

憲法法庭112年判決彙編
暨重要裁定選編（Ⅲ）

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 (III)

目 次

憲法法庭 112 年判決彙編

重要裁定選編 (實體裁定)

| | |
|----------------------|---|
| 112 年憲暫裁字第 1 號 | 1 |
|----------------------|---|

重要裁定選編 (程序裁定)

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

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

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

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

洋大法官 加入 352

備註

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

憲法法庭裁定

112 年憲暫裁字第 1 號

聲 請 人 葉高潔

訴訟代理人 詹順貴律師

林安冬律師

相 對 人 新竹縣選舉委員會

代 表 人 陳季媛

上開聲請人為重新計票事件，聲請裁判及法規範憲法審查，本庭依職權裁定如下：

主 文

中華民國 111 年新竹縣鄉民代表選舉新豐鄉第 4 選舉區全部投票所之選舉人名冊及選舉票，應延長保管至本件暫時處分裁定失其效力時。 1

理 由

- 一、按聲請案件繫屬中，憲法法庭為避免憲法所保障之權利或公益遭受難以回復之重大損害，且有急迫必要性，而無其他手段可資防免時，得依職權就案件相關之爭議、法規範之適用或原因案件裁判之執行等事項，為暫時處分之裁定，憲法訴訟法第 43 條第 1 項定有明文。 1
- 二、查本件聲請人認臺灣高等法院 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 項前段規定抵觸憲法，聲請本庭為宣告違憲之判決，業經本庭受理在案。鑑於本案涉及選舉候選人聲請法院重新計票之爭議，為避免憲法所保障之相關權利或公益遭受難以回復之重大損害，有保全本件原因案件所涉選舉區投票所之選舉人名冊及選舉票之迫切必要性，而公職人員選舉票及選舉人名冊，應由各縣（市）選舉委員會依法保管（公職人員選舉罷免法第 57 條第 6 項規定參照），本庭爰以新竹縣選舉委員會為相對人，作成暫時處分裁定如主文。 2

憲法法庭裁定

112 年審裁字第 1 號

聲 請 人 蔡德欽

上列聲請人因請求損害賠償事件，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

一、聲請人主張略以：臺灣屏東地方法院以中華民國 109 年 1 月 17 日 108 年度家續更一字第 1 號民事裁定（下稱補繳裁判費裁定）命聲請人繳納裁判費，聲請人認依民事訴訟法第 77 條之 16 第 1 項規定，應免徵裁判費，爰就補繳裁判費裁定提起抗告，惟仍同時繳納該裁判費。嗣臺灣屏東地方法院以 109 年 2 月 18 日同字號民事裁定廢棄補繳裁判費裁定，並於 109 年 3 月 25 日函知聲請人領回已繳納之裁判費；惟聲請人慮及如收受退回之裁判費，後續可能有上訴不合法而遭駁回之風險而未收受。聲請人認補繳裁判費裁定對其造成損害，對臺灣屏東地方法院等提起損害賠償之訴，請求其賠償聲請人已支付之裁判費、法定遲延利息及對補繳裁判費裁定提起抗告之抗告費。臺灣屏東地方法院以 109 年屏國簡字第 3 號簡易民事判決駁回聲請人之訴，聲請人上訴後經同院 110 年度國簡上字第 1 號民事判決（下稱確定終局判決）以無理由駁回而確定。聲請人認確定終局判決所適用之國家賠償法第 13 條規定（下稱系爭規定）違憲，於 110 年 12 月間聲請解釋，經憲法法庭 111 年憲裁字第 21 號裁定認其既得領回裁判費，則並未因確定終局判決受有憲法權利侵害而不受理其聲請。聲請人認即便其得領回裁判費，但其仍有財產之損失，包括對補繳裁判費裁定提起抗告而支出之抗告費，以及自繳納裁判費之日起至得領回該裁判費之日之利息損失，故再向憲法法庭聲請法規範違憲審查，請求宣告系爭規定違憲等語。

壹、緣由

聲請人因與訴外人遺產分割請求繼續審判事件，經臺灣屏東地方法院（下稱屏東地院）審理後，承審法官（下稱承審法官）以108年度家續更一字第1號民事判決（下稱更一判決），認聲請人之請求無理由予以駁回。聲請人不服提起上訴，承審法官於109年1月17日以該院108年度家續更一字第1號民事裁定（下稱系爭補繳裁判費裁定）命聲請人補繳第二審裁判費新台幣20萬4,912元。聲請人不服，提起抗告，但仍先補繳上開裁判費。嗣屏東地院以109年2月18日同字號民事裁定廢棄補繳裁判費裁定，並於109年3月25日函知聲請人領回已繳納之裁判費。然聲請人慮及如收受退回之裁判費，可能有上訴不合法而遭駁回之風險，乃未予領回。

聲請人認系爭補繳裁判費裁定造成其受有損害，遂訴請判令屏東地院及承審法官賠償聲請人已支付之裁判費、法定遲延利息及對補繳裁判費裁定提起抗告之抗告費。屏東地院以109年屏國簡字第3號簡易民事判決駁回聲請人之訴，聲請人上訴後經同院110年度國簡上字第1號民事判決（下稱確定終局判決）以無理由駁回而告確定。

聲請人認確定終局判決所適用之國家賠償法第13條規定（下稱系爭規定），有牴觸憲法第15條、第16條及第24條等之疑義，乃依憲法訴訟法第59條第1項聲請法規範憲法審查。

貳、不受理決議

本件聲請經憲法法庭112年1月3日審裁字第1號裁定以「聲請人雖主張其蒙受抗告費及利息損失，惟查確定終局判決已就抗告費及利息損失是否符合損害賠償要件為審酌，並係認其均不符損害賠償要件：（一）就抗告費部分，確定終局判決認補繳裁判費裁定關於補繳裁判費部分，屬於訴訟程序中進行之裁定，依法不得抗告，且補繳裁判費裁定亦已為相同之教示，聲請人對該裁定所為之抗告，實係不合法，聲請人縱因繳納抗告費而受有損害，也與補繳裁判費裁定不具

相當因果關係；（二）就利息部分，確定終局判決認利息以有損害為前提，聲請人既可領回裁判費，並無損害，自不得請求利息」為由，認本件聲請「核屬法院認事用法之爭議，與系爭規定是否違憲無涉」，不符司法院大法官審理案件法（大審法）第 5 條第 1 項第 2 款之規定，不予受理。

參、本席意見

本席支持不受理本件聲請之結論，但認為理由部分仍有說明必要，爰提出本協同意見。

查本件確定終局判決，係經審查系爭規定及民法第 186 條規定後，始駁回聲請人請求損害賠償之訴。

關於系爭規定部分，確定終局判決略以：聲請人就承審法官「因其所為系爭補費裁定行為，犯職務上之罪，業經判決有罪確定之事實，迄未提出任何證據加以證明」為由，認聲請人之訴尚不符系爭規定所定之要件。

至於民法第 186 條規定部分，確定終局判決則以承審法官並無該條第 1 項前段所稱之「故意」，且聲請人就承審法官過失所致損害，本有救濟方法卻不予除去，是依同條第 2 項規定，認聲請人不得請求承審法官負賠償責任。

申言之，依民事訴訟法第 77 條之 16 第 1 項中段規定，發回或發交更審再行上訴者，免徵裁判費。因此，聲請人對於更一判決提起上訴時，承審法官不應命聲請人繳納裁判費¹，故其裁定聲請人應補繳裁判費，自屬疏失。惟承審法官於聲請人抗告後，旋自為裁定廢棄補繳裁判費裁定，並由屏東地院發函通知聲請人領回其所繳納之裁判費，足見承審法官裁定命聲請人繳納裁判費，並非故意違背職務，僅屬過失²。而聲請人本得依民事訴訟法第 77 條之 26 規定聲請返還裁判費，以除去其損害，屏東地院且已發函通知聲請人領回該筆款項，

¹ 確定終局判決事實及理由六（二）2(1) 參照。

² 確定終局判決事實及理由六（二）1 參照。

聲請人卻拒絕領回，是依民法第 186 條第 2 項規定，承審法官無須負賠償責任³。

綜上所述，承審法官命聲請人補繳裁判費，固屬違反民事訴訟法第 77 條之 16 第 1 項中段規定，而有疏失，但確定終局判決駁回聲請人請求承審法官賠償損害之訴，主要係因適用民法第 186 條所致。從而，不論系爭規定（國家賠償法第 13 條）是否違憲，對聲請人損害賠償之訴被駁回，均不生影響。是系爭規定之合憲與否，尚難認已構成確定終局判決之基礎；至該規定是否違憲，則非憲法法庭本號裁定所問。

³ 確定終局判決事實及理由六（二）2(1) 參照。

112 年審裁字第 1 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

112 年審裁字第 37 號

聲 請 人 廖煥杰

訴訟代理人 張淵森律師

上列聲請人為國家賠償事件，聲請裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：臺灣士林地方法院 109 年度國簡上字第 2 號民事判決（下稱確定終局判決），錯誤理解教師法第 31 條第 1 項第 6 款規定（下稱系爭規定）所示教師專業自主權之內涵，而肯認教師對聲請人安排特別座位之不當行為，核已侵害聲請人受憲法第 21 條保障之教育基本權及第 22 條之人格權，爰聲請裁判憲法審查等語。 1
- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又聲請憲法法庭裁判，應以聲請書記載憲法訴訟法規定之應記載事項，而聲請裁判憲法審查之聲請書應記載聲請判決之理由；聲請書未表明聲請裁判之理由者，毋庸命其補正，審查庭得以一致決裁定不受理。憲法訴訟法第 59 條第 1 項、第 15 條第 1 項、第 60 條第 6 款及第 15 條第 3 項分別定有明文。 2
- 三、核聲請意旨所陳，僅係對原確定終局判決認事用法之爭執，尚難認聲請人已於客觀上具體指摘確定終局判決適用系爭規定究有何牴觸憲法之處，核屬未表明聲請裁判理由之情形。 3
- 四、綜上，本件聲請與上開規定不符，爰依憲法訴訟法第 15 條第 3 項規定，以一致決裁定不受理。 4

中 華 民 國 112 年 1 月 5 日

憲法法庭第三審查庭

審判長大法官

黃虹霞

112 年審裁字第 37 號

大法官 詹森林

大法官 楊惠欽

以上正本證明與原本無異。

書記官

孫國慧

中 華 民 國 112 年 1 月 6 日

程序
裁定

壹、緣由

聲請人主張略稱：「伊就讀市立甲高級中學（下稱甲高中）國中部期間，班級導師固定於每次段考調整全班同學教室座位，唯獨伊自民國 104 年 12 月起至 105 年 6 月止，坐在緊鄰講桌右側之特別座位。伊及伊母數次向班級導師表示欲更換座位，在教室尚有其他空位情形下，班級導師仍置之不理。因該特別座位緊靠講桌、接近黑板，使伊視線上受到講桌、授課老師等阻隔，而無法看到完整的黑板內容。該座位又因靠近教室門口，其他同學進出要跨越伊之座位，嚴重影響伊學習權與受教育權，另該座位通常安排給上課吵鬧、違反秩序學生，屬『特殊座位』，因伊長期坐於系爭座位，無法與同學正常互動，致遭同學排擠與霸凌。伊因此無法承受巨大之壓力，白血病復發，於 105 年 11 月 28 日至 106 年 1 月 18 日間住院治療，嗣又因急性心身症發作致無法言語暨意識障礙，於 106 年 6 月 20 日至 106 年 6 月 26 日再度住院治療。」

聲請人認其班級導師上開所為，顯然違反教育基本法第 4 條、第 8 條第 2 項、修正前教師法第 17 條第 1 項第 2 款、第 4 款、聯合國兒童權利公約第 28 條第 2 項、第 37 條 (a) 款規定，不法侵害其學習權、受教育權、人格發展權、身體健康權、不受霸凌之權利，乃依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定，訴請甲高中負損害賠償責任。本件訴訟先經乙地方法院簡易庭判決甲高中應負賠償責任；甲高中提起上訴，乙地方法院廢棄第一審判決，並駁回聲請人之訴（下稱確定終局判決），本案因不得上訴而告確定。

確定終局判決就聲請人長期被安排坐在講桌旁之特別座位上，認係教師基於教學專業考量所為之決定。聲請人遂主張確定終局判決對教育基本權及教師法第 31 條第 1 項第 6 款（即修正前教師法第 16 條第 1 項第 6 款）規定所示之教師專業自主權有錯誤之理解，致有侵害聲請人受憲法第 21 條所保障之教育基本權及第 22 條之人格權之

虞，乃向本庭聲請裁判憲法審查。

貳、不受理決議

本件聲請經憲法法庭 112 年 1 月 4 日審裁字第 37 號裁定以「核聲請意旨所陳，僅係對原確定終局判決認事用法之爭執，尚難認聲請人已於客觀上具體指摘確定終局判決適用系爭規定究有何抵觸憲法之處，核屬未表明聲請裁判理由之情形」，依憲法訴訟法第 15 條第 3 項規定，不予受理。

參、本席意見

本席支持本件裁定之結論，惟認理由部分仍有略為說明之必要，爰提出協同意見。

按確定終局判決就聲請人被安排於特別座位，何以係為教師出於教學專業考量所為，而未侵害聲請人之學習權、受教權及人格權，以近 6 頁之篇幅，並分為 6 大點予以說明。就此，確定終局判決於審酌各項證據，即準備程序期日證述、調查報告書、校方輔導紀錄等後，始確認聲請人之班級導師將聲請人安排於該特別座位，係考量聲請人之視力狀況，並為使班級導師可就近觀察及協助、保護聲請人及更加融入其班級之目的，而無任何懲罰性質與標籤化之效應。

另就班級導師未依聲請人及其母親之請求，更換座位，確定終局判決亦於審酌各項證據後認：聲請人並非因視力回復正常而要求更換座位，主要原因在於其與同學間有所誤解，因此班級導師於聲請人提及更換座位時，曾進行適度彈性調整，了解問題源由，始認在聲請人視力狀況未改善前，並不適合貿然依聲請人或其母要求逕行更換座位，遑論更換座位尚須整體考量聲請人與其他學生之身心健康及學習狀況、相處情形，且為兼顧不因此增加聲請人與同學間之矛盾，班級導師係經多方衡量後，始基於教學專業自主而未予更換座位，故就此座位之安排，並非出於孤立聲請人而為，亦無違反常理，尚難謂班級導師不予更換座位之行為，已有侵害聲請人之學習權、受教育權及人格發展權等。

鑑於確定終局判決就班級導師何以安排聲請人坐於系爭座位且

未依聲請人之請求而為更換，已有詳盡之論述，尚無從認定確定終局判決有聲請人所指誤解法律情事，亦難謂有應審酌基本權之重要事項而漏未審酌之情形。準此，本件聲請實難受理。

112 年審裁字第 37 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 2 號

聲請人 楊靜芬（兼楊靜芳、楊智萍、楊朝明之被選定當事人）
上列聲請人因退還稅款事件，聲請法規範憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人意旨略謂：聲請人等認臺中高等行政法院 110 年度簡上字第 17 號判決（下稱確定終局判決），所適用之遺產及贈與稅法施行細則第 6 條規定（下稱系爭規定），有違反憲法第 15 條財產權、第 19 條租稅法律主義、法律保留原則及量能課稅原則等疑義，爰聲請法規範憲法審查。 1
- 二、按人民所受之確定終局裁判於憲法訴訟法（下稱憲訴法）修正施行前已送達者，得於中華民國 111 年 1 月 4 日憲訴法修正施行日起算 6 個月內，聲請法規範憲法審查；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。又聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲訴法第 92 條第 2 項、第 90 條第 1 項及第 32 條第 1 項分別定有明文。再按人民、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，發生有抵觸憲法之疑義者，始得為之，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。 2
- 三、經查，本件確定終局判決於憲法訴訟法修正施行前送達，揆諸上開規定，其聲請法規範審查案件受理與否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定。核聲請意旨僅係就系爭規定應如何解釋適用，而爭執確定終局判決之認事用法是否得當，尚難謂已於客觀上具體敘明系爭規定究有何抵觸前揭憲法規定之處。是本件聲請，與上開規定不合，應不受理。 3

中 華 民 國 112 年 1 月 13 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鑾
 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

程序裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：謝大法官銘洋提出，蔡大法官明誠、黃大法官瑞明、呂大法官太郎加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 林廷佳

中 華 民 國 112 年 1 月 13 日

不同意見書

謝銘洋大法官 提出
 蔡明誠大法官 加入
 黃瑞明大法官 加入
 呂太郎大法官 加入

本件為遺產稅事件。聲請人因其母於過世前兩年內在法定免稅額範圍內所為之贈與，被視為遺產併入遺產總額課稅，認為臺中高等行政法院 110 年度簡上字第 17 號判決（下稱確定終局判決），所適用之遺產及贈與稅法施行細則第 6 條（下稱系爭規定）規定，有違反憲法第 15 條財產權、第 19 條租稅法律主義、法律保留原則及量能課稅原則等規定之疑義，聲請法規範憲法審查。本件經憲法法庭審理後，認為聲請人並未具體指摘確定終局判決所適用之系爭規定有何牴觸憲法之疑義，僅在爭執法院認事用法之當否，因而裁定不受理。對於本件認為應不受理的多數大法官意見，本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、相關規定

➤ 系爭規定：遺產及贈與稅法施行細則第 6 條

本法第 11 條第 2 項所稱被繼承人死亡前 2 年內贈與之財產，應包括該 2 年內依本法第 22 條規定免稅贈與之財產。

➤ 本件除系爭規定外，尚涉及遺產及贈與稅法（下稱遺贈稅法）下列規定：

→ 第 11 條第 2 項：「被繼承人死亡前 2 年內贈與之財產，依第 15 條之規定併入遺產課徵遺產稅者，應將已納之贈與稅與土地增值稅連同按郵政儲金匯業局 1 年期定期存款利率計算之利息，自應納遺產稅額內扣抵。但扣抵額不得超過贈與財產併計遺產總額後增加之應納稅額。」

→ 第 15 條第 1 項：「被繼承人死亡前 2 年內贈與下列個人之財產，應於被繼承人死亡時，視為被繼承人之遺產，併入其遺產總額，依本法規定徵稅：一、被繼承人之配偶。二、被繼承人依民

法第 1138 條及第 1140 條規定之各順序繼承人。三、前款各順序繼承人之配偶。」

→ 第 22 條：「贈與稅納稅義務人，每年得自贈與總額中減除免稅額 220 萬元。」

二、生前贈與納入遺產課稅的規範目的

現行遺贈稅法第 15 條，依財政部的說明^註，早在 1946 年制定遺產稅法時，有鑑於「歷年徵收情況不理想，平均社會財富之政策效果亦不顯著，原因之一係遺產稅僅對被繼承人死亡時所遺財產課稅，爰生前親屬間長期有計劃之財產贈與，或死亡前數年之變相贈與，遂成為逃避遺產稅之合法手段」，因此納入「防止死亡預謀條款」，原本為「被繼承人死亡前 5 年內分析或贈與之財產應視為遺產之一部份，一律徵稅」（第 8 條）；1952 年修正為「……分析或贈與繼承人之財產……」（第 13 條）；1973 年修正為「被繼承人死亡前 3 年內贈與下列個人之財產，應於被繼承人死亡時，視為被繼承人之遺產，併入其遺產總額，依本法規定徵稅：一、被繼承人之配偶。二、被繼承人依民法第 1138 條及第 1140 條規定之各順序繼承人。三、前款各順序繼承人之配偶。」（第 15 條）「……上述防止死亡預謀條款續予維持，俾對單純為死亡預謀規避遺產稅所為之無償移轉財產，有所抑制」，並於第 11 條第 2 項規定已經繳納之贈與稅連同利息，應自應納遺產稅額內扣抵；同年 9 月 5 日發布遺贈稅法施行細則，「為利稽徵實務」於第 6 條增加系爭規定，其立法說明載明：「被繼承人死亡前 3 年內贈與之財產，包括該 3 年內已稅之贈與財產外，尚應包括在該 3 年內依本法第 22 條規定免稅贈與之財產在內，否則被繼承人仍可藉該項免稅贈與規避遺產稅。」嗣後 1998 年修法，新增所繳之土地增值稅可扣抵遺產稅額規定，並限縮生前贈與視為遺產之年數為 2 年。

^註 以下有關遺贈稅法修法過程與理由，參照財政部函覆憲法法庭，發文字號：111 年 11 月 17 日台財稅字第 11100082790 號函。

三、死亡前2年內之贈與一律「視為」遺產併入遺產課稅，是否符合比例原則，不無疑問

由上述立法與修法過程，可知生前所為的贈與納入遺產課稅，其立法目的主要是避免被繼承人可藉贈與而規避遺產稅，此乃其被稱之為「防止死亡預謀條款」之原因。然而是否所有被繼承人於死亡前兩年內所為之贈與，均係為防止死亡而為之「預謀」，不無疑問，特別是為扶養親屬所為的贈與，而贈與人卻因意外或生病突然過世，其顯然並非欲藉贈與規避遺產稅，然而在遺贈稅法第15條第1項規定下，其死亡前2年內的贈與均一律被視為遺產，併入遺產總額課徵遺產稅。縱使原規範目的正當，然而所採取的手段卻是將2年內的贈與毫無例外地一律「視為」被繼承人之遺產，而不容許舉反證推翻，似有過當，已經超出其原本想要防止弊端的目的，而將原屬正當的贈與行為，一律視為是預謀規避遺產稅的行為，是否與憲法第23條之比例原則無違，實不無疑問。

四、系爭規定是否符合比例原則，亦有待斟酌

同樣的，目前遺贈稅法第22條規定贈與人每年享有220萬元的免稅額，基本上是肯認贈與人在220萬元範圍內所為的財產分配係屬法律容許的正當行為。然而系爭規定在無法律明文授權之情形下，卻將贈與人死亡前2年內在免稅範圍內所為的合法贈與，直接當成是企圖規避遺產稅的不正當行為，一律視為遺產併入遺產總額課稅，是否符合歷來大法官解釋所闡釋的租稅法律主義？其手段是否過當？手段與目的之間，是否符合比例原則之要求？均不無斟酌之餘地。

更何況在受贈人與繼承人並非一致之情形，例如被繼承人於生前2年內在免稅額內贈與遺贈稅法第15條第1項所規定的某特定親屬，而該親屬因繼承順位在後，實際上並無繼承權，然而被繼承人死後該筆贈與卻被納入遺產課徵遺產稅，將導致受贈人獲利，而繼承人必須承擔納稅義務的不公平現象。

五、結語

遺贈稅法第15條第1項的「防止死亡預謀條款」，其目的在於

避免利用生前贈與逃避遺產稅，固有其考量，然而並非所有的生前贈與目的都在於逃避遺產稅，該規定基於稽徵方便而將其一律視為遺產課稅，甚至完全不容許正當的贈與有舉反證推翻的機會，其手段是否過當，是否與比例原則無違，原本就非無疑義。而系爭規定在欠缺法律明文授權的情形下，進一步採取更嚴格之手段，將免稅額內之贈與亦一律當成是在於逃避遺產稅而納入遺產總額課稅，是否符合比例原則，亦非無探究之餘地。且遺產稅向來被認為是一具有強烈社會政策目的的稅捐，其與國家課與人民稅捐負擔之以依量能平等負擔原則為主要衡量基準間，二者如何權衡之問題；亦即遺產稅究竟屬租稅特別負擔，或者應如何設計以符合稅法上之量能負擔平等原則，均涉及人民憲法權利之論述，甚有進一步討論價值，是以本席認為本件具有憲法重要性，應予受理。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 4 號

聲 請 人 臺北高等行政法院第二庭

上列聲請人為審理臺北高等行政法院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，聲請解釋憲法。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請意旨略謂：聲請人因審理臺北高等行政法院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認應適用之戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條出生登記規定及第 21 條、第 46 條變更登記規定（下合稱系爭規定），就有關性別認定事項完全未為規定，主管機關內政部為解決立法不作為之現象，以內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭令）要求應檢附經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男（女）性性器官之手術完成診斷書，始能辦理性別變更登記，有牴觸憲法第 15 條、第 22 條、第 23 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項規定之疑義，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋聲請解釋。 1
- 二、按憲法訴訟法修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。次按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭 2

法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。

三、查本件聲請人係於中華民國 110 年 12 月 7 日聲請解釋憲法，受理與否據上開規定所示，應依司法院解釋所定之聲請要件審酌之。核聲請意旨所陳，就系爭規定部分，聲請人尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之論證或具體理由；就系爭令部分，司法院釋字第 216 號解釋釋示：「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束……」聲請人既自承，系爭令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形（聲請書第 3 頁及第 18 頁參照），自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地。是本件聲請，核與前揭司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，爰裁定不予受理。

中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡烱燉 | 黃虹霞 | 吳陳鑾 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 許大法官宗力、蔡大法官烱燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、 | 謝大法官銘洋 |

| | |
|---------------------------------|--|
| 黃大法官昭元、呂大法官太郎、 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍 | |
|---------------------------------|--|

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出。

詹大法官森林提出。

不同意見書：謝大法官銘洋提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

戴紹煒

中華民國 112 年 2 月 10 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出

本件聲請人為法官，不是為原因案件當事人之人民，二者釋憲聲請之要件不同。

人民得聲請宣告違憲之法規範包括法律及命令，法官則僅得針對立法院通過、總統公布並已生效之法律位階法規範，於確信其違憲時，才能聲請宣告該法律違憲。是 1、法律如未違憲，而僅是可能保護不足，此種情形，若即許法官聲請宣告該法律違憲，則與憲法三權分立原則下第 80 條法官依據法律審判，即法官有適用法律義務之規定，不盡相符。2、至於命令性質之法規範，本無拘束法官之效力，法官有權拒絕適用違憲之命令；即就命令性質之法規範，法官如認其違憲，應逕依職權不予適用，不得為釋憲聲請（憲法訴訟法第 55 條規定參照）。

本件聲請聲請人法官既係主張：其審理原因案件時，1、所應適用之戶籍法第 4 條第 1 款等規定，就有關性別認定事項完全未為規定云云，則就此法律規定部分之聲請而言，充其量係主張上開法律保護不足，依上說明，已尚難認其得為釋憲聲請。2、相關內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令違憲云云，惟如上說明，法官不得以命令違憲為由聲請釋憲。3、更何況性別自主認定，屬自由權性質，應在憲法第 22 條規定保障範圍；而經查並無任何法律位階法規範對上開自由權為限制，本件原因案件所涉充其量僅是行政命令所規定之性別變更登記聲請應備之證明文件內涵當否之問題而已，本件與法律保護不足情事亦屬有間。是本件聲請應不受理，本席爰贊同之。

又由本件釋憲聲請書內容觀之，聲請人法官既認上開命令違憲，自應本其職權，逕自為合於憲法意旨之裁判，且經查行政院實務，就類似案情，非無自行裁判之先例。是本件應無另聲請釋憲之必要，即本件在無法律限制法官審判之情形，聲請人如認相關命令違憲，應逕本其確信，自為合憲之處理及裁判。

協同意見書

詹森林大法官 提出

壹、緣由

聲請人為臺北高等行政法院第二庭法官，為審理該院 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認其所應適用之法令有違憲疑義，向司法院聲請解釋。

原因案件事實略為：原告乃具男性外部性別特徵，且於我國戶籍出生登記為男性，惟自 106 年起，陸續經精神科醫師診斷性別不安，並於 108 年間，本於其美國護照，依美國外交事務手冊（Foreign Affairs Manual, FAM）有關國外出生者護照變更性別之相關規定，持相關證明資料，向美國聯邦政府申請變更護照登記為女性，而經准許。

嗣於 109 年 11 月 20 日，原因案件原告檢附醫院診斷證明書及其美國護照等件，向原因案件被告臺北市中正區戶政事務所申請變更戶籍性別登記為女性¹。

原因案件被告依內政部所訂定 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令（下稱系爭令）：「有關戶政機關受理性別變更登記之認定要件，重新規定如下，自即日生效：一、申請女變男之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除女性性器官，包括乳房、子宮、卵巢之手術完成診斷書。二、申請男變女之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男性性器官，包括陰莖及睪丸之手術完成診斷書」之意旨，認原因案件原告未檢附合格醫療機構開具已摘除男性性器官之手術完成診斷書，不符戶政機關受理性別變更登記要件，故以 109 年 11 月 24 日北市正戶登字第 1096008936 號函否准原告之申請。原因案件原告不服，提起訴願，遭決定駁回，遂向臺北高

¹ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

等行政法院提起行政訴訟²，經分案由聲請人審理。

聲請人因而認所應適用之戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條出生登記規定及第 21 條、第 46 條變更登記規定（下併稱系爭規定），就有關性別認定事項完全未為規定，主管機關內政部為解決立法不作為之現象，以系爭令要求應檢附經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書，及合格醫療機構開具已摘除男（女）性性器官之手術完成診斷書，始能辦理性別變更，有抵觸憲法之疑義，依司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋向司法院聲請解釋憲法³。

貳、不受理決議

本件聲請經憲法法庭 112 年 2 月 10 日憲裁字第 4 號裁定認「就系爭規定部分，聲請人尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之論證或具體理由；就系爭令部分，司法院釋字第 216 號解釋釋示：『法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束……』聲請人既自承，系爭令係屬主管機關所訂定之行政命令，且認其有違憲情形（聲請書第 3 頁及第 18 頁參照），自可不予引用，尚無聲請解釋憲法之餘地」為由，認本件聲請與前揭司法院解釋所定之聲請解釋要件不合，不予受理。

參、本席意見

本件裁定關於系爭規定部分，本席敬表同意。至於系爭令部分，鑑於法官之聲請程序要件，本席僅得勉予同意亦不受理之結論，惟對系爭令之合憲與否，確存有高度質疑，爰提出本協同意見。

誠如德國聯邦憲法法院於其與性別變更相關之多號裁判中所言：個人之性別係可改變，法律上決定個人性別之歸屬，最初雖以出生時外部之生理性別特徵而斷，惟該特徵並非唯一之判斷準據，個人

² 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書貳部分。

³ 參閱聲請人於 110 年 12 月 2 日所提之釋憲聲請書前言部分。

心理認知及持續自我性別認同，亦為重大決定因素⁴。當個人本於內在自我之理解與認識，展現於外之性別傾向，與法律上之歸屬不一致時，即須顧及當事人基於人性尊嚴連結人格權保護之性別自主決定（sexuelle Selbstbestimmung）之權利，使其心理認知之性別與出生時法律登記之性別歸屬得具一致性；從而個人依據自我認同之性別生活，方不至於因與法律上彰顯之性別產生衝突，致其私密領域無保留地暴露在公眾下⁵。又，因該性別自主權係屬基本法第1條第1項人性尊嚴結合第2條第1項人格自由發展基本權所保障之重要領域，國家如干預該領域，須有特別重要之公益，始得為之⁶。德國聯邦憲法法院前開見解，對我國審理性別變更案例，甚具參考價值。

依系爭令之要求，在臺灣，如欲變更個人出生時之性別登記，僅有透過接受侵入性之性別重置手術一途，始能達成。然，縱不論前述手術所需花費之金額極高，並均須自付，不得由健保給付；且性別重置手術對於人民身體完整性所造成之永久侵害，及手術之風險與副作用，對健康帶來之危害，眾所周知。何況，隨著性別轉換相關專業知識之進步，性別轉換者即使未進行侵入性之性別重置手術，亦能證明其有穩定且不可逆轉地以自我認同之性別長久生活之可能⁷。是本席認為以如此嚴苛之門檻，作為人民變更性別登記之必要條件，殊難通過比例原則之檢驗⁸，實有侵害人民性別自主權、甚至人性尊嚴之

⁴ BVerfGE 115, 1 <15>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 38.

⁵ BVerfGE 116, 243 <264>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn. 56.

⁶ 參見 BVerfGE 49, 286 <298>; 115, 1 <14>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Mai 2008 - BvL 10/05 - Rn. 37. 此項審查標準，相當於我國所指之嚴格審查標準。

⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

⁸ 就系爭令何以違憲，臺北高等行政法院第七庭於審理與本案類似之變性案件時，有精彩之論述，詳參臺北高等行政法院 109 年度訴字第 275 號判決事實及理由五、(二)部分。

虞⁹。

進一步言，因歐洲人權法院之裁判及相關專業知識之強化，近年國際趨勢之發展，如法國¹⁰、英國¹¹、西班牙¹²、奧地利¹³及德國¹⁴等

⁹ 德國聯邦憲法法院亦曾明白表示，絕對且無例外地要求，以進行侵入性之性別重置手術達成無生育能力為要件，證明個人得依其認同之性別，穩定且不可逆轉地持續長久生活，乃屬過苛之要求。相關論述，詳參 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.68.

¹⁰ 法國最高法院 (the Court of Cassation) 於 1992 年針對變更出生證明上之性別建立五大要件，包括 (1) 必須有性別認同不安、(2) 必須基於治療目的，進行精神和外科方面的治療、(3) 已去除生理性別的性特徵、(4) 擁有欲變更性別之外觀、(5) 以欲變更性別之身分為社交生活。2012 年法國最高法院第一民事庭判決進一步闡述，欲變更其法定性別之申請人，必須證明確實遭受性別認同之不安，以及外觀改變已為不可逆之要件。歐洲人權法院 A.P., Garçon and Nicot v. France. 之指標性案件，涉及 3 名法國籍之跨性別者，出生時具有生理男性之性徵，然而其性別認同為女性，請求變更性別及姓名，但因皆未滿足變更法定性別之要件，而遭到法國憲法法院拒絕，遂向歐洲人權法院提起訴訟。歐洲人權法院在 2017 年作出判決，認定要求強制性別重置手術作為變更法定性別之要件，違反歐洲人權公約第 8 條規定，而性別不安證明之要件則未違反公約。惟，在 A.P., Garçon and Nicot v. France. 繫屬於歐洲人權法院時，法國已在 2016 年修法取消性別重置手術作為變更法定性別之要件，規定成年人或已脫離父母而獨立生活之未成年人 (emancipated minors)，若能提出充分事證，足徵其認同之性別與出生證明文件上之性別不相符者，即得申請變更其性別。詳參 Law of 18 November 2016, Civil Code, Article 61-5 to 61-8。

¹¹ 英國於 2004 年通過之性別認同法，亦係回應歐洲人權法院判決而生。該法規定，性別重置者申請變更性別登記，不須完成一部或全部性別重置手術。有關英國性別認同法之立法背景及詳盡介紹，敬請參閱張宏誠，法律的眼中，「我是誰？」- 性別認同障礙與變更性別登記立法芻議，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 69-76。

¹² 西班牙於 2007 年制訂變更性別登記法規定，性別重置者欲變更其性別登記時，不須以進行性別重置手術為要件。有關此部分之立法背景及詳盡介紹，亦請參閱張宏誠，法律的眼中，「我是誰？」- 性別認同障礙與變更性別登記立法芻議，全國律師第 14 卷第 5 期，2010 年 5 月，頁 76-78。

¹³ 奧地利憲法法院於其相關判決中，明白指出變更性別絕非須以重置手術為前提，詳參 Österreichischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 3. Dezember 2009 - B 1973/08-13 -, S. 8 ff.

¹⁴ 德國聯邦憲法法院第一庭於 1978 年 10 月 11 日作成該國第一件有關變性人之裁定，其後促成德國聯邦眾議院於 1980 年通過「特別案例中更改名字與確認性別認同法 (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit

就其有關人民變更性別之要件，多已揚棄以侵入性之性別重置手術作為變更性別之必要條件，是系爭令是否不違憲，更值高度懷疑。

肆、結語

其涉及跨性別者更改身分證性別登記之判決中，指明：香港現行須「接受完整性別重置手術是更改香港身份證性別標記的唯一可行、客觀及可核證的準則」並非合理，違反《香港人權法案》第14條保障性別認同權及身體完整權，遂撤銷香港人事登記處拒絕上訴人申請更改身分證性別之決定¹⁵。

香港終審法院上開見解，實值贊同。本席期盼我國之執法者與審判者，均能以此為念，將心比心，同理跨性別者之處境，創造對其更友善與溫暖之社會氛圍。

in besonderen Fällen) 」，簡稱「變性法 (Transsexuellengesetz -TSG) 」。該法對於因生理與心理性別認同不一致，而欲更改官方文件上之姓名者，分別提供兩種選擇，其一為不須進行侵入性性別重置手術之小解決方案 (kleine Lösung)，另一則是須進行侵入性性別重置手術之大解決方案 (große Lösung)。有關德國變性法之立法背景及簡介，詳參張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，台灣法學雜誌第118期，2008年12月，頁54至57。德國聯邦憲法法院並在其後變性法之裁判中一再重申，依據新的科學認知，性別重置手術已非變性所必要，詳見 BVerfGE 115, 1 <21>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - BvL 3295/07 - Rn.71。

¹⁵ 相關報導請參見，香港終審法院：「女跨男」改身分證性別不須完整性別重置手術，自由時報，2023年2月8日，<https://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/4205279>（最後瀏覽日：2023年2月10日）；港變性人「Henry」纏訟6年終勝訴 持舊身分證曾「男女兩邊不是人」，ETtoday新聞雲，2023年2月8日，<https://www.ettoday.net/news/20230208/2436033.htm#ixzz7sni6KRL5>（最後瀏覽日：2023年2月10日）。

不同意見書

謝銘洋大法官 提出

本件為變更性別登記事件，聲請人是臺北高等行政法院第二庭，因為審理 110 年度訴字第 522 號戶政事件，認為戶籍法有關出生登記與變更登記，就有關性別認定事項之立法不作為部分，依其合理確信認有牴觸憲法，並認為內政部所為之函令要求變性手術為變更登記之唯一許可要件，牴觸憲法，因而停止訴訟程序，聲請解釋憲法。本件經審理後，多數大法官的意見認為應不予受理，就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、相關規定

本件聲請審查之標的有二：

(一) 戶籍法第 4 條第 1 款、第 6 條及第 21 條、第 46 條（下合稱系爭規定）

1. 關於身分登記

➤ 戶籍法第 4 條第 1 款：「戶籍登記，指下列登記：一、身分登記：（一）出生登記。（二）認領登記。（三）收養、終止收養登記。（四）結婚、離婚登記。（五）監護登記。（六）輔助登記。（七）未成年子女權利義務行使負擔登記。（八）死亡、死亡宣告登記。（九）原住民身分及民族別登記。」

2. 關於出生登記

➤ 戶籍法第 6 條第 1 款（出生登記）：「在國內出生未滿十二歲之國民，應為出生登記。無依兒童尚未辦理出生登記者，亦同。」

3. 關於變更登記

➤ 戶籍法第 21 條：「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記。」

➤ 戶籍法第 46 條：「變更、更正、撤銷或廢止登記，以本人為申請人。本人不為或不能申請時，以原申請人或利害

關係人為申請人，戶政事務所並應於登記後通知本人。戶政事務所依職權為更正、撤銷或廢止登記，亦同。」

聲請人主張應適用之系爭規定就有關性別認定事項之立法不作為部分，依合理之確信認有抵觸憲法之疑義。其認為該等規定，未就性別認定、登記暨變更之內容、要件及程序事項為規範，違反法律明確性原則；又性別自主決定乃維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之基礎，涉及憲法第 22 條所保障之身體權、健康權及資訊隱私權，此立法不作為已造成人民基本權明顯受到侵害，且侵害已達迫切之程度，有違國家保護義務。

（二）內政部 97 年 11 月 3 日內授中戶字第 0970066240 號令 （下稱系爭命令）

內政部於 97 年發布系爭命令，其內容為：「有關戶政機關受理性別變更登記之認定要件，重新規定如下，自即日生效：一、申請女變男之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除女性性器官，包括乳房、子宮、卵巢之手術完成診斷書。二、申請男變女之變性者，須持經二位精神科專科醫師評估鑑定之診斷書及合格醫療機構開具已摘除男性性器官，包括陰莖及睪丸之手術完成診斷書。」

聲請人主張系爭命令以變性手術為性別變更之唯一許可要件，增加法律所無之義務，嚴重侵害憲法第 22 條所保障之身體權、健康權，以及人性尊嚴及人格權核心保障範圍，違反法律保留原則、比例原則及平等原則。

二、法官得否就立法不作為聲請憲法審查

（一）法規範不足之情形，應容許法官聲請釋憲

雖然憲法訴訟法第 55 條明文規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有抵觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」是以法院只要對其所應適用之法律位階法規範，有合理確信，認已抵觸憲法，且必將直接影響裁判之結果者，就可以聲請釋憲。

惟所謂法律位階的法規範有無抵觸憲法，應該是以人民受憲法所保障的基本權利是否因該法律之規定而受有侵害為斷。因法律而受侵害，應可區分為「積極侵害」與「消極侵害」兩種，前者係既有的法律規範內容或規範不當，致侵害人民受憲法保障之權利；而後者則是指既有的法律規範不足，致人民於憲法上的基本權利無法得到保障，此種規範不足之情形，應包括法律雖然有所規範，但涵蓋不足以致於產生保護上之漏洞，以及法律未為規範，而使人民權益完全無法受有保障。在法律規範不足的消極侵害情形，不論是因涵蓋不足而有法律規範上的漏洞，或是因未為法律規範（立法不作為）以致於規範不足，都會使法官於審判上因欠缺適當法律可資適用，致憲法上的人民基本權利無法得到保障，都應容許法官提出釋憲之聲請，始符合憲法保障人民權益之意旨。

再者，若謂法官應不得就立法不作為部分聲請釋憲，其理由在於：此舉將混淆了司法與立法之界限，有違權力分立原則等。惟法官依據「法律」獨立審判，自是指實證（定）法之法律而言，縱少數例外存有法官造法之情狀，從事審判工作之法官仍須嚴守法律內的法律續造之基本原則，而非可自行創造法律外的新法律而為裁判，蓋此將混淆司法與立法之界限，有違權力分立原則等憲法原則，本屬當然。但就法官得否就立法不作為部分聲請釋憲而言，僅係法官認其審判之原因案件，發生有例外規範不足之情狀，而此規範不足將嚴重造成人民基本權利之侵害，進而聲請憲法法庭為違憲之宣告。負責審判工作之法官，僅是暫時停止個案審判程序而提起聲請憲法法庭為違憲宣告，亦僅是提出釋憲聲請書於憲法法庭，並非自行創造新法律而就個案為裁判，並無混淆司法與立法界限之問題，亦無違反權力分立原則。

（二）釋憲實務上之先例

又法官得否就立法不作為聲請憲法審查，過去釋憲實務非無前例。例如司法院釋字第 477 號解釋聲請人之一即為法官，其主張戒嚴時期人民受損權利回復條例第 6 條適用對象，限於受內憂、外患罪之

無罪判決確定前曾受羈押或刑之執行者，屬立法疏漏而違憲，並請求大法官宣示立法院應盡迅速補充立法。司法院釋字第477號解釋宣示戒嚴時期人民受損權利回復條例第6條適用對象，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上重大瑕疵，與憲法第7條平等原則有所抵觸。

（三）立法不作為將使人民於憲法上之權益無法獲得保障

有關歷來司法裁判之變更性別登記事件，本件並非首例。先前臺北高等行政法院第七庭許麗華、楊坤樵、梁哲璋法官就與本件案例事實相似之另案（臺北高等行政法院109年度訴字第275號判決），於110年9月23日判決撤銷訴願決定及原處分，並判決被告（桃園市大溪區戶政事務所）對原告於108年10月23日提出戶籍身分登記性別應予變更之申請，認被告應作成原告性別登記變更為女性之行政處分。其後，該案被告桃園市大溪區戶政事務所未上訴而判決確定。據報載，原告亦已辦妥性別變更登記，成為臺灣首名未提交變更手術證明，而成功變更性別登記的跨性別女性。

本件聲請人之所以未如另案臺北高等行政法院第七庭自為判決，而向司法院聲請解釋之原因之一，應該是對戶籍法第21條及第46條規定得否作為人民請求性別變更登記權利之法律依據，有所質疑。換言之，北高行第七庭認為戶籍法第21條及第46條直接可作為人民請求性別變更登記權利之法律依據；然而，聲請人則認為戶籍法對於性別變更事項完全沒有明文規定，無法找到賦予人民性別變更登記請求權之法律依據，因而提起本件聲請。

惟無論系爭規定（尤其是戶籍法第21條及第46條）得否可作為人民主張性別自主權（包括性別變更登記請求權）之主觀公權利之法律依據，或者系爭規定本身是否規範不足，致人民有無此主觀之公權利尚屬未明，此本身即屬重要的憲法爭議，為解決此重大憲法問題，應容許法官提起釋憲聲請，並藉由釋憲促請立法機關儘速修法或

立法解決此一問題。否則即便如同先前臺北高等行政法院第七庭所為戶政機關應作成原告性別登記變更為女性之行政處分，然而未來戶政機關究竟應在如何之條件下才可以准許人民為變更性別登記？是否仍需要進行變性手術始得申請變更？或者必須經過醫師為如何程度之鑑定與診斷始得申請變更？這些均不清楚，將使人民與行政機關均無所適從，人民於憲法上之人格自由發展及性別自主權亦將無法獲得落實與保障。

三、系爭命令具有重要關連性，應可併予審理

再者，法官是否可就行政命令聲請法規範憲法審查？就系爭命令而言，憲法訴訟法第 55 條所規範法官聲請法規範憲法審查之客體文義上僅限於法律位階之法規範，不包含行政命令。而依司法院釋字第 137 號、第 216 號解釋之意旨，法官對於各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，自得表明不同之見解，並不受其拘束。似否定法官就行政命令聲請憲法審查之可能性。惟過去釋憲實務上亦非無法官聲請行政命令憲法審查並作成解釋之案例，例如：司法院釋字第 755 號解釋聲請人之一為法官，就監獄行刑法第 6 條及同法施行細則第 5 條第 1 項第 7 款聲請釋憲，大法官予以受理並為違憲宣告即為適例。縱使認為法官不得就行政命令聲請解釋，然而系爭命令為戶政機關性別變更登記准許與否之重要憑據，且對申請變更性別者要求必須摘除性徵器官，不僅嚴重侵害人民身體自主權與健康權，且似已逾越授權範圍增加法律所無之限制，且其目的（性別身分歸屬變更與否之判斷）與手段（要求性別重置手術移除外部性徵器官）間是否符合比例原則，致侵害身體健康之完整性、人性尊嚴及人格權，尚非無疑，是以系爭命令對於法院審判上具有重要關連性以及憲法原則重要性，亦應得為釋憲客體（本院釋字第 558 號解釋理由書參照），而併予審理。

四、本件聲請案具有憲法原則重要性，應予受理

根據聯合國消除對婦女一切形式歧視公約（CEDAW 公約）或兩公約所進行的定期國家報告審查，國際人權專家已明確於審查意見中強調性別認同為基本人權，並建議我國應廢除手術作為性別變更之要

件。觀諸前開定期國家報告審查所揭櫫之國際潮流趨勢，各國逐漸對於性別認定事項等制定相關法律，並已逐步廢除性別變更手術作為變更法定性別之要件。

且若干國家憲法法院及歐洲人權法院就跨性別者之性別認同案已經作出不少重要的裁判，並因而促使立法者訂定或修改相關規範之情形。例如：歐洲人權公約 1980 年於 Van Oosterwijk v. Belgium 一案首次處理有關跨性別者權利保障議題之後，迄今已做出為數甚多的相關判決。歐洲人權法院 2002 年 7 月於 I v. United Kingdom 案及 Christine Goodwin v. The United Kingdom 案，判決英國政府侵害聲請人受歐洲人權公約第 8 條保障私人生活和第 12 條保障之締結婚姻關係之權利與家庭生活，英國因而於 2004 年通過「性別認同法」。另歐洲人權法院 2007 年 9 月於 L. v. Lithuania 一案認為立陶宛未能即時制定有關變性人於變性手術後如何變更其法律上性別登記，係侵害變性人受歐洲人權公約第 8 條所保障之私人生活，甚至以會員國之不作為而未及時制定法律人民權利而受有侵害者，應給予損害賠償等等。

此外，德國聯邦憲法法院於 1978 年變性人第一案宣示性別變更之管制存有法律漏洞，從基本法第 2 條第 1 項人性尊嚴結合第 1 條第 1 項人格自由發展，個人性別自主性應受保障，在任何情況下不得有該立法漏洞。為了確保法安定性，建議立法機關有必要對變性人之個人地位及其影響問題為相關規定。德國聯邦議會隨即於 1980 年 9 月 10 日制定通過「變性人法」。在變性人法通過後 40 年間，德國聯邦憲法法院持續不斷做出有關變性者權利保障之判決。例如：2011 年同性者變性人結婚案中，聯邦憲法法院宣告原變性人法第 8 條第 1 項第 4 款規定變性手術為性別變更登記要件之一，抵觸基本法第 2 條第 1 項與第 2 項連結第 1 條第 1 項規定，應停止適用。

反觀台灣，據監察院調查報告指出，自民國 87 年至 106 年 4 月 30 日止，性別變更登記計有 693 件（惟統計包含跨性別及雙性人，並無各別統計資料），凸顯出跨性別者之性別變更登記並非零星偶發之個案，只是跨性別者之權益保障從未受到應有的關注。對此內政部

於 104 年陸續召開研商會議，並已進行相關委託研究，仍未完成法制化之工作；法務部亦於 109 年 7 月 7 日法律字第 10903510750 號函復內政部，認已體認到性別變更登記是無可迴避之重要議題，足徵本件聲請案極具憲法原則重要性，具有受理的價值。

參考歐洲人權法院及德奧憲法法院實務見解，本席認為，個人持續自我的性別認同應為憲法第 22 條保障人性尊嚴、人格自由發展以及人格權核心之保障範圍。當個人所認同之心理性別，與依據外部生理性別特徵有所不符時，基於保障其人格自主決定，應肯認其個人的身體自主權。過去大法官對跨性別之性別認同是否受憲法所保障，少有討論，如予受理並作出判決，不僅能夠進一步推進立法者儘速就性別認同之重要法制事項之框架性立法，也可促使臺灣與國際間憲法法院及歐洲人權法院所關切之性別認同議題幾近於同步發展。

綜上所述，本席認為本件具有憲法重要性，應予受理。本件因多數大法官認為不予受理，是以只能等待日後承審法官駁回其審理之案件並確定後，由人民提出聲請釋憲，方有機會為多數大法官受理。惟此種情形對人民而言，只是徒增訟累與折磨，且繫於未來是否真可成為大法官之多數意見而受理，仍不可知。是本席並無法贊同本件不予受理，爰提出不同意見如上。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 5 號

聲請人一 A01

聲請人二 A02

共 同

訴訟代理人 楊佳陵律師

趙文魁律師

上列聲請人因聲請停止親權事件，聲請法規範及裁判憲法審查暨暫時處分，本庭裁定如下：

主 文

- 一、本件法規範及裁判憲法審查之聲請，均不受理。 1
- 二、本件暫時處分之聲請駁回。 2

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：（一）就裁判憲法審查部分：臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號民事裁定（下稱系爭裁定一）、110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定（下稱系爭裁定二）及最高法院 111 年度台簡抗字第 60 號民事裁定（下稱系爭裁定三），於事實審程序中，未給予未成年子女直接表達意願或陳述意見之機會，就未成年子女最佳利益原則之判斷未採納慣居地原則、繼續性原則等標準，且未依聲請傳喚證人等，侵害未成年子女受憲法第 15 條、第 16 條、第 21 條、第 22 條所保障之生存權、聽審請求權、調查證據請求權、受教育權、人格權等，應受違憲宣告，廢棄發回。（二）就法規範憲法審查部分：家事事件法第 108 條規定（下稱系爭規定），未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利，應予違憲宣告並限期修正等語。（三）就暫時處分部分：本庭於中華民國 111 年 12 月 22 日收受由聲請人一及二具狀之暫時處分聲請書，其主張原因案件相對人（下稱原相對人）已向臺灣桃園地方法院聲請強制執行，請求於本件聲請作成判決宣告前，裁定暫時停止系爭裁定三之執行。 1

- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，始受理之。憲法訴訟法第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項及第 2 項前段定有明文。 2
- 三、查：（一）本件聲請原因案件未成年子女（即聲請人二）之父母，於離婚時約定對於雙方所生未成年子女權利義務之行使或負擔，由父方單獨任之。嗣父死亡，聲請人一（即聲請人二之祖母）提出聲請，依民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項規定，聲請宣告停止原相對人（即聲請人二之母）之親權，及另選定聲請人一為聲請人二之監護人。原相對人以聲請人一並非親權人，提起反聲請，請求聲請人一交付聲請人二予原相對人。（二）系爭裁定一以並無證據足資證明原相對人對未成年子女有疏於保護、照顧情節嚴重或有濫用親權之行為，聲請人一於原因案件之聲請為無理由，應予駁回。且認該擔任行使親權之人對未成年子女負有維持生活、保護、教養及監督之責，自有與未成年子女共同生活之必要。原相對人基於親權關係提起反聲請，請求妨害原相對人行使親權之聲請人一於裁定確定後，將未成年子女交付予原相對人行使親權，為有理由，應予准許，並命聲請人一應於交付未成年子女同時，將未成年子女之護照、台胞證、健保卡等證明文件交付予原相對人。（三）聲請人一就系爭裁定一提起抗告，經系爭裁定二以抗告無理由予以駁回，聲請人一不服提起再抗告，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。 3
- 四、次查，未成年人聲請憲法訴訟，原則上應由其法定代理人為之，於本件之情形，聲請人二既係未成年人，其聲請憲法訴訟，本應由依法成為聲請人二之唯一親權人之母親（即原相對人）為法定 4

代理人提出。然本件原因案件係涉及針對原相對人聲請宣告停止親權之事件，如聲請人二聲請憲法訴訟，仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二之相關權利即難獲得有效之保障。於此特殊情形，參酌家事事件法第 14 條第 2 項規定，聲請人二於憲法訴訟程序中既已年滿 7 歲，就有關其身分及人身自由之事件，應有程序能力；且原因案件之裁判亦涉及聲請人二受保護照顧之事項，聲請人二為權利可能實質受影響之人，自應例外得以自己名義，據聲請人一所受不利確定終局裁判，逕向本庭聲請為法規範或裁判憲法審查。

五、再查：

- (一) 系爭裁定二略以：1、第一審囑託桃園市社會工作師公會進行訪視、並命家事調查官調查訪視（均包括聲請人二之訪視部分）。家事調查官認長期以觀，由原相對人擔任親權人較為妥適。2、聲請人一雖主張為聲請人二選任程序監理人，惟原相對人離婚後，於聲請人二會面期間，相處過程自然親暱，情感自然流露，第一審以家事調查報告為據，難謂有所缺漏，無再選任程序監理人及請社工再訪視之必要。
- (二) 於現行民法親屬編規範架構下，對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之；父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部，民法第 1089 條第 1 項、第 1090 條定有明文。且依兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項等相關規定，以行使負擔權利義務之一方有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事時，得請求法院宣告停止親權或監護權之全部或一部，或得另行聲請選定或改定監護人。是依系爭裁定一所認，聲請人一協助其子擔任聲請人二主要照顧者多年，固於各方條件適合擔任監護人，然有關停止親權程序

及相關案件事實所應審究者，乃在原相對人是否有「疏於保護、照顧情節嚴重」或有「濫用其對於子女之權利」之情事，而非在審酌具有監護意願人間何者較適合擔任監護人之判斷。且依系爭裁定二所認，聲請人二與聲請人一同住，由聲請人一及其夫共同照顧，彼此感情緊密，但仍無礙原相對人於聲請人二之父親死亡後，成為聲請人二唯一親權人之事實；縱然聲請人二受聲請人一照顧情形良好，但聲請人一為聲請人二之祖母，並非母親，依現行民法親屬編規定，無優先於原相對人行使親權之依據；且就原相對人所提出之反聲請，法院首應審酌者，乃聲請人一對於聲請人二有無監護權，於肯定聲請人一得對聲請人行使監護權後，於數親權人間或數監護權人間方有進一步考量未成年人子女最佳利益問題之餘地。聲請人一未能證明原相對人對聲請人二有疏於保護、照顧情節嚴重或不利的於聲請人二之情事，法院亦查無原相對人有何不適任親權人之情形，以聲請人一之抗告為無理由予以駁回。是本件系爭裁定二既認原相對人無停止親權之情事，仍為合法親權人，即無使聲請人二就關於對其權利義務之行使或負擔等問題陳述意見之必要。至聲請人一於歷審程序所主張之原相對人就聲請人二有涉及「濫用其對於子女之權利」或「疏於保護、照顧情節嚴重」情事之事實，均發生於聲請人二之襁褓時期（聲請人二於 103 年 11 月 28 日出生，其父母於 105 年 4 月 28 日離婚），聲請人二客觀上實無從就該等法定事實之存否，為意見之陳述。就此而言，法院未令聲請人二陳述意見，亦難謂其程序指揮之相關法律見解有何牴觸憲法之處。

- (三) 本件聲請之前提爭執，係祖母與母親間之停止親權爭議，在我 8
國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地，除非母親有法定停止親權事由，並經依法宣告停止者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權，其與本庭 111 年憲判字第 8 號判

112 年憲裁字第 5 號

林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 蔡尚傑
中 華 民 國 112 年 2 月 10 日

程序
裁定

不同意見書

| | |
|--------|----|
| 許宗力大法官 | 提出 |
| 黃虹霞大法官 | 加入 |
| 許志雄大法官 | 加入 |
| 詹森林大法官 | 加入 |
| 謝銘洋大法官 | 加入 |
| 呂太郎大法官 | 加入 |

以未成年子女為本的祖母親權

一、緣起：長期實際養育孫子女之祖母與生母爭奪子女親權

本件聲請人一於聲請人二甫滿兩歲，其生父（即聲請人一之子）與陸籍生母離婚，依協議取得對於聲請人二權利義務之行使或負擔（即親權，一般謂監護權）後，即擔綱母職，實際擔任對聲請人二之主要照顧者，並於聲請人二兩歲 11 個月時攜聲請人二自對岸返台生活迄今。聲請人二現約 8 歲，這段期間均由聲請人一以奶奶身分實際養育聲請人二。聲請人二於 4 歲 10 個月時其生父死亡，其已再婚之生母開始在對岸爭取親權。聲請人一認聲請人二之生母過去曾對生父家暴，且其已實際養育聲請人二多時，二人間感情深厚，台灣並已成為聲請人二長久居住之慣居地，乃為聲請人二之最佳利益，依民法第 1090 條及兒童及少年福利與權利保障法第 71 條第 1 項規定，聲請法院宣告停止聲請人二生母之親權，選定聲請人一為聲請人二之監護人，並駁回聲請人二生母反聲請交付聲請人二及其相關身分證件等。

一審法院以社工訪視及家事調查官二次調查評估結果報告，聲請人一「於各方條件雖適合擔任」聲請人二之親權人，然停止親權程序在於判斷父母有無「疏於保護、照顧情節嚴重」或有「濫用其對於子女之權利」之事實，「而非在審酌具有監護意願人間何人較適合擔任親權人」，無須為聲請人二選任程序監理人，事實調查結果既無法證明聲請人二生母有疏於保護、照顧情節嚴重及濫用親權之行為，即無停止其親權之必要，而於臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號家事裁定（下稱系爭裁定一）駁回聲請人一請求宣告停止聲請

人二生母對其全部親權，並命聲請人一應交付聲請人二及其身分證件於其生母。

聲請人一不服提起抗告，二審法院綜合相關事證及參考訪視報告與家事調查官之意見，認雖然聲請人二目前與聲請人一同住並受其照顧，彼此感情緊密，「但無礙」聲請人二之生母因其生父死亡而成為「唯一親權人」之事實，縱然聲請人二受良好照顧，但聲請人一既非聲請人二之生母，「自無優先於相對人行使親權之理，否則任何第三人主張其提供之撫養條件優於本生父母，即得主張停止父母親權改由其監護他人子女，親子人倫將難以維繫」，於臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定（下稱系爭裁定二）認定聲請人一抗告無理由而駁回。聲請人一提起再抗告，經最高法院 111 年度台簡抗字第 60 號民事裁定以不合法而駁回。多數意見認聲請人一已依法定程序用盡審級救濟程序，而以上開最高法院民事裁定為確定終局裁定，然因其屬再抗告不合法之程序裁定，而就本件聲請爰併予審酌系爭裁定二。

聲請人一及二乃向本庭聲請法規範及裁判憲法審查，主張一審法院未依聲請人一聲請，為聲請人二選任程序監理人，二審法院未通知聲請人二到庭陳述意見，侵害其受憲法保障之訴訟權，違反正當法律程序原則；並主張家事事件法第 108 條第 1 項規定（下稱系爭規定）未賦予有意思能力之未成年子女有直接向法院表示意願或陳述意見之權利，亦屬違憲等語。

本件不受理裁定多數意見就聲請人一主張系爭規定及確定終局裁定暨系爭裁定二違憲部分，於重申歷審法院裁定理由後，認定聲請人一因「尚無主張親權之餘地」，而認為本件聲請與本庭 111 年憲判字第 8 號判決案情不同，「除非母親有法定停止親權事由者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權」，因此，系爭裁定二之見解，與本庭上開判決見解「並無扞格之處」，乃認聲請人一之聲請尚難謂已具體敘明其憲法上權利究遭受如何不法之侵害，而裁定不受理其聲請。

顯然，多數意見不受理本件聲請人一之聲請的關鍵理由在於聲請人一，亦即祖母，並「無可主張之親權」。然本件聲請人一果真如多數意見所認，並不享有憲法所保障之親權行使地位，從而導致其聲請自始不適法？其實非無商榷餘地。本席基本立場：本件生母即使沒有法定停止親權事由存在，然聲請人一，亦即長期實際養育孫子女之祖母，仍享有憲法所保障之親權行使之地位。系爭裁定二之見未及於此，視生母為唯一親權人，以致未能在子女最佳利益下將祖母之親權與生母之親權進行權衡，影響所致，其適用相關法律時即不無可能出現「未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生基本權法益應權衡而未權衡」之違憲瑕疵。是依本席所見，本件聲請不僅符合受理要件，並具憲法重要性，應予受理，爰提出不同意見書。理由如下。

二、親權為家庭權之一環，同屬應受憲法保障之基本權

實際對兒童擔綱母職的祖父母可否主張享有受憲法保障之親權，要從親權本身是否受憲法保障談起，畢竟我國憲法並未明白提起親權這個概念。而親權是否受憲法保障，則須與關係密切之家庭權一併觀察。按人民組織家庭，其透過生育或收養子女，對於未成年子女，應負有身為親長（家長）的責任與義務，包括撫養、保護、照顧及為其最佳利益協助其行使相關權利義務之權利，一般稱為「親權」（parenthood, parental rights, the right to be parents）或監護權（custody）。親權雖未見於憲法保障基本權利清單之中，然基於「家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎」（司法院釋字第712號解釋參照），凡於家庭親子關係中，無論生育或收養，皆是藉此形成親長與子女間「教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係」，對雙方彼此間身心發展與人格之形塑具有重要功能。親權行使固然著眼於親長地位，然其權利基礎，並非僅屬親長之主觀權利，毋寧是親長與子女共同享有之基本權利，如司法院釋字第712號解釋所稱「人民收養子女之自由，

攸關收養人及被收養人之「人格自由發展」。從另一個角度，也可以說親長之親權是一種利他的基本權，也就是以未成年子女最佳利益為本的親權。

本庭於 111 年憲判字第 8 號判決亦明白揭示：

「為保護兒童及少年之身心健康及人格健全成長，國家負有特別保護之義務……，應基於兒童及少年之最佳利益，依家庭對子女保護教養之情況，社會及經濟之進展，採取必要之措施，始符憲法保障兒童及少年人格權之要求……。維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之重要內涵，凡涉及未成年子女之事件，因未成年子女為承受裁判結果之主體，無論法院所進行之程序或裁判之結果，均應以未成年子女最佳利益為最優先之考量。又父母與未成年子女間之親權關係，同受憲法之保障……。」（第 32 段）

是親權或監護權應屬於人民受憲法保障家庭權之一環，受憲法第 22 條所保障，應無疑義。

三、長期實際養育孫子女之祖母亦得主張憲法保障之親權，確定終局裁定未衡酌此一受憲法保障之重要法益，應屬本庭裁判憲法審查之範疇

本件聲請涉及聲請人一於原因案件中是否具有親權，而得基於該權利請求法院就其對聲請人二之親權與其生母之親權歸屬一併審酌、權衡。

查民法第 1089 條第 1 項前段對於未成年子女之權利義務，規定原則上由父母共同行使或負擔之；同法第 1090 條規定：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。」並於「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時」，始應置監護人（同法第 1091 條規定參照）。是我國現行民法對於親權行使之規範，仍著眼於有生育或收養關係之親長（即父母）為主，僅於「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務或父母死亡而無遺囑

指定監護人，或遺囑指定之監護人拒絕就職時」，始得依特定順序定其監護人（同法第 1094 條規定參照）。

此種規範架構固基於一般既存家庭型態所設，然對於例外情形，如本件聲請之原因案件，則未有一語道及，是法院謹守上開民法規定，以聲請人一僅為聲請人二之祖母，聲請人二生母尚存，而認定聲請人二生母為其唯一親權人，似非無據。惟從憲法保障家庭權與親權等基本權利之意旨，聲請人一既於聲請人二出生甫滿兩歲後即有撫育、照顧及保護等事實存在，即便不具血親關係，亦早如家庭親子關係，遑論聲請人一及二具有直系血親之祖孫關係。於此種情形下，聲請人一及二彼此間，自己具有親權之聯繫，聲請人一對聲請人二之親權行使之基本權利，應受憲法保障。

本庭對是否受理裁判憲法審查聲請之判斷標準，於 111 年憲判字第 8 號判決中即明白指出：

「當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。」
（第 30 段）

於本聲請案之原因案件，基於法院所為聲請人二之生母並「無不利未成年人之情形」之事實認定，固不容否定生母之親權，但在民法未能規定長期實際養育兒童之祖母應有地位之情形下，法院即應以憲法之高度，上溯憲法保護基本權之精神，進行「補位」或「補漏」，即根據憲法第 22 條保障家庭權、親權之意旨，承認並一併審酌聲請人一之親權人地位，進而在子女最佳利益下與生母之親權進行權衡。即使權衡結果，仍認生母親權優先於祖母親權，但亦可能在維護子女最佳利益之前提下，或裁判未成年子女權利義務之行使或負擔，由生母與祖母共同任之，並以生母為主要照顧者，或將未成年子女權利義務之行使或負擔單獨判歸生母，但祖母仍有與未成年子女一

定之會面交往權利¹，維持祖孫間既有家庭親屬關係與感情，以兼顧未成年人子女對生母、祖母雙方親權之聯繫。但如果一概否認聲請人一之親權人地位，將其比擬為「任何第三人」，則姑且不論單獨取得監護權或主要照顧者之機會自始就被排除，可能連最起碼之會面交往機會亦一併被剝奪殆盡，有長期親密感情之祖孫間總有一天恐會真的形同陌路，成為真正的「任何第三人」。這樣真的符合子女最佳利益嗎？遺憾的是，系爭裁定二直接以聲請人二生母經調查並無停止親權事由，而為聲請人二之唯一親權人為由，未作此法益衡酌，逕以聲請人一不具親權地位而駁回其聲請，即係對於聲請人一是否具有親權之基本權利有無之判斷，構成對「基本權根本上錯誤之理解」，該錯誤實質影響原因案件中，法院本應辨識聲請人一及聲請人二生母間親權衝突，「致發生應權衡而未權衡」之情形。因此，本庭對於本件聲請，並無不予受理之空間。

四、結語：「生的請一邊，養的恩情較大天。」

人之生死無法自己決定，婚姻關係之存續，外人也無從干涉，任何不幸的婚姻或家庭關係，總有不同原因。聲請人一之子即聲請人二生父婚姻無法幸福而離異，聲請人一為其子祖代母職，從小撫育聲請人二；後其子不幸意外身故，於喪子之痛之餘，尚得以年邁之軀照顧聲請人二，其所給予聲請人二之養護與親情，並不亞於生母。用白話說，聲請人二身體裡流的，何嘗不是聲請人一的血，聲請人一看見聲請人二，便如同看見自己早逝兒子，這種親情血脈的連結，就在日夜看顧聲請人二「一暝大一吋」中，如同生母。

然而，系爭裁定二就聲請人一請求停止聲請人二生母親權，並選定其為聲請人二之監護人事件中，未確實衡量聲請人一於此情形下

¹ 值得注意並參考者，德國民法第 1685 條第 1 項之規定，祇要對未成年子女有利時，子女之祖父母或兄弟姊妹有與子女會面交往之權利。又依同條第 2 項之規定，曾與子女長期共同生活或其他曾長期照顧子女之密切關係人（enge Bezugspersonen）亦得與子女會面交往。另依瑞士民法第 274 條之 a 之規定，於特殊情況，且有助於未成年子女之利益時，其他第三人，尤其該子女之親屬，亦得請求與子女會面交往。

受憲法保障之親權，逕以生母為聲請人二之唯一親權人，甚至將聲請人一比擬為「任何第三人」。其後果除侵害聲請人一之親權，進一步連鎖引發的可能更大違憲疑慮是，未能以子女最佳利益來妥適考量親權的歸屬及其內容之具體形成，導致實體上可能侵害子女的身心健全發展權利，以及程序面因未在此基礎上踐行聽取切身利益受影響之子女的意見而出現可能的違憲瑕疵。

臺灣人說：「生的請一邊，養的恩情較大天。」傳統法律規範與法院審理程序中，對於親權行使之歸屬，重視甚至以血緣關係為唯一依據，在面臨當代社會與家庭結構鉅變的今日，例如隔代教養（如本件聲請）、同性伴侶收養子女或人工生殖等情形，均涉及是否以血緣或生身關係作為判斷未成年子女親權歸屬與行使之唯一判斷標準，抑或應一併考量因為實際養育而實質具有親權之可能性，如何解釋憲法保障人民基本權利之真諦，應作如是觀。

本件應否受理，進而判斷確定終局裁定暨系爭裁定二是否合憲，關鍵當係在於是否承認長期實際養育孫子女之祖母亦擁有憲法所保障之親權行使之地位。多數意見過不了這一關，採取否定見解，最終導致不受理的命運，本席只能尊重卻不免感到遺憾。本席理解，血統優先原則向為親子法的主流見解，外國立法例亦大都如此，但在血統優先原則下，已有若干國家實務見解在子女最佳利益的最高指導原則下容許例外，例如美國²、加拿大³與歐洲人權法院⁴就已經有承

² 美國法對於雙親以外直系血親尊親屬如祖父母與孫子女間的親權行使地位，各州規範不盡相同（See Grandparent rights: State by state, available at <https://www.hellalife.com/blog/family/grandparent-rights-united-states/> (last visited Feb. 10 2023)），對於未成年人監護權行使順序，原則上仍以雙親優先，但並不排除祖父母得與未成年人之雙親之一爭取監護權之地位。例如於 *Graves v. French* 一案中，阿肯色州最高法院對於未成年人因雙親離異，由生父取得監護權後從軍，即由祖父母照顧，之後生父戰死，再婚之生母爭取未成年人之監護權，州最高法院即以未成年人從小由祖父母照顧，不能單純因為生父死亡，即將監護權移轉給生母，仍須審酌何人行使監護權始對未成年人具最佳利益。See *Graves v. French* 209 Ark 564, 191 SW2d 590 (1946).

認長期實際養育孫子女之祖父母亦擁有憲法所保障之親權行使地位，進而根據子女最佳利益與生父（母）之親權進行衡量，甚至最後將親

³ 於加拿大最高法院 *B.J.T. v. J.D.* 一案，其原因案件涉及的是子女之父母因家暴而離異，母親當時已懷有身孕。其後母親獨自於 2013 年 10 月生下該名子女，並且由其與外祖母共同養育近 2 年的時間。然而母親因精神健康問題，自 2017 年 8 月起拒絕外祖母繼續接觸該子女，兒福主管機關於是介入並同意由外祖母為暫時之寄養親權（foster parenting）行使人。父親則於 2019 年 2 月經兒福機關通知而知悉該子女存在，遂於同年 6 月要求與子女會面，兒福機關准許後變更原先將外祖母定為寄養親權人的決定。針對該名子女的永久監護權（permanent custody），即牽涉子女最佳利益之判斷，究應歸於已實行養育照顧責任的外祖母，抑或是具有較近血緣關係的父親。初審法院將永久監護權交由外祖母，認為其較父親更願意促進子女與其他家人之間的互動關係，並且指出兒福機關忽略了外祖母作為子女主要照護者的可能性。然而上訴法院予以撤銷，以自然血緣作為重要因素，將監護權改判給父親。加拿大最高法院最終維持了初審法院的判決，使外祖母擁有該案之監護權。在判決理由中，最高法院明確指出自然血緣並非作為子女最佳利益之優先考量因素，甚至指摘上訴法院過度偏重自然血緣的見解錯誤。See *B.J.T. v. J.D.*, 2022 SCC 24.

