

釋字第七二五號解釋協同意見書

大法官 蘇永欽提出

本件為有關人民聲請為法令違憲審查，經本院作成違憲解釋後，聲請人依釋字第一七七號、第一八五號解釋本得據以請求再審等特別救濟，卻因解釋僅命相關機關於一定期限內完成合憲修正，屆期未完成修正該法令始失效力，此時聲請人是否仍得就原因案件請求特別救濟，所做的補充解釋。本案的受理，因法令違憲的疑義實不明顯，而所謂補充又非僅對程序要件加以釐清而已，一如釋字第五七二號解釋，以其對解釋法制實際影響的層面而論，從無救濟到有救濟，應已屬對現行解釋程序法的「造法」，一如當年的釋字第一七七號及第一八五號解釋。因此有關憲法解釋的程序規範依憲法分權意旨究應由誰來創設較為穩妥，反而是本案先決的憲法問題，在決定應否受理時，宜有深入的思辨。本案涉及的除了立法（廣義）與司法（狹義）的分權，還有司法內部的分權。依本院過去解釋，在審理分權爭議時主要衡酌者，至少包括功能最適、相互制衡與核心領域的觀點（就此釋字第六一三號解釋的論述最完整）；一旦決定由本院以解釋造法，又必須充分權衡違憲瑕疵的除去與法秩序安定的維護，為聲請人民提供特別救濟的激勵效果與司法的平等保護等因素。而不論本院在作規範創設的分權決定或有關解釋效力的造法時，鑑於憲法第一百七十三條賦予本院大法官獨占「分權之權」（Kompetenzkompetenz）的權柄之重，一旦涉及本身與其他機關的分權，更不能不特別注意憲政主義隱含的憲法機關忠誠（Verfassungsorgantreue）與機關相互尊重

(Interorganrespekt) 的基本原則 (本院過去稱「彼此相維」或「平等相維」)。基於這樣的考量，本席對於本件解釋，就受理逕為造法的程序決定，原以其理由過於薄弱而不擬支持，但於多數決議應受理後，對於本解釋就釋字第一七七號及第一八五號解釋所做的補充，又相當認同，惟慮及本解釋所涉分權原則的重要性，且恐各界對於本件解釋性質及其對立法者的效力有所誤會，仍不能不略書相關憲政法理，並就解釋內容有必要釐清之處，提出協同意見如下：

一、本院只在兩種情形宜自行填補大審法漏洞

有關司法程序規範的制定權問題，如果像日本憲法那樣直接在憲法宣示—最高法院有規則制定權 (第七十七條)，問題當然不大。日本憲法司法章主要繼受的美國憲法，反而沒有這樣的明確規定，而是從其第三條的司法權歸屬，及憲法背後十分明確的分權制衡原則推導出來，由最高法院自己宣示於判決先例 (United States v. Klein, 80 U.S.(13 Wall.) 128 (1871))，但最高法院從來也不自認有獨占的規則制定權，毋寧是和國會分享的權限，只是法院對於國會制定的程序法恆可再作違憲審查 (Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50 (1982))。我國憲法就此也沒有任何直接規定，第八十二條對國會的授權只限於司法組織。由於最高機關間的分權體制兼有總統制和議會內閣制的色彩，且欠缺對司法權高度尊崇的憲政文化，社會大概從不期待本院做出類似的分權決定，此所以除組織外，各種有關法官人事、法院的事務管理，乃至司法程序，從行憲以前到以後都是用法律作鉅細靡遺的規定，釋字第一七五號解釋使司法院就司法相關事務有法律案提出權，又進一步壓縮了由

本院大法官以解釋創設程序規範的空間。故當本院在做釋字第五三〇號解釋，有機會就規則制定權作成基本決定時，先高高舉起的宣示：「本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權」，接著又輕輕放下：「最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定」，顯然仍採法律保留原則。

這是一般司法程序在立法上的分權，說到釋憲程序的規則，因為直涉憲法機關間的分權互動，又立刻面臨所謂「誰來控制控制者？」(quis custodiet custodientes?)的兩難：交給司法權自己，它可能為自己創設太大的權力而失控，交給立法權，司法權又可能受制於它應控制的對象而失能。正是要克服這樣的兩難，德國基本法乾脆就憲法司法的程序規範採列舉主義(Enumerationsgrundsatz)，使聯邦憲法法院承擔何種職能，乃至其程序的核心要件，都必須直接規定於基本法，既不任由國會大幅增減，也未留給司法造法太多的空間。此所以聯邦憲法法院的憲法訴願程序先以基本法第十九條第四項為依據在西元一九五一年就規定於聯邦憲法法院法，到了一九六九年大修憲時還是把它訂入基本法第九十三條有關憲法法院的職權規定中。受到德國影響有意讓憲法法院在嶄新的民主憲政體系扮演中流砥柱角色的南非，也採這樣的憲法保留，以致憲法法院在審理大量憲法訴願案件，因為不斷和最高法院發生權限衝突，而不得不放棄兩院分權，決定讓憲法法院同時擔任憲法和法律的終審法院，此一體制改革也必須通過修憲來完成(二〇一二年)。此一模式每需面對修憲工程的艱鉅，有其僵滯之弊，自非毫無缺點。

我國憲法發展出來的分權方式，可說混合了美國和德國

模式的元素，再加上某些本土的創新，即由憲法列舉大法官的職權（憲法第七十八條、第七十九條、第一百一十四條；第一百七十三條、增修條文第五條第四項），但行使職權的程序即全由法律制定，而大法官又得於認定相關規定不符合憲法意旨時，宣告應停止適用（釋字第三七一號解釋）。此外，為確保司法權的獨立自主，本院大法官復以解釋賦予司法院法律案的提出權，對於最後議決的立法院不啻又有多一層的制衡。可以說是在民主化完成，本院釋憲制度作為憲政一環也已穩定之後，最終建構的另一種回應「誰來控制控制者」的新分權模式。在此一模式下，本院仍然可在兩種情形保有對個別程序規範造法的空間，但逾此可否任意自行造法，其民主正當性問題即不能不作格外審慎的考量。

