

《憲法》

- 一、司法院大法官在釋字第 649 號解釋中，認為 2001 年 11 月 21 日修正公布之身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」之規定違憲。請依據這號解釋意旨（注意：不要依據學說），分析公益彩券發行條例第 8 條規定：「公益彩券經銷商之遴選，應以具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭為優先；經銷商僱用五人以上者，應至少進用具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭一人。」是否違憲？理由為何？（25 分）

命題意旨	本題屬於典型的申論題，依照題旨只需引用大法官解釋回答即可，考生若熟讀釋字第 649 號解釋，便可輕鬆應付此題。
答題關鍵	釋字第 649 號解釋所提及之基本權有平等及工作權，因此考生應分別就平等權及工作權回答之；而問題之關鍵在於：本案最終究竟有無基本權之「侵害」，考生應特別判斷之。此外應注意的是，雇主所主張者為營業自由，屬於職業自由的特別型態，仍可引用職業自由之三階段論回答之。
高分閱讀	1. 宣政大《憲法精要》，來勝出版，2010 年，頁 1-20 以下、1-43 以下、3-7~3-11。 2. 法觀人司法三等考場特刊，頁 6-1。 3. 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，收錄於憲法理論與實踐（一），學林出版，1999 年，頁 32 至 34。 4. 賀祥宏《中華民國憲法》10 版，高點出版，2008 年 11 月，頁 2-76。

【擬答】

本案涉及營業自由之限制基準，說明如下：

（一）公益彩券發行條例第 8 條（下稱系爭條文）前段之合憲性：

1. 系爭條文前段並不涉及平等權之侵害

系爭條文前段將經銷商遴選之資格，區分為一般人以及具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，並以後者作為優先遴選之對象，似有形成差別待遇而造成平等權之侵害。然依系爭條文前段之規範意旨，係要求主管機關於給予經銷商資格時，應優先考量具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，並非僅有上述資格之人方得成為公益彩券之經銷商。亦即，系爭條文前段為訓示性之規定，而非強制規定，故無侵害平等權之問題。

2. 系爭條文前段亦不涉及職業自由之侵害

如前所述，系爭條文前段僅要求主管機關於給予經銷商資格時，應優先考量具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭，而非謂僅有上述資格之人方得成為公益彩券之經銷商，故亦非為對經銷商之資格限制，而屬於宣示性規範，故無侵害職業自由之問題。

3. 綜上所述，系爭規範並無限制人民之基本權，而無違憲之虞。

（二）系爭條文後段之合憲性：

1. 系爭條文後段可能涉及營業自由、平等權及職業自由之侵害

（1）依照釋字第 514 號解釋之理由書，「人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權應予保障之一項內涵。基於憲法上工作權之保障，人民得自由選擇從事一定之營業為其職業，而有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由；基於憲法上財產權之保障，人民並有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之。」可知營業自由乃工作權（職業自由）之特別型態，屬於雇主所得主張之權利。自經銷商角度觀之，系爭條文後段係要求經銷商於僱用員工時，員工在五人以上必須進用特定資格之人，而使得經銷商用人受到限制，可認為造成營業方式之限制，而有營業自由之侵害。

（2）就受僱人角度觀之，由於系爭條文後段要求在五人以上之情形，必須進用具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭者一人，因此形成優惠性差別待遇，而可能有平等權之侵害；此外，由於系爭條文後段要求具有特定資格者得為保障名額，故形成選擇職業自由之限制，而可能有職業自由之侵害。然此種規定並非直接對人民造成憲法上基本權之侵害，一般人仍得成為公益彩券經銷商之雇員，僅有在少



數的個案中可能產生排擠效應，而形成間接之侵害，而間接侵害是否能夠視為憲法基本權之侵害，仍有爭議。因此本文認為，此一規定雖對人民造成不便，但因其為間接之侵害，而該侵害又僅為枝微末節（Bagatellen）之事項，故應認為本案中受僱人之平等權及職業自由並未受到侵害，而無須檢討之。

