

憲法法庭112年判決彙編 暨重要裁定選編（Ⅱ）

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 (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

憲法法庭判決

112 年憲判字第 11 號

聲請人一	胡靈智
聲請人二	李毅強
聲請人三	劉汝松
聲請人四	李玉鳳
聲請人五	李艷婷（原名李玉燕）
聲請人六	蘇榮輝
	蘇甘露
	陳芷芸
聲請人七	蘇建豪
	蘇建成
	蘇建順
	蘇俊榮
	蘇俊儀
	蘇俊偉
	高月英
	王惠美
	阮金泉
上十二人	
訴訟代理人	蘇振文律師
	陳憲裕律師
聲請人八	劉惠宗
	趙剛
	朱良駿
上三人	
訴訟代理人	周宇修律師
	周政律師
	劉冠廷律師

112 年憲判字第 11 號

上列聲請人認其分別所受確定終局判決所分別適用之刑法第 146 條第 1 項、第 2 項、第 3 項規定等，及最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，牴觸憲法，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 146 條第 1 項規定：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果……者，處 5 年以下有期徒刑。」尚未違反刑罰明確性原則。 1
- 二、同條第 2 項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」未違反憲法第 23 條比例原則及刑罰明確性原則，亦未構成憲法所不容許之差別待遇，與憲法第 17 條保障選舉權及第 7 條保障平等權之意旨，均尚無牴觸。 2
- 三、同條第 3 項關於第 2 項部分規定：「……之未遂犯罰之。」與憲法比例原則及罪刑相當原則亦尚屬無違。 3
- 四、聲請人一至八關於上開規定之法規範憲法審查之聲請為無理由，均予駁回。 4
- 五、最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決廢棄，發回最高法院。 5

- 六、聲請人一至五其餘聲請不受理。 6

理 由

- 壹、事實背景及聲請人陳述要旨【1】 1

- 一、聲請人一【2】 2

聲請人一於距中華民國 95 年 6 月 10 日花蓮縣卓溪鄉第 18 屆立山村村長選舉日 4 個月前，將戶籍遷入花蓮縣卓溪鄉立山村，並於選舉日前往投票。案經檢察官聲請以簡易判決處刑，臺灣花蓮地方法院 97 年度玉簡字第 1 號刑事簡易判決，以聲請人一係以虛偽遷徙戶籍（下稱虛遷戶籍）而為投票之非法方法，使投票發生不正確之結果，依行為時之刑法第 146 條第 1 項規定（下稱系爭規定一）論處罪刑。聲請人一不服，提起上訴，經臺灣花蓮地方法院 97 年度簡上字第 58 3

號刑事判決（下稱確定終局判決一），以其上訴無理由，予以駁回確定。聲請人一認確定終局判決一所適用之系爭規定一、96年1月24日修正公布之刑法第146條第2項規定（下稱系爭規定二；聲請人一誤以系爭規定一於96年1月24日修正為系爭規定二）及96年11月7日修正公布之公職人員選舉罷免法（下稱公職人員選罷法）第113條第3項規定（聲請人誤植為96年11月7日修正公布前之第98條第2項），牴觸憲法，於98年8月12日聲請解釋憲法。【3】

其主張意旨略以：系爭規定一及二均違反憲法人民遷徙自由及選舉權行使自由之規定；公職人員選罷法第113條第3項規定違反憲法保障之生存權、工作權及比例原則等語。【4】

二、聲請人二【5】

聲請人二原即設籍並居住於金門縣烏坵鄉，於距94年12月3日金門縣烏坵鄉第7屆鄉長選舉日4個月前，代其6名原設籍於臺灣本島之親屬辦理遷入戶籍於烏坵鄉之手續，該6名親友亦於烏坵鄉第7屆鄉長選舉日當日，從臺灣本島搭船至烏坵鄉投票所投票。案經檢察官提起公訴，嗣經福建高等法院金門分院99年度選上更（一）字第2號刑事判決，以聲請人二與委由其代辦設籍之親友及同意其設籍之人，共同以其他非法之方法，使投票發生不正確之結果，依系爭規定一之規定論處罪刑。聲請人二提起上訴，再經最高法院100年度台上字第4503號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決，為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決二）。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定一及公職人員選罷法第15條第1項規定牴觸憲法，於101年4月25日聲請解釋憲法。【6】

其主張意旨略以：系爭規定一所稱「其他非法之方法」，構成要件尚非明確，違背法治國原則；公職人員選罷法第15條第1項規定須繼續居住4個月者方得行使選舉權，侵害憲法第10條之遷徙自由及第17條選舉權，其限制逾越憲法第23條比例原則等語。【7】

三、聲請人三至五【8】

聲請人三原非設籍於金門縣烏坵鄉，聲請人四及五原即設籍於 9 金門縣烏坵鄉。距 94 年 12 月 3 日金門縣烏坵鄉第 7 屆鄉長選舉日 4 個月前，聲請人三及其他親友委由聲請人二辦理將其等戶籍分別遷入聲請人四及五之戶籍內，並於烏坵鄉第 7 屆鄉長選舉日當日從臺灣本島搭船至烏坵鄉投票所投票。案經檢察官提起公訴，嗣經福建高等法院金門分院 98 年度選上更（一）字第 2 號刑事判決，以聲請人三至五共同以其他非法之方法，使投票發生不正確之結果，依系爭規定一之規定論處罪刑。聲請人三至五提起上訴，再經最高法院 100 年度台上字第 4786 號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決三）。聲請人三至五認確定終局判決三所適用之系爭規定一及公職人員選罷法第 15 條第 1 項規定牴觸憲法，於 101 年 4 月 25 日聲請解釋憲法。【9】

其主張意旨略以：系爭規定一所稱「其他非法之方法」，構成 10 要件尚非明確，違背法治國原則；公職人員選罷法第 15 條第 1 項規定須繼續居住 4 個月者方得行使選舉權，侵害憲法第 10 條之遷徙自由及第 17 條選舉權，其限制逾越憲法第 23 條比例原則等語。【10】

四、聲請人六及七【11】 11

聲請人六（共 3 人）及七（共 9 人）分別於距 103 年 11 月 29 12 日雲林縣北港鎮水埔里里長選舉日 4 個月前，將戶籍遷入雲林縣北港鎮水埔里，其中聲請人六於選舉日均前往投票，聲請人七則均未前往投票。案經檢察官提起公訴，嗣經臺灣高等法院臺南分院 105 年度選上訴字第 121 號刑事判決，以聲請人六意圖使特定候選人當選，以虛遷戶籍取得投票權而為投票既遂，依系爭規定二之規定論處罪刑；聲請人七雖已著手為虛遷戶籍之實施，惟未發生投票之結果，犯罪尚屬未遂，依刑法第 146 條第 3 項關於第 2 項規定部分（下稱系爭規定三）論處罪刑。聲請人六及七提起上訴，再經最高法院 106 年度台上字第 1744 號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以臺灣高等法院臺南分院上開判決為本庭據以

為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決四）。聲請人六及七分別認確定終局判決四所適用之系爭規定二、三規定，過度限制人民之選舉權、遷徙自由及平等權，有違憲之疑義，於107年3月26日聲請解釋憲法。【12】

其主張意旨略以：系爭規定二係基於人民有義務將實際繼續居住之住所登記為戶籍地之前提，方取得當地行使選舉權之資格所為立法，違反此前提者，即應受刑事處罰，然此限制違反比例原則；系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」內涵不明確，違反法律明確性原則；系爭規定二未處罰虛偽不遷籍之選舉人或虛偽遷籍之候選人，違反平等原則，侵害憲法所保障之選舉權、遷徙自由與平等權等語。【13】

五、聲請人八【14】

聲請人八（共3人）為中華航空股份有限公司企業工會會員，該工會會員代表大會於107年5月31日表決推派工會秘書長朱梅雪參選第2屆桃園市市長選舉。聲請人八於距107年11月24日桃園市市長選舉日4個月前，將其等戶籍遷入桃園市內，並於選舉日至投票所投票。案經檢察官提起公訴，嗣經臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決（下稱臺高院刑事更審判決），以其犯意圖使特定候選人當選，以虛遷戶籍取得投票權而為投票罪，依系爭規定二論處罪刑。聲請人八提起上訴，再經最高法院111年度台上字第1861號刑事判決（下稱系爭確定終局判決五），以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。聲請人八認系爭確定終局判決五所適用之系爭規定二及該判決牴觸憲法，聲請法規範及裁判憲法審查。【15】

其主張意旨略以：（一）關於法規範憲法審查部分：系爭規定二限制人民投票予特定候選人之機會，及限制人民隨意決定戶籍地之自由，並課予違反者刑事處罰，侵害人民參政權及居住遷徙自由；其僅對意圖使特定候選人當選而虛偽遷籍者處以刑罰，侵害憲法第7條平等權；系爭規定二禁止人民遷徙戶籍之目的不具特別重大公益、手段與目的亦無密切關聯，其法律效果亦違比例原則；系爭規定二所定「虛偽」要件空泛，違反法律明確性原則。（二）關於裁判憲法審查

部分：系爭確定終局判決五適用有違憲疑慮之系爭規定二，應本於憲法意旨予以合憲性解釋卻消極未為之，顯屬違憲等語。【16】

貳、受理要件之審查及審理程序等【17】 17

一、受理要件之審查【18】 18

（一）審查依據【19】 19

按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序 20
用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適
用之法規範，認有牴觸憲法者，得自用盡審級救濟之最終裁判送達後
翌日起之 6 個月不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲法
訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日修正施行（下同）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；聲請憲法法庭裁判，其聲請不
合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理，憲訴法第 59 條、第 90
條第 1 項及第 32 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。【20】

查聲請人一至七之聲請，均於憲訴法修正施行前即已繫屬，其 21
受理與否，應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之；聲請人八之聲
請案受理與否，則應依憲訴法相關規定決之。【21】

（二）聲請受理部分【22】 22

查聲請人一至五就系爭規定一、聲請人六就系爭規定二，及聲 23
請人七就系爭規定三所為聲請，核均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所
定要件相符，應予受理。【23】

次查，系爭規定二雖非確定終局判決一所據之判決基礎，惟確 24
定終局判決一明示採用原審判決書記載之理由，並予以補充，而原審
判決書中亦明示引用本案檢察官聲請簡易判決處刑書之記載；本案檢
察官聲請簡易判決處刑書則明示聲請人一所為，若依 96 年修正前刑

法之規定，須論以系爭規定一之罪；若依 96 年修正後刑法之規定，須論以系爭規定二之罪，而二者法定刑度均相同，修正後之法律對聲請人一既非較有利，自應適用行為時之法律，遂依系爭規定一聲請簡易判決處刑。基此，可認系爭規定二亦為確定終局判決一所實質適用。是聲請人一就系爭規定二所為聲請部分，亦核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符合，應予受理。【24】

另查，聲請人八就系爭規定二及系爭確定終局判決五所為聲請，核與憲訴法第 59 條所定法規範及裁判憲法審查之要件相符，應予受理。又，由於系爭確定終局判決五係以聲請人八之上訴違背法律上之程式而予以駁回，是聲請人八之聲請，本庭應併予審酌系爭確定終局判決五之原審判決，即臺高院刑事更審判決。【25】

末查，上開受理部分之聲請標的既相同或有密切關聯，爰予合併審判。【26】

（三）聲請不受理部分【27】

聲請人一就 96 年 11 月 7 日修正公布之公職人員選罷法第 113 條第 3 項規定，及聲請人二至五就公職人員選罷法第 15 條第 1 項規定聲請部分，核其聲請意旨所陳，尚難謂客觀上已具體敘明上開規定究有何牴觸憲法之處。是聲請人一至五就上開規定部分之聲請，核均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，應不受理。【28】

二、相關法規範變動情形【29】

24 年 1 月 1 日公布施行之刑法第 146 條第 1 項及第 2 項原規定：「（第 1 項）以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處 5 年以下有期徒刑。（第 2 項）前項之未遂犯罰之。」96 年 1 月 24 日修正公布，增訂第 2 項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」原第 2 項規定則移列於第 3 項，並修正為：「前二項之未遂犯罰之。」【30】

三、言詞辯論程序【31】

本庭於 112 年 4 月 11 日行言詞辯論，聲請人六至八、關係機關

法務部及中央選舉委員會經通知並到庭陳述意見，聲請人一至五雖經通知但未到庭。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。聲請人六至八及關係機關言詞辯論之陳述要旨如下：【32】

（一）聲請人六及七【33】

33

1. 系爭規定二部分：系爭規定二係禁止人民意圖使某特定候選人當選，將戶籍登記於未實際居住地，而取得選舉人資格並為投票，涉及憲法上所保障之人民選舉權及遷徙居住自由。系爭規定二之立法目的係導正選舉風氣，及確保公職人員應獲得實際居住於當地居民多數支持之實質代表性，以維護民主選舉精神，然實質代表性僅以獲得選舉區內實際居住之選舉人認同為限，與憲法增修條文第 2 條第 1 項後段總統、副總統選舉人資格不以實際居住於台澎金馬地區為必要之意旨未合，亦與責任政治、民主國原則、有納稅即有代表原則、公職人員選罷法與選舉實務均不符，此目的不具憲法正當性；人民支持特定候選人當選受憲法選舉權保障，不具法益侵害性，系爭規定二以此作為犯罪主觀構成要件，亦無憲法上正當性；系爭規定二以刑罰手段處罰為取得投票權而遷徙戶籍於未實際居住地者，與達成規範目的無關，現行就虛偽遷籍行為亦設有相關行政罰，亦非侵害最小手段，是系爭規定二違反比例原則；又系爭規定二僅處罰為行使投票權而虛遷戶籍之幽靈人口，未處罰基於其他因素虛遷戶籍之選舉人或候選人，與憲法保障之平等權有違；至於系爭規定二之「虛偽遷徙戶籍」要件難以認定，亦違反法律明確性等語。【34】

34

2. 系爭規定三部分：系爭規定三違憲理由除與系爭規定二相同外，本規定所指未遂行為係未為投票，其形同將未實際居住而遷徙戶籍之行政不法行為提升為刑事不法行為，不具正當性，且易使法院對系爭規定二主觀要件之判斷流於恣意，不符刑罰明確性原則等語。

35

【35】

（二）聲請人八【36】

36

系爭規定二限制人民投票予特定候選人及限制人民得隨意決定

37

戶籍地之自由，並課予違反者刑事處罰，侵害人民受憲法保障之參政權及居住遷徙自由；系爭規定二之立法目的係為導正選舉風氣，然此目的與所規範之行為，本為系爭規定一所涵蓋，本規定實為贅文；若認系爭規定二有與系爭規定一截然不同之立法目的，亦即非為追求一個客觀、公正、真實意志之選舉文化，而有其他文化價值形塑之意涵存在，除於規範體系解釋上難以自圓其說外，亦無其他憲法上得以支持國家以刑事法規介入選舉風氣之基礎，故系爭規定二之目的，不具正當性；又系爭規定二所採手段既不適合且不必要，戶籍法尚存有撤銷戶籍登記、裁處行政罰等侵害較小之行政管制手段，且其所維護之導正選舉風氣利益非屬重要，與對憲政體制核心之人民參政權及遷徙自由之侵害結果相較，有違衡平，故系爭規定二違反比例原則而違憲。另系爭規定二未處罰虛偽不遷籍或意圖當選而虛偽遷籍者，已形成差別待遇，立法者就此未為說明，且實務判決就系爭規定二之解釋適用已形成不平等，故本規定與平等原則相悖；系爭規定二之「虛偽」要件之認定，無存在可資遵循之法規範或司法實務見解，非受規範者可預見，已違反法律明確性及刑法構成要件明確性等語。【37】

（三）關係機關法務部【38】

1. 系爭規定一所稱「詐術」，於刑法中有其意義，所稱「非法」，自整體規定觀之，係指類同詐術之方法；系爭規定二屬系爭規定一所定「非法」之明文化，是系爭規定一及二無使受規範者難以理解或預見之情，均未違反法律明確性原則。2. 系爭規定二涉及選舉權具體行使限制，但與遷徙居住自由無涉；公職人員選罷法第15條明定有選舉權人在各該選舉區繼續居住4月以上者，為該區之選舉人，至於繼續居住之認定，非僅憑設籍為唯一認定依據，設籍僅具推定有繼續居住之效力。如選舉人僅為戶籍遷入登記卻無居住事實，仍無法取得該選舉區之投票權，此基於行使投票權之目的，以虛偽方式取得投票權之行為，將使投票結果因包含無選舉權人之票數而不正確。系爭規定二即係為避免無選舉人資格者，以不合法方式影響選舉結果之正確性，從而維護自由民主憲政秩序之根本，即民主選舉，其所保護

之法益應屬重大公益，而系爭規定二應為系爭規定一之具體化。3. 虛遷戶籍而取得投票權行為，對選舉結果所生影響，於小選舉區更加明顯，且目前我國賄選現象仍存在，此行為仍有刑罰必要性；如僅採取相關選舉行政管制措施，將有人力、物力困難或有剝奪人民基本權之疑慮，故仍有透過刑法之一般預防效果嚇阻該行為之必要，且我國以事後課予行為人刑事責任，而未採事前剝奪其投票權之方式，已屬較小侵害手段。4. 系爭規定二處罰基於行使投票權目的，以積極虛偽設籍方式取得投票權之行為，未處罰基於其他因素而住籍分離者，係因二者行為有本質上不同，難認此差別待遇已違反平等權。綜上，系爭規定二與比例原則及平等原則均無違背等語。【39】

（四）關係機關中央選舉委員會【40】

40

1. 系爭規定一之文義已有明確定義，司法實務解釋適用該規定之見解亦無歧異處，是系爭規定一之文義非受規範者難理解，且可經司法審查加以確認，尚無違反法律明確性原則。2. 系爭規定二係處罰無權投票而為投票之行為，雖涉及人民選舉權（參政權）之限制，但未限制人民居住遷徙自由；其立法目的係確保選舉制度公平運行、維護投票結果正確性及落實主權在民精神，具憲法第 23 條規定所定之公益性及正當理由。3. 系爭規定二所定之主觀要件，係在避免處罰不當擴張，且具此主觀要件之虛設戶籍者，確有侵害選舉正確結果之意志，此一要件具憲法正當性。4. 系爭規定二就無權投票卻為投票者處以刑罰，適於立法目的之實現，且考量法律規範時效性與行政管制之執行成本，此手段實具不可替代性亦無其他侵害較小手段，是本規定並未違反比例原則。5. 系爭規定二雖僅處罰意圖使特定候選人當選而以虛偽遷籍取得投票權而為投票者，與其他投票權人於刑罰上構成差別待遇，惟此差別待遇係基於行為本質不同所為之合理區別對待，並與系爭規定二立法目的具一定關聯，與憲法第 7 條平等原則無違。6. 系爭規定二之構成要件，均可明確判斷，並未違反法律明確性。7. 系爭規定三係處罰系爭規定二之未遂犯，此為立法者就維持選舉公平性之公共利益所為之價值判斷；而基於妨害投票犯意而虛偽遷籍

41

者，於取得遷入戶籍地所在選舉區之形式上選舉權時，已足以妨害選舉涓潔及公正性，再綜合考量系爭規定三之減刑、妨害投票罪之法定刑及相關緩刑與易刑等規定，系爭規定三並未違反比例原則等語。

【41】

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。【42】

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。【43】

參、審查標的【44】

一、刑法第 146 條第 1 項規定：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果……者，處 5 年以下有期徒刑。」（即系爭規定一）。【45】

二、刑法第 146 條第 2 項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」（即系爭規定二）。【46】

三、刑法第 146 條第 3 項關於第 2 項部分規定：「……之未遂犯罰之。」（即系爭規定三）。【47】

四、最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決（即系爭確定終局判決五）。【48】

肆、受理部分形成主文之法律上意見【49】

一、系爭規定一尚未牴觸刑罰明確性原則【50】

（一）審查原則【51】

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，包括適當運用不確定法律概念而為規定。一般而言，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、第 804 號解釋及本庭 112 年憲判字第 5 號判決參照）。惟涉及刑罰法律規範時，基於憲法法治國原則之罪刑法定原則，國家對犯罪行為之處罰，應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（司法院釋字第 602 號及第 792 號解釋參照）。是憲法罪刑法定原則中，除嚴格之法律保留之要求外，亦蘊含刑罰明確性之要求，乃上述一般性法律明確性原則於刑罰規範領域之具體化，其所指涉之意涵，亦應特別考量刑罰規範之特性。【52】

申言之，基於憲法罪刑法定原則，僅立法者有權建立刑罰法律 53
規範；法院解釋適用刑事法律時，就犯罪構成要件，不得以類推適用等法律漏洞補充之方式，擴張或增加法律規定所無之內容，因而擴增可罰行為範圍（司法院釋字第 792 號解釋參照）。從而，法院於解釋適用刑事法律時，一方面固負有使法律所定犯罪構成要件精確化之義務，是於法律存有不確定法律概念，致所定可罰行為範圍產生不明確疑義之情形，法院即應以法律解釋方法盡可能予以排除；另一方面，法院則須謹守憲法罪刑法定原則之要求，不得逾越法律解釋之範疇而擴增可罰行為範圍。【53】

基此，刑罰明確性原則固不當然限制立法者依其刑罰規範建構 54
之需，衡酌立法相關因素而選擇適當之法律概念與用語，包括適當運用不確定法律概念而建構刑罰構成要件，然其客觀可罰性範圍，須具有得以法律解釋方法予以解釋、限定之可能性，亦即得以其所屬法律規定脈絡下之相關要素予以限定，從而使刑事法院於審查、判斷個案事實是否該當系爭不確定法律概念所繫之構成要件時，客觀上有一定共同遵循之適用指標，俾於解釋適用相關刑罰規定時，得以之為據而盡可能排除刑事法律可罰性範圍之不明確疑義，始符合刑罰明確性原則。如刑罰法律規範與相關法律體系中欠缺足以適當限定不確定法律概念意涵之具體化指標者，即可能因個案法官獨立審判下之個別具體

適用而變相擴張可罰性範圍，因而有牴觸憲法罪刑法定原則之虞。

【54】

(二) 系爭規定一尚未違反刑罰明確性原則【55】 55

系爭規定一，即刑法第 146 條第 1 項明定：「以詐術或其他 56
非法之方法，使投票發生不正確之結果……者，處 5 年以下有期徒刑。」係以施行「詐術或其他非法之方法」作為犯罪行為之客觀構成要件。其中「詐術」一詞，於刑法分則之犯罪處罰規定中尚非罕見，依據一般人民日常生活與語言經驗，以及法院實務見解，係指使人認知錯誤之蓄意欺騙手段，就受規範對象而言，其意義並非難以理解。而「其他非法之方法」固屬不確定法律概念，惟其意涵除可藉由「詐術」之例示而理解外，尚可藉由選舉投票等相關法律規定而進一步具體化，亦即所謂「非法之方法」，當指選舉投票等相關法律所不許之操縱投票結果之方法。【56】

此外，系爭規定一係屬結果犯立法模式，立法者已預設「使投票發生不正確之結果或變造投票之結果」為犯罪構成要件，依此，以非法之方法所為行為，除須導致犯罪構成要件所預設之結果外，構成要件行為與結果間須具有一定之因果關係，從而亦進一步限定以非法之方法所為行為之可罰性範圍。綜上，系爭規定一雖以不確定法律概念作為犯罪行為之構成要件，惟從其文義意涵、結果犯構成要件之體系理解以及法體系之整體關聯性觀點觀之，立法者就系爭規定一所涉之行為可罰性要件，已設有合宜之解釋適用之參考基準，並以此限定行為可罰性範圍；受規範對象除可依此預見其行為之可罰性外，刑事法院亦得據以解釋適用系爭規定一，就個案行為之構成要件該當性為適當之審查、判斷，是系爭規定一尚未違反刑罰明確性原則。【57】

二、系爭規定二尚未牴觸憲法第 17 條保障選舉權、第 7 條保障平等 58
權及刑罰明確性原則之意旨【58】

(一) 據以審查之憲法原則及審查標準【59】 59

選舉乃多數人民透過集中意志，決定民意代表或各級政府首長 60
之行為，人民參政權為民主政治與專制政治最關鍵之不同處，選舉尤

為人民參政權中最核心之權利，透過人民選舉賦予民意代表或各級政府首長行使國家權力之正當性。我國憲法第 1 條明定民主共和國原則，第 2 條明定國民主權原則，係採民主政治體制。是憲法第 17 條所保障之選舉權，乃民主國家中人民最基本之政治參與權利之一，其保障符合法定資格之選舉人，均得於公平、公正、公開之選舉中參與投票，選出回應多數民意之各種民選公職人員，以具體實現憲法第 1 條及第 2 條所揭示之民主原則。選舉制度之設計固屬立法形成之自由，惟不得違背民主原則及憲法第 129 條至第 132 條之規定意旨，自屬當然。【60】

鑑於選舉為民主國家中，公民參與政治最重要之管道，人民之選舉權自應受高度保障；選舉既為落實民意政治、責任政治之民主基本原則不可或缺之手段，並同時彰顯主權在民之原則，則所定選舉方法仍不得有礙民主共和國及國民主權原則之實現，亦不得變動選舉權、平等權之核心內涵（司法院釋字第 721 號解釋參照）。國家如基於特定之考量，採取管制手段乃至於刑事制裁，而涉及限制部分人民選舉權之行使，則其目的須為追求特別重要之公共利益，所採取達成該目的之手段須屬侵害最小之手段，且對選舉權施加限制所造成之不利利益，不得大於所欲維護之公共利益，始符合憲法第 23 條比例原則之要求。【61】

又其管制手段如有構成差別待遇之情形，則應視形成該差別待遇之分類標準是否屬於可疑分類，以及該差別待遇所涉基本權利之重要性而採取不同之審查基準；如分類標準非屬種族、性別、性傾向等與生俱來不可改變之個人特徵、未基於系統性、歷史性之刻板印象或偏見，或未造成隔絕參與民主程序之可疑分類，原則上適用寬鬆審查基準即可。惟若所涉基本權利基於個人人格自主發展、人性尊嚴（司法院釋字第 748 號解釋參照）或與公共生活秩序之形塑密切相關（司法院釋字第 760 號解釋參照）者，原則上應至少採中度審查。如前所述，選舉既為公民參與民主政治最重要之管道，涉及人民透過參政權以達成自我實現與形塑公共生活秩序，則對於選舉權之管制手段形成

差別待遇，即便該分類標準並非可疑分類，本庭綜合考量後，爰認就該差別待遇以中度審查基準判斷其合憲性，亦即除其目的須為追求重要之公共利益外，所採差別待遇之手段與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。【62】

（二）系爭規定二尚未牴觸憲法第 17 條保障選舉權之意旨【63】 63

1. 系爭規定二構成對人民憲法保障之選舉權之限制【64】 64

憲法第 17 條規定之選舉權之保障內涵，除保障投票與不投票之自由、投票對象之選擇自由等外，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由。查系爭規定二明定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」其將意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票之行為，於規範上評價為刑事不法行為，處罰規定則同於系爭規定一之處罰。所稱「虛偽遷徙戶籍」，根據戶籍法規定，應係指遷徙戶籍後未實際居住於戶籍地，亦即「籍在人不在」之情形。因此，系爭規定二所蘊涵之內容，乃只允許人民在其戶籍所在地，亦即在其有實際居住事實之戶籍所在地行使選舉權，並以刑事禁止規範，禁止人民基於支持特定候選人當選之意圖，以遷徙戶籍而未實際居住戶籍地之方式，取得投票權而為投票。是系爭規定二涉及對人民受憲法第 17 條所保障選舉權，尤其是依自己意願選擇在何選舉區投票之自由之限制，殆無疑義。是該限制是否合憲，即應視其限制目的是否在於維護特別重要公共利益，所採限制手段是否適合目的之達成，是否侵害最小，且對選舉權施加限制所造成之不利益，與所欲維護之公共利益是否符合相稱性。【65】 65

2. 系爭規定二之目的係為確保選舉具有民主正當性與公正性之特別重要公益【66】 66

查 96 年 1 月 24 日修正增訂系爭規定二之立法理由略以： 67
「一、公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。二、然行政機關若對此未加以剔除，進而列入選舉人名冊，選舉人名冊經

公告更正後即告確定，行政機關所製成之『選舉人名冊』乃屬『確認性行政處分』，此生行政處分之『構成要件效力』，後若再通知選舉人前往投票，選舉人依照選舉機關之合法通知前往投票並非屬刑法第 146 條之非法之方法。是以司法院 91 年 4 月 22 日幽靈人口適用刑法座談會之結論及法務部（88）法檢字第 004007 號函，均認為不構成該條，但此種新型態行為嚴重戕害選舉之民主性，實有必要對此種類型立法新增處罰之規定，以導正選舉風氣，爰增訂第 2 項……。三、現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，是以第 2 項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。」（立法院第 6 屆第 4 會期第 16 次會議紀錄，立法院公報第 96 卷第 13 期院會紀錄，第 77 頁至第 78 頁參照）。【67】

是立法者增訂系爭規定二之主要理據，依上開立法理由所示，68 應係認為選舉產生之公職人員之實質代表性，係來自各該選舉區實際居住之居民之投票支持與認同，未實際居住各該選舉區之選民，不足以提供選舉產生之公職人員之實質代表性。若不阻止人民以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，將嚴重戕害選舉之民主正當性。此外，系爭規定二亦有藉此維護選舉公平性之意（關係機關中央選舉委員會言詞辯論主張意旨參照），避免部分情形之未實際居住於選舉區之選舉權人，僅透過遷徙戶籍至選舉區即取得投票權，因而影響選舉區選舉之公平性。是系爭規定二限制人民依自己意願任意選擇選舉區投票之自由，所追求目的，依立法理由說明，簡言之，乃在於維護選舉之民主正當性與公正性。【68】

查區域選舉，無異於一個政治社群之選舉，無論目的在選出足 69 以反映該地區民意之民意代表，或處理該區域行政事務之行政首長，一般民主國家多以法律對選舉權設定住民資格限制，亦即以有在該選

舉區實際居住作為與該選舉區之連結因素，用來確認政治社群之成員範圍，並只允許社群成員參與投票，作成集體決策。其理據是惟有實際居住當地始可發展與其他社群成員休戚與共之網絡，進而表達對政治社群之認同，此正是人民自我治理之民主原則之體現。若允許未實際居住之他者可以參與投票，則政治社群成員投票影響力勢遭稀釋，所稱政治社群成員自我治理之民主原則也將逐步遭破壞，終至形骸化，從自治變他治而從根瓦解。【69】

基此考量，立法者乃於公職人員選罷法第15條第1項規定：70
「有選舉權人在各該選舉區繼續居住4個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」要求以實際居住於各該選舉區為取得選舉人資格之條件；同法第4條第1項規定：「選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，均以算至投票日前一日為準，並以戶籍登記資料為依據。」第2項規定：「前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。」則係以戶籍遷入登記之日起算4個月，作為判斷繼續居住4個月之標準，以兼顧前述戶籍登記與實際居住間之連結關係，並提供判斷是否具備該選舉區選舉人資格之明確標準，俾有助於選舉爭議之防免或解決。至戶籍登記與實際居住之連結，則藉由戶籍法第16條與第17條（遷出與遷入，應為遷出與遷入登記）、第23條（戶籍登記事項自始不存在時，應為撤銷之登記）以及第76條（申請人故意為不實之申請或有關機關、學校、團體、公司、人民故意提供各級主管機關及戶政事務所不實之資料者，處新臺幣3,000元以上9,000元以下罰鍰）等規定加以鞏固。上開規定藉由實際居住4個月以上之要求界定政治社群成員範圍，作為賦予選舉權之條件，目的在維護政治社群民主之自我治理原則之實踐。【70】

上開公職人員選罷法與戶籍法相關規定固要求選舉人須在選舉71
區設有戶籍並實際居住，然我國公職人員選舉實務上卻經常發生為數眾多原戶籍於特定選舉區外之人，藉由虛遷戶籍方式取得選舉人資格參與投票。鑑於此類未實際居住於該選舉區之虛遷戶籍者，與作為政治社群之該選舉區真正成員間不具休戚與共之利害關係，往往僅因人

情請託、政治動員乃至期約賄選，而虛遷戶籍取得投票權而至該選舉區投票，不惟稀釋與選舉區有實質利害關係之政治社群成員所投選票之影響力，亦使同選舉區其他候選人因無從透過政治理念之說服或個人特質等公開競爭之方式爭取其選票，而造成不公平之競爭。尤其選舉人總人數低而當選所需票數少之選舉區，大量由選舉區外遷入之選舉人對於選舉結果有舉足輕重之影響。立法者因而增訂系爭規定二，以刑事禁止規範禁止意圖使特定候選人當選，以虛遷戶籍取得投票權而為投票之行為。如前述，其目的在避免扭曲選舉競爭秩序，以確保民主正當性與公正性，進而維護政治社群民主最根本之自我治理原則，自可認係為追求特別重要之公共利益，核屬正當，於憲法上並無可非難之處。【71】

惟須在此指明者，基於憲法第 17 條保障人民選舉權之意旨，所謂「實際居住」，隨著社會變遷，不應再侷限於以居家生活或住宿理解之傳統「居住」概念，蓋政治社群成員之組成，著重於對社群事務之熟悉與理解，進而產生社群共同體之理念，對該社群具有參與意願並進而透過選舉方式加以實踐。隨著交通工具與人際互動科技發展日新月異，人民遷徙移動成本大幅降低，生活圈也日漸擴大，工作地與住家分處不同選舉區之情形所在多有，因長期工作而與工作場所所在之選舉區生活密切關連，亦足以產生社群共同體之認同，已屬不容否認之事實。是所謂政治社群之界定範圍也應更加具有彈性，社群自我治理之民主正當性，自然不應僅侷限於傳統上所理解之居家生活與住宿事實；人民基於持續就業而與所處地區實質上建立政治社群之歸屬與認同感，也應成為承認其在工作場所所在選舉區擁有選舉權，參與政治社群自我治理之另一種正當性基礎。因此，公職人員選罷法第 15 條第 1 項以在選舉區居住 4 個月以上為取得該選舉區選舉權之資格要件之規定，所稱「居住」或「實際居住」之認定，基於憲法保障選舉權之意旨，即不應侷限於以居家生活或住宿理解之傳統「居住」概念，而應擴及在某選舉區持續就業之事實；且此種廣義之「居住」概念之見解，亦與本庭 112 年憲判字第 9 號判決所揭示憲法保障之居 72

住自由，不限於對人民住宅之保障，也及於人民工作場所之立場遙相呼應。是只要在某選舉區長期就業，該地區亦屬其日常生活重心所在，故將戶籍遷入就業所在之選舉區，其長期持續就業之事實必然亦得建構與選舉區成員休戚與共之網絡而成為政治社群之一員，當可因而認定具有「實際居住」事實。【72】

3. 系爭規定二所採取之刑事處罰手段，乃屬最小侵害，與人民選舉權 73 之限制，尚屬相稱【73】

按系爭規定二所欲處罰者，乃係妨害選舉之公開及公平競爭秩 74 序之特定行為，而若非以刑事處罰予以制裁，則別無其他侵害更小且相同有效之手段，得針對此類濫用戶籍登記制度以取得、行使選舉權之行為，慎重宣示其係有可罰性，不容見者群起效尤，扭曲民主競爭秩序，影響選舉區域內其他與該區有真實利害關係之選舉人之民意表達，傷害人民對正當選舉過程之基本信賴，同時並藉以確保選舉制度所欲維持之民主正當性，不致因此種動員選舉人之方式而操弄選舉，使得由人民自主決定選擇代議士之民主精神，變質為代議士選擇選舉人，以樹立憲法民主原則之底線。【74】

或謂戶政機關倘依戶籍法相關規定，於選舉前或依職權或依關 75 係人之檢舉，嚴加查核戶籍遷入登記與實際情形不符者，或改革我國選舉人名冊之編造方法，使之與戶籍登記脫離，另由選務機關核實依實際住居狀況編造名冊或辦理選舉人登記等，即能有效防止藉由濫用戶籍登記危害選舉競爭秩序，且較諸刑罰手段為侵害較小。惟戶政機關忠實執行其行政上之查核義務，並對違反者課予罰鍰，固有助於預防危害選舉競爭秩序之情形發生，且值得採行，但刑罰標示國家對妨礙選舉競爭秩序之非難，對於具有可罰性之行為而言，行政機關事前所採之各種宣導、預防及查核等措施，雖亦有助於減少違法行為發生，且侵害較小。惟究其實卻不必然屬可以相同有效達成目的之替代手段，因戶政、警察、選務機關再如何查核，總有其侷限性，無法完全杜絕濫用戶籍登記危害選舉競爭秩序之行為發生，若連事後刑罰制裁亦完全撒手，則我國民主選舉公正之韌性，是否承受得起這種對選

舉公正性可能是一點一滴之持續侵蝕，也有可能是大規模之一次性破壞。風險多大，因欠缺實證資料，而難以確實評估。惟可以確認的是，民主選舉公正性是維護民主制度於不墜所不可或缺之礎石，一旦發生危險，遭到動搖，即使破口只發生在基層選舉，難免產生滑坡效應，其所產生損害極可能是鉅大乃至難以回復，是危險之發生即使未必能證明急迫，只要其發生並非不可能，司法部門仍宜尊重政治部門之政治風險評估與風險管理決策。系爭規定二採事後刑罰制裁手段，可謂是政治部門經風險評估後所作風險管理決策，司法部門若無堅實反對理由，實無不予尊重之理。再者，此種檢舉查核程序，若無適當之制度設計，將使選務機關疲於應付繁雜且可能毫無實據之檢舉案件，致使具資格之個別選舉人蒙受侵擾，並徒增選舉紛爭而使社會動盪，進而影響選舉公正性而危及民主正當性。是系爭規定二所採刑事禁止規範之手段，尚符合最小侵害之要求。【75】

最後，系爭規定二所採刑事禁止規範手段固構成對人民選舉權 76 行使之限制，然相較於對選舉民主正當性與公正性此特別重要公共利益之維護，其所失與所得無疑應尚屬相稱。【76】

4. 小結【77】

77

綜上，選舉人如有系爭規定二之行為者，係以非法之方法取得 78 投票資格並進而投票，以非選舉區內之人民，對選舉區之選舉結果進行干擾，乃直接衝撞區域選舉在反應選舉區內人民意見之宗旨，使作為憲法民主政治核心之選舉制度，受到破壞，其行為自具有相當之可非難性。系爭規定二透過刑事處罰以避免虛遷戶籍而為投票行為對選舉制度與民主秩序之重大傷害，自有助於達成維護前揭特別重要公共利益之目的，其手段較戶籍制度檢核等其他手段而言，仍屬最小侵害，與人民選舉權之限制尚屬相稱，尚未牴觸憲法第 23 條比例原則。至系爭規定二形式上雖處罰虛遷戶籍而投票之行為，實質上並未就人民自由設定住居所及遷徙等權利予以限制，人民選擇戶籍地並加以登記之權利，並未因此受到影響，與人民受憲法第 10 條保障之居住遷徙自由無涉，併此指明。【78】

(三) 系爭規定二尚未抵觸憲法第7條保障平等權之意旨【79】 79

系爭規定二就人民以虛遷戶籍取得投票權而為投票之行為加以處罰，並未就其他目的虛遷戶籍加以處罰，係以虛遷戶籍之原因為分類標準，而形成是否加以刑事處罰之差別待遇。此種分類標準雖非前揭所述之可疑分類，惟其所形成之差別待遇涉及選舉權此一重要基本權利，影響人民人格自我發展與公共生活秩序之參與及形塑，其目的須為追求重要之公共利益外，所採差別待遇之手段與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。【80】 80

查人民因生活、就學等各種不同因素，致發生實際居住地與戶籍地不同之情形，固所在多有，然既係出於妨害選舉競爭秩序之公正以外之目的而虛遷戶籍，無論係為子女學區，或農保、特定地區福利給付較優渥或其他原因，而將戶籍地遷往居所、子女就學地、親友住居所或不動產所在地等未實際居住地，既然此種虛遷戶籍並非意圖使特定候選人當選而取得投票權所為之行為，與系爭規定二所欲維護之選舉公正與民主正當性之目的並不相關，則是否處罰，即屬立法者就刑事處罰範圍之裁量，尚不能因未列入處罰範圍，即指摘系爭規定二違反平等原則。【81】 81

至聲請人六及八主張系爭規定二僅處罰選舉人虛遷戶籍而不及於候選人而有不合理之差別待遇部分，查公職人員選罷法第24條第1項規定，選舉人得於其行使選舉權之選舉區登記為公職人員候選人，換言之，候選人須先具有選舉權資格，始得於該選舉區登記而具有候選人資格，因此，候選人勢必先遷徙戶籍至擬參選選舉區成為選舉人，其戶籍地若非實際居住地，自亦屬系爭規定二之處罰範圍。然基於憲法保障選舉權之意旨所為實際居住概念之前述詮釋，候選人於遷徙戶籍後，必然於選舉區積極從事競選等相關活動，縱每日活動結束後返回戶籍地以外居住地休憩或住宿，惟其於遷徙戶籍登記後，其密集競選活動無疑已與選舉區建立實際連結，如同於選舉區從事長期工作之情形，即應認定符合實際居住之要件，而未構成系爭規定二所謂虛遷戶籍，自非選舉人單純為取得投票權而將戶籍地遷出實際居住 82

地之行為可相提並論，不生是否違反憲法保障平等權意旨之問題。

【82】

是系爭規定二僅就選舉人為取得投票權而虛遷戶籍予以處罰，其目的既如前述係為追求選舉之民主正當性，屬特別重要之公共利益，其僅就此等行為予以刑事處罰而不及於非為投票之目的而虛遷戶籍者之行為，該差別待遇之手段，既與目的之達成間具有實質關聯性，尚與憲法第 7 條保障平等權之意旨無違。【83】

（四）系爭規定二尚未牴觸刑罰明確性原則【84】

系爭規定二以「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者」為構成要件，其所使用之「意圖」、「特定候選人」、「當選」、「虛偽」、「遷徙戶籍」及「投票」等用語，均為日常生活用語，且為諸多法律中經常使用之用語，可為一般受規範人民所能理解，且可受司法審查。依前開肆、一（一）之說明，與刑罰明確性原則尚無牴觸。【85】

三、系爭規定三與比例原則及罪刑相當原則尚屬無違【86】

按系爭規定三就系爭規定二部分，係針對人民以虛遷戶籍取得投票權而為投票之未遂行為，加以處罰。又關於未遂犯之處罰，依刑法第 25 條規定：「（第 1 項）已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯。（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」定有明文。基此，立法者就系爭規定二之未遂犯部分，設有系爭規定三，以防止前述公共利益侵害之危險，應屬其立法形成自由。是其目的若係為追求重要之公共利益，所採取之限制手段與目的之達成間亦具有實質關聯者，即符合憲法第 23 條比例原則與罪刑相當原則之要求。【87】

國家就特別重要之公共利益提高保護密度，進一步排除該公共利益受到侵害之危險，目的應屬正當。系爭規定三關於系爭規定二之未遂犯處罰部分，其所欲追求者與系爭規定二並無二致，乃在於確保選舉具有民主正當性與公正性，核屬追求特別重要之公共利益。是立法者基於防止此種公共利益受到侵害之危險，而在既遂犯之外擴張處

罰未遂之著手行為，其目的應有正當性。【88】

從系爭規定二之規範結構以觀，其包含之構成要件行為有： 89
 1. 虛偽遷徙戶籍；2. 取得投票權；3. 投票。依其文義觀之，就系爭規定二之未遂犯部分，行為人一旦基於使特定候選人當選之意圖，而虛遷戶籍，即構成系爭規定二之著手行為，其對於後續完成投票行為之危險實現，具有高度蓋然性，而有處罰之正當性。從相關判決之實證資料顯示（自 89 年至 111 年間），僅 2.4% 之虛遷戶籍行為人於選舉人名冊製作前遷出戶籍，且當行為人在虛遷戶籍而取得投票權後，則有近九成（約 89.98%）者完成投票（中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心提出之法庭之友意見書，第 12 頁及第 16 頁參照）。顯見行為人於虛遷戶籍後，有相當高度之比例完成後續之投票行為，亦即具有實現法益侵害之高度蓋然性，從而對於系爭規定二所欲保護之特別重要公共利益，產生危險性。是從危險有效防免之目的以觀，系爭規定三之未遂犯處罰，其手段與目的之達成間具有實質關聯，與憲法比例原則及罪刑相當原則亦尚屬無違。【89】

四、小結【90】 90

綜上所述，系爭規定一及二與刑罰明確性原則、系爭規定二與 91
 憲法比例原則及第 7 條保障平等權之意旨均尚無牴觸；系爭規定三關於系爭規定二部分，亦與憲法比例原則及罪刑相當原則無違。是聲請人一至八關於上開規定之法規範憲法審查之聲請均無理由，應予駁回。【91】

五、系爭確定終局判決五違憲，應予廢棄，發回最高法院【92】 92

（一）審查基準【93】 93

就聲請人八主張系爭確定終局判決五適用系爭規定二之法律見 94
 解牴觸憲法部分，本庭於 111 年憲判字第 8 號判決已揭示本庭與普通及行政各級法院之分工：一般而言，法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝，其正確與否，係屬各級法院及其審級救濟之權責，原則上應不受憲法法庭之審查。憲法法庭僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，一般而

言，當各級法院對於作為裁判基礎之法律之解釋與適用，係基於對基本權意義及保護範圍錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。【94】

（二）臺高院刑事更審判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥 95
為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權【95】

查系爭確定終局判決五就聲請人八是否構成系爭規定二所稱 96
「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」，引述臺高院刑事更審判決所認，聲請人八基於投票給其工會理事長之目的，而將戶籍遷入該選舉區，「非出於居住或遷徙之主觀意思，以及客觀上有居住某地或遷移某地之事實，即非屬居住及遷徙自由權之內涵所含蓋，自不受憲法所保障」，上開臺高院刑事更審判決因而判斷聲請人八實際上均未居住於該戶籍地址，「並無居住遷徙之事實，卻故意為不實之遷出、遷入登記申請者，因非屬憲法所保障居住及遷徙自由權之內涵所含蓋」，是主觀上具有使特定候選人當選之意圖，客觀上亦符合虛遷戶籍取得投票權之要件，並為投票，聲請人八既「未居住於戶籍地者，應不能取得戶籍地選區投票權，縱於該戶籍地工作，亦不符上開選罷法第 15 條取得投票權之要件，……雖於桃園市工作，然尚難認其等對於桃園市之實際需要如何，何項公共事務應予興革，何人適合擔任此項公職，而得以最妥適執行公權力等事項有所瞭解」。就上開臺高院刑事更審判決之認定，系爭確定終局判決五亦從公職人員選罷法第 15 條第 1 項規定「自積極層面言，基於住民意識與民主精神，欲藉繼續居住 4 個月之期間，以建立選舉人和設籍地之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺之住民意識，進而使其地方生活與政治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，方能反映當地人民的心聲，體現參與

式民主之精神；另則在於消極防弊，倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂『投票部隊』之『選舉幽靈人口』，自外地遷入戶籍，未與設籍地之政治、文化、經濟及社會事務有最低限度的熟悉、連結之情形下，使自己被登錄於選舉人名冊，而取得選舉權參與投票，勢必危害選舉之公平、公正和純潔」等觀點，進一步說明上開臺高院刑事更審判決「係就認定上訴人等為取得選舉權人資格及使特定候選人當選方遷徙戶籍所為說明，與另上訴人等雖將戶籍遷至桃園市，但未實際居住於戶籍地，不符選罷法第15條取得投票權要件等理由，並無矛盾之情形。」以上訴不合法律上之程式而駁回。【96】

是系爭確定終局判決五及上開臺高院刑事更審判決均從公職人員選罷法第15條之立法目的出發，而認為「繼續居住」須有「實際居住」之事實；然就聲請人八因居家生活、住宿不在戶籍地桃園市，系爭確定終局判決五及上開臺高院刑事更審判決無視聲請人八於桃園市工作長達二、三十年之事實，仍認定其不符合「實際居住」4個月之要件，從而該當系爭規定二之「虛偽」遷徙戶籍部分，是否與憲法第17條保障人民選舉權之意旨相符，則待進一步討論。【97】

上開臺高院刑事更審判決固然正確觀察到「衡諸現今社會交通便捷，人民可輕易移動至居住地以外之地區工作或從事各項活動，而與各個地區建立起程度不一之連結關係，更遑論各種資訊流通之廣泛、迅速及普及，人民無庸移動身體，透過網路、電視、廣播、書報等管道，即可對其他地區之政治、文化、經濟及社會事物有相當之熟悉」，但仍堅持唯有家居生活或住宿之實際生活事實，方能建立「地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺，進而使其地方生活與政治責任相結合」，也方能理解該地區「實際需要如何，何項公共事務應予興革，何人適合擔任此項公職，而得以最妥適執行公權力等事項」，若輕易承認家居生活或住宿之實際生活以外之其他任何選舉人與選舉區之「連結關係」，將「導致人民得任擇具有連結因素之地區為投票地，且將使各選區實際繼續居住之人民之意志無法如實呈現，影響選舉之公平性及正確性」，其考量固非無據。【98】

然如本判決前揭就憲法保障選舉權意旨之詮釋，人民參與所處 99
政治社群之治理，其民主正當性基礎在於對該政治社群之認同，與其他社群成員產生休戚與共之網絡，進而使生活與責任政治相結合。居家生活或住宿理解之傳統「居住」事實固足以建立參與社群治理之正當性理由，然在工作地與家居地分處不同選舉區已非罕見之現代社會，人民於工作地停留時間甚且也可能長於居家生活地，工作地公共事務（例如環境、交通、治安、衛生、勞動、消防及其他各種公共設施等）治理之良窳與其在工作地之日常生活亦具有密切利害關係，如堅持長期在工作地持續工作之事實仍不足以理解工作地「實際需要如何，何項公共事務應予興革，何人適合擔任此項公職，而得以最妥適執行公權力等事項」，仍不足建立「地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利害感覺，進而使其地方生活與政治責任相結合」，顯係昧於事實，也失公允。是上開臺高院刑事更審判決未考慮到長期工作亦足以建構在工作地享有選舉權之正當性基礎，雖不否認聲請人八在桃園市長期工作二、三十年之事實，仍認其該當系爭規定二所稱「虛偽遷徙戶籍」之要件，顯係基於對選舉權之意義及保護範圍錯誤之理解而適用系爭規定二。其實，在諸多人與地之連結因素中，僅挑出重要性幾乎無分軒輊之居家生活與長期工作二者，平等承認二者都足以建立參與選舉區社群治理之正當性基礎，人民皆可在其自由意志決定下，或選擇將戶籍設在居家生活地或長期工作地，進而在符合「居住」4 個月要件下取得在其「戶籍地」（不論是居家生活地或長期工作地）投票之權利，也正是憲法保障人民有權選擇在何選舉區行使選舉權之意旨所在。【99】

本判決固然將足以建構享有選舉權之正當性基礎之人與地之連 100
結關係，從居家生活地放寬至長期工作地，在兩者利益衝突情形，確實可能稀釋原選民選票之影響力，但若進而延伸至「影響選舉之公平性及正確性」之結論，則不啻又回到不承認長期工作事實足以建立選舉區認同之出發點，只是立場之重申，尚不足採。至人民選前 4 個月始將戶籍從居家生活地遷至長期工作地，取得選舉權投完票後，又旋

將戶籍遷回居家生活地，只要基於憲法意旨承認長期工作地也是居住地之一種，遷籍至長期工作地不是虛遷戶籍，則選後復將戶籍遷往何處，其實已無關宏旨。同理，人民遷徙戶籍至長期工作地所在之選舉區，只要承認在該選舉區長期工作之事實亦足以建立參與在該選舉區投票之正當性基礎，則在是否構成系爭規定二所稱虛遷戶籍之判斷上，人民究係遷徙戶籍至公司或作業地所在之地址，或長期工作地所在選舉區內親友住家所在之地址，亦已無關宏旨。又人民是否根據自由意志，或在雇主脅迫或利益要脅下始將戶籍遷入工作場所所在之選舉區，則已是另一問題。要言之，臺高院刑事更審判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權。【100】

（三）系爭確定終局確定判決五，亦未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨，妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權，應予廢棄【101】

查本件原因案件之審理過程，就聲請人八長期於桃園市工作，桃園市是否為其依公職人員選罷法規定取得投票權之實際居住地之爭議，臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決採肯定見解，最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決對此見解則持質疑態度，而將案件發回，臺高院刑事更審判決依發回意旨更為審判後，改採否定見解，認定聲請人八雖多年來於桃園市工作，但均未實際居住於各該設籍地址，故其將戶籍遷徙至桃園市，已構成系爭規定二之虛偽遷徙戶籍罪。【102】

就聲請人八上訴理由指摘臺高院刑事更審判決所採否定見解，系爭確定終局判決五除於理由四（一）引用最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決發回理由二（二）之部分外，另針對聲請人八上訴理由之指摘，援引臺高院刑事更審判決所採否定之見解，因而認為從形式觀察，上開高等法院判決並無違背法令之處，而以聲請人之上

訴不合程式判決駁回（參閱系爭確定終局判決五理由二（一）、四（二）及六）。【103】

由上述審判歷程可知，系爭確定終局判決五就長期工作地並不 104
等於實際居住地，為取得投票權而將戶籍遷徙至長期工作地，是否
構成系爭規定二虛遷戶籍之見解，係延續最高法院 110 年度台上字第
1054 號及臺高院刑事更審判決之見解。然而臺高院刑事更審判決未
正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定
「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法
保障之選舉權，既如前述，則援引並維持所採此一見解之系爭確定終
局判決五，自有相同之違憲之理由。【104】

（四）本件應將系爭確定終局判決五廢棄，發回最高法院【105】 105

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 106
局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院，憲訴法第 62 條第 1 項前段
定有明文。系爭確定終局判決五所持法律見解違反憲法，已如前述，
則本件聲請人八之聲請就此而言亦為有理由，依前開規定，自應將系
爭確定終局判決五廢棄。又本庭就審查法規範或確定終局裁判是否違
憲所闡示之意見，性質上仍屬表達抽象之憲法或法律概念，故對於本
庭所闡示之意見，如何適用於具體個案，仍應由個案審判法院本於其
權責獨立判斷，個案審判法院亦有將本庭所闡示之意見，予以具體
化、精確化之權責（本判決第 53 段及第 54 段參照）。又普通法院審
判體系是透過審級制度之設計，以最高法院為頂點，最高法院有透過
審級制度，對下級法院進行審級監督，並統一法律見解之權責。為使
本判決之意旨，能充分落實於整體刑事審判體系，並尊重最高法院就
本件原因案件是否該當於本判決所闡示之「實際居住」之要件，得依
法獨立判斷，以及最高法院對下級法院審級監督及統一法律見解之權
責，爰將本件發回最高法院，依本判決意旨重行審判。【106】

（五）小結【107】 107

綜上，系爭確定終局判決五及上開臺高院刑事更審判決就解釋 108
與適用系爭規定二所為「虛偽遷徙戶籍」暨作為前提之「居住」或

「實際居住」之見解，就取得選舉權之正當性基礎，限縮於傳統居家、住宿之「居住地」之連結，未充分考量憲法保障選舉權意旨而予以放寬解釋至長期工作地，係對於作為裁判基礎之法律之解釋與適用，基於對基本權意義及保護範圍錯誤之理解，且該錯誤實質影響具體個案之裁判，本庭經審查認定其牴觸憲法保障選舉權之意旨。又原因案件之事實，已否該當於本判決意旨所論「實際居住」之要件，乃個案審判法院應依職權判斷。基於尊重個案審判體系審級，爰將系爭確定終局判決五廢棄，發回最高法院，依據本庭之見解重行審理。

【108】

伍、結論【109】 109

本庭據上論結，判決結論如下：【110】 110

一、系爭規定一尚未違反刑罰明確性原則。【111】 111

二、系爭規定二未違反憲法第 23 條比例原則及刑罰明確性原則，亦 112
未構成憲法所不容許之差別待遇，與憲法第 17 條保障選舉權及
第 7 條保障平等權之意旨，均尚無牴觸。【112】

三、系爭規定三關於系爭規定二部分與憲法比例原則及罪刑相當原則 113
亦尚屬無違。【113】

四、聲請人一至八關於上開規定之法規範憲法審查之聲請為無理由， 114
均予駁回。【114】

五、系爭確定終局判決五廢棄，發回最高法院。【115】 115

六、聲請人一至五其餘聲請不受理。【116】 116

中 華 民 國 112 年 7 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	黃瑞明	詹森林
		黃昭元	謝銘洋	呂太郎
		楊惠欽	蔡宗珍	

本判決主文第一項及第六項部分由蔡大法官宗珍主筆。

112 年憲判字第 11 號

本判決主文第二項至第四項部分由許大法官宗力主筆。

本判決主文第五項部分由呂大法官太郎主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	無
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第三項	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、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第四項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鐸、蔡大法官明誠、許大法官志雄、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	林大法官俊益、張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍

第五項	蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、許大法官志雄、黃大法官瑞明、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	許大法官宗力（同意法規範合憲、裁判理由違憲，不同意發回最高法院）、林大法官俊益、張大法官瓊文、詹大法官森林（裁判合憲）、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍
第六項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	無

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出，蔡大法官炯燉、蔡大法官明誠、許大法官志雄、謝大法官銘洋加入。

許大法官志雄提出，蔡大法官明誠加入。

黃大法官瑞明提出。

呂大法官太郎提出。

部分不同意見書：林大法官俊益提出，張大法官瓊文、蔡大法官宗珍加入。

詹大法官森林提出。

黃大法官昭元提出。

蔡大法官宗珍提出，林大法官俊益、張大法官瓊文、楊大法官惠欽加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

廖純瑜

中 華 民 國 112 年 7 月 28 日

協同意見書

黃虹霞大法官	提出
蔡炯燉大法官	加入
蔡明誠大法官	加入
許志雄大法官	加入
謝銘洋大法官	加入

本件判決主文五，係由肯定最高法院為普通法院體系法律審終審法院之地位出發，乃維持普通法院審級救濟、統一法律見解制度所必要。最高法院應體認遲到的正義不是正義，改弦更張，盡可能自為裁判，切勿為不必要之發回。

本件判決一共包括八件原因案件聲請案，涉及選舉幽靈人口爭議，其中第一案於中華民國 98 年間提出釋憲聲請，歷經大法官多次審理，於憲法訴訟法修正施行前，無法獲得足夠多數意見同意以作成解釋。憲法訴訟法修正施行後終能做出判決，雖然是遲到的判決，但是著實不易。本件判決主文共六項，本席均贊成其內容，但就其中主文第五項部分，認有另補充其理由論述之必要，乃為本協同意見書，謹補充理由如下：

一、關於廢棄之對象為最高法院 111 年度台上字第 1861 號號刑事判決，及發回最高法院部分：

1、多數意見認為應發回最高法院及其 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為廢棄之對象，少數意見認為應以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決為廢棄之對象並發回臺灣高等法院。本席贊同發回最高法院並以最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為廢棄之對象。

2、少數意見認為應發回臺灣高等法院，並以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決為廢棄之對象，其理由主要為：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決係以上訴不合程式為理由駁回聲請人八之上訴，亦即認本庭廢棄並發回之對象應專以最高法院駁

回上訴之形式觀察，凡以上訴不合程式為理由者，應以最高法院之直接下級審刑事判決為廢棄對象並發回下級審法院；反之，最高法院如以上訴無理由駁回上訴者，應以最高法院刑事判決為廢棄之對象，並發回最高法院。就此，本席難以贊同少數意見，因為最高法院目前駁回上訴之實務作業，慣用上訴不合程式為理由，實則每每涉及實體之論斷，如果單以最高法院駁回之用詞作為論斷之標準，不但係昧於事實，且顯非合宜。

3、更何況就抽象而言：本庭所處理者，為法規範憲法審查及裁判憲法審查，係法規範最高位階之憲法爭議。而為普通法院體系之法規範最終有權解釋、監督、統一見解之層級為最高法院，除非案件之最終審法院非為最高法院，比如簡易案件，否則本庭經裁判憲法審查結果，認為聲請案件之最終審確定終局裁判亦即最高法院刑事判決違背憲法者，原則上自應以為法律終審法院之最高法院刑事判決為廢棄之對象，並發回最高法院。這樣才符合最高法院為法律審及終審法院之本旨，也才可能及有助於發揮最高法院統一法律見解之功能。

又在最高法院為原因案件最終審法院之情形，除非係如逾期上訴等第三審上訴不合法之情形，在刑事訴訟法第377條、378條以下級審判決違背法令為第三審上訴理由之規定下，最高法院負有查核及監督下級審判決是否違背法令之職責，以成就勿枉勿縱實現公平正義之司法職能。從而下級審判決如違背法令者，原則上最高法院應撤銷其判決，是於最高法院駁回被告上訴之情形，當以最高法院認下級審法院之判決無違背法令之處為前提。最高法院若就下級審法院之判決有無違憲為錯誤之判斷者，最高法院之判決自然亦有違誤，最高法院之判決本應被廢棄；且審級制度應予以維繫，基於審級制度之維持，本庭更不應該越過最高法院，而直接以最高法院之下級審法院判決為廢棄之對象，及發回下級審法院。因為本庭不應該無視於最高法院為普通法院層級之法律終審法院之地位！

司法為民常在我心！遲到的正義不是正義！於事實已臻明確無須另為調查之情形，最高法院刑事判決經本庭廢棄並發回最高法院

者，最高法院有權並應依本庭之判決意見本旨，而自為被告無罪之裁判，切勿為不必要之發回，以避免被告再受不必要之纏訟之苦，並最可減省司法資源之無謂浪費。再者，縱然於事實是否已臻明確而無須另為調查有疑之情形，因為此一情事有無之判斷非屬本庭之職權，在審級制度之下，應由最高法院判斷之，從而本庭也唯有以最高法院刑事判決為廢棄對象並發回最高法院一種途徑（由本庭先發回最高法院，再由最高法院依事實是否已臻明確有無另為調查必要之情形，決定自為裁判或發回下級審重行審理），本於對最高法院地位之尊重，本庭沒有超越最高法院逕行將其下級審刑事判決廢棄並發回其下級審之理！

4、就個案言：為聲請人八之原因案件被告 3 人，均長期在桃園市工作之事實，既然為原因案件相關刑事書類（包括臺灣桃園地方檢察署 108 年度選偵字第 67 號檢察官起訴書、臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決、臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決、臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決及最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決）所均同意者（上開起訴書、判決理由參照），而最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決既經本庭廢棄並發回最高法院，則最高法院有義務依照本件判決意旨為裁判，復因聲請人八均長期在桃園市工作之事實已臻明確，即無另為調查之必要，最高法院自應依照本件判決意旨逕為被告 3 人無罪之判決（刑事訴訟法第 398 條第 1 款規定參照）。本件更沒有由本庭越過最高法院層級，廢棄臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決及發回臺灣高等法院之理；因為若此之為，不但係無視最高法院之法律審終審地位，且徒然增加人民無謂之訟累及司法資源之浪費（事實審法院之開庭程序、事實審法院裁判後之上訴相關程序等）。

臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，固均認工作地非實際居住地，從而為聲請人八有罪之判決；反之，臺灣高等法院 109 年度上訴

字第114號刑事判決則認為工作地即為一種實際居住地（與本件判決多數意見同），故而為聲請人八無罪之判決。至於相關之最高法院兩個裁判，亦即最高法院110年度台上字第1054號刑事判決及111年度台上字第1861號刑事判決，均係以工作地非實際居住地為其論述之前提，而因為最高法院之發回意旨所示法律上之見解有拘束受發回之下級審之效力，所以臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決，乃依據最高法院發回意旨所示之此一見解，認定聲請人八有罪，是關於工作地是否為實際居住地之關鍵法律爭執，顯然並非臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決之創見，而不過是遵循來自最高法院之法律見解而已。解鈴尚需繫鈴人！工作地非實際居住地之關鍵法律爭議既源自最高法院，其相關違背憲法之錯誤解讀而生之糾結，自應由最高法院自己解開。

如前所述，最高法院本有下級審法院刑事判決無違背法令之處之把關責任，以落實勿枉勿縱公平正義之實現，是最高法院如駁回被告之上訴，原則上係以下級審法院刑事判決無違背法令之處為前提（依刑事訴訟法第393條第3款規定，對於確定事實援用法令之當否乃最高法院之職權事項），即最高法院如駁回被告之上訴，應認為最高法院縱非明示亦係默示採納下級審法院之法律見解，從而不能以最高法院所慣用之不合程式上訴駁回用詞為據，否定上開最高法院之默示法律見解存在。更何況最高法院111年度台上字第1861號刑事判決理由已稱：「……四、（一）公職人員經由各選舉區選出，係代表人民行使公權力，自應獲得各該選舉區內具有一定資格居民多數之支持與認同，始具實質代表性。依我國公職人員選舉之實況，出現為支持特定人選舉之目的，以形式上遷徙戶籍登記，但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票之情形，對此未實際居住於選舉區內戶籍地之選舉人，一般以『選舉幽靈人口』稱之，因此行為影響民主運作及選舉公平性甚深，為此乃增訂刑法第146條第2項之規定，以禁止主觀上出於使特定候選人當選之意圖，客觀上虛偽遷徙戶籍以取得投票權，並因而投票之行為。依此規定之立法理由載稱：『……三、

現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在而參與投票均須以刑罰相繩，是以第 2 項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。』等語。上揭法律規定，旨在確保選舉制度之公平運行，其所處罰者，僅限於『意圖支持特定候選人當選』，虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票之犯罪行為，並未禁止人民於選舉期間基於『其他正當目的』之意圖所為遷徙戶籍行為；而行為人是否形式上遷徙戶籍，但未實際居住，係屬客觀事實之判斷，自應由代表國家之檢察官基於實質舉證責任，以嚴格證據證明之；至遷徙戶籍行為之主觀意圖，亦非不能透過法庭上之舉證與攻防，依遷徙時間與選舉起跑時點之關連、行為與目的間之關連強度、行為人與新戶籍地址聯繫因素、行為人與新戶籍地選舉區候選人之關係等之客觀事實，由法院本於罪疑惟輕、無罪推定等刑罰原則，依一般生活經驗，為綜合判斷。尚難僅因刑法未明文『居住』、『戶籍』之定義，即謂上開條文所稱『虛偽』遷徙戶籍之要件，違反憲法法律明確性原則及刑法構成要件明確性。自不生牴觸憲法所揭示保障人民居住及遷徙自由、參政權之意旨，而有所謂違憲之問題。再者，選罷法第 15 條第 1 項規定：『有選舉權人在各該選舉區繼續居住 4 個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。』寓有二義，一係自積極層面言，基於住民意識與民主精神，欲藉繼續居住 4 個月之期間，以建立選舉人和設籍地之地緣與認同關係，產生榮辱與共、切身利益感覺之住民意識，進而使其地方生活與政治責任相結合，本於關心地區公共事務，及對於候選人之理解，投下神聖一票，方能反映當地人民的心聲，體現參與式民主之精神；另則在於消極防弊，倘非繼續居住相當期間，而純為選舉之目標，製造所謂『投票部隊』之『選舉幽靈人口』，自外地遷入戶籍，未與設籍地之政治、文化、經濟及社會事務有最低限度的熟悉、連結之情形下，使自己被登錄於選舉人名冊，而

取得選舉權參與投票，勢必危害選舉之公平、公正和純潔性。為增進公共利益之必要而依法律就其自由權予以限制，自有其憲法上正當性。」顯然最高法院已自行為法律上之判斷，並據此進一步於其理由四、（二）肯認臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，並無理由不備、理由矛盾之違法，故而認聲請人八之第三審上訴，係憑己見所為之指摘，非上訴第三審之適法理由（最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決上開理由參照）。本件最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決已為實體裁判，且其裁判已針對本件判決關鍵憲法爭議而為，並已涉及受憲法保障之選舉權之錯誤解讀，最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決自應為本件裁判憲法審查之客體，應由本庭廢棄之並發回最高法院重行審理。

至於本件判決理由多處提及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決之理由部分，或為最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決所引用者，或為完整說明而有必要引據如本件判決理由第 98 段及 99 段，均無礙就聲請人八之聲請而言，系爭有違憲法保障基本權意旨之法律見解，其係源自最高法院，最高法院為影武者，為須負最終法律見解責任者之事實。其實本庭使最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決作為裁判憲法審查之客體，予以廢棄並發回最高法院，係對最高法院在普通法院體系最崇高地位的尊重；若非如此，而如少數意見之主張，越過最高法院，以臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決為廢棄對象，將案件發回台灣高等法院，則係無視最高法院之存在，把最高法院當作空氣，忽視最高法院之地位價值，長此以往，最高法院何復存在？

二、關於本件聲請人八之聲請合於裁判憲法審查要件部分

1、相關選舉並非僅涉及極有限人數之縣市鄉鎮村里長之選舉，而是為直轄市之桃園市長選舉，相關選舉人人數眾多。

2、行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰，刑法第 26 條定有明文。又系爭規定二係以意圖使特定候選人當選為構成要件，如欠缺此一意圖，應不能成立系爭規定二之罪。聲請人八固然為宣揚

其勞工參政理念而參與相關工會推派工會秘書長朱梅雪參選第二屆桃園市市長選舉之決議，並將其戶籍遷移至其工作地所在之桃園市，但是客觀而言，如難認朱梅雪有當選可能性，則聲請人八是否具系爭規定二之犯罪意圖，或其等充其量為不能犯，均應不成立系爭規定二之罪。

3、憲法訴訟法引進裁判憲法審查制度，意在解決法規範本身不違憲，但適用該法規範之裁判，就該法規範之解讀違背憲法意旨。就此而言，此制度之引進將更進一步保障人民基本權，立意良善，值得肯定。但是裁判憲法審查之內涵仍待進一步確定，本件判決繼本庭 111 年憲判字第 8 號之後，進一步闡述裁判憲法審查之意旨及審查基準（本件判決理由第 94 段參照），並詳細說明就系爭規定而言，實際居住地如何應包括長期工作地，從而人民得於傳統住宿地與長期工作地之間，選擇其一為戶籍地據以行使其選舉權，論述成立，堪予支持。

4、至於將實際居住地有傳統住宿地，擴大及於長期工作地，可能衍生之濫用情形，及傳統住宿地（居家生活地）選舉人與長期工作地選舉人間利益衝突問題，多數意見已經列入考量，並於本件判決理由中有所說明（本件判決理由第 100 段參照），尚稱完整。只是未來適用時，應注意適當過濾，避免雇主濫用其權勢，操縱選舉，不當涉入政治；其根本在於：人民應該有憲法意識，本於自由意志行使選舉權，選賢與能。

協同意見書

許志雄大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

原因案件涉及俗稱「幽靈人口」之選舉犯罪。本號判決就系爭之刑法第 146 條各項規定及確定終局判決，分別作成合憲及違憲判斷。關於判斷結果，本席敬表贊同，惟為闡明其旨趣，以下從國民主權原理、民主原則、代表制，以及選舉權之性質與限制等角度，提出數點協同意見。

一、國民主權與民主制度

選舉乃人民參政權之行使，與國民主權及民主息息相關。多數意見特別表明，選舉為「落實民意政治、責任政治之民主基本原則不可或缺之手段，並同時彰顯主權在民之原則」（理由第 61 段參照）。惟依照主權行使方式及權限分配之不同，民主制度大體上可區分為代表制（間接民主制）、半直接制（半直接民主制）與直接制（直接民主制）三種。這種區分著眼於國民與議會（立法）之關係，至於總統制、議會內閣制及議會統治制之區分，則著眼於議會與政府之關係，二者分屬不同之民主類型論¹。在憲法學上，通常前者為國民主權原理及民主原則之課題，而後者則劃歸權力分立原理及統治機構論之範疇。

於直接制下，國民直接行使立法權，決定國家意思，故無議會之存在。反之，實施代表制之國家，國民唯有透過代表方能形成國家意思。至於半直接制，則介於二者之間，一方面具備代表制度，他方面在一定要件下，國民有直接介入立法作用及其他國政之機會。就比較法觀之，創制、複決或公民投票，屬於常見之半直接制之技術²。參照法國憲法理論，代表制又有「純粹代表制」（即我國習稱之法定代表制）與「半代表制」之別，形成「純粹代表制—半代表制—半直

¹ 大石真著，立憲民主制，信山社，1996 年，頁 149。

² 大石真著，同註 1，頁 102 以下。

接制—直接制」四種制度，抑或「純粹代表制—半代表制或半直接制—直接制」三類型³。

近代憲法多採純粹代表制，惟第一次世界大戰後，歐洲各國憲法出現半直接制傾向，如威瑪憲法即屬典型例子。第二次世界大戰後，半直接制甚至成為一般國家之民主形態，連有議會中心主義傳統之法國亦不例外。我國憲法揭櫫國民主權原理（第 2 條）及民主原則（第 1 條），採行民主政治體制，明定人民除選舉、罷免之權利外，更享有創制、複決及公民投票等權利（憲法第 17 條、第 123 條、第 136 條及憲法增修條文第 12 條參照），顯然採行半直接制。

在半直接制下，固然有創制、複決、公民投票等直接民主之機制設計，惟無可否認，選舉仍是最重要之民主方式。換言之，半直接制之國家，民主政治通常還是循代表制運作，藉由選舉產生民意代表，以間接民主方式為之。是以本號判決不厭其煩強調選舉為「人民參政權中最核心之權利」、「民主國家中人民最基本之政治參與權利之一」、「民主國家中，公民參與政治最重要之管道」、「公民參與民主政治最重要之管道」（理由第 60 至第 62 段參照）。

二、社會學意義之代表

主權概念源於法國，參照大革命時期即已形成之理論，廣義之國民主權包含狹義之「國民主權」與「人民主權」。本席認為，主權係指決定國家意思之最終權威或權力，兼具正當性契機與權力契機。「國民主權」適合用以詮釋正當性契機，但著眼於權力契機時，應以「人民主權」為宜。關於選舉之課題，無寧應側重於權力契機，採行「人民主權」，方符合民主之真諦。

詳言之，依「國民主權」原理，主權屬於抽象之國民（nation）全體，惟國民本身無法行使主權，必須由代表（représentant）以國民之名義行使之。代表一旦選出，原則上即獨立行動，言論及表決不受原選舉區選民意向之拘束，亦無庸反映真實之民意，所謂國會議員

³ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012 年第 4 版第 1 刷，頁 358。

代表全體國民，純係一種「擬制」，是為「純粹代表」或「法定代表」。反之，在「人民主權」原理下，主權之主體為具有選舉權者，各個選舉人或人民（peuple）均享有主權。參政權乃人民各自固有之權利，充作主權之行使方法。代表依普通選舉產生，任務在於「反映」民意，而非代替人民「決定」民意，民意機關之意思亦不能逕行「擬制」為民意。民意代表應具備體察輿情、呈現民意之能力；同時，民意機關在組織結構上，必須足以忠實反映存在於國民間之複雜利害關係。換言之，即使囿於技術，民意代表之意思與真實民意無法絲毫不差，亦應力求一致；而民意機關應如社會之縮影，不可與社會脫節，或由單一黨派勢力操控。如此，方可維護多元化之社會現象，並落實國民主權（人民主權）原理。這種「代表」概念具有社會學之意義，學說上稱之為「實存代表」或「半代表」，有別於古典之「純粹代表」或「法定代表」⁴。當代民主政治強調民意之忠實反映，重視主權者對國政主導權之確保。因此，就人民與民意代表之關係，意即代表制之類型而言，已從「純粹代表」或「法定代表」向「半代表」、「實存代表」或「社會學之代表」發展。

我國憲法明定立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權（憲法第62條規定參照）。立法委員包含區域代表、原住民代表及政黨比例代表（憲法增條文第4條第1項及第2項規定參照），呈現多元化之代表性。而且，人民除選舉立法委員外，亦可罷免之。由此可見，我國憲法順應當代潮流，採行「人民主權」及社會學意義之代表。本號判決稱，選舉權「保障符合法定資格之選舉人，均得於公平、公正、公開之選舉中參與投票，選出回應多數民意之各種民選公職人員，以具體實現憲法第1條及第2條所揭示之民主原則」（理由第60段參照）。其憲法上之意涵，宜本於前揭論述理解之。

又刑法第146條第1項規定：「以詐術或其他非法之方法，使

⁴ 許志雄著，憲法秩序之變動，元照，2010年2版，頁180、181、194、195。

投票發生不正確之結果……者，處 5 年以下有期徒刑。」第 2 項規定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」本號判決於審查其合憲性時，援引 96 年 1 月 24 日修正增訂刑法第 146 條第 2 規定之立法理由：「公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。」其接受「實質代表性」之說法，指出該規定限制人民依自己意願任意選擇選舉區投票之自由，目的在於維護選舉之民主正當性與公正性（理由第 67 段及第 68 段參照），並進一步表示：「查區域選舉，無異於一個政治社群之選舉，無論目的在選出足以反映該地區民意之民意代表，或處理該區域行政事務之行政首長，一般民主國家多以法律對選舉權設定住民資格限制，亦即以有在該選舉區實際居住作為與該選舉區之連結因素，用來確認政治社群之成員範圍，並只允許社群成員參與投票，作成集體決策。其理據是惟有實際居住當地始可發展與其他社群成員休戚與共之網絡，進而表達對政治社群之認同，此正是人民自我治理之民主原則之體現」（理由第 69 段參照）。上開「實質代表性」、「選出足以反映該地區民意之民意代表」及「人民自我治理之民主原則之體現」等說法，更加證實本號判決採取「人民主權」及社會學意義之代表，值得肯定。

三、選舉權之性質與限制

關於選舉權之性質，學說分歧，基本上有權利說、公務說、權限說（或請求權說）及二元說四種見解。早在法國大革命時期，權利說及公務說即已登場。權利說主張選舉權係主權者個人之權利，據以要求實施普通選舉。反之，公務說認選舉為公務，而選舉權係執行此一公務之義務；此說有將限制選舉制正當化之機能。19 世紀德國盛行國家法人說及國家主權論，權限說或請求權說成為國法學之主流，否認選舉權之權利性，而將其解為國家機關權限，或個人就選舉人資格之請求權。之後，隨著普通選舉之確立，以及議會制與政黨政治之

發達，認選舉權兼具權利及公務性質之二元說，在各國成為有力見解⁵。如今，公務說與權限說（或請求權說）已成明日黃花，權利說與二元說卻仍爭論不休。

二元說認為選舉權具有雙重性格，係國民基於選舉人地位，透過選舉一方面參政之「權利」，另一方面執行選定公職人員之「公務」。權利說之論者或基於「人民主權」與「國民主權」之異同，強調選舉權之根據應在於「人民主權」，而非過時之「國民主權」。其批評二元說之基礎殘存「國民主權」與國家法人說色彩，與當代憲政發展不符。此點姑且不論，實際上權利說與二元說並無多大差異，蓋即使權利說，亦承認選舉權行使之效果在於選定公職人員，具有極強之公共性，而二元說肯定選舉權屬憲法保障之權利，更不待贅言。況就選舉權之保障及限制言之，二說均承認選舉權為民主政治最基本且重要之權利，應受憲法高度保障，其限制之合憲性應受嚴格審查，僅於必要最小限度內始容許限制之。

此外，民主必須有選舉，有選舉卻不一定民主，關鍵繫於選舉制度之設計與運作之良窳。換言之，選舉權與制度之關係密切，須有健全之選舉制度，始能發揮應有之機能與效果。此與其他權利，特別是自由權，顯然有別，稱之為制度性之權利亦不為過⁶。無論二元說或權利說，均肯定選舉制度之必要性，且認同為確保選舉之民主正當性、公正性及合理性，於選舉制度之建立方面，應允許一定程度之立法裁量。法律若超越立法裁量應有之限度，將構成違憲。或謂有關選舉之論點，主戰場多在立法裁量之統制⁷，本案亦不例外。是本號判決表示：「選舉制度之設計固屬立法形成之自由，惟不得違背民主原則及憲法第 129 條至第 132 條之規定意旨」（理由第 60 段參照）、選舉方法「不得有礙民主共和國及國民主權原則之實現，亦不得變動

⁵ 辻村みよ子著，憲法，日本評論社，2012 年第 4 版第 1 刷，頁 325、326。

⁶ 奥平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993 年，頁 406。

⁷ 穴戸常壽著，憲法解釋論の應用と展開，日本評論社，2014 年第 2 版第 1 刷，頁 187。

選舉權、平等權之核心內涵」（理由第 61 段及司法院釋字第 721 號解釋參照）。

二元說與權利說唯一不同，殆係對強制投票制度（棄權之禁止）之態度。從權利說之立場，棄權不過是權利之不行使，應不許加以禁止。從二元說之立場，法律以公務為理由，明定棄權之禁止，尚無不可⁸。多數意見表示：「憲法第 17 條規定之選舉權之保障內涵，除保障投票與不投票之自由、投票對象之選擇自由等外，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由」（理由第 65 段參照）。其認不投票之自由屬選舉權之保障內涵，似採權利說。

綜上，二元說與權利說之區分固有理論上之意義，但實務上並無多大實益。

如前所述，基於選舉權之重要性，其限制之合憲性應受嚴格審查。刑法第 146 條第 2 項規定，意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，處 5 年以下有期徒刑。該規定構成選舉權之限制，本號判決經嚴格審查，認其限制之目的係為維護特別重要公共利益，所採限制手段適合目的之達成，屬最小侵害，且限制所造成之不利益與所欲維護之公共利益相稱，爰作成合憲判斷。惟多數意見認為，遷徙戶籍而未實際居住戶籍地者，固屬虛偽遷徙戶籍，但所謂「居住」或「實際居住」，不應侷限於以居家生活或住宿理解之傳統「居住」概念，而應擴及在某選舉區持續就業之事實（理由第 72 段參照）。其採取合憲性解釋方法，實隱含部分違憲之意旨。一般而言，嚴格審查基準具司法積極主義色彩，合憲性解釋蘊含司法消極主義傾向，二者於本案並存，堪稱奇妙，足見司法積極主義與消極主義之區分僅具相對意義，尚非水火不容，如何取捨，可因具體情況而定。

⁸ 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2021 年第 7 版第 6 刷，頁 271-275；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 247、248；野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法 I，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 478-482（高見勝利執筆部分）。

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、本件聲請案之爭議及判決大要

按公職人員選舉罷免法第15條第1項規定：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住4個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」次按中華民國（下同）24年公布之刑法第146條第1項規定（即系爭規定一）：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處5年以下有期徒刑。」於選舉區並無實際居住之事實而於選舉前4個月始辦理遷移戶籍以取得投票資格者是否得依系爭規定一判罪，實務界有不同見解，判決不一致。立法院乃於96年1月24日修正公布增訂第146條第2項規定（即系爭規定二）：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」並於第3項規定（即系爭規定三）：「前二項之未遂犯罰之。」確認虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票者之刑責。學界及實務界對於刑法第146條規定之立法及適用一直有違憲疑義，主要爭議點在於，系爭規定一及二之立法目的在於「若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深」以及「為導正選舉風氣。」¹至於認為違憲之主要理由在於各該規定限制了人民之選舉權、遷徙自由、居住自由並違反法律明確性原則等。本件判決主文一、二、三確認系爭規定一、二及三均合憲，因此於判決主文四駁回全部聲請人對於上開系爭規定法規範憲法審查之聲請。然而本判決主文五肯認聲請人八之主張而廢棄最高法院111年度台上字第1861號刑事判決（即系爭確定終局判決五），發回最高法院重為審理。

按本件判決之聲請人一於98年8月12日提出釋憲聲請，其後陸續併入其他聲請案，迄本件判決作成計歷14年，歷三屆大法官，於112年4月11日行言詞辯論後，曾公告展延判決日期，最後判決

¹ 參96年1月24號修正公布刑法第146條之立法理由。

主文分別由三位大法官主筆，其中二位主筆大法官對於非其主筆範圍部分採取不同意之立場，在在顯示出獲得多數決以作成本件判決之艱難。

作出本件判決之艱難處在於涉及前述基本權衝突之取捨。本席對此判決之六項主文全部均採贊成之立場，並認為此六項主文整體係就多種基本權衝突中取得折衷之合適定位，一方面將人民取得選舉權之正當性，由「居住地」擴充至「長期工作地」以活絡人民行使選舉權地區之選擇，另方面維持虛遷戶籍取得選舉權之違法性，以因應國內選舉仍存不良現象之需要。本席提出協同意見如下：

二、系爭規定為維護範圍較小之選舉區選舉之公正性仍有存在之必要

本件判決共有 8 位聲請人，總共涉及 4 件選舉案，其中僅聲請人八對確定終局判決五聲請裁判憲法審查獲得成功。全部 8 位聲請人聲請法規範憲法審查均未成功。

由聲請人八所涉及之選舉案與其他七位聲請人所涉及之三件選舉案相互比較，有助於瞭解形成本件判決六項主文之理由。

聲請人一涉及 95 年 6 月 10 日花蓮縣卓溪鄉立山村之村長選舉，聲請人一與候選人為叔姪關係，該村選舉人數推估約僅數百票。

聲請人二至五，涉及 96 年 12 月 3 日金門縣烏坵鄉長選舉，聲請人二為參選人（為選舉當時之現任鄉長）之機要秘書，聲請人三至五分別為聲請人二之妹夫、妹妹及姊姊。聲請人二協助聲請人三及其他親友將其戶籍遷入聲請人四及五之戶籍內，而分別被判決有罪確定。該區選舉人數共 371 人，聲請人二至五所支持之參選人獲 157 票，贏對手 1 票，經金門縣選舉委員會公告當選，但經檢察官以當選人為被告提起民事當選無效之訴後判決確定當選無效。

聲請人六（共 3 人）及七（共 9 人）涉及 103 年 11 月 29 日雲林縣北港鎮水埔里里長選舉，聲請人六及七所支持之候選人以得票數 255 票當選，而對手得票數僅 135 票。臺灣雲林地方法院檢察署雖曾對當選人提起當選無效訴訟，但民事法院判決當選人勝訴確定。

聲請人八（共 3 人）涉及 107 年 11 月 24 日桃園市長選舉，聲

請人八支持之華航工會秘書長出馬競選，得1萬8200票，得票率1.76%，而該次選舉當選市長者獲得55萬2330票，二者差距極為懸殊。

由上聲請人一至七所涉三件選舉之選舉區可知，因虛遷戶籍致判決有罪之案件，通常發生於村里長或鄉長等範圍較小之選舉區選舉，此與學者研究統計結果相符，即「選舉幽靈人口絕大部分發生在選舉小型選舉（頂多到縣、市議員），很少立法委員的選舉，會發生幽靈人口，但在福建省金門縣、連江縣例外，因其屬小型選舉。」、「選舉幽靈人口多半發生於非都會區，縱使發生於非都會區，都屬小型選舉。換言之，選區越小，越容易發生選舉幽靈人口之事件。」²。另有學者研究統計，自2000至2022幽靈人口投票之一審實務運作之結果，依選舉之類別：村里長占59.41%，鄉鎮市（區）民代表占11.75%，鄉鎮市（區）長占10.93%，縣市議員占11.06%，合計已達93.15%³。

本件判決確定系爭規定一至三均為合憲，實乃因系爭規定對於維護範圍較小選舉區選舉之公正性仍有存在之必要。此即本件判決理由所稱「鑑於此類未實際居住於該選舉區之虛遷戶籍者，與作為政治社群之該選舉區真正成員間不具休戚與共之利害關係，往往僅因人情請託、政治動員乃至期約賄選，而虛遷戶籍取得投票權而至該選舉區投票……尤其選舉人總人數低而當選所需票數少之選舉區，大量由選舉區外遷入之選舉人對於選舉結果有舉足輕重之影響。」（理由第71段參照）。本件聲請人八所參與之桃園市市長選舉，是少見涉及都會區大型選舉為由被以虛遷戶籍而被判決有罪者，一方面因選舉人數眾多，透過親屬關係能夠動員的人數有限，縱或有虛遷戶籍以取得投票權者，檢調可能亦認為難以影響選舉結果而未予偵辦。

² 參李惠宗，再論選舉幽靈人口的罪與罰—刑法第一四六條新增第二項虛偽遷徙戶籍立法技術之檢討，附錄選舉幽靈人口與選舉種類關係統計表（1997-2008），全國律師，第12卷第6期，2008年6月，第59頁。

³ 參林建志，憲法法庭會台字第9433號法庭之友意見書，第8頁。

三、確定終局判決四認候選人之配偶或直系血親（含配偶）遷徙戶籍而取得投票權不具實質之違法性

臺灣高等法院臺南分院 105 年度選上訴字第 121 號刑事判決（即確定終局判決四）同為聲請人六（共 3 人）及聲請人七（共 9 人）之確定終局判決，本件判決將其分屬不同聲請人之理由，係因聲請人六虛遷戶籍後於選舉日前往投票，而聲請人七雖虛遷戶籍但未於投票日前往投票而屬未遂，因此分別適用系爭規定二或三而被判決有罪確定。聲請人六及七對系爭規定二及三聲請法規範憲法審查，均未獲得成功。然而值得注意的是，確定終局判決四判決對象所涉及之北港鎮水埔里里長選舉，檢察官共起訴 24 人，臺灣雲林地方法院 104 年度選訴字第 11 號刑事判決僅判決其中 12 人有罪，其他 12 人無罪。經檢察官上訴後，確定終局判決四駁回上訴而維持原判決。其中獲得有罪判決與無罪判決者最大的區別在於虛遷戶籍者與候選人之血緣關係之差異，獲無罪判決之 12 人為候選人之家庭成員，即配偶、直系血親（含直系血親之配偶）。臺灣雲林地方法院判決家庭成員無罪，並獲確定終局判決四維持之主要理由包括「因求學、就業等因素，未實際居住於戶籍地者，原本即欠缺違法性，縱曾將戶籍遷出，但為支持其配偶、父母競選，復將戶籍遷回原生家庭者，亦僅恢復到遷出前（即前述籍在人不在）之狀態而已，於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象。此種情形，要與非家庭成員，意圖使特定候選人當選而『虛偽遷徙戶籍』者，迥然有別（最高法院 97 年度台上字第 6856 號判決意旨參照）。」可見上開臺灣雲林地方法院判決及確定終局判決四之見解並非個案⁴，已為最高法院實務見解所採用⁵。確定終局判決四並將家庭成員擴張至祖父母與孫子輩之

⁴ 參臺灣雲林地方法院 104 年度選訴字第 11 號刑事判決理由乙無罪部分肆二（一）2；臺灣高等法院臺南分院 105 年度選上訴字第 121 號刑事判決理由乙無罪部分四（三）。

⁵ 意旨相同之判決，另見最高法院 110 年度台上字第 2715 號刑事判決：「而法律為顧及配偶、親子間之特殊親情，本於謙抑原則在特定事項猶為適度之限縮。本此原則，因求學、就業等因素，未實際居住於戶籍地者，原本即欠缺違

關係，而稱：「尊重直系血親尊親屬並遵循其教導指示，可謂社會生活上之常識，而屬家庭倫理之一部分，則縱使直系血親卑親屬並非候選人之子女輩，而係孫子輩，如曾經直系血親尊親屬撫養或曾與該尊親屬共同生活，雖直系血親尊親屬之指示容有錯誤，然該錯誤若非情節嚴重，仍難期待直系血親卑親屬能違背直系血親尊親屬之指示，基於刑法謙抑性之思考，應非刑法責難之對象。」、「其等因聽從長輩之指示，將戶籍遷回原生家庭，支持曾實際撫養或共同生活之直系血親尊親屬，應為社會通念所允許，並非刑法責難之對象，而難以刑法第146條第2項規定相繩。」⁶

四、本件判決將人民取得選舉權正當性基礎之實際居住，由「居家生活」擴充至「長期工作」

本件判決於論述系爭規定二合憲時指出：「憲法第17條規定之選舉權之保障內涵，除保障投票與不投票之自由、投票對象之選擇自由等外，解釋上也包括依自己意願選擇在何處投票之自由。」（理由第65段參照）、「惟有實際居住當地始可發展與其他社群成員休戚與共之網絡，進而表達對政治社群之認同，此正是人民自我治理之民主原則之體現。」（理由第69段參照）。然而同時指出「人民基於持續就業而與所處地區實質上建立政治社群之歸屬與認同感，也應成為承認其在工作場所所在選舉區擁有選舉權，參與政治社群自我治理之另一種正當性基礎。」（理由第72段參照）。即採取合憲性之解

法性，縱曾將戶籍遷出，但為支持其配偶、父母競選，復將戶籍遷回原生家庭者，亦僅恢復到遷出前（即前述籍在人不在）之狀態而已，於情、於理、於法應為社會通念所容許，且非法律責難之對象。此種情形，要與非家庭成員，意圖使特定候選人當選而『虛偽遷徙戶籍』者，自屬有別。」及最高法院106年度台上字第1744號刑事判決「實務上關於刑法第一百四十六條第二項，就行為人支持配偶或直系血親之競選而遷徙戶籍，未實際居住者，基於法、理、情之調和與社會通念之容許，雖認不具可罰違法性或非難必要性，然此係就特別親屬間人倫關係而為考量，尚難執此遽謂應擴大及於五親等內之血親或三親等內之姻親等其他親屬，亦應認無可罰違法性或非難必要性。」可資參照。

⁶ 參臺灣高等法院臺南分院105年度選上訴字第121號刑事判決理由乙無罪部分四（七）3及4。

釋方法，將持續就業之事實解釋為符合「實際居住」之條件，而具有取得選舉權之正當性基礎。

聲請人八（共 3 人）於 107 年桃園市長選舉日 4 個月前遷徙至桃園市前，已在桃園市長期工作二、三十年以上。本件判決理由宣告系爭確定終局判決五違憲並將之廢棄之主要理由包括「系爭確定終局判決五及上開臺灣高等法院刑事更審判決就解釋與適用系爭規定二所為『虛偽遷徙戶籍』暨作為前提之『居住』或『實際居住』之見解，就取得選舉權之正當性基礎，限縮於傳統居家、住宿之『居住地』之連結，未充分考量憲法保障選舉權意旨而予以放寬解釋至長期工作地，係對於作為裁判基礎之法律之解釋與適用，基於對基本權意義及保護範圍錯誤之理解，且該錯誤實質影響具體個案之裁判，本庭經審查認定其牴觸憲法保障選舉權之意旨。」（理由第 108 段參照），即係根據前述將實際居住之意涵擴張及於長期工作地之合憲性解釋之結果。

五、「長期工作」之意涵可再作適度擴充

按民主政治下，選舉之功能除了選拔政治人物之外，亦可讓人民有充分機會提出意見，有助於發現問題、解決衝突並形成政策。本件判決將長期工作之事實列為遷移戶籍取得選舉權正當性之基礎，本席贊同，並認為就「長期工作」之概念可做適度擴充，不僅限於獲取報酬之就業，亦可包括長期從事公益性質之活動，例如長期於偏鄉投注心力協助當地學童之教育者，或長期關注某地區環境保護問題者，為了支持理念相近的候選人而遷移戶籍以取得投票權者，亦應認為其已具選舉區之認同，而有取得選舉權之正當性基礎，不必視其為虛遷戶籍，而以刑法相繩。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

壹、本判決主文第1項之協同意見

本判決係大法官解釋及憲法法庭判決中，首次深入論述罪刑法定主義之憲法依據、罪刑法定主義下刑罰明確性與司法解釋權之關係，甚具指標性。就本判決主文之結論及理由，本席均敬表贊同。惟就主文第1項闡述罪刑法定主義之憲法依據及刑罰明確性原則，則認為尚有可以補充之理由，爰提出協同意見。

貳、罪刑法定主義之憲法依據

一、關於罪刑法定主義在憲法上之依據及與法律明確性原則之關係，本判決認係基於憲法法治國原則之罪刑法定主義，乃一般性法律明確性原則於刑罰規範領域之具體化（本判決理由第52段參照）。誠然，法治國原則經德國學說之倡導，已成為重要法律原則。惟本席認為，從歷史發展觀察，法治國原則係在描述或想定「法與國家」之間，應有如何關係所建立之概念，正如民主、自由、正義、人權一般，是先於現代國家憲法之制定而被提出、倡導，其內容與範圍因時代不同而擴大、調整。現代國家之憲法或法律，亦不能脫離法治國原則。法律明確性或罪刑法定主義，固然亦可納入法治國原則下應有之內容予以說明。然而，在憲政主義國家，應認為憲法之制定，已就如何實踐法治國原則，作出某些選擇或決定，故若憲法已有明文者，自宜直接以憲法為依據，必也憲法並未明文時，始須以法治國原則之概念以為補充。

二、就我國憲法言，第8條第1項已明定非由法院依「法定程序」不得對人民為「審問、處罰」，法官審理時應遵守之程序法中，本包含依刑事實體法之不同而相應規定之不同程序。作為終結審判之判決，亦為同時適用程序法與實體法之結果。要言之，審判本質上即為實體法與程序法綜合之場所，故憲法第8條所稱應依法定程序為審問、處罰，自應解釋為對人民為刑事處罰之構成要件及刑罰，均應以法律明定之。從而就我國憲法言，憲法第8條

第 1 項規定，一方面可以作為罪刑法定主義之依據；另一方面，對於罪刑法定主義下刑罰明確性原則告知機能（行為規範）之不足，亦可透過憲法第 8 條之正當法律程序，發揮刑罰明確性原則之裁判規範機能以補之（參閱後述肆）。是就刑罰明確性原則言，憲法第 8 條規定自是其最重要之依據。

- 三、就比較法言，日本通說認為，違反罪刑法定主義下法律明確性原則，係違反日本憲法第 31 條規定（任何人，非依法律所定之程序，不得剝奪其生命或自由或科以刑罰。）¹在美國，亦以聯邦憲法增修條文第 14 條規定之正當法律程序，作為審查罪刑法定主義或刑罰明確性之依據，美國聯邦最高法院認為：「刑事法規應合理警示某一行為構成犯罪，此為其一向肯認的基本原則。如 United States v. Harriss 所言：『當刑事法規無法使一般智識程度之人民合理認知到其預想的行為係法律所禁止時，該刑事法規即抵觸了憲法所要求的法明確性原則。』（The basic principle that a criminal statute must give fair warning of the conduct that it makes a crime has often been recognized by this Court. As was said in United States v. Harriss, 347 U.S. 612, 617, 74 S.Ct. 808, 812, 98 L.Ed. 989 ‘The constitutional requirement of definiteness is violated by a criminal statute that fails to give a person of ordinary intelligence fair notice that his contemplated conduct is forbidden by the statute. The underlying principle is that no man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably

¹ 日本學說及實務介紹，參閱：三井誠，罪刑法定主義と「明確性の理論」，法学セミナー，第 228 號，第 83 頁以下，1974 年 9 月；高橋則夫・仲道祐樹，行動準則としての刑法と罪刑法定主義，法学セミナー第 701 號，第 103 頁以下，2013 年 6 月；村西良太，条例の明確性と限定解釈，法学セミナー，第 808 號，第 25 頁以下，2022 年 5 月；樋口亮介，「罪刑法定主義」は何を要請するのか—明確性の原則を素材として，法律時報 95 卷 3 號，第 6 頁以下，2023 年 3 月。日本實務見解中，以最高裁判所大法庭昭和 50 年 9 月 10 日判決（德島市公安條例事件），最具指標性。

understand to be proscribed.’) 無疑地，不僅法條文字的含糊不清會侵害人民受合理警示的權利，縱使法條的文義非寬泛且準確，倘以無法預見且具溯及效力的司法解釋，擴張解釋該法條，亦同屬對人民的侵害 (There can be no doubt that a deprivation of the right of fair warning can result not only from vague statutory language but also from an unforeseeable and retroactive judicial expansion of narrow and precise statutory language.)²。」

參、罪刑法定主義作為行為規範之告知機能

- 一、罪刑法定主義至少具備二項用以保障人民自由之重要機能：其一，告知人民，其二、權力分立。從告知人民之機能而言，罪刑法定主義可以說是國家保障人民自由之最明確宣告（請參閱本席於憲法法庭 111 年憲判字第 18 號判決所提出之不同意見書參、六、（十一）及肆）凡法律所未明文處罰之事項，人民即得自由行動，不受刑事追訴處罰。在此意義下，刑事法律即具有提示、警告人民行為界線之行為規範性質。因此，從理論上言，此一界線必須明確，否則人民可能隨時「誤觸法網」或因不知法律而擔心面臨受刑事追訴處罰，而不敢自由行動，萎縮了其受憲法保障應有之自由。
- 二、有關刑罰明確性原則之憲法爭議，向來也是著重於此一告知機能是否充分。本判決援引向來之見解，認為：「一般而言，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」、「惟涉及刑罰法律規範時，基於憲法法治國原則之罪刑法定原則，國家對犯罪行為之處罰，應以行為時之法律有明文規定者為限，且法律所定之犯罪構

² Simon BOUIE and Talmadge J. Neal, Petitioners, v. CITY OF COLUMBIA. (378 U.S. 347 (1964))。本意見書所舉美國聯邦最高法院判決資料，係由研究法官林尚諭整理提供。

成要件，須使一般受規範者得以理解，並具預見之可能性」（本判決理由第 52 段參照）。

三、然而，在成文法之體系下，針對個案事實而制定之法律，微乎其微（例如三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例、政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例等），一般情形，均係針對將經常發生（至少將多次發生）之事件而為立法，且因具體事件之態樣多少會有不同，為規範此等事件，法律一方面必須使用能通用於集束各類型事件之概念，另一方面又為使一般人民能夠理解，發揮法律作為人民行為規範之機能，而必須盡量使用一般人民能夠理解之用語。例如買賣、借貸、租賃、合夥或殺人、傷害、竊盜、強盜等。然而無論立法者使用多麼接近人民平日生活中之用語，法律之規定仍非以描述具體特定事實之人、事、時、地、物之方法為之，而僅能盡量使用一般人民在日常生活中用以描述此等具體事實時，所使用之概念。一旦日常生活用語作為法律用語後，就必須具備可以統籌規範各「貌異實同」行為，並與其他「貌同實異」之行為區別的功能，從而其可能涵蓋之意義以及其於法律上之效果，就非一般人民所能完全理解。若法律用語是使用脫離具體生活經驗之概念，例如法律行為、行為能力、權利能力、誠信原則、情事變更原則等，更非一般人民所能完全理解。本判決所稱「自其文義、立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解」，用於司法機關尚屬可通，用於一般人民，應是戛戛乎其難矣。但即使如此，法律並不因使用「買賣、借貸、租賃」或「法律行為、行為能力、權利能力、誠信原則」等用語，即變為不明確而違憲。因此，所謂「一般受規範者所得預見」云者，只須受規範之一般人民對該法律規定，有「大概理解」即為已足，如能透過專家予以理解，亦應認為已具備告知機能³。

³ 另請參照釋字第 545 號解釋及本席於司法院釋字第 804 號解釋提出之協同意見書。又日本學者有認為，刑法典未必要對一般人民均有告知之機能，經由法律家之介入，可發揮刑法典告知之機能，亦是可能議論。參閱：樋口亮介，前引

肆、罪刑法定主義作為裁判規範之權力分立機能

- 一、罪刑法定主義亦有劃分立法機關與司法機關（偵查、執行機關亦然）權限之功能。申言之，僅立法機關有權訂定何種情形構成犯罪及應如何處罰之刑事法律，司法機關僅能在法律範圍內，進行個案審判。因此，如何提供司法機關審判之準據，自應明確，避免司法機關之偏好或恣意。在此意義下，罪刑法定主義亦有作為司法機關審判依據之裁判規範機能。
- 二、如前述，刑事法律使用之用語，一般人民事實上難以完全理解，故僅強調罪刑法定主義告知機能，事實上無法充分保障人民之自由。因此，如何從發揮罪刑法定主義之權力分立機能觀點，保障人民之自由，在現代複雜多元之社會，可能更為重要。這一點，在美國聯邦最高法院早有體會，其於1983年，William KOLENDER, et al., Petitioner, v. Edward LAWSON (461 U.S. 352) 案中，特別指出：「雖然法明確性原則聚焦於實際上使人民知悉及恣意的執行等兩項要素，近來本庭肯認法明確性原則更重要的面向，不在於使人民實際知悉，而是另一要素－立法機關應建立最低要求的準則或指引，使執法單位有所依循。（Although the doctrine focuses both on actual notice to citizens and arbitrary enforcement, we have recognized recently that the more important aspect of vagueness doctrine “is not actual notice, but the other principal element of the doctrine—the requirement that a legislature establish minimal guidelines to govern law enforcement.”）」，在檢驗罪刑法定主義下刑罰明確性標準時，如何重視刑事法律作為司法機關裁判規範，所應發揮之權力分立機能，更值重視。
- 三、刑事法律既為司法機關審判之裁判規範，自仍應具備明確標準，俾司法機關得以理解，並有客觀可作為操作之標準。只是司法機關畢竟為法律專家，對於法律之理解能力，顯然高於一般人民。

註1，第13頁。

因此，大法官向來檢驗人民是否理解法律之「自其文義、立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解」，雖未盡合理，但用為檢視司法機關可否理解之標準，則尚無不合。惟鑑於社會之價值觀多元複雜、環境變遷快速及立法效率等因素，立法者難免使用不確定法律概念。此時，該概念必須使司法機關得透過解釋以為限定，最好能提供相關之指標，避免法官審判獨立下對該概念為過度擴張或言人人殊之解釋（本判決理由第 54 段參照）。

- 四、縱使司法機關之理解能力較一般人民為高，但無論如何，作為成文法律體系之法律用語，仍難免具有一定程度之概括性與抽象性。如何解釋法律用語，即界定了該法律之規範範圍或效力，也直接影響人民之自由。因此，除了法律用語本身之明確性外，尚應透過正當法律程序，使受規範之人民得充分參與法律內涵之形成與確定，或發揮罪疑惟輕原則，讓法律有疑時利益歸被告，使人民之自由能獲得更充分保障。

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

本件判決係【選舉幽靈人口案】。

本判決主文共有 6 項，其中主文第 2 項及第 3 項關於刑法第 146 條第 2 項及第 3 項規定部分，本席均認為違憲¹，**確定終局判決的臺灣高等法院刑事判決因適用違憲的刑法第 146 條第 2 項規定，也當然違憲**，本席因而認應宣告最高法院及臺灣高等法院的刑事判決均違憲，應予廢棄，發回臺灣高等法院，但多數意見認僅應宣告最高法院程序判決違憲並發回最高法院，對此本席恕難贊同，爰就此提出部分不同意見書，以就教於方家。

貳、本件裁判憲法審查的憲法爭點

一、憲法訴訟法創設裁判憲法審查

108 年 1 月 4 日修正公布，111 年 1 月 4 日施行的憲法訴訟法（下稱憲訴法），創設裁判憲法審查的聲請類型。分析裁判憲法審查的類型有二，其一是法規範違憲，適用該違憲法規範作為判決基礎的裁判，當然也違憲；其二是法規範合憲，但法院裁判的見解，違反憲法保障人民基本權的意旨而違憲。例如，常為學者所援引的司法院釋字第 242 號解釋²及釋字第 811 號解釋³二案例，即為裁判憲法審查的

¹ 就此部分，本席加入蔡大法官宗珍的部分不同意見書，該意見書論述精闢，殊值立法者三思！。

² 司法院釋字第 242 號解釋文：中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布前之民法親屬編，其第 985 條規定：『有配偶者，不得重婚』；第 992 條規定：『結婚違反第 985 條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無抵觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第 992 條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第 22 條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。」

³ 司法院釋字第 811 號解釋文第 1 項後段略以：「惟關於違法解職（聘）處分嗣

最佳適例。

二、修正憲訴法明確規範裁判憲法審查的聲請類型

由於憲訴法有若干值得再精進之處而進行修正，112 年 6 月 21 日修正公布，自同年 7 月 7 日施行，該憲訴法（下稱修正憲訴法）第 59 條第 1 項修正如下：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利『**確定終局裁判**』，或『**該裁判及其所適用之法規範**』，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」明確規範人民聲請憲法法庭的裁判憲法審查類型有二：

- （一）主張「**確定終局裁判**」見解違憲的裁判憲法審查。
- （二）主張「**確定終局裁判及其所適用之法規範**」均違憲的裁判憲法審查，即同時主張確定終局裁判所適用之法規範違憲，導致確定終局裁判的見解也違憲，而聲請裁判憲法審查。就此而言，修正憲訴法確立一項重要的基本觀念，修正憲訴法施行後，如人民擬主張法規範違憲而聲請憲法法庭判決時，應注意同時主張「法規範違憲」及適用該違憲法規範的「**確定終局裁判**」也違憲，不宜僅單獨聲請法規範違憲⁴。

三、裁判憲法審查的對象：確定終局裁判

由上分析可知，無論是單獨主張裁判見解違憲的裁判憲法審查，或是同時主張裁判見解及其所適用之法規範均違憲的裁判憲法審查，二者都以「經依法定程序用盡審級救濟程序」受有不利「**確定終局裁判**」為進行裁判憲法審查的對象。憲法法庭進行裁判憲法審查，首先審查是否依法定程序用盡審級救濟程序⁵？其次再找出不利「確

經撤銷之復職（聘）並申請追溯加保者，立法者就該重複加保情形並未規範，其重複加保期間之年資即應採認為公教人員保險養老給付之年資，始與憲法保障人民財產權之意旨相符。」

⁴ 此部分之詳細分析，請參閱，楊子慧，《憲法訴訟類型與審理程序 -- 以憲法訴訟法第三章法規範及裁判憲法審查為中心》，月旦法學雜誌第 330 期（2022 年 11 月），頁 148。

⁵ 所謂用盡審級救濟，係指合法用盡審級救濟。如逾期上訴或抗告、通常程序刑

定終局裁判」，第三再審查「該（確定終局）裁判」見解，有無牴觸憲法⁶。因此憲法法庭的審查處理順序如下：

（一）審查聲請人是否依法定程序用盡審級救濟程序

例如，第一審地方法院判決被告有罪，被告不服，合法上訴後，第二審高等法院審理後，認上訴無理由而以判決駁回上訴，被告不服，提起第三審上訴，最高法院認上訴不合法律上的程式（即上訴不合法）而以判決駁回上訴，全案依法定程序用盡審級救濟程序。

（二）認定確定終局判決

就刑事實體法規範之爭議事項⁷言，刑事法院的裁判，於宣示或送達裁判後對外發生效力，刑事訴訟法對特定人賦予上訴權或抗告權（刑事訴訟法第344條至第347條；第403條及第404條規定參照），如該裁判本得聲明不服⁸者，於有「合法」上訴或抗告時，阻斷該裁判之確定，產生移審的效力，全案移至上級審進行實體上有無理由的判斷。反面言之，如上訴或抗告「不合法」，則不生阻斷該裁判確定的效力，且在法律上不生移審的效力，上級審無法也無從對原裁判認定事實或適用法律的違法性，進行實體上有無理由的審查與判斷，故縱然原判決認定事實或適用法律有所違誤，上級審無法也無從

事第二審上訴之上訴書狀應敘述具體理由（刑事訴訟法第361條第2項）而未敘述、撤回上訴或抗告及捨棄上訴權或抗告權，均非合法用盡審級救濟。司法院大法官審理案件法82年2月3日修正公布時，於第7條的修正理由曾謂：「又確定終局裁判之範圍應有所限制，凡人民因不依法提起上訴或抗告請求救濟，致使裁判確定者，不得請求解釋。」可資參照。

⁶ 108年憲訴法第59條第1項的修正理由略以：「處理各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形。」因而引進裁判憲法審查制度。

⁷ 如為程序事項之爭議，則另行判斷其確定終局裁定。

⁸ 至於本不得聲明不服者，例如，被告聲請閱卷，法院以裁定駁回其聲請，該裁定為程序進行中之裁定，依刑事訴訟法第404條第1項本文規定，不得抗告，故一經法院裁定，即告確定，即為本不得聲明不服之裁定。司法院釋字第762號解釋之原因案件，即臺灣臺中地方法院106年11月15日所為106年度易字第3060號刑事裁定，可資參照。

