

Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz-BVerfGG)

學術專論

憲法訴訟專題研究(一) —「訴訟類型」



吳信華 著

元照

本書簡介

「憲法訴訟」作為憲法的程序法，即在於規範並形成大法官行使釋憲權限的範圍與準則，以使釋憲功能得以完整運作，從而確保憲法實體內容的實現。憲法訴訟所面臨的課題，諸如當事人、法院（審判主體）的組織、審理原則、審理類型與程序要件、審理標的、裁判效力，乃至暫時性權利保護等，與一般民刑訴訟及行政訴訟並無本質上之差異，而其中復以「訴訟類型」一簡言之即立法者於法律中所明定以作為大法官得予受理案件之類型—為其核心思考，貫穿前述訴訟上各類議題、確立憲法救濟的法律途徑與範圍、支配大法官釋憲程序合法性的判斷、甚且影響釋憲的結果與內容。

本書蒐集作者多年來關於憲法訴訟中以「訴訟類型」為議題的多篇論文，全書即以「訴訟類型」為主軸，以相關憲法訴訟學理為基礎，具體闡述司法院大法官審理案件法及其他法律中個別「訴訟類型」之內涵，全面性地分析並具體論證吾國大法官釋憲程序中與此有關的各種問題：諸如訴訟類型概念的建立、各類型中程序要件之闡釋、釋憲實務對訴訟類型思維上之辨正等，更對吾國釋憲法制提出實務運作與立法的具體建議。本書論述應有助於提升各界對「憲法訴訟」此一法領域的認知，並進而確立其中「訴訟類型」之概念，對吾國未來憲法訴訟法制的發展，當有具體助益。

作者簡介

吳信華

現職：國立中正大學法律學系教授

學歷：輔仁大學法學士、法學碩士

德國杜賓根大學法學博士

著作：發表憲法及憲法訴訟相關著作多篇，刊登於各學術期刊雜誌

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-957-41-6668-8



9 789 574 16 668 8



5D179GA

定價：650元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

憲法訴訟專題研究(一)

——「訴訟類型」



吳信華 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

憲法訴訟專題研究. 一, 訴訟類型 / 吳信華作.
-- 初版. -- 台北市 : 吳信華出版 : 元照總
經銷, 2009. 09
面 : 公分

ISBN 978-957-41-6668-8 (精裝)

1. 中華民國憲法 2. 訴訟法 3. 文集

581.27

98017732

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

憲法訴訟專題研究(一)

— 「訴訟類型」

5D179GA

2009年10月 初版第1刷

作者	吳信華
出版者	吳信華
總經銷	元照出版有限公司 100 台北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新台幣 650 元
專線	(02)2375-6688
傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-6668-8



序 言

大法官釋憲程序的相關問題近年來已為各界多所重視，然而將大法官的釋憲程序作為一種「訴訟」、以及依此「憲法訴訟」所衍生的相關內涵，在吾國學理上的發展——相較於其他公法領域——確較屬不足。其原因固不可一概而論，然憲法訴訟作為一門法學的領域，「憲法訴訟」之具有程序法的功能——確保實體裁判的合理實現，則在我國當蘊含學理與實務上的重要意義，而值深入探究。

本書所收錄的論文，除「確定終局裁判」該篇係作者於德國求學時期所著者外，其餘均係返國擔任教職後所寫作，多以大法官釋憲程序所面臨相關理論與實務運作的問題為主軸而作討論，而復與憲法訴訟的核心——即「訴訟類型」——有重要關聯，本書即以此為名。至於其他近年發表而未收錄於本書之論文，則將置於作者下一本關於憲法訴訟的專論中。

本書中各篇文章之發表距今已有相當時日，諸多問題於學理及實務或亦已有新的發展及論點，就此原亦應一併藉出版時重新增補，以使各該論文更為完備。然幾經思考，認此工程浩大，且各該論文的寫作均有當時背景，故現出版時除就法條更新及文中若干論點予以修補潤飾外，其餘諸如原文之架構、內容及引註等均維持原狀，以求原貌呈現，而謹藉出版之際於各文章中加上中文摘要與關鍵詞，以及出版後記，以補充論文重點、並檢視各該議題於文章完成後以迄於今國內相關問題的發展，以為未來進階研究的參考。

本書中多篇論文均獲國科會年度專題研究計畫的支持，對個人的學術研究有極大助益；又諸多文章於研討會發表或投稿期刊雜誌時，承多位教授與先進提出多元化的觀點，對個人相關問題

的思維確有精進及助益，均於此一併表示謝意。多位師長——特別是翁岳生老師——在求學過程、乃至返國後從事學術研究工作的指導與提攜，筆者也不敢稍有忘懷；中正大學歷年來的助理，以及元照出版公司的費心協助，筆者當然也是充滿感激的。當然最感謝的是家人多年來對我從事學術工作的默默支持，是我努力不懈的動力，謹以本書獻給他們，以及所有我生命中的貴人。

雖然已經很努力的在憲法訴訟這一門領域持續耕耘，但終究受限於個人的能力而必然會有思慮未周之處，如果讀者對本書有任何的討論及指正，都是作者所願意虛心接受的。

吳信華

2009年春

目 錄

序 言

「法院裁判」作為大法官違憲審查的客體

壹、問題之提出	3
貳、問題之關鍵——由釋字第三七四號解釋與釋字 第二四二號解釋談起	7
參、大法官審查法院裁判之理論	17
肆、大法官審查法院裁判之範圍	22
伍、立法建議	43
陸、結 論	44

人民聲請解釋憲法之程序上所謂

「確定終局裁判」之探討

壹、問題之提出	51
貳、「確定終局裁判」之涵義	53
參、「確定終局裁判」程序改進之可能性	57
肆、對法律的直接聲請解釋	60
伍、結 論	66

我國憲法訴訟制度之繼受德國

——以「人民聲請釋憲」為中心

壹、憲法訴訟研究方法的基本思考	71
貳、我國憲法訴訟繼受德國之概述	75
參、「人民聲請釋憲」與德國「憲法訴願」之基礎比較	79

肆、「人民聲請釋憲」與德國「憲法訴願」各項程序要件 之比較	84
伍、結 論	95

論法官聲請釋憲

壹、前言——由法官的「違憲審查權」及 釋字第三七一號解釋談起	99
貳、法官聲請釋憲之依據及理論	103
參、法官聲請釋憲之程序上要件	109
肆、程序上的附隨問題與大法官的審查	135
伍、實務釋字分析	140
陸、大法官法修正草案相關內容之介紹與評析	144
柒、結 論	150

「中央與地方機關」聲請釋憲程序之檢討與 展望

壹、前 言	155
貳、「中央與地方機關」聲請釋憲之規定與架構	157
參、問題思維之一——以德國爲主的比較法觀察	171
肆、問題思維之二——釋憲理論及實務相關問題的再思考 ..	184
伍、結論與展望	195

「行使職權」作爲機關聲請法令違憲解釋 要件之探討

壹、問題之提出	203
貳、問題的思考——德國模式的借鏡？	205
參、「行使職權」一詞實務與學理見解之探討	208
肆、「行使職權」作爲釋憲程序要件的探究	225
伍、「行使職權」界定之適用與實務見解的再檢視	239

陸、司法院大法官審理案件法修正草案相關條文的 評析與立法建議的提出	247
柒、結 論	251

論地方自治團體的聲請釋憲

壹、前 言	257
貳、基礎問題的探討	260
參、司法院大法官審理案件法之程序規定	270
肆、地方制度法之相關規定	277
伍、其他程序上相關問題	292
陸、結 語	298

論大法官釋憲程序中的「補充解釋」

壹、問題之說明	307
貳、補充解釋的法源依據及類型	309
參、「補充解釋」的相關實質問題	317
肆、補充解釋的要件探討	324
伍、結 論	334

再論「補充解釋」

壹、問題之說明與再思考	339
貳、前文回顧整理與問題的新發展	340
參、「補充解釋」新架構的建立與開展	351
肆、以補充解釋的新架構驗證實務案例	371
伍、結 論	373

真調會條例急速處分的憲法訴訟問題

壹、前 言	391
貳、憲法訴訟上的具體問題	396
參、大法官宜避免成爲替代立法者——代結論	414

「憲法訴訟法」草案評析

壹、前言	424
貳、修正內容概述	427
參、釋憲機關組織架構之更動	434
肆、憲法訴訟案件審理原則	439
伍、憲法訴訟案件的審理程序	445
陸、個別訴訟類型的修正檢討	460
柒、憲法法庭的裁判與宣告模式	491
捌、結論	502

論中華民國的違憲審查制度

——回顧、檢討與展望

壹、概說	533
貳、基礎——憲法上違憲審查制度的基本設計	535
參、違憲審查實證法的規範內容	539
肆、釋憲實務對違憲審查制度的影響	545
伍、國外理論的繼受與移植	557
陸、變奏曲——一九九九年全國司法改革會議	561
柒、未來展望——「憲法訴訟法」的修法對吾國違憲審查 制度之影響	563
捌、對吾國違憲審查制度的思考與建議——代結論	566

各篇文章專有名詞索引	569
------------------	-----

一般名詞索引	573
--------------	-----

釋字索引	579
------------	-----

「法院裁判」作為大法官違憲 審查的客體

目 次

- | | |
|---|---------------------|
| 壹、問題之提出 | 三、大法官與普通法院之權
限區分 |
| 一、「判例」 | |
| 二、「行政規則」 | 肆、大法官審查法院裁判之範圍 |
| 貳、問題之關鍵——由釋字第三
七四號解釋與釋字第二四二
號解釋談起 | 一、概 說 |
| 一、概 說 | 二、具體的審查範圍 |
| 二、釋字第三七四號解釋 | 三、對實務見解之補充說明 |
| 三、釋字第二四二號解釋 | 四、小 結 |
| 四、問題之關鍵：「法律與
命令的審查」抑或「法
院裁判的審查」？ | 伍、立法建議 |
| | 陸、結 論 |

摘 要

司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民聲請法令違憲解釋之對象僅限於「確定終局裁判所適用之法律或命令」。「法律」或「命令」於學理上有其固定意涵，然大法官在實務上所受理之案件，其對象更擴張及於「判例」（釋字第一五四號）及「最高法院決議」（釋字第三七四號），甚至亦曾發生過以「最高法院判決」本身為解釋之客體者（釋字第二四二號），顯然與法條上所定「法律或命令」之要件有所差異。