第一種情形，是當我們循憲法意旨即可推導出某種釋憲的程序規範，而偏偏未見於法律規定，這時本院原則上即可以解釋來創設該規範，俾補法律的不足。兩個先例可供說明，一是前面提到的釋字第三七一號解釋，在立法委員因法界有法官可否在審判中逕以法律違憲而不用的爭議，聲請本院解釋時，本院即以法官依憲法有獨立適用法律和優先適用憲法的義務，倘若在審理案件適用法律時形成法律牴觸憲法的確信，卻因憲法已使大法官獨占了法律違憲認定之權，兩者相加即可看到法官無法繼續審理的窘境，唯有使法官在此種情形得裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋一途。另外一例為釋字第五八五號解釋，大法官因聲請人請求為暫時處分，司法院大法官審理案件法卻僅就政黨違憲程序賦予此一處置權，明顯排除就解釋案件為暫時處分，本院即在該號解釋中，逕以「釋憲權之行使應避免解釋結果縱有利於聲請

人，卻因時間經過等因素而不具實益之情形發生。是為確保司法解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而有異。」創設了此一足以暫時排除法律適用的重要職權。

第二種情形，是程序法雖已明定相關程序，但因效果不明確，致其運作顯然陷於困難的情形，此時雖非憲法所要求，為使解釋制度運作順暢，本院應可循該法定程序的功能目的依聲請而為適當的填補。但在立法部門已經看到問題而積極進行立法的補強時，不論從防弊（可杜自我擴權的疑慮）、功能最適（立法部門的強大民意基礎及政策規劃能力）或機關間相互尊重的觀點來看，應仍以靜待立法為宜。只有當立法者未進行立法，本院以解釋造法才會有較高的正當性。釋字第一七七號和第一八五號解釋使釋憲聲請人於法令被認定違憲時，得就已經終局確定的原因案件聲請再審，此一立法者有意省略的解釋效力，確實是使人民對聲請釋憲裹足不前，以致該程序一直未發揮應有功能的重要原因，此可從以下人民聲請釋憲的案量變化（表一：歷年人民聲請解釋件數統計），以及依人民聲請作成解釋成長的統計表（表二：人民聲請作成解釋件數成長統計），相當清楚的得到印證。

表一：歷年人民聲請解釋件數統計

年度	憲法解釋	統一解釋
37	1	0
38	0	0
39	0	0
40	0	0
41	1	19
42	1	38
43	5	29
44	4	28
45	0	43
46	2	36
47	2	32
48	3	30
49	4	26
50	2	24
51	2	42
52	5	26
53	3	26
54	5	18
55	8	22
56	4	22
57	6	23
58	10	20
59	11	25
60	10	45
61	10	38
62	6	54
63	3	35
64	7	49
65	10	48
66	26	65
67	25	53
68	43	70
69	37	59
70	33	74

71	58	41
72	60	45
73	150	86
74	157	124
75	132	155
76	178	104
77	173	108
78	127	82
79	200	72
80	216	64
81	229	56
82	281	64
83	307	79
84	270	30
85	200	25
86	182	20
87	214	33
88	237	11
89	140	13
90	164	21
91	198	14
92	268	41
93	251	41
94	278	21
95	294	24
96	348	38
97	403	36
98	439	32
99	493	36
100	517	38
101	551	50
102	483	52

※ 釋字第 177 號解釋通過於 71 年 11 月 5 日，第 185 號解釋通過於 73 年 1 月 27 日

表二：人民聲請作成解釋件數成長統計

	解釋件數	機關聲請		立委聲請	法院	法官	人民
		中央	地方				
第一屆	79	70	3	0	6	0	0
第二屆	43	34	0	0	8	0	1
第三屆	24	21	0	0	3	0	0
第四屆	53	21	1	0	4	0	27
第五屆	167	28	15	2	1	0	121
第六屆	200	17	4	16	2	14	150
不分屆次	159	5	0	7	2	21	131
翁岳生法庭	67	4	0	6	2	6	50
賴英照法庭	48	1	0	1	0	9	40
賴浩敏法庭	44	0	0	0	0	6	41

※ 釋字第 177 號解釋是本院第四屆大法官作成的第 31 件解釋

二、定期失效為必要時才可選擇的中間型決定

在進一步審查本件造法的解釋是否屬於前述兩種適合以解釋造法的情形前，有必要先就定期失效解釋是否同樣有特別救濟的問題，建立前提性的理解，以利後面展開討論。首先，為什麼會有法令違憲卻可在一定期限內仍然有效的解釋，正因為沒有細究這一層道理，才會對這樣的解釋類型一直有不同的解讀和評價。

