宣統三年（1911 年）公布之大清民律草案，為中國法史上第一部民事法典草案，又稱「民律第一次草案」。該草案完成之年，滿清滅亡而民國成立。依大清民律草案繼承法草案總則說明，該草案之範圍包括宗祧繼承之身分以及財產之繼承，但是「是故論

¹ 祭祀公業條例第 4 條第 1 項規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」第 2 項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」

本案之範圍，則關乎遺產之繼承為多，雖非採個人主義，而其為財產之繼承為多，雖非採個人主義，而其為財產之規定則大概與歐洲各國法律同也」²。大清民律草案第5編第7條規定繼承遺產之人為「所繼人之直系卑屬」，不包括女性，因為依同法第9條之規定，無直系卑屬繼承時，應承受遺產之人之次序為1、夫或妻，2、直系尊屬，3、親兄弟，4、家長，5、親女。親女列為最後，甚至在兄弟之後。該條之立法理由包括「夫繼承云者，不惟承接其產業，寔即繼續其宗祧」「親女列於最後者，以吾國習慣，女子無繼承財產之例，若非父母特別給與遺產，為女子者不得主張有此權。」³可見該草案以傳統習慣為理由而規定女系子孫原則上無繼承權。但值得注意的是大清民律草案雖然延續重男輕女之傳統，但是並未規定宗祧繼承，僅於第9條之立法理由提及，似乎是有意淡化宗祧繼承之份量。

(二) 北京政府修訂法律館於15年第二次民律草案增訂「宗祧繼承」章

民國成立之後，南北分裂，北京政府以「大清民律草案」為藍本，於民國15年（1926年）編成「民國民律草案」（史稱第二次民律草案），其與「大清民律草案」不同者，主要在繼承編中增訂了「宗祧繼承」一章，規定繼承以男系之宗祧繼承為要件（第1298條前段）明文排除女系子孫；宗祧繼承人有繼承遺產之權（第1332條）並且對於祖先神主、祭具、墳墓、家譜及其他有關宗祧之設置，所繼人生前所有者，取得其所有

² 大清民律草案繼承法草案總則說明參見黃源盛纂輯，晚清民國民法史料輯注（二），犁齋社有限公司出版，2014年12月初版，頁547。晚清民國民法史料輯注共有4冊，以下簡稱黃源盛纂輯民法輯注。「雖非採個人主義」應該是很重要，所以在短短說明中連續講了二遍，或許是為試圖安撫保守之禮教派而先自我澄清。

³ 參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁551至553。

權（第 1333 條）⁴。可見限男系之宗祧繼承獨享遺產及祭祀祖先之權利。「大清民律草案」曾受到過多繼受外國法之批評，第二次民律草案因此增加了重視傳統文化之規定⁵，而宗祧繼承也因此絕地大反攻，進入了繼承法之草案。

（三）南京國民政府法制局年於 17 年制定繼承法草案明文廢除宗祧繼承

民國 17 年（1928 年）國民政府完成北伐而統一中國。同年 10 月南京國民政府法制局纂擬公布繼承法草案，草案說明「國民革命之目的，在求三民主義之實現；政治改造與社會改造，蓋屬並重。值茲政治革新之際，自當同時以法律促進新的社會秩序之實現。本草案蓋即懸此為鵠，而期有以應黨國急切之需要者也。故不敢拘於成例，囿於舊習，一本革命原理之所指示，冀成一革命化之法規。」不僅將 15 年第二次民律草案中之宗祧繼承整個章節排除，且於繼承法草案之說明第一、二項說明廢除宗祧繼承及男女平等之立法意旨。

第一項標題為「廢除封建遺制之宗祧繼承」，其主要理由包括：「宗祧繼承制之所由發生，蓋本於對封建時代之宗法觀念」、「今則此制行之既久，末流所至，其弊害亦愈益加劇」、「本草案不惟未明認宗祧繼承之制，即凡用語遣詞，有跡近默認宗祧繼承制之存在者，亦設法避免。以是，繼承云者，在本草案上，純屬遺產歸屬問題，與所謂宗祧問題了無關涉。」由上可見，該繼承法草案係以「革命化之法規」之立場

⁴ 相關條文參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁 829 至 835。

⁵ 北京政府認「大清民律草案」必加以修正之原因，據曾任「修訂法律館」總裁之江庸所舉理由包括「一、前案仿於德、日，偏重個人利益，現在社會情狀變遷，非更進一步，以社會為本位，不足以應時勢之需求。二、（略）三、舊律中親屬、繼承之規定，與社會情形懸隔天壤，適用極感困難，法曹類能言之，欲存舊制，適成惡法，改弦更張又滋糾紛，何去何從，非斟酌盡美，不能遽斷。」參見黃源盛纂輯民法輯注（二），頁 625。另見黃源盛纂輯民法輯注（三）導言，頁 43、44。

對於宗祧繼承表現出深惡痛絕的態度，連跡近默認該制度存在之用語遣詞都要避免。可說是對第二次民律草案回復「宗祧繼承」規定之回頭痛擊。

另該草案說明第二項之標題為「男女在法律上之地位完全平等」，其主要論點包括「此等重男輕女之舊制，既與吾黨立法根本方針，顯不相容，自有徹底鏟除之必要。本草案關於繼承一切事項……絕不因性別而有所軒輊。……即姊妹亦准均霑利益；如祖產可以傳孫，即女之子女亦不令其向隅，凡此皆所以求男女平等原則之完全實現也。」其中「絕不因性別而有所軒輊」「以求男女平等原則之完全實現」之語，與本判決之意旨可謂毫無二致。因該 17 年繼承法草案之說明深具時代意義，故本席特提供作為本意見書之附件⁶，可與本件判決之理由相互對照。學者稱該草案「對傳統律例中的禮教名分、身分差等、家族宗法觀念均產生極大的衝擊，有著脫胎換骨的氣象」⁷，良有以也。

- (四) 國民政府於 19 年（1930 年）12 月 26 日公布（20 年 5 月 5 日施行）之「民法親屬繼承編」，對於宗祧繼承不加以規定。國民政府立法院重新起草民法，於立法過程參酌前三次草案之差異，最後決定「此編對於宗祧繼承並不特加規定，遺產繼承亦不以宗祧繼承為前提」⁸可說是採取前述 17 年（1928 年）法制局之草案。
- (五) 由上立法過程可知傳統舊習之宗祧繼承曾被考慮制定入繼承法，但於民法制定時被刻意摒棄。民法繼承編自 19 年公布之後，一直適用至今，中間曾經多次修改，但從未有再行恢復宗祧繼承之議⁹。

⁶ 黃源盛纂輯民法輯註（二），頁 893 至 894。

⁷ 黃源盛纂輯民法輯註（一）導言，頁 40。

⁸ 黃源盛纂輯民法輯註（二），頁 1094。

⁹ 1938 年民法繼承編修正案之說明「按吾國依舊制及風習，繼承凡分兩種：

二、司法院 20 年 12 月 25 日院字第 647 號解釋（下稱 20 年院字第 647 號解釋）讓宗祧繼承得以舊慣之身分而持續存在

民國 17 年之繼承法草案明文揭櫫「廢除封建遺制之宗祧繼承」及「男女在法律上之地位完全平等」之原則後，該立場為現行民法所採納，但為何到民國 112 年仍有必要由憲法法庭透過本判決宣示此意旨，這不得不指出民國 20 年院字第 647 號解釋讓宗祧繼承得以舊慣之身分存續到現在。

（一）20 年院字第 647 號解釋「家族中之祭祀公產。以男系子孫輪管或分割或分息者。係本于從前習慣為家族團體之公共規約。在女子向無此權。苟非另行約定。自不得與男系同論。」該號解釋係針對女子是否有權對祭祀公業要求分割或分息而為解釋，故該號解釋所指之「從前習慣」與系爭規定立法理由所稱之「宗祧繼承之舊慣」應為同一事。亦即宗祧繼承雖為立法所摒棄，但卻經由 20 年院字第 647 號解釋而以習慣法之身分而持續存在並產生影響力。此解釋不僅為聲請案之一原因案件第一審判決所援用¹⁰，且內政部對本件聲請案於 111 年 10 月 23 日所提補充言詞辯論意旨（二）書亦加以援用¹¹。就此即有必要探究該解釋產生之前因後果，以判斷該解釋是否合宜。

（二）20 年院字第 647 號解釋係司法院回覆福建高等法院之詢問而作出。福建高等法院聲請解釋之原因為「查司法院院字第四零五號解釋後段內開。女子並無宗祧繼承權。則對於其父母家族之祭祀公產。自不能主張輪管或分割或分息云云。今民法繼承編對於宗祧繼承並無規定，則上開解釋例是否應予變更。」其呈請解釋之日期未明，但既言「今民法繼承編對於宗祧繼承並

（一）為宗祧繼承、（一）為財產繼承。今法提倡個人主義，解放家庭之縛束，於宗祧事項委諸習慣，摒斥於法律以外，繼承之定義專主財產」參見黃源盛纂輯民法輯註（三），頁 1209。

¹⁰ 臺灣高雄地方法院 107 年度訴字第 201 號民事判決，判決理由六、得心證之理由（三）。

¹¹ 內政部所提補充言詞辯論意旨（二）書、參。

無規定」，則合理推定其呈請解釋應是在民法繼承編於20年5月5日施行日之後，以國民政府公布之民法繼承編無宗祧繼承之規定而詢問是否改變司法院20年1月19日院字第405號解釋（下稱20年院字第405號解釋）。

（三）為什麼福建高等法院詢問20年院字第405號解釋應否改變？

20年院字第405號解釋是司法院回覆江蘇高等法院轉呈上海律師公會之函詢「已嫁女子繼承財產。對於其母族祭祀公產。能否主張與其族眾一律輪流值年收息。或請求分割。」20年院字第405號解釋稱「現行法女子並無宗祧繼承權。則對於其父母家族之祭祀公產。自不能主張輪管或分割或分息。」該解釋係於20年1月19日作出，當時國民政府雖已公布民法繼承編（19年12月26日公布），但尚未施行（20年5月5日施行）。按自清朝滅亡，北洋政府及南京政府相繼草擬繼承法，已於前述，在國民政府制定公布施行相關法律前之空窗期，民事紛爭之審判法源，係由「大清現行刑律」中之「民事有效部分」、民事特別法、習慣以及包含判例、民法草案、外國立法例、學說見解等組成之法理¹²。司法院此時依該法源作出「現行法女子並無宗祧繼承權」之解釋，並不令人意外。但自該解釋於20年1月9日作出後，民法繼承編隨即於20年5月5日施行，已摒棄宗祧繼承之規定。依法不僅女子無宗祧繼承，即使男子亦無宗祧繼承之權利。福建高等法院聲請解釋時，指出「今民法繼承對於宗祧繼承並無規定」，即應是指19年12月26日公布（20年5月5日施行）之民法繼承編而言。因而詢問20年院字第405號解釋以「現行法女子並無宗祧繼承」為依據，則民法繼承編公布後有無變更20年院字第405號解釋之必要，司法院回覆而作出20年院字第647號解釋，但該解釋卻以從前習慣為理由而認女子對於登記公產無法分割或分

¹² 黃源盛纂集民法輯注（一）導言，頁30。

息。

（四）對 20 年院字第 647 號解釋之評析

20 年院字第 647 號解釋迴避了 19 年公布之繼承法並無宗祧繼承規定之事實，而改以「從前習慣」作出女子對於祭祀公業向無權利之理由，讓宗祧繼承得以舊慣之身分而繼續存在。按宗祧繼承固為中國封建制度千年來之舊習，但清末變法圖強所作之「大清民律草案」，對此雖未明文廢棄，但並未於法條加以規定，僅於立法理由隱晦提起。15 年之第二次民律草案明文入法，但已於 17 年「親屬法及繼承法草案」遭刻意摒棄，19 年公布之民法已明文宣示不採宗祧繼承，則立法者刻意摒棄「宗祧繼承」之傳統舊習已極明顯。司法院是否仍得以「民事，法律所未規定者，依習慣」（民法第 1 條）之規定為理由，而讓宗祧繼承以慣習之地位持續存在，實大有疑問。本席認為 20 年院字第 647 號解釋，無視立法者已經廢除宗祧繼承之意旨，卻以「從前習慣」作為女子不得與男子同論之結論。可以說是違反了立法意旨，且與時代潮流背道而馳。由上過程可以看出致力於廢止封建舊習，並追求男女平權之努力所遭遇傳統舊勢力之阻遏。

三、司法院院字解釋之拘束力從有到無

20 年院字第 647 號解釋讓宗祧繼承得以舊慣之身分而持續存在，並適用於臺灣之法院，與行憲後大法官之解釋有所關係。

（一）在憲法施行之前，亦即於訓政時，司法院所作之解釋（20 年院字第 647 號屬之）於行憲之後是否仍具有拘束力？大法官於 54 年 7 月 28 日作出釋字第 108 號解釋，理由書認：「本院解釋，除因法令內容變更而失效者外，在未經變更前，仍有其效力，不得牴觸，合併指明。」又於 71 年 4 月 16 日作出釋字第 174 號解釋：「本院解釋，其所依據之法令內容變更者，在未經變更解釋前，若新舊法令之立法本旨一致，法理相同，解釋之事項尚存或解釋之內容有補充新法之功用者，仍有其效

力。」依此，臺灣法院即認此作於民國初年南京之20年院字第647號解釋具拘束力而於判決加以適用。

(二) 107年12月14日司法院釋字第771號解釋宣告司法院院字及院解字解釋不具拘束力

司法院於107年12月14日作出釋字第771號解釋「本院院字及院解字解釋，係本院依當時法令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之命令，並非由大法官依憲法所作成。於現行憲政體制下，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。本院釋字第108號及第174號解釋，於此範圍內，應予變更。」故自107年12月14日起，行憲前司法院所作之院字及院解字解釋即不具拘束力。本件聲請案之一原因案件第一審判決適用20年院字第647號解釋，該判決是於107年10月11日作出，正好是司法院宣告司法院院字及院解字解釋不具拘束力之二個月前作出，故適用20年院字第647號解釋，尚屬依法有據。然而內政部於111年10月23日提出之補充言詞辯論意旨(二)書尚引用此20年院字第647號解釋，可見內政部迄今仍受該解釋之影響。

四、應全面回復男女平等原則優先於傳統宗祧舊習之立法意旨

依前述說明，20年院字第647號解釋在作成當時就違反已公布之民法立法意旨，且違背時代潮流，該解釋之效力讓大清時代宗祧繼承之慣習超越時空，避開立法者之意旨而適用於臺灣。只能說傳統慣習確實威力強大，縱然立法者有意摒棄，竟仍能變身化形而持續存在。然而自司法院釋字第771號解釋之後，20年院字第647號解釋失其拘束力。亦即應回復19年制定民法時依循17年草案已建立之男女平等原則優先於傳統宗祧舊習之立法本旨。就此而言，本席認為司法院於104年3月20日所公布之釋字第728號解釋以「並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫(含養子)為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該

等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重」為理由，而認為祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段之規定「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」仍然有效之見解，亦應變更，才能符合繼承法於 17 年草案就已奠定之「廢除封建遺制之宗祧繼承」以及「男女在法律上之地位完全平等」之立法意旨。

《繼承法草案》（附說明）

國民政府法制局纂擬 民國十七年（1928）十月

國民革命之目的，在求三民主義之實現；政治改造與社會改造，蓋屬並重。值茲政治革新之際，自當同時以法律促進新的社會秩序之實現。本草案蓋即懸此為鵠，而期有以應黨國急切之需要者也。故不敢拘於成例，囿於舊習，一本革命原理之所指示，冀成一革命化之法規，其所採取之主義，茲謹逐一說明於左：

一、廢除封建遺制之宗祧繼承

宗祧繼承制之所由發生，蓋本於對封建時代之宗法觀念，其時認大宗為一尊之統，故設大宗無後，族人即應以支子後大宗之制。孔子曰：凡殤與無後者祭於宗子之家。《喪服傳》曰：為人後者孰後、後大宗也。又曰：大宗者收庶者也，不可以絕。則初制小宗暨支庶之不得立後，蓋無容疑。今則此制行之既久，末流所至，其弊害亦愈益加劇，向之以是否嫡長為應否立後之標準者，至今日則完全以所後人財產之有無多寡為衡。無子者之財產愈多，斯族人之覬覦者愈眾，在生之日，毫無善感可言者，死後則競相為之披麻帶孝，甘以棘人自居，乖情害理，莫甚於此。而妾制之流行，此亦為其間接之一因。本草案不惟未明認宗祧繼承之制，即凡用語遣詞，有跡近默認宗祧繼承制之存在者，亦設法避免。以是，繼承云者，在本草案上，純屬遺產歸屬問題，與所謂宗祧問題了無關涉。

二、男女在法律上之地位完全平等

我國舊習不認女子有繼承之權，故非其父母特別給予，親生之女，且不許對於遺產主張任何權利。《清律》有戶絕財產，果無同宗應繼之人，歸親女

承受之定例，曰戶絕，曰無同宗應繼之人，限制之嚴，直與根本否認其有繼承之機會無殊。舊大理院判例認婦亡無子者，夫有承受有遺產之權，而無子守志之婦，則僅得於立繼以前，代應繼之人管理夫之遺產。兩相比較，男女間待遇之不平等亦甚顯著，此等重男輕女之舊制，既與吾黨立法根本方針，顯不相容，自有徹底鏟除之必要。本草案關於繼承一切事項，均採男女機會均等主義：親女無論已未出嫁，對其父母之遺產，均有繼承之權，與男子毫無二致，而寡婦鰥夫，對於配偶之遺產，所得享受之權利，亦完全相同，即此外各種親屬，苟與被繼承人親等之遠近相等，絕不因性別而有所軒輊。如兄終可以及弟，即姊妹亦准均霑利益；如祖產可以傳孫，即女之子女亦不令其向隅，凡此皆所以求男女平等原則之完全實現也。

三、除為遺族酌留生活費外許被繼承人以遺囑自由處置其財產

查多數國之立法例，既設法定特留分之制，不問被繼承人財產之多寡，均須按照一定之法定比率，將其財產遺諸子孫。故設父為巨富，則子可席厚履豐坐享其成，長驕佚之漸，生依賴之心，流弊所及，殆有莫知其所底止者。紈袴子弟因不知創業之艱難，耽於聲色狗馬之好，終至戕其生命，毀其家室者，常有所聞，此亦遺產制弊害之端也。總理主張多徵資本家之遺產稅，所見至為深遠。各先進國對於遺產之繼承，亦概課以重率之累進稅，此固不失為緩和弊害之一方。惟租稅之為物，與財政上之關係甚切，財政之情形時有變更，稅率亦不得不時有變更；以是遺產稅問題，勢不能規定於含有永久性之繼承法，而只宜規定於單行稅法之中。在繼承法中，吾人只能就遺產之處分，謀補偏救弊之策。因此，本草案一面規定被繼承人應以遺產二分之一，遺留其直系卑親屬及配偶；一面復規定被繼承人所遺留於其直系卑親屬及配偶之財產，倘任何人均達萬元，則得自由處分其所餘之財產，而不受二分之一之限制。此種規定，蓋欲引導保有鉅額資金之被繼承人，使用其財產之大部分於社會公益事業，因以減輕遺產制之弊害。舉例明之：如某甲之財產為二十萬元，有子女各一人，則甲除應為其子女各遺留萬元之財產，以供給其

《親屬法草案暨繼承法草案》(1928年)

生活或教育等費外，其餘之十八萬元，儘可以遺囑自由處分之，無庸拘於二分之一之法定比率而為其子女遺留財產至十萬元之鉅額。似此規定，所以抑制鴉片子弟之依賴性，減少私產制度之弊害者，為效應亦不淺。

四、繼承人僅於所繼財產之限度內對於被繼承人之債務任清償之責

我國舊時之法律觀念深蒙宗法思想之影響，以家為一不可分離之一體，幾不認個人有獨立之人格；故在刑事，尚有親屬連坐之制，其認父債子還、夫債妻還，為事理之所當然，又奚足怪？此種觀念，與現時以個人為本位之法律原則顯不相容，自應根本鏟除，以求趨於大同。而況我國關於債務，尚未編訂完全之法典，以故至今日而債務人猶不能援用時效，資為抗辯之具，常有父祖在數十年前所借之款，雖早已清償，而因一時疏忽，未及取出借據，致被人資為訛詐之具者。設非根絕其弊，殊失保護良善之道，蓋供債權之擔保者，原則上自為債務人之總財產，此於繼承之事實發生時，並無不可適用之理。本草案基於此項原則，許繼承人以所繼之財產為限，認償被繼承人之債務；惟若繼承人對於被繼承人之債權人有隱匿遺產或其他詐害行為，則於法已無特加保護之必要，自不許其主張此種利益，以杜取巧規避之端。

五、增加國庫承受遺產之機會促地方公益事業之發展

本草案限制繼承人之範圍，除直系卑親屬應以親等近者為先，不更設其他限制外，直系尊親屬非在二親等以內者，不令有繼承遺產之機會，旁系親屬則以親兄弟姊妹為限，至配偶無論在何項情形，均有繼承一部遺產之權。若被繼承人無上述之各種親屬，則其遺產即應歸屬國庫，充地方公益事業之用。蓋遺產制之為物，原屬利弊相俾；以故最近各國法律學者類多主張設置適當之限制，以防其弊浮於利，甚至有主張全廢遺產制者。關於此點，學界雖尚無定說之可言，而要之令與被繼承人關係疏遠之人，因偶爾之機會，得儻來之財產，似非所宜。且吾人財產之增殖，全出於個人努力奮鬥之結果者，雖非全無，在大多數之場合，實皆受社會環境之賜。於無切近親屬之時，將

被繼承人之財產還諸社會，供發展地方公益事業之用，以資被繼承人永久之紀念，實於公私雙方均感便利，衡諸本黨節制資本之義，更屬一致。

六、配偶繼承遺產之次序不後於直系卑親屬

我國向例，被繼承人有直系卑親屬者，配偶無當然與之共同繼承之權，即徵諸各國之立法例，亦概認配偶承受遺產之次序，應後於直系卑親屬。然夫妻間之關係與親子間之關係，孰更密切，頗不易於判別；且男子創產立業，得力於內助者，世間不乏其例，一朝配偶亡故，生活費用即須仰給於其兒孫，甚至有時為維持一家之平和與秩序，不得不聽命於兒孫，不惟有背崇德報功之義，人情上亦似有所不忍。本草案認配偶有獨立之繼承權，其次序不後於直系卑親屬，期得其平衡也。

協同意見書

詹森林大法官 提出

就本判決宣告 96 年 12 月 12 日公布、97 年 7 月 1 日施行之祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段暨同條第 2 項規定（下併稱系爭規定），因牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨而違憲，本席完全贊同，茲就理由部分，以本協同意見書略微補充。

壹、祭祀公業排除女系子孫成為派下員之惡習

祭祀公業所生爭議，乃民事問題，依民法第 1 條規定，應按「法律」最優先、「習慣」次之、「法理」為最後補充之順序解決之。

由於民法並無任何關於祭祀公業之明文，而專門規範祭祀公業相關事項之「祭祀公業條例」，係於 97 年 7 月 1 日始施行，故在該條例施行前，關於祭祀公業相關民事訴訟，法院遂適用民法第 1 條，以「習慣」為依歸，並在許多個案中，引用前司法行政部（法務部前身）於 58 年 7 月出版之「臺灣民事習慣調查報告」¹所載之祭祀公業往昔習慣，為裁判之依據²。祭祀公業條例施行前，各級法院關於祭

¹ 本書嗣後經司法行政部、法務部數次再版發行，但內容並無變動，目前最新版本為 93 年 5 月版。該調查報告第 5 編祭祀公業，係由段盛豐先生執筆。58 年初版之臺灣民事習慣調查報告第 698 頁明載，依其調查團所調查之資料以觀，尚未發現臺灣在荷蘭佔據時代（西元 1624 年至 1661 年）及在鄭成功渡臺以前，有祭祀公業之存在，於臺灣原住民之間，亦未聞有此組織之設立。凡此，當可了解臺灣祭祀公業之設立，係始自漢民族入殖臺灣之後。在前清乾隆期間，尚不多見，迨至嘉慶，道光以後，始見逐年增多。該報告第 698 頁至第 699 頁並稱，祭祀公業在此時期盛行發達於臺灣，則與當時之移民，除須與臺灣原住民（高山族或平埔族）械鬭外，各不同宗族間之移民，又須糾合同姓或遠親之屬民，廣為捐資，以鞏固自衛之力量有關。

² 各級法院此類裁判，不勝枚舉。請僅參見：最高法院 85 年度台上字第 1437 號民事判決：「依臺灣民事習慣調查報告之記載，最初祭祀公業之派下權係絕對不得處分，惟在後代因公業以祭祀為目的之根本性質逐漸沖淡，而公業財產之收益（即私益）逐漸受重視，故於同一公業派下間可轉讓（即所謂歸就），因此原為潛在且不確定之派下權，逐漸變成顯在且確定之派下權，而可以轉讓於同一公業之派下，其轉讓亦無須全體派下之同意。」、86 年度台上字第 2618 號民事判決：「祭祀公業，雖以祭祀特定死者之祭祀為目的而設立之團體，但亦

祀公業派下員資格爭議之裁判，亦不例外³。

換言之，祭祀公業條例施行前，祭祀公業派下員資格之取得，亦係本於「習慣」⁴。而此習慣為「派下以男系之男子孫為限，出嫁女子之子孫，不得為派下。蓋，一因女子不為家產之基本應分人，二因女子無祭祀祖先之權利義務之故也。但女子因其家無男子（兄弟）可承繼派下權，而招贅夫，或未招贅生有男子或收養男子者，該男子均可為派下」⁵。簡言之，派下員原則上侷限於設立人及其男系子孫；派下員死亡時，仍僅得由其男系子孫繼承派下權，女兒僅於少數例外情形，始得繼承其父親之派下權⁶。

無必須取用享祀人之姓名為其名稱之原則，自可解為各該祭祀公業之設立人，得隨意選定其祭祀公業之名稱。台灣民事習慣調查報告 58 年版第 712 及 724 頁可資參照。」、110 年度台上字第 2822 號民事判決：「日據時期臺灣祭祀公業管理人之資格，習慣上尚無何項限制，祇需具有意思能力之自然人即可。有派下之公業，通常以選任派下擔任管理人為原則，但選任派下以外之人為管理人亦屬有效（見臺灣民事習慣調查報告第 774、775 頁），是以祭祀公業管理人除有反證外，應認其餘派下，以非派下員擔任管理人為例外，依舉證責任分配之原則，自應由主張祭祀公業係選任非派下員擔任管理人者負舉證責任。

³ 其實，祭祀公業條例第 4 條第 1 項及第 2 項就祭祀公業派下員資格所設之規定，亦係本於「臺灣民事習慣調查報告」所指之祭祀公業習慣而來。參見最高法院 110 年度台上字第 3287 號民事判決：「……此觀祭祀公業條例第 4 條第 1 項、第 2 項規定自明。此係基於臺灣之民事習慣，祭祀公業以祭祀祖先為目的而設立，派下員以設立人之男系子孫為限，因女子無祭祀祖先之權利義務，故出嫁女子之子孫，不得為派下。但女子因其家無男子（兄弟）可承繼派下權，而招贅夫，或未招贅生有男子或收養男子者，該男子可為派下（見臺灣民事習慣調查報告第 754 頁）。

⁴ 關於祭祀公業相關習慣，除司法行政部 58 年版臺灣民事習慣調查報告外，另有日治時期「臨時臺灣舊慣調查第一部部長」岡松參太郎主持，明治 43 年出版，陳金田翻譯，臺灣省文獻會 79 年 6 月編印及發行之「臨時臺灣舊慣調查會，第一部調查第三回報告書臺灣私法」第 1 卷，第 1 編「不動產」第 4 章「不動產的特別主體」第 7 節「公業」第 2 款「祭祀公業」（579 頁至 608 頁），可供參酌。前開「臺灣私法」，亦常為民事法院裁判祭祀公業爭議引為參考之資料，參見臺灣高等法院 108 年度上字第 1088 號民事判決、最高法院 110 年度台上字第 397 號民事判決。

⁵ 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 712 至 713 頁；第 741 頁。

⁶ 參見最高法院 92 年度台上字第 1280 號民事判決：「祭祀公業之派下，依習慣

貳、民事法院裁判之推波助瀾

前揭關於祭祀公業派下員之習慣，雖屢遭學者嚴厲批判為違反男女平等⁷，但各級法院仍堅持依該習慣而原則上否認女系子孫得為派下員。

詳言之，祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，當其男性派下員死亡時，各級法院在絕大多數情形，皆本於習慣，認為僅於該派下員無男性子孫，而其女兒（含養女）又具備其他特殊要件時（例如變性為男性）⁸，始得因繼承而成為派下員。僅在極少數案例，最高法院始窮盡解釋可能，並有時訴諸合憲性解釋及男女平等原則，就男

及參照司法院院字第 647 號解釋意旨固由其男系之男性子孫繼承，出嫁女子及其子孫不得為派下，惟倘無男系子孫可繼承派下權時，祭祀本家祖先之女子、女子招贅或未招贅而生有男子或收養男子從其本姓者，可為派下。」96 年度台上字第 223 號民事裁定亦認為，該案派下員之一女兒雖已出嫁，但因嗣後離婚並回歸本家且有祭祀本家祖先之事實，故例外得繼承其父親之派下權；反之，該派下員之另一女兒係出嫁而非招贅，故雖出嫁後生有兒子，該兒子（即派下員之孫子）仍不得繼承系爭派下權。最高法院最近持相同見解之裁判，請見 110 年度台上字第 3287 號民事判決。

⁷ 請參見本件鑑定人王泰升、鄧學仁、官曉薇等 3 位教授之意見書。另一位鑑定人曾文亮研究員則強調其意見書非直接關於祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段暨同條第 2 項規定是否違憲之討論。請另參看曾文亮 / 黃丞儀，民事習慣與祭祀公業派下資格認定——試從法律史觀點評最高法院 89 年台上字第 1134 號判決，台灣本土法學，第 41 期，2002 年 12 月，96-116 頁。

⁸ 最高法院 105 年度台上字第 291 號民事判決。本件被上訴人為祭祀公業，上訴人就該公業所有之一筆土地，以被上訴人未將伊列入其派下員名冊及派下員系統表，致伊之權利受損，有受確認判決之法律上利益等情，求為確認伊就上訴人之派下權及系爭土地有公同共有權存在。上訴人辯稱：「伊自清朝設立係為傳遞香火之宗祧祭祀目的，規約約定派下員以設立人之直系男性卑親屬為原則，且為自然意義下之男性，不包含變性後之男性，以保祖先祭祀血脈不致中斷，被上訴人為取得祀產權利而為變性手術，有違善良風俗」。但最高法院認為：「查被上訴人於其被繼承人死亡時，固非男性，惟其已依內政部函示方式，拆除女性器官，並依法由戶政機關變更性別為男性，為原審確定之事實。原審因認其係上訴人之派下男系子孫，依系爭規約享有派下權及對系爭土地有公同共有權，經核於法並無違背。」

性派下員死亡之情形，為其已出嫁之養孫女⁹、遺妻及遺母¹⁰，爭取因繼承而成為派下員。

對於法院一再援用祭祀公業派下員原則排除女系子孫之習慣，本席曾痛言¹¹：「

1. 任何傳統習俗並非不可改變，女子不得繼承派下權之習俗，明顯違背男女平等。習俗及法院裁判認可女子得例外繼承派下權之情形（例如：派下員死亡時尚未出嫁、招贅、變女性為男性），又嚴重壓抑女子之婚姻自由及人格發展。對此習俗，立法者及法院實不應持續為虎作倀。
2. 任何祭祀公業，依其原始設立宗旨，應在祭祀祖先，而非分配祖產。但實際情形，在許多祭祀公業，派下員念茲在茲者，恐為利益爭奪，而非祖先祭祀。此與不少有錢人士死亡後，其子女因爭奪遺產而反目成仇，有何差異？既然女子對遺產之繼承，享有與男子平等之繼承權；派下權之繼承，何須假祭祀之名，拒女子於千里之外？
3. 縱使強調祭祀，仍應檢討：首先，若無女子，男性派下員如何單獨延續後代男性子孫，禰代代祭祀？況且，男性子孫因宗教信仰而拒絕祭祀，或例如因長年旅居國外而甚少參與祭祀者，必有其人，但其派下員資格及派下權利益，似乎未因而遭剝奪或限制，

⁹ 最高法院 104 年度台上字第 2411 號民事判決、107 年度台上字第 1040 號民事判決、110 年度台上字第 129 號民事裁定（此三件裁判，係最高法院就同一事件所作成）。104 年度台上字第 2411 號民事判決稱：「按祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段……之規定，係以性別作為認定派下員之分類標準而形成差別待遇，雖同條第 2 項規定……，業已緩減差別待遇之考量，但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，已據司法院大法官釋字第 728 號解釋理由書闡釋在案。……系爭祭祀公業之派下員許甲倘以繼嗣為目的而收養許乙，許甲並無其他子女，由許乙承繼養家之宗祧，且因收養關係而取得養家之嫡子女身分，上訴人為許乙之女，果爾，上訴人得否為系爭祭祀公業之派下員，自應為合憲性之解釋，倘遽認其無派下權，有無違反平等原則，即非無再酌之餘地。」

¹⁰ 最高法院 105 年度台上字第 2268 號民事判決。

¹¹ 請參見，詹森林，憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐，台灣法學雜誌，第 381 期，2019 年 12 月，89 頁以下，101 至 103 頁。

其正當理由何在？最後，祭祀所需祭品及其他相關事前準備、事後收拾等事務，經常係由派下員之妻、女料理及負責，男性子孫相對較少貢獻，應屬經驗法則，則為何因祭祀公業財產所生利益，派下員之妻女原則上不得平等參與？

4. 另就派下員女兒變性案而言，如在法律上認為該案原告係因變為男性，始得與其餘兄弟繼承父親之派下權，則必然衍生後續爭議：
 - （1）如該原告取得派下權後，又變性回復為女性，是否喪失派下權？
 - （2）原為男性，且已因自己設立祭祀公業而原始取得派下權，或已繼承父親之派下權者，如嗣後變性為女性，是否喪失其派下權？
5. 綜上，所謂「祭祀公業係以祭祀祖先為宗旨，且唯有男性始有祭祀資格從而得取得派下權」之傳統，自始即屬違反男女平等，在現代社會，不但存在許多不符實際之情事，更難以因應科技進步及觀念更新。」

參、祭祀祖先之理想與爭奪業產之現實

祭祀公業之設立，雖毫無例外，均標榜以「祭祀祖先」為宗旨（祭祀公業條例第1條參照），並以維持宗族意識、發揮睦親美德為理想¹²。

然而，祭祀公業之派下員，對於公業財產，有使用收益之權，不僅為祭祀公業之習慣¹³，且經最高法院承認該習慣¹⁴。因此，祭祀公業之現實為：派下員相互爭奪公業所屬財產。而且，祭祀公業之財產，多為不動產，甚具價值¹⁵。58年版調查報告第699頁更直言：「……再者，因世代愈深、公業派下愈多，而各族下間之關係，亦漸趨於複雜且鬆弛。祭祀公業不僅難收當初所預期睦族之效，且因管理

¹² 58年版臺灣民事習慣調查報告第699頁。

¹³ 58年版臺灣民事習慣調查報告第745頁。

¹⁴ 參見最高法院87年度台上字第508號民事判決。

¹⁵ 58年版臺灣民事習慣調查報告第698頁記載，1945年臺灣由日本治理後，設立祭祀公業之風氣，並未減退。依據明治41年（1907年）臺灣總督府第1次調查報告所列之數字，其時所有之祭祀公業總數為22199件，其財產總額達2億日元。

人或值年人之不稱職而致紛爭層出不窮。祭祀公業有無繼續存在之價值，深受各方面議論。」

從法院裁判更可得知，祭祀公業衍生之鉅量訴訟事件，依其性質，全數屬於「財產爭議」，而與「祖先祭祀」根本無涉。本席於處理本件訴訟之過程中，更經同仁以其親身經驗明確告知，祭祀公業之派下員，縱使完全不曾祭拜祖先，亦不致喪失派下資格。準此，所謂「依習慣，女系子孫不適合祭祀本身之祖先，從而不應具備祭祀公業派下員資格」之論述，根本無稽。

肆、民事法院怯於拒絕惡習

民法第 1 條雖規定，法無明文時，法官應依習慣裁判民事爭議；但同法第 2 條亦明定，背於公共秩序或善良風俗之習慣，法官不得適用之。

女子原則上不得成為祭祀公業派下員及不得繼承派下權之習慣，嚴重背於現代觀念下之善良風俗。何況，該習慣係以「一因女子不為家產之基本應分人，二因女子無祭祀祖先之權利義務之故也」為其依據¹⁶，惟查：

1. 自 21 年 5 月 5 日民法繼承編施行以後，依第 1138 條第 1 款及第 1139 條規定，女兒與兒子享有完全相同繼承家產（遺產）之權利。
2. 民法並無關於祭祀祖先權利及義務之規定，女系子孫如此，男系子孫亦然。另依民事法院一貫見解，被繼承人之遺體，為繼承人公同共有，故全體繼承人（不分兒子或女兒），均負有依傳統習俗妥善處理之義務¹⁷，且其處理，應符合民法第 828 條第 2 項、第 820 條第 1 項規定¹⁸；被繼承人之遺體遭不法侵害時（例如：土葬

¹⁶ 58 年版臺灣民事習慣調查報告第 712 至 713 頁。

¹⁷ 參見臺灣高等法院 108 年度家上字第 338 號民事判決：「被繼承人之遺體，應屬於全體繼承人公同共有之物，惟依其性質不得任意處分，全體繼承人負有安葬之義務，倘被繼承人無留有遺產，其所生喪葬費用自應由全體繼承人按應繼分比例分擔之。」

¹⁸ 最高法院 107 年度台上字第 2109 號民事判決及 109 年度台上字第 2627 號民事

之遺體遭政府以無主墓之方式起掘並火化之¹⁹），繼承人全體（不分兒子或女兒），皆享有請求非財產上損害金錢賠償之權利²⁰。同理，關於祖先祭祀相關之權利義務，亦不應有男系繼承人或女系繼承人之區分。

準此，前開排除女系子孫為祭祀公業派下員之習慣，其論理依據，徹底牴觸平等看待男女子孫對於祖先之權利義務之民法規定及法院裁判，民事法院本應勇敢予以揚棄，並懍然於憲法增修條文第10條第6項規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，……消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」意旨，逕行依民法第2條而拒絕適用該惡習。豈料，直至立法者又將該惡習提升為系爭規定，遂須由憲法法庭判決該規定因違反性別平等而違憲，祭祀公業設立人及派下員之女系子孫始擺脫前開惡習之枷鎖。

伍、祭祀公業派下權性別平等之最後一哩路

本判決審查之標的，乃祭祀公業條例第4條第1項後段及同條第2項規定。換言之，祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，且該祭祀公業根本無規約，或雖有規約，但該規約未就派下員之資格或派下權之繼承訂有明文者，始受本判決之拘束，而自本判決宣示之日起，不得再剝奪女系子孫之派下員資格或限制其繼承派下權。

至於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，訂有規約，且該規約剝奪女系子孫之派下員資格或限制其繼承派下權者，依祭祀公業條例第4條第1項前段規定，該規約有效。而且，釋字第728號解釋認為，基於私法自治及維護法秩序安定，上開以規約認定祭祀公業派

判決參照。109年度台上字第2627號民事判決更指出，繼承人所為拋棄繼承之效力，不及於被繼承人之遺體。

¹⁹ 臺灣高等法院高雄分院104年度上國易字第2號民事判決參照。

²⁰ 依最高法院110年度台上字第2399號民事判決，部分繼承人無正當理由未通知其餘繼承人而逕行火化被繼承人之遺體者，該其餘繼承人無法參加家祭、公祭及辦理喪事，其虔敬追念感情不能獲得滿足，破壞其緬懷盡孝之追求，難謂其人格法益未受不法侵害。事實審法院應審究其人格法益是否因此受有損害且情節重大，俾裁判該其餘繼承人得否請求慰撫金。

下員之規定，尚難認與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

然而，祭祀公業施行前已存在之祭祀公業，若以規約訂定派下員之資格及派下權之繼承，幾乎亦皆本於首揭之惡習，致女系子孫原則上無從成為派下員或取得派下權²¹。就此情形，仍以私法自治予以合憲化，其實只是褻瀆私法自治而已。又，維護法秩序安定不得以基本權為祭品，更不待贅言。準此，釋字第 728 號解釋嚴重違反憲法第 7 條保障性別平等之誡命。要難贊同²²。

中華民國人民，不分男女，在法律上一律平等，乃憲法第 7 條所明定。以性別為差別待遇者，應受中度以上之審查。

即使從祭祀公業強調祭祀祖先為設立宗旨著眼，祭祀公業派下員之資格，不論以法律規定，或以規約訂定，仍均不容存在男系子孫與女系子孫間之差別待遇。何況，所謂「祭祀祖先為宗旨」，在現今社會，經常不合時宜，更遑論顯有牴觸憲法保障宗教信仰自由之虞。區分男性子孫及女系子孫，而在祭祀公業派下員上為差別待遇，絕對無從獲得憲法之認同。

期盼憲法法庭早日有機會重新檢視祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，並藉以變更釋字第 728 號解釋，以完成祭祀公業派下權性別平等之最後一哩路。

當然，在此之前，各級法院應經常體會該號解釋於解釋理由書末所指「對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定

²¹ 最高法院 101 年度台上字第 278 號民事裁定、108 年度台上字第 873 號民事判決、臺灣高等法院 101 年度重上更（一）字第 10 號民事判決，及 110 年度重再字第 32 號民事判決參照。此類規約，予以評價為「視女性純為生育後代子孫之工具」，亦不為過。

²² 參見李震山、葉百修、羅昌發三位大法官就釋字第 728 號解釋所提之不同意見書。112 年憲判字第 1 號判決評議過程，曾有將釋字第 728 號解釋一併納為審查標的之提議，可惜最終未能實現。又，由於釋字第 728 號解釋無涉系爭規定，本判決爰以系爭規定並非該號解釋之審查客體，不生變更該解釋之問題為由，而不受理聲請人此部分之聲請，尚可支持。

制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨」，而即時為符合性別平等之派下員裁判²³。

陸、感言及期盼

美國最高法院第5任首席大法官 Roger Taney，係公認美國最高法院最偉大首席大法官 John Marshall 之繼任人。Taney 任內之表現，多受讚賞，但其於 1857 年主筆之 Dred Scott v. Sandford 案裁定中強調，美國開國先賢 Jefferson 在獨立宣言（Declaration of Independence）所稱「所有人均天生平等」（all men are created equal）不適用於黑人，任何非裔美國人（包括自由黑人）皆不具備成為美國公民之資格，且不享有白人應予尊重之權利（had no rights which the white man was bound to respect）。本件裁定，不僅嚴重傷害美國最高法院之聲譽，更是美國為解放黑奴而發生南北內戰導因之一。

Taney 大法官無視憲法揭示之平等原則，在前述裁定中大篇幅合理化及合憲化黑奴制，固然一時得逞，卻終身蒙羞。後人為尊崇 Taney 首席大法官之身分，於 1872 年在美國馬里蘭州（Maryland）州政府所在地之安那波利斯市（Annapolis）所豎立之 Taney 銅像，經 145 年後，於 2017 年 8 月 19 日，州政府鑑於其主筆前述歧視黑人之裁判，而拆除之²⁴。

殷鑑不遠，本席謹以憲法法庭 112 年憲判字第 1 號保障性別平等之判決，及美國最高法院 1857 年 Dred Scott v. Sandford 案加深種族歧視之裁定，與全體法官一起勉勵及共同警惕，時時強化憲法意識，處處貫徹人權保障。

²³ 就此而言，最高法院 104 年度台上字第 2411 號民事判決，仍值讚賞。參見註 9。

²⁴ <https://www.baltimoresun.com/maryland/bs-md-ci-frederick-statues-20170318-story.html>。最後瀏覽日：112 年 1 月 13 日。

部分不同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

第
1
號

一、祭祀公業條例第 4 條第 1 項後段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」（下稱系爭規定一）、同條第 2 項規定：「派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」（下稱系爭規定二），本號判決認其未涵蓋設立人其餘女系子孫部分，牴觸憲法第 7 條保障性別平等之意旨。就此，本席敬表贊同。惟同條例第 4 條第 1 項前段規定：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」同樣涉有違反性別平等之嫌，卻於 2015 年經司法院釋字第 728 號解釋宣告尚未構成違憲。本件聲請人之一主張，該號解釋應予變更。多數意見則以系爭規定一及二並非司法院釋字第 728 號解釋之審查客體，不生變更該解釋之問題為由，而不受理。其徒以形式理由，逕為不受理，未因釋字第 728 號解釋（及其解釋客體祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定）與系爭規定一及二具有重要關聯，一併納入審查。本席認為，這種鋸箭法之處理方式坐視該解釋之問題，不足以徹底解決祭祀公業長久以來歧視女性之沈痾，不免為德不卒，礙難同意。

又針對系爭規定一及二宣告違憲後之效果，本號判決主文明示，其「祭祀公業設立人之女系子孫（以現存親等近者為先）尚未列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係不受影響。」據此，祭祀公業設立人之女系子孫得請求列為派下員，固屬允當，然所稱祭祀公業，究僅指無規約或規約未規定派下員者而言，或尚包括有規約規定者？有無規約規定之認定，究以祭祀公業設立之日、祭祀公業條例施行之日、本號判決宣示之日或女性子孫請求列為派下員之日

為準？均未明言，難免產生疑義。再者，作為派下員之權利享受及義務負擔，乃自請求之日起，而非自本號判決宣示之日起，恐生弊端，有待商榷。

有鑑於此，爰提出部分不同意見書。

二、釋字第 728 號解釋之解釋文表示：「祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」茲參照解釋理由書，整理出該號解釋之要旨如下：

（一）祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。

（二）祭祀公業規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇。

（三）惟該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。

（四）祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定雖因相關規約而實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第 14 條保障結社自由、第 15 條保障財產權及第 22 條保障契約自由與私法自治，原則上應予以尊重。

（五）系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第 7 條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。

釋字第 728 號解釋主要以私法自治為基礎，認定祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定合憲。本席認為，該系爭規定攸關人權之私人間效力或基本權之第三人效力（Drittwirkung der Grundrechte），奈何多數大法官欠缺此一意識，而純以國家公權力（立法）是否侵害人權之問題視之，排除人權之私人間效力之探討，難謂允當。釋字第 728 號解釋蘊含嚴重問題¹，實有重新檢視，並予變更之必要。

按憲法之目的在於保障人權，而個人尊嚴或人性尊嚴則為人權之根源、立憲主義憲法最核心之原理。個人尊嚴與人權同屬憲法內含之最高價值，全體法秩序尤應服膺個人尊嚴原理之指導，不因公法或私法而有歧異。人權本係個人對國家之防禦權，不當然可以適用於私人間，惟私法領域中仍應盡量促成人權價值之實現。當人權間出現衝突或競合時，宜從維護個人尊嚴之角度定其取捨。

私法自治固亦源於個人尊嚴原理之要求，應受尊重。但於私法關係中，個人之人權可能遭到社會權力侵害，此際個人尊嚴會受侵犯者，當係受害之個人，而非主張私法自治之社會權力（加害人）。若私法行為因私法自治原則適用之結果，造成個人尊嚴之侵害，則該原則存立之基礎鬆動，於這種場合私法自治理應退讓，優先保障受害人之個人尊嚴，從而認定私法行為無效。同理，法律有關私法關係之規定有無構成違憲，亦適合用上述方式判定。

先就結論言之，釋字第 728 號解釋之系爭規定無法通過個人尊嚴原理之檢驗，應構成違憲，大法官所為合憲之認定殊無可取。蓋祭祀公業規約殆皆依循傳統宗族觀念，重男輕女，實質上形成差別待遇，為大法官明白承認之事實。這種踐踏女性尊嚴之慣行，乃封建之遺毒，在重視個人尊嚴及人權保障之時代，理應儘速去除。系爭規定卻背道而馳，打著私法自治之名號，承認祭祀公業規約之效力，其實就是縱容社會權力繼續侵害女性之個人尊嚴，讓違背憲法最高價值之

¹ 關於釋字第 728 號解釋之問題，詳參許志雄著，人權的私人間效力論——以司法院釋字第 728 號解釋為契機，收於氏著「人權論——現代與近代的交會」，元照，2016 年，頁 113 以下。

私法關係殘存。尤有甚者，釋字第 728 號解釋高舉私法自治原則，強調規約設立人及其（男系）子孫之結社自由、財產權、契約自由，乃至法秩序之安定性及法律不溯及既往原則，並堅持原則上這些權利及原則應予尊重；他方面卻漠視女系子孫之個人尊嚴，且刻意貶抑性別平等之重要性，對平等原則採取極度寬鬆之違憲審查基準。這種審查態度及與立場偏離正軌，令人無法苟同。

法規範如以性別為分類，形成差別待遇，因其差別待遇係出於難以改變之個人特徵、歷史性或系統性刻板印象之分類，理應以中度基準審查之（理由第 27 段參照）。本號判決即採取中度審查基準，並據以作成系爭規定一及二違憲之判斷。如此，本號判決既已揚棄釋字第 728 號解釋所採之審查態度及基本立場，理應將該號解釋納入審查，並予變更。否則，見解南轅北轍之判決與解釋並存，將出現大法官自我矛盾之現象。多數意見計不及此，恐遭物議。

況多數意見指出，釋字第 728 號解釋曾於理由書末段諭知：「對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關應與時俱進，於兼顧憲法增修條文第 10 條第 6 項規定課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就含系爭規定一及二在內之相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則，與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨」（理由第 25 段參照），顯示多數意見認同釋字第 728 號解釋所持，祭祀公業條例關於派下員認定之整體法制應檢討修正之主張。該號解釋雖宣告祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定尚未構成違憲，但如上所示，其對結論似尚乏十足確信。鑑於該號解釋作成已逾 7 年，有關機關仍未積極推動修法工作²，憲法法庭無

² 行政院曾數次提出祭祀公業條例修正草案，函請立法院審議，但均修法未果。而且，各草案內容無不殘留封建色彩，尤其第 4 條規定歧視女性之問題並未獲正視，更遑論解決。本席認為，祭祀公業條例第 1 條揭櫫立法目的：「為祭祀祖先發揚孝道，延續宗族傳統……特制定本條例。」本蘊含封建色彩，其所謂「延續宗族傳統」，包含宗祧繼承舊慣，更充斥性別歧視之意味。該立法目的規定如果不予改廢，則難以期待祭祀公業條例之修正能滿足性別平等要求。

寧應藉此機會，以有重要關聯為由，將釋字第 728 號解釋及祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定一併納入審查，方屬妥適。

三、從釋字第 728 號解釋、本號判決主文第一項及判決通篇意旨觀之，必須是無規約或規約未規定，亦即無規約規定之祭祀公業，其設立人之女系子孫始得依據判決主文第二項，請求列為派下員。至有規約規定之祭祀公業，其設立人之女系子孫得否列為派下員，仍依規約所定。然有無規約規定之認定，應以何時點為準，未經明示，難免出現疑義。

理論上，祭祀公業設立之日、祭祀公業條例施行之日、本號判決宣示之日及女性子孫請求列為派下員之日，均有可能作為認定之時點。因祭祀公業之派下員多為男系子孫，原本設立時無規約或規約未規定之祭祀公業，可能在男系子孫主導下，訂定或修訂規約，明定排除女系子孫為派下員。祭祀公業一旦出現此種情形，即成為有規約規定，而非無規約規定之祭祀公業，女系子孫將無法依判決主文第二項請求列為派下員。上開各個有無規約規定之認定時點，除祭祀公業設立之日外，均存在此一風險，故為避免風險，似以祭祀公業設立之日作為認定時點為宜。如此，亦可稍減祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定及釋字第 728 號解釋之弊端。

此外，女系子孫依判決主文第二項成為派下員，其權利享受及義務負擔，乃自請求之日起，而非自本號判決宣示之日起，亦有產生道德風險之虞。本號判決宣示後，原有之派下員可能擔心女系子孫陸續請求列為派下員後，派下員增加，其可得之利益將減少，而為防止利益流失，乃加速處理祭祀公業之財產。有此可見，判決主文第二項關於系爭規定一及二違憲後之效果處理，未臻完善。

四、多數意見稱：「宗祧繼承舊慣並非法律位階之法規範，在祭祀公業條例施行前，並無法律規定祭祀公業之派下員資格，是系爭規定一及二係新訂之法律，且其係適用於祭祀公業條例施行後仍繼續存在之法律關係，此種情形要非新法規之溯及適用，故無涉法律不溯既往原則（本庭 111 年憲判字第 18 號判決參照）。」（理由書第

32 段參照)單純就系爭規定一及二無涉法律不溯及既往原則之結論而言，本席尚無異議，但追根究底，本案實無論究法律不溯及既往原則之必要，且多數意見對宗祧繼承舊慣之定性及論理過程，亦相當可議。

首先，如祭祀公業條例第 4 條之立法理由所稱：「一、本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然人之遺產，其派下權之繼承不同於一般遺產之繼承，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定。……。二、基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則……無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。派下員無男系子孫，其女子未結婚者，得為派下員。該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者，該男子亦得為派下員。」（立法院公報，第 96 卷第 20 期，院會紀錄，第 225 頁至第 226 頁參照）系爭規定一及二係尊重、延續傳統宗祧繼承之舊慣；此為多數意見所不爭（理由書第 31 段參照）。系爭規定一及二既係新瓶裝舊酒，無溯及適用之情形，照理自始不生有無違反法律不溯及既往原則之問題，自無庸浪費筆墨於該議題。附帶一言，祭祀公業條例第 5 條規定：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」其係新訂之規定，且適用於祭祀公業條例施行後仍繼續存在之法律關係，依據大法官向來之見解，方屬不真正溯及既往，無涉法律不溯及既往原則。

其次，祭祀公業係漢族法律宗祧繼承舊慣之產物，原本無論有無規約規定，均充滿傳統宗祧繼承重男輕女之色彩。日治時期祭祀公業所依存之舊慣，不僅具有習慣法之地位，甚至優先於法律。戰後台灣實施中華民國法制，獨厚男性之祭祀公業舊慣顯與憲法保障性別平等之意旨有違，理應喪失正當性，惟司法實務欠缺此等認知，依然適用祭祀公業舊慣，承認其具有習慣法之地位³。總之，歷來實務上均

³ 王泰升著，從憲法檢視台灣祭祀公業派下法制之流變，台灣法律人第 18 期，2022 年 12 月，頁 1 以下。

承認祭祀公業舊慣為具有法律位階之習慣法，是在祭祀公業條例施行前，固無立法明定祭祀公業之派下員資格，但多數意見謂宗祧繼承舊慣並非法律位階之法規範，顯與事實不符，應不足採。

部分不同意見書

黃昭元大法官 提出

許志雄大法官 加入

謝銘洋大法官 加入 第[3]至[16]段部分

呂太郎大法官 加入 第[3]至[16]段部分

楊惠欽大法官 加入 第[2]、[4]、[17]至[21]段部分

一、本判決審查標的、實體判斷及本席立場

[1] 本案聲請人一所聲請之審查標的原包括：祭祀公業條例第4條第1項後段、第2項及第3項、第5條及司法院釋字第728號解釋。本判決僅受理上開條例第4條第1項後段及第2項部分，而未受理其餘部分。本席認為司法院釋字第728號解釋及所涉上開條例第4條第1項前段規定，和同條項後段（即本判決所稱系爭規定一）所涉憲法爭點（祭祀公業派下員之性別分類）相同，其實體判斷必相牽連而無從切割，也不應有歧異。依照本庭向來有關重要關聯性的認定標準及實踐，上開條例第4條第1項前段規定與本件審查標的間確有重要關聯性，而得納入審查標的。至於上開條例第4條第3項及第5條部分，本席則贊成不受理。是就本判決主文第三項「其餘聲請不受理」，本席有部分不同意見如後述第[3]至[16]段。

[2] 就本判決實體判斷部分，本席支持本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第4條第1項後段及同條第2項規定中，有關未涵蓋設立人其餘女系子孫部分，抵觸憲法第7條保障性別平等意旨之結論。然就主文第二項諭知尚非派下員之女系子孫「僅」自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務部分，本席則認為本判決應設而未設過渡期間，亦未使上開女系子孫得「自本判決宣示之日起」即取得派下員地位。就此部分，本席亦持不同意見（參後述第[17]至[21]段）。

二、審查標的部分

[3] 聲請人一請求變更之司法院釋字第728號解釋，係以祭祀公業條例第4條第1項前段為審查標的。該規定與本判決所審查之同條項後

段（即系爭規定一），均係以祭祀公業條例施行前（即2008年7月1日）已存在之祭祀公業為適用對象，然就其派下員資格，以有無規約為準，分別規定為：有規約者，「其派下員資格依規約定之」（前段規定）；「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）」（後段規定）。不管是前段或後段規定，其所涉主要憲法爭點都是性別平等。

[4] 本判決宣告違憲之祭祀公業條例第4條第1項後段，在表面上就是以性別為分類，而對女性有明顯不利之差別待遇。雖然同條第2項及第3項訂有緩解上述差別待遇規定之規定，但整體而言，後兩項規定之實際效果恐怕只是茫茫大海中的幾葉孤舟。甚至依同條第2項及第3項規定之立法意旨，各該女性等之所以能成為派下員，無非是她們剛好能扮演男性的角色（第2項），或獲得（男性）派下現員之「恩惠式」同意，而不是因為她們是女性。本判決宣告第4條第1項後段及第2項違反性別平等，本席亦表贊成。

[5] 至於祭祀公業條例第4條第1項前段在表面上雖然未採取性別分類，而屬性別中立之規定，但其適用結果，則會產生明顯不利女性之系統性、結構性差別待遇，而屬對於女性之間接歧視規定。¹就此，釋字第728號解釋雖亦認為上述前段規定「並未以性別為認定派下員之標準」，但也認為「雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員」。²這其實就是本席前述所稱表面上性別中立，但會產生性別差別待遇之

¹ 就祭祀公業條例第4條第1項前段規定部分，於本庭就本案舉行言詞辯論時，鑑定人官曉薇教授認為上述規定屬於性別分類之間接歧視規定，並且違憲。另王泰升、鄧學仁教授明確認為同條項前段和後段規定都違憲，曾文亮副研究員也是傾向認為兩者都與性別平等原則有違，國家應更積極介入調整。

² 雖然釋字第728號解釋以「該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定」為由，認祭祀公業條例第4條第1項前段不違反性別平等而合憲，但上開解釋之審查標的仍然是「承認並以國家公權力貫徹此等規約效力之國家法律」，而非直接審查人民基於私法自治所締結的規約本身。

間接歧視規定。只是就是否違反性別平等之同一憲法爭議，本席認為上述前段規定違憲，而釋字第 728 號解釋認為合憲。

[6] 就祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定所稱有規約之祭祀公業部分，本席於言詞辯論時曾詢問關係機關其家數為何，內政部之後亦正式函復本庭，說明：「截至 2022 年 11 月 15 日止，目前祭祀公業共有 3,244 家……，訂有規約者計有 2,006 家，未訂規約者則有 1,221 家……」。³ 依上述統計，本判決其實只會適用於目前 3,244 家祭祀公業中無規約的 1,221 家（約 37.6%），至於有規約的 2,006 家（約 62.4%），除非完全沒有任何有關派下員資格的規定，否則其中絕大多數（依內政部抽查結果可能有 95%，參下段說明）仍會適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定，並繼續受到釋字第 728 號解釋之保障。

[7] 在上述「訂有規約之 2,006 家祭祀公業中，於規約明訂祭祀公業條例（以下簡稱本條例）施行前僅派下員為設立人及其男系子孫（含養子）之家數有 691 家，約占 34.4%，未訂有前開規定者計有 1,315 家，約占 65.6%……。另查並無發現有祭祀公業之規約明文記載本條例施行前得開放男女均為派下員之情形。」⁴ 又就上述 1,315 家未明訂其派下員僅限男系子孫之祭祀公業，經內政部抽查其中 131 家之派下全員系統表，發現在系爭條例施行前，有 125 家（約 95.4%）採用內政部提供的範例文字載為：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員。」⁵

³ 內政部 111 年 12 月 5 日台內民字第 1110224524 號函復本庭 111 年 11 月 2 日憲庭力 109 憲二 110 字第 1110000086 號函詢之補充說明資料，頁 1。

⁴ 同前註。

⁵ 參內政部，前註 3 函，頁 2 及附件。上述規約文字其實是內政部長久以來提供的規約範例，參內政部，祭祀公業土地清理業務文書表件製作參考範例手冊，頁 10-11（2008 年 7 月）（「貳、申請祭祀公業派下員全員證明書應備表件格式，十、其他參考資料範例：（一）規約範例：祭祀公業 ○○○ 管理暨組織規約第 5 點」），引自：內政部官網，<https://www.moi.gov.tw/cl.aspx?n=11163>（最後瀏覽日：2023/01/10）。依內政部上開函附件所附祭祀公業規約，其中有 1983 年間訂立之某祭祀公業規約已有類似文字：「本祭祀公業派下員每房以一名為

本席認為這類規約仍屬規約對派下員資格有明定之類型，因此應適用祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段規定及釋字第 728 號解釋，而非本判決宣告違憲之同條項後段情形。

[8] 經內政部進一步檢視上述 131 家祭祀公業派下全員系統表，更發現：「……其中 87 家祭祀公業，系統表全為男系子孫（含養子），並無女性列入派下員之情形；另外 44 家則有女性、養女、贅婿等派下員列入系統表之情形（係依本條例第 4 條第 2 項及第 3 項之規定列入）。」⁶ 換言之，就內政部抽查之上述 131 家祭祀公業部分，「……原則上仍以男系子孫列為派下員為繼承慣例，倘有女性列入派下員之情形，亦是因派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，該女子招贅夫或未招贅生有男子或收養男子冠母姓者或派下之女子、養女、贅婿經派下員大會特別多數同意而列入之例外才予以列入，因此，實務運作上祭祀公業若規約沒有明定繼承資格者，仍依習慣由男系子孫（含養子）為繼承慣例。」⁷

[9] 依上述內政部的統計及抽查結果，在上述有規約的 2,006 家祭祀公業中，今日竟無任何一家之規約明定女系子孫得為派下員。在實務上，縱有女性成為派下員，似乎也都是依祭祀公業條例第 4 條第 2 項及第 3 項規定，並無一人是直接依同條第 1 項前段所定規約而成為派下員。本席認為：如此長期（超過百年）、全面（可能是幾近全部之祭祀公業）的排斥女性為派下員，就其客觀的適用結果而言，顯然已經構成系統性、結構性之事實上差別待遇，而足以——甚至必然——成立間接性別歧視（indirect gender discrimination）或事實上的性別歧視（*de facto* gender discrimination）。就此而言，祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段所造成的性別歧視，其普遍性及嚴重性實不亞於同條項後

代表並經○○鄉公所公告確定核發派下員名冊內所列人員為基本派下員」。本席猜測，在 2008 年 7 月 1 日祭祀公業條例施行前，上述看似性別中立，但實際容許僅限男系子孫為派下員之規約範例文字，可能早已存在，而且是主管機關內提供的範例版本文字。

⁶ 參內政部，前註 3 函，頁 2。

⁷ 參內政部，前註 3 函，頁 2-3。

段規定之適用結果。前、後段之憲法爭點同一，違憲與否的價值判斷理應一致，實均應納入本件之審查標的。

[10] 退一步言之，縱使進一步要求立法或決策機關對於上述客觀結果面的事實上歧視，應該還要有主觀故意，始足以構成間接歧視，本席仍認為立法者於制定祭祀公業條例第4條第1項前段規定時，係明知全部或絕大多數規約均僅限男系子孫為派下員，也明知其適用結果就是繼續保障或延續此等性別歧視，而仍採取優先適用規約之表面上性別中立規定，因此自有上述主觀故意。

[11] 按祭祀公業在台灣係已存在百年以上，其派下員向以男系子孫為限，可謂公知之事實，比房間裡的大象還醒目。而內政部於1981年4月3日早已發布「祭祀公業土地清理要點」，一直適用到祭祀公業條例施行後，始予廢止。其中第12點規定：「祭祀公業派下權之繼承或喪失，依規約定之，無規約或規約未規定者，依民事習慣定之。」第2點第1項規定應檢具之申報資料中包括：「……（三）派下全員系統表及現員名冊、……（七）原始規約，但無原始規約者，免附。……」再依第8點，由受理申報之各該直轄市或縣市政府民政機關（單位）核發「派下全員證明書」。故在祭祀公業條例施行前，內政部對於已申報列管之各該祭祀公業規約規定內容、及適用各該規約後之派下全員系統表及現員名冊，是否均僅限男系子孫為派下員之事實，早已知之甚詳。

[12] 其次，祭祀公業條例的立法者也完全知悉上述長期排斥女性的傳統習慣，甚至是援引為立法之依據。按祭祀公業條例第4條之立法理由強調：「一、本條例施行前已存在之祭祀公業多設立於民國以前，且祭祀公業祀產並非自然人之遺產，其派下員之資格係依照宗祧繼承之舊慣所約定。……二、基於尊重傳統習俗及法律不溯既往之原則，對於已存在之祭祀公業明定其派下員依規約定之，無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。……」同條例第5條之立法理由：「基於民法規定男女繼承權平等，本條例施行後之祭祀公業即不宜再依宗祧繼承之習俗排除女性繼承派下之權利……」。

主管機關內政部於本案之答辯也是主張「祭祀公業條例第 4 條之規定，實質上就是將習慣內容以制定法之方式予以規範化，不再以習慣為依據，以避開習慣之規範拘束力的論證需要……」（內政部 2022 年 9 月 8 日言詞辯論意旨書，第 3 頁）；又於本件言詞辯論時亦稱：「……關係機關認為立法者在 97 年 7 月 1 日制定施行祭祀公業條例時已經想過這個問題，也就是設計上第 4 條規定因為立法者認為法安定性的維持大於男女平等，因此維護既有的狀態，而維持原本男系子孫列為派下員之情形。……」（參本件言詞辯論筆錄第 9 頁）

[13] 綜合上述規範之立法理由及適用結果等相關證據，應足以認定祭祀公業條例立法者及主管機關完全知悉該條例第 4 條第 1 項前段與後段之適用結果，其實是完全相同，都是延續並認可女系子孫長期被排斥之事實及習慣。於此情形，立法者於前段規定優先適用之「規約」，在表面上是性別中立，但實際上是不利女性之「性別分類」的代稱（proxy）。結合上述客觀適用結果的統計分析，祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段顯然也是性別分類規定，而且是間接性別歧視的規定。而同條項後段則是直接性別歧視規定。兩者合併其實才是立法者的完整立法規劃，缺一不可；又前、後段規定之立法目的相同，所追求之效果也相同，憲法上的評價也都應該會違反憲法第 7 條性別平等之意旨，因此均應納入本判決之審查標的範圍。

[14] 如果說本判決宣告違憲的後段規定是立法者毫不掩飾、自行分類的直接歧視規定，釋字第 728 號解釋所宣告合憲的同條項前段規定則是心知肚明、偽裝中立的間接歧視規定。後段是真小人，前段是偽君子，而且是系出同門的雙胞胎兄弟（因為都是歧視女性的規定，因此以「兄弟」稱之比較適合）。本判決僅宣告後段規定違憲，且故意不將前段規定一併納入審查，以致造成「真小人的後段規定從此違憲，偽君子的前段規定繼續合憲」的體系矛盾，並導致同一憲法下出現性別平等的祭祀公業與性別不平等的祭祀公業，兩種截然對立的法秩序，已明顯不妥。

[15] 其次，如果有目前無規約之祭祀公業，於本判決宣示後隨即另定

規約，⁸此等新訂規約之祭祀公業是否仍屬系爭條例第4條第1項後段規定之適用對象，而應依本判決意旨接受女系子孫為其派下員？或得主張其應改適用同條項前段規定，從而遁入釋字第728號解釋的合憲保護傘下？由於本判決對此並無清楚諭知，在實務上恐生爭議。反之，目前已有規約的2006家祭祀公業（參本意見書第[7]段），如其所定派下員資格未涵蓋女系子孫，則可預見必會有受歧視的女系子孫於請求加入未果後，進而提起訴訟。不管是該等女系子孫於用盡審級救濟後向本庭聲請判決，或有審理法官裁定停止訴訟後逕行聲請本庭判決，本庭遲早都將面臨相同爭點的二度憲法訴訟。

[16] 本判決不將聲請人一有關變更釋字第728號解釋的請求，以重要關聯性為由納入審查標的範圍，並正面對決祭祀公業條例第4條第1項前段規定違反性別平等之憲法問題，從而一次解決全部爭議，這不僅會引發上述其他爭議及二次爭訟，耗費司法資源，也是為德不卒的鋸箭式判決。

三、實體判斷部分

[17] 本判決主文第一項宣告祭祀公業條例第4條第1項後段及第2項規定違憲，再以法官造法的方式，就如何匡正上述違憲狀態之救濟（remedy），於主文第二項諭知：「……上開祭祀公業設立人之女系子孫（以現存親等近者優先），尚未列為派下員者，均得檢具其為設立人直系血親卑親屬之證明，請求該祭祀公業列為派下員，並自請求之日起，享有為該祭祀公業派下員之權利及負擔其義務，但原派下員已實現之權利義務關係不受影響。」本席贊成主文第一項所為之單純違憲宣告，但對主文第二項有關救濟方式之諭知，則持不同意見。

[18] 本判決多數意見並未以現行憲法施行於臺灣之1945年（第7條

⁸ 有如本意見書第[7]段及前註5所述，在實務上，內政部早已提供看似性別中立，但實際上歧視女性之規約範例文字：「本公業派下現員，已經○○○主管機關公告確定，核發派下現員名冊內所列人員，為基本派下現員」，讓各該祭祀公業得改以規約延續派下員僅限男系子孫的既成事實。

男女平等成為憲法規範要求），或現行憲法增修條文第 10 條第 6 項規定首度增修入憲之 1992 年⁹為時點，讓被歧視的女系子孫得以溯及自該時點起，列為各該祭祀公業之派下員；而是直接溯及至各該祭祀公業設立之時，讓設立人之歷代女系子孫均得列為派下員，再以親等距設立人最近且現存者列為派下現員。由於本判決所要求的是全面溯及變動各該祭祀公業之派下全員名單，而溯及補列的起算時點可能是回到百餘年前，不可諱言者，其影響實相當鉅大。

[19] 依前述之內政部統計，祭祀公業條例施行前已存在，且目前仍存在的 3,244 家祭祀公業中，至少會有 1,221 家未訂規約者¹⁰應依本判決意旨將設立人之女系子孫納入列為派下員，並修正其派下全員系統表及派下現員名冊。如果上述祭祀公業本身未主動清查補列，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨向各該祭祀公業請求列為派下員，且無請求期間之限制。故原被排斥的女系子孫可能是在本判決宣示後一週，也可能是 10 年後，才提出上述請求。由於各該女系子孫之請求日不一，各該祭祀公業將欠缺一個統一的期日可據以確定其派下員成員，其派下員名單勢將處於隨時變動的不穩定狀態。如此個別、零碎的請求補列方式，不僅增加祭祀公業及主管機關的行政成本，也會造成法律關係之不穩定。

[20] 本席認為：就匡正現行法違憲狀態的後續機制而言，比較妥當的方式應該是訂出一個過渡期間（例如本判決宣示之日起 2 或 3 年內），要求各該祭祀公業主動清查，至遲於期限屆滿時統一補列。於此期間內，原被排除而尚未列入之女系子孫亦得依本判決意旨，主動向各該祭祀公業請求列為派下員。不論是由祭祀公業主動清查補列，或由各該女系子孫請求補列，只要是在上述過渡期間內完成之清查或提出之請求補列，及因此更正的新派下全員系統表及派下現員名冊，

⁹ 現行增修條文第 10 條第 6 項規定「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」係於 1992 年首度訂入增修條文，當時條號為增修條文第 18 條第 4 項，但內容文字相同。

¹⁰ 參前註 3 及其相關本文。

都一律溯及自本判決宣示之日起，取得派下員資格，並得以享有權利並負擔義務，而非本判決所諭知之「自請求之日起」，才成為派下員。至於在本判決宣示前業經祭祀公業合法處置並分配予各派下員之權益，仍不受影響，自不待言。然如個別女系子孫在上述過渡期間屆滿後才提出請求，則僅自各該請求之日起，才向後取得派下員身分，而不會溯及至本判決之日起就取得。這是本席對於主文第二項之部分不同意見。

[21] 相較於本判決主文第二項諭知之後續救濟方式，本席提出之上述方式應具有以下幾個優點：

（1）各該祭祀公業及主管機關一方面有上述過渡期間的緩衝，另方面亦得以同一時點（本判決宣示之日）來確定新的派下員名單及其相關權利義務。如此應更能兼顧法安定性（儘速統一確定新的祭祀公業法秩序），並降低行政成本。

（2）對於原被歧視、排斥的女系子孫而言，只要在上述過渡期間內向各該祭祀公業請求列為派下員，即得溯及自本判決宣示之日起取得派下員資格，這可說是對於個別受害者之最小限度溯及救濟。對於此等百年歧視之遺害，雖然無法溯及於各該祭祀公業設立之日起從頭根本消泯，至少也應盡早回復平等秩序，這是對歷史不正義及整體法秩序之最小限度溯及匡正。再者，對於各該祭祀公業而言，上述有限度的溯及生效亦可以防止各該祭祀公業在本判決宣示後，隨即惡意變賣、處分公業財產，並立即分配予既有派下現員，所可能導致的爭議。

（3）至於在過渡期間經過後才請求列為派下員者，就只能從其請求之日起才能取得派下員地位，如此可使上述過渡期間成為各該女系子孫儘早請求列為派下員之時間誘因，以避免各該祭祀公業派下員名單長期浮動，法律關係懸而未決，甚至無從合法處置公業財產。

四、結語

[22] 雖然本判決並沒有諭知有關機關修法，但基於上述意見，本席謹

此呼籲有關機關能秉持釋字第 728 號解釋理由書第 3 段¹¹之意旨，主動並全盤檢討修正現行祭祀公業條例，且參照本判決意旨，至少將本條例第 4 條第 1 項前段規定納入修正範圍，例如規定自祭祀公業條例修正之日起，所有現存祭祀公業之派下員應為設立人及其子孫（包括養子女），並訂一定之過渡期間，由各該祭祀公業主動清查或接受個別成員請求後，更正補列既有派下全員系統表及派下現員名冊，以儘速重建一個符合憲法性別平等意旨之祭祀公業法制。

¹¹ 釋字第 728 號解釋理由書第 3 段：「……但整體派下員制度之差別待遇仍然存在，……對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，……」

憲法法庭判決

112 年憲判字第 2 號

聲請人一 陳炳榮

訴訟代理人 李衣婷律師

聲請人二 潘宗啓

聲請人三 林長志

上列聲請人為毒品危害防制條例案件，分別認最高法院 106 年度台抗字第 724 號、110 年度台抗字第 1072 號及 111 年度台抗字第 1515 號刑事確定終局裁定，所適用之刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定，有牴觸憲法疑義，分別聲請解釋憲法、法規範憲法審查，本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定：「有罪之判決確定後，
有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、
因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受
有罪判決之人應受……免刑……之判決者。」所稱「應受……免
刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或
免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨
無違。 1
- 二、聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就本判決所涉之個別原因
案件，得依本判決意旨，依法定程序向再審之該管法院聲請再
審。 2

理 由

- 壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1
- 一、原因案件相關事實【2】 2
 - 聲請人一因涉犯販賣毒品罪嫌，於警詢時曾主動供出其毒品來
源之前手，在未經警查獲該前手前，檢察官即對其提起公訴，其並經
法院判處販賣第二級毒品罪刑，迭經上訴後，嗣最高法院判決駁回上
訴而告確定。判決確定後，聲請人一先前主動供出其毒品來源之前 3

手，遭警查獲，並經檢察官提起公訴、法院判處販賣毒品罪刑確定。聲請人一乃以該前手之有罪確定判決為新事實、新證據（下稱新事證），主張其所受有罪確定判決，依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 17 條第 1 項規定應減輕或免除其刑，以此為由，依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者。」（下稱系爭規定），向臺灣高等法院高雄分院聲請再審，經該院 106 年度聲再字第 85 號刑事裁定駁回其聲請，抗告後經最高法院 106 年度台抗字第 724 號刑事裁定（下稱確定終局裁定一）以抗告無理由駁回而告確定。聲請人一認確定終局裁定一所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請解釋憲法。【3】

聲請人二因涉犯販賣毒品罪嫌，於警詢時曾主動供出其毒品來源之前手，在未經警查獲該前手前，檢察官即對其提起公訴，其並經法院判處販賣第二級毒品罪刑，嗣因撤回上訴而告確定。判決確定後，聲請人二先前主動供出其毒品來源之前手，遭警查獲。聲請人二乃以該前手之有罪確定判決為新事證，主張其所受有罪確定判決，依毒品條例第 17 條第 1 項規定應減輕或免除其刑，以此為由，依系爭規定向臺灣花蓮地方法院聲請再審，經該院 110 年度聲再字第 2 號刑事裁定駁回其聲請，迭經抗告、再抗告後，嗣最高法院 110 年度台抗字第 1072 號刑事裁定（下稱確定終局裁定二）以再抗告無理由駁回而告確定。聲請人二認確定終局裁定二所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請法規範憲法審查。【4】

聲請人三因涉犯販賣毒品罪嫌，於警詢時曾主動供出其毒品來源之前手，在未經警查獲該前手前，檢察官即對其提起公訴，其並經法院判處販賣第二級毒品罪刑，迭經上訴後，嗣最高法院判決駁回上訴而告確定。判決確定後，聲請人三先前主動供出其毒品來源之前手，遭警查獲，並經檢察官提起公訴、法院判處販賣毒品罪刑確定。聲請人三乃以該前手之有罪確定判決為新事證，主張其所受有罪確

定判決，依毒品條例第 17 條第 1 項規定應減輕或免除其刑，以此為由，依系爭規定向臺灣高等法院花蓮分院聲請再審，經該院 111 年度原聲再字第 3 號刑事裁定駁回其聲請，抗告後經最高法院 111 年度台抗字第 1515 號刑事裁定（下稱確定終局裁定三）以抗告無理由駁回而告確定。聲請人三認確定終局裁定三所適用之系爭規定有違憲疑義，聲請法規範憲法審查。【5】

二、聲請人陳述要旨【6】

聲請人一主張意旨略謂：其曾經供出前手，自應適用毒品條例第 17 條第 1 項減輕或免除其刑之規定，其仍有可能獲致減輕或免除其刑之優惠。如因單純獲致減輕其刑之優惠，不得以「應減刑而未減刑」為由聲請再審；至於「應免刑而未免刑」之事由，則得聲請再審，此種結果已形成差別待遇，牴觸憲法第 7 條平等原則等語。

【7】

聲請人二主張意旨略謂：依毒品條例第 17 條第 1 項規定，必減輕其刑，其應受保護之利益顯大於法安定性，系爭規定漏未規範足認應受減輕或免除其刑之判決得聲請再審，自屬違憲等語。【8】

聲請人三主張意旨略謂：依毒品條例第 17 條第 1 項規定，必減輕或免除其刑，然卻不符系爭規定而不得聲請再審，系爭規定自屬違憲等語。【9】

貳、受理依據及審理程序【10】

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除憲訴法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查聲請人一於中華民國 107 年 3 月 27 日聲請釋憲，案件得否受理，應依修正施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）決之。經核其聲請，與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，業於 110 年 12 月 15 日經大法官決議受理在案。【11】

復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 111 年 1 月 4 日憲訴法修正施行日起 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。查聲請人二據以聲請之確定終局裁定二於憲訴法施行前送達，憲法法庭於 111 年 3 月 11 日收受聲請人二之聲請書。經核其聲請與法定要件相符，已於 111 年 4 月 6 日經憲法法庭評議受理在案。【12】

再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；上列聲請案件，應具憲法重要性，或貫徹聲請人基本權利所必要，憲訴法第 59 條及第 61 條第 1 項分別定有明文。查聲請人三據以聲請之確定終局裁定三於 111 年 11 月 23 日作成，憲法法庭於同年 12 月 28 日收受聲請人三之聲請書。經核其聲請與法定要件相符，已於 112 年 1 月 12 日經憲法法庭評議受理在案。【13】

查上開三聲請案，因爭議相同，爰合併審理並判決，理由如下。【14】

參、形成主文之法律上意見【15】 15

一、審查原則及所涉憲法上之權利【16】 16

憲法第 7 條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意對人民為不合理之差別待遇，要求本質上相同之事物，應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違（司法院釋字第 666 號、第 687 號、第 688 號及第 779 號解釋參照）。【17】 17

二、本庭判斷結果【18】 18

（一）法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護。立法者於立法時，基於特定理由，於相關犯罪法定刑之規定外，另設有若干法定事由，以「免除其刑」、「減輕或免除其刑」等限制刑罰事由之方式，調整法院裁判時得宣告科刑之範圍，避免對人民之刑罰過苛，就此而觀，尚符憲法罪刑相當原則之要求。又刑事法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係指「應」免除其 19

刑、「應」減輕或免除其刑之絕對制，於依法應適用「免除其刑」之法律規定時，立法者要求法院依法應諭知免刑之判決；於依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定時，除法院依法應減輕其刑外，亦包括法院依法應諭知免刑之判決情形在內。換言之，依據「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，是以刑事法有關「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，均足以為法院諭知免刑判決之依據。另本判決受限於聲請之原因案件（聲請人主張應適用毒品條例第17條第1項規定「減輕或免除其刑」），爰僅就法律規定「減輕或免除其刑」之絕對制情形而為判決。至於刑事法有關「得免除其刑」、「得減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係採相對制，不在本判決之處理範圍。【19】

（二）刑事有罪判決確定後，發現其事實認定有重大違誤，受有 20
罪判決之人依法應受免刑之判決時，應如何救濟？就此，刑事訴訟法第420條第1項第6款特別將之列為再審事由而明定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」設有為受判決人利益之再審程序，俾利受判決人於確定有罪判決之認定事實有重大違誤時，得以獲得有效之權利救濟，以維護人民之權利。【20】

（三）系爭規定所稱「應受……免刑」之事實基礎，除依法「免 21
除其刑」之法定事實外，亦包括依法「減輕或免除其刑」之法定事實
在內，茲說明其論據如下：【21】

1. 就應受免刑判決之文義解釋而觀【22】 22

系爭規定所稱：「受有罪判決之人應受……免刑之判決」，以 23
其文義觀之，係指受有罪判決之人依法應獲致免刑之判決而言。至於受有罪判決之人依法應獲致免刑判決之可能情形，如前所述，「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，是以就文義解釋言，系爭規定所稱「應受……免

刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內。【23】

2. 就再審制度之立法目的而觀【24】

24

經查：上開「足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑……之判決」規定內容，可溯自 24 年 7 月 1 日修正公布刑事訴訟法第 413 條第 6 款規定，迄今未曾改變，其立法目的為何，因時代久遠而無可考，惟於 104 年 2 月 4 日修正公布刑事訴訟法時，對此款再審事由有重大修正，其修正理由略以：「再審制度之目的既在發現真實並追求具體公平正義之實現，以調和法律之安定與真相之發見，自不得獨厚法安定性而忘卻正義之追求。」（立法院公報第 104 卷第 11 期院會紀錄第 271 頁參照）。由此應可推知，立法者將受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑之判決，予以併列，有其共通性之考量。就受有罪判決之人應受無罪之判決言，代表國家對該受有罪判決者之刑罰權並不存在，應予排除，原確定判決竟認定受判決人有罪並對之科處刑罰，其認定事實重大違誤之實體不正義，已達難以忍受之程度，此際追求實體正義之利益，遠遠大於確定有罪判決既判力所代表法安定性之利益，立法者爰將受有罪判決之人應受無罪之判決列為再審事由。至於受有罪判決之人應受免訴、免刑之判決，亦代表國家對該受有罪判決者之刑罰權終局地不得行使，而排除國家刑罰權之制裁。此際，就受判決人不再受國家刑罰權制裁之法律效果言，與前述應受無罪之判決者，尚屬相當，其追求實體正義之利益，亦應優越於法安定性，立法者基於此一規範目的，爰將應受無罪、免訴、免刑之判決，併列為法定再審事由。進而再就法定免刑之判決為再審事由言，法院除就符合「免除其刑」之法律規定而依法應諭知免刑之判決外，對於符合「減輕或免除其刑」之法律規定者，法院客觀上亦有依法應諭知免刑判決之可能，此際，國家之刑罰權亦終局地不得行使而被排除，前揭立法者所認依法應受免刑之判決，其追求實體正義之利益應優越於法安定性之規範目的，於此亦應有其適用。是以依目的解釋而觀，系爭規定所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定

25

外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內。【25】

3. 就修法放寬再審之法定要件而觀【26】

26

經查：刑事訴訟法第420條第1項第6款原規定為：「因發現『確實』之新證據，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者」得聲請再審。104年2月4日修正公布刑事訴訟法時，立法者基於過去法院實務上，「將本款規定解釋為必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決『無合理可疑的確切心證』，始足當之」（立法院公報第104卷第11期院會紀錄第271頁參照）之理由而將原有條文中「因發現『確實』之新證據」之確實二字刪除，放寬聲請再審之要件。從「發現『確實』之新證據……足認」修正為「發現新事實或新證據……足認」之修法過程而觀，對法條文字雖無重大更動，但結合修法將「確實」二字刪除之立法意旨可知，再審制度之目的已有實質上之調整，修法目的期許降低聲請再審之門檻，揚棄確信無誤確切心證之嚴苛限制，而改以可能獲致其他有利判決結果之可能性標準，放寬聲請再審之門檻，以避免冤獄。就修法過程之歷史解釋觀之，系爭規定所稱「足認」二字，不以使再審法院得到「確實」足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決「無合理可疑的確切心證」為必要，僅需發現新事證，不論單獨或與先前之證據綜合判斷結果，產生合理懷疑而足以動搖原確定判決之事實基礎，且認可能依法應改判為免刑之判決者，就依法應適用「免除其刑」之法律規定者而言，修法放寬聲請再審之門檻，使其受判決人更有再審之機會，以獲得有效之權利救濟，俾維護其權利，避免冤獄；就依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定者，其受判決人客觀規範上既有可能依法應受免刑之判決，亦有獲得有效之權利救濟，以維護其權利，避免冤獄之相同需求，故系爭規定所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內。【27】

4. 就法定再審事由之審查程序而觀【28】

28

依刑事訴訟法有關再審審查體系之規定，再審法院收受再審聲 29

請後，首應審查個案是否符合聲請再審之程序規定，如違背程序規定，法院應以裁定駁回之（刑事訴訟法第 433 條規定參照）。於個案符合聲請再審之程序規定後，再審查其法定再審事由之要件（例如有無刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定所列再審事由）是否具備。此一法定再審事由之審查程序，僅係根據聲請人提出之新事證，經單獨或與先前之證據綜合判斷後予以考量，是否產生合理懷疑而足以動搖原確定判決之事實基礎，使受有罪判決之人可能獲致免刑之判決，而據以決定是否開啟再審程序，重新審理該原因案件；而非對受判決人審判是否確實應受免刑判決之判斷。換言之，決定是否開啟再審程序，並不著眼於受判決人於開啟再審後終局是否受免刑之判決。是以此一階段之審查程序，僅係處理個案聲請是否合於法定再審事由要件之程序問題，並非處理罪責與刑罰之實體問題，因此與嚴格證明法則無涉，僅以採自由證明之程序為已足。審查結果，如不備法定再審事由之要件者，無再審理由，應以裁定駁回之（刑事訴訟法第 434 條第 1 項規定參照）；如具備法定再審事由之要件者，有再審理由，應為開始再審之裁定（刑事訴訟法第 435 條第 1 項規定參照）。於開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判（刑事訴訟法第 436 條規定參照），回復判決確定前之通常審判程序重新審判，採嚴格證明程序，進行實質審判。至於最終審判結果是否確實為免刑之判決，則視審理結果所得心證而定。是以就再審審查體系之程序言，就依法應適用「免除其刑」之法律規定者，其受有罪判決之人，僅因再審審查之結果有可能依法應獲致免刑之判決，即得開啟再審程序；就依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定者，其受判決人客觀規範上亦有可能依法應獲致免刑之判決，其受有罪判決之人，亦同有開啟再審程序以獲致免刑判決之需求，俾受憲法罪刑相當原則之保障，故系爭規定所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內。【29】

總而言之，刑事實體法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，有其

31

32

33

34

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：

57

第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鐸、黃大法官昭元、 楊大法官惠欽

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

許大法官志雄提出。

黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入。

呂大法官太郎提出。

不同意見書：楊大法官惠欽提出，吳大法官陳鐸、黃大法官昭元
加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

楊靜芳

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件判決認應許合於應減輕或免除其刑規定而確定終局裁判未適用該規定者得為再審之結論，本席贊同，但關於由平等權著手部分，僅以刑事訴訟法第420條第1項第6款中之「免刑」部分之規定（下稱系爭規定）為審查客體，及部分論理與本席之觀點不同，而且主文用語、理由論述均有不同解讀可能，爰提出本件協同意見書，簡要說明本席之意見如下：

一、就本件原因事實所涉屬依法應減輕或免除其刑者，應得以再審尋求救濟，本席贊成；甚至針對不在本件審理範圍之依法應減輕其刑者，本席亦認為應修法使此種情形得以再審尋求救濟。而且此等情形應許再審之理由，不是是否合於平等原則，而是不符罪責原則：

1、現行刑法與特別刑法等刑事實體法律中，設有若干應免除其刑、應減輕或免除其刑、應減輕其刑、得免除其刑、得減輕或免除其刑、得減輕其刑之規定（如附表）。就法律是否為上述規定，固然可能屬於立法裁量範疇，但仍應由罪責原則觀察，其中部分若不立法准予免除其刑、減輕或免除其刑，或者賦予法官減輕或免除其刑之裁量權，如因之即不符罪責原則者，該部分有違憲可能。又立法如予規定，則其事由暨賦予何種類型法效果，殆屬立法形成範圍，但在相類事由上作效果差別待遇，如無正當理由，可能有是否違反平等原則疑義，惟此部分與本件判決之爭議無涉。

2、本件原因事實為聲請人販賣毒品，但主動供出毒品來源並經循線查獲，該來源經判刑確定。是涉及應適用毒品危害防制條例第17條第1項規定，該規定屬應減輕或免除其刑之規定。本件判決理由固稱得免除其刑、得減輕或免除其刑等不在本件判決處理範圍（判決理由第19段參照），但應減輕其刑之情形未被提及。

3、系爭規定應如何適用之解釋與系爭規定是否合於平等原則，係不同命題。本件判決理由，固先稱本件所涉之憲法上權利為平等權，但沒有關於其審查標準之論述，而係由系爭規定之文義解釋、再

審制度之立法目的、修法放寬再審之法定要件、法定再審事由之審查程序等為論述，認系爭規定所稱應受「免刑」判決，應包括應免除其刑之規定及應減輕或免除其刑之規定，並即得出系爭規定應適用於應免除其刑之規定與應減輕或免除其刑之規定，才符合平等權保障意旨之結論。此一論述似將系爭規定應如何適用之解釋與系爭規定是否合於平等原則，混為一談。

4、又主筆大法官係以依應免除其刑之規定及依應減輕或免除其刑之規定，法官均可能應諭知「免刑」判決（就後者情形，當法官裁量後選擇決定免除其刑時，依法才應諭知「免刑」判決），為其核心理由。但是於適用得免除其刑之規定，而法官裁量後亦選擇決定免除其刑之情形，法官也應諭知「免刑」判決！此種情形，依本件判決理由之平等權邏輯，也應得再審！此一結論當否，顯然有疑。其實

5、應免除其刑之規定與應減輕或免除其刑之規定，並非針對相同事物所為規定，予以差別待遇，沒有不平等問題：

依應免除其刑之規定，法官就符合規定要件者應免除其刑，此種情形，法官並無不予免除其刑之裁量權，即概應為諭知免刑之判決。相對地，依應減輕或免除其刑之規定，則法官在「減輕其刑」與「免除其刑」之間，本已有裁量之權，而且單就其中「免除其刑」部分言，顯然也本具是否「免除其刑」之裁量權，因為經查應免除其刑之規定，於民國 24 年刑事訴訟法修正加入「應受免刑判決」得為再審之事由當時，刑法及特別刑法中只有刑法第 288 條第 3 項規定為應免除其刑之規定，其他提及免除其刑者，均為應減輕或免除其刑、得免除其刑及得減輕或免除其刑，即均需由法官個案裁量（請見附表）。是應免除其刑之規定與應減輕或免除其刑之規定相較，已有是否由法官裁量之不同。

另刑法中唯一之刑法第 288 條（墮胎罪）第 3 項應免除其刑規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑」，由其內容觀之，應可知：所以應免除其刑，係因其行為本質上為正當防衛，不具刑罰性，不應科處刑罰，故此種情形與 24 年

刑事訴訟法修正前已為再審事由之應受無罪、免訴判決相類。然則以本件所涉之毒品危害防制條例第17條第1項規定為例：立法所以准予應減輕或免除其刑，並非因販賣毒品行為不具刑罰性，而是以其仍具刑罰性為前提，為達掃蕩藥頭防制未來毒品危害立法政策目的而為立法選擇。是兩者本質亦有別。

綜上，應免除其刑規定與應減輕或免除其刑規定，並非針對相同事物所為之規定，故其等間得否再審之差別，與平等權（原則）應無涉。

至於立法者於24年以後多時（最早為85年之貪污治罪條例規定），另在特別刑法中，作了若干以自首、繳回犯罪所得、查獲共犯等為條件應免除其刑之規定（請見附表），與毒品危害防制條例第17條第1項規定之法效果（應減輕或免除其刑）不同，相互比較，後者規定是否違反平等原則，此一可能爭議與本件無關。

6、主筆大法官可能自有見地並用心良苦，但本件判決理由第26段至第29段之論述跟平等原則，尤似無關聯。

7、本件似應由罪責原則切入：

經查24年刑事訴訟法修正加入應受免刑判決為再審事由當時及迄今，刑法中均只有一個即刑法第288條第3項應免除其刑之規定。但是如附表所示，刑法中同時已因有若干「應減輕或免除其刑」、「應減輕其刑」規定，所以24年修正之刑事訴訟法再審事由未提及「應減輕或免除其刑」、「應減輕其刑」，有可能是立法者有意排除之，從而本件是否宜作合憲擴張，非無可爭議，值得再斟酌。

又刑罰關涉罪與責。有罪、無罪事關人民之清白、人格尊嚴，當然最重要。但是有罪者應受如何之處罰，也很重要，應受罪責相當原則之規制。再審制度是為救濟確定裁判事實認定錯誤而設，而將客觀上有「應減輕或免除其刑」、「應減輕其刑」之事實認定為沒有，不論其原因為何，法官有無可歸責，均屬一種事實錯誤，而且如非事實錯誤，前者得減輕刑罰之程度最大可至三分之二、後者得減輕刑罰之程度最大可至二分之一（刑法第66條規定參照），故對人民所應

負之刑事責任，難謂無重大影響。是本罪責原則，就此等事實錯誤，自應予人民再審救濟之機會，始符憲法保障人民人身自由權等之意旨。至於開啓再審後，究應如何減輕刑度、是否免除其刑，自應由法官依個案情形，妥為裁量，不必然減至最大程度，乃屬當然，但不應影響得否再審之結論。

二、本件判決係以刑事訴訟法第 420 條第 1 項，且僅以其第 6 款中之「免刑」規定為審查客體（下稱系爭規定），似非妥當。因為本件爭議應與平等原則無涉，不必為遷就比較應免除其刑與應減輕或免除其刑而僅以「免刑」規定為審查客體。本席以為不妨以第 6 款全文為審查客體，可能更容易說明：導入罪責原則為適當，比如其中「輕於原判決所認罪名」規定部分，應為罪責原則之體現。

三、本席以為憲法法庭之判決，不是只給法律專業人士看的，要儘量兼顧由一般人民觀看之角度，即避免一般人民誤解，但本件判決部分用語容有不同解釋可能：

1、主文部分：主文一「免除其刑」及「減輕或免除其刑」之用語

本件判決主文一就免除其刑、減輕或免除其刑二詞，均特加上「」，有特別代表什麼意義嗎？

答案是有。由判決理由第 19 段末對照觀之，係分別專指刑法上「應免除其刑」與「應減輕或免除其刑」而言。但「」已不等於當然有特別代表意義之意思，而且「」所特別代表之意義為何？可能是特別強調「」之內容或其他意思。是一般人民甚至法律專業人士（只看主文）能否掌握其係限定指刑法之特定規定用詞之真意，容有疑問。本席以為應在「」內、該等字詞前，各加上「應」字，語意會比較清楚，避免誤解。

2、理由部分

如前所述，理由第 26 段至第 29 段部分似非必要。而且如第 29 段第 8 行至第 9 行稱「使受有罪判決之人可能獲致免刑之判決，而據以決定是否開啓再審程序」；第 15 行至第 18 行稱「審查結果，如不

備法定再審事由之要件者，無再審理由，應以裁定駁回之（刑事訴訟法第434條第1項規定參照）；如具備法定再審事由之要件者，有再審理由，應為開始再審之裁定（刑事訴訟法第435條第1項規定參照）」，如均被解讀為：「在開啓再審程序前，法官應先就聲請再審之個案審查判斷是否有獲致免刑判決可能，如有，才准開啓再審」，尚非無據；而且由平等原則觀點，此種解讀反而比解讀為不必先為個案是否有獲致免刑判決可能之判斷，更為合理，因為既然是本於平等原則考量，而立基於與應免除其刑之比較，則若毫無獲致免刑判決可能，即失比較基礎，而不必然應許再審。

本席主張：本件應由罪責原則著手，本席不以為法官准開啓再審程序前，應先審查有無獲致免刑判決可能，有，才能准開啓再審程序。

附表

112 年憲判字第 2 號

助理 陳可邦 整理

一、現行法中提及免除其刑、減輕或免除其刑、應減輕其刑之規定

【應免除其刑、應減輕或免除其刑、應減輕其刑之規定】			
刑法	類型一：免除其刑	類型二：減輕或免除其刑	類型三：減輕其刑
	1. 第 288 條第 3 項規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日）	1. 第 27 條第 1 項前段：「已著手於犯罪行為之實行，而因己意中止或防止其結果之發生者，減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 2. 第 102 條：「犯第一百條第二項或第一百零一條第二項之罪而自首者，減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 3. 第 122 條第 3 項但書：「但自首者減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 4. 第 154 條第 2 項：「犯前項之罪而自首者，減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 5. 第 166 條：「犯前條之罪，於他人刑事被告案件裁判確定前自首者，減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 6. 第 167 條：「配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或	1. 第 63 條：「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑，本刑為死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日）

		第一百六十五條之罪者，<u>減輕或免除其刑。</u>」(最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日) 7. 第 172 條：「犯第一百六十八條至第一百七十一條之罪，於所虛偽陳述或所誣告之案件，裁判或懲戒處分確定前自白者，<u>減輕或免除其刑。</u>」(最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日) 8. 第 185 條之 4 第 2 項：「犯前項之罪，駕駛人於發生交通事故致人死傷係無過失者，<u>減輕或免除其刑。</u>」(最早公布日期：民國 110 年 5 月 28 日) 9. 第 227 條之 1：「十八歲以下之人犯前條之罪者，<u>減輕或免除其刑。</u>」(最早公布日期：民國 88 年 4 月 21 日)	
陸海空軍刑法		1. 第 25 條前段：「犯本章之罪自首而受裁判者，<u>減輕或免除其刑；</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日) 2. 第 41 條第 2 項前段：「犯前項前段之罪，於七十二小時內自首，並繳交所攜帶之物品者，<u>減輕或免除其刑；</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日) 3. 第 47 條第 4 項：「犯第一項之罪，而命令不須立即執行，行為人適時且自願履行者，<u>減輕或免除其刑。</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日)	1. 第 25 條後段：「在偵查或審判中自白者，<u>減輕其刑。</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日) 2. 第 39 條第 1 項但書：「但於六日內自自動歸隊者，<u>減輕其刑。</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日) 3. 第 41 條第 2 項後段：「其於偵查或審判中自白，並繳交所攜帶之物品者，<u>減輕其刑。</u>」

		(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日) 4. 第 51 條：「犯前二條之罪，其情狀可憫恕者，<u>減輕其刑。</u>」(最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日)
刑事妥速審判法		1. 第 7 條：「自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適當救濟之必要者，應<u>減輕其刑</u>：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項。」(最早公布日期：民國 103 年 6 月 4 日)
洗錢防制法		1. 第 16 條第 2 項：「犯前二條之罪，在偵查或審判中自白者，<u>減輕其刑。</u>」(最早公布日期：民國 85 年 10 月 23 日，後為文字及項次修正)

貪污治罪條例	1. 第8條第1項後段：「因而查獲其他正犯或共犯者，<u>免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日） 2. 第11條第5項前段：「犯前四項之罪而自首者，<u>免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日）	1. 第8條第1項前段：「犯第四條至第六條之罪，如有所得並自動繳交全部所得財物者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日） 2. 第8條第2項後段：「因而查獲其他正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日） 3. 第11條第5項後段：「在偵查或審判中自首者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日）	1. 第8條第2項前段：「犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，<u>減輕其刑</u>。」（最早公布日期：民國85年10月23日） 2. 第12條第1項：「犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，<u>減輕其刑</u>。」（最早公布日期：民國81年7月17日）
毒品危害防制條例		1. 第17條第1項：「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國98年5月20日）	1. 第17條第2項：「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，<u>減輕其刑</u>。」（最早公布日期：民國98年5月20日）
槍砲彈藥刀械管制條例		1. 第18條第1項：「犯本條例之罪自首，並報繳其持有之全部槍砲、彈藥、刀械者，<u>減輕或免除其刑</u>；其已移轉持有而據實供述全部槍砲、彈藥、刀械之來源或去向，因而查獲者，亦同。」（最早公布日期：民國86年11月24日） 2. 第18條第4項：「犯本條例之罪，於偵查或審判中自白，並供述全部槍砲、	

		彈藥、刀械之來源及去向，因而查獲或因而防止重大危害治安事件之發生者， <u>減輕或免除其刑</u> 。拒絕供述或供述不實者，得加重其刑至三分之一。」（最早公布日期：民國 86 年 11 月 24 日）	
組織犯罪防制條例		1. 第 8 條第 1 項前段：「犯第三條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者， <u>減輕或免除其刑</u> ；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同；」（最早公布日期：民國 85 年 12 月 11 日） 2. 第 8 條第 2 項前段：「犯第四條、第六條之罪自首，並因其提供資料，而查獲各該條之犯罪組織者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 106 年 4 月 19 日）	1. 第 8 條第 1 項後段：「偵查及審判中均自白者， <u>減輕其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 106 年 4 月 19 日） 2. 第 8 條第 2 項後段：「偵查及審判中均自白者， <u>減輕其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 106 年 4 月 19 日）
道路交通管理處罰條例			1. 第 86 條第 2 項：「汽車駕駛人，在快車道依規定駕車行駛，因行人或慢車不依規定，擅自進入快車道，而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者， <u>減輕其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 64 年 7 月 24 日）
食品安全衛生管理法		1. 第 50 條第 3 項：「雇主以外之人曾參與違反本法之規定且應負刑事責任之行為，而向主管機關或司法機關揭露，	

		因而破獲雇主違反本法之行為者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國102年6月19日，後為放寬檢舉人適用範圍之修正）	
國家情報工作法		1. 第22條之1第1項：「從事間諜行為之人自首其曾對本國從事間諜行為所涉犯罪，因而查獲其他間諜或防止國家安全或利益受到重大危害情事者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國104年6月24日）	1. 第22條之1第2項：「從事間諜行為之人因間諜行為所涉犯罪，於偵查或審判中自白，因而查獲其他間諜或防止國家安全或利益受到重大危害情事者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國104年6月24日）
反滲透法	1. 第10條後段：「自首並因而防止國家安全或利益受到重大危害情事者， <u>免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國109年1月15日）		
總統副總統選舉罷免法	1. 第86條第4項後段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者， <u>免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國95年5月30日，後酌作文字修正） 2. 第89條第4項後段：「因而查獲正犯或共犯者， <u>免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國92年10月29日，後酌作文字修正）	1. 第86條第4項前段：「犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國84年8月9日） 2. 第86條第5項後段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國95年5月30日，後酌作文字修正） 3. 第89條第4項前段：「犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國84年8月9日） 2. 第89條第5項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國92年10月29日）	1. 第86條第5項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國84年8月9日） 2. 第89條第5項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國92年10月29日）

	3. 第89條第5項後段：「因查獲正犯或共犯者，<u>免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國92年10月29日，後酌作文字修正） 4. 第97條第1項前段：「犯第八十四條第二項之罪或刑法第一百四十三條第一項之罪，於犯罪後三個月內自首者，<u>免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國92年10月29日，後配合條文變更改酌作文字修正）	者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國92年10月29日） 4. 第97條第1項中段：「逾三個月者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國84年8月9日，後配合條文變更改酌作文字修正）	3. 第97條第1項後段：「在偵查或審判中自白者，<u>減輕其刑。</u>」（最早公布日期：民國84年8月9日，後配合條文變更改酌作文字修正）
公職人員選舉罷免法	1. 第99條第4項後段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者，<u>免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國83年7月23日，後酌作文字修正） 2. 第100條第5項第二段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者，<u>免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國94年11月30日） 3. 第101條第4項後段：「因查獲正犯或共犯者，<u>免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國96年11月7日）	1. 第99條第4項前段：「犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國83年7月23日） 2. 第99條第5項後段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國83年7月23日，後酌作文字修正） 3. 第100條第5項第一段：「犯第一項、第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國94年11月30日） 4. 第100條第5項第四段：「因而查獲候選人為正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國96年11月7日）	1. 第99條第5項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者，<u>減輕其刑。</u>」（最早公布日期：民國83年7月23日） 2. 第100條第5項第三段：「在偵查中自白者，<u>減輕其刑。</u>」（最早公布日期：民國94年11月30日） 3. 第101條第5項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者，<u>減輕其刑。</u>」（最早公布日期：民國96年11月7日）

	4. 第 101 條第 5 項後段：「因查獲正犯或共犯者，<u>免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 96 年 11 月 7 日） 5. 第 111 條第 1 項前段：「犯第九十七條第二項之罪或刑法第一百四十條第一項之罪，<u>免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 72 年 7 月 8 日，後配合條次變更酌作文字修正）	其刑。」（最早公布日期：民國 94 年 11 月 30 日） 5. 第 101 條第 4 項前段：「犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 96 年 11 月 7 日） 6. 第 111 條第 1 項中段：「逾三個月者，<u>減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 72 年 7 月 8 日，後配合條次變更酌作文字修正）	4. 第 111 條第 1 項後段：「在偵查或審判中自白者，<u>減輕其刑</u>。」（最早公布日期：民國 72 年 7 月 8 日，後配合條次變更酌作文字修正）
銀行法	1. 第 125 條之 4 第 1 項後段：「<u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 125 條之 4 第 1 項前段：「犯第一百二十五條、第一百二十五條之二或第一百二十五條之三之罪，<u>於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 125 條之 4 第 2 項：「犯第一百二十五條、第一百二十五條之二或第一百二十五條之三之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，<u>減輕其刑</u>；<u>並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）
金融控股公司法	1. 第 57 條之 2 第 1 項後段：「<u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 57 條之 2 第 1 項前段：「犯第五十七條或第五十七條之一之罪，<u>於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 57 條之 2 第 2 項：「犯第五十七條或第五十七條之一之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，<u>減輕其刑</u>；<u>並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一</u>。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）

			一。」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)
證券交易法	1. 第 171 條第 4 項後段：「 <u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日)	1. 第 171 條第 4 項前段：「犯前三項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」(最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日) 2. 第 174 條第 1 項第 6 款：「有下列情事之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以下罰金：六、於前款之財務報告上簽章之經理人或會計主管，為財務報告內容虛偽之記載。但經他人檢舉、主管機關或司法機關進行調查前，已提出更正意見並提供證據向主管機關報告者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 4 月 28 日)	1. 第 171 條第 5 項：「犯第一項至第三項之罪，在偵查中自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕其刑</u> ；並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕其刑至二分之一。</u> 」(最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日)
保險法	1. 第 168 條之 3 第 1 項後段：「 <u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 168 條之 3 第 1 項前段：「犯第一百五十七條或第一百五十八條之二之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得財物者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 168 條之 3 第 2 項：「犯第一百五十七條或第一百五十八條之二之罪，在偵查中自首，如自動繳交全部犯罪所得財物者， <u>減輕其刑</u> ；並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕其刑至二分之一。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)

信託業法	1. 第 48 條之 3 第 1 項後段：「 <u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 48 條之 3 第 1 項前段：「 <u>犯第四十八條、第四十八條之一或第四十八條之二之罪，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 48 條之 3 第 2 項：「 <u>犯第四十八條、第四十八條之一或第四十八條之二之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)
期貨交易法	1. 第 112 條第 2 項後段：「 <u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 105 年 11 月 9 日)	1. 第 112 條第 2 項前段：「 <u>犯前項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；</u> 」(最早公布日期：民國 105 年 11 月 9 日)	1. 第 112 條第 3 項：「 <u>犯第一項之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。</u> 」(最早公布日期：民國 105 年 11 月 9 日)
票券金融管理法	1. 第 58 條之 2 第 1 項後段：「 <u>並因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 58 條之 2 第 1 項前段：「 <u>犯第五十八條或第五十八條之一之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕或免除其刑；</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)	1. 第 58 條之 2 第 2 項：「 <u>犯第五十八條或第五十八條之一之罪，在偵查中自白，如自動繳交全部犯罪所得者，減輕其刑；並因而查獲其他正犯或共犯者，減輕其刑至二分之一。</u> 」(最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正)

證券投資信託及顧問法	1. 第 105 條之 1 第 3 項後段：「並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日）	1. 第 105 條之 1 第 3 項前段：「犯前二項之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日） 2. 第 105 條之 1 第 4 項後段：「並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日）	1. 第 105 條之 1 第 4 項前段：「犯前二項之罪，在偵查中自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 107 年 1 月 31 日）
信用合作社法	1. 第 38 條之 4 第 1 項後段：「並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 38 條之 4 第 1 項前段：「犯前三十八條之二或第三十八條之三之罪，於犯罪後自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）	1. 第 38 條之 4 第 2 項：「犯前三十八條之二或第三十八條之三之罪，在偵查中自首，如自動繳交全部犯罪所得者， <u>減輕其刑</u> ；並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕其刑至二分之一</u> 。」（最早公布日期：民國 93 年 2 月 4 日，後酌作文字修正）
農業金融法	1. 第 41 條第 1 項後段：「並因而查獲其他正犯或共犯者， <u>免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 92 年 7 月 23 日，後酌作文字修正）	1. 第 41 條第 1 項前段：「犯第三十九條或前條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 92 年 7 月 23 日，後酌作文字修正） 2. 第 41 條第 2 項後段：「因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國 92 年 7 月 23 日，後酌作文字修正）	1. 第 41 條第 2 項前段：「犯第三十九條或前條之罪，在偵查中自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者， <u>減輕其刑</u> ；」（最早公布日期：民國 92 年 7 月 23 日，後酌作文字修正）

消費者債務清理條例		1. 第149條第2項但書：「但自首者， <u>減輕或免除其刑</u> 。在偵查中或審判中自首者，得減輕其刑。」（最早公布日期：民國96年7月11日）	1. 第11條第2項後段：「在偵查或審判中自首者， <u>減輕其刑</u> 。」（最早公布日期：民國105年7月27日）
資恐防制法	1. 第11條第2項前段：「犯第八條或第九條之罪，於犯罪後六個月內自首者， <u>免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國105年7月27日）	1. 第11條第2項中段：「逾六個月者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國105年7月27日）	
森林法		1. 第52條第6項：「第五十條及本條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪， <u>減輕或免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國104年5月6日）	
國民法官法	1. 第94條第3項後段：「因而查獲其他正犯或共犯者， <u>免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國109年8月12日） 2. 第95條第2項前段：「犯前項之罪而自首者， <u>免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國109年8月12日）	1. 第94條第3項前段：「犯前二項之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者， <u>減輕或免除其刑</u> ；」（最早公布日期：民國109年8月12日） 2. 第94條第4項後段：「因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑</u> 。」（最早公布日期：民國109年8月12日）	1. 第94條第4項前段：「犯第一項、第二項之罪，在偵查中自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者， <u>減輕其刑</u> ；」（最早公布日期：民國109年8月12日） 2. 第94條第5項：「犯第一項、第二項之罪，情節輕微，而

		3. 第 95 條第 2 項後段：「在偵查或審判中自白者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 109 年 8 月 12 日）	其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 109 年 8 月 12 日） 3. 第 95 條第 3 項：「犯第一項之罪，情節輕微，而其行求、期約或交付之財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 109 年 8 月 12 日）
商業事件審理法		1. 第 78 條第 2 項：「犯前項之罪，於所虛偽陳述之案件，裁判確定前自白者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 109 年 1 月 15 日）	
證人保護法		1. 第 14 條第 1 項：「第二條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 89 年 2 月 9 日，後酌作文字修正）	
公民投票法	1. 第 36 條第 4 項後段：「因而查獲提案人為正犯或共犯者， <u>免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 89 年 1 月 15 日）	1. 第 36 條第 4 項前段：「犯第一項或第二項之罪，於犯罪後六個月內自首者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 89 年 1 月 15 日）	1. 第 36 條第 5 項前段：「犯第一項或第二項之罪，在偵查中自白者， <u>減輕其刑。</u> 」（最早公布日期：民國 89 年 1 月 15 日）

	期：民國 92 年 12 月 31 日，後酌作文字修正)	期：民國 92 年 12 月 31 日) 2. 第 36 條第 5 項後段：「因而查獲提案人為正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 92 年 12 月 31 日，後酌作文字修正)	公布日期：民國 92 年 12 月 31 日)
空氣污染防治法		1. 第 95 條第 4 項：「公私場所之空氣污染防制專責人員或其他受僱人因其揭露行為有犯刑法、特別刑法之妨害秘密罪或背信罪者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 107 年 8 月 1 日) 2. 第 95 條第 5 項：「公私場所之空氣污染防制專責人員或其他受僱人曾參與依本法應負刑事責任之行為，而向各級主管機關揭露或司法機關自白或自首，因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 107 年 8 月 1 日)	
水污染防治法		1. 第 39 條之 1 第 4 項：「廢(污)水處理專責人員或其他受僱人曾參與依本法應負刑事責任之行為，而向主管機關揭露或司法機關自白或自首，因而查獲其他正犯或共犯者， <u>減輕或免除其刑。</u> 」(最早公布日期：民國 104 年 2 月 4 日)	

毒性及關注化學物質管理法		1. 第 54 條第 4 項：「運作人之專業技術管理人員或其他受僱人因其揭露行為有犯刑法、特別刑法之妨害秘密罪或背信罪者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 108 年 1 月 16 日） 2. 第 54 條第 5 項：「運作人之專業技術管理人員或其他受僱人曾參與依法應負刑事責任之行為，而向主管機關揭露或司法機關自白或自首，因而查獲其他正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 108 年 1 月 16 日）	
兒童及少年性剝削防制條例		1. 第 43 條第 1 項：「父母對其子女犯本條例之罪，因自白或自首，而查獲第三十二條至第三十八條、第三十九條第二項之犯罪者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 84 年 8 月 11 日） 2. 第 43 條第 2 項：「犯第三十一條之罪自白或自首，因而查獲第三十二條至第三十八條、第三十九條第二項之犯罪者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 84 年 8 月 11 日）	
人口販運防制法		1. 第 37 條：「犯人口販運罪自首或於偵查中自白，並提供資料因而查獲其他正犯或共犯者，<u>減輕或免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 98 年 1 月 23 日）	

【得免除其刑、得減輕或免除其刑、得減輕其刑之規定】			
刑法	類型一：得免除其刑	類型二：得減輕或免除其刑	類型三：得減輕其刑
	1. 第 61 條：「犯下列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第一百三十二條第一項、第一百四十三條、第一百八十六條及對於直系血親尊親屬犯第二百七十一條第三項之罪，不在此限。二、第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。三、第三百三十五條、第三百三十六條第二項之侵占罪。四、第三百三十九條、第三百四十一條之詐欺罪。五、第三百四十二條之背信罪。六、第三百四十六條之恐嚇罪。七、第三百四十九條第二項之贓物罪。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日，後為用語及款次之調整）	1. 第 23 條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 2. 第 24 條第 1 項：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日）	1. 第 16 條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」 2. 第 18 條第 2 項：「十四歲以上未滿十八歲人之行為，得減輕其刑。」 3. 第 18 條第 3 項：「滿八十歲人之行為，得減輕其刑。」 4. 第 19 條第 2 項：「行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」 5. 第 20 條：「瘡啞人之行為，得減輕其刑。」 6. 第 25 條第 2 項：「未遂犯之處罰，以有特別規定者為限，並得按既遂犯之刑減輕之。」 7. 第 30 條第 2 項：「幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」 8. 第 31 條第 1 項：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」

	2. 第 275 條第 4 項：「<u>謀為同死而犯前三項之罪者，得免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日，原為第三項） 3. 第 324 條第 1 項：「<u>於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日） 4. 第 351 條：「<u>於直系血親、配偶或同財共居親屬之間，犯本章之罪者，得免除其刑。</u>」（最早公布日期：民國 24 年 1 月 1 日）	9. 第 59 條：「<u>犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。</u>」 10. 第 60 條「<u>依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減輕其刑。</u>」 11. 第 62 條：「<u>對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。</u>」 12. 第 122 條第 3 項：「<u>對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。</u>」 13. 第 162 條第 5 項：「<u>配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親，犯第一項之便利脫逃罪者，得減輕其刑。</u>」 14. 第 244 條：「<u>犯第二百四十條至第二百四十三條之罪，於裁判宣告前送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑。</u>」

			15. 第 301 條：「犯第二百九十八條至第三百條之罪，於裁判宣告前，送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑。」 16. 第 347 條第 5 項：「犯第一項之罪，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑。」
陸海空軍刑法		1. 第 11 條第 2 項：「戰時犯本法之罪，縱經媾和、全部或局部有停火之事實或協定，仍依戰時之規定處罰。但按其情節顯然過重者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日） 2. 第 12 條：「戰時為維護國防或軍事上之重大利益，當事機急迫而出於不得已之行為，不罰。但其行為過當者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 90 年 9 月 28 日）	1. 第 17 條第 4 項：「犯前三項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」 2. 第 18 條第 4 項：「犯前三項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」 3. 第 19 條第 4 項：「犯前三項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」 4. 第 58 條第 6 項：「犯前四項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」 5. 第 59 條第 5 項：「犯前三項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」
毒品危害防制條例			1. 第 17 條第 3 項：「被告因供自己施用而犯第四條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」

槍砲彈藥刀 械管制條例			1. 第 8 條第 6 項：「犯第一項、第二項或第四項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。」	
組織犯罪防 制條例			1. 第 3 條第 1 項：「發起、主持、操縱或指揮犯罪組織者，處三年以上十年以下有期徒刑；參與者，處六月以上五年以下有期徒刑。但參與情節輕微者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 106 年 4 月 19 日）	
少年事件處 理法	1 第 74 條第 1 項：「法院審理第二十七條之少年刑事案件，對於少年犯最重本刑十年以下有期徒刑之罪，如顯可憫恕，認為依刑法第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重，且以受保護處分為適當者，得免除其刑，諭知第四十二條第一項第二款至第四款之保護處分，並得同時諭知同條第二項各款之處分。」（最早公布日期：民國 60 年 5 月 14 日，後酌作文字修正）			

妨害兵役治罪條例		1. 第9條：「犯第四條第五款、第五條第五款、第六條第一項第四款或前條之罪，應徵、應召於最後期限屆滿之日起二日內，自動入營或報到者， <u>得減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國44年5月30日，後酌作文字修正）	1. 第9條：「犯第四條第五款、第五條第五款、第六條第一項第四款或前條之罪，應徵、應召於最後期限屆滿之日起二日內，自動入營或報到者， <u>得減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國44年5月30日，後酌作文字修正）
國家情報工作法		1. 第29條第1項：「情報人員及情報協助人員遵從上級指令從事情報工作，於事後逕行舉報不法或願對違法事實證實作證者， <u>得減輕或免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國94年2月5日）	1. 第22條之1第3項：「我國人民曾有違法失職情事，致遭外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員掌握並脅迫為其擔任間諜，在尚未從事間諜行為前自首犯行者，原所涉犯罪， <u>得減輕其刑。</u> 」
證券投資信託及顧問法			1. 第109條第2項：「犯前項之罪而自首或自首者， <u>得減輕其刑</u> ；在偵查或審判中自首者， <u>得減輕其刑。</u> 」
消費者債務清理條例			1. 第149條第2項但書：「但自首者，減輕或免除其刑。在偵查中或審判中自首者， <u>得減輕其刑。</u> 」
證券交易法	1. 第173條第2項：「犯前項之罪而自首者， <u>得免除其刑。</u> 」（最早公布日期：民國57年4月30日）		

期貨交易法	1. 第 114 條第 2 項：「犯前項之罪而自首者，得免除其刑。」（最早公布日期：民國 86 年 3 月 26 日）	1. 第 118 條第 2 項：「犯前項之罪被發覺前，該法人提出告訴或告發者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 86 年 3 月 26 日）	
商業會計法		1. 第 73 條：「主辦、經辦會計人員或以電子方式處理會計資料之有關人員，犯前二條之罪，於事前曾表示拒絕或提出更正意見有確實證據者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 84 年 5 月 19 日）	
稅捐稽徵法	1. 第 48 條之 1 第 1 項：「納稅義務人自動向稅捐稽徵機關補報並補繳所漏稅款者，凡屬未經檢舉、未經稅捐稽徵機關或財政部指定之調查人員進行調查之案件，下列之處罰一律免除；其涉及刑事責任者，並得免除其刑：一、第四十一條至第四十五條之處罰。二、各稅法所定關於逃漏稅之處罰。」（最早公布日期：民國 82 年 7 月 16 日） 2. 第 48 條之 1 第 2 項：「營利事業應保存憑證而未保存，如已給與或取得憑證且帳簿記載明確，不涉及逃漏稅捐，於稅捐稽徵機關裁處或行政		

	救濟程序終結前，提出原始憑證或取得與原應保存憑證相當之證明者，免依第四十四條規定處罰；其涉及刑事責任者，並得免除其刑。」（最早公布日期：民國 103 年 6 月 4 日）			
菸酒管理法			1. 第 48 條第 3 項：「前二項販賣、運輸、轉讓或意圖販賣、運輸、轉讓而陳列或貯放者，配合提供其劣菸、劣酒來源因查獲者，得減輕其刑，或減輕其罰鍰至四分之一。」	
水土保持法			1. 第 32 條第 1 項但書：「但其情節輕微，顯可憫恕者，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 83 年 5 月 27 日）	
海岸管理法			1. 第 40 條：「犯第三十二條至第三十四條之罪，於第一審言詞辯論終結前已作有效回復或補救者，得減輕其刑。」	
證人保護法			1. 第 14 條第 3 項：「被告或犯罪嫌疑入非第一項案件之正犯或共犯，於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第二條所列刑事案件之被告，如其因供述所涉之犯罪經檢	

		察官起訴者，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且曾經檢察官於偵查中為第二項之同意者為限，得減輕或免除其刑。」（最早公布日期：民國 103 年 6 月 18 日）

二、系爭刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款「免刑」規定之立法沿革

（一）刑事訴訟法公布於民國 17 年 7 月 28 日，再審係規範於第 441 條：「科刑之判決確定後遇有左列情形之一者，為受刑人利益起見得，提起再審：一、為判決基礎之證據已經確定判決證明其為偽造或變造者。二、為判決基礎之證言、鑑定或通譯已經確定判決證明其為虛偽者。三、為判決基礎之通常法院或特別法院之裁判已經確定裁判變更者。四、因發見確實證據足認受刑人應受無罪判決或輕於原審所認罪名之判決者。五、受刑人已經確定判決證明，其係被誣告者。六、參與原審判決或前審判決之推事參與偵查，或起訴之檢察官因該案件而犯職務上之罪其科刑之判決已經確定者。」。

（二）於民國 24 年 1 月 1 日修正刑事訴訟法時，於第 413 條第 1 項第 6 款首見「免刑」：「有罪之判決確定後。有左列情形之一者。為受判決人之利益。得聲請再審。六、因發見確實之新證據。足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者」。

協同意見書

許志雄大法官 提出

一、刑事訴訟法第420條第1項第6款規定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者。」（下稱系爭規定），本號判決主文表示，其所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第7條保障平等權之意旨無違。據此，應適用「減輕或免除其刑」法律規定之個案，亦有依系爭規定聲請再審之可能，本席敬表認同。惟多數意見藉合憲性解釋方法獲致系爭規定合憲之結論，此種解釋方法是否妥適，有待商榷。又系爭規定所稱足認應受免刑之判決，究何所指？規範射程如何？本席之見解亦與多數意見未臻一致。茲本於求同存異之精神，對本號判決勉予同意，然認其疑義有釐清之必要，爰提出協同意見書。

二、所謂合憲性解釋，通常係指某法令發生違憲疑義時，透過限縮（限定）方法，將其有違憲疑義之部分去除，而作成合憲解釋者¹。換言之，當法令有從寬或從嚴之解釋可能，若從寬解釋，則該法令違憲；若從嚴解釋，可依據憲法規定或原理，將有違憲疑義之部分除去，作成合憲解釋，此即合憲性解釋，又稱合憲限縮（限定）解釋。惟合憲性解釋之本質，係將法令作成適合憲法之解釋，論理上其解釋方法並無侷限於限縮解釋之必然性。藉由擴張解釋或類推之方法，擴張法令規定之文義，或填補法令規定不足之處，以擴大法令規定之適用範圍，進而達成合憲之判斷，亦屬可能之合憲性解釋方法。總之，合憲性解釋除合憲限縮解釋外，亦包括合憲擴張解釋及合憲補充（類推）解釋²。

¹ 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁317。

² 土井真一著，違憲審查の對象・範圍及び憲法判斷の方法——憲法適合的解釋と一部合憲判決の位置付け，收於土井真一編著「憲法適合的解釋の比較研

本號判決主文表示，系爭規定「所稱『應受……免刑』之依據，除『免除其刑』之法律規定外，亦應包括『減輕或免除其刑』之法律規定在內，始與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。」言下之意，原本僅法律明定「免除其刑」者，方能適用系爭規定聲請再審，至法律規定「減輕或免除其刑」者，尚與系爭規定所稱「應受……免刑」有間，非得據以聲請再審。因後者未能聲請再審，涉有違反憲法第 7 條平等權保障之疑義，唯有採合憲擴張解釋或合憲補充（類推）解釋之方法，擴張法令規定之文義，或填補法令規定不足之處，亦即將「減輕或免除其刑」涵蓋於「應受……免刑」之內，藉以消除違憲疑義，「始」與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。惟多數意見於判決理由中表明：「就文義解釋言，系爭規定所稱『應受……免刑』之依據，除『免除其刑』之法律規定外，亦應包括『減輕或免除其刑』之法律規定在內。」（理由第 23 段參照）。其認依文義解釋「應受……免刑」包括「減輕或免除其刑」，則系爭規定應自始無違憲疑義，豈有採行合憲性解釋之必要？

按合憲性解釋屬法令解釋方法或準則，意在迴避法律之違憲判斷；其本於司法消極主義之思維，為一種司法自制之技術。藉此判斷方法，可避免宣告法令違憲，以示對政治部門之尊重，並維護法秩序之統一性³。惟合憲性解釋固為違憲判斷之迴避手法，實質隱含部分違憲之判斷，是與部分違憲僅有一線之隔。多數意見既認依文義解釋之結果，系爭規定並無違憲疑義，卻又以合憲性解釋方法作成合憲判斷，難免有論理不一致之嫌。

三、法之理念包含正義、合目的性及法安定性，三者既相輔相成，同時又彼此矛盾。這三種價值理念並無一定之優先順位，應以何者為重，常須視個別情形而決定。通常情形，實定法即使不正，亦應依法安定性之要求而適用。因不正之法一體適用，正符合平等，而與

究」，有斐閣，2018 年，頁 249、250。

³ 新正幸著，憲法訴訟論，信山社，2008 年，頁 439-441。

正義之本質無違，是法安定性亦屬某種形式之正義，法安定性與正義尚非對立。然當實定法極端不正義，對這種不正義而言，由該實定法保障之法安定性已不具任何意義時，不正之實定法必須向正義讓步⁴，亦即正義應優先於法安定性。

同理，審級制度、確定判決及既判力等制度與概念之設定，寓有確保法安定性之意旨。個案如已用盡審級救濟，形成之確定判決具有既判力，即使該判決有不正或不當之情形，原則上亦不得變更之，俾維持整體法秩序之安定。唯當個案判決異常不正或不當，出現極端不正義現象，致法安定性之價值已然喪失，始例外准予循非常程序謀求救濟。再審與非常上訴同屬非常救濟程序，要件自必嚴格，僅有少數例外情形方允許之。要之，再審之目的在於實現個案之正義，屬例外，要件理應從嚴，否則恐動搖審級制度、確定判決及既判力等制度與概念所追求之法安定性。惟再審屬訴訟制度之一環，如何設定，立法者具有一定之裁量或政策形成空間，應受尊重。

刑事訴訟法第420條第1項第6款規定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」就結論而言，本席認為此一規定並無恣意情形，尚屬立法裁量範圍，應係合憲。

四、如判決理由所示，刑事訴訟法第420條第1項第6款規定將受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑之判決並列，有其共通性之考量。首先，無論無罪、免訴或免刑判決，均有終局性排除國家刑罰權制裁之法律效果；立法者將其列為再審事由，係認此際追求實體正義之利益應優於法安定性（理由第25段參照）。再者，關於應受無罪、免訴或免刑之判決，乃至輕於原判決所認罪名之判決，法官均無

⁴ 尾高朝雄等譯，實定法と自然法（ラートブルフ著作集第4卷），東京大學出版會，1975年第7刷，頁66、67。

裁量空間，亦為各該再審事由之共通點。

相較之下，受有罪判決之人應受減輕其刑之判決者，不生終局性排除國家刑罰權制裁之法律效果，其個案實體正義之利益未必優於整體法安定性之利益。而且，在法定減輕範圍內，法官於個案定宣告刑時，究竟要減輕多少刑度，具有廣泛之裁量空間，亦與前揭各再審事由不同。刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定所以未將應受減輕其刑之判決列為再審事由，諒係出於此等考量。

五、判決理由指出，關於刑之減輕及免除，有絕對制與相對制之分。刑事法有關「免除其刑」、「減輕或免除其刑」之法律規定用詞，係指「應」免除其刑、「應」減輕或免除其刑之絕對制；而有「得免除其刑」、「得減輕或免除其刑」之法律規定用詞，則係採相對制。本判決受限於聲請之原因案件（聲請人主張應適用毒品條例第 17 條第 1 項規定「減輕或免除其刑」），故審查對象僅限於絕對制，不及於相對制（理由第 19 段參照），而留下尚待解決之問題。

於依法應適用「免除其刑」之法律規定者，法院即應為免刑之判決，毫無裁量空間；其屬系爭規定所定再審事由，不俟贅言。於依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定者，多數意見認為，法院客觀上有依法應諭知免刑判決之可能，故系爭規定所稱「應受……免刑」之依據，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內（理由第 23 段及第 27 段參照）。惟是否於依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定時，即得聲請再審，法院並應為開始再審之裁定，更為審判（刑事訴訟法第 435 條第 1 項及第 436 條規定參照），而不問該個案有無應受免刑判決之具體情形。就此，本號判決語焉不詳，有待探討。

六、本席認為，依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定者，法院除為免刑判決外，亦有可能為減輕其刑之判決，而且為減輕其刑之判決時，法院之裁量空間相當大，最多可減輕其刑三分之二，最少亦可僅減輕一日，蓋理論上只要減輕其刑在三分之二以下，皆為法律所許。惟如本意見書第四點所述，刑事訴訟法第 420 條第 1 項

第6款規定所列各再審事由，具有「法官均無裁量空間」，乃至「有終局性排除國家刑罰權制裁之法律效果」之共通點。如果依法應適用「減輕或免除其刑」之法律規定，即具備再審事由，則與上開共通點顯有扞格。

從系爭規定之文義觀之，得否聲請再審，除視應適用之法律有無免除其刑規定外，仍應就個案情形為具體之判斷。換言之，依系爭規定，須因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，「足認」受有罪判決之人應受免刑之判決者，始得聲請再審。即使應適用之法律規定「減輕或免除其刑」，可認內含免除其刑規定，亦不當然得據以聲請再審。實際是否得聲請再審，仍應進一步就個案情形審酌之。唯當審查結果「足認」該個案應為免刑判決，始充分具備再審之要件。此際，法官之裁量已收縮至零或近乎零，庶幾能與前述刑事訴訟法第420條第1項第6款規定所列各再審事由之共通點無違。反之，倘就個案情形審酌，未達「足認」該個案應為免刑判決者，即不得聲請再審。對於該再審之聲請，法院應認無再審理由，以裁定駁回之（刑事訴訟法第434條第1項規定參照）。多數意見主張，法院審查法定再審事由之要件是否具備時，應「僅係根據聲請人提出之新事證，經單獨或與先前之證據綜合判斷後予以考量，是否產生合理懷疑而足以動搖原確定判決之事實基礎，使受有罪判決之人可能獲致免刑之判決，而據以決定是否開啟再審程序，重新審理該原因案件」（理由第29段參照）。依其主張，只要「可能」獲致免刑之判決，即具備再審事由之要件。此與法定「足認」應受免刑判決之要件有異，會崩解刑事訴訟法第420條第1項第6款規定所列各再審事由之共通性，本席礙難接受。

或有論者擔心，法院於再審事由之程序審查時，即須為是否「足認」應受免刑判決之審酌，必然涉入實體之判斷，恐有不宜。惟程序審查時，於一定範圍內，預先為某種程度之實體判斷，並不少見，且有其必要。以刑事訴訟法第420條第1項第6款規定所列其他再審事由為例，法院判斷個案是否具備「足認受有罪判決之人應受無罪、免

訴……或輕於原判決所認罪名之判決」要件時，豈能不為某種程度之實體判斷？其實「此一階段之審查程序，僅係處理個案聲請是否合於法定再審事由要件之程序問題，並非處理罪責與刑罰之實體問題，因此與嚴格證明法則無涉，僅以採自由證明之程序為已足。」其與一般採取嚴格證明法則之實體判斷有別，不可混為一談（理由第 29 段參照）。

六、此外，刑事法採相對制，規定「得免除其刑」、「得減輕或免除其刑」者，參照上述法理，亦應有依據系爭規定聲請再審之可能，與絕對制無殊。要言之，不問法律規定採取絕對制或相對制，當個案足認應受免刑之判決者，即符合再審事由之要件，應准予再審。反之，縱使法律規定應「減輕或免除其刑」，但就個案判斷，僅應減輕其刑，而不應為免刑判決者，仍與再審事由之要件不符，於再審聲請之程序審查時，即應駁回之。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出
詹森林大法官 加入

壹、本件聲請案之原因事實大要及爭議點

本件判決三件聲請案之原因事實相同，均為涉販賣毒品罪嫌者，於警詢時主動供出其毒品來源之前手，但於判決確定後，該毒品來源之前手始被查獲，經檢察官提起公訴，法院判處販賣毒品罪刑確定。聲請人以該前手之有罪確定判決為新事實新證據，主張依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第1項「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」之規定，聲請再審請求判決減輕或免除其刑。

再審法院適用刑事訴訟法第420條第1項第6款規定得聲請再審之事由「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」（即系爭規定），認其中稱「應受免刑」之判決，係指依法律規定必免除其刑者而言，倘為法院得於科刑範圍內裁量其輕重之事由，自非屬刑事訴訟法第420條第1項第6款所指得聲請再審之範圍，而毒品條例第17條第1項係規定「減輕或免除其刑」，法院有裁量之權，故與刑事法規定必免除其刑者有異，並非「應受免刑之判決」，自不得據為聲請再審之原因，從而均駁回再審之聲請。（最高法院106年度台抗字第724號刑事裁定、110年度台抗字第1072號刑事裁定、111年度台抗字第1515號刑事裁定，即確定終局裁定一、二、三參照），聲請人認系爭規定違憲而聲請釋憲。

本件判決認系爭規定得聲請再審之事由，所稱「應受免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第7條保障平等權之意旨無違。本席贊同本判決結論，並就此補充意見。

貳、本席之協同意見

一、最高法院刑事第三庭為本件判決之先行者

最高法院 108 年度台抗字第 1297 號刑事裁定（下稱 1297 號裁定），就與本件原因案件相同之毒品犯供出前手後被查獲而聲請再審案，駁回再審之聲請。但於裁定理由指出，該庭經評議後，擬擴充對本件系爭規定所定得再審之免刑範圍，包括「必要、相對」免除其刑之情形，而與最高法院一向認為係僅指「必要、絕對」之情形，有所歧異。乃依法院組織法第 51 條之 2 第 2 項提出徵詢。經徵詢結果，該庭之意見屬少數說，故該庭仍採先前最高法院之原見解，而裁定駁回再審之聲請。

1297 號裁定並將該庭所作徵詢書理由要旨列為附件一，並將最高法院各刑事庭回復書理由要旨列為附件二。附件一意旨與本判決意旨相同，故最高法院刑事第三庭可稱為本件判決之先行者。徵詢書另從實務觀點析論若依系爭規定得再審者僅限於「必要、絕對」之免刑，則系爭規定免刑之再審理由，實際上幾乎無適用之餘地，類同具文（參 1297 號裁定附件一理由要旨第五（一）（二）段）。至於附件二所列舉認再審仍應維持「必要、絕對」免刑之理由，主要者包括，關於免刑規定之種類，既可分為「必要、絕對」、「必要、相對」、「任意、絕對」、「任意、相對」四種方式，系爭規定選擇再審之要件限「必要、絕對」免刑者，屬立法形成自由之裁量範圍，司法自應予以尊重（參 1297 號裁定附件二理由要旨第一段）。此說亦有道理。但現由憲法法庭依本判決對系爭規定為合憲性之解釋，擴張免刑之範圍，使包括「減輕或免除其刑」之範圍，該違反立法形成自由之顧慮即已不存在。

二、因所供出毒品來源之前手被查獲之遲速而決定得否「減輕或免除其刑」，違反平等原則，且失信於民

依毒品條例第 17 條第 1 項規定，涉販賣毒品者，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。當然，被告所供出前手之資訊必須與該前手被查獲具有相當之因果關係，始能適

用¹。

若被供出毒品來源之前手被查獲之時間係於被告之判決確定前，則被告就有機會適用上開規定而減輕或免除其刑²。但若被供出毒品來源前手之查獲係在判決確定後，則被告唯有聲請再審，始有適用上開規定之機會。然而依系爭規定再審之門檻僅就應「免刑」之規定者開放，而未包括「減輕或免除其刑」者，則被告適用毒品條例第17條第1項規定之機會就遭封殺。