⁴ 歐洲人權法院雖然基於尊重會員國形成內國親子法之判斷餘地，並未直接明白承認未成年人雙親以外之直系血親尊親屬享有「同等」之親權行使地位，但於特定情形判斷未成年人之親權歸屬時，仍認應對雙親以外直系血親尊親屬如祖父母得行使親權之可能性。例如於 *T.A. and Others v. Moldova* 一案中，歐洲人權法院第二庭雖然尊重 Moldova 民法第 31 條規定，對於子女親權原則僅由雙親行使，然而本案聲請人二（即聲請人一 T.A. 及 A.A. 二人之女所生未成年子女 N.）於一出生便由其祖父母（即聲請人一）照顧，因為難產，聲請人一之女生產後十餘日便死亡，聲請人二因為早產而有先天疾病，其生父 A.C. 為籌醫藥費而遠赴俄羅斯工作，其間固然數次返國探視，但原則上仍由聲請人一照顧並行使監護權。不久，A.C. 以基因檢驗報告向法院聲請認領聲請人二，獲法院認可後便聲請移轉聲請人一對聲請人二之親權。聲請人一反對，便主張 A.C. 未能履行照顧撫養聲請人二之義務而應終止其對聲請人二之親權。內國法院基於該國民法對未成年子女親權原則由雙親行使之規定，認為聲請人一未能舉證證明何以 A.C. 取得對聲請人二之親權後未能妥善照顧具有先天疾病的聲請人二，何以之前 A.C. 未盡對聲請人二之照顧撫養義務等等，駁回聲請人一請求終止 A.C. 對聲請人二之親權之聲請。二審及三審法院亦駁回其上訴。歐洲人權法院第二庭一方面承認聲請人一得以自己名義及為聲請人二之利益而具有代其聲請之當事人適格；二方面認為，聲請人二其 5 歲生活中均與聲請人一共同度過，並且由聲請人一負擔全部照顧義務，聲請人一及二之間具有濃烈的情感連結，反之，A.C. 與聲請人二幾乎沒有共同生活，內國法院卻單純假設 A.C. 即生父負擔對聲請人二之親權，而對聲請人

權判給祖父母的先例，相信未來可以看到我國憲法法庭與家事法庭改變見解的一天到來。

二最佳利益之判斷上，完全忽視聲請人一及二之事實上生活情感與照顧關係。內國法院在判斷聲請人二的最佳利益時，卻未一併衡酌聲請人一受歐洲人權公約第8條所保障之家庭生活，以及由聲請人行使對聲請人二之監護權，特別是聲請人二具有先天疾病，多年均由聲請人一照顧之情形，一旦將聲請人二之親權移轉由其生父 A.C. 行使，對聲請人二之身心健康而言，是否較為符合其最佳利益等理由，認定內國法院裁判侵害聲請人一受歐洲人權公約第8條保障之家庭生活。See *T.A. and Others v. Moldova*, Application no. 25450/20, decided on 30 Nov. 2021, paras. 31-37, 53-54, 57 & 63. Available at <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213716> (last visited on 10 Feb. 2023). 本件判決與本庭本件聲請案事實有高度相似之處，歐洲人權法院之見解值得重視。

不同意見書

黃虹霞大法官 提出
詹森林大法官 加入

今年春節好冷，北極渦旋發威！感謝最高法院即時裁定，廢棄臺北地院命○小妹妹（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決當事未成年子女）應於大年初一上飛機前往義大利的強制執行裁定，避免司法成為冷凍庫。

司法當然應該有熱度；冷冰冰，不該是司法的因子，予人溫暖才應是司法的特質之一！又未成年子女之最佳利益不可強予分割！

本件未成年子女久居臺灣為慣居地，確定終局裁判改變其監護事實現狀，而未由法官直接聽取其意見，不必考量其最佳利益，不符合憲法意旨！

子女恆為權利主體，不是親權之客體！

壹、本席在去年中，本庭 111 年憲判字第 8 號判決協同意見書之首，寫了這一段話：

「子女是人不是物，永遠只能是權利主體，不可以是父母（親權）權利之客體；

在定親權事件中，子女最佳利益是王道，子女意願是王道中的王道；只有與子女選擇不相違之法院子女最佳利益判斷，才可能符合「子女」最佳利益原則！

子女之意願為何，應由法官放空，用全心理解、親自確認，這是決定親權裁判之前提及不二途徑；

遠遠超過一般大人的理解，再小的孩子都可能有能力表達其意願，只是大人（法官）看不懂或者不以為需要懂！」

此一感想在本案亦無二致。而且本席想進一步說：未成年子女之最佳利益不可違反其意願強予分割，使孩子在成長過程中必須因父母分居兩地（國）作空中飛人、兩地遊蕩。

貳、在上開意見書本文中，本席也寫到：

「……」

二、子女是獨立的權利主體，不是如物一般之權利客體

(一) 黎巴嫩詩人、哲學家季伯倫在「孩子」一文中所描述的：孩子是獨立的權利主體，不是父母的附屬品，即不是如物一般之任何其他人之權利包括親權之客體。¹

(二) 民法第6條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」短短14字已然說明凡是人，不論多麼年幼都是權利主體。

(三) 人可以併為其他人權利之客體嗎？人不是物，在民法解釋上應否定，在民主法治國高度保障人性尊嚴，答案當然是「No」。憲法、民法如此，家事事件更是強調未成年子女在家事事件（尤其定親權歸屬事件）之主體性地位，不可能同意子女是父母親權之客體。

(四) 但是說易行難。民法施行近百年，由民法第13條第1項及第76條規定：只能導出父母只是未滿7歲子女之代理人；由民法第13條第2項及第77條規定：只能導出滿7歲之未成年子女有不完整自主決定權，父母只有允許子女決定與否之權，而無代為決定全權。惟真實世界裡，有多少父母體認自己只是未成年子女之「代理人」或「允許權人」，這表示父母不等於是行為人，即不是「子女本人」？有多少父母從來不曾或常常不以子女是權利主體之角度，逕自由父母觀點以子女名義為行為（可能以愛合理化父母行為，自認為小孩子不懂，自己是為他們好）？為什麼很多人包括法官、專家暢言未成年子女之程序主體地位，但是不認為必然需親自聽取未成年子女意見？這樣的現實與上述最根本的法律規定相背離，很奇怪不是嗎？為什麼大人有看沒有見？因為「見怪不以為怪」，因為父權（權威）思想餘毒未除，潛藏社會慣行因素使然，被自己的下意識蒙蔽而難自覺！

(五) 因為子女不是物，怎麼有「交付子女之訴」甚至執行的問題？「要跟父或母」不是應取決於子女嗎？若父母同意或依法不能

¹ 季伯倫說：「你的孩子不是你的孩子。他們是生命渴求的兒女，是生命本身的企盼。他們只是藉由你而生……卻不附屬於你。你可以給予他們你的愛，而不是思想，因為他們有自己的思想。……」。

妨礙但子女不肯配合，執行法院可以強令子女配合嗎？更何況子女不是交付子女之訴的兩造當事人，該訴之既判力當然及於子女致他們當然受拘束而為被執行對象嗎？如果說家事事件法第 194 條及第 195 條得對子女直接強制的規定，是植基於已以程序主體地位予子女表達意願機會，則未直接聽取子女意願或與其意願相違之裁判，得對子女強制執行之法理依據又何在？從子女獨立人格保護之觀點，目前的制度沒有違憲疑義嗎？或謂直接強制執行交付子女與虐童無異，非全無道理。

三、在定親權歸屬事件，不論本案審理程序或暫時處分程序，法官都必須緊守子女最佳利益維護原則，這是王道。就此，應無爭議也應不必多所論述。

四、承上，子女最佳利益之維護，應首重子女意願；且唯有經由法官親見子女並放空全心理解聽取其陳述，才可能適切確定子女之意願

（一）子女最佳利益之維護，應首重子女意願！就此本席以為應不作第二想，但是恐怕不是人人都這麼想。有人會說小孩子「有耳沒嘴！」、「他懂什麼，他不懂啦！」、「爸媽說了算！」、「我愛他呀！為他好呀！」等等說詞否定子女意願，甚至拒絕聽取子女陳述。還常有這樣的說法：定親權事件中，如果父母均有強烈意願，那就比較父母所能提供的客觀環境、父母的教育態度甚至配合訴訟程序之狀況（名之曰善意父母原則）……。這些都是常見的否定或弱化子女意願重要性的因素！

（二）法不入家門！這句老話，仔細思考，不全然沒有道理！想想在定親權事件中，最核心的主體是誰？法官？父或母？都不是！是子女！如果您重視人性尊嚴、尊重個人獨立、自主，您有什麼理由否定子女意願、拒絕聽取子女陳述？法官裁判完，所了結的是案件，但是被裁判決定的不是身外之物的錢財，而可能是被裁判取代的子女自由意志。法院裁判認定的子女最佳利益如果與子女意願相違，那是「子女最佳利益」嗎？還是只是法院自以為的子女最佳利益而已？而

且為什麼子女一定要接受法院以為的最佳利益，被裁判決定要過什麼日子的是子女，不是法官，他們為什麼不能有較不佳選擇權？為什麼不能選擇環境沒那麼好但比較需要他相依為命的一方？無關虐童的親權歸屬爭議事件，與子女意願相違的裁判能符合裁判「保護人民」的本旨嗎？

（三）金窩銀窩不如我的狗窩！電影中「被強制安置的小女孩寒夜中偷偷跑去她弱智爸爸家找爸爸」，² 這一幕……。請再想想，子女意願才真正重要！

.....

（六）法官親自確認子女意願是必要的

1、任何其他人的觀察都難免其主觀，且充其量只是法官的助手，不能取代法官自己之親身見聞！程序監理人不是法官之代表，其聽取子女意願不等於法官已聽取子女意願；程序監理人以其專責保護未成年子女之地位，是程序主體，跟家事調查官不同，不是為法官調查事實或依法官要求提出報告。程序監理人係為輔佐、協助子女而設，不論其係相當於「訴訟代理人」或「子女與法院間橋樑」之地位，應均無權反於子女意願為主張。

2、正確理解子女的意願，法官要放空（放下法律、學說，保護兒童的公約包括海牙公約，不要讓它們成為阻礙保護子女真理的玻璃）、³ 放下執著（包括父母資源能力之考量，因為孩子不必然需要，而且可以由較有能力者支付扶養費方式填補），以孩子的角度（高度）全心去感受子女所需要的保護，不應強令子女接受不必要的保護。要找出的是子女想要的甚至可能是痛苦的、他人包括法官眼中比較不好的選擇！不是要替代子女作法官認為比較好的選擇。

3、就無關虐童之事件，親子關係應首重子女意願，任何人不應

² 出自電影「他不笨，他是我爸爸」。

³ 季伯倫說：「學說像窗戶上的玻璃，它讓我們看到真理，但也阻絕了真理」；金剛經說：「若菩薩心住於法而行布施，如人入闇，即無所見。若菩薩心不住法而行布施，如人有目，日光明照，見種種色」。

該替代子女而以外在因素秤斤論兩！甲眼中的最好環境不當然應是乙之最佳選擇！」

參、上述這些理由對於本案也應值得重視採擷。但是非常遺憾，才不到一年，大法官竟反於本庭 111 年憲判字第 8 號判決意旨，認為本件聲請應不受理，就只是一票之差，就這樣推翻了原來的多數意見？雖然未必如此（本件不受理裁定理由五（三）稱本件與本庭 111 年憲判字第 8 號判決之案情不同，無扞格之處），但本件不受理的結論實在難以接受。而且兩相對照，仍必然予人司法反覆、甚至無所適從之感！爰不能已於言，除了重申本席在本庭 111 年憲判字第 8 號判決之看法如上外，並針對本案多數意見提出質疑，及補充不同意見如下：

一、僅因前案是父母間親權爭議，而本件是母親與祖母間親權爭議，兩案裁判結果就應該不同嗎？

1、本席以為不然。

2、民法第 1091 條及第 1094 條第 1 項固分別規定：「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時，應置監護人。」及「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務……時，依下列順序定其監護人：一、與未成年人同居之祖父母……」，看起來似乎肯定「親權」之「權利」性質。惟由民法第 1092 條規定：「父母對其未成年之子女，得因特定事項，於一定期限內，以書面委託他人行使監護之職務。」亦可知：通稱為親權之民法第 1084 條第 2 項規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。」本質是一種監護，且父母固為最優先順序之法定監護人，但所稱「親權」，不但不應是一般理解之「權利」，而且與其說是權利，由「監護職務」用語觀之，毋寧應解為「保護教養未成年之子女之義務與責任」，此觀諸兒童及少年福利與權益保障法相關規定尤其第 3 條（稱父母對兒童及少年應負保護及教養責任等）及罰則等規定甚明。是除了如上開意見書所述，未成年子女僅應是權利主體，不是任何他人（含其父母）之權利（含所稱親權）之客體外，上

開民法父母親權相關規定充其量只應被解讀為父母為「第一順序義務人」，其目的僅在保護未成年人，不是為保障任何人（含父母）之權利（含所稱親權），就此而言，也就是由保護未成年人角度出發，前案父母間親權爭議與本件母、祖母間親權爭議，其判斷準據應沒有本質上差異。

3、又如果所稱親權，確應是義務與責任本質，則其「權」一語，恐應是曩昔「父權（權威）思想殘餘」，時至今日除不應再被解讀為「權利」外，為免誤解，實有再思考修正必要。因為如果揚棄「親權」用語，當有助於法官正確掌握兒童及少年保護本旨，不但本件聲請原因案件法官比較可能可以擺脫民法第 1084 條及第 1089 條規定係父母「權利」規定之無形束縛，大法官也可能作出不同結論之裁判（因為如果是義務責任，法官要考慮的當是誰比較適合保護教養未成年子女，從而能由未成年子女角度出發，真正落實未成年人之保護）。

4、另多數意見認依現行父母當然為第一順序，其對未成年子女親權之行使負擔，恆優先於祖父母之民法規定，故本件原因案件在不改定監護之情形，不必審酌未成年子女利益，也無須使未成年子女有陳述意見之機會部分：（1）、近百年前，此等民法規定當時，應尚無尊重未成年子女獨立人格權，其自為權利主體暨保障未成年子女最佳利益之理念，是在重視人格尊嚴及未成年人照護教養之今日，從保障未成年子女最佳利益觀點出發，由憲法之高度，所稱父母應否仍當然解讀為僅指未成年子女己身所從出之自然意義之父母，還是應該另作解讀為實際擔負照護教養責任之監護者，實值再審酌，且為落實未成年子女之最佳利益保護，相關民法規定非無思考修正之必要；（2）本件多數意見亦認本件聲請人二（未成年子女）於襁褓中即已非由其居住中國之母監護，至今多年來係由聲請人一（其居住臺灣之祖母）照顧教養。則由監護之事實狀態觀察，誰才應是法律上行使負擔照護教養未成年子女義務之所稱「父母」？在本件母親事實上未為照護教養之情形，確定終局裁定認監護應回歸母親，顯然變更未成年

子女受監護之現狀，而且與本庭 111 年憲判字第 8 號判決同，係涉及跨領域之重大變更，怎會無涉未成年子女之最佳利益，不必由法官直接聽取其意見呢？

5、此外，目前常見割裂未成年子女時間，認部分時間與父、部分時間與母同住，比較符合未成年子女最佳利益之想法及作法，可能是大人自以為當然是的迷思，似可再審酌。

二、「聽取未成年子女之意見」不應只是程序上行禮如儀而已，它與「考量未成年子女最佳利益」互為表裡，是一體之兩面：

1、未成年子女最佳利益之保護已具體規定在民法親屬編及家事事件法很多條文中（如民法第 1055 條之 1、第 1055 條之 2、第 1079 條之 1、第 1080 條、第 1081 條、第 1089 條、第 1094 條及家事事件法第 1 條、第 106 條、第 109 條、第 110 條、第 111 條及第 194 條等規定參照），本庭於 111 年憲判字第 8 號判決中亦予肯定；應由法官直接聽取未成年子女意見，亦同。家事事件法也強調未成年子女之程序主體權、程序參與權及陳述意見權等（如家事事件法第 68 條、第 77 條、第 108 條、第 109 條、第 118 條等規定參照）。

2、查未成年子女最佳利益係未成年子女保護之實質指標，未成年子女意見陳述係確定未成年子女最佳利益之有效方式，因此，二者互為表裡，是程序與實質一體之兩面（兒童權利公約第 12 條及其一般性意見書第 20 點參照）。如果形式上聽取未成年子女之意見，但實質上背離未成年子女之意願，不能認為裁判結果無違未成年子女最佳利益規定。

三、本件未成年子女應有獨立釋憲聲請權，而且已提出釋憲聲請：

1、多數意見幾經周折後，終於肯定本件聲請人二（未成年子女）為程序主體及釋憲聲請當事人適格，即有獨立釋憲聲請權，此點值得肯定。但是既然一方面肯定原因案件之裁判涉及聲請人二受保護照顧之事項，聲請人二為權利可能實質受影響之人（本件裁定理由四），但另一方面又拒絕受理其釋憲聲請，且在聲請人二之受監護事實狀態將因確定終局裁判而有重大改變，顯然非全無侵害聲請人二權

利可能之情形下，竟無隻字片語說明為何聲請人二之權利未受侵害，顯然本件判決之理由前後矛盾且不備，難昭折服。

2、此外，家事事件中，未成年子女自為程序主體，其意見陳述乃其本有之法定權利，不是以證人地位為親身見聞事實之義務性質陳述，則聲請人二於襁褓中離開其母之事實，與是否可不給予聲請人二陳述意見權利之判斷，根本無關，乃多數意見竟以聲請人二年幼即離開母親之事實為據，由之推論認未予聲請人二陳述意見之機會未違憲（本件裁定理由五（二））。多數意見顯然混淆未成年子女之陳述意見權與作證義務。

3、又本件聲請人二不足1歲，即已因父母離婚且其母自承無扶養聲請人二能力，而先由父監護（其間也多由祖母在臺灣照顧）、父逝後繼由祖母實際監護。由以上事實觀之，聲請人二之母反訴請求交付未成年子女，欲變動監護現狀，使其離開久居慣居地及長期照護之祖母，那麼當然不生濫用親權問題嗎？未成年子女之照護，對包括父母在內之監護人毋寧是相當甚至沈重之負擔，本件爭議應非單純，背後應另有隱情，是聲請人二「懷璧其罪」嗎？作為以保護人民為職責之法官，能不查明，即當然認長久未實際執行其法定監護責任之母親沒有濫用親權嗎？僅從認事用法觀點，確定終局裁判亦難昭折服。

四、本件也是跨境親權爭議，從對為我國人民之未成年子女有效保護觀點，亦應作特別考量：

本件與本庭111年憲判字第8號判決同，均涉及跨境親權爭議。因為監護事實現狀變動後，涉及為我國法權所不及之他國法權，及我國法權對未成年子女權益保護之無法或難以有效管控之客觀明顯事實，故本席以為就此等案件應從對為我國人民之未成年子女有效保護之觀點，就是否符合未成年子女最佳利益作深入特別考量。尤其因為需要理解未成年子女對變動後人生地不熟之恐懼、適應可能之困難等，故法官更有特予直接聽取其意見陳述之必要。

五、法院可以違反未成年子女之意願，以裁判強制未成年子女離開現居慣居地嗎？本席以為不可以。因為：

1、本件原因案件包含交付未成年子女（聲請人二）之訴，觀諸確定終局裁判主文即知。依確定終局裁判意旨，將可能改變聲請人二之長久以來受其祖母在臺灣監護之現狀，則單就交付子女之訴部分言，多數意見未進一步說明，即認不必由法官直接聽取其意見陳述，當然沒有審酌其最佳利益必要，當然沒有違憲問題！本席深深不以為然！

2、本席在上述本庭 111 年憲判字第 8 號判決所提協同意見書中已說明，如聲請人二之未成年子女是人不是物，是權利主體，不是親權之客體，是其是否當然為確定終局裁判既判力所及，顯有疑問。

3、又可以以任何裁判強制任何非因犯罪而被拘提之人如聲請人二離開現居慣居地嗎？亦值得再想想。本席以為當然不可以，因為侵害人格尊嚴及其衍生之人身自由、行為自由等受憲法保障之作為人之基本權。

不同意見書

黃瑞明大法官 提出
詹森林大法官 加入

一、本件聲請案之原因事實大要及聲請意旨

本件聲請人為祖母甲及其孫乙小弟，乙之父即甲之子丙男與大陸籍丁女於民國 103 年 7 月結婚，於 103 年 11 月生乙，丙男與丁女於 105 年 4 月調解離婚，協議親權由父親丙行使。乙於父母離異後定居臺灣由祖母甲照顧，僅每隔 3、4 個月至大陸地區與母親丁同住幾天。父親丙於 108 年 4 月死亡，祖母甲主張母親丁有濫用親權情事而依民法第 1090 條請求宣告停止母親丁之親權，及另選定聲請人甲為未成年人乙之監護人。母親丁主張其為乙之唯一親權人，提起反聲請，請求甲交付乙。聲請人甲敗訴確定後主張相關裁定違憲，並認為法院於審理時未聽取未成年子女之意見，因此主張家事事件法第 108 條規定未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利等而違憲。

二、多數意見決議不受理之理由及本席不同意之處

多數意見決定不受理本件聲請案，其理由於不受理裁定之理由五（三）稱「本件聲請之前提爭執，係祖母與母親間之停止親權爭議，在我國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地，除非母親有法定停止親權事由，並經依法宣告停止者，否則祖母依法尚難逕行主張以未成年子女最佳利益來考量由誰行使親權，其與本庭 111 年憲判字第 8 號判決係關於因父母之間就未成年子女所生親權爭議之案情有所不同。」為理由之一，本席對該理由無法同意，乃提出不同意見書。

本席認為父母離婚，取得未成年子女親權之一方死亡後，他方是否取得親權或另定監護人，仍應依當時之情況以子女最佳利益為考量。按法定停止親權事由依民法第 1090 條之規定係「父母之一方濫用其對於子女之權利」¹，及依兒童及少年福利與權益保障法（下稱

¹ 民法第 1090 條規定：「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、

兒福法) 第 71 條第 1 項規定係「疏於保護、照顧情節嚴重」或其他不利行為(與本案較無關係,故不在討論範圍)²,而於離婚期間未取得親權之一方,既未與未成年子女共同生活,即難認有機會構成濫用權利或疏於保護、照顧情節嚴重之情事。如未有法定停止親權事由存在,即可取得親權,形同他方可當然取得親權且得主張交付子女,而無需另行考量是否由長期照顧者擔任監護人,始符合未成年子女最佳利益。本席認為如此之見解不符家事事件應謀求未成年子女最佳利益之本質(家事事件法第 1 條規定參照)³。依此見解施行之結果,可能對未成年子女造成無法回復之傷害。

本席認為民法第 1089 條第 1 項:「對於未成年子女之權利義務,除法律另有規定外,由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時,由他方行使之。父母不能共同負擔義務時,由有能力者負擔之。」之規定於父母離婚後取得親權之一方死亡,他方是否取得親權時,不應僵化適用,致認由他方當然取得親權。按離婚後未取得親權之他方在離婚期間可能與該未成年子女已疏遠,該他方雖未達「濫用親權」「疏於保護、照顧情節嚴重」之法定停止親權事由之程度,但仍有可能構成其他不適合回復親權之情事,此時即可能構成「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務」之情形,而依民法第 1094 條之規定定監護人。與未成年人同居之祖父母,即為第一順位之監護人選。至於他方是否適合回復親權,即應以未成年子女

未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權,為子女之利益,宣告停止其權利之全部或一部。」

² 兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項規定:「父母或監護人對兒童及少年疏於保護、照顧情節嚴重,或有第四十九條、第五十六條第一項各款行為,或未禁止兒童及少年施用毒品、非法施用管制藥品者,兒童及少年或其最近尊親屬、直轄市、縣(市)主管機關、兒童及少年福利機構或其他利害關係人,得請求法院宣告停止其親權或監護權之全部或一部,或得另行聲請選定或改定監護人;對於養父母,並得請求法院宣告終止其收養關係。」

³ 家事事件法第 1 條規定:「為妥適、迅速、統合處理家事事件,維護人格尊嚴、保障性別地位平等、謀求未成年子女最佳利益,並健全社會共同生活,特制定本法。」

最佳利益為考量標準。本席認為自家事事件法公布之後，為未成年子女最佳利益之考量應為所有涉及未成年子女之家事事件之核心，於父母離婚後，有親權之一方死亡時，亦不例外。在離婚率高的今天，本聲請案涉及之法律問題並非獨特個案，因此有必要受理審理，以探討相關裁定是否違憲，抑或民法第 1089 條及其他相關條文是否有規範不足導致父母離婚後，有親權之一方死亡，對未成年子女之保護不足而涉違憲之處。

三、確定終局裁定及其前審裁定之見解：祖母適合擔任監護人，但父母離婚取得親權之一方死亡後，依民法第 1089 條之規定他方當然取得親權，因此未裁定祖母取得監護權

(一) 原因案件第一審裁定即臺灣桃園地方法院 108 年度家親聲字第 380 號家事裁定（下稱 380 號裁定）於裁定理由認定⁴：「綜觀上開事證及調查訪視報告可知，聲請人因協助其子丙照顧未成年子女乙，而擔任主要照顧者多年，固於各方條件雖適合擔任未成年人乙之監護人，然本件停止親權程序所應審究者，乃在相對人對於未成年人是否有『疏於保護、照顧情節嚴重』或有『濫用其對於子女之權利』之情事，而非在審酌具有監護意願人間何人較適合擔任親權人。……本件並無證據足資證明相對人對未成年子女乙有疏於保護、照顧情節嚴重或有濫用親權之行為，則聲請人依前揭規定，請求宣告停止相對人對未成年人乙之全部親權，顯無理由，應予駁回。」於裁定中認祖母甲適合擔任乙之監護人，但仍裁定駁回聲請人停止丁之親權之請求，本席認為如此之見解有所矛盾，不符未成年子女最佳利益考量之核心價值。

(二) 甲抗告後，臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定（即確定終局裁定）認定：「綜合上開事證及參考訪視報告、家事調查官之意見，審酌抗告人之子丙與相對人所生未成年子女乙現與抗告人同住，由抗告人夫妻共同照顧，彼此感情緊密，但無礙相對

⁴ 以下裁定內文引號內文字以本意見書代稱甲、乙、丙、丁替代姓名。

人因丙死亡，成為乙惟一親權人之事實，縱然乙受照顧情形良好，但抗告人為乙之祖母，並非乙之母，自無優先於相對人行使親權之理。」等理由而駁回聲請人之抗告而確定，其見解與 380 號裁定理由相同，亦認母丁成為乙唯一親權人而未為未成年子女最佳利益之考量。

（三）380 號裁定指出「按對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之，民法第 1089 條第 1 項前段定有明文。查，本件未成年人乙權利義務之行使或負擔雖原約定由父親丙任之，惟丙已於 108 年 4 月 8 日死亡，揆諸前開規定，於丙死亡後，未成年人丙（按；應為乙）即當然由相對人單獨監護。」該裁定認「當然由相對人單獨監護」，而未為未成年子女最佳利益之考量。確定終局裁定駁回抗告之理由有相同之意旨：「依前揭規定及說明，未成年子女乙權利義務之行使或負擔，於原任親權人之丙死亡後，應由乙之母即相對人任之，惟抗告人為乙之祖母，聲請停止相對人之親權，並選定抗告人為乙之監護人，則應以行使負擔權利義務之一方即相對人有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事，始有必要，倘行使負擔未成年人權利義務之一方，並無未盡保護教養之義務或對未成年人有不利之情事，自無改定行使親權之人必要。」該確定終局裁定理由所指「依前揭規定及說明」，即是指依據民法第 1089 條第 1 項之規定，且仍不脫民法第 1090 條及兒福法第 71 條第 1 項所規定之法定停止親權之事由，而尚未為未成年子女最佳利益之考量。

由上可知，確定終局裁定及其前審之 380 號裁定均係因為民法第 1089 條第 1 項、第 1090 條以及兒福法第 71 條第 1 項之規定而裁定維持母親丁之親權，而無法讓已長期照顧未成年孫子乙之祖母甲成為監護人。此二裁定均僅審酌母丁有無「疏於保護、照顧情節嚴重」或「濫用其對於子女之權利」之法定停止親權事由情事，性質上係就不利於未成年子女之消極事由是否存在為審查，而未進行未成年子女最佳利益之考量，就有利於未成年子女之積極事由為審查。本席認

為上開二個裁定適用民法第 1089 條之見解，與本件不受理決定之見解，均可能對未成年子女造成無法回復之傷害，而與憲法保護未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨不符。

四、本席之見解：夫妻離婚，取得親權之一方死亡，他方是否能取得親權，仍應視當時之情況，依未成年子女之最佳利益為判斷，理由如下

(一) 按父母離婚後未成年子女與取得親權之父或母生活時，可能與協力照護者（如外公/婆、舅舅、阿姨、表兄弟姊妹等或祖父/母、伯伯、叔叔、姑姑、堂兄弟姊妹等；如離婚後再婚者，其繼父或繼母以及再婚所生之子女等）形成穩定且安全溫暖之成長環境。相反地原無親權之另一方於離婚期間若與未成年子女疏於會面交往，可能雙方感情淡薄，有可能已再婚而另組家庭，甚或有其他不適合行使親權之情事，例如因犯案或吸毒而甫出獄等。因此擁有親權者死亡，由原本協力照顧者接續照顧而取得監護權，維持其既有之穩定成長環境，比起直接回復他方之親權而大幅度變動其生長環境，有可能較符合未成年子女之最佳利益。如此安排並不排除未成年子女可同時與離婚後未能行使親權之他方持續或增強會面交往並漸次培養更親密關係。若未為未成年子女最佳利益之考量，將未成年子女交付給不適合的他方，實無異羊入虎口。不僅於交付時強令未成年子女脫離熟悉之環境已構成傷害；交付後若待他方有虐待、家暴、強制性行為，甚至其他更惡劣之情事時，始以他方「疏於保護、照顧情節嚴重」或「濫用其對於子女之權利」等理由而依民法第 1090 條或兒福法第 71 條第 1 項之規定請求停止親權，可能已經緩不濟急、為時已晚。如此之情節並非聳人聽聞，而是在社會上現實存在之事例。

故夫妻離婚，約定子女由一方行使親權，該方死亡後，若由他方當然回復親權，而未考慮在離婚後，未成年子女與未取得親權一方間關係之親疏遠近，以及未成年子女在有親權一方已建立之人際關係及已習慣之生活環境等因素，強制其脫離慣居地，而進入陌生之環境，即可能對未成年子女造成傷害。尤其是涉及跨國之子女交付，於

子女被送出境後發生他方有濫用親權或疏於保護照顧情事，擬透過我國司法跨海救援之困難度極高，此為不應忽略之現實考量。

(二) 有關夫妻離婚後對子女權利義務行使之規定（民法第 1055 條及第 1055 條之 1），於有親權之一方死亡時，仍應適用，以決定子女之親權或監護權誰屬。

- 1、民法第 1055 條規定，夫妻離婚時，對未成年子女權利義務行使或負擔原則上依雙方之協議，但是賦予法院相當大的介入權，於「未為協議或協議不成」（第 1 項）「協議不利於子女」（第 2 項）「行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者」（第 3 項）之三項情形，法院均「得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法」（第 4 項）可見於父母離婚時為未成年子女之利益，法院有相當大之介入之權力。得請求法院酌定權利義務之行使者包括夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人（第 1055 條第 1、2 及 3 項規定參照）可見得關照未成年子女之利益者，不限於父母，而包括國家機關、社會福利機構及其他利害關係人，範圍極廣，已認為是國家及社會共同的責任，而非僅父母之權利或義務。如此之規定已超越往昔視子女為父母財產之落伍見解，可說是符合社會進步思潮之立法。至於何謂「子女之最佳利益」，民法第 1055 條之 1 第 1 項規定法院應「審酌一切情狀」，特別規定了 7 款「尤應注意」之事項，可稱詳盡。其應審酌之範圍包括對子女有利之積極事由之審查，遠遠大過於法定停止親權時所應審酌之「濫用其對於子女之親權」或「疏於保護、照顧情節嚴重」等限於消極事由之情事。故於離婚後有親權之一方死亡，縱他方主張親權，仍應依當時情形，考慮是否符合「父母均不適合行使權利之情事」，由法院為子女之最佳利益並依據民法第 1055 條之 1 有關最佳利益之規定，以決定他方是否回復親權，或依民法第 1055 條之 2 選定適當之人為子女之監護人。

2、本席認為民法第 1055 條及第 1055 條之 1 之規定於離婚後有親權之一方死亡時，仍應繼續適用，以決定回復他方之親權或認符合「父母均不能行使、負擔對於未成年子女之權利義務」之情形，而依民法第 1055 條之 2 及第 1094 條規定之順序選定監護人。與未成年人同居之祖父母即為第 1094 條規定第一順位之人。於有親權之一方死亡，原無親權之父或母在酌定親權時可獲較優先之考量，但並非當然取得親權，而仍應審酌一切情狀，始符未成年子女之最佳利益之考量，否則可能對未成年子女造成無法回復之傷害，已於前述。父母離婚後，一方死亡，認他方可當然取得親權之見解不啻回復子女為父母財產之落伍想法，而且是將子女視為可在父母間任意轉手宛如行李般之粗糙作法，不符合親子事件應以未成年子女為利益主體之原則。

五、違憲審查：確定終局裁定違憲？抑或民法第 1089 條之規定因未考慮未成年子女之最佳利益而違憲？

依上討論，本席認為本件應受理以審查確定終局裁定違憲，抑或民法第 1089 條之規定，因未考慮未成年子女之最佳利益而違憲。就此，本席意見如下：

甲：對確定終局裁定之審查：

（一）確定終局裁定並非未考慮「他方」即母丁之情況而無條件地將親權判屬母丁。按確定終局裁定於決定親權歸屬於母丁時，曾審究母丁保護教養子女之意願及態度，確定終局裁定理由四（三）認「綜合 108 年度家查字第 147 號、109 年度家查字第 32 號家事事件調查報告及本調查報告之調查內容，兩造均具有經濟基礎、家庭支持系統、親職能力、監護意願，評估兩造均具獨立監護未成年子女乙之能力，抗告人雖在經濟能力、照顧經驗、互動關係等方面表現較具優勢，惟相對人亦在未成年子女之照顧環境、教育規劃、醫療規劃、會面交往等方面用心甚益」依此，確定終局裁定並非僅考慮有無法定停止親權事由，而已將考量範圍擴張至照顧意願及照顧能力等，亦即事實上已為

子女最佳利益作了部分之考量，可認已將第 1055 條之 1 第 4 款規定「父母保護教養子女之意願及態度」列入考慮，但其範圍有限，而未涵蓋民法第 1055 條之 1 所定子女最佳利益所應考量之全部規定。

例如第 1055 條之 1 第 2 款「子女之意願及人格發展之需要」顯受忽略；第 5 款「父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」亦未受充分審酌。於涉及跨國境子女交付時，更應考量回復之可能。確定終局裁定並未明文適用民法第 1055 條之 1 之規定，且其實質審查範圍僅及於第 1055 條之 1 之部分規定，故其裁定之結論及理由可認未充分考慮未成年子女之最佳利益。

(二) 確定終局裁定理由認祖母甲適合擔任監護人，已如前述，但又認「抗告人為乙之祖母，並非乙之母，自無優先於相對人行使親權之理」（裁定理由四（六）參照），其論理即為倒錯。按民法第 1089 條未規定離婚後有親權之父母死亡時，應以未成年子女之最佳利益為考量，以決定親權，而係規定「由他方行使之」，就該條文僵硬適用之結果，生存之父或母即取得親權，故依法有優先權的是父或母，祖母並無主張優先行使親權之餘地，祖母於本案（以及其他所有主張監護權之第三人相同）得主張監護權之依據均不脫因為長期照顧所產生之親密感情，以及子女慣居地所形成之環境等因素，也就是為子女最佳利益之考量所應審酌之一切情狀，而非主張有優先權。當然有優先地位的是父或母，則法院應該審究的是僅依最近血緣而有優先地位的父或母是否即可當然超越次親近血緣關係之祖父母長期照顧所形成之感情及環境，而仍然優先取得親權。確定終局裁定並未就此為審查，為合理化其認為祖母無優先行使親權，而提出反面論證，「否則任何第三人主張其提供之撫養條件優於本生父母，即得主張停止父母親權改由其監護他人子女，親子人倫將難以維繫。」其論證亦非合理。按本案主張監護權者，並非「任何第三人」，而是已長期照顧該子女之祖母，不僅符合民法第 1055 條所稱利害關係人之身分，更是民法第 1094 條定監護人時居第一順位者，該裁定所指「撫養條件優於本生父母」並不明確，若該裁定所稱之撫養條件僅指經濟條件，固有道

理，確實不能僅因第三人提供較佳之經濟條件，即可優先於本生父母取得親權，此為常理，無待論述批判。但若該裁定所稱之「撫養條件」是指綜合考量各種因素後「符合子女最佳利益」之條件而言，則該見解明顯摒除子女最佳利益之考量而以血緣親等為主要之考慮因素，如此見解或係依法判決不得不然，但可認對未成年子女憲法上之權利保障不足而涉違憲。

(三) 另本件裁定之原因案件之爭議包括「定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件」、「交付子女事件」以及「宣告停止親權或監護權及撤銷其宣告事件」等內容而分屬家事事件法第 3 條就家事事件分類中戊類之 8、9、10 三款。就該類事件於親子關係相關事件，法院應通知所涉之子女參與程序（同法第 74 條、第 76 條及第 77 條規定參照）如此強制法院應通知子女之要求，應係認為法院為謀求未成年子女最佳利益之審酌時，應親自聽取未成年子女之意見。本件確定終局裁定及其前審審理程序中均未通知未成年子女乙到庭參與程序，如此審理程序之缺失亦可認為對於未成年子女之程序參與權及陳述意見權利之保障不足而涉違憲。

乙：對民法第 1089 條規定之審查

確定終局裁定或係因民法第 1089 條規定未賦予法院審查未成年子女最佳利益之權力以致於未能充分地考量未成年子女最佳利益之一切情狀而為裁定，因此有必要就相關法規為審查。按民法第 1089 條對於未成年子女之權利義務之行使負擔規定「父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。」於父母離婚，約定行使親權之一方死亡時，即依該規定而將親權交由他方行使，可能造成對未成年子女不利之結果已如前述，就此而言，民法第 1089 條之規定未考慮到父母離婚，約定親權之一方死亡，由長期照顧之近親接續照顧是否較符合未成年人利益之問題，即有可能產生對於未成年子女保護不足而違憲。本席認為解決之道亦可以將民法第 1089 條規定作合憲性限縮解釋，即認該條規定並不適用於父母離婚之情形，因為父母離婚時，對於子女親權之行使，已有民法第 1055 條及第 1055 條之 1 為詳盡之規定。

於離婚後有親權之一方死亡之情形，仍應持續適用第 1055 條及第 1055 條之 1，以決定未成年子女之監護權。此時並可審酌是否已符合民法第 1055 條之 2 及第 1094 條所稱「父母均不能行使負擔對於未成年子女之權利義務」之情形而定監護人。另外當然亦可宣示第 1089 條因未考慮父母離婚之情況而違憲，要求立法機關重新修法。例如規定於此情況下可以重新規定未成年子女與原無親權之父或母會面交往之方式及期間，讓未成年子女可以不必脫離其慣居地的方式同時增強其與在世之父或母之感情。

六、最高法院 69 年度台上字第 3676 號民事判決之個案並無普遍性，且其見解已不合時宜，不應再予援用

確定終局裁定理由引用最高法院 69 年度台上字第 3676 號民事判決意旨（裁定理由三參照）作為裁定依據，本席認為該判決之原因事實與本件有相同之處，且該判決之見解與本件不受理之理由相近，故有討論之價值。按該判決相關見解之全文為「夫妻之一方，對於未成年子女之監護權，不因離婚而喪失。因離婚而約定子女由一方監護，僅他方之監護權一時停止而已。倘任監護之一方死亡，對於未成年子女保護教養之權利義務，當然由他方任之。」按該判決之原因案件為未成年子女於出生後一個多月後父母即離婚，父取得監護權，但於離婚後一年二個月死亡。故此時該子女僅一年三個月大，尚為嬰兒期間，法院判令監護權當然歸屬其母親，對於在襁褓中之子女身心衝擊不大。但如此之案例不具普遍性，並非對所有離婚後有親權之一方死亡之案例皆可適用。因為父母離婚後其未成年子女可能已經脫離嬰兒期，而已成為青少年，亦可能多年與無監護權之一方未有所接觸，雙方關係已疏離，該判決認行使監護權之一方死亡，他方當然取得監護權，忽略考慮未成年子女與具監護（親）權之之一方共同生活時已建立之生活環境，以及驟然終止該生活環境對未成年子女之衝擊與傷害；亦未考慮他方與該未成年子女間之關係，以及他方之條件是否適合行使監護（親）權等，亦即未考慮未成年子女最佳利益。究其原因，該判決係於 69 年 11 月 19 日作成，而家事事件法係於 101 年 1

月 11 日始制定公布，目前被視為理所當然之觀念，例如「謀求未成年子女最佳利益」之家事事件法之立法意旨，當時尚未普及。對離婚時子女之監護權歸屬於 85 年修正民法第 1055 條時為詳細規定，而對子女之最佳利益為詳細指示性規定的民法第 1055 條之 1 係於 85 年時制定（現行條文係於 102 年修正），均係於上開最高法院判決後多年始修法定。自民法第 1055 條及第 1055 條之 1 此二法條以及家事事件法相繼制定之後，離婚後子女之監護，法院即應依據該二條文以及家事事件法以決定未成年子女之親權或監護權。上開最高法院判決係以親近血緣作為決定監護權之唯一條件，而完全未考慮未成年子女之最佳利益，係當時時空環境下所作之判決，不必苛責，但亦不應再予考慮援用。

七、最高法院 102 年度台簡抗字第 123 號民事裁定始具參考價值

自家事事件法公布施行之後，與本件爭議性質類似之父親主張親權與祖母主張監護權之爭議中，最高法院 102 年度台簡抗字第 123 號民事裁定適用家事事件法第 78 條第 1 項「法院有依職權調查事實及必要之證據」以及第 108 條⁵應讓未成年子女有表達意願與陳述意見之機會等規定，認為父親既多年未照顧及扶養其子女，將子女之權利及義務酌由父親行使，能否謂無違反該子女之意願及符合其最佳利益？且法院對父親假釋後之交友狀況如何，對未成年子女人格發展有否影響，事實未臻明瞭，因此撤銷對父親有利之原審判決。本席認為該裁定認事用法乃與時俱進，具參考援用之價值。

⁵ 家事事件法第 108 條第 1 項規定：「法院就前條事件及其他親子非訟事件為裁定前，應依子女之年齡及識別能力等身心狀況，於法庭內、外，以適當方式，曉諭裁判結果之影響，使其有表達意願或陳述意見之機會；必要時，得請兒童及少年心理或其他專業人士協助。」

不同意見書

詹森林大法官 提出

本件憲法訴訟，聲請意旨已有具體指摘，而聲請人一、二據以聲請裁判憲法審查之確定終局裁定，有侵害該案聲請人一之親權之虞，更有明顯侵害聲請人二（未成年子女）之訴訟權（憲法第 16 條）、親權及人格權、人性尊嚴（111 年憲判字第 8 號判決參照）情形。憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定（下稱系爭憲裁）卻不予受理，本席實難苟同，爰提出不同意見書。

壹、程序部分

一、聲請人二聲請本件法規範及裁判憲法審查，符合憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項規定

本件憲法訴訟，共有兩位聲請人，聲請人二乃原因案件確定終局裁定¹所指之未成年人，聲請人一為聲請人二之內祖母²。

依憲訴法第 59 條第 1 項規定，得聲請法規範憲法審查或裁判憲法審查之人民，必須曾經「受不利確定終局裁判」。聲請人一係原因案件確定終局裁定之當事人，且其在該確定終局裁定程序之請求被駁回，故據確定終局裁定聲請法規範及裁判憲法審查，自屬合於憲訴法

¹ 系爭憲裁，將原因案件之最高法院 111 年度台簡抗字 60 號民事裁定，認定為本件憲法訴訟之確定終局裁定，但又鑑於該 60 號裁定係以聲請人一之再抗告不合法為由而予以駁回，遂併將該再抗告程序之前審裁定，即臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定，一併審酌（見系爭憲裁理由三）。

² 所謂「內祖父、母」、「外祖父、母」，與英文所指之「paternal grandfather, paternal grandmother」、「maternal grandfather, maternal grandmother」相同，二者僅具血統及語言上之區分，而無法律上當然之差異。此由民法第 1094 條 1 款及第 3 款，就因該條所稱事由，而定祖父母為未成年孫子女之監護人時，從民國 20 年 5 月 5 日施行起，即不以「內、外祖父母」為區別，而係以「是否與未成年子女同居」為依歸，即可明瞭。民法第 1114 條至第 1116 條，及第 1117 條、第 1118 條所定之扶養權利與義務關係人，於一方為孫子女、他方為祖父母時，亦不區分「內、外祖父母」。祖父母依民法第 1131 條第 1 項第 1 款及第 2 項，出任親屬會議成員，若有差異，係因其是否與孫子女「同居」，而非因其為「內或外祖父母」。民法第 1138 條第 4 款規定，祖父母為孫子女之法定繼承人，亦不區別「內或外祖父母」。

第 59 條第 1 項規定。

至於聲請人二，並非確定終局裁定之當事人，則其亦據該裁定聲請本件憲法訴訟，是否符合憲訴法第 59 條第 1 項規定，應先釐清。

查，在原因案件，聲請人一請求法院宣告停止聲請人二之母親對於聲請人二之親權，聲請人二之母親則反請求聲請人一交付聲請人二。因此，該原因案件乃家事事件法第 3 條第 5 項第 10 款（宣告停止親權）及第 9 款（交付子女）所稱之戊類家事事件，而此二請求，均攸關聲請人二之親權，聲請人二自屬因裁定而權利受侵害之關係人，故得依家事事件法第 74 條、第 92 條第 1 項規定，對於法院之裁定為抗告。

此項特別允許非裁判當事人得對裁判為抗告之法理，與一般民事訴訟僅著重於訴訟兩造利益，大相徑庭，具有實質維護因裁定而權利受侵害者之意旨³。該意旨在牽涉家事事件法第 74 條所稱丁類及戊類家事事件之憲法訴訟程序中，當然應予援用，始能確保未成年人得為貫徹其基本權（憲訴法第 61 條參照），而就不利自己之確定終局裁判，依憲訴法第 59 條第 1 項規定，聲請法規範及裁判憲法審查。

準此，聲請人二在原因案件中，雖非當事人，亦未以關係人身分聲請參與該家事事件程序（家事事件法第 77 條第 3 項參照）⁴，仍當然得以自己名義，依憲訴法第 59 條第 1 項，聲請本件之法規範及裁判憲法審查。系爭憲裁理由四所謂聲請人二「自應例外得以自己名

³ 家事事件法第 92 條第 1 項之立法理由為：「因家事非訟事件之本案裁定而權利受侵害之人，雖非聲請人或相對人，應許其得提起抗告，以維護其權益，例如繼承人、遺產債權人對選任遺產管理人裁定如有不服，應得抗告，爰訂定第 1 項」。此外，該條第 2 項規定：「因裁定而公益受影響時，該事件相關機關或檢察官得為抗告。」亦揭示家事事件法不同於一般民事訴訟之立法設計。

⁴ 本件原因案件之歷審法院未依家事事件法第 77 條第 1 項規定，依職權通知聲請人二參與程序，或係因聲請人二於該歷審程序進行中，尚未滿 7 歲而無程序能力。此外，歷審法院亦未依同條第 2 項規定，依職權通知相關主管機關（例如桃園市政府主管兒少福利之該府社會局）參與程序。

義，據聲請人一所受不利確定終局裁判，逕向本庭聲請為法規範或裁判憲法審查」（見系爭憲裁理由四），不但殊嫌保守，更屬未能體認「未成年子女在家事事件法所受之程序保障，於憲法訴訟程序中，不得有任何減損」之誡命。

二、聲請人二在本件憲法訴訟程序以自己名義委任律師，亦屬合法

次應探討者，聲請人二在本件憲法訴訟程序，以自己名義委任律師（見憲法法庭於 111 年 9 月 5 日收受之聲請人二憲法訴訟陳報所附之兩份委任狀），是否合法？

委任律師，乃契約行為。因此，未成年人委任律師，不論有償或無償，應經法定代理人允許（事先同意）；否則，應經法定代理人承認（事後同意），始生效力（民法第 79 條）。

在本件，聲請人二迄今仍為未成年人，其原法定代理人（父親）業已過世，且原因案件之確定終局裁定，駁回聲請人一所為宣告停止聲請人二之母親親權之請求，並認定其母親得行使對於聲請人二之權利與義務。

然而，就民法之法理而言，依確定終局裁定，聲請人二應「被交付」於其母親，而聲請人二就該確定終局裁定聲請法規範及裁判憲法審查，顯見聲請人二不服該確定終局裁定，且係以其母親為本件憲法訴訟之「潛在」利害相對人⁵。因此，自難期待聲請人二之母親，就聲請人二委任律師聲請本件憲法訴訟，予以允許或承認⁶。換

⁵ 稱「潛在」，係因聲請人二之母親，形式上，並非本件憲法訴訟之當事人。其實，法院處理家事事件時，經常應依職權通知關係人參與程序。憲法法庭於處理有關家事事件之憲法訴訟時，亦然。準此，處理本件憲法訴訟時，憲法法庭未依職權通知聲請人二之母親參與程序，即作成系爭憲裁，嚴格而言，不無瑕疵。但就此瑕疵，或許得以「結論上，本件聲請既然未經受理，聲請人二母親之基本權，自未受有侵害，則過程中，未通知其參與本件程序，即屬無礙」而交代之。

⁶ 就此而言，系爭憲裁理由四稱：「如聲請人二聲請憲法訴訟，仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二之相關權利即難獲得有效之保障」，尚可贊同，惟該理由，係僅針對聲請人二得以自己名義聲請本件憲法訴訟，所為之論述而提。至於聲請人二得否在本件憲法訴訟自行委任律師，系爭憲裁並無隻字片語。但

言之，聲請人二之母親，雖經原因案件之確定終局裁定，而得行使對於聲請二之親權，但本件之特殊問題為：聲請人二與其母親之間，就本件憲法訴訟，存在利害完全相反之情形。此種情形，與民法藉由法定代理人之同意保護未成年之規範類型，完全不同。從而，在本件憲法訴訟，應透過目的性限縮方法，排除民法第 79 之適用。是聲請人二委任律師聲請本件法規範及裁判憲法審查，雖未得其母親之承認，亦屬合法。

此外，就家事事件法之法理而言，聲請人二出生於 103 年 11 月 28 日，則於 110 年同月日，即年滿 7 歲；自該日起，依家事事件法第 14 條規定，在家事事件程序，有獨立之程序能力。為貫徹未成年人之基本權，得就其與法定代理人間之權利義務爭議，針對不利於己之確定終局裁判，聲請法規範或裁判憲法審查，在憲法訴訟程序上，前開家事事件法第 14 條規定，仍應予準用。是聲請人二於 111 年聲請本件憲法審查時，已具有憲法訴訟之程序能力，而聲請人二據本件確定終局裁定聲請憲法審查，與憲訴法第 59 條第 1 項規定，並無不合，業如前述。從而，聲請人二縱不委任律師，原得自行從事憲法訴訟之程序行為，則其為更有效伸張在憲法訴訟程序所得主張之權利，遂委任律師代為程序行為（提出書狀、到場陳述意見等），自無不可。反之，若將聲請人二得否委任律師代為憲法訴訟之程序行為，繫於其母親是否同意聲請人二委任律師，無異根本掏空家事事件法第 14 條之立法目的，自不可採。

當然，為更符合家事事件法之法理，憲法法庭應準用家事事件法第 15 條第 1 項第 3 款所定「為保護有程序能力人之利益認有必要」，依職權為聲請人二選任程序監理人，以代理其進行憲法訴訟。

貳、實體部分

一、聲請意旨

系爭憲裁將聲請人二委任之楊律師及趙律師列為聲請人一、二之「共同訴訟代理人」，可見系爭憲裁並未否定兩位律師代理聲請人二之權限，故可推論系爭憲裁亦肯認，聲請人二無須經其母親同意，即得授與兩位律師訴訟代理權。

聲請人一、二之聲請意旨為⁷：（一）關於裁判憲法審查部分，原因案件之法院，於事實審程序，未給予聲請人二直接表達意願或陳述意見之機會；且其所為裁定，未依慣居地原則及繼續性原則，侵害聲請人二受憲法保障之第 15 條、第 16 條、第 21 條分別保障之生存權、聽審請求權、受教育權，及憲法第 22 條所保障之人格權，應受違憲之宣告。（二）關於法規範憲法審查部分，家事事件法第 108 條，未賦予未成年子女直接向法院表達意願或陳述意見之權利，應予違憲宣告並限期修正（見系爭憲裁理由一）。

二、審查基準

按憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決業已指明：「基於憲法保障未成年子女之人格權與人性尊嚴，法院於處理有關未成年子女之事件，應基於該未成年子女之主體性，尊重該未成年子女之意願，使其於相關程序陳述意見，並據為審酌判斷該未成年子女最佳利益之極重要因素。」（見該判決第 38 段）、「繼續性原則及兒童意願已為定跨國父母交付未成年子女事件，國際公約所共認應特別考慮之原則。」（見該判決第 41 段）、「法院所為裁定，關於尊重未成年子女意願及繼續性原則，有應審酌而未審酌之情形者，即為抵觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨。」（該判決第 43 段至第 47 段參照）。

準此，判斷本件憲法訴訟之聲請應否受理，除應依憲訴法第 61 條第 1 項，審查本件聲請是否具憲法重要性，或為貫徹聲請人一、二基本權所必要外，其另應特別注意者為：關於（一）聲請裁判憲法審查部分，應探究確定終局裁定及其前審裁定，為何未使聲請人二陳述意見？原因案件歷審裁定之內容，是否未依慣居地原則、繼續性原則，致有違憲之虞？關於（二）聲請法規範部分，應檢視家事事件法第 68 條，是否侵害未成年子女有於影響其權利之家事事件上，直接

⁷ 聲請人一、二，於本件憲法訴訟，就確定終局裁定命聲請人一交付聲請人二於其母親部分，併聲請暫時處分。惟系爭憲裁以本件法規範及憲法裁判審查之聲請，既不予受理，該暫時處分之聲請，即失所依附，遂予駁回。

向法官表達意願或陳述意見之憲法上權利？⁸

三、系爭憲裁審查情形

系爭憲裁之多數意見決議不受理本件聲請，其理由要旨略為（參看系爭憲裁理由五（二））：

1. 於現行民法親屬編架構下，民法第 1089 條第 1 項（後段）明定，父母之一方不能行使對於未成年子女之權利時，由他方行使之。
2. 依民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條第 1 項等規定，請求法院宣告停止父母親權之全部或一部，以父母之一有濫用其對於未成年子女之權利，或行使負擔權利義務之一方有未盡保護教養之義務，或對未成年人有不利之情事為限。而聲請人一在本件原因案件，未能證明聲請人二之母親有疏於保護、照顧情節嚴重或不利於聲請人二之情事，法院亦查無聲請人二之母親有何不適任親權人之情形，致聲請人一之請求被駁回。
3. 聲請人一主張該母親濫用對於聲請人二之權利，或疏於保護、照顧，且情節嚴重之事實，均發生於聲請人二之襁褓時期，故不能以法院未令聲請人二就有無該事實陳述意見，而指摘法院程序指揮之法律見解有何牴觸憲法之處。

四、本席意見

（一）系爭憲裁就聲請標的關於交付子女部分，漏未裁判

本件原因案件歷審裁定，不僅就聲請人一所為宣告停止聲請人二母親之親權（下稱停止親權部分），予以駁回，而且另依該母親之反請求，命聲請人一交付聲請人二（下稱交付子女部分）。

⁸ 按原因案件第一審程序開始時（108 年），聲請人二（103 年 11 月生），已經將近滿 5 歲。第一、二審裁定作成時（109 年 12 月 31 日、110 年 11 月 24 日），更分別已滿 6 歲及將近 7 歲。但因原因案件之歷審法院，就聲請人二之陳述意見，誤解為僅具證詞效力，遂未通知其陳述意見。據此，已足見確定終局裁定顯有違反子女最佳利益情事，本件聲請自應受理。從而，確定終局裁定是否因違反慣居地原則、繼續性原則而亦屬違憲，及家事事件法第 68 條是否違憲，已對本件聲請應予受理，不再具影響力。

就上開二部分，聲請人一及二均請求法規範及裁判憲法審查。是交付子女部分，亦為本件憲法訴訟之標的，憲法法庭應予審查。就此，111 年憲判字第 8 號判決所指：「法院為交付子女之暫時處分裁定前，應使未成年子女有陳述意見之機會。」（該判決理由第 54 段），得為完善之審查基準。

查，本件原因案件歷審程序中，法院既未為聲請人二選任程序監理人，亦未使其有陳述意見之機會。

就此而言，確定終局裁定關於交付子女部分，不符 111 年憲判字第 8 號判決要求，而有該判決所稱牴觸憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴意旨之嫌。聲請人一、二據以聲請裁判憲法審查，洵有理由，應予受理。

詎料，系爭憲裁僅在論述停止親權部分，認為原因案件歷審法院雖未使聲請人二陳述意見，但不影響聲請人一不能證明聲請人二之母親有濫用親權，或疏於保護照顧且情節嚴重之事實，故難謂法院之程序指揮相關法律見解有何牴觸憲法（系爭憲裁理由五（二）參照）。

明顯可見，關於交付子女部分，就聲請人一、二所提「確定終局裁定因未使聲請人二陳述意見而違憲」之指摘，系爭憲裁完全置之不問，顯屬裁判脫漏。

（二）系爭憲裁誤解並踐踏「家事事件中應使未成年子女陳述意見，以尊重其意願」之憲法重要性；但針對 111 年憲判字第 8 號判決，系爭憲裁並未持不同見解

家事事件中，法院所為未成年子女親權之裁定，攸關未成年子女人格權，甚至關係其人性尊嚴；在法院裁定交付未成年子女之情形，尤然。

有鑑於此，111 年憲判字第 8 號判決再三強調，家事事件中，應使未成年子女陳述意見，以尊重其意願，俾保障未成年子女之人格權及人性尊嚴。

強調「尊重其意願」，係因未成年子女得藉由陳述意見，而

就「應由何人（父母之一方、其他親屬、社會福利機關等）取得親權」、「未取得親權之父或母，得為如何之探視（包含探視時間、地點、方式等）」，及「其他關係未成年子女未來人格發展之重要事項」，表示其意見，俾法官得在「子女最佳利益」原則下，定最妥適之親權具體內容。就此而言，未成年子女得藉由陳述意見，共同決定攸關其自身之權利義務及未來之生活與發展。

豈料，系爭憲裁竟將「使未成年子女陳述意見」，直接貶抑為「認定事實之證詞」。系爭憲裁並因而僅於審查確定終局裁定關於停止親權部分，應否受理本件裁判憲法聲請時，以「聲請人二不能證明聲請人一主張聲請人二之母親有濫用親權，是否屬實」為由，而認原因案件歷審法院雖未使其陳述意見，仍不得據以指摘確定終局裁定有何抵觸憲法。

「家事事件中，應使未成年子女陳述意見」之憲法重要性，竟遭系爭憲裁嚴重誤解及無情踐踏至此程度，本席實感無奈。

話雖如此，系爭憲裁以併予指明方式，指出：「本件聲請之原因案件，係祖母與母親間之停止親權爭議，……其與本庭 111 年憲判字第 8 號判決係關於因父母之間就未成年子女所生親權爭議之案情有所不同。是本件裁定之見解，與上開 111 年憲判字第 8 號判決之見解並無扞格之處。」（見系爭憲裁理由五（三））。

由是可知，姑不論系爭憲裁所謂本件聲請原因案件之案情，不同於 111 年憲判字第 8 號判決，是否正確⁹；其應再三提醒者為：「系爭憲裁對於 111 年憲判字第 8 號判決，並未持不同看法。」

⁹ 關於未成年子女親權之爭議，在「子女最佳利益」原則下，不因其爭議係存在於「父、母之間」（111 年憲判字第 8 號判決），或「祖母與母親之間」（系爭憲裁），甚或「養父母與親生父母間」、「血親與姻親間」、「親戚與非親戚間」等，而當然應為不同處理。蓋對個案之未成年子女而言，均涉及「因親權人變更，而衍生迄今生活之轉變及未知將來之降臨」。因此，法官皆應使未成年子女有陳述意見之機會，並親自聽取，始得妥適定其親權之歸屬。就此而言，系爭憲裁在本件所為之「案例區別」，亦有錯誤。

(三) 系爭憲裁完全忽視，民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條亦應接受憲法審查

系爭憲裁另應受詬病者，在於其直接適用民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條規定，即逕行不受理本件聲請。換言之，系爭憲裁係適用民法，而非適用憲法，而為不受理之裁定。

從前述系爭憲裁審查情形之 1、2（參見系爭憲裁理由五（二）），並對照原因案件歷審裁定，顯然可見，系爭憲裁於單純援引該歷審裁定據以駁回聲請人一在原因案件聲請之理由後，隨即以本件聲請未指摘確定終局裁定有何牴觸憲法為詞，而不予受理。

此由系爭憲裁先堅稱：「且依系爭裁定二¹⁰所認，聲請人二與聲請人一同住，由聲請人一及其夫共同照顧，彼此感情緊密，但仍無礙原相對人¹¹於聲請人二之父親死亡後，成為聲請人二唯一親權人之事實；縱然聲請人二受聲請人一照顧情形良好，但聲請人一為聲請人二之祖母，並非母親，依現行民法親屬編規定，無優先於原相對人行使親權之依據」（系爭憲裁理由五（二））；又重申「在我國現行法制下，父親無法行使親權時，母親係唯一親權人，祖母尚無主張親權之餘地」（系爭憲裁理由五（三）），即可得知。

判斷本件憲法訴訟應否受理，當然應具備所謂之憲法高度。系爭憲裁，卻單純著墨於民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條之解釋，而完全漠視憲法之要求。

亦即，聲請人一、二既然具體指摘確定終局裁定之前審裁定（臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定）依民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條定本案之親權，有違憲疑義，憲法法庭即應檢視該二條文是否符合未成年子女之最佳利益，及有無侵害祖父母對於未成年孫子女之親權，而非自我拘泥於此二條文之當然解釋。否則，即難謂無負釋憲者之職責。

¹⁰ 即原因案件之臺灣桃園地方法院 110 年度家親聲抗字第 18 號民事裁定。

¹¹ 即聲請人二之母親。

按，民法親屬編就父母對於未成年子女之權利、義務，於20年5月5日甫施行時，以第1089條規定：「除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之；父母對於權利之行使意思不一致時，由父行使之；父母之一方不能行使權利時，由他方行使之；父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。」

前述規定中段（父權優先條款），明定父親享有優先於母親之親權，理由顯然在於傳統「父權思想」及「男（父）尊女（母）卑」。此項立法思維，在兩性平等觀念興起後，當然被揚棄。司法院大法官於83年9月23日作成釋字第365號解釋，宣告前開規定不符憲法第7條性別平等及憲法增修條文第9條第5項消除性別歧視之意旨。立法院並依前開解釋要求，於85年9月6日，將本條修正為「（第1項）對於未成年子女之權利義務，除法律另有規定外，由父母共同行使或負擔之。父母之一方不能行使權利時，由他方行使之。父母不能共同負擔義務時，由有能力者負擔之。（第2項）父母對於未成年子女重大事項權利之行使意思不一致時，得請求法院依子女之最佳利益酌定之。（第3項）法院為前項裁判前，應聽取未成年子女、主管機關或社會福利機構之意見。」

應併注意者，立法院85年9月6日通過之民法親屬編條文，同時增訂第1055條之1及第1055條之2，明定法院因夫妻離婚而定對於未成年子女權利義務之行使相關事項時，應依「子女最佳利益」原則。

111年憲判字第8號判決之指導思想，亦為「子女之最佳利益」。

由是足見，關於未成年子女之親權，與依隨社會變遷而產生之跨國婚姻頻繁、隔代教養遽增、同性婚姻合法、少子世紀來臨等，具有高度關連性，一般法院法官於適用相關法規時，應保持開放思想。釋憲者更不得拘泥窠臼，於有爭議時，應基於「子女最佳利益」原則，審查現行相關法規有無因時代改變、觀念演進，而有侵害憲法保障之基本權情事。父母之一方不能行使對於未成年子女之

權利時，不問具體情事，毫無條件移由他方父母行使，不無可能違反子女最佳利益原則，從而侵害未成年子女受憲法保障之人格權、人性尊嚴等基本權。

準此，民法第 1089 條第 1 項及第 1090 條，及適用該二規定所為之確定終局裁判，並非絕對不生憲法疑義而得根本豁免憲法審查¹²。加拿大最高法院於 2022 年 6 月 3 日之裁定中強調，「身為生父或生母，並非決定未成年子女親權爭議之關鍵因素」（Being a birth parent is not a tiebreaker in a custody dispute），遂在父親與外祖母間關於未成年子女之親權爭議案件，裁定外祖母為親權人¹³。

系爭憲裁卻機械式地適用前述民法二規定，且視之為金科玉律、不容挑戰，遂逕行呼應確定終局裁定，而完全忽視該二規定，及適用該二法規範之確定終局裁判，皆應接受憲法審查。就此而論，系爭憲裁，毫無憲法高度。對照釋字第 365 號解釋所顯示之開放及進步，系爭憲裁，能不汗顏？

參、結論

關於定未成年子女親權及交付子女之憲法訴訟，憲法法庭作成 111 年憲判字第 8 號判決，乃 111 年 1 月 4 日開始施行之憲訴法引進德國裁判憲法審查制度後，第一件裁判憲法審查判決。該判決以詳盡理由，確認「維護未成年子女最佳利益，為憲法保障未成年子女人格權及人性尊嚴之重要內涵」、「尊重未成年子女之意願，係保障未成年子女最佳利益之重要原則」、「有關未成年子女之家事非訟程序，均應使未成年子女有陳述意見之機會」，闡述子女最佳利益原則，並從憲法角度保障「未成年子女陳述意見」之權利，意義深遠。將該判決比擬為臺灣憲法法庭所為之 Marbury 裁判，實屬

¹² 就此，許宗力大法官及黃瑞明大法官對系爭憲裁提出之不同意見書，論述甚詳，可資贊同。

¹³ <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-supreme-court-canada-child-custody-ruling/>。最後瀏覽日：2023 年 2 月 10 日。該裁定耙梳加拿大各級法院就爭議問題之歷來裁判，十分值得細讀、品嚐。

正當。

系爭憲裁，並未否定 111 年憲判字第 8 號判決所持見解，卻就同屬定未成年子女親權及交付子女之憲法訴訟，僅重複確定終局裁定要旨，即不予受理。

以「主文殘酷、理由冷漠」形容系爭憲裁，要不為過！

不同意見書

呂太郎大法官 提出
許志雄大法官 加入
詹森林大法官 加入
謝銘洋大法官 加入

本席認為本件應有受理價值，簡述理由如下：

一、未成年子女不是父母可隨時打包帶走的行李

人的權利能力始於出生，終於死亡，雖然規定於民法（民法第 6 條規定參照），但這樣的規定，目的在嚴正宣告：「人生而獨立，任何人都不屬於其他人」的法律原則，因此雖然是民法的規定，但已成為現代法治國家最重要的法律原則之一。這樣的法律原則，即便在父母與未成年子女之間依然適用，子女一旦出生，即有權利能力而有獨立人格，既不從屬於父母，更不是父母可隨時打包帶走的行李。

二、本庭 111 年憲判字第 8 號判決的效力射程，尚不能完全涵蓋本件原因案件

於親子非訟程序，應使未成年子女有陳述意見的機會，是未成年子女受憲法所保障的權利，固然經本庭 111 年憲判字第 8 號判決闡述明確。但本件聲請的原因案件，是有關停止親權、選定監護人及交付未成年子女事件，與 111 年憲判字第 8 號判決的原因案件，為法院於酌定父母親權時所為命交付子女的暫時處分事件，並不完全相同。何況本件原因案件，除有關未成年子女陳述意見的保障外，尚有未成年子女請求法院選任程序監理人以保護其利益，是否為憲法要求的問題，尚非本庭 111 年憲判字第 8 號判決所能完全涵蓋，有另為憲法判決以進一步闡述的必要性。

三、親子非訟事件，未成年子女為實質當事人，有參與程序的權利

憲法第 16 條規定保障人民訴訟權的最基礎內涵不外乎：「人民未參與訴訟者，不受裁判效力的拘束，人民應受裁判效力拘束者，應有參與訴訟的權利。」憲法雖使用「訴訟」一詞，但不以訴訟程序為限，一切法庭程序，都包括在內。關於親子非訟事件，不論是酌定父

母親權行使或停止親權、監護人的選任、變更或停止監護權、交付子女、扶養或終止扶養等，未成年子女都是法院裁判結果的承受者，依前述憲法保障人民訴訟權的內涵，當然應該使其有參與程序的機會，於未成年子女有陳述意見的能力及意願，而且客觀上陳述意見為可能時，應使其有向法院陳述意見的機會。即使是現行家事事件法，也是基於前述憲法的要求，將親子非訟程序中的未成年子女，等同實質當事人看待，因而規定未成年子女應以關係人的身分受聲請書狀的送達（家事事件法第 76 條、第 75 條第 3 項第 2 款及第 3 款規定參照）、受法院通知參與程序或聲請參與程序（家事事件法第 77 條第 1 項第 2 款、第 3 項規定參照）、於程序中表達意願或為陳述（家事事件法第 108 條規定參照）及對法院的裁定不服時，得為抗告（家事事件法第 92 條規定參照）。

對照少年保護事件程序，被害人既非程序當事人，更非承受程序結果的人，但司法院釋字第 805 號解釋，仍認為被害人於少年保護事件陳述，是被害人受憲法所保障的權利（本席針對該解釋是持不同意見），怎會於親子非訟程序中，就為實質當事人且承受法院裁定結果的未成年子女，却認為憲法並不保障其陳述意見的權利？其間反差之大，豈可以道里計？

四、憲法是保障未成年子女有陳述意見的權利，而不是課其有陳述事實的義務

（一）民事程序當事人所為意見陳述，有截然不同的二種性質。其一，為本於程序主體地位，受憲法保障程序權所具體化的各種意見陳述；其二，為健全審判制度的運作，由法律課予協助法院發現真實的義務。這二種意見陳述，在憲法上的地位完全不同，在討論是否受憲法保障的層次上，必須有明確分辨。在親子非訟事件未成年子女為實質當事人，因此，前述類型的分辨，一樣適用於未成年子女於親子非訟程序所表達的意見。再申述如下：

1. 首先，當事人本於程序主體地位所為的意見陳述，是為建構法院據以裁判的訴訟法律關係，所為的程序行為。程序法中規定當事

人可以做的或應該作的行為。例如管轄合意、仲裁契約、訴訟委任、選定當事人、本案聲明（如訴之聲明、追加、減縮、反訴、上訴、抗告聲明等）、捨棄、認諾、撤回、和解、調解、非本案聲明（如證據聲明及程序違法的異議）、聲請、通知、事實上或法律上的主張、提出攻擊或防禦方法、言詞辯論等等，除了後述以類似證人地位所為的陳述外，都包含在內。

2. 其次，為了協助法院發現真實，法律乃規定當事人也有將其所知悉的事實，向法院陳述以作為法院認定事實的證據，也就是居於類似證人的地位，陳述一定事實。

3. 上開兩種陳述，在憲法上的保障上，顯然不同。前者，是憲法保障人民的訴訟權的具體化，例如基於處分權主義，未經當事人以起訴或上訴聲明的事項，法院不得審判；基於辯論主義，未經當事人陳述的事實，法院不得據為裁判依據，當事人雙方不爭執的事實（如自認），法院應受拘束，不得進行證據調查；未經合法通知當事人到場，法院不得為一造辯論判決。當事人基於當事人地位所為陳述或不陳述，原則上僅作為全辯論意旨的一環加以斟酌；後者，為使法院發現事實真相，法律所課予當事人協力的義務，情況類似第三人有作證的義務，是基於司法權運作的必要以法律課予人民的義務。但為避免過度影響當事人基於程序主體的陳述權，所以必須由法院認有必要時，才依職權發動，並依當事人訊問的程序進行（民事訴訟法第 367 條之 1 以下規定參照）。依照當事人訊問的程序所為陳述，是證據方法之一，以當事人的陳述充當證據，當事人具結而為虛偽陳述足以影響裁判結果者，法院得科以罰鍰，相關訊問程序亦多準用證人程序。因此，如果依據其他證據，待證事實已明確者，法院即無訊問當事人必要，就如同此種情形下，法院不必就當事人聲請訊問的證人為訊問一樣（民事訴訟法第 286 條規定參照）。

（二）在採辯論主義的事件，當事人依當事人訊問程序所為的陳述，僅為證據資料，仍然須經當事人（包含他造當事人）本於程序主體地位予以援用或表示意見，始能成為訴訟資料而作為法院認定事

實的依據。即便原因案件是職權探知事件，所有證據資料，仍應使當事人有陳述意見的機會。換言之，當事人基於程序主體地位所為陳述，具有引導、甚至拘束法院審理方向的效力，此一陳述，其內涵當然可以包含請求法院調查證據的聲明、對證據調查必要性與真實性的意見等，法院於依調查證據結果，判斷待證事實真偽（包含對他造為當事人訊問）前，必須先經當事人本於程序主體地位，就該證據調查有關程序及結果表示意見，若以事實已明確為由，拒絕當事人本於程序主體為陳述，該程序即違法。

（三）法律規定在親子非訟事件，應使未成年子女有陳述意見的機會，是在貫徹憲法保障未成年子女程序主體權及人格尊嚴，屬於第一類型的陳述，而非以未成年子女的陳述作為證據。換言之，於親子關係的非訟事件，未成年子女為實質的當事人，保障其有陳述意見的機會，是保障其基於當事人地位的陳述機會，而非課予未成年子女有陳述意見的義務，並以其陳述供法院據為認定事實的證據方法。故不能以事實已經明確，認為沒有使未成年子女陳述意見的必要，就如同一般民事訴訟事件，法院不能以事實已明確，即禁止當事人於言詞辯論到場陳述一樣，否則就完全混淆了前述二種不同的陳述性質，並剝奪了當事人受憲法保障的訴訟權。

未成年子女所受陳述意見權的保障，即使在判斷因父母是否濫用親權或未盡保護教養義務等（民法第 1090 條、兒童及少年福利與權益保障法第 71 條規定參照）停止親權聲請案，也無不同。此時未成年子女的意見，可以包括針對法院所調查的證據（包含證人之證言、物證或其他證據），表示贊成、反對的態度，甚至請求法院調查其他證據或其對父母一方的行為的感受（是否已達濫用親權）的意見等。這些意見都不是以未成年子女的陳述，作為判斷事實的證據，而具有指引、建議法院如何進行證據調查或認定事實的意見，是在法院判斷有無濫用親權之前所應進行的程序，除非未成年子女客觀上不能陳述或不願意陳述，否則必須經過這一個程序，法院才能進一步判斷有無濫用親權的事實。若將未成年子女的陳述，定位為與事實認定有