基於司法的決斷功能，一旦認定法令確有違憲瑕疵，即應劍及履及的使其失效，憲法第一百七十一條及第一百七十二條即寓有此一意旨，這和行政處分違法，甚至最下層的民

事契約違法，都沒有兩樣。惟法令有無違憲的決斷，畢竟不同於個別公權力決定的合憲性認定，不僅判斷的因素十分複雜，而且正因為其決定的全面性，尤其是當面對有強大民意基礎，並已在社會上普遍執行而產生廣泛信賴的法律時，認定違憲形成的衝擊有多大，實無待多言（這也是少數國家把違憲審查提前到法律生效前的原因——可避免一切後遺症，但這時又會使審查的「事前性」偏離司法權本質而受到質疑）。因此在違憲認定本身所生的昭示憲法意旨、指示變革以外，能不能、要不要像對個別公權力行為的裁判一樣，進一步賦予把已生的違憲狀態全面滌除的效力？即不能無疑。比如對於一個有數十年歷史的刑法規定，回溯到第一次執行，將如何全面重新認定事實，給予平反補償？法律違憲和個案決定違憲之間存在的本質差異，讓人不能不想一想，是不是要在效力上去作不同的處理。引起最多討論的，當然就是最基本的二分：奧地利模式的向後失效（vernichtbar or nichtig ex nunc），或者德國模式的溯及無效（nichtig ex tunc），多數西歐國家都不是純粹的向後或溯及，而有不同折衷的類型，東歐國家則幾乎都採奧地利模式。以 Hans Kelsen 的規範理論為基礎的奧地利模式，基本上把憲法法院放在和其他憲法機關一樣的位置，都是從憲法獲得權力並產出規範，憲法法院所以能對其他機關源於憲法的權力所產出的規範，認定違憲而排除其效力，其權力同樣來自憲法，因此其違憲決定更像一個嗣後的消極立法行為，有如法令的廢止，當然以規範力的向後消滅為原則。此一規範理論之所以被廣泛採用，更要緊的當然是和現實的需要契合，也就是可以最大程度的維護法律秩序的穩定。本院對憲法第一百七十一條無效的解釋，

向來都是從「解釋公布後」才發生規範力改變的問題，顯然也採此說。

但規範的違憲審查該有何種效力，還不止於向後或溯及的選擇，考量前面談到的複雜因素，一般都還會進一步要求作最小限度的違憲認定，以為法秩序的持續運作保留最大的空間，避免淪於某種司法自我中心或完美主義，這樣的方法上自抑，衍生的結果當然就是各種中間型決定的出現，包括：警訊解釋、單純認定違憲的警告性解釋、部分違憲、合憲性解釋（韓國憲法稱之為變形決定）及定期失效解釋，這也再次凸顯了規範違憲決定的特色，大大不同於個案公權力違憲的決定。其中定期失效的合理性在於，法令因違憲而失效，如果只是違憲瑕疵的滌除，當然非常單純，但在許多情形會造成整體制度運作的困難，有如抽樑換柱，因必要規範的欠缺而使法律執行陷入困難和混亂，兩相權衡，寧可在一定期限內容忍法令的瑕疵。這樣務實而不再是非黑即白的想法，本來就內含於現代社會的正義觀，不只見於憲法領域，甚至也不一定只在涉及通案的情形才有用武之地，此所以德國的最高法院和其他終審法院針對一些複雜的個案情況，非常例外的也都曾借鑑憲法法院的作法作成定期失效的判決，應可說明。

至於最長期限的設定，則須回歸前述司法權的決斷性，如立即排除該瑕疵所造成的法律執行的困難或混亂，還在可容忍範圍，則仍應使其立即失效，以貫徹憲法意旨及司法的決斷性。但如立即失效形成的法律真空，可能造成的法制混亂，包括對於人權保障整體的削弱，其危害尤甚於違憲瑕疵存在的狀態，則定期失效即為必要且不違反憲法意旨的較佳

選擇，換句話說，這裡實際上是在納入時間因素，或者動態觀點以後的兩害相權，也就是使其失效延至侵害人權之害超過因失效而造成法律執行困難和混亂的損害時才發生，從某個觀點也可以說，在到達憲法保障人權的臨界點之前，本院原則上仍肯認了法令的合憲性，時間的長短正是本院在作此類決定時必須審慎評估者（理由書第二段提到應綜合考量「解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素」），我們也可以說這其實是一種納入時間因素的「在此之前尚不違憲」，與一部違憲或合憲法令解釋的「就此範圍尚不違憲」，只有時空維度的差異，或者相對於合憲法律解釋的附條件合憲，這是一種附期限的合憲。但和其他縮小違憲瑕疵打擊面的中間型決定一樣，都是本於在最小限度作違憲認定的原則。只是從貫徹司法權決斷性的角度來看，定期失效解釋在各種中間型解釋中一定是最後的選擇，也就是如果可以作一部無效或附條件合憲的解釋，即應避免作定期失效的解釋。

當然，利害權衡也還不是唯一的考量，因為即使立即失效對於公共利益的損害大於違憲造成基本權的侵害，為什麼一定要定期失效，而不能由本院於認定違憲的同時，主動填補符合憲法意旨的穩妥規範？就此即如本解釋理由書所述：「係基於對相關機關調整規範權限之尊重」；定期失效決定的此一分權面向，更可以找到憲法的支撐。但分權也是相互的，因此本席在此同樣必須強調，對被要求除去違憲瑕疵的行政立法部門而言，也必須依循憲法機關忠誠與機關相互尊重的憲法要求，在解釋保留的時間內完成法令的修正與其他配套措施。司法以定期失效決定展現它的自抑，期待的是

立法部門克期完成漏洞填補的任務，相互尊重一旦遭遇反挫，司法也就有較強的理由跨前一步。本院在釋字第720號解釋所以直接指定救濟法院，並對聲請人為個案諭知，就是因為立法的怠惰：「惟相關規定已逾檢討修正之二年期間甚久，仍未修正。為保障受羈押被告不服看守所之處遇或處分者之訴訟權，在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。本院釋字第653號解釋應予補充。聲請人就聲請釋憲原因案件之隔離處分及申訴決定，得依本解釋意旨，自本件解釋送達後起算五日內，向裁定羈押之法院請求救濟。」值得各界細思。

