

論憲法法庭作為替代立法者 之合憲性 ——以訴訟權案例為中心*

高 國 祐**

要 目

- | | |
|---------------------|---------------------|
| 壹、問題意識 | 四、小 結 |
| 貳、何謂「替代立法者」？ | 參、德國法之討論 |
| 一、替代立法者之定義 | 一、否定見解 |
| 二、我國大法官或憲法法庭作為替代立法者 | (一)聯邦憲法法院裁判執行之狹義性理解 |
| (一)釋字第720號解釋 | (二)對基本法權力分立原則之形式理解 |
| (二)釋字第737號解釋 | 二、肯定見解 |
| (三)釋字第742號解釋 | (一)積極要件：規範與法理基礎 |
| (四)釋字第755號解釋 | (二)消極要件：權力分立原則之要求 |
| (五)釋字第762號解釋 | 三、小 結 |
| (六)釋字第799號解釋 | 肆、我國法之反省 |
| (七)釋字第805號解釋 | 一、制度比較之基礎 |
| (八)111年憲判字第7號 | 二、權限基礎問題 |
| (九)112年憲判字第14號 | 三、權力分立問題 |
| 三、德國聯邦憲法法院作為替代立法者 | |

DOI : 10.53106/199516202024050035001

* 本文感謝匿名審稿委員惠賜寶貴意見，惟文責仍由作者自負。

** 臺灣大學法律學研究所博士候選人、中央研究院法律學研究所人文社會科學博士候選人培育計畫人員。

投稿日期：一一二年八月十六日；接受刊登日期：一一二年十月二日



元照出版提供

請勿公開散布。

四、權限界限問題——訴訟權
案例分析

(一)類型一：111年憲判字第7
號、釋字第755號、第742
號以及第720號解釋

(二)類型二：112年憲判字第14
號、釋字第805號、第799
號、第762號及第737號解釋

(三)小 結

伍、評價規則之歸納與建立
陸、結 論



元照出版提供

請勿公開散布

摘 要

如何劃出違憲審查者及立法者之權限範圍，實為司法違憲審查機制之永恆難題。而此一難題在憲法法庭作成之諭知有形成規範並且替代規範之性質時，則顯得更為棘手。本文之研究客體即聚焦在此種「以解釋或裁判替代立法之諭知」，嘗試分析並評價此種宣告模式是否逾越權力分立之界線。核心之問題意識係，「違憲審查者」之角色除作為「司法者」外，得否具有形成規範之功能而作為替代之「立法者」？又若可以代替立法者，憲法法庭又應如何代替立法者？

對此，本文發展出類似於比例原則之操作模式。針對「替代立法諭知作為手段」與「達成落實基本權保障此一目的」之手段目的關聯性，提出不同層次之審查重點。希冀能藉由審查模型之建立，提供未來於評析憲法法庭有以諭知為替代立法之相關解釋或裁判時，檢驗並評價個案中憲法法庭是否已經逾越了權力分立界線之標準。

關鍵詞：憲法法庭、替代立法者、司法造法、諭知、大法官解釋之執行



元照出版提供

請勿公開散布

壹、問題意識

回顧我國違憲審查實踐之歷史，可以發現大法官解釋或憲法法庭裁判之宣告模式有其發展脈絡可茲探究¹。除了將法律單純宣告違憲而立即失效之外，更發展出多元的解釋效力宣告模式以對規範為合憲性控制。諸如：宣告違憲並且定期失效，或者宣告違憲並且容忍其繼續有效等。此外，同樣是違憲宣告的情形，除了如上述的效力宣告模式不同外，也於解釋或裁判中發展出對立法機關或者行政機關程度不一的「指示」。諸如：要求立法者修法或者立法，而有時亦會對此加上期限；或者要求行政機關依解釋意旨為適當處置或辦理登記。更甚者，近來除了上述的「限期修法（或立法）」外，針對規範不足之立法闕漏狀態，大法官或憲法法庭更形成內容及程度不一之介入方式，而直接或間接地介入了規範內涵之形塑²。

於此以兩則大法官解釋以及一則憲法法庭裁判為例。首先最為著名者即為關於同性兩人婚姻自由之釋字第748號解釋。在本號解釋中，大法官除命立法者於二年內依照解釋意旨完成相關法律之修正或制定，以達成婚姻自由之平等保護外。其更進一步宣告，若逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得「依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記」。此種作法為對規範作成違憲宣告後，要求立

