憲法法庭112年憲判字第18號判決部分不同意見書

呂太郎大法官提出

許宗力大法官加入

張瓊文大法官加入

黃瑞明大法官加入

詹森林大法官加入

黃昭元大法官加入

壹、本席基本立場

本判決主文第1項宣告公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第69條第1項（下稱系爭規定），排除立法委員、縣市長選舉以外公職人員選舉的重新計票，牴觸平等權保障，違憲；主文第2項前段，宣告臺灣高等法院112年度選抗字第1號民事裁定（下稱臺高院裁定）違憲，廢棄之，本席均敬表贊同。但就本判決未併將臺灣新竹地方法院111年度選聲字第1號裁定（下稱新竹地院裁定）廢棄，並發回臺灣新竹地方法院（下稱新竹地院），則難贊同，爰就此部分提出不同意見。

貳、選舉紛爭，應儘速解決

選舉是人民透過集體的意思，推選出行使國家權力的行政首長或民意代表的行為。選舉結果的紛爭，不但是候選人之間的紛爭，也隱含不同選民支持各候選人的之間的紛爭，若不及時處理，可能導致紛爭規模擴大並激化對立。加上民選的行政首長或民意代表，都有其任期，拖延一日解決紛爭，就減損一分選舉的實效。因此，迅速而明確

的解決選舉紛爭，是選舉制度設計上應有的考量。在此考量下，當事人的程序利益，必須作一定程度的退讓，例如請求救濟時限的縮短、減少救濟的審級及禁止再審等（選罷法第 118 條第 1 項、第 120 條第 1 項、第 127 條第 1 項、總統副總統選舉罷免法第 102 條、第 104 條第 1 項及第 110 條規定參照）。

參、宣告違憲、廢棄、發回—裁判憲法審查三部曲

一、裁判憲法審查的立法意旨，在使憲法保障人民權益的網絡，更加綿密、深透、有效

中華民國 111 年 1 月 4 日施行的憲法訴訟法（下稱憲訴法），除原有的法規範憲法審查外，增加裁判憲法審查類型。立法意旨在使憲法規範貫串至個案裁判，個案當事人權益可及時受憲法保護。申言之，修法前，大法官只能針對確定終局裁判適用的抽象法規範進行審查，不審查具體裁判所涉的憲法爭議，各法院裁判在解釋法律及適用法律時，誤認或忽略了基本權利重要意義，或是違反了通常情況下所理解的憲法價值等等司法權行使有違憲疑慮的情形，都無法處理。雖然從 71 年司法院釋字第 177 號解釋起，將解釋的效力及於聲請解釋的個案，73 年司法院釋字第 185 號解釋進一步闡釋，聲請人得依據該解釋提起再審或非常上訴，74 年司法院釋字第 193 號解釋，擴大至聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋的各案件，亦可依據解釋提起再審或非常上訴，逐步擴張大法官解釋個案救濟的機能。但無論如何，聲請人還是必須另外提起再審或非常上訴，才能獲得真正救濟，對於人民權益的保護，仍嫌迂迴周折。再者，只要法規範不違憲，即使依據該法規範所作成的裁判違憲，也不受憲法審查，法院裁判成了不受憲法

控制的國家權力，形成憲法保護網的漏洞。憲訴法增設裁判憲法審查制度，立法目的無他，即在使憲法保障人民權益的網絡，更加綿密深透，權利救濟流程更簡化有效。憲訴法第 62 條第 1 項前段規定：「憲法法庭認人民的聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院。」便是為了落實這樣的目的所為設計。

二、「發回管轄法院」與「發回原法院」並不相同

應特別注意者，一般訴訟事件，基於審級制度的設計，於上級法院將原判決廢棄後，因為該案件仍未完成其審級程序，必須就該案件繼續審理，故除由該上級審法院自為變更判決外，有時須將案件發回「原法院」或發交「與原法院同一審級」的法院，繼續其應有的審級程序（民事訴訟法第 478 條第 2 項、刑事訴訟法第 401 條、行政訴訟法第 260 條第 1 項及第 263 條之 3 第 1 項規定參照）。發回與發交之間，實務上係以發回「原法院」為常態，例外情形（例如原法院已不能行使職權，或發回原法院恐影響公安或難期公平，或前經發回後，原法院仍堅持己見，不依發回意旨審判等）始發交與原法院同一審級的其他法院。

然而，聲請裁判憲法審查，必須是該原因案件已窮盡審級救濟的裁判確定案件（憲訴法第 59 條第 1 項規定參照），憲法訴訟並非針對該原因案件具體事實認定及法律適用，重啟另一審級的審判，憲法法庭亦非該原因案件終審法院的上級審。因此憲法法庭於廢棄確定終局裁判後，應將該原因案件發回何一法院，再行處理，當然不必再循一般審級程序，發回原法院或發交與原法院同審級的其他法院。