大法官於釋憲實務上為此擴張審理固有其理由，然而根本上更應思的是，究竟前述實務上所審查對象之本質為何？是否應精確區別對「立法行為」以及對「司法行為」之審查？而大法官所可審查的客體究竟包含哪些國家的公權力行為？甚至「法院裁判」得否成為人民聲請違憲審查之客體？若為肯定，則大法官如何在避免成為第四審或超級審之情形下，可予審查「違憲之法院裁判」，其範圍與界限又如何？本文即以憲法訴訟之基礎理論與德國學理，就相關問題予以概念上之釐清，並以「實質法」之觀點詳細說明大法官審查法院裁判可能的內容與類型，最後並提出對吾國大法官法修正的立法建議。

關鍵詞：大法官、人民聲請釋憲、憲法訴訟、判例、最高法院決議、確定終局裁判、法院裁判

壹、問題之提出

依司法院大法官審理案件法（以下簡稱「大法官法」）第五條第一項第二款之規定：「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」，得聲請大法官解釋。依此規定，人民向大法官聲請法令違憲解釋之客體，僅限於「確定終局裁判所適用之『法律』或『命令』」。¹換言之，若非以「確定終局裁判所依據之法律或命令」，而係以「確定終局裁判本身」（甚或是其他的國家行為），為聲請違憲解釋之客體者，初步判斷下即不符合上述大法官法之規定而無法予以受理。

就「法律」與「命令」二者而言，有其學理上之固定意義：

一、「法律」，若指「形式意義之法律」，指有立法權限之立法機關依合法程序所制定之一般性、抽象性之規範。²在吾國依相關法條之規定，於中央層級中，指立法院通過總統公布之規範，而名稱爲「法」、「律」、「條例」或「通則」者（憲法第一百七十條，中央法規標準法第二及四條參照）；在地方層級，則指由地方立法機關通過，並由各該行政機關公布之「自治條例」（地方制度

¹ 人民依大法官法第5條第1項第2款可聲請大法官為法令違憲之審查，除此規定外，人民依大法官法第7條第1項第2款：「人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。」亦得聲請解釋，此即統一法令解釋。此二種不同之處乃在於前者以「法令違憲」、後者則以「法令見解之統一」為聲請解釋之內容。在本文中若指「人民聲請釋憲」或「人民聲請解釋」，則僅指「人民聲請法令違憲解釋」，不包含「人民聲請統一法令解釋」，合先敘明。至於其他亦涉及規範違憲審查之憲法訴訟類型，如「法令違憲的解釋」（機關聲請或三分之一以上立法委員聲請，大法官第5條第1項第1款後段及大法官法第5條第1項第3款後段），「法官聲請釋憲」（釋字第371號解釋），「自治法規合憲（合法）與否之解釋」（地方制度法第30條第5項），均不致產生以「法院裁判」為聲請解釋之客體之情形。

² Creifelds, Rechtswörterbuch, S. 524 f., 13. Aufl., 1996; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4, Rdnr. 3 u. 7 f., 11. Aufl., 1997.

法第二十五條)。而法律，若指「實質意義之法律」，則除上述形式意義之法律外，尚包含「法規命令」等實質上對人民權利義務產生拘束之高權規範。³

二、「命令」一詞，其類型可能包含「緊急命令」、「法規命令」、「行政規則」及「特別規則」在內。⁴「緊急命令」，為總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，經行政院會議決議所發布者（憲法增修條文第二條第三項）；「法規命令」，指「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」，而其名稱為「規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則」者（行政程序法第一百五十條第一項，中央法規標準法第三條參照）。「行政規則」指「上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象性之規定。」（行政程序法第一百五十九條第一項）。「特別規則」則係「在傳統特別權力關係範圍內所訂定之規章」。⁵

大法官法第五條第一項第二款「法律」及「命令」之意義究屬上述界定中之何種？就「法律」而言，因在本條中「法律」與「命令」併列，故由體系解釋可得知，此處之「法律」，應僅指「形式意義之法律」。而在「命令」之解釋中，「緊急命令」本質上已屬特殊，故其雖可能於法院裁判中所援用，然其情形終屬例外；「行政規則」及「特別規則」於性質上並不能認其為涉及人民權利之「法規範」之一種，並非憲法第八十條之「法律」，亦無拘束法官之效力，故判斷下暫應非屬此處之「命令」，⁶爰本條文中之命令原

³ Creifelds, a.a.O.

⁴ 吳庚，行政法之理論與實用，頁44以下，1998年7月增訂4版。

⁵ 吳庚，同前註書，頁45。

⁶ 較例外之情形為行政規則因平等原則或信賴保護原則而產生間接之對外效力者，亦可能成為法官裁判之依據，見翁岳生，論法官之法規審查權，台大法律論叢，24卷2期，頁94，1995年6月。此時，大法官法第5條第1項第2款之「命令」，於解釋上或可擴張包含此種行政規則在內，實務上亦係如此見解，但該

則上應僅指「法規命令」而言。綜而言之，在法條的初步合理界定下，大法官法第五條第一項第二款規定可為法官於確定終局裁判中所引用、並得為人民聲請釋憲之客體者，限於「形式意義之（中央或地方）法律」及「法規命令」。⁷

惟在實務上，大法官所受理人民聲請解釋之客體，不斷地在具體個案中，擴張上述法條中「法律」及「命令」的涵義，而非僅如條文文義解釋般狹隘。在具體案例中，大法官違憲審查之客體尚包含「判例」及「行政規則」：

一、「判例」

「判例」乃最高法院（或行政法院）裁判所持之法律見解，認有編為判例之必要者，在經由一定程序後，選編而成者（法院組織法第五十七條、最高法院判例選編及變更實施要點第二條參照），故其性質實為法院裁判所表示的一種「法律見解」，與上述大法官法第五條第一項第二款之「法律或命令」顯不相當。惟大法官於釋字第一五四號解釋之解釋理由書中表示：「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款⁸關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令，或相當於法律或命令者而言……足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利。」此一「相當於法律或命令者」，即指「判例」而言，故其亦

具有對外效力之行政規則本質上應仍非屬一種「法規範」。之所以產生此種情形，究其原因乃為吾國對「命令」一詞之界定有廣狹之分之故。

⁷ 同見解：朱武獻，司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究（上）——司法院大法官會議之權限，收錄於：氏著，公法專題研究（一），頁32，1986年1月。

⁸ 「司法院大法官會議法」於1993年3月修正更名為「司法院大法官審理案件法」，前司法院大法官法第4條第1項第2款之規定，即現今之司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款之規定。

可成爲人民聲請解釋之客體。迄今爲止，以判例爲審查對象之釋字已爲數甚多。⁹

二、「行政規則」

大法官法第五條第一項第二款之「命令」一詞，原則上應未包含「行政規則」在內，已如上述。惟釋字第二一六號解釋在解釋文第一段謂「司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定聲請解釋。」本案中所謂「涉及審判法律見解之司法行政上命令」，經查解釋文及聲請函，乃指司法行政部（前法務部）關於闡示法規意義之令函，其性質應屬一種解釋性之行政規則，¹⁰目的在於闡釋法規之涵義，故實爲一種對法規所表示之見解，應無對外效力可言，更無拘束法官之效力。惟依本號解釋之見解，則不論行政規則是否具有（間接之）對外效力，只要法官於裁判上所引用，即將之視爲相當於大法官法第五條第一項第二款之「命令」，而得爲人民聲請解釋之客體。

而除上述「判例」及「行政規則」外，大法官在釋字第三七四號解釋中更直接就「最高法院決議」加以審查，甚至在釋字第二四二號解釋中，亦（潛在性地）以「最高法院判決」本身爲審查對象。此二者之性質更超脫上述條文中「法律」與「命令」之意涵，但大法官仍予受理並作出解釋（詳下述貳）。就此即更彰顯此一問

⁹ 如釋字第153號、第154號、第156號、第177號、第182號、第185號、第187號、第192號、第193號、第197號、第201號、第213號、第220號、第230號、第236號、第243號、第244號、第256號、第266號、第269號、第271號、第275號、第297號、第305號、第306號、第312號、第323號、第338號、第349號、第353號、第355號、第368號、第372號、第382號、第393號、第410號、第413號、第416號、第423號、第430號、第437號、第448號、第462號、第469號、及第482、第569號、第574號、第576號、第582號及第597號等多號解釋。

¹⁰ 此名詞之解釋見吳庚，前揭註4書，頁45、269。

題之複雜性：究竟大法官法第五條第一項第二款之「法律或命令」應如何周延地闡釋？實務擴張此一概念而廣泛受理，其理由及思考如何？而於法條解釋與實務見解不盡相符之情形下，人民聲請法令違憲審查之客體究應如何具體確定其範圍？又除「法律及命令」外，「法院裁判」本身可否作為人民聲請解釋之客體？若為肯定，則其理論依據、以及與大法官法本款「法律或命令」之界定、甚至現今實務運作之關係又為何？就以上相關問題，本文即以憲法及憲法訴訟之學理為依據，以大法官第三七四號及第二四二號解釋為出發點，說明問題之根源所在，並分析現今實務見解，而後參考德國相關理論，說明法院裁判作為大法官違憲審查的客體的相關問題。文末並嘗試指出修法建議，以做為未來相關進階研究之參考。

貳、問題之關鍵——由釋字第三七四號解釋與釋字第二四二號解釋談起

一、概 說

人民聲請釋憲客體在實務上為大法官所受理者，除上述意義之「法律」及「命令」外，尚包含「判例」及「行政規則」，已如上述。「判例」本屬一種「法律見解」，就其性質與「命令」——一種一般性、抽象性之規範——顯不相當，但因其具有強大之（事實上）拘束效力，故勉予解釋為「相當於命令者」；而「行政規則」——尤其「解釋性的行政規則」（行政程序法第一五九條第二項第二款）——亦屬一種法律見解，然於行政法學上究歸類為「命令」，學說上亦普遍予認同，因之其雖非屬於「法規範」，然將之解釋屬於大法官法第五條第一項第二款之「命令」，此雖有爭議，但仍非不可接受。惟在實務上，大法官在釋字第三七四號解釋中甚至以「最高法院決議」為違憲審查之客體，而在釋字第二四二號解釋中則更以「最高法院判決本身」為解釋之對象，此二者顯然與大法官法第五條第一項第二款之「法律或命令」有所差別，惟大法官