予以撤銷糾正。換言之，對裁判的上訴或抗告是否合法，與原裁判是否無違誤而得予維持，乃屬二事，不可不辨！

又裁判的確定，可分為「**形式的確定**」與「**實質的確定**」。所謂形式的確定，是指有上訴權人或抗告權人均不得再依**通常聲明不服的方法**（即上訴或抗告程序等**通常救濟程序**）以聲明不服的狀態，此際形式的確定所生判決的效力，稱之為**形式確定力**。實質的確定，以形式的確定為前提，因有罪判決（科刑判決或免刑判決）係就實體法事項之爭議所為的實體判決，除形式確定力外，尚產生**實質確定力**，此際應受**憲法一事不再理原則**（司法院釋字第 775 號解釋參照）的拘束。檢察官（或自訴人）不得對同一被告的同一犯罪事實，再行提起公訴（或自訴），法院也不得為與確定有罪判決內容相反的判決。此即**實質確定力**之所在，國家對特定被告的特定犯罪事實有無具體刑罰權的內容及其範圍的爭議，因此一確定判決而確定。

有罪判決確定後，如要推翻其實質確定力，依刑事訴訟法的規定，則必須進行**非常救濟程序**（或稱**特別救濟程序**）的再審程序或非常上訴程序，此際當然以有實質確定力的**確定終局判決**為對象，茲分析如下：

1. **刑事聲請再審程序**：例如，以上開所舉案例來說明，第二審高等法院維持第一審有罪判決內容而以上訴無理由駁回，即是實體確定判決，如要利用聲請再審的非常救濟程序，也應以**實體確定判決**的第二審判決為對象。**聲請再審**，如經法院認為有再審理由者，法院依刑事訴訟法第 435 條第 1 項規定，應為**開始再審的裁定**（得於 3 日內抗告），開始再審的裁定確定後，**原具有實質確定力的有罪判決及僅生形式確定力的最高法院駁回上訴的程序判決**，均失其效力，法院應依其審級的通常程序，更為審判（刑事訴訟法第 436 條規定參照）。
2. **非常上訴程序**：實務上，除司法院釋字第 271 號解釋⁹所述情形

⁹ 司法院釋字第 271 號解釋文：刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴

（誤檢察官為被告之不利益之合法上訴為不合法而以程序判決駁回確定）外，非常上訴也以具有實質確定力的確定裁判為對象。如檢察總長提起非常上訴，最高法院認為非常上訴有理由，如原判決違背法令，最高法院將其違背的部分撤銷；如原判決不利於被告，最高法院應撤銷原確定有罪判決，就該案件另行判決；其他有維持被告審級利益之必要，最高法院得將原判決撤銷，由原審法院依判決前的程序更為審判（刑事訴訟法第447條第1項第1款及第2項前段規定參照），均以具有實質確定力的確定判決為對象。

至於最高法院以上訴不合法律上之程式而駁回上訴之程序判決，僅有形式確定力¹⁰，駁回上訴並非實體事項，故駁回上訴判決，

法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第8條第1項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院25年上字第3231號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。

¹⁰ 最高法院依刑事訴訟法第395條規定，以上訴違背法律上之程式而以判決駁回者，係一種程序判決，僅生形式確定力，因非就實體事項而為，故無實質確定力。於誤合法上訴為不合法，而以判決駁回上訴時，應視其是否為被告之利益而異其處理方式如下：

1. 為被告之不利益合法上訴而誤為不合法，以程序判決駁回上訴時，因有駁回上訴之外觀，被告受信賴利益之保障，依司法院釋字第271號解釋意旨，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第8條第1項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。
2. 為被告之利益合法上訴而誤為不合法，以程序判決駁回上訴時，雖有駁回上訴之外觀，但如仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判，勢必延誤對為被告之利益而上訴之救濟，為保障被告速審權之利益，自得依最高法院25年上字第3231號判例意旨，逕行審判，而不必先提起非常上訴糾正後，再進行審判。

此乃目前實務上之通說見解，有最高法院108年度台上字第1310號判決要旨：「刑事訴訟程序中，利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而判決駁回者，參照本院25年上字第3231號判例及司法院釋字第271號解釋之反面意旨，應不生實質之確定力，毋庸先依非常上訴程序撤銷，可逕就原提起之上訴進行審判。」（108年度台上字第374號、第375號刑事判決採同意旨）可資參照。即

112 年憲判字第 11 號

並無實質確定力，除司法院釋字第 271 號解釋情形外，自無必要對之提起非常上訴。

（三）審查「該（確定終局）裁判」見解有無牴觸憲法

所謂裁判見解牴觸憲法，就刑事實體法的爭議事項言，係指法院就起訴的刑事案件（包括特定被告之特定犯罪事實），進行認定事實、適用法律後所為的意思表示牴觸憲法而言。裁判見解一詞，係法院就起訴的刑事案件，進行涵攝過程的法律適用結果而為之意思表示，就實體法的爭議事項，實體判決才有涵攝過程的法律適用，也才有裁判見解之可言。至於程序判決，本於「程序事項優先於實體事項之原則」，法院僅就起訴或上訴是否合法表示意見，並未就起訴刑事案件的實體爭議，進行涵攝過程的法律適用，自無所謂裁判見解之可言。

四、裁判憲法審查以確定終局裁判為對象的理據

修正憲訴法所規範者，是經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，聲請憲法法庭為宣告違憲的程序，較諸非常救濟程序的再審或非常上訴程序，更為嚴謹，要求更高。非常救濟程序的再審或非常上訴，除司法院釋字第 271 號解釋所述情形外，原則上，均以具有實質確定力的確定終局判決為對象。同理，就實體法規範之實體爭議言，聲請憲法法庭進行裁判憲法審查的對象，也應以具有實質確定力的確定終局判決為對象，並不包括無實質確定力的程序判決。

行文至此，我們應該可以清楚明白，就實體法的爭議事項，憲法法庭進行裁判憲法審查對象的認定，舉輕以明重，更應以具有實質確定力的確定終局判決¹¹為對象！

112 年度台上字第 477 號刑事判決要旨所稱：「誤合法之上訴為不合法之無效違法裁判」，其處理方式應區分為：不利於被告之上訴，依非常上訴程序處理；有利於被告之上訴，則毋庸非常上訴程序撤銷，可逕依上訴程序處理。

¹¹ 關於認定確定終局裁判的基準，可參閱，徐前大法官璧湖，《得據以聲請大法官解釋之確定終局裁判之研析》，月旦法學雜誌第 216 期（2013 年 5 月），頁 87 至頁 101。

五、本件憲法法庭判決的獨特見解

就刑事實體法的爭議事項，有關確定終局判決的認定，專業法院的刑事訴訟實務與司法院解釋先例或憲法法庭判決先例的見解，均行之多年，憲法法庭是否得變更無實質確定力的程序判決為確定終局判決？此正是本件憲法法庭判決的憲法爭議所在！

本件憲法法庭判決認為：臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權，則援引並「維持」所採此一見解之**最高法院 111 年度台上字第 1861 號程序判決**，即確定終局判決，自有相同之違憲之理由（本件憲法法庭判決理由【104】參照），本件憲法法庭判決因而宣告最高法院的程序判決違憲，應予廢棄並發回最高法院。

本席認為，憲法法庭對**確定終局判決**的認定，應尊重各該民事、刑事、行政訴訟法等相關規定及專業法院職權的行使，當最高法院以上訴不合法律上之程式而駁回上訴時，因不合法的上訴，不會阻斷原實體判決的確定，該第二審高等法院所為上訴有無理由的**實體判決因而確定**，故**實體法爭議事項的確定終局判決**，即係第二審高等法院的**實體判決**，憲法法庭無權將最高法院以上訴不合法律上之程序而駁回上訴的程序判決，變更性質為確定終局判決！該駁回上訴的程序判決，既非確定終局判決，憲法法庭自無從也無須審查其見解是否違憲！

參、聲請裁判憲法審查有理由時之廢棄及發回

在司法院解釋時期，如人民聲請解釋，依司法院釋字第 177 號解釋意旨，司法院解釋的效力，應及於聲請人據以聲請的原因案件，聲請釋憲者得依法定程序請求救濟。在刑事判決部分，即請求檢察總長向最高法院提起非常上訴（刑事訴訟法第 441 條規定參照）。此外，依司法院釋字第 185 號解釋意旨，司法院大法官所為的解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意

旨為之。其受不利確定終局裁判者，得依該解釋為非常上訴的理由。換言之，在司法院解釋時期，聲請釋憲者獲有利的司法院解釋，尚必須請求檢察總長向最高法院提起非常上訴，由最高法院審判，最高法院可能自為判決，也可能在事實不明之情形下，為維護被告的審級利益而撤銷原確定判決，發回該管法院，由原審法院依判決前的程序更為審判（刑事訴訟法第 447 條規定參照）。此等請求救濟程序，對聲請釋憲成功者，仍是沉重的訟累負擔。

立法者為使聲請釋憲成功者，無庸再循舊制請求檢察總長向最高法院提起非常上訴，即得有完整的救濟（修正理由參照），是以憲訴法第 62 條第 1 項規定：「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。」

如前所述，本席主張，刑法第 146 條第 2 項規定應受違憲的宣告，本於違憲的法規範所為的裁判，也是違憲，憲法法庭自應認其聲請有理由，而為裁判違憲的宣告，依憲訴法第 62 條第 1 項規定，將最高法院及臺灣高等法院刑事判決全部廢棄，發回管轄法院即臺灣高等法院，再為審理，減省人民的勞費！

肆、修正憲訴法釐清確定終局裁判之內涵

一、法規範憲法審查以確定終局裁判為對象

在釋憲舊制，依司法院大法官案件審理法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民……於其憲法所保障之權利，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。」人民先經依法定程序提起訴訟後，等判決確定後，再找出何者為確定終局裁判，對確定終局裁判所適用的法律或命令，聲請解釋憲法。

二、裁判憲法審查亦以確定終局裁判為對象

（一）108 年憲訴法

108 年憲訴法第 59 條規定：「（第 1 項）人民就其依法定程序

用盡審級救濟之案件，對於受不利**確定終局裁判**所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。（第2項）前項聲請，應於不利**確定終局裁判**送達後六個月之不變期間內為之。」同一條文中第1項與第2項均有「**確定終局裁判**」的用詞，第1項的**確定終局裁判**，是指憲法審查的對象；第2項的**確定終局裁判**，是指計算聲請憲法審查的期間起算日，二者作用不同，應有不同的內涵。

奈何上開第59條的立法說明謂：「二、（四）原條文關於『**確定終局裁判**』，就釋憲制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序用盡審級救濟程序之**最終裁判**而言，爰予明文規定。」將條文中第1項及第2項所稱「**確定終局裁判**」，均指依法定程序用盡審級救濟程序的最終裁判，刑事判決如用盡審級救濟程序上訴至最高法院，不論最高法院刑事判決是以上訴不合法而駁回上訴的程序判決，或是以上訴無理由而駁回上訴的實體判決，均為憲訴法第59條第1項及第2項所稱「**確定終局裁判**」。此一依據修正理由所為的論述，顯然有問題。

就最高法院以上訴不合法律上之程式而駁回上訴的程序判決言，如聲請人所主張的法規範是實體法，通常情形該實體法規範都不會出現在最高法院的程序判決內，如認最高法院的程序判決為**確定終局判決**，聲請人均無法滿足聲請法規範憲法審查之要件。憲法法庭遇到此種情形，大抵會轉彎，關於**確定終局裁判**的記載如下：本件**確定終局判決**係最高法院○○刑事判決，本庭應併予審酌**確定終局判決**之原審判決，即臺灣高等法院○○刑事判決，將實體**確定終局判決**的高等法院刑事判決包進來，以審查該高等法院刑事判決所適用之法規範是否違憲。

又如，憲法法庭112年憲裁字第5號不受理裁定理由略以：「三、（三）聲請人一就系爭裁定提起抗告，雖系爭裁定二以抗告為無理由予以駁回，聲請人一不服提起抗告，經系爭裁定三以再抗告不合法予以駁回，因已依法定程序用盡救濟，是系爭裁定三應為**確定終**

局裁定。惟其屬於抗告不合法之程序裁定，本庭就本件聲請爰併予審酌系爭裁定二。」與往昔司法院解釋先例逕認高等法院實體裁判為確定終局裁判，並不相同。此等實務上之因應理由，皆因憲訴法第 59 條修正理由誤植所致，有賴修法以釐清之。

（二）112 年修正憲訴法

基於上述原因，112 年修正憲訴法第 59 條規定修正如下：
「（第 1 項）人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。（第 2 項）前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之 6 個月不變期間內為之。」由此次修正理由¹²可知，僅有第 1 項

¹² 修正理由如下：「一、第一項：

- （一）本法增加裁判憲法審查案件類型，除人民所受不利確定終局裁判所適用之法規範外，亦將該不利確定終局裁判納為憲法審查之客體。憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第 62 條，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，廢棄發回管轄法院；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。所對應者，或係不利確定終局裁判因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之確定終局裁判違憲為必要。人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，自應相應具體敘明該不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事，爰修正現行條文之文字，以杜爭議，並利人民依循。
- （二）本節就人民聲請法規範及裁判憲法審查之案件類型之規定，係憲法第 77 條司法院大法官解釋憲法權限之具體化態樣之一。既係憲法審查，人民聲請憲法法庭為憲法審查，當以其憲法上所保障之權利遭受公權力不法侵害為要件，始克該當，爰予明定，以杜爭議。
- （三）又人民聲請憲法法庭為憲法審查，應以其憲法上所保障之權利遭受「公權力」不法侵害為要件。詳言之，基本權主要在於確保個人自由領域免於公權力之不法侵害，為主觀權利而具防禦功能。此外，基本權也作為客觀價值秩序，直接拘束所有公權力。基本權如受私人，或自然災害之侵害，僅能藉由公權力方能有效排除時，包含法院在內之公權力，其行使或不行使，或就基本權衝突之衡量，如忽略基本權作為客觀價值秩序之意義，或對於基本權之保護有所不足而具不法性，仍屬公權力不法侵害。於基本權遭受私人侵害時，基本權客觀價值秩序所拘束之公權力對象尤其指向民事法院，附此敘明。

規定始有**確定終局裁判**的認定問題。至於第2項有關計算聲請裁判憲法審查期間的用盡審級救濟程序的最終裁判，與第1項規定的**確定終局裁判**，並不相同。換言之，修正憲訴法第59條第1項規定的「**確定終局裁判**」，仍與大審法第5條第1項第2款規定的「**確定終局裁判**」採取相同的內涵。裁判憲法審查的**確定終局裁判**，自可援引大審法時期對**確定終局裁判**的認定基準而進行判斷（詳見附件一：**司法院解釋先例如何認定確定終局裁判一覽表**）。

再觀修正憲訴法的修正理由略以：「憲法法庭如認人民之聲請有理由者，依本法第62條，應於判決主文宣告該**確定終局裁判**違憲，廢發回管轄法院；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。所對應者，或係**不利確定終局裁判**因適用違憲之法規範而違憲，或係所適用之法規範雖未違憲，惟該裁判解釋適用該法規範之見解違憲。不問何種情形，均以該不利之**確定終局裁判**違憲為必要。」益徵**確定終局裁判**的認定，攸關憲法法庭應廢棄何裁判及發回何管轄法院的判斷，至關重要！

伍、如何認定本件裁判憲法審查對象的**確定終局裁判**

依修正憲訴法的修正理由所稱：「人民依法定程序用盡審級救濟程序，聲請憲法法庭裁判時，自應相應具體敘明該**不利確定終局裁判**，或該裁判及其所適用之法規範有如何違憲之情事。」所謂**確定終局判決**，就實體法的爭議事項言，是指實體判決。以本件聲請人八聲請裁判憲法審查而觀，涉及刑法第146條第2項規定的實體法爭議事項，聲請人八自應具體敘明本件受**不利確定終局判決**為何。

二、人民依本節規定聲請憲法法庭裁判，須符合依法定程序用盡審級救濟而受**不利確定終局裁判**之要件。法定不變期間之計算，當自聲請人用盡審級救濟之最終裁判送達之翌日起算，始符公允。至於各該終審法院係以不合法或無理由駁回以致原因案件裁判終局確定，則非所問。現行條文第2項關於此部分之規定未臻明確，爰予修正，以資遵循，並保障人民聲請權益。」

本件原因案件的相關判決情形一覽表

	第一審	第二審	第三審	第二審 更一審	第三審
法院別	地方法院	臺灣高等法院	最高法院	臺灣高等法院	最高法院
判決文號	108 選訴 16	109 上訴 114	110 台上 4054	110 上更一 172	111 台上 1861
判決情形	有罪判決	撤銷改判有 罪判決	撤銷原判發 回更審	上訴駁回	上訴不合法 而駁回
判決性質	實體判決	實體判決	實體判決	實體判決	程序判決

茲就上表所列事項說明如下：

- (一) 最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，以上訴不合法律上之程式（即上訴不合法），以判決駁回上訴，雖為終局判決，但因未對臺灣高等法院刑事判決的實體內容進行有無理由的審查，未處理實體爭議，非實體判決，而為程序判決。
- (二) 至於臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，以上訴無理由而駁回上訴，是就實體事項的爭議進行有無理由的判斷，為實體判決，且為最後一個實體判決（即終局判決）；全案因第三審上訴不合法而經駁回確定，用盡審級救濟程序，故 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，為實體確定終局判決。
- (三) 另最高法院 110 年度台上字第 4054 號判決，以上訴有理由，撤銷臺灣高等法院第二審判決，發回更審，雖為確定判決，但並非終局判決。
- (四) 臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決，以上訴有理由而撤銷第一審判決，改判被告無罪，雖為實體判決，但非最後的終局判決。
- (五) 本件憲法法庭判決所引聲請人二至七的情形，就法規範進行憲法審查，也採取往昔司法院解釋先例有關認定確定終局裁判的認定基準（憲法法庭判決先例的認定基準亦同，可參閱附件二：憲法法庭如何認定確定終局裁判一覽表）進行確定終局判

決的認定。茲分別說明如下：

1. 聲請人二：本判決理由略以：聲請人二提起上訴，再經最高法院 100 年度台上字第 4503 號刑事判決¹³，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決，為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決二）。
2. 聲請人三至五：本判決理由略以：聲請人三至五提起上訴，再經最高法院 100 年度台上字第 4786 號刑事判決¹⁴，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以福建高等法院金門分院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決三）。
3. 聲請人六及七：本判決理由略以：聲請人六及七提起上訴，再經最高法院 106 年度台上字第 1744 號刑事判決¹⁵，以其上

¹³ 最高法院 100 年度台上字第 4503 號刑事判決要旨：「修正前刑法第 146 條之妨害投票正確罪，原規定：『以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處 5 年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。』嗣於 96 年 1 月 24 日修正公布，增訂第 2 項：『意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權，而為投票者，亦同。』後者立法理由係以遷籍於未實際居住地，其原因不一，然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在、人不在，參與投票者均須以刑罰相繩，是以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象；而同條第 1 項之立法目的則在杜絕任何選舉舞弊，以達選舉之純正及公平，且採概括規定，凡使用詐術及其他以一切非法之方法，達妨害選舉之純正及公平者，均有該規定之適用。」。

¹⁴ 最高法院 100 年度台上字第 4786 號刑事判決要旨：「上訴人行為後，刑法第 146 條已經修正（於 96 年 1 月 24 日公布施行），增列第 2 項規定『意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同』（原第 2 項規定，移列第 3 項）。該增列規定雖係修正前所無，惟依修正之立法說明觀之，無非在明文規範『藉由遷徙戶籍而取得形式投票資格』之此類犯罪，俾期杜絕藉由同法條第 1 項因概括規定涵攝此類犯罪，致引發爭議。亦即刑法第 146 條雖經修正，惟於修法前，對意圖影響投票結果，而虛偽遷徙戶籍，並前往投票之行為，認符合該法條第 1 項之構成要件者，與修正後同條第 2 項規定之結論無殊，且修正前該條第 1 項與修正後之第 2 項之法定刑度相同。」

¹⁵ 最高法院 106 年度台上字第 1744 號刑事判決要旨：「公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 15 條第 1 項規定：『有選舉權人在各該選舉區繼續居住四個月以

訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以臺灣高等法院臺南分院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決（下稱確定終局判決四）。反觀聲請人八：本判決理由則只記載：聲請人八提起上訴，再經最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決五），以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。

本席認為，依前揭 1. 至 3. 前後一致的論述可知，聲請人八的部分，依往昔司法院解釋先例，本應記載為：聲請人八提起上訴，再經最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式而予以駁回確定。是本件聲請案，應以臺灣高等法院上開判決為本庭據以為法規範審查之確定終局判決¹⁶。唯有如此記載，始得前後呼應，論理一貫。詎本件憲法法庭判決竟僅以：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決（下稱系爭確定終局判決五），一筆帶過，自有不足！

由上分析可知，本件聲請裁判憲法審查的**確定終局判決**，應為臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決至明。然本件憲法法庭判決理由【25】及【48】竟謂：最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決為確定終局判決（下稱系爭確定判決五），此一記載，完全與憲法法庭判決先例與司法院解釋先例的認定基準，背道而馳。且最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決理由載明：以上訴不合法律上之程式而判決駁回，本件憲法法庭判決竟謂「維持」臺灣高等法院此一見解（本判決理由【104】參照），亦非事實，欠缺說服力！

上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。』係以確有在各該選舉區繼續居住四個月以上之事實，為其取得選舉人資格之條件，而非單憑形式上之戶籍登記，為認定之唯一依據。關於此部分本院並無不同之見解。」

¹⁶ 憲法法庭甫於 112 年 7 月 21 日公告之 112 年憲判字第 10 號判決亦為相同之認定，其判決記載：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（該判決理由【8】參照）。

陸、結論

於刑事訴訟程序，人民於其憲法上所保障的權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序後，論罪科刑或免刑的刑事判決因而確定，產生實質的確定力，如要推翻具有實質確定力的**確定判決**，除可對確定終局判決聲請再審或請求檢察總長提起非常上訴外，人民如認其所受不利的**確定終局裁判**，或該裁判及其所適用之法規範，牴觸憲法者，尚得依憲訴法規定，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。於有罪判決確定產生實質確定力後，從開始聲請再審、請求檢察總長提起非常上訴，乃至聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，其目的均在推翻**有實質確定力的確定判決**，故修正憲訴法第59條第1項所稱確定終局判決，就實體法的爭議事項言，應係指實體確定終局判決而言。

本件最高法院111年度台上字第1861號刑事判決，是以上訴不合法律上的程式而駁回上訴，該第三審上訴既不合法，自不生阻斷原判決的實體確定，在法律上更不生全案移審的效力，基於「程序不合，實體不論」（或謂「程序不備，實體不究」）之訴訟法基本原則，最高法院自無法也無從對原判決認定事實或適用法律的違法性，進行實體的審理與判斷。本件最高法院程序判決既未審查原判決有無理由，更非就起訴個案進行涵攝過程的法律適用，自不能因最高法院有精彩法律見解的闡述，即指該程序判決為實體判決、確定終局判決。

至最高法院究以上訴不合法律上之程式而以程序判決駁回，或以上訴為無理由而以實體判決駁回，此乃最高法院審判職權的行使，憲法法庭自應加以尊重，不得將最高法院的程序判決，變更其性質為確定終局判決！

附件一：司法院解釋先例如何認定確定終局裁判一覽表
(刑事法部分)

大法官助理林邦彥整理

實 體 判 決	解釋字號	第二審裁判	第三審裁判	確定終 局裁判
	釋字第 812 號 解釋 【審查客體： 刑法第 90 條等 規定】	臺灣高等法院 94 年 度上重訴字第 86 號 刑事判決 ¹⁷	最高法院 97 年度台上字第 204 號刑事判決（以上訴 不合法律上程式而以程序 判決駁回上訴）	臺高院 刑事判決
	釋字第 804 號 解釋 【審查客體： 著作權法第 91 條等規定】	智慧財產法院 107 年度刑智上更 （一）字第 1 號刑 事判決 ¹⁸	最高法院 108 年度台上字 第 224 號刑事判決（以上 訴不合法律上程式而以程 序判決駁回上訴）	智慧財產 法院刑事 判決
	釋字第 803 號 解釋 【審查客體： 槍砲彈藥刀械管 制條例第 20 條 第 1 項等規定】	臺灣高等法院花蓮 分院 103 年度原上 訴字第 17 號刑事判 決 ¹⁹	最高法院 104 年度台上字 第 3280 號刑事判決 （以上訴不合法律上程式 而以程序判決駁回上訴）	花蓮高分 院 刑事判決
	釋字第 792 號 解釋 【審查客體： 判例】	臺灣高等法院 99 年 度上訴字第 2192 號 刑事判決 ²⁰	最高法院 100 年度台上字 第 1633 號刑事判決 （以上訴不合法律上程式 而以程序判決駁回上訴）	臺高院 刑事判決
	釋字第 791 號 解釋 【審查客體： 刑法第 239 條等 規定】	臺灣高等法院高雄 分院 107 年度上易 字第 427 號刑事判 決 ²¹	最高法院 108 年度台上字 第 2772 號刑事判決 （以上訴不合法律上程式 而以程序判決駁回上訴）	高雄高分 院 刑事判決

¹⁷ 該解釋聲請人五之原因案件。¹⁸ 該解釋聲請人六之原因案件。¹⁹ 該解釋聲請人一之原因案件。²⁰ 該解釋聲請人一之原因案件。²¹ 該解釋聲請人六之原因案件。

實體判決	釋字第790號 解釋 【審查客體： 毒品危害防制條例第12條第2項等規定】	臺灣高等法院臺南分院107年度上訴字第408號刑事判決 ²²	最高法院108年度台上字第1050號刑事判決 (以上訴不合法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺南高分院 刑事判決
	釋字第789號 解釋 【審查客體： 性侵害犯罪防治法第17條第1款規定】	臺灣高等法院96年度上訴字第220號刑事判決	最高法院99年度台上字第1975號刑事判決 (以上訴不合法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺高院 刑事判決
	釋字第775號 解釋 【審查客體： 刑法第47條第1項等規定】	臺灣高等法院臺南分院99年度上訴字第1062號刑事判決 ²³	最高法院100年度台上字第3596號刑事判決 (以上訴不合法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺南高分院 刑事判決
	釋字第582號 解釋 【審查客體： 判例】	臺灣高等法院88年度重上更(五)字第145號刑事判決	最高法院89年度台上字第2196號刑事判決 (以上訴無理由而以實體判決駁回上訴)	最高法院 刑事判決
	釋字第194號 解釋 【審查客體： 戡亂時期肅清煙毒條例第5條第1項規定】	臺灣高等法院臺南分院72年度上更(二)字第97號刑事判決	最高法院72年度台覆字第23號刑事判決 (原判決核准)	最高法院 刑事判決
實體裁定	解釋字號	第二審裁判	第三審裁判	確定終局裁判
	釋字第801號 解釋 【審查客體： 刑法第77條第2項等規定】	臺灣高等法院105年度聲字第2049號刑事裁定 ²⁴	最高法院105年度台抗字第683號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗告確定)	最高法院 刑事裁定

²² 該解釋聲請人黃○璋之原因案件。

²³ 該解釋聲請人蘇○睿之原因案件。

²⁴ 該解釋聲請人許○緯之原因案件。

實 體 裁 定	釋字第 799 號 解釋 【審查客體： 刑法第 91 條之 1 等規定】	臺灣高等法院臺中 分院 100 年度聲字 第 810 號 刑 事 裁 定 ²⁵	最高法院 100 年度台抗字 第 457 號刑事裁定 （以抗告無理由駁回抗告 確定）	最高法院 刑事裁定
	釋字第 796 號 解釋 【審查客體： 刑法第 78 條第 1 項規定】	臺灣高等法院高雄 分院 108 年度抗字 第 260 號 刑 事 裁 定 ²⁶	最高法院 108 年度台抗字 第 1485 號刑事裁定 （以再抗告無理由駁回抗 告確定）	最高法院 刑事裁定
	釋字第 762 號 解釋 【審查客體： 刑事訴訟法第 33 條第 2 項前段 規定】	臺灣高等法院臺南 分院 105 年度聲字 第 20 號刑事裁定 ²⁷	最高法院 105 年度台抗字 第 205 號刑事裁定 （以抗告無理由駁回抗告 確定）	最高法院 刑事裁定

²⁵ 該解釋聲請人一之原因案件。

²⁶ 該解釋聲請人五之原因案件。

²⁷ 該解釋聲請人一之原因案件。

附件二：憲法法庭如何認定確定終局裁判一覽表
(刑事法部分)

大法官助理林邦彥整理

	裁判字號	第二審裁判	第三審裁判	確定終局裁判
實體判決	111 憲判 18 【審查客體： 刑法第 2 條第 2 項等規定】	臺灣高等法院臺中分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決 ²⁸	最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決 (以上訴不合法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺中高分院 刑事判決
	112 憲判 5 【審查客體： 證券交易法第 175 條等規定】	臺灣高等法院 99 年度金上重訴字第 61 號刑事判決	最高法院 104 年度台上字第 720 號刑事判決 (僅檢察官上訴，被告不得上訴；以上訴不合法律上程式而以程序判決駁回上訴)	臺高院 刑事判決
實體裁定				
	112 憲判 2 【審查客體： 刑事訴訟法第 420 條第 1 項第 6 款規定】	臺灣高等法院高雄分院 106 年度聲再字第 85 號刑事裁定 ²⁹	最高法院 106 年度台抗字第 724 號刑事裁定 (以抗告無理由駁回抗告確定)	最高法院 刑事裁定

²⁸ 該判決聲請人四之原因案件。

²⁹ 該判決聲請人一之原因案件。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

第
11
號

本判決（下稱 112 憲判 11）於前三項主文，分別宣告刑法第 146 條第 1 項、第 2 項，及第 3 項中關於第 2 項之「未遂犯罰之」等規定，均屬合憲，且據此以第四項主文駁回聲請人一至八有關上開規定之法規範憲法審查聲請。至於主文第五項，則宣告聲請人八之確定終局判決（即最高法院 111 年度台上字第 1861 號刑事判決，下稱系爭確判）違憲，廢棄並發回最高法院。

本席對 112 憲判 11 前四項主文及第六項不受理其餘聲請部分，均敬表贊同。然，對第五項主文，則尚難同意，爰就此部分提出不同意見。

壹、聲請人八向本庭聲請裁判憲法審查之歷程

聲請人八劉惠宗、趙剛及朱良駿等三人均為中華航空股份有限公司企業工會（下稱華航工會）會員。華航工會於 107 年 5 月 31 日舉行會員代表大會，表決通過推派該工會秘書長朱梅雪參選桃園市第 2 屆市長選舉。

劉惠宗、趙剛及朱良駿三人，均無實際居住在其桃園市戶籍地址之真意及行為，仍基於意圖使朱梅雪當選桃園市長之犯意，分別於 107 年 6 月 29 日、同年 7 月 23 日及同年 7 月 19 日，虛偽遷徙個人戶籍至桃園市之戶籍地址，藉此方式取得桃園市市長選舉之選舉權人資格。渠等經選務機關列入選舉人名冊後，於 107 年 11 月 24 日桃園市長選舉投票日，前往其戶籍所在地投票所領取選票及投票，而影響市長選舉發生不正確之結果。聲請人八劉惠宗、趙剛於該屆市長選舉日後，分別於 109 年 8 月 10 日、107 年 12 月 5 日，遷離其桃園市之戶籍地址¹。

該案經法務部調查局桃園市調查處移送臺灣桃園地方檢察署檢

¹ 以上原因案件事實，詳參臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決事實一、部分及其附表。

察官偵查起訴。臺灣桃園地方法院 108 年度選訴字第 16 號刑事判決，認聲請人八等 3 人均該當刑法第 146 條第 2 項妨害投票結果正確罪，各判處有期徒刑參月。聲請人八不服上開判決，提起上訴，經臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決撤銷上開第一審判決，改判聲請人八均無罪。臺灣高等檢察署檢察官不服，提起上訴，經最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決，撤銷上開第二審判決，發回臺灣高等法院。臺灣高等法院嗣以 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，認聲請人八等 3 人均犯刑法第 146 條第 2 項所定意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票罪（即 112 憲判 11 所指之系爭規定二，本意見書沿用之），駁回其等之上訴。聲請人八復不服，提起上訴，終經系爭確判（即 112 憲判 11 所稱之系爭確定終局判決五）以上訴違背法律上之程式予以駁回確定。

聲請人八認系爭確判及其所適用之系爭規定二，均有違憲疑義，向憲法法庭聲請法規範及裁判憲法審查，並聲明應為系爭規定二及系爭確判均違憲之宣告；如憲法法庭認系爭規定二合憲，仍應為系爭確判違憲之宣告。

貳、系爭確判是否違憲，未經言詞辯論

查，本案言詞辯論之審查標的及爭點題綱，據憲法法庭網站之公告，僅涉及刑法第 146 條第 1 項、第 2 項，及第 3 項中關於第 2 項之「未遂犯罰之」等規定，是否違憲之爭執，對於系爭確判是否違憲，則隻字未提²。又本案全程言詞辯論程序，均以爭點題綱之問題為焦點，故無論聲請人八之陳述、關係機關之答辯，或辯論期日出席專家學者提出之意見書及現場口頭陳述，暨鑑定機關監察院國家人權委員會之意見書，對於系爭確判是否違憲，均幾無著墨。

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 46 條規定：「行政訴訟法之規定，除本法或審理規則別有規定外，與本法性質不相牴觸者，準用

² 參閱憲法法庭網站「曾行言詞辯論或說明會，裁判已宣示或公告之案件」，會台字第 9433 號胡靈智聲請案之「案由及爭點」部分。

之」；又行政訴訟法第 188 條第 1 項規定：「行政訴訟除別有規定外，應本於言詞辯論而為裁判」。換言之，就人民聲請法規範或裁判憲法審查之案件，憲法法庭雖得不經言詞辯論而為判決（憲訴法第 25 條第 2 項參照），惟案件一旦經言詞辯論，憲法法庭即應準用前揭行政訴訟法規定，本於言詞辯論而為裁判。然而，系爭確判是否違憲，自始未經列入言詞辯論之爭點題綱，亦未經到庭之聲請人八、關係機關法務部及中央選舉委員會、學者專家、鑑定機關，進行言詞辯論或意見陳述，112 憲判 11 即逕為判決。是本案關於系爭確判之裁判憲法審查部分，審理程序上是否周全，容有討論空間。

參、系爭確判，並未違憲

一、選前遷入戶籍，選後旋即遷出者，主觀上難認欲與選區及該區社群成員建立休戚與共之關係

112 憲判 11 主文第五項廢棄系爭確判，其理由無非為：系爭確判及其前審之臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決（下稱第 172 號判決），在解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」時，均從公職人員選罷法第 15 條之立法目的出發，而認為「繼續居住」須有「實際居住」之事實（112 憲判 11 理由第 97 段參照），惟第 172 號判決未考慮到長期工作亦足以建構在工作地享有選舉權之正當性基礎，雖不否認聲請人八在桃園市長期工作二、三十年之事實，仍認其該當系爭規定二所稱「虛偽遷徙戶籍」之要件，顯係基於對選舉權之意義及保護範圍錯誤之理解而適用系爭規定二（112 憲判 11 理由第 99 段參照）。

至於聲請人八趙剛為取得 107 年 11 月 24 日桃園市長選舉之投票權，先於同年 7 月 23 日（正好為選前 4 個月）遷入桃園市之戶籍地址，復於同年 12 月 5 日（即選後第 11 日）遷出該戶籍地址一節，112 憲判 11 認為：「人民選前 4 個月始將戶籍從居家生活地遷至長期工作地，取得選舉權投完票後，又旋即將戶籍遷回居家生活地，只要基於憲法意旨承認工作地也是居住地之一種，遷籍至工作地不是虛遷戶籍，則選後復將戶籍遷往何處，其實已無關宏旨。同理，人民遷徙

戶籍至工作地所在之選舉區，只要承認在該選舉區長期工作之事實亦足以建立參與在該選舉區投票之正當性基礎，則在是否構成系爭規定二所稱虛遷戶籍之判斷上，人民究係遷徙戶籍至公司或作業地所在之地址，或工作地所在選舉區內親友住家所在之地址，亦已無關宏旨」（112 憲判 11 理由第 100 段參照）。

對 112 憲判 11 前開見解，本席深不以為然。

按選舉之精義，在於使同屬一定政治社群之人民，對於與自身利益緊密相關之公共事務，得透過選舉，表達各自之意見、參與該等事務之決行，實現集體民主自決之目標。

由是可知，參與政治社群事務決定者，必須是政治社群之成員，方符合民主「自決」之要求。又，判斷某人是否屬於政治社群之成員，除客觀上須與該社群有一定程度之連結外，更重要的是，必須採取明確行動，將自身之生活與社群之集體決定緊密相連，以展現主觀上認同自己確為該政治社群之成員。至於主觀上是否認同自己確為該政治社群之成員，有學者認為應視有無對該地區作出「許諾」（commitment）而定，所謂許諾，例如實際居住之事實³。

基此，人民對於非戶籍登記所在之地區，縱因長期工作，客觀上與該地區產生關連，然尚未實際居住於該工作地，甚至長期維持自己之居住地與工作地分離，且無其他堪認對該地區許諾之行為，則主觀上是否有成為工作地選區政治社群成員之意，已有可疑。若於選前，基於使特定候選人當選之意圖，特地將戶籍遷入工作地所在之選區，參與投票，但選後隨即遷出戶籍者，則其拒絕與該選區之其他住民，共同承擔選舉之結果及當選人之治理成效或議政表現，尤為顯然。

詳言之，候選人一旦當選為公職人員，即須對其選區各領域之

³ 參見蘇彥圖研究員，於本案言詞辯論期日，以專家學者身分提出之意見書第 4 頁所引學者 Frank I. Michelman 之見解：「……一個人就是不可以只在該社群的邊際徘徊、不對它的程序做出許諾，卻還主張她有資格成為該社群的投票成員」。

公共事務，負起行政管理或監督行政之責。因此，對於實際居住於該地區之選民而言，即便於選舉時僅關心單一或少數公共議題，在選舉後，其日常生活所涉及之整體利益，仍必然與選舉結果息息相關，故其參與投票仍屬民主自決之展現。反之，單純出於使特定候選人當選之意圖，始於選前將戶籍遷入非實際居住之工作地，選後旋即遷出之人，一方面享受表達政治意見之利益（即透過設籍而取得投票權並行使之），他方面卻不欲承受當選人日後執行職務不力、不當之風險，其投票行為，即屬侵蝕民主自決。

綜上，112 憲判 11 所謂「只要基於憲法意旨承認工作地也是居住地之一種，遷籍至工作地不是虛遷戶籍，則選後復將戶籍遷往何處，其實已無關宏旨」，洵有誤會。相反地，此類僅透過戶籍登記方式，技巧性取得投票資格者，充其量只是藉由形式上取得某政治社群成員之身分，濫用投票權，以遂行特定目的，而非有真實意願與該選區及該區政治社群其他成員建立休戚與共之網絡關係。是此種形式上遷移戶籍之行為，自屬該當系爭規定二所定「以虛偽遷徙戶籍取得投票權」之要件。

二、僅以工作地認定選舉人與選舉區具連結關係，而不問選舉人主觀意志，實務操作困難，且嚴重戕害民主原則

如前所述，112 憲判 11 僅以選舉人有在選舉區工作之事實，作為其與該選舉區之連結因素，而不問選舉人主觀上是否真實欲與其工作地及該地全體社群成員，產生休戚與共之認同關係。此判斷標準，不僅在選舉實務操作上，有重大困難，且根本破壞民主原則。

（一）工作地之認定不易，「虛偽遷徙戶籍」，難以查核

首應指出者，112 憲判 11 係鑑於聲請人八等 3 人皆已在其所屬華航公會所在地（桃園市）工作二、三十年以上，遂稱：「只要在某選舉區長期就業，該地區亦屬其日常生活重心所在，故將戶籍遷入就業所在之選舉區，其持續就業之事實必然亦得建構與選舉區成員休戚與共之網絡而成為政治社群之一員，當可因而認定具有『實際居住』事實」（112 憲判 11 理由第 71 段參照）。

次應注意者，112 憲判 11 係特別考量「系爭確定判決五（即本不同意書所稱系爭確判）及上開臺灣高等法院刑事判決（即本不同意見所稱 172 判決）無視聲請人八於桃園市工作長達工作二、三十年之事實，仍認定其不符合『實際居住』4 個月之要件，從而該當系爭規定二之『虛偽』遷徙戶籍部分，是否與憲法第 17 條保障人民選舉權之意旨相符，則待進一步討論。」（112 憲判 11 理由第 97 段），且最終決定廢棄系爭確判。

因此，依據裁判先例原則（principle of stare decisis），今後凡意圖使特定候選人當選，遂於選舉前遷徙戶籍於自己之工作地，取得投票權而為投票，如引用 112 憲判 11，主張亦不得對其以系爭規定二相繩之人，則其在該地工作之期間，即應至少相當於「二、三十年」。

由此可知，未來實務上，究竟在同一工作地「工作多久」，始得援用 112 憲判 11 而排除系爭規定二之適用，必有重大爭議，而困擾各級檢察官及法官。

何況，現今社會，因工作態樣多元化，各行各業中，不乏工作地橫跨多個不同行政區，而無固定工作地點，或工作地遍及臺灣各地者。長途客運及遊覽車駕駛員、台鐵及高鐵駕駛員與隨車人員、Uber 司機及外送人員、保險業務員及經紀人，巡迴劇團之表演者、舞蹈家、音樂家，甚至大型律師及會計師事務所之律師、會計師及其他員工等等，均為適例。試問：依 112 憲判 11 之意旨，此類人員之工作地，如何判定？

更進步言，前開人員工作地之認定，應如何與系爭規定二之構成要件「以虛偽遷徙戶籍取得投票權」相互連動，亦無從想像。蓋，依本案關係機關法務部於言詞辯論上之陳述，112 憲判 11 作成前，實務上認定是否該當系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」，通常係以：1. 同一戶籍中有多人設籍，2. 實際勘查該地址之坪數不足負荷如此多人，3. 遷籍係透過代辦，為認定依據⁴。112 憲判 11 問世後，前開認

⁴ 會台字第 9433 號等聲請案言詞辯論筆錄第 30 頁至第 31 頁參照。

定標準勢必遭受嚴重挑戰。從此之後，凡在某地區有工作之事實者，將戶籍遷徙至該地區之親戚朋友住所、甚至所屬公司行號地址，縱使該戶籍地有多人設籍，且無從容納如此多人居住，並係透過代辦遷徙者，仍不得再以系爭規定二相繩。如此一來，系爭規定二維護選舉公正之立法目的，必然被侵蝕殆盡。

此外，若上開有多數工作地之人，意圖使特定候選人當選，在每次選舉日 4 個月前，援引 112 憲判 11 第五項主文，以其與工作地具連結關係為由，恣意選擇任一工作地作為選區，遷入戶籍，則行政機關、檢察機關甚至審判機關，如何適用爭規定二，予以偵辦及論罪科刑？又如，甲為前開所稱有多數工作地之人，已選擇在一地區（例如某鄉鎮市第一選區）投票選舉該區之行政首長、民意代表、村里長；嗣後，若該鄉鎮市之第二選區，不管基於任何正當緣由，須進行行政首長、民意代表或村里長之補選，而該第二選區亦為甲多數工作地中之一處，則依 112 憲判 11 第五項主文意旨，甲可再度遷徙戶籍至該選區，從而行使第 2 次投票權。

由此可見，112 憲判 11 第五項主文，僅以工作地為連結因素，不問選舉人之主觀意志，導致人民之選舉權，因其工作地為單一，或為多數，而有差異，如此結果，不僅背離憲法第 7 條之平等原則，且架空爭規定二，該規定所追求之選舉公正性及民主正當性之重大公益目的，亦隨之毀棄。

（二）112 憲判 11 第五項主文，助長小選區之人為操控

在 112 憲判第五項主文之下，於小選區，有心人士即可利用本項主文所認可之「形式上工作外觀」，操控選舉之結果⁵。尤其，對公司行號或廠房位於小選區之企業主而言，此項主文，不啻成為快

⁵ 依法實證研究之結果，民國 89 年至 111 年間，觸犯系爭規定所涉幽靈人口之被告，有近六成是與村里長之選舉相關；其牽涉縣市長或立委之選舉者，亦多為人口較少、較可能透過虛遷戶籍操控選舉結果之金門、連江等離島縣市。參見本案法庭之友「中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心」之法庭之友意見書，第 8 頁至第 9 頁。

速、合法之工具，只須促使其員工將戶籍遷入工作之公司行號或廠房，即可順利當選該區域之民意代表或里長，取得政治話語權。更令人擔憂者，特別當該企業主之自身利益與當地住民之權益嚴重衝突時，企業主可藉此方式，輾壓住民權益，使自己或主導其他人士贏得地區性之選舉，該選舉區多數住民之意志，因而慘遭踐踏。民主原則下重要之住民自治理念，在此種情況下，無疑即為 112 憲判 11 理由第 69 段所擔憂之「從自治變他治」。⁶

前開主文，將是否該當系爭規定二之重要判斷標準，即「居住」之概念，擴及至只要客觀上選舉人有「在某選舉區持續就業之事實」，即屬已足，立意固屬良善。惟如此之判定標準，實嫌過度簡化及擅斷。要言之，單純在某地長期工作之事實，尚不足以推論出主觀上確有與該工作地產生社群共同認同體之意志。選舉人如僅有客觀長期工作之事實，而無與該工作地及當地居民產生休戚與共之主觀連結，即可參與工作地之地區性選舉，其對憲法民主原則所生之根本性侵害，相較於前開主文所關切之個人選舉權之維護，顯然難謂相當。

據上所述，112 憲判 11 第五項主文所持理由，要難採取；是系爭確判並無 112 憲判 11 所指「對選舉權之意義及保護範圍錯誤之理解而適用系爭規定二」情事，聲請人八之裁判憲法審查聲請，應連同其對系爭規定二之法規範憲法審查聲請，一併駁回。

肆、關於 112 憲判 11 主文第五項「發回最高法院」部分

本席礙難同意 112 憲判 11 第五項主文，業如前述。然對於該主文後段「發回最高法院」部分，本席欲藉此機會，就「憲法法庭認人民聲請裁判憲法審查有理由而廢棄確定終局裁判時，應發回何法院？」此一抽象性的問題，表示如下意見。

⁶ 舉例言，員工達千、萬人以上之企業，經常排放濃煙、廢水有毒物質，或時有失火、爆炸公安事故，屢遭當地居民強烈抗議。企業主即可藉助 112 憲判 11，促使員工設籍於廠房，據以支持特定候選人當選，以為護航，當地居民之環境保護及生命安危，遂淪為犧牲品。

一、憲訴法第 62 條第 1 項前段「發回管轄法院」之解釋，應視發回後，管轄法院依憲法法庭判決之意旨，是否須重啟原因案件之事實調查與認定程序而定

憲法法庭受理人民裁判憲法審查之聲請者，應審查相關確定終局裁判，在解釋及適用法律時，有無誤解基本權之意義及其保護範圍，及有無漏未審酌基本權之重要事項。因此，裁判憲法審查，性質上屬於法律審，憲法法庭不應介入原因案件之事實認定及證據取捨。

又，法律之解釋與適用，本即包括事實之認定與構成要件之涵攝，故確定終局裁判表示之法律見解經憲法法庭宣告違憲後，受發回之法院，依憲法法庭之裁判意旨而重為法律之解釋與適用時，對於原因案件，究應重為事實認定，或僅須涵攝構成要件，應視具體個案而定。從而，憲法法庭雖不介入一般法院就事實及證據所為之判斷結果，然憲法法庭對確定終局裁判所示見解之審查，仍可能觸及一般法院認定事實之部分，自不待言。

按，憲訴法第 62 條第 1 項前段規定：「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」，查其立法理由，係擬透過法律明文，讓人民在憲法訴訟勝訴後，無庸再借助非常上訴或再審等制度，即可獲得完整救濟⁷。由此可知，上開規定係為免除人民訴訟之勞費而設。

準此，憲訴法第 62 條第 1 項前段「發回管轄法院」，究何所指，應以保障人民訴訟經濟為依歸。詳言之，依憲法法庭廢棄確定終局裁判之意旨，如該確定終局裁判之原因案件，須重新調查事實或認定證據，則憲法法庭應將原因案件直接發回於事實審管轄法院；反之，若原因案件之事證已臻明確，受發回之法院僅須依發回意旨，重新解釋法規範或涵攝法規要件，則應發回於法律審之終審管轄法院。

本此意旨，本席曾在憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決提出之協同意見書中指明：「111 年憲判字第 8 號判決係以法院於處理本件

⁷ 參見憲法訴訟法第 62 條第 1 項立法理由二、（一）參照。

暫時處分程序過程中，未使丙有陳述意見之機會，而指摘確定終局裁判牴觸憲法。從而，系爭暫時處分裁定經憲法法庭廢棄發回後，受發回之管轄法院即應重啟程序，聽取丙之意見。此時，作成系爭裁定一、二之事實審法院，亦即本案之臺北地方法院（不論第一審或第二審），始有權限直接聽取丙之意見，並儘速重新認定乙父之暫時處分聲請是否應予允許。至於最高法院，則因其為法律審，在本案經發回後，並無權限直接聽取丙之意見。因此，111年憲判字第8號判決廢棄系爭裁定三，並發回給作成該裁定之最高法院後，最高法院僅得廢棄系爭裁定二，發回給作成系爭裁定二之臺北地院，再由臺北地院依最高法院發回意旨辦理。兩相比較，由本件原因案件之第一審或第二審法院直接依111年憲判字第8號判決意旨，使丙有陳述意見之機會，逕行聽取意見，遠比最高法院依本判決意旨廢棄第二審裁定並發回第二審法院，再由該第二審法院聽取丙意見，更屬訴訟經濟，並迅速貫徹聲請人及丙之基本權。」⁸

二、系爭確判若經廢棄，應發回最高法院

（一）依112憲判11之意旨，受發回之管轄法院，對原因案件無須重啟事實認定程序

查，從聲請人八之歷審判決可知，各審級法院對以下事實均無疑義⁹：（1）三人於桃園市第2屆市長選舉日前5個多月前或4個多月前不等之時間，將個人戶籍遷移至桃園市地址，進而取得該選區之選舉權人資格；（2）其等並未實際繼續居住在桃園市之戶籍地址，然長年在位於桃園市之華航公司工作；（3）三人均係為支持候選人朱梅雪而遷移戶籍，且確實於該屆桃園市長選舉投票日至投票所投票。

⁸ 參見本席於憲法法庭111年憲判字第8號提出之協同意見書壹、二、（二）、2部分。

⁹ 參見臺灣桃園地方法院108年度選訴字第16號刑事判決事實一，及理由貳、二、（一）、；臺灣高等法院109年度上訴字第114號刑事判決理由二、（五）、1；臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決事實一，及理由貳、一、（二）。

再查，112 憲判 11 認系爭確判及第 172 號判決在解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念時，未考慮到長期工作亦足以建構在工作地享有選舉權之正當性基礎，顯係對憲法保障人民選舉權之意義及保護範圍有錯誤理解，遂宣告系爭確判違憲。

準此，聲請人八 3 人均長期以桃園市為工作地，業經原因案件之歷審法院肯認，故 112 憲判 11 依憲訴法第 62 條第 1 項前段，廢棄系爭確判並發回後，管轄法院無庸重新調查證據或認定事實，而僅須對系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念為合憲之解釋，並在已確定之事實上為構成要件之涵攝。

（二）系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」，應如何解釋適用，方屬符合 112 憲判 11 所揭示之憲法意旨，最高法院為最終有權機構

最高法院作為法律審，主要職責在審查下級審法院之判決是否有不適用法規或適用法規不當之瑕疵，致其判決違背法令（民事訴訟法第 467 條至第 469 條、刑事訴訟法第 377 條至第 379 條參照）。

查，聲請人八之原因案件在第一次二審時，臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決認：「考量本罪的立法意旨，配合現代生活型態，就有無『居住事實』的判斷標準，應持較為寬鬆、彈性的認定標準，在行為人基於工作，而與工作地實質上存在密切關聯性之情形下，應認其在工作地有居住事實。且採取彈性寬鬆的『居住事實』概念來認定行為人是否有『虛偽遷徙戶籍』，仍在構成要件可能的文義範圍內，並未違反類推禁止原則。另外，從刑罰的最後手段性而言，透過較為彈性寬鬆的『居住事實』概念，對『虛偽遷徙戶籍』構成要件要素做限縮解釋，亦有其合理性」¹⁰，從而以聲請人八不構成虛偽遷徙戶籍之客觀不法構成要件為由，判決無罪。

惟該等見解於檢察官上訴後，為最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決所質疑，該判決認：「原審徒以被告 3 人多年來

¹⁰ 參見臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決理由二、（五）、2、（5）②、（乙）。

上班工作均在桃園市，即認被告3人與桃園市有『人、地之連結關係』，進而認其3人在桃園市有居住事實，對上開與被告3人是否構成刑責之判斷至有關係之事項，未加究明釐清，率為被告3人無罪之諭知，尚嫌速斷，而有理由不備之違法」¹¹，從而撤銷原判決，發回臺灣高等法院。

臺灣高等法院遂於第172號刑事判決改認：「將公職人員選舉罷免法第4條、第15條規定之解釋，合併刑法第146條第2項之立法理由觀察，應認公職人員選舉罷免法係採實際居住主義，否則如戶籍登記於某選區4個月即適法取得選舉權，則上開刑法第146條第2項豈非永無適用之可能，如此將違反本條立法意旨，我國公職人員選舉人取得投票權，仍應透由實際居住戶籍地4個月方式取得，應無疑義。準此，未居住於戶籍地者，應不能取得戶籍地選區投票權，縱於該戶籍地工作，亦不符上開選罷法第15條取得投票權之要件，辯護人稱不應僅限於實際居住始得取得投票權等語，應非可採」¹²，並據以論處聲請人八觸犯系爭規定二之罪。

聲請人八對此不服提起上訴，系爭確判逕認：「上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒憑己見，為不同法律評價……難認已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回」，全案確定。

由上述本件原因案件在臺灣高等法院和最高法院間來回之歷程可知，下級審對於系爭規定二所稱「虛偽遷徙戶籍」應為何種解釋，方無判決違背法令之瑕疵，應依最高法院之見解而定。是112憲判11廢棄系爭確判後，如何詮釋系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，方與112憲判11發回意旨相符，仍應由最高法院為最終判決。

從而，112憲判11第五項主文既然廢棄系爭確判，即應直接發回最高法院，始能貫徹憲訴法第62條第1項前段追求人民訴訟經濟

¹¹ 參見最高法院110年度台上字第1054號刑事判決理由二、（三）。

¹² 參見臺灣高等法院110年度上更一字第172號刑事判決理由貳、一、（四）、2。

112 年憲判字第 11 號

之立法宗旨。

伍、結論：投票部隊，違憲乎？合憲乎？

112 憲判 11 前四項主文，等於向全國人民宣示：「投票部隊」，乃憲法所不容許！

惟 112 年憲判 11 第五項主文，卻著眼個案「工作長達二、三十年」之事實，而創「工作地連結選舉權」之虛幻概念，無異為投票部隊大開合憲後門。

兩者之間，孰為真正之憲法價值？

況，前開第五項主文雖以工作地作為取得選舉權之連結，卻未對「工作地」及「工作期間」，為進一步之形塑，而僅以「長期工作地」簡化及模糊之。

前開主文有無「雖維護少數人民之選舉權，但背離選舉所追求之人民自決本質」之情事，或有待檢視。然該主文所製造之實務難題，遠比其能解決者更多，則已可斷言。

部分不同意見書

黃昭元大法官 提出

一、本判決結論及本席立場

[1] 本判決認刑法第 146 條第 1 項、第 2 項及第 3 項（關於第 2 項之未遂犯部分）均合憲；另就聲請人八聲請之裁判憲法審查部分，則僅宣告最高法院 111 年度台上字第 1861 號判決違憲，並廢棄、發回最高法院。

[2] 本席支持主文第 1 項之合憲結論，但認為主文第 2 項及 3 項均違憲；至就主文第 5 項之裁判憲法審查部分，則認為本判決應該宣告系爭原因案件之二審實體有罪判決（即臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決）違憲，並廢棄、發回高等法院。由於應發回高等法院，基於審級制度，因此也應一併廢棄上開最高法院判決；而不是如本判決主文第 5 項之只宣告不合法駁回上訴的第三審判決（上開最高法院刑事判決）違憲，並廢棄、發回最高法院。

二、主文第 2 項部分之不同意見

[3] 本判決雖宣告刑法第 146 條第 2 項規定合憲，然係以限縮解釋的方法，認為上開規定所處罰之虛偽遷徙戶籍，應不包括「有持續就業事實」之遷徙戶籍。此項限縮解釋的理由，和主文第 5 項之宣告裁判違憲的理由實質相同。表面上觀之，本判決似乎是宣告法規範合憲，但適用該合憲法規範之裁判（法律見解）違憲。但在實質上，本判決只是在法規範憲法審查時，有意並很技巧地選擇了所謂「合憲限縮解釋」的方法，以保存系爭法規範的表面合憲外觀。本席認為：這其實濫用或錯誤運用所謂法律合憲解釋的方法。就本案而言，本判決多數意見如果真的認為「有持續就業事實」之遷徙戶籍，應非刑法第 146 條第 2 項所處罰之行為，那就應該正面宣告刑法第 146 條第 2 項規定，於此範圍內，違憲。如此部分違憲之宣告，也更與主文第 5 項宣告裁判違憲的理由相一致。

[4] 就解釋方法而言，本席認為：合憲限縮解釋只是法律解釋方法，不是憲法解釋方法。在我國，一般法院法官因為無法自己宣告法律違

憲，如不向本庭聲請解釋或裁判，就只能（也必須）採取法律合憲解釋方法，來控制或限縮可能違憲的法律之適用範圍。然憲法法院本即有審查法律是否違憲之職權，至少在從嚴審查時，並不必然要推定法律合憲，或應優先維護法律的合憲外觀。就本件而言，既然需要限縮解釋才能拯救法律之合憲性，這就表示該法律於該被限縮（亦即排除）的範圍內，其實是違憲的，也就是（質的）部分違憲。本判決就選舉權限制部分既然採取嚴格審查標準（參本判決理由第 61 段），就平等權限制部分也是採取中度審查標準（參本判決理由第 62 段），均屬從嚴審查，於此情形，憲法法庭更沒有優先採取合憲限縮解釋的義務，也不應恣意遁入所謂合憲限縮的秘境，以此包裝法律的實質違憲。就本判決之採取合憲限縮解釋方法及其合憲宣告的結論，本席均難以支持。

[5] 就刑法第 146 條第 2 項規定之內容審查而言，本席認為：立法者在選舉法制中既然以戶籍登記及其時間長短，作為認定區域選舉中選舉人資格之形式標準之一，在各該戶籍登記仍然形式存在，未經撤銷或變更之前，自應繼續承認該戶籍登記之形式效力，並據以為認定有無選舉權及被選舉權之形式依據。本判決理由第 67 段所引刑法第 146 條第 2 項之立法理由：

……二、然行政機關若對此未加以剔除，進而列入選舉人名冊，選舉人名冊經公告更正後即告確定，行政機關所製成之「選舉人名冊」乃屬「確認性行政處分」，此生行政處分之「構成要件效力」，若再通知選舉人前往投票，選舉人依照選舉機關之合法通知前往投票並非屬刑法第 146 條之非法之方法……

顯亦採取類似見解。故如確有所謂「虛偽遷徙戶籍」之情事，於法應該先依戶籍法撤銷該虛偽戶籍，並就該虛偽遷徙戶籍行為予以處罰（參戶籍法第 23、46 及 76 條）。一旦撤銷該虛偽戶籍，該行為人即喪失其原擬取得之各該區域選舉之選舉權，而無從達成其影響選舉程序公正性之目的。

[6] 換言之，與刑法第 146 條第 2 項相比，上述管制及處罰手段，不僅更能直接達成立法者所追求的確保選舉程序公正之立法目的，也明顯是侵害較小之限制手段。況依公職人員選舉罷免法規定，在投票日之前，仍有 4 個月時間可以認定並過濾上述虛偽遷徙戶籍之行為，而及時撤銷該虛偽戶籍。就虛偽遷徙戶籍以取得選舉權之特定違法行為，立法者未於戶籍法先採取適當之管制及處理機制，而逕自採取刑法第 146 條第 2 項之刑事制裁手段，實屬過於粗糙之立法，而應透過違憲宣告方式，促使立法者併同相關法律全盤檢討修正。

[7] 本席支持「有持續就業事實」之遷徙戶籍，應可從寬認定為有居住事實之戶籍登記，從而不應以刑法第 146 條第 2 項予以處罰。然除此之外，恐怕仍有其他事由容亦應予排除，或至少在立法政策上得再考量，例如為支持家人參選而遷徙戶籍等。因此刑法第 146 條第 2 項規定之要件，實有進一步檢討修正之必要。

[8] 在憲法學理上，刑法第 146 條第 2 項的核心爭議在於：人民「用腳投票」的自主決定權究有多大？國家限制此等決定的理由及界限為何？按選舉權涉及現代民主政治之根基，確屬重要的憲法權利，而應受高度保障。然憲法及立法者對於選舉制度的內容也有相當充分的形成空間，包括對人民選舉權資格及行使方式（如投票日期、地點、方法等）的合理限制；反之，人民也不可能主張有「想在那裡投，就可在那裡投票」的完全自主權。憲法第 130 條前段規定「中華民國國民年滿 20 歲者，有依法選舉之權……」，其中「依法」即可謂上述立法形成之憲法依據。一般而言，多數民主國家對於區域選舉中之選舉權資格，多半會有「一定期間」的在地連結要求，以彰顯選舉之實質代表性。然也有部分國家或地方已經縮短其原本要求之在地連結期間長度，如美國多數州已經將居住期間的要求縮短至 30 日內，甚至有容許投票當日登記者即可取得選舉權（參蘇彥圖，會台字第 9433 號聲請案專家諮詢意見書之註 2，2023 年 3 月 29 日，本庭官網）。

[9] 隨著科技進步及生活形態之改變，通訊科技所提供之資訊利益早已超過傳統交通之實際效果，人民之經常生活地或有實際關聯地也往

往不只一處，並可能長期、深入關心且參與非實際住居地或非其戶籍登記地之政經社會發展。因此如何認定誰是真實利害關係、具有實質代表性的選民？恐怕已經不能再以傳統的形式上居住標準為其當然且唯一之標準。

[10] 就刑法第 146 條第 2 項之立法目的而言，本席同意確有部分人民純係為影響選舉結果而遷徙戶籍，也確實可以將之定位為無自主性之投票部隊，類似投票機器人，而應加以管制並處罰。但現行刑法第 146 條第 2 項所定之管制手段，恐怕是過於不夠精準，而可能會失之過苛的管制手段。從憲法審查的觀點，本席寧可先宣告其部分違憲，並以此要求立法者全盤檢討修正。

三、主文第 5 項裁判憲法審查部分之不同意見

[11] 依 2022 年 1 月 4 日起施行之憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，人民必須先依法定程序，窮盡審級救濟後，始得就所受不利確定終局裁判聲請裁判憲法審查。依同條第 2 項規定，其聲請期限係自該確定終局裁判送達後起算 6 個月。又依聲請人八聲請時所適用之憲法法庭審理規則第 59 條規定，上開憲法訴訟法第 59 條第 2 項所稱 6 個月不變期間，係「自用盡審級救濟之最終裁判送達之翌日起算。」故聲請人八據以聲請裁判憲法審查之確定終局判決，就其聲請要件而言，確實是最高法院 111 年度台上字第 1861 號判決。

[12] 然本判決所審查及宣告裁判違憲之理由，其實是針對判決聲請人八有罪之二審實體判決，這個高院判決也才是真正適用本判決所審查之法規範（即刑法第 146 條第 2 項規定）之判決。至於上開最高法院判決，程序上固然是確定判決，但其係以上訴不合法為由駁回上訴，並未真正、直接適用刑法第 146 條第 2 項規定，本判決實不應以上開最高法院判決為本件裁判憲法審查之標的。縱使以之為審查標的，上開最高法院判決既然只是程序判決，而未適用刑法第 146 條第 2 項並進而為實體有罪判決，其判決見解亦無本判決所認之違憲情形。

[13] 按在本庭實務上，在程序上聲請人據以聲請之確定終局裁判，未必都一律是審查標的。例如在本庭 111 年憲判字第 18 號判決中，該

判決就聲請人四之裁判憲法審查，雖然是以駁回上訴而使該原因案件確定之第三審判決（即最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決）為聲請要件所稱之確定終局裁判，並以其送達日期為準，來認定其聲請並未逾期因此合法，而予受理。（參本庭上開判決理由第 18 段）但本庭上開判決主文第 5 項所審查並宣告合憲之確定終局判決，則係該案第二審法院（即高等法院臺中分院）判決聲請人四有罪之實體判決（臺中高分院 109 年度上訴字第 1660 號刑事判決），而非以上訴違背法律上之程式為由，駁回上開二審判決之上開最高法院 111 年度台上字第 1336 號刑事判決（程序上的確定判決）。（參本庭上開判決理由第 5 段）

[14] 換言之，本庭在裁判憲法審查所審查之標的裁判，應以聲請人主張之違憲理由為準：如果刑事案件聲請人是主張其有罪判決之實體判斷（包括法律理由及罪刑宣告）或訴訟程序違憲，則應以其有罪實體判決之最後一個審級判決為審查之標的判決，而非程序上的最終審判決。故如二審判決有罪，三審以不合法駁回上訴而確定。此時即應以二審有罪判決為本庭審查之標的裁判，而非三審判決。反之，聲請人如係主張第三審判決駁回上訴之法律依據（如刑事訴訟法第 376 條第 1 項限制第三審上訴之各款事由，參司法院釋字第 752 號解釋）或法律見解違憲，本庭始應以該第三審判決為審查之標的裁判。

[15] 又即使於司法院大法官審理案件法時期，大法官在認定人民聲請案件之審查標的時，也是以聲請人之主張為準，因此在實務上常常是以二審實體判決為「確定終局裁判」，再據以審查其所適用之法令是否違憲，而不是一律以程序上的終審判決為確定終局裁判。

[16] 然本判決理由第 95 至 100 段，係先針對判決聲請人八有罪之二審實體判決（臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決），進行實質審查，並論述該二審判決為何違憲。然後在第 101 至 104 段，就上開最高法院確定終局判決，先則說明該案之歷審經過：第一次二審判決（臺灣高等法院 109 年度上訴字第 114 號刑事判決，有利聲請人八）、第一次三審發回判決（最高法院 110 年度台上字

第 1054 號刑事判決，不利聲請人八）、第二次二審（更一審）判決（即上開高院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決，不利聲請人八）、及第二次三審判決（即上開確定終局判決，以不合法駁回上訴，不利聲請人八）；再於本判決理由第 103 段說明上開確定判決：

除於理由四（一）引用最高法院 110 年度台上字第 1054 號刑事判決發回理由二（二）之部分外，另針對聲請人八上訴理由之指摘，援引臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決所採否定之見解，因而認為從形式觀察，上開高等法院判決並無違背法令之處，而以聲請人之上訴不合程式判決駁回（參閱系爭確定終局判決五理由二（一）、四（二）及六）。

最後更強調上開最高法院確定判決：關於

系爭規定二虛偽遷徙戶籍之見解，係延續最高法院 110 年度台上字第 1054 號及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決之見解。然而臺灣高等法院 110 年度上更一字第 172 號刑事判決未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判，侵害人民受憲法保障之選舉權，既如前述，則援引並維持所採此一見解之系爭確定終局判決五，自有相同之違憲之理由。（參本判決理由第 104 段）

[17] 上述辛苦、曲折的引述，其實是為了克服一個根本的難題：上開最高法院係以不合法為由駁回上訴的程序判決，從而維持第二審之有罪實體判決，而不是以無理由駁回上訴或自為判決之實體判決。此觀上開最高法院判決理由六即可明白：

原判決從形式上觀察，並無違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒憑己見，為不同法律評價，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難認已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

換言之，上開最高法院縱有引述上開高院更一審判決及最高法院發回

判決之見解，係用以論述「原判決從形式上觀察，並無違背法令之處」，並據以認為上訴違背法律上程序（不合法），應予駁回。其所直接適用之法律實為刑事訴訟法第377條，而非刑法第146條第2項。反之，上開二審實體判決不僅是直接適用刑法第146條第2項判決聲請人八有罪，也先經本判決理由詳細論述其何以違憲。本判決最後卻僅宣告上開最高法院之程序判決違憲並予廢棄、發回最高法院，而未同時宣告上開二審實體有罪判決違憲並予廢棄，而將本件原因案件直接發回至高等法院重行審理，實與向來大法官及本庭長年實踐不符，也徒生疑義。

[18] 如依本判決之作法，未來本庭在認定裁判憲法審查案件之審查標的裁判時，就第三審以不合法駁回上訴或抗告之程序裁判，是否均須或均得進一步審視其駁回理由，然後再區別為「實體性」的程序裁判和「程序性」的程序裁判？對於前者，就可以當成實體判決而予以審查；對於後者，才只當成程序裁判予以審查。若應如此區別，其區別標準為何？看似實體的理由如引述或寫的比較多者，如本案之上開最高法院確定判決，就是「實體性的程序裁判」？寫的少或寫的空洞、籠統者，就是「程序性的程序裁判」？

[19] 美國憲法因為沒有類似我國憲法第22條及第23條之規定，美國最高法院實務及憲法學界為承認有非明文之憲法權利或審查法令之內容是否合憲，於是就美國憲法上之正當法律程序（due process），乃發展出（或辨出）「程序的正當程序」（procedural due process）和「實體的正當程序」（substantive due process）的兩種概念，以致有譏為：此無異主張直線有兩種，一種叫「直直的直線」，一種叫「彎彎的直線」。本判決將最高法院以不合法駁回刑事案件第三審上訴的程序判決，區別為「程序性的程序判決」和「實體性的程序判決」，實令人隔太平洋而莞爾。

[20] 本席認為本判決之上開理由及結論，不僅徒生不必要區別困擾，也是對最高法院的明顯不尊重。最高法院既然以上訴不合法為其判決理由，本庭理應尊重其選擇之判決理由及定位，而不應逕自重新解構

其理由及定位後，再以之為本庭審查之標的。這已經不是在審查最高法院的裁判見解，這是先以本判決多數意見的閱讀心得取代上開最高法院判決，再宣告前者違憲。退一步而言，即使認為最高法院是以「不合法的程序駁回」來包裝「無理由的實體判斷」，然這仍只是法律層次，而非憲法層次的問題。我國現行體制既然區別憲法法院與一般法院間的權限及功能，因此就本案所涉及的裁判憲法審查案件，原則上應該以法院裁判的形式為準，再據以審查其法律見解：對於實體裁判，當然可以（也才可以）審查其據以為實體判斷的法令或所持法律見解是否違憲；對於程序裁判，則得審查其據以為程序決定的法令或所持法律見解是否違憲。這就如同本庭應以確定裁判據以為法律判斷之事實基礎為前提，來審查該確定裁判之法律依據及見解是否違憲；而不能自己直接認定確定裁判之事實認定有誤，並在此自己重新認定的事實基礎上作違憲審查。

[21] 本席擔心，本判決如此重新定位最高法院確定判決之性質，再進而宣告其違憲，反而坐實了有些人對裁判憲法審查會質變為第四審——而且還是法律審——的指控。以本判決所持違憲理由而言，多數意見大可宣告上開高院更一審判決違憲，同時廢棄該高院判決及上開最高法院判決，再直接發回高等法院重新審判。至於本判決之發回最高法院，或有期待最高法院自為（無罪）判決之意。然本件原因案件之事實是否已經明確？是否毋須再調查事實？均屬一般法院職權，並非本庭所能過問或逕自認定。又最高法院是否自為判決或再發回高等法院更審，亦為法律問題，而非憲法上要求。本判決多數之善意期待能否實踐，仍屬未知，也不是職司憲法審判之大法官所能過問者。

部分不同意見書

蔡宗珍大法官 提出
 林俊益大法官 加入
 張瓊文大法官 加入
 楊惠欽大法官 加入

本席對本判決宣告刑法第 146 條第 2 項及第 3 項規定均未牴觸憲法，以及就聲請人八聲請裁判憲法審查部分，宣告廢棄最高法院確定終局判決，並發回最高法院之結論，均難以贊同，爰述部分不同意見如下。

壹、刑法第 146 條第 2 項及第 3 項處罰第 2 項未遂犯之規定，違反憲法普通選舉之要求，從而牴觸憲法第 16 條保障選舉權意旨，應宣告違憲失效

刑法第 146 條第 2 項，即系爭規定二之規定，是否牴觸憲法，首須釐清者，係其規定究有何等規範內涵，亦即其所禁止並予處罰之「可罰行為」究竟為何？應具備何等犯罪構成要件，始構成犯罪？以此為據，始得進一步判斷系爭規定二究如何侵犯行為人何等憲法上權利，進而判斷其合憲性。

一、刑法第 146 條第 2 項規定之規範內涵，係禁止人民行使其依公職人員選罷法相關規定所取得之選舉投票權，性質上乃屬公職人員選舉投票資格之獨立規定

（一）系爭規定二之規範內涵解析

刑法第 146 條第 2 項，即系爭規定二明定：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」不同於系爭規定一明文採結果犯之立法模式，系爭規定二僅以「意圖使特定候選人當選」之主觀意圖，與「以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」之行為，作為犯罪構成要件。依此，系爭規定二所蘊含之刑事禁止規範，係禁止人民基於支持特定候選人當選之意圖，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票之行為。從文義形式觀之，其所禁止之行為，涉及「虛偽（行為）」、「遷徙戶籍」及「取得投票權而為投票」等要

素。其中，「遷徙戶籍」涉及戶籍法相關規定，「取得投票權而為投票」則涉及公職人員選罷法相關規定，因此，本條文所稱「虛偽（行為）」所指為何，自應由「遷徙戶籍」及「取得投票權而為投票」之法律意涵出發而為解釋。

首就「取得投票權而為投票」之意涵而言，查憲法第 130 條前段規定：「中華民國國民年滿 20 歲者，有依法選舉之權。」是人民取得選舉權之要件，除年齡外，應由法律予以明定。次查，公職人員選罷法第 14 條明定：「中華民國國民，年滿 20 歲，有選舉權。」第 15 條第 1 項明定：「有選舉權人在各該選舉區繼續居住 4 個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選舉人。」依此，有選舉權之人須於各該選舉區繼續居住達 4 個月以上，始取得選舉人資格，得於各該選舉區行使投票權。另依同法第 4 條第 1 項及第 2 項之規定：「（第 1 項）選舉人、候選人年齡及居住期間之計算，除另有規定外，均以算至投票日前 1 日為準，並以戶籍登記資料為依據。（第 2 項）前項居住期間之計算，自戶籍遷入登記之日起算。」係以戶籍登記資料為認定居住期間之依據，並明定自戶籍遷入登記之日起算。因此，公職人員選罷法第 15 條第 1 項所定，公職人員選舉各該選舉區選舉人應「在各該選舉區繼續居住 4 個月以上」之要件，係指有選舉權人於各該選舉區為戶籍遷入登記之日起，算至投票日前 1 日止，於各該選舉區繼續設籍達 4 個月者。該管機關並應依該等戶籍登記資料編造選舉人名冊，且投票日前 20 日已登錄戶籍登記資料，依規定有選舉人資格者，均一律編入選舉人名冊；獲列名於選舉人名冊之選舉人，即得憑其本人國民身分證領取選舉票而為投票（公職人員選罷法第 20 條第 1 項及第 18 條第 1 項規定參照）。此外，同法第 17 條亦明定：「選舉人，除另有規定外，應於戶籍地投票所投票。」

依上開公職人員選罷法之規定，系爭規定二所稱「取得投票權而為投票」，係指有選舉權人於各該選舉區為戶籍遷入登記之日起，算至投票日前 1 日止，於各該選舉區繼續設籍（將）達 4 個月，因此將獲該管機關編入選舉人名冊，得於選舉日領取選舉票而為投票之

謂。值得一提的是，由於投票日前 20 日已登錄戶籍登記資料之選舉人，均應一律編入選舉人名冊，不問其是否於投票日前 20 日以後遷出戶籍（公職人員選罷法第 20 條第 1 項規定參照），因此，公職人員選罷法第 15 條第 1 項所定「在各該選舉區繼續居住 4 個月以上」之要件，實屬依戶籍登記資料而「推估」之設籍期間。換言之，凡有選舉權人於選舉日前 1 日往前推算 4 個月時，已於各該選舉區設有戶籍者，即為各該選舉區之選舉人，取得投票權，即便其於投票日前 20 日（即選舉人名冊造冊基準日）以後即遷出戶籍，依現行規定，並不影響其選舉權之行使（112 年 6 月 9 日公職人員選罷法第 20 條第 1 項規定修正理由參照），其於原選舉區仍享有投票權。

次就系爭規定二所稱「遷徙戶籍」而言，所謂「遷徙戶籍」，應係指依法為戶籍遷徙登記之謂，而依戶籍法第 4 條第 3 款之規定，戶籍遷徙登記分為遷出登記、遷入登記及住址變更登記。由於系爭規定二係就遷徙戶籍取得投票權之情形而為規定，因此，其所稱「遷徙戶籍」，當僅限於為戶籍遷入登記而取得投票權之情形，不包括未為戶籍遷出登記，因而保有設籍地投票權之情形。另戶籍法第 16 條第 1 項及第 17 條 1 項分別規定：「遷出原鄉（鎮、市、區）3 個月以上，應為遷出登記。但法律另有規定、因服兵役、國內就學、入矯正機關收容、入住長期照顧機構或其他類似場所者，得不為遷出登記」、「由他鄉（鎮、市、區）遷入 3 個月以上，應為遷入登記」，其中固然不無蘊含人民原則上應依居住實況申辦戶籍遷徙登記之意，但一來，上開規定係針對應辦理戶籍遷出與遷入登記之情形所為，嚴格來說，並未涉及人民未實際或未完全遷居而申辦戶籍遷入登記於他處之情形，遑論予以禁止。於人民未實際或未完全遷居之情形，其將戶籍遷入他處是否合法，應視申辦戶籍遷入登記之法定要件是否定有相關限制；而戶籍法相關規定並未要求人民申辦戶籍遷入登記時，應出具已於或將於設籍地居住之證明或承諾；其次，即便人民確因遷居而遷徙戶籍，其亦可能於遷居日前即辦妥戶籍遷徙登記，此時於戶籍遷入處亦尚未有居住事實；換言之，申辦並完成戶籍遷徙登記之時

點，尚無從判斷是否存有「住籍分離」之狀況，須俟遷徙戶籍後，始得判斷該人是否以及多久實際居住於設籍處。因此，自戶籍法上開規定無法導出未遷居而遷徙戶籍至其他選舉區，乃屬「虛偽」之情形。簡言之，就「遷徙戶籍」本身而言，並不因申辦戶籍遷入登記者未實際遷居該處而成為「虛偽」遷徙戶籍。

據上可知，系爭規定二所稱「虛偽」之行為，並非指涉遷徙戶籍之行為，而應係指人民透過辦理戶籍遷入登記而取得戶籍地投票權之虛偽性，亦即以戶籍遷入登記形成「住籍分離」而取得戶籍地投票權之「虛偽」。就此而言，「遷徙戶籍」所指稱之戶籍遷入登記，毋寧是用以限定系爭規定二就「住籍分離」而取得戶籍地投票權情形之禁止與處罰之範圍，排除非因戶籍遷入登記所生「住籍分離」之情形（如久未實際居住於戶籍地，但未辦理戶籍遷出登記，因而仍取得戶籍地投票權之情形）。整體觀之，系爭規定二係就基於使特定候選人當選之意圖，僅將戶籍遷入於特定選舉區而未實際居住，因公職人員選罷法相關規定而被列入選舉人名冊，取得投票權，進而為投票之行為予以禁止並施以刑罰；其所設定之刑事不法行為關鍵所在，即行為人遷入戶籍後，未實際居住，而仍取得戶籍地投票權，得為投票。此由系爭規定二之立法理由亦可見一斑。

（二）系爭規定二與公職人員選罷法有關選舉投票資格規定之關係
系爭規定二所禁止之行為，既牽涉選舉投票權之取得與投票行為，因此有必要進一步探究系爭規定二作為刑事禁止規範所涉及之選舉投票權之取得與投票行為，與公職人員選罷法相關規範，尤其選舉投票權取得規定間之關係。

現制下，有關公職人員之選舉相關事宜，含選舉人資格等，均依公職人員選罷法之規定（該法第 1 條規定參照）。如前所析，依公職人員選罷法第 15 條第 1 項、第 4 條、第 20 條等規定，有選舉權人於各該選舉區為戶籍遷入登記之日起，算至投票日前 1 日止，於各該選舉區繼續居住 4 個月以上者，為公職人員選舉各該選舉區之選人；而居住期間之計算，係一律以戶籍登記資料為依據。因此，凡有

選舉權人於各該選舉區為戶籍遷入登記之日起，算至投票日前1日止，於各該選舉區繼續設籍4個月以上者，該管機關即應將其列入選舉人名冊，而為各類公職人員選舉之選舉人，取得於各該選舉區之投票權。由此可知，公職人員選罷法就選舉人資格，未見有其須「實際居住」於戶籍地之要求。事實上，公職人員選罷法所有條文均未有使用「實際居住」之用語或概念。

然而，系爭規定二所蘊含之刑事禁止規範，係禁止行為人基於使特定候選人當選之意圖，遷入戶籍於特定選舉區後，未實際居住，而仍取得戶籍地投票權而為投票。換言之，行為人基於使特定候選人當選之意圖遷入戶籍後，若未實際居住於戶籍地，則其雖依公職人員選罷法相關規定取得投票權，但依系爭規定二之規定，其行使投票權而為投票，仍屬刑事不法行為，應受刑罰制裁。因此，系爭規定二係於公職人員選罷法相關規定（主要是第15條第1項規定）之外，就具特定意圖之有選舉權人欲取得投票權者，另行增設其應實際居住於戶籍地之要件。就此而言，系爭規定二之內容，係就公職人員選罷法第15條第1項所定有投票權之選舉人範圍予以限縮：凡屬系爭規定二所禁止行為之行為人，雖依公職人員選罷法第15條第1項規定取得投票權，其依系爭規定二規定，仍不得行使投票權而為投票，否則即屬應受該規定制裁之犯罪行為。系爭規定二既係禁止人民行使其依公職人員選罷法第15條第1項所取得之選舉投票權，且其禁止內涵未見於公職人員選罷法與其他法律之規定，則其自屬公職人員選罷法外，就公職人員選舉投票資格之獨立規定。

二、系爭規定二之禁止規範所涉及之憲法上權利及其影響

（一）系爭規定二之禁止規範涉及憲法第17條選舉權，惟無涉憲法第10條居住與遷徙自由

系爭規定二既禁止人民行使其依公職人員選罷法第15條第1項所取得之選舉投票權，且為公職人員選舉投票資格之獨立規定，自與憲法第17條所保障之人民選舉權密切相關。至系爭規定二雖有「遷徙戶籍」等用語，但其所禁止與處罰者，並非遷徙戶籍之行為；換言

之，行為人遷徙戶籍，乃至其實際居住於戶籍地以外處所，皆非系爭規定二所禁止或處罰之行為；行為人本於其意願而選擇與設定其住居所，更未受到系爭規定二之限制，是系爭規定二之規定與憲法第 10 條所保障之人民居住與遷徙自由尚屬無涉。

（二）系爭規定二涉及憲法選舉權之面向與方式

1. 憲法第 17 條選舉權之保障內涵

選舉乃人民於民主體制上具體展現民意決定，並賦予國家權力機制及其權力行使民主正當性之核心機制，乃民主政治之根基所在。藉由定期改選各級民意代表以及應由人民選舉產生之各級政府首長，人民得以定期行使選舉投票之權利，憲法第 1 條明定之民主原則與第 2 條明定之主權在民原則始獲得彰顯，國家權力之民主正當性亦方得以持續更新並綿延不絕，從而落實並鞏固以民意政治與責任政治為核心內涵之民主政治。而人民本於自由意志，平等參與選舉，自為選舉發揮其民主功能所不可或缺之前提。是憲法第 17 條明文保障人民享有選舉權，並於第 129 條明定：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」

惟人民選舉權之具體享有及其行使，須以選舉制度之存在為前提，而憲法僅就有限事項自為規定（如憲法第 12 章、憲法增修條文第 2 條第 6 項及第 4 條第 1 項等），有關選舉制度之建構，尤其是憲法第 17 條所定選舉權之取得與行使要件等，均須仰賴立法者立法予以形成。是憲法第 17 條所保障之選舉權，除憲法明定之事項外，並不具備特定之實體保障內涵，而應由立法者立法建立完整選舉法制後，憲法保障選舉權之要求始獲得具體化。就此而言，立法者就選舉制度所為立法規定，尚難有直接「侵犯」或「干預」憲法所保障之選舉權保護範圍可言。

另一方面，憲法已就選舉制度相關事項自為規定部分，立法者自有遵循之義務；相關選舉法律規定違反憲法明定內容者，即屬牴觸憲法。查憲法第 129 條明定，憲法所定各種選舉，除別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之，是國家就憲法所規定之

各種選舉，除憲法另有規定外（例如憲法第 130 條所定國民取得選舉權與被選舉權之最低年齡），負有立法形成符合憲法所要求之普通、平等、直接及無記名投票方法之選舉制度之義務，俾使人民得依符合普通、平等、直接及無記名投票方法之選舉法令規定，行使其受憲法保障之選舉權。因此，憲法第 17 條對人民選舉權之保障，係保障人民享有符合憲法所要求之普通、平等、直接及無記名投票方法前提下，依法律具體規定參與選舉投票權與被選舉權。立法者於符合憲法規定之前提下，對選舉制度之具體規範，包括選舉投票權資格要件等，則享有廣泛之立法形成空間。

從而，立法者以法律創設人民選舉投票權之資格與行使要件等規定，形成對普通、平等、直接或無記名投票方法之限制者，如逾越憲法容許之限度，即屬違反憲法第 129 條規定，於此範圍內，同時構成對人民受憲法保障之主觀性選舉權之侵害。至於選舉相關法律規定涉及對普通、平等、直接或無記名投票選舉之限制者，其是否逾越憲法所容許之限度，一般而言，法律所欲追求之公共利益，須足以與憲法所要求之普通、平等、直接及無記名投票選舉之重要性相匹敵，其所採手段須適當且必要，且不得變動普通、平等、直接及無記名投票選舉之核心內涵，始為憲法所許，從而與憲法保障人民選舉權之意旨無違。

2. 普通選舉方法之憲法意涵與保障範圍

憲法第 129 條所要求之普通選舉方法，係要求人民之選舉資格形式上應平等，是立法者就人民選舉資格之規定，應予以一視同仁之對待，非基於與憲法普通選舉要求同等重要之憲法上重大公共利益之考量，不得就人民選舉資格予以分類而形成差別待遇，尤不得因分類而為差別待遇之結果，使得某一類型人民之投票權完全遭到排除；此種情形通常發生於以立法者以禁止規定（消極要件性規定），而非積極性要件規定方式，就選舉投票資格為規定之情形。

就此而言，憲法普通選舉之要求，與主要針對投票權質與量之等值性之憲法平等選舉之要求相同，性質上均屬形式平等之要求，乃

憲法第 7 條平等原則之特殊保障面向，且為確保民主原則所植基之所有人民之地位均平等所必要之前提。蓋唯有確保人民於選舉上之平等地位，其所為投票之價值亦均受到相同對待，選舉始得以有效轉介（選舉區）個別人民之意志為（選舉區）全體人民之總體意志，進而形成並建構國家意志，以落實主權在民之民主政治。

基此，立法者如於憲法第 130 條前段所定我國國民及年滿 20 歲之年齡要件外，另行規定人民取得與行使選舉投票權之資格要件者，則年滿 20 歲之國民形式上即因此受到分類，並形成其取得或行使選舉投票權之差別待遇，從而就年滿 20 歲國民取得投票資格之要件而言，形式上即非相同，而有違反憲法普通選舉要求之虞¹。因此，立法者就此等選舉投票資格所為差別性立法，須屬憲法普通選舉要求所容許者，始不牴觸憲法保障人民選舉權之意旨。至於就人民選舉投票資格所為差別性立法是否為憲法所容許，應取決於涉及選舉投票資格之立法差別待遇，是否完全剝奪其中受差別對待者之選舉投票權，以及為差別性立法之目的及所採手段之關聯性。鑑於憲法普通選舉方法所欲確保之人民選舉地位上之平等，攸關民主原則之實踐根基，是立法者就人民選舉投票資格為規範，致生差別待遇者，如其中受差別對待者之選舉投票權將受到完全剝奪，即非屬憲法普通選舉要求所得容許者；此種情形下，涉及選舉投票資格之差別性立法即牴觸憲法普通選舉之要求，於此範圍內，該等法律規定亦構成對受差別對待者受憲法保障之選舉權之違憲侵害。其餘之情形，有關選舉投票資格之差別性立法所欲追求之目的應屬與憲法普通選舉方法之要求同等重要之憲法上重大公共利益，其差別待遇之分類標準應可一般性、普遍性適用，所採立法手段及分類方式，應適於其目的之達成且屬必要，始為憲法普通選舉要求所容許，從而與憲法保障人民享有符合普通選舉方法之選舉權意旨無違。

¹ 就此而言，選舉法規中凡涉及選舉投票資格之要件規定者，如公職人員選罷法第 15 條第 1 項之居住期間要件，均涉及憲法普通選舉之要求。

3. 系爭規定二係以刑罰規範，就人民選舉投票資格為差別性立法，涉及憲法普通選舉之要求；其是否為憲法所容許，直接影響人民受憲法所保障之選舉權是否受到違憲侵害

系爭規定二乃刑罰規範，其就選舉投票權之規範方式，係透過所有刑罰規範所必然蘊含之禁止規範意涵而間接顯示，與公職人員選罷法作為行政法律規範，係直接就選舉人資格要件等相關事項予以規定之情形大不相同。換言之，系爭規定二係因其犯罪處罰規定中所蘊含之禁止規範，而有禁止特定範圍之人民（即其所設定之犯罪行為人），行使依公職人員選罷法第15條第1項等規定所取得之選舉投票權之規範意涵。依此，公職人員選罷法第15條第1項規定有選舉人資格（即享有選舉投票權之人）者，因系爭規定二之規定而進一步被區分為得合法行使投票權者，與不得合法行使投票權且將遭刑事制裁者兩大類，形成選舉投票資格之差別待遇；就此而言，系爭規定二已有違反憲法普通選舉要求之虞，須依上述原則審查其是否為憲法所許，從而論斷系爭規定二所規範之犯罪行為人受憲法所保障之選舉權是否因此受到違憲侵害。

三、系爭規定二就人民選舉投票資格所為差別性立法，已逾越憲法所容許之差別性立法界限，違反憲法普通選舉之要求，從而牴觸憲法保障人民選舉權之意旨

（一）系爭規定二之立法目的

系爭規定二既係禁止人民基於特定投票意圖而以單純遷徙戶籍而未實際居住戶籍地之方式，取得投票權而參與投票，其於立法理由中所宣示之立法緣由，係認「公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深」；惟未實際居住於戶籍地者人數極多，原因不一，立法者僅以意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍而為投票者，為處罰之對象（立法院第6屆第4會期第16次會議紀錄，立法院公報第96卷第13期院會紀錄，第77至78頁）。由此觀之，系爭規定二

之立法目的，無非是為追求選舉結果之實質代表性，以及排除意圖使特定候選人當選而虛偽遷徙戶籍取得投票權之人參與投票；前者所謂「實質代表性」，應可認係指選舉之民主代表性意義；後者，則有維護選舉公平性之意旨。客觀而言，選舉之民主代表性與選舉公平性均屬發揮民主選舉功能所不可或缺之重要內涵，是系爭規定二之立法目的，可認係為追求憲法上之重大公益。

（二）系爭規定二採刑罰手段為人民選舉投票資格之差別性立法，非屬達成其立法目的之適合且必要之手段，因而逾越憲法所容許之差別性立法界限，違反憲法普通選舉之要求

1. 就選舉投票資格之差別立法而言，刑罰規範非屬合於憲法普通選舉要求之適當手段

凡屬犯罪處罰規定之刑罰規範，均蘊含有禁止規範與制裁規範兩部分意涵，其中禁止規範係犯罪構成要件事實所違反之前提性誡命，通常非直接明文規定，而是從刑事不法行為之法定構成要件事實中反面導出，可說是刑罰規範中之隱性規範。此種隱性的刑事禁止規範，無論由其規範屬性抑或規範功能觀之，基本上都難以如同行政法規般，獨立或參與承擔建構行政法制之功能，亦不宜獨立規範行政法上法律關係。處罰性規範之目的是個案性制裁，無法也不應僅由處罰性規範而逆向推導出行政管制體系下之特定行為規範。此外，基於法體系之統一性要求，刑罰規定如涉及行政管制領域之事項，其所蘊含之刑事禁止規範內涵，與相關行政管制領域之法律規範間，應以體系上之一致性與一貫性原則，調和二者間之關係。而如於刑罰規範與行政法制規範間仍發生無法調和之衝突時，刑罰規範中之禁止規範內涵並不當然得凌駕行政法制之同類規範，或排除行政法制規定合法性之效力。從人民所享有之相關憲法基本權保障之角度觀之，此時該刑罰規範甚至可能因刑事手段不適於或無助於立法目的之追求而有違憲之虞。

憲法對人民選舉權之保障，須賴立法者立法形成合於憲法明定之普通、平等、直接及無記名投票方式之選舉法制，始得以具體化，

已如前述；而選舉之實施所涉及之選舉區劃分、選舉投票資格及其行使等重要事項，均屬法律保留之範疇，應有相關法律規定以為具體運行之憑據。惟刑罰法律非屬此處法律保留之要求下適合之立法形式。刑罰法律規範縱含有禁止規範內涵，亦不足以承擔建構選舉投票資格等選舉制度重要事項之重任。如立法者以刑罰法律形式，作為建構選舉投票資格等選舉制度重要事項之方式，其就合憲目的之追求而言，即可能根本非屬達成目的之適合手段。

基此，系爭規定二作為刑罰規範，本不宜亦不得於公職人員選罷法之外，逕行就人民依該法取得之選舉投票資格，獨立為不同之規範。然如前所述，系爭規定二蘊含之禁止規範部分，卻禁止特定範圍之行為人行使其依公職人員選罷法相關規定所取得之選舉投票權而為投票，使系爭規定二成為獨立於公職人員選罷法第15條第1項規定之外之選舉投票資格之（消極要件）規定，亦即於特定條件下，依公職人員選罷法第15條第1項規定取得選舉投票資格之選舉人未於設籍處實際居住者，即不得行使其投票權。其結果，特定範圍內之人民行使其依選舉法規所取得，並為該管機關經由選舉人名冊所明確宣示、肯認之選舉投票權，反成為系爭規定二所禁止並制裁之行為。客觀就選舉投票資格之規範而言，系爭規定二與公職人員選罷法第15條第1項等有關選舉人資格要件之規定，同屬法律位階之規定，兩者間亦難謂存有普通法與特別法之關係，因此於涉及選舉投票資格之判斷時，系爭規定二之禁止規範部分得否無視或凌駕於公職人員選罷法就選舉投票權之規定，並無「實際居住」之要求，而是凡符合以戶籍登記資料為據之居住期間要求，即屬有投票權之選舉人之規定，本大有商榷餘地。此時系爭規定二不啻是處罰人民受公職人員選罷法相關規定所支持，且經該管機關所確認之合法投票行為。而因刑罰規範就選舉投票資格之建構而言非屬適當之立法手段，系爭規定二將人民之合法投票行為直接予以禁止，並施以刑罰制裁，就其禁止規範內容所涉之憲法普通選舉之要求而言，其所為選舉投票資格之差別立法，即難認屬憲法所得容許者。

2. 就系爭規定二所欲追求之目的而言，刑罰手段亦非屬適合且必要之手段

再就系爭規定二之選舉投票資格之差別性立法所欲追求之選舉實質代表性與公平性目的而言，選舉結果是否具備所希冀之實質代表性與公平性，本非由個別選民具體投票行為而定，毋寧是取決於選舉制度下選舉人資格要件，即人民取得投票權之要件之設定。系爭規定二作為刑罰規範，其固具有一般犯罪預防功能，可經由刑罰之嚇阻作用而預防其所禁止之犯罪行為之發生，也因此刑罰規範中必蘊含針對特定行為之禁止規範。惟基於罪刑法定原則，刑罰規範中之行為規範，必屬該刑罰規範所禁止，且於違反時施以刑罰制裁之犯罪行為之禁止規範，而非合法行為之規範，刑法規範亦不適於建立合法行為規範體系。因此，刑罰規範之主要規範屬性與功能，仍為對犯罪行為之制裁，屬事後懲罰性質；其對相關行為之引導指示方式，主要是透過刑罰構成要件所蘊含之不法行為禁止規範，其中通常欠缺正面的合法行為指標或要件。系爭規定二正囿於此等刑罰規範之事後懲罰之本質，並不適於作為設定選舉投票資格要件而得以普遍適用且有拘束力之規範手段，已如前述。就民主選舉最重要之功能，即中介選民意志於依選舉產生之公職人員代表性而言，此等選舉投票結束後之事後追究手段，顯然與此有悖，並非實現其立法目的之最適與有效方式。由此益見以刑罰手段建立選舉投票資格之規定，以追求選舉相關目的，實非屬適合且必要之手段。

況系爭規定二僅禁止並制裁基於使特定候選人當選之意圖，以戶籍遷入登記方式取得戶籍地投票權而為投票之未實際居住於戶籍地者，其他未實際居住於戶籍地之有投票權人，例如非為「意圖使特定候選人當選」而為戶籍遷入登記，並取得戶籍地投票權而投票之未實際居住者，或因未辦理戶籍遷出登記，而持續保有未實際居住之設籍處戶籍，因而取得戶籍地選舉區投票權等情形，即使其未辦理戶籍遷出登記係基於使特定候選人當選之意圖，亦均不在系爭規定二之禁止與制裁之列。換言之，依據系爭規定二所為分類，如非屬系爭規定二

規範範圍之未實際居住於選舉區之選舉人，自仍得有權於該選舉區行使投票權。立法者之所以僅針對意圖使特定候選人當選而為戶籍遷入登記，並取得投票權之人，不及於其他未實際居住於戶籍地者，固有限縮刑罰制裁範圍之意（系爭規定二立法理由說明參照），惟正由於刑罰規範必然蘊含禁止規範，是立法者限縮刑罰對象之範圍之同時，自亦限縮了禁止規範所及之規範對象，使得該等人之同類行為不受限制。

如此一來，即便有系爭規定二之禁止與處罰規定，各該選舉區仍將有為數不少之未實際居住戶籍地之選舉人參與投票。而由於選舉結果是由選舉區所有參與投票之選舉人所共同形成，因此，只要參與投票之選舉人中有屬於未實際居住於選舉區之單純設籍者，則系爭規定二即無從有效或有助於實現其所欲追求之目的。基此，系爭規定二所為選舉投票資格之差別性立法，就憲法普通選舉之要求而言，並不具備合憲化之正當事由，難為憲法所容許。

（三）小結

系爭規定二就人民選舉投票資格所為差別立法已逾越憲法所容許之差別性立法界限，違反憲法普通選舉之要求，從而牴觸憲法保障人民選舉權之意旨，應受違憲之宣告。又，刑法第146條第3項規定處罰系爭規定二之未遂犯部分，基於相同理據，亦牴觸憲法，於此不贅。

附此一提的是，立法者如認定未實際居住於選舉區之人參與該選舉區之選舉投票，所選出之公職人員即有不具「實質代表性」之慮，因而於選舉制度之政策選擇上，採取以實際居住於選舉區，而非依戶籍登記資料上之戶籍所在處所為選舉權人取得各該選舉投票權之要件，只要其要件規定符合憲法普通選舉所要求之形式平等，使人民均得以相同條件取得投票權，固非憲法所不許，然卻不應由此反面推論實際居住於戶籍地者，始可取得選舉投票權。自憲法上之民主原則及有關選舉權之規定觀之，實難以得出惟有限由設有戶籍且實際居住於各該選舉區之選舉人參與選舉投票，各該選舉產生之公職人員始具有實質代表性之要求。

申言之，基於選舉之凝聚個別選民決定而為選民總體意志，進而形成國家權力之民主正當性之溝通功能，劃分選舉區所舉行之選舉，具有投票權之選舉人自應與所屬選舉區有一定之地緣關係，俾建立選舉人與各該選舉目的（即產生各級民意代表或地方行政首長）間之關聯性。然而，有投票權之選舉人與選舉區間之地緣關係，未必限於實質居住關係始得建立。即使是設有戶籍但未常態性居住之情形，由於我國之戶籍制度下，一人只能歸屬於一戶籍，因此戶籍地往往成為人民重要的法律關係發生地，尤其是公法關係，如社會保險、社會福利、兵役、稅務以及選舉投票處所等，均與人民之戶籍地息息相關，因此，人民一旦設定戶籍地，其法律生活即已與其所屬行政區域產生相當緊密之關連，無論其是否常態性居住於該處皆然。況在當前大眾傳播媒體與網路普及且蓬勃發展的情況下，人民與選舉區人事物之實質聯繫與資訊取得方式相當多元，已非得透過實體接觸，因此選舉人是否實際居住於戶籍地，未必影響其對戶籍地所屬選舉區之選舉重要資訊之取得，以及選舉投票決定之形成。此外，非屬法律用語之「實際居住」之意涵本即相當模糊，亦難以界定，尤其工作處所、求學處所與家庭成員生活處所不在同一行政區域者，其實際居住處所即可能不只一處，則如何始屬實際居住，認定標準極難建立。此亦應為現行選舉法規就選舉人資格之設定係採形式戶籍原則，而非實際居住地原則之主要考量。更何況，客觀上選舉實質代表性之存否，既不因人民遷徙戶籍而取得投票權之動機而有差異，亦未必因選舉人未實際居住於戶籍地而當然有所不同。

無論如何，就選舉人總數非常有限之地方基層選舉，立法者如欲遏阻有人以單純遷徙戶籍而未實際居住之方式取得投票權投票，致影響選舉結果者，即應於公職人員選罷法中設定符合法律明確性要求之特別規定，或該法第 15 條第 1 項之例外規定，自始限制或排除該等「幽靈人口」取得選舉投票權之可能，甚至於設定此等投票資格之規定後，進一步就違反規定者施以刑罰，然不應逕以刑罰規範「隱性」禁止人民行使其合法取得之投票權，並以之為犯罪行為而施以刑

罰制裁。

貳、本判決關於裁判憲法審查之聲請有理由部分，最高法院之程序判決及臺灣高等法院之實體確定判決均應予以廢棄，並應發回臺灣高等法院

本件聲請人八除主張系爭規定二違憲，聲請法規範憲法審查外，亦明確主張其所受不利確定終局判決違憲，聲請裁判憲法審查。由於本席主張系爭規定二違憲，自亦認聲請人八就裁判憲法審查之聲請為有理由；而本判決此部分多數意見大法官則認系爭規定二雖未違憲，惟系爭確定終局判決見解違憲，因而其裁判憲法審查之聲請亦屬有理由。是本席與多數意見大法官就聲請人八裁判憲法審查之聲請有理由所持理據並不相同。姑不論此，此部分判決宣示內容之一大爭議是，本庭就聲請人八裁判憲法審查之聲請既認有理由，則依法究應廢棄何等判決，以及應發回何一法院重為審理。

此問題首先涉及就聲請人八依憲訴法第59條第1項規定所為聲請，本庭應據以審查之「不利確定終局判決」究竟為何？其次，憲訴法第62條第1項前段所定「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」，其中「確定終局裁判」及「管轄法院」所指又為何？

查聲請人八不服臺灣高等法院之有罪判決，提起上訴，終經最高法院以其上訴不合法法律上程式，判決予以駁回。於訴訟法上，基於「程序不合，實體不論」之原則，最高法院須先就上訴是否合法予以審查，如認定上訴不合法法律上程式，即應駁回上訴，不再就訴訟標的實體事項為審查。本件最高法院既以上訴不合法法律上程式而駁回聲請人八之上訴，此判決乃屬程序判決，不涉及本案實體爭議，充其量僅生裁判形式上羈束力（司法院釋字第271號解釋意旨參照），不生裁判實質確定力。實質確定力毋寧係就最終實體判決，即本件臺灣高等法院判決而生。又，具實質確定力之臺灣高等法院判決，始具體適用法院據以論處罪刑之相關實體法律規定，因此聲請人八聲請憲法法庭裁判時，理論上本庭應以臺灣高等法院具實質確定力之最終實體判

決，作為據以為法規範及裁判憲法審查之確定終局判決，也就是憲訴法第 59 條第 1 項及第 62 條第 1 項所稱之「確定終局裁判」。此於 112 年 7 月 7 日憲訴法第 59 條規定修正施行後益臻明確。

詳言之，憲訴法第 59 條第 2 項原規定：「前項聲請，應於不利確定終局裁判送達後 6 個月之不變期間內為之。」其中「不利確定終局裁判」一詞，與同條第 1 項規定所稱用盡審級救濟之「不利確定終局裁判」用語相同。112 年 7 月 7 日憲訴法第 59 條修正施行後，其第 1 項規定仍維持「不利確定終局裁判」之用語，惟第 2 項規定修正為：「前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之六個月不變期間內為之。」由此可知，新修正憲訴法第 59 條規定已明確區分人民據以聲請憲法法庭審查之「不利確定終局裁判」，以及據以判定法定聲請期間之「最終裁判」；前者應係指最終實體確定判決，未必為全案最終裁判；後者則係指全案最終裁判，可能為實體判決（同時為確定終局判決），或僅屬程序判決（此時即非確定終局判決）。基於程序從新之原則，本件判決應適用 112 年 7 月 7 日憲訴法修正施行之新規定，是聲請人八據以聲請，且為本庭審查標的所在之確定終局判決，應為臺灣高等法院實體判決，而非最高法院之程序判決。

本件判決之審查標的既應為臺灣高等法院之實體判決，則聲請人八裁判憲法審查之聲請有理由時，即應廢棄最高法院之程序判決，及高等法院具實質確定力之實體判決，臺灣高等法院則應為本件管轄法院，因此自應發回臺灣高等法院重為審理。

本判決此部分主文之多數意見大法官堅持以最高法院之程序判決為「確定終局判決」，並僅廢棄該判決，發回最高法院，無視最高法院係以聲請人八上訴違背法律上程式而程序駁回其上訴之客觀事實，以及實體判決始有判決適用相關法律所持見解違憲之問題，遑論本件尚涉及案件發回管轄法院後法律合憲解釋適用所繫之事實認定問題！其僅廢棄最高法院判決，並發回最高法院重為審理之決定，除悖離相關訴訟法理外，亦與憲訴法第 62 條第 1 項及新近修正施行之憲訴法第 59 條規定意旨不符。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 12 號

聲請人一 黃峯清

聲請人二 賴瑞祥

聲請人三 郭哲男

上 一 人

訴訟代理人 林石猛律師

梁志偉律師

聲請人四 沈鴻霖

訴訟代理人 高煒輝律師

聲請人五 王信福

訴訟代理人 高煒輝律師

上列聲請人認各所受不利確定終局判決所適用之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款、第 3 款等規定，牴觸憲法，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 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「被告以外之人¹於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚

不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。

二、聲請人一至五就上開規定之聲請均駁回。 2

三、聲請人一及三其餘聲請均不受理。 3

四、聲請人四及五有關暫時處分之聲請均駁回。 4

理 由

壹、事實概要及當事人陳述要旨【1】 1

一、聲請人一【2】 2

聲請人一因販賣第一級毒品案件，經臺灣高等法院 100 年度上訴字第 122 號刑事判決論罪處刑。聲請人一不服，提起上訴，經最高法院 100 年度台上字第 4344 號刑事判決以其上訴不合法律上之程式，予以駁回確定。是本件聲請案，應以上開臺灣高等法院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決一）。上開法院審理時，就證明聲請人一是否完成毒品交易之待證事實，以關鍵證人遭通緝，於審判中經傳喚及拘提未到為由，依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定（下稱系爭規定一），認定該證人於司法警察人員調查中所為陳述（下稱警詢陳述）具證據能力。聲請人一認確定終局判決一所適用之系爭規定一及刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定，牴觸憲法，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，於中華民國 107 年 10 月 23 日聲請解釋憲法。【3】 3

其主張意旨略以：系爭規定一容許剝奪被告對質詰問之訴訟防禦權，侵害憲法第 16 條保障之訴訟權及憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障；刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定僅限於訊問被告時，始須全程錄音，同為犯罪嫌疑人之共犯，若以證人身分接受詢問，則可規避此全程錄音之要求，侵害憲法第 16 條保障之訴訟權及憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障等語。【4】 4

二、聲請人二【5】 5

聲請人二因販賣第一級及第二級毒品案件，其中關於販賣第一級毒品罪部分，經臺灣高等法院花蓮分院 106 年度原上訴字第 60 號 6

刑事判決維持原審論罪處刑之判決而駁回其上訴。聲請人二再提起上訴，經最高法院 107 年度台上字第 4468 號刑事判決，以其上訴不合法律上之程式，予以駁回確定。是本件聲請案，應以上開臺灣高等法院花蓮分院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決二）。上開法院審理時，就證明聲請人二犯行存否所必要之證人，以其另案遭通緝中，多次傳喚、拘提未到為由，依系爭規定一，認定該證人之警詢陳述具證據能力。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定一牴觸憲法，依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，於 109 年 9 月 21 日聲請解釋憲法。【6】

其主張意旨略以：系爭規定一容許尚未行使訴訟防禦權、未辯明真偽之供述為判決之證據，剝奪被告與證人對質詰問以及被告辯明供述證據真偽之權利，違反憲法實質正當法律程序原則要求，侵害其受憲法第 8 條及第 16 條所保障之權利；且系爭規定一僅以信用性要件，即容許剝奪被告之對質詰問權，顯已侵害被告應受憲法第 8 條人身自由權保障之基本權益及第 16 條訴訟權保障之公平審判之權利等語。【7】

三、聲請人三【8】 8

聲請人三因共同製造第二級毒品案件，於歷審裁判後，經臺灣高等法院高雄分院 108 年度上更（一）字第 4 號刑事判決論罪處刑。聲請人三提起上訴，經最高法院 109 年度台上字第 4032 號刑事判決，以其上訴不合法律上之程式，予以駁回確定。是本件聲請，應以上開臺灣高等法院高雄分院刑事判決，為本庭據以審查之確定終局判決（下稱確定終局判決三）。上開法院審理時，以證明聲請人三犯行存否所必要之證人另案遭通緝中，無法傳喚、拘提其到庭為由，依系爭規定一，認定該證人之警詢陳述具證據能力。聲請人三認確定終局判決三所適用之系爭規定一、刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款、第 2 款、第 4 款及最高法院 102 年 9 月 3 日第 13 次刑事庭會議決議（下稱系爭決議），牴觸憲法，依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，於 110 年 3 月 9 日聲請解釋憲法。【9】 9

其主張意旨略以：刑事訴訟法第 159 條之 3 規定係移植自日本 10
刑事訴訟法之傳聞例外規定，然其明顯比日本刑事訴訟法規定寬鬆；
實務運作結果，無形中即承認警詢筆錄比較有效。另系爭決議將被告
以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，例外認為有證據能力，實係
侵害刑事被告受憲法保障之訴訟上防禦權，排除被告在審判中對證人
對質、詰問之權利，因而侵害其受憲法第 8 條及第 16 條規定所保障
之人身自由及訴訟權。且系爭決議以解釋方式架空刑事訴訟法第 159
條第 1 項規定，亦已牴觸憲法第 23 條規定之法律保留原則等語。

【10】

四、聲請人四【11】

聲請人四因強制性交而故意殺人案件，於歷審裁判後，經最高 11
法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決，以其上訴無理由而予以駁回 12
確定（下稱確定終局判決四）。聲請人四以歷審裁判均曾以業經執行
死刑完畢之同案共同被告之警詢陳述為證據為由，認確定終局判決四
所適用之刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款規定（下稱系爭規定二）
有違憲疑義，於 111 年 4 月 28 日聲請法規範憲法審查與暫時處分。

【12】

其主張意旨略以：確定終局判決四所適用之系爭規定二僅以證 13
人（含共同被告作為證人）死亡者，作為被告對質詰問權之例外，未
區別證人之死亡是否因國家權力所造成而為不同規定，且未規定法院
得否採納未經被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為被
告有罪論斷之證據，致令證人因遭國家槍決死亡，無法受詰問所致事
實不明之不利益歸由被告承擔，不符憲法第 16 條訴訟權及第 8 條第
1 項正當法律程序之保障等語。【13】