(3)綜上所述，本案中僅有營業自由之侵害，故以下以營業自由為主軸檢討之。

2. 本案中系爭條文後段係由立法院三讀通過之法律所限制，故本文中營業自由之侵害係因國家行為為之，並且符合形式法律保留原則。

3. 至於實質法律保留之部分，由於營業自由屬於職業自由之特別型態，故可引用職業自由之限制方式討論之。以下以釋字第 649 號解釋之分析方式，檢討系爭條文後段是否符合實質法律保留：

(1)根據該號解釋，應先行將職業自由之限制方式類型化。因此該解釋先指出：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」而將職業自由之限制分為執行職業自由、主觀條件與客觀條件之限制，並且給予不同之審查標準，而如前述，此一限制方式分類及審查標準，於營業自由亦應有所適用。

(2)本文中系爭條文後段要求經銷商於僱用員工時，員工在五人以上必須進用特定資格之人，亦即經銷商仍得營業，僅是營業時必須注意特定規範，因此應認為系爭條文後段屬於執行營業自由之限制，故系爭後段之立法目的需具備一般公共利益，其為達到目的之手段則需具備適當性。

(3)系爭條文後段之目的係為保障弱勢者之就業機會，依照釋字第 649 號解釋之意旨，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益，依照舉重以明輕之法理，則當然符合一般公共利益，因此目的洵屬正當。

(4)就手段而言，由於僅需具備適當性即可，其條件便相當寬鬆。而所謂適當性，依照行政程序法第 7 條為「採取之方法應有助於目的之達成」。系爭條文後段係以特定資格之任用為手段，便可保障就業時一定比例之人為上述特定資格之人，故當然有助於目的之達成，而符合適當性原則。

綜上所述，系爭條文之規定應屬合憲。

二、某甲涉嫌竊盜，於檢察官偵訊後在筆錄上簽名。嗣經提起公訴，辯護人主張偵查筆錄記載某甲之答問有誤，所記載者為被告未為之陳述，被告否認偵訊筆錄之記載，乃請求勘驗錄音帶藉之更正筆錄錯誤。一審法院則以某甲業已署名其上而認無勘驗筆錄正確性之必要，不予勘驗錄音帶。嗣並不問辯護人爭執筆錄記載是否錯誤，逕依筆錄之記載而為某甲有罪的判決。某甲乃提起上訴，其上訴主張包括以下之理由：

1. 刑事訴訟法第 41 條第 4 項規定：「筆錄應命受訊問人緊接其記載之末行簽名、蓋章或按指印。」加課受訊問之被告驗證筆錄正確性之義務，業已違反憲法保障刑事訴訟被告享有緘默權之意旨。依司法院大法官釋字第 9 號解釋：「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之。」按刑事訴訟法第 41 條第 4 項既為違憲，據之而為之裁判亦屬違憲。故以之為上訴理由，請求上訴法院依據司法院大法官釋字第 371 號解釋（附一）意旨，停止訴訟程序，聲請解釋刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定為違憲。

2. 依最高法院 93 年台非字 70 號判決（附二），刑事訴訟法第 41 條第 4 項規定並非課受訊人簽署筆錄之義務。法院乃應就該條為合憲性解釋：檢方並未於被告簽署筆錄之前告知被告簽署筆錄是其權利，被告並無簽名之義務；亦因已違反正當程序，法院乃不得以被告已於筆錄上簽名為由而以勘驗偵訊錄音帶為不必要，而應命勘驗錄音帶。

檢方則基於以下理由置辯：

1. 憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派之外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，並未規定法



官應適用憲法審判。由於憲法之規定過於抽象，故法官不得拒絕適用法律，直接適用憲法裁判。釋字第 9 號解釋只謂當事人得以裁判違憲為由提起上訴，非指上訴法院即得逕行適用憲法裁判。刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定意思明確，並無聲請釋憲之價值。

2. 法院既不得逕行適用憲法裁判，自亦無依憲法為合憲性解釋之理由。又本案中被告既已於偵訊筆錄上簽名，上訴人所引之最高法院判決即與本案無關，依法檢方並無告知受訴人是項裁判之義務。本案無另行勘驗錄音帶之必要。