仍予受理並作出解釋，此是否已顯然逾越上述條文之解釋範圍？本文以下即以此二號解釋說明問題之所在。

二、釋字第三七四號解釋¹¹

(一)問題爭點

某甲（聲請人）有土地二塊（A及B），A地與某國有土地、B地與某乙之另一塊土地（C）相毗鄰。民國六十六年實施地籍圖重測時，因測量大隊測量錯誤，致B地多出一平方公尺，C地多出十四平方公尺（A地面積不變）。某甲當時因認土地不減反增，故未於測量結果公告期間內提出異議。然至民國七十七年七月間，某甲請求地政機關丈量，竟發現A地與該國有土地發生全部重疊，而該國有土地乃供公眾使用之溝路地。地政機關為彌補某甲損失，即由該國有土地分割十四平方公尺移為某甲之A地。某甲不服，乃向地政機關申請更正，地政機關並通知甲乙協調，但因某乙堅不同意致無法更正。某甲遂向法院起訴，請求某乙應協同某甲將上開土地（ABC）之地籍圖及土地登記簿所載面積依重測前所載面積及原地籍圖辦理更正。本案歷經三審，最高法院八十一年度台上字第二八五三號民事判決引用最高法院七十五年四月二十二日第八次民事庭會議決議為判決依據，認「於重新實施地籍圖測量時，相鄰土地之所有權人苟已於地政機關通知之期限內到場指界一致，並無爭議，地政機關即依其共同指定之界址重新實施測量，並予公告。為貫徹整理地籍之土地政策，免滋紛擾，自不容土地所有人於事後又主張其原指界有誤，訴請另定界址。」而予某甲敗訴之判決。某甲認最高法院引用該「最高法院民事庭決議」（以下於相關部分簡稱「最高法院決議」或「決議」）侵害其憲法上所保障之財產權及訴訟權而違憲，就此聲請大法官解釋。¹²

¹¹ 司法院公報，37卷5期，頁1以下，1995年5月。

¹² 見當事人聲請函主旨，同前註公報，頁12。

本案實體法上爭執與本文所述重點無直接關聯性，重要者為在本案中某甲主張該「決議」為違憲。依大法官法第五條第一項第二款之規定，人民聲請釋憲之客體限於「確定終局裁判所適用之法律或命令」，而「決議」之性質為何？就此「決議」，大法官受理並作出解釋，有無違反上述規定？

(二)解釋理由書之見解

大法官於本號解釋之解釋理由書中首先即就此爭議點提出看法，提出本號解釋受理之依據所在。大法官於此認：¹³

「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民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牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」

¹³ 前揭註11公報，頁1（文中粗體字強調重點為作者所加）。

依此說明，大法官認「決議」之效力雖不若判例為強，但其製作既有法律上之依據，又係代表最高法院之法律見解，故若為法官於裁判上所援用，即應認與「命令」相當，而得為人民聲請釋憲之對象。

(三)不同意見書之論點

本號解釋共有一份「部分不同意見書」及三份「不同意見書」。該「部分不同意見書」亦認為「決議」有相當於命令位階之規範地位，但主要在於提出與解釋文不同之實體上見解，故於此不加論述。¹⁴而另三份「不同意見書」主要爭執點即在於「最高法院決議」非為大法官法第五條第一項第二款之「命令」，故本案不應就此審理並做出解釋。¹⁵此不同意見書雖有三份，亦各有不同於解釋文及解釋理由書之論點，但認「最高法院決議」非屬「命令」之見解則同一，於此將其重要論點綜合說明如下：

1. 按人民聲請解釋憲法之要件中所謂「確定終局裁判所適用之法律或命令」係指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令，或相當於法律或命令者而言（參照本院釋字第一五四號解釋理由）。最高法院民、刑庭會議或民刑庭總會決議，僅在統一其民、刑事各庭於裁判上表示之不同見解，供該院法官辦案時之參考而已，並無規範法官審判具體個案時之效力，與判例之具有強大之拘束力者迥異。是各級法院法官是否採用最高法院民刑庭決議之法律上意見而為裁判，依法官依據法律獨立審判之原則，本有取捨之自由，縱令採其為判決之法律上意見，亦係為裁判之法官依其確信認該法律上意見為正當，於其裁判時作為其裁判之法律上意見而已，非因該決議有規範效力而受其拘束。故「決議」本身不能認具有相當於命令之效力，而將之提高為相當於命令之位階。

2. 「命令」依學者通說謂行政機關行使公權力單方面訂定，具

¹⁴ 蘇俊雄大法官所提，前揭註11公報，頁2以下。

¹⁵ 陳計男、孫森焱及林水滸三位大法官所提，前揭註11公報，頁3以下。

有抽象及一般拘束力之規範，依其類型有緊急命令、法規命令、行政規則、特別規則之分。「最高法院決議」僅為統一最高法院民刑各庭於裁判上表示之不同見解而為，決議之作成僅係法院內部見解之統一，非一般性抽象性之規範，並無拘束力，更乏判例之效力。其與「緊急命令」無關，不待辭費；而與「法規命令」係對不特定人所發布具有法規範效力之規定亦不同；與「行政規則」係上級機關對下級機關依職權就權限內發布或下達之規範，尤屬有間。故「決議」不論在形式實質上與「命令」均不相同，即使最高法院確定判決說明之理由，援引同院決議為依據者，係確信決議之內容為正確，採其法律見解為己見，不能因而即謂決議相當於命令，法官於裁判時係受相當於命令之效力所拘束。茲以該決議為違憲審查之對象，不啻對最高法院裁判所採法律上見解論斷其有無抵觸憲法，已逾越大法官解釋憲法之職權，自居第四審之地位，違背訴訟制度。

3. 人民聲請釋憲依大法官法第五條第一項第二款為「法令違憲解釋」，依同法第七條第一項第二款為「統一法令解釋」。前者係以確定終局裁判所適用之法律、命令為解釋之對象，後者是以兩審判機關之確定終局裁判適用同一法律或命令所已表示之見解為解釋之客體。故若以前者聲請解釋憲法，並不包括確定終局裁判適用法令時所表示之見解。現立法者既已將本件之審查對象限於「法律、命令」，大法官卻予逾越，併將「見解」亦予摻入，如此，顯已非法律之適用，而為對法律之修正，不能謂非侵害立法機關之職權。

綜合上述論點，該三份不同意見書均認「決議」僅為一種「法律上見解」，亦無拘束法官之效力，非屬大法官法第五條第一項第二款之「命令」，不得為人民聲請違憲審查之客體，故本案不應受理。

三、釋字第二四二號解釋¹⁶

(一)事實經過及釋字見解

本號解釋即「鄧元貞案」，本案聲請人鄧元貞於民國二十九年在大陸福建省與陳女結婚，其後因時局因素輾轉來台，復於民國四十九年三月在台與吳女結婚，其後共同生活近三十年，並育有數子。不料於民國七十五年時，鄧氏在大陸之元配陳女認其重婚，委聘律師向我國法院提起撤銷鄧元貞與吳女之婚姻之訴。蓋依民國七十四年修正前之舊民法第九百九十二條之規定，重婚係「得撤銷」，而非如現今民法第九百八十八條第二款規定之「無效」。重婚之事實既發生於民國四十九年，自應適用當時有效之民事相關規定以為處斷依據。

本案歷經三審（甚至再審），因重婚事實明確，故法院均予鄧氏敗訴判決。當事人鄧氏即聲請大法官解釋，認「最高法院七十六年度台上字第二六〇七號及七十七年台再字第一〇四號民事確定判決適用民法第九百八十五條所為之解釋，及所依據之舊民法第九百九十二條適用於聲請之撤銷婚姻案件，牴觸憲法。」¹⁷

大法官於本號解釋理由書中即言明：「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死莫卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所牴觸。」大法官在解釋理由書末句亦併指明當事人可就此提起再審之訴尋求救濟，至此本案爭議乃告一段落。

¹⁶ 司法院公報，31卷8期，頁1以下，1989年8月。

¹⁷ 見當事人聲請解釋目的，同前註公報，頁5。

(二)問題爭點

本案之爭執點即在於，在本案中人民聲請釋憲之客體，究係「（舊）民法第九百九十二條重婚得撤銷之規定因未設合理除斥期間而違憲」，¹⁸抑或係「最高法院該撤銷後婚之判決適用（舊）民法第九百九十二條違憲」？¹⁹若係前者，則係以確定終局裁判所適用之法律（舊民法第九百九十二條）——亦即「立法行為」——為違憲審查之客體；若係後者，則係以該「最高法院之確定終局裁判（所表示之見解）」——亦即「司法行為」——為違憲審查之客體，二者應有所區別。但若係後者，則因大法官法相關規定，吾國違憲審查制僅限於法令違憲之規範審查，而非法院裁判違憲之具體審查，故本案即不應受理。²⁰但大法官在解釋文第一段中即表明舊民法第九百九十二條重婚之撤銷未設除斥期間之規定「乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無抵觸。」且在解釋理由書中亦謂：後婚若係依舊民法第九百九十二條規定予以撤銷，「其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定，有所抵觸。」則似已默示地以最高法院判決為審查對象——即最高法院在本案中適用舊民法第九百九十二條撤銷後婚為違憲。惟或僅避免居於最高法院之上級審，故在解釋文及解釋理由書中均避免直接提及該判決違憲之處。但此顯然逸出大法官法第五條第一項第二款「法律或命令」之範圍，大法官是否已逾越其權限？