三、特別救濟非憲法要求而為激勵的政策工具

接著要探討的是，本件解釋是否符合前述第一種可作造法解釋的情形？要問的是，有關定期失效解釋所涉原因案件的救濟，可否在憲法上找到直接的依據，而得逕以解釋補充大法官審理案件法的不足，一如本院以解釋補充的各級法院法官的獨立聲請解釋權，或本院作法令違憲審查時的暫時處分權，因為憲法對於本院解釋憲法的程序，不論聲請主體或條件，全付闕如，更不要說聲請人可能得到的救濟。但由於涉及的是人民聲請解釋的規定，比較可能作為憲法依據的，還有第十六條人民訴訟權的規定，因此有必要從此切入，作較為深入的論證。本件造法解釋，到底是不是以人民訴訟權為其憲法依據？

訴訟權到底有何內涵，足以推演出人民得聲請憲法解

釋，且如經宣告相關法令違憲，聲請人即可據以請求特別救濟的結論？現代國家司法權的主要功能有二，維護客觀法秩序與實現人民的主觀權利。司法程序的設計有時以前者為中心，有時以後者為中心，但通常都同時兼有一部分其他的功能。我國憲法在專章規定司法權組織以外，特別另在人民權利義務章加入訴訟權，其目的即在彰顯司法的後一功能，使實體法上的權利都能通過訴訟救濟而得以實現。司法程序的設計，或依其性質賦予人民程序主導者的地位（以民事訴訟為典型），或在客觀司法程序中仍使人民在涉及其權益的範圍，受到正當程序的保障（以刑事訴訟為典型），都是訴訟權的體現。比較需要特別論證的是，憲法上的基本權不論從規範功能或特質來看，都與一般法律創設的權利有很大的差異，訴訟權是否也保障人民主觀基本權的實現？

憲法上的基本權從其歷史可知，名為權利，原來卻僅為單純對國家公權力的客觀規範，原因即在其規範內涵既未具體到可司法操作的地步，一般法院也很難承擔這樣以憲法機關為對象的規範適用，因此至少主觀基本權部分，非常不易司法化，更遑論由人民以訴訟程序對公權力提出具體主張。但二戰後隨著人權意識的高漲，憲法法院的設置有幾波熱潮，基本權司法化的程度也逐漸加強，至少防衛性的基本權（如各種自由權及財產權、平等權、人性尊嚴等）都被認為可以不待立法而直接對國家主張，因此對於公權力的司法違憲審查，從行政、司法到立法，其可司法性漸漸與一般法律接近，在採所謂分散違憲審查制的國家，如美國，對於個別行政行為和司法行為構成對人民基本權侵害者，人民都可以通過訴訟去主張，對於非針對特定人而未直接侵害其主觀

基本權的抽象法令，則可以作附帶的、先決性的審查，其違憲認定在形式上雖不生法令失效的結果。但終審法院的判決有強大的先例效，實質上已可使該法令不再被適用。採集中違憲審查制的國家，更踵事增華，使其特設的憲法法院得以法令的合憲性為其本案的訴訟標的，又可分抽象和具體，事後與事前的類型，皆屬以維護客觀憲政秩序為主要目的的客觀程序，只是在以個案為其程序原因的情形（具體規範審查），實質上不能否認會有間接實現特定人主觀基本權的功能。值得注意的是，在這類採所謂集中違憲審查制的國家，人民主觀基本權受到公權力侵害者，一併交給憲法法院審理的，如德國的憲法訴願制度，基於種種原因固然是少數，但基本權既得直接向國家主張，即和其他權利一樣應該受到普通法院的分散保護。所以總的說來，今天談人民的訴訟權保障，在憲政發展已臻成熟的國家，不論所採違憲審查制度為何，大概都可延伸及於憲法宣示的人民基本權，使基本權也成為可司法的權利（也許不是全部）。只是一則「有權利即有救濟」的訴訟權核心內容（釋字第六二九號解釋可參），應僅及於主觀基本權可直接主張且公權力直接侵害該主觀基本權的情形，尚不涵蓋因抽象法令違憲，而致主觀基本權「間接」受到侵害的情形。再則有關這些主觀基本權直接得到救濟的程序如何設計，是完全由普通法院來承擔，或者要在普通法院以外再加憲法法院的特別程序，便涉及訴訟資源如何合理分配，以及為提高其抗多數決的民主正當性而以特別方式組成的憲法法院，所承擔違憲審查的功能應以何者為限才符合功能最適原則（Organadequanz），應該屬於立法裁量的範圍，即使立法者有意彰顯主觀基本權的重要性，而使

人民得於其受到侵害時，在窮盡普通法院的救濟途徑後，再向憲法法院請求救濟，也只是立法政策的選擇，而非訴訟權衍生出來的當然結果。

有關法令的違憲審查，即使在賦予人民就其所涉個案有以確定終局裁判適用的法令為本案審理標的發動權時，因人民的主觀基本權僅「間接」受到侵害（指「因」法令客觀上抵觸了憲法的基本權規定，「才」造成適用該法令的法院裁判或行政機關所為處分侵害了特定人民的主觀基本權），應不在憲法保障的訴訟權核心範圍（「有權利即有救濟」）。但訴訟權的內涵還及於國家應提供確實有效的司法救濟途徑（如釋字第四六六號解釋），當法令被認定違憲而失效時，使人民的原因案件也可得到特別救濟，俾其主觀基本權也可獲得實現，此一實效性的訴訟權內涵，是否也拘束立法者？果如此，則本件解釋仍可說是基於憲法而作的大審法的補充，未來大審法的立法者同樣受此拘束，不能作不同的選擇？這恐怕是訴訟權問題在本案更需要釐清的部分。