五、聲請人五【14】

聲請人五因殺人案件，於歷審裁判後，經最高法院 100 年度台 15
上字第 3905 號刑事判決，以其上訴無理由而予以駁回確定（下稱確
定終局判決五）。聲請人五以歷審裁判均曾以業經執行死刑完畢之同
案共同被告之警詢陳述為證據為由，認確定終局判決五所適用之系爭

規定二有違憲疑義，於111年4月28日聲請法規範憲法審查與暫時處分。【15】

其主張意旨略以：確定終局判決五所適用之系爭規定二僅以證人（含共同被告作為證人）死亡者，作為被告對質詰問權之例外，未區別證人之死亡是否因國家權力所造成而為不同規定，且未規定法院得否採納未經被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為被告有罪論斷之證據，致令證人因遭國家槍決死亡，無法受詰問所致事實不明之不利益歸由被告承擔，不符憲法第16條訴訟權及第8條第1項正當法律程序之保障等語。【16】

貳、審理程序與受理要件之審查【17】

按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之6個月不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲法訴訟法（下稱憲訴法）111年1月4日修正施行（下同）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；聲請法規範憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，6個月之聲請期間，自憲訴法修正施行日起算；其案件得否受理，依修正施行前之規定；聲請憲法法庭裁判，其聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不予受理，憲訴法第59條、第90條第1項、第92條第2項及第32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，大審法第5條第1項第2款亦定有明文。【18】

查聲請人一至三之聲請案均於憲訴法修正施行前即已繫屬，其受理與否，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款規定決之。另聲請人四及五之聲請所據之確定終局判決四及五，均於憲訴法修正施行前即已送達，聲請人四及五並於該法修正施行日

起算 6 個月內提出法規範憲法審查之聲請，其受理與否，亦應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決之。【19】

聲請人一至三就系爭規定一之聲請，及聲請人四與五就系爭規定二之聲請，核均與大審法上開規定所定要件相符，應予受理；又本 5 件聲請案上開部分之聲請，均涉及刑事訴訟法第 159 條之 3 本文規定，僅適用之款別不同，其法規範與爭議仍屬同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項規定合併審判。【20】

聲請人一另就刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項規定、聲請人三另就同法第 159 條之 3 第 1 款、第 2 款、第 4 款規定及系爭決議聲請部分，查該等規定或決議均未為確定終局判決一、確定終局判決三所適用，自均不得為聲請解釋之客體。是聲請人一及三此部分之聲請，核均與大審法上開規定所定要件不合，應不受理。【21】

參、審查標的【22】

刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。……三、……所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」（即系爭規定一及二）。【23】

肆、受理部分形成主文之法律上意見【24】

一、審查原則【25】

本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權，包含於審判中對證人對質、詰問，以爭執其證詞真實性之權利（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。證人未到庭接受對質、詰問之審判外陳述，原則上不得作為被告有罪之證據。【26】

惟立法者基於發現真實之憲法上重大公共利益，就法院有必要以未到庭證人之審判外陳述作為論斷被告有罪之證據之情形，如被告無法對未到庭證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，於訴訟程序上

有適當之衡平補償機制，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障，且該等未經被告對質、詰問之審判外陳述，非為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據等前提下，非不得以法律設定適當之要件而為例外規定，使未到庭證人向檢察事務官、司法警察官或司法警察（下稱司法警察人員）調查中所為之陳述，即警詢陳述，得例外具證據能力。換言之，符合上開前提要件之例外規定，即與憲法第8條正當法律程序原則及第16條訴訟權保障意旨無違（司法院釋字第789號解釋參照）。【27】

法院基於刑事發現真實之目的，有以未到庭證人之警詢陳述為證據之必要者，即應本於上述憲法要求，解釋、適用相關法律規定；其除應從嚴認定未到庭證人之警詢陳述得具證據能力之法定要件是否該當外，就被告因此所蒙受之防禦權損失，應審究被告是否於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，因而於訴訟程序整體而言仍享有充分防禦權之保障；此外，法院亦不得以未經對質詰問證人之警詢陳述為認定被告有罪之唯一或主要證據（司法院釋字第789號解釋參照），始符前揭憲法保障之意旨。【28】

二、本庭之判斷【29】

查系爭規定一及二係為實現刑事訴訟發現真實之目的，明定被告以外之證人因已死亡，或其所在不明，致無法傳喚或傳喚不到者，法院就該證人於司法警察人員之警詢陳述，得於證明其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要之前提下，賦予該警詢陳述有證據能力，得為證據，其乃刑事訴訟法第159條第1項所定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」之例外規定，性質上屬原則上得適用於各類刑事案件之一般性規定。【30】

系爭規定一及二既係針對被告以外之人於審判中，因已死亡、無法傳喚或傳喚不到之情形而為規定，則被告對該證人自無從於審判程序中行使對質、詰問權，以爭執其證詞之真實性與憑信性。如法院依系爭規定一及二之規定，而認定未到庭證人之警詢陳述得為證據

者，被告於刑事訴訟上原可享有之防禦權，即因其無從對該未到庭證人行使對質、詰問權而有減損。是系爭規定一及二係為追求發現真實之憲法上重大公益，而減損被告防禦權之規定。基於首揭被告依憲法第 8 條及第 16 條規定所應享有之受法院公平審判之權利，及於刑事訴訟上享有充分防禦權之保障意旨，立法者就系爭規定一及二除應從嚴設定其適用之法定要件，以確保其為證據取得上之例外性與最後手段性外，並應確保被告仍充分享有受法院公平審判之權利。【31】

就系爭規定一及二之法定要件而言，其所設定之警詢陳述得例外為證據之要件，除須屬相關證人因已死亡，或所在不明而於審判程序中無法傳喚或傳喚不到，致無法到庭陳述之情形外，尚須符合相關警詢陳述經證明具有可信之特別情況，以及該警詢陳述證據為證明犯罪事實之存否所必要之要件。從而，法院欲依此規定而以未到庭證人之警詢陳述為不利於被告之證據者，除應審慎嚴謹判定未到庭證人是否確已死亡或所在不明，而無法傳喚或屢傳不到，致無從取得該證人當庭陳述之證詞，不得不仰賴該證人之警詢陳述證據外，尚須經適當之調查程序，依證人作成警詢陳述時之時空環境與相關因素綜合判斷，是否足資證明該警詢陳述非出於強暴、脅迫、誘導、詐欺、疲勞訊問或其他不當外力干擾所作成；此外，並應斟酌作成警詢陳述相關情況及陳述內容，是否足以認定縱未經對質詰問，該陳述亦具有信用性獲得確定保障之特別情況。檢察官對此應負舉證責任，指出證明之方法（司法院釋字第 789 號解釋理由參照）。被告對此並得行使各種防禦權以充分爭執、辯明其法定要件之存否。再者，該警詢陳述須為證明犯罪事實之存否所必要之證據，因而為訴訟上採為證據之例外與最後手段。就此而言，系爭規定一及二法定要件之設定，足使其為刑事訴訟上採為證據之例外與最後手段，並已衡平考量發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判之權利。【32】

惟系爭規定一及二既使未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人之警詢陳述得為證據，致減損被告之防禦權，則對於被告之防禦權損失，即須於刑事訴訟程序中予以相當之平衡補償，使被告於刑事訴訟

程序整體而言，仍享有充分之防禦權保障，始符憲法公平審判原則之要求。基此，法院於適用系爭規定一及二時，就被告因此無從對該等證人行使對質、詰問權所生防禦權損失，即應審認被告是否已於整體訴訟程序上享有相當之防禦權補償，而使其未能對未到庭證人行使對質、詰問權所生之不利利益，獲得適當之衡平調整。例如，於未到庭證人之警詢陳述證據能力有無之調查程序中，被告即得對警詢陳述之詢問者、筆錄製作者或與此相關之證人行使詰問權，並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據。另法院於後續審判期日調查證據程序中，亦應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失；包括在調查證據程序上，強化被告對到庭證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以未到庭證人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，而應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。【33】

綜上，系爭規定一及二係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於司法警察人員調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第8條正當法律程序原則與第16條訴訟權保障之意旨。聲請人一至五就上開規定所為聲請，核均無理由，應予駁回。【34】

伍、聲請暫時處分部分【35】

聲請人四及五另聲請暫時處分部分，查其法規範憲法審查之聲請既經本庭判決，自己無為暫時處分之必要，其聲請應併予駁回。

【36】

陸、結論【37】

一、系爭規定一及二係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之 38
法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適
用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟
程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍
享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證
人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不
得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大
公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平
衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原
則與第 16 條訴訟權保障之意旨。【38】

二、聲請人一至五就上開規定之聲請均駁回。【39】 39

三、聲請人一及三其餘聲請均不受理。【40】 40

四、聲請人四及五有關暫時處分之聲請均駁回。【41】 41

中 華 民 國 112 年 8 月 4 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

本判決由蔡大法官宗珍主筆筆。

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、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、	黃大法官昭元、謝大法官銘洋

	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、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	黃大法官昭元、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
第四項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 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：詹大法官森林提出，林大法官俊益加入。

呂大法官太郎提出。

不同意見書：黃大法官昭元提出，謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

廖純瑜

中華民國 112 年 8 月 4 日

協同意見書

詹森林大法官 提出
林俊益大法官 加入

本判決（下稱 112 憲判 12）對本案之審查標的，即刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款（112 憲判 12 稱為系爭規定二）及第 3 款（112 憲判 12 稱為系爭規定一），基於該二規定發現真實之立法意旨，為合憲性限縮解釋，而特別強調，被告以外之證人，已死亡、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到時，法院適用該二規定，仍以其審判外之警詢陳述，作為論斷被告有罪之證據者，應具備之要件為：

（1）系爭規定一及二應屬例外與最後手段；（2）應對被告採取有效之訴訟上補償措施，以為適當之平衡，又所謂補償措施，包含：a. 在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權。b. 在證據評價上，不得以該被告以外之人在警詢之陳述，作為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。

本席以為，112 憲判 12 之主文，原則上尚堪支持，惟關於系爭規定二部分，112 憲判 12 之理由有待補充，且因該規定牽涉本案聲請人四及五之生命權，尤應特別關注，爰提出本意見書。

壹、聲請人四及五聲請法規範憲法審查之歷程及其主張

一、原因案件之歷程

（一）聲請人四部分

依最高法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決（即 112 憲判 12 所稱之確定終局判決四），聲請人四於民國 78 年 9 月 15 日，與黃 A、黃 B 犯共同侵入住宅強制性交而故意殺被害人罪（刑法第 226 條之 1 前段、第 222 條第 1 項第 1 款、第 7 款）。警察循線查獲黃 B 到案，黃 A 與聲請人四則均潛逃無蹤。

黃 B 經最高法院於 79 年 5 月 18 日判決上訴駁回，死刑確定，且隨即於同年 6 月 2 日執行。嗣後，黃 A 於 79 年 12 月 31 日，遭警方緝獲到案，並經最高法院於 80 年 8 月 9 日判決上訴駁回，死刑確

定，同年月 21 日執行¹。

聲請人四（即第三位共犯）逃匿逾 13 年後，始於 92 年 3 月 26 日經警緝獲，並經最高法院 7 次發回更審後，以確定終局判決四駁回上訴，判處死刑確定。

聲請人四於 111 年 4 月 28 日向憲法法庭聲請法規範憲法審查與暫時處分，其聲請理由略為：歷審裁判適用系爭規定二，以業經執行死刑完畢之同案共同被告黃 A 及黃 B 之警詢陳述為證據，惟該規定有違憲疑義。

（二）聲請人五部分

依最高法院 100 年度台上字第 3905 號刑事判決（即 112 憲判 12 所稱之確定終局判決五），聲請人五於 79 年 8 月 10 日與陳 A，犯共同連續殺人罪（被害人為兩名已下勤、上身穿著便衣之警員，於本件命案發生日之凌晨 3 時許，在命案現場之卡拉 OK，由店東殷勤招待之）。

陳 A 已於 81 年 8 月 6 日經最高法院 81 年度台上字第 3823 號刑事判決駁回上訴，判處死刑確定，同年月 20 日執行。聲請人五逃匿逾 16 年後，始於 95 年 10 月 10 日經警緝獲，並經最高法院 3 次發回更審後，以確定終局判決五駁回上訴，判處死刑確定²。

聲請人五於 111 年 4 月 28 日向憲法法庭聲請法規範憲法審查與暫時處分，其聲請理由略為：歷審裁判適用系爭規定二，以業經執行死刑之同案共同被告陳 A 之警詢陳述為證據，惟該規定有違憲疑義。

二、聲請人四及五對系爭規定二之主張

聲請人四及五均認為：系爭規定二未區別證人（含共同被告作為證人）之死亡是否因國家權力所造成，且未規定法院得否採納未經

¹ 參閱臺灣高等法院臺中分院 94 年度上重更（三）字第 58 號刑事判決事實一、理由一、（二）及（三）。

² 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決事實部分。

被告對質詰問、已遭國家槍決證人之不利證述，作為對被告有罪論斷之證據，致令因「證人遭國家槍決死亡、無法受詰問導致事實不明之不利利益」歸由被告承擔，係對被告基本權保護不足，顯已牴觸憲法第 16 條訴訟權之保障及憲法第 8 條第 1 項之正當法律程序³。

貳、適用系爭規定二之最後手段性及例外性部分：被告以外之人經執行死刑者，其警詢陳述之證據能力

對於聲請人四及五前述「系爭規定二未區別死者之死亡是否因國家權力所造成」之違憲指摘，112 憲判 12 並未交代隻字片語。

本席以為，以「系爭規定二所稱之死亡係國家公權力造成」為由，主張該規定於此情形下，有牴觸憲法保障訴訟權之意旨及違反憲法正當程序，尚嫌概括，且難謂符合系爭規定二發現真實之立法目的。

蓋，聲請人四及五所指其各自原因案件共同被告之死亡，雖係國家執行死刑所致，但在死刑於我國迄今仍未被宣告違憲之現狀，執行死刑乃合法之公權力行使，尚不得以之非難國家，更難據以推論該共同被告死亡前之警詢陳述，一律不得為證據。

然而，如系爭規定二所稱之死亡，係國家公權力造成，尤其係因執行死刑所致，則適用該規定而將死者生前之警詢陳述作為證據方法時，考量憲法保障訴訟權及要求正當程序之意旨，的確應有特別之限制。就此而言，聲請人四及五之主張，尚非全無可採。

按，系爭規定二所稱「被告以外之人死亡」，一般情形，當然係指其死亡與國家權力之介入無關。蓋國家如一方面以其公權力造成系爭規定二所稱「被告以外之人死亡」，他方面寬鬆地適用系爭規定二，以該死者之警詢陳述作為證據，從而剝奪被告對質及詰問之權利，不啻國家可利用其公權力決定是否給予被告對質詰問機會，憲法第 8 條及第 16 條所保障之被告防禦權，將完全崩潰，公平審判之憲

³ 參閱聲請人四及五於 111 年 4 月 27 日分別提出之法規範憲法審查聲請書，第 1 頁及第 11 頁。

法原則，亦必蕩然無存。

因此，被告以外之人被判處死刑時，不論其與被告之間，有無同案共同被告關係，為保障被告針對該人之警詢陳述行使憲法保障之詰問權，法院在判處死刑及法務部在執行死刑之前，應盡可能確保被告就該警詢陳述有對質及詰問之機會。

申言之，檢察官及法院，若已知悉其處理之案件尚有未到庭或通緝中之其他被告，即應對本案被告所為不利於其他被告之警詢陳述，為最嚴格之調查，俾其他被告未來在審判上，可以減少對該警詢陳述證據力之質疑；法院縱使決定對本案被告判處死刑，如有可能，在該其他被告尚未經審判確定前，應盡量延後審理程序。判處死刑確定後，死刑執行機關若知悉仍存在尚有其他被告未經審判確定之情形，則應盡量延後執行。盡量延後審理及執行，目的在盡可能使被告於未來之審判中，有對前述警詢陳述行使詰問權之機會。此項審理及執行程序之延宕，與訴訟經濟之要求，固然非無背離，但與保障被告之詰問權相比，仍屬符合比例。

若檢察官、法院、死刑執行機關，未採取前述侵害被告對質詰問權較小之手段，則於被告以外之人被執行死刑後，審理被告案件之法院，即不得率然適用系爭規定二，逕以該死者之警詢筆錄，為不利於被告認定之證據；否則，即屬牴觸憲法第16條之訴訟權及第8條正當法律程序之意旨。

聲請人四之原因案件中，同案共同被告黃B，從犯案（78年9月15日）至死刑定讞（79年5月18日），8個月餘；死刑定讞至執行死刑（79年6月2日），15天。另一共同被告黃A，則從犯案（78年9月15日）至被警緝獲到案（79年12月31日），1年3個月半；緝獲到案至死刑定讞（80年8月9日），8個月9天；死刑定讞至執行死刑（同年月21日），12天。

至於聲請人五之原因案件，同案共同被告陳A，從犯案（79年8月10日）至死刑定讞（81年8月6日），將近2年；死刑定讞至執行死刑（同年月20日），14天。

由此觀之，審理前開二原因案件之法院，於審判中，既然認定尚有未經緝獲之其他被告，卻未盡可能地延後審判或執行，且法院逕適用系爭規定二，從而剝奪聲請人四及五之防禦權，是否符合憲法保障被告訴訟權及維護正當法律程序之意旨，實有可議。

參、不得以系爭規定一及二之警詢陳述為主要證據部分

112 憲判 12 雖一再強調，依系爭規定一及二所得之警詢筆錄，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據（判決主文及理由第 28、33、34 段），惟對於何謂主要證據，卻欠缺詳細說明。

依本席所見，此之主要證據，係指法院得對被告論罪科刑之主要憑證。按被告之自白及證人之供述，深受時間、記憶、環境等要素影響，且常有前後重大差異情形，故其真實性與可信性，實務上備受爭議。有鑑於此，法院如欲對被告論罪科刑，主要即應憑藉以科學採證方式取得之證據，如：指紋、DNA 比對、聲紋鑑定、彈道比對、攝錄影機影像等。此項要求，法院於適用系爭規定一及二，而以該二規定所指之警詢陳述為證據時，尤應恪遵。

以聲請人四之案例為例，確定終局判決四認其與其他二人涉犯共同侵入住宅強制性交而殺害被害人罪，故除了該二共同被告之警詢陳述外，法院應取得其他之主要證據，包含：在殺害被害人之凶器取得聲請人四之指紋、在被害人之性器 / 身體上取得聲請人四之指紋或 DNA，甚至聲請人四手持凶器或尾隨被害人進入其宿舍之影像紀錄等。有前述主要證據，其他二共同被告之警詢陳述，始得依系爭規定二而亦得為證據。

至於聲請人五之情況，確定判決五認定之事實既為：聲請人五先與共同被告陳 A 密商，又基於殺人之概括犯意，將其持有之手槍交給陳 A，由陳 A 開槍射殺被害人⁴，則扣案手槍上鑑定出聲請人五之指紋，始屬「主要證據」。簡言之，法院適用系爭規定二，以已被

⁴ 參見臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決，事實二、三。

執行死刑之陳 A 警詢時之陳述作為證據，應以尚有前述之主要證據存在，為其前提⁵。

肆、犯罪嫌疑人或被告逃跑，就是畏罪？

聲請人四及五，均在其所牽涉之命案發生後，逃亡多年，始經緝捕。法院審理時，對其逃亡，皆認定出於畏罪，並據為佐證，於適用系爭規定二時，認定同案共同被告供稱聲請人四及五亦為兇手之警詢陳述，得為證據。

在臺灣，時而發生下述嚴重侵害人民基本權之事件：重大刑犯發生後，警察急於破案，鎖定特定人士，認定其為嫌疑犯，遂予逮捕羈押，但嗣後證實，該特定人士與系爭刑案完全無關。

最著名之實例發生於臺灣第一件持槍搶劫銀行案⁶。71 年 4 月 14 日，李姓被告頭戴機車安全帽，持槍搶劫位於臺北市羅斯福路之某公營銀行分行。不久，面貌與李姓被告相似之王迎先先生，經人檢舉而遭警方逮捕、偵訊。同年 5 月 7 日，王先生藉口帶領警方尋找犯案工具及贓款，於臺北縣（現新北市）永和秀朗橋，企圖逃跑，跳下橋而溺死於新店溪。數日後，真正搶匪李姓被告遭逮捕，且立刻經交付軍法審判，同月 21 日被判處死刑、26 日伏法⁷。

王迎先先生跳橋逃跑，不少人在該案案情大白後，將其原因歸咎於可能遭警方刑求。

然而，試問：若王先生未溺死並遭逮回，且李姓嫌犯亦未經查

⁵ 惟聲請人五之原因案件中，扣案之手槍上並未鑑定出其指紋，參見臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決理由貳、五、（三）。

⁶ 最近之例子則為臺南殺警案。111 年 8 月 22 日上午，兩位警察值勤時，在臺南市安南區一處公墓，被監獄逃犯暨竊盜嫌疑人林姓被告持刀攻擊，不幸殉職。雖然警方於次日凌晨即逮捕兇嫌，但辦案過程中，警方懷疑詐欺通緝犯陳先生涉案，於案發數小時內，通令全國警察協助逮捕，導致陳先生及其家人經眾多網民人肉搜索及輿論審判。請讀者自行上網查看「臺南殺警案」相關報導。

⁷ 請讀者自行上網查看「王迎先冤案」相關報導。王先生無辜受害事件，引發各界強烈指責警察及司法執法過當。立法院乃迅速於同（71）年 7 月 23 日將當時之刑事訴訟法第 27 條「被告於起訴後，得隨時選任辯護人。」修正為：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法警察官或司法警察調查者，亦同。」

獲，則絕大多數之民眾、警察、檢察官及法官，如何論斷王先生之逃跑動機？答案似乎唯一：畏罪！

此由聲請人四及五歷審判決之論述，即可得證。聲請人四之最後事實審判決提及：「衡之被告（即聲請人四）係○○公司之員工，共犯黃 B、黃 A 卻與○○公司無任何關連，苟被告未參與犯案，竟於案發後即逃亡 13 年餘，始終不到案接受警方調查，已非尋常……」⁸。尤有甚者，聲請人五之最後事實審判決，更多次在不同論述脈絡中強調「此外，被告（即聲請人五）於本案發生後即潛逃到大陸地區藏匿，若被告與本件殺人案無關，被告何必逃亡？當天晚上在場與本案無關之許 A、李 B、蔡 C、吳 D 等人為何均未逃亡藏匿？」⁹、「被告又何須於案發後旋即逃亡潛藏境外多年？」¹⁰，及「另被告因本案發生後即逃亡至中國大陸，其畏罪之情，早已顯而易見……」¹¹等語。

前開實務經常將逃跑視同畏罪之情形，不僅王迎先命案發生當時（71 年），如此；聲請人四及五所涉案件審理時（90 年間），亦同；本席深恐，逾 40 年後之今日，仍未改變。

對此，本席雖不敢期待王迎先先生為最後之犧牲者，但衷心期盼，所有偵辦刑案之司法人員，對犯罪嫌疑人或被告之逃脫，依舊本於無罪推定原則，以平常心看待，尤其不得據以推論其當然係畏罪潛逃。

伍、好友豈會拉我下水？

被告以外之人在審判外之警詢陳述，是否因其與被告具有親友

⁸ 參閱臺灣高等法院臺中分院 98 年度上重更（七）字第 5 號刑事判決理由二、（四）②。

⁹ 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決理由貳、四、（九）1。

¹⁰ 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決理由貳、五、（二）5。

¹¹ 參閱臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（三）字第 214 號刑事判決理由貳、五、（五）。

關係，而有不同之證據能力，實務裁判見解，值得探究。

例如，在聲請人四之原因案件，更七審判決謂：「衡之共犯黃B、黃A與被告彼此交好，於案發當天相偕前往○○公司協助被告搬卸貨物，足見互無嫌隙甚明，且共犯黃B、黃A所述苟非實情，要難不謀而合，被告辯稱：因黃B、黃A2人向其借錢未果，始故意亂說，挾怨報復云云，顯係臨訟杜撰之詞，不足採信。」¹²

在聲請人五之原因案件，更三審判決稱：「其他證人既與被告（即本聲請案之聲請人五）同行在案發地點飲酒作樂，關係自屬友好，應無仇怨，衡情當無在警詢時挾怨報復、設詞誣陷被告之可能。足認，上開證人於警詢中陳述之任意性、信用性均已獲確保，具有較可信之特別情況，且涉及被告有無為本件犯行，對於證明被告犯罪事實之存否具有必要性。揆諸前開規定（即刑事訴訟法第159條之2）及判決（即最高法院99年度台上字第2203號判決）意旨，應認其等之警詢陳述，足以取代審判中交互詰問之可信性保證，而認其等之警詢筆錄有證據能力。」¹³

由是可見，當被告以外之人，為被告之友人時，該被告以外之人所為不利於被告之警詢陳述，法院通常即認定具有證據能力。

俗話說：「日頭赤焰焰，隨人顧性命」、「虎豹不堪騎，人心隔肚皮」、「死道友，不死貧道」。即使互為親友，在面臨利害關頭、生死之際，亦難強求顧及江湖道義，更不能期待犧牲自我、成全對方。賽局理論下之囚犯困境，一語道破上開法院論述之盲點。

有鑑於此，法院適用系爭規定二時，更應恪守其例外性與最後手段性，不因該條所指「被告以外之人」與被告具親友關係或素無恩怨，即遽然依該規定，將該被告以外之人所為不利於被告之警詢陳述，認定係屬較可信之特別情況，而具有證據能力。

¹² 參見臺灣高等法院臺中分院98年度上重更（七）字第5號刑事判決理由二、（二）①。

¹³ 參見臺灣高等法院臺南分院99年度上重更（三）字第214號刑事判決理由壹、四、（一）。

陸、憲法之大哉問：面對「死無對證」之指控時，被告應享有如何之防禦權保障？

系爭規定一及二，嚴重侵害被告受憲法保障之防禦權，故審查該二規定之合憲性，應採中度以上標準。但 112 憲判 12，並未明示認定前開二規定尚屬合憲所採取之標準。

本席以為，112 憲判 12 之主文，結論上，仍可支持，但在法院適用系爭規定二，以該規定所稱之警詢陳述，作為對被告論罪科刑之證據時，對被告而言，實屬「死無對證」。對於此時之被告，在憲法上，應如何確保其防禦權？就此大哉問，112 憲判 12，是否提出可供實務依循之操作方式，或許有待時間檢驗。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

按刑事訴訟採證據裁判主義及自由心證主義，犯罪事實應依證據認定之。證據之證明力，由法院於不違背經驗法則及論理法則之前提下，本於確信綜合全部證據，自由判斷（刑事訴訟法第154條第2項及第155條第1項規定參照）。

何種證據得作為法院綜合判斷之依據？同法第155條第2項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」一旦有證據能力且經合法調查之證據，即得作為法院認定犯罪事實成立與否之依據。何種證據具有證據能力？立法者依被告訴訟權之保障、真實發現及公共利益之均衡，設有相當規範，以篩選之。凡不具備證據能力要件者，均一律排除在審判之外，避免對法院之自由判斷造成不當干擾。至於如何篩選，法律雖就各種證據設有各種不同篩選門檻，但原則上並未就各種證據如何篩選，定有先後順序，且一旦通過法律所設之門檻，即由法院本於自由心證判斷其證明力，並綜合所有具備證據能力之證據，為犯罪事實成立與否之認定，亦不區別通過那一門檻而進入審判之證據，其證明力有所先後。以刑事訴訟法關於被告以外之人於法院以外所為陳述為例，固區別為於法院、檢察官、司法警察所為陳述，而有不同要件（同法第159條至第159條之4規定參照）。但非謂以於法院之陳述為最優先之證據，其有不足時，始以於檢察官前之陳述為證據，再不足者，方以警詢陳述為證據；亦非以於法院之陳述，證明力最強，於檢察官前之陳述，證明力次之，於警詢之陳述最後（有時警詢筆錄之證明力可以優先於法院之陳述，同法第159條之2規定參照）。要言之，法律對被告以外之人於法院、檢察官、司法警察前所為陳述之證據能力，固設有不同門檻，但並無篩選時之先後次序問題，亦無通過法律所設之門檻後，在證明力上有強弱之不同問題。故採警詢筆錄為認定犯罪事實之證據，固為證據能力之例外，但並非最後手段。本判決認警詢筆錄具有最後手段性，本席尚難贊同，爰提出協同意見書。

不同意見書

黃昭元大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

[1] 本判決延續司法院釋字第 789 號解釋之結論及理由，以合憲限縮解釋的方式，宣告刑事訴訟法第 159 條之 3（下稱系爭規定）第 1 款及第 3 款後段規定，於符合主文第 1 項所定要件的範圍內合憲，從而承認「死亡」及「所在不明而無法傳喚或傳喚不到」之未到庭證人，於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為陳述（下稱警詢陳述），得為證據，而為傳聞證據法則之例外。

[2] 本席在釋字第 789 號解釋之所以支持其主文，主要是因為該號解釋之審查標的為性侵害犯罪防治法第 17 條第 1 款，涉及性侵害犯罪被害人之審判外陳述，有其特殊之處。本席在上開解釋所提出的協同意見書第 1 段即已表明：

……本席考量性侵害案件對於被害人之身體、心理、隱私等權利之侵害、被害人於事後常有之心理創傷、被害人出庭作證所可能造成的二度傷害，以及性侵害案件被害人多屬女性，被害女性經常是處於相對弱勢，而有結構性不平等的事實上歧視等特殊性質，本席認為：立法者針對性侵害案件之被害人，在訴訟程序上給予不同對待及特別保護，並於符合一定要件下，例外承認被害人之審判外陳述（如警詢陳述）得有證據能力，而為傳聞法則的例外。在此範圍內，本席可以支持本號解釋之（部分）合憲宣告。……[原文之註省略]

[3] 因此本席在上開協同意見書第 3 段隨即指出：

……本號解釋的審查標的也不包括刑事訴訟法第 159-1 至 159-5 條，有關刑事訴訟法上傳聞證據例外得為證據的各項規定。故與系爭規定關係密切的一般規定（特別是刑事訴訟法第 159-3 條），……由於其構成要件亦有所不同，因此本號解釋之結論或理由也無從一律適用於上述其他法律規定。

換言之，本號解釋雖然宣告系爭規定於一定範圍內合憲，但這並不意謂其他法律規定，如刑事訴訟法第159-3條，當然得依本號解釋之相關理由而為合憲宣告。……

[4] 本判決所審查的系爭規定係有關傳聞證據法則之一般性規定，而性侵害犯罪防治法第17條第1款規定則屬特別法。如果說針對後者之特別法規定都要以附加條件、限縮解釋的方式，才能宣告其於一定範圍內合憲，則就系爭規定之一般性規範所附加的合憲條件，自不應更為寬鬆。

[5] 釋字第789號解釋就性侵害犯罪防治法第17條第1款所定被害人警詢陳述，係要求應符合以下幾個要件後，始承認其證據能力：（1）客觀上不能詰問、（2）最後手段性、（3）特別可信性、（4）衡平補償措施（參該號解釋理由第5至7段）。此外，上開解釋更進一步限縮其證明力，即（5）「不得作為唯一或主要證據」（參該號解釋理由第7段）。

[6] 系爭規定第1款所定之證人已經死亡，第3款後段則係「所在不明而無法傳喚或傳喚不到」，上開解釋所附加的第（1）和第（2）個要件基本上已無適用餘地。另外就上述（4）衡平補償措施及（5）「不得作為唯一或主要證據」，本判決所持立場和上開解釋大致相當，也大致一樣空泛。然值得特別討論並比較的是關於（3）特別可信性的要件部分。

[7] 就特別可信性部分，釋字第789號解釋在理由第6段中強調：「……基於憲法保障刑事被告訴訟上防禦權之意旨，上開警詢陳述應經全程連續錄音或錄影……」。本判決理由對於警詢陳述之製作過程，則完全未提及、更未要求必須「全程連續錄音或錄影」，而僅於理由第33段就衡平補償措施泛稱「……被告……並得於勘驗警詢錄音、錄影時表示意見，以爭執、辯明未到庭證人之警詢陳述是否存在特別可信之情況，而得為證據……」，似乎是就系爭規定所定傳聞證據之證據能力，採取更為寬鬆的容許標準。

[8] 就此，聲請人一於其聲請書也明白主張：刑事訴訟法第100條之1第1項規定僅限於訊問被告時，始須全程錄音，同為犯罪嫌疑人之

共犯，若以證人身分接受詢問，則可規避此全程錄音之要求，侵害憲法第 16 條保障之訴訟權及憲法第 8 條第 1 項正當法律程序保障。

（參本判決理由第 4 段之摘錄聲請意旨）本判決對此主張，於理由中並未正面回應，致有本判決立場是否比釋字第 789 號解釋之要求更為寬鬆的上開困惑。

[9] 按釋字第 789 號解釋係於 109 年 2 月 27 日公布，同年 1 月 15 日修正公布施行之刑事訴訟法已修正第 192 條，明定第 100 條之 1 第 1 項規定於證人之訊問準用之。故依刑事訴訟法第 196 條之 1 第 2 項準用第 192 條，再準用第 100 條之 1 第 1 項，被告以外之人於司法警察官或司法警察訊問時，依刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項之現行規定，於訊問證人時，原則上亦「應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。」

[10] 然上開刑事訴訟法之修正後規定，係於 109 年 1 月 15 日始公布施行，並非本判決五件聲請案各該確定判決當時所適用之法律。又依各該聲請案原因案件之歷審判決觀之，這五案當時在實務上應該均未全程錄音錄影。是縱認本判決就「全程錄音錄影」的要求與釋字第 789 號解釋相同，並未倒退，然本判決既然認為系爭規定須在符合這項要件的範圍內，始符合憲法保障訴訟權之意旨，則本庭能否以後來才出現的新規定為據，而宣告本判決五件聲請案所指摘之系爭規定，「在修法前」已經符合憲法意旨？

[11] 其次，依本判決意旨，上開錄音錄影之要求，僅是法院綜合考量並據以評價警詢陳述是否具特別可信性的一個因素而已，並非必然之要求。又縱使將上述刑事訴訟法之修正規定亦納入本判決意旨之內，然就全程錄影部分，仍非原則性要求，而是「必要時」之額外措施。現行法之規定，與本席所要求之「全程連續錄音並錄影」，仍有不同，也仍屬不足。此項要求，固然形式，看似無大用。但以我國警詢實務而言，應該還是有大家心知肚明的無用之用。

[12] 再者，即使認為系爭規定就上開特別可信性部分在實質上是部分違憲，然由於本判決係採合憲限縮解釋的宣告方式，依向來實務，聲請人就其原因案件仍無個案救濟之可能，這也是本庭常以「合憲限縮

解釋」取代「部分違憲宣告」的負面作用。就同樣涉及共同被告不利己陳述（所謂他白）之證據能力及應踐行之正當程序所生憲法爭議，釋字第 582 號解釋則是採取違憲宣告方式，正面宣告：

……最高法院 31 年上字第 2423 號及 46 年台上字第 419 號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，……與當時有效施行中之中華民國 24 年 1 月 1 日修正公布之刑事訴訟法第 273 條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。

從而使該號解釋聲請人（亦屬死刑犯）得以經由檢察總長提起非常上訴，而獲再審機會。嗣經多次再審，終於在釋憲成功 12 年後，改判無罪確定。先不論就算有程序救濟後，實體上是否無罪尚屬未定。與釋字第 582 號解釋相比，本判決之採合憲限縮解釋，無異是雲淡風輕、不著痕跡地將此一程序救濟之門輕輕關上，對於聲請人及違憲審查之救濟功能而言，實在都是不可承受之輕輕放下。

[13] 其次，刑事共同被告對於其他共同被告之不利陳述，性質上雖亦屬證言，而有與證人對質、詰問證人權之適用，此亦為釋字第 582 號解釋所強調並確立者。然在共同被告於陳述後死亡或因所在不明而無法傳喚或傳喚不到之情形，上述對質、詰問權已經落空，而難以有效補償。然在實務上，刑事共同被告為求卸責、拖延偵查及審判、挾怨報復、甚至由於執法者之不當或非法影響（例如刑求），致蓄意錯誤陳述、指認之情形，時有所聞。換言之，就共同被告不利於其他共同被告之警詢陳述，常有其特殊的虛偽風險，故就其證據能力之特別可信性，是否應（或仍）繼續採取一樣寬鬆的標準，而承認其證據能力，恐怕有更徹底檢討並修正的必要。

[14] 尤其是法定刑包括死刑的重大案件，就其訴訟程序（包括偵查及審判）所適用的正當程序要求，實應更為嚴密。如果說基於無罪推定原則，就認定有罪之證據，必須達到「無合理懷疑」（beyond reasonable doubt）之程度，始具有證明力。則就死刑案件主要證據之

證明力，理應更高於無合理懷疑；¹且就其證據能力，也同樣應提高要求。故就系爭規定所涉之傳聞證據適用於死刑案件時，就其特別可信性本即應提高其要求，而非如本判決之放寬要求，甚至可以考慮就死刑案件，更徹底的排除傳聞證據之證據能力，以免造成不可回復之人命損失。是就系爭規定之合憲限縮解釋而言，限縮的方向應該是排除或限制此等傳聞證據於死刑案件之適用；至少應就其特別可信性，增加具有操作可能性的具體要求，以限縮傳聞證據之適用，而不是如本判決般之開大門，並為之灑花、裝飾。

[15] 本判決共有五位聲請人，其中聲請人四及聲請人五均被判處死刑，然其有罪確定判決所據以認定犯罪事實的重要證據，不僅都包括其他共同被告之不利陳述，且各該共同被告都已執行死刑而死亡。然就各該傳聞證據之證據能力及證明力，亦早有不少人權團體、法律學者及律師等提出嚴重質疑。²由於本件屬抽象審查類型的法規範憲法審查，而非具體審查類型的裁判憲法審查，本庭自無從介入並審查各該判決之訴訟程序或就證據法則所持見解是否違憲，此亦為抽象審查制度之限制。然即使就系爭規定之抽象審查而言，本庭實仍可、也更應嚴肅面對並思考：在死刑案件的類型，是否應進一步限縮傳聞證據之例外容許要件？

[16] 畢竟，人命關天。

¹ 學說有主張於死刑案件，就其有罪證據之心證，應提高到「無庸置疑之絕對確信」，而不應僅是「無合理懷疑」。參，例如，林慈偉，從冤錯案救援觀點評謝志宏案再審無罪判決，刑事政策與犯罪防治研究，27 期，頁 179-221，（2021），DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).04。法務部於 2016 年發布之最高檢察署辦理爭議性死刑確定案件審查作業要點第 9 點（七）亦將「有罪心證僅達不容合理懷疑（beyond reasonable doubt），未達無庸置疑之絕對確信」，列為該署「爭議性死刑確定案件審查會」就是否提起再審或非常上訴，必須審查之事項。另上開要點第 9 點（三）亦將「未排除可信性較低之供述證據」列為必須審查之事項，此與本判決所涉傳聞證據之證據能力有關。

² 關於聲請人四沈鴻霖部分，參台灣廢除死刑推動聯盟，冤案救援，沈鴻霖：沒有證物，沒有真相，引自：<https://www.taedp.org.tw/topic/10646>（最後瀏覽日：2023/08/04）。關於聲請人五王信福部分，參張娟芬，流氓王信福，新北市：衛城（2022）。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 13 號

聲請人一 臺灣高等法院臺南分院刑事第二庭

聲請人二 臺灣高等法院刑事第二庭

聲請人三 臺灣彰化地方法院刑事第三庭

聲請人四 謝淑芬

聲請人五 倪永生

聲請人六 陳育達

聲請人七 林承穎

聲請人八 封又云

上列聲請人一至三分別審理案件，認其所應適用之毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法、法規範憲法審查；聲請人四至八分別認所受不利確定終局判決等，所適用之上開規定，牴觸憲法，聲請法規範憲法審查，本庭判決如下：

主 文

- 一、毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段規定：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。司法院釋字第 476 號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。 1
- 二、自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第 59 條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。 2
- 三、另鑑於同條例第 4 條第 1 項前段規定所適用之個案犯罪情節輕重 3

及危害程度差異極大，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰。

四、聲請人八其餘聲請不受理。

4

理 由

壹、聲請人陳述意旨【1】

1

聲請人一因審理臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 958 2 號違反毒品危害防制條例（下稱毒品條例）案件，認應適用之毒品條例第 4 條第 1 項前段規定：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」（下稱系爭規定），以死刑或無期徒刑為法定刑，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍與罪刑相當原則不符，違反比例原則。又司法院釋字第 476 號解釋（下稱系爭解釋），乃係針對國內外大型毒梟之製造、運輸與販賣之具有高度不法內涵之犯罪型態，實與毒友間偶發之零星、微量、不滿千元價金之交易型態明顯有別，故實有另行解釋之必要等，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。【2】

聲請人二因審理臺灣高等法院 108 年度原上訴字第 95 號違反毒品條例案件，認應適用之系爭規定，法定刑僅有死刑及無期徒刑，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 15 年有期徒刑，法院難以依行為人犯罪情節之輕重，對違法情節輕微之個案，為易科罰金或緩刑之宣告，致罪責與處罰不相當，違反罪刑相當原則、憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則；並認系爭解釋有重新檢討而變更解釋之必要等，乃裁定停止訴訟程序而聲請釋憲。【3】

聲請人三因審理臺灣彰化地方法院 111 年度訴字第 185 號違反毒品條例案件，認應適用之系爭規定，法定刑「處死刑或無期徒刑」部分，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍違反憲法罪責相當原則，乃裁定停止訴訟程序向本庭聲請法規範憲法審查。【4】

聲請人四因違反毒品條例等罪案件，經臺灣高等法院高雄分院 105 年度上訴字第 396 號刑事判決判處共同販賣毒品罪 3 罪，雖適用

刑法第 59 條規定酌減其刑，並定應執行有期徒刑 15 年 3 月。聲請人四不服，提起上訴，經最高法院 106 年度台上字第 1778 號刑事判決以其上訴違背法律上之程式為由，上訴為不合法予以駁回。是本件應以臺灣高等法院高雄分院 105 年度上訴字第 396 號刑事判決為確定終局判決，合先敘明。依確定終局判決等，聲請人四無刑事犯罪紀錄，因當時同居男友為毒販，代為接聽男友電話並受指示將重量不詳之第一級毒品海洛因交付給 2 位買受人共 3 次，其中 1 次收取新臺幣（下同）1,000 元、2 次收取 2,000 元。聲請人四認其實質上係處於受指示販賣毒品之附屬地位，參與程度顯係輕微，且販賣對象、次數少，亦未獲有不法利益，卻遭受比同案主犯（同居男友）更重之刑罰，故確定終局判決所適用之系爭規定違反憲法第 7 條平等原則、第 8 條保障人身自由、第 15 條保障生存權及經濟上受益權，以及第 23 條比例原則，於中華民國 111 年 6 月 15 日聲請法規範憲法審查。【5】

聲請人五因違反毒品條例等罪案件，經臺灣高等法院 102 年度重上 6 更（一）字第 51 號刑事判決判處有罪，雖適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍判處有期徒刑 15 年 2 月，聲請人五不服，提起上訴，經最高法院 104 年度台上字第 286 號刑事判決以其上訴違背法律上之程式為由，上訴為不合法予以駁回。是本件應以臺灣高等法院 102 年度重上更（一）字第 51 號刑事判決為確定終局判決。依確定終局判決等，聲請人五無刑事犯罪紀錄，與胞兄共同販賣毒品，其胞兄與買受人聯絡後，指示聲請人五將摻糖約 0.45 公克之海洛因交付給買受人並收取現金 500 元（聲請人五於同一判決程序另轉讓海洛因未遂遭判刑）。聲請人五認確定終局判決所適用之系爭規定違反憲法第 7 條平等原則、第 8 條保障人身自由、第 15 條保障生存權及第 23 條比例原則等，於 111 年 6 月 23 日聲請法規範憲法審查。【6】

聲請人六因違反毒品條例等罪案件，經臺灣高等法院臺中分院 97 7 年度上重更（一）字第 34 號刑事判決判處有罪，雖適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍判處聲請人六有期徒刑 15 年 4 月。聲請人六不服，提起上訴，經最高法院 98 年度台上字第 2876 號刑事判決，以其

上訴違背法律上之程式為由，上訴為不合法予以駁回。是本件應以臺灣高等法院臺中分院 97 年度上重更（一）字第 34 號刑事判決為確定終局判決。依確定終局判決等，聲請人六無刑事犯罪紀錄，但曾因施用第一級毒品被送觀察勒戒，與游姓男子（下稱游男）為朋友，恰有人撥打游男之行動電話，聲請人六接聽談妥販賣海洛因 1 包 1,500 元。聲請人六將上開交易之事告知游男。游男為供應海洛因給上開買家，與綽號阿忠之男子談妥販入海洛因之數量、價格（聲請人六並無在場）後，再度接到上開買家打來電話催貨並確認。隨即由游男開車搭載聲請人六，並由在副駕駛座之聲請人六將毛重 0.4 公克海洛因 1 包交付給買家，收取現金 1,500 元。聲請人六認確定終局判決所適用之系爭規定有違背憲法第 7 條、第 8 條及第 15 條等之疑義，於 111 年 6 月 27 日聲請法規範憲法審查。【7】

聲請人七因違反毒品條例案件，經臺灣臺中地方法院雖適用刑法 8 第 59 條規定酌減其刑，仍判處有期徒刑 15 年 2 月。聲請人七不服，提起上訴，經臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1984 號刑事判決，以其上訴為無理由駁回上訴。聲請人七不服，再提起上訴，經最高法院 103 年度台上字第 2222 號刑事判決，以其上訴違背法律上之程式為由，上訴為不合法予以駁回。是本件聲請應以臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1984 號刑事判決為確定終局判決。依確定終局判決等，聲請人七無刑事犯罪紀錄，因販賣重量不詳之海洛因 1 包 3,000 元（另依同一判決尚有轉讓摻海洛因之香菸 1 支共 2 次，各遭判處有期徒刑 7 月）。聲請人七認確定終局判決所適用之系爭規定，牴觸憲法第 7 條平等原則、第 8 條保障人身自由、第 15 條保障生存權及第 23 條比例原則，於 111 年 7 月 1 日聲請法規範憲法審查。【8】

聲請人八因違反毒品條例案件，經臺灣新北地方法院判刑。聲請人 9 八不服，提起上訴，經臺灣高等法院 105 年度上訴字第 2290 號刑事判決，以其上訴為無理由駁回上訴。聲請人八不服，再提起上訴，經最高法院 106 年度台上字第 1539 號刑事判決，以其上訴違背法律上

之程式為由，上訴為不合法予以駁回。是本件聲請應以臺灣高等法院 105 年度上訴字第 2290 號刑事判決為確定終局判決。依確定終局判決等，聲請人八無刑事犯罪紀錄，因同日 2 次販賣第一級毒品海洛因予同一人，一次收取 500 元、一次收取 1,200 元，經判決認定為販賣第一級毒品 1 次，雖適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍判處有期徒刑 15 年 8 月（於同一判決認定其販賣第二級毒品甲基安非他命 2 次，判處 7 年 8 月 2 次，與販賣第一級毒品應執行 16 年 6 月）。聲請人八認確定終局判決所適用之系爭規定牴觸憲法第 7 條平等原則、第 8 條保障人身自由、第 15 條保障生存權及第 23 條比例原則，於 111 年 5 月 9 日聲請法規範憲法審查。【9】

貳、受理要件之審查【10】 10

一、聲請人一及二【11】 11

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。查聲請人一及二之聲請案分別於 109 年 8 月 28 日及 110 年 8 月 13 日提出，其受理與否，應依憲訴法修正施行前之規定，即司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所示法官聲請釋憲之要件定之。聲請人一及二之聲請案，與上開要件相符，應予受理。【12】 12

二、聲請人三【13】 13

聲請人三之聲請案，係於憲訴法 111 年 1 月 4 日修正施行後提出聲請，系爭規定為其審理案件所應適用之法律，且聲請人三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，與憲訴法第 55 條及第 57 條所定法官聲請法規範憲法審查之案件相符，爰予受理。【14】 14

三、聲請人四至八【15】 15

按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌 16

日起 6 個月不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；憲訴法第 59 條第 1 項之法規範憲法審查案件，聲請人所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，6 個月之聲請期間，自 111 年 1 月 4 日憲訴法修正施行日起算。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 59 條、第 92 條第 2 項及第 90 條第 1 項但書定有明文。次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（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款亦定有明文。聲請人四至八之聲請核與上開憲訴法及大審法所定要件相符，爰予受理。至於聲請人八另主張臺灣新北地方法院檢察署檢察官 106 年度執文字第 9464 號執行指揮書，所適用之系爭規定，牴觸憲法，聲請法規範憲法審查。查執行指揮書並非裁判，聲請人八自不得據以聲請法規範憲法審查，該部分聲請，核與憲訴法第 59 條、第 92 條第 2 項、第 90 條第 1 項但書，及大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定之受理要件不合，應不受理。【16】

四、合併審理：以上八件聲請案之聲請人暨所審理之原因案件或確定終局判決案號如附表所示，聲請審查之法規範同一，爰依憲訴法第 24 條第 1 項規定合併審理，作成本判決。【17】

參、審查標的【18】

系爭規定，即毒品條例第 4 條第 1 項前段規定：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」【19】

肆、形成主文之法律上意見【20】

一、據以審查之憲法權利與原則【21】

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。對於因犯罪行為而施以剝奪人身自由之刑罰制裁，除限制人民身體之自由外，更將同時影響人民其他基本權利之實現，是其法定自由刑之刑度高低，應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（司法院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號、第 790 號及第 804 號解釋參照）。又國家

所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。如行為人所受之刑罰超過其所負擔之罪責，致其人身自由遭受過苛之侵害，即不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨有違（司法院釋字第 775 號解釋參照）。【22】

二、相關法規範立法沿革及政策考量【23】

（一）立法沿革【24】

本件據以審理之法規範為毒品條例第 4 條第 1 項前段規定，其沿革溯及於 30 年 2 月 19 日公布施行之禁煙禁毒治罪暫行條例及 35 年 8 月 2 日制定公布施行之禁煙禁毒治罪條例；44 年 6 月 3 日制定公布之戡亂時期肅清煙毒條例第 5 條規定，販賣、運輸、製造毒品或鴉片，及意圖製造鴉片而栽種罌粟者，其刑度均為唯一死刑，係因製造、運輸、販賣毒品、鴉片之行為，非僅涉及多數人之生命、身體法益侵害，更危害社會與國家法益。戡亂時期肅清煙毒條例並於 81 年 7 月 27 日修正公布為肅清煙毒條例，明定販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者及意圖製造鴉片而栽種罌粟者，處死刑或無期徒刑。其理由係因該條之刑度與斯時刑法修正草案規定，對製造、販賣、運輸鴉片或毒品等行為，分別處無期徒刑或有期徒刑之刑度，尚非相當。故為期刑度之均衡，及考量特別法嚴禁毒害之宗旨，將該條唯一死刑之刑度均修正為死刑或無期徒刑（81 年 7 月 27 日修正公布之肅清煙毒條例第 5 條規定立法理由參照）。嗣因販毒惡行愈發頻繁，毒品走私數量更益創新高，危及國民身心健康至鉅，因而滋生重大刑事案件，成為影響社會治安之淵藪（83 年 12 月 6 日行政院送立法院函所附「肅清煙毒條例修正草案總說明」參照），故於 87 年 5 月 20 日全文修正公布，更名為毒品危害防制條例，並依據毒品之社會危害性，訂定毒品分級標準，將上開規定變更條次為第 4 條，配合毒品之重新定義與分級，依行為之先後及輕重次序，制定第 1 項前段規定「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」並增訂第 1 項後段規定，即製造、運輸、販賣第一級毒品者，若處無期徒刑，得併科 1,000 萬元以下罰金，其目的是為降低製造、運輸、販賣毒品之犯

罪誘因（87 年 5 月 20 日修正公布之毒品條例第 4 條規定立法理由參照）。92 年 7 月 9 日再次全文修正公布，基於「斷絕供給」及「減少需求」之刑事政策，爰於毒品條例第 4 條第 4 項增訂製造、運輸、販賣第四級毒品者之刑事處罰，但第 1 項前段關於無期徒刑為最低法定刑之規定並未修正。嗣 98 年 5 月 20 日再度修正公布時，亦僅調整第 1 項後段處無期徒刑時得併科罰金刑度之部分，並未修正第 1 項前段規定。【25】

（二）政策考量【26】

按毒品條例之立法目的，乃為肅清煙毒、防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆（毒品條例第 1 條規定參照）。毒品條例將毒品依其成癮性、濫用性及對社會危害性之程度，分為四級（毒品條例第 2 條規定參照），且與管制藥品管理條例對管制藥品之四級分類高度連結。【27】

系爭規定將販賣第一級毒品之行為，以無期徒刑為最低法定刑，應係鑑於第一級毒品其成癮性、濫用性及對社會危害性最為嚴重（毒品條例第 2 條規定參照），且販賣毒品之行為，屬於毒品供給之禍源，因其屬高利潤之不法所得行為，有引發他人施用毒品之高度可能性，將會對國家整體經濟力產生侵害，間接影響社會制度之運作，其危害程度明顯甚大，而認有從重科處刑罰之必要，故其目的非僅為防免毒品買受者之個人受到危害，更係著重整體國民身心健康、社會秩序及國家安全之維護，可認屬特別重要公共利益，屬立法機關之政策考量。【28】

三、對系爭規定之審查【29】

（一）主文一及二部分【30】

毒品條例第 4 條將販賣毒品者依所販賣毒品之級別分定不同之法定刑，且以該毒品之級別為區別法定刑之唯一標準，固有其政策之考量，已如前述。然而同為販賣第一級毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，有跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；

末端則為直接販售給吸毒之消費者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異。系爭規定基於防制毒品危害之立法目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，而未依犯罪情節之輕重，提供符合個案差異之量刑模式，亦未對不法內涵極為輕微之案件設計減輕處罰之規定，在此僵化之法定刑規定之下，司法實務對於觸犯系爭規定者，除涉及走私巨量毒品進口或大盤者外，甚少逕行科處無期徒刑以上之刑者，而絕大多數依刑法第 59 條之規定減輕其刑，於 20 年以下、15 年以上有期徒刑之範圍內量刑（刑法第 65 條第 2 項規定參照），成為實務判決之常態。然而依該規定減刑之後，最低刑為 15 年以上有期徒刑，適用於個案是否仍為過苛，自應將犯罪之情狀、犯罪者之素行，以及法安定性及公平性之要求一併考量。準此，系爭規定對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。系爭解釋於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起 2 年內，依本判決意旨修正之。【31】

聲請人四至八得依憲訴法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項 32
規定，請求檢察總長提起非常上訴；又檢察總長亦得依職權提起非常上訴，併此指明。【32】

自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第 59 條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。【33】 33

（二）主文三部分【34】 34

查系爭規定對於販賣第一級毒品者，不分犯罪情節及危害程度， 35
一律以無期徒刑為最低法定刑之規定，導致實務上普遍適用刑法第

59 條之規定以減輕其刑，亦僅能於 20 年以下、15 年以上有期徒刑之範圍內量刑已如前述，就此而言，其法定刑實有過度僵化之嫌。不同於此，立法者就下述觸犯第一級毒品罪之情形，另依毒品之數量而分定不同之法定刑。【35】

申言之，就持有第一級毒品之處罰言，87 年 5 月 20 日修正公布之 36
毒品條例第 11 條第 1 項規定：「持有第一級毒品者，處 3 年以下有
期徒刑……」並未以數量區分不同刑度，但 98 年 5 月 20 日增訂毒
品條例第 11 條第 3 項規定：「持有第一級毒品純質淨重 10 公克以上
者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑……」就持有毒品達一定數量者，
加重處罰。【36】

就轉讓第一級毒品之處罰言，87 年 5 月 20 日修正公布之毒品條 37
例第 8 條第 1 項規定：「轉讓第一級毒品者，處 1 年以上 7 年以下有
期徒刑……」亦未依轉讓毒品之數量而區分不同刑度，此一條文於
92 年 7 月 9 日增訂第 6 項規定：「轉讓毒品達一定數量者，加重其
刑至二分之一，其標準由行政院定之。」行政院於 93 年 1 月 7 日訂
定發布「轉讓持有毒品加重其刑之數量標準」。於 98 年 11 月 20 日
修正發布並更名為「轉讓毒品加重其刑之數量標準」。依該標準第 2
條第 1 項第 1 款規定：「轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之
一，其標準如下：一、第一級毒品：淨重 5 公克以上。」【37】

由上可見，毒品條例就持有與轉讓第一級毒品者之處罰，已依 38
涉及毒品之數量而區隔法定刑。就販賣第一級毒品之處罰而言，應有
參考價值。【38】

綜上，系爭規定所適用之個案犯罪情節輕重及危害程度差異極 39
大，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，相關機關允宜
檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒
刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處
罰，併此指明。【39】

第
13
號

本判決由黃大法官瑞明主筆。

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、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	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、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、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、蔡大法官宗珍	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、謝大法官銘洋、呂大法官太郎	吳大法官陳鐸、林大法官俊益、張大法官瓊文、詹大法官森林、黃大法官昭元、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍

第 四 項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍	無

【意見書】

協 同 意 見 書：黃大法官虹霞提出，蔡大法官明誠加入。

部 分 協 同 意 見 書：林大法官俊益提出，吳大法官陳鏗、張大法官瓊文、蔡大法官宗珍加入。

部分不同意見書：詹大法官森林提出。

楊大法官惠欽提出。

蔡大法官宗珍提出，吳大法官陳鏗、林大法官俊益、張大法官瓊文加入。

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

涂人蓉

中 華 民 國 112 年 8 月 11 日

附表

聲請機關或聲請人姓名	本判決代稱	原因案件及確定終局判決案號	其他部分處理情形
臺灣高等法院臺南分院刑事第二庭	聲請人一	臺灣高等法院臺南分院 108 年度上訴字第 958 號	
臺灣高等法院刑事第二庭	聲請人二	臺灣高等法院 108 年度原上訴字第 95 號	
臺灣彰化地方法院刑事第三庭	聲請人三	臺灣彰化地方法院 111 年度訴字第 185 號	
謝淑芬	聲請人四	臺灣高等法院高雄分院 105 年度上訴字第 396 號刑事判決	聲請裁判憲法審查部分，業經 112 年審裁字第 1197 號裁定不受理。
倪永生	聲請人五	臺灣高等法院 102 年度重上更（一）字第 51 號刑事判決	
陳育達	聲請人六	臺灣高等法院臺中分院 97 年度上重更（一）字第 34 號刑事判決	
林承穎	聲請人七	臺灣高等法院臺中分院 102 年度上訴字第 1984 號刑事判決	
封又云	聲請人八	臺灣高等法院 105 年度上訴字第 2290 號刑事判決	

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

蔡明誠大法官 加入

本件判決基本上延續司法院釋字第 790 號解釋之意旨，但已經進一步於判決主文三，要求相關機關檢討毒品危害防制條例第 4 條第 1 項之法定刑，例如依據販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰，當有助於毒品危害防制條例全部規定之法定刑以及個案量刑，更符合責罰相當原則。法治進步常常是靠有心人 1 點 1 滴努力而來，一蹴而及有時不可得，有時也非上上良策。左思右想，基於實務運作考量，本席選擇採取司法謙抑之漸進策略，讓更符合責罰相當原則之相關立法事項回歸行政及立法處理。因為單單以本件判決過程中，本庭所已經收受之針對毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定，以無期徒刑為最低法定刑違憲為由聲請釋憲之案件，即超過兩千件之事實，可以證明違反毒品危害防制條例之案件量極大；而且對照確定終局裁判所認定之犯罪事實，其宣告刑不必然均過苛。作為法律實務工作者必須兼顧考量實務運作之可行性，如果一舉宣告毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定違憲，固然是本席一向之主張，並且極為痛快，但是若此之為，除了這兩千多件案件，需要全部經由非常上訴或裁判憲法審查途徑廢棄並發回普通法院更行審理外，違憲宣告之輻射效應將會及於各級毒品之各種犯罪行為類型，而需要全盤檢討、大幅修改毒品危害防制條例規定，可能導致每年數以萬計仍在各級法院審理中之毒品犯罪案件，在修法完成之前，都會停擺並累積到修法完成之後再行審理，這樣對實務運作之影響將極為重大，反而不利人權（各種犯罪相關之被告、犯罪嫌疑人及犯罪被害人之人權）保障。因此，必須妥協。

「自刑法鴉片章到毒品條例：就同一毒品相關犯罪，均未區分犯罪情節輕重，而明定並異其法定刑度，全然讓諸法官於法定刑範圍內裁量之，如此，除生個別法官之量刑標準不一而處斷刑輕重失衡之不當外，更因毒品條例將法定刑提高而在具體個案中，出現如本件聲

請案，法院認法重情輕不忍判重刑之狀況。此種法重情輕狀況，非僅毒品條例第12條第2項情形而已，其他同條例之重罪情形，亦同，俱有牴觸比例原則可能，除毒品條例第12條第2項規定應依本解釋意旨處理外，就其他同條例規定相關機關允宜主動檢討。」以上係本席在司法院釋字第790號解釋所提出之部分協同部分不同意見書中即已提出之呼籲。就本件所審查之客體法規範亦即毒品危害防制條例第4條第1項規定而言，也有上述可能牴觸比例原則之情形，相關機關允宜主動檢討，從而本席贊同本件判決之結論。

本席所以並未主張一舉宣告毒品危害防制條例第4條第1項規定違憲，除了上述實務運作及人權保障考量外，其他主要考量如下：

1、第一級毒品之危害鉅大，毒品危害防制條例第4條第1項規定不宜輕易宣告為違憲；

2、毒品危害防制困難與戰役雷同，關於各類毒品犯罪刑度與其所欲規範之各種相關犯罪行為間之處罰架構，本應讓諸立法形成。

3、事實上現行毒品危害防制條例已有各類毒品犯罪刑度架構存在如附件，此一架構係按各類毒品之危害程度大小、相關行為之重輕，分別情形訂定相應高低不同法定刑度，大致具邏輯性；只是因為各項毒品犯罪行為態樣千差萬別，所以於個案適用時，仍不免有依法定最低刑度並適用刑法第59條規定減刑後，還是過苛之情形。如欲解決此種情形，其根本之道應在於：在現行架構之上，通盤檢討，更進一步以所涉及之毒品數量等為標準，更細緻劃分各種毒品犯罪行為態樣之法定刑度高低；或者立法規定其中危害輕微者，得再減輕其刑至二分之一。以上解決方法亦較適宜由立法形成之。

在此，本席除再次呼籲遠離毒品外，也請相關機關體認大法官們以本件判決主文三之檢討改進建議，替代直接宣告毒品危害防制條例規定違憲之用心，立即為相應之毒品危害防制條例全部規定之立法改善措施，以便更符合憲法罪刑相當原則或比例原則（司法院釋字第775號解釋參照）。

本件聲請人一、二及三均為法官，其聲請固然均經受理，但聲

請是否受理屬程序事項，與聲請有無理由屬實體事項，二者不同；法官之聲請經受理不等於其聲請亦有理由，本件判決亦未肯定本件聲請人一、二及三之聲請為實質有理由。本庭並未宣告毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段規定關於販賣第一級毒品處死刑或無期徒刑，違背憲法，本庭僅以例示說明在極端輕微之情形，依據刑法第 59 條規定減刑後仍然過苛者，不符合憲法第 23 條責罰相當原則，應該再予以減刑而已。是聲請人一、二及三所審理之個案，其情節如果與本件判決之例示不相雷同，依照本件判決意旨，應不在得以過苛為由減刑之列。

關於本件判決理由第 32 段採取非常上訴之救濟手段，亦即認聲請人四至八得依憲法訴訟法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項規定，請求檢察總長提起非常上訴等部分，本席有不同之看法，本席意見如下：

因為聲請人四至八之法規範違憲聲請為有理由，而且其等之聲請均係在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後始繫屬於本庭，故依憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定，應由本庭於判決主文宣告其等之確定終局裁判違憲，廢棄並發回管轄法院（因為明顯涉及及是否過苛事實之認定，故本席以為應發回高等法院或其分院）。至於本件判決理由所採之憲法訴訟法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項規定部分，固非全然無見，但是採取非常上訴救濟方式，係大法官審理案件法時期之舊制，在憲法訴訟法修正施行後，其救濟方式已然改為以廢棄違憲確定終局裁判並發回管轄法院更行審理為原則之新制；憲法訴訟法所採裁判憲法審查制度係師法德國法例，而德國又無非常上訴制度，且在裁判憲法審查制度下，若認確定終局裁判違憲，既係採廢棄並發回管轄法院之救濟方式，則在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後，就其後始繫屬於本庭之聲請案件，自當適用上述新制救濟方式原則（憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定參照）。更何況以舊制之非常上訴與新制之廢棄並發回管轄法院兩種救濟方式比較：在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後，新制為原則、舊制為例外，而原則本應

儘量適用、例外則應予限縮；且如依舊制需要多一道訴訟程序亦即由檢察總長審酌是否提起非常上訴，是就司法資源及聲請人訴訟勞費考量，舊制顯然較為繁複不利。因此，也以採取新制為合宜。至於憲法訴訟法第91條及92條規定，容有不同解讀可能，而且此等規定包括其立法理由均應無特別限定或限制，就憲法訴訟法111年1月4日修正施行後始繫屬於本庭且其聲請有理由之聲請案件，僅能採取舊制救濟方式，不得直接諭令廢棄並發回管轄法院之理或效果。

末查伴隨新興科技犯罪手法，毒品等犯罪之蒐證更行不易，有相應使用新型科技蒐證方法之必要，就此本席之看法，併簡述如下：

1、如GPS及M化車等都是蒐證方法，不是證據本身，沒有證據能力及證明力有無之問題（可能涉及證據能力及證明力者，為依據此等蒐證方法所取得之證據，而非蒐證方法本身）。主管機關關於GPS及M化車之行政規則是否違反法律保留，與蒐證方法是否必須先以法律規定之，亦係不同之命題；亦即不能以主管機關之行政規則可能違反法律保留原則為由，當然推論其蒐證方法如未經法律規定，也當然違反法律保留原則。尤有進者，法官固有依據法律審判之義務，惟所稱法律係指立法院通過之法規範而言（憲法第170條規定參照），不包括行政規則在內。是就法官審判而言，行政規則是否符合法律保留原則應非關鍵。

2、又單就是否符合法律保留原則而言，如果認為蒐證方法須符合法律保留原則，則其前提應為：有法律明文或授權訂定之蒐證方法係屬合法。從而，此等蒐證方法本質應非不法。則就此等本質並非不法之蒐證方法而言，如果認為法官在個案審判時，特別是在准許搜索同意簽發搜索票時，必須以該等蒐證方法未經法律明文或授權訂定為理由，駁回搜索票之聲請，其法律依據何在？特別是此種見解之理據何在？

蒐證方法因時代而不同，必須與時俱進，是蒐證方法不可能由法律預先憑空想像並逐一具體規定。如前所述，如果認為蒐證方法只要符合法律保留原則，法官就可以用，表示此等蒐證方法本質並非不

法，則也表示尚未經法律明文或授權規定之蒐證方法，不等於不法。是就特定蒐證方法言，究其目的，如係為保護犯罪被害人及國家社會安全等目的，其目的應屬正當，且應係屬重大公益；又若有適用之必要性，符合比例原則，則此等蒐證方法應受肯定，法官有何理由且當然應該全面拒絕使用此等蒐證方法所為發給搜索票之聲請？進而言之，本席以為蒐證方法沒有所謂違反法律保留原則之問題（不必待法律先明文或授權規定，法官始得准許使用此等蒐證方法），也就是說，不需要法律先就特定蒐證方法為規定，凡其目的係為保護犯罪被害人及國家社會安全（此係刑法及刑事訴訟法立法之根本要求）、就個案而言又有使用之必要性者（符合比例原則），應不待法律先就該特定蒐證方法為規定，職司正當法律程序原則把關者之法官，就能據以並審酌合於正當法律程序原則及比例原則後，准予使用該蒐證方法為搜索。如此之解，方足以達成上述刑法及刑事訴訟法保護犯罪被害人及國家社會安全之根本要求；故本席認為主張蒐證方法必須符合法律保留原則者，明顯忽略上述根本要求，甚至是否定之，此種看法並未考量犯罪追訴之困難實況、立法程序需要相當時日等客觀事實，使得在立法前，將製造出犯罪追訴處罰空窗期，係法律天秤對被告及犯罪嫌疑人一方傾斜（只顧勿枉），不當推卸犯罪被害人及國家社會安全之保護責任（偏廢勿縱），本席以為非常非常不妥當。

3、或有質疑若蒐證方法不需先以法律規定之，那麼如何保護被告或犯罪嫌疑人？就此，本席以為我國刑事訴訟法就搜索扣押原則上已經採取嚴格法官保留，蒐證方法當否，本屬法官於簽發搜索票當時所當然應予審酌之事項，如果認為特定蒐證方法可能侵害被告或犯罪嫌疑人之基本人權，自應從考量其使用之必要性、限制其搜索範圍、附加必要條件等著手，從而應已可兼顧被告及犯罪嫌疑人權益之保護；不應該也沒有再限定所有蒐證方法均須先以法律明文或授權規定之必要。

又憲法賦予法官特殊崇高之地位，良有以也。法官不是法匠，更不應該被認為是法匠或以此自居，法官甚至於必要時本有造法功

能，只是應極為審慎為之。因為憲法及人民期待於法官的，不是機械性地適用法律，而是在法有漏洞的時候，作合於憲法保障被告、犯罪嫌疑人及犯罪被害人雙向人權意旨之補充；包括在科技進步，法有不及時，本其職權作兼顧憲法正當法律程序意旨之搜索要件設定；而不應是以法律沒有規定為由，要求或限制法官應斷然全面拒絕特定蒐證方法之使用，放任犯罪行為無法或極為困難追訴處罰。若有此等對法官之不當要求或限制，本席以為與憲法第 80 條規定獨立審判之意旨應有牴觸。

4、當然在證據能力、證明力判斷上，法官在個案裁判上，得拒絕使用過度侵害被告或犯罪嫌疑人基本人權之蒐證方法所取得之證據；再者，證據能力、證明力之判斷，因為證據資格取得與證據價值評價有所不同（刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定參照），也不應混為一談。

5、請想想：在搜索票核發階段，法官應該以所謂法律沒有規定得使用 GPS 或 M 化車蒐證方法為由，斷然全面拒絕使用 GPS 或 M 化車之蒐證聲請嗎？如果法官准許使用且已考量憲法保障人權之意旨（包括正當法律程序原則及比例原則），以此種蒐證方法所搜集之證據當然不具證據能力嗎？勿枉固然重要，勿縱也同等重要，不可偏廢！

本席即將於 9 月 30 日任滿，回首近 8 年來，除了參與諸多不受理決議或裁定外，自司法院釋字第 734 號解釋起至司法院釋字第 813 號解釋，及憲法法庭 111 年起之憲法訴訟法判決，共參與 110 多個解釋及判決。其中屬刑事相關者一共 31 個案件，涉及實體規定部分者，如通姦罪除罪案（司法院釋字第 791 號解釋）、誹謗罪案（憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決）及本件等共 16 件；其餘 15 件為刑事程序相關（比如憲法法庭 112 年憲判字第 6 號王瑞豐案）。此等刑事相關案件解釋及裁判，除了司法院釋字第 805 號解釋涉及被害人保護外，均與被告或犯罪嫌疑人之保護相關。按被告或犯罪嫌疑人之保護固然至為重要，然而犯罪被害人之保護更加重要，而大法官處理之案

件絕大部分均不直接涉及犯罪被害人之保護，此種結果，本席意識到有被誤解為大法官、憲法法庭心中比較無犯罪被害人保護之疑慮，所以於司法院釋字第 762 號及第 805 號解釋意見書中，即已兩度提及並強調犯罪被害人保護之重要性。又固然刑事訴訟法已於 109 年修法增列被害人訴訟參與專章，以增加保護犯罪被害人，但是本席仍然深刻感受到刑法及刑事訴訟法立法之根本要求，原在於犯罪被害人及國家社會安全之保護，此一根本要求在刑事訴訟實務運作上應該並未被忘記，但確實是長期以來都不被明言重視（以致有些人民有法院只保護壞人的誤解），特別是我們做出眾多關於被告或犯罪嫌疑人基本人權保護之相關解釋及判決之事實。就此，本席頗為憂心，並認為有一而再予以平衡澄清之必要，因為本席不希望人民以及後人以為大法官偏聽，只知道保護被告或犯罪嫌疑人，忽視犯罪被害人保護及其他重大社會公益。故而乃想以針對與毒品犯罪防制也相關之因應新興科技犯罪手法而生新型科技蒐證方法如 GPS 及 M 化車之爭議，併提出看法之方式，聊表本席對犯罪被害人等保護之關切。本席並相信其他大法官也非常關切犯罪被害人等之保護。本席以為不論勿枉或者勿縱均不可偏廢。謹供參考。

附件：現行毒品危害防制條例各類毒品犯罪刑度架構整理

	第一級 毒品	第二級 毒品	第三級 毒品	第四級 毒品	加重其刑	減輕其刑
製造、運輸、販賣 (§4)	死刑或無期徒刑；無期徒刑得併科新台幣3000萬元以下罰金	無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新台幣1500萬元以下罰金	7年以上有期徒刑，得併科新台幣1000萬元以下罰金	5年以上12年以下有期徒刑，得併科新台幣500萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條第2項者，死刑或無期徒刑；無期徒刑得併科新台幣3000萬元以下罰金；犯本條第3項至第5項者，加重其刑至二分之一（§15 I）	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；於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑；因供自己施用而運輸，且情節輕微者，得減輕其刑（§17）
意圖販賣而持有 (§5)	無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新台幣700萬元以下罰金	5年以上有期徒刑，得併科新台幣500萬元以下罰金	3年以上10年以下有期徒刑，得併科新台幣300萬元以下罰金	1年以上7年以下有期徒刑，得併科新台幣100萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一（§15 I）	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；於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑（§17）
以非法方法使人施用（§6）	死刑、無期徒刑或10年以上有期徒刑；無期徒刑或10年以上有期徒刑得併科新台幣1000萬元以下罰金	無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新台幣700萬元以下罰金	5年以上有期徒刑，得併科新台幣500萬元以下罰金	3年以上10年以下有期徒刑，得併科新台幣300萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條第2項至第4項者，加重其刑至二分之一（§15 I）	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；於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑（§17）

引誘他人施用 (§7)	3 年以上 10 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 300 萬元以下 罰金	1 年以上 7 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 100 萬元以下 罰金	6 月以上 5 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 70 萬元以下 罰金	3 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 50 萬元以下 罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條第 1 項至第 4 項者，加重其刑至二分之一 (§15 I)	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；於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑 (§17)
轉讓 (§8)	1 年以上 7 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 100 萬元以下 罰金	6 月以上 5 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 70 萬元以下 罰金	3 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 30 萬元以下 罰金	1 年以下 有期徒刑， 得併科 新台幣 10 萬元以下 罰金	達一定數量者，加重其刑至二分之一 (§8 V)；公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條第 1 項至第 4 項者，加重其刑至二分之一 (§15 I)	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；於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑 (§17)
對未成年人、懷孕婦女販賣等；混合兩種以上毒品 (§9)					加重其刑至二分之一 (§9)；公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15 I)	
施用 (§10)	6 月以上 5 年以下 有期徒刑	3 年以下 有期徒刑			公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15 I)	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 (§17 I)

持有 (§11)	3 年 以下 有期徒刑、 拘役或 新臺幣 30 萬元以下 罰金；持 有純質淨 重 10 公 克以上， 1 年 以上 7 年 以下 有期徒刑， 得併科 新臺幣 100 萬元以下 罰金	2 年 以下 有期徒刑、 拘役或 新臺幣 20 萬元以下 罰金；持 有純質淨 重 20 公 克以上，6 月 以上 5 年 以下有期 徒刑，得 併科新臺 幣 70 萬元 以下罰金	持有純質 淨重 5 公 克以上， 2 年 以下 有 期 徒 刑，得併 科新臺幣 20 萬元以 下罰金	持有純質 淨重 5 公 克以上， 1 年 以下 有 期 徒 刑，得併 科新臺幣 10 萬元以下 罰金	公務員假借職 務上權力、機 會或方法犯本 條者，加重其 刑至二分之一 (§15 I)	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 (§17 I)

	罌粟古柯	大麻	加重其刑	減輕其刑
意圖供製造而 栽種 (§12)	無期徒刑或 7 年 以上有期徒刑， 得併科新臺幣 700 萬元以下罰 金	5 年 以上 有 期 徒 刑，得併科新臺 幣 500 萬元以下罰 金；因供自己施用 且情節輕微者，1 年以上 7 年以下有 期徒刑，得併科新 台幣 100 萬元以下 罰金	公務員假借職務上 權力、機會或方法 犯本條者，加重 其刑至二分之一 (§15 I)	
意圖供栽種而 運輸或販賣 (§13)	5 年 以下 有 期 徒 刑，得併科新臺 幣 50 萬元以下 罰金	2 年 以下 有 期 徒 刑，得併科新臺 幣 20 萬元以下罰金	公務員假借職務上 權力、機會或方法 犯本條者，加重 其刑至二分之一 (§15 I)	

意圖販賣而 持有或轉讓 (§14 I、II)	3 年以下有期徒 刑	2 年以下有期徒刑	公務員假借職務上 權力、機會或方法 犯本條者，加重 其刑至二分之一 (§15 I)	
持有種子 (§14 III)	2 年以下有期徒 刑、拘役或新臺 幣 3 萬元以下罰 金	1 年 以 下 有 期 徒 刑、拘役或新臺幣 1 萬元以下罰金	公務員假借職務上 權力、機會或方法 犯本條者，加重 其刑至二分之一 (§15 I)	

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 加入
張瓊文大法官 加入
蔡宗珍大法官 加入

壹、前言

本判決係【販賣第一級毒品案】。

本判決合併審理 3 件法官聲請及 5 件人民聲請解釋憲法、法規範憲法審查案，本件憲法審查標的之法規範是，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 4 條第 1 項前段關於販賣第一級毒品罪刑規定（下稱系爭規定）。本判決僅就系爭規定關於個案處罰顯然過苛有無調整機制之憲法爭議，進行審查。

本判決主文共有 4 項，第 1 項係就系爭規定關於犯罪情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，於此範圍內，違反憲法罪刑相當原則；司法院釋字第 476 號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應依本判決意旨定期（2 年內）修正。第 2 項特別諭知，修法完成前，法院審理適用系爭規定而符合本判決意旨所揭示情輕法重之個案，除依刑法第 59 條規定減輕其刑外，另得依判決意旨減輕其刑至二分之一。第 3 項有關修法之指明及第 4 項不受理之諭知。

本席除對判決主文第 3 項之諭知不表贊同外，其餘判決主文之諭知，均敬表贊同，且認尚有其他值得補充說明之處，爰提出部分協同部分不同意見書。

貳、受理本件聲請之背景說明

聲請人一¹就其所受理之原因案件，被告因販賣第一級毒品海洛因（重量不詳），對價新台幣（下同）800 元，被警查獲，起訴後經

¹ 臺灣高等法院臺南分院刑事第二庭受理該院 108 年度上訴字第 958 號案件，第一審臺灣嘉義地方法院 108 年度訴字第 109 號刑事判決。

112 年憲判字第 13 號

地方法院適用刑法第 59 條規定減輕其刑後仍判處有期徒刑 16 年，聲請人一認系爭規定有違憲法罪刑相當原則而於 109 年間聲請解釋憲法；聲請人二²就其所受理之原因案件，被告因共同販賣第一級毒品海洛因（重量不詳，對價 1000 元）被警查獲，起訴後經地方法院適用毒品條例第 17 條第 2 項及刑法第 59 條規定遞減其刑，仍判處有期徒刑 7 年 7 月，聲請人二認系爭規定有違憲法罪刑相當原則而於 110 年間聲請解釋憲法；聲請人三³就其所受理之原因案件，被告因共同販賣第一級毒品海洛因（重量不詳，對價 1000 元及 2000 元）被警查獲，起訴後由地方法院審理。聲請人三認系爭規定有違憲法罪刑相當原則而於 112 年間聲請法規範憲法審查。

前揭 3 件法官聲請解釋憲法及法規範憲法審查案，均認系爭規定對犯罪情節輕微之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍應判處 15 年以上或 7 年以上有期徒刑，有違憲法罪刑相當原則。此為本判決受理之第一類背景因素。

至於其他 5 件人民於 111 年 7 月 4 日以前聲請法規範審查案件，其犯罪情節如下：

聲請人別	有無前科	販賣第一級毒品之情節	販賣毒品數量	對價（新台幣）	處刑（有期徒刑）
聲請人四	無	代同居男友接聽電話，並依男友指示接續販賣 3 次	重量不詳	1000 元 2000 元	15 年 3 月
聲請人五	無	與胞兄共同販賣 1 次	0.45 公克	500 元	15 年 2 月
聲請人六	無	代朋友接聽電話並談妥交易而販賣 1 次	0.4 公克	1500 元	15 年 4 月
聲請人七	無	自己販賣 1 次	重量不詳	3000 元	15 年 2 月
聲請人八	無	同日接續販賣予同一買受人 2 次	重量不詳	500 元 1200 元	15 年 8 月

² 臺灣高等法院刑事第二庭受理該院 108 年度原上訴字第 95 號案件，第一審臺灣新竹地方法院 108 年度原訴字第 4 號刑事判決。原因案件之被告自陳與另案被告黃○玲為堂姊弟關係，另案被告曾○鑫則為黃○玲同居男友，被告當時寄人籬下，生活仰賴另案被告曾○鑫、黃○玲資助，才分別與其等共同販賣第一級毒品等語。

³ 臺灣彰化地方法院刑事第二庭受理該院 111 年度訴字第 185 號案件。

分析上開聲請人四至八之犯罪情節可知：(1)在進行本次販賣第一級毒品犯行之前，均無其他犯罪行為之紀錄；(2)依其販賣行為態樣而觀，或與胞兄共犯1次，或代男友接聽電話而瞬間犯罪1次；(3)就販賣毒品之重量觀之，數量均極為輕微；(4)就販賣毒品之對價言，最少者500元，多者1000元，最多3000元；(5)上開各案件，法官均依刑法第59條規定酌減其刑，但最後處刑仍高達有期徒刑15年以上。上開聲請人四至八之情形，是否可謂犯罪情節極為輕微，顯可憫恕之個案？縱適用刑法第59條規定酌減其刑，判處有期徒刑15年以上之刑，是否仍嫌情輕法重？其罪責與處罰是否相當？有無違反憲法罪刑相當原則？此即係本判決受理之第二類背景因素！

按刑法第59條規定：「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。」此一規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為審判者之特別權限，適用上自應謹慎⁴，未可為常態，依最高法院諸多判例⁵所示，其適用之要件極為嚴

⁴ 94年2月2日修正公布並自95年7月1日施行之刑法第59條，其修正理由略以：依實務上見解，本條係關於裁判上減輕之規定，必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用，乃增列文字，將此適用條件予以明文化。法務部之立法說明另以：現行第59條在實務上多從寬適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之條件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定之原則。

⁵ 相關判例如下：69年台上3071判例要旨：「刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。」69年台上5054判例要旨：「刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪有特殊之原因，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低刑期仍嫌過重者，始有其適用。」70年台上794判例要旨：「犯罪之動機與刑法第59條犯罪之情狀可以憫恕者迥然不同。所謂犯罪情狀可資憫恕，係指基於社會一般客觀上之觀察，其犯罪情狀，足以引起憐憫者而言。而犯罪之動機係犯罪意念發動之情形。」至被告素行正當，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由（46年台上字第935號判例參照）；被告等混跡流氓派系，動輒結夥尋釁，為求遏止社會近來囂張殘暴之風，殊無堪資憫恕可言（45年台上字第1165號判例參照）；被告無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由（51年台上字第899號判例參照）；無不良素行，事後坦承犯罪，態

格，必須「犯罪另有其特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者」，始有其適用。實務上，法院量刑要援引刑法第 59 條規定酌減其刑，係極其嚴格且困難之事！

依一般經驗法則觀之，不可販賣毒品，販賣毒品會被判重刑，此一常識，人盡皆知，無人不知，無人不曉，被告明知如此，還鋌而走險，販賣毒品，試問：販賣毒品者，究有何特殊之原因與環境等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重？

雖如是，然經查尋司法院法學資料檢索系統有關販賣第一級毒品之刑事判決，吾人得以發現，除販賣毒品之大盤毒梟外，其餘情形，絕大多數有關販賣毒品之刑事判決，法官均會援引刑法第 59 條規定，以情輕法重，犯罪情狀顯可憫恕為由減輕其刑，從系爭規定最低法定刑之無期徒刑，減輕為有期徒刑 15 年以上 20 年以下之有期徒刑（刑法第 65 條第 2 項規定參照），幾乎是法院判處販賣毒品者量刑之常態。法官明知販賣毒品者，原則上不可能有適用刑法第 59 條酌減其刑之特別原因與環境，但實務上卻普遍適用刑法第 59 條酌減其刑，此一事實，最起碼反應法官量刑的共同心聲，情輕法重之個案，系爭規定之法定刑以無期徒刑為起點，實在太重，法官判不下去！

本件無論係法官之聲請案或係人民之聲請案，均涉及釋憲案例上之重要釋憲爭議，即有無個案處罰顯然過苛欠缺調整機制之問題。

參、部分協同意見

一、審查原則：憲法個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則

對人民受憲法第 8 條保障之人身自由或憲法第 15 條保障之財產權所為限制，不得違反憲法第 23 條比例原則之要求。行政罰、刑事

度良好，經濟困難，獨負家庭生活等情狀，要屬從輕量刑之標準，不得據為酌量減輕之理由（70 年台上字第 2511 號判例參照）。

罰涉及對人民財產權、人身自由之限制，如有個案處罰顯然過苛時，應設有調整機制，否則即有違反憲法第 23 條比例原則之要求，司法院解釋先例上乃創設「個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則」以資適用。

關於「個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則」之解釋，首創於司法院釋字第 641 號解釋（97 年 4 月 18 日公布）所釋示：「採取劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條比例原則尚有未符。」此一原則，先在有關行政罰⁶之釋憲案例中以責罰相當原則而醞釀開展，繼而被適用於刑事罰之釋憲案，轉為「罪責與處罰相當原則」或「罪刑相當原則」作為審查基準。

刑事罰部分，首推司法院釋字第 669 號解釋（98 年 12 月 25 日公布）所釋示：「其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論⁷行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 2 年 6 月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限

⁶ 其他解釋如下：司法院釋字第 685 號、第 716 號、第 746 號及第 786 號解釋，可資參照。

⁷ 此類型之釋憲模式，大都採取「不問有無……，概處……」（司法院釋字第 339 號解釋參照）、「不問……，一律以……」之論述模式（司法院釋字第 471 號解釋參照）、「不論行為人犯罪情節之輕重，均以……」（司法院釋字第 669 號解釋參照）、「不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑」（司法院釋字第 775 號解釋參照）、「不分情節，一律以……」（司法院釋字第 777 號解釋參照）、「未衡酌……，一律處以……」（司法院釋字第 786 號解釋參照）、「不論行為人犯罪情節之輕重，均以……」（司法院釋字第 790 號解釋參照）。

制，有違憲法第 23 條之比例原則。」⁸

10 年後，司法院釋字 775 號解釋（108 年 2 月 22 日公布）將「罪責與處罰相當原則」改稱為「憲法罪刑相當原則」，並釋示：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則。」同年司法院釋字第 777 號解釋（108 年 5 月 31 日公布）更釋示：「102 年修正公布之上開規定（即刑法第 185 條之 4），一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違。」⁹使個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則在刑事罰之違憲審查上，發揮到淋漓盡致¹⁰！影響所及，毒品條例於 109 年 1 月 15 日修正公布（自 109 年 7

⁸ 因司法院釋字第 699 號解釋提及：「未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定」，是以槍砲彈藥刀械管制條例於 100 年 1 月 5 日修正公布時，增訂第 8 條第 4 項規定：「犯第 1 項、第 2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。」採取「得減輕其刑」之修正模式。

⁹ 因司法院釋字第 777 號解釋提及：「致對犯罪情節輕微者無從為得易科罰金之宣告」，是以刑法於 110 年 5 月 28 日修正公布時，修正第 185 條之 4 前段規定為：「駕駛動力交通工具發生交通事故，致人傷害而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」採取區分「致人傷害而逃逸」與「致人於死或重傷而逃逸」二種犯罪情節而為規範之修正模式，前者，法院判決量刑有可能諭知 6 月有期徒刑之刑而得易科罰金。

¹⁰ 其他解釋如下：

1. 釋字第 646 號解釋：「系爭規定之法定刑已賦予法院針對行為人犯罪情節之輕重，施以不同程度處罰之裁量空間，再配合刑事訴訟法第 253 條微罪不舉、第 253 條之 1 緩起訴、刑法第 59 條刑之酌減及第 74 條緩刑等規定，應足以避免過苛之刑罰。」
2. 釋字第 777 號解釋：「88 年系爭規定（即刑法第 185 條之 4）……，得因個案情節之差異而宣告不同的刑度，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文易科罰金，以避免執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響

月 15 日施行) 時, 增訂第 17 條第 3 項規定: 「被告因供自己施用而犯第 4 條之運輸毒品罪, 且情節輕微者, 得減輕其刑。」採取「情節輕微者, 得減輕其刑」之立法模式, 亦係個案處罰顯然過苛¹¹ 應有調整機制原則之體現!

之後, 司法院公布釋字第 790 號解釋 (109 年 3 月 20 日公布) 再釋示: 「毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定: 『意圖供製造毒品之用, 而栽種大麻者, 處 5 年以上有期徒刑, 得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。』不論行為人犯罪情節之輕重, 均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩, 對違法情節輕微、顯可憫恕之個案, 法院縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑, 最低刑度仍達 2 年 6 月之有期徒刑, 無從具體考量行為人所應負責任之輕微, 為易科罰金或緩刑之宣告, 尚嫌情輕法重, 致罪責與處罰不相當。上開規定對犯該罪而情節輕微者, 未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定, 於此範圍內, 對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制, 與憲法罪刑相當原則不符。」因司法院釋字第 790 號解釋釋示「另為適當刑度之規定」, 嗣毒品條例於 111 年 5 月 4 日修正公布施行時, 採「另為適當刑度之規定」之修正模式, 增訂第 12 條第 3 項規定: 「因供自己施用而犯前項之罪, 且情節輕微者, 處 1 年以上 7 年以下有期徒刑, 得併科新臺幣 100 萬元以下罰金。」亦係憲法個案處罰顯然過苛應有調整原則之另一展現! 影響所及, 法院如適用刑法第 59 條規定酌減其刑, 最低刑度則為 6 月有期徒刑, 依刑法第 41 條規定, 並不得易科罰金, 但得服社會勞動。

如前所述, 上開 8 件聲請案所涉, 均係有關個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則問題, 本判決亦援引前揭個案處罰顯然過苛應有

行為人重新回歸一般社會生活之流弊 (司法院釋字第 662 號及第 679 號解釋參照), 藉由法官裁量權之行使, 避免個案過苛之情形, 88 年系爭規定有關刑度部分, 與憲法罪刑相當原則尚無不符, 未違反比例原則。」

¹¹ 刑法第 38 條之 2 第 2 項規定: 「宣告前 2 條之沒收或追徵, 有過苛之虞……得不宣告或酌減之。」(過苛調節條款), 調節沒收或追徵之嚴苛性, 亦係個案處罰過苛之調整機制。

調整機制之原則，而於判決主文第 1 項前段宣告如下：系爭規定「一律以無期徒刑為最低法定刑，……惟對諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」

二、部分變更司法院釋字第 476 號解釋？

（一）司法院釋字第 476 號解釋之內容

關於毒品條例第 4 條第 1 項前段有關販賣第一級毒品以無期徒刑為最低法定刑，有無違憲之爭議¹²？就此，司法院釋字第 476 號解釋（88 年 1 月 29 日公布）曾釋示：「毒品危害防制條例第 4 條第 1 項：『……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。』其中關於無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第 23 條之規定，與憲法第 15 條亦無牴觸。」

（二）變更或補充司法院釋字第 476 號解釋？

憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 42 條第 2 項規定：「……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……聲請憲法法庭為變更之判決。」

就以無期徒刑為最低法定刑部分，司法院釋字第 476 號解釋釋

¹² 本件係法官聲請釋憲案，法官聲請釋憲意旨略以：「兩條例販賣或運輸毒品罪之法定刑，均為死刑或無期徒刑，較之殺人罪之死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑為重；兩條例意圖販賣而持有毒品罪之法定刑，均為無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，並得併科罰金，遠比預備殺人罪之二年以下有期徒刑為重。此種超重刑之立法，是否違背罪刑相當原則，而非止於立法者形成自由（Gestaltungsfreiheit）之問題？此乃本院疑問之所在。本院如依法定刑量刑，被告不是被判死刑，便是無期徒刑，將是過量之處罰。因此，其所應適用之前述條文，均有違憲之虞。為此而聲請解釋。」

示，系爭規定關於無期徒刑之法定刑規定，無違憲法第23條之規定；本判決主文第1項亦宣告：「立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量。」就此而言，本判決似無變更司法院釋字第476號解釋之情形！

再以個案處罰顯然過苛應有調整機制之原則言，司法院釋字第476號解釋，並非針對個案處罰顯過苛之情形而為解釋；而本判決第1項之宣告：「情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條比例原則。」則係針對個案處罰顯過苛應有調整機制而為判決，就此而言，亦無變更司法院釋字第476號解釋之餘地！至多僅係補充司法院釋字第476號解釋所未處理之個案處罰顯然過苛應有調整機制之問題而已！是以與其說「司法院釋字第476號解釋於此範圍內應予變更」，不如說「司法院釋字第476號解釋於此範圍內應予補充」更為貼切！

三、違憲宣告方式：定期修法，完成修法前，情節輕微個案，減輕其刑

本判決主文第1項後段諭知：「相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。」判決主文第2項諭知：「自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。」於此值得補充說明者如下：

（一）除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。

1. 本判決在判決理由二、相關法規範立法沿革及政策考量之說明可知，系爭規定之目的「非僅為防免毒品買受者之個人受到危害，更係著重整體國民身心健康、社會秩序及國家安全之維護，可認屬特別重要公共利益，屬立法機關之政策考量。」原則上，本庭對政治部門立法政策之決定，應予尊重，是以本判

決主文第 1 項前段乃特別諭知：「立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量」。本判決既僅僅在處理「情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，不符憲法罪刑相當原則」之問題，當以用盡現行法制所得減輕其刑之規定為必要，故本判決主文第 2 項乃諭知：「除刑法第 59 條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一」，必先適用刑法第 59 條規定減輕其刑之後，仍有個案處罰顯然過苛之情形，始有本判決主文第 2 項之適用。

2. 本判決主文第 2 項之諭知模式，在刑法減輕其刑之法體系上，亦有其論據。按刑法第 59 條規定：「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。」如處罰仍屬過苛時，刑法第 61 條再規定：「犯下列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑」可供參照。本判決亦係採取此種減輕其刑之模式，先適用刑法第 59 條規定減輕其刑之後，仍有個案處罰顯然過苛之情形，再依本判決主文第 2 項所示減輕其刑至二分之一。

（二）如無法適用刑法第 59 條規定減輕其刑，即無依本判決意旨減輕其刑之適用

毒品條例針對自白及供出毒品來源者，亦有減輕其刑之規定如下：

1. 毒品條例第 17 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」依刑法第 65 條第 2 項規定：「無期徒刑減輕者，為 20 年以下 15 年以上有期徒刑。」換言之，系爭條例所定無期徒刑之最低法定刑，即減為 15 年以上 20 年以下有期徒刑。
2. 毒品條例第 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。」依刑法第 66 條規定：「有期徒刑……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。」如前所述，無期徒刑最多減至15年以上有期徒刑，再依毒品條例第17條第1項規定，最多得減至5年以上有期徒刑。

經依毒品條例第17條第2項及第1項依序¹³遞減其刑（刑法第70條規定參照）後，如仍有符合刑法第59條規定之要件者，即得再依該條規定酌減其刑（刑法第60條規定參照），嗣如還有本判決所揭示情輕法重之個案，仍得再依本判決意旨減輕其刑至二分之一。反之，如無符合刑法第59條規定之要件者，即不得再依該條規定酌減其刑，當然更不得再依本判決意旨減輕其刑至二分之一。

關於犯罪情節是否情輕法重之判斷，本判決主文第1項特別揭示：「諸如無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重」，可供參考。其中所謂「**無其他犯罪行為**」，係指法院判決時，被告尚無其他犯罪行為（不以毒品犯罪行為為限）經法院判決有罪確定之紀錄而言，比刑法第74條所定得宣告緩刑之要件還要嚴格。所謂「**販賣行為態樣**」，如聲請人四至八所示情形，特別強調被告與其他共犯間，或被告與買毒者間有一定關係。至所稱「**數量、對價**」等，係指其數量或對價均極為輕微，其所造成之毒品危害較為輕微者而言。最後還有一個「**等**」字，亦在強調其情節極為輕微，顯可憫恕之個案。換言之，本判決僅在處理「**情節極為輕微，顯可憫恕之個案**」應有調整機制之憲法爭議，而不及於其他個案，此乃援引本判決意旨適用於審判個案之重要關鍵。

肆、對判決主文第3項之不同意見

關於本判決主文第3項諭知：「另鑑於同條例第4條第1項前

¹³ 刑法第71條第2項規定：「有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。」依毒品條例第17條第2項規定，有期徒刑之減輕，依刑法第66條前段規定，減輕至二分之一，同條例第17條第1項規定，依刑法第66條但書規定，減輕至三分之二，第17條第2項規定之減輕，較同條第1項規定之減輕為較少，故適用法條規定之次序，先依第2項規定，減輕至二分之一，再依第1項規定，減輕至三分之二，依序遞減。

段規定所適用之個案犯罪情節輕重及危害程度差異極大，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，**相關機關允宜檢討其所規範之法定刑**，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰。」本席對此諭知，並不贊同。其理由如下：

一、從訴訟法之訴訟標的與其效力言

解釋憲法制度之審判化、訴訟化，係憲訴法之修法重點，將往昔採行大法官會議形式之審查方式，修正為法庭訴訟程序之審理方式，是以憲法法庭呈現審理之結論、論理及終結案件之方式，亦應相應比照法院之判決書，依次記載當事人、案由、「判決主文」及理由，以彰顯其司法性質（憲訴法第 33 條修正理由參照）。

憲法法庭判決主文之重點，在於清楚明白彰顯審查標的違憲¹⁴或合憲之審查結論，故關於判決主文之記載，應就**訴訟標的**之聲明而為違憲與否之判斷，如就訴訟標的以外之事項而為宣告，即構成訴外裁判。因判決之既判力（確定力）、拘束力與法律效力，原則上亦均以判決主文為限¹⁵，即判決主文之內容，對於判決之效力範圍，居於關鍵性地位，是判決主文之諭知，必須與**訴訟標的**的緊密扣合，方能確定產生判決既判力之標的與範圍。由此可知，判決主文之諭知，是何其重要之事！

依 112 年 6 月 21 日修正公布，自同年 7 月 7 日施行之憲訴法第 59 條第 1 項規定：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利『**確定終局裁判**』，或『**該裁判及其所適用之法規範**』，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」可知裁判憲法審查之類型有二：(1)主張「確

¹⁴ 憲訴法第 51 條規定：「憲法法庭認為法規範牴觸憲法者，應於**判決主文**宣告法規範違憲。」

¹⁵ 司法院 109 年「憲法訴訟法裁判主文與效力之研究--以憲法訴訟法所定程序類型為中心」委託研究計畫成果報告（計畫主持人：李建良；協同主持人劉淑範、薛智仁、張譯文），109 年 12 月 24 日，第三章法規範暨裁判憲法審查裁判主文形式預擬，參照。

定終局裁判」法律見解違憲之裁判憲法審查，以及(2)主張「確定終局裁判及其所適用之法規範」均違憲之裁判憲法審查。是以**裁判憲法審查之訴訟標的**，或為法規範與確定終局裁判二者，或僅為確定終局裁判。

本判決主文第1項宣告系爭規定之法規範部分違憲，即係針對訴訟標的之系爭規定，依憲訴法第51條規定，於判決主文宣告該法規範部分違憲。且此一部分違憲宣告之效力，依憲訴法第42條第1項規定：「法規範審查案件……經……憲法法庭……作成其他憲法判斷者，……任何人均不得就相同法規範或爭議聲請判決。」即憲法法庭就訴訟標的之法規範所為之判決，有拘束各法院、機關、地方自治團體及人民之效力，**有一事不再理之效力**，凡此均因憲訴法有訴訟標的之概念而生。

以此推之，本判決主文第3項有關建議相關機關允宜檢討系爭規定法定刑之指明敘述，**並非聲請人所聲請之訴訟標的**，自不應於判決主文宣告之。至多於判決理由敘明為已足！如此始能與憲訴法採取訴訟法模式之立法精神相契合！

二、從應以裁判之形式終結案件言

按憲訴法第90條第1項前段規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。」此乃本於程序從新實體從舊原則之訴訟法基本法理所為之規定。憲訴法強調「其審理程序，自新法施行日起，完全依新法之規定。舉其最重要者，新法規定應以**裁判之形式終結案件**，則關於該裁判應由憲法法庭或審查庭為之，乃至裁判書之形式及其效力等等均應依新法之規定。」（憲訴法第90條修正理由參照）。既然修正理由指出：以**裁判之形式終結案件**，其終結方式亦應採不告不理原則（**司法被動**¹⁶原則）。聲請人聲請裁判憲法審查，依憲訴法第14條第1項第4款之

¹⁶ 司法權之本質，具有個案性及被動性（司法院釋字第793號解釋參照），憲法訴訟既為司法權行使之一環，亦受上開本質之拘束。

規定，聲請人應於聲請書狀記載「**應為之聲明**」，此一記載，將成為憲法法庭判決主文之重要內容。換言之，憲法法庭應針對聲請人於聲請書狀記載之「**應為之聲明**」事項而於判決主文宣告之。前揭本判決主文第 3 項之諭知內容，既非聲請人提出聲請書狀所載「**應為之聲明**」事項，基於**不告不理原則**，本判決自不應於判決主文第 3 項諭知之，至多於判決理由敘明為已足，俾符憲訴法採取訴訟法模式及**不告不理原則之意旨**！

伍、結論

本判決在判決理由「二、相關法規範立法沿革及政策考量」，業已清楚說明本庭對政治部門在防制毒品危害之立法形成，表示尊重，在不挑戰系爭規定以無期徒刑為最低法定刑之前提下，對於情節**極為輕微**，顯可憫恕之個案，援引司法院釋字第 641 號解釋所確立「**個案處罰顯然過苛應有調整機制**」之釋憲原則，及諸多援引上開原則而影響深遠之解釋先例，例外開啟一扇保障人權之小門，再度重申憲法罪刑相當原則之重要性，宣告「**情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當**。於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」以發揮憲法法庭保障人權之功能！

最後，期許我們憲法法庭之判決，在採行全新憲法審查制度，邁向憲訴法新里程之際，能在保障人權之最大可能極限範圍內，更有效而周延地保障人民憲法上之權利，善盡大法官憲法守護者保障人權之責！

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

本判決（下稱 112 憲判 13）以毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段其中「販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑」部分（下稱系爭規定），為審查標的，並作成四項主文：

1. 系爭規定對於情節極為輕微、顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重者，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，系爭規定違反憲法第 8 條保障人身自由之意旨，且牴觸憲法第 23 條比例原則，司法院釋字第 476 號解釋，亦應變更。相關機關應於 112 憲判 13 公告日起 2 年內，依 112 憲判 13 意旨修正之。
2. 修法完成前，對於觸犯系爭規定而符合前揭情輕法重之個案，法院除依刑法第 59 條規定減輕其刑外，併得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。
3. 系爭規定，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，相關機關允宜檢討修正。
4. 聲請人八其餘聲請不予受理。

對前開第一、二、四項主文，本席敬表贊同。惟第三項主文，雖認系爭規定一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，卻未據以為違憲之宣告，而僅諭知相關機關「允宜檢討」，本席要難同意。爰就此部分提出不同意見。

壹、系爭規定牴觸法官獨立審判及權力分立原則

法官依據法律獨立審判，明定於憲法第 80 條，乃司法審判權不可動搖之核心。

認定事實與適用法律，為法官審判時最主要職責。所謂「適用法律」，對刑事法官而言，當然包含對具體個案之被告科處妥適之刑罰。申言之，基於罪責相當原則之誡命，法官在具體個案中，應斟酌被告之犯罪動機、目的、手段、犯罪所生危險或損害等一切情況（刑法第 57 條參照），於法條所定之刑度內，對該案被告科處與其罪責相當之刑罰。

至於所謂「不受任何干涉」，則指個案審判上，無論審判前、審判中，甚至審判後，均不得使法官受到來自國家內部或其他外部力量之干涉。

因此，立法者制定刑罰法規時，應恪守尊重法官獨立審判原則，並考量犯罪情狀之多樣與複雜，於法律效果上保留足夠之裁酌空間，俾法官得在具體個案，依據該個案各項情事，對被告量處適當之刑罰。

反之，如立法者就特定犯罪行為，所保留予法官得科處之刑罰過於簡化與單一，即屬侵蝕法官獨立審判之空間，而為違反審判獨立原則。犯罪之構成要件所涵攝之事實越多樣與龐雜時，越是如此。蓋立法者如就情節多樣且輕重不一之特定犯罪行為，藉由簡化或單一之刑罰，致使法官之量刑空間，幾乎收縮至零，無異於立法者自行取代法官，對個案之被告科處刑罰。如此一來，憲法保障法官獨立審判之宗旨，乃至權力分立之要求，均淪為空談。

準此，系爭規定構成要件所稱之「販賣第一級毒品」，其態樣包山包海、其情節應有盡有，但該規定所定之刑罰，卻侷限於「死刑或無期徒刑」，幾乎剝奪法官在具體個案為因應不同情形所應享有之裁量餘地，難逃牴觸法官獨立審判及違反權力分立之指摘。

本席相信，此亦為許多基層法官，適用系爭規定時，實在「判不下去」，遂聲請法規範憲法審查之主要原因¹！刑事法官已經一語

¹ 112 憲判 13 之聲請人一至三，分別為臺灣高等法院臺南分院刑事第二庭、臺灣高等法院刑事第二庭及臺灣彰化地方法院刑事第三庭，共計 9 位法官。聲請人一陳顯榮、黃裕堯及侯廷昌 3 位法官，在其聲請書第 11 頁至第 12 頁明白指出：「販賣第一級毒品之犯罪情節、所生危害與不法程度，樣貌多種，輕重程度明顯有其級距之別……實無法以死刑或無期徒刑兩種法定刑的選擇予以簡單對應或評價，系爭規定必然使法院在無法論以死刑或無期徒刑之非重大個案，遭遇找不到相稱刑罰之難題……法院就個案犯罪情節、危害及不法程度，於找不到相對稱之法定刑，又不願違背罪刑相當原則及比例原則，在別無選擇又必須下判決的情況下，不得已只好勉予適用刑法第 59 條酌減其刑，並諭知宣告刑。此乃法院於量刑時，陷於維谷，進退兩難，思維已逐漸因頓所致，實無法苛責。故與其爭執個案是否符合刑法第 59 條要件，不如認為系爭規定之法定刑

道破個案審判時，適用系爭規定所遭遇之窘境，釋憲者又豈可繼續無動於衷？

貳、系爭規定違背罪責相當原則及體系正義

系爭規定，由人民之角度觀察，亦必然得出違憲之結論。

按，112 憲判 13 於理由書第 31 段明白指出：「同為販賣第一級毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，有跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售給吸毒之消費者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。同屬販賣行為光譜兩端間之犯罪情節、所生危害與不法程度樣貌多種，輕重程度有明顯級距之別，所造成危害社會之程度自屬有異」。由是可知，對販賣第一級毒品不法內涵差異甚大之行為，系爭規定之法律效果，卻一律以無期徒刑為最低法定刑，就此而言，即已違反罪責相當原則²，並嚴重侵害人民自由及生命法益。惟 112 憲判 13 僅諭知該規定「允宜檢討」，殊嫌理由與主文矛盾。

更何況，如將系爭規定與刑法其他處罰相比，其呈現之荒謬，尤其明顯。

按處罰販賣第一級毒品之行為，本質上係因其具有危害不特定人生命、身體及健康之抽象危險。

與此相比，刑法第 271 條殺人罪，係侵害生命法益之實害行為，其法定刑為 10 年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑。此外，以實害方式侵害身體法益之行為，其最嚴重者，乃刑法第 278 條第 1 項之重傷罪，其法定刑為 5 年以上 12 年以下有期徒刑。至於對不特定多數人生命、身體、健康法益造成抽象危害之行為，在刑法中，最嚴重

實在過重又過於僵化」。

² 相同見解，請參閱，張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月，第 113 頁；李麗莉，毒品防制相關問題之研析——以販賣毒品為中心，國會季刊第 46 卷第 2 期，2018 年 6 月，第 134-135 頁。

者，乃第 185 之 1 條第 1 項之劫持、控制使用中航空器罪，法定刑為 7 年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑；其情節輕微者，法定刑減輕為 7 年以下有期徒刑。

相較上述嚴重侵害他人生命、身體法益之實害或危險行為，販賣第一級毒品，通常未直接實際造成他人死亡或重傷，系爭規定卻以剝奪被告之生命或終身自由，為唯二之法律效果，其為違反體系正義而屬違憲，不待贅言³。

按，為修正如此違憲之系爭規定，立法者所須花費之成本並不高。最簡單之方式，係將系爭規定之法定刑納入其他自由刑之選項，或仿照毒品危害防制條例第 11 條之持有毒品罪，依販賣毒品之重量/數量⁴，區分其不法內涵，而給予不同之量刑空間，均可治癒系爭規定之違憲情事。此種修法，對於從事查緝及偵辦毒品案件之警政及檢察機關，亦不致造成過多額外之行政成本。

據此，本席實無法理解，112 憲判 13 不宣告系爭規定關於法律效果部分違憲，究竟出於如何之考量？

參、因有其他減刑之規定可資適用，系爭規定即不違憲？

應指明者，112 憲判 13 於理由第 31 段稱：「在此僵化之法定刑規定之下，司法實務對於觸犯系爭規定者，除涉及走私巨量毒品進口

³ 相同見解，請參閱，王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論第 84 期，2005 年 4 月，第 262-264 頁；張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月，第 113 頁；李麗莉，毒品防制相關問題之研析—以販賣毒品為中心，國會季刊第 46 卷第 2 期，2018 年 6 月，第 126-128 頁、第 134 頁。

⁴ 以毒品之重量區分販毒行為之不法內涵，美國及德國之立法例，亦均如此，前述二國且進一步以販賣者是否屬組織犯罪型態、買受人之身分及獲利多寡等標準，區分犯罪情節之輕重，並藉此訂定層次分明之法定刑。有關美國之毒品管制立法進一步介紹，請參閱張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法律第 24 期，2010 年 6 月，第 193-195 頁；李麗莉，毒品防制相關問題之研析—以販賣毒品為中心，國會季刊第 46 卷第 2 期，2018 年 6 月，第 115-119 頁。有關德國立法例部分，請參閱王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論第 84 期，2005 年 4 月，第 268-269 頁；張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法律第 24 期，2010 年 6 月，第 190-192 頁。

或大盤者外，甚少逕行科處無期徒刑以上之刑者，而絕大多數依刑法第 59 條之規定減輕其刑，於 20 年以下、15 年以上有期徒刑之範圍內量刑（刑法第 65 條第 2 項規定參照），成為實務判決之常態」。

由是可見，由於法官就販賣第一級毒品得援引刑法及毒品危害防制條例之減刑規定，致實務適用系爭規定結果，被告鮮少被科處無期徒刑，112 憲判 13 遂認系爭規定雖以無期徒刑為最低法定刑，仍僅「允宜檢討」，而非已達違憲程度。