關，實已誤解憲法保障未成年子女意見陳述權之意旨。

五、就原因案件停止親權、選任監護人的聲請及交付子女的反聲請，均直接影響聲請人二的利益

原因案件有停止親權、選任監護人的聲請事件及交付子女的反聲請事件，基於家事事件應統合解決的基本原則（家事事件法第 1 條規定參照），法院於審理停止親權聲請的同時，也必須同時就選任監護人的聲請案及交付子女的反聲請案一併聽取當事人及未成年子女的意見。因為一旦法院認為相對人有停止親權的事由時，即必須為停止親權並選任監護人的裁定。反之，如法院認為相對人並無停止親權的事由，即必須就聲請人一是否應交付聲請人二予相對人的反聲請為裁定。法院不能等到停止親權的聲請有無理由確定後才就選任監護人的聲請案或交付子女的反聲請進行審理，否則即違反家事紛爭統合解決的立法意旨。因此，本件原因案件的審理，必須使未成年子女即聲請人二，同時就停止親權、選任監護人及交付子女的聲請及反聲請，均有陳述意見的機會，自屬當然。本裁定多數意見認為停止親權部分，聲請人二無利害關係之見解，尚難贊同。

六、未成年子女即使未參與原因案件的程序，也不妨礙其憲法審查聲請權

（一）按未成年子女的最佳利益，是未成年子女受憲法保障的權利。因此，於親子非訟程序，固然應該讓未成年子女有參與程序及陳述意見的機會，但並非謂未成年子女有參與程序或陳述意見的義務，法院不得以未成年子女未參與程序或未於程序中陳述意見，即為不利於未成年子女的裁定。縱使未成年子女未參與程序且未於程序中陳述意見，仍得於裁判後，視裁判結果是否符合其最佳利益，決定是否提出抗告（家事事件法第 92 條規定參照）。因為未成年子女可能隨著年齡增長，無法自始即參與非訟程序，但不能因此剝奪其對不利的裁定提出不服的權利。另一方面，強制要求未成年子女於非訟程序即必須參與，亦形同強制將未成年子女自始捲入父母間的紛爭，對未成年子女而言並非有利。因此，與其強制未成年子女自始即須參與程

序，不如賦予其得依裁定結果，再決定接受該裁定或對之不服而提起抗告的機會。基於同一法理，縱使未成年子女未參與原因案件的程序，仍不能排除於原因案件終結後，得針對該原因案件的裁定及所適用的法規，聲請憲法審查。

(二) 本裁定多數見解肯定未成年子女縱未參與本聲請案的原因案件，但仍可以對原因案件的終局裁定即最高法院 111 年度台簡抗字第 60 號民事裁定（系爭裁定三）聲請憲法審查，此一結論固值贊同。然本裁定多數意見認為未成年子女聲請憲法審查，原則上仍由其法定代理人為之，但因本聲請案的原因案件，涉及聲請宣告停止其親權，如仍應一律由其法定代理人為之，聲請人二相關權利即難獲得有效保障，於此特殊情形，准許該未成年子女即聲請人二得以自己名義聲請憲法審查。本席針對此一見解，則難贊同。

蓋本於未成年人具有獨立的人格，關於其自身身分及人身自由事項，應尊重其獨立自主的意思的法律原則，除法律另有規定外，未成年人就其身分及人身自由事件，只須能獨立以法律行為負義務或滿 7 歲或有意思能力，即有程序能力（家事事件法第 14 條規定參照），可以該未成年人自己名義進行家事事件程序，無須法定代理人代理之。只有在未成年人無程序能力，且其法定代理人得行使代理權又無利益衝突之虞的例外情形下，始由其法定代理人代理。換言之，若未成年人無程序能力，但其法定代理人不能行使代理權或行使有困難，或有利益衝突之虞時，即應選任程序監理人為未成年人的利益，為一切程序行為，不由其法定代理人代理（家事事件法第 15 條規定參照）。因此，與有關未成年人身分或人身自由事件，原則上是由該未成年人或程序監理人為之，而非其法定代理人。

要言之，與未成年子女身分與人身自由有關的家事事件，法律保障未成年子女有其獨立自主的決定權，因此其對於家事事件所表達的意見，可以與聲請人或相對人任何一方相同或不同，也可以表達與聲請人及相對人雙方均不同的意見。所以由未成年子女以自己名義進行程序是原則，由未成年人的法定代理人代理為程序行為，才是例

外。

上述應由未成年子女以自己名義進行家事事件程序的原則，在家事事件程序終結後，就該程序的確定終局裁定聲請憲法審查時，亦應維持，如此方能貫徹憲法保障未成年子女人格獨立的意旨。

七、本件有值得受理的憲法重要性

具憲法重要性是人民聲請憲法審查的受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），所謂憲法重要性，指個案所涉的憲法問題，有予以澄清的必要，或個案所涉及的憲法問題，有超越個案的普遍性而言。本件聲請人一於法院審理中一再請求法院應聽取未成年子女的意見並為其選任程序監理人，但法院均認為無必要，聲請人一並據以為向最高法院再抗告的理由，而系爭裁定三，認為聲請人一之抗告理由，僅為原審證據取捨及認定事實的問題，非適用法令有錯誤，不能作為再抗告第三審的理由。可知系爭裁定三是將未成年子女的陳述，定位為證據方法，以其陳述內容作為認定事實的證據。然而，這樣的見解，與最高法院向來所持的見解，凡原審未使子女有陳述意見的機會者，即將原審裁定廢棄（例如最高法院 102 年度台簡抗字第 123 號、104 年度台簡抗字第 191 號及 110 年度台簡抗字第 31 號等民事裁定），重點在未成年子女陳述意見機會的保障，而不在未成年子女的陳述，其證據價值如何，有所不同。因此，本件有透過憲法法庭的判決予以釐清的必要性，而具有憲法重要性。

八、本件聲請為貫徹聲請人基本權利所必要

按聲請是為貫徹聲請人基本權利所必要，為憲法審查的受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照）。

就聲請人一而言，法律既允許其得為原因案件中聲請停止親權及選任監護人的聲請人，以及交付子女的反聲請的相對人，參與聲請及反聲請程序並承受裁定的結果，其於該程序中應有的程序保障，自然是憲法第 16 條規定所保障訴訟權的內涵。聲請人一既主張於原因案件的程序中，未受充分的程序保障，即為不利的裁定，若能經憲法裁判審查而獲得有利判決並將系爭裁定三廢棄，其受憲法保障的訴訟

權，即能貫徹。從而應認為聲請人一聲請本件裁判憲法審查，是為貫徹其基本權利所必要，而應予受理。

就聲請人二而言，原因案件審理的結果，攸關其實際生活環境是否將發生重大改變，與其利益有直接關係。原因案件審理的結果，如是違反聲請人二的意願，聲請人二本得依法聲請不服（家事事件法第92條第1項規定參照）。因此，對於違反其意願的系爭裁定三，聲請裁判憲法審查，應認為是貫徹其基本權利所必要。申言之，在選任監護人的聲請及交付子女的反聲請部分，審理結果可能改變聲請人二的監護人或生活環境，對聲請人二的利益有重大影響，本不待言，即使於停止親權的聲請，如聲請有理由，法院即須選任監護人，聲請人二即面臨監護人的改變；如停止親權的聲請無理由，則相對人交付子女的反聲請，可能即有理由，如此，聲請人二即須離開其現在生活地，隨其母親到中國大陸生活。因此無論是停止親權、選任監護人的聲請，或交付子女的反聲請，對於聲請人二而言，都有重大影響，基於聲請人二為實質當事人，應尊重其為程序主體及人格尊嚴的憲法要求，自應使其於原因案件的程序，有參與程序及陳述意見的機會。然系爭裁定三維持下級審見解，認為無使聲請人二為陳述意見必要，而為其不利的裁定，已然侵害其受憲法所保障之訴訟權及人格尊嚴，僅能經由裁判憲法審查，將系爭裁定三廢棄，始能貫徹其受憲法保障的基本權利。是聲請人二為本件憲法審查的聲請，確為貫徹聲請人二基本權利所必要，應予受理。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 6 號

聲 請 人 王胎議
簡細美
王谷峰
王谷仁
王盈之

共 同
訴訟代理人 黃國益律師
林庭伊律師

上列聲請人認最高法院 110 年度台再字第 14 號民事確定終局判決，有抵觸憲法第 15 條規定之疑義，聲請裁判憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

- 一、聲請意旨略謂：日據時期坍沒前已登記之土地，其所有權於光復後應當然存續，故該土地如於光復後浮覆而被登記為國有，原所有權人或其繼承人得依民法第 767 條第 1 項規定請求回復該土地之所有權，無須適用民法第 125 條消滅時效之規定。最高法院 110 年度台再字第 14 號民事確定終局判決卻認原所有權人或其繼承人如未依中華民國法令為所有權之登記，則其行使回復請求權仍須適用民法第 125 條消滅時效之規定，致該土地於光復後浮覆而被中華民國政府為所有權第一次登記之 15 年後，原所有權人或其繼承人即無法再向中華民國政府請求回復該土地所有權登記為其所有，剝奪原所有權人於日據時期已經合法登記之財產，有抵觸憲法第 15 條規定保障人民財產權之疑義，聲請裁判憲法審查。
- 二、按憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 3 章第 3 節所定之人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查制度，係為確保法院裁判在解釋法律

及適用法律時誤認或忽略基本權利重要意義，或違反憲法價值之際，得由憲法法庭審查，俾守護人民基本權利而設（憲訴法第 59 條第 1 項立法理由參照）。次按憲訴法第 61 條第 1 項規定：「本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」

三、綜觀本件聲請意旨，難認具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要。本庭爰依上開規定，裁定不予受理。

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳銀
 蔡明誠 林俊益 許志雄
 張瓊文 黃瑞明 詹森林
 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
 楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

協同意見書：黃大法官瑞明提出。

不同意見書：呂大法官太郎提出，詹大法官森林加入、謝大法官銘洋加入、楊大法官惠欽加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

壹、本件聲請案之原因事實大要及主要爭議

一、本件聲請人王先生等 5 人（下稱聲請人）之被繼承人於日據時期所有之 2 筆土地（下稱系爭土地），經日據政府登記為所有權人，因成為河川水道而分別於大正 2 年（1913 年）及昭和 9 年（1934 年）經塗銷（或削除）登記，於台灣光復後未辦理土地總登記。嗣系爭土地浮覆，於中華民國 77 年及 86 年先後辦理所有權登記為國有¹。聲請人於 107 年 2 月依民法第 767 條第 1 項、第 828 條第 2 項準用同法第 821 條等規定及繼承法則，請求財政部國有財產署（下稱財產署）塗銷系爭土地所有權登記而返還土地，經訴訟後最高法院 109 年度台上字第 1328 號民事判決以系爭土地未依相關法令完成所有權登記，其所有權人主張物上請求權仍有民法第 125 條消滅時效規定之適用，其請求塗銷系爭土地所有權登記已逾 15 年消滅時效，故財產署行使時效抗辯自屬有據，因而駁回聲請人之請求。

聲請人主張上開最高法院判決適用法規顯有錯誤而依民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款提起再審之訴，於再審法院審理期間，最高法院大法庭就相同爭議共 4 個案件合併審查後，於 111 年 3 月 18 日作出 110 年度台上大字第 1153 號民事大法庭裁定：「日據時期已登記之土地，因成為河川、水道經塗銷登記，臺灣光復後土地浮覆，原所有權人未依我國法令辦理土地總登記，於該土地登記為國有後，其依民法第七百六十七條第一項規定行使物上請求權時，有消滅時效規定之適用。」（下稱大法庭 1153 號裁定）

二、再審法院以大法庭 1153 號裁定之統一法律見解作為判決理由，

¹ 其中一筆土地於 77 年 9 月 21 日以「第一次登記」為原因登記為中華民國所有；另一筆土地於 86 年 10 月 18 日以「第一次登記」為原因登記為臺灣省政府所有，後於 88 年 8 月 5 日以「接管」原因，登記為中華民國所有。

於 111 年 4 月 7 日以 110 年度台再字第 14 號民事判決駁回聲請人之再審之訴（系爭確定終局判決）。聲請人聲請裁判憲法審查，請求宣告系爭確定終局判決牴觸憲法應予廢棄。依其聲請意旨即請求宣告大法庭 1153 號裁定違憲。

三、大法官審查後多數意見決議不受理本件聲請案，本席贊同，並就大法庭 1153 號裁定是否涉及違憲，提出協同意見如下。

貳、本席之協同意見

一、土地法第 12 條²有關浮覆地回復所有權之規定：浮覆後須經證明，始回復所有權，非當然回復。

（一）我國憲法規定人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制（憲法第 143 條第 1 項），故國家依法應保障人民之土地所有權，但亦得依其土地政策為社會公益適度限制人民之土地所有權。依土地法第 14 條規定，湖澤、可通運之水道不得為私有（土地法第 14 條第 1 項第 2、3 款規定參照）。私有土地因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，不能為私有，故所有權視為消滅，此乃土地法第 12 條第 1 項規定「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅」之立法緣由。惟應注意者，此條規定限「天然變遷」之情形，如因人為因素如截彎取直等水利工程所產生之變遷，當無本條之適用。

（二）成為湖潭、水道之土地若浮覆³，而恢復原狀時，土地法第 12

² 土地法第 12 條：「（第 1 項）私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。（第 2 項）前項土地，回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權。」

³ 土地法並沒有「浮覆」或「浮覆地」之用語，但河川管理辦法第 6 條第 8 款對浮覆地定義為「指河川區域土地因河川變遷或因施設河防建造物，經公告劃出河川區域以外之土地。」其所指浮覆之原因包括河川變遷及人為施設，且係指依行政管制劃出河川區域以外者始為浮覆地。大法庭 1153 號裁定所稱之土地浮覆，應指物理性之天然浮覆，尚不涉行政管制措施。本意見書所稱浮覆亦指土地天然浮覆，而未涉及行政管制關於浮覆地之規定。

條第2項規定：「前項土地，回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權。」本項所規定「回復其所有權」意何所指？學說及實務上有二種不同之解讀，即「自動回復說」與「核准回復說」⁴

- 1、「自動回復說」認土地浮覆後無待登記即回復所有權。最具代表性者為最高法院103年度第9次民事庭會議決議之見解⁵。
- 2、「核准回復說」認土地浮覆後經原土地所有權人（或其繼承人）舉證申請，並經地政機關核定（確認）始發生所有權回復之效力。陳立夫教授認依土地法第12條第2項明定「經原所有權人證明為其原有，仍回復其所有權」，即表示原土地所有權人之回復所有權係以經證明為前提；亦即須向主管機關舉證申請，經主管機關認定符合回復要件後，原所有權人始回復其原土地所有權。準此，關於原土地所有權之回復，以核准回復說較符合法律規定之意旨⁶。本席贊同陳立夫教授之見解。本席認為另從實務觀點，土地沉沒之後，經過多年砂石累積或河川改道之後天然浮覆，不僅其位置可能有所變動，其面積與相鄰關係，與沉沒前之土地必然有所差異，不可能完全吻合，因此原所有權人擬回復其所有權，必然要先經過證明之過程，以確認其土地之位置及面積屬其原來所有。在證明過程透過地籍圖說之比對與土地面積、方位測量等工作，以證明浮覆地乃沉沒前之土地。必待確認後，始能在證明範圍內回復其所有權。因

⁴ 「自動回復說」與「核准回復說」之學說與實務上之見解，參見陳立夫，土地法釋義（一），2021年增修三版，頁14至18，元照出版有限公司。

⁵ 最高法院103年度第9次民事庭會議決議：「土地法第十二條第一項所謂私有土地因成為公共需用之湖澤或可通運之水道，其所有權視為消滅，並非土地物理上之滅失，所有權亦僅擬制消滅，當該土地回復原狀時，依同條第二項之規定，原土地所有人之所有權當然回復，無待申請地政機關核准。至同項所稱『經原所有權人證明為其原有』，乃行政程序申請所需之證明方法，不因之影響其實體上權利。」參見陳著前揭書，頁14，註43。

⁶ 參見陳著前揭書，頁16。

此本席認為無論從法條文字之規定以及實務上之運作均不可能「當然回復所有權」。

二、請求回復所有權之時效，與請求排除侵害所有權之時效，二者有所不同

(一) 土地浮覆後，原土地所有權人得提出證明以請求回復所有權，土地法第 12 條第 2 項明定，已如前述，原土地所有權人提出證明之權利有無時效之限制？

陳立夫教授認為「原土地所有權人（或其繼承人）為回復其所有權，爰依土地法第 12 條第 2 項規定提出證明，向管轄地政機關請求確認土地已回復原狀並屬其原有；而管轄地政機關所為之確認，並非對原土地所有權人（或其繼承人）為財物之交付，且亦未賦予新權利，僅是認定原土地所有權人（或其繼承人）是否符合回復其原所有權之法定要件。故是項請求權，性質上非屬財產上之請求權，從而無妨解為無行政程序法第 131 條⁷有關消滅時效規定之適用，亦不宜類推適用其他有關消滅時效之規定」，亦即此項提出證明以回復所有權之請求權，並無時效規定之適用⁸，本席同意陳教授之見解。

(二) 土地浮覆後，如已登記為國有，原所有權人請求排除侵害所有權，是否有時效之限制？

土地浮覆後原土地所有權人若提出證明經該管地政機關確認為原有土地之浮覆而得回復所有權之後，自得向土地登記機關申請回復土地所有權登記。此時如該土地已被登記為國有，且公有土地管理機關不同意將土地回復登記給原土地所有權人時，則原土地所有權人（或其繼承人）得依據民法第 767 條所定之

⁷ 行政程序法第 131 條規定：「（第 1 項）公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。（第 2 項）公法上請求權，因時效完成而當然消滅。（第 3 項）前項時效，因行政機關為實現該權利所作成之行政處分而中斷。」

⁸ 參見陳著前揭書，頁 30 至 31。

物上請求權（所有人回復請求權），以土地之現登記名義人為被告，訴請法院排除侵害。陳立夫教授認為「如原土地所有權人（或其繼承人）之物上請求權（所有人回復請求權）尚未罹於時效而消滅者（或未罹於時效消滅，且雖已移轉登記予私人，但其非屬善意第三人而不受土地法第 43 條規定保護者），將獲得勝訴判決。」⁹ 易言之，即該土地之現登記名義人得以時效為抗辯¹⁰。

三、國家將浮覆地登記為國有並以時效抗辯原所有權人（或其繼承人）回復所有權之請求是否構成權力濫用

- （一）因大自然之力量致土地沉沒於湖澤或可通運水道之下，是否浮覆尚未可知，縱若浮覆，通常亦需經長時期之累積，可能達數十年之久。滄海桑田，對未曾登記之土地於日後浮覆，政府不可能亦不應該長期置之不理，故視其為公有土地而為所有權第一次登記並不為過。日據時期已登記之土地既因成為湖澤或水道而經塗銷登記，光復後既未辦理土地總登記，則依法視為未登記之土地為合理。被塗銷所有權者之繼承人開枝散葉，多年後難以追尋，故實難要求政府將浮覆地登記為國有前，有義務去通知該未曾登記之土地之原所有權人（或其繼承人）。
- （二）政府因地籍整理而發現之公有土地，由該管地政機關逕為登記國有（土地法第 53 條規定參照），但於登記前應經公告，不得少於 15 日（土地法第 55 條及第 58 條規定參照）。另河川管理辦法第 10 條規定「政府投資施工、直接或間接產生之浮覆地，原所有權人或其繼承人，得於公告劃出河川區域後，向地政機關申請回復所有權」本席認為因政府投資施工所產生之

⁹ 參見陳著前揭書，頁 34。

¹⁰ 土地曾於日治時期依日本國法令為所有權登記，於光復後未辦理土地總登記，後被登記為公有時，其回復請求權是否受消滅時效規定之限制，實務上有不同之見解，因此最高法院 110 年度台上字第 1153 號裁定提案予大法庭裁判，陳著前揭書於 110 年 7 月底付梓時，最高法院民事大法庭對此見解之歧異尚未作出裁判（陳著前揭書頁 34、35 註 93）。

浮覆地，土地之浮覆係因事先之工程規劃，可得預見，且政府機關有較佳之資訊來源，於此情形下，政府機關除公告外，應另對土地原所有權人（或其繼承人）有通知之義務，始足保障原所有權人之權利。

- (三) 土地自然浮覆之過程通常歷時甚久，在此期間，土地原所有權人（或其繼承人）客觀上已喪失對該土地占有、管理、利用之可能性。土地浮覆後至政府辦理第一次登記通常已經過一段不短期間，土地原所有權人（或其繼承人）於土地浮覆後本即可以提出證明要求登記所有權。其於土地浮覆後已有相當期間怠於行使請求權，於政府登記為國有後又逾 15 年始提出要求，已長期未關注此土地，主觀上實已忽略主張所有權。此時政府機關以消滅時效為抗辯，以尊重已長期客觀形成之法秩序，保障法安定性，尚非可認過度行使國家機關之權力。但於前述政府負有較高通知義務之情形（即土地因政府投資施工而浮覆），則消滅時效之起算，自應將政府之通知義務加以考慮。

四、大法庭 1153 號裁定符合土地法第 12 條之立法意旨，無涉違憲

最高法院大法庭 111 年 3 月 18 日 110 年度台上大字第 1153 號裁定主文已於前述，其主要理由包括依土地法第 43 條及民法第 758 條第 1 項及第 759 條之規定「以登記作為依法律行為而生物權變動之效力要件，及非依法律行為取得物權之處分要件，在於貫徹登記要件主義之立法意旨，自具有公示力。是依我國土地法令所定程序辦理不動產物權登記者，足生不動產物權之公示力及公信力。」「對於未經依我國相關土地法令辦理土地登記之原所有權人，縱其土地於日據時期曾經登記，因成為河川、水道經塗銷登記，嗣於臺灣光復後浮覆，但在未依我國法令辦理土地總登記前，該土地仍屬『未登記』之不動產，其原所有權人依民法第 767 條第 1 項規定行使物上請求權時，有消滅時效規定之適用。」本席認為如此之見解符合土地法第 12 條及第 43 條之文義及立法意旨，在土地政策下，平衡各方之法益，並未對人民之財

產權造成過度之限制。

至於土地法第 12 條之規定是否應修正以提供原土地所有權人更多之保障，此乃立法政策以及執行層面之問題，並非本意見書討論之範圍。

不同意見書

呂太郎大法官 提出
詹森林大法官 加入
謝銘洋大法官 加入
楊惠欽大法官 加入

壹、本席認為有受理價值。

貳、本件聲請為貫徹聲請人基本權利所必要

按聲請為貫徹聲請人基本權利所必要，係憲法審查應受理之一要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），而所有權為憲法所保障之基本權利（憲法第 15 條規定參照），因此聲請憲法審查，如係為貫徹聲請人之所有權所必要，自符合受理要件。就本件原因案件而言，涉及聲請人之先人所有土地因天然變遷成水道後又浮覆，依土地法第 12 條第 1 項規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」第 2 項規定：「前項土地，回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權。」聲請人是否當然回復浮覆地所有權？其本於所有權人而行使物上請求權應否適用消滅時效之規定？若應適用，其消滅時效應自何時起算？等攸關所有權重要內容之爭議，而依後述伍、本席之分析意見，原因案件原所有人之所有權確有應受憲法保障之高度可能性，故聲請人主張於原因案件受不利確定判決，致其受憲法保障之基本權利受侵害，是其聲請憲法審查係為貫徹其基本權利所必要，符合前開受理要件。

參、本件具有值得受理的憲法重要性

聲請案件具有憲法重要性為人民聲請憲法審查之另一受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），所謂憲法重要性，指個案所涉及之憲法問題，有予以澄清必要，或個案所涉及之憲法問題，有超越個案而具有普遍性而言。查實務上與本件聲請之原因案件涉及相同之憲法問題，有甚多實務案例，具有超越個案之普遍性。又如後述肆、實務見解之整理，實務上就上開問題所持見解，亦多有不一，晚近更多因財政部國有財產署（下稱國有財產署）將浮覆地登記為國有

而引起諸多爭議。因此有透過憲法法庭實體判決以釐清之必要性。

肆、實務見解整理

1. 有認為原所有人當然回復所有權，無待登記，物上請求權縱適用消滅時效規定，亦應自登記為國有時起算者（臺灣高等法院中華民國 100 年 1 月 18 日 99 年度上字第 243 號民事判決參照）。

2. 有認為原所有人僅取得登記所有權之請求權，物上請求權消滅時效，自土地浮覆時起算者（最高法院 100 年 7 月 28 日 100 年度台上字第 1213 號民事判決參照）。

3. 有認為原所有人當然回復所有權，無待申請核准者（最高法院 103 年 7 月 8 日 103 年度第 9 次民事庭會議決議參照）。

4. 有認為原所有人當然回復所有權，但未登記前，物上請求權仍適用消滅時效規定，其消滅時效自登記為國有時起算者（最高法院大法庭 111 年 3 月 18 日 110 年度台上大字第 1153 號裁定，併案案號：110 年度台上字第 1590 號、110 年度台上字第 1346 號、110 年度台再字第 14 號參照）。

5. 有認為原所有人當然回復所有權，申請行政機關為所有權登記，其回復登記請求權之消滅時效，自土地浮覆時起算者（最高行政法院 84 年 2 月 21 日 84 年度判字第 367 號判決參照）。

6. 有認為原所有人當然回復所有權，申請行政機關為回復所有權登記，其請求權無消滅時效，登記僅為公示方法，非認定權利歸屬，權利所屬有爭議時，應由普通法院審判者（最高行政法院 110 年 2 月 25 日 108 年度上字第 688 號判決參照）。

7. 有認為取得回復請求權，若土地經政府核准他人耕種，即不許回復者（司法院 34 年 9 月 22 日院解字第 2973 號解釋參照）。

上開實務上見解中，雖有如編號 4. 之最高法院民事大法庭裁定及編號 6. 最高行政法院徵詢後變更之判決，然此等判決之效力，仍僅有拘束各該訴訟事件之效力，欠缺跨越該判決對象事件之法律上拘束力。因此有透過憲法法庭實體判決以釐清之必要性。從而本件聲請，亦符合受理之要件。

伍、原所有人之所有權應受憲法保障

一、應採當然回復所有權說

(一) 從法條文義應如此解釋

按所有權為完全物權，所有人基於所有權有對所有物為占有、使用、收益、處分、設定負擔、請求登記等等權能，為維持該等權能，並有對無權占有或侵奪其所有物者，請求返還所有物及對於妨害所有權或有妨害之虞者，有請求除去妨害或防止妨害之權能。土地法第 12 條第 1 項雖規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」因為該土地原本就是人民所有，只是因為作為通運河道等用途，基於公益理由，於為供通運之範圍內，使所有權之「部分」權能「暫時」受抑制，而非使所有權本身消滅，此從法條係「視為消滅」一詞，並非「消滅」（同法第 10 條第 2 項規定參照），僅與「消滅有同一效果」，即可知之¹。從同條第 2 項規定之文字係使用「回復其所有權」，而非「請求或申請」回復所有權，益臻無疑。即使土地因天然變遷成為可通運之水道，致「所有權視為消滅」，亦僅原土地所有權所得支配之空間中，成為水道之部分，「視為消滅」，至於水道上下之其餘空間，仍在原所有人本於所有權可以支配之範圍內（參閱下述(二)）。

¹ 「視為」一詞為常見之法律用語，係為避免重複規定之立法技術。當立法者除了就 A 事實（例如出生），欲賦予 α 之法律效果（有權利能力，民法第 6 條規定參照）外，亦欲就 B 事實（例如胎兒），賦予相同之 α 之法律效果（有權利能力），此時，立法者就會使用 A 視為 B 之立法技術，避免重複規定 B 所生之法律效果。因此，立法者係完全認知 A 與 B 為不同事實，因此不發生可以證明 B 事實非 A 事實，而不適用 α 之法律效果之問題。此與立法技術上，常用另一名詞「推定」，本質完全不同。換言之，當立法者只考慮就 C 事實（例如死亡），賦予 β 之法律效果（終止權利能力，民法第 6 條規定參照），並無意使 D 事實（例如受死亡宣告），亦賦予 β 之法律效果，但有 D 事實時，相當高之機率有 C 事實，此時，立法者為了舉證責任考量，就規定 D 事實推定 C 事實（民法第 9 條第 1 項規定參照）因此，從舉證者一方而言，只須證明 D 事實存在，法律即推定 C 事實存在，而適用 C 事實所生 β 之法律效果；從對造方而言，要推翻 β 之法律效果，則須證明 D 事實或 C 事實其中一不存在。從而，推定是可以舉證推翻（民事訴訟法第 281 條規定參照）。

（二）從所有權之本質而言，亦應如此解釋

蓋所有權是一個空間概念，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於地表之上下（民法第 773 條規定參照）。換言之，除法令有限制外，由地表之所有權界線（經界線），連結地心及往上延伸至天空所形成之空間中，為所有權人所得支配，即行使所有權對其有利益之部分，均為所有權範圍。以後附圖示為例說明之，設某甲所有之土地之地表界線為 EFGH 連線所圍成之範圍，O 為地心，ABCD 各點則為地表界線與地心連線之延長（土地之上空），則 OABCD 連線所圍繞之空間（含地表層、地下層與上空），只須甲行使其所有權對其有利益，該空間即為該土地所有權所支配之範圍。縱使因人為的因素（例如將地表泥土挖至他處、將地上物移去、將平地挖成坑洞），或自然的因素（例如地震、山崩、洪水造成之地表土壤位移），致地表景物、外形變動位移，使該所有權所支配的土地壓縮下陷，以致地表變成 IJKL 圍繞之範圍，除非法律明定此變動或位移為土地所有權範圍變動之原因（所有權為法律制度，法律可以規定其取得、變更或消滅之事由），否則不會因此使該所有權所支配之空間（即 OABCD 連線所圍成之範圍）改變。因此，嗣後復因人力或自然力，致地表又回復 EFGH 連線所圍成之範圍時，該 EFGH 連線所圍成之範圍，當然仍屬甲原所有權之範圍。

（三）水道也可加蓋

按所有權有占有、使用、收益、處分、設定負擔、請求登記、排除侵害等等權能，已如前述。土地法第 12 條第 1 項規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」可知私有土地縱因天然變遷而成為水道，若該水道非可通運，仍無該條之適用。換言之，原所有人行使其所有權若不妨害水道通運之功能，即不在上開規定範圍之內。足見上開規定只是基於水道通運之公益之理由，使所有人不能再行使全部所有權之權能而已。依此法理，縱私有土地之地表，已因天然變遷成為可通運之水道，所有人本於其所有權而行使其其他不妨害水道通運之權能，亦無全盤禁止之理

由，例如於該水道地表深處理設管線，或在建築技術可行及法令允許之前提下，原土地所有人於水道上建構完全不妨害通運之建物（例如原土地所有人在美麗之新店溪上，建築高橋，於橋上開設咖啡廳、飲食店或百貨商場等），從憲法保障人民財產權之觀點，無完全禁止之理由。

（四）應回復「最初」之原狀

依上說明，土地法第 12 條第 1 項規定只是暫時抑制所有權之「部分」權能，而非消滅所有權本體。因此，於該土地又浮出水面而成為非水道時，所有權權能原被抑制之原因已不存在，自應回復所有權原有之狀態。從而應以編號 1.3.5. 及 6. 之實務見解為可採。

（五）皮之不存，毛將焉附？

若浮覆地非當然回復為原所有人所有，則原所有人於未完成所有權登記前，未取得所有權，如何會有物上請求權？故編號 2. 之實務見解，是否可採，亦有商榷餘地。

（六）核准開墾耕種，非所有權變動之原因

編號 2. 及 5. 之實務見解雖引用編號 7. 之司法院院解字第 2973 號解釋，惟該解釋以未登記之浮覆地若經政府核准原所有人以外之第三人開墾耕種時，原所有人即不得回復其所有權。此一見解以核准開墾耕種之行政處分決定所有權之變動，於現行法有無依據，自有研求必要。

二、消滅時效與登記制度無關

消滅時效與取得時效為截然不同之二制度，民法有關消滅時效之規定，不論適用條件、時效之開始、期間、中斷、停止或效力，均未明文與登記有何關聯。司法院釋字第 107 號解釋及第 164 號解釋雖將不動產請求權之消滅時效，與該不動產之取得時效合併觀察，認為已登記之不動產之回復請求權及妨害除去請求權，不適用消滅時效之制度。上開二解釋之目的，基於已登記之不動產得排除他人因取得時效而取得所有權，若已登記之不動產，却可因回復請求權罹於時效而消滅，致登記名義之所有權與實際占有所有物之人，永遠分離，顯然

不合理。故已登記之不動產既不適用取得時效之規定，亦其回復請求權亦不適用消滅時效之規定。然而，上開二解釋已然混淆消滅時效與取得時效之目的與構成要件，應有重新檢討之必要（參見後述五、）。

三、土地總登記非土地法第 43 條規定之登記

土地法第 43 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」係為保護交易安全，對於善意第三人信賴現有登記而更為之登記，賦予絕對效力。至於土地浮覆後為第一次所有權登記，何人為真正之所有人有爭執時，仍應依證據判斷，與土地法第 43 條規定無涉。因此，編號 4. 之實務見解，援引土地法第 43 條規定作為所有人行使物上請求權之依據，亦有研求必要。

四、所有人行使物上請求權與民法第 758 條規定無涉

民法第 758 條第 1 項規定：「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。」同條第 2 項規定：「前項行為，應以書面為之。」係就依法律行為而取得不動產之情形所為規定，與浮覆地原所有人基於原所有人或原所有人之繼承人等地位，於土地浮覆後所為第一次所有權登記，全然不同。得否為前開實務見解編號 4. 援用此條文以解釋原所有人行使物上請求權之消滅時效，亦有討論空間。

五、物上請求權不應適用消滅時效制度

按民法有關消滅時效之制度，主要係針對須請求第三人為給付，始能滿足權利內容之債權而為規定，此由民法第 126 條係規定基於定期「債權」所生之請求權、第 127 條規定各款所列之請求權，均為「債權」所生之請求權，第 145 條係規定以抵押權等所擔保之「請求權」（當然指債權所生之請求權），第 144 條規定消滅時效完成後，「債務人」得拒絕「給付」，可以知之。至於所有權，則為對物直接支配（自由使用、收益、處分等）之物權，其權利之實現，本質上無須經由第三人之行為，因此亦無請求「債務人」為「給付」之問題。民法第 767 條第 1 項所規定之物上請求權，係為維持所有權圓滿

之權利，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，則所有人之物上請求權即源源不斷發生，無因時效而消滅之問題²。因此，民法第 767 條係規定所有人得請求「無權占有者」「返還」所有物，而非請求「債務人」「給付」。從而不動產所有人行使物上請求權，並無消滅時效之適用（其餘參見司法院釋字第 107 號解釋史尚寬大法官之不同意見及釋字第 164 號鄭玉波大法官不同意見）。何況縱使依司法院釋字第 107 號及第 164 號解釋，可以避免土地登記名義與實際占有人永久分離之不合理情況。然而，於土地浮覆後，由國有財產署登記為國家所有，因該登記為第一次所有權登記，並不能因登記而使國家取得所有權，而國有財產署係「登記」為國家所有，並非以所有之意思「占有」該土地（參閱後述六（四）），亦不能依取得時效之規定，取得該土地之所有權，使原所有人之所有權消滅，仍會發生該土地雖登記為國家所有，但國家却未取得所有權，反之，原所有人雖有所有權，但却無法登記，形成登記與所有權永久分離之不合理結果。足見上開二解釋仍不能合理解決本件原因案件之問題，自有補充（或變更）之必要。

六、國家暗渡陳倉搶先登記，不應受消滅時效保護

（一）所有人未必有怠於行使權利

蓋不動產所有人行使物上請求權，係發生該不動產遭人無權占有或侵奪或妨害之事實，此等事實具有一定之外觀性，不動產所有人容易由此外觀判斷，並行使其物上請求權，因此，以所有人若其坐視此事實長期存在，却不積極行使其權利，使其權利睡著了，無特別保護之必要，而剝奪其物上請求權，尚有一絲道理。但就浮覆地而言，可能該土地變成可通運之水道歷時已久，原所有人早已遺忘，其繼承人亦根本不知悉此事，對於該土地嗣又浮出，未必知悉或未知悉其為原所有人之繼承人，因此，未於土地浮出時申請為第一次所有權登

² 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。

記，乃極為可能，本難以其未及時為所有權登記，即認其怠於行使權利。

(二) 不應承認國家得以「無權占有」、「侵奪」、「妨害」之方法，妨害人民之財產權

按保障人民之財產權，亦為國家基於憲法所應履行之任務，因此，概念上根本不應承認國家可以透過「無權占有」、「侵奪」人民之所有物或以「妨害」人民之所有權之手段，侵奪人民之財產（否則執行此一「無權占有」、「侵奪」、「妨害」之公務員可能面臨刑事責任追究）。何況登記與占有，乃不同之事實，國家為第一次所有權登記，僅為國家機關之文書作業，並非表現對於浮覆地有持續占有之事實。因此，國家為第一次所有權登記，概念上亦與民法第 767 條第 1 項規定所稱「無權占有」、「侵奪」他人之所有物之要件不符，自不發生原所有人之物上請求權問題，遑論其消滅時效之起算或進行。更何況國家為所有權登記，亦不能謂國家已順勢占有土地而拒絕返還（如後述）。

(三) 縱認物上請求權應適用消滅時效，亦應自國家通知所有人或其繼承人時起算

相對於原所有人及其繼承人對於土地之浮覆可能毫無所悉，國家為土地地籍及水道之管理者，對於水道之變更過程及原所有人或其繼承人為何，通常有相當程度了解，基於國家有保護人民財產權之憲法意旨，應於該土地又浮出而回復原狀時，主動通知原所有人，俾利其辦理所有權登記手續。國家至遲於欲將該土地登記為國有時，應向原所有人為此通知。必也經此程序，所有人或其繼承人於一定期限內仍未為申請所有權登記者，國家基於土地管理之必要，方得就該土地為所有權登記。若認原所有人之物上請求權應適用消滅時效，亦應自其受通知時起算。若未為此通知，應解為自原所有人或其繼承人知悉國家已為登記時起算消滅時效。

(四) 不應承認國家得拒絕塗銷登記，即得順勢「占有」土地而拒絕返還

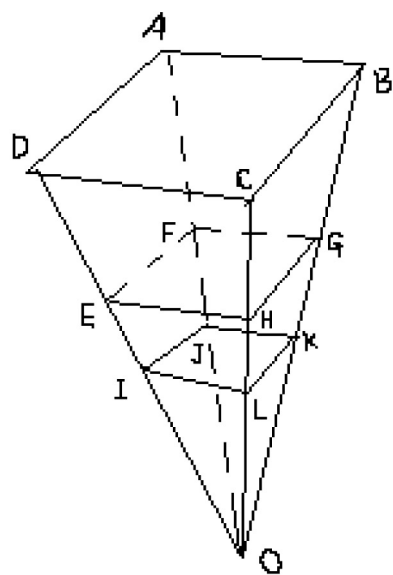
按第一次土地所有權登記，僅具有公示作用，並不足以發生取得所有權之效力，此為實務上長期穩定之見解（最高法院 79 年度台上字第 1360 號、85 年度台上字第 2466 號、109 年度台上 2755 號、109 年度台上 74 號民事判決等參照），故國家不能僅因有此登記，即取得所有權，其理甚明。又登記、占有、處分均為基於所有權所生之不同權能，因此國家亦不能主張其可依此登記而取得源於所有權之各項權能，包含占有該土地或處分所有權。

應特別說明者，民法第 767 條第 1 項所稱之「無權占有」或「侵奪」他人之「所有物」，係以侵奪所有人基於所有權所生對所有物「占有」之權能（非無權占有或侵奪他人之所有權），至於同項所稱「妨害」「所有權」，係以侵奪所有物「占有」以外之方法，侵害所有權。國家為第一次所有權登記，理論上固可能符合民法第 767 條第 1 項所稱「妨害」原所有人之所有權之情形，但從憲法角度觀察，不應承認國家得以此長期「妨害」人民所有權之方式，剝奪人民之財產利益。何況，占有與登記，為不同之事實，亦有其不同之法律效果，例如占有為讓與動產及取得時效之要件（民法第 761 條、第 768 條至第 770 條規定參照），亦可發生民法物權編第十章占有之相關效果；登記，則為處分不動產物權之要件（民法第 758 條及第 759 條規定參照），具有公示及公信效果（民法第 759 條之 1 規定參照），縱承認國家得本於此長期「妨害」行為，主張原所有人之物上請求權已罹於時效消滅，而拒絕塗銷其「登記」，但亦僅指原所有人不得請求國家塗銷該「登記」而已，非謂國家竟可「順勢」主張其「已占有」該所有物，並得拒絕所有人請求返還「所有物」。

陸、結論

由上述可知，本席認為，本件聲請涉及浮覆土地如何回復、不動產所有權性質、登記制度、物上請求權內涵、消滅時效等與人民財產權保障有關之憲法問題，且涉及實務上相當多之案例，有超越個案之普遍性，具有憲法重要性，且為貫徹聲請人憲法保障財產權之基本權利所必要，符合受理要件，自應予以受理並為實體判斷。

附圖



程序裁定

112 年憲裁字第 6 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 7 號

聲 請 人 王傳宏
王建邦

共 同

訴訟代理人 蔡文燦律師

上列聲請人認最高法院 111 年度台上字第 938 號民事確定終局判決，有違憲疑義，聲請裁判憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

- 一、聲請意旨略謂：最高法院 111 年度台上字第 938 號民事確定終局判決認日據時期已登記之土地，因成為河川、水道經塗銷登記，光復後土地浮覆，原所有權人或其繼承人未依中華民國法令辦理土地總登記，於該土地登記為國有後，原所有權人或其繼承人行使物上請求權仍須適用民法第 125 條消滅時效之規定。上開見解不當限縮司法院釋字第 107 號及第 164 號解釋之適用範圍，於所有權人行使物上請求權時，增加上開解釋所無之限制，有牴觸憲法第 15 條規定保障人民財產權之疑義，聲請裁判憲法審查。 1
- 二、按憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 3 章第 3 節所定之人民聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查制度，係為確保法院裁判在解釋法律及適用法律時誤認或忽略基本權利重要意義，或違反憲法價值之際，得由憲法法庭審查，俾守護人民基本權利而設（憲訴法第 59 條第 1 項立法理由參照）。次按憲訴法第 61 條第 1 項規定：「本節案件於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」 2
- 三、綜觀本件聲請意旨，難認具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要。本庭爰依上開規定，裁定不受理。 3

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡焜燉 | 黃虹霞 | 吳陳鐸 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

程序
裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：呂大法官太郎提出，詹大法官森林加入、謝大法官
銘洋加入、楊大法官惠欽加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

不同意見書

呂太郎大法官 提出
 詹森林大法官 加入
 謝銘洋大法官 加入
 楊惠欽大法官 加入

壹、本席認為有受理價值。

貳、本件聲請為貫徹聲請人基本權利所必要

按聲請為貫徹聲請人基本權利所必要，係憲法審查應受理之一要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），而所有權為憲法所保障之基本權利（憲法第 15 條規定參照），因此聲請憲法審查，如係為貫徹聲請人之所有權所必要，自符合受理要件。就本件原因案件而言，涉及聲請人之先人所有土地因天然變遷成水道後又浮覆，依土地法第 12 條第 1 項規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」第 2 項規定：「前項土地，回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權。」聲請人是否當然回復浮覆地所有權？其本於所有權人而行使物上請求權應否適用消滅時效之規定？若應適用，其消滅時效應自何時起算？等攸關所有權重要內容之爭議，而依後述伍、本席之分析意見，原因案件原所有人之所有權確有應受憲法保障之高度可能性，故聲請人主張於原因案件受不利確定判決，致其受憲法保障之基本權利受侵害，是其聲請憲法審查係為貫徹其基本權利所必要，符合前開受理要件。

參、本件具有值得受理的憲法重要性

聲請案件具有憲法重要性為人民聲請憲法審查之另一受理要件（憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定參照），所謂憲法重要性，指個案所涉及之憲法問題，有予以澄清必要，或個案所涉及之憲法問題，有超越個案而具有普遍性而言。查實務上與本件聲請之原因案件涉及相同之憲法問題，有甚多實務案例，具有超越個案之普遍性。又如後述肆、實務見解之整理，實務上就上開問題所持見解，亦多有不一，晚近更多因財政部國有財產署（下稱國有財產署）將浮覆地登記為國有

而引起諸多爭議。因此有透過憲法法庭實體判決以釐清之必要性。

肆、實務見解整理

1. 有認為原所有人當然回復所有權，無待登記，物上請求權縱適用消滅時效規定，亦應自登記為國有時起算者（臺灣高等法院中華民國 100 年 1 月 18 日 99 年度上字第 243 號民事判決參照）。

2. 有認為原所有人僅取得登記所有權之請求權，物上請求權消滅時效，自土地浮覆時起算者（最高法院 100 年 7 月 28 日 100 年度台上字第 1213 號民事判決參照）。

3. 有認為原所有人當然回復所有權，無待申請核准者（最高法院 103 年 7 月 8 日 103 年度第 9 次民事庭會議決議參照）。

4. 有認為原所有人當然回復所有權，但未登記前，物上請求權仍適用消滅時效規定，其消滅時效自登記為國有時起算者（最高法院大法庭 111 年 3 月 18 日 110 年度台上大字第 1153 號裁定，併案案號：110 年度台上字第 1590 號、110 年度台上字第 1346 號、110 年度台再字第 14 號參照）。

5. 有認為原所有人當然回復所有權，申請行政機關為所有權登記，其回復登記請求權之消滅時效，自土地浮覆時起算者（最高行政法院 84 年 2 月 21 日 84 年度判字第 367 號判決參照）。

6. 有認為原所有人當然回復所有權，申請行政機關為回復所有權登記，其請求權無消滅時效，登記僅為公示方法，非認定權利歸屬，權利所屬有爭議時，應由普通法院審判者（最高行政法院 110 年 2 月 25 日 108 年度上字第 688 號判決參照）。

7. 有認為取得回復請求權，若土地經政府核准他人耕種，即不許回復者（司法院 34 年 9 月 22 日院解字第 2973 號解釋參照）。

上開實務上見解中，雖有如編號 4. 之最高法院民事大法庭裁定及編號 6. 最高行政法院徵詢後變更之判決，然此等判決之效力，仍僅有拘束各該訴訟事件之效力，欠缺跨越該判決對象事件之法律上拘束力。因此有透過憲法法庭實體判決以釐清之必要性。從而本件聲請，亦符合受理之要件。

伍、原所有人之所有權應受憲法保障

一、應採當然回復所有權說

(一) 從法條文義應如此解釋

按所有權為完全物權，所有人基於所有權有對所有物為占有、使用、收益、處分、設定負擔、請求登記等等權能，為維持該等權能，並有對無權占有或侵奪其所有物者，請求返還所有物及對於妨害所有權或有妨害之虞者，有請求除去妨害或防止妨害之權能。土地法第12條第1項雖規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」因為該土地原本就是人民所有，只是因為作為通運河道等用途，基於公益理由，於為供通運之範圍內，使所有權之「部分」權能「暫時」受抑制，而非使所有權本身消滅，此從法條係「視為消滅」一詞，並非「消滅」（同法第10條第2項規定參照），僅與「消滅有同一效果」，即可知之¹。從同條第2項規定之文字係使用「回復其所有權」，而非「請求或申請」回復所有權，益臻無疑。即使土地因天然變遷成為可通運之水道，致「所有權視為消滅」，亦僅原土地所有權所得支配之空間中，成為水道之部分，「視為消滅」，至於水道上下之其餘空間，仍在原所有人本於所有權可以支配之範圍內（參閱下述(二)）。

¹ 「視為」一詞為常見之法律用語，係為避免重複規定之立法技術。當立法者除了就A事實（例如出生），欲賦予 α 之法律效果（有權利能力，民法第6條規定參照）外，亦欲就B事實（例如胎兒），賦予相同之 α 之法律效果（有權利能力），此時，立法者就會使用A視為B之立法技術，避免重複規定B所生之法律效果。因此，立法者係完全認知A與B為不同事實，因此不發生可以證明B事實非A事實，而不適用 α 之法律效果之問題。此與立法技術上，常用另一名詞「推定」，本質完全不同。換言之，當立法者只考慮就C事實（例如死亡），賦予 β 之法律效果（終止權利能力，民法第6條規定參照），並無意使D事實（例如受死亡宣告），亦賦予 β 之法律效果，但有D事實時，相當高之機率有C事實，此時，立法者為了舉證責任考量，就規定D事實推定C事實（民法第9條第1項規定參照）因此，從舉證者一方而言，只須證明D事實存在，法律即推定C事實存在，而適用C事實所生 β 之法律效果；從對造方而言，要推翻 β 之法律效果，則須證明D事實或C事實其中一不存在。從而，推定是可以舉證推翻（民事訴訟法第281條規定參照）。

（二）從所有權之本質而言，亦應如此解釋

蓋所有權是一個空間概念，除法令有限制外，於其行使有利益之範圍內，及於地表之上下（民法第 773 條規定參照）。換言之，除法令有限制外，由地表之所有權界線（經界線），連結地心及往上延伸至天空所形成之空間中，為所有權人所得支配，即行使所有權對其有利益之部分，均為所有權範圍。以後附圖示為例說明之，設某甲所有之土地之地表界線為 EFGH 連線所圍成之範圍，O 為地心，ABCD 各點則為地表界線與地心連線之延長（土地之上空），則 OABCD 連線所圍繞之空間（含地表層、地下層與上空），只須甲行使其所有權對其有利益，該空間即為該土地所有權所支配之範圍。縱使因人為的因素（例如將地表泥土挖至他處、將地上物移去、將平地挖成坑洞），或自然的因素（例如地震、山崩、洪水造成之地表土壤位移），致地表景物、外形變動位移，使該所有權所支配的土地壓縮下陷，以致地表變成 IJKL 圍繞之範圍，除非法律明定此變動或位移為土地所有權範圍變動之原因（所有權為法律制度，法律可以規定其取得、變更或消滅之事由），否則不會因此使該所有權所支配之空間（即 OABCD 連線所圍成之範圍）改變。因此，嗣後復因人力或自然力，致地表又回復 EFGH 連線所圍成之範圍時，該 EFGH 連線所圍成之範圍，當然仍屬甲原所有權之範圍。

（三）水道也可加蓋

按所有權有占有、使用、收益、處分、設定負擔、請求登記、排除侵害等等權能，已如前述。土地法第 12 條第 1 項規定：「私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道時，其所有權視為消滅。」可知私有土地縱因天然變遷而成為水道，若該水道非可通運，仍無該條之適用。換言之，原所有人行使其所有權若不妨害水道通運之功能，即不在上開規定範圍之內。足見上開規定只是基於水道通運之公益之理由，使所有人不能再行使全部所有權之權能而已。依此法理，縱私有土地之地表，已因天然變遷成為可通運之水道，所有人本於其所有權而行使其其他不妨害水道通運之權能，亦無全盤禁止之理

由，例如於該水道地表深處理設管線，或在建築技術可行及法令允許之前提下，原土地所有人於水道上建構完全不妨害通運之建物（例如原土地所有人在美麗之新店溪上，建築高橋，於橋上開設咖啡廳、飲食店或百貨商場等），從憲法保障人民財產權之觀點，無完全禁止之理由。

（四）應回復「最初」之原狀

依上說明，土地法第12條第1項規定只是暫時抑制所有權之「部分」權能，而非消滅所有權本體。因此，於該土地又浮出水面而成為非水道時，所有權權能原被抑制之原因已不存在，自應回復所有權原有之狀態。從而應以編號1.3.5.及6.之實務見解為可採。

（五）皮之不存，毛將焉附？

若浮覆地非當然回復為原所有人所有，則原所有人於未完成所有權登記前，未取得所有權，如何會有物上請求權？故編號2.之實務見解，是否可採，亦有商榷餘地。

（六）核准開墾耕種，非所有權變動之原因

編號2.及5.之實務見解雖引用編號7.之司法院院解字第2973號解釋，惟該解釋以未登記之浮覆地若經政府核准原所有人以外之第三人開墾耕種時，原所有人即不得回復其所有權。此一見解以核准開墾耕種之行政處分決定所有權之變動，於現行法有無依據，自有研求必要。

二、消滅時效與登記制度無關

消滅時效與取得時效為截然不同之二制度，民法有關消滅時效之規定，不論適用條件、時效之開始、期間、中斷、停止或效力，均未明文與登記有何關聯。司法院釋字第107號解釋及第164號解釋雖將不動產請求權之消滅時效，與該不動產之取得時效合併觀察，認為已登記之不動產之回復請求權及妨害除去請求權，不適用消滅時效之制度。上開二解釋之目的，基於已登記之不動產得排除他人因取得時效而取得所有權，若已登記之不動產，却可因回復請求權罹於時效而消滅，致登記名義之所有權與實際占有所有物之人，永遠分離，顯然

不合理。故已登記之不動產既不適用取得時效之規定，亦其回復請求權亦不適用消滅時效之規定。然而，上開二解釋已然混淆消滅時效與取得時效之目的與構成要件，應有重新檢討之必要（參見後述五、）。

三、土地總登記非土地法第 43 條規定之登記

土地法第 43 條規定：「依本法所為之登記，有絕對效力。」係為保護交易安全，對於善意第三人信賴現有登記而更為之登記，賦予絕對效力。至於土地浮覆後為第一次所有權登記，何人為真正之所有人有爭執時，仍應依證據判斷，與土地法第 43 條規定無涉。因此，編號 4. 之實務見解，援引土地法第 43 條規定作為所有人行使物上請求權之依據，亦有研求必要。

四、所有人行使物上請求權與民法第 758 條規定無涉

民法第 758 條第 1 項規定：「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。」同條第 2 項規定：「前項行為，應以書面為之。」係就依法律行為而取得不動產之情形所為規定，與浮覆地原所有人基於原所有人或原所有人之繼承人等地位，於土地浮覆後所為第一次所有權登記，全然不同。得否為前開實務見解編號 4. 援用此條文以解釋原所有人行使物上請求權之消滅時效，亦有討論空間。

五、物上請求權不應適用消滅時效制度

按民法有關消滅時效之制度，主要係針對須請求第三人為給付，始能滿足權利內容之債權而為規定，此由民法第 126 條係規定基於定期「債權」所生之請求權、第 127 條規定各款所列之請求權，均為「債權」所生之請求權，第 145 條係規定以抵押權等所擔保之「請求權」（當然指債權所生之請求權），第 144 條規定消滅時效完成後，「債務人」得拒絕「給付」，可以知之。至於所有權，則為對物直接支配（自由使用、收益、處分等）之物權，其權利之實現，本質上無須經由第三人之行為，因此亦無請求「債務人」為「給付」之問題。民法第 767 條第 1 項所規定之物上請求權，係為維持所有權圓滿

之權利，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，則所有人之物上請求權即源源不斷發生，無因時效而消滅之問題²。因此，民法第 767 條係規定所有人得請求「無權占有者」「返還」所有物，而非請求「債務人」「給付」。從而不動產所有人行使物上請求權，並無消滅時效之適用（其餘參見司法院釋字第 107 號解釋史尚寬大法官之不同意見及釋字第 164 號鄭玉波大法官不同意見）。何況縱使依司法院釋字第 107 號及第 164 號解釋，可以避免土地登記名義與實際占有人永久分離之不合理情況。然而，於土地浮覆後，由國有財產署登記為國家所有，因該登記為第一次所有權登記，並不能因登記而使國家取得所有權，而國有財產署係「登記」為國家所有，並非以所有之意思「占有」該土地（參閱後述六（四）），亦不能依取得時效之規定，取得該土地之所有權，使原所有人之所有權消滅，仍會發生該土地雖登記為國家所有，但國家却未取得所有權，反之，原所有人雖有所有權，但却無法登記，形成登記與所有權永久分離之不合理結果。足見上開二解釋仍不能合理解決本件原因案件之問題，自有補充（或變更）之必要。

六、國家暗渡陳倉搶先登記，不應受消滅時效保護

（一）所有人未必有怠於行使權利

蓋不動產所有人行使物上請求權，係發生該不動產遭人無權占有或侵奪或妨害之事實，此等事實具有一定之外觀性，不動產所有人容易由此外觀判斷，並行使其物上請求權，因此，以所有人若其坐視此事實長期存在，却不積極行使其權利，使其權利睡著了，無特別保護之必要，而剝奪其物上請求權，尚有一絲道理。但就浮覆地而言，可能該土地變成可通運之水道歷時已久，原所有人早已遺忘，其繼承人亦根本不知悉此事，對於該土地嗣又浮出，未必知悉或未知悉其為原所有人之繼承人，因此，未於土地浮出時申請為第一次所有權登

² 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。

記，乃極為可能，本難以其未及時為所有權登記，即認其怠於行使權利。

(二) 不應承認國家得以「無權占有」、「侵奪」、「妨害」之方法，妨害人民之財產權

按保障人民之財產權，亦為國家基於憲法所應履行之任務，因此，概念上根本不應承認國家可以透過「無權占有」、「侵奪」人民之所有物或以「妨害」人民之所有權之手段，侵奪人民之財產（否則執行此一「無權占有」、「侵奪」、「妨害」之公務員可能面臨刑事責任追究）。何況登記與占有，乃不同之事實，國家為第一次所有權登記，僅為國家機關之文書作業，並非表現對於浮覆地有持續占有之事實。因此，國家為第一次所有權登記，概念上亦與民法第 767 條第 1 項規定所稱「無權占有」、「侵奪」他人之所有物之要件不符，自不發生原所有人之物上請求權問題，遑論其消滅時效之起算或進行。更何況國家為所有權登記，亦不能謂國家已順勢占有土地而拒絕返還（如後述）。

(三) 縱認物上請求權應適用消滅時效，亦應自國家通知所有人或其繼承人時起算

相對於原所有人及其繼承人對於土地之浮覆可能毫無所悉，國家為土地地籍及水道之管理者，對於水道之變更過程及原所有人或其繼承人為何，通常有相當程度了解，基於國家有保護人民財產權之憲法意旨，應於該土地又浮出而回復原狀時，主動通知原所有人，俾利其辦理所有權登記手續。國家至遲於欲將該土地登記為國有時，應向原所有人為此通知。必也經此程序，所有人或其繼承人於一定期限內仍未為申請所有權登記者，國家基於土地管理之必要，方得就該土地為所有權登記。若認原所有人之物上請求權應適用消滅時效，亦應自其受通知時起算。若未為此通知，應解為自原所有人或其繼承人知悉國家已為登記時起算消滅時效。

(四) 不應承認國家得拒絕塗銷登記，即得順勢「占有」土地而拒絕返還

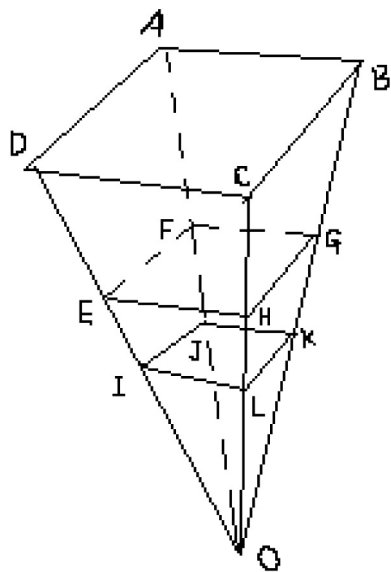
按第一次土地所有權登記，僅具有公示作用，並不足以發生取得所有權之效力，此為實務上長期穩定之見解（最高法院 79 年度台上字第 1360 號、85 年度台上字第 2466 號、109 年度台上 2755 號、109 年度台上 74 號民事判決等參照），故國家不能僅因有此登記，即取得所有權，其理甚明。又登記、占有、處分均為基於所有權所生之不同權能，因此國家亦不能主張其可依此登記而取得源於所有權之各項權能，包含占有該土地或處分所有權。

應特別說明者，民法第 767 條第 1 項所稱之「無權占有」或「侵奪」他人之「所有物」，係以侵奪所有人基於所有權所生對所有物「占有」之權能（非無權占有或侵奪他人之所有權），至於同項所稱「妨害」「所有權」，係以侵奪所有物「占有」以外之方法，侵害所有權。國家為第一次所有權登記，理論上固可能符合民法第 767 條第 1 項所稱「妨害」原所有人之所有權之情形，但從憲法角度觀察，不應承認國家得以此長期「妨害」人民所有權之方式，剝奪人民之財產利益。何況，占有與登記，為不同之事實，亦有其不同之法律效果，例如占有為讓與動產及取得時效之要件（民法第 761 條、第 768 條至第 770 條規定參照），亦可發生民法物權編第十章占有之相關效果；登記，則為處分不動產物權之要件（民法第 758 條及第 759 條規定參照），具有公示及公信效果（民法第 759 條之 1 規定參照），縱承認國家得本於此長期「妨害」行為，主張原所有人之物上請求權已罹於時效消滅，而拒絕塗銷其「登記」，但亦僅指原所有人不得請求國家塗銷該「登記」而已，非謂國家竟可「順勢」主張其「已占有」該所有物，並得拒絕所有人請求返還「所有物」。

陸、結論

由上述可知，本席認為，本件聲請涉及浮覆土地如何回復、不動產所有權性質、登記制度、物上請求權內涵、消滅時效等與人民財產權保障有關之憲法問題，且涉及實務上相當多之案例，有超越個案之普遍性，具有憲法重要性，且為貫徹聲請人憲法保障財產權之基本權利所必要，符合受理要件，自應予以受理並為實體判斷。

附圖



程序
裁定

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 8 號

聲 請 人 李東易

送達代收人 王得州律師

聲 請 人 許凱傑

送達代收人 王得州律師

上列二聲請人因違反社會秩序維護法案件，聲請法規範及裁判憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。 1

理 由

- 一、聲請人認臺灣臺北地方法院 111 年度北秩聲字第 15 號及第 16 號 1
 裁定（下稱確定終局裁定），及所適用之社會秩序維護法第 57
 條第 3 項規定（下稱系爭規定）有違憲疑義，聲請法規範及裁判
 憲法審查，其主張略以：（一）系爭規定限制聲請人對於臺灣臺
 北地方法院裁定至少一次之抗告（上訴）權利，違反憲法第 16
 條保障訴訟權，應屬違憲；（二）系爭規定並未區分裁處之內容
 及金額而異其救濟程序，違反憲法第 23 條之比例原則；（三）
 確定終局裁定與臺灣臺北地方法院 111 年度北秩聲字第 14 號裁
 定結果有所不同，違反憲法第 7 條之平等原則，確定終局裁定應
 屬違憲。
- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終 2
 局裁判所適用之法規範或該裁判，認有抵觸憲法者，得聲請憲法
 法庭為宣告違憲之判決；又聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹
 聲請人基本權利所必要者，始受理之；若所聲請之案件不具有憲
 法重要性，屬聲請不合法，憲法法庭應裁定不受理，憲法訴訟法
 第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項、第 32 條第 1 項定有明文。
- 三、核聲請意旨所陳，尚難謂系爭規定及確定終局裁定究有如何憲法 3
 上之違誤以致侵害聲請人之基本權利，難謂有憲法重要性，爰依

前揭規定不受理。

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

| | | | | | |
|------|-----|-----|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長 | 大法官 | 許宗力 | | |
| | | 大法官 | 蔡烱燉 | 黃虹霞 | 吳陳鐸 |
| | | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

程序裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出，詹大法官森林加入。
以上正本證明與原本無異。

書記官 林廷佳

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

不同意見書

黃昭元大法官 提出
詹森林大法官 加入

[1] 原因案件（111 年度憲民字第 3772 號聲請案）訴訟經過：聲請人李東易及許凱傑因涉社會秩序維護法（下稱社維法）第 84 條之賭博行為，經臺北市政府警察局大安分局裁處罰鍰並沒入賭資。聲請人不服系爭裁處提起異議，經臺灣臺北地方法院 111 年度北秩聲字第 15 號及第 16 號裁定（下合稱確定終局裁定）駁回異議而告確定。聲請人於 2022 年 9 月 28 日向本庭聲請法規範及裁判憲法審查。

[2] 聲請意旨：聲請人聲請法規範及裁判憲法審查，聲請意旨略謂：（一）社維法第 57 條第 3 項規定（下稱系爭規定），使受社維法裁處之聲請人一審終結，限制聲請人對於地方法院裁定至少一次之抗告（上訴）權利，違反憲法第 16 條保障訴訟權及第 23 條之比例原則，應屬違憲；（二）確定終局裁定與臺灣臺北地方法院 111 年度北秩聲字第 14 號裁定就涉犯同一事實之訴外人許仲賢，裁定結果不同，違反憲法第 7 條之平等原則，確定終局裁定應屬違憲。

[3] 本席認為本件符合憲法訴訟法第 59 條所定人民聲請之一般受理要件，其聲請不僅是貫徹聲請人基本權利所必要，上述聲請意旨（一）所涉爭點也顯然具有憲法重要性，因此本件聲請應符合憲法訴訟法第 61 條第 1 項就本庭選案標準所定之特別受理要件。故對於本庭之不受理裁定，提出不同意見如下：

[4] 按社維法以裁處機關為「警察機關」或「法院」而區別其救濟程序：（1）如係警察機關依社維法第 43 條第 1 項規定裁處，被處分者得依社維法第 55 條第 2 項規定，經原處分機關向地方法院簡易庭聲明異議。法院若認聲明異議不合法或無理由而以裁定駁回異議時，訴訟救濟程序即告終結。依系爭規定受裁處之當事人不得對於法院的駁回異議決定提起抗告，此即本件聲請案所涉情形。（2）如係由法院依社維法第 45 條第 1 項規定裁處，受裁處人得依社維法第 58 條規定向同法院普通庭提起抗告；但對於普通庭的裁定，不得提起抗告。

[5] 是社維法就警察機關裁處所設之救濟途徑，僅有向地方法院簡易庭聲明異議之一個審級救濟，並無抗告的司法救濟機會，等於是一審終結。另人民對地方法院普通庭所為裁定，亦無抗告之救濟可能。對照其他行政事件的救濟程序，行政訴訟法對於簡易訴訟程序及交通裁決等對於人民權利限制較輕微之事件，皆已賦予上訴或抗告的機會。兩者相比，顯有明顯差異。

[6] 縱認立法者就訴訟制度享有一定之形成空間，而得決定司法救濟之審級配置。然就處罰人民（包括刑罰及行政罰）之不利法院裁判而言，是否應給予人民有至少一次上訴或抗告之司法救濟機會，始符合憲法對人民訴訟權之最低限度保障？又即使認為立法者就違反社維法等行政法規之輕微或簡易案件，得採一審終結之訴訟制度，就此問題，如能以憲法法庭判決闡述其適用類型、立法目的及最低程序保障等重要爭點，不僅有其憲法學理之價值，亦有適度引導立法實務之正面效益。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 10 號

聲 請 人 曾 澗 卉
 訴訟代理人 蔡晴羽律師
 林煜騰律師
 楊劭楷律師

上列聲請人為請求侵權行為損害賠償事件，聲請法規範及裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：臺灣高等法院 110 年度重交附民字第 8 號刑事附帶民事訴訟裁定（下稱確定終局裁判一）適用刑事訴訟法第 488 條及第 504 條規定（下合稱系爭規定一），以及後續臺灣高等法院 110 年度簡字第 13 號民事判決及裁定（下合稱確定終局裁判二）適用之民事訴訟法第 466 條規定（下稱系爭規定二）之結果，使聲請人於刑事第二審方受到告訴人刑事附帶民事訴訟之起訴，且因該案件所涉及之訴訟標的金額低於法定限制，故而移轉後對於臺灣高等法院民事庭之民事判決不得上訴最高法院尋求救濟，致聲請人無從享有至少一次之上訴救濟機會，實質上令聲請人受救濟之可能性完全取決於告訴人之程序選擇權，侵害聲請人受憲法第 7 條保障之平等權及第 16 條保障之訴訟權。爰聲請法規範及裁判憲法審查。 1
- 二、按聲請不合法者，憲法法庭應裁定不受理；復按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲法訴訟法第 32 條第 1 項、第 59 條第 1 項定有明文。 2
- 三、經查，本件聲請僅係爭執確定終局裁判一、二之認事用法，未具體指摘確定終局裁判一、二及所適用之系爭規定一、二有何抵觸 3

憲法之疑義，與前揭要件不合。本庭爰依上開規定裁定不受理。

中華民國 112 年 3 月 17 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

程序裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出，詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 蔡尚傑

中華民國 112 年 3 月 17 日

不同意見書

黃昭元大法官 提出

詹森林大法官 加入

謝銘洋大法官 加入

[1] 原因案件訴訟經過：本件聲請人曾瀟卉因刑事過失致死案件為臺灣高等法院刑事庭判決有罪確定，上開法院於刑事訴訟程序中，將被害人之父等 5 人所提起之附帶民事訴訟，以 110 年度重交附民字第 8 號刑事附帶民事訴訟裁定（系爭確定終局裁判一）移送同院民事庭審理。後經該院民事庭以 110 年度簡字第 13 號民事判決命聲請人應給付 5 名原告每人各新臺幣（下同）8 萬元之損害賠償。聲請人上訴，因應賠償之總金額未逾 150 萬元，臺灣高等法院以裁定駁回其上訴確定（上述民事判決和裁定合稱系爭確定終局裁判二）。

[2] 聲請意旨：聲請人主張系爭確定裁判一適用刑事訴訟法第 488 條及第 504 條、及系爭確定終局裁判二適用民事訴訟法第 466 條規定之結果，使聲請人因上訴得受利益之金額低於法定數額，致就上述不利民事確定裁判無從上訴最高法院，而無法享有至少一次之上訴救濟機會，侵害其訴訟權及平等權等，於 2022 年 12 月 2 日向本庭聲請裁判憲法審查。

[3] 就本件聲請案（案號：111 年度憲民字第 4125 號），本庭多數意見以「本件聲請僅係爭執確定終局裁判一、二之認事用法，未具體指摘確定終局裁判一、二及所適用之系爭規定一、二有何牴觸憲法之疑義」為由，認本件聲請不合憲法訴訟法第 59 條第 1 項之要件，因而不受理本件聲請。本席認為本件聲請符合上述要件，應予受理，謹提出不同意見如下。

[4] 先就聲請及審查標的而言，本件聲請書自稱「裁判憲法審查聲請書」，而非「法規範及裁判憲法審查聲請書」。雖然聲請書於「II. 審查客體」部分，在形式上亦將刑事訴訟法第 488 條及第 504 條、民事訴訟法第 466 條（下合稱系爭規定），均列為審查客體；然綜觀聲請意旨，聲請人顯然只是主張上述三項系爭規定之適用於本件聲請之

原因案件，會發生「聲請人無法上訴最高法院，致無從享有至少一次上訴救濟」之違憲結果。換言之，聲請人並未主系爭三項規定在表面上違憲，而是只主張其適用上違憲。

[5] 按有關法規適用上違憲之主張，在憲法訴訟法施行後，應屬裁判憲法審查，而非法規範憲法審查之審查標的。聲請人於本件聲請書之標題及案由均明示其係向本庭提起「裁判憲法審查」，而非「裁判及法規憲法審查」，應係出於相同考量。故本件裁定有關法規憲法審查之不受理理由及結論，似屬誤會，且無必要。誠然，如聲請書「II. 審查客體」部分不將上述三項系爭規定列入，而僅列系爭確定終局裁判一及二；又在「III. 應受判決事項之聲明」中，也只請求本庭應宣告系爭確定終局裁判一及二違憲，應予廢棄並發回管轄法院，則會是更清楚的記載，也比較不會引起多數意見之上述誤解。

[6] 再就聲請人主張之憲法爭點而言，聲請人所主張的上述三項系爭規定連結適用的結果，在本件聲請之原因案件的附帶民事訴訟部分，因會發生「事實上一審終結，而無任何上訴救濟機會」的結果，確實已涉及憲法第 16 條訴訟權之解釋及適用。

[7] 按訴訟權之具體內容因須由國家立法形成，且需考量司法資源、效率等因素，因此在性質上屬於後於國家（post-State）之受益權，而非人民生來即當然享有之自然權利。然訴訟權既然屬於憲法權利，在解釋上仍應有其核心內容或範圍（參司法院釋字第 761 號解釋）。是就憲法訴訟權之核心內容是否應保障「人民就其訴訟事件至少應有一次上訴救濟機會」？或是就不同之訴訟類型，可容許一審終結，而無任何上訴救濟機會？這顯然是憲法問題，也有其重要性。退一步言之，即使認為系爭規定適用於本件聲請原因案件之結果仍屬合憲，亦即刑事附帶民事訴訟（甚至是所有民事訴訟事件）得一審終結，不以上訴救濟機會為必要，實也有必要透過憲法法庭判決闡述並諭知此等上訴救濟機會並非憲法訴訟權保障之核心內容。故本庭如能受理本件聲請並作成實體判決，確有釐清上述憲法爭議之正面價值。過去司法院大法官就審級救濟所涉之訴訟權爭議，也曾受理並作成司法院釋

字第 396 號、第 574 號及第 752 號等解釋。參酌上述解釋先例，可見此類爭議應具有憲法重要性，而有受理價值。

[8] 再者，對聲請人而言，縱認系爭法規範合憲，然如其適用結果確會發生上述違憲結果，則本庭即得宣告系爭確定裁判一及二違憲並予廢棄、發回，以保障聲請人之訴訟權，此顯然符合憲法訴訟法第 61 條第 1 項所定「為貫徹聲請人基本權利所必要」之特別受理要件。是就憲法訴訟法第 61 條賦予本庭選案權之意旨而言，本件確有值得受理之價值。

[9] 按本件裁定所持之不受理理由為：「本件聲請僅係爭執確定終局裁判一、二之認事用法，未具體指摘確定終局裁判一、二及所適用之系爭規定一、二有何抵觸憲法之疑義」。其中「未具體指摘」之理由，一般而言，有時是該當於憲法訴訟法第 15 條第 3 項之「未表明聲請裁判之理由」，有時則是本庭多數意見就實體爭議進行評價後，因多數認審查標的仍為合憲，不擬變動既有規定之現狀或擬維持確定裁判之效力，從而以此為由不受理。這其實已涉及實體評價，也是選案後的決定，而非一般受理要件的形式審查而已。以本件聲請而言，聲請人於其聲請書其實已經詳細論述三項系爭規定之適用於原因案件，會如何且必然發生「一審終結、無從上訴」之結果，實在不是真的未提出具體之指摘。本席認為本件裁定所持「未具體指摘」之不受理理由，其實就是選案結果的另一種表達方式。