就同為販賣毒品之嫌犯而同樣供出毒品來源前手者，僅因國家機關查獲前手時程之遲速，而造成其等得否減輕或免除其刑之差別待遇，對於未能適用者極為不利，又此因素又非供出者所能控制，就此而言實亦已違反平等原則。申言之，國家既然以「減輕或免除其刑」作為鼓勵毒品犯罪者供出毒品來源之前手，而僅應因其所供出前手被查獲時間之早晚，而受差別待遇，即不公平。前手於被告判決確定後始被查獲時，被告連受到審查以決定得否適用毒品條例第17條第1項之機會都沒有，可以想見被告必生悲憤不滿之情。本件判決之結論，可消弭此不公平現象，也實現國家不可失信於民之原則。

三、毒品條例第17條第1項所規定「查獲」之意涵，應為統一見解

¹ 最高法院111年度台上字第5273號刑事判決：「毒品危害防制條例第17條第1項規定：『犯第4條至第8條、第10條或第11條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。』所稱『供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者』，係指被告供出毒品來源之對向性正犯，或與其具有共同正犯、共犯（教唆犯、幫助犯關係）之毒品由來之人的相關資料，使調查或偵查犯罪之公務員據以對之發動調查或偵查程序，並因此而確實查獲其人、其犯行而言。又行為人之『供出毒品來源』，與調查或偵查犯罪之公務員對該人發動調查或偵查並進而查獲之間，論理上須具有先後且相當之因果關係。」最高法院111年度台上字第4857號刑事判決、最高法院112年度台上字第251號刑事判決相同意旨參照。

² 理論上，被告供出前手之查獲必須在第二審言詞辯論終結前，始得由二審法院適用毒品條例第17條第1項規定減輕或免除其刑，但實務上，若前手之查獲係在第二審言辯之後，第三審法院通常廢棄原判決而發回更審，俾被告得有適用之機會。

依毒品條例第 17 條第 1 項，被告供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。然而實務上最高法院對於「查獲」之意涵，有寬嚴不同之見解。較寬鬆者認為，只要偵查機關開始偵查即屬之³；相對嚴格見解認為，應經檢察官提起公訴⁴；採嚴格見解者則認為應經檢察官提起公訴後為有罪判決⁵。以上最高法院不同判決採取寬嚴不同之見解，對被告權益影響甚大，於被告間亦不公平，故有統一見解之必要。

四、開啓再審後，法院得為「減輕其刑」，亦得為「免除其刑」之判決

依本判決，於當事人提出符合依法「減輕或免除其刑」之新證據後（即被告於判決確定後提出其所供出毒品來源之前手業經查獲之證據），符合系爭規定之要求時，法院即應開啓再審程序，進行審理後決定被告應否獲致減輕其刑或免刑之再審判決，此為本件判決主文當然之解釋。本件判決理由之論述亦與此相符，此即判決理由所指「審查結果，如不備法定再審事由之要件者，無再審理由，應以裁定

³ 如最高法院 103 年度台上字第 96 號刑事判決：「此所稱查獲，凡職司偵查程序之公務員因職務上之機會，或因其個人之經驗、閱歷，認有犯罪嫌疑，而對嫌疑人依法採取任何調查、追緝之手段，足認已對其啟動偵查犯罪程序者，即屬之。」

⁴ 如最高法院 110 年度台上字第 5173 號刑事判決：「又所謂查獲其人、其犯行，雖不以達有罪認定之已無合理懷疑存在之程度為必要，但至少已臻至起訴門檻之證據明確且有充分之說服力，方得獲邀上開減、免其刑之寬典，故著重在其犯行之查獲。換言之，供出毒品來源，及破獲相關他人犯罪，二種要件兼具，才能因其戴罪立功，享受寬典。從而，非謂行為人一有『自白』、『指認』毒品來源之人，即得依上開規定，予以減、免其刑；猶須提供確實資訊，使調查或偵查犯罪之公務員對之發動調查或偵查，進而查獲該人及其犯行，否則，若偵查犯罪機關認為事證不足，而無從確實查獲者，即與上開減、免其刑規定要件不合。」

⁵ 如最高法院 106 年度台上字第 1878 號刑事判決：「所謂確實查獲其人、其犯行者，雖不以達有罪認定之已無合理懷疑存在之程度為必要，必也至少已臻至起訴門檻之證據明確且有充分之說服力，但於供出者欲行適用上開減刑規定時，該所謂之『毒品來源』雖經起訴，已經法院認定非毒品來源時，則屬確定未因被告供出而查獲，自無上開減刑規定之適用，殆無疑問。」

駁回之」、「如具備法定再審事由之要件者，有再審理由，應為開始再審之裁定」、「於開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判（刑事訴訟法第436條規定參照），回復判決確定前之通常審判程序重新審判，採嚴格證明程序，進行實質審判。」（判決理由第29段參照）。進行實質審判之結果，自可為「減輕其刑」或「免除其刑」之判決，自不待言。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

第
2
號

壹、本判決確認刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定中，所謂「應受……免刑……之判決」（下稱系爭規定），包含依據應「減輕或免除其刑」之法律規定，就個案可能為免刑判決之情形在內，本席敬表贊同。但就本判決多數意見所持理由，認為尚有補充之處，爰提出協同意見。

貳、系爭規定之文義，本包含依據應「減輕或免除其刑」之法律，於個案應受免刑判決之情形

按刑事有罪判決之內容，不外乎：1. 確認被告在過去某一時點，有符合刑事法律所規定犯罪構成要件之行為；2. 就該行為依刑事法律宣示被告應負之刑罰。換言之，刑事審判之任務，係依法律規定之程序，發現事實之真相，並於被告有符合法律規定犯罪構成要件之行為時，將法律規定將應有之刑罰，反映至該案件。在此過程，法院所扮演者，僅如「高懸之明鏡」，清晰的反射案件之全貌，對犯罪事實之全盤經過，既無增減，對於被告應負之刑事責任，亦未添柴加火。

申言之，從法院之立場言，法院僅為法之代言人，任務在宣示法之內容而非決定或創造法之內容。在犯罪事實認定上，法院僅能就所「認識」之證據，「判斷」立法者所預定之犯罪構成要件是實存否，或其案情如何，固然不發生由法院「決定」或「裁量」之問題；即使從法院所宣示之刑罰而言，亦為法院依據法律規定，對照個案事實及情節，將立法者所預定之法律效果，「宣示」出來而已，而非由法院「決定」應如何處罰。從被告之立場言，被告所受之判決，均為該個案依據法律「應受之判決」。因此，不論實體法係規定應「免除其刑」、「得免除其刑」、應「減輕或免除其刑」或「得減輕或免除其刑」，如開始再審後法官依個案之犯罪情節，為「免刑之判決」者，法理上均應認為係被告所「應受免刑之判決」，而在系爭規定之文義範圍內。

從另一觀點，再審程序是以審查原「確定判決」有無再審理由為開始，朝向作成「新判決」為目標。無論何者，均以處理法院之「判決」為核心。以刑事訴訟法第420條第1項第6款規定：「……足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」為例，如法院於開始再審後判決被告無罪，即為該款所稱被告「應受無罪之判決」；法院為免訴判決，即為該款所稱被告「應受免訴之判決」；法院變更確定判決宣示之甲罪，改為較輕之乙罪，即為該款所稱被告「應受輕於原判決所認罪名之判決」。同理，於法院為「免刑之判決」，亦復如是。至於法院係依據刑事實體法「免除其刑」、「得免除其刑」、應「減輕或免除其刑」或「得減輕或免除其刑」中哪一規定為「免刑之判決」，對判決結論而言，並無差別，對被告而言，亦無差別。本判決雖受限於原因案件所適用之法律，確認依「應受減輕或免除其刑」之法律，於個案應受免刑判決之情形，亦包含在內。但就法理而言，並不以此為限。

參、應依憲法保障被告人身自由或罪責相當原則進行審查

本判決雖依憲法平等原則審查系爭規定，然而，正如民法第6條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」不會發生若未將此所謂「人」，解釋為包含男人在內，則「男人」與「人」相比之結果，將有所差異而違反平等原則一樣。因為「男人」之概念既包含於「人」之概念內，自不發生「男人」應與「人」相比，而有差異之問題。系爭規定「應受……免刑……之判決」之文義，既應「包含」依法律「應受減輕或免除其刑」之規定，於個案應受免刑判決之情形在內，自不發生二者如何比較其差異，而有是否違反平等原則之問題。更何況系爭規定所稱「應受……免刑……之判決」，係指開始再審後法院所為之「判決」內容，與「應受減輕或免除其刑」係「實體法規定」，為完全不同之兩件事，更無比較之基礎，自不生所謂平等之問題。

本席認為，因確定判決之可能誤認事實，致被告依實體法規定

「應減輕或免除其刑」之事實，未被斟酌，致被告承受超過其行為應承受之刑罰，此一結果已達違反正義之程度，不但使被告受憲法保障之人身自由受到侵害，亦違反罪刑相當之憲法原則，故應許被告依再審程序以求救濟。

肆、中華民國 104 年修正之系爭規定，重在放寬再審事由之「證據新規性」

一、刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款，於 104 年 2 月 4 日修正時，將原規定：「……六、因發現確定之新證據，足認……」，修正為「……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認……」其立法理由謂：「鑒於現行實務受最高法院 35 年特抗字第 21 號判例、28 年抗字第 8 號判例；及 50 年台抗字第 104 號判例、49 年台抗字第 72 號判例、41 年台抗字第 1 號判例、40 年台抗字第 2 號判例及 32 年抗字第 113 號判例拘束，創設出『新規性』及『確實性』之要件，將本款規定解釋為『原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者』且必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。此所增加限制不僅毫無合理性，亦無必要，更對人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，而違法律保留原則。」（本判決第 26 段參照）

二、然細探該立法理由，實值玩味。蓋上開判例均無「必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之」之見解。細言之，最高法院 28 年抗字第 8 號及 35 年特抗字第 21 號判例僅在表明所謂「發現之新證據」，指於事實審法院審判時已存在之證據；32 年抗字第 113 號及 40 年台抗字第 2 號判例，係表明就「新證據之本身形式上觀察，毋須經調查程序」，顯然可認為足以動搖原確定之判決者而言；41 年台抗字第 1 號判例，則不再強調「新證據之本身形式上觀察，毋須經調查程序」之要件，僅強調新證據足以動

搖原確定之判決；49年台抗字第72號及50年台抗字第104號判例再進一步放寬，認為「固非以絕對不須經過調查程序為條件」，但必須可認為確實足以動搖原確定判決而為受判決人有利之判決者為限。

三、由上可知，所謂「必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。」並非源自判例之見解。上開立法理由所據實務見解為何，雖未可知。然犯罪事實應依證據證明之（刑事訴訟法第154條第2項規定參照），至於應至何種程度始可謂已為證明，學說固有不同觀點，但須至被告犯罪已證明到無合理可疑之程度時，始得認定被告犯罪，則為一般可接受之見解。換句話說，只須有任何合理可疑被告未犯罪，即應為無罪之判決。「無合理可疑」既為認定被告犯罪所須之證明程度，有合理可疑時，即應為被告無罪之判決，於此邏輯下，欲推翻被告受有罪之確定判決之再審，只須對確定判決之事實認定有合理可疑，有依新證據予以推翻之可能性即為已足，而非須到達依新證據無合理可疑足以推翻有罪判決之程度，方得為再審（日本最高裁判所於昭和50年〔西元1975年〕5月20日裁定，所謂白鳥案再審裁定參照）。

四、本席認為，有關新證據對作成新判決之影響性，須達到「足認」之程度，104年2月4日修法前後並無不同。換言之，修正前係「因發現確實之新證據，……足認……」，修正後則為「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認……」。至於所謂「發現」，於修正前法律未明文，實務及通說均認為不包含事實審法院判決後始發生之證據。修正後則於同條第3項規定：「第1項第6款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」因此，104年2月4日修正重點，應在於放寬得據為再審理由之「證據新規性」，亦即將再審之事由，擴大至事實審法院判決時已存在並未發現，以及其後存在或成立之事實、

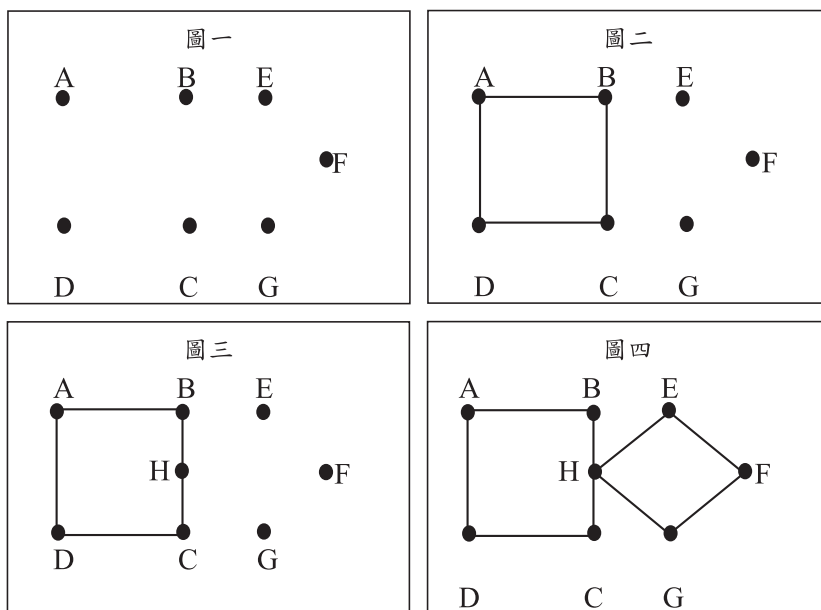
證據，在判斷是否足認應為新判決之層面上，並得就新事實或新證據，單獨或與先前之證據，綜合判斷。至於究竟應證明至何種程度，始「足認」應為新判決，於修法前後並無不同，係妥諸學理發展。

蓋以「發現確實之新證據」作為再審之理由，可追溯至清末（宣統 3 年，西元 1911 年）之刑事訴訟律草案第 444 條第 6 款規定：「因發現有免訴或撤銷公訴或較輕原判決應受輕刑之確實證據，可直接指摘原判決不當者。」在此草案中，明白規定所謂「確實證據」，必須是可直接指摘原判決不當之證據，不得與其他證據結合（前述最高法院 32 年抗字第 113 號及 40 年台抗字第 2 號判例之見解，或係受此影響）。10 年北洋政府制定之刑事訴訟條例第 458 條第 4 款規定：「因發現確實證據，足認受刑人應受無罪、免訴或輕於原審所認罪名之判決者」，此一規定後為國民政府於 17 年公布之刑事訴訟法第 441 條第 4 款所沿用，迄 104 年 2 月 4 日修正前，大體未變。依前述立法沿革可知，104 年 2 月 4 日之修正最有別於以往者，毋寧是關於再審要件之「證據新規性」之修正。

五、吾人或可將法院認定犯罪事實之過程，比擬為尋找描述犯罪之地圖。假設在犯罪行為發生後，留下 A 至 G 可能與犯罪行為有關之事實（如附圖一）¹。法院經審理後於確定判決中判斷：A、B、C、D 四個事實彼此關聯，但 A、B、C、D 與 E、F、G 均無關聯，EF、FG 之間雖有關聯，但 EG 之間却無關聯，因而認定犯罪地圖，就是由 ABCDA 之連線所形成之四邊形（如附圖二），至於 E、F、G 則為獨立於犯罪事實之外之 3 個事實。若

¹ 證據亦為一事實。吾人經常由已知之 A 事實（例如燈炮發光），推論不知之 B 事實（例如有通電）。從證據法之觀點，此一推論過程，便是證明，其中 A 便是證明 B 之證據。法院所認定之事實，除了公眾周知之事實，或事實於法院已顯著或為其職務上所已知者外，都必須以證據證明（刑事訴訟法第 157 條及第 158 條規定參照）。作為再審之新事實，亦不能外。

判決確定後，被告又主張發現 H 之新事實，位置如附圖三，而聲請再審。在 104 年修法前，H 僅為 ABCDA 之連線所形成之四邊形上之一點，H 之發現仍不足以動搖由 ABCDA 之連線所形成之犯罪地圖，因此不得作為再審之事由。但於修法後，受理再審聲請之法院，尚可以將 H 與其他 E、F、G 等證據為綜合判斷，若判斷結果 H 與 E、F、G 均無關聯，則犯罪地圖仍為 ABCDA 之連線所形成之四邊形，H 雖為發現之新證據或新事實，但對犯罪地圖既無影響，仍不得作為再審之事由，應駁回其再審之聲請。反之，若法院認為 H 與 E、G 均有關聯，E、G 又分別與 F 有關聯，則 EFGHE 亦可形成另一事實之四邊形（如附圖四），此一事實存在，已足以動搖原確定判決所認定由 ABCDA 連結之犯罪事實，此時即應為開始再審之裁定。案件經開始再審後，即回復通常審判程序（與言詞辯論再開類似），依通常程序就 A 至 H 各點之關聯性判斷，以認定真正之犯罪地圖。既不受確定判決所認定之 ABCDA 之拘束，亦不受開始再審裁定所認定 EFGHE 之拘束，自屬當然。



伍、開啟再審後，依「應受減輕或免除其刑」之法律，仍得按個案情節為減輕其刑之判決

一、發現有刑事實體法規定應「減輕或免除其刑」之再審事由而開啟再審後，再審法院依個案之案情，認為雖不應為「免除其刑」之判決，但應為「減輕其刑」之判決者，得否為「減輕其刑」之判決？想像上可能有肯定與否定之見解。

二、就此，本判決僅謂：「於開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判（刑事訴訟法第 436 條規定參照），回復判決確定前之通常審判程序重新審判，採嚴格證明程序，進行實質審判。至於最終審判結果是否確實為免刑之判決，則視審理結果所得心證而定。」（本判決第 29 段參照）對於前開問題，並未明白表示。

三、本席認為應採肯定說。蓋法院所以未為減輕或免刑之判決，係因法院誤認法律規定應「減輕或免除其刑」之事實所致，茲既發現有應為減輕或免刑判決之新事實或新證據，即應重新審判，並就個案被告依法律應受減輕或免除其刑進行判斷，回復個案應有之判決，以符合實體正義及罪責相當原則。因此，縱依個案情節不應為免除其刑之判決，仍應依「減輕其刑」之規定而為判決，如採否定說而謂經歷再審程序證據調查及言詞辯論後，法院雖已得出依該個案情節應「減輕其刑」，但未達應「免除其刑」程度之心證，不符合「應受免刑判決」之再審要件，仍須維持原判決之刑罰，不啻使開始再審以後所進行之程序，全歸於徒勞，且無異要求法官須坐視確定判決之明顯錯誤於不顧，顯非合理。

不同意見書

楊惠欽大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

黃昭元大法官 加入

本號判決認刑事訴訟法（下稱刑訴法）第420條第1項第6款規定：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者。」

（下稱系爭規定）所稱「應受……免刑」之依據，除「免除其刑」之法律規定外，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始與憲法第7條保障平等權之意旨無違等之諭知。本席尚難同意，爰提出不同意見書。

壹、系爭規定是否違反憲法平等原則，應採寬鬆標準予以審查

按「訴訟法上之再審，乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之認定事實錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，要不免與確定判決安定性之要求相違。因之，對於確定判決應否設有再審此一程序，當不能一概而論，而應視各種權利之具體內涵暨訴訟案件本身之性質予以決定，此則屬於立法機關自由形成之範疇；」（司法院釋字第442號解釋參照）。可知，縱設有再審制度，但是否屬得聲請再審之再審事由（如刑訴法第420條、第421條規定），應認立法機關係具有一定之形成自由，惟仍不得與憲法平等原則有違。

又憲法平等原則要求等者等之，不等者不等之，法規範如係對不同事為不同處理，即與平等原則無違。另法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（司法院釋字第682號解釋參照）。系爭規定係關於應否開始再審之再審事由規範，立法機關對之係具有一定之形成自由，是縱規範內容形成差別待遇，惟若差別待遇之規範目的正當，所採取之分

類與規範目的之達成間具合理關連，即與憲法平等原則無違。

貳、系爭規定無違憲法平等原則

一、刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款規定之目的係為衡平法安定性與實體正義，而將涉及犯罪事實或國家刑罰權能否行使之事實錯誤，作為本款再審事由之再審目標

按再審係為排除確定判決認定事實違誤所設之非常救濟制度，其固具有發現真實以實現具體公平正義之意旨，但究係針對在通常救濟程序下之確定判決而設，是其制度設計必須調和法律安定與真相發見，以求法安定性與實體正義之衡平。刑訴法第 420 條第 1 項係再審制度下，關於為受判決人利益之再審事由規定，其中第 6 款規定：「六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」（下稱本款再審事由）所稱之「無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決」，一般稱之再審目的或再審目標¹（為避免與再審規範目的之用語近似，致有所混淆，本意見書下均稱再審目標），其於本款再審事由所呈現之意義，係本款所稱之發現新事實或新證據（下稱新事證）須具有足以達到改判為再審目標之顯著性，即提出之新事證，不但須具足以動搖原確定判決之事實基礎，且須適合改判為再審目標者²。是再審目標係增加因新事證致得開始再審之要件。

本款再審事由之再審目標所列「無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名」4 種，其中「無罪」及「輕於原判決所認罪名」，係針對「罪」之有無或變輕所為之分類，另「免訴」及「免刑」則是針對國家刑罰權終局不得行使而為之分類。申言之，由於法官就犯罪成立乃至量刑之事實或證據，均有可能發生認定錯誤之情形，是本款再審事由所明文之 4 種再審目標，除將涉及影響犯罪事實真確之「無罪」

¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2022 年 9 月，11 版，頁 529。薛智仁，論發現新事證之刑事再審事由：2015 年新法之適用與再改革，臺大法學論集，第 45 卷第 3 期，頁 936。

² 林鈺雄，同註 1 書，頁 529-530。

及「輕於原判決所認罪名」均予列入外；就涉及犯罪事實以外之事實者，因所涉者為國家刑罰權如何行使之事項，不及於犯罪行為本身之評價，若准予開啟全部案件之審判，將過度動搖法律安定性，立法者僅以關涉國家刑罰權終局不得行使之「免訴」及「免刑」為再審目標，而排除法官具有裁量權之刑罰減免事由作為再審目標，以避免過多確定終局判決中關涉行為人本身評價而非屬犯罪事實範疇之錯誤，可輕易且頻繁地動搖確定判決之確定力，核係基於再審係在通常救濟程序外，針對認定事實違誤所設之非常救濟程序，為衡平法安定性與實體正義之目的而為。至本號判決所指刑訴法第420條第1項第6款規定於中華民國104年2月4日修正之立法目的，雖有放寬再審門檻之意，惟其所放寬者係關涉開啟再審要件之事實或證據即上所述之新事證部分，而非該再審要件中之再審目標，尚難因之而遽認立法者亦有擴張再審目標之意。

二、「減輕或免除其刑」與「免除其刑」，就系爭規定為衡平法安定性與實體正義之目的而言，並非相同事物

（一）「減輕或免除其刑」與「免除其刑」之法效不同

我國刑法所規定之減免刑罰事由，可分為：得減輕、必減輕、得減輕或免除、必減輕或免除（下稱「減輕或免除其刑」）、必免除（下稱「免除其刑」）、得免除、酌量減輕及酌量免除8類（各類減免事由詳見文後附表）。而「減輕或免除其刑」與「免刑」本係立法者基於立法政策之需要，就僅涉及行為人本身等犯罪事實以外之事項進行評價後，所形成程度不同之刑罰減免事由，並就個案是否充分滿足刑罰最適處遇之必要性，為應否賦予法官免除或減輕之裁量權之決定。

本號判決審查標的之系爭規定中之「免刑」，係本款再審事由中之再審目標，其法律依據之規範文字為「免除其刑」³，效果係就行為人所犯之罪之刑罰予以全部免除；而其規範模式，通常係就行為

³ 刑訴法第299條第1項後段規定：「……。但免除其刑者，應諭知免刑之判決。」參照。

人所犯之罪，再為一定要件之規定，始賦予「免除其刑」之法效。如刑法第 288 條第 3 項規定：「因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前 2 項之罪者，免除其刑。」即其適例；從而「懷胎婦女服藥或以他法墮胎」或「懷胎婦女聽從他人墮胎」，而犯刑法第 288 條第 1、2 項規定之罪者，如有該當同條第 3 項之「因疾病或其他防止生命上危險之必要」之要件時，法院僅得就所犯之罪為「免刑」之諭知。亦即法院就該個案「刑」之裁判，並不存有其他裁量之權限，只要構成要件該當，此等犯罪之唯一法效為國家刑罰權終局不得行使。

惟本號判決據為是否違反憲法平等原則審查之「減輕或免除其刑」，則係指法院於裁判時，就行為人所犯之「罪」之法定刑，必須予以減輕或免除之意；至個案裁判結果，對於行為人所犯之罪之刑究係予以「減輕」或「免除」，法院係具裁量之權。另依刑法第 66 條規定：「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。」而所稱「減輕其刑至二分之一」、「得減至三分之二」，均指減輕之最大幅度，並非應一律減至二分之一、三分之二始為合法⁴；亦即就刑所為「減輕或免除其刑」之規範，如個案裁判係為應減輕之裁量時，其應減輕之法定刑，法院亦有裁量權，尚非定須減至三分之二。

承上可知，「減輕或免除其刑」係關涉「刑」之減免，其除與本款再審事由關於以影響犯罪事實真確之「無罪」及「輕於原判決所認罪名」之再審目標不同外；「減輕或免除其刑」與「免除其刑」雖同為實體法上之刑罰減免事由，但因法院就「減輕或免除其刑」之減免事由，於個案裁判係具有為免除其刑或減輕其刑之裁量權，即此一刑罰減免事由僅係使國家刑罰權「可能」終局不得行使，尚非「當然」終局不得行使。申言之，個案若有合致「免除其刑」要件之犯罪事實以外之事實，法院即必為免刑之諭知，但若有合致「減輕或免除

⁴ 韓忠謨，刑法原理，91 年 10 月，再版，頁 473-474；最高法院 111 年度台上字第 5342 號、第 5027 號刑事判決參照。

其刑」要件之犯罪事實以外之事實，係尚須考量其他量刑情節，法院始有選擇免除其刑而諭知免刑之可能；此外，若有合致「得免除其刑」之減免事由要件事實者，法院亦係於考量其他量刑因素，始有諭知免刑之可能。是就法院「可能」為免刑判決之效果而言，「減輕或免除其刑」反係與「得免除其刑」較為相似，尚非如本號判決所言「系爭規定所稱『受有罪判決之人應受……免刑之判決』，以其文義觀之，係指受有罪判決之人依法應獲致免刑之判決而言。……除『免除其刑』之法律規定外，亦應包括『減輕或免除其刑』之法律規定在內」（本號判決理由第23段參照）。再者，縱如本號判決所言，對於符合「減輕或免除其刑」之法律規定者，「法院客觀上亦有依法『應』諭知免刑判決之『可能』」（『』為本席所強調者）（本號判決理由第25段參照），其仍存有於「應減刑」或「應免除其刑」二者間如何選擇之問題，惟本號判決卻就「減輕或免除其刑」之減免事由割裂出「免除其刑」，將之單獨與「（必）免除其刑」相類比。

從而，縱如本號判決將「減輕或免除其刑」與「免除其刑」併認屬系爭規定「免刑」再審目標之內涵，而均為再審理由之再審目標，亦非如本號判決所稱：「刑事實體法有關『免除其刑』、『減輕或免除其刑』之法律規定，法院客觀上均有依法應諭知免刑判決之可能，有其相同性」（本號判決理由第30段參照）。而本席認為，以「減輕或免除其刑」與「免除其刑」作為再審事由之再審目標，法院客觀上有依法諭知免刑判決之可能性，並不相同，亦即於准否開始再審之階段即本號判決所稱法定再審事由之審查程序，已呈現前者係國家刑罰權「可能可得」終局不得行使與後者係「可能當然」終局不得行使之差異，詳如下述。

（二）「減輕或免除其刑」與「免除其刑」獲致免刑判決之可能性所在有別

以「免除其刑」或「減輕或免除其刑」作為再審目標，個案雖均有獲判免刑之「可能」，但此之「可能」即可能性之有無或機率，尚非均繫諸再審目標本身之事由所致。就以「免除其刑」為再審目標

言，其之可能係繫諸個別之「免除其刑」事由規定於系爭規定中關於「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷」之要件部分，即聲請再審所提出之新事證是否具備前開所述之顯著性，從而得獲准開始再審裁定，及於嗣後之更為審判程序（刑訴法第 436 條規定參照）獲判免刑之「可能」，尚非因「免除其刑」之再審目標本身所致。但就以「減輕或免除其刑」為再審目標言，其獲判免刑判決之可能，除同關涉各該「減輕或免除其刑」事由規定於系爭規定之新事證部分之要件規定外，另尚繫諸法院於個案就「減輕或免除其刑」之刑罰減免事由所具之裁量權，即開始再審裁定確定後，於更為審判程序中，法官評價個案刑罰最適處遇之可能結果，是上開所稱之「可能」尚繫諸「減輕或免除其刑」之再審目標本身。

申言之，以「減輕或免除其刑」為再審目標，於准否開始再審之階段，聲請再審所主張之新事證，係使受有罪判決之人有應獲「減輕或免除其刑」而非必須有應「免除其刑」之可能，即得開啟再審程序。縱欲以「減輕或免除其刑」之刑罰減免事由亦有「免除其刑」之文字，而謂法院客觀上有依法諭知免刑之可能，則觀下述有關獲判免刑之可能性比較表，即知以「減輕或免除其刑」與「得免除其刑」為再審目標，二者於法院客觀上有依法諭知免刑之可能性上反較為相同，甚或「得減輕或免除其刑」亦與上述兩者較為相類，而非如本號判決認再審目標「減輕或免除其刑」，係與「免除其刑」之再審目標，有其相同性。

【可能性比較表】

刑罰減免事由 (即再審目標)	是否存有影響法院客觀上有依法諭知免刑可能之因素	
	新事證	再審目標本身
免除其刑	存有影響 (V)	法官無裁量權而無影響 (X)
減輕或免除其刑	存有影響 (V)	法官有裁量權而存有影響 (V)
得免除其刑	存有影響 (V)	法官有裁量權而存有影響 (V)

得減輕或免除其刑	存有影響（V）	法官有裁量權而存有影響（V）

再者，以「減輕或免除其刑」為再審目標，而獲判免刑者，乃開始再審裁定確定後，於更為審判程序中，法官評價個案刑罰最適處遇結果之可能，與「免除其刑」係在准否開始再審之階段，就系爭規定之再審事由中之新事證部分，存有國家刑罰權當然終局不得行使之可能間，顯然係有差異，則以二者作為再審目標所獲之實體正義與法安定性間之衡平性，自亦有所不同。且對比本號判決所言「是以就再審審查體系之程序言，就依法應適用『免除其刑』之法律規定者，其受有罪判決之人，僅因再審審查之結果有可能依法應獲致免刑之判決，即得開啟再審程序」，及「就依法應適用『減輕或免除其刑』之法律規定者，其受判決人客觀規範上亦有可能依法應獲致免刑之判決，其受有罪判決之人，亦同有開啟再審程序以獲致免刑判決之需求」（本號判決理由第29段參照），亦似有就「減刑或免除其刑」之再審目標，「於更為審判程序獲致免刑判決之『可能性』」，以決定是否開啟再審程序之疑慮，而與本號判決所言「決定是否開啟再審程序，並不著眼於受判決人於開啟再審後終局是否受免刑之判決」等語（本號判決理由第29段參照），有所扞格。

（三）小結

綜上，「減輕或免除其刑」與「免除其刑」，在我國關於減免刑罰事由之分類上係屬不同分類，前者係於法官為個案之評價時，有「可能」發生免除其刑之效果，而後者之效果則為法院「應」為免刑之諭知；且以「免除其刑」與「減輕或免除其刑」作為再審目標，個案雖均存有法院客觀上有依法諭知免刑之可能，但此等可能性於系爭規定之再審事由中，就是否存於再審目標本身，並不相同；加以「減輕或免除其刑」與「免除其刑」，不論在立法者就無關犯罪事實事項如何減免刑罰之評價上，或為追求個案正義而賦予法官之裁量權上，以及國家刑罰權是否當然終局不得行使上，本均不同，是就法安定性與實體正義之衡平而言，以「減輕或免除其刑」與「免除其刑」作為

再審目標，亦容有不同。故尚無從僅以「減輕或免除其刑」與「免除其刑」為再審目標，法院客觀上均有依法諭知免刑判決之可能，即認二者有其相同性，進而謂系爭規定之「免刑」再審目標之依據，亦應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，否則即有就相同事物為不同處理之恣意。

三、縱認系爭規定區別「免除其刑」與「減輕或免除其刑」為不同處理，已形成差別待遇，亦難謂不合理

縱認以「減輕或免除其刑」為再審目標，法院客觀上亦有依法諭知免刑之可能，系爭規定卻未以之為再審目標，而形成與「免除其刑」之再審目標間之差別待遇；惟立法者就再審制度係有其立法形成空間，即仍應考量開啟再審程序後之更為審判程序之耗費、因此所獲之實體正義與法安定性受破壞程度等，就有關犯罪事實以外之事實，亦即不及於犯罪行為本身評價之判決錯誤，選擇以何類刑罰減免事由作為再審目標。是基於下列考量，系爭規定對涉及量刑變動之非關犯罪事實錯誤，選擇以國家刑罰權是否當然終局不得行使，致「刑之有無」發生變動作為再審目標之標準，核與系爭規定之目的係為避免過度擴大法安定性之例外，影響實體正義與法安定性之衡平間，係具合理關聯性，而與憲法第 7 條平等原則無違。

（一）如上所述，就法條明文所為「免除其刑」之規定，法院就該當法定要件者，僅得就所犯之罪為「免刑」之諭知，並無其他關於「刑」之裁量權限；但就法條明文為「減輕或免除其刑」之規定者，法院就該當法定要件者，尚應斟酌個案情節，為法定刑之免除或減輕暨減輕程度之裁量。是二者在開始再審裁定確定後之更為審判程序之審理過程，法院就再審目標係「減輕或免除其刑」者，尚有應關注個案諸多情節，俾得妥適裁量究應「免除或減輕暨減輕程度」之差異。

（二）刑訴法第 420 條第 3 項規定：「第 1 項第 6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」可知，本款再審事由所稱之

新事實或新證據已不限判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌者，尚及於判決確定後始存在或成立者；並因本款再審事由之再審聲請，並無時間之限制⁵；則增加本款再審事由之再審目標，將使更多個案之確定終局判決將長久處於不安定狀態，而於法安定性有相當之影響。

- (三) 依刑訴法第 436 條規定：「開始再審之裁定確定後，法院應依其審級之通常程序，更為審判。」亦稱重新之審判，此時案件回復原審級之通常程序，從頭到尾再來一次審判，除再審之特別規定外，和該審級一般審判程序相同，所有之審判程序（包括審判之準備、被告之訊問、證據之調查等）都必須重新為之⁶。申言之，即便開始再審之確定裁定，係因有系爭規定之發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人有「減輕或免除其刑」之減免事由情事，但因確定之開始再審裁定，係使程序回復至原審級之通常審判程序，是包括法院、公訴人（自訴人）及被告等均將再經歷一次該審級之審判程序，而除增加其等之程序負擔外，並因再行之程序係有諸多非涉「減輕或免除其刑」之事實者，更有非針對再審目標（刑之減免）之程序浪費。
- (四) 一般而言，立法者就「刑之減免」之政策考量，針對「免除其刑」者之慎重程度係遠高於「減輕或免除其刑」者，此觀附件之刑罰減免事由表，於僅就關於刑法總則及分則之列表，已可顯見（必）「免除其刑」者之事由係遠少於（必）「減輕或免除其刑」者，而可得其梗概；遑論特別刑法尚有其他「減輕或免除其刑」之規範，如本號判決原因案件所涉之毒品危害防制條

⁵ 依刑訴法僅於第 424 條及第 425 條分別為「依第 421 條規定，因重要證據漏未審酌而聲請再審者，應於送達判決後 20 日內為之。」「為受判決人之不利益聲請再審，於判決確定後，經過刑法第 80 條第 1 項期間二分之一者，不得為之。」之規定，至第 420 條並無期間之限制。

⁶ 林鈺雄，同註 1 書，頁 547-548。

例。

綜上可知，「免除其刑」或「減輕或免除其刑」因在法效上係關涉國家行刑罰權是否當然終局不得行使，故其等不論在「刑之減免」之立法政策考量上，或在原確定終局判決之違誤程度上，已屬有別，且若將其等均列為本款再審事由之再審目標，更是對法安定性與實體正義間之衡平造成影響。是系爭規定再審事由之再審目標，未併列應受「減輕或免除其刑」之判決者，核與系爭規定為維實體正義與法安定性衡平之目的間具合理關連。

參、刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款再審事由之再審目標應否增列「減輕或免除其刑」之減免事由，屬立法政策問題；且於法律中另設「再審」以外之程序予以救濟也是一種選項——代結論

本號判決之審查標的即系爭規定所稱「應受……免刑」之再審目標之依據，是否除「免除其刑」之法律規定外，尚應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始符憲法第 7 條保障平等權意旨之爭議，應採寬鬆之審查標準，已詳如本意見書首開所述。惟本號判決忽略「減輕或免除其刑」係屬我國刑法所明文 8 類刑罰減免事由之 1 類，其不僅與「免除其刑」係屬不同分類，且因於個案尚應為是否免除其刑之裁量，並無「免除其刑」所具刑罰權當然不得行使之法效，且又強將「減輕或免除其刑」割裂出「免除其刑」，將之與「（必）免除其刑」相較；亦忽略「減輕或免除其刑」與「免除其刑」之減免事由，雖使個案均有獲判免刑之可能，但此可能，於二者間實有是否繫諸「再審目標本身」之差異性；是本號判決就立法者基於非屬恣意之政策考量，所酌定之實體正義與法安定性之衡平點，於寬鬆審查下，仍採合憲擴張之解釋方法，認尚應包括「減輕或免除其刑」之法律規定在內，始符憲法第 7 條保障平等權意旨，本席尚難同意。

實則，刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款再審事由之再審目標是否應納入「減輕或免除其刑」之刑罰減免事由，甚或及於法定刑應減輕或法定刑得免除者，即包含「減輕或免除其刑」、「得免除其刑」及「必減輕其刑」等刑罰減免事由，本席認均屬立法者基於刑事案件本

身之性質，就實體正義與法安定性之衡平點予以衡酌後之決定，屬立法政策之裁量，尚非釋憲者所應介入之範疇。尤其，擴大本款再審事由之再審目標中關於「刑」之減輕事由，如前所述，除將擴大確定終局判決長久處於不安定狀態之範圍，而於法安定性有相當之影響外，復有因開始再審裁定確定後之更為審判，所衍生之程序負擔與浪費。遑論，尚有針對量刑不得再審之立法例⁷。是立法政策上，為更著重實體正義之實現，認已經判決確定者，因發現新事實或新證據致依法「必減輕或免除其刑」，甚或法定刑「必減輕」者、法定刑「得免除」者等，均應再予以救濟之機會，其方法之選擇及制度之設計上，亦非僅再審一途，如另設計僅針對「刑」予以更定等之救濟程序，亦非不可考量之選項。而此亦係本席就本號判決在寬鬆審查標準下仍為合憲擴張解釋，於論理上表示不同意之意見外，就本號判決欲藉解釋刑訴法第420條第1項第6款再審事由之再審目標，以擴大系爭規定之再審範圍，是否屬能達相同目的之最佳選項，另提出之淺見。

【附表：刑罰之減免事由】

減免種類	總則規定	分則規定
得減輕	§16 但：可避免之禁止錯誤 §18 II III, §19 II, §20：限制責任能力人 §25 II：普通未遂 §30 II：幫助犯 §31 I 但：擬制共同正犯與擬制共犯 §62：自首	§122 III 但後：行賄罪之自白 §162 V：特定親屬犯便利脫逃罪 §244：送回被誘人或指明 §301：送回被誘人或指明 §347 V 後：擄人勒贖取贖後釋放被害人
必減輕	§63 後：§18 II III 之限制責任能力人犯死刑或無期徒刑之罪	§347 V 前：擄人勒贖未取贖釋放被害人

⁷ 參照德國刑事訴訟法第363條第1項規定：「旨在尋求根據同一刑法作出不同量刑之再審，為不合法。」，摘自連孟琦譯，德國刑事訴訟法，元照，2016年9月，初版1刷，頁335。

得減輕或免除	§23 但：過當防衛 §24 I 但：過當避難	
必減輕或免除	§27：中止（未遂）犯與準中止犯	§102：陰謀預備內亂之自首 §122 III 但前：行賄罪之自首 §154 II：參加犯罪結社之自首 §166：湮滅證據之自白 §167：特定之近親犯藏匿人犯或湮滅證據罪 §172：偽證、誣告罪之自白 §227-1：18 歲以下犯 §227 之罪
得免除		§275 III：謀為同死之加工自殺 §324 I, §338, §343, §351：特定近親間之財產犯罪
必免除		§288 III：防止生命危險之墮胎
酌減	§59, §60：酌減至輕於法定最低刑度之刑	
酌免	§61：微罪之免除其刑	

※ 引自林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，6 版，頁 652。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 3 號

第
3
號

聲請人一 臺北高等行政法院第六庭
聲請人二 臺灣臺東地方法院行政訴訟庭風股法官
聲請人三 臺灣臺南地方法院行政訴訟庭業股法官
聲請人四 臺灣臺北地方法院行政訴訟庭安股法官
聲請人五 臺北高等行政法院第二庭
聲請人六 臺北高等行政法院第二庭
聲請人七 臺北高等行政法院第二庭
聲請人八 臺北高等行政法院第二庭

上列聲請人為審理如附表一所示各該案件，認所應適用之公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 2 條第 2 款、第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項第 1 款、第 2 款，及第 7 條規定，有違憲疑義，分別聲請解釋憲法。本庭判決如下：

主 文

- 一、公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 2 條第 2 款規定，與憲法第 7 條平等原則尚無違背。 1
- 二、上開條例第 4 條第 1 項，及第 5 條第 1 項第 1 款規定關於退職政務人員應連帶返還溢領退離給與部分，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背。 2
- 三、上開條例第 5 條第 1 項第 1 款規定關於社團應連帶返還退職政務人員溢領之退離給與部分，及第 2 款規定，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背。 3
- 四、上開條例第 7 條規定，與法治國原則法安定性之要求，尚無違背。 4
- 五、其餘聲請不受理。 5

理 由

壹、聲請意旨【1】

1

一、聲請人一【2】

2

聲請人一因審理臺北高等行政法院（下稱北高行）108 年度年訴字第 1036 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例（下稱系爭條例）事件，確信其應適用之系爭條例第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項第 1 款及第 7 條規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人一主張意旨略謂：核發退離給與機關（下稱核發機關）依系爭條例第 4 條第 1 項規定，溯及地認定原因案件原告有溢領退離給與之情事，從而依系爭條例第 5 條第 1 項第 1 款規定命其返還溢領之金額，係使新法效力回溯適用於新法制定前業已終結之法律關係，顯已侵害人民受憲法保障之財產權，且違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則。又系爭條例第 7 條規定使系爭條例第 4 條及第 5 條規定，無任何權利行使期間之限制，亦違反法安定性原則等語。【3】

二、聲請人二【4】

4

聲請人二因審理臺灣臺東地方法院行政訴訟庭 108 年度簡字第 3 號系爭條例事件，確信其應適用之系爭條例第 5 條第 1 項第 2 款及第 7 條規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人二主張略以：系爭條例第 5 條第 1 項第 2 款規定命原因案件原告返還退休（職、伍）公職人員溢領之退離給與、系爭條例第 7 條又明文排除現行法律有關權利行使期間之規定，可知前開二規定使新法效力回溯適用於新法制定前業已終結之法律關係，顯已侵害人民受憲法保障之財產權，且違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則等語。【5】

三、聲請人三【6】

6

聲請人三因審理臺灣臺南地方法院行政訴訟庭 108 年度簡字第 6 號返還溢領退離給與事件，確信其應適用之系爭條例第 2 條第 2 款、第 5 條第 1 項第 2 款及第 7 條規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人三主張略以：系爭條例第 2 條第 2 款、第 5 條第 1 項第 2 款規定命原因案件原告應返還退休（職、伍）公職人員溢領之退離給與，系爭條例第 7 條並排除現行法律有關權利行使期間

之規定，使新法效力回溯適用於新法制定前業已終結之法律關係，系爭條例又未設合理補救措施或過渡時期條款，顯已侵害人民受憲法保障之財產權，且違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則。再查，系爭條例第2條第2款及第5條第1項第2款之構成要件並非廣泛而抽象之規定，而係具體明定特定社團之責任，亦違反個案立法禁止原則等語。【7】

四、聲請人四【8】

8

聲請人四因審理臺灣臺北地方法院行政訴訟庭108年度簡字第19號追繳溢領退離給與事件，確信其應適用之系爭條例第5條第1項第1款規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人四主張略以：系爭條例第5條第1項第1款規定所指之社團，既未實際受領過任何溢領之退離給與，且關於該社團有何利用執政機會或國家權力謀取不當利益，而應與溢領退離給與之退職政務人員負真正連帶債務之責，方有助於轉型正義與既有財產歸屬秩序之回復，立法者亦無適當立論，顯已侵害特定社團受憲法保障之財產權等語。

【9】

五、聲請人五及六【10】

10

聲請人五及六因分別審理北高行108年度年訴字第1128號、同院108年度年訴字第1045號系爭條例事件，確信其應適用之系爭條例第2條第2款及第4條第1項規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人五及六主張略以：核發機關依系爭條例第2條第2款及第4條第1項規定，重行核計各該原因案件原告之退離給與，係使新法效力回溯適用於新法制定前業已終結之法律關係，顯已侵害人民受憲法保障之財產權，且違反法律不溯及既往原則。再者，系爭條例第2條第2款將中國青年反共救國團（下稱救國團）列入，未充分審究其從成立時起至中華民國58年12月23日止，曾隸屬政府之事實，從而未依事物本質之差異予以不同規範，自屬恣意立法而違反平等原則等語。【11】

六、聲請人七及八【12】

12

聲請人七及八因分別審理北高行 108 年度年訴字第 1124 號、第 13 1228 號，及同院 109 年度年簡上再字第 4 號系爭條例事件，確信其應適用之系爭條例第 2 條第 2 款關於救國團部分及第 5 條第 1 項第 2 款規定，牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序並聲請解釋憲法。聲請人七及八主張略以：系爭條例第 2 條第 2 款規定未充分審究救國團從成立時起至 58 年 12 月 23 日止，曾隸屬政府之事實，從而未依事物本質之差異予以不同規範，違反憲法第 7 條平等原則；第 5 條第 1 項第 2 款所定之社團，既無法預見或主導其職員於離職後是否會轉任公職人員或於政府部門退休，亦無法決定公職人員之退休要件及退離給與標準，顯見該規定係以偶然性之因素為立法基礎，難認具有合理之關聯，自屬違反不當聯結禁止原則，因而侵害原因案件原告受憲法第 15 條保障之財產權等語。【13】

貳、受理要件之審查及審理程序【14】 14

一、受理要件之審查【15】 15

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 16 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，顯然於該案件之裁判結果有影響者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋，但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客觀上無明顯錯誤之論證。司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。【16】

（一）受理部分【17】 17

查聲請人一至八之聲請案均已於憲訴法修正施行前繫屬於司法 18 院，且關於系爭條例第 2 條第 2 款規定（下稱系爭規定一）、第 4 條第 1 項規定（下稱系爭規定二）、第 5 條第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定三）、第 2 款規定（下稱系爭規定四），及第 7 條規定（下稱

系爭規定五)部分，與上開司法院解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理(系爭規定一至五詳如附表二)。【18】

(二) 不受理部分【19】

19

查聲請人一關於系爭條例第5條第1項第2款規定部分，非其於審理案件時所應適用之法律；聲請人一關於系爭條例第4條第2項至第4項及第5條第2項規定部分、聲請人三關於系爭條例第4條第4項規定部分，客觀上尚難謂已提出形成確信法律為違憲之具體理由。是聲請人一及三前開部分之聲請，均與上開司法院解釋意旨不符，應不受理。【20】

20

二、言詞辯論程序【21】

21

本庭於111年12月20日行言詞辯論，聲請人四至八及關係機關銓敘部出席陳述意見，聲請人一至三則雖經通知並未到場。本庭另邀請專家學者到庭陳述意見，且依中國國民黨(下稱國民黨)及救國團之聲請，同意其等以關係人身分到庭陳述意見。【22】

22

聲請人四至八及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：【23】

23

(一) 聲請人四至八主張略謂【24】

24

1. 北高行第二庭針對系爭條例共提出4件聲請案，其中包含5件原因案件，該5件原因案件之共同點為所涉及之社團，均為救國團。救國團於41年間由行政院訓令國防部轉飭國防部總政戰部籌組成立，直至58年12月23日止，由行政院核示准許解除國防部與救國團之隸屬關係為止，均隸屬於國防部；且其決策組織，亦即團委會委員，原則上係由國防部聘任；幹部以及職員，事實上也有軍事編階，甚至部分職員乃經就業特考考試及格分發；另其所執行之任務，部分亦屬政府之職能，應屬功能性之行政組織。是系爭條例第2條第2款規定，未區分救國團與其他社團性質上差異，以及救國團與國防部解除隸屬關係前後之特性上差異，一概使救國團適用系爭條例相關規定，有違平等原則。【25】

25

2. 縱社團年資併公職人員年資之採計方式部分無法律依據，惟參考司法院釋字第614號解釋意旨，關於年資採計部分因屬給付行政

26

措施，故於法律規範之密度上可依較寬鬆標準審查之，因此倘主管機關訂定相關規範有其合理之基礎，尚難認其與法律保留原則有所違背，故當年採計年資之政策，非如銓敘部所言，欠缺合法性。【26】

3. 年資之扣除與年金之調降，性質上並不相同。蓋年資扣除後，就原有年資計算而得之年金部分，事實上將完全被刪除，其與年金調降，年資原則上並未被否定而僅調降其金額，並不相同。是年資之扣除，並非對繼續性之法律關係為向後之調整，而係否定過去已經被銓敘部採計之服務年資，故有違法律不溯及既往原則。

【27】

4. 溢領之退離給與要求社團返還部分，因社團專職人員轉任與否涉及其個人人生規畫，亦即其離開之後是否轉任公職、轉任公職後任職多久、是否能達成退休之條件等等，均非社團可以掌握。況年資是否採計也非社團得以決定，故僅因專職人員曾於社團任職，即建構社團應返還之基礎，違反不當聯結禁止原則及侵害社團之財產權。【28】

（二）關係機關銓敘部主張略謂【29】

1. 社團年資採計欠缺法律依據，且因年資之採計及廢止，係配合國民黨需要，由國民黨一手主控，以達成促進國民黨及所屬社團發展之目的，並造成國民黨與其他政黨間競爭之不合理地位，實際上係威權體制下為鞏固執政優勢所形成之不合理競爭制度，有必要透過轉型正義澈底匡正。【30】
2. 相應於社團年資採計制度之違法及不合理，系爭條例有兩大規範目的：第一，藉由公職人員年資之重新核計，維護憲法所保障之公務員制度。第二，匡正因年資併計所強化之黨國體制，以落實轉型正義。該二規範目的所衍生之憲法議題，歷來大法官皆有相關憲法解釋，如司法院釋字第 793 號解釋等可供參考，許多關鍵問題於該等解釋中亦已澄清。【31】
3. 系爭條例第 2 條第 2 款規定，僅針對當年基於黨國體制而參與年

資採計且存續迄今之社團而為規定，並無個案立法疑慮，更不違反憲法第7條之平等原則。至於救國團在41年至58年間，是否隸屬於國防部之問題，以關係機關書狀所提之史料來看，大為可疑，且救國團之人員非依組織法規定有員額等級並經銓敘合格，自始非公務人員退休法制得予採計之範圍。又該社團成立、運作及年資採計，皆係源自於威權體制下政黨決策，於法無據，對適用系爭條例第4條規定重行核計，毫無影響。【32】

4. 當事人或社團因年資併計而違法取得之財產，其信賴本不值得保護。故某個過往法律制度重大明顯違反上位規範，甚至違憲，而新制溯及修正該錯誤制度，係為達成極重要公益之目的時，其溯及既往可被允許。系爭條例第4條及第5條規定，縱認已有溯及既往，亦不違憲。【33】 33
5. 系爭條例第5條規定向社團追繳退離給與溢領金額之理由，由書狀中所提供之史料足以證明，事實上該等社團當年的確因年資併計而免除應自行支出之退職金或退休金，以致於間接受有不當財產利益。此外，因年資採計而提高公職人員與社團專職人員交流互調之意願，無形中也大幅減少社團人力成本。該等社團既然利用黨國一體之便，獲取有形無形之利益，法律以之作為追繳對象，即無違憲可言。【34】 34
6. 至公職人員方面，因併計年資之公職人員，乃不當利益之直接領受人，自可作為系爭條例所定追繳之對象，與社團負連帶返還責任。惟基於弱勢保障，系爭條例第5條第1項第2款規定，對於非屬政務人員者，設計僅由社團單獨負責，與同條項第1款規定政務人員部分有所不同。【35】 35
7. 系爭條例第7條規定僅排除重新核計退離給與前，有關逾越權利期間之法律效果，藉此開啟本條例第4條及第5條規定之適用。對於經重新核計後，追繳溢領之公職人員退離給與，尚有公法上一般消滅時效5年之適用。【36】 36

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 37

及言詞辯論筆錄。又，聲請人一之原因案件原告黃肇珩女士經本庭許可，提出法庭之友意見書。【37】

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、關係人國民黨及救國團之陳述意見書、上開法庭之友意見書，及全辯論意旨等，作成本判決，理由如下。【38】

參、形成主文之法律上意見【39】 39

一、法制背景【40】 40

（一）社團專職人員年資併計公職人員年資之沿革【41】 41

臺灣於第二次世界大戰結束後，繼受中華民國法制，歷經 2 年多以黨（國民黨）治國之訓政時期（中華民國訓政時期約法第 30 條、第 31 條、第 32 條、第 72 條及第 85 條規定參照）。嗣因中華民國憲法於 36 年 12 月 25 日施行，進入憲政時期。惟，隨著 37 年 5 月 10 日制定公布動員戡亂時期臨時條款，及 38 年 5 月 20 日起在臺灣全省施行戒嚴，原應隨憲法施行而結束之黨國體制，得以事實上延續。直至 76 年 7 月 15 日臺灣地區解除戒嚴，及 80 年 5 月 1 日正式終止動員戡亂時期，國家體制始漸從非常時期下之黨國體制，回歸自由民主憲政秩序（司法院釋字第 793 號解釋理由書第 9 段至第 12 段參照）。【42】 42

一般自由民主憲政秩序下，政黨作為多元社會中協助形成國民政治意志，傳遞國民意志至國家機關之團體，並透過推薦候選人參加公職人員選舉之方式以取得政權為目的，而得直接或間接影響國家政策與運作，具有特殊之地位，然其並非凌駕國家之上，而係憲法下享有基本權之人民團體，政黨及其附隨組織、黨員均不得逾越憲法及法令，任意操作國家人事。【43】 43

惟在過去非常時期黨國體制下，執政黨即國民黨陸續以該黨總裁及主席為中心，由上而下遂行黨意。詳言之，國民黨為將該黨總裁及主席之意志，貫徹至國家各機關，遂在國家機關內成立黨組織，例如在民意機關中建立黨部黨團、在行政機關中設置政治小組，使其遵從黨之決意，執行黨之命令及貫徹黨之主張；另並要求服務於國家機 44

關之黨員，就其職務範圍內有關政策之決定及執行，應透過機關內之黨組織，向上級黨部經常報告，並請求指示或建議；遇有不同機關間在工作進行中需要取得相互間之同意、諒解、支持或協助時，則應由同級黨部透過各該機關內之黨組織溝通意見、解決問題（註1）。更要求任職於五院之院長及各部會首長之黨員，在必要時得列席國民黨中央改造委員會會議（註2），以確保黨對於國家機關之控制。在此背景下，黨之決策透過對各機關黨組織及對從政黨員之指揮及控制，得以規避憲政時期下憲法所定五權分立相互制衡之機制，達到以黨領政之效果（註3）。【44】

另一方面，國民黨總裁曾謂：「黨的工作，即是社會工作」、45
「民運工作就是黨的社會基礎之開拓，建立、鞏固、動員和作戰。」
（註4）遂致力發展民運工作，以透過設立或發展各種社會組織之方式淡化政黨色彩，達到向民眾宣傳黨意、吸收黨員、擴大社會基礎之目的。同時，本於「黨的組織在基層，組織之運用在幹部」（註5）之宗旨，國民黨著重各組織幹部之培養，再運用社會幹部於社團中之領導地位，鞏固國民黨對各社團之掌控，使國民黨得動員民眾完成其欲推行之各項任務。【45】

由是可知，進入憲政階段後，國民黨藉由對國家機關內從政黨46
員及各社團社會幹部之控制，得以全面性維持黨國體制、一黨專政之運作。因此，促進黨工幹部從政、持續推動黨政社會幹部交流互調，遂成為國民黨鞏固威權統治之重要黨政策與手段（註6）。為便於政治幹部與黨務或社會幹部互相交流、增加歷練、培養人才（註7），國民黨遂利用其以黨領政之優勢，動用國家資源施惠於該黨黨員及社會幹部專職人員，換取其忠誠，以利黨政策之推動。是儘管自32年起已陸續建立公職人員退休（職、伍）法制，立法明定各該法律僅適用於各機關編制內依相關規定任用之人員（32年11月6日公務員退休法第2條、33年6月22日學校教職員退休條例第1條、48年8月4日陸海空軍士官服役條例第2條、48年8月14日陸海空軍軍官服役條例第2條、42年11月19日陸海空軍軍人保險條例第6條，及

47 年 1 月 29 日公務人員保險法第 2 條規定暨歷次修法版本參照)；司法院亦自 41 年起作出數號解釋，認定行憲後之政黨係屬人民團體，黨職人員非為公務(職)人員(司法院釋字第 5 號、第 7 號及第 20 號解釋參照)。然國民黨藉由以黨領政之操作，於 58 年 6 月 20 日由國防部以該部(58)綜字第 1724 號函(當時之部長蔣經國兼任救國團主任)，請銓敘部同意對救國團中未曾參加台灣省大專及高職畢業生就業考試，從而未經台灣省政府分發之專職人員，於轉任其他行政機構時，採計其任職於救國團之年資(註 8)。而考試院雖明知其等專任人員未依法納入銓敘範圍(註 9)，仍無視司法院大法官解釋及法律明文規定，於同年 11 月 8 日同意採認其社團年資。此例一開，由國民黨設立或發展之其他社團亦陸續向銓敘部提出申請，考試院並在 59 年至 72 年間同意，以發布函令及中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點(下稱年資互相採計要點)等方式，同意系爭規定一所列之特定社團專任人員於轉任公職後，其任職於各特定社團之年資，於退休(職、伍)時得採計為公職服務(役)之年資(註 10)。【46】

嗣政經環境改變，解嚴前後，各界(監察院、立法委員、臺灣 47 省省議員及社會輿論)均已紛紛對社團年資併計公職人員年資之合法性及公平性，提出質疑(註 11)。考試院鑑於政府宣布解嚴，人民可依法組黨結社、參加集會遊行及從事政治活動等，若僅有系爭規定一之社團專職人員年資得併公職人員年資，其他社團或人民團體卻無相關採計規定，將有失公允，遂於考試院 76 年 12 月 3 日第 7 屆第 153 次會議，決議廢止採計上開社團服務年資之制度，並於考試院 77 年 7 月 28 日第 7 屆第 185 次會議，決議年資互相採計要點廢止前已任公務人員者，於退休、撫卹時仍得併計社團年資；年資互相採計要點廢止後始轉任公務人員者，不得併計。95 年 4 月 20 日考試院復於第 10 屆第 180 次會議，決議是類社團年資不再併計公務人員退休年資；以往退休處分不予撤銷。銓敘部遂以 95 年 5 月 12 日部退三字第 0952643282 號令規定，自同年 4 月 20 日起停止特定社團年資及其他

非公部門年資之採計（註12）。【47】

（二）系爭條例之立法緣由【48】

考試院針對社團年資併公職年資一事，雖先後於76年及95年，進行兩階段之斷源措施，然於76年12月2日（含）前已轉任公職且於95年4月20日前經核定退休者，其76年12月2日（含）前任職於社團之年資，仍得併計為公職年資，並依此年資繼續支領相關之退離給與。【49】

惟社團年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致。為澈底匡正該時期遺留之不當法制，使公職人員退休（職、伍）體制回歸自由民主憲政體制下之合憲狀態，以落實轉型正義（註13），立法院乃於106年4月25日三讀通過系爭條例，並經總統於同年5月10日公布施行。【50】

（三）系爭條例所定退離給與之制度沿革【51】

系爭條例所稱之退離給與，係指退休（職、伍）金及優惠存款利息（系爭條例第2條第3款規定參照）。【52】

1. 關於退休（職、伍）金部分【53】

按我國軍公教退休（伍）金制度之建立，最早源自32年制定公布之「公務員退休法」、33年制定公布之「學校教職員退休條例」，及48年制定公布之「陸海空軍軍官服役條例」及「陸海空軍士官服役條例」；政務人員退職酬勞金制度則源自61年制定公布之「政務官退職酬勞金給與條例」。無論係退休（伍）金或退職酬勞金，於制度施行時起至84年6月30日止，兩者之財源一律由稅收等財政收入支應，是為恩給制。直自84年7月1日起，陸續施行軍公教人員退撫新制，財源之籌措方轉由政府與在職軍公教人員或政務人員共同撥繳費用支付之共同儲金制。【54】

2. 關於優惠存款制度部分【55】

優惠存款制度，係國家早年考量軍公教人員一次退休金之額度偏低，所採行之政策性補貼（司法院釋字第717號解釋理由書第6段參照）。在法制依據上，銓敘部、教育部分別會銜財政部於49年及

54 年訂定發布「退休公務人員退休金優惠存款辦法」、「學校教職員退休金優惠存款辦法」，國防部則於 53 年自行訂定發布「陸海空軍退伍除役官兵退伍金優惠儲蓄存款辦法」，透過退休之軍公教人員將其支領之一次退休（伍）金存入臺灣銀行，政府轉以支付利息形式，照顧其退休生活，並按行政院核定比照 1 年期定期存款利率加百分之五十之優惠利率計算利息，以稅收等財政收入補貼軍公教優惠存款利率之差額。其後，配合政務官退職酬勞金給與條例之通過，行政院、考試院於 61 年會同訂定發布「政務官退職酬勞金給與條例施行細則」，政務人員亦得將支領之一次退職酬勞金依規定辦理優惠存款。【56】

國防部嗣後修正公布「陸海空軍退伍除役官兵退伍金優惠儲蓄存款辦法」，將得辦理優惠存款之金額，再擴及陸海空軍軍人保險條例之退伍給付。銓敘部及教育部亦於 63 年及 64 年分別訂頒「退休公務人員公保養老給付金額優惠存款要點」及訂定發布「學校退休教職員公保養老給付金額優惠存款要點」，使公務人員及公立學校教職員領取之公保養老給付，亦得辦理優惠存款。軍人保險及公、教人員保險係採行社會保險制度，被保險人依法需定期繳納保費，故其退休時依法取得之退伍給付或養老給付，與其投保期間繳納保費間，具有相當之對價性，此與退休金之恩給制尚有差別。【57】

由上述沿革可知，優惠存款制度設計之初，得辦理優惠存款者，僅限於退休（職、伍）公職人員領取之一次退休（職、伍）金，而後再納入本於軍保或公保所領取之一次退伍給付或養老給付。然無論存入臺灣銀行之本金係源於上述何等給付，存入後定期領取之優惠存款利息，均係由國家以稅收等財政收入補貼，是該利息亦屬恩給制之範疇。【58】

二、系爭規定一雖屬特殊類型之法律，然非憲法所不許，亦未抵觸憲法第 7 條平等原則【59】

按法律固以一般性、抽象性規範為常態，惟如以特定人為規範對象，或以一般抽象性方式描述規範特徵，但實際適用結果，僅單一

或少數對象受該法律規範者，均屬特殊類型之法律，如其目的係為追求合憲之重要公共利益，且其所採取之分類與規範目的之達成間，存有一定程度之關聯性，即非憲法所不許（司法院釋字第520號解釋理由書第6段及第793號解釋理由書第33段參照）。【60】

為明確界定系爭條例之適用範圍及對象，系爭規定一明定：61
「本條例用詞，定義如下：……二、社團專職人員：指中國國民黨各級黨部、中華民國民眾服務總社及其分社、中國青年反共救國團、中國童子軍總會、中國大陸災胞救濟總會、世界反共聯盟中國分會、亞洲人民反共聯盟中國總會、三民主義大同盟等社團及其相關機構之專職人員。」依此，系爭條例係以曾任特定社團及其相關機構（下稱社團）專職人員之公職人員及該社團為規範對象，屬特殊類型之法律。

【61】

惟查，系爭條例之制定，係為處理過去黨國體制下，透過悖於62
當時公職人員退休（職、伍）法制而寬計特定社團專職人員年資之政策性決定，所遺留之社團年資併公職年資制度（註14）。是系爭條例乃落實轉型正義之立法，具有匡正過去黨國體制下，政黨違反憲政秩序所造成之不法結果，使國家在民主轉型後，得回歸正常之憲政軌道，並於民主化後重新評價該等不法結果，以確立及深化自由民主憲政秩序價值，避免國家再次重蹈黨國威權體制之覆轍，其目的核屬特別重要之公共利益（司法院釋字第793號解釋理由書第39段參照）。次查，系爭規定一明文例示之社團，係以銓敘部於早期特殊政經環境下，報經考試院同意而得採計服務年資之社團，為其分類標準，此分類與匡正過去不當政策性決定、回復遭破壞之公職人員退休（職、伍）法制之目的間，具有實質關聯性。再者，系爭條例既係為澈底移除過去黨國體制所延續之社團年資併公職年資制度，自應以適用該年資併計制度之退休（職、伍）公職人員及其曾任職之所屬社團為規範對象。是系爭規定一固屬特殊類型之立法，然仍非憲法所不許。【62】

聲請人五至八主張，救國團於41年10月31日至58年12月23 63

日間曾隸屬國防部，系爭規定一未就救國團與其他社團，或救國團與國防部解除隸屬關係前、後之專職人員年資，依事物本質之差異予以不同規範，自屬恣意立法而違反平等原則等語。【63】

查，救國團於 41 年 10 月 31 日至 58 年 12 月 23 日間，雖形式上隸屬於國防部總政治部，惟其成立與解除隸屬，均僅係依行政院令為之（註 15），並無組織法上之依據，難認其係依法成立之行政組織。且行政院於 58 年 12 月 23 日解除救國團與國防部間之隸屬時，亦明白指出「中國青年反共救國團本為社團性質」（註 16）。再者，從救國團之人事決定、經費來源及業務分派、執行與監督等觀之，亦與一般機關有別，故得否僅因上開隸屬即推斷其具有「政府機關」之性質，已非無疑。【64】

何況，無論救國團於 41 年 10 月 31 日至 58 年 12 月 23 日間之定性為何，均不影響系爭條例所欲處理之違法年資併計問題。蓋依相關法律，得否適用公職人員退休（職、伍）規定，並非繫於是否在機關內擔任專職工作，而應以是否為各機關編制內依相關規定任用者為斷。從考試院特別以函令許可採計公職人員任職於救國團之年資，更可知該等人員於任職救國團期間，本為依法不得採計之年資。就此而言，適用上開考試院函令之救國團專職人員與系爭規定一所列其他社團專職人員，並無本質上之不同。系爭規定一予以併列，未牴觸憲法第 7 條平等原則。【65】

三、系爭規定二，及系爭規定三關於退職政務人員應連帶返還溢領退離給與部分，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背【66】

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（司法院釋字第 400 號解釋理由書第 2 段、第 671 號解釋理由書第 1 段、第 672 號解釋理由書第 1 段、第 709 號解釋理由書第 2 段、第 732 號解釋理由書第 1 段及第 747 號解釋理由書第 3 段參照）。又憲法上之財產權係指一切具有財產價值之權利，退休

（職、伍）公職人員就已實際受領之退休給付，固應受財產權之保障，其於退休（職、伍）時經核發機關核定而取得定期向國家請求退離給付之公法上請求權，亦屬憲法第 15 條財產權之保障範圍（司法院釋字第 266 號解釋理由書第 1 段、第 312 號解釋解釋文及理由書第 1 段、第 781 號解釋理由書第 57 段、第 782 號解釋理由書第 59 段及第 783 號解釋理由書第 59 段參照）。【67】

查退休（職、伍）金，及得辦理優惠存款之軍保退伍給付、公保養老給付額度，其計算係以退休（職、伍）者之年資乘以退休（職、伍）時之月俸，是扣除年資將直接減少退休（職、伍）金及得辦理優惠存款之額度。系爭規定二明定：「第 2 條所定公職人員仍支領退離給與者，應由其核發退離給與機關……扣除已採計之社團專職人員年資後，依原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式，重行核計退離給與。」可知扣除社團年資確已影響該公職人員之退離給與，自屬對該公職人員財產權之限制。系爭規定三進一步明定：「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關……依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之：一、於退職政務人員，由領受人及其經採認之社團專職年資所屬社團連帶返還。」使退職政務人員就其實際已受領之溢領部分，應與社團負連帶返還之責，亦屬對該退職政務人員財產權之限制。【68】

（一）系爭規定二，及系爭規定三關於退職政務人員負連帶返還溢領退離給與責任部分，與法律不溯及既往原則及信賴保護原則，尚無違背【69】

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（司法院釋字第 751 號解釋理由書第 15 段參照）。又任何法規皆非永久不能改變，立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，對於人民既存之有利法律地位，或可得預期之利益，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間，然仍應注意人民對於舊法有無值得保護之信賴及是否符合比例原則

（司法院釋字第 525 號解釋理由書第 2 段、第 781 號解釋理由書第 76 段、第 782 號解釋理由書第 93 段及第 783 號解釋理由書第 93 段參照）。【70】

新訂之法規，倘涉及限制或剝奪人民權利，或增加法律上之義務，原則上不得溯及適用於該法律施行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。惟立法者所制定之溯及性法律規範，如係為追求憲法重大公共利益，仍非憲法所當然不許。又，受規範對象據以主張信賴保護之信賴基礎，與自由民主憲政秩序不相容者，其信賴自不值得保護，更不生信賴保護之問題（司法院釋字第 793 號解釋理由書第 59 段參照）。【71】

國家與支領退離給與之退休（職、伍）公職人員間，雖存在繼續性法律關係，惟系爭規定二係具有確認採計社團專職人員年資部分為違法之意旨，而其法律效果係直接以重新核計之結果，取代退休（職、伍）公職人員於退休（職、伍）時原核計之年資及退離給與，並從而發生系爭規定三所定返還「溢領退離給與」之情事。是系爭規定二，及系爭規定三其中關於政務人員部分，核屬真正溯及之法規範。【72】

惟如前所述系爭條例係為落實轉型正義，其目的在於確立及深化自由民主憲政秩序價值，避免國家再次重蹈黨國威權體制之覆轍，具有特別重要之公共利益（本判決理由第 62 段參照）。是系爭規定二及系爭規定三關於政務人員部分，雖為真正溯及性之法規範，然仍非憲法所當然不許。【73】

況考試院於 58 年至 72 年間發布採計社團專職人員年資之函令或年資互相採計要點，具有明顯違反上位規範之重大瑕疵（本判決理由第 46 段參照），依該函令或要點而取得退離給與之社團專職人員，並無值得保護之信賴（司法院釋字第 525 號解釋理由書第 2 段參照）。【74】

再者，關於給付行政措施，其所應受法律規範之密度，雖較限制人民權益者寬鬆，然若涉及公共利益之重大事項，仍應有法律或法

律授權之命令為依據之必要，乃屬當然（司法院釋字第443號解釋理由書第1段及第658號解釋理由書第1段參照）。考試院於58年至72年間發布採計社團專職人員年資之函令或年資互相採計要點雖僅涉給付行政事項，然公職人員曾任社團專職人員之年資，於其退休（職、伍）時，是否予以採計，與退休（職、伍）公職人員之生活保障及國家資源公平合理分配，息息相關，屬公共利益之重大事項，是考試院在未有任何法律依據下，即自行發布上開函令及年資互相採計要點，顯已抵觸法治國原則下法律保留原則之意旨，從而依該函令或要點而取得退離給與之社團專職人員，自不得主張其信賴值得保護。

【75】

（二）系爭規定二，及系爭規定三關於退職政務人員負連帶返還溢領退離給與責任部分，與比例原則無違，並未抵觸憲法第15條保障人民財產權之意旨【76】 76

系爭規定二及三雖使退休（職、伍）公職人員受憲法第15條保障之財產權受有限制，然有關退休（職、伍）給與，不論其為國家過去已給付者或將來應給付者，其受財產權保障之程度，均應視其財源，給予不同層級之保障。倘該過去已給付或將來應給付之退休（職、伍）給與，與退休（職、伍）公職人員先前在職時之對待給付無關，而係政府以預算支應之恩給制範疇者，因涉及國家財政資源之分配，立法者得有相對較高之調整形成空間，審查此類恩給制之相關立法是否符合比例原則時，應採較寬鬆之標準（司法院釋字第781號解釋理由書第59段、第782號解釋理由書第61段及第783號解釋理由書第61段參照）。【77】 77

查系爭規定二所定應予扣減之社團年資，係退休（職、伍）公職人員於76年12月2日（含）前（本判決理由第47段、第49段參照），任職於特定社團之年資，彼時退休（職、伍）金法制之設計屬恩給制時期，公職人員無須為任何給付，即得累積該段期間之年資。從而，扣除該段期間原已採計之年資而重新核計退離給與，雖造成該年資原得換算之退休（職、伍）金歸零，惟此受限制之部分與退休 78

（職、伍）公職人員在職時之給付無關。次查，系爭條例第 2 條第 3 款規定所稱之「退離給與」，指退休（職、伍）金及優惠存款利息。亦即，並未包括軍保退伍給付與公保養老給付，是依系爭規定二扣除年資後，固影響退休（職、伍）公職人員一次請領該等給付所得辦理優惠存款金額之額度，但扣除社團年資後，不得繼續作為優惠存款本金之軍保退伍給付及公保養老給付，則已返還於各該社團專職人員。就此而言，該軍保退伍給付及公保養老給付，不因系爭條例之施行，而受影響。優惠存款額度因而縮減後，退休（職、伍）公職人員已獲得之利息及可獲得利息之給付請求權固亦隨之減少；惟優惠存款利息係以國家稅收等財政收入作為補貼優惠存款利率利息差額之財源，與退休（職、伍）公職人員在職時之給付無關。綜上，立法者對於系爭條例規範之退離給與，應享有較大之調整空間。【78】

從系爭條例第 1 條規定之立法理由可知，該條例係為回復早期 79 在特殊政經環境下，因違法採計社團專職人員年資而遭破壞之公職人員退休（職、伍）法制秩序，目的洵屬正當。系爭規定二扣減退休（職、伍）公職人員曾經違法併計之社團專職人員年資；系爭規定三課予因曾違法併計社團專職人員年資，而有溢領退離給與之退職政務人員，負連帶返還該溢領金額之責，此二手段均與回復正常退休（職、伍）法制之目的，具有合理關聯。【79】

再者，立法者考量適用系爭條例之公職人員已無法復職或因年 80 老無法再任，為避免公職人員於扣除已採計之社團年資後，可能發生不合原退休（職、伍）或定期給付條件或無法維持其等退休後基本經濟生活之情事，特於系爭條例第 4 條第 2 項及第 3 項明定「依前項規定扣除社團專職人員年資後，不符原退休（職、伍）或定期給付條件者，仍依原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式……」、「依前二項規定重行核計退離給與，致每月支領退離給與總額低於新臺幣 2 萬 5,000 元者，按 2 萬 5,000 元發給。原每月支領退離給與總額低於 2 萬 5,000 元者，仍按原支領退離給與總額發給」（系爭條例第 4 條第 2 項及第 3 項規定立法理由參照），顯見立法者

對於適用系爭規定二之退休（職、伍）公職人員，已設有以下限規定，避免個案過苛之情事發生。【80】

又，倘政務人員依其經濟狀況或因天災、事變致遭受重大財產損失，無法一次完納返還溢領之金額者，尚可依法申請分期繳納（行政執行法施行細則第 27 條、行政執行事件核准分期繳納執行金額實施要點第 2 點規定參照）。【81】

綜上，系爭規定二，及系爭規定三關於退職政務人員應連帶返還溢領退離給與部分，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背。【82】

四、系爭規定三關於社團應連帶返還退職政務人員溢領之退離給與部分，及系爭規定四，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背【83】

憲法第 15 條所保障之財產權，其權利主體不限於自然人及法人，亦包括由多數人為特定之目的所組織，有一定之名稱、事務所或營業所及獨立支配之財產，且設有管理人或代表人，對外並以團體名義為法律行為之非法人團體（司法院釋字第 486 號解釋參照）。【84】

按「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關……，依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之：一、於退職政務人員，由領受人及其經採認之社團專職年資所屬社團連帶返還」、「二、於政務人員以外之退休（職、伍）公職人員，由其經採認之社團專職年資所屬社團返還。」系爭規定三及四分別定有明文。此二規定明定社團就退休（職、伍）公職人員溢領之退離給與，負連帶返還或單獨返還責任，致該等社團須以自身財產履行此義務，係屬對其財產權之限制。【85】

系爭規定三及四將系爭規定一所稱之社團，明定為溢領退離給與之（連帶）返還義務人，係著眼於該等社團本應以雇主身分，就其專職人員之工作年資，於該專職人員退休或退職時，負給付退休金或

退職金之責。蓋基於勞雇關係，雇主對勞工本即應負照顧義務（司法院釋字第 578 號解釋解釋文第 2 段參照）。此項照顧義務，不限於提供安全衛生之勞動場所及設備，亦應包含勞工傷病、殘廢及老年之照顧。是雇主對久任之勞工給予一定金額之退休金或退職金，作為勞工長期奉獻其心力、忠實服勤後之報償，以照顧其退休或退職生活，係勞動關係之基本法理，並為改良勞工生活、增進勞雇和諧不可或缺。在雇主與勞工有明文約定時，尤其如此。【86】

就系爭規定一所稱之社團而言，國民黨（聲請人三審理之原因 87 案件原告）、救國團（聲請人二、四、七審理之原因案件原告；聲請人八審理之再審原因案件被告）（註 17）、中國大陸災胞救濟總會、中央通訊社等，即最遲分別自 62 年、61 年、62 年及 65 年起，以內部之辦法，明定對所屬社團人員，於其退休或退職時，負給付退休金或退職金之義務。此有國民黨於 62 年 12 月修訂之中國國民黨黨務幹部業務管理辦法（註 18）、救國團於 61 年 5 月訂頒之中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法（註 19）、中國大陸災胞救濟總會於 62 年 5 月 11 日通過之中國大陸災胞救濟總會工作人員退休辦法（註 20）、65 年 1 月 1 日修正之中央通訊社職員退休退職辦法（註 21），可資參照。又，國民黨並曾開會作成會議紀錄，其中明載：「黨務專職幹部轉任政府公職或社團職務時，其服務年資之處理，擬將黨政社會幹部交流互調辦法所定『依當事人之申請，核定其退職，並發給一次退職金』修改為『由黨發給黨職年資證明，俟其在政府機關退休退職或資遣時合併計算，發給退休退職金或資遣費……』，以節省本黨經費」（註 22）；前開中國國民黨黨務幹部業務管理辦法第 76 條（註 23）及中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法第 3 條（註 24），亦有類似明文規定。【87】

由此可知，系爭規定一所稱之社團，係藉由考試院之違法函令 88 及年資互相採計要點，將其對轉任公職之社團專職人員應給付退休金或退職金之義務，轉嫁國家承擔，足認該等社團均從年資併計制度中獲得財產上之不當利益。【88】

此外，更重要者，前開社團專職人員，因其年資於轉任公職後 89
如得以併計，自有助社團延攬青年幹部、促進新陳代謝（註 25），
是各該社團自年資併計制度中，亦獲得取用人才之無形利益。【89】

綜上，系爭規定一所定之各該社團，雖非溢領退離給與金額之 90
實際受領人，然系爭規定三及四分別明定各該社團就溢領退離給與，
應負連帶或單獨返還義務，實具有正當合理關聯性，自無不當聯結可
言。【90】

然而，社團與專職人員間之勞雇關係，於該等人員轉任公職時 91
即已終止，且以最後得併計為公職年資之社團專職人員年資計，自
76 年 12 月 2 日（含）起（本判決理由第 47 段、第 49 段參照）至系
爭條例公布施行之日（106 年 5 月 10 日），已近 30 年。是社團於其
專職人員轉任公職時，雖負有給付退休金或退職金之責，然倘無特別
規定，社團早已取得時效抗辯（民法第 125 條規定參照）。是系爭規
定三及四，就退休（職、伍）公職人員溢領之退離給與，課社團連帶
返還或單獨返還之責，核屬真正溯及之法律。【91】

惟查系爭條例之立法目的不僅為回復早期特殊政經環境下，遭 92
政策性決定破壞之公職人員退休（職、伍）法制秩序，更係為了追求
轉型正義，核屬特別重大之公共利益，為此立法者制定真正溯及之法
規範，本非憲法所不許，與法律不溯及既往原則，尚無違背。況，社
團專職人員年資併計公職人員年資制度，係彼時黨國體制下之國民黨
為滿足其一己政黨利益，維持黨國體制，利用以黨領政之優勢而推行
之違法政策；在考試院首次許可採計任職於救國團之專職人員年資
後，國民黨及其所設立或發展之各社團亦陸續主動請求比照救國團專
職人員辦理（本判決理由第 46 段參照）。是系爭規定一所定之各社
團，本身亦為破壞公職人員退休（職、伍）制度之協力（參與）者，
自可歸責，且無值得保護之信賴。【92】

次查，系爭規定一所指之社團既參與當年公職人員年資併社團 93
年資之制度形成，配合當年國民黨所推行之黨、政、社會幹部交流互
調政策，以協助鞏固其威權統治，更透過公職年資併社團年資制度，

免除其對專任人員轉任公職時應負擔之退休金或退職金給付義務，故社團主觀上知其情事，客觀上亦因此實際上獲得無形、有形之利益。是系爭規定三及四以社團作為溢領退離給與之返還義務人，此手段與立法目的間具有合理關聯。況系爭規定三及四僅令該等社團，返還因其當年參與所形成之違法制度，致國家多年不法支出之退離給與，而未令其應加計利息返還，並未逾越必要範圍，亦與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背。【93】

聲請人四、關係人國民黨及救國團另主張：過去關於公職人員 94
與黨務社團人員彼此轉任之退休年資計算，係以互相採計為原則，故亦有若干社團於計算其專職人員之退休金時，將該等人員任職於公務機關之年資併予計算等語。查，前開主張雖有救國團 110 年 7 月 5 日（110）青秘字第 1036 號、中華救助總會 110 年 8 月 16 日中華行字第 1100000337 號，回復司法院大法官書記處之兩件函為證，惟此與社團應否依系爭條例負返還溢領退離給與之義務，乃屬二事，對系爭規定三及四合憲性之判斷，不生影響。至於是類社團就其因此支付由公職轉任社團專職人員之退休金或退職金，得否依法向國家請求，系爭條例並無明文，亦非本判決審理範圍，併予敘明。【94】

五、系爭規定五與法治國原則法安定性之要求，尚無違背【95】 95

權利行使期間之設計，旨在使權利早日確定，以維持法律秩序 96
之安定。人民因權利行使期間經過而確定之法律關係或權利，應受憲法相關基本權之保障，此為法治國原則法安定性之要求。惟立法者倘為追求特別重要之公共利益，且其目的非排除既有權利行使期間之規定不能達成，遂制定排除之規範，亦非憲法所當然不許。【96】

系爭條例係為追求轉型正義而設，屬憲法上特別重要之公共利 97
益，已如前述。國家在民主轉型後落實轉型正義時，最易面臨既有法制所定權利行使期間之障礙。我國雖於 81 年 12 月已全面改選第 2 屆立法委員，然於威權統治時期主導國家統治權力之政黨，仍長期在立法院占有多數席次，故難以期待立法者於 81 年民主轉型之初，即針對當年黨國時期執政黨違反自由民主憲政秩序所獲得之不當利益，予

以重新評價，並立法匡正之。直至 105 年 1 月 16 日選出第 9 屆立法委員，國民黨始首次喪失立法院之主導地位，轉型正義之立法方得大力推動。是依我國漸進式民主轉型之特殊歷史背景，倘未就新立法之權利行使期間予以特別規定，轉型正義殊難實現。【97】

系爭規定五明定：「本條例第 4 條所定重行核計退離給與及第 5 條所定返還規定，除本條例另有規定外，不適用現行法律有關權利行使期間之規定。」其立法理由係考量「黨職併計公職所產生之溢領退職、退休給付時間已久，可能因時效消滅或撤銷行使期間已過，難以要求受領人、政務人員或政黨返還」（註 26），可知該規定係立法者考量核發機關於執行系爭條例第 4 條及第 5 條規定時，可能面臨系爭條例公布施行前撤銷行政處分之除斥期間等相關規定所造成之權利行使障礙而設。鑑於我國民主轉型歷程，並衡酌系爭條例追求之特別重要公益，系爭規定五實有必要，尚難指其與法治國原則法安定性之要求有所抵觸。【98】

肆、結論【99】	99
一、系爭規定一與憲法第 7 條平等原則尚屬無違。【100】	100
二、系爭規定二，及系爭規定三關於退職政務人員應連帶返還溢領退離給與部分，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背。【101】	101
三、系爭規定三關於社團應連帶返還退職政務人員溢領之退離給與部分，及系爭規定四，與憲法第 15 條保障財產權之意旨、法律不溯及既往原則及信賴保護原則，均尚無違背。【102】	102
四、系爭規定五與法治國原則法安定性之要求，尚無違背。【103】	103
五、其餘聲請不受理。【104】	104
附註：【105】	105
註 1：中國國民黨黨政關係大綱，40 年 2 月 28 日中央改造委員會第 92 次會議紀錄，中央改造委員會第五組印，40 年 3 月。【106】	106

註 2：參見松田康博著、黃偉修譯，台灣一黨獨裁體制的建立，2019 107

年 11 月，第 113 頁。【107】

註 3：參見中國國民黨第八屆中央委員會第二次全體會議黨務工作報告，中央委員會秘書處印，48 年 5 月，第 22 頁至第 27 頁（銓敘部言詞辯論意旨書，證 32，附件第 500 頁至第 502 頁）。

【108】

註 4：參見黨的民運工作績效展覽，中國國民黨中央委員會第五組編，50 年 11 月，第 1 頁，前言（銓敘部言詞辯論意旨書，證 32，附件第 519 頁）。【109】

註 5：參見中央委員會黨務工作報告，中國國民黨第八次全國代表大會會議紀錄，46 年 10 月，第 297 頁，國史館藏，數位典藏號：008-011002-00060-023。【110】

註 6：參見第十四次黨務工作會議決議案彙編，第十四次黨務工作會議秘書處印，58 年 6 月，第 53 頁至第 55 頁（銓敘部言詞辯論意旨書，證 23，附件第 238 頁至第 239 頁）；五十九年黨務工作會議決議案彙編，五十九年黨務工作會議秘書處印，59 年 6 月，第 28 頁（銓敘部言詞辯論意旨書，證 23，第 263 頁）；59 年 8 月 1 日中國國民黨黨務、政治及社會幹部交流協調小組第五次會議會議紀錄，第 1 頁至第 3 頁（銓敘部言詞辯論意旨補充狀，附件第 22 頁至第 24 頁）。【111】

註 7：參見未記載年月日某會議，所附「關於民眾服務社專職人員年資採計問題之說明」資料五、（一）（銓敘部言詞辯論意旨書，證 14，附件第 163 頁）。【112】

註 8：參照國防部 58 年 6 月 20 日（58）綜字第 1724 號函（銓敘部言詞辯論意旨書，證 3，附件第 12 頁至第 13 頁）。依該函說明二「……擬請貴部參照台灣省大專及高職畢業生就業考試分發服務採計其年資之先例，於送請銓敘時予以按年採計……」。由是可知，曾參加「44 年特種考試臺灣省專科以上學校及高級職業學校畢業生就業考試甲乙級」及格人員，並經台灣省政府分發至救國團擔任專職之人員，於其退休時併計

年資，並非單純因其任職於救國團之故，而係因其通過特種考試並經銓敘及格分發所致。有鑑於此，渠等人員與救國團其他未經考試及格之專職人員，本質上本不相同。且銓敘部亦未依系爭條例相關規定，扣除渠等人員任職於救國團之年資，此有109年度憲三字第1號等聲請案言詞辯論筆錄第29頁可資參照。【113】

註9：參照銓敘部58年12月4日58台為甄一字第26276號函稿 114
（銓敘部言詞辯論意旨書，證4，附件第26頁至第27頁）。
【114】

註10：考試院58年11月8日（58）考台秘二字第2385號令；58年 115
12月27日（58）考台秘二字第2808號令；考試院59年7
月14日（59）考台秘二字第1677號令；考試院60年12月
7日（60）考台秘二字第2502號令；考試院72年11月8日
（72）考台秘議字第3902號函（參見銓敘部108年9月9日
部退五字第1084809280號函之說明資料第1頁至第2頁，及
附件1至附件6）。【115】

註11：參見註7之會議資料三、（一）至（四）（銓敘部言詞辯論 116
意旨書，證14，附件第161-162頁）。【116】

註12：銓敘部因函復司法院，所發之108年9月9日部退五字第 117
1084809280號函之說明資料第2頁至第3頁參照。【117】

註13：參見立法院公報第106卷第11期委員會紀錄，第271頁至第 118
272頁。【118】

註14：系爭條例第1條之立法理由二，參照立法院公報第106卷第 119
42期院會紀錄，第73頁至第75頁。【119】

註15：參見行政院41年9月18日台41（教）5265號令、行政院58 120
年12月23日台58教10426號令（國防部因函復憲法法庭，
所發之111年12月9日國政文心字第1110324618號函所附
說明資料第1頁至第3頁、第35頁至第36頁、第43頁至第
44頁）。【120】

112 年憲判字第 3 號

註 16：參見行政院 58 年 12 月 23 日台 58 教 10426 號令二、
(二)。【121】

註 17：聲請人一、五及六審理之原因案件原告，均非社團，而為人
民。【122】

註 18：詳見中國國民黨黨務幹部業務管理辦法第 5 章退休退職（第
76 條至第 116 條），分為第一節通則，第二節退休、第三節
退職、第四節年齡及年資計算標準、第五節作業規定，即對
該黨幹部之退休及退職制度有詳盡且完整之規定。【123】

註 19：詳見中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法第 2 條
及第 3 條規定，參見中國青年救國團因函復司法院，所發之
110 年 7 月 5 日（110）青秘字第 1036 號函，附件 1。【124】

註 20：詳見中國大陸災胞救濟總會工作人員退休辦法第 3 條至第 5
條規定，參見中華救助總會因函復司法院，所發之 110 年 8
月 16 日中華行字第 1100000337 號函，附件 2。【125】

註 21：詳見中央通訊社職員退休退職辦法，該辦法第 2 章（第 3 條
至第 11 條）、第 3 章（第 12 條、第 13 條），分別就該社職
員之退休及退職制度有詳盡且完整之規定。參見財團法人中
央通訊社因函復憲法法庭，所發之 112 年 3 月 7 日台瑞行發
字第 1120000278 號函，附件。【126】

註 22：61 年 9 月 7 日中國國民黨第 10 屆中央委員會工作會議第 157
次會議紀錄，第 6 頁（銓敘部言詞辯論意旨補充狀，證 34，
附件第 37 頁）。【127】

註 23：中國國民黨黨務幹部業務管理辦法第 76 條：「黨務專職幹部
輔導從政轉業其從政轉業單位不採計黨職年資者，得依本章
規定辦理退休退職，發給一次退休退職金；如其從政轉業單
位採計黨職年資者，一律不得在黨內辦理退休退職，但應由
黨給予適當之補助。」【128】

註 24：中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法第 3 條：
「本團專任工作人員雖服務屆滿 15 年，而由本團輔導轉任公

第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、許大法官志雄、黃大法官瑞明、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	吳大法官陳鏐、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、詹大法官森林、呂大法官太郎
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、楊大法官惠欽	吳大法官陳鏐、蔡大法官明誠、林大法官俊益、張大法官瓊文、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍
第四項	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	吳大法官陳鏐、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	吳大法官陳鏐、蔡大法官明誠

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

部分協同：蔡大法官宗珍提出，林大法官俊益、張大法官瓊文、呂大法官太郎加入不同意見部分。

部分不同意見書：詹大法官森林提出，張大法官瓊文加入。

不 同 意 見 書：吳大法官陳鏗提出，蔡大法官明誠加入、呂大法官
太郎加入第一至三部分。

蔡大法官明誠提出，吳大法官陳鏗加入、呂大法官
太郎加入第四部分。

以上正本證明與原本無異。

書記官

吳芝嘉

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

附表一

聲請人	聲請之原因案件案號
臺北高等行政法院第六庭（聲請人一）	108 年度年訴字第 1036 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例事件
臺灣臺東地方法院行政訴訟庭風股法官（聲請人二）	108 年度簡字第 3 號社團年資處理條例事件
臺灣臺南地方法院行政訴訟庭業股法官（聲請人三）	108 年度簡字第 6 號返還溢領退離給與事件
臺灣臺北地方法院行政訴訟庭安股法官（聲請人四）	108 年度簡字第 19 號追繳溢領退離給與事件
臺北高等行政法院第二庭（聲請人五）	108 年度年訴字第 1128 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例事件
臺北高等行政法院第二庭（聲請人六）	108 年度年訴字第 1045 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例事件
臺北高等行政法院第二庭（聲請人七）	108 年度年訴字第 1124 號、第 1228 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例事件
臺北高等行政法院第二庭（聲請人八）	109 年度年簡上再字第 4 號公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例事件

附表二

條號	法條內容
系爭條例第2條第2款 (系爭規定一)	本條例用詞，定義如下： 二、社團專職人員：指中國國民黨各級黨部、中華民國民眾服務總社及其分社、中國青年反共救國團、中國童子軍總會、中國大陸災胞救濟總會、世界反共聯盟中國分會、亞洲人民反共聯盟中國總會、三民主義大同盟等社團及其相關機構之專職人員。
系爭條例第4條第1項 (系爭規定二)	第2條所定公職人員仍支領退離給與者，應由其核發退離給與機關（以下簡稱核發機關）扣除已採計之社團專職人員年資後，依原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式，重行核計退離給與。
系爭條例第5條第1項第1款（系爭規定三）、第1項第2款（系爭規定四）	依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者，應由核發機關自本條例施行後1年內，依下列規定以書面處分令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還之： 一、於退職政務人員，由領受人及其經採認之社團專職年資所屬社團連帶返還。 二、於政務人員以外之退休（職、伍）公職人員，由其經採認之社團專職年資所屬社團返還。
系爭條例第7條 (系爭規定五)	本條例第4條所定重行核計退離給與及第5條所定返還規定，除本條例另有規定外，不適用現行法律有關權利行使期間之規定。

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

第3號

如果回復原狀是天經地義的，「公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例」規定充其量在回復原狀而已，原則上有違憲問題嗎？又回復原狀必然是針對過去不當之行為（必然溯及既往），不應該要求回復原狀嗎？國家公款收入主要來自人民的納稅款，是民脂民膏，大法官有責任為全民把關；又如果我們認為現在或未來的執政黨及其人員當然不可以有相同或相類之行為，否則應該回復不當利得，那麼為什麼法律要求過去的執政黨及其附隨組織、人員應回復原狀，會違憲呢？

本件屬涉及轉型正義立法之一。轉型正義立法之目的，除了避免未來不再重蹈過往之重大錯誤外，更在導正過去之不公義，並且係以過去不公義之實質導正為手段，警戒任何當權者不得違法妄為。而且因為如果過去之不公義不予實質導正，則無從避免未來之違法妄為不再發生。因此，本件爭議之判斷，應由轉型正義立法之本旨出發，從大是大非著眼。是本席贊同本件判決合憲之結論。本席也企盼現在、未來的執政黨應引為殷鑑，確實遵行憲政體制，切勿為了執政而違法妄為！

為全民把關是大法官不二職責，過去、現在及未來執政者（黨）不可利用職權為不法行為，尤其是故意並為己利。在此理念下，本席原則上同意本件判決之理由，但認為尚有略作補充之必要，爰為本件協同意見書，謹簡要說明如下：

一、本件相關重大不公義事實

轉型正義立法之正當性，應植基於過往重大不公義存在之事實，因此，本件關於有如何之重大不公義事實存在部分，大法官應詳予調查確認並於判決中說明。本件判決主筆大法官確已儘量於判決中為相關之說明，但礙於爭點非單一，故難以集中為之，可能較難一望即知其全盤梗概。是本席認有特予再集中說明相關據以形成本席合憲確信之重大不公義事實之必要，爰先逐一說明如下：

（一）、我國自民國 36 年 12 月 25 日起施行憲法，自斯時起，依法行政係執政者之當然義務，黨、政必須嚴予區隔！以黨領政為憲法所不容（我國行憲已逾 70 年，很遺憾竟還似有新的政黨領導人為以黨領政之說，封建、訓政餘毒，尚未根除，大法官仍待持續努力維護憲政秩序），黨政不分，政黨及其附隨組織如藉由執政之便自行及或使其所屬人員，違法得有有形無形之利益者，所為即使僅類比民法規定，已不只是政黨及其所屬人員不當得利而已，而更應係具不法性、侵害國家法益之侵權行為，所為與法治國原則牴觸，立法導正，以為殷鑑，具合憲正當性。

（二）、我國至遲自 32 年起已陸續建立公職人員退休（職、伍）法制，立法明定各該法律適用之公職人員，僅限於各機關編制內依相關規定任用之人員（公務員退休法第 2 條、學校教職員退休條例第 1 條、陸海空軍軍官服役條例第 2 條、陸海空軍士官服役條例第 2 條、公務人員保險法第 2 條、及陸海空軍軍人保險條例第 6 條自其制定公布之日起暨歷次修法參照）；司法院大法官亦於 41 年及 42 年作出共 3 號解釋，認定行憲後之政黨係屬人民團體，黨職人員非為公務（職）人員（司法院釋字第 5 號、第 7 號及第 20 號解釋參照）。是考試院及銓敘部、中國國民黨及其附隨組織，至遲均自 41、42 年即應已確知其所屬人員非為公務人員，不受公務人員退休法、保險法等之保障。即此等政黨所屬人員如轉任公職，其黨職年資依法不能併計入公職年資，不得併計發退離給與。

（三）、然中國國民黨及其附隨組織明知其所屬人員，非公務人員，其黨職年資依法不能併計入公職年資，竟然為達以黨領政目的，至遲於 58 年 6 月間即先計畫推動黨政社會幹部交流，並為貫徹該計畫，經中國國民黨中央內部決定，排除妨害計畫推動之障礙，包括黨職年資未併入公職年資部分（以上有相關中國國民黨中央委員會會議紀錄附卷可參）。另中國國民黨中央決定後，除在以黨領政概念下，送其考試院、行政院從政同志研究辦理外，並兼為節省其退離給與經費目的，比如以下述函件要求考試院同意：「於其所屬人員轉任

公職時，併計其黨職年資」。圖使此等人員得以領取較高之退離給與，獲得不當利益，而為社團之政黨等亦因而得利（優秀人才願忠誠為其所用，有利其持續執政；且中國國民黨夙訂有中國國民黨幹部制度大綱，並依之再詳為訂定「中國國民黨黨務幹部業務管理辦法」，規範內容包括退離給與相關事項。而 59 年 8 月 1 日中國國民黨黨務、政治及社會幹部交流認證小組第 5 次會議紀錄載明顯示：「推動黨政社會幹部交流計畫時，依照中國國民黨內部規定，本應發給轉業退職之幹部一次退職金，但無力支付」；61 年中國國民黨第 10 屆中央委員會工作會議第 157 次會議紀錄，及 62 年 12 月中央委員會組織工作會印上開業務管理辦法資料，亦分別顯示：中國國民黨內部早訂有黨務人員退職給與規定，且黨務專職幹部轉任政府公職或社團職務時，其服務年資之處理，依黨政社會幹部交流互調辦法所定原為「依當事人之申請，核定其退職，並發給一次退職金」，而修改為「由黨發給黨職年資證明，俟其在政府機關退休退職或資遣時合併計算，發給退休退職金或資遣費。如轉任社團職務或轉任之公職不合政府機關採計黨職年資之規定者，得於轉任時依其志願申請退職，以節省中國國民黨經費」、「黨務專職幹部輔導從政轉業其從政轉業單位不採計黨職年資者，得依本章規定辦理退休退職，發給一次退休退職金；如其從政轉業單位採計黨職年資者，一律不得在黨內辦理退休退職，但應由黨給予適當之補助。」因而節省中國國民黨及其附隨黨組織之退離給與經費）。考試院亦明知違法，竟配合以無法律依據且違反公務人員相關法律規定而依憲法第 172 條規定無效之行政命令同意之（此等黨職年資併計措施至 76 年間，因監察院調查、立法院、臺灣省議會在野委員、議員質詢，暨社會輿論批評，及因應政黨開放，而在行政院人事行政局及臺灣省政府均建議考試院廢止執政黨黨政人員相互轉任後之年資、考績併計案之後，分二階段廢止；此二階段廢止，由中國國民黨中央委員會 77 年 5 月 31 日七十七組字第 078 號致考試院政治小組林召集人機密函等，可知：亦應係以黨領政，先由中國國民黨中央決定、至少同意後，由其從政黨員執行之）：

1、在 58 年之前，考試院即已以所謂國家考試分發救國團任職為由，同意採計救國團任職年資為公職年資（銓敘部覆臺灣省政府 57 年 1 月 19 日 57 台為特三字第 21002 號函參照），雖然其所依據之僅存 44 年分發資料，臺灣省政府 44 年 8 月 25 日府人丙字第 85800 號致銓敘部函二、末明載：「……專案報請行政院轉行分發任用及由中國青年反共救國團選用……」，即救國團除已得「選用」優秀人才之利益外，另所謂分發選用亦與一般有別，能否當然憑上開函逕認公職年資得併計救國團任職年資，本非無疑（救國團選用考試院考試及格人員部分，不適用系爭條例規定，即未重新核計其公職年資，故該部分不在本件判決爭議範圍）。

2、58 年時，先由國防部以 58 年 6 月 20 日（58）綜字第 1724 號等函，要求銓敘部同意比照考試分發之先例，採計救國團專任人員（含非考試分發人員）在團內之服務年資（由行政院於同年以 58 年 12 月 23 日台 58 教 10426 號令稱「中國青年反共救國團本為社團性質」，是國防部上開函應係為因應救國團本質為社團目的而預為）。經銓敘部簽請，考試院以 58 年 11 月 8 日（58）考台秘二字第 2385 號令核准之。

3、中國大陸災胞救濟總會以 58 年 8 月 27 日函要求銓敘部同意採計其工作人員之服務年資；考試院以 58 年 12 月 27 日（58）考台秘二字第 2808 號令核准之。

4、考試院以 59 年 7 月 14 日（59）考台秘二字第 1677 號令核准採計世界、亞洲人民反共聯盟中華民國分會、總會工作人員之工作年資。

5、中華民國民眾服務總社依樣畫葫蘆，甚至進一步以 60 年 9 月 17 日（60）幹字第 560 號代電，以方便與公務人員交流互調為由，檢附「中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點」，要求考試院採行，全面比照採認其專職人員之職級、採計其服務年資等。考試院以 60 年 12 月 7 日（60）考台秘二字第 2502 號令核准之。

二、社團及其所屬人員得不當利益，且肇因於社團明知違法之行為

（一）、社團部分之利益

1、以救國團為例，因「選用」國家考試及格人員，而得到得英才之用人無形利益；

2、因黨務人員與公務人員交流互調而得執政上無形利益，以及延攬吸納優秀人才為其所用、並有利人事新陳代謝之利益；

3、如上所述，節省退離給與經費有形利益（相關社團之退職給與及其以併公職年資方式減省經費等規定，除如上述外，並請參見本件判決註 18 至註 24）。

（二）、所屬人員部分之利益

以獲准以提出法庭之友意見書方式參與本件判決相關程序之聲請人一原因案件原告黃女士為例：

1、退職金部分之計算（此部分未列入重新核計範圍，故不在爭議範圍）：

（1）監察委員退職生效日：88 年 2 月 1 日。

（2）任公職年資計至：88 年 1 月 31 日，共計 10 年 11 月（包括監察委員 6 年，教職 4 年 11 月；未納入任職中央通訊社、正中書局及中華日報之黨職年資；中央通訊社、正中書局及中華日報均原為中國國民黨黨營文化事業即社團相關機構，有眾多中國國民黨黨史資料可證，另中央通訊社曾經為中國國民黨相關機構，由財團法人中央通訊社 112 年 3 月 7 日覆憲法法庭台瑞行發字第 1120000278 號函所附之 65 年 1 月 12 日董事會社董（65）發字第 007 號函核備之「中央通訊社職員退休退職補充規定」亦可以佐證）。每年 2 個基數，共 22 個基數。

（3）政務人員退職金＝（月俸額 87,120 元＋實物代金 930 元）
x22 個基數＝1,937,100 元。

2、公保養老給付部分（其優存利息部分與本件爭議相關）：

（1）51 年 12 月 1 日以中央通訊社員工名義加入公保；在中央

通訊社服務至 70 年 7 月 31 日止，共 18 年 8 月。監察委員投保公保年資 6 年。二者共計 24 年 8 月。

(2) 原以公保年資 24 年 8 月計算，公保養老給付為 3,139,200 元 ($87,200 \text{ 元} \times 36 \text{ 個月} = 3,139,200 \text{ 元}$)；扣除中央通訊社年資後，公保年資為 6 年，得作為公保優存利息之公保養老給付本金為 1,569,600 元 ($87,200 \text{ 元} \times 18 \text{ 個月} = 1,569,600 \text{ 元}$)。

(依據退休公務人員公保養老給付金額優惠存款要點及公務人員退撫新制實施前公保年資及養老給付辦理優惠存款最高月數標準表，政務人員投保公保年資 20 年以上、6 年者，優惠存款最高月數分別為 36 個月、18 個月)。

(3) 即變更公保年資為 6 年後，公保養老給付金額減為 1,569,600 元。亦即扣減 1,569,600 元 ($3,139,200 \text{ 元} - 1,569,600 \text{ 元} = 1,569,600 \text{ 元}$)。

3、銓敘部認應繳還金額即已領超額優存利息之計算：

(1) 優存帳戶之本金 ($1,937,100 \text{ 元} + 3,139,200 \text{ 元} = 5,076,300 \text{ 元}$) 部分，不在應重新核計超額繳還範圍，黃女士全額保有。

(2) 只計算公保養老給付超額納入優存帳戶之本金 1,569,600 元 ($5,076,300 \text{ 元} - 1,937,100 \text{ 元} - 1,569,600 \text{ 元} = 1,569,600 \text{ 元}$) $\times$ 已支領優惠存款利息期間 (由 88 年 2 月 12 日算至 107 年 5 月 11 日止，即計息期間共 19 年 3 月 0 天) 之優存利息 ($1,569,600 \text{ 元} \times 18\% \times 19 \text{ 年} + 1,569,600 \text{ 元} \times 18\% \div 12 \times 3 + 1,569,600 \text{ 元} \times 18\% \div 365 \times 0 = 5,438,664 \text{ 元}$)。(此部分金額之計算，有可議之處，另如下述四、所述，但無礙合憲之結論)。

4、仍得留存優存帳戶內依法定優存利率計息之本金 3,506,700 元 ($1,937,100 \text{ 元} + 1,569,600 \text{ 元}$)；原優存帳戶之差額本金 1,569,600 元仍屬黃女士所有，只是此部分不得繼續依優存利率計息。

5、扣除銓敘部請求返還之金額後至 107 年 5 月 11 日止，黃女士實得優存利息淨額為 12,150,715 元 (如依下述四、調整，淨額會增加)

(1) 由 88 年 2 月 12 日算至 107 年 5 月 11 日止共已支領之優存利息總額 17,589,379 元 ($5,076,300 \text{ 元} \times 18\% \times 19 \text{ 年} + 5,076,300 \text{ 元} \times 18\% \div 12 \times 3 + 5,076,300 \text{ 元} \times 18\% \div 365 \times 0 = 17,360,946 \text{ 元} + 228,433 \text{ 元} = 17,589,379 \text{ 元}$ 。)

(2) $17,589,379 \text{ 元} - 5,438,664 \text{ 元} = 12,150,715 \text{ 元}$ 。

6、綜上，黃女士領取之政務人員退職金及公保養老給付本金共 5,076,300 元；依系爭條例規定繳還後仍屬其所有並已支領之優存利息淨額至少 12,150,715 元；尚得以 3,506,700 元為本金自 107 年 5 月 12 日起依優存利率繼續領取優存利息。

7、以黃女士之例，相較於勞工（黨職人員應加入勞保、非公保），其為得退離給與大利益，不待贅言。相較於臺灣大學任教近 40 年政務人員 76 年間退職者，共領取退職金及公保養老給付 300 餘萬元，18% 年優存利息約 60 萬元；黃女士 18% 年優存利息扣減前為約 90 萬元，黃女士亦得利。相較本席退職（公職年資 8 年）時，除了退離給與明顯少於黃女士得保有之超過 500 萬元本金外，無優存利息保障，黃女士亦明顯較有利。

（三）、上開依系爭條例規定應邀還之利益為不當利得，並係因社團之違法行為而得

1、黨職年資依法不應併入公職年資計算退離給與，其併入計算導因於過往黨國體制下，執政者中國國民黨及其附隨組織明知違法之主動（故意），及考試院以依憲法第 172 條規定無效之行政命令明知違法（故意）而核准之配合，核屬相關社團之故意違法行為。又社團之利益非僅節省退離給與之有形利益而已，另此等行為亦非僅不當得利而已，更係侵權行為，應負回復原狀損害賠償責任，故系爭條例令社團所負連帶責任，縱使超過其自身所定退離給與之金額，亦非不合理，未違比例原則。

2、社團所屬人員得不當利益

以黃女士為例：

其任職社團期間，非公務人員，不具公職人員身分，其得以加

入公務人員保險，進而多領取公保養老給付差額本金 1,569,600 元部分，縱然與其他加入勞保勞工之養老給付相較，金額約略相當，故非不當利益；但是其所兼領之優存利息即依系爭條例規定應歸還部分，則為勞保所無，此係因黨職年資併入公職年資計算所致，故為不當利益。

三、系爭規定應未違背法律不溯既往原則禁止之意旨

（一）、本件最大爭議點在系爭條例規定有無違背法律不溯既往原則？

（二）、本件不涉及刑罰或處罰；本件充其量只是針對違法行為之不當利得原狀回復而已，而回復原狀或返還不當得利，必然是針對過去之行為，本質上當然會溯及既往，是原則上應沒有所謂可不可以溯及既往，故不當然生違背法律不溯既往原則之問題。又如果要說有涉及，那充其量是其中排除既有除斥期間等公權力（利）行使期間之規定部分而已。

（三）、因為系爭條例不是針對與高權行為無關之一般私行為，係針對執政者憑藉其一黨專權所為明知違法故意圖利於自己及所屬人員之行為，因此，為維憲政體制重大公義，避免現在、未來執政者重蹈覆轍（本席以為如果認為系爭條例違反法律不溯既往原則，即不能再予追繳，則除了係容認不法，違背正義外，更是鼓勵高權為非，嚴重背離憲政應有秩序，太不合公義，是本席不以此為然），所以即使溯及既往，也是必要的。

四、應繳還優存利息之計算有可議，但無礙系爭規定合憲之結論

（一）、仍以黃女士為例

如上所述，銓敘部係按年優存利率 18% 全額計算追繳 1,569,600 元部分之溢領優存利息。如果從優存帳戶設立之本旨，該 1,569,600 元本應不得存入，而違法存入，不得享有此部分優存利息全部之觀點，銓敘部之計算尚非無據。然若由優存利息之實質，尤其自分擔者之角度觀察，其中小部分（相當於臺灣銀行一般自然人定期存款計息

部分)並非由國庫以保障公職人員名義補貼負擔,則於該小部分範圍內,本席以為銓敘部之計算,似非全然無可議之處。

(二)、惟行政機關就法律之適用當否,如有爭議應由法院個案審查判斷之。銓敘部相關溢領金額之計算,其當否充其量係適用系爭條例規定之爭議,屬法院依職權應審酌範圍,尚與系爭條例規定是否合憲之判斷無涉。

五、社團與其所屬人員間之求償問題,系爭條例固未規定,但得依相關法律為之,亦不涉違憲或過苛問題

(一)、系爭條例只規定社團與所屬政務人員連帶負責,並未就社團與所屬政務人員間如何分擔為規定,是應回歸連帶債務之相關規定。

(二)、民法第 271 條規定:「數人負同一債務或有同一債權,而其給付可分者,除法律另有規定或契約另有訂定外,應各平均分擔或分受之;其給付本不可分而變為可分者亦同。」

另民法第 280 條規定:「連帶債務人相互間,除法律另有規定或契約另有訂定外,應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用,由該債務人負擔。」

(三)、以聲請人一之原因案件原告黃女士之情形為例,其歷任中國國民黨黨營事業中央通訊社、正中書局及中華日報重要職務,若在中國國民黨管理策略下,其出任監察委員公職前,並未由社團給與退(離)職金給付或補助,其於依系爭條例規定退還溢領退離給與後,非不得依民法上開相關規定向相關社團為請求(另依本庭之調查,中國國民黨暨相關社團、機構均有自訂退休、退職辦法,已如前述;又經查黃女士由中央通訊社採訪主任被調派正中書局任總經理時,可能尚不符中央通訊社退休金請領規定,所以就其黨務年資應負退休金給付義務者,可能不是中央通訊社,而是正中書局或中華日報),從而亦應不生對其是否過苛而違憲之問題。

六、社團應得依法行使抵銷權,不待系爭條例另為規定,是就此而言,亦不影響系爭條例合憲之結論

中國國民黨相關黨務幹部與公務人員交流互調辦法，確曾有相互承認服務年資之規定，而且似有因併計公職年資而由社團增加給付退離給與之情形（救國團 110 年 7 月 5 日（110）青秘字第 1036 號、中華救助總會 110 年 8 月 16 日中華行字第 1100000337 號覆司法院大法官書記處函參照）。如果確有其事，因相關社團不待系爭條例另行規定，本得依法行使抵銷權（但由上開中央通訊社覆本庭函所附之 65 年元月 1 日董事會社董（65）發字第 007 號函核備修正「中央通訊社職員退休退職辦法」第 15 條規定觀之，退休金可能來自政府，於此種情形，則社團未實質負擔，不得對已實質負擔之政府主張抵銷），故亦尚不足影響系爭條例相關規定合憲與否之判斷。

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 加入不同意見部分

張瓊文大法官 加入不同意見部分

呂太郎大法官 加入不同意見部分

第一部分 協同意見

本席對本判決主文除第三項外之合憲結論，均敬表同意，惟對主文第二項之合憲結論持不同論據，爰述協同意見如下。

一、系爭條例第 4 條第 1 項規定不生法律溯及既往問題，亦未牴觸憲法信賴保護原則，並無違憲疑慮

（一）系爭條例第 4 條第 1 項規定之規範意涵與效力

「公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例」，即系爭條例，其第 4 條第 1 項明定：「第 2 條所定公職人員仍支領退離給與者，應由其核發退離給與機關（以下簡稱核發機關）扣除已採計之社團專職人員年資後，依原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式，重行核計退離給與。」（即系爭規定二），係立法者以法律就退休（職、伍）時，曾獲採計社團專職人員年資而併計核發退離給與，且仍繼續支領之相關公職人員（下稱系爭公職人員），所受原退離給與核計處分（下稱原處分），授予核發機關應依法變更之權限，並明定應予變更之內容（即扣除原採計之社團專職人員年資，重行核計各該退離給與）。又，此規定僅適用於系爭條例施行時仍繼續支領退離給與之公職人員；如相關公職人員於系爭條例施行時未支領曾採計社團專職人員年資之相關退離給與，包括原僅領取一次退休（職）金，且無優惠存款，或受領人已死亡等情形，即非系爭規定二適用之範圍，因此其於退休（職、伍）時曾獲採計社團專職人員年資而併計核發退離給與相關處分，不問處分效力是否已消滅，均不受系爭規定二乃至系爭條例規定任何影響。

就規範目的與內涵而言，系爭規定二具有兩大規範意旨。首先，系爭規定二係一體就所有曾採計社團專職人員年資而作成，且仍

繼續有效之原處分為**違法性之確認**，其違法性即在於原處分核計系爭公職人員之退離給與相關金額時，違法採計社團專職時期之年資。詳言之，系爭公職人員退休（職、伍）時所應適用之退休（職、伍）法律依據，就核計退離給與所得採計之任職年資，均明定限於法律所承認之各該公職任職年資，自始不包括明顯非屬公職領域之社團任職年資。然核發機關作成各該原處分時，依公職人員退休（職）法制主管機關於58年至72年間，未經相關退休（職、伍）法律之授權，逕行本於職權陸續發布之相關社團人員年資採計要點函令（業均於76年12月3日廢止在案），及銓敘部77年8月9日台華特二字第185617號函（銓敘部業於95年明令停止適用；下稱銓敘部77年函）之指示，悖離相關法律規定而採計社團專職人員年資；因此，採計社團專職人員年資所作成之原處分，自始即具有違反其所應適用之各該退休（職、伍）法律規定之違法瑕疵。此類行政處分之違法性自始存在，原處分乃屬違法但有效之行政處分；非經有權機關予以撤銷或因其他法定事由而效力消滅外，原處分效力均繼續存在。系爭規定二即係就該等違法但繼續有效之原處分自始存在之違法性予以一體性確認，並非嗣後創設原處分之違法事由與違法性。

其次，系爭規定二課予核發機關變更原處分之義務，核發機關應依此規定撤銷原處分違法部分，重行核計後作成新退離給與核計處分（下稱新處分）。自核發機關應變更原處分之角度觀之，系爭規定二亦構成違法行政處分之**法定變更處分事由**，不同於行政程序法第117條所定之違法行政處分得由有權機關依職權撤銷之規定。此外，凡以法律課予行政機關特定行為義務之規定，本質上均蘊含法律對該等行政行為之授權，得為依法行政原則下，屬法律保留領域行政行為之法律依據；基此，系爭規定二亦屬法律對核發機關授予法定變更處分權（性質上含違法處分之法定撤銷權，及重為處分權）之授權規定。

綜上觀之，系爭規定二之目的，即在經由確認自始存在於原處分之違法性，並授權除去其違法部分之處分效力之方式，匡正原處分

之違法性，使之回復合法狀態；其所追求者，乃憲法法治國依法行政原則之合法性利益，且具有實現轉型正義之深層目的，自屬憲法上重大公益。一般而言，此種憲法上重大公益本質上即已凌駕涉及個人財產權利利益之法安定性要求或信賴利益。

系爭規定二之規定尚蘊含一個重要的規範前提，亦即其未改變任何原處分據以作成之各類公職人員各該時期退離給與法律規定。系爭公職人員退休（職、伍）時所應適用之核計退離給與之法律依據一如既往有其適用，並未有任何改變；各該公職人員所受原處分與重新核計作成之新處分，均適用相同之退離給與法律規定。此由系爭規定二明定核發機關應「依原適用之退休（職、伍）法令所定給與標準及支領方式，重行核計退離給與」，即可見一斑。

可能受到系爭規定二所影響且於系爭條例施行時仍有效之舊法令，充其量僅為銓敘部 95 年 5 月 12 日發布之部退三字第 0952643282 號令（曾登載於考試院公報第 25 卷第 11 期；下稱銓敘部 95 年令），性質上屬行政規則。其主要內容為：1. 相關社團之專職人員年資，不得繼續採認併計為公務人員退休、撫卹年資；2. 自 95 年 4 月 20 日起停止適用銓敘部 77 年函，亦即停止適用「76 年 12 月 3 日前已任公務人員者，於退休、撫卹時仍得併計社團年資」之函示內容；3. 公務人員退休之個案如係以不正當方法使主管機關誤信或陷於錯誤而併計年資辦理退休者，應依行政程序法等相關法規予以撤銷原退休處分，並追繳已領退休金。依此，銓敘部 77 年函業經銓敘部 95 年令停止適用，而銓敘部 77 年函示仍得予以併計社團年資之相關採計要點，則早於此函發布之前一年底即已遭廢止失效；此兩種由銓敘部未經法律授權而逕行訂定發布之社團專職年資採計規定，是系爭條例制定施行前即均已失其效力。

由銓敘部 95 年令之內容亦可知，其與系爭規定二相同地，亦蘊含對採計社團專職人員年資為公務人員退休、撫卹年資措施之違法性確認，並不得繼續為之；所不同者，銓敘部 95 年令未就該令發布前已採計社團年資為公務人員退輔年資者，採一律重行核計而為變更處

分之作法。然而，應注意的是，銓敘部 95 年令發布時，行政程序法已公布施行，與銓敘部 77 年函作成時，未有行政程序法規範下，實務上普遍承認行政機關本於職權所發布之職權命令之效力，兩者法制環境大不相同，銓敘部 95 年令僅具行政規則之效力。此外，未有類似系爭規定二規定之情形下，違法行政處分之撤銷（包括撤銷違法處分、重為處分之行政處分變更），原則上僅得依行政程序法第 117 條之規定，由原處分機關或其上級機關依職權行使，亦僅得由特定處分之原處分機關或其上級機關依法行使，行政規則無從改變此等法制規範，亦無權創設行政處分撤銷或變更之法定事由，也無權禁止有權機關依法行使撤銷權，否則該行政規則即牴觸法律。再者，銓敘部 95 年令明白指出主管機關應依法撤銷原退休處分，並追繳已領退休金之個案情形，其應為例示性指示，而非僅限於該等特定情形。綜上，銓敘部 95 年令難認蘊含有對前已依 77 年函採計社團專職年資而作成之退休處分，均一律不予撤銷或變更之意，此毋寧是各原處分機關得依職權裁量之事項。因此，系爭規定二並未實質改變銓敘部 95 年令之內容。

又，系爭規定二既屬確認性、課予核發機關除去違法處分效力義務之授權性規定，而非實體權利義務關係之規定，因此系爭規定二並未對系爭公職人員之退休給與法律關係產生具體權利變動，須俟核發機關依規定重新核計作成新處分，系爭公職人員因原處分所享有之權利始可能出現具體減縮之結果。惟系爭規定二既課予核發機關有依規定重新核計並變更原退離給與給付金額之義務，其規定本身即已蘊含應一律排除原處分違法採計社團專職人員年資，因而縮減退離給與金額之要求，就此而言，仍涉及系爭公職人員受憲法財產權所保障之退離給與請求權，而有憲法財產權保障之問題。

（二）系爭規定二不生法律溯及既往問題

憲法法治國原則所蘊含之法律不溯及既往原則，係禁止立法者使干預人民權利之不利性法律規定，得溯及適用於該法律生效前即已完成或已終結之構成要件事實，亦即使新法律規定之效力溯及既往，

致過去已完成或終結之構成要件事實之法律狀態，重新受到新法律之評價。因此，法律不溯及既往原則涉及的是實體性、不利性法律規定之「法律效力」溯及既往地發生；如法律規定內容對法律生效前之過去事態並不具創設新的權利義務內涵之效力，而僅是對過去事態之確認，此類針對過去既已存在狀態所為之確認性法律規定，並不生法律（效力）溯及既往問題。

如前所述，系爭規定二係在未變動任何原處分應適用之法律規定內容之前提下，一體確認所有原處分違法採計社團專職時期年資部分之違法性，並課予核發機關變更原處分之義務。是系爭條例公布施行前所作成之有效原處分，係**自始具有違法瑕疵**，系爭規定二僅予以確認，其違法性非因系爭規定二所生；縱無系爭規定二存在，原處分之違法瑕疵亦得由有權機關依法本於職權予以認定。就此而言，系爭規定二自無法律效力溯及既往可言。此外，系爭規定二係課予核發機關於系爭條例公布施行後，有依規定內容作成變更處分（即撤銷原處分，重為核計處分）之義務，其所課予之作為義務係向未來生效，並未溯及既往，亦不生法律溯及既往之問題。

或有謂系爭規定二令核發機關重為退離給與核計處分之結果，系爭公職人員於系爭條例施行前所受之原處分將「溯及」遭變動，從而其原已領受之退離給與金額亦將「溯及」遭減縮，以此為由主張系爭規定二構成「真正溯及既往之法律」。本判決多數意見似亦採此觀點。然而，原處分效力之所以發生變動，並非系爭規定二之法律效力所致，而是因有權機關為變更處分（即撤銷原處分，重為新處分）之結果。詳言之，有權機關本於系爭規定二之授權，依各該原處分作成時所應適用之相同核計退離給與法令規定，重為變更處分；由於變更處分蘊含撤銷處分之性質，因此違法但有效之原處分經變更後溯及既往失其效力（行政程序法第 118 條規定參照），變更後之新處分則自原處分失效時起生效，系爭公職人員受憲法財產權保障之退離給與請求權因而發生變動。是其變動係因具體行政處分之效力變動所致，並非直接肇因於行政處分所據之法律規定（系爭規定二）；此種情形

下，自無法律溯及既往之情形可言。正如行政程序法第117條明定有權機關得依職權撤銷違法行政處分，係授予行政機關得依職權撤銷違法行政處分，使之溯及既往失效之撤銷權限；而有權機關行使依此等撤銷權，必然係針對前已作成之「過去」之違法處分，甚至可能為行政程序法施行前即已作成之違法處分，然此等狀況不會使行政程序法第117條規定成為溯及既往生效之法律規定。

（三）系爭規定二不違反憲法信賴保護原則

憲法信賴保護原則針對立法部分之保障，係保障人民正當信賴原法律狀態所生值得保護之信賴利益，立法者制定新法律而溯及既往改變受信賴之原法律狀態者，除有憲法正當事由，否則即有違反信賴保護原則而違憲之可能。依此，針對立法之憲法信賴保護原則，其保障內涵與亦自信賴保護原則導出之法律不溯及既往原則實無二致：立法者制定對人民不利之新法律規定，並使之溯及於新法公布前生效，致使人民依新法公布前之舊法規定下原享有之權益遭受剝奪或減縮，即可能涉及是否違反憲法信賴保護原則下之法律不溯及既往原則之問題。反之，立法者雖制定對人民不利之新法律規定，如該法律僅係向未來生效，不具真正或非真正溯及既往之效力，則人民於新法公布前之舊法時期所享有之法律上權益，縱無法延續至新法生效後，此種無涉法律效力溯及既往之立法，並不生是否牴觸憲法信賴保護原則之問題。而人民就過去對己有利之法律狀態將延續到未來、不會有變之所謂「信賴」，實僅屬主觀性期待或願望，並不受憲法信賴保護原則之保護。因此，凡法律不生溯及既往（包括法律非真正溯及既往之情形）問題者，原則上亦不生違反信賴保護原則之問題。

暫不論此，姑且仍依憲法信賴保護原則審查系爭規定二之合憲性，依然可得出系爭規定二不違反信賴保護原則之結論。首先，針對立法（即系爭規定二）之憲法信賴保護原則之適用，須有人民（系爭公職人員）得據以主張其得繼續享有向來之退離給與請求權利益之（原）法律規定之存在，以為人民主張信賴保護之信賴基礎。然而，涉及系爭公職人員退離給與請求權之享有與行使之相關法律範疇內，

根本欠缺足以支持公職人員退離給與金額之依法核計，得採計不具任何公職屬性之社團專職年資之法律規定；系爭規定二從未改變任何涉及公職人員退離給與請求權內容之法律規定，已如前述。系爭公職人員領受併計社團專職年資之退離給與，是基於併計社團專職年資所作成之違法處分，而該等違法處分之所以併計社團專職年資，實際上是依據公職人員退離給與法制機關銓敘部於 76 年以前所發布之職權命令；該等容許公職人員退離給與之核發得併計社團專職年資之職權命令自非法律，且受到依法行政原則之法律優越原則所拘束，職權命令不得牴觸法律，亦無從對抗法律。因此，上開職權命令難以作為對抗系爭規定二之信賴保護主張之信賴基礎。況銓敘部已於 76 年 12 月 3 日自行廢止上開職權命令，其後雖再發布銓敘部 77 年函，對於 76 年上開職權命令廢止後始轉任公職人員者，不再併計其社團專職年資，惟在此之前已轉任公職人員者，仍得於退休（職）核計退離給與時，併計其社團專職年資，直至銓敘部 95 年令發布後，明令停止適用銓敘部 77 年函，並全面終止併計社團專職年資，可見 95 年後、系爭條例施行前，亦已不存在公職人員退休（職、伍）時併計社團專職年資之任何法令依據。系爭公職人員既無據以主張信賴保護之信賴基礎，自無信賴之表現以及值得保護之信賴利益可言，系爭規定二自不違反憲法信賴保護原則。

附帶一提的是，於系爭規定二之脈絡下，可能涉及信賴保護原則者，實非法律變動之信賴保護，而是因授益行政處分之變動所生之信賴保護問題，此乃憲法信賴保護原則針對行政行為之變動，於行政法層次之具體展現（行政程序法第 117 條第 2 款、第 119 條、第 120 條及第 126 條規定參照）。

二、系爭條例第 5 條第 1 項第 1 款規定關於課予退職政務人員返還溢領金額之義務部分，不生法律溯及既往問題，亦不違反比例原則，與憲法財產權保障意旨無違

（一）系爭條例第 5 條第 1 項第 1 款規定不生法律溯及既往問題

系爭條例第5條第1項第1款關於令退職政務人員以領受人身分，返還溢領退離給與之規定（即系爭規定三），除課予核發機關向退職政務人員追繳其溢領退離給與金額之義務，以及對核發機關作成相關追繳處分之授權外，亦具有課予退職政務人員返還其溢領金額義務之實體規範意涵。

本規定係以核發機關依第4條各項規定（其中主要為系爭規定二），重行核計退離給與而變更領受人應領受之退離給與金額，從而確定溢領金額為前提，因此系爭規定三乃系爭規定二之後續規範，其規範事項與退離給與變更處分作成前之原處分或法律事實並無直接關係，無法律效力溯及既往問題。此外，系爭規定三課予核發機關之追繳義務亦係向未來生效，並未溯及既往；核發機關追繳權之行使，亦無從溯及既往。再者，系爭規定三雖課予退職政務人員返還溢領金額之義務，惟其返還義務仍須由核發機關作成追繳處分始具體形成，是此部分之規範效力亦屬向未來生效之情形，無溯及既往可言。綜上，系爭規定三不具任何溯及既往之效力，實不生法律溯及既往之問題。正如與系爭規定三規範本質相同之行政程序法第127條，有關公法上不當得利之受益人應返還其所受領之給付之規定，難以想像其涉及法律溯及既往問題。

（二）系爭規定三課予退職政務人員返還溢領金額之義務部分，未違反比例原則，與憲法財產權保障之意旨無違

系爭規定三涉及退職政務人員部分，係以退職政務人員為追繳溢領退離給與之對象，課予其返還溢領金額之法定義務；就此而言，已構成對退職政務人員憲法上財產權之限制，其限制應符合憲法比例原則之要求。

系爭條例第5條第1項規定所稱「溢領退離給與」，係因核發機關變更相關公職人員據以受領退離給與之處分，即撤銷違法採計社團專職年資，使之溯及既往失效，再重行核計其「自始」應領取之退離給與金額，其與原已領受退離給與金額之差額，始構成溢領之退離給與。從而，溢領之退離給與部分，已無有效之授益處分以為保有該

利益之法律上依據，屬無法律上原因所受之利益；系爭條例第 5 條第 1 項所定返還義務人之返還範圍亦僅及於此部分。基此，系爭條例第 5 條第 1 項令核發機關應以書面處分命法定義務人返還溢領退離給與之規定，其性質與行政程序法第 127 條第 1 項規定相同，均屬因授益行政處分經撤銷而溯及既往失效後，本於該處分所生公法上不當得利之返還義務之規定。系爭條例第 5 條第 1 項規定不同於行政程序法第 127 條第 1 項規定之處，即在於前者就返還義務人為明文指定，不同於後者係一般性地課予受益人返還所受領給付之義務；因此就返還義務人部分，系爭條例第 5 條第 1 項規定構成行政程序法第 127 條第 1 項規定之特別規定。

就立法目的而言，凡屬公法上不當得利返還之立法規定，其目的均在藉由命不當得利受領人返還不當得利之方式，排除不當得利受領人無法律上原因所受利益與國家因此蒙受之損失，回復合法財產秩序，乃憲法上重要之公益，其目的均應屬合憲正當，系爭條例第 5 條第 1 項規定亦不例外。

系爭規定三涉及退職政務人員部分，係以不當得利受領人，即溢領退離給與之退職政務人員作為返還義務人，使其就客觀計算而得且確曾受領之溢領退離給與金額負返還之義務，乃不當得利法理之基本內涵，核屬適當且侵害最小之手段，其於回復合法財產秩序與不當得利受領人財產利益之損害間，亦難有損益失衡可言。綜上，系爭規定三課予退職政務人員返還溢領退離給與之義務，並未違反比例原則，與憲法財產權保障之意旨無違。

於此附帶一提的是，立法者採不當得利之法理，建立退離給與溢領金額之返還規定，就返還義務人與返還範圍等，於不違反比例原則之前提下，自享有一定立法形成自由。是立法者僅課予退職政務人員返還其溢領金額之責，而放棄向政務人員以外之退休（職、伍）公職人員個人追繳其所領受之溢領金額，乃立法政策之選擇，尚不涉及違憲問題。

第二部分 不同意見

本席對本判決主文第三項未違憲之結論難以贊同，認系爭條例第5條第1項第1款與第2款規定，令社團應單獨或連帶返還溢領退離給與部分，其義務之課予與立法目的間欠缺正當合理之關聯，違反比例原則，牴觸憲法財產權保障意旨，應宣告其違憲失效。爰述理由如下：

一、系爭條例第5條第1項第1款與第2款規定涉及命社團返還退離給與部分，係對社團課予返還溢領金額之義務，構成對社團之憲法上財產權之侵害

系爭條例第5條第1項第1款（即系爭規定三）與第2款（即系爭規定四）規定，涉及令「其經採認之社團專職年資所屬社團」（下簡稱社團）連帶或單獨返還溢領退離給與部分，係法律明文課予社團返還溢領退離給與金額之義務，社團依此規定成為返還公法上債務之法定義務人，社團因此蒙受財產上不利益，自屬對社團受憲法保障之財產權之侵害。是系爭規定三及四以社團為返還溢領退離給與之法定義務人之規定，應符合憲法第23條比例原則之要求。

二、以社團為返還溢領退離給與之法定義務人之規定，目的與手段間欠缺正當合理之關聯，違反憲法比例原則之要求

系爭條例第5條第1項規定之目的，係在追繳溢領之退離給與金額，涉及公法上不當得利返還義務之課予，其目的自屬合憲正當，已如前述。於此所應審查者，僅限於立法者選定社團為連帶或單獨返還義務人，是否有違比例原則之問題。

系爭條例第5條第1項所定返還溢領退離給與義務，係因作為受領退離給與之法律上理由之原授益處分，經撤銷而溯及既往失效所生之不當得利返還義務，則返還義務人自應為原授益處分之受益人，且存有因該處分所獲取之不當得利，即「溢領退離給與」為前提，始有「返還」可言。然社團並非原公職人員退離給與處分之相對人或受益人，本非有權、亦非實際受領公職人員退離給與者，自非溢領退離給與之人，其亦未因退休（職、伍）公職人員溢領退離給與而受有法

律上利益。

此外，就系爭公職人員因退休（職、伍）所生之公法上退離給與請求權而言，各該社團亦未享有任何權利或負擔任何義務；社團與曾任職該社團之公職人員間，從未存在因其私法上之僱傭關係而生之公法上法律關係；其一度存在之私法上僱傭關係下雇主之法律上義務，亦從未由國家所承受。因此，系爭公職人員溢領退離給與，與其曾任職之社團實無任何法律上關係。況系爭公職人員溢領退離給與之起因，係為其社團專職年資獲違法採計為核計退離給與之年資，該等「社團專職年資」是各該公職人員個人所擁有之資格或身分，具有一身專屬性利益之性質，與產生年資之社團實無干係。何況，「溢領退離給與」之形成，如前所述，須核發機關依系爭規定二作成退離給與變更處分，撤銷原違法處分之效力，重行核計退離給與金額，而不論是原違法處分，抑或是重新作成之變更處分，其處分相對人與受益人均為受領退離給與之退休（職、伍）公職人員本人，「溢領退離給與」之所有法律關係，亦僅存於國家與該受領人之間。

綜上，立法者欲追繳溢領之退離給與，而以社團為法定返還義務人，不論是使其為連帶返還義務人，抑或為單獨返還義務人，均係課予與「溢領退離給與」毫無關係之第三人負溢領金額之返還義務，完全脫離「溢領退離給與」法律關係之脈絡，明顯與追繳退離給與目的之達成間欠缺正當合理之關聯，非屬比例原則所要求之適合手段，違反比例原則之要求，牴觸憲法保障財產權之意旨，此部分之規定應屬違憲。

三、本判決理由難以支持以社團為返還溢領金額之法定義務人規定之合憲性

（一）合憲結論之主要論點

本判決支持系爭條例第 5 條第 1 項，命社團連帶或單獨返還溢領退離給與之規定合憲之理由，茲依其理路發展次序，整理其要點如下：1. 社團本該以雇主身分，就其專職人員之工作年資，於該專職人員退休（職）時，負給付退休（職）金之責；各該團體亦訂有對其退

休（職）員工給付退休（職）金之內部辦法。其對轉任公職之社團專職人員應給付之退休（職）金義務，藉由考試院違法函令及年資互相採計要點，轉嫁國家承擔，「足認該等社團均從年資併計制度中獲得財產上之不當利益」；2. 社團自年資併計制度中，亦獲得取用人才之無形利益；3. 社團就於其專職人員轉任公職時所負有之給付退休（職）金之責，早已取得時效抗辯，因此系爭規定三及四課社團連帶或單獨返還之規定，屬「真正溯及之法律」；為追求轉型正義而制定真正溯及既往之系爭條例，非憲法所不許，不違背法律不溯及既往原則；4. 各社團均曾主動向考試院請求比照救國團專職人員併計年資之作法辦理，是各社團「本身亦為破壞公職人員退休（職、伍）制度之協力（參與）者，自可歸責，且無值得保護之信賴」；5. 社團主觀上知有年資併計制度之情事，客觀上亦因此獲得無形、有形之利益，是以社團為溢領退離給與之返還義務人之手段，與立法目的間具有合理關聯；況國家並未加計利息，未逾越必要範圍，與憲法保障人民財產權之意旨無違。

（二）從社團原負有退休（職）金給付義務，導出其應返還未曾受領之溢領退離給與金額之義務？

合憲結論之論理內容，顯然將社團之「不當得利」問題、系爭規定三及四相關規定是否違反不當連結禁止原則、法律不溯及既往原則、信賴保護原則與比例原則等問題接續混雜論述，實不易清楚掌握其合憲結論之理據脈絡。較可確定的是，其核心論點大致是：各社團作為系爭公職人員任職各該社團時之原雇主，既從年資併計制度獲得財產上不當利益與人才無形利益，因此其雖非溢領退離給與金額之實際受領人，立法者以之為溢領退離給與之返還義務人，具有正當合理關聯性。判決理由之後續論述，大致上不脫此一立場。

然而，系爭條例第5條第1項規定命義務人返還之標的，係「依前條規定重行核計退離給與後，有溢領退離給與者」，而不是其他如判決理由中所陳之財產上「不當利益」；而即使社團獲有此等不當利益（以及判決理由未稱為不當利益之人才取用利益），此等利益

為何相當於「溢領退離給與」之利益，因而社團「雖非溢領退離給與金額之實際受領人」，亦足可為返還溢領金額之義務人，而不違反不當連結禁止原則？未見判決理由論述其理據。本席於前文據以主張社團與「溢領退離給與」法律關係脈絡完全無關，從而不具成為返還溢領退離給與義務人之正當合理關聯性之相關論據，自本判決理由中亦未見有足以駁斥之論點。

暫不論此，縱如判決理由所強調者，相關社團於其專職人員轉任公職人員之時，原負有給付退休（職）金之義務，惟此等私法上義務須由權利人依法（主要是各社團自訂之相關辦法）行使退休（職）金請求權始具體形成。如社團專職人員轉任公職人員時，原得對其所任職社團依其年資行使退休（職）金請求權卻未行使，則其所屬社團退休（職）金給付義務並未具體形成，社團即使因而毋須給付該筆退休（職）金，此種因權利人消極未主張權利而使相對人獲得之「財產上利益」，實非法律上利益，充其量僅是一種事實性利益；且相對人此種被動獲得之事實性利益，絕非「不當利益」，反而是私法自治下之正當事實性利益。既非「不當利益」，自無「返還」問題。更何況，社團專職人員轉任公職人員時，未必符合請領各該社團退休（職）金之要件（如任職年資），並不當然得對所屬社團行使退休（職）金請求權。社團就該等不符合請領退休（職）金要件之專職人員轉任公職人員，既不存在退休（職）金給付義務，則根本未有判決理由中所稱之「財產上之不當利益」，何以仍可立法強令社團對該等公職人員之溢領金額負返還義務？對此，相關判決理由似難以自圓其說。

此外，判決理由以「各該社團自年資併計制度中，亦獲得取用人才之無形利益」，用以補強社團之所謂「財產上之不當利益」。然而，既謂「無形利益」，已表示其非屬法律上利益，充其量僅屬一種事實性利益或反射利益，實無足以作為社團甚至應負單獨「返還」其未曾領受之不當得利，即溢領退離給與義務之理由。

於此姑且再退萬步言，即使相關社團因其原應給付而未給付之

社團退休（職）金，而取得「財產上不當利益」，則何以其應返還者，卻是退休（職、伍）公職人員依給與標準遠高於社團退休（職）金之公職人員退休（職、伍）法令規定，所核計之溢領退離給與金額，而非社團未支出之社團退休（職）金額？又何以社團所取得之利益，即等於相關公職人員溢領之金額？凡此在在令人困惑。實則，社團既非退離給與之受領人，則其即使存有因未支出社團退休（職）金所生之「不當得利」，亦不等同於退休（職、伍）公職人員溢領退離給與之不當得利，因此，立法者如欲追繳溢領退離給與，實無以其他法律關係所生之不當得利受領人為返還義務人之理。

（三）社團將退休（職）金給付義務，轉嫁國家承擔？

判決理由中所謂社團將其原應給付之退休（職）金義務，「轉嫁國家承擔」之說，亦有極大商榷餘地。社團對其專職員工所負有之退（職）金給付義務乃私法關係，國家對退休（職、伍）公職人員所負有之退離給與給付義務則屬公法關係，法律依據與相關權利結構截然不同，屬兩種涇渭分明之法律關係，無法混為一談。在法律層面上，社團作為私法上僱傭關係下雇主之法律上義務，從未由國家所承受。即便是「事實上」轉嫁國家負擔之說，亦難以成立，蓋私法上之退（職）金給付法律關係，與公職人員之退（職）金給付法律關係，亦可能就同一當事人之各該任職階段而分別形成、發展，彼此間並無吸納關係。判決理由第 91 段中亦表示：「是社團於其專職人員轉任公職時，雖負有給付退休或退職金之責，然倘無特別規定，社團早已取得時效抗辯……」，既認為有時效抗辯問題，自有請求權存在，於此實已顯示本判決理由亦承認社團專職人員轉任公職人員時，如已具備於所屬社團依規定退休（職）之資格而得行使退休（職）金給付請求權者，此權利未因其轉任公職而喪失，則所屬社團在法律上亦無從以「轉嫁國家承擔」而脫免其義務。因此，即便存有社團年資併計措施，相關社團本身之退休（職）金給付義務亦未「轉嫁國家承擔」，其與嗣後國家與退休（職、伍）公職人員間之退離給與法律關係又有何關連？

（四）社團可歸責，且無值得保護之信賴？

本判決理由認系爭規定三及四，課予社團連帶或單獨返還退休（職、伍）公職人員溢領之退離給與之規定，屬真正溯及之法律，但未違反法律不溯及既往原則，且未違反信賴保護原則（判決理由第 91 及 92 段參照）。其認系爭規定三及四涉及社團返還義務部分之規定，屬真正溯及既往法律之理由，是從社團於其專職人員轉任公職時所負有之給付退休或退職金之責，「倘無特別規定」，社團早已取得時效抗辯導出。然而，暫不論法律溯及既往之法律意涵（本席認為系爭條例第 4 條及第 5 條規定，均無法律溯及既往問題，詳見前述），系爭規定三及四，課予社團連帶或單獨返還義務之標的是「溢領退離給與」，並非社團對其專職人員任職期間所生之退休（職）金，為何竟可以社團對其專職人員轉任公職時所負有之給付退休（職）金之責過去已久為由，而認系爭規定三及四涉及社團返還義務部分之規定為真正溯及既往之法律？其所指之法律「溯及既往」，究何所指？實令人難以理解。

此外，本判決理由中，係以社團「本身為破壞公職人員退休（職、伍）制度之協力（參與）者，自可歸責，且無值得保護之信賴」為由，得出系爭規定三及四涉及社團部分之規定未違反信賴保護原則之結論。其中所謂「協力（參與）」，無非著眼於相關社團均曾主動請求考試院同意採計其專職人員年資，並因此認為可對之歸責，且無值得保護之信賴。問題是，此處據以審查之信賴保護原則，應係針對相關社團，則究竟可能存在之信賴基礎為何？是系爭條例與系爭規定三及四制定前之無法律規定之狀態？銓敘部 77 年函？還是銓敘部 95 年令？如屬第一種，單純「無法律規定之狀態」並不受憲法信賴保護原則所保護，根本無法成為信賴基礎。如為銓敘部 77 年函，該函於 95 年時即已遭銓敘部 95 年令明令停止適用，於系爭條例施行時，早已無任何效力，自無從為信賴基礎。如是銓敘部 95 年令，前已分析過，該令之內容，並無法得出與系爭規定二規定內容有所扞格之意旨，自亦無從為社團主張信賴保護之信賴基礎。既欠缺信賴基

礎，即不必也無從判斷信賴表現與信賴是否值得保護。

從結論上來看，系爭規定三及四涉及課予社團返還溢領退離給與義務之規定，實不涉憲法法律不溯及既往原則與信賴保護原則之問題；其合憲性爭議之核心，毋寧存於其是否違反蘊含不當連結之禁止要求之比例原則。就此，本判決理由認該等規定合於比例原則之理由（判決理由第93段參照），仍不外是社團主觀知有社團年資併計措施之情事，客觀上亦實際獲得利益，且未令其加計利息返還等。此等論點是否足以充分、適當地證成系爭條例第5條第1項涉及課予社團返還義務部分之規定，未違反憲法比例原則之結論，實有極大商榷餘地。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出
張瓊文大法官 加入

一、前言

依憲法訴訟法第 33 條第 2 項規定，憲法法庭之判決書應標示主筆大法官。

在本號判決之前，憲法法庭所為之判決，皆由 1 位大法官主筆。本判決則由謝銘洋大法官及本席一起主筆。就此，本席雖因未能以最初草擬之全部判決主文說服多數大法官，而有遺憾；但仍為開創共同主筆先例，頗感欣慰。

二、本席意見

本席贊同本判決之第一、三、四及五項主文，但礙難支持第二項主文其中關於系爭規定三完全合憲之結論，爰提出部分不同意見。

依系爭規定三，即公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例（下稱系爭條例）第 5 條第 1 項第 1 款規定，退職之政務人員，就其已經溢領之退離給與，應與其轉任公職人員前所屬社團負連帶返還責任。

本判決係以轉型正義作為貫穿全文之宗旨，且為大法官自釋字第 793 號解釋之後，再一次重申轉型正義之推動與落實，乃憲法所肯認之特別重要公共利益。對此，本席完全認同。蓋，轉型正義之推動，除著眼於修復過去威權統治時期所造成之法制及人權侵害外，更重要者，係透過匡正錯誤及平復受損權益等方式，再次確認民主憲政秩序與人權之價值，並將此等價值深化於每一個人心中，俾防止國家未來重蹈威權覆轍。

基此，本判決強調，本條例「為回復早期在特殊政經環境下，因違法採計社團專職人員年資而遭破壞之公職人員退休（職、伍）法制秩序」而制定，並要求曾經因併計社團年資而受有溢領退離給與之退職政務人員，應返還其過去所受之不當利得，藉以回復威權統治時期受到破壞之法制秩序，此手段與目的間，實具有合理之關連。就

此，本席敬表贊同。

然而，大法官作為憲法維護者，且具有捍衛自由民主憲政秩序與人權價值之職責，應念茲在茲者，當立法者為落實轉型正義所採取之手段，因政黨政治之運作有意操作或無意忽略下，出現過於激烈或以偏概全之情形時，應予嚴肅指明，避免國家在推動轉型正義之過程中，再度發生侵害人民基本權之情事。

準此，本席以為，退職政務人員雖於其退職時，確因併計社團年資而受有不當利益，然所謂黨職併公職制度，至遲於民國 95 年 12 月 2 日即已終止（參本判決理由第 47 段、第 49 段），退職政務人員最初受領不當利得之時點，距今已年代久遠，其依系爭規定三所應返還之溢領金額，即可能非常龐大，且該等人員於此期間亦有基本之日常開銷或特殊需求之支出。此等因素，本應作為立法時之考量。惟系爭規定三關於政務人員負連帶返還溢領退職給與責任部分，一律命其應就全部金額與社團負連帶返還之責，而未考量退職之政務人員可能已年邁，且以其現有之資力或其他特殊情事（例如因其健康狀態而須固定支出相關費用等），對於該返還溢領之金額負全部連帶返還之責，或有過苛之嫌。

至於系爭條例第 4 條第 3 項所設之下限規定，係為該等政務人員之未來生活，提供最低保障，與其履行依系爭規定三所定返還溢領金額之義務，並無關連，自不能因該下限規定而排除系爭規定三有過苛之疑慮。

是系爭規定三未例外設有衡酌機制，使上開無法履行返還義務之政務人員得不須就溢領之金額負全部連帶返還責任，於此範圍內，顯不符相當性而有違憲法第 23 條比例原則，牴觸憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

三、結語

「如果我們能在南非實現民主與自由，那就是我最溫柔的復仇，而象徵殉道與純潔的玫瑰與百合，將會從我的斷臂中重新綻放……」

--Albie Sachs，節錄自斷臂上的花朵

「斷臂上的花朵」一書作者 Sachs 大法官，早期因反對南非戒嚴時期之種族隔離政策，於流亡莫三比克時，遭政府特務以汽車炸彈暗殺，從此失去右手與一眼。當同志承諾必然會為其復仇時，Sachs 大法官說出上述令人感動的話語。此種胸懷，應是嗣後南非建立新政府，以真相作為前提，並以寬恕及和解為主政基調之重要原因。

經歷威權統治之民主國家，均會面臨轉型正義之挑戰。如何在其中權衡各種不同之權利、價值，並找出最適切之轉型路徑，著實考驗人類的智慧。

期待有一天，象徵寬恕的白色鬱金香，也能盡情地綻放於臺灣憲法法庭！

不同意見書

吳陳銀大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

呂太郎大法官 加入第一至三部分

多數意見以為落實轉型正義之特別重要公共利益，認公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例（下稱本條例）第2條第2款（下稱系爭規定一）以特定人為規範對象、第4條第1項（下稱系爭規定二）、第5條第1項第1款（下稱系爭規定三）、第2款（下稱系爭規定四）規定將特定人已終局取得之退離給與法定地位溯及既往改變，並要求返還或由第三人連帶負返還責任之規定，以及第7條排除國家之權利行使期間，均未違憲，難以贊同，理由如下。

一、本件判決多數意見以「轉型正義」為立法目的，與立法法者明示追討不當得利之目的有異，不符憲法之解釋方法，且溯及既往追討退離給與，亦非轉型正義之要求

關於本條例之立法理由，多數意見於判決理由第50段稱：「社團年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致。為澈底匡正該時期遺留之不當法制，使公職人員退休（職、伍）體制回歸自由民主憲政體制下之合憲狀態，以落實轉型正義。」

（一）多數意見認定社團年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致，屬判決不備理由

多數意見認定社團年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致，無非以下列理由為論據：「國民黨遂利用其以黨領政之優勢，動用國家資源施惠於該黨黨員及社會幹部專職人員，換取其忠誠，以利黨政策之推動。是儘管自32年起已陸續建立公職人員退休（職、伍）法制，立法明定各該法律僅適用於各機關編制內依相關規定任用之人員（32年11月6日公務員退休法第2條、33年6月22日學校教職員退休條例第1條、

48 年 8 月 4 日陸海空軍士官服役條例第 2 條、48 年 8 月 14 日陸海空軍軍官服役條例第 2 條、42 年 11 月 19 日陸海空軍軍人保險條例第 6 條，及 47 年 1 月 29 日公務人員保險法第 2 條規定暨歷次修法版本參照）；司法院亦自 41 年起作出數號解釋，認定行憲後之政黨係屬人民團體，黨職人員非為公務（職）人員（司法院釋字第 5 號、第 7 號及第 20 號解釋參照）。然國民黨藉由以黨領政之操作，於 58 年 6 月 20 日由國防部以該部（58）綜字第 1724 號函（當時之部長蔣經國兼任救國團主任），請銓敘部同意對救國團中未曾參加台灣省大專及高職畢業生就業考試，從而未經台灣省政府分發之專職人員，於轉任其他行政機構時，採計其任職於救國團之年資（註 8）。而考試院雖明知其等專任人員未依法納入銓敘範圍（註 9），仍無視司法院大法官解釋及法律明文規定，於同年 11 月 8 日同意採認其社團年資。此例一開，由國民黨設立或發展之其他社團亦陸續向銓敘部提出申請，考試院並在 59 年至 72 年間同意，以發布函令及中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點（下稱年資互相採計要點）等方式，同意系爭規定一所列之特定社團專任人員於轉任公職後，其任職於各特定社團之年資，於退休（職、伍）時得採計為公職服務（役）之年資」（判決理由第 46 段）惟依上開事實及證據，並無法得出本條例第 2 條第 2 款所定之社團，其年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致之結論，多數意見遽下論斷，屬判決不備理由。多數意見據以謂：「為澈底匡正該時期遺留之不當法制，使公職人員退休（職、伍）體制回歸自由民主憲政體制下之合憲狀態，以落實轉型正義。」自無依據，難以認同。

（二）本條例立法目的係為追討溢領退離給與之公法上不當得利

本條例立法過程中，多位立法委員雖提及係為實現轉型正義而制定本條例，但最終本條例第 1 條卻僅規定：「為處理公職人員年資併社團專職人員年資後溢領之退離給與，特制定本條例。」立法理由亦僅記載：「一、揭示本條例立法目的。二、我國早期政經環境特

殊，部分社團專職人員年資經當時政策性決定從寬採計為公職退休（職、伍）年資並核發退離給與。惟審酌公職退休（職、伍）年資之採計，向以行政機關、公立學校及公營事業中編制內有給專任之年資為限，爰上述對於社團專職人員年資之採計規定，即與各公職退休（職、伍）年資規範不合，應予檢討處理。」¹條文內容及立法理由，均未將「轉型正義」列為立法目的，顯係有意避免使用「轉型正義」之概念。多數意見以本條例之立法目的係為實現轉型正義，逸脫立法資料，實屬曲解立法目的，基此所為之法規範憲法審查，自難認符合憲法解釋之方法。

縱以立法過程中多位立法委員之會議發言紀錄作為推得立法目的之歷史解釋方法，然條文內容及立法理由，均未將「轉型正義」列為立法目的，已如上述，則多數意見採取立法者有意避免採用且空泛不明確之轉型正義目的為審查是否合憲之立論基礎，難認合理妥適。事實上，由本條例第1條規定內容、立法理由及立法過程可知，本條例之實質目的係為「追討溢領退離給與之公法上不當得利」²，因而將所稱從寬採計為公職退休（職、伍）年資並核發退離給與之部分，定性為溢領³。因此，立法者就本條例，實係以「追討溢領退離給與之公法上不當得利」為立法目的，而非以追求轉型正義為立法目的。

（三）聯合國與南非共和國及德意志聯邦共和國均不以溯及既往追討公務員退離給與為轉型正義措施之一

轉型正義之概念內涵言人人殊，世界經歷威權轉型之國家實現轉型正義之政策亦有所不同。但聯合國主導人權事務之聯合國人權高級專員辦事處（The Office of the High Commissioner for Human Rights; UN Human Rights）⁴則認：「過渡期正義包含一個社會為撫平過去的

¹ 立法院公報，第106卷第42期，院會紀錄，第73至74頁。

² 立法院公報，第106卷第11期，委員會紀錄，第295、204、321、322頁。

³ 立法院公報，第106卷第42期，院會紀錄，第66至68頁。

⁴ <https://www.ohchr.org/en/about-us>; <https://www.ohchr.org/zh/about-us>（最後瀏覽日：112年3月17日）

大規模衝突、鎮壓、侵犯和踐踏人權行為所遺留的傷痛，確保問責、聲張正義、實現和解而進行的所有進程和機制。這些進程可以包括司法和非司法機制，包括真相調查、起訴舉措、補償，以及預防新的侵犯行為再次發生的各種措施，如憲法、法律和體制改革，加強民間社會，紀念活動，文化舉措，保存檔案，以及歷史教育改革。過渡期正義旨在承認受害者，強化個人對國家機構的信任，加強尊重人權並促進法治，以此作為實現和解與防止新的侵犯行為的一個步驟。過渡期正義進程一再表明，它們能夠幫助解決不滿和分歧。為此目的，這些進程必須針對具體情況、由國家主導並側重於受害者的需求。這樣他們才可以連接、增強和改變社會，從而促進持久和平。」⁵（按聯合國人權高級專員辦事處所謂之「過渡期正義」，即國人慣用之「轉型正義」（transitional justice））。剝奪或減少公職人員之退離給與權利，並非聯合國人權高級專員辦事處所認定之實施轉型正義措施之一。而以實現轉型正義聞名於世之南非共和國，對於威權時期可稱為威權政府執政黨即南非國民黨支持者之公務員群體，並未廢止第一次民選政府之前威權政府緊急通過之優惠退休金法案⁶，亦未溯及既往剝奪相關公職人員之退休金權利⁷。對於促進轉型正義亦不遺餘力之德意志聯邦共和國，在與德意志民主共和國（前東德）統一後，對於前東德之國家機關成員，尤其是就職司監視人民與異議份子俗稱為史塔西（Stasi）之前東德國土安全部（Mfs）及國家安全署（AfNS）退休人員，亦僅縮減日後可能受領之退休金，⁸並未溯及既往追討「壓迫機關」成員之退休金。因此至少在聯合國及上述二國家，溯及既往變動及追討公務員退離給與，並非轉型正義措施之選項。

⁵ <https://www.ohchr.org/en/transitional-justice>; <https://www.ohchr.org/zh/transitional-justice>（最後瀏覽日：112 年 3 月 17 日）

⁶ Fred Hendricks, *The Private Affairs of Public Pensions in South Africa-Debt, Development and Corporation*, p. 2.（聯合國社會發展研究機構 2008 年研究報告）

⁷ *Id.*, p. 8.