如果您是本案高等法院合議庭法官，請說明針對下列爭點將持何種見解據之而為裁判：

(一) 依據憲法及憲法解釋，法院於審判中應否適用憲法裁判？(10 分)

(二) 何謂合憲性解釋？本案中刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定，法院有無為合憲性解釋之餘地？(10 分)

命題意旨	本題為典型的實例題，但考生之角色為普通法院法官而非大法官，故應從此一角度出發回答相關問題：「普通法院法官與憲法之關聯為何？」此為最重要的答題核心。
答題關鍵	本題資訊甚多，考生於閱讀時應找出兩大解題重點：我國之違憲審查類型與合憲性解釋之內涵。此外，尚須注意出題者要求法院應採何人之爭點作為裁判基礎，故應回歸甲與檢方之理由，做一簡單評論，方符合出題者之要求。
高分閱讀	1. 宣政大，《憲法精要》，高點出版，2010 年，頁 1-6。 2. 賀祥宏，《中華民國憲法》，10 版，高點出版，2008 年 11 月，頁 1-63。 3. 宣政大，上課講義第一回，頁 17。

【擬答】

本案涉及違憲審查界限之問題，說明如下：

(一) 依照憲法及相關解釋，法院應不得適用憲法裁判

1. 憲法第 80 條明定法官依法審判，此處之法通說認為係指狹義之法律，亦即憲法第 170 條所稱立法院三讀、總統公布之法律。換言之，**法官並不依命令審判，而原則上亦不應引用憲法作為裁判之依據，否則便等於忽視立法者而直接訴求於憲法，有違權力分立之虞。**此外，從第三人效力之角度論之，通說亦採間接適用說而非直接適用說，亦即法官不得以憲法基本權之規定宣告契約無效，理由便是因為直接適用說跳過普通法律，違背權力分立而有所不妥，故不採之，亦可認為屬於支持前述見解之理由。

2. 就大法官解釋而言，亦不認為法官得適用憲法為裁判之依據

(1) 釋字第 371 號解釋明確指出，「解釋法律牴觸憲法而宣告其為無效，乃專屬司法院大法官之職掌。各級法院法官依憲法第八十條之規定，應依據法律獨立審判，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。」可知**普通法院法官不得逕自適用憲法宣告法律無效後，再以此為基礎審判之。**質言之，法官於裁判時之依據為法律，而非憲法。

(2) 有疑義者係，釋字第 9 號解釋所稱之「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之」應如何解釋？本文認為，於該號解釋中所謂的裁判違憲情形，並非指裁判所適用的法律有違憲情形，而是在個案中裁判之過程或結論有違憲之情形。例如刑事訴訟過程中法官之訴訟指揮不符正當法律程序，或是該裁判之結論（如人身保險適用複保險、單身條款不違法）對於當事人之基本權有所侵害，或是違反比例原則等，而**要求法官於個案中調整其裁判內容，使個案之裁判不會違憲，而屬於普通法院法官的違憲審查義務。**

3. 綜上所述，其真正之癥結在於，我國之違憲審查制度係屬於集中制，抑或分散制？就目前之實際運作而言，我國於法律違憲解釋屬於抽象、集中的違憲審查制度，因此普通法院之法官不得逕自依憲法宣告法律違憲。故某甲以釋字第 9 號解釋為上訴理由，並不合理，法院就此不應採之。

(二) 合憲性解釋之定義與適用

1. 合憲性解釋之定義

所謂合憲性解釋，係指**某項法律有遭受違憲宣告之疑慮時，若該法律之解釋有多種可能，則應採取避免宣告違憲之解釋方式。**例如釋字第 617 號解釋中對於刑法第 235 條公然猥褻罪之合憲性，大法官以軟蕊、硬蕊之區分將軟蕊部分解釋為不罰，而宣告此一條款合憲，便是一例。因此，合憲性解釋是出於司法者對有直接與多元民主正當性基礎之立法者的尊重，有其合理性。但須注意者為，合憲性解釋並非憲法解釋，而