惟首應澄清者，無論毒品危害防制條例或刑法中關於得減刑或免刑之規定，均定有法定要件。例如：依毒品危害防制條例第 17 條第 1 項，被告須「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯」，始得減輕或免除其刑。同條第 2 項則規定，販賣毒品者，須於「偵查及歷次審判中均自白」，始得減輕其刑。刑法第 59 條明定「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重」，法院始得減輕其刑。上述法定要件不具備時，法院不得減輕或免除販賣第一級毒品被告之刑。

另查，現行實務販賣第一級毒品之個案，多數其實並無刑法第 59 條所定「犯罪情狀顯可憫恕」情事，惟法院在審理販賣毒品之案件中，仍頻繁引用該條規定酌減被告之刑，實肇因於系爭規定之法定刑過於嚴苛且單一，不能涵蓋所有販賣毒品之犯罪態樣⁵。詎料，112 憲判 13 反以實務適用刑法第 59 條為被告減輕其刑之「常態」，而推論系爭規定不違憲，豈非本末倒置？

再者，112 憲判 13 顯然忽視，法官頻繁適用刑法第 59 條，仍不能確保所有類似個案之被告，均可受相同之「優惠」對待，而不生個案間重大量刑差異之違反平等情事。

據上所述，正本清源之道，乃針對系爭規定關於以無期徒刑為最低法定刑部分，為違憲之宣告。唯有如此，始能促使立法者必須對

⁵ 此亦為法官實務上勉強適用刑法第 59 條對販賣第一級毒品之人酌減其刑之真實心聲。請參閱聲請人一於 109 年 8 月 25 日所提之聲請書，第 11-12 頁（即註 1）。

系爭規定為通盤性之檢討⁶。

肆、結論：原地踏步之立法者、罔顧沉痾之釋憲者

「販賣（第一級）毒品者，處死刑或無期徒刑」規定，自 81 年 7 月 27 日（肅清煙毒條例第 5 條第 1 項）起迄今（112 年 8 月 11 日），已存在逾 30 年。在此期間中，雖然肅清煙毒條例更名為毒品危害防制條例，且毒品危害防制條例亦曾有 10 多次之修正，惟以無期徒刑作為最低法定刑，從未改變。

88 年 1 月 29 日，司法院大法官以釋字第 476 號解釋宣告系爭規定及其前身（即上開肅清煙毒條例第 5 條第 1 項），僅以無期徒刑及死刑作為其法律效果，合憲。上開解釋迄今已近 25 年，系爭規定之重大違憲情事，仍未徹底解決。

面對原地踏步之立法者及罔顧沉痾之釋憲者，聲請人難道只能自問：人生縱有下一個 25 年，是否會有不同的大法官？

對販賣（第一級）毒品之行為，世人深惡痛絕，本席亦不例外。然而，對販賣第一級毒品科處不符罪責相當之刑罰，本席要難苟同；懷然於保障人權、捍衛憲法之職責，爰為異議之言。

⁶ 毒品危害防制條例第 4 條第 1 項所處罰之有關第一級毒品行為，除 112 憲判 13 審查之「販賣」行為外，尚有「製造及運輸」，且本條項就製造及運輸行為，亦不分情節，一概以無期徒刑或死刑相繩。本席認為，本條項關於「製造及運輸第一級毒品，處死刑或無期徒刑」部分，亦有本意見書所指牴觸審判獨立、權力分立，及不符罪責相當之違憲情事。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

關於本號判決之爭點即毒品危害防制條例第4條第1項前段規定，關於販賣第一級毒品部分（下稱系爭規定），就其情節極為輕微者，仍以無期徒刑為最低法定刑，是否過苛而違憲一節，本席認其癥結之違憲疑慮，在於其法定刑僅有死刑及無期徒刑（按，同條項後段則屬無期徒刑得併科罰金之規定），亦即自由刑僅有無期徒刑，規範範圍過窄，有違憲疑慮；並認在解釋方法上應以合憲預警之方式為之，而對本號判決主文第1項至第3項部分，尚難同意，爰提出部分不同意見書。

壹、系爭規定之刑度規範是否存在疑義？

依本號判決主文第1項及上述本號判決之爭點，本號判決係認系爭規定，就情節極為輕微者，仍以無期徒刑為最低法定刑部分，因構成情輕法重，而違反比例原則。實則，針對系爭規定「死刑或無期徒刑」之法定刑規定，曾經中華民國88年1月29日作成之司法院釋字第476號解釋認未違反比例原則。

關於系爭規定之法定刑是否合於比例原則，何以會有如此兩歧之結論，本席認為自本號判決主文第1項關於「可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則」等語，並徵諸刑法第65條第2項關於無期徒刑之減輕規定，因94年2月2日修正公布內容之重大變革，從而使系爭規定之犯行，縱量處最低之法定刑即無期徒刑，並適用刑法第59條規定酌減其刑，所得酌減之最低刑度核有「7年」與「15年」之別（詳見附表一）。準此，本席認大法官先後針對系爭規定法定刑「死刑或無期徒刑」是否牴觸比例原則之歧異見解，當與刑法第65條第2項於94年2月2日修正公布之內容有重大關聯。而就此關涉販賣毒品犯行之個案量刑之法律修正，立法者是否有對應之因應？是否影響系爭規定之刑度規範是否合憲之判斷？以下

爰循以說明。

貳、毒品危害防制條例（下稱毒品條例）就涉及販賣第一級毒品行為之整體刑度規範體系

一、系爭規定之立法沿革及相關之減輕刑度規範

如上所述，本號判決係聚焦於情輕法重，故以下關於毒品條例中與販賣毒品行為相涉之刑度規範，除系爭規定外，僅另針對減輕刑度規定為之，先此敘明。

查關於系爭規定所規範販賣第一級毒品之行為，其立法沿革詳如附表二，而其法定刑之變動則為從「死刑」到「死刑、無期徒刑」，再到「死刑、無期徒刑、無期徒刑＋罰金」，其中關於自由刑部分，於 81 年 7 月 27 日修正公布之肅清煙毒條例第 5 條規定增列「無期徒刑」後，即未再變動；另於 87 年 5 月 20 日修正公布之毒品條例第 4 條第 1 項規定增列「無期徒刑＋罰金」之態樣後，再為之數次修正均是提高得併科之罰金金額。至提高罰金刑之理由則為藉以增加犯罪成本，俾更能有效達到防制毒品擴散之目的，餘詳如附表二所示。

又針對系爭規定之販賣毒品行為，自 44 年 6 月 3 日制定公布戡亂時期肅清煙毒條例起，即有關於供出毒品（煙毒）來源，因而破獲者之減輕其刑規定（其後雖有修正文字，但規範意旨均相同），並此等減輕其刑規範，又逐步自「得減輕其刑」修正為「減輕或免除其刑」（詳如附表三所示）；此外，98 年 5 月 20 日修正公布之毒品條例第 17 條第 2 項復訂有自白者減輕其刑之規定（詳如附表四所示）。

綜上，關於系爭規定之犯行，縱量處最低之法定刑即無期徒刑，並適用刑法第 59 條規定酌減其刑，如上所述，分別依 94 年修正前後刑法第 65 條第 2 項規定（下分別稱修正前刑法第 65 條第 2 項、修正後刑法第 65 條第 2 項）所得酌減之最低刑度係有「7 年」與「15 年」之別（詳見附表一）；若個案另具有毒品條例第 17 條第 1 項、第 2 項之減輕事由，並又適用刑法第 59 條規定酌減其刑，則在

刑法第 65 條第 2 項修正前後，個案得量處之最低刑度則分別詳如附表五之一至五之三所示（此等附表因涉二以上減輕事由，各減輕事由之先後順序，其理由詳下述）。

二、系爭規定關於刑度規範之整體規範脈絡及其具體法效

自上述附表一至五（含五之一至五之三），本席認可得出如下述之毒品條例關於系爭規定刑度規範之整體規範脈絡及具體法效：

（一）依附表二所示系爭規定之法定刑變動情形，並參諸附表七關於現行毒品條例第 4 條針對販賣各級毒品行為之法定刑規定，可知立法者就販賣毒品之犯行係採重刑之立法政策，而其法定刑係按毒品之成癮性、濫用性及對社會危害性之虞等所予分級（毒品條例第 2 條規定參照），而為不同強度之層級化刑度規範（詳附表七），其中經分類為最高等級毒品即現行之第一級毒品部分，自為「死刑、無期徒刑」之刑度規範後，除增加得併科罰金及增加罰金額度外，並無變動。亦即針對販賣第一級毒品之犯行，我國以特別刑法所為之法規範，自 81 年間修正公布之肅清煙毒條例起，雖已變更唯一死刑之法制，但均維持自由刑僅無期徒刑之立法政策。

（二）又觀附表三所臚列毒品條例第 17 條第 1 項關於供出來源之減刑規定之歷史沿革，可知此規定係同條項於 98 年 5 月 20 日修正公布時，將法效由「得減輕其刑」修正為「減輕或免除其刑」，除增加「免除其刑」之選項外，依刑法第 66 條規定，亦因此使要件該當者，除獲有至少必減輕其刑之效果外，並減輕之程度係達三分之二。此外，同次修正公布之毒品條例，復於同條增列第 2 項，明定「自白」之「減輕其刑」規定（詳見附表四）。就此等減輕規範之修正，主要固為有效斷絕供給之緝毒工作，而採寬厚之刑事政策（第 17 條第 1 項部分），以及為使刑事訴訟程序儘早確定，以開啟被告自新之路（第 17 條第 2 項部分）之目的（立法院第 7 屆第 2 會期第 3 次會議議案關係文書政 17 參照），亦即於立法政策之選擇上，係透

過毒品條例第 17 條第 1 項、第 2 項關於「供出來源」及「自白」等關涉斷絕供給之毒品防制政策及減少訴訟資源之耗費等觀點，在毒品條例為整體之政策規劃。然從此等減輕規範修正時間點之連結關係（即刑法第 65 條係 94 年修正公布、上述毒品條例修正係 98 年間），或可揣測此等減輕規範之修正，尚與 94 年間修正公布之刑法第 65 條第 2 項規定所致無期徒刑可減低之刑度大幅提高難脫干係，惟縱有此考量，仍非就販賣毒品罪之法定刑本身進行調整。

（三）如上述之各減輕事由之具體效果：

- 1、於個案具有法定減輕事由，且認個案情狀顯可憫恕，欲再適用刑法第 59 條酌減其刑者，依刑法第 59 條、第 60 條及第 71 條第 2 項規定，¹ 其等間適用之先後順序為：應先適用法定減輕事由減輕其刑後，如仍認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第 59 條規定酌量減輕其刑。又有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。²
- 2、觀依上述減輕見解而為之附表五之一至五之三，可認除因刑法第 59 條之酌減規定外，如個案另具有毒品條例第 17 條第 2 項（自白）之法定減輕事由，或另併具毒品條例第 17 條第 1 項（供出來源）及第 2 項（自白）之法定減輕事由者，得量處之最低刑度，於刑法第 65 條第 2 項規定修正前後可認係相近，甚或於修正後係更低（詳見附表五之二及五之三）；但若個案所另具之法定減輕事由為毒品條例第 17 條第 1 項（供出來源）者，則於刑法第 65 條第 2 項規定修正前後，得量處之最低刑度間則有明顯差別（詳見附表五之一），而其原因則為系

¹ 刑法第 59 條規定：「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。」同法第 60 條規定：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減輕其刑。」同法第 71 條第 2 項規定：「有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。」

² 如最高法院 109 年度台上字第 306 號判決即採此見解。

爭規定之自由刑因僅無期徒刑，而無期徒刑之減輕係依刑法第65條第2項，尚非同法第66條規定，從而無從因98年修正之毒品條例第17條第1項法效為「減輕或免除其刑」，而得適用刑法第66條但書所規定減輕其刑至三分之二。

參、系爭規定之刑度規範所存之疑義

一、系爭規定之刑度規範所存違憲疑義，尚非欠缺關於情節顯然輕微者之刑度調節機制

按「……國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第23條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，……『肅清煙毒條例』……『毒品危害防制條例』，其立法目的，乃特別為肅清煙毒、防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆。因是拔其貽害之本，首予杜絕流入之途，即著重煙毒來源之截堵，以求禍害之根絕；而製造、運輸、販賣行為乃煙毒禍害之源，其源不斷，則流毒所及，非僅多數人之生命、身體受其侵害，并社會、國家之法益亦不能免，為害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬。對於此等行為之以特別立法嚴厲規範，當已符合比例原則；抑且製造、運輸、販賣煙毒之行為，除有上述高度不法之內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，若僅藉由長期自由刑措置，而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。……其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，……。」業經司法院釋字第476號解釋在案。

承上所述，關於毒品條例之特別刑法所為如系爭規定之重刑政策，除有刑法第59條之一般性酌減其刑規定外，立法者本即於毒品條例第17條第1項定有供出來源之減刑規定，予以調節；嗣因刑法第65條第2項關於無期徒刑之減輕規定於94年間之修正，致系爭規定之重刑調節機制受到極大影響（詳參附表一及五之一），乃有毒品

條例第 17 條第 1 項規定之修正及第 2 項自白減輕規定之增訂，以為重刑規範之調節。而觀附表五之一至五之三就具有毒品條例第 17 條第 1 項、第 2 項減輕事由者，於刑法第 65 條第 2 項規定修正前後係大致相當之情以觀，已可見立法者對於系爭規定所採之重刑政策，於刑法第 65 條第 2 項規定修正後，所採以斷絕毒品來源及訴訟效能之方向，而為之刑度減免規定，就個案刑度之衡平調節言，原則上尚非無其意義。

雖「法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違。」業經司法院釋字第 669 號、第 790 號解釋闡述在案，惟如上述司法院釋字第 476 號解釋所言，防制毒品危害，首予杜絕流入之途，以求禍害之根絕，而其源不斷，則流毒所及，非僅多數人之生命、身體受其侵害，並社會、國家之法益亦不能免。於現今我國社會，毒品之危害，並未減輕，甚且形成如樹木般自樹幹（最源頭之毒品製造、輸入或販賣者）逐層分支並擴增枝條狀的廣大、綿密且細微而深入之販賣網絡，是於此販賣網絡末端之任一販賣者，均屬其等販賣體系不可缺之一環，並越細微之末端販賣者，更具有擴大販賣網絡之功能，而除增加上手供給者之誘因外，亦擴大毒品危害之層面，況就毒品販賣之高利潤言，每一環節之販賣者，原則上均然。加以在毒品販賣犯行之偵查上，末端之供給者反係較容易遭查獲，從而常須藉以查知上手以斷絕供給；此外，毒品因在販賣層面具有暴利性、在吸食層面具有成癮性，因此除增加毒品防制之困難度外，亦使毒品防制成為國家層級之問題，使其成為係須透過國家整體決策，自教育、醫療、更生、法律等等不同層面予以統合規制之問題。

從而，在針對販賣毒品犯行處罰之法律規範層面，於國家已採毒品條例之特別刑法，於考量販賣毒品犯行在販賣態樣及偵查等之特殊性，並就相關毒品犯行，已針對毒品等級及行為態樣進行規範分殊化及刑度層級化之設計下，再於其中依據毒品防制政策之需要，為相關法定刑之調節規制；而其所為刑度之調節機制，乃係基於如上述毒

品防制於本質上之特殊性，於同條例第 17 條第 1 項、第 2 項為專為毒品條例之特定犯行所量身訂製之規定，是就系爭規定之刑度規範是否符合比例原則之審查，本席認尚非不得併予考量同條例第 17 條第 1 項、第 2 項規定，而與上述司法院釋字第 669 號、第 790 號解釋於進行各該審查標的之法規範，是否違反罪刑相當原則之具體審查模式未盡相同（按，該等解釋均僅就法定刑，適用刑法第 59 條之酌減結果，予以評價）。尤其是其中之毒品條例第 17 條第 2 項所規定之自白減輕事由，就個案關於此減輕要件之是否該當言，除個案係有冤情之情事外，實完全存乎犯罪行為人之一己意思即得予以滿足之事項，並個案於該當此減輕事由，且再適用刑法第 59 條規定予以酌減後，其得減輕之最低刑度已至有期徒刑 7 年 6 個月，而與刑法第 65 條第 2 項規定修正前，因無自白減輕規定，而僅適用刑法第 59 條規定酌減後之最低刑度亦已相當（詳見附表五之二），遑論再具其他之法定減輕事由者（詳見附表五之三）。

按立法者對涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多涉及法律制度之因素，係較具體察能力，而其對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重（司法院釋字第 646 號解釋意旨參照）。而承上所述，毒品販賣既有其本質上之特殊性，且立法者又已就系爭規定之法定刑，於毒品條例訂定減輕事由，為體系性之刑度調節規範，加以參酌附表五之一至五之三所示依不同組合之各減輕事由予以減輕後之最低刑度，暨將刑法第 65 條第 2 項規定修正前後予以比較結果，本席認基於上述立法者對毒品防制政策之整體考量，若認系爭規定之刑度規範存有違憲疑慮，其問題亦非對於個案情節顯然輕微者欠缺刑度之調節機制。

二、系爭規定關於刑度規範之根本疑義，在於其法定刑僅有死刑及無期徒刑之規範範圍過窄

按「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機、目的。二、犯罪時所受之刺激。三、犯罪之手段。四、犯罪行為人之生活狀況。

五、犯罪行為人之品行。六、犯罪行為人之智識程度。七、犯罪行為人與被害人之關係。八、犯罪行為人違反義務之程度。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後之態度。」又「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。」刑法第 57 條及第 59 條分別定有明文。

申言之，刑法第 59 條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。至於刑法第 57 條則是於個案已經適用刑法第 59 條規定酌量減輕其刑（含其他法定減輕事由）後，得出得量處之最高度刑及最低度刑後，於該範圍內，就個案應判處如何之刑度所應適用之規定。換言之，立法者雖就各種犯罪行為定有一定範圍之法定刑，但因個案之情節，本非立法者於立法時所得完全予以預想，而如何求個案刑度之妥適性，包含法重情輕之避免，除賦予法官個案裁量權外，作為裁量權基礎之法定刑更是其中之問題根源。³

另如本號判決所言：「……同為販賣第一級毒品者，其犯罪情節差異甚大，所涵蓋之態樣甚廣，就毒品之銷售過程以觀，有跨國性、組織犯罪集團從事大宗走私、販賣之型態；其次為有組織性之地區中盤、小盤；末端則為直接販售給吸毒之消費者，亦有銷售數量、價值與次數之差異，甚至為吸毒者彼此間互通有無，或僅為毒販遞交毒品者。……」（本號判決理由第 31 段參照）而觀系爭規定之法定刑，其原則上係僅死刑與無期徒刑（罰金係屬選擇無期徒刑後始生之併科裁量）；是就法官之個案裁量言，首先應是個案是否至須判處死刑之審酌，而於排除此一選項後，個案則僅存「無期徒刑」之選項，從而呈現絕大多數個案，法官就法定刑係實質上未能行使裁量權，而須待至少是適用刑法第 59 條酌量減輕其刑規定或存有其他之法定減

³ 個別之法定減輕事由或刑法第 59 條之酌量減輕其刑規定，雖有其意義，但因其中亦涉法官之個案裁量，而過多之個案裁量事由，反易引起更多之歧異爭議。

輕事由後，法官依前述刑法第 57 條規定應具體考量之 10 款個案情狀以行使裁量權，始實質上落實，從而彰顯系爭規定係存有法定刑規範範圍過窄之疑義；尤其，如上所述因刑法第 65 條第 2 項關於無期徒刑之減輕規定於 94 年間修法後，不僅有前述不論適用何種減輕事由均具之最低刑度大幅提高之問題外，亦存有最高刑度與最低刑度間之範圍變窄之減少個案裁量空間之問題（詳見附表一）；則於再徵諸上所述關於毒品販賣個案類型之多樣性及複雜性下，刑度規範僅有死刑、無期徒刑之系爭規定，亦難謂不存有法重情輕之疑慮。

加以，刑法第 57 條第 10 款所明定量刑標準中之「犯罪後之態度」，本質上即包含行為人之是否自白一節，而司法院於 107 年 8 月 7 日發布之「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」第 15 點更明定：審酌行為人犯罪後態度，宜考量是否悔悟，審酌悔悟態度，宜考量行為人是否自白、自白之時間點。則依毒品條例將屬量刑時之應考量事由，再規定為法定減輕事由，所形成同一事由之重複裁量，暨依前述〔貳、二、（三）2、〕關於毒品條例第 17 條第 1 項之「減輕或免除其刑」，而得適用刑法第 66 條但書規定減輕其刑至三分之二之修法美意，亦存有尚非皆得達成等情（參見附表五之一），均彰顯立法者透過毒品條例第 17 條之減輕事由所為之重刑調整機制，尚非盡如人意。從而，更加凸顯系爭規定所存法定刑僅有死刑、無期徒刑之規範範圍過窄之疑義，而使系爭規定難以避免不存有違反罪刑相當原則之違憲疑慮。

肆、基於系爭規定之法定刑所存之違憲疑慮，系爭規定應為合憲預警之諭知

一、難以同意本號判決之理由

本席並不贊成系爭規定之違憲疑義，係欠缺對於情節顯然輕微者之刑度調節機制，已如前述。此外，縱如本號判決所稱，系爭規定就情節極為輕微，顯可憫恕之個案，有情輕法重，不符憲法罪刑相當原則情事，然如前所述，其問題之根源核係系爭規定之法定刑規範範圍過窄，是本號判決所採部分違憲之解釋方法，本席認尚非根本解決

之道，且恐增添爭議。爰分述如下：

（一）本號判決所採法重情輕之解釋方法，雖為先前多號司法院解釋所採行，然先前針對法定刑而為者，不外如司法院釋字第 669 號、第 790 號及第 777 號解釋，而上述 3 號解釋所指對情節輕微個案構成顯然過苛，均有指明：（1）縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍無從為易科罰金或緩刑之宣告，或（2）無從為易科罰金之宣告等之「過苛」，即至少應於適用刑法第 59 條規定酌減其刑後存有得易科罰金或緩刑宣告之可能，或法定刑本身存有得為易科罰金宣告之可能等所謂「過苛」之標準；此自因司法院釋字第 669 號解釋、第 790 號解釋而修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 6 項、毒品條例第 12 條第 3 項，所分別為：「犯第 1 項、第 2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。」「因供自己施用而犯前項之罪，且情節輕微者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」之規定，亦可得其梗概。惟本號判決僅言「仍嫌情輕法重」，並未指明在刑度規範上，符合「非情輕法重」之標準，恐生修法之爭議。

（二）觀上述採與本號判決類似解釋方法之解釋作成後，該等法規之修法模式，核多明文針對「情節輕微」者另為刑度調節機制規定（得減輕其刑）或另為不同法定刑之規制（如上述所舉毒品條例第 12 條第 3 項之規定），惟將頗具主觀價值判斷之「情節輕微」，作為法律之個別刑罰規範之構成要件或減輕其刑之要件，姑不論於刑罰規範之明確性要求，其增加實務裁判歧異之爭議，應是可預期。尤其，系爭規定所規範之販賣毒品行為，其個案不論是行為態樣、背景原因等等之類型更為多樣，如再循上述之「情節輕微」之修法模式，而為「情節極為輕微」之要件規制，裁判歧異之爭議將更難避免，並因系爭規定之重度法定刑規範，於刑法第 59 條酌減其刑外，是否得再因「情節極為輕微」減輕其刑（詳見本號判決主文第 2 項），所

關係之刑度因長達數年（詳見附表六之一），個案判斷之歧異，所衍生之爭議將更大。

- （三）依本號判決主文第2項：「自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。」之諭知，姑不論所諭知減輕順序之疑義（詳下述），若個案依此諭知而予以減輕，則個案量刑之最低刑度為有期徒刑7年6個月（詳見附表六之一），已與併依毒品條例所規定減輕事由中極易該當之第17條第2項及刑法第59條規定之減輕結果相當（詳參附表五之二）。且若應適用本號判決主文第2項之個案，尚另有該當毒品條例第17條第1項、第2項規定之減輕事由者，則個案得量處之最低刑度係如附表六之二至六之四所示，而此等得量處之「最低刑度」是否符合毒品防制政策之整體意旨，亦頗值深思！況附表六之二至六之四所示之減輕後最低刑度，實亦呈現就系爭規定之修法，是否採行本號判決主文第2項所示之情節極為輕微者，得減輕其刑之模式（按，類似前述槍砲彈藥刀械管制條例第8條第6項規定之模式），應併思考之面向。
- （四）此外，關於上述本號判決主文第2項之諭知，本席認其諭知模式存有下列疑義：蓋依此項主文之諭知內容，核係增列系爭規定之減輕事由，而依此等減輕事由，係由憲法法庭針對系爭規定違憲部分，於修法完成前之過渡時期所為發生得減輕其刑效果之諭知，是本席認其性質應相當於法定減輕事由，則依本意見書前開〔貳、二、（三）1、〕之說明，此等數項減輕事由之情形，關於減輕之順序，刑法第59條之酌減其刑應在法定減輕事由之後，是此部分之諭知方式，本席認得仿司法院釋字第790號解釋，於主文僅為「……符合前揭情輕法重之個案，應減輕其刑」之諭知，而於判決理由，再另為類如：符合前揭情輕法重之個案，法院得依本判決意旨減輕其法定刑至二分

之一。其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑，自不待言等語之說明，亦附此敘明。

二、關於系爭規定所存法定刑規範範圍過窄之違憲疑慮，應採合憲預警之解釋方法

承前所述，本席雖認系爭規定關於刑度規範之根本疑義，在於其法定刑僅有死刑及無期徒刑之規範範圍過窄，而存有違憲疑慮！惟基於毒品條例係立法者在國家對於毒品防制政策之整體考量下，針對毒品犯罪行為規制之重要法律，且其對各級毒品之各種態樣之犯罪行為，已建立一整體且層級化刑度之規範體系，此僅觀附表七針對販賣行為之分級規範體系、附表八之針對第一級毒品之各種行為態樣所為之逐條規範，以及在各規定間針對各種行為態樣及毒品分級所為之層級化刑度規範，遑論尚有刑度加重或減輕之規範（如毒品條例第 9 條、第 17 條規定）即明；從而可知，針對毒品條例任一行為態樣之法定刑進行更動，不僅涉及各類行為態樣間之刑度衡平，亦關係其他毒品防制政策如何配合之整體考量，是就系爭規定關於刑度規範之爭議，在解釋方法上，本席認應採合憲預警之方式，其著眼點即在於系爭規定之法定刑之更動涉及毒品條例相關規定之整體考量，尚不宜逕由司法者直接為之，而係應責由立法者針對法定刑進行全面性考量，立定立法政策為之，如仍未能及時進行修正，於再有同樣爭議之聲請案，再為法規範違憲之宣告。

【附表一】刑法第 65 條第 2 項規定之無期徒刑減輕

制定或修正公布日期	24 年 1 月 1 日	94 年 2 月 2 日
內容	無期徒刑減輕者，為 7 年以上有期徒刑。	無期徒刑減輕者，為 20 年以下 15 年以上有期徒刑。(* 1)
減輕後之最高刑度	有期徒刑 15 年 (* 2)	有期徒刑 20 年
減輕後之最低刑度	有期徒刑 7 年	有期徒刑 15 年

* 1：（立法理由）無期徒刑之減輕效果，應與死刑及有期徒刑之減輕效果，具有合理之差異為當。易言之，無期徒刑減輕為有期徒刑之下限，不應低於有期徒刑減輕之上限。據此，無期徒刑減輕之效果，應以 20 年以下 15 年以上有期徒刑為當，爰修正第 2 項之規定。

* 2：24 年 1 月 1 日刑法第 33 條第 3 款規定：「有期徒刑：2 月以上、15 年以下。但遇有加減時，得減至 2 月未滿，或加至 20 年。」

【附表二】毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定之歷史沿革

制定或修正公布日期	44.6.3 （戡亂時期肅清煙毒例第 5 條第 1 項）	81.7.27 （肅清煙毒條例第 5 條第 1 項）	87.5.20 （毒品危害防制條例第 4 條第 1 項）	98.5.20	109.1.15 (△ 1)
客體	毒品或鴉片	毒品、鴉片或麻煙	第一級毒品	第一級毒品	第一級毒品
刑罰	死刑	死刑、無期徒刑	死刑、無期徒刑；無期徒刑 + 新臺幣 1000 萬元以下罰金	死刑、無期徒刑；無期徒刑 + 新臺幣 2000 萬元以下罰金	死刑、無期徒刑；無期徒刑 + 新臺幣 3000 萬元以下罰金

△ 1：（現行規定）製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣 3000 萬元以下罰金。

（立法理由）考量製造、運輸、販賣毒品所獲取之高利潤係驅使不法之徒前仆後繼從事該等行為之重要原因，是除透過刑法沒收新制擴大沒收範圍以澈底剝奪其犯罪所得外，如提高對該等行為所科之罰金，進一步增加其犯罪成本，更能有效達到防制毒品擴散之目的，爰修正第 1 項至第 5 項，提高罰金刑。

【附表三】毒品危害防制條例第 17 條第 1 項規定之歷史沿革

制定或修正公布日期	44.6.3 (戡亂時期肅清煙毒條例第 11 條)	81.7.27 (肅清煙毒條例第 11 條)	87.5.20 (毒品危害防制條例第 17 條第 1 項)	92.7.9	98.5.20 (◎ 1)
要件	供出煙毒來源，因而破獲者	供出煙毒來源，因而破獲者	供出毒品來源，因而破獲者	供出毒品來源，因而破獲者	供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者
效果	得減輕其刑	得減輕其刑	得減輕其刑	得減輕其刑	減輕或免除其刑

◎ 1：（現行規定）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。

（立法理由）照黨團協商條文通過。

【附表四】毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定之歷史沿革

增訂或修正公布日期	98.5.20	109.1.15
要件	於偵查及審判中均自白者	於偵查及歷次審判中均自白者
效果	減輕其刑	減輕其刑
內容	犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。	犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。

【刑法第 65 條第 2 項規定修正前後，經多種減輕事由減輕後之最低刑度比較表】**【附表五之一】**

減輕依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度	
	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正前	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正後
毒品條例第 17 條第 1 項（供出來源）	有期徒刑 7 年 （修正前刑法第 65 條第 2 項：7 年以上有期徒刑）	有期徒刑 15 年 （修正後刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑）
刑法第 59 條規定	有期徒刑 3 年 6 個月 （刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1）	有期徒刑 7 年 6 個月 （刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1）

【附表五之二】

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度	
	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正前	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正後
毒品條例第 17 條第 2 項 (自白)	維持無期徒刑 (尚無毒品條例第 17 條第 2 項規定)	有期徒刑 15 年 (修正後刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
刑法第 59 條規定	有期徒刑 7 年 (修正前刑法第 65 條第 2 項：7 年以上有期徒刑)	有期徒刑 7 年 6 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)

【附表五之三】

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度	
	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正前	94 年刑法第 65 條第 2 項規定修正後
毒品條例第 17 條第 2 項 (自白)	維持無期徒刑 (尚無毒品條例第 17 條第 2 項規定)	有期徒刑 15 年 (修正後刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
毒品條例第 17 條第 1 項 (供出來源)	有期徒刑 7 年 (修正前刑法第 65 條第 2 項：7 年以上有期徒刑)	有期徒刑 5 年 (刑法第 66 條但書：同時有免除其刑之規定者得減至 3 分之 2)
刑法第 59 條規定	有期徒刑 3 年 6 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)	有期徒刑 2 年 6 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)

【加入本號判決主文第 2 項減輕事由減輕後之各類型最低刑度表】

【附表六之一】

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度
刑法第 59 條規定	有期徒刑 15 年 (現行刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
本號判決意旨	有期徒刑 7 年 6 個月 (得減輕其刑至 2 分之 1)



依本號判決主文第 2 項所示減輕順序遞減

【附表六之二】（依本號判決主文第 2 項所示減輕順序遞減之最低刑度亦同）

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度
毒品條例 第 17 條第 2 項 (自白)	有期徒刑 15 年 (現行刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
本號判決意旨	有期徒刑 7 年 6 個月 (得減輕其刑至 2 分之 1)
刑法 第 59 條規定	有期徒刑 3 年 9 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)

依本意見書所採減輕順序遞減〔詳見本意見書貳、二、(三)1、〕

【附表六之三(一)】

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度
毒品條例 第 17 條第 1 項 (供出來源)	有期徒刑 15 年 (現行刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
刑法 第 59 條規定	有期徒刑 7 年 6 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)
本號判決意旨	有期徒刑 3 年 9 個月 (得減輕其刑至 2 分之 1)

依本號判決主文第 2 項所示減輕順序遞減

【附表六之三(二)】

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度
本號判決意旨	有期徒刑 15 年 (現行刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
毒品條例 第 17 條第 1 項 (供出來源)	有期徒刑 15 年 (現行刑法第 65 條第 2 項：15 年以上有期徒刑)
刑法 第 59 條規定	有期徒刑 2 年 6 個月 (刑法第 66 條：減輕至 2 分之 1)

依本意見書所採減輕順序遞減〔詳見本意見書貳、二、(三)1、〕

【附表六之四】（依本號判決主文第2項所示減輕順序遞減之最低刑度亦同）

減刑依據	無期徒刑依序減輕後之最低刑度
毒品條例 第17條第2項 (自白)	有期徒刑15年 (現行刑法第65條第2項：15年以上有期徒刑)
本號判決意旨	有期徒刑7年6個月 (得減輕其刑至2分之1)
毒品條例 第17條第1項 (供出來源)	有期徒刑2年6個月 (刑法第66條但書：同時有免除其刑之規定者得減至3分之2)
刑法 第59條規定	有期徒刑1年3個月 (刑法第66條：減輕至2分之1)



依本意見書所採減輕順序遞減〔詳見本意見書貳、二、(三)1、〕

【附表七】毒品危害防制條例第4條現行規定（109.1.15修正公布）

	行為	毒品分級或樣態	刑度	併科罰金
第1項	製造、運輸、販賣	第一級毒品	死刑或無期徒刑	處無期徒刑者，得併科新臺幣3000萬元以下罰金
第2項	製造、運輸、販賣	第二級毒品	無期徒刑或10年以上有期徒刑	得併科新臺幣1500萬元以下罰金
第3項	製造、運輸、販賣	第三級毒品	7年以上有期徒刑	得併科新臺幣1000萬元以下罰金
第4項	製造、運輸、販賣	第四級毒品	5年以上12年以下有期徒刑	得併科新臺幣500萬元以下罰金
第5項	製造、運輸、販賣	專供製造或施用毒品之器具	1年以上7年以下有期徒刑	得併科新臺幣150萬元以下罰金

【附表八】現行毒品危害防制條例關於第一級毒品之犯罪行為態樣及刑度規範

毒品危害防制條例		行為	刑度	罰金之併科
第 4 條第 1 項 (有處罰未遂)		製造、運輸、販賣	死刑或無期徒刑	處無期徒刑者，得併科新臺幣 3000 萬元以下罰金
第 5 條第 1 項		意圖販賣而持有	無期徒刑或 10 年以上有期徒刑	得併科新臺幣 700 萬元以下罰金
第 6 條第 1 項 (有處罰未遂)		以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用	死刑、無期徒刑或 10 年以上有期徒刑	處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑者，得併科新臺幣 1000 萬元以下罰金
第 7 條第 1 項 (有處罰未遂)		引誘他人施用	3 年以上 10 年以下有期徒刑	得併科新臺幣 300 萬元以下罰金
第 8 條 (有處罰未遂)	第 1 項	轉讓	1 年以上 7 年以下有期徒刑	得併科新臺幣 100 萬元以下罰金
	第 6 項	轉讓達一定數量	加重其刑至 2 分之 1	
第 9 條	第 1 項	成年人對未成年人販賣或犯前 3 條之罪	依各該條項規定加重其刑至 2 分之 1	
	第 2 項	明知為懷胎婦女而對之販賣或犯前 3 條之罪	依各該條項規定加重其刑至 2 分之 1	
	第 3 項	犯前 5 條之罪而混合 2 種以上之毒品	適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至 2 分之 1	
第 10 條第 1 項		施用	6 月以上 5 年以下有期徒刑	
第 11 條	第 1 項	持有	3 年以下有期徒刑、拘役	或科新臺幣 30 萬元以下罰金
	第 3 項	持有純質淨重 10 公克以上	1 年以上 7 年以下有期徒刑	得併科新臺幣 100 萬元以下罰金

部分不同意見書

蔡宗珍大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

林俊益大法官 加入

張瓊文大法官 加入

本席對本判決主文第一項、第二項及第四項部分敬表同意，惟不贊同將第三項內容列為主文，爰簡述部分不同意見理由如下。

一、法院裁判主文應針對訴訟標的為之，憲法法庭所為憲法裁判亦不例外；非針對訴訟標的所為主文決定，有構成訴外裁判之虞

基於司法權之被動性，法院審判權之行使係本於不告不理原則，案件經合法起訴（聲請），法院始得就當事人爭議所在之訴訟標的為審理，並作成裁判以終結訴訟程序，是法院審判程序係以訴訟標的為中心，而裁判主文正是法院對訴訟標的所為之決定，乃裁判之核心所在；裁判之各種效力亦均依主文而生。凡非屬訴訟標的範圍內之事項，法院若作成裁判主文者，即違反不告不理原則，應屬訴外裁判。

111年1月4日修正施行之憲法訴訟法，明定司法院大法官組成憲法法庭，審理各類憲法審查案件，乃我國憲法審查制度之新里程碑，其關鍵性變革即在於大法官審理案件「以全面司法化為取向，採取裁判化及法庭化之方式，以嚴謹訴訟程序與法院性質之憲法法庭運作模式，並以裁判方式宣告審理結果」（司法院大法官審理案件法修正草案總說明參照）。憲法訴訟法第33條第1項並明定憲法法庭所為之判決應作成判決書，記載包括主文在內之法定事項，此規定並於裁定準用之。由此可知，由大法官組成之憲法法庭，係以裁判方式行使職權，而主文即是憲法法庭對各類憲法訴訟聲請案訴訟標的之決定。裁判化及法庭化之憲法法庭，其所為裁判自應遵循司法審判權行使法則，不得違反不告不理原則，而為訴外裁判。此與舊制下，大法官以會議形式為憲法審查，並採解釋文方式作成憲法解釋之模式截然不同。

二、本判決主文第三項內容屬立法政策建議，將之納為主文，有訴外裁判之嫌，亦混淆裁判主文之意義

本判決合併審理之 8 件聲請案中，3 件為法院聲請法規範憲法審查案件，其餘 5 件則為人民聲請法規範憲法審查案件（舊制下之聲請解釋案件），其所聲請並為本庭所受理審查之標的，均為毒品危害防制條例第 4 條第 1 項有關販賣第一級毒品部分之規定，本庭並就此作成本判決主文第一項及第二項之決定。惟主文第三項部分，係以上開規定一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞為由，明示「相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如……」，核其意旨，僅屬憲法法庭於本案爭議之外，針對「有關機關」所為之立法政策建議，其並非本庭審查標的（即訴訟標的），亦無涉上開規定法定刑規定之違憲審查問題。憲法法庭就此等審查標的以外事項於判決理由中附予敘明，固尚無可厚非，然卻不應將之列入主文，徒增訴外裁判之慮。即使舊制時期非屬裁判體例之司法院解釋，亦幾未見有將立法政策建議列入解釋文者。況憲法法庭有關立法政策之建議，亦不因其列入裁判主文而即對有關機關產生任何拘束力。

不同意見書

黃昭元大法官 提出

[1] 本判決審查標的為毒品危害防制條例第4條第1項前段：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑」規定，多數意見先認為「立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量」，其實就是不願明講的合憲宣告。然又認為就「情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。」因而宣告「於此範圍內」，上開規定違憲，並部分變更司法院釋字第476號解釋。至於宣告上開法律部分違憲之後的匡正及救濟方式，則要求立法者於2年內修正上開規定（以上為主文第1項），並於主文第3項提示立法方向；再於主文第2項要求法院於修法完成前，逕依本判決意旨，就符合情輕法重之個案，「除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一」。

[2] 本席認為：上開規定之根本問題在於法定刑僅有死刑及無期徒刑，既過於僵硬，也明顯過苛。依照多數意見在主文第3項所提示的修法方向，法理及邏輯一致的審查結論應該是直接宣告上開規定表面上違憲（unconstitutional on the face），而非目前主文第1項這種看似適用上違憲（unconstitutional as applied）的宣告方式。後者之宣告方式其實應該是針對裁判憲法審查的案件，本庭如認為聲請案確屬情節輕微，顯可憫恕之個案，所適合採取的違憲宣告方式。在憲法訴訟法引入裁判憲法審查制度之前，大法官因只能審查抽象法規範是否違憲，無法實際審查系爭法規範於聲請個案之適用結果（包括法院裁判見解）是否違憲，因此會改採合憲限縮解釋方式，或類似本判決之「就情節輕微之個案，仍嫌情輕法重，因而於此範圍內違憲」的宣告方式。但這類宣告方式，終究不是正途。

[3] 其次，本判決延續過去釋字第790、775、669、263等號解釋之理由及方法，於審查系爭規定「法定刑」是否過苛時，都先引用並考量刑法第59條酌減其刑之規定。在釋字第263號解釋，甚至以已經有

刑法第 59 條規定可以酌減，因此連懲治盜匪條例第 2 條第 1 項第 9 款之唯一死刑規定（已廢止失效）都可合憲！上述其他三號解釋以及本判決，雖然最後都是就屬情節輕微之個案部分，宣告情輕法重而違憲，但此種論述方式，其實仍然是預設並認為：看似過苛的法定刑規定是有可能連結刑法第 59 條規定而合憲，也就是刑法第 59 條可用來拯救過苛的法定刑規定。就此，本席在釋字第 775 號解釋的協同意見書第 8 至 10 段即曾指出：刑法第 59 條仍有其要件，亦即「犯罪之情狀顯可憫恕」，並非當然可一律適用於所有個案，如此解釋方法，無異是逼迫審理個案法官必須一律先適用刑法第 59 條，反而背離刑法第 59 條之立法原意及文義。換言之，本席認為：刑法第 59 條是「宣告刑」階段的規定，屬於個案量刑時所適用的規定，類似刑法第 57 條。這和系爭規定之「法定刑」是否過苛而違憲，顯然是不同階段的問題，不應混為一談。雖然本判決於考量刑法第 59 條後，宣告系爭規定「於情輕法重之範圍內」部分違憲，其結果與本席之結論並非完全相背，然在方法上，則有上述重大差異。

[4] 再者，本判決對系爭規定法定刑中之死刑規定，也視而不見，未予任何審查。按系爭規定所處罰之「製造、運輸、販賣第一級毒品」行為，並非直接侵害他人生命法益之犯罪行為。立法對此種犯罪行為科以死刑，就違憲審查而言，不論最後的審查結論是合憲或違憲，其實都有值得詳細並深入論述的價值。

[5] 最後，本判決最初受理之聲請案本為 107 年憲二字第 331 號吳建廷聲請案，受理日期為 110 年 12 月 23 日，後於同年月 28 日公開書狀，因而吸引約 2500 件（概數）的聲請案（絕大多數為在監執行之受刑人），就相同標的聲請判決。雖然上述約 2500 件聲請案，大多符合用盡審級救濟的程序要求，其各該確定終局裁判也確實適用系爭規定，在形式上應符合受理要件。然本判決一方面未對何謂情節輕微提出具體的認定標準，另方面卻又採取幽微隱晦之浮動標準（參本判決理由第 31 段所稱「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案」），實質認定

各該聲請案之原因案件是否屬於情節輕微之個案，因而將超過 99% 的聲請案均以「未具體指摘」為由，而不受理，以致最後只剩 8 件聲請案始被本判決受理。甚至連最初受理且列為主案的上述吳建廷聲請案，也遭逆轉而不受理（本庭 112 年憲裁字第 33 號裁定）。如此奇特結果，堪稱我國釋憲史上少見的聲請案大屠殺。

[6] 就此，本席認為：本判決是法規範憲法審查，而非裁判憲法審查。在法規範憲法審查的抽象審查類型，就受理與否之決定，實在不應如此深入、具體的考量聲請原因案件之事實情節，甚至將聲請有無理由或是否給予個案救濟等判決結論的問題，提前到受理階段予以考量。如此混雜程序及實體問題，相當不妥。又即使依照本判決所持之違憲理由，就聲請案之原因案件是否屬於「情節極其輕微，顯可憫恕之個案」，本判決亦未明示其具體的認定標準，而僅於主文第 3 項指出抽象的修法方向，因此這部分應該仍屬刑事法院之職權（參主文第 2 項），或是聲請人就其原因案件請求個案救濟時，實體有無理由的問題，而不是本庭在受理階段所應考量之因素。況從各該聲請案不受理裁定之理由觀之，除了本庭完全未具體說明之「難謂已具體指摘」七個字外，也實在無法看出各該聲請案為何不符合受理要件。只能說本庭多數意見有意透過不受理裁定，先行阻絕上述約 2500 位聲請人於判決後向檢察總長請求提起非常上訴之機會，同時預先化解大量案件湧進刑事法院的壓力。雖說用心良苦，然終屬特例。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 14 號

聲 請 人 劉政哲等共五十二人

聲請人之姓名、編號、訴訟代理人及住居所，如附表一上開聲請人一至五十二（除聲請人三外）主張如附表二所列各該確定終局裁判，分別所適用之刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定、中華民國 80 年 8 月 16 日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定（或 98 年、101 年修正條文）、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定二、最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 1 款及第 2 款、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，各有抵觸憲法疑義，聲請解釋憲法、法規範憲法審查及補充司法院釋字第 178 號解釋；聲請人三十九併就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決，另聲請人三僅就最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定，各聲請裁判憲法審查。本庭判決如下：

主 文

- 一、刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所稱法官「曾參與前審之裁判者」，係指法官就同一案件之審級救濟程序，「曾參與下級審之裁判」，不包括「曾參與發回更審前同審級法院之裁判」之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。於此範圍內，司法院釋字第 178 號解釋毋庸補充或變更。 1
- 二、法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。有關機關應於本判決公告之日起 2 年內，於刑事訴訟法明定上開法官迴避事由。於修法完成前，刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應依本判決意旨辦理。 2
- 三、中華民國 80 年最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案 3

件分案實施要點第 2 點（及 98 年、101 年之修正版本，內容相同；108 年修正之版本僅更名為最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點，內容相同）及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 1 款規定，最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回之原承審法官辦理，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，均尚無違背。

四、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑 4
案……撤銷發回後再行上訴，仍分由原承辦股辦理」，及最高法
院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款規定，將重大刑事
案件發回更審再行上訴之案件仍交由原承審法官審理，與憲法第
16 條保障訴訟權之意旨，均尚無違背。

五、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「……推事曾參與第二 5
審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，
均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再
參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列」部
分，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。

六、聲請人一、聲請人四至五十二關於法規範憲法審查之聲請為無理 6
由，均駁回。

七、聲請人三聲請裁判憲法審查部分，最高法院 111 年度台抗字第 7
657 號刑事裁定違憲，廢棄並發回最高法院。

八、聲請人三十九就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決聲 8
請裁判憲法審查部分，駁回。

九、附表二所列聲請人有關暫時處分聲請部分，均駁回。 9

理 由

壹、案件事實與聲請意旨【1】 1

一、聲請人一【2】 2

聲請人一涉犯貪污治罪條例等罪，經最高法院 89 年度台上字第 3
1044 號刑事判決駁回上訴而告確定。嗣經最高檢察署（更名前為最

高法院檢察署，下稱最高檢察署）檢察總長向最高法院提起非常上訴，經最高法院 94 年度台非字第 115 號刑事判決（下稱確定終局判決一）以無理由駁回非常上訴。【3】

聲請人一於中華民國 105 年 11 月 24 日聲請解釋憲法，主張略以：非常上訴程序之合議庭法官成員，其中 2 位法官分別曾參與通常救濟程序第二審審判程序中第一次（臺灣高等法院 82 年度上訴字第 6491 號刑事判決）及更一審審判程序（臺灣高等法院 84 年度上更（一）字第 146 號刑事判決），卻未依刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定（下稱系爭規定）於非常上訴程序中迴避，是確定終局判決一實質援用之系爭規定，未包括非常上訴程序中之法官應迴避事由，侵害其憲法第 16 條之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充司法院釋字第 178 號解釋（下稱系爭解釋）等語。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【4】

二、聲請人二【5】

聲請人二因涉犯詐欺案件，經福建高等法院金門分院 108 年度上易字第 9 號刑事判決確定。聲請人二就前開判決聲請再審，經福建高等法院金門分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定（下稱確定終局裁定一）駁回再審之聲請。【6】

聲請人二於 111 年 7 月 1 日向本庭聲請法規範憲法審查，主張略以：確定終局裁定一之 2 位承審法官，曾參與作成福建高等法院金門分院 108 年度上易字第 9 號刑事判決，未於再審程序中迴避。聲請人二認確定終局裁定一實質援用之系爭規定，未包括再審程序中之法官應迴避事由，侵害其憲法第 16 條之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【7】

三、聲請人三【8】

聲請人三因家暴傷害致死案件，經臺灣高等法院高雄分院 103 年度上訴字第 679 號刑事判決確定（下稱 103 年度刑事確定判決），聲請人三就前開判決聲請再審，經法院駁回、抗告、撤銷發回後，前

開法院以 110 年度聲再更一字第 4 號刑事裁定駁回再審之聲請。聲請人三不服提起抗告，主張參與前開第二次駁回再審聲請裁定之法官曾參與上開 103 年度刑事確定判決，而未迴避。嗣最高法院以 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定（下稱確定終局裁定二）以抗告無理由駁回。【9】

確定終局裁定二之駁回理由略為：刑事案件中參與確定判決之法官，於再審案件之迴避，以 1 次為限，且限於首次對確定判決聲請再審時始應迴避，聲請人三就同一刑事確定判決已多次聲請再審，是曾參與該確定判決之法官，於第二次起之再審案件中毋庸再迴避。聲請人三認前開確定終局裁定二所持見解違憲，向本庭聲請裁判憲法審查。其餘聲請意旨詳如聲請書所載，受理標的參附表二。【10】

四、聲請人四至四十九【11】 11

聲請人四涉犯共同意圖擄人勒贖而故意殺人罪，經最高法院 89 年度台上字第 2196 號刑事判決（下稱確定終局判決二）以上訴無理由駁回而告確定。【12】 12

聲請人四於 106 年 12 月 6 日聲請解釋憲法，主張略以：作成確定終局判決二之合議庭其中 4 位法官，曾參與最高法院撤銷發回臺灣高院法院判決之審理程序（最高法院 87 年度台上字第 2540 號及 88 年度台上字第 3896 號刑事判決），未於確定終局判決二之審理程序中迴避，是確定終局判決二所實質援用之系爭規定及 80 年 8 月 16 日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點規定（下稱系爭要點一），侵害其憲法第 16 條保障之訴訟權，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。【13】 13

另聲請人五至四十九皆主張各該發回裁判之第三審法官有重複參與第三審程序，而未迴避之情形，各該裁判所適用之系爭規定、系爭要點一等規定，與憲法第 16 條保障之訴訟權有違等語，聲請法規範憲法審查。其中聲請人三十九，另併就最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決（下稱確定終局判決三）主張該判決之法官中，有 2 人曾參與第三審之第二次發回判決（最高法院 108 年度台上字第 958 14

號刑事判決)而未迴避,認有違憲之疑義等語,聲請裁判違憲審查。

【14】

上開聲請人等之聲請意旨及受理標的,詳見各該聲請書及附表 15
二所載。【15】

五、聲請人五十【16】 16

聲請人五十涉犯強盜殺人罪,經最高法院 98 年度台上字第 4758 17
號刑事判決(下稱確定終局判決四)以上訴無理由駁回而告確定。聲
請人五十於 111 年 7 月 4 日向本庭聲請法規範憲法審查,主張略以:
確定終局判決四所援用之最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決
定:「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴,仍分由原承辦股辦
理」(下稱系爭決定),容許曾參與最高法院前次撤銷發回判決審理
程序之承審法官,毋庸迴避而繼續審理並作成確定終局判決四,系爭
決定違反法律保留原則、法定法官原則及正當法律程序,侵害憲法第
16 條之訴訟權等語,聲請法規範憲法審查。其餘聲請意旨詳如聲請
書所載,受理標的參附表二。【17】

六、聲請人五十一、四十四至四十九及五十二【18】 18

聲請人五十一因涉犯殺人等罪,迭經最高法院撤銷發回高等法 19
院更審,末由聲請人就臺灣高等法院花蓮分院(下稱花蓮高分院)
97 年度重上更(三)字第 21 號刑事判決(下稱確定終局判決五)提
起上訴,經最高法院 97 年度台上字第 3864 號判決以上訴違背法律上
之程式予以駁回。聲請人五十一於 107 年 5 月 15 日聲請解釋憲法,
主張略以:作成確定終局判決五之合議庭中 2 位法官,曾參與先前之
第二審審判程序(花蓮高分院 92 年度上訴字第 18 號及 94 年度上更
(一)字第 12 號刑事判決)而未迴避,是確定終局判決五所實質援
用之系爭規定及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例(下稱系爭判
例),與公平法院的要求有所牴觸,侵害憲法第 16 條保障之訴訟權
及正當法律程序,應屬違憲,並聲請補充系爭解釋等語。【19】

聲請人五十一於上開殺人等罪案件審判過程中,認花蓮高分院 20
95 年度重上更(二)字第 53 號刑事判決之承審法官有偏頗之虞,而

曾聲請法官迴避，未經最高法院 96 年度台抗字第 27 號刑事裁定（下稱確定終局裁定三）以抗告無理由駁回聲請人五十一之聲請法官迴避。聲請人五十一於 107 年 5 月 15 日聲請解釋憲法，理由略以：確定終局裁定三所實質援用之系爭判例抵觸公平法院之要求，違反憲法第 16 條所保障之訴訟權及正當法律程序，應屬違憲，並聲請補充系爭解釋等語。【20】

另聲請人四十四至四十九，亦各主張各該確定終局判決之歷審 21
程序中，均有曾參與第三審發回更審前第二審裁判之法官，再次參與發回後同屬第二審之更審裁判，而未迴避之情事。各該裁判所適用之系爭判例，與憲法第 16 條所保障之訴訟權有違等語。【21】

又聲請人五十二，主張其自訴案件為第一審臺灣臺北地方法院 22
裁定不受理，經其抗告後由第二審法院發回第一審法院更審。聲請人五十二認該更審法官曾參與上開第一審不受理裁定而未迴避，聲請法官迴避，經臺灣臺北地方法院裁定駁回後提起抗告，復經臺灣高等法院 109 年 2 月 5 日之 109 年度抗字第 143 號刑事裁定（下稱高等法院 2 月 5 日刑事裁定）以無理由駁回，且不得再抗告。是本件聲請，應以上開高等法院 2 月 5 日刑事裁定為本案之確定終局裁定（下稱確定終局裁定四），合先敘明。聲請人五十二主張其自訴案件之第一審更審判決法官，曾參與更審前之第一審裁判而未迴避，確定終局裁定四所適用之系爭判例有違憲之疑義等語。【22】

上開聲請人等之聲請意旨及受理標的，詳見各該聲請書及附表 23
二所載。【23】

貳、受理依據、審查標的及審理程序【24】 24

一、受理依據【25】 25

（一）憲法訴訟法（下稱憲訴法）施行日前聲請者（本庭收案日為 26
111 年 1 月 3 日以前）【26】

按憲訴法第 90 條第 1 項規定：「本法修正施行前已繫屬而尚未 27
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。」司法院大法官審理案件法（下稱大

審法)第5條第1項第2款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。」次按，聲請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，經核確有正當理由者，應予受理（司法院釋字第784號、第795號解釋及本庭112年憲判字第6號判決參照）。

【27】

(二)依憲訴法第92條第2項規定，於憲訴法施行日起6個月內聲請者（本庭收案日為111年1月4日至7月4日）【28】

按憲訴法第92條第2項規定：「第59條第1項之法規範憲法審查案件……聲請人所受之確定終局裁判於本法修正施行前已送達者，6個月之聲請期間，自本法修正施行日起算；其案件之審理，準用第90條第1項但書及第91條之規定。」是於憲訴法施行後6個月內聲請者，其案件受理與否之依據，與上開（一）部分相同。【29】

(三)最終裁判於111年1月4日憲訴法修正施行後送達者【30】 30

按112年7月7日修正施行之憲訴法第59條第1項規定：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」同條第2項規定：「前項聲請，應自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之6個月不變期間內為之。」是最終裁判於憲訴法施行後始送達者，其案件受理與否之依據為憲訴法第59條規定。【31】

(四)聲請受理部分【32】 32

附表二中之各聲請人（除聲請人三外），分別就各該確定終局裁判所適用之系爭規定、系爭要點一、系爭決定或系爭判例聲請解釋憲法、法規範憲法審查，並聲請補充或變更系爭解釋；又聲請人三及三十九另分別就各該確定終局裁判聲請裁判憲法審查，核與上開各該受理要件相符，均予受理。【33】 33

另最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項（下稱系爭要 34

點二) 第 1 款及第 2 款規定，為現行最高法院刑事案件分案時，就原審更三審以上案件或重大刑事案件發回更審後上訴案件，指定發回原承辦股之規範依據，其內容分別與系爭要點一及系爭決定之意旨相同，顯具重要關聯性，爰一併納入本案之審查標的。【34】

(五) 聲請人二十三、二十四及四十九之受理部分【35】 35

查聲請人二十三於 107 年 3 月 27 日向本庭聲請解釋憲法，並於 36 同年 5 月 30 日經受理在案，嗣於等待執行期間，於 109 年 6 月 13 日死亡；聲請人二十四於 107 年 7 月 18 日向本庭聲請解釋憲法，並於同年 11 月 14 日經受理在案，嗣於等待執行期間，於 108 年 9 月 7 日死亡。上開兩位聲請人於本件中皆有委任訴訟代理人，依憲訴法第 46 條規定準用行政訴訟法第 53 條規定，訴訟代理權不因本人死亡而消滅。是為維護其等受憲法保障之基本權利，本庭爰繼續審理上開二聲請人之聲請案。【36】

另聲請人四十九部分，經查本件聲請案之確定終局判決（參附 37 表二）之受判決人為杜明郎及杜明雄二人，業皆因案執行死刑而死亡，聲請人四十九為受判決人之胞兄，係前開受判決人之二親等旁系血親，為維護因執行死刑而死亡之受判決人受憲法保障之基本權利，於此範圍內，爰參酌刑事訴訟法第 427 條第 4 款規定之法理，准許聲請人四十九為受判決人之利益聲請，合先敘明。【37】

(六) 撤回但未准許部分【38】 38

查附表二中聲請人七、十一及十七各曾具狀撤回聲請。本庭認 39 此三件聲請案均具有憲法上原則重要性，依憲訴法第 21 條第 1 項但書規定，不准許聲請人撤回聲請。【39】

二、審查標的（參附表三）【40】 40

(一) 刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……八、法官曾參與前審之裁判者。」（系爭規定）【41】 41

(二) 司法院釋字第 178 號解釋：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱 42 推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與

- 下級審之裁判而言。」（系爭解釋）【42】
- （三）80年8月16日最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」（98年、101年版本：參附表三）（系爭要點一）【43】 43
- （四）107年9月19日最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款規定：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。」（109年版本：參附表三）（系爭要點二第1款）【44】 44
- （五）最高法院83年度第8次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理……。」（系爭決定）【45】 45
- （六）107年9月19日最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第2款規定：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（109年版本：參附表三）（系爭要點二第2款）【46】 46
- （七）最高法院29年上字第3276號刑事判例：「刑事訴訟法第17條第8款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」（系爭判例）【47】 47
- （八）最高法院111年度台抗字第657號刑事裁定（聲請人三聲請）【48】 48
- （九）最高法院111年度台上字第2479號刑事判決（聲請人三十九 49

聲請)【49】

三、審理程序【50】

50

就本件刑事訴訟法官迴避之爭議，由於併案審理之聲請案共 52 51
件，依其憲法上爭點可歸納為：就同一案件，(1)再審或非常上訴
程序法官曾參與確定前裁判(包括歷審裁判)，審查標的為系爭規定
及系爭解釋(下稱類型一)；(2)第三審法官曾參與同屬第三審之
先前發回裁判，審查標的涉及系爭規定、系爭解釋、系爭要點一、系
爭要點二第 1 款及第 2 款、系爭決定(下稱類型二)；(3)第二審
或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判，審查標
的涉及系爭規定、系爭解釋及系爭判例(下稱類型三)，共三種類
型，有些聲請案更同時涉及上述類型二及三。本庭考量本件各該聲請
案之審查標的多涉及系爭規定及系爭解釋等相同規定，其憲法爭點均
與刑事訴訟程序之法官迴避事由有關，乃併案審理。【51】

依憲訴法第 19 條第 1 項規定，本庭認有必要時，得依職權舉行 52
公開或不公開之說明會，通知聲請人或關係人到庭說明。由於本件之
併案眾多，各聲請案就上開三種類型所主張之違憲事由亦有其共通
性，本庭考量公開說明會之空間、時間等事實上限制及可行性，並兼
顧訴訟效率，乃以上開三種類型案件中最早受理者，即聲請人一、四
及五十一之聲請案，為各該類型之代表案，於 111 年 10 月 24 日舉行
公開說明會。本庭除通知聲請人一、四及五十一之訴訟代理人、關係
機關最高法院與司法院刑事廳，及專家學者到會陳述意見外，並即時
線上直播說明會，另通知當時未受通知出席說明會之其餘已併案聲請
人之訴訟代理人，得以書面方式就說明會之爭點題綱提出補充書狀，
陳述意見。【52】

本庭斟酌各聲請書、說明會各方陳述及補充書狀等，作成本判 53
決，理由如下。【53】

參、形成主文之法律上意見【54】 54

一、據以審查之憲法權利【55】 55

憲法第 16 條保障人民之訴訟權，其意旨在使人民於其權利遭受 56

侵害時，得依法向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，而獲及時有效救濟，以貫徹有權利即有救濟之憲法原則。至於訴訟救濟之程序、要件、審級等重要事項，原則上應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、目的及司法資源有限性等因素，以法律定之。是立法機關就訴訟制度之具體內容，自有一定之形成空間，本庭原則上應予尊重；惟如涉及訴訟權保障之核心內容（司法院釋字第752號及第761號解釋參照），則為立法形成之界限，而應加強審查。然因刑事訴訟攸關犯罪追訴、論罪科刑等刑事正義之實現，且與被告人身自由等重要權利密切相關，是相較於民事、行政訴訟等其他訴訟程序，刑事訴訟程序自應受憲法正當法律程序原則更嚴格之要求，自不待言。

【56】

按法官迴避制度之目的在確保法官公正審判，以維護訴訟救濟 57 之功能，是法官迴避制度為訴訟制度之重要事項，原則上應由立法者以法律定之。於我國刑事訴訟程序，立法者除於刑事訴訟法第17條明定8款法官應自行迴避事由外，另於同法第18條第2款明定如有上述8款以外之事由，足認法官執行職務有偏頗之虞，當事人亦得聲請法官迴避。惟所謂「有偏頗之虞」固與維持公正審判之外觀或實質相關，然所可能涉及的事由相當多樣，其解釋適用亦容有一定之判斷餘地。上開法官迴避事由是否必然涉及憲法訴訟權保障之核心內容，仍須個別認定，難以一概而論。【57】

就此，司法院釋字第761號解釋曾明示以下二種情形，已涉及 58 訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。上開解釋雖係就法官參與同一智慧財產權事件所生之各種訴訟（民、刑事與行政訴訟）應否迴避所為之解釋，然其所闡釋之訴訟權保障核心內容，就所涉法官迴避事由之憲法爭點而言，仍足以為本件可資援引適用之裁判先例。【58】

按上開釋字第761號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因 59

而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由（司法院釋字第 761 號解釋理由書第 15 段參照）。然就法官因曾參與同一案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益。於下級審法官就同一案件再參與上級審裁判之情形，因係「審查自己所作裁判」，故必然損及當事人於該上訴審之審級救濟利益。基於同一法理，如參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，即使不涉及通常救濟程序之審級利益，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益，從而原則上亦應屬憲法所要求之法官迴避事由。反之，法官縱曾參與同一案件之先前審判，如無「審查自己所作裁判」之情形，即不必然屬於憲法所要求之法官迴避事由。【59】

是法官就其審判之個案如有「利益衝突」及「審查自己所作裁判」兩種情形之一，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。相關訴訟法規如容許法官於上述兩種情形得不迴避或未規定應迴避，該法規範應屬違憲；法官於有上述兩種情形之一時，未迴避而參與個案之審判，該個案裁判亦屬違憲。【60】

由於「利益衝突」和「審查自己所作裁判」均屬抽象概念，故立法者仍得考量法官迴避之目的（如提升人民信賴、維持公正審判外觀等）、相關程序類型（如刑事、民事或行政訴訟、上訴或抗告程序、發回更審程序、非常救濟程序等）、實體及程序利益（如避免裁判歧異、促進裁判效率等）、司法資源配置（如法院組織員額之事實上限制）等各項因素，就其具體內容及適用範圍為適當之決定。如刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 7 款規定即係立法者就利益衝突類型內容之具體化決定，同條第 2 款規定之親等範圍即為該特定情事適用範圍大小之決定。於立法未明文規定時，各級法院亦得本於法官自治原則，自訂不牴觸上位規範之補充規範。至於上述兩種情形以外之其他

迴避事由，如立法者以法律或各級法院以其分案規則，另列為法官迴避事由，以擴大對人民訴訟權之保障，自屬憲法所許。【61】

至就立法者或各級法院所定迴避事由，包括上開「利益衝突」、「審查自己所作裁判」類型，或就其他法定應迴避事由（如「有偏頗之虞」）之具體內容及適用範圍，是否屬憲法所要求之法官應迴避事由，發生爭議（如終審法院只有一庭，對其確定裁判聲請再審時之法官迴避問題），本庭則應本於憲法訴訟權及正當法律程序原則之要求，綜合並權衡上開迴避目的、相關程序類型、實體及程序利益、司法資源配置等各項因素認定之。【62】

二、本判決所涉法官迴避事由之類型、審查標的及爭點【63】

查本件各聲請人據以聲請系爭規定等法規違憲所涉之法官應自行迴避事由可分為：就同一案件，（1）再審或非常上訴程序法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判）（類型一）、（2）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判（類型二）、（3）第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判（類型三）等三種類型。上述三種類型均涉系爭規定是否違憲及系爭解釋應否變更的憲法爭點，上述類型二另涉系爭要點一、系爭要點二第1款及第2款及系爭決定，類型三則另涉系爭判例之審查標的。【64】

按上述三種類型所涉迴避事由，均係法官就同一案件曾參與先前裁判，致可能已有預斷之「審查自己所作裁判」類型，而非「利益衝突」類型。是本件就上述三種類型所審查之各該法規範是否違憲，關鍵在於：法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審級或非常救濟利益？【65】

三、主文第一項部分：系爭規定合憲，系爭解釋毋庸補充或變更【66】

系爭規定將「曾參與前審之裁判者」列為法官應自行迴避事由，依系爭解釋，系爭規定所定「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判。【67】

按於上述類型一，由於再審及非常上訴係裁判確定後的特別救濟程序，已與被告於通常救濟程序之審級利益無涉，從而應非系爭解釋所稱上下級審之情形。至於此種類型之法官重複是否亦有「審查自己所作裁判」之情形，致明顯損及被告於非常救濟程序之救濟利益，從而牴觸憲法訴訟權保障之核心部分，而為憲法要求之法官迴避事由，則屬另一問題（見本判決理由第 71 段至第 85 段）。【68】

又在刑事救濟程序中，法官曾參與發回更審前同審級法院之先前裁判，不論是上述類型二或類型三，均屬法官參與同審級之前、後裁判。於類型二之情形，該第三審法官所審查者係再次上訴之第二更審裁判；於類型三之情形，該第二審法官係審查第一審判決，第一審法官係審判檢察官提起之公訴或自訴人之自訴，都不是審查自己所作之先前裁判。縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益。至於法官因曾參與同一案件於同審級之先前裁判所生之預斷風險，是否必然構成法官有偏頗之虞，且為憲法所要求之法官迴避事由，則屬另一問題（見本判決理由第 103 段至第 122 段）。【69】

綜上，系爭規定之所以要求曾參與「前審」裁判之法官應自行迴避，其目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益。是系爭規定所稱前審，係指於刑事通常審判及救濟程序中，法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，不包括法官「曾參與確定前裁判」，也不包括法官「曾參與同一審級之先前裁判」之情形。如此解釋，也與司法院釋字第 761 號解釋將審級救濟利益納入訴訟權核心保障內容之意旨一致。就此而言，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，系爭解釋亦無補充或變更之必要。【70】

四、主文第二項部分：曾參與確定裁判之法官於再審及非常上訴程序應迴避【71】

如前所述，系爭規定所稱「前審」，依系爭解釋，係指刑事通常審判及救濟程序之下級審，例如第三審之前審為第二審及第一審，第二審之前審為第一審。依系爭規定之文義及規範意旨，就再審或非

常上訴程序而言，刑事訴訟之通常審判及救濟程序顯然不是系爭規定所稱之前審。【72】

對照行政訴訟法第19條第5款「曾參與該訴訟事件之前審裁判」及第6款「曾參與該訴訟事件再審前之裁判」之規定，可知行政訴訟法第19條第5款規定所稱「前審」，亦僅指「下級審」，而不包括「再審前之裁判」（即「裁判確定前之通常審判及救濟程序」）。故如參照上開行政訴訟法類似規定而為體系解釋，系爭規定所定之前審，應不包括「據以聲請再審或提起非常上訴之確定裁判及其歷審裁判」。【73】

再者，行政訴訟法第19條第6款明文規定法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判，應自行迴避，但其迴避以一次為限。又司法院釋字第256號解釋也已釋示：「……對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第6條第4款規定意旨，其迴避以一次為限。……」可見我國行政訴訟及民事訴訟程序早已要求曾參與各該通常審判及救濟程序之法官，於各該再審（其事由均包括事實及法律錯誤）之非常救濟程序均應迴避（然均各以一次為限），獨獨刑事訴訟程序迄今欠缺類似之明文規定。【74】

是現行刑事訴訟法並未明文要求曾參與確定裁判及其歷審程序之法官於同一案件之非常救濟程序亦應迴避。在法院實務上，最高法院110年度台抗字第1501號刑事裁定則參考司法院釋字第256號解釋意旨，要求「曾參與原確定判決之法官，於再審案件，應自行迴避。」但似亦以迴避一次為限。至於就非常上訴案件，實務上仍無類似之迴避要求。【75】

按刑事訴訟法所定之再審及非常上訴程序，其事由雖各為事實錯誤（刑事訴訟法第420條規定參照）或法律錯誤（違背法令）（刑事訴訟法第441條規定參照），然二者都是刑事訴訟法就刑事裁判確定後所設之特別救濟程序，再審之主要目的在避免錯誤或冤抑，而與上訴、抗告等審級制度所提供之救濟功能類似。非常上訴之主要目的

係為統一法令見解，另亦兼有維護被告審級利益之功能（刑事訴訟法第 447 條第 2 項規定參照）。然無論是再審或非常上訴程序均係以確定裁判為其審查標的，再審或非常上訴程序之審理法官如曾參與確定裁判，則無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己所作裁判，並期待該法官發現、糾正自己的錯誤，這不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判之外觀，足以對法官之公正性產生合理懷疑，從而損及刑事被告之非常救濟利益。【76】

次按刑事訴訟程序涉及被告之人身自由、生命權等重要權利，77 刑事確定裁判對於被告權益之不利影響，通常更甚於民事或行政訴訟之裁判。故就正當法律程序及訴訟權之憲法保障而言，刑事訴訟程序在原則上應高於民事或行政訴訟程序，至少不應低於後者。現行刑事訴訟法對此明顯抵觸刑事訴訟當事人訴訟權保障之規範漏洞，自應迅予填補。【77】

是法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事78 事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判，且不以一次為限，以貫徹法官不得審查自己所作裁判之原則，並維護當事人之非常救濟利益。故如當事人就同一案件先後多次聲請再審，或檢察總長就同一案件先後多次提起非常上訴，曾參與確定裁判之法官，於各該再審及非常上訴程序，均應自行迴避。【78】

以再審程序而言，曾參與確定裁判之法官，就是否開始再審之79 程序，及裁定開始再審後之本案更為審判程序（刑事訴訟法第 435 條及第 436 條規定參照），皆須迴避。至參與開始再審裁定之法官，繼續參與開始再審後之本案更為審判程序，因無「審查自己所作裁判」之問題，則毋庸迴避。就非常上訴程序而言，曾參與確定裁判之法官，於最高法院就非常上訴程序（包括判斷是否有理由，及認有理由後撤銷原判決、另行判決）（刑事訴訟法第 446 條及第 447 條第 1 項規定參照），固均應迴避。然如最高法院認非常上訴有理由，撤銷原判決後，依刑事訴訟法第 447 條第 2 項規定發由原審法院更為審判，

原確定判決既經撤銷而不復存在，該原審法院又須受最高法院非常上訴判決意旨之拘束，是該更為審判程序之性質實與同一案件於發回後由原審法院所為之更審程序類似。如本判決理由第113段至第120段所述，曾參與更審前裁判之法官得再參與同審級之更審裁判，既毋須迴避，則曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後發由原審法院更為審判程序」，亦係參與同審級法院就同一案件之前、後裁判，得不迴避。【79】

惟再審或非常上訴程序係刑事裁判於窮盡通常救濟程序確定 80
後，立法者所提供之額外救濟程序，容有較大的刑事訴訟政策決定空間，故就其事由、次數、程序等，立法者原應享有較為寬廣之形成自由，而得與通常救濟程序為合理之不同規定。按刑事訴訟法對於聲請再審或提起非常上訴均無期間、次數限制，就不同原因亦得分別聲請再審，而有多次再審或非常上訴之可能。綜合考量並權衡上述各因素後，本庭認為：於再審或非常上訴程序應迴避之法官，係指曾參與確定裁判本身之法官，不包括曾參與裁判確定前之歷審裁判者。蓋再審或非常上訴係以確定裁判本身為其審查標的，而非直接審查確定前之歷審裁判。就裁判確定前之歷審裁判而言，不論是同屬第三審之先前發回判決，或據以上訴第三審之第二審（包括更審）裁判，或業經第二審法官審查之第一審裁判，均非再審或非常上訴法院所直接審查之標的裁判，而不致發生「審查自己所作裁判」之情形。是曾參與裁判確定前歷審裁判之法官，如未參與作成該確定裁判本身，於該確定裁判之再審或非常上訴程序，得毋庸迴避。【80】

至於本即毋須迴避且曾參與同一案件再審或非常上訴程序裁判 81
之法官，於就同一案件再次聲請之再審或提起之非常上訴程序，亦毋須迴避。按此等先後聲請之再審或提起之非常上訴，均係對同一法院提出，與法官就同一案件參與同審級先後裁判之情形類似，且其所審查者均係各該確定裁判，而非自己先前曾參與作成之再審或非常上訴裁判。是曾參與再審或非常上訴程序之法官，於同一案件嗣後再度聲請之再審或提起之非常上訴程序亦毋庸迴避。併此指明。【81】

又當事人如就第二審或第一審法院於開始再審後本案更為審判 82
程序之裁判，或就最高法院認非常上訴有理由後發由原審法院更為審
判之裁判，再向其上級審法院尋求救濟，即與通常救濟程序無異。就
各該救濟程序中之法官迴避事由，除得適用刑事訴訟法相關規定外，
並得依其情形及本判決意旨，適用系爭規定、系爭解釋、系爭要點
一、系爭要點二、系爭決定或系爭判例。均併此指明。【82】

綜上，法官就同一案件曾參與刑事確定裁判，於該確定裁判之 83
再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）或非常上訴（包
括判斷是否有理由，及認有理由後撤銷原判決並另行判決）程序，應
自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事
由，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違。有關機關應於本判決公
告之日起 2 年內，於刑事訴訟法明定上開法官迴避事由。於修法完成
前，刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應
依本判決意旨辦理。【83】

依上開本判決意旨，於再審或非常上訴程序，憲法所要求之應 84
迴避法官雖以曾參與確定裁判本身之法官為限，而不包括曾參與裁判
確定前之歷審裁判者；又於最高法院認非常上訴有理由，依刑事訴訟
法第 447 條第 2 項規定發由原審法院更為審判之情形，曾參與確定裁
判之法官固得參與該更為審判程序，毋庸迴避。然如各級法院並無員
額限制之事實上困難，而於其分案規則進一步要求曾參與裁判確定前
歷審裁判之法官亦應迴避，或要求曾參與確定裁判之法官不得再參與
非常上訴有理由後發由原審法院更為審判程序，以擴大對人民訴訟權
之保障，自屬各級法院本於司法自主、法官自治之決定，亦為憲法所
許。併此指明。【84】

至於行政訴訟或懲戒程序之再審程序，曾參與再審前裁判之法 85
官，是否屬憲法所要求之應迴避事由？如為肯定，究應限於參與確定
裁判本身者，或亦應包括曾參與裁判確定前之歷審裁判者？又其迴避
是否以一次為限？因不同訴訟及程序類型之再審事由及要件仍有不
同，且非本判決審理標的，是立法者或各該法院仍得斟酌各該訴訟及

程序類型之不同，而有不同之規定，併此敘明。【85】

五、主文第三項及第四項部分：系爭要點一、系爭要點二第1款、第2款及系爭決定，均合憲【86】

系爭要點一及系爭要點二第1款規定最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回（即第三次審判之最高法院更二審）之原承審法官辦理，致上訴最高法院之案件自更二審起均由最高法院同一承審法官辦理，此即所謂更二連身條款（參附圖一）。又系爭決定及系爭要點二第2款規定經最高法院發回更審後再行上訴之重大刑事案件，一律交由撤銷發回判決（即最高法院第一次審判）之原承審法官審理，此即所謂重大連身條款（參附圖二）。【87】

（一）系爭要點一及系爭要點二第1款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第2款之重大連身條款之訂定經過【88】

（1）系爭要點一及系爭要點二第1款之更二連身條款訂定經過【89】
司法院於76年間為提升辦案效率，先於同年1月10日以（76）院台廳二字第01186號函詢最高法院可否試辦「就第二次以上發回更審之民刑事上訴案件，分由最後發回之原承辦法官辦理」（即「更二連身」），惟最高法院檢討後認無試辦必要。同年3月13日司法院再以（76）院台廳二字第02453號函令最高法院試辦，經最高法院於76年3月18日召開76年度第3次民刑事庭庭長會議，決定自76年3月16日起試辦上開更二連身條款，並以76年3月23日（76）台文字第0203號函復司法院備查。後最高法院再於76年9月22日召開76年度第6次民刑事庭庭長會議，通過「最高法院更二以後之民、刑事上訴案件分案暫行辦法」，正式實施更二連身條款。上開暫行辦法於78年2月22日修正更名為「最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點」，80年8月16日再修正為系爭要點一，施行迄今。後系爭要點一曾於98年、101年、103年修正文字，108年修正更名為「最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點」（此為現行規定），內容均相同。又最高法

院於 107 年 9 月 19 日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項（系爭要點二）第 1 款規定嗣亦納入上述更二連身條款，內容相同。【90】

系爭要點一（即上開 80 年版最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第 2 點）規定：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」依此規定，高等法院更三審上訴最高法院之案件，亦即最高法院第二次以上發回更審之民事及刑事上訴案件，一律分由最高法院更二審之原承審法官辦理。且不論之後再發回多少次，於又上訴第三審時，均仍分給同一位承審法官，因此實務上稱為「更二連身條款」。【91】

（2）系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款訂定經過【92】

與此同時，司法院所屬各級司法首長座談會於 78 年 3 月 23 日召開會議決議：「第二審法院判決上訴之重大刑案，如經第三審法院撤銷發回，……第二審法院更行判決後上訴時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理」，司法院並以 78 年 3 月 30 日（78）院台廳二字第 02845 號函知最高法院辦理。【93】

後最高法院於 83 年 12 月 1 日召開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理。」此即系爭決定之重大連身條款。惟最高法院 84 年第 8 次刑事庭庭長會議曾一度決議停辦上述重大連身條款，後再於 86 年 12 月 26 日召開之最高法院 86 年度第 16 次刑事庭庭長會議決議，重大刑事案件發回更審再行上訴案件，仍依上開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定，分由原承辦股辦理，亦即繼續實施上述系爭決定之重大連身條款。【94】

基此，最高法院乃於 107 年 9 月 19 日訂定發布「最高法院刑事案件分案實施要點」，於第 9 點第 1 項規定：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。……」其中（二）之第 2 款規定即系爭要點二之重大連身條款。系爭要點二後於 109 年 11 月 2 日

修正文字，內容相同。【95】

(二) 系爭要點一、系爭要點二第 1 款、第 2 款及系爭決定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權所蘊含之法定法官原則，均尚無違背【96】

憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第 80 條規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。我國憲法固未明文規定法定法官原則，然司法院釋字第 665 號解釋已明確釋示：為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法院之分派案件「應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判」，並承認法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所蘊含之憲法原則（司法院釋字第 665 號解釋理由書第 2 段至第 4 段參照）。【97】

惟上開解釋亦釋示：「……各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」（司法院釋字第 665 號解釋理由書第 3 段參照）。【98】

參照上開解釋意旨，各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合「事前訂定」及「一般適用」的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並非就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則。【99】

按系爭要點一與系爭要點二第 1 款之更二連身條款，及系爭決定與系爭要點二第 2 款之重大連身條款，均係最高法院訂定之分案規

則，形式上雖非法律，然亦屬法院組織法第 79 條第 1 項規定明文授權各級法院得自主決定之事務分配辦法之內容，而有其法律依據。又法院分案規則涉及審判行政之核心，「本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」（司法院釋字第 530 號解釋參照）。最高法院係我國民事及刑事訴訟之最高審判機關，於不牴觸上位階法令之範圍內，本即得就其所掌民事及刑事案件，自定分案規則。就此而言，亦與憲法權力分立原則所保障之司法自主性相符。

【100】

次按，上開更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，而係同時適用於上訴第三審之刑事案件，符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求。【101】

綜上，系爭要點一、系爭要點二第 1 款、第 2 款及系爭決定所定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權所蘊含之法定法官原則，均尚無違背。【102】

（三）系爭要點一及系爭要點二第 1 款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款規定，與憲法保障之訴訟權，均尚無牴觸【103】

依上開更二連身條款或重大連身條款，各該第三審法官所曾參與之先前裁判，係發回更審前之「同審級」裁判，而非「下級審」裁判，因此不是系爭規定所定及系爭解釋所稱之法官迴避事由。又此二種連身條款所涉法官重複情形，並不必然涉及法官因個人利害關係，致與其職務之執行產生利益衝突，因此自非司法院釋字第 761 號解釋

所稱之法官應迴避事由。合先說明。【104】

聲請人等雖主張同一法官重複參與同一案件之同審級裁判，可能會有其預斷風險，致影響公正審判之外觀。惟不論是依上開更二連身條款或重大連身條款之規定，甚至是因隨機分案，致重複參與同一案件再度上訴第三審裁判之法官，其所審查之裁判，都是下級審（第二審）之更審裁判，而非該法官所參與之先前第三審裁判，因此並無「審查自己所作裁判」之問題。【105】

次就所謂法官因重複參與同一案件之審判而可能形成預斷而言，法官基於其個人學養及經驗，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法，而不可能是白紙一張，任何法官皆然。況最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。然最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響。【106】

又就最高法院之發回判決而言，發回意旨未必對被告不利，因此曾參與發回判決之法官，嗣後又參與該案件再次上訴後的第三審裁判，對於被告而言，也未必會發生不利之預斷風險。反之，曾參與前次發回判決之最高法院法官，如又參與該案件再次上訴後之第三審裁判，則有提高審判效率，避免訴訟延遲之正面效益。況最高法院發回判決之發回理由，不僅可拘束受發回之更審法院（垂直拘束），對受理更審後上訴案件之法律審（即最高法院本身），亦有其拘束力（水平拘束）。不論最高法院審理更審後上訴案件之法官與發回判決之法官是否重複，皆然。是同一案件於發回更審後再次上訴第三審時，如有曾參與該案件先前發回判決之法官重複參與該第三審裁判，並採取與先前發回判決之相同法律見解，亦屬上述發回判決水平拘束效力之結果，而非純係該等重複參與第三審裁判法官之個人偏見或偏頗之虞

所致。【107】

末就最高法院身為終審法院之組織員額而言，各國之終審法院均係各該法院體系之金字塔尖端，不論是採一元、二元或多元法院體系皆然。故終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。即使是有分庭之終審法院，限於其有限員額，亦無可能就同一案件之每次上訴，都分派給完全不重複之法官審理。況最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應力求形成穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。

【108】

綜上，系爭要點一及系爭要點二第 1 款之更二連身條款、系爭決定及系爭要點二第 2 款之重大連身條款，與憲法保障之訴訟權，均尚無抵觸。是不論是依分案規則或隨機分案，曾參與前次發回判決之最高法院法官，得不迴避，而再參與該案件再次上訴後之第三審裁判。【109】

六、主文第五項部分：系爭判例合憲【110】

系爭判例即最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」依此判例意旨，參與刑事第二審裁判之法官，若於同一案件經第三審撤銷發回後，復參與第二審之更審裁判，該更審前之第二審裁判並不構成刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定所定之前審，因此毋庸迴避而得參與更審裁判。【111】

依系爭判例，曾參與第二審裁判之法官，後又參與發回後同屬第二審之更審裁判，乃係隨機分派案件的偶然結果，並非司法行政機關人為指定或以分案規則於第一次分案時即指定特定法官對於特定案件進行審判，就此而言，系爭判例自與法定法官原則無涉。【112】 112

就審級救濟利益而言，第三審發回更審，係重新開啟第二審裁判。對刑事被告而言，其在程序上仍然享有再一次的第二審裁判機會，並未因而喪失該次審級之利益。縱有同一法官於同一案件再次參與同審級之更審裁判，其所審查者仍係下級審裁判，而非審查該法官先前參與之更審前裁判。是參與更審裁判之法官與參與同審級先前裁判之法官縱有重複，亦不必然損及被告之審級救濟利益，自不因此侵害上述憲法訴訟權之核心保障內容。【113】 113

多位聲請人主張：第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判，就該案件之證據評價、事實認定等程序及實體事項，已可能形成既定成見，甚至事實上的偏見。由於此等認知限制或偏誤，以致法官往往會持續依賴過去的錯誤事實調查結果，而於新的審判過程中再次作成錯誤的事實認定及法律判斷，致產生隧道視野效應等語。【114】 114

聲請人主張之上述風險及對公正審判外觀之影響，固非完全無據。惟法官因參與同一案件之先前裁判所可能形成之事實面或法律面預斷，未必都是不利當事人之預斷，更不當然都可視為法官之偏見或有偏頗之虞，而必然構成憲法所要求之法官迴避事由。【115】 115

按上述主張係假設更審法官於第二次審判同一案件時，通常會維持先前之類似立場，因而持續作出對當事人不利之事實認定及法律判斷。然如該法官於第一次裁判時係持對被告有利之見解，後因檢察官上訴致其裁判為上級審發回更審，此時如由同一法官參與更審裁判，即未必會有上述重複不利之風險。【116】 116

次按，法官雖因曾參與而對案件有其理解，但理解並不等於誤解，也未必是偏見。公正並不預設兒童般純真，毫無所悉也不等於毫無偏頗。法官曾參與同一案件先前裁判，固可成為主張法官可能有偏 117

頗之虞的懷疑起點，但不足以成為得據以主張法官必然有偏頗之虞的唯一證據，從而斷言法官必然有偏頗之虞，且為憲法所要求之法官迴避事由。刑事程序當事人如主張法官曾參與同一案件之先前裁判，因而就該特定案件有偏頗之虞，除了主張上述法官曾參與先前裁判之情事外，當事人仍應舉出具體事證（例如法官一再忽視明顯之程序瑕疵，而就重要待證事實採取相同或類似之證據方法；對被告之種族、性別、年齡、身心狀態、職業、學經歷等個人或所屬群體特徵，曾於先前審理程序中表現明顯的歧視態度或言行等），並釋明依理性第三人之觀點，此等具體事證已足以動搖理性第三人對法官公正審判之信賴，並形成對法官公正性之合理懷疑，而非僅以當事人之主觀質疑為依據。是法官曾參與同一案件先前裁判之事實，並不必然成為足以認定法官有偏頗之虞，因而一律應迴避的唯一證據。【117】

其次，該法官參與作成之先前裁判既為上級審撤銷發回，在法律上即已不復存在，而非更審法官所審查之標的，並無同一法官審查自己所作裁判之問題。況更審法院於更審裁判時須受發回意旨之拘束，該重複參與審判之法官於更審裁判時，已未必能完全重複自己在先前審判時認事用法之見解或立場，從而限縮上述風險之出現可能及範圍。反之，同一法官再次參與更審裁判，由於其對案情、相關事證、法律適用及解釋等，相對較為熟悉，不僅有利於裁判品質及結果之正確妥當，亦有助於提升裁判效率，促進有效及迅速審判，從而維護被告速審權（註）。【118】 118

再者，各法院之法官總人數均屬有限，在案件多次發回之情形中，若一概要求曾參與審判之法官一律必須迴避，且由完全不重複之法官審判，恐將導致該法院無適格法官可審，而須移轉管轄。此等結果，反而不利該個案被告速審權之維護。【119】 119

綜上，就第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判而言，經權衡聲請人主張之預斷風險及隧道視野效應等負面影響，與促進裁判品質及效率、被告速審權等正面效益等各項因素後，本庭認為：系爭規定所稱「曾參與前審之裁判者」，應不包括第 120

三審發回第二審後，更審法官「曾參與發回更審前之同審級裁判」之情形。就此而言，系爭規定本身並不牴觸憲法保障之人民訴訟權。系爭判例亦符合系爭規定之意旨，且未牴觸憲法第 16 條保障之人民訴訟權。【120】

又即使於第二審發回第一審更審之情形，該更審前之第一審亦 121
為同審級之裁判，自非系爭規定所稱之前審。況當事人就第一審諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決、駁回公訴或自訴之裁定，提起上訴或抗告，第二審認第一審裁判不當而撤銷之，並發回第一審時（刑事訴訟法第 369 條第 1 項規定參照），原第一審裁判並未曾就該案件為實體審判，更無審查自己所作裁判之問題。是曾參與更審前同屬第一審裁判之法官，就該案件亦得參與第二審發回後之第一審更審裁判，而毋庸迴避。系爭判例雖係就第三審發回第二審更審之法官迴避問題所為，然基於同一法理，於上開第二審發回第一審更審之情形，更審前之原第一審法官自亦無庸迴避。聲請人五十二就其所受確定終局裁定四援引之系爭判例，聲請法規範憲法審查部分，自屬無理由。【121】

第二審或第一審法官於同一案件曾參與發回更審前之同審級裁判，固非憲法要求之法官應迴避事由，然如於更審裁判時確有具體事證足認其執行職務有偏頗之虞，當事人仍得依刑事訴訟法第 18 條第 2 款規定聲請法官迴避。於用盡審級救濟後，當事人對於法官未迴避之確定終局裁判，亦得依法向本庭聲請裁判憲法審查。第三審法官就同一案件曾參與發回更審前之第三審發回裁判者，亦同。均併此指明。【122】

七、主文第六項部分【123】 123

聲請人一主張曾參與刑事確定裁判及其歷審裁判之法官，於非常上訴程序，均應迴避，系爭規定所定前審應包括非常上訴前之刑事審判及救濟程序，系爭解釋於此範圍內應予補充等語。然本判決主文第二項僅要求曾參與刑事確定裁判之法官，於非常上訴程序始須迴避，至裁判確定前之歷審裁判法官則毋庸迴避，並宣告系爭規定合 124

憲，系爭解釋亦無補充或變更之必要。是聲請人一之上開法規範憲法審查聲請，除符合本判決主文第二項意旨部分外，為無理由，應予駁回。又聲請人一據以聲請之原因案件，與本判決主文第二項意旨無涉，自無從請求救濟，併此指明。【124】

至於聲請人二之法規範憲法審查聲請，依本判決主文第二項，
為有理由（本判決理由第 71 段至第 85 段參照），得就其原因案件依
法定程序請求救濟。又聲請人三則僅聲請裁判憲法審查，未聲請法規
範憲法審查，併此敘明。【125】

於上開聲請人一至三外，聲請人四至五十二關於附表二所列法
規範憲法審查聲請部分，依本判決主文第一項、第三項至第五項，為
無理由，均應駁回。【126】

八、聲請人二之原因案件個案救濟部分【127】

聲請人二就據以聲請本件法規範憲法審查之福建高等法院金門
分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定（即確定終局裁定一），主張參
與作成上開駁回其再審聲請裁定之合議庭法官中之二人，曾參與作成
其據以聲請再審之確定判決（即福建高等法院金門分院 108 年度上易
字第 9 號刑事判決），而未迴避。依本判決主文第二項意旨，刑事訴
訟法未要求法官於此情形應自行迴避，牴觸憲法保障之訴訟權，是確
定終局裁定一確有依憲法應迴避而未迴避之法官參與裁判。查聲請人
二係於 111 年 1 月 4 日憲訴法施行後，始就確定終局裁定一聲請法規
範憲法審查。就其原因案件之救濟，依憲訴法第 92 條第 2 項準用同
法第 91 條第 2 項規定，得請求檢察總長提起非常上訴；又檢察總長
亦得依職權提起非常上訴。併此指明。【128】

九、主文第七項及第八項部分：裁判憲法審查部分【129】

關於聲請人三聲請之裁判憲法審查部分，查確定終局裁定二
（即最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定）駁回聲請人三所提
抗告，其理由三、（二）認：「……因各法院員額有限，對於刑事確
定判決聲請再審者，其參與該確定判決之法官，於再審案件之迴避，
亦以 1 次為限。又再審案件之迴避，既是為了確保人民受公平法院依

正當法律程序予以審判之訴訟權益，則當其等首次對確定判決聲請再審時，當可合理期待不會再由參與該確定判決之法官審理再審案件，以落實裁判之公平性。從而，於再審案件中，關於迴避次數『以1次為限』之解釋，係指聲請人『首次』聲請再審時，參與該確定判決之法官於該次聲請案件中，均應迴避（獨任案件為獨任法官；合議案件則為全體合議庭法官）。至於該首次聲請再審案件經裁判後，參與該確定判決之法官既已……迴避1次，則於聲請人其後迭次聲請再審時，自無庸自行迴避。」上開法律見解與本判決主文第二項意旨不符（本判決理由第71段至第85段參照），是確定終局裁定二牴觸憲法保障人民訴訟權之意旨，應廢棄並發回最高法院。【130】

至聲請人三十九就確定終局判決三（即最高法院111年度台上字第2479號刑事判決）聲請裁判憲法審查部分，查上開確定終局判決三係同一案件第三次上訴第三審之判決，其審判法官中之二人，固與同一案件第二次上訴第三審之最高法院108年度台上字第958號刑事判決中之法官二人相同，然依前開本判決意旨，此等情形並非本於憲法保障訴訟權意旨所要求之法官應迴避事由（本判決理由第105段至第109段參照）。是確定終局判決三之審判法官中二人未迴避而參與審判，與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸。聲請人三十九之裁判憲法審查聲請部分，應予駁回。【131】

十、主文第九項：暫時處分聲請部分【132】 132

本件業經判決，核無暫時處分之必要，附表二所列各該聲請人關於暫時處分之聲請，均予駁回。【133】 133

肆、另行審理部分【134】 134

本件多位聲請人於其聲請書及補充書狀中，另有就本件審查標的及其他法規範（如刑法第33條第1款、刑事訴訟法第388條等）聲請法規範憲法審查，或另就各該確定終局裁判聲請裁判憲法審查者。關於此部分之聲請，除不符聲請要件而已作成不受理裁定者外，餘將由本庭另行審理，再依情形分別作成不受理裁定或實體裁判。併此敘明。【135】 135

中 華 民 國 112 年 8 月 14 日

大法官就主文所採立場如下表所示：

236

第二項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 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	呂大法官太郎
第三項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第四項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋、 楊大法官惠欽
第五項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第六項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽（除聲請人五十 外）、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋、 楊大法官惠欽（僅聲請人五十）

第七項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 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	呂大法官太郎
第八項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋
第九項	許大法官宗力、吳大法官陳鐸、 蔡大法官明誠、許大法官志雄、 張大法官瓊文、黃大法官瑞明、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍	詹大法官森林、謝大法官銘洋

【意見書】

協同意見書：蔡大法官明誠提出。

黃大法官瑞明提出。

部分不同意見書：詹大法官森林提出。

謝大法官銘洋提出。

呂大法官太郎提出。

楊大法官惠欽提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

林廷佳

中 華 民 國

112

年

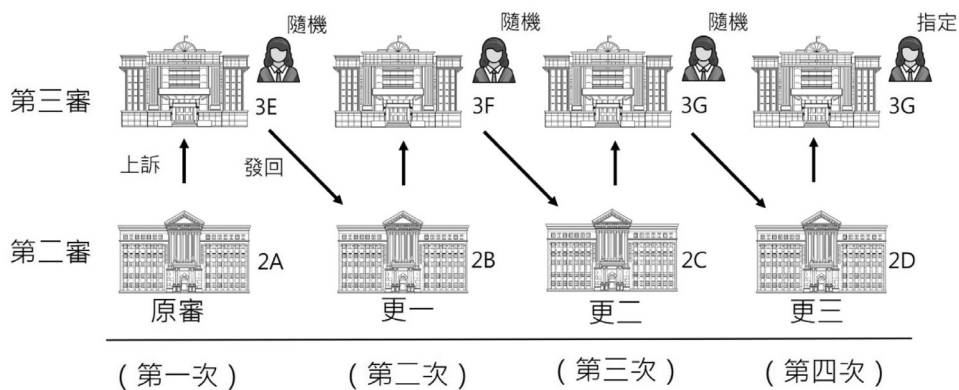
8

月

14

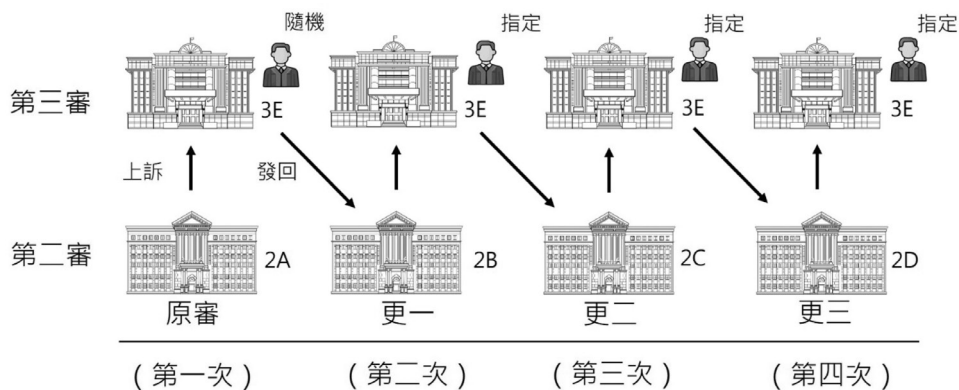
日

附圖一：更二連身條款



來源：本庭製作

附圖二：重大連身條款



來源：本庭製作

附表一：聲請人資料表

聲請人編號	聲請人姓名	訴訟代理人	聲請人住居所
聲請人一	劉政哲	陳明良律師	
聲請人二	郭泰慶 (原名郭玉興)	無	
聲請人三	A01	無	
聲請人四	黃春棋	翁國彥律師、薛煒育律師、 李艾倫律師	
聲請人五	廖家麟	任君逸律師	
聲請人六	歐陽榕	薛煒育律師	
聲請人七	蕭仁俊	薛煒育律師	
聲請人八	劉榮三	李宣毅律師	
聲請人九	連佐銘	高榮志律師	
聲請人十	蘇志效	翁國彥律師	
聲請人十一	游屹辰	薛煒育律師	
聲請人十二	王鴻偉	翁國彥律師	
聲請人十三	王信福	高煒輝律師	
聲請人十四	徐偉展	黃心賢律師、李宣毅律師	
聲請人十五	陳錫卿	薛煒育律師	
聲請人十六	邱和順	尤伯祥律師、郭皓仁律師、 李易撰律師	
聲請人十七	邱合成	高煒輝律師、宋易修律師	
聲請人十八	蕭新財	王寶蒞律師、卓詠堯律師	
聲請人十九	陳憶隆	王淑琍律師、李宣毅律師	
聲請人二十	林旺仁	高煒輝律師、翁國彥律師	
聲請人二十一	樊祖燁	張淵森律師	
聲請人二十二	徐千祥	張智皓律師	
聲請人二十三	鄭文通 (已死亡)	張寧洲律師	
聲請人二十四	吳慶陸 (已死亡)	李宣毅律師	
聲請人二十五	黃麟凱	林俊宏律師	
聲請人二十六	沈岐武	王淑琍律師、李宣毅律師、 高煒輝律師	

聲請人二十七	李崑銘	無	
聲請人二十八	王柏英	高烱輝律師	
聲請人二十九	黃富康	翁國彥律師	
聲請人三十	鄭武松	李奇芳律師	
聲請人三十一	張嘉瑤	薛煒育律師	
聲請人三十二	沈文賓	薛煒育律師	
聲請人三十三	彭建源	薛煒育律師	
聲請人三十四	林于如	林志忠律師、李宣毅律師	
聲請人三十五	余長訓	無	
聲請人三十六	劉華崑	莊佳蓉律師	
聲請人三十七	唐霖億	劉繼蔚律師、李宣毅律師、 翁國彥律師	
聲請人三十八	余自強	無	
聲請人三十九	藍重豐	林石猛律師、張宗琦律師、 林楷律師	
聲請人四十	A02	張淵森律師	
聲請人四十一	楊定融	張淵森律師	
聲請人四十二	呂文昇	林志忠律師	
聲請人四十三	高志鵬	陳為祥律師	
聲請人四十四	沈鴻霖	劉繼蔚律師、李宣毅律師、 莊家亨律師	
聲請人四十五	李德榮	林仲豪律師、翁國彥律師	
聲請人四十六	施智元	涂欣成律師、謝育錚律師	
聲請人四十七	陳文魁	涂欣成律師、高烱輝律師	
聲請人四十八	郭俊偉	賴盈志律師	
聲請人四十九	杜明志	周聖錡律師	
聲請人五十	廖敏貴	李艾倫律師	
聲請人五十一	曾盛浩	羅士翔律師、陳于晴律師、 蘇孝倫律師 (107 年度憲二字第 166 號)	
		陳于晴律師、劉佩瑋律師 (107 年度憲二字第 159 號)	
聲請人五十二	陳羿璇	林瑞富律師	
	陳黃寶春		

附表二：聲請人及受理標的

聲請人編號	聲請人	案號	確定終局裁判	受理審查標的
聲請人一	劉政哲	會台字第 13254 號	最高法院 94 年度台非字第 115 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人二	郭泰慶 (原名郭玉興)	111 年度憲民字第 903943 號	福建高等法院金門分院 110 年度聲再字第 6 號刑事裁定	系爭規定 暫時處分
聲請人三	A01	111 年度憲民字第 3936 號	最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定	確定終局裁定 (裁判憲法審查)
聲請人四	黃春棋	會台字第 13770 號	最高法院 89 年度台上字第 2196 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人五	廖家麟	會台字第 11556 號	最高法院 99 年度台上字 5845 號刑事判決	系爭解釋 系爭要點一
聲請人六	歐陽榕	會台字第 10550 號	最高法院 100 年度台上字第 1522 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人七	蕭仁俊	會台字第 13205 號	最高法院 99 年度台上字第 5845 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人八	劉榮三	107 年度憲二字第 230 號	最高法院 98 年度台上字第 1009 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人九	連佐銘	107 年度憲二字第 214 號	最高法院 94 年度台上字第 3481 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十	蘇志效	107 年度憲二字第 171 號	最高法院 101 年度台上字第 3991 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十一	游屹辰	107 年度憲二字第 267 號	最高法院 101 年度台上字第 3991 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十二	王鴻偉	107 年度憲二字第 238 號	最高法院 98 年度台上字第 2594 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一

聲請人十三	王信福	107 年度憲二 字第 221 號	最高法院 100 年度台上 字第 3905 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十四	徐偉展	107 年度憲二 字第 293 號	最高法院 101 年度台上 字第 5346 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十五	陳錫卿	會台字第 13204 號	最高法院 98 年度台上 字第 4148 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十六	邱和順	107 年度憲二 字第 43 號	最高法院 100 年度台上 字第 4177 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十七	邱合成	107 年度憲二 字第 49 號	最高法院 102 年度台上 字第 2573 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一 暫時處分
聲請人十八	蕭新財	111 年度憲民 字第 903814 號	最高法院 94 年度台上 字第 7333 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人十九	陳憶隆	會台字第 12418 號	最高法院 89 年度台上 字第 2196 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一
聲請人二十	林旺仁	107 年度憲二 字第 48 號	最高法院 100 年度台上 字第 6514 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一 暫時處分
聲請人 二十一	樊祖燁	111 年度憲民 字第 903742 號	最高法院 106 年度台上 字第 3330 號刑事判決 最高法院 109 年度台上 字第 5321 號刑事判決	系爭規定 系爭要點一
聲請人 二十二	徐千祥	112 年度憲民 字第 900547 號	最高法院 102 年度台上 字第 4236 號刑事判決	系爭規定 系爭要點一
聲請人 二十三	鄭文通 (已死亡)	107 年度憲二 字第 101 號	最高法院 95 年度台上 字第 3255 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭要點一

聲請人 二十四	吳慶陸 (已死亡)	107 年度憲二 字第 234 號	最高法院 95 年度台上 字第 4363 刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十五	黃麟凱	107 年度憲二 字第 82 號	最高法院 106 年度台上 字第 810 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十六	沈岐武	111 年度憲民 字第 903815 號	最高法院 99 年度台上 字第 5659 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十七	李崑銘	107 年度憲二 字第 36 號	最高法院 106 年度台上 字第 1755 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十八	王柏英	107 年度憲二 字第 71 號	最高法院 98 年度台上 字第 1311 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 二十九	黃富康	107 年度憲二 字第 269 號	最高法院 101 年度台上 字第 4242 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十	鄭武松	107 年度憲二 字第 236 號	最高法院 94 年度台上 字第 784 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十一	張嘉瑤	107 年度憲二 字第 264 號	最高法院 93 年度台上 字第 6661 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十二	沈文賓	107 年度憲二 字第 142 號	最高法院 108 年度台上 字第 4039 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十三	彭建源	107 年度憲二 字第 242 號	最高法院 103 年度台上 字第 3062 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十四	林于如	會台字第 12319 號	最高法院 102 年度台上 字第 2392 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十五	余長訓	111 年度憲民 字第 76 號	最高法院 109 年度台上 字第 116 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十六	劉華崑	111 年度憲民 字第 900335 號	最高法院 94 年度台上 字第 2691 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十七	唐霖億		最高法院 98 年度台上 字第 4806 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十八	余自強	112 年度憲民 字第 900716 號	最高法院 111 年度台上 字第 4171 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人 三十九	藍重豐	112 年度憲民 字第 900452 號	最高法院 111 年度台上 字第 2479 號刑事判決	系爭規定 確定終局判決 (裁判憲法審查) 暫時處分

聲請人四十	A02	111 年度憲民字第 900396 號	最高法院 104 年度台上字第 1699 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十一	楊定融	111 年度憲民字第 124 號	最高法院 101 年度台上字第 6680 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十二	呂文昇	會台字第 13481 號	最高法院 95 年度台上字第 4363 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋
聲請人四十三	高志鵬	110 年度憲二字第 646 號	最高法院 106 年度台上字第 1337 號刑事判決	系爭規定
聲請人四十四	沈鴻霖	會台字第 13583 號	最高法院 98 年度台上字第 3507 號刑事判決 臺灣高等法院臺中分院 98 年度上重更（七）字第 5 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十五	李德榮	會台字第 13593 號	最高法院 100 年度台上字第 6227 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 100 年度上重更（十）字第 33 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十六	施智元	會台字第 13596 號	最高法院 96 年度台上字第 4154 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 95 年度上重更（三）字第 559 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十七	陳文魁	會台字第 13597 號	最高法院 98 年度台上字第 3165 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 97 年度上重更（六）字第 354 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人四十八	郭俊偉	會台字第 13601 號	最高法院 100 年度台上字第 2470 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 99 年度上重更（七）字第 186 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一

聲請人 四十九	杜明志 ¹	111 年度憲民 字第 1311 號	最高法院 101 年度台上 第 900 號刑事判決 臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上更（六） 字第 353 號刑事判決	系爭規定 系爭解釋 系爭判例 系爭要點一
聲請人 五十	廖敏貴	112 年度憲民 字第 900015 號	最高法院 98 年度台上 字第 4758 號刑事判決	系爭決定
聲請人 五十一	曾盛浩	107 年度憲二 字第 166 號	最高法院 97 年度台上 字第 3864 號刑事判決 臺灣高等法院花蓮分院 97 重上更（三）字第 21 號刑事判決	系爭解釋 系爭判例
	曾盛浩	107 年度憲二 字第 159 號	最高法院 96 年度台抗 字第 27 號刑事裁定	系爭解釋 系爭判例
聲請人 五十二	陳羿璇 陳黃寶春	109 年度憲二 字第 189 號	臺灣高等法院 109 年 2 月 5 日 109 年度抗字第 143 號刑事裁定	系爭判例

¹ 聲請人為該判決被告（杜明郎、杜明雄）之兄。

附表三：本判決之審查標的

系爭規定	刑事訴訟法第17條第8款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……八、法官曾參與前審之裁判者。」
系爭解釋	司法院釋字第178號解釋：「刑事訴訟法第17條第8款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」
系爭要點一 ¹	80年8月16日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，依保密分案程序（在保密送案簿記載某股承辦）由原承辦股辦理。」
	98年9月9日修正下達並生效之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之保密送案清單所列原承辦股法官，循保密分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點第10點規定，辦理提前分案。」
	101年7月31日修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民、刑事案件編號、計數、分案、報結要點第10點規定，辦理提前分案。」（103年未修正本規定）
系爭要點二第1款	107年9月19日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：（一）原審更三審以上再行上訴之案件。」（108年未修正本規定）
	109年11月2日修正之最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款：「九、（分原承辦庭、股）案件有下列情形之一者，分原承辦股：（一）原審更三審以上案件。」（現行法）
系爭決定	最高法院83年度第8次刑事庭庭長會議決定：「二、重大刑案……撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理……。」

¹ 108年1月2日修正並生效之最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點第2點：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民刑事案件編號計數分案報結要點第10點規定，辦理提前分案。」惟本案中並無聲請人聲請此年度版本，故未列入審查客體。

系爭要點二 第 2 款	107 年 9 月 19 日發布之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款：「九、（分原承辦股）案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（108 年未修正本規定） 109 年 11 月 2 日修正之最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款：「九、（分原承辦庭、股）案件有下列情形之一者，分原承辦股：……（二）重大刑事案件發回更審再行上訴案件。」（現行法）
系爭判例	最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例：「刑事訴訟法第 17 條第 8 款所謂推事曾參與前審之裁判應自行迴避者，係指其對於當事人所聲明不服之裁判，曾經參與，按其性質，不得再就此項不服案件執行裁判職務而言，至推事曾參與第二審之裁判，經上級審發回更審後，再行參與，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與曾參與當事人所不服之第一審裁判，而再參與其不服之第二審裁判者不同，自不在應自行迴避之列。」
裁判憲法 審查部分	1. 最高法院 111 年度台抗字第 657 號刑事裁定（聲請人三聲請） 2. 最高法院 111 年度台上字第 2479 號刑事判決（聲請人三十九聲請）

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號判決就刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定（下稱系爭規定）有關法官曾參與前審裁判之再作闡釋，並未就司法院釋字第 178 號解釋有所補充，亦不認有變更之必要。對於法官迴避相關規定，認為部分合憲，但就再審及非常上訴程序部分，則認為違憲。以上結論，固可贊同。惟就法定自行迴避事由有關前審規定與實務上所謂更二連身與重大連身條款部分，如從解釋論而言，因前審之廣狹解釋或有超越法條文義範圍之過度擴張性補充等諸多疑問，是其仍有值得再推敲之處。又前述所謂前審所涵蓋迴避之類型與範圍，在立法論上亦有商榷之餘地。爰提出協同意見書如下：

一、從解釋論有重新思考前審概念之必要

從歷史解釋觀之，中華民國 17 年 7 月 28 日制定公布之刑事訴訟法關於法官自行迴避規定部分，並未有類似現行法規定「八、法官曾參與前審之裁判者。」24 年 1 月 1 日修正公布增訂相關規定「推事曾參與前審之裁判者。」之後，僅為文字之修正，即將推事修正為法官。因此可見，法官曾參與前審裁判之用語，由來已久。所謂前審之概念，看似清楚，但細究其文義，恐有語意不明之疑慮！有認為系爭規定所謂前審之裁判，原係當事人所聲明不服之下級審裁判而言（最高法院 29 年度上字第 3276 號刑事判例參照）。惟自司法院釋字第 178 號解釋後，已引伸為包括「前前審」之第一審裁判在內，但有不同意見。¹至於就確定判決聲請再審之情形，曾參與該確定判決之

¹ 就此包含前前審之解釋，提出不同意見者，參照當時姚瑞光大法官，就司法院釋字第 178 號解釋提出不同意見，其認為「推事在第一審法院裁判之案件，經第二審法院裁判後，上訴於第三審法院，該推事如在第三審法院參與該案件之裁判（即所謂「前前審」之裁判），非「對於自己所為之裁判為裁判」；同理，推事曾參與經第三審法院撤銷發回更審前之裁判者，其後在第三審法院就該案件為裁判，亦非「對於自己所為之裁判為裁判」，均不生參與「前審裁判」之問題，不必自行迴避。但另一份由陳世榮大法官之不同意見，則認為刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定，其目的則在審級制度之維持、保障，裁判之公正

法官，於再審程序是否應依系爭規定自行迴避？如最高法院 102 年度台抗字第 143 號刑事裁定，認參與第一審裁判之法官於當事人就第二審確定判決聲請再審案件時應迴避，德國立法例（即德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項規定）亦有類似見解，認應迴避。司法院釋字第 256 號解釋對於民事再審之訴，認參與確定終局判決之法官須自行迴避，但該號解釋參照行政訴訟法第 19 條第 6 款規定之意旨，認其迴避以一次為限。此意旨於刑事再審程序，應無不同。另有關非常上訴，有認為非常上訴原非上訴或再審可比，係由唯一有權提起之檢察總長指摘判決違背法令之具體事由提起，以糾正審判違背法令為目的，其不利利益不及於被告。非常上訴之案件既係由檢察總長具體指摘判決違背法令之具體事由，即使由參與原確定判決之法官承審，亦應依法判斷具體指摘之違背法令情狀有無理由。此際，與由法官判斷自己做成認定事實之判斷有無違誤之狀況不同，宜認為參與原確定判決之法官無須迴避。²

就前審概念而言，在解釋論上，有前述相關之解釋問題，亦即除涉及前述系爭規定之歷史等解釋或補充方法外，在前述釋字第 178 號解釋與學理上見解，在拘束說外，不少採取所謂審級說，亦即前審係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁判。³換言之，乃是以垂直之審級利益是否被侵害為認定標準。⁴但此種審級利益觀點，

不過為其結果，即間接亦可免受影響是已。是所稱前審之裁判，應包括前前審之第一審裁判在內，惟經第三審撤銷發回更審前之裁判，則不在此限。以上不同意見，可見於該號解釋作成當時，就前審之概念，顯存有不同解讀之問題。

² 參照朱石炎，刑事訴訟法，臺北：三民書局，2017 年修訂 7 版 1 刷，頁 36-37 及註 3；最高法院 110 年度台抗字第 1501 號刑事裁定；最高法院 109 年度台抗字第 157 號刑事裁定等。

³ 例如最高法院 90 年度台上字第 7832 號刑事判決，推事（即法官）曾參與前審裁判之應自行迴避原因，係指同一法官，就同一案件，曾參與下級審之裁定或判決者而言，如僅曾參與審判期日前之調查程序，並未參與該案之裁判，依法即毋庸自行迴避。

⁴ 參照林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，臺北：作者發行，2022 年 10 月 11 版 2 刷，頁 101-106。

所謂前審之定義係以垂直觀點之下級審作為界定範圍，忽略刑事訴訟法、民事訴訟法與行政訴訟法皆不禁止不限次數之再審聲請，導致同一案件在水平觀點可能存有複數程序階段皆屬於同審級。甚至複數程序階段迥然存在於不同時間，分由不同法官審理。此種同一案件複數程序階段皆屬同審級之現象，顯示審級利益之概念不明，產生爭議之根源。此一概念模糊之處，正是導致更審⁵或再審究竟應否解為屬前一審之相同審級範圍而成為解釋歧異或爭議癥結所在。是所謂前審之定義是否明確，有無廣狹解釋或目的性擴張或創制性補充之可能性，繫於所謂審級利益所引致憲法保障之訴訟權內涵，究竟是由垂直觀點，強調每一審級皆受保障，但每一審級僅受一次保障即足，或係由時序觀點，強調案件每次受審皆接受保障？

綜上所述，前審雖可依文義解釋延伸為前前審，但其是否可涵蓋再審或非常上訴之前審訴訟程序，顯仍有不同解釋之空間。可見前審之概念仍待釐清，為有助於理解，自有將之類型化之必要，正如本號判決將前審區分為三類型，作為分析探究之對象。質言之，如純從普通訴訟程序之第三審相對二審而言，此部分所謂前審概念，似較無問題，但是否延伸至一審，即前述所稱前前審，則不得不仰賴前述司法院解釋，將普通程序予以擴張解釋，嚴格言之，尚可認為其仍在法律解釋範圍。但對於特別救濟程序之再審或非常上訴，法律文義尚無

⁵ 有關更審之概念，曾出現於57年1月9日修正之民事訴訟法第32條第7款規定，於92年2月7日修正公布（92年9月1日施行）規定，將之刪除。其修正理由，認法官曾參與該訴訟事件「更審前之裁判」，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，不問係在何審級，均包括在內。若該訴訟事件發回多次，而原審法院法官員額較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又依修正後第478條第4項規定，受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，而有迴避之必要，爰修正第7款。又於行政訴訟法第19條有類似用語，於中華民國99年1月13日修正公布（99年5月1日施行）規定，係因配合民事訴訟法第32條第7款有關法官自行迴避之事由，刪除該條第5款後段「或更審前之原裁判者」等文字。由此可見，於舊民事訴訟法及舊行政訴訟法相關規定，皆就前審與更審有所區別。

明確指引，本號判決涉及再審或非常上訴程序，是否亦為前審概念所涵蓋，是否屬於法律解釋範圍；或其存在法規範之設計漏洞，因不具類似性，並非係類推適用，而如欲將之納入法律適用範圍，是否宜認為其屬法之補充。如係為系爭規定規範功能上重獲生機，而就現有系爭規定為超越文義之擴張，甚至因實定法之構成要件未有明定，經由法理念，斟酌其事理之要求，而為攀附援引者，於此等適用法律之方式，較屬目的性擴張（teleologische extension）⁶或創制性補充⁷之法補充問題。總之，此部分之解釋或補充，固屬於所謂「解釋論」之範圍。惟如從較嚴格角度而言，其似已超越法條之可能文義範圍之疑義，實宜解為法之補充，並非法律解釋問題。⁸況且，因法官法定自行迴避事由，影響司法公正性甚鉅，就法規範不足部分，應由立法者修正刑事訴訟法，方屬上策，以補法規範之不足。

⁶ 目的性擴張之法補充方法，作為類推（Analogie）與目的性限縮（teleologische Reduktion）外之法續造過程中獲得法律規範之目的性論理（teleologischen Argumente）方式之一。參照 Meier/Jocham, Wie man Argumente gewinnt, JuS 2015, 490ff. 在德國法上常運用民商法中（諸如股份法、有限責任法等商法規定）。

⁷ 有關目的性擴張（參照王澤鑑，民法總則，臺北：作者發行，2021 年 8 月增訂新版 3 刷，頁 92；王澤鑑，法律思維與案例研習：請求權基礎理論體系，臺北：作者發行，2020 年 2 月校正 2 版 2 刷，頁 266 以下），以及創制性補充之補充法律之方法，參照黃茂榮，頁 493-496，609-614；Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 1995, S.216ff., 245ff.