⁸ BVerfGE 100, 138-195.

二、本條例之立法違反憲法第 23 條比例原則之要求

（一）多數意見理由不備及矛盾

多數意見以「社團係藉由考試院之違法函令及年資互相採計要點，將其對轉任公職之社團專職人員應給付退休金或退職金之義務，轉嫁國家承擔，足認該等社團均從年資併計制度中獲得財產上之不當利益。」（判決理由第 88 段）「社團專職人員，因其年資於轉任公職後如得以併計，自有助社團延攬青年幹部、促進新陳代謝，是各該社團自年資併計制度中，亦獲得取用人才之無形利益。」（判決理由第 89 段）「社團專職人員年資併計公職人員年資制度，係國民黨為滿足其一己政黨利益，維持黨國體制，利用以黨領政之優勢而推行之違法政策；在考試院首次許可採計任職於救國團之專職人員年資後，國民黨及其所設立或發展之各社團亦陸續主動請求比照救國團專職人員辦理（本判決第 46 段參照）。是系爭規定一所定之各社團，本身亦為破壞公職人員退休（職、伍）制度之協力（參與）者，自可歸責，且無值得保護之信賴。」（判決理由第 92 段）「社團既參與當年公職人員年資併社團年資之制度形成，配合國民黨所推行之黨、政、社會幹部交流互調政策，以協助鞏固其威權統治，更擬透過公職年資併社團年資制度，免除其對專任人員轉任公職時應負擔之退休或退職金給付義務，故社團主觀上知其情事，客觀上亦因此實際上獲得無形、有形之利益。」（判決理由第 93 段）認為本條例要求未受領退離給與者代負返還責任，非屬違憲。

多數意見為此論斷，係以下列理由為據：「明定為溢領退離給與之（連帶）返還義務人，係著眼於該等社團本應以雇主身分，就其專職人員之工作年資，於該專職人員退休或退職時，負給付退休金或退職金之責。蓋基於勞雇關係，雇主對勞工本即應負照顧義務（司法院釋字第 578 號解釋解釋文第 2 段參照）。此項照顧義務，不限於提供安全衛生之勞動場所及設備，亦應包含勞工傷病、殘廢及老年之照顧。是雇主對久任之勞工給予一定金額之退休金或退職金，作為勞工長期奉獻其心力、忠實服勤後之報償，以照顧其退休或退職

生活，係勞動關係之基本法理，並為改良勞工生活、增進勞雇和諧不可或缺。在雇主與勞工有明文約定時，尤其如此。」（判決理由第 86 段）「國民黨……救國團……中國大陸災胞救濟總會、中央通訊社等，即最遲分別自 62 年、61 年及 62 年起，以內部之辦法，明定對所屬社團人員，於其退休或退職時，負給付退休金或退職金之義務。此有國民黨於 62 年 12 月修訂之中國國民黨黨務幹部業務管理辦法……救國團於 61 年 5 月訂頒之中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法……中國大陸災胞救濟總會於 62 年 5 月 11 日通過之中國大陸災胞救濟總會工作人員退休辦法……65 年 1 月 1 日修正之中央通訊社職員退休退職辦法可資參照。又，國民黨並曾開會作成會議紀錄，其中明載：『黨務專職幹部轉任政府公職或社團職務時，其服務年資之處理，擬將黨政社會幹部交流互調辦法所定「依當事人之申請，核定其退職，並發給一次退職金」修改為「由黨發給黨職年資證明，俟其在政府機關退休退職或資遣時合併計算，發給退休退職金或資遣費……」，以節省本黨經費』……前開中國國民黨黨務幹部業務管理辦法第 76 條……及中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法第 3 條……亦有類似明文規定。」（判決理由第 87 段）「社團專職人員年資併計公職人員年資制度，係彼時黨國體制下之國民黨為滿足其一己政黨利益，維持黨國體制，利用以黨領政之優勢而推行之違法政策；在考試院首次許可採計任職於救國團之專職人員年資後，國民黨及其所設立或發展之各社團亦陸續主動請求比照救國團專職人員辦理（本判決理由第 46 段參照）。是系爭規定一所定之各社團，本身亦為破壞公職人員退休（職、伍）制度之協力（參與）者，自可歸責，且無值得保護之信賴。」（判決理由第 92 段）「次查，系爭規定一所指之社團既參與當年公職人員年資併社團年資之制度形成，配合國民黨所推行之黨、政、社會幹部交流互調政策，以協助鞏固其威權統治，更擬透過公職年資併社團年資制度，免除其對專任人員轉任公職時應負擔之退休或退職金給付義務，故社團主觀上知其情事，客觀上亦因此實際上獲得無形、有形之利益。是系爭規定三及四以社

團作為溢領退離給與之返還義務人，此手段與立法目的間具有合理關聯。」（判決理由第93段）

惟按，雇主對久任之勞工給予一定金額之退休或退職金，作為勞工長期奉獻其心力、忠實服勤後之報償，以照顧其退休或退職生活，係勞動關係之基本法理，在雇主與勞工有明文約定時，尤其如此，在憲法上，固屬適當。

然早期政府雖訂有「臺灣省工廠工人退休規則」之命令，而設有給與工人退休金之規定，但仍須符合服務年資、年齡或身心狀況之限制，且僅適用於工廠法施行細則所稱之工廠及工人。⁹ 中華民國73年7月30日制定公布施行之勞動基準法，固建立一般性之勞工退休金給與制度，但仍須符合服務年資、年齡或身心狀況之限制，且僅適用於之農、林、漁、牧業、礦業及土石採取業、製造業、營造業、水電、煤氣業、運輸、倉儲及通信業、大眾傳播業及其他經中央主管機

⁹ 中華民國70年6月18日臺灣省政府(70)府社一字第44324號令修正發布之臺灣省工廠工人退休規則第3條：「本規則所稱工廠及工人，係指工廠法施行細則所稱之工廠及工人。」第5條：「工人合於左列情事之一者，應准其自願退休：一、工作15年以上，年滿55歲者。二、工作25年以上者。」第6條：「（第1項）工人有左列情事之一者，應命令退休：一、年滿60歲者。二、精神障礙或身體殘廢不堪勝任職務者。（第2項）前項所稱精神障礙或身體殘廢之工人，以勞工保險第一等級至第六等級之殘障為標準。」第9條：「工人退休金之給與規定如左：一、依第5條規定自願退休之工人及依第6條規定命令退休之工人，工作年資滿15年者，應由工廠給與30個基數之退休金，工作年資超過15年者，每逾1年增給半個基數之退休金，其賸餘年資滿半年者以1年計算，未滿半年者不計。合計最高以35個基數為限。二、第6條第1項第1款命令退休之工人，其工作年資未滿15年者，每滿1年給與2個基數之退休金，其賸餘年資滿半年者，以1年計算，未滿半年者，給與1個基數之退休金。三、第6條第1項第2款命令退休之工人，其工作年資未滿15年者，每滿1年給與2個基數之退休金，其賸餘年資未滿1年者，以1年計算。」參照。姑且不論64年12月19日修公布之工廠法，並無雇主應給與工人退離給與或授權以命令定之之規定，則此以命令要求人民負擔義務而非以法律或法律授權為之之作法，如依多數意見之立論基礎，豈不亦係於戒嚴時期以黨領政、黨國體制之威權體制下所為，亦因違反自由民主憲政秩序，為落實轉型正義，而應予匡正？

<https://www.rootlaw.com.tw/LawArticle.aspx?LawID=B240200000000400-0890925>

（最後瀏覽日：112年3月17日）

關指定之事業。¹⁰而依勞動基準法中央主管機關行政院勞工委員會 87 年 12 月 31 日（87）台勞動一字第 059606 號函示，擴大勞動基準法適用之行業，但仍將人民團體排除在外，至 98 年 3 月 11 日，行政院勞工委員會方以勞動一字第 0980130167 號公告，公告社會團體適用勞動基準法，並自 98 年 5 月 1 日生效。則本條例第 2 條第 2 款所列舉之社團，於 98 年 4 月 30 日前，並無勞動基準法有關給與勞工退休金規定之適用。而國民黨、救國團、中國大陸災胞救濟總會，固如多數意見所言，最遲分別自 62 年、61 年及 62 年起，以內部之辦法，明定對所屬社團人員，於其退休或退職時，負給付退休金或退職金之義務。但仍須符合各該社團內部辦法所定之條件，而非於轉任公職人員時，均須負給付退休金或退職金之義務。本條例第 2 條第 2 款所列舉之其他社團，是否亦有類似給付退休金或退職金之內部規定，多數意見復未予說明。則多數意見所謂：「系爭規定一所指之社團……擬透過公職年資併社團年資制度，免除其對專任人員轉任公職時應負擔之退休或退職金給付義務，故社團主觀上知其情事，客觀上亦因此實際上獲得無形、有形之利益。是系爭規定三及四以社團作為溢領退離

¹⁰ 73 年 7 月 30 日制定公布施行之勞動基準法第 3 條規定：「本法於左列各業適用之：一、農、林、漁、牧業。二、礦業及土石採取業。三、製造業。四、營造業。五、水電、煤氣業。六、運輸、倉儲及通信業。七、大眾傳播業。八、其他經中央主管機關指定之事業。」第 53 條規定：「勞工有左列情形之一者，得自請退休：一、工作 15 年以上年滿 55 歲者。二、工作 25 年以上者。第 54 條規定：「（第 1 項）勞工非有左列情形之一者，雇主不得強制其退休：一、年滿 60 歲者。二、心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。（第 2 項）前項第 1 款所規定之年齡，對於擔任具有危險、堅強體力等特殊性質之工作者，得由事業單位報請中央主管機關予以調整。但不得少於 55 歲。」第 55 條規定：「（第 1 項）勞工退休金之給與標準如左：一、按其工作年資，每滿 1 年給與兩個基數。但超過 15 年之工作年資，每滿 1 年給與 1 個基數，最高總數以 45 個基數為限。未滿半年者以半年計，滿半年者以 1 年計。二、依第 54 條第 1 項第 2 款規定，強制退休之勞工，其心神喪失或身體殘廢係因執行職務所致者，依前款規定加給百分之二十。（第 2 項）前項第 1 款退休金基數之標準，係指核准退休時 1 個月平均工資。（第 3 項）第 1 項所定退休金，雇主如無法一次發給時，得報經主管機關核定後，分期給付。本法施行前，事業單位原定退休標準優於本法者，從其規定。」

給與之返還義務人，此手段與立法目的間具有合理關聯。」亦屬理由不備及矛盾。

（二）社團年資得以併公職年資係因行政契約所致，本條例之立法違反以法律限制人民之財產權須以增進公共利益所必要之前提要件

查多數意見認定本條例第2條第2款所定之社團年資得以併公職年資之政策性決定，係黨國體制下，國民黨為便利其持續以黨領政所致，依上開一之（一）所敘之事實及證據，並無法得出該結論，多數意見遽下論斷，屬判決不備理由，已於一之（一）詳述，於此不再贅述。

按，銓敘部59年1月21日59台為甄一字第30042號函准許中國大陸災胞救濟總會比照救國團專任人員例採計服務年資後，該會於中國大陸災胞救濟總會工作人員退休辦法第8條本文中規定：「本會工作人員曾任政府軍、公機關、公立學校或公營事業機構職務，具有合法證件者，退休時得與本會年資合併計算，但以在本會服務10年以上者為限。」並經銓敘部62年6月15日62台為特二字第19371號函准予備查。考試院基於中華民國民眾服務總社請求比照中國青年反共救國團、中國大陸災胞救濟總會及亞洲反共聯盟總會等社團併計年資之例，於60年12月7日（60）考台秘二字第2502號令准照辦之「中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點」第7點規定：「公務人員轉任本社專職人員時，有關原任公務人員年資之採計、複審及其退休、退職、資遣、撫卹等事項，均比照本要點有關條文之規定辦理。」61年5月訂頒、66年1月修訂、69年1月再修訂之中國青年反共救國團專任工作人員退休暫行辦法第4條規定：「退休人員服務年資應以總團部核派（備）生效之日起算。其任職年資屆14年3個月以上者，得以15年計算。另曾在其他公立機關之任職年資，得予合併計算。」第5條規定：「本辦法所稱……曾在公立機關之任職年資，均比照公務人員退休法施行細則有關條文之規定範圍辦理。」亦經銓敘部69年12月16日69楷特二字第15118

號函准予核備。另，中國國民黨中央委員會組織工作會 62 年 12 月編印之「中國國民黨黨務幹部業務管理辦法」修正條文第 81 條規定：「具有左列情形之一者，得申請退休：一、任黨務專職連續 5 年以上，併同曾任黨務專職及公職累計 10 以上，甲等職滿 60 歲，乙等職滿 55 歲，丙等職滿 50 歲者。二、任黨務專職連續 15 年以上，併同曾任黨務專職及公職累計 25 年以上者。」第 82 條規定：「任黨務專職連續 5 年以上，併同曾任黨務專職及公職累計 10 以上，甲等職滿 65 歲，乙等職滿 60 歲，丙等職滿 55 歲者，應予限齡退休。」該 2 條之修正說明均明載：「依照與銓敘機關會商決定『黨政年資由黨政機關雙方相互採認。』之要議修正如上」

可知各社團與考試院間達成協議，就各自之退離人員相互採計年資。就此，銓敘部於 111 年 12 月 30 日言詞辯論意旨補充狀第 10 頁第 6 行至第 8 行亦自認：「當時政府所以同意採計社團年資，乃因關係社團亦同意採計公職年資所致，故此一制度具有社團與國家基於合意而產生之相互授益關係。」同頁第 16 行至第 19 行就該等年資採計之性質，亦自承應屬公法上法律關係。

而救國團為以救國團職員身分退離而其退離給與計入公職年資負擔退休金者，共計 19 人，其中 1 人採計之公職年資高達 33 年，採計公職年資在 10 年及 5 年以上者，分別累計達 4 人、8 人¹¹。中華救助總會（其前身為中國大陸災胞救濟總會）為以其職員身分退離而其退離給與計入公職年資負擔退休金者，共計 9 人，其中 1 人採計之公職年資達 19 年 4 個月，採計公職年資最少者亦達 6 年 9 個月，採計公職年資在 10 年及 6 年以上者，分別累計達 7 人、9 人¹²。且就該等退離給與，係各社團具對有公職年資而於社團退離者之退離給與自籌全部經費¹³。由此足證該等社團已與政府機關間成立互負年資相互採

¹¹ 參中國青年救國團 110 年 7 月 5 日（110）青秘字第 1036 號函。

¹² 參中華救助總會 110 年 8 月 16 日中華行字第 1100000337 號函。

¹³ 參中國青年救國團 110 年 7 月 5 日（110）青秘字第 1036 號函、中華救助總會 110 年 8 月 16 日中華行字第 1100000337 號函。

計給付義務之雙務行政契約。

司法院釋字第 324 號、第 348 號及第 533 號解釋事關人民之工作權及財產權，亦涉及防止走私或解決公立醫療機構醫師缺額補充困難、全民健康保險之重大公共利益事項，但各該解釋均認行政機關與人民締結行政契約或行政契約之內容，並不受法律保留原則之羈束，亦即不以有法律或法律具體授權之命令依據為必要。則該等社團既已與政府機關間成立年資相互採計之行政契約，依司法院上開解釋意旨，該等社團與政府機關即均受所締結行政契約之拘束，應相互採計服務年資，而無須另有法律或法律具體授權之命令為依據，故依政府採計社團服務年資令函及要點而取得退離給與之社團專職人員，即係合法取得退離給與之財產權，則取得退離給與之社團專職人員及該等社團自無不當得利可言，本條例將之定位為不法溢領之不當得利，以對之追討不當得利之公共利益為立法目的，即不符憲法第 23 條以法律限制人民之財產權須以增進公共利益所必要之要件，應屬違憲之立法。

此外，多數意見以政府採計社團服務年資之令函及要點，有明顯違反上位法律規範之瑕疵，並違反法律保留原則，故依各該令函及要點而取得退離給與之社團專職人員，並無值得保護之信賴，亦不得主張其信賴值得保護¹⁴，有違司法院上開解釋意旨，亦難贊同。

（三）對於受國家指示從事公共事務之民間社團任職年資併計為公職人員退離給與之年資，現行法制亦有之，尚難以公職人員退離給與將民間團體工作年資併計為不正當

本條例認為所列舉社團職員之工作年資與公務員年資不應併計。然而，現行制度下之「財團法人海峽交流基金會」（海基會）係行政院依照臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 4 條捐助成立之財團法人，組織上並非國家機關，卻承擔國家任務之執行，而依同條例第

¹⁴ 就多數意見認相關令函及要點違反法律保留原則及本條例相關規定不違反法律不溯及既往原則，亦難贊同，另於後詳述。

4 條之 1，公職人員在海基會任職年資得採計為公務員年資，行政院並訂有「公務員轉任受託處理大陸事務機構轉任方式回任年資採計方式職等核敘及其他應遵行事項辦法」處理相關事項，故尚難僅以任職本條例第 2 條第 2 款所定社團之年資計入公職年資核發退離給與，即認係不正當。

參考德國聯邦憲法法院判決見解，任何人不得僅因與黨國體制之接近性而受懲罰，僅得對於無從透過工作與績效正當化因而過高的報酬，予以刪減¹⁵。查本條例第 2 條第 2 款所列舉之社團，於我國民主轉型前之時代，從事當時難以國家名義進行之公共任務，與為因應臺海兩岸之間複雜關係，政府公權力無法直接處理而透過民間機構海基會以達成國家目的之情形，本質上有相似之處。此例如救國團在組織上，原隸屬國防部，用以執行國防部交辦工作，其專職人員與公職人員之性質更為接近。則相關社團工作年資與公務員年資併計，尚難謂實質不正當而應刪減其退休金。

本條例認定我國早年之公職年資與民間社團年資併計制度為違法，罔顧我國之特殊政治經濟環境及國際地位等歷史與現實因素，因此而為之立法，亦難謂係追求正當之公益目的。

三、系爭規定一至四違反法治國原則中之法律不溯及既往原則及信賴保護原則

（一）非為特別重要之公共利益，法律不得溯及既往

按法安定性為法治國原則之重要內涵，其要求法律應清楚明確且足夠穩定，使人民對法秩序得以信賴。司法院釋字第 782 號解釋理由書第 85 段：「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。」已揭示，對於已了結之事實賦予與以往不同之法律效果，亦即，法律溯及適用，為真正溯及既往，應予禁止。然而，司法院釋字第 793 號解釋理由書第 59 段亦揭

¹⁵ BVerfGE 100, 59-104.

示：「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。」

惟查，釋憲實務上從未以公法上不當得利之返還為重大公共利益。我國釋憲實務上明確認定或判斷立法目的是否屬於重大公共利益或特別重要之公共利益者，約略有：

司法院釋字第 577 號解釋之解釋文：「菸害防制法第八條第一項規定：『菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。』另同法第二十一條對違反者處以罰鍰，對於品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益。」

釋字第 580 號解釋之解釋文第 2 段：「憲法第一百四十三條第四項扶植自耕農之農地使用政策，以及憲法第一百五十三條第一項改良農民生活之基本國策，均係為合理分配農業資源而制定。……衡諸特殊之歷史背景及合理分配農業資源之非常重大公共利益，尚未違背憲法上之信賴保護原則。」

司法院釋字第 649 號解釋理由書第 5 段：「系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制。該規定旨在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益，目的洵屬正當。」第 6 段：「保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益。」

司法院釋字第 690 號解釋理由書第 4 段：「惟系爭規定之強制隔離，其目的並非直接出於拘束上開受隔離者之人身自由，而面對新型傳染病之突然爆發，或各種法定、指定傳染病之快速蔓延，已（或將）造成全國各地多人受感染死亡或重大傷害之嚴重疫情（例如九十二年三月間爆發之嚴重急性呼吸道症候群，Severe Acute Respiratory Syndrome，以下簡稱 SARS），為阻絕疫情之蔓延，使疫情迅速獲得控制，降低社會之恐懼不安等重大公共利益」

釋字第 744 號解釋理由書第 4 段：「系爭規定之立法目的應係為防免廣告登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大（系爭條例第

二十四條第一項參照），以維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益，固均涉及公益之維護，然廣告之功能在誘引消費者購買化粧品，尚未對人民生命、身體、健康發生直接、立即之威脅，則就此等廣告，予以事前審查，難謂其目的係在防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。系爭規定既難認係為保護特別重要之公共利益目的，自亦無從認為該規定所採事前審查方式以限制化粧品廠商之言論自由及消費者取得充分資訊機會，與特別重要之公共利益之間，具備直接及絕對必要之關聯。」

司法院釋字第 803 號解釋理由書第 40 段：「主管機關應審慎衡酌野生動物之保育、物種多樣性之維護及自然生態之平衡等重大公共利益，尤其考慮其珍貴性、稀少性與存續危機之具體情形，就原住民基於傳統飲食與生活文化下因非營利性自用之需而申請獵捕、宰殺或利用保育類野生動物部分，採特別嚴格之管制手段，僅於特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），始得予許可，以求憲法上相關價值間之衡平。」

憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決理由第 10 段：「然由於名譽權遭侵害之個案情狀不一，亦有僅屬私人間爭議，且不致影響第三人或公共利益者，是填補或回復被害人名譽之立法目的是否均屬特別重要之公共利益，尚非無疑。」

憲法法庭 111 年憲判字第 19 號判決主文第 1 項：「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」。

由上述釋憲實務向來之見解以觀，重大公益目的或特別重要之公益目的，均係因憲法上之明文規定或直接基於憲法之重要價值或要求而生。以追討公法上不當得利為目的之本條例，尚難認為屬於重大公共利益，亦非足以使憲法上法安定性原則退讓之憲法價值。是以，系爭規定一至四僅係為追求所謂追討公法上不當得利之普通公益目的，不足以將溯及既往改變過去已了結事實不利於人民法律效果之法規範，予以正當化，自屬違反法律不溯及既往及信賴保護原則。

（二）對於法制未備時期之命令，釋憲實務上並未一律否定其合法性

與效力

多數意見認為（判決理由第75段）：「給付行政措施，其所應受法律規範之密度，雖較限制人民權益者寬鬆，然若涉及公共利益之重大事項，仍應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然（司法院釋字第443號解釋理由書第1段及第658號解釋理由書第1段參照）。考試院於58年至72年間發布採計社團專職人員年資之函令或年資互相採計要點雖僅涉給付行政事項，然公職人員曾任社團專職人員之年資，於其退休（職、伍）時，是否予以採計，與退休（職、伍）公職人員之生活保障及國家資源公平合理分配，息息相關，屬公共利益之重大事項，是考試院在未有任何法令依據下，即自行發布上開函令及年資互相採計要點，顯已牴觸法治國原則下法律保留原則之意旨，從而依該函令或要點而取得退離給與之社團專職人員，自不得主張其信賴值得保護。」

惟按我國以往釋憲實務及行政程序法第174條之1過渡條款規定，均未否定先前須以法律規定或須經法律授權卻未以法律規定或經法律授權命令之效力。

釋憲實務上，對於法制未備時期，法律並無明文而以命令為之者，並未完全否認命令合法性與效力，此如司法院釋字第289號解釋文：「稅法規定由法院裁定之罰鍰，其處理程序應以法律定之，以符合憲法保障人民權利之意旨。本院院解字第三六八五號、第四〇〇六號解釋及行政院於中華民國六十一年十月十二日修正發布之財務案件處理辦法，係法制未備前之措施，均應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。」司法院釋字第601號解釋：「大法官之俸給，為符合公務人員之俸給與其身分、職務必須相當之法理，須以專法或法律專章為特別規定，或以法律明定分別準用特任公務員之俸給法及適用法官之俸給法。惟國家編列預算之主管機關，於法制未備時，依現時有效之公務人員俸給法令相關規定，本於司法院大法官在整體公務人員中之身分、職位與職務，以法令確認司法院大法官依法所應具領之俸給，若該法令符合俸給法令之支給目的及憲法意旨，即

非憲法與法律所不許。」

89 年 12 月 27 日增訂公布之行政程序法第 174 條之 1 規定：「（第 1 項）本法施行前，行政機關依中央法規標準法第 7 條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後 1 年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。（第 2 項）前項期間屆滿前一個月，行政院認有必要，經立法院同意後，得以命令延長之。」其立法理由第 2 點及第 3 點分別載明：「行政程序法第四章就行政命令之分類並無中央法規標準法第七條之職權命令，而原條文實務上職權命令涉及人民權利義務而具對外效力者，或僅具規範機關內部秩序及運作而非直接對外發生法規範效力者，均亟待配合行政程序法檢討修正或廢止，**基於法安定性原則，避免社會發生急激變化並保障人民既得權益**，爰增訂第一項之過渡條款，俾符實需。」「職權命令之修正，尚涉及各項法律制定或修正之檢討，為期周延，有經立法院同意後，由行政院以命令延長其期間之必要，爰於第二項予以明定。」由該過渡條款可知，行政程序法於 88 年 2 月 3 日制定公布後，90 年 1 月 1 日施行前，立法者即意識到以往實務就須以法律規定或須經法律授權卻未以法律規定或未經法律授權命令之存在，乃又於 89 年 12 月 27 日增訂公布第 174 條之 1，且不僅未立即廢止須以法律規定或經法律授權之命令，更仍繼續承認其效力，而給予過渡期間。

（三）法律保留原則之現今理解成型遠較年資併計制度實施時期為晚，尚難以今非古

按我國學界與釋憲實務對於憲法「法律保留原則」之認識與發展，甚為緩慢。早期之依法行政甚且被通說理解為「依法規行政」而非「依法律行政」¹⁶。而就依法行政原則中法律保留原則深入研究，奠定我國法律學術界對此研究方向與基礎，由憲法學者許宗力所著，

¹⁶ 吳庚，行政之理論與實用，2012 年 10 月第 12 版，第 84 頁註 8，吳前大法官並列舉數本早期教科書之內容以為佐證。

包含關於給予人民利益是否須以「法律」明文規定，以及對於德國法律保留原則及關於「重要性理論」之引介與討論之「論法律保留原則」一文，係首次出現並收錄於81年4月出版之論文集「法與國家權力」中。又，先前司法院解釋中或已出現類似意旨，但第一次明確使用「法律保留原則」一詞並以該原則予以審查，則係84年5月26日公布之司法院釋字第380號解釋。學界普遍認為繼受德國憲法學上之概念，並就我國層級化法律保留體系予以完善化之司法院釋字第443號解釋，則係86年12月26日公布。多數意見以經過數十年緩慢發展憲法原則之現今理解，評價更早時期之過去法律事實，難謂合理。

四、本條例第7條排除國家權力（利）行使期間之規定，違反平等原則

按108年5月29日修正公布施行之我國現行刑法第80條第1項第1款規定：「追訴權，因下列期間內未起訴而消滅：一、犯最重本刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之罪者，30年。但發生死亡結果者，不在此限。」其立法理由載明：「現行第1項依法定刑之不同而分別規範追訴權時效之期間，惟為兼顧法定刑及法益權衡，故參考德國刑法第78條有關謀殺罪無追訴權期間限制；日本刑事訴訟法第250條造成被害人死亡且所犯之罪最重可處死刑之犯罪無追訴權期間限制；奧地利刑法第57條、丹麥刑法第93條、義大利刑法第172條就最重本刑為無期徒刑之罪，排除追訴權時效之規定，將侵害生命法益之重罪排除追訴權時效之適用，爰於第1項第1款增訂但書規定，對於所犯係最重本刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之罪，且發生死亡結果者（如第271條第1項殺人罪、修正條文第277條第2項傷害致死罪及修正條文第278條第2項重傷致死罪），均無追訴權時效之適用。」¹⁷是對於保護生命法益及其他重要法益且法定刑為死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑之重罪，仍設有30年

¹⁷ 立法院公報，第108卷第48期，第119至120頁。

之追訴權時效期間，僅於發生死亡結果時，方設排除追訴權時效之例外。可知立法者就保障最重要之法益，原則上仍設有基於法律和平要求之時效期間規定，僅於發生侵害他人生命結果時，例外排除追訴權之時效規定。此等規範係為保護人民生命權而設，屬為保護憲法上最高價值而有必要之情況，憲法上法安定性之要求於此應予退讓。然除此等極端例外情形外，立法者仍應考量法治國家對於法律安定及體系正義之要求，對於國家權力之行使設置行使期間規定。

查本條例應係以追討公法上不當得利為目的，所追求之公共利益與生命權保障難以相提並論，不足以正當化對本條例所定國家公法債權權利行使期間規定之排除。再者，刑法第 80 條第 1 項第 1 款但書並非對侵害生命或其他重要法益之犯罪一概排除追訴權時效期間之適用，而僅於發生死亡結果之情形始排除追訴權時效期間之適用。與之相較，本條例第 7 條完全排除公法債權之請求權時效，實屬輕重失衡。又立法者於 108 年 5 月 29 日修正公布施行現行刑法第 80 條第 1 項第 1 款規定同時修正公布施行之刑法施行法第 8 條之 2 規定：「於中華民國 108 年 5 月 10 日修正之刑法第 80 條第 1 項第 1 款但書施行前，其追訴權時效已進行而未完成者，適用修正後之規定，不適用前條之規定。」是在上開修正施行前追訴權時效已完成之發生死亡結果嚴重犯罪行為，其追訴權時效不因新規定之施行而復活，刑事追訴機關仍不得再對該等行為予以追訴，以維護法律安定。與之相較，立法者於本條例中，溯及既往變更國家與退休（職、伍）公職人員間已了結之退休給付財產法律關係，並使第三人負擔返還義務，顯然有重財產權而輕生命權之價值矛盾，有違憲法上體系正義之要求¹⁸，而違反憲法第 7 條之平等原則。

此外，雖司法院釋字第 107 號及第 164 號解釋闡明，已登記不動產所有人之物上請求權，無時效規定之適用。惟查，司法院釋字第 747 號解釋就已登記不動產所有權人基於其所有權而生之徵收請求

¹⁸ 參照司法院釋字第 667 號、第 777 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋。

權，認為仍應有時效規定之適用。另，司法院釋字第 771 號解釋，就繼承人以已登記不動產所有權人之身分，基於其所有權而得行使之物上請求權，亦認為仍應有時效規定之適用。則在我國法體系內，關於財產權之行使，縱使係基於登記具絕對效力之不動產物權所生之請求權仍有時效規定之適用。對於公法債權之行使，排除權力行使期間規定之適用，相較之下亦有價值矛盾，有違憲法上體系正義之要求¹⁹，而違反憲法第 7 條之平等原則。

¹⁹ 參照司法院釋字第 667 號、第 777 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋。

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

呂太郎大法官 加入第四部分

本件聲請人等認公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例（下稱系爭條例）第 2 條第 2 款、第 4 條第 1 項、第 5 條第 1 項第 1 款、第 2 款，及第 7 條規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法，本庭作出全部合憲結論之判決，其所為之相關立論，仍有值得再商榷之處，爰提出不同意見書如下：

一、憲法之個案立法禁止原則之問題

先從系爭條例第 1 條之立法目的觀之，其為處理公職人員年資併社團專職人員年資後溢領之退離給與，係基於我國早期政經環境特殊，部分社團專職人員年資經當時政策性決定從寬採計為公職退休（職、伍）年資並核發退離給與。惟審酌公職退休（職、伍）年資之採計，向以行政機關、公立學校及公營事業中編制內有給專任之年資為限，爰上述對於社團專職人員年資之採計規定，即與各公職退休（職、伍）年資規範不合，應予檢討處理，特制定系爭條例¹。如單從系爭條例第 1 條規定而論，看似抽象性一般規範。但如結合同條例第 2 條第 2 款就社團專職人員之立法定義，係指中國國民黨各級黨部、中華民國民眾服務總社及其分社、中國青年反共救國團（下稱救國團）、中國童子軍總會、中國大陸災胞救濟總會、世界反共聯盟中國分會、亞洲人民反共聯盟中國總會、三民主義大同盟等社團及其相關機構之專職人員。由此可見，系爭條例之規制範圍，並非以不特定個人為規範對象之抽象性一般規範（abstrakt-generelle Regelung）²，

¹ 參照公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 1 條立法理由。

² 參照司法院釋字第 391 號解釋，其認為預算案與法律案兩者，在本質上有所區別，亦即法律係對不特定人（包括政府機關與一般人民）之權利義務關係所作之抽象規定，並可無限制的反覆產生其規範效力，預算案係以具體數字記載政府機關維持其正常運作及執行各項施政計畫所須之經費，每一年度實施一次即

而係具體指明特定社團及其相關機構之專職人員，以此為範圍，課予核發退離給與機關（下稱核發機關）重行核計退離給與，以及有溢領退離給與者，令領受人或其經採認之社團專職年資所屬社團返還（即如有溢領退離給與者之被追繳或返還等義務或責任），是系爭條例具有「個案立法」之性質。惟立法者行使立法權時，其內容應以假設性命題，制定抽象性一般規範，非制定僅係適用於特定個案（allgemein und nicht nur für den Einzelfall）之法律。系爭條例直接以特定社團及其相關機構之專職人員為規制對象，自應受憲法「個案立法禁止」（Verbot des Einzelfallgesetzes）原則³之審查，因其影響人民之憲法基本權利甚鉅，且就其法律規範之形式及性質而言，其並非純屬措施性

失其效力，故預算案實質上為行政行為之一種，但基於民主憲政之原理，預算案又必須由立法機關審議通過而具有法律之形式，故有稱之為措施性法律（Massnahmegesetz）者，以有別於通常意義之法律。又司法院釋字第520號解釋，再次重申上開釋字第391號解釋所引用學術名詞稱之為措施性法律，且於解釋理由書中，就立法院通過興建電廠之相關法案，謂此種法律內容，縱然包括對具體個案而制定之條款，亦屬特殊類型法律之一種，即所謂個別性法律，並非憲法所不許。究應採取何種途徑，則屬各有關機關應抉擇之問題，非司法院所能越俎代庖予以解釋之事項。本席認為上開解釋係就立法院通過興建電廠之相關法案與法定預算之措施性法律之綜合觀察，其是否可適用於本件有關退職給與等憲法保障人民財產權案件，以及何謂特殊類型之法律等問題，仍值得再討論，並妥為解釋之補充，以期公允！

³ 參考德國基本法第19條（Art. 19 GG）第1項規定，”1 Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. 2 Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.”（1. 基本權得依法律或法律授權規定而予以限制，該法律應具一般性，且不得僅適用於個別事件。2. 此外，該法律應列舉其條文指明其限制之基本權。）；Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021 Rn. 20-24-beck-online, Art. 19 Rn. 20ff.; Enders, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 53. Edition, 2022-beck-online, Art. 19 Rn. 1ff.; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 2022-beck-online, Art. 19 Rn. 14ff. 於此亦涉及法定之特別法禁止（Verbot von gesetzlichem Sonderrecht）與除一般平等原則外之特別平等原則（im Sinne eines qualifizierten Gleichheitsgebots）之問題。憲法個案立法禁止原則，係立基於憲法平等原則及法治國法安定性原則之要求，立法者不得就個案具體之人及事務進行立法規範，亦即立法者不得預設立場給予某人利益或不利益。

法律，實不應如本判決以其既屬「特殊類型之法律」而輕輕帶過。退步言之，縱使其為「特殊類型之法律」，究竟如何特殊，在追究於特殊年代所設立之特殊社團之歷史責任以外，為何另須及於當時服務之相關人員，實不應單從追求合憲之特別重要公共利益觀點出發，而忽視其應受個案立法禁止之憲法原則之嚴格檢驗，否則對人民之平等權與財產權等基本權之憲法保障意旨與目的之達成，將形成空談！

況且，轉型正義之實現，主要係面對新時代而檢討舊有重大暴虐之惡行（例如從事種族滅絕或濫殺無辜等犯罪行為），並對受害人加以彌補（例如補償、回復名譽、大赦或特赦等措施），此屬於值得遵從之重要人權理念，當然不容否認。惟系爭條例所規制之對象，除政黨屬性之社團，例如中國國民黨各級黨部、中華民國民眾服務總社及其分社等外，另有救國團及中國童子軍總會，後者之工作係針對青少年事務，以及中國大陸災胞救濟總會（現名中華救助總會）、世界反共聯盟中國分會、亞洲人民反共聯盟中國總會（現名世界自由民主聯盟中華民國總會）、三民主義大同盟等社團，在當時宣稱反攻大陸之年代，其工作在於災胞難民救濟及反共等事務之處理與推動。亦即，系爭條例所規制對象之工作事務，未必涉及重大暴虐之惡行，其工作內容是否全屬政黨事務，從而全為特定政黨服務，亦恐難以一概而論。此外，系爭條例所稱之社團，除臚列中國國民黨各級黨部等社團外，並以「等社團及其相關機構」之規範文字概括，其立法理由載以「所定社團以過去政策決定從寬准予採計之社團及其相關機構為範圍」⁴，經解釋與適用，甚至及於中央通訊社，然該社係以提供傳播媒體新聞服務、國際新聞報導、國際新聞交流及國家新聞通訊業務等之新聞傳播與通訊作為其設立目的及工作職掌內容⁵，且該社相關專

⁴ 參照公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 2 條立法理由。

⁵ 參考中央通訊社設置條例第 1 條規定之立法目的，係為提供國內外大眾傳播媒體新聞服務，擴大國際新聞報導，促進國際新聞交流，辦理國家新聞通訊業務，特設中央通訊社。

職人員，如具有新聞專業，並循行政程序而受任命從事新聞傳播或資訊分析及處理等工作，尤其是在資訊相對封閉時代，實類似於政府所提供之新聞資訊服務，就此於西方國家亦頗為常見，對該等人員，於事隔 50 餘年後任令事後個案立法，剝奪其受憲法保障之財產權，恐失其公允，且不符情理！

二、有關平等原則有無違反之問題

再就系爭條例第 2 條第 2 款將救國團列入部分，聲請人五至八之主張，應予重視。本判決以救國團之成立及其與國防部間之隸屬關係無組織法上之依據，並其本為社團性質而與一般機關有別，且該等人員任職於救國團之年資依法本就不得採計為由，進而認為救國團專職人員與系爭條例第 2 條第 2 款所列其他社團專職人員，本質相同，因此肯認其符合平等原則之要求。

惟救國團既係於中華民國 41 年間由行政院訓令國防部轉飭國防部總政戰部籌組成立，直至 58 年 12 月 23 日，由行政院核示准許解除國防部與救國團之隸屬關係為止，均隸屬於國防部。救國團自成立時起至 58 年 12 月 23 日，實不容否定其曾隸屬於政府之事實。關於此部分，系爭條例上開規定未充分審究救國團曾隸屬政府之事實，而未就事物本質之差異，予以不同規範，自應受憲法第 7 條平等原則之審查⁶。至立法者基於憲法價值與法律規範意旨及目的，固得斟酌規範事物之本質而作成規定⁷，或針對特殊情形作成例外規定⁸，系爭條例上開規定以「銓敘部於早期特殊政經環境下，報經考試院同意而得採計服務年資之社團」為分類標準，將救國團與其他社團並列，未就

⁶ 按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則，參照司法院釋字第 455 號解釋翁大法官岳生提出之協同意見書。

⁷ 參照司法院釋字第 485 號解釋。

⁸ 此即體系正義之例外，參照司法院釋字第 455 號解釋翁大法官岳生提出之協同意見書。

救國團曾隸屬於國防部之事物本質上差異性，予以不同規範，導致曾任職於救國團之專職人員立於較為不利之地位，在規範上出現差別待遇之結果，倘係基於轉型正義此公益之考量，而許立法者對救國團隸屬行政機關期間之本質重新評價，仍應就此詳盡說理，但本判決卻未詳加論斷，即逕認其未違反平等原則，其影響受規範者之財產權甚鉅，實仍有再推敲之必要。

三、有關侵害憲法保障之財產權與違反法律不溯及既往原則及信賴保護原則之問題

如前所述，受規範者之退職給與及相關權利，既應受憲法財產權之保障⁹，本件核發機關依系爭條例第 4 條第 1 項規定，溯及地認定原因案件原告有溢領退離給與之情事，並依系爭條例第 5 條第 1 項第 1 款規定命其返還溢領之金額，係將新法適用於業已終結之法律關係，而屬真正溯及既往（echte Rückwirkung）¹⁰，且其亦未設合理補救措施或過渡時期條款，顯已剝奪人民依考試院發布之合法命令所給付之退職金，自有侵害憲法保障人民之財產權，並與憲法保障之法律不溯及既往原則及信賴保護原則有所違背。又系爭條例第 7 條規定除系爭條例另有規定外，不適用現行法律有關權利行使期間之規定，雖同條例第 4 條及第 5 條規定，有 1 年之處理期間，惟實務上將之解為訓示規定，觀其不論個案是否適用消滅時效期間或除斥期間規定之

⁹ 基於公法上身分而享有之財產權，參照吳庚、陳淳文著，憲法理論與政府體制，臺北：作者發行，2021 年 9 月增訂 7 版，頁 251-252、254-256。

¹⁰ 所謂真正溯及既往，係針對業已終結之事實或法律關係，以事後之立法重新評價，參照法治斌、董保城著，憲法新論，臺北：元照，2020 年 3 月 7 版 1 刷，頁 109-111；Albin Eser/Michael Kubiciel, in: Meyer/ Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019-beck-online, GRCh Art. 49 Rn. 29ff.; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 2022-beck-online, Art. 20 Rn.80ff.. 法律之真正溯及既往，原則上不應准許，除非其係因有重大且壓倒性而令人信服之公共福祉理由（wegen überwiegender, zwingender Gründe des Gemeinwohls），且該信賴不值得保護時，始例外准許溯及。（Vom grundsätzlichen Verbot echter Rückwirkung gibt es nämlich Ausnahmen, in denen das Vertrauen als nicht hinreichend schutzwürdig angesehen wird.）

可能性¹¹，類皆明文排除權利行使期間，未為任何權利行使期間之限制，得以無期限地溯及既往，與法治國之法安定性原則，顯有違背。

此外，本判決雖認為人民因權利行使期間經過而確定之法律關係或權利，應受憲法相關基本權之保障，乃為法治國之法安定性要求，竟肯認立法者基於特別重要之公共利益，可制定排除權利行使期間之規範，認其並非憲法所當然不許。參考司法院釋字第443號及第658號解釋，關於給付行政措施，其所應受法律規範之密度，雖較限制人民權益者寬鬆，然若涉及公共利益之重大事項，仍應有法律或法律授權之命令為依據。所謂給付行政之處分或措施，通常屬於授益性質，對受規範者有利之情形，依上開解釋，涉及公共利益之重大事項，仍須受法律保留原則之拘束。則立法者對於歷經長久之受益狀態及既得之受益，就此既得權之部分，如欲將人民已獲取之權益嗣後溯及既往之剝奪，自應受到嚴格憲法審查，而非過度強調所謂重大公益而採寬鬆審查，恣意剝奪人民既得權或干預其憲法所保障之基本權。況且，此例一開，好似只要係基於重大公益，即具有正當理由，任令立法者得溯及既往剝奪人民受憲法保障之財產權，於是如未適度節制，恐非現代法治國家公權力行使之應有作為！

四、考試院發布命令之合法性問題

系爭條例第5條第1項第2款所定僅由社團單獨負責部分，從工作職場慣例與服務內容觀之，當事人所選擇就業之職場或從事之工作，於50年後之現代社會究竟將對之如何評價，往往非當事人於就業當時所能預見，於當時亦甚難以預見是否會轉任公職人員或於政府部門退休。且當時之大環境，誠如本判決所稱之黨國體制，就客觀環境而言，縱使認為當時威權體制係為鞏固執政優勢而組成系爭條例所指稱之社團，因而造成不合理競爭制度，但該等受規範者所從事之工作或活動，是否為重大暴虐之惡行，能否皆劃歸於不法行為或活動，

¹¹ 參照系爭條例第7條規定之立法理由，黨職併計公職所產生之溢領退職、退休給付時間已久，可能因時效消滅或撤銷行使期間已過，難以要求受領人、政務人員或政黨返還，爰明訂不適用現行法律有關權利行使期間之規定。

實有商榷之處！因此，不宜事後推斷前人為找工作營生者，皆不具正當性，並在事經 50 餘年後由國家立法機關進行違法性之檢驗，從而逕予否定當時由國家機關制定之公職人員退離給與法規範，亦即以事後立法否定當時考試院循行政程序發布命令之合法性。況基於五權分治，彼此（平等）相維之憲政體制及精神¹²，考試院與立法院同屬相同位階之憲政機關，實不應將考試院過往發布之命令，任令立法院以事後立法予以否定，甚至逕認為其具不法性。職是，在此所造成受規範者之退職相關給與權利之剝奪，自亦應受憲法第 15 條保障財產權之審查。

所謂「法與時轉則治」，法律往往須因時因地制宜，固屬常態，惟立法者擬制定法律，自許各時代有其不同主張，藉以實踐其理念，但如涉及憲法基本權之干預或限制之疑義時，仍應受到憲法審查，自屬當然。本件原因案件之事實發生有其特殊時代背景，於此可引用德國法哲學家 Gustav Radbruch 就實定法與正義理念（positive Gesetzen und Gerechtigkeitsgedanken）相衝突時，其所提出現仍被引用之著名「賴德布魯赫公式」（Die Radbruchsche Formel，或稱拉德布魯赫公式）¹³，亦即正義與法安定性（Rechtssicherheit）之間之衝突可以如此解決，由國家權力所制定之實定法應優先適用，除非其有悖於正義已達難以容忍之原因（wegen unerträglichen Widerspruchs zur

¹² 參照司法院釋字第 3 號、釋字第 175 號及釋字第 682 號等解釋。

¹³ 參照 Thomas M.J. Möllers und Katharina Redcay, Das Bundesverfassungsgericht als europäischer Gesetzgeber oder als Motor der Union? EuR 2013, 409, 422f.; Mitarbeiterin Donata Zehner, Semesterabschlussklausur – Einführung in die Rechtswissenschaft: Was ist Recht? JuS 2020, 750, 752f.; Eric Hilgendorf, Recht durch Unrecht? Interkulturelle Perspektiven, JuS 2008, 761, 767. 另有關德國聯邦憲法法院判決，例如 BVerfG, Beschluß vom 24.10.1996 - 2 BvR 1851/94 u.a.: Strafbarkeit der sog. Regierungskriminalität während des SED-Regimes - Tötung von Flüchtlingen an innerdeutscher Grenze, NJW 1997, 929. 該判決所參考之文獻，即如 SJZ 1946, 105ff. (= Gustav Radbruch Gesamtausgabe III, 1990, bearb. von Hassemer, S. 83ff. 並參照 BVerfGE 3, 225 (232f.); BVerfGE 6, 132 (198f.) = NJW 1957, 570; BVerfGE 6, 389 (414f.) = NJW 1957, 865) 等判決，可資參考。

Gerechtigkeit)，以致於成為不正之法（Unrecht）時，則應向正義讓步。當時上開社團服勤務專職人員，既係為執行當時政府之國家任務（例如青少年工作及通訊傳播等），當時適用於上開人員之相關法令規範，是否有悖於正義已達難以容忍之原因，亦即其是否成為不可容忍之不正法律（„Unerträglich“ ungerechte Gesetze），固可能見仁見智。惟綜觀當時時代情境與社團專職人員所服勤務之性質，不宜認其所從事之工作係屬重大暴虐之惡行，反之，應認其並未達到不可容忍之不正程度，較符事理之平！況且，50餘年前之時空背景，對於法律保留之理念較為淡薄，立法機關不應不顧法之安定性，而事後諸葛地，就考試院當時循行政程序所發布之命令，逕認無法律依據而構成違法或不當得利。

何況事後考試院針對社團年資併公職年資一事，亦發現以前發布之命令有調整之必要，即本判決所稱其於76年及95年先後兩階段之斷源措施，然76年12月2日（含）前已轉任公職且於95年4月20日前經核定退休者，其76年12月2日（含）前任職於社團之年資，仍得併計為公職年資，並依此年資繼續支領相關之退離給與。此等調整過程，專職人員既係循法定程序而取得退離之給與，基於憲法保障人民財產權之意旨，此等有利於人民之命令，實不應恣意否定其合法性！因此，系爭條例對於上開社團及其所屬專職人員得以請求返還業已取得退離給與之立法，自有違反過苛禁止之比例原則！總之，本判決應當以寬宏方式多加考量並正視聲請人等所主張之憲法上基本權，其對於系爭條例所造成過苛之恣意立法，亦視若無睹，是其結論與說理方式皆值得商榷，爰提出不同意見如上。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 4 號

聲請人一 臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官

聲請人二 方孝明

訴訟代理人 林美倫律師

陳勵新律師

安玉婷律師

聲請人三 高志成

訴訟代理人 陳柏諭律師

吳陵微律師

上列聲請人一為審理臺灣高雄少年及家事法院 108 年度婚字第 305 號、109 年度婚字第 231 號、第 519 號、110 年度婚字第 216 號、第 341 號、第 389 號、111 年度婚字第 47 號、第 53 號、112 年度婚字第 12 號請求離婚等或反請求離婚等事件，認應適用之民法第 1052 條第 2 項但書規定，及上列聲請人二、三因請求離婚事件，分別認臺灣高等法院 108 年度家上字第 202 號民事確定判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度家上字第 44 號民事確定判決，所適用之上開但書規定，有牴觸憲法之疑義，聲請憲法審查，本庭判決如下：

主 文

民法第 1052 條第 2 項規定，有同條第 1 項規定以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚；但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。其中但書規定限制有責配偶請求裁判離婚，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違。惟其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應自本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨妥適修正之。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依本判決意旨裁判之。

理 由

壹、案件事實及聲請意旨【1】

一、聲請人一【2】

聲請人一為審理如案由欄所示之請求裁判離婚事件，認所應適用之民法第 1052 條第 2 項但書規定（下稱系爭規定）限制有責配偶不得請求裁判離婚，侵害人民受憲法第 22 條保障之婚姻自由權，並非最小侵害手段而有違憲法第 23 條比例原則等憲法疑義。裁判離婚之要件於司法院釋字第 748 號及第 791 號解釋後，應有再檢討之必要。系爭規定有無牴觸憲法，將產生聲請人一是否須駁回原告之訴之不同結果，對裁判結果有直接影響，屬先決問題，經裁定停止訴訟程序後，聲請憲法審查。【3】

二、聲請人二【4】

聲請人二與配偶於中華民國 56 年間結婚，婚後育有 1 子 1 女，自 80 年間起經常發生爭吵，曾於 89 年間簽立離婚協議書，但未辦理離婚登記。聲請人二於 95 年起定居香港，配偶則居住於臺灣。聲請人二於 107 年間依民法第 1052 條第 2 項規定請求裁判離婚，經臺灣臺北地方法院 107 年度婚字第 353 號民事判決予以駁回。聲請人二不服提起上訴，復經臺灣高等法院 108 年度家上字第 202 號民事判決，以聲請人二自承於 98 年間與訴外人交往，聲請人二外遇，並與他人另組家庭，致兩造長期分居固為事實，自客觀上觀察，已欠缺感情基礎，婚姻關係確有破綻，惟審酌前揭事由，發生破綻之原因應由聲請人二負責。聲請人二請求與其配偶離婚，為無理由，不應准許。

【5】

聲請人二不服再提起上訴，經最高法院 109 年度台上字第 958 號民事裁定以上訴不合法予以駁回，是其聲請應以上開臺灣高等法院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）。【6】

聲請人二認確定終局判決一所適用之系爭規定，有悖婚姻自由之內涵，與民法第 1052 條規定修正導入婚姻破綻主義立法意旨不符，侵害人民受憲法第 22 條保障之婚姻自由權，有違背憲法第 23 條

比例原則之虞，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，聲請憲法審查。【7】

三、聲請人三【8】

聲請人三與配偶於78年間結婚，育有3子。聲請人三於107年間，以兩造間有難以維持婚姻之重大事由等，依民法第1052條第2項規定請求裁判離婚，經臺灣高雄少年及家事法院108年度婚字第76號民事判決予以駁回，聲請人三不服提起上訴，復經臺灣高等法院高雄分院108年度家上字第44號民事判決，以兩造自105年間，婚姻固已發生破綻，惟就兩造婚姻破綻之發生，係因聲請人三與異性友人有不正當交往，並擅自離家，以消極態度面對婚姻問題，此舉更為加深兩造婚姻破綻，自應對於兩造婚姻破綻之形成負較重之責任，聲請人三請求判准與其配偶離婚，為無理由，不應准許。【9】

聲請人三不服再提起上訴，經最高法院109年度台上字第1881號民事裁定以上訴不合法予以駁回，是其聲請應以上開臺灣高等法院高雄分院民事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二）。【10】

聲請人三主張憲法第22條保障之個人自主決定權，應包含離婚自主權，系爭規定禁止有責配偶之離婚請求權，不法侵害聲請人三受憲法第22條保障之離婚自主權，違反憲法第23條比例原則，依大審法第5條第1項第2款規定聲請釋憲，請求宣告系爭規定違憲，立即停止適用等語。【11】

貳、受理依據及審查程序【12】

一、受理依據【13】

（一）聲請人一【14】

聲請人一為審理臺灣高雄少年及家事法院108年度婚字第305號、109年度婚字第231號請求離婚事件部分，系爭規定為所應適用之法律，且聲請人一已裁定停止訴訟程序，並敘明其確信系爭規定如何牴觸憲法之具體理由，核其聲請，與司法院釋字第371號、第572號及第590號解釋所示法官聲請解釋憲法之要件相符，經司法院大法官於110年11月間受理。【15】

又憲法訴訟法（下稱憲訴法）已自 111 年 1 月 4 日修正施行，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。聲請人一為審
理臺灣高雄少年及家事法院 109 年度婚字第 519 號、110 年度婚字第
216 號、第 341 號、第 389 號、111 年度婚字第 47 號、第 53 號、112
年度婚字第 12 號請求離婚等或反請求離婚等事件部分，本庭於憲訴
法施行後收受聲請人一分別提出之聲請案，符合上開規定之要件，爰
予受理。【16】

（二）聲請人二、三【17】

聲請人二、三據確定終局判決一、二，主張系爭規定有違憲疑
義，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定人民聲請釋憲之要件相符，
經司法院大法官於 110 年 11 月間受理。【18】

（三）併案審理【19】

上述聲請案，爰依憲訴法第 90 條規定，由本庭適用憲訴法規
定就系爭規定是否牴觸憲法繼續審理。又上述聲請案聲請審查之法
規範同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項但書規定，合併審理並判決。
【20】

二、言詞辯論程序【21】

本庭於 111 年 11 月 15 日就上述聲請案行言詞辯論，通知聲請人
一至三、關係機關（即法務部），並邀請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：【22】

（一）聲請人一略謂：1、裁判離婚屬婚姻自由之內涵，受憲法
第 22 條所保障。2、系爭規定之立法目的，為維護婚姻之公允、道
德、合理。系爭規定之手段，無助於所欲保障婚姻自由目的之達成。
兩造於法庭互相攻訐，造成破綻更顯重大無從回復。且於離婚事件
中，多須一併酌定未成年子女親權歸屬，導致當事人間以「要離婚，
除非小孩親權歸我」此類條件，將未成年子女作為談判籌碼，顯然不
利於未成年子女。3、系爭規定並非達成目的之最小侵害手段，被告

一方仍得主張民法上離婚損害、贍養費、夫妻剩餘財產分配、離婚配偶年金分配請求權等。4、強使此種難以維持之婚姻關係繼續，實際上只是懲罰具有較高可歸責性之一方，使其無任何合法方式與他人建立新之排他、親密關係，而繼續其自身之人格發展，相對地，對於可歸責性較小之一方，亦然。【23】

（二）聲請人二略謂：1、是否離婚、是否與配偶共同形成與經營婚姻關係之權利，為個人自主決定權體現，與個人人格不可分離，離婚自由權應為婚姻自由權之內涵而應受憲法第22條之保障。2、在破綻之婚姻中，愛情既已喪失，將來共同生活之回復已不可期，維持此種婚姻關係，只存嫌惡與怨懟，無法達到婚姻之目的。有責者之行為固然無法認同，然不應以婚姻之繼續作為懲罰之手段，而應著重離婚後之效果，保護無責之他方，方能達到婚姻之本質目的。3、對於有責配偶，尚有其他最小侵害手段，如循離婚或民法上損害賠償相關規定予以解決，而非直接剝奪離婚之請求權。探究何方具有過失及過失之程度，應僅涉及是否得向他方請求損害賠償及其數額，與是否得請求離婚無關。【24】

（三）聲請人三略謂：1、如果個人無法自主決定是否離開婚姻，便會影響個人能否再婚、決定再與何人結婚之婚姻自由，婚姻自由自應包含離婚自由。2、系爭規定除限制婚姻自由外，亦限制憲法保障之家庭權。3、系爭規定經常與親權酌定之案件相牽連，兩造為證明破綻事由可歸責於對造，或對造歸責性較大，會無所不用其極蒐集不利於他方之證據，迫使未成年子女於訴訟前、中、後都持續承受父母無法化解之對立，與未成年子女最佳利益原則顯然衝突，亦侵害家庭和諧生活權利。4、得以取代系爭規定之手段甚多，可從離婚後之效果著手，而非必須從離婚理由著手。如民法第1030條之1第2項及第3項規定，賦予法院對於夫妻剩餘財產得調整分配之裁量空間。5、系爭規定讓瀕臨破裂或已破碎之婚姻繼續苟延殘喘，致使家庭功能失調，對婚姻關係之雙方、子女、家屬造成嚴重負面之身心影響，違反憲法保障人民健康權之意旨。【25】

(四) 關係機關法務部略謂：1、參考外國離婚法制：(1) 德國：26 僅規定唯一離婚事由，即婚姻出現破綻，並設有分居制度及苛刻條款。(2) 瑞士：裁判離婚須雙方分居已滿 2 年始得提起，另如發生無法維持婚姻之重大事由時，對該事由之發生無過失之一方，始可於 2 年期限屆滿前提起離婚訴訟。(3) 日本：自最高裁判所昭和 62 年大法庭判決以降，實務即採有條件准許有責配偶之離婚請求。(4) 韓國：裁判離婚有具體之離婚原因，並兼採抽象離婚原因即「其他難以繼續婚姻之重大事由」。綜觀上開外國立法例，對於離婚自由仍有限制，所採取之制度亦各不相同。2、婚姻自由尚不包括毫無限限制之解消婚姻自由，此觀諸司法院釋字第 791 號解釋所揭示之婚姻自由未明列「裁判離婚」可知。3、婚姻受憲法制度性保障，系爭規定之立法目的，在於符合公平性及保障婚姻制度等公共利益，且有助於目的之達成。4、離婚損害賠償、贍養費及財產分配等係屬離婚之法律效果，而非離婚之法律要件，並非可達成婚姻制度性保障等公益目的之手段。若刪除系爭規定將造成對公益及無責配偶之過度負擔，尚難遽斷系爭規定非最小之侵害手段。5、110 年之離婚統計數據，計有 4 萬 7,888 對配偶離婚，其中 85.76% 為兩願離婚，僅 5.82% 是經法院判決離婚。又依司法院之統計數據，依民法第 1052 條第 2 項規定判決離婚之比例又更低 (4.25%)，故應考量系爭規定若變動，是否會影響兩願離婚案件，而對無責之配偶更加不利。【26】

(五) 各聲請人及關係機關其餘主張及陳述，詳見其言詞辯論 27 意旨書。【27】

參、形成主文之法律上意見【28】 28

一、據以審查之憲法權利【29】 29

婚姻係配偶雙方為經營共同生活之目的，並使雙方人格得以實 30 現及發展，成立具有親密性及排他性之結合關係，亦有使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存之功能，且作為家庭與社會基礎之婚姻關係，自受憲法第 22 條婚姻自由之保障。憲法保障之婚姻自由與人格自由、人性尊嚴密切相關，包括個人自主決定「是否結

婚」、「與何人結婚」、「兩願離婚」，及其與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利（司法院釋字第552號、第554號及第791號解釋、憲法法庭111年憲判字第20號判決參照）。【30】

婚姻關係包含婚姻之締結、維持及終止等，婚姻關係之解消，³¹亦屬於婚姻制度之重要一環。憲法保障之婚姻自由，其範圍不僅涵蓋結婚自由、維持婚姻關係，亦包含解消婚姻之自由，即如是否及何時終止（退出）婚姻關係之離婚自由。縱使離婚自由之實現，須繫於雙方意思之合致，惟於意思未合致時，仍不妨礙一方離婚之自由受憲法保障。又婚姻自由之保障，非如單純個人自由基本權之防禦功能面向保障，仍有賴國家就婚姻自由，妥為婚姻制度規劃或規範設計。亦即婚姻對於配偶雙方、子女及其等與他人間之生活形成與權益等，皆有莫大影響，自有賴國家善盡其保護義務，就裁判離婚及其離婚所生權利義務關係之法律規範，妥為設計。因此，個人離婚自由是否得以完全實現，雖有賴他方之同意與否，於他方不同意時，國家就婚姻相關制度規劃或規範設計，應使人民有請求裁判離婚之機會。國家所為之裁判離婚制度規劃及其法規範設計，既涉及憲法上婚姻基本權保障，自仍應受法規範憲法審查。【31】

人民於結婚後，如欲解消婚姻關係者，於夫妻雙方無法合意結束婚姻關係時，得有依法向法院請求裁判離婚之權利，係為婚姻自由之內涵。是系爭規定就有責配偶請求裁判離婚所為之限制，構成對人民結婚後欲解消婚姻關係之婚姻自由之干預，自應符合憲法第22條保障婚姻自由意旨之要求。又有關維持婚姻之自由與解消婚姻之自由，皆屬憲法第22條所保障之婚姻自由，於夫妻雙方就婚姻之存續或解消意思不一致時，即可能發生基本權之衝突，亦即保障一方配偶請求裁判離婚之權利，勢必同時連帶影響他方配偶之維持婚姻自由，二者亦應予衡平考量，始符憲法第22條保障婚姻自由之意旨。【32】

二、系爭規定原則上與憲法第22條保障婚姻自由之意旨尚屬無違³³

【33】

系爭規定之規範內涵，係在民法第 1052 條第 1 項規定列舉具體 34
裁判離婚原因外，及第 2 項前段規定有難以維持婚姻之重大事由為抽象裁判離婚原因之前提下，明定難以維持婚姻之重大事由應由配偶一方負責者，排除唯一應負責一方請求裁判離婚。至難以維持婚姻之重大事由，雙方均應負責者，不論其責任之輕重，本不在系爭規定適用範疇。【34】

就系爭規定之立法目的而言，民法第 1052 條第 2 項規定係於 74 35
年 6 月 3 日增訂，修正理由稱「舊法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種原因為限，過於嚴格。現代外國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第 2 項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。」且從立法院修法審議過程之立法資料，法務部曾說明「但書規定的理由是認為離婚原因需自道德上加以某些限制，使應負離婚責任之當事人一方不能請求離婚，僅他方才能請求，以免造成不公平與不合理的結果。」（立法院公報第 73 卷第 38 期委員會紀錄第 133 頁參照）由此可見，系爭規定之立法意旨及目的，乃在既有之婚姻與裁判離婚制度下，透過排除唯一有責配偶請求裁判離婚，強化完全無責他方配偶對於維持或解消婚姻之自主決定權，且防止因恣意請求裁判離婚而破壞婚姻秩序情形發生，藉以維護婚姻之法律秩序與國民之法感情；在有子女時併予考量未成年子女利益之情況下，亦有其維護婚姻之家庭與社會責任功能。核其立法目的，尚屬正當。【35】

關於裁判離婚制度之規範設計，從外國立法例觀之，有採有責 36
與破綻混合且具體與抽象兼具之離婚原因（多元主義）者（例如日本民法第 770 條規定參照）；亦有採破綻主義之單一離婚原因（一元主義）者（例如德國民法第 1564 條規定參照），亦即有關夫妻雙方可歸責程度之輕重，並非判斷婚姻關係准否解消之主要標準，而係回歸婚姻之本質與目的，審酌婚姻關係是否已生破綻，雙方有無繼續共同

生活之可能性，作為單一離婚原因。現行民法就裁判離婚制度之規範設計，係採多元離婚原因。於此立法體例下，系爭規定藉由限制有責之一方透過裁判離婚片面解消婚姻，以強化無責配偶對於維持或解消婚姻之自主決定權。就維護無責他方配偶之婚姻自由、婚姻之法律秩序或國民之法感情而言，系爭規定所採取之限制手段，尚非完全無助於立法目的之達成。就此等多元原則裁判離婚原因之法律規定，如未有個案顯然過苛之情事者，容許立法者有自由形成之空間。又婚姻關係締結後之維持與解消，皆屬憲法保障婚姻自由與個人人格自主之意旨。於配偶雙方就婚姻之維持或解消意思不一致時，必然發生國家應優先保障何者之衝突。系爭規定為維護婚姻之法律秩序及國民之法感情，就婚姻有不能維持之重大事由時，優先保障無責配偶維持婚姻之權利，而限制唯一有責之配偶向法院請求裁判離婚之權利，原則上與憲法保障婚姻自由之意旨無違。【36】

三、系爭規定適用於唯一有責配偶請求裁判離婚之例外個案顯然過苛 37
部分【37】

按裁判離婚制度既為實現憲法上婚姻自由之一環，於婚姻有難以維持之重大事由發生時，一方配偶即得向法院請求解消婚姻，雖非不得以法律限制之，惟相關法律所加之限制有無過苛，仍須受到憲法審查。是系爭規定於唯一有責之情形，限制有責配偶請求裁判離婚，仍應審查其與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨是否相符，以避免導致個案顯然過苛之情事。【38】

婚姻關係建立之基礎，在於雙方自願相愛、相互扶持。婚姻關係之核心，係為維護及經營共同生活，在精神與物質上相互協助依存，讓雙方人格得以實現發展。立法者所欲維護之婚姻存續，應為和諧之婚姻關係，此由民法第 1052 條第 2 項前段規定內容可知。婚姻具有高度屬人性，婚姻會出現難以維持之情形，往往係由諸多因素（如財務、感情、個性、生活習慣等）長期累積、交織而生，即所謂「冰凍三尺，非一日之寒」，是婚姻瀕臨破綻形成之原因，通常係日積月累而成，其成因及可歸責程度亦有多端。姑且不論婚姻發生破綻 39

原因之複雜難解，於現行裁判離婚法制下，就有責配偶而言，無論其曾有何等可歸責之事由，當婚姻關係發生破綻已至難以維持而無回復可能性之情況，一方當事人（甚或雙方當事人）已無意願繼續維持婚姻時，系爭規定限制唯一有責配偶不得請求裁判離婚，其所保障者往往僅存維持婚姻之外在形式，而已不具配偶雙方互愛或相互扶持依存之婚姻實質內涵，亦可能不利長期處於上開狀態下之未成年子女身心健全發展。系爭規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，形同強迫其繼續面對已出現重大破綻難以維持之漸行漸遠或已處於水火之中之形骸化婚姻關係，實已造成完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事。於上開個案顯然過苛情形，其對有責配偶請求裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維持婚姻之自由間，自有求其衡平之必要。是系爭規定對唯一有責配偶請求裁判離婚之限制，於有上開顯然過苛情事之範圍內，自難謂其與憲法第 22 條保障婚姻自由意旨相符。相關機關應自本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正裁判離婚相關規定。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依本判決意旨裁判之。至於上開難以維持婚姻之重大事由發生已逾相當期間或已持續相當期間，該等期間以多長為當，原則上係立法形成之自由，非屬本判決審查之範圍，併此指明。【39】

四、併此敘明部分【40】

40

由於系爭規定係涉及裁判離婚制度規劃與離婚原因等法律位階之法規範設計，相關機關於修法時，為因應社會變遷與現代婚姻關係之諸多變化，自有重新檢討改進現行裁判離婚制度，並妥為法規範設計之必要。諸如比較外國立法例，現代不乏放寬離婚原因之立法例，以因應社會變遷。即如檢討民法裁判離婚相關規定是否採取分居（或稱別居）制度，並明定以相當期間未有共同生活事實之分居作為裁判離婚條件。另為避免上開離婚原因放寬而造成不良後果，亦可參考外國立法例，引進苛刻條款，例如為婚姻所生之未成年子女利益，因有

41

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

黃大法官瑞明提出。

詹大法官森林提出。

部分不同意見書：吳大法官陳銀提出。

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

蔡尚傑

中 華 民 國 112 年 3 月 24 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

這是個兩難又無奈的決定！不但投下贊成票如此，要不要寫意見書也是如此。今天（3月21日）看到新北地院首件國民法官審理案件（離婚相關悲劇）的新聞報導，非常痛心，乃決定出具意見書，希望至少請大家包括行政、立法相關機關，在依本件判決意旨修法時，司法審判時，特別注意「過苛」是相對性概念，要在所有關係人間（配偶雙方及未成年子女）作比較，如果准予離婚對不願離婚之被告或未成年子女言，有難以承受之苦（苛酷），則應尚不符本判決所稱「過苛」之要件（但本席未深入了解上開新聞案件之事實，故無意肯定該離婚個案與是否過苛相關）。

本席贊成本件判決主文及理由，謹補充說明本席之所以贊同之主要考量等如下：

一、家家有本難唸的經、清官難斷家務事，這句話確有相當道理。結婚與離婚的決定都是感性與理性的交錯，是非可能沒有絕對，但是作為現代人，應該要均出於負責任的態度，對自己、對他方及對（未來）子女尤其未成年子女負責任。憲法保障個人自由，包括結婚、不結婚自由，兩願離婚自由，但是不包括片面離婚。本件判決仍是以否定片面離婚之自由為前提，畢竟婚姻忠誠仍是值得保護之美德，婚姻契約信守才是負責任的應有態度。本件判決無意肯定出軌有理，拋家棄子法所不容！

二、在立法於民法第1052條第2項本文引進破綻主義（有重大事由難以維持婚姻，夫妻之一方得請求法院准予裁判離婚）以後，僅存的欲以系爭但書有責排除規定避免離婚，遲早會圖窮匕見，乃意料中事。事實上，民法主管機關法務部也早有修法擬議，即研議改採分居（分居）制度，加上參考德國法制之苛酷條款（在准予離婚將對他方配偶或未成年子女，造成難以承受之痛苦之特殊情形，法院得不同意准予離婚之訴求）。

三、本件判決所肯定的不是夫妻之片面離婚之自由。

民法第 1052 條單方請求裁判離婚之規定，也不直接與離婚自由相關，毋寧係立法賦予人民裁判離婚訴權（准否離婚由法院依法決定）。本件判決只是在破綻主義原則下，認完全剝奪封鎖有責配偶之裁判離婚機會，有可能在個案情形過苛時，牴觸憲法第 23 條比例原則，所以是先肯定系爭但書規定合憲，在此一原則合憲前提下，開了一扇小窗。

四、因此，依本件判決意旨，不是離家多時或分居很久，立法就應許、法院就當然要准予離婚，而是符合「難以維持婚姻之重大事由發生後，已逾相當時間或該事由已持續相當時間」要件之外，還要構成過苛。

而如上所述，過苛與否之判斷，不是只考量原告一方之情況，要避免陷他方配偶（被告）及未成年子女於難以承受之痛苦。是包括本件聲請案及其原因案件在內之個案，均不當然應准予離婚，而是應由法院依個案情形判斷是否符合要件並裁量是否過苛，而為准駁。

五、另依本件判決主文，主管機關有兩年修法期間，所以相關案件原則上需等待修法，再由法院依修正後規定裁判。

希望相關機關務必於兩年內完成修法，使相同規定於全國一體適用。

六、放不下被背叛的屈辱，這種不平可以理解。但是除了長期分居不合婚姻本旨、可能不利子女身心健全成長外，若離家者對家全無掛念，長期不予聞問，甚至反要求分產，這樣的婚姻是否還有維持價值？無責配偶似可考慮化被動為主動，比較可能掃除被背叛的陰霾，取回尊嚴。這也是本席贊同本件判決主文的考量之一，出於對無責配偶之疼惜與支持。

有些兩難與無奈。

壹、聲請人聲請釋憲之主要理由及本件判決之意旨

本件判決之聲請人包括高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官以及二位聲請人，均主張民法第 1052 條第 2 項規定：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」¹（但書規定為系爭規定）此條之立法一般稱之為「消極破綻主義」，亦即「以婚姻破裂為裁判離婚之主要原因，僅限於夫妻雙方皆無過失，但其一方仍有過失者，不得訴請離婚。」與之相對者為「積極破綻主義」，以「婚姻破裂」為唯一裁判離婚之原因，為德國民法自 1977 年所採行。

聲請人主張系爭規定違憲之主要理由為法官為探求婚姻破綻之程度，須深入了解當事人之個性、隱私，造成更多問題產生，系爭規定只是增加離婚訴訟關係人之困擾以及損害婚姻本身之尊嚴等。

本件判決認系爭規定「原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違」「惟其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。」亦

¹ 民法第 1052 條第 1 項規定：「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：

- 一、重婚。
- 二、與配偶以外之人合意性交。
- 三、夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。
- 四、夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活。
- 五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。
- 六、夫妻之一方意圖殺害他方。
- 七、有不治之惡疾。
- 八、有重大不治之精神病。
- 九、生死不明已逾三年。
- 十、因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。」

即基本上認為系爭規定為合憲，然而賦予法官個案衡量之權力，如認適用系爭規定不准有責配偶離婚將會產生過苛情事，則法官仍可依有責配偶之請求而判決離婚。本席贊同本判決之結論，另就本判決之理由以及判決所稱「過苛」係指何種情況，提出協同意見如下。

貳、本席之協同意見

一、本席支持本件判決未宣告系爭規定違憲之理由

（一）由憲法保障之婚姻自由無法導出配偶之一方有離婚之自由

學者論述有認婚姻自由包括婚姻解消之自由，即離婚權者。本判決理由亦認「憲法保障之婚姻自由，其範圍不僅涵蓋結婚自由、維持婚姻關係，亦包含解消婚姻之自由，即如是否及何時終止（退出）婚姻關係之離婚自由。縱使離婚自由之實現，須繫於雙方意思之合致，惟於意思未合致時，仍不妨礙一方離婚之自由受憲法保障。」（判決理由第 31 段）本席認為如此之論述有必要進一步闡明。

按我國憲法保障婚姻自由的基本前提是二人合意進入婚姻關係時，國家不應任意干涉阻礙。相同的，當配偶二人合意解除婚姻關係時，國家基本上亦應尊重雙方之意願，亦即婚姻自由以及離婚自由均以婚姻關係中之二人合意為前提，並不存在依單方意願強迫對方結婚的結婚自由，也不存在依單方意願強制對方離婚的離婚自由。當夫妻雙方同意離婚時，若國家對於離婚制度施加限制（例如有些天主教國家禁止離婚），該限制是否涉及違反人民之離婚自由時自然具有憲法上討論之價值²。我國民法規定兩願離婚祇要雙方以書面為之，有二人以上之證人之簽名並向戶政機關為離婚之登記（民法第 1050 條）即生效力，實為簡易。事實上 85.76% 之離婚係透過兩願離婚之方式

² 司法院釋字第 791 號解釋對「婚姻自由」之闡釋為「包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」並未包括單方意願之離婚自由。

完成³，故離婚自由於我國法上應已無問題。有主張婚姻自由包括離婚自由之理論認為於配偶不同意離婚時，將阻礙了請求離婚方另與他人締結婚姻關係之結婚自由，如此之講法，實為過度強調單方之自由，而忽略了他方配偶也有不同意離婚的自由，同意與不同意離婚之意願，均應受到相同之尊重。本席認為婚姻關係中僅有一方想離婚而他方不肯離婚時，國家以公權力強制離婚之合憲性之探究，即應先理解裁判離婚所擬保障之法益為何。

（二）裁判離婚保障之法益：雙方平等之人格權以及公平解消家庭關係之權利

要探討系爭規定對於裁判離婚之限制是否違憲，首應探討裁判離婚制度所擬保障之法益為何，本席認為當配偶之一方不同意離婚，而國家以公權力決定人民婚姻關係之存續與否，其所擬保障之法益應是婚姻關係中雙方當事人之人格權以及因離婚而解消家庭關係之權利義務是否已獲公平滿足。

1、保障雙方平等之人格權

當配偶一方不同意離婚時，國家在一定條件下得以公權力強制解消婚姻關係，其目的並非為保障離婚自由，而應係保障婚姻各方之人格權。畢竟婚姻是雙方所成立具有親密性及排他性之永久結合關係，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護（司法院釋字第748號解釋參照）。當婚姻在精神上、感情上及物質上相互扶持之功能已喪失時，對請求離婚之一方而言已無婚姻之意義，強令該婚姻存續，對其人格權可能造成傷害，故應從保障請求離婚者之人格權之觀點以決定公權力介入之尺度。然而如前所述，不想離婚之一方配偶之人格權亦應受同等保障。婚姻是否尚具有維持之價值，涉及當事人之主觀意願，當二者對於維持婚姻之主觀意願發生衝突時，國家僅從人格權保障之觀

³ 參見法務部111年12月5日法律字第11103514950號函檢附「法規範憲法審查言詞辯論意旨補充書」第2頁。

點實難以論斷是否應以公權力強制離婚，畢竟人格等值，雙方意願均應受同等尊重，難以論斷主觀意願之對錯。系爭規定以「有責」、「無責」作為國家應否裁判離婚之依據，實為粗陋，在實務上造成困難。何方負有較大責任，無法輕易論斷。是故本席認為於婚姻破裂之情況下，國家除探究雙方之人格是否已受侵害外，應同時考量因婚姻消滅而解消家庭關係所生權利義務是否已公平滿足之觀點以作為裁判離婚之基準。人格權之尊重與家庭解消所生權利義務之履行應同時一併觀察，以免產生偏頗而造成不公。

2、因離婚而解消家庭所生權利義務是否已獲滿足之考量

雙方結婚後組建家庭不僅在情感上有了依歸，在法律上亦產生了新的權利義務關係，如雙方互負扶養之義務（民法第 1116 條之 1）、同居之義務（民法第 1001 條）以及連帶負擔家庭生活費用之義務（民法第 1003 條之 1）等，在婚姻關係存續期間雙方財產狀況之變化受到法律所規定夫妻財產制度之規範與保障；另外有了子女時，人生步入另一階段，對夫妻之影響更是重大且深遠。司法院釋字第 712 號解釋指出「家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。」顯見家庭於憲法上之重要地位。離婚將解消雙方組建之家庭，影響重大，國家以判決強迫解消雙方所建立之家庭，更不容忽略因此所產生之權利義務關係是否已獲滿足。解消家庭產生之權利義務關係至少包括雙方之情感、子女以及財務三個面向，此三個面向之權利義務之內涵亦有主、客觀成分，非可完全量化，但比起雙方過失大小或人格權受侵害程度之比較，有較為客觀之審查依據。

（三）目前之法律規定對離婚後弱勢配偶之保障尚有不足

夫妻離婚後雙方間之權利義務，目前民法規定夫妻之一方，因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償（民法

第 1056 條第 1 項），但請求非財產上之損害時，限於受害人無過失者為限（民法第 1056 條第 2 項），無過失之一方亦得請求贍養費，但限於「因判決離婚而陷於生活困難者」（民法第 1057 條），其條件均屬嚴苛，且限於請求方必須無過失。另民法規定離婚後剩餘財產之分配（民法第 1058 條），但亦僅限於離婚時之剩餘財產，且請求方尚須證明他方剩餘財產及數量，在實務上困難度極高。現行法有關離婚後法定財產制消滅時，剩餘財產分配之規定，對於結婚後從事家事勞務以及選擇在家照顧幼兒之一方（通常為女性），對家庭付出之整體協力狀況因已列入考量（民法第 1030 條之 1⁴ 第 3 項），但對該配偶為家庭付出致未能在職場發展，所喪失之時間與機會成本卻未有所補償之規定。目前剩餘財產分配請求權之規定，即使能夠實現，充其量也祇能計算到離婚日為止雙方全部之財產，且離婚後配偶於婚姻關係存續中所累積之職業年金非屬軍公教退休年金者，尚未能互惠享有請求分配之權利。犧牲職場機會的一方卻無法分享得以全心在職場發展者日後之所得，對於為了家庭而犧牲職涯者顯不公平。

⁴ 民法第 1030 條之 1：「（第 1 項）法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：

一、因繼承或其他無償取得之財產。

二、慰撫金。

（第 2 項）夫妻之一方對於婚姻生活無貢獻或協力，或有其他情事，致平均分配有失公平者，法院得調整或免除其分配額。

（第 3 項）法院為前項裁判時，應綜合衡酌夫妻婚姻存續期間之家事勞動、子女照顧養育、對家庭付出之整體協力狀況、共同生活及分居時間之久暫、婚後財產取得時間、雙方之經濟能力等因素。

（第 4 項）第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

（第 5 項）第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」

誠如上述，目前國家之法律規定對於離婚後經濟弱勢配偶之保障尚有不足。本件判決理由指出系爭規定「系爭規定為維護婚姻之法律秩序及國民之法感情，就婚姻有不能維持之重大事由時，優先保障無責配偶維持婚姻之權利，而限制唯一有責之配偶向法院請求裁判離婚之權利，原則上與憲法保障婚姻自由之意旨無違。」（判決理由第 36 段）本席支持此立場，但本席另外認為在弱勢配偶之經濟地位之保障尚未充分前，貿然宣布系爭規定違憲，恐剝奪了弱勢配偶最後之防線，讓弱勢者於被迫離婚後淪為更弱勢，因此本席贊同本判決之結論，但認為理由部分應就此為補充。

二、如何判斷不准離婚造成「過苛」之參考標準

本件判決另外開啟了個案過苛時，法院可允許有責配偶請求裁判離婚之門，但個案何時「過苛」？自有論究之必要。本席認為亦可由前述情感、子女及財務三方面綜合判斷，申論如下。

國家以公權力強制不願離婚者離婚，應先對婚姻破裂之情況下仍然不願離婚者之心理及顧慮有所理解，始能判斷不肯離婚者之堅持是否對求去者「過苛」。按本件釋憲聲請案之原因案件有甚多情形因外遇或另組家庭，而被視為有責，而他方仍然堅持不願意離婚。故以此類型探討在何種情況之下構成「過苛」應具參考價值。

（一）未成年子女之利益之考量

如前所述，照顧未成年子女為夫妻雙方組建家庭後之重要責任，在家庭尚有未成年子女時，國家是否強制解消家庭，首先自然要先考慮未成年子女之利益。本判決理由提到「過苛」時舉例說明為「亦可能不利長期處於上開狀態下之未成年子女身心健全發展」（判決理由第 39 段）另本判決於建議應考慮採用德國之「苛刻條款」時，則舉例稱「例如為婚姻所生之未成年子女利益，因有特殊原因，有必要繼續維持婚姻者……該婚姻即使已破裂，仍不得離婚」（判決理由第 41 段）可見在婚姻已難以維持之情況下，同樣是為了維護未成年子女之利益，

可能同時有「維持」或「解消」婚姻之不同作法。申言之，在難以維持之婚姻下，究竟是早日離婚，讓子女脫離宛如地獄般的家庭環境，對未成年子女可能較有利，然而也有可能拒絕離婚的原因是為了「讓小孩子在成長階段有一個完整的家」，縱然是「已破裂僅具形骸化外觀的婚姻」，可能尚具有勉強撐到「子女上大學的那一天為止」的殘餘價值。實則，同樣是難以維持婚姻之家庭，依父母之修為及人生觀，可能呈現不同之家庭樣貌，非可一概而言，離或不離對小孩子比較好，就有賴法官判斷的智慧，此時所謂過苛應是指婚姻之勉強維持對未成年子女不利而言。當然若是沒有子女或是子女均已成年時，此方面之顧慮就減少了。

（二）對離婚後之財務分配之考慮

目前國家法律規定對於離婚後經濟弱勢配偶之經濟保障尚有不足，對家務勞動及照顧幼兒而喪失之時間及機會未獲充分考量，已於前述。在此情況下，法院仍可綜合判斷在婚姻存續期間，雙方對家庭之付出以及財務狀況，以判斷拒絕離婚者之財產要求是否過度，或者請求離婚者對於拒絕離婚者之財務補償是否有所不足以判斷過苛。

（三）情感上因素之考量

有責配偶想離婚而無責配偶不肯放手，其中當然可能有情感之因素，例如忘不掉當年相互照顧之情景而期待對方回頭者；較為極端者，則可能抱著玉石俱焚、絕不輕易成全對方之報復心理，複雜萬端，未能輕易歸類評價。於後者之情形，有責配偶淪為被報復之對象，法院自可判斷維持婚姻對有責者過苛；於前者之情形，即情感上無法放手者，國家若以判決強制其離婚，恐怕是對無責的那一方過苛。德國聯邦憲法法院於判決苛刻條款並未違憲的理由包括「必須……給予尚未準備好離婚的一方配偶，減輕對於因離婚而必須立即改變生活模式的壓力，

暫時能有調適轉換的空間」(BverGE 53,224. 250f)⁵ 其中所稱的調適轉換的空間應該包括生活模式以及心理上之調適而言，本件判決亦指出「難以維持婚姻之重大事由發生後，是否逾相當期間，或該事由是否已持續相當時間」亦即期待以時間治癒心理之創傷，均可作為法院判斷是否「過苛」之參考。

(四) 「唯一有責」或「有責」與否於判斷是否「過苛」時已不具重要性

外遇或有其他異性密友常被視為「唯一有責」或是「有責」之一方面而依系爭規定無法獲准裁判離婚，如此之判斷恐過度簡單化了造成婚姻難以維持之「有責」之意涵。本件判決理由指出「婚姻瀕臨破綻形成之原因，通常係日積月累而成，其成因及可歸責程度亦有多端」(判決理由第 39 段)即以外遇而言，其背後亦有多種不同之原因，例如妻子因丈夫遊手好閒又家暴而出逃，賺錢撫養幼子，遇人互相安慰而日久生情，當然亦有夫妻創業艱苦，一旦飛黃騰達，即棄糟糠之妻於不顧或另築愛巢者，其「有責」之程度不一而足，若是一概以外遇者即為唯一有責者加以論斷，未必能獲事理之衡平，因此於判斷離不離婚是否過苛時，對於外遇有責者亦不應僅執著於外遇此一因素，而仍應衡量其全部前因後果。正因為婚姻決裂之過失責任難以判斷，採取積極破綻主義之國家才會放棄對於婚姻破裂過失責任之探討，此亦為本判決併此敘明部分所建議者(判決理由第 41 段)。事實上，目前民法規定判決離婚之非財產上損害賠償(民法第 1056 條第 2 項)以及贍養費之給與(民法第 1057 條)請求方亦均以無過失為要件，造成裁判離婚訴訟雙方在法庭上互揭隱私擴大傷害之情形，因此為了避免原本關係已不良之夫妻在離婚訴訟中更加雪上加霜，除檢討修正系爭規定外，亦應同時對民法第 1056、1057 及 1058 條等規定一併檢

⁵ 參見戴瑀如，本件聲請案專家諮詢意見書，第 8 至 9 頁。

討修正，並增加對弱勢配偶之保障，已如前述。至於更進一步之修法，自應參考 CEDAW 第 29 號一般性建議⁶。至於對於歸責事由之探討，及其過失責任之比重，於判斷否准離婚是否過苛時，已不具重要性。

⁶ 參見官曉薇，「消除對婦女一切形式歧視公約」第 29 號一般性建議，收於行政院性別評委員會，CEDAW 教育訓練及宣導計畫（109-112 年）相關講義及教材案例。

協同意見書

詹森林大法官 提出

壹、前言

本件聲請案，係以民法第 1052 條第 2 項但書（下稱系爭規定）為標的。其實，在此之前，本號判決之聲請人一，高雄少年及家事法院朱政坤法官，即曾認為系爭規定侵害人民受憲法保障之婚姻自由權，有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，向當時之司法院大法官聲請解釋憲法，惟經大法官於 110 年 1 月 29 日第 1513 次會議決議，對 109 年度憲三字第 38 聲請案，不予受理。

對該不予受理決議，本席曾提出不同意見書，認為系爭規定在親屬法上極具爭議，是否已過度限制憲法第 22 條保障之婚姻自由，實有憲法上之討論價值，應予受理。

朱法官不屈不撓，針對系爭規定，持續向司法院及憲法法庭提出數件解釋憲法及法規範憲法審查之聲請。憲法法庭終於受理，並在今日作出本號判決。對此結果，本席當然樂見。

又，憲法法庭就本件聲請案曾召開言詞辯論。其後，全體大法官進行評議時，爭辯激烈，左右為難，一時之間，共識難求，導致憲法法庭依憲法訴訟法第 26 條第 2 項規定，延長判決宣示期間。解決本件爭議，甚為艱難，可見一斑。

本席以為，本判決之主文固難稱完善，但尚可接受，爰提出協同意見。

貳、爭議起源

依民國 74 年修正之民法第 1052 條第 2 項前段規定，婚姻有同條第 1 項列舉事項以外之重大事由，難以維持者，夫妻之一方得請求離婚。惟依系爭規定，該重大事由應由一方負責者，僅他方得請求離婚。

系爭規定，係法務部民法研究修正委員會之修法委員提出許多草案條文後，多數委員最終贊成錢國成委員（當時之最高法院院長）

之提議而定案¹。嗣後，立法院討論系爭規定時，有委員發言：「離婚原因需自道德上加以某些限制，使應負離婚責任之當事人一方不得請求離婚，僅他方得請求，以免造成不公平與不合理的結果。」²

就此而言，本判決謂：「系爭規定之立法意旨及目的，乃在既有之婚姻與裁判離婚制度下，透過排除唯一有責配偶請求裁判離婚，強化完全無責他方配偶對於維持或解消婚姻之自主決定權，且防止因恣意請求裁判離婚而破壞婚姻秩序情形發生，藉以維護婚姻之法律秩序與國民之法感情；在有子女時併予考量未成年子女利益之情況下，亦有其維護婚姻之家庭與社會責任功能。核其立法目的，尚屬正當。」（參見本判決理由第35段），應可贊同。

易言之，依立法者原意，法院得適用系爭規定而駁回原告離婚之請求，限於其據以訴請離婚之難以維持婚姻重大事由，係完全可歸責於原告自己之情形。例如：原告以「自己有外遇或經常家暴被告，且其情節重大，兩造之婚姻因而難以維持」為由，請求法院准許離婚時，法院得依系爭規定，駁回原告之訴。

惟在離婚事件中，原告主張難以維持婚姻之重大事由，法院適用系爭規定時，屢屢難以認定該事由係全部可歸責於原告。且夫妻各自為求勝訴，乃彼此指摘，甚至互揭瘡疤，有時更殃及子女（不論其為成年或未成年），益增認定上之困擾。

為求解決，最高法院遂於95年度第5次民事庭會議，決議如下：「婚姻如有難以維持之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚，始符民法第1052條第2項規定之立法本旨。」

前開決議，不僅未能協助各級法院符合立法意旨地適用系爭規

¹ 參見林秀雄教授應憲法法庭邀請而提出之諮詢意見書，第1頁第2段，及其就此所引用之資料；法務部109年12月17日就本件聲請案，回覆司法院秘書長之法律字第10903516570號函，說明二。該函全文，可於法務部網頁中查得。

² 參見註1之法務部函，說明二。

定，反而引發更多系爭規定之實務與學說爭議，並造成系爭規定是否符合民法第 1052 條第 2 項所採「破綻主義」立法意旨之疑義³。

就此，法務部所稱：「……而於系爭條款之操作上，我國司法實務均依前揭最高法院民事庭會議決議之見解，以比較離婚配偶雙方有責性程度之方式，作為判決標準（最高法院 109 年度台上字第 710 號判決、108 年度台上字第 2162 號判決及 107 年度台上字第 2094 號判決意旨參照）。換言之，縱使離婚配偶雙方對於系爭規定之事由均應負責時，請求離婚之一方配偶，按具體個案事實，仍得提起裁判離婚之訴，此亦徵於我國實務上，亦非認為有責之一方配偶絕對無法提起離婚之訴。」⁴固屬事實；然前開決議造成民法第 1052 條第 2 項（含系爭規定），遠離其為破綻主義之立法原意，及該條項之妥善適用甚為困難，則難否認。

本件聲請案言詞辯論時，憲法法庭邀請之 4 位學者，對系爭規定在前述最高法院決議之下，是否已確有侵害憲法第 22 條保障之婚姻自由情事，意見分歧⁵。由是可見，上開決議顯屬治絲益棼。

參、合憲或違憲之疑惑與妥協

如前所述，系爭規定，蘊涵維護婚姻制度之本意，並宣示禁止婚姻一方配偶先製造難以維持婚姻之重大事由，再據該事由訴請離婚。可惜，由於前開最高法院決議及實務多年運作，系爭規定已經「回不去」堪予認可之立法原意。

因此，系爭規定是否確有限制前述唯一有責配偶之婚姻自由而達違憲程度，要難僅從該規定之文義、體系或立法目的著眼，即可得知。何況，發生難以維持婚姻之重大事由時，該事由是否全部因可歸

³ 詳見林秀雄教授，註 1 之諮詢意見書，第 4 頁，第 2 段；戴瑀如教授就本件聲請案提出之專家諮詢意見書，第 5 頁；呂麗慧教授就本件聲請案提出之專家諮詢意見書，第 7-8 頁；李立如教授就本件聲請案提出之鑑定意見，第 10-11 頁；本席就司法院大法官 109 年度憲三字第 38 號聲請案不受理決議所提之不同意見書，第 6-7 頁。

⁴ 參見註 1 之法務部函，說明三（三）。

⁵ 詳見林秀雄、戴瑀如、呂麗慧、李立如 4 位教授所提出之意見書。

責於一方配偶所致，判斷上，亦頗有難度。而且，婚姻之日常事項，包羅萬象，夫妻之齟齬，即使夫妻雙方或其家屬親友，均已難論斷是非，遑論法官。

易言之，從適用之實際情形觀察，系爭規定究竟合憲或違憲，所牽涉之疑惑，實在遠多於答案。

有鑑於此，本判決最終認系爭規定於可能導致個案顯然過苛之範圍內，有違憲法保障婚姻自由之意旨，並諭知相關機關應自本判決宣示之日起2年內妥適修法。此項結論，實乃異中求同之妥協成果，縱不滿意，仍尚可接受。

事實上，法務部業已參酌外國立法例破綻主義之精神，就系爭規定研擬修正條文，擬刪除僅允許無責配偶得依民法第1052條前段所稱「其他難以維持婚姻之重大事由」請求離婚之系爭規定，並擬增訂夫妻長期分居，共同生活業已廢止者，雙方均得請求裁判離婚；惟為避免上開事由遭濫用致生不公平情事，另明定「苛刻條款」，俾法院得斟酌拒絕離婚一方、未成年子女之利益等一切情事後，決定是否允許離婚之請求⁶。

準此，本判決至少可以協助法務部加速修法，而堪令人欣慰。

應併指出者，本判決另諭知，若相關機關未於2年內完成修法，法院就本判決所指顯然過苛個案，應依本判決意旨裁判之。

然而，本席認為，法院就審理中之離婚事件，亦得無庸靜待立法完成，而立即針對屬於「難以維持婚姻之重大事由，已逾相當期間，或該事由已持續相當期間」之個案，參酌本判決意旨（參見本判決主文），及法務部前開修正條文擬採「分居制度」之修法考量，逕認該重大事由縱全部可歸責於原告，但夫妻雙方已因該事由而分居一段期間者，原告離婚之訴，亦非不得允許。

肆、結語

縱非習法之人，許多亦熟知「法不入家門」之諺語。民國70年

⁶ 參見註1所指之法務部函，說明五。

代初，本席受雇擔任律師，曾因雇用律師指示而處理一件夫妻兩願離婚事件。詎料，竟遭長輩指摘有違倫理道德。

然而，實際上，不僅民法早已進入家門。為因應社會變遷，國家制定特別法以規範家庭事務，更屬平常；家庭暴力防治法、家事事件法，僅其中較為顯著者而已。

期盼本判決及法務部未來之修正條文，對演變劇烈之婚姻實況，及完善妥適之離婚法制，能提供有效之助益。

所謂「拆散一對怨偶，成就兩對佳偶」，是也？非也？

部分不同意見書

吳陳銀大法官 提出

贊成多數意見認定民法第 1052 條第 2 項規定不違憲之結論。但多數意見要求就民法第 1052 條第 2 項規定，可能導致對唯一有責之請求離婚者個案顯然過苛情事，限期修正，逾期未完成修法，法院就此等個案，應依判決意旨裁判，侵害立法者比較權衡離婚自由與不離婚自由、子女之利益及婚姻關係存續中與離婚後各項錯綜複雜法律關係後，自由形成裁判離婚事由之空間，則難以贊同。

一、贊成多數意見認定民法第 1052 條第 2 項規定不違憲之結論。但多數意見要求就可能導致對唯一有責之請求離婚者個案顯然過苛情事，限期修正，則難以贊同

雖贊同多數意見認民法第 1052 條第 2 項規定，有同條第 1 項規定以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。其中但書規定限制有責配偶請求裁判離婚，與憲法尚屬無違之見解。但多數意見認其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應自判決宣示之日起 2 年內，依判決意旨妥適修正之。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依判決意旨裁判之見解，則難贊同。

二、難以維持婚姻之事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚之立法目的：為符公允

按司法院釋字第 791 號解釋釋明：「憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』。」該解釋並未將離婚自由含括於婚姻自由之內。則個人自主決定結婚及與何人結婚後，倘兩願離婚，自屬其自由，國家並不加干涉。但如僅一方欲離婚，而他方不願離婚時，即非欲離婚之單方得自由決定離婚。

個人自主決定結婚及與何人結婚後，即受婚姻法律關係之拘束，互負同居、扶養等之義務，不得單方違反。固然權利之行使，不得以損害他人為主要目的。但行使權利，履行義務，仍應依誠實及信用方法。¹如僅一方違反婚姻之義務，該方卻得行使請求裁判離婚之權利，實非公允，故民法第 1052 條第 2 項方規定為：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」²

三、各國因社會狀況、價值觀及法律制度不同，就離婚制度各有不同之設計，甚至有規定不得離婚者

查各國因社會狀況、價值觀及法律制度不同，就離婚制度各有不同之設計，甚至有規定不得離婚者。

例如德國，非如我國設有兩願離婚之規定，離婚均須經法院裁判。夫妻已未共同生活，且無法期待回復者，為婚姻破裂，得請求法院裁判離婚。夫妻分居已滿 1 年，且雙方均提出離婚之請求，或一方提出請求，他方亦同意離婚，婚姻推定為破裂，且不得以反證推翻。夫妻分居已滿 3 年者，婚姻推定為破裂，亦不得以反證推翻。夫妻分居未滿 1 年，但因一方之事由，致婚姻之存續對他方造成不合理困難之狀況，亦得准該他方離婚之請求。但因為未成年子女利益需要之特殊原因，或如離婚將對拒絕離婚之一方造成極為困難之極端例外狀況，縱使婚姻已經破裂並考量請求離婚一方之狀況，仍不得離婚。³

又如瑞士，亦非如我國設有兩願離婚之規定，離婚均須經法院

¹ 民法第 148 條規定：「（第 1 項）權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。（第 2 項）行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

² 中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布增訂民法第 1052 條第 2 項之理由如下：「現行法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種原因為限，過於嚴格。現代各國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第二項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。」。立法院公報，第 74 卷第 38 期，院會紀錄，第 61 頁至第 62 頁參照。

³ 德國民法第 1564 條至第 1568 條規定參照。https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5363（最後瀏覽日期：112 年 3 月 24 日）。

裁判，除非配偶雙方共同向法院請求離婚，否則原則上須分居2年以上，方可提起離婚訴訟。雖分居未達2年，但因非可歸責於請求方之事由，致婚姻破裂無法回復，仍得請求法院裁判離婚。⁴

再如日本，如同我國，除設有兩願離婚之規定，亦設有裁判離婚之規定，且例舉以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方，亦得提起離婚之訴。⁵目前實務上雖有條件准許有責配偶之離婚請求，但仍認離婚之請求不得違反正義、公平之觀念及社會倫理觀，離婚之請求須誠信原則所能容認者，始得准許。⁶

而愛爾蘭法律上並未設離婚之制度，歐洲人權法院（European Court of Human Rights）則認愛爾蘭法律上未設離婚之規定，並不違反歐洲人權公約（Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Convention on Human Rights, ECHR）第8條所規定之私人與家庭生活權（right to respect for his private and family life）⁷及第12條所規定之婚姻權（right to marry）^{8、9}

⁴ 瑞士民法第110條至第115條規定參照。chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpgclclef indmkaj/https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20230123/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20230123-en-pdf-a-1.pdf（最後瀏覽日期：112年3月24日）。

⁵ 日本民法第763條至第771條規定參照。<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/2252>（最後瀏覽日期：112年3月24日）。

⁶ 林秀雄，有責配偶之離婚請求——兼論最高法院93年度台上字第987號判決，收錄於離婚專題研究，元照出版有限公司，2016年7月初版第1刷，第163頁。

⁷ ECHR Article 8 “Right to respect for private and family life

1 Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2 There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

⁸ ECHR Article 12 “Right to marry

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.”

⁹ Eur. Court HR, *Johnston and Others v. Ireland*, no. 9697/82, 18 December 1986.