是法律解釋，故並非大法官得為合憲性解釋，所有國家權力於運作時，為了人民權利保障，皆可能為合憲性解釋。

2.然而，適用合憲性解釋必須注意以下問題：

(1)不得扭曲法律之文義

釋字第 585 號解釋許宗力大法官部分不同意見書曾指出，「適用合憲解釋原則也有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍、不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心。尤其逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異，依本席之見，在此情形，反而是直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新思索，或選擇作進一步修正，繼續追求其原始的立法目的，或選擇改弦更張，以嶄新思維另立新法，或乾脆放棄立法，才是對立法者的真正尊重。」若為扭曲文義的合憲性解釋，則已經超越原本的文義、目的等解釋方法，而成為立法層次之問題，故不可採。

(2)應與適用上違憲作區別

學者認為，大法官現今所為的合憲性解釋，事實上並不妥當，而可考慮以適用上違憲取代之。所謂適用上違憲，係指條文之文義符合憲法要求，但適用於特定情形時，則可能抵觸憲法。此時大法官得宣告條文於特定領域之適用係屬違憲，以確保人民權利，釋字第 242 號解釋，便是民法之重婚規定不違憲，但適用於兩岸分離之情形時違憲，便是最佳例證。

3.本案應採合憲性解釋

(1)系爭刑事訴訟法第 41 條第 4 項之規定要求受訊問人於筆錄後簽名蓋章，依照 93 年台非字 70 號判決認為其立法目的在於確保筆錄之真實性。但該判決隨後又指出簽名不得強迫，是否有違條文之規範？就此尚應考慮受訊問人之訴訟權保障。憲法第 16 條之訴訟權係以公平審判為核心所導出，故可認為刑事訴訟法所保障的緘默權亦包含在內，若強迫當事人簽名便有違反訴訟權之可能。

(2)本文認為，就條文之文義解釋，法院筆錄「應」要求受訊問人簽名，看似為依強制規定，但若以保障當事人為目的來解釋，則可將該條文解釋為：法院於「受訊問人不行使其緘默權時」「應」要求受訊問人簽名。故此時文義解釋及目的解釋產生分歧，而若為文義解釋則可能與憲法訴訟權之規定不符，故依照合憲性解釋之運作方式，應選擇目的解釋，方得保障當事人之訴訟權。

(3)綜上所述，某甲之上訴理由應屬合理，法院基於正當法律程序，若當事人主張其緘默權未受保護時，應重新勘驗偵訊錄音帶。而檢方之抗辯理由中認為法院因不得宣告法律違憲，故亦不得依照憲法為合憲性解釋，與前述合憲性解釋為法律解釋而非憲法解釋之意旨不符，上訴人所引用之判決自因此有其意義存在，與被告是否已經簽名無關；因此，法院應認為檢方之抗辯並不足採。

三、根據報導顯示，國民中小學學生中，新近移民子女占全體學生將近 1 成的比例，但不少新近移民家長卻因擔心社會上對其仍有偏見、甚至擔心小孩在同儕間被歧視，因而不讓小孩承認其來自新移民家庭，甚至有些新近移民家長完全不到學校，以免小孩身分曝光。但是，依憲法增修條文第 10 條第 11 項規定：「國家肯定多元文化……」台灣應屬一多元文化國家。請問：憲法增修條文有關多元文化國規定的憲法規範性質為何？在我國的規範效力範圍為何？（25 分）

答題關鍵	本題看似實例題，實為申論題。考生須從基本國策之角度思考其在憲法之定位與法效力，如此便可獲得一定分數。
高分閱讀	就多數考生而言，本題屬於較為個別老師長期所主張之學說。因此若對該老師之學說有所涉獵，便不難作答。然若從無研究亦無所謂，只要謹記基本國策之相關考點：「是否有拘束力」，就可獲得一定分數。惟此一單純以學說為主的出題方式是否合理，或許有些檢討改進的空間。
命題意旨	1.宣政大，《憲法精要》，來勝出版，2010 年，頁 4-3。 2.法觀人司法三等考場特刊，高點出版，頁 6-10。 3.許育典，《憲法》2 版，2008 年，元照出版，頁 83 以下。 4.許育典，《文化憲法與文化國》，2006 年，元照出版，頁 427。