四、問題之關鍵：「法律與命令的審查」抑或「法院裁判的審查」？

上述釋字第三七四號解釋就「最高法院決議是否等同於大法官

¹⁸ 如本號解釋劉鐵錚大法官所提不同意見書之主張，前揭註16公報，頁1以下。

¹⁹ 如本號解釋陳瑞堂大法官所提不同意見書之主張，前揭註16公報，頁3以下。

²⁰ 此即陳瑞堂大法官所提不同意見書之論點，前揭註16公報，頁4。

法第五條第一項第二款之『命令』，解釋文之見解與三份不同意見書之見解儼然對立。三份不同意見書主要指陳重點均在於「最高法院決議」不若判例有法律上之拘束力，亦非具有抽象性之規範，即使為法官於裁判上所引用，亦僅為說明其確信之緣由，加強該判決之說服力而已，係屬一種「法律見解」，因而無論如何不會與「命令」相當；而大法官則認「命令」並不以形式意義之命令或使用法定名稱者為限，最高法院決議之製作既有法令依據，又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上引用時，自亦應認與命令相當，故可為大法官解釋之對象。而在釋字第二四二號解釋中，大法官更以最高法院判決為違憲審查的客體，亦顯已逾越大法官法之明文規定。

就此問題實則早於釋字第一五四號解釋時，即有不同意見書指陳判例非（前）大法官法第四條第一項第二款之法律或命令，且因大法官非為最高法院之上級審，故在體制上亦不容許大法官以判例做為審查客體。²¹實則不論係「判例」抑或「決議」，其本質均屬一種法律見解，此點不但為釋字第三七四號解釋之三份不同意見書所指明，亦為多數通過之解釋理由書中所承認。故即使對「命令」採取極為廣義之界定，一種「法律上見解」無論如何不會是「命令」，就此而言，上述諸位大法官之不同意見，確有其理由。

但本問題之關鍵應在於現今大法官法之規定，對人民聲請違憲解釋之客體僅侷限於「確定終局裁判所適用之『法律』或『命令』」。現某確定終局裁判引用「決議」——一種「法律上見解」——為其裁判依據，而該「決議」有違憲之疑慮，若囿於現行規定致當事人無法聲請釋憲，對人民權利之保障是否有所不足？故大法官只好將「決議」解釋為具有「命令」之地位，因而可受理該案。而在釋字第二四二號解釋中，對最高法院判決撤銷後婚所引發

²¹ 見釋字第154號解釋姚瑞光大法官所提不同意見書，司法院公報，20卷11期，頁14以下，1978年11月。

國內為數甚多之類似案件面臨相同命運的危機，大法官若不受理本案並作出解釋，則恐造成法律及社會秩序極度之不安定。大法官為保障人民權利用心良苦，惟復受限於法條規定，只好（不當地）擴張了法條中「命令」的意涵，實有其不得已之因素。

由此而產生了一個在概念上須為釐清的問題：究竟人民聲請大法官為法令違憲解釋的客體為何？依大法官法第五條第一項第二款之規定，人民聲請釋憲之客體僅限於「確定終局裁判所適用之法律或命令」。「法律」或「命令」係屬一種法規範，而大法官在實務上予以受理之「判例」、「行政規則」及「決議」等，係屬於一種法律上見解，二者性質迥不相同。就另一觀點言之：一個確定終局裁判所依據的法令違憲，必然導致該判決本身違憲，毋待特別說明；但若違憲者並非確定終局裁判所適用之法律或命令，而是「適用法令所表示之見解」，則亦應會導致該判決之違憲。但此時，大法官的審查客體即非為法令（法規範），而係表示（或適用）該見解之「法院裁判」。在此二種不同的違憲情形，大法官為違憲審查之客體即有差別。詳言之：

（一）裁判違憲情形之一：裁判所適用之法律或命令違憲。

此即為大法官法第五條第一項第二款所明定之情形，可聲請大法官解釋。此際，大法官所審查之客體係「法律或命令」，乃屬一種「立法行為」。²²

（二）裁判違憲情形之二：裁判所適用之法令並未違憲，而係「適用法令所表示之見解」違憲。

惟此際，大法官為違憲審查之對象，應係該「裁判」本身，為一種「司法行為」，而不應執著於大法官法第五條第一項第二款「確定終局裁判所適用之法律或命令」之規定，認其仍屬立法行為。

²² 「命令」，若為「法規命令」，雖為行政機關所訂定，但其本質上乃立法者將其權限委諸行政（委任立法），行政於此行使實質上之立法權限，解釋上亦係一種「行政立法行為」。Vgl. Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Rdnr. 239 f., 14. Aufl., 1998.

依此說明，大法官為違憲審查之客體應予區別為「立法行為」之審查及「司法行為」之審查。「立法行為之審查」，已為現今大法官法第五條第一項第二款所明定，故本條之「法律」，指形式意義之法律，「命令」，應指具法規範性質之「法規命令」。若係「司法行為之審查」，即為「確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解」之審查，即包含法院適用「判例」、「決議」、「行政規則」，甚至「法律座談會」等之審查。此原無拘束法官之效力，惟既為法官於裁判上所引用，即成為法院所表示之見解，構成法院裁判之一部分，而屬司法行為，²³只是因受限於現今大法官法之規定，致均只能將上述法院所表示之見解，解釋為「相當於法律或命令者」，而使大法官將之視為「立法行為」，予以受理解釋。²⁴

基於上述說明可知，大法官在現今諸多實務上解釋以「判例」、「決議」、「行政規則」等為審查對象者，其本質均係在審查「法院裁判」本身，僅因現今大法官法對人民聲請釋憲之客體侷限於「法律或命令」，為保障人民權益，故只好將其均解釋為「相當於法律或命令」者，核其本質，應係對「司法行為」之審查。此實為在概念上不可不予辨明者。

因之，於現今實務上大法官已跳脫法條文義，實質上早為「法

²³ 本問題若另舉一更極端的例子或可更為清楚：法院裁判援引「某學說」為其裁判依據（見解），而該學說（很不幸地）有違憲之疑義，此際，大法官若審查，則所審查者當然非該「學說見解」，而係「適用該見解之法院裁判」此一「司法行為」。而實務上亦曾發生，某確定終局裁判所述字句明確與某判例相符，僅未援引判例字號，但大法官認「上開確定裁判係就民事訴訟法施行法第八條之適用所為必要之闡釋，其結論固與前述判例、決議之內容相若；但此仍屬法律見解之範疇……」而不受理本案。參見1999年7月30日大法官第1124次會議決議不受理案件，褚○火聲請案。

²⁴ 大法官就「立法行為」及「司法行為」審查予以概念上之區分，實則早為大法官所察覺，除上述釋字第242號解釋陳瑞堂大法官所提不同意見書外，其於釋字第350號解釋之不同意見書亦表示「適用法令合憲性與否之審查」非為大法官之職權（司法院公報，36卷8期，頁12，1994年8月）；陳計男大法官於釋字第430號解釋之不同意見書亦類此見解（司法院公報，39卷7期，頁9，1994年7月）。

院裁判」之審查了。惟大法官在本質上究竟可否審查法院裁判？若為肯定，則其理論依據何在？如此是否侵害普通法院之職權，復讓人誤解為大法官之地位高於普通法院？又大法官在何種情形下可予審查法院裁判，其範圍及界限又如何？此等問題均有必要再為探究說明。

參、大法官審查法院裁判之理論

一、憲法理論上之依據

(一)憲法之最高性

憲法為國家之根本大法，具有最高效力，此為現代憲法的基本內容之一。²⁵而憲法之所以被稱為「國家的根本大法」，其意義也就是在於憲法為國家法秩序之最高位階。²⁶此於德國基本法第一條第三項：「下列基本權利拘束立法、行政及司法，而為直接有效之法律。」及第二十條第三項：「立法應受合憲秩序之拘束，行政及立法受法之拘束」有明確規定，吾國憲法上雖無相同明文，但解釋上自屬同一。²⁷

憲法之最高效力不僅表現於法令（立法行為）與之牴觸者無效（憲法第一七〇條、第一七一條參照），其他國家行為（行政行為、司法行為）當亦不能與憲法規定相違背，否則其合憲性即有疑問。²⁸而法院裁判屬司法行為之一環，自亦不能免於憲法之拘束。憲法的最高性對司法而言，即是法官在裁判時不僅須適用合憲的法律

²⁵ Vgl. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr. 12 (及Fn. 20所引Wahl見解), 4. Aufl., 1997; 李惠宗, 憲法要義, 頁15以下, 1998年1月2版。

²⁶ Klaus Stern, Das, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 80, 2. Aufl., 1984.

²⁷ 關於基本權利具有拘束國家機關的效力，可參閱：許宗力，基本權利對國庫行為之限制，收錄於：氏著，法與國家權力，頁37、59及63以下，1993年4月增訂2版。

²⁸ Degenhart, a.a.O., Rdnr. 228.

(憲法第八十條參照)，更須遵循憲法之規定及意旨解釋並適用法律，諸如注意基本權利的保障、法治國家原則及民主國家原則等，均屬法院應透過裁判以具體實踐者，而此亦方屬憲法第八十條法官依合憲法律審判之真義所在。

(二)基本權利之保障

基本權利的主要基本功能原在於個人對抗國家侵害的防禦權，²⁹但同時基本權利亦為一客觀之價值秩序，有拘束並指導國家行為之效力，亦即自基本權利中抽繹出的客觀價值決定，可放射至所有法律領域，進而成為立法機關、行政機關及司法機關行使職權時所應遵循的重要準則，國家依此即應致力保護人民基本權利之實現。³⁰在法院裁判此一國家行為上，基本權利不僅作為直接有效之規範，並為法院解釋與適用法律之基準。一般法院在具體案件中居於保障人民基本權利之地位與角色，於審判時即應善加注意基本權利之功能所在，即使法院裁判係適用民事法律，解決私人間之爭執時亦同。³¹

(三)釋憲機關之職責

基於上述憲法之最高性及基本權利之保障功能，當國家行為違反憲法規定（包含基本權利及其他國家規定）時，必須有一國家機關居於中立者之角色，用以裁決國家行為的合憲性與否，以使上述憲法最高性的精神能具體落實，此即憲法審判權之功能所在。³²在吾國依憲法第七十八條規定，司法院有解釋憲法及統一解釋法令之權限，憲法第七十九條復規定，司法院設大法官若干人，職掌前述事

²⁹ 關於基本權利體系的說明，可參閱：李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，中央研究院人文及社會科學集刊，9卷1期，頁43以下，1997年3月；許宗力，基本權的功能與司法審查，國科會研究彙刊：人文及社會科學，6卷1期，頁24以下，1996年1月。

³⁰ 相關說明，李建良，同前註，頁48。

³¹ Vgl. Hans Jarass/Bodo Pieroth, GG, Art. 1, Rdnr. 15, 4. Aufl., 1997.

³² Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 951 ff. (954), 1980.

項。因此可知，司法院大法官居於實質上憲法法院之地位，因此，當「法院裁判」此一國家行為有違憲之疑義時，即應由大法官予以合憲性之審查。

故由上述說明可知，大法官「是否可以」審查法院裁判，應不致有疑義存在，問題重點毋寧應在於「在如何之範圍內」可予審查法院裁判。

二、審查之界限——大法官不作為「第四審」或「超級審」

大法官審查法院裁判，一個必然會招致的疑慮是：大法官是否因而位於普通法院（或行政法院）之上，而居於「第四審」或「超級審」之地位？

此一疑慮確非無理，蓋就吾國現今司法體系而言，大法官之地位並不高於普通法院，若普通法院裁判尙可由大法官予以審查，則至少在外觀上，大法官似容易被誤解為最高法院之上級審，同時在司法權的分工上，亦會產生大法官與普通法院審判體系的混淆。

故此處首須闡明者，大法官審查法院裁判乃基於其憲法裁判機關之地位，行使憲法所賦予其解釋憲法之職權。大法官並非可以審查所有之法院裁判（詳下述），亦非是在普通法院的審級救濟程序外另闢法律救濟途徑。因之，大法官若審查法院裁判，實非（亦不能）居於「第四審」或「超級審」之地位，用以檢視法院裁判之妥當性與否，而是以一種「憲法守護者」之角色，就法院裁判此一國家行為，予以合憲性與否之控制，以善盡憲法所賦與其維護憲法最高性之職責。

三、大法官與普通法院之權限區分

大法官居於行使憲法審判權之國家機關之地位，為維護憲法之最高性而可審查法院裁判，但又須避免成為「第四審」或「超級審」，則一個根本性的問題便是：大法官之職權與普通法院之審判

權限間即應有所劃分，以避免大法官在審查法院裁判時，侵害到屬於普通法院之既有職權。

就憲法法院審判權與普通法院審判權間之分工，亦即何種事項為普通法院之權限事項，何種事項為憲法審判機關之權限事項，在德國學理迭有爭議，而基本上有所謂「赫克準則」(Hecksche Formel)作為解決本問題之思考點，此為德國聯邦憲法法院法官Karl Heck於一九六四年六月十日之判決中所提出之見解。³³其基本論點為：「程序之進行、事實之調查與認定、普通法規之解釋與在個案上之適用，僅屬對之有審判權之普通法院之職務，並不受聯邦憲法法院之審查；惟有在『特別憲法』(spezifisches Verfassungsrecht)受到法院侵害時，聯邦憲法法院始能基於憲法訴願加以干預。」換言之，聯邦憲法法院所能審查者，僅係普通法院之裁判是否係損及「特別憲法」之事項，例如法院在解釋與適用法律時違反「恣意之禁止」(Willkürverbot)；若僅為一般認事用法是否妥適之層次，則屬普通法院之權限，聯邦憲法法院就此部分即無法介入。³⁴此準則之主要乃在於凸顯憲法之最高性，並就功能上區分聯邦憲法法院與普通法院之權限。聯邦憲法法院之職權事項限於和「特別憲法」有關者，普通法院之職權則係對於「一般法律」的解釋與適用。

但應予補充說明者，本準則所提到之「特別憲法」一詞，乃德文spezifisches Verfassungsrecht之逐譯。乍視之下，吾人首先會想到此乃指「相對於『普通法律』之憲法」而言，尤其例如憲法中的基本權利部分即屬之。但此說明尚不足以闡釋「特別憲法」之真正涵義，蓋若依此而解釋，將變成所有涉及基本權利之法院裁判，均可

³³ BVerfGE 18, 85. 中文資料可參閱：劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題：試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，收錄於：中研院社科所編，憲法解釋之理論與實務，頁218以下，1998年6月；陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限——由功能法的觀點出發，收錄於：司法院編，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，頁375以下，1999年4月。

³⁴ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 272.

成爲釋憲機關所審查之對象，因每一敗訴判決之當事人，均因該敗訴判決而導致不同程度之不利益，故均可主張其基本權利——至少「一般行爲自由」（德國基本法第二條第一項，吾國憲法第二十二條）——受侵害，結果變成任何違法之侵害，同時即爲涉及基本權利而違憲之侵害。³⁵如此漫無限制的審查當非赫克準則之原意，故於德國學理上，就「特別憲法」之闡釋，乃指「各該所主張之基本權利在實質憲法上的特別理由³⁶或在憲法上特別的保障範圍³⁷」（“spezifische Gründe des materiellen Verfassungsrechts” bzw. “das spezifisch verfassungsrechtlich gewähleistete Ausmaß” des jeweils geltend gemachten subjektiven Rechts）。換言之，憲法法院審查法院裁判不可僅因當事人泛泛主張其基本權利受侵害，而應具體指陳法院裁判如何侵害憲法上特別而具體的內涵而違憲。惟若中文以「特別憲法」或「特殊憲法」名之，或可使人想到爲「憲法的某一特別部分」，實不易掌握其真正意涵，甚而誤解爲「相對於『特別憲法』外，另尚存在一『普通憲法』」，而根本理解錯誤。故此一名詞於吾國所援用時，應特別注意其內涵。³⁸

惟即使可予「特別憲法」爲一初步之闡釋，在具體之案例上，亦實難有一明確之標準判斷在如何之情況下可構成特別憲法之違反。³⁹因之就赫克準則之不完全處，聯邦憲法法院亦再提出修正之「機動條款」（je-desto Klausel），⁴⁰亦即聯邦憲法法院審查之範圍依基本權利受侵害之強度而定：在個案中侵害基本權利之強度越大

³⁵ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 275.

³⁶ 德國聯邦憲法法院法官Simon於BVerfGE 63, 266(298)之不同意見書中所闡釋者。

³⁷ BVerfGE 60, 305(310).

³⁸ 此一特別憲法之用語即使於德國亦不乏認爲其語義不明者，如：Schlaich, a.a.O., Rdnr. 273; Dieter Dörr甚至認爲其範圍聯邦憲法法院自己可視情形伸縮之，ders., Die Verfassungsbeschwerde in der Prozeßpraxis, Rdnr. 299, 1997.

³⁹ 參閱劉淑範，前揭註33文，頁224。

⁴⁰ BVerfGE 83, 103(145); Schlaich, a.a.O., Rdnr. 298 f.; Dörr, a.a.O., Rdnr. 302; 劉淑範，前揭註33文，頁244以下；陳愛娥，前揭註33文，頁379以下。

者，則聯邦憲法法院之審查即越詳盡。換言之，即使普通法院之權限在於一般法律之解釋與適用、程序之進行及事實之認定等事項，但若普通法院行使此等職權時發生有基本權利意義之重要疏失，而有違憲之疑義者，則憲法法院仍可視基本權利受侵害之強度而予以不同程度的審查。然不論是赫克準則或機動條款，雖就憲法審判機關與普通法院權限為一初步的劃分，但其並非係提供一個具體的審查標準，使憲法審判機關即可明確判別於程序上應否（或如何）受理違憲之法院裁判，而是實質性地說明憲法（尤其是基本權利）對普通法院解釋及適用法律的放射效力及其範圍的問題。

就「赫克準則」或「機動條款」等標準，及其由「功能法」（funktionell-rechtlich）上——亦即憲法法院審判權和普通法院審判權權限功能之區分——之觀點而導出釋憲機關審查法院裁判之界限問題，國內學者已有基礎理論之詳細說明，⁴¹因之本文就此不再重覆，而將重點放在以「實質法」（materiell-rechtlich）的觀點，論述大法官在如何之實質具體範圍內可審查法院裁判。⁴²

肆、大法官審查法院裁判之範圍

一、概 說

司法院大法官居於實質上行使憲法審判權之地位，為避免成為「第四審」或「超級審」，其審查法院裁判應有其界限，已如上述。除上述可提供一初步判斷標準之「赫克準則」與「機動條款」外，德國學者Schalich氏更整理德國聯邦憲法法院對法院裁判之憲法訴願（Urteilsverfassungsbeschwerde）之類型而認為，首先在個案中事實認定及個案評價之審查（Kontrolle der Tatsachenfeststellung und

⁴¹ 參閱劉淑範及陳愛娥，前揭註33文。

⁴² 關於本問題在功能法上與實質法上的觀點，可參閱：Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 33 f., 1. Aufl., 1992.

der Würdigung des Einzelfalls) 僅為普通法院之權限，⁴³亦即憲法審判機關不能審查者為：(一)法院程序的形成 (die Gestaltung des Verfahrens)，(二)構成要件的認定及評價 (die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes)，(三)法律的解釋與適用 (die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall)，⁴⁴蓋此等事項屬普通法院之權限，職司憲法之審判機關不應介入，否則即容易認為居於普通法院上級指導者之地位。至於事實之認定，依聯邦憲法法院之見解則為「受限制之審查」(nur begrenzt nachprüfbar)，⁴⁵但若在高度侵害人民基本權利之案件，則聯邦憲法法院甚至認為可在個案中取代法院而自為評價。⁴⁶

就憲法審判機關可審查法院裁判之具體範圍，本文以下即參考德國憲法訴訟學理及實務上相關論述而為說明，並在每一類型後，附上吾國所發生之實例以供思考，藉以說明大法官在如何之情形下可以法院裁判為審查對象。⁴⁷

二、具體的審查範圍

大法官審查「法院裁判」應包含(各審級)普通法院裁判、(高等及最高)行政法院裁判，公務員懲戒委員會決議，各級軍事法院裁判(軍事審判法第八條)，甚至亦包含性質上等同於法院裁

⁴³ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 278; Dörr, a.a.O., Rdnr. 320. 惟此處之「僅」為普通法院之權限，依聯邦憲法法院之見解，應係「原則上僅」(BVerfGE 13,318(325))；中文說明，可參閱，劉淑範，前註33文，頁221。

⁴⁴ BVerfGE 18, 85(92); 30, 173(196f.); 42, 143(147f.); 60, 79(90); 64, 46(62); 67, 213(222); 67, 245(248); 68, 361(372). Dazu, Schlaich, a.a.O., Rdnr. 278; Bruno Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgesetz, § 90, Rdnr. 146 ff., Stand: April 1997.