¹ 就其發展過程，詳參翁岳生，*司法院大法官解釋效力之研究*，載*公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集*，2004年10月，頁3以下；吳庚，*憲法審判制度的起源及發展——兼論我國大法官釋憲制度*，*法令月刊*，第51卷第10期，2000年10月，頁28；廖義男，*司法院大法官解釋之權利救濟功能*，*法令月刊*，第66卷第6期，2015年6月，頁1以下。

² 鑑於本文之研究客體跨越了司法院大法官審理案件法及憲法訴訟法兩部法律之新舊法時期，故在即會涉及「大法官解釋」及「憲法法庭裁判」、「大法官」及「憲法法庭」等用語之轉換。而為了行文上之清晰性，若未特別涉及舊法時期之語意脈絡，則本文即統一以新法時期之用語為準。諸如：若要指涉我國之違憲審查者，則即不再強調「憲法法庭（或大法官）」，而統一以憲法法庭稱之。

法者限期修法，並進一步諭知若未於期限內完成修法，期限經過後應如何適用法律之問題。

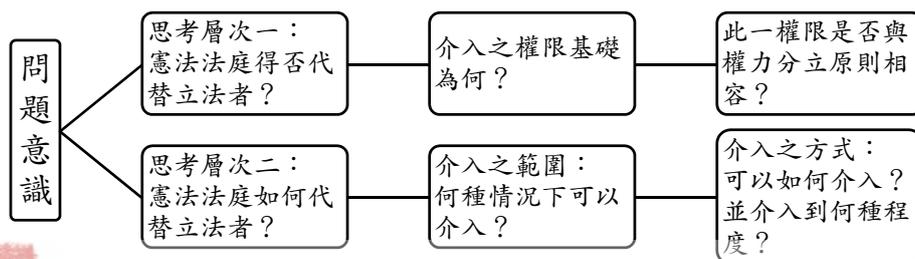
其次，則是關於受刑人司法救濟之釋字第755號解釋。在本號解釋中，大法官首先要求立法者須按「對於逾越達成監獄行刑目的所必要範圍，且侵害受刑人之基本權利之監獄處分或其他管理措施，應賦予其有及時有效之救濟權利」之解釋意旨，在二年內完成監獄行刑法之修正。此外，其再進一步指出，在修法完成前之過渡期間中，該等受刑人經依法提起申訴而不符其決定者，得「逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，請求救濟。其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定」。此種作法即為對規範作成違憲宣告後，要求立法者限期修法，並進一步諭知，在過渡期間時、規範尚未完備之狀態下，如何能使解釋意旨盡可能地實現。

值得注意的是，違憲審查者為替代立法諭知之行為並不僅存於過去大法官解釋時期；在憲法訴訟法時期，憲法法庭亦經常運用諭知而自行以憲法法庭裁判取代立法規範。舉例而言，在關涉刑事訴訟法官迴避制度之112年憲判字第14號中，憲法法庭即指出，法官就同一案件，曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，於該再審或非常上訴程序，應自行迴避不得參與審判。然而刑事訴訟法對此並未明文規定上開法官迴避事由，因而與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違。此外，憲法法庭進一步指示有關機關應於二年內限期修法。在修法完成前之過渡期間中，「刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理法院應依本判決意旨辦理」。換而言之，在修法未完成前，審理之法院即以憲法法庭之裁判作為規範之依據而為適用。

簡言之，第一則解釋之類型為限期修法期間經過後仍未修法之規範諭知類型，而後兩者則為限期修法期間經過前、於過渡期間內之規範諭知類型。在此，大法官不僅透過違憲宣告變動了法規範之效力，而更進一步直接或間接地介入了規範內涵之形塑。然而，此種作法或

如學者所謂展現了「大法官對於釋憲機關的人權守護者定位³」，惟此際仍不免要去思考如此以「司法解釋代替立法」背後之權力分立問題。蓋違憲審查者在保障人民權利之同時，其行使國家公權力仍應兼顧權力分立之分際。否則，保障人權之美意仍可能因反對者指謫逾越權限而大打折扣。因此，違憲審查者作為替代立法者在法學層次的討論實為一刻不容緩的議題。

基於此一研究動機，本文最為核心之問題意識即為確認憲法法庭以「裁判代替立法之諭知」此種宣告模式是否逾越權力分立之界線。進步言之，又可將問題區分為兩個層次：第一，憲法法庭可否代替立法者？第二，若可以代替立法者，憲法法庭又應如何代替立法者？細繹之，首先即須探求，憲法法庭作為替代立法者之權限基礎何在？且此一權限是否與權力分立原則相容？若具備如此權限之規範泉源且不違反權力分立原則，則需進一步去問：憲法法庭在何種情況或條件下可以以作為替代立法者之角色介入？如果可以介入，又可以如何介入？並且介入到何種程度？就此，以下謹略以圖示本研究所關懷之核心議題：