本席認為，現行大審法第五條第一項第二款所規定的人民聲請程序，為單純客觀的規範審查程序，此所以解釋結果也只作系爭法令有無違憲的認定，解釋文和理由書都不對聲請人的主張作任何敘述和回應，對於啟動程序的原因案件也不作任何說明。為什麼始終有人把聲請人原因案件的能否得到特別救濟的問題，連結到此一解釋程序，甚至以該特別救濟可能為聲請人受憲法保障的訴訟權所涵蓋，最主要的原因就在該條款規定：「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抵觸憲法之疑義者。」設

定了「憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」的要件，以及「確定終局裁判」內含的「用盡訴訟救濟途徑」要件，都與德國的憲法訴願制度接近，更具體的說，即相當近似其以確定終局裁判適用的法令為違憲的「間接法規憲法訴願」（mittelbare Rechtssatzverfassungsbeschwerde）。如果大審法該條款規定的程序真的具有間接法規憲法訴願的性質，即與其他憲法訴願一樣為實現人民主觀基本權的主觀程序，則即使仍不能說此一聲請權為訴訟權「有權利即有救濟」的核心內涵，至少當立法者選擇了憲法訴願制度以後，基於訴訟權實效性保障的內涵，也應該可以推導出在本院認定系爭法令違憲後，聲請人的原因案件應該可以得到特別救濟，否則其受侵害的基本權即無任何救濟，人民訴願的結果豈不只是「為人作嫁」。

但我們只要仔細閱讀和比較大審法該條款的規定和德國憲法訴願的規定，就知道兩者並不相同，解釋實務也非常清楚的顯示，本院從未這樣理解此一程序。限於篇幅，此處只作簡單的比較。德國憲法法院在間接法規憲法訴願的程序下，如認定原告所主張的確定終局裁判因其所適用的法令違憲而使其基本權受到侵害，即須在判決中撤銷該確定終局裁判（聯邦憲法法院法第九十五條第二項），以直接保障人民的基本權。惟程序中既已認定裁判所依據的法令違憲，其判決也應同時撤銷該違憲法令（同法第九十五條第三項第二句）。和我國人民聲請案件作成的解釋只對規範有無違憲加以認定，其程序的核心目的各異。足見兩者雖然都有一確定終局裁判，但德國的間接規範訴願是以該裁判有無侵害基本權為「本案」（Hauptsache）決定，雖因不對其「法律適用」

的正確性再做審查而非嚴格意義的「第四審」，但就「憲法適用」而言，毫無疑問就是可動搖終局裁判確定性的最終審。反之，我國人民聲請解釋則僅以其為受理要件的「原因案件」(Anlassfall)加以審查，一如法官聲請解釋的情形，一旦受理即轉而審查該案適用的法令，解釋不對該確定終局裁判本身的合憲性做任何判斷，因此完全無涉第四審的問題，就審判體系的分工而言，也是比較可以避免衝突的設計。故以研究東歐後共產國家違憲審查制度聞名的已故德國學者 Georg Brunner，特把這類同樣見於十幾個東歐後共產國家的制度定性為「非真正的基本權訴願」(unechte Grundrechtsbeschwerde)，和本席近三十年前即提出的看法不謀而合。Brunner 盛讚此制可以避開真正憲法訴願在理論和實務上很難克服的三大困難：第一，明明是尋求基本權救濟的主觀訴訟，在間接法規憲法訴願的情形，不但實際審理的重心放在規範的違憲審查，而且判決主文也要就此一併宣告，使判決的效力及於所有人，名實不符。第二，憲法法院和終審法院分工不清，憲法法院名義上僅為憲法問題的最終審，但區分憲法問題和法律問題的界限過於模糊，以致在所有採行的國家，包括領頭羊的德國，法院間的衝撞都相當嚴重。第三，人民為求翻案而濫訴，憲法法院被迫把大部分資源用於個案的違憲爭議，模糊了設置憲法法院的主要目的。其中第二、三點指涉的都是裁判憲法訴願，只有第一點和間接法規憲法訴願有關，而相形之下我國制度殊勝之處，即在其始終以規範審查為核心目的，全無理論或實務上的窒礙。如前所述，大審法第五條第一項第二款規定中的要件一（人民因基本權受侵害而起訴），為立法時的錯置，不必要的賦

予主觀基本權救濟程序的外觀，卻又完全未見主觀基本權救濟的實質，反而不當限縮了憲法賦予本院解釋憲法及認定法律違憲的職權。故本院對該條形式上要求的「雙重違憲」，向來僅審查要件三的部分（該判決適用的法令有違憲疑義），幾乎無視要件一的存在，也不把二者作任何連結勾稽，解釋實務可說已經明智的擺脫了此一錯置可能帶來的困難。大審法修正草案已刪除該贅語，更清楚的還原了該條客觀「規範審查」程序的定性（第六十一條第一項：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決。」）

需要進一步說明的，則是「非真正」而又確可保障聲請人權益的部分，也就是本件解釋處理的特別救濟，該如何定性，是否仍屬訴訟權的內涵，從而可以從訴訟權來合理化本件的造法？談這個問題又得回到 Brunner 教授相當全面而細緻的觀察。比較憲法的學者早就發現，人民參加違憲審查程序已經成為跨越最近幾波憲法法院熱潮的主軸，但 Brunner 把他觀察的大歐洲組織的四十幾個國家作了類型化，整理出三種人民參加的主要類型，分別是純粹主觀性質的基本權訴願類型，純粹客觀性質的民眾訴訟類型，和客觀性質但實質上提供主觀救濟的混合類型，在這三大類型下又分出九種次類型。非真正基本權訴願即為混合類型下的一種，如前所述，其為非真正的原因，即在憲法法院本身並不對聲請人的案件直接提供基本權的救濟，而是在認定系爭法令違憲後，使聲請人得據以回到普通法院提起再審。此一間接獲得特別救濟的性質，既不能認定為聲請人啟動憲法訴訟程序的「訴

