

# 用憲法打贏你的官司

——交互詰問、言論自由、工作權等憲法上的規定，  
能夠打民事以及刑事官司嗎？



## 探討主題

普通法院與違憲審查、用憲法影響訴訟結果的論證方式、憲法論證的方式

### 案例一 死裡逃生的阿強

阿強的朋友小棋、小龍因為殺害小春，經檢察官起訴。之前在檢察官偵查中，小棋、小龍都自白承認殺死小春，但也都同時在自白當中指控阿強也有參與殺害小春。刑事訴訟法規定，被告的自白如果不是出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符的話，則被告的自白可以作為證據；自白不可以是認定被告有罪的唯一證據，法官仍應調查其他必要的證據，以確定被告的自白是否和事實相符。這些法則在被告自己一人犯案的案件中，並沒有疑義。但因為刑事訴訟法規定「被告的自白」與「證人的證述」是兩種內容不同的供述，如果在一名以上的被告共同犯案時，共犯自白自己的犯行，也在自白當中說了不利於其他共犯的內容。這時，這位共犯（例如小棋、小龍）是否還必須以證人的身分再依法調查、作證（具結、對質詰問），才能將這位共犯所說的話當作證據，來認定其他共犯（阿強）的犯罪事實？阿強最後也因為小棋、小龍的供述而被認定為是殺害小春的共犯，判處死刑確定。依照最高法院31年上字第2423號及46年台上字第419號判例意旨，認為共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據，也就是說，小棋、小龍在承認自己犯罪時所說的話，就可以當作認定阿強犯罪的證據，不必再經過具結、對質詰問的程序，其道理或許是認為具結不過判7年，小棋、小龍的自白卻可能受到死刑判決，因此不用再具結；交互詰問透過補強證據也可再行確認自白內容是否與事實相符，這是否有其道理？但若是如此，不是與一般法諺有云：「受指控者應該有與指控者當面對質的機會」不相符？如何經過憲法的論證在訴訟過程中檢視向來實務關於共犯自白的見解？又如何能夠將死刑確定判決翻案呢？



## 案例二 禍從口出

阿宗政治歷練豐富，擔任過許多重要公職。在這次競選時，情意相挺同黨的丁丁候選人，在丁丁的競選總部成立大會上為丁丁站台。對手小強勢力也不弱，阿宗發覺小強非常有錢，街坊鄰居都說看過小強的子女開著超跑逛大街，也傳說小強在國外的土地房產大到鳥都飛不過去，心想這點或許可以在熱鬧的競選場子用來大肆宣傳來攻擊小強，以幫助丁丁提高當選機率。於是阿宗就在站台時大放厥詞，說了上面那些從地方耆老聽來的小強八卦，最後再附加兩問句隔空質問小強：「這些錢財怎麼來的？」、「敢不敢發誓證明自己的清白？」等語。小強最後落選氣不過，認為阿宗利用不實的話語醜化他，影響了選舉的公正性，認為阿宗犯了公職人員選舉罷免法第104條之罪，提起告訴，檢察官也將阿宗起訴。

## 案例三 賣身契

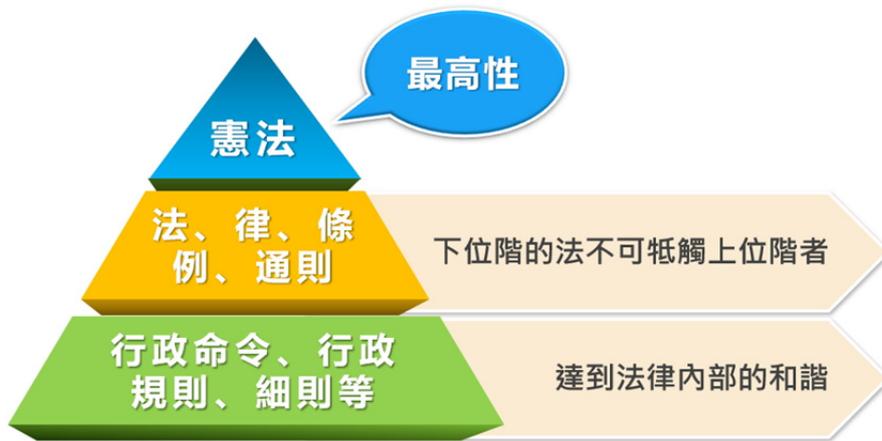
小宏當初為了一展鴻圖而報考公職，近來因不滿年金改革與自己的期待落差太大，自己又有一身好身手，更何況人生只有一次，不能留白，公職身分讓他不能做許多想做的事，乃決定辭職闖蕩天下，到常常在公司謀職。常常在公司眼見小宏是個人才，乃提出制式供所有員工簽立的僱傭契約（附合契約）締約，其中的競業禁止條款之第1款約定：「甲方（指小宏）同意，其自乙方（指常常在公司）正式離職之日起2年（24個月）內，非經乙方事先書面同意，不得為自己或第三人之利益，直接或間接從事任何與乙方之業務相同或類似，並在市場上有競爭之虞的行為。甲方同意本合約所訂之競業禁止期間，並無條件接受本合約之約束，且本合約係完全在雙方自由意志下所簽訂。」第2款約定：「如甲方違反本合約任一條款之約定，甲方應賠償乙方所受之一切損害，並依其任職乙方期間最高單月薪資之15倍計算之金額作為懲罰性違約金賠償予乙方。」契約中的競業禁止條款並未提供小宏代償措施，亦未載明地域範圍及營業內容之限制。事後小宏想再跳槽，卻覺得自己簽了賣身契，動彈不得。但自己又修過法律學分，契約寫的白紙黑字，如何是好？

## 壹、前言

思考案例中，案例一法律就個案中呈現的爭點有所規定，但規定的並不完全，司法實務就法律規定適用在具體個案中的解釋適用結果，是有疑義的。案例二則涉及言論自由的刑法評價，公職人員選舉罷免法第104條規定：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」白紙黑字地規定構成要件，

有或沒有憲法的理解，對於這法條的解釋適用會不會有所不同？事實上，言論自由是刑事司法實務最多援引言論自由基本權，將憲法引為判斷依據的領域。當然，即使同樣援引憲法，看法也可能不同，這更凸顯憲法論證在普通法院訴訟程序的重要性。至於案例三則是民事事件。或許有人認為，憲法是國家與人民間所立根本大法，憲法第2章所列基本權的相關規定既然是在拘束國家，如何於處理人民之間紛爭的民事領域中發生效力？以下將先解說何以普通法院法官像大法官一樣，必須解釋適用憲法（下述貳），其次再一一說明憲法論證可能得以影響訴訟的不同方式（下述參），最後再說明從事憲法論證時的重要概念（下述肆），最後再於結論一一強調學習重點。

## 貳、普通法院法官也可以解釋適用憲法嗎？



圖：我國的法律位階

憲法是國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院的大法官會議來處理這件疑義，這從憲法第171條規定：「法律與憲法抵觸者無效。法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。」第173條規定：「憲法之解釋，由司法院為之。」第78條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」及第79條第2項規定：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」當然是如此。而法官依據法律獨立審判，憲法第80條也定有明文，然而這是否表示只有司法院的大法官可以解釋、適用憲法，普通法院的小法官就不能在具體個案當中解釋、適用憲法呢？

國家的整體法秩序，必須是一個沒有內在矛盾的法價值秩序體系，才能順利運作。而國家的整體法秩序，是由層層疊疊，從抽象的價值宣示，直到具體化可操作的法律、命令而架構起來的。普通法院的法官既然適用法律，就必須判斷法律或實務的作法是否與憲法相符，當然應該在具體個案當中解