元照出版提供問題意識架構圖 勿公開散布。

³ 蘇慧婕，2017年憲法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1688。

簡言之，本文之問題意識先探求憲法法庭以替代立法者方式介入之權限基礎，並分析此一權限基礎是否與權力分立原則相容。若如此之權限不違反權力分立原則，則再進而觀察其可以介入之範圍，並針對介入之方式——即介入之內容以及介入之程度——建構可操作性之評價規則，以茲審查未來「以裁判代替立法」之相關案例是否逾越權力分立之界線。

關於研究範圍之劃定，鑑於過去大法官作成「以解釋（或裁判）替代立法諭知」之案件繁多，且分散於多種基本權及事務領域，而為求討論得以聚焦且囿於篇幅之限制，本文擬進而關注在訴訟權案件之分析。其理由在於，在關於訴訟權之案件中，係大法官最積極作成替代立法諭知之情形，所累積之案例為最多⁴，而得以更為精確地觀察及分析，就此亦有助於本文最終評價替代立法諭知標準之建構。

在研究方法上，基於我國違憲審查制度之設計伊始相當程度參考了德國法制⁵，且在制度運作上如釋字第371號所言：「我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，即與歐陸國家相近」。且在數十年之歷史發展中，透過法規範之修正及大法官解釋之司法實踐，我們亦可發現，在權限及聲請程序上，我國之發展也

⁴ 於此本文依所涉之基本權或事務領域，將大法官以解釋或裁判替代立法之案件及分布情形整理如下：人身自由案件有8件（112年憲判字第13號、111年憲判字第1號、釋字第796號、第775號、第677號、第664號、第523號、第471號解釋）；訴訟權案件有9件（112年憲判字第14號、111年憲判字第7號、釋字第805號、第799號、第762號、第755號、第742號、第737號、第720號解釋）；平等權案件有4件（111年憲判字第4號、釋字第748號、第624號、第477號解釋）；財產權案件有3件（釋字第786號、第763號、第747號解釋）；憲法訴訟制度案件有2件（釋字第585號、第371號解釋）；資訊隱私權有1件（111年憲判字第16號）；原住民身分認同權有1件（111年憲判字第17號）。

⁵ 關於我國違憲審查制度之繼受可參蘇仕君，我國違憲審查制度之繼受——以比較法為中心，中正大學法律學系碩士論文，2005年6月，頁62以下。又關乎本文所欲探究之主題「司法院大法官解釋之宣告模式」，翁岳生認我國雖未刻意仿效哪一個國家，但解釋效力之形成相當程度上與奧地利以及德國制度運作模式相近。參翁岳生，前揭註1，頁34。

越來越近似於德國聯邦憲法法院⁶。因此要解決制度實踐面上所遇到的問題，以比較法之方法觀察並分析德國法之相關學說及實務運作即有其必要性。

為達此一研究目的，於架構上首先即須定義何謂「以解釋（裁判）替代立法之論知」，並觀察我國大法官（憲法法庭）及德國聯邦憲法法院如何作為替代立法者（以下貳、）。其次，在此一認識基礎之上，就德國學說關於違憲審查者得否具有形成規範之功能而作為替代之「立法者」進行討論（以下參、）。接著，回到我國之脈絡下，對於兩國法制度進行比較，並在此基礎上分別就替代立法者之權限基礎、權力分立以及權限界限問題進行分析（以下肆、）。最後，嘗試整合本文各問題層次之論點，並以此建構評價規則以作為未來分析此一議題合憲性之標準（以下伍、）。文末，並以結論總結全文（以下陸、）。

貳、何謂「替代立法者」？

在進入對本文問題意識之討論前，首先須探究的是，何謂為「替代立法者」或者「以大法官解釋（或憲法法庭裁判）替代立法」，即本文之研究客體所指為何之問題。而於此擬先介紹文獻上對於「替代立法者」或「以解釋代替立法」之定義，以及其等對此概念之評價。並在此基礎之上，提出本文之見解。其次，再基於此一定義，對於我國與訴訟權相關、且大法官或憲法法庭有以解釋或裁判替代立法論知之解釋或裁判予以整理，以為後續討論之基礎。最後，亦觀察聯邦憲法法院如何作為替代立法者，及其對自身以裁判代替立法之看法。