綜觀上開德國及瑞士之立法例，因非可歸責於請求方之事由，致婚姻之繼續對其造成不合理之困難，或致婚姻破裂無法回復，方得未達一定之分居期間單方提前請求離婚，如因可歸責於請求方之事由所致，則不得單方提前請求離婚。日本法雖無類似之明文，但實務上，離婚之請求仍不得違反正義、公平之觀念及社會倫理觀，須符合誠信原則。

四、多數意見侵害立法者比較權衡離婚自由與不離婚自由、子女之利益及婚姻關係存續中與離婚後各項錯綜複雜法律關係後，自由形成裁判離婚事由之空間

多數意見認我國民法規定，不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。相關機關應自判決宣示之日起 2 年內，依判決意旨妥適修正之。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依判決意旨裁判。姑不論導致個案顯然過苛之情事，係因唯一有責之配偶一方所致，其請求裁判離婚之自由，已欠缺權利保護必要之起訴要件。而除完全未考慮對未成年子女利益需要之特殊原因，或如離婚將對拒絕離婚之一方造成極為困難之極端例外狀況，忽視憲法第 23 條為增進公共利益之必要，得以法律限制自由權利之規定外，要無責之一方，承擔因有責一方造成之困境而被離婚，無視侵害無責一方不離婚繼續維持婚姻關係之自由，忽略憲法第 23 條為防止妨礙他人自由之必要，得以法律限制自由權利之規定，侵害立法者比較權衡離婚自由與不離婚自由、子女之利益及婚姻關係存續中與離婚後各項錯綜複雜法律關係後，自由形成裁判離婚事由之空間，自無法贊同。

不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號判決係就民法第1052條第2項但書：「但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」之規定（下稱系爭規定），認有部分違憲，姑且不論本號判決理由謂：「……惟於意思未合致時，仍不妨礙一方離婚之自由受憲法保障。又婚姻自由之保障，非如單純個人自由基本權利之防禦功能面向保障，……自有賴國家善盡保護義務，就裁判離婚及其離婚所生權利義務關係之法律規範，妥為設計。……」（本號判決理由第31段參照）與「……於夫妻雙方無法合意結束婚姻關係時，得有依法向法院請求裁判離婚之權利，係為婚姻自由之內涵。……」（本號判決理由第32段參照）等節，是否已就請求裁判離婚（即請求得以裁判之方式，違背一方維持婚姻之意願而強行解消婚姻關係）之權利係受憲法保障之權利，提供足夠之論述，惟對系爭規定以限制「唯一有責者」不得請求裁判離婚，衡平就婚姻存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由，本席則認系爭規定尚屬合憲，爰提出不同意見書。

壹、限制「唯一有責者」不得請求裁判離婚，即足以衡平就婚姻存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由

婚姻係就個人與他人經營共同生活，建立親密性及排他性之永久結合關係，給予法律上保護並因此獲得社會承認之制度。在兩願離婚之外，以裁判方式解消婚姻關係，不僅係違反被告配偶一方維持婚姻之意願，使其喪失其對維持或解消婚姻之自主決定權，亦強制剝奪被告配偶已取得之身分法上地位，惟若繼續維持婚姻關係，亦係強迫原告配偶繼續其無意維持之婚姻；另婚姻制度所具有之維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，已因現代社會之自由化與多元化發展，而越趨相對化，毋寧更側重婚姻對個人人格發展及個人人生之重要意義。從而，在兩願離婚之外，立法者形塑裁判離婚制度時，應基於成立婚姻關係之雙方均應共同協力以經營婚姻生活，並考量二各具主體性之個人共同經營婚姻生活，在現代社會對於個人之價

值與意義，衡平婚姻之存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由。

民法第 1052 條第 2 項規定：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」而此針對難以維持婚姻之重大事由（下稱婚姻破綻）之裁判離婚規定，我國民法係於中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布時所增列（96 年及 97 年修正時僅酌為文字修正，規定意旨均相同），其立法理由係謂：「舊法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之 10 種原因為限，過於嚴格。現代外國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第 2 項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。」可知，此破綻離婚規定係囿於原所採之離婚事由列舉規定過於嚴格而增列，換言之，該條項規定之增列已係具有擴大裁判離婚事由之意旨。

又若對系爭規定就配偶之有責行為與婚姻破綻之關係予以類別，固可分為：1. 被告配偶為唯一有責者。2. 被告配偶為主要有責者。3. 雙方皆為有責而同程度者。4. 雙方皆為無責。5. 原告為主要有責者。6. 原告為唯一之有責者等 6 類¹。惟具婚姻關係之雙方，係應相互協力以共同經營婚姻生活，而其等對導致婚姻產生破綻之事由，在婚姻生活各細節行為常具之作用與反作用交互影響，及婚姻於現代社會又越趨強調個人意志下，婚姻雙方之可歸責性往往係互為因果，是追究雙方責任比重不僅困難且過程難堪，就已產生破綻之婚姻而言，亦已毫無意義。再者，若婚姻產生破綻之事由僅存於唯一有責配偶，而允許唯一有責配偶得請求裁判離婚，更係無異無視唯一有責配偶違背於成立婚姻時所為共同經營及維繫婚姻之允諾，而對完全無責之他方配偶言，則是其盡力維持之婚姻被迫違反意願解消，喪失其對維持或解消婚姻之自主決定權，此不僅與國民之法感情與社會價值有

¹ 林秀雄，有責配偶之離婚請求 --- 兼評最高法院 93 年度台上字第 987 號判決，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，第 243-244 頁。

所扞格，亦使兩願離婚喪失制度功能，且使裁判離婚之公權力有被不當利用之虞。

加以原僅存於唯一有責配偶之婚姻破綻，其事由不論係基於主觀或客觀因素，均極可能會隨時間之經過而有所變動，從而會隨之而生有責者之變動，使原所呈現之一方唯一有責、一方完全無責，變動為夫妻雙方均有責或均無責，而此等變動，通常係夫妻雙方各基於婚姻自由之基本權主體地位得以自行操控者。例如，夫妻之一方因有外遇，並離開原與他方配偶之同居地者請求離婚，因其屬唯一有責之配偶，故其依民法第 1052 條第 2 項規定所為之裁判離婚請求，乃未獲允准；然嗣後原唯一有責之一方配偶結束先前之外遇關係，返家盡其作為配偶及父母之責任，惟原無責之他方配偶，或對該返家之配偶冷待遇，甚或冷嘲熱諷，雙方頻生口角，夫妻間已難以平和相處，遑論具有共同經營生活之婚姻功能與意義，如此日積月累，則該婚姻不僅存有新破綻，且就此婚姻之新破綻言，其可能已是夫妻雙方均有責，只是有責比例有輕重之別。

綜上，夫妻婚姻關係之事實態樣複雜多端，故婚姻破綻僅繫於唯一有責者之個案，可想像本即有限，而隨時間之移動，可能形成之夫妻雙方主觀意願、客觀情事之變動，亦會產生婚姻破綻事由及有責、無責者之變動；從而，存有唯一有責者之個案，本席認為實已甚微。故於婚姻有難以維持之重大事由時，只要使唯一有責配偶不得對完全無責之他方配偶請求裁判離婚，即足以衡平就婚姻之存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由。

貳、對完全無責配偶與唯一有責配偶之婚姻自由，並無再次衡平之必要性，本號判決認系爭規定部分違憲之理由並不充分

一、本號判決認系爭規定於個案顯然過苛之情形，對唯一有責配偶請求裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維繫婚姻之自由間欠缺衡平而部分違憲

本號判決係認系爭規定限制唯一有責配偶之裁判離婚請求權，原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違。惟在「唯一有

責配偶要離婚」、「完全無責配偶不離婚」之情事下，本號判決認系爭規定部分違憲之結論，主要是以下列（1）之論理為前提，並證諸（2）之個案可能顯然過苛情事，作為論述基礎，為利本席以下意見之說明，爰先臚列之（詳參本號判決理由第 39 段）：

（1）前提論述：

「就有責配偶而言，無論其曾有何等可歸責之事由，當婚姻關係發生破綻已至難以維持而無回復可能性之情況，一方當事人（甚或雙方當事人）已無意願繼續維繫婚姻時，系爭規定限制唯一有責配偶不得訴請裁判離婚，其所保障者往往僅存維持婚姻之外在形式，而已不具配偶雙方互愛或相互扶持依存之婚姻實質內涵，亦可能不利長期處於上開狀態下之未成年子女身心健全發展。」

（2）個案可能顯然過苛情形：

「系爭規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方訴請裁判離婚，形同強迫其繼續面對已出現重大破綻難以維持之漸行漸遠或已處於水火之中之形骸化婚姻關係，實已造成完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事。」

本號判決並非認為系爭規定以夫妻之一方是否有責，並該被限制裁判離婚請求權者限於唯一有責者係當然違憲，而係認為在一方（甚或雙方）已無意願繼續維繫婚姻下，系爭規定限制唯一有責配偶訴請裁判離婚，所維持的婚姻僅是具外在形式卻毫無婚姻實質內涵，且可能不利未成年子女身心發展的婚姻。從而，乃認於唯一有責配偶處於形骸化之婚姻中已逾相當期間，卻仍不得請求裁判離婚，以致發生個案顯然過苛之情形，系爭規定繼續保障完全無責配偶維繫婚姻之自由，限制唯一有責配偶向法院訴請裁判離婚之權利，將使此兩者基本權保障間有失衡平而部分違憲。

其次，本號判決僅就婚姻破綻發生或持續已相當期間，且個案如不准唯一有責配偶得請求裁判離婚將顯然過苛之情形，認系

爭規定仍將之排除得請求裁判離婚之列，係屬違憲。亦即本號判決認系爭規定對唯一有責配偶之裁判離婚請求權之限制，應再開一點小門，讓其等亦有得請求裁判離婚之可能，而此可能係「婚姻破綻發生或持續已相當期間」+「個案不准裁判離婚對唯一有責者顯然過苛」（過苛要件部分，下稱「顯然過苛」；上述二項要件則併稱「個案顯然過苛」）。

至於何謂「顯然過苛」，本號判決並未進一步說明，惟其應係指「婚姻破綻已發生或持續相當期間致婚姻形骸化」或「婚姻形骸化」。蓋綜觀前述（2）所臚列本號判決關於個案可能顯然過苛部分之論述，則所稱「顯然過苛」情形，似可能有下列數種排列組合：1. 婚姻破綻已發生或持續相當期間+婚姻形骸化+唯一有責一方完全無請求裁判離婚機會。2. 婚姻破綻已發生或持續相當期間致婚姻形骸化+唯一有責一方完全無請求裁判離婚機會。3. 婚姻破綻已發生或持續相當期間+婚姻形骸化。但在本號判決就系爭規定所限制不得請求裁判離婚之一方，亦同本席前所為係指「唯一有責者」之解釋下（本號判決理由第34段參照），則「唯一有責一方完全無請求裁判離婚機會」僅係適用系爭規定之效果，應非本號判決所稱之「顯然過苛」情事；另再徵諸本號判決主文所稱「惟其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符」等語，應係如本意見書前所述，即「婚姻破綻發生或持續已相當期間」係本號判決就「顯然過苛」外，另設定之違憲要件，是本號判決所稱顯然過苛之抽象描述，應係指「婚姻破綻已發生或持續相當期間致婚姻形骸化」或「婚姻形骸化」。

二、本號判決所稱限制唯一有責配偶之裁判離婚請求權，而有個案顯然過苛之情形，絕大多數皆可謂係在雙方有責下造成，而隨著時

間經過，出現唯一有責者之情形，微乎其微

何謂「婚姻形骸化」，本席依本號判決於上開（1）之前提論述中所稱「其所保障者往往僅存維持婚姻之外在形式，而已不具配偶雙方互愛或相互扶持依存之婚姻實質內涵」，並佐以上述（2）關於「漸行漸遠或已處於水火」等語，揣測其應係指婚姻關係所呈現者乃婚姻雙方以冷待遇或頻生口角之方式相互對待，而使婚姻已喪失婚姻雙方應誠摯相處之基礎。準此，就該婚姻所存難以維持之破綻言，婚姻雙方應已是均有責，尚不存系爭規定所欲限制之唯一有責一方之情。加以如前所述，難以維持婚姻之重大事由及就此之有責、無責係會時間經過而變動，而於婚姻存有難以維持重大事由，但其一方於相當期間仍維持完全無責之狀態，實屬困難。換言之，適用系爭規定以限制唯一有責配偶不得請求裁判離婚之情形，微乎其微，實無再藉由所謂「個案顯然過苛」之見解，免除系爭規定對唯一有責配偶之裁判離婚請求權限制之必要。

三、在一方配偶對婚姻所發生之破綻事由完全無責，並已持續相當期間之情形下，對在相當期間仍屬唯一有責之配偶，有個案顯然過苛之情形，亦難想像

不論是依本號判決或本意見書見解，系爭規定就婚姻破綻之裁判離婚請求所限制者，僅原告係婚姻破綻之唯一有責者，至於被告則為完全無責一方之情形；而於現代社會，婚姻因更強調個人意志，在共同經營婚姻生活中，就婚姻發生破綻卻完全無責之情，本就微乎其微，即得依民法第 1052 條第 2 項本文規定請求裁判離婚之情形將大為增加。從而，本號判決認系爭規定部分違憲與本席認系爭規定合憲，均仍就婚姻破綻得請求裁判離婚一事關著一個小門，一為「對唯一有責者未顯然過苛」之個案、一為「對唯一有責者」之個案，是此二有所歧異點之限制，在個案准否請求裁判離婚之結果縱有差異，亦甚有限。在此甚微之差異中，即便存有於相當期間仍係唯一有責之配偶，則其面對就婚姻破綻屬完全無責之他方配偶，要如何始會發生對唯一有責配偶顯然過苛之情形，實難想像。

況婚姻自由係包括與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」，而婚姻雙方自主決定成立之婚姻，因可歸責於一方之事由，並致此方不願繼續經營婚姻關係，則縱不准此唯一有責一方離婚會有對之顯然過苛之情，但就完全無責又不願離婚之一方，不顧其意願，又何以不會對完全無責一方顯然過苛？尤其婚姻關係具有複雜多變性，完全無責且不願離婚之一方，其於經營婚姻共同生活過程投入之情感、心力與時間，本席認亦非現行制度下之金錢賠償或贍養費等金錢給付制度所得以彌補。

四、本號判決就完全無責之配偶與個案顯然過苛之唯一有責配偶，二者基本權保障能否衡平，係取決於對婚姻意義之價值選項，惟此尚不足以作為系爭規定部分違憲之理由

如前所述，本號判決係認系爭規定對唯一有責配偶訴請裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維繫婚姻之自由間，於將不准唯一有責一方請求裁判離婚個案顯然過苛情形予以導正，即應准其請求裁判離婚，方屬衡平；而其立論基礎則在於：限制唯一有責配偶訴請裁判離婚，所強行維持一方（甚或雙方）已無意願繼續維繫之婚姻，僅是具外在形式卻毫無婚姻實質內涵且可能不利未成年子女身心發展的婚姻。

然婚姻縱僅存外在形式，是否即不具存續之價值或意義？本席認本於婚姻關係之複雜多樣，有否存續之價值或意義，常不脫婚姻當事人之主觀情感與價值觀；另未成年子女究處於父母離異或父母形式婚姻下對其等之成長較為有利，更因有諸多影響因素而屬個案問題。而此二項論點或涉高度個人價值選擇或涉高度個案差異性，面對今日價值多元、家庭與婚姻型態多元之社會，實不宜以之作為允許唯一有責配偶請求裁判離婚之立論基礎。而本號判決將之認屬對唯一有責配偶之顯然過苛情形，並認應允許唯一有責配偶請求裁判離婚，實已含有對婚姻存續意義為價值判斷之意涵。

此外，婚姻關係繼續存續是否「顯然過苛」，實存有極高度之主觀價值判斷，則將之繫諸個案裁判者，核具有以第三人之主觀價

值，評價二基本權主體對自身婚姻之主觀價值之疑慮，姑不論其於論理上可能滋生之疑義，但個案裁判結果之歧異，應不難預見。雖本號判決透過所稱「逾相當期間」或「持續相當期間」，而有將「個案顯然過苛」予以稍稍客觀化之功能，惟是否透過設計相當期間之機制，以客觀化婚姻關係存續與否意思不一致之雙方能否繼續經營共同生活，乃屬立法裁量；又本號判決對何謂「顯然過苛」並無婚姻狀態以外之描述²，而尚有造成唯一有責配偶是否只要有相當期間處於自己造成之形骸化婚姻³，即可請求裁判離婚之疑義。

綜上，系爭規定以對婚姻破綻是否有責，衡平一方維持婚姻之意願（婚姻自由）與他方解消婚姻之意願（婚姻自由），並考量現代社會強調個人意志，配偶間就婚姻破綻維持完全無責，誠屬不易；而僅限制唯一有責配偶不得以請求裁判方式，違反他方意願解消婚姻，從而大量縮減就婚姻破綻不得請求裁判離婚之範圍，如此實已足以衡平就婚姻之存續或解消意思不一致之雙方婚姻自由，尚無須再就對唯一有責配偶請求裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維繫婚姻之自由間，另尋求衡平。

參、本號判決爭議之真正終結，尚非本號判決之作成，而是對婚姻破綻之裁判離婚制度予以全面檢討之修法—代結論

我國就婚姻之解消，於裁判離婚制度外，係另訂有兩願離婚制

² 關於婚姻狀態以外之描述，例如日本最高裁判所昭和 62 年 9 月 2 日大法庭判決之有條件准許有責配偶離婚請求所稱：「……，若如此，於有責配偶之離婚請求時，夫妻之分居與雙方當事人之年齡及同居期間對比，即於相當之期間，而其間無未成熟子女之場合，對方配偶不會因離婚而陷於精神的、社會的、經濟的苛酷狀態，容認離婚請求，亦不反於社會正義之情形下，則不得以該請求為有責配偶之離婚請求，而不予允許。」其中所明揭「對方配偶不會因離婚而陷於精神的、社會的、經濟的苛酷狀態，容認離婚請求，亦不反於社會正義之情形」之意旨。轉引自林秀雄，前揭文，同註 1，第 248 頁。

³ 雖然本席認為發生本號判決所謂「形骸化婚姻關係」之成因，很難只繫於一方配偶，惟既曰「唯一有責」配偶，則造成「形骸化婚姻關係」者，必為該唯一有責之配偶。

度，是我國就婚姻之解消，以裁判離婚方式為之者，比例本甚低⁴，況依民法第 1052 條明定之裁判離婚事由，本號判決所涉之同條第 2 項規定之婚姻破綻事由，亦僅是其中之 1 項事由，尤其在婚姻之社會功能日趨相對化，而更強調婚姻雙方主體性之今日，再加以本號判決有別於目前審判實務之見解，即認系爭規定僅係限制唯一有責者之裁判離婚請求權下，因婚姻關係發生破綻，婚姻一方想離婚卻未能達成者之情況，可預見將更為稀少。

惟無可諱言，民法第 1052 條第 2 項之婚姻破綻裁判離婚制度內容，基於規範中所為「難以維持婚姻之重大事由」之要件要求，再加上系爭規定不論認屬對主要有責配偶（歸責事由較重一方）或唯一有責配偶之裁判離婚請求限制，均將使婚姻雙方在法庭上互揭傷疤，徒增婚姻雙方之痛苦，而參諸關於破綻婚姻之裁判離婚立法例（如別居制度先行制），於制度設計上，此等問題並非不可避免，且應更關注婚姻雙方在婚姻自由上之主體性。又婚姻雙方本於其個人自主決定是否結婚及與何人結婚後，而成立之婚姻關係，其嗣後之是否解消，基於憲法對婚姻自由之保障，國家僅係不得恣意介入，是立法者就所建構之裁判離婚制度，仍應與時俱進，形塑更具時代意義之規範內容。而隨著婚姻價值及其社會功能之變化，因定制於迄今近 40 年前之婚姻破綻裁判離婚規定（民法第 1052 條第 2 項），所生本號判決之爭議，本席認其問題之真正解決，既非本號判決之作成，亦非依本號判決所諭知之違憲部分進行之法律修正，而是立足於婚姻雙方係婚姻自由基本權主體之角度，以現行制度所呈現之問題為師，進行整體之制度修正。實則，自立法機關曾有關於民法第 1052 條第 2 項修正案之提出⁵，亦知其亦為相關機關關注之問題，故謹期待本號判決爭議之解決，本號判決之作成僅係其起點，而非終點。

⁴ 參見本號判決理由第 26 段。

⁵ 參見立法院第 8 屆第 7 會期司法及法制委員會第 21 次全體委員會議紀錄。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 5 號

聲請人一 南怡君
訴訟代理人 李念祖律師
劉昌平律師
李劍非律師
聲請人二 陳湘銘
訴訟代理人 李元德律師
陳毓芬律師
吳子毅律師

上列聲請人為違反證券交易法案件，認臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 61 號刑事確定終局判決，所適用之中華民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法第 175 條、第 43 條之 1 第 3 項、第 4 項後段及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定，有牴觸憲法疑義，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

一、中華民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法第 175 條規定： 1

「違反……第 43 條之 1……第 3 項……之規定者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。」第 43 條之 1 第 3 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」第 43 條之 1 第 4 項後段規定：「……前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」（上開 3 項條文，嗣經修正，現行法僅微調文字，規範意旨相同）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」結合上開四規定，係對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。

二、上開證券交易法第 43 條之 1 第 4 項後段規定，與授權明確性原則尚屬無違。

理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1

一、原因案件相關事實【2】 2

聲請人一係時任中華開發金融控股股份有限公司（下稱開發金控）法律事務處資深副總經理暨法務長；聲請人二係時任開發金控策略企劃處資深協理。聲請人一及二因參與實行開發金控併購金鼎綜合證券股份有限公司等計畫，預定取得環華證券金融股份有限公司已發行股份逾百分之二十以上，涉違反中華民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法（下稱證交法）第 175 條規定（下稱系爭規定一）、第 43 條之 1 第 3 項規定（下稱系爭規定二）、第 43 條之 1 第 4 項後段規定（下稱系爭規定三）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法（下稱公開收購辦法）第 11 條第 1 項規定（下稱系爭規定四），經臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 61 號刑事判決（下稱確定終局判決）判處罪刑，檢察官上訴後，經最高法院 104 年度台上字第 720 號刑事判決以上訴不合法律上之程式而駁回確定。聲請人一及二認確定終局判決所適用之系爭規定一至四有違憲疑義，聲請解釋憲法。

【3】

二、聲請人陳述要旨【4】 4

聲請人一及二主張略謂：（一）系爭規定一至四等規定之「預定取得」及「預定於 50 日內取得」之文義，違反刑罰明確性原則。（二）系爭規定一至三為特別刑法，其中「一定比例」、「一定條件」之構成要件，授權主管機關訂定，違反授權明確性原則。【5】 5

三、相關法規範及其沿革【6】 6

查確定終局判決所適用系爭規定一為 91 年 2 月 6 日修正公布之證交法第 175 條規定：「違反……第 43 條之 1……第 3 項……之規定者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。」嗣於 101 年 1 月 4 日修正公布同條規定時，增列第 2 項及第 3 7

項規定，將系爭規定一改列同條第1項規定，規範內容並未修正。

【7】

確定終局判決所適用系爭規定二為91年2月6日修正公布之證 8
交法第43條之1第3項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得
公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應
採公開收購方式為之。」嗣分別於104年7月1日、105年12月7
日、108年4月17日修正公布，僅微調文字，本項規範意旨均無修
正。【8】

確定終局判決所適用系爭規定三為91年2月6日修正公布之證 9
交法第43條之1第4項後段規定：「……前項之一定比例及條件，
由主管機關定之。」嗣於104年7月1日修正公布時，修正為「……
前項有關取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例及條件，由主
管機關定之。」另分別於105年12月7日、108年4月17日修正公
布，亦僅微調文字，規範意旨均相同。【9】

確定終局判決所適用系爭規定四即為現行公開收購辦法第11條 10
第1項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於50日內取得公開發
行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為
之。」【10】

貳、受理依據及審理程序【11】 11

一、受理要件之審查【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 13
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
聲請人一及二係於110年2月9日聲請釋憲，經核與當時應適用之司
法院大法官審理案件法（下稱大審法）第5條第1項第2款所定要件
相符，爰予受理。【13】

二、言詞辯論程序【14】 14

本庭於112年2月7日行言詞辯論，通知聲請人等、主管機關 15
金融監督管理委員會、關係機關法務部，另邀請專家學者到庭陳述

意見。聲請人等、主管機關及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：

【15】

（一）聲請人一及二略謂：1. 經濟刑法在定義上並無共識，立法機關 16
多採法定犯及空白刑法之立法模式，系爭規定一性質上係刑罰規範，
應符合憲法罪刑法定原則及刑罰明確性原則。2. 系爭規定一至三是否
符合刑罰明確性原則，應取決於授權之母法，不應將母法與被授權訂
定之命令合併以觀。3. 立法機關制定系爭規定二及三時，未敘明授權
目的及主管機關訂定命令時須遵循之因素、標準，而系爭規定四「預
定於 50 日內取得」之要件有多種解釋可能性，其定義模糊不清，致
主管機關於 94 年及 96 年之函示內容間存有差異，系爭規定一至四違
反授權明確性、刑罰明確性原則等語。【16】

（二）主管機關略謂：1. 經濟刑法具需高度專業判斷之特殊性，立法 17
機關採空白刑法之立法模式，乃為因應金融市場運作變化快速及避免
規避法律之脫法行為。2. 系爭規定一雖係刑罰法規，但因經濟刑法之
受規範者多為從事經濟活動之工商企業者，其等資力及智識程度較
高，刑罰明確性之審查基準應較寬鬆。3. 系爭規定二之目的係避免匿
名、不定時大量收購股權致股價震盪，若將系爭規定三及四與證交
法、公開收購辦法之相關規定一併觀察，即可查悉系爭規定四以「百
分之二十以上」為「一定比例」，系爭規定四係以會計實務上界定重
大影響力之門檻，而系爭規定四之「於 50 日內」要件，則係參考公
開收購最長期間為 50 日（公開收購辦法第 18 條規定參照），系爭規
定一至四符合授權明確性、刑罰明確性原則等語。【17】

（三）關係機關略謂：1. 經濟刑法為保障經濟秩序之安定及公正，並 18
使潛在受規範者得預見行為之可罰性，兼具規範彈性、構成要件明確
性之雙重目的，然依罪刑法定原則，經濟刑法與一般刑法相同，仍須
符合授權明確性、構成要件明確性。2. 系爭規定二規制對象係「預計
大量取得公開發行公司股份」者，其既係從事該風險領域行為者，應
負擔一定程度之法規範注意義務，立法機關於系爭規定二之目的已指
明維持股價穩定，主管機關即認影響個股市場價格，依法應強制公開

收購之界線為「百分之二十以上」。3. 系爭規定一至四對一般受規範者而言，得預見其行為可罰，並可經由司法審查加以認定及判斷，與授權明確性、刑罰明確性原則均無違背等語。【18】

參、形成主文之法律上意見【19】 19

一、據以審查之憲法原則及審查標準【20】 20

（一）刑罰明確性原則【21】 21

刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，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，且法律所定之犯罪構成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性，始符法律明確性之要求（司法院釋字第602號及第792號解釋參照）。惟法律明確性要求，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，自得衡酌相關生活事實之複雜性、規範建構上之需求以及運用於具體個案之妥當性等因素，選擇適當之法律概念與用語，如立法者所選擇之法律概念與用語之意義，自其文義、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）。【22】 22

又刑罰法規之犯罪構成要件是否明確，就為「一般受規範者得否預見」言，立法機關制定刑罰法規時，因應不同專業領域之規範考量，已衡酌社會生活事實之複雜性，自立法目的、法體系整體關聯性觀點已足認立法機關所欲規範之行為對象範圍有所限定時，則所謂「一般受規範者」，應認係指「一般受該規範限定範圍之人」，而非指一般通常智識之人。又判斷是否「得預見」之方式，與立法機關所採立法技術密切相關，若採空白構成要件之立法技術，以外部或內部指引將犯罪構成要件指向同一或不同規範制定機關所制定之法律或命令時，判斷是否「得預見」之方式，則須將該刑罰法規與用以填補犯 23

罪構成要件之相關規定合併整體觀察之。【23】

(二) 授權明確性原則【24】

立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確（司法院釋字第 522 號解釋參照）。如其由授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，即與得預見行為可罰之意旨無違，不以確信其行為之可罰為必要（司法院釋字第 680 號解釋參照）。此外，授權是否明確，不應拘泥於授權條款本身所用之文字，而應就法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷（司法院釋字第 643 號解釋參照）。【25】

二、本庭判斷結果【26】

(一) 系爭規定一至四為經濟刑法之刑罰法規，仍應符合憲法罪刑法定原則【27】

自有經濟活動以來，即有屬於經濟刑法範疇之犯罪類型，隨著國家對經濟活動之重視與強化預防措施，違反經濟法規而科以刑罰制裁之情形益增，經濟刑法之犯罪類型實屬多端，系爭規定一至三所屬之證交法，為國家對資本市場經濟活動之管制規範，立法機關於證交法中制定之刑罰法規，自屬經濟刑法之範疇。因經濟刑法一詞，於我國並非法定用詞，依犯罪學、刑事政策及刑法釋義學之定義涵蓋範圍不同而有不同意涵，惟就刑罰制裁之目的與機能言，經濟刑罰法規與刑法並無不同，是尚難逕將二者截然二分。【28】

依刑法第 11 條規定：「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或沒收之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」立法機關既將系爭規定一至三制定於證交法中，且系爭規定三授權主管機關訂定系爭規定四，系爭規定一至四整體觀察屬經濟刑法

領域之刑罰法規，自應符合憲法罪刑法定原則及所衍生之刑罰明確性原則。【29】

（二）系爭規定一至四，與刑罰明確性原則，均尚屬無違【30】 30

立法機關於系爭規定一至三採空白構成要件之立法技術，先將 31
系爭規定一制定於證交法，再以內部指引方式將犯罪構成要件指向系
爭規定二，並明定違反應公開收購規定之行為態樣、科處刑罰之種類
及法定刑範圍。【31】

觀系爭規定二之表面文義，立法機關雖於行為主體之部分使用 32
「任何人」之文字，但探究系爭規定二之立法目的與行為態樣，立法
機關係為防止大量收購有價證券影響個股市場之價格（見立法院第4
屆第6會期第5次會議議案關係文書第522頁），造成股價震盪，故
於資本市場中有大量收購股份能力者，一般而言，應係指一般具大量
收購股份能力之公司經營者及相關從業人士或有意從事大量收購股份
之人（下稱大量收購股份者；從本規定施行迄今，違反本規定或依本
規定採公開收購方式收購者，大多為大量收購股份者，有金融監督管
理委員會112年1月6日金管證交字第1110151161號復本庭函附件
一「公開收購案件統計表」在卷可稽）。其等對資本市場中公開收購
之專業智識與能力，多半高於一般通常智識之人。於此，就系爭規定
一至四言，刑罰明確性原則中所指「一般受規範者」，應係指「大量
收購股份者」，判斷系爭規定一至四是否符合刑罰明確性原則時，應
以此等人士之理解能力為審查基準。【32】

又立法機關就系爭規定二所稱「一定比例」之內容，則以外部 33
指引之方式，經系爭規定三授權主管機關訂定系爭規定四，為使「得
否預見」之判斷無所缺漏，應結合系爭規定一至四合併觀察（司法院
釋字第680號解釋參照）。自系爭規定一至四合併整體觀察，對大
量收購股份者而言，子法規定性質之系爭規定四，有關「預定於50
日內取得」規定之解釋，仍應以母法系爭規定二所稱「預定取得」
之意涵為準。系爭規定二所稱「任何人單獨或與他人共同『預定取
得』……」之「預定」一詞，文義上即有「事先約定」之意涵；且收

購方如欲取得被收購公司之部分股份，亦必然會事先接洽商議。是系爭規定二所定「預定取得」一詞，依文義及目的解釋，得以理解為「事先約定取得」（即事先合意取得）被收購公司之股份，並應不難理解「預定於 50 日內取得」，係指「預定於 50 日內合意取得」。

【33】

再結合系爭規定二至四以觀，「一定比例」究以對被收購公司取得重大影響力或已取得被收購公司實際經營權，此為主管機關得依國情或現實交易情況而有裁量之權限，主管機關依其專業性評估，參考財務會計準則公報第五號—採權益法之長期股權投資會計處理準則第 6 點「投資公司持有被投資公司有表決權之股份百分之二十以上者，通常對被投資公司之經營、理財及股利政策具有重大影響力」，將「一定比例」訂定為「百分之二十以上」，係認有重大影響力時，即應公開收購等情，經核仍在主管機關之固有權限範圍之內。基此，就大量收購股份者言，以其自身或專業團隊在證券交易市場領域之專業智識程度，進行收購前必然會為詳加規劃，依其等之理解能力應得預見系爭規定二及三所稱「一定比例」，係包含「百分之二十以上」而言。**【34】**

查主管機關於 94 年 11 月 10 日以金管證三字第 0940149117 號函（下稱 94 年函）復訴外人趙○○律師（下稱訴外人）詢問（註 1）時，略以：「……於任一時點計算，如未有單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份情事者，自不受證券交易法第 43 條之 1 第 3 項及公開收購發行公司有價證券管理辦法第 11 條規定之限制。」等內容。嗣主管機關於 96 年 1 月 12 日以金管證三字第 0950158842 號函（下稱 96 年函）復法務部調查局北部機動工作組（下稱調查局北機組）詢問（註 2）時，略以：「……收購者如有短期間內大量取得股份之意圖，依規定即應採行公開收購方式取得股份，以維護各股東平等應賣權利及避免影響個股市場交易，故強制公開收購規範並不因收購者係以直接購買或先協議而後交割等取得過程之不同，而有所不同……若購買人於 50 日

內，向被收購公司之股東以簽訂契約方式，協議購買該公司超過百分之二十以上股份，並於契約中明定購買價格、股數，及自簽約日起至標的股份所有權完成過戶期間，讓售人同意依該購買人指示行使標的股份之股東權或享有公司董事或監察人權利，縱交割於50日後等乙節，應可推論其似已符合短期間內大量取得股份之意圖，依前揭強制公開收購規定，購買人應採公開收購方式取得股份。……」等內容。聲請人一及二據以主張上開94年函與96年函之內容間存有差異，並認系爭規定一至四欠缺刑罰明確性。惟本庭審酌：主管機關94年函，實係向訴外人所為，而非向聲請人一及二為之；且進一步詳析94年函之說明內容，實際上該函並未超出系爭規定二之文義，尚難據此而認94年函與96年函間存有差異；況主管機關並未將94年函內容作為解釋性規定，依行政程序法第160條第2項規定登載於政府公報而發布之，以對外公開，是尚難認94年函對聲請人一及二有何拘束力可言等情，爰認聲請人一及二據此所為系爭規定一至四欠缺刑罰明確性之主張為無理由。【35】

綜上，結合系爭規定一至四合併整體觀察時，自其文義、立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且為大量收購股份者所得預見，是系爭規定一至四與刑罰明確性原則，均尚無違背。【36】

（三）系爭規定三，與授權明確性原則，亦尚無違背【37】

首就系爭規定三授權之目的、內容及範圍，是否具體明確言。依系爭規定二之內容，可悉應公開收購規定者之行為主體及態樣，係大量收購股份者，單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之，若未採公開收購方式為之時，依系爭規定一，則施以刑罰制裁，故「一定比例」為科以刑罰制裁之構成要件之一部，除外規定之「一定條件」，則係豁免應採公開收購方式之條件。【38】

因系爭規定二所揭槩之目的，係為避免大量收購有價證券致影響個股市場之價格（見立法院第4屆第6會期第5次會議議案關係文書第522頁）及系爭規定三明定：「……前項之一定比例及條件，由

主管機關定之。」之目的，則係因應證券市場之快速變化而能立即調整管理之腳步，該一定比例及條件，授權主管機關以命令定之（見立法院第 4 屆第 6 會期第 5 次會議議案關係文書第 518 頁至第 519 頁）。由此可知收購數量至何程度時會影響個股市場價格，屬證券市場專業領域之主管機關知之最詳，且基於證券市場活動之複雜性及專業程度，證券市場變化迅速，主管機關有靈活調整之需求，是其授權之目的即在於將收購數量交由具專業性之主管機關依證券市場活動情形機動調整。系爭規定三所稱「一定比例」及「一定條件」，依其授權法律整體規定所表明之關聯意義為判斷，係授權主管機關劃定應公開收購之管制門檻及豁免事由。就此而言，其授權之目的、內容及範圍尚屬具體明確。【39】

次就授權之母法整體觀察，是否已足使人民預見行為有受處罰之可能言。自母法相關之系爭規定一及二中，不難察覺，立法機關授權之內容、範圍，係以劃定相當程度之收購範圍作為應公開收購之門檻，如欲預定取得公開發行公司已發行股份總額達應公開收購之門檻時，即應採公開收購方式為之，如不採公開收購方式為之，將有面臨刑罰制裁之風險，依此而言，就授權之母法整體觀察，已足使人民預見行為有受處罰之可能，是其授權尚屬明確。【40】

綜上，系爭規定三授權之目的、內容及範圍尚屬具體明確，且足使人民預見行為有受處罰之可能，是系爭規定三與授權明確性原則，亦尚無違背。【41】

肆、結論【42】

一、系爭規定一至四，係對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。【43】

二、系爭規定三與授權明確性原則尚屬無違。【44】

附註：【45】

註 1：訴外人趙○○律師於 94 年 11 月 10 日前之某日向主管機關詢問問題略以：「……假設投資人業已共同預定取得公開發行公司百分之三十六之股份，其得否為規避前開之強制公開收購規定，而故意規

劃分兩次受讓股份，每次受讓百分之十八之股權，其間相隔 50 天？簡言之，投資人如蓄意規避 50 天之期間規定，此時，是否仍違反證交法第 43 條之 1 第 3 項規定。……因前開法條規定文字僅論及『預定取得』，故解釋上投資人是否必須於 20 日內『實際取得』百分之二十以上股份，方始違反證交法該項規定，並未臻明確。假如證交法第 43 條之 1 第 3 項規定之違反，僅以投資人於 50 日內預定取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上為要件，而不以實際取得前開股份為要件，則投資人『預定取得』股份之決定或約定，即已構成犯罪。反之，如其尚須以投資人於 50 日內『實際取得』百分之二十以上股份為要件，此似較符合行政法及刑法上之法律適用原則，則行為人縱始預定於 50 日內取得百分之二十以上股份，嗣後如因故未於 50 日內實際取得百分之二十以上股份，因證交法該項規定並未處罰未遂犯，投資人仍無違反證交法前開規定之虞。……」【46】

註 2：調查局北機組於 95 年 12 月 8 日向主管機關詢問問題略以：47
「……所謂『預定取得』之意涵為何。……若購買人於 50 日內，向被收購公司之股東以簽訂契約方式，協議購買該公司超過百分之二十以上股份，並於契約中明定購買價格、股數，及自簽約日起至標的股份所有權完成過戶期間，讓售人同意依該購買人指示行使標的股份之股東權或享有公司董事或監察人權利等情形，雖實際股份交割日安排於 50 日後，是否有前揭條文適用。……」【47】

中 華 民 國 112 年 4 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 吳陳銀

蔡明誠 林俊益 許志雄

張瓊文 詹森林 黃昭元

謝銘洋 呂太郎 楊惠欽

蔡宗珍

（本件黃大法官瑞明迴避）

本判決由林大法官俊益主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、 林大法官俊益、許大法官志雄、 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	蔡大法官明誠、張大法官瓊文、 蔡大法官宗珍
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、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽 蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

部分不同意見書：蔡大法官宗珍提出，張大法官瓊文加入。

不同意見書：蔡大法官明誠提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

楊靜芳

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

法律明確性之判斷標準，不是恆以全民為標準，而是應以預定適用該法律者為標準。

空白刑法不空白，非當然為憲法所不許。

本件涉及空白刑法，本件主要爭執也在於刑罰明確性。本席贊成本件判決合憲之結論。謹將本席贊成之理由簡要說明如下：

一、空白刑法不空白，非當然為憲法所不許

1、空白刑法與行政刑法不同

典型的行政刑法如已經廢止之原票據法第141條規定、90年修正前公司法第9條第1項（登記事項違法）、第13條第3項（違反轉投資限額）、第14條第3項（違反短期借款限制）、第15條第3項（違反經營業務範圍及資金借貸限制）、第16條第2項（違反保證限制）規定等，此等規定之犯罪構成要件完整，並未以行政命令補充之，故非空白刑法。上開行政刑法所以應廢止，如果用憲法角度觀察，可能是不符比例原則，因為非必要或非最小侵害手段；其他行政刑法如符合比例原則，不當然違憲。只是空白刑法與行政刑法允宜儘可能減少。

2、就違反系爭規定一加二之行為，應受刑事處罰，而且部分犯罪構成要件明文授權主管機關以行政命令補充之，是本件涉及空白刑法，但再加上系爭規定三及四後，其犯罪構成要件完整，系爭規定並不空白。

3、考量法律有限，其所需要規範之事務眾多，尤以經濟相關或高度專業之事務為最；另經濟事務影響層面廣大、受害者深，而且立法程序需時，而內國經濟狀況受國際經濟等影響，可能瞬息變化，故為達一般犯罪預防目的，就經濟相關尤其涉及專業之事務，立法者非當然無授權行政機關以命令補充部分犯罪構成要件之必要。是空白刑法非當然為憲法所不許。

二、系爭規定所規範者為股份大量收購行為，影響層面廣、深（以本件原因案件為例，牽涉證券業經營版圖爭奪相關之當年金鼎證券併購案，總交易金額大，相關持股者眾），且本件涉及經濟事務及公司併購專業，依上說明，立法者以空白刑法方式明文授權（系爭規定三）主管機關就其中部分犯罪構成要件（系爭規定二之「一定比例」）及適用範圍（系爭規定二除書之「一定條件」），以行政命令（系爭規定四）補充之，非當然為憲法所不許。

三、系爭規定符合授權明確性原則

1、本件聲請人主張「一定比例」無任何針對數量標準之描述性指引，及無從探知劃定管制門檻標準，違反授權明確性原則等語。

2、系爭規定三所授權之內容為「一定比例」及「一定條件」，其內涵為常人（遑論該領域之專業人士）所能理解並執行，即尚非難以理解或執行。而且立法者不當然應予描述性指引或另劃定管制門檻標準，始符授權明確原則，聲請人上開主張僅係其一己之見解，並無依據。

3、況由主管機關依法律授權訂定之「一定比例」及「一定條件」，其當否，立法者尚非無監督機制（中央法規標準法第 7 條及立法院職權行使法第 10 章行政命令之審查規定參照）。且本件聲請人對所稱百分之二十之比例暨 50 日內之條件等之當否，並無爭議。是本件更與授權明確性原則無涉。

四、系爭規定符合刑罰明確性原則

（一）、聲請人所爭執者，厥為「預定於 50 日內取得」，應指「50 日內完成股份交割過戶」而言等語。至於百分之二十之大量公開收購標準部分，聲請人無爭議。

（二）、依確定終局判決認定之事實，就原因案件言，涉及金鼎證券大型併購事件，聲請人係以大上市金控公司集團要職，參與系爭併購事件，且知悉並應熟稔包含系爭規定在內之相關股份收購法令。聲請人就此亦無爭執（所爭執者如（一）、所述）。

（三）、刑罰規定應符合刑罰明確性要求，並無爭議。一般而

言，刑法具一般性、普遍性，理論上全民均可能被適用；但因刑罰規定眾多，就涉及經濟尤其專業事務者，其可能適用之對象，則僅為該等領域之相關人士，而非全民。是就此等專業法律言，其法律明確性之要求，其審查判斷標準，自不應以全民為基準，而應以該可能適用之專業人士為基準。

（四）、可能適用系爭規定者為特殊專業人士，而且以其等為基準審查判斷，系爭規定符合法律明確性要求：

1、系爭規定所欲規範之行為為企業併購相關之股份大量收購行為，此等行為非一般人之日常生活行為，也非中小企業暨其相關人員之尋常業務。系爭規定所可能適用者，通常應為併購領域之大型且專業企業（金融、證券業，故系爭規定之主管機關為金管會）暨為數甚少之相關從業並具重要職位（得參與規劃併購暨執行）人員而已。是可能適用系爭規定者為特殊專業人士。

2、此等特殊專業人士於從事此等專業事務時，本以證券專業見長，而且以具此等專業為必要，故其等對證券法令含系爭規定熟稔！且有責任熟稔（證券交易法相關法令特重法令遵循，且金控、證券等企業需加入相關同業公會，及因上市、上櫃等，直接、間接自相關公會及證券交易所等處，與法令發佈同步獲得相關法令資訊）。

3、由系爭規定一加二文義已可知：任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，原則上即需採公開收購方式為之。而依系爭規定三及四，該一定比例為百分之二十。則任何人若為併購等目的，單獨或與他人共同預定取得標的公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上者，即應知依系爭規定需以公開收購之方式為之，否則依系爭規定，相關行為人應負刑事責任。是系爭規定以特殊專業人士標準審查判斷非不明確。

4、公開收購公開發行公司有價證券管理辦法規定應為此領域相關專業人士所熟稔，其中第 18 條已明定公開收購最長期間為 50 日，則系爭規定四所稱於 50 日內，不過係併反應該第 18 條之規定而已。因此，此等用語除了不因而使「預定取得」變更為「交割或過戶取

得」外，該於 50 日內一語，充其量僅係系爭規定除書所指得豁免刑責之條件，即限縮系爭規定一加二之刑責適用範圍，排除非短期大量收購者而已。

5、系爭規定所欲規範之行為為單獨或與他人共同預定大量收購公開發行公司股份之行為（股份最大可能取得量之收購行為，不是股份實際取得行為）。準此，只要單獨收購人或共同收購人合意大量收購公開發行公司股份，而不採公開收購方式為之，即已牴觸系爭規定，應依系爭規定科以刑罰，不以於 50 日內完成股份交割過戶為必要。因為收購人之收購行為只是買入股份之要約，持股人沒有出賣之義務，故公開收購期滿，究竟能實際取得若干數額股份，係由市場決定，不當然必達收購人預定取得股份數。從而，所謂於 50 日內取得，係指股份交割過戶云云，非合理正當之解讀，不過係卸責之託辭。

6、又如果於 50 日內應解讀為 50 日內股份交割過戶，則因持股人是否出賣股份，非任何人所得完全控制（50 日內能取得多少比例股份為未來之事實），而且就啟動強制公開收購機制而言，收購是因、持股人應買進而交割過戶股份是果，上開主張明顯顛倒因果，而且是根本否定系爭規定所欲保護之強制公開收購制度，因為是以 50 日後的未來不確定事實（50 日屆滿時完成百分之二十以上股份之交割過戶），回溯決定應否於 50 日前啟動強制公開收購機制，然則時光無法倒流。是正常合理者不應作如是解。

五、系爭規定符合比例原則

1、違反系爭規定之法定最高刑度僅為：有期徒刑 2 年，就刑罰言，為輕罪。

2、刑罰固有節約（謙抑）原則，惟以系爭規定所欲規範之法秩序（併購相關公開發行公司股份公開交易秩序等），其影響層面之深、廣，非行政罰鍰所能完全取代；如令違反之收購人歇業或停業，則係將其少數從業人員之過咎由收購人全體股東承受，亦非合理之替代手段。

3、是本件尚符比例原則。

部分不同意見書

蔡宗珍大法官 提出

張瓊文大法官 加入

本席認證券交易法第43條之1第3項規定所稱「預定取得」，及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法（即公開收購辦法）第11條第1項規定所稱「……共同預定於50日內取得……股份」，違反刑罰明確性原則之要求，應宣告違憲失效。爰述理由如下：

一、刑罰明確性原則之判準及其於空白刑法規範之適用

歷來大法官解釋與憲法裁判就刑罰明確性原則之闡釋，基本上並未有別於一般法律明確性原則之要求，其慣用、亦為本判決所採之判準公式，簡要以言，即立法者於系爭法律規定中所使用之法律概念、用語之意義須非難以理解、個案事實是否屬於該法律規定所欲規範之範圍應為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷。

此等判準就一般法律明確性原則而言，固有其合理性與可適用性，惟涉及刑罰法律規定時，基於憲法罪刑法定主義之要求，上開判準有進一步細緻化之必要。詳言之，基於憲法罪刑法定原則之要求，國家對犯罪行為之處罰，應以行為時法律有明文規定者為限，且該等法律所定犯罪構成要件（可罰性要件），客觀上須非難以理解，受規範對象並得充分預見其行為之可罰性，始足當之。是憲法罪刑法定原則中，除嚴格法律保留之要求外，亦蘊含刑罰法律明確性之要求，乃上述一般性法律明確性原則於刑罰規範領域之具體化；其重點所在，係要求犯罪處罰之可罰性要件應以法律具體明確規定，使刑罰構成要件之適用領域與涵攝範圍，自法律規定本身即可辨識，或至少得透過法律解釋而得知。其目的主要係為確保受規範者得以預見何等行為受到禁止，且違反時將受到刑罰制裁。而嚴格法律保留之要求與刑罰明確性原則之要求亦有互為表裡之密切關聯：凡屬刑罰法律規範，其可罰性要件之所有構成要素，均須符合刑罰明確性原則之要求，因此均須使受規範對象於行為前即得以預見。

惟刑罰明確性原則並不禁止立法者基於受規範事物及領域之特殊性，尤其於行政管制領域，採用空白刑法規範模式立法。所謂空白刑法規範，係指犯罪處罰之禁止規範與可罰性要件非完全由刑罰法律規定本身自為規定，而是以指示性規定連結於其他法律規定、法規命令或具體行政處分，亦即以刑罰法律規定所指示之其他法律規定、法規命令或具體行政處分等，補充其禁止規範與可罰性要件。此種空白刑法規範於符合刑罰明確性原則之前提下，並非為憲法所不許。重要的毋寧是，空白刑法規範對補充規範之授權規定，須符合授權明確性原則，即授權之目的、內容與範圍須具體明確，使受規範對象自空白刑法之授權規定中即可辨知與預見可罰性要件及其範圍之重要指標，而非須於補充規範中始得以確定可罰性要件與範圍；且補充刑罰法律可罰性要件之補充規範本身，亦須符合刑罰明確性原則之要求；於此所著重者，乃受規範對象就可罰性要件之理解可能性與行為將受到刑罰之預見可能性。惟有空白刑法規範之授權規定及補充規範均分別合於授權明確性與刑罰明確性之要求，該等空白刑法規範始與刑罰明確性原則無違。

應特別注意者，空白刑法規範通常見於行政管制領域，亦即立法者就特定行政管制領域中之特定違法行為（即違反行政法上義務之行為），選擇以刑罰制裁相繩，而就該特定違法行為之構成，全部或一部指示以其他行政管制法律規定、法規命令或具體行政處分等補充規範予以補充。特別是空白刑法規範授權行政機關訂定法規命令以為補充規範之情形，該法規命令往往是相關行政管制措施之一環，其內容通常屬相關政策決定，大多具專業性，並連動影響該行政管制領域之相關公權力運作（包括針對具體個案之行政行為），非僅具補充空白刑法規範之功能。因此，對此等法規命令內容之解釋，主管機關實享有相當程度之主導權，並得發布解釋性行政規則（行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款規定參照），以拘束相關行政機關及屬官。就此而言，刑事法院於適用空白刑法規定，因而連結適用補充規範性質之法規命令時，理論上其固不受行政機關所為法令解釋見解之拘束，

然而基於相關行政管制領域之權責分配與專業性，以及行政管制領域「牽一髮而動全身」之連動影響性，刑事法院就作為補充規範之法規命令之解釋適用，無論如何均大幅度受主管機關之立場與見解之實質影響，並應適當尊重補充規範主管機關之法律見解。由此益證主管機關於確定作為空白刑法補充規範之法規命令規定意涵之強大主導性。基此，於判斷涉及行政管制領域之空白刑法補充規範是否合於刑罰明確性原則所要求之文義可理解性與可罰性要件之可預見性時，與其著重於「刑事法院得否審查、判斷」，毋寧應重視就「文義可理解性與可罰性要件之可預見性」有關鍵影響力之主管機關之立場與見解。尤其如該等法規命令規定意涵，出現客觀上無分軒輊之多義性時，主管機關原得本於職權依法發布解釋性行政規則以適時表明主管機關之見解，並促成受規範對象就行為可罰性之預見可能性。若主管機關未此之圖，則補充空白刑法規定之法規命令規定之多義性及由此所生之見解歧異情形客觀上無法獲得有效排除，即有不符使受規範對象得以預見行為可罰性之刑罰明確性原則要求之可能。

二、系爭規定一屬雙階空白刑法處罰規定，其補充犯罪構成要件之法令規範，均應符合刑罰明確性之要求

本件聲請案法規範憲法審查之直接標的，係確定終局判決據以對聲請人論罪處刑之系爭規定一，其規定僅以「違反第43條之1第3項……規定」為犯罪構成要件，指示連結至其他法律規定，已具空白刑法規定之屬性。而本件所涉之91年2月6日修正公布之證券交易法第43條之1第3項（即系爭規定二）規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」其所稱一定比例及條件，另於同條第4項後段規定（即系爭規定三），明文授權主管機關訂定之。是系爭規定一之犯罪構成要件之一部分，再次以空白刑法之模式，授權主管機關訂定法規命令補充之。主管機關依系爭規定三之授權，於公開收購辦法第11條第1項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於50日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上

股份者，應採公開收購方式為之。」（即系爭規定四）同條第 2 項並明定 6 款除外規定。因此，系爭規定二至四均屬系爭規定一之犯罪構成要件之補充規範，均為具體化系爭規定一刑罰內容所不可或缺之法定要素。系爭規定一作為刑罰規定所應符合之刑罰明確性原則之要求，即應擴及於所有補充系爭規定一之可罰性要件之法令規定，其中包括系爭規定二結合系爭規定三，作為授權行政機關訂定法規命令以補充犯罪構成要件之授權規定，應符合授權明確性原則；而作為刑罰構成要件具體內容之系爭規定二結合系爭規定四，雖性質上屬行政法規，然其既屬空白刑法之補充規範，即須符合刑罰明確性原則。

三、系爭規定二及四結合以觀，其所稱「預定取得」及「預定於 50 日內取得」之文句部分，不符刑罰明確性原則之要求，理應宣告違憲失效

系爭規定一至四結合以觀，系爭規定一係以違反系爭規定二結合系爭規定三所形成之法定義務，即「應採公開收購方式為之」，作為犯罪構成要件；而法定義務之構成要件，則是「任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者」，且不符合系爭規定二所稱、由系爭規定四之同條第 2 項規定所具體化之「一定條件」。本件之核心爭議，即在於系爭規定二所稱「預定取得」，及系爭規定四所稱「預定於 50 日內取得」之規定，就受規範對象而言，究竟得否預見其所涉行為之可罰性要件及範圍（可罰性界限）。更具體地說，受規範對象得否清楚預見「與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份」，亦包括與他人於 50 日內有「共同預定」於未來以每次 50 日以上之時間間隔，分多次交割取得公開發行公司已發行股份，且歷次合計將取得之股份總額百分之二十以上之情形。

系爭規定二所稱「共同預定取得」及系爭規定四所稱「共同預定於 50 日內取得」，基本上並非不確定法律概念，其意涵之理解屬於法律解釋問題，無須依賴主觀性評價作用，因此亦無涉評價特權問題。對此等法令用語之理解可能性與作為犯罪可罰性要件之預見可能

性判斷，關鍵即在其文義理解上之客觀可能涵蓋範圍。

系爭規定二係規定「任何人單獨或與他人共同預定取得……股份達一定比例」，究竟係指「預定……股份達一定比例」，抑或「預定取得……股份達一定比例」？前者係以行為人單獨或與他人共同為「預先規劃」收購股份之時點，作為股份達一定比例之基準時點；後者則是以行為人單獨或與他人共同預先規劃後「取得」股份之時點為基準時。兩種理解方式均可由規定文義內容無分軒輊地得出，於此已生相關規定文義之客觀多義性。系爭規定四以「與他人共同預定於50日內取得……股份總額百分之二十以上股份」之語句，補充系爭規定二之規範內容；系爭規定二所稱「預定取得」具體化為「預定於50日內取得」。是系爭規定二規範語句所蘊含之多義性，應以系爭規定四補充後予以特定。

就「預定於50日內取得」文義之通常理解而言，「50日」作為一種期間性規定，必然有用以計算期間之「始期」與「終期」之時點，因此將「預定於50日內取得」理解為預定之時（始期）起至取得之時（終期）止為50日內，客觀上合乎一般通念對期間之理解方式。況公開收購辦法第12條明定：「前條所稱與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份，係指預定取得人間因共同之目的，以契約、協議或其他方式之合意，取得公開發行公司已發行股份。」文句上亦明確區分「因共同之目的」、「以……方式之合意」及「取得……股份」三部分規範意旨，依此理解「預定於50日內取得」，則將「50日內」計算之終期理解為「取得股份時」，亦應屬合理正當。法律適用者如欲排除此種無涉主觀評價性之一般文義理解方式，於行政管制領域，實應由主管機關本於對主管法律之解釋職權，明確發布解釋性行政規則予以排除，且仍須受司法審查。而如主管機關未曾明示排除此種文義理解方式，則客觀上始終存有此種理解之正當性（下稱第一種理解方式）。

另一種截然不同、亦為本件原因案件確定終局判決所採見解，則是將「預定於50日內取得」，理解為係指於50日內以契約或協議

等方式，預定擬收購公開發行公司已發行股份，不論股份交割取得日，距「合意日」是否遠超過 50 日，包括共同合意預定時，明確約定距合意日超過 50 日後始交割取得之情形在內。依此，「50 日內」之計算，僅以「預定日」為標準，「預定於 50 日內取得」之意涵成為「50 日內預定擬取得」；換言之，「50 日內」之期間，其始期與終期時點，均以「預定」行為為據，從「（第一次）預定日」開始計算 50 日，期間中所「預定」擬收購股份之總數，未超過法定比例者，即無須以公開收購方式為之。此等文義理解方式下，擬收購人自可每 50 日為 1 次合意約定行為，只要每次預定擬交割取得之股份數不超過法定比例，即無須以公開收購方式為之。此一文義理解方式，無異於將「預定於 50 日內取得」之語句，等同於「於 50 日內預定擬取得」而為解釋；如未行先調整「於 50 日內」及「取得」用語之法效性連結方式（亦即使「於 50 日內」僅連結「預定」、「取得」意為「擬取得」），客觀上並無法直接得出於法條文句脈絡處於「預定」與「取得」之間之「於 50 日內」，其意涵僅應連結「預定」，且所謂「取得」，僅指「擬取得」，而不以交割取得股份權利為必要（下稱第二種理解方式）。如此一來，相較於第一種理解方式，將形成完全不同之可罰性要件：第一種理解方式是以「交割取得股份日」，往前（溯及）推算 50 日內所取得之股份總數是否超過法定比例，認定是否應採公開發行方式而未為之；第二種理解方式則是以「共同預定日」，往後（向未來）推算 50 日內所約定擬取得之股份總數是否超過法定比例，認定是否應採公開發行方式而未為之。

即使於第一種理解方式之外，客觀上亦無法排除第二種理解方式之可能，然主管機關既未曾發布解釋性行政規則明示立場，則無論如何第二種理解方式絕非理之必然而優先於第一種理解方式。既有至少兩種截然不同理解可能，則系爭規定四之「預定於 50 日內取得」用語，已形成客觀上無分軒輊且相互排斥之多義性。僅依此而言，已難以期待行為人就此規定具有應依第二種文義理解方式，認知犯罪可罰性要件及其界限之預見可能性。因此，經由系爭規定二及三而成為

系爭規定一之空白刑法補充規範之系爭規定四，其所定「預定於50日內取得」用語，無從令受規範對象得以預見行為可罰性要件及其界限，已牴觸刑罰明確性原則，該部分之規定應宣告違憲。而由於系爭規定四乃系爭規定二之補充規定，於系爭規定四牴觸刑罰明確性原則之範圍內，系爭規定二亦應以相同理由牴觸刑罰明確性原則而違憲。

四、對本判決相關理由之商榷與反思

本判決認系爭規定四有關「預定於50日內取得」之規定不違反刑罰明確性原則之理由，實相當稀薄，主要似以「為大量收購股份者所得預見」為論據，似認受規範對象之專業性、特殊性即足以支持刑罰明確性原則所要求之預見可能性。此等立論實大有商榷餘地。

申言之，本判決理由中指出，「……於資本市場中有大量收購股份能力者，一般而言，應係指一般具大量收購股份能力之公司經營者及相關從業人士或有意從事大量收購股份之人……。其等對資本市場中公開收購之專業智識與能力，多半高於一般通常智識之人。……就系爭規定一至四言，刑罰明確性原則中所指『一般受規範者』，應係指『大量收購股份者』，判斷系爭規定一至四是否符合刑罰明確性原則時，應以此等人士之理解能力為審查基準。」（見判決理由第32段）似蘊含凡有大量收購股份能力之專業人士，其就系爭規定四所稱「預定於50日內取得」，即應可預見係指「預定於50日內合意取得」之意，因此該規定即為其所得預見，並不違反刑罰明確性原則。然而，如上文一再強調者，刑罰明確性原則所要求之預見可能性，係明確針對行為可罰性要件及界限，尤其補充空白刑法規範之補充規範，更須以是否足使行為人於補充規範之規定中，預見行為之可罰性要件及界限。本件爭議之核心，即系爭規定四所使用之「預定於50日內取得」用語，究竟得否使受規範對象預見，凡於50日內之合意約定進行股份收購，只要約定之相關文件中顯示擬分次收購（且每次間隔50日以上）之股份總數達法定比例，而未採公開收購方式為之，即已觸犯系爭規定一所定之罪？問題不是在於「預定於50日內合意取得」之理解，而是「於50日內」之計算，「應」與股

份之「取得」無關！如果憲法法庭亦僅能辨識所謂「預定於 50 日內取得」，係指「預定於 50 日內合意取得」，無法清楚指明「於 50 日內」之期間計算之「終期」究竟為「預定」（合意）時，抑或是「取得股份」時，則受規範對象—擬收購股份者—如何可「預見」其收購行為可罰性要件及界限？由此益證系爭規定四所稱「預定於 50 日內取得」之語句，難以符合刑罰明確性原則所要求之可罰性要件及其界限之預見可能性。

以系爭規定一至四結合而得之犯罪處罰規定，其規範對象為所謂有能力大量收購股份之專業人士，其對系爭規定四所稱「預定於 50 日內取得」之所指，應更具預見可能性之說，實難自圓其說。首先，系爭規定四規定本身除為證券交易行政領域管制措施之一環外，更是空白刑法處罰規定之系爭規定一可罰性要件之核心補充規範。本判決所涉爭議，正是系爭規定四作為刑罰補充規範，是否符合刑罰明確性原則，尤其是可罰性要件之預見可能性要求問題，而非單純行政管制措施之法明確性要求。而可罰性要件之預見可能性，自係指對犯罪構成要件有具體認識與理解之可能，而得以預見其行為可罰性界限。於系爭規定四之情形，正是其所稱「預定於 50 日內取得」所涉之違法行為期間如何計算問題，受規範之人民，無論具有如何之常業經驗性與「專業性」，均無從為有權解釋、論斷，自無從因其為專業人士而更具預見可能性。就此等專業性行政管制領域所生法令疑義之「專業性」詮釋，實屬主管機關之權責；換言之，就國家與人民之關係而言，「專業性」與解釋權威性，毋寧僅存於主管機關一方。對此等專業性行政範疇，行政法院之司法審查權甚至應給予高度尊重，遑論刑事法院！則受系爭規定一至四所規範之專業人士，如何能憑空「預見」未經主管機關解釋釐清之可罰性要件內容之疑義？

其次，自另一角度言，正可能因受規範對象乃專業人士，甚至是嫺熟相關法律規範之法律專業人士，基於其專業判斷，恐更將無從預見所謂「預定於 50 日內取得」，竟係指 50 日內之約定或協議等預定行為，不以取得股份為必要！舉例言之：正因受規範對象是專業人

士，因此文義解釋方法無法確定法規範意涵時，即須考量、運用多種解釋方法，比如條文體系解釋；而系爭規定四之同條第2項所定不適用系爭規定四應採公開收購規定之6款情形中，第2款至第4款均使用「取得股份」之用語，其所指稱之意涵，無疑有完成交割、取得股份權利之意。則基於同一條文用語涵意應具一貫性之「專業考量」，系爭規定四所謂「預定於50日內取得」，理應以股份取得日為計算「50日內」之終期時點，自無從預見其意涵之理解竟完全不同於同條文第2項第2款至第4款相同用語之意涵。¹再一例：正因受規範對象是專業人士，充分理解「簽訂購買股權契約，並於契約中約定分期履行股份交割義務」，與「簽訂購買股權契約，並完成股份交割轉讓」兩種法律關係之重大差異；前者作為基於契約自由原則所為之債權行為，其權利義務關係僅存於締約人之間，原則上並不影響客觀交易秩序，且債權關係始終存有債務不履行、解除契約等可能性，未必發展至契約履行階段；而後者除債權關係外，已進一步具有物權關係之對世性，足以影響交易秩序。作為專業人士，何以能預見，受刑事處罰之行為，竟以簽訂債權契約為已足？

況結合行政管制措施之空白刑法所規定之違法行為，往往不具

¹ 主管機關金管會於本件原因案件發生後，以96年1月12日金管證三字第0950158842號函，回復法務部調查局北部地區機動工作組所詢系爭規定二所規範之強制公開收購適用疑義所持見解，亦可得出其就「預定於50日內取得」之理解，亦非全然無視「取得」股份權利之要素：「三、若購買人於50日內，向被收購公司之股東以簽訂契約方式，協議購買該公司超過20%以上股份，並於契約中明定購買價格、股數，及自簽約日起至標的股份所有權完成過戶期間，讓售人同意依該購買人指示行使標的股份之股東權或享有公司董事或監察人權利，縱交割於50日後等乙節，應可推論其似已符合短期間內大量取得股份之意圖……」。上開黑體字部分實係採「實質取得」之見解。即便該等文字係源自函詢內容，主管機關既於函復時完整引用，亦難謂非主管機關所認可之見解。依此，系爭規定四所謂「預定於50日內取得」，應仍以「取得股份」為必要，只是所謂「取得」，非僅指形式交割取得股份，亦包括實質取得股份權人權利之情形。此等見解亦不同於凡50日內簽約價購股份，即屬「預定於50日內取得……股份」之見解。至於此等見解將「取得」解釋為「實質取得」，是否已構成擴張刑罰可罰性要件，而違反罪刑法定原則，乃屬另事。

本質性、全面性之不法性，其刑事不法性及其範圍，毋寧是由刑法規範所界定產生；尤其就作為補充規範之行政法規本身而言，通常屬於課予行政法上義務之規定，其義務內容可能為特定作為、不作為或容忍，人民就該等行政法上義務之遵守與履行之方式與內容，往往有一定程度之自主規劃、選擇空間。因此，就此種結合行政管制措施之空白刑法規定所生之觸法風險，人民本即得、亦有權透過相關法律策略之安排以避險，國家在憲法上甚至有義務積極協助與促成人民得以避險，不會誤蹈法網。而人民就相關法律生活之安排與法律策略之擬定，須以得預見行為可罰性要件及界限所在為不可或缺之前提，此於空白刑法規範尤屬關鍵。由此亦可見空白刑法補充規範須符合刑罰明確性原則之重大憲法意義。

自另一角度言之，於預見行為可罰性要件及界限後，人民自得於相關行政管制領域自主規劃最適法律策略，除避免觸法風險之大前提外，亦可爭取自身最大利益。人民於法律生活中，包括於行政管制領域，只要不牴觸法令規範，其對私人最大利益之追求（如爭取有效率地收購目標公司之股份等），於法律上、甚至道德上均無可指摘。而至少於結合行政管制措施之空白刑法規範領域，避免觸法應是所謂「專業人士」之基本認知，也具有相應能力，問題只在於其得否預見行為可罰性之界限，而為適當之法律策略布局。如若有能力進行專業與法律策略布局之專業人士，包括法律專業人士，因就補充空白刑法規定之補充規範文義有客觀上具合理性之不同理解方式，致使對行為可罰性界限之認知與終局刑事法院之認知出現重大差異，豈不是正好顯示補充規範所使用之語句，令身為專業人士之受規範對象難以預見其行為之可罰性界限？難道專業人士會明知並有意自蹈法網？²

² 特須強調的是，刑罰明確性原則之預見可能性要求，不應與法律適用時所生之「違法性錯誤」混為一談。違法性錯誤情形之產生，係以相關可罰性要件規定之特定意涵為前提，且屬法律適用階段之主張；而憲法刑罰明確性原則首先係針對刑罰規範，其所要求者，正是該等直接牽涉行為可罰性界限之犯罪構成要件規定意涵，可為受規範對象所預見。兩者不應相互為肯定或否定之論據。

以本件原因案件爭議為例：系爭規定一之犯罪處罰規定所結合之系爭規定四之規定，並非「行為禁止規範」，而是建立行政管制程序（即公開收購程序）之規定，亦即就合於系爭規定四及相關規定（除外規定）所定要件之情形，課予其依規定實施主管機關監管下之公開收購程序之義務；如非屬上開規定所定應實施公開收購程序之情形，收購人自得逕行洽購，毋須受公開收購辦法之限制。而系爭規定一所處罰者，亦僅為收購人應採公開收購方式取得公開發行公司股份，而未採公開收購方式為之之行為。因此，並非所有收購公開發行公司股份之行為均會觸犯系爭規定一所定之罪，而是只有符合系爭規定四所定「任何人單獨或與他人共同預定於50日內取得公開發行公司已發行股份總額20%以上股份」之要件，且不具除外條件，而未採公開收購方式時，始構成犯罪。

系爭規定四既非全面限制人民以非公開收購方式取得公開發行公司之股份，而僅限制「預定於50日內取得」該公司已發行股份總數20%以上股份，因此凡非屬50日內或50日內所涉之股份總數未及20%，即無觸法之虞。只要可預見「50日內」之期間之認定方式，收購人即可為相應之布局，且最終均可達成相同目的。如本件情形，聲請人如可預見50日內以預定收購之股份總數超過法定比例，即使分階段完成股權交割，仍應採公開收購方式為之，否則即觸犯系爭規定一之罪，則聲請人自得考量採公開收購方式為之，或以至少50日為一週期，分別於各週期中締約協議收購被收購公司20%以下之股份，如此均不致觸法，且最終仍可達成其取得被收購公司已發行股份總額20%以上股份之目的³。如果主管機關對於系爭規定四及時

³ 附帶一提的是，收購人取得公開上市公司股份之目標數不變之前提下，系爭規定四所稱「預定於50日內取得」之理解，無論採「50日內預定」抑或「50日內取得」，其最終完成交割取得股份權利所需時間可能完全相同，毫無區別。蓋於「50日內預定」說下，相關人僅須每逾50日進行一次未逾法定比例限制之協議與交割行為；而於「50日內取得」說下，於一次性為約定之協議後，亦應每逾50日進行一次未逾法定比例限制之交割行為，兩種情形最後取得目標股數之總日數當然可能相同。就此而言，似不存在哪一種情形方構成「短期內大量

本於職權發布解釋性行政規則以釐清其意涵之歧義，使受規範對象可充分預見主管機關之執法立場，並作為規劃與擬定自身法律策略之基準，相信本件原因案件相關爭議即可避免，亦不致使得專業人士，包括法律專業人士，竟而誤蹈法網，遭受刑事制裁。

然而，主管機關並未為此圖。系爭規定四相關文句之客觀多義性與歧義性從未由法令主管機關以外部化之行政規則予以釐清，所謂專業人士於面對此等法令文義理解上之歧異性時，竟僅能再次與其他民間專業人士會商討論，而主管機關則諱莫如深，迴避揭示其法律立場。更遺憾的是，此種涉及行政管制具體範圍之事項（是否須進行公開收購）之第一次有權界定，竟然是出自據以為個案有罪判決之刑事法院之手！如果此等法規範狀態下，仍認為受規範對象可得預見行為可罰性要件及界限，如本判決之見解，則刑罰明確性原則，尤其是空白刑法規範之刑罰明確性原則之要求，也許只是我國憲法教科書中所記載之一則傳說罷了！

取得股份之意圖」（前揭註1所引金管會函及本件確定終局判決之理由）。換言之，如相關人每逾50日進行一次未逾法定比例限制之協議與交割行為，接續進行多次之情形，即無須依系爭規定四之要求採公開收購方式者，則實令人無法理解何以最終取得股權之時間相同之情形，即應公開收購始合於系爭規定四規定之意旨。事實上，當系爭規定四之訂定者，即主管機關，決定容許人民以每50日為期，每期均得以非公開收購方式「預定」收購目標公司未逾20%股權時，實已認許人民得以非公開收購方式，分階段逐步取得目標公司極高比例股權之合法性。從強制公開收購制度之目的來看，主管機關此種明白容許分階段以非公開方式取得目標公司高比例股權之政策本身，才是根本破壞強制公開收購制度目的之關鍵，絕非人民於該等政策決定下，「一次簽約、分階段交割」之非公開收購行為。

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

本判決認中華民國 91 年 2 月 6 日修正公布之證券交易法第 175 條規定：「違反……第 43 條之 1……第 3 項……之規定者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 180 萬元以下罰金。」第 43 條之 1 第 3 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」第 43 條之 1 第 4 項後段規定：「……前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」（上開 3 規定嗣經修正，僅微調文字，規範意旨相同）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第 11 條第 1 項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於 50 日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者，應採公開收購方式為之。」結合上開 4 規定，對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。上開證券交易法第 43 條之 1 第 4 項後段規定，與授權明確性原則尚屬無違。惟其涉及刑罰制裁之法律效果，干預人民之人身自由與財產權等基本權利甚鉅，尤其是上開規定關於「一定比例及條件」之母法規定，雖明定另由主管機關定之，然此種空白構成要件，是否符合刑罰明確性原則、授權明確性原則，而認為無違背罪刑法定原則，不無疑義。爰提出不同意見如下：

一、刑法與空白構成要件之問題

刑法條文，如僅規定罪名、法律效果與構成要件之部分禁止內容，而將該禁止內容另一部分，授權由刑法以外之其他法律或行政命令加以補充，此種刑罰規定有稱為空白刑罰法規或空白刑法條款（Blankettstrafgesetz¹），而規定其補充之法律或行政命令，有稱之

¹ 從比較法觀察，德國附屬刑法（Nebenstrafrecht）（例如藥品法、對外經濟法、毒品法、基因技術法、防疫保護法等）中，頗為常見此種空白刑罰法規，刑罰規範構成要件之內容在法律本身未窮盡規定，而另以其他規定共同連結補充。基於德國基本法第 103 條第 1 項第 2 段、第 104 條第 1 項第 1 段及第 80 條第 1 項第 1 段規定，在憲法上，有對於空白構成要件之批判

為補充法規或填補規範。² 空白刑法法規之構成要件，係為有待補充之犯罪構成要件，此種立法模式，在現行刑法較不多見（例如刑法第 192 條第 1 項、第 251 條第 1 項等）。惟於特別刑法，採取此等空白構成要件立法模式者，數量較多（例如懲治走私條例第 2 條第 2 項關於管制物品³之種類與內容、管制藥品管理條例第 3 條第 2 項關於管制藥品之分級與品項、野生動物保育法第 4 條第 2 項關於保育類野生動物之種類等）。此等空白刑法，原則上並不違背罪刑法定原則，惟行政機關以行政命令，用以補充刑法禁止內容之空白刑法補充法規，應有國會立法授權，且其規定內涵仍應受立法權之監督而訂定，是於立法授權時，應符合授權明確性要求，而自授權之法律規定中可以預見其行為可罰，應符合罪刑明確性原則之要求，以避免因委任立法之

（Kritik an Blanketttatbeständen），且在法院判決實務上（例如聯邦最高法院第二庭判決（2. Strafsenats des BGH（2 StR 525/13）與聯邦憲法規範審查（Normkontrollverfahren vor dem BVerfG（2 BvL 1/15）），有質疑關於空白刑罰法律之憲法界線為何。此等憲法上之質疑，主要在於是否符合明確性與法律保留之要求（mit den Anforderungen von Bestimmtheitsgebot und Gesetzesvorbehalt）。

（參照 Hoven, Zur Verfassungsmäßigkeit von Blankettstrafgesetzen, NStZ 2016, 377ff..）

² 參照蔡墩銘，刑法精義，臺北：翰蘆，2005 年 7 月 2 版，頁 18-19。於此具有委任立法之性質，學理上可分為處罰規範（Sanktionsnorm）與填充規範（Ausfüllungsnorm）兩部分。空白刑罰法規之構成要件，必須等待填充規範之階段，始克完整，且必須滿足罪刑法定主義之確定原則為要件。參照蘇俊雄，刑法總論 I，民國 87 年 3 月修正再版，頁 188-189。

³ 有關管制物品及其數額之刑罰規定，司法院釋字第 680 號解釋，認當時之懲治走私條例第 2 條第 1 項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 300 萬元以下罰金。」第 3 項規定：「第 1 項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」其所為授權之目的、內容及範圍尚欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則。

又司法院釋字第 522 號解釋，亦認為刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。且其所為授權有科罰行為內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，應停止適用。以上解釋，可資參照！

恣意而侵害人民之自由與權利。⁴

以上有關管制物品或保育類野生動物之種類或規範內容，從立法技術上，實難以於刑法一一列明，或為避免法律過於肥大，透過委任立法方式授權，固有其理由。但本件所涉及之法律用語之不確定或過於抽象性，除所謂 50 日內有解釋上之疑義外，其先以抽象之一定比例指稱適用主體，之後對於處罰行為內容，再使用抽象之一定條件之不確定概念，此以結合二三種抽象性用語之立法方式及內容，在罪刑明確性與授權明確性之憲法要求上，仍有再推敲之餘地！

二、從證券交易法申報及公告持股門檻由現行 10% 修正為 5% 說起——與使用一定比例或一定條件用語比較

112 年 4 月 21 日，立法院院會三讀通過證券交易法部分條文修正案，股東如大量持股須申報及公告，因為公司股權重大異動之資訊，如能即時且充分公開，將可使投資人及主管機關能知悉公司股權大量變動之來由及趨向，進而瞭解公司經營權及股價可能產生變化，並為符合外國立法趨勢，有適時修正大量持股申報及公告門檻之必要，而將持股門檻由現行 10% 修正為 5%，並設有緩衝期，自公布後 1 年施行。由此可見，證券交易法之處罰，越來越為嚴格，且明定其規範對象係指持股比例為 5% 之股東。倘若此等有關處罰對象之持股比例或條件，不於母法明定而僅用抽象性指稱一定之比例或條件，即處以較重之處罰，如此之立法方式，可否認為其已符合處罰明確之要求？

此外，關於「一定條件」之用語，若干法規內容使用此用語，不乏其例。⁵ 至於使用「一定比例」之用語，在法律上明定此要件者

⁴ 參照林山田，刑法通論（上冊），臺北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版 1 刷，頁 78；王皇玉，刑法總則，臺北：新學林，2022 年 8 月 8 版 1 刷，頁 50-51。

⁵ 例如公司法第 167 條之 1 第 3 項及第 4 項規定，公司依第 1 項規定收買之股份，不得享有股東權利。章程得訂明第 2 項轉讓之對象包括符合一定條件之控制或從屬公司員工。另如不動產證券化條例第 4 條第 4 項至第 6 項規定，第 1 項第 12 款所定不動產管理機構，應符合一定條件……。前項一定條件及委任契約書之應記載事項，由信託業商業同業公會洽商相關不動產管理機構之商業同

較少，但有法規則以一定比例作為法規名稱，並於法規內容明定其比例者。例如公法人推薦代表擔任農業財團法人董事或監察人之一定比例及推薦方式準則（108 年 2 月 1 日行政院農業委員會訂定發布及施行），⁶及已經廢止之公益彩券盈餘提撥一定比例作為全民健康保險安全準備實施辦法（101 年 12 月 30 日行政院衛生署及財政部會銜發布廢止）。惟於刑事處罰相關法律規定，同時使用一定比例與一定條件之用語者，並非常見。本件判決系爭規定中之證券交易法第 43 條之 1 第 3 項規定所稱「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」同時使用此等兩用語，係屬特殊之法律規定方式。本判決將證券交易法列為適用於特定專業人士之經濟刑法⁷，似有意降低其憲法審查密度，惟證券交易法之性質，乃屬特別刑法，其刑罰對於人民之人身自由與財產權等基本權利之干預或侵害，往往較普通刑法為重大，如立法者在立法時未予詳加評估共同預定取得公開發行公司已發行股份總額須達多少比例（「一定比例」為科以刑罰制裁之構成要件之一部），以及其除外條件（除外規定之「一定條件」，係豁免應採公開收購方式之條件），卻委由主管機關補充規定，此種任令行政機關決定處罰要件之情形，是否妥當，頗值得商榷。尤其是使用雙重不確定概念，是否容許主管機關隨其管制之目的，而可不經由立法

業公會擬訂，報請主管機關核定。第 1 項第 17 款所定安排機構，應符合一定條件；其一定條件及應受規範，由信託業商業同業公會洽商相關公會擬訂，報請主管機關核定。

⁶ 該準則第 3 條第 1 項規定：「本會依本法第 48 條及第 49 條規定為農業財團法人遴聘之董事或監察人，其中應有二分之一之比例，由原捐助或捐贈之公法人（以下簡稱原捐公法人）推薦代表擔任。」

⁷ 有關經濟刑法，雖非現行我國法之法制用語，但其以為學理所採用，且從比較法觀察，德國法於 1954 年經濟刑法再精簡法（Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts（Wirtschaftsstraf-gesetz 1954），即有此稱呼。（最近修正為 2021 年 8 月 10 日修正，並試圖釐清刑事不法與行政不法行為之處罰差異。參照 Tonio Walter, Sanktionen im Wirtschaftsstrafrecht, JA 2011, 481ff.; Dannecker/Bülte, Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2020-beck-online, Rn.60ff..）

機關參與，逕為訂定所謂一定之比例與條件。此再加上實務見解，認為此等補充法規之變更，係屬事實變更，而非法律變更，認無刑法第2條第1項規定之適用。⁸凡此等之解釋與空白立法模式，將有違憲法保障人民之自由或權利之意旨，運用於處罰較重之刑事特別法性質之證券交易法相關規範，實有違反罪刑法定原則所要求之構成要件及刑罰明確性原則之疑慮。

三、法律明確性審查有關受規範者之標準問題

法律明確性原則之審查標準，司法院解釋中固累積不少經驗並有確立其審查要件。關於法律之受規範者部分，法律明確性之判斷標準，究係以一般受規範者，抑係以相關從業人士可理解或可預見者作為標準，其間容有差異。有如司法院釋字第491號解釋釋示，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。⁹此外，或有謂其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見者（例如司法院釋字第623號解釋）。亦有單純稱受規範者，例如司法院釋字第793號及第794號等解釋。又如司法院釋字第545號解釋釋示，專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，對於該處分之構成要件，立法者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，使用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒，並可由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違（司法院釋字第432號解釋參照）。或有兼採專業知識與社會通念者（例如司法院釋字第602號解釋），或有稱就特定對象為受規範者，諸如其意義非受規範者之董事¹⁰或教師¹¹難以理解者。以上就審查法律明確性之主體而言，用語上雖稱受規範

⁸ 參照林山田，前掲書，頁126-130。

⁹ 類似解釋，例如司法院釋字第768號及第777號等解釋。

¹⁰ 例如司法院釋字第659號解釋。

¹¹ 例如司法院釋字第702號解釋。

者，並非少見，但其有從一般人觀點，亦有從特定人士為標準，仍有差異。

本件聲請人係屬知悉股市運作之專業人士，本判決所採一般受規範者之標準，於理由中指明，於資本市場中有大量收購股份能力者，一般而言，應係指一般具大量收購股份能力之公司經營者及相關從業人士或有意從事大量收購股份之人（下稱大量收購股份者），其等對資本市場中公開收購之專業智識與能力，多半高於一般通常智識之人。並認於此所指「一般受規範者」，應係指「大量收購股份者」，是否符合刑罰明確性原則，應以此等人士之理解能力為審查基準。就授權明確性之判斷，是否具體明確，值得再推敲，且其引用司法院釋字第 522 號及第 680 號解釋，採取一般人民受規範可否預見作為觀察對象，但於本判決理由書中卻以所謂大量收購股份者之用語。以上用語在法條之意義上是否相同，從法律解釋方法而言，有關法條之解釋，除法條文義解釋外，向來司法院解釋不排除另採立法目的之歷史解釋與法體系整體關聯性觀點之體系解釋。¹² 因此，如何解釋抽象性法律概念，雖可能因採取解釋方法而難免異其見解，惟本件涉及刑事制裁規範，基於罪刑法定原則之要求，自應以更嚴格標準制定規範，以確保憲法保障人權理念之具體實現。

就本判決所謂大量收購股份者之判斷標準而言，其自不宜單從一般人民作為受規範對象，因為一般人民並非皆有收購股份之經驗或條件。惟無論何謂大量收購股份或一定比例之股份，既涉及刑罰制裁規範，立法者更應慎重面對與處理。況且，本件涉及證券交易之特別刑法，亦即所謂附屬刑法，其適用對象與範圍，固與普通刑法，通常係適用於一般人民之情形有異，就此以非一般人民為規範對象之特別刑法，為避免規範標準之不明確而眾說紛紜，就構成要件要素確定性（Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale）與法律內容明白性

¹² 參照司法院釋字第 794 號及第 804 號等解釋。

（Rechtsklarheit; Klarheit des Rechts¹³）之觀察標準，在母法之規範內容，要求其無矛盾（widerspruchsfrei）且明白（Klarheit）加以規定，使受規範者可理解且文義單一（verständlich und eindeutig），而無解釋空間（Interpretationsspielraum），並取得受規範者之信賴。因此，本件之立論，實不應以一定比例或條件等抽象性用語，委由行政命令任令補充為已足，而須更積極要求相關刑罰制裁規範應於母法為明白與確定規定，以符法治國之法安定性要求。

四、所謂預定取得意涵係屬另類不明確之問題

證券交易法第43條之1第3項規定所稱「預定取得」之意涵為何，於本件聲請人一及二涉違反系爭規定一至四而遭調查時，連司法單位（即如法務部調查局北部機動工作組）都不甚確定，不得不以95年12月8日電防四字第09501050310號函向主管機關函詢確認其意涵。是就此預定取得概念，是否如本判決所認已屬明確，不無疑義。從民法觀點，所謂取得，就物權法而言，其可能係為取得所有權之讓與合意（Einigung）（物權契約），如屬動產，因雙方當事人就動產物權變動意思表示之合意與交付（包含觀念交付與現實交付）而發生物權變動。（民法第761條第1項與但書參照）¹⁴此外，所謂預定取得之定性，其中既涉及主觀意圖說與客觀說之歧異，亦且有債權說與物權說等之不同見解。實務上傾向債權說，其說法是否毫無疑義，有再商榷之處。如從證券交易法所稱取得行為而言，由於該法不乏參考英美法等外國立法例，惟英美法中並不採取物權行為概念，或不區分債權行為與物權行為。因此，關於預定取得之概念，除前述債權說或物權說外，是否有其他解釋之可能性，因該概

¹³ 有關法律明白性（明確性），即法安定性要求國家行為之成立與內容所必要之充分明白之要求（Rechtssicherheit erfordert ausreichende Klarheit des Bestandes und des Inhalts der Staatsakte.），參照 Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 99. EL September 2022-beck-online, GG Art. 20 Rn.51ff..

¹⁴ 參照謝在全，民法物權論（上），臺北：新學林，109年9月修訂7版，頁101-102；史尚寬，物權法論，臺北：作者發行，民國60年11月3刷，頁19-22；Hans Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl., München: Beck, 2020, Rn.371f..

念既呈現多義性之不明白現象，自增加受規範者之理解難度與可信性（Verlässlichkeit; reliability）。況且，上述見解，在學理與比較法上，何者為當，亦有值得再探究之必要。在未有定論之前，本判決有關上開概念之法律解釋之爭議，竟以合憲而直接肯定系爭規定之作法，恐將降低受規範者可預見或可理解其行為可罰性之可能性。況且，從上述論述可見，各種說法紛陳，幾乎形成莫衷一是之情況，如此更凸顯預定取得概念之不明確。總之，本判決就系爭規定結合使用一定比例、一定條件與預定取得等多項抽象性概念，作為其補充刑罰制裁規範之空白構成要件要素之母法用語，卻皆認其無不明確之情事，實有再商榷之必要。爰提出不同意見書如上。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 6 號

聲 請 人 王瑞豐

訴訟代理人 劉繼蔚律師

劉育承律師

上列聲請人因搶奪財物案件，認國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決及臺灣高等法院高雄分院 90 年度軍上字第 10 號刑事判決，所適用之中華民國 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項規定等，有違憲疑義，聲請解釋憲法並補充司法院釋字第 436 號解釋。本庭判決如下：

主 文

- 一、中華民國 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項 1
規定：「被告不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得
以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」（嗣 92 年 6
月 11 日修正公布時，除將「被告」修正為「當事人」外，其規
範意旨相同），尚難謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有
違。
- 二、聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就國防部高等軍事法院高 2
雄分院 90 年高判字第 015 號判決，得依本判決意旨向臺灣高等
法院高雄分院聲請再審。
- 三、其餘聲請不受理。 3

理 由

- 壹、案件事實及聲請意旨【1】 1
聲請人於中華民國 86 年間為服義務役之一兵現役軍人（87 年 3 2
月 25 日退伍；現役軍人下稱軍人），被訴於 86 年 5 月 18 日休假期
間，在軍營外，與非軍人陳○○基於共同犯罪之意思聯絡及行為分
擔，共騎乘 1 輛機車，於高雄縣鳳山市瑞竹路 50 號前，行進間由坐
後座之非軍人陳○○出手搶奪同向騎機車路人之財物，涉犯共同搶奪
財物罪嫌。【2】

非軍人陳○○部分，於 86 年間由普通法院依刑事訴訟法所定程序，依刑法第 325 條第 1 項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而搶奪他人之動產者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」之共同搶奪財物罪偵查起訴，嗣臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（二）字第 236 號刑事判決非軍人陳○○無罪，檢察官不服提起上訴，經最高法院於 93 年 3 月 18 日以 93 年度台上字第 1339 號刑事判決認上訴不合法駁回上訴，即認非軍人陳○○部分無搶奪財物犯罪事實，無罪確定。【3】

具軍人身分之聲請人則由軍事檢察官偵查後，於 86 年間提起公訴，並依裁判當時即 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法規定受軍事審判，即經國防部南部地方軍事法院 89 年和判字第 074 號判決，認犯 90 年 9 月 28 日修正公布前陸海空軍刑法第 83 條規定：「搶奪財物者，處死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑。」之共同搶奪財物罪，處有期徒刑 5 年；上訴後經國防部高等軍事法院高雄分院於 90 年間以 90 年高判字第 015 號判決撤銷改判，但仍認有犯上開陸海空軍刑法第 83 條之共同搶奪財物罪之事實，而判決有罪並處有期徒刑 5 年；聲請人復依上開軍事審判法第 181 條第 5 項規定（下稱系爭規定；本條項規定曾於 92 年 6 月 11 日修正公布，僅將「被告」修正為「當事人」）提起上訴後，未經為法律審之臺灣高等法院高雄分院於 90 年 8 月 9 日以 90 年度軍上字第 10 號刑事判決，認聲請人之上訴違背法律程式駁回其上訴確定。是本件除系爭規定部分，應以上開臺灣高等法院高雄分院 90 年度軍上字第 10 號刑事判決為確定終局判決（下稱確定終局判決一）外，其餘聲請部分，應以上開國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決為確定終局判決（下稱確定終局判決二；與確定終局判決一併稱確定終局判決）。【4】

具軍人身分之聲請人認就同一事實，根據相同之主要證據，軍事法院確定終局判決為聲請人有罪判決，與普通法院就被起訴為共同正犯之非軍人陳○○為無罪判決之結果，二者南轅北轍，違反公平正義，並造成冤抑；且係導因於本件聲請人僅能就軍事法院判決違背法

令部分，不能就事實認定錯誤部分，上訴至高等法院，可認系爭規定等有牴觸憲法第 16 條規定等之疑義，聲請解釋，且認司法院釋字第 436 號解釋（下稱系爭解釋），仍有未足之處，應予補充等語。

【5】

貳、受理依據及審理程序【6】

一、受理部分【7】

按人民聲請解釋憲法，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，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。次按當事人對於確定終局裁判所適用之司法院解釋，發生疑義，聲請補充解釋，經核有正當理由者，應予受理（司法院釋字第 784 號及第 795 號等解釋參照）。【8】

確定終局判決一所適用之系爭規定，僅許被告以判決違背法令為由上訴於高等法院，不及於事實認定錯誤之情形，已涉及限制軍人（含士兵等）受憲法第 16 條保障之訴訟權；於軍人與非軍人被訴共同實行犯罪之行為，軍事法院判決軍人有罪確定，普通法院卻以非軍人未實行該犯罪行為為由，而判決非軍人無罪確定之情形，軍事審判法或相關法律未賦予該軍人訴請法院再一次釐清事實以尋求救濟之機會，亦涉及訴訟權之保護是否不足之違憲爭議，均具憲法價值。本件並涉及系爭解釋補充相關事項。是於此範圍內，本件聲請得予受理。【9】

二、不受理部分【10】

本件聲請人另主張軍事審判法第 1 條：「現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之……。」等規定牴觸憲法第 7 條等規定違憲，但因軍事審判法第 1 條規定已於確定終局判決確定後之 102 年 8 月 6 日修正，認軍人非戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪者，改由普通法院依刑事訴訟法追訴及處罰，故相關爭議已不復存在，此部分爰不受理。【11】

三、又憲法訴訟法已於 111 年 1 月 4 日修正施行，爰依憲法訴訟法第 90 條規定，由本庭適用憲法訴訟法規定繼續審理。【12】

參、形成判決主文一及二之法律上意見【13】 13

一、據以審查之憲法權利及審查原則【14】 14

憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保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，法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護（司法院釋字第 418 號、第 653 號、第 742 號、第 752 號解釋參照）。軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。又憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為固得設軍事審判之特別訴訟程序，惟其發動與運作，必須符合憲法正當法律程序之最低要求（系爭解釋參照）。【15】 15

關於審級救濟制度之規劃設計，包括各級法院間事實審及法律審之分野，原則上屬於立法形成範圍。【16】 16

惟如上所述，軍事審判法之規範，涉及具軍人身分之人民之身體自由、訴訟權，由軍事法院依軍事審判法規定行軍事審判，應屬特別之訴訟程序。是就針對共同正犯中之軍人部分行此一特別程序，與另由屬不同法院體系之普通法院針對共同正犯中之非軍人部分依刑事訴訟法規定審判之程序，除就軍事法院判決違背法令部分，得循上訴普通法院途徑救濟（系爭解釋及軍事審判法第 181 條規定參照）外，二者間，就主要之證據相同而有無犯罪之事實認定如不相侔，受有罪確定判決之軍人亦應有救濟途徑，且其救濟途徑應符憲法正當法律程序原則公平審判之要求。【17】 17

二、本庭之判斷【18】 18

（一）軍事審判法涉及同具人民地位受審判之軍人，其應同享受憲法第 16 條保障之訴訟權等，已經系爭解釋釋示在案。【19】 19

（二）判決主文第 1 項部分【20】 20

查就確定終局判決一所適用之系爭規定部分言，其固僅規定被告得以判決違背法令為由，上訴於高等法院，而未規定被告得以事實 21

認定錯誤為由，上訴於高等法院，屬審級救濟制度之規劃設計範疇。有關各級法院間事實審與法律審之分野，原則上屬立法形成範圍。又高等法院依系爭規定審查高等軍事法院所為判決有無違背法令，如有未當，仍得由檢察總長依非常上訴相關規定向最高法院尋求救濟。且觀其立法意旨，僅止於實現系爭解釋之釋示，使在平時經終審軍事審判機關判處有期徒刑以上刑罰之被告，有權直接向普通法院以判決違背法令為由請求救濟，自始不及於其他，是尚難逕以其未規定被告得以事實認定錯誤為由，上訴於高等法院，即遽指其與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違。【21】

（三）判決主文第2項部分【22】

按裁判之瑕疵可區分為事實認定瑕疵與違背法令二者，就刑事確定終局判決之事實認定瑕疵，其救濟程序為再審；違背法令部分則為非常上訴。此二種救濟程序，對於軍事法院之確定終局判決應同等重要。系爭解釋就其中違背法令部分，固已釋示：應許被告直接向普通法院請求救濟；然就軍事法院相關裁判之事實認定瑕疵部分之救濟並未提及（系爭解釋參照），而聲請人就此乃主張系爭解釋應予補充等語。【23】

查同一事實是否成立犯罪，客觀而言，不可能既成立又不成立，致有罪、無罪兩歧併立。若主要之證據相同，竟生普通法院與軍事法院判決犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者，本與事物本質不符，而非一般國民法感情所能接受。又審判獨立（憲法第80條、軍事審判法第152條等規定參照），法有明文；與事實認定相關之證據之證明力，於不違反經驗法則及論理法則下，由法院本於確信自由判斷（刑事訴訟法第155條第1項、軍事審判法第117條規定等參照），是單就法規範言，固無從判斷上述情形，屬不同審判體系之普通法院判決與軍事法院判決各自所為之事實認定，何者必然較為正確。然如上所述，倘客觀上事實只有一個，同一事實犯罪之有或無，不可能兩者併立。如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則

應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序，不受刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款仍須符合「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪……之判決者」之要件之拘束，方能避免冤抑，有效保障具軍人身分之受判決人之訴訟權，俾符法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求。【24】

是共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定者，若其主要之證據相同，受軍事法院判決有罪之受判決人，自得以此為再審事由，聲請再審。相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得據此理由聲請再審，侵害軍人受憲法第 16 條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。至聲請人其餘聲請補充系爭解釋部分，因系爭解釋作成後，軍事審判法業經立法機關依系爭解釋意旨完成修法，故不生再就系爭解釋為補充解釋之問題。【25】

又根據現行軍事審判法第 1 條第 2 項及第 237 條第 1 項第 2 款但書規定依刑事訴訟法追訴、處罰及再審等意旨，此種情形應向對應之普通法院（在本件聲請案相關原因案件情形，應為臺灣高等法院高雄分院）聲請再審，附此指明。【26】

肆、綜上，本庭爰認：【27】

一、系爭規定僅許被告不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴，尚難謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違。【28】

二、聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。【29】 29

三、其餘聲請不受理。【30】 30

伍、併此敘明【31】 31

至軍事法院確定判決如有刑事訴訟法第 420 條規定之再審事由，比如發現新事實、新證據而符合該條第 1 項第 6 款規定者，根據軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定，受判決人（含本件聲請人）本得依該條規定，聲請再審，核屬當然，自不待言，併此敘明。【32】 32

中 華 民 國 112 年 5 月 5 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、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、 許大法官志雄、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎	吳大法官陳鏗、林大法官俊益、 張大法官瓊文、黃大法官昭元、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 詹大法官森林、黃大法官昭元、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	黃大法官瑞明

【意見書】

協同意見書：許大法官志雄提出。

詹大法官森林提出。

謝大法官銘洋提出。

呂大法官太郎提出。

部分協同：黃大法官瑞明提出。

部分不同意見書

部分不同意見書：吳大法官陳鏗提出。

林大法官俊益提出，張大法官瓊文、蔡大法官宗珍加入。

楊大法官惠欽提出，黃大法官昭元加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

孫國慧

中 華 民 國 112 年 5 月 5 日

協同意見書

許志雄大法官 提出

一、本件主要爭點在於：因普通法院及軍事法院二審判體系就犯罪事實認定歧異，致共同正犯一受普通法院無罪判決確定，一受軍事法院有罪判決確定，後者得否及如何尋求救濟？事涉上訴及再審問題，針對上訴部分，本號判決主文第1項宣告，88年10月2日修正公布之軍事審判法第181條第5項規定：「被告（92年修正為當事人）不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」（下稱系爭規定），尚難謂與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違；針對再審部分，判決主文第2項表明，聲請人自本判決送達之日起30日內，就國防部高等軍事法院高雄分院所為原因案件之判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。本號判決於法律規定之外，另創設一種再審途徑，確保聲請人向普通法院請求救濟之機會，與司法院釋字第436號解釋（下稱系爭解釋）異曲同工，值得肯定。

本件聲請人係依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定，聲請解釋憲法並補充系爭解釋，性質上屬法規範憲法審查，而非裁判憲法審查。惟判決主文未就再審相關規定作成憲法判斷，亦未補充系爭解釋，卻逕於主文第2項作成個案（原因案件）得聲請再審之宣示。這種主文呈現方式，實顯突兀，有待商榷。因其為諸大法官妥協之結果，即使主筆大法官及包括本席在內之部分大法官未必滿意，亦只能徒呼負負。此外，判決之理由為配合主文，不免有所晦澀，難期合理周延。本席認為，此等問題有釐清之必要，爰提出協同意見書。

二、憲法第9條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別刑事訴訟程序（理由第15段參照），是有軍事審判法之制定。軍事審判固係特別之刑事訴訟程序，仍不失為國家司法權（刑罰權）之行使，必須符合獨立公正審判

及正當法律程序等基本要求，然軍事審判畢竟有其軍事上之特殊考量，尚不足與普通法院之審判等量齊觀。釋字第 436 號解釋表示：「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第 77 條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」諒係體察軍事審判之特殊性，從維護司法本質及保障人民訴訟權與人身自由等角度，對軍事法院之判決抱持疑慮，有以致之。

有關機關已依系爭解釋所示，於該解釋公布後 2 年期限內修正公布系爭規定，使該解釋之意旨得以落實。無可否認，裁判中事實認定與法令之解釋適用同等重要，裁判無論事實認定瑕疵或違背法令，皆構成裁判之瑕疵，應有救濟管道，故刑事訴訟法設有上訴、再審乃至非常上訴制度，軍事審判法亦有上訴及再審之設。惟軍事審判受限於本身之特殊性，僅憑軍事審判體系內之上訴及再審，尚不足以滿足立憲主義之要求。為濟軍事審判之窮，系爭解釋及系爭規定引進外部救濟機制，在一定範圍內，許軍事審判之當事人得以判決違背法令為理由，向普通法院提起上訴。至事實認定瑕疵方面，系爭解釋未置一詞，自非該解釋射程所及。102 年 8 月 13 日修正公布之軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款規定：「裁判確定之案件……有再審……之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審」，係為解決現役軍人非戰時不再適用軍事審判法追訴處罰（軍事審判法第 1 條規定參照）之後續事宜，自與系爭解釋及系爭規定係為濟軍事審判之窮者不同。要之，系爭解釋未處理軍事審判之事實認定瑕疵問題，就本件情形，現行法亦無類似系爭規定之明文得據以向普通法院聲請再審，以尋求救濟。

本號判決指出：「共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定者，若其主要之證據相同，受軍事法院判決有罪之受判決人，自得以此為再審事由，聲請再審。」（理由第 25 段參照）實質上正可補系爭解釋之不足，稱其為系爭解釋之補充解釋，寧非妥適？判決主文未將補充解釋之意旨納入，已有未洽，至判決理由謂：

「因系爭解釋作成後，軍事審判法業經立法機關依系爭解釋意旨完成修法，故不生再就系爭解釋為補充解釋之問題」（理由第25段參照），更是顧左右而言他，純屬搪塞之詞。

三、關於審判制度之設計，立法機關享有一定之立法裁量或政策形成空間，原則上應受尊重。惟其立法裁量或政策形成空間仍有界限，不得背離法治國原則之要求，否則即有違憲之虞。過去審判制度規定遭司法院解釋或憲法法庭宣告違憲或暗示違憲者，不乏其例。除系爭解釋外，近年即有釋字第752號解釋認定，刑事訴訟法第376條第1款及第2款關於第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院之規定，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違。又如112年憲判字第2號判決以合憲性解釋之方法，判示：「刑事訴訟法第420條第1項第6款規定：『有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受……免刑……之判決者。』所稱『應受……免刑』之依據，除『免除其刑』之法律規定外，亦應包括『減輕或免除其刑』之法律規定在內，始與憲法第7條保障平等權之意旨無違。」即蘊含部分違憲之認定。如本件情形，多數意見指出：「相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得……聲請再審，侵害軍人受憲法第16條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。」（理由第25段參照）即認為現行法關於再審之規定尚有缺漏，無法以立法裁量或政策形成空間為理由予以正當化。再審之規定既有缺漏，則除修法填補外，亦可藉由憲法解釋（系爭解釋之補充解釋）加以解決。本號判決本可發揮此種憲法解釋應有之功能，可惜判決主文過於保守，致其效果大打折扣。

四、普通法院之審判與軍事審判同為國家司法權（刑罰權）之行使，其對同一案件之犯罪事實認定理應一致。若普通法院與軍事法院判決就犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確

定者，則既與事理不符，更非一般國民法感情所能接受。犯罪事實認定歧異，乃客觀之結果，無論其原因在於普通法院與軍事法院採納之證據不一、自由心證不同或其他因素，皆非所問。只要有犯罪事實認定歧異之情形，即應類比系爭解釋之法理與作法，逕許受軍事法院有罪判決確定者得向普通法院聲請再審，俾符合法治國原則。惟多數意見似認為，唯當普通法院與軍事法院判決之「主要之證據相同」時，始可聲請再審。本席認為，何謂「主要之證據相同」，恐有爭議，此一限制徒滋紛擾，且無必要。本號判決允許此種法律未規定之再審，係為解決普通法院與軍事法院兩種審判體系衍生之問題，一旦二者發生犯罪事實認定歧異，即應有再審事由，至於是否「主要之證據相同」，應不生影響。

本號判決承認之再審事由，獨立於刑事訴訟法第 420 條所定再審事由之外，二者並行不悖。換言之，關於軍事法院確定判決，如發現新事實、新證據而符合該條第 1 項第 6 款規定者，根據軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定，受判決人（含本件聲請人）亦得依該規定聲請再審（理由第 32 段參照）。惟依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定聲請再審者，須證明「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決」；其要件相當嚴格，再審之聲請要獲得法院認可，並非易事。反之，依本號判決意旨，受軍事法院有罪判決確定者只要指出，因犯罪事實認定歧異，共同正犯受普通法院無罪判決，即可聲請再審，對於聲請之准駁，法院亦無裁量空間。至於何以二法院之犯罪事實認定歧異，孰是孰非，則屬再審法院須自行審究之事項，聲請人並無舉證之義務。對聲請人而言，後者顯然較為有利。

五、最後，唯當普通法院及軍事法院之判決關於犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者，受軍事法院判決有罪之人始得依本號判決意旨向普通法院聲請再審。其聲請再審之要件明確，適用範圍狹小，可推知再審案件極為有限，應不會增加普通

法院多大之負擔。至於擔心本號判決創設新再審事由，恐對再審制度造成重大衝擊，應屬過慮。

協同意見書

詹森林大法官 提出

壹、原因案件概述

本件聲請人王甲於服役期間，涉嫌於 86 年 5 月 18 日之休假日，在軍營外駕駛機車，並由坐於後座之非現役軍人陳乙出手搶奪同向騎機車之被害人黑色皮包。

該非現役軍人陳乙，雖經當時之高雄地方法院檢察署檢察官，以共犯刑法第 325 條第 1 項規定之搶奪財物罪起訴，但最終經臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更（二）字第 236 號刑事判決無罪（下稱系爭普通法院確定終局判決），且最高法院 93 年度台上字第 1339 號刑事判決，以檢察官之上訴違背法律上程序為由，而駁回之，全案無罪確定。

至於聲請人部分，因當時為現役軍人，故被軍事檢察官認其行為時之陸海空軍刑法第 83 條之共同搶奪財物罪，予以起訴。最終經國防部高等軍事法院高雄分院依 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法進行審判，並以 90 年高判字第 015 號判決（下稱系爭軍事法院確定終局判決），認聲請人有前開陸海空軍刑法第 83 條所定共同搶奪財物罪之行為，處有期徒刑 5 年。

聲請人不服，依上開軍事審判法第 181 條第 5 項「被告不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴」規定（下稱系爭規定），向臺灣高等法院高雄分院提起上訴。該高分院嗣以 90 年 8 月 9 日 90 年度軍上字第 10 號刑事判決，認其上訴違背法律上之程式，而駁回之，全案有罪確定。

聲請人仍不甘服，遂向司法院聲請解釋¹，主張略為：同一事

¹ 聲請人係於 101 年 3 月 3 日，向司法院聲請解釋憲法，故依憲法訴訟法第 90 條第 1 項但書規定，其聲請得否受理，應依憲法訴訟法修正施行前之司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定。又，憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決認為，本件聲請案，除系爭規定外，應以臺灣高等法院高雄分院 90 年度軍上字第 10 號刑事判決為確定終局判決一；其餘聲請部分，則應以系爭軍事法院確

實，陳乙經普通法院判決無罪確定，而聲請人卻經軍事法院判決有罪確定；二者南轅北轍，違反公平正義，並造成冤抑，此乃因系爭規定所致，是該規定牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨等疑義，且司法院大法官釋字第 436 號解釋亦應予補充。

貳、112 年憲判字第 6 號判決要旨

就本件聲請，憲法法庭 112 年憲判字第 6 號判決宣告：（1）系爭規定尚難謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違；（2）聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就系爭軍事法院確定終局判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審；（3）其餘聲請不受理。

本席贊同本判決前開主文，並認其中前二主文之判決理由，有補充必要，爰提出協同意見²。

參、訴訟救濟規定之立法衡量與司法審查

本判決第 1 項主文宣告系爭規定尚未牴觸憲法第 16 條，其理由略為：系爭規定關於未許被告以事實認定錯誤為由，上訴於高等法院部分，屬審級救濟制度之規劃設計範疇，而各級法院間事實審與法律審之分野，原則上屬立法形成範圍。又普通法院體系之高等法院依系爭規定審查高等軍事法院所為判決有無違背法令，如有未當，檢察總長仍得依非常上訴相關規定，向最高法院尋求救濟（本判決理由第 21 段參照）。

憲法第 16 條明定：「人民有訴訟之權。」然而，人民真正關心者為：本條所保障之訴訟權，如何落實？

按司法院大法官解釋及憲法法庭判決一再重申：「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

定終局判決為確定終局判決二（參見 112 年憲判字第 6 號判決理由第 4 段）。

² 關於本判決主文第 3 項「其餘聲請不受理」，從而聲請人關於聲請補充解釋釋字第 436 號解釋，亦不予受理部分，請參見許志雄大法官就本判決提出之協同意見書第 2 頁，二。又，許大法官之協同意見，全文言簡意賅，甚有助於瞭解本判決，請務必參閱。

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」（參見司法院大法官釋字第 736 號、第 785 號等解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決理由第 10 段）。

前開大法官解釋及憲法法庭判決所示要旨，可再進一步區分兩種情形而為論述：（1）法規範完全未賦予人民請求法院救濟之途徑、（2）法規範已設有救濟之途徑，惟人民仍認該救濟途徑應循之審級及相關要件尚有不足。

一、法規範完全未賦予人民請求法院救濟之途徑

人民之權利受侵害時，若法規範完全未賦予人民請求法院救濟之途徑，即屬不符憲法保障人民訴訟權之意旨。

例如，臺灣人民之外國籍配偶申請來臺依親遭否准時，勢必影響本國（籍）與外籍配偶共同經營婚姻生活，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（憲法法庭 111 年憲判字第 20 號判決理由 11 段）。

又如，最高行政法院所為「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」之決議，除牴觸憲法第 11 條保障學術自由之規定外，也不符憲法第 16 條保障訴訟權之意旨（憲法法庭 111 年憲判字第 11 號判決主文參照）。

再如，大學及其他各級學校對學生所為之公權力措施，縱未侵害學生受教育之權利，亦有侵害其他權利之可能。是大學生及各級學校學生，如認其權利因學校之教育或管理等公權力措施而遭受侵害，即使非屬退學或類此之處分，亦得按相關措施之性質，依法提起相應之行政爭訟程序以為救濟，始屬符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨（司法院大法官釋字第 684 號解釋文、第 784 號解釋文參照）。

復如，109 年 1 月 15 日修正公布前之監獄行刑法第 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（司法院大法官釋字第 755 號解釋文第 1 段參照）。

二、法規範已賦予人民請求法院救濟之途徑，但人民仍認訴訟救濟應循之審級或相關要件尚有不足

人民之權利受侵害時，法規範已設有訴訟救濟途徑，但人民仍認該訴訟救濟途徑應循之審級或相關要件有所不足時，該法規範及其所定之救濟要件，是否已無牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之疑義？亦即，立法者所制定之訴訟救濟制度，釋憲者究竟應予高度尊重，抑或仍可宣告違憲？

就此問題，憲法法庭尚無相關裁判，而司法院大法官解釋，在法規範涉及限制提起再審、上訴或更審事由，或審級制度之設計等情形，基本上採取保守看法。

（一）限制提起再審、上訴或更審事由

關於限制提起再審、上訴（第三審）或更審事由之法規範，釋字第 154 號解釋認為，限制更行再審之行政法院 46 年度裁字第 41 號判例，旨在遏止當事人之濫訴，無礙訴訟權之正當行使，與憲法並無牴觸（該解釋之理由書第 3 段參照）。

釋字第 302 號解釋指出，刑事訴訟法第 377 條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之」，其限制第三審上訴之理由，係基於「憲法第 16 條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定為法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定」之考量，未逾越立法裁量之範圍，是該條規定並無牴觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨（該解釋之理由書第 1 段參照）。

此外，釋字第 574 號解釋，對最高法院 74 年台抗字第 174 號判例，及最高法院 86 年 1 月 14 日第 1 次民事庭會議決議，有關「對二

審更審判決上訴利益額之限制，應依增加後之額數定其得否上訴」之見解，以「審級制度為訴訟程序之一環，有糾正下級審裁判之功能，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容，而要求任何訴訟案件均得上訴於第三審，始與憲法保障人民訴訟權之意旨相符」為由，認上開判例及決議符合憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨（該解釋之解釋文第 1 段至第 3 段參照）。

（二）審級制度之設計

限制審級救濟之法規範，原則上並不違反保障訴訟權意旨，亦有多號解釋先例，可資參照。

例如，釋字第 160 號解釋，以「憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民在司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言……此項權利之行使，究應經若干審級，憲法並未設有明文，自應衡量訴訟案件之性質，以法律為合理之規定，非必任何案件均須經相同審級，始與憲法相符」為由，宣告 60 年 11 月 17 日公布之民事訴訟法第 466 條第 1 項，有關上訴第三審之利益，不逾 8000 元者，不得上訴之規定，並不違憲（該解釋之理由書第 1 段參照）。

再者，109 年 6 月 10 日公布前之公務員懲戒法，就公務員懲戒委員會所為之懲戒案件議決，雖未設上訴制度；但釋字第 396 號解釋認為「尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第 16 條有所違背」（該解釋之解釋文參照）。

又如，釋字第 442 號解釋宣告「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。中華民國 83 年 7 月 23 日修正公布之公職人員選舉罷免法第 109 條規定，選舉訴訟採二審終結不得提起再審之訴，係立法機關自由形成之範圍，符合選舉訴訟事件之特性，於憲法保障之人民

訴訟權尚無侵害……」。

再如，釋字第 512 號解釋宣告「憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。中華民國 81 年 7 月 27 日修正公布之肅清煙毒條例第 16 條前段規定：『犯本條例之罪者，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審』，對於判處有期徒刑以下之罪，限制被告上訴最高法院，係立法機關鑑於煙毒危害社會至鉅，及其犯罪性質有施保安處分之必要，為強化刑事嚇阻效果，以達肅清煙毒、維護國民身心健康之目的，所設特別刑事訴訟程序，尚屬正當合理限制。……尚未逾越立法機關自由形成之範圍，於憲法保障之人民訴訟權亦無侵害……」。

此外，大法官於釋字第 639 號解釋，審查 90 年 1 月 12 日修正公布之刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款，及第 418 條使羈押之被告僅得向原法院聲請撤銷或變更該處分，而不得提起抗告之審級救濟，是否違憲時，更明白表示「審級制度並非訴訟權保障之核心內容，立法機關非不得衡量訴訟案件之性質、訴訟制度之功能及司法資源之有效運用等因素，決定是否予以限制」，因而認定上開規定與訴訟權之保障無違（該解釋之解釋理由書第 2 段參照）。

前述「審級制度設計屬立法衡量」之大法官解釋意旨，僅在較近期之釋字第 752 號解釋，始有些微突破。在該解釋，大法官認為，106 年 11 月 16 日修正公布前之刑事訴訟法第 376 條第 1 款及第 2 款規定，其中就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，因未提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第 16 條所保障人民訴訟權之意旨有違（該解釋之解釋文第 1 段參照）。

（三）本判決主文第一項，尚屬符合判決先例

綜觀歷來大法官解釋對憲法第 16 條所定訴訟權之闡述，本件判

決以「系爭規定關於未許當事人以事實認定錯誤為由，上訴於高等法院部分，屬審級救濟制度之規劃設計範疇，而各級法院間事實審與法律審之分野，原則上屬立法形成範圍」為由，而宣告系爭規定並未抵觸憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定，尚屬符合判決先例多數見解，而可勉予贊同。

肆、無罪推定原則之憲法地位

本案特別之處，在於聲請人王甲（行為時為服義務役之現役軍人），及非現役軍人陳乙，雖被認定為共犯搶奪財物罪（聲請人被認為犯行為時之陸海空軍刑法第 83 條之共同搶奪財物罪；陳乙被認為犯刑法第 325 條第 1 項規定之搶奪財物罪），而分別經軍事檢察官及檢察官起訴，然系爭軍事法院確定終局判決，及系爭普通法院確定終局判決，均在僅有被害人之陳述及證人之證言，而無其他確切證據之情況下，卻對於前開起訴所指之犯罪事實，為完全相反之認定。亦即，系爭普通法院確定終局判決認定陳乙無罪，而系爭軍事法院確定終局判決則認定聲請人有罪。

前開二確定終局判決，對於同一事實，卻為完全歧異之認定，其關鍵處在於，系爭軍事法院確定終局判決係認「雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」³；系爭普通法院確定終局判決則認「復查無其他確切證據證明上訴人陳乙有本件搶奪犯行，自屬不能證明被告陳乙犯罪」⁴。

由是可知，在無具體物證之情況下，系爭軍事法院確定終局判決以「有疑不利被告」之角度，認定聲請人有共同搶奪財物罪之犯罪事實。此項認定，明顯違反無罪推定原則。

無罪推定原則，雖非憲法明文規定，然其為具有憲法位階之重要原則，應屬無疑。

蓋，大法官先以釋字第 384 號解釋，透過憲法第 8 條建構我國實質正當之法律程序原則，將現代法治國家對於人身自由所普遍賦予

³ 參見系爭軍事法院確定終局判決，理由三、（四）。

⁴ 參見系爭普通法院確定終局判決，理由三、（六）。

之權利與保護，均包括在內，為無罪推定原則提供憲法上之依據。

其後，大法官以釋字第 556 號解釋，要求「犯罪行為成立與否應由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任」；其反面之意，即已隱含無罪推定原則。

尤其，司法院大法官釋字第 653 號解釋、第 654 號解釋⁵，及第 665 號解釋⁶，更正式將無罪推定原則納入作為解釋憲法時所適用之原則。

基此，雖然聲請人針對自己之系爭軍事法院確定終局判決，或許得以軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定為依據，從而依刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項規定，並以陳乙之系爭普通法院確定終局判決，為「新事實或新證據」，向該管法院聲請再審⁷。

然而，本判決鑑於系爭軍事法院確定終局判決所稱「雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」嚴重違反無罪推定原則，並為捍衛聲請人

⁵ 參見釋字第 653 號解釋理由書第 2 段、釋字第 654 號解釋理由書第 2 段：「刑事被告受羈押後，為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。」

⁶ 參見釋字第 665 號解釋理由書第 10 段：「再者，無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。是刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款如僅以『所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪』，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。」

⁷ 請參見林俊益大法官就本判決提出之部分不同意見書，陸。林大法官在其意見書第 14 頁指出，系爭普通法院確定終局判決，及其更一審判決，認定本案非現役軍人陳乙無罪之關鍵證據，國防部高等軍事法院在審理聲請人原因案件之辯論終結時，均未予以調查、斟酌或進行實質證據價值判斷。林大法官強調，該等證據，均係符合刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定之新事證，並為聲請人得據以聲請再審說服法官之最佳憑藉。

之訴訟權，遂在前開可能之軍事審判法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定之再審管道外，逕於主文第 2 項，另闢救濟途徑，諭知聲請人得依本判決意旨，向臺灣高等法院高雄分院聲請再審，並於理由中直指此乃「基於……無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則……俾符法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求」（本判決理由第 24 段參照）。

詳言之，針對本案「共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定」此一特徵，本判決特別指出「若其主要之證據相同，受軍事法院判決有罪之受判決人，自得以此為再審事由，聲請再審。」。

前述「主要之證據相同」，在本案，係指認定聲請人有與陳乙共犯搶奪財物之系爭軍事法院確定終局判決，及認定陳乙未與聲請人共犯搶奪財物之系爭普通法院確定終局判決，皆以原因案件被害之指控及證人（被害人之女、負責偵訊之警員）之證詞，為主要證據而言。

總之，本判決真正之憲法價值，在於確立無罪推定原則乃憲法重要原則，應為全體行使國家公權力之機關所恪遵。本席相信，聲請人依本判決主文第 2 項，就系爭軍事法院確定終局判決，向臺灣高等法院高雄分院聲請再審時，高雄高分院必能依照本判決意旨，並依循無罪推定原則，而為最妥適之裁判。

應特別指出者，本判決主文第 2 項所創設之聲請再審途徑，限於「共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定」（本判決理由第 25 段參照）⁸之情形。至於共同正犯之數人，由同一

⁸ 本席認為，同一犯罪，既有正犯，又有教唆犯及幫助犯時，如有分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，並就該同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定者，亦應有本判決主文第 2 項之適用，從而允許受有罪判決確定之被告，向該管法院聲請再審。

普通法院，或由同一軍事法院，分別審判，而分別受無罪判決及有罪判決確定者，該受有罪判決之被告，得否以其他共同被告受無罪判決確定為由，而聲請再審，並非本判決審理範圍，而應分別適用刑事訴訟法及軍事審判法關於再審之規定。

伍、結語：法官，如果確定我無罪，當然應判我無罪；

如果不能確定我有罪，仍應當然判我無罪

聲請人於 101 年 3 月 3 日提出本件釋憲聲請，憲法法庭直至今日始作成判決，可見其處理之艱難。

的確，在決定是否受理聲請之過程中⁹，及形成判決主文與理由上，全體大法官皆殫精竭慮，於刑事訴訟體系之維護，及個案公平正義之實現，二者之間，數度來回、力求兼顧。

本席自始認為，本案案情，白話文講，就是：「同一事實，不同審判機關，作出不同認定（軍事法院認定聲請人王甲與陳乙共同搶奪；普通法院則認定無任何證據足認陳乙與聲請人共同搶奪）」。此種完全矛盾、不容併存之事實認定，司法機關如何向聲請人及全體國民交代？

熟稔裁判實務之法律人，就前開矛盾，或許得以「同一審判體系（普通法院或軍事法院）之法官，就同一事實，已可作成不同之認定；不同審判體系之法官，當然更可作成不同之認定」，而自我解嘲，並從而不受理本聲請案。但是，如此一來，本案一望即知之不公不義及逸脫國民感情，必定埋藏於釋憲史上，司法公信蕩然之案例，將增添一樁。所幸多數意見力爭，本案始經受理並作成本判決。

本席擔任大法官期間，從本案學習最多。本判決之問世，堪稱若無少數意見之激盪，即無多數意見之形成。全體大法官，或為維護法制，或求捍衛人權，但終究異中求同，充分展現合議審判成員應有之妥協與讓步。

⁹ 憲法法庭基於系爭規定涉及訴訟權之保護是否不足之違憲爭議，從而認本件聲請有受理之憲法上價值。參見本判決理由第 9 段。

本判決之說理，也許不盡如人意，且有難謂周全之處。但本判決苦心孤詣，以保障人權為宗旨，亦屬肯定。就此，全體大法官，皆有其貢獻。功勞最大者，當然是主筆大法官！

協同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件聲請人被訴於1997年服義務役期間，與不具軍人身分之友人，於休假期間共乘一部機車，在高雄市區由坐後座之友人出手，搶奪同向機車騎士之財物，涉嫌犯共同搶奪財物罪。友人最後於2004年3月18日經最高法院判決無罪確定。聲請人卻經軍事法院認定有搶奪財物之事實，判處有期徒刑5年，經聲請人向普通法院即臺灣高等法院高雄分院提起上訴，被以上訴違背法律程式為由，於2001年8月9日駁回確定。聲請人認為共同被告基於同一事實與證據，友人經普通法院判決無罪，而其卻被判決有罪確定，違反公平正義，因而聲請解釋，主張軍事審判法第181條第5項規定：「被告（2003年修改為當事人）不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」（下稱系爭規定）違憲，且認司法院釋字第436號解釋（下稱系爭解釋），應予補充。多數大法官雖認為系爭規定不違反憲法第16條對訴訟權之保障，但仍認本件聲請人應有給予救濟之必要，因而容許其提起再審，以資救濟。本席贊同此一結論，惟仍提出若干協同意見以供參考。

一、1999年修法後，原則上被告不服軍事法院宣告有期徒刑之案件，得以判決違背法令為由向普通法院提起上訴

系爭規定係因本院於1997年釋字第436號解釋，認定「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟」，因而於1999年10月修正，除宣告死刑、無期徒刑之上訴判決，原上訴軍事法院應依職權逕送最高法院審判外，被告不服軍事法院宣告有期徒刑之案件，均得以判決違背法令為理由，分別情形向最高法院或高等法院提起上訴，以匡正法律適用上的瑕疵。

二、2013年修法後，現役軍人非戰時之審判，改由獨立之普通法院為之

雖然修法後符合釋字第 436 號解釋之意旨，然而對於軍事法院所為事實認定之瑕疵，則無救濟之管道。雖然軍事審判法第 199 條規定：「最高法院或高等法院對於上訴之案件，因原判決違背法令致影響事實之認定……，應發回或發交原上訴或初審軍事法院。」就事實認定之救濟略有規定，但亦須以「違背法令」為前提。

然而事實之認定是法律適用的前提，事實如果認定錯誤，必然影響法律之適用，甚至影響有罪或無罪的判決，為確保犯罪嫌疑人能受到公平審判，由獨立的司法機關審理，有其重要性。此乃 2013 年洪仲丘事件發生後，軍事審判法於同年修法，將現役軍人非戰時之審判機關由軍事法院改為由普通法院依刑事訴訟法審判（第 1 條參照）的主要原因。過去軍事審判法第 11 條曾規定：「國防部為最高軍事審判機關」，該規定雖於 1999 年修法刪除，然而迄今各級軍事法院仍是由國防部設置並由國防部長監督（軍事審判法第 15 條至第 18 條參照），由此可知我國軍事審判系統是屬於行政體系之一部分，而非獨立於行政體系外的司法體系。是 2013 年之修法，將現役軍人於非戰時犯罪的事實認定與法律適用歸由獨立的普通司法機關為之，於人權保障上有其重要意義。

三、惟 2013 年修法前案件之事實認定，專由屬行政體系之軍事法院為之，缺少由獨立司法機關審理或救濟之機會

然而本件係發生於 1997 年，經地方軍事法院與高等軍事法院判決有罪，聲請人雖曾以判決違背法令為由向高等法院提起上訴，然而於 2001 年被以上訴違背法律程式為由，駁回其上訴判決確定，是以其事實認定與法律適用均是由軍事法院為之。雖然本件事實與判決，均是發生於 2013 年修法前，依當時之規定，由軍事法院為之並無違誤，且容許其得有因判決違背法令上訴高等法院，亦有補救之機會；然而相較於修法後，現役軍人於非戰爭時期之事實認定與法律適用均是由具有獨立性的普通法院為之，仍有差異。

本件判決之意義，在於對軍事法院在非戰時就現役軍人所為之事實認定有所違誤時，特別是在數個共同行為人基於同一個犯罪事實

及相同證據，僅因各自具不同身分而分別繫屬於軍事法院與普通法院，卻發生有罪與無罪截然不同的裁判結果時，基於法治國之平等原則與正義理念，應給予受軍事法院審判之被告再一次司法救濟之機會，方能充分保障受有罪判決被告之訴訟權。或謂在本案之情形，應可依發現新事實或新證據之事由聲請再審（刑事訴訟法第420條第1項第6款），惟本件是否果真符合再審之要件，尚有待再審法院就個案審理後認定。本判決賦予聲請人一個受到公平審判的救濟機會，有其憲法與人權保障上的意義，值得肯定。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

—刑事審判的眼裡，應容不下被告冤屈的一粒沙—

壹、刑事確定判決認定事實的確定性

在審判獨立及自由心證主義的現行法制下，每位法官就事實所作成的判斷，都是獨立的、不受干涉的，不但其他國家機關例如行政、立法、考試或監察機關必須尊重，不能加以否決或變更。即便是其他司法機關，除訴訟當事人不服裁判時，得依審級救濟的規定，由上級法院撤銷或廢棄外，其他法院也不能否決或變更。這是法治國原則下，作為「法律代言人」的裁判，當然應具備的共通效力，刑事判決更是如此。

以本件涉及的刑事判決而言，某被告的行為是否符合立法者所要規範的構成要件事實，一旦於確定判決中為判斷者，即具有確定性，不能隨意改變。法律上即必須以此判斷的事實為基礎，作成被告有罪或無罪的宣示。若確定判決所判斷的構成要件事實存否，欠缺確定性而可以隨時改變，等同法律規定可隨時改變，就回到比拳頭大小的蠻荒時代，稱不上法治國了。

貳、現行法下之罪證有疑利歸被告原則與再審¹**一、罪證有疑利歸被告，是刑事審判無可動搖的鐵則**

眾所周知，在法治國原則下，人民的行為是否構成犯罪，以及若構成犯罪應如何處罰，都必須事先以法律明白規定，此即罪刑法定主義，我國刑法也在第 1 條規定開宗明義宣示此一原則。

在罪刑法定主義下，罪證有疑利歸被告，是當然的結果。因為刑法是規定何種行為構成犯罪以及犯罪如何處罰的法律，當然是

¹ 為避免國家誤判侵害人民權利，故為受判決人利益而聲請再審，在法治先進國家普遍採行，但關於得否為被告不利益而聲請再審，涉及法院判斷的正確性與對被告二重追訴問題，則多採禁止或限制的立場。例如美國、日本及法國，即禁止對受判決不利的再審，我國與德國雖並採對受判決人不利的再審，但其條件較對受判決有利的再審嚴格。

以立法者所預想、將來可能發生的行為作為規範的對象，而非對過去已經發生的事實為描述。刑法的法條結構，通常是以「……者，處……。」的形式為之，其中，「……者」是立法者「假設」會發生的行為（構成要件事實），至於「處……。」則是發生了該行為時，國家應如何處置的決定（法律效果）。可知刑法是一個「假設命題」（其他實體法也是如此），必也立法者所「假設」的事實（構成要件事實）「真的」發生了，「假設的命題」滿足了，才能進入命題的結論，就是國家如何處置的問題。以刑法第271條第1項規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」第277條第1項規定：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」第320條第1項規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。」為例，「殺人」、「傷害人之身體或健康」、「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產」，就是立法者預想會發生的行為，一定是這樣的行為「真的」發生了，才有如何處罰的問題。如果該「假設命題」所預想的行為（如前述殺人、傷害、竊盜的行為），沒有「真的」發生，根本不是立法者所要處罰的行為，當然不能依前開規定予以處罰。因此當有證據證明被告並無立法者預想的犯罪行為時，應為被告無罪的判決，本不待論。即便不能證明被告確實無該行為，只須不能證明被告有該行為，亦應為被告無罪的判決，此有刑事訴訟法（下稱刑訴法）第301條規定可資參照。

換句話說，在證明被告有犯罪行為與證明被告無犯罪行為之間，縱然存在被告「可能」犯罪或被告「可能」未犯罪的兩疑情況，也不能因懷疑「被告可能犯罪」，而為不利於被告的判斷（有罪）；而是應懷疑「被告可能未犯罪」，而為有利於被告的判斷（無罪）。

二、確定判決基礎證據動搖的再審

罪證有疑利歸被告的原則，不但是刑事法院作成判決時，應遵守的原則，也是判決確定後，據以檢驗應否准許對確定判決聲請再審

的重要原則。

如前述，構成要件事實一經法官於確定判決中為判斷者，即有確定性。然而，法官判斷構成要件事實成立，必須依據法律所允許的證據（刑訴法第 154 條第 2 項及第 155 條第 2 項規定參照）。所謂證據，是犯罪行為所留下的蛛絲馬跡，例如人證、物證、現場、通話紀錄等，法官必須依據這些蛛絲馬跡，推論（判斷）案發當時的真實情況如何。然而，時光不可能倒流，已發生的事實也不會重演，案發後所留下的跡證，也必然是破碎的、片斷的。因此，法官對犯罪事實是否成立所為的推論（判斷），至多僅能做到「接近」歷史的真實，無論如何都不可能是歷史真實的重現。故裁判所認定的事實，雖然應該具有確定性，但並非如歷史的真實一般，具有不可動搖的絕對性，法官據為判斷的證據不同時，其所推論出的事實，可能就會有所不同。

因為法官於判斷構成要件事實是否成立時，必須斟酌一切的證據，所以單純從邏輯來說，縱然於判決確定後發現為被告有罪的確定判決，其判決所憑的證據中，有出於偽造、變造或虛偽的情形，也未必當然會對判決的結果產生影響，除去該偽造、變造或虛偽的證據，法官仍可能依其他證據為被告有罪的判斷。然而，該偽造、變造或虛偽的證據，既然已經成為法官判斷構成要件事實是否成立的成分之一，就無法從確定判決本身割裂出偽造、變造或虛偽的證據，對判決判斷事實有如何程度的影響。因此，偽造、變造或虛偽證據的存在，已足以使人對被告是否應受有罪判決的全部，產生懷疑。基於法治國原則下罪證有疑利歸被告的原則，應許對該為被告有罪的確定判決再審，重新斟酌於除去上開偽造等證據後，應如何判斷構成要件事實是否成立（刑訴法第 420 條第 1 項第 1 款及第 2 款規定參照）。

同理，當發現確定判決所無的「新證據」或「新事實」²時，該

² 在人們生活經驗中，經常透過「已知的事實」（如燈管有無發光、借據上所書寫的文字），推論「未知的事實」如何（如是否通電、有無借貸）。這樣推論的過程中，「已知的事實」就成為「未知事實」的證據。因此，嚴格而言，證據本身也是一個事實（例如指紋、證言、鑑定意見、血跡、DNA、通訊內容、

「新證據」或「新事實」，雖然不是確定判決判斷的基礎。然而，如果加入該「新證據」或「新事實」，有推翻原確定判決判斷的可能性時，也會使人對原確定判決為被告有罪的判斷，產生懷疑，基於同一理由，自應准許對確定判決聲請再審（刑訴法第420條第1項第6款規定參照）。

三、參與程序的執法人員失職的再審

當發現參與確定判決案件調查、偵查或審判的人，就該案件有違法失職的行為時，可認其蒐集的證據未必周全，或其所為判斷未必公正客觀。無論何者，均可認為追訴被告犯罪行為的過程，已欠缺信賴性，確定判決為被告有罪的判斷，也會使人產生懷疑，基於同一理由，自應准許對確定判決聲請再審（刑訴法第420條第1項第5款規定參照）。

四、為避免不同法院判斷矛盾的再審

在真實的世界，所有事實的發生或消滅，都離不開時間因素，在具有因果關係的不同事實間，必然有其發生先後的時間序。因此，不可能同時存在某一事實，既發生又不發生的矛盾現象。

如前述，法院的職責，就是在判斷立法者所預先構想的事實是否發生，並進而依據判斷宣示個案應有的法律效果。任何法院就其受理的案件所為判決，都是法律的代言人，宣示該個案事實應有的法律效果。然而，法院就被告有無犯罪行為所為判斷，性質上都是法院依據事發後現存的證據所為推論，只能說法院的判斷「接近歷史的真實」，而非歷史的真實。基於審判獨立及自由心證主義，法院所為的事實判斷，除依審級制度受上訴法院的審查外，即使其他法院亦不得加以撤銷或變更。因而就同一事實或相關聯的事實，在不同法院的確定判決中為矛盾判斷，不但理論上會存在，實際上也存在。如此結果不但將造成法律秩序的矛盾與錯亂，也會大大偏離一般人民所體會「事實真相只有一個」的生活經驗，造成人民對於法院裁判公平性的疑慮，自然應予避免。因此，現行法乃規定，如果本案如何判斷，是

現場狀況……等等），是一個人們所知的事實。

以其他法院判斷的結果為前提的話，那麼在其他法院為判斷前，受理本案的法院得暫時停止審判，以待其他法院的判斷（如刑訴法第 295 條及第 297 條、民事訴訟法第 182 條第 1 項及行政訴訟法第 177 條等規定參照），於其他法院作成判斷後，再就本案為判斷，避免矛盾判斷的發生。同理，如本案確定判決所憑的其他法院的判斷，已依確定裁判變更者，如繼續維持本案的確定判決，可能造成本案與他案判決的矛盾，自非所宜。故就受有罪判決確定的被告而言，若本案是為被告有罪判決所憑的他案判斷已變更者，則他案判決的變更，亦足以使人對於本案的有罪判決，產生懷疑，自應准許受有罪判決的被告，聲請再審（刑訴法第 420 條第 1 項第 4 款規定參照）。

應特別說明者，依刑訴法第 420 條第 1 項第 4 款規定聲請再審，與依其他事由聲請再審，其本質上的不同，在於其他法院的判斷，是其他法院於審酌於該案呈現的證據及言詞辯論意旨後所表示的意見，是宣示該他案法官對某事實的「推論」，而非該他案法官對該他案事實的所見所聞，故對於本案法院而言，該他案法院的判斷，當然不是本案據為同一事實判斷的證據。由此可知，作為受有罪確定判決的被告聲請再審的事由，並未限於確定判決所依據的證據已有變動，不同法院間矛盾裁判的避免，也可以是聲請再審的理由。

參、現行法下，以其他共同正犯受無罪確定判決為理由聲請非常上訴

共同正犯是否共同實施犯罪行為，應依全部的證據為共同評價（證據共通原則）。因此，共同正犯如果於同一審判程序中成為共同被告，並作成同一判決者，法院就共同正犯是否實施某一犯罪行為，於各共同被告間，應為一致判斷。不可能出現一方面判斷甲與乙共同實施某犯罪行為，另一方面又判斷僅有甲或僅有乙實施該犯罪行為，否則該判斷即明顯矛盾而違反論理法則，該判決也成為違背法令的判決，上訴審法院應將該判決撤銷之（刑訴法第 155 條第 1 項規定、第 379 條第 14 款規定參照），判決確定後並得依非常上訴程序撤銷，如果撤銷確定判決有利於被告時，效力並及於被告（刑訴法第 441 條及第 448 條規定參照）。

肆、結論—應准許被告以其他共同正犯受無罪確定判決為理由聲請再審

一、現行法下無救濟之途

然而，上開明顯矛盾的判斷，如果不是在同一確定判決為之，即難依非常上訴程序獲得救濟，又得開啟再審程序之事由中亦未列舉，故於現行法並無救濟之途。現行法為何就此情形，未設相關救濟程序？推其理由，或基於審判獨立及自由心證主義下，除非該判決的判斷有違背法令，否則均有不可隨意動搖的確定力，法律上無法針對判斷明顯歧異的二個確定判決，確認哪一個判決的判斷較為正確，因此無法規定應准許對另一較不正確的判決聲請再審或非常上訴。

二、無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，是法治國原則的核心

然而，刑事訴訟程序，是確認國家對被告有無刑罰權的程序，是以國家行使統治權的形式呈現，故於程序過程，國家（由檢察官代表）與被告，雖同為當事人（刑訴法第3條規定參照），但於訴訟上的地位，並非完全平等（例如國家得對被告為各種強制處分，具有遠較被告優勢的證據蒐集能力與機會等），與民事訴訟程序當事人地位，實質上平等或非常接近平等者，並不相同。因此，如何避免刑事被告受到來自國家的不當壓迫或侵害，而違反憲法保障人權的意旨，乃刑事訴訟程序重要事項。所謂無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，便是其中的核心。

三、主要證據相同下，被告得以其他共同正犯已受無罪判決確定為理由，聲請再審

本席認為，法治國原則所要求的無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，於被告受有罪判決確定的情形下，仍不得忽略。換言之，刑事審判雖以法官審判獨立為前提，並採自由心證為原則，確定判決所認定的犯罪事實，固不容許輕易變動。但法律規定法官就犯罪事實成立與否，應本於審判獨立原則及自由心證主義為判斷，目的在為法官能為「更接近歷史的真實」的判斷提供基礎，而非承認法官的判斷就如同神諭一般絕對不可動搖。

如前所述，現行法基於罪證有疑利歸被告原則，已承認確定判決所為犯罪事實的判斷，並非絕對不可動搖，一旦發生確定判決基礎證據動搖，或發現參與程序的執法人員失職，或可能造成與其他法院判斷矛盾等情形，均允許被告得據以聲請再審，其理由無他，上開事由的存在，足以使人對被告受有罪的判決，產生懷疑，故也。從現行法上開規定背後支持的法理，自應認為若據以判斷同一犯罪事實有無的主要的證據相同，共同正犯中有受有罪判決確定者，亦有受無罪判決確定者，則有合理懷疑可認受有罪判決的被告，可能受到冤屈。故應從憲法保障人權的觀點，允許該被告得以其他共同正犯已受無罪判決確定為理由，聲請再審，俾重新檢視相關證據，判斷被告有無為該行為，使被告受到冤屈的可能性降到最低。就此而言，本判決的結論，自值贊同。

應附帶說明者有四：

一、所謂「主要的證據相同」，應與判斷是否有犯罪行為所不可缺的證據相同，如僅為補強證據，即不屬之。是否為主要證據，仍應由受理再審聲請的法院，本於職權依個案認定。就此而言，刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款規定是否准許依發現新證據、新事實為由而再審，須由受理再審聲請的法院，「綜合判斷」，是否足認可變更原確定判決的立法結構，可資參照。

二、共同正犯中受有罪確定判決者，得以其他共同正犯受無罪確定判決為由聲請再審，乃是基於無罪推定、罪證有疑利歸被告原則，該受有罪判決的共同正犯，其所受有罪判決足以令人懷疑的緣故。至於受無罪判決的共同正犯，並無適用無罪推定、罪證有疑利歸被告原則的餘地，所以檢察官不得以其他共同正犯受有罪確定判決為理由，對受無罪判決確定的共同正犯聲請再審，自屬當然。

三、本判決亦不適用於民事事件，因為民事判決之主軸在解決完全立於平等地位的當事人間的紛爭，有關事實的判斷及證據蒐集與利用，適用辯論主義原則，以當事人所主張者為限，法院的確定判決，僅就訴訟標的有拘束力（民事訴訟法第 400 條第 1 項規定參

照），對於訴訟標的法律關係的構成要件事實的判斷則無之，在不同的訴訟標的，法院得就不同的事實為不同判斷。因此，即使就同一事實，不同的訴訟有不同的判斷，也是不得已而須承認的事，尚難單純以法院間有不同的判斷為理由，提起再審之訴³。

四、當事人未盡審級救濟者，不得聲請解釋憲法，憲法訴訟法第59條第1項固有明文規定。然此所謂「盡審級救濟」者，乃指依現行訴訟制度得受審級救濟者而言，若當事人未為現行制度所未允許的救濟，即不得以當事人未盡審級救濟為理由，認其聲請解釋憲法為不合法，此為當然的解釋。就現行制度而言，對刑事確定判決聲請再審，均以法律所明文列舉的再審理由為限，若以非法律所明文列舉的事由聲請再審，其再審聲請為不合法，法院應以裁定駁回之。因此，不論從避免訴訟資源浪費或人民無益訴訟之禁止，客觀上均不能要求人民應先為「必受駁回」的再審聲請，再對駁回其聲請的裁定，走完抗告、再抗告等毫無意義的救濟程序，俟駁回再審聲請確定後，始得聲請解釋憲法。就本件而言，共同正犯有受軍事法院判決有罪確定，與受普通法院判決無罪確定歧異，並不屬於刑訴法所列舉得聲請再審

³ 應特別說明者，就民事事件而言，其他法院就所受理的不同案件，如果也必須針對同一事實為判斷時，是否必須為相同判斷，立法例上有不同模式，例如在我國及德、日等國，先後二法院均適用審判獨立及自由心證主義，因此不規定哪個法院所為的判斷較為正確或效力較強，只規定受理的法院得裁定停止程序，等待其他法院裁判結果，避免裁判矛盾（參閱後述）。相對的，在法國民法，就規定某一事實一旦經法院於終局判決（不必等到確定）中判斷，就「推定」該判斷的事實為真實（法國民法第1350條第3款規定參照，相關解說，請參閱拙著「第三人撤銷之訴——所謂有法律上利害關係之第三人」，刊載於月旦法學雜誌，第99期，2003年8月，收錄於拙著，民事訴訟之基本理論（二），第209頁以下），因此，如果在不同法院也要針對該事實為判斷，就必須提出反證，否則受理在後的法院，就必須以受理在前的法院所為判斷為準。採前者的立法例，可能造成先後二個法院判決就同一事實為歧異判斷。但歧異的判斷，至少可以擔保其中之一是正確的；採後者的立法例，可以達到同一事實為統一判斷的效果，但也可能發生二個判斷都符合歷史的真實，也可能都不符合歷史的真實。就像雞蛋是不是要同一籃子的問題一樣，如果能確保某個籃子絕對堅固，那都放在那個籃子，才是正確的，但如果不能確保，究竟要賭上一把，還是分散風險，就有考慮的餘地。

的事由，從而聲請人未聲請再審，即聲請大法官解釋以為救濟，難認其未盡審級救濟。又此等事由，依其性質應屬得否再審的問題，而非得否上訴的問題，故本判決依聲請人聲請解釋以為救濟的意旨，認為於此情形應准許聲請人聲請再審，尚不生訴外裁判的問題。

部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官 提出

壹、本件聲請案之原因事實大要及本件判決之意旨

本件判決之聲請人王先生於民國 86 年服義務役期間，休假中與其友人非現役軍人陳先生共騎機車外出，適高雄鳳山市發生機車搶劫案，被害人洪小姐騎機車被歹徒二人共騎機車後載下手搶奪其置放前置物籃內之皮包，洪小姐（及其後載之女兒）往前追趕歹徒，記下車號，警察循車號逮捕機車所有人即陳先生，經受害人指認王／陳二人為機車搶劫之犯者。因王先生為現役軍人適用軍事審判，經國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決有罪後，以判決違背法令為理由，向臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分院）提起上訴，被以違背法律程式為理由駁回確定，故本件聲請以前開國防部高等軍事法院高雄分院判決為確定終局判決（下稱軍事法院確判）。陳先生為平民身分，由普通法院審理。於 86 年 11 月經高雄地方法院判決有罪後循序上訴，最高法院撤銷有罪判決發回；高雄高分院更一審改判無罪後檢察官上訴，最高法院撤銷無罪判決發回；高雄高分院更二審以 92 年度上更（二）字第 236 號刑事判決無罪，檢察官上訴後經最高法院以上訴違背法律上程式為理由駁回而無罪確定，故以前開高雄高分院更二審判決為確定終局判決（下稱普通法院確判）。故被控共騎機車搶劫之二人，一人經軍事法院判決有罪確定，另一人經普通法院判決無罪確定。該二人被指控犯行相同，不同審判體系所審查之證據幾乎完全相同，卻產生有罪與無罪之截然不同之結果。聲請人王先生不服而聲請釋憲，主張 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項¹（系爭規定）規定經高等軍事法院判決有期徒刑者，僅得以判決違背法令為理由，向高等法院上訴為違憲。本院審

¹ 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項規定：「被告不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」（嗣 92 年 6 月 11 日修正公布時，除將「被告」修正為「當事人」外，其規範意旨相同。）。

查後認系爭規定尚未違憲，但認「聲請人自本判決送達之日起 30 日內，就國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。」本席支持本件判決並補充意見如下。

貳、本席之協同意見

一、本件判決理由列出軍事審判法及刑事訴訟法所無之「獨立之再審事由」

相同案情之共同被告，分別依軍事法院審判及普通法院審判而有不同之結果，應為社會通念所無法接受之裁判歧異。按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認與不同審判權終審法院之確定終局裁判適用同一法規範已表示之見解有異者，得聲請憲法法庭為統一見解之判決〔憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 84 條第 1 項規定參照〕。本件判決理由指出「如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序」（判決理由第 24 段）此理由雖未參照憲訴法第 84 條第 1 項，但法理相類似。祇是憲訴法第 84 條第 1 項是於不同審判體系間對法規範見解之歧異為統一見解，而本件判決則是於不同審判體系間事實認定之歧異建立獨立之再審事由。本判決宣告聲請人得就軍事法院確判向高雄高分院聲請再審，達到其聲請釋憲之目的。本件判決理由所稱獨立之再審理由，即非屬現行軍事審判法及刑事訴訟法所定得再審事由之範圍，故有新增此「獨立之再審事由」之必要。本席爰就此為補充。因本件原因案件發生迄今軍事審判

法及刑事訴訟法均有所修正，有必要就修法前後之再審規定一併予以比較討論。

二、88年修改之軍事審判法無法解決判決認定事實歧異之問題

民國86年之前有58位立法委員聯名聲請，認當時之軍事審判法有諸多違憲之處，最主要為以各級司令部或與其同等之軍事機關為軍事審判機關，並以國防部為最高軍事審判機關，將軍事審判權隸屬於國防行政權之下，使行政性質的軍事機關掌刑事司法權，違反法治國家的分權原則，並牴觸憲法第77條「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」之規定而造成諸多弊端，請求大法官作出以國防部為最高軍事審判機關乃違憲之解釋。依此聲請，司法院於86年10月3日公告釋字第436號解釋，解釋文包括「在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟」等內容，而要求有關機關於二年內修法。

為回應86年釋字第436號解釋之要求，軍事審判法於88年作大幅修正，包括修正公布系爭規定「被告不服高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者，得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴。」本件聲請人不服高等軍事法院確判，即曾依此項規定向高雄高分院提起上訴。該分院90年度軍上字第10號刑事判決駁回上訴之主要理由為「按證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權；苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論述其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其違法，而據為提起上訴之合法理由。」從而認為上訴理由皆係就原審判決已說明事項，或屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘為採證違反經驗法則、論理法則，自非適法之上訴理由，故以上訴違背法律上之程式為理由而予駁回。由上可知，以判決違背證據法則為由而聲請非常上訴者，通常被以事實審法院具自由裁量、判斷之職權而被駁回。而系爭規定限於高等軍事法院之判決「違背法令」為理由始能向高等法院提起上訴之限制之下，高

等法院並不再進行事實認定之審查。聲請人為以此乃聲請釋憲，主張系爭規定不許以事實錯誤為理由，向高等法院提起上訴，為限制過嚴而侵害人民之訴訟權、自由權、平等權等。本件判決並未宣示系爭規定違憲，而認其「尚難謂與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有違」，其主要理由為「關於審級救濟制度之規劃設計，包括各級法院間事實審及法律審之分野，原則上屬於立法形成範圍」。故本件判決並不要求修改系爭規定，而仍然維持不服高等軍事法院宣告有期徒刑之判決者，僅得以判決違背法令為理由，向高等法院提出上訴，從而如認高等軍事法院之判決認定事實有所違誤者，尚無從依該條項之規定向普通法院請求救濟。故在主要證據相同之共同正犯分別在軍事法院與普通法院認定事實歧異之情形尚無法依系爭規定向高等法院提起上訴而獲得救濟²。

三、因洪仲丘案於 102 年修改之軍事審判法亦無法解決判決認定事實歧異之問題

102 年 7 月發生義務役士兵洪仲丘於退伍前二天遭虐死事件後，舉國譁然、群情激憤，立法院於同年 8 月火速通過修改軍事審判法第 1 條、第 34 條及第 237 條，修正後第 1 條第 1 項規定：「現役軍人戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法追訴、處罰。」亦即軍人在平時觸犯相關之罪即不依軍事審判法審理，而係由普通法院依刑事訴訟法之程序審理，對被告之權益有較多程序上之保障。至於在 102 年 8 月 13 日修正公布之條文施行前，已依軍事審判法開始執行之案件（如本件聲請案之原因案件於 90 年 8 月高雄高分院駁回上訴確定已進入執行階段）之案件，則於同時修正公布之第 237 條第 1

² 釋字第 436 號解釋宣示在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟，在當時已有大法官提出協同意見書，認為「此種既承認軍事審判權係屬司法權之一，但又容許軍事機關仍得繼續行使，而普通法院所能為者，祇限於法律審而已，可謂『藕斷絲連，欲斷還留』」而表示不敢苟同（參見董翔飛大法官協同意見書）。其意見或認為普通法院對於軍事機關之判決僅得為法律審有所不足，亦應得為事實審。

項第2款規定如有再審或非常上訴之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審或非常上訴，亦即本件聲請人如符刑事訴訟法之規定，得聲請再審或非常上訴以為救濟。按確定判決違背法令者，其救濟程序為非常上訴，依系爭規定，經高等軍事法院判決有期徒刑者，得以判決違背法令為理由向高等法院上訴。聲請人已曾以軍事法院確判違背法令為理由提起上訴，而高雄高分院90年度軍上字第10號刑事判決業已以軍事法院確判未違背一般人日常生活經驗之定則或論理法則為由而駁回聲請人對軍事法院確判以違背法令為理由之上訴，已於前述。故聲請人再依非常上訴程序請求救濟，已無實益。至於本案是否可依現行再審規定獲得救濟，則應視刑事訴訟法再審之規定而定，於下節討論之。

四、刑事訴訟法再審之規定（第420條）於104年修法前後均未能解決判決認定事實歧異之問題

（一）104年2月4日修改刑事訴訟法之前，該法可作為本案再審可能之規定為第420條第1項第6款「因發現確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者」因普通法院無罪判決之確判對共同正犯於軍事法院受有罪判決確定者，並非可視為新證據，故無法依此規定提起再審。

（二）104年2月4日修改刑事訴訟法第420條第1項第6款並增訂第3項，該次修法有二個重點：

- 1、將原第6款規定改為「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」即將原條文「因發現確實之新證據」擴張為「因發現新事實或新證據」，增加發現「新事實」作為再審事由，並排除原規定「確實之」要件以降低聲請再審之門檻。
- 2、增加第3項規定以解釋何謂新事實新證據：「第1項第6款之新事實或新證據指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據」新增此項規定之主要理由

是因為在修法前法院之實務依據數件最高法院之判例，將原規定第 6 款之「新證據」解釋為「原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者」，而不包括判決時尚未存在，而於判決後始出現者。此實務上之見解被認為不當限制了人民提起再審之機會，因此於 104 年修法時特別制定第 3 項，使第 1 項第 6 款所規定之新事實或新證據，包括判決確定前已存在或成立未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據，進一步增加被告聲請再審之機會³。

然而於本案之情形，二位共同正犯被指控之犯罪行為相同，一位被告受軍事審判判決有罪確定後，另位共同正犯受普通法院判決無罪確定，該普通法院之無罪判決尚非當然可認係於軍事法院確判後始成立之新事實或新證據，且涉及個別法官之裁量，故仍不當然得依 104 年修正後之第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項之規定聲請再審。

因此，本件判決理由於前述列為獨立之再審事由時，特別指明不受刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款之要件之拘束，「方能避免冤抑，有效保障具軍人身分之受判決人之訴訟權，俾符法院應依

³ 104 年 2 月 4 日修正公布刑事訴訟法第 420 條，第 3 項修法理由包括：「四、鑒於現行實務受最高法院 35 年特抗字第 21 號判例、28 年抗字第 8 號判例；及 50 年台抗字第 104 號判例、49 年台抗字第 72 號判例、41 年台抗字第 1 號判例、40 年台抗字第 2 號判例及 32 年抗字第 113 號判例拘束，創設出『新規性』及『確實性』之要件，將本款規定解釋為『原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者』且必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。此所增加限制不僅毫無合理性，亦無必要，更對人民受憲法保障依循再審途徑推翻錯誤定罪判決之基本權利，增加法律所無之限制，而違法律保留原則。」

五、再審制度之目的既在發現真實並追求具體之公平正義，以調和法律之安定與真相之發見，自不得獨厚法安定性而忘卻正義之追求。上開判例創設之新規性、確實性要件，使錯誤定罪判決之受害者無從據事實審法院判決當時尚不存在或尚未發現之新證據聲請再審，顯已對受錯誤定罪之人循再審程序獲得救濟之權利，增加法律所無之限制。」

憲法正當法律程序原則公平審判之要求。」（判決理由第24段）

五、本判決處理之核心問題—軍事審判與司法審判各依自由心證認定事實歧異，有成為獨立再審事由之必要

（一）被指控之犯罪事實相同，依相同之證據，由軍事審判與普通法院審判，分別獲得有罪、無罪之截然不同之判決結果，應是對相同證據各依其自由心證所獲致之結果。此可分別由其確定終局判決之理由探究其就相同之證據所認定事實之基本差異

