

釋字第 801 號解釋部分不同意見書

呂太郎大法官提出
蔡烱燉大法官加入
張瓊文大法官加入
蔡宗珍大法官加入

一、本解釋多數意見認為本件應予受理，其理由為：「查系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款規定予以受理」。

二、本席認為本件不符合人民聲請解釋憲法之要件，應不受理

按大審法第 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牴觸憲法之疑義者。」依此，人民聲請解釋法令違憲，至少應具備下列 3 項要件：一、其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害。二、已依法定程序提起訴訟。三、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。欠缺其中任何一要件，其聲請即非合法，依同條第 3 項規定，應不受理。本件聲請，並不符合前述要件中任何一項，應不受理。茲分析如下：

（一）系爭規定非確定終局裁定所適用

按裁判適用法律，傳統上是依演繹邏輯中三段論法之方式進行推論。易言之，以法律為大前提，請求裁判之個案事實為小前提，將個案具體事實涵攝至大前提中構成要件部

分，如個案事實具備構成要件之全部特徵，即將大前提之法律效果，作為個案具體事實應有之法律效果，以此作為結論。

本件確定終局裁定意旨略謂：刑期自裁判確定之日起算，刑法第 45 條第 1 項定有明文。又「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日……。」為同法第 46 條（現行法第 37 條之 2 第 1 項）所明定。而無期徒刑為終身監禁，是受刑人於執行無期徒刑，即無裁判確定前羈押日數折抵之問題。至 86 年 11 月 26 日修正公布之刑法第 77 條第 1 項：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 15 年、累犯逾 20 年……得許假釋出獄。」同條第 2 項：「無期徒刑裁判確定前逾 1 年部分之羈押日數算入前項已執行之期間內。」（即系爭規定）則為假釋之規定，與羈押折抵無關。本件抗告人（即聲請人）因殺人罪，經判處無期徒刑確定，檢察官於執行指揮書記載其執行期滿日為「無期」。執行指揮書於羈押及折抵日數欄記載「九十年三月十一日到九十二年十一月二十日共九百八十五日」，為備註羈押期間促使執行機關注意之性質，無關於刑期之折抵，不能指為違法或不當，抗告人聲明異議自非有理由，應予駁回等語。

可知確定終局裁定並無將聲請人受無期徒刑執行之具體事實，涵攝至系爭規定中之構成要件，檢查是否具備系爭構成要件之全部特徵，並進而依系爭規定之法律效果，對聲請人該聲明異議為准、駁之意（事實上也無從依系爭規定為准、駁，故明確指出該裁定與系爭規定「無關」），故系爭規定自非確定終局裁定所「適用」之法律。從另一角度觀察，即便本解釋宣告系爭規定牴觸憲法而無效，聲請人亦不得據以改變確定終局裁定之結果，即本解釋對於聲請人聲請之原因案件，不具有任何法律上拘束力，豈能謂系爭規定為確定終局裁定所適用？

（二）聲請人未依法定程序提起訴訟

所謂依法定程序提起訴訟，指聲請人應就所主張憲法上權利受侵害之內容，依現行訴訟制度（民事、刑事或行政訴訟）提起訴訟，並已盡審級救濟後仍受不利判決，始得聲請釋憲。當然，因事件類型之特殊，不能期待當事人可明確判斷應循何種程序提起訴訟者，亦有之。不過有關審判權如何劃分？以及當事人誤向無審判權之法院起訴時，受理之法院應如何移轉於有審判權之法院？等問題，現行訴訟法大體上已有周詳規定，大法官亦針對諸多案例有所釋示，可供當事人依循。而依現行制度，受刑人對於行政機關不予假釋有所不服者，應循行政訴訟程序救濟，業經本院於本件聲請前之100年10月21日公布釋字第691號解釋（嗣監獄行刑法於109年1月15日修正第134條已為明文規定）在案，是本件聲請人之真意，如果是主張已符合假釋要件，却因行政機關（法務部）未計入其判決確定前曾受羈押之日數，致未達法定應受徒刑執行之最低期間，因而否准其假釋者，自應循行政訴訟程序救濟，始符合依法提起訴訟之要件。惟聲請人既未主張其因羈押日數折抵刑期而已符合假釋要件，更未就其應否假釋有所爭執，而提起行政訴訟，却就檢察官執行徒刑之指揮，循刑事訴訟程序聲明異議，就刑事院所不必審查或適用之系爭規定，主張其違憲，自難謂符合聲請人已依法定程序提起訴訟之要件。

（三）系爭規定與聲請人人身自由是否受限制無關

本件聲請人係受無期徒刑之執行，既曰「無期徒刑」，自無執行固定期間後，即為刑期屆滿應予釋放之問題，因此，不論判決確定前所受羈押之日數如何，均應終身監禁，不發生以曾受羈押之日數折抵刑期問題。又聲請人之人身自由受