[10] 至於「認事用法」，這確是過去大法官不受理決議及本庭不受理裁定所常使用的不受理理由。按在憲法訴訟法施行前，人民聲請釋憲之標的只限於確定終局裁判所適用之抽象法規範，不包括該確定裁判本身（機關爭議案件可能兼含抽象及具體審查之標的，暫且不論）。然在實務上，確常有聲請人同時爭執確定裁判之事實認定、法律適用及解釋（即認事用法），甚至只爭執確定裁判本身違憲，而未主張法規範違憲。當時司法院大法官會以聲請意旨僅係爭執認事用法為由而不受理，以此劃分憲法法院的憲法審判權和一般法院的法律審判權，固有其據。然於憲法訴訟法施行後，人民得聲請審查之標的已經擴張

及於確定終局裁判本身，而不限於抽象法規範。又於人民同時或單純聲請裁判憲法審查時，其得主張之裁判違憲事由，除了因法規範「表面上違憲」致裁判違憲之類型外，也有可能是法規範合憲，但裁判適用結果之違憲，相當於法規範之「適用上違憲」，如本件聲請。在後者情形，看起來也像是對裁判「用法」之爭執，只是聲請人爭執的是裁判之「用法」係屬「適用憲法」之錯誤，而非僅是「適用法律」之錯誤。至於有關事實認定之爭執，基本上仍非本庭憲法審判權所應及範圍，自仍不待言。因此在憲法訴訟法施行後，本庭是否適合再繼續沿用過去的「認事用法」之籠統、制式理由，已有重新檢討之必要。

[11] 再者，聲請人於本件係主張上述刑事訴訟法及民事訴訟法規定適用於本件聲請之原因案件，其結果會侵害聲請人之訴訟權及平等權。聲請人所主張之違憲理由，其實不是裁判所持「法律見解」之違憲，也沒有爭執事實認定部分，而與向來所稱「認事用法」之爭執似有所不同。按依刑事訴訟法第 488 條及第 504 條規定，在第二審始提起之刑事附帶民事訴訟，必然會移送至同法院（第二審）之民事庭，而非第一審法院之民事庭，因此之後至多就只會有上訴第三審法院的一次上訴救濟機會。這是法律適用的當然結果，並非法院之法律見解使然。又民事訴訟法第 466 條所定 150 萬元之上訴金額限制，在適用上也無其他解釋之可能。對於審理本件原因案件之第二審法院而言，駁回聲請人之上訴第三審，其實是法規範之當然及機械適用結果，並非法院之法律見解所致。

[12] 如以本件為例，恰恰說明裁判憲法審查之案件，可能包括兩種類型：一是法院對於裁判所適用之法規範享有一定的解釋空間，而其所採法律見解違憲，特別是在涉及概括條款、不確定法律概念或裁量規定等之情形；二是如本件所示，法律本身並無多種解釋之可能，然於聲請案件之機械適用結果，剛好會發生違憲之爭議。本席認為：對於後者，本庭仍然有納入裁判憲法審查之空間及必要。

[13] 長期以來，我國違憲審查標的均限於抽象法規範。即使在憲法訴訟法納入裁判憲法審查之類型後，本庭對於人民聲請案之受理審查，

似乎仍習慣以法規範憲法審查為主角，將裁判憲法審查當成配角；並經常混同考量「程序上應否受理」及「實體上有無理由」之判斷。雖然說憲法訴訟法第 61 條第 1 項所定的兩個特別受理要件，不論是「具憲法重要性」或「為貫徹聲請人基本權利所必要」，就其認定而言，恐怕必然涉及實體判斷，而難以僅從程序面就能形式審查並認定之。這也是本庭在適用上述兩個要件的困難之處，有待累積更多個案之裁判，以形成更具體的操作性標準。

[14] 在憲法訴訟法施行第一年的 2022 年內，本庭共作成 20 件判決及 2 件實體裁定，其中僅有 111 年憲判字第 8 號判決和 111 年憲暫裁字第 1 號暫時處分裁定是屬於裁判憲法審查案件，且是同一聲請案，其餘仍均屬法規範憲法審查案件。至於 2022 年 1 月 4 日後依憲法訴訟法受理之新案中，至今也只有 111 年度憲民字第 786 號詹正為聲請案¹是不涉及法規範憲法審查，而單純以裁判為標的之裁判憲法審查案件。如上所述，本件其實是難得一見之裁判憲法審查聲請案，有其類型上之特色，既符合一般受理要件，也有其憲法價值。多數意見因選案而不受理，誠屬可惜。

¹ 參本庭，公開書狀之案件一覽表，網址：<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=5265>（最後瀏覽日：2023 年 3 月 17 日）。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 11 號

聲 請 人 謝昆發

訴訟代理人 王東山律師

許富雄律師

上列聲請人為違反社會秩序維護法案件，聲請法規範及裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：社會秩序維護法第 18 條之 1 第 1 項規定，使聲請人之商業因聲請人之犯罪而另遭勒令歇業，違反一罪不二罰原則，違反平等原則與比例原則，侵害聲請人之財產權；警察機關依上開規定移送地方法院裁處，亦有違一事不再理原則。臺灣新北地方法院 111 年度板秩抗字第 3 號刑事裁定適用上開規定，亦屬違憲。 1
- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，始受理之。憲法訴訟法第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項及第 2 項定有明文。 2
- 三、綜觀本件聲請意旨，難認具憲法重要性或為貫徹聲請人基本權利所必要。本庭爰依上開規定，以裁定不受理。 3

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力
大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀
蔡明誠 林俊益 許志雄
張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 許大法官宗力、蔡大法官炯燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 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、謝大法官銘洋、 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍 | 詹大法官森林、黃大法官昭元 |

【意見書】

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出，詹大法官森林加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

蔡尚傑

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

不同意見書

黃昭元大法官 提出
詹森林大法官 加入

[1] 原因案件（111 年度憲民字第 3699 號聲請案）及聲請意旨：本件聲請人謝昆發前因妨害風化案件，先經臺灣新北地方法院以 110 年度審訴字第 1265 號刑事判決，判處應執行有期徒刑 8 月（得易科罰金）。後同法院另以 111 年度重秩字第 61 號裁定，就同一行為，依社會秩序維護法第 18 條之 1 裁處聲請人開設之商號「名人三溫暖」勒令歇業。聲請人對上述裁定提起抗告後，為同法院以 111 年度板秩抗字第 3 號裁定駁回。聲請人提起再抗告，亦遭駁回。

[2] 聲請人主張確定終局裁定（臺灣新北地方法院 111 年度重秩字第 61 號裁定）所適用之社會秩序維護法第 18 條之 1 規定，就同一行為，於處刑罰外，另併處勒令歇業之行政罰，違反一行為不二罰原則，於 2022 年 9 月 14 日向本庭聲請法規範及裁判憲法審查。

[3] 本庭多數意見認本件聲請案欠缺憲法重要性而不受理。本席認為本件符合人民聲請法規範及裁判憲法審查之一般受理要件，亦符合憲法訴訟法第 61 條第 1 項所定「具憲法重要性」及「為貫徹聲請人基本權利所必要」之特別受理要件，而應受理。謹說明本席之不同意見書如下。

[4] 按一行為同時受刑事法及行政法之處罰，係我國法常見之管制規定。聲請人主張之「一罪不二罰」原則，是否當然涵蓋本件所涉「刑罰」併處「行政罰」之所有類型，在實務及學說上仍有爭議。司法院釋字第 808 號解釋雖曾就「刑罰」併處「罰鍰」之兩罰規定作出解釋，並宣告併處罰鍰之規定違憲。但就本件所涉「刑罰」併處「罰鍰以外之其他行政罰」（如本案之勒令歇業）類型，則尚未有司法院大法官解釋或憲法法庭判決表示正式立場。

[5] 又司法院釋字第 808 號解釋理由書第 5 段曾就社會秩序維護法第 38 條但書規定是否違憲，以併此敘明的方式表示：「社維法第 38 條但書關於處停止營業、勒令歇業及沒入之部分，因該等處分實質目的

在排除已發生之危害，或防止危害發生或擴大，與法治國一罪不二罰原則尚無違背……」。上開解釋雖因審查標的之限制，無法將上述併罰規定納入正式審查範圍，然就此問題，則特別以「併此敘明」方式表達無拘束力之傍論。可見本件聲請案所涉之上述憲法爭點，確係有其重要性，否則上開釋字第 808 號解釋也不必如此多廢筆墨。然上開解釋所提出之「併此敘明」，終究無其法律拘束力。本庭如受理本件聲請案，始能終局性解決並確定其所涉之憲法疑義。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 13 號

聲 請 人 李元治

訴訟代理人 許家華律師

上列聲請人因違反發展觀光條例事件，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：聲請人具有救生員證及立式划槳教練證，惟最高行政法院 111 年度上字第 7 號裁定（下稱系爭裁定）所適用之宜蘭縣政府中華民國 106 年 11 月 6 日府旅管字第 1060182233B 號公告：「……（一）梅花湖風景特定區及龍潭湖風景特定區湖（水）域，除依『宜蘭縣風景區船舶經營管理自治條例』取得本區域小船營業許可，或經本府許可競賽、練習、其他大型活動外，禁止任何水域遊憩活動。……」（下稱系爭公告），卻禁止聲請人以無動力獨木舟進行水域遊憩等活動，違反平等原則及比例原則，侵害聲請人受憲法保障之言論自由、集會自由或一般行動自由，爰聲請法規範憲法審查等語。 1
- 二、按「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」又人民聲請法規範或裁判憲法審查案件「於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項分別定有明文。而上述聲請案件如不具憲法重要性，且亦非貫徹聲請人基本權利所必要，即應為不受理裁定，此觀憲訴法第 61 條第 2 項規定亦明。 2
- 三、本件聲請人係因未經許可，在公告限制水域遊憩活動之宜蘭縣龍潭湖風景特定區湖（水）域從事獨木舟活動，遭認違反系爭公 3

告，依發展觀光條例第 60 條第 1 項規定，裁處新臺幣 1 萬元罰鍰，並禁止其活動。聲請人不服，循序提起行政訴訟，經臺北高等行政法院 110 年度訴字第 136 號判決駁回其訴後，復提起上訴，經系爭裁定以上訴不合法予以駁回，而提出本件聲請。是本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決，合先敘明。

四、經查，系爭公告係為維護遊客（包含聲請人及其他人）之安全，依據發展觀光條例第 36 條第 1 項規定而為，是依聲請意旨所陳，尚難謂系爭公告有如何之抵觸憲法，致對聲請人受憲法所保障之權利言，聲請人有聲請憲法審查以貫徹其基本權利之必要，亦難謂有何憲法重要性，爰依上述規定裁定不受理。 4

中 華 民 國 112 年 3 月 17 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力
 大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳銀
 蔡明誠 林俊益 許志雄
 張瓊文 黃瑞明 詹森林
 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
 楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不同意見書：黃大法官瑞明提出，許大法官宗力、蔡大法官明誠、林大法官俊益、詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

詹大法官森林提出，許大法官宗力、蔡大法官明誠、林大法官俊益、黃大法官瑞明、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

高碧莉

中 華 民 國 112 年 3 月 24 日

程序
裁定

不同意見書

黃瑞明大法官 提出
許宗力大法官 加入
蔡明誠大法官 加入
林俊益大法官 加入
詹森林大法官 加入
謝銘洋大法官 加入

程序
裁定

壹、本件聲請案提出之憲法議題：使用公共水域從事休閒遊憩活動之一般行為自由以及公眾近用自然環境之權利

一、本件聲請案之原因事實大要

聲請人於 109 年 1 月 4 日以「水域解嚴」為號召，未經許可以無動力的獨木舟於宜蘭縣龍潭湖風景特定區水域內進行巡航，遭宜蘭縣政府以違反「梅花湖風景特定區及龍潭湖風景特定區湖（水）域遊憩活動限制事項」（下稱限制事項）而遭裁罰新臺幣 1 萬元罰鍰，並禁止其活動。聲請人於用盡審級救濟之後聲請釋憲，主張限制事項公告，除依「宜蘭縣風景區船舶經營管理自治條例」取得本區域小船營業許可，或經宜蘭縣政府許可競賽、練習、其他大型活動外，禁止任何水域遊憩活動，限制聲請人以無動力獨木舟進行水域遊憩等活動，違反平等原則及比例原則，侵害聲請人受憲法保障之一般行為自由。大法官審查後多數意見決議不受理本案，但本席認為本聲請案所涉及之爭點具有審查討論之價值，爰提出不同意見如下。

二、主要爭議：使用公共水域從事休閒遊憩活動之一般行為自由及其界限

按宜蘭縣政府所公告限制事項之依據為水域遊憩活動管理辦法，該管理辦法之法源根據為發展觀光條例第 36 條第 1 項：「為維護遊客安全，水域遊憩活動管理機關得對水域遊憩活動之種類、範圍、時間及行為限制之，並得視水域環境及資源條件之狀況，公告禁止水域遊憩活動區域；其禁止、限制及應遵守事項之管理辦法，由主管機關會商有關機關定之。」由上可知，「維護遊客安全」為立法

院制定觀光條例及授權主管機關訂定管理辦法及限制事項等之主要考量。

維護遊客安全為各級政府管理水域活動的主要考量，因此本件聲請人擬在龍潭湖內使用獨木舟而被禁止之案件，並非特例。國人擬在公共湖泊內游泳而被禁止之經驗亦屬屢見不鮮。每年暑假學校總是再三對學生宣導「避免到海邊、溪邊戲水，以免發生危險」，可見避免危險活動為普遍之社會心理。限制事項規定得在龍潭湖從事遊憩活動者，限於取得小船營業許可，或經政府許可之競賽、練習及其他大型活動，背後思維應該是在這些活動當天主辦單位安排安全措施，包括部署救生員以維護泳客安全等，因此在沒有大型活動的平常日子，缺乏安全維護之安排，就禁止國人自由使用龍潭湖以避免意外。另外可能是擔心出了意外，政府會因安全維護不足之理由而涉國家賠償責任，因此管理措施寧嚴勿寬。然而隨著戶外休閒遊憩風氣日盛，以安全為主要考量之管理措施已日益受到挑戰，尤其是冒險犯難本為愛好自由人之本性，應受鼓勵而不應壓抑。因此政府管理公共水域措施是否過於嚴格而侵害人民使用公共水域以從事休閒遊憩活動之一般行為自由，乃本件聲請案所提出而值得審查討論之議題。另外瑞典憲法所保障公眾近用自然環境之權利，亦可一併觀察比較。

貳、為實現開放山林及水域之政策，108年已修改國家賠償法相關規定

前述聲請人主張於開放水域進行獨木舟活動之一般行為自由，與行政院於109年公布開放山林政策所引申之問題可一併觀察。臺灣多山，登山健行一直是國人喜歡的活動，但基於國防、治安、安全、環境生態保護等理由，我國山林管制措施行之多年，例如要登高山者須先申請入山證等種種管制措施而受到批評。行政院為回應民眾需求，蘇貞昌院長於108年起多次召集相關部會討論後，確定登山活動之政策方針為開放山林、簡化管理。

開放山林之準備措施包括108年12月18日修正公布（同年12月20日施行）之國家賠償法第3條增加第3項規定「前二項情形，

於開放之山域、水域等自然公物，經管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該公物為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，國家不負損害賠償責任。」其立法理由包括「然利用大自然山域、水域等從事野外活動，本質上即具有多樣及相當程度危險性，人民親近大自然，本應知悉從事該等活動之危險性，且無法苛求全無風險、萬無一失。是以，就人民利用山域、水域等自行從事之危險活動，在國家賠償責任上應有不同之考量與限制。爰增訂第 3 項規定，就開放之山域、水域等自然公物（例如：國家公園、森林遊樂區、海岸、沙灘、野溪及天然湖泊等），業經管理機關、受委託管理之民間團體或個人為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動情事者，國家於此狀況下不負損害賠償責任。」。該立法理由讓國家不再擔任嚴父或保姆之角色，而由人民自行決定從事冒險或具危險性活動，並自己承擔後果，可說是臺灣社會在心態上「轉大人」的一步，本席深為贊同此立法意旨。

109 年起陸續放寬各部會之山林管制措施，鼓勵民眾走向山林，讓國人有使用山林更大的自由，亦自行承擔風險。開放的結果如所預期，登山活動更自由之同時，發生山難的次數及人數也顯著增加，於本席撰寫本件意見書之一星期內，平面媒體報導的山難事件至少有 4 件，包括個人登山或是當天來回單攻而發生山難者。由此可見國人擁有更大自由同時，也要承擔更大的風險。政府的責任在於開放山林政策之同時亦應增加山林安全教育，包括登山安全措施，風險評估、安全管理及急難處理等。本席認為國家開放山林管制，固然賦予人民一般行為自由之保障，國家仍然有保障國民生命權之教育及救助義務，讓人民對登山之風險有充分理解與準備後才上山，而非貿然上山，走向危險。此部分之強化及整合，應精益求精，尤其應參考具有豐富登山歷史與文化之歐洲國家，如法國、瑞士、奧地利等國之作法，例如法國由政府成立國立滑雪及登山學校（ENSA），民間則由法國山岳協會（FFME）整合全國各社團，制定專業登山嚮導和登山教練之訓

練課程及考核制度¹，殊值我國參考。

參、其他性質相近之訴求：國人爭取在公共水域休閒釣魚之權利

一、104 至 107 年期間有二位聲請人因為在翡翠水庫蓄水範圍內釣魚，被以違反水利法第 54 條之 1 第 1 項第 7 款之規定「為維護水庫安全，水庫蓄水範圍內禁止下列行為：七、違反水庫主管或管理機關公告許可之遊憩範圍、活動項目或行為。」而被處罰鍰 1 萬 5 千元，於用盡行政救濟程序後，數度向司法院聲請釋憲，均經大法官決議不受理²。

聲請人之主要訴求包括：（一）水利法第 54 條之 1 第 1 項第 7 款授權水庫主管及管理機關公告，以釣魚影響水質為由加以禁止，但卻沒有提供汙染數據作為依據。（二）曾文水庫亦提供中、南部民生用水，但開放釣魚平台辦理釣魚有關活動，並未發現水資源汙染活動，何以翡翠水庫要有不同之規範。（三）聲請人生活情況拮据，無多餘金錢從事休閒活動，而釣魚活動費用不高，一方面紓解身心，如有漁獲又可補貼菜錢及補充動物性蛋白質，應屬受憲法保障之一般行為自由。

本席認為此聲請人之訴求並非毫無道理，國人使用開放水域釣魚休閒之權利及限制之問題，隨著戶外休閒育樂之風氣及意識提高之後，政府管理措施是否過度，也是值得討論之議題。

二、此外有釣魚團體主張在港口等開放水域釣魚之權利³，可見臺灣四面環海，河川湖泊水庫亦多，國人爭取釣魚之權利亦因國人休閒娛樂意識之提高，而增加此方面之訴求。

肆、比較憲法觀察本件之憲法價值

對於開放水域而賦予人民之親水與自然之基本權，從比較憲法觀

¹ 黃柔立，我國登山管理與山難搜救相關法律問題研究，國立高雄第一科技大學科技法律研究所碩士論文，106 年 7 月，第 51 頁。

² 如會台字第 13450 號聲請案，於 107 年 1 月 26 日經大法官第 1471 次會議不受理。

³ 參見台灣釣權會官方網站簡介，見 <http://www.fishing-right.org.tw/tier/front/bin/ptlist.phtml?Category=200120495>。

察自然環境之公眾近用權（Public access to the natural environment）或戶外近用權（Outdoor Access Rights），即人民享有除私人花園、住宅附近或耕地以外之瑞典任何土地上之散步、騎自行車、駕車、滑雪與露營等之漫遊自由（Freedom to Roam）之權利⁴。此即一種近用自然環境（access to the natural environment）之公眾近用權（right of public access），受到瑞典憲法第 15 條第 4 項規定之保障。換言之，除憲法就特定土地或自然環境之財產權保障外，任何人亦應享有憲法保障之公眾近用權，得以接近使用自然環境⁵。我憲法對於上開基本權利，並未明文規定。惟基於人民近用自然環境之理念，如將之從實定法提升為憲法層次，自可凸顯我憲法對於人民近用自然環境之重視，尤其是在尚未修憲明文承認此等基本權利之前，如本件能加以受理，並透過憲法法庭依憲法第 22 條規定，承認其為憲法之基本權利，將可豐富我憲法上基本權利之類型及內涵。因此，本件所涉及公眾近用自然環境之憲法權利，是其具有受理之價值。

綜上，本席認為從 108 年修改國家賠償法以及本件聲請之憲法價值而言，對於限制國人於公共水域從事休閒遊憩活動以及釣魚之管制措施應有重新檢視之必要，以讓國人擁有使用山林及公共水域更大之自由，並於開放山林、水域以讓國人從事冒險及危險活動的同時，提高國人防範危險之意識及準備，以步入更成熟之社會。

⁴ the right to walk, cycle, ride, ski and camp on any land with the exception of private gardens, near a dwelling house or land under cultivation. We call it the Freedom to Roam. 參照 <https://visitsweden.com/what-to-do/nature-outdoors/nature/sustainable-and-rural-tourism/about-the-right-of-public-access>(最後瀏覽日期：112 年 3 月 17 日)。

⁵ Sweden's Constitution of 1974 with Amendments through 2012, Everyone shall have access to the natural environment in accordance with the right of public access, notwithstanding the above provisions. (參照 https://www.constituteproject.org/constitution/Sweden_2012.pdf?lang=en(最後瀏覽日期：112 年 3 月 17 日))。

不同意見書

| | |
|--------|----|
| 詹森林大法官 | 提出 |
| 許宗力大法官 | 加入 |
| 蔡明誠大法官 | 加入 |
| 林俊益大法官 | 加入 |
| 黃瑞明大法官 | 加入 |
| 謝銘洋大法官 | 加入 |

壹、緣由

聲請人擁有救生員證及立式划槳教練證，未經許可，於中華民國 109 年 1 月 4 日以「水域解嚴」為號召，在宜蘭縣礁溪鄉龍潭湖風景特定區水域內，以無動力獨木舟進行巡航。宜蘭縣政府認原告違反行為時水域遊憩活動管理辦法第 8 條，及宜蘭縣政府 106 年 11 月 6 日府旅管字第 1060182233B 號公告（下稱系爭公告）：「……（一）……龍潭湖風景特定區湖（水）域，除依『宜蘭縣風景區船舶經營管理自治條例』取得本區域小船營業許可，或經本府許可競賽、練習、其他大型活動外，禁止任何水域遊憩活動。……」，乃依發展觀光條例第 60 條第 1 項及發展觀光條例裁罰標準第 12 條、附表 8 項次 2 規定，以 109 年 7 月 10 日府旅管字第 1090110888 號行政處分書，裁處原告新臺幣（下同）1 萬元罰鍰，並禁止其活動。¹

聲請人不服上開處分書，循序提起行政爭訟，經臺北高等行政法院 110 年度訴字第 136 號判決駁回其訴後，復提起上訴，又經最高行政法院 111 年度上字第 7 號裁定，以上訴不合法予以駁回²。

聲請人嗣向憲法法庭聲請法規範憲法審查，其理由略為：系爭公告有違反平等原則、比例原則，及侵害聲請人受憲法保障之言論自由、集會自由或一般行為自由之疑義。

¹ 臺北高等行政法院 110 年度訴字第 136 號判決事實及理由壹、貳、二、（五）；及聲請人於 111 年 8 月 15 日所提之憲法法庭裁判聲請書本案事實參照。

² 據此，本件聲請應以上開臺北高等行政法院判決為確定終局判決。

貳、不受理裁定

本件聲請，憲法法庭 112 年 3 月 24 日以憲裁字第 13 號裁定，不予受理，其理由略以：系爭公告係為維護遊客（包含聲請人及其他人）之安全，依據發展觀光條例第 36 條第 1 項規定而為，惟依聲請意旨所陳，尚難謂系爭公告有如何之抵觸憲法，致對聲請人就其受憲法所保障之權利，有聲請憲法審查以貫徹其基本權利之必要。是本件聲請案，難謂有何憲法重要性。

參、本席意見

本席以為，本件聲請具憲法重要性，應予受理，爰提出不同意見。

臺灣四面環海，有 2 千多公里之海岸線，政府對於湖泊海域之管制，始終保守、落伍。以系爭公告為例，主管機關宜蘭縣政府對於人民親水之權利，即採取「原則禁止 / 限制，例外經申請始予許可」之作法。

查，2019 年底，行政院解禁山林，修改國家賠償法相關規定³，並鼓勵人民本於自我管理、責任承擔之精神，以自我負責之方式探索山林⁴。民間要求政府開放湖泊水域之呼聲，隨之升高。本件聲請人即以身試法，藉「水域解嚴」為號召，在未經許可之情況下，於宜蘭縣礁溪鄉龍潭湖風景特定區水域內，以獨木舟巡航，俾引起公眾關注此項議題。

準此，針對向來嚴格管制水域之法規範是否侵害人民親水權之

³ 108 年 12 月 18 日修正公布之國家賠償法第 3 條第 3 項及第 4 項分別規定：「（第 3 項）前 2 項情形，於開放之山域、水域等自然公物，經管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該公物為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，國家不負損害賠償責任」、「（第 4 項）第 1 項及第 2 項情形，於開放之山域、水域等自然公物內之設施，經管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該設施為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，得減輕或免除國家應負之損害賠償責任。」

⁴ 「台灣的山有夠讚 蘇揆宣布山林解禁政策」，108 年 10 月 21 日，行政院新聞，<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/fdeb6f4e-59ed-4aeb-8099-68a46f23e6a9>（最後瀏覽日：2023 年 3 月 24 日）。

疑義，憲法法庭不應繼續鴛鴦迴避，而應勇敢直球對決。而且，此項疑義所牽涉之基本權，乃人民受憲法第 22 條保障之一般行為自由。

所謂一般行為自由，在德國釋憲實務上，肇始於聯邦憲法法院 1957 年之 Elfes 案。該案係以基本法第 2 條第 1 項所定之人格自由發展權為基礎，推導出「人民一般行為自由應受憲法保障」之結論。詳言之，聯邦憲法法院採廣義見解，確立一般行為自由屬憲法上所保障之基本權⁵。其後，在街道餵食鴿鳥案⁶、狩獵老鷹執照申請案⁷及機車騎乘者配戴安全帽案⁸，該院均以廣義之一般行為自由，作為據以審查之基本權利。1989 年，該院更在著名之「森林騎馬案」中，提出功能性之論點而指出「人類行為自由權廣泛之保護，與明確列舉特定受保護之自由權利相同，均具有保障自由之高價值功能。蓋即使在限制可能性極為寬鬆下，基本權依其所界定之標準，仍提供實質的保障……任何對保護領域作價值性限制之嘗試，均會導致國民之自由空間受不必要縮小之損失」⁹，詳述一般行為自由的確得作為憲法基本權之理由。上開一般行為自由之發展與論述，無論對德國或他國之憲法學，均有深遠影響。

我國釋憲實務，一般行為自由亦受憲法保障，最早見諸審查社會秩序維護法第 89 條第 2 款限制新聞採訪者跟追行為規定之司法院大法官釋字第 689 號解釋。該解釋明白表示：「……為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由（本院釋字第 535 號解釋參照），自在一般行為自由保障範

⁵ BVerfGE 6, 32 (36).

⁶ BVerfGE 6, 54, 143 (146).

⁷ BVerfGE 6, 55, 159 (165).

⁸ BVerfGE 6, 59, 275 (278).

⁹ BVerfGE 80, 137 (154)；中譯部分，引自張永明譯，「森林騎馬案」裁定，德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）- 人性尊嚴與人格發展自由，1999 年 6 月，第 308 頁。

圍之內。」¹⁰。嗣後，司法院大法官釋字第 749 號解釋、第 780 號解釋，再以一般行為自由作為基準，審查道路交通管理處罰條例限制計程車駕駛人於執業期中犯特定之罪者，3 年內不得執業，且吊銷其持有之各級駕照；及道路交通管理處罰條例處罰汽車駕駛人強行闖越平交道，是否合憲。

惟釋字第 689 號解釋，另牽涉亦為重要基本權之新聞自由，而釋字第 749 號及 780 號解釋所涉及之一般行為自由，則侷限於汽車之駕駛。簡言之，上開 3 號解釋，皆因受限於案例事實，致均未闡明一般行為自由之具體內涵，更未深入探究對該基本權之審查，有無適用不同審查標準之可能。

反之，本件聲請案，涉及人民親水之行為，不僅案例事實有別於前開 3 件解釋，而且攸關人民日常生活之一般行為自由，憲法法庭應予受理，俾接續前揭解釋，對一般行為自由之內涵為更細緻之形塑，自具憲法重要性。本件裁定見未及此，殊屬可惜。

應併指明者，本席認為本件聲請應予受理，並不意謂本席業已確信系爭公告全部違憲。蓋本件聲請若經受理，則相關法令是否違憲，憲法法庭仍應就湖泊（及其他水域）之面積、人員之容納量、開放之時間與方式，湖泊上活動之危險性與防範可能、有無環境保護之特殊需求，及其他各種因素，綜合衡酌人民親水之一般行為自由，得在如何情形下，以符合憲法第 23 條比例原則之手段限制之。

肆、結語

1980 年代末期，本席初抵德國，即遭德國友人質疑：「你來自四面環海的臺灣，為何不會游泳？」汗顏之餘，30 歲首次在兒童池下水，努力學習，如今雖泳技愚鈍，但至少擺脫「旱鴨子」之譏¹¹。

幾十年後，不少前往德國求學的年輕臺灣學子，依舊因不諳游

¹⁰ 釋字第 689 號解釋理由書第 5 段。

¹¹ 此外，本席經常目睹甚多德國退休之長者，悠然自得徜徉於泳池或湖泊中。本席因而感慨此乃國家尊重人民之親水權，而人民亦勇於冒險、自我負責之真正表現。

泳，而遭德國朋友提出相同問題。

其實，大家深知，答案為：「絕大多數臺灣人，自幼皆受父母及長輩訓誡：遠離大海、河川、小溪，以免溺水。」本席大膽推定，本件裁定或許肇因於相同考量¹²。

然而，此種消極避險之思維，究竟能防止多少實害，要難考證，但其壓抑親水本性、箝制冒險精神、妨礙體魄鍛鍊，則可斷言！

¹² 英國著名專欄作家 Janice Turner 應臺灣觀光局邀請，今年 2 月前來臺灣深度旅遊，嗣後於舉世聞名之泰晤士報 (The Times) 分享見聞，其中即提及：臺灣社會確實很講究避險，儘管日月潭水質良好，卻僅在每年 1 次泳渡日月潭活動時，始開放在潭中游泳，顯現臺灣人不樂於冒險之本性。Turner 之報導，充分印證外國人對臺灣人不諳水性，消極避險之刻板印象。相關報導詳見「英國作家分享來台見聞：沒有比台灣更迷人的地方」，2023 年 3 月 23 日，自由時報，<https://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/4248339> (最後瀏覽日：2023 年 3 月 24 日)。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 14 號

聲請人 樹根投資股份有限公司

代表人 李傳明

訴訟代理人 林佳穎律師

上列聲請人因證券交易稅事件，聲請法規範及裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：臺中高等行政法院 111 年度簡上字第 5 號判決（下稱系爭判決）所適用之證券交易稅條例第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 款（下併稱系爭規定）及最高行政法院 102 年 12 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議），以股票買賣契約成立，無須交割即發生稅捐債務，即於股票未交割前解除買賣契約仍發生稅捐債務，並不因契約合意解除而受影響，違反量能課稅原則及租稅公平原則，牴觸憲法第 7 條及第 15 條規定；另系爭判決亦因適用系爭規定及系爭決議而應受違憲宣告；爰聲請法規範及裁判憲法審查等語。 1
- 二、查聲請人曾就臺灣臺中地方法院 110 年度稅簡字第 12 號行政訴訟判決提起上訴，經系爭判決以上訴無理由予以駁回，是本件聲請應以系爭判決為確定終局判決，合先敘明。 2
- 三、按「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」又人民聲請法規範或裁判憲法審查案件「於具憲法重要性，或為貫徹聲請人基本權利所必要者，受理之。」憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項及第 61 條第 1 項分別定有明文。而上述聲請案件如有不備憲訴法第 59 條第 1 項規定要件之不合法情事，或有不具憲法重要性，且亦非貫徹聲 3

請人基本權利所必要者，即應為不受理裁定，此觀憲訴法第 32 條第 1 項及第 61 條第 2 項規定自明。

四、經查：（一）本件確定終局判決係憲訴法於中華民國 111 年 1 月 4 日修正施行後始作成及送達，故本件聲請案得否受理及其審理，應依憲訴法之規定。又憲訴法第 59 條第 1 項所稱之法規範，係指因中央及地方立法與行政機關之立法行為，所制定或訂定具法律位階或命令位階之法規範（憲訴法第 59 條立法理由參照）。而系爭決議係依 88 年 2 月 3 日修正公布之行政院組織法第 16 條（已於 108 年 1 月 4 日刪除）第 3 項規定：「最高行政法院之裁判，其所持之法律見解，各庭間見解不一致者，於依第 1 項規定編為判例之前，應舉行院長、庭長、法官聯席會議，以決議統一其法律見解。」而為，尚非上述憲訴法第 59 條第 1 項所稱之法規範，是聲請人並不得據以聲請法規範憲法審查。至確定終局判決援引系爭決議所表示之見解是否合憲，則屬裁判憲法審查之範疇。（二）證券交易稅條例所規範之證券交易稅，係針對證券交易行為所課徵之稅捐，是依聲請意旨其餘所陳，尚難謂系爭規定及確定終局判決有如何之抵觸憲法，致對聲請人受憲法所保障之權利言，聲請人有聲請憲法審查以貫徹其基本權利之必要，亦難謂有何憲法重要性。（三）依上述規定裁定不受理。

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡焜燉 | 黃虹霞 | 吳陳銀 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| 許大法官宗力、蔡大法官烱燉、 黃大法官虹霞、吳大法官陳鏗、 蔡大法官明誠、林大法官俊益、 許大法官志雄、張大法官瓊文、 黃大法官瑞明、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】

部分不同意見書：詹大法官森林提出。

不同意見書：謝大法官銘洋提出。

以上正本證明與原本無異。

書記官

高碧莉

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

壹、案情

聲請人於中華民國 110 年 4 月 14 日出售其所有之 A 股份有限公司股票 750 萬股予 B 公司（下稱系爭股票買賣），每股成交價格新臺幣（下同）10 元，成交總價額 7,500 萬元，並於同日繳納證券交易稅（下稱證交稅）22 萬 5,000 元。同年 5 月 6 日，聲請人在股票尚未交割前，與 B 公司協議解除前述買賣契約，並向財政部中區國稅局（下稱中區國稅局）申請退還已繳納之前開稅款。中區國稅局旋以同年 13 日中區國稅三字第 1101007198 號函否准之。聲請人不服，循序提起行政爭訟，終經臺中高等行政法院 111 年度簡上字第 5 號判決（下稱系爭確判）認聲請人之請求無理由而駁回其上訴，全案確定。

聲請人依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條規定，持系爭確判聲請裁判及法規範憲法審查，聲明憲法法庭應宣告該判決暨其所適用之證券交易條例第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 款（下併稱系爭規定），及最高行政法院 102 年 12 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）為違憲，並應廢棄系爭確判，發回臺中高等行政法院。

聲請人主張略謂：系爭確判援引系爭規定及系爭決議，認定買賣契約成立，乃維持一審判決認定買賣股票無須交付（交割）即發生稅捐債務，並認定於股票未交付（割）前解除買賣契約仍該當稅捐債務，不因契約合意解除而受影響。此為不當侵害聲請人受憲法第 15 條保障之財產權，並有違憲法第 7 條平等原則於租稅事項應恪遵之量能課稅原則及租稅公平原則。

貳、憲法法庭之裁定

憲法法庭於 112 年 3 月 24 日，以 112 年憲裁字第 14 號裁定（下稱本裁定），不受理本件聲請。

關於系爭決議部分，本裁定認為，憲訴法第 59 條第 1 項所稱之法規範，係指因中央及地方立法與行政機關之立法行為，所制定或訂定具法律位階或命令位階之法規範（憲訴法第 59 條立法理由參

照)。系爭決議係因 88 年 2 月 3 日修正公布之行政院組織法第 16 條（已於 108 年 1 月 4 日刪除）第 3 項規定：「最高行政法院之裁判，其所持之法律見解，各庭間見解不一致者，於依第 1 項規定編為判例之前，應舉行院長、庭長、法官聯席會議，以決議統一其法律見解。」而為，尚非憲訴法第 59 條第 1 項所稱之法規範，是聲請人不得據以聲請法規範憲法審查。

關於系爭規定及裁判憲法審查部分，本裁定認為，證券交易稅條例所規範之證券交易稅，係針對證券交易行為所課徵之稅捐，而依聲請意旨此部分所陳，尚難謂系爭規定及系爭確判有如何之抵觸憲法，致對聲請人就其受憲法所保障之權利，有聲請憲法審查以貫徹其基本權利之必要。是聲請人此部分之聲請，難謂有何憲法重要性，應亦不受理。

參、本席意見

對本裁定關於不受理系爭決議及系爭規定部分，本席敬表同意；但關於證券交易稅係針對證券交易行為所課徵之稅捐，故應不受理本件裁判憲法審查之聲請部分，本席基於下述理由，尚難贊同。

一、系爭確判從證交稅之性質為交易行為稅切入，並連結稅捐債權之不可變更性，因而認系爭股票買賣雖經合意解除，聲請人亦不得主張交易稅之稅捐債務已不存在

隨著憲訴法自 111 年 1 月 4 日起修正施行，人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認其所受不利確定終局之裁判，有抵觸憲法者，亦得對該裁判聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，憲訴法第 59 條第 1 項定有明文。依此，雖誠如本裁定所言，系爭決議於新制下，已非得作為憲法審查之客體，然查，系爭決議既為系爭確判引用作為其判決述論之理由，系爭決議之內容，亦屬憲法法庭得審查之範圍，合先敘明。

首先，關於證交稅稅捐債務成立之時點，系爭確判援引系爭決議：「證券交易稅係對買賣有價證券之交易行為所徵收，以出賣人為納稅義務人，按交易成交價格依所定稅率課徵之稅捐。於有價證券買

賣契約成立時，因法律規定之稅捐主體、稅捐客體、稅基及稅率等稅捐構成要件均已合致，而發生證券交易稅之債務。又證券交易稅因係就有價證券之交易行為對出賣人課徵之稅捐，是其稅捐負擔能力係表現在交易行為，則於有價證券買賣契約成立即交易行為完成，已足以表彰負擔證券交易稅之能力，並無待交割……」，從而得出「證券交易稅係針對交易行為進行課稅，原則上即以債權契約成立生效時，作為稅捐債務發生之時點，至於股票有無交付（交割），要非交易稅課稅之要件」之結論¹。

另，關於證交稅稅捐債務因買賣契約成立而存在後，倘嗣後買賣契約經合意解除，則已成立之稅捐債務是否亦應隨之解消，系爭確判²維持原審判決所認：「稅捐債權發生後原則上即具有不可變更性，課稅乃是把握事實上的經濟上事件經過，此項事件經過一旦已經發生，即無法再使其不發生。凡是已經發生的事情，便已經發生。因此，稅捐債權原則上並不因事實上的事件經過或法律上形成使其追溯既往而受影響。此即所謂稅捐債權的不可變更性。……然因人民之經濟活動及其成果，又係透過民商法來加以確認、維持及鞏固者，如果經濟活動從民商法角度認為有瑕疵，以致難以『確認、維持及鞏固』，則在此限度內，依民商法相關規定處理上開瑕疵，因而導致經濟成果歸屬回復或經濟活動解消時，原來之瑕疵歸屬即不宜據為課稅之實證基礎，為了確保量能課稅精神之實踐，方例外許可稅捐債務溯及地被解消，回復到稅捐債務不成立之狀態；故稅捐債務事後解消之許可，必須以『稅捐債務成立所立基之經濟歸屬原因事實在私法上有瑕疵，且因一造當事人依私法上之規範，單方為撤銷或解約等手段來處理該等瑕疵』為前提……契約之合意解除，與因契約自始存在之瑕疵而行使契約解除權不同。從而……原告（即本件聲請人）主張系爭交易稅之稅捐債務，已因解除買賣契約而不存在云云，尚無理

¹ 參見系爭確判理由四、（一）。

² 參見系爭確判理由四、（三）及（四）。

由」³。

二、證交稅之課徵，應以證券買賣交易有效存在為必要，系爭確判之見解，有違憲法保障人民財產權之意旨

系爭規定分別明文規定：「凡買賣有價證券……悉依本條例之規定，徵收證券交易稅」、「證券交易稅向出賣有價證券人按每次交易成交價格依左列稅率課徵之：一、公司發行之股票及表明股票權利之證書或憑證徵千分之三。」

依此條文之文義，尚難僅得解為：「證交稅乃針對證券交易行為所課徵之行為稅，從而謂證券出賣人既已使用國家提供之證券交易環境及服務，是無論交易盈虧，亦不論交易是否事後解消，均應依法繳納。」

申言之，前開條文，依其文義，亦可解為：「證交稅之課徵，以有效存在之證券買賣為必要，故買賣契約有不成立、無效、或嗣後解消情形者，即不得課徵。」

此外，從我國過去證交稅數次調整徵收稅率之時點，均與證券交易所得稅（下稱證所稅）數次停徵及復徵，密切銜接，即明顯可見兩者間有彼（證所稅）消此（證交稅）長之關係⁴。104年12月2日修正公布所得稅法第4條之1全面停止課徵證交稅時，其立法理由更明示：「觀察歷次證券交易所課稅制度……改革時，或有以證券交易稅……徵收率調整作為配套……可見證所稅及證交稅二者具有連動關係。」⁵有鑑於此，大法官遂於釋字第693號解釋理由書明白表

³ 參見臺灣臺中地方法院110年度稅簡字第12號行政訴訟判決（即原審判決），事實及理由四、（二）及（三）。

⁴ 按54年停徵個人證所稅時，證交稅恢復課徵，徵收率為1.5‰；63年全面課徵證所稅，證交稅徵收率維持1.5‰；65年停徵個人證所稅，67年證交稅徵收率由1.5‰調高至3‰；78年全面課徵證所稅，證交稅徵收率由3‰調降至1.5‰；79年全面停徵證所稅，證交稅徵收率由1.5‰調高至之6‰，嗣於82年調降為3‰，並實施至今。

⁵ 參見立法院全球資訊網，立法院法律系統，104年11月17日修正所得稅法，異動條文及理由，<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?000A5566CEDB0000000000000001400000004FFFFFA00^01513104111700^00015001001>（最後瀏覽日：

示：立法者為簡化證券交易所得之稽徵手續並予合理課徵，以修正證券交易稅條例提高證券交易稅稅率方式，將原應併入所得總額課徵所得稅之證券交易所得稅停止課徵，係具有以證交稅取代證所稅之意旨（釋字第 693 號解釋理由書第 3 段參照）。

準此，證交稅與證所稅，在課稅主體、客體與計算方式上，均有不同，實屬兩種性質迥異之稅捐，在學理上沒有任何替代性可言⁶。然每當執政者面臨壓力，不得不停徵證所稅時，即提高證交稅課徵稅率，以為因應。是在我國證交稅之設計，實際上，確有替代證所稅之作用，不容視而不見，所謂證交稅本質上係針對交易行為而課徵，實有可疑。

據此，證交稅既兼具替代證所稅之作用，關於證交稅之課徵，應解為僅有當證券交易有效成立且繼續存在時，始屬合適。否則，即有侵害人民財產權之疑義。

三、系爭確判將證券買賣契約事後合意解除，排除得為事後解消證交稅稅捐債務之情形，是否牴觸憲法租稅公平原則，非無探究餘地
憲法第 19 條規定：「人民有依法律納稅之義務」。所謂依法律納稅，係指租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，均應依法律明定之。各該法律之內容且應符合量能課稅及公平原則（釋字第 597 號解釋文參照）。

如前所述，證交稅之課徵，應以證券交易行為有效成立且存在為必要。從而，有疑問者為，該證券買賣契約如經嗣後解消，人民得否請求已繳納之證交稅？對此，系爭確判維持原審判決所稱：「然因人民之經濟活動及其成果，又係透過民商法來加以確認、維持及鞏固者，如果經濟活動從民商法角度認為有瑕疵，以致難以『確認、維持及鞏固』，則在此限度內，依民商法相關規定處理上開瑕疵，因而導致經濟成果歸屬回復或經濟活動解消時，原來之瑕疵歸屬即不宜據為

2023 年 4 月 28 日）。

⁶ 參見柯格鐘，量能課稅原則與稅捐優惠規範之判斷 - 以所得稅法若干條文規定為例，月旦法學雜誌第 276 期，2018 年 5 月，第 179 頁。

課稅之實證基礎，為了確保量能課稅精神之實踐，方例外許可稅捐債務溯及地被解消，回復到稅捐債務不成立之狀態；故稅捐債務事後解消之許可，必須以『稅捐債務成立所立基之經濟歸屬原因事實在私法上有瑕疵，且因一造當事人依私法上之規範，單方為撤銷或解約等手段來處理該等瑕疵』為前提。」⁷

查，前開判決見解，一方面承認稅捐債務之成立，係立於民事法律關係成立之基礎上；他方面，卻又將稅捐債務之解消，限縮在民事法律關係事後解消係因成立時「有瑕疵」，方得為之，從而謂當事人雖事後合意解除證券買賣契約，仍不得解消證交稅之稅捐債務。惟證券買賣契約之解消，無論係因表意人事後撤銷其被詐欺或脅迫之意思表示，或同本件聲請之原因案件係經雙方合意解除，其法效果均係買賣契約不存在。準此，前開區分，法理基礎何在，殊有可議。

按人民繳納契稅後，在房屋產權移轉前，雙方如解除買賣契約，得檢附相關文件，以書面申請退還已納稅款⁸。相對於此，系爭確判所謂「已繳交之證交稅，不因嗣後買賣契約合意解除，而得請求返還」，是否無違租稅公平原則，甚有討論空間。

肆、結論

系爭確判認證交稅係針對交易行為而課，從而僅須曾經發生交易行為，即已滿足證交稅之課徵要件，縱令買賣雙方嗣後合意解除該筆證券買賣契約，出賣人仍應繳納全額之證交稅。此項見解是否無違憲法保障人民財產權之意旨，及租稅公平原則，實有可疑。憲法法庭本應受理本件聲請，予以釐清，本件裁定卻不予受理，甚屬可惜。

⁷ 參見臺灣臺中地方法院 110 年度稅簡字第 12 號行政訴訟判，事實及理由四、(二)。

⁸ 參見財政部稅務入口網站，契稅 - 問答實例，<https://www.etax.nat.gov.tw/etwmain/tax-info/understanding/tax-saving-manual/local/deed-tax/nD1RoM9>（最後瀏覽日：2023 年 4 月 28 日）

不同意見書

謝銘洋大法官 提出

程序裁定

本件為證券交易稅事件，聲請人出售其所持有之他人股票予訴外人，並於同日繳納證券交易稅，惟數日後於交割前，買賣雙方即協議解除買賣契約，因而向中區國稅局申請退還證券交易稅，為中區國稅局否准，經向財政部提出訴願被駁回，乃提起行政訴訟，經臺中地方法院 110 年度稅簡字第 12 號行政訴訟判決駁回，進而提起上訴，仍經臺中高等行政法院 111 年度簡上字第 5 號判決（下稱系爭確定終局判決）駁回確定，遂提出本件聲請法規範憲法審查及裁判憲法審查，主張證券交易稅條例第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 款、最高行政法院 102 年 12 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議（下稱系爭決議）以及系爭確定終局判決違憲。本件經審理後，多數大法官的意見認為應不予受理，就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、聲請之標的

本件聲請之標的內容分別如下：

- 證券交易稅條例第 1 條第 1 項：「凡買賣有價證券，除各級政府發行之債券外，悉依本條例之規定，徵收證券交易稅。」
- 同條例第 2 條第 1 款：「證券交易稅向出賣有價證券人按每次交易成交價格依左列稅率課徵之：一、公司發行之股票及表明股票權利之證書或憑證徵千分之三。」
- 系爭決議內容：「依證券交易稅條例第 1 條第 1 項、第 2 條規定，證券交易稅係對買賣有價證券之交易行為所徵收，以出賣人為納稅義務人，按交易成交價格依所定稅率課徵之稅捐。於有價證券買賣契約成立時，因法律規定之稅捐主體、稅捐客體、稅基及稅率等稅捐構成要件均已合致，而發生證券交易稅之債務。又證券交易稅因係就有價證券之交易行為對出賣人課徵之稅捐，是其稅捐負擔能力係表現在交易行為，則於有價證券買賣契約成立即交易行為完成，已足以表彰負擔證券交易稅之能力，並無待交割。至證券交易稅條例第 3 條第 1 項「證券交易

稅由代徵人於每次買賣交割之當日，按第2條規定稅率代徵」之規定，則是對同條例第4條所規定證券交易稅代徵人之履行代徵義務時點之規範，尚與證券交易稅之稅捐債務發生時點有別。」

二、系爭決議既為系爭確定終局判決所適用，亦應得為裁判憲法審查之客體

多數大法官認為不受理的理由之一為系爭決議尚非憲法訴訟法（下稱憲訴法）第59條第1項所稱之法規範，是聲請人並不得據以聲請法規範憲法審查。

固然最高行政法院之庭長法官聯席會議決議非屬得聲請法規範憲法審查之標的，然而本件系爭決議之內容已為系爭確定終局判決所引用、適用而成為判決之一部分，系爭確定終局判決並據而進一步認為「……準此，證券交易稅係針對交易行為進行課稅，原則上即以債權契約成立生效時，作為稅捐債務發生之時點，至於股票有無交付（交割），要非交易稅課稅之要件」，形成系爭確定終局判決之見解，則於裁判憲法審查時，理論上應得將系爭決議之內容作為系爭確定終局判決之見解一併納入審查；此亦為本件不受理裁定所肯認：「至確定終局判決援引系爭決議所表示之見解是否合憲，則屬裁判憲法審查之範圍」。

三、就裁判憲法審查而言，本件具有憲法價值

本件不受理裁判憲法審查的理由為：「證券交易稅條例所規範之證券交易稅，係針對證券交易行為所課徵之稅捐，是依聲請意旨其餘所陳，尚難謂系爭規定及確定終局判決有如何之牴觸憲法，致對聲請人受憲法所保障之權利言，聲請人有聲請憲法審查以貫徹其基本權利之必要，亦難謂有何憲法重要性。」亦即採取系爭決議與系爭確定終局判決之見解，認為證券交易稅（下稱證交稅）係針對證券交易行為所課徵之稅捐，並認為依聲請書所述，客觀上尚難謂具體指摘聲請人之基本權利因而受有如何之侵害，以及憲法上有何重要性。

證交稅是針對有價證券（各級政府發行之債券除外）之買賣交

易行為所課徵的稅捐，向出賣人按每次交易成交價格依千分之三的稅率課徵。然而我國證交稅與證券交易所稅（下稱證所稅）關係錯綜複雜，甚至彼此之間具有連動關係，此由 2015 年 11 月 17 日修改所得稅法第 4 條之 1，將自 2013 年 1 月 1 日起復徵的證所稅，再度停徵之修法理由，可知之甚明：「一、觀察歷次證券交易所課稅制度（以下簡稱證所稅）改革時，或有以證券交易稅（以下簡稱證交稅）徵收率調整作為配套，五十四年停徵個人證所稅時，證交稅恢復課徵，徵收率為千分之一點五；六十三年全面課徵證所稅，證交稅徵收率維持千分之一點五；六十五年停徵個人證所稅，六十七年證交稅徵收率由千分之一點五調高至千分之三；七十八年全面課徵證所稅，證交稅徵收率由千分之三調降至千分之一點五；七十九年全面停徵證所稅，證交稅徵收率由千分之一點五調高至千分之六，嗣於八十二年調降為千分之三實施至今，可見證所稅及證交稅二者具有連動關係。二、鑑於自一百零二年實施證所稅以來，爭議不斷，為消除股市不確定因素，並簡化稽徵，爰明定證券交易所自一百零五年一月一日起停止課徵所得稅。」

由上可知，我國證交稅係因過去證所稅課徵不如預期備受批評，歷經過幾次復徵、停徵，並以固定稅率的證交稅及其稅率調整之作為配套，雖然證交稅並非如證所稅係就證券交易的「所得」課徵的稅捐，而是就證券之「交易行為」課稅，其性質雖形式上屬於交易稅（另外如：期貨交易稅、印花稅與契稅），然而卻與證所稅有密切甚至連動關係，則其本質究屬規費性質或稅捐性質？其與證所稅之關係如何？在學理上仍有爭議，非無探究之餘地。

況且何謂「交易行為」，究竟是指債權行為，抑或是處分行為？法律規定並不明確。理論上應是以交易行為完成始負有納稅義務；縱使如系爭決議與判決所認，以債權契約成立生效時，作為稅捐債務發生之時點，亦應是以有效存在的債權行為為前提，如果債權契約嗣後被解除而不復存在，或甚至因該債權契約之意思表示係被詐欺或被脅迫而被撤銷，其證券交易行為既未完成，甚至債權契約亦不存

在，則出賣人是否仍負有稅捐債務，實不無疑問。

由於上述問題事關人民的納稅義務，與憲法保障人民財產權有密切關係，如果能藉由本件釐清上述問題，在憲法上具有重要之意義。是以本席認為本件具有憲法重要性，應予受理。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 15 號

聲 請 人 甲○○

訴訟代理人 陳欽煌律師

吳哲華律師

上列聲請人為請求給付違約金等事件，聲請裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 1
5 號民事判決肯認聲請人與其前夫間之調解筆錄第 4 條及第 5 條
以聲請人之父撤回對其前夫之告訴為內容屬有效、未因違反公序
良俗而為無效條款之判決見解，顯已實質侵害聲請人之財產權及
其父之訴訟權，而違反憲法第 15 條及第 16 條規定。
- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終 2
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；又聲請案件須具憲法重要性，或為貫徹
聲請人基本權利所必要者，始受理之；若所聲請之案件不具有憲
法重要性，屬聲請不合法，憲法法庭應裁定不受理，憲法訴訟法
第 59 條第 1 項、第 61 條第 1 項、第 32 條第 1 項定有明文。
- 三、查聲請人曾就臺灣高雄少年及家事法院 109 年度重家訴字第 1 號 3
民事判決提起上訴，經前開臺灣高等法院高雄分院民事判決以兩
造上訴均無理由予以駁回，因聲請人上訴所得受之利益，不逾新
臺幣 150 萬元，不得再上訴而告確定，其已依法用盡審級救濟，
是本件聲請應以前開臺灣高等法院高雄分院民事判決為確定終局
判決，合先敘明。核聲請意旨所陳，尚難謂確定終局判決究有如何
憲法上之違誤以致侵害聲請人基本權利，難謂有憲法重要性，
爰依前揭規定裁定不受理。

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡焜燉 | 黃虹霞 | 吳陳鐸 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

程序裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：黃大法官瑞明提出，黃大法官虹霞、詹大法官森林加入。

詹大法官森林提出，黃大法官虹霞、黃大法官瑞明加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

不同意見書

黃瑞明大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

詹森林大法官 加入

一、本件聲請案原因事實大要

本件聲請人藍小姐（藍女）與其前夫張先生（張男）經法院判決離婚後，就離婚後剩餘財產分配事件經臺北地方法院家事調解庭於中華民國 108 年 2 月 13 日核發調解筆錄，本件聲請案涉及者為該調解筆錄第 4 條及第 5 條之規定。

1、第 4 條規定要旨為：於張男完成一（一）部分之付款（為三名未成年子女之學雜費用之一次給付，即付款人民幣 100 萬元）後，藍女保證其父親（藍父）向高雄地檢署具狀撤回刑事告訴（對張男誣告罪之告訴），如有違約，應賠償張男新台幣 100 萬元並返還張男一（一）部分之付款（即人民幣 100 萬元）。2、第 5 條規定要旨為：於張男完成一（一）之付款後（即前述付款人民幣 100 萬元），藍女保證藍父向高雄地方法院具狀撤回刑事告訴（對張男傷害罪之告訴）及附帶民事訴訟，如有違約，應賠償張男新台幣 100 萬元，並返還張男一（一）部分之付款（即人民幣 100 萬元）。

於張男為調解筆錄一（一）100 萬人民幣之付款後，藍父並未向高雄地檢署撤回誣告罪之告訴，亦未向高雄地方法院撤回傷害罪之告訴及附帶民事訴訟，誣告案經檢察官為不起訴處分；傷害案經法院判處張男拘役 50 日及民事賠償新台幣（下同）10 萬 1914 元。張男乃以藍女違反調解筆錄第 4、5 條規定為理由起訴請求藍女給付 200 萬元（違反調解筆錄第 4、5 條各 100 萬元之賠償）及人民幣 100 萬元（因違反調解筆錄第 4、5 條而應返還依調解筆錄一（一）所付人民幣 100 萬元）¹。經臺灣高雄少年及家事法院（下稱高雄少家院）109

¹ 張男起訴請求範圍包括藍女未配合子女與張男會面交往之違約賠償 100 萬元，確定終局判決維持駁回之判決，不在釋憲聲請範圍。

年度重家訴字第 1 號民事判決（下稱高雄少家院判決）駁回張男返還人民幣 100 萬元部分之請求；至於請求違約賠償共 200 萬元部分，則判決藍女應給付 100 萬元，超過此部分之請求，則屬過高而不應准許。雙方均上訴後，臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 5 號民事判決（下稱確定終局判決）維持高雄少家院之見解「認原審將原約定之違約金各 100 萬元酌減為各 50 萬元，應屬適當」，駁回雙方之上訴而確定。藍女認確定終局判決就賠償 100 萬元部分侵害藍女之財產權及藍父之訴訟權等而聲請裁判憲法審查。大法官審查後多數決議不受理本件聲請案，本席認為本件聲請案具有受理審查之價值，爰提出不同意見如下。

二、確定終局判決結果之整體評估

確定終局判決維持高雄少家院判決，駁回張男請求返還人民幣 100 萬元部分，認依調解筆錄一（一）所付人民幣 100 萬元之性質係張男對未成年子女扶養義務之給付，給付之對象為三名未成年子女，「自不得約以藍女本身之違約事由，即令藍女應負返還人民幣 100 萬元之責任，否則無異藉此免除張男應負之法定扶養義務」²，故認系爭調解筆錄此部分之約定違反法律強制規定，依民法第 71 條規定無效。至就藍父未撤回訴訟，則認藍女違約，但將違約金各 100 萬元部分酌減為各 50 萬，共計判藍女應給付 100 萬元違約金。故就張男總請求 636 萬 3000 元（人民幣 100 萬元折算為新台幣 436 萬 3000 元）之金額祇判給 100 萬元，駁回張男大部分之請求而判給大約百分之十六，已不算高。藍女及張男均對高雄少家院相同內容之判決不滿而上訴，均遭確定終局判決駁回。雙方都不滿意的判決或許才是可以解決雙方爭議的判決，此或為大法官多數意見決定不受理本件聲請案之考量原因。本席肯認高雄少家院判決及確定終局判決之結果及論理已相當具有「所羅門王」的用心，然而本席認為系爭調解筆錄第 4、5 條約定（下稱系爭約定）藍父未撤回訴訟，藍女應付違約賠償金之性

² 判決書內當事人之姓名，於本意見書均以藍女、張男、藍父取代之。

質及其效力值得進一步討論。

三、藍父未撤回刑事告訴，張男受到什麼損害？

依系爭約定，藍父未撤回二件刑事告訴時，藍女應各賠償張男100萬元，探究此約定之法律性質及效力時應先探討藍父未撤回刑事告訴，張男受到什麼損害？確定終局判決理由認系爭約定「已明訂該100萬元給付屬賠償性質」「堪認前揭違約金屬損害賠償總額預定之性質」，並認「張男因前揭判決確定所支出之金額非鉅，惟審酌藍女未依約勸慰藍父息訟止爭，致張男應訴及遭判決蒙受之身心壓力，認原審將原約定之違約金各100萬元酌減為50萬元，應屬適當。」³即認張男之損害包括「判決確定所支出之金額」及「應訴及遭判決蒙受之身心壓力」，從而衡量違約金之約定是否過高。按藍父未撤回刑事告訴，張男經法院判決傷害罪成立，就法院之立場而言，是國家公權力之伸張，就受害人而言，應是做錯事的人獲得懲罰、正義獲得實現，刑事附帶民事賠償則是受害人所受之損害獲得賠償。在這過程中，被告應訴及遭受有罪判決，是法院依法審判之結果，如有身心壓力亦為其曾經犯罪之代價，在法律上能否將其定性為是一種損害，實有疑問。或許在世俗觀念認為被告應訴之過程及被判刑是一件受罪的倒楣事，身心受到損害。但在判決有罪之情形下，可見當事人提起之刑事告訴係有所本，並非惡意濫訴，因此法院將被告應訴及最後被定罪及應負之損害賠償責任定性為當事人所受之損害，即有所不當。若認張男應訴之身心壓力及受判決應付之賠償金額不能定位為法律上之損害，則其損害賠償之主張即失所依據。

四、藍父之訴訟權是否因系爭約定而受侵害或限制？

(一) 在系爭規定下，藍父撤回或不撤回刑事告訴均有所負擔

依系爭約定，藍父拒絕撤回告訴時，其女兒可能蒙受鉅額之金錢損失，在親情之羈絆下，藍父是否繼續行訴訟，自然有所顧慮。

按犯罪之受害人提起刑事訴訟之目的，除了要讓犯罪者受到國

³ 判決理由五(三)。

家之懲罰以及獲得損害賠償之外，其實背後還有很多心理及情緒之因素，諸如為女兒遭遇感到不平、受晚輩暴力相向的痛心以及尊嚴受損之屈辱等，而期待被告受到國家刑事制裁或者至少要提出道歉等，這些期待及心情並非金錢賠償所能滿足，具有人格權之性質而仍屬憲法上保障訴訟權之範疇。藍父若是為了擔心女兒之財務受損而撤回刑事告訴，則藍父心中之委屈祇能被迫壓抑或自行弭平，訴訟權所保障此部分之人格權已受壓迫。若是藍父嚥不下這口氣，執意不撤告，則依系爭約定，藍女將受財物損失，對藍父之心理亦有壓力，並可能造成父女間親情之緊張，故在系爭約定之下藍父訴訟權之行使已有所顧忌。

(二) 確定終局判決及高雄少家院判決對藍父之訴訟權未受侵害或限制之論述不合理

因系爭約定之緣故，藍父是否撤回訴訟均有許多顧忌，已如前述，如此之顧忌是否已構成訴訟權之受侵害或限制？就此問題，高雄少家院判決及確定終局判決均持否定見解。確定終局判決之理由為「惟查，系爭調解筆錄第 4、5 條約定，係欲一次性解決兩造間乃至家庭成員藍父間衍生之紛爭，而在藍女評估有把握勸慰藍父息訟止爭之情形下，將系爭撤回約定納入調解範圍，藍女並同意承擔該條約定之不利益而簽署調解筆錄，藍父之權益既未因此受侵害或限制，系爭調解筆錄第 4、5 條關於違約金之約定，自無侵害藍父訴訟權利而有無效之情事，藍女應自行承擔風險，並在未能履行系爭撤回約定時，自負違約責任。從而，張男依系爭調解筆錄第 4、5 條約定，請求藍女給付違約金，即屬有據。」⁴高雄少家院之判決理由就此論述為「系爭調解筆錄第 4 條、第 5 條的內容，固有期待被告促成藍父撤回告訴原告誣告及傷害案件之意，但是藍父是否撤回，仍須本於其自由意志而為決定，並因考量藍父仍有不予撤回的可能，乃預就未撤回時約定違約賠償，以資平衡，並無所謂迫使藍父違反其意願、拋棄訴訟

⁴ 判決理由五（一）2（1）。

權之情，此種提告或撤告的訴訟行為，本屬訴訟權是否行使及如何行使之自由選擇，也沒有違反公序良俗之可言，被告所為抗辯，自不足採。」⁵。二份判決之見解相同，均認藍父之權益未受侵害，而其論理似乎是指簽署系爭約定而承擔不利益的是藍女，藍父仍可自由行使訴訟權，因此藍父之訴訟權益未受侵害或限制，如此論理乃簡單切割藍父、藍女之關係，而忽略了藍女所受不利益對藍父在親情上形成之負擔，可認是不符人情事理而有所不足。另外確定終局判決所提之理由似認系爭約定之目的在一次性解決兩造間乃至家庭成員間衍生之紛爭，在此目的下，系爭約定課予藍女負擔即未對藍父之訴訟權造成侵害或限制，本席認為如此之論理實為跳躍。本席認為將系爭約定之目的併納入考量是審查系爭約定有效性之正確途徑，但不能僅因系爭約定有此合理之目的，即忽略了對手段之考量，亦即判斷系爭約定之有效性仍應審查以對藍父訴訟權行使造成負擔之手段達到全面和解之目的是否合法。

五、對藍父訴訟權行使之負擔是否已達違背公序良俗或違憲之程度，應觀察調解筆錄之整體內容

藍父訴訟權之行使因受親情之羈絆，對親生女兒（及孫女）之財產權受損之顧忌而有所負擔，並非未受拘束，已如前述。然而本席認為系爭約定對藍父之訴訟權造成之負擔是否已達違背公序良俗或違憲之程度，仍應就調解筆錄之整體內容為觀察。

（一）一次性解決兩造間乃至家庭成員間衍生之紛爭之目的與手段間是否合宜

確定終局判決認「惟查，系爭調解筆錄第4、5條約定，係欲一次性解決兩造間乃至家庭成員藍父間衍生之糾紛，而在藍女評估有把握勸慰藍父息訟止爭之情形下，將系爭撤回約定納入調解範圍」，本席同意一次性解決家庭成員間之紛爭應是調解筆錄之目的，目的正當合理，要探討的是在此目的之下系爭約定所採用之手段是否合理或有

⁵ 判決理由肆二（二）2。

違背公序良俗之可能。

(二) 為何不由紛爭成員全部一起簽約和解？

首先應該探究調解筆錄之目的既然是家庭成員一次性解決所有紛爭，為何不由家庭成員全部一起簽約？也就是為何不加入藍父成為簽署調解筆錄之對象？或另外同時簽立調解書亦可，這才是最順理成章、釜底抽薪的一次性解決所有問題之手段。藍父和張男間有誣告和傷害之糾紛，二人間之和解涉及較複雜之情緒、面子和尊嚴問題，並非僅限金錢賠償問題而已。調解筆錄繞過藍父，而約定由藍女負責勸慰藍父，顯然是用親情以及藍女可取得之財產作為對價，而爭取藍父撤回告訴，無異是以第三人的訴訟權之行使作為契約交易之標的，其有效性顯有疑問。

(三) 系爭約定下雙方之權利義務關係並不平衡，已違背公序良俗

調解筆錄就雙方間各項金錢給付義務之目的均已定明，主要是張男應負擔未成年子女之學雜費至學業完成為止（調解筆錄第 1 條），至於系爭約定由藍女「保證」藍父撤回二件訴訟，否則應賠償各 100 萬元及返還人民幣 100 萬元之約定，藍女因該約定負擔相當高額之賠償義務，但張男並未因此而有額外之支付，由此可見雙方就藍女所為之保證並未額外約定對價。

高雄少家院判決理由指出「並因考量藍父仍有不予撤回的可能，乃預就未撤回時約定違約賠償，以資平衡」已注意到了這個問題，但未進一步探討平衡什麼？細究整個調解筆錄之約定，張男所約定給付之學雜費及扶養費均有詳細之金額計算，這些金額有其特定給付原因及目的，並非可作為張男要求藍父撤告之對價。就此確定終局判決及高雄少家院判決已經明確指出人民幣 100 萬元部分在性質上屬於張男應給付之扶養費，因此認為不應因藍女無法實現其「保證」義務而要求藍女返還此部分給付。然而確定終局判決及高雄少家院判決將違約金 200 萬元之性質定性為損害賠償，已有所不妥，已如前述，此為系爭約定在內容上應為無效之原因之一。另外本席認為高雄少家院判決所稱之「平衡」值得進一步探討，本席認為此處之平衡其實也

就是雙方簽約時之籌碼。如藍父未撤告，則藍女應負鉅額違約金及返還款項，若藍父撤告，藍女並未獲得任何額外之給付，故張男要求藍父撤告，很明顯是在契約談判中具有優勢地位者（通常為付款方）在付款義務之外，另外要求之額外利益（不受刑事訴追之利益）而要求契約談判中弱勢之一方（通常為急切收到款項之一方），額外承諾之負擔。這樣的條件交換，實在說不上是平衡，而是談判籌碼之使用。本質上是以女兒（含孫兒女）生活所需之財產作為籌碼而要求（逼迫）藍父撤回對張男之告訴，藍父是否繼續行使其訴訟權自然有所顧慮，已受限制。由整體調解筆錄觀察，如此之約定為締約籌碼之不當使用，顯然已違背公序良俗，不應認為有效。

確定終局判決認系爭約定有效，縱將約定違約賠償金額減半，但張男被判有罪，應付藍父 10 萬 1914 元之賠償，卻可由藍女獲得 100 萬元之賠償，國家判決張男有罪，張男卻可獲得「損害賠償」近 90 萬元，如此之結果並不公平。此乃因系爭約定係不公平締約條件下之產物，認其有效即會產生不合理之結果。

（四）系爭約定下藍女之「保證」為自然債務，無從強制履行，亦不應課處違約金。

本席認為系爭約定以限制藍父訴訟權之手段對自己之給付義務設定條件，在此約定下藍女之「保證」責任應該僅限於盡最大努力以勸慰父親的責任，縱未達成，亦無違約責任可言，此亦應為張男於簽約時所知悉，雙方其實均明知藍女未必能達成目的，在此共同認知之下，對於藍女未達成目的，即不應課處任何違約金。

綜上，確定終局判決及高雄少家院判決之推論可認為是在一次性解決所有問題之目的下，依素樸之平衡感所為之判決，然而忽略了憲法上保障之基本權（人格權及訴訟權）及雙方締約條件之考量，故本席認本件聲請案具有受理審查之價值。

不同意見書

詹森林大法官 提出
黃虹霞大法官 加入
黃瑞明大法官 加入

壹、緣由

聲請人藍女與其前夫張男先經判決離婚，嗣因夫妻剩餘財產分配事件，108 年 2 月 13 日於臺灣臺北地方法院家事調解庭簽立 107 年度家調字第 189 號調解筆錄（下稱系爭調解筆錄）。

系爭調解筆錄¹第 1 條約定：「一、張男同意負擔未成年子女張甲、張乙及張丙之學雜費用，至張甲、張乙及張丙學業完成為止，給付方式：（一）於民國 108 年 2 月 28 日以前給付人民幣壹佰萬元。（二）……」；第 4 條約定：「於張男完成一（一）部分之付款後，藍女保證『藍父（即聲請人藍女之父）應於 108 年 3 月 14 日以前，向臺灣高雄地方檢察署（成股）具狀撤回 107 年度他字第 5070 號刑事告訴，並陳明已和解不追究』。如有違約，應賠償張男新臺幣壹佰萬元，並返還張男一（一）部分之付款。」；第 5 條約定：「於張男完成一（一）部分之付款後，藍女保證『藍父應於 108 年 3 月 14 日以前，向臺灣高雄地方法院具狀撤回 107 年度易字第 456 號刑事告訴及附帶民事訴訟（程股）』。如有違約，應賠償張男新臺幣壹佰萬元，並返還張男一（一）部分之付款。」

張男依系爭調解筆錄第 1 條第 1 項之約定匯款人民幣 100 萬予藍女後，藍父未具狀撤回高雄地檢署 107+ 年度他字第 5070 號對張男所提出刑事誣告罪之告訴，亦未撤回高雄地院 107 年度易字第 456 號對張男所提出之刑事傷害罪告訴及附帶民事訴訟。上開誣告案件雖經高雄地檢署以 108 年度偵字第 7061 號案件為不起訴之處分；但刑事傷害罪告訴及附帶民事訴訟部分，則經臺灣高等法院高雄分院

¹ 因涉及當事人隱私，於系爭調解筆錄載明當事人姓名全名時，本不同意見書均以代稱取代之。

108 年度上易字第 512 號刑事確定判決，判張男犯傷害罪，處拘役 50 日，如易科罰金，每日新臺幣 1000 元計算；並經臺灣高雄地方法院 108 年度訴字第 1497 號民事判決判令張男給付藍父 10 萬 1914 元確定²。

嗣後，張男提起本件聲請案之原因訴訟（臺灣高雄少年及家事法院 109 年度重家訴第 1 號請求給付違約金事件），請求法院判令被告藍女應依系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定返還人民幣 100 萬，及給付違約金合計新臺幣 200 萬元。

貳、本件原因案件訴訟經過

一、第一審判決

上開原因案件，第一審民事判決認：

（一）返還人民幣 100 萬部分

該人民幣 100 萬，屬於扶養費用之一部，且給付主體顯係 3 名未成年子女，而非被告，原告既為 3 名未成年子女的父親，依民法第 1084 條第 2 項父母對於未成年子女本有保護教養之義務，此義務自包含扶養在內。且父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響，同法第 1116 條之 2 亦有明定。原告給付人民幣 100 萬元性質為扶養費，被告僅是代 3 名未成年子女收受及管理，受領主體實為 3 名未成年子女。系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定內容，就被告保證藍父告訴原告誣告及傷害案件之撤回與否，作為被告違約賠償責任的前提條件，固屬合法，但其違約責任內容，約定被告必須返還原告給付之人民幣 100 萬元部分，因其性質為 3 名未成年子女的扶養費，受領主體為 3 名未成年子女而非被告，如令被告應負違約返還責任，則無異於藉此免除原告基於父親職責所應負擔的法定扶養義務，此部分約定應認為有違法律強制禁止規定，依民法第 71 條規定為無效。從而，被告雖有違約事實，但原告仍不得依系爭調解筆

² 臺灣高雄少年及家事法院 109 年度重家訴字第 1 號民事判決事實及理由參、一部分參照。

錄第 4 條及第 5 條請求被告返還人民幣 100 萬元。³

（二）給付違約金各新臺幣 100 萬元部分

系爭調解本來目的是為了息紛止爭，解決兩造的夫妻剩餘財產分配、子女扶養等事宜，及兩造間乃至原告與被告父親間的民刑事訴訟，且即使離婚也能為 3 名未成年子女之最佳利益而友善合作，共營未來。只可惜於 108 年 3 月 8 日雙方就為了原告探視問題而有爭執對立，有如前述，藍父於 108 年 3 月 14 日前也沒有如被告所保證撤回告訴原告誣告及傷害等案件，致被告應負違約賠償責任。原告為此必須繼續應訴而疲於奔波（即使誣告屬非告訴乃論之罪，其程式進行亦與告訴人是否不欲繼續追訴有相當關連），為此增加精神、勞力、金錢的付出不無可觀，自受有相當損害。且藍父告訴原告傷害案件，最終經法院判處拘役 50 日，附帶民事請求部分，經高雄地院以 108 年度訴字第 1497 號判決原告應給付藍父 10 萬 1914 元而確定，乃因藍父未為撤告所衍生的額外民、刑事責任。雖藍父告訴原告誣告案件，最後經檢察官為不起訴之處分，但告訴傷害部分，仍令原告背負刑事犯罪前科，損害不能謂輕。但另考量此項違約條款，本繫於藍父的訴訟權益是否行使及如何行使，終究不是被告可以確實掌握等一切情狀，認原告得請求被告給付的違約金各以 50 萬元，合計 100 萬元為適當，超過此部分之請求，則屬過高，不應准許。⁴

二、第二審判決（即本件裁判憲法審查之確定終局判決）

被告藍女及原告張男均不服上開第一審判決，分別向臺灣高等法院高雄分院提起上訴，經該院以 110 年度重家上字第 5 號民事判決認：

（一）人民幣 100 萬部分

父母對子女負有扶養義務，民法第 1114 條、第 1084 條第 2 項定

³ 臺灣高雄少年及家事法院 109 年度重家訴字第 1 號民事判決事實及理由肆、三、（二）、3 部分參照。

⁴ 臺灣高雄少年及家事法院 109 年度重家訴字第 1 號民事判決事實及理由肆、四、（二）部分參照。

有明文。系爭給付人民幣 100 萬約定實為張男扶養義務履行之約定，已如前述，則基於子女對父母之扶養費請求權，在為實體法上一身專屬之權利，父母僅係本於法定訴訟擔當之地位，為子女利益為扶養費求（最高法院 93 年度臺上字第 2533 號裁判意旨參照），是張男給付人民幣 100 萬元之對象實為張甲 3 人，自不得約以藍女本身之違約事由，即令藍女應負返還人民幣 100 萬元之責任，否則無異藉此免除張男應負之法定扶養義務，而損及張甲 3 人之權益。是張男主張藍女違反系爭撤回約定，應返還其給付之人民幣 100 萬元，自屬無據。⁵

（二）違約金各新臺幣 100 萬元部分

藍女雖抗辯系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定，係迫使藍父自願放棄憲法第 16 條訴訟權利，違反公序良俗及強制禁止規定云云。惟查，系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定，係欲一次性解決兩造間乃至家庭成員藍父間衍生之紛爭，而在藍女評估有把握勸慰藍父息訟止爭之情形下，將系爭撤回約定納入調解範圍，藍女並同意承擔該條約定之不利益而簽署調解筆錄，藍父之權益既未因此受侵害或限制，系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條關於違約金之約定，自無侵害藍父訴訟權利而有無效之情事，藍女應自行承擔風險，並在未能履行系爭撤回約定時，自負違約責任。從而，張男依系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定，請求藍女給付違約金，即屬有據。⁶

然，藍父固未撤回系爭兩案之刑事告訴暨民事起訴，惟系爭誣告案件部分，張男業經雄檢 108 年度偵字第 7061 號為不起訴處分，有不起訴處分書在卷可考；系爭傷害案件部分則經雄院 107 年度易字第 456 號判處拘役 15 日⁷確定，復經同院 108 年度訴字第 1497 號判決張男應賠償藍父 10 萬 1,914 元，有前開判決附卷可憑，張男因前

⁵ 臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 5 號民事判決事實及理由五、（一）、2.(2) 部分參照。

⁶ 臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 5 號民事判決事實及理由五、（一）、2.(1) 部分參照。

⁷ 張男係經判處拘役 50 日，臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 5 號民事判決在此誤載為 15 日，參見最高法院 111 年度台上字第 2407 號民事裁定。

揭判決確定所支出之金額非鉅，惟審酌藍女未依約勸慰藍父息訟止爭，致張男應訴及遭判決蒙受之身心壓力，認原審將原約定之違約金各 100 萬元酌減為各 50 萬元，應屬適當。⁸

三、藍女聲請裁判憲法審查

藍女對前開第二審判決之上訴所得利益，不逾民事訴訟法第 466 條所定上訴第三審之金額，是該第二審判決對藍女即為確定判決⁹。藍女認該判決（下稱確定終局判決）有侵害其受憲法第 15 條保障之財產權，及侵害藍父受憲法第 16 條保障之訴訟權疑義，乃向憲法法庭聲請裁判憲法審查。

參、不受理裁定

憲法法庭於 112 年 4 月 28 日，以 112 年憲裁字第 15 號裁定不受理藍女之聲請。其理由為：「核聲請意旨所陳，尚難謂確定終局判決究有如何憲法上之違誤以致侵害聲請人基本權利，難謂有憲法重要性」。

肆、本席意見

本席以為，本件聲請案牽涉系爭確定終局判決認定張男與藍女之約定是否違反民法第 72 條所定公序良俗時，有無考量憲法保障人民基本權之意旨，及是否漏未審酌藍女及其父之親權、人格權與財產權等基本權。是本件聲請，具有憲法重要性，且為貫徹聲請人藍女基本權利所必要，依憲法訴訟法第 61 條第 1 項規定，應予受理。本件裁定，要難贊同，爰提出不同意見¹⁰。

由上開訴訟歷程可知，本件聲請案之起因，在於張男主張藍女未依系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條約定，促使藍父撤回對張男刑事誣

⁸ 臺灣高等法院高雄分院 110 年度重家上字第 5 號民事判決事實及理由五、（三）部分參照。

⁹ 張男就第二審判決提起第三審上訴，經最高法院 111 年度台上字第 2407 號民事裁定認其上訴不合法而予駁回。

¹⁰ 此為本席再一次針對非本席所屬之審查庭大法官 3 人一致決不受理裁定，認應受理，但最終經憲法法庭評決不受理（憲法訴訟法第 61 條第 3 項前段參照），本席因而提出之不同意見書。

告罪之告訴，及刑事傷害罪之告訴與附帶民事訴訟，故藍女應依前開2條約定，返還其先前已受領之未成年子學雜費人民幣100萬，並賠償合計新臺幣200萬元。

從而，張男在原因案件之請求有無理由，關鍵在於：系爭調解筆錄第4條及第5條約定，是否有效，而得作為張男之請求權基礎。綜合張男及藍女在原因案件之攻擊防禦，明顯可見，該第4條及第5條約定是否有效，完全繫於其約定是否有民法第72條所定違反公序良俗之情事。

按，人民依憲法訴訟法第59條規定，對其所受不利之民事確定終局裁判，聲請裁判憲法審查時，如牽涉不確定法律概念之爭議者，憲法法院應特別注意該民事確定終局裁判有無考量憲法保障人民基本權之意旨¹¹。

憲法規定之基本權，性質上固然屬於人民對於國家之防禦權；但憲法關於基本權之規定，亦展現為客觀之價值體系，而得作為法治國之憲法基本原則，並據以規範包含民法在內之其他法領域。準此，「公序良俗」、「誠實信用」、「權利濫用」等民法所定之不確定概念，在實際個案上，法院應根據憲法本於基本權所衍生之價值予以具體化，此乃基本權之放射作用（Ausstrahlungswirkung der Grundrechte）。民事法院在解釋適用不確定法律概念時，若忽略前述基本權表彰之價值，而作出不利訴訟當事人一方之裁判，即屬侵害該當事人之基本權¹²。

¹¹ 參見德國聯邦憲法法院於1993年10月19日，在著名之Bürgschaften von einkommens- und vermögenslosen Familienangehörigen（無收入及資力家屬之保證）一案（BVerfGE 89, 214），提出之裁判要旨：「Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und § 242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG beachten.」（特別在具體化及適用德國民法第138條及第242條等一般條款時，民事法院應注意基本法第2條第1項所定私法自治之基本權保障。）

¹² Vgl., BVerfGE 7, 198, 206 f.; 89, 214, 229f.