- 1、普通法院確判即臺灣高等法院高雄分院92年度上更（二）字第236號刑事判決於認定陳先生無罪之更二審判決理由指出「……當時復屬人車穿梭不絕之際，三人共騎一車追趕搶匪，乃有誤跟而與他車混淆錯誤之虞，是其記下之車號也不能排除錯誤之可能。」「此外，復查無其他確切證據證明上訴人陳○○有本件搶奪犯行，自屬不能證明被告陳○○犯罪」該判決主要心證認為告訴人所記下之車號及對行為人之指認有誤認之可能，又無其他確切之證據，即應為無罪之判決。
- 2、軍事法院確判之判決理由則對被告有利之可能性均加以排除，如「被害人洪○○就有關被搶和記住車牌之地點、是否曾看見陳○○長相而予以指認，及證人洪○○於何處記住車牌等之證詞，雖前後證述不一……況本案被害人皮包遭搶及追趕記住歹徒機車車牌號碼之時，均在機車向前行駛之動態情形下，自難謂有確切地點」「至證人……與警訊供述不同，惟查尚無事證足證，洪○○不利於上訴人之證詞，係受被害人暗示及誘導所為……」「……以渠等均久居該地區，及所搶得之財物皮包乙個、新台幣六千元、身分證、銀行存摺、提款卡、駕駛執照與項鍊等物自可方便藏匿、丟棄甚或交付他人等方式迅速處理，雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」，對於告訴人及證人前後證述不一致之情形並未考慮發生誤認之可能。
- 3、由相同之證據（主要為告訴人記下之車號及對行為者之指認）得出不同之事實判斷，在於審判基本態度之差異。軍事法院確判對

證據之論理，表面上言之成理，卻禁不起進一步檢證。該判決理由所稱「雖查無贓證，仍無法證明其未犯罪」堪稱經典之「有罪推定」心態之表露，亦即經告訴人指認後，被告必須證明自己無罪方能脫罪。至於「惟查尚無事證足證，洪○○不利於上訴人之證詞，係受被害人暗示及誘導所為」則課予被告必須證明證人受暗示或誘導之責任，而迴避了法官對於證人之證詞前後不一之種種可能性之探討，同屬隱藏在「有罪推定」心態下之論理話術，但卻難以違反證據法則為由加以推翻。

（二）綜上，於軍事審判與司法審判在主要證據相同時，卻有截然不同之判決結果之情形，基本上是因為二個審判體系採證及自由心證之歧異，且尚不當然得依目前（即 104 年修正後）刑事訴訟法之規定提起再審，亦難以期待依非常上訴獲得救濟，因此乃有由本判決於理由宣示此為新型態之再審理由並於主文宣示聲請人之個案得聲請再審以為救濟之必要。

六、不同意見部分：釋字第 436 號解釋應予補充

（一）本判決理由已列出獨立之再審理由，軍事審判法應依此作必要修正，故有補充司法院釋字第 436 號解釋之必要

本判決理由除指出「考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序……方能避免冤抑」（判決理由第 24 段）之外，另指出「相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得據此理由聲請再審，侵害軍人受憲法第 16 條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。」（判決理由第 25 段）判決理由既已明確指出此為獨立之再審理由，即非僅個案適用，而具有普遍適用之可能。故應修改相關法律即軍事審判法以納入此獨立之再審事由，始符本件判決理由之明確指示。

（二）本件判決理由所稱不生補充解釋釋字第 436 號解釋之說法，有

所誤解

按聲請人已聲請補充解釋釋字第436號解釋，而釋字第436號解釋應予補充，已於前述。然而本件判決理由未作此宣示，反而稱「因系爭解釋作成後，軍事審判法業經立法機關依系爭解釋意旨完成修法，故不生再就系爭解釋為補充解釋之問題。」就此本席無法同意，理由如下：按釋字第436號解釋係對86年之軍事審判法為解釋，該法於88年依釋字第436號解釋之要求而修正已如前述。此外，該法另於91、92、95、102、104及108年均分別修正，故本件判決所指之軍事審判法與釋字第436號解釋對象之軍事審判法條文內容已有很大差異，但仍為同一法律。如尚有與憲法意旨不符之處，但仍應修法。按釋字第436號解釋認（當時之）軍事審判法第11條、第133條第1項、第3項、第158條及其他不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟部分，與憲法保障人身自由、人民訴訟權及第77條（司法院為國家最高司法機關）之意旨不符，而限期修改。本件判決理由既然指出相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之被告得聲請再審，侵害軍人受憲法第16條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求尚有未符，即係就相關法律（即軍事審判法）為違憲宣告。本席認為於此範圍內，司法院釋字第436號解釋應予補充。所應補充者即為軍事審判法未就普通法院與軍事法院判決歧異之情形規定為獨立之再審事由而有違憲情事。

七、本件判決未處理之問題：軍事審判上訴審級不足之問題

就本件原因案件軍事法院確判及普通法院確判之認定事實之推論比較觀之，可以確認普通法院確判較諸軍事法院確判較能立於無罪推定之基礎，對於被告有利不利之諸種可能性較能加以注意，然而是否依此二份判決之差異即可推論普通法院之認定事實較軍事法院之認定事實較為可採，本席不認為可輕易作此推論。按陳先生於普通法院審理共經最高法院發回更審二次，計有七份判決書，其中對陳先生不利者（含有罪判決及撤銷無罪判決者）共3份，而對陳先生有利者（含無罪判決及撤銷有罪判決者）共4份，最後乃以無罪判決確定，

由此可見普通法院對陳先生是否有罪之見解亦曾有所反覆，最終判決無罪確定之主要原因應是最高法院二次發回更審，讓事實審之高等法院有機會就證據之認定詳為推敲，且就相關證據之考慮更為廣泛且周延，而最終為無罪判決確定。故為避免軍事審判造成冤抑者應增強其審級之保障而揚棄速審速決之觀念。以本案而言，王先生為士兵，故以地方軍事法院為初審案件管轄，可上訴至高等軍事法院（軍事審判法第 27、28 條規定參照），對高等軍事法院宣告有期徒刑之上訴判決者得以判決違背法令為理由，向高等法院提起上訴，對該高等法院之判決不得再上訴（軍事審判法第 181 條第 5 項及第 6 項規定參照），故於 86 年發生之搶案，王先生於 89 年 2 月受軍事法院判決有罪，90 年 3 月經高雄高分院駁回上訴即告確定，共歷 4 年，王先生沒有上訴至最高法院以受審查之機會。至於陳先生受司法審判於 86 年 11 月第一審判決有罪，經上訴後最高法院二次發回更審，迄 93 年 3 月最高法院駁回檢察官上訴而確定，共歷時 7 年。二者比較，更可見王先生之有罪判決就是軍事審判速審速決下之產物。依目前之規定，尉官、士官及其同等軍人犯罪而受有期徒刑之判決者，均有相同審級保障不足之情形（軍事審判法第 27、28 條規定參照）⁴，有應一併檢討改進之必要。

八、判決理由伍「併此敘明」之原因

就前述憲訴法第 84 條第 1 項規定不同審判權之終審法院見解有異時，得聲請憲法法院為統一見解，於同條第 2 項規定，前項情形如人民得依法定程序聲明不服者，不得聲請。依相同法理，本判決於作成聲請人得就軍事法院確判聲請再審之諭知，自係以本件聲請人（或相同狀況下之其他被告）依現行再審之規定尚無從聲請再審之情況而言。然而本件聲請案之原因案件就軍事法院與普通法院判決之歧異，究竟是否符合「獨立之再審事由」前提之「主要證據相同」或是普通

⁴ 至於受死刑或無期徒刑之上訴判決，原上訴軍事法院應依職權逕送最高法院審判並通知當事人（軍事審判法第 181 條第 2 項）。

法院與軍事法院審理之主要證據尚有所不同，然聲請人得依普通法院確判已審酌而軍事法院確判尚未及審酌之證據作為「新事實」或「新證據」以聲請再審，二者均有可能，但究非本院之審理範圍，故本件判決於併此指明部分指出如符合刑事訴訟法第420條之再審事由時，當事人本得依該條規定聲請再審。至於聲請事由符合「獨立之再審事由」或是符合現行再審之規定，此屬再審法院之審理權限。

九、嚴刑峻罰、速審速決較能整飭軍紀提升戰力？

近年來台海情勢趨緊張，國內亦有主張應恢復軍事審判體系，始足整飭軍紀、提升戰力之聲音。就此論點本席深不以為然。本席認為軍人戰力的泉源在於瞭解為何而戰，因此產生之意志與決心，我國軍人所護衛的是人民千辛萬苦建立之自由民主憲政體制。該體制尊重人性尊嚴並保障人民享有各種自由權及其他基本權等。在此普世價值之下，軍人的基本權應受憲法之保障，始能建立軍人之認同與向心力。訴諸嚴刑峻罰、速審速決乃專制統治者以軍人為工具之作法，祇有短暫的威嚇效果，而非自由民主憲政國家對待軍人應有的政策。

部分不同意見書

吳陳銀大法官 提出

贊成多數意見認定中華民國 88 年 10 月 2 日修正公布之軍事審判法第 181 條第 5 項規定，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨無違之部分。但多數意見另諭知聲請人得就原因案件確定終局裁判聲請再審，則違反憲法訴訟法第 92 條第 1 項規定及解釋先例，並牴觸憲法第 80 條「法官依據法律獨立審判，不受任何干涉」之規定，難以贊同。

一、多數意見諭知聲請人得就原因案件確定終局裁判聲請再審之理由

多數意見諭知：「同一事實是否成立犯罪，客觀而言，不可能既成立又不成立，致有罪、無罪兩歧併立。若主要之證據相同，竟生普通法院與軍事法院判決犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者，本與事物本質不符，而非一般國民法感情所能接受。又審判獨立（憲法第 80 條、軍事審判法第 152 條等規定參照），法有明文；與事實認定相關之證據之證明力，於不違反經驗法則及論理法則下，由法院本於確信自由判斷（刑事訴訟法第 155 條第 1 項、軍事審判法第 117 條規定等參照），是單就法規範言，固無從判斷上述情形，屬不同審判體系之普通法院判決與軍事法院判決各自所為之事實認定，何者必然較為正確。然如上所述，倘客觀上事實只有一個，同一事實犯罪之有或無，不可能兩者併立。如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序，不

受刑事訴訟法第420條第1項第6款仍須符合『因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪……之判決者』之要件之拘束，方能避免冤抑，有效保障具軍人身分之受判決人之訴訟權，俾符法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求。是共同正犯之數人分別繫屬於普通法院及軍事法院審判，就同一犯罪事實有無，分別受普通法院無罪判決及軍事法院有罪判決確定者，若其主要之證據相同，受軍事法院判決有罪之受判決人，自得以此為再審事由，聲請再審。相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得據此理由聲請再審，侵害軍人受憲法第16條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。」（判決理由第24、25段）

二、不贊同之理由

（一）多數意見實質上係就於憲法訴訟法修正施行前已送達而未援用大法庭法律見解之確定終局裁判為裁判憲法審查

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。」憲法訴訟法第59條第1項固定有明文。但聲請人所受之確定終局裁判於憲法訴訟法修正施行前已送達者，除在憲法訴訟法修正施行前已援用大法庭法律見解之裁判，得於憲法訴訟法修正施行後六個月內聲請裁判憲法審查外，不得聲請裁判憲法審查，憲法訴訟法第92條第1項亦著有明文。

查本件原因案件，聲請人所受最後事實審之國防部高等軍事法院高雄分院90年高判字第015號判決及法律審駁回聲請人上訴確定之臺灣高等法院高雄分院90年度軍上字第10號刑事判決，均已於憲法訴訟法修正施行前送達於聲請人，該確定終局判決復未援用大法庭之法律見解，於憲法訴訟法修正施行後，憲法法庭自無從為宣告該裁判違憲之判決。多數意見實質上認定本件原因案件聲請人所受之最後事實審裁判違憲，宣告聲請人自本判決送達之日起30日內，得依本判決意旨聲請再審，違反憲法訴訟法第92條第1項規定，難以贊

同。

（二）本件判決既宣告法規範合憲，卻又宣告聲請人得就原因案件確定終局裁判聲請再審，與司法院解釋先例有違

按「本院釋字第一七七號及第一八五號解釋在使有利於聲請人之解釋，得作為據以聲請釋憲之原因案件（下稱原因案件）再審或非常上訴之理由。……本院解釋憲法宣告法令違憲並應失效者，使聲請人得依據該解釋請求再審或由檢察總長提起非常上訴等法定程序，以對其原因案件循求個案救濟，係在保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。」「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力（本院釋字第 177 號及第 185 號解釋參照）。原因案件之聲請人，自解釋公布之日起，即得據有利之解釋，依法行使其權利，以保障釋憲聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻（本院釋字第 725 號及第 741 號解釋參照）。」業經司法院釋字第 741 號及第 757 號解釋分別釋明在案。是依司法院解釋憲法之先例，於憲法訴訟法修正施行前，必法規範經宣告違憲，始得依據該宣告法令違憲之解釋，以再審或非常上訴等法定程序，就原因案件循求個案救濟。

查本件判決既宣告法規範合憲，則依司法院解釋先例，即無允許聲請人就原因案件所受之確定終局裁判聲請再審之理。多數意見竟宣告聲請人自本判決送達之日起 30 日內，得依本判決意旨就原因案件聲請再審，與司法院解釋先例有違，難以贊同。

（三）多數意見就聲請人得就原因案件確定終局裁判聲請再審之論理前後彼此矛盾

多數意見既謂：「同一事實是否成立犯罪，客觀而言，不可能既成立又不成立，致有罪、無罪兩歧併立。若主要之證據相同，竟生普通法院與軍事法院判決犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定者……。又審判獨立（憲法第 80 條、軍事審判法第 152 條等規定參照），法有明文；與事實認定相關之證據之證明力，於不違反經驗法則及論理法則下，由法院本於確信自由判斷（刑事訴訟法第 155 條第 1 項、軍事審判法第 117 條規定等參照），是單

就法規範言，固無從判斷上述情形，屬不同審判體系之普通法院判決與軍事法院判決各自所為之事實認定，何者必然較為正確。」卻又謂：「如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，應許受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審……」其前後論述彼此矛盾，無從得出原因案件聲請人所受之最後事實審裁判違憲，聲請人得聲請再審之結論。

（四）多數意見認原因案件聲請人所受之最後事實審裁判違憲，聲請人得聲請再審，牴觸憲法第 80 條「法官須依據法律獨立審判，不受任何干涉」之規定，亦與司法院解釋先例有違

按「法官須依據法律獨立審判，不受任何干涉。」「法官應依據憲法及法律，本於良心，超然、獨立、公正審判，不受任何干涉。（第 1 項）法官應遵守法官倫理規範，其內容由司法院徵詢全國法官代表意見定之。（第 2 項）」為憲法第 80 條及法官法第 13 條所明定。次按依法官法第 13 條第 2 項規定訂定之法官倫理規範，其第 2 條復規定「法官應本於良心，依據憲法及法律，超然、獨立從事審判及其他司法職務，不受任何干涉，不因家庭、社會、政治、經濟或其他利害關係，或可能遭公眾批評議論而受影響。」另按「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」，業經司法院釋字第 436 號解釋釋明在案。「軍事法院獨立行使審判權，不受任何干涉。」復為軍事審判法第 152 條所明定。則是否「非一般國民法感情所能接受」，即不能納入法官或軍事法院個案審判之考量因素，否則即違反憲法、法官法、軍事審判法與法官倫理規範上開法官與軍事法院依據憲法及

法律獨立審判之規定。

多數意見竟以原因案件之確定判決「非一般國民法感情所能接受」，而諭知得聲請再審，違反憲法、法官法、軍事審判法與法官倫理規範上開法官與軍事法院依據憲法及法律獨立審判之規定，已難贊同。

再按，「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」「證據之證明力，由軍事法院自由判斷之。」分別為刑事訴訟法第 155 條第 1 項及軍事審判法第 117 條第 1 項所明定，此即所謂之自由心證主義。而審理事實之普通法院刑事庭或軍事法院，應自行調查並自由判斷取捨證據，以為事實之判斷，不受其他共犯另案確定判決之拘束，即普通法院刑事庭或軍事法院為與另案相異之判決，並非法所不許，此為上揭憲法、法官法與軍事審判法規定法官與軍事法院依據法律獨立審判及刑事訴訟法與軍事審判法規定自由心證主義適用之當然結果。

多數意見竟以普通法院與軍事法院判決犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定，認定判決被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處，而得為獨立之再審事由，應許受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審，違反憲法、法官法、軍事審判法與法官倫理規範上開法官與軍事法院依據法律獨立審判及刑事訴訟法與軍事審判法自由心證之規定，亦難以贊同。

部分不同意見書

林俊益大法官 提出

張瓊文大法官 加入

蔡宗珍大法官 加入

壹、前言

本判決主文有3項，第1項宣告軍事審判法（下稱軍審法）第181條第5項規定，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨尚屬無違；第3項宣告其餘聲請不受理。本席對此2項結論，敬表贊同。至於判決主文第2項有關個案救濟之諭知，礙難贊同，爰提出部分不同意見書。

本判決主文第2項個案救濟之諭知，其爭議如下：①該個案救濟之諭知，是否為訴外裁判？②本件聲請人從未向任何法院聲請再審，更從未遭法院裁定駁回，聲請人從未援引現行法制下之再審制度，包括軍審法第五編再審規定及根據軍審法第237條第1項第2款但書規定，適用刑事訴訟法（下稱刑訴法）有關再審規定等所設之救濟途徑，如何認定此等救濟途徑不符憲法正當法律程序原則公平審判之要求？又如何認定再審事由之相關法律規範不足？③本判決依憑如何之憲法要求，認立法者有義務創設獨立再審事由？茲釐清爭議並論證說明如下。

貳、本件釋憲聲請應否受理之爭議

本件釋憲聲請案，從決定是否受理之初起，即爭論不休，為釐清本件釋憲聲請應受否受理之爭議，自有必要略述本件爭議之所在。

本件聲請人甲於86年間，為現役軍人，因涉犯與非現役軍人乙共騎機車搶奪同向行進中由A駕駛載同其6歲女兒B皮包之罪嫌，案經警察局調查後，分別移送軍法與司法機關偵查起訴。就非現役軍人乙部分，乙經一審法院（86.11.21.判決）及二審臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分院87.6.24.判決）判處共同搶奪罪刑之後，軍事法院一審及二審乃調閱法院一、二審全部卷證，軍法一審於89.2.2.判處被告甲共同搶奪罪刑，軍法二審即國防部高等軍事法院高雄分院

（下稱軍高院）於 89.12.1. 辯論終結，90.3.12. 判決，撤銷一審判決，仍改判甲共同搶奪罪刑。因軍高院確有調閱法院一、二審全部卷證資料進行調查及辯論，至此為止，尚可謂：軍高院的二審判決與高雄高分院二審判決，二者間，認定被告甲、乙犯共同搶奪犯行為有罪之「主要之證據相同」，就此而言，尚屬正確！

然此後，峰迴路轉，軍法判決與司法判決的最後結論，迥不相同。軍高院的二審判決後，被告甲依軍審法第 181 條第 5 項規定（下稱系爭規定），以判決違背法令為由而上訴於高雄高分院，經以上訴不合法而駁回確定（有罪確定）。反之，高雄高分院的二審判決，被告乙上訴於最高法院，經撤銷原判決，發回更審，從此開啓翻轉人生不同命運的審判歷程。高雄高分院更一審經過周詳審慎的審理，找到一、二審所未調查審酌的 4 項重要關鍵證據¹，於 90.2.27. 撤銷一審有罪判決，改判乙無罪。嗣雖經檢察官上訴於最高法院，撤銷發回更審，惟高雄高分院更二審判決，再找到一、二審所未調查審酌的 1 項重要關鍵證據，再度判決乙無罪，嗣檢察官上訴於最高法院，遭上訴駁回而告確定（無罪確定）。至此，軍高院二審判決甲有罪與高雄高

¹ 重要觀念的關鍵判決有二如下：

- (1) 關於指認正確性：最高法院 110 年度台上字第 1899 號刑事判決指出：「犯罪現場整體環境及動態狀況之客觀條件，與能否提供目擊者於事後調查時，對加害人為明確之指認，存有重要關係，倘該等案發時之客觀因素，依一般生活經驗，可認不能或不易提供目擊者對特定加害人足以清晰為人臉或其他特徵辨認之良好條件，縱日後再依當面或提供照片之方式指認，亦難期待僅憑記憶或照片清晰度為正確無誤之指認。」
- (2) 關於被害人之指訴須無瑕疵可指且有補強證據可佐：最高法院 98 年度台上字第 107 號刑事判決：「被害人就被害經過所為之陳述，其目的在於使被告受刑事訴追處罰，與被告處於絕對相反之立場，其陳述或不免渲染、誇大。是被害人縱立於證人地位具結而為指證、陳述，其供述證據之證明力仍較與被告無利害關係之一般證人之陳述為薄弱。從而，被害人就被害經過之陳述，除須無瑕疵可指，且須就其他方面調查又與事實相符，亦即仍應調查其他補強證據以擔保其指證、陳述確有相當之真實性，而為通常一般人均不致有所懷疑者，始得採為論罪科刑之依據，非謂被害人已踐行人證之調查程序，即得逕以其指證、陳述作為有罪判決之唯一證據。」

分院更一審及更二審判決乙無罪，二者「主要之證據」顯不相同至明！

本件聲請人甲因此質疑司法院釋字第436號解釋（下稱系爭解釋）與系爭規定違憲，而向本庭聲請釋憲。

大法官之間就應否受理本件釋憲聲請有著極為不同的看法。**主張應受理者**，認系爭規定明定以高等法院為法律審之設計，違反憲法第7條、第8條及第16條而違憲，故本件釋憲聲請應受理之。反之，**主張應不受理者**，認系爭規定係依系爭解釋意旨而於88年10月2日修正公布，尚難認有何違憲之處；況如何設計法律審之內容，亦為立法形成自由之範疇，有司法院釋字第302號解釋可資參照。至於軍法判決共犯有罪，司法判決另一共犯無罪，此乃證據取捨、事實認定、法律適用有無違誤之問題，並非法規範有無違憲之問題。退萬步言，如係事實認定錯誤之問題，亦屬於再審救濟之問題。現行法制下之再審新制，包括軍審法第五編再審規定及根據軍審法第237條第1項第2款但書規定，適用刑訴法第420條第1項第6款新事實或新證據（下稱新事證）再審規定（下稱新事證再審事由），業有周詳的救濟途徑。更重要的是，本件聲請人從未向法院聲請再審，更未以再審事由規範不足為由而聲請釋憲，故本件釋憲聲請應不受理。

主張應受理者繼而主張，如前所述，軍高院業經調閱法院一、二審卷證資料，軍法判決既已調查審酌法院一、二審判決卷內的重要證據資料，二者間「主要之證據相同」，不可能還會有新事證。縱或有新事證，依司法院的再審統計資料，聲請法院裁定開啟再審的成功率偏低，本件縱依新事證再審事由聲請，法院也難以裁定准予開啟再審。同一客觀事實，主要之證據相同，軍法判決共犯有罪，司法判決另一共犯無罪，非一般國民法感情所能接受，司法判決另一共犯無罪之確定判決，應可憑以認為軍法判決之事實認定正確性，有合理懷疑之處，基於軍事審判的特別程序性質，一定要創設獨立再審事由。憲法法庭因此項主張得到過半數的支持而決定受理。

本席認為，依最高法院通說見解之未判斷資料性而觀，上開主

張應受理者之推論前提事實，似有誤會，殊值澄清。因前述高雄高分院 90.2.27. 更一審及 92.12.17 更二審全部卷宗及證據資料，皆為軍高院 89.12.1. 辯論終結前，所未曾調查、審酌或進行實質證據價值判斷之證據，依最高法院通說見解，此等證據皆係符合新事證再審事由之新事證，何其多的新事證，為何會被認為沒有新事證（詳如後述）？何況實務上最高法院 108 年度台上字第 1376 號刑事判決（下稱**有罪共犯再審成功案**）所判示者，即係共同正犯受有罪判決之受判決人聲請再審成功之案例。該案例 C、D 二人共同犯罪，被告 C 先經法院判決有罪確定後，被告 D 因逃亡通緝歸案而由另一審判庭判決無罪確定，受判決人 C 乃以被告 D 案內的所有具未判斷資料性之新事證，據以聲請再審，經法院裁定准予再審而改判無罪確定之成功案例，應可證明新事證再審事由，確實可行！

論證至此，主張創設獨立再審事由之前提事實，業已動搖，且本件是否創設獨立再審事由，存有諸多疑點，且因未經徵詢主管機關的意見，更未召開說明會或舉行言詞辯論，邀請學者專家提供鑑定意見釐清疑慮，實在令人難安。鑑於憲法法庭判決的見解應具正確性及穩妥性，不宜躁進，創設獨立再審事由之見解，難以形成多數意見，而無法於本判決主文中宣告為一項憲法原則，僅留存於判決理由內論述，如同在土地埋下一粒種籽，視以後的學說發展而定，如能形成主流意見，立法者自得增訂於相關法律之中，如負面意見過多，則胎死腹中，就此打住！此一峰迴路轉的驚險歷程，委實不易！

參、判決主文第 2 項個案救濟之諭知，係訴外裁判？

首先，我們來討論本判決主文第 2 項個案救濟之諭知，是否為訴外裁判？

誠如本判決理由「貳、受理依據」（判決理由【6】參照）所述：「按人民聲請解釋憲法，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，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。」（判決理由【8】參照），或依憲

法訴訟法（下稱憲訴法）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。」任何人均得以理解，憲法法庭就法規範之憲法審查，依法應以該法規範經人民依法定程序用盡審級救濟之確定終局裁判所適用者為前提。

經查：本件釋憲聲請案，聲請人先後提出釋憲聲請書及補充理由書，聲請意旨記載略以：「一、原確定判決所適用之軍審法第 181 條第 5 項之規定，牴觸憲法第 7 條平等權之保障，應違憲；二、又牴觸憲法第 8 條人身自由之保障，應違憲；三、又牴觸憲法第 16 條訴訟權之保障，應違憲；四、又牴觸公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約」及「一、現行軍事審判制度違反憲法第 77 條之規定。二、現行軍事審判制度嚴重違反平等原則」等語。

詳析本件釋憲聲請意旨，聲請人就本判決主文第 2 項所示之國防部高等軍事法院高雄分院 90 年高判字第 015 號確定終局有罪判決，從未向任何法院聲請再審，當然沒有法院駁回聲請再審之裁定，更無經抗告法院駁回抗告之確定終局裁定，既無任何確定終局裁定，當然也沒有確定終局裁判所適用之再審法規範是否違憲的問題，更沒有再審法規範是否規範不足之問題。試問：聲請人客觀上未具體敘明何一關於再審法規範有如何違憲之理由，依大審法或憲訴法規定，憲法法庭如何憑空進行憲法審查？

本判決理由稱：「**相關法律未賦予受軍事法院有罪判決之受判決人，得據此理由聲請再審，侵害軍人受憲法第 16 條保障之訴訟權，與法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求，尚有未符。**」（判決理由【25】參照）試問：本件聲請人從未向任何法院聲請再審，法院也從來沒有裁定駁回其聲請，究竟如何侵害其受憲法第 16 條保障之訴訟權？法院從來沒有機會審查再審的聲請，如何認定法院沒有依憲法正當法律程序原則公平審判？又如何認定再審事由之相關法律是否規範不足？

綜上，本件聲請人並未就某項法規範未設獨立再審事由違憲而

聲請釋憲，基於無請求即無裁判之司法被動原則，本判決主文第 2 項個案救濟之諭知，為訴外裁判。

肆、再審事由之規範，屬立法形成自由之範疇？

其次我們再來討論，創設獨立再審事由之規範，究係立法形成自由之範疇，或係憲法保障訴訟權之核心內容？

本判決於「據以審查之憲法權利及審查原則」（判決理由【14】參照）項下，首先指出本判決據以審查之憲法權利係憲法第 16 條保障之訴訟權，憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保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，法院並應依憲法正當法律程序原則公平審判。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護（司法院釋字第 418 號、第 653 號、第 742 號、第 752 號解釋參照）。軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。又憲法第 9 條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為因得設軍事審判之特別訴訟程序，惟其發動與運作，必須符合憲法正當法律程序之最低要求（系爭解釋參照）。（判決理由【15】參照）。至此，本判決理由所論，均為司法院解釋先例闡釋憲法第 16 條訴訟權保障之內容，強調訴訟權之有效保障。

在上開訴訟權之有效保障要求之脈絡下，本判決理由繼而指出本判決之審查原則為：「是就針對共同正犯中之軍人部分行此特別程序，與另由屬不同法院體系之普通法院針對共同正犯中之非軍人部分依刑訴法規定審判之程序。除就軍事法院判決違背法令部分，得循上訴於普通法院救濟（系爭解釋及軍審法第 181 條規定參照）外，二者間，就主要之證據相同而有無犯罪之事實認定如不相伴，受有罪確定判決之軍人亦應有救濟途徑，且其救濟途徑應符合憲法正當法律程序原則公平審判之要求。」（判決理由【17】參照）。

所謂「主要之證據相同而有無犯罪之事實認定如不相伴」的論述，從「受有罪判決確定之軍人」一詞推之，本判決之審查原則，似

係指判決確定後，如有事實認定之瑕疵，受有罪確定判決之軍人，亦應有符合憲法正當法律程序原則公平審判之再審救濟途徑。

茲生疑問者，所謂受有罪確定判決之軍人，亦「應有」符合憲法正當法律程序原則公平審判之「再審救濟」途徑，是屬於憲法訴訟權保障之核心嗎？有鑑於此，本席乃耙梳司法院解釋先例所建構憲法第16條訴訟權保障之重要內容如下：

一、有權利即有救濟之憲法原則

基於有權利即有救濟之憲法原則，司法院諸多解釋先例均釋示：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（司法院釋字第418號解釋參照）。基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第396號、第574號、第653及第752號解釋參照）。

二、初次受有罪判決者，至少應有一次上訴救濟之機會

人民初次受有罪判決，其人身、財產等權利亦可能因而遭受不利益。為有效保障人民訴訟權，避免錯誤或冤抑，依前開司法院解釋意旨，至少應予一次上訴救濟之機會，亦屬訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第752號解釋參照）。

至於第一審判決被告有罪、上訴於第二審，仍判決有罪，修正前刑訴法第376條規定不得上訴於第三審法院，此乃審級救濟程序，為立法形成自由（司法院釋字第752號解釋參照）。

三、審級救濟制度，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容

判決確定前之審級救濟，是三級二審或三級三審，為立法形成自由。縱或上訴第三審上訴理由予以限制為「判決違背法令」，亦合

於憲法的要求（司法院釋字第 302 號²及第 442 號³解釋參照）。審級制度為訴訟程序之一環，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第 396 號、第 442 號、第 512 號及第 574 號解釋參照）。

關於再審⁴制度之設置，司法院釋字第 442 號解釋更明白釋示：「訴訟法上之再審，乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之認定事實錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，要不免與確定判決安定性之要求相違。因之，對於確定判決應否設有再審此一程序，當不能一概而論，而應視各種權利之具體內涵暨訴訟案件本身之性質予以決定，此則屬於立法機關自由形成之範疇；倘其所為之限制合乎該權利維護之目的，並具備必要性者，即不得謂其係侵害憲法所保障之訴訟權。」由此可知，應否設置再審制度，係立法形成自由之範疇，再審事由之設定，更屬立法形成自由之範疇。

綜上，依前揭司法院解釋先例可知，訴訟制度，乃立法形成之範疇，採寬鬆審查，訴訟制度之設計，難認為違憲。再審制度及再審事由之例外允許，更是立法形成自由，基於同一憲法法理，亦難認未設何等再審事由，必定違憲。縱或係本庭 112 年憲判字第 2 號判決，

² 司法院釋字第 302 號解釋理由如下：憲法第 16 條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定為法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定。刑訴法第 377 條規定：「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之」。其限制第三審上訴之理由，即係基於上述意旨，為增進公共利益所必要，並未逾越立法裁量範圍，為憲法第 23 條之所許，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨並無牴觸。

³ 司法院釋字第 442 號解釋理由如下：憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律為合理之規定。

⁴ 司法院釋字第 154 號解釋釋示，認再審權為憲法所保障訴訟權之範圍，得依憲法第 23 條之規定以法律限制之。司法院釋字第 393 號解釋更釋示：「再審係對確定裁判之非常救濟程序，影響法秩序之安定，故對其提起要件，應有所限制。」

亦係在再審事由係屬於立法形成自由之範疇下，依憲法第7條保障平等權進行憲法審查，而非依憲法第16條保障訴訟權進行審查，此觀該判決「審查原則及所涉憲法上之權利」（判決理由【16】參照），僅援引憲法第7條而未援引第16條自明，是司法院解釋先例就訴訟制度、審級制度、再審制度或再審事由之建構設計，認屬立法形成自由範疇之態度，迄今未變！但本件判決於特殊情形下，強調訴訟權之有效保障，認受有罪確定判決之軍人，亦「應有」符合憲法正當法律程序原則公平審判之「再審救濟」途徑！

伍、現行法制下新事證再審事由是否規範不足？

第三，我們來討論，縱如本判決理由所稱「亦應有救濟途徑，且其救濟途徑應符憲法正當法律程序原則公平審判之要求」係憲法的要求，試問：現行法制下新事證再審事由所設之救濟途徑，難道不符憲法正當法律程序原則公平審判之要求嗎？茲分析如下：

- 一、立法者為使現役軍人依軍審法所定審判程序受有罪判決確定之受判決人，於判決確定後有救濟途徑，特於軍審法第五編設有再審制度之規定（第218條至第224條規定參照）。立法者為求周全，更於軍審法第225條規定：「刑訴法關於再審之規定，與本編不相牴觸者準用之。」與非現役軍人依刑訴法享有之再審制度保障，完全相同。
- 二、102年8月13日修正公布軍審法，第1條第2項規定，將現役軍人非戰時犯罪，均改由法院依刑訴法追訴、處罰後，之前依軍審法所定程序判決有罪確定之受判決人之再審救濟途徑，應如何進行？軍審法第237條第1項第2款但書特別規定：「有再審……之事由者，得依刑訴法聲請再審……」至此，現役軍人就依軍審法受有罪判決之受判決人，與非現役軍人受有罪判決之受判決人之再審救濟途徑，均屬相同，並無任何差異可言！
- 三、嗣司法院為健全刑事再審制度，先於104年2月4日修正公布刑訴法，修正第420條第1項第6款規定為：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……

六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪……之判決者。」及增訂第 3 項規定：「第 1 項第 6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」其中第 6 款所稱「新事實或新證據」，依最高法院通說見解，係以是否具未判斷資料性而定其「新規性」之要件，舉凡法院未經發現而不及調查審酌者，不論該事實或證據之成立或存在，係在判決確定之前或之後，甚且法院已發現，但就其實質之證據價值未加以判斷者，均具有「新規性」，大幅放寬聲請再審新證據之範圍，射程亦包括證據方法及證據資料。此外，尚放寬是否裁定開啟再審之審查判斷方法，採取單獨判斷法，或與先前之證據綜合判斷，如有「可能」足以動搖原確定判決所認定事實而應為無罪之判決者，即應裁定准予開啟再審程序。憲法法庭 111 年憲判字第 2 號判決⁵，更據修正理由而再度強調修法目的在降低聲請再審之門檻。

四、嗣立法者為使受判決人易於聲請再審，更於 109 年 1 月 8 日修正公布刑訴法第 429 條、第 433 條及第 434 條，並增訂第 429 條之 1、第 429 條之 2、第 429 條之 3 等規定，俾利有罪判決之受判決人得易於聲請再審，使再審制度更容易為人民所利用。

綜上分析可知，本席認為，軍審法第五編本有完整的再審救濟途徑，再加上刑訴法二次再審制度之修正改革，應可為現役軍人受有

⁵ 憲法法庭 112 年憲判字第 2 號判決理由釋示：104 年 2 月 4 日修正公布刑事訴訟法時，立法者基於過去法院實務上，「將本款規定解釋為必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決『無合理可疑的確切心證』，始足當之」（立法院公報第 104 卷第 11 期院會紀錄第 271 頁參照）之理由而將原有條文中「因發現『確實』之新證據」之確實二字刪除，放寬聲請再審之要件。從「發現『確實』之新證據……足認」修正為「發現新事實或新證據……足認」之修法過程而觀，對法條文字雖無重大更動，但結合修法將「確實」二字刪除之立法意旨可知，再審制度之目的已有實質上之調整，修法目的期許降低聲請再審之門檻，揚棄確信無誤確切心證之嚴苛限制，而改以可能獲致其他有利判決結果之可能性標準，放寬聲請再審之門檻，以避免冤獄。

罪確定判決之受判決人，提供如本判決理由所稱「符合憲法正當法律程序原則公平審判要求之救濟途徑」。

陸、新事證再審事由，確能提供本案更多新事證

第四，法制面上既有完備的再審救濟途徑，我們再來檢視實務情形，就本件釋憲聲請之原因案件，能否提供更多新事證而符合新事證再審事由之要求？茲說明如下：

一、就發現新事證言

事實上，本件釋憲聲請人對軍高院二審確定終局判決，從未向任何法院聲請再審，當然亦不生法院裁定駁回聲請人再審聲請之問題，本件聲請再審是否困難，不得而知。是以尚難認為：依新事證再審事由聲請再審，要件相當嚴格，獲得法院認可，並非易事云云！

本席認為，就同一事實、主要之證據相同，軍法判決共犯有罪，司法判決另一共犯無罪，就事理本質的發展情形觀之，通常情形，軍法判決共犯有罪在先，司法判決另一共犯無罪在後，司法判決另一共犯無罪之關鍵證據，通常情形在軍事法院事實審辯論終結前均未經調查、斟酌或進行實質證據價值之判斷。

例如，本案軍高院二審於89.12.1.辯論終結，90.3.12.判決之後，高雄高分院更一審90.2.27.判決及更二審92.12.17.判決非現役軍人無罪之關鍵證據，都是軍高院二審辯論終結前所未調查、斟酌或進行實質證據價值判斷之證據，依最高法院通說見解⁶，此等證據，均係符合刑訴法第420條第1項第6款規定之新事證，如此為數頗多的新事證，就是得以聲請再審說服法官的最佳憑藉！

二、就有罪共犯聲請再審成功案例言

司法院統計處所提供之再審成功率統計資料，係以所有聲請再審之案件為分母，再審成功的案件為分子，所得成功率當然偏低。因

⁶ 最高法院112年度台抗字第170號刑事裁定及111年度台抗字第1565號刑事裁定：首應確認其所憑事證具體內容，針對相關事實或證據是否具有「新規性」先予審查，必須至少有一具有未經原確定判決就其實質之證據價值加以判斷之「新規性」，方能續為「確實性」之審查。

為聲請再審之事由，各式各樣，不一而足，與本案共犯二人，一判決有罪，一判決無罪的情形自有不同，自然不能以司法院有關再審成功率偏低而否定新事證再審事由成功之可能性，而應另以相同情形（即共犯二人，一判決有罪確定，另一判決無罪確定，聲請再審）的案例作對照，才是正確的比照法。

事實上，如前所述，實務上有**罪共犯再審成功案**之最高法院 108 年度台上字第 1376 號刑事判決所揭示者，即係類似情形聲請再審成功之案例。該案例被告 C、D 二人共同犯罪，被告 C 先經法院判決有罪確定後，被告 D 因逃亡通緝歸案而由另一審判庭判決無罪確定，受判決人 C 乃以被告 D 案內的所有具未判斷資料性之新事證，據以聲請再審，確實經法院裁定准予再審而改判無罪確定之成功案例，可資參酌援引。此一成功案例，就是新事證再審事由得被援引之最佳證明。

三、就法院得以裁定開啟再審言

如前所述，高雄高分院更一審及更二審之審判，判決非現役軍人乙無罪，係依嚴格證明法則進行實質審理而為被告乙無罪之諭知。反觀，法院決定是否裁定准予再審之審查程序，則是採自由證明法則進行。試問：採嚴格證明法則所進行之審判程序，都可以判決被告無罪，依舉重以明輕之法理，採自由證明法則進行之再審審查程序，豈不更容易形成准予裁定開啟再審之心證！此項嚴格證明法則與自由證明法則之比較，就是得以說服法院裁定准予開啟再審之最佳論證！

四、就不符「主要之證據相同」要件言

司法判決另一共犯無罪之重要關鍵證據，均為軍法判決共犯有罪之事實審言詞辯論終結前所未調查、斟酌或進行實質證據價值判斷之證據，此際軍法判決共犯有罪與司法判決另一共犯無罪之情形，自不符合「二者主要之證據相同」之要件。假如受理再審聲請之法官⁷，亦認為**主要之證據不同**，本判決理由所創設之獨立再審事由，

⁷ 本判決呂太郎大法官協同意見書第 9 頁亦指出：是否為主要證據，仍應由受理再審聲請的法院，本於職權依個案認定。

豈不成為無用？主張創設獨立再審事由之多數意見，亦有此憂心疑慮，為此，本判決主文第2項雖為個案救濟之諭知，但因實在不放心，故多數意見又於本判決理由最末端，再來一段「伍、附此敘明：至軍事法院確定判決如有刑事訴訟法第420條規定之再審事由，比如發現新事實、新證據而符合該條第1項第6款規定者，根據軍事審判法第237條第1項第2款但書規定，受判決人（含本件聲請人）本得依該條規定，聲請再審，核屬當然，自不待言，併此敘明。【32】」反而更能證明新事證再審事由，就本件聲請之原因案件言，是值得援引的再審事由，並無法規範不足之情形。

柒、本判決採規範不足憲法審查方式之檢討

退萬步言，所謂在現行法制下新事證再審事由，很難說服法官裁定開啟再審程序，應係指對人民聲請再審權之行使限制過於嚴格，致無法獲得有效的權利救濟，訴訟權欠缺有效保障，屬於基本權之限制是否過嚴之問題。在憲法審查模式上，應是採取比例原則之審查模式，而非採取規範不足之審查模式。

釋憲實務上，如司法院釋字第154號解釋理由所釋示：「憲法第16條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院有依法審判之義務而言。惟此項權利，依憲法第23條規定，為防止妨害他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，得以法律限制之。裁判確定後，當事人即應遵守，不容輕易變動，故再審之事由，應以法律所明定者為限。」（司法院釋字第213號及第244號解釋亦同意旨）及司法院釋字第393號解釋理由釋示：「判決一經確定，紛爭即因之而解決，法律秩序亦賴之而安定……使提起再審之訴不致漫無限制，藉以確保判決之確定力，維護法律秩序之安定。上開再審之要件係立法機關為平衡法律之安定性與裁判之正確性所作之決定，應無違憲可言。」均係採比例原則之審查模式。

基於上開司法院解釋先例應可推論，依現行法制下之新事證再審事由（指刑訴法第420條第1項第6款規定），旨在遏止受判決人

之濫訴，無礙訴訟權之正當行使，且係立法機關為平衡法律之安定性⁸與裁判之正確性所作之決定，應與憲法並無牴觸。

至於司法院解釋先例採規範不足之憲法審查模式者，其中最常被援引者，即司法院釋字第 748 號解釋，該解釋先指出憲法上之要求，相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，與異性性傾向間並無二致，均應受憲法第 22 條保障人民婚姻自由之保障。該解釋繼而指出現行民法婚姻章規定，未為規範，顯屬立法上之重大瑕疵，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由之意旨有違。其他，例如，釋字第 737 號、第 785 號及第 803 號解釋，均係採規範不足的審查模式進行審查，可供參考。

詳析上開司法院解釋先例，有關規範不足之審查模式，均係釋憲聲請人經依法定程序提起訴訟或聲請，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，主張規範不足而聲請釋憲。查本件釋憲聲請人從未向任何法院聲請，當然也沒有法院駁回再審的裁定，如何驗證再審事由的相關法律是否規範不足？既然無法驗證是否規範不足，又如何採規範不足之憲法審查模式？

捌、本判決理由創設獨立再審事由之憲法依據

最後，我們來討論本判決主文第 2 項多數意見認為有關再審事由相關法律規範不足，憲法要求立法者有義務設置一定獨立再審事由之憲法依據。

詳析之，本判決理由【24】指出創設獨立再審事由之推論方式如下：①查同一事實是否成立犯罪，客觀而言，不可能既成立又不成立，致有罪、無罪兩歧併立。若主要之證據相同，竟生普通法院與軍事法院判決犯罪事實認定歧異，致共同正犯分別受無罪、有罪之判決

⁸ 司法院釋字第 213 號解釋理由釋示：「再審乃法院就已裁判確定之訴訟事件，更為審理及裁判之程序；為維護裁判之確定力，提起再審之訴或聲請再審之原因，自應以法律明文規定者為限。」第 244 號解釋理由釋示：「按提起再審之訴，乃對於確定終局判決聲明不服之程序，為顧及法律秩序之安定性，自應作相當之限制。」

確定者，本與事物本質不符，而非一般國民法感情所能接受。②倘客觀上事實只有一個，同一事實犯罪之有或無，不可能兩者併立。如普通法院已依據相同之主要證據為其他共同正犯無犯罪事實之認定，而為無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。③是基於法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利歸被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由，就受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決所聲請之再審，直接開啟再審程序，不受刑事訴訟法第420條第1項第6款仍須符合「因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪……之判決者」之要件之拘束，方能避免冤抑，有效保障具軍人身分之受判決人之訴訟權，俾符法院應依憲法正當法律程序原則公平審判之要求。

本席對上開立論，深深不以為然，茲論證說明如下：

一、就本非一般國民法感情所能接受言

共犯二人，同一事實，主要證據相同，不同審判庭致認定事實兩歧，一為無罪、一為有罪，此乃證據之調查與評價問題。法院綜合全案證據資料，本於經驗法則與論理法則以定取捨，並將取捨證據及得心證之理由，於判決理由詳加說明。特別是證據評價上，就各證據之彼此關聯性，相互勾稽、互為補強，而綜合判斷被告有無被訴事實。如法院依法踐行證據調查程序後，本諸合理性自由裁量所為證據評價之判斷，並未違反經驗法則或論理法則，即難遽指為違法。是以共犯二人，同一事實，主要之證據相同，不同審判庭致認定事實兩歧，一為無罪、一為有罪，判決確定前，受不利判斷之被告得依審級制度所設救濟途徑尋求救濟，判決確定後，受判決人尚得依刑訴法第420條第1項第6款規定，聲請再審，尋求救濟。是以，尚難以「本

與事物本質不符，而非一般國民法感情所能接受」為由，作為要求立法者有義務創設一定獨立再審事由之憲法依據。

二、就尚有引起一般人合理懷疑之處言

本判決理由所稱：「無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。」意指僅憑一份共犯無罪之確定判決書，即可以認為，其他共犯有罪判決之事實認定正確性，引起一般人合理懷疑之處？試問：10 位詐欺集團的共同正犯，同一事實，主要之證據相同，9 位均判決有罪確定，另一位其他共同正犯被法院判決無罪確定，就應可憑以認為 9 位共同正犯判決之事實認定之正確性，引起一般人合理懷疑之處？本席認為，一份無罪之確定判決書，至多只是法官審理後認定事實適用法律之意思表示，是否足以推翻原判決之事實認定，端賴無罪判決書內所載之證據資料，經法院調查、斟酌、實質評價後所得之心證而定。一份無罪之確定判決書，只是讓人產生單純的懷疑而已！卷內所援引之證據方法與證據資料，經法院調查、斟酌後，才有可能產生合理懷疑之可能。是以本判決理由僅以一份無罪之確定判決，即推論「應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。」尚嫌速斷。

三、就無罪推定原則言

92 年 2 月 6 日修正公布刑訴法時，特別於其第 154 條第 1 項規定：「被告未經審判證明罪確定前，推定其為無罪。」修正理由特別指出：「按世界人權宣言第 11 條第 1 項規定：『凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。』此乃揭示國際公認之刑事訴訟無罪推定基本原則，大陸法系國家或有將之明文規定於憲法者，例如意大利憲法第 27 條第 2 項⁹、土耳其憲法第 38 條第 4 項¹⁰、葡萄牙憲法第 32 條第 2

⁹ 意大利憲法第 27 條第 2 項規定：「在確定判決之前，被告應被認為無罪。」

¹⁰ 土耳其憲法第 38 條第 4 項規定：「任何人在法院依法判決有罪之前，不得被認為有罪。」

款¹¹等，我國憲法雖無明文，但本條規定原即蘊涵無罪推定之意旨，爰將世界人權宣言上揭規定，酌予文字修正，增訂為第1項。」除上開修正理由所揭示外，大陸法系國家之憲法，例如，越南憲法第72條亦有相關規定。另外，英美法系國家亦有類似之憲法規範¹²，例如，加拿大1982年憲法法案第11條亦有規定¹³。1966年12月16日，聯合國大會通過的《公民權利和政治權利國際公約》第14條第2項規定：「凡受刑事控告者，在**未依法證實有罪之前**，應有權被視為無罪。」《歐洲人權公約》第6條第2項規定，任何被指控實施犯罪的人在**依法被證明有罪前**，應被假定為無罪。」

我國憲法雖無明文規定無罪推定原則，惟司法院釋字第653號、第654號及第665號解釋，業已明確指出無罪推定原則，應可確認其憲法地位，是一項憲法原則¹⁴。許宗力大法官亦認為：「無罪推定乃在要求，被告及犯罪嫌疑人（以下合併簡稱為被告）**依法受有罪之判決前**，應視為無辜。這在我國無疑具有憲法位階（憲法第8條第1項規定、本院釋字第653、654號解釋參照）。」¹⁵

由上分析可知，毫無懸念，毋庸置疑，無罪推定原則確是法治國原則、憲法原則，更係是高貴的憲法原則！¹⁶但值得注意的是，從上述各國憲法規定或國際公約提及無罪推定原則時，都揭示一項共通的適用前提，均指明「**於未經審判證明有罪確定之前**」之適用要件。再就司法院釋字第653號、第654號及第665號解釋而觀，雖均提及無罪推定原則，但均係就「**於未經審判證明有罪確定之前**」之羈押爭

¹¹ 葡萄牙憲法第32條第2款規定：「被起訴之人，在依法確保辯護並儘速判決之前，應推定無罪。」

¹² 廖福特，無罪推定之權利--三角法律論證，收錄於，李建良主編，憲法解釋之理論與實務第九輯，2017年4月，頁518。

¹³ 加拿大1982年憲法法案第11條規定：「被起訴之人，有權……在依法由獨立及公平之審判庭判決有罪之前，應推定無罪。」

¹⁴ 廖福特，無罪推定之權利--三角法律論證，收錄於，李建良主編，憲法解釋之理論與實務第九輯，2017年4月，頁518-519。

¹⁵ 司法院釋字第670號解釋許宗力大法官協同意見書。

¹⁶ 司法院釋字第665號解釋許宗力大法官部分協同、部分不同意見書。

議而為釋示。以此推之，如業經法院審判證明有罪確定之後，具憲法原則之無罪推定原則，還有適用嗎？有罪判決確定，產生確定力，基於法治國法安定性原則¹⁷，自應加以尊重。除非有法定再審事由之例外情形¹⁸，否則，不應再對有罪確定判決，主張尚有無罪推定原則之適用。否則，任何被判決有罪確定之人，是否仍得主張其應受憲法原則之無罪推定原則之保障而被推定為無罪，拒絕刑事判決之執行？

依本判決理由所稱：「無罪之確定判決，則應可憑以認為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之無罪推定……等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由」是否意味著，應可憑一份無罪之確定判決，不需要任何新事實或新證據，即可基於法治國原則所要求之無罪推定原則，要求立法者一定要創設獨立之再審事由？法治國法安定性原則之要求，即瞬間消失？不再要求？

四、就罪證有疑利歸被告原則言

法治國所要求之罪證有疑利歸被告原則，簡稱罪疑唯輕原則。我國學者認為：「所謂罪疑唯輕原則，是指導法官在對犯罪事實未能形成確信的疑問時，應如何判決的裁判法則¹⁹。」最高法院 106 年度台上字第 1229 號判決亦謂：「所謂罪疑唯輕原則〈又稱有疑唯利被告原則〉，係指關於罪責與刑罰之實體犯罪事實的認定，若法院已經窮盡證據方法而仍存在無法形成確信之心證時，應為對被告有利之認

¹⁷ 司法院釋字第 574 號解釋理由釋示：「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。」

¹⁸ 104 年 2 月 4 日修正公布刑訴法第 420 條再審規定之立法理由略以：「再審制度之目的既在發現真實並追求具體之公平正義，以調和法律之安定與真相之發見，自不得獨厚法安定性而忘卻正義之追求。」可資參照。

¹⁹ 林鈺雄著，刑事訴訟法實例解析，2019 年 3 月初版，頁 4，第一單元：罪疑唯輕原則之適用範圍。

定。而此原則是在法院依法調查證據，並於證據評價結束之後，方有適用，其存在之內涵，並非在如何評價證據之證明力，而係在法官於未能形成心證之確信時，應如何判決之裁判法則。」²⁰

關於上開原則，於聲請法院裁定開啟再審之程序中有無適用？我國學說見解不一²¹，實務上最高法院 104 年度台抗字第 125 號刑事裁定採肯定見解。惟應特別注意者，上開採肯定說之學說或實務見解，均係立於刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款新事證再審事由之前提下，於當聲請人主張新事證之再審事由而聲請再審時，法院在判斷是否裁定開啟再審時，先假定聲請人所主張之新事證「為真」之前提下，對該項新證據，單獨或與既存舊證據綜合評價，就原確定判決之事實認定，判斷是否產生足以動搖之合理懷疑。只要足以產生合理懷疑，即應適用「罪證有疑、利歸被告」原則，認具有確實性，而為開始再審之決定²²。換言之，係在聲請人主張新事證再審事由之前提下，將新事證進行單獨或綜合判斷時，始有「罪證有疑、利歸被告」原則之適用。

反觀，依本判決理由所稱：「無罪之確定判決，則應可憑以認

²⁰ 此外，最高法院 105 年度台上第 2933 號判決、106 年度台上字第 2252 號判決，均採同一見解。

²¹ 受日本法的影響，採肯定說，例如，陳運財，《刑事訴訟法為被告利益再審之要件—評 89 年度台抗字第 463 號裁定》，檢察新論第 255 期，2012 年 1 月，頁 31；劉芳伶，《有利原則與再審新法—簡評最高法院 104 年度台抗字第 125 號裁定》，月旦法學雜誌第 248 期，2016 年 1 月，頁 179。反之，受德國法的影響，則採否定說，林鈺雄，《論罪疑唯輕原則》，律師雜誌第 255 期，2000 年 12 月，頁 73；薛智仁，《再審新法之實務簡評》，收錄於：刑事再審與救濟無辜，元照出版社，2016 年 9 月，頁 194。

²² 最高法院 110 年度台抗字第 358 號刑事裁定指出：「關於確實性之判斷，除非聲請人主張有明顯不實（例如明顯出於偽造）之情形，否則受理聲請再審之法院應先假設聲請人之主張為真，並且在此假設基礎上判斷有無動搖原確定判決之事實認定。其具體步驟上，首先應檢討原確定判決內容及其所憑證據資料，以資確認支持原確定判決之證據結構，並找出何者為原確定判決所認定事實之主要證據；其次，依聲請人主張之證明要旨，評價聲請人所提出具有新穎性之證據，對於原確定有罪之既有證據結構會否產生影響，是否具有彈劾舊有證據之效果及其程度、範圍。」可資參照。

為被告有罪之軍事法院判決，其事實認定之正確性，尚有引起一般人合理懷疑之處。是基於法治國原則所要求之……罪證有疑利於被告等原則，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由」意味著，應可憑一份無罪之確定判決，不需要任何新事實或新證據，即可基於法治國原則所要求之罪證有疑利於被告之原則，要求立法者一定要創設獨立再審事由嗎？

如本件多數意見所主張，可憑一份無罪之確定判決，既無新事實或新證據，在無新事證之前提下，又如何援引「罪證有疑、利歸被告」原則？此應非我國採肯定說之學說及實務所主張得援引「罪證有疑、利歸被告」原則之初衷？

退步言之，縱或法治國原則所要求之無罪推定、罪證有疑利於被告等原則，如係憲法要求立法者負有義務創設一項獨立再審事由之憲法依據，本席認為，此二原則，既係基於法治國所要求之原則，對現行制度下之新事證再審事由，當然亦同有其適用（最高法院 104 年度台抗字第 125 號刑事裁定即主張有其適用），自無僅適用於創設獨立再審事由之理？就此而言，此二原則，尚難認係除現行法制下新事證再審事由外，憲法要求立法者有義務創設一項獨立再審事由之憲法依據！

五、就軍審法與刑訴法所定審判程序認定事實有歧異言

本判決理由最後指出，依憲法第 16 條訴訟權之有效保障言，同一事實之共同正犯，主要之證據相同，軍法判決共犯有罪，司法判決另一共犯無罪，就此種事實認定兩歧之情形，不僅應賦予受有罪確定判決之人（軍人），以此為由，對軍事法院有罪確定判決聲請再審之機會，且考量其屬因普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形，對事實認定正確性之懷疑更屬明顯，甚至應將其列為獨立之再審事由。

此種說法與對軍審法的態度，容有不同的看法；且作為憲法要求立法者有義務創設一項獨立再審事由之憲法依據，立論稍嫌薄弱不足。

於此必須特別強調者，本判決理由上開論述，僅係針對軍法與司法併立所生之特殊情形而為判決說明，並不及於刑事審判庭與刑事審判庭間就共同正犯分別判處一共犯有罪確定、另一共犯無罪確定之情形，否則，其所產生的外溢效果與深遠影響，令人難以想像！

玖、結論

86年間司法院公布釋字第436號解釋後，啟動88年間軍審法的修正改革，讓軍事審判邁入更富憲法保障人權之新里程，102年8月13日更因洪案而帶動軍事審判另一波重大變革，讓非戰時現役軍人之犯罪，改歸依刑訴法追訴、處罰，並將102年8月13日修正公布前之確定軍法判決再審，依軍審法第237條第1項第2款但書規定，改依刑訴法再審規定，至此軍法判決或司法判決均適用同一再審規範。此外，司法院為保障人權，強化實體正義之實現，更於104年及109年先後進行再審新制保障人權之司法改革。

有罪共犯再審成功案（最高法院108年度台上字第1376號刑事判決參照），係就同一客觀事實之共同正犯，其一判決有罪，另一則判決無罪確定，該有罪判決之受判決人聲請再審，依新事證再審事由之規定而獲判無罪的成功案例，足以證明司法院在此一部分的司法改革應是成功的！

完備的再審新制及**有罪共犯再審成功案**的實證，業如前述，法院正等著有需要的人來聲請再審。奈何本件聲請人從未向任何法院聲請，當然也沒有法院駁回再審的裁定，實在無從驗證再審事由的相關法律是否規範不足？然憲法法庭竟在本件聲請人就再審事由是否規範不足並無釋憲聲請之情形下，逕認相關法律規範不足，而在本判決理由（還好不是在判決主文內諭知）創設獨立再審事由，殊有欠妥。

就本件釋憲聲請案，我們仍然堅信：本件釋憲聲請應不受理！退萬步言，縱要受理其聲請，我們亦認為，僅於判決主文宣告：軍審

法第 181 條第 5 項規定，合憲；另於判決理由末，附此敘明：「本件聲請人自得依軍審法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定，適用刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項規定，向該管法院聲請再審」為已足！就等本件聲請人依新事證再審事由向該管法院聲請再審了！

本判決主文第 2 項個案救濟之諭知，因「主要之證據」是否相同，容有爭議²³，可能無法說服法官裁定開啟再審，實在令人憂心，本判決主文第 2 項多數意見為求保險起見，睿智的領航者，還是將迷航中獨立再審事由之主張，拉回正軌，特於本判決理由末的「伍、附此敘明」補上一段：受判決人（含本件聲請人）本得援引新事證再審事由據以聲請再審，將之納入本判決主文第 2 項所稱「**本判決意旨**」之一部分，以求周妥。此一「伍、附此敘明」的小小補正動作，當然也證明我們的主張：現行再審新制下之新事證再審事由，係符合憲法正當法律原則公平審判之要求，經得起考驗！令人欣慰！

²³ 本判決多數意見中，許志雄大法官協同意見第 5 頁，亦指出：何謂「主要之證據相同」，恐有爭議。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃昭元大法官 加入

本號判決主文第1項認中華民國88年10月2日修正公布之軍事審判法第181條第5項規定合憲及主文第3項其餘聲請不受理部分，本席敬表同意。惟就主文第2項部分（下稱系爭主文），本席尚難同意，爰就該部分提出部分不同意見書。

系爭主文係謂：「聲請人自本判決送達之日起30日內，就國防部高等軍事法院高雄分院90年高判字第015號判決，得依本判決意旨向臺灣高等法院高雄分院聲請再審。」而所稱「本判決意旨」核係指本號判決理由第24段及第25段之獨立再審事由部分。惟本席認涉嫌同一犯罪之共同正犯，因分別裁判所呈現確定判決對「有無犯罪本身」之事實認定歧異，除係因個別被告之個人事由或個別證據、參與個案偵審者等個案事由（如刑事訴訟法第420條第1項第1款至第5款所規範者）外，立法者核已透過現行刑事訴訟法（下稱新刑訴法）第420條第1項第6款、第3項之再審事由、同法第441條之非常上訴及其等之相關配套規定之非常救濟程序予以救濟，尚不宜於本號判決逕認應另定獨立之再審事由以資救濟，爰於以下分述之。

壹、系爭主文所針對之個案，依現行法規範，核屬應準用之新刑訴法第420條第1項第6款及第3項所規定再審事由之規範範疇

本號判決之聲請人，因涉嫌於服義務役時期之休假日，與非現役軍人（下稱非軍人）共犯搶奪財物罪，除依88年10月2日修正公布之軍事審判法（下稱修正前軍審法）規定受審判，並經認犯90年9月28日修正公布前陸海空軍刑法第83條之搶奪財物罪確定。惟原涉嫌共犯搶奪財物罪之非軍人則嗣經普通法院判決無罪確定（最高法院93年度台上字第1339號刑事判決參照）。從而呈現系爭主文所欲處理之爭議，即普通法院與軍事法院之判決就犯罪事實有無之歧異認定，致涉嫌之共同正犯分別受無罪、有罪之判決確定，則經軍事法院判決有罪之被告即聲請人如何救濟之問題。就此，本席認於現行相關

法規範下，該個案係屬應準用新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項所規定再審事由之規範範疇，聲請人得據以請求救濟。爰分述如下：

一、軍事審判法（下稱軍審法）第 237 條第 1 項第 2 款但書規定緣由

102 年 8 月 6 日立法院修正通過、同年月 13 日公布（下稱 102 年修正）之軍審法第 1 條規定：「（第 1 項）現役軍人戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法追訴、處罰。（第 2 項）現役軍人非戰時犯下列之罪者，依刑事訴訟法追訴、處罰：一、陸海空軍刑法第 44 條至第 46 條及第 76 條第 1 項。二、前款以外陸海空軍刑法或其特別法之罪。（第 3 項）非現役軍人不受軍事審判。」而同條於本次修正公布前即修正前軍審法之規定為：「（第 1 項）現役軍人犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，依本法之規定追訴審判之，其在戰時犯陸海空軍刑法或其特別法以外之罪者，亦同。（第 2 項）非現役軍人不受軍事審判。但戒嚴法有特別規定者，從其規定。」可知，102 年修正之軍審法係將現役軍人於非戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪，規定為均依刑事訴訟法（下稱刑訴法）追訴、處罰，而為有別於修正前依軍審法規定追訴審判之規範。申言之，上述 102 年修正之軍審法關於現役軍人於非戰時犯陸海空軍刑法或其特別法之罪均依刑訴法追訴、處罰之規定施行後，雖軍審法仍有關於軍事法院之規定，但因現役軍人在非戰時之犯罪已均依刑訴法追訴、處罰；而依刑訴法，並徵諸法院組織法，其係由法院組織法規定之檢察機關及法院（下併稱普通法院偵審體系）管轄案件之追訴、處罰，從而衍生 102 年修正之軍審法規定施行前，已依修正前軍審法開始偵查、審判或執行之如上述修正前第 1 條第 2 項規定案件，後續之管轄等程序應如何處理之問題。

102 年修正之軍審法第 237 條第 1 項規定：「本法中華民國 102 年 8 月 6 日修正之條文施行前，已依本法開始偵查、審判或執行之第 1 條第 2 項案件，依下列規定處理之：一、偵查、審判程序尚未終結者，偵查中案件移送該管檢察官偵查，審判中案件移送該管法院審

判。但本法修正施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。二、裁判確定之案件，不得向該管法院上訴或抗告。但有再審或非常上訴之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審或非常上訴。三、刑事裁判尚未執行或在執行中者，移送該管檢察官指揮執行。」綜觀此規定，可知其是就 102 年修正之軍審法條文施行前已依軍審法開始偵查、審判或執行之案件（包含已裁判確定者，詳下述），為應由刑訴法所規定之管轄機關即普通法院偵審體系辦理之規範；而所以為如此之過渡性規定，當係基於如前所述之現役軍人於非戰時犯罪雖均不再適用軍審法規定追訴審判，但軍事院檢編裝仍需維持，惟其等任務勢必轉型，且事實上國防部亦令頒「國軍軍法體系組織調整綱要」，自 103 年 1 月 13 日起，各級軍事法院暨檢察署之軍法軍官，各編配該部其他單位從事相關之業務¹，亦即自 103 年 1 月 13 日即 102 年修正之軍審法第 1 條第 2 項第 2 款規定施行起²，因實質上已無軍事偵審體系可資辦理現役軍人於非戰時之犯罪案件之故。此外，因已依軍審法裁判確定案件，軍審法係定有再審及非常上訴之非常救濟制度，且軍審法針對再審及非常上訴之聲請，原則上並無期間之限制³，是於 102 年修正之軍審法施行後，亦有就此類案件之管轄予以規範之必要，乃於上述軍審法第 237 條第 1 項，另以第 2 款但書予以規定。

承上可知，上述之軍審法第 237 條第 1 項規定所稱之「本法中華民國 102 年 8 月 6 日修正之條文施行前，已依本法開始偵查、審判或執行之第 1 條第 2 項案件」，係包含 102 年修正之規定施行前已依軍審法審判確定之案件（下稱依軍審法裁判確定案件），僅是若屬於 102 年修正條文施行前已聲請再審或非常上訴，但其程序尚未終結者，核屬應依該條項第 1 款規定處理之範疇，此觀 102 年 8 月 15 日

¹ 監察院 105 年司調字第 0002 號調查報告參照。

² 102 年修正軍審法第 1 條第 1 款規定係於 102 年 8 月 15 日施行、同條項第 2 款規定則於 103 年 1 月 13 日施行。

³ 軍審法第 220 條規定：「依第 218 條第 1 項第 7 款規定，因重要證據漏未調查或審酌而聲請再審者，應於確定判決送達後 20 日內為之。」屬有聲請期間限制之例外規範。

發布之法院辦理軍事審判法修正施行後軍事法院移送軍法案件應行注意事項第 1 點及第 13 點規定⁴亦明。至於 102 年修正條文施行後始提出再審或非常上訴之聲請者，則應適用該條項第 2 款但書規定為之。

二、軍審法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定之意涵

關於依軍審法裁判確定案件，軍審法本即訂有再審及非常上訴之特別救濟程序規範，而就原確定判決之事實認定違誤，亦係規定以再審制度予以救濟，其第 5 編即為關於再審之規定，其中之第 218 條係關於有罪之判決確定後，為受判決人利益之聲請再審事由規定；此外，尚於第 225 條為：「刑事訴訟法關於再審之規定，與本編不相牴觸者準用之。」之規定，並此等再審事由及準用之規定均係於軍審法制定公布時即已存在，嗣後雖條次及規定內容有些許變動，但規範意旨大致相同（軍審法關於非常上訴之規範情形亦類同）。換言之，此等依軍審法裁判確定案件，本即得依軍審法相關規定聲請再審及非常上訴（下併稱非常救濟）。

觀軍審法第 237 條第 1 項第 2 款但書規定：「二、裁判確定之案件，……。但有再審或非常上訴之事由者，得依刑事訴訟法聲請再審或非常上訴。」之文義，其應係指裁判確定之案件，須係存有非常救濟之事由者，方生得依刑訴法聲請非常救濟；而此等文義解釋，對比此但書尚非為：「二、裁判確定之案件，……。但得依刑事訴訟法聲請再審或非常上訴。」之規範益明；加以，如上所述，所以須因 102 年軍審法修正條文之施行，對依軍審法裁判確定案件訂定上述第 2 款但書之過渡性規定，乃係因此等原則上無聲請期間限制之非常救濟聲請，其聲請時事實上已無軍審法所規範之該管偵審機關得予受理。申言之，此過渡性規範之目的係為解決管轄案件之偵審機關問

⁴ 102 年 8 月 15 日發布之法院辦理軍事審判法修正施行後軍事法院移送軍法案件應行注意事項第 1 點：「為使法院妥適處理軍事審判法中華民國 102 年 8 月 13 日公布修正後軍事法院移送審判之軍法案件，爰訂定本注意事項。」第 13 點：「軍事審判法修正施行後尚未終結之聲請再審案件，依第 5 點、第 6 點規定移送該管法院。」

題，並因管轄機關之確定而隨之確定應適用之程序規範；至於非常救濟之事由，軍審法本身既已有非常救濟之事由規定，且若非 102 年軍審法之修正條文，此等依舊法裁判確定案件，本即係在個案存有軍審法所規定之非常救濟事由時，始得為軍審法所規定非常救濟之聲請。是依軍審法裁判確定案件，於 102 年軍審法之修正條文施行後欲為非常救濟之聲請者，上述軍審法第 237 條第 1 項第 2 款但書乃仍規定，須係個案具有軍審法規定之非常救濟事由者，始得向刑訴法規定之該當管轄機關提出聲請。

三、新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項規定，係依軍審法第 225 條準用後，於系爭主文之個案得主張之再審事由

新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款：「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審：……六、因發現新事實或新證據，單獨或與先前之證據綜合判斷，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」第 3 項：「第 1 項第 6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而尚未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」之再審事由規定，係 104 年 2 月 4 日修正公布（下稱 104 年修正）之刑訴法，修正原同條第 1 項第 6 款：「因發見確實之新證據，足認受有罪判決之人，應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」之再審事由，及增列第 3 項所為之新規定。而修正及增列上述規定之立法理由略謂：「三、再審制度之目的在發現真實並追求具體公平正義之實現，為求真實之發見，避免冤獄，……故除現行規定所列舉之新證據外，若有確實之新事實存在，不論單獨或與先前之證據綜合判斷，合理相信足以動搖原確定判決，使受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決，應即得開啟再審程序。……四、鑒於現行實務……將本款規定解釋為『原事實審法院判決當時已經存在，然法院於判決前未經發現而不及調查斟酌，至其後始發現者』且必須使再審法院得到足以動搖原確定判決而為有利受判決人之判決無合理可疑的確切心證，始足當之。此所增加限制不僅毫無合理

性，亦無必要，……爰修正原條文第 1 項第 6 款，並新增第 3 項關於新事實及新證據之定義，……」可知，104 年修正刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款及新增同條第 3 項規定，核係基於修正前第 6 款所規定之再審事由本身，並佐以該規定之實務見解，就再審制度之目的言，修正前之規範尚有不足之處，故除修正原第 6 款規定外，並增列第 3 項，就修正後之第 6 款再審事由所稱之新事實、新證據予以定義。

至於軍審法第 218 條第 1 項關於「有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審」之各款再審事由規定，則係於 88 年 10 月 2 日修正公布後即未再修正，其中第 6 款：「因發見確實之新證據，足認受有罪判決之人，應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。」之再審事由規定，於 102 年軍審法修正及施行時，核均與當時之刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款之再審事由規定相同；雖嗣後刑訴法於 104 年修正第 420 條第 1 項第 6 款及新增同條第 3 項規定後，軍審法迄未隨之修正，但新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項規定，既係因修正前規定就再審目的言尚有不足之處而為，核有為更著重真實之發現，而將修正前第 6 款再審事由所規定之新證據外，又增加新事實，且將新事證與再審目的間之關聯性，擴大至「單獨或與先前之證據綜合判斷」，並就所謂之「發現」以第 3 項規定予以定義，使之包含「判決確定後始存在或成立之事實、證據」。亦即新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款及第 3 項規定，就軍審法第 218 條第 1 項各款再審事由規定言，雖與其第 6 款規定相近，但其不論在事由本身（增加新事實）、事由之門檻（未要求「確實」）、判斷之方式（增加與先前之證據綜合判斷）及「發現」定義之新增（第 3 項），均與第 6 款規定有別，而可認係軍審法所未規範之再審事由，且與軍審法其他再審事由規定亦無牴觸之情。是 102 年軍審法之修正條文及新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項規定施行後，於 102 年軍審法修正條文施行前依軍審法裁判確定之案件，如有依據軍審法第 225 條準用新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項規定規定之再審事由，即得依據軍審法第 237 條第 1 項第 2 款規定，

向刑訴法所規定之普通法院聲請再審。

依軍審法裁判確定之案件，於102年軍審法之修正條文施行後，向普通法院提出之再審聲請案，相關實務裁判，雖多係逕援引軍審法第237條第1項第2款規定，即認新刑訴法第420條第1項第6款、第3項規定得據為聲請再審之再審事由⁵，而與本席前述見解未盡相同。但無論係採直接適用或準用之見解，就依軍審法裁判確定案件，於新刑訴法第420條第1項第6款、第3項規定施行後，得主張此等刑訴法新修正之再審事由聲請再審之結論，應無歧異。

四、系爭主文個案之問題，係屬依軍審法第225條準用新刑訴法第420條第1項第6款及第3項規定，向普通法院聲請再審之事項

本號判決之聲請人就系爭主文之個案，係經國防部高等軍事法院高雄分院於90年3月12日之判決認聲請人有與非軍人共乘機車，共犯搶奪財物罪，並經同年8月9日之臺灣高等法院高雄分院（下稱高雄高分院）駁回聲請人之上訴而確定。至上述遭認屬共犯之非軍人，雖經87年6月24日之高雄高分院刑事判決維持第一審判決之有罪認定，然此判決嗣經89年8月18日之最高法院判決撤銷發回後，迭經高雄高分院90年2月27日更一審及92年12月17日更二審之兩次更審判決，均援引該案告訴人於更一審審理中之陳述內容，並佐以其他證據，否定該非軍人有公訴意旨所稱之搶奪財物犯行，而判決該非軍人無罪，並因93年3月18日之最高法院判決駁回檢察官對上述更二審判決之上訴，而使該非軍人遭認無罪之判決確定。

自上述遭公訴共犯搶奪財物之聲請人及非軍人，於依軍審法及刑訴法規定審理之判決時點及判決結果觀之，可知對其二人究有無搶奪犯行之認定歧異，係自對非軍人之更審裁判開始，而判決對數人涉嫌共同犯罪之該犯行有無之認定，為「有別於」就共同正犯之其他判決或為「有別於」對同一被告之前審（下級審）或更審前判決之事實

⁵ 如臺灣高等法院107年度軍聲再字第1號刑事裁定、臺灣臺東地方法院110年度軍聲再字第2號刑事裁定均屬之。

認定，通常係因查得原認定所無之新事證，且如上所述，依系爭主文個案所得準用之新刑訴法第 420 條第 3 項：「第 1 項第 6 款之新事實或新證據，指判決確定前已存在或成立而尚未及調查斟酌，及判決確定後始存在或成立之事實、證據。」之規定，聲請人就系爭主文個案之有罪確定判決，如有不服，於現行法制下，係得以原論知有罪之確定判決，存有依軍審法第 225 條準用之新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款、第 3 項規定之再審事由，向普通法院聲請再審。

貳、因個案對「證據證明力」之不同評價，致就涉嫌同一犯罪之共同正犯之個別確定判決存有犯罪有無之認定歧異，核屬確定判決是否構成違背法令之聲請非常上訴事由

就涉嫌同一犯罪之共同正犯，因分別裁判所呈現確定判決對犯罪有無之認定歧異，一般而言，或是如本意見書上開「壹」所示之二確定判決基礎之證據有別，從而衍生原則上應存有新刑訴法第 420 條第 1 項第 6 款再審事由之新事證，而得循再審程序請求救濟；或為二確定判決基礎之證據均相同，但就各該證據之證明力，二確定判決之判斷有別，因此所衍生二確定判決對犯罪有無之認定歧異，則屬個案判決是否存有該當「判決違背法令」之情事，而是否聲請非常上訴請求救濟。以下爰就後者之情形說明之。

一、證據證明力之判斷違背經驗法則或論理法則，屬判決違背法令之事由

按「上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。」刑訴法第 377 條定有明文。又「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」為同法第 155 條第 1 項所明定。而證據法則乃溝通實體法則與程序法則之橋樑，雖就證據法則之違反究屬於狹義之判決違背法令或單純之訴訟程序違背法令，各有不同之認知，但至少可以確定，因違背證據法則而影響判決結果之情形，係可作為上訴第三審之事由（刑訴法第 377 條、第 380 條規定參照）。另刑訴法之證據法則，由諸多原則與規定所組成，自

由心證之判斷違反經驗法則或論理法則，亦屬判決違反證據法則⁶。故而，判決就證據之證明力，依法院自由心證之判斷，如違反經驗法則或論理法則，因構成證據法則之違反，屬得上訴第三審法院之判決違背法令事由。

二、確定判決違反證據法則致判決本身違誤，且直接影響判決結果者，屬受不利益判決人得聲請檢察總長提起非常上訴之事項

按「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。」「認為非常上訴有理由者，應分別為左列之判決：一、原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二、訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。」刑訴法第441條及第447條第1項分別定有明文。又上述刑訴法第441條所規範之審判係違背法令，係包含同法第447條第1項第1款所稱之「原判決違背法令」及同條項第2款之「訴訟程序違背法令」。而其中之原判決違背法令係兼指判決因違背實體法則、程序法則或證據法則而致判決本身發生錯誤，直接影響判決結果者⁷。

承上可知，確定判決就證據之證明力，依其自由心證之判斷，如有違反經驗法則或論理法則，係構成判決違反證據法則⁸，且其因而致判決本身發生錯誤，如應無罪而誤為有罪，即屬上述「審判係違背法令」之非常上訴事由中之「原判決違背法令」，並該違背法令若致原判決不利於被告者，依上述刑訴法第447條第1項第1款規定，於非常上訴程序，除應將原判決違背之部分撤銷外，尚應就該案件另

⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），2022年11月11版2刷，林鈺雄出版，新學林出版股份有限公司總經銷，第475頁。

⁷ 林鈺雄，上揭書，第563頁。

⁸ 實務判決就非常上訴之判決違背法令，關於涉及原判決對證據證明力之判斷，有違反經驗法則或論理法則之爭議部分，多僅逕就是否違反經驗法則或論理法則為論斷，並未再將之與證據法則相連結之論述（如最高法院107年度台非字第82號、107年度台非字第257號刑事判決），似有將經驗法則、論理法則逕認屬法令之意旨？

行判決。

參、對涉嫌同一犯罪之共同正犯分別遭確定判決為有無犯罪之歧異認定，現行法制於考量法安定性與具體正義之衡平下，就一般之形成原因，已以如前述之再審及非常上訴規定及其相關規範訂定得資以請求救濟之機制，尚不宜於本號判決逕認應另定獨立之再審事由以資救濟

按「憲法第 16 條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」（司法院釋字第 512 號解釋參照）又「訴訟法上之再審，乃屬非常程序，本質上係為救濟原確定判決之認定事實錯誤而設之制度，與通常訴訟程序有別，亦因其為非常程序，要不免與確定判決安定性之要求相違。因之，對於確定判決應否設有再審此一程序，當不能一概而論，而應視各種權利之具體內涵暨訴訟案件本身之性質予以決定，此則屬於立法機關自由形成之範疇；」（司法院釋字第 442 號解釋參照）。可知，縱設有再審制度，但是否屬得聲請再審之再審事由（如刑訴法第 420 條、第 421 條規定），應認立法機關係具有一定之形成自由。另再審係為排除確定判決認定事實違誤所設之非常救濟制度，其固具有發現真實以實現具體公平正義之意旨，但究係針對在通常救濟程序下之確定判決而設，是其制度設計必須調和法律安定與真相發見，以求法安定性與實體正義之衡平。關於涉嫌同一犯罪之共同正犯，因分別裁判所存確定判決對犯罪有無之認定不同，致生判決有罪、無罪之歧異，如本意見書前開「壹、貳」所述，除個案之個別情事外，一般而言，或係因作為二確定判決基礎之證據有別，或二確定判決基礎之證據雖均相同，但判決就各該證據證明力之判斷有別，而因此等原因所致確定判決結果之歧異，依現行刑訴法規定，受不利益判決之人係得各依再審或非常上訴之程序尋求救濟。

本號判決爭議所在之涉嫌同一犯罪之共同正犯之主要犯罪證據

相同，但各確定判決就犯罪有無為不同認定之情形，其原因實係多元，而就系爭主文所欲處理之非個別因素所形成之歧異認定，縱如系爭主文所指軍事法院與普通法院間之歧異，但如上所述，立法者亦已在包含現行刑訴法等之再審及非常上訴制度中為相關規範，可讓受不利益確定判決之人循以請求救濟，且就再審及非常上訴屬非常救濟程序之本質言，立法者為其事由之制定，本應為法安定性與具體正義衡平之考量，並有一定之形成空間，尚難如本號判決以個案存有確定判決之事實認定兩歧，且屬普通法院與軍事法院制度併立所生之特殊情形等由，即遽認應另訂定獨立之再審事由始與正當法律程序原則公平審判之要求相符；尤其本件聲請之原因案件迄今尚無依新刑訴法第420條第1項第6款規定聲請再審之情。是雖本號判決多數意見之用心，本席敬表感佩，但尚難同意以系爭主文對如原因案件之情形，逕認應另定獨立再審事由予以救濟。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 7 號

聲請人一 中華航空股份有限公司修護工廠企業工會

代表人 易湘岳

訴訟代理人 郭德田律師（兼送達代收人）

蔡佳融律師

聲請人二 漢翔航空工業股份有限公司沙鹿廠企業工會

代表人 邱振銘

訴訟代理人 陳武璋律師

上列聲請人為工會法事件，各就最高行政法院 109 年度上字第 584 號判決、110 年度上字第 321 號判決，及所適用之工會法施行細則第 2 條第 1 項及第 2 項規定，認有違憲疑義，分別聲請法規範及裁判憲法審查。本庭判決如下：

主 文

- 一、工會法施行細則第 2 條第 1 項規定：「本法第 6 條第 1 項第 1 款 1
所稱廠場，指有獨立人事、預算會計，並得依法辦理工廠登記、
公司登記、營業登記或商業登記之工作場所。」第 2 項規定：
「前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對
於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預
算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」牴觸憲法
第 23 條法律保留原則，至遲於本判決宣示之日起屆滿 2 年時，
失其效力。
- 二、上開二項規定與憲法第 23 條比例原則，均尚無牴觸。 2
- 三、最高行政法院 109 年度上字第 584 號判決及 110 年度上字第 321 3
號判決適用牴觸憲法之上開二項規定而違憲，均廢棄，發回最高
行政法院。

理 由

- 壹、案件事實及聲請意旨【1】 1
- 一、聲請人一【2】 2

聲請人一之發起人朱梅雪等 32 人，原為中華航空股份有限公司 3
企業工會（下稱華航公司企業工會）第 4 分會會員，嗣依工會法第
11 條規定，連署發起籌組修護工廠工會，經完成籌組工會程序後，
於中華民國 103 年 9 月 3 日向改制前桃園縣政府申請登記成立修護
工廠企業工會。該府於 104 年 9 月 25 日核定同意登記（下稱聲請人
一之第一次核准處分），發給登記證書及理事長證明書。華航公司
企業工會不服，以利害關係人之身分提起訴願，經勞動部於 105 年 5
月 10 日作成訴願決定，撤銷聲請人一之第一次核准處分，命由桃園
市政府另為適法之處分。桃園市政府乃依訴願決定之意旨重新審查，
於 105 年 9 月 30 日重為處分，仍同意核准工會登記成立（下稱聲請
人一之第二次核准處分），並核發登記證書。華航公司企業工會仍以
利害關係人之身分不服，提起訴願，經勞動部於 106 年 2 月 2 日作成
訴願決定，再次撤銷聲請人一之第二次核准處分，命由桃園市政府另
為適法之處分。聲請人一不服，提起行政訴訟，經臺北高等行政法院
106 年度訴字第 435 號判決駁回。聲請人復提起上訴，經最高行政法
院 109 年度上字第 584 號判決（下稱確定終局判決一）以上訴無理由
駁回。【3】

聲請人一聲請法規範及裁判憲法審查，其主張略以：（一）工 4
會法施行細則第 2 條第 1 項（下稱系爭規定一）及第 2 項規定（下稱
系爭規定二），明定廠場成立企業工會必須具備「獨立人事」、「獨
立預算會計」及「得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業
登記之工作場所」等三項要件，其非屬細節性及技術性事項之規定，
增加法律所無之限制，違反法律保留原則。（二）是否具備廠場成立
企業工會之要件，均得由雇主一手掌控，公司得透過組織架構、人事
安排、預算編制等要件，輕易使各廠區不符合廠場企業工會成立之
法定要件，工會法許可同一廠區成立廠場企業工會之制度，即形同虛
設，故系爭規定一及二違反憲法第 23 條比例原則，侵害人民受憲法
第 14 條、公民與政治權利國際公約第 22 條第 1 項、第 2 項及經濟社
會文化權利國際公約第 8 條第 1 項第 1 款等規定保障之結社自由。

（三）確定終局判決一因所適用之系爭規定一及二違憲，應廢棄發回最高行政法院等語。【4】

二、聲請人二【5】

聲請人二於104年1月12日向臺中市政府申請登記成立企業工會，該府於105年8月12日核定同意登記（下稱聲請人二之第一次核准處分），發給登記證書及理事長證明書。臺中市漢翔航空工業股份有限公司企業工會（下稱漢翔航空公司企業工會）不服，提起訴願，經勞動部於106年2月2日作成訴願決定，撤銷聲請人二之第一次核准處分，命由臺中市政府另為適法之處分。臺中市政府乃依訴願決定之意旨重新審查，於106年3月31日重為處分（下稱聲請人二之第二次核准處分），同意工會登記成立，並核發登記證書。漢翔航空公司企業工會仍不服，提起訴願，經勞動部於106年10月12日作成訴願決定，撤銷聲請人二之第二次核准處分，命由臺中市政府另為適法之處分。臺中市政府重新審查後，於106年11月17日第3次核准工會登記成立（下稱聲請人二之第三次核准處分），並核發登記證書，漢翔航空公司企業工會仍不服，提起訴願，經勞動部於107年8月3日作成訴願決定，撤銷聲請人二之第三次核准處分，由臺中市政府另為適法之處分。聲請人二不服，提起行政訴訟，經臺北高等行政法院107年度訴字第1165號判決駁回。聲請人二提起上訴，經最高行政法院108年度判字第498號判決廢棄前開判決，發回更審，復經臺北高等行政法院108年度訴更一字第89號判決駁回。聲請人二復提起上訴，經最高行政法院110年度上字第321號判決（下稱確定終局判決二）以上訴無理由駁回。【6】

聲請人二聲請法規範及裁判憲法審查，其主張略以：（一）工會法第6條第1項第1款：「工會組織類型如下，……：一、企業工會：結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。」所稱之廠場，並無定義性規定。工會法施行細則係依工會法第48條概括授權條款而訂定，僅能就母法為細節性、

技術性事項為規定，系爭規定一及二所定同一廠場成立企業工會必須具備獨立性之要件，限縮工會法對廠場之定義，違反法律保留原則。

（二）是否具備廠場成立企業工會之要件，完全可受資方操控，故系爭規定一及二有違工會自由、工會自主之精神，侵害人民受憲法第 14 條、公民與政治權利國際公約第 22 條第 1 項、第 2 項及經濟社會文化權利國際公約第 8 條第 1 項第 1 款等規定保障之結社自由。

（三）確定終局判決二因所適用之系爭規定一及二違憲，應廢棄並發回最高行政法院等語。【7】

貳、受理要件之審查及審理程序【8】 8

一、受理要件之審查【9】 9

（一）受理依據【10】 10

按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於所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，得於該裁判送達後 6 個月之不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；復按上列人民聲請之案件，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（下稱憲訴法）第 59 條、第 61 條第 1 項定有明文。【11】 11

查聲請人一於 111 年 1 月 25 日收受確定終局判決一，於同年 4 月 28 日提出本件聲請；聲請人二於 111 年 4 月 29 日收受確定終局判決二，於同年 10 月 3 日提出本件聲請。聲請人一及二分別為確定終局判決一及二之當事人，就確定終局判決一及二是否應廢棄而直接受有憲法保障基本權得否實現之利害關係，且聲請人一及二既係請求違憲宣告與廢棄裁判以保障其結社權，就限制其結社權之法規範及裁判聲請憲法審查自均具備當事人適格。核聲請人一及二所為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，且聲請具憲法重要性，爰予受理。【12】 12

（二）併案審理【13】 13

上述聲請案雖分別提起，惟因其聲請審查之法規範同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項但書規定，合併審理並判決。【14】 14

二、言詞辯論程序【15】 15

本庭於112年2月21日行言詞辯論，除通知聲請人及關係機關 16
勞動部外，鑑定機關監察院國家人權委員會、專家學者暨關係人中華 16
航空股份有限公司亦到庭陳述意見。聲請人及關係機關言詞辯論之陳 16
述要旨如下：【16】

（一）聲請人一略謂：【17】 17

- 1、系爭規定一及二對「廠場」之定義性規定，侵害勞工受憲法第 14 18
條結社自由所保障之組織工會之自由。【18】
- 2、工會法第48條固概括授權勞動部訂定施行細則，然系爭規定一 19
及二非屬細節性及技術性事項，對勞工結社權增加法律所無之限 19
制，違反憲法第23條法律保留原則。【19】
- 3、系爭規定一及二中作為界定廠場得否成立企業工會之三項要件 20
（獨立人事、預算及會計等），均可由雇主一手掌控，輕易使各 20
廠區不符合廠場企業工會成立之法定要件，違反憲法第23條比例 20
原則。【20】

（二）聲請人二略謂：【21】 21

- 1、系爭規定一及二中作為界定廠場得否成立企業工會之三項要件， 22
完全取決於資方公司，大幅度限縮工會之成立，抵觸憲法第14條 22
結社自由之保障。【22】
- 2、施行細則僅能就母法為細節性、技術性事項之規定，系爭規定一 23
及二就工會法第6條第1項第1款所稱「廠場」為限縮規定，逾 23
越母法之授權意旨，違反憲法第23條法律保留原則。【23】

（三）關係機關勞動部略謂：【24】 24

- 1、聲請人等已不具工會之實質，其以工會名義提起本件聲請，屬當 25
事人不適格，另其僅係爭執法院認事用法之當否，不應受理。 25
【25】
- 2、憲法所保障之勞工結社權，係保障個別勞工有結社之自由權利， 26
與一般結社權之間，有事物本質之差異，是不宜將之歸納於一般 26
結社自由概念之下。【26】

3、系爭規定一及二屬技術性、細節性事項之規定，未增加法律所無之限制，不違反憲法第 23 條法律保留原則。【27】 27

4、系爭規定一及二以廠場企業工會作為最小單位之企業工會，且應具備一定之獨立性及規模，屬保障勞工實踐勞動三權之必要規制。是系爭規定一及二合於實現工會法促進勞工團結、提升勞工地位及改善勞工生活等立法目的，並為最適手段，且有效促成勞資和諧，符合憲法第 23 條比例原則。【28】 28

（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及言詞辯論筆錄。【29】 29

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。【30】 30

參、形成主文之法律上意見【31】 31

一、據以審查之憲法基本權與審查原則【32】 32

憲法第 14 條規定人民有結社之自由，旨在保障人民利用結社之形式以形成共同意志，為特定目的追求共同理念，以共同意思組成團體，並參與其活動以實現共同目標之基本權利。結社自由不僅保障人民得自由選定結社目的以集結成社，並保障由個別人民集合而成之結社團體就其本身之形成、存續、命名及與結社相關活動之推展免於受不法之限制（司法院釋字第 479 號、第 644 號及第 733 號解釋參照）。憲法第 153 條第 1 項復規定國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策。從事各種職業之勞動者，為改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，得組織工會，以行使勞工所享有之團體協商及爭議等權利，乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利，亦屬憲法上開規定意旨之所在（司法院釋字第 373 號解釋參照），並為多項國際公約所承認（公民與政治權利國際公約第 22 條第 1 項、經濟社會文化權利國際公約第 8 條第 1 項、國際勞工組織第 87 號結社自由及組織權之保障公約第 2 條規定參照）。又勞工組成工會與勞工團結權行使與雇主協商及爭議之權利密不可分，屬國家對勞工保護之義務之一環，同屬憲法第 14 條結社權 33

保障之特別型態。是勞工以組成工會形式，其所形成共同意志及結社自由，屬憲法第 14 條結社權之保障範圍。【33】

有關勞工結社權之落實，事涉勞雇利益之衡平，其具體內容須由立法形成，有賴國家依法律規範形成工會之相關制度，諸如工會登記程序、協商與罷工之要件及效果、勞工加入工會活動不受干預與不受雇主不當行為干擾之保障等，始足以具體實現憲法保障勞工結社權之意旨與目的。又具體工會制度之形成，因事涉勞雇利益與公共利益等勞工結社權之重要事項，須由行政、立法兩權，依循現代法治國原則及民主要求，而制定法律，或應有法律明確之授權為依據，由主管機關據以訂定法規命令（司法院釋字第 443 號、第 568 號及第 614 號解釋參照）。如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權亦應符合具體明確之原則。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，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而定。若僅屬執行法律之細節性、技術性事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範（司法院釋字第 443 號、第 522 號、第 765 號解釋及本庭 111 年憲判字第 19 號判決參照）。是相關機關於形成政策與制定勞工結社權之具體內涵，或於具體工會制度限制勞工基於自身利益選擇結盟組成工會之對象、勞工得否組成工會時，仍應符合憲法第 23 條法律保留原則及比例原則之要求，以確保憲法第 14 條所保障勞工結社權之實現。【34】

二、系爭規定一及二所定廠場企業工會之定義與成立要件係對人民組成工會之勞工結社權之干預【35】

國家形成工會之具體制度，須以當代經濟發展、國民對工會制度理解與接受程度、勞工參與工會活動意願與對工會活動期望等多重社會因素及發展條件為基礎，由立法者衡平勞工結社權與雇主之營業自由及財產權間之私人權利，於勞資合作與協商間折衷形成產業民主與秩序。工會成立要件之規範設計，係國家保護勞工政策之重要一環。其成立要件之寬嚴，既影響勞工得組成工會之數量，亦攸關勞工得否自由組成工會，行使勞動相關法律就勞資爭議處理機制、團體協

約之訂定、協商與爭議行動所定之權利，並受現行法制下不當勞動行為禁止等保障，屬有關勞工結社權限制之重要事項。憲法並未規範勞工結社權之保障僅能以廠場企業工會為最小單位之團結主體，亦未要求對工會成立及活動之保障僅得以特定具體內容為之。準此，就工會之組織成立要件、成立登記與核准程序等，於制定法律位階之法規範時，立法者享有一定之自由形成空間。惟於工會組織、成立要件形成對勞工自由組成工會之障礙，構成對勞工結社權之干預時，應有法律或法律明確之授權訂定法規命令為依據，以符合憲法第 23 條法律保留原則，並應合於比例原則之要求。【36】

三、系爭規定一及二違反法律保留原則【37】

按工會法第 2 章規範工會之組織，人民得組成之工會種類包括企業工會、產業工會與職業工會。其中企業工會之類型，依工會法第 6 條第 1 項第 1 款規定，包括結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會；同法第 9 條第 1 項規定各企業工會以組織一個為限。企業工會依現行法享有就法定事項代表勞工表示同意之地位（例如勞動基準法第 32 條第 1 項規定之延長工時），及工會幹部有給會務公假（工會法第 36 條規定參照）等權利，此為歷經立法過程而訂定之工會具體制度。此等結合同一廠場之勞工得以組成廠場企業工會，係為勞工結社權得據此制度實現之具體內涵。【38】

於現行法所定之工會制度下，「同一廠場」為勞工得以組成廠場企業工會之組織區域，其概念及適用範圍直接涉及勞工得否組成廠場企業工會之要件，自屬勞工得否組成工會之重要事項。有關此重要事項之相關規範，僅訂定於系爭規定一及二中。系爭規定一及二係屬工會法施行細則中之規定，而工會法施行細則僅係依工會法第 48 條規定概括授權所訂定，其中系爭規定一明定：「本法第 6 條第 1 項第 1 款所稱廠場，指有獨立人事、預算會計，並得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記之工作場所。」系爭規定二明定：

「前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」依其規定，勞工欲組成廠場企業工會者，應符合上開定義及要件。【39】

系爭規定一及二之定義及要件屬勞工結社權之重要事項，已如 40
 前述。惟工會法第6條第1項第1款所稱「同一廠場」之概念並未經工會法定義，自工會法第1條立法目的及工會法規範體系綜合觀察，欠缺可運作之具體指引，亦無從推知任何可供主管機關訂定命令以界定「廠場」時得以遵循之方針指示或概念框架，且工會法亦未具體明確授權主管機關，以系爭規定一將勞工得組織企業工會之同一「廠場」，定義為「對於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權」而「人事」獨立、「編列及執行預算」而「預算」獨立、「單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損」而「會計」獨立，且「得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記」之工作場所；以系爭規定二進一步規範所謂獨立人事、預算及會計，應符合對於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權、編列及執行預算、單獨設立會計單位及設帳計算盈虧損等要件。因此，依系爭規定一及二，於勞工共同工作場所不具備人事、預算及會計獨立性或非得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記之情形，即被排除得成立廠場企業工會之可能。是此等規範既涉及勞工得否組成工會之勞工結社權重要事項，自應有法律或法律明確之授權為依據。主管機關於欠缺法律明確授權之情形，就限制勞工結社權之重要事項，逕以系爭規定一及二為規範，牴觸法律保留原則。【40】

四、系爭規定一及二與憲法第23條比例原則，均尚無牴觸【41】 41

系爭規定一及二直接涉及勞工籌組廠場企業工會之要件，其規 42
 範內容構成勞工結社權之限制，應符合憲法第23條比例原則之要求。因企業工會之組成方式，涉及勞雇利益及公共利益之權衡，立法者享有較大自由形成空間，故比例原則之審查上應要求其目的具正當性，且手段與目的間具備合理關聯。【42】

就目的正當性之審查而言，系爭規定一於 100 年配合工會法修正，以廠場作為得組織企業工會之最小單位，防止工會過於零碎無法凝聚力量之破碎化現象。系爭規定一為使工會法第 6 條第 1 項第 1 款規定得以執行，明定得組成企業工會之廠場須同時符合「具獨立人事、預算及會計」，且「得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記」之工作場所特性；嗣因是否符合「具獨立人事、預算及會計」迭生認定爭議，遂於 103 年引用經濟部 55 年 2 月 26 日商字第 04210 號關於獨立會計之函釋，增訂系爭規定二，明確規範所謂具有獨立人事、預算及會計之定義。究其目的，乃為使各地勞動主管機關於受理所轄之廠場企業工會辦理登記時有所依循，以利執行，且要求得組成廠場企業工會之廠場應具備經營功能，以利其工會與雇主間對等協商，進而簽訂團體協約，提升會員勞動權益。是系爭規定一及二所設定之工會組織要件，雖與法律保留原則有違，然其所欲實現之規範目的，核屬正當。【43】

就系爭規定一及二所採手段與目的之合理關聯性而言，在工會法第 6 條及第 9 條規定之前提下，系爭規定一限制勞工組織廠場企業工會時，須其工作場所得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記及具備一定獨立性，並於系爭規定二訂定供主管機關審查前項所稱工作場所應具備之獨立性標準。就其規範內容，分別於系爭規定一以工作場所之特性為標準，設定勞工得組織廠場企業工會之要件，以利勞工所享有之團體協商及爭議等權利於廠場企業工會成立後得有效行使；於系爭規定二明定得組織廠場企業工會之工作場所應具備之獨立性標準，以供各地勞動主管機關作為審查個案之判斷準則。與前述工會法規定綜合觀之，此兩項規定係為避免同一企業下小規模企業工會林立，工會淪於僅具名義而未凝聚足夠勞工成員，多數工會無實際上與雇主行團體協商實力，或得行使就法定事項代表勞工同意與工會幹部有給會務假特權之主體過多，導致勞勞相爭之浮濫結果等，如未予以合理限制，反而有害於勞工權益保護及實現之目的。此等手段與系爭規定一及二所欲達成其提供各地勞動主管機關受理廠場

企業工會登記審查作業標準之規範目的，兩者之間自有合理關聯性。是系爭規定一及二與憲法第 23 條比例原則，均尚無抵觸。【44】

五、確定終局判決一及二均廢棄，發回最高行政法院【45】 45

按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於所受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲法法庭認人民之聲請有理由者，應宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告，憲訴法第 59 條第 1 項及第 62 條第 1 項定有明文。準此，本件聲請憲法法庭審查之案件，除其確定終局裁判意旨與憲法抵觸，經本判決宣告應予廢棄並發回管轄法院外，該確定終局裁判所適用之法規範經本庭宣告違憲者，為保障聲請人就所受該確定終局裁判之案件有重新由法院適用已除去違憲狀態之法規範之機會，本庭亦應依前開規定廢棄該確定終局裁判，發回管轄法院，俾利管轄法院適用合於憲法意旨之法規範而為裁判。本庭因認系爭規定一及二，未經法律明確授權，就應由法律或有法律明確授權依據以定之勞工結社權重要事項逕為規範，而抵觸憲法第 23 條法律保留原則，聲請人一及二之聲請有理由，是聲請人一及二所受之不利確定終局判決一及二適用抵觸憲法之系爭規定一及二而違憲，依上開憲訴法規定均廢棄，發回管轄之最高行政法院。【46】 46

肆、結論【47】 47

一、系爭規定一及二抵觸憲法第 23 條法律保留原則，至遲於本判決宣示之日起屆滿 2 年時，失其效力。【48】 48

二、系爭規定一及二與憲法第 23 條比例原則，均尚無抵觸。【49】 49

三、確定終局判決一及二適用抵觸憲法之系爭規定一及二而違憲，均廢棄，發回最高行政法院。【50】 50

伍、併予敘明部分【51】 51

就工會組織成立之要件，立法者固享有一定之自由形成空間，致系爭規定一及二尚無抵觸比例原則。惟立法者訂定相關具體規範， 52

仍應審酌憲法保障勞工結社權之意旨。因此，有關立法者自由形成之規定，仍須在合理範圍內，避免以保障勞工集體利益為名，對於工會組織之要件加諸過苛限制。其中就工會組織所涵蓋區域、組織型態與規模等成立要件之規範設計，相關機關於修正系爭規定一及二之際，應一併妥為檢討改進，俾符合憲法保障勞工結社權之意旨，以提升勞工組織及參與工會之意願，強化工會之功能與自主性，以健全工會之發展，併予敘明。【52】

中 華 民 國 112 年 5 月 19 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

本判決由蔡大法官明誠主筆。

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
第一項前段 (不包含2 年定期失效 部分)	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、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 蔡大法官宗珍	許大法官志雄、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、楊大法官惠欽
第一項後段 (2年定期 失效部分)	許大法官宗力、黃大法官虹霞、 吳大法官陳銀、蔡大法官明誠、 林大法官俊益、張大法官瓊文、 詹大法官森林、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	蔡大法官烱燉、許大法官志雄、 黃大法官瑞明、黃大法官昭元、 楊大法官惠欽

第 二 項 關於系爭規定一部分	許大法官宗力、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、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	蔡大法官炯燉、呂大法官太郎
第 二 項 關於系爭規定二部分	許大法官宗力、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、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、蔡大法官宗珍	蔡大法官炯燉、詹大法官森林、呂大法官太郎、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、張大法官瓊文、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽	林大法官俊益、許大法官志雄、黃大法官瑞明、黃大法官昭元、蔡大法官宗珍

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

張大法官瓊文提出

部分協同：蔡大法官炯燉提出。

部分不同意見書 許大法官志雄提出，黃大法官瑞明、黃大法官昭元加入。

楊大法官惠欽提出，詹大法官森林加入第貳、肆部分。

部分不同意見書：呂大法官太郎提出。

蔡大法官宗珍提出，林大法官俊益加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

謝屏雲

中 華 民 國 112 年 5 月 19 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件判決形式上是針對何謂「廠場企業工會」之爭議作成，事實上是期待工會法相關爭議回到立法院，由相關機關及立法者再一次考量是否繼續維持廠場工會制度等工會政策，尤其在勞動基準法賦予企業工會，不論其成員是否佔勞工總數過半，均有拘束同一事業單位全體勞工效力之同意權之前提下，檢討工會代表權等問題。

這是本席在 8 年大法官任期內，第 2 次有機會處理工會相關憲法爭議。前 1 次是釋字第 807 號解釋：宣告勞動基準法第 49 條第 1 項規定違憲，當時本席曾提出協同意見書，已特別針對該號解釋未觸及之企業工會之代表權及代表性問題為主張。本次則除了關於本判決主文第 1 項：工會法施行細則第 2 條第 1 項及第 2 項規定（下併稱系爭規定）違反法律保留原則部分，本席之理由不同；暨對主文第 2 項贊同之理由有必要補充說明外，更基於工會法之內容有必要回歸正常，需要由立法者重新省思決定，故贊同本件判決全部結論，因此，也有提出協同意見書之必要，爰補充說明如下：

一、工會法及相關勞動法律是高度政治性的法律，而且部分內容過猶不及不符民主法治國原則

由於緣自中國大陸之歷史背景與政經情勢包袱，工會組織於我國一直難以健全發展，工會法曾被譏為「工會監督法」¹，但現行法制則並未能擺脫政治斧鑿，過猶不及，存有諸多與民主法治國原則不相容之規定，比如獨創其他法治國所無之工會幹部之職務假（部分法院裁判甚至認為公司有義務提供工會辦公處所）、勞動基準法給予少

¹ 焦興鎧教授著「從勞動三權國際勞動基準之發展看我國工會法之修正方向」、林佳和教授著「我國工會制度之謎：為何產業工會變成廠場工會？」、陳俊仁教授著「論勞動三權理論基礎與我國工會法修正方向—以美國工會法制發展角度觀察」及黃瑞明教授著「從法社會學的觀點論統聯客運集體罷駛事件與我國罷工法制」等參照。

數勞工組成之工會享有同意權，得決定並拘束多數勞工。²

二、工會法下工會之演變及不同組織型態工會之消長

1、工會法於中華民國 18 年立法，18 年至 32 年修法前規定：得組織產業工會及職業工會；32 年至 99 年修法 100 年施行前規定：應依法組織產業工會及職業工會。本件所涉及之廠場工會，於 99 年工會法修正、100 年施行前，稱「產業工會」；其後工會法下共有三種工會：企業工會、產業工會與職業工會；廠場工會改為「企業工會」之一（另詳下述）。

2、根據勞動部最新（統計至 111 年底）勞動統計月報：95 年以前工會之主流為當時之產業工會即現行廠場工會所屬者；但目前之主流為職業工會，據知與勞健保制度相關。³

三、何謂廠場工會？

1、工會一詞，顧名思義為勞工之組合體；廠場，顧名思義應為工廠、工場、礦場等，亦即緣自工廠法、礦場安全法等。

2、工廠法於 18 年立法，20 年 8 月 1 日施行，至 73 年 8 月 1 日勞動基準法制定施行前，所稱得或應組織當時之產業工會之勞工，主要為服務於工廠之勞工（黑手、藍領），也就是說，勞動基準法施行前，早有廠場工會（另詳下述），而且其意義與工廠法等密切相關。

3、至於適用勞動基準法之其他勞工（原白領），即使在勞動基準法施行後，亦僅能加入同一產業之產業工會，在 99 年修正、100 年施行新工會法增加以公司為組織單位之產業工會（現行企業工會之一）後，其等才可能組織新型態企業工會（另詳下述）。

4、即在工會法 99 年修正、100 年施行前，原只有廠場工會，而無其他現行企業工會組織類型。又在 99 年修法當時，固已有避免零碎化，只以公司為組織單位之企業工會類型，取代廢止廠場工會之

² 本席所提出之司法院大法官釋字第 807 號解釋協同意見書及立法院法制局陳建權撰「立法院法制局專題研究報告—強化工會組織運作相關法制之探討」參照。

³ 前揭陳建權研究報告參照。

說，但立法者仍決定保留廠場工會，使二者併存。此外，經本席調查，在 100 年以後，實際上不但兩種企業工會組織型態都有，且同一公司也有兩種併存之情形，准否廠場工會成立，取決於是否符合系爭規定，甚或僱主之意見者。

5、固然 99 年修正、100 年施行前之工會法本身、甚至其施行細則均無「廠場」之定義規定，但是因為廠場工會早已存在並運作數十年，廠場工會不是新名詞，而且與工廠法等息息相關，是在系爭規定前，「廠場」之意義本非無跡可尋而難以確認，而且其意義應可由工廠法等相關法令確認之（否則主管機關過去數十年如何核准成立廠場工會等）。

6、次查由工廠法第 1 條及其施行細則第 2 條規定，可得知何謂「工廠」；另工廠定義相關法令還有：工廠管理輔導法第 3 條、工廠設立登記規則第 2 條等規定。礦場部分：有礦場安全法第 2 條規定。本席以為何謂廠場工會之廠場，由上開工廠法等相關法令可以得出。

四、系爭規定違反法律保留之理由

（一）、本件判決認為系爭規定違反法律保留之理由為「廠場」定義係重要事項，應由工會法自行規定其定義或明確授權以命令訂之，不能以施行細則概括授權訂之。本席贊成系爭規定違反法律保留原則之結論，但不贊成其理由。

（二）、本席認為系爭規定超越工會法之意旨，增加工會法所無之限制，違反法律保留原則：

1、廠場之定義當然屬重要事項，但不必然需由工會法本身自行或明確授權訂定，始符憲法第 23 條法律保留原則。如果由其他相關法律之規定合理觀察，而能得知工會法「廠場」之意旨者，亦應認為應以之為「廠場」之意義。

2、工廠法及工會法均於 18 年立法。當時工會法固然只有現行法所稱之產業工會及職業工會，而沒有現行之企業工會（含廠場工會），但是 36 年修正之工會法第 7 條及第 8 條規定，已初見廠場產業工會（稱同一廠場之同一產業之工人人數在 50 人以上，應依法組

織產業工會，並以設立一個為限等），而且尚無如現行法之廠場工會以外之其他企業工會類型，此一立法方式在勞動基準法施行擴大勞工之範圍（不限廠場工人）後，89年工會法修法仍予延用，直到99年修正、100年施行之工會法才作變動如現行法第6條規定之三種工會組織類型（企業工會、產業工會及職業工會）及分類（如廠場工會改屬企業工會組織類型、增加其他企業工會種類）。

3、又查自36年工會法修法至100年4月29日前，工會法施行細則均無「廠場」之定義規定。而由36年工會法增設廠場工會之意旨（同一廠場之同一產業之工人），工會法令又未另作廠場之定義，合理觀察，應可推知：廠場之意義與工廠法等密切相關。

4、是依工會法之意旨，在系爭規定之前，凡符合工廠登記要件且其勞工總人數符合工會法規定之工廠，其勞工即得依工會法規定組織工會，不必另取決於僱主之其他決定。然而99年修正、100年施行迄今之工會法，既然延續先前之工會法規定，保留原有之廠場工會組織型態，又就廠場工會未另為有別於先前所指工廠法令之其他定義性規定，由法秩序延續觀點，合理觀察，應認為修法前後廠場工會之成立要件不變。乃系爭規定卻增加工會法原意旨之外、先前所無之其他要件，包括得由僱主片面決定者，系爭規定自己超越牴觸工會法之意旨，而與憲法第23條法律保留原則有違。

五、系爭規定勉強符合寬鬆審查標準而無違比例原則

本席勉予同意系爭規定無違比例原則，理由如下：

1、憲法沒有規定應以廠場工會為最小工會組織類型，而且工廠工人與其他勞工均為受憲法保護之勞工，二者從組織工會基本權（不論一般結社權或特殊結社權）觀點，應無差異。是於以公司為組織單位之企業工會之外，是否另設廠場工會組織型態，屬立法形成範圍。因此，系爭規定雖然涉及工會組織型態，本席同意是否合於憲法第23條比例原則之審查標準為寬鬆審查，即採低度標準。

2、僱主當然不應該虧待勞工、有盈餘依法也要分享勞工，但企業經營非易，而且正如法院不是為法官、學校不是為教師而存在一

般，公司也不是為勞工而存在。憲法除了保護勞工，也保護其他人民（包括投資者、僱主）；勞工權益重要，企業永續、經濟發展至少同樣重要。因此，勞僱雙方權益必須被均衡考量。系爭規定固有不利益勞工之面相，但立法者如考量對經濟發展之可能影響，認僅 100 年增設之以公司為組織單位之企業工會，已足保障勞工集體與資方抗衡之地位，而廢除工廠法時代之廠場工會（工廠法已於 90 年功成身退，經廢止），既非憲法所不許，則舉重以明輕，應非不得在工會法中或以法律明文授權，為如系爭規定內容之廠場定義規定，是系爭規定之實質內容未牴觸比例原則，本席勉予接受。

3、但此也僅止於廠場工會而已。其他工會相關規定仍應遵守禁止由僱主不當干預原則。

六、本席支持系爭規定違反法律保留原則，不等於本席贊同或支持聲請人所謂公司企業工會無法代表其廠場工會勞工利益之論點，只是認應由立法者就相關工會法事項，再為政策妥適考量決定（比如是否保留廠場工會之組織型態分類、職務假、代表性等）；本席對聲請人之組成未過半，是否具代表性之事實，從而對其是否足堪代表全體勞工行使勞動基準法之同意權也深有疑慮（其他工會組織型態而其成員未過半者，亦同）。冀望相關機關藉此機會，均衡考量全面檢討工會法相關規定。

協同意見書

張瓊文大法官 提出

本號判決就工會法施行細則第2條第1項（系爭規定一）及第2項（系爭規定二）之規範形式抵觸法律保留原則，宣告應自判決宣示之日起屆滿2年時失其效力，同時認實體上其規範之內容並未抵觸比例原則，並以最高行政法院109年度上字第584號判決（下稱確定終局判決一）及110年度上字第321號判決（下稱確定終局判決二）適用形式上抵觸憲法之上開規定，應認聲請人一及二之聲請為（部分）有理由，爰依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第62條規定，廢棄發回最高行政法院，以上等結論，本席敬表贊成。至於發回後，在行政法院體系應如何為後續處理，容有研究探討之處，敬提協同意見如下：

一、本案所涉之事實概略

聲請人一及二分屬二不同公司之廠場，分別申請依工會法第6條及第11條規定成立廠場企業工會，均經地方主管機關核准，惟其所屬總公司之企業工會對地方主管機關之核准不服，以利害關係人之身分提起訴願，訴願機關勞動部依據系爭規定撤銷原核准處分，聲請人一及二廠場企業工會不服，以勞動部為被告，就訴願決定提起行政訴訟法第4條第3項之撤銷訴訟，經臺北高等行政法院及最高行政法院以前述確定終局判決一及二判決聲請人等敗訴確定（詳見本號判決）。

聲請人一及二均主張系爭規定一及二侵害人民集會結社之自由，而分別聲請法規範及裁判憲法審查，憲法法庭予以合併審理。

二、原因案件發回後之處理**（一）本號判決就此部分之意旨**

本號判決對於廢棄發回確定終局判決一及二部分，指出：「本件聲請憲法法庭審查之案件，除其確定終局裁判意旨與憲法抵觸，經本判決宣告應予廢棄並發回管轄法院外，該確定終局裁判所適用之法規範經本庭宣告違憲者，為保障聲請人就所受該確定終局裁判之案件有重新由法院適用已除去違憲狀態之法規範之機會，本庭亦應依前開

規定廢棄該確定終局裁判，發回管轄法院，俾利管轄法院適用合於憲法意旨之法規範而為裁判。本庭因認系爭規定一及二，未經法律明確授權，就應由法律或有法律明確授權依據以定之勞工結社權重要事項逕為規範，而抵觸憲法第 23 條法律保留原則，聲請人一及二之聲請有理由，是聲請人一及二所受之不利確定終局判決一及二適用抵觸憲法之系爭規定一及二而違憲，依上開憲訴法規定均廢棄，發回管轄之最高行政法院。」（本號判決第 46 段），而為廢棄發回之諭知，是本件判決係以確定終局判決一及二所適用之法規範違憲為由，而非認確定終局判決一及二之裁判意旨違憲，廢棄確定終局判決。至於廢棄發回後如何處理，應屬行政法院之職權，本判決並未為任何釋示。

（二）憲法訴訟法對法規範定期失效之後續處理規定

按憲訴法第 64 條明定：「判決宣告法規範定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。但判決主文另有諭知者，依其諭知（第 1 項）。前項法規範定期失效之情形，各法院於審理其他案件時準用第 54 條之規定（第 2 項）。」此一規定無非係因大法官於舊制時期之解釋，為調和法安定性與實質正義，於宣告法規範違憲時，仍准許該法規範繼續適用一段期間之情形所在多有，此固屬變革過渡時期之不得不然，但對原因案件及法律修改前仍進行中之其他案件應如何適用法律，邏輯上即會發生法律雖已經大法官宣告違憲，但法院（也有可能是相關主管機關）仍須予以適用之不合理現象。為解決此一長期以來之困擾，有予以法制化處理之必要，憲訴法第 64 條乃應運而生。就原因案件而言，案件經憲法法庭發回法院後，審理原因案件之法院不受定期失效之拘束，應以該受宣告違憲之法規範已經失效為前提而為裁判。至於非原因案件之其他進行中之案件，於本號判決宣示後，原則上「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，於必要時依職權或依當事人請，裁定停止審理程序，俟該法規修正後，依新法續行審理。」（憲訴法第 54 條第 1 項參照）。這樣的區別應係遵循大法官歷來「為肯定聲請人對維護憲法

之貢獻」（例如司法院釋字第800號解釋）使然，所為之「合理差別待遇」。又觀之上開規定，其規範內容雖僅以原因案件及其他繫屬於法院審理中之案件為對象，理論上行政機關處理中之案件亦應得類推適用憲訴法第64條第2項之規定，準用憲訴法第54條第1項但書之規定辦理，以均衡人權保障及公共利益之維護。

至於本件既經憲法法庭諭知廢棄發回管轄法院，當無依現行行政訴訟法第273條第3項¹由聲請人提起再審之訴之必要，附此敘明。

（三）發回後最高行政法院如何審酌

本號判決認系爭規定一及二係攸關廠場得否組成公會之定義及要件性質之法規範（本號判決第39段），亦為認定聲請人所處工作場所是否為廠場之標準，故應屬工會法中攸關勞工得否組成工會之勞工結社權重要事項，未由法律明定或法律明確授權僅以系爭規定一及二逕予規範，乃宣告違反法律保留原則而違憲，並為定期失效之諭知。其未論及之理由應包含：工會法雖有第48條「本法施行細則，由中央主管機關定之。」之規定，惟此一規定僅係對於為執行母法之細節性、技術性規範之一般授權，並不能成為重要事項之合憲授權依據。則最高行政法院於案件發回後應如何認定聲請人一及二所在之組織是否符合廠場之要件，進而判斷其可否組成工會？有何依循之依據？即成問題。

依前述憲訴法第64條第1項規定，審理受發回原因案件之最高行政法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受定期失效之拘束，則系爭規定一及二既因違憲失效而不復存在，最高行政法院審理原因案件關於訴願決定撤銷原處分是否合法之判斷時，無可避免地須自行尋找：在工會法第9條第1項規定「依本法第6條第1項所組織

¹ 配合憲訴法之施行，行政訴訟法第273條第2項於111年5月31日修正為：「確定終局判決所適用之法規範，經憲法法庭判決宣告違憲，或適用法規範所表示之見解，與憲法法庭統一見解之裁判有異者，其聲請人亦得提起再審之訴。」

之各企業工會，以一個為限。」之前提下，工會法第 6 條第 1 項第 1 款規定：「工會組織類型如下……一、企業工會：結合同一廠場……之勞工，所組織之公會。」中，所謂同一廠場之內涵及適用範圍為何之問題，始能憑以決定聲請人等是否合於工會法第 6 條第 1 項第 1 款之同一廠場之規範而得以成立工會。

由於本號判決意旨同時認定系爭規定一及二之內容並未違反比例原則，易言之，如以系爭規定一及二「完全相同」之內容，而改以由法律明文規定，或在法律中載明個別授權之條文，並於施行細則中訂定相同內容之規定，亦會得到合憲之結論。是審理受發回原因案件之最高行政法院在尋找如何定義廠場的標準時，如遵循本號判決意旨，以相同之標準定義同一廠場，則聲請人雖然在憲法訴訟獲得部分勝訴（法律保留部分），但因實體之爭議業經本號判決宣示為合憲，則聲請人空有「為保障聲請人就所受該確定終局裁判之案件有重新由法院適用已除去違憲狀態之法規範之機會」（本號判決第 46 小段），而得到由行政法院再一次審判之機會，惟其行政訴訟最終之結果，恐怕也難以歡呼收割。另一方面，行政法院當然有權依工會法之立法目的及整體規範架構，自行決定何等組織態樣為工會法所稱之廠場，而作出與系爭規定一及二為不同之實體認定，則將來該判決即可能成為裁判憲法審查之標的。至於行政法院不自行裁判而撤銷訴願決定，命訴願機關重為決定之可能性，亦屬存在，如此一來，訴願機關亦須面對與行政法院相同之困境，或許等待修法，或修法後，由擬組織工會之廠場依修法之結果再行提出組織工會之申請，是程序上較為減省之方式。

部分協同部分不同意見書

蔡炯燉大法官 提出

憲法法庭 112 年憲判字第 7 號判決（下稱本號判決）主文認為：一、工會法施行細則第 2 條第 1 項（下稱系爭規定一）規定：「本法第 6 條第 1 項第 1 款所稱廠場，指有獨立人事、預算會計，並得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記之工作場所。」第 2 項（下稱系爭規定二）規定：「前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對於工作場所勞工具具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」牴觸憲法第 23 條法律保留原則，至遲於本判決宣示之日起屆滿 2 年時，失其效力。二、上開二項規定與憲法第 23 條比例原則，均尚無牴觸。三、最高行政法院 109 年度上字第 584 號判決及 110 年度上字第 321 號判決適用牴觸憲法之上開二項規定而違憲，均廢棄，發回最高行政法院。

本號判決主文第一項有關係爭規定一及二違反法律保留原則部分及第三項之論述，本席敬表贊同。惟本席認為，本號判決主文第一項有關係爭規定一及二 2 年定期失效部分，不利實務及法院對後續相關案件之處理；且主文第二項對於系爭規定一及二不違反憲法比例原則之結論及理由，容有誤解工會成立所涉勞工團結權之法理基礎，對此尚有進一步闡述之必要。因而提出部分協同部分不同意見書，就以上事項略作補充。

壹、本件聲請解釋案之原因案件事實及有關係爭規定一及二違反憲法比例原則部分之釋憲主張概要

本件釋憲案聲請人一之發起人等，原為中華航空股份有限公司企業工會（下稱華航企業工會）第 4 分會會員，嗣依工會法第 11 條規定，連署發起籌組華航修護工廠企業工會，經完成籌組工會程序後，於中華民國 103 年 9 月 3 日向改制前桃園縣政府申請登記成立華航修護工廠企業工會，並獲核准。後經華航企業工會以利害關係人之身分，分別提起兩次訴願，經勞動部前後作出兩次撤銷核准處分，並

命桃園市政府另為適法之處分。聲請人一於勞動部作出第二次撤銷核准處分後，提起行政訴訟，經最高行政法院 109 年度上字第 584 號判決（下稱確定終局判決一）以上訴無理由駁回確定。

聲請人二漢翔航空工業股份有限公司沙鹿廠企業工會（下稱漢翔航空沙鹿廠企業工會）於 104 年 1 月 12 日向臺中市政府申請登記成立，獲該府核定同意登記。臺中市漢翔航空工業股份有限公司企業工會（下稱漢翔航空企業工會）不服，分別提起三次訴願，經勞動部前後作出三次撤銷核准處分，並命臺中市政府另為適法之處分。聲請人二於勞動部作出第三次撤銷核准處分後，提起行政訴訟，經最高行政法院 110 年度上字第 321 號判決（下稱確定終局判決二）以上訴無理由駁回確定。

聲請人一、二認確定終局判決一、二所適用之系爭規定一及二有違憲疑義，聲請法規範及裁判憲法審查，其有關係爭規定一及二違反憲法比例原則部分之主張略以：依系爭規定一及二，是否具備廠場成立企業工會之要件，均得由雇主一手掌控，公司得透過組織架構、人事安排、預算編制等要件，輕易使各廠區不符合廠場企業工會成立之法定要件，工會法許可同一廠區成立廠場企業工會之制度，即形同虛設，故系爭規定一及二違反憲法第 23 條比例原則，侵害人民受憲法第 14 條、公民與政治權利國際公約第 22 條第 1 項、第 2 項及經濟社會文化權利國際公約第 8 條第 1 項第 1 款等規定保障之結社自由¹。

貳、本席認為系爭規定一及二已抵觸憲法比例原則

本號判決理由認為，因企業工會之組成方式，涉及勞雇利益及公共利益之權衡，立法者享有較大自由形成空間，故比例原則之審查上，採寬鬆審查標準，僅要求其目的具正當性，且手段與目的間具備合理關聯，即為已足²。惟本席認為，無論就比例原則審查標準之選

¹ 見華航修護工廠企業工會，憲法法庭裁判聲請書，頁 16-17，及其所提出之憲法法庭言詞辯論意旨狀，頁 7-9。

² 見本號判決理由，段碼 42。

擇，或比例原則中手段與目的適當性之審查言，本號判決理由之論理實已誤解工會成立所涉勞工團結權之法理基礎，爰進一步闡述如下：

一、工會成立所涉勞工團結權之憲法依據及法理基礎

本件聲請案原因案件之爭議，涉及系爭規定一及二有關勞工組織廠場企業工會之要件是否合憲，相關爭議係直接涉及工會組成之要件，即勞工團結權之行使。我國憲法雖未明文規定勞工團結權之保障，惟依司法院釋字第373號解釋理由書所闡述：「憲法第14條規定人民有結社之自由。第153條第1項復規定國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策。從事各種職業之勞動者，為改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，得組織工會，乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利，亦屬憲法上開規定意旨之所在。國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益前提下，使勞工享有團體交涉及爭議等權利。」之意旨，可認勞工之團結權、協商權及爭議權（下合稱勞動三權）係以憲法第14條結社自由之保障及第153條第1項為依據³。工會係為消弭個別勞工相對於雇主所處之弱勢立場，透過勞工團結組成工會，與雇主或雇主團體進行團體協商或爭議行為，以維持或改善勞動條件。工會既係為提升勞工相對於雇主之弱勢地位而生，一般而言與雇主處於利益相對之立場，則勞工組織工會之要件是否符合「獨立於相對人（例如雇主）之外」的要求（vom Gegner unabhängig）（下稱工會獨立性），便成為評價相關要件是否合憲之重要判斷基準⁴。

換言之，工會與雇主一般而言處於利益相對之立場，若勞工組織工會之要件，無法完全擺脫雇主之影響，欠缺工會獨立性，則雇主

³ 見侯岳宏教授所提之專家諮詢意見書，頁4-5；本席所提司法院釋字第807號解釋部分協同部分不同意意見書，頁9。郭玲惠教授則僅以憲法第14條作為勞動三權之法理基礎。見郭玲惠教授所提之專家諮詢意見書，頁3、12，及其所提之專家諮詢補充意見書，頁7。另有以憲法第14條結社自由及第15條生存權之保障，作為勞工組成工會之憲法依據。見劉鐵錚、戴東雄所提之司法院釋字第373號解釋不同意意見書，一、部分。

⁴ 見郭玲惠教授所提之專家諮詢意見書，頁6-7。

為求避免與工會陷入利益相對及後續團體協商之處境，釜底抽薪之道，便是運用對勞工組織工會之影響力，阻止工會成立或扶植立場與其相近之御用工會成立。工會無法成立或御用工會成立，後續之勞工團體協商權或爭議權便無行使或落實之可能；勞工相對於雇主之弱勢地位，即無法透過工會運作而獲得提升或改善。

二、對勞工團結權限制之比例原則審查至少應採中度審查標準

劉鐵錚及戴東雄兩位大法官於司法院釋字第 373 號解釋所提出之不同意見書認為：「二、……勞動三權在概念上雖有分別，但在發揮實現其集體勞工之生存權及工作權之功能上，則絕不可分割而任缺其一，同為保障勞工生存，維護勞工權益之有力憑藉。不透過團結權即無以行使團體交涉權；無團體交涉權，爭議權即無著力之點。如果勞動者只有團結權，而無團體交涉權與爭議權，則工會組織與勞工之其他聯誼性組織，將無所區別，豈不盡失其為生存權之重大意義！又如何企盼其獲致其合理之權益？」⁵ 勞工團結權既為行使勞動團體交涉權及爭議權之基礎，且工會係為提升勞工相對於雇主之弱勢地位，為保障勞工生存，維護勞工權益之有利憑藉，工會之組織有以憲法特別予以保障之必要⁶，則限制勞工團結權行使之法規，於憲法比例原則之審查上，其審查密度至少應採中度審查標準，其目的須為追求重

⁵ 亦可參見本席所提司法院釋字第 807 號解釋部分協同部分不同意見書，頁 9；黃越欽著，黃鼎佑增修，*勞動法新論*，翰蘆，2015 年（5 版），頁 107-108；陳繼盛，*勞工法論文集*，陳林文教學基金會，83 年，頁 23-24。國內廣為流傳之勞動三權說，國內學者有認是對日本憲法第 28 條規定之誤會，其認日本憲法第 28 條中之團體交涉權不過為團體行動權之例示，嚴格言之，只有團結權與團體行動權（包括團體交涉權在內）之勞動「兩」權而已（黃程貫，*勞動法*，國立空中大學，1997 年（修訂再版），頁 149-150）。

⁶ 就比較法而言，德國基本法第 9 條第 3 項第 1 句保障勞工同盟自由，及日本憲法第 28 條明文保障勞工之團結權，即為著例。關於德國基本法第 9 條第 3 項第 1 句之介紹，可見郭玲惠教授所提之專家諮詢意見書，頁 2-3；林更盛，論工會法施行細則第 2 條對「廠場」定義的違憲疑義——評最高行政法院 109 年度上字第 584 號判決，2023.01.11，出自法源法律網，頁 8。關於日本憲法第 28 條及國際公約對勞工團結權保障之介紹，可見侯岳宏教授所提之專家諮詢意見書，頁 9 及 6 以下。

要公益，所採取之手段與目的之達成間具有實質關聯，始與憲法第23條比例原則之要求相符。

三、系爭規定一及二對勞工團結權之限制不符憲法比例原則之要求

立法者於工會法第6條至第13條制定工會成立之要件，且為防止工會過於零碎無法凝聚力量而產生破碎化現象，以廠場作為組織企業工會之最小單位（同法第6條第1項第1款規定參照），復於同法第9條特別規定，依工會法第6條第1項所組織之各企業工會，以組織一個為限，即同一廠場，僅得成立一企業工會。本號判決主文認為，系爭規定一及二抵觸憲法第23條法律保留原則，而與比例原則尚無抵觸。似意指若日後立法者於修法時，將系爭規定一及二之內容納入工會法之規定，仍符合憲法比例原則之要求而無違憲之虞。本席對本號判決之上開立論，採不同看法，分述如下：

（一）就比例原則目的重要性之審查言

我國工會之組織類型有企業工會、產業工會、職業工會三種。勞工應加入企業工會，同一組織以組成一個企業工會為限，在工會法第6條、第7條第1項及第9條第1項有明定。在此一規定下，某企業只要有受僱勞工30人連署發起，組成籌備，及召開成立大會擬定章程等，成立企業工會後，即在該企業內取得唯一工會地位，不論該企業是100人或200人以上之大型企業，或是以下之中小型企业⁷，均適用；即便動輒員工人數超過萬名以上之大型企業，亦然。另一方面30人以下之企業則不得成立企業工會，僅能加入外部之職業工會或產業工會。

工會之組成，為勞工結社權之行使。本質上，多少勞工欲如何結合成一團體，國家本無加以干涉之必要。但國家為防止工會過於零

⁷ 參照經濟部98年修訂之「中小企業認定標準」，採僱用員工人數為標準，分類如下：1. 大型企業：製造業、營造業、礦業及土石採取業僱用員工人數200人及以上，其餘各業僱用員工人數100人及以上之企業。2. 中小企業：非大型企業皆屬之，其中微型企業（又稱「小規模企業」）係指僱用員工人數未滿5人之企業。

碎，無法凝聚力量而產生破碎化現象，以及雇主與其進行團體交涉之便利性等利益衡量，限制以廠場作為勞工組織企業工會之最小單位，固屬基於利益權衡之立法形成範疇。再，一般中小型企業，企業所僱用人數至多數百人，其工作場所通常不至散落各處，限制此等企業僅能成立一企業工會，或有其正當性，然如其人數上千乃至上萬以上，且工作場所散落各處，如政府機關以法規技術性地限制勞工難以成立企業工會，其正當性即非無疑。

（二）就比例原則手段與目的間之實質關聯性言

1. 欠缺獨立性之廠場企業工會無助於團體協商權之行使

若對系爭規定一及二之比例原則審查採中度審查標準，縱使系爭規定一及二之立法目的，確如本號判決理由所言，分別為防止工會產生破碎化之現象，及利於工會與雇主間對等協商，簽訂團體協約，提升會員勞動權益⁸，且認定上開立法目的確具重要性，則就手段與目的間之實質關聯性言，系爭規定一及二仍無法通過比例原則之檢驗。誠如聲請人所主張，依系爭規定一及二，是否具備廠場成立企業工會之要件，均得由雇主一手掌控，企業主得透過組織架構、人事安排、預算編制等要件，輕易使各廠場之組織架構等，不符合廠場企業工會成立之法定要件，而達到其限制工會於廠場成立之目的，則工會法所規定之廠場企業工會制度，即形同虛設。換言之，系爭規定一及二將工會成立與否之要件，取決於企業主對該廠場組織架構、人事安排、預算編制之決定，則工會獨立性於此蕩然無存；系爭規定一及二，非但無法達成促進工會與雇主間對等協商之目的，反而造成雇主得以任意操控工會成立要件存在與否，即可阻止立場與其不同之工會成立（工會既可能受雇主影響而無法成立，何來促進工會與雇主對等協商可言？），或扶植立場傾向雇主之御用工會成立（一旦御用廠場企業工會成立，即排除其他廠場企業工會成立之可能，何來促進工會

⁸ 見本號判決理由，段碼 43。

與雇主對等協商可言？）⁹。

2. 廠場所應具備之獨立性與廠場企業工會團體協商權及爭議權之落實無關

此外，本號判決理由認為，系爭規定一及二分別設定勞工得組織廠場企業工會之要件，及廠場所應具備之獨立性判準，有利勞工所享有之團體協商及爭議等權利，於廠場企業工會成立後得有效行使¹⁰。本號判決理由將廠場所應具備之獨立性，與廠場企業工會得否有效行使團體協商及爭議等權利相連結，此手段與目的間之關聯性論述亦存有疑義。若廠場企業工會所在之廠場不具系爭規定一及二規定之獨立性要件，亦無礙於工會團體協商權之行使，因該廠場仍得將與工會團體協商之內容，層層上報於公司管理高層，由具最終決定權之管理高層作最終決策，或授權廠場主管或直接由管理高層派員直接與場廠企業工會進行團體協商，均可達到目的。畢竟廠場企業工會主要訴求之對象，其實就是有最終決定權之企業主，而非廠場，以廠場應具有系爭規定一及二規定之獨立性要件，作為廠場企業工會之成立要件，毋寧係限制廠場企業工會成立之託辭，而非為了「提升會員勞動權益」。換言之，此乃政府機關以法規技術性地限制勞工難以成立企業工會。此一限制不僅不具目的正當性，其限制之手段與目的間亦欠缺實質關聯，不符憲法比例原則之要求。

3. 日本企業工會制度之借鏡——日本法不限制企業工會之成立，亦無勞勞相爭問題

我國工會法規定之企業工會制度，係參考日本而來，然規範方式有所不同。在日本，企業工會為其最主要之工會組織方式，約有9成之工會均為企業工會¹¹。日本憲法第28條規定：「勞工之團結

⁹ 2016年間華航空服員罷工事件發生之際，華航企業工會即遭指責為華航管理階層之御用工會，無法為華航員工捍衛權益。相關報導，可見 <https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/1735523>（最後瀏覽日：2023.05.19）

¹⁰ 見本號判決理由，段碼44。

¹¹ 菅野和夫，勞働法，有斐閣，2020年（12版3刷），頁833。

權、團體交涉權及其他團體行動權，應予保障。」其他團體行動權即「爭議權」¹²。在此一憲法保障下，其通說及實務見解，不論工會之成員多寡，所有工會，包含少數工會（即會員人數不及受僱員工二分之一之工會），不論該企業是否存有複數工會，工會之團結權、團體交涉權及團體行動權均受保障¹³。

日本對於同一企業（事業單位）內有複數企業工會並不設任何限制。事實上，日本集團勞動法制，對於工會並不採取強制之特定組織方法。日本勞動組合法第 2 條規定，本法所稱之工會指：以勞動者為主體，自主維護改善勞動條件，並謀求提升經濟地位為目的所組成之團體或聯合團體。對於組成人數並無任何規定，解釋上 2 人以上即可組成團體，因此 2 人以上即得發起組成工會。其得以企業別來組成，亦得以產業別或區域別來組織。

某一企業內部組成一個工會，該企業幾乎所有員工均加入，一方面與經營雇主做交涉，基本上與雇主係採取協調之態度，減少勞資糾紛，共同協力提升業績，在不景氣之狀況中，也共同協力為生產調整，可說係謀求共同維持僱用體制。對於企業內之工會，或是一個更大工會（第一工會）之外，另外結成第二工會或第三工會，大部分員工加入該唯一工會，或第一工會，與經營方進行交涉之企業工會，為日本獨特之工會制度。此一企業工會制度對於日本在第二次世界大戰後之高度經濟發展，並成為世界經濟大國，有重大貢獻¹⁴。

有別於德國等歐洲多數國家，有職業工會及產業工會之團體交涉，及企業內設有經營及勞動關係上之員工代表機關（Betriebsrat），二元機能分擔之功能。日本在第一次世界大戰後，

¹² 菅野和夫教授認為更正確的說法，團體行動權包含爭議權與工會活動權（典型如貼宣傳海報、發宣傳單、集會及演說等一定活動之保障）。參照菅野和夫，前揭書，頁 38。

¹³ 奧野寿，少數組合の団体交渉権について，日本勞動研究雜誌 573 號，2008 年 4 月，頁 28-31。

¹⁴ 戶谷義治，企業別労働組合の現代的諸問題，法律時報 95 卷 2 號，2023 年 2 月，頁 46、46-53。

漸漸形成之企業工會，其不僅是工會與雇主之對立交涉，因應必要而進行爭議行為，其結果非僅是法律表面所顯現之機能，與企業為經營協力，依據場合之不同而參與，謀求提升員工之勞動條件與增進福利，日本企業工會併存有勞資協商團體乃至作為「員工代表機關」之功能¹⁵。

