

臺灣高雄地方法院釋憲聲請書

107年度簡上字第421號

108年度簡上字第10號

108年度簡上字第11號

壹、聲請解釋憲法之目的

為刑法第160條第2項規定（下稱系爭規定）發生牴觸憲法第7條之疑義，聲請司法院大法官解釋宣告系爭規定違憲而立即失效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、案件事實與審理過程：

（一）107年度簡上字第421號部分：

被告郭憲彰於民國106年12月29日下午3時許，在臺灣高雄地方檢察署市中一路大門口前，先後將國父遺像及已割破之國旗放入自備之鐵爐內燒毀損壞，上開國父遺像燒毀殆盡、國旗則僅剩半面，以此方式公然損壞中華民國國旗及國父遺像，而經檢察官提起公訴（107年度偵字第1681號），復經本院高雄簡易庭認定被告以一行為同時觸犯刑法第160條第1項損壞國旗罪、同條第2項侮辱國父遺像罪，依刑法第55條前段之規定從一重論以損壞國旗罪，而以107年度簡字第3207號刑事簡易判決處被告拘役20日。嗣因被告提起上訴，現由本院第二審合議庭以107年度簡上字第421號審理中。

（二）108年度簡上字第10號、第11號部分：

被告於107年6月20日下午4時許、同年8月20日下午3時許，分別在臺灣高雄地方檢察署河東路大門口前、市中一路大門口前，撕破國父遺像而公然損壞國父遺像，而經檢察官提起公訴（107年度偵字第14123號、第15516號），復經本院高雄簡易庭認定被告犯刑法第160條第2項侮辱國父遺像罪，共2罪，而以107年度簡字第3947號、第3948號刑事簡易判決分別處被告拘役各20日，並定應執行拘役30日。嗣因被告提起上訴，現由本院第二審合議庭以108年度簡上字第10號、第11號審理中。

二、聲請釋憲之程序依據、違憲疑義及涉及之憲法條文：

(一)憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，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者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，司法院大法官釋字第371號、第572號、第590號解釋可資參照。

(二)本院審理前揭被告所涉妨害秩序案件（107年度簡上字第421號、108年度簡上字第10號、第11號），認為所應適用之刑法第160條第2項規定，有牴觸憲法第7條之疑義（詳如後述），已分別裁定前揭案件於司法院大法官作成解釋前，停止審理，並以本釋憲聲請書提出確信法律違憲之具體理由，聲請司法院大法官作成解釋，宣告刑法第160條第2項規定違憲而立即失效。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、憲法第7條之平等原則與體系正義：

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，憲法第7條定有明文。又立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義（釋字第455號解釋翁岳生大法官協同意見書參照）；在學理上已普遍肯定，得依據法律內部體系之一貫性要求，審查法律是否違反平等原則，德國聯邦憲法法院亦常以法規範是否存有違反體系之情形為據，進行平等原則審查（釋字第667號陳敏、林錫堯大法官協同意見書參照）；當然，體系之違反與平等之違反尚不能直接劃上等號，若不稍作保留，將造成體系僵化，而使立法者不再有重新評價或針對特殊狀況作成例外規定之可能，因此體系之違反是否

構成平等原則之違反，仍須進一步視其悖離體系有無正當理由為斷（司法院大法官釋字第596號解釋許宗力、許玉秀大法官不同意見書參照）。

二、系爭規定（刑法第160條第2項）與侮辱死者罪（刑法第312條第1項）形成差別待遇，並應從嚴審查：

（一）系爭規定與侮辱死者罪形成差別待遇：

刑法第160條第2項規定：「意圖侮辱創立中華民國之孫先生，而公然損壞、除去或污辱其遺像者亦同」。形式上從行為人（行為主體）的角度而言，因為「每個人」侮辱孫先生，「都會」受到系爭規定的處罰，似乎並不存在差別待遇；然而實質上從保護對象（行為客體）的角度觀察，刑法第160條第2項（侮辱國父罪）、第312條第1項（侮辱死者罪）依照是否為「創立中華民國之孫先生」而給予不同的保護強度，從而對於行為人設下寬嚴有異的訴追條件，並處以輕重不同的刑罰（如表一），實質上當然存在著差別待遇。