釋適用憲法。大法官與普通法院法官同樣都必須解釋適用憲法，但只有大法官才有宣告法律違憲的權限<sup>1</sup>。另一個普通法院與司法院大法官解釋適用憲法的不同點，則在於司法院大法官針對法規範釋憲時，所做成解釋的效力就像法律一般，適用於所有案件。至於普通法院法官解釋適用憲法，目的則是在解決個案的問題，處理的是個案當中所適用的法律應如何解釋。

舉例來說，程序法當中關於「送達」的規定，可以說是最具技術性的枝微末節，但「送達」卻與人民憲法訴訟權的保障是否落實，密切攸關。因為合法的送達可以發生許多重要的效力，包括法院是否得合法地在一造未到場的情形下，僅依一造辯論判決、法院是否可以認為被告已經被賦予合理的就審期間（法律規定使被告準備接受審判的充裕時間），而使法院所進行的準備程序或審判程序合法，訴訟法所規定各種不變期間的起算，如上訴期間等，影響重大。法官在判斷個案文書送達是否合法，當然首先必須參照法律的規定，並且將個案中的事實套用到法律裡面，以作出送達是否合法的判斷。這個法律適用過程一般而言並不會動用到憲法。

不過，送達的方式有許多種，其中實務常見的一種送達情形，是「寄存送達」，也就是已將應送達的文書依照被告陳報的住所或居所地址郵務送達，卻因為無人在家，而無法親自交給被告或其同居親友收受，而必須採取「寄存送達」的方式來代替，也就是將文書交由派出所保管，但在被告的住所或居所黏貼告示，告知盡速至保管訴訟文書的派出所領取的一種送達方式。

關於寄存送達，送達生效的期間如果就是寄存當日，依照現今社會人民往來各地工作、旅遊的情形，是有可能不合理地壓縮不變期間的。畢竟，人民不在家既然可能是常態，又不一定在所有的情形都有文書送達的預期，就有可能因為期間被壓縮而錯失進行必要訴訟行為的期間。因為考量這種現實上的因素，民事訴訟法第138條第2項規定，在寄存送達10日以後，才發生送達的效力，擬制已經送達。藉由這樣的緩和規定，一方面避免應受送達人單方面以避不見面或不領取訴訟文書的手段，延滯訴訟程序的進行；另一方面同時也避免現代生活的多樣性，應受送達人真的存有正當事由，不能立即領取訴訟文書，導致應受送達人的訴訟權受到侵害。民事訴訟法第138條第2項規定寄送送達必須多等「10日」才生效，正是為了兼顧現代社會生活型態及人民工作狀況等實際需求的衡平規定。

行政訴訟法在修正前，並未有如刑事訴訟法就寄存送達之生效時點準用民事訴訟法之相類似規定，以致於在寄存送達之情形下，仍於寄存時就發生送達效力，此時，鑑於上開社會生活現實，是否還足以保障人民的訴訟權？並非毫無憲法疑義。畢竟，少了這10日緩衝期，應受送達人或許因為出國旅遊或在外工作，導致不能知悉送達文書之內容的可能性大增，但在法律上卻被擬制成已經知悉送達文書內容，進而發生法律上的效力。當這些情形出現在個案中時，法官適用「送達」的法律，不僅有權也有義務審查這個法規範有無牴觸憲法，是否存在憲法一方面說要保障人民的訴訟權；另一方面法律

的規定卻在剝奪人民的訴訟權，產生體系上的矛盾。

由此可見，即使是送達這種的技術性規定，亦有從憲法觀點檢視其合憲性的空間。上面所提到的行政訴訟法的疑義，後來人民用盡訴訟救濟途徑之後，聲請司法院大法官解釋；經司法院大法官釋字第667號解釋認為並不違憲，但也請立法者檢討改進。

從這個例子可以清楚看到，普通法院法官雖然只是在適用具體的法律，但不僅有權也有義務審查該法律是否與憲法的規範意旨相符，這也是適用法律的必經步驟。普通法院的法官與大法官不同的地方，只在於大法官被憲法賦予宣告法律違憲的權力，也就是進行違憲審查後，發現法律違憲，而得宣告法律無效的非難權而已<sup>2</sup>。但普通法院法官在解釋適用法律，如果確信法律違憲，則應該先嘗試有無在個案當中解釋法律，採取與憲法意旨相符的法律解釋，以排除法律違憲的可能性。以修正前行政訴訟法寄存送達的法律規定為例，因為行政訴訟法已經沒有解釋空間，無法藉由法律解釋另外於行政訴訟法創設如同民事訴訟法所規定的10日生效期間，只能透過大法官解釋予以救濟。目前行政程序法關於寄存送達的規定仍有與司法院釋字第667號解釋相同的問題，而沒有隨著該號解釋公布同步進行檢討修正，目前也有法官裁定停止審判，並聲請司法院大法官解釋憲法的案件繫屬於司法院大法官審理中。

綜合前面所說的，普通法院法官當然也必須解釋適用憲法，只是解釋適用的結果，縱使認為法律牴觸憲法，也不得拒絕適用該違憲法律。但普通法院對於法律產生違憲的疑義與確信，除了停止審判程序聲請大法官解釋外，應先嘗試是否尚有合憲性解釋之個案取向的選擇，也就是在個案中，試著在法律文義容許的範圍內，依照憲法的意旨解釋法律。倘若行不通，則只能聲請大法官解釋憲法。

## 參、用憲法論證影響訴訟結果的方式

既然憲法的論證已成為在訴訟必要的一部分，有哪些常見的憲法論證類型？分述如下：

### 一、將既有的司法院解釋涵攝於具體個案

這一類型的憲法論證最為常見。因為當初存在的違憲疑義已經為司法院大法官經由解釋予以排除，此時剩下的問題只是如何將具體個案涵攝到合憲的法規範意旨當中，正確解釋、適用法律。司法院釋字第509號解釋針對刑法誹謗罪及其阻卻違法事由及舉證責任問題，可謂這一類型當中最為經典的案例<sup>3</sup>。

刑法第310條第1項規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人



名譽之事者，為誹謗罪。」同條第3項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」刑法誹謗罪之規範架構，只以該言論足以毀損他人名譽為必要。檢察官亦僅須舉證該言論足以毀損他人名譽，至於該言論所指涉之內容是否為真實，其舉證責任則轉嫁由行為人負擔。也正因刑法第310條之規範結構，在言論自由與名譽權之法益之間，偏向保護名譽權，不僅壓縮言論自由之空間，又與被告不自證己罪之原則處於緊張關係，司法院大法官始於釋字第509號解釋轉化刑法第310條第3項前段之規範意義，藉以喚醒檢察官之舉證義務，同時也減輕行為人之「真實抗辯證明義務」，把這個證明義務從法條文義所要求的「確屬真實」降低為「具有相當理由確信其為真實」，採取「真正惡意原則」，重行調整刑法關於誹謗罪之基本規範，使言論自由基本權獲得更大的呼吸空間<sup>4</sup>。

司法院釋字第509號解釋以後，誹謗罪的行為人不必再證明自己的言論與事實相符，只要證明主觀上有合理確信，不具有「真正惡意」，就可以免責。自此以後，誹謗罪有關「證明真實」的舉證責任受到釋字第509號解釋的調整，成為法院裁判此類案件必須遵守的規範依據。許多矚目的言論自由案件，包括呂秀蓮副總統控告新新聞案、曾文惠與謝啟大、馮滬祥互控案，法院也都援引司法院釋字第509號解釋為裁判依據。

關於誹謗罪的審判實務在釋字第509號解釋以後，也有更貼近憲法規範意旨的細緻發展。比如，法院實務也參酌德國法<sup>5</sup>，在詮釋行為人的言論時，對言論意涵應進行整體意旨之詮釋，不應斷章取義；倘言論內容具有多義性，原則上應採有利於行為人之解釋。如根據其中一種詮釋可能性為行為人不利認定，法院即負有說明何以不採其他意涵之論證義務，否則即屬違憲之法律適用。