【擬答】

本題涉及憲法基本國策之規範性質與效力，說明如下：

(一)多元文化國之憲法規範性質：

1.多元文化國之定義

學者認為，在立憲主義的發展下，以人民自我實現為本質的憲法上基本權保障體系，應針對不同的文化差異性、文化多樣性加以保障，便是憲法上多元文化國（pluralistische Kulturstaat）的保障。我國憲法增修條文第 10 條第 11 項對於國家肯定多元文化之規定，便是我國多元文化國之保障依據。而多元文化國的內涵則有以下兩大部分：

(1)國家中立原則

該原則要求國家的決策必須有多樣性、平等性及開放性，而尊重不同社群的不同意見，保護每個人的自我實現。國家的中立表現在兩個形式上：第一，國家不能對人民的認同加以侵害，故國家不能只認同特定的族群、文化或是價值，換言之，國家必須對於各種價值保持中立，是所謂的「**距離中立**」；第二，國家必須保護人民得以尋求自己所欲追求的價值，避免主流價值對非主流的侵害，而被稱為「**擴展中立**」。

(2)國家寬容原則

寬容一詞被認為具有兩個面向：一是抑制自己對不喜歡、或是不贊成之想法的不悅，也就是**忍耐**；二是對於前述的不同意見、想法願意**理解、包容**。前者可說是消極的寬容，後者則是積極意義的寬容。由於國家成立的正當性係來自於人民，而國家權力的行使亦仰賴人民的多數決。而所謂的自由民主，理應建立在一個尊重不同意見的決定之上。因此，國家寬容原則所要求的，就是國家有義務容忍不同意見的存在，例如國家必須保障主流的宗教侵害少數的宗教，也同時呼應了憲法中的多元文化。

釋字第 573 號解釋之理由書曾經指出，「憲法保障人民有信仰宗教之自由，係為維護人民精神領域之自我發展與自我實踐，及社會多元文化之充實，故**國家對宗教應謹守中立及寬容原則**，不得對特定之宗教加以獎勵或禁制，或對人民特定信仰界予優待或不利益」可說是在憲法解釋中，上述兩大原則之憲法依據。

2.多元文化國之憲法規範性質

(1)國家目標

所謂的國家目標（Staatszielbestimmung），是具有法拘束效果的憲法規範，其規定國家的活動在於持續尊重與滿足此一實質上已付諸明文的國家任務；因此，國家目標成為國家行為與法令解釋的指標或方針。但國家目標的實踐，必須仰賴立法者之積極規範，亦即法律的具體規定，方得完成。學者指出，多元文化條款的規定，屬於國家目標條款，因此其屬於有拘束力之規範，但仍須仰賴立法者之積極立法，才能實現。

(2)客觀法作用

學者進一步指出，即便多元文化國並沒有憲法的明文依據，亦可由文化基本權之客觀法功能保障所導出。而文化基本權則是以人的自我實現為核心，包含言論、良心、宗教與世界觀的個人自我決定。至於客觀法功能之保障，可導出憲法賦予國家在文化事務上的義務：一方面必須要求國家與文化保持距離；另一方面又要國家創造一個自由、多元而開放的客觀文化環境，方得落實多元文化國。

(二)多元文化國之憲法規範效力

- 1.如前所述，國家必須堅守多元文化國下的國家中立性與寬容原則，因此憲法增修條文第 10 條第 11 項所規定的國家目標之追求目的，就是在於透過憲法的規範，建構多元文化國的憲法保障基礎，賦予國家保護不同或多樣文化差異的義務。
- 2.而從憲法的最高性思考之，當憲法為我國的最高法規範時，其所創設的五權及相關憲政機關，在制定政策或法律時，皆應受到憲法增修條文第 10 條第 11 項多元文化國之拘束。因此，多元文化國除了中立與寬容之要求外，對所有國家權力之運作應具備法律上的拘束力，而使得國家權力有積極促進與維護多元文化的義務。