日本工會組織率在1947年約55.8%，為最高。其後持續降低，2021年掉落至約16.9%¹⁶。與我國相同，組成率漸漸降低中。以企業別所組成之企業工會組織率，在2021年約為16.1%，以企業規模來看，員工在99人以下之企業，僅約0.8%，但是1000人以上之企業則為39.2%，大企業組成企業工會之比率相對較高¹⁷。由於工會組成率降低，而員工代表制又在多方面勞動法制中運用，因此如何讓企業工會組成率提高而不空洞化，以及讓員工代表之選出符合民主正當性，成為目前日本勞動法制之重大課題¹⁸。

從日本二戰後工會運動之發展，對於企業內多數企業工會，並不加以限制，對於該國之工會運動，經濟發展或社會秩序並無造成重大不利影響，亦無同一企業下小規模企業工會林立，造成勞勞相爭之浮濫結果等情。借鏡日本法制，系爭規定一及二之規定，是否符合比例原則，確有重大疑義。

綜上，系爭規定一及二對廠場企業工會成立之限制，欠缺手段與目的間之實質關聯性，不符憲法比例原則之要求，應屬違憲¹⁹。

¹⁵ 菅野和夫，前掲書，頁817-818。

¹⁶ 日本勞働政策研究研修機構所作統計情報，https://www.jil.go.jp/kokunai/statistics/timeseries/html/g0701_01.html（最後瀏覽日：2023.05.19）

¹⁷ 見日本厚生勞働省，令和3年勞働組合基礎調査の概況，<https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/21/dl/gaikyou.pdf>（最後瀏覽日：2023.05.19）

¹⁸ 戶谷義治，前掲文，頁51-52。

¹⁹ 郭玲惠教授認為，100年修正工會法施行細則第2條時，第1項之要求（與系爭規定一內容大致相同，僅文字略作修正）雖對勞工組織工會有所限制，但此種限制係基於執行工會依工會法所賦予之任務，並採最小侵害方式，若採較寬鬆之解釋，避免工會之組成受制於相對人內部經營管理與指揮監督，則未違反憲法比例原則之要求。相較之下，103年修法時，於系爭規定二加入與團體協商對

參、廠場企業工會之成立於實際運作之必要性

就廠場企業工會之實際運作言，大型企業於全國各處多設有不同場廠，或依地域差異性及營運功能之考量，賦予個別廠場不同之分工權責。個別廠場之分工任務不同，對其僱用勞工所設定之勞動條件（例如上下班時間、工時長短或輪班制度等）可能有所差異，個別廠場之勞工對其勞動條件之設定²⁰或勞資爭議議題²¹亦可能有不同需求。使個別廠場企業工會與所設廠場間就各自需要，訂立內容相異之團體協約²²，或有其必要性。實現個別廠場企業工會之特殊需求，並不會造成所謂「勞勞相爭」之問題，反可營造廠場企業工會與個別場廠間之和諧勞雇關係及工作環境，創造廠場企業工會與雇主雙贏之局面。據漢翔航空工業股份有限公司所公開之相關資料，該公司即曾於 106 年間與本件聲請人二即漢翔航空沙鹿廠企業工會，及漢翔航空企業工會與漢翔航空岡山廠企業工會，分別簽訂完成團體協約²³，亦可見雇主與總公司企業工會及個別廠場企業工會分別簽訂團體協約，實際運作上並無窒礙難行之處，所謂「勞勞相爭」之現象是否一定會發生，而不可避免，頗值深思。

肆、本號判決主文第一項有關係爭規定一及二 2 年定期失效部分

本號判決主文認為，系爭規定一及二牴觸憲法第 23 條法律保留原則，至遲於本判決宣示之日起屆滿 2 年時，失其效力。似意指若日

等性及相對人獨立性無必然關聯之規定，將勞工組織工會之權利，繫諸企業內部之預算編列方式、會計單位設立與否及是否有絕對之人事獨立權限，為對勞工組織工會之不合理限制，違反憲法比例原則之要求。見郭玲惠教授所提之專家諮詢意見書，頁 7、10；專家諮詢補充意見書，頁 3 以下。

²⁰ 見漢翔航空沙鹿廠企業工會，解釋憲法補充理由書（二），頁 3 以下。

²¹ 見華航修護工廠企業工會，憲法法庭裁判聲請補充理由狀，頁 2 以下。

²² 各企業工會之會員所關注之工資、工時、津貼、獎金、調動、資遣、退休、職業災害補償、撫卹等勞動條件之團體協商議題（團體協約法第 12 條第 1 項規定參照），未必相同。

²³ 見漢翔公司 2017 年企業社會責任報告書，頁 80。下載自 <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.aidc.com.tw/Content/File/csrreptw201707.pdf>（最後瀏覽日：2023.05.19）

後立法者於修法時，將系爭規定一及二之內容納入工會法之規定，仍符合憲法比例原則之要求而無違憲之虞。然而如此作法，恐使法院對後續相關案件之裁判或在實務運作上，產生疑慮。因確定終局判決一及二經本號判決廢棄發回最高行政法院，相關法院應依本號判決主文第1項之意旨，判決聲請人一及二勝訴後，是否工會之行政主管機關即應准許聲請人各該廠場企業工會之成立？抑或行政機關可認依本號判決主文第2項之意旨，俟立法機關立法後再為准駁？除本號判決涉及之原因案件外，相關法院對其他相類案件之裁判，如逕以系爭規定一及二違反母法授權，而拒絕適用，其效力如何？均滋生疑義。

本席認為，既99年工會法第6條修正前，實務上即已多年存在廠場型工會（此即本次修法前舊工會法時期之產業工會）²⁴，99年上開條文修法後，雇主與總公司企業工會及個別廠場企業工會分別簽訂團體協約，實務運作上亦無窒礙難行之處，兼以系爭規定一及二除違反憲法法律保留原則外，亦違反憲法比例原則而無效，實應宣告系爭規定一及二立即失效，回復一般勞工依工會法規定自主成立工會之權利，實踐其勞工團結權之行使，如此作法亦有利法院未來於相關案件作一致性之合憲裁判。

伍、結語

99年工會法第6條修正立法理由提及：「二、配合工會組織多元化發展，爰將工會組織類型化，於第1項規定如下：（一）第1款規定企業工會：現行以廠場為組織範圍之工會，仍得維持，歸類為企業工會，如某某公司某某廠工會。至於非屬營利性質之團體、組織亦歸類為企業工會。……」立法者既於此次修法，為促進工會組織多元化發展，保留以往既存之場廠型工會，且僅於工會法第9條第1項就企業工會之組織數量作特別限制，就憲法權力分立言，司法機關及行政機關自當遵守立法者此次修法時明確展現之價值選擇及立法形成自

²⁴ 我國企業工會相關法制發展過程，可見侯岳宏教授所提之專家諮詢意見書，頁16以下；勞動部，憲法訴訟言詞辯論意旨書，頁18以下。

由。行政機關不應以發布行政法規（即系爭規定一及二）之方式，對廠場企業工會之成立額外增加非細節性與技術性之限制；未來立法機關如未能認清系爭規定一及二可能危及工會獨立性，並影響勞工團結權行使之後果，逕行將相關規定，規定於母法中，不僅背離工會法 99 年之修法意旨，且將嚴重打壓工會制度在我國未來之發展。

末所不得不言者，工會法第 4 條雖就勞工組織及加入工會之立法模式，由強制入會改採自由入會制，但 99 年工會法修法時，有關勞工加入企業工會之立法模式，行政院原於草案第 7 條規定：「依前條第 1 項以同一廠場或同一事業單位組織之企業工會，其加入工會之會員人數已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，其餘未加入工會之勞工，應經個人同意參加該工會為會員。」（立法院第 7 屆第 3 會期第 10 次會議議案關係文書，第 96 頁、第 103 頁參照）於立法院二讀程序經委員會審查通過之內容為：「依前條第 1 項以同一廠場或同一事業單位組織之企業工會，其加入工會之會員人數已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，『為促進企業工會團結』，其餘未加入工會之勞工，經個人同意『應』參加該工會為會員。」（其理由在於：「為促進以同一廠場或同一事業單位組織企業工會之團結力，並可穩定勞資關係，進而強化集體協商之功能，爰參採美國工廠工會之精神，明定依上開條件組織之企業工會，其會員數超過該廠場或事業單位勞工半數時，其餘未加入之勞工，應經個人同意參加該工會為會員。」（立法院第 7 屆第 3 會期第 15 次會議議案關係文書，第 19 頁至第 20 頁參照）其精神乃採自由入會制，而於企業工會會員人數，已達全體得加入工會之勞工總數二分之一以上時，工會得強制未入會勞工加入工會。其立法理由，似已兼顧勞雇雙方權益，值得認同。然而於立法過程，立法委員卻以「黨團協商」之方式，逕將立法院委員會通過之工會法第 7 條條文修改為，依第 6 條第 1 項第 1 款組織之企業工會，其勞工應加入工會。使原來強制入會之精神，於企業工會領域重生。此一強制入會之規定，恐背離憲法第 14 條規定之意旨。況工會法對於不論基於任何理由，不願加入工

會之勞工，並無任何制裁措施，是此一規範既無任何法律效果，僅屬訓示規定。又，如一企業之勞工均自願性組織及加入工會，則企業工會代表全體勞工就有關勞動條件，如勞工之工作時間、安全衛生等事項與企業雇主，進行協商，其具有民主正當性，無待深論。惟如其會員低於團體協約法第6條第3項所規定「受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一」之標準，則企業工會欲代表其會員，與企業雇主進行攸關全體受僱人之勞動條件，進行團體協商，其民主正當性，恐遭質疑。是團體協約法第6條第3項規定，就有協商資格之勞方，有關第1款「企業工會」部分，未如第2款至第4款般，設定「會員受僱於協商他方之人數，逾其所僱用勞工人數二分之一」之條件，恐滋生適用上之疑義，未來修法，自有檢討之必要。否則類如司法院釋字第807號解釋中之原因案件某企業工會人數僅40人，如要求與僱用人數達1萬餘人以上之企業為團體協商，雇主願與其協商，進而達成團體協約之機率幾許，當不問可知²⁵。類此爭議以及本判決理由併予敘明所指部分，立法者恐需用心檢討，如何修法，始得以讓我國工會制度健全發展，而非僅糾結於勞方或資方私益之追求。

²⁵ 本席所提司法院釋字第807號解釋部分協同部分不同意見書註19及本文相關說明。

部分協同部分不同意見書

許志雄大法官 提出

黃瑞明大法官 加入

黃昭元大法官 加入

本號判決釋示，工會法施行細則第 2 條第 1 項及第 2 項規定：「本法第 6 條第 1 項第 1 款所稱廠場，指有獨立人事、預算會計，並得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記之工作場所。前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」（下稱系爭規定）涉及勞工結社權之限制，與比例原則尚無牴觸。對此，本席敬表贊同，惟認多數意見就勞工結社權之憲法依據及性質所持見解，不無疑義，採取之審查基準亦有待商榷。又本號判決宣告系爭規定違反法律保留原則，定期 2 年失效，原因案件確定終局判決適用牴觸憲法之系爭規定而違憲，均廢棄，發回最高行政法院。本席認其有關法律保留原則之操作過於僵化，且忽略我國相關法律規定與制度設計，而無法因應當代行政國家現象之要求，故礙難同意。同理，其關於原因案件確定終局判決之審查結果，難謂允當。爰提出部分協同部分不同意見書。

一、勞動三權之憲法依據與性質

團結權（勞工結社權）與團體交涉權、團體行動權（團體爭議權）合稱勞動三權，乃勞工之基本權。勞動三權一般與生存權、受（國民）教育權並列，屬典型之社會權。惟生存權與受國民教育權分別規定於憲法第 15 條及第 21 條，為憲法明定之權利；反之，勞動三權係學說理論承認之憲法上權利，並未見諸憲法明文。有關勞動三權之憲法依據何在，論者見解不一，迄無定論。

按我國釋憲實務上，司法院釋字第 373 號解釋首度肯定勞工有組織工會之權利，並認其乃現代法治國家普遍承認之勞工基本權利。依該號解釋之意旨，憲法第 14 條規定人民有結社之自由，憲法第 153 條第 1 項復規定國家為改良勞工之生活，增進其生產技能，應制

定保護勞工之法律，實施保護勞工之政策，二者可據以導出勞工團結權之保障。其解釋理由書同時提及團體交涉權與團體爭議權，謂：「國家制定有關工會之法律，應於兼顧社會秩序及公共利益前提下，使勞工深受享有團體交涉及爭議等權利」，但團體交涉權與團體爭議權之憲法依據及性質為何，則未言明。

本號判決顯然深受釋字第373號解釋影響，多數意見同樣援引憲法第14條人民結社自由之保障規定，以及第153條第1項保護勞工之基本國策規定，另又參照公民與政治權利國際公約第22條第1項、經濟社會文化權利國際公約第8條第1項、國際勞工組織第87號結社自由及組織權之保障公約第2條規定，表明勞工組成工會與勞工團結行使與雇主協商及爭議之權利密不可分，係為改善勞動條件，增進其社會及經濟地位，且屬國家對勞工保護之義務之一環，同屬憲法第14條結社權保障之特別型態。最後聚焦於團結權，得出「勞工以組成工會形式，其所形成共同意志及結社自由，屬憲法第14條結社權之保障範圍」（理由第33段參照）。

上述多數意見包含下列要點：1. 除繼釋字第373號解釋之後，再度肯認團結權受憲法保障外，更進一步明白承認團體交涉權及團體爭議權亦屬憲法上權利；2. 主張勞動三權之憲法依據，以憲法第14條規定為主，第153條第1項規定為輔；3. 稱勞動三權同屬憲法第14條結社權保障之特別型態；4. 指出團結權與團體交涉權及團體爭議權密不可分，均係勞工（勞方）抗衡雇主（資方）之權利，行使之對象為雇主；5. 表示勞動三權具有改善勞動條件等積極目的，國家負有加以保護之義務，透露出勞動三權之社會權性質。其中蘊含諸多課題，以下舉其瑩瑩大者，試予評析。

首先，其承認勞動三權均屬憲法上權利，既符合保障勞工（弱勢）之需要，亦順應現代人權譜系之發展趨勢，值得肯定。惟多數意見主張之憲法依據恐過於薄弱，尚不足以成為勞動三權之穩固基礎。蓋憲法第14條規定之結社權，可歸類為廣義之表現自由，乃典型之自由權，屬第一代人權。而依通說，勞動三權性質上為社會權，屬第

二代人權，自與屬第一代人權之一般結社自由有別。從保障結社自由之憲法第 14 條規定，如何導出社會權之勞動三權？雖然憲法第 153 條第 1 項有國家應保護勞工之規定，但其僅為基本國策條款，尚非個人可以行使之主觀權利規定，即使與憲法第 14 條規定搭配，亦未必能改變後者之內涵與性質。要之，關於勞動三權之憲法依據，多數意見之主張雖非完全站不住腳，但仍有未盡周延之處。

本席認為，無寧以採多重包裝方式，將勞動三權建立在憲法第 15 條工作權保障規定、第 14 條結社自由保障規定及第 22 條概括性權利保障條款之基礎上為宜。蓋憲法第 14 條保障之結社自由，概念上不排除組織工會之自由，例如公民與政治權利國際公約第 22 條規定：「人人有自由結社之權利，包括為保障其本身利益而組織及加入工會之權利。」將團結權納為結社自由之一環，可資參照。惟既然將團結權定性為社會權，則其權利依據不應侷限於憲法之結社自由規定，若能一併以憲法第 15 條之工作權規定作為基石，庶幾可彰顯勞動三權之社會權性質。又因有工作權之射程原本未必及於勞動三權之疑慮，故同時將憲法第 22 條概括性權利保障條款作為勞動三權之依據，應更穩當。

其次，從思想源流、人權歷史、制憲背景及比較憲法角度觀之，工作權本屬社會權，殆難否認。惟工作權規定內含職業自由之保障，乃釋憲實務一貫之見解，已成定論，可見工作權同時具有自由權面向。有論者主張，工作權為典型之社會權，保障範圍包括勞動三權¹。惟工作權原本未必包含勞動三權，二者通常分開規定，此從比較法可以獲得佐證。例如，德國威瑪憲法第 163 條規定工作權，第 159 條規定團結自由；德國基本法第 9 條第 3 項規定團結權，與同條第 1 項規定之一般結社自由並列，此外並無工作權之明文規定；日本憲法第 27 條規定工作權，第 28 條規定勞動三權；經濟文化權利國

¹ 吳庚著，憲法的解釋與適用，三民，2003 年修訂版，頁 274 以下；釋字第 514 號解釋黃越欽大法官之不同意見書。

際公約第6條及第7條規定工作權，第8條規定團結權及罷工權。論者所謂工作權保障之範圍包含勞動三權，應係解釋推衍之結果²。眾所周知，勞動三權乃資本主義出現嚴重弊端後之產物，目的在於化解勞資對立，保障弱勢之勞工。勞動三權自始係勞工抗衡雇主之權利，效力應直接及於私人間，而包括工作權在內之其他基本權，原則上係規範國家與人民之關係，依通說效力僅間接及於私人間，二者顯有差異。由此可見，逕自從工作權推衍出勞動三權，尚有困難。總之，現行憲法列舉之權利，無論第14條之結社自由或第15條之工作權，均未能提供勞動三權充分之論據，為保障此等具普世價值之勞動三權，最終猶須求諸憲法第22條概括性權利保障條款。

最後，自由權與社會權之區分僅具相對意義，二者並非截然不同。自由權可能兼含社會權性質，如知之權利即是。同樣，社會權亦可能具備自由權面向，團結權乃代表性之例子。進一步言之，團結權屬社會權，但具備自由權面向，而與結社自由息息相關。德國基本法第9條規定結社自由，於第1項保障一切德國人皆有組成社團、公司與團體之權利，即一般結社自由，並於第3項保障為維持促進勞動條件及經濟條件而組成團體之權利，即團結自由（Koalitionsfreiheit）或團結權，將團結權包含於結社自由中，視為結社自由之特殊類型³。多數意見稱勞動三權同屬憲法第14條結社權保障之特別型態，諒係受到德國基本法規定及學說之影響。

本席認為，我國憲法第14條保障之結社自由，概念上不排除組織工會之自由，惟處理實體之自由問題時，應正視其為勞動基本權之磐石，主要從社會權角度論述之。正如宗教之結社自由，其涵蓋於結社自由中，要無疑義，惟面對有關之實體問題時，理應作為宗教自由之內容加以處理⁴。此外，團體種類繁多，無論政治、經濟、宗教、

² 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016年，頁350、351。

³ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1982) S.160. 阿部照哉ほか譯，西ドイツ憲法綱要，日本評論社，1983年，207頁。

⁴ 蘆部信喜著，結社の自由の意味 集會・結社の自由（4），法學教室第216

學術、藝術或社會性質之團體，依通說皆為結社自由保障之對象。惟各種團體之目的及特性不一，即使均受結社自由保障，其保障程度亦未必相同，有關限制之違憲審查基準應分別考量，未可劃一。例如，學術性團體與學術自由息息相關，鑑於學術自由之重要性，學術性團體應配合學術自由，受到高度保障，並採取嚴格之違憲審查基準；反之，經濟性團體與經濟自由密不可分，依據雙重基準理論，經濟自由所受保障程度較低，違憲審查基準寬鬆，則經濟性結社亦應比照辦理，採取較低保障與寬鬆之違憲審查基準⁵。團結權既屬結社自由之特殊類型，其保障程度及違憲審查基準自應特別考量。

二、違憲審查基準之寬嚴

多數意見主張，系爭規定直接涉及勞工籌組廠場企業工會之要件，其規範內容構成勞工結社權之限制，應符合比例原則之要求。因企業工會之組成方式，涉及勞雇利益及公共利益之權衡，立法者享有較大自由形成空間，故比例原則之審查上應要求其目的具正當性，且手段與目的間具備合理關聯（理由第 42 段參照）。依其見解，關於團結權之限制，應採寬鬆之審查基準，只要目的正當，手段與目的間具備合理關聯，即為已足。

誠然，勞動三權屬社會權，立法者原本享有一定之政策形成空間，而且，其行使攸關勞方與資方之權義及互動關係，對社會之影響力頗大，相對應受限制之可能性亦大。因此，有關立法之違憲審查，不宜採取嚴格之基準。惟對勞工而言，勞動三權係涉及生存之權利，就其加以規制之立法，若過度重視立法機關之裁量，並不妥當。從雙重基準理論角度觀之，勞動三權之位置介於精神自由與經濟自由之間，自以中度審查基準為宜⁶。準此，系爭規定涉及團結權之限制，其立法目的須為追求重要公益，且所採手段與目的間須有實質關聯

號，1998 年 9 月，頁 79。

⁵ 許志雄著，同註 2，頁 291-293 及 296。

⁶ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005 年第 3 版第 7 刷，頁 252。

性，始為合憲。

如多數意見所稱，系爭規定之主要目的，一方面係為防止工會過於零碎無法凝聚力量之破碎化現象，他方面係為利於工會與雇主間對等協商，進而簽訂團體協約，提升會員勞動權益（理由第43段參照）。本席認為，其具備重要公益之性質，立法目的應屬正當。又依工會法第6條第1項1款規定，同一廠場之勞工方能組織廠場企業工會，而所稱廠場，系爭規定明定係指具備人事、預算及會計獨立性等要件之工作場所。此等規定構成勞工結社權之限制，所採手段確實有助於上開目的之達成，且未過當，其手段與目的間應認具備實質合理關聯性。是系爭規定經得起中度審查基準之檢驗，應屬合憲。附帶一言，關於工會組織類型，立法者享有一定之政策形成空間。在有其他企業工會組織類型之前提下，團結權已獲保障，工會法即使未允許廠場工會之組成，似亦無違憲之虞。

三、法律保留原則之運作

多數意見認為系爭規定違反法律保留原則，理由在於：於現行法所定之工會制度下，「同一廠場」為勞工得以組成廠場企業工會之組織區域，其概念及適用範圍直接涉及勞工得否組成廠場企業工會之要件，自屬勞工得否組成工會之重要事項，應由法律或法律明確授權之命令定之。而「同一廠場」之概念，工會法本身並未定義，系爭規定於欠缺法律明確授權之情形下逕就「廠場」加以定義，其涉及限制勞工結社權之重要事項，故牴觸法律保留原則（理由第39段及第40段參照）。

然而，從法律解釋之觀點，是否真如多數意見所稱，何謂同一廠場，工會法本身未予界定；系爭規定就廠場加以定義，欠缺法律明確授權。對此，本席不以為然。關於廠場或同一廠場之概念，工會法形式上確無定義性規定，但從工會法相關條文，特別是第6條第1項第1款規定之實質內容著眼，尚非不能理解其意義，因此難謂工會法本身未予界定。系爭規定只是藉由解釋，進一步將其概念具體化，應無法律明確授權之必要。申言之，先以文義解釋論之，系爭規定所為

廠場之定義，並未超出一般理解之廠場概念範圍。再以體系性解釋及目的論解釋觀之，企業工會之類型，依工會法第 6 條第 1 項第 1 款規定，包括結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。既稱企業工會，該工會自當由企業之勞工組成；而所謂企業，一般係指從事經濟活動之獨立性組織。前揭條款列舉之其他企業工會類型，其雇主莫不具備一定之獨立性，俾能因應工會之訴求，達成工會法之立法目的，解釋上廠場企業工會應不例外，其廠場亦當具備一定之獨立性。系爭規定明定廠場以具備人事、預算及會計獨立性等為要件，係將母法蘊含之意旨具體化，符合文義解釋、體系性解釋及目的論解釋，應不至違反法律法律保留原則。況立法院職權行使第 10 章「行政命令之審查」（第 60 條至第 63 條）明定，立法院對行政命令有事後審查權。各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，於送達立法院後，經立法院有關委員會審查及院會議決，認有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應通知原訂頒之機關更正或廢止之。原訂頒之機關未於 2 個月內更正或廢止者，該命令失效。系爭規定既未經立法院通知訂頒機關予以更正或廢止，則可視為立法院已默認其合法性與合憲性，司法機關應予尊重，不輕易挑戰之。

依理，行政機關適用法律時，本有行政解釋權，不待法律授權，其將解釋結果定於行政命令中，只要未超越母法之意旨，即非法所不許。事實上，各種解釋性規則內充斥著定義性規定，無庸贅言；施行細則中包含定義性規定者，亦所在多有，不勝枚舉⁷。如果均照

⁷ 下列例子，均有與系爭規定類似之情形：

1. 社會救助法施行細則第 5 條規定：「本法第 5 條第 3 項第 3 款所稱無扶養能力，指具有下列情形之一，且其動產及不動產未超過中央、直轄市主管機關公告當年度一定金額者：一、列冊低收入戶。二、罹患嚴重傷、病，必須 3 個月以上之治療或療養致不能工作。三、因照顧特定身心障礙或罹患特定病症且不能自理生活之共同生活或受扶養親屬，致不能工作。四、身心障礙致不能工作。五、依就業保險法第 25 條規定辦理失業認定或依同法第 29 條、

多數意見之主張審查，則被認定違反法律保留原則者，恐俯拾皆是，將釀成法秩序之崩潰，不免令人憂心。

最後本席認為，法律保留原則應如何運作，非單純形式之法律問題，更攸關立法與行政之分際，須有憲法宏觀之考察。基本上，當代各國由行政權（政府）主導「國家基本政策之形成決定」之情形十分普遍，稱之為「行政國家」現象。原本，基於法治主義，行政機關必須「依法行政」，在統治過程，亦即法律或政策之制定與執行流程中，位居下游，扮演「執行」之角色；如今，行政國家現象下，行政權同時在上游之「決策」階段，擔負決定性之功能。國會與政府之政治意象，於過去呈現「決策—執行」之垂直關係，前者屬於國會職掌，後者由行政部門負責；現今則轉換成「統治—監控」之水平關係，前者包括決策與執行，統一交付行政部門，而後者由國會擔負其任務⁸。我國立法主要由行政院提案，立法院則負責審議，行政命令由行政機關訂定，立法院則有事後審查權，適為上開趨勢之反映。時至今日，法律保留原則仍十分重要，作為憲法原則之地位不容動搖，惟面臨行政國家現象帶來之衝擊，法律保留原則應如何運作，實有重

第30條規定辦理失業再認定，並取得失業認定證明。」

2. 全民健康保險法施行細則第10條規定：「本法第10條第1項1第1款第4目所稱雇主，指僱用員工之民營事業事業主或事業經營之負責人；所稱自營業主，指未僱用有酬人員幫同工作之民營事業事業主或負責人。」
3. 公務人員退休資遣撫卹法施行細則第67條規定：「本法第53條第2項第1款所定因公死亡，應符合下列要件：一、情勢要件：指執行搶救災害（難）、逮捕罪犯或執行與戰爭有關任務時，陷入危及生命安全之艱困情境。二、奮勇要件：經服務機關舉證亡故公務人員面對前款艱困情境，仍奮不顧身，繼續執行任務或防阻死傷擴大，致犧牲個人性命。」
4. 菸害防制法施行細則第7條規定：「本法第18條第1項第11款但書所稱雪茄館，指供人吸用雪茄及販賣雪茄之場所。前項雪茄館，應具備下列要件：一、營業項目包括雪茄零售業。二、雪茄或相關器具之營業額，占全部營業額百分之五十以上。三、場所設施足以阻絕吸用雪茄產生之排放物或氣味，不得影響工作人員專用之工作區域，或該場所以外之處所。」

⁸ 關於行政國家現象下立法與行政之互動關係，詳參許志雄著，立法與行政的分際，收於「台灣憲法之縱剖橫切」，元照，2002年，頁280以下。

新思考之必要。

四、聲請人關於裁判憲法審查之聲請應予駁回

如上所述，系爭規定未違反比例原則及法律保留原則，應屬合憲。原因案件之確定終局判決並無本號判決主文第三項所稱適用牴觸憲法之系爭規定而違憲情形，聲請人關於裁判憲法審查之聲請自應駁回。

補充一言，多數意見係從形式觀點，認系爭規定違反法律保留，因而牴觸憲法；惟從實質觀點，認系爭規定與比例原則無違，亦即其內容合憲。在此前提下，於依主文第三項所示，原因案件之確定終局判決均廢棄，發回最高行政法院後，最高行政法院將如何審理判決，頗費猜疑。最高行政法院可能因定期 2 年系爭規定始失效，從而仍適用系爭規定；或者形式上不再援引系爭規定，卻在解釋工會法第 6 條第 1 項第 1 款之廠場概念時，融入系爭規定之內涵。如此一來，憲法法庭所為廢棄發回顯然多此一舉，對聲請人毫無助益。最高行政法院亦可能裁定停止審理程序，俟工會法修正後，依新法續行審理（憲法訴訟法第 54 條第 1 項參照）。惟工會法之修正結果如何，難以預料，以新瓶裝舊酒方式，將系爭規定內容移置工會法中，並非不可想像。而且，等待修法期間，聲請人無法組成廠場企業工會。是無論採取以上何種方式，聲請人均不能獲得有實效性之救濟，此為本號判決最尷尬之處。

部分協同、部分不同意見書 楊惠欽大法官 提出
 詹森林大法官 加入第貳、肆部分

本號判決主文第2項認工會法施行細則第2條第1項規定（下稱系爭規定一）未牴觸比例原則及主文第3項部分之結論，本席敬表贊同，惟認多數意見之理由尚有予以補充之處，爰就此部分提出協同意見；至本號判決主文第1項認系爭規定一及工會法施行細則第2條第2項（下稱系爭規定二）欠缺法律明確授權而牴觸法律保留原則，以及主文第2項認系爭規定二未牴觸比例原則部分，則均尚難同意，爰就此等部分提出不同意見。

壹、關於本號判決主文第1項部分之不同意見—系爭規定一、二並未因違反授權明確性原則而牴觸法律保留原則

按「……憲法第7條、第9條至第18條、第21條及第22條之各種自由及權利，則於符合憲法第23條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，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：諸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；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，……」（司法院釋字第443號解釋參照）。是人民自由權利之限制，應以法律或法律明確授權之命令為之，「……至授權明確與否，則不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷。」（司法院釋字第710號解釋參照）從而，法律固僅概括授權行政機關訂定施行細則，亦非當然即違反授權明確性原則（司法院釋字第676號解釋參照）。

本號判決爭議所在之系爭規定一、二分別規定：「（第1項）本法第6條第1項第1款所稱廠場，指有獨立人事、預算會計，並得

依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記之工作場所。

（第 2 項）前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對於工作場所勞工具具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」觀其規定內容，總括言之，係針對工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱廠場，予以定義之規定。而就母法即工會法所規定廠場之內涵，以法律概括授權之施行細則¹中之系爭規定一、二予以規範，是否符合本號判決所稱法律保留原則（即授權明確）之要求，須視系爭規定一、二是否涉及人民基本權利之限制？如至少須以法律授權主管機關發布命令為補充規定，其授權是否具體明確？爰分述如下：

一、關於闡明「同一廠場」之定義屬（相對）法律保留事項，得以法律或法律授權命令予以規範

（一）包含廠場工會之工會組織類型，係工會法所明文規定

按「（第 1 項）工會組織類型如下，但教師僅得組織及加入第 2 款及第 3 款之工會：一、企業工會：結合同一廠場、同一事業單位、依公司法所定具有控制與從屬關係之企業，或依金融控股公司法所定金融控股公司與子公司內之勞工，所組織之工會。二、產業工會：結合相關產業內之勞工，所組織之工會。三、職業工會：結合相關職業技能之勞工，所組織之工會。（第 2 項）前項第 3 款組織之職業工會，應以同一直轄市或縣（市）為組織區域。」工會法第 6 條定有明文。查本條係基於「配合工會組織多元化發展，爰將工會組織類型化」之理由，於中華民國 99 年 6 月 23 日修正公布時所新增。實則，工會法於 18 年 10 月 21 日經國民政府制定公布時，就工會之種類係規定為產業工會及職業工會兩類²，直至上述 99 年修正公布時始變更

¹ 施行細則之一般規範模式為「本法施行細則，由中央主管機關定之。」授權訂定工會法施行細則之工會法第 48 條規定之模式亦同。

² 18 年 10 月 21 日制定公布之工會法第 1 條規定：「（第 1 項）同一產業或同一職業之男女工人，以增進知識技能、發達生產維持改善勞動條件及生活為目的，集合 16 歲以上，現在從事業務之產業工人，人數在 100 人以上，或職業工人人數在 50 人以上時，得適用本法組織工會。（第 2 項）產業工會職業工會之

為企業工會、產業工會及職業工會等3類。至工會組織類型涉及「同一廠場」之規範，則是始於36年6月13日修正公布之工會法第7條規定：「（第1項）凡同一區域或同一廠場年滿20歲同一產業之工人人數在50人以上，或同一區域同一職業之工人人數在30人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。（第2項）凡同一產業內各部份不同職業之工人所組織者為產業工會，聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類以命令定之。」從而，具有所稱產業工會，係指「同一區域或同一廠場內之同一產業工人」或「同一產業內各部份不同職業之工人」所組織者之意旨。嗣38年1月7日及64年5月21日修正公布之工會法，雖調整此規定條次至第6條，但規範之工會類型及意涵仍相同³。

可知，關於工會組織之類型，不論是為產業工會、職業工會之2類，或為企業工會、產業工會及職業工會等3類之規範，工會法均係於本法中予以規範，且規範內容均含該等工會之意涵，甚且99年修正公布即現行工會法第6條，不僅明定工會組織類型包含企業工會、產業工會及職業工會3類，且明文就此3類工會之意涵為定義性規定，其中之第1項第1款就企業工會之定義規定，即明文工會法所容許之企業工會，僅有結合「同一廠場」、「同一事業單位」、「關係企業」或「金融控股公司與子公司」內之勞工所組織者之4類。換言之，勞工之組織工會係受憲法第14條結社自由之保障，但透過工會法第6條之明文，勞工所得組織工會之類型，實已因之形塑為僅限企業工會、產業工會及職業工會3類型，及在此3類型下所定義之各種類工會，而形成對勞工所得組織工會類型之干預。

種類，另以命令定之。」

³ 64年5月21日修正公布工會法第6條規定：「（第1項）同一區域或同一廠場年滿20歲之同一產業工人，或同一區域、同一職業之工人，人數在30人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。（第2項）同一產業內由各部分不同職業之工人所組織者為產業工會。聯合同一職業工人所組織者為職業工會。產業工會、職業工會之種類，由中央主管機關定之。」38年1月7日修正公布之工會法第6條規定內容類同。

（二）系爭規定一、二所涉「廠場」內涵之闡明，非屬絕對法律保留事項

本號判決所涉之廠場工會，依工會法第 6 條第 1 項第 1 款之明文，固屬勞工所得組織之企業工會類型，惟因其屬企業工會之類型，而同法第 9 條第 1 項復規定：「依本法第 6 條第 1 項所組織之各企業工會，以組織一個為限。」申言之，工會法係肯認複數工會之存在，且未限制勞工得加入工會之數量，亦即符合各該工會定義內之勞工，其係得同時加入各該企業工會、產業工會及職業工會，亦得同時為各該廠場工會及事業單位工會之會員，即同一事業單位有成立工會，該事業單位下之廠場又有成立廠場工會，則該廠場之勞工，係得加入事業單位工會及該廠場工會⁴。從而，若工會法並無如上述第 9 條第 1 項關於各企業工會以組織一個為限之規定，則工會法縱無容許廠場工會之組織類型，或雖容許成立廠場工會，但不符廠場之要件者，因基於其等仍屬同一事業單位之勞工，如符合其他成立事業單位工會之條件，則其等雖於該事業單位（總公司）已成立事業單位工會下，係仍得另成立其他之事業單位工會。

承上可知，為闡明工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「廠場」之內涵而訂定之系爭規定一、二，其關於廠場內涵之規範，雖實質上涉及組織廠場工會之要件（詳下述），而影響勞工組織廠場工會之結社自由，但此等影響係須再結合上述工會法第 9 條第 1 項規定始足以形成，故而系爭規定一、二所涉廠場內涵之闡明，尚難認屬應由立法者自以法律規定之絕對法律保留事項。

（三）系爭規定一、二所規範者係至少應以法律授權發布命令予以補充規定之事項

⁴ 工會法第 9 條立法理由：「……明定各企業工會仍以組織 1 個為限。以金融控股公司及其具控制性持股關係之銀行為例，各銀行分行（同一廠場）、銀行整體（事業單位），以至於與金控公司及其所屬其他具控制性持股關係之公司間（具控制或從屬關係），勞工皆得組織企業工會，但以同一分行、同一銀行或同一金控集團為組織區域之企業工會，各僅能有 1 個。……」同此意旨。

如上所述，我國工會法於36年6月13日修正公布之規定中，就工會之組織類型規定已有「同一廠場」之內容，而依此規定核有所謂廠場工會之概念。換言之，於現行工會法第6條修正公布前，所謂「廠場工會」已存在長達60年；至何謂「廠場工會」，觀其「廠場」之文義，已得知其係以工廠或礦場之工人為範圍所組織之工會。嗣因38年1月7日修正公布之工會法第1條規定：「工會以保障勞工權益，增進勞工知能，發展生產事業，改善勞工生活為宗旨。」而現行即99年6月23日修正公布之工會法第6條，更將原組織工會之主體由「工人」，修正為與勞動基準法（下稱勞基法）相同規範用語之「勞工」，並因適用勞基法之勞工範圍逐年擴大下，行政院勞工委員會76年12月8日（76）台勞資字第8530號函示：「查工會法第6條『同一廠場』所指除『工廠』、『礦場』以外，尚含『工作場所』之意，本案同一事業單位之總公司為一工作場所，其營業處亦為一工作場所，自得依現行工會法『同一廠場』之規定分別組織工會。」至於現行工會法第6條則將工會類型由原先之產業工會、職業工會2類，變更為企業工會、產業工會及職業工會3類，而99年6月23日修正公布工會法第6條之立法理由又明示：「……第1款規定企業工會：現行以廠場為組織範圍之工會，仍得維持，歸類為企業工會，如某某公司某某廠工會。……」等語。

綜上可知，所謂「廠場工會」之「廠場」，或可為單一事業單位或可為事業單位下之分支機構（如某某公司某某廠），而「廠場」之概念範圍因實質上關涉廠場工會之成立，是其概念範圍之界定，係應與工會制度運作實務及勞資關係與勞動市場之現狀相配合；因此立法者並非不得基於上述考量，於就工會之概念意涵已為方針性指示或概念框架後，即授權行政機關就廠場工會要件中之「廠場」意涵，進一步為符合工會制度實務運作之具體化規範。申言之，因界定工會法第6條第1項第1款所稱「廠場」之內涵，則同款所規範得組織「廠場工會」之「同一廠場內勞工」即隨之確定，從而實質關涉廠場工會之成立，是至少應以法律授權主管機關發布命令為補充規定，再由立

法機關予以監督（中央法規標準法第 7 條、立法院職權行使法第 60 條至第 63 條規定參照），尚非行政機關得以非直接對外發生法規範效力之行政規則，予以闡釋之事項。

二、系爭規定一、二尚無因欠確法律明確授權而違反法律保留原則情事

誠如本號判決所言，勞工欲組成廠場工會者，即應符合系爭規定一及二之定義及要件，而工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「同一廠場」之概念並未經工會法定義（本號判決理由第 39 段及第 40 段參照）。惟自工會法第 1 條所規定「為促進勞工團結」之立法目的、第 2 條所規定「工會為法人」、第 5 條第 1 款至第 3 款規定，工會之任務係包含「團體協約之締結、修改或廢止」、「勞資爭議之處理」、「勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進」，以及同法第 11 條第 1 項規定：「組織工會應有勞工 30 人以上之連署發起……」，可知屬於工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱之廠場工會，立法者之設想是：具有與雇主締結、修改或廢止團體協約，以處理勞資爭議之主體地位，且須有適度反應不同類型勞工所需之勞動條件、勞工安全衛生及會員福利等事項之權能，並足以凝聚該等勞工抗衡雇主，以促使雇主改善之規模等，而此等意旨均屬主管機關為有效執行工會法有關廠場工會之規範，而須界定「廠場」之意涵以確立廠場工會之範圍時，得以遵循之方針指示或概念框架。

系爭規定一、二就「廠場」內涵所為之定義性規定，雖係由工會法概括授權之施行細則為之，但依工會法之整體規範目的及關涉廠場工會之相關規定整體規範意旨，足認工會法已授權工會法之中央主管機關，為有效執行工會法有關廠場工會之規範，得以施行細則就工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「廠場」之內涵，依上述工會法相關規範意旨所呈現之方針指示或概念框架，予以闡明。是依工會法概括授權所為之系爭規定一、二，尚難謂因欠確法律明確授權而違反法律保留原則。

貳、關於本號判決主文第2項中就系爭規定一部分之協同意見、系爭規定二部分之不同意見—系爭規定二與比例原則有違

系爭規定一係就工會法第6條第1項第1款所稱廠場予以定義之規定，其於100年4月29日修正發布時之理由略謂：「……，否則同一關係企業之下小規模工會過多，反易削弱團體協商力量。」又因系爭規定一自施行以來，對於廠場是否具備系爭規定一所稱之有獨立人事、預算會計，迭生認定爭議，乃於103年修正發布之工會法施行細則，增訂系爭規定二，就系爭規定一所稱之「有獨立人事、預算會計」之內涵予以規範，其增訂理由明載：「……為使各地方主管機關於受理所轄之廠場企業工會辦理登記時有所依循，又為能統一體例之規範……」。

系爭規定二規定：「前項所定有獨立人事、預算及會計，應符合下列要件：一、對於工作場所勞工具有人事進用或解職決定權。二、編列及執行預算。三、單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損。」既係為避免系爭規定一所稱之獨立人事、預算會計之認定上爭議，而就系爭規定一所稱「有獨立人事、預算會計」，再為定義性規定，俾使各地方主管機關於受理所轄之廠場工會辦理登記時有所依循，是其就「有獨立人事、預算及會計」所為定義之規範目的是否正當及與規範目的間是否有合理關聯，尚應併同系爭規定一所稱「有獨立人事、預算會計」部分之規範意旨與目的，予以綜合審究。故以下說明，爰先略述系爭規定一之規範意旨，即就本號判決關於此部分之補充意見；並再援以說明系爭規定二違反比例原則之理由。

一、系爭規定二係為達成系爭規定一之規範目的而設，其規範目的核屬正當

如前所述，系爭規定一、二係因工會法授權主管機關就工會法第6條第1款所稱廠場工會之要件—「廠場」，基於工會運作實務，為妥適履行工會法第5條所定工會任務之定義，而訂定之規範。且誠如本號判決所言：「系爭規定一為使工會法第6條第1項第1款規定得以執行，明定得組成企業工會之廠場須同時符合『具獨立人事、預

算及會計』，且『得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記』之工作場所特性；嗣因是否符合『具獨立人事、預算及會計』迭生認定爭議，遂於 103 年引用經濟部 55 年 2 月 26 日商字第 04210 號關於獨立會計之函釋，增訂系爭規定二，明確規範所謂具有獨立人事、預算及會計之定義。究其目的，乃為使各地勞動主管機關於受理所轄之廠場企業工會辦理登記時有所依循，以利執行，且要求得組成廠場企業工會之廠場應具備經營功能，以利其工會與雇主間對等協商，進而簽訂團體協約，提升會員勞動權益。」是系爭規定一及二所欲實現之規範目的，核屬正當（本號判決理由第 43 段參照）。

詳言之，工會本係勞工團結權之具體呈現，並藉以實行勞工之團體協商權及爭議權，而工會欠缺主體性與獨立性，或其規模過小且數量過多，勢必影響工會進行團體協商及行使爭議權之效能，致無法達成工會法第 5 條所設定之工會任務。系爭規定一將工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱之廠場，除以「工作場所」一詞先予定性外，另以「有獨立人事、預算會計」及「得依法辦理工廠登記、公司登記、營業登記或商業登記」兩大要件，界定所稱「工作場所」之外部界限；而此等關涉工作場所之內部組織編定及場所屬性之要件要求，主要核係針對廠場應具「主體性、獨立性」之意旨而為。

上述 2 要件中之後者所稱得依法辦理登記部分，因依該等登記所涉及之工廠管理輔導法、公司法及商業登記法等相關規定⁵，得循以辦理登記之工廠、公司或商業，原則上係具一定之規模⁶，且此等工作場所原則上亦係就其之業務或營運等相關事項具有決定權，而原則上具有主體性及獨立性⁷。

⁵ 工廠管理輔導法第 3、6、10 條、商業登記法第 3、4、5、14 條及公司法第 1、7 條等規定參照。

⁶ 依商業登記法第 5 條規定之反面解釋，得辦理商業登記之商業，尚包含小規模商業，故稱原則上。

⁷ 傳統之單一廠場即屬事業單位之情形，該廠場於符合相關登記要件下，無論有否依法辦理登記（雖須依法辦理登記始得合法營業），其具有主體性及獨立性，固無疑問，但屬同一事業單位下之數分支機構，縱已符合依法辦理登記之

惟因隨國內經濟發展及企業國際化之趨勢，企業規模漸趨多元化，亦即仍有傳統單一廠場即屬一事業單位而繼續存在者，但屬一事業單位（俗稱之總公司）下設多處之分支機構者（或分公司、分處、營業所、○○廠等，名稱不一而足），亦屬常見。故為利勞工之團體協商或爭議權之有效行使，企業工會之類型自應隨之變化，此自工會法第6條第1項第1款規定之企業工會類型擴及關係企業、控股公司與子公司，即可得其梗概。而此等變化，在工會之成立上所直接關涉者，核屬廠場工會；蓋所謂之廠場，縱已符合系爭規定一所稱得依法辦理登記部分之要件，但因其是否具備主體性及獨立性，尚須視該分支機構所屬之事業單位對其之組織編定及權責授予程度等情形予以定性，從而系爭規定一乃以「有獨立人事、預算會計」為「廠場」概念要件之一。

綜上，系爭規定一所以另將「有獨立人事、預算會計」作為「廠場」概念要件，核係基於同一事業單位下之分支機構是否得成立工會法第6條第1項第1款所稱之廠場工會而為。而系爭規定二既係就系爭規定一所稱之「有獨立人事、預算會計」，再為定義之規定，則其亦係為確保同一事業單位下之分支機構，具有成立廠場工會，以履行工會法第5條所定包含「團體協約之締結、修改或廢止」、「勞資爭議之處理」、「勞動條件、勞工安全衛生及會員福利事項之促進」等工會任務，所須之主體性與獨立性而設。是自以「廠場」為成立前提之廠場工會所應具備工會效能俾有效完成工會任務之觀點言，系爭規定一、二之規範目的核屬正當。

二、系爭規定二之手段與目的達成間欠缺合理關聯

（一）系爭規定二各款規定之疑義

系爭規定一所以就廠場（工作場所）之定義為「有獨立人事、預算會計」之概念要件規定，並進而於系爭規定二就此概念要件再為

要件，但是否具備主體性及獨立性，尚須視該分支機構所屬事業單位對其之定位，故在此稱「原則上」。

定義性規定，核係針對廠場應具「主體性、獨立性」之要求而為，惟系爭規定二就「有獨立人事、預算及會計」所為之定義，與廠場應具主體性、獨立性之規範目的間是否有合理關聯，尚非無疑；且系爭規定二所以為此等規定內容之理由為：「……又為能統一體例之規範，參酌經濟部 55 年 2 月 26 日商字第 04210 號函釋（下稱經濟部 55 年函）內容，就獨立會計規定為單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損，爰為第 2 項之規定。又第 2 項第 1 款所稱具有人事進用或解職決定權，係指該工作場所可獨自辦理招募、進用、資遣及解僱員工。其人事進用無需經總公司或上級單位之同意與否，即得獨立決定之。……」是以下亦援以說明系爭規定二各款規定之疑義：

(1) 如上所述，系爭規定二所關涉者核係同一事業單位下之分支機構廠場工會之成立；而同一事業單位（下稱總公司）下之分支機構，其組織架構，包含內部分層負責之層級又均係由總公司決定之；換言之，就各該分支機構所得進用人員之層級，總公司常須視各分支機構之事務及公司整體經營模式決定之，惟上開規範理由所稱「無需經總公司或上級單位之同意與否，即得獨立決定」等語，核具有該分支機構對其之人員具有完全且絕對之人事權，尚無由總公司介入餘地之意旨。準此，衡諸常情，總公司下之分支機構實難有符合系爭規定二第 1 款所規範「具有人事進用或解職決定權」之情，從而導致事業單位下之廠場難以符合「有獨立人事」之要件。

(2) 系爭規定二第 2 款所稱「編列預算」部分，基於分支機構有獨立編列預算，係足以彰顯其對業務決定及執行所具之相當獨立性及主體性，且於成立廠場工會所欲行使之勞工團體協商權之有效運行亦有所助益，是此一要件要求，固得予以肯認。然同款就「獨立預算」之意涵，於「編列」外，復為「獨立執行預算」之要求，而「獨立執行預算」一詞，本即難脫在編列之預算範圍內予以執行之意，尤其再徵諸系爭規定二第 3 款所稱之「設帳計算盈虧損」，核有該分支機構之「金流」應自負其責

之意旨；惟總公司下之各分支機構，其設立之原因多元，縱績效有別，而於公司治理上分受不同之獎勵，但無論如何，都不致使分支機構自負盈虧，而總公司置之事外。換言之，此等獨立執行預算、自負盈虧之態樣，係與總公司下設分支機構之本質相扞格，更是與前述要求得籌組廠場工會之廠場，應具相當獨立性與主體性之認定及目的無涉。

- (3) 依上述系爭規定二之規範理由，其第3款係參酌經濟部55年函所訂定。惟經濟部55年函係謂：「……查公司所屬分支機構……若非事務單位而係營業機構，並有設帳計算盈餘虧損，其財務會計獨立者，不問是否與本公司在同一縣市均須飭辦分公司登記以利管理，……」此函所涉之分公司登記，固涉及分支機構獨立性及主體性之認定，而與如何界定廠場一節相關，然觀該函就所謂「財務會計獨立」，並未提及本款所定要件中之「單獨設立會計單位」，且分支機構是否單獨設立會計單位，除涉及總公司對整體公司（含分支機構）營運及組織編制之規劃，更與該分支機構是否有獨立會計，而為一獨立會計單位，從而有其主體性及獨立性之認定無涉。此外，上述經濟部函就應辦分公司登記者，雖有「設帳計算盈餘虧損」之要求，然另觀商業登記法第14條就商業之分支機構為應另申請登記之規範，係以該分支機構「獨立設置帳簿」為要件，而經濟部101年10月31日經商字第10102139960號函亦稱：「……分公司係指其會計及盈虧係於會計年度終結後歸併總機構彙算，並有主要帳簿之設置者應辦分公司登記，如其交易係逐筆轉報總機構列帳不予劃分獨立設置主要帳冊者，自毋庸辦理登記。……」亦可知是否「獨立設置主要帳冊」固關涉是否有獨立會計之認定，但是否「設帳計算盈餘虧損」，尚與分支機構是否有獨立會計之認定無必然關聯。從而，系爭規定二第3款所為「單獨設立會計單位，並有設帳計算盈虧損」之要件要求，核係增加系爭規定一為認定分支機構之獨立性及主體性而

為之「獨立會計」規範，所非必要之要件，從而導致事業單位下之廠場難以符合此等要件，而幾乎難以有此類廠場工會之成立。

(二)系爭規定二就系爭規定一所稱之「有獨立人事、預算及會計」所為之概念要件規範，與該規定所欲達成之目的間欠缺合理關聯，而與比例原則有違

系爭規定二針對「有獨立人事、預算及會計」所為之 3 款規定，綜合上開 1 (1) (2) (3) 所述，其內容實已與系爭規定一透過「有獨立人事、預算及會計」所欲為該分支機構應具相當獨立性及主體性之認定，欠缺合理關聯性；且此等要件亦不合同一事業單位下設置分支機構之關於「有獨立人事、預算及會計」之普遍性規範，而使同一事業單位下之分支機構，難以該當此 3 款要件，從而使前述工會法立法理由明文肯認之「某某公司（事業單位）某某廠工會」將難以成立。是雖系爭規定二所定義之系爭規定一，係為避免同一關係企業（應含同一事業單位）下之小規模工會過多，反易削弱團體協商力量之目的而為，但避免小規模之工會數量過多，並非意謂使廠場工會幾乎難以成立；何況基於最近性原則⁸，廠場工會於團體協商上，如勞基法規定之工時、勞工例假調整或女工夜間工時等事項，實具重要性。是系爭規定二之 3 款要件規定，尚難認與上述規範目的之達成間具合理關聯。

又觀審判實務，對涉及系爭規定二所定要件之裁判，於裁判中，幾乎一致性地對系爭規定二之 3 款要件，再為或應採相對性或從寬解釋之論斷，然於此等抽象性之說明後，於個案之具體要件的要求上，仍未盡相同⁹。亦顯見，系爭規定二之「為使各地方主管機關於受理所轄之廠場企業工會辦理登記時有所依循」之目的，並未因系爭

⁸ 最近性原則之用語係引自郭玲惠教授就本件聲請案所提出之專家學者意見書。

⁹ 最高行政法院 109 年度上字第 584 號、108 年度判字第 498 號、108 年度判字第 449 號、臺北高等行政法院 108 年度訴更一字第 89 號、臺北高等行政法院 107 年度訴字第 1165 號、106 年度訴字第 435 號判決參照。

規定二之3款要件規定而能有效達成，反係治絲益棼。是系爭規定二之規定內容尚難認有助於上述目的之達成，從而得認與之有合理關聯。

綜上，關於系爭規定二之規定內容，實務裁判雖透過法律解釋後仍予適用，此等用心，本席敬表佩服，但無論係採相對性或從寬解釋之方法，其實質上均呈現系爭規定二之內容與其規範目的達成間之關聯性係受到質疑，加以本席係認系爭規定二所定之某些要件，尚無解釋空間，如關於「單獨設立會計單位」、「設帳計算盈餘虧損」等之要件。此外，就工會制度之形塑，立法者固具較大之形成空間，但對所形塑具體制度之規制內容，仍不得違反比例原則。惟本號判決並未敘明系爭規定二就系爭規定一所稱之有獨立人事、預算會計，所規定之要件內容，何以與其規範目的間有合理關聯，而僅以系爭規定二明定「得組織廠場企業工會之工作場所應具備之獨立性標準，以供各地勞動主管機關作為審查個案之判斷準則」，並將之與工會法規定綜合觀之，即逕謂系爭規定二與規範目的有合理關聯，從而認與憲法比例原則尚無抵觸（本號判決理由第44段參照），本席尚難以同意。

參、關於本號判決主文第3項部分之協同意見

本號判決主文第3項所為原確定判決應予廢棄並發回管轄法院之諭知，其主要依據固為本號判決所援引之憲法訴訟法（下稱憲訴法）第62條第1項規定（本號判決理由第45段參照）；惟本席認憲訴法64條第1項前段之規定，就本號判決此部分之諭知亦具重要性，而認此部分之理由尚有予以補充之處。

按憲訴法第64條第1項規定：「（第1項）判決宣告法規範定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。但判決主文另有諭知者，依其諭知。（第2項）前項法規範定期失效之情形，各法院於審理其他案件時，準用第54條規定。」同法第54條第1項則規定：「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。」其中第 64 條第 1 項前段之立法理由略謂：「……惟本節案件亦具主觀權利保護之意義，聲請案件所審查之原因案件確定終局裁判經廢棄發回後，對於原因案件如何審理，則應有相當之配合機制，爰明定該受發回應再為審理原因案件之法院，不受憲法法庭判決定期失效所定期間之拘束，而應依憲法法庭宣告法規範違憲之意旨為裁判。」可知，憲訴法第 64 條第 1 項前段係就憲法法庭判決宣告法律違憲並定期失效時，針對聲請憲法審查之個案，其原因案件之處理，所特為有別於憲訴法第 54 條之一般處理方式之規定。

查依本號判決主文第 1 項所為系爭規定一、二違反法律保留原則之諭知，固得認本件聲請係該當憲訴法第 62 條第 1 項所規定人民之聲請有理由者之要件，然因本號判決主文第 2 項係為系爭規定一、二無違比例原則之諭知，即系爭規定一、二之規定內容並未違憲，從而衍生對聲請人所為之裁判憲法審查聲請部分即各該聲請案之原確定判決應否廢棄之爭議。

承上所述，依本號判決主文第 1 項所示，系爭規定一、二雖係遭宣告定期失其效力，但依上述憲訴法第 64 條第 1 項前段規定，關於聲請案之原因案件，管轄法院除不得依憲訴法第 54 條第 1 項前段規定，仍依尚未失其效力之系爭規定一、二為裁判外，基於系爭規定一、二已遭違反法律保留原則之諭知，系爭規定一、二亦已不得再為裁判之依據，是本號判決聲請案之原因案件，其原確定判決如經本庭廢棄，並發回管轄法院，則管轄法院就該事件所涉之廠場工會成立要件是否該當一節，因存有由管轄法院按工會法第 6 條第 1 項第 1 款規定之明文，逕依其確信之見解予以裁判；或參諸系爭規定一、二之內容業經本號判決宣告無違比例原則之意旨，仍依之作為法院之見解予以判斷；或基於系爭規定一、二之內容經由立法程序後，仍有變動之可能，加以本號判決尚有併予敘明部分之檢討建議，而經由程序方式，實質等待新法令之訂定及施行等等之選項。

換言之，雖本號判決就系爭規定一、二已為無違比例原則之諭知，但就聲請人而言，其所為之本件聲請，不僅已使其聲請標的之系爭規定一、二受違憲之宣告，且其原因案件亦非無因之而受更有利判決之可能，是就本件聲請人之聲請裁判憲法審查部分，不論是基於本號判決主文第1項之諭知或本席前開就本號判決主文第2項之意見，本席均贊成本號判決主文第3項之處理方式；但認判決理由宜再援引前述憲訴法第64條第1項前段規定，俾使本號判決關於「為保障聲請人就所受該確定終局裁判之案件有重新由法院適用已除去違憲狀態之法規範之機會」等語之說明（本號判決理由第45段參照），有其法律論據，亦可避免原確定判決經本庭廢棄發回後，管轄法院因憲訴法第54條第1項前段規定，而仍援引系爭規定一、二作為裁判依據。

肆、系爭規定一及二因本號判決認違反法律保留原則，而應定期修法時，相關機關就系爭規定二之規範內容應再審慎考量，尚不宜因本號判決之未違比例原則宣告，而逕就現行規定照單全收—代結論

本號判決就系爭規定一、二係為違反法律保留原則並定期兩年失其效力之諭知，故立法機關係應就工會法為相關規定之增修，甚或明確授權行政機關另訂定法規命令，再就所謂工會法第6條第1項第1款規定所稱之廠場予以定義。雖就系爭規定一、二所闡明之廠場內涵，本號判決認尚與比例原則無違，然此結論，核係基於立法者就工會之建制有較大之形成自由而為；然如本意見書前開所述，為利各地勞動主管機關進行個案審查之系爭規定二，實務裁判既尚須再進行相對性之要件限縮或定義之從寬解釋，顯見原為協助機關有效執行廠場工會成立要件審查之系爭規定二，不僅目的未能達成，更是增生爭議，尤其尚有本意見書前所述之疑義；是於系爭規定二增訂迄今已近10年，且不論論理或執行上均具爭議之情況下，實期待相關機關因本號判決之宣示，於後續應進行之相關法令增修中，能基於現今社經情勢，考量因系爭規定二所生之爭議，並權衡廠場工會在整體工會

制度之目的、地位及功能，就所謂「廠場」應具之實質內涵，為全面性、整體性之衡酌，尚非僅是將系爭規定一、二之內容搬個「家」，於工會法明定或另訂法規命令為規範，但該「新家」之內部裝潢布置，則仍是按「舊家」之原型，照單全收，從而喪失因本號判決而催生之檢討契機。

皮之不存，毛將焉附？不應存在的違憲法規，就無須肯定它是合憲的法規。本判決既確認系爭規定（工會法施行細則第2條第1項及第2項）干預人民權利，卻欠缺法律明確授權，而於主文第1項宣告抵觸憲法應失效，自然不宜再於主文第2項宣示它是合於比例原則而合憲（此與111年憲判字第19號就行政機關給付行政自由的限度所為解釋不同）。否則會讓人感覺邏輯思維錯亂，並導致審查適用系爭規定的確定判決究竟違憲或合憲？應否廢棄？時，陷入父子騎驢的困局。

系爭規定涉及的事項，雖然是國會立法時，在符合比例原則下可自由形成，但以嫁接法，導出行政機關就此也有訂定法規的自由（本判決理由第36段及第42段參照），是否違反三段論法，即值商榷。

至於如何辦理工廠登記，已有工廠管理輔導法可依循；工會能否與雇主對等協商，取決於工會會員所占勞工人數比例，非工廠的經營能力；為避免工會林立的弊端，須透過國會以法律規範，非取決於雇主所設行政階層。故將系爭規定合理化的理由（本判決理由第42段至第44段參照），恐怕也難通過充足理由律檢驗。

本席認為，邏輯不是法律的全部，却是不可分的一部，主文第2項宣示，尚難贊同。

部分不同意見書

蔡宗珍大法官 提出

林俊益大法官 加入

本判決宣告工會法施行細則第 2 條第 1 項及第 2 項規定違反法律保留原則，然未抵觸比例原則，對此本席敬表同意，惟對主文第三項之結論則無法贊同，爰述不同意見之理由如下。

一、本件聲請法規範憲法審查部分雖部分有理由，然聲請裁判憲法審查部分仍屬無理由，本判決不應廢棄原確定終局判決

1. 憲法判決廢棄原因案件確定終局判決，係以裁判憲法審查之聲請有理由為前提

憲法訴訟法第 62 條第 1 項明定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」是憲法法庭於判決主文宣告聲請案原因案件確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院之前提，自為「人民之聲請有理由」；於涉及裁判憲法審查之情形，即係指人民就裁判憲法審查之聲請有理由。而人民聲請裁判憲法審查之法定要件則是就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認所受不利確定終局裁判，有侵害其憲法上權利而抵觸憲法之情形（憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定參照）。因此，人民聲請裁判憲法審查有理由者，即應為系爭確定終局裁判於法令之解釋、適用，有誤認或忽略基本權利重要意義，或違反通常情況下所理解之憲法價值等抵觸憲法之情形（憲訴法第 59 條第 1 項規定立法理由參照），因而構成對聲請人憲法上權利之侵害而抵觸憲法。

此於人民同時就系爭確定終局裁判及其所適用之法規範，聲請法規範及裁判憲法審查之情形，如憲法法庭認定系爭法規範一部或全部構成對聲請人憲法上權利之侵害而違憲，並宣告立即或定期失效者，通常情形下，於法規範遭違憲宣告之範圍內，適用該等法規範所為之系爭確定終局判決亦構成對聲請人憲法上權利之侵害而違憲，屬聲請人聲請有理由之情形；憲法法庭依前揭規定，除應就該確定終局

裁判為違憲之宣告外，並應廢棄之，發回管轄法院。然而，系爭確定終局裁判所適用之法規範雖受到違憲宣告，惟依其違憲之範圍與態樣，該確定終局裁判並未構成對聲請人憲法上權利之侵害時，聲請人就裁判憲法審查之聲請仍屬無理由，應予駁回。

2. 本判決主文就法規範憲法審查部分所為宣示，實屬聲請部分有理由、部分無理由；其中聲請有理由部分，尚不足以支持本件確定終局判決違憲之論斷

本判決主文特殊之處在於，其就法規範憲法審查之標的，即工會法施行細則第2條第1項及第2項規定（下併稱系爭規定），一方面以其規定內容涉及廠場企業工會得否成立之重要事項，卻未以法律明定或經法律明確授權而訂定，違反法律保留原則而牴觸憲法，並以2年為期，為定期失效之宣告；另一方面則進一步審究系爭規定之規範內容，並明確認定其就勞工結社權之限制，未違反憲法第23條比例原則，並於主文中為尚無牴觸比例原則之宣告，性質上應屬合憲宣示。換言之，系爭規定僅因違反形式性之法律保留原則而違憲，至其實質性規範內容則未牴觸憲法，並未侵害聲請人憲法上之權利（勞工結社權）。系爭規定之憲法上定位及效力，自同時受到此兩部分憲法法庭判決意旨之拘束。由此亦可知，系爭規定於本判決所宣示之定期失效期限屆至前，乃屬存有形式性違憲瑕疵之有效法規範，且其實質性規範內容始終並未違憲，不因形式性違憲瑕疵而受影響。聲請人針對適用系爭規定之原因案件確定終局判決，所為之裁判憲法審查之聲請是否有理由，其判斷應以本判決上開主文意旨為核心基準。

此外，系爭規定係屬對工會法第6條第1項第1款所稱「廠場」概念而為之規定，性質上屬於施行細則對母法用語之定義性規定，亦即施行細則立法者就母法法律用語之立法解釋性規定。此等施行細則之定義性規定，如非基於法律明確授權所為，原則上即不具創設性效力，而是附隨於其所定義之法律概念。因此，此類施行細則中之定義性規定，其縱遭法院以違法、違憲為由而拒絕適用，母法相關法律規定原則上並不受影響；且法院於拒絕適用施行細則之定義性規

定後，即須自行就母法相關法律規定之概念用語為有權之解釋，對此，遭拒絕適用之原定義性規定內容，並非一律不得引為法律解釋之參考，此於原定義性規定之實質內容並未具違法瑕疵時尤然。

本件原因案件係涉及廠場企業工會成立登記之爭議。人民欲依工會法第 11 條第 2 項規定，申請該管機關登記為廠場企業工會者，依工會法第 6 條第 1 項第 1 款之規定，須為「同一廠場」之勞工所組織者，何謂「同一廠場」，乃須解釋、認定之法律概念；系爭規定即係施行細則立法者對「廠場」概念所為之定義性規定。如系爭規定失其效力，於新的定義規定制（訂）定前，充其量僅意味著施行細則之定義規定喪失效力而已，有權機關（包括法院）仍得且應本於職權就「同一廠場」之意涵自為解釋、認定，本不當然影響廠場企業工會成立登記案爭議之解決。基此，此類案件救濟程序中，系爭規定並非法院所必要適用之法令。

就本件聲請案而言，本判決既分別明確宣示系爭規定形式上違反法律保留原則而違憲，其規範內容上則未違反比例原則而未違憲，則系爭規定之違憲性始終僅限於形式部分，不及於規範內容，亦即廠場之定義內容；甚且應認本判決就系爭規定內容部分，係認聲請人之主張無理由，於此範圍內，系爭規定乃合憲正當，自未侵害聲請人憲法上權利。此外，系爭規定非屬法院於相關爭議所必要適用之法令。原確定終局判決雖適用系爭規定就「廠場」所為定義內容，俾認定原處分機關准予登記廠場企業工會之處分以及訴願決定予以撤銷是否違法，然於系爭規定定期失效期限屆至前，法院如不再適用系爭規定，其規範內容仍得由法院本於職權，以法律解釋方式導入裁判中，形式上毋須引據系爭規定。況基於本判決就系爭規定內容之合憲宣告意旨，法院就工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「廠場」概念而為解釋時，應受本判決宣告系爭規定內容合憲之意旨之拘束，是法院應以系爭規定之規範內容作為解釋認定「廠場」概念之基準。就此而言，原確定終局判決形式上雖適用經宣告為形式性違憲之系爭規定，惟所適用之規範內容既未違憲，亦可藉由法律解釋方式得之，實難謂構成對

聲請人憲法上權利之侵害而牴觸憲法。

綜上，本席主張，本件關於裁判憲法審查之聲請無理由，應予駁回，不應廢棄原確定終局判決，並發回管轄法院。

二、本判決撤銷原確定終局判決，發回管轄法院後，管轄法院應依本判決全部意旨而重為審判，其判決結果與原確定終局判決理應無二致

本判決即使廢棄原確定終局判決，發回管轄法院（即最高行政法院）後，依憲法訴訟法第64條第1項前段規定：「判決宣告法規定期失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。」最高行政法院自應依本判決宣告法規範違憲之意旨重為審理。應強調的是，所謂「依本判決宣告法規範違憲之意旨」，應指憲法判決中涉及系爭法規範之全部判決意旨；於本判決之情形，自應包含涉及系爭規定效力之主文第一項及第二項之判決意旨，非可切割兩者而僅考量主文第一項有關宣告系爭規定違反形式性法律保留而違憲之理據，蓋主文第一項及第二項同屬對系爭規定是否合憲之論結，且同具憲法法庭判決之拘束力。於此前提下，管轄法院重為審判後，判決結果與原確定終局判決理應無二致，略述理由如下。

本件原因案件係因廠場企業工會成立登記爭議而生，其爭議所涉之基礎法律規定，係工會法第6條第1項第1款及第11條第2項之規定，系爭規定作為對母法法律規定用語（工會法第6條第1項第1款所稱「廠場」）之定義性規定，本非行政法院必要適用之法令，已如前述。而本件原因案件之行政救濟程序，係屬行政訴訟法第4條第3項所定，針對訴願決定之利害關係人撤銷訴訟，其訴訟標的是系爭訴願決定是否違法損害原告權利或利益。而本件所涉之訴願決定，則是訴願機關撤銷原處分機關准予申請人（即訴願案利害關係人、本件撤銷訴訟原告與上訴人、本件聲請人）登記為廠場企業工會之（違法）處分。是本件撤銷訴訟之核心爭點，即申請人成立廠場企業工會，是否合於工會法第6條第1項第1款所定結合同一廠場勞工而組

織企業工會之規定。

本判決廢棄原確定終局判決，發回最高行政法院審理後，最高行政法院須就原審判決所認，「原准予登記處分違法，系爭訴願決定予以撤銷並未違法」之法律見解是否違背法令，依據本判決意旨，重為審判。其判決結果原則上將終局決定原准予登記處分及訴願決定所生合法性爭議：判決結果係駁回上訴者，系爭訴願決定合法有效，准予登記處分則確定遭訴願決定撤銷而溯及既往失效，原處分機關應依判決意旨，就申請案重為（拒絕）處分；判決結果係上訴有理由者，最高行政法院應廢棄原判決，並得自為撤銷訴願決定之判決，其結果，原經訴願決定撤銷之准予登記處分恢復其效力，相關廠場企業工會完成登記，取得企業工會之合法地位。由此可知，本件原因案件之訴訟救濟，直接牽動申請成立廠場企業工會者（即原告、上訴人、本件聲請人）與同一企業已成立之企業工會（即訴願人、訴訟參加人）相對立之法律上權益；而本判決主文第一項宣告系爭規定形式性違憲部分，係有利於前者，而本判決主文第二項宣告系爭規定未違反比例原則部分，則有利於後者。對此，管轄法院均須於重行審理程序詳予斟酌。

如若最高行政法院重行審理本案時，僅適用上開基礎法律規定，而不再引用具形式性違憲瑕疵之系爭規定，則法院即應本於職權，就工會法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「廠場」，於符合本判決意旨之前提下，自為解釋、適用。而由於本判決主文第二項明文已宣告系爭規定之規範內容並未違反比例原則，此部分宣告亦具憲法法庭判決之拘束力，因此法院就「廠場」之意涵自為解釋、適用時，自應受本判決主文第二項意旨之拘束，其法律解釋內容應以系爭規定業經合憲肯認之規範內容為準據。無論如何，依本判決意旨，相關機關或法院就「廠場」意涵為解釋、適用時，採取與系爭規定內容相同之解釋結果，不應存有違法、違憲疑慮。另依行政訴訟法第 255 條第 2 項規定：「原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由。」是原審判決，乃至系爭訴願決定，雖均直接引據系爭

規定，以定義工會法第6條第1項第1款規定所稱廠場，然如前所述，其規定內容本得經由法律解釋得出，是最高行政法院即使認原審判決及系爭訴願決定，適用具形式性違憲瑕疵之系爭規定屬不當，亦得以法律解釋方式得出與系爭規定內容相同、且經本判決明確宣示合憲意旨之廠場意涵之解釋，屬依其他理由為正當之情形，應以上訴為無理由。況本判決就系爭規定違憲部分，係為定期失效之宣告，於期限屆至前，系爭規定僅屬具形式違憲瑕疵，但其效力繼續存在之法規範，其規範內容之合憲性尚且經本判決明確宣告。此種情形下，審理原因案件之法院於重行審理程序中實非不得仍適用有效之系爭規定。

綜上，本件原因案件經本判決廢棄原確定終局判決，發回管轄法院重行審理後，就廠場之意涵，理應仍採與系爭規定規範內容相同之解釋方式，從而原准予登記處分應屬違法，訴願決定予以撤銷，於法即無不合，而應駁回上訴人（即聲請人）之訴，其結果，即與原確定終局裁判之結論相同。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 8 號

聲請人一 朱長生
訴訟代理人 賴錫卿律師
聲請人二 盧映潔
訴訟代理人 陳偉仁律師
李鳳翔律師
聲請人三 蕭絜仁
訴訟代理人 陳重言律師
翁英琇律師
聲請人四 許榮棋
聲請人五 陳易騰
訴訟代理人 邱泓運律師
聲請人六 林郁紋
訴訟代理人 林志忠律師
蘇靜雅律師
聲請人七 李珍妮
訴訟代理人 陳文祥律師
聲請人八 李晨菲

上列聲請人分別聲請解釋憲法、法規範及裁判憲法審查，本庭判決如下：

主 文

- 一、刑法第 310 條第 3 項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」所誹謗之事涉及公共利益，亦即非屬上開但書所定之情形，表意人雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於上開規定所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之

引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。至表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。於此前提下，刑法第 310 條及第 311 條所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，即未違反憲法比例原則之要求，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋應予補充。

二、聲請人一至八之聲請為無理由，均予駁回。 2

理 由

壹、聲請案相關事實及聲請人聲請要旨等【1】 1

一、聲請案相關事實、聲請客體及聲請人聲請要旨【2】 2

（一）聲請人一【3】 3

聲請人一涉以臉書及電子郵件傳送文字、擷圖於被害人之親友、任職公司及員工，指摘傳述足以貶損被害人名譽及社會評價之事。案經臺灣高等法院 109 年度上易字第 1662 號刑事判決（下稱確定終局判決一），以刑法第 310 條第 2 項所定之罪論處罪刑確定。聲請人一認確定終局判決一所適用之刑法第 310 條規定及司法院釋字第 509 號解釋（下稱系爭解釋），有違憲疑義，於中華民國 110 年 6 月 1 日聲請解釋憲法。其主張意旨略以：刑法第 310 條規定與系爭解釋違反比例原則，致侵害其言論自由等語。【4】 4

（二）聲請人二【5】 5

聲請人二涉於個人臉書動態時報貼文，指摘傳述貶損他人名譽及社會評價之事。案經臺灣高等法院臺南分院 104 年度上易字第 615 號刑事判決（下稱確定終局判決二），以刑法第 310 條第 2 項所定之罪論處罪刑確定。聲請人二認確定終局判決二所適用之刑法第 310 條規定，有違憲疑義，系爭解釋有補充或變更之必要，於 109 年 2 月 19 日聲請解釋憲法。其主張意旨略以：刑法第 310 條規定以刑罰限制言論自由，違反憲法第 23 條比例原則等語。【6】 6

（三）聲請人三【7】 7

聲請人三涉以刊登報紙及自印刊物發送於不特定大眾之方式，
指摘傳述足以毀損被害人名譽之事。案經臺灣高等法院 101 年度上易
字第 2538 號刑事判決（下稱確定終局判決三），以刑法第 310 條第
2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人三認確定終局判決三所適用之刑
法第 310 條及第 311 條規定，有違憲疑義，並認系爭解釋有補充或變
更之必要，於 106 年 11 月 21 日聲請解釋憲法。其主張意旨略以：刑
法第 310 條及第 311 條規定未就基於宗教信仰及良知確信所發表具追
求公益目的之言論，定有阻卻違法或阻卻責任規定，違反憲法第 13
條宗教自由及第 11 條言論自由之保障等語。【8】

（四）聲請人四【9】

聲請人四涉於其所架設之公開網站，以其使用之帳號刊載文
章，其中具有足以毀損被害人名譽之內容。案經臺灣高等法院 100
年度上易字第 1483 號刑事判決（下稱確定終局判決四），以刑法第
310 條第 2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人四認確定終局判決四所
適用之刑法第 310 條規定，有違憲疑義，於 110 年 9 月 10 日聲請解
釋憲法。其主張意旨略以：刑法第 310 條規定抵觸憲法第 11 條、第
23 條，過度侵害其言論自由等語。【10】

（五）聲請人五【11】

聲請人五涉於不特定人均可共見之「教育論壇部落格」網路留
言板上刊登文章，供連結至該網頁之不特定多數人瀏覽觀看網頁，其
內容具有足以毀損被害人之人格、名譽及貶低其社會評價之文字。案
經臺灣高等法院 104 年度上易字第 904 號刑事判決（下稱確定終局判
決五），以刑法第 310 條第 2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人五
認確定終局判決五所適用之刑法第 310 條規定及系爭解釋，有違憲
疑義，於 109 年 2 月 19 日聲請解釋憲法。其主張意旨略以：刑法第
310 條規定以刑罰限制人民言論自由，不符憲法第 23 條比例原則，
侵害憲法第 11 條之言論自由等語。【12】

（六）聲請人六【13】

聲請人六原為某幼兒園園長，其涉寄發書面公告於幼兒園各幼

童家長，內容涉及足以毀損被害人名譽之文字。案經臺灣高等法院臺中分院 104 年度上訴字第 714 號刑事判決（下稱確定終局判決六），以刑法第 310 條第 2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人六認確定終局判決六所適用之刑法第 310 條規定及系爭解釋，有違憲疑義，於 109 年 3 月 30 日聲請解釋憲法。其主張意旨略以：刑法第 310 條規定與系爭解釋違反比例原則，致侵害其言論自由等語。【14】

（七）聲請人七【15】

15

聲請人七涉於其臉書帳號之限時動態消息，張貼被害人照片，並在照片下方加入足以毀損被害人名譽之文字，使其臉書好友之多數人均得以瀏覽。案經臺灣高等法院 111 年度上易字第 720 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決七），以刑法第 310 條第 2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人七認系爭確定終局判決七，及其所適用之刑法第 310 條及第 311 條規定，牴觸憲法，於 112 年 2 月 22 日聲請法規範及裁判憲法審查。其主張意旨略以：刑法第 310 條規定箝制人民受憲法保障發表言論之自由，違背比例原則；又系爭確定終局判決七適用刑法妨害名譽罪章，未予無罪判決，亦違反憲法比例原則等而違憲等語。【16】

16

（八）聲請人八【17】

17

聲請人八涉於訴外人臉書之貼文下留言，其內容涉及足以貶損被害人之人格與社會評價之文字，供不特定多數人得以閱覽。案經臺灣高等法院 111 年度上易字第 1211 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決八），以刑法第 310 條第 2 項規定之罪論處罪刑確定。聲請人八認系爭確定終局判決八，及其所適用之刑法第 310 條規定與系爭解釋，牴觸憲法，並認系爭解釋有變更之必要，於 112 年 3 月 13 日聲請法規範及裁判憲法審查。其主張意旨略以：刑法第 310 條第 1 項及第 2 項規定未限縮刑罰權範圍，及同條第 3 項但書規定使人民陳述真實之言論仍受刑事處罰，均違反憲法第 23 條比例原則及憲法第 11 條言論自由之保障；系爭解釋應予變更；另系爭確定終局判決八因適用違憲之法規範而牴觸憲法等語。【18】

18

二、相關法規範變動情形【19】 19

現行刑法第310條規定係於108年12月25日修正公布，其中第1項規定首句增加逗點，修正為「意圖散布於眾，而指摘……。」第1項及第2項所定罰金數額，則依刑法施行法第1條之1第2項規定，分別調整為1萬5,000元及3萬元，其條文規範內容於修正前後均未改變，本庭爰依現行規定予以審查。【20】 20

貳、受理要件之審查及審理程序等【21】 21

一、受理要件之審查【22】 22

按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於所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，得於該裁判送達後6個月之不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；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59條、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款亦定有明文。【23】 23

次按，法規範審查案件，經司法院解釋宣告不違憲或作成其他憲法判斷者，除有憲訴法所定之情形外，任何人均不得就相同法規範或爭議聲請判決；人民對於經司法院解釋宣告未違憲之法規範，因憲法或相關法規範修正，或相關社會情事有重大變更，認有重行認定與判斷之必要者，得依憲訴法第3章所定程序，聲請憲法法庭為變更之判決，憲訴法第42條第1項及第2項亦定有明文。【24】 24

查聲請人一至八之法規範審查之聲請，均涉及刑法第310條所定之誹謗罪規定，聲請人三及七另就刑法第311條規定，聲請法規範審查。而89年7月7日公布之司法院釋字第509號解釋，即系爭解釋，固曾於解釋文中宣示刑法第310條第1項及第2項所定誹謗罪符合憲法第23條規定之意旨，同條第3項規定亦與憲法保障言論自由 25

之旨趣並無牴觸，另亦於解釋理由中指出刑法第 311 條規定不生牴觸憲法問題。惟系爭解釋作成至今已逾 20 年，其間通訊傳播科技快速發展，傳播媒體型態產生劇烈變化，社交媒體興起且蓬勃發展，凡此均改變了個人與社會生活型態，也大幅影響人與人間之互動模式。基於此等社會情事之重大變更，本庭就刑法第 310 條及第 311 條所構成之誹謗罪規定之合憲性，已有重行認定與判斷之必要。【25】

次查，憲訴法於 111 年 1 月 4 日修正施行，聲請人一至六之聲請 26
案於憲訴法修正施行前均已繫屬，其受理與否，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之；聲請人七及八之聲請案受理與否，則應依憲訴法相關規定決之。聲請人一至六就刑法第 310 條規定、聲請人三另就刑法第 311 條規定所為聲請，核均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符。聲請人七就刑法第 310 條、第 311 條規定及系爭確定終局判決七所為聲請、聲請人八就刑法第 310 條及系爭確定終局判決八所為聲請，核均與憲訴法第 59 條第 1 項及第 2 項所定要件相符。是聲請人一至八之聲請均合法，爰予受理；又，其聲請法規範審查之聲請標的既相同，應予合併審理。【26】

二、言詞辯論程序【27】 27

本庭於 112 年 3 月 14 日行言詞辯論，聲請人一至六及關係機關 28
法務部經通知並到庭陳述意見。本庭另邀請專家學者及鑑定機關監察院國家人權委員會到庭陳述意見。至聲請人七及八於本案行言詞辯論後始向本庭聲請憲法裁判，故未參與言詞辯論。【28】

聲請人一至六及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：【29】 29

（一）聲請人一【30】 30

刑法第 310 條規定並未顧及是否有侵害較小亦能達成相同目的 31
之手段，如民事損害賠償或回復名譽之措施，已違反憲法第 23 條比例原則，侵害憲法第 11 條所保障之言論自由等語。【31】

（二）聲請人二【32】 32

1. 刑法第 310 條規定立法目的所保障之個人名譽及隱私法益， 33
非屬特別重要公益；2. 縱對表意人科以刑罰，倘其言論仍於網路中被

一再搜尋、閱覽，對被害人名譽及隱私之損害未止，刑罰顯無法達成保護個人名譽及隱私之目的，相較而言，民事損害賠償及回復名譽之適當措施更能達到回復名譽之效果，是刑法第 310 條規定已違反憲法第 23 條比例原則，侵害憲法第 11 條所保障之言論自由；3. 對於非網路載體而無法調控之言論，刑法第 310 條規定應限於表意人對所指摘傳述之內容明知其不實時，始得以刑罰相繩等語。【33】

（三）聲請人三【34】

1. 刑法第 310 條第 1 項規定應予合憲性限縮解釋，不應罰及行為人基於信仰宗教教義之理解及確信所為之言論，系爭解釋於此範圍內有補充之必要；2. 刑法第 310 條第 3 項規定對於涉及價值觀或宗教觀等言論，不應要求表意人自證其為真實始能免責，表意人僅需有相當理由確信所言為真實，即可免責，又檢察官或自訴人於訴訟程序中，應就行為人所為言論係屬虛偽負舉證責任等語。【35】

（四）聲請人四【36】

1. 言論自由係基本人權，非僅因現代社會網路霸凌日趨增多，或尚有他國設有誹謗罪，即以刑罰相繩；2. 誹謗罪除罪化，除避免侵害人民言論自由外，亦減輕法官及檢察官之工作負擔；3. 民事損害賠償同樣可達成刑法第 310 條所定誹謗罪之立法目的等語。【37】

（五）聲請人五【38】

1. 刑法第 310 條規定限制人民言論自由所受損害，顯大於其立法目的所維護之名譽及隱私權利益，且就名譽及隱私權之維護，尚得選擇金錢賠償、適當回復處分、刪除發表於載體上之言論或行政罰方式為之，是該規定已違反憲法第 23 條比例原則，侵害憲法第 11 條所保障之言論自由；2. 行為人之言論必須存有「明知所言不實（直接故意）」或出於「無視真假高度輕率（未必故意）」之主觀不法，始負刑事責任，是系爭解釋應予變更等語。【39】

（六）聲請人六【40】

1. 刑法第 310 條規定立法目的所保障之個人名譽及隱私法益非屬特別重要公益，刑罰亦非最小侵害手段，違反憲法第 23 條比例原

則，侵害憲法第 11 條所保障之言論自由；2. 系爭解釋就刑法第 310 條規定，未審查比例原則中，除目的性外之其他子原則，又其應為限縮解釋，即行為人對所指摘傳述之內容明知其不實之情形，始構成刑法第 310 條規定之罪等語。【41】

（七）關係機關法務部【42】

42

1. 刑法第 310 條所定誹謗罪未侵害憲法第 11 條保障之言論自由：（1）刑法第 310 條規定所保護之法益為憲法保障之名譽權及隱私權，該等權利與言論自由衝突時，立法者應有優先權限採取適當規範與手段，刑法第 310 條及第 311 條規定即為基本權之最適調和。

43

（2）刑法第 310 條規定無違反比例原則：以刑事處罰限制言論自由非我國特有，為立法者之立法政策選擇；刑法第 310 條規定有助於人民名譽與隱私權保護，具適當性；刑罰具預防作用，較民事損害賠償佳，具必要性，刑法第 310 條規定亦符合狹義比例原則；當前因網路科技與傳播生態之發展，誹謗言論對被害人名譽及隱私侵害更大，是刑法第 310 條規定之合憲性更無法挑戰。2. 系爭解釋無補充或變更之必要：立法者決定誹謗罪刑事處罰之必要性，屬立法形成自由，釋憲機關應予以尊重，且系爭解釋就刑法第 310 條規定之合憲性已為完整闡釋，尚無補充或變更之必要等語。【43】

參、審查標的【44】

44

一、刑法第 310 條及第 311 條所構成之誹謗罪處罰規定整體。第 310 條規定：「（第 1 項）意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪……。（第 2 項）散布文字、圖畫犯前項之罪者……。（第 3 項）對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」（下依序分稱系爭規定一至三）第 311 條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：……。」（下稱系爭規定四）。

45

【45】

二、臺灣高等法院 111 年度上易字第 720 號刑事判決（即系爭確定終局判決七）。【46】

46

三、臺灣高等法院 111 年度上易字第 1211 號刑事判決（即系爭確定終局判決八）。【47】 47

肆、形成主文之法律上意見【48】 48

一、審查原則【49】 49

人民之言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利、形成公意及促進各種政治與社會活動之功能，乃維持民主多元社會健全發展不可或缺之機制（司法院釋字第 509 號解釋參照），受憲法第 11 條明文保障。其保障之內容，包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述（司法院釋字第 577 號解釋參照）。【50】 50

人民之名譽權，係保障個人之人格、品行於社會生活中之人格整體評價，不受惡意貶抑、減損之權利，乃以人性尊嚴為核心之人格權之一環，其旨在維護個人主體性、自我價值及人格之完整，並為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障（司法院釋字第 656 號解釋參照）。【51】 51

以上兩種權利，應受憲法無分軒輊之保障，國家原則上均應給予其最大限度之保障。惟人民因言論表達而損及他人之名譽時，同受憲法保障之言論自由與名譽權即發生衝突，國家對此首須致力於調和兩種憲法基本權保障要求；難以兼顧時，即須依權利衝突之態樣，就言論自由與名譽權之保障及限制，為適當之利益衡量與決定，俾使兩者之憲法保障能獲致合理均衡，以符比例原則之要求。至於利益衡量之標準，則應充分考量首揭言論自由於民主社會之各種功能與重要意義，以及個人名譽權受侵犯之方式、程度與範圍。【52】 52

言論依其內容屬性與傳播方式，對公共事務之資訊提供、意見溝通與討論之助益與貢獻自有不同。因此，於名譽權與言論自由間為個案利益衡量時，應特別考量言論對公益論辯之貢獻度。一般而言，言論內容涉及公共事務而與公共利益有關者，通常有助於民主社會之公意形成、公共事務之認知、溝通與討論，其對公益論辯之貢獻度較高；而言論內容涉及私人生活領域之事務者，其對公益論辯之貢獻度則較低。惟事實性言論因具資訊提供性質，且客觀上有真偽、對錯之 53

分，如表意人所為事實性言論，並未提供佐證依據，僅屬單純宣稱者，即使言論內容涉及公共事務而與公共利益有關，因言論接收者難以判斷其可信度，此種事實性言論之公益論辯貢獻度亦不高。言論之公益論辯貢獻度愈高，通常言論自由受保障之程度應愈高，而言論所指述者之名譽權保障程度即應相對退讓。反之，言論之公益論辯貢獻度愈低，通常言論所指述者之名譽權保障程度即愈高。【53】

又，立法者為保護個人之名譽權，固非不得就言論自由依其傳播方式，採刑罰制裁手段予以限制（司法院釋字第 509 號解釋參照），惟鑑於刑罰制裁之最後手段性及對言論表達可能帶來寒蟬效應，致危害言論自由作為民主社會礎石之重要功能，立法者就涉及毀損他人名譽之誹謗言論之刑事處罰要件規定，尤應就言論自由與名譽權之保障，參酌上述標準，為充分之利益調合與衡量。是涉及限制言論表達之誹謗言論之刑事處罰規定，除其立法目的應係維護憲法上重要權利或重大公共利益，其所採刑罰手段對言論自由所為之限制，應有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，且其為保護被害人憲法上名譽權而就言論自由所施加之限制，須經適當之利益衡量，使憲法就言論自由與名譽權之保障間仍維持合理均衡，始符合憲法第 23 條比例原則之要求。【54】

二、本庭之審查【55】 55

（一）系爭規定一至四部分【56】 56

1. 系爭規定一及二所定誹謗罪及加重誹謗罪，涉及對憲法言論自由之限制，其是否違反憲法比例原則之要求，應就系爭規定一至四整體觀察判斷之【57】 57

系爭規定一及二所定誹謗罪及加重誹謗罪，係就意圖散布於眾，而以言詞或文字、圖畫，指摘或傳述足以毀損他人名譽之事之行為所為處罰，涉及對憲法言論自由之限制。而誹謗罪或加重誹謗罪之成立，除言論表達行為須符合系爭規定一或二之犯罪構成要件外，尚須不具系爭規定四所定特別阻卻違法事由，且不符系爭規定三所特設之言論真實性抗辯要件規定，始足當之，是刑法系爭規定一至四，共

同構成刑法對誹謗言論之犯罪處罰規定。誹謗罪與加重誹謗罪就言論自由之限制，是否符合憲法第 23 條比例原則之要求，即須就系爭規定一至四整體觀察判斷之。【58】

2. 誹謗罪處罰規定之立法目的，係為保護憲法上之重要權利；其所採刑罰手段就目的之達成而言，尚屬適當且必要【59】

就誹謗罪處罰規定之立法目的言，其係於兼顧憲法名譽權與言論自由保障之前提下，對特定情狀與態樣之毀損他人名譽之言論予以限制，以保護他人名譽權；其所欲追求之目的，乃保護憲法上重要權利，自屬合憲正當。立法者採刑罰手段，對毀損他人名譽之行為施以制裁，基於刑罰之一般及特別預防功能，其手段應有助於保護名譽權目的之達成，而符合比例原則之適合性要求。【60】

再就其手段之必要性言，現行法制下，立法者尚無其他與刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用。且立法者尚以系爭規定三及四之不予處罰規定，進一步限縮誹謗言論之處罰範圍。其中系爭規定四明定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：……。」乃立法者就誹謗罪所特設之阻卻違法事由（司法院釋字第 509 號解釋參照），凡屬系爭規定四所列善意發表言論之情形者，立法者均予排除於誹謗罪處罰範圍之外。此外，凡誹謗言論符合系爭規定三前段之規定，且非屬其但書所定情形者，立法者亦明定為不罰。立法者藉由此等限縮誹謗罪處罰範圍之規定，亦進一步限縮誹謗罪處罰規定對言論自由之限制範圍。是誹謗罪處罰規定整體而言，尚屬合於比例原則之必要性要求。【61】

3. 系爭規定三但書規定，與比例原則之相稱性要求尚屬無違。系爭規定三前段規定，於特定前提下，與比例原則之相稱性要求始屬無違；於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋應予補充【62】

由於立法者就誹謗罪之處罰，於系爭規定一及二之構成要件，與系爭規定四之特別阻卻違法事由之規定外，另以系爭規定三明定言論真實性抗辯規定，因此凡所誹謗之事合於系爭規定三前段所定要件

者，即屬不罰之行為，是系爭規定三前段之不予處罰要件之規定，以及其但書排除適用前段所定真實性抗辯之規定，乃屬立法者為謀求憲法言論自由與名譽權保護之合理均衡，就誹謗言論之處罰，所設最後一道總括性利益衡量防線。因此，有關誹謗罪處罰規定整體而言，是否合於比例原則之相稱性要求，即應以系爭規定三為主要審查客體。

【63】

系爭規定三明定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不 64
罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」依此，凡所誹謗之事，屬但書規定所稱「涉於私德而與公共利益無關」之範疇者，即無前段規定之適用。換言之，表意人所誹謗之事非涉及與公共利益無關之私德事務者，其所為誹謗言論，即有因符合前段規定而不罰之可能。以下分別分析其是否合於相稱性要求。【64】

(1) 系爭規定三但書規定部分【65】

65

立法者於系爭規定一及二有關誹謗言論之犯罪構成要件之設 66
定，本即未以所誹謗之事非屬真實為前提要件。而基於系爭規定三但書規定，凡表意人所誹謗之事，屬「涉於私德而與公共利益無關」之範疇者，既無立法者於系爭規定三前段所特設之真實性抗辯規定之適用，其結果，表意人就其所誹謗之事，縱使自認可證明其為真實者，亦無排除犯罪處罰之效力。就此而言，立法者就「涉於私德而與公共利益無關」之誹謗言論，係採被指述者之名譽權一律優先於表意人言論自由而受保護之利益衡量決定。【66】

查誹謗罪所欲處罰之誹謗言論，固須屬客觀上可辨別真偽之事 67
實性言論，不及於無真偽對錯可言之價值判斷或主觀評價性言論。然事實性與評價性言論本難截然劃分，且庶民日常生活溝通往來所使用之用語、語句或表意方式，不乏兼具事實性與負面評價性意涵者，此等言論表達方式縱具有事實指涉性意涵，然客觀上常無法證明其為真，亦無法證明其為偽。此於涉及私德之誹謗言論時，尤為如此。蓋所謂「私德」，往往涉及個人生活習性、修養、價值觀與人格特質等，且與個人私生活之經營方式密不可分，乃屬憲法第 22 條所保障

之隱私權範圍，甚至可能觸及人性尊嚴之核心領域。此類涉及個人私德之事之言論指述，常藉助於上述兼具事實性與負面評價性意涵之用語、語句或表意方式，本即難以證明其真偽。然如仍欲於刑事訴訟程序上辨其真偽，無論由檢察官或表意人負舉證責任，於證據調查程序中，勢必須介入被指述者隱私權領域，甚至迫使其揭露隱私於眾，或使被指述者不得不就自身隱私事項與表意人為公開辯駁。此等情形下，被指述者之隱私權將遭受侵犯。因此，如立法者欲使涉及私德之言論指述，得享有真實性抗辯者，即須具備限制被指述者隱私權之正當理據，事涉公共利益之理由即屬之（如高階政府官員或政治人物與犯罪嫌疑人或被告之飲宴、交際等，攸關人民對其之信任）。反之，如涉及私德之誹謗言論，與公共利益無關時，客觀上實欠缺獨厚表意人之言論自由，而置被害人之名譽權及隱私權保護於不顧之正當理由。從而，此種情形下，表意人言論自由自應完全退讓於被指述者名譽權與隱私權之保護。【67】

綜上，系爭規定三但書之規定，僅將涉於私德且無關公共利益之誹謗言論，排除於系爭規定三前段所定真實性抗辯規定適用範圍之外，以保護被指述者之名譽權與隱私權；其餘與公共利益有關之誹謗言論，包括言論內容雖涉於私德但與公共利益有關，以及言論內容無涉私德之情形，均仍有系爭規定三前段規定之適用，表意人因而不受處罰之可能。是系爭規定三但書之規定，堪認已就表意人之言論自由，與受誹謗言論所指述者之名譽權與隱私權之保護，為適當之衡平考量。就此而言，系爭規定三但書規定部分，尚無違憲法比例原則之相稱性要求。【68】

(2) 系爭規定三前段規定部分【69】

系爭規定三前段所定言論真實性抗辯規定，既僅適用於與公共利益有關之誹謗言論，其是否合於比例原則之相稱性要求，端視立法者於此是否就表意人之言論自由，與被指述者之名譽權，為充分且適當之利益衡量，因而使二者間之損益關係，仍維持合理均衡。【70】

就系爭規定三前段之規定而言，其所稱「對於所誹謗之事，能

證明其為真實者，不罰」，係以言論內容與事實相符者，為不罰之條件，並非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責（司法院釋字第 509 號解釋參照）。就此而言，立法者對於涉及公共利益之誹謗言論，係以「言論真實性」作為最終調節表意人言論自由與被指述者名譽權保護間之消長之基準：凡誹謗言論合於「言論真實性」要求者，被指述者名譽權之保護即應退讓於表意人之言論自由；反之，誹謗言論不合於「言論真實性」要求者，表意人之言論自由則應退讓於被指述者名譽權之保護。【71】

然而，所謂「言論真實性」要求，非可逕解為係要求言論內容 72 之客觀、絕對真實性。事實性言論，尤其媒體就公共領域相關新聞、事件之追蹤、報導，於報導時，往往尚不存在全知視角下之絕對真實性，於報導之事件尚發展或進行中時尤然；且報導主題涉及政治、經濟與社會重大事件時，牽涉之人、事、物範圍愈大，即愈難於揭露、報導該事件之初，求其所謂客觀、絕對真實性。如認包括以媒體報導方式所呈現之誹謗言論，表意人僅能以言論內容之客觀、絕對真實性為抗辯，始得免受刑罰，不啻令媒體僅能於事過境遷，甚至已有司法定論時，始得為相關事件之報導。如此一來，恐將大幅度壓縮報導性言論自由之空間，並斷傷言論自由於民主社會所應發揮之滿足人民知的權利，及監督政府與公共事務等重要功能。是此等法律解釋方式，於表意人言論自由與被指述者名譽權保護間之利益衡量，顯有失衡之慮。【72】

另一方面，於民主社會中，各種涉及公共利益議題之事實性言 73 論，乃人民據以為相關公共事務之認知與評價之基礎，其如於結合電子網路之傳播媒體上所為時，尤因其無遠弗屆之傳播力，以及無時間限制之反覆傳播可能性，對閱聽群眾之影響力極大，且閱聽者往往無法自行查證、辨其真偽。因此，正是基於維護負有多重使命之言論自由，當代民主社會之事實性資訊提供者，無論是媒體或一般人，均應負有一定程度之真實查證義務，而不得恣意散播不實或真假難辨之資訊於眾，助長假新聞、假訊息肆意流竄，致顛覆自由言論市場之事實

根基。況基於明知或重大輕率之惡意而散播假新聞或假訊息，本不受憲法言論自由之保障。於言論內容有毀損他人名譽之虞時，表意人就其言論內容之可信性，更應承擔一定程度之真實查證義務，以避免侵害他人名譽權。【73】

基此，為維護事實性言論發表之合理空間，並避免不實或真假難辨言論衝擊社會生活，同時兼顧誹謗言論被指述者之名譽權，系爭規定三前段所涉及之言論內容真實性，應不限於客觀、絕對真實性，亦包括於事實探求程序中所得出之相對真實性，即表意人經由合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於系爭規定三前段所定不予處罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，卻成為表意人所為誹謗言論基礎之情形，只要表意人就該不實證據資料之引用，並非基於明知或重大輕率之惡意，仍得因其客觀上已踐行合理查證程序，而有系爭規定三前段規定之適用。於此情形，表意人應提出相關證據資料，俾以主張其業已踐行合理查證程序；其所取得之證據資料，客觀上應可合理相信其所發表之言論內容為真實；表意人如涉及引用不實證據資料，則應由檢察官或自訴人證明其係基於明知或重大輕率之惡意所致，始得排除系爭規定三前段規定之適用。【74】

反之，如表意人就其涉及公共利益之誹謗言論，事前未經合理查證，包括完全未經查證、查證程度明顯不足，以及查證所得證據資料，客觀上尚不足據以合理相信言論所涉事實應為真實等情形，或表意人係因明知或重大輕率之惡意，而引用不實證據資料為其誹謗言論之基礎者，則該等誹謗言論即與系爭規定三前段規定不符，不得享有不予處罰之利益。【75】

從而，表意人就其誹謗言論之事前合理查證程序，即為調和言論自由與名譽權二大基本權利之樞紐：表意人符合事前合理查證程序之要求，於涉及引用不實證據資料時，亦未存有明知或重大輕率之惡意情事，則即使屬誹謗言論，亦受到憲法言論自由之保障，而被指述者之名譽權亦因表意人負有事前合理查證義務，而受到一定程度之尊

重與維護。反之，表意人就其誹謗言論，不符事前合理查證程序之要求，或於涉及引用不實證據資料時，確有明知或重大輕率之惡意情事，此時並未受到最低限度尊重與維護之被指述者名譽權，自應優先於表意人之言論自由而受保護。於此前提下，系爭規定三前段規定始符合比例原則之相稱性要求，因而系爭規定一至四所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，即無違比例原則之相稱性要求。【76】

至於表意人事前查證程序是否充分且合理之判斷，應再次衡酌 77
表意人言論自由，與誹謗言論所指述者之名譽權間之衡平關係。對此，應依個案情形，具體考量表意人指摘或傳述誹謗言論之方式、散布力與影響力、所為言論對被指述者名譽之毀損方式、程度與影響範圍，及該言論對公益論辯之貢獻度。從而，於傳播媒體（包括大眾傳播媒體、社群媒體與自媒體等）上所為誹謗言論，因其散布力與影響力均極強大，誹謗言論一經發表，並被閱聽者轉貼、轉載後，往往可對被指述者之名譽造成難以挽救之毀損，是表意人所應踐行之事前查證程序，較諸一般人日常生活中以言詞所為口耳間傳播之誹謗言論，自應更為周密且嚴謹。另一方面，基於言論自由對民主社會所具有之多種重要功能，言論內容對公益論辯之貢獻度愈高者，例如對滿足人民知的權利，及監督政府與公共事務之助益程度愈高，表意人固非得免於事前查證義務，惟於表意人不具明知或重大輕率之惡意之前提下，其容錯空間相對而言亦應愈大，以維護事實性言論之合理發表空間，避免產生寒蟬效應。【77】

4. 小結【78】

綜上，表意人對所誹謗之涉及公共利益之事，雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即應屬合於系爭規定三前段所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如其就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。於此前提下，系爭規定三前段規定，以及系爭規定一至四所構成之誹謗罪處罰規定整體，始與比例原 79

則之相稱性要求無違；從而，系爭規定一至四所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，即未違反憲法比例原則之要求，與憲法第11條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，司法院釋字第509號解釋應予補充。聲請人一至八就法規範憲法審查之聲請核均無理由，應予駁回。【79】

（二）裁判憲法審查部分【80】

按憲訴法第59條第1項所定裁判憲法審查制度，係賦予人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認確定終局裁判解釋及適用法律，有誤認或忽略基本權利重要意義，或違反通常情況下所理解之憲法價值等牴觸憲法之情形時（憲訴法第59條第1項規定立法理由參照），得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。準此，聲請人七及八分別就其所受系爭確定終局判決七及八聲請裁判憲法審查部分，本庭爰就各該判決對系爭規定一至四之解釋、適用，是否誤認或忽視憲法所保障之言論自由或名譽權之重要意義，而為審查。【81】

1. 系爭確定終局判決七【82】

查該判決明示，系爭規定一及二所定誹謗罪，雖構成言論自由之限制，惟係為保護個人之法益，及防止妨礙他人之自由權利所必要而制定；且依系爭規定三之規定意旨，行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。據此，該判決進而以聲請人七「於無任何證據之情形下，亦未加以查證，即為系爭圖文之張貼，而該內容亦僅係涉於私德而與公共利益無關」（該判決理由三、（七）參照）為由，認聲請人七顯有誹謗之犯意等，依加重誹謗罪論處罪刑。核該判決之理由，可認已充分考量憲法言論自由與名譽權保障之意旨，其就相關法律之解釋、適用，均難謂有牴觸憲法之情事，與本庭前述見解亦未有本質差異。是聲請人七此部分之聲請核無理由，應予駁回。【83】

2. 系爭確定終局判決八【84】

查該判決就有關是否課予誹謗罪責之判斷，明示採以下審查基

準：「行為人就其發表非涉及私德而與公共利益有關之言論所憑之證據資料，至少應有相當理由確信其為真實，即主觀上應有確信『所指摘或傳述之事為真實』之認識。倘行為人主觀上無對其『所指摘或傳述之事為不實』之認識，即不成立誹謗罪；惟若無相當理由確信為真實，逕予無中生有、杜撰事實，甚或以情緒性之謾罵字眼，在公共場合為不實之陳述，達於誹謗他人之程度，即非不得以誹謗罪相繩」（該判決理由貳、一、（二）參照）。基此，該判決進而以聲請人八未盡查證義務，其所發表之留言亦無所本，且所指摘或傳述之內容僅涉於私德而與公共利益無關，不具相當理由確信為真實等為由，認成立加重誹謗罪而論處罪刑。核該判決之理由，可認已充分考量憲法言論自由與名譽權保障之意旨，其就相關法律之解釋、適用，均難謂有牴觸憲法之情事，與本庭前述見解亦未有本質差異。是聲請人八此部分之聲請核無理由，應予駁回。【85】

伍、結論【86】

86

一、依系爭規定三之規定，所誹謗之事涉及公共利益，亦即非屬上開但書所定之情形，表意人雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於上開規定所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。至表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。於此前提下，刑法第 310 條及第 311 條所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，即未違反憲法比例原則之要求，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋應予補充。【87】

87

二、聲請人一至八之聲請為無理由，均予駁回。【88】

88

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：

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、吳大法官陳鐸、 林大法官俊益、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 謝大法官銘洋、呂大法官太郎、 蔡大法官宗珍	蔡大法官明誠、許大法官志雄、 黃大法官昭元、楊大法官惠欽
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 吳大法官陳鐸、林大法官俊益、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、蔡大法官明誠、 許大法官志雄、黃大法官昭元、 楊大法官惠欽

協同意見書：黃大法官瑞明提出。
詹大法官森林提出。
謝大法官銘洋提出。
部分協同：黃大法官虹霞提出。
部分不同意見書
不同意見書：蔡大法官明誠提出。
許大法官志雄提出。

112 年憲判字第 8 號

黃大法官昭元提出。

楊大法官惠欽提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

廖純瑜

中 華 民 國 112 年 6 月 9 日

一、本件判決前有關誹謗罪之解釋：釋字第 509 號解釋之意旨

刑法第 310 條就誹謗罪之構成要件區別是否與公共利益有關：與公益有關而能證明其為真實者，不罰；但是與公益無關而僅涉及私德者，則縱然其散布之言論所述事實為真，仍應受誹謗罪之處罰（刑法第 310 條第 3 項規定參照），一直有爭論的是涉及私德之言論既為真實，是否以破壞隱私權的妨害祕密罪（刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2）處罰即可，而不必構成誹謗罪；至於涉及公益的部分有爭論的是法條所稱「能證明其為真實者」之意涵為何，尤其涉及新聞媒體對政治人物之報導，如果要求所報導的每件事都能證明為真實，否則就可能受誹謗罪之處罰，對於媒體而言宛如懸在頭上的一把劍，將造成寒蟬效應而斷傷媒體監督政府之功能。司法院釋字第 509 號解釋（以下簡稱釋字 509）乃就法條所規定「能證明其為真實者」之意旨加以放寬「非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，一般認為「行為人有相當理由確信其為真實」即美國最高法院在 1964 年 *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254)（下稱紐約時報訴蘇利文案）所採取「真正惡意」（actual malice）¹ 之原則。另外對於是否以民事責任取代誹謗罪的議題，釋字 509 之理由就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量，認為未除

¹ 學者間尚有不同意見，田炎欣博士列舉了主張釋字第 509 號援引美國法真正惡意原則以及主張未採取真正惡意原則者，參見田炎欣，媒體誹謗犯罪與定罪狀況之研究，中央警察大學犯罪防治研究所博士論文，2018 年 7 月（本論文以下簡稱田著），第 7 頁。田著資料豐富，內容論及犯罪學之理論，研究範圍及於 2000 年至 2017 年間之各地法院判決，頗具參考價值。

罪化並未違憲。

釋字 509 作成後為實務界廣泛引用作為裁判之依據，學者討論亦多，將之列為題材之碩博士論文亦不少²。

二、本件判決之意旨

本件判決對於釋字 509 所採誹謗罪未除罪化以及就涉及私德部分之言論縱為真實，應處以誹謗罪部分，維持釋字 509 之立場，並未作改變。本件判決系對於言論涉及公益之部分為補充解釋，持續釋字 509「非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責」「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」之立場，本件判決進一步衍伸「表意人雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於上開規定所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。至表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。」亦即就釋字 509 所稱「行為人有相當理由確信其為真實」於判決實務所採用之合理查證準則賦予更清楚之定位，可認是減輕媒體之查證責任。但亦同時指出傳播媒體（包括大眾傳播媒體、社群媒體與自媒體等）因其散布力與影響力均極強大，可對被指述者之名譽造成難以挽救之毀損，所應踐行之查證程序「較諸一般人日常生活中以言詞所為口耳間傳播之誹謗言論，自應更為周密且嚴謹」（理由第 77 段）此部分係就表意人之言論自由與受指述者之名譽權之衡平時所應考量因素之較明文具體化而已，不可認為是採取較現行之尺度更嚴格之標準。

三、作出本件判決之理由

² 除田著外，另外諸如黃兆徽，台灣的媒體誹謗與新聞自由之研究——以解嚴後的媒體誹謗判決為探討中心，國立台灣大學新聞研究所碩士論文，2003 年。

本件8位聲請人之聲請均無理由而駁回，亦即認各該聲請案之確定終局判決所認行為人之言論事實或僅涉及私德、或縱或涉及公共利益，亦不符釋字509所設定之查證義務，因此判定各該確定終局判決及所適用之法律均無違憲情事。在此情況下仍然作出本件判決之理由為「惟系爭解釋（即釋字509）作成至今已逾20年，其間通訊傳播科技快速發展，傳播媒體型態產生劇烈變化，社交媒體興起且蓬勃發展，凡此均改變了個人與社會生活型態，也大幅影響人與人間之互動模式。基於此等社會情事之重大變更，本庭就刑法第310條及第311條所構成之誹謗罪規定之合憲性，已有重行認定與判斷之必要。」本席認同此立場並支持本件判決。惟本席認為自釋字509於2000年作出，迄今這20年餘來，除了本件判決所指出劇烈變化之現象外，對於媒體之言論自由與民主政治之關係亦產生其他重大變化，值得一併觀察研究，爰就此提出補充意見。

四、本席之補充意見：近20年來誹謗罪與民主發展關聯度之觀察

（一）美國媒體與政黨同時呈現兩極對立之惡性循環

學者對世界各國對媒體誹謗罪犯罪的法制類型的研究，美國是屬於「高度自由型」³，美國的媒體被視為享有高度的新聞自由⁴。在美國法院有關公眾人物之誹謗訴訟，通常原告較難勝訴，因為法院幾乎一致採取實際惡意原則⁵。

按長期以來美國法制對於媒體報導或批評公務員之言論是採取較寬鬆之態度，其目的是為了維護輿論監督之民主体制，不僅於1964年紐約時報訴蘇利文案作為判決理由，美國大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr.）於1897年發表文章〈法律之道〉（*The Path of the Law*）⁶，即已表明此意旨⁷。我國大法官亦採取此脈絡。釋

³ 參見田著，第49頁。

⁴ 參見田著，第41頁。

⁵ 參見田著，第42頁。

⁶ See Oliver W. Holmes, Jr., *Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1896-1897).

⁷ 該文章稱「為什麼對於依其確信公然發表有關一位公務員內容不實且為中傷之言論，卻不能以誹謗罪相繩？是因為人們認知到，自由發表言論這件事，

字 509 及本件判決均提到維護多元民主社會為保障媒體言論自由之目的。

美國 200 多年行憲的歷史，累積了相當多的經驗和文獻，但民主運作仍依賴許多不成文的規則，其中互相容忍與制度性自制這兩項民主運作的基礎進入 20 世紀之後已運作得相當穩固⁸。然而該民主護欄卻於進入 21 世紀之後開始呈現崩解之現象。2000 年總統大選，依據最高法院之判決，小布希獲勝，但和解精神並未出現⁹。2008 年歐巴馬當選總統是黨派不容忍的分水嶺時刻¹⁰，25 年來民主黨與共和黨變成不只是兩個競爭政黨，區分成自由與保守陣營，他們的選民現在以種族、宗教信仰、地緣甚至「生活方式」「嚴重分裂」¹¹。2016 年川普當選總統之後，二黨之間二極對立之現象更趨激烈，政治人物與媒體間之關係同時亦趨向二極對立。政治人物緊密擁抱意識形態接近的媒體，而對認為不友善的媒體則公開採取敵對蔑視的態度¹²。川普總統對特定媒體的攻擊顯示出了政治人物與媒體同時趨向二極對立，雖然學者指出川普「收割了媒體環境兩極化的利益」¹³，政治人物之言行加劇了政黨與媒體兩極對立的現象，而媒體界在事實不明下的毒

比起一個人免於受在一般情形下會被認為是不法行為之侵害重要得多」原文為
 “Why is a false and injurious statement privileged, if it is made honestly in giving information about a servant? It is because it has been thought more important that information should be given freely, than that a man should be protected from what under other circumstances would be an actionable wrong” See Holmes, *supra* note 6, at 466.

⁸ 參見史蒂文·李維茲基 (Steven Levitsky)、丹尼爾·齊布拉特 (Daniel Ziblatt) 著，李建興譯，民主國家如何死亡：歷史所揭示的我們的未來，時報文化（本書以下簡稱史著），第 169 頁。

⁹ 參見史著，第 206 頁。

¹⁰ 參見史著，第 210 頁。

¹¹ 參見史著，第 221 頁。

¹² 2017 年 2 月 24 日美國白宮新聞簡報會禁止 CNN 及紐約時報等多家被川普視為不友善媒體的記者出席簡報會，美聯社與時代雜誌抗議同業遭白宮拒於門外而抵制出席。

¹³ 參見史著，第 76 頁。

舌酸語也有推波助瀾作用¹⁴。

德國也是保障媒體自由的民主國家¹⁵，德國對誹謗之處罰以刑法為主，但值得注意的是德國刑法對於政界人士進行惡意誹謗之處罰（德國刑法第188條，政界誹謗罪），較諸一般誹謗罪（德國刑法第186條）或惡意誹謗罪（德國刑法第187條）加重其刑度¹⁶，與美國對於批評政治人物之言論尺度較寬鬆之現象，正好相反。如此不同之立法政策，是否有輿論監督力量不足之虞，又是否因此形成兩國政治風貌有所不同之原因之一，值得觀察比較。

我國言論與新聞自由之法制與實務受美國影響很大，尤其是美國最高法院的判決常為我國法界（包括大法官）之重要參考，而近20年來美國民主政治產生如上所述之二極對立之發展，影響及於媒體與政治人物之關係。我國近年民主政治發展結果亦呈現政黨與媒體同時二極化現象，這些都是我們在參考研究美國相關法制時，不能忽略且應同時觀察以作為借鏡。

（二）民主防衛之必要

美國兩黨競爭呈現二極對立之現象及其他因素形成質疑民主體制之聲音，尤其是2016年川普總統上台後，探討民主退潮、民主過時、民主結束之書籍文章大量出現¹⁷，一時之間，主張專制體制「集中力量辦大事」較能福國利民之聲量亦不少。直到俄烏戰爭開打，世

¹⁴ 參見 Frank Bruni, *Ted Cruz, Did I Do You Wrong?* NEW YORK TIMES (June 21, 2021)，文中提到身為專欄作家有二個錯誤，一是成為「美國論述的毒舌高音，美國政治的狂怒音調」，二是「無視矛盾心理與混沌不明，急於批判尚未全盤顯露及後續不明的事實」（譯文參見張約翰，一位言論專欄作家的懺悔，載自由時報 2021/6/23）。

¹⁵ 參見田著，第43頁。

¹⁶ 參見田著，第44頁。

¹⁷ 除史著外，其他諸如大衛·朗西曼（David Runciman）著，梁永安譯，民主會怎麼結束，立緒文化，2019年1月；《朝日新聞》「混沌的深淵」採訪組著、郭書好譯，民主是最好的制度嗎？暖暖書屋文化，2018年6月；喬舒亞·科藍茲克（Joshua Kurlantzick）著，湯錦台譯，民主在退潮：民主還會讓我們的世界變得更好嗎？如果出版，大雁出版基地發行，2015年12月等。

人始認知在缺乏媒體監督與權力制衡下之獨裁政權可能是集中力量辦錯事、蠢事。民主國家間之合作增加，但民主制度是否能夠展現韌性而透過自癒之力量證明民主是較好之制度，目前仍是進行式。民主國家所保障之言論與媒體自由，若為有心人操縱利用假訊息以影響選民、擾亂社會將會成為假民主之手而破壞民主之現象，亦為民主制度之危機，故有民主防衛機制之必要，亦為近 20 年來探討民主政治發展與媒體自由不可忽略之議題¹⁸。本件判決理由指出「正是基於維護負有多重使命之言論自由，當代民主社會之事實性資訊提供者，無論是媒體或一般人，均應負有一定程度之真實查證義務，而不得恣意散播不實或真假難辨之資訊於眾，助長假新聞、假訊息肆意流竄，致顛覆自由言論市場之事實根基。」（理由第 73 段）已具有民主防衛之意涵。

¹⁸ 最近探討假訊息管制之文章參見李侑宸，後真相時代之假訊息管制結構——以刑法規範為中心，收於刑事政策與犯罪研究論文集 (26)，法務部司法官學院出版，2023 年 5 月，第 29 至 60 頁。

壹、刑法第 310 條及第 311 條所定之誹謗罪，不違憲

刑法第 310 條明定之誹謗罪，對意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，予以刑事處罰（該條第 1 項：一般誹謗罪）；對以散布文字、圖畫為之者，更加重刑罰（同條第 2 項：加重誹謗罪）。行為人欲免其刑責，應符合刑法第 311 條所定不罰事由之一。

前開規定明顯對於以口頭或以文字、圖畫而指摘或傳述某項事實之人，限制其言論自由。因此，誹謗罪有無牴觸憲法第 11 條保障之言論自由，一直是憲法、刑法之理論與實務重大爭議問題。

就此爭議，大法官於 2000 年 7 月 7 日作成釋字第 509 號解釋，於解釋文中，除指明：「**刑法第 310 條第 1 項及第 2 項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第 23 條規定之意旨。**」外，並對該條第 3 項前段規定「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰」，為合憲性解釋，而稱：「至同條第 3 項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。**就此而言，刑法第 310 條第 3 項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。**」

本件聲請案之 8 位聲請人，仍然主張，刑法第 310 條之誹謗罪規定，牴觸憲法第 11 條保障人民言論自由之意旨；聲請人二且另主張，釋字第 509 號解釋亦有牴觸言論自由之違憲疑義。

憲法法庭本件（112 年憲判字第 8 號）判決，藉由比例原則之詳盡審查（本判決理由書第 54 段至第 79 段），再次重申，刑法第 310

條及第 311 條所定之誹謗罪，並未牴觸憲法第 11 條保障人民言論自由之意旨。此外，本判決並宣示：「於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋應予補充。」

貳、從「國家應對言論自由給予最大限度之維護」，到「國家應就言論自由及名譽權為適當之利益衡量與決定」

一、釋字第 509 號解釋所致之迷思

釋字第 509 號解釋雖在結論上，肯認誹謗罪之合憲性，但於解釋文開宗明義揭示：「言論自由為人民之基本權利，憲法第 11 條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。」¹

所謂「國家應給予最大限度之維護」，如為文義解釋，則言論自由應享有國家最高層級、最廣範圍、最大密度之保障，從而致生行為人之言論即使侵害他人之基本權，國家仍應維護言論自由，而令他人基本權應一律讓步之迷思。

惟如此之文義解釋及對言論自由之解讀，不僅毫無憲法理論基礎及立法依據，可資佐證；更非一般人民所能接受。何況，當甲之言論自由與乙之言論自由互相衝突時²，國家如何既給予甲之言論自由最大限度維護，又同時給予乙之言論自由最大限度維護？難道，於此情形，國家應允許甲、乙兩人自力救濟？

二、112 年憲判字第 8 號判決所為之澄清

¹ 對釋字第 509 號解釋，有學者稱：「可說是臺灣政治民主化與自由化的時代精神，落實於言論自由領域的里程碑。」許家馨，言論自由與名譽的探戈——我國名譽侵權法實務與理論之回顧與前瞻，政大法學評論，第 128 期，101 年 8 月，205 頁。

² 例如：某國立大學生甲，於該大學舉辦之言論自由週，在學校提供之布告欄張貼「原住民加分進大學，違反公平，令人火冒 4.05 丈」之布條。該大學之另一學生乙認上開言論顯然歧視原住民，遂撕碎該布條。此案例中，甲、乙之言論，均受憲法第 11 條之保障，但其二人之言論明顯衝突。若其二人之言論均應受國家最大保障，則如何斷定孰輕孰重？若甲告訴乙觸犯毀損罪，但乙主張其撕毀布條，乃言論之表現，應受憲法第 11 條之保障，法院如何論斷？此例靈感來自於另一位大法官之助理，特此感謝。

言論自由固為憲法第 11 條明定應受保障之基本權，但其受保障之程度，應視言論之性質、言論內容之價值，而有差異，而非一概應受國家最大限度之保障。

例如，藥物廣告乃藥物廠商之言論，但釋字第 414 號解釋，於解釋文宣告：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障，並具商業上意見表達之性質，惟因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，應受較嚴格之規範。藥事法第 66 條第 1 項規定：藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准，旨在確保藥物廣告之真實，維護國民健康，為增進公共利益所必要，與憲法第 11 條及第 15 條尚屬相符」。其理由書則稱：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範。」（本號解釋理由書第 1 段參照）³。

釋字第 577 號解釋亦指明：「商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為重大公益目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。國家為增進國民健康，應普遍推行衛生保健事

³ 釋字第 414 號解釋，涉及藥物廣告之事前審查，且本號解釋本於國民健康之考量，宣告此項事前審查合憲。釋字第 754 號解釋，則牽涉化妝品廣告之事前管制，該號解釋以「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲」（理由書第 3 段）為論據，宣告「化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項規定：『化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。』及同條例第 30 條第 1 項規定：『違反第 24 條……第 2 項規定者，處新臺幣 5 萬元以下罰鍰……。』係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 11 條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」關於釋字第 754 號解釋與第 414 號解釋之關係，請參見多位大法官就釋字第 754 號解釋所提之意見書。

業，重視醫療保健等社會福利工作。菸害防制法第 8 條第 1 項規定：『菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。』另同法第 21 條對違反者處以罰鍰，對菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第 11 條保障人民言論自由及第 23 條比例原則之規定均無違背」⁴。

依據所謂「雙階理論」，言論，依其內容，可分為政治性、學術性、宗教性、商業性、猥褻性、誹謗性及仇恨性等言論。對於言論的審查，應依其內容屬於高價值言論或低價值言論，而有不同。政治性、學術性及宗教性言論，乃高價值言論，應受較強程度之保障，故其審查密度隨之提高。反之，商業性、猥褻性、誹謗性及仇恨性言論，則為低價值言論，受言論自由保障之強度較弱，其審查密度相較較低⁵。前開釋字第 414 號解釋，顯然採取相同看法。

對於商業性之言論，已非不得予以限制，而不抵觸憲法保障言論自由之意旨，對於屬於更低價值之誹謗性言論，更不能高舉釋字第 509 號解釋所稱「言論自由，……國家應給予最大限度保障」之大纛，而任意指摘處罰該項言論之誹謗罪規定違反憲法保障言論自由之意旨。

況且，憲法另於第 7 條以下，明定其他基本權，亦應受保障；人格權、名譽、隱私、婚姻自由、一般行動自由等，雖非憲法明定之基本權，但已經大法官解釋為憲法第 22 條保障之其他基本權利。上開各基本權，如與言論自由發生衝突情事，憲法並無明文何一基本權

⁴ 此外，釋字第 756 號解釋雖依循釋字第 744 號解釋所稱「國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲」，且指明：「事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾」，但仍認為，為達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人言論，得為事前審查，惟其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯（本號解釋理由書第 13 段）。

⁵ 林子儀，言論自由導論，收錄於「台灣憲法之縱剖橫切」，2002 年 12 月，初版，第 141 至 144 頁。

享有優位性，自應依基本權衝突理論處理之⁶。

釋字第 509 號解釋在無精確論據下，逕稱國家應予言論自由最大限度之保障，易生誤解，並啟迷思。

對此迷思，憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決指出：「人民之言論自由，……受憲法第 11 條之明文保障。……人民之名譽權，……受憲法第 22 條所保障。以上兩種權利，應受憲法無分軒輊之保障，國家原則上均應給予其最大限度之保障。惟人民因言論表達而損及他人之名譽時，同受憲法保障之言論自由與名譽權即發生衝突，國家對此首須致力於調和兩種憲法基本權保障要求；難以兼顧時，即須依權利衝突之態樣，就言論自由與名譽權之保障及限制，為適當之利益衡量與決定，俾使兩者之憲法保障能獲致合理均衡，以符比例原則之要求。至於利益衡量之標準，則應充分考量首揭言論自由於民主社會之各種功能與重要意義，以及個人名譽權受侵犯之方式、程度與範圍。」（解釋理由書第 50 段至 52 段）

本判決正確闡明，對於誹謗行為人之言論自由及被害人之名譽權，均為憲法所保障之基本權，兩者發生衝突，難以兼顧時，應考量二基本權受侵害之程度，以符合比例原則之方式，為適當之利益衡量與決定⁷。

參、從「證明客觀真實」，到「主觀確信真實」，再到「合理查證」

刑法第 310 條第 3 項明定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」

本條前段規定（下稱系爭規定）之性質，學說有不同看法，或認係誹謗罪之「阻卻違法事由」，或認係對於誹謗行為之「客觀處罰條件」⁸。

⁶ 關於基本權衝突之處理，參見李惠宗，憲法要義，2020 年 10 月 8 版，邊碼 05390-05400；吳信華，憲法釋論，2021 年 10 月，增訂 4 版，241-244 頁；董保城、法治斌，憲法新論，2021 年增修 8 版，264 頁。

⁷ 可商榷者，本判決持續使用「國家應予最大限度保障」之不確定概念，而認為對於言論自由及名譽權，「國家原則上均應給予其最大限度之保障。」

⁸ 詳細討論，參見，林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明 - 兼評大法官釋字第

一、證明客觀真實

系爭規定之性質，雖有爭議，但在釋字第 509 號解釋作成前，依系爭規定之文義，關於行為人所誹謗之事，如能證明客觀上確屬真實，檢察官或法院始得依該規定而不予起訴或處罰；不能為此證明者，即無系爭規定之適用，從而應受刑法第 310 條第 1 項或同條第 2 項所定之刑罰。

在此意義下，系爭規定可以稱為「證明客觀真實條款」。

二、主觀確信真實

對於系爭規定，釋字第 509 號解釋則另闢蹊徑，認為該規定「係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」在對系爭規定為如此合憲性之限縮解釋下，本號解釋宣告，就此而言，刑法第 310 條第 3 項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。

亦即，透過釋字第 509 號解釋所指「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，系爭規定所稱「對於所誹謗之事，能證明其為真實」，並不要求行為人就其所誹謗之事，必須證明客觀上確屬真實⁹。行為人雖不能為此「客觀真實之證明」，但能提

五〇九號解釋，國立臺灣大學法學論叢第 32 卷第 2 期，2002 年 3 月，第 80-82 頁；許家馨，釋字第 509 號解釋應否適用於民事案件？－為最高法院新新聞案判決翻案，月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 5 月，第 105 頁。

⁹ 釋字第 509 號解釋所稱：「依其所提證據資料」，似乎以誹謗行為人所提出者為限。但基於該號解釋另外所指「亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務」，前開所稱之「證據資料」，應可包含檢察官、自訴人所提出，

出證據資料，且第三人（其實是檢察官或法官）依該證據資料，足堪認定行為人主觀上確信其所誹謗之事為真實，且其確信有正當理由者，檢察官或法官仍應適用系爭規定，不得以誹謗罪相繩。

簡言之，釋字第 509 號解釋，將系爭規定從立法者要求所誹謗之事，應經證明屬「客觀真實」，行為人始能免責，轉化為就該誹謗之事，行為人具「主觀確信真實」，即可不受誹謗罪之處罰。

三、合理查證

釋字第 509 號公布後，法院為遵循該號解釋所稱「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」之諭知，遂發展出「合理查證」之準則。亦即，判斷行為人是否有相當理由確信其言論內容為真實，應視行為人在為該言論之前，有無就其言論內容，盡合理之查證。

準此，刑法第 310 條第 3 項前段之證明真實條款，又實質轉變為「合理查證要求」。

肆、112 年憲判字第 8 號判決對釋字第 509 號之補充

本判決主文最後一段稱：「於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋應予補充。」

然而，本判決對釋字第 509 號解釋，究竟有如何之補充？

一、在釋字第 509 號解釋基礎上，正式引進「真實惡意原則」

釋字第 509 號解釋就其所持「主觀確信真實」之觀點，雖未明白援引美國聯邦最高法院於 1964 年蘇利文案¹⁰所採之「真實惡意（actual malice）原則」，但鑑於該解釋所稱：「……惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人

及法院為發現真實而調查所得者。

¹⁰ New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。……」¹¹，法院遂開始運用「實質（真正）惡意原則」，亦即視行為人就其誹謗之事實，是否具有真實惡意，以認定其是否構成誹謗罪。

例如，最高法院 99 年度台上字第 560 號刑事判決：「……該指摘或傳述誹謗事項之行為人，證明其言論內容是否真實，其證明強度不必達到客觀之真實，透過『實質（真正）惡意原則』之檢驗，只要認行為人於發表言論時並非明知所言非真實而故意捏造虛偽事實，或並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致其陳述與事實不符，皆排除於第 310 條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。……」。又如：最高法院 100 年度台上字第 3376 號刑事判決：「……又司法院釋字第 509 號解釋明確揭示行為人縱不能證明其言論內容為真實，然若能舉出相當證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取『真正惡意原則』。……」

有鑑於真實惡意原則，已成為法院穩定實務，112 年憲判字第 8 號判決遂予以正式承認，而於第 1 項主文宣示：「即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。」

二、細膩化合理查證情狀

如前所述，法院為遵循釋字第 509 號關於「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信

¹¹ 請併參見吳庚大法官就釋字第 509 號解釋所提之協同意見書：「除行為人得提出相當證據證明所涉及之事實並非全然子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，始屬相當。」，及蘇俊雄大法官就釋字第 509 號解釋所提之協同意見書：「……從而，所言為真實之舉證責任不應加諸於行為人，法院對於系爭言論是否為真實仍有發現之責任；並且對於所謂『能證明為真實』其證明強度不必至於客觀的真實，只要行為人並非故意捏造虛偽事實，或並非因重大的過失或輕率而致其所陳述與事實不符，皆應將之排除於第 310 條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。」

其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」之諭知，遂發展出「合理查證」之準則。法院實務於個案中，且進一步以被指摘或傳述人是否為公眾人物、所指摘或傳述之事涉及公益或私德、指摘或傳述之方式等為區分因素，以判斷行為人是否已盡合理查證之義務。

112 年憲判字第 8 號判決正式採納前開「合理查證」之法院實務，而於第 1 項主文指明：「至表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。」

值得一提者，本判決針對涉及公共利益議題之事實性言論，強調該言論「乃人民據以為相關公共事務之認知與評價之基礎，其如於結合電子網路之傳播媒體上所為時，尤因其無遠弗屆之傳播力，以及無時間限制之反覆傳播可能性，對閱聽群眾之影響力極大，且閱聽者往往無法自行查證、辨其真偽。因此，正是基於維護負有多重使命之言論自由，當代民主社會之事實性資訊提供者，無論是媒體或一般人，均應負有一定程度之真實查證義務，而不得恣意散播不實或真假難辨之資訊於眾，助長假新聞、假訊息肆意流竄，致顛覆自由言論市場之事實根基。」（判決理由書第 73 段）在假新聞充斥之現代社會，此項提示，不啻暮鼓晨鐘。

另應注意者，依據本判決，涉及公共利益之誹謗性言論，如有表意人事前未經合理查證，包括完全未經查證、查證程度明顯不足，以及查證所得證據資料，客觀上尚不足據以合理相信言論所涉事實應為真實等情形，或表意人係因惡意明知或重大輕率之惡意，而引用不實證據資料為其誹謗性言論之基礎等情形，即無刑法第 310 條第 3 項前段適用餘地，而仍應對表意人科處誹謗罪刑。（判決理由書第 75 段）

此外，本席認為，釋字第 509 號解釋後，法院就「合理查證」所建立之裁判，亦可作為判斷表意人應為如何查證始屬合理之參考。

詳言之，法院實務於個案中，以被指摘或傳述人是否為公眾人物、所指摘或傳述之事涉及公益或私德、指摘或傳述之方式等為區分

因素，以判斷行為人是否已盡合理查證之義務，並據以認定行為人是否有實質（真正）惡意。其詳情如附表所示。

例如：最高法院 100 年度第 3376 號刑事判決：「……行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之資者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此，倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。……」。

另如，最高法院 106 年度台上字第 2921 號刑事判決：「……則行為人對事實之查證應至何程度，始能認定行為人有相當理由確信所指摘或傳述之事為真實，亦即行為人是否已盡合理之查證義務，應依一般社會生活經驗，綜合考量言論侵害名譽之對象（公眾人物自願進入公共領域，縱屬私領域行為，因事關公眾人物價值觀、品德而影響公共政策之形成，個人名譽對言論自由應為較高程度之退讓。另具有影響力之人民團體、企業組織則因掌握社會較多權力或資源分配，亦應受到較大程度之公眾檢驗）、程度（侵害程度愈高，查證義務愈高）、傳播方式（散布力愈強，查證義務愈高）、言論與公共利益之關聯性（公益性愈高，查證義務愈低）、時效性（愈具時效，查證義務愈低）、消息來源可信度（可信度愈低，查證義務愈高）、查證成本與可能性等因素具體判斷之。」

三、處理釋字第 509 號未涉及之誹謗單純私德事務

「能證明其所誹謗之事為真實者，不罰」，固為刑法第 310 條第 3 項前段所明定，惟「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」同條項但書（下稱系爭但書規定），亦有明文。

在釋字第 509 號解釋，由於該案兩件聲請案原因案件所指摘或傳述之事，均僅涉及公共利益（其一涉及法官受律師評鑑評分之結果，另一涉及交通部長使用公帑裝修官舍），系爭但書規定，顯然不在聲請範圍內。因此，釋字第 509 號解釋並未對系爭但書規定是否違憲，表示任何意見。

在 112 年憲判字第 8 號判決，則有幾件確定終局判決適用系爭但書規定，故該規定亦成為本判決之審查標的。本判決並因此得就系爭但書規定是否合憲，補充釋字第 509 號解釋。

就此，本判決先指出，立法者就「涉於私德而與公共利益無關」之誹謗性言論，係採被指述者之名譽權一律優先於表意人言論自由而受保護之利益衡量決定（解釋理由書第 66 段）。

其次，本判決宣告系爭但書規定，尚無違反憲法比例原則，故屬合憲。其主要理由有二：（一）所謂「私德」往往涉及個人生活習性、修養、價值觀與人格特質等，且與個人私生活之經營方式密不可分，乃屬憲法第 22 條所保障之隱私權範圍，甚至可能觸及人性尊嚴之核心領域。（二）系爭但書規定，僅將涉於私德且無關公共利益之誹謗性言論，排除刑法第 310 條第 3 項前段適用範圍之外，以保護被指述者之名譽權與隱私權；其餘與公共利益有關之誹謗性言論，包括言論內容雖涉於私德但與公共利益有關，以及言論內容無涉私德之情形，均仍應適用該前段規定，表意人因而不受處罰之可能，堪認系爭但書規定，已適當之衡平考量表意人之言論自由，及受誹謗性言論所指述者之名譽權與隱私權之保護（解釋理由書第 67 段至第 68 段）。

簡言之，藉由肯認系爭但書規定之合憲性，本判決就言論自由與名譽權發生衝突時，劃定清楚、明確的界線：指摘或傳述足以毀損他人名譽且僅涉私德而無關公共利益之事者，表意人之言論自由，應絕對退讓於他人名譽權之後，故應受誹謗罪之制裁。

所謂僅涉私德而與公共利益無關之事務，故若予以指摘或傳述，即使表意人能證明該事務為真，仍不能免於毀謗罪之處罰，本判

決聲請人七、八之原因案件，即屬之（本判決理由書第 83 段、第 85 段）。

此外，涉私德且與公共利益無關者，例如：

1. 甲於網路宣稱：「網紅乙之妻丙，並非如乙所言，乃單純之家庭主婦、賢妻良母，而是在家事之餘兼職酒店妹。」
2. 甲於網路 PO 文指稱：「乙就是因為年輕時愛玩、約砲，所以現在才沒有結婚。」
3. 甲在社群媒體發限時動態：「乙的孝子形象，都是人設！他爸爸在加護病房多久了，他一次都沒去看過！」

又，涉私德但與公共利益有關，例如：

1. 住戶甲在社區布告欄張貼：「管委會主委乙，拿公款養小三。」¹²
2. 某甲在 PTT 發文：「擔任衛福部禁煙大使之名人乙，私下其實是老煙槍。」

說人長短，爆人隱私，許多國人，樂此不疲。希望本判決公布後，藉由實務案例之累積，此項陋習得獲改善。

伍、本判決對於誹謗民事侵權責任之適用關係

誹謗之言論，係侵害他人之名譽或隱私，故刑法以第 310 條之誹謗罪相繩。

正因誹謗之言論係侵害他人之名譽或隱私，故亦可能構成民法第 184 條及第 195 條之侵權行為，而應對被害人負損害賠償責任。有不同者，僅在於刑法第 310 條規定，限於故意之誹謗罪；民法第 184