憲訴法第 62 條第 1 項規定憲法法庭得將原因案件「發

回管轄法院」，而非如一般訴訟程序規定為「發回原法院或與原法院同審級的法院」，實寓有深意。所謂「管轄法院」，應指就該原因案件有事務管轄權的法院，未必僅限於裁判被廢棄的「原」法院。從法條文字使用「管轄法院」而有別於一般訴訟程序的「原法院」或「與原法院同級的其他法院」，可知其不同。現行法律普遍使用的「管轄法院」，均指有處理該事務權限的法院，包含就該事務有管轄權的同級法院（有時對於同一事務數同級法院都有管轄權），以及得審理該事件的不同審級的各審級法院，亦非作成某一裁判的「原法院」。必也如此解釋憲訴法第 62 條第 1 項所稱的「管轄法院」，才能貫徹憲法法庭為將憲法意旨有效的落實於該原因案件而發回的目的，也才能釐清憲法法庭並非基於審級監督，督促下級審法院應如何裁判的角色。

三、德國法的參考

我國有關憲訴法第 62 條第 1 項所定的宣告裁判違憲、廢棄裁判及發回管轄法院，應如何運作，因裁判憲法審查制度甫經實施，相關案例累積及學說討論不多，參考外國的經驗，有其必要。依憲訴法第 62 條第 1 項立法理由，該條係參考德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定而來，因此，德國法下實務如何運用該規定，應值一探。德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項的規定，又與同法第 90 條第 2 項第 1 句及同法第 95 條第 1 項之規定有關，因此結合上開相關條文，較能窺其全貌。

按德國聯邦憲法法院法第 90 條第 2 項第 1 句規定：「對於上述侵害（按：指基本權利或基本法所規定的權利，遭受公權力侵害）如有其他法律救濟途徑時，僅於窮盡其他

法律救濟途徑時，始得提起憲法訴願。」第 95 條第 1 項規定：「若憲法訴願有理由，應於裁判中確認，基本法何條之規定被何種作為或不作為牴觸。聯邦憲法法院亦得同時諭知，任何重複實施遭指摘之措施，亦牴觸憲法。」第 2 項規定：「若針對裁判提起之憲法訴願有理由，聯邦憲法法院應廢棄該裁判，在第 90 條第 2 項第 1 句之情形，應將案件發回管轄法院。」上開第 90 條第 2 項第 1 句、第 95 條第 1 項及第 95 條第 2 項的解釋與運用，在德國聯邦憲法法院運用的實際情形，司法院委請國內學者專家翻譯、111 印行的「德國聯邦憲法法院法逐條釋義」(Bundesverfassungsgerichtsgesetz Handkommentar ,3.Auflage 原著者為 Christofer Lenz, Ronald Hansel)，就此亦有詳細說明。就與本件有關的論述，可摘述其重點如下：

（一）提起憲法訴願，通常是針對終審法院，如前審裁判也對聲請人不利，且該訴訟最終結果仍須事實審為事實的認定，為法律的終審法院無法為判斷時，也可以將前審裁判「一併」列為審查標的並進行審查（第 609 頁，邊碼第 182 至第 183)，若依第 95 條第 1 項規定確認為違憲時，應列舉為牴觸基本法的行為（第 859 頁，邊碼 13）

（二）廢棄的裁判前提必先宣告違憲，但受違憲宣告的裁判，未必全部廢棄。若有數個裁判依第 95 條第 1 項第 1 句遭確認違憲，則聯邦憲法法院不必將被成功指摘違憲之全部裁判廢棄。雖然依同條第 2 項規定將裁判廢棄，其前提在於，裁判依第 1 項第 1 句被確認違憲。但是，不應該倒過來以「任何遭確認違憲的裁判皆應被廢棄」的方式，將第 1 項第 1 句規定的確認與第 2 項規定的廢棄劃上等號。在數個遭受確認違憲的裁判中，對於其中的個別裁判不予廢棄，

此一權能，來自聯邦憲法法院的形成餘地，而該形成餘地乃聯邦憲法法院在將案件發回專業法院時所享有（第 862 頁，邊碼 25）。

（三）發回管轄法院比單純廢棄更具有重要性，憲法法院在決定應發回哪一法院時，有裁量權，可以不顧一般法律規定的土地管轄或事務分配，發回其他有事務管轄權的法院。當案件被認為若發回具有事務及土地管轄權的法院或依事務分配有管轄權的審判庭，不能得到合於事務本質的處理，則尤其會考慮發回其他法院或其他審判庭（第 863 頁，邊碼 27 及 28）。