【表一】侮辱國父罪與侮辱死者罪的差別：

	告訴乃論與否	法定刑
侮辱國父罪（刑法第160條第2項）	非告訴乃論	1年以下有期徒刑、拘役或300元以下罰金
侮辱死者罪（刑法第312條第1項）	告訴乃論（刑法第314條）	拘役或300元以下罰金

（二）本案應從嚴審查：

1. 體系悖離是否有正當理由，可有從寬與從嚴審查之分。從寬審查時，基本上只要立法者的差別待遇或體系悖離具備合理理由，沒有明顯恣意，即得通過平等原則審查；從嚴審查時，則需進一步具備重要之合理理由，且其悖離體系係追求一個與規範對象之特徵無涉，無關實質平等考量的某種外在政策目的時，差別待遇手段還需接受比例原則之檢驗。從寬或從嚴審查，須綜合考察各種可能因素決定之，包括諸如差別待遇是否為憲法所命令、授權或禁止；差別待遇所涉事務在功能最適觀點由司法或政治部門決定最適合；差別待遇所涉基本權種類、屬有利或不利之差別待遇；當事人對差別待遇標準是否可以影響等等，司法院大法官釋字第596號解釋許宗力、許玉秀大法官不同意見書可資參照。
2. 系爭規定與侮辱死者罪不但形成差別待遇，而且依據是否為「創立中華民國之孫先生」而給予不同的保護強度，是按照階級或類似階級所為的差別待遇。而「階級」在形式上既是憲法第7條所列舉的嫌疑分類，在實質上除了孫先生以外的任何人也無法透過後天的努力讓自己變成「創立中華民國之孫先生」，揆諸前揭說明，本案當然應該從嚴審查。更進一步來說，現行刑事實體法以被害人身分為差別待遇（加重刑責）的規定，都是以特定「群體」為加強保護的對象，例如直系血親尊親屬（刑法第272條、第280條、第303條）、未成年人（毒品危害防制條例第9條第1項）、懷胎婦女（毒品危害防制條例第9條第2項）、兒童及少年（兒童及少年福利與權益保障法第112條第1項）、未滿14歲及14歲以上未滿16歲男女（刑法第222條第1項第2款、第227條）、未滿16歲及18歲之人（刑法第286條、第341條）等，且以需要被加強保護的弱者為原則（因此殺直系血親尊親屬的加重規定在日本也被最高法院認定違憲後修法刪除）。然而，系爭規定並非以「群體」，而是直接以特定的「個人」（

且非弱者）為保護對象，成為刑事實體法上的明顯例外。從而，本案應該以從嚴中的從嚴，即最嚴格的審查標準（審查密度）來檢驗系爭規定的合憲性。

三、系爭規定所為的差別待遇是否合理必要？

(一)法益總是藉由行為的危險和實害而呈現，沒有危險或實害，不容易看到刑罰規範所要保護的法益，意即，法益必須透過危險或實害予以定義（司法院大法官釋字第646號解釋許玉秀大法官不同意見書參照）。因此，判斷系爭規定所為的差別待遇是否合理必要之前，我們首先要問：系爭規定所要保護的法益究竟是什麼？

(二)保護國家社會法益？

從系爭規定的體系位置（設在妨害秩序罪章並與同條第1項侮辱國旗罪並列）及非告訴乃論的角度來看，這似乎是立法者採取的觀點，亦即，侮辱孫先生不只是侮辱死者，而且是侮辱中華民國。然而，孫先生果真可以代表中華民國？首先，從憲法及法律上來看，憲法第35條規定總統為國家元首，對外代表中華民國，刑法第116條並將侮辱友邦元首列入妨害國交罪章；而憲法第6條明定中華民國國旗的樣式後，刑法第118條同樣將侮辱外國國旗列入妨害國交罪章，顯見立憲及立法者認為現任元首、國旗可以代表國家（否則侮辱友邦元首、外國國旗如何妨害國交？）。但是相較於現任元首、國旗，國家創立者除了在憲法前言中以「依據孫中山先生創立中華民國之遺教」一語帶過以外，在憲法及法律上都沒有可以代表中華民國的依據，侮辱友邦或外國的國家創立者，也沒有特別的刑罰規定。其次，從事實及經驗上來看，於一定的情境下侮辱某國的現任元首或國旗，足以讓人連結到侮辱該國本身，這或許是具有普遍性的經驗認知，但侮辱某國的創立者遺像，往往就只是侮辱該創立者而已，否定國家創立者，並不當然表示否定該國本身。這也就是為什麼在排