⁴⁵ BVerfGE 63, 266(297).

⁴⁶ BVerfGE 42, 143.

⁴⁷ 在德國論述相關部分之文獻甚多，筆者多方參考後，認為Schlaich氏之整理分析聯邦憲法法院之判決及學理見解最為完整詳盡，故以下論述即以其著作為主要參考文獻。Vgl. Schlaich, a.a.O., Rdnr. 279 ff.

判之律師懲戒審員會（及律師懲戒覆審委員會）之決議（釋字第三七八號參照），乃至「司法院冤獄賠償法庭」（冤獄賠償法第十四條）之決定。理論上上述各審級之「裁判」均可為審查對象，但因人民聲請釋憲在程序上應歷經「窮盡救濟途徑」的程序（見大法官法第五條第一項第二款），故原則上僅能以終審法院之確定終局裁判為聲請對象。⁴⁸

至於審查法院裁判的具體範圍，應包含：(一)判決所依據法令之審查，(二)判決內容的審查及(三)判決程序的審查，甚至，在德國亦有提出就判決整體為觀察，視其是否有涉及基本權利之重要性者，而予以審查者。

(一)判決所依據法令之審查（Kontrolle des zugrundeliegenden Gesetzes）

判決所依據法令之審查，亦即（確定終局）裁判所適用之法令之審查。此即現今大法官第五條第一項第二款「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」之現制規定。此際，大法官所審查者為「立法行為」，已如上述。現今大法官於人民聲請法令違憲解釋之案件予以受理並作出解釋者，多即屬此種類型。

(二)判決內容之審查：審查標準的具體化（Kontrolle des Urteilsinhalts: Konkretisierung der Prüfungskriterien）

大法官審查判決內容，亦即對於該判決本身「司法行為」的審查。此際所審查之對象已非現行規定之「確定終局裁判所適用之法令」，而是法院解釋及適用法律是否合憲的審查。此基本論點主要乃在於憲法之最高性及基本權利之客觀效力及於對一般法律之解釋與適用的影響（見前述參、一），若法院未注意及此，則該裁判即有違憲之可能性，而應由職司憲法審判之機關予以審查。至其具體

⁴⁸ 在德國，聯邦憲法法院可審查各種類法院及各審級法院裁判（包含邦憲法法院裁判）之說明，參閱，Schmidt-Bleibtreu, a.a.O., § 90, Rdnr. 127 ff.

內容，以下即逐點說明之。⁴⁹

1. 法院解釋及適用法律發生有基本權利重要意義之疏失
(Grundrechtsrelevante Fehler bei Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts)

法院於審判時，須解釋法律並將之適用於具體個案中，若此時產生有基本權利重要意義之疏失，特別是對當事人不同之基本權利未予衡平之考量者，即應予以審查。⁵⁰

法院解釋及適用法律生有基本權利重要意義之疏失，可能是：
(1)對基本權利之意義為不正確的理解，或(2)解釋結果影響當事人所主張的基本權利。此又可分為以下二個層級：

(1) 法官（因疏失而）不知（ Der Richter hat nicht erkannt ）
（ Defizit ）

若法官於裁判上解釋及適用法律時，不知本案有基本權利之重要意義，或不知以基本權利之觀點為本案之思考者，則法官對各該當事人之基本權利自無法於本案審查中為必要之考量，從而發生有基本權利之疏失。⁵¹此種情形於德國因法院裁判時多引用聯邦憲法法院裁判，故較少發生；但吾國因長久以來憲法教育之僵化，使多數人對憲法之認識仍停留在意識型態的理解上，不知將憲法活用化，致法官於審判案件時，即可能因欠缺對憲法的認識，故自無法以憲法為基礎思考具體案件，故應特別注意。

法院解釋及適用法律時，因疏失而不知本案有基本權利之重要意義者，於此或可以上述釋字第242號解釋為說明。依前述本號解釋之案例事實（見上述貳、三）。本案若依相關法律而為判斷，

⁴⁹ Vgl. Schlaich, a.a.O., Rdnr. 283 ff.

⁵⁰ 此即「梅菲斯特準則」（Mephisto-Formell）：「聯邦憲法法院審查原法院裁判於適用民事法律時是否對於基本權利之意義（重要性）有根本上不正確的理解，或法條解釋之結果違反基本權利。」BVerfGE 30, 175(188). 中文資料可參閱：李建良著，陳新民評釋，基本人權與憲法裁判，頁163（尤其頁187）以下，1992年11月。

⁵¹ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 285.

(舊)民法第九百九十二條既規定重婚係得撤銷，故前婚配偶提起訴訟，在事證明確之下，(最高)法院就法論法而撤銷後婚，即無不當。⁵²惟本文以為，法院判決依法論法雖無違誤，但未以憲法上保障人民基本權利之角度衡量思考本案：蓋鄧氏在台之實質後婚顯應較僅具形式意義之前婚更受到保護，方符合憲法上保障婚姻及家庭之意旨(憲法第二十二條)，且亦較符合法安定性之要求。最高法院於此依法行使「撤銷權」，係屬「法院行爲」之一種，此「司法行爲」當受到憲法之拘束，故即應同時顧及憲法上保障人民基本權利之意旨，而應以憲法中保護婚姻及家庭之基礎思考解決本案。法院行使撤銷權雖有實定法上之依據及合法性之考量，但若行使顯然不符憲法保障人民基本權利之意旨時，其行使即有疑問，而不能謂此為法院依法之行爲，而免於憲法之檢驗。⁵³

(2) 法官(原則上)知而不用(誤用)(Der Richter hat grundsätzlich verkannt)(Fehlentschätzung)

法官在解釋與適用法律時，若對基本權利之重要性(尤其是基本權利的保護範圍)有原則上不正確的理解，則該裁判亦可為審查之對象。⁵⁴

⁵² 本案判決結果雖然引起各方批評，但學者亦多肯認最高法院依法而為本案判決並無違誤，甚而並提出諸多方法論上之解決方式，見戴東雄，二十八年的老公怎麼沒了？——從鄧元貞重婚撤銷案談起，法學叢刊，133期，頁25以下，1989年1月；劉得寬，海峽兩岸重婚問題妥善解決之策，——從鄧元貞重婚撤銷案談起，軍法專刊，35卷9期，頁19以下；1989年9月；詹森林，海峽兩岸雙重婚姻之抗爭，最高法院判決撤銷在台之重婚於方法論上之檢討，萬國法律，44期，頁14以下，1989年4月。

⁵³ 實則本案為人所忽略的一點是，當事人(與其律師)在各審級中之抗辯均係「前婚僅有同居關係，而未具備婚姻之形式要件」，而非「前婚雖存在，但依憲法保障婚姻及家庭之機制，同時為顧及法安定性，故應予後婚較多之保障」(見當事人聲請函所附最高法院76年度台上字第2607號判決，司法院公報，31卷8期，頁9，1989年8月)。法院裁判既囿於當事人之主張，只好在前婚事證明確之情形下做出撤銷後婚之判決。就此而言，法院遭受指摘或亦屬無辜。

⁵⁴ 依Schlaich氏見解，此種情形特別是對基本權利之適用及衡量為錯誤之評估，見Schlaich, a.a.O., Rdnr. 286.

但於此須注意者，聯邦憲法法院在此種情形中並非要審查基本權利是否於個案中完全地為法院所考量，蓋此涉及法院裁判合法性之判斷而不應為聯邦憲法法院所干預，甚至欲取代普通法院之職責。聯邦憲法法院審查之重點毋寧在於：法院對基本權利是否有「根本上」（*grundsätzlich*）正確的理解。惟何謂「根本上」，在德國學理及實務上迄今當無一致見解。⁵⁵

法院解釋及適用法律發生雖知悉本案有基本權利之重要意義，但若誤認或不用，吾人或可以下列案例為說明：

現今大眾傳播媒體發達，常見之情形，即為媒體報導某人之事，該人認其名譽受損，認媒體已觸犯刑法第三百十條之誹謗罪。此時在本文中，媒體是否觸犯刑法上之誹謗罪，首應就刑法第三百十條本罪及第三百十一條之不罰規定為構成要件之分析，但除此之外，亦應以憲法基本權利之角度為思考，亦即本案「媒體之新聞自由」（憲法第十一條言論自由所導出，釋字第三六四號解釋參照）與「被報導人之基本權利（人格權、隱私權或名譽權等，憲法第二十二條）」於本文中何者應受到較多的保護，而應為法益衡量的問題。此際，法院即應以憲法之角度思考媒體言論自由的真正意義以及在現今民主社會之功能，同時並注意個人人格權在憲法上的保障功能，並就此二者在具體案件中綜合各種情狀加以衡量，視何者於本文中應受到較多的保護。⁵⁶若法官誤解上述二種基本權利或其中之一，或未為相當程度之考量者，本案之思考對二造即失之均衡，即

⁵⁵ Vgl. Schlaich, a.a.O., Rdnr. 287及所引判決；Dörr, a.a.O., Rdnr. 305.