訟利益」，則比較貼切的描述，應該就是引導人民投入憲法訴訟的紅利，奧地利憲法學界一貫以相當傳神的「射中者獎金」(Ergreifer's Prämie) 來描述此一特別救濟。正因為這些國家都使違憲法令向後失效，因此對於法律要件事實在憲法法院宣示判決前已經完成者，都還只能適用違憲的舊法，而不能像部分溯及失效的德國，基本權受到違憲法令間接侵害的所有人都仍得提起憲法訴願，此所以同樣在判決前其法律要件事實已經完成，提起規範違憲審查訴訟的聲請人即可成為「唯一」得到救濟者，此一救濟不可能定性為訴訟權的實現，否則對於所有基本權受到相同侵害的人民就構成了訴訟權的侵害，其性質比喻為獵人的彩金，反而更接近其本質。至於由聲請人獨享訴訟權，對於其他人產生的差別待遇，應該可以從其努力而精準的投入，為社會創造了排除違憲瑕疵的重大利益，獎勵的差別待遇應該就不難正當化了。

此類程序如何處理非完全違憲的中間決定，是否視同完全違憲程序而給予特別救濟，或者正因其違憲瑕疵僅為部分、附條件或附期限的存在，而不必賦予與完全違憲認定相同的效果？從特別救濟僅為一種政策激勵而非實現訴訟權必然結果的觀點來看，當然也是一個立法政策的問題。本席支持在中間決定也給予特別救濟的理由很簡單，所有中間決定不同於完全違憲認定之處，不在於違憲「瑕疵」的有無，而都在於此一瑕疵的存在應使該法令在「效力」上發生如何的調整，必須有其特別的審酌。因此從獎勵其努力投入而使違憲瑕疵的存在獲得確認一點，不應該和完全違憲有不同待遇，如果只因為瑕疵的存在不是全面的即排除特別救濟，不僅對其不公平，也可能影響此制的激勵效果。但在非立即失

效的中間決定，真正要解決的問題是，如何給予特別救濟？就此將在第五節中討論。本節已可得到初步的結論，就是本院肯認定期失效解釋也和立即失效解釋一樣，其原因案件可以得到特別救濟。然而本院並未直接從憲法的訴訟權保障導出此一決定，此一特別救濟的性質寧為政策性的激勵。此種造法的解釋從分權觀點來看是否合宜，還要進一步從其是否填補立法漏洞，而立法者又怠於填補而定。

四、立法的全盤規劃正凸顯司法造法的侷限性

適合以解釋造法的第二種情形是解釋法制有明顯漏洞，而立法者又無意填補，以致減損了解釋權的功能，一如釋字第一七七號、第一八五號的情形。定期失效的解釋始於釋字第二一八號解釋，迄今已經有六十三件（另有六件為定期檢討的解釋），對於原因案件是否給予特別救濟，有從系爭法令既經認定違憲，即無不依釋字第一七七號、第一八五號解釋給予特別救濟之理。但也有從法令既被宣告在一定時間內尚不失效，則縱使重開訴訟之門，仍然無法給予救濟，對各級法院的實務運作確實已經造成不小的困擾，多數情形法院會偏向比較符合規範邏輯的後一看法，在大法官未就此作特別諭知時，推定大法官把法令失效延至一定期限內修法完成之日，並無給予原因案件特別救濟之意。收到此類聲請案最多的最高行政法院為統一見解，即於六年前作成九七年判字第六一五號判例：「司法院釋字第一八五號解釋……僅係重申司法院釋字第一七七號解釋……之意旨，須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人

據以聲請之案件發生溯及之效力。」這可以說是終審法院就人民本於本院的釋字第一七七號、第一八五號解釋聲請再審時，對於解釋法制所生疑義在其審判權內所做的必要解釋，除非其解釋違反憲法意旨，本院自以尊重為宜。從法政策的角度來看，要不要給予特別救濟，當然還有其他的合理選擇，但如前所述，本院另為造法應只在立法部門—此處自不以行使狹義立法權的立法院為限，還包括依釋字第一七五號有法律提案權的司法院在內—面對解釋法制已因漏洞而在運作上有所窒礙時，仍然怠於立法的情形，在分權上才有較高的正當性。此一判例所採較不利於聲請人的見解，從前揭表一的聲請案件和表二的解釋案件統計看來，很難說過去二、三十年相當頻繁的定期失效解釋，已大幅壓低了人民聲請解釋的意願，而造成此一制度的運作窒礙難行。尤其重要的是，司法院已於中華民國一〇二年一月十日提出大審法的全盤修正草案送立法院審議，立法院也已完成委員會的審議移回院會等待協商，其中就定期失效所生特別救濟有無的爭議，已有完整規劃，因此立法部門顯然已在積極立法，至少依本院過去以解釋創設程序規範的先例而言，此時再以解釋為實質造法的正當性已經不高。前面已從分權的功能妥當性觀點，分析了司法應更多尊重立法的理由，包括立法部門在資訊蒐集、政策分析及反映民意作價值選擇的明顯優勢，以及基於民主原則應為立法者保留隨時主動修法的試誤空間等。這裡再從本案所涉問題，進一步說明全盤規劃的立法，為何恆優於只能作局部調整的司法造法。