舉例來說，「有錢判生，無錢判死」這句坊間常用來批評司法的言論，除了可以被理解為法官操守都有問題以外，也可能指涉訴訟制度的複雜與專業化，如果沒有配套的法律扶助制度，最後的結果都有利於有錢的被告。因此，究竟是何種意涵，並不能當然從告訴人所理解的角度來觀察，而更應觀察行為人整體的發言脈絡，實地理解領會表述的意義。解釋這句話究竟是何意思的標準，既不是表述者主觀的意圖，亦不是受表述影響者主觀的理解，而是以無成見且明理的大眾所理解的意義，來論述判斷其意義<sup>6</sup>。

此外，言論自由是憲法所保障的基本權，但是具體個案中所涉及的法律規範則保護其他公共利益，甚且也可能與其他基本權相互衝突。此時，法院應於個案中，就此一具體個案的法律適用進行「個案取向衡量」，藉以盡可能兼顧並最適地實踐相關涉的法益。這是因為憲法第11條規定，人民之言論自由應予保障，鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知的權利，形成公共意見，促進各種合理的政治及社會活動之功能，是維持民主多元社會正常發展不可或缺之機制。而妨害名譽罪章則正在藉由處罰特定構成要件該當之言論，藉以保障名譽法益。在此，憲法保障的人格基本

權、名譽法益與言論自由之間，就會產生對立衝突，此時，必然有一方之權利主張必須退讓，才能維持憲法價值秩序的內部和諧。由於憲法所揭示的各種基本權，並沒有特定權利必然優先於另外一種權利的抽象位階關係存在，故在發生基本權衝突的情形時，就必須而且也只能透過進一步的價值衡量，來探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序。就此，立法者即有「優先權限」(Vorrang)採取適當之規範與手段，於衡量特定社會行為態樣中相衝突權利的比重後，決定在具體個案的爭執中，對立基本權利實現的先後。因此，妨害名譽罪之成立，除上開積極要件之外，立法者另於刑法第310條第3項就誹謗罪設有「能證明其為真實」、「涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」另又於刑法第311條第3款規定：「以善意發表言論，對於可受公評之事，而為適當之評論者。」等消極要件，即立法者以「真實性」、「公益性」與「善意」等阻卻違法事由，試圖調和言論自由與名譽人格權之衝突。又針對刑法第310條第3項規定，司法院大法官釋字第509號解釋以「相當理由確信為真實」作為行為人行為時的合理查證或對事實查證之要求。就行為人是否有相當理由確信所指摘或傳述之事為真實，則以行為人是否已盡合理之查證義務，應依事件之特性，參酌行為人之身分、陳述事實之時地、查證事項之時效性及難易度、被害法益之輕重、與公共利益之關係、資料來源之可信度等因素加以綜合考量判斷。而所謂「以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當評論」，意見評論之語詞常屬評價性語詞，本屬主觀，無從以客觀事實證明，而在判斷某種評論是否「合理」或「適當」的時候，並不是在審查評論或意見的表達是否選擇適當的字眼或形容詞，而是在審查其評論所根據之事實或評論的事實是否已經為大眾知曉，或是否在評論的同時一併公開的陳述，其目的即是在讓大眾判斷，表達意見之人對某項事務的評論或意見是否持平，表達意見人是否能受到社會大眾的信賴，及其意見或評論是否會被社會接受，社會自有評價及選擇。在判斷是否為「善意」的評論，其重點係在審查表達意見人是否針對與公眾利益有關之事項表達意見或評論，其動機如果不是以毀損被評論人之名譽為唯一之目的，即可認其評論為善意。這些抽象的法律概念，都有待法院於具體個案之法律適用，本於上面所提及的各個方面，進行「個案取向衡量」<sup>7</sup>，探求超越憲法對個別基本權保護要求的整體價值秩序，藉由各該法益之最適實踐，促進政治民主與社會之健全發展，維護個人主體性及人格完整性，予以兼籌並顧，相互調和，而實現民主政治多元社會之價值。

## 二、促使法官以合憲法律解釋方法解釋法律

另一種論證類型，則是於具體個案的法律適用過程中，發現該法律之解釋可能與憲法意旨不符，這個疑義可能是通案的，也可能是適用在該具體案型時才發生。此時可以嘗試以憲法規範意旨說服普通法院法官，用憲法意旨來解釋法律，使法律的適用趨近於憲法意旨。這時，普通法院仍是在解釋法



律，而不是解釋憲法。而關於法律解釋，又以終審法院擁有最終釋法權，僅在終審法院彼此見解不一，有統一解釋的必要時，始由大法官取得審判權。因此，合憲法律解釋方法除了大法官可以為之，普通法院法官亦得為之。不過，合憲法律解釋雖然是一種法律解釋方法，但其效果與法律部分違憲宣告相近，因此普通法院在法律文義射程範圍內合憲法律解釋，或者略超越文義，為憲法引導或趨近憲法之合憲再造，都有高度正當性。但如果純以法律違憲為理由，對於法律逕為合憲再造，則有可能侵犯司法院大法官違憲審查的空間，必須有所保留<sup>8</sup>。如果法律抵觸憲法，而且已超過普通法院解釋、續造法律的權限範圍，則必須請求法院停止訴訟程序，聲請大法官解釋。

此一類型的成功率較低，一方面是因為該憲法疑義尚未經司法院大法官表示見解，只有抽象的憲法規定可以作為憲法論證依據；另一方面，既是憲法疑義，則論證所採的立場極可能站在實務通說的對立面，以合憲法律解釋方法說服法院就相關法律反於實務通說立場的機會並不大。如果可以立基於既有的司法院大法官解釋，則促使普通法院法官進一步推演其意旨，適用於具體個案的可能性或許稍微提升一些。

在刑事訴訟法第158條之4證據排除規定立法之前，最高法院87年度台上字第4025號刑事裁判就曾經藉由法律解釋，創設出當時法律所無之證據排除法則。該號判決認為：「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第8條、第16條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨意（司法院釋字第384、396、418號解釋參照），自應排除其證據能力。準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第12條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，且從抑制違法偵查之觀點衡量，容許該通訊監察所得資料作為證據並不適當時，當應否定其證據能力。」就是一個好例子。

這類型的憲法論證之所以常需立基於既有的司法院解釋，而且成功率低，就是因為既有實務見解已經建構現存的法律秩序，而表徵現狀。而現狀之存在，或許最後經檢驗應該予以改變，但既然存在的必定有其道理，或者至少也是人民長期以來據以行為或不行為之依據，有法安定性的利益存在。援引抽象的憲法而破棄既有的法律秩序，意味著變更現狀，也意味著影響法安定性的利益，還意味著對抗立法者（雖然這種對抗也常常打著落實立法意旨的名號）。而抽象的憲法規範既然存有多種的解釋可能性，選擇其中一種解釋，則該種解釋是否能獲得普遍性的接受，就存有風險。變更現狀是否獲得正義，既然是有疑義的，而且又必定影響法安定性，則法官採納的動機自然降低。

普通法院法官另一個不予採納的動機，來自於普通法院法官採用「合憲

法律解釋」，可能與司法院大法官產生權限衝突。因為司法院大法官也採「合憲法律解釋」宣告法律合憲或於一定範圍內違憲。司法院大法官與普通法院法官同樣都本於憲法意旨在不同的價值之間進行利益衡量，兩者所從事的，卻有可能有部分存在著權限的緊張關係。特別是司法院大法官認為釋憲標的之抽象法規範在一定範圍內合憲時，也就是做了「合憲法律解釋」時，所從事的釋憲活動最有可能與普通法院法官的權限處於緊張關係。司法院釋字第656號解釋就凸顯這個問題。因為普通法院法官不僅可以，也有義務依憲法意旨解釋法律，也就是採用合憲法律解釋方法來解釋法律。換個角度來看，如何促使普通法院法官採用合憲法律解釋方法來解釋法律，就是在普通法院進行憲法論證的重要步驟。