申言之，關於不確定法律概念或一般條款之解釋適用，民事法院應：1) 考慮所涉及之基本權；2) 評估相互衝突基本權間之權重；3) 在該有衝突之基本權間，建立適當之平衡¹³。

關於系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條所定，聲請人如未履行其「保證」藍父撤回對張男之兩件刑事訴訟及一件民事附帶損害賠償訴訟之義務，即應返還先前已受領之人民幣 100 萬部分，本件確定終局判決及其一審判決，均認系爭調解筆錄前開兩條約定，因違反民法第 1084 第 2 項及第 1116 條之 2 之強行規定，而為無效。就此而言，該二判決已考量未成年子女在原因訴訟中受父親扶養之基本權，固值贊同。

然而，關於系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條所定，聲請人如未履行其前開「保證」藍父撤告之義務，即應賠償張男合計新臺幣 200 萬元部分，本件第一審判決卻以：「系爭調解筆錄第 4 條、第 5 條的內容，固有期待被告促成藍父撤回告訴原告誣告及傷害案件之意，但是藍父是否撤回，仍須本於其自由意志而為決定，並因考量藍父仍有不予撤回的可能，乃預就未撤回時約定違約賠償，以資平衡，並無所謂迫使藍父違反其意願、拋棄訴訟權之情，此種提告或撤告的訴訟行為，本屬訴訟權是否行使及如何行使之自由選擇」為由，認定該 2 約款未違反公序良俗。確定終局判決對於第一審判決上開見解，亦予以維持。

本席認為，本件確定終局判決將民法第 72 條所定之公序良俗適用於系爭調解筆錄第 4 條及第 5 條時，顯然並未衡酌憲法保障基本權之意旨，且有漏未考量聲請人及其父基本權之瑕疵。

詳言之，張男與藍父間之刑事告訴及附帶民事賠償訴訟，在法律層面上，與聲請人藍女毫不相干。張男卻以系爭調解筆錄要求聲請人強力介入，迫使聲請人以女兒與父親間，及孫子女與祖父間之親情為籌碼，與其父親進行談判。

¹³ Bumke/ Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl., 2015, Rn 236ff.

惟父母子女間之人倫親情實乃形塑人格之重要基礎。張男透過系爭調解筆錄第4條及第5條，透過傷害聲請人與其父親間之人倫親情，希冀達到使藍父撤訴，進而規避自身法律責任之目的。此手段是否已侵害聲請人及其父之人格權，致系爭調解筆錄第4條及第5條有違反公序良俗之虞，確定終局判決及第一審判決全然未予考量。

何況，張男所追求之目的，僅為免除自己輕傷害藍父行為之刑事與民事責任（張男最終被判拘役50日，得以每日新臺幣1000元易科罰金，及賠償新臺幣10萬1914元），而其所採取之手段，卻致使藍女與其父親二人須在親情、（孫）子女扶養費間糾扯，且藍女須負擔賠償新臺幣200萬元風險。就此，從裁判憲法審查角度觀察，系爭調解筆錄第4條及第5條約定，是否無違善良風俗，已殊值探究。本件確定終局判決遽依該二約定，判命藍女應賠償張男合計新臺幣100萬元，是否未過度侵害聲請人之財產權，亦甚待商榷。

綜上，本件確定終局判決，不僅在適用民法第72條之公序良俗時，顯然忽視憲法保障基本權之意旨，致其所持見解漏未衡酌聲請人及其父之基本權。是本件聲請具有憲法重要性，且為貫徹聲請人基本權利所必要，應予受理。

伍、掙扎的爸爸、無奈的阿公；不孝的女兒、偉大的母親

自系爭調解筆錄作成之日起，藍女與藍父、藍父與其孫子女，皆陷入親情不斷來回拉扯之境地。

藍父之困窘在於：若堅持提告，則傷害父女親情、造成女兒破財、致使3名孫子女喪失人民幣100萬之學雜費；如放棄追究，則自己之憤怒與辛酸，如何抒解？二者間之掙扎，及最終抉擇之無奈，刻骨銘心¹⁴。

藍女之難堪則為：若要求父親撤告，將承受一味考慮自身及子

¹⁴ 或有認為，藍父並未撤回對張男之刑事告訴及民事附帶賠償訴訟，故藍父之訴訟權並未受侵害。此項看法，顯然欠缺對於藍父之同理心。蓋藍父最終雖決定不撤告，但在下此決定之過程中，必然與藍女有過激烈爭執，從而侵害其與藍女間亦受憲法保障之親情（憲法第22條參照）。

女財產利益，卻罔顧年邁父親身體受傷、精神受創之罵名；如放任父親提告，則 3 名年幼子女學雜費無著，且自己應負責賠償新臺幣 200 萬元。寧為不孝之女兒，或為偉大之母親，取捨何其困難！

反觀張男，一切事故皆因其犯罪行為而起，卻可將藍女與藍父間之親情角力作為工具，且無論該親情角力之結果為何，最終也僅涉及自己付出金錢及獲得賠償之多寡而已。

目睹藍女、藍父及張男在本案所涉基本權如此鮮明之對比，本件裁定多數意見仍以「尚難謂確定終局判決究有如何憲法上之違誤以致侵害聲請人基本權利，難謂有憲法重要性」，輕輕帶過。

是多數意見冷漠無情，抑或本席庸人自擾？

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 16 號

聲請人 臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官

上列聲請人為審理確定收養關係不存在事件，聲請法規範憲法審查，
本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：聲請人因審理臺灣高雄少年及家事法院 109 年 1 度親字第 33 號確認收養關係不存在事件，認應適用之家事事件法第 67 條第 1 項規定（下稱系爭規定），未設有任何期間之限制，有違反憲法第 23 條比例原則，侵害人民受憲法第 22 條保障之家庭權及收養自由等，爰裁定停止訴訟程序，聲請法規範憲法審查等語。
- 二、按各法院就其審理之案件，對裁判上應適用之法律，依其合理確 2 信，認有抵觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響，得聲請憲法法庭宣告違憲，憲法訴訟法第 55 條定有明文。是法官聲請，應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對系爭法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由（司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋參照）。
- 三、核聲請意旨所陳，聲請人係主張系爭規定未設有任何期間限制之 3 規定云云，惟查系爭規定就期間部分既未有任何規定，法官即無適用之可能，是就此而言，系爭規定並非審理系爭案件所應適用之法律。是聲請人尚不得據系爭規定聲請法規範憲法審查。爰依憲法訴訟法第 15 條第 2 項第 7 款規定，裁定不受理。

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡焜燉 | 黃虹霞 | 吳陳鐸 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

程序裁定

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：詹大法官森林提出，許大法官宗力、林大法官俊益、黃大法官瑞明、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 孫國慧

中 華 民 國 112 年 4 月 28 日

不同意見書

詹森林大法官 提出
許宗力大法官 加入
林俊益大法官 加入
黃瑞明大法官 加入
謝銘洋大法官 加入

壹、緣由

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官，為審理該院 109 年度親字第 33 號林甲訴請確認收養關係不存在事件（下稱系爭確認之訴），認其所應適用之家事事件法第 67 條第 1 項規定，有違憲疑義，聲請法規範憲法審查。

林甲提起系爭確認之訴前，先於 105 年 5 月 6 日，以其姊妹蕭林乙、林丙、林丁（於起訴前已過世）之養女舒女等 3 人為被告，提起分割遺產之訴，舒女則對原告提起不當得利之反請求，該二訴訟目前均由臺灣高雄少年及家事法院分別審理中¹。

嗣林甲於 108 年 4 月 11 日提起系爭確認之訴，主張略以：舒女雖於 103 年 11 月 8 日為林丁收養，然林丁自 102 年起至死亡為止，因老年癡呆症併幻想症，及入睡或維持睡眠之持續障礙等疾病，不具備完整意思能力，是林丁收養被告舒女，欠缺真摯收養意思而無效。又本件司法事務官於 103 年度司養聲字第 356 號認可收養之非訟程序中，未通知利害關係人表示意見，即作成收養裁定，依法應予撤銷。爰以尚生存之舒女為被告，提起「確認舒女與（已歿之）林丁間之收養關係不存在」之訴。²

聲請人認其所應適用之家事事件法第 67 條第 1 項規定：「就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受確認判決之法律上利益者，

¹ 參見聲請人所提之法規範憲法審查聲請書，應受審查法律位階法規範在裁判上適用之必要性，一、案件事實部分。

² 參見聲請人所提之法規範憲法審查聲請書，應受審查法律位階法規範在裁判上適用之必要性，一、案件事實部分。

得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴」（下稱系爭規定），對確認之訴未設任何期間，使（含經法院認可之）收養、親子關係永遠處於得爭訟之不確定狀態，對於收養人與被受養人已因期間經過而形成、建立關係之家庭權及收養自由，已屬過度侵害，有牴觸憲法第 22 條規定之疑義³，遂向憲法法庭聲請法規範憲法審查。

貳、不受理裁定

憲法法庭於 112 年 4 月 28 日，以 112 年憲裁字第 16 號裁定不受理本件聲請。其理由為：「系爭規定就期間部分既未有任何規定，法官即無適用之可能，是就此而言，系爭規定並非審理系爭案件所應適用之法律。是聲請人尚不得據系爭規定聲請法規範憲法審查」。

參、本席意見

對於本件不受理裁定，本席尚難贊同，並認系爭規定是否合憲之討論，具有憲法重要性，是本件聲請應予受理，爰提出不同意見。

一、關於程序部分

按「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 55 條定有明文。

查原因提起系爭確認之訴，聲明「確認被告舒女與（已歿之）林丁間之收養關係不存在」，是聲請人於審理該確認之訴，系爭規定當然為其裁判上所應適用之法律位階法規範。茲聲請人對其裁判上所應適用之系爭規定，依其合理之確定，認該規定未設有更細緻之除斥期間規定，侵害收養人及被受養人之基本權利，而牴觸憲法，且於裁判結果（是否駁回原告之訴），有直接影響。聲請人因而聲請法規範憲法審查，完全符合憲訴法第 55 條規定。

詎料，本件不受理裁定逕認「系爭規定就期間部分既未有任何

³ 參見聲請人所提之法規範憲法審查聲請書，客觀形成確信其違憲之法律見解，三、（四）部分。

規定，法官即無適用之可能」。就此而言，多數意見顯將聲請人所持「系爭規定未設除斥期間」之違憲指摘，誤認為聲請人審理系爭確認之訴，無須適用系爭規定，從而不符法院依憲訴法第 55 條聲請法規範憲法審查之要件。

另查，法官就其審理之案件，認所應適用之法律缺乏更細緻之規定，或該法律就某事項未設規定，有違憲疑義，而向司法院及憲法法庭聲請解釋及法規範憲法審查，早有判決先例。

例如，臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭、臺灣新竹地方法院刑事第二庭，及臺灣高等法院刑事第二庭，即分別因審理案件，對其裁判上所應適用之毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，未包括犯同條例第 12 條第 2 項之罪，是否違背憲法第 7 條保障平等權、第 8 條保障人身自由之意旨，向司法院聲請解釋。對該三件聲請案，司法院大法官認為均符合法官聲請解釋之要件，遂予受理，並作成釋字第 790 號解釋⁴。

憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決，亦起因於臺灣花蓮地方法院刑事第五庭松股法官，認其審理案件應適用之中華民國 102 年 1 月 30 日修正公布之道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定，「就汽車駕駛人肇事拒絕接受或肇事無法實施酒精濃度檢定者，得逕自強制移由相關醫療或檢驗機構並實施血液檢測，毋須事前向法院聲請令狀，亦未定有事後聲請補發令狀機制，違反法治國法官保留、令狀原則及憲法正當法律程序而違憲；此外，其就醫療或檢驗機構及檢測人員等之資格未制定相關專業要件，亦未定有保障被強制檢測者之隱私權規定，已侵害被強制檢測者之憲法第 22 條資訊隱私權及免於身心受傷害之身體權等基本權等」⁵。上開判決對花蓮地院法官之聲請，不僅予以受理，更支持其主張，而宣告前開道路交通管理處罰條例第 35 條第 5 項規定抵觸憲法第 8 條保障人身自由、第 22 條保障身體權

⁴ 司法院釋字第 790 號解釋理由書第 1 至 3 段、第 5 段參照。

⁵ 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決理由第 5 段參照。

及資訊隱私權之意旨。⁶

法官指摘法律未設（更細緻之）規定致有違憲疑義，提出聲請，經憲法法庭受理並作成判決之案例，尚有本庭 111 年憲判字第 15 號判決之農田水利用地照舊使用案⁷、本庭 111 年憲判字第 16 號判決之司法警察（官）採尿取證案⁸，不勝枚舉。

準此，本件聲請案，與上開已受理並作成解釋或判決之法官聲請案，在「裁判上所應適用之法律」要件之判斷上，何以有完全不同詮釋？本席深感疑惑，本件裁定之多數意見更置之不理。

二、關於實體部分

查，系爭規定對於確認親子或收養關係存在或不存在之訴，未設有除斥期間之規定，究其立法之本意，應係追求身分關係之真實性。

惟該身分關係之真實性，並非受憲法之絕對保障。蓋於身分關係中，與真實性具同等重要之憲法法益—即（身分關係）之法安定性，應予一併考量。司法院大法官多號解釋，即再三強調身分關係之安定性，亦受憲法保障。

眾所周知者，厥為司法院釋字第 242 號解釋。該案聲請人鄧 O

⁶ 憲法法庭 111 年憲判字第 1 號判決主文第 1 段參照。

⁷ 該案係臺灣雲林地方法院民事庭真股法官，認其審理案件所應適用之中華民國 59 年 2 月 9 日修正公布之農田水利會組織通則第 11 條第 2 項前段規定，「未斟酌人民所有土地供作水利使用之原因、必要、替代方案及所需費用等具體情況，一概規定應照舊使用，卻未給予人民任何補償，顯有違反憲法第 15 條保障人民財產權之意旨」，聲請解釋。憲法法庭 111 年憲判字第 15 號判決不僅受理，且認上開規定違憲。參見該判決主文及理由第 2 段。

⁸ 該案係臺灣新北地方法院刑事第十七庭，認其所應適用之刑事訴訟法第 205 條之 2 關於採取尿液部分，「其文義過廣，授權檢察事務官、司法警察官或司法警察對經依法拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反其等意思強制導尿，傷害其人性尊嚴甚鉅，又無任何及時或事後之救濟途徑，有違法律明確性原則，並違反憲法正當法律程序原則及憲法第 23 條比例原則，抵觸憲法第 22 條保障隱私權及免於身心受傷害之身體權之意旨」，向憲法法庭聲請解釋。本庭 111 年憲判字第 16 號判決不僅予以受理，且認上開規定就無任何及時或事後之救濟途徑部分違憲。參見該判決主文第 2 段及理由第 3 段。

貞於國家遭逢重大變故，致夫妻隔離、相聚無期之情況下，在臺灣重婚。其大陸地區之配偶，得否依中華民國 74 年 6 月 3 日修正公布前民法第 985 條及第 992 條規定撤銷重婚？該號解釋，於權衡婚姻之真實性（仍然有效之前婚）及安定性（長期存續之後婚）後，給予否定之答案。

另，96 年 5 月 23 日修正公布前之民法第 1063 條第 2 項規定，明定得提起否認婚生子女之訴者，僅限於夫妻之一方，是否合憲？司法院釋字第 587 號解釋，亦於身分關係之真實性與安定性相互權衡後，宣告該規定所定「得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，子女本身則無獨立提起否認之訴之資格，且未顧及子女得獨立提起該否認之訴時應有之合理期間及起算日，是上開規定使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符。」⁹，並諭知立法者「應斟酌……起訴之除斥期間之長短、其起算日並應考慮子女是否成年及子女與法律推定之生父並無血統關係之事實是否知悉等事項，就相關規定適時檢討改進，而使子女在一定要件及合理期間內得獨立提起否認生父之訴」¹⁰。

較近期之釋字，則為司法院釋字第 771 號解釋。該號解釋就繼承回復請求權時效完成後效果，雖先著眼於身分關係之真實性，而認「繼承回復請求權與個別物上請求權係屬真正繼承人分別獨立而併存之權利。繼承回復請求權於時效完成後，真正繼承人不因此喪失其已合法取得之繼承權；其繼承財產如受侵害，真正繼承人仍得依民法相關規定排除侵害並請求返還」，惟仍「為兼顧法安定性」，而認「真正繼承人依民法第 767 條規定行使物上請求權時，仍應有民法第 125

⁹ 司法院釋字第 587 號解釋，解釋文第 1 段參照。

¹⁰ 司法院釋字第 587 號解釋，理由書第 1 段參照。本號解釋並促成 96 年 5 月 23 日修正公布之民法第 1063 條第 3 項規定：「前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起 2 年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後 2 年內為之」。換言之，立法者依照該號解釋之諭知，就子女獨立提起否認子女之訴，設有 2 年除斥期間之限制。

條等有關時效規定之適用。」¹¹

綜上，身分關係之規範，涉及人倫秩序之形成，故真實性固然有其重要性，惟法安定性之維護，亦屬不可或缺。系爭規定就確認親子或收養關係存在與否之訴訟，立法者僅著眼於真實性之考量，而對法安定性之維護，毫無例外規範，是否無違憲疑義，殊值探討。此在對經公權力機關認可且已長久存在之收養關係，提起否認之訴之情形，尤然。是本件聲請，有受理之價值。

肆、你的阿堵物，我的養育情

實務上，原告就第三人間之收養關係，提起確認存在或不存在之訴，通常肇因於財產之爭奪，更常見於遺產之分配。易言之，縱使時光荏苒，而公權力就收養關係已為認可，且收養人與被收養人間已建立親密堅固之長期生活關係，仍可能因財產之糾葛，被他人提起否認收養關係之訴，從而遭法院推翻！

試問：在憲法高度上，你的阿堵物，我的養育情，孰輕？孰重？

¹¹ 司法院釋字第 771 號解釋，解釋文第 1 段參照。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 19 號

聲 請 人 甲

送達代收人 乙

上列聲請人因家暴傷害案件，聲請法規範及裁判憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：聲請人係遭被告即其胞弟持金屬製水壺敲擊頭部致傷之被害人，惟臺灣苗栗地方法院（下稱苗栗地院）110 年度簡上字第 54 號刑事判決（下稱確定終局判決）僅依普通傷害罪論處被告罪刑確定，未審酌被告實有重傷未遂之犯意，判決內容亦多處引用被告所言而有未公，是確定終局判決及所適用之刑事訴訟法第 368 條規定（下稱系爭規定）違反平等原則、比例原則、罪刑相當原則、法律明確性原則、對等原則及正當法律程序原則等，牴觸憲法第 7 條、第 23 條、第 16 條及第 80 條規定，爰聲請法規範及裁判憲法審查等語。 1
- 二、按人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲法訴訟法第 59 條第 1 項及第 32 條第 1 項分別定有明文。 2
- 三、經查：聲請人係本件原因案件之被害人，雖經苗栗地院以 110 年度簡上字第 54 號刑事裁定准許參與訴訟，而得依刑事訴訟法第 455 條之 41 至第 455 條之 47 等規定參與訴訟並表示意見，惟尚非同法第 3 條規定所稱之當事人，且若對判決有不服，亦僅得依刑事訴訟法第 344 條第 3 項規定請求檢察官上訴；是聲請人尚非得持確定終局判決，依前揭憲法訴訟法第 59 條規定聲請法規範 3

及裁判憲法審查之人，是其據確定終局判決為本件法規範及裁判憲法審查之聲請，於法自有未合。況依本件聲請意旨所陳，核僅係就確定終局判決之事實認定與證據取捨事項為爭執，即逕謂確定終局判決及系爭規定違憲，亦難認就確定終局判決及系爭規定有如何之抵觸憲法，已予以具體之指摘。

四、綜上，本件聲請與前揭規定要件有所未合，爰裁定不受理。

4

中 華 民 國 112 年 6 月 9 日

憲法法庭 審判長大法官 許宗力
 大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳銀
 蔡明誠 林俊益 許志雄
 張瓊文 黃瑞明 詹森林
 黃昭元 謝銘洋 呂太郎
 楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| 許大法官宗力、蔡大法官焜燉、黃大法官虹霞、吳大法官陳銀、蔡大法官明誠、林大法官俊益、許大法官志雄、張大法官瓊文、黃大法官瑞明、詹大法官森林、黃大法官昭元、謝大法官銘洋、呂大法官太郎、楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍 | |

【意見書】

協同意見書：黃大法官虹霞提出，蔡大法官明誠、黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 高碧莉

中 華 民 國 112 年 6 月 9 日

協同意見書

黃虹霞大法官 提出
 蔡明誠大法官 加入
 黃瑞明大法官 加入
 詹森林大法官 加入
 謝銘洋大法官 加入

憲法訴訟法不保護犯罪被害人嗎？從釋憲角度，就刑事案件言，司法為民的人民指誰？只有犯罪嫌疑人及被告嗎？本席以為當然應包括而且其前提係為保護犯罪被害人。犯罪被害人為受憲法保障之人民，其基本權亦受憲法保障，故不是也不該是憲法訴訟的棄嬰！

勿枉在刑事訴訟制度中當然應佔據最重要地位，但是處於天平另一端的勿縱，毋寧也不應被偏廢。犯罪被害人的聲音應被聽到，權益應被充分照顧保護！

本席贊同本件聲請應不受理之結論，但對於本件裁定所示之第一個不受理理由稱：「聲請人係本件原因案件之被害人，雖經苗栗地院以 110 年度簡上字第 54 號刑事裁定准許參與訴訟，而得依刑事訴訟法第 455 條之 41 至第 455 條之 47 等規定參與訴訟並表示意見，惟尚非同法第 3 條規定所稱之當事人，且若對判決有不服，亦僅得依刑事訴訟法第 344 條第 3 項規定請求檢察官上訴；是聲請人尚非得持確定終局判決，依前揭憲法訴訟法第 59 條規定聲請法規範及裁判憲法審查之人，是其據確定終局判決為本件法規範及裁判憲法審查之聲請，於法自有未合。」意謂犯罪被害人尤其已依刑事訴訟法規定參與刑事訴訟並表示意見之犯罪被害人（下稱犯罪被害人），無權聲請釋憲，不受憲法訴訟法保護！那從釋憲角度，司法為民，是只為犯罪嫌疑人及被告嗎？本席以為不然，憲法訴訟法第 59 條第 1 項所稱得聲請釋憲之「人民」當然應包括犯罪被害人。其理由如下：

一、憲法訴訟法包括其第 59 條第 1 項規定沒有說：在刑事案件，只有犯罪嫌疑人及被告才是所稱「人民」，犯罪被害人不是。而

且從憲法基本權觀點：犯罪涉及犯罪被害人之生命權、身體權、名譽權、財產權等等受憲法保障之基本權之侵害，是憲法訴訟當然有可能與犯罪被害人之基本權保障密切相關。¹ 因此，犯罪被害人不當然應該是排除在憲法訴訟法保護之外的棄嬰。

二、刑事訴訟法固然充斥保護犯罪嫌疑人及被告之規定，法院也確實盡力保護他們，但是不能因此即說刑事訴訟法或法院只保護犯罪嫌疑人及被告，理由是刑事程序上保護他們是因為涉及國家刑罰權之行使，他們是被行使之對象，而任何人民都不能被冤屈。然則在民主法治國家，國家所以發動刑罰權行使程序，是為了誰？毫無疑問是為了人民，亦即犯罪被害人！從而在刑事案件，司法為民，為的是：與其說是一般人誤解的犯罪嫌疑人及被告，其實應為犯罪被害人的人民，要為犯罪被害人討公道，要令有罪的被告負其應負之刑責。

我們可以簡單地說：沒有犯罪被害人，就不需要刑事訴訟法；刑事訴訟法初始目的是為保護犯罪被害人，為犯罪被害人伸冤，還受害人民公道。

但是在整個法院刑事案件審判過程中，因為原則上採取檢察官代表追訴制度（自訴部分不在本件爭議範圍），所以在 109 年 1 月 8 日刑事訴訟法修正公布第 7 編之 3「被害人訴訟參與」相關規定前，犯罪被害人只是應傳的證人地位，連閱卷權都沒有，犯罪被害人好像被遺忘的一群，在刑事審判程序中沒啥地位，有些人因此指摘法律或法院保護壞人，此等指摘不是純然背於事實。

又即使依現行刑事訴訟法規定，雖然已經大幅改善犯罪被害人在刑事訴訟程序中之地位，² 但犯罪被害人在普通法院刑事審判程序中是否已受到充分保障，仍受到質疑。³

¹ 憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定之前身為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，其目的係在使基本權受到侵害之人得聲請解釋憲法，司法院釋字第 737 號解釋參照。

² 刑事訴訟法第 7 編之 3 規定及楊智守法官著「被害人保護與訴訟參與新制之介紹及訴訟權益之統整探究」，高雄律師會訊第 15 屆第 110 - 1、2 期等參照。

³ 楊智守法官上揭文及 112 年 5 月 20 日聯合報 A3 版「家破人亡只能獨扛 有人連

三、犯罪被害人為什麼被遺忘了，被遺忘了什麼？本席以為是封建父權思想餘毒使然，認為：國家已經任用專業檢察官、法官追訴、處罰壞人了，不就還被害人公道了嘛！對犯罪被害人之保護還不夠名麼？！

當然不夠！無罪裁判、冤錯判呢？在全部審判過程中，犯罪被害人的意見不應該、不值得被聽見嗎（比如最高法院之辯論程序當然無須犯罪被害人參與）？犯罪被害人不服裁判，只能請求檢察官上訴，而且對檢察官之不上訴決定，沒有救濟，當然對於犯罪被害人之保護無不足可能？相較於犯罪嫌疑人及被告，犯罪被害人至少應受到同等保護，不是這樣嗎？那麼，犯罪嫌疑人及被告有權聲請釋憲，為什麼犯罪被害人當然不具聲請釋憲資格呢？

又有沒有聲請釋憲資格與所為釋憲聲請是否符合法定程序要件、具憲法價值等，係不同命題。本席對於不受理理由第1點不能同意，其重點乃在前者，不在後者。前者為進行後者判斷之前提，依多數意見，係根本斷絕犯罪被害人受憲法訴訟法保護之可能，於今觀之，其為過當至為昭然。至如犯罪被害人之釋憲聲請不符憲法訴訟法第59條規定，比如未盡審級救濟或只是主觀見解之爭議等不符程序要件而屬後者之情形，則其聲請應不受理，不待贅言。

四、多數意見係直接以刑事訴訟法第3條及第344條第3項規定作為犯罪被害人無釋憲資格之依據，但是：

（一）依憲法第78條及第79條規定，大法官負責解釋憲法，憲法訴訟法立法目的之一為法規範違憲審查，則適宜逕以僅為法律位階法規範規定之刑事訴訟法該等規定，當然推論受憲法保障之基本權已受侵害之犯罪被害人無釋憲資格嗎？邏輯上本非無疑！因為這種推論將使法律位階法規範凌駕於基本權保障之上，可能使釋憲功能大打折扣，更有根本違背三權分立原則之嫌。何況縱依刑事訴訟法第3條規定，犯罪被害人非刑事訴訟法上之當事人，但非當事人是否即當然

開庭都沒被通知」報導等參照。

無釋憲資格？又因為刑事訴訟法第 344 條第 3 項規定犯罪被害人對裁判不服，只能請求檢察官上訴，所以犯罪被害人就當然不能聲請釋憲？其理由何在？又當然沒有保護不足的問題而當然不需要憲法訴訟救濟嗎？⁴

（二）大法官釋憲史上，「非確定終局裁判之當事人」也可以聲請釋憲，而且實質當事人之基本權也在審查範圍內，亦即實質當事人應具釋憲聲請資格，才足以保護其受憲法保障之基本權：

1、司法院釋字第 737 號解釋：原因案件確定終局裁判（駁回辯護人之閱卷聲請）之當事人（原因案件確定終局裁定之抗告人）為該偵查羈押程序之犯罪嫌疑人之選任辯護人，並非該受羈押之犯罪嫌疑人，但本件解釋肯定該受羈押之犯罪嫌疑人有聲請釋憲權，其理由為辯護人係犯罪嫌疑人選任以協助其有效行使憲法保障之訴訟權（司法院釋字第 737 號解釋參照）。

2、憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決：父母及未成年子女為法院酌定或改定親權程序之實質當事人，於父母一方聲請憲法審查者，未成年子女之基本權亦在審查範圍內（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決參照）。

3、憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定：原因案件之裁判涉及聲請二受保護照顧之事項，為未成年人之聲請人二為權利可能實質受影響之人，自得以自己名義，據聲請人一所受不利確定終局裁判，逕向本庭聲請為法規範或裁判憲法審查（憲法法庭 112 年憲裁字第 5 號裁定參照）。

4、綜上，依釋憲先例，憲法保障之基本權受侵害之犯罪被害人為刑事確定終局裁判之實質當事人，應具聲請釋憲資格，不應該因刑事訴訟法為保護犯罪被害人而採國家指派檢察官當然代表追訴犯罪制度，即以犯罪被害人未有選任檢察官之行為為由，否定其釋憲聲請資

⁴ 比如司法院釋字第 737 號解釋即以刑事訴訟法規定保護不足為由作成法規範違憲解釋，司法院釋字第 737 號解釋參照。

格。

(三) 從自訴人有釋憲聲請資格觀察，為告訴人之犯罪被害人也應該有釋憲聲請資格：

1、自訴人有權聲請釋憲，早已經司法院大法官以釋字第 297 號解釋肯定在案（司法院釋字第 297 號解釋參照）。

2、自訴人與告訴人同必須為犯罪被害人，自訴與告訴只是實現權利救濟之不同方式而已，沒有本質上不同，尤不應因此而生得否聲請釋憲之結果差異。是自訴人具釋憲聲請資格，犯罪被害人亦應相同。

(四) 從少年行為之被害人（少年誣告事件之告訴人）有釋憲聲請資格觀察（憲法法庭 112 年審裁字第 882 號裁定參照），一般刑事訴訟之犯罪被害人，亦應同具釋憲聲請資格。

或謂少年行為之被害人依少年事件處理法第 62 條規定得就不付審理等不付裁定提起抗告，故與一般刑事訴訟之犯罪被害人不同。然則其得否抗告之不同，只是立法選擇而已，二者基本權受侵害之可能本質相同，是沒有因立法規定得否抗告而異其是否受憲法訴訟法保護結果之理。

五、審、檢、辯是司法大鼎的三隻等高腳，憲法訴訟是司法一環。為審判者之法官具釋憲聲請資格（憲法訴訟法第 55 條規定參照）、為辯護人之律師（至少併同其所辯護之犯罪嫌疑人或被告）具釋憲聲請資格（司法院釋字第 306 號、第 737 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決等參照），但檢察官也是一種律師（ATTORNEY），負責追訴犯罪之檢察官具釋憲聲請資格嗎？如果檢察官應不具釋憲聲請資格，⁵ 而且依本件多數意見，檢察官追訴犯

⁵ 檢察官只是代表追訴犯罪，不是犯罪之實質受害人，尚難謂係基本權受侵害之人，準此，檢察官不具釋憲聲請資格可以理解，釋憲史上也沒有查到檢察官為犯罪被害人聲請釋憲之先例。但是有檢察官辦理刑事補償案件，主張等同法官地位聲請釋憲，被以與各級法院法官於審理案件有異，駁回其聲請者，司法院大法官 110 年度憲三字第 31 號不受理決議參照。

罪所欲保護之犯罪被害人如也不具釋憲聲請資格，那就憲法訴訟言，單由訴訟權保障出發，司法大鼎就已經少了一隻腳，還站得住、站得穩，不致傾覆嗎？問題顯然很嚴重，值得三思再三思！

六、時代已然不同，犯罪被害人已經發出不平的聲音，大法官不應該繼續緘默，應該勇於突破，正視犯罪被害人在憲法訴訟地位這個議題，並作成正向回應：

檢視過往大法官就本件爭議所曾經表示過的見解，固然有少量案件以犯罪被害人非為確定終局裁判當事人為由，否定犯罪被害人之釋憲聲請資格者，且憲法訴訟法修正施行前後都有，然則時代已然不同，刑事訴訟法 109 年修正施行新的被害人參與程序規定前之過去，與修正增訂後相較，單就刑事訴訟法規定言，犯罪被害人保護之思維已然開啟！另少年事件處理法單由其第 61 條及第 62 條規定對照：亦可知少年與少年行為之被害人地位對等。憲法訴訟法已修正施行，人權保障應該持續向前，面對犯罪被害人應受保護之呼聲，大法官應重新省思過往之見解，本席以為犯罪被害人應具釋憲聲請資格，因為沒有任何受憲法保障基本權被侵害之人民應該當然被拒絕在憲法訴訟之門外。我們應該勇於突破，不應該再緘默！

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 24 號

聲 請 人 高雄高等行政法院第三庭

上列聲請人因審理高雄高等行政法院 111 年度訴字第 291 號懲處事件，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

一、本件聲請人審理高雄高等行政法院 111 年度訴字第 291 號懲處事件（下稱系爭案件），原告為國民小學教師兼 5 年級導師，受申誡 1 次之懲處，係因於嚴重特殊傳染性肺炎疫情（COVID-19）第三級警戒期間，教育部已公告各級學校停止到校上課，學校將以線上方式辦理畢業典禮，原告逕自主導全班師生到校拍攝影片，經認有違反防疫措施之行為，包括進入關閉之學校、未全程配戴口罩、未實名登記等。聲請人認嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條規定（下稱系爭規定）乃校園防疫措施之真正法源依據，而系爭規定有違反法律明確性原則、憲法第 22 條一般行為自由、個人資料自主決定權及憲法第 23 條比例原則等之疑義，爰裁定停止訴訟程序，聲請法規範憲法審查。

二、按各法院就其審理之案件，對裁判上應適用之法律，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響，得聲請憲法法庭宣告違憲，憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 55 條定有明文。惟法官聲請，應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由（司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋參照）。

1

1

2

【意見書】

不同意見書：黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入。

謝大法官銘洋提出，詹大法官森林加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

謝屏雲

中華民國 112 年 7 月 21 日

程序
裁定

不同意見書

黃瑞明大法官 提出
詹森林大法官 加入

肆虐全球的新冠肺炎（Covid-19）從 2019 年末出現，2020 年橫掃全球並傳出重大傷亡，各國陸續採取嚴格之防疫措施。歐美許多國家的人民認防疫措施侵害其基本權遂提起憲法訴訟並請求緊急處分，各國憲法法院也分別作出了為數不少的判決或裁定。我國自 2022 年起普遍施打疫苗之後，疫情趨緩，漸次恢復正常生活。憲法法庭自 2022 年起開始收到主張防疫措施違憲之聲請，本件為其中之一。本席認為具有受理討論之價值，並可與其他國家的憲法法院相關判決參考比較，是很有意義的比較憲法學的題材。

壹、本件釋憲聲請案值得受理討論之處

本件聲請人為高雄高等行政法院第三庭法官，認其審理之案件（系爭案件）所應適用之嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例（下稱特別條例）第 7 條規定：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施」（下稱系爭規定）有違憲疑義，因而裁定停止訴訟程序，聲請法規範憲法審查。憲法法庭多數意見決議不受理，本席認為本件具有受理審查之價值，爰提出不同意見。

一、系爭案件之事實經過及爭議大要

中央流行疫情指揮中心（下稱指揮中心）於中華民國（下同）110 年 5 月 19 日提升全國疫情警戒至第三級，於同年 5 月 28 日衛生福利部公告修正嚴重特殊傳染性肺炎（Covid-19）第三級疫情警戒標準及防疫措施裁罰規定（下稱第三級警戒裁罰規定），指揮中心於同年 6 月 7 日宣布全國第三級疫情警戒延長至 6 月 28 日止。教育部於 110 年 5 月 25 日公告因應疫情警戒第三級之措施包括：畢業典禮停止辦理，避免不必要之移動、活動或集會等。

受處分人為臺東市新園國小五年級導師，於 110 年 6 月 17 日，即第三級疫情警戒期間，主導該班學生 7 人到校拍攝影片祝福畢業

生，拍攝過程中學生多數時間脫下口罩或說或唱，學校乃以該導師違反校園防疫規定，核予申誡1次之懲處。受處分人提起行政救濟後，經教育部中央教師申訴評議委員會再申訴評議決定維持學校之原措施。受處分人提起行政訴訟，審理本案之法官裁定停止訴訟，提起本件聲請案。

聲請人聲請釋憲之主要理由為：系爭規定為指揮中心使衛生福利部公告第三級警戒裁罰規定及相關防疫措施（即外出時全程配戴口罩，配合實聯制等）之法源依據。系爭規定所定「為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施」，賦予指揮中心相當大的權力，其得實施之應變處置或措施對人民之基本權影響甚大，但該規定對於授權之目的、內容、範圍未置一詞，顯然已淪為空洞而極度不明確，而違反法律明確性、權力分立原則等。

二、系爭規定為聲請人裁判上所應適用之法律

本件聲請案多數意見係以聲請意旨，「並未具體敘明系爭規定何以為聲請人審理系爭案件，裁判上所應直接適用之法律」，認與憲法訴訟法第55條之要件不符，予以不受理。就此不受理之理由，本席不能贊同，理由如下：

按法院聲請法規範憲法審查之要件，係就其審理之案件，對裁判上所應適用之法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響。因此，憲法法庭關於「應適用之法規範」範圍為何，原則上應尊重法官之認定，除非有堅強理由，不應持不同看法。蓋法官才是原因案件之審判者，法官聲請法規範憲法審查最直接之目的，在於期盼憲法法庭對其審理原因案件所應適用之法律，提供明確之回答：「該應適用之法律，係屬違憲／或不違憲」，俾法官得依據憲法法庭判決，而（1）逕行適用該應適用之法律（如憲法法庭為法規範完全合憲之判決），或（2）不得適用該應適用之法律（如憲法法庭為法規範完全違憲之判決），或（3）就該應適用之法律，依憲法法庭判決意旨適用之（如憲法法庭對法規範為合憲性解釋）。

簡言之，法官聲請法規範憲法審查時，憲法法庭之職責，在於

就法官因審理原因案件而認為雖應適用但有違憲確信之法律，為抽象之違憲審查，而非在於逕行審理該原因案件。因此，法官聲請憲法法庭審查之法規範，除非一望即可知顯非原因案件所應適用，否則憲法法庭不應越俎代庖，自行認定原因案件所應適用之法律為何，而對於法官聲請所主張應適用之法律，任意增減少之¹。

查，聲請人就系爭規定何以為其裁判上所應適用之法律，已於 112 年 1 月 31 日所提之聲請書第 2 頁至第 4 頁，詳加說明。簡言之，關於原因案件原告是否違反教育法令規定之義務，聲請人認為系爭規定始為判斷之真正法源依據；且本件原因案件中之教育部申評會，亦同時認為系爭規定為實體法上應適用之法律（本件聲請書第 4 頁參照）。基於以上理由，聲請人認系爭規定為其裁判所應適用且於裁判結果有直接影響之法律，從而聲請法規範憲法審查。是聲請人已具體敘明系爭規定何以屬其裁定上應適用之法律。

本件值得受理討論之處

1、受處分人受懲處之依據為公立高級中學以下學校教師成績考核辦法第 6 條第 1 項第 6 款第 10 目「其他違反有關教育法令規定之事項，情節輕微」，處分機關即學校認為受處分人於第三級疫情警戒期間召集學生到學校拍攝影片已違反教育部依指揮中心發布之各級學校防疫指引，故為懲處。

本席認為教育部公布之學校防疫指引既係以指揮中心公布之第三級警戒裁罰規定為依據，則該第三級警戒裁罰規定不僅已成為可對人民直接科處罰鍰之依據，並已間接成為得對教師為懲處之依據，該裁罰規定是否已獲法律足夠之授權以及該裁罰規定是否足夠明確合理，有無逾越比例原則，均有探究討論之餘地。

2、系爭案件相關之第三級警戒裁罰規定為「除可開放營業場所外，停止室內 5 人以上、室外 10 人以上之聚會」，本件受處分人僅召

¹ 此部分之見解，係參考釋字第 793 號解釋詹森林大法官提出、林俊益大法官加入壹、部分之部分不同意見書，壹、程序部分，本席贊同該見解。

集7位學生到校拍攝影片，而拍攝地點為校園，是否已違反相關規定非無疑問。

- 3、第三級警戒裁罰規定另要求「外出時全程配戴口罩、配合實聯制」，學校以受處分人未要求學生戴口罩、未實施實聯制為懲處之理由。但強制戴口罩及實聯制之執行機關為何，未見明確規定。以本案為例，學生進入學校時應辦理實聯制措施的是校方或是各班導師，並不明確。若為校方，則以學生進校未辦理實聯制而懲處導師，恐亦有問題。

由上可知受處分人受懲處所依據之學校防疫指引及其所根源之第三級警戒裁罰規定及系爭規定確有授權不清楚，規定不明確、不合理之處，涉違憲疑義，具有討論價值。

貳、與 Covid-19 有關之其他二件釋憲聲請案之主張

在本件聲請案之前，憲法法庭曾對二件與 Covid-19 有關之釋憲聲請案作出不受理之裁定，理由為各該聲請案均不符聲請釋憲之法定形式要件。本席認為各聲請案之實體主張並非沒有道理，茲就該二案聲請人之主張簡述如下。

一、確診者被剝奪投票權案

111年11月26日臺灣舉行直轄市及縣市長等地方公職人員選舉，並舉行18歲公民權修憲案之公民複決投票。中央選舉委員會於111年9月15日發布之「111年地方公職人員及憲法修正案公民複決因應嚴重特殊傳染性肺炎選務防疫計畫」（系爭計畫），禁止確診者參與投票。聲請人於111年11月25日提出聲請，主張系爭計畫剝奪其投票之機會，侵害其受憲法第17條保障之參政權，且因情況緊急，請求憲法法庭為准許投票之暫時處分。

聲請人主張系爭計畫強制確診者居家隔離，不得出門投票，亦未提供任何替代措施以供確診民眾投票，已侵犯該確診民眾之參政權。地方公職人員選舉4年才一次；且「憲法修正案公民複決」為行憲後之首次，故若於本次選舉與公投中被禁止投票，將難再有補投票之機會，損害難以回復。聲請人特別指出各國防疫措施對於選舉權之

行使採取侵害更小之因應手段或替代方案，如美國、日本採線上、郵寄等方式遠端投票；而韓國規劃了特別動線並分流以供確診民眾投票。然而中央選舉委員會提出之系爭計畫卻完全禁止確診者投票，顯然違反最小侵害原則²。

二、強制戴口罩違反一般行為自由案

109 年 8 月 5 日指揮中心宣布民眾出入無法保持社交距離、或會密切接觸不特定對象之人潮擁擠或密閉場所時，務必配戴口罩，並列舉八大類人潮擁擠或密閉場所，如醫療照護機構、大眾運輸、賣場市集、教育學習場所、展演競賽場所、宗教場所、娛樂場所及大型活動等場所。臺北市政府於 8 月 5 日宣布「北市府市政大樓自 8 月 6 日起恢復洽公市民入府一律配戴口罩之加強防疫措施，未配戴者將禁止入府」。聲請人於 8 月 25 日未配戴口罩欲進入臺北市政府市政大樓，經駐警攔下，發生肢體衝突，而被以妨害公務罪移送，經判決有罪確定後聲請釋憲。聲請人主張依指揮中心新聞稿之內容，須強制佩戴口罩之場所僅列舉八大場所，並未包含中央或地方政府等行政機關在內，況依指揮中心新聞稿內容亦無從推出有「再授權」地方主管機關擴大防疫範圍之意，從而主張臺北市政府逕自擴張應佩戴口罩之範圍至市政大樓，進而造成人民權利受到更大之限制，顯已逾越指揮中心指示之範圍³。

參、值得參考的歐美國家憲法法院相關判決

在疫情期間，歐美國家憲法法院作出有關防疫措施是否違憲之判決不少，其中與我國上述三件不受理案之爭議點相近（即聚會人數限制、禁入場所以及確診者投票權剝奪）之判決，簡介如下：

一、德國黑森邦吉森市聚會禁令違憲案

2020 年 Covid-19 在德國擴散期間，德國各邦推出防疫措施，限制人民的公眾活動，以防止病毒擴散。對邦政府之防疫措施不滿，而

² 參見憲法法庭 111 年審裁字第 884 號裁定及其釋憲聲請書。

³ 參見憲法法庭 111 年審裁字第 1507 號裁定、112 年審裁字第 879 號裁定及其釋憲聲請書（同一事件聲請人再次提出聲請）。

向聯邦憲法法院提起憲法訴願及 / 或請求暫時處分的案件不少。

2020年4月15日德國聯邦憲法法院宣布黑森邦（Hessen）的吉森市（Giessen）禁止集會遊行之處分違反憲法保障之集會自由並允許暫時處分。事實大致為：黑森邦政府於2020年3月發布了全面禁止兩人以上聚集之防疫禁令。不滿該禁令者乃組織集會並向市政府提交集會遊行之申請，訴求主題為「強化健康而非弱化基本權利－防範病毒而非防範人民」（Gesundheit staerken statt Grundrechte schwachen-Schutz vor Viren, nicht vor Menschen），表明集會將採取防疫措施，包括參與人數不超過30人，互相之間保持安全距離，遊行之起始位置差距10米、兩側距離6米等。但該集會遊行之申請遭吉森市政府否決，經向黑森邦行政法院請求救濟均被駁回，乃向聯邦憲法法院請求暫時處分。憲法法院裁定推翻了吉森市政府的決定以及黑森邦行政法院的裁決。

憲法法院裁定書指出，地方行政當局在做出具體的防疫處分之前，必須要充分考慮個案的具體情況，比如檢視集會遊行組織者所提出的防疫措施是否與防疫禁令相容，如未具體就個案審視，即一律禁止集會遊行，侵害了德國基本法第8條所保障的集會自由權⁴。

二、美國紐約州聚會人數限制違憲案

2020年11月25日美國聯邦最高法院以5比4判決認為紐約州以對抗Covid-19為理由限制宗教活動之人數違憲並作出暫時處分（injunctive relief）⁵。

爭議緣由：紐約州長郭謨（Andrew Cuomo）下令在列為高風險區域（紅區）的宗教場所集會上限定為10人，但相同人數限制卻不適用於在雜貨店、銀行、自助洗衣店之聚集。教會認為受歧視而聲請釋憲。

紐約州之理由是：教會聚會常於密閉空間且長期吟唱祈禱，較

⁴ BVerfG, Beschluss vom 15. Apr., 2020, 1BvR 828/20.

⁵ Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York, 592 U.S.__(2020)

易傳播病毒，而其他場所之人群短暫停留較無互動故傳播風險較低，但此理由未說服美國大法官而判決認定郭謨的防疫措施違反美國憲法第一修正案對宗教自由之保障。本件判決作成時（2020 年 11 月）正值疫情爆發後約一年，相較於疫情爆發初期，最高法院曾對防疫規定採取較寬鬆的審查原則，此次則對紐約州之規定採較嚴格之審查標準。贊成與反對本判決之大法官意見書論戰精彩，屬多數意見的 Gorsuch 大法官提出的協同意見書稱「疫情期間，憲法或可休假，但不應成為長假」（Even if the Constitution has taken a holiday during this pandemic, it cannot become a sabbatical）。屬少數意見的首席大法官 Roberts 則認為郭謨州長已經修正了防疫措施，於宗教場所之聚會限制已大幅放寬，因而沒有作成暫時處分之必要。

三、奧地利限 50 人參加喪禮之規定違憲案

奧地利政府規定自 2020 年 12 月 26 日至 2021 年 1 月 24 日期間參加喪禮之人數限 50 人。憲法法院認為此規定之目的雖然合法且為達成目的之適當手段，但整體觀之則違反比例原則，因為被禁止參加近親好友之喪禮乃係對基本權之重大限制，而向至親好友告別之機會無法重來，且喪禮若以宗教儀式行之，被禁止參加亦侵害其宗教自由，況且喪禮後在室內聚會已受禁止。綜合各因素認為喪禮人數限 50 人之規定違憲。（Judgement of 24 June 2021, v2/2021）⁶。

四、克羅埃西亞禁止確診者投票違憲案

2020 年 7 月 5 日克羅埃西亞舉行國會改選，依克國國家選舉委員會公布之選舉投票指引，確診者將無法投票。受到克國 NGO 及憲法學者嚴厲批評，其中一個 NGO 在 179 位人民簽名連署下，於選舉投票前二天向克國憲法法院提出訴訟，經克國憲法法院作出緊急處分

⁶ 參見奧地利憲法法院出版之 2021 年年報（Constitutional Court of Austria Activity Report 2021）。依該年報，該法院於 2021 年所作有關 Covid-19 之判決尚包括學校遠距教學未違憲、禁止消費者進入零售區未違憲、離開 Tyrol 地區者強制檢測未合憲、維也納對市民行動追蹤之規定違憲、滑雪場小賣店限「得來速」之規定違憲等案。

後，克國選委會更改規定，允許確診者可以簽署授權書給代理人，選務人員持選票至確診者家門口，由代理人在選票上圈選後，放入信封交給選務人員，用此方法讓 55 位確診者完成投票⁷。值得注意的是，向克國憲法法院提起訴訟的是該國之 NGO 及人民。

肆、由各國抗疫經驗看治理思維與憲政文化之差異

一、由政府抗疫措施之不同看治理思維之差異

各國先後採取之防疫措施大致為：聚會禁止、托兒所關閉、各級學校遠距教學、強制戴口罩，透過手機追蹤人民的行動軌跡，強制提出檢測報告，餐廳全部停止內用，游泳池停止開放，甚至封城等。各該措施對人民隱私權、行動自由、遷徙自由、一般行為自由等基本權產生很大之限制，各該限制措施亦有是否符合比例原則之問題。例如第三級警戒裁罰規定「宗教場所停止開放民眾進入」及「除可開放營業場所外，停止室內 5 人以上、室外 10 人以上聚會」，違反此規定者，依傳染病防治法第 67 條之規定，可處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，如民眾因不知悉相關禁令而於室內超過 5 人以上聚餐，每人皆可處新臺幣 6 萬元以上之罰鍰，可能有個案過苛之疑慮。

疫情初期，亞洲國家傾向立即採取強有力的管制措施，疫情擴散較緩和。而歐美民主國家則較晚採取嚴格的防疫措施，疫情相對較為嚴重，英國首相強生、美國總統川普均於任內先後染疫，而亞洲國家的領導人較少有染疫之消息。

就各國防疫措施之不同，可以歸根溯源於民主與專制體制之治理理念不同，更深一層可以探究到政治文化甚至價值觀之差異。

民主國家認知防疫措施限制了人民的基本權，但是為了保障公眾的生命與健康而不得不採取之作法，因此尋求人民之理解與支持。

⁷ 見楊智傑，克羅埃西亞判禁止確診者投票違憲可提告中選會不作為，ET Today 新聞雲 雲論，2022 年 11 月 24 日。另見 Kerši, Marin: Voting in Times of a Pandemic: The Case of Croatia: Constitutional Conflict between the Right to Vote and the Protection of Health, VerfBlog, 2020/7/08, <https://verfassungsblog.de/voting-in-times-of-a-pandemic/>, DOI: 10.17176/20200708-235311-0.

德國總理梅克爾於 2020 年 3 月 18 日全國電視談話顯示民主國家採取抗疫措施之基本準則，以苦口婆心的口吻說明國家不得已必須限制人民之外出和行動自由，並呼籲人民共同努力，可認展現出民主國家對限制人民基本權之防疫措施之審慎且不得已之態度⁸。英國女王伊莉莎白二世亦於 2020 年 4 月 5 日發表電視講話，敦促國人「自律」「堅強」，女王說，她理解國人面臨的哀傷、痛苦、經濟難關，並說「自我約束、無驚無懼的堅韌、共度難關」仍然是英國的個性。⁹

有認為專制政府可以迅速採取強硬的防疫措施，調動資源、限制人民生活同時切斷病毒傳播，具有超越民主體制的優點。但是大致而言，不同國家對於 Covid-19 之防疫措施的差異，最關鍵的因素可能是文化之差異。

亞洲國家人民對配戴口罩和接種疫苗等措施傾向服從接受，而歐美則有許多人民採取抗拒的態度，共和黨執政的德州甚至拒絕頒布強制戴口罩的命令。有位在疫情期間曾居住於南韓的德國記者依其自身體驗，比較兩國社會對政府措施的態度，認為受儒家影響深遠的文化圈，傾向犧牲個人顧全大局，與強調個人主義的歐洲文化的差異，乃人民對政府抗疫態度不同之根源¹⁰。

自 2021 年各國開始施打疫苗之後，對於 Covid-19 之恐慌與疑懼減低。進入 2022 年下半年後歐美各國率皆解封，大致已恢復正常生

⁸ 梅克爾總理談話之重點大致為：自兩德統一，不，自第二次世界大戰以來，我們國家未曾遇過如此的挑戰；為了減緩病毒在德國擴散的過程，我們必須暫緩公共生活；一個民主制度不可能隨便作出限制人民外出和行動自由，這些限制只會在極端必要的時候才得以通過；聯邦政府將盡一切所能，降低經濟所受影響，保住就業崗位；我們屬於一個民主制度，我們生活的基石不是強迫，而是共有的知識和共同努力，我們以公開透明的方式作出所有的政治決定，儘可能地解釋和溝通，期待人們理解；每一個男女公民能夠多麼有紀律地遵守並執行規則，不會成為唯一的因素，但它會成為影響結果的重要因素。

⁹ 參見肺炎疫情嚴峻 英國女王歷史性講話傳遞的鮮明信號，BBC NEWS 中文 <https://www.bbc.com/zhongwen/trad/uk-52174245>。

¹⁰ R Wolfgang Bauer, Schützt Leben, nicht Daten!, Die Zeit 30, Juli 2020, Seite 9.

活，反而是堅持動態清零政策的國家仍然持續採取嚴格的檢測與管控措施，直到人民抗議爆發白紙運動之後，才開始放鬆管制。

二、由各國人民對抗疫措施之接受態度看憲政文化之差異

1、美國、德國及奧地利為數不少關於抗疫措施之判決

疫情期間美國及歐陸國家的人民對政府之抗疫措施有上街抗議者，更有勇於向憲法法院請求宣告抗疫措施違憲並聲請緊急處分者。

德國在 2020 年有 271 件向憲法法院聲請暫時處分案，其中 72 件與 Covid-19 有關，另外尚有 239 件與 Covid-19 有關的憲法訴願案，其中 69 件同時聲請暫時處分，雖然成功的比率很低¹¹。

美國最高法院以及德國、奧地利和其他國家之憲法法院在 2020、2021 年間審理該國人民為了抗拒防疫措施所提出的釋憲及暫時處分聲請，可說是忙碌不堪（從他們所作出關於 Covid-19 之判決數量就可以推知）。而我國憲法法庭在此期間內則未收到主張防疫措施違憲之聲請。或許是因為德國憲法訴訟法對於憲法訴願及聲請暫時處分與我國之裁判憲法審查及暫時處分之條件有所不同之緣故¹²。世界衛生組織（WHO）特別成立 Covid-19 Litigation Project 專案研究世界各國因為採取防疫措施被認侵害基本權而引發之訴訟，依其統計訴訟數量最多的國家為美國，其後為印度、巴西、德國、法國、哥倫比亞、哥斯大黎加等¹³。

在民主法治國之原則之下，立法及行政部門頒布的防治新冠肺炎之法律與禁令對人民之基本權造成重大限制，其合憲性均應接受法

¹¹ 至 2021 年 1 月 12 日統計，僅 3 件暫時處分成功，其中 2 件係單獨聲請，1 件為附帶於憲法訴願。見 U. J. Alexander, Das BVerfG in der Corona-Krise, Eilanträge in Karlsruhe auf Rekordwert, Legal Tribune Online 12.01.2021.

¹² 德國聯邦憲法法院法第 32 條第 1 項規定：「在訴訟案件中，為避免重大損害，阻止緊急暴力，或基於其他公益上的重要理由有急迫需要者，聯邦憲法法院得作成暫時處分對狀態為暫時之處置。」（譯文見德國聯邦憲法法院法逐條釋義，司法院印行，Christtofer Lenz/Ronald Hansel 著，林明昕等譯，111 年 12 月初版，第 152 頁）

¹³ 見 <https://www.covid19litigation.org/case-index/database-charts>（最後瀏覽日 2023 年 7 月 21 日）

院之檢證，此為民主法治國權力分立之核心。德國聯邦憲法法院作出裁定認為為維護民眾之生命與健康之法益，可以暫時限制人民之若干基本權，但應符合比例原則¹⁴。美國最高法院在疫情期間也作出了很多有關防疫措施爭議之判決，包括大學強制學生接種疫苗案、拜登政府強制企業員工接種疫苗案等。

2、英國人看到成文憲法之功能

有趣的是，當英國人民上街頭抗議政府的防疫措施而受到警方打壓時，看到歐陸人民勇於向憲法法院主張防疫措施違憲，並由憲法法院作出不少相關判決，例如前述奧地利及德國聯邦憲法法院之判決及裁定等，讓英國人羨慕起成文憲法。英國人權律師 Adam Wagner 表示英國議會對於防疫法案之立法過程過於倉促，但因英國並無成文憲法，人民祇能依賴較不清楚之人權法案以爭取權利，認為「此次疫情暴露了我們不成文憲法在保障某些基本權利的弱點」（This pandemic has exposed the weakness of our unwritten constitution when it comes to certain rights.）¹⁵

伍、因 SARS 作成之釋字第 690 號解釋適用於 Covid-19 之討論：受居家檢疫處分者能否聲請提審？

為對抗流行傳染病而採取之防疫措施與基本人權之維護間如何求取平衡，為 Covid-19 給各國憲法法院之難題。本席認為應由每次防疫措施獲得經驗，作為下次疫情來臨之準備。回顧歷史，92 年肆虐臺灣的 SARS 亦曾造成傷亡，導致社會不安，疫情期間和平醫院採取強制隔離措施而產生之司法院釋字第 690 號解釋（100 年 9 月 30 日作出）於 Covid-19 之適用即具有探討價值。

¹⁴ 例如 Beschluss vom 19, Nov.2021, 1BVR971/21,1BVR1069121，聯邦憲法法院於此裁定認為於 2021 年 4 月 22 日至 6 月 30 日施行之禁止學校面對面教學以控制感染之學校關閉（Schulschliessung）措施，固然構成對行動自由以及學生接受學校教育之權利之限制，但捍衛民眾生命以及身體健康，並維持醫療系統之運作亦為重要之公益，故未違憲。

¹⁵ See Mark Landler/Stephen Lastle, Frustration in Europe is focused on the police, New York Times, Mar. 24, 2021 page1.2.