⁸ 從比較民法觀察，德國法有關法之補充或法續造，主要運用於民法規定。例如民法第 619a 條有關損害賠償請求權之文義，係規定受僱人就因違反勞動關係之義務而生損害，僅於其就義務違反有可歸責之事由時，始應賠償僱用人因此而生之損害，此係受僱人責任之舉證責任之規定。該法條文義限制其適用範圍。但德國學理上有認其可經由目的性擴張，使之延伸及於第 311 條第 2 項有關契約磋商開始或準備等先契約之關係，及第 241 條第 2 項有關債之關係所生給付及保護義務。參照 Henssler, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2023-beck-online, BGB § 619a Rn.54，及參照該註解 206，. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003, Rn. 157; ErfK/Preis Rn. 3; BeckOGK/Feuerborn, 1.10.2021, Rn. 26; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2. Auflage 2020-beck-online, AktG § 68 Rn.20f.; Kindler, Der lange Arm des deutschen Vertriebsrechts, NJW 2016, 1855, 1857.

二、從立法論探討前審之概念與類型

本號判決理由以「審查自己裁判」為建構訴訟權保障之中心概念，固值贊同。惟其復以「同一審級前後次裁判在程序上仍係完整審級」之水平審級概念界定審級利益，此或為本號判決之立論所在，但因本號判決係屬憲法訴訟案件，為期周延，仍有再從憲法基本權審查之保障領域（Schutzbereich der Grundrechtsprüfung）為更深入探究之必要。有關法官迴避之立法目的與法理，基於法官之公正（無偏見）（impartiality; Unparteilichkeit）或中立（neutrality; Neutralität）之公平審判原則或審級利益等目的，抑或考量各法院法官員額有限之現實，並為迴避次數之限定⁹，以及憲法法定法官原則（Recht auf den gesetzlichen Richter）（德國基本法第101條第1項第2段規定參照）所涵蓋之法官對於案件之程序標的與參與人所要求之中立性及保持距離者¹⁰，從而設計訴訟法上法官自行迴避之法定事由。

再從比較法觀察，針對法官若於同一案件前次審理如何參與之具體情狀應迴避，外國有值得參考之立法例。諸如德國刑事訴訟法就法官之迴避，分別規定於第22條有關法官因利害關係（例如法官為犯罪行為之被害人、法官現或曾為被告或被害人之配偶或監護人，或有親屬關係，抑或曾擔任證人或鑑定人等），而依法不得行使審判職務之法官迴避事由，第23條規定法官參與前程序之「排除」（Ausschließung; Disqualification of Judges）迴避法定事

⁹ 參照司法院釋字第256號解釋，認民事訴訟法第32條第7款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第6條第4款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院26年上字第362號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。

¹⁰ 參照 Heil, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.; BVerfGE 21, 139 (145 f.); 133, 168 (202 f.); Conen/Tsambikakis, in: Münchener Kommentar zur StPO, 2. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1.

由與第 24 條規定因恐有偏頗之虞（Besorgnis der Befangenheit）時之「法官拒卻（拒斥¹¹）」（Richterablehnung; Recusal of Judges）聲請迴避事由。¹² 其中與本號判決有關者，係屬前述第 23 條規定。該條將法律救濟裁判（Rechtsmittelentscheidung）與再審程序（Wiederaufnahmeverfahren）之迴避¹³ 分開規定。¹⁴ 亦即該條第 1 項規定，法官於下級審曾參與之被撤銷裁判而經提起上訴之案件，依法不得參與上級審法院之裁判。第 2 項規定，法官對其曾參與之被撤銷裁判而提起再審之案件，依法不得再參與再審程序之裁判。如再審案件在上級審提起者，其在下級審曾參與裁判之法官，依法不得參與裁判。第 1 段及第 2 段規定，於曾參與再審程序之準備程序適用之。從德國立法例觀之，因法官自行迴避之事由與規範目的，甚為多樣，有因利害關係，有因審級利益，或因公平審判等諸多原因，而為規範設計其迴避事由及其適用界限，為避免適用上之爭議，如能在訴訟法上詳加明確規定，較屬妥善之立法模式。

¹¹ 有關拒斥與法官迴避規定之德國刑事訴訟法中文翻譯，參考蔡墩銘，德日刑事訴訟法，臺北：五南圖書出版公司，民國 82 年 7 月初版 1 刷，頁 7 以下。

¹² 於美國法，亦有法官資格排除之應自行迴避與聲請迴避之類似概念，參照 Edward L. Wilkinson, Judicial Disqualification and Recusal in Criminal Cases, 6 St. Mary's J. on Legal Malpractice & Ethics 76 (2016); Rajendra Kharel, Recusal and Disqualification of Judges: An Overview, 4 NJA L.J. 13 (2010); John C. Domino, The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas, Part 1, 9 TSCHS J. 9 (2020); John C. Domino, The History of Judicial Disqualification and Recusal in Texas, Part II, 9 TSCHS J. 16 (2020).

¹³ 參照 Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 66. Aufl., München: Beck, 2023, §23 Rn.5ff.

¹⁴ 就德國刑事訴訟法第 22 條及第 23 條有關法官迴避之排除事由（Ausschließungsgründe）規定而言，其係屬列舉式規定，其適用範圍採取狹義解釋（BVerfGE 30, 149(155); BGHSt 44, 4(7)）參照 Heil, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage 2023-beck-online, StPO § 22 Rn.1。是本號判決既認為刑事訴訟法不同於民事訴訟或行政訴訟等其他訴訟程序迴避規定，應採更嚴格審查密度。因此，在解釋論上，本號判決將前審過於擴張解釋或補充，恐有超越系爭規定可能文義之範圍，是否符合上述更嚴格審查，實仍有再商榷之必要。

又如日本刑事訴訟法第37條第1項規定，刑事被告有公平法院迅速公開審判之權，且公平審判乃法院裁判之生命，承審被告個案之法院組織及構成，須無偏頗之虞，是分別於同法第20條明定法院職員之排除（除斥）與第21條聲請迴避（忌避）之原因，與本件有關法官之排除規定，即第20條第7款規定，但其規定內容更加詳細，法官曾參與依第266條第2款之裁定、簡式判決、前審裁判、第398條至第400條、第412條或第413條之規定發回或移送時，曾參與原判決或裁判基礎事項之調查時，則構成法定迴避之事由。但如作為受託法官而參與之情形者，不在此限。此法定迴避事由，學理上認其係排除預斷。於此所稱前審者，以審級制度作為前提，即從上級審所見之下級審終局裁判之謂。於上訴二審時指一審判決或裁定，上訴三審時指二審之判決或裁定。¹⁵ 以上日本法規定對於前審之解釋，較為狹義，並規定內容比系爭規定更加詳細，可資參考。

從上述比較法觀察，可見未來比較一勞永逸且可行性之解決方法，就是相關機關應重視立法論上相關問題，即對法官應自行迴避之各種事由，以修法方式具體明定之，以利適用。因此亦可對應司法院相關解釋所揭示司法資源之有效運用，而向來呼籲相關機關（尤其是立法者）依司法院解釋或裁判意旨而檢討改進相關規定，並委由立法形成之意旨相符。

綜上，訴訟制度之良窳，往往牽涉一國之發展程度，從本號判決所涉及迴避問題，往往涉及訴訟制度與程序之規劃及設計時，就其有無事實上困難，而在理想與現實間之折衝及調和，此亦可從早在民國71年12月31日作成司法院釋字第178號解釋時即有所呼籲：「曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」時

¹⁵ 有關日本刑事訴訟法有關法院職員之迴避規定，參照朱朝亮譯，於吳秋宏等，日本刑事訴訟法註釋書（上冊），臺北：法官學院，111年10月，頁53，59-60，66以下。

至今日，轉眼已經 40 餘年，雖本號判決無意將之全面變更，但實質上卻作出適度之補充。是終局解決之道，未來相關機關宜參考外國立法例盡速檢討改進系爭規定及其相關實務規範，而於刑事訴訟法更明確規定系爭法官自行迴避事由，以符公平審判理念。再者，本件涉及如此多位聲請人聲請釋憲案件，且其多數原因案件亦事涉重罪，自應符合正當法律程序與公平審判等法治國原則及法規範明確性（Bestimmtheitsgebote）之憲法要求。總之，為解決法官迴避規範不足之問題，以期符合公平審判原則之要求，並避免違反憲法原則及憲法保障基本權之意旨與目的。未來有關法官之法定迴避原因之較佳立法模式，乃以法律明確且充分列舉出當然應自行迴避之事由，以杜法律解釋上之爭議，是相關機關應在立法論上多下工夫，檢討修正系爭規定，使之符合現代民主法治國所要求公平審判之期待！

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本件判決審查刑事訴訟法涉及法官迴避的三個類型問題：（1）再審或非常上訴法官曾參與確定前裁判（包括歷審裁判）；（2）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判；（3）第二審或第一審更審程序，法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判（理由第51段、第64段參照）

本件判決主文二對第一類型之問題宣示：「法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判程序）或非常上訴程序，應自行迴避，不得參與審判。刑事訴訟法未明文規定上開法官迴避事由，與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違。」

至於第二及第三類型之問題，於判決主文一、三、四及五分別宣示刑事訴訟法第17條第8款規定，以及最高法院29年上字第3276號刑事判例，認定更審法官無須迴避，以及最高法院所訂定分案實施要點所形成的更二連身及重大連身實務作法均未違憲。

本席同意此判決之主文，但認為形成主文二之理由論述，有值得進一步論述之處，爰提出協同意見書。

形成主文二之理由主要包括：法官就其審判之個案如有審查自己所作裁判之情形，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由（理由第60段參照）。另行政訴訟法於第19條第6款規定，法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判應自行迴避（但其迴避以一次為限），民事訴訟法雖未有相同之規定，但大法官於79年4月4日公布之釋字第256號解釋，認為依民事訴訟法第32條第7款關於法官自行迴避之規定，參與確定終局裁判之法官於再審程序亦應自行迴避。而刑事訴訟法則無相同之再審法官迴避之規定。於本件判決理由稱「故就正當法律程序及訴訟權之憲法保障而言，刑事訴訟程序在原則上應高於民事或行政訴訟程序，至少不應低於後者。現行刑事訴

訟法對此明顯牴觸刑事訴訟當事人訴訟權保障之規範漏洞，自應迅予填補。」（理由第 77 段參照）。

本席贊同再審法官應迴避之判決結論，但不贊同以填補規範漏洞作為判決之理由，本席認為刑事訴訟程序再審法官迴避，係不同法益保障之選擇結果，理由如下。

一、刑事訴訟法與行政 / 民事訴訟法所定之再審事由有本質之差異

（一）就法條所定再審理由觀察比較

刑事訴訟法第 420 條第 1 項全部 6 款之再審事由，依其內容觀之，都是在確定判決時不存在或不及知之事實，亦即於確定判決後始發現或發生之事實，例如：原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造（第 1 款）；原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽（第 2 款）；受有罪判決之人已證明其係被誣告（第 3 款）；參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，或參與調查犯罪之檢察事務官、司法警察官或司法警察，因該案件犯職務上之罪已經證明者（第 5 款），各該款所稱「已經證明」者，應是指判決確定後始證明而言，即為判決確定後始發生之事實。至於同條第 6 款所稱「發現新事實或新證據」於同條第 3 項已定義為「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」，雖然包括判決前已存在之事實或證據，但特別指出「未及調查斟酌」，即指原判決並無疏漏缺失而言。故整體而言，刑事訴訟程序之再審事由，是指「判決確定後始發生或發現之事實或證據」，就刑事訴訟法第 420 條所定再審事由與行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由比較，可知行政訴訟法及民事訴訟法規定之再審範圍更加廣泛。

本意見書謹將刑事訴訟法之規定與行政訴訟法之規定加以比較。按行政訴訟法第 273 條第 1 項，於第 7 款至第 13 款規定之再審事由，基本上類似刑事訴訟法第 420 條第 1 項共 6 款規定之再審事由，性質上屬判決確定後始發現或發生之事實。但行政

訴訟法第 273 條第 1 款至第 6 款規定之事由，則是確定判決違失之事由，而且已於同法規定為判決違背法令而得上訴之事由，即第 273 條第 1 項規定再審事由，其中第 1 款：「適用法規顯有錯誤」、第 2 款：「判決理由與主文顯有矛盾」、第 3 款：「判決法院之組織不合法」、第 4 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」，即已於同法第 243 條規定為違背法令而得上訴最高行政法院之事由¹，亦即在行政訴訟法第 273 條所定之再審事由，有部分與同法第 243 條所定之得上訴最高行政法院之違背法令事由完全相同。然而，刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由與該法第 379 條所定得上訴第三審之當然違背法令事由，並沒有重疊之處。亦即刑事訴訟法第 420 條所定之再審事由，都是在有罪判決確定之後始發生或發現之事由，而非存在於有罪判決之事由，因此再審程序得否審查確定判決有無違背法令之事由存在，為刑事訴訟程序與行政訴訟程序本質之差異，民事訴訟法對再審事由之規定，類似於行政訴訟法之規定。

（二）就「重要證物漏未斟酌」之規定比較

更清楚的差異在於，行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定之再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」性質上屬存在於確定判決之「當然違背法令」之類型²。然而類似規定，於刑事訴訟法僅將之列為得上訴第三審之當然違背法令事由（刑事訴訟法第 379 條第 10 款），並未列於同法第 420 條所定之再審事由，僅於第 421 條規定「不得上訴於第三審法院之案件，除前條規定外，其經第二審確定之有罪判決，如就足生影響於判決之重要證據漏未審酌者，亦得為受判決人之利益，聲請

¹ 依序為行政訴訟法第 243 條第 1 項：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」、第 2 項第 6 款：「判決不備理由或理由矛盾。」、第 1 款：「判決法院之組織不合法」、第 2 款：「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判」。

² 行政訴訟法第 273 條第 1 項第 14 款所定再審事由「原判決就足以影響於判決之重要證物漏未斟酌」並未於第 243 條列為判決違背法令之事由，但依體系解釋，應屬得上訴最高行政法院之事由。

再審。」亦即就判決之重要證物漏未斟酌，其性質亦屬原判決之疏失，刑事訴訟法將之列為得上訴第三審之理由，但未列於一般之再審事由，僅於例外之情形（即不得上訴第三審之案件）始得以此為理由提起再審。亦可見刑事訴訟法與行政訴訟法就再審事由之規定是否應屬確定判決之缺失有所區隔。

二、刑事訴訟法再審法官應迴避之理由，與行政 / 民事訴訟程序尚有所差異

刑事訴訟法之再審事由，依其內涵僅列「發現或出現新事實」之類型，而行政訴訟法及民事訴訟法之再審事由，則除「發現或出現新事實」之類型外，尚包括「判決違背法令」之類型，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由原確定判決之法官審理，的確會如本件判決理由所稱「無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己作成之裁判」，故難以期待該法官發現、糾正自己的錯誤。至於就「發現或出現新事實」再審事由之類型，於再審程序應係就原確定判決所認事用法之基礎，加上此「發現或出現新事實」一併綜合考量，以決定是否有廢棄確定判決之必要，則由原確定判決之法官審理，反較能獲得事半功倍之效果，以節省訴訟資源，對被告未必不利，此或許為刑事訴訟法就確定判決之法官於再審時並未有迴避之規定；而行政訴訟法有迴避規定之原因（另民事訴訟程序依釋字第 256 號解釋應迴避已於前述³），此或乃因為刑事訴訟與民事、行政訴訟所定之再審事由

³ 需特別注意之處在於，釋字第 256 號解釋（於民國 79 年 4 月 4 日公布）雖宣告民事訴訟程序中，對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，亦應自行迴避。惟民事訴訟法 92 年 2 月 7 日修正公布之民事訴訟法第 32 條修法理由業已說明：「第七款規定：法官曾參與該訴訟事件『更審前之裁判』，依其文義解釋，凡在更審前曾參與該訴訟事件裁判之法官，不問係在何審級，均包括在內。若該訴訟事件發回多次，而原審法院法官員額較少，勢必發生無法官可執行職務之情形。又依修正後第四百七十八條第四項規定，受發回或發交之法院，應以第三審法院所為廢棄理由之法律上判斷為其判斷基礎，故該訴訟事件於發回或發交後縱仍由參與更審前裁判之法官審理，亦不致有所偏頗，而有迴避之必要，爰修正第七款，將此部分規定刪除。」可知此乃立法者有意區別。

有本質性差異之緣故。本席因此認為，刑事訴訟法未規定確定判決之法官應迴避審理再審案件，未必為「規範漏洞」，反而可能是立法上另有考量之故。因為刑事訴訟法再審事由並沒有包括「判決違背法令」之類型，較不涉「審查自己所作判決」，故可能偏頗之疑慮並不如民事及行政訴訟程序。本席仍然支持刑事訴訟法確定判決之法官應迴避審理再審案件，但理由應係為維持公正審判之外觀，以免當事人對法官之公正性產生懷疑，此乃維護審判效率與保持審判公平之外觀間不同法益選擇之結果，而非規範漏洞之填補。

三、公務員懲戒法之相關規定有違憲疑義

公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定「法官曾參與懲戒法庭第二審確定判決者，於就該確定判決提起之再審訴訟，毋庸迴避」，與行政訴訟法第 19 條第 1 項第 6 款所定再審應迴避之規定正好相反。依本判決意旨「審查自己所作判決」為法官迴避之理由，則該公務員懲戒法第 27 條第 2 項規定已涉違憲。

另按公務員懲戒法第 85 條所規定之再審事由，與行政訴訟法第 273 條所定之再審事由相似度極高，包括前述「判決違背法令」類型（即第 1 項第 1、2、3、8 款），以及「發現或出現新事實」類型（即第 1 項第 4、5、6、7、9 款）皆有之，就「判決違背法令」類型之再審事由，如由參與確定判決之法官審理再審程序，確有「審查自己所作之裁判」之疑慮，依本意見書所採對「審查自己所作成判決」採較狹義之見解，亦已構成法官之迴避事由，依此本席認為公務員懲戒法第 27 條第 2 項有一併檢討改進之必要。

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

本判決（下稱 112 憲判 14）所處理者，係刑事法官自行迴避問題，並以憲法第 16 條所保障之訴訟權，為據以審查之憲法權利（理由第 55 段），針對 9 項審查標的（參見 112 憲判 14 理由第 41-49 段），作成 9 項主文。本席贊成其中之第 2 項及第 7 項，反對其餘 7 項，爰提出部分不同意見。

壹、主文第一項及第五項：刑事訴訟法第 17 條第 8 款所稱「法官曾參與前審之裁判」、司法院釋字第 178 號解釋、最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例

本案，有不少聲請人指摘，其原因案件之歷審法官，至少有一位以上，就各該同一案件，重複參與裁判，其情形為下列之一¹：

（一）曾參與確定前裁判，又參與再審或非常上訴程序²、（二）曾參與第三審發回判決，又參與再次上訴後之第三審裁判³、（三）曾參與更審前之第二審或第一審裁判，又參與同審級之發回後更審裁判⁴。

前揭聲請人主張，法官有前述任何一種重複參與裁判之情形者，即為刑事訴訟法第 17 條第 8 款（下稱系爭規定）所定「法官曾

¹ 參見 112 憲判 14 之爭點一。

² 例如：A（或 A、B；或 A、B、C）法官，就同一案件，曾參與第二審確定判決；嗣後，該確定判決經聲請再審或提起非常上訴，而 A、B、C 中任何一位以上法官，又參與該再審或非常上訴程序。又如：A、B、C、D、E 法官中之 1 位以上，就同一案件，係第三審判決之法官，嗣後參與該案件之非常上訴程序。

³ 例如：同一案件，曾經最高法院發回更審，且 A、B、C、D、E 為該第三審判決之法官。嗣後，該案之更審（更一、更二、更三等等）判決再經上訴於三審，A、B、C、D、E 法官中之任何一位以上，又參與此次（第二次、第三次、第四次等等任何一次）之第三審裁判。

⁴ 例如：同一案件，A 為第一審獨任或合議法官；嗣後，該案發回第一審法院更審，A 又參與該更審裁判。又如：同一案件，A、B、C 曾為二審法院之第一次判決或更審（更一、更二、更三等等）判決之法官；嗣後，該案件經發回或再經發回二審法院更審（亦即更一、更二、更三、更四等等），A、B、C 法官中任何一位以上，又參與該更審裁判。

參與前審之裁判」應自行迴避卻未迴避之情事，從而侵害其受憲法第16條保障之訴訟權。此外，因系爭規定曾經司法院大法官作成釋字第178號解釋（下稱系爭解釋），故上述聲請人另請求補充解釋系爭解釋⁵。

一、112 憲判 14 見解

112 憲判 14 指出：

1. 法官迴避制度之目的，在於確保法官公正審判，以維護訴訟救濟之功能（理由第 57 段）。
2. 司法院釋字第 761 號解釋曾明示以下二種情形，已涉及訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突⁶；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。（理由第 58 段）。
3. 司法院釋字第 761 號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由。然就法官因曾參與同一案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益（理由第 59 段）。
4. 本件聲請案涉及之法官迴避，乃釋字第 761 號解釋所稱憲法要求之第二類法官迴避事由：法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益之類型。是本件就前揭三種類型所審查之各該法規範是否違憲，關鍵在於：法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審

⁵ 參見 112 憲判 14 之爭點二。

⁶ 法官因個人利害關係，而應自行迴避審判，在刑事案件，規定於刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 7 款。

級或非常救濟利益？（理由第 65 段）。

依據前述推論，112 憲判 14 遂認為：系爭規定要求曾參與「前審」裁判之法官應自行迴避，其目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益。是系爭規定所稱前審，係指於刑事通常審判及救濟程序中，法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，不包括法官「曾參與確定前裁判」，也不包括法官「曾參與同一審級之先前裁判」之情形。如此解釋，也與司法院釋字第 761 號解釋將審級救濟利益納入訴訟權核心保障內容之意旨一致。就此而言，系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，系爭解釋亦無補充或變更之必要（理由第 70 段）。

結論上，112 憲判 14 一方面認為，系爭規定所稱「前審」，依系爭解釋，係指刑事通常審判及救濟程序之下級審，例如第三審之前審為第二審及第一審，第二審之前審為第一審。（理由第 72 段前段）故：

1. 在刑事救濟程序中，法官曾參與發回更審前同審級法院之先前裁判，不論是（1）第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判⁷，或（2）第二審或第一審更審程序法官曾參與發回更審前之同審級先前裁判⁸，均屬法官參與同審級之前、後裁判。於（1）之情形，該第三審法官所審查者係再次上訴之第二審更審裁判，於（2）之情形，該第二審法官係審查第一審判決，第一審法官係審判檢察官提起之公訴或自訴人之自訴，均非審查自己所作之先前裁判。縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益（理由第 69 段）。簡言之，系爭規定合憲，系爭解釋無庸補充或變更（理由第 66 段）。此即 112 憲判 14 之第一項主文。

⁷ 參見註 3。

⁸ 參見註 4。

他方面，112 憲判 14 認為，依系爭規定之文義及規範意旨，就再審或非常上訴程序而言，刑事訴訟之通常審判及救濟程序顯然不是系爭規定所稱之前審（理由第 72 段後段），因此：

2. 法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判，且不以一次為限，以貫徹法官不得審查自己所作裁判之原則，並維護當事人之非常救濟利益。故如當事人就同一案件先後多次聲請再審，或檢察總長就同一案件先後多次提起非常上訴，曾參與確定裁判之法官，於各該再審及非常上訴程序，均應自行迴避（理由第 78 段）。簡言之，曾參與確定裁判之法官於再審及非常上訴程序應自行迴避（理由第 71 段）。此即 112 憲判 14 之第二項主文。

二、本席不同意見

（一）系爭規定

假設 A 為某二審法院法官，曾參與該二審法院對被告所為之有罪判決。該判決因被告上訴，遭最高法院撤銷發回，更一審法官仍為被告有罪之判決（A 法官並未參與此次之更一審裁判）。該更一審判決因被告上訴，又遭最高法院撤銷發回更審。此時之更二審程序，法官必然就撤銷發回部分之犯罪事實，再度調查後始可作成裁判；因此，如 A 法官參與更二審，且更二審仍為被告有罪之判決，從被告角度，關於前開撤銷發回部分，該更二審程序，不論稱之為「A 係審查第一審判決」，或稱之為「A 係審查自己之先前裁判」，究竟有何區別？112 憲判 14 堅稱，A 法官雖參與更二審程序，但 A 法官並未審查自己之先前裁判。此種說詞，對被告而言，文字遊戲而已！

同理，假設被告經二審法院論罪科刑，檢察官以科刑過輕為由，提起第三審上訴。最高法院依上訴意旨，撤銷原判決發回更審，A 為該發回判決之承辦法官。嗣後，該案經數次更審、上訴。幾次更審後，更審法院仍為相同科刑之判決，檢察官又以科刑過輕為由，再

度提起第三審上訴。如此次之第三審判決，又經 A 法官參與（不論其是否為本次承辦法官），且再度依檢察官上訴意旨，撤銷更審判決發回第三次（或第四次、第五次等等）更審。試問：被告若詢問：「A 法官此次參與，有無審查其自己之先前裁判？」該次之最高法院判決，如何交代？外人如何客觀判斷？

綜上，誠如 112 憲判 14 所言，系爭規定要求，就同一案件，法官曾參與前審之裁判者，即應自行迴避，其立法考量在於「法官不得審查自己所作裁判」。既然如此，為確保「法官不得審查自己所作裁判」之原則，從憲法角度，系爭規定所稱「前審裁判」，應包含同一案件之任何審級裁判。亦即，就同一案件，法官一旦曾參與任何審級之裁判，嗣後即不得再參與任何關於該案件之裁判，不論該嗣後之裁判，與法官曾參與者，是否屬於同一審級。法官曾參與之裁判，係刑事裁判，且不利於被告時，尤應如此⁹。

申言之，法官一旦作成裁判，在其腦海裏，對該裁判之認事用法，即不可能消失。112 憲判 14 將系爭規定所指法官曾參與之前審裁判，限縮為「最直接之前一審裁判」，故法官自己之裁判，如非該最直接之前一審裁判，法官縱然嗣後又參與同一案件之裁判，即不會加以審查，實屬背於實情。

（二）系爭解釋

112 憲判 14 認為系爭規定與憲法保障人民訴訟權之意旨並無牴觸，遂一併認為系爭解釋亦無補充或變更之必要（理由第 70 段）。

然而，系爭解釋作成於民國 71 年 12 月 31 日，且業已指明：「該款（即本案之系爭規定）所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括「前前審」之第一審裁判

⁹ 112 憲判 14 全文，就系爭規定所指之「裁判」，係有利於被告或不利於被告，並無相關論述。但通觀 112 憲判 14 全文，且因本案所有聲請人皆為遭刑事法院判處罪刑之被告，可知 112 憲判 14 在處理本案時，係將系爭規定所稱法官曾參與之前審裁判，理解為不利於被告之情形。

在內。」換言之，對於系爭規定所稱之「前審」，系爭解釋係採擴張解釋；112 憲判 14 卻採限縮解釋。

尤應注意者，系爭解釋於理由末段強調：「至曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理。」亦即，系爭解釋作成時，最高法院推事，不論民庭或刑庭，人數有限，故如要求曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在同一案件復上訴至最高法院時均應迴避，顯有「事實上困難」。

惟以 112 憲判 14 作成之日（112 年 8 月 14 日）而言，最高法院刑庭共 9 庭，法官 43 人，含 4 位庭長、5 位審判長、18 位法官、16 位調院辦事法官¹⁰。而且，調院辦事法官，3 年即須變動，且依近年慣例，幾乎每年均有新任調院辦事法官。此項法官總人數，及其變動情形，是否已為系爭解釋所指「無事實上困難」，從而曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，在第三審復就同一案件審理時，應自行迴避而不得參與裁判？對此，112 憲判 14 無任何交代，即遽稱「系爭解釋無補充或變更必要」，尚嫌疏漏。

貳、主文第三、四項：更二連身及重大連身

一、法定法官原則

112 憲判 14 認為，該判決主文第三項及第四項分別涉及之更二連身條款及重大連身條款，及與重大連身相關之最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決定，均與憲法訴訟權蘊含之法定法官原則，尚無違背（理由第 96 段）。

查，本案共 9 項審查標的中，以更二連身條款及重大連身條款，亦為眾多聲請人所詬病及指摘。因此，如認該二條款不違反憲法保障人民訴訟權之意旨，應有詳盡、具充分說服力之理由。

¹⁰ 參見，最高法院法官名錄，網址：<https://tps.judicial.gov.tw/tw/cp-912-33563-d0c25-011.html>。最後瀏覽日：112 年 8 月 14 日。

首先，以「適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦」為由，而認為更二連身及重大連身不牴觸法定法官原則（112 憲判 14 理由第 101 段），已有不少學者及法官持反對看法¹¹，其中關於「最高法院的更二連身條款，甚至重大刑事案件一上訴就連身的慣例，不從案件當事人的角度，只從司法行政方便管考的角度出發，內容等於牴觸隨機、盲目分案的法定法官原則，尤其由司法行政以分案要點的方式規範，更有行政干涉審判之嫌」之批評¹²，更值得各方省思。

其次，以「提升辦案效率」（112 憲判 14 理由第 90 段）、「提升審判運作之效率」（112 憲判 14 理由第 98 段），作為更二連身及重大連身條款符合憲法保障訴訟權之理由，並無統計數據可資佐證¹³。何況，從更二連身自 76 年 3 月 16 日試辦（112 憲判 14 理由第 90 段）、重大連身於 78 年 3 月 30 日經司法院函最高法院辦理（112 憲判 14 理由第 93 段），迄至今日之 30 年以上期間，仍有不可勝數之二審法院更三、更四、更五，甚至更十一¹⁴ 刑事判決。由是足見，所謂「更二連身及重大連身，具有提升辦案或審判運作之效率」，明顯違反現狀¹⁵。

¹¹ 請看本案說明會上，專家學者何賴傑教授提出之專家諮詢意見書第 8 頁、第 11 頁結論 2；專家學者劉芳伶教授提出之專家諮詢意見書第 21 頁；錢建榮法官所著「違反法定法官原則的更二連身條款」，月旦法學教室，第 104 期，2014 年 6 月，48 至 56 頁。

¹² 錢建榮法官，同前註，56 頁，結論。

¹³ 參見本席於本案說明會上對最高法院出席法官之詢問，及該法官之回答。此有前開說明會記錄第 14-15 頁可供參酌。

¹⁴ 參見臺灣高等法院 97 年度重上更（十一）字第 218 號刑事判決，及本席於 112 年 8 月 11 日 1 就憲法法庭 112 年憲裁字第 29 號裁定所提部分不同意見書。

¹⁵ 至於所謂更二連身及重大連身具有統一見解功能部分，查該功能，在 108 年 7 月 3 日前，本應由最高法院刑事判例或刑事庭會議決議扮演；108 年 7 月 4 日以後，則應交由大法庭裁定發揮，與更二連身或重大連身，並無絕對相關。

最後，從人力觀察，如前所述，最高法院目前共有 9 刑事庭，合計 43 位之刑庭庭長、審判長及法官，且其中之調院辦事法官每年均有變動。因此。同一刑事案件，即使於 1 年內，屢次上訴於最高法院，則於該年度，縱然每次上訴均由不同法官審理，至少可以容許 8 次之上訴（每次皆為 1 位不同之審判長，及 4 位不同之法官）。稍微注意刑事實務，即可得知，同一案件經最高法院發回後，於 1 年內，再度上訴該院者，甚屬罕見；重大刑案，更幾乎絕無僅有。而同一案件經發回後，如經過一年，始再度上訴於最高法院，則調院辦事法官已有部分新人，可參與該第二、三、四次上訴之裁判。要言之，以人力可能不足，而指稱更二連身條款及重大連身條款未違反憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨¹⁶，實屬昧於事實。

二、隧道效應

本案有不少聲請人就系爭規定、系爭解釋、更二連身條款、重大連身條款，及最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例，指摘其皆有「法官就同一案件，曾參與先前裁判者，如又參與嗣後之裁判，則在該嗣後之裁判，將因固守其先前裁判，而生預斷之風險」。此即所謂之「隧道效應」。

此項指摘，仍未為 112 憲判 14 採取，其主要理由略為：「任何法官，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法。即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。最高法院法官等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（理由第 106 段）。

應先指出者，所謂「隧道效應」，係指就某一事務，已有特定

¹⁶ 參見 112 憲判 14 理由第 108 段：「終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。」

之認知，遂對嗣後發生之相同或類似事務，不再或難以作不同之認知或思維。因此，隧道效應，主要發生在事實之認定，而非如 112 憲判 14 所認發生在法律問題之預斷。尤其，在刑事案件，眾所周知，經常難以判斷者，大多並非法律適用，而是事實認定。從而，刑庭法官就同一案件，如已認定被告有起訴書所指之犯罪事實，若嗣後又參與救濟程序（二審、三審）、更審程序（二審）、或非常救濟程序（再審），在隧道效應之下，即可能繼續執著於被告有罪之預斷，導致被告在前述各類審判程序上，因該法官未自行迴避，已經「輸在起跑點」。

其次，112 憲判 14 基於「任何法官本來對於各項抽象法律問題、案件事實或法律爭議，原即有其見解或看法；最高法院法官之特質，更是在於其對各該重要法律問題已形成穩定法律見解」，而指稱隧道效應不致於影響法官之審判，故法官就同一案件，雖曾參與先前之裁判，仍無庸迴避該案件之嗣後審理。此項論點，依舊僅從法院立場出發，而對被告於該嗣後審理程序時，因再度面對曾對其為不利裁判之法官，油然而生之不安，及因此對司法之不信賴，完全欠缺同理心。

事實上，針對更審程序，臺灣高等法院已經訂定要點明定，採取「大輪迴制分案」，即原則上，凡曾參與本件裁判之庭長、法官均應迴避。迴避至所餘不足二庭時，除前一次參與裁判之庭長、法官應迴避外，其餘各庭長、法官應參與分案¹⁷。臺灣高等法院臺中分院、臺南分院及高雄分院，皆無不同¹⁸。此項作法，甚堪讚賞。法官員額較少之其他二審法院（臺灣高等法院花蓮分院、福建高等法院金門分

¹⁷ 參見臺灣高等法院 111 年 12 月 22 日法官會議決議通過之「分案實施要點」十、（一）、1。

¹⁸ 參見臺灣高等法院臺中分院民事事件分案實施補充要點伍、四 0；臺灣高等法院臺中分院刑事分案實施要點伍、三十六；臺灣高等法院臺南分院民事事件分案實施要點八、（一）；臺灣高等法院臺南分院刑事案件分案實施要點十三、（一）、1；臺灣高等法院高雄分院民事事件分案實施要點十、（一）；臺灣高等法院高雄分院刑事案件分案實施要點伍、二十、（一）。

院），經由司法院調辦事法官或臺灣高等法院法官協助，亦可比照辦理。

參、結語：被告的謙卑要求、正義的實現方式

由於國家係司法審判權之壟斷者，故人民一旦被起訴，且已經法官論罪科刑，則就同一案件，在通常救濟程序（含上訴程序、更審程序）及非常救濟程序（含再審程序、非常上訴程序），使被告得不再面對相同之法官，對國家而言，技術成本極低，但對被告而言，象徵意義甚高。換言之，若被告在前述所有程序中，均由不同法官審判，且最終仍被判決有罪確定，則被告縱使對該有罪判決表彰之實體正義，仍不甘服，但包括被告在內之任何人對該案件之程序正義，亦即公平法院在該案之實現，已不能再有質疑。

反之，若被告在下級審經法官判決有罪，又在通常救濟程序或非常救濟程序遭相同法官判決有罪確定，即使該確定判決乃實體正義之實現，本案之程序正義，依舊難以服眾。

本席以為，刑事被告若經下級審法官判決有罪，則在嗣後之救濟程序中，能由不同法官審判，其實只是被告非常謙卑的要求，國家何苦拒絕！

尤其，更二連身條款及重大連身條款，既然是司法院於30餘年前，為提升審判效率而要求最高法院辦理；30餘年來，目的明顯不達，被告頻繁抗議，司法院何不乾脆要求最高法院廢止之？

謹以「Not only must Justice be done; it must also be seen to be done」¹⁹（正義不僅應被實現，亦應被看見實現），作為收筆。

¹⁹ 亦有人翻譯為：「正義不僅應實現，而且須以人們看得見的方式實現。」此為英國 High Court of Justice 首席法官 Lord Hewart CJ, 於 1923 年主筆之 R v Sussex Justices, ex parte McCarthy 判決所提之著名法諺。參見 [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233。

部分不同意見書

謝銘洋大法官 提出

健全的法定法官與迴避制度，在於確保公平審判，不僅是憲法訴訟權保障的核心，更是人民信賴司法的基礎

本件涉及刑事案件審理的法定法官原則與迴避制度問題，併案的聲請人多達數十人，聲請的範圍包括法規範憲法審查以及裁判憲法審查，甚至有若干死刑案，可見此一問題的重要性。

本席就本判決多數主文並無法贊同，爰提出部分不同意見。

一、公平審判是訴訟權保障的核心，也是司法最重要的目的

本院釋字第 665 號解釋：「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟」，具國內法律效力的「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 1 項第 2 句也明定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問」，是以公平審判是憲法保障人民訴訟權的核心，也是民主國家司法制度最重要的目的，包括訴訟程序、正當法律程序、審級救濟等，都是為了能夠達成公平審判的司法目的而設計的制度，法定法官原則與法官迴避制度更是其中重要的一環。

二、法定法官原則：案件分配，應屬法律保留事項

本件多位聲請人主張系爭決定違反法定法官原則，多數意見認為更二連身條款以及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，符合本院釋字第 665 號解釋所揭示的事前訂定及一般性適用的要求，且未溯及適用，亦非針對特定案件而定，與憲法訴訟權內含之法定法官原則，均無違背。

（一）我國法院案件分配，不符法律保留原則

通常討論「法定法官原則」是以德國基本法第 101 條第 1 項後段所規定的「任何人受法律所定法官審理之權利，不得剝奪」為基礎。德國的法定法官原則，所涉及者為案件分配之問題，而非迴避之

問題。德國聯邦憲法法院認為在法定法官原則下，應該以事先以抽象的形式意義法律加以規範，或是至少要有法律明確授權的法規命令為之，（BVerfG, Beschluß vom 18. 5. 1965 - 2 BvR 40/60 = NJW 1965, 2291）。德國除了於法院組織法（Gerichtsverfassungs-gesetz）對於業務與案件分配，詳為明定（就刑事案件而言，於第 74 條以下對於案件分配有詳細的規定）外，德國刑事訴訟法第 354 條第 2 項，對於上訴第三審之情形，更是明文規定「其他情形，應將案件發回原審法院之其他庭或其他法庭，或發交同一邦之其他同級法院。在邦高等法院裁判第一審案件之程序，應將案件發回該法院之另一審判庭」，德國聯邦憲法法院認為此一規定亦屬法定法官原則的具體表現（BVerfG, Beschluß vom 25. 10. 1966 - 2 BvR 291, 656/64 = NJW 1967, 99）。

前揭本院釋字第 665 號解釋雖然肯定法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所內含之憲法原則，並認為「應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判」。然而該解釋除明白指出法定法官原則係就「案件的分配」外，只是提到「於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範」。至於我國現有法院組織法的規定，是否符合法律保留原則與授權明確性，則未詳為檢討。

我國法院組織法第 78 條規定：「各級法院及分院與各級檢察署及檢察分署之處務規程，分別由司法院與法務部定之」及第 79 條規定：「各級法院及分院於每年度終結前，由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定，預定次年度司法事務之分配及代理次序（第 1 項）。辦理民事、刑事訴訟及其他特殊專業類型案件之法官，其年度司法事務分配辦法，由司法院另定之。（第 2 項）。第一項會議並應預定次年度關於合議審判時法官之配置（第 3 項）」。就上述規定內容觀之，法院組織法係授權由院長、庭長、法官舉行會議，按照本法、處務規程及其他法令規定為之。

案件之分配是否符合法定法官原則，是否能落實公平審判，事涉人民之重大權益，特別是刑事案件的審判，屬於影響人民人身自由甚至生命權利的重要事項，涉及訴訟權保障之核心內容，依本院釋字第 443 號解釋所揭示之層級化法律保留意旨，即應有法律或法律明確授權之命令為依據，始符合法律保留原則之要求。然而前揭法院組織法之相關規定，除未就案件應如何分配明文規定外，其授權規定亦屬空泛，顯然並不符合法律保留原則的要求。

（二）連身條款違反法定法官原則

不論是更二連身（本判決主文三、最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點）或是重大連身條款（本判決主文四、最高法院 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議之決定，及最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 1 項第 2 款規定），都涉及最高法院發回更審之案件，再次上訴到最高法院，分由最後發回之原承審法官辦理。

連身條款所涉者，其實並非迴避的問題，而是案件分配問題，也就是法定法官的問題。所謂迴避，應該是指某法官於法定法官原則下，分配到具體案件後，發現其有法定迴避事由而主動自行迴避，或因當事人聲請而迴避。在連身條款下，案件於再次或第三次上訴後，則會自動分配給原來承審的法官，應屬案件分配問題。

連身條款，最早是由司法院於 1987 年函詢最高法院可否試辦，雖然最高法院檢討後認無試辦必要，同年司法院再以（76）院台廳二字第 02453 號函令最高法院試辦，後由最高法院民刑事庭庭長會議決定試辦，並通過分案實施要點。此由可知，連身條款是由最高司法行政機關司法院要求下所訂定，由最高法院所發布，不僅非屬立法機關所通過的法律，也缺乏法律的明確授權。此外，連身的結果，將上訴第三審案件一律指定分由特定法官審理，雖然第一次（重大連身）上訴或前三次上訴審理（更二連身）時，係以一般抽象性的分案方式隨機決定承辦法官，然而在更審或更二之後，都是由特定相同的原承辦法官重複審理，顯然與法定法官原則所要求的以事先一般抽象之規範

隨機決定案件的分配相違背。

雖然多數意見認為「適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求」；惟嚴格言之，並不能以第一次上訴符合法定法官原則，就認為其後再次上訴的分案就可以不遵守法定法官原則，否則人民受公平審判的訴訟權將無以受到充足保障。況且就重大連身而言，既然是重大刑案，在審理上應該更為慎重，否則其於上訴第三審後之審理，不論上訴幾次，永遠都是由同一個法官為之，在對被告為不利判決的情形（例如二審判決無罪，三審同一法官持不同意見而一再發回），被告訴訟權保障無異於將落空。

此外，多數意見認為連身條款「兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能」。然而，究竟是提昇裁判效率比較重要？還是人民受公平審判比較重要？這答案不言可喻。更何況現在已經有大法庭統一裁判的法律見解，並無必要透過連身條款來達到促進終審法院之統一裁判見解目的。甚至有人謂連身條款的目的，在於避免第三審法官「以鄰為壑」地任意撤銷發回，此一看法無異於將最高法院法官當成道德低落、只會「推事」的法官，實不值一駁。

三、法官迴避制度在於確保公平審判，更是人民信賴司法的基礎

法官迴避制度是為了確保能達成公平審判的司法目的。是以不只是刑事訴訟法有專章規定迴避（第17條以下），民事訴訟法（第32條以下）與行政訴訟法（第19條以下）也都有明文規定。本院大法官歷年解釋中，除了本件所涉及的釋字第178號解釋外，釋字第256號（民事再審程序中法官應自行迴避之範圍），釋字第601號（立法院刪除大法官司法專業加給之預算違憲）以及釋字第761號（智慧財產法院法官暨技術審查官迴避）等，也都涉及迴避問題的解釋。

法官迴避制度在各國規範之情形各有不同，基本上在人民對法官信賴度較高的國家，人民比較相信法官能為公平之審判，法官迴避未必是重要的議題；然而在人民對法官信賴度不高的國家，如果未能

正視此一問題，或甚至採取寬鬆之標準，恐將加深人民對司法的不信任程度。

過去我國人民對司法的信賴度不高，民眾對「法官可公正、公平審判案件」尚有所期待，其原因固有多端，然而法官迴避制度，甚至法定法官原則是否能落實亦為其中關鍵因素。健全的法定法官制度與迴避制度不僅是落實公平審判的重要手段，也是憲法訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 761 號解釋參照），更是提升人民信賴司法的重要基礎。

四、憲法保障訴訟權所要求的迴避，不應僅限於「利益衝突」與「審級救濟利益」

（一）「審查自己所作裁判」之判斷標準過於寬鬆

本件多數意見參考本院釋字第 761 號解釋，認為：法官就其審判之個案如有「利益衝突」或「審查自己所作裁判」而影響被告之審級利益，自難期待其公正審判，即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。

就「審查自己所作裁判」而言，本件判決多數意見認為法官因參與同一案件先前裁判所生之預斷，是否已構成「審查自己所作裁判」之情形，而必然影響刑事被告之審級救濟利益，是判斷法規範是否違憲的關鍵，本件判決並以此為判斷標準，審視本件所涉及的各種迴避規定與判決是否合憲。甚至前述連身條款問題，多數意見也同樣認為，連身條款都是同一法官於同一案件曾參與發回更審前之「同審級」裁判，而非參與「下級審」裁判，並無「審查自己所作裁判」之問題，「最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非事實及證據問題的預斷」，且最高法院發回意旨未必對被告不利。終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭，且透過裁判可統一所屬下級審法院之裁判見解。

本席則認為，以是否「審查自己所作裁判」或是否影響被告的「審級救濟利益」作為判斷應否迴避的標準，過於寬鬆，而應該採取

更為嚴格的標準，特別是刑事訴訟程序涉及人民的人身自由甚至生命權，其迴避應該更為嚴格。如果人民受不利的判決，特別是有罪的實體判決，只要客觀上讓人對於法院的公正審理有所疑慮，人民受憲法保障的公平審判訴訟權就無法落實，也會讓人民對裁判的結果無法信服，並影響人民對司法的信賴。況人民受法院公平審判訴訟權的保障，並不僅限於審級救濟利益而已，公平審判的內涵亦無法被簡化為「審查自己所作裁判」或是「審級救濟利益」，並狹義地認為只要法官不審查自己所作裁判，或是被告的審級救濟利益未受影響，就無損被告的訴訟權即毋須迴避。

（二）重複審理同一案件的「隧道視野效應」

審級救濟利益保障的精神並不在於「審級」而已，更重要的是不同審級應該由「不同法官」審理，以避免先入為主的印象影響審判的結果。是以縱使不是「審查自己所作裁判」，只要是先前審理過該案件，不論是上下審級或是同審級，曾為不利於被告的實體判決的法官，就應該迴避，以免使人民受法院公正審理的期待落空，並實質上損及人民受憲法保障的訴訟權。

審級救濟利益只是訴訟權保障的最低程度要求，如果同一法官先前於下級審或同審級已經審理過該案件，縱使自己所作的裁判因被上級審撤銷而不具有拘束力，然而對該法官而言，是重複審理該案件，法官也是人，其於前次審理時對事實認定與法律適用留在腦海中的印象，並無法像使用電腦般按刪除鍵就消失，雖然並非必然會產生「預斷」的結果，然而其於腦海中所存留的先入為主印象，多少仍然會因有「隧道視野效應」，以致於影響後續審理時的認知與判斷，而有「預斷之虞」。此種情形，雖然形式上被告的審級救濟利益未受影響，但因為法官同一，與由另一法官在毫無任何預先認知的情形下，重新檢視該案件仍屬有別，對於受不利判決的被告而言，將使其審級救濟實質上失去意義，實質上等同於並未受到審級救濟的保障，恐難以使其信服。雖然或許有人認為隧道視野只會侵襲事實認定的部分，最高法院是法律審，比較不受影響，所以法官重複也不會有偏頗，此

見解亦為本件多數意見所採。然而法律的適用是以事實的認定為基礎，法律審的判斷未必不會受到隧道視野的影響，況且其所言，反而說明了事實審的法官重複參與同審級的裁判，會受隧道視野效應影響。

（三）前審法官迴避不應限於上下級審，而不及於同級審

本件判決主文一、除肯定系爭解釋之見解，認為系爭規定法官「曾參與前審之裁判者」為法定迴避事由之一，其中「前審」係指於刑事救濟程序中，法官於同一案件曾參與「下級審」之裁判，本判決並進一步認為，系爭規定之目的係在維護被告於刑事訴訟之審級救濟利益，且法官於同一案件「曾參與下級審之裁判」之情形，「不包括法官『曾參與確定前裁判』，也不包括法官『曾參與同一審級之先前裁判』之情形」，亦即就系爭解釋所未認定之參與「發回更審前同審級」裁判之情形，多數意見認為其不在應迴避範圍之列。

本件判決上述多數見解，係以被告於刑事訴訟之審級救濟利益為出發點，認為非謂法官曾參與同一案件之先前審判致有預斷風險，即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，「毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生『審查自己所作裁判』之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益」。亦即以是否會構成「審查自己所作裁判」，作為除利益衝突外，判斷是否應迴避之標準。在此標準下，本判決認為如果是「第三審法官曾參與同屬第三審之先前發回裁判」或是「第二審法官於同一案件曾參與發回更審前同屬第二審之先前裁判」，因為都不是審查自己所作之先前裁判，被告並未因此喪失該審級之救濟利益，是以均無迴避之必要。

然而如前所述，由曾參與發回更審前同審級法院裁判之法官，於發回後再次審理，形式上固非審查自己做過的裁判而無損於被告的審級救濟利益，如其原先所為者係對被告有利的判決，或只是程序上的非實體判決而對被告的人身自由並無影響，縱使有預斷或預斷之虞，因非對被告不利，不影響對被告訴訟權的保障，固無問題。然而如果法官於發回前同審級法院所為之裁判係不利於被告的有罪判決，

而由同一法官於發回後再為審理，如繼續維持不利於被告之判決，難免會引起前述「隧道視野效應」的疑慮，而令被告難以信服。由於在刑事訴訟程序，關涉被告的人身自由甚至生命，應該採取較民事或行政訴訟更為嚴謹的審理程序，避免由同一法官於同一審級再次審理，以免損及被告受公平審判的訴訟權。

是以本席認為法官曾參與前審之裁判，「前審」之範圍不宜過度限縮至只有上下級審關係才應迴避，法官曾參與發回更審前同審級法院裁判，並為不利於被告的實體判決，基於對被告人身自由與生命權以及訴訟權之保障，亦屬應自行迴避之範圍。是以本院釋字第 178 號解釋應予補充，且最高法院 29 年上字第 3276 號刑事判例應為違憲之宣告。於此範圍內，聲請人所為裁判憲法審查之聲請亦屬有理由，其有關暫時處分聲請部分亦應准許。

（四）再審與非常上訴程序，只有曾參與「確定裁判」者，始應迴避，有所不足

1. 曾參與「確定裁判」者應迴避，不以一次為限

就刑事訴訟的再審與非常上訴的非常救濟程序而言，先前曾經參與裁判的法官是否須迴避，法無明文規定。本判決意旨認為，如參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，致當事人喪失其非常救濟利益。是以本判決認為法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審（包括聲請再審及開始再審後之本案更為審判）程序及非常上訴程序，均應自行迴避，不得參與審判。現行刑事訴訟法就此未明文規定，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有違，有關機關應於 2 年內修法明定。本席贊同此一多數見解。

至於應迴避之次數，本件判決採取比民事訴訟（本院釋字第 256 號解釋參照）與行政訴訟法第 19 條第 6 款更為嚴格之規定，認為刑事確定裁判對於被告權益之不利影響，更甚於民事或行政訴訟之裁判，應不以一次為限。基於保障被告受公平審判之權益，本席亦贊同

此一多數見解。

2. 應非僅限於曾參與「確定裁判」者應迴避

雖然如此，本件判決多數意見認為最高法院法官僅限於再審或非常上訴前曾參與「確定裁判」之法官，始應迴避，如果是裁判確定前的歷審法官，因均不構成「審查自己所作裁判」之情形，亦不致損及當事人之非常救濟利益，而不屬憲法所要求之法官迴避事由。此外，本件判決多數意見亦認為曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後發由原審法院之更為審判程序」，亦係參與同審級法院就同一案件之前、後裁判，得不迴避，因為此種情形原確定判決既經撤銷而不復存在，該原審法院又須受最高法院非常上訴判決意旨之拘束，其性質與同一案件於發回後由原審法院所為之更審程序類似。

本席對上述多數意見並無法贊同。行政訴訟法第 19 條第 6 款明文規定法官曾參與該訴訟事件再審前之裁判，應自行迴避，並不以曾參與「確定裁判」之法官為限。本件判決涉及刑事處罰，理應受較行政程序法更為嚴格之保障，不論是再審或非常上訴，均是就被告先前所受有罪之判決所為，裁判確定前的歷審法官如參與再審或非常上訴程序，形式上雖非審查自己所作裁判，且受再審或非常上訴意旨之拘束，但實質上是就自己過去所為有罪之案件再次審理，如果其所為之裁判是作為原確定裁判的裁判基礎（德國刑事訴訟法第 23 條第 2 項第 2 句參照），為保障被告的訴訟權，本席認為亦應迴避。同理，曾於原審法院參與確定裁判之法官於「非常上訴有理由後原審法院之更為審判程序」，由於非常上訴係因判決確定後發見該案件之審判係違背法令而提起，其確定裁判之法官與裁判確定前的歷審法官，如係因其審判違背法令，或是其裁判違背法令而成為原確定裁判之基礎，基於對被告公平審判之保障，本席認為亦應迴避。

五、法官員額有限或審理效率，皆不比公平審判重要

或許有人認為因為法官員額有限，如果要如此嚴格迴避，將使得案件無法官可審，或是讓同一法官審理可以因為熟悉案情而促進審

理的效率。

這些理由都甚為牽強，法院審理的效率固然重要，但相對於人民訴訟權的保障而言，後者毋寧更為優先而重要。至於無法官可審的問題，我國法官的人數，就全國人口比而言，應該比多數國家多，更何況最高法院的法官人數可能在世界上名列前茅，而且縱使因為法官迴避而在較為偏鄉地區無法官可審，尚可透過移轉管轄之方式處理，畢竟台灣的幅員不廣，各地距離有限且交通方便，並非無法克服。與其講求審理的效率，或是擔心陷入無法官審理的窘境，其實更應該擔心的是，如何透過公平審理的落實，建立起人民對司法的信心。

六、結語

本件判決涉及被告是否有罪的刑事案件審理程序，影響對於被告的人身自由甚至生命權甚鉅，被告對於受到公平審判的期待，較之其他訴訟更為殷切。如果沒有可以讓人信賴的訴訟程序，如何能期待人民對判決結果信服？

本席認為在刑事訴訟程序中，對憲法保障人民訴訟權的落實，應該受到更為嚴格的要求與檢視，從法定法官原則是否符合法律保留原則，到應否迴避，皆應採取嚴格的標準加以審查。是以本席對於多數認為合憲的意見並無法贊同，爰提出不同意見如上。

部分不同意見書

呂太郎大法官 提出

壹、摘要

本判決認為再審或非常上訴程序的審理法官，如果也是曾參與確定裁判的法官，無異是容許同一法官於非常救濟程序中審查自己所作成的裁判，並期待該法官發現、糾正自己的錯誤，這不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑，從而損及刑事被告的非常救濟利益，因此必須迴避。

本席認為，上開推論的背後可能隱含了憲法法庭對整體法官能否拋開執念偏見，唯事實、證據及法律是從（再審迴避部分），及有無自我糾錯（非常上訴）的素養，所為否定的觀察或想定。

本席認為，禁止包含法院在內的國家機關自我糾錯，尤其有助於人民權利保護的糾錯，不會是憲法的原則，就我國法官整體而言，當然具有前開素養。美、日等以信任法官為出發點的國家，也不以自行迴避方式，全面排除曾參與該案確定裁判的法官，如果個案當事人對法官的公正性確有偏頗疑慮，透過聲請迴避，就足以解決。相對而言，我國既採德國制度，允許對被告不利益的再審，又採日本制度，設有非常上訴制度，對確定判決不服管道之多，已為他國所不及。本判決復進一步加料，要求參與確定判決的法官，於再審程序及非常上訴程序，應全面迴避，對於法官的信賴性及法安定性，幾乎作了根本的否定，本席深不贊同。爰就主文第 2 項及第 7 項提出不同意見書。

貳、「禁止法官審查自己所作裁判」，真的是憲法的要求？

一、本判決的推論及核心疑問

本判決由審級利益的觀點，認為參與下級審判決的法官不得再參與上級審的程序，因而導出「禁止法官審查自己裁判」為憲法原則，從而推論參與原確定判決的法官，關於對該確定判決的再審程序，應自行迴避。

本席首要指出者，在審級制度下，是以上級審審查下級審就事

實認定或法律適用有無錯誤為目的的救濟程序。但再審是基於新事實、新訴訟資料而發動的新程序，與原確定判決間，並無上、下級審關係。其次，「審查自己的裁判」的結果，不外乎維持原有判斷或變更原有判斷。本判決主要論點，是基於「期待法官審查自己裁判後會糾正自己的錯誤，是當事人或第三人難以信賴」的推測，因此必須禁止法官「審查自己的裁判」。然而，法律允許法官變更自我裁判，已普遍存在各訴訟法，法律怎會建立在這樣一個難以期待的基礎之上？本判決所為推論，究竟是基於如何的實證經驗，未據說明，難以窺知。但依本判決的推論，顯然已經完全排除法官會依證據、事實及法律的變動，變更其原有裁判的可能。一概要求法官就同一案件，於再審及非常上訴程序自行迴避，沒有立法者可以考慮事件的性質、訴訟當事人，尤其被告人權保障等因素，以法律為設計，並隨時調整的空間。真的是憲法上的要求嗎？實有討論餘地。

二、法官變更自己所作裁判，若有助於提昇人民的信賴及被告人權保障，為何違憲？

人民對裁判的信賴，是司法存在的依據，其理至明，無庸多論。維持裁判的固定性，避免任意變更，當然是取得人民對司法信賴的重要因素。然而，訴訟雖以發現個案的真實並妥當適用法律為核心事項，但如何發現真實、妥當適用法律，却隨著當事人的聲明、陳述、舉證、辯論及其他攻擊或防禦方法的提出，而呈動態的發展。法官經常必須「因應」此等新的訴訟狀態出現，適時作出妥當的處理，甚至改變已生效的裁定（法院的意思表示，除以判決為之者外，均為裁定），不能對於新的訴訟狀態視若無睹，依然故我，或抱殘守缺，刻舟求劍。這也是訴訟法所要求於法官的職務。關於此點，除最高法院80年台上字第2007號刑事判例，在論述刑事裁判可否更正的問題上，已說得相當透澈，可供參考外，現行法不但不完全禁止法官變更自己的裁判，甚且規定法官必須因應新的訴訟狀態，隨時審查已為的裁判是否妥當，如與新的訴訟狀態不符，即必須自我變更原裁判，其例不勝枚舉。例如裁判有誤寫、誤算等明顯錯誤時更正裁判、原裁定

經抗告後，原法院認為抗告有理由時，應自為變更原裁定、被告經裁定羈押後，羈押原因消滅者，應撤銷羈押、已無羈押必要者，得停止羈押、停止羈押後發生法定事由時，得命再執行羈押，指定期日、宣示言詞辯論終結的裁定，於有法定原因時，得變更之……皆是。

至於實質變更判決的內容，現行法並未允許原法院得自為變更，但此僅就法律現況而論，從憲法保障被告人權的觀點而言，允許法官變更自己判決的法律並非絕不可能。**如果法律規定：「判決後發現或發生明顯且為當事人所不爭執的證據或事實，足以變更原判決不利於被告的內容，法院得依被告的聲請變更原判決而為有利於被告的判決。」為何也一定違憲？**假使有這樣的法律規定，那末就某一件屬於告訴乃論的犯罪，原法院為被告有罪判決後，發現是未經告訴或已逾告訴期間，就可以依被告聲請改判不受理（刑事訴訟法第 303 條第 5 款規定參照），或發現被告是被他人冒名受審，就可以依被告聲請判決被告無罪，不必如現行制度般僵化，必須等檢察官或冤受有罪判決的被告提起上訴，才能由上級審法院撤銷原判決而另為判決。如此不但曠日廢時，且徒增被告訟累。這樣授權法官得自我審查已作成的判決，並變更原判決而另為判決的法律，既能使變更後的判決更符合客觀真實，對於被告人權的保護，更迅速有效，對被害人等也無不利，不僅無損於人民對司法的信賴，可能更有助益，為何必然違憲？

三、允許原判決法官變更自己判決的立法例

這樣的立法，在先進國家，早有此例，並非純屬書齋內空想。以最重視程序正義的美國法為例，美國聯邦刑事訴訟規則第 33 條（a）規定：「根據被告的聲請，如果出於公平正義的必要，法院可以撤銷任何判決並重新進行審判。如果案件在沒有陪審團的情況下進行審判，法院可以採取額外的證詞並做出新的判決。」在民事事件，聯邦民事訴訟規則第 59 條也有類似規定。此外，日本民事訴訟法原來也只規定裁判的自縛性，判決後就不能自己變更。但僅有這樣僵化的規定，若判決後發現判決有錯誤情形，仍然不能變更，只能依上訴救濟，就當事人權利保護或裁判信用的保持而言，都不是好事。因此

於昭和 25 年（西元 1950 年）參考前開美國法，於其民事訴訟法規定，法院發現判決違反法令時，得於宣示後 1 週內，變更其判決。但如判決已確定或為了變更必須更為辯論者，不在此限（現行日本民事訴訟法第 256 條規定參照）。

四、依證據、事實及法律現況裁判的法官，才是憲法所要求，作為訴訟制度設立前提的法官

現行訴訟制度建立的前提，是法官唯證據、事實及法律是從，不同的證據、事實或法律，就會為不同的裁判；裁判後如證據、事實或法律有變更，也會依循新的證據、事實或法律，變更先前作成的裁判。如果不是以此為前提，而是設想法官一旦裁判後，就會產生執念或偏見，即使證據、事實或法律已有變更，也不會變更自己的裁判，我們就很難想像，這樣的訴訟制度將如何設計？

五、避免少數有執念偏見，無視證據、事實或法律變更的法官，應依其他機制，不是訴訟制度設計的前提

當然，如何使法官都會依證據、事實及法律而為裁判，也不可忽視。除了在學習法律過程的訓練外，還必須有層層的規範，包含法官的任用、養成、職務保障及監督，並於訴訟法上明文規範法官應如何進行訴訟指揮及裁判。對於極少數未依前述規範執行職務的法官，則透過法官迴避制度、審級救濟或職務監督等機制，以防止法官無視證據、事實或法律的情形。不論從理論或實際案例，這樣的法官僅為非常態存在的極少個案，作為解決每年數十萬件至數百萬件巨量案件的訴訟程序，自然不可能以此非常態下應有的法官，作為制度設想的前提。何況法官與被告若無仇怨，為何要放置明擺的證據、事實不顧，一定要置被告於不利方休？

參、再審程序的法官迴避問題，未達到憲法層次

一、憲法關於審判法院的組成，原則上授權法律規定

法官的迴避，從審判庭的觀點，也是法院組織的一環。憲法第 80 條規定，法官「應」依據法律，獨立審判；第 82 條規定，司法院及各級法院之組織，以法律定之。因此，依據法律審判，乃憲法第

80 條規定課以法官的義務，法官是否承辦某個案，承辦後應如何審判，都必須依據法律規定。所謂「各級法院之組織」，除了最廣義的法院（包含院長、庭長、法官及其他行政人員的組織體），授權法律規定外，即最狹義的法院（僅指行使審判權的獨任法官或合議庭），如何組成，也授權法律規定。換言之，所謂法定法官原則，已為憲法第 82 條所明定，而非本判決所認憲法未明文。從另一觀點，憲法規定法院的組織必須以法律定之，其目的也在禁止國家基於特定目的，於無法律授權下成立特別法庭（或法院），避免以司法為名，遂行政治目的。

基於憲法前述規範，法官於所承辦的案件，固然應依據法律的規定為審判，不是依據自己好惡、成見或價值觀為審判。即使決定法官是否承辦某一個案，也必須以法律規定。「依據法律應承辦某一個案，法官不能推卻；依據法律不是由其承辦的個案，法官也不能搶辦。」如何決定法官應否承辦某一個案，至關重要。因此，法律乃有層層規範，除透過審判權的規定，劃定哪些事務應由法院處理，或由其他機關處理；再透過管轄權的規定，劃定應由法院處理的事務中，應由哪一法院處理；又透過各法院事務分配規定（法院組織法第 79 條規定及法官法第 4 章參照），預定未來一年度內該法院所收的具體案件，如何依預定的抽象規則，分配給院內各個法官；最後，就各個法官依事務分配而收受的案件，訴訟法復規定法官迴避制度，排除該法官承辦該案件。總之，法官能否及應否承辦某一個案，憲法並無明文，而是授權法律為規定。再審程序的法官迴避，是法律迴避制度的一環，也是法院組織的一環，憲法也授權法律為規定。因此，除非明顯違反憲法保障人民應受公平審判的訴訟權（例如本判決所舉法官為事件的利害關係人，却參與裁判），否則法律原則上得斟酌事件性質、當事人利益、國家司法資源，規定法官迴避的相關制度。

二、刑事再審是基於新證據、事實或訴訟資料，所開啟的新程序，與原確定判決的關係，非上、下級審的關係

刑事程序的再審，是在原確定判決所憑的證據是虛偽、被告是

被誣告、確定判決所依據的其他判決已變更、參與審判的法官、檢察官、司法警察等人員因該案件而犯罪或失職等事實，已經證明的條件下，或發現足以變更原確定判決的新事實、新證據或被告的自白、自述，足以認定原確定判決據為判斷基礎的事實或證據，或訴訟程序嚴重瑕疵，確定判決明顯違背正義，因而開啟重新審判的程序（刑事訴訟法第420條至第422條規定參照）。形式上是以變更原確定判決為目的所發動的新訴訟。實質上，則是為回復原訴訟程序繼續審判，等同原訴訟程序的再開言詞辯論。因此再審與原確定判決的關係，與審級制度下，上級審與下級審關係，是由上級審審查下級審關於事實認定或法律適用是否正確者，並不相同。反而更接近前述貳、一，法院因應新訴訟狀態而變更自己裁判之情形。本判決援引上、下級審間應否迴避的法理，據以解釋再審與原確定判決的關係，尚難贊同。

三、再審程序的法官迴避，立法者有一定形成空間

（一）公平審判，沒有討價還價的餘地

公平審判乃憲法要求審判制度最核心的價值，沒有公平，就沒有審判。公平審判並不區別案件大小，謂大案必須公平審判，小案則不必，或大案必須有更多公平的審判，小案則只須看起來差不多公平就可以。公平審判也不區別案件的性質或種類，謂刑事案件，或重大刑事案件的審判，必須更公平，其他案件，則只須較弱或看起來差不多公平就可以。公平審判也沒有次數的限制，謂第1次審判要公平，第2次以後則不必，或可以比較不公平。

以本判決所援引之釋字第256號解釋而言，姑且不論該解釋係參考本質與民事訴訟不同的行政訴訟法規定，為民事訴訟法作憲法解釋，在論證方法上已難妥當。何況即使依該號解釋，考量法院的員額，因此以迴避一次為限。然而，公平審判乃司法制度建制的前提，沒有討價還價的餘地，該號解釋既將法官應否迴避，定位為審判是否公平的憲法價值問題，却將其強調公平審判的核心憲法價值，讓位於法律已有規定及司法人事行政下所派任法官員額的實況，承認只須第

1 次的公平，豈能贊同？

就此而言，本判決也有類似疑問。如果本判決所論，參與確定判決的法官，復參與再審裁判，「不僅是當事人或第三人所難以信賴，甚已明顯穿透公正審判的外觀，足以對法官顯有偏頗之虞產生合理懷疑」為正確，本判決又謂僅參與該被聲請再審的確定判決，而不包含參與「歷審」尤其下級審判決的法官，豈非自相矛盾？

（二）參與刑事確定判決的法官，又參與再審裁判，非必然不公平

公平與否，既是一個客觀制度的問題，也是當事人或理性第三人主觀感受的問題。

如前述，刑事再審是以判決確定後發現或發生明確而重大的新訴訟資料為基礎，所開啟的新訴訟程序。再審程序大致可分為二階段，第一，對於再審聲請准否為裁定（即是否開始再審）的程序；第二，開始再審後本案判決的程序。就第一階段而言，法院係依據當事人的聲請而發動，審查有無新的事實、證據或訴訟資料等法律所定的再審理由，是消極的居於中立第三人地位處理聲請案，聲請再審得委任律師，律師並得檢閱相關卷證，除顯無必要外，法院應通知聲請人及其代理人到場，並聽取檢察官及受判決人的意見，聲請人並得聲請法院調查釋明的證據，法院也可依職權調查（刑事訴訟法第 429 條至第 429 條之 3 規定參照），已充分考慮聲請人的程序保障。此等規定，並不區別是否由原確定判決的法官承辦再審聲請案，而有不同。換言之，在制度上已提供即使由原確定判決的法官，承辦再審聲請案，仍可中立執行職務。至於開始再審後，訴訟程序進入本案審理程序，如同本案再開言詞辯論程序，更無因其是否為原確定判決法官，於訴訟制度上有不同規定，而影響審判的公平性。

就當事人或理性第三人的感受而言，依我國目前的法官審判實況，絕大多數法官會依據客觀證據、事實及法律為公平裁判，應該是實際狀況，也是理性的第三人可以接受對於法官的一般觀感。又再審程序是因為發現或發生新事實、新證據或新訴訟資料，足認原確定判決的基礎或程序有明顯且重大的瑕疵，而發動的新程序。因此，參與

原確定判決的法官，即使又參與再審裁判，也會依據新的客觀證據、事實或訴訟資料為公平審判，不會無視該新證據、事實或訴訟資料，仍堅持己見，不動如山，應該也是理性的第三人可以期待的觀感。至於極少數個案審判法官，若有從理性第三人觀感，也會感到可能不公平，且當事人主觀上也感受由原確定判決的法官參與再審程序，可能會有不公平的情形，則透過由當事人聲請法官迴避，針對該個案為解決即可，殊不必預定所有或絕大多數參與原確定判決的法官，必然會於再審程序為不公平審判，而要求應一律自行迴避。

申言之，從個案被告的角度而言，即使受法官有罪判決確定，仍信賴法官是公正審判的，大有人在。如果該法官向來有極佳的風評，在原確定判決案件的審判，客觀上也無任何偏袒、疏漏之處，而於判決確定後，發現新事實、新證據或得據以聲請再審的新訴訟資料，該被告仍基於原有的信賴，同意由原法官繼續就再審案件為審判，原法官也因新資料的出現，可迅速作出變更原判決的判決，憲法為何要一律禁止？一定要由其他（甚至被告不太信賴）的法官承辦，重新審理，周折一番，甚至仍維持原判決結論？這樣的周折，對被告的保護、司法資源及人民信賴，真有必然的助益？

本判決一方面指出：「法官曾參與同一案件先前裁判之事實，並不足以成為認定法官有偏頗之虞，因而一律應迴避的唯一證據」（本判決第117段參照）「同一法官再次參與更審裁判，由於其對案情、相關事證、法律適用及解釋等，相對較為熟悉，不僅有利於裁判品質及結果之正確妥當，亦有助於提升裁判效率，促進有效及迅速審判，從而維護被告速審權。」（本判決第118段參照），因而認為法官參與同一案件發回更審前的裁判，無須自行迴避。對於這樣的理由，本來也可以運用於基於新訴訟資料而發動的再審程序，但本判決於再審程序並未以此為基礎，反而認為應予迴避，前後理論也欠一貫，難予贊同。

（三）原確定判決法官參與再審程序，不影響被告的審級利益

就法官駁回再審聲請的裁定，當事人得依法提出抗告（刑事訴

訟法第 343 條第 2 項規定參照），開始再審後該確定判決的形式確定力即消滅，回復本案再開言詞辯論狀態，故依該案件的種類，適用該本案原應適用的審級救濟，不因是再審的本案判決而受影響。換言之，例如屬於得上訴第三審的案件，原訴訟程序第一審為被告有罪判決後，未經上訴而確定，若對第一審確定判決聲請再審，並由原確定判決法官裁定開始再審，對於該再審判決，仍得上訴至第二審、第三審法院，該案件仍可經三級三審，對被告而言，其審級利益完全不受影響。本判決雖肯認「縱同一審級之前、後次裁判法官有重複，各該審級在程序上仍係完整的一個審級，刑事被告並未因此喪失該審級之救濟利益。」（本判決第 69 段參照），却認為參與確定判決的法官，再參與同一審級的再審判決，則會影響被告的審級利益，所持見解前後矛盾，亦難贊同。

從另一角度言，如原確定判決法官應自行迴避，無異承認於當事人可透過聲請再審手段排除特定法官或選擇特定法官，或造成由同法院的某一法庭審查另一法庭裁判當否，成為其上級審而增加一審級的不合理結果。

（四）美國法例及實務見解

1、各州關於法官迴避之制度設計各有不同，大致可區分為強制迴避（Mandatory recusal）及裁量迴避（Discretionary grounds for disqualification）。強制迴避之事由包括：該案件涉及法官個人利益、該案件涉及法官配偶或子女之利益、法官於該案件中具有經濟上的利益、法官與案件當事人具有親屬關係、法官曾經擔任該案件之律師、法官曾參與調解或和解而知悉當事人之秘密、法官曾擔任該案件之法官助理及法官為該案件證人等。裁量法官迴避之事由，會依個案情形、程度及對案件的影響而分成三大類型：(1) 法官對當事人或律師存有偏見；(2) 法官對爭執的證據事實的個人所知，可能合理的影響法官的公正性；(3) 法官的公正性可能被合理的質疑的情形。

法官參與同一事件前次裁判，不在應強制迴避之列，屬於裁量迴避的事由。當事人有一次不附理由主張法官應迴避之權利者，共

19 州。其餘州及聯邦均無不附理由主張法官應迴避之規定¹。

2、在 *State v. Dechaine*² 一案中，被告經法院判決犯綁架、性侵害及謀殺等罪，均有罪確定後，依定罪後 DNA 分析條例（the post-conviction DNA analysis statute）聲請重新審判（a new trial）。上訴審法院駁回被告對法官迴避之聲請及再審之聲請後，被告上訴至緬因州最高法院，並主張承審法官應迴避本件再審之聲請案，因為在過去 27 年審理本案的過程中，法官已經做出各種裁決，相當於有不利於其的傾向。因此，基於漫長且驚人的承審過程，及被告一再表示其為無辜的陳述，……根據 DNA 而聲請再審，應由另一位客觀、無偏見疑慮或未曾參與本案的法官承審等語。緬因州最高法院於 2015 年 7 月 21 日的判決中，就聲請法官迴避部分，駁回被告的請求，並指出：「（判決第 44 段）如被告 *Dechaine* 所述，定罪後 DNA 分析條例要求『除非該法官無法承辦，否則再審之聲請應分由曾經判刑的承審法官辦理』該法官認為自己不需迴避之決定，應受到是否濫用裁量權的審查。本院曾說明：『一般而言，因為參與先前程序而對案件有所知悉，並不足以作為該法官於後續程序中即應迴避的充分理由。』且一個法官於其應迴避時，即有迴避之義務，當一個法官不應迴避時，亦有不予迴避之義務。」明確指出法官參與前次審判，不是當然應迴避的理由。

3、在 *U.S. v. Bowen*³ 一案，被告為警察人員，在颶風卡崔娜過後開槍射擊，犯警察人員錯誤陳報及錯誤陳述罪，經判決有罪確定。被告聲請重新審理。美國聯邦路易西安納東區地方法院 *Engelhardt* 法官准予開啟重新審理，政府提起上訴。美國聯邦第 5 巡迴上訴法院，於 2015 年 8 月 18 日的判決中，對於聲請撤換 *Engelhardt* 法官部分，

¹ 參考 *Disqualification of Trial Judge for Cause*, American Jurisprudence Proof of Facts 3d, July 2023 Update, Hon. D. Duff McKee 著，第 16 頁至第 49 頁及第 131 頁。本意見書所引用美國法文獻，係由研究法官林尚諭整理提供。

² *State v. Dechaine*, 121 A.3d 76 (Me., 2015)

³ *U.S. v. Bowen*, 799 F.3d 336 (C.A.5 (La.), 2015)

駁回上訴人主張之請求。並指出：「政府最後的上訴主張為聲請本院撤換 Engelhardt 法官，無論本案未來如何發展，換法官是一項罕見且不利的裁定。上訴人應說服本院該法官的行為會合理的使客觀觀察者質疑法官的公正性。判斷時應考慮三項因素：參與原判決的法官在本案發回、重新審理案件時，對於摒除已被認為錯誤之過去觀點或調查事證的結果，有無實質困難；重新分案是否係維持公正外觀的合理方法；重新分案的效率成本是否勝過維持公正外觀的利益。」是以務實而深入的觀點，為法官應否迴避參與重審程序，指出明確判斷標準，甚有參考價值。

（五）日本法例及實務見解

日本刑事訴訟法第 20 條第 7 款規定，法官參與前審的裁判者，應排除其職務（自行迴避）。但所謂參與前審裁判，是否包含參與再審對象的原確定判決，日本最高裁判所第 1 小法庭於昭和 34 年（西元 1959 年）2 月 19 日作成一致決判決，認為所謂前審裁判，指該事件得依上訴聲明不服的裁判，並不包含再審。實務上有關再審聲請案件，各法院的事務分配，也多分配予原判決的審判庭。學說也多認同這樣的結論，其原因是因為，再審請求是基於判決確定後發現新的事實或資料，為再審當否的判斷，是與原確定判決程序完全斷絕的程序，即使原確定判決的法官再參與再審請求的裁判，也不會抱持先入為主的觀念而為錯誤判斷⁴。簡言之，再審聲請程序與原審判程序，是個別不同的程序，由原確定判決的法官審理再審聲請，不發生不公平的問題⁵。

肆、對被告不利的再審，為何參與有利被告的確定判決法官應迴避才合憲？

⁴ 松尾浩也監修・松本時夫・土本武司・池田修・酒卷 匡編集代表，條解刑事訴訟法，第 1139 頁，2016 年第 4 版增補版第 1 刷，弘文堂。

⁵ 井上正仁監修・河村博・酒卷匡・原田國男・廣瀨健二編集代表，裁判例コンメンタール刑事訴訟法，第 4 卷，第 467 頁，平成 30 年（2018 年）第 1 刷，立花書房。

應值一提者，關於刑事確定判決的再審問題，立法例上有不同類型，有僅得為被告利益而再審者，例如法國法及日本法，有得為被告利益而再審外，另允許為被告不利益而再審者，例如我國、德國。就我國而言，法律規定得為被告的不利益而再審，是希望透過再審程序，獲得比原確定判決更不利於被告的判決。這樣的制度，不能認為是為保障人民（被告）的權利而設，而是為了貫徹國家對被告的刑罰權。但國家並沒有受憲法保障的基本權，因此，為被告不利益的再審，自然也不能認為是受憲法保障的基本權。換句話說，即使刑事訴訟法不規定不利益被告的再審，也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。反而法律規定國家得對被告為不利益的再審，可能使人民受到二重不利審判的危險，是否違憲，成為問題。既然不規定得為被告不利益的再審制度，都沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題，那末法律為了多一點保障國家對被告的刑罰權，因而規定檢察官得為被告不利益而聲請再審，但由原判決的法官審理再審案件，比起未規定對被告不利益的再審，對貫徹國家刑罰權之保障而言，仍較為有利一些（聊勝於無？）自然也沒有因對國家保障不足而違反憲法的問題。要言之，就對被告不利益的再審程序，由原確定判決（對被告有利）的法官參與審判，不但沒有違反憲法保障人民（被告）權利的問題，反而若原確定判決法官必須迴避，等同對有利被告的法官，必須被排除，尚且可能構成二重危險，而違反憲法。

伍、非常上訴程序之迴避問題，未必達到憲法層次

非常上訴是為統一法律解釋為主軸，抽象的糾正法令適用錯誤為目的所設的制度，是基於法律的利益而設，非以保障人民權利為主要目的，亦非在賦予人民審級救濟的機會。因此，僅有代表國家利益的檢察總長得提起。即使被告請求檢察總長提起，亦無拘束檢察總長的效力，被告亦無請求檢察總長迴避或對檢察總長的決定不服的餘地。最高法院就檢察總長提起的非常上訴所為判決，原則上效力不及於被告，僅於原判決不利於被告時，應另行判決或發回，受發回法院不得諭知較重於原確定判決之刑而已（刑事訴訟法第447條及第448

條規定參照)。要言之，被告於非常上訴程序僅居於從屬的地位，可反射取得受更有利判決機會的利益而已。此種以維持國家法律見解統一為目的的制度，並非以保障人民的基本權為目的所設，即使法律未設有非常上訴制度，也不能說是違反憲法。如同前述為被告不利益的再審制度一般，法律設有非常上訴制度，僅提供法律見解統一的機會而已，因此，即使為確定判決的法官再參與非常上訴的審判，也不發生損及人民基本權的問題，自無應自行迴避的憲法要求。

本判決一方面在發回更審的問題上，指出：「最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等足以擔任終審法院法官的正面資歷及條件所在。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（本判決第 106 段參照）「最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應有穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之實益及理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。」（本判決第 108 段參照）明確肯定最高法院法官的見解並不會因先前曾審理同一案件而受影響，却於非常上訴程序，認應自行迴避，前後理論不無矛盾，自難贊同。

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

關於本號判決，除主文第4項及主文第6項之相關涉部分外，本席敬表同意，爰就上述不同意部分提出不同意見書。

壹、本號判決關於法定法官原則部分之意旨

本號判決係參照司法院釋字第665號解釋意旨，認「各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合『事前訂定』及『一般適用』的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並非就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則。」並進而以「……更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，……符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第一次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求。」等由（本號判決理由第99段及第101段參照），而認系爭要點一、系爭要點二第1款、第2款及系爭決定所定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權內涵之法定法官原則，均無違背。承上可知，本號判決主要係循司法院釋字第665號解釋關於法定法官之解釋意旨，就最高法院之決定及分案要點中關於更二連身條款及重大連身條款，為是否符合憲法訴訟權內涵之法定法官原則之審查；而對此等分案規範之審查標準則為下列之（1）+（2）：

（1）分案規範之「事前訂定」及「一般適用」。

（2）基於專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功

能等因素之考量，而為合理之安排。

貳、關於法定法官原則之內涵

一、司法院釋字第 665 號解釋關於法定法官原則之解釋意旨

按「憲法第 16 條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第 80 條並規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」「法院經由案件分配作業，決定案件之承辦法官，與司法公正及審判獨立之落實，具有密切關係。為維護法官之公平獨立審判，並增進審判權有效率運作，法院案件之分配，如依事先訂定之一般抽象規範，將案件客觀公平合理分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，即與保障人民訴訟權之憲法意旨，並無不符。……各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第 78 條、第 79 條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率。」業經司法院釋字第 665 號解釋在案（該號解釋理由第 2 段及第 3 段參照）。

二、關於法定法官原則應具內涵之意見

查司法院釋字第 665 號解釋於引用德意志聯邦共和國基本法第 101 條第 1 項規定後，雖為「學理所稱之法定法官原則，其內容包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判」等語之敘述（詳見該號解釋理由第 4 段），然基於該解釋於同段理由所另為「惟法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。我國憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判，亦有相同之意旨」等語，並觀上開所示之司法院釋字第 665 號解釋內容，暨係自憲法第 16 條人民訴訟權之規定導出法定法官原則之意旨，本席認屬我國憲法第 16 條所規定訴訟權內涵之法定法官原

則，在憲法第 16 條所規定之人民訴訟權保障，所具人民權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判之核心內容下，關於法定法官原則之內涵，循上述司法院釋字第 665 號解釋意旨，就法院案件分配言，本席認應係指：（1）須依事先訂定之一般抽象規範，客觀公平合理分配於法官。（2）該一般抽象規範須摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業。

申言之，各法院於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則下，雖得就受理案件分配之事務，於合理及必要之範圍內，訂定補充規範；但各法院所訂之案件分配規範，不僅須係事先訂定之一般性、抽象性規範，且該一般抽象規範之內容，尚須摒除恣意或其他不當干涉（下稱摒除恣意干涉）案件分配作業。又是否「摒除恣意干涉」，本席認不應以曾經隨機分案（可能 1 次或數次，詳下述）即當然認為該當，尚應就各該非屬隨機分案之案件分配規範內容（如本意見書討論之重大連身條款），判斷是否「摒除恣意干涉」，俾符合公平審判要求，進行具體之審查，以為是否符合法定法官原則之判斷。

參、重大連身條款與法定法官原則有違

一、最高法院關於重大連身條款之相關規範內容

最高法院針對重大刑事案件先後所為重大連身條款之規範，依序為：

（1）最高法院中華民國 83 年 12 月 1 日之 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決議：「翌年度之重大刑事案件由指定不同庭之 5 位法官辦理，但撤銷發回後再行上訴之案件，仍分由原承辦股辦理。」（最高法院 84 年第 8 次刑事庭庭長會議決議停辦重大連身條款）。

（2）86 年 12 月 26 日之 86 年度第 16 次刑事庭庭長會議決議：重大刑事案件發回更審再行上訴案件，仍依上開 83 年度第 8 次刑事庭庭長會議決議，分由原承辦股辦理。

（3）最高法院 107 年 9 月 19 日訂定發布之「最高法院刑事案件分案實施要點」（下稱分案實施要點）第 9 點第 1 項第 2 款規定：「案件有下列情形之一者，應分原承辦股：……（二）重大刑事案件

發回更審再行上訴案件。……」

綜上可知，所謂重大連身條款係指重大刑事案件，僅於個案第一次上訴時採隨機方式分案，該個案如為撤銷發回之判決，則於嗣後再行上訴時，無論係經多少次之撤銷發回及上訴，除原承辦股已裁撤或兼庭長、代理庭長或充審判長者，¹均仍分原承辦股承辦。換言之，重大刑事案件於最高法院之案件分配，基於該院案件分配規範之重大連身條款規定，該個案無論曾經多少次之上訴最高法院，除有上述之例外情形外，原則上均係由同一位法官承辦之。

二、本號判決認重大連身條款已摒除恣意干涉案件分配之理由

循上開本席就司法院釋字第 665 號解釋關於法定法官原則部分之解讀，並徵諸本號判決所為如上開〈一〉所述（1）＋（2）之審查標準，則就以「事前訂定」且「一般適用」之抽象性分案規範所為重大連身條款，本席認本號判決應係考量下列 3 項因素，而認已摒除恣意干涉案件之分配：

- （1）在第一次上訴第三審時，係隨機分案，而非指定特定法官承辦。
- （2）提升裁判效率。
- （3）促進終審法院之統一裁判見解功能。

三、重大連身條款尚難認已摒除恣意干涉案件之分配

（一）難以同意本號判決論點之理由

本席尚難同意本號判決關於重大連身條款已摒除恣意干涉案件分配之論點，爰就上開關於本號判決在重大連身條款係以事前訂定且一般適用之抽象性分案規範中所訂定之前提下，所認摒除恣意干涉案件分配之 3 項論點，分別說明如下：

1、尚難僅以存有 1 次之隨機分案，即得認重大連身條款已摒除恣意干涉案件之分配

¹ 參照最高法院刑事案件分案實施要點第 9 點第 2 項規定：「前項第（一）、（二）款案件，於原承辦股已裁撤者，以電腦亂數抽籤分案；原承辦股法官兼庭長、代理庭長、充審判長時，以電腦亂數抽籤輪分該庭其他股。」

一般肯認連身條款²與法定法官原則無違之論點，除因其已符合上述以事前且一般適用之抽象性分案規範予以規定之要求外，另一理由即係個案適用「連身條款」前之案件分配，係隨機分案而非指定特定法官承辦，亦即因連身條款而特定之法官，其之「特定」仍係因隨機分案所致。此等曾隨機分案之事實，固得作為連身條款是否摒除恣意干涉案件分配之考量因素，但本席並不贊同僅因之即得認已摒除恣意干涉案件之分配。

蓋基於法定法官原則屬憲法第16條所規定人民訴訟權之內涵，具有確保人民受公平審判之意旨，則所謂之「摒除恣意干涉」，就案件之分配言，自係指在不具迴避事由之法官中，以隨機分案之方式決定之。然所謂之「連身條款」，以本號判決所審查之「更二連身」或「重大連身」觀之，均係在符合分案規範所設定之條件時，該個案於最高法院之審級，不論歷經多少次之審判，原則上均由同一位法官承辦；由於並非就每案之每次分派均須一律採取隨機分案，始符合法定法官原則，從而重大連身條款於曾經1次之隨機分案後始連身之前提下，僅是非當然違反法定法官原則，至於是否符合法定法官原則之要求，如前所述，尚須視是否摒除恣意干涉案件之分配。

2、提升裁判效率

最高法院所以就重大刑事案件，為前述重大連身條款之分案規範，係因司法院函知最高法院，司法院所屬各級司法首長座談會於78年3月23日會議關於：「第二審法院判決上訴之重大刑案，如經第三審法院撤銷發回，……第二審法院更行判決後上訴時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理」之決議（本號判決理由第93段參照）；而上述司法院所屬各級司法首長座談會所為重大連身條款之決議，則係針對「辦理重大刑案，應如何速審速結，以收嚇阻警惕之效，而維社會風氣之祥和」一案，所為之決議³。準此，應可認重大

² 一般係指重大連身條款及更二連身條款。

³ 參照最高法院111年3月29日新聞稿。

連身條款係基於速審速結之目的而為。

本號判決審查標的中涉及連身條款者，係含更二連身及重大連身兩部分；而所謂「更二連身」，係指最高法院第三次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第四次審判起），均分由最後發回（即第三次審判之最高法院更二審）之原承審法官辦理，致上訴最高法院之案件自更二審起均由最高法院同一承審法官辦理（本號判決理由第 91 段參照），且依最高法院關於刑事案件分配之更二連身條款規範，其係適用於各類型之刑事上訴案件。⁴

查更二連身條款本係為提升辦案效率而為，且係於規範重大連身條款前之 76 年間即試辦及實施迄今（本號判決理由第 90 段參照）；則最高法院為提升辦案效率而已實施更二連身之分案規範下，就同屬提升辦案效率目的之「速審速結」，再為僅有一次隨機分案之重大連身條款，是否意謂更二連身條款已不符提升辦案效率之要求？若答案為肯定，則所應變動者應係全部之刑事上訴案件，而非僅重大案件；若答案為否定，則何以重大刑事案件之辦案效率要求，已至須速審速結？且在終審法院此等效率之達成須仰賴個案僅能有一次之隨機分案，始能達成？

基於更二連身條款迄今仍存在之事實，關於上述疑問，本席係採否定之答案，且認案件分配固得有「提升審判運作之效率」之考量（司法院釋字第 665 號解釋理由第 3 段參照），惟依法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第 26 點及最高法院辦理重大刑事案件速審速結應行注意要點第 3 點，關於最高法院法官配受重大刑事案件，應自收案之日起 3 週內擬製裁判書，提付評議之規定，則此等之「速審速結」與公平審判下所容認之裁判效率之關聯性，已令人有所懷疑，況第三審法院之重大刑事案件係指經或曾經第二審判處死刑、無期

⁴ 應適用重大連身規定之重大刑事案件，因於第二次上訴最高法院時即已連身，則第四次之上訴，不論有否適用更二連身規定，結論均相同，故重大刑事案件可謂無適用、亦可認實質上有適用。

徒刑之案件，⁵則相對於處理此等關係人身自由、生存權之個案所應存之慎重度，所謂速審速結，應是上述規範所另為「提前審理」之要求。

此外，重大連身條款因於第一次更審之上訴即分由原承辦股辦理，而可減省承辦法官於釐清個案問題所須耗費之時間，但是否能因此避免個案之多次發回更審，而達到該個案之速審速結或裁判效率之提升？若二、三審之承審法官均堅持己見，答案似非必然。是基於速審速結而為之重大連身條款，其與裁判效率之關聯性，實已甚為薄弱！

3、終審法院之統一裁判見解功能

按「民刑事各庭為統一法令上之見解，得由院長召集民事庭會議，刑事庭會議或民刑事庭總會議決議之。」「（第1項）民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議或民刑事庭總會議，須有庭長、法官三分之二以上出席，以出席過半數同意行之，可否同數時取決於主席。……（第3項）第1項之會議議事要點另定之。」79年7月3日修正發布之最高法院處務規程第32條及第33條分別定有明文。而依上述處務規程第33條第3項規定，先後於80年7月20日、91年5月14日及106年7月24日修正發布之最高法院民刑事庭庭長會議、民刑事庭會議及民刑事庭總會議議事要點（下稱最高法院民刑庭會議要點）第5點則分別規定：「（第1項）每次開會之議案，原則上由各庭以庭銜提出。院長亦得就兩庭裁判見解不同、或裁判所持見解與通說有異以及有其他求取見解一致之必要時，提出議案。（第2項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，或認有變更以往已有之先例（非判例）或民、刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經大會決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。（第3項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院

⁵ 參照法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第2點第3項規定：「第三審法院於前開案件經第二審判處死刑、無期徒刑或宣告無罪而經檢察官提起上訴者適用之。」

裁判所持見解有異時，應由承辦庭先提案討論之。」「（第 1 項）每次開會之議案，由院長或各庭庭長以庭銜提出。（第 2 項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。

（第 3 項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院裁判所持見解有異時，承辦庭應先提案討論之。」「（第 1 項）每次開會之議案，由院長或各庭庭長以庭銜提出。（第 2 項）民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。（第 3 項）各庭承辦發回更審復上訴之案件，其見解如與更審前本院裁判所持見解有異時，承辦庭應先提案討論之。」

承上可知，我國最高法院刑事庭因非僅一庭，為統一刑事案件各庭間之法令上見解，乃設有刑事庭會議，藉該會議決議予以同一；且依上述最高法院民刑庭會議要點第 5 點第 3 項規定，最高法院承辦發回更審復上訴之刑事案件之承辦庭，如欲變更更審前同院裁判之見解，承辦庭應先提案於刑事庭會議討論後始得為之，而非任該個案之各次更審裁判先形成不同見解後，再行提案討論，作成決議以統一見解。準此，則重大刑事案件，因重大連身條款之規範，基於僅一次之隨機分案，爾後無論歷經多少次更審，原則上均由同一位法官承辦，自將使因見解變更而應提案決議之機率幾近於零，⁶如此，雖使作為終審之最高法院見解較為穩定，但另一面向則是使在學說或實務上已存在之歧異見解，喪失得因此獲得統一之機會，而使見解統一之時程延後，⁷亦令個案被告難以藉更審而獲因見解統一（變更）之救濟機

⁶ 所以稱「幾近」，係因合議庭成員之大幅變動時，存在著因該庭多數見解變更致須依規定提會討論之可能性。

⁷ 須依最高法院民刑庭會議要點第 5 點第 2 項規定：「民刑事同類事例之案件，如各庭見解不同，有求取見解一致之必要，或認有變更以往之先例或民刑事庭

會；並此等情形所影響者，核係終審法院之統一法律見解功能及個案被告之公平審判。從而，本席認重大連身條款如認有「促進終審法院之統一裁判見解功能」，則其之「統一」係減少因歧異見解而提刑事庭會議決議所致之「統一」，然此等消極性之統一，實難認屬終審法院所應具之統一見解功能。

（二）重大連身條款並不具考量專業或案件公平負擔面向之合理理由

重大連身條款係最高法院針對重大刑事案件於發回更審後再行上訴之案件，所訂定之分案規範，而所稱重大刑事案件，如前所述，係指經第二審判決判處死刑或無期徒刑之案件；而此等案件，就辦理刑事案件之終審法院法官在案件分配上之意義言，本席認應係個案屬對人身自由之重大拘束或生命之剝奪，從而承辦法官具較大之壓力，是基此所衍生者，核係案件負擔之公平，就此，最高法院實已經由分案實施要點之獨立輪次分案之規定，⁸ 予以合理之處理；此外，依前開關於第三審重大刑事案件之界定言，案件之複雜度或專業性尚非此等案件所必然具備之本質，況最高法院現亦無所謂之重大刑事專股（庭）。故而，針對重大刑事案件所為特殊分案方式之重大連身條款亦難認有自法官專業或案件公平負擔面向予以考量之合理理由。

（三）小結

綜上所述，針對重大刑事案件所為特殊分案方式之重大連身條款，尚不存有在法官專業或案件公平負擔面向之理由；此外，於最高法院已訂有更二連身條款之分案規範下，再基於速審速結而為之重大連身條款規定，核與裁判效率之關聯性已甚為薄弱！且重大連身條款就屬終審法院重要功能之統一裁判見解，若有促進之效，亦屬減少歧異見解之提出，自憲法所保障人民訴訟權核心內容之公平審判觀點

會議決議之必要者，承辦庭應將不同之見解提案討論。經會議決定後，承辦庭應於當日評議，將主文公告之。」為之。

⁸ 最高法院刑事案件分案實施要點第11點第2款及第3款規定：「下列案件應依序以獨立輪次分案：……（二）重大刑事案件（死刑）。（三）重大刑事案件（無期徒刑）。……」

言，不僅對終審法院之統一法律見解功能無促進之效，甚或是負面之影響。是雖重大連身條款，係曾經一次隨機分案後始開始連身，但考量前述重大連身條款對最高法院基於終審法院之統一見解功能之影響、與裁判效率之薄弱關聯性，暨無涉案件專業性及公平負擔等面向，本席認其實已對公平審判形成負面之影響，而尚難認已摒除恣意干涉案件之分配。

準此，則基於前述法定法官原則之滿足，就案件之分配言，係應具備：（1）須依事先訂定之一般抽象規範，客觀公平合理分配於法官。（2）該一般抽象規範須摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業等兩大要件觀之，重大連身條款雖係以事先訂定之一般抽象規範為之，但其規範內容既尚難認已摒除恣意干涉案件分配，則此規範核已違反法定法官原則。

肆、結論

為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法定法官原則要求案件之分配不得恣意或受其他不當干涉，是各級法院獲法律授權自主決定事務分配時，在以事先一般抽象性規範予以規定之基本要求下，固得基於專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素（下稱分案事由），採行合理及必要之分案方式；至案件之分配是否恣意或受其他不當干涉，尚應視各級法院訂定分案規則而採行之分案方式，是否與達成分案事由之目的間具有一定關聯性。是本號判決雖認重大連身條款並無違法定法官原則，但其亦非認案件曾經 1 次之隨機分案即開始連身，係當然未違反法定法官原則，從而，各級法院自主決定事務分配訂定之分案規則，如有關於連身條款之分案規定，並不因本號判決即當然得認與法定法官原則無違，而應再作進一步之審視；另或許於無員額限制之事實上困難下，盡可能消除人民對司法公平審判之疑慮，亦是一種選項。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 15 號

聲 請 人 石耀琳

上列聲請人因慰問金事件，認臺北高等行政法院 109 年度簡上字第 51 號判決，所適用之公務人員保障法第 21 條第 2 項前段及公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 3 條第 1 項等規定，有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。本庭判決如下：

主 文

- 一、公務人員保障法第 21 條第 2 項前段規定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。」係國家對公務人員執行職務發生意外所為保障，乃保障人民服公職權之具體化，尚不生牴觸憲法第 18 條人民服公職權保障之問題。基於國家對人民服公職權之保障意旨，其所稱之「意外」，本不限於單純因外來危險源所致之事故，尚應包含因公務人員本身之疏忽所致者。中華民國 107 年 6 月 27 日修正發布之公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」其中關於「外來危險事故」部分，增加法律所無之限制，牴觸憲法第 18 條人民服公職權之保障意旨。1
- 二、聲請人其餘聲請不受理。2

理 由

- 壹、事實概要及當事人陳述要旨【1】1
 - 聲請人石耀琳（下稱聲請人）原係財政部國有財產署（下稱國產署）北區分署所屬秘書室書記，於中華民國 106 年 12 月 6 日奉命赴臺北市大安區國有房屋現場履勘時，因後退轉身時踩空臺階摔跤，致受有右側足部挫傷、右側第五跖骨非移位閉鎖性骨折等傷害。聲請人於 107 年 10 月間依 107 年 6 月 27 日修正發布之公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法（下稱慰問金發給辦法）第 4 條第 1 項第 1 款第 6 目規定，申請發給受傷慰問金新臺幣 1 萬元。國產署北區分署2

認慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定所稱意外，如係因當事人疏忽所致事故，且該事故非屬突發性外來危險引起者，即非屬意外事故，否准其申請。聲請人不服，提起復審遭駁回後，向臺灣臺北地方法院提起行政訴訟，經該院 108 年度簡字第 105 號判決駁回其訴，上訴復經臺北高等行政法院 109 年度簡上字第 51 號判決（下稱確定終局判決）駁回而告確定。聲請人認確定終局判決所適用之公務人員保障法（下稱保障法）第 21 條第 2 項、第 3 項，及慰問金發給辦法第 2 條、第 3 條等規定，侵害聲請人之財產權，有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法。【2】

聲請人聲請意旨略以：保障法第 21 條第 2 項（前段）、第 3 項與同條修正總說明二，及慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定與同條立法理由三，均認為「至於因當事人疏忽或疾病所致事故，且該事故非屬突發性外來危險所引起者，皆非屬意外事故。」惟查慰問金發給辦法係為落實照護員工權益，彌補公務人員保險中，未能保障因執行職務所生傷害之損害，是就傷害之發生情形，適用上開立法理由，過度限縮要件，侵害聲請人憲法第 15 條所保障之財產權，違反憲法第 23 條比例原則等語。【3】

貳、受理依據【4】

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日修正施行（下同）前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。【5】

一、受理部分【6】

查本件聲請人關於保障法第 21 條第 2 項前段及慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定部分之聲請，係於 109 年 12 月 24 日繫屬，其受理與否，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，爰予受理。【7】

二、不受理部分【8】

聲請人雖主張保障法第 21 條第 3 項規定：「前項慰問金發給辦法，由考試院會同行政院定之。」慰問金發給辦法第 2 條規定：「本法第 3 條及第 102 條所定人員執行職務時，發生意外致受傷、失能、死亡慰問金之發給，依本辦法規定辦理。但其他法律另有規定者，從其規定。」及第 3 條第 2 項規定：「依本辦法發給慰問金者，以其受傷、失能或死亡與執行職務時所發生之意外，具有相當因果關係者為限。」違憲等語。惟並未具體敘明該等規定於客觀上究有何牴觸憲法之處，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不符，應不予受理。【9】

參、審查標的【10】

一、公務人員保障法第 21 條第 2 項前段規定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。」（下稱系爭規定一）【11】

二、107 年 6 月 27 日修正發布之公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」（下稱系爭規定二）（110 年 4 月 16 日修正發布為：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來事故。」不在本件審查範圍。）【12】

肆、形成主文之法律上意見【13】

一、公務人員職業安全保障，屬憲法第 18 條人民服公職權保障之內涵【14】

憲法第 18 條規定人民有服公職之權，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。又公務人員與國家間之公法上職務關係，國家對公務人員有給予俸給及退休金等保障其生活之照顧義務，公務人員對國家亦負有執行職務及忠誠等義務（司法院釋字第 483 號、第 575 號、第 605 號及第 658 號解釋參照）。又國家對公務人員之照顧義務，解釋上應不限於俸給及退休金給予，亦應及於因執行職務而致傷病之適當照顧，俾公務人員得以無後顧之憂，戮力從公。此一適當照顧，為公務人員之職業安全保障，亦屬憲法第 18 條人民服公職權保障之內涵。【15】

至因執行職務而致傷病之適當照顧義務之具體內容，應由立法者以法律定之。如以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確，命令之內容並不得抵觸母法或對公務人員之權利增加法律所無之限制。【16】

二、慰問金發給辦法之法制沿革【17】

依關係機關銓敘部 110 年 11 月 12 日以部退五字第 1105392229 號復司法院秘書長函（下稱銓敘部復函）略謂：慰問金業務開辦係因 82 年間鑑於屢有擔任治安、運鈔、拆除違建及執行取締等工作之公教員工執行職務遭受暴力危害暨危險意外事故，當時公務人員退休撫卹新制尚未實施，一般公務人員因公殘廢、退休或死亡者，所領退撫給與有限；又編制外員工尚無退撫法令之適用，其權益照護更顯不足；導致甚多機關另為執行公務之員工辦理各種意外保險，進而造成各級政府機關學校巨額保險費支出，但理賠率偏低而無法落實照護員工權益之現象。為符經濟、公平及整體照護之原則，原行政院人事行政局（現為行政院人事行政總處）經會同有關機關研究結果，認為由各機關為員工投保意外險，並非最佳途徑，宜改由政府編列預算，對於因公殘廢或死亡員工個案，以核發慰問金之辦理方式，較符經濟、公平及整體照護之原則，爰訂定「公教員工因執行職務遭受危險事故致殘廢死亡發給慰問金實施要點」（下稱慰問金實施要點）為辦理依據等語。【18】