司法院釋字第656號解釋針對民法第195條第1項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」特別是其後段之規定有關回復名譽之適當處分，是否可以包括實務上常見的「判命登報道歉」在內？如果解釋上不予排除，此強迫道歉之要求是否使加害人自我羞辱而損及其人性尊嚴因而違憲？司法院大法官該號解釋秉持憲法保護基本權之意旨，權衡被害人之名譽權，與加害人不表意自由、人性尊嚴等之衝突後，認為強迫登報道歉作為最後手段，根據合憲解釋原則，對系爭規定作成合憲之結論。司法院大法官在釋憲的過程中，在一定的解釋脈絡下，認定該法律規定合憲。換言之，在司法院釋字第656號解釋後，民法第195條第1項後段就增加了該號解釋設定之要件，而生拘束全國機關及人民之效力<sup>9</sup>。

大法官在這號解釋當中所從事的釋憲活動，是在「適用法律階段」之前的「解釋法律階段」進行法益權衡，並本於憲法意旨對於既有的法律規範應該如何解釋適用做了解釋。

換句話說，大法官在這號解釋中，行使法律違憲審查權，因闡明系爭法律之意義，而作法益權衡，根據憲法意旨解釋法律，也就是所謂「憲法取向之法律解釋」原則的具體實踐，就如同司法院釋字第509號解釋相同<sup>10</sup>。這裡，大法官所為的其實與普通法院法官的釋法權有點類似，也因此引發了大法官之間的權限緊張關係，也有大法官質疑究竟大法官做的以憲法解釋法律的活動，雖然避免了法律違憲宣告，但是否也越俎代庖，把普通法院法官應該做的事情搶來做了呢？

就此爭點，許宗力大法官提出協同意見書，區別大法官與普通法院法官的不同。他認為，大法官在這號解釋中所從事的，與只有普通法院法官在個案適用法律階段所為的法益權衡，屬於個案取向的衡量不同。但從這個爭點及許宗力大法官協同意見書內容，我們也可以觀察到，普通法院既應採個案取向利益衡量，以憲法觀點解釋、適用法律，若認為抽象法規而言並未違憲，但個案適用上，若未對法律採合憲性擴張或限縮解釋，將產生個案裁判



違憲結果者，則普通法院不僅有權，更有義務對法律在個案之適用，從事合憲性解釋與適用，並對個案進行法的裁判。這裡就是在普通法院訴訟過程中，可以用憲法論證說服法官的重要環節。

只不過，因為合憲法律解釋不僅僅普通法院法官可以為之，大法官在進行違憲審查時，針對法律一定範圍內不合憲法意旨的部分違憲宣告時，也常常為之，也因此普通法院與大法官的權限產生緊張關係，偶而也會有不明確之處，有時反而導致普通法院法官的遲疑<sup>11</sup>。

茲再舉一例說明。

刑法第160條規定：「意圖侮辱中華民國，而公然損壞、除去或污辱中華民國之國徽、國旗者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」小張在國慶日當天，割毀懸掛於中正橋上的國旗，檢察官認為小張此舉構成刑法第160條的毀損國旗罪。小張則辯稱他所為是因為信仰臺獨，質疑中華民國治理臺灣的正當性，他所為是為了表達政治主張，而不是在侮辱國旗或中華民國。

小張顯然是主張言論自由基本權，欲以之排除刑法第160條之主觀構成要件，也就是「意圖侮辱中華民國」的該當性。而刑法的構成要件必須全部該當，才能成立犯罪，只要其中任何一個構成要件要素不符合，就應該判決無罪。小張的行為既然沒有「侮辱中華民國」的意圖，就不是刑法第160條所要處罰的行為。雖然小張沒有說話，只有割毀國旗的動作，仍然可能該當於「象徵性言論」，以動作進行政治上的主張。因此，在此仍可以主張言論自由基本權。

普通法院雖然沒有違憲審查權，也就是宣告法律違憲無效或拒絕適用違憲法律之權限，但普通法院卻有解釋適用法律的權限，不僅有義務也有權力依據憲法意旨解釋、適用法律。尤其是「解釋法律」本身就是普通法院法官的職責所在，這也包括「合憲法律解釋」，也就是依據憲法意旨來解釋適用法律。

既然如此，普通法院如認同小張的抗辯，認定小張的確是出於表達政治理念割毀國旗，有其表意行為在內，則當然可以就刑法第160條進行合憲性解釋，將「意圖侮辱中華民國」限縮解釋，嚴格限制其成立要件，甚至在事實認定層次，就可以排除小張行為的可刑罰性。

假使刑法第160條欠缺這種合憲法律解釋的可能性，例如立法者又修正該條文內容，去除意圖犯之主觀構成要件要素，只規定：「公然損壞、除去或污辱中華民國之國徽、國旗者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」則行為人只要有毀損國旗之行為，主觀上也有毀損國旗的知與欲，不問原因，就以刑罰處罰毀損國旗的行為，此時很難再有合憲解釋的空間，普通法院法官又無從拒絕適用法律，如果有客觀合理確信法律違憲，自不能按照違憲法律判處小張罪刑，而有義務依司法院釋字第371號解釋義務停止審判，聲請大法官解釋。

### 三、促使法官以憲法意旨填充、解釋不確定法律概念或填補法律漏洞

最後，還有一種類型是法律當中本來就存有許多的規範漏洞與不確定法律概念，本來就需要法官依據憲法規範意旨來解釋適用。在這種案型中，法官本來就應該採個案取向利益衡量，本於憲法意旨適用法律，以實現正義。這種例子也不在少數。如果用「憲法」、「基本權」等關鍵字搜尋司法院法學檢索系統，您可以發現可以找到不少的普通法院判決，不論民事、刑事或行政訴訟都是如此，這表示憲法論證在目前的司法實務不僅可行，而且必要。

比如，臺灣高等法院94年上易字第243號判決針對民事侵權行為訴訟中，原告為證明被告不法其基於配偶關係之身分法益，而自屋外經由開啟中窗戶以遠距離鏡頭拍攝錄影方式而取得之證據，可否採為認定事實之依據，即認為此問題涉及隱私權與訴訟權之衝突，應以比例原則予以調和，最後並採為證據<sup>12</sup>。這個案例中也論及法益權衡、比例原則，就是個案取向的利益衡量的例子。

以上這些案例，都是一般普通法院的法官解釋適用憲法的案例，也可見在普通法院訴訟程序當中，憲法的論證已經相當常見。這些具體案件中呈現的憲法疑義與爭點，往往可以影響訴訟的結果。而如果等到用盡普通法院的訴訟救濟途徑，再來爭執，反而失去時機。縱使未來即將採行的裁判憲法審查制度（也就是可以由大法官來審查法院裁判是否違憲，而不僅如現行大法官審理案件法，大法官只就具體個案當中所適用的法規範進行違憲審查的制度），在要件上也要求案件當事人提請大法官審查的憲法爭點，必須「已經在普通法院的審級救濟程序中已經提出，得由普通法院法官審酌」，作為其程序要件。這是基於大法官是有限的資源，具有最後補充性的道理。

### 四、向大法官討公道

在上開類型之外，藉由憲法向大法官討公道也是可行途徑。依據現行法制，人民或者可於用盡訴訟救濟途徑前，請法官停止訴訟聲請大法官解釋（司法院大法官釋字第371、590號解釋參照），或於用盡訴訟救濟途徑後聲請大法官解釋。

司法院大法官審理案件法（下稱「大審法」）第5條第1項第2款規定，人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。