簡言之，司法機關造法永遠要受到案件所涉爭點範圍的拘束，就特定的漏洞，在假設其他規範不變的前提下，去思

考如何填補，而不能觀照整個法制的面，去作前後呼應、各有配套的整體改革，以最小成本收最大效益，而且避免陷入顧此失彼的窘境。本案的特別救濟問題，既無關憲法保障的訴訟權的落實，而為一種激勵人民發現法令違憲瑕疵的設計，則司法造法能審酌的即只有人民聲請的程序一端。相對於此，立法造法則可以且必須更全面的思考：如何使我國大法官的規範違憲審查職權達到更高的效能，使基本權的保障更為全面和及時？特別司法救濟引發的許多問題，其實都和其在時序上拖延太晚有關。因此人民聲請就有必要和機關、立法委員和法官聲請的三種程序合併觀察，草案即就時間上可以最早發現和排除法律違憲瑕疵的立委聲請程序，先降低了連署的最低人數規定，從三分之一降低到四分之一，時間上比人民聲請程序還早的是法官聲請程序，也就是說針對法律，任何審級的法官都可以就承審案件應適用的法律有無違憲聲請大法官解釋，草案除了將此部分程序增訂專節外（草案第三章第二節），並考量法官聲請必須先有違憲確信，而有詳述其確信的義務，其聲請意願不會特別高，因此參考了義大利和法國的相關法制，使這種仍在法院審理中的案件，得由人民經法官認可後直接轉送本院憲法法庭，而不必等到裁判終局確定，才能啟動程序（草案第六十二條），把人民的意願和法官的專業作了更有力的組合設計，人民的主觀基本權在普通法院的訴訟繫屬中即可實現，應該可以大幅減少人民等到裁判終局確定後才啟動的違憲審查案件，而使得此處提供特別救濟的需要也不再迫切。這樣結構性的全面改革既可提高人民的憲法意識，也可有效的找出和排除違憲瑕疵，只有立法造法才能做到。本院的解釋造法，既不容許作

逾越個案爭點的考量，也只能無視於仍未成為法律的大審法草案，自然較無效率，從分權的觀點來看便不值鼓勵。訴訟繫屬中仍只有法官可以聲請的德國，其前憲法法院法官 Hans Hugo Klein 訪台時即指出，為使受限於「窮盡司法救濟途徑」程序要件的憲法訴願變成人民「賭最後一把」的濫訴工具，其憲法法院已對人民在訴訟中從未提出憲法觀點者，認為不符合憲法訴願的要件。其背後也就是把違憲審查提前的思維，但已經是德國在現行法脈絡下所能作的全部努力。

此外，前面有關定期失效為一種中間型決定的說明，其實已點出特別救濟問題不限於定期失效一端，這也暴露了司法造法可能造成的顧此失彼。當人民促成大法官認定法令為在一定時間內尚不宜失效的「附期限違憲」時，其原因案件即可得到特別救濟，則促成認定法令在一定解釋下尚不宜失效的「附條件違憲」（即作成所謂「合憲法律解釋」），如果不能得到特別救濟（因為法院認為該法令並未被認定違憲），會不會被認為反而製造了新的不公平？大審法草案就此同樣有比較平衡的規劃，其第六十四條第一項這樣規定：「本節案件，判決宣告法規立即失效或定期失效，或僅於一定範圍內始符憲法意旨者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁判者，檢察總長亦得據以提起非常上訴。」其中「僅於一定範圍內始符憲法意旨」，指的就是合憲法律解釋的中間型決定。

五、本件解釋建構的救濟規則可供立法者參考

最後，本件解釋的造法雖無較堅強的理由，但就其內容

的合理性而言，本席仍充分認同，甚至與司法院草案的相關部分相比，更容易執行。和草案第六十四條一樣，本件解釋也改變了現行法院以前揭判例為代表的定期失效即不給予特別救濟的實務見解，改成「聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。」

但都是給予特別救濟，在方法上卻有不同。草案規定的是「聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟」，所謂判決意旨，通常正是定期失效解釋有意留白之處，因為大法官的職權到認定法令違憲瑕疵為止，如果瑕疵除去後法制仍可正常運作，根本不需要作成定期失效解釋，定期失效解釋正好就是因為除去瑕疵後法制的部分環節呈現真空，而在一般情形下大法官基於對立法部門的尊重又不宜越俎代庖主動填補，因此要法官依所謂判決意旨去作成再審決定，在立即失效的情形不會有問題，在定期失效的情形，即是強人所難，試問違反法律保留或法律明確原則，法官要如何救濟，違反比例原則、平等原則，法官又要怎樣回到合比例和實質平等？解釋意旨只及於消極違憲部分，不會論及積極立法部分，法官要怎麼「依」？本件解釋對於特別救濟的提供，則認為應分成兩種情形而論：「如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。」使得提供再審救濟的法官無論如何都有明確可依的規範。從大法官必須作成定期失效解釋，又不宜越權造法的角度來看，所謂具體救濟方法的諭知應該只在例外情形才作得出來，因此真正的原則還是等待新法令公布、發布後才據以作成再審決定。時間也許遲一點，但畢

竟仍得到了別人沒有的救濟。從激勵的公平而言，聲請人努力促成的如果是立即失效解釋，可以得到立即的救濟，如果是定期失效解釋，則通常只有延後的救濟，好像也是「全壘打」和「二壘安打」之間的合理差別待遇。