一、釋字第 690 號解釋之原因事實及爭議大要

92 年 4 月和平醫院發生院內集體感染 SARS 事件，臺北市政府召回和平醫院員工返院集中隔離。和平醫院一位周醫師拒絕依時限返院，被記 2 大過、停職、罰鍰 24 萬元，以及停業 3 個月的懲戒處分。

臺北市政府要求醫師返回醫院集中隔離的依據為當時之傳染病防治法第 37 條第 1 項：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等『必要之處置』。」臺北市政府認為條文中的「必要之處置」包括「強制隔離」，乃依該規定要求和平醫院之醫師回到院內強制隔離。周醫師對罰鍰、懲戒及停業處分均不服，提起行政訴訟，並另外提起國家賠償，均遭駁回確定後聲請釋憲，主要爭議為：

- 1、法律規定之「必要之處置」，可否包含「強制隔離」？如果包含，有沒有違反法律明確性原則？
- 2、強制隔離限制了人身自由，有沒有違反比例原則？
- 3、依照憲法第 8 條規定，人身自由的限制包括拘禁、逮捕、審問、處罰應由「法院」依法定程序，但當時的強制隔離並沒有法官保留的設計，有沒有違反正當法律程序？

二、釋字第 690 號解釋之主要意旨

100 年 9 月 30 日大法官作出釋字第 690 號解釋。解釋文第一段認為傳染病防治法規定的「必要之處置」應該包含「強制隔離」在內，對人身自由的限制，並沒有違反法律明確性、比例原則，及正當法律程序。

但是，解釋文第二段指出：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。」

依上，周醫師的釋憲聲請對他個人受處罰的案件並沒有幫助，但是因為他的釋憲聲請，釋字第 690 號解釋要求政府機關通盤檢討傳染病防治法制，這應該是周醫師聲請釋憲之貢獻¹⁶。自釋字第 690 號解釋於 110 年 9 月 30 日公布後，傳染病防治法分別於 102、103、104、107、108 年多次修正，其中有多少修正是因應釋字第 690 號解釋之要求而作成，且有助於 108 年起對抗 Covid-19 之防疫措施，即有研究探討之餘地。

三、釋字第 690 號解釋適用於 Covid-19 防疫措施之討論：受居家檢疫處分者能否聲請提審？

臺北高等行政法院於 111 年 1 月 21 日作出 111 年行提抗字第 1 號裁定駁回某位航空公司機組員（下稱機組員）之抗告，依該裁定之內容可知該案之爭議涉及釋字第 690 號解釋及 Covid-19 之防疫措施，具有憲法意義，簡介如下：

1、Covid-19 居家檢疫措施產生之爭議

110 年疫情嚴峻，指揮中心發布自 110 年 8 月 28 日起，長程航班入境機組員居家檢疫改至防疫旅館或公司宿舍執行，抗告人為國籍航空機組員，於 111 年 1 月 3 日執行長班任務後入境，經衛福部令入華航諾富特旅館，實施居家檢疫 5 天至 111 年 1 月 8 日 24 時止。機組員向桃園地方法院行政訴訟庭（下稱「地方法院」）聲請提審，請求開庭賦予機組員及拘禁機關等到場陳述意見之機會。其主張主要為，機組員因居家檢疫被集中隔離於防疫旅館，與司法院釋字第 690 號解釋所稱之強制隔離相同。於 110 年 9 月間已有 2、30 件國籍航空機師聲請提審之同類案件，均經地方法院裁定駁回。

2、地方法院之見解

¹⁶ 周醫師經此事件之後，於 2009 年離開臺北到臺東池上開設診所，造福地方。周醫師說明他當天未回到和平醫院的原因是他清楚和平醫院內未有完善隔離設備，決定依照 WHO 公布防禦方法並選擇居家隔離之方式，同時不斷傳遞「不可入院交互感染」的訊息。參見謝欣穎，穿越和平，深根池上 / 周經凱，收錄於：安居池上，台東縣池上鄉公所發行，2017 年 1 月初版，第 116 頁至第 121 頁。

地方法院駁回提審聲請之主要理由為居家檢疫措施限制受處分人可活動地點為檢疫旅館而非公權力之場所，違反者雖會被處以罰鍰，但未令受處分人遭受實質強制力之拘束，程度較人身自由之剝奪有別，是無受逮捕、拘禁或自由受拘束之情形，與聲請提審之要件不符。

3、臺北高等行政法院之見解

前述臺北高等行政法院 111 年行提抗字第 1 號裁定駁回機組員之抗告，駁回之理由為機組員提起抗告時，已屆滿居家檢疫期間而已離開系爭旅館，已恢復人身自由不受拘禁之狀態，即無人身自由遭受剝奪而有待即時司法救濟之情形，故駁回抗告。然而高等行政法院之裁定對於受居家檢疫措施者能否聲請提審，則與地方法院有不同之見解，主要為：（1）居家檢疫措施限制機組員於居家檢疫之 5 日又數小時期間內必須停留在系爭旅館不得外出，否則即依傳染病防治法第 58 條第 1 項第 4 款及特別條例第 15 條規定處新臺幣 10 萬至 100 萬元之罰鍰，自己達人身自由遭剝奪的程度，而屬提審法所稱之拘禁¹⁷。（2）提審法上第 1 條所謂「法院以外任何機關的拘禁」，只要法院以外其他機關經由公權力措施，違反人民之意願，使其人身在非短暫的時間內，受拘束於一定侷限的空間，無法依其意願離開受拘束的空間，致其人身向各方移動的自由均受限制，達於人身自由遭剝奪的程度，均屬之。

4、本席之見解：釋字第 690 號解釋可適用於 Covid-19 之居家檢疫措施

按釋字第 690 號解釋要求「建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償機制」，已明確要求受隔離者應得及時請求法院救濟。本件系爭之居家檢疫要求僅 5 天，為此聲請司法救濟，可能緩不濟急。但在 Covid-19 期間指揮中

¹⁷ 提審法第 1 條第 1 項前段規定：「人民被法院以外之任何機關逮捕、拘禁時，其本人或他人得向逮捕、拘禁地之地方法院聲請提審。」立法理由指出「提審聲請之原因事實涉及行政、民事、少年、家事及刑事等不同性質法律規定」。

心所要求居家隔離有長達 14 天者，對人民之權利影響並不小，故讓人民有請求法院救濟之機會，應為合理。況釋字第 690 號解釋係針對 SARS 之防疫措施而作成，於性質相同之對抗 Covid-19 之防疫措施自應可適用。

5、後續類似聲請提審案之地方法院裁定

自前述臺北高等行政法院裁定之後，案情相同之航空公司機組員入境被要求至防疫旅宿隔離而向法院聲請提審之事件，地方法院陸續作出裁定，將機組人員自諾富特飯店釋放，而實施一人一戶之居家檢疫防疫措施¹⁸。值得注意的是，大部分法院裁定是在機組人員被要求隔離之當天或翌日即作出。

¹⁸ 臺灣桃園地方法院 111 年度行提字第 47、48、49、50 號裁定。

不同意見書

謝銘洋大法官 提出
詹森林大法官 加入

本件是高雄高等行政法院第三庭因審理高雄高等行政法院 111 年度訴字第 291 號懲處事件而提出之聲請案，該原因案件的原告是因違反傳染病防治相關規定被懲處，不服教育部中央教師申訴評議委員會之決定，提起行政訴訟。聲請人於審理過程中，認為所應適用的法律位階規範，即嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條規定（下稱系爭規定），依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，且於裁判結果有直接影響，因而裁定停止訴訟程序，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。本件經審理後，多數大法官意見認為應不受理。就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、本件不受理之理由

本件多數大法官認為不應予受理，其理由主要是認為「……法官聲請，應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由……」，「……聲請意旨所陳，並未具體敘明系爭規定何以為聲請人審理系爭案件，裁判上所應直接適用之法律……」，與憲法訴訟法第 55 條要件不符；且法官並不當然受校園防疫相關法規命令規定之拘束等。

二、法院是否僅限於裁判上所應直接適用之法律，始得聲請法規範憲法審查？

系爭規定涉及當時有效之「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（下簡稱「特別條例」，2020 年 1 月 15 日起施行，2023 年 6 月 30 日施行期間屆滿廢止）第 7 條規定：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」

本件原告係經任職學校以「於防疫期間有違反校園防疫相關規定」為懲處事由，依據公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第 6 條第 1 項第 6 款第 10 目規定「其他違反有關教育法令規定之事項，情節輕微」而為懲處。這個考核辦法的規定固然為「形式上」直接適用之法規，然而「實質上」所處罰的行為是「違反有關教育法令規定之事項」，這裡解釋上就包括系爭規定所規範之措施的違反。是以其懲處的規範依據，並非只是法規命令而已，尚包括實質上被援用的法律規範。此由本件聲請法規憲法審查案聲請法官於聲請書中引用教育部申評會之主張，教育部申評會也認為系爭規定為實體法上應適用之法律，亦可得知。

憲法訴訟法第 55 條規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有抵觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決」，依文義解釋，顯然並不限於必須是「直接適用」之法律，然而本件不受理裁定卻將其限縮於必須是裁判上所應「直接適用」之法律，是否適當，不無疑問。

三、本件聲請人已有違憲的合理確信

在本件聲請書中，聲請人認為特別條例為因應 COVID-19 嚴重疫情而制定，初期因尚無因應之有效方法，而不得不採取寬泛、概略之規定及授權，然而隨著防疫有其經驗與成效後，顯然過於寬泛而無從理解、難以預見，理應隨時檢討改進而有更較為具體之規定，且系爭規定性質上屬於緊急立法而非緊急命令，在疫情初期雖可降低審查密度，但於情事變遷後則不適當維持寬鬆審查，以保障基本人權。就其內容觀之，聲請人業已詳細論述其確信系爭規定中所稱之「必要之應變處置或措施」，並不符合法律明確性原則以及授權明確性原則而屬違憲之具體理由。

四、本件亦有憲法上之原則重要性

過去本院於 2011 年釋字第 690 號解釋，曾就 2002 年 SARS 期間傳染病防治法第 37 條第 1 項所規定之「曾與傳染病病人接觸或疑

似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置」，就其中「必要之處置」應否包含強制隔離在內，認為「強制隔離雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處罰之本質不同，且事涉醫療及公共衛生專業，其明確性之審查自得採一般之標準，毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準。又系爭規定雖未將強制隔離予以明文例示，惟系爭規定已有令遷入指定處所之明文，則將曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者令遷入一定處所，使其不能與外界接觸之強制隔離，係屬系爭規定之必要處置，自法條文義及立法目的，並非受法律規範之人民所不能預見，亦可憑社會通念加以判斷，並得經司法審查予以確認，與法律明確性原則尚無違背。」（理由書參照），認為並不違反法律明確性原則。

然而釋字 690 號解釋迄今業已 10 餘年，而這次 COVID-19 疫情的影響相較於 SARS 疫情既嚴重且時間長達數年，對於人民基本權之影響更為重大，系爭規定是否違憲，其明確性之審查密度是否仍適當維持一般之標準，或者是應視防疫是否有成、疫情是否趨緩而調整審查密度，有其憲法上與人權保障上之重要意義；再者，法院是否僅限於裁判上所應直接適用之法律，方得聲請法規範憲法審查，涉及憲法訴訟法施行後法官聲請法規範憲法審查之要件，均值得藉由本件聲請案而有更為深化的探究與論述。

是以本席並無法贊同本件不受理，爰提出不同意見如上。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 29 號

聲 請 人 呂金鎧

訴訟代理人 李念祖律師

吳至格律師

上列聲請人認最高法院 110 年度台非字第 146 號刑事確定終局判決及 95 年度台抗字第 215 號刑事確定終局裁定，所適用之刑事訴訟法第 359 條及第 441 條規定，有牴觸憲法之疑義，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：最高法院 95 年度台抗字第 215 號刑事確定終局裁定所適用之刑事訴訟法第 359 條規定（下稱系爭規定一）容許刑事被告於宣判期日，未收受判決、亦未能知曉並斟酌詳細判決理由之前提下，於法官宣示判決主文後，使其當庭決定捨棄上訴；系爭規定一應規定而未規定法官應告知刑事被告捨棄上訴之法律效果，以及被告有受辯護人協助後，再為行使是否上訴之權利；對於已選任辯護人或強制辯護案件之被告，法官並應確認被告之捨棄上訴已受辯護人協助，上開事項均為筆錄應記載事項；系爭規定一應規定而未規定法官不得勸諭刑事被告捨棄上訴，為勸諭時，為筆錄應記載事項。綜上，系爭規定一違反憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權保障之意旨。又最高法院 110 年度台非字第 146 號刑事確定終局判決所適用之刑事訴訟法第 441 條規定（下稱系爭規定二），排除上級審法院就原審法院程序事項所為判斷之違法性（含違憲性）審查，違反憲法第 16 條訴訟權保障、第 80 條、司法院釋字第 9 號解釋及憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決之意旨等語。
- 二、按人民所受之確定終局裁判於憲法訴訟法（下稱憲訴法）111 年

1 月 4 日修正施行（下同）前已送達者，得於憲訴法修正施行日起 6 個月內聲請法規範憲法審查；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；上列聲請法規範憲法審查案件得否受理，依修正施行前之規定；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理，憲訴法第 92 條第 2 項、第 59 條、第 90 條第 1 項但書、第 32 條第 1 項定有明文。次按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。

三、經查，本件確定終局判決及裁定均於憲訴法修正施行前送達，揆諸上開規定，其聲請法規範憲法審查案件受理與否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定決定，合先敘明。核聲請意旨所陳，難謂已於客觀上具體指摘確定終局判決及裁定所適用之系爭規定一及二有如何牴觸憲法之處，與憲訴法及大審法上開規定之受理要件不符，應不受理。

中 華 民 國 112 年 8 月 11 日

| | | | | |
|------|--------|-----|-----|-----|
| 憲法法庭 | 審判長大法官 | 許宗力 | | |
| | 大法官 | 蔡焜燉 | 黃虹霞 | 吳陳銀 |
| | | 蔡明誠 | 林俊益 | 許志雄 |
| | | 張瓊文 | 黃瑞明 | 詹森林 |
| | | 黃昭元 | 謝銘洋 | 呂太郎 |
| | | 楊惠欽 | 蔡宗珍 | |

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| 蔡大法官炯燉、黃大法官虹霞、 吳大法官陳鑾、蔡大法官明誠、 許大法官志雄、黃大法官瑞明、 呂大法官太郎、蔡大法官宗珍 | 許大法官宗力、林大法官俊益、 張大法官瓊文、詹大法官森林、 黃大法官昭元、謝大法官銘洋、 楊大法官惠欽 |

【意見書】

部分不同意見書：詹大法官森林提出。

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出，許大法官宗力、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

涂人蓉

中 華 民 國 112 年 8 月 11 日

部分不同意見書

詹森林大法官 提出

壹、緣由

依臺灣高等法院 93 年度重上更（六）字第 48 號刑事判決（下稱更六判決），聲請人與友人陳 A，基於共同犯對女子以強暴方法而為性交罪之犯意聯絡，由陳 A 出面，佯稱為女兒聘請家教，誘使被害人至聲請人之租屋處，二人先後對該被害人強制性交得逞。聲請人為免事跡敗露，自行另萌殺人犯意，著手殺害被害人後離去。聲請人離去後，陳 A 發見被害人尚未死亡，遂另行起意，將之殺害後逃逸¹。

案經檢察官起訴，第一審法院判決聲請人及陳 A 共同犯強姦罪而故意殺害被害人，均處死刑，褫奪公權終身。嗣於 91 年 4 月 15 日經臺灣高等法院 88 年度重上更（三）字第 38 號刑事判決首次改判聲請人無期徒刑，褫奪公權終身。92 年 5 月 13 日，臺灣高等法院 91 年度重上更（四）字第 123 號刑事判決，復改判聲請人共同犯二人以上對女子以強暴之方式而為性交之罪，累犯，處有期徒刑 15 年；又殺人未遂，累犯，處有期徒刑 10 年；應執行有期徒刑 20 年。其後，該案雖又歷經兩次上訴至最高法院，及臺灣高等法院更（五）、更（六）之審理程序，惟均未再對聲請人改判其他罪刑²。聲請人遂於 95 年 3 月 14 日更六判決宣判時，在其辯護人未陪同出庭之情況下，當庭捨棄上訴權³，該案關於聲請人部分即告確定。

¹ 參見更六判決事實三。然，聲請人性侵被害人一事，嗣經 95 年 8 月 8 日臺灣高等法院 95 年度重上更（七）字第 98 號刑事判決否定，該判決指出：「……以今日之 PCR-STR，16 個基因位之鑑定，詳細鑑定過程與結論如附件刑事警察局之鑑定報告，明確排除被告（即本件聲請人）涉案，即案發後法醫從被害人所採取之檢體，經精密鑑定結果，僅有被告陳 A 一人之 DNA 混同被害人之 DNA，即對被害人性侵者，僅有被告陳 A 一人」，參見其理由三（八）。

² 關於聲請人歷審裁判之主文之整理，參見監察院 111 司調 0014 調查報告第 5 頁至第 7 頁。

³ 參見聲請人於 111 年 6 月 29 日提出之「法規範憲法審查聲請書」所附證據 1 及證據 2。

貳、本件聲請案原因案件之訴訟經過

聲請人捨棄上訴權並於同年月 22 日收受更六判決正本後，隨即於同年月 28 日具狀提起上訴，其理由略為：已遭羈押近 13 年，雙親復均已快 90 歲，又對更六判決絕望，一時衝動乃表示捨棄上訴，茲撤銷原來捨棄上訴之意思表示⁴。案經臺灣高等法院於 95 年 3 月 30 日，以 93 年度重上更（六）字第 48 號刑事裁定，認聲請人前已當庭捨棄上訴，依法已喪失上訴權，其上訴顯非合法，予以駁回。聲請人不服向最高法院提起抗告，經該院 95 年度台抗字第 215 號刑事裁定（下稱系爭確定終局裁定），依刑事訴訟法第 357 條第 1 項、第 359 條（下稱系爭規定一）及第 384 條前段，認抗告無理由，予以駁回。

聲請人認系爭確定終局裁定所適用之系爭規定一，違反憲法第 8 條正當法律程序及第 16 條訴訟權，向憲法法庭聲請法規範憲法審查。其理由略為：1. 系爭規定一容許刑事被告於宣判期日，未收受判決、亦未知曉並斟酌詳細判決理由之前提下，在法官宣示判決主文後，使其當庭決定捨棄上訴。2. 系爭規定一應規定而未規定，法官應告知刑事被告捨棄上訴之法律效果，以及被告有受辯護人協助後，再行使是否捨棄上訴之權利；對於已選任辯護人或強制辯護案件之被告，法官並應確認被告之捨棄上訴已受辯護人協助；且法官所為之前開告知及確認，均為筆錄應記載事項。3. 系爭規定一應規定而未規定，法官不得勸諭刑事被告捨棄上訴；法官所為之勸諭，為筆錄應記載事項⁵。

參、不受理裁定

憲法法庭於 112 年 8 月 11 日，以 112 年憲裁字第 29 號裁定（下稱 112 憲裁 29），不受理本件聲請，其理由為：核聲請意旨所陳，難謂已於客觀上具體指摘系爭確定終局裁定所適用之系爭規定一有何抵觸憲法之疑義（112 憲裁 29 理由三參照）。

⁴ 參見最高法院 95 年度台抗字第 215 號刑事裁定理由。

⁵ 參見聲請人於 111 年 6 月 29 日提出之「法規範憲法審查聲請書」第 10 頁。

肆、本席意見

查，聲請書已明確表示系爭規定一所涉憲法權利及違憲情事，且以 10 頁以上篇幅，闡述其理由及見解⁶，要難謂其客觀上未具體指摘系爭規定一有何抵觸憲法之處。何況，本件聲請確實涉及刑事被告受憲法正當法律程序及訴訟權之保障問題，具有憲法重要性，應予受理。爰提出本部分不同意見書⁷。

一、程序部分：刑事訴訟法第 358 條第 1 項亦應為本件聲請之審查標的

當事人得捨棄其上訴權，刑事訴訟法第 353 條定有明文。又，捨棄上訴權，應向原審法院為之（刑事訴訟法第 357 第 1 項），其方式原則上應以書面為之，但於審判期日，得以言詞為之（刑事訴訟法第 358 條第 1 項，下稱系爭規定二）。捨棄上訴權者，喪失其上訴權（系爭規定一）。捨棄上訴權後再上訴者，原審法院應以裁定駁回之（刑事訴訟法第 362 條前段及第 384 條前段）。

是系爭規定一係就當事人行使捨棄上訴權後之法律效果所設之規範。惟系爭規定一之適用，以當事人有效捨棄上訴權，為其前提。從而，系爭確定終局裁定雖未適用系爭規定二，然該規定所定行使捨棄上訴權之方式，是否與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨相符，與系爭規定一具有重要關聯，自應一併納入審查範圍。

二、實體部分：重罪被告於審判期日捨棄上訴權，應經辯護人在場協助或已諮詢辯護人，始符保障防禦權之意旨

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，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保

⁶ 參見聲請人於 111 年 6 月 29 日提出之「法規範憲法審查聲請書」第 5 頁至第 15 頁。

⁷ 聲請人另據最高法院 110 年度台非字第 146 號刑事判決，認該判決所適用之刑事訴訟法第 441 條規定，有違憲疑義，聲請法規範憲法審查，惟亦經 112 憲裁 29 不受理。就此部分，本席並無不同意見，附此敘明。

障其享有充分之防禦權。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能（憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決理由第 10 段參照）。

按被告受防禦權保障之程度，應視其所犯罪名之法定刑或所受宣告刑之輕重而定。申言之，被告犯法定刑為死刑或無期徒刑之罪，或經法院宣告 15 年以上有期徒刑、無期徒刑或死刑者，即為「重罪被告」⁸，因已涉及對其生命之剝奪或人身自由之重大限制，在程序上，更應確保此類被告為一切實質影響其訴訟權益之行為時，能獲得辯護人實質有效之協助，方與憲法保障刑事被告訴訟防禦權之意旨無違。

次按，被告上訴權之設，目的在使其對於不利於己之判決，有請求上級審法院救濟之機會。被告認其受到法院冤判、錯判時，上訴更是至關重大之救濟權利。系爭規定一明定捨棄上訴權後，即喪失上訴權，此一法律效果對被告權益之影響，可謂至關重大。

基此，立法者所設捨棄上訴權之規範，應避免重罪被告在並非真心信服判決、或非自認犯罪事實之情況下⁹，因一時衝動、意志消沉或思慮不周，遽行捨棄上訴權，致事後後悔。從而，法規範上，即不應使重罪被告在辯護人不在場，或未諮詢辯護人時，貿然捨棄上訴權。

系爭規定二對於行使捨棄上訴權之方式，僅簡略規定，原則應以書面為之，例外於審判期日時得以言詞為之。該規定結合法院就強制辯護案件，得未經辯護人到庭而宣示判決之條文（刑事訴訟法第 284 條及第 364 條參照），極可能致生重罪被告於宣判當日，於全然不知判決理由且辯護人未到庭提供訴訟上協助時，仍逕自為捨棄上訴

⁸ 依刑法第 64 條第 1 項及第 65 條第 1 項規定，死刑及無期徒刑，均不得加重，故死刑及無期徒刑，自屬嚴重之宣告刑。而依刑法第 64 條第 2 項及第 65 條第 2 項規定，死刑減輕者，為無期徒刑；無期徒刑減輕者，為 20 年以下 15 年以上有期徒刑。因此，15 年以上有期徒刑、無期徒刑及死刑，即堪認為嚴重之宣告刑。

⁹ 臺灣高等法院 95 年度重上更（七）字第 98 號刑事判決理由三（六）。

權之重大決定，造成對被告不利且難以挽回之影響。

綜上，系爭規定二未考量重罪被告應受辯護人高度協助之需求，從而對於捨棄上訴權之方式，未為不同之設計，導致重罪被告一旦捨棄上訴權，即生系爭規定一所定喪失上訴權之效果，是否與憲法保障被告享有充分防禦權之意旨相符，實有討論之價值與必要。

伍、結論：沉冤莫雪、屈判成招；民之不幸、國之不義

本件聲請案，值得特別關注者為：聲請人在審判中屢次否認犯行，為何會於更六判決宣告其共犯以強暴方法對於女子為性交之罪及殺人未遂罪，並判處應執行有期徒刑 20 年時，卻當庭捨棄上訴？

查，聲請人自受羈押時起（83 年 1 月 9 日），迄更六判決宣判日止（95 年 3 月 14 日）逾 12 年期間，其遭遇為：警訊時之自白有合理可懷疑之因素存在，而不具任意性¹⁰；歷經法院 14 次審判（含一審、二審及最高法院之歷審裁判），卻始終未受無罪之判決；曾遭法院判處死刑、無期徒刑等較更六判決更重之刑罰；父母已至耄耋之年。綜合參酌前述各項因素，聲請人似非不可能因期盼早日出獄，乃一時衝動，不計後果捨棄上訴，但旋即後悔，又想上訴，以求清白¹¹。

¹⁰ 更六判決指出：「然查：據台灣台北看守所新收被告內外傷記錄表上檢查人記載有：被告呂金鎧於 83 年 1 月 9 日入所時，身體左耳瘀血，左臉頰腫大之傷，依被告呂金鎧自述係於 83 年 1 月 9 日在圓通路刑事組地下室約中午 2 時許被幾明（名之誤）不知名警員和拘留人打傷，此有上開記錄表在卷可稽（見更（一）字卷第 71 頁、本院更（四）審卷第 66 頁）。依此記錄表所載，被告呂金鎧於 82（應為 83 年之誤繕）年 1 月 9 日進入台灣台北看守所羈押時，確實受有上開傷害……當日制作警訊筆錄過程復有不合經驗法則之事項，其警訊時之自白，為非任意性自白，即有合理可懷疑之因素存在。且其所寫之白白書，既係在同一警訊期間所為，自應有非任意性自白之推定。依刑事訴訟法第 156 條第 1 項：『被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據』，其反面解釋，本院認為被告呂金鎧警訊筆錄自白犯罪部分及白白書，既屬可疑，均不得採為證據。」參見更六判決理由三（一）。

¹¹ 本件刑案，最後經臺灣高等法院 97 年度重上更（十一）字第 218 號刑事判決認定聲請人及陳 A 為性侵及殺人之共犯，並經最高法院 98 年度台上字第 4148 號

刑事訴訟法作為落實憲法第 8 條及第 16 條保障憲法正當法律程序及訴訟防禦權之具體規定，應至少避免重罪被告因法律知識落差或一時誤判，又無辯護人之協助，而錯為不利於己之訴訟行為，致發生喪失上訴權等損及重要程序利益之情事。

試問，倘系爭規定一及二，因違反憲法保障被告訴訟防禦權之意旨，致被告沉冤莫雪、屈判成招，豈非民之不幸、國之不義！

刑事判決駁回陳 A 之上訴，而告確定。然而，聲請人於更六判決宣判之日捨棄上訴權後，嗣本案之更七審判決（臺灣高等法院 95 年度重上更（七）字第 98 號刑事判決）於事實欄，二，記載：「呂金鎧（即 112 憲裁 29 之聲請人）雖已判決確定，然因與卷內證據與科學 DNA 鑑定報告等不符，本判決不認定呂金鎧為共犯，詳細理由見本判決理由欄」；又於理由欄，二（五）認定：「況此次發回更審之精密 DNA 科學鑑定亦明確排除被告呂金鎧涉案以外，被告於原審已經詳細自白係一人所為，並列出其陳述依據如前，且被告陳錫卿多次明確陳明僅其一人所為，足見呂金鎧確係不知情與不在場。」

不同意見書

黃昭元大法官 提出
 許宗力大法官 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

[1] 本件聲請案（111 年度憲民字第 1993 號）聲請解釋之法規範有二：刑事訴訟法第 359 條「捨棄上訴權或撤回上訴者，喪失其上訴權。」及同法第 441 條「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。」規定。本裁定認聲請意旨並未於客觀上具體指摘上開二規定有何違憲之處，因而不受理本件聲請。對此，本席認為聲請意旨均已具體闡述上開二規定為何違憲，且本件聲請亦有其憲法上價值而應受理，謹提出不同意見如下。

[2] 先就聲請及受理要件而言，本件聲請書就上述憲法爭點，業已引用相關大法官解釋、本庭判決、大法官意見書及學者論述等資料，並詳細論證上開規定何以違憲，應無本裁定所稱「未具體指摘」之情形。以此理由而不受理，就本件而言，實有其不妥之處。

[3] 按過去之大法官不受理決議或目前本庭（包括審查庭）之不受理裁定，多有以聲請意旨「未具體指摘」為由，而不受理聲請。究其實際適用情形，有些聲請意旨確實是空泛指摘，甚至難以理解，以「未具體指摘」為不受理之理由，雖屬簡略，但尚可接受，以免本庭還要努力 make sense out of nonsense，徒然耗費時間及人力成本。現行憲法訴訟法明文要求本庭就不受理裁定均須附理由（參憲法訴訟法第 32 條第 3 項、第 61 條第 2 項），因此本庭無法像美國最高法院得以完全不附理由而不受理（此即選案權）。本庭不受理裁定中常見的「未具體指摘」等簡略理由，可說是現行制度之限制下，不得不然的選擇。然在某些不受理裁定之情形，例如本件，所謂「未具體指摘」，則可能是多數大法官認為聲請「實體無理由」的代稱，而非程

序上不符受理要件。

[4] 再就刑事訴訟法第 359 條所涉憲法爭點而言，刑事被告因當庭捨棄上訴權，而喪失其上訴權，除非檢察官另行上訴，否則該被告所受刑事判決亦將因而確定。如係有罪判決，尤其是宣告無期徒刑或較長刑度之有期徒刑等重罪判決，對被告人身自由之影響實屬重大。於被告已有選任或指定辯護人之情形，為維護被告防禦權之實效，在程序上自應容許或要求被告於諮詢其辯護人意見後，再行決定是否捨棄上訴。又為貫徹辯護人之有效辯護權，在程序上亦應容許並保障辯護人有於被告決定是否上訴前，提供其意見之機會。此於強制辯護案件（參刑事訴訟法第 31 條），尤有上述程序保障之必要，始符合憲法正當法律程序及被告防禦權之意旨。就此而言，本聲請案所主張之審查標的及其違憲理由，顯有其憲法上價值，而值得受理。

[5] 至於本件聲請另主張刑事訴訟法第 441 條所定非常上訴事由，「排除上級審法院審查下級審法院裁判之程序合憲性」因而抵觸憲法部分，固與刑事訴訟法相關規定（參同法第 447 條第 1 項第 2 款）及實務明顯不符，但此部分之聲請實應為憲法訴訟法第 32 條第 1 項所稱之「顯無理由」。這也是本席上述意見所言：「以未具體指摘代替實體無理由」的理由論述方式。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 30 號

聲請人 王光祿

訴訟代理人 羅惠馨律師

林秉嶽律師

上列聲請人為違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，認最高法院 106 年度台非字第 1 號刑事判決，有違反憲法之疑義，聲請裁判憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。 1

理 由

- 一、聲請人主張略以：其未經許可持有槍枝並獵捕保育類野生動物，經臺灣臺東地方法院為有罪判決，提起上訴後再經臺灣高等法院花蓮分院及最高法院駁回上訴確定。嗣由最高檢察署檢察總長提起非常上訴，最高法院復以同院 106 年度台非字第 1 號刑事判決（下稱系爭判決）駁回。聲請人認系爭判決違憲，理由如下：1、系爭判決就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，僅限於「以原住民文化所允許之方式製造」，始能免除刑罰，過度限縮解釋範圍。2、系爭判決就聲請人基於非營利自用目的而獵捕保育類野生動物部分，應不適用野生動物保育法第 21 條之 1 規定，過度限制原住民之狩獵文化權。3、系爭判決錯誤理解司法院釋字第 803 號解釋（下稱系爭解釋）之意旨，論理過程亦有諸多欠缺與矛盾情事。是聲請人認系爭判決違反憲法平等原則、比例原則、法律明確性原則、憲法增修條文第 10 條第 11 項規定及系爭解釋等，爰聲請裁判憲法審查。 1
- 二、查系爭判決係以前開非常上訴難認為有理由駁回，是本件聲請應以系爭判決為確定終局判決。次查，最高法院於前開非常上訴期間，認其應適用之法律有違憲疑義，裁定停止訴訟程序，向司法院大法官聲請解釋憲法，後經系爭解釋作成在案，均合先敘明。 2

| | |
|---------------|--|
| 楊大法官惠欽、蔡大法官宗珍 | |
|---------------|--|

【意見書】

不同意見書：黃大法官昭元提出，許大法官宗力、許大法官志雄加入。

謝大法官銘洋提出，許大法官宗力、許大法官志雄加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

劉育君

中華民國 112 年 8 月 11 日

程序
裁定

不同意見書

黃昭元大法官 提出

許宗力大法官 加入

許志雄大法官 加入

[1] 本件（111 年度憲民字第 3358 號）聲請人王光祿原係司法院釋字第 803 號解釋聲請人之一，他在該號解釋係認其所受有罪確定判決所適用之槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 21 條之 1 第 1 項等規定，有違憲疑義，因而聲請解釋。當時檢察總長亦就聲請人所受之有罪確定判決向最高法院提起非常上訴，而審理該非常上訴案件（106 年度台非字第 1 號）之最高法院刑事第七庭亦就該案件所適用之槍砲條例第 20 條第 1 項有關自製獵槍部分規定，聲請解釋。於大法官作成釋字第 803 號解釋後，最高法院仍以 106 年度台非字第 1 號刑事判決（下稱系爭判決）駁回上開非常上訴。這是本件聲請之原因案件訴訟經過。

[2] 關於槍砲條例第 20 條第 1 項所定「自製獵槍」要件，系爭判決認為應限於「以原住民文化所允許之方式製造」者，始得免除刑罰。聲請人王光祿主張系爭判決之上述見解，與釋字第 803 號解釋意旨有違。此外，系爭判決亦認為：「基於非營利自用目的而獵捕保育類野生動物，仍不得適用野生動物保育法第 21 條之 1 規定」，而免於該法所定之刑罰，聲請人主張系爭判決之上開裁判見解，亦與上開解釋意旨有違。聲請人因而就系爭判決，聲請裁判憲法審查。

[3] 本裁定引用本庭 111 年憲判字第 8 號判決有關裁判憲法審查聲請案之受理標準，就本件認為：「……聲請意旨所陳，尚難謂本件聲請已敘明系爭判決之法律見解對於聲請人所涉基本權利之理解或權衡，確有發生根本上錯誤或有重大遺漏之情形，而於系爭解釋作成之後，仍具受理並作成判決之憲法重要性。」從而不受理本件聲請。

[4] 本席認為：系爭判決就槍砲條例第 20 條第 1 項所稱自製獵槍之要件，認為應「限於以原住民文化所允許之方式製造」者，始得以免罰之裁判見解，不僅未見於釋字第 803 號解釋理由，也可能抵觸上開解

釋意旨。即使依本庭 111 年憲判字第 8 號判決所採之上開受理標準，亦可認系爭判決有關自製獵槍要件之上開法律見解，「對於聲請人所涉基本權利之理解或權衡，確有發生根本上錯誤」，是就本件裁判憲法審查之聲請，應有受理之必要及價值。

[5] 按釋字第 803 號解釋之解釋文第 1 段固然宣告槍砲條例第 20 條第 1 項規定合憲，並宣告該項所稱自製獵槍一詞並不違反法律明確性原則。然於解釋理由中並未將該項規定所稱自製獵槍限於「以原住民文化所允許之方式製造」者。系爭判決就自製獵槍要件所增加之上開限制，明顯無據。

[6] 再者，釋字第 803 號解釋在其解釋理由第 27 段甚且明示：

立法者係為尊重原住民依其文化傳承之生活方式，就原住民基於生活工作之需而製造、運輸或持有自製獵槍之違法行為除罪化，僅以行政處罰規定相繩。……至立法者僅就原住民自製獵槍（魚槍）之相關行為予以除罪化，不及於非屬自製之獵槍（魚槍）或其他槍枝種類（例如空氣槍），核屬立法者衡酌原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍，以及原住民自製之獵槍，其結構、性能及殺傷力，多不及制式獵槍，對社會秩序可能之影響等相關因素所為立法政策之選擇，尚不生抵觸憲法之疑慮。……[粗黑體為本席所加]

亦即強調「原住民基於生活工作之需」及「原住民以槍枝供作生活工具之用之合理範圍」等生活、工作上需求，為原住民得持有自製獵槍之事實基礎，且未就自製之方式、過程等限於「原住民文化所允許之方式」。就此而言，系爭判決之上述裁判見解已有明顯誤解，甚至抵觸釋字第 803 號解釋之疑慮，聲請人據以指責並請求裁判憲法審查，自有理由，而應受理。

[7] 其次，釋字第 803 號解釋於解釋文第 2 段則進一步宣告

103 年 6 月 10 日修正發布之槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與

憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。

[8] 要言之，上開解釋固然容忍法律（即槍砲條例）對於自製獵槍之規定，但也同時明確要求有關機關必須修正相關命令，提高並確保自製獵槍之規格及製造過程能符合安全性要求，以保障用槍人及第三人之人身安全。系爭判決所稱限於「以原住民文化所允許之方式製造」，如果是指親手親為之人工製造方式，這正是上開解釋理由所擔心的不安全製造方式，如何能繼續成為自製獵槍的合法要件？

[9] 又如系爭判決所稱之「以原住民文化所允許之方式製造」，係指向獵槍不能太先進、殺傷力不能太大等規格限制，如系爭判決理由三所述：

……原確定判決說明該槍枝既可使用口徑 12GAUGE 之制式散彈，自非以原住民文化所允許之方式製造，益顯與原住民所自製獵槍不同，而該槍枝既非屬原住民以其文化所允許之方式製造，再由被告取得，顯與槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項「自製獵槍」之構成要件不符，尚無援引該條項之規定據為被告有利之認定等旨，經核於法尚無不合。……

此項見解亦與釋字第 803 號解釋重視自製獵槍安全性之意旨不盡吻合，而有由本庭受理並予以審查之必要。

[10] 至聲請人質疑系爭判決有關「基於非營利自用目的而獵捕保育類野生動物，仍不得適用野生動物保育法第 21 條之 1 規定」之裁判見解亦屬違憲部分，按釋字第 803 號解釋理由書第 40 段：「……立法者於規範原住民基於傳統飲食與生活文化下因非營利性自用之需而得獵捕、宰殺或利用野生動物之範圍時，除有特殊例外（例如野生動物族群量逾越環境容許量之情形），應不包括保育類野生動物。……」

亦非採取絕對禁止獵捕保育類動物之立場，而仍容許特殊例外之可能。是就如何適用野生動物保育法第 21 條之 1 規定，既然涉及上開憲法爭點，系爭判決所持裁判見解亦有接受本庭具體審查之必要及價值。

[11] 如本意見書前述第 1 至 2 段之說明，本件是同一聲請人（王光祿）在法規範憲法審查（釋字第 803 號解釋）後，就相同規範（槍砲條例第 20 條第 1 項及野生動物保育法第 21 條之 1）於同一原因案件（有罪確定判決之非常上訴判決）之具體適用結果（非常上訴判決之法律見解），所提出之裁判憲法審查，應該是釋憲史上罕見（或首見）之實例。又本件所涉議題及爭點，不論是在釋字第 803 號解釋當時或解釋作成之後，都始終是社會矚目的重要憲法問題。就此聲請人之再次聲請，本庭如能受理，應可進一步審理上開解釋之未決爭議，並發揮更完整的違憲審查功能。可惜的是，本庭多數意見就本件聲請之行使選案權，似乎是選錯邊了。

不同意見書

謝銘洋大法官 提出
許宗力大法官 加入
許志雄大法官 加入

本件聲請人未經許可持有槍枝並獵捕保育類野生動物，經臺灣臺東地方法院為有罪判決，提起上訴後再經臺灣高等法院花蓮分院及最高法院駁回上訴確定。嗣由最高檢察署檢察總長提起非常上訴，聲請人與最高法院刑事第七庭認應適用之規定有違憲疑義，向本院聲請解釋憲法。經本院於 2021 年 5 月 7 日做成釋字第 803 號解釋後，最高法院於 2021 年 12 月 29 日以 106 年度台非第 1 號刑事判決（下稱系爭判決）認前開非常上訴難認有理由駁回。

聲請人認系爭判決違反憲法平等原則、比例原則、法律明確性原則、憲法增修條文第 10 條 11 項規定及系爭解釋等，提出本件聲請裁判憲法審查。

本件經本院審理後，多數大法官意見認為應不受理。就此本席並無法贊同，爰提出不同意見。

一、本件不受理之理由

本件不受理之理由，主要在於多數大法官認為「於裁判憲法審查之情形，除訴訟程序之指揮進行，若涉及憲法正當法律程序之要求者，應受裁判違憲審查外，就各級法院對於法律之解釋或適用是否構成違憲，應視其對於基本權利之理解或權衡，是否發生根本上錯誤或有重大遺漏之情形」，本件「核聲請意旨所陳，尚難謂本件聲請已敘明系爭判決之法律見解對於聲請人所涉基本權利之理解或權衡，確有發生根本上錯誤或有重大遺漏之情形，而於系爭解釋作成之後，仍具受理並作成判決之憲法重要性。」

二、本件主張系爭裁判違憲之理由具有憲法重要性

本件聲請人主張系爭判決違憲之理由如下：1. 系爭判決就槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項規定，僅限於「以原住民文化所允許之方式製造」，始能免除刑罰，過度限縮解釋範圍。2. 系爭判決

就聲請人基於非營利自用目的而獵捕保育類野生動物部分，應不適用野生動物保育法（下稱野保法）第 21 條之 1 規定，過度限制原住民之狩獵文化權。3. 系爭判決錯誤理解司法院釋字第 803 號解釋（下稱系爭解釋）之意旨，論理過程亦有諸多欠缺與矛盾情事等。

（一）「自製獵槍」範圍之認定不符釋字第 803 號解釋

本院釋字第 803 號解釋，雖然認為槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條第 1 項所規定「自製之獵槍」一詞，尚與法律明確性原則無違；然而同時也認為「槍砲彈藥刀械許可及管理辦法第 2 條第 3 款規定對於自製獵槍之規範尚有所不足，未符合使原住民得安全從事合法狩獵活動之要求，於此範圍內，與憲法保障人民生命權、身體權及原住民從事狩獵活動之文化權利之意旨有違。有關機關應至遲自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨儘速檢討修正，就上開規範不足之部分，訂定符合憲法保障原住民得安全從事合法狩獵活動之自製獵槍之定義性規範。」等語，由此可見本院釋字第 803 號解釋對於自製獵槍範圍之解釋著重於「安全性」之考量，要求在規範上應朝使原住民得安全從事合法狩獵活動之方向檢討修正。在修法之前，法院於解釋適用相關規定時，亦應依此意旨為之。

然而系爭判決並未充分掌握並依循本院釋字第 803 號解釋之意旨，反而要求原住民所使用之獵槍必須「以原住民文化所允許之方式製造」，不僅無視原住民傳統即是使用外來的現代槍枝進行狩獵，而無自製獵槍的文化，且增加釋字第 803 號解釋所無之限制，無異於要求原住民只能使用危險性極高的舊式土製獵槍，顯然忽略釋字第 803 號解釋對於「安全性」之考量與要求，而與憲法保障人民身體權與健康權之旨有違。

（二）對基於傳統文化非營利自用目的而獵捕保育類野生動物者科處刑罰，違反罪刑法定原則

本院釋字第 803 號解釋，對於保育類野生動物，認為「立法者對原住民基於傳統文化下非營利性自用而獵捕、宰殺或利用野生動物之行為予以規範，或授權主管機關訂定管制規範時，除有特殊例外，

其得獵捕、宰殺或利用之野生動物，應不包括保育類野生動物，以求憲法上相關價值間之衡平。」此一方面是對立法者未來立法規範時，或授權主管機關訂定相關管制規範時的指引；另一方面也明示「除有特殊例外……應不包括保育類野生動物」，使立法者有一定的立法裁量空間，而非一律禁止。

然而系爭判決卻在立法者尚未立法定制前，直接解釋限縮原住民族基本法第 19 條的適用範圍而認為「基於非營利性自用之需，仍不得任意獵捕保育類野生動物」，並進而認為非常上訴並無理由，而忽略野保法第 21 條之 1 第 1 項明文規定台灣原住民族基於其傳統文化、祭儀，而有獵捕、宰殺或利用野生動物之必要，不受第 18 條第 1 項規定（保育類野生動物應予保育，不得騷擾、虐待、獵捕、宰殺或為其他利用）之限制，且既然不受第 18 條第 1 項規定限制，自亦不構成野保法第 41 條第 1 項第 1 款（未具第 18 條第 1 項第 1 款之條件，獵捕、宰殺保育類野生動物者）所欲規範處罰的對象。

至於系爭判決所稱違反野保法第 21 條之 1 第 2 項前段規定「前項獵捕、宰殺或利用野生動物之行為應經主管機關核准」，雖然釋字第 803 號解釋認為其所採之事前申請核准之管制手段，尚不違反憲法比例原則，然而縱使本件未事先經主管機關核准而違反此一規定，這也只是違反野保法第 51 條之 1 應處以行政罰的問題，而非科以刑罰。

由上可知，系爭判決在法律的適用上，是否即與罪刑法定原則無違，值得進一步檢討；且系爭判決無視野保法第 21 條之 1 對於原住民族傳統文化、祭儀之特殊保障，不僅不符原住民族基本法第 19 條之規定意旨，亦與憲法增修條文之第 10 條第 11 項國家積極維護發展原住民族之旨有違。

三、結論：本件有受理價值與憲法上之重要意義

系爭判決所持之法律見解，不僅未能落實憲法所要求保障原住民族文化之維護與發展，且限制原住民所使用之獵槍必須「以原住民族文化所允許之方式製造」，危及原住民族受憲法保障之身體、健康

權；且限縮原住民族基本法第 19 條的適用範圍，使其不及於保育類野生動物，並進而對於違反之行為依野保法第 41 條科處刑罰，而非對於未經主管機關核准之行為，依野保法第 51 條之 1 處以行政罰，亦有值得重新審查之處。

是以本席認為本件裁判憲法審查聲請案，有受理之價值與憲法上之重要意義，爰提出不同意見如上。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 117 號

聲請人 優利資源整合股份有限公司

代表人 李芃葳

訴訟代理人 鄧湘全律師

上列聲請人為勞動基準法事件，認最高行政法院 110 年度上字第 108 號判決，所實質援用之行政訴訟法第 19 條第 5 款規定及司法院釋字第 178 號解釋，有違憲疑義，聲請法規範憲法審查，並就司法院釋字第 178 號解釋聲請補充解釋。本庭裁定如下：

主 文

本件不予受理。 1

理 由

- 一、聲請人主張略以：聲請人為勞動基準法事件，遭臺北市勞動局（下稱勞動局）以違反勞動基準法（下稱勞基法）第 36 條、行為時勞基法第 32 條第 2 項，合計開罰新臺幣 12 萬元，並公布聲請人名稱及負責人姓名。聲請人不服，先後提起訴願及行政訴訟。案經臺北高等行政法院 107 年度訴字第 1119 號判決（下稱一審判決）判決聲請人全部勝訴，勞動局不服上訴，一審判決遭最高行政法院 109 年度判字第 338 號判決（下稱前次上訴審）撤銷發回，復經臺北高等行政法院高等庭 109 年度訴更一字第 57 號判決（下稱更一審判決）再次判決聲請人全部勝訴，勞動局不服再次上訴，又經最高行政法院 110 年度上字第 108 號判決（下稱確定終局判決）廢棄更一審判決並自為判決聲請人敗訴確定。聲請人認確定終局判決與前次上訴審之承審法官有所重複，確定終局判決所實質適用行政訴訟法第 19 條第 5 款規定（下稱系爭規定）及司法院釋字第 178 號解釋（下稱系爭解釋），認系爭規定對法官曾參與前審裁判應自行迴避之適用範圍，不包括更審前之原裁判，違反公平審判原則，牴觸司法院釋字第 256 號解釋及憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，並對系爭解釋聲請補充解釋等 1

語。

- 二、查本件聲請補充解釋部分，核其聲請意旨，應係就系爭解釋依憲 2
法訴訟法（下稱憲訴法）第 42 條第 2 項聲請為變更之判決，本
庭爰依此審查，合先敘明。
- 三、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 3
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；人民對於經司法院解釋或憲法法庭判決宣告未違憲之法規
範，因憲法或相關法規範修正，或相關社會情事有重大變更，認
有重行認定與判斷之必要者，得分別依相關程序聲請憲法法庭為
變更之判決；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受
理，憲訴法第 59 條第 1 項、第 42 條第 2 項及第 32 條第 1 項規
定分別定有明文。
- 四、關於聲請法規範憲法審查部分，查系爭規定與刑事訴訟法第 17 4
條第 8 款規定之用語雖略有差異但規範意旨相同，而刑事訴訟法
第 17 條第 8 款業經本庭 112 年憲判字第 14 號判決宣告法官「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。且於判決理由指出「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」。是本件對系爭規定聲請法
規範憲法審查部分，本於舉重明輕之法理，自無再行受理之必
要。
- 五、關於聲請變更判決部分，查系爭解釋係以刑事訴訟法第 17 條第 5
8 款有關法官迴避規定為其解釋標的，系爭解釋之審查客體與系
爭規定並不相同，自非屬「經司法院解釋或憲法法庭判決宣告未
違憲之法規範」，故不得對系爭解釋聲請變更判決。是本件聲

請，核與上開規定不合，應不受理。

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

大法官就主文所採立場如下表所示：

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

【意見書】

不 同 意 見 書：黃大法官昭元提出，張大法官瓊文加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 涂人蓉

中華民國 112 年 9 月 28 日

不同意見書

黃昭元大法官 提出

張瓊文大法官 加入

程序裁定

[1] 本件聲請案（112 年度憲民字第 447 號）主張：聲請人據以聲請之確定終局判決（最高行政法院 110 年度上字第 108 號判決）所實質援用之行政訴訟法第 19 條第 5 款規定（下稱系爭規定）及司法院釋字第 178 號解釋（下稱系爭解釋），二者所稱「曾參與前審裁判之法官」，不包括「曾參與更審前裁判之法官」，違反公平審判原則，牴觸司法院釋字第 256 號解釋及憲法第 16 條保障訴訟權規定。基於上述理由，聲請人除請求宣告系爭規定違憲或以合憲性解釋方式將其適用範圍擴張及於「曾參與更審前裁判之法官」外，並聲請補充系爭解釋。

[2] 就本件聲請補充系爭解釋部分，本裁定先在理由二認聲請意旨係依憲法訴訟法第 42 條第 2 項聲請為變更之判決；再於理由五就聲請變更系爭解釋部分，認「系爭解釋係以刑事訴訟法第 17 條第 8 款有關法官迴避規定為其解釋標的，系爭解釋之審查客體與系爭規定並不相同」，故系爭解釋自非屬憲法訴訟法第 42 條第 2 項所定「經司法院解釋或憲法法庭判決宣告未違憲之法規範」，聲請人不得對之聲請變更判決，因此不受理此部分之聲請。

[3] 本席贊成不受理本件有關聲請補充解釋部分，然就不受理之理由，則認為聲請人係聲請補充系爭解釋，而非聲請變更，實與憲法訴訟法第 42 條無涉。本裁定於理由二將聲請「補充」轉譯為聲請「變更」，顯無必要。按聲請補充解釋之程序類型，原係大法官在法無明文之情形下，本於程序自主權，在實務上所自行承認或創設之聲請及解釋類型。現行憲法訴訟法對於聲請補充之類型亦無明文規定，而僅於第 42 條第 2 項及第 3 項就變更判決之要件有所規範。然在憲法訴訟法施行後，本庭仍繼續承認並受理聲請補充解釋或判決之類型，如 111 年憲判字第 6 號、第 10 號及第 13 號判決，112 年憲判字第 6 號、第 8 號及第 14 號判決，且亦曾作成補充先前大法官解釋之判決

（參 112 年憲判字第 8 號判決主文一）。又上開第 42 條係規定於憲法訴訟法第二章第三節「裁判」一節中，屬於裁判表決門檻、格式、效力等性質之規定，並非有關聲請類型之規定；且就憲法訴訟法之整體架構及內容而言，亦無從推知立法者有意透過第 42 條規定，而當然排除實務上向來承認之聲請補充類型。本裁定先將聲請補充解為聲請變更，再以不符聲請變更之要件為由，不受理上開聲請。其預設之規範背景及思考理路，實令人費解。

[4] 本席認為：由於系爭解釋係以刑事訴訟法第 17 條第 8 款有關法官迴避規定為其解釋標的，而系爭規定係行政訴訟法第 19 條第 5 款有關法官迴避之規定，故上開確定終局判決自不可能適用系爭解釋。故本裁定應該以上開確定終局判決未適用系爭解釋為由，不受理此部分之聲請，而不必轉折引用憲法訴訟法第 42 條第 2 項規定。

[5] 次就本件聲請法規範憲法審查部分，查本件據以聲請之確定終局判決（最高行政法院 110 年度上字第 108 號判決）係於 2023 年 1 月 12 日作成，聲請人則於同年 4 月 28 日向本庭提出聲請，確實符合憲法訴訟法第 59 條第 2 項所定 6 個月聲請期限之要求。然本件聲請標的僅列有系爭規定及系爭解釋，而不包括上開確定終局判決，是否符合合同法第 59 條第 1 項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」之聲請要件，則為另一問題。按上開第 59 條第 1 項規定看似容許人民仍得僅就「受不利確定終局裁判所適用之法規範」聲請法規範憲法審查，而不同時就該確定終局裁判聲請裁判憲法審查，有如憲法訴訟施行前之人民聲請類型。若僅就上開第 59 條第 1 項規定之文義而言，本件聲請所列之標的看似符合其所定要件。雖然本席向來認為憲法訴訟法第 59 條所定之人民聲請案件，其聲請及審查標的必須包括裁判，而不能只有裁判所適用之法規範。此種單純的法規範憲法審查類型，是司法院大法官審理案件法時期人民聲請案之聲請及審查標的類型，在憲法訴訟法施行後，應該已不得再提起。

[6] 然上開憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定已於 2023 年 6 月修正為：「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。」並於同年 7 月 7 日起施行，而為本裁定作成時所應適用之規定。故依上開 7 月 7 日起施行之憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定，人民聲請案至少須列其所受不利確定終局裁判為標的，始為合法。換言之，人民之聲請標的應限於下列兩種情形：一是僅就確定終局裁判聲請裁判憲法審查（可稱為「單純」的裁判憲法審查），二是同時就該裁判及其所適用之法規範，聲請裁判及法規範憲法審查（可稱為「複合」的裁判憲法審查），而不能僅就該裁判所適用之法規範提起「單純」的法規範憲法審查。如果說在憲法訴訟法施行前（2022 年 1 月 4 日前），人民僅能提起單純的法規範憲法審查，而不能提起單純或複合的裁判憲法審查；然在憲法訴訟法施行後，至遲自 2023 年 7 月 7 日起，人民則一定要將確定終局裁判列為聲請標的，始得提起裁判憲法審查（另可選擇是否附加法規範憲法審查），而不能僅提起單純的法規範憲法審查。這也是憲法訴訟法第 59 條第 1 項於 2023 年 6 月修正之意旨所在：更明確地排除單純的法規範憲法審查類型。

[7] 是就本件聲請法規範憲法審查部分而言，聲請人係僅就上開確定終局判決所適用之系爭規定聲請本庭判決（單純的法規範憲法審查），而未同時就上開確定終局判決聲請裁判憲法審查，明顯不符憲法訴訟法第 59 條第 1 項要件。本裁定如不受理本件有關法規範憲法審查之聲請部分，其理由亦應包括這點。

[8] 惟如考量聲請人係於憲法訴訟法第 59 條第 1 項規定修正前即已提出聲請，本席認為：於上開條文在 2023 年 7 月 7 日起施行後，在程序上，本庭應可先命聲請人追加上開確定終局判決為其聲請標的，以符合修正後之規定。然本裁定多數意見或係考量本件聲請「自無再行受理之必要」（參本裁定理由四），從而逕依憲法訴訟法第 32 條第 1 項規定，不受理本件有關係爭規定之聲請部分，而未先要求聲請人

追加上開確定終局判決為本件之聲請及審查標的。

[9] 就此部分而言，本裁定在理由四認：

系爭規定與刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定之用語雖略有差異但規範意旨相同，而刑事訴訟法第 17 條第 8 款業經本庭 112 年憲判字第 14 號判決宣告法官「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，「曾參與前審之裁判者」，不包括「曾參與發回更審前同審級法官之裁判」之情形，與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨，尚無違背。且於判決理由指出「然因刑事訴訟攸關犯罪追溯、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」。是本件對系爭規定聲請法規範憲法審查部分，本於舉重明輕之法理，自無再行受理之必要。

[10] 本裁定援引本庭之先前判決，就不同之聲請標的，以「舉重明輕之法理」，而逕自不受理，這可能是本庭如此認定並明白以此為不受理理由的首例。按本件之聲請標的（行政訴訟法第 19 條第 5 款）與 112 年憲判字第 14 號判決之主要標的（刑事訴訟法第 17 條第 8 款）本即不同，因此並非憲法訴訟法第 24 條第 1 項但書所定「應合併審理」的情形，至多是同條項前段之「得合併審理」。然縱使合併審理，也只是「得合併裁判」，而非「應合併裁判」。故本庭未選擇上述合併審理或裁判之方式，將本件聲請併入 112 年憲判字第 14 號判決一案之審理及裁判，應屬適當。

[11] 本席認為：本件聲請於追加確定終局判決為審查標的後（不論是命聲請人追加或由本庭依職權追加¹），應該就符合聲請要件而得受

¹ 本庭於 112 年度憲民字第 846 號曾國乙聲請案（2023 年 8 月 21 日收文），就有關刑法第 51 條第 7 款及第 53 條、最高法院 80 年台非字第 473 號刑事判例聲請法規範憲法審查部分，固以本庭以 112 年憲裁字第 134 號裁定予以不受理。惟就上開聲請案中，有關刑事訴訟法第 477 條第 1 項（下稱系爭規定一）及刑法

理。然本裁定就本件聲請並未朝此方向予以受理並單獨審理、裁判，而是直接不受理。就此結論，實有檢討之空間。如果參照 112 憲判字第 14 號判決就「曾參與第三審發回判決之法官又參與同一案件再次上訴後之第三審裁判」類型，所為合憲宣告之結論及理由，本件有關係爭規定部分之聲請，亦應屬無理由，而同時駁回其法規範及裁判憲法審查之聲請。如此處理（受理後作成合憲宣告之判決），應該是比較周全的審理方式。

[12] 換言之，本庭就不同審查標的之案件，如認所涉爭點類似，審查結論及理由也相似，縱令要減省憲法法庭之人力及成本，在制度上，本席認為本庭應該還是要先受理後，再扼要援引先前類似判決之理由，而為相同判斷之宣告。本庭 111 年憲判字第 10 號判決於理由第 34 至 42 段，就公務人員考績法第 6 條第 3 項第 4 款、第 7 條及第 8 條所定「年度考績累積滿二大過之免職規定」，是否抵觸憲法第 77 條規定部分，即扼要援引 111 年憲判字第 9 號判決中，有關「年度考績丁等之免職規定」是否抵觸憲法第 77 條規定之相關理由，而為相同結論之合憲宣告，即屬先例。在立法上，將來或可考慮修法讓審查庭就此種案件，得依憲法法庭（15 人庭）之判決先例，作成類似判斷之實體判決，前提是不得修正或變更憲法法庭之判決先例。

[13] 由於 112 年憲判字第 14 號判決就與本件類似之憲法爭點，係作

第 51 條第 5 款（下稱系爭規定二）聲請法規範憲法審查部分，則編列為 112 年度憲民字第 900942 號聲請案，於受理後併入會台字第 13252 號簡維毅聲請案一案合併審理。關於上開受理部分，聲請人曾國乙本僅提出法規範憲法審查，而未同時就其據以聲請之確定終局裁定（最高法院 112 年度台抗字第 513 號刑事裁定，下稱系爭裁定二）聲請裁判憲法審查，形式上本不符合憲法訴訟法第 59 條第 1 項要件。然本庭於上開不受理裁定之理由六則說明：「至聲請人就系爭裁定二及所適用之系爭規定一及二，聲請憲法法庭裁判部分，則另行審理，併此敘明。」（黑體為本席所加）顯已將上開確定裁定（2023 年 4 月 28 日作成）主動列為本庭擬受理及審查之標的。依上開裁定之理由六觀之，本庭應係依職權將聲請人本未列入之上開確定裁判，一併納入為聲請標的，而不是先命聲請人追加、補正。這應該是憲法訴訟法第 59 條於 2023 年 7 月 7 日修正施行後的首例，值得注意。

成合憲宣告之判決，因此本庭之逕以不受理裁定代替合憲宣告之判決，尚不致損及聲請人利益。然如 112 年憲判字第 14 號判決就類似爭點係作成違憲宣告之判決，則本庭即應受理本件聲請，並另作成違憲宣告之判決。即使理由類似，亦不得因此就不受理。按於違憲宣告之情形，因涉及聲請人之個案救濟，自不得以判決內容類似為由，即逕自不受理，否則勢必損及聲請人之權益。況在法理及審查程序上，受理與否之決定，理應早於實體判斷，在原則上也不應受到實體判斷之逆向影響。本裁定之不受理本件聲請，實為顛倒程序上之受理決定及實體上之合憲判斷，也過於便宜行事。

[14] 最後，本裁定雖引用憲法訴訟法第 32 條第 1 項而不受理本件聲請，然並未清楚說明本件聲請究屬該條項之「不合法」或「顯無理由」。本席認為：依本裁定理由四所稱「本於舉重明輕之法理，自無再行受理之必要」之意旨，本裁定應該是認為本件聲請「顯無理由」（以不受理取代合憲宣告），而非聲請「不合法」。就此而言，本裁定應該也是上述條項所定「顯無理由」之具體事由的重要範例，值得注意。

[15] 綜上，本席認為：就本件聲請法規範憲法審查部分，應予受理，再依本庭 112 年憲判字第 14 號判決意旨，作成合憲宣告之判決。另就本件所涉上述相關程序爭點，亦有釐清或進一步討論之必要，謹提出以上意見供參。

112 年憲裁字第 117 號

程序
裁定

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 133 號

聲 請 人 洪啓倫

上列聲請人為聲請定應執行刑案件，關於最高法院 105 年度台抗第 327 號刑事裁定，所適用之刑法第 51 條第 5 款及刑事訴訟法第 477 條規定，聲請解釋憲法暨暫時處分，本庭裁定如下：

主 文

- 一、本件聲請不受理。 1
- 二、本件暫時處分之聲請駁回。 2

理 由

- 一、本件聲請人為聲請定應執行刑案件，認最高法院 105 年度台抗字第 327 號刑事裁定（下稱系爭裁定），所適用之刑法第 51 條第 5 款及刑事訴訟法第 477 條規定，有違憲疑義，爰於中華民國 106 年 03 月 07 日聲請解釋憲法暨統一解釋。聲請人又陸續於 108 年 12 月 16 日來文查詢案件審理進度、於 109 年 04 月 13 日聲請閱覽卷宗、於 109 年 06 月 04 日聲請撤回聲請統一解釋部分，並於 109 年 08 月 21 日聲請暫時處分及補充理由等。 1
- 二、按，於 111 年 1 月 4 日憲法訴訟法修正施行前（下同）已繫屬而尚未終結之案件，除憲法訴訟法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前即司法院大法官審理案件法（下稱大審法）規定定之。憲法訴訟法第 90 條第 1 項定有明文。又按，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，大審法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。末按，聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲法訴訟法第 32 條第 1 項亦定有明文。 2
- 三、經查： 3
 - 1、聲請人於 106 年 03 月 07 日聲請解釋憲法，是本件聲請受理與 4

- 否應依大審法第 5 條第 1 項第 2 款之規定定之。
- 2、聲請人因犯竊盜等罪，先後經判決確定。臺灣臺中地方法院檢察署（現為臺灣臺中地方檢察署）檢察官依刑事訴訟法第 477 條規定，向法院聲請定應執行刑，經臺灣臺中地方法院 104 年度聲字第 4998 號刑事裁定，定應執行有期徒刑 7 年 6 月，檢察官不服，提起抗告，經臺灣高等法院臺中分院 105 年度抗字第 84 號刑事裁定，撤銷原裁定，定應執行有期徒刑 12 年 4 月，聲請人不服，提起再抗告，經系爭裁定，以再抗告無理由駁回確定。是本件聲請應以系爭裁定為確定終局裁判。 5
- 3、惟聲請人犯有他罪並經法院判決確定。臺灣雲林地方檢察署檢察官遂將系爭裁定之原因案件及他罪合併，依法向法院聲請定應執行刑，經臺灣雲林地方法院 110 年度聲字第 852 號刑事裁定，定應執行有期徒刑 12 年 6 月。聲請人不服，提起抗告，經臺灣高等法院臺南分院 110 年度抗第 1007 號刑事裁定，以抗告無理由駁回。聲請人仍不服，提起再抗告，經最高法院 111 年度台抗第 215 號刑事裁定，以再抗告無理由駁回確定。 6
- 4、據上，系爭裁定之範圍及效力，既已遭上開最高法院 111 年度台抗字第 215 號刑事裁定取代，是系爭裁定即尚難認屬有侵害人民基本權之確定終局裁定。 7
- 四、綜上，本件聲請關於系爭裁定所適用刑法第 51 條第 5 款及刑事訴訟法第 477 條規定聲請解釋部分，核與上開大審法規定所定要件未符，爰裁定不受理。又本件聲請既已不受理，聲請人有關此部分暫時處分之聲請即失所依附，應併予駁回。 8

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 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳鐸
蔡明誠 林俊益 許志雄
張瓊文 黃瑞明 詹森林
黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|
| 許大法官宗力、蔡大法官焯燉、 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、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 |

【意見書】

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

孫國慧

中 華 民 國 112 年 9 月 28 日

不同意見書

楊惠欽大法官 提出

本號裁定就原已經憲法法庭受理之聲請案（下稱本件聲請案），逕以原據以聲請之定應執行刑裁定已經另一裁定所取代，即予不受理，併駁回其暫時處分之聲請，因將使本件聲請案之聲請人就其合於數罪併罰之定應執行刑爭議，喪失原因此爭議之受理，而得獲之個案權利救濟機會。是本席尚難以同意，爰提出不同意見。

壹、本件聲請案原因案件事實概要，以及業經憲法法庭受理後，復生之爭議

本號裁定聲請人係就聲請定應執行刑案件，認最高法院 105 年度台抗字第 327 號刑事裁定（下稱前裁定），所適用之刑法第 51 條第 5 款及刑事訴訟法第 477 條規定（下併稱系爭規定），有違憲疑義，於中華民國 106 年 3 月 7 日聲請解釋憲法暨統一解釋；嗣於 109 年 6 月 4 日撤回聲請統一解釋部分，以及於同年 8 月 21 日聲請暫時處分（本號裁定理由一參照）。

又前裁定所維持之應執行刑係「有期徒刑 12 年 4 月」（前裁定參照）；嗣臺灣雲林地方檢察署檢察官將前裁定之各罪及聲請人所犯他罪合併，向法院聲請定應執行刑，經臺灣雲林地方法院 110 年度聲字第 852 號刑事裁定，定應執行「有期徒刑 12 年 6 月」。聲請人不服，提起抗告及再抗告，終經最高法院 111 年度台抗字第 215 號刑事裁定（下稱後裁定），以聲請人之再抗告無理由，予以駁回確定（本號裁定理由三 3、參照）。

承上所述，本件聲請案係針對定應執行刑案件，以前裁定（應執行有期徒刑 12 年 4 月）所適用之系爭規定有違憲疑義，於 106 年間提出之憲法審查（解釋）聲請。而此聲請案嗣經憲法法庭於 108 年間決議受理，並經公告在案。惟因聲請人另犯有與前裁定所定應執行刑之罪合於數罪併罰規定之他罪，乃另有併定應執行刑（有期徒刑 12 年 6 月）之裁定，並經後裁定以聲請人之再抗告無理由予以維持，於 111 年間確定在案。從而，孳生前裁定得否仍作為本件聲請案

之確定終局裁定？又憲法法庭得否依職權，認應以後裁定作為本件聲請案之確定終局裁定等之疑義。

貳、為達本件聲請人欲經由聲請憲法判決以獲有效救濟之目的，本件聲請案迄今應以後裁定為確定終局裁判

一、關於數罪併罰之先後定應執行裁定之關係

按裁判確定前犯數罪者，併合處罰之；數罪併罰，有二裁判以上者，依刑法第 51 條之規定，定其應執行之刑，同法第 50 條第 1 項前段、第 53 條分別定有明文。又被告所犯數罪有二裁判以上時，其所犯各罪是否合於數罪併罰規定，應以各裁判中最初判決確定者為基準，凡在該裁判確定前所犯之各罪，均應依刑法第 50 條、第 51 條規定，定其應執行之刑。又數罪併罰案件之定應執行刑之實體裁判確定後，即生實質之確定力，除因增加經另案判決確定合於數罪併罰之其他犯罪，或原定應執行刑之數罪中有部分犯罪，因非常上訴、再審程序而經撤銷改判，或有赦免、減刑等情形，致原裁判定應執行刑之基礎已經變動等，而有另定應執行刑之必要者外，法院應受原確定裁定實質確定力之拘束（最高法院 110 年度台抗大字第 489 號刑事裁定參照）。

從而，於數罪已定應執行刑後，如有上述因增加經另案判決確定之合於數罪併罰之其他犯罪，而另定應執行刑確定者，先前原定之應執行刑，因其構成併罰基礎之宣告刑增加，則應執行刑於相應範圍內隨即發生變動，其原定之執行刑即當然失其效力（最高法院 109 年度台非字第 110 號刑事判決參照）。

二、就聲請人所為定應執行有期徒刑 12 年 4 月之前裁定，嗣後業因後裁定之確定而失其效力

承上，依前開關於數罪併罰之先後定應執行裁定之實務見解，本件聲請案關於對聲請人所為定應執行有期徒刑 12 年 4 月之前裁定，應已失其效力。

申言之，就聲請人所犯符合數罪併罰之數罪，以前裁定所定之應執行刑，已因聲請人所犯符合數罪併罰之數罪有所增加，因而所

為之後裁定確定，而失其效力；亦即就聲請人所犯符合此系列數罪併罰之數罪，其應執行刑係依後裁定所定之有期徒刑 12 年 6 月，至於依前裁定所定應執行刑之數罪，其等之應執行刑則已經後裁定所包含。雖後裁定於定應執行刑之外部性界限考量上，前裁定所定之應執行刑係其中之一項因子（基於不利益變更禁止），但於後裁定已確定後，本席認縱事後又有其他符合數罪併罰之犯罪，而應再定應執行刑，其定應執行刑之外部性界限所應考量因素之前次所定應執行刑，亦係上述後裁定之應執行刑，已非前裁定所定之應執行刑，故前裁定就本件聲請人所犯符合數罪併罰之定應執行刑一事言，亦已不具意義。

三、本件聲請案應以後裁定作為確定終局裁判，就聲請人嗣後之尋求個案權利救濟言，始具意義

綜上，不論基於憲法解釋一向所肯認聲請人之個案權利救濟之效力，或憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項之所明文之人民聲請憲法解釋之要件，據前裁定所為之憲法審查聲請，並未能達成聲請人關於原因案件之個案權利救濟目的；亦即依聲請人於本件聲請案之聲請意旨，得以達成聲請人欲經由聲請憲法判決以獲個案有效權利救濟目的之確定終局裁判，迄今應為後裁定（詳下述）。

參、就本件聲請案，憲法法庭應為聲請人之利益，依職權認定確定終局裁判

一、基於憲法訴訟兼具對聲請人個案權利救濟之功能，符合人民聲請憲法審查（解釋）要件之「確定終局裁判」，應係對聲請人不利之確定終局裁判

（一）憲法法庭一向肯認有利於聲請人之憲法裁判（司法院解釋），對聲請案係具個案權利救濟之效力，故憲法訴訟實兼具對聲請人個案權利救濟之功能

憲法關於賦予大法官職權之規定，並未明文大法官應為一般人民權利救濟之機關，即便在憲訴法修正施行前之大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定，亦著重於確定終局裁判適

用之「法律或命令有無牴觸憲法」之「法規範憲法審查」，尚無關於聲請人能否依解釋結果請求救濟之明文。惟大法官仍藉由作成司法院釋字第 177 號解釋，首先指出：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」繼而在司法院釋字第 185 號解釋闡明：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，……確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由。……」而使解釋發生對聲請人之個案權利救濟作用。

嗣後，大法官又就宣告違憲法規定期失效之解釋模式，作成司法院釋字第 725 號解釋，更加強解釋效力之個案權利救濟功能，明揭：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第 177 號及第 185 號解釋應予補充。」

上述司法院釋字第 177 號、第 185 號及第 725 號解釋，闡明解釋之效力，使司法院解釋對原因案件具有一般權利救濟之功能；嗣並於憲訴法第 91 條第 2 項及第 92 條第 2 項明定之。至於憲法法庭判決對於憲訴法修正施行後聲請憲法審查之案件，亦有個案權利救濟功能，此觀憲訴法第 53 條、第 59 條第 1 項、第 62 條及第 88 條規定自明。

(二) 基於憲法審查（解釋）所兼具對聲請個案權利救濟之功能，人民聲請憲法審查（解釋），應持對其不利之確定終局裁判為之

按不論依憲訴法第 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。」或本件聲請案聲請時之大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。」個案聲請人於聲請憲法審查（解釋）時，均應主張其窮盡審級救濟之確定終局裁判為何。而為利聲請人於獲有利之憲法裁判（司法院解釋）後，得獲有效之個案權利救濟途徑，聲請人所據以聲請憲法裁判者，應係對其不利之確定終局裁判。

二、憲法法庭向有依職權擴張審查客體及認定聲請案之確定終局裁判之慣例

（一）憲法訴訟具高度職權主義色彩，尚非不得於聲請人聲明之外，例外依職權擴張審查客體

按因憲訴法之修正施行，大法官之審理釋憲案件，雖因之裁判化及法庭化，由具法院性質之憲法法庭，以訴訟程序審理釋憲案件，並以裁判方式宣告審理結果。但憲法解釋一向所具之客觀規範審查功能並未變動，故憲法訴訟仍具高度之職權主義色彩，不僅審查之違憲理由不受聲請人主張之拘束，就聲請人所未主張之審查標的，若與聲請人所主張者具密切關聯，如不將之納入審查範圍，尚難為整體適當評價，為能完整發揮客觀規範審查之功能，憲法法庭向來係會例外地，以與聲請憲法審查（解釋）標的具「重要關聯」為由，依職權將之一併納入個案審查範圍（憲法法庭 111 年憲判字第 4 號、第 9 號、第 13 號及 112 年憲判字第 14 號判決參照），即依職權擴張審查客體。

（二）憲法法庭一向於符合聲請意旨之範圍內，依職權認定正確之確定終局裁判

綜觀前開所述，可知不論於憲訴法修正施行前後，憲法審查（解釋）結果，如有利於聲請人，一向對於聲請案具個案權利救濟之效力。而此亦係司法解釋及憲法法庭判決一向對聲請案，按聲請人之

聲請意旨，依職權認定個案之確定終局裁判之緣由，例如持第一審實體刑事判決或因上訴不合法律上程式遭駁回之最高法院刑事判決，就實體刑罰規定聲請憲法審查（解釋），憲法法庭係會依職權調查該等個案是否依法完成救濟程序，如已依法完成救濟程序，即依職權認定正確之確定終局裁判，俾使聲請人嗣後得針對該正確之確定終局裁判，尋求正確之個案權利救濟途徑，以獲得個案救濟，並使不諳法律之聲請人所為之釋憲聲請，得以符合聲請要件。

三、就本件聲請案因情事變更所生是否應維持受理決議之爭議， 憲法法庭仍應依職權認定正確之確定終局裁判，並繼續審理

承上所述，聲請人係於 106 年間持前裁定提出本件憲法解釋之聲請，並於 108 年間經憲法法庭受理在案，顯見本件聲請案原係符合受理要件，即前裁定係屬正確之確定終局裁定，嗣因於憲法法庭就該受理案作成判決前之 111 年間，有後裁定之作成，致前裁定已非本件聲請案之正確確定終局裁定。故聲請人所主張之前裁定係因有後裁定之作成，而生失其效力之情事變更，致前裁定已非聲請人所爭執事項之確定終局裁定。

關於後裁定之作成，雖難謂聲請人不知情，且依憲訴法第 59 條第 1 項規定，聲請人固應於後裁定送達後 6 個月內持以聲請憲法審查；然基於以下理由，本席認本件聲請案，憲法法庭應依職權認定正確之確定終局裁判，並繼續審理，不應因有後裁定之作成，即逕予不受理：

- 1、本件聲請案業經憲法法庭受理在案，即在本號裁定作成前，聲請人係存有其持前裁定針對系爭規定所為之憲法解釋聲請，已經憲法法庭受理之信賴；並聲請人現再持後裁定聲請憲法審查，係逾越憲訴法第 59 條第 2 項規定之 6 個月法定期限，而已無從再藉由持後裁定，就本件聲請案之爭議聲請憲法審查，並因得獲受理，而使包含前裁定之定應執行刑個案有受救濟之機會。
- 2、憲法審查（解釋）聲請涉及高度法律專業。本件所涉如上述

之前裁定已因後裁定之確定而失其效力，或本件聲請案為法規範審查，據以聲請憲法審查（解釋）之裁判，須為聲請人因聲請標的（即系爭規定之法規範）經憲法法庭判決結果，而有個案救濟利益之確定終局裁判等節，均非一般人所得以知悉。尤其如本件之因時間因素所生之個案情事變更，導致已受理案之合法要件變更，更非一般人所得以注意。

- 3、（1）本件聲請案之聲請人，係因另犯與前裁定所定應執行刑各罪合於數罪併罰之他罪，乃有後裁定之作成，故後裁定所定應執行刑之各罪係包含前裁定所定應執行刑之各罪。
（2）準此，則自刑法第 50 條第 1 項前段及第 53 條定應執行刑之規範意旨，觀合於數罪併罰規定之數罪，其等因數裁判確定時點之先後，所形成逐次增加其他犯罪之數個定應執行刑裁定，其中之後裁定，實具有因前裁定存在「應列入卻未列入定執行刑範圍之犯罪」之違誤，應予以導正之意旨，而與裁判之審級救濟，同具尋求裁判正確性之效。（3）從而，前述憲法法庭按個案審級救濟結果，依職權認定正確之確定終局裁判之論理，於本件聲請案亦應得予援引；亦即就本件聲請案，憲法法庭應依職權認定正確之確定終局裁判。
- 4、本件聲請案，因後裁定而確定之應執行刑，係基於檢察官查得本件聲請人於前裁定所定應執行刑之數罪外，另犯有其他合於數罪併罰規定而應併定應執行刑之他罪而為；並就此新為之定應執行刑聲請，經第一審裁定予以新定後，聲請人曾表不服，且循序提起抗告、再抗告，因均遭駁回而確定，已詳如前述（詳見本意見書壹、）。又觀後裁定理由中關於本件聲請人所主張之再抗告意旨，其尚有表明已就前裁定聲請釋憲，且仍繫屬憲法法庭，而請求管轄法院就該定應執行刑案，依職權聲請憲法法庭裁判等語。可知，本件聲請人就後裁定所確定之應執行刑，除曾表示不服外，並有由憲法法庭併予審查之意涵；故而，就聲請人持前裁定所為釋憲聲請，

且已經憲法法庭受理之本件聲請案，因情事變更所致確定終局裁定之變動，採取「由憲法法庭依職權認定正確之確定終局裁判，並繼續審理」之處理方式，不僅不違反聲請人之意思，且有利於聲請人。

肆、結論及附敘

綜上所述，基於本件聲請案所具：（1）聲請案已經憲法法庭受理，（2）聲請案係因情事變更致原受理要件中之確定終局裁判有所變動，（3）聲請案之後裁定係具前裁定實質上係屬違誤而予以導正及取代之意涵，（4）聲請人對於後裁定所肯認之應執行刑係有不服及曾請求法院聲請憲法裁判等個案特殊情事下；本席認本於憲法訴訟所具之職權色彩且併具之個案（聲請案）權利救濟目的，對於其聲請案係合於受理要件已存有信賴之聲請人（憲法法庭尚非因對於聲請人所主張之違憲疑義變更見解而不受理），關於受理要件中，於認定上具相當專業性之確定終局裁判，因情事變更所致之變動，係應由憲法法庭逕依職權予以認定，並就本件聲請案繼續審理。是對於本號裁定以前裁定已被取代，非屬有侵害人民基本權之確定終局裁定為由，逕就本件聲請案予以不受理，尚難同意。

承上可知，本席難以同意本號裁定之問題根源，係在於同一被告合於數罪併罰之各罪，常非以單一判決為之，致因確定時間有先後，從而有先後確定之數個定應執行刑裁定。是在法制面或實務面，就合於數罪併罰之各罪，如何僅有單一之定應執行刑裁定，或係處理本件憲法審查問題外，另一根本解決問題之道。

此外，曾經憲法法庭受理，而與本號裁定同日公告之不受理裁定中，亦有類如本件聲請案之確定終局裁定，因有新定應執行刑裁定，致前定應執行刑裁定已失其效力，並聲請人就後定應執行刑裁定又未再聲請憲法審查，而使該等聲請人因此等不受理裁定，已無關於原所為定應執行刑相關規定違憲爭議之聲請案繫屬憲法法庭。惟因該等聲請案之後定應執行刑裁定，其個案聲請人並未對之依法提起救濟，即此等後定應執行刑裁定非屬依法定程序用盡審級救濟之確定終