人民聲請釋憲成功案例不少，茲再舉一例說明之。刑事訴訟法第376條規定不得上訴第三審之案件，其中第2款就規定竊盜罪就不得上訴第三審。張先生涉犯竊盜罪，一審經判決無罪，卻於檢察官上訴二審時遭改判有罪。張先生認為如此一來，他只能依據非常上訴及再審方式就確定判決請求救濟，相較與以一般上訴方式請求救濟而言，門檻太高，等於被剝奪救濟機會。而訴訟的審級制度雖然是立法者可以自由形成的範圍，但保障人民訴訟權之「有



效」救濟，則屬訴訟權的核心，不容剝奪，因此就「一審無罪、二審有罪」的刑事判決，應給予被告至少一次的上訴機會。因為這種情形下的二審有罪判決，是被告「第一次」受到國家司法權之正式宣告有罪。由於刑事有罪判決對於被告人身、財產，甚至名譽等權利之重大不利影響，為避免刑事有罪判決之可能錯誤或冤抑，因此應給予被告至少一次上訴之憲法權利保障。

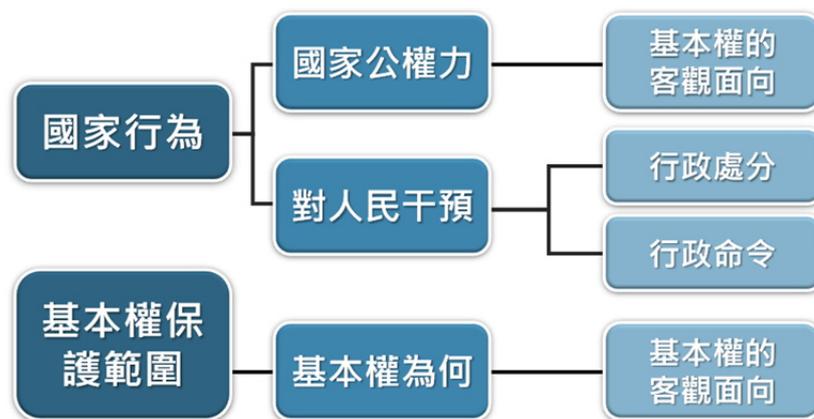
張先生於二審判決駁回其三審上訴而用盡訴訟救濟途徑後，依據大審法第5條第1項第2款規定向司法院大法官聲請解釋憲法，最後由大法官作成釋字第752號解釋。本號解釋影響所及，不僅僅張先生的案件中所適用的規定而已，最後促成刑事訴訟法第376條的修正，甚至其他第一次受國家司法權認定違法有責而科予不利益之法律效果，現行法律卻未給予上訴審級救濟機會者<sup>13</sup>。

司法院釋字第582號及第752號解釋都是由該案件的被告用盡訴訟救濟途徑後，自行聲請大法官解釋憲法，還有另一種可能性是於訴訟救濟程序當中，聲請法官停止訴訟，由法官聲請大法官解釋憲法。只是，當事人此舉只是促請法官考量系爭法規範的違憲疑義，進而向大法官聲請解釋，並非當事人有此請求權。法官是否停止訴訟，進而聲請大法官解釋，仍必須取決於法官是否確信法律違憲，且該違憲法律為本案先決爭點，並影響於訴訟結果，不可不辨<sup>14</sup>。

另一個發展中的制度，則是「裁判憲法審查制度」。相較於現制，裁判憲法審查制度擴大了大法官的審判權範圍，原本司法院大法官只能就抽象法規範進行違憲審查，引進裁判憲法審查制度後，大法官除了可以審查法規範是否違憲以外，更可以針對具體的法院裁判在解釋法律的層次、適用法律的層次，是否存有重大違憲的瑕疵進行違憲審查。換言之，「法律本身不違憲，但法院將法律適用於個案時的裁判違憲」的案型，也成為司法院大法官可以進行違憲審查的標的。此外，引進裁判憲法審查制度後，司法院大法官倘認為法規範或裁判違憲，更可以具體地將違憲的裁判廢棄發回該法院審理，不必再如現制必須經由非常上訴或再審的方式，對原因案件謀求救濟。裁判憲法審查制度落實了「有權利就有救濟」的訴訟權保障，畢竟，所有的公權力都可能存有違憲疑義，法律如此，裁判也是如此。但也因為此一制度可能為大法官帶來難以負荷的案件量，以致於影響大法官就抽象法規範進行違憲審查的核心職能，法制上必定將對之設限。依據司法院公布之大審法修正草案（公聽會版本）第59條，提起裁判憲法審查的受理要件，至少包括：（一）須於不利終局裁判送達後2個月內提起；（二）除未及主張者外，聲請人須於審級救濟程序中已主張違憲事由；（三）須具憲法重要性，或為貫徹申請人基本權利所必要者，始得受理。第二要件係對應司法院大法官就裁判違憲審查具有補充性、最後性之本質，藉此一要件使相關憲法疑義於普通法院審級救濟程序中得先予處理相關違憲疑義。如果不是因不及主張而未主張者，也就失去向大法官討公道的機會，應予注意。

## 肆、進行憲法論證的重要觀念

憲法規範內容可大別為權力分立、基本權兩大部分。在基本權部分與訴訟程序當中的憲法論證最具關聯性<sup>15</sup>。一個完整的本於基本權的憲法論理，至少必須包括：

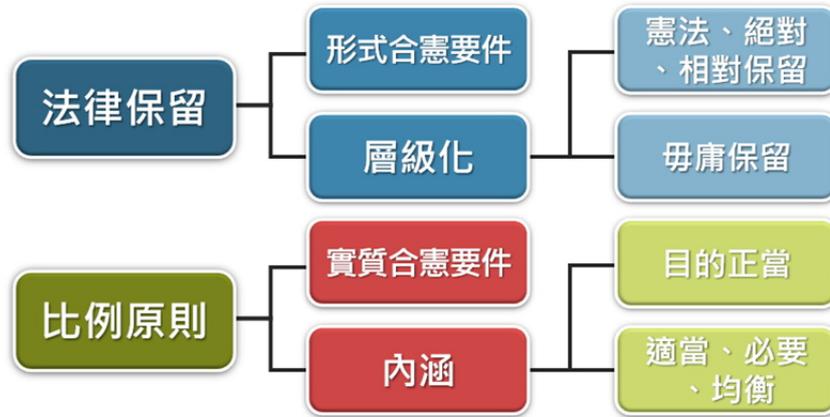


圖：違憲審查（一）

### 一、本案中受國家干涉的行為，在當事人主張的基本權所保障的範圍內

此一階段必須先主張特定的基本權與本案有關，並論述該特定基本權的保障範圍；進而主張本案中的行為落在該保障範圍之內。這一階段的論理，必須在憲法中找到特定的基本權規定。我國憲法第二章規定「人民之權利與義務」，從第7條至第18條規定人民各種受保障的基本權，另又於第22條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」概括保障未列於清單的基本權。但是也因為此等基本權既然不在清單之列，其保障強度在論理上也可能弱於列舉於清單的基本權。事實上，憲法針對不同的基本權重視程度也不相同，從憲法關於基本權的規定就可得見。司法院釋字第443號解釋就明白指出：「並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。」顯然立憲者最重視人身自由，人身自由且以憲法明訂其保障。但基本權的類型，可以預期地會隨著人權意識的開展而增加，憲法所規定的基本權條款，終究會不敷使用，憲法第22條終究會負擔過重，從這個觀點而言，憲法第22條除了是概括清單未列而拾遺保障的基本權條款外，也承載了重要基本權但卻未為立憲者預見的規範功能。事實上，許多重要的大法官釋字卻也立基於憲法第22條尋得其基本權的依據<sup>16</sup>。