又行政院及考試院於 83 年 9 月 7 日會銜訂定發布上開慰問金實施要點，針對公教員工因冒險犯難、執行危險勤務，遭受危險事故，致殘廢或死亡，依其情事發給慰問金；86 年 9 月 25 日修正時，更名為「公教員工因執行職務冒險犯難或執行危險職務致殘廢死亡發給慰問金要點」（於 90 年 7 月 4 日廢止）。惟鑑於臺北市政府早於 80 年 6 月 6 日以 80 府人四字第 80037788 號函訂定發布「臺北市政府所屬員工因公傷亡慰問金發給要點」，針對臺北市政府員工（一）因執行職務發生危險、（二）因公差遇險或罹病、（三）因公差參加訓練或演習、（四）在辦公場所發生意外及（五）因辦公往返發生意外等事

由而傷亡者，發給慰問金，以安定其生活（同要點第1條及第3條規定參照）。其發給慰問金之條件，顯較上開行政院及考試院會銜訂定之慰問金實施要點為優厚，為加強公務人員權益保障，行政院及考試院於90年7月2日另會銜訂定發布「公教員工因公傷殘死亡慰問金發給辦法」，擴大給付慰問金之範圍至「因公受傷」。臺北市政府則於92年2月21日以92府人四字第09202614101號函發布停止適用上開要點。【19】

嗣保障法於92年5月28日修正公布時，新增第21條第2項前段規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。」及第3項規定：「前項因公之範圍及慰問金發給辦法，由考試院會同行政院訂定之。」考試院與行政院於同年12月9日會銜訂定發布「公務人員因公傷亡慰問金發給辦法」，並於93年1月1日施行（另於同年1月27日廢止上開「公教員工因公傷殘死亡慰問金發給辦法」）。關於慰問金發給之事由，同辦法第3條第1項及第2項規定：「（第1項）本辦法所稱因公受傷、殘廢、死亡，指因下列情事之一，致受傷、殘廢或死亡者：一、執行職務發生意外。二、公差遇險。三、在辦公場所發生意外。（第2項）前項第1款所稱執行職務發生意外，指於執行職務時，發生意外事故；第2款所稱公差遇險，指公務人員經機關學校指派執行一定之任務而遭遇危險，其時程之計算係自出發以迄完成指派任務返回辦公場所或住（居）所止；第3款所稱在辦公場所發生意外，指在處理公務之場所，於辦公時間內或指定之工作時間內，因處理公務而發生意外事故。」該辦法嗣經數度修正，於107年6月27日修正發布時，並更名為「公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法」。【20】

依上說明，可認慰問金制度建立之初衷，雖係各機關以自行編列預算替其所屬員工加保意外保險，並以該保險金來取代各機關所應支付之職災補償措施，嗣後改為政府編列預算直接給付慰問金之方式，惟不問政府採取何種方式支付，其均係各機關對於因執行職務致意外失能或死亡之公務人員予以「照護」，即具職災補償之性質。而

此一慰問金發給辦法之規定，即應符合授權母法即保障法第 19 條規定關於公務人員職業安全保障之意旨，發給慰問金之事由，亦須符合系爭規定一之規定。【21】

綜上所述，慰問金之發給係公務人員因公致受傷、失能或死亡，而對公務人員或其遺屬之法定給與，為國家照護公務人員義務之一環，其固以慰問金為名，惟仍具職災補償之性質。【22】

三、系爭規定一所稱之「意外」，本不限於單純因外來危險源所致之事故，尚不生牴觸憲法第 18 條人民服公職權之問題【23】

按保障法第 19 條前段規定：「公務人員執行職務之安全應予保障。」係法律明定國家對於公務人員執行職務之安全，負有保障義務之明文規定。而系爭規定一明定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。」則係對於公務人員因執行職務所致受傷、失能或死亡者，應予補償之明文規定。此由 102 年 7 月 3 日修正公布之職業安全衛生法（下稱職安法）第 1 條規定：「為防止職業災害，保障工作者安全及健康，特制定本法；其他法律有特別規定者，從其規定。」其修正之立法理由中，說明參酌經濟社會文化權利國際公約（第 7 條第 1 項第 2 款規定）之精神，確保「人人享有安全衛生工作環境」之權利，本法保障範圍除「受僱勞工」外，尚擴及「自營作業者」、職業訓練機構學員等工作者。爰將「保障勞工安全與健康」修正為「保障工作者安全及健康」，並說明保障法第 19 條授權訂定之「公務人員安全及衛生防護辦法」，係對於公務人員之安全衛生之特別規定，應優先適用（立法院第 8 屆第 2 會期第 11 次會議議案關係文書，院總第 961 號政府提案第 13447 號，政 6 頁參照）。是有關公務人員執行職務之職業安全保障，係國家保障所有工作者安全及健康法制度之一環，應無疑義。又，公務人員安全及衛生防護辦法明定，各機關於公務人員執行職務遭受生命、身體及健康之侵害後，應採取下列措施：依規定即時辦理核發慰問金；協助辦理請假、保險、退休、撫卹等事宜；協助轉介專業機構進行心理諮商輔導或醫療照護，並採取其他必要之措施（該辦法第 23 條第 4 款至

第7款規定參照)等情,亦足以證之。【24】

綜上所述,系爭規定一係國家對公務人員執行職務發生意外所為保障,乃憲法保障人民服公職權之具體化,有關「公務人員執行職務時,發生意外……」,基於國家對人民服公職權之保障意旨,其所稱之「意外」,本不限於單純因外來危險源所致之事故,尚應包含因公務人員本身之疏忽所致者。是系爭規定一尚不生牴觸憲法第18條人民服公職權保障之問題。【25】

至系爭規定一之立法理由雖指該規定所稱之意外,參酌保險法第131條第2項規定及其實務運作,指突發性之外來危險事故;當事人疏忽或疾病所致者,皆非屬意外事故(立法院第9屆第3會期第1次會議議案關係文書,院總第1549號政府提案第15897號,政000-000頁參照)(註)。亦即將「意外」限定於有外來危險,惟參酌保險法第131條第2項規定,前項意外傷害,指非由疾病引起之外來突發事故所致者。其立法初衷或司法實務見解,係為區分疾病與突發事故之意外傷害,並無將當事人疏忽所造成事故予以排除之意思。該立法理由之說明容有商榷餘地,惟尚非本判決所得審理之標的,附此敘明。【26】

四、系爭規定二其中關於「外來危險事故」部分,增加法律所無之限制,牴觸憲法第18條人民服公職權之保障意旨【27】

系爭規定一有關「公務人員執行職務時,發生意外……」,其所稱之「意外」,如前所述,既不限於單純因外來危險源所致之事故,尚應包含因公務人員本身之疏忽所致者。系爭規定二規定:「本辦法所稱意外,指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」對於「意外」之定義,將「外來危險」作為突發性外來事故之要件,而限定有外來危險源所致之事故,始可發給慰問金,排除因公務人員本身之疏忽所致之事故,係增加母法(即系爭規定一)所無之限制,且與職安法之規範意旨不符,牴觸憲法第18條人民服公職權之保障意旨。【28】

況銓敘部前揭復函亦謂:慰問金發給辦法施行以來,各機關學

校迭有建議放寬對於「意外」要件之認定，且當事人受突發性外力之意外事故時（如突發之強風），往往難以舉證，各機關學校亦有查證困難之虞。又意外傷害之發生，除突發性之外來危險事故外，難免有個人疏失之因素在內，相關因果關係之判斷，甚難釐清。為期落實公務人員之權益照護，爰於 110 年 4 月 16 日修正發布本辦法，將本辦法第 3 條第 1 項所定「意外」之定義，明確排除「危險」要件之認定，不再限制尚須有外來危險因素介入，亦不因單純個人疏失即不發給慰問金等語，併此敘明。【29】

伍、結論【30】

綜上，系爭規定一係國家對公務人員執行職務發生意外所為保障，乃保障人民服公職權之具體化，尚不生牴觸憲法第 18 條人民服公職權保障之問題。基於國家對人民服公職權之保障意旨，其所稱之「意外」，本不限於單純因外來危險源所致之事故，尚應包含因公務人員本身之疏忽所致者。系爭規定二其中關於「外來危險事故」部分，增加法律所無之限制，牴觸憲法第 18 條人民服公職權之保障意旨。【31】

又本件聲請人得依法提起再審請求救濟；聲請人所屬機關亦得逕依本判決意旨撤銷原處分，就聲請人原因案件之原申請為適當之處理。【32】

陸、併此指明部分【33】

慰問金係公務人員因公致受傷、失能或死亡，而對公務人員或其遺屬之法定給與，為國家照護公務人員義務之一環，具職災補償之性質，業如上述。其既屬國家於職業災害發生時，對受害者之法定給付，以慰問金名之，易予人以其係國家恩給之聯想，或有予以適當正名之必要。【34】

註：銓敘部 100 年 3 月 4 日部退四字第 1003325382 號書函略以：

「依公務人員因公傷亡慰問金發給辦法第 3 條規定，所稱『意外事故』係指突發性之外來事故，直接導致正執行公務者受傷、殘廢（現為失能）或亡故之事件（本人疏忽或宿疾所致之結果，皆

非意外事故)。……」其中有關「本人疏忽……所致之結果……非意外事故」之內容，與系爭規定一之立法理由相同。【35】

中 華 民 國 112 年 9 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	黃瑞明	詹森林
		黃昭元	謝銘洋	呂太郎
		楊惠欽	蔡宗珍	

本判決由蔡大法官炯燾主筆。

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

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

蔡大法官明誠提出。

部分不同意見書：蔡大法官宗珍提出，吳大法官陳鐸、林大法官俊益、張大法官瓊文、楊大法官惠欽加入。

不同意見書：許大法官志雄提出，張大法官瓊文加入第二部分、黃大法官昭元加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳明珠

中 華 民 國 112 年 9 月 28 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

行政程序法第 117 條所為原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷之規定，並非賦予原處分機關任意決定撤銷或不撤銷之裁量權，本於行政程序法第 1 條所示保障人民權利之立法目的、第 4 條行政行為應受法律及一般法律原則之拘束、第 6 條行政行為非有正當理由不得為差別待遇及第 8 條行政行為應以誠實信用之方法為之等，應認為除有行政程序法第 117 條所示之例外不得撤銷情形外，於法定救濟期間經過後，原處分機關亦有義務撤銷違法之行政處分。

就本件判決認排除公務員過失為違憲之結論，固可贊同。但本件判決主文第 1 項用語（稱保障人民服公職權之具體化等）及理由，恐混淆憲法第 18 條對人民服公職若執行職務遭遇傷病時，國家依公務員俸給權益延伸而給予法定補償之保障，與商業保險、損害賠償與有過失之概念。又本判決亦未於主文明白揭示行政機關應重為有利於聲請人處分之諭示，未免美中不足，茲提出協同意見書，並補充理由如下：

一、應發放慰問金之事故本不應解釋為排除受傷、殘廢、死亡原因為公務人員本人之過失

本件判決主文第 1 項及理由業已明確說明系爭規定一即公務人員保障法第 21 條第 2 項前段規定之解釋，不應排除公務人員本人就傷害發生有過失之情形，不因上開立法說明之缺漏，排除於應發給慰問金之事由外，可資贊同。因為系爭規定一既未明文設有限制，解釋上自無從在諸多意外成因中，僅排除公務人員對傷殘死亡之原因有過失之情形；更何況依據系爭規定一但書之規定，充其量僅僅排除公務人員有故意或重大過失之情事，則在公務人員有過失之情形，自應發給慰問金，乃當然應有之解釋結論。

本件判決理由認為憲法第 18 條對人民服公職權之保障包括於因執行公務受傷時，國家負有無過失之職災補償責任部分，主筆大法官之立意良善，惟似乎不無討論餘地。查國家對於公務人員所負之職災

補償責任，究其本質係侵權行為之責任，即使不論憲法對人民服公職權之保障，基於憲法保障財產權，並以私法規範財產與風險分配分擔之私法關係，亦可推導出國家於公務人員因公受傷失能時應負職災補償責任之結論，系爭規定一之慰問金其性質不必然為職災補償，也無所謂憲法第 18 條對人民服公職權保障之具體化可言。

又公務人員保障法所列之慰問金如為職災補償性質，乃是與公務人員退休資遣撫卹法所設之撫卹金、公教人員保險法所設之保險給付共同構成國家於公務人員因公受傷失能時，履行其應負侵權行為損害賠償責任之來源與方法。公務人員撫卹金及保險給付、慰問金等與公務人員職災補償之間應有抵充之關係。就此而言，公務人員因公受傷而得領取慰問金本質，實與國家對公務員之恩給無涉，而係本於財產權保障即可推導出之請求權。另如果公務人員保障法所列之慰問金非為職災補償性質，則除了慰問金用語本身所表達之尋常意思，隱含恩給之用意外，國家是否可以於無義務之情況下，立法給予公務人員優惠，非無疑義。因此，本件判決主文稱係憲法第 18 條保障人民服公職權之具體化，容易滋生紛擾，本席以為不當。

國家對公務人員基於國家對公務人員未能提供安全勞動環境義務而來之責任，屬侵權行為之損害賠償義務。此係在憲法第 18 條保障之外，乃是國家作為雇主無從脫免之責任。

二、以「外來危險源」反面定義公職人員保障法之意外事故無助導正疑義

本件判決理由提及系爭規定一之立法理由說明關於當事人疏忽造成事故應予排除，誠屬不當部分，固值贊同。

惟應補充說明者，於 106 年修正系爭規定一，明定「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金」，其立法理由稱「當事人疏忽」或「疾病」均應被排除於應發給慰問金之意外事故範圍之外等，一方面誤為參照本質上係規範商業保險之保險法關於傷害保險契約內容，另方面更誤解風險發生之原因多元性。實則，公務人員保障與慰問金制度所稱「發生意外」只是在描述受傷、

失能或死亡之結果非受害之公務人員本人所願或所料而已。公務人員執行公務時遭受傷害、失能或死亡等惡害之原因千變萬化，除去不可預料或不可抗力之天災、戰亂，亦有可能是長久存在之設施缺失、設備失修、行為準則缺失、長官命其冒險、他人故意過失行為、疾病無預警發生，公務人員自己過失僅屬諸多成因之一。公務人員執行公務而受傷、失能或死亡之成因甚至可能係綜合上列多項原因、或上列多項原因與公務人員自己過失同時導致。然無論造成受傷、失能、死亡之成因為何，單由憲法就財產權之保障即可推得國家不可脫免其侵權行為損害賠償責任，已如前述；則此種賠償責任與保險法上基於契約而生之損害填補模式，實不能比擬；更遑論參照保險法第 131 條區分健康保險與傷害保險事故以劃分保險給付條件之規定，劃定慰問金給付條件。

慰問金制度既非國家與公務人員分配風險分擔之零和商業活動，保險法關於各險種之規定對於解讀公務人員慰問金，參照傷害保險規定之空間實屬有限，不得不辨。若強以保險法比擬，足資為參考之規定，也應係保險法第 29 條第 2 項前段「保險人對於由要保人或被保險人之過失所致之損害，負賠償責任」之意旨。

本件判決主文稱：公職人員保障法所稱之意外應不限於單純因外來危險源所致之事故，慰問金發給辦法規定意外指「非由疾病引起之突發性外來危險事故」係增加法律所無之限制等語，由此主文確認應發給慰問金之情狀應廣納其他情狀之點觀之，當可贊同。惟本判決主文採取「外來危險源」之用語，恐再度落入公職人員保障法立法時錯誤引用保險法第 131 條第 2 項之契約概念。

應重申的，系爭規定所引用之「意外」有其脈絡，與「意外發生之成因」不應混淆。單單由侵權行為而生之損害賠償，執行公務因而受傷、殘廢、死亡等不幸結果才是國家給予慰問金或補償之原因。至於執行公務中受傷、殘廢、失能之不幸結果成因是否係「外來危險源」，本非所問。所謂「外來危險源」之概念並未見於系爭規定一及二或任何相關規範，其意義為何，難以特定。例如，公務人員因本身

患有不影響正常作息之心律不整等疾病，復遭遇高空墜落物驚嚇而導致嚴重傷害或失能，其傷害或失能之原因究竟是否屬所謂「外來危險源」？本件原因案件之爭議僅在公務員就意外事故之發生如有過失，得否請領慰問金而已；大法官直接由此切入，認定「於過失之情形，亦得請領慰問金，始符憲法意旨」當更簡單明瞭且已足，繞道「外來危險源」，恐治絲益棼，徒生困擾。

三、本判決未於主文明示行政機關應重為對聲請人有利之處分，對聲請人之權利保障美中不足

本件判決主文固然明白揭示系爭規定二增加母法於系爭規定一所無之限制，牴觸憲法，乍看係肯定聲請人之聲請有理由；惟本案繫屬本院前，業經臺北高等行政法院判決駁回其行政訴訟而確定。聲請人於111年1月4日憲法訴訟法施行前提出本件聲請，本件判決本無可能依憲法訴訟法第62條第1項廢棄其確定終局判決，於此情形下，本件判決主文未明白諭知聲請人如何救濟，聲請人可能將須就其確定終局判決提起再審，視承審之臺北高等行政法院是否重為對其有利之判決後，再由行政機關依判決結果為處分，必然增加訟源。

實則，行政程序法第117條明文揭示「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷」，亦即程序再開。此依程序再開之規定固然賦予行政機關裁量變動該處分對法安定性造成之影響，以及行政處分違法之情狀，惟行政機關之裁量權並非無限制，尤在處分違法之原因係因憲法法庭判決業已宣告處分適用之法規範違憲，系爭規定又業經主管機關自行修正時，實在難以正當化行政機關仍有何棄聲請有理由之聲請人權利不顧，不為撤銷重開程序之裁量權。多數意見以尊重行政機關之裁量權為由而不予明白諭示，然後果卻是在憲法法庭肯定聲請人之聲請有理由之後，聲請人可能尚須百轉千迴尋求再審，遲遲不能獲得實體上有利之給付，實謂美中不足！本席就此難以贊同本件原處分機關就撤銷原處分乙節，原處分機關仍具裁量權，而有公權力不為撤銷。

四、結語：國家對公務人員因公受傷殘廢死亡之保障義務不應

打折

本判決確認國家對公務員執行公務應受保障之意旨，值得贊同。惟惜未辨明負有慰問金給付義務之機關既非商業保險之保險人，本無必要如同商業保險人區分細究此項傷害或失能事故究竟應由疾病險給付或意外險給付，更不應區分公務人員本人對傷殘死亡結果發生之成因有無過失。實則，所謂意外，指公務人員本人不欲發生之執行公務傷殘死亡結果而已。憲法第 18 條人民服公職權之保障之外，對公務人員因公傷病失能死亡之補償，更是基於財產權保障、國家侵權行為損害賠償責任之根本之理，於法律之外，不應打折扣。

協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號判決如從聲請標的而論，其金額甚小，但自保障公務人員權益觀點而言，則具有其意義。憲法法庭從過去大法官解釋年代，來到憲法訴訟時代，自更應以人民基本權保障為重。從憲法審查觀點，如何充分保障人民之基本權利，更形重要。本號判決站在聲請人權利保障之角度，受理本案，自有強化公務人員之職災補償制度與體系之意。惟因上述想法，未能形成絕對多數大法官之見解。是於此特別就公務人員之慰問金之定性及請求權基礎等問題，略抒管見，以補本席支持本號判決之真意。爰提協同意見如下：

一、關於慰問金之定性問題

本件聲請之爭議，在於慰問金之性質，究係恩給性質，或係受補償權利性質，使受補償者得具有請求權基礎（Anspruchsgrundlage）¹，向雇主請求一定金額之補償。本號判決由憲法第18條人民服公職權之保障出發，強調國家照顧義務，排除恩給之性質，值得贊同。質言之，如從公務人員保障法第21條第2項前段規定（系爭規定一）所明定之慰問金，與其他依法令衍生之公務人員職業災害補償，諸如公教人員保險法之給付、公務人員退休資遣撫卹法之給付存有抵充關係觀之，即可明瞭其性質至少係職業災害之損失補償，絕非國家恩給。此與類似勞雇法規對照，有如勞動基準法第7章職業災害補償中之第59條規定，勞工因遭遇職業災害而致死亡、失能、傷害或疾病時，雇主應依規定予以補償。但如同一起事故，依勞工保險條例或其他法令規定，已由雇主支付費用補償者，雇主得予以抵充之。第59條之受

¹ 有關契約之請求權基礎，固以契約為基礎，較為常見。惟如基於社會典型性之行為（例如生存照顧及大眾交易等型態），是否承認此種請求權，於德國法上引起討論或質疑，但有將之納入無契約之契約請求權（Vertragsansprüche ohne Vertrag）。（參照 Dieter Medicus/Jens Peterson, Bürgerliches Recht-Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 27. Aufl., München: Franz Vahlen, 2019, Rn.188ff., 193ff..）因此，請求權基礎之概念，學理及實務上仍有更廣義理解之可能性。

領補償權，自得受領之日起，因二年間不行使而消滅（勞動基準法第 61 條第 1 項規定參照）該規定於 107 年 11 月 21 日修正時，雖為法條文字修正（將「殘廢」修正為「失能」或「障害」），此係為落實身心障礙者權利公約所揭示平等與不歧視之規定，以尊重國際公約之理念，其餘則未修正。其原立法理由為，本條規定職業災害而受害之勞工，如僅以勞保之些微給付，實不足以達到照顧之目的，而應由雇主負起完全補償責任（勞動基準法第 59 條立法理由參照），值得重視。茲將上述兩者相加對照可見，公務人員保障與勞工職業災害補償同為使雇主負照護責任，工作者享有受領補償權之共通性，兩者應比照援引，以確保公務人員或勞工之基本權利。

另就從事工作者而言，其無論係勞工或公務人員，難免於執行職務時，發生意外事故，公務人員職災補償之保障，亦應係公務人員權利保障之重要一環。在公務人員保障法規範下，對公務人員因執行公務受傷、失能、死亡之給付，無論冠以何名，係屬國家居於雇主地位，實現職業災害補償之重要勞工（廣義勞工）保障機制，亦符憲法保障勞工基本權之意旨。在此之上，更有憲法保障人民服公職之權利，以及基於此權利而來，國家應負之更高度保護義務²。查系爭規定一於 92 年間新增修正，其立法理由係為加強公務人員權益保障，於公務人員因公致傷殘、死亡時，除其情形符合保險或撫卹之規定，應給予保險給付或撫卹外，應發給慰問金，以達國家照護公務人員之目的（公務人員保障法第 21 條立法理由參照）。況且，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行為，亦應兼顧對於公務人員權益之保護（司法院釋字第 491 號、第 785 號解釋參照）。因此，為保障公務人員因職災所生損失，自亦得受到合理補償，不問其係以何種稱呼，縱使以慰問金稱呼，實不宜解為公務人員所屬政府機關之恩惠性給付，而應將之定性為政府與公務人員間之類似民事勞雇關係，使其得享有受補償權利性質之請求權，藉以健全公

² 參照司法院釋字第 785 號解釋。

務人員職災補償規定之規範體系與建構更充分保障公務人員權益之請求權基礎。³

二、救濟方式之諭知應符訴訟經濟與社會現實之需求

本號判決認本件聲請人得依法提起再審請求救濟；聲請人所屬機關亦得逕依本判決意旨撤銷原處分，依聲請人原因案件之申請為適當之處理。為訴訟經濟與時效之考量，憲法法庭判決所諭知之救濟方式，宜更加具體而多元，而非僅在於由聲請人於憲法法庭判決後另行提起再審，或仰賴聲請人所屬機關定奪或逕行選擇，是否依本判決意旨而為撤銷原處分。凡此等救濟管道，並非積極賦予聲請人更強之受補償請求權，實有為德不卒之疑慮！換言之，若為小額訴訟標的，在普通法院程序，既已可運用簡易程序處理，於此實無庸為區區之萬元，另令聲請人提起再審程序，始得救濟，如此實有勞民傷財之嫌！不符受理本案之意旨，是較佳之救濟方式，應另闢蹊徑，令聲請人享有更積極且直接之受領補償之救濟方式，較符訴訟經濟與社會現實之需求。

總之，憲法訴訟之施行，業已年餘，憲法訴訟法第38條第1項明定「判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務」，第33條第3項亦明定「判決得於主文諭知執行機關、執行種類及方法」。憲法法庭本有權衡個案情狀，諭知原因案件最適宜實現人民基本權管道之空間。比較往昔解釋年代，宜有更開放心態，給予聲請人多元之救濟管道，而非糾結於公法與私法之差異，或是僵化於國家恩給屬性與主觀公權利等概念之運用，而應以聲請人權利保障之觀點，承認因職業災害而受害之公務人員，有受領補償請求權。

時至憲法訴訟時代，憲法法庭認可受理之案件，顯見其有憲法

³ 公務員基於職位所生之權利，例如俸給與退休金等權利（司法院釋字第605號、第658號解釋參照）、晉敘陞遷權（司法院釋字第611號解釋參照）、參加考績權、執行職務權、請假休假權、健康維護權、安全維護權等。參照李震山，行政法導論，臺北：三民書局，2022年9月修訂12版，頁169。

上重要性，有時裁判結果及其所作出裁判之影響力，難單以訴訟標的金額多寡論斷，不宜因其係屬小額案件，而生差別心，甚至視而不見！況且，基於人民之憲法基本權利保障意旨，雖無法使所有憲法訴訟之裁判在社會影響力，皆屬如荷馬史詩般之氣勢磅礴大作，有時聲請人主張標的雖較小，亦值得吾人關注，若適時回應聲請人之心願，而作出有溫度且讓人民有感之如歸有光所著「寒花葬志」般之抒情小品，誰曰不宜！是本號判決標的較小，有如小品文，或許有人質疑其裁判之意義，但本席較難認同此等見解，爰提出協同意見如上。

部分不同意見書

蔡宗珍大法官 提出
 吳陳鐸大法官 加入
 林俊益大法官 加入
 張瓊文大法官 加入
 楊惠欽大法官 加入

本件聲請案之審查標的，應為公務人員保障法第 21 條第 2 項規定全文，即包含但書規定在內（下稱系爭規定一），及 107 年 6 月 27 日修正發布之公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定（業於 110 年 4 月 16 日修正，刪除「危險」2 字，並為現行規定，不在本判決受理、審查範圍；下稱系爭規定二）。於此前提下，本席支持系爭規定一不生牴觸憲法第 18 條保障人民服公職權之問題，及系爭規定二牴觸憲法之審查結論，惟不同意主文一部分內容及判決理由（含併此指明部分），爰提出部分不同意見書如下。

一、本席支持之判決主文

公務人員保障法第 21 條第 2 項規定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。但該公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」係立法者就公務人員於執行職務時發生意外事故，而致傷亡或失能之情形，以發給慰問金之金錢給與方式所為照護規定，乃憲法第 18 條保障人民服公職權之具體化，自不生牴觸憲法第 18 條保障人民服公職權之問題。其所稱之「意外」，應係指非由疾病引起之所有突發性事故，本不限於單純因外來危險源所致之事故。中華民國 107 年 6 月 27 日修正發布之公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」其中關於「外來危險事故」部分，逾越法律規範內容，增加法律所無之限制，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符，違憲。

二、系爭規定一不生牴觸憲法第 18 條保障人民服公職權之問題

憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法擔

任各種公職，貢獻能力服務公眾之權利（司法院釋字第 546 號及第 785 號解釋參照）；其保障範圍不僅涉及人民依法公平享有從事各種公職之機會，亦涵蓋公務人員因從事公職所生相關身分與權益，包括任用、銓敘、紀律、保障、撫卹及退休等事項之保護。基此，國家應建立相關制度，確保公務人員上開權益均能受到最低限度之保障，以有效落實憲法保障人民服公職權之意旨。

國家對公務人員執行職務時身心健康與安全之維護與照顧，乃上開公務人員保障事項之一環，亦受憲法第 18 條服公職權之保障。是國家對公務人員因執行職務致受傷害、失能或死亡者，包括因意外事故所致之情形，即應建立適當之照護制度，以符合憲法第 18 條服公職權之最低限度保障之要求。

系爭規定一明定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。但該公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」係立法者就公務人員於執行職務時發生意外事故，而致傷亡或失能之情形，以發給慰問金之金錢給與方式所為照護規定，與公務人員退休資遣撫卹法有關因公撫卹制度及公教人員保險法有關失能保險制度等，同為國家對公務人員執行職務發生意外所設照護保障制度，其中系爭規定一並特別納入公務人員執行職務發生意外而致傷害之保障。核其性質，乃憲法第 18 條保障人民服公職權所要求之國家最低限度照護制度之具體化，自不生牴觸憲法第 18 條保障人民服公職權之問題。

三、系爭規定二就系爭規定一所定慰問金請領權利，增加法律所無之限制，牴觸法律之規範意旨，與憲法第 23 條法律保留原則之意旨不符，違憲

主管機關依法律授權訂定之法規命令，如涉及對人民權利之限制，須無違一般法律解釋方法，並符合相關憲法原則及母法意旨，始與憲法第 23 條法律保留原則之意旨無違（司法院釋字第 611 號及第 778 號解釋參照）。

系爭規定一所定慰問金給與制度，使相關公務人員得享有請領

慰問金之公法上權利，而其具體實施辦法，依保障法第21條第3項規定，係授權考試院會同行政院定之。依此授權訂定之慰問金發給辦法第3條第1項，即系爭規定二明定：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」將系爭規定一所定應發給慰問金之「意外」範圍，限定於「突發性的外來危險事故」，亦即僅限於因外來危險所生突發性事故，不包括因受害人疏失等非外來危險所致之情形。由於此一法規命令屬性之規定涉及對母法，即系爭規定一所建立之公務人員請領慰問金權利之限制，進而影響憲法第18條保障人民服公職權之具體化範圍，是其規定除須合於一般法律解釋方法外，並應符合系爭規定一之規範意旨，始與法律保留原則無違。

系爭規定一所稱「意外」，從文義解釋之觀點，客觀上應係指難以逆料之突發性事故，亦即非因疾病等身體內在機轉引發者。此等難以逆料之突發性意外事故，其發生通常是因身體內在機轉以外之環境或行為等外在因素所致，且往往有多重外在因素共同作用。所謂外在因素，係有別於身體內在機轉因素而言，無論是外來危險源（如天災或他人行為等），抑或是受害人之行為、狀態結合外在環境或事物因素等（如因地形、設施關係失足跌倒或駕車自撞等）均屬之，因外在因素所致突發性傷亡事故，自均屬系爭規定一所稱意外之範疇，文義上並無排除牽涉受害人之疏失、行為或狀態之突發性傷亡事故之理。

此從體系解釋之觀點，綜合系爭規定一但書規定之意旨，亦足徵之。詳言之，依該但書規定，公務人員就意外之發生有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金，是意外之發生縱因公務人員之故意或重大過失所致，亦僅屬有關機關得不發或減發慰問金之事由，並不影響系爭規定一所稱意外之認定。反之，如意外之發生非因公務人員故意或重大過失情事所致者，則其縱有疏失，相關機關仍應依法發給足額慰問金。從而，由系爭規定一規定內容整體觀之，其所稱意外，本即包括因公務人員個人疏失所致之情形，並不限於純粹因外來危險所致者。況無論系爭規定一或其他涉及公務人員權益保障之相關

規定（如公務人員退休資遣撫卹法第 53 條第 2 項第 2 款及第 4 款及公教人員保險法第 13 條第 1 項第 2 款規定），均未見有將意外概念限定於外來危險事故，而排除因公務人員個人疏失所致者之明文規定。

另從客觀歷史解釋方法觀之，92 年 5 月 28 日修正增訂之保障法第 21 條第 2 項原規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。……」嗣於 106 年 6 月 14 日修正為系爭規定一之用語，條文規範意旨並未改變。此次修正時，立法理由中特別指出，慰問金制度之創設緣由，係為取代各機關學校原競相辦理之意外險，因此系爭規定一所稱意外，應參酌保險法第 131 條第 2 項規定及其實務作業（立法院公報第 106 卷第 60 期第 826 頁參照）。此一立法緣由並經相關機關銓敘部進一步補充說明略以：慰問金業務開辦係因 82 年間鑑於屢有公教員工執行職務遭受暴力危害暨危險意外事故，當時公務人員退休撫卹新制尚未實施，一般公務人員因公殘廢、退休或死亡者，所領退撫給與有限；又編制外員工尚無退撫法令之適用，其權益照護更顯不足，為此甚多機關另為執行公務之員工辦理各種意外保險，進而造成各級政府機關學校巨額保險費支出，但理賠率偏低而無法落實照護員工權益之現象。為符經濟、公平及整體照護之原則，有關機關會商研究結果，認為由各機關為員工投保意外險，並非最佳途徑，宜改由政府編列預算，對於因公殘廢或死亡員工個案，以核發慰問金之辦理方式，較符經濟、公平及整體照護之原則等語（銓敘部 110 年 11 月 12 日部退五字第 1105392229 號函復司法院秘書長同年 10 月 7 日秘台大二字第 1100028774 號函詢參照）。由立法沿革可知，慰問金制度創設之初，係為取代各機關學校為執行職務之員工向商業保險機構所投保之意外保險保障，是系爭規定一所定慰問金給與，理應涵蓋各機關學校原投保意外保險所保障之範圍。而保險法第 131 條第 2 項明定：「前項意外傷害，指非由疾病引起之外來突發事故所致者」，係以「外來突發事故」之概念界定意外之範圍；此規定於 92 年 1 月 22 日增訂時，其立法理由明確指出：「在實務上對於

被保險人因非身體『內在疾病』之自身原因而死亡之情形，是否可以被認定為意外，應否屬於保險事故之範疇，保險人應否負有保險金給付義務，向無明確之定見。因此，增訂第2項，明確將**因自身原因且非屬疾病所造成傷害之情形納入意外之範圍**以定紛止息。」足見其指涉意涵與前揭文義解釋與體系解釋之結果相當，並無限制於「外來危險」所致者，而排除因受害人疏失等自身原因所致之外來突發事故之意旨。至系爭規定一106年6月14日修正時之立法理由中雖有「……所稱意外，自應參酌保險法第131條第2項規定及其實務作業，指突發性之外來危險事故；至於當事人疏忽或疾病所致，皆非屬意外事故」等語，核其文字脈絡，其所稱「外來危險」及「當事人疏忽……所致」，應係表意用字遣詞之謬誤，尚不足採；況立法理由本不具規範效力，亦非解釋、適用法律規範時之必要或關鍵理據。

綜上，系爭規定一所稱「意外」，依上述各種法律解釋方法，應係指非由疾病引起之所有突發性事故，包括因外來危險所致者，以及因受害人之疏失所致者。將意外之意涵限定於純粹因外來危險所致事故之理解方式，實欠缺法律解釋上之正當理據，與一般法律解釋方法不合。

然而，系爭規定二對母法所定「意外」概念，卻明文限定為「突發性的外來危險事故」，已逸脫一般法律解釋方法所得支持之法律合理解釋範圍，逾越法律規範內容；其所稱「外來危險」，增加母法所無之限制，進而限縮母法所定慰問金請領權利之適用範圍，牴觸其規範意旨。是系爭規定二與憲法第23條法律保留原則之意旨不符，違憲。

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

依憲法訴訟法第 90 條第 1 項、司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，人民須憲法上所保障之權利遭受不法侵害，始得聲請解釋憲法（憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定之意旨同）。本件係公務人員執行職務意外受傷請領慰問金案，本席認為，聲請人並無憲法上權利受侵害，核與聲請解釋憲法之要件不符，應不受理。又在實體方面，多數意見蘊含諸多疑點，有待商榷，爰提出不同意見書。

一、職災補償未必為服公職權之保障範圍

憲法第 18 條所定人民有服公職之權，係本號判決據以審查之憲法上權利。多數意見謂該規定旨在「保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」並認為「公務人員與國家間之公法上職務關係，國家對公務人員有給予俸給及退休金等保障其生活之照顧義務」、「國家對公務員之照顧義務，解釋上應不限於俸給及退休金給予，亦應及於因執行職務而致傷病之適當照顧，俾公務員得以無後顧之憂，戮力從公。此一適當照顧，為公務人員之職業安全保障，亦屬憲法第 18 條人民服公職權保障之內涵」（理由第 15 段參照）。

從本號判決通篇意旨可知，多數意見認職業災害補償（下稱職災補償）為憲法上國家對公務人員之照顧義務，係公務員職業安全保障之一環，屬憲法服公職權保障之範圍。

惟職災補償是否為憲法上國家對公務人員之照顧義務，而屬服公職權保護之範圍，尚乏具說服力之論證。即使採取肯定說，承認國家對公務人員有此等照顧義務，亦不當然可以導出公務人員對國家有職災補償請求權。蓋私法上權利與義務係對應之關係，一方負擔義務，必存在另一方享有權利。公法則不然，往往基於公益之維護或追求，國家負有一定之義務，而人民個別則無對應之權利。是憲法上公

務人員對國家有無職災補償請求權，仍待進一步論證。

二、服公職權屬制度性權利，關於職災補償制度之建立，立法者具有廣泛之政策形成空間

憲法第 18 條固保障人民有服公職之權利，惟何謂公職？服公職權之內涵為何？憲法本身並未明定，而有賴法律或制度加以型塑或具體化，是服公職權不失為一種制度性權利。

服公職權既屬制度性權利，立法者具有廣泛之制度形成空間，則憲法審查機關就有關法律進行合憲性審查時，自應對立法者之決策保持適度之尊重，原則上採取較寬鬆之審查立場。誠然，立法之制度形成或立法裁量仍有界限，譬如憲法本身就服公職權之法制度之基本原則已有設定，立法者於決定制度之具體內容時，即不得違背該基本原則。又制度不得侵害服公職權之本質，自不待言。另外，若憲法條款本身已限定立法裁量，或雖無明文之制約，但對制度應有之內容，法律人具有共識或已形成社會通念，此際立法裁量亦受限縮¹。制度偏離此一基線者，有無充分之合理性及必要性，憲法審查機關應予審查。反之，若難以確定任何基線之存在，則應廣泛承認立法裁量²（司法院釋字第 764 號解釋本席協同意見書參照）。

惟關於公務員之職災補償，並無上開應排除或限縮立法裁量之情形，故允宜廣泛承認立法裁量。換言之，是否建立或如何建立公務人員職災補償制度，憲法審查機關應尊重立法者之決定，不能以立法者未建立制度，遽行認定違憲。退一步言，縱使認為基於服公職權之保障，職災補償應係憲法之要求，亦因其制度內容有待立法形成，公務人員在欠缺法律規定之情形下，仍無法逕依憲法第 18 條服公職權規定行使職災補償請求權。

三、慰問金非職災補償

迄今，我國尚無公務人員職災補償法之制定。惟多數意見主

¹ 長谷部恭男著，憲法の理性，東京大學出版會，2006 年，頁 133、134。

² 長谷部恭男著，憲法の境界，羽鳥書店，2009 年，頁 143、144。

張，公務人員保障法第 21 條第 2 項前段規定：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金。」（下稱系爭規定一），以及公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法（下稱慰問金發給辦法），均係職災補償之規定；二者所稱慰問金，具職災補償之性質（理由第 21 段、第 22 段及第 24 段參照）。本席認為，其解釋方法及論斷相當可議，有指鹿為馬之嫌。

多數意見先指出，公務人員保障法第 19 條規定：「公務人員執行職務之安全應予保障。……」係法律明定國家對於公務人員執行職務之安全，負有保障義務之明文規定。旋即認定，系爭規定一則係對於公務人員因執行職務所致職業災害，應予補償之明文規定（理由第 24 段參照）。然執行職務之安全保障與職災補償，分屬不同層面之事項，尚無邏輯上之必然關係。因公務人員保障法第 19 條有職安全保障之規定，即直接將系爭規定一認定為職災補償之明文，恐流於速斷。況系爭規定一明定慰問金之發給，公務人員保障法第 19 條授權訂定之「公務人員安全及衛生防護辦法」亦明定，各機關於公務人員執行職務遭受生命、身體及健康之侵害後，應依規定即時辦理核發慰問金。二者均係慰問金之規定，並無職災補償之指稱。慰問金與職災補償之語意顯然有異，不能混為一談。

多數意見參酌慰問金發給辦法之立法緣由及沿革，認「慰問金制度建立之初衷，雖係各機關以自行編列預算替其所屬員工加保意外保險，並以該保險金來取代各機關所應支付之職災補償措施，嗣後改為政府編列預算直接給付慰問金之方式，惟不問政府採取何種方式支付，其均係各機關對於因執行職務致意外失能或死亡之公務人員予以『照護』，即具職災補償之性質」（理由第 21 段參照）。惟慰問金乃職災發生後對特定受災員工所為照護，由各機關發給；而意外保險乃各機關事先就其一般員工所為之照護，於事故發生時，由保險人負擔賠償責任。二者同屬各機關對員工之照護，性質卻不同，豈能相提並論？抑且，多數意見將意外保險及慰問金定性為職災補償，亦只有結論，不見理由。

按所謂補償，乃損失之彌補，補償之金額理應與損失相當，以保衡平。從此一原則觀之，慰問金之性質顯然與職災補償不符。蓋慰問金發給辦法規定之慰問金發給標準，以受傷慰問金為例，僅發給新台幣1萬至10萬或加給30%（第4條第1項第1款參照），不免偏低，難符衡平之要求。此外，依其他法令規定，已由國家支付費用補償者，基於補償與損失之衡平原則，於理應予抵充（勞動基準法第59條參照）。惟公務人員保障法於92年5月28日全文修正公布時，新增第21條第2項規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。……」立法理由稱：「於公務人員因公致傷殘、死亡時，除其情形符合保險或撫卹之規定，應給予保險給付或撫卹外，應發給慰問金，以達國家照護公務人員之目的」（立法院公報第92卷第25期院會紀錄，第42頁參照），可見慰問金為保險及撫卹給付外增加之照護，無須抵充，亦顯示慰問金與職災補償之差異。

四、法律保留問題

若將慰問金定性為職災補償，恐衍生另一個更重大之問題，亦即公務人員保障法及系爭辦法有違反法律保留原則之虞。

申言之，多數意見就法律保留原則指出：「因執行職務而致傷病之適當照顧義務之具體內容，應由立法者以法律定之。如以法律授權行政機關發佈命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確，命令之內容並不得牴觸母法或對公務員之權利增加法律所無之限制（理由第16段參照）。多數意見既認定職災補償為國家對公務人員之照顧義務，復將慰問金定性為職災補償，則公務人員保障法及系爭辦法理應有上開原則之適用。而公務人員保障法僅於系爭規定一，即公務人員保障法第21條第2項規定提示：「公務人員執行職務時，發生意外致受傷、失能或死亡者，應發給慰問金」，至於慰問金發給之對象、申請要件、金額及其他重要或基本事項之規範，則付諸闕如。同條第3項規定：「前項慰問金發給辦法，由考試院會同行政院定之。」其授權行政機關訂定命令，對授權之目的、內容及範圍均未明定，幾近完全空白授權，更遑論符合授權明確性之要求。因此，

若將慰問金定性為職災補償，則公務人員保障法顯然與法律保留原則不符。

就上開此部分，多數意見未予探究，無異於默示公務人員保障法第 21 條第 3 項與法律保留原則無違，並在此一前提下，判定 107 年 6 月 27 日修正發布之慰問金發給辦法第 3 條第 1 項規定：「本辦法所稱意外，指非由疾病引起之突發性的外來危險事故。」（下稱系爭規定二），其中關於「外來危險事故」部分，增加法律所無之限制，抵觸憲法第 18 條服公職權之保障意旨。言下之意，違反法律保留者，僅有命令位階之系爭規定二，不包括其母法系爭規定一。對照前述，這種論法要不足採。

系爭規定一之立法理由斬釘截鐵表示，該規定所稱「意外」，係指「突發性之外來危險事故；至於當事人疏忽或疾病所致，皆非屬意外事故」（立法院第 9 屆第 3 會期第 1 次會議議案關係文書，院總第 1549 號政府提案第 15897 號，政 202-203 頁參照）。多數意見卻參酌保險法第 131 條第 2 項規定，逕認系爭規定一之立法初衷或司法實務見解，並無將當事人疏忽所造成事故予以排除之意思，是立法理由之說明有所不當（理由第 27 段參照）。從而主張，系爭規定一「所稱之『意外』，並不限於單純因外來危險源所致之事故，即該意外事故之產生，縱使出於公務人員本身之疏失（疏忽、過失），國家仍負有補償責任」；系爭規定二「對於『意外』之定義，將『外來危險』作為突發性外來事故之要件，而限定有外來危險源所致之事故，始可發給慰問金，排除因公務人員本身之疏失（疏忽、過失）所致之事故，係增加母法（即系爭規定一）所無之限制」（理由第 28 段）。言下之意，系爭規定二違反法律保留原則，因而違憲。然多數意見為法律解釋時，以己意取代立法理由之說明，是否妥適，有待商榷。於服公職權之具體化方面，此一作法顯示對立法者之不尊重，壓縮立法形成空間，徵諸前述，恐有失允當。

補充一言，本件原因案件訴訟標的金額僅 1 萬元，且系爭規定二已於 110 年 04 月 16 日修改為：「本辦法所稱意外，指非由疾病引

起之突發性的外來事故。」即將原規定之「危險」二字，予以刪除，排除因單純個人疏失即不發給慰問金之問題。有本件原因案件一類情事者，再無慰問金之請求障礙。本件原本係就法規範為抽象之審查，卻因系爭規定二不再適用，實質上變成輕微個案之救濟。多數意見明知此一情形，仍予受理，並作成違憲判決，豈是明智之舉？

憲法法庭判決

112 年憲判字第 16 號

聲 請 人 最高行政法院第三庭

上列聲請人因審理勞動基準法事件，認應適用之勞動基準法第 56 條第 2 項規定抵觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

勞動基準法第 56 條第 2 項規定：「雇主應於每年年度終了前，估算前項勞工退休準備金專戶餘額，該餘額不足給付次一年度內預估成就第 53 條或第 54 條第 1 項第 1 款退休條件之勞工，依前條計算之退休金數額者，雇主應於次年度 3 月底前一次提撥其差額，……」並未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背，亦不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。

理 由

壹、原因案件事實概要及聲請人陳述要旨【1】

一、原因案件事實概要【2】

最高行政法院 106 年度上字第 947 號勞動基準法事件之上訴人，因遭臺北市政府勞動局查得，預估於中華民國 105 年度有 34 名勞工成就勞動基準法（下稱勞基法）第 53 條規定之退休條件，而其勞工退休準備金（下稱勞退準備金）專戶之餘額，不足給付上開勞工之退休金數額，卻未依同法第 56 條第 2 項規定（下稱系爭規定）提撥差額，乃被依法處以罰鍰，並公布上訴人名稱及負責人姓名。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經臺北高等行政法院 106 年度訴字第 386 號判決駁回後，又提起上訴。聲請人因審理該上訴事件，認應適用之系爭規定不符憲法比例原則及平等原則，侵害人民財產權，牴觸憲法第 7 條、第 15 條及第 23 條規定，乃裁定停止訴訟程序，提出本件聲請。【3】

二、聲請人陳述要旨【4】

系爭規定命雇主應於每年年度終了前，估算次一年度成就勞基法第 53 條或第 54 條第 1 項第 1 款退休條件之勞工退休金數額與勞退

準備金專戶餘額之差額（下稱退休金差額），於次年度 3 月底前一次提撥，其規範內容未考量勞退準備金專戶餘額與雇主應給付之退休金數額存有差距，乃勞退準備金制度採行責任準備制之當然結果，亦未考量雇主之事業單位規模大小、存續期間長短、適用勞基法退休制度之勞工人數、符合退休條件人數及其退休金數額多寡，以及雇主經營情形、財務狀況與給付能力，而於勞基法第 55 條第 3 項規定已允許雇主報經主管機關核定後，得分期給付已退休勞工之退休金下，又一律命雇主須將僅為預估之退休金差額一次提撥補足，且未有緩和性措施或調整機制；尤未基於憲法增修條文第 10 條第 3 項規定扶助並保護中小企業生存與發展之意旨，特別斟酌對中小企業造成之不利益。故系爭規定造成雇主財產權之侵害與所欲達到保障勞工請領退休金權益之目的間，欠缺合乎比例之關係，違反憲法第 23 條比例原則，牴觸憲法第 15 條保障財產權之意旨。【5】

系爭規定要求雇主一次提撥補足退休金差額，相較於勞基法第 55 條第 3 項規定：「……退休金，雇主應於勞工退休之日起 30 日內給付，如無法一次發給時，得報經主管機關核定後，分期給付。」二者規範目的既均在使勞工退休時，能一次足額領取退休金，然系爭規定卻以「已成就」退休條件之勞工，與「預估次一年度成就」退休條件之勞工為區別，在「已退休勞工」之雇主與「預估成就退休條件勞工」之雇主間為差別對待，造成不平等，且所採取之分類與規範目的之達成間並無關聯性，違反憲法第 7 條平等原則。【6】

貳、受理要件之審查及審查依據【7】

按 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依該次修正施行前之規定，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。查本件聲請案係於 108 年 1 月 31 日繫屬，其受理與否，應依 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法修正施行前之規定，即司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項定之。經核本件聲請，與上開規定要件相符，爰予受理。【8】

參、審查標的【9】

系爭規定即勞基法第 56 條第 2 項規定：「雇主應於每年年度終了前，估算前項勞工退休準備金專戶餘額，該餘額不足給付次一年度內預估成就第 53 條或第 54 條第 1 項第 1 款退休條件之勞工，依前條計算之退休金數額者，雇主應於次年度 3 月底前一次提撥其差額，……。」【10】

肆、形成主文之法律上意見【11】 11

一、本件所涉基本權利與審理原則【12】 12

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，憲法第 153 條第 1 項定有明文。勞基法即國家為實現此一基本國策所制定之法律，而立法者對於應設計如何內容或方式之保護勞工規範，固有一定之形成空間，惟如因此對於人民基本權利構成限制，則仍應符合憲法第 23 條比例原則之要求。【13】 13

按勞基法係國家本於保護勞工權益之意旨，由立法者所形成各項勞動條件最低標準之法律，而保護勞工最低勞動條件之內容及其保障方式等之設計，因涉及社會環境、經濟結構、勞雇關係等複雜之政策性問題，基於功能最適之考量，立法者有一定之形成空間；勞基法第 6 章有關勞工退休制度，即國家透過立法方式所積極建構之最低勞動條件之一，其中第 56 條規定之雇主提撥勞退準備金義務，為照顧勞工生活方式之一種，至系爭規定課予雇主一次提撥退休金差額之義務，影響雇主之資金調度及運用，限制雇主自由使用、處分其財產之財產權。是系爭規定之立法目的如係為追求正當公共利益，且所採取之手段與正當目的之達成間具合理關聯，即與憲法比例原則無違。【14】 14

二、系爭規定與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背【15】 15

勞基法第 56 條第 1 項前段關於雇主應按月提撥勞退準備金之規定，係 73 年 7 月 30 日勞基法制定公布時即予明定，乃為促使雇主履行給付勞工退休金義務，以貫徹保護勞工之憲法意旨，並衡酌政府財政能力、強化受領勞工勞力給付之雇主對勞工照顧義務之適當手段（司法院釋字第 578 號解釋理由書第 2 段參照）。【16】 16

上述勞基法規定之勞退準備金提撥制度，係採部分提存之責任 17

準備制，且雖自勞基法施行時即有提撥率範圍及各事業單位擬定提撥率應考量因素之明文（74 年 7 月 1 日訂定發布之勞工退休準備金提撥及管理辦法第 2 條、第 3 條、104 年 11 月 19 日修正發布之同辦法第 2 條及 104 年 2 月 4 日修正公布之勞基法第 56 條第 1 項規定參照），但擬定之提撥率究屬概算性質，並法定提撥率又有相當幅度之彈性（百分之二至百分之十五），從而事業單位若長期以最低提撥率提撥，經相當期間，易致勞退準備金不足，則於事業單位無預警關廠、歇業時，常生無力支付勞工退休金，而影響勞工權益之情事（立法院公報第 104 卷第 9 期院會紀錄第 110、111 及 138 頁參照）。故為避免事業單位歇業時，勞工因雇主未依法提撥或未足額提撥勞退準備金，影響勞工日後請領退休金之權益（104 年 2 月 4 日修正公布勞基法第 56 條立法理由參照），乃於 104 年 2 月 4 日增訂公布系爭規定，令雇主於當年年終了前估算次年度退休金差額，並於次年度 3 月底前補足之。其目的係為使雇主及早準備，確保次年度退休之勞工能獲得法定足額退休金，降低雇主因突發性企業財務問題，影響勞工退休金之籌措，以強化勞工請領退休金權益之保障。是系爭規定之立法目的符合憲法第 153 條第 1 項規定國家應實施保護勞工政策之意旨，核屬正當。【17】

系爭規定雖要求雇主應將所估算之次年度退休金差額，於勞工退休金給付時點尚未全然屆至之次年度 3 月底前即一次提撥，惟此所令雇主一次提撥之次年度 3 月底，核係勞工成就退休條件年度之 3 月底，故就確保雇主履行該年度已成就或隨時可能成就之勞工退休金給付義務言，係有即時預防，並預警雇主之勞退準備金專戶餘額將不足支應勞工退休金，而具強化勞工退休權益保障之效益。【18】

又系爭規定令雇主撥補勞退準備金專戶餘額之金額，雖係指不足給付次一年度內成就退休條件之勞工退休金數額之差額，而包含符合自願退休條件之勞工退休金金額（勞基法第 53 條規定參照），致具相當之預估性；惟所要求雇主撥補者，僅及於次一年度在法制上享有退休權利之勞工退休金金額與勞退準備金專戶餘額之差額，且此等

差額之多寡，又繫於雇主如何履行其提撥勞退準備金義務。申言之，雇主若確實依法規規定擬定「適切」提撥率且按月提撥，或於勞工退休金條例（即勞退新制）於94年間施行後，依該條例第13條第1項規定，按精算之提撥率於5年內足額提撥勞退準備金，則雇主每年應一次提撥補足之退休金差額尚屬有限；況可避免因金融機構對事業單位之放款意願所影響之資金調度（勞基法第56條第7項規定參照），減少雇主須於短期內籌措較高額退休金所衍生之財務問題。從而，就確保雇主履行即將到來且隨時可能成就之勞工退休金給付義務言，系爭規定所要求預估補足之金額範圍並不至過於廣泛。【19】

再者，系爭規定雖係104年2月4日修正公布，並自公布日施行，惟雇主係於系爭規定施行之當年度即104年度終了前，始須估算退休金差額，並於次年度3月底一次提撥退休金差額。是雇主依系爭規定初次應提撥退休金差額，係有超過1年之準備時間，而此等準備時間，核具有過渡期間之實質效益。【20】

此外，關於雇主提撥之退休金差額（包含所預估符合自願退休條件之勞工退休金金額），法制上又有配套規範，即此等退休金差額得列報為實際提撥年度之事業單位營利事業所得稅之費用（營利事業所得稅查核準則第71條第8款第4目規定、已廢止之財政部104年11月10日台財稅字第10400608350號令及同已廢止之財政部106年5月17日台財稅字第10604006020號令參照），以及所匯集之勞工退休基金具不得低於當地銀行2年定期存款利率之基金運作收益保證（勞基法第56條第4項規定參照），暨勞退準備金累積至足以支應勞工退休金時，得報請當地主管機關核准暫停提撥（勞工退休準備金提撥及管理辦法第3條規定參照）等，以適度衡平雇主於其勞工退休金給付義務尚未全然屆至時，即須一次提撥退休金差額所受之財產權限制。【21】

況勞退準備金專戶乃用以支付已成就退休條件勞工之退休金，故勞退準備金專戶餘額之多寡，除涉及雇主按月提撥之勞退準備金外，尚受雇主所應支付退休金金額之影響。申言之，勞退準備金之提

撥率、退休勞工人數及其等退休金金額、在職勞工適用勞基法退休制度（即勞退舊制）之人數及其等每月薪資等等，均係影響勞退準備金專戶餘額多寡之因素；尤其勞工退休金條例（即勞退新制）於 94 年間施行後，隨勞基法施行時間之推進，適用勞基法退休制度者將逐年遞減（勞工退休金條例第 8 條規定參照），即應依勞基法第 56 條第 1 項規定提撥勞退準備金者將越少，而相對於因選擇勞退舊制之勞工原則上將在該事業單位退休，則以勞退準備金優先支付勞工退休金之個案將會增加（勞工退休準備金提撥及管理辦法第 7 條規定參照），從而雇主提撥之勞退準備金與各事業單位成就退休條件之勞工退休金間，產生不足額之風險及金額均將提升，而更彰顯系爭規定之即時預防效益。【22】

綜上，系爭規定命雇主一次提撥補足經估算之退休金差額，既 23 具有即時預防之效益，且所要求預估補足之金額範圍又不至過於廣泛，並有得認列為提撥年度之事業單位營利事業所得稅之費用、收益保證及暫停提撥等之配套措施，暨雇主就初次提撥退休金差額具 1 年準備時間，以適度衡平雇主權益，亦難謂未兼顧憲法增修條文第 10 條第 3 項規定國家應扶助並保護中小型經濟事業之意旨，故系爭規定之手段尚在合理範圍，而與所欲達成強化保障勞工請領退休金權益之正當目的間具有合理關聯，並未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背。【23】

三、系爭規定尚不生違反憲法第 7 條平等原則之問題【24】 24

按勞基法先後以第 55 條第 3 項前段及系爭規定，所為雇主確定 25 給付制之勞工退休金給付義務及退休金差額提撥義務之規範，其等目的固均為保障勞工退休權益，惟勞基法第 55 條第 3 項前段規定係就雇主如何給付勞工退休金，課予雇主原則上應於勞工退休之日起 30 日內給付，但例外得分期給付之義務；系爭規定則係就如何確保雇主將來給付勞工退休金之能力，所課予雇主應於勞工成就退休條件年度之 3 月底前一次提撥退休金差額之義務；故而，二者係分別針對雇主履行給付義務與提撥義務之方式，所為之規範。【25】

申言之，勞基法第 55 條規定之勞工退休金制度因採雇主確定給付制，是雖有同法第 56 條之勞退準備金提撥制，但亦難免於事業單位同時要退休之勞工人數太多或發生財務問題之特殊情況，致生應給付之退休金超過勞退準備金，而雇主卻無力支付該不足額之情形，加以勞基法第 55 條規定之勞工退休金制度係於 73 年 7 月 30 日勞基法制定公布時即予明定，是當時乃基於顧及雇主負擔能力之目的（73 年 7 月 30 日制定公布勞基法第 55 條之立法理由參照），在同條第 3 項前段為雇主得報准分期給付之規定，使雇主於依法提撥之勞退準備金不敷支付，且事業之經營或財務確有困難時（勞基法施行細則第 29 條規定參照），得報准分期履行其之給付勞工退休金義務，以緩和雇主之資金調度與財務負擔。【26】

至系爭規定則係勞基法於 104 年 2 月 4 日修正公布時始予增訂，其施行距勞基法第 56 條第 1 項所定勞退準備金之開始提撥日（75 年 11 月 1 日），已近 30 年，核係為因應勞基法第 56 條第 1 項規定所採部分提存之責任準備制及具相當彈性之提撥率，所致勞退準備金專戶之餘額，不足支應隨時可能成就之雇主給付勞工退休金義務而設，具有預警雇主之勞退準備金專戶餘額將不足支應勞工退休金，以強化勞工退休權益保障之目的；且就該提撥之退休金差額，則另訂有費用認列、收益保證及暫停提撥等配套措施。【27】

從而，勞基法第 55 條第 3 項前段規定及系爭規定，雖同具保障勞工退休權益之目的，但係立法者為保障勞工退休權益，對雇主所為之不同義務規定。亦即勞基法第 55 條第 3 項前段係就已對個別勞工原則上應負一次具體給付退休金義務之雇主，為兼及其負擔能力，而為雇主得報准分期給付之規定；至系爭規定則是就所有雇主課予補足退休金差額義務之規定，係對受領勞工勞動給付之雇主，所為確保其給付勞工退休金負擔能力之預防措施；二者各有其立法時空背景下欲因應之法制問題，致因而課予雇主之不同義務，以及因此採取不同之履行義務方式及相應之配套或緩和措施，尚無可相提並論性。是系爭規定未如勞基法第 55 條第 3 項前段，為類如「雇主如無法一次發給

時，得報經主管機關核定後，分期給付」之彈性措施規定，尚不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。【28】

四、結論【29】

29

綜上所述，系爭規定並未牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨尚無違背，亦不生違反憲法第 7 條平等原則之問題。【30】

中 華 民 國 112 年 10 月 27 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡炯燉 許志雄 張瓊文

黃瑞明 詹森林 黃昭元

謝銘洋 呂太郎 楊惠欽

蔡宗珍 蔡彩貞 朱富美

陳忠五 尤伯祥

本判決由楊大法官惠欽主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍、 蔡大法官彩貞、朱大法官富美、 陳大法官忠五、尤大法官伯祥	黃大法官瑞明、詹大法官森林、 謝大法官銘洋

【意見書】

不 同 意 見 書：謝大法官銘洋提出，黃大法官瑞明、詹大法官森林加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 高碧莉

中 華 民 國 112 年 10 月 27 日

不同意見書

謝銘洋大法官 提出

黃瑞明大法官 加入

詹森林大法官 加入

本件是最高行政法院於審理 106 年度上字第 947 號勞動基準法事件時，認應適用的勞動基準法（下稱勞基法）第 56 條第 2 項規定（下稱系爭規定）不符憲法比例原則及平等原則，並侵害人民財產權，有牴觸憲法第 7 條、第 15 條及第 23 條規定之疑義，而裁定停止訴訟程序，提出本件解釋憲法聲請案。

本席就本判決多數大法官認為系爭規定合憲之見解並無法贊同，爰提出不同意見。

一、本件原因案件事實及審查標的

本件原因案件的上訴人優美股份有限公司經營紙容器製造業，為適用勞基法之行業，經被上訴人臺北市政府勞動局查核，發現上訴人於民國 105 年度計有 34 名勞工成就勞基法規定之退休條件，惟其勞工退休準備金專戶餘額僅有新臺幣（下同）4,499,352 元，不足給付依同法第 55 條規定計算之退休金數額 48,433,500 元，且於民國 105 年 3 月 31 日前仍未一次提撥補足差額，被上訴人認上訴人違反系爭規定，依相關規定裁處上訴人 9 萬元罰鍰，並公布上訴人及負責人名稱。上訴人不服，提起訴願與行政訴訟，均遭駁回，遂向本件聲請人最高行政法院提起上訴。

本件所涉的系爭規定是於 104 年勞基法修法時新增的勞動基準法第 56 條第 2 項，其內容為「雇主應於每年年度終了前，估算前項勞工退休準備金專戶餘額，該餘額不足給付次一年度內預估成就第 53 條或第 54 條第 1 項第 1 款退休條件之勞工，依前條計算之退休金數額者，雇主應於次年度 3 月底前一次提撥其差額，並送事業單位勞工退休準備金監督委員會審議。」

二、系爭規定目的在於保障退休勞工權益，目的固屬正當

我國有關勞工退休金的制度，雖然在 94 年 7 月 1 日施行「勞工

退休金條例」（即一般所稱「勞退新制」，下稱勞退條例），雇主應按月提繳不低於其每月工資 6% 之勞工退休金，儲存於勞工退休金個人專戶；然而在此之前的「勞退舊制」，則是於 73 年之勞基法即已開始實施。勞退新制施行後，原本舊制下的勞工，可以選擇舊制並繼續累積年資，或選擇新制，然其舊制工作年資之退休金則依勞基法規定辦理，於勞工符合退休條件時，可向雇主請領舊制退休金。

本件聲請案所涉及的是勞基法所規定的勞退舊制。勞退舊制要求雇主應提撥勞工退休金，始於 73 年 7 月 30 日公布施行的勞基法第 56 條第 1 項，要求雇主應按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲其提撥率，則由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之，以確保勞工退休時能獲得退休金（立法理由參照）；74 年 7 月 1 日內政部因而據以訂定發布「勞工退休準備金提撥及管理辦法」，並於第 2 條前段具體規定提撥率：「勞工退休準備金由各事業單位依每月薪資總額百分之 2 至百分之 15 範圍內按月提撥之。」

嗣後勞基法於 104 年 2 月 4 日修正公布時，則將上揭提撥範圍明文規定於該法第 56 條第 1 項：「雇主應依勞工每月薪資總額百分之 2 至百分之 15 範圍內，按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲……」以符合法律保留原則，同時並新增系爭規定於同條第 2 項，其理由為「為避免事業單位歇業時，勞工因其未依法提撥或未足額提撥勞工退休準備金，影響勞工日後請領退休金之權益。」（修法理由參照）

由上述立法與修法過程觀之，立法者為保障勞工退休權益，要求雇主應按月依一定薪資總額比例提撥勞工退休準備金並專戶存儲，其立法目的在追求保障勞工退休權益之公共利益，固有其正當性。然而值得進一步探討者，乃 104 年新增之系爭規定所採取之手段，即要求雇主於退休準備金專戶餘額不足以給付符合退休條件之勞工時，應一次提撥其差額，此對於雇主所課之義務，是否符合最小侵害原則，且其與目的之達成間是否具有合理關聯性而與比例原則無違？則非無探究餘地。

三、系爭規定片面課企業過重的責任，而未能有適當之緩衝機制，與比例原則有違

（一）勞工權益保障與中小企業之生存與發展應兼籌並顧

過去司法院曾於 93 年之釋字第 578 號解釋，認為勞基法課雇主負擔勞工退休金之規定合憲：「保護勞工之內容與方式應如何設計，立法者有一定之自由形成空間，惟其因此對於人民基本權利構成限制時，則仍應符合憲法上比例原則之要求」，並認為在立法形成之際，「允宜在兼顧現制下勞工既有權益之保障與雇主給付能力、企業經營成本等整體社會條件之平衡，由相關機關根據我國憲法保障勞工之基本精神及國家對人民興辦之中小型經濟事業應扶助並保護其生存與發展之意旨，參酌有關國際勞工公約之規定，並衡量國家總體發展，通盤檢討。」

是以系爭規定所採取的手段，是否符合比例原則，並非單從勞工權益保護的角度出發，尚須考量雇主給付能力、企業經營成本，以及國家對人民興辦之中小型經濟事業應扶助並保護其生存與發展之意旨（憲法增修條文第 10 條第 3 項參照）。

（二）系爭規定要求雇主 1 年內一次補足多年來之差額，顯屬過苛

如前所述，為確保雇主對於退休勞工的退休金給付義務，在勞退舊制下，從勞基法施行之後，是依內政部於 74 年所發布之「勞工退休準備金提撥及管理辦法」，規定各事業單位應依每月薪資總額百分之 2 至百分之 15 範圍內按月提撥；此一提撥制度施行後，大多數企業均按此範圍而為提撥。然而施行 30 年後，由於當時有若干事業歇業或關廠，立法機關認為原先規定之提撥率不足以保障勞工退休權益，乃修法新增系爭規定，要求事業於 1 年內，依次一年符合退休條件之勞工人數，一次提撥其差額，補足勞工退休準備金專戶。

雖然多數大法官認為系爭規定「其目的係為使雇主及早準備，確保次年度退休之勞工能獲得法定足額退休金，降低雇主因突發性企業財務問題，影響勞工退休金之籌措，以強化保障勞工之請領退休金權益」，並認為「雇主若確實依法規規定擬定『適切』提撥率且按月

提撥，或於勞工退休金條例（即勞退新制）於 94 年間施行後，依該條例第 13 條第 1 項規定，按精算之提撥率於 5 年內足額提撥勞退準備金，則雇主每年應一次提撥補足之退休金差額尚屬有限；況可避免因金融機構對事業單位之放款意願所影響之資金調度（勞基法第 56 條第 7 項規定參照），減少雇主須於短期內籌措較高額退休金所衍生之財務問題。從而，就確保雇主履行即將到來且隨時可能成就之勞工退休金給付義務言，系爭規定所要求預估補足之金額範圍並不至過於廣泛」而與比例原則無違。然而本席認為此一觀點，不無值得探究之餘地。

1. 系爭規定所要求預估補足之金額範圍，「並非」不至過於廣泛

首先多數意見認為「雇主若確實依法擬定『適切』提撥率且按月提撥，或於勞工退休金條例（即勞退新制）於 94 年間施行後，依該條例第 13 條第 1 項規定，按精算之提撥率於 5 年內足額提撥勞退準備金，則雇主每年應一次提撥補足之退休金差額尚屬有限；……系爭規定所要求預估補足之金額範圍並不至過於廣泛」。

然而，如果雇主原本只是依勞基法第 56 條第 1 項規定所要求的提撥率下限按月提撥退休準備金，其與實際應給付的退休金之間，仍會有相當大的差額，特別是事業經營愈久，資深員工符合退休條件的人愈多者，要補足的差額愈大，將發生雇主被要求必須一次補足提撥鉅額勞退金的情形。

系爭規定所採取之手段，無視企業數十年來對既有國家法令的遵守，而要求一次補足提撥率和實際退休金間的差額，雖然其目的在於保障勞工權益，但顯然已經造成企業突發性財務負擔，並非如理由書中所認為的「應一次提撥補足之退休金差額尚屬有限」，或「要求預估補足之金額範圍並不至過於廣泛」。

2. 相較於退休金之發給尚可申請分期給付，而準備金之提撥卻必須於一年內一次到位，實屬過苛

查已經退休之勞工，如果雇主無法一次發給退休金，尚得報經主管機關核定後，分期給付（勞基法第 55 條第 3 項）。惟多數大法

官認為，此係考慮雇主之負擔能力，並認為此與系爭規定是為確保雇主給付勞工退休金負擔能力之預防措施有所不同，兩者不可相提並論（見理由書第28段）。

固然上揭規定與系爭規定，兩者的規範目的有所不同，未必可相提並論，然而對於已經退休的勞工雇主實際上必須發給之退休金，尚且可以請求分期給付；而系爭規定卻要求雇主對於只是預估符合退休條件者，必須一次到位提撥全額的退休金，而不容許分期提撥，其手段顯然過當而逾越其所欲達成之目的。

3. 勞退新制尚且給予5年之緩衝時間，系爭規定緩衝時間不足

此外，相較於94年勞退新制實施後，勞退條例第13條第1項規定：「為保障勞工之退休金，雇主應依選擇適用勞動基準法退休制度與保留適用本條例前工作年資之勞工人數、工資、工作年資、流動率等因素精算其勞工退休準備金之提撥率，繼續依勞動基準法第56條第1項規定，按月於5年內足額提撥勞工退休準備金，以作為支付退休金之用」，不僅給予雇主5年的緩衝期間提撥退休準備金，且僅要求按照勞基法第56條第1項所規定的提撥率提撥；然而系爭規定卻要求雇主須於1年內一次立即補足勞工退休準備金專戶，否則將處以罰鍰，顯屬過苛。

由於系爭規定未設充分之緩衝時間，加上要求提撥足額的退休準備金，對於長久以來信賴原勞基法之規定依法提撥退休金之事業單位而言，可謂措手不及，特別是台灣絕大多數之企業為中小企業，資本額與事業規模多屬有限，尤其是經營已久的事業單位內有工作年資長者越多的，其所應補足之差額越是龐大，系爭規定卻只給予事業1年之緩衝期限，已然造成對其財務上的沉重負擔。

4. 非以實際退休勞工人數為基礎，亦逾必要範圍

雖然系爭規定並非要求雇主補足所有勞工之退休準備金，而只是依「次一年符合退休條件之勞工人數」，然而經營愈久之企業，其符合退休條件之員工人數愈多，況且對這些任職已久之老員工，其實際上往往未必願意一達可得退休之年齡，立即退休。系爭規定不以

「實際申請退休」之勞工人數，而以「符合退休條件」之勞工人數為計算基礎（以本件原因事實案件為例而言，次一年符合退休條件之勞工人數達 34 人之多），且必須一次補足，顯然課企業過於沉重的責任，形同變相懲罰長久經營的企業，與憲法增修條文所要求之對中小企業「扶助並保護其生存與發展」之旨亦屬有違。

四、結論

系爭規定的立法目的在於保障勞工退休權益，固有其正當目的，然而本席認為系爭規定所採取的手段過於嚴苛，未能考慮與兼顧台灣占絕對大多數的中小企業的生存與發展，特別是對長久經營的中小企業而言，反而課予過重的責任，其手段與目的之間欠缺合理關聯，而與比例原則有違，本席並無法贊同，爰提出不同意見如上。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 17 號

聲 請 人 臺北高等行政法院地方行政訴訟庭德股法官

上列聲請人因審理臺北高等行政法院地方行政訴訟庭 112 年度簡字第 13 號醫療法事件，認應適用之醫療法第 84 條規定，有牴觸憲法疑義，聲請解釋憲法。本庭判決如下：

主 文

醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」其中關於 1
禁止醫師為醫療廣告之部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有
違，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。

理 由

壹、聲請人及相關機關陳述意旨【1】 1

一、本案聲請人原為臺灣臺北地方法院行政訴訟庭晴股法官，案號為 2
臺灣臺北地方法院 105 年度簡字第 274 號。嗣因中華民國 112 年
8 月 15 日實施行政訴訟新制，改由臺北高等行政法院地方行政
訴訟庭德股法官承辦，本件聲請人爰記載為臺北高等行政法院地
方行政訴訟庭德股法官，合先敘明。聲請人陳述略以：聲請人審
理臺北高等行政法院地方行政訴訟庭 112 年度簡字第 13 號醫療
法事件，確信該事件應適用之醫療法第 84 條規定：「非醫療機
構，不得為醫療廣告。」（下稱系爭規定），僅准許醫療機構為
醫療廣告，禁止醫師為醫療廣告，侵害醫師受憲法第 11 條言論
自由、第 15 條職業自由及第 7 條平等保障之基本權，爰聲請宣
告系爭規定違憲等語。【2】

二、相關機關衛生福利部陳述略以：醫療業務之行為具公益性，攸關 3
民眾生命、身體及健康法益，有別於一般商業行為。宣傳醫療業
務之醫療廣告自不能與一般商業行為同論。為維護國民健康之重
大公共利益，以「非醫療機構，不得為醫療廣告」限制管理，尚
符合比例原則等語。【3】

貳、受理要件之審查【4】 4

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年 1 月 4 日修正施行前已繫屬 5
而尚未終結之案件，除該法別有規定外，適用修正施行後之規定。但
案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明
文。查本件聲請案於 107 年 6 月 5 日提出，其受理與否，應依憲訴法
修正施行前之規定，即司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解
釋所示法官聲請釋憲之要件定之。聲請人就系爭規定聲請釋憲，核與
上開要件相符，應予受理。【5】

參、形成主文之法律上意見【6】 6

一、本判決所論醫師及醫療廣告之範圍【7】 7

系爭規定為醫療法中之規定，就其所禁止之醫療廣告，並未另 8
明文定義，自應與同法第 9 條所定義之醫療廣告為同一解釋，亦即利
用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之
行為。至於醫學新知或研究報告之發表、病人衛生教育、學術性刊
物，未涉及招徠醫療業務者，不視為醫療廣告（同法第 87 條第 2 項
規定參照）。再者，得否為醫療廣告係規定於醫療法，故本判決所論
述得否為醫療廣告之醫師，係指同法第 10 條第 2 項所稱醫師，亦合
先敘明。【8】

依此，醫師本於其專業所發表之意見，縱使事實上亦有招徠患 9
者之效果，若非以此為目的，即非系爭規定所禁止。反之，若以招徠
患者為目的，縱使其所公開發表者並非醫療專業知識，僅為醫師之姓
名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號、地址、電話及
交通路線、診療科別及診療時間等一般醫療資訊（同法第 85 條第 1
項規定參照），亦屬系爭規定所禁止。從而是否以招徠患者為目的之
公開言論，為判斷有無系爭規定適用之核心事項。又有關提供一般醫
療資訊之醫療廣告，並非本質上僅可能由醫療機構為之，因本判決之
原因案件所涉及者，為系爭規定禁止醫師為醫療廣告之違憲審查，故
本判決僅就此部分為審查。【9】

二、系爭規定抵觸憲法第 11 條言論自由之保障【10】 10

（一）本件應採中度標準審查立法者對醫師為醫療廣告之言論自由管 11

制【11】

1. 醫師職業與醫療廣告之關係【12】

系爭規定係禁止醫療機構以外包含醫師在內之人為醫療廣告，而非禁止醫師為其他行為。因此，先究明醫師職業及醫療廣告之基本特性，自有助於審查此一禁止規定是否合於憲法規定。【13】

按醫師為得實施醫療行為之專門職業人員，醫療行為具有高度專業性與個別性，每一疾病均有其成因及治療方法，同一治療方法未必可普遍適用於所有病患。實施醫療行為之醫師必須以專業知識與醫療技術，針對個別患者之具體情況，採取適當醫療措施。如何實施適當之醫療措施，國家並無能力為全部規範或管制，尚有賴醫師遵循其專業之醫療倫理，以及醫師公會之自治與自律。此外，患者亦必須將其患病之真實情形，告知醫師，俾醫師據為診察及治療之重要參據。易言之，醫療倫理之遵守、患者與醫生間之信賴關係，以及醫師公會之自治與自律，均為醫師實施健全醫療行為，所不可或缺之條件。從另一方面言，醫師所執行者，係攸關國民健康之醫療業務，具有明顯利他性及公益性，並非僅以營利為目的，醫師為招徠患者而為廣告，亦有可能被認為涉及醫師專業形象及民眾信賴。【14】

然而，醫療廣告除係宣傳醫療業務，以招徠患者外，亦含有彰顯醫師自我表現，向大眾傳遞醫療訊息之性質，對於民眾就醫之選擇，亦有提供參考資訊之功能。在以保障言論自由為重要內涵之我國憲法規定下，即使為從事醫療專業之醫師，就其專業有關之言論自由，亦不能完全排除。申言之，醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號、地址、電話及交通路線、診療科別及診療時間等一般醫療資訊之提供（同法第85條第1項規定參照），無涉醫療行為之專業性或個別性，縱使醫師基於招徠患者之目的而提供上開資訊，對於患者而言，幾乎有利無害。即使所提供者為一般資訊以外之醫療專業知識，鑑於醫療具有高度專業性，民眾對於醫療資訊，每每難以完全了解，由醫師本於其專業提供民眾正確就醫訊息，對於民眾為醫療選擇，亦甚為重要。【15】

2. 對系爭規定之憲法審查基準【16】

16

憲法第 11 條規定，人民之言論自由應予保障。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，固兼具意見表達之性質，然尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀，立法者亦得對商業言論為較嚴格之規範。惟商業言論提供之訊息，其內容為真實、無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，仍應受憲法第 11 條言論自由之保障。國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商業廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的，例如保護國民健康，自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商業廣告，迭據大法官作成解釋（司法院釋字第 414 號、第 577 號及第 794 號解釋參照）。【17】

17

系爭規定係限制醫療廣告之主體，與前開大法官解釋，係針對立法者對於言論內容之限制所為闡釋，二者雖有不同，然系爭規定所禁止者，仍與言論自由之限制有關，故前開大法官所闡釋之審查標準，亦可援用於本件。醫師為醫療廣告，除涉及醫師表現自我，傳播訊息予大眾之言論自由外，亦與國民健康有密切關聯，從而立法者自得為達成保護國民健康之目的，採取與此目的之達成間，具有實質關聯性之手段，以為管制。【18】

18

（二）系爭規定抵觸憲法第 11 條保障言論自由之意旨【19】

19

1. 系爭規定之立法目的與憲法尚無抵觸【20】

20

醫師法於 32 年 8 月 28 日制定之初，就醫師關於其業務之廣告規定於第 17 條，該條規定：「醫師關於其業務不得登載或散布虛偽誇張之廣告。」並未全面禁止醫師為業務廣告，僅禁止為虛偽誇張之廣告。其後歷經多次修法，迄 75 年醫療法制定施行前，此一基本立場並未改變。【21】

21

嗣醫療法於 75 年 11 月 24 日公布施行時，鑑於依醫師法第 18

22

條規定，醫療廣告以醫師為管理對象，致醫師常以其所開設或執業之醫院、診所名義為醫療廣告，形成管理上之困難，且醫師原則上應於衛生主管機關核准登記之醫療機構執業，故有關醫療業務廣告，自宜以醫療機構名義為之，乃於醫療法第 59 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」（立法院公報第 75 卷第 97 期，院會紀錄，第 15 頁參照），復於立法理由謂：「本條規定為醫療廣告者以醫療機構為限。又為防杜醫療機構屆時以醫師名義為醫療廣告，復造成管理上適用之困難，同時於醫師法規定醫師不得為醫療廣告。」並於同法第 5 章規定醫療機構得為與不得為之廣告等事項。【22】

為配合醫療法之施行，76 年 12 月 21 日施行之醫師法第 18 條乃 23
修正為：「醫師對於其業務不得為醫療廣告。」嗣醫師法全文於 90 年 12 月 21 日修正、91 年 1 月 16 日公布施行時，以醫療廣告已由醫療法設有專章規範，為避免兩法產生矛盾，故刪除該條規定（立法院第四屆第四會期衛生環境及社會福利、司法二委員會第三次聯席會議紀錄，立法院公報第 90 卷第 4 期委員會紀錄，第 493 頁參照）。自此，就醫師得否為醫療廣告之問題，即由醫療法規範。因醫療法第 59 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」從而醫師亦在不得為醫療廣告之列。【23】

嗣醫療法全文於 93 年 4 月 9 日修正並於同年月 28 日公布時， 24
將原第 59 條移列至第 84 條（即系爭規定），文字則未再更動。
【24】

由上述立法沿革及立法理由可知，系爭規定之目的有二，其一 25
係為避免醫師為醫療廣告，造成管理上之困難，其二則係避免不當廣告而維護國民健康。【25】

按醫師為醫療廣告涉及醫師受憲法保障之言論自由，非有為維 26
護國民健康而增進公共利益之必要，不得限制之（憲法第 23 條規定參照）。醫療廣告由醫師或醫療機構為之，對於民眾取得醫療資訊之助益，並無本質上差異，系爭規定若僅為醫療廣告行政管理方便之目的，准許醫療機構為醫療廣告而禁止醫師為之，固難認係為追求重要

公共利益。惟系爭規定尚有維護國民健康之目的，從而仍可認為係為追求重要公共利益，與憲法尚無抵觸。【26】

2. 系爭規定禁止醫師為醫療廣告，與其所欲達成維護國民健康之目的間，欠缺實質關聯【27】

按醫療行為係十分複雜而專業之業務，不同部門或科際間，既有明確分工，復彼此關聯，而醫師為具備醫療專業知識且依法得執行醫療業務之人，由醫師提供相關適當訊息，自有助於病患就醫選擇，為落實病患自主權所必要，禁止醫師為醫療廣告，未必有利於國民健康之維護，自無待言。又我國自 32 年醫師法制定施行起，迄 75 年醫療法制定施行止，醫師法均准許醫師為醫療廣告，期間已歷 40 餘年，未見相關衛生福利機關提出任何實證資料，足以推論一旦准許醫師為醫療廣告，必會為不當醫療廣告，因而可認為禁止醫師為醫療廣告，乃為維護國民健康或增進公共利益所必要。是以系爭規定之立法目的為維護國民健康，與所採全面禁止醫師為醫療廣告之手段間，難認有實質關聯性。立法者雖又以醫師原則上應於衛生主管機關核准登記之醫療機構執業，作為禁止醫師為醫療廣告之另一理由。然而，醫師執行醫療業務，非絕對應於醫療機構為之，於符合一定條件下，得於醫療機構外執行業務（醫師法第 8 條之 2 但書規定參照），更非僅能於同一醫療機構執業。故醫師得否自主為醫療廣告與醫療機構可否為醫療廣告，分屬二事，尚難以醫療機構已可為醫療廣告為由，即禁止醫師為之。醫師依其本於醫師資格為醫療行為之獨立性，就其醫療業務所為廣告，非醫療機構所能代替，自應受憲法言論自由之獨立保障。【28】

是系爭規定為達到維護國民健康之目的，與所採禁止醫師為醫療廣告之手段間，難認有何實質關聯，違反憲法第 23 條比例原則，與憲法第 11 條保障醫師言論自由之意旨有違。【29】

肆、結論【30】

系爭規定禁止醫師為醫療廣告之部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。

中 華 民 國 112 年 11 月 3 日

憲法法庭	審判長大法官	許宗力		
	大法官	蔡烱燉	許志雄	張瓊文
		黃瑞明	詹森林	黃昭元
		謝銘洋	呂太郎	楊惠欽
		蔡宗珍	蔡彩貞	朱富美
		陳忠五	尤伯祥	

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	全體大法官	無

協同意見書：許大法官志雄提出，謝大法官銘洋、楊大法官惠欽加入。

詹大法官森林提出。
黃大法官昭元提出。
蔡大法官宗珍提出。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 112 年 11 月 3 日

協同意見書

許志雄大法官 提出

謝銘洋大法官 加入

楊惠欽大法官 加入

醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」（下稱系爭規定）禁止醫療機構以外之任何個人及團體為醫療廣告。由於原因案件之原告為醫師，且聲請人臺北高等行政法院地方行政訴訟庭德股法官僅就系爭規定適用於醫師部分，認侵害醫師受憲法第 11 條言論自由、第 15 條職業自由及第 7 條平等保障之基本權，聲請解釋憲法，故本號判決將審查範圍限定於系爭規定有關禁止醫師為醫療廣告之部分，從而宣告其「與憲法第 11 條保障言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。」對此，本席敬表贊同，惟認為在據以審查之憲法上權利、審查基準之擇定理由，以及審查基準之運作等方面，尚有值得探討之處，爰提出協同意見書。

一、據以審查之憲法上權利

系爭規定涉及言論自由（表現自由）、職業自由及平等權之侵害問題，本號判決完全針對言論自由加以審查，至職業自由及平等權則未予置喙。基於下述理由，本席認為此一作法尚屬允當。

在人權體系中，言論自由具有「優越地位」（preferred position），受高度保障，其規制立法之合憲性應從嚴審查，不待贅述。關於職業自由之規制立法，我國憲法審查實務基本上採取「三階段理論」（司法院釋字第 649 號解釋參照）。若係職業活動之規制，亦即關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之限制，則立法者具有廣泛之裁量權，僅受寬鬆之審查。而關於平等權，差別待遇如非以「可疑類型」或「準可疑類型」為區別指標，原則上應採寬鬆審查之合理性基準，亦即該差別待遇之目的如係為追求公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等權之保障意旨無違。

系爭規定禁止醫師為醫療廣告，固與醫師職業自由之規制有關，但其屬職業活動之規制，甚至係周邊而非核心部分（醫療行為）

之規制，依據前揭「三階段理論」，應採寬鬆審查基準。關於平等權方面，系爭規定就醫療機構與醫師乃至其他個人或團體所為差別待遇，非以「可疑類型」或「準可疑類型」為區別指標，參照前述，同樣應寬鬆審查，以採取合理性基準為宜。反之，言論自由部分，多數意見參照司法院釋字第414號、第577號及第794號等有關商業言論之解釋，認應採取實質關聯性基準，亦即為中度審查（理由第17段及第18段參照）。與職業自由及平等權部分相比，言論自由部分既然應採取較嚴格之審查基準，則以之為審查焦點，順理成章。況言論自由部分之審查，已獲致系爭規定違憲之結論，自無庸續為職業自由及平等權部分之審查。

二、審查基準之擇定

醫療廣告屬商業言論範疇，本號判決以中度基準審查系爭規定對醫師為醫療廣告之規制，就基準之擇定結果而言，堪稱妥適。惟何以採取此等基準，多數意見所述理由及論證恐未盡周延，有待補充。

誠然，對於商業言論內容規制之違憲審查，如司法院釋字第414號、第577號及第794號解釋所示，過去大法官迭採實質關聯性基準。多數意見謂：「系爭規定係限制醫療廣告之主體，與前開大法官解釋，係針對立法者對於言論內容之限制所為闡釋，二者雖有不同，然系爭規定所禁止者，仍與言論自由之限制有關，故前開大法官所闡釋之審查標準，亦可援用於本件。」（理由第18段參照）。惟同係（商業）言論自由之規制，亦可能因規制事項、型態及面向之不同，而異其審查基準。例如，關於言論時間、場所及方法之規制，其審查基準通常較言論內容之規制寬鬆。而商業言論之事前審查，司法院釋字第744號解釋稱：「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。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」則採嚴格審查基準，可資參照。

本席認為，醫療具有高度專業性，醫療廣告是否屬實，有無虛偽誇張等情事，常非一般人所能判斷。國家為確保民眾權益，就醫療廣告施以較其他商業言論嚴格之規制（醫師、律師、會計師及建築師等專門職業人員採資格制，其職業選擇自由嚴格受規制，應係出於相同考量），尚屬必要。基此，醫療廣告似可適用較其他商業言論寬鬆之審查基準。然系爭規定全面禁止醫師為醫療廣告，其規制手段嚴厲，著眼於此，無寧應採比一般商業言論內容規制嚴格之審查基準。兩相權衡，採取中度之實質關聯性基準，可謂穩健之作法。

三、審查基準之運作

比例原則源於德國，無論在審查項目、重點或密度要求方面，均與美國違憲審查基準論有別。二者於我國憲法審查實務上並存，且近年來出現混用或融合之現象，值得關注。

申言之，比例原則之內容包含適合性（規制手段應有助於目的之達成）、必要性（有多種同樣能達成目的之手段時，應選擇對人民權益損害最少者）及比例性（規制手段所造成之損害不得大於達成目的所獲致之利益，或稱相稱性）三項審查。適用比例原則時，須同時決定審查密度，亦即究竟採取較寬鬆或較嚴格之審查。因此，比例原則至少須與審查密度搭配，始能成為完整之審查基準。依美國違憲審查基準論，基本上分為嚴格審查基準、中間審查基準（實質關聯性基準）及合理性基準三種。嚴格審查基準要求立法目的係為追求必要不可或缺之公益，且所採手段限於必要最小限度範圍。中間審查基準要求立法目的具重要性，且規制手段與目的間存有實質關聯性。至合理性基準，僅要求立法目的正當，手段與目的有合理關聯，亦即無恣意或顯不合理情形。

近年司法院解釋及憲法法庭判決於適用比例原則，為高密度審查時，除要求立法目的係為追求特別重要公共利益外，亦就適合性、必要性及比例性逐一詳加審查（憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決參照）。然為中密度審查時，則要求目的須為追求重要公益，所採手段與目的之達成間須具有實質關聯，而未就適合性、必要性及比例性

逐一審查（司法院釋字第766號解釋及憲法法庭111年憲判字第9號判決參照），實際上與實質關聯性基準無異。為低密度審查時，類皆表明目的如屬正當（追求公共利益），且其所採取之手段與目的之達成間具合理關聯，即與憲法第23條比例原則無違，同樣未就比例原則之三項內容審查（司法院釋字第750號、第768號、第788號與第809號解釋及憲法法庭111年憲判字第19號、112年憲判字第7號與112年憲判字第16號判決參照），運作模式與合理性基準如出一轍。要之，以比例原則為高密度審查時，尚維持比例原則之正規操作；而為中密度或低密度審查時，業已變調，可謂假比例原則之名，行美式中間審查基準（實質關聯性基準）或合理性基準之實。

本號判決一方面承認系爭規定之立法目的合憲，理由在於：「系爭規定若僅為醫療廣告行政管理方便之目的，准許醫療機構為醫療廣告而禁止醫師為之，固難認係為追求重要公共利益。惟系爭規定尚有維護國民健康之目的，從而仍可認為係為追求重要公共利益，與憲法尚無牴觸」（理由第20段及第26段參照）。另一方面表示：「系爭規定為達到維護國民健康之目的，與所採禁止醫師為醫療廣告之手段間，難認有何實質關聯」，從而認定違反憲法第23條比例原則（理由第26段參照）。其以實質關聯性基準審查，獲致違反比例原則之結論，運作方式顯然順應前述趨勢。

協同意見書

詹森林大法官 提出

本判決（下稱 112 憲判 17）宣告醫療法第 84 條規定：「非醫療機構，不得為醫療廣告」（下稱系爭規定）其中關於禁止醫師為醫療廣告之部分，與憲法第 11 條保障言論自由之意旨有違，於此範圍內，應自本判決公告之日起，失其效力。

本席贊同 112 憲判 17 之主文，惟對於形成主文之理由，及系爭規定所涉及之基本權利部分，認有補充之必要，爰提出協同意見。

壹、系爭規定所指之醫療廣告，僅限於真實、客觀之「資訊性醫療廣告」

系爭規定，依其文義，顯然係就「醫療廣告主體」而為規範，且明定醫療法僅准許該法第 2 條所指醫療機構得為醫療廣告；非該條所定之醫療機構，即不得為醫療廣告¹。

換言之，「醫療廣告內容」並非 112 憲判 17 關注之焦點，更非本判決審查之客體。

按醫療法第 85 條第 1 項規定：「醫療廣告，其內容以下列事項為限：一、醫療機構之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號。三、全民健康保險及其他非商業性保險之特約醫院、診所字樣。四、診療科別及診療時間。五、開業、歇業、停業、復業、遷移及其年、月、日。六、其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項」。

上開條項所准許之醫療廣告內容，明顯採正面表列方式，且主要包含廣告主體（特定醫療機構）本身之相關資訊（名稱、地址、電話、健保之特約醫院或診所等）、在該醫療機構執行醫療業務之醫師之個人資訊（姓名、性別、學經歷、醫師證書等），及其他經中央主

¹ 系爭規定所指之「醫療機構」，經醫療法第 2 條定義為「供醫師執行醫療業務之機構。」包含同法第 3 條、第 4 條所稱之公立、私立醫療機構，及第 6 條所定醫療財團法人及醫療社團法人附設之醫療機構、第 7 條之教學醫院。

管機關公告容許登載或播放事項²。在此意義下，醫療法第 85 條第 1 項所稱之醫療廣告，可以稱之為「資訊性醫療廣告」。

亦即，醫療法所容許之廣告內容，限縮於客觀上一望即知之特定醫療機構及該醫療機構所屬醫師之基本資訊，以宣傳該醫療機構之醫療業務，達到招徠患者前去醫療之目的（醫療法第 9 條參照）。醫療廣告內容違反醫療法第 85 條第 1 項，甚至有虛偽、誇張、歪曲事實、有傷風化，或非法宣傳墮胎之情形者，均在禁止之列（醫療法第 103 條第 2 項第 1、2 款參照）。

本於此項脈絡，112 憲判 17 宣告，系爭規定關於禁止醫師為醫療廣告部分，牴觸憲法第 11 條保障之言論自由而無效，且此部分應自本判決公告之日起，立即失效。

貳、立法者訂定系爭規定時，有意排除醫師為任何醫療廣告

112 憲判 17 於理由第 21 段至第 24 段，對於系爭規定之立法沿革，有詳盡之說明。易言之，醫師法於 32 年制定之初，就醫療廣告，於該法第 17 條規定：「醫師關於其業務不得登載或散布虛偽誇張之廣告。」亦即，僅禁止醫師為虛偽誇張之廣告，並未禁止醫師從事任何醫療廣告。該法迭經數次修法，至 75 年醫療法制定施行前，均允許醫師從事醫療廣告（判決理由第 21 段參照）。

直至 75 年醫療法制定時，立法者鑑於醫師法有關醫療廣告部分，係以醫師為管理對象，致實務上常有醫師以其開設或執業之醫院、診所名義為醫療廣告，形成管理上困難，且醫師原則上應於衛生主管機關核准之醫療機構執業，遂制定系爭規定（即 75 年之醫療法第 59 條規定），明定醫療廣告應以醫療機構名義為之，並於立法理由說明：「本條規定為醫療廣告者以醫療機構為限。又為防杜醫療機

² 請參見衛生福利部依醫療法第 85 條第 1 項第 6 款訂定之「醫療法第 85 條第 1 項第 6 款所定容許登載或播放之醫療廣告事項」。該事項第 1 項規定：「醫療廣告之內容，在符合醫學倫理，傳遞正確醫療資訊，提供就醫指引，維護病人安全為原則下，得予容許登載或播放之項目如下：（一）疾病名稱。（二）診療項目、檢查及檢驗項目。（三）醫療儀器及經完成人體檢驗之醫療技術。（四）醫療費用。」

構屆時以醫師名義為醫療廣告，復造成管理上適用之困難，同時於醫師法規定醫師不得為醫療廣告。」（本判決理由第 22 段參照）。嗣後為統一法制規定，於 90 年修正醫師法時，刪除該法第 18 條：「醫師對於其業務不得為醫療廣告」之規定（本判決理由第 23 段參照）。

由系爭規定上述立法歷程可知，立法者於 75 年制定醫療法前，允許醫師為廣告，且其內容得包含醫術及療效等，但其廣告之醫術或療效不得有虛偽或誇張之情事。

惟 75 年制定醫療法時，立法者鑑於：（1）醫療廣告若涉及醫術及療效，即有誘導欠缺醫學專業知識之一般民眾及病患之危險，輕者傷財（花錢但尚不傷身之醫療，例如：除斑、瘦身、醫美等），重者「病急亂投醫」，而有害國民健康及財產（2）管理醫療機構比管理個別醫師，成本節省許多，遂就醫療廣告，以系爭規定明定其主體限於醫療機構，並佐以第 85 條第 1 項明定廣告內容僅得及於醫療機構及其所屬醫師之資訊揭露，再以第 86 條禁止「利用出售或贈與醫療刊物」、「藉採訪或報導」等脫法或其他不當之廣告方式，最後又以第 87 條第 1 項重申：「廣告內容暗示或影射醫療業務者，視為醫療廣告。」

簡言之，立法者藉由 75 年制定系爭規定，及 90 年修正醫師法，統整從前之條文並揭示，在此之後，醫師不得為任何醫療廣告。

參、系爭規定過度限制醫師之人格權、言論自由、工作權，並與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違

如前所述，系爭規定完全禁止醫師為任何醫療廣告。因此，推論至極端，從事醫療業務之醫師，若於其名片上記載自己之學歷、經歷、醫師及專科醫師證書之字號，或專長之科別，即可能違反系爭規定，而應受醫療法第 104 條所定之罰鍰處罰。然而，此種禁止及處罰之規定，即使從其維護國民健康之立法目的而言，亦屬違反憲法第 23 條之比例原則，而牴觸憲法第 22 條保障之人格權。

次應指出者，112 憲判 17 認系爭規定禁止醫師從事醫療廣告，

涉及限制醫師表現自我，提供適當醫療訊息予大眾之商業性言論自由，遂參考司法院大法官釋字第414號、第577號及第794號解釋，就此種商業性言論，採取中度審查標準，以審查系爭規定之合憲性（參見判決理由第16段至第18段）。

本席以為，系爭規定所涉之醫療廣告，乃商業性言論，並非雙階理論（two-level theory）下之宗教性、政治性、學術性等高價值言論，故是否應一律採取中度審查標準，尚有討論空間。惟系爭規定，不僅限制醫師之言論自由，且限制醫師執行職業之自由。蓋醫療法第85條第1條就廣告內容所設規定，涉及醫師工作時間、地點及專長等資訊，乃醫師提供病患看診之重要依據，且有助於增加病患對醫師之信賴，屬醫師執行職業方式，為憲法第15條工作權所保障。從而，在言論自由及工作權兩種不同基本權相互疊加下，112憲判17最終對系爭規定選擇採取中度審查標準，尚堪支持。

據此，在比例原則之手段與目的審查上，如從系爭規定所追求便宜行政管理之目的而言，因其屬一般公共利益，自難通過中度審查標準。況，醫師法第1條、第7條分別規定，我國人民須經醫師考試及格並依該法領有醫師證書，始得為醫師；請領醫師證書，應具申請書及資格證明文件，送請中央主管機關核發之。因此，縱使准許醫師從事醫療廣告，在電子化行政作業之現代，主管機關只須透過電腦查核醫師證書／證號，即可達成對醫師所為醫療廣告之管理與稽查。此與主管機關對醫療機構所為醫療廣告之行政管理，在作業上，難認有何重大區別，致須禁止醫師為醫療廣告。

惟如從系爭規定所追求維護國民健康之目的而言，則何以醫師提供醫療法第85條第1項所定真實且客觀之「資訊性醫療廣告」，無助甚至危害國民健康？是在手段與目的間適當性之審查上，系爭規定已啟人疑竇，更遑論系爭規定採取全面禁止醫師從事資訊性醫療廣告之手段，以達到維護國民健康之目的，亦難認無殺雞用牛刀之違反狹義比例原則情事。

末查，112憲判17雖未提及，但本席認為亦應審究者為：系爭

規定有無違反平等權？蓋，醫師係於醫療機構執行醫療行為之主體（醫療法第 2 條、第 4 條、第 18 條等規定參照）。在私人診所之情形，不論其為個人診所（醫療法第 12 條第 1 項前段），或聯合診所（醫療法第 13 條），醫師不僅與該診所（醫療機構）合為一體，甚至乃該醫療機構得以進行醫療活動之靈魂。惟系爭規定卻僅允許醫療機構得為醫療廣告，而將真正執行醫療業務之醫師排除在得從事醫療廣告主體之外。立法者對兩者間之差別待遇，實難認具有正當化之理由，自難逃脫違反平等權之質疑。

肆、結論

綜上，系爭規定所以有 112 憲判 17 所指違憲而無效情事，不僅因該規定有本判決所稱不符憲法第 11 條保障言論自由之意旨，亦因其抵觸憲法第 7 條保障之平等權及第 15 條保障之工作權，甚至抵觸憲法第 22 條保障之人格權。

一、本判決結論及本席立場

[1] 本判決宣告醫療法第 84 條：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」（下稱系爭規定）關於禁止醫師為醫療廣告部分違憲，並立即失效。對此「部分違憲」¹及「立即失效」之主文宣告結論，本席敬表贊同。就理由部分，本席也支持以言論自由為本判決據以審查之憲法權利，另也贊成本判決之採中度審查標準。然就系爭規定所涉之憲法權利、中度審查標準的選擇及適用等方法論層面的幾個重要問題，則有以下協同意見。

二、本判決據以審查之憲法權利

[2] 系爭規定禁止非醫療機構為醫療廣告，固與醫療廣告之管制有關，但並非對醫療廣告內容或時間地點方式之限制，而係對醫療廣告「主體」之限制或區別，也就是對表意人資格之限制或區別（speaker-based restriction/distinction）。就所限制之主體而言，涉及醫療機構與非醫療機構之區別及差別待遇，而與平等權保障有關；就所限制的事項（醫療廣告）而言，則涉及商業言論及職業自由的限制。因此系爭規定所涉及的憲法權利包括平等權、言論自由和職業自由三者，本判決則僅以言論自由為據以審查的憲法權利。

（一）平等或言論自由？

[3] 就系爭規定表面的限制而言，上開主體的區別顯然是其限制的核心所在，亦即醫療機構以外之人，包括醫師、其他醫事人員（如護理師、物理治療師等）和一般人民（自然人、法人及人民團體），均受系爭規定之限制，而不得為醫療廣告。然本判決考量本件係法院聲請，其原因案件僅涉及醫師因醫療廣告受罰之情形，非醫療機構亦非醫師之其他人民與原因案件無涉，故認系爭規定限制上開其他人民之

¹ 醫療法第 84 條同時也限制非醫師之其他醫事人員及一般人民不得為醫療廣告，但本判決僅審查醫師不得為醫療廣告的規定部分是否違憲，而未同時審查其餘部分之規定。

規定部分，並非聲請人就原因案件於裁判上所應適用之法律，因此將之排除於本判決審理範圍之外。²從而本判決完全未審查系爭規定關於限制醫師部分是否違反平等權，也未審查系爭規定限制非醫療機構亦非醫師之其他人民（包括其他醫事人員及一般人民）部分是否違反平等權或其言論自由。³

[4] 就此，本席認為：系爭規定有關限制「非醫療機構亦非醫師之其他人民」部分，確非聲請人所應適用之法律，將之排除而不予審查，尚可理解。然本判決仍然迴避了以平等權審查醫師與醫療機構之區別及差別待遇是否違憲的爭點，亦即同屬醫療法第 9 條所定義，且都符合合同法第 85 條規定之相同內容的醫療廣告，為何醫療機構得為，而醫師一律不得為之？

[5] 先就平等審查所應選擇的審查標準而言，由於醫師與醫療機構之分類，並不涉及嫌疑或準嫌疑分類，就此而言，本件之平等審查本應會採用寬鬆標準。然如進一步考量系爭規定所干預之權利類型或事務領域，亦即醫療廣告所涉之商業言論自由，則本件之平等審查仍有採用中度標準之可能。按醫療廣告之性質為商業言論，就此種言論類型之內容管制，向來大法官解釋均採中度標準予以審查。⁴系爭規定區別醫師與醫療機構，就是否得為醫療廣告而有差別待遇，其平等審查應該也以採用中度標準較妥。至於依中度標準所為之目的及手段審查，其結論應該和依言論自由來審查不會有實質差異。

[6] 按上述醫療廣告主體之區別，如從言論自由來看，亦即針對表意人身分之限制。以後者為審查之基礎及架構，其審查重點應該和平等審查無異，且更能凸顯問題之所在：為何需要保障醫師得為醫療廣告之言論自由？醫師所為醫療廣告對醫療資訊市場、病患權益之貢獻為

² 參本判決理由第 9 段：「……因本判決之原因案件所涉及者，為系爭規定禁止醫師為醫療廣告之違憲審查，故本判決僅就此部分為論述。」

³ 對於既非醫療機構又非醫師之其他人民而言，醫療並非其職業，因此系爭規定不致干預其他人民之職業自由，而僅會是否有違反平等權及言論自由的問題。

⁴ 參司法院釋字第 414 號、第 577 號及第 794 號解釋。

何？由於本件不論是以平等或（商業）言論自由為權利基礎，其審查標準及合憲與否的結論應該相同，故本席仍然支持本判決之僅以言論自由為權利基礎來審查系爭規定。

（二）言論自由或職業自由？

[7] 就系爭規定禁止醫師為醫療廣告而言，系爭規定確實也干預了醫師之職業自由，更精確的說，干預了醫師執行職業之自由。但本判決仍僅以言論自由為據以審查之憲法權利，並未同時援引職業自由為權利基礎。

[8] 就此，本席認為：除上開主體限制外，系爭規定所直接管制之行為或事項客體，係醫療廣告（言論），而非醫療行為本身。就醫師之職業自由而言，醫療廣告顯然並非其醫療業務或行為之核心，而較屬於醫師執行職業之延伸性宣傳行為。以職業自由來評價系爭規定的合憲性，不僅難以連結醫師職業自由之核心保障（未見其利），且其審查標準只會是寬鬆標準，反倒可能導致合憲之結論（反有其害）。故本席支持本判決之僅以言論自由為權利基礎，來審查系爭規定。⁵

三、本判決對中度審查標準之選擇

[9] 由於系爭規定係對醫療廣告之管制，而醫療廣告係以「招徠患者醫療為目的」（參醫療法第9條），因此本判決將之定位為商業言論，並延續過去大法官解釋就商業言論內容管制所採之中度標準，據以審查系爭規定（參本判決理由第16至18段）。

[10] 按向來大法官解釋以中度標準審查有關商業言論之立法管制，均係對於商業言論之內容管制（參司法院釋字第414號、第577號、第623號⁶及第794號解釋）。而本判決所審查之系爭規定，有如前

⁵ 比較：本判決，蔡宗珍大法官協同意見書（主張以職業自由為本件據以審查之憲法權利）。

⁶ 司法院釋字第623號解釋就「促使人為性交易之訊息」，亦定位為商業言論，並採取中度標準予以審查（參上開解釋文第1段）。惟因認該等性交易廣告之言論「係促使非法交易活動」，雖然在目的審查方面，仍要求須為追求國家重大公益，但就手段審查部分，似乎只要求「合理之限制」即可（參上開解釋文第2段、理由書第2段）。

述，係對「誰」得為醫療廣告之主體限制，亦即針對表意人身分之限制，而非針對醫療廣告內容之管制，是否當然或必然適用中度標準予以審查，在方法論上容有進一步研究之必要。

[11] 有關言論管制的司法審查，我國釋憲實務⁷（如釋字第 445 號解釋）及憲法學說⁸所參考、繼受的美國法「雙軌理論」（Two-Track Theory），係依規範管制的客體為何，區別為「針對言論內容」（content-based）或「非針對言論內容」（或直譯為「內容中立」）（content-neutral）的管制，而採取不同的審查標準。至系爭規定所涉的「針對表意人身分」（speaker-based）之管制，則難以逕自歸於上述雙軌理論之任一分類，也未必當然屬於內容管制，並應嚴格審查。⁹

[12] 憲法言論自由不僅保障表意的內容，也保障表意人。在有些情形，政府之所以採取針對表意人身分之管制，其動機其實是要隱藏或取代對該等表意人言論內容之直接管制，而其效果往往也與針對言論內容的管制無異。¹⁰又因為表意人身分常即代表或再現特定立場，此時甚至還可能構成觀點歧視，或是對特定弱勢或政治上無力（politically powerless）群體之排擠壓迫，¹¹而應受到嚴格審查。在有些情形，針對表意人身分的管制，亦可能屬於對言論市場的結構性管制，而非針對言論內容的直接鎮壓或對特定言論內容的偏好，例如限

⁷ 參司法院釋字第 445 號解釋。

⁸ 參林子儀，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，台北：月旦，頁 639-708（1997）；另收於：林子儀，〈言論自由與新聞自由〉，台北：元照，頁 133-196（1993/1999）；林子儀，〈言論自由導論〉，收於：李鴻禧（等合著），《臺灣憲法之縱剖橫切》，台北：元照，頁 103、156-160（2002）。

⁹ See *Turner Broadcasting System v. FCC*, 512 U.S. 622, 645 (1994) (“So long as they are not a subtle means of exercising a content preference, speaker distinctions of this nature are not presumed invalid under the First Amendment”).

¹⁰ See *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, 340 (2010) (“Speech restrictions based on the identity of the speaker are all too often simply a means to control content”).

¹¹ 例如在以色列與阿拉伯衝突時，僅管制其中一方的表意。

制未成年人或外國人不得提供政治獻金等，則未必要嚴格審查。是就言論管制的違憲審查而言，針對表意人身分的管制究應採取何種審查標準？是否應考量表意人在各該言論市場的相對實力及地位，而區別保障程度？例如容許國家對於某些表意人（如享有操縱言論市場實力的社群媒體平台等）得為較大之管制；¹² 或仍應循類型化之方法，依情形（如所連結的言論類型）而選擇嚴格或中度標準？¹³ 實仍為有待研究之未定難題。

[13] 本席認為：由於針對表意人身分之管制，除係對人之分類及差別待遇外，其效果也常構成針對言論內容之間接或直接管制，於此情形原則上可參照所涉言論內容管制之審查標準，而採中度以上的審查標準。以本件而言，由於系爭規定禁止醫師所為之醫療廣告，其性質屬商業言論；又參照立法資料，立法者應無內容偏好或觀點歧視之動機，系爭規定之適用結果亦不致產生類似效果。因此本判決比照商業言論內容管制之審查，而選擇中度標準予以審查，應屬適當。

[14] 就此，本判決理由第 18 段也先辨明本件係屬醫療廣告之主體限制，並非內容限制，再以「二者雖有不同，然系爭規定所禁止者，仍與言論自由之限制有關，故前開大法官所闡釋之審查標準，亦可援用於本件。」為由，而採中度審查標準。其理由雖稍嫌簡略，但其結論仍可支持。

四、本判決對中度審查標準之適用

（一）中度審查標準的內涵

¹² See Asaf Wiener, *A Speaker-Based Approach to Speech Moderation and First Amendment Analysis*, 31 STANFORD LAW & POLICY REVIEW 187 (2020.)