⁵⁶ 舉例如台北地方法院85年度自字第1098號判決，某甲自訴某雜誌為不實報導嚴重損害其名譽，涉及刑法誹謗罪。法官於判決中謂：「新聞報導如妨害他人名譽時，為調和個人名譽保護及新聞媒體報導自由，對於可受公評之事而以善意發表之言論，於刑法第三百十一條特別規定不加處罰，……鑑於新聞自由為民主憲政與自由社會基石，新聞自由與民主制度互成正比，為避免新聞媒體因擔懼誹謗責任而採行自我限制與檢查，致剝奪大眾知的權利，因之，就上開刑法所稱以善意發表言論，亦應從寬解釋，以確保憲法保障新聞自由的目的。」此即以憲法上保障新聞自由及人格權二者調和為考量，確屬允當。

難謂對基本權利之保障無所疏失。

其他類似之案件另如：在競業之禁止案件中（例如規定離職後若干年內不得從事與原先工作性質相近之工作），即應思考憲法上工作權保障（憲法第十五條）之意義；⁵⁷在禁婚（單身）或禁孕條款之案件中（結婚或懷孕須離職），即應考量男女平等（憲法第七條）及婚姻家庭的保障（憲法第二十二條）等。⁵⁸此際，法院於裁判時均應就憲法上保障人民基本權利之意義詳為思考，而不能僅就法論法而為判決。⁵⁹否則，不論法官係消極地不知援引憲法中基本權利保障之意旨，抑或誤解該等基本權利之真義，而未以此為基礎思考具體案例，均可能發生法院解釋及適用法律有基本權利重要之疏

⁵⁷ 例如最高院81年度台上字第989號判決謂：「憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障，主要乃宣示國家對於人民應有之保障。且人民之工作權亦非不得限制之絕對權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。被上訴人為防止其離職員工洩露其智慧財產權、營業秘密等，並防止惡性之同業競爭，乃於其員工進入公司任職之初，與之簽訂聘用合約書，約定於離職後二年內不得從事與被上訴人營業項目相同或類似之行業，否則須負給付一定之違約金。該項就業禁止之約定，僅有二年之適用期限，且出於任職員工之同意而簽訂，即與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦不違反其他強制規定，且與公共秩序、善良風俗無關。」引自王澤鑑，法律思維與民法實例——請求權基礎理論體系，頁233，1999年5月。就此判決本文以憲法上之觀點認為：現今社會分工精細，講究專業，在某公司離職後若二年內不得從事相同或類似行業，是否等同間接強迫從事非專業之工作，如此與憲法上保障人民工作權之意旨是否相符？又何謂「類似之行業」，是否不夠明確？適用上有無可能因不當擴張而違反人民工作權之保障？從事相關行業，不論是否對原公司造成損害（例如移轉原公司客戶或攜走商業機密），即須負違約金責任，有無違反民法上之衡平及誠信原則？即使契約之訂定出於相對人之自願（基本權利之拋棄？），但以現今企業之龐大型態，個人有無可能與之對抗，而在謀職時不簽訂此契約條款？凡此，均應就個案再為衡量思考，而不必然可認為競業禁止條款必然有效或無效。

⁵⁸ 關於單身條款與憲法上基本權利之保障，可參閱：王澤鑑，勞動契約上的單身條款、基本人權與公序良俗，收錄於：氏著，民法學說與判例研究(七)，頁36以下，1993年9月。

⁵⁹ 法院就基本權利之意義為具體案例之思考，可能係直接援引基本權利之內容為本案之解釋，或係配合民法上公序良俗條款（民法第72條）為條文之解釋，而構成「基本權利間接之第三人效力」。

失，而即得為大法官之審查對象。

2. 判決結果違反基本權利 (Grundrechtsverstoß durch das Entscheidungsergebnis)

判決結果違反基本權利，亦應為大法官所應審查。雖然實際上若判決結果違反基本權利，通常情形亦是法院在解釋及適用法律時發生有基本權利重要之疏失，或亦可能係法院之恣意（詳下述），但於此仍獨立列為一種類型。⁶⁰

關於此一情形，最高法院八十六年度台上字第七六五五號判決之內容曾有如下說明：⁶¹

「對刑事被告如何量定其刑及是否宣告緩刑，為求個案裁判之妥當性，法律固賦與法官裁量權，但此項裁量權之行使，並非得以任意或自由為之，仍應受一般法律原則之拘束，即必須符合所適用法律授權之目的，並受法律秩序之理念、法律感情及慣例等所規範，若故意失出，尤其是違反比例原則、平等原則時，得認係濫用裁量權而為違法。」

亦即，對刑事被告如何量刑及是否宣告緩刑，為求個案正義之妥當性，法官自有裁量權。惟此項判決既經法官行使於外，即屬司法行為，而為國家行為之一種，故當然應受憲法原理原則之拘束，而不能謂此為法官認事用法之行為，不受憲法之檢驗。⁶²故若法官予被告緩刑與否未考量諸如平等原則、比例原則等具有憲法位階之原

⁶⁰ Vgl. Schlaich, a.a.O., Rdnr. 289.

⁶¹ 刊載於月旦法學雜誌，46期，頁133以下，1999年2月15日。

⁶² 法院裁判應遵循憲法原理原則之拘束，最高法院88年度台上字第233號判決亦有類似說明（刊載於月旦法學雜誌，49期，頁161以下，1999年5月15日）。本判決謂：「違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許其作為認定事實之依據，是否有害於公平正義。倘依憲法所揭示之基本精神，就個案違反法定程序情節、犯罪所生危害等事項綜合考量結果，認以容許其作為認定事實之依據，始符合審判之公平正義，而不予排除，自不能指為違法。原判決考量查獲之安非他命數量龐大，且為政府公告查禁之違禁物，依比例原則，認扣押之安非他命等物有證據能力，於法尚無不合。」故在本案中法院為證據之認定亦須符合比例原則。

則時，此項判決之結果即有可能違反基本權利。

3. 判決客觀上不足取（恣意）（Objektiv unhaltbare und deshalb willkürliche Gerichtsentscheidungen）

判決在客觀上因恣意而不足取，亦即判決中法律的解釋與適用違反通常情況下所理解之憲法價值（尤其是基本權利），而導致法院裁判失之均衡。依德國聯邦憲法法院之見解，此乃指一種根本上不可取，並而為客觀上（非主觀上！）恣意（objektiv willkürlich）且明顯不適當之判決。⁶³而此處之「恣意」，或可以違反平等權之恣意解釋之（德國基本法第三條第一項，吾國憲法第七條），依此即相當程度即與一般所認知的正義理念相契合，以正義的要求（Gerechtigkeitsgebot）作為審查的基準。⁶⁴

判決在客觀上不足取，在吾國實例上曾有如下案例，或可為本論點之說明。某高等法院分院審判某賄選案而予被告緩刑，在判決理由上有如下之用語：

「正副議長選舉乃政治行為，由於歷史、社會的外在環境之制約，賄選幾成吾國選舉文化之一，馴致成為政治人物之假性規範，既係假性規範，又係政治行為，顯乏反社會意識，其可責性，在政治改革之前，本屬不大。」……本件案後已纏訟多年，「偵審程序所受教訓已刻骨銘心，彼等當已知所惕厲，應無再犯之虞，所受宣告之刑以暫不執行為適當。」⁶⁵

關於刑事案件之被告應受何種刑罰及應否予以緩刑之宣告，法官自可綜合案情事實而為合理之判斷，在合法之範圍內自不受他人干涉，此亦即司法審判獨立之表現。法官在本賄選案當亦可衡諸事理，而予當事人緩刑之宣告，只要在合法之範圍內，均無不可。但就判決理由之用語則易使人誤解，賄選之嚴重性並不大（甚至變相

⁶³ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 290及所引判決；Dörr, Rdnr. 308.

⁶⁴ Vgl. Dörr, a.a.O., Rdnr. 308. 但其亦承認此實不易明確界定其範圍。

⁶⁵ 見聯合報，1997年11月27日2版報導所引判決用語。原判決字號無法蒐尋查證，謹此致歉。

地鼓勵賄選！？）），此顯與國民之期待與情感落差太大，且復與憲法第一百三十二條「選舉應嚴禁威脅利誘」所揭示「選舉公平」之憲法價值有所不符。故即使判決緩刑雖無違法可言，但上述該段文字未顧及憲法意旨，本文以為即難免有所失當。⁶⁶

4. 法官造法逾越憲法界限（Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung）

法官於審判案件時，首須解釋法條以適用於具體案件，但若遇法令不明確，甚或不備之情形，則須填補漏洞甚至造法以解決實際爭議。此種法律界限內的漏洞填補或法律界限外的造法行為若表現於法院裁判中，即成為司法行為，而屬國家行為之一環，自然應遵循憲法之拘束。在積極面，法官造法不可逾越憲法規定及憲法原理原則；在消極面，法官在法律未明而須填補漏洞時，亦不可消極地不知道以憲法意旨而為裁判，或誤選違憲之方法為造法，致損及當事人權益。

當然，法官造法的憲法界限何在實無法明確界定，依Schlaich氏之見解，法官造法時不可創設出一個新的、法律所未規定的侵害基本權利的構成要件，否則即屬違反法治國家原則。⁶⁷而德國聯邦憲法法院亦不斷地在其判決中強調：「法官闡釋法律時不可凌駕於立法者之決定之上，並因此而逾越立法者所設定之範圍而致限制基本權利。」⁶⁸同時，「法條的可能文義，即為其解釋之終極界限。」⁶⁹

⁶⁶ 相較於高等法院之該判決用語，最高法院在另一賄選案中即有不同意見（見聯合報，1999年6月5日9版之報導）：當事人在本賄選案中主張「賄選在我國行之有年，為免不教而殺，於淨化選風之初，對於因一時念誤觸法網的人民，應給予惕勵自新的機會……。」最高法院則認，宣告緩刑有一定要件，並非沒有前科就可以緩刑，且選舉乃民主政治最重要的表徵，攸關一國政治的良窳甚鉅，而賄選為敗壞選風的主要根源，故不得使金錢介入選舉，影響民主政治發展……。故即未予當事人緩刑之宣告。

⁶⁷ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 292, 294.

⁶⁸ BVerfGE 63, 266(289); 34, 269; 49, 304.

⁶⁹ BVerfGE 71, 122(136).

「若明顯逾越法官造法應受法之拘束之此一憲法原則」，則該法院裁判即為違憲之裁判。⁷⁰

關於法官為漏洞填補援引憲法意旨而為裁判，試舉下述判決說明之。⁷¹本案案例事實為大學女生某甲等人於校外賃居，惟房東竟然在公用浴室之隱蔽處擅自加裝隱藏式監視器，並將線路連至同棟四樓其住處，且連接影像機（即電視）用以窺視某甲等人沐浴。後經某甲等人察覺，認其隱私權受嚴重損害，請求房東依民法第一百九十五條之規定，賠償其非財產上損失。

按民法債篇新修正條文於八十八年四月二十一日經總統公布，第一百九十五條第一項之新規定為「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。……」但本案發生時應適用舊民法第一百九十五條第一項，依本條之規定可請求非財產上損害賠償者，僅限於「身體、健康、名譽及自由」之受侵害，而不包含「隱私權」在內。此際承審法官即認：「所謂隱私權，乃係不讓他人無端地干預其個人私的領域的權利，此種人格權，乃是在維護個人尊嚴、保障追求幸福所必要而不可或缺者。人的尊嚴是憲法體系的核心，人格權為憲法的基石，是一種基本權利。憲法第二十二條明定『凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法的保障。』隱私權係憲法所保障之基本人權，而被肯定為值得保障之法的利益。我國民法對人格權被侵害時的慰撫金請求權加以限制，其主要理由係認為非財產損害難以金錢估算，宜加限制以避免人格商業化。如今價值觀念業已改變，現行民法規定對人格權的保護未臻周全，不符合憲法價值體系。人格權被侵害，主要是發生非財產上損害，不以相當金錢賠償之，即放棄了保護人格權最有效的手段。……」因此參酌憲法保

⁷⁰ BVerfGE 65, 182(194).