## 二、基本權並非絕對而不得予以限制，只是對於基本權的限制必須以法律為之，且應符合比例原則



圖：違憲審查 (二)

憲法第23條就規定限制基本權之合憲要件：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」限制基本權的合憲要件，首先必須以「法律」限制之，其次則必須為追求公益所必要。

首先，要限制人民的基本權，只能由立法者以法律為之。這是因為歷史的教訓告訴我們，為保障人權的目的，法治（法律的支配）優於人治（君主的恣意統治），法律具有一般性格，比較可以確保正義並防止恣意與歧視，同時對於人民也具有可預測性、可信賴性。況且立法者在人員的組成上可以反映民意，其討論程序也多元開放，功能結構上也適於訂定限制人民基本權利的規範。其實不僅是限制人民基本權利的規範應以法律為之，中央法規標準法第5條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」第6條規定：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」即為法律保留原則之具體化<sup>17</sup>。

但制訂、修正法律的繁冗程序，不利於因應事實的變化，也無法鉅細靡遺。立法者就許多技術性細節性事項，也未必是專家，無法切合需求。因此，另亦得授權行政機關訂定命令，有關何種事項應由法律定之，也發展出「層級化的法律保留原則」，也就是「關於何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技

術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」依據不同規範事項的本質，區別其是否必定以法律定之。

普通法院法官不得拒絕適用法律，但卻不受違法命令的拘束，因此在這個階段，當事人除了爭執未以法律限制人民的權利外，也可能爭執據以限制人民權利的行政命令逾越授權的內容、目的或範圍；或爭執根本是行政機關自行訂定的行政規則<sup>18</sup>。

其次，即使是立法者訂定限制人民基本權的法律規範時，也不是可以為所欲為，而必須接受「比例原則」的檢驗。畢竟，民主或多數決決定出來的結果不一定就是正義。

「比例原則」從司法院釋字第476號解釋以後，在釋憲實務中出現比較清楚的輪廓，指出：「人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則。」以目的正當、手段必要、限制妥當等三個子原則作為比例原則的具體內容。其用語或有不同，但實質內容則無二致。

一般認為，比例原則底下有「適合原則」、「必要原則」、「狹義比例原則」。所謂適合原則，首先，指國家採取的手段所追求的目的必須符合憲法所預設並允許的限制基本權目的；也就是防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益等正當、合憲目的。其次，則是國家所採取的手段必須適合於所追求的目的；也就是國家追求目的所採取的手段，必須適合於達到此一目的。

所謂必要原則，則是指國家為追求目的所採取的手段，應在各種可能性當中，選擇對於人民侵害最小的手段。

所謂「狹義比例原則」，則是國家所追求的目的與所採取的手段之間，不能得不償失。如果國家所採取的手段對於基本權的侵害程度越大，則所要追求的公益目的也必須越有價值、越有份量，才能正當化基本權的侵害。這裡的衡量當然可能相當具有主觀性，但這也是法學與社會生活的必然，只能透過說理與案例累積來客觀化判斷的標準<sup>19</sup>。

必須再次強調的是，比例原則可以用在「規則取向的利益衡量」，也可以用在「個案取向的利益衡量」，端視你如何主張。

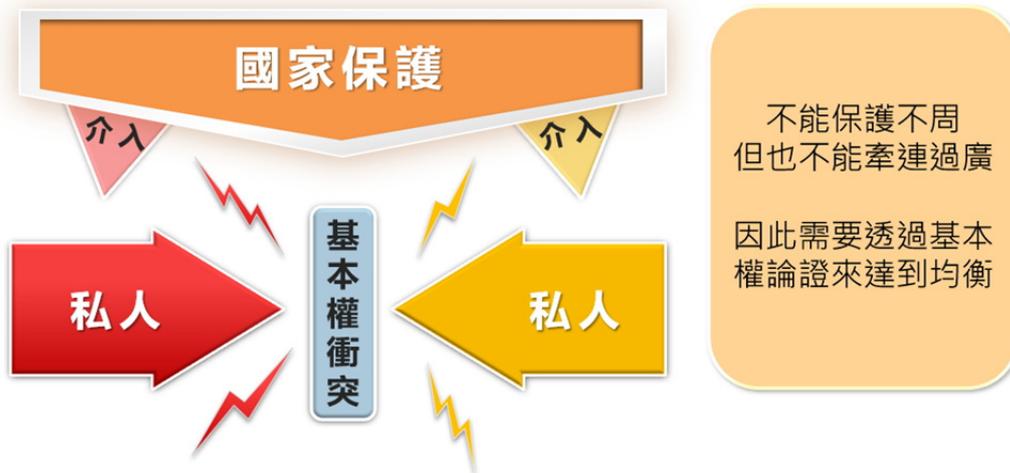
以焚燒國旗案來具體套用上開理論，可以更清楚地理解上述的抽象說明。

依據憲法第23條規定，應該檢驗是否符合法律保留原則、比例原則。這條限制了言論自由，但因為是以法律限制之，並沒有違反法律保留原則的



疑義。進一步依照比例原則的三個子原則——檢驗刑法第160條毀損國旗罪的合憲性，我們可以發現，毀損國旗罪如果沒有了現行法所要求的「主觀意圖」構成要件要素，不問任何原因均處以刑罰，在適合性部分，可能就難以通過比例原則的檢驗。您是否可以試著論述看看？

### 三、基本權的第三人效力



圖：基本權對第三人效力

如上所述，基本權拘束的對象是國家，如果是私人之間的紛爭，在民事事件當中，例如思考案例三「賣身契」的競業禁止條款效力問題，這些關於基本權的論證還有用嗎？答案是肯定的。

一方面，國家也可能立於與私人相同的地位與人民發生各種法律或事實關係（學理上稱為「國庫行為」）；另一方面，私人對人民的控制力量往往不亞於國家，尤其19世紀末起，大企業等大規模私人組織之社會權力，私人間強者對弱者的侵害，實不亞於國家，因此第一次世界大戰後，亦有以憲法明訂禁止私人對特定人權之侵害者，1975年葡萄牙憲法第18條第1項甚且規定：「憲法上有關權利、自由與保障手段之規定，對所有公私團體均直接適用，並拘束之」。較為常見的則是在法律層次保障私人間關係的人權。例如廣泛禁止歧視的美國公民權法（CIVIL RIGHTS ACT），近來繫屬於美國聯邦最高法院，才剛於2017年12月言詞辯論，頗受各界矚目的「蛋糕案」<sup>20</sup>就是因為烘焙坊出於宗教信仰，無法祝福同性戀婚姻，不肯賣蛋糕給一對同性戀者，違反此法而遭判賠十幾萬美金。一方宣稱自己受到歧視；另一方則宣稱自己的行為受宗教自由所保障所引起的憲法訴訟。

因此，憲法基本權透過基本權第三人效力理論，對於私人間的關係一樣有其作用。只是其作用方式，與基本權直接作用於國家的方式並不相同，往往寄託於民法當中不確定法律概念的解釋，或公序良俗條款間接介入私人之

間的法律關係。這類基本權可以介入條款，諸如民法第72條：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」第247條之1：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」都可以發生其作用。

## 伍、結 論

我們可以將以上介紹總結為以下幾點：

一、普通法院法官也可以解釋用憲法：Alexis de Tocqueville在二個世紀以前用歐洲人的角度觀察美國司法，驚訝地發現，原來憲法不僅是最高之法，而且得為法官最終據以做成判決之法！此一觀察在臺灣也逐漸成為事實。不僅因為法律解釋總是必須關照憲法，憲法對於法律當中的不確定概念，或者於同一法律存在不同解釋可能性的場合，都發生關鍵之作用。最後也存在向大法官討公道的可能性。甚且，思考案例一中的阿強最後得以死裡逃生。未來即使裁判憲法審查制度開始施行，程序要件也要求聲請人必須就違憲事由在普通法院訟爭過程已有所主張，誰說憲法在普通法院的審級救濟中不重要？