¹² 請另參見臺灣高等法院 109 年度上易字第 1947 號刑事判決，本案事實為，某社區住戶甲男，乙男則為某社區總幹事，甲男在臉書社團散布「……前女友兼債主來社區討債！並揭露總幹事的惡行，疑似專挑有夫之婦騙財騙色，目前社區有兩位女住戶和他交往中。主、財委竟然力保這種人，在我們社區當總幹事，不怕他挖東牆補西牆嗎？」等文字，檢察官認其文字，未經查證即指謫乙男與公共利益無關之私德，具有真實惡意，足以貶損乙男之人格評價，涉犯刑法第 310 條第 2 項。然而，本件確定判決，本件被告所為言論，非僅涉私德，而係與公共事務有關。

條之侵害名譽或隱私，則除故意外，亦包含過失。

針對刑法毀謗罪之違憲疑義，大法官先後作成釋字第 509 號解釋，及 112 年憲判字第 8 號判決。有疑問者為，上開解釋及判決，是否亦可適用於誹謗行為所生民事侵權責任¹³？

依最高法院 96 年度台上字第 928 號民事判決，在認定誹謗行為是否構成民事侵害他人名譽時，民事法院可以援引釋字第 509 號解釋所創設之主觀確信真實原則¹⁴。

有鑑於此，且基於 112 年憲判字第 8 號判決正式肯認隱藏於釋字第 509 號之真實惡意原則及合理查證義務，可以預見，本判決亦將為民事法院樂於引用。

陸、結論

言論自由應受保障，為憲法第 11 條所明定；捍衛言論自由，更係釋憲者之誠命。

然而，應受高度保障之言論自由，原則上限於高價值之言論；與公共利益有關之言論，即為其例。無涉公共利益之低價值言論，並無特予保障之必要，其損及他人名譽、隱私或其他權利者，更應接受法律應有之制裁，並賠償他人所生之損害；誹謗他人名譽或隱私之言論，即屬之。

¹³ 學說之討論，參見，許家馨，釋字第 509 號解釋應否適用於民事案件？—為最高法院新新聞案例判決翻案，月旦法學雜誌第 132 期，2006 年 5 月，第 102 至 127 頁；同作者，言論自由與名譽的探戈—我國名譽侵權法實務與理論之回顧與前瞻，政大法學評論，第 128 期，101 年 8 月，203 至 260 頁。

¹⁴ 參見最高法院 96 年度台上字第 928 號民事判決：「民法上名譽權之侵害雖與刑法之誹謗罪不相同，惟刑法就誹謗罪設有處罰規定，……保護名譽，應有相當之限制，否則箝束言論，足為社會之害，故以善意發表言論，就可受公評之事，而適當之評論者，不問事之真偽，概不予處罰。上述個人名譽與言論自由發生衝突之情形，於民事上亦然。是有關上述不罰之規定，於民事事件即非不得採為審酌之標準。申言之，行為人之言論雖損及他人名譽，惟其言論屬陳述事實時，如能證明其為真實，或行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，足認為行為人有相當理由確信其為真實者（參見司法院大法官會議釋字第 509 號解釋）……。又陳述之事實如與公共利益相關，為落實言論自由之保障，亦難責其陳述與真實分毫不差，祇其主要事實相符，應足當之。」

「曾參殺人慈母疑」，古有明訓。「署長舔耳」¹⁵、「處長卸職」¹⁶，亦為近來毀人名譽、致人輕生之憾事。

台灣自民主化後，言論自由已獲周密之保障；政治性、宗教性言論，尤其如此。如今，與保障言論自由相等重要者，毋寧為他人名譽與隱私之保護。流言可畏，已是事實；言論殺人，亦非妄語。

釋字第 509 號解釋及 112 年憲判字第 8 號判決，雖然宣告刑法誹謗罪規定並不違憲，但並非意味完全禁絕誹謗性言論，而係對誹謗行為人警示：

1. 切勿任意指摘或傳述關於他人私德且與公益無關之事。
2. 言論自由並非毫不附隨義務與責任。
3. 發表誹謗性言論，應基於「合理查證」，而非「僅憑感覺」。
4. 未經合理查證前，最好少說誹謗他人的話。

¹⁵ 91 年 10 月，當時之李姓立法委員以召開記者會方式，指摘當時之涂姓代理衛生署長在某餐宴中，以舌頭舔他人耳朵。事實卻是，在該餐宴強舔他人耳朵者，乃衛生署衛屠姓人事主任。涂姓代理署長以李姓立法委員誹謗其名譽為由，訴請賠償。案經法院確定判決認定李姓立法委員未經合理查證，應負賠償責任。

¹⁶ 107 年 9 月初，燕子颱風及強震連續重創日本，日本關西機場嚴重淹水，造成多位台灣旅客受困於機場。網路留言氾濫，泛稱「外館人員處理態度冷漠」、「中國大使館第一時間派車接駁」、「代表處對救援毫無作為」。我國駐大阪經濟辦事處蘇姓處長為表明其未怠忽職務，乃輕生以明志。事後，雖然反省聲浪迴盪，但對蘇處長之寶貴生命及其家屬之終生遺憾，完全無濟於事。

附表

	被指摘傳述之人 是否為公眾人物	指摘事務是否涉及 公益或私德	指摘之方式	有無真實惡意之判斷法院個案中，再從行為人之查證 過程，推論是否符合合理查證義務
最高法院99 年度台上字 第560號 (所涉法條為 公職人員選 舉罷免法第 104條、刑法 第309條、 刑法第310 條)	立法委員候選人	以文字「賊皮賊 骨、個性難改」、「 利委」、「聲稱 關心，卻從不積極 爭取工程完竣，欲 畫大餅搶功勞」及 「違法掏空」、「 賊皮賊骨、個性 難改、掏空成性、 吃人夠夠」、「利 委」等	傳單文字	該指摘或傳述誹謗事項之行為人，證明其言論內容是 否真實，其證明強度不必達到客觀之真實，透過「實 質（真正）惡意原則」之檢驗，只要認為人於發表 言論時並非明知所言非真實而未探究所言是否為真實致 並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致 其陳述與事實不符，皆排除於第三百十條之處罰範圍 外，認為行為人不負相關刑責。……所謂散布謠言或傳 播不實之事，指散布或傳播虛構之具體事實之事，依 法律應於最大限度之範圍內保障言論自由之原則，應 以行為人惡意散布謠言或傳播虛構不實之事項為其內 涵，鑑於競選期間候選人之過往私德或言行舉止，均 非屬於單純個人私生活領域問題，而係有關選民是否 能透過選舉機制選出品德操守良好及賢能公職人員 之公益事項，所爭取之職位越高，應接受之檢驗越嚴 苛，候選人所應容忍之程度亦相對提高。……
最高法院100 年度台上字 第3376號 (所涉法條為 公職人員選 舉罷免法第 104條)	議員選舉候選人	「苗栗縣議員候 選人甲○○始終如 一，②甲○○，保 護好山好水十五年 始終如一，反對三 角山開採砂石，反 對裕隆山開採砂 石，山有山神樹有	競選宣傳文 宣	又司法院釋字第509號解釋明確揭示行為人縱不能證 明其言論內容為真實，然若能舉出相當證據資料足 證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺 犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取「真 正惡意原則」。從而行為人對於資訊之不實已有所 知悉或可得而知，卻仍執意迴避真相，假言論自由之名， 合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名， 行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張

最高法院 101 年度台上字第 3464 號 (所涉法條為公職人員選舉罷免法第 104 條)	立法委員候選人	「與刑事案件有親身關係」、「開電動問仔」、「放麻仔檯」、「養兄弟兼討債」、「妨害自由兼槍枝」、「開設賭博電玩店」、「養流氓討債」、「持有槍枝」、「黑道」等	樹神，破壞山林必有惡報！」等文字圖片	以公辦政見發表會發表演講、競選宣傳車錄音宣傳、夾報文宣等方式	行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之類者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之時並非惡意。因此，倘為達特定之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。
			樹神，破壞山林必有惡報！」等文字圖片	以公辦政見發表會發表演講、競選宣傳車錄音宣傳、夾報文宣等方式	免責。……再者，行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察，倘僅屬茶餘飯後閒談聊天之資者，固難課以較高之查證義務；反之，若利用記者會、出版品、網路傳播等方式，而具有相當影響力者，因其所利用之傳播方式，散布力較為強大，依一般社會經驗，其在發表言論之前，理應經過善意篩選，自有較高之查證義務，始能謂其於發表言論之目的，而對於未經證實之傳聞，故意迴避合理之查證義務，率行以發送傳單、舉行記者會、出版書籍等方式加以傳述或指摘，即應認為其有惡意。

最高法院106年度台上字第2921號判決(所涉法條為公職人員選舉罷免法第104條)	市長選舉候選人	在其公開之臉書網頁上，以點按「分享」方式，刊登張貼內容為「請看吳淡如所寫的OO的故事，了解他當年如何嫌貧愛富，為了娶OO企業富家女，拋棄跟他多年，協助他留學女友的故事！這也是一個現代版的陳世美的故事！」之文字	社群網路服務網站	摘，依一般社會生活經驗觀察，即應認為其有惡意。行為人是否有相當理由確信所指摘或傳述之事為真實，係行為人之主觀心態，在訴訟上難以直接證明，必須藉助客觀事實來證明，則行為人對事實之查證應至何程度，始能認定行為人有相當理由確信所指摘或傳述之事為真實，亦即行為人是否已盡合理之查證義務，應依一般社會生活經驗，綜合考量言論侵害名譽之對象（公眾人物自願進入公共領域，縱屬私領域行為，因事關公眾人物價值觀、品德而影響公共政策之形成，個人名譽對言論自由應為較高程度之退讓。另具有影響力之人民團體、企業組織則因掌握社會較多權力或資源分配，亦應受到較大程度之公眾檢驗）、程度（侵害程度愈高，查證義務愈高）、傳播方式（散布力愈強，查證義務愈高）、言論與公共利益之關聯性（公益性愈高，查證義務愈低）、時效性（愈具時效，查證義務愈低）、消息來源可信度（可信度愈低，查證義務愈高）、查證成本與可能性等因素具體判斷之。
高院111年度上字第328號	自願性公眾人物(二審法院認定)	「丙OO毀爛衣架大王座車，毒罵兒生父娶購物專家」等	週刊	然所謂私德乃私人之德行，係有關個人私生活之事項；所謂公共利益，則係指與社會上不特定或多數人有關之利益。是否僅涉及私德與公共利益無關，應依一般健全之社會觀念，就社會共同生活規範，客觀觀察是否有足以造成不利益於大眾之損害而定；尤其，在判斷媒體報導是否僅涉及被報導者之私德而與公共利益無關時，由於媒體所形成之公共意見，具有社會監督之功能，而公眾人物享有較多之社會資源，

高 院 度 上 易 字 第 345 號	立法委員	指摘權 勢性騷擾等 言論	記者會、 廣播節目	在社會影響力上亦明顯高於一般私人，是就其個人隱私權、名譽權之保障程度，即較一般私人為低，就刑法第 310 條第 3 項有關私德與公共利益之界限而言，應視媒體報導之對象為全面性公眾人物、自願投入公共領域希望影響議題發展或結果之局部性公眾人物，或因被動捲入公眾議題爭論而成為矚目焦點之非自願性公眾人物而有不同，由於透過媒體報導監督全面性公眾人物之公益性甚高，故而全面性公眾人物所應受保障之私德範圍，即應低於非自願性公眾人物。反之，一般並未主動加入或被動捲入公共領域之私人，涉及公共利益之程度甚低，其私德始應受到較大範圍之保障。 行為人是否已盡合理之查證義務，應依一般社會生活經驗，綜合考量言論侵害名譽之對象（公眾人物自願進入公共領域，縱屬私領域行為，因事關公眾人物價值觀、品德而影響公共政策之形成，個人名譽對言論自由應為較高程度之退讓。且具有影響力之人民團體、企業組織因掌握社會較多權力或資源分配，亦應受到較大程度之公眾檢驗）、程度（侵害程度愈高，查證義務愈高）、傳播方式（散布力愈強，查證義務愈高）、言論與公共利益之關聯性（公益性愈高，查證義務愈低）、時效性（愈具時效，查證義務愈低）、消息來源可信度（可信度愈低，查證義務愈高）、查證成本與可能性等因素具體判斷之。

協同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件判決有八件聲請案，主要涉及聲請人等以社群軟體（臉書、LINE 或微信等），或於公開網站、部落格論壇、報紙，或以廣發的電子郵件的方式，張貼或指摘傳述足以毀損被害人名譽之文字或照片，被法院以違反刑法第 310 條誹謗罪判刑確定，聲請人等認為該規定以刑罰限制言論自由，不符憲法比例原則，並侵害憲法保障之言論自由，因而聲請解釋憲法、法規範及裁判憲法審查。本院多數大法官認為刑法第 310 條並未違反憲法比例原則，亦與憲法第 11 條保障言論自由之意旨無違。本席贊同此一見解，並提出若干補充意見與思考。

一、本院釋字 509 號解釋留下的問題

在本件判決之前，本院曾於 2000 年間公布釋字第 509 號解釋，就刑法第 310 條第 1 項、第 2 項所規定之誹謗罪，認為該規定未除罪化並未違反憲法第 23 條所定之比例原則，並認為同條第 3 項前段規定能證明其為真實者不罰，非謂必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責，「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，且未因此免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。

除了肯定其合憲外，該解釋中最為關鍵的是對於刑法第 310 條第 3 項前段所規定的「能證明其為真實者」不罰，認為只要是「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實」（一般學說上稱之為「合理確信為真實」）即可不罰，亦即減輕行為人的舉證責任，並不要求其達到證明其為真實之程度，縱使事後證明該證據資料實際上並非真實，只要行為人有相當理由確信其為真實，亦不受刑事制裁。

該號解釋強化對言論自由之保障，然而亦留下若干待解的問題，特別是如何認定行為人已經達到「有相當理由確信其為真實」之

程度？

我國實務上若干判決於適用釋字第 509 號解釋時，對於「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，將其理解為「合理查證義務」（最高法院 110 年度台上字第 389 號刑事判決參照）；亦有判決採取所謂「真正（或稱真實）惡意原則」，明白指出：「『證據資料』，應係真正，或雖非真正，但其提出並非因惡意或重大輕率前提下，有相當理由確信其為真正者而言」（最高法院 94 年度台上字第 5247 號刑事判決、97 年度台上字第 998 號刑事判決、106 年度台上字第 1158 號刑事判決等參照）；亦有將是否盡「合理查證義務」，作為認定是否具有「真正惡意」的依據：「倘行為人所陳述之事實雖損及他人之社會評價而侵害他人名譽，然依其所提證據資料，足認行為人已盡其合理查證義務而有相當理由確信其為真實者，即難謂具真正惡意」（最高法院 111 年度台上字第 4362 號刑事判決參照）。

二、誹謗罪目前尚未達明顯違憲之程度

釋字第 509 號解釋，認為誹謗罪未除罪化並未違反憲法第 23 條所定之比例原則。

就各國立法例而言，誹謗是否構成刑罰之對象，情形並不一致，雖然有少數國家完全無刑罰制裁，但大多數國家仍有程度不一的刑事處罰。甚至有些國家因應網路興起後所產生的網路上仇恨性言論或是網路霸凌所造成之嚴重影響，而加強或重新引入刑罰。

在當前數位化的時代，各種訊息的傳遞透過網路既快又廣，甚至網路上橫流來自國內外的大量假消息，已經造成當前社會上的重大議題。不實指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，不僅侵害他人的名譽權與人格權，甚至亦會對公共利益造成影響，例如以仇恨性或歧視性言論毀損他人名譽而造成社會對立，甚至影響選舉結果，且其侵害與影響較過去更為快速而深遠，是科處刑罰仍有其正當性。

雖然如此，在具體適用上，固然刑事制裁有助於對名譽權與公共利益之保障，然而由於刑事制裁將造成對言論自由的寒蟬效應，而

言論自由又為民主社會的重要基礎，應受到最大限度之維護，是以刑法第310條規定之刑罰，法院於具體個案上應謹慎適用，不宜過度擴張，以確保言論自由不會受到不當之限縮。於此觀點下，釋字第509號解釋所採取的「有相當理由確信其為真實」，或是後來實務上所發展出的「合理查證義務」與「真正惡意原則」，適度限縮刑罰的適用，亦有其正當性。本件判決在此脈絡下亦值得贊同。至於未來是否要修法，限縮誹謗罪的處罰範圍，例如僅處罰重大侵害名譽或損害公共利益情事，或甚至除罪化而只保留民事責任，則屬於立法政策之問題。

由於本件判決明白要求表意人須盡「合理查證義務」，並採取「真正惡意原則」，則其對於名譽權與言論自由的保障，實際上有如何影響，值得探究。

三、「涉於私德而與公共利益無關」之判斷

首先，刑法第310條第3項前段所規定的真實抗辯原則，對於同條項後段但書所規定之「涉於私德而與公共利益無關」並無適用之餘地，其目的在於保障一般人之名譽權與隱私權，並限縮言論自由的範圍，縱使所指摘或傳述者為真實，仍應負刑事責任。

雖然如此，何謂「涉於私德而與公共利益無關」？其判斷有時並不明確。例如指稱他人有外遇，一般人之外遇可能屬私德而與公共利益無關，但演藝人員、教師、基層公務員、政務官、民意代表有外遇，是否都與公共利益有關？恐無法一概而論，應就具體個案，衡量表意人所指稱之事實其性質是否屬於公共性事務而定，而是否為公共性事務，則往往又與被指稱者的社會地位，特別是其所擔任的職務有關，如果擔任公職，而所指稱之事實雖屬私德之事，但會影響其職務之執行或有損其職務形象，則恐難以被認為與公共利益無關。

四、評論性言論屬言論自由保障範圍

一般而言，言論依其內容可以被分為「事實性言論」與「評論性言論」，後者為表意人的意見表達，並無真實與否的問題，應受言論自由的充分保障；前者所傳述者為事實，則有真實與否之問題，始

受刑法第 310 條所規範。

然而有時評論性言論是以一定之事實為基礎，兩者可能就不易區分。雖然如此，由於此種言論通常其係以評論為主，如果因為事實未能查證或證明為真實就不得為評論，將過度限縮評論與言論自由的空間。是以如果於發表評論言論時，對於其事實基礎的真實性有所保留，或其評論是在對於一定事實的假設前提下為之，仍應認為其屬評論性言論而受言論自由保障。

五、合理查證義務之認定與對言論自由之影響

釋字 509 號解釋所稱「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，實務上如本意見書第 2 頁所引述，許多判決似乎將其理解為「合理查證義務」。本件判決明確地進一步要求必須就該證據之真實性（絕對或相對），負有依合理程序查證之義務。

至於查證要到何種程度才算是「合理」？本件判決主文僅提到「應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量」，雖甚為抽象，但在判決理由中，則較為具體地認為應該和該言論的公益論辯之貢獻度有關。與公益關連性較高之事項，如果要求盡更嚴謹的查證義務始能免責，則無異於限縮言論自由得批評公共事務的範圍，是以理論上應該要求較為寬鬆的查證；而與公益關連性較低之事項，僅具少量公益性格，個人名譽權之保護較具重要性，則應該要求較為嚴謹的查證。此一見解值得贊同。

除公益論辯貢獻度外，另一審酌之標準，應該是該言論的散布方式與程度，散布程度愈廣的言論，社會大眾知悉與傳播的速度就愈快，對名譽權的影響也就愈大，所要求查證的嚴謹度就應該更高。就此以觀，透過各種大眾傳播媒體（包括有線或無線廣播、電視、平面媒體，以及公開網路）所為的散布，就應該盡更嚴謹的查證義務，始能免責。

值得注意者，本判決要求「合理查證義務」與釋字 509 號解釋要求「依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者」，兩者是否屬於相同概念，不無疑問。嚴格來說，提出證據是一

回事，查證其是否真實又是另一回事。例如：有可能提出之證據，雖未經查證，或無從查證，但行為人依該證據之性質（例如清晰的照片、聊天對話記錄或甚至親身經歷），仍然確信其證據之真實性。

然而依本件判決之意旨，若未盡合理查證義務（包括完全未經查證、查證程度明顯不足等，本件判決理由第75段參照），縱使已經提出證據，且有相當理由確信其為真實，或甚至無明知或重大輕率之惡意情事（見下述），是否仍將因未盡查證義務而無從免責，似乎並不明確（自判決主文觀之，似乎是不得免責）。若因未盡合理查證義務而無從免責，雖然對名譽權的保障更為周延，但相對地，言論自由的空間似乎也將因而受到限縮，特別是公益論辯貢獻度高的事項，而傳播散布的方式有限的情形（例如只是透過電子郵件傳遞給少數友人，或是只是在少數成員的群組內轉發）。

六、本件判決採取真正惡意原則的影響

除了合理查證義務外，本件判決認為「即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形」，亦即雖然經過查證，然而如果嗣後證明其證據資料不真實，只有在表意人有明知或重大輕率之惡意的情形，才具有可罰性。

真正惡意（actual malice）原則是美國聯邦最高法院於1964年的New York Times v. Sullivan案所揭示，適用對象為政府官員，嗣後於他案又擴張到公眾人物，以保障批評者有較多的言論自由空間，具有強烈的公益性質。

要求必須具備真正惡意的誹謗言論始受刑事處罰，係限縮名譽權的保障而放寬言論自由的範圍，應該只是針對政府官員或公眾人物，且涉及公共事務而屬公共利益性質高的言論，始有其維護言論自由的正當性。然而我國本件判決並未區分政府官員、公眾人物或是一般人，一律適用真正惡意原則。其結果對於一般人所為之誹謗而言，只要其非屬刑法第310條第3項後段，縱使是公共利益性質低的言論，若事先經過查證，縱嗣後證實非真實，如果表意人未有明知或重

大輕率情事之惡意亦可免責，是否是否過於寬鬆，而對於一般人民名譽權的保障有所不足，不無疑問。

此外，真正惡意原則和合理查證義務之關係究竟如何，亦值得探究。理論上，可以證明未有明知或重大輕率之惡意情形應有多端，是否業經合理查證只是其一。然而本件判決明示合理查證為義務，也是適用免責的前提，只要未為查證或未盡合理查證義務，似乎將完全無從主張未有明知或重大輕率之惡意而免責的空間。如此一來，恐將限縮真正惡意原則的適用範圍，自此以觀，似乎又限縮言論自由保障的空間。

七、結語

本件判決認為刑法第 310 條並未違反憲法比例原則，亦與憲法第 11 條保障言論自由之意旨無違，本席雖表贊同，然而對於部分內容以及理由的論述仍有若干意見，謹提出以供參考，特別是本件判決一方面將「合理查證義務」當成免責之要件，恐將限縮言論自由的空間，似乎失之過嚴；另一方面，又不分誹謗之對象而一律適用「真正惡意原則」，對不具政府官員身分或非公眾人物之一般人之名譽保障，似乎又有所不足。

部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

刑法第310條第3項但書規定合憲！意指任何人均不應就其他任何人之僅涉及私德而無關公共利益之事項（含能證明該事項為真實），予以傳述、指摘而散布之！請尊重隱私權，勿刺探揭發散布他人之隱私。

本件判決共含8件聲請案，其中聲請人一、四、七、八部分：其等確定終局裁判認係屬刑法第310條第3項但書規定之爭議；其餘聲請人二、三、五、六部分：其等確定終局裁判認係屬刑法第310條第3項前段規定之爭議。又其中除聲請人四、七外，其餘聲請人一至三、五、六、八均聲請補充或變更司法院釋字第509號解釋。另除聲請人三及六外，其散布之方式均為透過網路電子媒體；除均聲請法規範憲法審查外，聲請人七及八併聲請裁判憲法審查。均合先敘明。

本席贊成作成本件判決，而且同意刑法第310條第3項但書規定合憲，對本件判決主文第1項，除其末句「於此範圍內，司法院釋字第509號解釋應予補充」外之部分，基於並未改變司法院釋字第509號解釋原意，而係進一步闡明該解釋意旨，且既未另放寬也未另限縮言論自由之限制之認知，亦同意之，只是就形成此部分判決主文之理由不完全贊同，爰為部分協同意見書。

又因本席不同意本件判決主文第1項末句，亦不同意在有本件判決主文第1項末句前提下，本席判決主文第2項駁回聲請人二、三、五、六之法規範憲法審查部分之聲請（多數意見係以其等聲請受理為前提，認其等聲請無理由），本席認此部分應不受理，且既予受理，本庭不宜進一步為其等之聲請有無理由之認定。爰為部分不同意見書。

謹略述本席之理由如下：

一、本件判決係針對法規範作合憲解釋，則依憲法訴訟法第42條規定，本件部分聲請應受理、部分聲請應不受理，且111年1月4

日憲法訴訟法修正施行起，不論該日前或後聲請之案件，已沒有補充司法院解釋之問題：

（一）司法院釋字第 509 號解釋之客體，為刑法第 310 條第 1 項、第 2 項及第 3 項前段，但未含刑法第 310 條第 3 項但書規定，且係認刑法第 310 條第 1 項、第 2 項及第 3 項前段等合憲之解釋。

查由司法院釋字第 509 號解釋之聲請人為法院，乃法官於審理特定案件即原因案件時認所應適用之法律違憲而裁定停止訴訟。又經查該原因案件（民間司改會理事長等辦理法官評鑑，遭部分受負面評鑑法官自訴誹謗）無關私德且與公共利益有關，所以刑法第 310 條第 3 項但書規定顯非該解釋之聲請人法官，於審理原因案件所應適用之法律；另由司法院釋字第 509 號解釋之主文、理由觀之，其審查客體顯然為除刑法第 310 條第 3 項但書規定以外之其他刑法第 310 條規定，而且係合憲之結論。

（二）憲法訴訟法第 42 條規定：「法規範審查案件或機關爭議案件，經司法院解釋或憲法法庭判決宣告不違憲或作成其他憲法判斷者，除有本條第二項或第三項之情形外，任何人均不得就相同法規範或爭議聲請判決。（第 1 項）各法院、人民或地方自治團體之立法或行政機關，對於經司法院解釋或憲法法庭判決宣告未違憲之法規範，因憲法或相關法規範修正，或相關社會情事有重大變更，認有重行認定與判斷之必要者，得分別依第三章或第七章所定程序，聲請憲法法庭為變更之判決。（第 2 項）國家最高機關就機關爭議事項，有前項情形者，得依第四章所定程序，聲請憲法法庭為變更之判決。（第 3 項）」即自憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後，曾經司法院解釋宣告不違憲之法規範審查案件，除符合因 1、憲法或相關法規範修正、或 2、相關社會情事有重大變更，而有重行認定與判斷之必要外，任何人均不得就相同法規範聲請判決。否則，其聲請即不符程序要件，依憲法訴訟法第 15 條第 2 項第 5 款規定應不受理。

（三）經查憲法、刑法第 310 條規定自司法院釋字第 509 號解釋以來，並無相關實質修正（本件判決理由第 20 段參照），且相關

社會情事並無重大變更，以致為司法院釋字第509號解釋審查客體且認未違憲之刑法第310條第1項、第2項及第3項前段規定，應被認為違憲（本件判決亦為合憲結論）；聲請人等亦無片言隻字主張有上述憲法訴訟法第42條所規定之例外得聲請法規範違憲審查之情形。是依上所述，聲請人二、三、五、六之聲請不合程式，應不予受理。

（四）但聲請人一、四、七、八部分，因係就不在司法院釋字第509號解釋審查範圍之刑法第310條第3項但書規定為聲請，而且尚具憲法價值，故聲請人一、四、七、八之聲請得予受理。

（五）又由憲法訴訟法第42條規定（僅許於有所列舉之情形，得聲請「變更」司法院解釋）觀之，於憲法訴訟法修正施行後，應無「補充」任何司法院解釋包括釋字第509號解釋之問題。

二、本件判決未併列司法院釋字第509號解釋為審查客體，則亦應無於本件判決主文第1項末句，併提及司法院釋字第509號解釋應予補充之理：

本件判決既並未併列司法院釋字第509號解釋為審查客體，則何有於本件判決第1項主文末，另稱司法院釋字第509號解釋應予補充之理，更何況如前一、所述，在憲法訴訟法修正施行後，根本沒有司法院解釋補充之問題。

三、「評論」是否僅可能涉及刑法第309條公然侮辱罪，而不生誹謗罪問題，故而本件雖將刑法第311條規定納入審查範圍，但不必就評論部分併予判決？

（一）本席以為誹謗罪除可能涉及真偽事實之散布外，也可能涉及評論之散布，亦即不符刑法第311條第3款規定之評論，如符合刑法第310條第1項或第2項規定，亦可能需負誹謗罪責。但本件判決則以不符刑法第311條第3款規定之評論，與誹謗罪無涉為當然前提論述（本件判決理由第68及75段參照），與本席之認知及法院實務不同。

（二）刑法第311條第3款規定稱「善意發表言論」、「適當評論」，究應如何判斷？本席以為與真偽事實之散布相較，評論更應

受言論自由之保障，且表意人帶有負面指摘之意（比如語帶戲謔、用詞尖酸刻薄）、甚至不懷好意（敵對者間帶著敵意），藉機嘲諷，某程度言，為評論之常態，此種情形，處以妨礙名譽罪責，當然無違比例原則嗎？似有疑義。如將評論納入審查，予以澄清，似有憲法價值。

（三）此段之論述係以單純「評論」為前提，即其評論係建立在真實之事實基礎上者為限。若其評論所根據之事實是否真實，存有爭議，則應先就所根據之事實部分，為是否符合誹謗罪犯罪構成要件之論斷，而非可不論事實真偽，逕認係評論而為無罪之裁判。

四、刑法第 310 條第 3 項但書規定合憲，因為：

勿道人之短，乃基本道德之要求；兩舌、惡口，更應避免。憲法關於言論自由之保障，目的在共同促進社會之進步，而與公共利益無關之「東家長、西家短」縱屬事實，仍係私德是非，其散布不但無助於社會進步，抑且有礙和諧，妨害改過遷善，甚至滋生事端，是本已無特予以又言論自由保護之必要。尤以今日隱私權保障日益受重視，加之數位網路時代，假訊息充斥、真假不易辨，散布無遠弗屆、澄清困難、民事原狀回復幾不可能，故以短期自由刑等輕度刑罰為法定刑，核屬必要，而尚符憲法第 23 條比例原則。

五、除了刑法第 310 條第 3 項但書規定部分，違反者，縱所傳述、指摘者為真實，亦應受處罰，並是否已盡合理查證義務應不論外，其餘刑法第 310 條規定涉及公共利益部分，則如傳述、指摘之事實為真實，即不罰。至於表意人在檢察官就符合刑法第 310 條第 1 項或第 2 項規定所示犯罪構成要件為舉證後，因舉證責任由檢察官轉換為被告（表意人），且表意人不能反證其傳述、指摘之內容為真之情形部分，即表意人固無舉證其傳述、指摘為真之責任，但表意人必須證明其已盡查證義務，且其是否已盡查證義務之判斷標準，應有客觀標準。即如表意人為一般人，應以一般人之標準判斷表意人之已盡查證義務之抗辯是否合理而可採信；若表意人為媒體從業人員或其他應負較高注意義務者，則其已盡查證義務之抗辯是否合理可採，應較一

般人之標準為高。

在表意人查證過程中，若其引用之證據為不真者，則尚不能即因此推論表意人未客觀合理善盡其查證義務，而應視其就其所引用之證據為不真乙節，是否明知，或可得而知但因重大輕率而不知，而認定其是否具誹謗惡意。

六、又本件判決關於刑法第310條第1項、第2項及第3項前段規定部分，只是如普通法院般，揣摩司法院釋字第509號解釋之真意，並以之為基礎，進一步闡明該解釋之意旨，且未超越現行法院實務之之多數意見，殆係間接肯定法院實務既有見解而已，較諸司法院釋字第509號解釋，此部分應尚不生放寬或加重言論自由限制問題。

至刑法第310條第3項但書規定本不在司法院釋字第509號解釋範圍，所以亦不生放寬或加重言論自由限制問題。

本席係本於未加重言論自由限制之理解及認知而勉予同意本件判決理由之大部分論述。

七、關於判決主文第2項部分：1、聲請人一、四、七、八之聲請部分，因依本件判決主文第1項，其等聲請之法規範（刑法第310條第3項但書規定）為完全合憲，故聲請人八之裁判憲法審查聲請部分應予駁回；其他聲請人一、四、七部分，本席以為不當然需要於主文中另宣告其等之聲請駁回，但宣告之也只是無害之贅述而已，勉可接受。惟2、就聲請人二、三、五、六之聲請部分，則因主文第1項係有條件（稱「於此前提下」）合憲，而且其末句還特別加上「於此範圍內，司法院釋字第509號解釋應予補充」，並已致部分大法官有本件判決較諸上開解釋，更加限制言論自由之看法，則就聲請人二、三、五、六之聲請部分，特予主文第2項宣告駁回，不只是無害之贅述，而有實質意義，且若被解讀為係就本件判決後，此等聲請人就其原因案件得否另依法聲請救濟，為不得聲請救濟之判斷，尚非不合理。但本件判決後得否救濟之判斷，似非大法官之職權，而屬普通法院在本件判決後，就個案依本件判決意旨判斷之職權事項。從而，此部分宣示，容有可議。

八、本件判決之價值在肯定刑法第 310 條第 3 項但書規定合憲。本席呼籲：請尊重隱私權，就任何人僅涉及私德無關公共利益之事項，不論真偽，均不應被傳述、指摘而散布之，否則傳述者可能觸犯刑法。當然謹言慎行是美德，任何人尤其公眾人物如以為他人表率自許，宜深自惕厲！

本號判決之爭點，在於刑法第 310 條第 1 項至第 3 項（下依序分稱系爭規定一至三）及第 311 條（下稱系爭規定四）所構成之誹謗罪規定，是否牴觸憲法保障言論自由之意旨。其中系爭規定三所定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」司法院釋字第 509 號解釋（下稱系爭解釋）¹ 將行為人能證明其言論內容為真實者即不罰之「真實性抗辯原則」，改採舉證責任較輕之「真正惡意原則（真實惡意）」，於基本權衝突之衡量上注重於言論自由之保障，尚符國際保障言論自由之趨勢。惟本號判決要求表意人應就其言論內容於言論發表前進行合理查證，至是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。於此前提下，系爭規定一至四所構成之誹謗罪處罰規定，整體而言，未違反憲法比例原則之要求，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，補充系爭解釋。換言之，本號判決不但認系爭規定一至四全部合憲，且稱有所補充系爭解釋，如此結論恐過於強調合理查證義務，而有偏重於名譽權保障之嫌。是其究竟如何將名譽權與言論自由基本權衝突最適衡量，不無疑問。且就聲請人對於系爭規定一至四之主張，尤其是系爭規定三但書規定因長期適用所生憲法爭議，原係基於保障言論自由之憲法價值出發，憲法法庭受理其聲請後，卻經由本號判決肯認系爭規定一至四之合憲性並補充系爭解釋，恐為聲請人所始料未及，不但未給予其任何聲請憲法審查貢獻之優惠，反而使其自由言論空間更受到限制。又本號判決既未回應外界就系爭規定一至四之改革

¹ 從司法院釋字第 509 號解釋之解釋文與理由書觀之，似僅審查刑法第 310 條第 3 項前段，但如參考蘇俊雄大法官意見書「如果進而將第三百十條第三項之規定，解釋為行為人必須負證明所言確為真實的責任，更無異於要求行為人必須證明自己的行為不構成犯罪，亦違反了刑事法上『被告不自證己罪』的基本原則。」其論述範圍可能更廣！

提議，亦未指明檢討改進之處，皆有商榷之處，爰提出不同意見如下：

一、從比較法觀察系爭規定一至四解釋及適用原則之演變

言論之事實陳述與價值判斷之評論，表意人可能負法律責任方面，通常在於刑事與民事責任。本號判決所處理者，乃刑法誹謗罪問題。因系爭規定一至四之概念及其界定，不乏受到外國立法例之影響。是先從比較法觀察，有關解釋及適用原則之演變，以供本意見書立論之基礎。就德國法而言，涉及人格權之侵害，亦屬於基本法第 2 條第 1 項有關人格自由發展並連接第 1 條第 1 項有關人性尊嚴之規定，此係以一般人格權作為保障範圍，另就個別人格權，在民法方面，則涉及名譽權保護之侵權行為（德國民法第 823 條第 2 項連結刑法第 185 條以下）。就德國刑法規定而言，涉及侮辱罪、惡意誹謗罪與政治人物詆誹罪等犯罪。誹謗罪與政治人物詆誹罪，係以事實主張（Tatsachenbehauptung）為要件²，即該事實之「表達」（Äußerung）原則上須具有可運用於法院所使用之證據程序。刑法第 185 條侮辱罪係因對於他人不尊重所為之價值判斷；刑法第 187 條規定之詆誹（Verleumdung）罪，須可證明該事實主張非屬真實（erweislich unwahr）。又同法第 186 條惡意誹謗罪，如行為人不能就該事實主張證明為真實者，則具有可罰性（Strafbarkeit），對於可證明為真實之

² 德國刑法之事實概念，解釋上相當廣泛，依通說，僅將之與內在主觀之意見與評價有所區別。因事實與評價不同，所謂事實係有真實或錯誤之問題，而單純價值判斷（bloße Werturteile），則屬於意見表達（Meinungsäußerungen）。又有關真實之主張，原則上具有可檢證性（Nachprüfbarkeit）。又如何劃定價值判斷與事實主張之界線，常屬反覆性流動（vielfach fließen）狀態，在個案上並非易事。例如「表達」（Äußerung），各按其意義關聯性（Sinnzusammenhang），其不但包含評價，亦且可能是事實陳述（Tatsachenaussagen）（如主張、散布（Behaupten, Verbreiten））。縱使無法就表達之事實性與評價性之構成要素有所區分，如其意旨（Sinn）非屬造假者，整體而言，將其視為意見表達（Meinungsäußerungen）。參照 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 69. Aufl., München: Beck, 2022, §186 Rn.2f.; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019-beck-online, StGB § 186 Rn.3f..

舉證責任，則由行為人負擔。但於媒體領域，依刑法第 193 條規定，如要求記者之注意義務者，則應重視其行為是否具有行使正當利益之正當化理由。因此，德國刑法對於妨害名譽權之犯罪行為之構成要件事實之舉證責任，因犯罪類型之不同，而有所差異。

總之，有關人格權與媒體自由（Medienfreiheit）之衡量過程之判斷標準，可圖示如下³，以供比較：

1. 個人 / 知名度之種類	非知名人士	公眾人物	政治人物
2. 報導之內容	私人	公共事務	職務行為
3. 人格侵害之密度	重度	中度	輕度
4. 公共資訊利益之強度	低		高
5. 表現之種類	膚淺表面 / 娛樂性（為滿足接受者之聳動性樂趣）		誠實認真對待（同時亦觀察關係人之利益）

公開表現之合法性

低 <-----> 高

由上可見，德國立法例，就個人部分，行為人不能就該事實主張證明為真實者，具有可罰性；就媒體部分，事實主張之公開容許性之界限或其正當化理由，除因涉及媒體或傳播方式而有所差異外，在憲法有關人格權與言論自由保障之衝突與調和，其判斷標準之密度與強度，仍有高低之差異性存在，特別是就公開表現對象與內容等因素，而異其合法性之要件及保護程度，可資比較參考！

在美國法院實務上，1964 年聯邦最高法院作出劃時代之判決，即紐約時報訴蘇利文案（New York Times Co. v Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)）（下稱紐約時報案）所提出之真正惡意判斷原則（rule），該判決認為公職人員（public official）因其職務相關行

³ 參照 Frank Fechner, Medienrecht, 21. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, Rn.6ff., 25ff., 58.

為 (official conduct) 遭受誹謗而得請求損害賠償者，須提出符合憲法要求具足夠明確性 (convincing clarity) 之真正惡意 (actual malice) 相關證據，證明表意人明知其言論內容不實或因重大過失而忽視真實 (knowledge that statements are false or in reckless disregard of the truth)，即所謂清楚與令人確信之證明 (clear and convincing proof)，對事實之確認，僅達到高度之蓋然性即可。因此，其改變往昔真實抗辯原則之判斷標準，改採僅要求真正惡意之證明，不要有求有關合理懷疑之較強度舉證責任，使表意人言論自由受到更強之保障。在紐約時報案之後，1974 年美國最高法院於 *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 案，非公眾人物 Gertz 訴請實際賠償 (actual damages) 美金 \$100,000 與懲罰性賠償美金 (punitive damages) \$300,000，第七巡迴法院判決 (trial court's judgment) 准許其請求 (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 680 F.2d 527, 8 Media L. Rep. (BNA) 1769 (7th Cir. 1982))。該案上訴最高法院後，最高法院認為私人 (private individuals) 得依憲法增修條文第 1 條之標準訴請誹謗 (defamation claims) 之損害賠償，如無過失責任者，各州得自由確立其有關誹謗私人之責任判斷標準。然而該州所設立標準低於該適用於公眾人物之真正惡意之標準時，僅得請求實際賠償，將真正惡意原則之適用擴及於公眾人物。

於 1985 年，美國最高法院 *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U.S. 749 (1985) 案⁴之判決，認為信用評等機構 (a credit reporting agency) 如疏失 (carelessly) 傳述 (即如發布) 有關企業宣告破產之錯誤資訊 (false information)，但事實並非如此者，則其可能負誹謗責任。亦即美國最高法院維持佛蒙特州最高法院 (Vermont Supreme Court) 之判決，因法院將國家保護個人名譽之利

⁴ 對該判決之大法官意見頗為分歧，相對多數意見者 (plurality opinion)，如 Justice Powell, joined by Justices Rehnquist and O'Connor)。協同意見者 (concurring opinions)，如 Justices Burger and White。不同意見者 (dissenting opinion)，如 Justice Brennan, joined by Justices Marshall, Blackmun, and Stevens)。

益與憲法增修條文第1條之言論自由權兩相權衡，認為憲法增修條文第1條對於與公共利益相關之事務保障較強，對於單純關於私人事務之保護強度較弱⁵。是最高法院並未推翻佛蒙特州法律，在其未顯示「真正惡意」之情形下，准予推定與懲罰性之損害賠償（awards of presumed and punitive damages）。⁶

美國最高法院在紐約時報案判決之後，雖在其適用對象可能是私人、公眾人物、公務人員或政治人物等，在保護之強度或密度，或負起有不同責任之結果。因上述案例係屬侵權之損害賠償等民事責任之判斷標準問題，當然自應留意其是否完全得以適用於刑事誹謗罪之判斷，惟從我國實務上仍不乏運用真正惡意原則判斷誹謗行為是否構成法律責任之標準。因此，在實務上有關誹謗行為之不法與罪責及法律效果等之判斷標準與歸類，如考慮區分其適用對象之差異性，而為不同論斷之標準或責任程度，或許亦有值得參考之處。

二、名譽權與言論自由基本權之衝突與調和

本號判決所謂表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量（本號判決主文第1項參照）。以上說法，看似有意透過法益衡量方法，調和個案基本權衝突，但其課與表意人合理查證之要求，是否宜適用於所有誹謗罪成立要件之判斷，不無疑問。尤其是就基本權衝突之調和而言，因系爭規定一至四對於侵害名譽權行為，已定有刑法誹謗罪加以處罰，如過度強調名譽權保護，而未設下界限或適度限縮刑法誹謗罪之構成要件及適用範圍，勢必發生寒蟬效應（chilling

⁵ 該原文“less controlling in matters of a purely private concern than matters which are a public interest”，請參照。

⁶ 有關上述美國判決，日本憲法學者，曾有對紐約時報案所提出所謂真實惡意（日文：現實の惡意）判斷標準，是否導入刑法第230條之2解釋，認仍有議論之餘地。（參照蘆部信喜，高橋和之補訂，憲法，東京：岩波書店，2021年6月15日7版6刷，頁200註）。但新近文獻，亦有列入參考與比較之案件者。參照長谷部恭男，憲法，東京：新世社，2022年2月25日8版，頁158-159。

effect），使表意人畏懼因其言論受到刑罰而就其言論內容做自我檢查（self-censorship），如此，恐有礙於言論之表現自由之實現，而無法與言論自由基本權之保障相調和。況且，如採取德國前憲法法院法官與著名憲法學者 Konrad Hesse 所提出務實諧和（das Prinzip Praktische Konkordanz）⁷ 原則，係就憲法所保護之法益，須於問題解決時相互歸類，而從其真實性（Wirklichkeit）獲取解決之道。在法益之衝突發生時，不許利用他方作為代價，而進行事先預斷式過快之利益衡量或抽象價值衡量。於此應以憲法統一性原則，而提出最適諧和之任務：兩種法益須被設下界限（Grenzen），因此兩者得以獲取最適之實效作用（zu optimaler Wirksamkeit），此等界限須於具體個案符合比例性。

如以本號判決為例，看似有意將刑法所保護名譽權之憲法人格權與表意人之言論表現自由，兩者進行個案衡量，但卻加入系爭解釋所無表意人應為合理查證之義務，使依系爭解釋原可不罰之「表意人未積極合理查證，惟『有相當理由確信其為真實者』」，被排除於免其刑罰之範圍，此種要求，顯已預斷式偏重於名譽權之保護，恐難以避免事先預斷式過快之利益衡量或抽象價值衡量，失去合乎比例之最適務實諧和上述兩者基本權衝突之本旨，亦有違系爭解釋基於言論自由而減輕表意人舉證責任之意旨。是本號判決惜未利用此機會檢討改進現行系爭規定一至四適用之缺失，反而採取更限縮言論自由之觀點，其對表意人之言論自由所下之界限，恐有違憲法保障言論自由之意旨與目的，頗值得商榷！

三、從真實性抗辯與真正惡意及合理查證原則之演變論名譽權與言論自由之法益衡量與判斷標準問題

本號判決於名譽權與言論自由間為個案利益衡量時，認其應特別考量言論對公益論辯之貢獻度，且以言論內容究係涉及公共事務而

⁷ 參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1999, Rd. 72, 317ff..

與公共利益有關者，抑係涉及私人生活領域之事務者，論斷其對公益論辯之貢獻度之高低（本號判決第 53 段參照）。此種以言論之價值，作為個案利益衡量之標準，值得再推敲。因言論內容之價值，往往係頗為主觀性之價值判斷，如何客觀上區分言論內容對公益之貢獻度，恐非易事！況且，事實性言論在客觀上縱有真偽、對錯之分，然在誹謗罪之構成要件，如前所述，並非採取真實抗辯原則，而著重在於真正惡意是否存在，以保障言論自由，其所要求之舉證責任，係介於合理懷疑與優勢證據（preponderance of evidence）法則間之清楚且令人信服之證明（clear and convincing evidence standard）。本號判決認為系爭規定三所特設之言論真實性抗辯要件，要求表意人應提出相關證據資料，俾以主張其業已踐行合理查證程序；其所取得之證據資料，客觀上應可合理相信其所發表之言論內容為真實；且如涉不實證據資料之引用，並非基於明知或重大輕率之惡意情事所致（本號判決第 73 段至第 74 段參照）。就後者而言，看似採取真正惡意原則，但本號判決強調表意人應提出相關證據資料，以證明其已踐行合理查證程序，並認為表意人就其誹謗言論之事前合理查證程序，係屬調和言論自由與名譽權二大基本權利之樞紐（本號判決第 76 段參照），如此見解，實已加重表意人之舉證責任，恐有過度偏向於被指述者之名譽權保障，如何合理務實衡量此等相互衝突之法益，不無可疑！且本號判決認為如表意人所為事實性言論，並未提供佐證依據，僅屬單純宣稱者，即使言論內容涉及公共事務而與公共利益有關，因言論接收者難以判斷其可信度，則認為此種事實性言論之公益論辯貢獻度不高（本號判決 53 段參照），可能構成誹謗罪，此等見解是否真正達到務實諧和名譽權與言論自由基本權兩種法益之合理衡量，實仍有再推敲之必要。因於通常情形就誹謗罪為個案判斷時，雖主要涉及事實陳述，但陳述事實往往夾雜評論，亦屬常見。事實陳述，重在其真實性，然價值評論，非重於陳述內容之真偽，且以言論內容所呈現之價值作為論斷誹謗罪成立之標準，不無疑問！值此民主時代，應讓人民多有機會自由評斷時事，此亦屬現代民主社會之重要特徵，實不宜以

其所表述內容之公益論辯貢獻度高低，作為言論自由保障之強度與密度之標準。此外，究竟如何判定所謂私德或公共利益，隨社會功能之分殊化，除極為明顯涉及個人隱私之案件外，往往不易斷定其是否純屬公益或私益（私德）領域，因新聞事件而非自願性成為公眾人物者即為適例。是系爭規定三所稱「對於所誹謗之事，能證明其為真實者」，究係以真實抗辯原則為要件，抑係可透過解釋，而將之解為已採真正惡意原則，不無疑問！且本號判決不問言論內容係屬事實陳述或價值判斷之評論，或所指述之對象為一般人民或公眾人物（含政治人物），就其言論內容或適用對象是否處以刑罰，未另加以類型化、區分其不同判斷標準及法律效果，類皆要求應合理查證之特定義務，是否妥當，亦有再推敲之必要！

再者，我國法院判決，有參照系爭解釋為立論者，然對其解讀難免存有差異。有認為系爭解釋所謂有相當理由確信其所報導之內容為真實，係指「主觀」上認為其報導內容為真，而與法條上文意解釋需其報導內容「客觀上」為真實有所不同。又基於行為刑法原則，判斷行為人主觀上是否認其報導內容為真實，須以一般健全之人依常理判斷為標準。如經判斷後不足認行為人有相當理由相信其報導內容為真實，此時行為人之行為，即構成「客觀上無從相信其為真，或無從確定真假」之情形，行為人即負有特定義務證明其無誹謗故意，以免除罪責，亦即報導前已盡查證義務與報導時應注意平衡報導（或稱衡平報導）。⁸ 由此可見，個案判斷時如何為一般健全之人依常理判斷之結果，以及如何認定行為人已盡查證與衡平報導之特定義務，在有刑事處罰誹謗行為之我國實務上是否能取得客觀判斷標準，恐難免因法官就個案之判斷產生個別差異，在有此微妙差異之主觀論斷之疑慮下，過度要求表意人之查證等特定義務，似有礙於憲法保障言論自由之目的與意旨之實現！

⁸ 參照林天財、陳啟豪，誹謗：臺灣本土實證案例解析，臺北：五南，2007 年 12 月初版 1 刷，頁 108-110。

四、結語

總之，誹謗罪之除罪化，雖是有些學者專家之主張⁹，但比較德、日刑法，目前仍存在誹謗罪等妨害名譽罪之犯罪類型，於此暫認為其係屬立法論之問題，不予深論。惟從前述比較法觀察，實應對一般人民、公眾人物（public figures; Prominenter）、兒童少年（Kinder）與政治人物（Politiker）等作為言論內容所指述之對象，而區分名譽權保護之強度與密度，並將之與言論自由相互務實諧和，以期從憲法統一性觀點尋求其法益衝突之平衡點。再從司法院解釋發展觀之，89年7月7日司法院釋字第509號解釋，已意識到言論自由保障之重要性，減輕表意人之舉證負擔。時至今日，因傳播科技與數位時代之快速演變，已呈現與往昔社會完全迥異之資訊形成與傳播形式，系爭規定一至四之規範內容，除刑罰效果部分外，仍沿用24年所制定刑法誹謗罪作為其規範內容¹⁰。因此，倘若在立法上不予整

⁹ 有認為發表言論行為之犯罪化，有以刑法制壓憲法言論自由之危險，有礙於民主化與民意政治之建立，且參考美國立法例，就誹謗行為不認為犯罪，而以民事侵權行為負損害賠償責任為已足，從實質之救濟效果而言，被害人請求損害賠償，較具實益性。另有認為參考外國立法例，媒體即時刊登更正或辯駁書，從速回覆被報導人之名譽，乃保護被報導者人格名譽之最佳方法，若此，可減免民、刑事責任。參照林山田，刑法各罪論（上冊），臺北：作者發行，2006年10月5版2刷，頁268；林天財、陳啟豪，前揭書，頁55-57、213及相關引註文獻。

¹⁰ 有認為24年刑法第310條第3項規定「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」係採日本當時刑法之立法原則，即就所誹謗之事如係真實且合於一定條件，始不屬誹謗罪之範圍者。參照韓忠謨，刑法各論，臺北：作者發行，民國65年8月3版，頁388。現行日本刑法第230條仍有毀損名譽罪之規定，並於第230條之2規定有關公共利益情形之特例，亦即所為誹謗之事，如具備事實之公共性、目的之公益性與真實性之證明（即判斷事實之真偽而有證明為真實者）之三要件，表現之自由優先，則不罰（參照辻村みよ子，憲法，東京：日本評論社，2021年3月31日7版1刷，頁215。）在實務上發展出真實性之抗辯（現實之惡意法理）、相當性之抗辯、公正評論之法理與對抗言論（more speech）之法理等免責法理或抗辯，可資比較。（參照曾我部真裕／林秀弥／栗田昌裕，情報法概説，東京：弘文堂，2020年7月15日2版2刷，頁308-316。）

體檢討修正相關妨害名譽之刑事及民事規定，恐不足以因應新興社會之挑戰！是本號判決雖稱補充系爭解釋，但其所為特定查證義務要求，將使言論自由（表現自由）受到更大限制，難免令人失望！又雖說為系爭解釋之補充，但此種補充之立論，是否採取比系爭解釋所為保障言論自由意旨更開放態度或更加保守？其結果是否符合社會之期待？是否真正深切體認為何有如此多聲請人提出憲法審查之期望，皆有再商榷之處！況且，從現行刑法相關規定之解釋與適用而言，偏重於名譽權保障，正因如此，憲法審查更應以言論自由基本權保障為重，從而打開另一扇希望之門！亦即從憲法人權理念上，即使面對高發展傳播科技之數位時代，亦應採取更開放式觀念、資訊內容與科技中立理念，不應迫使人民沉默（not enforced silence）¹¹ 而莫多言，實應以形成更多言論（more speech）而非「少言」（not less）¹² 之社會環境為念。於此，原本殷切期待有此大好機會來變更或更精準補充系爭解釋，並藉由本號判決直接指明現行刑法誹謗罪規定之缺陷所在，呼籲立法者作出更多之立法上檢討改進，以符現代民主社會言論自由保障之人權理念。是本號判決之論點仍有商榷之餘地，爰提出不同意見如上。

¹¹ 參考美國聯邦最高法院法官 Louis Brandeis 於 *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) 一案之著名協同意見書：“If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the process of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence.”

¹² 參照 MARK SABLEMAN, *MORE SPEECH, NOT LESS: COMMUNICATIONS LAW IN THE INFORMATION AGE* (1st ed.) (1997) 一書之標題用語。

不同意見書

許志雄大法官 提出

本案審查標的涵蓋刑法第 310 條規定：「（第 1 項）意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪……。（第 2 項）散布文字、圖畫犯前項之罪者……。（第 3 項）對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」第 311 條規定：「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：……。」事實上審查重點置於第 310 條第 3 項上，並以該規定之重新詮釋為前提，認定刑法第 310 條及第 311 條規定所構成之誹謗罪處罰規定整體，未違反憲法比例原則之要求，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨尚屬無違。於此範圍內，司法院釋字第 509 號解釋（下稱系爭解釋）應予補充（主文第 1 項參照）。聲請人一至八之聲請為無理由，均予駁回（主文第 2 項參照）。

對本號判決之結論，本席礙難贊同。理由包含諸多面向，主要涉及名譽權之意義及保護範圍、名譽權與表現自由如何調節、真實不罰應採取之法理或準則、本號判決所持法理或準則之合理性問題及其對表現自由之影響，以及本號判決與系爭解釋之異同，究屬系爭解釋之補充或變更。凡此，均有釐清之必要，爰提出不同意見書。

一、名譽權之意義及保護範圍

在民法及刑法領域，名譽向為保護之對象，法有明文，如民法第 18 條第 1 項（人格權包含名譽權）與第 195 條第 1 項規定，以及刑法第 309 條與第 310 條規定均是。惟憲法並未明定名譽權之保障，大法官於司法院釋字第 656 號解釋（2009 年）謂：「名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障」，始首度以憲法第 22 條概括性權利保障條款為依據，承認名譽權係憲法上權利，至其意義為何，則未見著墨。

本號判決稱：「人民之名譽權，係保障個人之人格、品行於社會生活中之人格整體評價，不受惡意貶抑、減損之權利，乃以人性尊嚴為核心之人格權之一環，其旨在維護個人主體性、自我價值及人格

之完整，並為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障」（理由第 51 段參照），沿襲釋字第 656 號解釋意旨，並對名譽權之意涵有所詮釋。

所謂名譽，可區分內在名譽、外在名譽及名譽感情三種。內在名譽係真實之名譽或個人真實之人格價值，獨立於他人及自我評價之外，性質上不會受他人之侵害，自無成為刑法保護客體之必要。外在名譽或稱客觀名譽，係一個人人格價值所受社會之評價，易因他人言論而生損益。名譽感情或稱主觀名譽，屬個人之自我感受，難以具體認定¹。如前所揭，多數意見認「人民之名譽權，係保障個人之人格、品行於社會生活中之人格整體評價，不受惡意貶抑、減損之權利」，顯與通說相同，採取外在名譽說。惟外在名譽可能包含「虛名」，將「虛名」納入憲法名譽權之保護範圍，不免產生疑問。蓋多數意見表明，名譽權「旨在維護個人主體性、自我價值及人格之完整，並為實現人性尊嚴所必要」，而「虛名」顯然與此等目的毫不相干，何以能受憲法名譽權之保護？

本席認為，在現代資訊化社會，表現行為可能涉及毀損名譽（誹謗）之情形頗多，名譽或毀損名譽概念若不為適當之限縮，則表現行為有動輒觸犯誹謗罪之虞，會出現寒蟬效應，抑壓輿論及媒體對公權力之監督與批判。為兼顧名譽權與表現自由之保障，宜採定義性衡量（definitional balancing）基準，預先衡量對立之價值與利益，對毀損名譽概念為緊縮之定義²。外在名譽說原則上固然可採，但為化解「虛名」亦受憲法保障之疑惑，似應適當修正之。就刑法第 310 條規定言之，當外在名譽低於或同於內在名譽時，不存在「虛名」，損毀外在名譽即成立誹謗罪，應不生問題。而當外在名譽高於內在名譽時，外在名譽必然參雜「虛名」，若毀損之名譽僅及於「虛名」，應

¹ 甘添貴著，體系刑法各論，瑞興圖書，2001 年修訂再版，頁 410、411；王澤鑑著，人格權法—法釋義學、比較法、案例研究，元照，2012 年，頁 175、176；佐藤幸治著，日本國憲法論，成文堂，2021 年初版第 2 刷，頁 201。

² 芦部信喜著，憲法學Ⅱ，有斐閣，1994 年第 1 版第 2 刷，頁 231、232。

不構成誹謗罪，以免形成悖理現象。準此，真實之言論僅會戳破虛名，不至於毀損名譽，理應不構成誹謗罪。真實之言論或許會侵害隱私權，應負法律責任，但其屬另外之問題，與名譽權無涉。要之，從名譽權之保護範圍著眼，誹謗罪處罰之對象，自始應限於虛偽之言論。然刑法第310條第3項明定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」立法者似認為所誹謗之事無論真偽，均應構成誹謗罪，但其為真實者，若仍加以處罰，不免過度限制表現自由，故附加真實不罰規定，以平衡名譽權與表現自由之保障。參照前述，這種立法之前提認知有待商榷，法條規定本身自有不當。關於涉及公共利益之真實言論，依第310條第3項前段規定不罰，適用結果問題不大。若屬於涉於私德而與公共利益無關之真實言論，依第310條第3項但書規定，仍不免受罰。該規定欠缺保障名譽權之功能，卻造成表現自由之侵害，難謂合憲。

二、名譽權與表現自由之調節

依通說，無論真實或虛偽之言論，均可能侵害名譽權，而觸犯誹謗罪。鑑於表現自由與名譽權同等重要，若真實之言論仍以誹謗罪論處，不免獨厚名譽之保護，過度限制表現自由。立法者為調和名譽權與表現自由之保障，乃有刑法第310條第3項真實不罰規定之設。

關於刑法第310條第3項真實不罰規定之法律性質，學說見解不一，有阻卻構成要件、阻卻違法事由及阻卻責任等主張。通說認為阻卻違法事由，即行為人所指摘或傳述之事實，不問真實與否，凡毀損他人名譽者，均構成誹謗罪，惟為顧及言論自由之保障，乃明定能證明其真實，並具公益性質者不罰³。關於刑法第311條善意不罰規定之法律性質，釋字第509號解釋明白表示係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，本號判決亦然；但關於第310條第3項真實不罰規定之法律性質，該號解釋卻未言明，本號判決亦僅籠統稱之為特設之言論

³ 王澤鑑著，註1所揭書，頁187。

真實性抗辯要件規定（理由第 58 段參照）。多數意見或為專注於憲法論之探討，避免陷入刑法論之爭議，故採取此一中性之說法。

依照刑法第 310 條第 3 項真實不罰規定，表意者為求不受處罰，須對所誹謗之事，證明其為真實。因舉證責任之負擔沈重，對表意人相當不利，遂有另外尋求減輕表意人責任之法理或準則之必要。系爭解釋由是作成，本號判決諒係出於相同考量。問題是，本號判決與系爭解釋採取之準則有何異同？是否真能適切調節名譽權與表現自由之保障？

系爭解釋釋示：刑法第 310 條第 3 項前段「以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」此說一般以「合理查證」稱之，顯然減輕表意人之舉證責任，觀其內容，深受日本最高法院判例影響，殆無疑義。

查日本刑法第 230 條之 2 亦有類似之真實不罰規定，若完全依字面意思解釋適用，則表意人即使誤信所述有關公共利益之「事實」為真實，只要未能證明其真實性，仍無法免除毀損名譽之罪責。此於衡量之比重上過於偏向名譽權一方，必然招致表現自由之萎縮效果。因此，日本最高法院於 1969 年「夕刊和歌山時事」判決（最大判昭和 44・6・25 刑集 23 卷 7 號 975 頁）一改過去判例之見解，放寬真實不罰規定，判示：「刑法第 230 條之 2 所稱事實，即使未能證明為真實，但行為人誤信該事實為真實，而就其誤信，依確實之資料、根據，有相當理由時，即無故意，不成立毀損名譽之罪。」結果，關於真實不罰之規定，法文上原本要求須為真實之證明，而依該判例，只要能證明對誤信為真實有相當理由，即為已足。依此「相當性」或

「誤信相當性」法理⁴，真實不罰之要件放寬，似可期待表現自由獲得較大之保障。參照判決理由，日本最高法院所以變更判例，乃為謀求個人名譽之保護（人格權）與表現自由之「調和與均衡」。惟其憲法觀點僅止於此，關於採取何種表現自由論為基礎，絲毫未說明⁵。系爭解釋因襲該判例，亦有相同現象。另學者指出，該判例展現定義性衡量之態勢，有緊縮損毀名譽概念之用意，極為值得注目。然相較於美國聯邦最高法院揭櫫之「真實惡意（actual malice）」法理，其尚有未能活絡表現自由之自我統治（self-government）價值之疑問⁶。事後之發展顯示，關於「相當理由」或「相當性之要件」，包括日本最高法院在內之各級法院均傾向於嚴格解釋及判斷，實際上認有「相當理由」而不罰之判決極少，故備受批評⁷。

1964年美國聯邦最高法院 *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254) 判決創設「真實惡意」法理，具有劃時代意義。該判決首先確認，美國人民對一個原則懷著深切之信念，即有關公共議題之討論不應受壓制，而可以熱烈、開放為之。其討論當然包含對政府及公職人員猛烈、有時會造成不愉快之尖銳抨擊。同時強調，自由討論時，錯誤之言論在所難免，且應受保護。如此，表現自由方有呼吸空間，得以存活。此一觀點立基於人民主權，以及表現自由為民主礎石之原理。接著，從該觀點著眼，斷定「真實性抗辯」（defense of truth）準則與保障言論出版自由之憲法修正第1條不相容。蓋依據過去一貫之想法，能證明表意之真實性，被告即可免除毀損名譽之責任，但實際上抗辯很難獲得承認，故公務員行為之批判者，即使其批判為真實，或相信其為真實，亦可能因顧慮在法庭能否證明，或對證明所需

⁴ 長谷部恭男編，註釋日本國憲法（2），有斐閣，2017年，頁370（阪口正二郎執筆部分）。

⁵ 奧平康弘著，憲法裁判の可能性，岩波書店，1995年，頁165、166。

⁶ 芦部信喜著，憲法學Ⅲ，有斐閣，1998年，頁352、353。

⁷ 上村貞美著，言論の自由と名譽毀損における真實性の證明—「夕刊和歌山時事」事件，收於高橋和之、長谷部恭男、石川健治編「憲法判例百選Ⅰ〔第5版〕」，有斐閣，2007年，頁143。

經費及時間感到不安，而放棄批判。該判決爰就毀損公務員名譽之言論，祭出「真實惡意」法理。依此新法理，原告必須證明被告具有惡意，亦即明知所述為虛偽，或簡單調查即容易知其虛偽，卻毫不在意，始構成毀損名譽。其要件極為嚴格，可謂對表現自由在人民自我統治上之價值，以及人民知的權利，予以最大程度之重視。「真實惡意」法理於民刑事皆有適用，表意對象除公務員外，更擴及公眾人物（public figures）⁸，而不包括一般人。

比較日本「相當性」法理與美國「真實惡意」法理，有如下差異：實體方面，前者著眼於所述事實之性質，關注點在於該事實是否與公共利益有關；後者著眼於所述事實之對象（人）之性質，重點在於是否公務員或公眾人物。舉證責任方面，於前者，被告（表意人）須證明自己有免責事由；於後者，原告須證明被告有「真實惡意」。由此觀之，「真實惡意」法理對表現自由之保障程度較高⁹。

實際上，毀損名譽容易淪為有權者用以箝制批判自己之言論，進而壓制反對者之手段，是多與人民政治性表現之自由發生衝突，歷史上屢見不鮮。就民主政治而言，對為政者及其政策之自由批判，不可或缺，如何除去毀損名譽對表現自由之寒蟬效應，殊屬重要¹⁰。況公務員及公眾人物透過媒體提出反論之機會較充足，與一般人不同，未必適合採取同一法理。有鑑於此，於涉及之對象為公務員或公眾人物，且與公共利益有關時，無寧以採取有利於表現自由之「真實惡意」法理為宜。基此，系爭解釋應予補充乃至變更。

三、「合理查證」法理之問題

如前所述，系爭解釋採取所謂「合理查證」法理，顯然係參照日本最高法院「夕刊和歌山時事」判決之「相當性」法理。惟從下列案例可知，審判實務在適用系爭解釋時出現若干變化，未必忠於系爭

⁸ 平川宗信著，名譽毀損罪と表現の自由，ジュリスト第 653 號，1977 年 12 月，頁 49、50；芦部信喜著，同註 6，頁 353、354。

⁹ 長谷部恭男編，同註 4，頁 373（阪口正二郎執筆部分）。

¹⁰ 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 184。

解釋之原意，尤其經常提及「真實惡意」，而造成混淆現象：

1. 司法院釋字第 509 號解釋對於刑法第 310 條第 3 項解釋意旨，僅在減輕被告證明其言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實之舉證責任，但被告仍須提出「證據資料」，證明有理由確信其所為言論（即指摘或傳述誹謗事項）為真實，否則仍有可能構成誹謗罪刑責。而「證據資料」係言論（指摘或傳述誹謗事項）之依據，此所指「證據資料」應係真正，或雖非真正，但其提出並非因明知或重大輕率之惡意前提下，有相當理由確信其為真正者而言。申言之，行為人就其發表之言論所憑之證據資料，雖非真正，但其提出過程並非因明知或重大輕率之惡意，而有相當理由確信其為真正，且應就所提出之證據資料，說明依何理由確信所發表言論之內容為真實，始可免除誹謗罪責；若行為人就其發表之言論所憑之證據資料原非真正，而其提出過程有明知或重大輕率之惡意情形，且查與事實不符，只憑主觀判斷而杜撰或誇大事實，公然以貶抑言詞散布謠言、傳播虛構具體事實為不實陳述，而達於誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪責（最高法院 94 年度台上字第 5247 號刑事判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 2538 號、104 年度上易字第 904 號與 111 年度上易字第 720 號刑事判決即本案原因案件確定終局判決、111 年度上易字第 1595 號、111 年度上易字第 1620 號刑事判決參照）。

2. 司法院釋字第 509 號解釋明確揭示行為人縱不能證明其言論內容為真實，然若能舉出相當證據資料足證其有相當理由確信其言論內容為真實者，因欠缺犯罪故意，即不得遽以誹謗罪相繩，亦即採取「真正惡意原則」。從而行為人對於資訊之不實已有所知悉或可得而知，卻仍執意傳播不實之言論，或有合理之可疑，卻仍故意迴避真相，假言論自由之名，行惡意攻訐之實者，即有處罰之正當性，自難主張免責。再者，行為人就所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始認其有相當理由確信其為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而為觀察（最高法院 97 年度台上字第 998 號、99 年度台上字第 5033 號、100 年度

台上字第 3376 號刑事判決、臺灣高等法院 101 年度上易字第 2538 號與臺灣高等法院台中分院 104 年度上訴字第 714 號刑事判決即本案原因案件確定終局判決、臺灣高等法院台中分院 107 年度上訴字第 1272 號刑事判決、臺灣高等法院 109 年度上易字第 989 號刑事判決參照）。

3. 非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確實真實，始能免於刑責，亦即該行為人證明其言論內容是否真實之強度，不必達到客觀之真實，透過「實質（真正）惡意原則」之檢驗，只要認行為人於發表言論時並非明知所言非真實而故意捏造虛偽事實，或並非因重大過失或輕率而未探究所言是否為真實致其陳述與事實不符，皆排除於第 310 條之處罰範圍外，認行為人不負相關刑責。然上述「實質（真正）惡意原則」並非完全免除行為人之證明責任，蓋行為人對所傳述之事實或其訊息來源之接觸最深且證明最易，於法院依現有證明方法均無從調查此對被告有利之事項時，行為人毋寧應至少指出適宜之證明方法，供法院對此證明方法進行調查（臺灣高等法院 111 年度上易字第 1667 號、111 年度上易字第 1683 號、112 年度上易字第 399 號刑事判決參照）。

4. 刑法第 310 條第 3 項之規定僅在減輕行為人證明其言論為真實之舉證責任，其主觀上對於指摘或傳述之事項不實，非出於明知或輕率疏忽而不知者，即不得律以誹謗罪責，此與美國憲法上所發展出的「真正惡意原則（actual malice）」，大致相當。而行為人是否成立誹謗罪，首須探究主觀上究有無相當理由，確信所指摘或傳述之事為真實，基於保障言論自由之觀點，除非發表言論之行為人，對資訊不實已有所知悉，仍執意傳播不實言論，或本應對資訊之真實性起疑，卻仍故意不論事實真相而發表言論，方有繩以誹謗罪之可能。準此，是否成立誹謗罪，必須探究行為人主觀上究有無相當理由確信其所指摘或傳述之事為真實。又行為人就其所指摘或傳述之事，應盡何種程度之查證義務，始能認其有相當理由確信為真實，而屬善意發表言論，應參酌行為人之動機、目的及所發表言論之散布力、影響力而

為觀察（臺灣高等法院 111 年度上易字第 724 號刑事判決參照）。

上開案例顯示，審判實務認系爭解釋即採「真實惡意」法理，或與「真實惡意」法理大致相當。然系爭解釋所借鏡之對象係日本「相當性」法理，迥異於美國「真實惡意」法理，豈能相提並論。基本上，「真實惡意」法理強調原告負舉證責任，須證明被告（表意人）有「真實惡意」，而且重視公務員（公眾人物）與一般人之區別；反之，我國審判實務認被告（表意人）仍負舉證責任，須證明自己有免責事由，而且未重視公務員（公眾人物）與一般人之區別。是關於「真實惡意」法理，審判實務不無誤解誤用之嫌。

本號判決主文第一項不厭其煩釋示：「刑法第 310 條第 3 項規定：『對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。』所誹謗之事涉及公共利益，亦即非屬上開但書所定之情形，表意人雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於上開規定所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。至表意人是否符合合理查證之要求，應充分考量憲法保障名譽權與言論自由之意旨，並依個案情節為適當之利益衡量。」其雖使用「明知或重大輕率之惡意」等字眼，所幸未直接與「真實惡意」法理掛勾，尚無大礙，然整體觀之，仍不免令人有將審判實務見解正當化之聯想。

基於下述理由，本席認為本號判決不僅未能解決系爭解釋之問題，而且蘊含若干疑點，恐更不利於表現自由，將導致表現自由與名譽權保障之失衡，並造成審判實務之困擾。

首先，系爭解釋稱：「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，其就何謂「認為行為人有相當理由確信其為真實」，並未言明，只能委諸個案判斷，法院於不同案件之認

定上難免有所出入。惟既稱「認為行為人……」，而非「行為人認為……」，依文義當指客觀上行為人之確信有相當理由，而審判實務認係行為人對其確信主觀上有相當理由，恐出於誤解。本號判決改稱「客觀上可合理相信其言論內容為真實者」，明確採取客觀說，有釐清作用。惟「可合理相信」之意義為何，是否與「有相當理由確信」不同，本號判決未見說明，留下疑問。

其次，本號判決側重行為人之「合理查證」，頗有使「合理查證」說名副其實之意味。事實上系爭解釋僅論及「行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」，至於查證對象、查證方法、查證程度乃至查證之必要性，則無隻字片語。反之，本號判決對此等事項詳予論述（理由第 73 至第 77 段參照），然其內容蘊含重大疑點，不容忽視。

多數意見表示，表意人經由合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於刑法第 310 條第 3 項前段所定不予處罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，卻成為表意人所為誹謗言論基礎之情形，只要表意人就該不實證據資料之引用，並非基於明知或重大輕率之惡意，仍得因其客觀上已踐行合理查證程序，而有刑法第 310 條第 3 項前段規定之適用（理由第 74 段參照）。本席認為，若所述係指取得之證據資料，其內容之真偽須合理查證，不可未經合理查證即逕予引用，方能符合客觀上可合理相信其言論內容為真實之要件，則屬理所當然之事。惟究其真意，殆係指表意前應經調查，取得足夠之證據資料。若然，則課以表意人沈重之負擔，且合理查證又無一定之標準，將難以預測法院會如何認定表意人是否盡到合理查證義務，無形中恐會產生寒蟬效應，斷喪表現自由。

論理上，表意人既經「合理查證」、「客觀上可合理相信」，則其證據資料之引用，即不可能基於明知或重大輕率之惡意；反之，如果表意人有明知或重大輕率之惡意，即不可能經「合理查證」、

「客觀上可合理相信」，何來「如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰」（主文第1項參照）、「表意人如涉及引用不實證據資料，則應由檢察官或自訴人證明其係基於明知或重大輕率之惡意所致，始得排除系爭規定三前段規定之適用」（理由第74段參照）之情形？多數意見復表示：「表意人固非得免於事前查證義務，惟於表意人不具明知或重大輕率之惡意之前提下，其容錯空間相對而言亦應愈大，以維護事實性言論之合理發表空間，避免產生寒蟬效應。」（理由第77段參照）於論述「合理查證」法理後，突然冒出「真實惡意」法理之幻影。兩種相互牴觸之法理，竟結合在一起，匪夷所思。要之，多數意見前後矛盾，難以理解。

尤其，多數意見謂：「於傳播媒體（包括大眾傳播媒體、社群媒體與自媒體等）上所為誹謗言論，因其散布力與影響力均極強大，誹謗言論一經發表，並被閱聽者轉貼、轉載後，往往可對被指述者之名譽造成難以挽救之毀損，是表意人所應踐行之事前查證程序，較諸一般人日常生活中以言詞所為口耳間傳播之誹謗言論，自應更為周密且嚴謹」（理由第77段參照）。其要求傳播媒體之事前查證程序應周密且嚴謹，傳播媒體之表現自由縱使不至因而窒息，亦會呼吸困難。相較於系爭解釋，本號判決對表現自由之限制更嚴，難謂允當。

或謂當前社會面臨資訊戰威脅，假新聞、假訊息氾濫，是否及如何以立法因應，社會爭論方興未艾，此際不宜放寬表意人之查證義務。誹謗罪所保護者係個人之名譽權，而假新聞及假訊息主要涉及社會秩序、政局穩定、國家安全及民主體制之傷害，二者分屬不同層面之課題，不宜混為一談。

四、結論

無論表意人為傳播媒體或一般人，當表意內容涉及公共利益事項，且對象為公務員或公眾人物時，為維護人民知的權利，發揮監督政府之力量，實現人民之自我統治，應予表現自由更大程度之保障，是以採「真實惡意」法理為宜。就此部分，系爭解釋應予變更；其他

情形，系爭解釋之內容應適度調整之。至刑法第 310 條第 3 項但書規定，欠缺保障名譽權之功能，卻造成表現自由之侵害，應屬違憲。

一、本判決結論及本席立場

[1] 本件是釋字第 509 號解釋後，大法官第二次審查刑法誹謗罪之合憲性。本判決多數意見仍認刑法誹謗罪合憲，就本件所涉主要爭點：

（1）刑法第 310 條第 3 項本文部分，本判決延續上述解釋之合憲解釋方法，將釋字第 509 號解釋有關「惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩」部分，進一步明示為合理查證義務，且提高表意人之查證義務，從而限縮言論自由之保障範圍。就（2）刑法第 310 條第 3 項但書部分，本判決亦認合憲，故「涉及私德而與公共利益無關」之足以毀損他人名譽之言論，即使內容真實，仍得以誹謗罪處罰。（3）以刑法之一般及特別預防功能為由，繼續承認立法者以刑法手段處罰誹謗言論的合憲性。

[2] 本席對於多數意見之上述價值立場及相關理由，均無法支持，謹提出不同意見如下。

二、誹謗罪處罰之言論應限於虛偽不實言論，刑法第 310 條第 3 項但書違憲

[3] 依刑法第 310 條第 3 項本文規定，表意人如能就其指摘傳述之事，證明為真實者，即得免罰。然依同條項但書規定，即使所述之事屬實，若「涉於私德而與公共利益無關者」，表意人仍成立誹謗罪。就此，本席認為：上述但書規定違憲，誹謗罪處罰之言論應限於虛偽不實言論。

[4] 僅涉及私德而與公益無關之事，例如他人之私人生活舉止言行等，如內容屬實，其可能損及之他人權益，至多應屬隱私權，而非名譽權。按名譽是一個人整體形象的綜合評價。大致可分為客觀名譽及主觀名譽。客觀名譽是外界對於特定個人之社會評價，主觀名譽則是個人對其身分地位之自我評價，也常會包括自我感覺良好的名譽感受或期待。刑法誹謗罪所保障之名譽權，應限於社會評價性質之客觀名

譽，而不及於自我評價性質之主觀名譽，尤其是名譽感受或期待，否則會有如何有效保護玻璃心的無解難題。指摘傳述涉及他人之虛偽不實事項，因會提供錯誤資訊，致可能對該他人形成貶損性的錯誤社會評價，從而侵害其名譽權。但指摘傳述涉及他人的真實事項，並不會因此造成錯誤的社會評價，甚至會有揭開社會虛名之面紗，校正回歸其社會評價的正面功能。縱使認為此等言論還是會減損他人原來享有之社會評價及客觀名譽（亦即社會虛名部分），但這其實是該等真實事項本身所致，而非指摘傳述之揭露行為所致。

[5] 其次，指摘傳述涉及他人的真實事項，固然可能會造成他人之困窘難堪，然其所直接侵害者，應該是該他人無法控制「涉及自己的真實資訊究竟會有何人、於何時、知悉多少」的資訊自主利益，以致社會可能仰賴這些真實資訊，而對該他人形成其不想或難以接受的真實但不利之社會評價。此等言論，侵害的是個人的隱私權，而非名譽權。

[6] 退一步言之，即便認為憲法保障的名譽權包括上述社會虛名，就八卦嘴和玻璃心的衝突及價值權衡而言，本席亦不認為國家應該透過如此強烈的刑法手段，介入此種私人紛爭。閒話他人之八卦固然多屬低俗的廉價言論，但亦屬人情之常，未必需將之完全逐出憲法保障的言論市場。對於此等八卦言論，本就另有侵權行為之民事賠償責任可以保障被害人，而未必一定要以刑罰伺候這些多嘴的說真話鄉民。如果表意人所指摘傳述之他人真實事項，因涉及他人之重要隱私利益，而確有以刑法處罰之必要，國家亦可另定適當之刑法規定，予以處罰（參刑法第 315 條之 2 第 3 項規定）。八卦言論固然聒噪令人厭煩，然國家如此大動刑法之干戈，無區別的追殺茶餘飯後之閒言閒語，這恐怕已不僅僅是以大砲打小鳥，而是以大砲打蒼蠅。

三、涉及政府人員（及公眾人物）之虛偽不實言論，應證明表意人明知或毫不在意其虛偽不實，始構成誹謗罪

[7] 真實言論不構成誹謗罪，但發表虛偽不實言論是否就一定構成誹謗罪？就此，刑法第 310 條第 3 項本文規定表意人「對於所誹謗之事，如能證明其為真實者，不罰。」依此規定表面文義之反面解釋，

發表足以毀損他人名譽之虛偽不實言論、或無法證明其言論為真實者，即屬發表誹謗言論，而得以誹謗罪處罰。

[8] 關於刑法第 310 條第 3 項本文規定之性質，在刑法學上固有構成要件、特別阻卻違法事由、客觀處罰要件等不同定性，但釋字第 509 號解釋對此並未清楚定性，而係透過合憲限縮解釋的方法，減輕表意人（即被告）之證明程度，將刑法第 310 條第 3 項本文規定原所蘊含的須證明屬客觀真實之要求，轉換為僅需證明為主觀真實即可免罰。釋字第 509 號解釋文就此諭知：

……至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。……

[9] 後我國刑事法院除將釋字第 509 號解釋之上述要求理解為合理查證義務外，還更進一步引入美國法的「真正惡意」（actual malice）¹ 原則（或可譯為「實際故意」原則），將所述之事係「虛偽不實」當成構成要件之一，並由檢察官舉證證明被告知悉其所述之事係屬虛偽不實。在訴訟實務上，通常是以被告是否已盡合理查證義務為證據方法，進而認定被告在主觀上是否知悉該虛偽不實。

[10] 如依上述釋字第 509 號解釋意旨及後續法院實務見解，則又產生

¹ See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964) ('The constitutional guarantees require, ..., a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with "actual malice" -- that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not').

以下問題：（1）在美國法，係限於被害人為公務人員或公眾人物之情形，始有上述真正惡意（實際故意）原則之適用，一方面強化言論之民主監督功能，另亦兼顧私人名譽之保障。然我國刑事法院則不區別被害人身分或言論所涉事項性質，一律適用真正惡意原則，就私人間不涉及公益事項之誹謗言論而言，反可能過度保障言論自由，而有損被害私人之名譽權。（2）在實務上，表意人是否具實際故意，往往以是否盡合理查證義務為斷。而表意人之查證是否合理，則多由法官個案認定，標準相當浮動，對言論自由之保障有時仍屬不足。

[11] 就刑法第 310 條第 3 項本文規定，本判決則將之稱為言論真實性抗辯要件規定（參本判決理由第 58 段等），並於主文諭知：

……所誹謗之事涉及公共利益，亦即非屬上開但書所定之情形，表意人雖無法證明其言論為真實，惟如其於言論發表前確經合理查證程序，依所取得之證據資料，客觀上可合理相信其言論內容為真實者，即屬合於上開規定所定不罰之要件。即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料實非真正，如表意人就該不實證據資料之引用，並未有明知或重大輕率之惡意情事者，仍應屬不罰之情形。……

[12] 比較本判決和釋字第 509 號解釋，本席認為：本判決對於表意人所課合理查證義務之內容及程度，明顯比釋字第 509 號解釋更為嚴格。就言論自由與名譽權衝突之權衡而言，也更偏於名譽權之保障，從而更限縮言論自由之範圍：（1）本判決要求表意人須於「言論發表前」先經合理查證，釋字第 509 號解釋對於表意人所提證據資料，並未限於「言論發表前」即已存在者。（2）釋字第 509 號解釋只要求表意人就其所提證據資料，有相當理由確信為真實即可免罰，並未要求表意人一定要就其手中之證據資料再進行查證；本判決則明確要求表意人須就其所取得之證據資料，再進行查證後，始得發表言論。如未於表意前踐行此「查證程序」，則無從免罰。（3）釋字第 509 號解釋係以「行為人有相當理由確信其為真實」之主觀相信為真實（主觀真實）為免罰要件，本判決則將之提高為「客觀上可合理相

信其言論內容為真實者」，顯係以一般人會相信為真實，而非表意人之主觀相信，作為免罰要件。其證明程度，已接近「客觀真實」之要求。（4）至於釋字第509號解釋未正式引用之真正惡意原則，本判決則稱為「明知或重大輕率之惡意」（參本判決主文），其與上述合理查證義務之關聯（參本判決理由第74至77段），則難以理解。

[13] 本席認為判斷刑法第310條第3項本文規定是否合憲的關鍵問題，應該在於：刑法誹謗罪是否應以表意人所述之事係屬「虛偽不實」為要件，且表意人對此虛偽不實確具有「故意」（包括明知或毫不在意之輕率），而不僅是過失。就此而言，本判決所強調之合理查證程序，其性質係屬證據法層次的認定方法，應非判斷誹謗罪是否合憲的實體標準。進一步而言，於表意人因過失（如未盡所謂的合理查證義務）而發表虛偽不實言論的情形，是否仍應以誹謗罪相繩？其憲法爭點亦可說是：虛偽不實言論是否仍有其言論自由價值，而非完全不受憲法保障？

[14] 於表意人發表虛偽不實言論致毀損私人名譽之情形，由於其言論確對他人名譽權造成傷害，縱令表意人僅有過失，亦應負起民事賠償責任。至於刑事責任，考量網路言論一旦出現即難以澈底消除，以致有長久、反覆傷害之特性，立法者如擬對具故意或過失之表意人處以刑罰，本席認為此等誹謗罪規定仍可合憲，從而得以表意人是否盡合理查證義務或有相當理由相信其所言屬實為證據方法，據以認定表意人之故意過失。於此範圍內，憲法對於私人名譽權之保障應高於表意人發表虛偽不實言論之表意自由。

[15] 然於表意人發表虛偽不實言論致毀損政府人員²名譽之情形，此時則應重視言論之促進民主功能，而可給予此等爭議言論高於個人名譽權之憲法保障。本席認為：此時即應適用真正惡意（實際故意）原則，限於表意人明知或毫不在意其所述之事確屬虛偽不實時（相當於

² 此處之政府人員可擴張包括實際或準備參與公權力行使或運作之非公職人員，例如擬參選人、候選人、政治人物之助理幕僚等。又政府人員是否應限於一定職位以上之公職人員，也是需再界定之另一問題。

故意說謊時），始應處以誹謗罪之刑責。換言之，此時政府人員之個人名譽權應退讓，而給予表意人較大的言論自由保障。本席之理由有三：

[16]（1）此種虛偽不實言論另具有促進民主的重大正面價值，而非完全不具正面價值的單純負面言論。例如表意人為誘引更完整資訊之出現、或保護吹哨者、或對抗濫權腐化之有權力者、或促進相關政策之公共討論及思辯、或發揮即時監督政府功能等目的，有時並無法於表意前及時踐行必要之查證義務，縱使其所述之事於表意後被發現是不完整、真假參半甚至全部不實，然上開促進民主的正面價值仍不容否認，而應給予高度評價。

[17]（2）避免表意人之自我檢查言論，減少寒蟬效應：基於傳統憲政主義的理念，言論自由的核心功能就是在對抗國家之干預及言論控制。又古今台外的歷史經驗也顯示，最容易受到國家權力侵害的言論往往是對抗國家權力的言論。於人民發表涉及政府人員之言論時，如過度強調表意人之事前查證義務，甚至以刑法宣示人民所言不實即予處罰，勢必造成人民為避免被罰，而完全不敢或避免表意之寒蟬效應，至於合理查證義務恐亦將質變為自我檢查言論之義務。

[18]（3）言論市場較可發揮正常功能：於表意人發表虛偽不實言論致毀損政府人員名譽之情形，由於政府人員及其所屬政府機關基於其公權力地位，對於不實指摘傳述往往享有較多的澄清機會及較高的澄清能力，也就是更有能力透過更多言論來對抗相關之不實言論。既然比較可期待言論市場發揮其功能，從而國家以公權力介入，特別是以刑法管制不實言論的必要性，也就大幅降低，而應限縮刑罰之適用範圍。

[19]基於上述第（3）個理由，於名譽受害者係政府人員以外、具一定社會地位及知名度之公眾人物（如企業家、藝人、職業運動員等）時，由於此等公眾人員在言論市場中，往往也享有相對優勢的表意地位，而可期待她們自行透過言論對抗此等不實言論。因此或可進一步將上述真正惡意原則延伸適用於被害人為公眾人物之情形。

四、刑法第 310 條第 1 項誹謗罪之刑罰效果或適用範圍應予限縮

[20] 就聲請人所主張的誹謗罪應除罪之爭點，本判決多數意見則以刑法具一般及特別預防功能為由，即泛泛承認立法者以刑法處罰誹謗言論之手段適合目的（保護名譽權）之達成；至於刑罰效果之必要性，亦只有結論，而無實質審查。（參本判決理由第 60 至 61 段）就此，本席認為：就算仍承認刑法誹謗罪之合憲性，然就刑法第 310 條第 1 項規定之刑罰效果，似乎仍有檢討之空間。按本條就以非文字、圖畫形式之言語誹謗行為，所施加的刑罰效果包括「一年以下有期徒刑」之自由刑。惟刑法第 310 條第 1 項規定不僅在當今實務中少見實際適用之案例，又相較於以文字、圖畫、影像等其他載體所傳播的誹謗言論，單純的言語誹謗行為所造成的名譽傷害通常不會太嚴重。於此種情形，立法者對於表意人如仍施加自由刑，實過於嚴苛。由於刑法第 310 條第 1 項規定並非本件各該原因案件所適用之法規範，本庭確實無法直接審理其合憲性。然本席認為：本判決可以併此指明的方式，提醒或要求立法者全盤檢討修正刑法誹謗罪的相關規定，包括修正刑法第 310 條第 1 項規定對於言語誹謗之刑罰效果，亦即廢除自由刑，而只須處以罰金；或甚至廢除刑法第 310 條第 1 項規定，將言語誹謗的情形，交由民事侵權行為處理即可。

五、結語

[21] 整體而言，本判決多數意見於言論自由與名譽權衝突時，雖仍先空言要予以權衡，然就結果論，其實是名譽權當然優先，言論自由一律退讓。本判決對表意人合理查證之要求，明顯比釋字第 509 號解釋更嚴格；至於表意人是否符合合理查證要求，如有可疑，其不利益係由表意人負擔。就處罰之言論範圍而言，本判決仍不放過對他人私事之閒言閒語，繼續完全支持國家之以刑法來懲罰此等言論。就誹謗罪是否應除罪的問題，本判決也以空泛理由支持誹謗罪之繼續存在，且無意限縮相關刑罰之適用範圍。在實務操作面，本判決所要求之合理查證義務、言論對公益論辯之貢獻度等，也都欠缺具操作可能性的認定標準，恐生更大的混亂。

不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本席認為司法院釋字第 509 號解釋（下稱釋字 509）係基於誹謗言論之客觀真實無法證明之事實真偽不明情況，為衡平名譽權與言論自由保障而建立「有相當理由確信」之判準，是自補充釋字 509 之方向言，所應建構者，係就釋字 509 所明文法院有發現真實之義務，以及於意涵間所呈現表意人應合理查證之意旨下，仍維持該解釋所揭櫫之「有相當理由確信」之證明強度要求，使之成為涉及公共利益之誹謗言論，法院對於個案是否已符合刑法第 310 條第 3 項前段所要求「證明為真實」之原則性判準；並賦予法院有個案利益衡量空間，即就高價值言論，另藉表意人是否具真正惡意，降低表意人之證明強度。此外，就釋字 509 所未論及之刑法第 310 條第 3 項但書部分，則認有違憲疑慮，而應為違憲預警之諭知。惟本號判決係整體就刑法第 310 條及第 311 條所構成之誹謗罪處罰規定，為合憲性解釋，且認於此合憲範圍內，釋字 509 應予補充；並為聲請人一至八之聲請為無理由，均予駁回之諭知。本席尚難同意，爰提出不同意見。

壹、刑法第 310 條第 3 項（下稱系爭規定三）前段及但書規定所關涉之基本權

一、系爭規定三前段規定係為衡平名譽權與言論自由之保障而為

刑法第 310 條第 1 項、第 2 項（下分別稱系爭規定一、二）分別規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，……。」「散布文字、圖畫犯前項之罪者，……。」而系爭規定三前段則規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」亦即系爭規定三前段係就系爭規定一及二之誹謗罪規定，所為之不罰規定。

又系爭規定一及二所規範之指摘或傳述者，係指足以毀損他人社會及規範評價之具體事實，且因系爭規定一及二所規範之誹謗罪為故意犯，是該罪之故意，係以認識自己所為指摘或傳述之行為，足以毀損他人之名譽為已足。亦即不論所指摘或傳述之事實係屬真實或虛

偽，只要足以毀損他人之名譽，均得構成誹謗罪¹，從而系爭規定一及二之誹謗罪規定係重在名譽權之保護。惟因系爭規定一及二之誹謗罪係屬危險犯，是其對於被誹謗者名譽權之保護，應止於無法證明誹謗之事實係屬真實，從而，誹謗之事真偽難辨者，被誹謗者係仍受保護²，是系爭規定三前段規定係為衡平名譽權與言論自由之保障而為。

二、系爭規定三但書規範之行為態樣所涉基本權為「名譽權＋隱私權」

系爭規定三但書規定：「但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」係對同條項前段：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。」之適用排除規定，亦即對於所誹謗之事，如係「涉於私德而與公共利益無關者」，不論能否證明為真實，均應處罰。

基於系爭規定一至三之整體規範體系，系爭規定三前段所稱「所誹謗之事」，核係指系爭規定一及二所規範之「足以毀損他人名譽之事」，即所涉及者係關涉他人受「名譽權」保護之事實。至系爭規定三但書規定，基於其係同條項前段之例外規定，是其所呈現者，核係不論所誹謗之事得否證明為真實（系爭規定三前段參照），均將成立系爭規定一或二之處罰，而系爭規定一或二又係基於名譽權保護而為之刑事處罰規範，故可認系爭規定三但書規定所規範之行為態樣，亦即所傳述之事實必係涉及「名譽權」之事項。

又系爭規定三但書所稱之「私德」，論者多將之定義為私人之德行，亦即有關個人私生活之事項³，而此等涉於私德而無涉公益之事項，如自系爭規定三但書之法效係構成刑事處罰之觀點，係應認屬侵害憲法第22條所保障隱私權範圍之事項；但如自「私德」之意涵出發，則亦會包含有涉及私人領域但非屬隱私權保障範圍之事項，或雖屬隱私權保障範圍事項，但意圖散布於眾而將之傳述是否即侵害隱私權，尚非可一概而論之事項（此等事項比較可能傾向於個人與社會

¹ 甘添貴，刑法各論（上），修訂三版，第168-169頁參照。

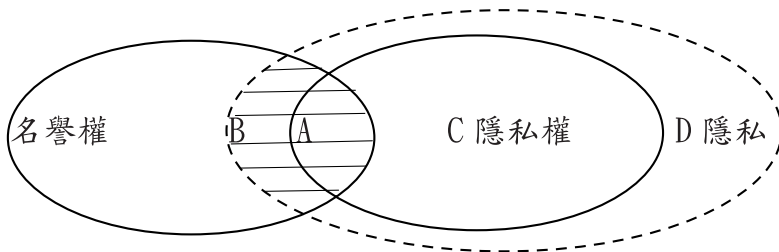
² 許澤天，刑法分則（下），三版，第287頁參照。

³ 甘添貴同上書第171頁參照。

往來之事項，而有一定公開性，如傳述愛面子之某甲上課講話被老師罰站而受同學嘲笑之事實，與於臉書並開地球之方式傳述之，即應有不同之行為評價，抑或認為上課講話被老師罰站而受同學嘲笑非屬隱私權保障範圍事項）。

從而，系爭規定三但書規範之行為態樣所涉及之基本權雖包含「名譽權＋隱私權」之事項，即下列附圖所示「A」部分，但依系爭規定三但書規定施以刑罰所涉之事項範圍，則可能受到擴張，即下列附圖所示「A」＋「B」部分。

附圖：



貳、系爭規定三但書規定有違憲之疑慮，應為違憲預警，尚難同意本號判決所為系爭規定三但書之規定符合比例原則之見解

系爭規定三規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」其中前段規定係為衡平名譽權及言論自由之保障而為，已如前述，且依此規定，如能證明所誹謗之事為真實，則該行為係不罰，然徵諸前述系爭規定三但書規範之行為態樣所涉及之基本權係包含「名譽權＋隱私權」，亦即雖涉及「名譽權」，但不得因「證明為真實」而不罰。從而，基於系爭規定一及二對於被誹謗者名譽權之優先保護，係止於無法證明誹謗之事實係屬真實之前提下，系爭規定三但書規定將呈現下述之疑慮：

- 1、表意人所誹謗之事如屬系爭規定三但書規範範疇，則雖亦侵害名譽權，但表意人將喪失因適用系爭規定三前段規定而有證明為真實，致得不罰之機會。申言之，表意人所誹謗之事即便為真實，依系爭規定三前段規定，其侵害名譽權之行為本得不罰

（亦即傳述真實之事即無毀人名譽可言），但因所傳述之事尚侵及隱私權，從而依系爭規定三但書規定，仍應依系爭規定一或二處以刑罰，從而衍生處以毀人名譽之罪名，卻處罰未毀人名譽但實質上係侵害隱私權行為之名實不符情事。

- 2、如前所述，系爭規定三但書所稱之「私德」，可能涉及私人領域但非屬隱私權保障範圍之事項，或雖屬隱私權保障範圍事項，但意圖散布於眾而將之傳述是否即侵害隱私權，尚非可一概而論之事項，而有擴張依系爭規定三但書規定施以刑罰之範疇。雖然在概念上可將系爭規定三但書所稱之「私德」，限縮於涉及名譽之隱私權事項，而排除上開外溢情形，但在個案認定上如何正確區辨其中差異，實屬不易，而難免過度擴張系爭規定三但書規定之適用。再者，將隱私權從廣義界定為個人自我掌握之私密領域事項，並自該事項事實之公開，在一般通念上係具冒犯性或可抗議性觀之⁴，仍難免呈現傳述他人無涉公益之雞毛蒜皮的私德言行（例如：多人飲宴之場合，主人稱當天準備的紅酒多麼的好，並言及一向勸人不要喝酒而遲到的某甲，一定要罰他喝，某乙卻說，某甲（非公眾人物）不是不喝酒，而是只喝法國五大酒莊的紅酒，而且主人如果準備的是五大酒莊的酒，他還會喝很多），縱能證明為真實，亦將因系爭規定三但書規定，而受刑事制裁，從而有是否違反刑罰謙抑之疑慮。
- 3、隱私權保障範圍與名譽權保障範圍確有重疊之處，惟隱私權之侵害著重於個人領域事務之揭露，名譽權之侵害著重於造成公眾錯誤之評價；且涉及名譽之事項是否亦屬隱私權保障範圍之事項、意圖散布於眾而將之傳述是否亦對隱私權造成侵害、凡侵害隱私權之行為是否即具刑事不法之可罰性等，均非僅以「涉於私德」即得以涵蓋。

⁴ 林建中，隱私權概念初探－從美國法之觀點切入，憲政時代第23卷第1期，第56-59；66-70頁參照。

綜上，系爭規定三但書之規定，僅以「涉於私德」，即將侵害隱私權之行為，嫁接於可能名實不符之誹謗罪中予以規範，進而於未侵害名譽權之情形下，仍對同時侵害隱私權之部分，施以誹謗罪之刑事處罰，在立法者就如何以刑事處罰保護名譽權與隱私權，享有一定形成空間下，雖難謂系爭規定三但書規定違憲，但本席認仍應就系爭規定三但書之規定為有違憲疑慮之預警。故本號判決以系爭規定三但書之規定，堪認已就表意人之言論自由，與受誹謗言論所指述者之名譽權與隱私權之保護，為適當之衡平考量，而無違憲法比例原則之相稱性要求（本號判決理由第 66 段至第 68 段參照），進而所為此部分係合於憲法比例原則之諭知，本席尚難同意。

參、就本號判決關於系爭規定三前段規定部分之疑慮

一、將涉及他人名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事傳述於眾，係應適用系爭規定三前段抑或但書之規定

依本號判決主文第 1 項所稱：「……所誹謗之事涉及公共利益，亦即非屬上開但書（按，指系爭規定三但書）所定之情形……」等語，可知本號判決係認所誹謗之事如非涉及公益，即屬系爭規定三但書所規範之「涉於私德而與公共利益無關」範疇；亦即就涉及他人名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項（即下列附表之編號 3A、4A 之事項），本號判決雖未明文論及（似認此一分類事實上應不存在），但基於該等事項係無涉公益，則本號判決應係認屬系爭規定三但書規範範疇，即便行為人能證明為真實，仍應施以刑罰。

附表：

編號	人			事	是否涉私德	證明真實者
1	公眾人物	毀 人 名 譽 之 事		涉及公益		不罰
2	非公眾人物			涉及公益		不罰
3A	公眾人物			無涉公益	×	依系爭規定三但書仍罰？
3B					✓	仍罰
4A	非公眾人物			無涉公益	×	依系爭規定三但書仍罰？
4B					✓	仍罰

惟就本號判決認所誹謗之事如非涉及公益，即屬系爭規定三但書所規範範疇，致涉及他人名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項，亦有系爭規定三但書規定之適用，本席認有擴大系爭規定三但書規定之適用範圍，而產生對名譽權與言論自由間之保障失衡之疑慮，詳述如下：

- 1、本席認「無涉公益」並不能與「無涉私德（隱私權）」畫上等號，而涉及名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項，雖較可能傾向存在於人際往來間小枝小節之事項，但非毫無存在之可能性，且就系爭規定三但書之規範要件觀之，其既非僅按所傳述之事實「是否涉及公共利益」作為排除同條項前段「不罰」規定之要件，而係另加上「涉於私德」之要件，則不論係自法條文義或體系觀之，或自法律係為規範現在或未來可能發生事項之本旨，暨名譽權所保障之名譽係真實之名譽，亦即只要內容真實，即無造成他人名譽受損之意旨⁵，本席認系爭規定三前段之適用範圍應包含涉及名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項（如傳述他人平日斯文有禮但宴飲喝醉就會當眾解尿）。
- 2、本席認得適用系爭規定三前段規定，就所誹謗之事，得證明其為真實而不罰之事項範圍，應包含上開附表編號1、2、3A、4A之4種態樣，惟本號判決認其中編號3A及4A部分均應劃歸系爭規定三但書之規範範圍，準此則將使將此等類型事項傳述於眾之表意人喪失得因證明所誹謗之事為真實而不罰之機會，造成即便所傳述之事項確為真實，表意人仍將擔負誹謗罪之刑責，而致名譽權與言論自由間之保障有失衡平。
- 3、本席認將他人涉及名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項傳述於眾，既無隱私權受侵害，則仍應適用系爭規定前段規定，若表意人能證明所毀人名譽之事為真實者，即應不罰，但應提高表意人證實所述事實為真實之證明程度（如下所述），即從

⁵ 許澤天上揭書第286頁參照。

「證明其為真實」之證明程度衡平名譽權與言論自由間之保障。是本席對本號判決認所誹謗之事如非涉及公益，即屬系爭規定三但書所規範範疇，尚難以贊同。

- 4、表意人就所傳述之附表編號 3A 及 4A 關於涉及名譽且「無涉私德（隱私權）＋無涉公益」之事項，應盡如何之查證證明程度，始合致系爭規定三前段所稱「證明其為真實」一節，本席認基於無涉公益事項之言論核屬低價值言論，尤其在社交媒體興起並蓬勃發展之現今，傳述此類事實之行為人，原則上應就該事實負屬客觀真實之證明義務，然所謂客觀真實，尚非指所傳述之事項與事實完全相符，而係就所傳述事項之重要之點，亦即事實核心事項證明為真實⁶，如此，始足以衡平言論自由與名譽權之保障。

二、關於本號判決就系爭規定三前段所稱之「證明其為真實」，所建立判準體系（下稱本號判決「證明其為真實」之判準體系）之疑慮

（一）解讀本號判決「證明其為真實」之判準體系

本席認為本號判決就系爭規定三前段所稱之「證明其為真實」，所建立之判準：

- （1）表意人均負有合理查證義務（下稱“一定程度真實查證義務”，本號判決理由第 73 段參照）
- （2）依合理查證程序所取得之證據資料，係客觀上可合理相信表意人所為言論內容為真實（下稱“客觀上可合理相信之真實”，本號判決理由第 74 段參照）。
- （3）即使表意人於合理查證程序所取得之證據資料非真正，卻成為表意人所為誹謗言論基礎之情形，只要表意人就該不實證據資料之引用，並非基於明知或重大輕率之惡意，仍得因其客觀上已踐行合理查證程序，而有系爭規定三前段規定之適用（下稱“真正惡意”，本號判決理由第 74 段參照）。

⁶ 林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明－兼評大法官釋字第 509 號解釋，臺大法學論叢第 32 卷第 2 期，第 96 頁參照。

(4) 表意人事前查證程序是否充分且合理之判斷，應衡酌表意人言論自由，與誹謗言論所指述者之名譽權間之衡平關係。對此，應依個案情形，具體考量表意人指摘或傳述誹謗言論之方式、散布力與影響力、所為言論對被指述者名譽之毀損方式、程度與影響範圍，及該言論對公益論辯之貢獻度（下稱言論價值）等（下稱“客觀合理相信真實證明程度之個案衡量”，本號判決理由第 77 段參照）。

綜上，本號判決就系爭規定三前段所稱「證明其為真實」部分所建構如前開所述之 4 項判準，其體系架構係先建立表意人均負有 (1) “一定程度真實查證義務”，而其所傳述之內容須能證明有 (2) “客觀上可合理相信之真實”，即屬是否已合理查證之一般性判準；且若表意人已盡合理查證之義務，則除非表意人對引用不實證據資料，存有 (3) “真正惡意”，否則仍不罰，即將之用以是否「否定」原所為已合理查證之認定。至客觀上可合理相信之真實”之判準，則為 (4) “客觀合理相信真實證明程度之個案衡量”。

(二) 對本號判決「證明其為真實」之判準體系所生疑慮

本席贊同本號判決關於行為人負有“一定程度真實查證義務”及已否合理查證仍應再針對個案進行利益衡量之觀點；此外，基於系爭規定三前段所稱證明其為真實之「真實」，係指「客觀真實」之觀點⁷，則認本號判決不採釋字 509 所為「行為人有相當理由確信其為真實者」之降低行為人舉證強度之方法，而就所謂「證明其為真實」之合理查證義務，建立「客觀上可合理相信」之標準（即“客觀上可合理相信之真實”）及所附隨“客觀合理相信真實證明程度之個案衡量”，雖有其論據及意義，但認本號判決「證明其為真實」之判準體系將衍生下列之疑慮：

1、本號判決關於“客觀合理相信真實證明程度之個案衡量”，係為對表意人事前查證程序是否充分且合理，進行判斷傳述內容有無

⁷ 林鈺雄，前揭文，第 92-98 頁參照。

“客觀上可合理相信之真實”，但又認縱使表意人之誹謗言論基礎之證據資料有不實情事，只須表意人對該資料之引用非“真正惡意”，即不影響表意人已為合理查證之認定結果。本席認如此一來，在具體個案之運用操作上，是否形成合理查證之判斷，實質上係按表意人有無“真正惡意”之標準，而導致本號判決就系爭規定三前段所稱之「證明其為真實」，係著重在查證之程序，即表意人究如何進行查證（有無“真正惡意”），及因該查證獲得之證據資料所呈現之形式證明力，至此等證據資料實質上係呈現如何之證明力，即實質上是否可合理相信，並不重要。

- 2、本席認為，“真正惡意”係作為否定已盡“客觀上可合理相信之真實”查證程度之例外，但不能作為普遍通案性的例外，亦即是針對涉及高言論價值之特定案型（如媒體報導政治人物之貪瀆）所設之例外。申言之，就表意人是否已合理查證，著重對其查證之程序性要求，而降低個別查證結果之實質證明力要求，不論是本於此等言論本身所具之高度公益論辯貢獻度，或被害人本身之回應能力及機會，固應予以肯認；但就非屬高價值言論之事項，則將因只須證明表意人非“真正惡意”，即可不罰，而呈現本號判決「證明其為真實」之判準體系在名譽權與言論自由之衡平上的疑義，並將非屬高價值言論之事項是否構成誹謗罪向言論自由之保護傾斜，而失去名譽權與言論自由間保障之衡平性。
- 3、系爭規定三前段所稱「證明其為真實」之真實，係指「客觀真實」，已如上述；本號判決與釋字 509 均本於言論自由與名譽權保障之衡平，各對系爭規定三前段所稱「證明其為真實」之不罰要件建立判準，而本號判決所為「證明其為真實」之判準體系，就系爭規定三前段之不罰規定，本於“一定程度真實查證義務”，雖為“客觀上可合理相信之真實”之要求，但本席認其藉由合理查證程序，所驗證系爭規定三前段規定之真實，係依證據資料之形式證明力而非實質證明力所呈現之真實，實質上仍屬表意人所為之主觀真實認定。從而，本號判決能否藉由“客觀上可

合理相信之真實”，導正釋字 509 所闡述之「行為人有相當理由確信」之主觀相信，似仍有疑義？

- 4、依本號判決「證明其為真實」之判準體系，認定個案是否已合理查證之主戰場，幾乎將是法院基於個案利益衡量就個案證據資料是否可合理相信所為之個案判準；蓋涉及公共利益之誹謗言論，僅觀前述附表即僅為人、事之簡易分類，即可想見其等間所具之言論價值已屬有別，遑論其中另涉有事的時效性、查證證據資料所需之時間、費用等等個案衡量之因素，故經由“客觀合理相信真實證明程度之個案衡量”，則“客觀上可合理相信之真實”之判準空間將非常寬廣，從而，個案是否已因合理查證而得不罰之判斷歧異，應可想見。雖基於抽象判準勢須因個案之言論價值而有所變動，個案利益衡量之要求固應予強調，但本號判決未在抽象規範上再針對不同價值言論，建立不同之框架性要求，勢必造成個案利益衡量之廣度過大，而有更增裁判歧異之疑慮，並使表意人於表意時就是否將構成誹謗罪，無所適從。至於釋字 509 之相關見解，既已在審判實務運作多年，則本席於本意見書首開闡述關於如何操作系爭規定三前段規定之見解，似或能更簡潔地釐清目前實務之作法。

肆、關於本號判決主文第 2 項部分

姑不論本席因對本號判決主文第 1 項係採不同意見之立場，本即不同意本號判決主文第 2 項之諭知。縱依本號判決主文第 1 項之諭知，基於其對系爭規定一至三前段規定係採合憲性解釋，以及雖僅諭知釋字 509 應予補充，然實質上已變更釋字 509 為衡平言論自由與名譽權，對系爭規定三前段所闡釋之判準等情，亦應認本件聲請人所指摘之釋字 509，因所揭示之不罰判準已經本號判決予以變更，從而其等所為之法規範憲法審查聲請，實質上係獲聲請有理由之判決，是其中屬憲法訴訟法施行前即提出聲請之原因案件，仍應使其等得循刑事訴訟法所規定之非常救濟程序，有再受法院另依本號判決諭知之判準予以審判之機會，而非由本庭再為聲請駁回之諭知，致徒生爭議。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 9 號

聲請人 理律法律事務所

代表人 李念祖

訴訟代理人 吳至格律師

劉昌坪律師

陳珈谷律師

上列聲請人因律師事務所之搜索、扣押案件，認臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號刑事裁定，所適用之刑事訴訟法第 122 條第 2 項及第 133 條第 1 項規定，有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、
電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之
物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」同法第 133 條第 1 項規
定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」及其他相關規定整
體觀察，未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑
人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文
書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與
憲法第 15 條保障律師之工作權及憲法第 16 條保障被告之訴訟權
之意旨不符，相關機關應於本判決宣示之日起 2 年內，依本判決
意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。於修法完成前，法官、檢察官
及相關人員辦理搜索、扣押事務，應依本判決意旨為之。 1
- 二、由刑事訴訟法上開二規定及其他有關搜索、扣押之規定整體觀
察，法官得對有關機關搜索律師事務所之聲請予以審查，且對搜
索、扣押之裁定及執行已設有監督及救濟機制，從而刑事訴訟法
未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，與憲法第
10 條保障人民居住自由、第 15 條保障律師工作權以及正當法律
程序原則之意旨尚屬無違。 2

三、其餘聲請不受理。

3

理 由

壹、案件事實經過及聲請意旨【1】

1

聲請人理律法律事務所於新竹市設有分所（下稱理律新竹分所），臺灣士林地方法院（下稱士林地院）就光宸公司內部人員違反證券交易法內線交易罪嫌案件，核發 100 年度聲搜字第 597 號搜索票，准法務部調查局臺北市調查處於中華民國（下同）100 年 5 月 30 日上午 7 時起至 100 年 5 月 30 日下午 6 時止，針對理律法律事務所洪○○、林○○律師受光宸公司委任處理回覆證期局關於資產減損報告事件，所持有其等與光宸公司內部人員間洽談、通訊往來之相關文書及電磁紀錄，得進入理律新竹分所進行搜索，並就相關事證為扣押，嗣後法務部調查局臺北市調查處人員即於 100 年 5 月 30 日持前開搜索票，進入理律新竹分所執行搜索，並扣押「光宸公司 E-mail 資料 18 件」、「光宸電子郵件 1 片」。

聲請人以士林地院未先以提出命令方式取得文件，逕核准對律師事務所直接進行搜索，不符合令狀原則明確性要求，亦與憲法比例原則有違。故於 100 年 6 月 3 日具狀提出抗告，經臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號刑事裁定（下稱確定終局裁定）以抗告無理由而駁回確定。

聲請人因調查處人員在未主張有任何律師涉及犯罪之情況下，於執行搜索時，翻閱、檢視聲請人與委任人光宸公司間往來之郵件等資料，以及與聲請搜索案由無關之其他理律新竹分所接受委任案件資料、因執行業務所為之紀錄、與委任人往來郵件等資料，且於執行扣押前，並未先行檢視欲扣押之電子郵件是否與執行案由有關，認該核發搜索票之裁定業已違法且侵害憲法所保障被告與辯護人間之信賴權等，並認確定終局裁定所適用之刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」（下稱系爭規定一）及同法第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒

收之物，得扣押之。」（下稱系爭規定二）有牴觸憲法之疑義，於101年7月6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。【4】

貳、受理要件之審查及審理程序【5】

一、受理要件之審查【6】

（一）受理部分【7】

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。【8】

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。【9】

憲法上所保障之權利或法律上之利益受侵害者，其主體均應得依法請求救濟（司法院釋字第486號解釋參照）。國家機關對律師事務所如有不當之侵擾或限制行為，其受侵害者包括律師事務所內之律師及其共同經營之事業體。查本件聲請人為合夥律師事務所，屬律師法明定得為律師事務所之經營型態（律師法第48條規定參照），亦屬確定終局裁定之受裁定人。聲請人主張法院依系爭規定一，未以提出命令方式要求律師先行提出相關文件，逕行核發搜索票，准予對律師事務所進行搜索，顯違法不當，並依系爭規定二，扣押聲請人與委任人間之電子郵件，已侵害律師事務所之隱私權及律師與當事人間之秘匿特權（秘密自由溝通權）等，於用盡審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第5條第1項第2款所定要件相符，爰予受理。【10】

（二）不受理部分【11】

聲請人另主張通訊保障及監察法第5條第1項規定（下稱系爭

規定三) 違憲。查該規定並未為確定終局裁定所適用。裁定理由中雖有論及通訊監察譯文，惟原因案件並非爭執通訊監察譯文之合法性問題（即是否符合系爭規定三所示之核發通訊監察書之要件），且本件亦非針對律師事務所或其律師為監聽，故無所謂實質援用系爭規定三之情形，自不得以之為聲請客體。是此部分聲請，核與上開所示人民聲請釋憲之要件不符，應不受理。【12】

二、言詞辯論程序【13】

本庭於 112 年 3 月 27 日行言詞辯論，除通知聲請人、關係機關
司法院刑事廳、法務部外，另邀請專家學者及鑑定機關監察院國家人
權委員會到庭陳述意見。聲請人、關係機關等言詞辯論之陳述要旨如
下：【14】

（一）聲請人：系爭規定一及二將辯護人執行業務處所與一般處所等
同視之，使辯護人執行業務之處所得輕易成為被搜索之場所，
復允許檢警得搜索、扣押辯護人基於業務關係所製作之文書及
電磁紀錄，不僅侵害被告與辯護人之秘密溝通豁免權，更動搖
被告對於辯護人之特殊信賴關係。上開法條之適用將與改良式
當事人進行主義之精神相悖、減損被告受律師扶助之憲法上權
利、侵害被告與辯護人之秘密溝通豁免權，並破壞辯護制度之
設立精神與目的，故與憲法第 16 條保障人民訴訟權及憲法第
12 條保障秘密通訊自由之規定有所牴觸，聲請宣告上開規定
違憲，並即失其效力等語。【15】

（二）關係機關司法院刑事廳：刑事被告防禦權、被告與辯護人不
受干預溝通之權利、被告受有效辯護之權利均為憲法保障之基本
權利。惟被告與辯護人不受干預溝通之權利並非不得限制，刑
事訴訟法既已就搜索及扣押之要件明文規定，不服搜索與扣押
所得之證據，亦得依法提起抗告、準抗告救濟，並得由法官依
同法第 158 條之 4 規定權衡後排除其證據能力。現有規定關於
律師執業隱私權與工作權保障、被告受律師有效協助、被告與
律師不受干預溝通之權利，已提供足夠保障等語。【16】

- (三) 關係機關法務部：參考歐洲人權法院設立之保障基準，我國刑事訴訟法第 128 條對搜索票之核發採事前法官保留，對犯罪嫌疑人以外之第三人核發須符合較高之必要性；第 148 條亦有規定應命受搜索人在場之事中保護機制；事後亦得依第 404 條、第 416 條規定提起抗告、準抗告救濟，以及證據權衡及排除。而法務部亦於 93 年間作成函釋，擴張解釋辯護人與被告間基於信賴關係之文書紀錄不可以搜索、扣押。可知法規範與執行實務均無違憲疑慮等語。【17】 17
- (四) 聲請人及關係機關、專家學者及鑑定機關主張及陳述，詳見其意見書、言詞辯論意見書及言詞辯論筆錄。【18】 18
- 本庭斟酌聲請人、關係機關、專家學者及鑑定機關之意見書暨全辯論意旨，作成本判決。【19】 19
- 參、審查標的【20】 20
- 一、刑事訴訟法第 122 條第 2 項：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」（即系爭規定一）【21】 21
- 二、刑事訴訟法第 133 條第 1 項：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」（即系爭規定二）【22】 22
- 肆、形成主文之法律上意見【23】 23
- 一、據以審查之憲法權利【24】 24
- 本件涉及對律師事務所之搜索，所影響律師事務所及律師事務所內之律師之基本權如下：【25】 25
- (一) 辯護人與被告間秘密自由溝通權【26】 26
- 按刑事被告之辯護人，原則上應選任律師為之（刑事訴訟法第 29 條規定參照），故為被告擔任辯護人，為律師執行業務之重要工作領域。刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法保障。就被告而言，秘密自由溝通權屬憲法第 16 條保障人民訴訟權之範疇，旨在確保人民受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，享有充分之防禦權，包括 27

選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障，司法院釋字第 654 號解釋可資參照。上開權利，更可進一步保障被告不自證己罪之權利。刑事訴訟法第 34 條第 1 項及第 2 項前段規定即依據上開解釋意旨修正為：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制。」、「辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。」【27】

又為使犯罪嫌疑人及辯護人得有效行使防禦權，迭經司法院著 28
有多號解釋在案，如司法院釋字第 737 號解釋，要求應使偵查之羈押
審查程序中之辯護人及被告應獲知檢察官據以聲請羈押之理由及有關
證據；又擴充司法院釋字第 654 號解釋所稱刑事被告，應包括偵查機
關主觀上知有犯罪嫌疑而對人民開始調查或偵查之犯罪嫌疑人在內
（本庭 111 年憲判字第 7 號判決參照）。是以，辯護人與被告間秘密
自由溝通之權利乃為保障被告之訴訟權及受辯護人有效協助與辯護之
權，同時保障被告不自證己罪及受公平審判之權利，若受侵害，即無
從使被告獲得確實有效之保障，以發揮防禦權之功能。【28】

（二）律師之工作權、居住自由及正當法律程序原則【29】 29

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 30
擇及執行職業之自由，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 號解釋及本庭 111 年憲判字第 12 號判
決參照）。對律師事務所不當之侵擾與限制，亦可能造成對於事務所
內律師執行業務之干預，而造成對工作權之侵害。【30】

按憲法第 10 條規定人民有居住自由，旨在保障人民有選擇其居 31
住處所，經營私人生活不受干預之自由（司法院釋字第 443 號、第
709 號及第 739 號解釋參照）。對居住自由之保障，不僅包括人民住
宅不受不當之侵擾，亦及於人民工作及營業場所。律師事務所既為律
師經營律師業務之處所，該處所屬憲法居住自由保障之範圍。【31】

憲法正當法律程序原則之內涵，指人民權利受侵害或限制時， 32

應有使其獲得救濟之機會與制度，且立法者應依據所涉基本權之種類、保障範圍及其限制之強度，所欲追求之公共利益，決定機關之功能合適性、有無替代程序及各項可能程序成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序（司法院釋字第 689 號解釋參照）。【32】

二、對系爭規定一及二之審查【33】

33

（一）主文一部分【34】

34

按刑事訴訟程序中之搜索與扣押，係為保全證據以發現真實而進行的國家高權手段，其目的係為追訴犯罪，維護社會秩序與安全，具重大公共利益。刑事訴訟法第 122 條規定區分被告、犯罪嫌疑人及第三人異其發動搜索之門檻，於第 1 項及第 2 項分別以「必要時」及「有相當理由」作為搜索要件。系爭規定一乃對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所行搜索者，附以相當條件，其發動搜索之門檻程度高於第 1 項所定之「必要時」，係為與同條第 1 項被告與犯罪嫌疑人為搜索者異其待遇（參照 23 年 11 月出版之立法院公報第 64 期第 97 頁）。查系爭規定二係規範得對可為證據及得沒收之物，進行扣押之強制處分，以保全證據及確保沒收執行之目的，為國家偵查犯罪所必要之手段。又國家創設律師制度之功能，包括協助其委任人，避免國家公權力於追訴犯罪時未依正當法律程序，而侵害其委任人應受憲法保障之基本權。律師於刑事辯護程序得充分發揮其功能，以協助被告或犯罪嫌疑人行使防禦權，亦屬重大公益。【35】

35

基於律師執業之特性，係為維護其委任人之權益，為使其委任人得以信任並充分與律師溝通，於其委任人為尋求專業法律協助及辯護而與律師進行秘密溝通時，律師法特別規定律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務（律師法第 36 條規定參照），以維護律師與其委任人間之特殊信賴關係。刑事訴訟法規定，律師、辯護人就其因業務所知悉有關他人秘密之事項，於受詢問或訊問時，除經其委任人本人允許者外，有拒絕證言之權利（刑事訴訟法第 182 條及第 196 條之 1 第 2 項規定參照），亦係為保障律師與其委任人間之特殊信賴關係；刑法並課予律師保密義務，無故洩漏因業務知悉或持有他人之秘

36

密者，以刑法處罰其洩密行為（刑法第 316 條規定參照）。於律師與其委任人間，同時具有辯護人與被告、犯罪嫌疑人之關係時，辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之權利，應受憲法保障，已如前述。【36】

復按司法院釋字第 654 號解釋業已釋示辯護人與被告（包括犯罪 37
嫌疑人）間不受干預自由溝通之權利，應受憲法之保障，不論被告或犯罪嫌疑人之人身自由是否受拘束，皆無不同。又律師與其委任人間之關係是否轉變為同時兼具辯護人與被告、犯罪嫌疑人之關係，並非截然可分。且律師之委任人向律師諮詢而請求協助，亦不限於已受國家機關追訴時之被告、犯罪嫌疑人身分，亦可為未來可能受追訴而預做準備。故憲法所保障之辯護人與被告或犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之保障範圍，應擴張及於可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師協助之潛在犯罪嫌疑人之身分。【37】

又上開秘密自由溝通權利之內涵，除面對面的語言溝通以及書 38
信、電子傳遞等溝通方式外，並應包括律師因此秘密自由溝通權行使所製作之文件資料（如文書、電磁紀錄等），此部分乃屬律師與其委任人間特殊信賴關係之核心內容。律師辯護制度之目的既是在審檢辯分立之訴訟制度下，律師為協助其委任人對抗國家之追訴，以免冤抑，故雙方此部分之溝通紀錄及律師因此所製作之文件資料（如文書、電磁紀錄等），均應受憲法保障，而應被排除於得為犯罪證據之外，從而國家機關自不得為扣押取得此溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）作為犯罪證據之目的而發動搜索。又若辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間秘密自由溝通之溝通紀錄及因此所生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），得為國家搜索、扣押之標的，必然阻礙辯護人為保障被告訴訟權益功能之實現，亦屬對律師工作權之不當侵害。【38】

綜上，系爭規定一、二與刑事訴訟法其他相關規定，未將律師 39
或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使之溝通紀錄及因此而生之文件資料（如文書、電磁

紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與憲法第15條保障律師之工作權及憲法第16條保障被告之訴訟權之意旨不符，相關機關應於本判決宣示之日起2年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。於修法完成前，法官、檢察官及相關人員辦理搜索、扣押事務，應依本判決意旨為之。又上開對立於第三人地位之律師事務所、律師或辯護人搜索、扣押之限制，於有事證足認律師或辯護人有湮滅、偽造、變造證據，或勾串共犯或證人者（刑事訴訟法第34條第1項後段規定參照），即不適用，自不待言。【39】

（二）主文二部分【40】

按律師事務所作為律師執行業務之所在，儲存保留其眾多委任人委託案件之檔案資料，且包括以電磁數位方式儲存者。同一電子檔案內亦可能包括多數委任人之資料。律師與其委任人間之委任內容可能涉及刑事責任，亦可能涉及其他領域之諮詢不一而足。國家機關就律師事務所執行搜索、扣押時，欲就特定文書、電磁紀錄加以扣押，必經篩選搜索，瀏覽範圍勢必及於非本案應扣押標的之其他委任人所屬應受秘密自由溝通權保障之文件資料（如文書、電磁紀錄等）。故於得就律師事務所搜索以取得系爭規定二所定之應扣押物之情況下，若未經合理之安排，極可能侵害律師居住自由，並造成社會大眾對律師之信任減低，同時造成對律師工作權之侵害。故基於律師事務所乃儲存眾多委任人秘密資訊場所之特徵，且搜索、扣押程序難免對於其他委任人秘密自由溝通權之侵害，對律師事務所進行搜索、扣押，在發動條件、程序及救濟上自應特予審慎考量，始符合憲法正當法律程序原則之要求。【41】

依刑事訴訟法第128條規定，搜索採取法官保留，依同法第128條之1第1項及第2項規定，偵查中檢察官認有搜索之必要者，除附帶搜索、逕行搜索或同意搜索之情形外，應以書面記載第128條第2項各款所列之事項，並敘明理由，聲請該管法院核發搜索票；司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依第1項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票；依

第 128 條第 3 項後段規定，法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。準此，法院於審查對立於第三人地位之律師事務所為搜索之聲請時，應審酌律師事務所之特殊性，就具體個案搜索律師事務所之相當理由，嚴格審查以判斷是否核發搜索票。核准搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、身體、物件或電磁紀錄之範圍，並具體指示執行人員對搜索律師事務所得搜索、扣押取得之應扣押物，應不含律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間行使秘密自由溝通權之紀錄及因此而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）。【42】

又同法第 133 條第 3 項規定：「對於應扣押物之所有人、持有 43 人或保管人，自得命其提出或交付。」準此，法院於審核對立於第三人地位之律師事務所簽發搜索票時，或縱已核發，偵查機關於執行中，亦應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」之手段為之。又附隨於搜索之扣押，應依法院核發之搜索票執行，亦已採取法官保留。如有誤為扣押之情形，應依同法第 142 條規定發還或暫行發還律師事務所，以維護辯護人與其委任人之權益。又執行搜索、扣押之過程，均應全程錄音錄影，以擔保檢視扣押物與搜索、扣押之過程，符合憲法正當法律程序原則之要求。執行過程中，在場之人就扣押物是否屬秘密自由溝通權保障範圍如有爭執，受處分人得即時依同法第 416 條第 1 項第 1 款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查。檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，依同法第 132 條之 1 規定，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，法院得審查執行搜索、扣押之合法性。又搜索、扣押處分縱已執行終結，受處分人仍得依第 416 條第 1 項第 1 款規定聲請撤銷或變更原處分，法院不得以已執行終結無實益為由駁回，又依第 416 條第 2 項規定，搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，均已有明文規定救濟途徑及證據禁止之法律效果。就此而言，依據上開程序對律師事務所為搜索、扣押，尚難謂與憲法正當

法律程序原則有違。【43】

綜上，由系爭規定一、二及刑事訴訟法有關搜索、扣押之規定 44 整體觀察，就檢察官對立於第三人地位之律師事務所為之搜索聲請，已採法官保留，法官應依相關法令審慎判斷是否符合法定要件，並已有事中檢視扣押物、事後救濟與證據禁止等相關程序擔保規範，可避免濫權或恣意，確保搜索、扣押限制基本權之程度，與追訴犯罪與發現真實之公共利益間，利害均衡，尚符比例原則。從而刑事訴訟法未對律師事務所之搜索及扣押設有特別之程序規定，與憲法第 10 條保障人民居住自由、第 15 條保障律師工作權以及正當法律程序原則之意旨尚屬無違。【44】

中 華 民 國 112 年 6 月 16 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
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、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第二項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳銀、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、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍

	張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 詹大法官森林、謝大法官銘洋	
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、 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。

林大法官俊益提出。

詹大法官森林提出。

部分不同意見書：楊大法官惠欽提出，黃大法官昭元、蔡大法官宗珍加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

涂人蓉

中 華 民 國

112

年

6

月

16

日

應該算是肯定律師、辯護人與被告、犯罪嫌疑人及潛在犯罪嫌疑人（下併稱刑事被告）間秘匿特權，屬律師與刑事被告雙方均受憲法保障之獨立基本權！就此而言，律師在司法審判尤其刑事審判體系之定位將更符合民主法治國原則。

因緣際會，本席在八年前由馬前總統以國家代表人之地位，提名並特任為大法官。當時由吳前副總統敦義主持的提名記者會中，答覆記者就法律增列律師資格得被提名為大法官之意義提問時，本席曾說：司法大鼎將由審檢學三隻腳，增加為審檢辯學四隻腳共同支撐，司法大鼎應會站得更穩！這些話包含自我及來自律師界的集體期許。八年任期將屆，這段期間之表現應受公評，但對本席而言，本席以為至少應使律師在司法審判體系中被更合理定位，才符合民主法治國原則，也才可能使司法大鼎站得更穩，以妥當實現司法為民之目標。此際，本席檢視大法官解釋及憲法法庭裁判，比較相關之涉及律師地位者如附件一，其中多數係在本席任內作成，但在本件判決之前，律師之地位尚未由原刑事被告之協助者地位，完整提升為具獨立受憲法基本權保障之地位；雖然與審、檢已逐漸趨向更為平等。¹而本件判決則本勿枉勿縱、被告與被害人並重之中庸立場，再向前跨一步，本席以為應該算是肯定辯護人與刑事被告間秘匿特權為受憲法保障之獨立基本權，且認為律師之辯護人與刑事被告雙方均具受憲法保障之獨立基本權主體地位，本件判決有助於法治國原則在刑事審判制度中之進一步具體落實，本席以為是全民之福。

本席贊同本件判決之全部主文內容，並理由之大致論述，但認

¹ 本席在相關解釋、裁判所提意見書中，自司法院釋字第 737 號解釋伊始，均一再主張律師作為辯護人，在刑事審判程序中之獨立地位，及自具應受憲法保障之基本權，而得獨立於刑事被告之外而自為釋憲主體，詳請參照本席所提出之司法院釋字第 737 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決之意見書。

有再略作補充說明之必要，爰提出本協同意見書，並說明如下：

一、依本庭調取檢察官所持搜索聲請卷及執行卷查得之本件原因事實（本件判決理由第 2 段參照），本件聲請人律師係立於搜索、扣押程序之第三人之地位，而非自為刑事被告或犯罪嫌疑人；而且與律師有委任關係者也不是該搜索、扣押程序之犯罪嫌疑人，律師受諮詢之內容也無關該偵查案相關刑事責任有無之事項。是本件判決乃以刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定（對第三人之搜索，下稱系爭規定一；另同為主要審查客體之刑事訴訟法第 133 條第 1 項規定則下稱系爭規定二）入手，作成本件判決，合先敘明。

至於在律師自為或共為刑事被告或犯罪嫌疑人之情形，則與本件判決前提固有不同，而應無本件判決之直接適用，但本席以為與本件判決之論理相同，斯時為刑事被告地位之律師，也有秘匿特權，只是並不是基於辯護人之地位，而是基於被告或犯罪嫌疑人之地位而已，另如下述。

二、律師與刑事被告間應均有受憲法獨立保障之秘密自由溝通權（即秘匿特權），其紀錄及因此而生之文件資料，且僅以此資料為限，應不得搜索、扣押之，析述如下：

（一）本件判決已由司法院釋字第 654 號解釋出發，肯認辯護人與刑事被告間之秘匿特權（本件判決理由第 37 段參照）。此一特權非專屬於刑事被告，亦同屬於辯護人。

（二）上開秘匿特權係由搜索、扣押應係對人民受憲法保障之基本權之限制出發，本於法治國原則中被告之默秘權（緘默權）、不自證己罪權，暨辯護人在刑事審判中之特殊制度性必要、獨立地位等推導得出，不是僅由律師之工作權（職業自由）、拒絕證言權、刑事被告之訴訟權，甚或（資訊）隱私權、居住自由權等等所能得出：

1、辯護人之辯護權不是僅因居於協助被告或犯罪嫌疑人之地位始受憲法保障，辯護人具獨立憲法地位！因為辯護人乃為法治國思想體系下，與法官及檢察官同地位之「獨立司法機關」。又五權分

立，憲法賦予司法機關獨立地位及審判任務，係為成就民主法治國之確保公平審判憲法價值；而公平審判不可或缺之制度性架構，建立在審檢辯三足鼎立之基石上，即經由辯護人之避免冤抑主軸（辯護人之職責只在避免冤抑，不在為被告或犯罪嫌疑人脫罪，使有罪變無罪、重罪變輕罪，辯護人心中要有被害人，是與其說辯護人協助被告或犯罪嫌疑人，毋寧是與法官協力實現公平正義）、檢察官之避免縱放，成就審判公平，進而實現正義！故就憲法高度言，辯護人制度是先於個別被告或犯罪嫌疑人而存在，辯護人之憲法上地位，自然非係附屬於被告或犯罪嫌疑人，而係在法治國原則下，刑事審判制度架構中具必要且獨立之憲法上地位，並因此進而依法治國原則衍生實現公平正義所必要之基本權。

就此而言，正如檢察官雖然代表國家為犯罪被害人追訴犯罪，但對被告、犯罪嫌疑人有利事項亦應注意及之，乃其義務並已入法一般，辯護人為被告、犯罪嫌疑人辯護同時，亦應將被害人放在心上，而不得故意為有罪被告脫罪。也唯有如此，辯護人才應在法治國原則下之刑事訴訟制度中，佔有有別於民事等律師、其他專門職業人員或任何人之特殊並應受憲法特予保障之獨立地位。

2、搜索、扣押必然涉及對人民受憲法列舉保障之人身自由、居住自由、秘密通訊自由、工作權（職業自由）、財產權及訴訟權等，甚至屬憲法第 22 條規定保障之隱私權等之限制，是其限制必須以法律規定之（符合法律保留原則），且應符合憲法第 23 條規定之要件及原則。

3、系爭規定一及二均為法律位階法規範，是系爭規定一及二均符合憲法第 23 條法律保留原則。

本件有爭議者為系爭規定一及二未特予區分律師之職業與其他人民，而將系爭規定一及二一體適用於律師身分者，是否合憲。本席以為此部分爭議，不可概論，而且尚非可由上述受憲法保障之基本權推導得出，因為搜索、扣押規定涉及同受憲法基本權保障之犯罪被害

人法益，²及刑事訴訟制度之核心價值即經由真實發現以追訴犯罪而實現公平正義。詳如下述。

4、刑事訴訟制度之存在，其前提在保護全體人民，更具體言，在保護個案受害人民，為其討公道，而其方式則為將加害人繩之以法，經由符合正當法律程序之起訴及審判，對有罪判決確定之刑事被告，施以責罰相當之適當刑罰。而刑事訴訟程序中有罪、無罪之判斷前提即真實之發現，首重證據，尤其物證。是本席以為搜索、扣押係極重要的物證取得手段，而且是真實發現所不可或缺之必要手段。從而刑事訴訟法第 122 條規定，對被告或犯罪嫌疑人得為搜索（目的在扣押犯罪證據），即被告、犯罪嫌疑人得為搜索、扣押之對象，原則上應非不合理。查對被告、犯罪嫌疑人本人既得為搜索、扣押，則對其他第三人，原則上亦應同。因為刑事訴訟程序之目的係在對有罪之被告施以刑罰，故在刑事訴訟制度下，對被告、犯罪嫌疑人之程序保護應最為嚴謹，而且被告、犯罪嫌疑人有默秘權，而人民有作證之義務，相較而言，對被告、犯罪嫌疑人為搜索時，得搜索、扣押之物品範圍可能更受限制。只是不論對被告、犯罪嫌疑人或對第三人實施搜索、扣押時，均必須以有取得犯罪證據必要為前提，乃屬當然。

再者，人身自由、居住自由、工作權、通訊自由、訴訟權、隱私權，人人有之，非律師或其他專門職業人員所獨有，其等縱依刑事訴訟法第 182 條規定有拒絕證言權，³但一則此一權利應尚非受憲法保障之基本權，故不能由刑事訴訟法第 182 條規定推論出聲請人有憲法保障之基本權受侵害；二則有默秘權之刑事被告本人原則上尚得為搜索、扣押之對象，遑論受其委任之辯護人（包括潛在犯罪嫌疑人就可能被訴案件預為諮詢之律師，此部分另如下述）及其以外之其他