¹³ Cf. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010) (適用嚴格審查); *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 564 U.S. 552, 562-571 (2011) (“§4631(d) imposes a speaker- and content-based burden on protected expression, and that circumstance is sufficient to justify application of heightened scrutiny”). *Sorrelle* 一案判決就同時構成表意人及內容管制時，認應適用中度或嚴格標準而加強審查。See Hunter B. Thomson, *Whither Central Hudson - Commercial Speech in the Wake of Sorrell v. IMS Health*, 47 COLUMBIA JOURNAL OF LAW AND SOCIAL PROBLEMS 171 (2013).

[15] 不過，即使援用商業言論內容管制之中度標準，本判決就針對表意人身分管制所適用的中度標準之內涵，是否仍完全相同？這是另一個值得討論的問題。按所謂中度標準只是一個類型化標準的總稱，基本上是個框架性的概念，並不當然只有「重要公益目的、實質關聯手段」這兩個抽象、籠統的要求。法院於不同的案件類型，於必要時，仍得進一步具體化，而發展出更具操作性的標準。

[16] 例如釋字第 756 號解釋就受刑人對外投稿內容之事前審查，亦採取中度審查標準，要求「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」。¹⁴ 然該號解釋就其所採之中度標準，則更進一步發展出下列 4 項具體的操作標準¹⁵，尤其是針對手段部分：「（1）在目的部分，投稿內容必須是會「對於監獄秩序及安全可能產生具體危險」，才可禁止。在手段部分，則有 3 項，分別是（2）對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益；（3）是否另有限制較小之其他手段可資運用；（4）應留給受刑人另行投稿之足夠機會，亦即是否還留下足夠的表意機會給受刑人。」¹⁶

¹⁴ 司法院釋字第 756 號解釋理由書第 13 段：「……監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，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……」。

¹⁵ 參司法院釋字第 756 號解釋理由書第 13 段：

……系爭規定三之規定中，題意正確部分涉及觀點之管制，且其與監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。另監獄紀律部分，屬重要公益。監獄長官於閱讀受刑人投稿內容後，如認投稿內容對於監獄秩序及安全可能產生具體危險（如受刑人脫逃、監獄暴動等），本得採取各項預防或管制措施。然應注意其措施對於受刑人表現自由所造成之損害，不得超過限制措施所欲追求目的之利益，並需注意是否另有限制較小之其他手段可資運用，且應留給受刑人另行投稿之足夠機會（例如保留原本俾其日後得再行投稿，或使其修正投稿內容後再行投稿等），而不得僅以有礙監獄紀律為由，完全禁止受刑人投寄報章雜誌。系爭規定三有關「受刑人撰寫之文稿，如……無礙監獄紀律……者，得准許投寄報章雜誌」，就逾越上述意旨部分，亦與憲法第 11 條保障表現自由之意旨有違。

¹⁶ 參司法院釋字第 756 號解釋，黃昭元大法官部分協同部分不同意見書第 22 段。

[17] 再以商業言論內容管制所適用的中度標準而言，大法官在釋字第 794 號解釋統整歷來相關大法官解釋，於解釋理由書第 11 段提出以下的具體操作標準：（1）廣告之商品或服務須為「合法交易」；（2）廣告內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用¹⁷；（3）管制目的須為追求重要公益，並承認「保障消費者獲得真實而完整之資訊」和「保護國民健康」，均為重要公共利益；（4）其管制手段須與上述目的之達成間具有實質關聯。¹⁸ 本判決理由第 17 段所引用者，大致同旨。

[18] 上述（1）在本件沒有問題，（2）屬於內容管制的問題，於本件也無從適用。因此需要討論是系爭規定之目的是否符合（3）所要求的重要公益，及（4）其手段（禁止醫師為醫療廣告）與其管制目的間是否具實質關聯。

（二）目的審查

[19] 先就目的審查而言，本判決首先認定「系爭規定之目的有二：其一係為避免醫師為醫療廣告，造成管理上之困難，其二則係避免不當廣告而維護國民健康。」（參理由書第 25 段），再認第一目的違憲、第二目的合憲，從而認為系爭規定之目的合憲（參理由書第 26 段）。

[20] 就中度審查標準要求的重要公益而言，上述第一目的所涉之行政管理方便或減省行政成本、促進行政效率等類似目的，在程度上都只

¹⁷ （1）和（2）的兩項要求其實也可看成是對管制手段的要求：對於促使非法交易、內容虛偽不實或有誤導作用的廣告，予以處罰的事後管制方式，就會是與其目的之達成間，具有實質關聯的手段。

¹⁸ 司法院釋字第 794 號解釋理由書第 11 段：「……商品廣告所提供之訊息，其內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用，並以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，始受憲法第 11 條言論自由之保障。國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告（本院釋字第 414 號、第 577 號及第 744 號解釋參照）。」

能算是合法或正當（legitimate）目的，雖可通過寬鬆標準之審查，¹⁹但尚不足以滿足中度標準所要求的重要公益，²⁰這也是中度標準和寬鬆標準在目的審查方面的區別之一。就此，本席贊成。

[21] 然本判決另認系爭規定亦有「避免不當廣告而維護國民健康」之第二目的，則恐有問題。本席認為：所謂不當廣告主要應指醫療廣告之內容而言，然系爭規定係對醫療廣告主體之管制，也就是針對表意人身分之管制，尚非針對醫療廣告內容之管制。就系爭規定限制非醫療機構亦非醫師之一般人民或其他醫事人員為醫療廣告之部分，確可認上述第二目的為其目的，且屬重要公益而可符合中度標準之要求。²¹但本判決在理由書第 9 段既已明白說明：「因本判決之原因案件所涉及者，為系爭規定禁止醫師為醫療廣告之違憲審查，故本判決僅就此部分為論述。」自毋庸也不應再將上述第二目的列為本判決所審查之系爭規定（有關限制醫師為醫療廣告部分）之立法目的。²²

¹⁹ 參司法院釋字第 745 號解釋理由書第 5 段：「……是以系爭規定一及二只採定額扣除，除有減輕薪資所得者稅負之考量外……，係為求降低稅捐稽徵成本，其目的尚屬正當。……」本席按：上開解釋係採寬鬆標準審查，參上開解釋理由書第 3 段：「……此等分類及差別待遇，涉及國家財政收入之整體規畫及預估，固較適合由代表民意之立法機關及擁有財政專業能力之相關行政機關決定。惟其決定仍應有正當目的，且其分類與目的之達成間應具有合理關聯，始符合量能課稅要求之客觀淨值原則，從而不違反憲法第 7 條平等權保障之意旨。」

²⁰ 參司法院釋字第 760 號解釋理由書第 9 段：「……次按容訓量僅係基於純粹行政成本之考量，難謂重要公益。……」本席按：上開解釋採中度標準審查（當時稱為「較嚴格之審查」），參上開解釋理由書第 5 段：「……鑑於應考試服公職權為廣義之參政權，涉及人民參與國家意思之形成及公務之執行，與公共生活秩序之形塑密切相關，對此權利所為之差別待遇，原則上應受較嚴格之審查，除其目的須為追求重要公益外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。」

²¹ 參司法院釋字第 794 號解釋理由書第 11 段：「……國家為保障消費者獲得真實而完整之資訊，避免商品廣告或標示內容造成誤導作用，或為增進其他重要公共利益目的（如保護國民健康），自得立法採取與上述目的之達成間具有實質關聯之手段，限制商品廣告……。」

²² 如果要審查系爭規定限制「既非醫師又非醫療機構的其他人民」不得為醫療廣告的規定部分是否違憲，則可以維護國民健康為其目的，來支持合憲宣告之結

[22] 其次，系爭規定區別醫療機構與醫師，僅容許前者為醫療廣告，並限制醫師不得為醫療廣告，就此區別及限制而言，依立法資料觀之，其目的也顯然不是維護國民健康，而是主管機關所強調的行政管理方便。因此所謂促進國民健康，應該不會是系爭規定有關限制醫師為醫療廣告部分之立法目的。

[23] 故就系爭規定有關限制醫師為醫療廣告部分，本席認為其目的僅為行政管理方便，尚非重要公益，不符中度標準之要求，其立法目的即已違憲。

[24] 就目的之審查附帶一言者，有謂國家或可以「維護醫師的職業形象」為規範目的，從而限制醫師為醫療廣告。此種目的之背後想法可說是：醫療廣告過於商業，而醫師有強烈的專業和公益形象，實不應從事廣告行為。換句話說，醫師袍可以有令人敬畏的福馬林味，但不應有令人嫌惡的銅臭味。

[25] 本席認為：此種源自傳統醫師形象及角色預設的規範目的，恐怕是過於古老的浪漫想像及期待，多半也是一種「為了你好，所以要限制你」的片面好意，而不免流於家長主義的強制施恩（實為限制）。縱使系爭規定之立法者當時確實出於此意，這也不會是合憲目的。²³

（三）手段審查

[26] 再就手段審查而言，本席贊成本判決之違憲結論，尤其是理由書第 28 段所示：「……是以系爭規定之立法目的為維護國民健康，與所採全面禁止醫師為醫療廣告之手段間，難認有實質關聯性。……」

論。因為既非醫師又非醫療機構之其他人民（包括其他醫事人員），並非醫療行為（服務）之合法提供者，國家法律禁止其為醫療廣告，具有防杜密醫、避免虛偽不實、誤導性醫療廣告，從而維護國民健康之正面效益，此當然足以構成重要公益。

²³ 美國最高法院在 *Bates v. State Bar of Arizona* 一案判決曾認為所謂廣告會損害律師專業及其公共形象之理由，並非政府得以禁止律師廣告之合憲目的。See *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350, 368-372 (1977). 上開判決見解於國家以類似理由禁止醫師廣告的情形，亦可參考。See generally ERWIN CHEMERINSKY, *THE FIRST AMENDMENT*, 285-287 (2d ed. 2021).

[27] 按中度標準就手段部分所要求的「須與目的之達成間具實質關聯」，並不要求系爭手段必須是最小侵害手段或別無其他更小侵害手段，然至少不得逾越達成目的所需之程度；有時則會就手段限制所造成之損害，與其目的效益間，進行權衡（類似德國法狹義比例原則之操作），只有當後者大於前者時，始足以通過實質關聯性的檢驗。此亦即中度標準與嚴格標準在手段審查部分的區別，也是中度標準更具個案衡量性（*ad hoc balancing*）的特徵。

[28] 以本件而言，系爭規定係「全面禁止」醫師為任何醫療廣告，並非只是限制醫師所為醫療廣告之內容（不論是正面表列或負面限制的範圍），也不是限制醫師所為醫療廣告之方式（如得刊載之媒體型態等）或數量等。此等全面禁止的管制，不僅未留下足夠表意空間，甚至是全面鎮壓醫師為醫療廣告的表意機會。況醫師本為醫療服務的主要和直接提供者，以醫師為醫療廣告之主體，不僅能提供充分且正確之相關醫療資訊供患者參考，且更有利於醫療資訊之公開及傳播。縱認現代醫學治療由於技術、設備、團隊人力支援等因素，大型醫療機構（如醫學中心、區域醫院及地區醫院）已經崛起，並逐漸扮演更重要的角色（例如在外科、急重症、罕見疾病等治療及檢驗項目方面），而有個別醫師所無法發揮的機構功能，因此亦有容許醫療機構得獨立為醫療廣告之需要及實益。然醫療機構仍不可能完全取代醫師之醫療角色，二者間應該是互補或相互支援，而各有其獨立為醫療廣告之必要及利益。故即使以上述「維護國民健康」的第二目的而言，此種全面禁止醫師為任何醫療廣告的限制手段，恐怕反會損害，而非促進，上述第二目的之達成。如果再考量目前網路言論之即時、普遍、方便、低成本等特性，系爭規定之限制顯為不切實際的過時手段。

五、結語

[29] 就爭點及結論而言，本件是相對單純的案件。但在方法論上，則有其理論面的挑戰，包括：（1）究應以平等或言論自由審查本件？（2）針對表意人身分之限制，如何決定其審查標準？是否或如何與

傳統的雙軌理論整合？（3）在本件，就醫療廣告所適用之中度標準能否發展出更具體的操作標準？此外，本判決留而未深論的問題還有：（4）醫療廣告之定位及保障是否要與一般的商業廣告有所區別？²⁴ 尤其是就醫療廣告之內容管制（非本件爭點），其審查標準是否會有不同？²⁵

[30] 再者，本判決宣告系爭規定違憲後，在實務上，也可能會有其外溢效果。按我國現行法規對於醫事人員之廣告，係依各類醫事人員而分別以各該專法規範，其管制架構則與系爭規定類似：容許相關醫事機構，但禁止醫事人員為相關醫事廣告，也是針對廣告「主體」之限制。²⁶ 本判決對系爭規定之違憲宣告，是否會衝擊各該醫事法規對其他醫事廣告之類似限制，亦有待觀察。

²⁴ 參本判決，許志雄大法官提出、謝銘洋、楊惠欽大法官加入之協同意見書，頁3。

²⁵ 如果就醫療廣告內容管制繼續維持一般商業言論所適用的前述（1）廣告之商品或服務須為「合法交易」、（2）廣告內容須非虛偽不實或不致產生誤導作用的兩項具體標準（參本意見書前述第17段），則醫療法第85條就醫療廣告內容之正面列舉性管制，第86條之負面禁止規定（如第2、4、5款等），是否當然合憲，實有討論餘地。反之，如果考量醫療廣告內容涉及醫療專業知識，其表意人為醫師專業人員，廣告目的另具有維護國民健康之重要公益，而不只是招徠患者之經濟利益等因素，亦可能就醫療廣告或其他類似之專業人員廣告（如其他醫事人員、律師等），容許國家對醫療廣告之為更嚴密的內容或程序管制；或在中度標準的框架下，另定或修正上述具體標準；即使仍適用中度標準，亦可能有不同的適用結果。例如釋字第414號解釋就藥物廣告的事前審查制度係採中度標準而認合憲，然釋字第744號解釋就化妝品廣告的事前審查則採嚴格審查標準而認違憲。是就不同事務領域商品或服務所為商業言論（商業廣告）之內容或程序管制，法院仍有微調或修正審查標準的空間。

²⁶ 參，例如，護理人員法第18-1條第2項：「非護理機構，不得為護理業務之廣告。」物理治療師法第28條第2項：「非物理治療所，不得為物理治療廣告。」

協同意見書

蔡宗珍大法官 提出

本席支持本判決宣告醫療法第 84 條規定於禁止醫師為醫療廣告之範圍內，違憲失效之主文結論，惟認係基於該規定過度侵害醫師執業業務，違反比例原則，因而違反憲法第 15 條保障醫師職業自由之意旨之故。茲簡述理由如下。

一、本件審查標的：醫療法第 84 條規定涉及醫師部分

醫療法第 84 條明定：「非醫療機構，不得為醫療廣告。」（下稱系爭規定）其所謂「非醫療機構」，應包括醫師在內，從而醫師即不得為醫療廣告。本件聲請及受理審查之標的，係以此為限，不及於其他非醫療機構不得為醫療廣告部分（如一般人民、其他醫事人員等）。

二、「醫師不得為醫療廣告」之禁止範圍

「醫師不得為醫療廣告」，究係侵犯醫師何等基本權，應先釐清系爭規定所禁止之「為醫療廣告」之法律上意涵及禁止範圍，再進一步探究醫師職業與「為醫療廣告」之關係。

所謂醫療廣告，醫療法第 9 條明文予以定義：「本法所稱醫療廣告，係指利用傳播媒體或其他方法，宣傳醫療業務，以達招徠患者醫療為目的之行為。」依此，醫療廣告係指為使患者得以獲知相關資訊進而求醫，所為之宣傳醫療業務之行為，包括利用傳播媒體或其他方法所為者均屬之；其指涉之資訊範圍，則可從醫療法第 59 條第 1 項規定所列舉之事項推知：「醫療廣告，其內容以下列事項為限：一、醫療機構之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、醫師之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號。三、全民健康保險及其他非商業性保險之特約醫院、診所字樣。四、診療科別及診療時間。五、開業、歇業、停業、復業、遷移及其年、月、日。六、其他經中央主管機關公告容許登載或播放事項。」依此，系爭規定所稱醫療廣告，至少涵蓋宣傳上開資訊之行為；換言之，醫師以任何方法（如於開放性網頁上、名片、傳單、廣

告招牌等)揭露醫師自己之姓名、性別、學歷、經歷及其醫師、專科醫師證書字號、診療科別及診療時間等基本資訊，使廣為人知，即已屬醫療廣告，而為系爭規定所禁止。

由此可知，「醫師不得為醫療廣告」之禁止規範下，醫師一律不得為屬於醫療廣告內容可涵蓋範圍之宣傳行為，包括被禁止揭露、宣傳自己專業資格及執業情形之相關基本資訊於眾。

三、醫師就執業基本資訊之廣告，乃醫師執業核心範圍，受憲法第15條職業自由之保障

醫師乃憲法第86條第2款所稱專門職業之一種。凡屬專門職業，其所從事之業務，必涉及公共利益或與人民之生命、身心健康、財產等權利密切相關，是其執業資格應以國家考試定之。醫師作為專門職業，其執業之領域為相關證照所許可之醫療領域，執業之對象則是有相關醫療需求之人民(病患)，醫師於其所屬醫療領域執行醫療業務，照顧求醫之病患，正屬醫師職業之核心執業內涵。而醫師提供其執業資訊於眾，使有求醫需求者得以獲取相關資訊，從而接受其提供之醫療，乃醫師實現其核心執業內涵所必要。至少於此等涉及醫師執業基本資訊之對外彰顯、宣傳之範圍內，應認係醫師執業核心範圍之一部分，應受憲法第15條職業自由之保障。

系爭規定係不分醫療廣告之內容與方式，一律禁止醫師為之，其禁止之範圍，包括醫師執業基本資訊之宣傳，就此而言，系爭規定自己構成對醫師所享有之職業自由之侵害，是其目的應為追求憲法上重要公共利益，其手段應符合比例原則之要求，始不違反憲法保障職業自由之意旨。

由於系爭規定係一律禁止具專業知識能力之醫師為醫療廣告，即便僅涉及其執業基本資訊之廣告亦不得為之，核其目的，尚難謂有國民健康或類此之公共利益可言，充其量僅係為便於管理，然而為便於行政上「管理」屬專門職業人員之醫師，實難謂屬正當之目的，遑論追求憲法上重要公共利益。姑不論此，系爭規定係一律禁止醫師為醫療廣告，此等全面禁止手段，無論如何非屬達成行政管理目的之適

合且必要之手段。

綜上，系爭規定一律禁止醫師為醫療廣告，包括醫師執業基本資訊之廣告在內，於此範圍內，系爭規定已違反比例原則之要求，從而牴觸憲法保障職業自由之意旨。

附帶一提的是，由於系爭規定係一律禁止醫師為任何醫療廣告，包括醫師執業基本資訊之廣告均在禁止之列，本席認為就受職業自由保障之醫師執業基本資訊之醫療廣告而論，即足以得出系爭規定有關醫師部分違憲之結論，毋須另論其他醫療廣告內容可能涉及侵害言論自由部分。反之，正因為系爭規定所禁止之範圍，包括醫師執業基本資訊之廣告，因此，無論如何均應先論醫師執業所享有之憲法職業自由之保障。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 18 號

聲請人 葉高潔

訴訟代理人 詹順貴律師

林安冬律師

上列聲請人認所受確定終局裁定及其所適用之公職人員選舉罷免法第 69 條第 1 項前段規定，牴觸憲法，聲請裁判及法規範憲法審查，本庭判決如下：

主 文

- 一、公職人員選舉罷免法第 69 條第 1 項前段規定：「區域立法委員、直轄市長、縣（市）長選舉結果，得票數最高與次高之候選人得票數差距，或原住民立法委員選舉結果得票數第三高與第四高之候選人得票數差距，在有效票數千分之三以內時，次高票或得票數第四高之候選人得於投票日後 7 日內，向……管轄法院聲請查封全部或一部分投票所之選舉人名冊及選舉票，就查封之投票所於 20 日內完成重新計票，並將重新計票結果通知各主管選舉委員會。」排除區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉以外公職人員選舉得票數最高之落選人，於其得票數與當選最低得票數差距在有效票千分之三以內時，得向管轄法院聲請重新計票，於此範圍內，牴觸憲法第 7 條保障平等權之意旨，違憲。立法者應儘速檢討修正相關規定，於修法完成前，凡公職人員選舉結果，得票數最高之落選人，其得票數與當選最低得票數差距在有效票千分之三以內時，均得於投票日後 7 日內，依相關規定，向管轄法院聲請查封全部或一部分投票所之選舉人名冊及選舉票，並就查封之投票所於 20 日內完成重新計票。 1
- 二、臺灣高等法院中華民國 112 年 2 月 10 日 112 年度選抗字第 1 號 2
民事裁定違憲，廢棄之，發回臺灣高等法院。
- 三、其餘聲請不受理。 3

理 由

壹、事實背景及聲請人、相關機關陳述要旨【1】

聲請人為 111 年新竹縣鄉民代表選舉新豐鄉第 4 選舉區候選人，該區應選出名額為 5 名，聲請人得票數為 1,667 票，於該區得票數排名第六位，其與得票數排名第五位之當選人（得票數為 1,669 票），僅差距 2 張有效票，得票數差距在有效票千分之三以內。聲請人依公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 69 條第 1 項前段規定（下稱系爭規定），向管轄法院聲請查封該選舉區全部投票所之選舉人名冊及選舉票，並重新計票，經臺灣新竹地方法院 111 年度選聲字第 1 號民事裁定予以駁回。聲請人提起抗告，經臺灣高等法院 112 年 2 月 10 日 112 年度選抗字第 1 號民事裁定（下稱系爭裁定一），以抗告無理由予以駁回。聲請人提起再抗告，經臺灣高等法院 112 年 3 月 10 日 112 年度選抗字第 1 號民事裁定（下稱系爭裁定二），以聲請人就系爭裁定一依法不得再為抗告，其再抗告不合法為由，予以駁回。聲請人認系爭裁定一、其所適用之系爭規定及系爭裁定二牴觸憲法，於法定期間內聲請裁判及法規範憲法審查。【2】

其聲請意旨略以：1. 關於系爭規定及系爭裁定一部分：立法者於系爭規定區別「區域立法委員、直轄市長、縣（市）長、原住民立法委員選舉」及上開選舉以外之選舉，僅前者得依系爭規定聲請重新計票，後者則皆不得聲請重新計票，未見立法者表明此等差別待遇之正當目的，況人為計票過程可能發生之疏失，並非僅會發生於較大規模之選舉，系爭規定之立法顯然流於恣意，其差別待遇之目的與手段間顯不具實質關聯性，有違憲法第 7 條平等原則等語。2. 關於系爭裁定二部分：本件原因案件程序應適用非訟事件法第 46 條準用民事訴訟法關於抗告之規定，系爭裁定二稱重新計票事件應以二審終結，因此以抗告不合法駁回其再抗告，已侵害聲請人受憲法第 16 條保障之訴訟權等語。【3】

相關機關內政部以答辯書陳述意見略以：1. 系爭規定之目的，係在於迅速解決選舉紛爭；其係考量各選舉位階（中央或地方）及性

質（民意代表或行政首長），按類型與份量之不同而為相應區別對待，未逾越立法形成自由之界限，並無違反憲法平等原則；其依各選舉之位階及性質而限制重新計票之聲請權人範圍，亦無違平等原則。此外，系爭規定並未對憲法第 17 條及第 130 條之被選舉權造成過度限制，合於比例原則。2. 系爭規定所定重新計票，並不具訟爭性，本質上應屬非訟事件，應屬於選罷法第 127 條所定之選舉訴訟，應以二審終結，尚無侵害人民訴訟權之疑慮等語。【4】

相關機關中央選舉委員會以答辯書陳述意見略以：1. 系爭規定係考量各選舉之位階（中央或地方）及性質（民意代表或行政首長），按類型與份量之不同而為相應區別對待，未逾越立法形成自由之界限，並無違反憲法平等原則；其依各選舉之位階及性質而限制重新計票之聲請權人範圍，亦無違比例原則。從成本之角度言，不可能亦無必要對選罷法上所有選舉，皆賦予重新計票之設計。此外，系爭規定並未對憲法第 17 條及第 130 條之被選舉權造成過度限制，合於比例原則。2. 系爭規定所定重新計票，並不具訟爭性，本質上應屬非訟事件，應屬於選罷法第 127 條所定之選舉訴訟，應以二審終結，尚無侵害人民訴訟權之疑慮等語。【5】

貳、受理要件之審查【6】

一、就系爭裁定一及系爭規定聲請部分【7】

按人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判及其所適用之法規範認有牴觸憲法者，得自用盡審級救濟之最終裁判送達後翌日起之 6 個月不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條定有明文。聲請人就系爭裁定一及其所適用之系爭規定，聲請裁判及法規範憲法審查部分，經核與上開規定所定要件相符，爰予受理。【8】

二、其餘聲請部分【9】

聲請人就系爭裁定二聲請裁判憲法審查部分，核其主張意旨，僅係以自己之見解，爭執法院就相關法律之解釋、適用所持見解，尚

難謂已具體敘明系爭裁定二究有何侵害其憲法訴訟權而牴觸憲法之處。是此部分之聲請與憲訴法上開規定所定要件不合，應不予受理。

【10】

參、審查標的【11】 11

一、公職人員選舉罷免法第 69 條第 1 項前段規定：「區域立法委員、直轄市長、縣（市）長選舉結果，得票數最高與次高之候選人得票數差距，或原住民立法委員選舉結果得票數第三高與第四高之候選人得票數差距，在有效票數千分之三以內時，次高票或得票數第四高之候選人得於投票日後 7 日內，向……管轄法院聲請查封全部或一部分投票所之選舉人名冊及選舉票，就查封之投票所於 20 日內完成重新計票，並將重新計票結果通知各主管選舉委員會。」（即系爭規定）【12】 12

二、臺灣高等法院 112 年 2 月 10 日 112 年度選抗字第 1 號民事裁定（即系爭裁定一）【13】 13

肆、受理部分之審查【14】 14

一、審查原則【15】 15

選舉係彰顯主權在民，落實民意政治與責任政治所不可或缺之手段，乃民主政治之根基所在，是憲法第 17 條明文保障人民之選舉權，其保障範圍包括選舉投票權及被選舉權。國家應立法形成各種選舉制度，俾使人民得依法行使其受憲法保障之選舉權。又立法者制定涉及人民選舉權之選舉實施或救濟程序等法規範時，原則上雖享有一定立法形成空間，惟其立法仍應符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。又，憲法平等權之保障，並不當然禁止國家為差別待遇；法規範所為差別待遇，是否符合平等權保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（司法院釋字第 682 號、第 722 號、第 745 號、第 750 號、第 794 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決意旨參照）。鑑於選舉對民主政治之重大意義與憲法保障人民選舉權之意旨，涉及人民選舉權之選舉實施或救濟程序等法規範存有差別待遇者，其差別 16

待遇之目的須為追求憲法上之重要公共利益，其所採之分類與規範目的之達成間，須存有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨無違。

【16】

二、本庭之審查【17】

系爭規定，即選罷法第 69 條第 1 項前段明定：「區域立法委員、直轄市長、縣（市）長選舉結果，得票數最高與次高之候選人得票數差距，或原住民立法委員選舉結果得票數第三高與第四高之候選人得票數差距，在有效票數千分之三以內時，次高票或得票數第四高之候選人得於投票日後 7 日內，向……管轄法院聲請查封全部或部分投票所之選舉人名冊及選舉票，就查封之投票所於 20 日內完成重新計票，並將重新計票結果通知各主管選舉委員會。」明文賦予區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉以最高票落選之候選人，於其得票數與當選最低得票數間符合法定得票數差距之要件時，得於投票日後 7 日內聲請管轄法院查封選舉人名冊及選舉票，由法院重新計票之權利。又，法院依法將重新計票結果通知各主管選舉委員會後，各主管選舉委員會應於 7 日內依法院重新計票結果，重行審定選舉結果。審定結果，有不應當選而已公告當選之情形，應予撤銷；有應當選而未予公告之情形，應重行公告（選罷法第 69 條第 1 項後段規定參照）。依此而言，系爭規定所定法院重新計票制度，其重新計票結果，具有取代相關選舉開票結果之效力，各主管選舉委員會均應依重新計票結果重行審定選舉結果。【18】

究其立法目的，主要應係為確保選舉結果之正確性，以維護選舉公正性，並保障人民憲法上之被選舉權。蓋我國選舉之開票，係由開票所工作人員以當眾唱名開票方式為之（選罷法第 57 條第 5 項規定參照），有關選舉票有效與否之認定及候選人得票數之計算等，亦均由開票所工作人員當場以人工方式為之，自不免有偶發人為疏失之可能，此於當選與落選之候選人得票數相當接近時，即有影響選舉結果正確性之慮。系爭規定就此等可能影響選舉結果之情形，容許相關候選人得即時聲請法院重新計票，藉此匡正選舉開票時可能之人為疏

17

18

19

失，以確保選舉結果之正確性、公正性及人民受憲法保障之被選舉權。此外，鑑於當選與落選之候選人得票數相當接近時，極可能於選舉開票結束後即引發計票是否有誤之選舉爭議，致生相關訴訟，是系爭規定亦有盡快弭平選舉爭議，迅速解決選舉紛爭之考量（相關機關內政部答辯書意旨參照）。而無論是確保選舉結果之正確性、公正性及人民受憲法保障之被選舉權之目的，抑或迅速解決選舉紛爭之目的，理應均為所有民主選舉所共通追求之憲法上重要公共利益。

【19】

然而，系爭規定所定重新計票制度，僅限定適用於區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉，排除其餘公職人員選舉。就此而言，系爭規定係以選舉類別為分類標準，將公職人員選舉分為區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉 3 種選舉，及其他選舉兩類，而形成得否適用該規定之差別待遇。依首揭憲法平等權保障意旨，其差別待遇之目的須為追求憲法上之重要公共利益，其所採之分類與規範目的間，須存有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨無違。【20】

就系爭規定之差別待遇所欲追求之目的而言，立法者何以僅容許區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉，得適用系爭規定有關聲請法院重新計票之規定，排除其餘地方民意代表與基層選舉，其目的並無明文立法理由可稽。就此，相關機關內政部主張，立法委員選舉、直轄市長與縣（市）長選舉，在法制上、政治上及現實上，相較於其他公職人員選舉，受到社會上更多關注，權衡司法資源分配與選舉公平後，將有限之司法資源分配予選票爭議受到民眾更多關注之上開 3 種選舉，以謀求迅速弭平選票爭議（相關機關內政部答辯書意旨參照）；中央選舉委員會則主張系爭規定之差別待遇，係基於上開 3 種選舉之重要性與社會關注度較高，並避免司法、行政資源與社會成本之過度耗費（相關機關中央選舉委員會答辯書意旨參照）。核其等主張意旨，應係認系爭規定之差別待遇所欲追求之目的，在於迅速解決上開 3 種社會關注度較高、也較重要之選舉所生選

票爭議，亦有節省司法資源及行政成本之意。【21】

惟重新計票制度係為確保選舉結果之正確性、公正性與人民受憲法保障之被選舉權，並迅速解決選舉紛爭而設，已如前述。所有依憲法或法律應舉行之公職人員選舉，均屬民主政治之重要環節，均須追求上開目的，並不因選舉位階（中央或地方）及性質（民意代表或行政首長）而有不同；選舉之民主功能與重要性，更不因所謂社會關注度之高低而有差別。況地方民意代表或基層行政首長選舉於各該選舉區是否較不受當地民眾所關注，恐難一概而論。就此而言，系爭規定以選舉類別為標準所為差別待遇，難認存有正當目的，遑論追求憲法上重要公共利益。【22】

此外，系爭規定所採差別待遇，如係為節省司法資源與行政成本，其目的固具公共利益之性質，惟尚難謂係追求憲法上重要公共利益，是縱以節省司法資源與行政成本為差別待遇之目的，亦不符憲法平等權保障意旨之要求。【23】

姑不論此，僅就系爭規定所採分類與其規範目的之關係而言，系爭規定建立法院重新計票制度，其規範目的係在確保選舉結果之正確性、公正性及人民受憲法保障之被選舉權，並迅速解決選舉紛爭，已如前述。而選舉開票時之人為疏失，可能發生於所有選舉，包括系爭規定所定3種選舉以外之其他公職人員選舉，進而損及各該選舉結果之正確性與公正性，並滋生選舉爭議。系爭規定區別公職人員選舉種類，僅容許區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉得藉由法院重新計票制度，迅速匡正可能影響各該選舉結果正確性與公正性之選舉開票人為疏失，其餘選舉則均不得為之，形同無正當理由而坐視其中當選與落選候選人得票數差距極微時，有因開票時之人為疏失等而使選舉結果不正確之可能，損及選舉之正確性與公正性。就此而言，系爭規定所採之分類，實已悖離其建立重新計票制度之規範目的，難謂與規範目的間存有實質關聯，不符憲法平等權保障意旨之要求。【24】

三、結論【25】

25

綜上，系爭規定排除區域與原住民立法委員、直轄市長及縣（市）長選舉以外公職人員選舉之落選候選人，於其得票數與當選最低票數差距在有效票千分之三以內時，得向管轄法院聲請重新計票，其所為差別待遇尚非為追求憲法上之重要公共利益，其所採之分類與規範目的間，亦難謂存有實質關聯，於此範圍內，系爭規定牴觸憲法第 7 條保障平等權之意旨，違憲；聲請人此部分法規範憲法審查之聲請為有理由。立法者應儘速檢討修正相關規定，於修法完成前，凡公職人員選舉結果，得票數最高之落選人，其得票數與當選最低票數差距在有效票千分之三以內時，均得於投票日後 7 日內，依相關規定，向管轄法院聲請查封全部或一部分投票所之選舉人名冊及選舉票，並就查封之投票所於 20 日內完成重新計票。【26】

系爭規定既經宣告違憲，則適用系爭規定所作成之系爭裁定一亦屬違憲，聲請人就此所為裁判憲法審查之聲請為有理由，系爭裁定一應予廢棄，發回臺灣高等法院。【27】

伍、附此指明【28】

本件原因案件所涉聲請案既應由管轄法院重為審理，該管機關就相關選舉票及選舉人名冊自應依法延長保管（選罷法第 57 條第 9 項規定參照），附此指明。【29】

中 華 民 國 112 年 11 月 17 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 許志雄 張瓊文

黃瑞明 詹森林 黃昭元

謝銘洋 呂太郎 楊惠欽

蔡宗珍 蔡彩貞 朱富美

陳忠五 尤伯祥

本判決由蔡大法官宗珍主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	全體大法官	無

第二項	蔡大法官炯燉、許大法官志雄、 謝大法官銘洋、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍、蔡大法官彩貞、 朱大法官富美、陳大法官忠五、 尤大法官伯祥	許大法官宗力、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、呂大法官太郎
第三項	全體大法官	無

【意見書】

部分不同意見書：呂大法官太郎提出，許大法官宗力、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

朱倩儀

中 華 民 國 112 年 11 月 17 日

部分不同意見書

呂太郎大法官	提出
許宗力大法官	加入
張瓊文大法官	加入
黃瑞明大法官	加入
詹森林大法官	加入
黃昭元大法官	加入

壹、本席基本立場

本判決主文第 1 項宣告公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 69 條第 1 項（下稱系爭規定），排除立法委員、縣市長選舉以外公職人員選舉的重新計票，牴觸平等權保障，違憲；主文第 2 項前段，宣告臺灣高等法院 112 年度選抗字第 1 號民事裁定（下稱臺高院裁定）違憲，廢棄之，本席均敬表贊同。但就本判決未併將臺灣新竹地方法院 111 年度選聲字第 1 號裁定（下稱新竹地院裁定）廢棄，並發回臺灣新竹地方法院（下稱新竹地院），則難贊同，爰就此部分提出不同意見。

貳、選舉紛爭，應儘速解決

選舉是人民透過集體的意思，推選出行使國家權力的行政首長或民意代表的行為。選舉結果的紛爭，不但是候選人之間的紛爭，也隱含不同選民支持各候選人的之間的紛爭，若不及時處理，可能導致紛爭規模擴大並激化對立。加上民選的行政首長或民意代表，都有其任期，拖延一日解決紛爭，就減損一分選舉的實效。因此，迅速而明確的解決選舉紛爭，是選舉制度設計上應有的考量。在此考量下，當事人的程序利益，必須作一定程度的退讓，例如請求救濟時限的縮短、減少救濟的審級及禁止再審等（選罷法第 118 條第 1 項、第 120 條第 1 項、第 127 條第 1 項、總統副總統選舉罷免法第 102 條、第 104 條第 1 項及第 110 條規定參照）。

參、宣告違憲、廢棄、發回—裁判憲法審查三部曲

一、裁判憲法審查的立法意旨，在使憲法保障人民權益的網絡，更加

綿密、深透、有效

中華民國 111 年 1 月 4 日施行的憲法訴訟法（下稱憲訴法），除原有的法規範憲法審查外，增加裁判憲法審查類型。立法旨在使憲法規範貫串至個案裁判，個案當事人權益可及時受憲法保護。申言之，修法前，大法官只能針對確定終局裁判適用的抽象法規範進行審查，不審查具體裁判所涉的憲法爭議，各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形，都無法處理。雖然從 71 年司法院釋字第 177 號解釋起，將解釋的效力及於聲請解釋的個案，73 年司法院釋字第 185 號解釋進一步闡釋，聲請人得依據該解釋提起再審或非常上訴，74 年司法院釋字第 193 號解釋，擴大至聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋的各案件，亦可依據解釋提起再審或非常上訴，逐步擴張大法官解釋個案救濟的機能。但無論如何，聲請人還是必須另外提起再審或非常上訴，才能獲得真正救濟，對於人民權益的保護，仍嫌迂迴周折。再者，只要法規範不違憲，即使依據該法規範所作成的裁判違憲，也不受憲法審查，法院裁判成了不受憲法控制的國家權力，形成憲法保護網的漏洞。憲訴法增設裁判憲法審查制度，立法目的無他，即在使憲法保障人民權益的網絡，更加綿密深透，權利救濟流程更簡化有效。憲訴法第 62 條第 1 項前段規定：「憲法法庭認人民的聲請有理由者，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。」便是為了落實這樣的目的所為設計。

二、「發回管轄法院」與「發回原法院」並不相同

應特別注意者，一般訴訟事件，基於審級制度的設計，於上級法院將原判決廢棄後，因為該案件仍未完成其審級程序，必須就該案件繼續審理，故除由該上級審法院自為變更判決外，有時須將案件發回「原法院」或發交「與原法院同一審級」的法院，繼續其應有的審級程序（民事訴訟法第 478 條第 2 項、刑事訴訟法第 401 條、行政訴訟法第 260 條第 1 項及第 263 條之 3 第 1 項規定參照）。發回與發交

之間，實務上係以發回「原法院」為常態，例外情形（例如原法院已不能行使職權，或發回原法院恐影響公安或難期公平，或前經發回後，原法院仍堅持己見，不依發回意旨審判等）始發交與原法院同一審級的其他法院。

然而，聲請裁判憲法審查，必須是該原因案件已窮盡審級救濟的裁判確定案件（憲訴法第 59 條第 1 項規定參照），憲法訴訟並非針對該原因案件具體事實認定及法律適用，重啟另一審級的審判，憲法法庭亦非該原因案件終審法院的上級審。因此憲法法庭於廢棄確定終局裁判後，應將該原因案件發回何一法院，再行處理，當然不必再循一般審級程序，發回原法院或發交與原法院同審級的其他法院。

憲訴法第 62 條第 1 項規定憲法法庭得將原因案件「發回管轄法院」，而非如一般訴訟程序規定為「發回原法院或與原法院同審級的法院」，實寓有深意。所謂「管轄法院」，應指就該原因案件有事務管轄權的法院，未必僅限於裁判被廢棄的「原」法院。從法條文字使用「管轄法院」而有別於一般訴訟程序的「原法院」或「與原法院同級的其他法院」，可知其不同。現行法律普遍使用的「管轄法院」，均指有處理該事務權限的法院，包含就該事務有管轄權的同級法院（有時對於同一事務數同級法院都有管轄權），以及得審理該事件的不同審級的各審級法院，亦非作成某一裁判的「原法院」。必也如此解釋憲訴法第 62 條第 1 項所稱的「管轄法院」，才能貫徹憲法法庭為將憲法意旨有效的落實於該原因案件而發回的目的，也才能釐清憲法法庭並非基於審級監督，督促下級審法院應如何裁判的角色。

三、德國法的參考

我國有關憲訴法第 62 條第 1 項所定的宣告裁判違憲、廢棄裁判及發回管轄法院，應如何運作，因裁判憲法審查制度甫經實施，相關案例累積及學說討論不多，參考外國的經驗，有其必要。依憲訴法第 62 條第 1 項立法理由，該條係參考德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定而來，因此，德國法下實務如何運用該規定，應值一探。德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項的規定，又與同法第 90 條第 2 項第 1

句及同法第 95 條第 1 項之規定有關，因此結合上開相關條文，較能窺其全貌。

按德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句規定：「對於上述侵害（按：指基本權利或基本法所規定的權利，遭受公權力侵害）如有其他法律救濟途徑時，僅於窮盡其他法律救濟途徑時，始得提起憲法訴願。」第 95 條第 1 項規定：「若憲法訴願有理由，應於裁判中確認，基本法何條之規定被何種作為或不作為抵觸。聯邦憲法法院亦得同時諭知，任何重複實施遭指摘之措施，亦抵觸憲法。」第 2 項規定：「若針對裁判提起之憲法訴願有理由，聯邦憲法法院應廢棄該裁判，在第 90 條第 2 項第 1 句之情形，應將案件發回管轄法院。」上開第 90 條第 2 項第 1 句、第 95 條第 1 項及第 95 條第 2 項的解釋與運用，在德國聯邦憲法法院運用的實際情形，司法院委請國內學者專家翻譯、111 年印行的「德國聯邦憲法法院法逐條釋義」（Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar ,3.Auflage 原著者為 Christofer Lenz, Ronald Hansel），就此亦有詳細說明。就與本件有關的論述，可摘述其重點如下：

（一）提起憲法訴願，通常是針對終審法院，如前審裁判也對聲請人不利，且該訴訟最終結果仍須事實審為事實的認定，為法律的終審法院無法為判斷時，也可以將前審裁判「一併」列為審查標的並進行審查（第 609 頁，邊碼 182 至 183），若依第 95 條第 1 項規定確認為違憲時，應列舉為抵觸基本法的行為（第 859 頁，邊碼 13）

（二）廢棄的裁判前提必先宣告違憲，但受違憲宣告的裁判，未必全部廢棄。若有數個裁判依第 95 條第 1 項第 1 句遭確認違憲，則聯邦憲法法院不必將被成功指摘違憲之全部裁判廢棄。雖然依同條第 2 項規定將裁判廢棄，其前提在於，裁判依第 1 項第 1 句被確認違憲。但是，不應該倒過來以「任何遭確認違憲的裁判皆應被廢棄」的方式，將第 1 項第 1 句規定的確認與第 2 項規定的廢棄劃上等號。在數個遭受確認違憲的裁判中，對於其中的個別裁判不予廢棄，此一權能，來自聯邦憲法法院的形成餘地，而該形成餘地乃聯邦憲法法院在

將案件發回專業法院時所享有（第 862 頁，邊碼 25）。

（三）發回管轄法院比單純廢棄更具有重要性，憲法法院在決定應發回哪一法院時，有裁量權，可以不顧一般法律規定的土地管轄或事務分配，發回其他有事務管轄權的法院。當案件被認為若發回具有事務及土地管轄權的法院或依事務分配有管轄權的審判庭，不能得到合於事務本質的處理，則尤其會考慮發回其他法院或其他審判庭（第 863 頁，邊碼 27 及 28）。

（四）憲法法院裁量的標準，是依據違憲類型及訴訟經濟，應僅在除去違憲的必要範圍內為之。程序基本權的侵害，案件應發回首次對訴願人的程序基本權造成侵害的審級，在實體基本權遭侵害時，選擇第 95 條第 2 項規定的管轄法院，取決於專業法院的新判斷是否必須作其他進一步的事實確認。若就是此種情形，或至少不能排除這種情形，則案件應發回除法律審查外亦有權對新事實進行確認的審級，所以通常不會發回法律審上訴法院。反之，若基於確定的事實基礎，僅須重新以聯邦憲法法院的指示為據作成法律上的決定，則應當發回終審法院，並且相應地，應當僅廢棄終審法院的裁判。這有益於訴願人的利益盡可能快速獲得終結程序的裁判（第 864 頁至第 865 頁，邊碼 30、31 及 32）。

四、宣告違憲、廢棄原裁判與發回原屬不同的三件事

憲訴法有關裁判憲法審查制度，幾乎逕譯自德國憲法訴願制度，參考前述德國實務運作，可知憲訴法第 62 條第 1 項前段規定，應分成「宣告裁判違憲」、「廢棄裁判」及「發回管轄法院」三段解讀，始能完整理解裁判憲法審查制度的精髓。申言之，「宣告裁判違憲」，除了宣告原因案件的裁判所持抽象的法律見解，已違反憲法的意旨外，也有藉此避免其他裁判採相同或類似違憲見解的機能。至於宣告「廢棄」裁判，目的在使該違憲的裁判失其效力，解脫該裁判對於原因案件的拘束力。至於「發回管轄法院」，則係指示原因案件解脫原裁判的拘束後，應由哪一法院接著處理後續問題。

上述三項宣告，雖然彼此間有一定關聯，先有違憲宣告，再有

廢棄裁判，才有發回管轄法院的問題，但仍有不同目的。因此，其宣告的對象，也未必須完全一致。換言之，在經數審級而有數不同裁判存在的原因案件，憲法法庭未必要宣告所有裁判都違憲，宣告違憲的裁判，也未必是必須廢棄的裁判，廢棄裁判後發回的法院，更未必是作成該裁判的原法院。要發回何一管轄法院，再行審理，憲法法庭應有裁量權，裁量標準則就違憲類型、訴訟經濟、除去違憲必要範圍及儘量使法院能自我除去違憲等因素，綜合考量，選擇能為合於事務本質處理的法院為發回後的管轄法院。

肆、本件應併將新竹地院裁定宣告違憲並廢棄，發回新竹地院

一、由管轄的新竹地院實施重新計票才符合事務本質

法院認為聲請重新計票應准許者，應依聲請查封全部或一部分投票所的選舉人名冊及選舉票，就查封的投票所於20日內完成重新計票（即系爭規定），無庸如一般訴訟事件的證據保全，應以裁定准許，再依證據調查程序實施證據保全（民事訴訟法第371條第1項及第368條第2項規定參照）。故若管轄的地方法院准許為重新計票時，重新計票程序由該地方法院實施之，固無問題；即使該地方法院駁回重新計票的聲請，經聲請人提起抗告，抗告法院認應准許重新計票者，亦僅能將原法院駁回聲請的裁定廢棄，而不必為准許重新計票的裁定。且抗告法院所審查者僅為原法院駁回重新計票聲請的裁定是否合法、適當而已，至於准許重新計票後應如何進行計票，也屬於原地方法院的職權，非抗告法院所能取代（即使在訴訟事件的證據保全程序，除非該事件已繫屬於上級審，否則也不會由上級審代下級審法院為證據保全的實施）。

事實上，一旦法院准許重新計票，即應依聲請查封全部或一部分投票所的選舉人名冊及選舉票，就查封的投票所於20日內完成重新計票（即系爭規定），考量投票所地緣接近性、短期內必須完成計票所需人力等因素，由橫跨數地方法院轄區為設計的高等法院或分院，亦非適合實施重新計票的法院。因此，不論從法律規定的解釋、實際操作的便利性及紛爭解決的效率性等觀點，重新計票程序，均應

由管轄的地方法院為之。

二、本判決應併將新竹地院裁定宣告違憲並廢棄

（一）新竹地院裁定亦屬違憲

本件新竹地院裁定以系爭規定未包含鄉民代表選舉的重新計票，為立法者有意省略，非法律漏洞，不違反平等原則及比例原則，因而駁回聲請人的聲請。經聲請人提起抗告後，臺高院裁定亦持相同理由，認抗告無理由而駁回。系爭規定既因違反平等原則經本判決宣告違憲，則新竹地院及臺高院裁定，以系爭規定並未違反平等原則為理由，駁回聲請人的聲請及抗告，所持的法律見解當然亦屬違憲。

（二）原因案件經數個不同審級裁判時，應宣告違憲者，有時不限於最終的裁判

如前述，本件重新計票的實施，應由新竹地院為之，始合於事務本質。新竹地院所持不利於聲請人的法律見解既屬違憲，自應受違憲的宣告。本判決就何以僅針對臺高院裁定為違憲宣告，不及於新竹地院裁定，並未說明理由，或係認為新竹地院裁定並非最終裁定，故不在宣告違憲之列。

然而，於裁判憲法審查制度施行前，大法官僅能就確定終局判決所適用的法規是否違憲進行抽象審查，而非針對裁判本身是否違憲進行審查。因此，原因案件所歷經的裁判如何，本非重點，哪一法規的適用，最終造成聲請人實質不利，而該法規是否違憲，才是重點。因此，若當事人上訴或抗告至最高法院，經最高法院以未具體表明上訴理由而從程序上駁回（刑事案件以不合程式判決駁回，民事及行政訴訟事件，以不合法裁定駁回），縱使形式上最高法院裁判為該事件最後裁判，但釋憲實務上向來不以該最高法院裁判為確定終局裁判，而是以實質適用對聲請人不利法規的最後一次裁判，為確定終局裁判。此一權宜解釋，目的無他，即在符合當事人聲請釋憲的真正目的，並發揮當時制度下大法官釋憲功能。於裁判憲法審查制度下，大法官所審查者，是針對裁判本身，制度目的亦在使憲法意旨深透至每一個案，並防止其他裁判亦採相同或類似的違憲見解的機能，與舊制

時期重在審查抽象法規範者，自有不同，難依舊制下作法，據為解釋運作新制的依據。

應值一提者，在實施裁判憲法審查新制後，憲法法庭的判決，也有因應新制而採改弦更張的見解出現。例如憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決一案中，最高法院雖以上訴不合程式為理由，從程序上駁回上訴，但因最高法院於判決中已實質肯認原院所採見解，而憲法法庭於判決中亦確認原院所採見解為違憲見解，故憲法法庭一併宣告最高法院的見解亦同屬違憲。又因該案件僅為法律見解問題，無須另依事實判斷，且無應由下級審法院立即處理的急迫性，適合由最高法院發揮其審級監督功能，於普通法院體系內自行調整見解，故僅於判決中確認該將下級審判決違憲，無一併廢棄該下級審判決廢棄之必要（若廢棄下級審判決，則最高法院即無審查對象，案件必須發回下級審法院）。

（三）不宣告新竹地院裁判違憲並廢棄，剝奪大法官裁量發回法院的職權

實施裁判憲法審查之後，審查的對象除裁判所適用的法律外，尚包含該裁判本身所持的法律見解。而宣告裁判違憲的目的，係在確認該裁判不符合憲法的意旨，如下級審所持的法律見解，為上級審所援用，而該上級審裁判所持的法律見解經宣告違憲者，該持相同見解的下下級審裁判，豈有不違憲之理？何況就本件而言，臺灣高等法院並非法律審，無統一各下級審法院法律見解之制度功能，如僅宣告臺灣高院裁定違憲，一來無法實現統一合憲見解之目的，二來臺灣高等法院亦不適合進行重新計票工作，發回臺灣高等法院只是徒增審級的周折而已，不利選舉紛爭的迅速解決。又憲法法庭若不宣告新竹地院裁定違憲，即不能將其廢棄，該違憲的裁定依然存在，將導致憲法法庭僅能將原因案件發回臺灣高等法院，再由臺灣高等法院廢棄新竹地院裁定，並發回新竹地院，其結果無異剝奪憲法法庭選擇如何發回的職權。是以本判決應併宣告新竹地院裁定違憲並廢棄之，方能落實裁判憲法審查的立法目的。

三、本件應發回新竹地院再行處理

如前所述，憲法法庭就發回何一法院再行審理，應有其裁量權。就本件原因案件言，重新計票的實施，並非單純法律見解的問題，而是須動用相當的人力、物力，故由新竹地院為之，才符合處理事務的本質，而非由跨越不同轄區的臺灣高等法院為之。故發回新竹地院始為正辦，發回臺灣高等法院是選擇了迂迴解決紛爭途徑，繞了不必要的路，違背了選舉結果紛爭應迅速解決的基本法理。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 19 號

聲請人一 陳柏亨（陳俊良之承受訴訟人）
陳俞安（陳俊良之承受訴訟人）
陳倚葶（陳俊良之承受訴訟人）
兼上二人之送達代收人

聲請人二 李思猛
李明瑾
李鍵聲
李靜宜

聲請人三 太平洋電線電纜股份有限公司

代表人 元遠實業股份有限公司（指定代表人苑竣唐）

聲請人三 兆豐國際商業銀行股份有限公司

代表人 雷仲達

聲請人四 陳佛賜

送達代收人 郭執中

上列聲請人分別認所受不利確定終局判決，所適用之土地稅減免規則第 9 條但書規定等，牴觸憲法，聲請解釋、法規範憲法審查及裁判憲法審查。本庭判決如下：

主 文

- 一、土地稅減免規則第 9 條規定：「無償供公眾通行之道路土地，經 1
查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房
屋應保留之法定空地部分，不予免徵。」其但書規定與憲法第 7
條平等原則尚無違背。
- 二、聲請人四聲請裁判憲法審查部分，駁回。 2
- 三、其餘聲請不受理。 3

理 由

- 壹、案件事實與聲請意旨【1】 1
- 一、聲請人陳俊良（下稱原聲請人一）於訴訟程序中死亡，其 3 名繼 2

承人，即陳柏亨、陳俞安、陳倚葶（下合稱聲請人一）具狀承受訴訟，核無不合，應予准許，先予敘明。原聲請人一所有坐落新北市○○區○○段 000 地號土地（下稱系爭土地一），持分面積為 60.99 平方公尺，上有私設通路，自中華民國 70 年起免徵地價稅在案。嗣新北市政府稅捐稽徵處（下稱新北稅處）辦理 104 年度地價稅稅籍及使用情形清查，查得系爭土地一屬新北市政府工務局核發 68 淡使字第 3107 號使用執照（67 淡建字第 2042 號建造執照）範圍內之建築基地，該筆土地扣除建築物本身使用之面積後，即為該建築之法定空地。按 99 年 5 月 7 日修正發布之土地稅減免規則第 9 條規定：「無償供公眾通行之道路土地，經查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房屋應保留之法定空地部分，不予免徵。」依該條但書（下稱系爭規定）之規定，新北稅處認系爭土地一不得免徵地價稅，應自 70 年起恢復按一般用地稅率課徵地價稅，乃以 104 年 8 月 6 日新北稅淡一字第 10435552291 號函（含有撤銷原免徵處分），並依稅捐稽徵法第 21 條規定，就系爭土地一改按一般用地稅率課徵地價稅，補徵該土地核課期間內 99 年至 103 年地價稅每年均為新臺幣（下同）7,026 元（合計 35,130 元），並檢送上開 99 年至 103 年地價稅補徵繳款書（以下合稱原處分），原聲請人一不服原處分，循序提起行政救濟，經臺灣新北地方法院 105 年度簡字第 28 號行政訴訟判決駁回，原聲請人一提起上訴，經臺北高等行政法院 105 年度簡上字第 182 號判決（下稱確定終局判決一）以上訴無理由而駁回上訴。原聲請人一主張確定終局判決一所適用之系爭規定違反課稅負擔平等原則、憲法第 7 條平等原則、第 15 條保障人民財產權、第 19 條租稅法律主義及第 23 條比例原則等，向司法院聲請解釋憲法。【2】

- 二、聲請人李思猛、李明瑾、李鍵聲及李靜宜（下合稱聲請人二）所有坐落新竹縣○○市○○段 000 地號土地（下稱系爭土地二），經新竹縣政府稅捐稽徵局為 99 年地價稅之核課。聲請人二認系

爭土地二係無償供公眾通行，應依土地稅減免規則第9條減免地價稅，循序提起行政救濟，經最高行政法院107年度判字第40號判決（下稱確定終局判決二）以上訴無理由而駁回其上訴確定。聲請人二認確定終局判決二所適用之系爭規定違反憲法第7條平等原則、第15條保障人民財產權、第19條租稅法律主義及第23條等，向司法院聲請解釋憲法。【3】

三、聲請人兆豐國際商業銀行股份有限公司（下稱兆豐銀行）之代表人由張兆順變更為雷仲達，業據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。聲請人太平洋電線電纜股份有限公司（下稱太電公司）於102年信託其所有坐落於新北市○○區○○段000地號土地（下稱系爭土地三）予兆豐銀行，原於94年經新北稅處核定免徵地價稅在案，嗣新北稅處查得系爭土地三屬新北市政府工務局核發77重使字第382號使用執照（76重建字第558號建造執照）申請範圍內之建築基地，核與土地稅減免規則第9條規定不符，遂於107年恢復按一般用地稅率課徵地價稅，並依稅捐稽徵法第21條規定向太電公司補徵102年地價稅計43萬2,137元、向兆豐銀行補徵103年至106年地價稅合計199萬6,818元。太電公司及兆豐銀行（下合稱聲請人三）均不服，循序提起行政救濟，經臺北高等行政法院108年度訴字第1290號判決駁回後，提起上訴，經最高行政法院109年度裁字第770號裁定以上訴不合法為理由駁回其上訴。故此部分聲請應以前開臺北高等行政法院之判決為確定終局判決（下稱確定終局判決三）。聲請人三認確定終局判決三所適用之系爭規定抵觸憲法第7條平等原則、第15條保障人民財產權、第19條租稅法律主義及量能課稅原則等，向司法院聲請解釋憲法。【4】

四、聲請人陳佛賜（下稱聲請人四）所有坐落新北市○○區○○段0000、0000、0000、0000地號等4筆土地，持分均為1/189，持分面積依序為3.78、4.14、35.44、2.24平方公尺（下稱系爭土地四），其109年地價稅，除系爭1218地號土地0.93平方公尺部

分面積符合土地稅減免規則第 9 條規定免徵地價稅外，該 4 筆土地其餘面積均按一般用地稅率課徵，109 年地價稅合計 2,322 元。聲請人四不服，循序提起行政救濟，經臺灣新北地方法院 110 年度稅簡字第 11 號行政訴訟判決駁回其訴，聲請人四提起上訴，經臺北高等行政法院 111 年度簡上字第 6 號裁定以上訴不合法而駁回，故此部分聲請應以上開臺灣新北地方法院判決為確定終局判決（下稱確定終局判決四）。聲請人四主張確定終局判決四違憲，且其所適用之系爭規定，牴觸憲法第 7 條規定之平等原則、第 15 條保障人民財產權、第 16 條訴訟權、第 23 條法律保留原則及比例原則等，而聲請裁判及法規範憲法審查。【5】

貳、受理依據【6】

6

一、按憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除憲訴法別有規定外，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。查聲請人一至三均係於憲訴法修正施行前聲請釋憲，得否受理，應適用修正施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）決之。次按大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」聲請人一至三之聲請案核與大審法上開規定所定要件相符。【7】

7

二、復按憲訴法第 59 條規定，人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。聲請人四之聲請，核與憲訴法上開規定所定之要件相符，應予受理。【8】

8

三、查上開四聲請案，因審查客體之法規範相同，爰合併審理並判決。【9】

9

參、審查標的【10】

10

一、土地稅減免規則第 9 條規定：「無償供公眾通行之道路土地，經 11
查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房
屋應保留之法定空地部分，不予免徵。」該條但書為本判決之審
查標的，即系爭規定。【11】

二、臺灣新北地方法院 110 年度稅簡字第 11 號行政訴訟判決（聲請 12
人四聲請）。【12】

肆、形成主文一、二之法律上意見【13】 13

一、據以審查之憲法上權利及審查原則【14】 14

憲法第 7 條保障人民之平等權，法規範是否符合平等原則之要 15
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，立法者為了實現憲法所賦予之任務，
而就各種稅捐之稽徵及減輕或免除分別訂定不同之規範，其分類及差
別待遇，涉及國家財稅政策之整體規劃，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，以法律或法律明確授權之法規命令
定之，其規定如有正當目的，且分類與目的之達成間具有合理關聯，
即符合憲法第 7 條平等權保障之意旨（司法院釋字第 745 號解釋、憲
法法庭 112 年憲判字第 10 號判決參照）。【15】

二、主文一部分【16】 16

（一）系爭規定之立法目的正當【17】 17

憲法第 142 條規定：「國民經濟應以民生主義為基本原則，實 18
施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足。」第 143 條第 1 項後
段規定：「私有土地應照價納稅……」基於平均地權之基本國策，為
了促進土地有效利用，適當分配土地利益，地價稅之課徵，應以平均
地權為政策目標。本此意旨，土地稅法第 14 條規定：「已規定地價
之土地，除依第 22 條規定課徵田賦者外，應課徵地價稅。」為了發
展經濟、促進土地利用、增進社會福利等目的，土地稅法及平均地
權條例授權行政院訂定關於減免地價稅之標準及程序（土地稅法第 6

條、平均地權條例第 25 條規定參照），行政院依此授權訂定土地稅減免規則（土地稅減免規則第 1 條規定參照）。99 年 5 月 7 日修正發布之土地稅減免規則第 9 條規定：「無償供公眾通行之道路土地，經查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房屋應保留之法定空地部分，不予免徵。」該條前段規定是因為私有土地之所有人既無償提供該土地供公眾通行，具有促進地盡其利，適當分配土地利益之功能，符合前述減免地價稅之目的，故特予以規定減免地價稅以減輕其負擔，並鼓勵人民提供私有土地以供公眾利用。該條但書（即系爭規定），則規定無償供公眾通行之道路土地如屬建造房屋應保留之法定空地部分，即不予免徵地價稅。其目的係為顧及租稅公平負擔，避免免稅之條件過度寬鬆，其目的核屬正當。就同屬人民私有而無償供公眾通行之道路土地，依其是否屬建造房屋應保留之法定空地而為課徵或免徵地價稅之差別待遇，是否已構成違憲，即應視系爭規定所採取之分類與規範目的之達成間，是否具有合理關聯而定。【18】

（二）系爭規定之立法沿革【19】

19

60 年 12 月 22 日修正公布之建築法增訂第 11 條規定：「（第 1 20 項）本法所稱建築基地，為一宗土地，供建築物本身所占之地面及其所應保留之空地。（第 2 項）前項空地之保留，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，其寬度於建築管理規則中定之。」該條規定對建築基地加以定義，除建築物本身所占之地面外，另包括應保留之空地，並對應保留空地之範圍加以規範。是建築基地範圍應保留空地，為申請建造執照之申請書之應記載事項（建築法第 31 條第 4 款規定參照），而為申請建造執照獲准之必要條件，性質上即與建築物有不可分離之關係，使用上同受使用執照所載內容之限制；73 年 11 月 7 日修正公布之建築法第 11 條規定：「（第 1 項）本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。（第 2 項）前項法定空地之留設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他

建築物間之距離，其寬度於建築管理規則中定之。（第3項）應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；其分割辦法，由內政部定之。」將原第1項所稱之「應保留之空地」修正為「應留設之法定空地」，僅係用語變更以期明確，並增列第3項以利建築管理（參見73年11月7日修正公布建築法第11條之立法理由）。69年5月5日修正發布之土地稅減免規則第9條規定：「無償供公共使用之私有土地，經查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房屋應保留之空地部分，不予免徵。」其但書所稱之「應保留之空地」係依據當時之建築法第11條之用語；99年5月7日修正發布土地稅減免規則，將第9條本文規定由「無償供公共使用之私有土地」修正為「無償供公眾通行之道路土地」，理由是「為免閒置未開發之土地，亦得主張無償提供公共使用而免徵地價稅，與原立法意旨相違」，並將同條但書規定建造房屋「應保留之空地」部分，修正為「應保留之法定空地」，係為「配合建築法規定及法律統一用字」（土地稅減免規則第9條修正之立法理由參照），即係配合73年修正公布建築法第11條之用語。故99年修正發布之系爭規定所稱之「應保留之法定空地」，與修正發布前同條所稱之「應保留之空地」僅係用語變更，法律意涵並無不同，而其內涵及管理乃依建築法及各地方政府建築管理規則或建築管理自治條例定之。

【20】

（三）系爭規定之分類與規範目的之達成間具有合理關聯，無違憲法 21
上之平等原則【21】

按依建築法之規定，建築基地於建築物本身所占之地面之外， 22
尚須保留法定空地，係基於法定空地具維護建築物通風採光，預防建築物過度密集，並有助於景觀視野及消防效果（立法院公報第72卷第101期院會紀錄第18頁及第40頁參照）。是法定空地屬建築基地之一部分，提供該建築物日照、採光、通風、景觀、防火、安全等特定之功能，與人民私有並非建築基地之一部分而單純無償供公眾使用之道路土地，性質與功能均有所不同。次按法定空地屬建築基地之一

部分，依法應併同主建築物一併移轉，建築物所有人就法定空地之留設，除享有較優良之居住品質及環境空間外，未來如有改建或實施都市更新，該法定空地之所有權人尚得參與分配更新後之房地，其權益不因其是否專供或兼供公眾通行使用而受影響。是對土地所有人而言，建築基地所保留之法定空地雖可供公眾通行，但仍維持並享有該法定空地屬於建築基地之利益，與單純無償供公眾使用而完全無法使用收益之道路土地，在建築法上之性質與功能不同。法定空地供公眾通行，縱為無償，因其已計入依建築法應留設之法定空地，即無須再就建築基地中之其他土地予以留設，對提供者仍具有建築上之利益；而提供私有非法定空地無償供公眾通行，該土地所有人並未獲取任何利益，二者本質尚有所不同。系爭規定因此區隔，於地價稅核課上有所區別，對提供法定空地無償供公眾通行者，仍然課徵地價稅，其分類與公平課稅目的之達成間，具有合理關聯，尚無違反憲法第 7 條規定之平等原則，其規定亦未逾土地稅法第 6 條及平均地權條例第 25 條之授權範圍。【22】

三、主文二部分【23】

聲請人四就確定終局判決四聲請裁判憲法審查，其主張之主要理由包括：（一）聲請人四之祖父遭他人偽造土地使用同意書，而使行政機關據之為系爭土地四之變更地目編定並核發建造執照及使用執照等行政處分。確定終局判決四肯認新北稅處以違法行政處分所建構之課稅條件作成課稅處分，該判決之理由顯有矛盾；（二）系爭共有土地有部分為無償供公眾通行之道路（民權街二段 109 巷及 109 巷 11 弄），並主張 109 巷之道路自始係基地外之私設通路；而 109 巷 11 弄之道路有部分係依當時建蔽率計算出應留設之法定空地面積之外，多留設之空地，該空地作為無償供公眾通行之道路使用，屬於特別犧牲，符合系爭規定應獲減免地價稅之要件，而新北市政府工務局誤判，致對聲請人四課徵地價稅顯有違誤；（三）系爭確定終局判決四所適用之內政部 106 年 3 月 28 日內授營建管字第 1060804569 號函（下稱系爭函釋）違憲等語。【24】

23

24

就聲請人四上開（一）及（二）之主張，俱屬單純認事用法之爭執，與確定終局判決所表示之見解是否牴觸憲法無涉。【25】 25

就聲請人四上開（三）之主張，按系爭函釋係就「私設通路」是否屬建築基地之法定空地予以釋示，於說明四就「私設通路」分二種情形說明，大致為：（一）建築基地外「私設通路」部分，非屬建築基地之一部分，自非屬建築法第11條所稱之「法定空地」；（二）建築基地內「私設通路」部分，實施容積管制地區係依建築技術規則建築設計施工編第163條所稱「基地內通路」檢討辦理，至於實施容積管制前基地內之「私設通路」，如依當時法令規定檢討，雖未計入建築基地面積計算建蔽率，亦未計入法定空地面積，惟該「私設通路」已計入建築基地範圍，自為建築基地之一部分，並屬建築法第11條所稱之「法定空地」。上開系爭函釋之說明係由建築管制之觀點，以認定建築法第11條「法定空地」之範圍。按私設通路係基地內建築物之主要出入口或共同出入口（共用樓梯出入口）至建築線間之通路（建築技術規則建築設計施工編第1條第38款規定參照），其設置之目的及功能，係為使基地內之建築物均有連接至建築線之通路，以滿足建築法相關規定之要求（建築法第42條、建築技術規則建築設計施工編第2條規定參照），為建築執照核准要件之一，性質上係建築執照中之法定空地，故上開法律見解尚難謂有違憲疑義。而系爭規定所稱「建造房屋應保留之法定空地」乃依循建築法第11條之規定。確定終局判決四適用系爭函釋之法律見解作為判決理由，亦難認有何牴觸憲法情事。至聲請人四爭執系爭土地四部分係屬建築基地內之土地，部分超過法定留設比率之土地不屬於法定空地，僅屬認事用法之爭執，亦與確定終局判決所表示之見解是否牴觸憲法無涉。【26】 26

綜上，聲請人四此部分有關於裁判憲法審查之聲請，為無理由，應予駁回。【27】 27

伍、主文三部分【28】 28

聲請人一另主張內政部營建署95年6月30日營署建管字第 29

0952910416 號函違憲，及土地稅法第 6 條與平均地權條例第 25 條授權非屬該法中央主管機關之行政院訂定發布土地稅減免規則，明顯違反行政法上正當法律程序等語，核其所陳，均難謂客觀上已具體指摘其究有何牴觸憲法之處。是此部分聲請，核均與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，其聲請不合法，依憲訴法第 32 條第 1 項規定，應不予受理。【29】

聲請人二另主張其所受行政處分及判決顯屬違憲而聲請解釋。30
查此部分聲請係於憲訴法 111 年修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，依憲訴法第 90 條第 1 項但書規定，案件得否受理，依修正施行前之規定，即大審法之規定。惟查行政處分及裁判均不得為聲請解釋客體，聲請人二此部分之主張，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定不合，其聲請不合法，依憲訴法第 32 條第 1 項規定，應不予受理。【30】

陸、附此敘明部分【31】31

建築基地內之私設通路固屬建造房屋應保留之法定空地，惟該32
等私設通路如已超過依法應保留之法定空地面積，且已無償供公眾通行使用，此等私設通路之功能，與非供不特定公眾使用之法定空地究有不同。有關機關對於此等情形之私設通路之地價稅核課，允宜考量予以一定程度之減免，以兼顧人民權益與租稅公平。【32】

中 華 民 國 112 年 12 月 7 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官	蔡烱燉	許志雄	張瓊文
	黃瑞明	詹森林	黃昭元
	謝銘洋	呂太郎	楊惠欽
	蔡宗珍	蔡彩貞	朱富美
	陳忠五	尤伯祥	

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、蔡大法官炯燉、 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、蔡大法官宗珍、 蔡大法官彩貞、朱大法官富美、 陳大法官忠五、尤大法官伯祥	楊大法官惠欽
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 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、蔡大法官宗珍、 蔡大法官彩貞、朱大法官富美、 陳大法官忠五、尤大法官伯祥	楊大法官惠欽
第三項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍、蔡大法官彩貞、 朱大法官富美、陳大法官忠五、 尤大法官伯祥	無

【意見書】

部分不同意見書：楊大法官惠欽提出。
以上正本證明與原本無異。

書記官

涂人蓉

中 華 民 國 112 年 12 月 7 日

部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號判決主文第 1 項認土地稅減免規則第 9 條但書（下稱系爭規定）與憲法第 7 條平等原則尚無違背，以及主文第 2 項駁回聲請人四之裁判憲法審查聲請部分，本席均尚難同意，爰就本號判決主文一及二部分，提出不同意見書。

壹、關於本號判決主文一即系爭規定之法規範憲法審查部分

一、建築法第 11 條第 1 項規定之「應留設之法定空地」，不當然等同「為取得建造執照所必要留設之法定空地」

按土地稅減免規則（下稱減免規則）第 9 條明定：「無償供公眾通行之道路土地，經查明屬實者，在使用期間內，地價稅或田賦全免。但其屬建造房屋應保留之法定空地部分，不予免徵。」其本文係關於免徵地價稅或田賦（下併稱地價稅）之規範，至於但書即系爭規定則係就本文所稱之「無償供公眾通行之道路土地」，另針對「屬建造房屋應保留之法定空地」，為不予免徵之明文。而因本號判決係以建築法第 11 條規定之法定空地意涵界定系爭規定所稱之「應保留之法定空地」，以下爰先就建築法所規範之法定空地予以說明。

查所謂法定空地，一般固均援引建築法第 11 條第 1、2 項：「（第 1 項）本法所稱建築基地，為供建築物本身所占之地面及其所應留設之法定空地。建築基地原為數宗者，於申請建築前應合併為一宗。（第 2 項）前項法定空地之留設，應包括建築物與其前後左右之道路或其他建築物間之距離，其寬度於建築管理規則中定之。」之規定，並以基地面積扣除建築面積，界定所謂之法定空地面積¹。

惟建築法第 11 條第 3 項前段復明文規定：「應留設之法定空地，非依規定不得分割、移轉，並不得重複使用；」而依本條項後段授權訂定之「建築基地法定空地分割辦法」（下稱分割辦法）第 4 條規定：「建築基地空地面積超過依法應保留之法定空地面積者，其超

¹ 內政部 106 年 3 月 28 日內授營建管字第 1060804569 號函意旨參照。

出部分之分割，應以分割後能單獨建築使用或已與其鄰地成立協議調整地形或合併建築使用者為限。」可知建築基地之「空地面積」係得「超過依法應保留之法定空地面積」。準此，亦可知依建築法第11條所界定之法定空地，除有「依法應保留之法定空地面積」外，亦容許存有「超過依法應保留法定空地面積」（下稱超出法定空地面積）之空地。

又建築面積占基地面積之比率為建蔽率，建築技術規則建築設計施工編（下稱施工編）第1條第4款定有明文，而都市計畫地區，各地方政府針對都市計畫土地使用分區之管制（如臺北市土地使用分區管制自治條例），及非都市土地地區，於非都市土地使用管制規則第9條，即各就不同之使用分區分別訂有建蔽率之規定；此等建蔽率之規範，核屬建築面積占基地面積之法定不得超過之比率（下稱法定建蔽率）。

另因按建築基地面積計算，其超過法定建蔽率之面積，係建築基地上依法所應保留之最小法定空地面積；至「依法應保留之法定空地」內容，則係透過相關建築法規予以規制，而為符合此等規範要求所留設之法定空地，即係為取得建造執照所必要留設之空地；並此等為取得建造執照所必要留設之空地，其總面積僅係不得低於上述之最小法定空地面積，但係可能存有超過最小法定空地面積之情形；此外，建築基地上除有上述為取得建造執照所必要留設之空地外，亦不排除存有因土地權利人之意願而多留設之空地。從而可知，建築法第11條第1項規定所稱「應留設之法定空地」，其內涵係包含為取得建造執照所必要留設之法定空地，以及土地權利人自願多留設之法定空地；並此等空地之位置、面積，係申請建造執照及主管機關核發建造執照時所應載明或標註之事項（建築法第31條及分割辦法第2條規定參照）²。

² 建築法第31條：「建造執照或雜項執照申請書，應載明左列事項：一、起造人之姓名、年齡、住址。起造人為法人者，其名稱及事務所。二、設計人之姓名、住址、所領證書字號及簽章。三、建築地址。四、基地面積、建築面積、

綜上可知，建築法第 11 條第 1 項所稱「應留設之法定空地」，尚非當然等同「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，其間之差別，係因建築法第 11 條第 1 項所稱「應留設之法定空地」，可能另存有土地權利人自願多留設之法定空地，即前述之「超出法定空地面積」之空地。

二、系爭規定所規範之「應保留之法定空地」，應限於「為取得建造執照所必要留設之法定空地」範圍內，始未牴觸憲法第 7 條平等權之保障

（一）立法者係基於量能課稅原則，就系爭規定與減免規則第 9 條本文規定為免徵地價稅與否之差別待遇

減免規則第 9 條係就無償供公眾通行之道路土地，以本文為免徵地價稅之原則性規定，並以但書即系爭規定為「不予免徵」之除外規範。而此乃立法者基於量能課稅原則，就系爭規定與減免規則第 9 條本文因土地獲益所呈現之不同量能，以系爭規定為排除免徵地價稅之差別待遇。

詳言之，關於地價稅之課徵，雖有基於量能課稅、量益課稅、政策目的等觀點³，但基於民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」而無償供公眾通行之道路土地，若其土地除供公眾通行外，已無從為其他之使用，並因係無償供公眾通行之用，而使原得享有土地使用收益權益之地價稅納稅義務人（土地稅法第 3 條規定參照），於此等使用期間，未能因該土地而獲有收益；並因系爭規定又明文針對「屬建造房屋應保留之法定空地」為不予免徵地價稅之規範，而徵諸前述之建築法上法定空地，係可能包含「超出法定空地面積之空地」

基地面積與建築面積之百分比。五、建築物用途。六、工程概算。七、建築期限。」建築基地法定空地分割辦法第 2 條：「（第 1 項）直轄市或縣市主管建築機關核發建造執照時，應於執照暨附圖內標註土地座落、基地面積、建築面積、建蔽率，及留設之空地位置等，同時辦理空地地籍套繪圖。（第 2 項）前項標註及套繪內容如有變更，應以變更後圖說為準。」

³ 陳清秀，稅法各論，元照出版社，初版 1 刷，2018 年 1 月，頁 128-137。

及「為取得建造執照所必要留設之空地」，以及後者之空地尚可能存有因開放供公眾通行而仍獲有利益之情（詳下述）。故而，系爭規定之排除免徵地價稅規定，本席認係就系爭規定與減免規則第9條本文規範之客體，所呈現之不同量能，基於量能課稅之目的而為之差別待遇。

（二）供公眾通行之法定空地是否具無償性，有再予分類之必要

查建築法第11條第1項所稱「應留設之法定空地」，除「為取得建造執照所必要留設之法定空地」外，尚可能包含「超出法定空地面積」之空地，已詳如前述。而「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，雖係為符合建築法規核發建造執照所必要條件之要求而留設，但其之留設，則尚有「僅是為取得建造執照」及「另獲有容積獎勵等利益」（施工編第283條等規定參照）⁴之差別。此外，建築基地內之法定空地，雖係供「通道」用途，亦非即符合「供公眾通行」道路使用之要件；換言之，建築基地內供通行使用之法定空地，尚有是否供公眾通行之別。

從而，該當供公眾通行道路使用要件之法定空地，亦因留設原因之不同，而在供通行使用之「無償性」上，呈現有無或所存層面之差異性。爰分述如下，並以附表簡示之：

1. 超出空地：單純因土地權利人自主意願而多留設之法定空地（下稱超出空地）。

此類型之法定空地，既單純係因土地權利人之自主意願而多留設，是其尚非為取得建造執照所必要留設之空地，而此等空地之提供作為公眾通行使用，如亦係無償即未因此另獲有利益，則其之「作為基地內通道通行」及「供公眾通行」，自均具無償性。

⁴ 建築技術規則建築設計施工編第283條：「本章所稱開放空間，指建築基地內依規定留設達一定規模且連通道路開放供公眾通行或休憩之下列空間：……。」同編第285條：「留設開放空間之建築物，經直轄市、縣（市）主管建築機關審查符合本編章規定者，得增加樓地板面積……。」

2. 單純必要空地：未另獲利益之建造執照必要空地（下稱單純必要空地）。

此類型之法定空地，雖係為取得建造執照而依相關建築法規之規定而留設，但所留設之法定空地中屬「通道用途」者，基於其之作為建築基地之通道用途，屬為取得建造執照以建築房屋之必要條件，是就其作為基地內通道之通行言，因有取得建造執照之利益，而不具無償性；但就超過基地內通道用途之供不特定多數人（公眾）通行言，如未因此另獲有利益，則該部分應認具無償性。

3. 有獎勵之必要空地：為取得建造執照所必要留設之法定空地，但另獲有如容積獎勵之利益者，如上述施工編第 283 條規定之開放空間（下稱有獎勵之必要空地）。

此類型之法定空地，雖亦係為獲取建造執照而依相關建築法規之規定而留設，而所留設之法定空地中屬「通道用途」者，因屬為取得建造執照以建築房屋之必要條件，是其供作基地內通道之通行言，係不具無償性；而其之供不特定多數人（公眾）通行使用，又因另獲有如容積獎勵之利益，故亦應認不具無償性。

【附表】：

是否具備無償性 基地內法定空地類型	作為基地內通道通行之無償性	作為公眾通行之無償性
編號 1：超出空地	✓（無獲益）	✓（無獲益）
編號 2：單純必要空地 （為取得建照所必要留設）	✗（有獲益）	✓（無獲益）
編號 3：有獎勵之必要空地 （為取得建照所必要留設）	✗（有獲益）	✗（有獲益）

（三）系爭規定所規範之「應保留之法定空地」，應予以限縮解釋，始未抵觸憲法第 7 條平等權保障之意旨

系爭規定與減免規則第 9 條本文規定之差別待遇，既係基於量

能課稅之目的而為，則就「無償供公眾通行之道路土地」，以減免規則第9條本文規定所為使用期間免徵地價稅之規範，其所稱之「無償」，當係指地價稅納稅義務人就土地之提供公眾通行使用，不僅未因提供通行而直接獲有利益，尚須未因其他源由而獲有利益。經查：

1. 無償供公眾通行道路使用之「超出空地」，應屬減免規則第9條本文規定之適用範圍，而與系爭規定所規範者，並非相同事物

綜觀上開二、（二）所述，可知建築基地內之「超出空地」，雖亦屬建築法第11條所稱之法定空地，但於其有該當減免規則第9條本文所規範之作為「供公眾通行之道路」使用情事時，因不論自「作為基地內通道通行」或「供公眾通行」之無償性言，其均具備，亦即此類法定空地，其之供通行使用，並非建築基地為取得建造執照所必要留設之空地，而無獲得建造執照之利益，亦無因供公眾通行而獲有利益，從而其之供公眾通行使用期間，除供公眾通行之使用外，並無土地所應具之自由使用、收益權能。

又建築基地內無償供公眾通行之道路土地，如生有應否依減免規則第9條規定免徵地價稅之爭議，則其當屬未由工務、建設主管機關或各鄉（鎮、市、區）公所建設單位，予以列冊之「私有無償提供公共巷道用地」之土地，故依減免規則第22條規定⁵，地價稅納稅義務人如欲主張免徵地價稅，係應造具清冊檢同有關證明文件向主管稽徵機關提出申請，再由相關機關進行實地勘查⁶；此外，建築基地之

⁵ 減免規則第22條：「依第7條至第17條規定申請減免地價稅或田賦者，公有土地應由管理機關，私有土地應由所有權人或典權人，造具清冊檢同有關證明文件，向直轄市、縣（市）主管稽徵機關為之。但合於下列規定者，應由稽徵機關依通報資料逕行辦理或由用地機關函請稽徵機關辦理，免由土地所有權人或典權人申請：……五、私有無償提供公共巷道用地（應由工務、建設主管機關或各鄉（鎮、市、區）公所建設單位，列冊送稽徵機關辦理）。……」

⁶ 減免規則第23條第1、2項：「（第1項）……直轄市、縣（市）主管稽徵機關接到減免地價稅或田賦之申請後，除左列規定外，應即會同會辦機關派員，依據地籍圖冊實地勘查，並得視事實需要，函請申請人到場引導。……（第2項）前項實地勘查，其應勘查事項如左，會勘人員並應將勘查結果會報主管稽徵機關。……」

基地面積、建築面積、建蔽率及留設之空地位置等，建造執照及其附圖均應標註及辦理空地地籍套繪圖，已如前述。是雖超出空地係包括於建築法第 11 條所規定之法定空地範圍，但尚非因此即無從將之與後述之「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，予以釐清及確認，否則前述分割辦法第 4 條所規定「建築基地空地面積超過依法應保留之法定空地面積者，其超出部分之分割」，豈非無從執行。

從而，超出空地雖與為取得建造執照所必要留設之法定空地，均屬建築法第 11 條第 1 項規範之法定空地，但如係無償供公眾通行之道路使用，尚不得將之歸類為系爭規定所稱「應保留之法定空地」；即與系爭規定所規範者，並非相同事物，而應有減免規則第 9 條本文規定之適用。

2. 為核發建造執照所必要留設之法定空地（如上述附表編號 2、3），縱無償供公眾通行道路使用，因非全然未存有因土地獲益情事，而無適用減免規則第 9 條本文規定之餘地

建築法第 11 條第 1 項所規範之法定空地，除前述之超出空地外，尚有為取得建造執照所必要留設之空地，而此等空地實為一般所理解之法定空地；亦即其等屬依相關法規基於維護建築物通風採光、預防建築物過度密集，並有助於景觀視野及消防效果等目的（本號判決理由第 22 段參照），而規範應予留設者，故為依法核發建造執照之必要條件。雖此等為取得建造執照所必要留設之法定空地，尚有如上述附表編號 2、3 所示之別，但此等類型之法定空地，其之供公眾通行，因至少尚獲有取得建造執照之利益，是就土地所應具之自由使用、收益權能言，即非全然不存，而無適用減免規則第 9 條本文規定之餘地。又減免規則第 9 條核係針對無償供公眾通行之道路土地，為應否「免徵」地價稅之規範，故上述附表編號 2 之情形，應否減徵地價稅，尚不在本意見書探討範圍，附此敘明。

3. 系爭規定所規範之「應保留之法定空地」，應限縮解釋為「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，始未抵觸憲法第 7 條平等權保障之要求

綜上所述，建築法第11條所規定之法定空地，如屬「超出空地」，並係無償供公眾通行之道路土地，應屬減免規則第9條本文規定之適用範圍，而非可將之歸類為系爭規定所稱「應保留之法定空地」；亦即建築基地內非屬超出空地，而屬「為取得建造執照所必要留設之法定空地」部分，方應為系爭規定不予免徵地價稅之規範對象。是系爭規定要件中之「應保留之法定空地」，應限於「為取得建造執照所必要留設之法定空地」範圍內，始未牴觸憲法第7條平等權保障之要求。換言之，系爭規定應以是否係「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，作為應否免徵地價稅之差別待遇標準。

三、關於形成本號判決主文第1項理由之疑義

本號判決主要係以同係供公眾通行之土地，屬建築基地所保留之法定空地，因仍維持並享有該法定空地屬於建築基地之利益及建築上之利益，是與單純無償供公眾使用而完全無法使用收益之道路土地，其本質與功能均有所不同，而認按建築法第11條規定予以定義之系爭規定所稱之法定空地，與減免規則第9條本文為應否免徵地價稅之差別待遇，尚與憲法第7條規定之平等原則無違（本號判決理由第17段至第22段參照）。至於本號判決所指之該法定空地享有屬於建築基地之利益及建築上之利益，本席認依本號判決理由第22段，似係分別指「享有較優良之居住品質及環境空間」及「未來如有改建或實施都市更新，該法定空地之所有權人尚得參與分配更新後之房地」，以及「因其已計入依建築法應留設之法定空地，即無須再就建築基地中之其他土地予以留設」等由。惟查：

- （一）承前所述，建築法第11條所稱之法定空地，係包含「為取得建造執照所必要留設之法定空地」及「超出法定空地面積」之空地（即附表編號1之超出空地）；而「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，其內涵係包含依法定建蔽率規定所應留設之最小面積空地、依建築法規所應留設之通道及依容積獎勵所必要留設之空地（通道）等，而相關建築法規要求留設此等空地之目的，即含有本號判決理由中如前所述「享有較優良之

居住品質及環境空間」之意旨；亦即土地權利人所享有之此等建築基地利益，係因「為取得建造執照所必要留設法定空地」之相關法規要求而產生。至於建築基地內之超出空地，既係因權利人之意願而多留設，則留設原因甚多，尚難因建築基地上存有多留設之空地，即謂地價稅納稅義務人當然獲有「超出空地」作為建築基地之利益。

- (二) 本號判決理由所另稱，法定空地享有「未來如有改建或實施都市更新，該法定空地之所有權人尚得參與分配更新後之房地」之作為建築基地利益部分，基於改建等情係屬未來發生與否尚未可知之不確定事實，並無既存之利益可言，而依地價稅係按年度具體事實所課徵之財產稅，並減免規則第 9 條本文更明文係就無償供公眾通行之「使用期間」，免徵地價稅。是本號判決執上述等詞，作為建築基地內或基地外之無償供公眾通行道路土地，得為合理差別待遇之論據，亦可再斟酌。
- (三) 本號判決理由所稱：「已計入依建築法應留設之法定空地，即無須再就建築基地中之其他土地予以留設」等語，本席認其核係指本意見書所稱之「為取得建造執照所必要留設之法定空地」；蓋此等法定空地如未留設，方生應「再就建築基地中之其他土地予以留設」之情。至於「超出空地」，雖亦屬建築法第 11 條所稱之法定空地，並載入建築執照之基地面積，但其既非依法所當然應保留之法定空地，故與為取得建造執照所必要留設之法定空地，本係有別，已詳如前述。是本號判決執上詞，即逕認屬建築法規定之法定空地因獲有建築上之利益，雖同係無償供公眾通行使用，亦與建築基地外之道路土地有別，尚有忽略建築法規定之法定空地，並非均得認係獲有建築上之利益，否則豈容有分割辦法第 4 條規定之餘地。
- (四) 建築法係基於建築管理之目的而訂定，而自前述建築法第 11 條第 1 項前段、同條第 2 項或同法第 31 條等規定之意涵及目的觀之，將建築基地減除供建築物本身所占之地面，均稱之

「法定空地」，就建築管理言，固有其意義。然減免規則第9條規定（包含系爭規定）之得否免徵地價稅規範，究係基於量能課稅之目的而為，是就不同規範目的之法規範，分別所為「所應留設之法定空地」、「建造房屋應保留之法定空地」之要件內涵，本應依各該規範目的予以解釋，尚非當然應等同視之。實則，本號判決亦於理由第32段，以「建築基地內之私設通路固屬建造房屋應保留之法定空地，惟該等私設通路如已超過依法應保留之法定空地面積，且已供公眾通行使用，此等私設通路之功能，與非供不特定公眾使用之法定空地究有不同」為由，促請「有關機關對於此等情形之私設通路之地價稅核課，允宜考量予以一定程度之減免，以兼顧人民權益與租稅公平」；然於就系爭規定是否合於平等權保障之論斷時，卻予以忽略，逕認系爭規定未違平等原則，實甚遺憾！

四、小結

綜上所述，本席認系爭規定所規範之「應保留之法定空地」，應限於「為取得建造執照所必要留設之法定空地」範圍內，系爭規定始未牴觸憲法第7條平等權之保障。是就本號判決主文第1項，對於系爭規定所逕為與憲法第7條平等原則尚無違背之宣告，尚難以同意。

貳、關於本號判決主文二即聲請人四之裁判憲法審查部分

一、就憲法法庭為合憲限縮宣告之法規範，所為裁判憲法審查聲請之處理方式

按「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」「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。」憲法訴訟法（下稱憲訴法）第59條第1項及第62條第1項分別定有明文。

又人民主張確定終局裁判所適用之法規範違憲，從而聲請裁判及法規範憲法審查，若該法規範係經憲法法庭予以合憲解釋（限縮或擴張解釋）後，於該合憲解釋範圍內，宣告法規範合憲，則其實質上係就該法規範之非屬合憲解釋範圍，認係違憲；且聲請人聲請憲法法庭裁判之原因案件，其確定終局裁判若就經憲法法庭予以合憲解釋之法規範，所為解釋與適用係逾越憲法法庭之合憲解釋範圍，核係就法律之解釋或適用有對基本權之根本上錯誤理解，且如該錯誤將實質影響具體個案之裁判，即應認該確定終局裁判係屬違憲。

二、聲請人四持以聲請裁判憲法審查之裁判，應予廢棄

本號判決主文二，係就聲請人四持臺灣新北地方法院 110 年度稅簡字第 11 號行政訴訟判決及臺北高等行政法院 111 年度簡上字第 6 號裁定所為之裁判憲法審查聲請，為聲請駁回之宣告。而上開臺北高等行政法院裁定因係以聲請人四之上訴不合法，而駁回聲請人四對上述臺灣新北地方法院判決提起之上訴，故此部分之聲請係以上述臺灣新北地方法院判決為確定終局判決。

查關於聲請人四針對民權街 2 段 109 巷 11 弄道路部分，所為建蔽率依法為 40%，實際建蔽率為 30%，多留設之法定空地非屬建物應留設之法定空地，該超額多留設之空地部分為無償供公眾通行之道路，應依法減免等語之主張，確定終局判決係以：「……法定空地係由建蔽率而來，建蔽率之目的係為使都市保留相當之戶外空間，防止建築用地做過分稠密使用，……實際建築面積低於法定建蔽率面積之部分，該空地仍屬建築物其所應留設之法定空地，亦即建築基地扣除建築物本身使用之面積後即為該建築之法定空地。……故原告（按，即聲請人四）所指『超額法定空地』，既依申請建照當時，為取得建造執照而設置之目的及功能所規劃、留設，並經建照審核機關所核定，已成為建照中之法定空地，自亦屬法定空地，不因超過法定留設比率而謂非『法定空地』，為此原告主張多留設之法定空地非屬建物應留設之法定空地，所認該超額多留設之空地部分縱為無償供公眾通行之道路仍應依法減免一節，即難採之。」等由，而駁回聲請人四此

部分之訴，固非無據。惟查：

（一）建築基地扣除建築物本身使用面積後之空地，固為建築法第11條所稱之法定空地，然此等法定空地，或全屬本意見書前所指「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，或係包含「為取得建造執照所必要留設之法定空地」及「超出法定空地面積」之空地（即前開附表編號1之超出空地）；而系爭規定所稱之「應保留之法定空地」，應限於「為取得建造執照所必要留設之法定空地」範圍內，系爭規定始未牴觸憲法第7條平等權保障之要求，已經本意見書說明如上。亦即本席係認系爭規定所稱「應保留之法定空地」，應予限縮解釋，始屬合憲。

（二）依本意見書關於系爭規定之見解，個案建築基地所留設之法定空地，即建築法第11條所稱之法定空地，既非當然均屬「為取得建造執照所必要留設之法定空地」，而係可能存有超出空地之情形；亦即個案之法定空地總面積有超過依法定建蔽率計算所應留設之情事者，此等多留設之法定空地，雖非當然即屬超出空地，但係存有屬超出空地之可能；惟確定終局判決未查明聲請人四所指「超額法定空地」（即符合法定建蔽率要求外，多留設之空地）之具體情由，即逕以此等「超額法定空地」屬申請建照當時，為取得建造執照而設置之目的及功能所規劃、留設，已成為建造執照中之法定空地，自亦屬法定空地，進而認聲請人四此部分之主張與減免規則第9條免徵地價稅之要件不合。

從而，本席認確定終局判決係逕將系爭規定所稱「應保留之法定空地」，直接等同基於建築管理目的制定之建築法第11條所規定之「法定空地」，而此見解，核係基於對憲法第7條保障平等權之根本上錯誤理解，致就系爭規定之解釋與適用逾越該規定之合憲解釋範圍，並實質影響具體個案裁判之合憲性，是應認確定終局判決違憲。

三、小結

綜上所述，依本意見書關於系爭規定之「應保留之法定空地」應予限縮解釋，始屬合憲之見解，聲請人四所聲請個案之確定終局判決，針對系爭規定之解釋及適用，應認屬違憲，則依前述憲訴法第 62 條第 1 項規定，自應將確定終局判決予以廢棄，並發回現管轄此類事件之臺北高等行政法院地方行政訴訟庭（行政訴訟法第 3 條之 1 參照）；至於以聲請人四對確定終局判決之上訴不合法，予以駁回之臺北高等行政法院 111 年度簡上字第 6 號裁定，因確定終局判決已遭廢棄，而失所依附，亦併予廢棄。是就本號判決主文二，本席亦難以同意。

憲法法庭判決

112 年憲判字第 20 號

聲 請 人 石 豐 田

訴訟代理人 涂朝興律師

上列聲請人因請求返還土地事件，認最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例等牴觸憲法，聲請解釋憲法，本庭判決如下：

主 文

一、日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

二、其餘聲請不受理。

理 由

壹、原因案件事實及聲請要旨【1】

聲請人因請求返還土地事件，認臺灣高等法院臺中分院 105 年度上字第 24 號民事判決（下稱系爭判決）援引之最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例（下稱系爭判例），有牴觸憲法第 15 條保障財產權等疑義，爰於中華民國 107 年 1 月 9 日聲請解釋憲法。其主張意旨略為：彰化縣○○鄉○○段 000 地號土地（下稱系爭土地），為其祖父石羅與他人共同所有，並有日治時期土地台帳記載在案。嗣中華民國政府來臺後，推行土地總登記政策，系爭土地共有人之一石老松雖提出申報，然未依法完成申報程序，該地遂於 54 年被依無主地處理，經登記為國有。惟土地總登記之目的僅在整理地籍、清查土地，與權利創設無涉，是系爭土地縱登記為國有，仍難謂國家因此取得其所有權。聲請人係因繼承而為系爭土地之真正權利人，且該土地自登

記國有時起，迄今未曾移轉於第三人，在無交易安全及第三人信賴保護等情形下，國家不得阻止與妨礙人民權利之行使。系爭判例容許國家為時效完成之抗辯，侵害憲法第 15 條保障人民財產權之意旨等語。【2】

貳、受理要件之審查及審查依據【3】 3

按 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已繫屬 4
而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。【4】

次按，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法 5
侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，憲訴法施行前之司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。又，確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，迭經司法院大法官解釋在案（司法院釋字第 154 號、第 374 號、第 582 號及第 792 號解釋參照）。【5】

本件聲請案屬 111 年 1 月 4 日憲訴法修正施行前已繫屬而尚未 6
終結之案件，是本件是否受理，應依上開大審法規定及司法院解釋定之。【6】

一、受理部分【7】 7

查聲請人曾對系爭判決提起上訴，經最高法院 106 年度台上字 8
第 1103 號民事裁定，以上訴不合法駁回之，是本件聲請應以系爭判決為確定終局判決。次查本件聲請案關於系爭判例之聲請，核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款及上開司法院釋字第 154 號、第 374 號、第 582 號及第 792 號解釋所定要件相符，爰予受理。【8】

二、不受理部分【9】 9

查聲請人另主張確定終局判決援引最高法院 67 年台上字第 770 10
號民事判例限縮民法第 101 條第 2 項規定之適用、未比照適用「逾總登記期限無人申請登記之土地處理『原則』」（聲請人誤載為「逾總

登記期限無人申請登記之土地處理『規則』」)第4條第2款規定、亦未比照適用政黨及其附隨組織不當取得財產處理條例第3條規定、及適用民法第125條及第144條第1項規定(下併稱系爭規定)等部分,有違憲之疑義,惟核此部分聲請意旨所陳,除爭執法院認事用法之當否外,客觀上亦未具體敘明系爭規定究有何牴觸憲法之處。至於聲請補充司法院釋字第107號解釋(下稱系爭解釋)部分,查該解釋之意旨及內容闡釋甚為明確,並無文字晦澀或論證不周之情形,聲請人難謂有聲請補充解釋之正當理由。綜上,此二部分之聲請,核與上開大審法規定及司法院釋字第503號、第784號、第795號解釋所定要件,均有未合,應不受理。【10】

參、審查標的【11】

11

系爭判例關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有,而登記為國有後,迄今已經過15年,被上訴人請求塗銷此項國有登記,上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯,被上訴人之請求,自屬無從准許」部分。【12】

12

肆、形成主文一之法律上意見【13】

13

一、本件所涉之基本權利【14】

14

憲法第15條規定人民之財產權應予保障,旨在使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能,免於遭受公權力或第三人之侵害,以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源(司法院釋字第709號、第763號、第771號及第776號解釋參照)。【15】

15

按關於土地登記之效力,土地法第43條固明定:「依本法所為之登記,有絕對效力。」然我國實務一貫見解,認此規定係為保護因信賴登記取得土地權利之第三人而設,並無於保護交易安全必要限度外,剝奪真正權利人權利之意,在第三人未取得土地權利前,真正權利人對於登記名義人自仍得主張之(司法院院字第1919號、第1956號解釋、最高法院40年台上字第1892號民事判決先例參照)。98年1月23日修正公布之民法第759條之1規定亦依此見解,而明

16

定：「（第 1 項）不動產物權經登記者，推定登記權利人適法有此權利。（第 2 項）因信賴不動產登記之善意第三人，已依法律行為為物權變動之登記者，其變動之效力，不因原登記物權之不實而受影響。」【16】

由是可知，土地登記本身僅具有推定權利歸屬之效力，不能作為認定權利取得或消滅之絕對依據。是當土地所有權之登記與真實權利狀態不一致時，真正所有人為回復其權利之圓滿狀態，原則上仍得對登記名義人行使物上請求權，而請求塗銷登記及返還土地。此權利具財產上價值，自應受憲法第 15 條財產權之保障。【17】

二、系爭判例關於國家得主張時效抗辯部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨【18】

系爭判例全文為：「司法院大法官會議釋字第 107 號解釋所謂已登記之不動產，無消滅時效之適用，其登記應係指依吾國法令所為之登記而言。系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」但本判決僅就後段部分予以審查，合先敘明。【19】

日治時期登記為人民所有之土地，倘其權利狀態未依中華民國法令登記，致經登記為國有土地者，依系爭判例，人民雖仍得本於所有人地位行使物上請求權，但此項請求權，並無系爭解釋之適用。從而，該請求權仍應適用民法消滅時效之規定，因該法第 125 條所定 15 年之時效期間經過而消滅，國家得為時效完成之抗辯。據此，人民受憲法第 15 條保障之財產權，因系爭判例而受到限制。【20】

（一）民法消滅時效制度之立法目的【21】

按消滅時效制度，乃權利人在一定期間內未行使其請求權者，義務人於該期間屆滿後，得拒絕給付之制度。消滅時效制度之立法理由，在於考量法律關係經過一定時間後，可能面臨權利人或義務人證據滅失、舉證不易、真實難辨，導致訴訟上徒增滋擾。立法者遂藉由消滅時效制度，使客觀上已繼續存在一段時間之事實狀態取代真正法

律關係之認定，俾權利義務狀態不明之情況得以早日確定，以維持法律秩序之安定。【22】

惟民法之消滅時效，立法者雖賦予義務人得對罹於時效之請求權為拒絕給付之抗辯，但該權利並不因罹於時效而消滅，是義務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為由，請求返還（民法第144條規定）。此外，為免權利人與義務人間之權利義務關係，因義務人行使時效抗辯權而過度失衡或違反公平正義，行使時效抗辯權，應符合民法第148條規定，依誠實信用方法為之，且不得有權利濫用情事。準此，消滅時效制度之設計，絕非僅單方面考量義務人現有法律狀態利益之維護，而應兼顧權利人之利益，避免於個案中發生權利義務顯失公平之情事。【23】

（二）日治時期人民私有之土地，雖依土地總登記程序登記為國有，人民仍不因此喪失其所有權【24】

第二次世界大戰結束後，中華民國政府為清查臺灣土地、整理地籍，由臺灣省行政長官公署於35年4月發布「所有土地權利人應依限向所在地土地整理處申報登記公告」、「初期清理地籍實施要點」、「台灣初期清理地籍圖籍檢查收件審查須知」，行政院又於同年12月3日發布「台灣地籍釐整辦法」、次年3月通過「台灣省土地權利憑證繳驗及換發權利書狀辦法」等規定，原則上承認人民日治時期之土地所有權，但要求權利人於一定期限內申報土地權利、繳交權利憑證，經公告、異議等程序後，換發權利書狀，載入土地登記簿，方視為已完成土地總登記。若原所有人未辦理土地總登記，依台灣省土地權利憑證繳驗及換發權利書狀辦法第14條規定，該地即為國有土地之登記（註1）。【25】

是在上開政權交替之過渡期間，縱令人民為日治時期土地台帳或土地登記簿上所載明之業主或所有人（即類同我國現行法制所稱所有人，註2），且該權利登記亦與真實權利狀態相符，然若未依規定申報或雖曾申報但未完成換發權利書狀，則人民於日治時期已取得所有權之土地即被視為無主土地而登記為國有。【26】

惟憲法第 143 條第 1 項規定：「中華民國領土內之土地屬於國 27
民全體。人民依法取得之土地所有權，應受法律保障與限制……」；
又「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登
記，不生效力」、「因繼承、強制執行、徵收、法院之判決或其他非
因法律行為，於登記前已取得不動產物權者，應經登記，始得處分其
物權」，為民法第 758 條第 1 項、第 759 條分別明定。【27】

戰後初期所實施之土地總登記，雖為政府在政權移轉後管理國 28
土、推行不動產物權登記制度所需，然該措施僅係確認、整理及清查
當時土地之地籍狀態與產權歸屬，以利後續政令之推行，並無使不動
產物權發生變動之意，非屬上開民法第 758 條第 1 項、第 759 條之情
形。又，土地法第 43 條所定依該法所為之登記有絕對效力，僅為保
護善意第三人因信賴既有登記而更為登記者，賦與登記之公信力，並
非否認日治時期土地台帳或土地登記簿上所記載權利之效力。是日治
時期屬人民私有之土地，雖經辦理土地總登記之程序而登記為國有，
然該登記與物權之歸屬無關，並未影響人民自日治時期已取得之土地
所有權，人民仍為該土地之真正所有人，此亦為審判實務上一貫見解
（最高法院 79 年度台上字第 1360 號、80 年度台上字第 540 號、85
年度台上字第 2466 號、94 年度台上字第 834 號、101 年度台上字第
1226 號、112 年度台上字第 398 號等民事判決參照）。【28】

上開日治時期人民私有之土地，經依土地總登記程序登記為國 29
有，其登記雖不生物權變動之效力，卻造成真正權利人（即人民）與
登記名義人（即國家）不一致，致人民須依民法第 767 條第 1 項規定
對國家行使物上請求權，方得再度基於所有人地位，自由使用、收益
及處分其所有物。【29】

（三）於本件所示土地所有權爭議中，國家不得主張適用民法消滅時 30
效之規定【30】

國家就其與人民間之私權爭議，原則上固得主張相關規定所賦 31
予之權利。然而，國家係為人民而存在，本質上既不可能擁有如人民
般得自由發展之人格及維繫生存之需求，亦不可能如人民般享有得自

由追求之私益，只能追求公益，以執行公共任務為職志。從而，國家自無受憲法第 15 條所保障財產權之基本權利（憲法法庭 111 年憲判字第 14 號判決理由第 59 段參照）。【31】

一般而言，權利人長久未行使其權利者，消滅時效制度固具有 32
早日確定私法上權利義務狀態、維持法律秩序之公益性。惟國家與人民間關於土地之爭議，若非來源於兩者之合意，而係國家於政權更替之際，居於公權力主體地位，行使統治權，制定相關法規範，並依該規範將原屬人民私有而僅未及時申辦總登記之土地，逕行登記為國有之情形，倘又容許國家嗣後再以時間經過為由，依民法消滅時效規定為時效完成之抗辯，不啻變相承認國家得透過土地總登記之程序，及消滅時效之抗辯，而無須踐行任何徵收或類似徵收之程序，即可剝奪人民之財產。【32】

況，國家基於公權力主體地位行使統治高權，致與人民發生財 33
產權爭執時，國家本非憲法第 15 條財產權保障之主體，從而不生基本權衝突之情事。且考量臺灣因政權更迭而辦理土地權利憑證繳驗及換發土地權利書狀，當時之時空環境，絕大多數人民未通曉中文、因戰事流離他所、遺失土地權利憑證，或因社會資訊、教育尚非發達，不諳法令，甚至因 36 年間之 228 事件引發社會動盪等特殊原因，致未於限期內申報權利憑證繳驗，或於申報後未依限補繳證件（註 3），終致其所有之土地被登記為國有。於此情形，若使國家仍得主張民法消滅時效，從而透過時效制度維持私有土地登記為國有之狀態，不僅與誠實信用原則有違，且形成國家對人民財產權之侵害。故在憲法上，人民財產權之保障，相較於逕行承認土地登記為國有之狀態，更具值得保護之價值。是容許國家在此主張消滅時效，並無正當性可言。【33】

綜上，系爭判例關於國家得依消滅時效規定，為時效完成之抗 34
辯部分，不當限制人民之財產權，與憲法第 15 條規定之意旨不符。
【34】

另，人民就登記為國有之土地，主張其為真正權利人者，自應 35

提出相關證據，例如日治時期之台帳登記或土地登記簿之記載等土地權利憑證、是否有長期居住於該土地之事實、國家是否曾經要求人民繳納地價稅、田賦等相關稅捐，並由法院於具體個案，依法妥適認定之，自不待言。【35】

（四）結論【36】

36

日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。【37】

37

三、本判決之效力【38】

38

（一）系爭判例後段應不再援用【39】

39

依 108 年 1 月 4 日公布、同年 7 月 4 日起施行之法院組織法第 57 條之 1 第 1 項及第 2 項規定：「最高法院於中華民國 107 年 12 月 7 日本法修正施行前依法選編之判例，若無裁判全文可資查考者，應停止適用」、「未經前項規定停止適用之判例，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同」。系爭判例因有全文可資查考，依上開規定，自 108 年 7 月 4 日起未停止適用，惟其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。然實務上法官繼續直接引用或實質援用系爭判例，以為裁判論理之依據，仍所在多有。按系爭判例後段既經本庭宣告違憲，是自本判決公告之日起，各級法院法官自應不再援用，附此敘明。【40】

40

（二）聲請人之救濟【41】

41

按「本法修正施行前已繫屬而尚未終結之人民聲請法規範憲法審查案件，不適用第 62 條第 1 項前段關於宣告確定終局裁判違憲並廢棄發回管轄法院之規定」、「前項聲請案件，判決宣告法規範違憲

42

且應失效者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟」、「第1項聲請案件，自聲請案件繫屬之日起至判決送達聲請人之日止，不計入法律規定原因案件再審之最長期間」，憲訴法第91條第1項、第2項前段及第3項規定分別定有明文。【42】

本件聲請，於107年1月9日繫屬於司法院，屬111年1月4日43
憲訴法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件。系爭判例後段既經宣告違憲，且應不再援用，聲請人自得依本判決意旨，根據上開憲訴法規定，自本案繫屬司法院之日起至判決送達聲請人之日止，不計入法律規定原因事件再審最長期間，依法提起再審之訴，併此指明。【43】

附註：【44】44

註1：陳立夫，台灣光復初期土地總登記（權利憑證繳驗）問題之45
探討，載於氏著，土地法研究，2007年1版，第44頁至第54頁；王泰升，台灣法律史概論，2020年6版，第301頁。

【45】

註2：王泰升，前註1書，第302頁。【46】46

註3：陳立夫，前註1書，第67頁。【47】47

中 華 民 國 112 年 12 月 29 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 許志雄 張瓊文

黃瑞明 詹森林 黃昭元

謝銘洋 呂太郎 楊惠欽

蔡宗珍 蔡彩貞 朱富美

陳忠五 尤伯祥

本判決由詹大法官森林主筆。

大法官就主文所採立場如下表所示：

主文項次	同意大法官	不同意大法官
第一項	許大法官宗力、蔡大法官烱燉、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、	蔡大法官彩貞、朱大法官富美

	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、陳大法官忠五、 尤大法官伯祥	
第二項	許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍、蔡大法官彩貞、 朱大法官富美、陳大法官忠五、 尤大法官伯祥	無

【意見書】

協同意見書：黃大法官瑞明提出，尤大法官伯祥加入。

呂大法官太郎提出，陳大法官忠五、尤大法官伯祥加入。

陳大法官忠五提出，呂大法官太郎、尤大法官伯祥加入。

尤大法官伯祥提出，呂大法官太郎、陳大法官忠五加入。

部分不同意見書：蔡大法官彩貞提出。

朱大法官富美提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

吳芝嘉

中 華 民 國 112 年 12 月 29 日

協同意見書

黃瑞明大法官 提出
尤伯祥大法官 加入

一、原因案件事實大要、聲請理由及判決意旨

(一) 原因案件事實大要

聲請人主張彰化○○鄉○○段 000 地號土地（下稱系爭土地）為其祖父石羅與他人共有，並有日治時期土地台帳記載在案，於民國 54 年被政府依無主地處理，經登記為國有後，仍持續由聲請人及族人占有使用，且截至 68 年政府停止徵收田賦前，仍以石羅等人名義繳納田賦。102 年聲請人遭彰化縣警察局以竊占國土函送偵辦，經地檢署為緩起訴處分。聲請人於 104 年向財政部國有財產署中區分署（下稱中區分署）請求返還土地遭拒後，以上開分署為被告，向臺灣彰化地方法院提起民事訴訟，請求將系爭土地移轉登記給聲請人等被駁回，用盡審級救濟敗訴確定後，認臺灣高等法院臺中分院 105 年度上字第 24 號民事判決（下稱確定終局判決）判決中區分署勝訴，亦即中區分署不必移轉登記系爭土地給聲請人等，其所引為判決依據之最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例（下稱系爭判例）違憲，向司法院聲請解釋憲法。