二、憲法論證在普通法院訴訟中可能運用的場合，或可援用既有的司法院解釋進行涵攝或法律續造，或可以憲法意旨促使法院對法律進行合憲性解釋，或可以在訴訟中促請法官聲請大法官解釋，或用盡訴訟救濟途徑後，向大法官討公道。

三、憲法雖然拘束國家，但在私人之間也可以發揮間接效力。目前實務上的例子不勝枚舉。在這類情形，憲法基本權可以發揮的作用或許不如法律來得強大（想想美國的蛋糕案），但仍是法律論證中不可或缺的一環。

四、此外，我國憲法設有大法官與普通法院，其審判權有所不同，在上開設例中，也提到「規則取向」與「個案取向」的利益衡量。這涉及司法權制度設計的前理解，亦應說明。

五、最後，關於憲法的論證實體，我們舉了最常見的比例原則為例進行說明。必須提醒的是，每個基本權領域都發展出自己的解釋論特色與法理。比如平等權、正當法律程序都有其學說理論與既有的司法院解釋可以援為論理的依據。另外，縱使是比例原則，在不同的法領域當中，也有不同的操作方式，應予注意。



## 本案解析 (一)

案例一中的阿強，就是用盡訴訟救濟途徑而於判決確定後，再聲請大法官解釋，經司法院大法官釋字第582號解釋，認為最高法院31年上字第2423號及46年台上字第419號兩則判例剝奪被告對證人的詰問權，與憲法保障人民訴訟權之意旨不符，因此被宣告違憲，應不再援用<sup>21</sup>。釋憲以前，地院及高院、高院更一審至更五審對阿強判處死刑的判決因都援引此二號「共同被告不利於己之自白可相互補強」之判例，而將其餘兩位被告的自白作為認定阿強為共犯的證據，也因此失其依據。

此案後來由檢察總長第五次非常上訴，經最高法院以94年度台非字第124號判決將本案最高法院89年度台上字第2196號暨台灣高等法院88年度重上更(五)字第145號判決均撤銷，由臺灣高等法院依判決前之程序更為審判，最後於更九審判決無罪，最高法院駁回檢察官之上訴而確定。

## 本案解析 (二)

以案例二為例，阿宗在丁丁競選總部成立之際站台助講時，以疑問句的方式質疑小強的操守，公開說：「鄉親父老都說小強在國內、外擁鉅額財產，是如何來的？小強是否敢發誓，證明自己清白？」阿宗這樣的言論，除了涉及阿宗的言論自由及小強的名譽權以外，另外又涉及選舉公平性的公共利益。這時候，阿宗的查證義務不僅僅必須考量「真正惡意原則」，法律要求阿宗查證的程度，更應該考量如何設定才可以促進各相關法益的最適實踐，促進政治民主與社會之健全發展，維護個人主體性及人格完整性，相互調和而實現民主政治多元社會之價值與維持人性之尊嚴。

依下列各項因素判斷之後，您認為阿宗的言論是否成罪？

- (1)選舉事件之特性。
- (2)阿宗陳述的時、地，對手提供相反資訊澄清辨明的可能性。
- (3)阿宗查證相關事實之可能性及難易度。
- (4)言論內容指涉的事項是否為是競選公職之人應受檢視之點、與公共利益相關程度。
- (5)阿宗為上開言論時採用的表述方式。
- (6)阿宗有無所公開自己所述之依據，可否由閱聽人自己判斷可信度。
- (7)對阿宗的言論課予刑罰，對於高價值的政治言論是否可能產生寒蟬效應。

## 本案解析 (三)

於特定事項有賴高密度規範介入時，立法者往往再以法律介入管制。案

例三有關競業禁止條款之效力及限制，正為此一發展之適例。案例三所涉及的是常常在公司與小宏訂立的競業禁止合約是否必要、合理？有無違反民法第247條之1顯失公平而無效？

民法第247條之1規定其實相當抽象，有待價值予以填充。實務上就以憲法第15條（人民之生存權、工作權及財產權，應予保障）、第23條（以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之）之價值予以闡釋。

最高法院94年度台上字第1668號判決就指出：憲法一方面明訂國家對人民「工作權」應予保障，然基本權並非不受任何限制，故於符合憲法第23條規定要件仍得為合憲方式之限制。基本權原以國家行為為限制對象，然對基本權之尊重，本身即為一公共秩序或善良風俗，是基本權經由民法此一般條款規定，可於私人間之私法行為發生間接拘束效力。是私人間基於契約自由原則而對「工作權」加以限制之約定，苟未違反公共秩序、善良風俗或其他強制禁止規定時，其約定並非無效。又受僱人有忠於其職責之義務，於僱用期間非得僱用人之允許，固不得為自己或第三人辦理同類之營業事務，惟為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭，雙方得事先約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此競業禁止之約定期間、內容為合理時，與憲法工作權之保障無違。

由於受僱人於僱傭關係存續中因參與對僱用人之顧客、商品來源、製造或銷售過程等營業秘密或重大經營資訊，而此類資訊之運用對僱用人可能造成危險或損失，乃經由雙方當事人協議，使受僱人於僱傭關係終止後之一定期間內，不得從事與原雇主相同或同類公司或廠商之工作，以保護原雇主之營業秘密或重大經營資訊。但是競業禁止條款將侵害受僱人受憲法保障之工作權，因此審查競業禁止條款是否有效，自然應該要衡量雇主有無值得保護之正當利益、勞工客觀上有無侵害雇主前述利益之可能性，以及所約定離職後競業禁止範圍是否合理，若前述判斷結果均屬肯定，就沒有違背公共秩序或善良風俗或違反民法第247條之1顯失公平之情事，自屬合法有效，對離職勞工發生拘束力。

但抽象的解釋及案例的累積，其規範密度不夠，速度也太慢，不足以提供人民訂定競業禁止條款時得以預見並遵守的標準，立法者因而在勞動基準法中，於104年12月16日增訂勞動基準法第9-1條規定：「未符合下列規定者，雇主不得與勞工為離職後競業禁止之約定：一、雇主有應受保護之正當營業利益。二、勞工擔任之職位或職務，能接觸或使用雇主之營業秘密。三、競業禁止之期間、區域、職業活動之範圍及就業對象，未逾合理範疇。四、雇主對勞工因不從事競業行為所受損失有合理補償。前項第四款所定合理補償，不包括勞工於工作期間所受領之給付。違反第一項各款規定之一者，其約定無效。離職後競業禁止之期間，最長不得逾二年。逾二年者，縮短為二



年。」復於105年10月7日增訂勞動基準法施行細則第7條之1、之2、之3等規定，內容分別為：「離職後競業禁止之約定，應以書面為之，且應詳細記載本法第九條之一第一項第三款及第四款規定之內容，並由雇主與勞工簽章，各執一份」、「本法第九條之一第一項第三款所為之約定未逾合理範疇，應符合下列規定：一、競業禁止之期間，不得逾越雇主欲保護之營業秘密或技術資訊之生命週期，且最長不得逾二年。二、競業禁止之區域，應以原雇主實際營業活動之範圍為限。三、競業禁止之職業活動範圍，應具體明確，且與勞工原職業活動範圍相同或類似。四、競業禁止之就業對象，應具體明確，並以與原雇主之營業活動相同或類似，且有競爭關係者為限」、「本法第九條之一第一項第四款所定之合理補償，應就下列事項綜合考量：一、每月補償金額不低於勞工離職時一個月平均工資百分之五十。二、補償金額足以維持勞工離職後競業禁止期間之生活所需。三、補償金額與勞工遵守競業禁止之期間、區域、職業活動範圍及就業對象之範疇所受損失相當。四、其他與判斷補償基準合理性有關之事項。前項合理補償，應約定離職後一次預為給付或按月給付」，可以說已經對於競業禁止約款構築完整之法律規範。至於在前開法條生效前即已由勞雇雙方約定之競業禁止約款，雖未能直接適用前開法條以決定其效力，但仍可依民法第1條規定引為法理適用之（參見民法第1條規定）。依據法理或前揭勞動基準法之規定，您認為小宏與常常在公司的競業禁止條款約定，有無過分侵害小宏的工作權而應無效之部分？