由於我國的人民聲請規範審查程序的定性不同於憲法訴願，聲請人的原因案件僅為本院解釋受理階段審查的事項，不在本案解釋審理決定的範圍，因此大審法第十七條雖明定解釋得諭知有關機關執行，並得確定執行的種類及方法，本院的解釋實務卻很少在解釋以外另為諭知，其諭知也多為一般性的諭知，對於獨立審判的法院尤其不輕為具體的個案諭知（可參表三：執行諭知總覽），因此本件解釋所稱的對原因案件具體救濟方法的諭知，應該也只會在極例外的情形下為之，不會成為常態。另外草案有關變更再審期間的規定（草案第六十四條第二項），一則影響裁判的安定性，再則草案已就人民提出聲請、本院受理和評決都分別增定了期限（草案第三十二條），現行實務偶見的因逾越再審期間而無法救濟的顧慮已經不大，是否妥適已值得再思，本件解釋不對各訴訟法的再審期間作任何限制，也更見高明。

本席支持本件解釋，主要還是因為肯定其實體內容，未來大審法的審議，應該可以參考本件解釋稍作調整。只是這裡仍有必要在觀念上再次釐清，即本件解釋既為單純的法律續造，而非基於憲法要求所做的補充，因此對於立法機關應無憲法上的拘束力，一如釋字第四〇五號解釋所闡示，立法者要不要參採本件解釋，調整有關法令定期失效判決的效力規定，應仍有充分的形成空間。

表三：本院解釋中對執行機關的諭知總覽

解釋字號	聲請主體	諭知內容	定期失效/立即失效/ 合憲法律解釋/ 補充解釋	一般/個案 諭知	諭知 欄位
242	人民	至此情形，聲請人得依本院釋字第一七七號及第一八五號解釋意旨，提起再審之訴，併予說明。	合憲法律解釋	個案諭知	理由書
300	人民	在法律修正前適用上開現行規定，應斟酌本解釋意旨，慎重為之。至破產人有破產法第一百五十二條至第一百五十九條犯罪嫌疑者應移送檢察官偵查，於有必要時由檢察官依法羈押，乃另一問題，併此說明	定期失效	一般諭知	解釋文
362	人民	在修正前，上開規定對於前述因信賴確定判決而締結之婚姻部分，應停止適用。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚者之他方，自得依法請求離婚，併予指明。	合憲法律解釋	一般諭知	解釋文
380	立委	於此期間，大學共同必修科目之設置，應本大學自治之精神由法律明文規定，或循大學課程自主之程序由各大學自行訂定，併此指明。	定期失效	一般諭知	理由書
523	人民	於相關法律為適當修正前，法院為留置之裁定時，應依本解釋意旨妥為審酌，併予指明。	定期失效	一般諭知	解釋文
529	人民	至本件據以聲請之案件，是否符合金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法第二條第一項第二款及同條第二項規定，實際接受各該地區軍事訓練或民防基本訓練（自衛隊訓練）並服勤務之要件，有關機關仍應斟酌全部相關資料及調查證據之結果，予以判斷，並依本解釋意旨，而為適當之處理，併此指明。	立即失效	個案諭知	理由書

552	人民	在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。	補充解釋	一般諭知	解釋文
587	人民	本件聲請人如不能以再審之訴救濟者，應許其於本解釋公布之日起一年內，以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴。其訴訟程序，準用民事訴訟法關於親子關係事件程序中否認子女之訴部分之相關規定，至由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之。	立即失效	個案諭知	理由書
592	機關	至本院釋字第五八二號解釋公布前，已繫屬於各級法院之刑事案件，該號解釋之適用應以個案事實認定涉及以共同被告之陳述，作為其他共同被告論罪之證據者為限。	補充解釋	一般諭知	解釋文
610	人民	惟於修正前，公懲會應按本解釋之意旨，以是類受懲戒處分人知悉相關刑事裁判確定之日，作為其聲請再審議期間之起算日。至於本聲請案已受公懲會駁回再審議聲請之聲請人等，得依本解釋之意旨聲請再審議，該期間自本解釋送達之日起算。	立即失效	一般諭知 個案諭知	理由書
624	人民	為符首揭憲法規定之本旨，在冤獄賠償法第一條修正施行前，或規範軍事審判所致冤獄賠償事項之法律制定施行前，凡自中華民國四十八年九月一日冤獄賠償法施行後，軍事機關依軍事審判法令受理之案件，合於冤獄賠償法第一條之規定者，均得於本解釋公布之日起二年內，依該法規定請求國家賠償。	與平等原則不符	一般諭知	解釋文
641	人民	系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第二十一條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。	定期失效	一般諭知	解釋文

664	法官	至本解釋公布前，已依上開規定對經常逃學或逃家之虞犯少年以裁定命收容於少年觀護所或令入感化教育者，該管少年法院法官應參酌本解釋意旨，自本解釋公布之日起一個月內儘速處理；其中關於感化教育部分，準用少年事件處理法第四十二條第一項第一款至第三款之規定，另為適當之處分。	定期失效	一般諭知	理由書
673	人民	有關機關對未於限期內按實補報扣繳憑單，而處罰尚未確定之案件，應斟酌個案情節輕重，並參酌稅捐稽徵法第四十八條之三之規定，另為符合比例原則之適當處置，併予指明。	立即失效	一般諭知	解釋文
677	人民	有關機關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範。相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。	定期失效	一般諭知	解釋文
713	人民	有關機關對未於限期內補報扣繳憑單，於裁罰處分核定前已按實補報之案件，應斟酌個案情節輕重，並依稅捐稽徵法第四十八條之三之規定，另為符合比例原則之適當處置，併予指明。	立即失效	一般諭知	理由書
720	人民	在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。 聲請人就聲請釋憲原因案件之隔離處分及申訴決定，得依本解釋意旨，自本件解釋送達後起算五日內，向裁定羈押之法院請求救濟。	補充解釋	一般諭知 個案諭知	解釋文 理由書