（四）憲法法院裁量的標準，是依據違憲類型及訴訟經濟，應僅在除去違憲的必要範圍內為之。程序基本權的侵害，案件應發回首次對訴願人的程序基本權造成侵害的審級，在實體基本權遭侵害時，選擇第 95 條第 2 項規定的管轄法院，取決於專業法院的新判斷是否必須作其他進一步的事實確認。若就是此種情形，或至少不能排除這種情形，則案件應發回除法律審查外亦有權對新事實進行確認的審級，所以通常不會發回法律審上訴法院。反之，若基於確定的事實基礎，僅須重新以聯邦憲法法院的指示為據作成法律上的決定，則應當發回終審法院，並且相應地，應當僅廢棄終審法院的裁判。這有益於訴願人的利益盡可能快速獲得終結程序的裁判（第 864 頁至第 865 頁，邊碼 30、31 及 32）。

四、宣告違憲、廢棄原裁判與發回原屬不同的三件事

憲訴法有關裁判憲法審查制度，幾乎逐譯自德國憲法訴願制度，參考前述德國實務運作，可知憲訴法第 62 條第 1 項前段規定，應分成「宣告裁判違憲」、「廢棄裁判」及

「發回管轄法院」三段解讀，始能完整理解裁判憲法審查制度的精髓。申言之，「宣告裁判違憲」，除了宣告原因案件的裁判所持抽象的法律見解，已違反憲法的意旨外，也有藉此避免其他裁判採相同或類似違憲見解的機能。至於宣告「廢棄」裁判，目的在使該違憲的裁判失其效力，解脫該裁判對於原因案件的拘束力。至於「發回管轄法院」，則係指示原因案件解脫原裁判的拘束後，應由哪一法院接著處理後續問題。

上述三項宣告，雖然彼此間有一定關聯，先有違憲宣告，再有廢棄裁判，才有發回管轄法院的問題，但仍有不同目的。因此，其宣告的對象，也未必須完全一致。換言之，在經數審級而有數不同裁判存在的原因案件，憲法法庭未必要宣告所有裁判都違憲，宣告違憲的裁判，也未必是必須廢棄的裁判，廢棄裁判後發回的法院，更未必是作成該裁判的原法院。要發回何一管轄法院，再行審理，憲法法庭應有裁量權，裁量標準則就違憲類型、訴訟經濟、除去違憲必要範圍及儘量使法院能自我除去違憲等因素，綜合考量，選擇能為合於事務本質處理的法院為發回後的管轄法院。

肆、本件應併將新竹地院裁定宣告違憲並廢棄，發回新竹地院

一、由管轄的新竹地院實施重新計票才符合事務本質

法院認為聲請重新計票應准許者，應依聲請查封全部或一部分投票所的選舉人名冊及選舉票，就查封的投票所於 20 日內完成重新計票（即系爭規定），無庸如一般訴訟事件的證據保全，應以裁定准許，再依證據調查程序實施證據保全（民事訴訟法第 371 條第 1 項及第 368 條第 2 項規

定參照）。故若管轄的地方法院准許為重新計票時，重新計票程序由該地方法院實施之，固無問題；即使該地方法院駁回重新計票的聲請，經聲請人提起抗告，抗告法院認應准許重新計票者，亦僅能將原法院駁回聲請的裁定廢棄，而不必為准許重新計票的裁定。且抗告法院所審查者僅為原法院駁回重新計票聲請的裁定是否合法、適當而已，至於准許重新計票後應如何進行計票，也屬於原地方法院的職權，非抗告法院所能取代（即使在訴訟事件的證據保全程序，除非該事件已繫屬於上級審，否則也不會由上級審代下級審法院為證據保全的實施）。

事實上，一旦法院准許重新計票，即應依聲請查封全部或一部分投票所的選舉人名冊及選舉票，就查封的投票所於 20 日內完成重新計票（即系爭規定），考量投票所地緣接近性、短期內必須完成計票所需人力等因素，由橫跨數地方法院轄區為設計的高等法院或分院，亦非適合實施重新計票的法院。因此，不論從法律規定的解釋、實際操作的便利性及紛爭解決的效率性等觀點，重新計票程序，均應由管轄的地方法院為之。

二、本判決應併將新竹地院裁定宣告違憲並廢棄

（一）新竹地院裁定亦屬違憲

本件新竹地院裁定以系爭規定未包含鄉民代表選舉的重新計票，為立法者有意省略，非法律漏洞，不違反平等原則及比例原則，因而駁回聲請人的聲請。經聲請人提起抗告後，臺高院裁定亦持相同理由，認抗告無理由而駁回。系爭規定既因違反平等原則經本判決宣告違憲，則新竹地院及臺高院裁定，以系爭規定並未違反平等原則為理由，駁回聲請人的聲請及抗告，所持的法律見解當然亦屬違