### 【註釋】

- <sup>1</sup> 司法院釋字第371號解釋就指出：「憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，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。惟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，認為有抵觸憲法之疑義者，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，聲請司法院大法官解釋。」
- <sup>2</sup> 進一步了解此一問題，參見許宗力，普通法院各級法官及行政法院評事應否具有違憲審查權？，收於氏著，憲法與法治國行政，第131頁以下。
- <sup>3</sup> 司法院釋字第509號解釋也是誹謗罪被告於用盡訴訟救濟途徑之後，聲請大法官釋憲。該案起因於商業週刊記者林瑩秋1996年10月28日一篇「信義大樓內大官們的房市揭密」一文，報導時任交通部長蔡兆陽花費鉅額公帑278萬元整修官舍，遭蔡兆陽提起誹謗罪告訴。被告即記者林瑩秋辯稱她並沒有誹謗蔡兆陽的故意，蔡兆陽身為政務官，整修官舍花費是可受公評之事；而交通部提出的單據，雖然只顯示28萬元，但其項目不全，應該還有其他項目支出等語。法院審理後，分別以誹謗罪判處商業週刊總編輯黃鴻仁、記者林瑩秋各有期徒刑5月、4月，得易科罰金確定。經提起釋憲聲請後，大法官作成釋字第509號解釋，確認「真正惡意原則」，記者只要合理確信為真實，即可以報導，毋庸證明所報導內容屬實。但本案非常上訴經最高法院發回高院更審後，高

院仍判決被告2人有罪確定。

- 4 許宗力，談言論自由的幾個問題，收於氏著，法與國家權力（二），第195頁以下。
- 5 德國聯邦憲法法院向來見解；詳細請見BVerfGE 82,43,52 NJW 1990,1980.
- 6 參見德國聯邦憲法法院「軍人是（潛在的）謀殺者」案裁定，該案德國聯邦憲法法院的審查標的是發表言論者以「軍人是謀殺者」，或「軍人是潛在的謀殺者」，侮辱聯邦軍隊和個別的軍人的法院判決。司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一），第11頁以下、第29頁。
- 7 見許宗力，談言論自由的幾個問題，收於氏著，法與國家權力（二），第195頁以下、第213頁。
- 8 深入分析與討論，參見蘇永欽，合憲法律解釋原則——從功能法上考量其運用界限與效力問題，憲政時代，第19卷第3期，第50頁以下。
- 9 釋字第185號解釋以：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第78條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。
- 10 許宗力大法官，司法院釋字第656號解釋協同意見書參照。
- 11 例如毀損國旗的行為，客觀上該當刑法第160條之罪。但如行為人是基於政治主張，辯稱所為是表達政治立場的象徵性言論，則此時普通法院法官是否以合憲法律解釋方法，解釋適用刑法第160條即可，或者要將問題留給大法官處理？就是最好的例子。實務上，真實案件中的一審法官自行進行合憲法律解釋判被告無罪；二審法官則停止審判聲請大法官釋憲，正是因為二審法官認為不能侵害大法官的釋憲權。
- 12 訴訟權之保障與隱私權之保護，兩者有發生衝突可能，如因侵害隱私權而取得之證據，或以不法方式取得之證據，法院應否以欠缺證據能力，予以排除問題。在民刑事訴訟程序應以分別看待，持不同之審查標準。刑事訴訟程序，因以國家強大司法體系，由檢察官法官代表國家行使追訴審判權，國家與被告顯立於不公平位置，不法取得之證據，其證據能力應嚴格對待，以證據排除法則限制司法權之作為。但民事訴訟程序，對立之兩造立於公平地位，於法院面前為權利之主張與防禦，證據之取得與提出，並無不對等情事，較無前述因司法權之強大作用可能造成之弊端，因此證據能力之審查密度，應採較寬鬆態度，非有重大不法情事，否則不應任意以證據能力欠缺為由，為證據排除法則之援用。隱私權及訴訟權均為憲法所保障之基本權，當兩者發生衝突時，憲法之比例原則，應可作為審查標準。比例原則之依據，憲法第23條明定，憲法所列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。大法官會議解釋，即多次引本條為比例原則之依據。此原則在民事訴訟程序法中，具有當憲法法益價值衝突時之指導地位。其衍生權，包括合適性原則、必要性原則及狹義比例原則（即過量禁止原則）。合適性原則，乃指國家權力行使之手段須可達成其目的，當手段不能完成權力行使目的時，即欠缺此合適性原則；必要性原則，指在所有可能達成目的之方法中，應選擇對人民最少侵害之手段，即最少侵害原則；禁止過量原則，係指所欲完成之目的及使用手段，不能與因此造成之損害或負擔不成比例。換言之，應權衡手段目的與人民權益損失之比例。比例原則原適用於國家公權力之行使，但當人民在憲法上受保障之客觀法價值相互衝突時，當可援引作為法益衝突調和之方法。又社會現實情況，妨害他人婚姻權益之不法行為，常以隱秘方式為之，並因隱私權受保護之故，被害人舉證極度不易。在此前提下，當不法行為人之隱私權與被害人之訴訟權發生衝突時，兩者間應為一定程度之調整。以侵害隱私權之方式而取得之證據排除方面，即應視證據之取得，是否符合比例原則以定。
- 13 依司法院釋字第396號解釋，公務員懲戒法由一級一審之公務員懲戒委員會認定公務員違法失職並給予懲戒處分，尚屬合憲。但在司法院釋字第752號解釋後，也逐漸動搖，而在其影響範圍之列。但於公務員懲戒法修法前，應無從逕自援引司法院釋字第752號



- 解釋對於懲戒處分提起救濟。
- 14 司法院釋字第371、590號解釋參照。
  - 15 倘欲就基本權有廣泛性的瞭解，應探討介紹的主題至少包括：1.基本權的發展歷程及演變；2.憲法所保障的基本權與分類；3.基本權的各種功能；4.基本權的限制與其合憲性等。在此僅欲使讀者獲致大致的理解，而無意深入介紹上開各項議題。關於1.可參照；關於2.可參照；關於3.則可參照許宗力，基本權的功能與司法審查，收於氏著憲法與法治國行政，第181頁以下。
  - 16 例如關於婚姻與家庭者，如司法院釋字第242、362、502、552、554、587、748號解釋；關於姓名權者，如司法院釋字第399號解釋；關於契約自由，如釋字第576、580號解釋；關於隱私權，如第585、603號解釋；關於身體安全，如第630號解釋；關於名譽權，如釋字第399、486、587、656號解釋等。
  - 17 關於法律保留原則，可以參見許宗力，論法律保留原則，收於氏著法與國家權力（一），第117頁以下。
  - 18 爭執成功的案例，如最高行政法院99年度判字第639號判決。
  - 19 關於比例原則，參見許宗力，比例原則操作試論，收於氏著，法與國家權力（二），第121頁以下。
  - 20 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission.
  - 21 司法院釋字第582號解釋已確立「共同被告之自白，並非被告自己之自白，共同被告應經證人之合法調查程序」之原則，略以：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院三十一年上字第244二二三號及四十六年台上字第四一九號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，與當時有效施行中之中華民國二十四年一月一日修正公布之刑事訴訟法第二百七十三條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。」之原則。