² 本席準此，曾於本月 9 日提出憲法法庭 112 年憲裁字第 19 號裁定協同意見書，說明犯罪被害人亦應具釋憲聲請人資格。

³ 依本件原因事實，聲請人就系爭搜索、扣押相關案件，未必有拒絕證言權，因為其委任人非該搜索案之犯罪嫌疑人，而且雖為聲請人之委任人公司人員，但就受偵查之涉嫌案件即就該公司股票有內線交易嫌疑案言，該案犯罪嫌疑人與其所屬公司間可能立於相反利害關係之地位。

人。

5、然則，勿枉為法治國原則下刑事訴訟制度必不可退讓之底線；而在勿枉前提下，法治國原則在刑事訴訟制度已然發展出刑事被告之默秘權（緘默權）、不自證己罪權，其中默秘權已具體落實在法律中（刑事訴訟法第95條規定參照）⁴；而且司法院釋字第654號解釋早已肯認：刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，應受憲法之保障（司法院釋字第654號解釋理由書參照）。是系爭規定一及二未予區分，而將屬辯護人與刑事被告間自由溝通保障範圍內之物證，亦包含在得搜索扣押範圍，自己生被害人保護、真實發現，與辯護人、刑事被告自由溝通權、刑事被告默秘權、不自證己罪權保障間之法益衝突。於此情形，經法益權衡後，在勿枉底線下，此部分之物證自應排除在得搜索、扣押範圍之外，即不得搜索、扣押之，始符法治國原則下之刑事訴訟制度之體系正義，因為如許搜索、扣押，則明顯抵觸勿枉底線所必要之刑事被告默秘權及不自證己罪權保障之意旨。

（三）又本件判決主文一所稱不得搜索、扣押之文件資料，係僅限於刑事被告（如前所述，係含犯罪嫌疑人及潛在犯罪嫌疑人）與辯護人間秘密自由溝通秘匿特權之往來通訊、紀錄及所生之文書，不包括其他刑事被告交付律師、辯護人者，比如委託保管之物件等。又律師不得故意為有罪者脫罪，不得偽造、變造、隱匿、湮滅證據，乃屬當然。

三、本件聲請人聲請之相關原因事實固不屬於本件判決主文一之情形，因而聲請人無從以本件判決為據，尋求救濟，但因其聲請而得以確認刑事被告與辯護人均具受憲法獨立保障之秘匿特權基本權，

⁴ 任何基本人權之落實於法規範中，都不是天上突然掉下來的禮物，而是經過相當辯正，很多人包括前輩大法官們的努力。比如自由溝通權之於司法院釋字第654號解釋；另以默秘權為例，在立法前，本席有幸在66、67年間，曾經與當時均就讀臺大法律研究所的共6位同學，與時任臺灣高等法院法官之楊仁壽先生在當時的聯合報，作三個回合的正反書面論辯。

且因此而生之紀錄文書不得搜索、扣押之，聲請人對法治國原則在刑事審判制度中之進一步落實，有所貢獻。

四、本席亦贊同本件判決主文第二項，理由為：律師或其他專門職業人員雖然處理不特定多數人之事務，而可能存有他人之資料，但是現代的複雜社會，人際交往頻繁，所有營業者如此，甚至私人亦如此。是律師或其他專門職業人員難認因此具特殊之處，而應對其另立特別程序。尤其行憲多年，我國法院法官具相當憲法素養，有相當之人權保障意識，比例原則為基本認知，並常具體運用於個案裁判中。是在搜索、扣押令狀原則（搜索需搜索票，由法官核發）下，並已有刑事訴訟法相關明文規定、相關細節法令輔助暨救濟程序、上級審監督，甚至不法證據排除規定等，另對為第三人之專門職業人員搜索、扣押案例亦極有限（顯示大體而言，不致濫行搜索），再審酌律師之公益本質，辯護人在刑事訴訟體系之應有定位等等，並基於避免過度偏向刑事被告（犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人）保護，過度不利真實發現及犯罪被害人保護之中庸立場，爰認系爭規定二合憲之結論為合宜，應予贊同。

判決 / 解釋案號 / 聲請人身分	主文 (節錄)	判決理由 / 解釋理由 (節錄)	說明 (律師 / 辯護人之地位及權利)
111 年憲判字第 7 號【偵查中辯護人在場筆記權等之救濟案】 * 律師	一、刑事訴訟法第 416 條第 1 項及其他規定，就檢察官依同法第 245 條第 2 項但書規定，禁止或限制辯護人於訊問時在場、筆記或陳述意見之處分，未賦予被告、犯罪嫌疑人或其辯護人享有向法院聲明不服、請求救濟之機會，於此範圍內，與有權利即有救濟之憲法原則不符，違反憲法第 16 條保障訴訟權之意旨……。	「刑事訴訟法第 245 條第 2 項規定……前段部分明定被告或犯罪嫌疑人於受檢察官訊問時，其辯護人享有在場陪訊，並得陳述意見之權利，乃被告或犯罪嫌疑人憲法上所應享有之有效協助與辯護權利之具體化，為彰顯憲法公平審判原則下之正當法律程序及充分防禦權保障之重要法律規定；其權利內涵如前所述，應包括均受憲法保障之辯護人在場權、筆記權及陳述意見權等偵查中辯護權。」	* 聲請人為刑事被告辯護人之身分。 * 辯護人之地位及權利，依附於被告或犯罪嫌疑人。
111 年憲判字第 3 號【被告之辯護人對羈押裁定抗告案】 * 被告	刑事訴訟法第 403 條規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」及同法第 419 條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第 3 編第 1 章關於上訴之規定。」整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。就被告之辯護人而	「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障……受羈押被告於此極為不利之情境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔任辯護人為其提供及時有效之協助，始能有效行使其防禦權、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與後手段性。」	* 辯護人為該原因案件確定終局裁定之抗告人，非本件聲請之聲請人。 * 辯護人得為被告之利益上訴或抗告，乃係為協助被告有效行使防禦權，以符合憲法保障被告訴訟權之意旨。

釋字第 737 號 【偵查中羈押審訊 獲知案】 *律師 + 被告	言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。	本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符合憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄	「聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押，以剝奪犯罪嫌疑人身自由之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。」	*辯護人與被告同為本件聲請人，辯護人為本件原因案件之抗告人。 *辯護人獲知聲請羈押之有關證據，乃係為協助被告或犯罪嫌疑人得有效行使防禦權。

或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。	羈押法第二十三條第三項規定，律師接見受羈押被告時，有同條第二項應監視之適用，不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以監聽、錄音，違反憲法第二十三條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨；同法第二十八條之規定，使依同法第二十三條第三項對受羈押被告與辯護人接見時監聽、錄音所獲得之資訊，得以作為偵查或審判上認定被告本案犯罪事實之證據，在此範圍內妨害被告防禦權之行使，抵觸憲法第十六條保障訴訟權之規定。	「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違」。	*律師接見受羈押之被告，為協助被告之行使防禦權，應符合被告受憲法第16條保障訴訟權之意旨。

釋字第 306 號 * 被告 + 律師	本院院解字第三〇二七號解釋及最高法院五十二年台上字第二六一七號判決，謂刑事被告之原審辯護人為被告之利益提起上訴，應以被告名義行之，在此範圍內，與憲法保障人民訴訟權之意旨，尚無抵觸。但上開判例已指明此係程式問題，如原審辯護人已為被告之利益提起上訴，而僅未於上訴書狀內表明以被告名義上訴者，其情形既非不可補正，自應依法先定期間命為補正，如未先命補正，即認其上訴為不合法者，應予依法救濟。最高法院與上述判例相關連之六十九年台非字第二〇號判例，認該項程式欠缺之情形為無可補正，與前述意旨不符，應不予援用。	但此種由原審辯護人以被告名義提起之上訴，係該辯護人之行為，而非被告之行為。其上訴書狀已否表明以被告名義上訴字樣，非被告所能注意。如上訴書狀未為此表明，上開判例亦指明乃係違背程式，其情形既非不可由原為上訴行為之該辯護人補正，依現行刑事訴訟法第三百六十二條但書、第三百六十七條但書、第三百八十四條但書等有關規定，法院或審判長，自仍應定期間先命補正。以免僅因辯護人對於上訴程式之疏忽，而使被告之上訴權受不測之損害。如未先命補正，即認其上訴為不合法而逕予駁回者，自應予以依法救濟。最高法院與上開判例相關連之六十九年台非字第二〇號判例……其中認該項程式欠缺之情形為無可補正部分，與前述意旨不符，應不予援用。」	* 辯護人以被告名義提起上訴，乃係為保障憲法第 15 條保障被告之訴訟權。

壹、前言

本件判決係【搜索律師事務所案】。

聲請人理律法律事務所，因其設於新竹市之律師事務所分所A律師與B律師受C公司委任，撰寫文件回覆證期局要求提出之說明，法務部調查局臺北市調查處依通訊監察譯文得知，該等回覆文件可能涉及犯罪嫌疑人即C公司董事長甲、副董事長乙及總經理丙涉嫌內線交易案之重要證據，基於證據保全，有必要對律師事務所A律師及B律師的辦公室進行搜索，以取得乙、丙提供給律師之說明文件、草擬文件及電子郵件，以明甲、乙、丙真正知悉之時點。案經檢察官許可並批註「為避免造成事務所的困擾，搜索標的限縮於A律師及B律師辦公室之相關文書及電磁紀錄」後，向臺灣士林地方法院聲請核發搜索票，經該院於100年5月26日核發100年度聲搜字第597號搜索票，而前往執行搜索、扣押，扣得A律師所持有之E-mail資料18件及B律師所持有電子郵件1片。

聲請人主張本件聲請扣押標的係律師因執行業務所製作、持有之資料，依司法院釋字第654號解釋意旨，刑事訴訟法第182條、第135條第1項第2款規定，應認律師因業務上以文件或電子郵件狀態而知悉有關他人之秘密，應受特別保護而提高扣押門檻，臺灣士林地方法院未先以命令方式要求律師提出相關文件，逕核發搜索票，准對律師事務所直接進行搜索，顯違法不當，不符正當法律程序，而提起抗告，經臺灣高等法院100年度偵抗字第633號刑事裁定，以抗告無理由而裁定駁回確定。聲請人爰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。

本席認為，本件釋憲聲請，涉及立於第三人地位之律師、辯護人與被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人間受憲法保障之秘密自由溝通權之行使所生文件資料（如文書、電磁紀錄等），律師或辯護人是

否有受憲法保障而得拒絕扣押之權？此一爭議¹，極具憲法價值，爰主張應予受理。本席對本判決主文之宣示，敬表同意，惟判決理由仍有值得補充之處，爰提出協同意見書，以就教於方家。

貳、本判決主文之內容

本件聲請案之審理原則係，假如依憲法之要求，立於第三人地位之律師、辯護人，就其基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），享有拒絕扣押之權，則該等基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），應為不得扣押之物，自然不屬於刑事訴訟法第 133 條第 1 項所定之「應扣押物」，當然亦不得依刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定進行搜索，是以如刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定，或第 133 條第 1 項規定，或其他相關規定，有任何一規定明文規範該等基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）為不得扣押之物，即可滿足憲法之要求。

本庭經審理後，援用司法院釋字第 737 號解釋之審查模式，採規範不足的審查方式，整體觀察刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項及其他相關規定，對立於第三人地位之律師或辯護人，其受憲法保障基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），均未設有得拒絕扣押之規定，顯有規範不足之違憲情形，而宣示判決主文如下：

一、刑事訴訟法第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」同法第 133 條第 1 項規

¹ 相關文獻，可參閱，王兆鵬，《搜索律師事務所之合憲性》，月旦法學雜誌第 227 期（2014 年 4 月），頁 5-19；李佳玟，《律師事務所搜索扣押之規範違憲審查》，台灣法律人第 23 期（2023 年 5 月），頁 93-114；李榮耕，《律師及被告間通訊的監察》，政大法學評論第 146 期（2016 年 9 月），頁 1-51；李榮耕，《律師事務所的搜索》，台灣法律人第 22 期（2023 年 4 月），頁 74-87；陳俊偉，《無「所」不搜？——搜索律師事務所之合法性》，月旦法學教室第 245 期（2023 年 3 月），頁 21-25。

定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」及其他相關規定整體觀察，未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外，於此範圍內，與憲法第15條保障律師之工作權及憲法第16條保障被告之訴訟權之意旨不符，相關機關應於本判決宣示之日起2年內，依本判決意旨修正刑事訴訟法，妥為規定。於修法完成前，法官、檢察官及相關人員辦理搜索、扣押事務，應依本判決意旨為之。

二、由刑事訴訟法上開二規定及其他有關搜索、扣押之規定整體觀察，法官得對有關機關搜索律師事務所之聲請予以審查，且對搜索、扣押之裁定與執行已設有監督及救濟機制，從而刑事訴訟法未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，與憲法第10條保障人民居住自由、第15條保障律師工作權以及正當法律程序原則之意旨尚屬無違。

三、其餘聲請不受理。

參、本判決之審判範圍

本件釋憲聲請案，因聲請人之律師，受C公司之委任處理一定事務，而該公司代表人甲等人因故經偵查機關列為犯罪嫌疑人而進行刑事案件調查，所調查之事項與律師受任處理之事項有關，代表人甲與C公司間之關係，就此而言，本件已經進入刑事犯罪偵查階段，涉及律師就其因業務所知悉有關受任人秘密事項而生之文件（如文書、電磁紀錄等），是否享有受憲法保障之拒絕扣押之權？受限於本件原因案件可能涉及刑事案件，是以本件判決之審判範圍，僅限立於第三人地位之律師，受潛在犯罪嫌疑人或與之有關人員之委任，處理一定事務而生之文件（如文書、電磁紀錄等），在憲法上，律師或辯護人是否享有拒絕扣押之權？合先敘明。

肆、本判決之憲法價值

一、創設辯護人基於秘密自由溝通權之行使而生之文件有拒絕扣押權
司法院於2009年1月23日公布釋字第654號解釋釋示：刑事

被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，**刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通**，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。此一解釋，創設辯護人與刑事被告間之秘密自由溝通權，一體兩面，既係被告或犯罪嫌疑人之自由溝通權，亦係辯護人為有效協助被告之自由溝通權，均受憲法保障。

本解釋公布後，2010 年 6 月 23 日修正公布刑事訴訟法，修正第 34 條規定並增訂第 34 條之 1 有關被告與其辯護人自由溝通權之規定，於同法第 416 條第 1 項序文規定：「受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更」下，增訂第 3 款規定：「對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。」及第 4 款規定：「對於第 34 條第 3 項指定之處分。」上開受處分人，就被告與其辯護人之**自由溝通權而言，一體兩面**，即包括被告及其辯護人雙方之自由溝通權均受到侵害，均得以自己之名義，向該管法院聲請撤銷或變更限制或禁止之處分。

之後，憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決，延續司法院釋字第 654 號解釋意旨，重申**刑事被告**受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。此項被告受辯護人有效協助之權利，已成為現代法治國普世公認之基本人權（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 4 款、歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 3 款、美國憲法增補條款第 6 條及日本國憲法第 37 條第 3 項等規定參照）。

嗣憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決，擴張**刑事被告**受辯護人有效協助權利之涵義及於**犯罪嫌疑人**，該判決指出：「此等刑事正當法律程序及充分防禦權之憲法保障，非僅侷限於**刑事被告**受法院審判之階段，而係自人民因**犯罪嫌疑**而受到**犯罪偵查**時起，即應受有效之保障，其中應包括被告或犯罪嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利。」

結合上開司法院釋字第 654 號解釋意旨及憲法法庭 111 年憲判字第 3 號、第 7 號判決意旨可知，**辯護人與刑事被告、犯罪嫌疑人**間之

秘密自由溝通權，均係受憲法保障之基本權。

為確保被告、犯罪嫌疑人對辯護人之信賴關係，促使被告、犯罪嫌疑人得以與辯護人充分溝通，使被告、犯罪嫌疑人得以獲得實質有效的法律協助與辯護，憲法保障辯護人與被告、犯罪嫌疑人間有秘密自由溝通之權，在秘密自由溝通權之行使過程中，自然會因自由溝通而製作相關的文件資料（如文書、電磁紀錄等），此等文件資料正是秘密自由溝通權的核心內容，為落實憲法保障辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之意旨，自應賦予辯護人就其基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），享有拒絕扣押之權，否則，憲法保障之秘密自由溝通權，即無法澈底落實，形容虛設，致無法發揮充分有效行使防禦權之功能。是以本判決創設辯護人基於秘密自由溝通權之行使而生之文件，有拒絕扣押權，係受憲法保障之基本權，乃本判決之第1項貢獻！

如前所述，憲法保障律師、辯護人之秘密自由溝通權，立於第三人地位之律師、辯護人，就其基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），享有拒絕扣押之權，係律師或辯護人受憲法保障之基本權，則該等基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），既係不得扣押之物，即不屬於刑事訴訟法第133條第1項所定之「應扣押物」，如依刑事訴訟法第122條第2項規定進行搜索，即係侵害律師或辯護人受憲法保障之秘密自由溝通權及拒絕扣押權等基本權，此乃理解據以審查刑事訴訟法第122條第2項規定有關憲法權利時所不容忽視的重要關鍵。

二、擴張秘密自由溝通權之保障範圍及於律師與潛在犯罪嫌疑人

基於對律師專業之信賴關係與律師法對律師所要求之保守秘密義務，人民因故需要法律上之協助而向律師諮詢時，勢必對律師知無不言、言無不盡的陳述，也是基於律師與委任人間秘密自由溝通權之行使所使然。人民因司法警察官、司法警察或檢察官主觀上知有犯罪嫌疑而對其開始調查或偵查（刑事訴訟法第230條第2項、第231條第2項及第228條第1項規定參照），人民即因具犯罪嫌疑人之身

分，其與辯護人間之秘密自由溝通權，應受憲法之保障。在律師與人民間因信賴律師關係而進行秘密自由溝通，且在持續進行中，而偵查機關之偵查作為則係浮動的，偵查機關主觀上隨時都可能因故而知悉犯罪嫌疑，於偵查機關主觀上有犯罪嫌疑時，辯護人與人民之秘密自由溝通，受憲法保障；反之，偵查機關主觀上尚未有犯罪嫌疑時，則不受憲法保障，顯然非事理之平，是以基於憲法保障辯護人與被告、犯罪嫌疑人間秘密自由溝通權之同一保障意旨，**律師與潛在犯罪嫌疑人間之秘密自由溝通，亦應同受憲法保障**。基於同一憲法保障意旨，律師與潛在犯罪嫌疑人間基於秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），亦應享有拒絕扣押之權。是以本判決，擴張秘密自由溝通權之保障範圍及於律師與潛在犯罪嫌疑人，乃本判決之第二項貢獻！

伍、本件聲請人之釋憲聲請，符合法定要件

查本件聲請案於憲法訴訟法修正施行前之 100 年間繫屬於司法院，其受理與否，依憲法訴訟法第 90 條第 1 項但書規定，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」判斷之。本件聲請人為律師事務所，究有何憲法上所保障之基本權受侵害？

如前所述，立於第三人地位之律師或辯護人，其與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間既享有**憲法保障之秘密自由溝通權及拒絕扣押權**等基本權，聲請人主張其受憲法保障之上開憲法權利受不法侵害，於用盡審級救濟後，聲請解釋憲法，應與上開大審法所定人民聲請釋憲之法定要件相符。是以本判決理由對此特別論述：「國家機關對律師事務所如有不當之侵擾或限制行為，其受侵害者包括律師事務所內之律師及其共同經營之事業體。本件聲請人為合夥律師事務所，屬律師法明定得為律師事務所之經營型態（律師法第 48 條規定參照），亦屬確定終局裁定之受裁定人。聲請人主張法院依系爭規定一，未以提出命令方式要求律師先行提出相關文件，逕行核發搜索

票，准予對律師事務所進行搜索，顯違法不當，並依系爭規定二，扣押聲請人與委任人間之電子郵件，已侵害律師事務所之隱私權及律師與當事人間之秘密特權（秘密自由溝通權）等，於用盡審級救濟後，提出本件釋憲聲請，其聲請核與大審法第5條第1項第2款所定要件相符，爰予受理。」（本判決理由【10】參照）應可贊同！

陸、拒絕扣押權之例外

本判決雖釋示：立於第三人地位之律師或辯護人，其基於憲法保障之秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）有拒絕扣押權之基本權，惟此一權利並非絕對不得加以限制，基於避免危害偵查目的之重大公益，仍得設有例外情形，殊值注意！

司法院釋字第737號解釋，雖釋示偵查中羈押審查程序，犯罪嫌疑人與辯護人均享有卷證資訊獲知權，但基於避免危害偵查目的之重大公益，仍得限制或禁止之，是以該解釋文乃諭知有例外情形，即「有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止」之。本判決主文第1項就此雖未諭知，惟於判決理由內則另說明：「又上開對第三人律師事務所、律師或辯護人搜索、扣押之限制，於有事證足認辯護人有湮滅、偽造、變造證據，或勾串共犯或證人者（刑事訴訟法第34條第1項後段規定參照），即不適用，自不待言。」（本判決理由【39】參照）亦係基於避免危害偵查目的之重大公益而為之考量，於修法時亦應併予注意及之！

柒、執行搜索律師事務所時，比例原則之遵守

本件台北市調查處向法院聲請搜索票時，聲請書列出擬對犯罪嫌疑人五人、第三人C公司、本件聲請人外，尚對某會計師事務所亦聲請搜索，聲請理由為該會計師事務所查核人員就C公司與應扣押物相關書面、電磁紀錄與往來電子郵件。實際上，臺灣士林地方法院檢察署檢察官曾製作要求該會計師事務所提供一定相關文件資料的書函，並註明：本函將交由法務部調查局臺北市調查處調查官持本函前往會計師事務所調閱。嗣經調查員持法院核發之搜索票前往會計師事

務所準備搜索前，出示檢察官上開書函後，該會計師事務所配合檢察官的書函，主動提供檢察官所要求交付之相關資料，故調查員並未執行搜索。

上開「**調查員在執行搜索之前，先行依檢察官的書函請求交付應扣押物**」之實際過程，印證事實上是可行的，彌足珍貴。是以於例外情形，有相當理由對立於第三人地位之律師事務所核發搜索票或執行搜索時，本判決理由特別指出：同法第 133 條第 3 項規定：「對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，自得命其提出或交付。」準此，法院於審核是否核發對第三人律師事務所之搜索票時，或縱已核發，偵查機關於執行中，亦應審酌個案情形，根據憲法比例原則之要求，仍應先以干預基本權程度較低之「命其提出或交付」之手段為之。（本判決理由【43】參照）

捌、結論

本判決重申司法院釋字第 654 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 3 號及第 7 號判決意旨，強調被告或犯罪嫌疑人受**律師或辯護人有效協助與辯護之權**，係受憲法保障之權利，釋示律師或辯護人基於受憲法保障之秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）有受憲法保障之拒絕扣押權基本權，為確實有效保障人民的防禦權，樹立新的里程碑！邁向保障人權、公平審判的新境界！

壹、本件聲請案之事實經過

臺灣士林地方法院因 K 公司內部人員違反證券交易法內線交易罪嫌案件，於民國 100 年 5 月 26 日核發 100 年度聲搜字第 597 號搜索票，准許法務部調查局臺北市調查處於 100 年 5 月 30 日上午 7 時起至同日下午 6 時止，針對理律法律事務所新竹分所（下稱新竹分所）洪律師、林律師受 K 公司委任處理回覆證期局關於資產減損報告事件，所持有該二律師與 K 公司人員間洽談、通訊往來之相關文書及電磁紀錄，得進入新竹分所進行搜索，並得就相關事證為扣押。該調查處人員旋於 100 年 5 月 30 日持前開搜索票，進入新竹分所執行搜索。

理律法律事務所認上開核發搜索票之裁定，有違法及違憲之虞，遂向臺灣高等法院提出抗告，其理由略謂：上開調查處人員於執行搜索時，不但扣押新竹分所洪律師、林律師電腦中與 K 公司往來郵件等資料，且翻閱、檢視及扣押新竹分所 99 年 9 月至 12 月等 4 個月間與 K 公司以外之 39 位其他案件當事人往來之電子郵件。亦即，調查處人員於執行扣押前，並未先行檢視欲扣押之電子郵件是否與聲請搜索執行案由有關，亦不問該電子郵件往來之當事人是否為 K 公司。更何況，新竹分所並無律師涉及犯罪，調查處人員卻將前述 4 個月期間內之所有電子郵件複製後逕為扣押。¹

案經臺灣高等法院 100 年度偵抗字第 633 號刑事裁定，以抗告無理由予以駁回，並因不得再抗告而告確定。聲請人認上開確定終局裁定所適用之刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項及通訊保障及監察法第 5 條等規定，有違憲疑義，向司法院大法官聲請解釋。

貳、關於本判決主文第一項

一、律師本身為被告或犯罪嫌疑人時，原則上無本判決主文第一項之適用

¹ 參閱聲請人於 101 年 7 月 4 日所提出之釋憲聲請書參部分，第 2-3 頁。

搜索可分為偵查搜索及拘捕搜索。前者之目的在於發現犯罪證據或可得沒收之物，搜索後往往緊隨扣押。後者之目的在於發現被告或犯罪嫌疑人，搜索之後通常緊隨拘捕²。本判決主文第一項所涉者，乃偵查搜索，即對物之搜索。

應併注意者，對物之搜索限於可為證據或得沒收之物，此觀刑事訴訟法第 133 條第 1 項規定自明。

又，搜索原則上由檢察官發動，或司法警察官報請檢察官許可後發動之（刑事訴訟法第 128 條之 1 第 1、2 項參照）。且搜索為相對法官保留事項（刑事訴訟法第 128 條第 1 項參照），受令狀原則之制約³。

按刑事訴訟法第 122 條第 1 項規定：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。」同條第 2 項則規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」

由是可知，搜索之發動條件，因搜索之對象為被告、犯罪嫌疑人，或第三人，而有差異。詳言之，搜索對象為被告或犯罪嫌疑人者，以「必要」為搜索之發動要件；搜索對象為第三人者，其搜索之發動要件，則為「有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限」。對於第三人之搜索，需有較高之確信力，其原因在於第三人往往對於犯罪較無可責性，故對其發動搜索，應有較高之門檻⁴。

本判決重申刑事訴訟法第 122 條第 1 項及第 2 項就搜索之發動門檻所為之區分（參見本判決理由第 35 段），並於第一項主文諭知，該條第 1 項所定被告或犯罪嫌疑人委任律師，或委任律師擔任辯

² 林鈺雄，刑事訴訟法上，2019 年 9 月，第 431 頁。

³ 張麗卿，刑事訴訟法理論與應用，2022 年 8 月，第 280 頁。

⁴ 參見最高法院 102 年度台上字第 3127 號刑事判決及檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第 5 點。

護人時，該律師或辯護人與被告或犯罪嫌疑人間，基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料，不在得搜索或扣押之範圍內。

惟律師本身為被告或犯罪嫌疑人時，對該律師及其事務所發動搜索之門檻為何，本判決主文第一項並無明示。

依本席所見，若律師本身即為被告或犯罪嫌疑人，且可為證據或得沒收之物，存放於該律師、及事務所或其他處所者，則國家機關，基於犯罪偵查之重大公共利益，自得發動公權力，依法搜索之。亦即，對此類律師及其事務所搜索之發動要件及其犯罪證據之扣押，與一般被告或犯罪嫌疑人之情形無異，原則上並無本判決主文第一項適用餘地。惟於搜索扣押過程中，執法人員仍應隨時注意，不得涉及與該類律師犯罪證據無關且屬本判決主文第一項所指不得搜索扣押之物。

二、搜索或扣押之物，是否在本判決主文第一項範圍內不明時，得否仍予搜索或扣押？

再者，搜索扣押過程中，如當事人或其律師或辯護人，對執法人員爭執在場之物均屬本判決主文第一項所指不得搜索或扣押之物，則執法人員應如何遵循本判決第一項之意旨？

本席認為，除法官應於搜索票上依刑事訴訟法第128條第2項第3款規定，明確記載應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄，以避免搜索或扣押之標的不明確外（參見本判決理由第42段），如執法人員於現場仍不能確定其欲搜索或扣押者，是否為本判決主文第一項所指不得搜索或扣押之物時，基於保全證據以追訴犯罪之重大公益，並兼顧被告訴訟防禦權之保障，原則上仍得先行扣押之，但不得為任何檢視，並立即移請法官⁵或立法者依本判決第一項意旨修法所定之其他中立第三人檢視其內容，再決定是否發還或扣押。

⁵ 參見王兆鵬，搜索律師事務所合憲性，月旦法學雜誌，第227期，2014年4月，第5-19頁。

參、關於本判決主文第二項

依本判決主文第二項，現行刑事訴訟法未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，尚不牴觸憲法第 10 條及第 15 條。

僅從文義觀之，前述主文易使人誤以為現行刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 133 條第 1 項及該法相關規定，不區分情狀，一概允許對律師事務所進行搜索，係屬合憲。就此，本席以為尚有補充說明之必要。

一般而言，律師事務所通常係律師與其客戶、委任人進行法律諮詢及討論案件之空間，且為律師研究案情、製作業務上文書及儲存與案件相關檔案資料、物件及電磁紀錄之主要處所。

然律師事務所亦有可能為律師從事犯罪行為之場所，或為律師藏匿自身或他人犯罪物證之處所。此外，他人亦可能未經律師同意，而擅自使用該律師事務所（例如通緝犯為躲避警察之追捕，隨機躲藏於路過之律師事務所或將犯罪證物藏於其中）。對此種律師事務所得否為搜索或扣押？

按搜索之目的在於發現被告或犯罪嫌疑人，及 / 或取得可為證據或得沒收之物。是國家機關若以取得不得扣押之物為目的而發動搜索，該搜索即失其正當性而為法所不許。

依本判決主文第一項，律師或辯護人與其委任人或被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間，基於秘密自由溝通權，因案件所生書信、電子傳遞及其他物品等，不在搜索或扣押範圍內。

從而，國家機關雖對律師事務所為搜索，但其所欲扣押之物，無涉律師業務之執行時，該律師事務所即與一般私人空間或私人處所並無差異。本判決主文第二項所稱：「……刑事訴訟法未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，與憲法第 10 條保障人民居住自由、第 15 條保障律師工作權以及正當法律程序原則之意旨尚屬無違。」即指此種律師事務所而言。

然而，國家機關所欲扣押之物，與律師業務之執行相關者，即應考量本判決主文第一項所指之秘密自由溝通權，而不得對該事務所

進行搜索及扣押該事務所有關秘密自由溝通權所生之文件等物。

準此，本判決主文第二項應聯結主文第一項，而解釋為：國家機關已明知其所欲扣押之物，為主文第一項所稱基於秘密自由溝通權所生之文件等物品，且該物品存在於律師事務所時，不得對該律師事務所為搜索。惟當國家機關所欲扣押之物，非為主文第一項所稱基於秘密自由溝通權所生之文件者，國家機關仍得對律師事務所發動搜索；律師事務所不得主張該搜索有違憲法保障人民居住自由、保障律師工作權及正當法律程序原則之意旨。

肆、結論

本判決肯認律師或辯護人與其委任人或被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間之秘密自由溝通權，並諭知不得搜索或扣押基於該秘密自由溝通權所生之文件資料等物品，堪稱為被告防禦權及律師辯護權，立下里程碑。惟本判決公布後之實務發展，仍有待觀察，亦不能諱言。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃昭元大法官 加入

蔡宗珍大法官 加入

本號判決就刑事訴訟法（下稱刑訴法）第 122 條第 2 項規定：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為……應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」（下稱系爭規定一）及同法第 133 條第 1 項規定：「可為證據或得沒收之物，得扣押之。」（下稱系爭規定二）是否違憲，係將被告之訴訟權作為本件聲請案「據以審查之憲法權利」（本號判決主文第 1 項及理由第 26 段至第 28 段參照），且未於主文第 1 項將憲法第 10 條保障居住自由列為所侵害之基本權利；又就依系爭規定一及二進入律師事務所而搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，所必須具備之憲法正當法律程序部分，進行合憲解釋。以上，本席均尚難同意，爰提出部分不同意見書。

壹、關於主文第 1 項部分

一、進入律師事務所而搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，可能干預之基本權利

進行法規範憲法審查，首要係確定基本權利之保障範圍何在？並判斷該法規是否造成基本權之干預？而國家行為對人民造成之影響一旦確定落在基本權利之保障範圍內，幾乎也可同時確定已產生基本權利之干預。故而本件聲請案所涉之基本權為何，應視本件聲請案原因案件事實所示之國家行為對人民基本權產生影響，係落入何基本權主體之何項基本權所保護之生活領域或法益。

觀本件聲請案之原因案件事實，本件聲請案中影響人民基本權利之國家行為，係法院依系爭規定一及二核發搜索票，由法務部調查局人員持該搜索票，進入被告或犯罪嫌疑人以外之第三人（下稱第三人）曾諮詢之律師事務所（該律師事務所之律師非被告或犯罪嫌疑人），進行搜索（翻閱、檢視置於事務所內之資料），扣押事務所律

師因受第三人委任而執行業務，所製作關於與委任人往來溝通內容之電子郵件等資料（下稱因委任業務往來溝通而製作之文件資料）。

進入律師事務所進行搜索並扣押因委任業務往來溝通而製作之文件資料，除對律師受居住自由保障之辦公處所形成干預外，且其效果亦使被告、犯罪嫌疑人及第三人透露予辯護人或律師之個人秘密事項，為他人所知悉而有害於其等之資訊自主隱私權，甚或該個人秘密事項係涉及該等被告或犯罪嫌疑人之犯罪事項，亦造成其等不自證己罪權利（為被告或犯罪嫌疑人之訴訟權所包括）受干預之效果。

此外，律師或辯護人受委任或提供法律諮詢時，基於與委任人間一定之信賴關係，較易獲知委任人（可能為被告、犯罪嫌疑人或第三人）關於委託、諮詢事務中涉及犯罪之秘密，然律師或辯護人與委任人間之信賴關係（不僅是律師個人專業能力之信賴，還存在對律師之職業本身的信任），正是律師得以執行業務的關鍵基礎，亦即維護律師與委任人間之信賴關係其從事工作、行使其職業自由之核心。故依系爭規定一及二進入律師事務所進行搜索，並扣押律師因委任業務往來溝通而製作之文件資料，則無疑使律師被迫公開其因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，破壞律師或辯護人與委任人間之信賴關係，增加執業之困難。是律師因委任業務往來溝通而製作之文件資料得免於被搜索、扣押，應屬上述律師職業自由保障之範圍，而系爭規定一及二則已對律師之職業自由構成干預。

二、本件聲請案之聲請人所受干預之基本權，並不包括「被告之訴訟權」，自亦不得於本件聲請案予以主張

依系爭規定一及二進入律師事務所搜索，並扣押律師因委任業務往來溝通而製作之文件資料，對被告、犯罪嫌疑人或第三人之資訊自主隱私權或訴訟權，以及律師或辯護人之居住自由與職業自由所形成之基本權干預，究係合憲限制或違憲侵害，固可藉由人民聲請法規範憲法審查判定之，然人民聲請法規範憲法審查，仍須主張其受不利確定終局裁判所適用之法規範，侵害其受憲法保障之基本權利（憲法訴訟法第59條第1項規定參照）。

從而，於確定終局裁判係以搜索並扣押被告或犯罪嫌疑人委任之律師或辯護人因委任業務往來溝通而製作之文件資料，作為有罪判決之證據時，此等被告或犯罪嫌疑人固可就該對其不利之確定終局裁判所適用之系爭規定一及二，主張其等之訴訟權及資訊自主隱私權受侵害（自不包括律師之職業自由及居住自由），而聲請法規範憲法審查。然本件聲請案，其聲請人係律師事務所，且主張之原因案件，係因聲請人不服准許核發搜索票裁定，所循序提起之救濟遭駁回之個案，是其聲請法規範憲法審查所得主張者，自係系爭規定一及二侵害其居住自由與職業自由之基本權利，尚無法為自己之訴訟權受侵害（其訴訟權未受干預）或「被告之訴訟權」受侵害（律師非該基本權之主體），而聲請法規範憲法審查。

三、不同意主文第 1 項所列「據以審查之憲法權利」

綜上，本件聲請案之聲請人所受干預之基本權為居住自由及職業自由，且無法主張「被告之訴訟權」受侵害（非該基本權主體），而聲請法規範憲法審查。故本席就本號判決主文第 1 項未以律師之居住自由作為「據以審查之憲法權利」，卻另將「被告之訴訟權」作為本件聲請案「據以審查之憲法權利」（本號判決主文第 1 項及理由第 26 段至第 28 段參照），尚難認同。

值得附帶一提的是，律師因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，若為他人知悉，不僅侵害委任人之資訊自主隱私權，甚或不自證己罪之權利，且亦將破壞律師與委任人間之信賴關係，而侵蝕個別律師從事工作、行使其職業自由之關鍵基礎，進一步造成律師專門職業制度之崩壞。從而，除於律師法特別規定律師有保守其職務上所知悉秘密之權利及義務，並以刑法處罰其洩密行為（律師法第 36 條及刑法第 316 條規定參照）外，亦應防免國家恣意以公益之名，強行經由律師知悉其因執行委任業務所獲知委任人之個人秘密事項，尤其在刑事案件之偵查、審理。是以，刑訴法第 182 條乃特別規定，律師、辯護人因業務知悉他人秘密者，於法庭上有拒絕證言之權利，而本號判決認律師於委任人為被告、犯罪嫌疑人或潛在犯罪嫌疑人時，

其等間因委任業務往來溝通而製作之文件資料得免於受搜索、扣押，亦均有防免國家為偵查犯罪，破壞律師與委任人間信賴關係之職業特性之意涵。

貳、關於主文第2項部分

一、本號判決主文第2項之合憲解釋內容

本號判決係自系爭規定一、二及刑訴法有關搜索、扣押之規定整體觀察，以（一）法官得對有關機關搜索律師事務所予以審查監督，及（二）已設有救濟機制，而認刑訴法未對律師事務所之搜索、扣押設有特別之程序規定，與憲法第10條保障人民居住自由、第15條保障律師工作權及正當法律程序原則之意旨尚屬無違。為利以下說明，爰先將上開（一）所稱之法官審查監督機制及（二）所指之救濟機制，依本號判決理由所載（詳理由第42、43段），分別簡列如下：

（一）法官審查監督機制部分

1、關於搜索部分：

除逕行搜索外，依搜索所採之法官保留及刑訴法第128條規定，法官於核准搜索時，應於搜索票明確記載搜索律師事務所之處所、物件或電磁紀錄之範圍，並具體指示執行人員對搜索律師事務所取得之應扣押物，應不含律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人間行使秘密溝通權而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）。

2、關於扣押部分：

- （1）於個案依比例原則審酌是否依刑訴法第133條第3項規定，對扣押物優先採取命提出或交付之手段。
- （2）附隨於搜索之扣押，已採法官保留。
- （3）誤為扣押，刑訴法第142條有發還或暫行發還之規定律師事務所，以維護辯護人與被告之權益。
- （4）執行搜索、扣押之過程，均應全程錄音錄影。
- （5）執行過程，就扣押物是否屬秘密自由溝通權保障範圍之爭執，受處分人得即時依第416條第1項第1款規定，向該管

法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查。

(6) 依刑訴法第 132 條之 1 規定，搜索扣押之執行結果應陳報核發搜索票之法院，法院得審查執行搜索、扣押之合法性。

(二) 救濟機制部分

1、依刑訴法第 416 條第 1 項第 1 款規定，不論搜索或扣押處分已否執行終結，對該等處分之聲請撤銷或變更。

2、依刑訴法第 416 條第 2 項規定，搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

二、對律師事務所之搜索、扣押，系爭規定一、二及其他刑訴法規定，就相關程序未為特別規定，與憲法正當法律程序之要求有違——不同意本號判決所採合憲解釋之解釋方法及結論

誠如本號判決所言，律師事務所作為律師執行業務之所在，儲存保留眾多其委任人委託案件之檔案資料，且包括以電磁數位方式儲存者，而同一電子檔案內亦可能包括多數委任人之資料，又律師與其委任人間之委任內容可能涉及刑事責任，亦可能涉及其他領域之諮詢不一而足。是就律師事務所執行搜索、扣押時，欲就特定文書、電磁紀錄加以搜索、扣押，必經篩選，則瀏覽範圍勢必及於非本案應扣押標的之其他委任人所屬應受祕密自由溝通權保障之文件資料，是對律師事務所進行搜索、扣押，在發動條件、程序及救濟上自應有所特別考量，始符合憲法正當法律程序原則之要求（本號判決理由第 41 段參照）。惟本號判決對於律師事務所進行搜索、扣押之相關程序規範，係採如上開〈貳一〉所述之合憲解釋，本席認其就現行刑訴法相關規定所為之解釋，並未能達成對律師事務所進行搜索、扣押所以應為程序面之特別規範之目的，遑論其中尚有難認係符合合憲解釋之界限者，故尚難同意，爰分述如下：

(一) 現行刑訴法欠缺有效保障本號判決所揭櫫之祕密自由溝通權之規定

關於就律師事務所之文件資料所為之搜索扣押，較之一般之搜

索扣押，最大之差異點乃搜索扣押之標的，即搜索票所載之標的本身或執行中是否屬標的範圍之文件資料，存有是否涉及律師與委任人間應受祕密自由溝通權保障之爭議。

惟依現行刑訴法關於搜索、扣押之規定，其就搜索、扣押之合法性控制，係採事後審查制，即包含抗告救濟（刑訴法第404條）、準抗告救濟（刑訴法第416條）及特別救濟（刑訴法第131條第3項、第137條第2項）¹。換言之，於搜索、扣押之程序中，發生欲搜索、扣押之文件資料，是否涉及上所述之律師與委任人間應受祕密自由溝通權保障事項之爭議，如進行執行之檢察官、檢察事務官或司法警察（官）（下稱檢警人員）仍繼續執行搜索、扣押，則此等檢警人員原則上係處於已知悉該等文件資料內容之情況；是若此等文件資料之內容確包含應受祕密自由溝通權保障之事項，則所呈現者，核係上述具偵查犯罪職責之檢警人員（法院組織法第66條之3、刑訴法第228條至第231條規定參照），將因此知悉涉及他人犯罪之證據。是縱此等證據於經上述之事後救濟後，係得受發還或有證據禁止之效果，但自具有偵查犯罪職責之檢警人員已知悉他人可能涉及犯罪之文件資料情事下，仍難謂對上所述之祕密自由溝通權未造成侵害。

至本號判決雖對執行過程，就扣押物是否屬祕密自由溝通權保障範圍之爭執，以受處分人得即時依刑訴法第416條第1項第1款規定，向該管法院聲請撤銷或變更搜索、扣押處分，並聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查，而認已有足夠之程序保障。然如上所述，刑訴法第416條第1項第1款規定之準抗告，並未能防免檢警人員對扣押物內容之知悉；且依現行法規定，受搜索扣押之律師事務所，有否聲請先將扣押物封緘送交法院檢視審查之權，本席亦質疑，況於檢警人員已執行搜索扣押而得知悉扣押物之內容下，再聲請封緘送交法院檢查，亦僅係是否撤銷或變更處分之意義，尚非保障祕密自由溝通權之有效方法。此外，刑訴法第132條之1規定所稱將搜索扣押之執行

¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2022年11版，第447頁參照。

結果「陳報」核發搜索票之法院，只是讓法院知悉執行情況，縱法院認執行違法，亦無法為任何處置²，亦即法院似無從據以審查執行搜索扣押之合法性。從而，本號判決所論及之刑訴法相關規定，本席認其或與本號判決所聚焦之祕密自由溝通權之保障無涉，或非屬保障本號判決所揭櫫之祕密自由溝通權之有效方法。

（二）本號判決主文第 2 項之諭知將影響主文第 1 項所揭櫫之律師與潛在犯罪嫌疑人間祕密自由溝通權之保障

本號判決主文第 1 項係宣告系爭規定一及二「未將律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障祕密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），排除於得搜索、扣押之外」部分違憲。簡言之，其係認律師基於「律師或辯護人」之身分，與「被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人」間，基於「憲法保障祕密自由溝通權之行使而生之文件資料」，不得予以搜索、扣押。

查中華民國 93 年 4 月 27 日臺灣雲林地方法院檢察署座談會關於「律師因業務上知悉之祕密（例如：某甲向律師坦承犯罪事實所作成之文書紀錄），及業務上持有或保管他人之文書或物件（例如：某乙將逃漏稅捐之公司帳冊置於其律師事務所），是否得為搜索扣押之客體？」之法律問題，雖討論決議、臺灣高等法院檢察署研究意見均採「均得搜索扣押之乙說」，惟法務部則援引刑訴法 135 條第 1 項第 2 款規定，認律師因業務上知悉之祕密，如涉及辯護人與被告間基於信賴關係所獲知者，應不得為搜索扣押之客體。但若涉及湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，縱係在辯護人持有或保管中之物，亦得為搜索扣押之客體（法務部法檢字第 0930801416 號函參照）。

從而，基於上述檢察機關所決議之作法，以及犯罪嫌疑人亦享有受律師有效協助與辯護之權利（本庭 111 年憲判字第 7 號判決參

² 同前註。

照），本席認本號判決主文第1項針對系爭規定一及二所採部分違憲之宣告，其對實務操作之真正意義，係關於「律師與潛在犯罪嫌疑人間」，基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）部分。而本號判決所稱之「潛在犯罪嫌疑人」，則係指「可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師之協助」者（本號判決理由第37段參照）。

依本號判決如上所述「潛在犯罪嫌疑人」之意涵，則其應非搜索票上所明文記載者，至搜索票上所明文記載之應扣押物或所欲搜索之物件或電磁紀錄，是否含有「律師與潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等）」，其內容應係受搜索之律師事務所之律師最清楚，是於受搜索之律師事務所人員有爭議時，如檢警人員仍予搜索扣押，則不論係依現行刑訴法規定或本號判決所為之合憲性解釋，其相關程序因均已屬檢警人員搜索扣押後之措施，從而，檢警人員於該等文件資料已遭搜索扣押而得知悉其等內容下，進而即得知悉該等文件內容所涉之「可能受國家機關偵查追訴，而尋求律師之協助」之潛在犯罪嫌疑人及其犯罪內容。準此，則依本號判決主文第1項納入保障範圍之「潛在犯罪嫌疑人」，是否能因此而真正獲得保障，實令人憂慮！

（三）現行刑訴法欠缺封緘送公正第三人檢視之規定，不符憲法正當法律程序之要求

綜上，基於如上述之律師居住自由及工作權之基本權所應具之憲法正當法律程序要求，本席認應係就執行中對欲搜索扣押之文件資料，發生是否存有律師與委任人間應受秘密自由溝通權保障事項之爭議，引入由公正第三人（如法院）予以檢視之機制，亦即有爭議之文件資料應係由執行人員及被搜索之律師事務所人員當場封緘，嗣後再由公正第三人予以檢視判斷，始得認符合憲法正當法律程序之要求。

參、對立法之期待—代結論

本號判決主文第2項雖對現行刑訴法相關規定，採取合憲解釋方式，而認符合憲法正當法律程序之要求。然在本號判決主文第1項

對律師或辯護人與被告、犯罪嫌疑人、潛在犯罪嫌疑人間基於憲法保障秘密自由溝通權之行使而生之文件資料（如文書、電磁紀錄等），所採不得予以搜索、扣押之見解，以及主管機關應定期修法之諭知下，本席基於本意見書前開所述之疑慮，認為使本號判決主文第 1 項所界定範圍之律師工作權得獲有效保障，實期待主管機關於進行刑訴法相關規定之修法時，於整體立法政策之考量上，仍得引入公正之第三人（包含法官）制度，俾使因本號判決而應進行之相關修法結果，得更符合憲法正當法律程序之要求。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 10 號

聲 請 人 魏斯蒙股份有限公司

代 表 人 魏美文

訴訟代理人 黃俊杰教授

上列聲請人因超額分配股東可扣抵稅額事件，認臺中高等行政法院 106 年度訴字第 49 號判決，所適用之中華民國 98 年 5 月 27 日修正公布之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定，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 98 年 5 月 27 日修正公布之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定：「營利事業有下列各款規定情形之一者，應就其超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳……：一、違反第 66 條之 2 第 2 項、第 66 條之 3 或第 66 條之 4 規定，虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額者。」（107 年 1 月 1 日起修正施行，增列「106 年 12 月 31 日以前」等語，規範意旨相同），除依同法第 73 條之 2 但書規定，未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅部分實際繳納稅額所生之可扣抵稅額外，不論營利事業虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，形成形式上超額分配可扣抵稅額之情形，是否因此可能致國家稅源流失，概依超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業補繳差額，就股東全部為非中華民國境內居住之個人，及在中華民國境內無固定營業場所及營業代理人之營利事業部分，牴觸憲法第 7 條平等權保障，於此範圍內，應自本判決公告之日起失其效力。

理 由

壹、事實經過及聲請人陳述要旨【1】 1

一、事實經過【2】 2

聲請人因 101 年度超額分配股東可扣抵稅額事件，不服財政部 3
中區國稅局命其補繳差額之處分，提起行政救濟，迭經臺中高等行

政法院 106 年度訴字第 49 號判決（下稱系爭判決）及最高行政法院 106 年度裁字第 1645 號裁定（下稱系爭裁定）駁回確定，認裁判所適用之中華民國 98 年 5 月 27 日修正公布之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定），有牴觸憲法之疑義，於 107 年 1 月 2 日依當時應適用之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

聲請人主張意旨略謂：聲請人為股份百分之百由境外股東持有之營利事業。依所得稅法之規定，股利所得之課稅因股東之身分為境內或境外股東而有不同方式，境外股東不論其係個人或營利事業在我國如有所得，係採就源扣繳，不適用兩稅合一之扣抵制，故營利事業就股東可扣抵稅額帳戶如有計算錯誤虛增之情形，境外股東縱形式上獲配有可扣抵稅額，亦無法行使兩稅合一之扣抵權，國庫並無稅收損失，則既無漏稅之事實即不應補稅。系爭規定未區分股東身分及有無逃漏稅之事實，就境外股東超額分配部分，亦要求營利事業補稅，造成重複課稅，違反憲法平等權、生存權、工作權及財產權之保障，亦牴觸憲法第 19 條租稅法律主義及憲法第 23 條之比例原則等語。

【5】

貳、受理依據及審理程序【6】

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日修正施行前（下同）已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查本案係於 107 年 1 月 2 日提出聲請，其受理與否，依上開規定應依憲訴法修正施行前之規定，即大審法第 5 條第 1 項第 2 款定之。又聲請人就系爭判決提起上訴，經系爭裁定以上訴不合法予以駁回，是本件聲請，應以系爭判決為確定終局判決。系爭規定確為確定終局判決所適用，且為作成裁判之基礎，故本件聲請核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定相符，爰予受理，作成本判決。【7】

叁、審查標的（即系爭規定）及其沿革【8】

查 98 年 5 月 27 日修正公布之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 9
款（即系爭規定）明定：「營利事業有下列各款規定情形之一者，應
就其超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳……：一、違反
第 66 條之 2 第 2 項、第 66 條之 3 或第 66 條之 4 規定，虛增股東可
扣抵稅額帳戶金額……，致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其
應分配之可扣抵稅額者」。嗣因所得稅法關於兩稅合一制修正，股東
可扣抵稅額帳戶制度相關規定自 107 年 1 月 1 日起刪除，系爭規定乃
配合修正，於第 1 項本文增加「中華民國 106 年 12 月 31 日以前」，
以限定系爭規定應適用之事實發生時點，並於第 1 款增加「行為時」
等文字，其餘文字未修正，均自 107 年 1 月 1 日起生效。【9】

肆、形成主文之法律上意見【10】 10

一、審查原則【11】 11

按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。如 12
對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差
別待遇，均屬違反平等原則。又法規範是否符合平等原則之要求，其
判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之
分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（司法院
釋字第 593 號、第 764 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋參
照）。租稅法律關係中，立法者對稅捐債務人或與稽徵程序相關聯之
其他第三人課以稅捐協力義務，並因協力義務種類及性質之不同，分
別訂定不同之規範，其分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規
劃及稽徵程序之效率，固適合由代表民意之立法機關及擁有專業能力
之相關行政機關決定。惟其決定仍應有正當目的，且分類與目的之達
成間應具有合理關聯，始符合憲法第 7 條平等權保障之意旨（司法院
釋字第 745 號解釋參照）。【12】

二、本庭之判斷【13】 13

（一）立法者對營利事業課以設置股東可扣抵稅額帳戶並須正確紀錄 14
及保持憑證之協力義務，為增進公共利益所必要，尚非憲法所
不許【14】

依中華民國公司法規定設立登記成立之公司，或經中華民國政府認許在中華民國境內營業之外國公司所分配之股利，為中華民國來源所得（所得稅法第 8 條第 1 項第 1 款規定參照），獲有股利所得之人應依所得稅法之規定繳納所得稅（所得稅法第 2 條及第 3 條第 1 項、第 3 項規定參照）。【15】

又我國所得稅法制自 87 年起至 106 年止，採兩稅合一制度，營利事業依據所得稅法之規定繳納營利事業所得稅後，將稅後盈餘分配予股東，再由股東將股利所得或盈餘納入稅基，繳納個人綜合所得稅。為避免同一來源所得（股利或盈餘）在不同稅捐主體重覆課徵屬性相同之所得稅，立法者並採取「設算扣抵制」，將營利事業所繳納之營利事業所得稅，於繳納後，換算成股東可扣抵之稅額，由營利事業發給股東相關證明文件，使個人股東於繳納個人綜合所得稅時，得向稽徵機關憑以主張該可扣抵之稅額，故該時期之所得稅法（下稱舊制所得稅法）第 3 條之 1 規定：「營利事業繳納屬 87 年度及以後年度之營利事業所得稅，除本法另有規定外，於盈餘分配時，由其股東或社員將獲配股利總額或盈餘總額所含之稅額，自當年度綜合所得稅結算申報應納稅額中扣抵。」【16】

另，為實施上開兩稅合一設算扣抵制，立法者在會計帳簿之外，另課以營利事業設置股東可扣抵稅額帳戶之義務，用以記錄依法應分配予股東之可扣抵稅額（舊制所得稅法第 66 條之 2 至第 66 條之 6 規定參照），並規定須保持足以正確計算該帳戶金額之憑證及記錄，以供稽徵機關查核（舊制所得稅法第 66 條之 1 規定參照）。是股東可扣抵稅額帳戶記載，將直接影響營利事業應分配予股東之可扣抵稅額，於營利事業依其可扣抵稅額帳戶之錯誤記載，致發生超額分配予股東可扣抵稅額時，國家即可能因各該股東於申報並繳納個人綜合所得稅時行使扣抵權而發生稅捐損失。【17】

而租稅法律關係中，除稅捐客體所歸屬之主體為稅捐債務人，例如前述獲有股利所得之股東，應對國家負擔稅捐債務外，在完成稅捐稽徵之過程中，與稅捐債務人及國家完成稅捐稽徵程序相關連之其

他第三人，立法者如課以其相當之協力義務，以藉其協力而使國家掌握正確之課稅資料、維護租稅公平（司法院釋字第317號解釋參照）、降低稽徵成本及提高稽徵效率，亦非憲法所不許。是立法者立法明文課以營利事業設置股東可扣抵稅額帳戶，及正確記載並保持足以正確計算該帳戶金額之憑證之行為義務，以協助國家完成兩稅合一制之施行，即為增進公共利益所必要。【18】

（二）營利事業股東之股利盈餘所得稅，因其身分之不同，所適用之規範並不相同，致其於兩稅合一制可扣抵稅額相關規定之適用即有不同【19】

按非中華民國境內居住之個人，及在中華民國境內無固定營業場所及營業代理人之營利事業（下併稱境外股東），在中華民國境內有所得稅法第88條規定之各項所得者，不適用同法第71條關於結算申報之規定，其應繳納予中華民國之所得稅，由扣繳義務人，於給付時，依規定之扣繳率扣繳之（所得稅法第73條第1項規定參照）。公司分配予境外股東之股利即屬同法第88條第1項第1款規定之所得，應由扣繳義務人即給付股利之公司，於給付時，依規定之扣繳率，為境外股東將其應給付予中華民國之所得稅扣繳後向國庫繳清之（所得稅法第89條第1項第1款規定參照）。【20】

另境外股東獲配股利總額或盈餘總額所包含之稅額，不適用第3條之1規定。但獲配股利總額或盈餘總額所含稅額，其屬依第66條之9規定，加徵百分之十營利事業所得稅部分實際繳納之稅額，得抵繳該股利淨額或盈餘淨額之應扣繳稅額（104年起修正為僅得就加徵部分之半數抵繳），舊制所得稅法第73條之2定有明文。又如前所述，舊制所得稅法第3條之1之規定為我國實施兩稅合一制度之基礎條文，舊制所得稅法第73條之2本文既排除境外股東適用該條規定，則綜合所得稅法第73條第1項前段、第88條第1項第1款及第89條第1項第1款規定可知，境外股東所獲配之股利係採就源扣繳，原則上並不適用兩稅合一之設算扣抵制，僅例外於舊制所得稅法第73條之2但書所指之情形及範圍，亦即「獲配股利總額或盈餘總

額所含稅額，其屬依第 66 條之 9 規定，加徵百分之十營利事業所得稅部分實際繳納之稅額」部分，境外股東始得抵繳該股利淨額或盈餘淨額之應扣繳稅額。【21】

申言之，由於境外股東股利可扣抵稅額之扣抵權，業經舊制所得稅法第 73 條之 2 本文予以排除，除該規定但書關於未分配盈餘加徵營利事業所得稅之例外情形外，依我國稅制，境外股東向我國繳納所得稅時，本無就股利可扣抵稅額行使扣抵之可能，則縱使營利事業股東可扣抵稅額帳戶記載錯誤，致形式上有超額分配境外股東可扣抵稅額之情形，排除上述例外情形外，國家並不因其記載之錯誤而受有任何稅款之損失。【22】

但就上述例外情形而言，所得稅法第 66 條之 9 第 1 項規定「自 87 年度起，營利事業當年度之盈餘未做分配者，應就該未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅。」係立法者「為避免營利事業藉保留盈餘規避股東或社員之稅負，並基於實施兩稅合一制度後之稅收損失，不應由股東以外之納稅義務人負擔，爰於第 1 項明定營利事業應自 87 年度起，就當年度之未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅」所為之特別規定（立法院公報第 86 卷第 57 期院會紀錄第 56 頁至第 59 頁參照）。依舊制所得稅法第 66 條之 3 第 1 項規定，營利事業應計入當年度股東可扣抵稅額帳戶餘額（加項）者共有 6 款規定，其中未分配盈餘加徵之稅額部分為得計入之一種，主管機關並單獨訂定所得稅法施行細則第 61 條之 1 規定，就營利事業關於股利或盈餘中所含屬未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅額部分，規定應如何計算以分配得抵繳該股利淨額或盈餘淨額之應扣繳稅額之公式，足見此部分與其他項目可明確區別並分開計算，此一境外股東例外得扣抵之稅額，如營利事業就該部分之可扣抵稅額帳戶記載錯誤而有虛增，國家即可能受有稅捐之損失。【23】

（三）系爭規定部分規範內容，涉及就不同事物為相同處理，於此範圍內，抵觸平等權之保障【24】

系爭規定以「營利事業有下列各款情形之一者，應就其超額分

配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳……：一、違反第 66 條之 2 第 2 項、第 66 條之 3 或第 66 條之 4 規定，虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額者」，規定逕以可扣抵稅額帳戶「所記載」之金額與「應記載」之金額間之差額，命營利事業應補繳差額，其立法理由為「第 1 項明定營利事業虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……，致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額時，該營利事業應負『補繳稅額』……義務之規定」（立法院公報第 86 卷第 57 期院會紀錄第 79 頁參照）。「營利事業未依……規定計算可扣抵稅額，致超額分配者，將造成國庫稅源流失，影響國家資金調度……」（立法院公報第 98 卷第 26 期院會紀錄第 101 頁及第 102 頁參照）。【25】

系爭規定為避免營利事業股東可扣抵稅額帳戶記載錯誤，使分配予股東之可扣抵稅額超過其應分配之金額，致個人股東於繳納綜合所得稅時，虛增可扣抵金額，減少個人股東對國家之綜合所得稅債務，造成國庫可能流失稅源，並影響資金調度，對違反協力義務，未依法正確記錄可扣抵稅額帳戶，致超額分配可扣抵稅額之營利事業，使其負擔財產上之不利益，命其繳納超額分配之差額，以彌補可能流失之稅源並兼顧稽徵效率，一般而言，就股東全部或部分為境內股東而得主張可扣抵稅額之營利事業，其目的核屬正當，所採之手段亦有助於目的之達成，而有合理關聯。【26】 26

至於股東全部為境外股東之營利事業，縱有可扣抵稅額帳戶記載錯誤，虛增股東可扣抵稅額之情形，除未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅之可扣抵稅額部分外，國家並無任何稅捐損失可言，就系爭規定之立法理由所指「造成國庫稅源流失，影響國家資金調度」之目的，並考量立法者為使國家掌握正確之課稅資料、維護租稅公平、降低稽徵成本及提高稽徵效率，課以營利事業協力義務而言，系爭規定未區分營利事業是否全數為境外股東，於營利事業所記載可扣抵稅額帳戶金額與應報列金額不符時，一律要求營利事業補繳差額，其所採分類標準顯然涵蓋過廣，尚難謂與「造成國庫稅源流失，影響 27

國家資金調度」及兼顧稽徵效率之目的之達成間具有合理關聯，係對不同之事物為相同之處理而未為合理之差別待遇，於此範圍內，牴觸憲法第 7 條平等權之保障。【27】

三、結論【28】

綜上所述，系爭規定除上述例外情形（依所得稅法第 66 條之 9 規定，未分配盈餘加徵營利事業所得稅實際繳納稅額所生之可扣抵稅額）外，不論營利事業虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，形成形式上超額分配可扣抵稅額之情形，是否因此可能致國家稅源流失，概依超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業補繳差額，就股東全部為境外股東，亦即為非中華民國境內居住之個人，及在中華民國境內無固定營業場所及營業代理人之營利事業部分，與憲法保障平等權之意旨有違，於此範圍內，應自本判決公告之日起失其效力。【29】

四、附此指明【30】

末查，營利事業依舊制所得稅法之相關規定，負有設置股東可扣抵稅額帳戶並正確記錄及保持憑證之稅捐協力義務，營利事業若違反此一行政法上義務，本應受制裁。立法者衡酌事件之特性、侵害法益之輕重及所欲達成之管制效果，訂定相關制裁規定，如未逾越比例原則，尚屬立法裁量之範圍，附此指明。【31】

中 華 民 國 112 年 7 月 21 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

本判決由張大法官瓊文主筆。

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、 林大法官俊益、許大法官志雄、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	黃大法官虹霞、吳大法官陳璫、 蔡大法官明誠、黃大法官瑞明、 楊大法官惠欽

【意見書】

部 分 協 同：黃大法官虹霞提出。

部分不同意見書

部分不同意見書：楊大法官惠欽提出。

不 同 意 見 書：蔡大法官明誠提出，吳大法官陳璫、黃大法官瑞明
加入

以上正本證明與原本無異。

書記官

戴紹煒

中 華 民 國 112 年 7 月 21 日

部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官 提出

第
10
號

一、本件爭議與兩稅合一設算扣抵制（下稱兩稅合一制）相關。所得稅法係於中華民國 87 年起採行兩稅合一制，迄 107 年 2 月 7 日總統令修正公布刪除所得稅法第 66 條之 1 至第 66 條之 8 即原第 3 章營利事業所得稅第 5 節股東可扣抵稅額帳戶之全部規定止，但相關之原來所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定）仍繼續適用於中華民國 106 年 12 月 31 日以前部分，即自 107 年 1 月 1 日起部分已不再有兩稅合一制之適用。而且本件聲請係於 107 年始提出，由聲請人立場，當然是因為甫取得確定不利終局確定裁判之故；然則本件雖係於 111 年憲法訴訟法修正公布後臨施行前數日，為本件聲請是否受理之審查，依法其受理與否固然應依司法院大法官審理案件法規定，但憲法訴訟法第 61 條已經規定：案件受理以具憲法重要價值為前提，本件聲請僅涉及屬營利事業財產權之爭執，且因為兩稅合一制已不再適用多年，故僅為無關未來案件之過去零星個案之爭議，從而本件聲請難認具憲法重要性，本席以為應以不受理為宜。

二、又兩稅合一制是否採行、如何採行即相關制度細節之設計比如如何設算扣抵、相關違反行為之補救處置選擇（就此而言：立法者係捨牽動大之更正申報方式，而取較簡便之系爭規定所示之補繳超額分配差額方式）、甚至處罰，原則上均屬立法形成範疇；而針對境外人士在中華民國之來源所得如何課稅，比如是否採取就源課稅及其稅率，亦均屬立法裁量事項。此外，兩稅合一制度下，是否准許營利事業之境外股東行使扣抵權、其範圍，原則上亦屬立法形成範疇。準此，且基於本件爭議僅止於以為聲請人之營利事業有違反行為為前提之補救處置，而不及於行政處罰（本件聲請人未受罰鍰處分），本席以為即使受理，也難即認聲請人所指摘之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定即系爭規定違憲。

三、另本件判決固肯定系爭規定適用於營利事業中，其股東均為境內股東或僅部分為境外股東者，系爭規定未違憲，但其主文及理

由稱系爭規定適用於其股東全部均屬境外股東之營利事業時，系爭規定牴觸憲法第7條平等原則，本席以為不然，理由如下：

1、等則等之、不等者不等之，斯為平等原則。但平等與否之比較，應立基於相同地位之權利主體之間，不同地位權利主體間無從為平等與否之相互比較及推論。又營利事業與其股東係不同之權利主體，及就兩稅合一制言，係立於不同之法律地位（分別為股利及可扣抵稅額分配者及受分配者；且營利事業兼負有設置可扣抵稅額帳戶及持續維護該帳戶金額正確性等協力義務，而股東則無此義務），是法律規定適用於同一營利事業之股東與股東間縱有不平等之情事，亦不得據此推論該法律規定對於該等股東所屬營利事業，即因而存有牴觸憲法第7條平等原則違憲之情事。但本件判決卻以營利事業境內與境外股東間，股利盈餘所得稅扣繳方式不同，及二者於兩稅合一制可扣抵稅額相關規定之適用不同等為由，推論系爭規定係就境內股東與境外股東兩者不同之事物為相同之處理，系爭規定因而就其全部股東均為境外股東之營利事業部分，牴觸憲法第7條平等權之保障意旨（本件判決理由第19段、第24段及第27段參照）。然則本件聲請人為營利事業，非為其境外股東，且系爭規定係適用於營利事業，非直接適用於營利事業之境內外股東；再者如上所述，營利事業與其股東非係立於相同之權利主體地位，是系爭規定縱對本件聲請人之100%境外股東存有不平等情事，但本件判決因之而逕自推論，本件判決顯然存有上述以股東間之不平等，推論系爭規定適用於股東所屬營利事業時為違憲之謬誤。

2、本件判決理由係以兩稅合一制相關規定於營利事業之境外股東原則上不適用為前提論述（本件判決理由第21段參照）。然而不准扣抵與不適用係不同之概念，所得稅法兩稅合一制相關規定固然認營利事業之境外股東原則上不得主張扣抵，但不能據此推論兩稅合一制相關規定不適用於營利事業之境外股東，此由本件判決所引所得稅法第73條之2規定觀之即明。

3、兩稅合一制下，營利事業之境內外股東是否因而存在差別待

遇？本件判決肯認之，本席以為不然。因為稅捐公平與否應該全盤綜合全部相關規定考量之，不應割裂觀察判斷。就兩稅合一制不許境外股東扣抵部分言，固然對境外股東不利；但是境內股東與境外股東股利所得之扣繳稅率本即不同：境外股東部分，股利所得最高稅率於原因案件發生當時為百分之二十，但境內股東之最高稅率則為百分之四十。二者本即不同。是自不能單由兩稅合一制下，原則上不許境外股東扣抵為由，遽認境內股東與境外股東形成差別待遇，從而沒有所謂無正當理由之差別待遇問題，當然更不能因此推論系爭規定適用於營利事業時，牴觸憲法第 7 條平等權保障為違憲。

4、此外，依本件判決意旨：系爭規定適用於其股東全部為境外股東之營利事業為牴觸憲法第 7 條平等權保障之結論，則此等營利事業無須依系爭規定填補超額分配之差額，反之，其他營利事業則須如數填補超額分配之差額，兩者之間亦將形成差別待遇，就此而言，已然形成不公平，且無正當理由。因為此二種營利事業，原來因為超額分配所造成之可扣抵稅額帳戶期初餘額錯誤（帳列金額減少）之事實，並無不同；且因為此一錯誤，將造成其等之未來股東原可受分配之扣抵金額因而減少之事實，亦無不同。二者間不應存有差別待遇。

另外，因為前者依據本件判決之意旨，無須填補，導致前者之未來股東受有扣抵金額減少之損害；反之，後者依據本件判決之意旨，必須填補差額，其未來股東將不會受有扣抵金額減少之損害，二者之未來股東相互比較結果，也將形成無正當理由之差別待遇。

上述兩種情形，均反而牴觸憲法第 7 條平等原則。

5、又營利事業之全部股東均為境外股東之情形，因為境外股東無扣抵權，故國家之稅收固然不致因超額分配可扣抵金額而受損失。但是系爭規定之目的非僅為避免國家稅捐損失而已，系爭規定乃兩稅合一制之必要措置，課營利事業持續維護可扣抵稅額帳戶正確性之協力義務，其目的亦在於確保可扣抵稅額帳戶餘額之正確性，以保護營利事業未來股東之可扣抵權（因為原則上股份依法得隨時自由轉讓，故營利事業於股東會決議分配盈餘時，無法確認其股東是否均為境外

股東之事實；而且於超額分配扣抵稅額時，亦無法確認其股東架構未來不致變動，即必將繼續維持百分之百境外股東之狀態。從而如不填補超額扣抵稅額之差額，且股份自由轉讓者，勢必將減少受讓股東，亦即營利事業未來股東之可扣抵金額），更何況在全部股東均為境外股東之情形，也非無因此致國家稅源流失之可能。是本件判決僅由國家有無稅捐損失出發，無視其可能因此致國家稅源流失之事實，未兼顧可扣抵稅額帳戶餘額之正確性，及未來股東可扣抵權之保護，其理由自有未洽。

6、本件無關平等不平等，充其量係是否過苛而與憲法第23條比例原則有違之問題而已。

四、本件本席勉予同意妥協退讓，如本件聲請人之情形者，得請求退還所補繳之超額分配可扣抵稅額差額，係以事後諸葛之思維，及政府不必與民爭利之觀點，從憲法第23條比例原則出發。謹略述如下：

1、如本件聲請人之情形者（在兩稅合一制施行期間，持續保持全部股東均為境外股東之狀態），係兩稅合一制下之極端特例，要求立法者於採行兩稅合一制之始，即針對此種極端特例預先設想並為特別規定，實屬過當，是本件處理係出於事後諸葛之思維。

2、如本件聲請人之情形者，除了政府沒有稅捐額外損失外，也不生營利事業未來股東可扣抵權減少之問題，因為沒有股份轉讓之事實。因此，此種情形，聲請人與政府所爭者，僅為聲請人已補繳款退還之利，本席以為政府不必與此等營利事業爭補繳款是否退還之利。

3、此種情形，固然並非典型憲法第23條比例原則所示過苛之事例，然則本於政府不必與民爭利之觀點，非不可認此種不予退還已補繳款之情形，符合過苛之要件，以退還為宜。又本席考量兩稅合一制已屬明日黃花，且類此情形之事例應不多，從而認為以退還為宜，其整體金額應相對有限，當不至於過度影響稅捐收入。因此勉予同意妥協退讓。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

第
10
號

關於本號判決審查標的之中華民國 98 年 5 月 27 日修正公布之所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定）是否合於平等權保障之審查，本席對於本號判決認系爭規定抵觸憲法第 7 條平等權保障之範圍，不及於營利事業僅部分為境外股東部分，尚難同意，爰就此部分提出部分不同意見書。

壹、系爭規定之簡介

一、系爭規定之規範意涵及目的

本號判決審查標的之系爭規定係規定：「營利事業有下列各款規定情形之一者，應就其超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳……：一、違反第 66 條之 2 第 2 項、第 66 條之 3 或第 66 條之 4 規定，虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額者。」而誠如本號判決所稱：系爭規定逕以股東可扣抵稅額帳戶「所記載」之金額與「應記載」之金額間之差額，命營利事業應補繳差額並予以處罰，其立法理由為「第 1 項明定營利事業虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……，致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額時，該營利事業應負『補繳稅額』及繳納罰鍰義務之規定」。「營利事業未依……規定計算可扣抵稅額，致超額分配者，將造成國庫稅源流失，影響國家資金調度……」（本號判決理由第 25 段參照）。

於兩稅合一制下，營利事業虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，致股東受有超額分配之可扣抵稅額，所以造成國庫稅源流失，係因下述（1）＋（2）之因素所導致：

（1）此等超額分配之可扣抵稅額，本屬依法尚非可歸入該營利事業之股東可扣抵稅額帳戶之金額；亦即就國家而言，係尚無該等金額之營利事業所得稅（下稱營所稅）收入，卻因該營利事業之錯誤，而虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，致有可扣抵稅額之超額分配。

（2）此等超額分配之可扣抵稅額，因原則上最終將分配予自然

人股東用以扣抵其等之應納綜合所得稅（下稱綜所稅）稅額，從而使國家受有實際上並未收得之營所稅，卻得由自然人持以申報扣抵其綜所稅之稅捐損失。

綜上可知，營利事業之虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，從而超額分配可扣抵稅額，其真正得利者係最終申報扣抵綜所稅之自然人股東，故而正本清源之處理方式，自係由營利事業更正原錯誤分配之可扣抵稅額，將之予以轉正；然此等作法因需耗費高額之成本，且其成本復與發現錯誤所經過之時間長短及營利事業之股東人數呈正比。是所得稅法基於稽徵經濟及營利事業所需耗費成本等之考量，乃採系爭規定之責令營利事業補繳超額分配可扣抵稅額之金額模式；而此等立法政策，參諸上述系爭規定之立法理由，其亦呈現係使違反行為義務之營利事業，補繳超額分配可扣抵稅額之金額，以填補國家因營利事業超額分配可扣抵稅額所形成稅捐損失之意旨。

二、營利事業超額分配可扣抵稅額，所形成之國家稅捐損失，於受配者係境內股東或境外股東，係有相當之差異

依兩稅合一制施行時期所得稅法（下稱舊制所得稅法）第3條之1、第73條、第73條之2及第88條規定，於兩稅合一制下，營利事業之境外股東所獲配之股利係採就源扣繳，至分配予境外股東之可扣抵稅額，除屬同法第73條之2但書所規定加徵百分之十營所稅之實際繳納稅額，可抵繳上述之扣繳稅額外，並不生抵繳稅額之情（詳參本號判決理由第21段至第23段）。

換言之，營利事業之股東可扣抵稅額帳戶縱有虛增金額，並因而超額分配股東可扣抵稅額者，此等超額分配予股東之可扣抵稅額，若係分配予境內股東，其將因最終分配予自然人股東，而得用以扣抵綜所稅稅額。但若係分配予境外股東，因此等超額分配之可扣抵稅額，原則上係不得用以扣抵境外股東應納稅額（按，所以稱原則上，係因有上開所述加徵百分之十稅款之例外情形，而以下說明均係針對原則之情形為之），從而，國家原則上亦不因營利事業之超額分配可扣抵稅額予境外股東，致有稅捐損失情事。

三、自系爭規定所規範「補繳」之性質觀之，超額分配之可扣抵稅額，於分配予境內股東或境外股東所存之差異

系爭規定所以責令營利事業應補繳其因虛增股東可扣抵稅額帳戶金額而超額分配可扣抵稅額之金額，係因營利事業之此等行為將造成國庫之稅額流失；此外，營利事業之超額分配可扣抵稅額，真正得利者係最終申報扣抵綜所稅之自然人股東等情，均已詳如上述。從而可知，超額分配可扣抵稅額之營利事業，其固有違反「保持股東可扣抵稅額帳戶餘額正確義務」之行為，然因此所直接關涉者，亦僅屬是否對營利事業課予行為罰之問題，尚無從因此導出該超額分配之稅額係營利事業本身之稅捐債務，進而負有納稅責任。故而就系爭規定之補繳，論者間係存有如義務違反之損害賠償或懲罰性擔保責任等之不同論點¹。

循上述論點，系爭規定之補繳，亦因營利事業超額分配可扣抵稅額究係分配予境內股東或境外股東，而存有以下所述之差異：

- (1) 如認補繳之性質為營利事業因義務違反之損害賠償，則系爭規定所應責令補繳（賠償）者，當係指營利事業之行為所造成損害之金額。是若「超額」分配之可扣抵稅額，係分配予境內股東，因該「超額」之可扣抵稅額，最終將由自然人股東持以申報扣抵應納綜所稅稅額，並因國家並無該超額金額之稅捐收入，從而使國家有稅捐損失之損害；但若該「超額」係分配予境外股東者，因境外股東就該超額分配之可扣抵稅額，原則上並不得持以申報扣抵其應納稅額，從而國家並不因之有稅捐損失，則營利事業即無因超額分配可扣抵稅額致存有應賠償之損害。
- (2) 如認系爭規定之補繳，性質上屬懲罰性之擔保責任，則基於擔保責任之從屬性，自應有擔保之主債務存在，擔保人始有應負

¹ 依於本案所召開之說明會，專家學者盛子龍教授及關係機關財政部所分別提出之論點。

之擔保責任。是若營利事業「超額」分配之可扣抵稅額，係分配予境內股東，因該「超額」分配之可扣抵稅額，最終將由自然人股東持以超額扣抵應納綜所稅稅額，而使該持以扣抵之自然人股東受有利益，並因而造成國家之稅捐損失，是該超額部分之受益者係應對國家負返還義務，從而使因系爭規定而負擔保責任之營利事業，因存有應擔保之主債務，而應負系爭規定所定之補繳責任。但若係分配予境外股東，因境外股東就該超額分配之可扣抵稅額，原則上係不得持以申報扣抵其應納稅額，從而國家原則上並不因之有稅捐損失；此外，境外股東就受配股利之應納稅額，係由營利事業於分配股利時即先就源扣繳，是境外股東亦無因股利分配致對國家存有租稅債務；亦即境外股東原則上尚不因營利事業超額分配可扣抵稅額致對國家存有租稅債務之情，則於無主債務存在之情況下，應負擔保責任之營利事業，自亦無因之而有應負之補繳責任。

貳、系爭規定違反平等權保障之範圍，尚應及於責令補繳超額分配可扣抵稅額屬分配予營利事業非全部為境外股東之金額部分

一、本號判決就系爭規定是否符合憲法第7條平等權保障之審查，所採之分類標準

本號判決就系爭規定之責令營利事業補繳超額分配予股東可扣抵稅額之金額，所以僅認於營利事業之股東「全部」為境外股東部分，始牴觸憲法第7條平等權之保障，除基於系爭規定之立法理由所指「造成國庫稅源流失，影響國家資金調度」之目的外，係另「考量立法者為使國家掌握正確之課稅資料、維護租稅公平、降低稽徵成本及提高稽徵效率，課以營利事業協力義務而言，系爭規定未區分營利事業是否全數為境外股東，於營利事業所記載可扣抵稅額帳戶金額與應報列金額不符時，一律要求營利事業補繳差額，其所採分類標準顯然涵蓋過廣，尚難謂與『造成國庫稅源流失，影響國家資金調度』及兼顧稽徵效率之目的之達成間具有合理關聯，係對不同之事物為相同之處理而未為合理之差別待遇，於此範圍內，牴觸憲法第7條平等權

之保障。」（本號判決理由第 25 段及第 27 段參照）是本席認本號判決就系爭規定是否違反平等權保障之審查，係以是否造成國庫稅源流失＋稽徵效率（稽徵成本），作為分類標準。

二、關於本號判決所採分類標準之探討

關於營利事業因虛增股東可扣抵稅額帳戶金額而超額分配可扣抵稅額，從而致稅捐損失之處理方法，如前所述，本係應由營利事業予以回溯更正，惟我國所得稅法則以系爭規定明文規範「責令營利事業補繳」²。而基於回溯更正，不論於稽徵機關或營利事業均需耗費鉅額成本下（詳參後附之附圖），固足認立法者以系爭規定明文責令營利事業補繳，係具有稽徵經濟之考量，惟所指之稽徵經濟，核係為避免因採「回溯更正」方式所需耗費如附圖所稱之鉅額遵從成本，尚非關於查核營利事業超額分配之可扣抵稅額究係分配予境內股東或境外股東以及所各分配金額，而須耗費之成本（詳下述）。故對於已明文責令營利事業補繳超額分配可扣抵稅額之系爭規定，是否符合平等權保障之審查，本席認於分類標準上，所應著重者應係前開系爭規定立法理由所稱之「國庫稅額流失」，尚非稽徵經濟或效率之考量。

三、不論營利事業係全部或部分為境外股東，系爭規定責令營利事業補繳超額分配予境外股東可扣抵稅額之金額部分，原則上均係違反平等權之保障

（一）營利事業超額分配予境外股東之可扣抵稅額，不論該營利事業之股東係全部或部分為境外股東，原則上均未因此造成國家之稅捐損失

承前開〈壹、二、〉所述，營利事業因虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，而超額分配可扣抵稅額，其中分配予境外股東之金額部分，

² 關於營利事業之申報錯誤，於稅捐稽徵實務，有申報義務之營利事業尚非不得申請更正。且觀所得稅法第 114 條之 2 第 3 項：「前 2 項規定之營利事業有歇業、倒閉或他遷不明之情形者，稽徵機關應就該營利事業超額分配或不應分配予股東或社員扣抵之可扣抵稅額，向股東或社員追繳。」之規定，亦得佐證之。

基於境外股東原則上並不得將受配之可扣抵稅額用以扣抵其應納稅額，而未因之對國家造成稅捐損失，亦即此等未形成國家之稅捐損失，係源於超額分配之可扣抵稅額之受配者為境外股東，是不論為超額分配可扣抵稅額之營利事業，其股東係全部或部分為境外股東，只要受配者係境外股東，其原則上並未因此造成國家稅捐損失一節，均相同。從而，系爭規定未區分營利事業超額分配之可扣抵稅額，究係分配予境內股東或境外股東，均責令營利事業補繳全部超額分配稅額之金額，核係就不同事物而為相同之處理。

（二）關於系爭規定是否符合平等權保障之審查，稽徵成本一事應認係不具意義

關於超額分配可扣抵稅額之營利事業，不論是否有境外股東？係全部或部分為境外股東？稅捐稽徵機關均須經過調查始能得知。而依稅捐稽徵法第30條第1項規定：「稅捐稽徵機關或財政部賦稅署指定之調查人員，為調查課稅資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示帳簿、文據或其他有關文件，或通知納稅義務人，到達其辦公處所備詢，被調查者不得拒絕。」從而，稅捐稽徵機關於查得營利事業有虛增股東可扣抵稅額帳戶金額而超額分配可扣抵稅額情事，如欲再進一步查明此等超額分配之可扣抵稅額，是否有分配予境外股東之情，係得依上述稅捐稽徵法第30條第1項規定，要求該營利事業說明，並提供相關分配資料供稅捐稽徵機關查核；又因營利事業進行之盈餘（股息、股利）分派，基於就境外股東、境內股東本有開立扣繳憑單、股利憑單之別，可知營利事業亦係握有其股東究屬應開立扣繳憑單之境外股東或應開立股利憑單之境內股東之相關資料；並佐以稅務違章案件減免處罰標準（下稱減免處罰標準）第7條第3款：「依所得稅法第114條之2規定應處罰鍰案件，有下列情事之一者，減輕或免予處罰：……三、營利事業超額分配可扣抵稅額或不應分配可扣抵稅額而予分配者，其股份係由非中華民國境內居住之個人或總機構在中華民國境外之營利事業持有之部分，免予處罰。」之規定，應足認核算營利事業超額分配予境外股東之可扣抵稅額，尚非係

困難而須耗費高額稽徵成本之事³。

另營利事業超額分配之可抵稅額是否全部分配予境外股東，本須先就該營利事業對股東之盈餘分配究係開立扣繳憑單或股利憑單等情，進行全面性之調查，並為相對應資料之稽核，始得以確認。是於營利事業有無境外股東、全部或部分為境外股東等節之釐清，就調查方法及程序言，其等間實無甚差異，且此等稽徵成本，亦非以系爭規定規範之補繳制所欲避免之鉅額遵從成本（詳附圖）。

此外，系爭規定就營利事業超額分配之可扣抵稅額，未區分究係分配予境內股東或境外股東，而予以合理之差別待遇，即就此等差額之金額，均一律責令營利事業補繳，若認其中責令補繳分配予境外股東之金額部分，係違反平等權保障意旨而違憲，則不論該營利事業係全部或部分為境外股東，其法律效果均僅係認稅捐稽徵機關依系爭規定責令營利事業補繳之金額，原則上不得包含分配予境外股東之可扣抵稅額之金額。至於超額分配予境內股東之可扣抵稅額，不論是分配予境內個人股東或境內營利事業股東即附圖之〈a 及乙〉之金額，均仍依系爭規定（即現行制度）責令營利事業即附圖之甲公司補繳，亦即尚非認現行系爭規定之補繳制係屬違憲，而只能按回溯更正制辦理。申言之，營利事業縱屬有部分為境外股東及境內股東之類型（如附圖之甲公司），因稅捐稽徵機關仍應依系爭規定責令營利事業補繳超額分配予境內股東可扣抵稅額之金額，而尚不生此部分之超額分配可扣抵稅額須回溯更正，致生如附圖所示之鉅額遵從成本情事。

（三）小結

綜上所述，營利事業超額分配予境外股東之可扣抵稅額，不論該營利事業之股東係全部或部分為境外股東，原則上均未造成國家之

³ 減免處罰標準係財政部依稅捐稽徵法之授權所訂定發布，而財政部既已於減免處罰標準第 7 條第 3 款明定營利事業超額分配可扣抵稅額予營利事業之境外股東部分之金額係屬免罰，則稅捐稽徵機關自須核算出此免罰部分之金額，始得據以認定課以 1 倍以下罰鍰之基準金額。從而，應得據之而認此金額之核算，尚非困難且須耗費高額之成本者，否則財政部應不會為此等免罰規定。

稅捐損失；且超額分配可扣抵稅額之營利事業，不論其股東係全部或部分為境外股東，就此等相關事實之查核，其稽徵成本亦均相當，且此等查核成本亦非採取系爭規定之責令營利事業補繳制所欲避免之鉅額遵從成本，而於系爭規定是否符合平等權保障之審查，應認係不具意義。從而，本席認除依舊制所得稅法第 73 條之 2 但書規定之可扣抵稅額外，系爭規定未區分營利事業超額分配之可扣抵稅額，究係分配予境內股東或境外股東，均依超額分配可扣抵稅額之金額，一律責令營利事業限期補繳，就其中關於責令補繳超額分配予境外股東可扣抵稅額之金額部分，核係就不同事物卻未為合理之差別待遇，牴觸憲法第 7 條平等權之保障。惟本號判決卻僅就系爭規定於營利事業為全部境外股東，其責令營利事業補繳超額分配予境外股東可扣抵稅額之金額部分，始認牴觸憲法第 7 條平等權之保障，就所未及於營利事業僅部分為境外股東部分，本席尚難同意。

參、期待相關機關更全面性並及時之作為，俾得更有效落實納稅者權益之保護——代結論

系爭規定係因我國所得稅法採行兩稅合一制，於 86 年 12 月 30 日所制定公布；然 98 年 11 月 6 日修正發布之減免處罰標準第 7 條即針對「依所得稅法第 114 條之 2 規定應處罰鍰案件」於第 3 款規定：「三、營利事業超額分配可扣抵稅額或不應分配可扣抵稅額而予分配，如其股份係由非中華民國境內居住之個人或總機構在中華民國境外之營利事業百分之百持有，免予處罰。」同條款嗣於 105 年 1 月 15 日復修正發布為「三、營利事業超額分配可扣抵稅額或不應分配可扣抵稅額而予分配，其股份係由非中華民國境內居住之個人或總機構在中華民國境外之營利事業持有之部分，免予處罰。」換言之，營利事業超額分配可扣抵稅額，不論受分配之股東係境內股東或境外股東，依所得稅法第 114 條之 2 第 1 項規定，稅捐稽徵機關除應依該條項前段規定，責令營利事業補繳超額分配可扣抵稅額之金額外，尚因同條項後段「並按超額分配之金額，處 1 倍以下之罰鍰」之規定，亦會對營利事業處以超額分配金額之 1 倍以下之罰鍰（原規定為 1 倍之

罰鍰，嗣於 98 年 5 月 27 日修正公布為 1 倍以下之罰鍰）；嗣因上述減免處罰標準之先後修正發布，而使營利事業不論係全部為境外股東或部分為境外股東，就超額分配可扣抵稅額予境外股東部分之金額，均得免為所得稅法第 114 條之 2 第 1 項後段規定之處罰。

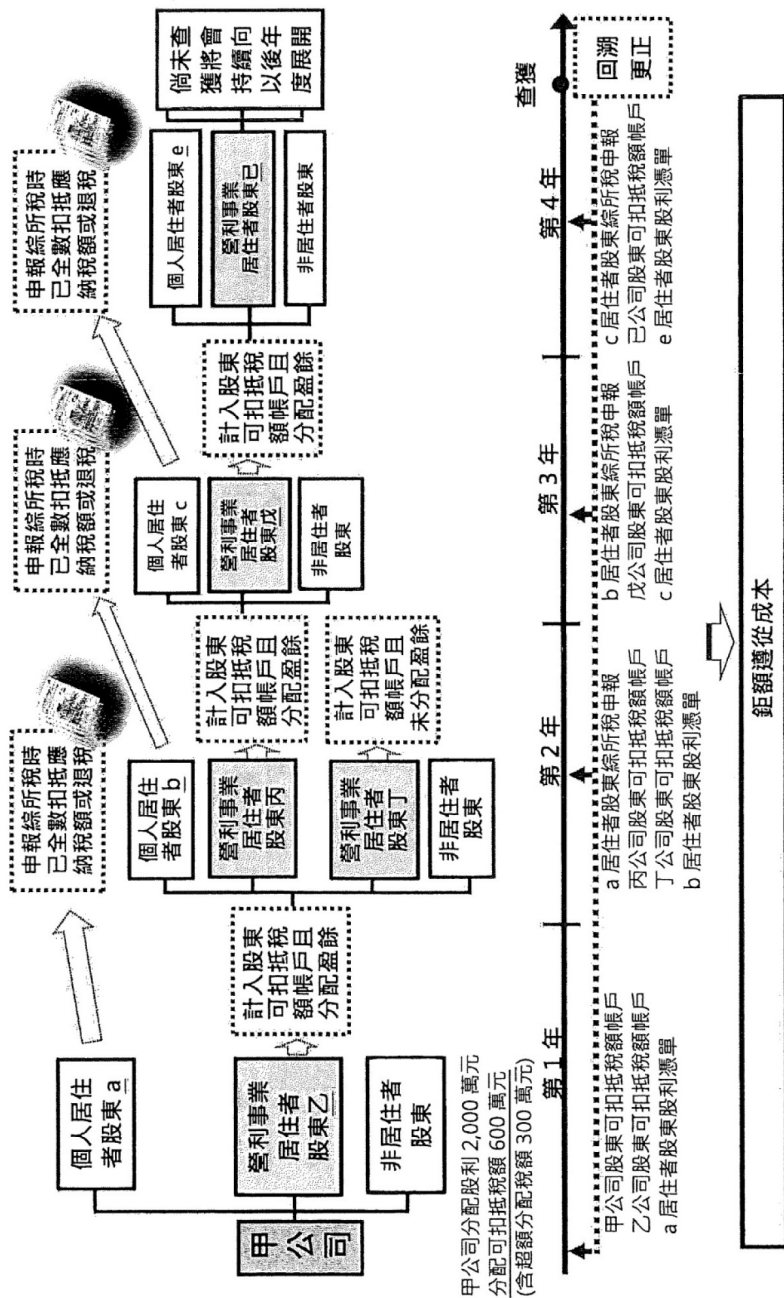
惟減免處罰標準係依稅捐稽徵法第 48 條之 2 第 2 項規定之授權而訂定，又稅捐稽徵法第 48 條之 2 係規定：「（第 1 項）依本法或稅法規定應處罰鍰之行為，其情節輕微，或漏稅在一定金額以下者，得減輕或免予處罰。（第 2 項）前項情節輕微、金額及減免標準，由財政部定之。」可知，減免處罰標準係針對應處罰鍰之行為，就情節輕微或漏稅在一定金額以下者，所訂定罰鍰之「減或免」之標準。而觀諸減免處罰標準之整體規範體例，並衡酌超額分配可扣抵稅額之金額，其個案情節係各殊，且就營利事業而言，其核屬行為義務之違反，雖系爭規定責令補繳超額分配之金額，但如上所述，並非因營利事業自身有漏稅之行為，是上述減免處罰標準第 7 條第 3 款之免罰規定似僅得歸類至「情節輕微」。然此等行為何以係情節輕微，且係輕微至宜予免罰，本席認應係基於前開所述之「超額分配可扣抵稅額予境外股東，就國家而言，原則上並無稅捐損失」之意旨。

承前所述，營利事業因虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，而超額分配可扣抵稅額，係營利事業之違反義務行為，本得對之課以行為罰，至系爭規定之補繳，性質上則屬營利事業義務違反之損害賠償或懲罰性擔保責任，是超額分配予境外股東之金額，雖因原則上未致國家稅捐損失而不應責令營利事業補繳，但仍應課以行為罰。從而，本席揣測上開減免處罰標準第 7 條第 3 款之免罰規定，或係於發現系爭規定責令補繳超額分配予境外股東可扣抵稅額之金額部分係具疑義後，為符租稅公平及避免爭議，乃雖免除所得稅法第 114 條之 2 第 1 項後段所定罰鍰之處罰，但仍以系爭規定之責令營利事業補繳超額分配可扣抵稅額之金額，而實質上替代超額分配稅額之金額之 1 倍罰鍰（行為罰）。申言之，此等迂迴之處理方式，固具個案之實質面功能，然此等便宜作法，本席認不僅不應影響法規範（系爭規定）是否

違憲之審查，且彰顯租稅法規在立法規劃及定制時之周延度問題。

故而，雖兩稅合一制已經落日，但本席仍期待得因本號判決之審理，有關機關除於立法時應為更全面性之考量外，於面對問題時，更應及時尋求根本解決之道，俾得更有效落實納稅者權益之保護。

【附圖】



※資料來源：財政部 112 年 5 月 30 日台財稅字第 1120458600 號函檢送財政部就同年 9 月 9 日說明會時大法官詢問事項之補充說明第 16 頁

不同意見書

蔡明誠大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

黃瑞明大法官 加入

本號判決就兩稅合一制廢除（107年7月1日廢除）前之98年5月27日修正公布之所得稅法第114條之2第1項第1款規定：

「營利事業有下列各款規定情形之一者，應就其超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳……：一、違反第66條之2第2項、第66條之3或第66條之4規定，虛增股東可扣抵稅額帳戶金額……致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額者。」

（下稱系爭規定）以憲法第7條平等權作為憲法審查之依據，採取部分違憲之立論，雖將之限縮於股東全部為非中華民國境內居住之個人，及在中華民國境內無固定營業場所及營業代理人之營利事業（下併稱境外股東）部分，但如以部分或全部境外股東作為區分，則如何判定所謂部分或全部境外股東（個人或國外公司之法人股東），判定之基準時點為何，因股東之變動可能性及外資營業及投資策略之調整或改變，均可能隨之變化，亦應有所考量。且如係股東人數甚多或股權不集中之營利事業，如何確認其全部股東所在，或在中華民國境內有無固定營業場所及營業代理人等事實認定與舉證分擔，亦恐增加稅務之行政成本，凡此於實務上是否可行，及是否可能造成稅務行政上紛擾。另所得稅法上之境內、境外股東兩者是否為最適之比較對象，而有憲法平等權（租稅公平原則）之比較對象或可比較性（Vergleichspaar oder Vergleichbarkeit）；實施兩稅合一制所適用之對象，容有立法裁量與政策選擇之餘地，此等問題仍有再推敲之必要。爰提出不同意見書如下：

一、本號判決以憲法平等權作為審查依據之商榷——兼論財產權與比例原則（過苛禁止原則）審查之可行性

本號判決就系爭規定於股東全部為非中華民國境內居住之個人，及在中華民國境內無固定營業場所及營業代理人之營利事業，虛

增股東可扣抵稅額帳戶金額致分配予股東或社員之可扣抵稅額超過其應分配之可扣抵稅額部分，除依所得稅法第 73 條之 2 但書規定，未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅部分實際繳納稅額所生之可扣抵稅額外，認抵觸憲法第 7 條平等權保障。其作為區分差別待遇之比較對象，係營利事業之個人股東是否全部居住於我國境內，及營利事業在中華民國境內有無固定營業場所及營業代理人，然此分類標準將受境內境外股東之變動及各種外資營業及投資策略之調整或改變所影響，不似本國公司與外國公司係以其成立時之法律依據而定，來得準確。

關於內、外國人之平等權保障，觀察我國憲法第 7 條規定，中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。其主要以中華民國人民為適用對象。學理上見解，除專屬國民之參政權及受益權等自由或權利，及基本權仍受憲法第 23 條規定限制者外，可認為外國人亦得享有憲法保障之人權或負有憲法義務。再者，除自然人外，法人就符合法人本質之基本權，國內法人亦得享有之。所謂符合法人之本質，指該基本權或憲法義務並不專屬於自然人者，例如男女平等權、參政權、服公職權、服兵役等。而外國法人係依外國法律所成立之法人，本國法律並不當然承認其有本國法人之資格。¹ 因此，憲法保障之平等權（平等原則），對境外股東雖有適用之可能性，但因其「境外」因素具有特殊性，故外國個人、法人及營利事業之權利與義務能力，可能受到限制。

關於租稅法之憲法審查，從往昔司法院大法官解釋實務觀之，就各種稅法有無違憲侵害人民之財產權之合憲性監督，其所採行審

¹ 參照林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），臺北：三民書局，民國 82 年 1 月修訂 7 版，頁 66，311；陳新民，憲法釋論，臺北：三民書局，2022 年 3 月增訂 10 版 1 刷，頁 92-93；陳敏，稅法總論，民國 108 年 2 月 1 版，臺北：作者發行，頁 3，65 以下（該書參考德國 Tipke 著稅法一書，稱之為平等課徵原則；Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung，亦即可從德國基本法第 3 條所定之平等原則導出平等課徵原則）。

查之憲法原則²，主要包含憲法第19條租稅法律主義（租稅法定主義）³、比例原則及平等（權）原則或租稅公平原則。⁴另有以基本權連同人民依法納稅義務為審查者⁵，亦有採租稅法律主義與平等原

² 參照吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，臺北：作者發行，民國106年9月增訂5版，頁271。

³ 例如司法院釋字第640號解釋：「財政部臺灣省北區國稅局於八十六年五月二十三日訂定之財政部臺灣省北區國稅局書面審核綜合所得稅執行業務者及補習班幼稚園托兒所簡化查核要點第七點：……與所得稅法第八十條第三項前段規定顯不相符，增加人民法律所未規定之租稅程序上負擔，自有違憲法第十九條租稅法律主義，應自本解釋公布之日起至遲一年內失效。」又例如司法院釋字第210號解釋：「中華民國六十九年十二月三十日修正公布之獎勵投資條例第二十三條第三項第一款，關於限額免納所得稅之利息，係規定『除郵政存簿儲金及短期票券以外之各種利息』，並未排除私人間無投資性之借款利息，而中華民國七十年八月三十一日發布之獎勵投資條例施行細則第二十七條認該款『所稱各種利息，包括公債、公司債、金融債券、金融機構之存款及工商企業借入款之利息』，財政部（七〇）台財稅字第三七九三〇號函並認『不包括私人間借款之利息。』縱符獎勵投資之目的，惟逕以命令訂定，仍與當時有效之首述法條『各種利息』之明文規定不合，有違憲法第十九條租稅法律主義之本旨。」

⁴ 例如司法院釋字第318號解釋：「中華民國五十二年一月二十九日修正公布之所得稅法第十五條、第十七條第一項，關於納稅義務人應與其有所得之配偶及其他受扶養親屬合併申報課徵綜合所得稅之規定，就申報之程序而言，與憲法尚無抵觸。惟合併課稅時，如納稅義務人與有所得之配偶及其他受扶養親屬合併計算稅額，較之單獨計算稅額，增加其稅負者，即與租稅公平原則有所不符。首開規定雖已於中華民國七十八年十二月三十日作部分修正，主管機關仍宜隨時斟酌相關法律及社會經濟情況，檢討改進。」另如司法院釋字第410號解釋：「由於民法親屬編施行法對於民法第一千零十七條夫妻聯合財產所有權歸屬之修正，未設特別規定，致使在修正前已發生現尚存在之聯合財產，仍適用修正前之規定，由夫繼續享有權利，未能貫徹憲法保障男女平等之意旨。對於民法親屬編修正前已發生現尚存在之聯合財產中，不屬於夫之原有財產及妻之原有財產部分，應如何處理，俾符男女平等原則，有關機關應儘速於民法親屬編施行法之相關規定檢討修正。」

⁵ 例如司法院釋字第217號解釋：「財政部中華民國七十二年二月二十四日（72）台財稅字第三一二二九號函示所屬財稅機關，對於設定抵押權為擔保之債權，並載明約定利息者，得依地政機關抵押權設定及塗銷登記資料，核計債權人之利息所得，課徵所得稅，當事人如主張其未收取利息者，應就其事實負舉證責任等語，係對於稽徵機關本身就課稅原因事實之認定方法所為之指示，既非不許當事人提出反證，法院於審判案件時，仍應斟酌全辯論意旨及調查證據之結

則（租稅公平原則）⁶或憲法第 15 條財產權⁷併為論述者。於依憲法第 7 條平等原則審查者，就涉及非人格性之財產利益相關之租稅制度及法律規範，合理關聯性之審查密度，原則上係採取所謂恣意禁止（Willkürverbot）原則，除非於個別案件中，強調特別或重要（重大）之公共利益目的（公益性），而提升至中度（實質關聯）以上之審查密度，始採較高審查密度之比例原則作為審查標準。⁸

以往解釋運用平等權之審查皆係針對本國人所得稅事項，至境外股東（公司）（或唯一境外公司之法人代表）是否等同於本國股東（公司）之法律地位，是否當然適用租稅平等原則（平等課徵原則），於此可能涉及所謂法律前人人平等之法律平等（Rechtsgleichheit），或所謂立法平等（Rechtsetzungsgleichheit），與所謂法律適用之平等（Rechtsanwendungsgleichheit）⁹，後者有關

果，判斷事實之真偽，並不受其拘束。尚難謂已侵害人民權利，自不抵觸憲法第十五條第十九條之規定。」

⁶ 例如司法院釋字第 565 號解釋：「國家對人民稅捐之課徵或減免，係依據法律所定要件或經法律具體明確授權行政機關發布之命令，且有正當理由而為合理之差別規定者，與租稅法定主義、平等原則即無違背。」

⁷ 例如司法院釋字第 607 號解釋，亦認為如符合租稅公平原則，則與憲法第 7 條平等原則及第 15 條保障人民財產權之規定不相抵觸。

⁸ 德國基本法就一般平等審查恣意禁止及所謂新公式（sogenannte neue Formel）原則之運用，在不平等對待時，就物之事由（ein sachlicher Grund），以較低密度審查，是否違反恣意禁止而不平等對待。參照 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C.F.Müller, 1999, Rn.438f., Fn. 84 m. W. Nachw.; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Aufl., München: Beck, 2018, §23 Rn.15ff.; Peter Badura, Staatsrecht, 7. Aufl., München: Beck, 2018, C45. 本號判決以平等權作為審查，而運用以物之原因（ein sachlicher Grund）（即如財產原因）作為審查對象時，則宜適用恣意禁止原則，即有較低密度限制之形成空間，此僅所謂明顯性審查標準（Evidenzkontrolle）（類似合理關聯之審查；rational basis review）。參照 Zippelius/Würtenberger, a.a.O., §23 Rn.16.

⁹ 有關法律適用平等對於稅法或行政法上執行之適用，參照 Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021- beck-online, Art. 3 Rn. 115ff.; Koenig, in: Koenig Abgabenordnung (AO), 4. Auflage 2021-beck-online, § 3 Rn. 60f., 69ff.; BVerfG: Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit, Beschluß vom 14-09-

法律適用之平等，係就法律適用時所衍生之不平等情事，僅要求不得恣意適用法律，並未似前者受到較嚴格審查，即僅為較低之保護密度（von nur geringer Schutzintensität）。¹⁰ 因此，本號判決係就兩稅合一之設算制所生之法律平等問題，其依據平等權，就系爭規定宣示部分違憲，宜解為恣意禁止之較低密度審查之稅務行政上法律適用平等問題。如有關兩稅合一設算制之系爭規定，認為其係屬法律（立法）之平等問題，自應提升其審查密度，且其所比較之對象，是否以境內與境外或全部與部分之股東為分類，實不無疑問！又就本號判決宣告違憲之範圍而言，其認系爭規定所採分類標準顯然涵蓋過廣，但細究本號判決將不適合涵蓋者作為比較對象，亦有疑問。是本件聲請所涉之爭議，如欲採憲法平等權為審查標準，在解釋上充其量宜解為法律適用平等之問題。且基於立法者對租稅規定之差別待遇分類與目的之達成應具有合理關聯之審查密度，即宣告系爭規定部分違憲，亦值得商榷。如前所述，倘認兩稅合一設算制之系爭規定係屬法律（立法）之平等問題，自應提升其審查密度。總之，不免產生究竟其係立法不平等或法律適用不平等混淆不清之疑慮！

又有關舊制所得稅法所採取之稅制，係參考往昔國際流行之兩稅合一制，並依法明定其適用對象，而經立法程序所為稅制改革與立

1992 - 2 BvR 1941/89, NJW 1993, 997; P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 2023- beck-online, Art. 3 Abs. 1 Rn.181, 437. 其謂平等原則（Gleichheitssatz）對於行政之要求，非為「形成平等」，而是「相稱平等」（gegenüber der Verwaltung nicht Gestaltungs-, sondern Entsprechensgleichheit); Schmidt, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023-beck-online, GG Art. 3 Rn. 22; Rätke, in: Klein, Abgabenordnung (AO), 16. Auflage 2022-beck-online, § 85 Rn.10. 其適用於法中之平等與不法中之不平等（eine Gleichheit im Recht und keine Gleichheit im Unrecht）(BVerfGE 21, 245; 25, 229; BFH BStBl 89, 836)。但例外情形，所謂結構性之法律與執行虧空，亦可能導致實體稅捐規範之違憲（Ausnahmsweise kann allerdings ein sog strukturelles Gesetzes- und Vollzugsdefizit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Steuernorm führen.）

¹⁰ 參照 Volker Epping, Grundrechte, 8. Aufl., München: Springer, 2019, Rn.769; Kischel, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 55. Edition, Stand: 15.05.2023, . Art. 3 Rn.9.

法政策選擇。本號判決既參考司法院釋字第 745 號解釋之立論，未否認於租稅法律關係中，立法者對稅捐債務人或與稽徵程序相關聯之其他第三人課以稅捐協力義務，並因協力義務種類及性質之不同，分別訂定不同之規範，其分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規劃及稽徵程序之效率，適合由代表民意之立法機關及擁有專業能力之相關行政機關決定。本號判決亦不否定有關協助國家完成兩稅合一制施行之稅捐協力義務，認其為增進公共利益所必要。本號判決採較低密度之合理關聯之審查標準，卻得出牴觸憲法第 7 條平等權保障之較嚴格結論，其立論基礎及論據，恐有欠周詳，實有再商榷之必要！

另從整體稅制而言，立法者將本國、外國法人（公司）或境內外之股東加以區分，而設計出不同稅制規範。換言之，立法者就納稅義務人區分本國人或外國人分別適用不同申報程序或法規範，並基於本國人與外國人之特殊性，設有不同之稅制規範及其限制，如前所述，於公司法或稅法上亦屬常見。關於外國人於本國所得課稅方式，稅法上可能採取結算申報與就源扣繳方式，於此可能涉及該負有納稅義務之外國人於應繳稅之當年間於我國同一課稅年度合計居留日數（例如是否超過或未滿 90 日或滿 183 日等），亦即視其居留時間之長短而定是否一次性收入就源扣繳。¹¹ 其他國家對於外國人之課稅原則，稅法實務上往往發展出不相同稅制及稅率。如將外國人之課稅與本國人之課稅作為可比較之對象，則所得稅法係採累進稅率之設計，外國人一次性收入就源扣繳課稅方式，是否因無累進稅率稅制之採用，即違反租稅公平原則，亦不無疑問！

本號判決就具有特殊性之境外股東所制定稅捐義務之規範對象，實不應與本國股東作為相互比較之對象，進行前述所謂立法平等之衡量，率而論斷其違反憲法第 7 條平等權，恐不無疑義。況且，依

¹¹ 外國人課稅方式依其在臺居留日數，分成結算申報與就源扣繳兩種，詳參財政部稅務入口網頁如下：<https://www.etax.nat.gov.tw/etwmain/tax-info/understanding/tax-saving-manual/national/individual-income-tax/kGAQlxB>（最後瀏覽日期：112 年 7 月 20 日）。

本號判決之結論，如非屬唯一外國公司對本國公司之投資，或其係屬股東人數甚多或股權不集中之營利事業，如何確認其股東所在，或在中華民國境內有無固定營業場所及營業代理人等事實認定與舉證分擔，恐亦增加稅務之行政成本。是限縮於全部境外股東之限縮解釋方式，於實務上是否具有可行性，顯有再推敲之餘地，且其可能造成之稅務行政上紛擾，亦值得商榷。且就部分境外股東之情況而言，本號判決卻認在合憲範圍，將部分境外股東與全部境外股東作為比較對象，並得出不同之違憲審查結果，其妥當性亦有可議之處，實難認其符合本號判決所揭禁稅捐公平之意旨！

當然，於此並不反對基於獎勵外資而所為之稅法優惠措施，且得就境外股東之憲法第15條財產權保障及法定納稅義務之規範，是否有干預財產權過度之情事，進行法規範之憲法審查，亦即就納稅義務人之申報及抽查等相關規定，亦得審酌相關機關所定稅捐規範或其所採稅務措施與憲法比例原則有無違背。如顯有過苛者，則可認其不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨有違。¹²

二、98年所得稅法之設算扣抵制，不問股東國籍，一律適用於本國籍公司，為政策選擇，無違租稅公平原則

本件所涉及原因案件係聲請人（即該案之原告及上訴人）為超額分配股東可扣抵稅額事件，公司超額分配可扣抵稅額給外國股東，是否違反所得稅法第114條之2而應責令限期補繳。探討此爭議，係因當時立法者選擇採取兩稅合一制之背景下所衍生之問題。

¹² 司法院大法官案件審理法之時代，曾有類似解釋，例如司法院釋字第696號解釋：「有關夫妻非薪資所得強制合併計算，較之單獨計算稅額，增加其稅負部分，違反憲法第七條平等原則，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力。」又如司法院釋字第746號解釋：「遺產及贈與稅法第51條第2項規定：『前項應納稅款及滯納金，應自滯納期限屆滿之次日起，至納稅義務人繳納之日止，依郵政儲金匯業局一年期定期存款利率，按日加計利息，一併徵收。』就應納稅款部分加徵利息，與憲法財產權之保障尚無抵觸；惟就滯納金部分加徵利息，欠缺合理性，不符憲法比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」

於此應再強調者，乃是本件聲請人魏斯蒙股份有限公司（下稱魏斯蒙公司）性質上為本國公司。經查，聲請人魏斯蒙公司係依中華民國公司法設立登記之本國公司。魏斯蒙公司之唯一股東為美商衛斯門國際股份有限公司，看似其係一家純外資之公司。從比較公司法之工商管理而言，各國公司法對於本國與外國公司均有明確定義。公司是否為本國公司或外國公司之主要判斷，係以該國（或管轄區）公司法及其主管機關之角度觀察。¹³ 以我國而言，凡依中華民國公司法設立登記者，為本國公司（包括純外資、合資、純本國資金投資），依外國法律（非依中華民國公司法）設立登記者為外國公司（公司法第 4 條、企業併購法第 4 條第 8 款及證券交易法第 4 條第 2 項規定參照）。外國公司未經辦理分公司登記，不得以外國公司名義在中華民國境內經營業務。縱使考量美商衛斯門於中華民國設立子公司之事實，但子公司有獨立法人人格，其國籍依註冊地決定。因此，由公司角度，魏斯蒙公司為本國公司，適用 98 年之兩稅合一制¹⁴，並無

¹³ 如從美國公司註冊實務觀察，美國各州均定有其個別公司法，美國百分之五十以上之上市公司選擇於德拉瓦州設立，則須遵守德拉瓦州公司法之規定。雖然許多德拉瓦州公司同時在其他州或跨國營運，但是，如欲判斷其係屬何類公司，應依德拉瓦州公司法規定。雖然多數德拉瓦州公司之資本，主要並非來自德拉瓦州，但因資金來源非屬其判斷之重點，而是以其係依何州或國家之公司法完成設立登記，是就紐約州而言，該公司為外州公司。且如登記為德拉瓦州公司，並無國籍限制。以德拉瓦州公司為例，諸如著名之 Nestlé, DuPont, Johnson Controls Holding Company, Inc 等，可資參考。另參考德拉瓦州公司法有關公司設立規定：TITLE 8 Corporations CHAPTER 1. General Corporation Law Subchapter I. Formation, ”§101. Incorporators; how corporation formed; purposes. (a) Any person, partnership, association or corporation, singly or jointly with others, and without regard to such person’s or entity’s residence, domicile or state of incorporation, may incorporate or organize a corporation under this chapter by filing with the Division of Corporations in the Department of State a certificate of incorporation which shall be executed, acknowledged and filed in accordance with §103 of this title.”

¹⁴ 86 年 12 月 26 日立法院通過修正所得稅法，實施兩稅合一係採設算扣抵制（所謂兩稅合一之完全設算扣抵制），增訂該法第 3 條之 1 規定：「營利事業繳納屬八十七年度或以後年度之營利事業所得稅，除本法另有規定外，得於盈餘分

疑問。

兩稅合一制度適用於我國公司，無論其股東之組成。所得稅法第114條之2並無區分股東為本國人或外國人，亦無「全部股東均為外國人時，得不受該條規範或免於處罰」之例外規定。如原審（高等行政法院）判決所示，股份自由轉讓原則為公司法第163條所揭示，魏斯蒙公司目前雖然唯一股東為外國人（且為外國法人），然隨時皆可轉讓，股東隨時亦可能變動。本國公司原本即應受此等規定之適用及規範限制，而無由以其股東為外國人，而得不受所得稅法第114條

配時，由其股東、社員、合夥人或資本主將獲配股利總額或盈餘總額所含之稅額，自當年度綜合所得稅結算申報應納稅額中扣抵。」在立法理由稱，其新增條文係揭示兩稅合一制度之基本規定；並明定營利事業繳納之營利事業所得稅，得由股東、社員、合夥人或資本主依規定扣抵其應納之綜合所得稅額。又下列營利事業或機關、團體，免予設置股東可扣抵稅額帳戶：一、總機構在中華民國境外者。二、獨資、合夥組織。三、第十一條第四項規定之教育、文化、公益、慈善機關或團體。四、依其他法令或組織章程規定，不得分配盈餘之團體或組織。（第66條之1參照）因股東可扣抵稅額帳戶之設置與記錄，攸關營利事業分配股東等股利或盈餘所含可扣抵稅額之正確性，於第66條之1第1項作原則性規定，以資規範。另於第2項明定免設置股東可扣抵稅額帳戶之營利事業機關、團體之範圍以規範不適用兩稅合一制之情況。因此可見，我國兩稅合一制不全面性適用於所有營利事業機關、團體，立法者仍有其特殊考量，而另設其適用範圍。之後，103年5月16日修正所得稅法第66條之4規定，改採部分設算扣抵制。因當時規定所採完全設算扣抵規定下，營利事業分配盈餘後，依第66條之6規定之稅額扣抵比率計算之可扣抵稅額，應全額自股東可扣抵稅額帳戶中減除，以維持該帳戶正確數額，俾利各次分配盈餘時，正確計算稅額扣抵比率。另依第14條第1項第1類規定，股利總額應按股利淨額與可扣抵稅額之合計數計算。茲因修正第66條之6第1項將中華民國境內居住之個人股東（或社員）獲配股利之可扣抵稅額調整為原可扣抵稅額之半數，倘依原條文第1項第1款規定，將造成僅分配予股東或社員之可扣抵稅額（現行規定之半數），應自股東可扣抵稅額帳戶中減除，未准予扣抵之半數，仍保留在股東可扣抵帳戶餘額中，爰修正第1項第1款，規定營利事業分配盈餘時，應依分配之股利淨額或盈餘淨額，依第66條之6規定計算之稅額扣抵比率計算應自股東可扣抵稅額帳戶中減除之稅額。由此可見，稅制改革係體現稅法與時俱進之變動特性，是兩稅合一制廢除前，將完全扣抵制修改為部分扣抵制，且107年1月18日通過刪除所得稅法第3條之1實施兩稅合一制相關法規範，就以前不採部分扣抵制或採取兩稅合一制所產生之計算上偏差，實不宜逕認其因未採更公平之稅制而違憲。

之 2 之規範，蓋此一制度係具延續性，得以清楚追蹤營利事業所得稅及可扣抵稅額之變化，該制度亦不以股東是否實際上使用該可扣抵稅額，來判定「股東可扣抵稅額帳戶」內容之正確與否。因此，兩稅合一制下，將「股利可扣抵稅額」用於抵免股東應繳納所得稅之利益歸於「本國籍股東」，而未歸屬於「非居住中國民國境內之境外股東」，屬稅捐政策選擇，目的在使營利事業保持「股東可扣抵稅額帳戶」之正確，可避免日後股東結構改變，影響股東抵稅權益。

又營利事業如有所得稅法第 114 條之 2 第 1 項及第 2 項規定情形之一者，稽徵機關應就該營利事業超額分配之可扣抵稅額，責令限期補繳。其理由在於營利事業已繳納多少營利事業所得稅，為避免重複課稅，於營利事業實際分配盈餘時，依舊制所得稅法第 66 條之 6 第 1 項之限額規定，計算出分配與股東之可扣抵稅額。為達此規範目的，凡於我國設立之公司，無論其股東為誰，公司皆應依規定（自 87 年度起），建置「股東可扣抵稅額帳戶」，正確記錄公司之營利事業所得稅額，保存正確計算該帳戶金額之憑證與記錄。¹⁵ 如原審判決理由所示：「此一帳戶餘額之多寡，不僅代表繳納之營利事業所得稅額還有多少可供股東扣抵，同時也會影響營利事業在往後稅捐週期得分配予股東之可扣抵稅額金額，故係以法定可扣抵稅額增加或減除項目之具體實現。」至於聲請人（即上訴人）所主張因其股東全部皆是外國人，該公司扣抵稅額超額分配時，此部分並不會被拿去扣抵綜合所得稅，政府不會減少稅收。即使超額分配可扣抵稅額予股東（美

¹⁵ 參照財政部，建構租稅公平環境，<https://www.mof.gov.tw/singlehtml/127?cntId=68562>（最後瀏覽日期：112 年 7 月 20 日）（部分引用）：「（五）自 107 年 1 月 1 日廢除兩稅合一部分設算扣抵制，刪除營利事業設置股東可扣抵稅額帳戶、相關記載、計算與罰則，有助簡化稅制稅政。……（八）為衡平境內外業者租稅負擔，提供境內外業者公平競爭環境，原低價免稅額門檻由 3,000 元調整為 2,000 元，自 107 年 1 月 1 日生效。……（十一）為防杜跨國企業藉於低稅負租稅管轄區成立 CFC 保留盈餘不分配，規避我國稅負，我國於 105 年 7 月 27 日增訂『所得稅法』第 43 條之 3，建立營利事業 CFC 制度，經行政院核定自 112 年度施行。」

商衛斯門國際股份有限公司），於股東全為外國人之情形，至多僅屬於申報內容計算繕誤，因此要求補繳，未繳予以處罰，將適用於本國股東之制度原理，強加於外國股東等語。惟本件問題源頭，是否應在於營利事業會計及納稅申報作業程序之審核與校對，值得再推敲之。又本號判決既認可聲請人此部分之主張，亦且認系爭規定部分違憲，從而否定兩稅合一設算扣抵制，此等立論與判斷，是否符合系爭規定及稅制之立法意旨與目的，仍有再商榷之必要。

如前所述，本件聲請人為本國公司，雖其唯一股東為外國公司，然其既為本國公司，自應受所得稅法之規範。¹⁶如經評估認為並不適合，該外國公司亦可以分公司之方式於我國營業。再從企業利益而言，其欲採取何種公司之形式或其他形式於我國從事投資或商業活動，甚至達成其節省稅捐之目的，自屬其跨國企業策略之一環，亦有其自主選擇之空間。因此，魏斯蒙公司既屬本國公司，自應適用 98 年之兩稅合一制。依本號判決結論，就本國公司，卻以限縮於全部境外股東之解釋方式，在憲法審查之範圍，將部分境外股東與全部境外股東作為比較對象，推論出兩者之部分合憲與部分違憲之結果，恐有類比謬誤之嫌，並不妥當，亦且有過度偏袒於全部境外股東之本國公司之疑慮，實難認其符合本號判決所揭櫫憲法稅捐公平原則之要求！

三、兩稅合一制度乃建構動態投資環境之歷史性政策產物，宜審慎為稅法新制之違憲審查

¹⁶ 參照聲請人於經濟部商業司之商工登記公示董監事資料（序號依據公司基本資料內容顯示）：

序號	職稱	姓名	所代表法人	持有股份數（股）
0001	董事長	魏 OO	美商衛斯門國際股份有限公司	833,100
0002	董事	魏 OO	美商衛斯門國際股份有限公司	833,100
0003	董事	魏 OO	美商衛斯門國際股份有限公司	833,100
0004	監察人	謝 OO	美商衛斯門國際股份有限公司	833,100

並參照最近一次登記當屆董監事任期：111 年 12 月 16 日至 114 年 12 月 15 日，實務上有關董監事當屆任期，為公司辦理董監事登記時所提供之資訊，並非法定登記事項，且可能因公司是否進行改選而有變。

從稅制改革觀點，一國稅制改革往往牽涉甚廣，且甚具複雜性。諸如兩稅合一制等稅法制度之採行，固有其個別目的考量與規範設計，且不乏參考先進國家之立法例而制定，並為因應稅務行政運作之需要，亦須作出不同細部規範設計，以利適用。因此，有關稅制改革與稅法修正，自宜給予立法者自由形成之更大空間。至實施後發現規範之不足者，須與時俱進，隨時調整，以補不足，自屬當然。此從國際比較稅法觀點，國際間常有推陳出新之稅制提議與改革，更足以印證上述之觀點及其發展趨勢。換言之，各國稅法與國際組織（例如 OECD 等）所欲避免重複課稅與追求租稅公平原則等目的之實現，難以一次到位而臻於至善之境，往往有賴不斷嘗試新制，並與時俱進之持續改革。相關機關與立法者之稅制改革，其目的原在建構租稅公平環境，如有稅務漏洞時，通常需要不斷努力填補之。現今世界各國更加強調防止跨國企業逃漏稅之新發展趨勢，若干國家推動或採行「受控外國企業（公司）制度」。¹⁷ 例如，我國所得稅法亦隨國際反避稅之趨勢，引進該稅法新制，增訂所得稅法第 43 條之 3 規定，即其適

¹⁷ 有關受控外國企業（CFC）課稅制度之比較、影響及因應，參照何瑞芳，台灣反避稅法制之現況與改革芻議，月旦財經法雜誌，18 期（2009 年 9 月），頁 81 以下；范香琴，CFC 制度法令解析與臺資企業應有之思維，月旦會計實務研究，54 期（2022 年 6 月），頁 69 以下；曾博昇，臺資企業應如何因應全球數位課稅方案及最低稅負制？，月旦財稅實務釋評，19 期（2021 年 7 月），頁 8 以下；曾博昇，臺資企業應如何因應全球數位課稅方案及最低稅負制？，月旦會計實務研究，49 期（2022 年 1 月），頁 56 以下；黃士洲，全球稅務布局、受控外國公司稅制與移轉訂價——以 Google 亞太市場為例，月旦會計實務研究，57 期（2022 年 9 月），頁 72 以下；Thomas Richter, Die neuen Controlled Foreign Company Regeln in Großbritannien, IStR 2013, 187ff.; Jens Schönfeld, Reaktion der britischen Regierung auf „Cadbury Schweppes“: Geplante Änderungen der britischen CFC-Rules und deren Vereinbarkeit mit EG-rechtlichen Vorgaben, IStR 2007, 199; Alex Lyden-Horn, Cadbury Schweppes: A Critical Look at the Future and Futility of U.K. Controlled Foreign Company Legislation, 22 TEMP. INT'L & COMP. L.J. 191 (2008); Robert Feinschreiber & Margaret Kent, The BEPS Foreign Controlled Company Provisions Provide a Call to Action, 15 CORP. BUS. TAX'n MONTHLY 35 (2014).

例。¹⁸ 另從稅務行政角度觀之，係將本國公司於海外設立之外國公司（本國持股超過 50% 以上，亦可能為 100%）之盈餘，視為本國公司之海外盈餘（由營利事業所得稅之角度）。

就個案而言，本件聲請係屬司法院大法官審理案件法之法規範解釋年代之聲請案件，其爭議主要針對系爭確定終局判決所適用之系爭規定之法規範憲法審查。本件聲請所生爭議，因修正所得稅法而廢除兩稅合一制，亦即將兩稅合一設算扣抵制度改採二擇一制度¹⁹，是

¹⁸ 有關受控外國企業（CFC）制度之引進我國及其採行，為符合國際稅制發展趨勢、保障我國稅基及維護租稅公平，其中有關實際管理處所（Place of Effective Management; PEM）認定營利事業居住者身分已為國際趨勢，以避免營利事業於租稅天堂設立紙上公司，藉納稅義務人居住者身分之轉換規避屬人主義課稅規定（即境內外所得合併課稅）之適用，以減少納稅義務，就此可參照我國所得稅法於 105 年 7 月 27 日增訂（行政院令發布該自 112 年度施行）第 43 條之 3 規定之增訂。該條修正係參考國際實務做法、OECD 西元 2014 年版稅約範本及聯合國（UN）西元 2011 年版稅約範本等規範。例如，該營利事業分配屬認定為 PEM 在我國境內之當年度及以後年度之盈餘，應比照我國公司分配股利，依規定填具股利憑單，其個人股東獲配之股利應併計綜合所得總額課稅，國內營利事業股東獲配該股利，不計入所得額課稅；至非我國境內居住之個人股東或總機構在我國境外之營利事業股東獲配該股利，應由該 PEM 依本法規定之扣繳率扣繳稅款及填具扣繳憑單。另考量其分配屬認定為 PEM 以前年度之盈餘，係屬外國公司分派之股利性質，非屬中華民國來源所得。（參考該條之立法理由）由此可見，其將國內營利事業股東與非我國境內居住之個人股東或總機構在我國境外之營利事業，因其特殊性，而分別規範，課予其不同之申報義務及程序上要求。另參照相關財政部賦稅署之政府資訊，https://www.dot.gov.tw/htmlList/ch_442（最後瀏覽日期：112 年 7 月 20 日），以及【反避稅制度專區】個人受控外國企業制度（CFC），有關課稅要件、豁免門檻及避免重複課稅等宣導，參照財政部台北國稅局，<https://www.ntbt.gov.tw/multiplehtml/2370082b3cf34f5ca0165e08312ac92e>（最後瀏覽日期：112 年 7 月 20 日）。

¹⁹ 有關稅制改革涉及股利所得課稅自兩稅合一設算扣抵制度修正為二擇一制度，參照 107 年 1 月 18 日通過刪除所得稅法第 3 條之 1（107 年 2 月 7 日公布）及第 126 條等規定之立法理由，依國際股利所得課稅制度改革趨勢，原採兩稅合一設算扣抵制度之國家，如德國、法國、義大利、芬蘭、挪威、土耳其、英國及西班牙等，近年改採部分免稅法或分離課稅法，或上開兩法擇一或併同適用之方法課稅。為建立符合國際趨勢且具競爭力之公平合理所得稅制，參考前開國際稅制改革趨勢，廢除兩稅合一設算扣抵制度，公司、合作社或其他法人營利事業之股東、社員或出資者因投資獲配之股利或盈餘，其計算應納稅額方式

考量本件聲請人之單一個案，本號判決作出已修法之舊稅制之甚小部分違憲宣示（即系爭規定中僅涉及「虛增」，而未及「短計」部分²⁰），及除未分配盈餘加徵百分之十營利事業所得稅之可扣抵稅額部分外，並限於全部境外股東部分，且因兩稅合一制業已廢除，而認其影響層面小，無後續外溢效應之疑慮。惟本號判決基於租稅公平之理念，宣示系爭規定之被指摘部分違憲，其立論未來仍可能受到相關爭議案件之引用，恐產生後續之影響，是以審慎適用其所依據之憲法基本權及原則為宜，亦即如仍認系爭規定甚小部分違憲，可考量憲法第 15 條財產權保障及比例原則作為憲法審查之依據，藉以衡量本件聲請所涉及「虛增」部分之系爭規定所指摘部分，有無不符比例原則之過苛情事，似更為妥當。

四、結語

本號判決對聲請人個案所生之稅捐義務與虛增部分計算上落差所生補繳等實務上問題，給予補救之機會，本號判決主文及理由之論述，採用相當限縮對象之表達方式，其用意固屬良善。惟本號判決是否有違當時實施兩稅合一制（已廢除）之規範意旨與目的，仍有商榷之處。況且，本號判決之立論，恐非純屬個案性之決定，其可能具有判例性之影響力，往後具有被引用之可能性。倘若其所依據之基本權及違憲之立論有欠妥當者，對於未來租稅公平原則類似案件之適用，恐產生不良之影響！

稅捐法律之制定，自應符合稅捐法定與租稅公平等憲法原則，

改採合併計稅減除股利可抵減稅額與單一稅率分開計稅之二擇一制度（簡稱二擇一制度），營利事業繳納之營利事業所得稅不再併同盈餘分配予其股東、社員或出資者扣抵其綜合所得稅應納稅額，爰刪除第 3 條之 1。

²⁰ 即營利事業有下列各款規定情形之一者，應就其超額分配之可扣抵稅額，責令營利事業限期補繳，並按超額分配之金額，處一倍以下之罰鍰：一、違反第六十六條之二第二項、第六十六條之三或第六十六條之四規定，虛增股東可扣抵稅額帳戶金額，或短計第六十六條之六規定之帳載累積未分配盈餘帳戶金額，致分配予股東或社員之可扣抵稅額，超過其應分配之可扣抵稅額者（所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款參照）。

且在個案憲法訴訟審查時，亦應考量其所適用法規範是否符合形式合憲性與實質合憲性之憲法審查之要求²¹，自屬當然。然有關稅捐制度之改革與規範之立法，如能留予相關機關（包含立法者）更大之立法自由形成或依法行政裁量之空間，則較為妥當。是就本件所涉及外國個人、法人代表股東或外國公司等之特殊性與本國人或本國公司之差異性而言，兩稅合一制是否適用於全部或部分之境外股東等立法政策決定，原則上宜先尊重立法者之自由形成空間，僅於例外情形，如有過度侵害外國人（自然人或法人）之財產權等基本權利時，審查其法規範或裁判是否有過苛之情事（即過苛禁止（Übermaßverbot）原則之審查）。亦即就該適用法規範或裁判是否符合其所欲追求之正當公共目的（目的與手段正當性）、適合性、必要性與狹義比例性（相稱性）之比例原則等憲法原則，進行違憲審查。總之，本號判決既未針對聲請人所為財產權與比例原則等違憲審查之主張而為論斷，並以境內、境外或全部、部分股東作為可比較性之對象，採用憲法平等權進行違憲審查，皆有再商榷之必要。爰提出不同意見書如上！

²¹ 此所謂形式合憲性審查（Formelle Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen），包含成文或非成文規定之立法權限（Gesetzgebungskompetenzen）及立法程序等審查。在實質合憲性（Materielle Verfassungsmäßigkeit）審查，如未違反憲法（Kein Verstoß gegen Verfassungsrecht）（例如基本權侵害時，基本權保障範圍之相關性（Betroffenheit des Schutzbereichs eines Grundrechts）、保障範圍之干預（Eingriff in den Schutzbereich）、干預之正當化理由（Rechtfertigung des Eingriffs）及其他憲法規定之侵害（Verletzung sonstiger Verfassungsbestimmungen）等。）

附錄：憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決至第 10 號判決關係法令及
關鍵詞檢索表

判決號次 公布日期	相關法令	關鍵詞
1 (112.01.13)	中華民國憲法第 7 條、第 14 條、第 15 條及第 22 條 憲法增修條文第 10 條第 6 項 司法院釋字第 728 號、第 807 號解釋 憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決 憲法訴訟法第 90 條及第 91 條 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 祭祀公業條例第 1 條及第 4 條	祭祀公業條例、派下員資格、性別平等、女系子孫、釋字第 728 號解釋
2 (112.02.10)	刑事訴訟法第 433 條、第 434 條、第 435 條第 1 項、第 436 條	平等權、刑事再審目的、限制刑罰事由、絕對制、聲請再審門檻採可能性判准
3 (112.03.17)	中華民國憲法第 7 條、第 15 條及第 23 條 公職人員年資併社團專職人員年資計發退離給與處理條例第 1 條、第 2 條第 3 款、第 4 條第 2 項、第 4 條第 3 項 民法第 125 條 中華民國訓政時期約法第 30 條、第 31 條、第 32 條、第 72 條及第 85 條 公務員退休條例第 2 條 (32.11.6) 學校教職員退休條例第 1 條 (33.6.22) 陸海空軍士官服役條例第 2 條 (48.08.04)、(48.08.14) 陸海空軍軍人保險條例第 6 條 (42.11.19) 公務人員保險法第 2 條 (47.01.29)	公職年資併社團年資、轉型正義、財產權、平等原則、法律不溯及既往原則、真正溯及既往、信賴保護原則、法安定性原則、不當得利、個案立法、特殊類型法律、不當聯結禁止、退離給與、中國國民黨、中國青年反共救國團

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	政務官退職酬勞金給與條例（61年，新名稱：政務人員退職酬勞金給與條例） 退休公務人員退休金優惠存款辦法（49年，新名稱：退休公務人員一次退休金優惠存款辦法） 學校教職員退休金優惠存款辦法（54年，新名稱：學校退休教職員一次退休金優惠存款辦法） 陸海空軍退伍除役官兵退伍金優惠儲蓄存款辦法（53年，新名稱：陸海空軍退伍除役官兵退除給與級保險退除給付優惠儲蓄存款辦法辦法） 政務官退職酬勞金給與條例施行細則（61年） 退休公務人員公保養老給付金額優惠存款要點（63年） 學校退休教職員公保養老給付金額優惠存款要點（64年） 中華民國民眾服務總社專職人員暨公務人員服務年資互相採計要點 行政執行法施行細則第 27 條 行政執行事件核准分期繳納執行金額實施要點第 2 點 司法院釋字第 5 號、第 7 號、第 20 號、第 266 號、第 312 號、第 400 號、第 443 號、第 486 號、第 520 號、第 525 號、第 578 號、第 658 號、第 671 號、第 672 號、第 709 號、第 717 號、第 732 號、第 747 號、第 751 號、第 781 號、第 782 號、第 783 號、第 793 號解釋	
4 (112.03.24)	中華民國憲法第 22 條及第 23 條 民法第 1052 條第 2 項但書	破綻婚姻、婚姻自由、裁判離婚原因、請求裁判離婚自由

5 (112.04.28)	財務會計準則第五號－採權益法之長期股權投資會計處理準則第6點 證券交易法第43條之1第3項、第4項後段及第175條規定 (91.02.06修正公布) 公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第11條第1項	刑罰明確性、授權明確性、經濟刑法、公開收購、空白刑法、空白構成要件、預定取得、預定於50日內取得
6 (112.05.05)	中華民國憲法第9條及第16條 司法院釋字第418號、第436號、第653號、第742號、第752號、第784號、第795號解釋 憲法訴訟法第90條 陸海空軍刑法第83條(90.08.28修正公布) 刑法第325條第1項 刑事訴訟法第420條第1項第6款 軍事審判法第1條第2項及第237條第1項第2款	軍事審判、現役軍人、訴訟權、公平審判、共同正犯、事實認定瑕疵、再審
7 (112.05.19)	工會法施行細則第2條第1項及第2項	勞工結社權、工會、企業工會、廠場企業工會
8 (112.06.09)	中華民國憲法第11條、第22條及第23條 司法院釋字第509號解釋 刑法第310條、第311條	言論自由、名譽權、隱私權、事實性言論、誹謗言論、合理查證、權利衝突、公益論辯貢獻度、利益衡量、比例原則、真實性抗辯、私德、公共利益
9 (112.06.16)	刑事訴訟法第29條、第34條第1項及第2項、第122條第2項、第128條、第128條之1第1項及第2項、第132條之1、第133條第1項及第3項、第142條、第182條、第196條之1第2項、第404條、第416條第1項第1款及第2項 通訊保障及監察法第5條第1項 律師法第36條、第48條 刑法第316條	工作權、比例原則、正當法律程序原則、立於第三人地位之律師事務所、扣押、言詞辯論、防禦權、受辯護人有效協助與辯護之權、命其提出或交付、居住自由、拒絕證言權、法官保留、保密義務、律師事務所、特殊信賴關係、秘密自由溝通權、第三人搜索、訴訟權、潛在犯罪嫌疑人

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	司法院釋字第 433 號、第 462 號、第 486 號、第 654 號、第 689 號、第 709 號、第 737 號、第 739 號解釋 中華民國憲法第 10 條、第 15 條及第 16 條 憲法訴訟法第 90 條第 1 項 司法院大法官審理案件第 5 條第 1 項第 2 款	
10 (112.07.21)	中華民國憲法第 7 條 司法院釋字第 745 號解釋 所得稅法第 114 條之 2 第 1 項第 1 款 (98.05.27 修正公布) 所得稅法第 73 條之 2 但書 (98.04.22 修正公布)	未分配盈餘加徵、兩稅合一、所得稅法、股東可扣抵稅額、個人綜合所得稅、設算扣抵制、就源扣繳、稅捐協力義務、稅捐債務人、超額分配、境外股東、營利事業所得稅

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 . 112 年 / 司法院憲法
法庭書記廳編纂 . -- 初版 . -- 臺北市：司法院，民 113.07
冊； 公分

ISBN 978-986-5499-81-5 (全套：平裝)

1. CST：中華民國憲法 2. CST：判決

581.21

113009059

憲法法庭 112 年判決彙編暨重要裁定選編 (I)

中華民國一一三年七月初版

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：昆毅彩色製版股份有限公司

地址：新北市三重區中正北路 430 號 8 樓之 6

電話：02-29718809

定價：新臺幣肆佰肆拾元整

GPN：1011300822

ISBN：978-986-5499-81-5