局裁定，故而與本件聲請案之情形尚屬有別。是雖本席不同意此等不受理裁定（憲法法庭 112 年憲裁字第 128 號、第 129 號及第 130 號裁定）之理由（本席認不受理之理由，應為此等後定應執行刑裁定，非屬依法定程序用盡審級救濟之確定終局裁定），但仍同意不受理之結論，亦附此敘明。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 134 號

聲請人 曾國乙

上列聲請人為定應執行刑案件，聲請法規範憲法審查，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、聲請人主張略以：最高法院 112 年度台抗字第 420 號、第 513 號刑事裁定（依序下稱系爭裁定一及二），所適用之刑事訴訟法第 477 條第 1 項（下稱系爭規定一）、刑法第 51 條第 5 款（下稱系爭規定二）、第 7 款、第 53 條（下併稱系爭規定三）及最高法院 80 年台非字第 473 號刑事判例（下稱系爭判例），有抵觸憲法第 8 條、第 16 條及第 23 條規定等語，爰聲請法規範憲法審查。
- 二、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，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；又按，聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲法訴訟法第 60 條第 6 款及第 32 條第 1 項分別定有明文。
- 三、經查：
- （一）聲請人犯有數罪，先後經法院判決確定，臺灣臺北地方檢察署檢察官遂依系爭規定一，向法院聲請定應執行刑，經臺灣臺北地方法院 111 年度聲更一字第 17 號刑事裁定，定應執行有期徒刑 7 年 7 月。聲請人不服，提起抗告，經臺灣高等法院 112 年度抗字第 69 號刑事裁定，以抗告無理由駁回。聲請人仍不服，提起再抗告，經系爭裁定一以再抗告無理由駁回確定。此部分聲請應以系爭裁定一為確定終局裁定。
- （二）因聲請人尚有他罪未經執行，臺灣新北地方檢察署檢察官遂將系爭裁定一之原因案件及他罪合併，向法院聲請定應執行刑，

| | |
|--------------------------|--|
| 呂大法官太郎、楊大法官惠欽、 蔡大法官宗珍 | |
|--------------------------|--|

【意見書】

部分不同意見書：詹大法官森林提出，謝大法官銘洋加入。
以上正本證明與原本無異。

書記官

孫國慧

中 華 民 國 112 年 9 月 28 日

程序
裁定

部分不同意見書

詹森林大法官 提出
謝銘洋大法官 加入

壹、緣由

聲請人曾國乙因犯詐欺案件，先後經最高法院 109 年度台上字第 3714 號、110 年度台上字第 1378 號刑事判決、臺北地方法院 109 年度第 1132 號刑事判決、臺灣高等法院 110 年度上訴字第 105 號刑事判決，及臺灣臺北地方法院 110 年度審訴字第 1129 號刑事判決（下併稱系爭複數數罪併罰判決）判決確定，臺灣臺北地方檢察署檢察官即依刑法第 53 條及第 51 條第 5 款規定，向臺灣臺北地方法院聲請定其應執行¹。該院遂以 111 年度聲更一字第 17 號刑事裁定，定聲請人應執行有期徒刑 7 年 7 月。聲請人不服提起抗告，經臺灣高等法院 112 年度抗字第 69 號刑事裁定駁回。聲請人提起再抗告，經最高法院 112 年度台抗字第 420 號刑事裁定（下稱系爭裁定一），以再抗告無理由駁回確定。

嗣聲請人於中華民國 111 年 9 月 7 日，另因詐欺案件，經臺灣新北地方法院 110 年度金訴字第 691 號刑事判決判處罪刑確定。臺灣新北地方法院檢察署檢察官經聲請人請求，依刑法第 53 條及第 51 條第 5 款規定，就系爭複數數罪併罰判決及上開臺灣新北地方法院刑事判決，向臺灣新北地方法院聲請定聲請人應執行刑²。該院以 111 年度聲字第 3638 號刑事裁定，定聲請人應執行有期徒刑 8 年 6 月。聲請人不服，提起抗告經臺灣高等法院 112 年度抗字第 377 號刑事裁定駁回。聲請人提起再抗告，經最高法院 112 年度台抗字第 513 號刑事裁定（下稱系爭裁定二），以再抗告為無理由，駁回確定。

聲請人認系爭裁定一及二所適用之刑事訴訟法第 477 條第 1 項（下稱系爭規定一）、刑法第 51 條第 5 款（下稱系爭規定二）、第

¹ 臺灣臺北地方法院 111 年度聲更一字第 17 號刑事裁定理由一參照。

² 臺灣新北地方法院 111 年度聲字第 3638 號刑事裁定理由三參照。

7款、第53條規定（下併稱系爭規定三），及最高法院80年台非字第473號刑事判例（下稱系爭判例），有牴觸憲法第8條、第16條及第23條之疑義，向本庭聲請法規範憲法審查。

貳、不受理裁定

憲法法庭於112年9月28日，以112年憲裁字第134號裁定（下稱112憲裁134裁定），認：「系爭裁定一既已遭系爭裁定二取代，系爭裁定一則非屬對聲請人不利之確定終局裁定，聲請人自不得持系爭裁定一聲請憲法法庭裁判」、「系爭判例非法規範，聲請人不得以之為聲請法規範憲法審查之客體」、「系爭規定三雖經系爭裁定二所適用，惟聲請人尚難謂已具體指摘其於客觀上究有何牴觸憲法之處，此部分聲請核屬未表明聲請裁判理由之情形」，乃就系爭裁定一、系爭判例及系爭規定三部分，不受理其聲請。

至系爭裁定二所適用之系爭規定一及二部分之聲請，依112憲裁134裁定所示，則另行審理。

參、本席意見

對於112憲裁134裁定認系爭裁定一非屬憲法訴訟法（下稱憲訴法）第59條第1項所稱之不利確定終局裁判，從而不受理聲請人據該裁定所提之法規範憲法審查部分，本席不能贊同，爰就此部分提出不同意見³。

³ 憲法法庭因相同理由不受理之聲請案，除本件外，尚包括108年度憲二字第59號黃教賢聲請案、111年度憲民字第3110號李溢洋聲請案、111年度憲民字第199號童仲彥聲請案、109年度憲二字第365號謝育瑩聲請案、109年度憲二字第300號郭宗禮聲請案、109年度憲二字第258號郭定達聲請案、109年度憲二字第51號楊大緯聲請案、會台字第13375號洪啓倫聲請案、會台字第13526號彭雲明聲請案、107年度憲二字第139號彭雲明聲請案、110年度憲二字第187號彭雲明聲請案等11件聲請案。上開11件聲請案，其中會台字第13375號洪啓倫聲請案曾於108年7月3日經大法官會議決議受理，其餘10件聲請案亦曾經大法官會議決議或憲法法庭評議受理，並併入上開洪啓倫聲請案合併審理。惟憲法法庭於112年9月28日，分別以憲法法庭裁定，不予受理。本席對上開11件不受理裁定，亦均不能贊同，惟僅以本件意見書詳述不贊同之理由。

一、系爭裁定一屬終局確定裁定，其性質不因嗣後有其他定執行刑之裁定而改變

按法院正式對外作成之裁判，如已無從依通常救濟程序聲明不服（包括依法不得聲明不服及未於法定期間提出救濟之情形）者，即產生「確定力」。亦即，當事人不得再以通常程序對該裁判提出救濟（形式確定力），且就已經裁判之同一事項，法院亦不得再為其他實質判斷（實質確定力）。法院定執行之裁定確定後，如就行為人同一犯罪所處之刑仍可重複定刑，將顯有使行為人因同一行為遭受雙重處罰之危險，故法院定執行刑之確定裁定除有形式確定力外，亦具有對相同之罪不得重複定刑之一事不再理實體確定力（最高法院 110 年度台抗大字第 489 號刑事裁定參照）。至於法院嗣後雖得因行為人另犯他罪，而將原已定之執行刑之罪與該他罪，以新裁定定執行刑，惟於此情形，僅生原裁定因新裁定作成而失去執行力，致檢察官無從依原裁定主文所定執行刑而執行之效果而已（刑事訴訟法第 456 條），不能認為新裁定消滅原裁定，或使原裁定失卻「確定」終局裁定之性質。

基於憲法訴訟之補充性原則，憲訴法第 59 條第 1 項要求人民據以聲請法規範或裁判憲法審查之裁判，須為確定「終局」裁判，亦即須為已依法定程序窮盡審級救濟程序之裁判。查系爭裁定一符合憲訴法第 59 條第 1 項所定上開要件，是系爭裁定一作成後，聲請人雖另因觸犯他罪而受有其他裁判確定，致須再以系爭裁定二將系爭裁定一所定執行刑之各罪與該他罪另定應執行刑，惟此僅影響系爭裁定一之執行力而已，系爭裁定一並不因為其所定執行刑之罪嗣後與他罪另定執行刑，即影響其確定力，使系爭裁定一非屬憲訴法第 59 條所稱之確定終局裁判。

二、系爭裁定一之效力仍繼續存在，並實質影響聲請人權利

另案裁判確定後，法院應如何合併執行刑之問題，最高法院曾於 93 年度台非字第 192 號刑事判決認：「法律上屬於自由裁量之事項，有其外部性界限及內部性界限，並非概無拘束。依據法律之具體

規定，法院應在其範圍選擇為適當之裁判者，為外部性界限；而法院為裁判時，應考量法律之目的，及法律秩序之理念所在者，為內部性界限。法院為裁判時，二者均不得有所踰越（參考本院 80 年台非字第 473 號判例意旨）。在數罪併罰，有二裁判以上，定其應執行之刑時，固屬於法院自由裁量之事項，然仍應受前揭外部性界限及內部性界限之拘束……形式上觀察，原裁定雖未踰越刑法第 51 條第 5 款所定法律之外部性界限。惟其所定之應執行刑 2 年 1 月，已重於先前夜間侵入住宅竊盜、恐嚇危害安全、竊盜、偽造署押四罪所定之應執行刑有期徒刑 1 年 7 月，加計偽造私文書罪所處之有期徒刑 3 月之總和，而不利於被告，難謂與法律秩序之理念及法律目的之內部性界限無違，依上說明，原裁定自有適用法則不當之違背法令」。

上開見解並於 103 年 9 月 2 日最高法院 103 年度第 14 次刑事庭會議決議（二）後，成為刑事法院另定應執行刑案件之一貫準則，且沿用迄今。系爭裁定一⁴、二⁵及其下級審法院⁶亦不例外。上開刑事庭會議決議審查意見一、二均明白指出：「……第二審法院於就數個宣告刑定其應執行之刑，或於第一審或第二審數罪併罰之判決於另以裁定定其應執行之刑時，均應受『前定之執行刑』之拘束，不得諭知較前定之刑為重之執行刑」、「鑒於數罪併罰之定應執行之刑，係出於刑罰經濟與責罰相當之考量，本含有恤刑之性質，故於分屬不同案件之數罪併罰有應更定執行刑者，本於同為定刑裁定應為相同處理之原則，法院於裁定定應執行之刑時，自仍應有『不利益變更禁止原則』法理之考量；亦即，另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告之刑之總和」。該次會議並因而決議，

⁴ 最高法院 112 年度台抗字第 420 號刑事裁定理由一參照。

⁵ 最高法院 112 年度台抗字第 513 號刑事裁定理由一參照。

⁶ 臺灣高等法院 112 年度抗字第 69 號刑事裁定理由四、（一）；臺灣臺北地方法院 111 年度聲更一字第 17 號刑事裁定理由二；臺灣高等法院 112 年度抗字第 377 號刑事裁定理由三；臺灣新北地方法院 111 年度聲字第 3638 號刑事裁定理由二參照。

最高法院 59 年台抗字第 367 號判例⁷ 不合時宜，不再援用。

實務另有見解認為，法院已就數罪定執行刑，如之後該數罪又與他罪重新定執行刑，新定之執行刑既同時包括原定執行刑之罪及他罪罪刑，如未有具體之正當理由，所定新執行刑即輕於舊裁定所定執行刑總和，疑有違反比例原則、罪責相當原則之嫌，自屬不當（臺灣高等法院 110 年度抗字第 1796 號裁定參照）。

綜上，依現行刑事法院一貫見解，法院先前所為定執行刑之裁定（前裁定），乃後來定執行刑裁定（後裁定）之基礎，並構成後裁定之內部界線。換言之，後裁定尚須依據前裁定所定之執行刑刑度，作為酌定本案執行刑輕重之考量，而非全然本於自身自由裁量定執行刑，足認定執行刑之確定終局裁定經作成後（無論該裁定嗣後是否因與他罪定執行刑而無法執行），其效力繼續存在，並在法院與他罪合併定執行刑而作成後裁定時，產生一定之拘束效果（即定執行刑之內部性界限），進而實質影響當事人之權益。

據此，聲請人如認後裁定抵觸憲法，係因前裁定所定之刑度客觀上顯有責罰顯不相當之情形，或聲請人不爭執後裁定所定之執行刑，而僅單純認前裁定有抵觸憲法⁸，遂依憲訴法第 59 條第 1 項聲請憲法法庭為宣告違憲之判決時，憲法法庭即應認前裁定（即本件聲請案之系爭裁定一）為該條項所稱之「不利確定終局裁判」，且將其一併納為審查之客體。否則，如依 112 憲裁 134 裁定，憲法法庭僅能審查後裁定，而不得審查前裁定，不僅不能精確回應聲請人之主張，更

⁷ 該判例要旨為：「數罪併罰，應依分別宣告其罪之刑為基礎，定其應執行刑，此觀刑法第 51 條規定自明，故一裁判宣告數罪之刑，雖曾經定其執行刑，但如再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，前定之執行刑當然失效，仍應以其各罪宣告之刑為基礎，定其執行刑，不得以前之執行刑為基礎，以與後裁判宣告之刑，定其執行刑。」

⁸ 如本意見書註 3 所列之 111 年度憲民字第 199 號童仲彥聲請案、109 年度憲二字第 365 號謝育瑩聲請案、109 年度憲二字第 258 號郭定達聲請案、109 年度憲二字第 51 號楊大緯聲請案、會台字第 13375 號洪啓倫聲請案等 5 件聲請案，即為適例。亦即，上開聲請案之 5 位聲請人均僅持其前定執行刑裁定，聲請憲法法庭為違憲之判決，並未爭執其後定執行刑裁定。

無從審查前裁定所畫定之內部界限有無違憲情事，恐有違憲審查漏洞之虞。

尤有甚者，如聲請人已依憲訴法第 59 條第 1 項規定，於法定期間內合法聲請憲法法庭宣告定執行刑之確定終局裁定違憲（或依修正前之司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，以確定終局裁定所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，聲請解釋憲法），若僅因後續「該已執行刑之罪又與他罪定執行刑」之偶然事實，即認原定執行刑之裁定即因而喪失「確定終局裁定」之性質，使原本合法之聲請變為不合法，反而有使人民於憲法訴訟上之訴訟權益未獲周妥保障之疑慮。

三、結論

綜上，系爭裁定一應屬憲訴法第 59 條第 1 項所定之不利確定終局裁判，聲請人據該裁定所提之法規範憲法審查，應亦予受理。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 143 號

聲請人 臺北高等行政法院地方行政訴訟庭已股法官

上列聲請人為審理臺灣臺北地方法院 109 年度簡字第 43 號有線廣播電視法事件，認應適用之有線廣播電視法第 58 條第 2 項規定，有違憲疑義，聲請解釋憲法。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。 1

理 由

- 一、聲請人主張略以：聲請人因審理臺灣臺北地方法院 109 年度簡字第 43 號有線廣播電視法事件，認應適用之有線廣播電視法第 58 條第 2 項規定（下稱系爭規定），不論系統經營者有何自己責任或監督過失責任，僅以系統經營者違反有線廣播電視法第 10 條第 1 項至第 3 項規定，即得據以裁處罰鍰並令限期改正及按次處罰，復得廢止其經營許可並註銷其執照，牴觸無責任即無處罰之憲法原則；且系爭規定未對違反有線廣播電視法第 10 條第 1 項規定之黨政行為人有何規範，無足落實黨政退出媒體之行政目的，違反比例原則之適當性原則，依該規定所處罰鍰，有悖憲法對於人民財產權之基本權保障，而有違憲疑義，爰裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法等語。 1
- 二、按憲法訴訟法（下稱憲訴法）中華民國 111 年 1 月 4 日修正施行前已繫屬而尚未終結之案件，除本法別有規定外，適用修正施行後之規定。但案件得否受理，依修正施行前之規定，憲訴法第 90 條第 1 項定有明文。次按各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋者，須確信應適用之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反 2

【意見書】

協同意見書：黃大法官瑞明提出。

不同意見書：蔡大法官宗珍提出，張大法官瓊文、黃大法官昭元、楊大法官惠欽加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官 陳淑婷

中華民國 112 年 12 月 7 日

協同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、本件聲請案之爭議及裁定大要

聲請人為臺北高等行政法院地方行政訴訟庭已股法官，為審理有線廣播電視法裁罰事件，因臺北市政府及其他政府機構持有觀天下有線電視事業股份有限公司（下稱觀天下公司）之股份，而受國家通訊傳播委員會（下稱通傳會）裁罰，聲請人認應適用之有線廣播電視法（下稱有廣法）第 58 條第 2 項規定有違憲疑義，裁定停止訴訟程序聲請釋憲。事實大致為：臺北市政府對於富邦金融控股股份有限公司有直接投資關係、富邦金融控股股份有限公司百分之百持有之富邦綜合證券股份有限公司及富邦人壽保險股份有限公司對於台灣大哥大股份有限公司有間接投資關係；台灣大哥大股份有限公司透過百分之百持股之大富媒體科技股份有限公司，再行以百分之百持有之台固媒體股份有限公司及富天下媒體科技股份有限公司多層次轉投資觀天下公司。其他政府機構直接持股鴻海精密工業股份有限公司，該公司以將近百分百持股之鴻揚創業投資股份有限公司，持有台灣大哥大股份有限公司之股份。觀天下公司主張黨政及相關政府機構以 7.6293% 比例間接持有觀天下公司係投資，非實質控制與經營公司，且持有之股份為 99 年之前即持有，而不應受裁罰。通傳會則認觀天下公司有上述臺北市政府及其他政府機構間接投資，已違反有廣法第 10 條第 1 項黨政不得投資系統經營者之規定，乃依有廣法第 58 條第 2 項規定裁處罰鍰 20 萬元，並自核准換照之日起 3 年內改正違反黨政條款情事。觀天下公司提起行政訴訟，由聲請人審理中。

按有廣法第 10 條第 1 項規定：「政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人不得直接、間接投資系統經營者。本法修正施行前，政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人有不符前項所定情形者，應自本法修正施行之日起 2 年內改正。」（下稱黨政條款）。同法第 58 條第 2 項規定：「系統經營者違反第 10 條第 1 項至第 3 項規定，處新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰鍰，並令其限期

改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照¹。」（即系爭規定）。

聲請人認系爭規定不論系統經營者有何自己責任或監督過失責任，僅以系統經營者違反有線廣播電視法第10條第1項至第3項規定，即得據以裁處罰鍰並令限期改正及按次處罰，復得廢止其經營許可並註銷其執照，抵觸無責任即無處罰之憲法原則；且系爭規定未對違反有廣法第10條第1項規定之黨政行為人有何規範，無從落實黨政退出媒體之行政目的，違反比例原則之適當性原則，依該規定所處罰鍰，有悖憲法對於人民財產權之基本權保障，而有違憲疑義，爰裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法。大法官多數意見決議不受理本件聲請案，理由為：「聲請人就系爭規定並未排除行政罰法第2章之適用，何以不能為合憲解釋，亦即限於當事人有故意或過失之違反作為或不作為義務之行為，始得適用，並未具體敘明理由，尚難謂對系爭規定已有抵觸憲法之合理確信。」本席贊同不受理結論，並提出協同意見。

二、奇特的實務現狀顯示修法之必要

立法院於2003年12月9日修正廣電三法²，於各法增訂「黨政軍條款」，規定政府、政黨捐助之財團法人及受託人不得直接、間接投資民營廣播電視業、衛星廣播電事業或是系統經營者。通傳會以業者違反該條款而裁罰之案例不少。然而，根據通傳會之統計，以違反黨政軍條款所為之裁罰，均為行政院法規會或行政法院撤銷³。而通傳會仍持續裁處，可稱為奇特之實務現象。學者研析行政法院有關黨政軍條款之判決，一般肯認行政法院依行政罰法第7條所定之「有責任始有處罰」以及其他「義務履行無期待可能性」等理論，而撤銷通

¹ 系爭規定係對違反第10條第1項至第3項之規定為處罰，聲請案之原因事實係因黨政投資取得觀天下之股份，故本意見書僅就系爭規定對違反第10條第1項加以處罰部分為討論。

² 即廣播電視法、有線廣播電視法及衛星廣播電視法。

³ 國家通訊傳播委員會，傳播政策白皮書，2020年2月，第108頁。

傳會裁罰處分之判決結果，結論認為儘速修法應是治本之道⁴，或系爭規定應為違憲宣告⁵。通傳會則認為廣電三法「黨政軍條款」之立法目的與正當性仍在，但容有調整空間⁶。本席認為實務界於類似案例中，存在著行政機關持續裁罰，均遭行政法院持續廢棄之特殊現象，確有重新檢討之必要。本席就系爭規定在行政法上之定位，提出協同意見以供未來修法之參考。

三、黨政條款之目的係將來危害之預防，系爭規定可認屬管制性不利處分，而與行政罰法有所區隔

按有廣法之立法目的，係為促進有線廣播電視事業之健全發展，保障公眾視聽之權益，增進公共利益與福祉，維護視聽多元化（有廣法第 1 條規定參照）。為達此目的，認系統經營者有維持政治中立之必要，乃有系爭規定之制定。當年在條文三讀前，另作成一項附帶決議：「為使黨政軍勢力澈底退出媒體，以維護新聞自由與民主健全發展⁷」，違反此規定者其最嚴重之法律效果為「廢止其經營許可並註銷其執照」，於採取此最終制裁手段前可先處罰鍰，並令其限期改正，屆期不改正者得按次處罰。

按許可或登記之撤銷或廢止，可能屬行政罰法第 2 條所稱裁罰性不利處分之一種，但行政程序法亦有相關規定（行政程序法第 117 條至第 127 條等）。就此有學者認為「蓋許可或登記之撤銷或廢止，實屬秩序行政之管制措施，與行政處罰係對『過去』不法行為所施加之制裁迥然有別。行政管制措施具有『向將來性』，不以『過咎之制裁』為要，尚具有終止或除去不法結果，恢復合法狀態之多面向功

⁴ 參詹鎮榮著，黨政軍投資媒體之行政罰對象解析，收錄於〈打開民主國家的媒體枷鎖：「黨政軍退出媒體」政策的再審思〉，吳志光主編，輔仁法學叢書，2023 年 2 月初版一刷，第 83 頁。

⁵ 參黃仁俊著，告別廣電三法之黨政軍條款—法政策學、比較法學、公法學的三重奏，同註 4，第 267 頁。

⁶ 國家通訊傳播委員會，同註 3，第 106 頁。

⁷ 立法院公報，第 92 卷第 57 期院會紀錄，2003 年 12 月，第 500 頁。

能⁸」。實務上，最高行政法院亦有相同意旨之見解，認「行政罰與管制性不利處分之目的不同，行政罰係對於過去違反行政法上義務且出於故意或過失之主觀可資咎責者，施以裁罰；管制性不利處分則非以人民有故意或過失違反行政法上義務之行為為管制理由，而係以管制措施乃向未來維持行政秩序所必要⁹」。依此，本席認為黨政持有系統經營者股份時，未必會立即發生立場偏頗而影響新聞自由之後果，但有此可能性。故系爭規定之目的，即在於預防此危害之發生。當黨政直接或間接持有系統經營者股份，但尚未達可影響企業經營之程度時，通傳會可先處罰鍰作為警告，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照。廢照之最終處分應係於黨政持股已達高度危險時方得為之，始符比例原則，但未必以系統經營者因黨政之持股而確已發生違反中立之情事後始得為之。故系爭規定之目的係為防止危害之發生或防免其擴大，應屬最高行政法院 104 年度判字第 157 號判決¹⁰中所稱之「預防性（或管制性）不利處分」，與裁罰性不利處分有所區隔，而無行政罰法之適用。

四、系爭規定所稱之罰鍰，寓有敦促改善違法狀態之目的

依系爭規定對系統經營者為廢止經營許可或撤銷執照前，可先處以罰鍰，而罰鍰屬於行政罰法第 1 條所稱之行政罰，理論上自應適用行政罰法第 7 條第 1 項規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」但就此定性所生扞格之處在於，當黨政取

⁸ 參李建良，行政罰法中「裁罰性不利處分」的概念義涵及法適用上之若干基本問題——「制裁性不利處分概念之提出」，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月，第 139 頁。

⁹ 參最高行政法院 109 年度上字第 472 號、110 年度上字第 73 號、110 年度上字第 604 號判決，轉引自莊國榮，行政法，2022 修訂八版，第 250-251 頁。

¹⁰ 最高行政法院 104 年度判字第 157 號判決：「再按行政罰是一種不利處分，而且具有制裁性，故稱為裁罰性不利處分，係對一過去違反行政法上義務行為之非難，『預防性（或管制性）不利處分』有所區別，蓋基於預防或防制危害之發生或擴大，法律有時會授權行政機關得課予人民一定義務，例如命除去違法狀態或停止違法行為即屬之，此類『預防性（或管制性）不利處分』目的不在非難，當無行政罰法之適用。」

得系統經營者過半甚至全部股份而有控制能力時，依法尚不得對之為罰鍰或「廢止其經營許可並註銷其執照」之處分，因為理論上系統經營者對於黨政取得其股份均無法置喙，亦無故意或過失而言。然而如此結果顯不合理。目前實務上因通傳會裁罰而由行政法院廢棄之案件，其案情大致均如本件聲請案之原因案件，政府僅係透過多層之間接持有關係而持有系統經營者之股份，持股比例不高，且各層次持有股份之公司可能是上市公司之投資關係，尚無影響系統經營者之實質控制與經營關係。在此情況下，行政法院依行政罰法之理論廢棄通傳會之裁罰處分，尚無違和之感。但若有人有意取得系統經營者多數股份，或是透過直接、間接持有而有實質控制與經營關係，通傳會裁罰處分卻因抵觸行政罰上須以故意或過失為責任條件，而被行政法院撤銷，將造成黨政軍條款立法目的之落空。故本席認為系爭規定之罰鍰乃具有敦促改善之性質，尚不必嚴格適用責任原則。

系爭規定所處罰鍰，若依行政罰法責任原則之法理運作，將生扞格已如上述，本席認為此處當屬立法不當，而有修法之必要¹¹。於修法前可透過解釋，認系爭規定之罰鍰雖有「罰」之名，惟其目的與行政罰法以「非難」行為人過去義務之違反性質不同，而係為敦促系統經營者（即其董事與重要股東）改善違法之狀態，排除其不符合授益行政處分消極資格之狀態，以避免系統經營者被廢止許可或註銷執照之處分，性質較接近於行政執行之怠金手段¹²。

按系統經營者與其投資者間，固為不同之法律主體，但彼此間利害與共，關係密切。公司是由股東選出之董事會經營管理，公司盈虧直接影響股東之權益，系統經營者固然無法選擇或影響其投資者，但業者之主要投資者對於其他投資者自可透過商業機制加以調整，以

¹¹ 有關行政罰法第 1 條及第 2 條所列行政罰之種類有涵蓋過廣之嫌，又不利益之行政處分是否具有制裁（處罰）性質（行政罰），無法單從法律效果予以認定，而須著眼於各該規範之取向及目的，學者多所論述。請參照李建良，同註 8，第 139 頁。

¹² 有關行政秩序法裁罰與怠金之關係，參見陳敏，行政法總論，2019 年 11 月十版，第 893-894 頁。

排除違反黨政軍條款之持股狀態，從而免除系統經營者被廢止許可或吊銷證照之危險，亦即可認系統經營者有排除自身危險之義務。本席認為對系統經營者要求此義務可以不必到達行政罰法第7條所定之責任程度。此亦符合學者所認，「秩序行政一方面具有干預之性質，於公共秩序與安全而臨危害威脅時，行政權得以發動介入干預；另一方面，在足以確認可能發生損害之『危險』時，亦得採取防禦之措施，並排除已生之危險狀態¹³。」如此之解釋符合系爭規定之立法目的，於黨政持有股份達到足以干預影響系統經營者之營運時，可以加以撤廢照，在未達此危險時，則可裁處具怠金性質之罰鍰促其改善，以防止危險之發生。

五、由有廣法之規範體系解釋，系爭規定屬核發證照之消極資格

就有廣法之規範體系觀察，與系爭規定規範意旨相近的尚有有廣法第9條第4項：「外國人直接及間接持有系統經營者之股份，合計應低於該系統經營者已發行股份總數百分之六十，外國人直接持有者，以法人為限，且合計應低於該系統經營者已發行股份總數百分之二十。」有廣法第9條除上述規定外，另規定系統經營者組織之其他要件，諸如以股份有限公司為限（第1項），中華民國國籍之董事，不得少於董事人數三分之二（第2項）以及最低實收資本額由中央主管機關定之（第6項）等。該條規定應屬核發系統經營者經營許可之資格。系爭規定對黨政持有股份之禁止，就規範之體系而言相近於有廣法第9條第4項就外國人持股之限制。至於對黨、政持有股份之禁止為何不列入第9條並列入各款之一，以作為系統經營者組織限制之消極資格，應是因為在有廣法制定之初，黨政持有系統經營者之股份者，所在多有，為讓黨政有過渡期間以處分其持股，故特別規定自該法修正之日起二年內改正。過了此改正期之後，黨政禁止投資經營系統經營者之規定，即與第9條第4項對於外國人直接間接持股之限制，規範之目的和方式相同，故二者均屬核發其維持營業許可及執照

¹³ 參照李建良，同註8，第140-141頁。

之資格。對於違反第 9 條第 4 項外國人直接或間接持股之比例者，有廣法第 58 條第 1 項係對系統經營者「處新臺幣 20 萬元以上 400 萬元以下罰鍰，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照。」與系爭規定比較，除罰鍰金額較高外，其違反之效果幾乎相同，由法規體系架構可知，系爭規定與管制外國人持股之規定（有廣法第 9 條第 4 項與第 58 條第 1 項）均屬核發證照之消極資格，違反者可以撤照，撤照前可處以具怠金性質之罰鍰，以促其改善，但因黨政條款及系爭規定過於嚴苛，「1 股都不能有」而無裁量空間，致實務上窒礙難行，實有修法改正之必要。

不同意見書

蔡宗珍大法官 提出
 張瓊文大法官 加入
 黃昭元大法官 加入
 楊惠欽大法官 加入

本席認本件聲請合於法院聲請法規範憲法審查之要件，應予受理，並應就聲請標的為違憲宣告，爰提出不同意見書如下。

一、本件聲請案合於司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件，應予受理

(一) 本件聲請案事實背景

本件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 48 號（原為臺灣臺北地方法院行政訴訟庭 109 年度簡字第 43 號）有線廣播電視法裁罰事件（下稱原因案件），涉及原告即觀天下有線電視事業股份有限公司，因間接持有其股權之台灣大哥大股份有限公司、富邦金融控股股份有限公司及鴻海精密工業股份有限公司等，受臺北市政府（直接持有富邦金融控股股份有限公司股份）、其他黨政軍組織與政府機構（直接持有台灣大哥大股份有限公司與鴻海精密工業股份有限公司股份等）所投資，從而使原告受臺北市政府、其他黨政軍組織與政府機構間接投資。案經被告國家通訊傳播委員會認定其違反有線廣播電視法（下稱有廣法）第 10 條第 1 項有關政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人等不得直接、間接投資系統經營者之規定，遂依有廣法第 58 條第 2 項規定（下稱系爭規定），裁處原告新臺幣 20 萬元罰鍰，並自核准換照之日起 3 年內改正違法情事等。原告不服，向法院提起撤銷訴訟，請求撤銷原裁罰處分。聲請人確信其審理本件原因案件所應適用之系爭規定牴觸憲法，乃裁定停止訴訟程序，於 110 年 4 月 28 日聲請解釋憲法。

(二) 聲請人之聲請合於法官聲請法規範憲法審查之受理要件，應予受理

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。又憲訴法修正施行前，各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，顯然於該案件之裁判結果有影響者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請司法院解釋。聲請書內應詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。

查本件聲請案於憲訴法修正施行前即已繫屬，其受理與否，應依憲訴法修正施行前之規定，即司法院上開解釋所示法官聲請釋憲之要件決之。核其聲請，與上開要件並無任何不符之處，應予受理。

（三）系爭規定並無予以合憲性解釋而排除違憲疑慮之空間，尤無從因行政罰法第 7 條第 1 項規定而得以合憲化

應特別強調者，由於系爭規定係以系統經營者為違反有廣法第 10 條第 1 項規定之處罰對象，而不及於有廣法第 10 條第 1 項規定明定之義務人，是系爭規定並無合憲性解釋之空間。此類涉及以系爭規定為行政罰裁處依據之案件，行政救濟實務上（包括行政院訴願決定與行政法院裁判）固有適用行政罰法第 7 條第 1 項規定，以系統經營者就有廣法第 10 條第 1 項規定之違反非出於故意或過失為由，撤銷原處分機關依系爭規定對系統經營者所為裁罰處分者，然此等適用行政罰法相關規定以論定個案裁罰處分是否違法之法律適用行為，與系爭規定本身是否違憲，實屬二事，不應混為一談。換言之，個案法官確信系爭規定合憲，包括認無違憲疑慮或經合憲性解釋而未違憲，始有進一步就個案處罰是否符合行政罰法第 7 條第 1 項規定而為論斷之餘地；行政罰法第 7 條第 1 項規定無法作為系爭規定合憲性解釋之依據。反之，法官如確信系爭規定違憲，即無行政罰法第 7 條第 1 項之適用餘地。基此，本件原因案件之同類案件，法官依行政罰法第 7 條第 1 項之規定，以被處罰者不具故意過失而撤銷原裁罰處分（依

系爭規定所作成之裁罰處分），並非對系爭規定為合憲性解釋，而是以「未確信」系爭規定違憲為前提，經認事用法（包括行政罰法相關規定）所作成原處分違法應予撤銷之決定。本件法官依據詳細之理據而確信系爭規定違憲，並不能以法官「不必」爭執系爭規定之合憲性，即可依法作成撤銷個案（原處分）之判決為由，而排除其聲請為法規範憲法審查之正當性。

二、系爭規定以系統經營者為違反有廣法第 10 條第 1 項規定之處罰對象，牴觸「無責任無處罰」之憲法原則，應宣告違憲

基於「無責任無處罰」（“Nulla poena sine culpa”）之憲法原則，國家因特定不法行為結果而對人民施以處罰者，除應以法律為明文規定外，尚須不法行為結果足以歸責於該人民者，始得為之（司法院釋字第 687 號解釋及第 775 號解釋意旨參照）。此憲法原則非僅適用於犯罪處罰之範疇（即罪責原則），於國家就不法行為結果之處罰採行政罰制裁手段者，亦有其適用。申言之，國家因特定不法行為結果而對人民施以行政罰者，除應以法律就人民相關行政法上義務及其違反之處罰予以明文規定外，因違反行政法上義務之行為所致不法結果，客觀上須可歸責於受行政罰制裁之人民，始與「無責任無處罰」之憲法原則無違。

系爭規定明定：「系統經營者違反第 10 條第 1 項……規定，處新臺幣 20 萬元以上 200 萬元以下罰鍰，並令其限期改正；屆期不改正者，得按次處罰，或廢止其經營許可並註銷其執照。」係立法者就違反有廣法第 10 條第 1 項規定之情形，以有線廣播電視系統經營者為處罰對象，對之施以罰鍰及其他種類行政罰處罰之明文規定。其既以系統經營者為行政罰處罰對象，依首揭憲法原則，系統經營者就有廣法第 10 條第 1 項規定之違反，客觀上即應存有可歸責性，其處罰始與「無責任無處罰」之憲法原則無違。

惟查，有廣法第 10 條第 1 項明定：「政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人不得直接、間接投資系統經營者。……」明文禁止政府、政黨、其捐助成立之財團法人及其受託人（下併稱黨政組

織)直接或間接投資有線廣播電視系統經營者,乃俗稱黨政軍退出媒體條款之一環。依此,黨政組織即負有不得直接或間接投資有線廣播電視系統經營者之法定義務。此等法定義務之違反,客觀上僅黨政組織作為法定義務人始可能為之;系統經營者既非有廣法第 10 條第 1 項所定法定義務人,本不負該規定所設法定義務,自無從為違反該法定義務之投資行為,從而顯然不具國家對之施以行政罰制裁之可歸責性。

此外,系統經營者之組織,依法以股份有限公司為限,其資本額達一定金額以上者,並應向證券主管機關辦理股票公開發行(見有廣法第 9 條第 1 項及第 8 項規定),而基於股份自由轉讓原則(公司法第 163 條第 1 項規定參照),系統經營者實無從禁止或限制其公司股份或公開發行之股票於資本市場自由交易、流通,亦無排除黨政組織直接或間接投資取得其公司股份或股票之可能。況股份有限公司於資本市場所受之間接投資,往往涉及多階層投資關係,且可能瞬息萬變,作為資本市場投資鏈末端之系統經營者,根本無從預知其可能之間接投資者為何,遑論拒斥其所為投資,益證系統經營者於有廣法第 10 條第 1 項規定之規範意旨下,就黨政組織對其所為違法間接投資,客觀上不具國家對之施以行政罰制裁之可歸責性。

據上論結,系統經營者於有廣法第 10 條第 1 項規定之規範意旨下,並無違反相關法定義務之可能,不具國家對之施以行政罰制裁之可歸責性。是系爭規定以系統經營者為違反有廣法第 10 條第 1 項規定之處罰對象,牴觸「無責任無處罰」之憲法原則,違憲。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 144 號

聲請人 黃振育

送達代收人 許秀雯律師

上列聲請人為勞工保險條例事件，認臺北高等行政法院 110 年度簡上字第 90 號判決，及所適用之司法院釋字第七四八號解釋施行法，有違憲疑義，聲請法規範及裁判憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。 1

理 由

- 一、本件聲請意旨略以：司法院釋字第 748 號解釋（下稱系爭解釋） 1
於 106 年 5 月 24 日公布，司法院釋字第七四八號解釋施行法
（下稱系爭法律）於二年後即 108 年 5 月 24 日施行。系爭法律
未就該法施行前「相同性別二人為經營共同生活之目的，成立具有
親密性及排他性之永久結合關係」所生權利義務加以規範，保護
不足，於此範圍內牴觸憲法第 22 條保障婚姻自由及第 7 條保障
平等權之意旨。臺北高等行政法院 110 年度簡上字第 90 號判決
（下稱確定終局判決）僅以聲請人及其同性伴侶未依系爭法律
辦理結婚登記為由，即否認其配偶身分，未類推適用系爭法律，
致聲請人無法準用勞工保險條例第 62 條第 1 項關於「配偶」之
規定，領取勞工保險給付（喪葬津貼），亦違反憲法第 22 條
婚姻自由及第 7 條性傾向平等之保障，聲請法規範及裁判憲法
審查。
- 二、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 2
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；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲
法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條第 1 項及第 32 條第 1 項定有
明文。

【意見書】

不同意見書：黃大法官昭元提出，許大法官志雄、謝大法官銘洋、陳大法官忠五加入

蔡大法官彩貞提出，詹大法官森林、謝大法官銘洋、陳大法官忠五加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

涂人蓉

中華民國 112 年 12 月 7 日

不同意見書

黃昭元大法官 提出
許志雄大法官 加入
謝銘洋大法官 加入
陳忠五大法官 加入

[1] 本件（112 年度憲民字第 87 號）聲請案訴訟經過：聲請人甲先生與訴外人乙先生，均為男性，於 1999 年依修正前民法第 982 條舉行公開儀式結婚，並共同生活。乙先生於 2013 年罹病，逐漸失去言語及行動能力，2017 年間臺中地方法院以 106 年度輔字第 56 號裁定選任聲請人為乙先生之監護人，直到 2018 年 6 月間乙先生病逝止。其間司法院大法官於 2017 年 5 月 24 日公布釋字第 748 號解釋，宣告民法未承認同性婚姻違憲，並要求有關機關於二年內修法保障同性婚姻。後立法院依上開解釋意旨，制定司法院釋字第 748 號解釋施行法（下稱系爭施行法），於 2019 年 5 月 24 日公布施行。然由於乙先生業已去世，聲請人無法與乙先生依系爭施行法辦理結婚登記。聲請人於 2019 年 11 月 26 日以書面向勞動部勞工保險局（下稱勞保局）主張其與乙先生為配偶關係，請求勞保局類推適用系爭施行法第 24 條第 2 項本文，準用勞動保險條例第 62 條第 1 款規定，發放配偶死亡之喪葬津貼予聲請人。勞保局以聲請人與乙先生未辦理結婚登記或同性伴侶登記為由，拒絕發給並駁回聲請人之申請。聲請人提起訴願及行政訴訟，均遭駁回確定。

[2] 本件聲請意旨：聲請人主張（1）臺北高等行政法院 110 年度簡上字第 90 號判決（下稱系爭確判）未參照司法院釋字第 748 號解釋承認同性婚姻之意旨，透過合憲性解釋方法於個案裁判保障聲請人之同性配偶關係，有違憲法第 22 條婚姻自由及第 7 條性傾向平等之保障；（2）系爭施行法就該法施行前已存在之同性永久結合關係（下稱事實上同性伴侶或婚姻關係），漏未規範，而有規範不足之違憲，於 2023 年 1 月 18 日向本庭聲請裁判及法規範憲法審查。有關本件聲請原因案件之事實背景、訴訟經過及聲請意旨，詳參本件聲請書。

[3] 對於本件聲請，本裁定以「確定終局判決以系爭解釋所為違憲之宣告並無溯及既往效力為由駁回聲請人之上訴，尚難認其所表示之法律見解，及所適用之系爭法律有抵觸憲法之處。」認本件聲請顯無理由，與憲訴法規定不符，而不受理。

[4] 本席認為：本件聲請意旨及其所涉問題，具憲法上重要性，而有受理之價值。謹扼要說明本席之理由如下：

[5] 按我國之承認同性婚姻，並非單純源自立法，而係大法官先以上開解釋肯定同性婚姻應受憲法婚姻自由之平等保障，並確認當時民法及相關法制之未承認同性婚姻，係屬違憲，而後政治部門始正式立法保障。和保障同性婚姻的其他國家相比，我國算是「司法先行，立法跟進」的極少數國家之一（類似情形之其他國家如南非）。

[6] 其次，我國法制對同性婚姻關係之保障，更係「婚姻先行，伴侶關係法制迄今欠缺」。這和承認同性婚姻之多數國家係「先保障非婚姻之伴侶關係，再逐步並完整保障同性婚姻關係」之演進過程，有明顯不同。其他國家多半是先承認同性伴侶制度，再承認同性婚姻；我國是一步到位，直接承認同性婚姻，跳過了非婚姻之同性伴侶的過渡階段，反而出現本案之規範漏洞。按在上開大法官解釋及系爭施行法立法之前，除了有辦理同性伴侶註記而得享有相當有限之保障外，我國之同性伴侶如果未辦理結婚登記，不管是仍願共同生活但不願結婚之不婚族（非婚姻名義之同性伴侶關係），或是如本件聲請人與乙先生之情形，想結婚但因各種原因無法依系爭施行法結婚者（事實上同性婚姻關係），上述兩種類型之同性伴侶相互間，縱令共同生活再久，仍僅是無法律上親屬關係之朋友。¹換言之，我國身分法制就「為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，迄今僅提供法律上婚姻之單一選項，而未同時提供「非婚姻名義之伴侶關係」的其他選項，且給予類似或比照婚姻關係之法律保障。

¹ 就此而言，長期共同生活之異性伴侶如果未辦理結婚登記，亦然。

[7] 就本件聲請之是否受理而言，可暫且不論上開有關異性伴侶之憲法保障部分，然有關同性伴侶之憲法保障部分，系爭施行法或係受限於上開解釋，因此對本意見書前段所述「非婚姻名義之同性伴侶關係」及「事實上同性婚姻關係」等不同類型之同性永久結合關係，均未有所規範及保障。

[8] 本席認為：無意成立法律上婚姻關係之同性伴侶，如本於自主意願，組成「不具婚姻之名，但具婚姻之實」之永久結合關係（非婚姻之同性伴侶關係），縱認不屬廣義的婚姻自由所保障，至少亦應屬憲法第 22 條家庭權之保障範圍。系爭施行法及相關法律（包括民法及其他身分法律），未保障人民得成立上述永久伴侶關係，於此範圍內，係影響其組織家庭之家庭權。至於就有意成立法律上婚姻關係之同性伴侶而言，則係影響其婚姻自由及平等權。這部分原本存在的規範不足，在司法院釋字第 748 號解釋及系爭施行法施行後，基本上已獲填補及保障。

[9] 是於事實上同性婚姻關係之類型，同性伴侶雙方在系爭施行法施行後如仍在世，固得依系爭施行法辦理結婚登記，從而實現其平等婚姻權。然於本件聲請人之情形，由於一方已經去世，以致無從辦理結婚登記。此等不及依法登記之同性伴侶，是否應給予相同或類似之保障？如何保障？此即本件聲請案之憲法爭點所在。就此，系爭施行法、現行民法及相關身分法制，既未承認其事實上同性婚姻關係，亦未提供退一步的非婚姻之同性伴侶關係保障，因而仍處於完全欠缺保障的規範不足狀態，致其等受憲法保障之婚姻自由或家庭權均未能實現。本席認為：此等同性伴侶如在系爭施行法施行前，業已辦理同性伴侶註記，或已依當時民法第 782 條規定舉行公開結婚儀式，因已有相對明確之證據足以證明其結婚意願或已滿足當時法律所定之結婚要件（除性別要件外），依司法院釋字第 748 號解釋承認同性婚姻之意旨，在憲法上亦應給予比照婚姻之適當保障。而現行法之上開規範不足狀態，尤其是系爭施行法就本件聲請案所直接涉及之事實上同性婚姻關係之規範不足，實與釋字第 748 號解釋所審查的「民法未承認同

性婚姻之規範不足狀態」類似。後者既經大法官受理並為實體審查，則憲法爭點類似之前者應認亦具有同等之憲法重要性，而值得本庭受理並為實體判決。

[10] 至於本庭受理本件聲請後，如認憲法應保障上述事實上同性婚姻關係，本庭仍得於諭知違憲（即單純違憲宣告）後，要求有關機關於一定期間內修法，並由立法機關實質決定溯及承認的時間範圍、要件及效果等，而未必須由本庭自為決定。又在系爭施行法施行前，曾辦理同性伴侶註記者，至 2018 年 11 月止，據內政部統計共有 3951 對（參聲請書第 9-10 頁）。在系爭施行法施行後，內政部即不再受理我國國民相互間之同性伴侶註記。且如原有同性伴侶註記者，於辦理同性結婚登記後，該註記即被刪除。² 因此目前仍維持有同性伴侶註記者之人數應已少於上述總數。至類似聲請人之情形，即未為上述註記，但曾依民法第 982 條舉行公開儀式結婚者，則無具體或推估之統計數字。合理推估，此種情形之總人數應該遠少於同性伴侶註記者。如再扣除現已依系爭施行法辦理結婚登記者，目前需要再修法另外承認之事實上同性婚姻關係，其總數應該相當有限。即使溯及承認其具法律上婚姻關係之效力，對既有法秩序之影響應不致過大。退一步而言，假使考量溯及承認此等事實上同性婚姻對於既定法秩序及第三人權益之可能衝擊，例如已分配之繼承財產等，亦得容許立法者適度限制其保障範圍及效果，以減少可能之衝擊。

[11] 按本件聲請人於原因案件係主張其於 1999 年依當時民法第 982 條規定舉行公開儀式所締結之婚姻，縱未依系爭施行法辦理結婚登記，亦應受憲法平等婚姻權之保障。因此聲請人應得以乙先生之法律上配偶身分，依勞動保險條例第 62 條請求勞保局發給喪葬津貼。聲請人所請求者，係被保險人之配偶（乙先生）死亡所生之喪葬津貼，此項財產上給付可說是專屬於被保險人（即聲請人）所有，並不涉及也不會影響任何第三人之權益。是於本件溯及承認聲請人與乙先生具

² 參內政部 2019 年 5 月 23 日台內戶字第 1080242141 號函。

有法律上配偶關係，而得以請求上開喪葬津貼，不僅對既有法秩序的影響相當有限，且更可延伸並貫徹釋字第 748 號解釋承認同性婚姻的意旨。再退一步而言，在法規範憲法審查部分，本庭如考量上述溯及承認的可能負面影響而不為一般性之違憲宣告，則至少在裁判憲法審查部分，本庭仍得為違憲宣告，而以一次一案的方式，先僅就特定事項給予個案救濟，例如僅就勞動保險條例所稱之配偶擴張解釋而包括如本件聲請人之事實上同性婚姻之配偶，以彌補本件聲請人不及辦理結婚登記的遺憾。

[12] 對本件聲請人而言，縱使本案終獲勝訴並得以請領喪葬津貼，其金額亦屬有限。然本件聲請人之所以執著並努力至此，應該不是在乎此等金錢，而是國家的承認——承認他和乙先生相互信守的永久結合關係也是憲法所守護的價值，更是可以公開於世，並向世人驕傲宣示的愛情，有如莎士比亞 14 行詩第 18 首最後二行對愛人的歌頌：

So long as men can breathe or eyes can see,

So long lives this and this gives life to thee.

[13] 法律救濟或有其窮，愛情誓約仍可長存。本庭既已不受理本件，聲請人也只能奈何留此山川，缺憾還諸天地。

不同意見書

蔡彩貞大法官 提出
 詹森林大法官 加入
 謝銘洋大法官 加入
 陳忠五大法官 加入

壹、事實背景及聲請要旨

聲請人甲與同性伴侶乙早於民國 88 年 10 月 9 日即舉行公開結婚儀式。106 年 5 月 24 日司法院釋字第 748 號解釋（下稱系爭解釋）公布，二年後司法院釋字第七四八號解釋施行法（下稱系爭法律）於 108 年 5 月 24 日公布施行，然乙於系爭法律施行前之 107 年 6 月 22 日病逝，致聲請人未能辦理結婚登記。嗣聲請人因申請家屬死亡給付事件，經臺北高等行政法院 110 年度簡上字第 90 號判決以其與乙未依系爭法律辦理結婚登記，不具乙配偶身分，而維持第一審駁回其請求之判決（下稱確定終局判決），認系爭法律對公布施行前聲請人與乙間同性婚姻關係未予規範，確定終局判決亦未回溯適用系爭法律於該法施行前之同性伴侶關係，致其未能領取保險死亡給付，均有違憲法保障婚姻自由與平等權之意旨，爰聲請法規範及裁判憲法審查。

貳、不受理裁定理由

本件憲法法庭 112 年憲裁字第 144 號裁定，以系爭解釋已限期有關機關依其意旨完成同性二人結婚登記之相關法律，內政部並以 106 年 6 月 7 日台內戶字第 1060420398 號函釋於法制完成前，同性伴侶得辦理註記，對法制完成前過渡期間之同性伴侶關係已有保障；確定終局判決以系爭解釋無溯及效力，駁回聲請人保險死亡給付之請求，並未抵觸憲法意旨，本件聲請顯無理由，而諭知不受理。

參、本席意見

一、系爭解釋意旨

- （一）系爭解釋慮及本件聲請所涉是否及如何保障同性伴侶婚姻自由之議題，關乎社會傳統文化，本宜由民意機關盱衡社會時勢，

體察民情，以立法妥為因應，然為及時保障人民重要基本權，在法制整備完成前，於憲法機關權力分立，平等相維之原則下，本其釋憲職責，率先作成司法判斷，宣示同性婚姻關係之合法化，不僅無礙於既有以異性婚姻為主所建構之社會秩序，甚且與異性婚姻同為穩定社會之磐石；民法關於婚姻之規定，未使相同性別二人得基於共同生活之目的，成立親密性、排他性之永久結合關係，有違憲法保障人民婚姻自由之意旨，其以性傾向為分類標準而於婚姻自由之保障異其對待，殊非合理之差別待遇，亦不符憲法上之平等原則。同時為避免立法久懸未決，並諭知立法機關應自解釋公布之日起二年內完成相關法制，逾期未完成立法，上述相同性別二人之永久結合關係，得依婚姻章規定辦理結婚登記等旨。

- (二) 細繹系爭解釋意旨，不僅肯認開放同性結婚，賦予同性婚姻與異性婚姻相同之實質權利義務內涵，有助益於憲法保障婚姻自由與平等權之進一步落實，於憲法上具有重要價值；且說明形成婚姻應合法化之司法判斷，係併以同性婚姻合法化，可與異性婚姻同為維持社會穩定之磐石為考量，顯寓有同性伴侶親密而長久共同生活之既成事實，本質上有助益於社會人心之穩定，縱因法制欠備，一時尚未能完成合法之結婚登記，仍具有憲法上重要性而應予保障之意。尤以解釋意旨強調於立法前率先作成同性婚姻應予合法化之司法判斷，並限期要求立法機關於完成相關法制，係出於及時保障人民基本權之目的，亦明指同性婚姻之合法化，已有相當之急迫性。

二、本案具有憲法重要性，應予受理

- (一) 系爭法律第 1 條明定「為落實司法院釋字第七四八號解釋之施行，特制定本法。」立法理由並揭示其立法目的在依系爭解釋意旨，達成婚姻自由之平等保護，使相同性別二人之永久結合關係獲致法律承認。系爭解釋雖無溯及既往之效力，然系爭法律為貫徹其落實系爭解釋之立法本旨，內容除同性婚合法化所

必要之相關規定外，並應涵蓋系爭解釋意旨所關注，於法制整備過程中，對同性伴侶親密、長久共同生活既成事實提供妥適且及時之保障。然觀諸系爭法律具體內容，不外乎關於同性婚姻登記之程序、要件、限制、效力及終止之規定與其生效日期等，對系爭解釋公布後迄系爭法律施行前，長達二年之過渡期間，已存在卻囿於立法欠缺而無從辦理結婚登記之同性伴侶親密、長久共同生活之既成事實應提供之保障，竟付之闕如，致同性婚姻所面臨法律地位不確定之困境，未嘗稍有緩解，殊難謂已落實系爭解釋之意旨，其規範內容顯與所欲達成之規範目的間存有不容忽視之差距。

- (二) 本件不受理裁定雖併以系爭法律公布施行前，臺灣各縣市陸續開放辦理同性伴侶關係註記為由，認法制完成前過渡期間之同性伴侶關係已受有保障。然於同性婚法制化前，由部分地方政府戶政事務所辦理之同性伴侶註記，因其成立及生效要件尚乏明文規範，無從執為辦理相關身分登記之依據（內政部 105 年 3 月 11 日台內戶字第 1050404714 號意旨參照），即無法形成任何有效之身分上法律關係，於法律上不生婚姻登記效力，尤遑論賦予同性婚姻與傳統異性婚姻相同之實質權利，致徒具形式上之宣示意義，焉能謂係對法制整備中鵠立等待辦理結婚登記之同性伴侶之保障？
- (三) 同性婚姻合法化固無法使社會澈底消弭對同性伴侶之誤解與歧視等負面印象，而從觀念上加以接納。然對於系爭解釋公布後立法完成前過渡期間之同性伴侶關係，儘可能及時、適度賦予有效之保障，厥為系爭法律為落實系爭解釋之不容輕忽之任務。系爭法律未訂定關於保障同性伴侶法律上權益之過渡條款，造成聲請人與杜某長久親密相伴共同生活之重要精神表徵結婚登記，因等待立法或死亡等不可歸責於己之事由，終其一生皆無法完成，並致使聲請人以婚姻關係為基礎所衍生之家庭、財產上權利，亦均無從主張，是否無違憲疑義容有進一步

探討之餘地，聲請人據而指系爭法律及確定終局判決違憲，尚非全然無稽，是本件聲請，具有憲法重要性，有受理之價值，核與憲法訴訟法第 61 條所定要件，尚屬相符，應予受理。本件裁定遽認聲請顯無理由，而未能一本作成系爭解釋之初衷予以受理，誠屬可惜。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 146 號

聲請人 林祐良
 訴訟代理人 陳宜均律師
 曾彥傑律師
 黃昱中律師

上列聲請人認最高行政法院 112 年度抗字第 397 號裁定牴觸憲法，聲請裁判憲法審查暨暫時處分。本庭裁定如下：

主 文

- 一、本件裁判憲法審查之聲請不受理。 1
- 二、暫時處分之聲請駁回。 2

理 由

- 一、聲請人主張略以：其為年滿 20 歲國民，現於法務部矯正署臺北監獄（下稱臺北監獄）服刑中，設籍於臺北監獄 6 個月以上，無其他遭剝奪投票權之情事，具有中華民國 113 年 1 月 13 日舉行之第 16 任總統、副總統與第 11 屆立法委員選舉（下合稱系爭選舉）之選舉權，卻於系爭選舉之投票日，難以行使投票權，乃向臺北高等行政法院提起本案訴訟（112 年度訴字第 962 號選舉事件，目前審理中），並依行政訴訟法第 298 條第 2 項規定（下稱系爭規定）向該院請求定暫時狀態處分，聲明：1、先位請求：桃園市選舉委員會（下稱桃委會）於本案行政爭訟程序確定前，應暫先准予於其所在臺北監獄內，設置系爭選舉之投票所或其他適當方法，供其行使系爭選舉之投票權。2、備位請求：於本案行政訴訟確定前，暫時確認中央選舉委員會（下稱中選會）有使其得以行使系爭選舉之選舉權之義務存在。經該院 112 年度全字第 50 號裁定准許其先位之聲請，並敘明因其先位之聲請為有理由，毋庸就其備位請求加以裁判。桃委會不服上開裁定，提起抗告，經最高行政法院 112 年度抗字第 397 號裁定（下稱系爭確定終局裁定）廢棄上開裁定，並駁回聲請人在第一審先位及備位之

聲請。聲請人認系爭確定終局裁定解釋與適用法律於本件個案時未能正確理解基本權，並實質影響個案之裁判，且系爭確定終局裁定於適用法律於本件個案時，對於基本權重要事項應審酌而未審酌，即未審酌憲法第 129 條之普通選舉等理由，牴觸憲法，向憲法法庭聲請裁判憲法審查暨暫時處分。

二、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，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；聲請顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理，憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條及第 32 條第 1 項分別定有明文。又，憲訴法第 59 條第 1 項所定裁判憲法審查制度，係賦予人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，認確定終局裁判就其據以為裁判基礎之法律之解釋、適用，有誤認或忽略相關基本權利重要意義與關聯性，或違反通常情況下所理解之憲法價值等牴觸憲法之情形時，得聲請憲法法庭就該確定終局裁判為宣告違憲之判決。是人民聲請裁判憲法審查，如就所爭執之確定終局裁判對其裁判基礎法律之解釋、適用所持見解，未能具體論證究有何悖離何等憲法基本權利之重要意義，其聲請即屬顯無理由。

三、本件聲請人聲請裁判憲法審查，固以系爭確定終局裁定對憲法選舉權與選舉制度之關聯認識錯誤，且未審酌憲法第 129 條之普通選舉之意涵等理由，主張系爭確定終局裁定侵害其受憲法保障之選舉權與平等權而違憲。惟查：

（一）系爭確定終局裁定據為裁判基礎之法規範即系爭規定明定： 4

「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」就此，系爭確定終局裁定明確闡釋准許聲請之要件：「……聲請人就假處分請求及原因，應釋明其與相對人間有爭執之法律關係，及對於為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要性，

使法院得對聲請事件之事實為略式審查，並自事實及法律觀點判斷，形成本案訴訟勝訴可能性較高之心證，及如不允許聲請人之聲請，有對聲請人發生重大損害或急迫危險之相當可能性之心證，而認有必要加以防止。聲請人如未能釋明，其聲請即難以准許。……」本此審查原則，系爭確定終局裁定就原因案件所涉憲法第 17 條選舉權之保障意旨，及立法者據以形成包括選舉權行使方式在內之選舉制度之憲法關聯要素予以論述並考量，經綜合判斷結果，認於該件定暫時狀態處分之聲請，尚無法形成聲請人本案訴訟勝訴可能性較高之心證；且衡酌該聲請所涉公開、公平、公正及自由選舉等公益與聲請人可能受到之損害，認如准許聲請人定暫時狀態處分之聲請，對權力分立、影響選舉過程及結果等公益可能造成之損害，遠甚於未准許其聲請而其事後獲本案勝訴所生之個人損害，故難認有准予定暫時狀態處分之必要。

- (二) 上述法律見解乃審判法院依據系爭規定，本於法律所賦予之職 5
權，就原因事件定暫時狀態處分之聲請是否符合系爭規定所為
之判斷，尚難認此判斷有何抵觸憲法之情形，聲請人之主張顯
無理由。況系爭確定終局裁定就系爭規定之解釋、適用，固考
量立法者就人民選舉權之行使所為規定及相關選舉制度之設
計，以論斷系爭規定於個案所涉准予定暫時狀態處分之要件是
否具備，惟其毋寧僅屬系爭規定之解釋、適用時應予衡酌之個
案事實因素，尚難因聲請人定暫時狀態處分之聲請內容涉及選
舉權之行使，而系爭確定終局裁定駁回其聲請，即認系爭確定
終局裁定侵害聲請人之憲法上選舉權與平等權。
- (三) 就聲請人認系爭確定終局裁定對憲法選舉權與選舉制度之關聯 6
認識錯誤，且未審酌憲法第 129 條之普通選舉之意涵等主張而
言，核其所陳，實係以其有請求該管機關為其設置投票所供其
投票之權利為立論前提，並以其就憲法選舉權保障意涵與效力
之主觀理解，爭執系爭確定終局裁定就憲法第 17 條選舉權之

【意見書】

協同意見書：黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入。

部分不同意見書：尤大法官伯祥提出。

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 15 日

協同意見書

黃昭元大法官 提出
許志雄大法官 加入

一、本裁定不受理之理由：聲請「顯無理由」

[1] 本件聲請及其原因案件：本件聲請人林祐良係於法務部矯正署臺北監獄服刑中之受刑人，於 2023 年 8 月 11 日向臺北高等行政法院（下稱北高行）起訴（112 年度訴字第 962 號選舉事件），於先位聲明中請求桃園市選舉委員會應於其所在之臺北監獄內，設置第 16 任總統、副總統及第 11 屆立法委員選舉之投票所，使聲請人得於 2024 年 1 月 13 日行使前開選舉之選舉權（備位聲明，略）（下稱行政法院本案訴訟）；聲請人又同時依行政訴訟法第 298 條第 2 項規定，就上開先位聲明請求定暫時狀態處分（下稱行政訴訟之定暫時狀態處分），使聲請人得及時行使其選舉權，從而提前滿足其本案訴訟之請求。關於上開定暫時狀態處分之請求，先經北高行 112 年度全字第 50 號裁定准許，再為最高行政法院 112 年度抗字第 397 號裁定（下稱系爭確裁）以無理由駁回確定。聲請人主張系爭確裁抵觸憲法保障之選舉權及平等權，向本庭聲請裁判憲法審查，並同時依憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 43 條聲請暫時處分。至聲請人提起之上開行政法院本案訴訟，迄本裁定公告日（2023 年 12 月 15 日）止，仍在北高行審理中，尚未有任何判決。

[2] 就聲請人之上開裁判憲法審查聲請部分，本裁定係依憲訴法第 32 條第 1 項以「顯無理由」而不受理，同時駁回其暫時處分之聲請。在憲訴法施行後，本庭適用憲訴法第 32 條第 1 項規定，明示以聲請「顯無理由」而不受理聲請者，本裁定應該是第 3 件。¹ 在解釋上，憲訴法第 32 條第 1 項所定「顯無理由」應該是指聲請在程序上合法，但在實體上明顯無勝訴希望者。然於具體個案究應如何解釋及適用「顯無理由」，由於迄今本庭相關裁定不多，仍有待累積更多個案

¹ 前 2 件是：112 年憲裁字第 3 號及 112 年憲裁字第 144 號裁定。

始能釐清其具體意涵及可能之適用類型。

[3] 就何謂「顯無理由」，本裁定在理由二最末特別闡釋：

是人民聲請裁判憲法審查，如就所爭執之確定終局裁判對其裁判基礎法律之解釋、適用所持見解，未能具體論證究有何悖離何等憲法基本權利之重要意義，其聲請即屬顯無理由。

依上述理由，本裁定似乎是將顯無理由當成是簡化版的無理由，也可說是本庭對於聲請書所持實體理由之概略審查。過去在大審法時期，大法官常以「未具體指摘」為由而不受理聲請案，這和上述理由所稱之「未能具體論證」，似乎是異曲同工的罐頭理由。

[4] 其次，憲訴法第 32 條第 1 項所稱「顯無理由」，應該也是本庭行使選案權之依據及展現。因為所謂「未能具體論證」，固然包括不著邊際的空泛主張，但也可能已涉及實體評價（包括理由不夠充分、不具說服力等），其間確有一片灰色地帶，而容有受理之可能。換言之，基於選案權，本庭亦可受理本件聲請，再以實體無理由而駁回。

[5] 按本庭不論是以顯無理由而裁定不受理或以實體無理由而判決駁回，對本件聲請人而言，都是敗訴，結果類似。但如先受理本件聲請，再以實體判決駁回本件聲請，則本庭判決就系爭確裁所持法律見解，尤其是就「憲法選舉權之保障範圍是否包括聲請人（受刑人）得請求在監所設置投票所之給付請求權」此一憲法爭點，勢必發生實體確定力。由於本件聲請之標的僅係個案裁判，而非（也無）具一般效力之法規範，本庭縱令宣告系爭確裁合憲，此項實體判決亦僅會對聲請人發生拘束力，有如一般法院判決之僅拘束個案兩造當事人，而不必然發生憲訴法第 38 條之對世拘束力（這點仍待釐清）。又憲訴法第 42 條有關變更判決之規定，雖係就法規範憲法審查及機關爭議案件所為之規範，而未包括裁判憲法審查案件之判決，但在實務上，本庭今日如對本件聲請作成實體駁回之判決，將來如有其他聲請人另就相同憲法爭點聲請本庭判決，後者聲請其實仍相當於要求本庭變更本裁定之見解，因而會是更困難的挑戰。就此而言，本庭今日以顯無理由而不受理本件聲請，如和受理後的實體無理由判決相比，本裁定反

而還保留了未來其他聲請人就相同憲法爭點（受刑人投票權問題）聲請本庭判決之實體裁判空間。

[6] 再者，由於本件原因案件之行政法院本案訴訟（即北高行 112 年度訴字第 962 號選舉事件），目前仍在北高行審理中。由於本件聲請暫時處分之標的、及本件聲請裁判憲法審查部分所涉實體主張和爭點，和上開行政法院本案訴訟其實完全相同，如果本庭受理本件聲請，並進而為實體判決，不論判決結果是違憲或合憲宣告，勢必限制甚至阻斷北高行就同一爭點及主張，再為實體審理之自主空間，使其只能重複本庭之判斷。就此而言，本裁定於形式、概略審查後，選擇以罐頭理由式的「顯無理由」而不受理本件聲請，且有意不就本件聲請所涉實體爭點進而為具體評斷，實亦有為北高行及未來最高行政法院保留自主審判空間之制度考量。

[7] 最後，由於聲請人所爭取之總統及立委選舉投票日（2024 年 1 月 13 日），距本裁定公告日（2023 年 12 月 15 日）已不到一個月。在如此短的期間內，縱令本庭准許本件暫時處分之聲請，亦難以實際執行，且徒然引發政治爭議。又如駁回暫時處分之聲請，而受理裁判憲法審查之聲請，亦難免猜疑。何況日後本件原因案件（即行政法院本案訴訟）之裁判確定後，如對聲請人不利，聲請人仍有再次聲請本庭判決之機會。屆時在無選舉時間壓力的情形下，本庭反有更充裕的時間審理並為判決。

[8] 雖然本件裁判憲法審查部分之聲請，純就其實體爭點而言，確有憲法重要性，也確有受理之價值，但綜合上述以及本意見書後述第 9 至 12 段之考量，本席仍支持本裁定以顯無理由不受理本件聲請。

二、本件應否受理之其他程序爭點：憲法法庭與一般法院之審判權區隔

[9] 依憲訴法第 59 條第 1 項規定，人民需先依法定程序「用盡審級救濟程序」，始得就所受不利確定終局裁判，聲請裁判憲法審查，或併聲請法規範憲法審查。又本庭 111 年憲判字第 8 號判決於其理由第 13 至 14 段確曾認「憲法訴訟法第 59 條第 1 項之確定終局裁判，包

含本案及非本案裁判」，亦即得包括如本件聲請人據以聲請之「定暫時狀態裁定」等保全程序之非本案裁判。惟本席認為：本件聲請之系爭確裁與其本案訴訟裁判間關係，和 111 年憲判字第 8 號判決所受理之暫時處分裁定與其本案訴訟裁判間關係，二者實有明顯不同，並會影響本庭是否應受理本件聲請之程序判斷。

[10] 暫且不論本席原係反對受理 111 年憲判字第 8 號判決之聲請案，就 111 年憲判字第 8 號判決一案而言，該判決所受理並審查的暫時處分裁定（最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定）係以「命母親交付未成年子女於其父親」為其核心標的，而其本案訴訟則係改定親權訴訟（由父母共同行使負擔改為一方行使負擔對未成年子女之權利義務），二者標的有別。上開暫時處分裁定確定後，聲請人就該裁定，不論是在程序上或實體上，均確已用盡審級救濟，且無任何民事法院就相同事項或標的仍在審理中，或可依通常救濟程序續為審判。

[11] 然就本件聲請而言，本件裁判憲法審查所據以聲請之系爭確裁，係以聲請人之行政法院定暫時狀態處分請求為其標的，此與本件暫時處分聲請之標的其實相同，更和聲請人在行政法院本案訴訟之請求也相同。換言之，在憲法法庭繫屬的本案（裁判憲法審查）及暫時處分聲請，聲請人在行政法院的本案訴訟（北高行 112 年度訴字第 962 號選舉事件）及其定暫時狀態處分程序（系爭確裁），上述四個訴訟程序之標的或請求事項其實都相同，都是請求法院命桃園市選舉委員會在監所設投票所，使聲請人得以投票的保全程序處分。就此請求事項而言，聲請人之行政法院本案訴訟目前仍在北高行審理中，明顯尚未用盡審級救濟。故本庭如逕自受理本件裁判憲法審查，這無異是容許聲請人在無任何一審級之法院判決的情形下，即可不盡其審級救濟程序，而逕自飛越聲請。又如前述，本庭如受理本件裁判憲法審查之聲請並為實體判決，對於審理相同請求事項之行政法院本案訴訟而言，這無異是由本庭實質取代北高行而逕自為第一審本案判決，而不止是第四審的問題。

[12] 本席認為：憲訴法第 59 條第 1 項所稱用盡審級救濟程序之解

釋，除了要求在程序上要先窮盡審級救濟而有確定終局裁判外，是否也應考量聲請人所聲請之事項或標的，在一般法院是否仍有同一聲請人就相同事項或標的仍有本案訴訟在進行中，有如本件原因案件之行政法院本案訴訟，以適度維持憲法法庭與一般法院間的審判權區別。否則，明文容許本案判決先取的行政訴訟法第 298 條第 2 項之定暫時狀態處分程序，恐將成為憲訴法第 59 條第 1 項用盡審級救濟程序要求的破口，並使本庭除了第四審的帽子外，又再進入第一審的多重宇宙空間。雖然本席對於上述問題尚未有定論，然正因為有此顧慮，因此本席最後仍選擇支持本裁定以顯無理由而不受理本件聲請。

三、本件裁判憲法審查所涉之「憲法上權利」

[13] 憲訴法第 59 條第 1 項，人民聲請裁判憲法審查的要件之一，應主張其所受不利確定終局裁判侵害其憲法上權利。在本件聲請，聲請人係主張其選舉權及平等權受到系爭確裁之侵害，二者確為聲請人之憲法上權利，因此在形式上本件聲請應已符合上述「憲法上權利」聲請要件之要求。

[14] 不過，聲請人在其原因案件，即行政法院本案訴訟，係以要求在監所設置投票所的給付請求權為其權利基礎，而提起一般給付之訴（先位聲明部分）。然系爭確裁認為聲請人並不享有上述給付請求權，因此認其本案勝訴可能性低，從而駁回其定暫時狀態處分之請求。就本件聲請而言，本庭就系爭確裁是否違憲之判斷，勢必會觸及上述給付請求權是否為憲法選舉權保障範圍之實體判斷。

[15] 就此，本裁定於理由三（三）說明：

就聲請人認確定終局裁定對憲法選舉權與選舉制度之關聯認識錯誤，且未審酌憲法第 129 條之普通選舉之意涵等主張而言，核其所陳，實係以其有請求該管機關為其設置投票所供其投票之權利為立論前提，並以其就憲法選舉權保障意涵與效力之主觀理解，爭執確定終局裁定就憲法第 17 條選舉權之保障意旨、立法者據以形成選舉制度之憲法關聯之見解，及所為公、私益衡量之決定，整體觀之，難謂聲請人客

觀上已提出具體論證以實其說，是聲請人此部分之主張，亦顯無理由。[粗黑體為本席所加]

[16] 上開理由實已涉及本件聲請之關鍵實體爭點：對身為受刑人之聲請人而言，憲法所保障之選舉權是否包括聲請人主張之「於特定監所內設置投票所之給付請求權」？就此關鍵爭點，本裁定雖然也認知並說明聲請人就其主張之憲法選舉權，「實係以其有請求該管機關為其設置投票所供其投票之權利為立論前提」，但上述理由就只是很抽象、籠統地指出：「整體觀之，難謂聲請人客觀上已提出具體論證以實其說」，而未就其主張進行實體有無理由之具體評價。

[17] 本席認為：由於本裁定係以顯無理由而不受理本件聲請，因此上述未進入實體評價的抽象理由，仍屬必要的節制，否則將與實體無理由之駁回判決難以區別。不過，從上述所引理由亦可推知本裁定對於上開給付請求權之存在，不管是就現行選舉法規之解釋適用（包括行政裁量是否收縮到零之法律解釋問題）或憲法選舉權之保障範圍（憲法解釋問題），應該都是採取較為負面的質疑立場，因此才會據以認為本件聲請顯無理由。

四、司法與立法的功能區別

[18] 本席之所以支持本裁定不受理本件聲請的另一個考量是：司法與立法的功能區別及角色分工。核心顧慮在於：解決受刑人事實上無法投票所涉的制度規劃、及其解決方案之具體適用範圍等問題，是否適合由法院自為決定？

[19] 選舉權固然是民主國家之重要憲法權利，但這項權利之性質，一般認為是後於國家的權利，而非先於國家的固有防禦權。再者，選舉權之具體內涵，也與一國選舉制度密切相關，尤其是有關選舉種類、程序和投票方法等重要事項，多仍有待立法規劃並決定。憲法第 130 條規定：「中華民國國民年滿 20 歲者，有依法選舉之權…」，明文承認並授權立法者就選舉事項享有形塑選舉制度內容的權限。在解釋上，至少就涉及選舉程序和投票方法等部分，立法者應享有相當寬廣的形成空間，法院原則上也應尊重其決定。

[20] 我國立法就選舉權之行使，係以選舉權人至戶籍所在之投票所親自投下紙本選票為其投票方法，此屬立法者就投票方法之制度形成及原則決定，司法應予尊重。因此是否另採通訊投票、移轉投票等不在籍投票的各種方式，或改採機器或電子投票、非紙本選票等其他選票形式，就權力分立而言，原則上應屬立法權限及其政策選擇，而非司法所得決定之憲法問題。

[21] 其次，不論是整體選舉制度的修正或如本件所涉受刑人投票方法的規範設計，也須同時考量一國民主制度的歷史演進及公眾信任，而不能只訴諸抽象的理念或任意比照援引外國法。我國為新興民主國家，自 1980 年代中期開始自由化（如解嚴）及 1990 年代初期開始民主化（如國會全面改選等），迄今不過 30 多年，目前是否已屬民主鞏固國家，於理論或實務，均仍有待觀察及考驗。又就公眾信任而言，我國人民對於現行由「選舉權人至戶籍所在之投票所親自投下紙本選票」之投票方法，雖有各種抱怨，但整體而言，仍有相當之信任。此項公眾信任，係在歷經過去各類選舉弊端（包括大規模作票、買票、選務不中立等）的慘痛教訓後，一點一滴的逐漸累積形成，成之不易。如聲請人主張的「在非公開場所之監所設置投票所」，是否能得到國人之公眾信任，這是需要謹慎評估和模擬試驗的事項，而不是概念問題。就權力分立而言，本席認為這適合也應該由政治部門進行評估後決定，而非本庭。

[22] 再者，事實上無法行使選舉權的我國受刑人，並不限於戶籍設於監獄的約 1,700 位受刑人（如聲請人），也包括戶籍不在監獄的受刑人（約 49,000 人）。據統計，後者約占目前在監受刑人總人數之 96.7%²。如將在看守所收容的受收容人納入，戶籍不在監、所的受

² 截至 2023 年 10 月底止，監獄受刑人總人數為 50,871 人，參 https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?menu=INF_COMMON_C&list_id=1217&fbclid=IwAR3yxzzlNUonSiAg8-ukkGo2JZByIP-ZPd53Mor44b6nPp54opBb6n2nHw（最後瀏覽日：2023 年 12 月 15 日）；其中設籍於監獄者，約有 1,700 人，參中央通訊社新聞，〈約 1700 人設籍矯正機關 獄中投票權受關注〉，引自 <https://www.cna.com.tw/news/asoc/202310130211.aspx?fbclid=IwAR0-rR4OWfRShxh>

收容人（包括受刑人）之總人數必然更高。就此等戶籍不在監所之受收容人，本件聲請所主張的「在監所設置投票所供其行使選舉權」的方法，顯然不是適當的解決方式。且如聲請人律師在說明會時，答覆本席詢問所承認者：受刑人並無請求戒護外出投票的憲法上權利，且受刑人無法外出投票這部分的事實上限制，仍屬受刑人因在監所服刑所受人身自由限制的當然、附帶效果，並不違憲。對於戶籍不在監所的受收容人而言，他們既無權請求戒護外出投票，又無從適用本件聲請所主張的「在監所設置投票所供其行使選舉權」的解決方法，其憲法選舉權勢必要另尋保障方法，且必然需要立法者之全盤規劃並另行立法。本件聲請主張毋須新的立法，依據現行法即可設置投票所，從而解決受刑人事實上無法投票的「違憲狀態」，不僅超越相關選舉法律之立法計畫，也顯然是過於簡化的主張，甚且反會造成受刑人間的不平等：戶籍在監獄的受刑人中僅有約 3.3% 能投票，其餘 96.7% 仍然不能。這個問題，還是需要由立法者全盤規劃，而非本庭透過本件聲請之判決即得以解決。

[23] 更進一步而言，立法者如擬處理這個問題，仍然還有許多問題需要評估、決定，例如：（1）有選舉權之受刑人範圍：是否承認所有受刑人在法律上均仍有選舉權？或明文排除特定犯罪之受刑人（如觸犯賄選及其他妨害選舉罪、內亂外患罪者等³）？或排除宣告一定刑期以上之受刑人？（2）行使選舉權之方式：包括設置特定投票所、通訊投票、移轉投票等不同方式，且應併同其他同屬事實上無法投票

MoPA08X8fde7f-LX603kKvYFbAQu3zALy9aibd2tZ9bM（最後瀏覽日：2023 年 12 月 15 日）。又依法務部矯正署在本件聲請案說明會（2023 年 12 月 8 日）中之答覆，如以 2023 年 11 月 7 日為截止日來計算，在監獄及看守所設籍，且年滿 20 歲者有 3,297 人，其中有攜帶身分證入監，並將身分證放在監所保管的人數是 1,326 人。後者人數可能是包括看守所的受收容人，而不限於監獄的受刑人，因此明顯多於前者人數。

³ 參總統副總統選舉罷免法第 26 條、公職人員選舉罷免法第 26 條有關候選人資格之限制規定。如立法者考量將特定犯罪之宣告列為選舉權消極資格，其範圍應該小於候選人消極資格之範圍，自不待言。

者，⁴ 全盤考量，整體規劃或漸進實施；（3）適用之選舉類型：究竟應限於全國性選舉⁵（如總統副總統及立法委員選舉）？還是當然及於各類地方選舉（包括縣市長、縣市議員、鄉鎮市民代表、村里長等選舉）。在在都是立法者必須面對的問題，而不是開放與不開放的選擇而已。

[24] 以適用的選舉類型而言，規模越小的區域選舉，越會有在地連結的實際要求，因此受刑人參與投票之可能影響及爭議也會越大。例如在監有戶籍受刑人之人數多於戶籍地之村里一般選民人數時，恐怕反而造成該地選民之疑慮。這也是立法者需考量的因素。

[25] 又本庭 112 年憲判字第 11 號判決理由第 69 段也曾闡釋：

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。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。

[26] 按受刑人因人身自由受限制，原則上必須生活在監所之封閉空間

⁴ 在法律上有選舉權，但事實上無法投票者，類型很多。有因個人因素所致，如因工作、就學或留學、旅行、生病、身體障礙等因素，致無法於選舉日當天親自至投票所投票者；也有因公權力所致者，如留守軍營之軍人、值勤之警消等公務人員、受刑人等。就此等事實上無法投票者，是否都應提供替代方式？或漸進實施？如何兼顧公眾信任和防弊，在在也是立法和行政之難題。

⁵ 參公民投票法第 25 條：「主管機關辦理全國性公民投票，得以不在籍投票方式為之，其實施方式另以法律定之。」在我國憲法上，公民投票（指對事之投票）並非本件所涉的選舉權（限於對人之投票），但上述規定仍可供參考。

內（暫不論低密度、無圍牆的外役監等特殊機構）。因此受刑人與監所所在之當地社區及其政治社群，實際上並無實質互動，亦難以發生對該選區之政治認同。讓受刑人參與此等小規模選區之選舉，固然成全了受刑人之投票權，但是否也同時稀釋了當地選區其他選民之實質政治影響力，甚至破壞該選區之集體政治認同？這也是立法者在規劃選舉制度時需要權衡者，而不能只是高談闊論受刑人之選舉權。

[27] 次按，民主選舉的實施有其實質討論思辯的重要層面，這也是民主的核心價值，而不只是投出一張選票。如何確保受刑人在監所的封閉空間內，仍有接受選舉相關資訊、參與民主思辯討論之可能，甚至還有候選人及政黨能否及如何向監所內的受刑人進行選舉宣傳等問題。這些都是立法規劃和行政執行層面的難題，而不只是提供受刑人有在投票日排隊投票的一日權利，就是實現憲法選舉權，實現民主。

五、結語

[28] 鐵窗之內，當然有憲法，受刑人也仍有其憲法權利。但就如同鐵窗外的憲法權利，不總是全有全無；鐵窗內的憲法權利，也仍應考量權利類型、性質等因素，而不會是全有權無的概念式論斷。各種不同類型、性質的憲法權利是否都必然、徹底穿透鐵窗，而不得有任何減損，且須與鐵窗之外的權利保障程度均必然完全相同？本席反覆思索，仍未能有一般性答案，在方法上，本席目前暫定的保守立場是：這只能也必然要考量具體脈絡，而後為一次一案的決定。就本件聲請所涉及的受刑人在事實上無法行使選舉權之爭議而言（不是泛指受刑人選舉權的所有爭議），套句 Hamlet 的自白，本席仍認為這個問題在原則上是：To vote, or not to vote, that is a policy question! 雖然本席也會支持立法者應就所有在事實上無法行使選舉權者之情形，全盤檢討改進。然對於聲請人和其他受刑人而言，他們所面臨的挑戰則是要說服法官：To vote, or not to vote, that is a constitutional question!