憲。

（二）原因案件經數個不同審級裁判時，應宣告違憲者，有時不限於最終的裁判

如前述，本件重新計票的實施，應由新竹地院為之，始合於事務本質。新竹地院所持不利於聲請人的法律見解既屬違憲，自應受違憲的宣告。本判決就何以僅針對臺高院裁定為違憲宣告，不及於新竹地院裁定，並未說明理由，或係認為新竹地院裁定並非最終裁定，故不在宣告違憲之列。

然而，於裁判憲法審查制度施行前，大法官僅能就確定終局判決所適用的法規是否違憲進行抽象審查，而非針對裁判本身是否違憲進行審查。因此，原因案件所歷經的裁判如何，本非重點，哪一法規的適用，最終造成聲請人實質不利，而該法規是否違憲，才是重點。因此，若當事人上訴或抗告至最高法院，經最高法院以未具體表明上訴理由而從程序上駁回（刑事案件以不合程式判決駁回，民事及行政訴訟事件，以不合法裁定駁回），縱使形式上最高法院裁判為該事件最後裁判，但釋憲實務上向來不以該最高法院裁判為確定終局裁判，而是以實質適用對聲請人不利法規的最後一次裁判，為確定終局裁判。此一權宜解釋，目的無他，即在符合當事人聲請釋憲的真正目的，並發揮當時制度下大法官釋憲功能。於裁判憲法審查制度下，大法官所審查者，是針對裁判本身，制度目的亦在使憲法意旨深透至每一個案，並防止其他裁判亦採相同或類似的違憲見解的機能，與舊制時期重在審查抽象法規範者，自有不同，難依舊制下作法，據為解釋運作新制的依據。

應值一提者，在實施裁判憲法審查新制後，憲法法庭

的判決，也有因應新制而採改弦更張的見解出現。例如憲法法庭 112 年憲判字第 11 號判決一案中，最高法院雖以上訴不合程式為理由，從程序上駁回上訴，但因最高法院於判決中已實質肯認原法院所採見解，而憲法法庭於判決中亦確認原法院所採見解為違憲見解，故憲法法庭一併宣告最高法院的見解亦同屬違憲。又因該案件僅為法律見解問題，無須另依事實判斷，且無應由下級審法院立即處理的急迫性，適合由最高法院發揮其審級監督功能，於普通法院體系內自行調整見解，故僅於判決中確認該將下級審判決違憲，無一併廢棄該下級審判決廢棄之必要（若廢棄下級審判決，則最高法院即無審查對象，案件必須發回下級審法院）。

（三）不宣告新竹地院裁判違憲並廢棄，剝奪大法官裁量發回法院的職權

實施裁判憲法審查之後，審查的對象除裁判所適用的法律外，尚包含該裁判本身所持的法律見解。而宣告裁判違憲的目的，係在確認該裁判不符合憲法的意旨，如下級審所持的法律見解，為上級審所援用，而該上級審裁判所持的法律見解經宣告違憲者，該持相同見解的下下級審裁判，豈有不違憲之理？何況就本件而言，臺灣高等法院並非法律審，無統一各下級審法院法律見解之制度功能，如僅宣告臺高院裁定違憲，一來無法實現統一合憲見解之目的，二來臺灣高等法院亦不適合進行重新計票工作，發回臺灣高等法院只是徒增審級的周折而已，不利選舉紛爭的迅速解決。又憲法法庭若不宣告新竹地院裁定違憲，即不能將其廢棄，該違憲的裁定依然存在，將導致憲法法庭僅能將原因案件發回臺灣高等法院，再由臺灣高等法院廢棄

新竹地院裁定，並發回新竹地院，其結果無異剝奪憲法法庭選擇如何發回的職權。是以本判決應併宣告新竹地院裁定違憲並廢棄之，方能落實裁判憲法審查的立法目的。

三、本件應發回新竹地院再行處理

如前所述，憲法法庭就發回何一法院再行審理，應有其裁量權。就本件原因案件言，重新計票的實施，並非單純法律見解的問題，而是須動用相當的人力、物力，故由新竹地院為之，才符合處理事務的本質，而非由跨越不同轄區的臺灣高等法院為之。故發回新竹地院始為正辦，發回臺灣高等法院是選擇了迂迴解決紛爭途徑，繞了不必要的路，違背了選舉結果紛爭應迅速解決的基本法理。