⁷¹ 台灣台北地方法院民事判決86年度訴字第3135號。

護人格權及人格尊嚴之基本價值及民法第一百九十五條之修正事由，認應類推適用（舊）民法第一百九十五條之規定，因故意或過失不法侵害他人之穩私權，被害人雖非財產上損害，亦得請求賠償相當之金額，故予某甲等人勝訴之判決。

此際，本案法官在（舊）民法第一百九十五條無明文規定隱私權受侵害可請求非財產上損害之情形下，以憲法保障隱私權之精神，並配合人格尊嚴之價值，類推適用相關規定而為判決，充分落實憲法保護人民基本權利之本旨於司法裁判之個案上，應值讚揚。⁷²

（三）法院程序之審查（Kontrolle des gerichtlichen Verfahrens）

在法院審判案件中亦可能因程序的違反而侵害當事人之基本權利，尤其是司法上基本權（Justizgrundrechte）或程序上基本權（Verfahrensgrundrechte）。⁷³在吾國例如憲法第八條的人身自由及第十六條的訴訟權；在德國基本法上如第一百零一條第一項第二句的「法定法官」（gesetzlicher Richter），第一百零三條第一項的法定聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör）及第一百零四條受刑人的權利等。

但當然並不是所有法院程序之違法即同時構成上述憲法上基本權利的侵害，而仍應在個案中視法院程序的違反是否同時侵害該等基本權利絕對必要的保護範圍而定。⁷⁴否則，即以德國基本法第一〇三條第一項聽審請求權為例，因本權利幾為當事人在訴訟法上所廣泛擁有之權利之一，故聯邦憲法法院在審查法院程序中關於本項基

⁷² 此一判決見解並為上訴審所支持，見台灣高等法院民事判決87年度上字第76號。尤其，在此高院判決中，於支持原審法院判決見解時並首先論及：「按法的存在係以憲法秩序為內容，具有補充實體法不備的功能。司法的任務在於發現寓存於憲法秩序的基本價值理念，以合理的論據依實踐的理性和根植於社會正義的理念，促進法律進步。」此論述充分表示認知憲法應落實於具體的法層次及實際案例中，確值吾人喝采。

⁷³ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 311 f.; Schmidt-Bleibtreu, a.a.O., Rdnr. 142.

⁷⁴ Schlaich, a.a.O., Rdnr. 314.

本權利是否受到保障時，即變成同時在審查法院單純適用訴訟法上規定之合法性。其結果，違反訴訟法上的相關規定即同時構成違反該基本權利，憲法和一般法律就此即無差異性存在，⁷⁵此實不可不注意。

在法院程序之審查與基本權利的關聯性上，可以最高法院八十七年台上四一四〇號判決為說明。⁷⁶本號判決要旨謂：「刑事訴訟法第九十五條第一款（修正前第九十五條）規定『訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。』乃犯罪嫌疑人及被告在刑事程序上受告知及聽聞之權利之一，為行使防禦權之基本前提，屬於人民依憲法第十六條所享訴訟權保障之內容之一，旨在使犯罪嫌疑人及被告能充分行使防禦權，以維程序之公平。法院如欲依刑事訴訟法第三百條規定而為判決，尤須於審判期日前踐行上開條款後段規定之程序，始能避免突襲性裁判，而確保被告之權益；否則，如於辯論終結後，逕行變更起訴書所引之法條而為判決，就新罪名而言，實已連帶剝奪被告依同法第九十六條、第一百七十三條、第二百八十九條等規定所應享有而同屬上開憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，尤屬直接違背憲法第八條第一項所稱『非由法院依法定程序不得審問處罰』之規定，剝奪其正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，自應認該判決為違背法令，非僅訴訟程序違法而已。」換言之，該等程序之違背，即同時為憲法上基本權利（第八條及第十六條）的違反。⁷⁷

⁷⁵ Schalch, a.a.O., Rdnr. 313.

⁷⁶ 見台灣本土法學雜誌，2期，頁88，1999年6月，及陳運財教授對本判決之評釋。

⁷⁷ 另見最高法院87年台上字第644號判決要旨：「刑事被告在訴訟上有依賴律師為其辯護之權，此為人民依憲法第十六條享有之訴訟權所衍生之基本權，其性質係以確保實體上基本權為目之程序上基本權，其功能在使被告充分行使防禦權，俾與檢察官或自訴人立於平等之地位而受法院公平之審判。法院於訴訟程序之進行，對於此項辯護權之實踐，自不得恣意漠視，否則即不足以維護訴訟

四輔助性觀點：依基本權利受侵害之強度而定（Intensität des Grundrechtseingriffs）

法院裁判為釋憲機關所審查，實則上述界限與範圍並非（也不可能）一成不變，以便留予普通法院仍可基於特殊情況而在個案中有不同的考量空間。⁷⁸同時德國聯邦憲法法院就此亦曾發展所謂之「機動條款」，⁷⁹亦即釋憲機關對法院裁判的審查應合比例地（verhältnismäßig）視法院裁判干預基本權利之嚴重性而定。例如在電視中毀損他人名譽較在廣播中情節為嚴重，即應採取較嚴格的審查。若在高度侵及基本權利之案件，聯邦憲法法院甚至可自為取代法院之地位，就本案自為價值上決定。⁸⁰

五德國學說見解

上述主要由實質法觀點論述德國聯邦憲法法院所發展出之審查法院裁判之具體化內涵，但在德國學界部分，卻有諸多學者認此仍屬功能法上的問題，即聯邦憲法法院不成為超級法律審，及其與普通法院之權限區分等，實際上僅為國家不同功能間權限劃分——亦即為「權力分立」及「司法審判權內部分工」——的問題。⁸¹Schlaich氏則認此問題仍和實質上的憲法有關聯，尤其在基本權利放射效力的理論有長足的發展，以致於特別憲法和一般法律間的界限越來越難以界定，甚至有一個浮動的界限存在時，則釋憲機關的審查範圍亦不可能完全確定。因之，本問題就憲法上實質觀點予以論證說

上之程序正義。」亦即，若法院未注意及此等程序上基本權，即屬法院程序之違反憲法。

⁷⁸ Schlich, a.a.O., Rdnr. 297; Dörr, a.a.O., Rdnr. 306.

⁷⁹ BVerfGE 72, 122(139); 76, 1(51); 並參閱本文前述參、三。

⁸⁰ Schmidt-Bleibtreu, a.a.O., Rdnr. 143; Schlaich, a.a.O., Rdnr. 298及註679所引德國聯邦憲法法院裁判。尤其在言論自由受侵害的案件中，聯邦憲法法院的審查即較全面。晚近的判決如「軍人為殺人犯」（Soldaten sind Mörder）--BVerfGE 93, 266(289), vgl. Dörr, a.a.O., Rdnr. 302.

⁸¹ 如：Bryde, Verfassungsentwicklung, S. 315, 319, 1982; Scherzberg, Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, S. 26 f., 1989; Krauss, Der Umfang der Prüfung von Zivilurteilen durch das BVerfG, S. 144 ff., 1987; vgl. Schlaich, a.a.O., Rdnr. 317.

明，仍有其作為準則性之價值存在。⁸²

依此，在德國亦有諸多學者提出自己看法，或質疑聯邦憲法法院見解者，現即擇要整理如下：⁸³

1. Papier⁸⁴

Papier氏就「特別憲法」區分為「直接的憲法侵害與間接的憲法侵害」（direkte und indirekte Verfassungsverletzung）。前者如違反憲法之優越性與憲法保留，後者如一般合法性原則之侵害。而提起憲法訴願有理由者，僅限於直接的憲法侵害。法院裁判若僅為適用法律時不同基本權利地位的衡量（Abwägung zwischen verschiedenen Grundrechtspositionen bei der Rechtsanwendung），或僅為基本權利內在限制的適用（Anwendung von immanenten Grundrechtsschranken），或僅係比例原則運用失當（Verhältnismäßigkeitsprinzips fehlerhaft）者，則均僅為合法性原則之侵害，而非屬直接的憲法侵害，從而不能為憲法法院的審查對象。換言之，Papier氏之見解似限縮聯邦憲法法院審查法院裁判的範圍。

2. Waldner⁸⁵

Waldner氏主要參考德國聯邦憲法法院法官Rupp-von Brünneck於某聯邦憲法法院判決中不同意見書之見解，⁸⁶而將基本權利之侵害分為直接之侵害與間接之侵害。二者區別之標準即在於，該個別的基

⁸² Schlaich, a.a.O., Rdnr. 318.

⁸³ 以下主要參考：Schlaich, a.a.O., Rdnr. 301 ff.

⁸⁴ Papier, “Spezifisches Verfassungsrecht” und “einfaches Recht” als Argumentationsformel des BVerfG, in: BVerfG und GG I, S. 434 ff.; dazu: Schlaich, a.a.O., Rdnr. 302.

⁸⁵ Waldner, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehör im Zivilprozeß, 1983, S. 268 ff.; dazu: Schlaich, a.a.O., Rdnr. 303.

⁸⁶ BVerfGE 42, 143(155)：「以下二種狀況應予區別：一種為在適用法律時有必要就所涉及之基本權利與其他法益為衡量的案件，另一種為（在民事法律領域中）適用法律而僅結果觸及基本權利效力之案件（例如決定A或B為土地所有人，其結果涉及基本法第十四條第一項財產權之保障）。」