部分不同意見書

尤伯祥大法官 提出

本席認本件裁判憲法審查之聲請具憲法上重要性，且為貫徹聲請人選舉權及平等權所必要，此部分應予受理，爰提出部分不同意見書如下。

一、本件聲請是否具憲法上重要性或為貫徹聲請人基本權所必要之審查方法：

本件聲請若涉及有待憲法法庭闡明之憲法問題，並因憲法法庭作成判決而生超越原因案件個案之通案性利益，即可謂有憲法上之重要性；又，憲法法庭於 111 年憲判字第 8 號判決指出，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（憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決理由第 30 段參照，同旨可見 112 年憲判字第 11 號判決理由第 94 段）。準此，若本件確定終局裁定即最高行政法院 112 年度抗字第 397 號裁定（下稱確定終局裁定）於解釋作為裁判基礎之法律即行政訴訟法第 298 條第 2 項：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」（下稱系爭規定）時，有上述誤解基本權意義、漏未審酌基本權重要事項、應權衡基本權衝突而未權衡或權衡明顯錯誤等情形，並因而作成駁回聲請定暫時狀態之裁定，則不免將對聲請人所欲保全之選舉權及其他相關基本權造成難以回復之重大損害，從而本件裁判違憲審查之聲請，即可認為係貫徹聲請人基本權所必要而受理之。

二、確定終局裁定解釋系爭規定時未充分審酌與選舉權相關之重要事項，也漏未審酌平等權，對聲請人之選舉權造成難以回復之重大損害：

- (一) 選舉權不僅是投票權而已，也是被平等對待的前提，更是其他基本權經由民主程序獲得確保與實現的最重要後盾。系統性剝奪部分選舉權人投票之機會，必然動搖民主之基礎：

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，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。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。鑑於選舉為民主國家中，公民參與政治最重要之管道，亦係彰顯主權在民，落實民意政治與責任政治所不可或缺之手段（司法院釋字第 721 號解釋理由書第 3 段、憲法法庭 112 年憲判字第 18 號判決理由第 16 段參照），應受高度保障（憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決理由第 61 段參照）。選舉權雖係具有防禦功能之自由權，但其實現高度仰賴基本權之給付功能，有賴國家建立選舉制度，以提供行使選舉權所必要之組織、程序與其他周邊條件（例如得以平等接近國家資訊及媒體之程序）¹。選舉制度的建立，依憲法第 130 條：「中華民國國民年滿二十歲者，有依法選舉之權，除本憲法及法律別有規定者外，年滿二十三歲者，有依法被選舉之權。」及憲法第 23 條之法律保留原則，固應由立法者以法律為之，且立法者就此原則上享有一定立法形成空間，但仍應符合憲法第 7 條保障平等權暨憲法第 129 條所定普通、平等、直接及無記名投票之原則。公職人員選舉罷免法（下稱公職選罷法）及總統副總統選舉罷免法（下稱總統選罷法）既係立法者為建構選舉權行使之制度而制訂之法律，則不僅其規範內容必須符合上開憲法上原則，而且中央及各地方選舉委員會（下合稱選委會）依這兩部法律辦理選舉時，也必須落實上述原則。

¹ 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊第九卷第一期，第 44 頁至第 48 頁。

申言之，不僅在法律上，也在事實上保障所有公民參與政治機會的平等，是真正落實民主制度（原則）的基礎與前提。在法律上或事實上剝奪一部份公民參與政治的機會，不僅是歧視，而且更根本地腐蝕、動搖了民主的基礎。一個自詡為民主的國家，即使在憲法上肯認所有公民的投票權，但若部份有選舉權之公民因為法規或事實上之因素，直接或間接地被系統性地排除在選舉以外不能投票，則不僅導致選舉產生之政府是否能謂已充分獲得被統治人民之同意而具備足夠的民主正當性，產生疑問，而且使這些空有選舉權而實際上不能行使的公民，實際上無異被剝奪了選舉權，進而在民主政治中「失語」，難期其他公民投票選出之民意代表願為其代言進而維護、爭取權益。沒有選舉權或雖有選舉權卻因為系統性因素而不能行使的公民，其實是次等公民。選舉權不僅是被平等對待的前提，也是其他基本權得以經由民主程序獲得確保與實現的最重要後盾，正是從民主制度運作的歷史經驗中所能提取的最寶貴教訓（故，公民與政治權利國際公約第 25 條揭示凡屬公民均應在選舉權普及而平等之前提下，有權利及機會於真正、定期之選舉中投票）。

準此，形式上有選舉權而被系統性排除在投票人口以外的公民，即使與其他能夠行使選舉權之公民在法律形式上平等地享有投票權，但實際上其選舉權已遭剝奪，進而實質地遭到歧視，不能期待其權益能經由民主程序確保與實現。

（二）於國家對選舉權被系統性剝奪之狀態漠然以對，毫無改善作為之情況下，人民得請求國家排除其選舉權所受侵害：

前述選舉權之系統性剝奪，若係因國家之行為所致，則無論該等行為是立法或行政行為，既已侵害人民之選舉權，選舉權遭剝奪之人民，自得本於基本權之防禦功能，請求國家排除侵害；選舉權之系統性剝奪縱非因國家之行為，而係由於事實上之障礙所致，基於基本權之程序保障功能，國家仍應儘速採

取能有效排除該等事實上障礙之措施，使人民得以行使其選舉權。雖然立法者就選舉制度之建立享有一定之形成空間，並於其所制定之選舉相關法律授予辦理選舉之行政機關或寬或窄之行政裁量權，但若國家對於改善這種系統性剝奪選舉權之狀態漠然以對，毫無作為，進而已可預見這種選舉權遭到系統性剝奪之狀態，並無可能改善，則堪認無論是立法或行政裁量均已縮減至零，應即就其權限所及採取行動，以使選舉權遭到系統性剝奪之人民得以行使其選舉權，從而儘速終結此種違憲狀態。此際，國家對於人民所為排除對其選舉權侵害之請求，不得以國家就人民投票權之行使方式享有立法或行政裁量權作為抗辯之理由。

- (三) 聲請人之選舉權遭到系統性剝奪，其為排除對其選舉權之侵害，得請求國家於監獄內設置投票所或其他使其得於系爭選舉投票之必要作為：

收容於監獄及看守所之受刑人（下稱監所受刑人），其行使選舉權之資格雖然未為刑法、公職選罷法及總統選罷法排除，但由於公職選罷法及總統選罷法規定除投票所工作人員、返國行使選舉權之選舉人外，選舉人應於戶籍地投票所投票²，且中央及地方選委會歷來辦理選舉時，從未於監所設立投票所，而矯正機關復否定赴戶籍地投票所投票係目前監獄行

² 公職人員選舉罷免法第 17 條：「（第 1 項）選舉人，除另有規定外，應於戶籍地投票所投票。（第 2 項）投票所工作人員，得在戶籍地或工作地之投票所投票。但在工作地之投票所投票者，以戶籍地及工作地在同一選舉區，並在同一直轄市、縣（市）為限。」及總統副總統選舉罷免法第 13 條：「（第 1 項）選舉人，除另有規定外，應於戶籍地投票所投票。（第 2 項）返國行使選舉權之選舉人，應於最後遷出國外時之原戶籍地投票所投票。（第 3 項）投票所工作人員，得在戶籍地或工作地之投票所投票。但在工作地之投票所投票者，以戶籍地及工作地在同一選舉區，並在同一直轄市、縣（市）為限。總統、副總統選舉與他種公職人員選舉同日舉行投票時，並應在該選舉人行使他種公職人員選舉權之選舉區內。」

刑法容許之受刑人外出事由³，以致監所受刑人無論戶籍是否設於監所內，均因其不被允許外出投票、監所內復未設投票所、選罷相關法律未就監所受刑人採取不在籍投票等原因，迄今不曾有於各項選舉投票者。因此，監所受刑人是一群形式上享有選舉權，但因上述因素而實際上被系統性地排除在投票人口以外的公民。

上述對於監所受刑人之系統性排除，不能認為是因執行自由刑而限制受刑人人身自由所生之當然附隨效果。蓋從立法者於 94 年 2 月 2 日刪除刑法第 36 條第 3 款：「三、行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。」之規定，即可見得立法者為兼顧預防犯罪及受刑人再社會化之理想，不再以剝奪受刑人參政權作為褫奪公權之效果，以使監所受刑人得行使參政權⁴。立法者既已明確表達為符受刑人再社會化之目的，應使受刑人

³ 依監獄行刑法第 29 條第 5 項之授權訂定之受刑人外出實施辦法第 4 條規定得報請監督機關核准於一定期間內外出之條件，限於就學、職業訓練、參與公益服務、參與社區矯治處遇及其他經監督機關審酌認為宜予外出之特別情事。臺北高等行政法院就本件聲請之原因案件即該院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件，於 112 年 9 月 27 日行調查程序時，參加人法務部之訴訟代理人明確表明，上開外出辦法是針對受刑人於監外作業，不是針對投票，並完全否定戒護受刑人外出投票之可行性，因此堪認監所受刑人受限於現行監獄行刑制度之明文規範，不能外出至戶籍地投票所投票。見臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件卷第 498 頁。

⁴ 可參該次修法立法理由第三點：「為兼顧預防犯罪及受刑人再社會化之理想，修正褫奪公權內涵，將選舉、罷免、創制、複決等參政權行使之限制，移於『公職人員選舉罷免法』、『總統副總統選舉罷免法』中規範，以與憲法第二十三條以法律限制基本權利行使之必要性、比例原則相契合。」及法務部之立法說明第三點：「依現行褫奪公權制度係剝奪犯罪行為人三種資格，就社會防衛立場觀之，咸認第一款限制被告擔任公務員及第二款擔任公職候選人之資格，尚屬適當。惟第三款之行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格，係不分犯罪情節、犯罪種類，齊頭式的剝奪人民選舉權之行使，似與受刑人之再社會化目的有悖，則迭遭質疑其與預防犯罪之關係。為兼顧預防犯罪及受刑人再社會化之理想，宜修正褫奪公權內涵，將選舉、罷免、創制、複決等參政權行使之限制，移於『公職人員選舉罷免法』、『總統副總統選舉罷免法』中規範，以與憲法第二十三條以法律限制基本權利行使之必要性、比例原則相契合。」

得以行使參政權之立場，則自無可能將受刑人不能投票當作是執行刑罰而限制人身自由之當然附隨效果。從而，所有監所受刑人的選舉權已因國家之行為（具體而言，不僅是由於立法者未建立通訊投票制度，而且選委會未本其設置投票所之職權與監所主管機關協力於監所內設置投票所，至少讓戶籍設在監所之受刑人得在符合普通、平等、直接、無記名及公開原則之條件下投票，也是原因）而遭到系統性的剝奪，並因此同時遭到系統性的差別待遇。如此系統、廣泛侵害選舉權與平等權之狀態，顯然有違憲嫌疑，應受嚴格審查⁵。

在本件聲請之原因案件前，於110年間即曾有兩名在監執行之受刑人，為排除其選舉權遭受系統性剝奪之侵害，向高雄高等行政法院起訴請求高雄市選委會在監獄內設立投票所以供其行使投票權。其請求與本件聲請之原因案件如出一轍，該案被告高雄市選委會雖不否認受刑人享有投票權，也未主張法律上有何禁止受刑人行使投票權之規定，但以受刑人之投票係不在籍投票，須待選罷法有明文規定後始得據以辦理作為答辯理由，也與桃選會及中選會在本件聲請之原因案件中的辯解雷同。110年9月6日高雄高等行政法院110年度訴字第1號

⁵ 司法院釋字第760號解釋於對應考試服公職權之差別待遇，認為應受較嚴格之審查，就同為參政權之選舉權所受差別待遇，自無不受嚴格審查之理。另外，司法院釋字第365號解釋首開先河，指出因性別而為之差別規定僅於特殊例外狀態始受允許，亦即應受較嚴格之審查；釋字第748號解釋、釋字第794號解釋、釋字第807號解釋接續表示，就以「難以改變之個人特徵」、「歷史性或系統性之刻板印象」為分類標準之可疑分類，因為涉及事實上或法律上受排斥或歧視者，或社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，此時應加強審查而適用嚴格或較為嚴格之審查標準。憲法法庭112年憲判字第11號判決於進一步將「造成隔絕參與民主程序」之分類列為可疑分類之餘，並一併指明若差別待遇涉及與個人人格自主發展、人性尊嚴或與公共生活秩序之形塑密切相關之基本權利，原則上亦至少應採中度審查。本件聲請案同時涉及「系統性之刻板印象」與「造成隔絕參與民主程序」之可疑分類，及與公共生活秩序之形塑密切相關之選舉權二者，茲事體大，綜合考量下實應採取嚴格審查標準檢驗是否違憲。

判決駁回原告之訴，該件原告之上訴復於 112 年 5 月 30 日遭最高行政法院 110 年度上字第 673 號判決駁回。於該案訴訟進行過程中，復有 111 年地方公職人員選舉及憲法修正案公民複決，尚未解除隔離之嚴重特殊傳染性肺炎（COVID-19）之確診者，依中選會之規定不得進入投票所投票及參觀投票。監察院因此發動調查，查得中選會為因應疫情變化，曾在 111 年 3 月 18 日研提「開放居家隔離與居家檢疫者投票方案研析報告」，該報告所提方案四即係引進通訊投票，並明確指出須修改選罷法始能引進。中選會決議該報告准予備查後，並無據該報告推動修法引進不在籍投票之作為⁶。嗣於本件聲請之原因案件審理過程中，中選會及桃選會仍以不在籍投票須修改選罷法始得辦理為由，主張聲請人有關桃選會應以在臺北監獄設置投票所以外之其他適當方法讓其行使選舉權之請求不能成立。綜上可見，中選會顯然既不願讓受刑人在監獄內投票，也無意推動修法引進通訊投票以作為監所受刑人行使選舉權之方法。進而，堪認國家對於監所受刑人選舉權遭到系統性剝奪之現象，始終漠然以對，無意改善而毫無作為，進而已可預見監所受刑人若不得本於基本權之防禦作用請求國家排除對其選舉權之侵害，此種選舉權遭系統性剝奪之現狀即無可能改善。因此，本件聲請人為排除對其選舉權之侵害，得請求國家採取於臺北監獄內設置投票所或其他使其得於系爭選舉投票之必要作為。

雖然通訊投票或其他不在籍投票方法之引進，須待立法，但至少選委會仍得於公職選罷法第 57 條第 1 項及總統選罷法第 53 條第 1 項規定之授權範圍內，於臺北監獄內設置供受刑

⁶ 請見監察院 112 年 7 月 28 日公布之 112 內調 0033 號調查報告，<https://www.cy.gov.tw/CyBsBoxContent.aspx?n=133&s=28369>（最後瀏覽日：112 年 12 月 14 日）。

人投票之投票所⁷，讓戶籍設於監獄內之受刑人得以行使投票權。雖然由於監獄的特性，設置於監獄內之投票所在落實普通、平等、直接、無記名及公開等原則上，必然遭遇許多事實上之困難，例如如何使投、開票之過程始終處在公眾得以共見共聞之狀態，並能兼顧監獄之維安？如何兼顧受刑人之戒護與受刑人投票自由意志之確保？但衡諸監所受刑人之選舉權已遭長期系統性剝奪，且各項法定公職選舉定期舉辦，對受刑人選舉權之侵害將不斷發生，選委會與監獄自應發揮行政權之積極、主動特性，協力解決相關事實上困難，況考諸國外於監獄內設投票所之事例所在多有⁸，這類事實上困難並非不能克服，而且也非必須有法律授權始得進行⁹。應一併敘明者，係雖然設置在監獄內之投票所僅能滿足讓設籍在監獄內之受刑人

⁷ 這兩條規定授權選委會視選舉區廣狹及選舉人分布情形，就機關（構）、學校、公共場所或其他適當處所，設置投票所。上開規定所稱「機關（構）」，文義上並未排除監獄及看守所，因此上開裁定命桃選會於臺北監獄設置投票所，尚不生是否欠缺法源而不能執行之疑義。中選會及桃選會雖然均主張在監獄內所設投票所，係特設投票所，須待法律規定始得為之，但在臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件 112 年 9 月 27 日行調查程序時，中選會亦承認所謂特設投票所僅係學理上分類，法律上無規定，因此此等主張並不足採。該案之參加人法務部之訴訟代理人於該案在上述調查程序時，則陳稱法務部認為可以在臺北監獄設投票所，獄方可派人自舍房將受刑人於戒護下帶至投票所投票。見臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件卷第 495 及 496 頁。桃選會雖主張依照系爭選舉實施計畫，投票所人數以 1200 人為原則，若在臺北監獄設投票所，則獄外民眾必須至監獄內投票，窒礙難行云云。惟，選舉實施計畫係選舉機關所擬定，本得視情況調整，自無膠柱鼓瑟堅持所有投票所均以 1200 人為原則之理。桃選會自得依公職人員選罷法第 57 條第 1 項之授權，於臺北監獄內設專供在籍受刑人投票之投票所。

⁸ 聲請人於臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件，提出美國伊利諾州、華盛頓哥倫比亞特區、科羅拉多州、德州、密西根州及加州等州共有 7 所監獄，暨歐洲共有 11 國曾在監獄內設投票所之事例，見臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號聲請假處分事件卷第 547 至 588 頁。

⁹ 本件聲請之原因案件的一審裁定即臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號裁定第 25 頁就這些問題的克服，有相當詳細的論述，可資參考，為省篇幅，茲不贅述。

行使選舉權之需求，其他受刑人仍因不在籍投票之欠缺而不能行使其投票權，但這種權利行使的不平等是立法不作為所致，國家不能以監所受刑人之選舉權應一體行使、不得有差別待遇為由，拒絕採取先讓戶籍設在監獄內之受刑人得以投票之措施。

- (四) 聲請人於系爭選舉之選舉權，因確定終局裁定駁回其定暫時狀態之聲請而受難以回復之重大損害：

臺北高等行政法院 112 年度全字第 50 號裁定准許聲請人之先位請求，命桃選會於本案訴訟確定前應暫先准予於臺北監獄內設置系爭選舉之投票所或其他適當方法，供聲請人行使於系爭選舉之投票權。該裁定於 112 年 10 月 12 日作成，距系爭選舉之投票日尚有 3 個月，桃選會仍有餘裕與監獄協力解決在監獄內設投票所將遭遇之事實上困難。確定終局裁定於同年 11 月 16 日廢棄臺北高等行政法院之裁定，改為駁回聲請人第一審先位及備位聲請之裁定。聲請人於同年 29 日就確定終局裁定向憲法法庭聲請裁判憲法審查及暫時處分，斯時距系爭選舉之投票日僅餘 44 日。憲法法庭縱儘速准許其定暫時狀態之聲請，所餘時間仍顯不足以讓桃選會克服在臺北監獄內設投票所將遭遇之事實上困難。因此，確定終局裁定作成後，聲請人不能於系爭選舉投票，即成定局。聲請人於系爭選舉之選舉權，因確定終局裁定駁回其定暫時狀態之聲請而受難以回復之重大損害。

- (五) 確定終局裁定疏未考量與選舉權之意義與內涵有重要關係之事項：

確定終局裁定於解釋系爭規定時，對於選舉權之行使，須仰賴國家（主要是立法者）建立制度、設定程序，方足以實現，公職選罷法及總統選罷法形成之選舉制度，係在公眾得見聞之公開場域設置投票所，透過不特定多數人公眾監督選務，兼有保障選舉權人投票與不投票自由之效應，並使前往投票所

之選舉人可在無顧忌之自由環境下，以無記名方式投票（秘密投票）。投票時間一截止，即在公眾得監督開票過程之公開、透明前提下，於各投票所就地完成開票，以確保每張以自由意志投入票匱之選票，自始至終受到公開、公平、公正與公眾監督之保障等節，固有正確之掌握。惟，確定終局裁定基此理解，認為矯正機關收容人等各種特殊情況選舉權人應如何及以何種程序保障其以自由意志行使選舉權，乃至包括立法者將如何看待並預防在類此封閉管制場所發生妨害選舉權公開及公平競爭之特定行為，而為周全之保障，核屬立法通盤考量之裁量範疇，進而否定聲請人得依公職選罷法第 17 條第 1 項及第 57 條第 1 項暨總統選罷法第 2 條、第 13 條第 1 項及第 53 條第 1 項等規定，請求在其戶籍所在之臺北監獄設置投票所，因而認為無法形成聲請人本案勝訴可能性較高之心證，則顯然完全沒有考量以下與選舉權之意義與內涵有重要關係之事項：

1. 如前所述，選舉權不僅是投票權而已，也是被平等對待的前提，更是其他基本權經由民主程序獲得確保與實現的最重要後盾。於部分選舉權人投票之機會遭到系統性剝奪之情形，民主之基礎必然動搖，也可能會影響選舉產生之政府的正當性。確定終局裁定只看到選舉權是「民主憲政制度下之產物，非人民與生俱來之權利，其行使須賴國家（主要是立法者）建立制度，設定程序，方足以實現」，不免低估了選舉權在基本權清單中的重要性，也輕忽了不能行使選舉權對其他基本權的實現與保障所造成之不利影響。尤其監獄是高度封閉性之場所，受刑人之身處於國家權力之徹底支配下，其權利保障不可能僅倚賴事後之司法救濟，毋寧國會對於矯正機關之監督可能更為全面而有效。剝奪了受刑人之選舉權，必然會嚴重減損藉由國會監督落實監獄人權之力道。
2. 監所受刑人之選舉權遭到長期的系統性剝奪，實際上是一群已遭到系統性歧視的公民，但確定終局裁定對聲請人所受歧

視，完全無視。

3. 無論是立法者或選委會均對於如此嚴重侵害人權之現象，始終漠然以對，無意改善而毫無作為。隨各種法定公職選舉定期舉辦，對於監所受刑人之選舉權的侵害勢必一再發生。於本件聲請之原因案件中，於臺北監獄設置投票所以使聲請人得以行使投票權，是桃選會職權範圍內可為之選項，而在系爭選舉已公布投票日之情況下，若不採此選項，則聲請人於系爭選舉之選舉權必然無法行使，因此桃選會就是否採取這各選項，裁量權其實已縮減至零，亦即其不能坐待立法，而任令聲請人之選舉權遭到侵害。確定終局裁定就桃選會裁量權是否已縮減至零，完全沒有論及，即遽謂不能形成聲請人本案訴訟勝訴可能性較高之心證，自屬疏未考量此等與選舉權在本件個案中之意義有關之重要事項。
4. 聲請人本即有權在系爭選舉投票，因此，縱令其於系爭選舉投票後，本案訴訟敗訴確定，亦不生影響於其投票之效力，更不會因此原因而導致選舉無效。確定終局裁定以聲請人若本案敗訴確定，或將衍生選舉無效之結果，可見若准許聲請人定暫時狀態之聲請，對系爭選舉結果之公共利益所造成之重大損害，遠高於未准許其聲請而其事後獲勝訴所生之個人損害等理由，駁回其聲請，顯亦係基於監所受刑人之選舉權須經本案訴訟勝訴始得行使之誤會，核屬對選舉權意義之錯誤理解。

(六) 本件聲請係貫徹聲請人選舉權所必要：

就西方民主制度發展的歷史觀察，20 世紀之前沒有投票權或雖有投票權而實際上不能行使的窮人、有色人種與婦女，尚能經由集會、遊行所表達的公開抗議，讓其他人民注意到他們被歧視的處境，使他們所受歧視成為整個國家的良心問題，進而成為促成改變的政治動力。但監所受刑人不可能以相同方式發聲，囹圄之內囚禁的其實是民主制度中最容易被忽視的群

體之一。除了司法訴訟，他們事實上幾乎別無其他管道得以爭取行使選舉權的機會。

如前所述，立法者及選委會既均無意排除聲請人與其他監所受刑人之選舉權所受到之系統性侵害，且聲請人為其於系爭選舉之選舉權尋求司法救濟之努力，亦已遭確定終局裁定挫敗，可見除非憲法法庭受理其聲請並於判決中指出聲請人有權請求國家排除其選舉權所受系統性侵害，否則其選舉權勢必在系爭選舉乃至日後其他選舉一再被剝奪，因此堪認本件聲請係貫徹聲請人乃至其他監所受刑人之選舉權所必要。

三、本件聲請具有憲法上重要性：

本件聲請雖僅有一名聲請人，但如前所述，所有監所受刑人均處於選舉權遭到系統性剝奪之狀態。人權遭到如此規模之嚴重侵害，自屬有憲法上重要性之問題，憲法法庭現在就應面對，不應坐待聲請人之本案訴訟敗訴，用盡法律救濟途徑後再行處理，而容任於此期間對監所受刑人之選舉權的一再侵害。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 148 號

聲請人 高雄高等行政法院地方行政訴訟庭敬股法官

上列聲請人為審理高雄高等行政法院地方行政訴訟庭 112 年度監簡字第 22 號監獄行刑法廢止假釋事件，聲請解釋憲法，本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

理 由

- 一、本件聲請人（原為臺灣臺南地方法院行政訴訟庭業股法官）因審理高雄高等行政法院地方行政訴訟庭 112 年度監簡字第 22 號（原案號為臺灣臺南地方法院 110 年度監簡字第 1 號）監獄行刑法廢止假釋事件，認應適用之刑法第 79 條之 1 第 1 項（下稱系爭規定一）、監獄行刑法第 120 條第 1 項及第 3 項規定（下依序稱系爭規定二、三），係就受刑人假釋出監後刑期變更，所為應重新審核假釋之規定；惟系爭規定一未區分「二以上徒刑併執行」者之後案，是否為得易科罰金之罪、是否為過失犯罪等不同情狀，一律合併計算前、後案之假釋條件所定最低應執行之期間，致無特別預防考量必要之個案受刑人，皆須再入監繼續執行徒刑；另系爭規定二及三未給予處分機關個案裁量權，一律以已執行之徒刑未逾變更後應執行刑之二分之一，因未符合刑法第 77 條第 1 項規定，即廢止假釋；並將其假釋尚未期滿之已執行保護管束日數，一律不予計入刑期，從而將因後案之法院判決確定時點不同，而有是否將假釋期間算入已執行期間之差別待遇，且對假釋期間即將屆滿之受假釋人極為不利。故而，系爭規定一至三，使個案受刑人所受之刑罰超過其所應負擔之罪責，違反憲法第 7 條平等原則、第 8 條保障人身自由之意旨及第 23 條比例原則，乃聲請解釋憲法。
- 二、按於中華民國 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，適用該次修正施行後之規

定，但案件得否受理，依該次修正施行前之規定；聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不受理。憲法訴訟法第 90 條第 1 項及第 32 條第 1 項分別定有明文。又各級法院法官於審理案件時，須對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，以之為先決問題，始得裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋，業經司法院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋闡釋甚明。

三、經查：

- (一) 憲法法庭係於 110 年 8 月 31 日收受本件釋憲聲請書，揆諸上開規定，本件聲請是否受理，應依上開解釋所定之法官聲請解釋要件予以審查。 3 4
- (二) 本件聲請案原因案件之假釋出監受刑人，係因假釋出監前所犯數罪併罰卻有二以上之裁判，經合併定應執行刑，致刑期變更；並經法務部矯正署以 109 年 9 月 23 日法矯署教決字第 10901867680 號函廢止該受刑人之假釋。該受刑人不服，提起復審，遭法務部矯正署法矯署教字第 10901099200 號復審決定駁回，乃提起行政訴訟。而觀上開法務部矯正署廢止假釋處分及復審決定，系爭規定一並非本件廢止假釋處分之法令依據；且系爭規定一係針對二以上徒刑併執行者，明定刑法第 77 條之假釋最低應執行期間，係合併計算之規範，而與本件聲請案原因案件之受刑人係因數罪併罰而有二以上裁判之情形無涉。從而，系爭規定一尚非法官審理本件聲請案原因案件所應適用之法律。 5
- (三) 假釋出監受刑人之刑期若有變更，則為因應執行之刑期變更，乃有必要重新核算是否符合刑法第 77 條第 1 項所規定假釋要件，以決定是否廢止假釋，且我國法制亦無保護管束之日數得折抵有期徒刑之規定，故若重新核算後，因不符假釋要件而廢止假釋，仍係於已變更之應執行刑之刑期內繼續執行，尚難謂使假釋尚未期滿之出監受刑人遭受超過其所應負擔之罪責；至 6

| | |
|--------------------------|--|
| 蔡大法官彩貞、朱大法官富美、 陳大法官忠五 | |
|--------------------------|--|

【意見書】

部分不同意見書：尤大法官伯祥提出，黃大法官瑞明、詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

高碧莉

中 華 民 國 112 年 12 月 29 日

部分不同意見書

尤伯祥大法官 提出
 黃瑞明大法官 加入
 詹森林大法官 加入
 謝銘洋大法官 加入

本件聲請案原因案件之假釋出監受刑人，前因違犯詐欺罪等案，經法院判決確定後入監執行，並於中華民國 108 年 12 月 12 日獲准假釋付保護管束在外。該假釋出監受刑人另涉違反商業會計法等案，於假釋期間經法院判決確定，並依刑法第 53 條規定與前案詐欺罪等合併定應執行刑後，檢察官換發執行指揮書變更刑期。監獄接獲新開立之指揮書後，依監獄行刑法第 120 條第 1 項規定（即系爭規定二），重新核算刑法第 77 條第 1 項所定最低執行期間，並以假釋出監受刑人徒刑之執行日數，未逾新定應執行刑期二分之一，認不符刑法第 77 條之假釋條件，經假釋審查會決議廢止假釋後，再報經法務部核准，該假釋出監受刑人因而須再入監，直至在監執行日數已逾新定應執行刑期二分之一時，再重新申請假釋。

對於系爭規定二，聲請人認未給予處分機關裁量權，一律以假釋出監受刑人是否符合刑法第 77 條第 1 項規定，辦理維持或廢止假釋，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨及第 23 條比例原則有違。本號裁定以本件聲請案原因案件係因數罪併罰致刑期變更，若重新核算後不符刑法第 77 條第 1 項所定假釋要件，仍係於已變更之應執行刑之刑期內繼續執行，尚難謂使假釋出監受刑人遭受其所應負擔罪責等理由不受理。

於此部分，本席認為本件聲請意旨及其所涉問題，具憲法上重要性，而有受理之價值。謹提出不同意見書，扼要說明理由如下：

一、受刑人獲核准假釋後或假釋出監付保護管束中，發現有二以上裁判宣告數罪，構成數罪併罰，而經檢察官聲請法院裁定更定應執行刑者，乃系爭規定二所稱「刑期變更」，監獄於此種情形固應據法院裁定之應執行刑，重新核算刑法第 77 條第 1 項所定最

低應執行之期間，並將核算結果提報假釋審查會，而無裁量空間，就此有 109 年 1 月 15 日公布系爭規定二之立法理由第 2 點「……二、按依刑事訴訟法第四百七十七條第一項規定，對於數罪併罰案件，在核准假釋後或假釋執行中，發現為二以上裁判或受赦免者，由最後事實審檢察官聲請法院裁定更定其刑。經更定其刑，致刑期有增加或減少之情事，核准假釋機關即應重新審核假釋，如仍符合假釋條件者，原經核准之假釋仍予維持；如不符合假釋條件者，應廢止原經核准之假釋，爰為第一項規定。」可參。

二、惟，於此種情形，假釋出監受刑人獲准假釋前已執行之徒刑期間，如少於重新核算之最低應執行期間，假釋審查會對此種核算結果進行審核時，是否只能一律決議廢止假釋，抑或仍應實質審核個案是否有廢止假釋，令受刑人再進入監獄之必要？

(一) 若認為上開立法理由所稱核准假釋機關應重新審核之「假釋條件」，限於刑法第 77 條第 1 項所定最低應執行期間，則假釋審查會自僅能決議廢止假釋。睽諸假釋制度目的及本院過往相關憲法解釋，如是理解「假釋條件」，是否符合憲法第 23 條之比例原則，不無疑義：

1. 司法院釋字第 796 號解釋指出，假釋係基於給予已適於社會生活之受刑人提前出獄，重返自由社會，以利其更生之目的，使受刑人由完全受監禁之監獄環境，邁入完全自由釋放之過程中，於符合一定條件，並受保護管束之公權力監督下，提前釋放之緩衝制度。於轉為社會處遇之假釋期間，如受假釋人有不適合回歸社會之事實發生，則撤銷假釋使受假釋人回復至監獄之機構處遇（該號解釋理由書第 10 段參照）。
2. 該號解釋進而就受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，是否撤銷其假釋之問題，指出依憲法第 23 條之比例原則，仍應依其是否仍適合社會生活，亦即是否已違背假釋之初衷而為判斷。故在受假釋人故意更犯之罪係受緩刑或 6 月以

下有期徒刑宣告之情形，應再個案審酌有無基於特別預防考量，而有必要使該受假釋人再入監執行殘刑之具體情狀（例如對社會危害程度、再犯可能性及懊悔情形等），不應僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或6月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案，均再入監執行殘刑（該號解釋理由書第11段參照）。

3. 受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，是否撤銷其假釋，尚且應依個案情節判斷受假釋人是否仍適合社會生活，亦即是否已違背假釋之初衷，並審酌有無基於特別預防考量，使該受假釋人再入監執行殘刑之必要，不應一律撤銷其假釋，則舉輕明重，於假釋執行中，法院依刑法第53條裁定應執行之刑，致依更定之刑核算結果，受假釋人假釋前執行之徒刑不足刑法第77條第1項所定最低應執行期間之情形，是否因此即廢止假釋處分，更應依釋字第796號解釋之意旨，個案審酌受假釋人是否仍適合社會生活、有無再入監執行殘刑之必要，以符合憲法第23條比例原則之要求。從而，若認為核准假釋機關應重新審核之「假釋條件」，限於刑法第77條第1項所定最低應執行期間，即顯生是否有悖釋字第796號解釋意旨而違反憲法第23條比例原則之疑義。
- (二) 若認為立法理由所稱「假釋條件」，不限於刑法第77條第1項所定之最低應執行期間，假釋審查會應參照監獄行刑法第116條第1項之規定意旨，審酌受假釋人於假釋期間之表現、已經過之假釋期間長短、因後裁判併罰而更定其刑之罪名暨所宣告之刑是否得易科罰金或易服社會勞動等有關事項，綜合判斷受假釋人是否仍適合社會生活、有無再入監執行殘刑之必要，再予做成廢止與否的決議，則監獄行刑法第120條第1項之規定於此範圍內固未違憲，惟，此係依釋字第796號解釋之意旨對監獄行刑法第120條第1項規定進行合憲性解釋之結

果，尚非目前司法實務之理解¹，聲請人根據目前實務見解而得出系爭規定二違憲之確信，實屬當然。從而，若不經憲法法庭以判決揭示應如何解釋始符憲法第 23 條之意旨，可以預期受假釋人往後仍將僅因假釋前執行之徒刑依更定之刑核算結果，不足刑法第 77 條第 1 項所定最低應執行期間，即一律遭撤銷假釋，進而肇生令此類受假釋人一概入監執行是否符合比例原則之疑義。

(三) 綜上，本件聲請具有憲法上重要性，應予受理。

¹ 例如最高法院 110 年台抗字第 1849 號刑事裁定表示「一、本件原裁定以：……(二)再抗告人雖再以收受前開執行指揮書時，早已於 110 年 7 月 6 日收受原審法院 110 年度聲字 1709 號裁定假釋中付保護管束之保安處分，故該執行指揮書之核發顯有違相關法律規定等語。惟依監獄行刑法第 120 條第 1 項規定『假釋出監受刑人刑期變更者，監獄於接獲相關執行指揮書後，應依刑法第 77 條規定重新核算，並提報其假釋審查會決議後，報請法務部辦理維持或廢止假釋』，再抗告人原另案執行有期徒刑 5 年 2 月，嗣接獲上開第 7866 號執行指揮書致刑期變更為有期徒刑 14 年 8 月，經審核結果已不符刑法第 77 條之假釋條件，法務部矯正署遂函知再抗告人之前獲該署 110 年 6 月 30 日法矯署教字第 11001640590 號函許可假釋之部分應予廢止，再抗告人此部分主張實有誤會，……二、經核原裁定並無違誤。」，即係以刑法第 77 條第 1 項所定最低應執行期間，作為監獄行刑法第 120 條第 1 項所定是否廢止假釋之唯一條件。同旨請見最高法院 110 年台抗字第 1381 號刑事裁定、最高法院 110 年台抗字第 388 號刑事裁定。

憲法法庭裁定

112 年憲裁字第 149 號

聲請人一 蘇建和
 訴訟代理人 李易撰律師
 周宇修律師
 聲請人二 莊林勳
 訴訟代理人 羅婉婷律師
 呂政諺律師
 鄭育庭律師
 聲請人三 劉秉郎
 訴訟代理人 張凱婷律師
 李明洳律師

共同送達代收人 財團法人民間司法改革基金會

上列聲請人等因刑事補償案件，聲請法規範憲法審查。本庭裁定如下：

主 文

本件不受理。

1

理 由

一、聲請人主張略以：聲請人等因懲治盜匪條例等案件，請求刑事補償，認司法院刑事補償法庭 102 年度台覆字第 59 號覆審決定書（下稱確定終局裁判），所適用中華民國 100 年 7 月 6 日公布施行之刑事補償法第 7 條規定（112 年 12 月 15 日修正公布刪除，下稱系爭規定），侵害人民受憲法保障之人身自由及受刑事補償等權利，並違反無罪推定原則、一罪不二罰、法律明確性原則、平等原則及比例原則，應受違憲之宣告；又刑事補償由刑事院所做成之刑事決定書性質，應屬憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 92 條第 3 項除書所稱之「刑事確定終局裁判」範圍，應可適用同條第 2 項規定聲請法規範違憲審查，不受送達起已逾 5 年之限制；系爭規定雖經修正刪除，惟本案仍無從適用修正後規定而得

1

請求變更確定終局裁判之不利決定，故本件聲請仍有受理之必要等語。

- 二、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，得於該裁判送達後 6 個月之不變期間內，聲請憲法法庭為宣告違憲之判決；人民所受之確定終局裁判於憲訴法修正施行前已送達者，上開 6 個月之聲請期間自憲訴法修正施行日，即 111 年 1 月 4 日起算；前項案件，除刑事確定終局裁判外，自送達時起已逾 5 年者，不得聲請；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 92 條第 2 項、第 3 項及第 32 條第 1 項規定有明文。
- 三、查本件確定終局裁判係於 102 年 7 月 25 日作成並送達；聲請人雖於憲訴法第 92 條第 2 項所定 6 個月不變期間內，即 111 年 6 月 30 日向本庭聲請法規範憲法審查，然刑事補償事件係對於因國家實現刑罰權或實施教化、矯治之公共利益致人民基本權利受有特別犧牲而符合法定要件之受害人，所作之金錢補償決定，雖屬公法上事件，然本件確定終局裁判性質上並非刑事確定終局裁判。是本件聲請，已逾憲訴法第 92 條第 3 項所定之 5 年期限，應不受理。

中 華 民 國 112 年 12 月 29 日

憲法法庭

審判長大法官

許志雄

大法官

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

(許大法官宗力、蔡大法官
烱燉、尤大法官伯祥迴避)

大法官就主文所採立場如下表所示：

| 同 意 大 法 官 | 不 同 意 大 法 官 |
|--------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|
| 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 | 黃大法官瑞明、詹大法官森林、 謝大法官銘洋 |

【意見書】

協同意見書：黃大法官昭元提出。

不同意見書：黃大法官瑞明提出，詹大法官森林、謝大法官銘洋加入。

以上正本證明與原本無異。

書記官

林廷佳

中 華 民 國 112 年 12 月 29 日

協同意見書

黃昭元大法官 提出

程序
裁定

一、本件聲請之原因案件訴訟經過及聲請意旨

[1] 聲請人（蘇建和、劉秉郎及莊林勳 3 人）因被訴懲治盜匪條例案件，先經臺灣臺北地方法院士林分院（後改制為臺灣士林地方法院）於 1992 年 2 月 18 日，以 80 年度重訴字第 23 號刑事判決（第一審判決）宣告死刑，歷經上訴、兩度發回更審，最高法院於 1995 年 2 月 9 日以 84 年度台上字第 458 號刑事判決駁回上訴，聲請人 3 人之死刑判決確定。後檢察總長於 1995 年 2 月 20 日、3 月 16 日及 7 月 6 日，先後提起 3 次非常上訴，均遭駁回。聲請人於 1995 年 8 月 22 日聲請再審，亦遭駁回確定。聲請人於 1998 年 8 月 7 日二度聲請再審，臺灣高等法院在 2000 年 5 月 19 日裁定准予再審。後經 3 次再審判決及上訴發回，2012 年 8 月 31 日臺灣高等法院以 100 年度矚再更（三）字第 1 號判決無罪，並因刑事妥速審判法第 8 條規定之限制，不得上訴於最高法院而確定，前後纏訟 21 年。聲請人 3 人於 1991 年 8 月 15 日至 2003 年 1 月 13 日間，各遭羈押 4,170 日（計 11 年 4 月又 30 日）。

[2] 聲請人 3 人於判決無罪確定後，依刑事補償法第 1 條第 2 款及第 6 條第 1 項規定，請求以每日新台幣（下同）5 千元折算 1 日，各補償 2,085 萬元。臺灣高等法院於 2013 年 4 月 10 日以 101 年度刑補字第 36 號決定，以聲請人在偵查時曾自白，具可歸責事由，又考量聲請人 3 人之學歷、職業等，認聲請人請求適用之同法第 6 條所定 3 千元以上 5 千元以下折算 1 日之標準，顯然過高，因此適用（當時仍有效施行之）同法第 7 條第 1 項第 1 款所定 1 千元以上 3 千元未滿之金額，按蘇建和 1,300 元，劉秉郎 1,300 元，莊林勳 1,200 元，折算 1 日，予以補償；從而決定補償金額為：蘇建和 542 萬 1 千元，劉秉郎 542 萬 1 千元，莊林勳 500 萬 4 千元。聲請人 3 人聲請覆審，司法院刑事補償法庭於 2013 年 7 月 25 日以 102 年度台覆字第 59 號覆審決定，認覆審之聲請無理由而予駁回，維持上開補償決定。

[3] 聲請人 3 人於 2022 年 6 月 30 日向本庭聲請法規範憲法審查，請求宣告刑事補償法第 7 條違憲並立即失效。本件聲請案（111 年度憲民字第 2429 號）繫屬本庭期間，立法院於 2023 年 12 月 5 日三讀修正刑事補償法，刪除該法第 7 條規定，後於同年月 15 日公布施行。

二、本裁定之不受理理由及本席立場

[4] 就本件聲請，本裁定不予受理，並於理由第 3 段說明：

查本件確定終局裁判係於 102 年 7 月 25 日作成並送達；聲請人雖於憲訴法第 92 條第 2 項所定 6 個月不變期間內，即 111 年 6 月 30 日向本庭聲請法規範憲法審查，然刑事補償事件係對於因國家實現刑罰權或實施教化、矯治之公共利益致人民基本權利受有特別犧牲而符合法定要件之受害人，所作之金錢補償決定，雖屬公法上事件，然本件確定終局裁判性質上並非刑事確定終局裁判。是本件聲請，已逾憲訴法第 92 條第 3 項所定之 5 年期限，應不予受理。

[5] 由於本件聲請所涉爭點，確具有憲法重要性，因此本席原本認應受理本件聲請。然由於據以聲請之本件確定終局裁判（即上開刑事補償覆審決定），是否屬於憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 92 條第 3 項所稱之刑事確定終局裁判？依其文義及立法意旨，確實有爭議。雖然本席一度認為刑事補償法具有刑事法的性質，其決定仍可認係廣義刑事裁判之一環，從而本件聲請應不受上開條項所定 5 年聲請期間之限制。然於反覆思考後，本席終改為支持本件不予受理裁定。惟就憲訴法第 92 條第 3 項之期間限制、刑事補償法第 7 條之刪除及立法補救等，謹提出以下協同意見。

三、憲訴法對於大審法時期案件之雙重期間限制

[6] 在 2022 年 1 月 4 日憲訴法施行前，當時適用的司法院大法官審理案件法（下稱大審法）對於人民聲請解釋憲法並無聲請期間之明文限制。因此不論是民事或行政訴訟之確定終局裁判，即使已逾越得聲請再審之 5 年期間（參民事訴訟法第 500 條第 2 項、行政訴訟法第 276 條第 4 項規定），人民仍得據以向司法院大法官聲請解釋，大法官亦

得受理。只是受理後，縱使大法官宣告該確定終局裁判所適用之法規範違憲，聲請人會因為上述法定不變期間之限制，無從聲請再審以獲個案救濟（參司法院釋字第 209 號解釋），除非大法官另為個案救濟之特別諭知（參司法院釋字第 795 號解釋）或得適用司法院釋字第 800 號解釋而另行計算其再審期間。至於刑事確定終局裁判部分，由於刑事訴訟法對於人民聲請再審或檢察總長提起非常上訴，並無法定不變期間的限制，因此刑事被告縱使是在裁判確定後 10 年、20 年或更長期間經過後才聲請解釋憲法，如經大法官受理並作成違憲宣告之解釋，該刑事案件之聲請人仍有可能獲得個案救濟。

[7] 就憲訴法施行前的上開大審法時期民事及行政訴訟裁判，憲訴法則增設了雙重期間限制。一是憲訴法第 92 條第 2 項的 6 個月聲請期間：在 2022 年 1 月 3 日前送達之確定終局裁判，不分民事、刑事及行政訴訟裁判，人民均應於憲訴法施行日起 6 個月內，即於 2022 年 7 月 4 日前，向本庭聲請法規範憲法審查。二是憲訴法第 92 條第 3 項針對民事及行政訴訟等非刑事確定終局裁判，所定「自送達時起已逾 5 年者，不得聲請」之限制。¹ 後者期間限制應該是延續司法院釋字第 209 號解釋意旨，但將原本「逾 5 年再審期間即無法聲請再審」的個案救濟期間限制，轉成「逾 5 年再審期間則不得向本庭聲請判決」之聲請期間限制。

[8] 以本件聲請為例，本件聲請人如係於 2022 年 1 月 3 日前依大審法聲請憲法解釋，縱使已逾刑事補償法第 22 條但書所定之 5 年重審期間，大法官仍得受理。然如大法官進而宣告刑事補償法第 7 條違憲，聲請人仍會面臨刑事補償法第 22 條但書 5 年重審期間的限制。就此，在理論上，大法官雖得於解釋中就其原因案件為個案救濟之特別諭知，以排除上述 5 年重審期間的限制。不過，在實踐上，恐難以正

¹ 在本件裁定之前，本庭 111 年憲裁字第 736 號及第 1456 號裁定、111 年審裁字第 348 號裁定、112 年審裁字第 1181 號及第 1671 號裁定，均曾適用憲訴法第 92 條第 3 項規定而不受理自確判送達時起已逾 5 年之聲請案。

面期待大法官必然會給予此項特別論知。²這也是本庭受理本件聲請並為實體審理時，聲請人會面臨的挑戰。

四、本案之救濟：再次修法

[9] 按刑事補償法在 2023 年修正時，財團法人民間司法改革基金會曾提出民間司改會版《刑事補償法》第 40-2 條修正案，依其條文說明，自 2011 年 9 月 1 日刑事補償法開始施行起，至 2023 年 11 月 20 日止，曾適用刑事補償法第 7 條規定而酌減刑事補償金至 3 千元以下者，共有 281 件（下稱第 7 條案件）。³後立法院於 2023 年 12 月 5 日三讀修正刑事補償法，雖然已經刪除上述第 7 條規定，然就上述不到 300 件之第 7 條案件，則未提供溯及補救之明文規定。

[10] 查立法者在 2007 年修正原冤獄賠償法及 2011 年修正制定刑事補償法時，皆曾就當時法規修正而新增之賠償或補償類型或要件，特別定有下列溯及適用條款，以使受害人獲得救濟：（1）2007 年 7 月 11 日修正冤獄賠償法，因將依軍事審判法受理之案件納入適用，故增訂第 32 條規定，明定軍事審判之受害人得自於 2007 年 6 月 14 日修正條文施行日起 2 年內請求賠償。2011 年修正制定刑事補償法時，上述冤獄賠償法第 32 條移列為刑事補償法第 38 條。（2）同上開年月日修正冤獄賠償法時，為配合新增重審救濟制度，乃增訂冤獄賠償法第 33 條（後移列為刑事補償法第 39 條第 1 項），適用於有聲請重審事由者，得自 2007 年 6 月 14 日修正條文施行日起 2 年內聲請。

（3）2011 年 7 月 6 日修正制定刑事補償法時，因司法院釋字第 670 號解釋宣告原冤獄賠償法第 2 條第 3 款規定違憲，因此特別訂定第 39 條第 2 項，使刑事補償法施行前 5 年內原本因上開違憲規定被駁

² 參司法院釋字第 744 號解釋。按上開解釋雖宣告聲請人據以聲請之確定終局判決所適用之化粧品衛生管理條例規定違憲並立即失效，然上開解釋公布時，已逾 5 年再審期間，聲請人無從聲請再審。就此，上開解釋亦未有個案救濟之特別論知。

³ 參財團法人民間司法改革基金會，民間司改會版《刑事補償法》第 40-2 條修正案之「民間版意見或條文說明」，（12/20/2023），引自：<https://www.jrf.org.tw/articles/2605>（最後瀏覽日：12/28/2023）。

回請求賠償之案件，仍得於 2011 年 9 月 1 日起 2 年內向原確定決定機關聲請重審。

[11] 本次刑事補償法之修正，除刪除第 7 條外，另亦修正第 21 條第 6 款有關聲請重審之要件，新增「發現新事實」要件，其立法理由說明：「所謂新事實或新證據，指決定確定前已存在或成立而未及調查斟酌，及決定確定後始存在或成立之事實、證據，此包含原決定為較低金額補償，其後發現應予較高金額補償」。依上開修正第 6 款規定及其立法理由，曾被酌減補償金額之第 7 條案件，似乎亦有依修正後之第 21 條第 6 款規定聲請重審之可能。

[12] 然本次修正並未就可能適用上開修正第 6 款「發現新事實」規定之案件，另外提供新的重審期間或溯及適用規定。以本件為例，聲請人 3 人之刑事補償確定決定（即司法院刑事補償法庭 102 年度台覆字第 59 號覆審決定）係於 2013 年 7 月 25 日作成，至今已逾 10 年，早已逾刑事補償法第 22 條所定「自決定確定後已逾 5 年者，不得聲請」之重審期間，應該仍無從依上開修正第 6 款規定聲請重審。⁴

[13] 雖然第 7 條之效果只是酌減金額，並非完全否定補償之請求，但其實務運作及結果常會造成受害人的二度傷害。⁵ 又就立法政策而言，原刑事補償法第 7 條規定之妥當性本即有其爭議。立法者在刪除第 7 條之同時，理應提供溯及救濟的補救規定，始屬完整之修正。此次修正，實有為德不卒之處。

[14] 對於曾蒙受冤獄而後平反者而言，遲遲到來的無罪判決，不過是還其法律上之清白，終究無法償還他們失去的自由。縱使沒有刑事補償法第 7 條規定，依同法第 6 條規定而給予的幾百萬或千萬元刑事補償金，頂多也只是提供相當或部分的經濟支援，無論如何都補償不了

⁴ 參廖偉程，還要補多少，才能償創傷？——從蘇建和案談本次《刑事補償法》修正，刊於：上報（12/24/2023），引自：https://www.upmedia.mg/news_info.php?Type=2&SerialNo=190371（最後瀏覽日：12/28/2023）。

⁵ 參孟嘉美，《刑事補償法》修法 12 年之 1：司法誤關，被剝奪的自由如何以金錢定價？刊於：報導者（08/07/2023），引自：<https://www.twreporter.org/a/criminal-compensation-act-1>（最後瀏覽日：12/29/2023）。

他們曾經一度被空白的人生歲月、家庭親情和社會生活。至於這些司法被害人在無罪判決後，所需的復歸社會、心理及生活支援等機制，甚至是國家之道歉，那就更不是刑事補償法的金錢所能彌補或取代者。⁶

[15] 本席認為：不論是刪除前的刑事補償法第7條或刪除後的刑事補償法之欠缺溯及救濟規定，均有明顯的違憲瑕疵。本庭既因憲訴法第92條第3項的上開期間限制致無從受理本件聲請，而此次修法也未能對聲請人及類似情形之冤獄平反者提供救濟，本席只能期待有關機關能全盤並徹底檢視原刑事補償法第7條規定所致問題，並再次修法救濟。和失去的自由、名譽、尊嚴、親情、幸福等相比，金錢所能提供的只是最低限度的補償，這個錢不能省，也不能計較！

⁶ 參孟嘉美，《刑事補償法》修法12年之2：「清白已是不可能」——創傷牢籠裡，冤案倖存者等待司法的同理心，刊於：報導者（08/07/2023），引自：<https://www.twreporter.org/a/criminal-compensation-act-2>（最後瀏覽日：12/29/2023）。

不同意見書

黃瑞明大法官 提出
詹森林大法官 加入
謝銘洋大法官 加入

程序裁定

一、本件聲請案原因事實及聲請法規範憲法審查理由大要

本件聲請人因懲治盜匪條例等案件，經臺灣高等法院 100 年度矚再更（三）字第 1 號刑事判決無罪確定後，請求刑事補償，經臺灣高等法院於 102 年 4 月 10 日作出 101 年度刑補字第 36 號刑事補償決定書，就其請求准予補償一部分金額，並駁回其餘請求，聲請人就該決定聲請覆審，經司法院刑事補償法庭 102 年度台覆字第 59 號覆審決定書（下稱確定終局裁判）於 102 年 7 月 25 日駁回覆審之聲請。確定終局裁判適用中華民國 100 年 7 月 6 日修正公布並自同年 9 月 1 日施行之刑事補償法第 7 條規定（下稱系爭規定），以三人曾於警詢或檢察官訊問時自白，造成偵查、審判機關合理懷疑其涉有罪嫌，而具可歸責之事由，並認三人學歷、收入不高，而決定酌減其補償金額。聲請人認系爭規定之「可歸責事由」係對獲無罪判決之當事人重複評價，且系爭規定之「社會一般通念」及「可歸責事由」用語，涵蓋過廣又不明確，使受規範者無法預見何種行為將造成補償金之減少，是系爭規定已侵害其受憲法第 8 條保障之人身自由、第 22 條保障之一般人格權及隱私權，以及第 24 條保障受刑事補償之權利，並違反無罪推定原則、一罪不二罰原則、法律明確性原則、憲法第 7 條平等原則及第 23 條比例原則，於 111 年 6 月 30 日具狀，聲請法規範憲法審查，並於 112 年 8 月 10 日提補充理由狀。

二、多數意見決議不受理之理由及爭議所在

按憲法訴訟法（下稱憲訴法）第 59 條規定：「（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，認有抵觸憲法者，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。」次按憲訴法第 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……」本件聲請人所受之確定終局裁判係於憲訴法修正施行前已送達，依上開規定，6 個月之聲請期間，應自憲訴法修正施行日，即 111 年 1 月 4 日起算。

查聲請人於 111 年 6 月 30 日提出本件聲請，符合上開條文有關聲請期限之規定。但憲訴法第 92 條第 3 項就不利之確定終局裁判於憲訴法施行前送達者，另有聲請期限之規定，即「前項案件，除刑事確定終局裁判外，自送達時起已逾 5 年者，不得聲請。」本件聲請案之確定終局裁判係於 102 年 7 月 25 日作成，合理推論於 102 年已送達，聲請人迄 111 年 6 月 30 日提出本件聲請案已逾越 5 年，因此本件聲請案所據以聲請之確定終局裁判（即司法院刑事補償法庭覆審決定書）是否屬憲訴法第 92 條第 3 項除書規定所稱之「刑事確定終局裁判」，即為本件聲請案能否受理爭議之所在。

本件多數意見決議應不受理，理由為：「刑事補償事件係對於因國家實現刑罰權或實施教化、矯治之公共利益致人民基本權利受有特別犧牲而符合法定要件之受害人，所作之金錢補償決定，雖屬公法上事件，然本件確定終局裁判性質上並非刑事確定終局裁判。是本件聲請，已逾憲訴法第 92 條第 3 項所定之 5 年期限，應不受理。」本席不同意此見解，爰提出不同意見如下。

三、刑事補償之確定終局裁判應屬憲訴法第 92 條第 3 項所稱「刑事確定終局裁判」，故不受送達後 5 年期間之限制

查憲訴法第 92 條第 3 項規定 5 年聲請期限之立法理由有二：「一、聲請人據以聲請之原因案件確定終局裁判已逾 5 年之再審期間者，該確定終局裁判適用之法令縱經司法院解釋宣告違憲，於本法修正施行前，本已不得循再審救濟途徑重啟訴訟程序，故再給予過渡期間，亦無實益。爰於本項明定除刑事確定終局裁判外之其他裁判，無前項規定之適用，以維護法安定性並避免法理失衡。二、刑事確定判

決重在實質正義，與其他確定裁判本質上尚有不同，爰設除外規定，特予敘明。」（下依序稱立法理由一及二）

茲先就立法理由二，即刑事判決重在實質正義之理由，可推論刑事補償之裁判應屬刑事判決之範疇，理由如下：

- （一）立法理由二稱刑事確定判決重在「實質正義」，但何謂實質正義，並未定義，考其意旨，應是指刑事判決涉及人民之生命、身體自由等權益，屬重要之基本權，故其正義之實現至關重要。對於人民因國家刑罰權或實施教化、矯治而致其生命、身體、自由或財產權受到侵害者，其被害人僅獲取有利之最終判決尚非實質正義之實現。按生命與自由權均無價，逝去的生命與自由無法回復，國家僅能以金錢作補償。但金錢補償只是實現實質正義之最後手段，其背後的性質仍是對失去生命與自由之補償，而非金錢爭議。故應將人民依刑事補償法獲得的補償視為刑事判決實現實質正義之最後一哩路，缺此，即未達實現實質正義之目的。
- （二）得請求刑事補償之資格認定涉及對刑事證據之判斷，故刑事補償法之程序具有刑事訴訟之性質。按得請求刑事補償之資格分別規定於刑事補償法第 1 條及第 2 條。第 2 條共 6 款規定中，其中有 4 款規定得請求國家補償之資格認定，涉及對刑事證據之判斷，例如第 1 款規定「因行為不罰或犯罪嫌疑不足以外之事由而經不起訴處分或撤回起訴前，曾受羈押、鑑定留置或收容，如有證據足認為無該事由即應認行為不罰或犯罪嫌疑不足。」其中所稱「如有證據足認」即應作刑事證據之判斷，由此即可知請求補償資格之認定涉及對刑事證據之判斷，具有刑事訴訟之性質，相同之規定見同條第 2 款、第 3 款及第 6 款。
- （三）100 年 7 月 6 日修正公布並自同年 9 月 1 日施行之刑事補償法第 7 條（即系爭規定）及第 8 條均定有以受害人之歸責事由作為決定補償金額之應審酌事項，而該「歸責事由」之審酌，性質上亦屬據刑事程序。

綜上，依刑事補償法之立法目的以及依刑事補償法所定得請求補償之資格認定及補償金額之決定，均涉及刑事證據及歸責事由之判斷，故其本質為刑事程序。以本件聲請人所主張系爭規定違反無罪推定、一事不二罰等原則，均係適用於刑事程序之憲法原則。故刑事補償之確定決定實質上為刑事程序之延續，其性質屬刑事確定判決，應適用憲訴法第 92 條第 3 項除書之規定，不受裁判送達 5 年聲請期間之限制。

四、刑事補償法重審期間之限制亦涉違憲

憲訴法第 92 條第 3 項之立法理由一所稱確定終局裁判已逾 5 年再審期間者，縱再給予過渡期間，亦無實益，其所指應係民事訴訟法第 500 條第 2 項所稱之「自判決確定後已逾 5 年者，不得提起」或是行政訟法第 276 條第 4 項之相同意旨規定。按 5 年再審期限之有無，即為民事、行政訴訟法與刑事訴訟法有關再審期限規定最大不同之所在。刑事補償法第 22 條規定：「聲請重審，應於決定確定之日起 30 日之不變期間內為之；其聲請之事由發生或知悉在確定之後者，上開不變期間自知悉時起算。但自決定確定後已逾 5 年者，不得聲請。」上開有關請求期限之規定均與民事訴訟法第 500 條或行政訟法第 276 條再審期限之規定方式相同，可知係參照二者之規定而定。然而刑事補償法之制度設計是否宜仿照民事、行政訴訟之規定，抑或是應參考刑事訴訟法之為受判決人利益之再審制度，始符憲法，實有探討之必要。按民事法律規定設有請求權時效制度，其目的在尊重既存事實狀態及維持法律秩序安定，並督促權利人積極行使權利，以避免相對人限於舉證困難而處於不利地位。民事訴訟制度是為解決私權爭議，且爭議大部分存在人民之間，國家僅為介於中間之裁判者之角色。為了避免人民間司法爭議久懸不決，一方面有違交易之安定，再方面耗費國家之資源，故民事訴訟於判決確定之後，爭執之當事人對確定判決提起再審之訴時，有較嚴格之期限限制。行政訴訟因為國家與人民間之訴訟，但其爭議之本質通常涉及財產權之爭議，而不涉人民之生命與自由權，故規定 5 年再審期限以尊重法安定性。然而刑事

訴訟乃國家發動刑罰權以追訴並判斷人民之犯罪行為，以追求真實為最高目標，務求勿枉勿縱，故於判決確定後，為受判決人之利益而具有再審事由者，得聲請再審，原則上無再審期間之限制（刑事訴訟法第 420 條及第 424 條參照），甚至在刑罰執行完畢之後，或已不受執行時，仍得聲請再審（刑事訴訟法第 423 條參照）。

刑事補償制度本質上是刑事訴訟制度追求真實發現之延續，已於前述，並對因刑事訴訟程序之運作而受害者提出補償，故在刑事補償聲請重審制度設計之精神，應著重真相之發掘以追求實質正義之實現。國家執行刑罰權而造成人民權益受損時，不應以請求權時效之規定而讓國家脫免補償責任。故刑事補償法第 22 條就聲請重審設 5 年期限之規定，僅著眼於該法係請求金錢補償類似民事之請求，而忽略了金錢補償背後是不可回復的自由甚至生命的損失。就此問題，本席於 109 年 6 月 19 日會台字第 13679 號花蓮地方法院刑事第五庭法官聲請解釋案不受理決議之不同意見書已提出此見解，現於本件聲請案之不同意見書再重申此意旨。由此可見刑事補償法第 22 條重審期限之規定所生違憲爭議，並非個案，已具普遍性。但刑事補償法第 22 條 5 年重審期限之限制並非本件聲請案應否受理所應審查，而應於本件聲請受理，聲請人獲得有利判決後，聲請重審，於聲請重審程序中由法官裁定停止訴訟程序，或聲請人用盡審級救濟途徑後，聲請憲法法庭裁判。

五、聲請人主張系爭規定違憲為有理由，於審理期間已修法刪除之

司法院曾就刑事補償法之前身冤獄賠償法，於 99 年 1 月 29 日作成釋字第 670 號解釋。該號解釋宣告當時冤獄賠償法第 2 條第 3 款規定，對於受無罪判決確定之受害人，因有故意或重大過失行為致依刑事訴訟法第 101 條第 1 項或軍事審判法第 102 條第 1 項受羈押者，不得請求賠償之規定違憲，應自解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力。理由是並未斟酌受害人致受羈押之行為，係涉嫌實現犯罪構成要件或係妨礙、誤導偵查審判，亦無論受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及因羈押所受損失之大小，皆一律排除全部之補償請求，

並非避免補償失當或浮濫等情事所必要，而與憲法第 23 條之比例原則有違。此號解釋促成 100 年 7 月 6 日修正公布刑事補償法及全文。聲請人主張系爭規定違憲之理由為該規定對已獲無罪判決之受害人，仍允許法院以「可歸責事由」決定酌減刑事補償金額，違反重複評價、雙重危險禁止、一事不二罰及無罪推定等原則，如受理本件聲請案，即可審查前述司法院釋字第 670 號解釋之意旨，於刑事補償法是否已落實。

於本件聲請案審理期間，刑事補償法已於 112 年 12 月 15 日修正公布，包括刪除系爭規定，司法院刑事廳於 109 年 7 月 9 日函送立法院之刑事補償法部分條文修正草案總說明及條文對照表中，建議刪除系爭規定，理由為「本條規定有關依一般社會通念之標準過於抽象，且補償金額之標準業有第 6 條規定可資規範，為避免本條過度適用，並使補償金額標準回歸第 6 條之一般規定，爰刪除本條規定。」雖未以系爭規定違憲為理由，其實亦與聲請人所主張系爭規定違憲之結論相同，且所稱過度適用與釋字第 670 號解釋所採之比例原則，其脈絡相通。可見本件聲請人實體主張系爭規定違憲為有理由，然而本件聲請案未被受理，致聲請人原因案件無法獲得重審之機會。

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 (III)

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