限制，是因為受無期徒刑之執行所致，並非因裁判確定前所受之羈押日數未予折抵刑期而來。易言之，本件聲請人人身自由受到限制，與系爭規定並無關聯，縱使系爭規定因本解釋宣告違憲而無效，聲請人亦無法依據本解釋免除或減少其應受徒刑執行之刑期。是本件聲請亦難謂符合聲請人憲法上所保障之權利，遭受不法侵害之要件。

三、本解釋多數意見可能發生之疑義

(一)是否使裁判「適用」法令之意義，變得模糊不清？

本解釋繞過法律所明定，系爭規定限於為確定終局裁定所「適用」，始得受理之明確要件不論，另創「系爭規定雖非最高法院作成上開確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」概念，使得裁判是否適用法律之明確概念，竟陷入一團迷霧。依結論來看，多數意見認為本件已符合大審法第5條第1項第2款規定，顯然認為系爭規定已為確定終局裁定「所適用」。但從解釋理由來看，可能沒這麼有把握，否則就應直接明白宣示系爭規定為確定終局裁定所「適用」即可，何須繞過法律明定之「適用」要件，另創「(系爭規定)雖非確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議，並為貫徹聲請人有效權利保護所必要」之模糊概念，以取代之？但這樣的概念，却可能產生如下疑義：

1.依本解釋多數意見，是否承認裁判適用法律之類型，還有「裁判雖未適用A法律，但以A法律為裁判之基礎」，或「裁判雖適用A法律，但不以A法律為裁判之基礎」之類型？如採肯定，無疑將會是裁判法學上重大改變，現行程序法有關裁判「適用」法令之規定，可能被重新定義。不但事

關人民釋憲門檻，也事關其他程序法之基本規範，自宜進一步說明其理論依據，或舉出該當之案例，作為各級法院審判之準據。惜乎本解釋僅輕描淡寫，一語帶過，恐為日後釋憲門檻爭議，埋下引信。

2.依本解釋多數意見，是否認為受理關鍵並非系爭規定「為確定終局裁定之基礎」，而是在於系爭規定「攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議」？然而，本件聲請人聲明異議之案件，其異議是否有理由，不但原審法院已於裁定中指出與系爭規定「無涉」，最高法院之確定終局裁定，亦一再指出與系爭規定「無關」，本解釋多數意見亦認同系爭規定並非最高法院作成確定終局裁定之基礎。如此與確定終局裁定「無涉」、「無關」或「非為基礎」之系爭規定，何以本解釋多數意見竟會認為「攸關該裁定所涉羈押及刑期折抵日數之爭議」？不免令人疑惑。是否認為，因聲請人於該聲明異議案，已主張法院應依系爭規定裁判，而該裁定亦就系爭規定與該案關係有所說明，自仍屬「攸關係爭規定之爭議」？果爾，是否會發生凡出現於裁判中之法令，即便與該裁判之結論或理由「無涉」、「無關」或「非為基礎」，當事人仍得據以聲請解釋憲法？若採肯定，大法官依此作成之解釋，不論結果是否認該法令違憲，對聲請人據以聲請之個案救濟，有何法律上意義？如果沒有法律上意義，却仍許當事人聲請大法官作成憲法解釋，是否違背賦予訴訟當事人聲請解釋憲法之初衷？

總而言之，本解釋多數意見提出「系爭規定雖非作成確定終局裁定之基礎，惟攸關該裁定所涉系爭規定之爭議」之模糊概念，取代「系爭規定為確定終局裁定所適用」之要件，作為准許釋憲聲請之一要件，可能遭致不論與解決裁判個案爭議是否有關，凡於裁判中所出現之法令，哪怕是當事人所

主張不必要且錯誤之法律，均得作為釋憲標的之結果，無異打開釋憲聲請門檻之潘朵拉盒，日後恐有不可預料之發展。

（二）是否混淆訴訟要件與權利保護必要？

鑑於司法資源之有限性，以及避免對他造造成不必要干擾，各國就篩選不必要之案件進入司法體系，以免排擠有保護必要之人民利用司法解決紛爭，不論透過立法或實務運作，都建立了相當機制。就我國而言，除以法律明定訴訟事件受實體審理所須之共通要件（訴訟要件）外，因訴訟個案有無利用司法制度之必要性，有時必須就個案情形個別判斷，法律難以為鉅細靡遺之規定。因此學說及實務向來承認，當事人除具備法律所規定之訴訟要件外，尚須具備「權利保護必要」之要件，如有欠缺，仍不得受本案審理。此不但在一般訴訟案件如此，即令以往大法官審理慣例，亦是如此。申言之，凡經大法官依大審法第5條第1項第2款受理者，必聲請人所聲請解釋之法令，為確定終局裁判所適用，且就該聲請案而言，聲請人亦具備「權利保護必要」。不生以「權利保護所必要」取代「法令適用」之要件問題。