外示威遊行中，抗議民眾會焚燒某國的國旗或現任元首肖像來表達對於該國的不滿，但不會特地拿出某國創立者遺像出來燒的原因。從而，所謂國家創立者代表國家社會法益，從而應與一般死者（個人法益）區別的說法，在實證法及一般經驗上都沒有合理的根據。

(三) 保護較重要的個人法益？

另一種可能的說法是：雖然同樣是個人法益，但相較於一般死者，國家創立者的名譽權較為重要，從而應該給予較高程度的保護。然而，姑且不論這個說法仍然不能作為系爭規定同時拿掉告訴乃論的理由，更重要的是，如果孫先生對於我國的貢獻足以作為其名譽權較為重要的依據，那麼現行規定未就蔣介石先生、黃花崗烈士等傳統上認為對於我國具有重大貢獻之人一併加重保護，難道也是評價不足？事實上，沒有任何死者的名譽可以事前（預先）被評價為「較重要」，而死者是否在社會上廣為人知，只是決定侮辱行為對於死者家屬傷害程度的因素「之一」，何況比起死者是否為名人，更重要的恐怕還是在個案中侮辱行為的內容及態樣。從而立法者無視侮辱行為的具體情狀，直接跳過侮辱死者罪的量刑機制，事前機械性地以行為客體區分法定刑度，對於罪刑相當的拿捏恐怕已與事實脫節。因此，所謂保護較重要個人法益的說法，也沒有合理的根據。

(四) 系爭規定所為的差別待遇並非合理必要：

綜上所述，在現行法已有刑法第312條第1項侮辱死者罪的情況下，系爭規定針對侮辱孫先生的行為設下較寬鬆的訴追條件並處以較嚴重的刑罰，即使用最寬鬆的審查標準來看，也沒有合理的根據，遑論本案應該從嚴審查。此外，在刑法學說上也早有認為系爭規定欠缺正當性而應予刪除的看法，例如林山田教授主張：「本法對於已死之人的公然侮辱或誹謗，均設有處罰規定，而足以處罰侮辱孫先生的行為，至如

對於遺像的損壞或除去行為，也有毀損罪的規定可資適用；況且，這些行為亦均與本罪章所要保護的社會的公共秩序無關，故本罪宜予刪除」（刑法各罪論〈下冊〉，5版，94年9月），甘添貴教授同樣認為：「惟就刑法保護法益安全之任務言，侮辱國父遺像之行為，究侵害何種法益之安全，則無法具體指明。我刑法將其規定於侵害國家法益之範圍，且入於妨害秩序罪中，其究侵害何種國家法益？且如何妨害社會之公安秩序？頗為費解。因此，本罪實應予除罪化」（刑法各論〈下〉，3版，103年2月）。綜上所述，系爭規定所為的差別待遇並非合理必要，悖離體系正義而違反憲法第7條之平等原則。

肆、結論

我們不該侮辱孫先生，是因為我們本來就不該侮辱包括死者在內的任何人，而不是因為那是孫先生。在個案中侮辱孫先生的行為應否處以較重之刑，端視個案中侮辱行為的內容及態樣而定，無法一概而論。刑法第160條第2項悖離體系正義而違反憲法第7條之平等原則，應該宣告違憲而立即失效。這麼做並不會對孫先生不敬，更不會對中華民國不敬，事實上刑法第160條第2項的存在，強行割裂了孫先生與中華民國全體國民的一體性，對照憲法前言所稱「……受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為……保障民權……增進人民福利，制定本憲法」等語來看，只怕才是對於孫先生最大的侮辱。

此 致

司 法 院

聲請人即臺灣高雄地方法院刑事第十五庭

審判長法官 曾鈴城

法官 吳司

法官王耀廷

中華民國 108 年 4 月 30 日