(二) 確定終局判決之事實認定與法律適用

確定終局判決認系爭土地雖於 54 年間辦理土地總登記時，依無主土地登記為國有，但應不影響光復前石羅等人已取得之共有權利，理由是「台灣光復後，政府辦理之土地總登記，其目的在整理地籍，僅為地政機關清查土地之一種程序，與物權登記無關。……自不能認為土地既經台灣光復後地政機關辦理土地總登記程序而登記為國有，原權利人即不得以光復前日據時期之土地登記主張權利」、「惟系爭土地既係分割自 000 號土地，而依 000 號土地日據時期之土地登記簿所載，該土地係登記為石羅等人共有，再參以土地台帳之記載，自可推知系爭土地在日據時期亦即為石羅等人共有。」

確定終局判決援引系爭判例之要旨「釋字第 107 號解釋¹所謂已登記之不動產，無消滅時效之適用，其登記應係指依吾國法令之登記而言，系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」認因聲請人祖父之土地，係於日治時期為登記，不屬依吾國法令之登記，無釋字第 107 號解釋之適用。自 54 年土地登記為國有，請求權消滅時效應於 69 年已屆至，且聲請人於客觀信賴關係消失後（應係指 68 年後未再徵收田賦），仍長期怠於行使權利請求塗銷國有登記，亦無任何證據證明中區分署有妨礙其行使權利之行為，或有其他可致行使權義狀態顯然失衡之特別情事，故中區分署以民法第 125 條所定之 15 年請求權消滅時效完成為抗辯，並無違反誠信原則之處，拒絕塗銷登記返還土地為有理由，據此駁回聲請人之上訴。

（三）本件判決意旨

本件判決認定「日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。」並認系爭判例後段不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。且敘明自本判決公告之日起，各級法院法官自應不再援用系爭判例後段；並指明本件聲請人就其聲請釋憲之原因案件可依法提起再審之訴以為救濟。本席贊同本件判決並提出協同意見。

二、統治臺灣之各政權管制臺灣土地之簡要經過

（一）先民渡海至臺灣開發土地，筚路藍縷以啟山林，祇要是其開墾的土地，產權自然歸其所有，將開墾範圍豎立標誌，即表彰其所有，原無國有之觀念²。清朝末年開始管制土地，其後統治臺灣的日本及國民政府均加強管制土地。新來政權基本上是依

¹ 司法院釋字第 107 號解釋「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第 125 條消滅時效規定之適用。」

² 參見立法院公報第 87 卷第 26 期委員會紀錄第 313 頁，洪性榮委員之發言。

舊慣認定土地法律關係，但不少地主仍因新政府的土地清理工作致權利受損³。

- (二) 清朝光緒 12 年（1886 年）巡撫劉銘傳實施土地清丈，並繪製相關清丈圖冊，編訂魚鱗冊作為徵賦之原簿，便於地籍之管理。依據清丈結果，對於土地所有人則發給丈單，類似現在之所有權狀，當時民間俗稱紅單。劉氏實行土地清丈，歷時 6 年始得完成，釐清地籍、發給產權丈單，保護人民產業，並確立財政稅收之基礎⁴，但人民有為逃稅而不向政府申報土地之「隱田」習慣⁵。
- (三) 日本據台（1895 年）後，對於劉銘傳土地清丈成果，極其重視，但原有之魚鱗圖冊多毀於兵燹或舊官吏之隱匿，致多散失而導致殘缺不全，故造成地籍紊亂，徵稅失去依據。於明治 31 年（1898 年）發布臺灣地籍規則及臺灣土地調查規則，並成立台灣臨時土地調查局，開始實施土地調查。至明治 37 年（1904 年）土地調查事業完成，設置土地臺帳及地圖等圖簿，並交由總督府財務局以建立地籍及賦稅基本冊籍，便於徵收地租（賦稅）並進行管理，並於翌年（1905 年）發布臺灣土地登記規則實施土地登記，至此揭開了臺灣土地登記制度的序幕⁶。
- (四) 第二次世界大戰結束後，國民政府接替日本統治台灣，原則上承認人民日治時期之土地所有權，但要求權利人於一定期限內申報土地權利，經依程序換發權利書狀，載入土地登記簿後，方視為已完成土地總登記，若未依限辦理，該土地即被視為無主土地而登記國有⁷（本件判決理由第 25 及第 26 段參照）。

³ 參見王泰升著，臺灣法律史概論，2020 年 6 版，第 298 頁。

⁴ 彰化縣彰化地政事務所，地政文物檔案展專刊 土地登記篇，第 3 頁。

⁵ 參見前註 3，第 298 頁。

⁶ 同註 4，第 5 頁。

⁷ 同註 3，第 301 頁。

三、國有財產法第 52 條之 2 之讓售規定與本件判決均係為解決臺灣因政權更迭所遺留之土地問題

- (一) 89 年 1 月 12 日增訂公布國有財產法第 52 條之 2 規定（下稱讓售規定）：「非公用財產類之不動產，於民國 35 年 12 月 31 日以前已供建築、居住使用至今者，其直接使用人得於本法修正施行日起 3 年內，檢具有關證明文件，向財政部國有財產局或所屬分支機構申請讓售。經核准者，其土地面積在五百平方公尺以內部分，得按第一次公告土地現值計價。」嗣於 92 年 2 月 6 日修正公布，延長人民申請讓售之期間至 104 年 1 月 13 日。

讓售規定之立法緣起，係針對甚多世代居住在經登記為國有的土地上之民眾，其居住時間雖然久遠，且該等土地本即為使用人祖產或由其向原地主受讓而來，但於光復後政府辦理土地總登記時，因早年資訊不發達，且民智未開，許多居住在該土地上民眾並未辦理登記，以致土地被登記為國有，而形成占用國有土地之情形，為解決該等民眾之問題，特設該讓售規定，讓符合讓售規定要件之不動產直接使用人得向國有財產署或所屬分支機構申請讓售（立法院公報第 92 卷第 8 期院會紀錄第 295 頁至第 303 頁參照）。故知讓售規定係為讓人民得以買回其於光復前已長期居住使用卻遭登記為國有之土地。雖稱直接使用人得申請讓售，但讓售價格係按第一次公告土地現值計價之低廉價格，實質上是國家返還不當登記為國有之土地予世居在該土地之人民，係為解決因政權交替所造成之土地權利糾紛，具有強烈之政策目的⁸。

- (二) 本件判決認為日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，

⁸ 人民依讓售規定申請讓售國有非公用不動產而與國家之爭議，依司法院釋字第 772 號解釋，其訴訟應由行政法院審判。

國家無民法消滅時效規定之適用之理由包括「考量臺灣因政權更迭而辦理土地權利憑證繳驗及換發土地權利書狀，當時之時空環境，絕大多數人民未通曉中文、因戰事流離他所、遺失土地權利憑證，或因社會資訊、教育尚非發達，不諳法令，甚至因 36 年間之 228 事件引發社會動盪等特殊原因，致未於限期內申報權利憑證繳驗，或於申報後未依限補繳證件，終致其所有之土地被登記為國有。」（本件判決理由第 33 段）判決理由所描述之歷史背景與讓售規定之立法理由可說完全一致，均係為處理因政權更迭時，國家基於統治高權而將人民已建築、居住、使用或所有之土地登記為國有而產生之不公義情形。

四、讓售規定與本件判決對人民權利保障之異同

人民依讓售規定得向國有財產局或所屬分支機構請求讓售不動產之要件為「非公用財產類之不動產，於民國 35 年 12 月 31 日以前已供建築、居住、使用至今」其直接使用人得於期限前請求讓售不動產。故知得請求讓售不動產並不以日治時期已登記為土地或建物所有權人為必要。於制定讓售規定之過程中，立法委員指出，日治時期為了鼓勵西海岸人民至偏遠地區開墾，提供農具及種子，且約定只要移民耕作達一定年限後，土地便歸其所有，但在日本政府尚未將土地所有權移轉前便已戰敗。國民政府進駐臺灣後，便將這些土地登記為國有⁹。因此這些日治時期之土地開墾者雖尚未登記取得土地所有權，可依讓售規定申請讓售。申請讓售之證明文件包括戶籍謄本、房屋稅收據、水電費收據、縣市政府建管單位或鄉鎮市區公所核發之證明文件，及其他由政府機關或公營事業機構或公法人出具足資證明之文件，任繳一種即可（辦理國有財產法第 52 條之 2 讓售案件注意事項第 8 條第 4 項規定參照）。因為祇要證明相關不動產於 35 年 12 月 31 日以前已供建築、居住、使用至今，而不必證明於日治時期已取

⁹ 參見立法院公報第 87 卷第 26 期委員會紀錄第 315 頁，陳定南委員之發言。

得所有權，其應提供之證明文件規定相對寬鬆。

本判決宣示無民法消滅時效規定之適用前提為「日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地」，至於如何證明有所有權，判決理由指出「人民就登記為國有之土地，主張其為真正權利人者，自應提出相關證據，例如日治時期之台帳登記或土地登記簿之記載等土地權利憑證、是否有長期居住於該土地之事實、國家是否曾經要求人民繳納地價稅、田賦等相關稅捐，並由法院於具體個案，依法妥適認定之」（本件判決理由第 35 段），因本判決係以土地所有為前提，故較諸適用讓售規定請求讓售之要件，有較高之舉證義務。

按人民依讓售規定得請求國家讓售土地之期限為 104 年 1 月 13 日；而本件判決則認人民主張其為日治時期土地所有權人，因逾土地總登記期限，而未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之地，以土地所有權人地位，請求國家塗銷登記者，無民法消滅時效之適用。故如人民主張其為日治時期土地之所有人（或其繼承人）雖已逾 104 年 1 月 13 日請求讓售之期限者，現仍得依本判決，請求國家塗銷登記並返還土地。

讓售規定為何以 35 年 12 月 31 日以前作為請求讓售權利之基準日？在立法過程中，立法委員曾建議以 34 年 10 月 25 日光復紀念日作為基準日（立法院公報第 87 卷第 26 期委員會紀錄第 320 頁至第 323 頁；第 89 卷第 2 期院會紀錄第 265 頁），但經朝野協商後改為 35 年 12 月 31 日（第 89 卷第 2 期院會紀錄第 272 頁），於院會紀錄未載明變更之理由。但回顧歷史，臺灣行政長官公署於 35 年 4 月 5 日發布「所有土地權利人應依限向所在地土地整理處申報登記」公告，限臺灣人民於 35 年 4 月 21 日起至同年 5 月 20 日之一個月期限內辦理土地申報，後發現大多數土地權利人均未完成申報，經各縣市分別展延，亦有延展至同年 12 月底截止者¹⁰。可以推論於 35 年 12

¹⁰ 參見李志殷，臺灣光復初期土地權利憑證繳驗工作之研究，國立政治大學地政

月 31 日未完成申報者，即可能被登記為國有，因此以該日作為人民得主張讓售之基準點，立法過程也反應了光復初期辦理土地總登記之紊亂現象。

學碩士班、私立中國地政研究所碩士論文，2003 年 12 月，第 74 至 82 頁。

協同意見書

呂太郎大法官 提出

陳忠五大法官 加入

尤伯祥大法官 加入

壹、本席基本立場

本判決肯認人民未依法令辦理土地總登記時，國家依土地法第 57 條規定為國有土地登記者，國家並未取得該土地的所有權，人民仍然可以本於所有人地位請求國家塗銷登記，且此一塗銷登記請求權並無消滅時效規定的適用。本席對此結論深表贊同。僅就本判決的理由，提出協同意見，以為補充。

貳、所有人行使物上請求權，與所有物是否登記無關

所有權是對物直接支配的物權，所有人於法令限制範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人干涉（民法第 765 條規定參照），為維持此所有權的圓滿，故法律規定所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還。對於妨害其所有權者，得請求除去。有妨害其所有權之虞者，得請求防止（民法第 767 條第 1 項規定參照），學說稱此為所有人的物上請求權。凡所有權受妨害者，所有人即得行使此一權利，不論其所有物為動產或不動產，也不區分該不動產是否已為登記。在動產，並非以登記為權利公示方法，所有人行使此一權利，固然沒有所有權登記與否的問題。即使在不動產，雖然是以登記為公示方法，但若該不動產被他人無權占有或侵奪，所有人仍然可以依上述規定，請求返還。若該不動產被虛偽移轉登記至他人名下，真正的所有人雖然不是現在登記的所有人，也仍然可以本於其所有權，請求塗銷該他人的所有權移轉登記，有司法院釋字第 164 號解釋（下稱第 164 號解釋）可資參照。甚至土地被非所有人之他人為所有權的總登記，真正的所有人仍然可以本於其所有權，請求塗銷該他人的總登記（即系爭判例意旨）。

由上述可知，可以行使物上請求權的人，是真正的所有人，而不是登記名義的所有人，物上請求權的行使，與所有權是否登記無

關。在不動產，真正所有人不論請求塗銷移轉登記或請求塗銷總登記，都屬於行使所有人物上請求權，性質並無不同。

參、物上請求權性質上不應適用消滅時效制度

一、債權的實現須經債務人的履行，故有消滅時效制度的設立

按債權的實現途徑，是透過債務人履行給付，從而請求債務人履行給付，成為債權最主要的機能（民法第199條第1項規定參照），並因債務人履行給付而滿足債權，使債權本體消滅（民法第309條第1項規定參照）。換言之，在債權實現的過程中，債務人的參與是不可或缺，因此，對債務人權益的保護，也是不可忽視的問題。債權人長期放任債權存在而不請求債務人履行，客觀上無異擱置該債權於社會交易活動中應扮演的機能，債務人主觀上亦可能以債權人已無意行使權利為基礎，繼續進行其社會活動，形成等同於無該債權存在的新的法秩序。又因時間經過久遠，相關的證據可能滅失、舉證不易、真偽難辨，如允許債權人為訴訟上請求，也徒增紛擾，增加債務人的舉證負擔。基於對此新的秩序的尊重，自應限制該債權的行使，避免已形成的新的法秩序，又被翻覆，此即消滅時效制度設立的緣由。

因此，民法有關消滅時效的制度，主要是針對必須請求債務人為給付，始能滿足權利內容的債權給付請求權而為規定。此由民法第126條係規定基於定期「債權」所生的請求權、第127條規定各款所列的請求權，均為「債權」所生的請求權，第145條係規定以抵押權等所擔保的「請求權」，當然也是指債權所生的請求權，以及第144條規定消滅時效完成後，是「債務人」得拒絕「給付」，可以知之。

二、所有權的實現，無須經由他人為相對行為，不應有消滅時效問題

至於所有權，則為對物直接支配的物權，其權利的實現途徑，本質上無須經由第三人的對應行為，因此既無請求「債務人」為「給付」的問題，亦無於權利實現過程中，應兼顧「債務人」權益維護的問題，更不因權利的實現或滿足而消滅，與債權有本質上不同。至於民法第767條第1項所規定的物上請求權，外觀上雖亦以「請求權」

的形式行使，但此一「請求權」是為維持所有權的圓滿，而排除他人妨害的權利，非為直接滿足所有權內涵的權利，**此請求權的實現，不但不会使所有權消滅，更能保持所有權圓滿**，是手段性的權利；與債權的請求權，係請求債務人履行債務，以滿足債權者，是目的性的權利，一旦請求權實現，債權即因之消滅，二者全然不同。所有權存在，物上請求權即存在，若所有物被無權占有、被侵奪或所有權被妨害，或有妨害之虞，則所有人的物上請求權即源源不斷發生，性質上無因時效而消滅的問題（其餘參見司法院釋字第 107 號解釋史尚寬大法官的不同意見書及釋字第 164 號鄭玉波大法官不同意見書；又本件與國家將浮覆地登記為國有的情形相類，請參閱本席於憲法法庭 112 年憲裁字第 6 號裁定及第 7 號裁定提出的不同意見書）。

正如人格權（如生命、身體、自由、名譽權等）也是支配權，權利的實現，不須經過他人為相對行為，故只須人格權被侵害的狀態存在，被害人即得本於人格權，請求法院除去其侵害（民法第 18 條第 1 項規定參照），不可能認為此一除去侵害請求權，會因時效而消滅，致法律必須坐視對人格侵害的狀態繼續存在。例如被私行拘禁造成對人格權中的自由權的侵害，被害人得隨時請求法院除去，不可能承認被害人被拘禁達一定期間後，其請求權罹於時效而消滅，必須永遠忍受該侵害繼續下去。同理，法律也不應承認，所有物被無權占有或侵奪，或所有權被妨害達一定期間後，所有人即必須繼續忍受他人的妨害。

應值注意的是，為維護所有權、人格權圓滿的請求權，例如前述所有人物上請求權、人格權妨害除去請求權，不適用消滅時效。至於與為填補支配權被妨害或侵害時所生的損害賠償請求權，例如所有物被無權占有或以占有以外方式妨害，造成所有人無法占有或利用其所有物的損害，或侵害他人的自由權、名譽權等人格權，造成他人財產或精神上的損害，所有人或被害人均得本於其所有權或人格權，請求加害者賠償損害。此種賠償請求權是必須透過該侵害者的相應行為（賠償），才能滿足的請求權，因此就有消滅時效的適用，二者性質

上截然不同，不可不辨。而且，即便是損害賠償請求權，只要所有權或人格權本體沒有消滅，每次的妨害或侵害行為，就會發生新的損害賠償請求權，妨害或侵害繼續，損害賠償請求權就持續發生¹。

肆、再探司法院釋字第107號解釋（下稱第107號解釋）及第164號解釋

一、解釋意旨

如所週知，關於所有人物上請求權的消滅時效問題，大法官曾就所有物返還（回復）請求權部分作出釋字第107號解釋，就所有權妨害除去請求權，作出第164號解釋。第107號解釋認為「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第125條消滅時效規定之適用。」其主要理由認為：「民法第769條、第770條，僅對於占有他人未登記之不動產者許其得請求登記為所有人，而關於已登記之不動產，則無相同之規定，足見已登記之不動產，不適用關於取得時效之規定，為適應此項規定，其回復請求權，應無民法第125條消滅時效之適用。」第164號解釋認為：「已登記不動產所有人之除去妨害請求權，不在本院第107號解釋範圍之內，但依其性質，亦無民法第125條消滅時效規定之適用。」其主要理由是延續第107號解釋的理論及結論，認為：「已登記不動產所有人之除去妨害請求權，有如對於登記具有無效原因之登記名義人所發生之塗銷登記請求權，若適用民法消滅時效之規定，則因15年不行使，致罹於時效而消滅，難免發生權利上名實不符之現象，真正所有人將無法確實支配其所有物，自難貫徹首開規定之意旨。」

二、上開二解釋，僅局部解決所有權與占有分離或所有人名實不符的困境

（一）上開二解釋以取得時效決定消滅時效的考量

第107號解釋，從已登記土地不適用取得時效，推論出已登記

¹ 即便屬於債權性質之侵權行為損害賠償請求權，於侵害行為繼續時，亦應認為請求權源源不斷發生，重新起算消滅時效。參見最高法院82年度台上字第1273號、94年度台上字第148號民事判決等。

土地，所有人行使所有物返還請求權無消滅時效的適用，第 164 號解釋延續第 107 號解釋的見解，推論出已登記土地所有人妨害除去請求權也不適用消滅時效的規定的結論，無非基於「已登記的不動產得排除他人因取得時效而取得所有權，若已登記不動產的回復請求權或妨害除去請求權，却可因罹於時效而消滅，將導致登記名義的所有權與實際占有所有物的人，永遠分離，或真正所有人與登記所有人不同，於權利上名實不符，顯然不合理」的思考邏輯。

（二）消滅時效與取得時效為完全不同的制度

本席認為，所有人得否行使物上請求權，與登記制度並無關聯，已如前述。又民法有關消滅時效的規定，不論適用條件、時效的開始、期間、中斷、停止或效力，也未明文與登記有何關聯，上開二解釋依不動產是否已為登記，推論出其物上請求權是否應適用消滅時效的不同結論，理論依據原屬薄弱。再者，消滅時效與取得時效，乃截然不同的二制度，其構成要件、期間長短、中斷原因及時效完成後的法律效果，均有不同，不能牽混。物上請求權是所有人排除占有人占有的權利，時效取得是占有人消滅原所有權而自始取得所有權的制度，前者是權利如何行使的問題，後者是既成事實如何承認的問題，二者有本質上不同。

（三）第 107 號解釋僅局部解決所有權與占有分離的問題

從結論上來看，第 107 號解釋雖然解決了已登記不動產所有權與占有永久分離的困境，但深入探究，也可發現這樣困境的產生，是因為司法院院字第 1833 號解釋，採取不動產所有人的物上請求權，應適用消滅時效的見解所造成，但第 107 號解釋並未推翻這項見解，而是在延續這項見解的前提下，局部（已登記的不動產）處理這項見解所造成的困境。所謂局部善後，是指即便依第 107 號解釋，未登記的不動產，仍會面臨所有權與占有永久分離的困境。

或許第 107 號解釋背後思維是認為，未登記的不動產，占有人可以經由取得時效制度，取得所有權，使所有權與占有合而為一。不過，縱使認為所有人物上請求權應適用消滅時效制度，但於消滅時效

期間完成後，也僅發生占有人可以拒絕返還不動產的效果而已（民法第144條第1項規定參照），占有人並不能因此取得該不動產所有權。故若占有人非基於取得所有權的意思而占有未登記的不動產，其占有已超過15年者，雖不能取得所有權，但卻得拒絕返還該不動產，同樣會發生不動產所有權與占有永久分離的困境。尤其取得時效原則上須經20年（民法769條規定參照），比消滅時效15年為長，因此，於消滅時效完成後，取得時效完成前，所有權與占有分離狀態，將不可免，如於此時期發生取得時效中斷的情形（例如民法第771條第1項第1款或第2款），則所有權與占有分離的狀態將延長更久。何況於物上請求權消滅時效完成後，占有人既然可拒絕返還占有物，又不必以所有人地位繳納相關稅捐，是否有繼續為取得所有權而占有的意願，也有疑問。可見，第107號解釋並未完全解決所有權與占有永久分離的困境。

（四）第164號解釋也僅局部解決所有人名實不符的問題

依第164號解釋，若真正所有人已為總登記，嗣後該土地復被虛偽移轉登記予他人，則所有人可以請求塗銷該他人的所有權移轉登記，且此塗銷請求權無消滅時效適用，此時，所有人與登記名義人固然可以始終維持同一，不會發生名實不符的問題。然而，若該土地如本件原因案件情形，是經非所有人的人為總登記，而真正所有人請求塗銷該總登記，卻因時效完成而消滅，登記名義人可以拒絕塗銷，因為總登記並不是取得所有權的原因，該登記名義人無法因總登記即取得所有權，真正所有人卻不能請求塗銷登記，同樣會造成土地登記所有人與真正所有人名實不符的問題。

（五）所有人物上請求權不適用消滅時效，是唯一解方

本席認為，若要全面解決所有權與占有永久分離的困境，只須正確理解物上請求權的性質，確認所有人物上請求權無消滅時效的適用，凡所有權存在，物上請求權即存在，所有人即得請求占有人返還占有物，不問該不動產是否已為登記，如此，既符合物上請求權的性質及消滅時效的制度，也不會發生所有權與占有永久分離而無法解

決，或登記名義人與真正所有人權利上名實不符的問題。

伍、本件原因案件有適用第 164 號解釋的可能性

一、本件原因案件與第 164 號解釋原因案件的比較

從形式觀察，本件原因案件是原所有人請求國家塗銷依土地所為的所有權總登記，而第 164 號解釋的原因案件，為原所有人請求登記名義人塗銷所有權移轉登記，二者略有不同。但二者均為已登記的土地，均不適用取得時效，所有人是行使物上請求權中的所有權妨害除去請求權，性質相同，依第 164 號解釋意旨，塗銷總登記請求權與塗銷移轉登記請求權，同樣不因時效而消滅。茲再論述如後。

二、第 164 號解釋並不排除非所有人所為總登記

如前述，第 164 號解釋延續第 107 號解釋的立場，為配合「已登記的不動產」，不得依時效而取得所有權的規定（民法第 769 條及第 770 條規定參照），因而推論「已登記之不動產」的塗銷登記請求權，應無消滅時效的適用，這樣的推論，依據固嫌薄弱。然而，第 164 號解釋並未將所稱的「已登記」限定在「真正所有人為總登記」之情形。從而，即使依循這樣的推論邏輯，本件原因案件，也有依第 164 號解釋意旨，真正所有人的塗銷國有土地總登記的請求權，無消滅時效適用的可能性。

三、只須土地為總登記，即不適用取得時效

按取得時效制度，係占有人以取得所有權的意思，占有他人的動產或不動產，經法律所規定的期間後，即取得該物所有權的制度。至於該物所有人為何人？是否為占有人所知悉？都無關緊要。在不動產的取得時效，依民法第 769 條及第 770 條規定的反面解釋，已登記的不動產，不適用取得時效規定。又不適用取得時效的「已登記的不動產」，應該是指已經依總登記程序完成總登記的不動產，至於該總登記是否符合真正所有權狀態，並非所問。因為一旦為總登記，該土地即納入國家的土地管理，有關所有權的變動，即以登記為要件（民法第 758 條及第 759 條規定參照），因此排除時效取得規定的適用。我們很難想像對已依總登記程序完成總登記的土地，於滿足取得時效

所有要件後，是否可以取得所有權，還會因該總登記是否符合真正權利關係，而有不同結論。

從而，符合真正所有權狀態的總登記，第三人固然不能再依取得時效取得其所有權，即使是不符合真正所有權的總登記，一樣不適用取得時效的規定。

四、只須土地完成總登記，所有人塗銷總登記或移轉所有權登記的請求權，即不適用消滅時效規定

依第 107 號解釋及第 164 號解釋，因已登記的不動產，不適用時效取得的規定，故所有人行使物上請求權（包含本件的塗銷登記請求權）也無消滅時效的適用。依據上開二解釋，不適用取得時效所稱的「已登記的不動產」，與不適用消滅時效所稱的「已登記的不動產」，二者意義應屬相同。

再者，所有人行使其所有權妨害除去請求權而請求塗銷移轉登記或總登記，性質上並無不同（前述貳參照）。故真正所有人為土地總登記後，該土地又被虛偽移轉登記為他人名義，此時真正所有人可以本於其所有權妨害除去請求權，請求塗銷該虛偽的所有權移轉登記，且此請求塗銷登記請求權，固然無消滅時效的適用（第 164 號解釋參照）；即使總登記的所有人非真正所有人，但因為終究完成土地登記，不但第三人不能適用時效取得的規定，為虛偽總登記的名義所有人，也不能適用取得時效規定，真正取得該土地的所有權，故真正所有人請求塗銷錯誤的所有權總登記，也無消滅時效的適用（最高法院 69 年度台上字第 2826 號判決可供參考）。

五、第 164 號解釋有適用於本件原因案件的可能性

本件原因案件的土地總登記雖與所有權真實情況不符，但仍然屬於依據土地法完成土地總登記的土地。又第 164 號解釋雖然只是針對已為土地總登記後，為他人虛偽移轉登記，真正所有人塗銷移轉登記的請求權不適用消滅時效的規定。但真正所有人本於其所有權，請求塗銷非所有人的總登記，或移轉登記，都屬於所有人行使物上請求權，性質上並無不同，已如前述。因此，本件原因案件，依第 164 號

解釋意旨，仍無消滅時效適用。本判決確認國家不得依國家高權為土地國有的登記後，又對原所有人行使消滅時效抗辯權，拒絕塗銷登記，當然可以作為所有人物上請求權不適用消滅時效的一個重要理由，但即使不透過這樣的理由，依前開說明，也有從第 164 號解釋導出相同結論的可能性。

協同意見書

陳忠五大法官 提出

呂太郎大法官 加入

尤伯祥大法官 加入

壹、有待釐清之疑問

本件審查標的，係最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例（下稱系爭判例）後段部分。該判例涉及之事件類型與法律問題，與本件相同，均為：日治時期人民所有之土地，因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，而登記為國有，人民嗣依民法第 767 條第 1 項中段所有人妨害除去請求權之規定，請求國家塗銷登記時（下稱系爭事件），國家得否以時效完成為由，拒絕塗銷國有登記？

本號判決主文第 1 項後段指出：系爭判例後段部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

惟主文第 1 項前段、後段二部分，問題層次不同，理論依據不同，主文第 1 項中卻合一併列，理由中亦夾雜論述，滋生疑問，有待釐清。

主文第 1 項前段部分指出：系爭事件中，人民依民法第 767 條第 1 項中段所有人妨害除去請求權之規定，請求國家塗銷登記，無民法消滅時效規定之適用。

主文第 1 項後段部分指出：系爭判例後段關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。

然則，「請求權有無消滅時效規定之適用」，與「請求權罹於消滅時效後得否為時效完成之抗辯」，乃不同二事。合併觀察本號判決主文第 1 項前段、後段二部分，其所持見解，究竟是：土地所有人之塗銷登記請求權，「無消滅時效規定之適用」？或者是：土地所有人之塗銷登記請求權，「有消滅時效規定之適用」，但土地所有人請

求國家塗銷登記時，國家「不得為時效完成之抗辯」？

又，無論採取上開何項見解，如何建構其理由構成？如何評估其適用範圍？亦有釐清必要。

貳、不適用消滅時效規定

日治時期人民所有之土地，無論其是否依日本法令登記，均不因我國二次戰後初期實施土地總登記，人民逾土地總登記期限未登記，而喪失其土地所有權。於此情形，土地登記為國有，形成真正權利與登記名義間名實不符之狀態，構成一種所有權之妨害，人民自得依民法第 767 條第 1 項中段規定，請求國家塗銷登記。

民法第 125 條前段規定：「請求權，因 15 年間不行使而消滅」。此之「請求權」，包括所有人依民法第 767 條第 1 項規定所得行使之各種物上請求權在內（返還請求權、妨害除去請求權、妨害防止請求權）。惟此項原則，有其例外：已登記不動產所有人之物上請求權（指返還請求權及妨害除去請求權，妨害防止請求權亦應作相同解釋），無消滅時效規定之適用（司法院釋字第 107 號、第 164 號解釋參照）。此之「登記」，系爭判例前段部分指出：司法院釋字第 107 號解釋所謂已登記之不動產，無消滅時效規定之適用，其登記應係指依吾國法令所為之登記而言。

準此，未依我國法令登記之不動產，例如系爭事件所涉之日治時期人民土地，其所有人之物上請求權（包括塗銷登記請求權），仍應回歸一般原則，有消滅時效規定之適用。

既然系爭事件所涉之塗銷登記請求權，本應有消滅時效規定之適用，而本號判決主文第 1 項前段部分，明確採取「不適用消滅時效規定」之見解，可見本號判決在司法院釋字第 107 號、第 164 號解釋之外，再就系爭事件承認另一種不適用消滅時效規定之情形。

從而，關於所有人之物上請求權有無消滅時效規定適用之問題，現行法原則上採取肯定見解，但有例外，除「已登記」不動產所有人之物上請求權外，另新增系爭事件所涉之塗銷登記請求權。

就此而言，本號判決主文第 1 項前段針對司法院釋字第 107

號、第 164 號解釋，事實上已作出補充解釋。本件聲請人聲請意旨，亦聲明補充解釋司法院釋字第 107 號解釋。惟本號判決卻以「（釋字第 107 號）解釋之意旨及內容闡釋甚為明確，並無文字晦澀或論證不周之情形，聲請人難謂有聲請補充解釋之正當理由」為由，不予受理（理由第 9 段參照），令人不解。

參、不得為時效完成抗辯

整體觀察系爭判例要旨前後脈絡，即可得知本號判決為何切割系爭判例前段與後段二部分，而僅審查後段部分。

系爭判例全文如下：「司法院大法官會議釋字第 107 號解釋所謂已登記之不動產，無消滅時效之適用，其登記應係指依吾國法令所為之登記而言。系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許」。

上開判例前段部分，係抽象法律見解之表述。依其意旨，未依我國法令登記之不動產，其所有人之物上請求權，仍有消滅時效規定之適用。此一部分，屬「請求權有無消滅時效規定之適用」此一層次之問題。

上開判例後段部分，則係以前段部分之抽象法律見解為前提，結合個案事實涵攝後之當然推論。其旨在闡述土地如尚未依我國法令登記，其所有人之塗銷登記請求權，已經過 15 年消滅時效期間，而國家既為時效完成抗辯，所有人之請求，自屬無從准許。此一部分，屬「請求權罹於消滅時效後得否為時效完成抗辯」此一層次之問題。

系爭判例後段部分，既然係以土地所有人之塗銷登記請求權「有消滅時效規定之適用」為前提，則系爭判例前段與後段二部分，無法完全切割，必須合併整體觀察。在土地所有人之塗銷登記請求權「有消滅時效規定之適用」此一前提下，才能得出國家「得為時效完成抗辯」此一結論。

本號判決主文第 1 項後段部分，僅就系爭判例後段部分，宣示其不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。而該判例後段部分允許國家為時效完成抗辯既然違憲，可知本號判決主文後段部分，明確採取「不得為時效完成抗辯」之見解。

然而，本號判決既然刻意避開系爭判例前段部分，不將之列入審查標的，則在「有消滅時效規定之適用」此一前提下，單純宣示系爭判例後段部分違憲，國家不得為時效完成抗辯即可，何以主文第 1 項前段又要明確採取「不適用消滅時效規定」之見解？令人困惑。

肆、可再斟酌之理由構成

請求權有無消滅時效規定之適用，與請求權罹於消滅時效後得否為時效完成之抗辯，前者乃通案問題，後者乃個案問題，分屬不同層次之問題。本號判決不但於主文中合一併列，理由中亦夾雜論述，未能明確區分，容有斟酌餘地。

例如，形成主文之法律上意見二，其標題為「系爭判例關於國家得主張時效抗辯部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨」（見理由第 18 段），顯然係以國家「不得為時效完成抗辯」為立論基礎。然而，同一標題下二（三）之標題為「於本件所示土地所有權爭議中，國家不得主張適用民法消滅時效之規定」（見理由第 30 段），則係以請求權「不適用消滅時效規定」為立論基礎。類此夾雜二者，混為一談之情形，理由欄中四處可見。

更重要者，無論係以「不得為時效完成抗辯」或「不適用消滅時效規定」為立論基礎，其理由構成，與消滅時效制度之立法目的、規範功能或理論依據（長期怠於行使權利之失權，證據滅失、舉證不易而加重審理負擔，法律關係安定性之維護，新秩序信賴之保障等），並無關連！

例如，理由欄指出：「為免權利人與義務人間之權利義務關係，因義務人行使時效抗辯權而過度失衡或違反公平正義，行使時效抗辯權，應符合民法第 148 條規定，依誠實信用方法為之，且不得有權利濫用情事」（見理由第 23 段）。

上開理由，固屬當然，但與「權利行使原則」有關，與「消滅時效制度」無關。以系爭事件而論，國家如得為時效完成抗辯，乃適用消滅時效規定後之當然結論。而依本號判決意旨，國家如不得為時效完成抗辯，乃適用民法第148條規定之結果，非適用消滅時效規定之結果。其理由，係因國家行使時效完成抗辯權，有「違反誠信」或「權利濫用」情事。

問題是，權利之行使是否「違反誠信」或「權利濫用」，無法一概而論，僅能依具體事實於個案中判斷。就此，以最高法院為主之審判實務，已累積相當豐富之見解，有其一定之操作模式與判斷標準。系爭事件中，國家為時效完成抗辯，何以有「違反誠信」或「權利濫用」情事，而「不符憲法第15條保障人民財產權之意旨」？

理由第32、33段之論述，要以：國家居於公權力主體地位，行使統治權，制定相關法規範，將原屬人民私有而僅未申辦總登記之土地，逕行登記為國有；當時時空環境，絕大多數人民未通曉中文、因戰事流離他所、遺失土地權利憑證，或因社會資訊、教育尚非發達，不諳法令，甚至因36年間228事件引發社會動盪等特殊原因，致未於限期內申報權利憑證繳驗，或於申報後未依限補繳證件，終致其所有之土地被登記為國有；倘容許國家依消滅時效規定為時效完成之抗辯，不啻變相承認國家得透過土地總登記程序及消滅時效抗辯，而無須踐行任何徵收或類似徵收之程序，即可剝奪人民之財產，不僅與誠實信用原則有違，且形成國家對人民財產權之侵害；憲法上人民財產權之保障，相較於逕行承認土地登記為國有之狀態，更具值得保護之價值，是容許國家在此主張消滅時效，並無正當性可言。

上開理由，不但與「消滅時效制度」無關，而且如無進一步事證，亦不易看出國家為時效完成抗辯，何以有「違反誠信」或「權利濫用」情事。

國家行使統治權，制定法規範，將人民土地登記為國有，或人

民因不可歸責因素，致未能依期限辦理土地總登記等，如果國家嗣後為時效完成抗辯，即該當違反誠信或權利濫用的話，則基於相同理由，試問：在所謂「日治時期土地浮覆事件」中（日治時期人民所有之土地，因故成為河川、水道，經塗銷登記，臺灣光復後土地浮覆，人民未依我國法令辦理土地總登記，該土地依法登記為國有後，人民對國家行使物上請求權），國家是否亦不得為時效完成抗辯？

事實上，「日治時期土地浮覆事件」中，最高法院認為，人民之物上請求權，仍有消滅時效規定之適用，而且除個案中有違反誠信或權利濫用之特殊情事外（如公告程序確有瑕疵，致人民無從及時知悉得行使權利之事實等），國家原則上仍得為時效完成抗辯（最高法院 110 年度台上大字第 1153 號民事大法庭裁定；最高法院 112 年度台上字第 145 號、第 398 號、第 679 號、第 1405 號及第 2031 號等民事判決參照）。

憲法法庭於同類事件中，亦曾就肯認「有消滅時效規定適用，得為時效完成抗辯」之確定終局裁判，人民認有違憲疑義而聲請裁判憲法審查案件，以「難認具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要」為由，裁定不受理（憲法法庭 112 年憲裁字第 6 號、第 7 號及 112 年審裁字第 1231 號裁定參照）。

伍、極為有限之適用範圍

本件聲請案係 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件。憲法法庭係就確定終局裁判援用以為裁判依據之「判例」，而且是「系爭判例後段部分」，視同「命令」予以審查。

然而，通觀本號判決全文，其針對系爭事件所為論述，欠缺一般原則性，適用範圍極為有限。與其說本件屬「法規範」憲法審查，不如更像「裁判」憲法審查。展望未來，其就相關爭議問題，能提供多少解決方向，仍應有所保留。

舉例而言，本號判決所持見解，是否可以比照援用於「日治時期土地浮覆事件」或其他相類似事件？人民就此類事件，未來如再聲

請裁判憲法審查，憲法法庭是否仍將以「難認具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要」為由，裁定不受理？有待觀察。

再者，系爭判例後段部分既然不符憲法第15條保障人民財產權之意旨，應「不再援用」，系爭判例前段部分，當然仍得「繼續援用」。問題是，實務上直接引用或實質援用系爭判例以為裁判依據者，固然所在多有，然大多以系爭判例前段部分，即「未依我國法令登記之不動產，其所有人之物上請求權，仍有消滅時效規定之適用」作為裁判依據。從而，系爭判例後段部分即使違憲應不再援用，對現行實務影響，仍屬有限。

此外，系爭事件僅涉及人民對國家之塗銷登記請求權。惟就同一土地，國家亦可能占有土地而發生人民對國家之返還請求權（返還土地），國家亦可能在土地上興建房屋或設置其他工作物而發生人民對國家之妨害除去請求權（拆除地上物）。此等情形，既然不在本號判決適用範圍之內，國家是否即得對人民主張：有消滅時效規定之適用，得為時效完成之抗辯？亦有待觀察。

陸、結論

依本席所見，根本解決之道，實應貫徹「所有權」此一財產權原型之恆久性與完整性，落實其「排除他人干涉」之消極權能，不切割「所有權本身」與「所有權侵害所派生之物上請求權」，一概不因時間經過而消滅，以充分保護所有人對其所有物之圓滿行使狀態，避免物上請求權罹於消滅時效後，所有權與物上請求權處於永久分離狀態，實質架空所有權之結果。

因此，民法第125條前段規定：「請求權，因15年間不行使而消滅」。此之「請求權」，依其性質，不包括所有人依民法第767條第1項規定所得行使之返還請求權、妨害除去請求權、妨害防止請求權。而且，不問所有物係動產或不動產，亦不問不動產係已登記或未登記之不動產。就此，司法院釋字第107號、第164號解釋，應予補充。系爭判例，不問前段或後段部分，均不符憲法第15條保障人民財產權之意旨。

以系爭事件而言，真正對人民財產權過度限制而不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨者，係所有人之物上請求權「有消滅時效規定之適用」，而非「時效完成抗辯權之行使」。國家所以應塗銷國有登記，是因人民之塗銷登記請求權「不適用消滅時效規定」，不是因「國家為時效完成抗辯有違反誠信或權利濫用情事」。

協同意見書

尤伯祥大法官 提出

呂太郎大法官 加入

陳忠五大法官 加入

本號判決主文就日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷國有登記之情形，認為無民法消滅時效規定之適用，進而宣告最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例關於「……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，就此本席敬表贊同。惟，本席就民法消滅時效規定何以不適用於此種情形，以及系爭判例違憲之理由，則有以下協同意見。

一、本號判決就臺灣人民於日治時期取得之土地所有權，未依我國法令登記其權利致遭登記為國有之情形，雖認為所有人受憲法保障之財產權遭受公權力侵害，但並未說明日治時期取得之土地所有權何以受我國憲法保障：

（一）臺灣人民於日治時期取得之土地所有權，為戰後制定施行之我國憲法所保障之理由：

1. 中華民國 34 年 8 月 15 日，日本無條件投降，在臺灣日軍依照盟軍之命令，向代表同盟國的中華民國國民政府投降。國民政府在戰爭結束前，即已計畫將臺灣納入中華民國疆域，因而先於 34 年 3 月間核定臺灣接管計畫綱要¹。該綱要於第 5 條及第 80 條已確立接管後將原本係日本人民之臺灣人民納為中華民國國民，並依民國法令平等保障臺灣人民於日治時期依日本法令取得之土地

¹ 參見王泰升，臺灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接（一九四五至一九四九），國立臺灣大學法學論叢第 29 卷 1 期，1999 年 10 月，頁 15-17。

等既得權益之接管方針²。

2. 臺灣省行政長官陳儀於同年 10 月 25 日至臺北接受日軍投降後，國民政府即依上述接管計畫綱要逕將臺灣歸入中華民國版圖，並設臺灣省行政長官公署。嗣臺灣省行政長官公署於 34 年 11 月 3 日署法字第 36 號佈告，將前述臺灣接管計畫綱要第 5 條公告臺灣人民週知³。臺灣省行政長官公署為將中華民國之土地登記制度施行於臺灣省，乃於 35 年 4 月間著手辦理地籍整理及土地總登記，於此同時為保障臺灣人民於日治時期取得之土地所有權等權益，以行政命令⁴命臺灣人民限期申報土地權利並繳驗權利憑

² 可參綱要第 5 條：「民國一切法令，均適用於臺灣，必要時得制頒暫行法規，日本佔領時代之法令，除壓榨箝制臺民、抵觸三民主義及民國法令者，應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸修訂之」及第 80 條：「前條規定以外之私有土地（按，第 79 條係規定敵國人民私有之土地於接管後之處理），其原有之土地權利憑證，在新憑證未發給以前，經審查後暫准有效，其權利尚未確定者，由地政機關分別查明處理之。」綱要全文，請參《臺灣接管計劃綱要卷》，國史館藏，典藏號：022-080400-0237。

³ 佈告內容為：「臺灣省自中華民國三十四年十月二十五日起，業經歸入我國版圖，前奉軍事委員會委員長蔣三十四年三月十四日侍秦字第一五四九三號代電，抄發臺灣接管計畫綱要其通則第五款規定：民國一切法令，均適用於臺灣，必要時得制頒暫行法規，日本佔領時代之法令，除壓榨箝制臺民、抵觸三民主義及民國法令者，應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸修正之，自應遵照辦理，我臺灣父老，苦苛政已久，亟待解放，自接收日起，凡舊日施行於臺灣之法令，在上述應予廢止原則內者，均予即日廢止，除分飭各主管機關查明名稱補令公布外，其餘各項單行法令，本署現正從事整理修訂，在整理期內，凡未經明令廢止之法令，其作用在保護社會一般安寧秩序，確保民眾權益，及純屬事務性質者，暫仍有效，以避免驟然全部更張，妨及社會秩序，合行布告週知。此布。」請參臺灣省行政長官公署公報第 1 卷第 6 期，34 年 12 月 19 日，頁 1。

⁴ 臺灣省行政長官公署於 35 年 4 月 5 日發布「所有土地權利人應依限向所在土地整理處申報登記」公告，翌日發布「初期清理地籍實施要點」，同年月 16 日發佈「臺灣省土地登記補充辦法」。嗣行政院於同年 12 月 3 日公布「臺灣地籍釐整辦法」，36 年 3 月 25 日第 780 次會議通過「臺灣省土地權利憑證繳驗及換發權利書狀辦法」，臺灣省行政長官公署隨即於同年 5 月 2 日發布。上開過程與各行政命令彼此之關係，請參李志殷，臺灣光復初期土地權利憑證繳驗工作之研究，國立政治大學地政學系碩士班碩士論文，92 年 12 月。

證，以完成土地總登記並換發權利書狀。故，制憲國民大會於35年12月25日議決通過中華民國憲法前，臺灣人民於日治時期取得之土地等既得權益即已依民國法令受保障，而屬行憲前法秩序之內容。憲法於36年1月1日公布後，上述保障臺灣人民權益之行憲前法秩序，經憲法實施之準備程序，並未修改或廢止而延續至行憲後，成為36年12月25日行憲後之法秩序內容，受憲法第15條之財產權保障。

- (二) 臺灣人民在日治時期取得土地所有權，因未依我國法令登記其權利致遭登記為國有之情形，構成土地所有人受憲法保障之財產權遭受公權力侵害之理由：

土地法第43條雖稱登記有「絕對效力」，惟，該條規定係為保護信賴登記之第三人而設，登記本身仍僅生推定登記名義人為適法權利人之效果。臺灣人民在日治時期取得之土地所有權，於憲法施行後受憲法上財產權之保障，已如前述，則於該等土地所有人因逾土地總登記期限而未登記為所有人，致遭地政機關依土地法第57條之規定登記為國有土地之情形，其所有權不因該與實際權利狀態不符之國有登記而消滅。惟，土地所有人自由使用、收益及處分土地並免於公權力或第三人干涉之權能，仍因該國有登記而受妨害，故其受憲法保障之財產權已受國家行使土地登記之公權力侵害。

- (三) 本號判決就臺灣人民於日治時期取得之土地所有權何以為憲法第15條之財產權所保障，並未說明，爰予補充如上：

本號判決就上述情形，認為土地所有人之財產權遭受該與真正權利狀態不一致之登記侵害之見解，固屬妥適，惟，本號判決僅以戰後初期推行之土地總登記，係政府為政權移轉後管理國土、推行不動產物權登記制度所需，不生不動產物權變動效力之理由，即得出日治時期人民私有之土地，雖依土地總登記程序登記為國有，人民仍不因此喪失所有權之結論，至於何以原屬日本人民之臺灣人民於日治時期依日本法令取得之土地

所有權，於 34 年 10 月 25 日國民政府接管臺灣後即受民國法令保障，進而成為 36 年 12 月 25 日行憲後之法秩序內容，受憲法第 15 條之財產權保障，則本號判決並未說明。為免滋臺灣人民於日治時期取得土地所有權時即已受戰後制定施行之我國憲法保障之誤會，爰補充如上。

二、土地所有人本於財產權之防禦功能請求塗銷其土地上錯誤國有登記之請求權，無論是公法或民法之消滅時效規定，均不適用：

（一）土地所有權因遭錯誤國有登記侵害者，土地所有人得本於財產權之防禦功能，請求國家塗銷國有登記並返還登記：

任何基本權遭受來自國家公權力之侵害時，該基本權之主體均得本於基本權之防禦作用，請求國家停止侵害並除去侵害之結果，以回復其基本權之圓滿狀態。具體而言，侵害基本權之公權力行為若屬法規範或確定終局裁判，人民得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；若屬具體之行政處分或事實行為（無論是作為或不作為），得請求國家廢棄行政處分、停止事實行為並請求除去侵害（回復原狀或賠償）。雖然國家得以法律具體規定排除對特定基本權之侵害的訴訟途徑（例如，聲請提審以救濟非法逮捕、拘禁對人身自由之侵害）；惟，縱無此等法律明定之訴訟途徑，本於訴訟權保障人民於權利遭受侵害時必有確實有效救濟之原則⁵，人民仍得選擇循公法或私法救濟途徑，請求國家停止或除去對其基本權之侵害。以人民所有之土地遭國家錯誤登記為國有之情形而言，土地所有權既因登記之

⁵ 參司法院釋字第 418 號解釋理由書：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。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。」、釋字第 574 號解釋理由書：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能。」

公權力行使而受侵害，所有人自得本於財產權之防禦功能請求國家排除侵害。其若選擇循私法途徑尋求救濟，得視情形依民法之物上請求權、侵權行為損害賠償請求權或不當得利請求權等，請求塗銷國有登記並返還登記予所有人，以回復所有權之圓滿狀態。若土地為國家所占有，並得請求國家返還之；相同的請求內容，亦得循公法途徑，視情形提起撤銷訴訟或給付訴訟以實現或滿足⁶。

(二) 土地所有人本於財產權之防禦作用，為排除國家侵害而請求塗銷與實際權利狀態不符之國有登記之請求權，無公法或民法上消滅時效規定之適用：

1. 基本權之防禦功能既係為維護權利之圓滿狀態而存在，則無論侵害發生已有多久，只要侵害尚未排除，本於基本權防禦功能所生之侵害排除請求權都將不斷、繼續發生，直至侵害除去而回復基本權之圓滿狀態為止，故此項憲法層次之侵害排除請求權不應因侵害發生已久而罹於公法或私法上之消滅時效，否則基本權之保障即有缺口，亦不符權利救濟必須確實有效之原則。
2. 以財產權而言，基於憲法對人民財產權之保障，國家為公用或其他公益目的之必要，雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償。縱係依法行使公權力，但若致人民之財產遭受損失而逾其

⁶ 若以給付訴訟為之，可能的請求權基礎係公法上結果除去請求權。肯認人民於權利遭受公權力侵害時得主張公法上結果除去請求權之實務見解，可參最高行政法院 94 年判字第 1708 號判決：「人民因其權利受公權力之違法干涉，而負擔不利之結果，應有回復未受不利結果前之原狀之請求權，此乃學說所稱之公法上之結果除去請求權。此項結果除去結果請求權，雖未見於我國行政法規之明文，惟其與行政程序法第 127 條所定之公法上不當得利返還請求權具有相同之性質，同有不容違法狀況存在之意義，應得以法理予以適用，而認許人民有此項請求權。又此之結果除去請求權，係以結果之造成係因公權力之違法干涉為要件，惟苟該公權力之干涉本身即係違法之行政處分，而得予撤銷，於該行政處分經依法撤銷前，仍屬有效，即不得逕認係不當結果，而由原處分機關或其上級機關以外之行政機關予以除去。」同旨可見最高行政法院 100 年度判字第 1305 號判決及臺北高等行政法院 107 年度訴字第 1063 號判決。

社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲，亦應予以合理補償（司法院釋字第 440 號、第 747 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 15 號判決意旨參照）。若國家竟得以時效抗辯對抗人民財產權之防禦功能所生侵害排除請求權，則不啻謂只要侵害時間夠長，國家就可以不經徵收程序剝奪人民之財產權，也可以不給予合理補償就限制人民之財產權。由此更可見得，在憲法上之財產權遭受公權力不法侵害之情形，人民基於基本權之防禦功能所生排除侵害之請求權，無論是循民法或公法救濟途徑行使，均不應罹於消滅時效，否則會使財產權保障出現漏洞。

3. 何況，憲法正係因個人與國家力量懸殊，難憑一己之力對抗國家之侵害，故以基本權保障之。若國家侵害人民基本權而得主張消滅時效，則不免有受害之人民囿於實力懸殊，直至時效屆滿仍難以甚至不能對國家行使其排除侵害請求權之虞。以我國曾經歷長期威權統治之經驗而言⁷，在威權統治下，雖憲法保障人民之基本權，但其行使往往有各種事實上或法律上之障礙或困難，須待民主轉型、逐步重建自由民主憲政秩序後，始有可能行使。發生於威權統治時期之基本權侵害事件而未能獲得救濟者，難以勝數，其中於民主轉型時早逾 15 年者，尤屬所在多有。由此益見，本於基本權之防禦功能所生排除國家侵害之請求權，無論是公法或民法之消滅時效規定，均不應適用。準此而言，二二八事件處理及賠償條例、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例、戒嚴時期人民受損權利回復條例、促進轉型正義條例及威權統治時期國家不法行為受害者權利回復條例等法律，明定國家應對受其不法行為侵害之受害者進行賠償及回復其被剝奪之資格、名譽、財產等權利，是立法者著眼於威權統治時期因國家不法行為致生命、人身自由、財產、名譽等基本權受侵害之受害者眾多，乃以立法方式通盤履行國家除去侵害之義務，俾落實轉型正

⁷ 可參促進轉型正義條例第 3 條第 1 款：「本條例用語定義如下：一、威權統治時期，指自中華民國三十四年八月十五日起至八十一年十一月六日止之時期。」

義。惟，縱無上開立法，仍不應因此即否認該等被害者得本其基本權之防禦作用，請求國家以賠償、回復資格及名譽、發還沒收財產等方法除去其所受侵害。

4. 綜上，以本件聲請所示爭議而言，土地所有人請求塗銷與實際權利狀態不符之國有登記之請求權，應無公法或民法上消滅時效規定之適用。

（三）國家與人民立於對等地位締結私法契約所生之權利義務，仍有民法消滅時效規定之適用：

前述人民本於財產權之防禦作用所生侵害排除請求權，不適用消滅時效規定，乃是以國家居於高權優越地位行使公權力而侵害人民財產權為前提。惟，於國家處於與人民對等地位而與人民訂立私法契約之情形，國家既非居於高權優越地位行使公權力，原則上契約相對人與國家間之權利義務，即係因其本於契約自由與國家締結之契約而來，自有別於基本權因受公權力侵害而生侵害排除請求權之情形，仍應適用消滅時效規定。

（四）就本件聲請所示土地所有權爭議中，國家何以不得主張適用民法消滅時效之規定，本號判決之論述容有商榷餘地：

1. 日治時期為人民所有，因未依我國法令登記其權利致遭登記為國有之土地，土地所有人據民法第 767 條之規定請求塗銷國有登記之請求權時，之所以無民法上消滅時效規定之適用，係因該項請求係本於其憲法上財產權之防禦功能而來之故。
2. 本號判決認為於本件聲請所示土地所有權爭議中，國家不得主張適用民法消滅時效規定之見解，可資贊同，至其立論基礎，則係從民法上消滅時效制度係使客觀上已繼續存在一段時間之事實狀態取代真正法律關係之認定，以維持法律秩序之安定出發，繼而論及應受民法第 148 條之限制，避免於個案中因時效抗辯而生權利義務過度失衡而顯失公平之情事，進而以本件聲請所示爭議中，國家係基於公權力主體地位行使統治高權，並非憲法上財產權之基本權主體，不生基本權衝突情事，若容許國家行使時效抗

辯，不啻變相承認國家得不經徵收或類似徵收之程序即可剝奪人民之財產，且考量戰後初期之時空環境有絕大多數人民未通曉中文等特殊情況，若使國家仍得主張消滅時效，不僅與誠實信用原則有違，且形成國家對人民財產權之侵害等理由，得出此際人民財產權之保障，相較於逕行承認土地登記為國有之狀態，更具值得保護價值之結論。上述論述容有以下商榷餘地：

- (1) 上述論述並非以本件聲請所示爭議之本質係公權力侵害土地所有人之憲法上財產權為出發點，因而並未為確保財產權之防禦功能完整、無漏洞，得出因此所生之侵害排除權不適用公法或民法消滅時效規定之通案性結論。相反地，其取徑民法消滅時效之制度原理，乞靈於須依個案情況判斷之誠實信用及權利濫用禁止原則，將產生其所為國家不得主張適用民法消滅時效規定之結論，是否僅在上開論述設定之條件下有效之疑義。舉例而言，若個案中系爭土地之所有權並非日治時期取得，但因故遭錯誤登記為國有，則土地所有人依民法第 767 條規定請求塗銷國有登記之請求權，是否得依本號判決之意旨，不適用民法消滅時效之規定？抑或須視個案情形，判斷國家之時效抗辯是否已生權利義務過度失衡而顯失公平？
- (2) 本號判決於說明消滅時效制度之立法目的時，並未述及得以主張時效抗辯之義務人與權利人間有何基本權衝突，卻於論述本件聲請所示爭議何以無消滅時效規定之適用時，以國家非基本權主體，不生基本權衝突情事，作為其理由之一部分。惟，民法上消滅時效制度固係為維持法律秩序安定之目的，而使客觀上已繼續存在一段時間之事實狀態取代真正法律關係之認定，但此際權利人與義務人間究竟有何等基本權發生衝突？申言之，權利人之權利或可與憲法上之財產權或其他基本權連結，但消滅時效制度係為維護法安定性之公益而設置，義務人依此規定而得以不履行

義務之利益，何以能謂為憲法上某種基本權所保障，抑或得以單獨成為憲法所保障之權利？若未能釐清以上疑義，如何能遽以無基本權衝突情事作為立論理由？本號判決以基本權衝突作為國家不得主張適用消滅時效規定之一部份理由，恐將引起處理基本權衝突是否為消滅時效制度的規範目的之疑義。

三、公益之維護或交易安全之保護，均非土地所有人請求塗銷國有登記之請求權得適用消滅時效之正當理由：

由於本件聲請涉及之日治時期之私人土地被登記為國有迄今已逾半世紀以上，久歷年所之下，因土地之利用所生權利、義務極可能已不知凡幾。本號判決宣告系爭判例後段不符憲法保障人民財產權之意旨，各級法院法官應不再援用，或將引起是否因而有損交易安全或危害公共利益之質疑。惟，若稍加分析，即可知此等質疑不能成立：

- （一）於土地已移轉登記予善意第三人之情形，該第三人受土地法第43條之保護，自無必要為保護該第三人而再以消滅時效限制土地所有權人對國家之侵害排除請求權之行使。於此種情況，侵害排除請求權雖未能藉民法第767條之規定實現，但得改為請求損害賠償或不當得利，國家當然仍不得藉主張時效抗辯逃避履行除去侵害之義務。於善意第三人係信賴國有登記而設定其他物權、承租或與國家訂定其他債權契約之情形，以上分析仍有適用，亦即土地所有人雖得請求塗銷國有登記，但受限於土地法第43條，不得對抗該善意第三人之權利主張，其必須轉而向國家請求損害賠償或不當得利。
- （二）於土地雖仍登記為國有，但其上已有公共設施，若予拆除將對公益造成重大損害之情形，土地所有人雖得請求塗銷國有登記，但基於禁止權利濫用之原則⁸，不得請求拆除公共設施，

⁸ 民法第148條第1項：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主

而得選擇請求國家給付相當於租金之不當得利或補償類似徵收侵害之損失。於此情形既得藉由禁止權利濫用之規定維護公益，自無以公益之維護作為適用消滅時效制度之理由。無論是請求給付相當於租金之不當得利或損失補償，仍是本於前述侵害排除請求權而來，無消滅時效規定之適用。

四、系爭判例後段係違反法律保留原則：

（一）司法院釋字第 107 號解釋係就人民之不動產因遭其他人民侵害所生物上請求權是否有消滅時效適用之爭議，將院字第 1883 號解釋之射程限縮在私人未登記之不動產：

1. 釋字第 107 號解釋之作成緣起，係因廣西鬱林地方法院於 26 年 6 月間，以「甲某以所有之意思，和平繼續占有乙某未登記之不動產已逾十五年，而未滿 20 年之取得時效，乙某始請求返還」之設題，就乙之請求權是否罹於消滅時效，呈請廣西高等法院轉請司法院解釋。司法院就鬱林地方法院所詢於 28 年 1 月 18 日作成院字第 1883 號解釋：「不動產所有權之回復請求權，應適用民法第一百二十五條關於消滅時效之規定。故所有人未經登記之不動產，自被他人占有而得請求回復之時起，已滿十五年尚未請求者，則不問占有人之取得時效已否完成，而因消滅時效之完成，即不得為回復之請求。」
2. 院字第 1883 號解釋作成後，最高法院於 52 年 4 月間，以各級法院輒據該號解釋，不許物上請求權已罹於消滅時效之不動產所有人，請求返還每年所生孳息，因而產生所有人仍須負擔不動產應納稅捐，而占有人則可坐享其利益而無義務之不公平現象，且於已登記之不動產，占有人不能依取得時效之規定登記為所有人，

要目的。」將權利之行使損及公益當作權利濫用事由。惟，基於憲法保障人民基本權之意旨，此處仍應對當事人之權利與可能損及之公益進行權衡，於當事人之權利行使將對公益造成重大損害時，始應認為構成權利濫用。行政訴訟法第 198 條第 1 項亦係以原處分之撤銷或變更於「公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背」，作為情況判決之要件，可資對照。

致此不公平現象將永久持續等理由，請求司法院就所有人於此種情形是否得請求惡意占有人償還孳息之疑義，對院字第 1883 號解釋進行補充解釋。嗣最高法院再以院字第 1883 號解釋係針對廣西高等法院之請求，僅就未經登記之不動產而為釋示之補充理由，請求補充解釋消滅時效之規定對於業經登記之不動產是否亦有適用？若有適用，是否足以削弱登記之效力？是否可比照德國民法之規定，業經登記之不動產所有人不受民法第 125 條之限制？等疑義。大法官因上開聲請而作成釋字第 107 號解釋文：「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。」將院字第 1883 號解釋之射程限縮於未登記之不動產。

3. 由上過程可見，院字第 1883 號解釋所欲處理之案型，係人民所有之未登記不動產遭另一人民無權占有達 15 年以上之情形。由於該解釋表示不動產所有權之回復請求權應適用民法第 125 條消滅時效規定之見解，導致遭他人無權占有 15 年以上之已登記不動產，因其所有人之物上請求權罹於消滅時效，且占有人亦不能時效取得所有權，致生所有人將永久承擔稅捐而占有人持續坐享利益之不公平現象。為解決院字第 1883 號解釋所造成之問題，釋字第 107 號解釋因此將該解釋之射程限縮在未登記之不動產。
- (二) 司法院釋字第 107 號解釋並未處理人民之土地遭國家以登記為國有之方式侵害之情形：
- 院字第 1883 號解釋係就私人間不動產返還爭議所生回復請求權是否適用消滅時效規定之疑義而作成，釋字第 107 號解釋既係為限縮該件解釋射程而作，則其射程自亦限於私人間之不動產返還爭議。至於人民之不動產遭國家登記為國有或以其他方式侵害之情形，自不在院字第 1883 號解釋或釋字第 107 號解釋所處理之案型內。
- (三) 於人民之土地遭登記為國有之情形，不能對司法院釋字第 107

號解釋進行反面解釋，而謂國家得對塗銷國有登記之請求主張時效抗辯：

按，特定法規範得為反面解釋之前提，乃是該法規範之構成要件已將所有應發生該規範之法律效果的案型悉予列舉，因而得依平等原則就「相異事件」，為「相異處理」，進而依「明示其一，排除其他」之邏輯，推論未為該規範構成要件所及之案型，必不能適用該規範之法律效果⁹。人民之土地因未於總登記期限內完成登記而遭登記為國有之情形，係人民之財產權遭國家行使登記之公權力侵害，土地所有人為行使其財產權之防禦作用所生侵害排除權而依民法第 767 條請求國家塗銷國有登記之請求權，不應適用消滅時效之規定，已如前述。此種情形，與釋字第 107 號解釋所處理之私人間物上請求權紛爭有異，但同樣不應適用消滅時效之規定，可見該號解釋並非已窮盡列舉所有物上請求權不應適用消滅時效之案型，自不能對該號解釋反面推論，而謂凡未於土地總登記時登記為私人所有之不動產，其所有人之物上請求權均有民法消滅時效規定之適用，進而於國家將人民土地登記為國有之情形，允許國家主張時效抗辯。

（四）系爭判例後段係對司法院釋字第 107 號解釋為反面解釋，而得到土地所有人請求塗銷國有登記之請求權適用民法消滅時效規定之結論：

釋字第 107 號解釋係為限縮院字第 1883 號解釋而作，已如前述，故系爭判例依此脈絡而開宗明義謂：「司法院大法官會議釋字第一〇七號解釋所謂已登記之不動產，無消滅時效之適用，其登記應係指依吾國法令所為之登記而言。」固屬正解。

⁹ 有關反面解釋之前提條件及可能發生之邏輯推論錯誤之說明，可參 Ingeborg Puppe (著)，蔡聖偉 (譯)，法學思維小學堂—法學方法論密集班，元照，2010 年 1 月，頁 121-122；Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，法學方法論，五南，1996 年 12 月，頁 299-300；楊仁壽，法學方法論，三民書局，1987 年 2 月，頁 139-145。

惟，其進而稱：「系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過十五年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」則係以案內登記為國有之土地既未依我國法令登記為原告人民所有，即非釋字第 107 號解釋所指不適用消滅時效之情形為由，得出被告國家得主張時效抗辯之結論。系爭判例後段之上開推論，顯係對釋字第 107 號解釋為反面推論，得出非該號解釋所指情形者即有消滅時效規定適用之結論。

（五）系爭判例因此違反法律保留原則：

系爭判例以反面解釋司法院釋字第 107 號解釋之方法，使國家得於本件聲請所示爭議主張時效抗辯，已對土地所有人本於其憲法上財產權之防禦功能排除國家侵害之權利，創設法律所無之限制，違反法律保留原則。

（六）本號判決並未說明係基於何項憲法上原則對系爭判例後段進行審查：

本號判決雖得出系爭判例後段不當限制人民之財產權，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨不符之結論，但其理由內並未明確說明係基於何項憲法上原則進行審查而得此結論。稽其認為於本件聲請所示爭議中，人民財產權之保障，相較於逕行承認土地登記為國有之狀態，更具值得保護之價值，因而謂容許國家在此主張消滅時效，毫無正當性可言等文字，則隱隱似係以比例原則作為審查原則。惟，觀諸其又稱若容許國家行使時效抗辯，不啻變相承認國家得不經徵收或類似徵收之程序即可剝奪人民之財產等理由，則似乎又係據正當法律程序原則進行審查。本席雖不反對在認定判例已違反法律保留原則後，復以比例原則、正當法律程序原則等其他憲法上原則進行審查，惟，應於此指出者，係據以審查之原則未盡明晰，將不利於對本號判決理由構成之理解。

部分不同意見書

蔡彩貞大法官 提出

第
20
號

本判決主文第一項認為日治時期原為人民所有之土地，因未辦理土地總登記，迄今仍登記為國有，人民本於所有權請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。本席對此部分判決所持，毋庸斟酌特定個案中之具體情況，毫無例外認為國家一律不得依民法第 125 條規定主張時效抗辯之結論，無法贊同，爰就此部分提出不同意見如下：

壹、消滅時效規定於國家之適用

依本判決記載，其主文第一項部分所涉之聲請意旨乃主張系爭土地經總登記為國有後，迄今未曾移轉於第三人，無交易安全及第三人信賴保護等情形，在此前提下，聲請人因繼承而為該土地真正權利人行使權利時，系爭判例容許國家為時效完成之抗辯，阻止、妨礙其行使權利，已侵害其憲法所保障之財產權等語（理由書第 2 段參照）。是此部分聲請涉及系爭判例允許國家於上開情形得依民法消滅時效規定主張時效完成抗辯，對人民財產權行使所形成之限制，是否侵害憲法第 15 條所保障人民財產權之爭議，其憲法審查應置重於國家所為消滅時效完成之抗辯對人民財產權行使所造成之限制，是否具有正當性基礎。

貳、時效制度於尊重法秩序安定之憲法價值與財產基本權間之衡平

一、民法上權利之行使，基於私法自治原則，固應尊重當事人之意思，然權利人長期不行使權利，勢將造成新的事實狀態，此狀態長久持續存在，不僅影響原有法律秩序的維持，該新的事實狀態甚或因已獲得社會上一般人信賴，而成為法律關係之基礎；為尊重此客觀現存之法律秩序，維護社會交易安全，因認長期怠於行使權利者不值得再加以保護，而允許於特定前提下，相當期間之經過得作為權利得喪、變更之原因，並藉以督促權利人及時、適當行使權利，此乃創設時效制度之實質理由¹。故民法消滅時效

¹ 施啓揚，民法總則，2005 年 6 版，第 325、326 頁。

制度本即為使已繼續存在一段時間之事實狀態取代真正法律關係，俾久懸未定之權利義務關係得以早日明確化，以確保法律秩序之安定，維護社會交易安全，此為本判決所肯認（理由第【22】段參照）。又土地登記係以登記方法公示土地之權利狀態，確立財產權之歸屬，並公開供人民查閱，為不動產權利之公示制度，依法具有公信力（土地法第43條參照）及推定力，以降低財產所有權之不確定性（靜態財產權保障），並減省交易所生勞費（動的交易安全），同為確保法秩序安定，維護社會交易安全之制度。

- 二、本件不動產真正權利人主張不動產所有權登記與真實權利狀態不一致，以登記名義人非所有權人為由，請求登記名義人塗銷登記、返還不動產；系爭判例容許登記名義人為請求權時效完成之抗辯，阻止、妨礙真正權利人行使財產權，是否違背憲法意旨之爭議，涉及憲法上保障人民財產權與維護法秩序安定等相關價值間之衡平。
- 三、由於憲法所保護的各種價值彼此間，並無優劣或先後順序之抽象位階關係存在，互相衝突時，自須亦只能透過進一步的價值衡量，以探求憲法整體價值秩序。就此，法院衡量特定社會行為態樣中相衝突憲法價值的比重，據以決定對立之憲法價值實現之先後順位，所建立具有法規範性質之判例，釋憲者宜透過憲法上，舉如比例原則等各種價值衡量方法，審查判例是否對於相衝突的憲法價值，已依其在憲法價值上之重要性與因法律規定而可能有的限制程度做出適當的衡量。人民之財產權固為憲法第15條所保障之基本權，然如為保護合乎憲法價值之特定重要利益，並非不得制定限制人民財產權之法規範。本判決認於本件土地所有權爭議，不問個案之具體情況，毫無例外認為國家一律不得依民法第125條規定主張時效抗辯之結論。惟：

- （一）本判決此部分結論，係以第二次世界大戰（下稱二戰）結束後，中華民國政府為清查臺灣土地、整理地籍，於民國35、

36 年間陸續發布土地總登記相關辦法，限期人民辦理完成總登記手續，適值政權交替之過渡期間，斯時人民因多未通曉中文、甫經戰事流離他所、遺失權利憑證，及當時資訊、教育尚非發達，法意識不彰，復以 36 年間 228 事件引發動盪等特殊社會環境、背景因素，而未如期完成土地總登記相關程序，致所有土地依規定登記為國有，若容許國家得主張時效完成之抗辯，則透過時效制度維持私有土地登記為國有之狀態，已形成國家對人民財產權侵害，故人民財產權更具保障之價值等情，為其論據之一（理由第【33】段參照）。然關於 34 年間二戰結束後上開特殊環境背景時期涵蓋之時間範圍大小如何；土地總登記相關辦法於 35、36 年間陸續發布後，人民就其所有土地實際辦理總登記之時間，是否如判決所述，適值該特殊環境背景時期，而足認未完成土地總登記有不可歸責於所有人之原因等各節，本判決未為任何說明。本件原因案件依系爭判決所載，不論聲請人之主張或判決認定之事實，均謂系爭土地係於 51 年間政府對全國土地總清查時，於 54 年間辦理總登記，但未完成。自其辦理總登記時間觀之，是否有本判決所指上開特殊情形，不無疑義。是日治時期之私有土地，於二戰結束後因總登記為國有，且符合上開特殊環境背景條件者，究屬大多數之常態，而得以該特殊環境背景作為衡量法規範正當性之通案因素，抑或屬少數，甚至僅為特例，而宜視之為具體個案中之特殊情形，進行個別裁量，乃首應釐清之事項，本判決逕執為衡量系爭法規範是否具有正當性之重要理由，要非妥適。

- （二）本判決另以國家本即不享有憲法第 15 條保障之財產權，且系爭土地係於上開特殊社會環境、背景下經土地總登記而登記為國有，並非本於國家與人民間之合意，若得透過時效制度維持登記為國有之狀態，有違誠信原則為由，認與憲法第 15 條意旨有違。然人民私有土地經總登記後登記為國有，固非出於私人間之合意，而係由於國家辦理總登記基於高權之行政作為所

致，然戰後辦理土地總登記係國家因政權移轉，管理國土、推動不動產物權登記制度所必需，此為本判決所肯認（理由第25段參照），故除非登記事務過程中有弊情等作業上瑕疵，日治時期私有土地因所有人未完成總登記，而基於法律規定登記為國有事實狀態之存在，有其合法理據。又民法消滅時效制度使繼續存在相當時間已取信社會大眾之事實狀態取代真正法律關係，旨在促進久懸未定之私法上權利義務關係早日明確化，確保法律秩序之安定，以維護社會交易安全之重要公共利益，並非為維持當事人任何一方之財產權；義務人一方若因此得到利益，僅係附帶的效果。系爭判例認應優先保護消滅時效制度與土地登記制度共同維護之社會交易安全，而容許國家為時效完成之抗辯，係就維護社會交易安全之公共利益與個人財產權保障之憲法價值兩相權衡之結果。本判決就互相衝突之憲法價值孰輕孰重之判斷，置重於僅屬附隨效果之系爭土地因時效制度而得繼續登記為國有，及是否得為衡量本件憲法價值衝突通案因素尚屬不明猶待個案調查之上開社會特殊環境背景二者，而指系爭判例權衡結果無正當性，本席未能贊同。

- （三）本判決關於毋庸斟酌特定個案之具體情況，毫無例外認為國家一律不得依民法第125條規定主張時效完成之抗辯，而宣告系爭判例違憲之結論，可能造成日治時期原屬私有嗣經總登記為國有土地之所有人，其土地塗銷登記請求權因可永遠追溯，導致於數十年甚或百年後，土地所有人子孫仍得起訴請求塗銷，而無法避免法律關係陷於長期不確定及法秩序大亂之疑慮。

參、時效制度維護社會交易安全目的之落實，性質上宜作個案考量

- 一、國家土地總登記與登記制度相關效力既已施行有年，可認此等法安定性及所維護之交易安全，已普遍存於人民法確信中，只要國家亦會憑藉登記制度參與交易，此等確信與安定，即不因登記名義人是否為國家而有區別。與此相對，信賴舊法時代肯認財產權存續利益之人民，亦會隨時間日久而僅存少數適用者，並不當然

優於法安定性，仍須由法院於個案具體審認此等利益與法安定性間孰輕孰重，以資為斷（司法院釋字第 668 號陳新民大法官不同意見書參照）。

- 二、日治時期原屬私人所有之土地經總登記為國有後，或因國家戮力開發致由人民共同享有之經濟價值倍增，或經國家設置公共建設而與公共利益息息相關，或業由國家與第三人進行交易僅尚未完成相關物權登記而關涉善意第三人之保護，均足使土地之經濟利益、利用權益之歸屬、既存占有狀態今非昔比，其間落差不僅隨時間經過變化前後益形懸殊，於不同個案所呈現之具體情狀亦難互相比擬。從而土地所有人本於土地所有權行使權利時，國家得否主張時效完成抗辯之判斷，事涉各方利益之平衡，以兼顧尊重法秩序之安定，維護交易安全與私有財產權保障，性質上宜由一般司法審判機關，於個案適用法律時，究明該案事實具體狀況，審酌判斷是否有違反誠信原則、權利濫用等情形，就個案適用之具體法規範，妥為解釋、適用，以追求個案中相衝突憲法價值之最適調和。本判決未慮及此，逕認國家一律不得主張時效完成抗辯而宣告系爭判例違憲，獨滿足土地所有人塗銷土地國有登記之請求，卻致使上開土地長期累積之經濟利益、所形成之既存事實狀態，皆因此蒙受不利影響，寧為事理之平？本席歎難同意。

部分不同意見書

朱富美大法官 提出

本號判決主文一認「日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記為人民所有，致登記為國有且持續至今之土地，在人民基於該土地所有人地位，請求國家塗銷登記時，無民法消滅時效規定之適用。最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例（以下簡稱系爭判例）關於『……系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。』部分，不符憲法第 15 條保障人民財產權之意旨。」有再探究必要，爰提出部分不同意見書。

壹、系爭判例在大法庭實施後，做為憲法審查標的之法律上意義

由於法院組織法有關大法庭制度之條文於 107 年 12 月 7 日增訂，自 108 年 7 月 4 日施行。以往終審法院用以統一法律見解的判例選編、決議制度，功成身退，由大法庭取代。大法庭制度實施前，確定終局裁判援用判例以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，迭經司法院解釋在案（釋字第 154 號、第 374 號、第 582 號及第 792 號解釋參照）。

於大法庭制度實施後，因判例、決議之見解已不具通案拘束力，縱使該等法律見解經法官於確定終局裁判援用，仍難認與命令相當。然因考量該次修法將最高法院統一見解機制作重大變更，各界均需適當之時間適應調整，為避免「人民聲請解釋憲法之權利遭限縮」之疑義，依增訂之法院組織法第 57 條之 1 第 3 項規定¹，於本次修正條文施行後三年內，人民於大法庭制度施行後所受確定終局裁判援用之判例、決議，發生牴觸憲法之疑義者，得準用司法院大法官審理案件法（以下簡稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款之規定聲請解釋憲法。

¹ 「於中華民國一百零七年十二月七日本法修正之條文施行後三年內，人民於上開條文施行後所受確定終局裁判援用之判例、決議，發生牴觸憲法之疑義者，得準用司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋憲法。」

貳、司法院釋字第 107 號解釋與系爭判例

司法院釋字第 107 號解釋文為「已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用²。」系爭判例要旨為「司法院大法官會議釋字第一〇七號解釋所謂已登記之不動產，無消滅時效之適用，其登記應係指『依吾國法令』所為之登記而言。系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過十五年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。」本號判決係就後段為解釋。

² 理由為「查民法第七百六十九條、第七百七十條，僅對於占有他人未登記之不動產者許其得請求登記為所有人，而關於已登記之不動產，則無相同之規定，足見已登記之不動產，不適用關於取得時效之規定，為適應此項規定，其回復請求權，應無民法第一百二十五條消滅時效之適用。復查民法第七百五十八條規定：『不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更者，非經登記不生效力』，土地法第四十三條規定：『依本法所為之登記，有絕對效力』。若許已登記之不動產所有人回復請求權，得罹於時效而消滅，將使登記制度，失其效用。況已登記之不動產所有權人，既列名於登記簿上，必須依法負擔稅捐，而其占有人又不能依取得時效取得所有權，倘所有權人復得因消滅時效喪失回復請求權，將仍永久負擔義務，顯失情法之平。本院院字第一八三三號解釋，係對未登記不動產所有人之回復請求權而發。至已登記不動產所有人回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用，應予補充解釋。」

另院字第一八三三號解釋為「動產所有權之回復請求權，應適用民法第一百二十五條關於消滅時效之規定，故所有人未經登記之不動產，自被他人占有而得請求回復之時起，已滿十五年尚未請求者，則不問占有之取得時效已否完成，而因消滅時效之完成，即不得為回復之請求。」

【附表 1】

司法院釋字 / 判決	摘要
司法院釋字第 107 號解釋 (民國 54 年 06 月 16 日)	1. 解釋文： 已登記不動產所有人之回復請求權，無民法第一百二十五條消滅時效規定之適用。 2. 理由書（節錄）： 查民法第七百六十九條、第七百七十條，僅對於占有他人未登記之不動產者許其得請求登記為所有人，而關於已登記之不動產，則無相同之規定，足見已登記之不動產，不適用關於取得時效之規定，為適應此項規定，其回復請求權，應無民法第一百二十五條消滅時效之適用。 若許已登記之不動產所有人回復請求權，得罹於時效而消滅，將使登記制度，失其效用。況已登記之不動產所有權人，既列名於登記簿上，必須依法負擔稅捐，而其占有人又不能依取得時效取得所有權，倘所有權人復得因消滅時效喪失回復請求權，將仍永久負擔義務，顯失情法之平。
最高法院 70 年台上字第 311 號民事判例 (系爭判例)	系爭土地如尚未依吾國法令登記為被上訴人所有，而登記為國有後，迄今已經過 15 年，被上訴人請求塗銷此項國有登記，上訴人既有時效完成拒絕給付之抗辯，被上訴人之請求，自屬無從准許。

參、本件聲請不符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款之規定

本件確定終局裁判據為判決之依據係聲請人訴之聲明不合法，並非系爭判例見解，本件應不受理。

按 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法（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、法人或政黨於其憲法

上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，憲訴法第 90 條第 1 項、大審法第 5 條第 1 項第 2 款分別定有明文。

茲大審法第 5 條第 1 項第 2 款「確定終局裁判『所適用』之法律或命令」係指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令，或相當於法律或命令者而言³。在實務上，大法官認定確定終局裁判是否適用特定法律或命令，一向採取十分寬鬆的標準。惟依上開規定，大法官對確定終局裁判是否適用該法令之判斷，在於該法令是否為裁判基礎致人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，始符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款之受理程序規定。

本件臺灣高等法院臺中分院 105 年上字第 24 號民事確定終局判決固曾引述系爭判例見解以回應被上訴人消滅時效抗辯，惟其判決之基礎，係聲請人訴之聲明不合法⁴，此由確定終局裁判「事實及理由」肆之三可明，並未實質援用系爭判例見解。因依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定，關鍵在於該確定終局裁判是否以該法令（本案為系爭判例）為裁判基礎，致聲請人憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。故該法令的效力嗣後如因違憲而喪失，而該裁判基於法令之實質適用，該確定終局裁判才會因該法令效力嗣後喪失而有所不同。

本件土地共有之情形於昭和 9 年（1934 年）已經決定，如果強以法規範違憲審查程序救濟個案，聲請人是否得依據本件判決主文一

³ 司法院釋字第 154 號、第 187 號解釋理由書第 1 段曾經闡明，所謂「確定判決所適用之法律或命令」，係指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令。

⁴ 「綜上所述，上訴人聲請請求……等人之繼承人全體公同共有部分，於法律無據；另……業已罹於消滅時效，……」聲請人訴之聲明，主張與其祖父共有土地之其他數位共有人之繼承人公同共有。其理由為「但上訴人僅係石羅之（再轉）繼承人，並非系爭土地其餘共有人（石老松、石寄、石為、石銀謀）之繼承人，上訴人聲明請求將系爭土地移轉登記為石老松、石寄、石銀謀及石為等人之繼承人全體公同共有部分，顯屬無據。」原確定判決在「不爭執之事實」另列有，系爭土地在日據時期並無土地登記簿之記載，及昭和 9 年時共有人間未記載持分。

回復所有權之圓滿狀態，非無可議，人民果信賴本號判決，依據本號判決聲請救濟程序，卻於個案未能發生功能時，恐徒增人民及法院困擾，對於司法資源的撙節及人民主觀基本權利保護功能的保障，並無正面意義。

肆、本件判決理由有下列值得商榷之處

一、主文一所稱「日治時期為人民所有」之範圍

主文一所稱「日治時期為人民所有，嗣因逾土地總登記期限，未登記……」所稱「日治時期為人民所有」雖為肯定用語，可能有二種情況，一為其在日治時期有土地權利歸屬登記，能提出為土地所有權人之證明，單純因資訊不足或不識漢字、不諳規定等原因，致逾土地總登記期限，未為申報；另一為包括未有權利歸屬登記或欠缺權利證明文件，是否為權利人所有待確定，因故逾土地總登記期限者；後者或許是現實中待解決之多數，判決理由肆、二之（二）雖述及日治時期土地簿上所載明之業主或所有人，且該權利登記亦與真實權利狀態相符者等語（本件判決第26段參照），似僅指前者，惟依肆、二之（三）所述，卻包括後者（本件判決第35段參照），尚非十分明確。

二、本件判決審查系爭判例對人民土地所有權之限制、剝奪是否符合憲法第15條財產權之保障，應補充權衡之理由

本件判決認定系爭判決之情形應無消滅時效規定之適用，系爭判例後段不符憲法第15條保障人民財產權，主要理由有二（肆二（三）），其一為如容許國家依民法消滅時效規定為時效完成之抗辯，不啻變相承認國家無須踐行任何徵收或類似徵收之程序，即可剝奪人民之財產（本件判決第32段參照）；其二為依當時之時空環境，絕大多數人民未通曉中文、因戰事流離他所、遺失土地權利憑證，或因社會資訊、教育尚非發達，不諳法令，36年間之二二八事件等特殊原因，致未於限期內申報權利憑證繳驗，或於申報後未依限補繳證件（本件判決第33段參照）。惟其權衡之理由應再補強，析述如下。

（一）光復初期土地總登記簡述

34 年 10 月 25 日臺灣光復，我國法令開始施行於臺灣。土地登記自該日起，依我國民法及土地法等法律辦理。土地總登記係依土地法在全國實施，非僅在臺灣實施，包括自始即為中華民國統治之地區。臺灣省行政長官公署以推行土地改革於 35 年 4 月 5 日起即陸續發布各項公告、須知，中央之地政署迄 35 年 7 月始知臺灣已開辦土地總登記，嗣因地政署指正，始有「台灣地籍釐整辦法」經行政院於 35 年 12 月 3 日發布⁵，但實際上土地權利憑證繳驗之實施未因此停頓，是臺灣省行政長官公署部分措施有於未奉地政署指示及未有法律充分授權下先行辦理之情形⁶。

臺灣光復初期，係以繳驗日治時期之土地權利憑證方式整理地籍，以替代土地法所定之總登記。而土地權利憑證繳驗之申報，自 35 年 4 月 21 日展開，35 年 12 月底土地權利憑證繳驗審核完畢，隨即將核對無誤之權利憑證加蓋印信後，先發還土地權利人，而後自 36 年 2 月起分鄉鎮進行權利公告，由權利人閱覽地籍權利圖冊，公告期間因二二八事變關係，延至 36 年 6 月底，始告完竣。公告期滿無異議之土地，隨即編造土地登記簿，換發權利書狀，並視為已依土地法規定完成土地總登記。此後，其土地權利移轉、設定、變更或消滅者，應依法辦理變更登記，非經登記不生效力（土地法第 72 條、民法第 758 條參照）。准予登記之土地權利有五種，所有權為其中之一⁷。

土地總登記時，逾登記期限無人申請登記或經申請而逾期未補繳證明文件之土地，視為無主土地，應由該管市縣地政機關公告之，該項無主土地公告之期限共 2 年 6 月，至 38 年底結束⁸。惟依 62 年 3 月

⁵ 陳立夫，台灣光復初期土地總登記（權利憑證繳驗）問題之探討，頁 54。新學林出版，2007 年 7 月。

⁶ 同前註，頁 44 至 51。

⁷ 同前註，頁 54。

⁸ 「……（二）查土地總登記時，逾登記期限無人聲請登記或經聲請而逾期未補繳證明文件之土地，視為無主土地，應由該管市縣地政機關公告之，該項無主土地公告之期限依同法第 58 條規定不得少於 2 個月，並應依同法施行法第 15

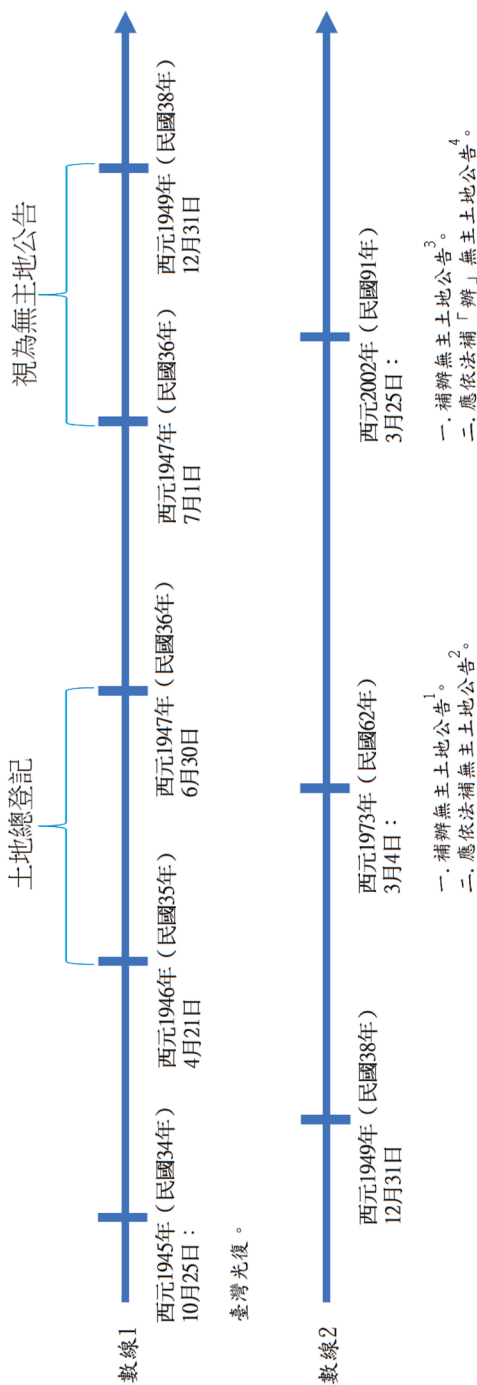
4日發布之「逾總登記期限無人申請登記之土地處理原則」規定，仍存在補辦無主土地公告之情形⁹。

條規定將公告期限呈報中央地政機關核定。又依鈞院 36 內字第 27039 號訓令規定，該項公告須延長至 2 年，嗣並經鈞院參捌穗四字第 4875 號代電核准臺灣省延長半年合計 2 年 6 個月，且在公告開始後 3 個月內無人補行申請登記，由該管市縣政府地政機關代管，公告期限屆滿仍無人申請登記應即為國有土地登記，……。」抄附行政院 51 年 3 月 23 日台 51 內字第 1745 號令，內政部 52 年 4 月 16 日台內地字第 105257 號函，要旨：無主土地收歸國有應由縣市地政機關辦理公告及代管。內政部地政司，土地法第 57 條解釋函。

⁹ 第四點第（三）、（四）款分別規定「日據時期土地台帳及不動產登記簿記載日人與國人共有之土地，應由該管縣市政府會同國有財產局切實調查單獨列冊，補辦無主土地公告，並由國有財產局就日人私有部分聯繫國人所有部分申辦登記」「日據時期土地台帳及不動產登記簿記載為國人私有者，亦應依法補辦無主土地公告，並於公告開始三個月後依法執行代管，代管期間無人申請，期滿即為國有登記，縣市政府執行代管情形應每半年報省府備查。」

土地登記制度時序

圖一



1 逾總登記期限無人申請登記之土地處理原則第4點第3款。
 2 逾總登記期限無人申請登記之土地處理原則第4點第4款。
 3 逾總登記期限無人申請登記土地處理原則第4點第3款。
 4 逾總登記期限無人申請登記土地處理原則第4點第4款。

（二）本件憲法審查衡量未盡周全

「憲法第十五條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第四〇〇號解釋參照）。立法機關對人民財產權之限制，如合於憲法第二十三條所定必要程度，並以法律定之或明確授權行政機關訂定法規命令者，即與上開憲法意旨無違，迭經本院解釋在案（本院釋字第三一三號、第四八八號、第六〇〇號解釋參照）。」（釋字第672號解釋參照）

依多數意見，人民受憲法第15條保障之財產權因逾土地總登記期限，致登記為國有，請求國家塗銷登記時，於訴訟中因系爭判例受到限制，爭議既因土地總登記之實施而起，即應就土地總登記為追求公益及執行公共任務部分一併衡酌。再者，本件審查標的雖非土地法第57條，惟土地總登記（第一次所有權登記）之法源即土地法第38條、第51條及第57條¹⁰等規定，本判決之效力形同就土地法等57條增設例外規定，則本件憲法審查即難完全迴避不論與土地總登記實施、執行相關之土地法第57條等規定，以判斷是否合於憲法第23條所定必要程度，並以法律定之或明確授權行政機關訂定法規命令，始符憲法第15條及第143條保障人民財產權之意旨及司法院釋字向來之見解。是以，

1、應衡量第一次所有權登記採全面強制登記之目的手段及正當性

按「辦理土地登記前，應先辦理地籍測量，其已依法辦理地籍

¹⁰ 第38條規定「辦理土地登記前，應先辦地籍測量；其已依法辦理地籍測量之地方，應即依本法規定辦理土地總登記。前項土地總登記，謂於一定期間內就市、縣土地之全部，為土地登記。」第51條「土地總登記，由土地所有權人於登記期限內，檢同證明文件聲請之。如係土地他項權利之登記，應由權利人及義務人共同聲請。前項聲請，得由代理人為之。但應附具委託書。」第57條「逾登記期限無人聲請登記之土地，或經聲請而逾限未補繳證明文件者，其土地視為無主土地，由該管市縣地政機關公告之；公告期滿無人提出異議，即為國有土地之登記。」

測量之地方，應即依本法規定辦理土地總登記」；「逾登記期限無人聲請登記之土地，或經聲請而逾未補繳證明文件者，……，其土地視為無主土地，由該管市縣地政機關公告之，公告期滿無人提出異議，即為國有土地之登記」；土地法第 38 條第 1 項及第 57 條分別定有明文。行政院訂定之「逾總登記期限無人申請登記之土地處理原則」第 1 點亦規定：「已完成無主土地公告及代管程序，並已登記為國有之土地，應不再受理主張權利與補辦登記」，足見我國土地登記係採取全面、強制登記制，藉以確立產籍真實，且為督促加速登記業務之進行，土地法對於開始辦理土地總登記（第一次所有權登記），定有除斥期間，逾期未聲請登記者，不必另為拋棄之意思表示，即視為無主土地，公告期滿無人提出異議，原權利人即喪失權利而為國有土地。

土地憑證繳驗（土地總登記）之施行，並無影響光復前原權利人已取得物權。原土地所有權人終至喪失土地所有權，乃基於土地法建構土地登記制度之規定採強制登記。因採全面強制登記制度，真正權利人須透過憑證繳驗程序取得中華民國主權所賦與之登記利益。是以在光復初期，不僅可能使未申報權利之日治時期有土地所有權之人產生喪失所有權效果，縱令光復後取得之土地所有權人，及自始即為中華民國統治之地區，逾期未申報登記之原土地所有權人，亦有產生失權效果之情事。綜合上述，土地法相關規定及強制登記之要求對財產權干預可否通過比例原則審查，不應略而不論。

2、應衡量我國與日本土地登記制度及效力之差異

我國與日本國家主權不同，日治時期之土地登記於臺灣光復後是否仍具公信力、公示力而得信賴沿用；或與真實脫節；其登記與我國有無不同，此攸關如本判決情形之日治時期土地所有權人是否應依吾國法令為第一次所有權登記，始無民法第 125 條消滅時效規定適用之判斷，權衡時不宜付之闕如。

臺灣於日據初期有關土地物權之設定、移轉及變更，係依民間習慣，僅憑當事人之意思表示一致即生效力，無庸以任何方法公示。嗣明治 38 年（民前 7 年）7 月 1 日臺灣土地登記規則施行起至大正

11年（民國11年）間，土地業主權（所有權）、典權、胎權（抵押權）、耕權（以耕作、畜牧及其他農業為目的之土地租賃）之設定、移轉、變更、處分等權利變動，非經登記不生效力。大正12年（民國12年）1月1日起，日本國施行之民法、不動產登記法，均施行於臺灣，同時廢止臺灣土地登記規則，不動產登記改依人民申請，當事人間合意訂立契約，即生物權變動效力，登記僅生對抗第三人之效力，致土地登記簿上之土地權利人有未必為真正權利人之情形。該時期依日本國法所為不動產登記之效力，與現行我國法關於土地登記之效力，全然不同¹¹。

再者，自日本民法及不動產登記法施行於臺灣後，因採任意登記主義結果，稅務機關不再負有異動通知義務，此後，土地登記簿與土地台帳¹²有關土地標示及權利所載內容已有日漸脫節之情事，土地台帳亦有失實之情事¹³。是為確實釐整地籍，全面強制登記以儘速確立產權，對於杜絕經界糾紛，保障人民產權之行使，推行土地政策，確立公、私土地財產及俾利政府施政建設的影響甚鉅，應認具重要之公益目的。

¹¹ 陳立夫，前揭文，頁34-42。

¹² 日治時期之舊慣時期之土地台帳，地政機關向認定是日本徵收地租之冊籍，其性質與土地所有權狀有別，並無登記之效力。「一、日據時代之土地台帳，無登記之效力。二、土地台帳為日本政府徵收地租（賦稅）之冊籍，為地稅管理機關所保管。三、日據時代不動產之登記，以土地登記簿為準，依照日本民法第176條及177條之規定，不動產物權之設定、移轉，當事人之意思表示一致，即發生效力，惟非經登記，不得對抗第三人。」（內政部70年4月20日台內地字第17330號函）「日據時期土地台帳為日本政府徵收地租（賦稅）之冊籍，由主管地租機關所保管，當時土地所有權人得繳納手續費請求發給土地台帳謄本，以作為查對地租之參考，來函所附土地台帳謄本，其性質核與土地登記機關所發給之土地所有權狀及土地登記簿之謄本尚屬有間。」另觀諸「逕總登記期限無人申請登記土地處理原則」第4點第1至4款均規定「日據時期土地臺帳及不動產登記簿記載……」（71年11月20日台內地字第125490號函）。此或可由「逕總登記期限無人申請登記土地處理原則」第4點第（一）至（四）規定以土地臺帳與不動產登記簿均有記載可參。

¹³ 陳立夫，前揭文，頁65-66。

日本與臺灣土地登記制度比較¹⁴

契據登記制 (法國、日本式)	綜合制 (我國兼採托倫斯登記制及權利登記制)
1. 形式審查	1. 實質審查
2. 無公信力	2. 有公信力
3. 任意登記	3. 土地強制建物任意登記
4. 人的編成	4. 物的編成
5. 登記對抗	5. 發給權利書狀
	6. 國家賠償
	7. 規定地價
	8. 登簿公開

¹⁴ 許文昌，土地登記體系，頁 9-15，元照出版，2023 年 6 月。

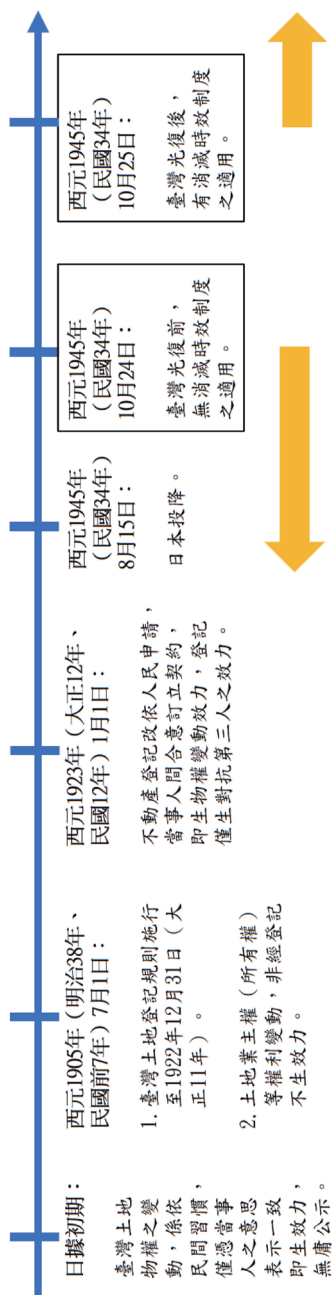
伍、本判決以時間即日治時期為區分標準，論理甚值斟酌

圖二

土地登記制度

或 2. 日治時期

1. 日治時期



按本判決以主張為日治時期（34 年 8 月 15 日或同年 10 月 25 日）土地所有權人為對象，即以 34 年 10 月 25 日光復日是否有土地所有權為有無消滅時效規定適用之劃分時點。然土地法第 57 條迄今有效，判決中所列因戰事流離他所，人民未通曉中文、不諳法令、憑證遺失、社會資訊、教育尚非發達等情形，在 35 年臺灣光復後之翌日、數月、甚至相當期間之後仍可能存續，則對於在臺灣光復後，無論在辦理土地總登記期之前（如光復日）或登記期間（如 36 年 4 月二二八事件期間），甚至土地總登記結束後之視為無主地公告期間（如 36 年 8 月），取得土地所有權卻逾期未辦理土地總登記，致土地登記為國有且持續至今，如主張有本判決相同情形之土地所有權人，卻有消滅時效之適用，益證本件判決論理不合理之處。

陸、本件屬法律見解問題，應由法院依個案情形判決

請求權消滅時效制度之目的在於督促權利人儘速行使權利，俾使法律狀態早日安定，避免因權利義務長期懸而未決，妨害法律安定，且可避免案件因舉證困難造成困擾。土地總登記確有諸多問題待解決，惟本件判決中所列當時時空背景之主要理由，於 15 年消滅時效完成前或不復存在，實務存在較多為歷時久遠，權利人舉證困難之問題；其次，依本件判決，使土地法第 57 條登記為國有土地者，因所有權未確定，國家永遠須面對主張為日治時期土地所有權人請求塗銷登記之不確定性，有損法律秩序安定性，難認符合公共利益。

為落實我國法登記始生效力之制度，且為避免日治時期之登記可能發生登記錯誤、遺漏或虛偽而損及真正權利人權益與地政機關損害賠償責任，於臺灣光復後，土地所有權人應依我國土地法相關法令規定，踐行繳驗土地權利憑證，經審查公告無異議後換發土地權利書狀，並編造土地登記總簿，確定其產權程序之後，該土地始為已登記之不動產，而無消滅時效規定之適用。

至於就土地於登記為國有前，有無踐行正當法律程序，如土地權利憑證繳驗之申報、審查與公告確認權利歸屬等，於時間、方式、宣導、通知等是否符合正當法律程序之問題；國家行使消滅時效抗辯是

否有違誠信原則或有權利濫用情形，俱屬具體個案事實認定問題，實務判決不乏多見¹⁵。

¹⁵ 112年12月26日最高法院112年度台上字第1405號請求確認土地所有權事件新聞稿，「消滅時效既然與怠於權利行使有關，故民法第128條規定：『消滅時效，自請求權可行使時起算』，……或有其他特別情事，因其權利之行使，將致權益顯然失衡，此時即得依誠信原則，義務人不得於一定期間內以罹於時效作為對抗權利人之抗辯，藉以平衡消滅時效制度之適當性與公益性。……」判決內容尚未公告；最高法院112年度台上字第398號「按人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制，為憲法第143條第1項所明定。國家機關限制、剝奪人民之財產權，所依據之程序須以法律規定，且此法律規定之程序及實體內容，均須具備實質正當性，此乃法治國家對於人民應盡之義務，亦係國家與人民關係之基本原則，是為正當法律程序要求。又是否行使時效抗辯權，雖為債務人之權利，惟依民法第148條第2項規定，其行使權利，仍應依誠實及信用方法，如有違反，即為權利之不法行使，而應予以禁止。」；最高法院107年度台上字第267號判決意旨「按時效制度之設，其一在尊重久已存續之客觀事實狀態，以維持社會秩序及交易安全，維護法律關係安定及平和。其二為避免因時間久遠，證據湮沒散失，造成舉證困難，且權利上睡眠者，法律不予保護，亦非過當。在取得時效，側重前者；於消滅時效，則以後者為重。準此，消滅時效之抗辯，固屬債務人之權利，惟稽之消滅時效制度設立之目的，倘債務人對債權人之未能行使權利有可責難之事由，參照債務人行為的內容與結果、債權人與債務人間社經地位、能力及該案各種事實關係等，足認債務人時效抗辯權之行使有悖誠信原則或公平正義，不容許行使時效抗辯並未顯著違反時效制度之目的時，應解為債務人為時效抗辯係屬權利濫用。」

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
關鍵詞檢索表

判決號次 公布日期	相關法令	關鍵詞
11 (112.07.28)	中華民國憲法第 1 條、第 2 條、第 7 條、第 17 條、第 23 條、第 129 條至第 132 條 司法院釋字第 602 號、第 721 號、第 748 號、第 760 號、第 792 號、第 804 號解釋 憲法法庭 112 年憲判字第 5 號、第 9 號判決 公職人員選舉罷免法第 4 條第 1 項、第 2 項、第 15 條第 1 項及第 24 條第 1 項規定 戶籍法第 16 條、第 17 條、第 23 條、第 76 條規定 刑法第 25 條規定	參政權、選舉權、平等權、民主原則、比例原則、法律明確性、刑罰明確性、犯罪構成要件、不確定法律概念、詐術、非法之方法、投票結果、選舉、選舉人資格、取得投票權、實質代表性、虛偽遷徙戶籍、繼續居住、實際居住、工作地、未遂犯
12 (112.08.04)	中華民國憲法第 8 條、第 16 條 司法院釋字第 789 號解釋 刑事訴訟法第 159 條第 1 項	人身自由、訴訟權、正當法律程序、受法院公平審判之權利、防禦權、防禦權補償、刑事訴訟、未到庭證人、審判外陳述、警詢陳述、對質詰問、憑信性、具有可信之特別情況、發現真實、被告有罪之唯一或主要證據
13 (112.08.11)	中華民國憲法第 8 條、第 23 條 司法院釋字第 371 號、第 476 號、第 544 號、第 551 號、第 572 號、第 590 號、第 646 號、第 669 號、第 775 號、第 790 號、第 804 號解釋 刑法第 59 條及第 65 條第 2 項 毒品危害防制條例第 1 條、第 2 條、第 8 條及第 11 條 轉讓毒品加重其刑之數量標準	販賣第一級毒品、罪刑相當原則、情輕法重、情節極為輕微、顯可憫恕、最低法定刑、過度僵化、變更解釋、人身自由、比例原則

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

	憲法訴訟法第 55 條、第 57 條、第 59 條、第 90 條第 1 項、第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款	
14 (112.08.14)	中華民國憲法第 16 條 憲法訴訟法第 19 條第 1 項、第 21 條第 1 項但書、第 59 條第 1 項、第 90 條第 1 項、第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 刑事訴訟法第 17 條、第 18 條第 2 款、第 369 條第 1 項、第 420 條、第 435 條、第 436 條、第 441 條、第 447 條 行政訴訟法第 19 條第 5 款及第 6 款 法院組織法第 78 條、第 79 條 司法院釋字第 256 號、第 665 號、第 761 號解釋	法官迴避、更二連身、重大連身、隧道視野效應、預斷風險、公正審判、法定法官原則、審級救濟利益、訴訟權之核心保障、隨機分案、指定分案
15 (112.09.28)	中華民國憲法第 15 條、第 18 條、第 23 條 憲法訴訟法第 91 條第 1 項 (112.06.21) 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 (82.02.03) 公務人員保障法第 19 條、第 21 條第 2 項及第 3 項 (82.02.03) 保險法第 13 條第 2 項 (111.11.30) 職業安全衛生法第 1 條 (108.05.15) 公務人員安全及衛生防護辦法第 23 條 (103.01.07) 公務人員執行職務意外傷亡慰問金發給辦法第 2 條、第 3 條、第 4 條 (107.06.27) 公教員工因執行職務遭受危險事故致殘廢死亡發給慰問金實施要點 (83.09.07)	人民服公職權保障、公法上職務關係、公務人員執行職務致傷病、公務人員職業安全保障、因公傷亡、受傷慰問金、國家對公務人員之照顧義務、執行職務致意外受傷、失能或死亡、意外、照護義務、照顧義務、增加法律所無之限制、慰問金、職災補償、職業災害、職業災害補償

	臺北市政府所屬員工因公傷亡慰問金發給要點第1條、第3條（86.06.06） 公教員工因執行職務冒險犯難或執行危險職務致殘廢死亡發給慰問金要點（86.09.25） 公教員工因公傷殘死亡慰問金發給辦法（90.07.02） 公務人員因公傷亡慰問金發給辦法（92.05.28） 司法院釋字第483號、第575號、第605號、第658號解釋	
16 （112.10.27）	中華民國憲法第7條、第15條、第23條、第153條第1項 憲法增修條文第10條第3項 司法院釋字第578號解釋 憲法訴訟法第90條第1項 司法院大法官審理案件法第5條第2項 勞動基準法第53條、第54條第1項第1款、第55條第3項、第56條第1項、第4項、第7項 勞工退休金條例第8條、第13條第1項 勞動基準法施行細則第29條 勞工退休準備金提撥及管理辦法第2條、第3條、第7條 勞工退休準備金提撥及管理辦法第2條、第3條（74.07.01訂定發布） 營利事業所得稅查核準則第71條第8款第4目 財政部104年11月10日台財稅字第10400608350號令（已廢止） 財政部106年5月17日台財稅字第10604006020號令（已廢止）	比例原則、平等原則、合理關聯性、財產權、責任準備制、勞工退休金、勞工退休準備金、勞工退休準備金專戶、勞退舊制、勞動基準法、勞動條件

附錄：關係法令及關鍵詞檢索表

17 (112.11.03)	中華民國憲法第 7 條、第 11 條、第 15 條、第 23 條 司法院釋字第 414 號、第 577 號、第 794 號解釋 醫療法第 9 條、第 10 條第 2 項、第 85 條第 1 項、第 87 條第 2 項 (112.06.28) 與第 59 條 (75.11.24 制定公布) 醫師法第 8 之 2 條但書 (111.06.22)、第 17 條 (32.08.28 制定公布)、第 18 條 (56.06.02 修正公布；64.09.11 施行)、(75.12.26 修正公布；76.12.21 施行)	比例原則、言論自由、病患自主權、國民健康、職業自由、醫療廣告
18 (112.11.17)	中華民國憲法第 7 條、第 17 條 公職人員選舉罷免法第 57 條第 5 項、第 9 項、第 69 條第 1 項	選舉權、被選舉權、平等權、選舉公正性、重新計票
19 (112.12.07)	中華民國憲法第 7 條、第 142 條、第 143 條 憲法訴訟法第 32 條第 1 項、第 59 條、第 90 條第 1 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 司法院釋字第 593 號、第 745 號、第 764 號、第 781 號、第 782 號、第 783 號解釋 憲法法庭 112 年憲判字第 10 號判決 土地稅法第 6 條、第 14 條 平均地權條例第 25 條 建築法第 11 條、第 31 條第 4 款、第 42 條 土地稅減免規則第 1 條、第 9 條 建築技術規則建築設計施工編第 1 條第 38 款、第 2 條 內政部營建署 95 年 6 月 30 日營署建管字第 0952910416 號函、內政部 106 年 3 月 28 日內授營建管字第 1060804569 號函	平等權、地價稅、土地稅減免規則、建築基地、法定空地、私設通路、無償供公眾通行

20 (112.12.29)	中華民國憲法第 15 條、第 143 條第 1 項 憲法訴訟法第 90 條第 1 項、第 2 項前段及第 3 項 司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款 司法院釋字第 107 號、第 154 號、第 374 號、第 503 號、第 582 號、第 709 號、第 763 號、第 771 號、第 776 號、第 784 號、第 792 號、第 795 號解釋 司法院院字第 1919 號、第 1956 號解釋 民法第 125 條、第 144 條、第 148 條、第 758 條第 1 項、第 759 條、第 759 條之 1、第 767 條第 1 項 法院組織法第 57 條第 1 項、第 2 項 最高法院 40 年台上字第 1892 號民事判決先例	日治時期、台帳、土地總登記、國有登記、塗銷登記、消滅時效、時效抗辯、最高法院 70 年台上字第 311 號民事判決先例、司法院釋字第 107 號解釋

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(Ⅱ)

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