本解釋多數意見，認為「並為貫徹聲請人有效權利保護所必要，爰依大審法第5條第1項第2款規定予以受理。」是否有將「為貫徹聲請人有效權利保護所必要」，列入為確定終局裁判所「適用」之要件內？或有以「為貫徹聲請人有效權利保護所必要」，取代「確定終局裁判所適用之法令」之要件？換言之，訴訟要件與權利保護必要兩個概念，究竟有無區別？又依本解釋多數意見，「權利保護必要」原扮演「篩選不必要」案件，以「排除」利用司法制度之功能，將轉換為「挑選必要」案件，使「進入」司法程序之功能，是否妥適？均屬有疑。

（三）是否可為保護將來之憲法上權利而受理釋憲？

基於司法資源之有限性、當事人利用司法制度之門檻、他造當事人不受不當訴訟干擾之利益，以及權力分立下司法權之功能等，涉及公共利益與個人權益交互衝突與平衡因素，當事人循求司法救濟者，必須具備紛爭成熟性及解決必要性始可。換言之，該紛爭已適合以司法程序予以解決，且若不以司法程序解決，紛爭或當事人之損害可能擴大或延伸，甚至造成「強凌弱、眾暴寡」之結果，才可利用司法制度。此一原則，不問法院應解決之訴訟上紛爭或大法官應解決之憲法上紛爭，均應如此。法律所規定之訴訟要件、聲請要件，或法理上承認之保護必要、保護利益等，均在篩選不具備紛爭成熟性及解決必要之案件，將之排除於司法救濟體系之外，已如前述。因此，人民之權利未受侵害者，原則上不得假設其日後將受侵害，而預先利用司法制度以防止之。如欲例外承認此預先防止權利受侵害之司法程序，因事涉司法制度之前述各種公、私因素考量，以及保障人民利用此制度之公平機會，應以法律或有法律同等位階之法規範明文，始得允許（民事訴訟法第 246 條、行政訴訟法第 115 條準用，另憲法訴訟法第 46 條參照。又法律欲賦予權利人或權責機關，有事先防止權利侵害或損害發生之權時，亦莫不以法律明文。）當然，大法官如認為法律未賦予人民於權利受不法侵害前預先聲請釋憲，或其規定釋憲之門檻過高，已違背憲法意旨者，亦非不得宣告該法律違憲（釋字第 371 號解釋參照）。

本件聲請人係因犯殺人罪，累犯，經判處無期徒刑確定，即令計入其於判決確定前受羈押之 1 年期間，仍未符合無期徒刑假釋要件中，已受徒刑執行逾 20 年之要件（至 110 年 3 月 11 日始滿 20 年）。故本件聲請人於 105 年 11 月 18 日向

本院提出聲請，充其量僅就其日後可受假釋之要件降低，而「預先」聲請解釋系爭規定違背憲法，於大審法及大法官解釋尚未承認人民就其受憲法保障之權利，於將來有受不法侵害之虞者，亦得預先聲請解釋前，難認其聲請已符合大審法第 5 條第 1 項第 2 款，權利遭受不法侵害之要件。本件如依多數意見，認為應予受理，即應宣告大審法第 5 條第 1 項第 2 款，未賦予人民預先聲請釋憲之途徑，違背憲法意旨（釋字第 371 號解釋參照），惟本解釋多數意見，仍依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定受理，是否意指該款所稱之「遭受不法侵害」，包含「有侵害之虞」？果爾，有無以解釋理由取代法律規定之問題？令人憂心。

（四）如何面對將來裁判憲法審查之施行？

如前所述，即便依本解釋意旨，認為系爭規定抵觸憲法而無效，聲請人亦無法依據本解釋，對確定終局裁定進行救濟。此一案例，若置於 111 年 1 月 4 日即將施行之憲法訴訟法所增設之裁判憲法審查制度觀察，更顯突兀與不合理。依同法第 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，認有抵觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」就聲請法規範違憲審查部分，其聲請憲法裁判之要件與大審法第 5 條第 1 項第 2 款及大法官釋憲實務所發展之聲請釋憲要件大致相同。依同法第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，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；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」易言之，憲法法庭認為確定終局裁判所適用之法規範違憲者，該裁判必然違憲，此時除為法規範違憲之宣告外，並應將該確定終局裁判廢棄之，發回管轄法院。如果本件是發生於憲法訴訟法

施行之後，那麼大法官除宣告系爭規定違憲外，並應將本件確定終局裁定廢棄發回。問題是，本件確定終局裁定適用法律有何錯誤？足可使大法官廢棄？又縱使大法官將確定終局裁定廢棄發回，受發回之法院，可以為不同之裁定嗎？結論應該是不可以。由憲法訴訟法之規定，反推回來，可知本件解釋多數意見，將確定終局裁定所未適用之系爭規定宣告違憲，可能發生系爭規定違憲，而該確定終局裁定却不違憲之不合理結果。