一、替代立法者之定義

文獻上首次對「替代立法者」有較為完整之介紹者，首見於吳庚

⁶ 張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，載憲法解釋之理論與實務（第八輯），2014年7月，頁115以下。

所著之〈社會變遷與憲法解釋〉以及專書《憲法的解釋與適用》中。其認為，在解嚴後之民主化時期，大法官之角色從過去作為政府部門的法律諮詢機構，轉為人民權利的守護者⁷。進步言之，大法官更扮演三種特殊角色：代位的（或替代的）立法者、代位的制憲者以及重大衝突的化解者⁸。而大法官作為替代立法者，其不僅有權否決法律，更得以行使積極之立法權，於立法怠惰之情形時，逕行諭知補救措施。而論者參考德國學說以及德國聯邦憲法法院之違憲審查實踐，指出其具體行使之方式則有三⁹：或指示立法機關如何修改法律實屬合憲；或於立法不作為時，將因規範不足狀態而被宣告違憲之原條文，擴張適用到本來遭排除適用者；或自行創設新的規範。

法治斌在〈與大法官共治，難嗎？〉一文中，並未清楚指出替代立法者之定義，而僅言釋字第477號解釋已經具有立法之特質。並認為，大法官指示立法機關應如何修法時，已經可能受到「超級國會」之嫌。又若如同釋字第477號解釋，直接將規定擴張適用到本來遭排除適用者，則此種以解釋代替立法之方式，固應肯定其保障並伸張人民之權利，然實則已根本顛覆司法與立法間之界線¹⁰。由此可知，論者明確地採取此種宣告模式已違反權力分立之立場。

同樣針對釋字第477號解釋之宣告模式，翁岳生〈司法院大法官解釋效力之研究〉一文則認為，對於立法者明顯之不作為瑕疵，在不待另行立法之情況下，以解釋代替法律直接賦予人民請求權基礎，對於人民權利之保障固為周全¹¹。然而，此種以「司法解釋」代替「立法決定」之作法，實已臨界司法權功能之邊緣，應審慎行事以免侵犯

7 吳庚，社會變遷與憲法解釋，載憲法解釋之理論與實務（第四輯），2005年5月，頁5。

8 同前註，頁6。

9 吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月，頁347-349。

10 法治斌，與大法官共治，難嗎？，憲政時代，第26卷第3期，2001年1月，頁80。

11 翁岳生，前揭註1，頁19。

立法者之權限¹²。

最新的文獻則為許宗力所撰之〈憲法法院作為積極立法者〉。論者依憲法法院之積極程度不同，而將替代立法者區別為三種類型：軟性替代立法者、補充立法者以及剛性替代立法者¹³。所謂軟性替代立法者指涉的是，憲法法院僅指示後續立法方向，而未設定其他後續之法律效果，是對於機關之拘束力有限；補充立法者則為，憲法法院提供修法期間之暫時措施，而較之前者對於各機關有較強之拘束力；而剛性替代立法者則不僅作成過渡措施，而可能直接取代立法者的地位，決定未來規範的內容，是為最強之介入類型。

綜上所述，可以發現上揭論者對替代立法者之定義容有不一，惟大致上仍可將上述類型綜合整理如下：第一，指示立法機關如何修改法律；第二，指示立法機關如何修改法律，並且附加上期限，即限期修法；第三，除宣告限期修法外，更指示各級法院應續行繫屬之案件，並自行「以合憲之方式作出決定」；第四，或於立法不作為時，將因規範不足狀態而被宣告違憲之原條文，「擴張適用」到本來遭排除適用者；第五，直接自行創設新的規範。且論者大抵上是認為，司法院大法官作為替代立法者，而以解釋代替立法，實已逾越司法者之權限，或者有違反權力分立之虞而應審慎行事。

對於替代立法者，本文之定義則為：於大法官解釋或憲法法庭裁判中，大法官或憲法法庭在宣告系爭受審查之規範標的之效力為何外，有進一步為積極之諭知。且此一諭知，有發生向未來形成規範、並且替代規範之效果者。而使得法院在審判時，依此進行規範之適用；或者，使得行政機關依此為適當之處置或措施。亦即，關注之重點在於，大法官解釋或憲法法庭裁判有發生「法官造法」之結果。

¹² 翁岳生，前揭註1，頁19。

¹³ 許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊，第25期，2019年9月，頁6-7。

詳言之，本文所稱之替代立法者係指，違憲審查者所為之諭知發生形成規範之效果，使得法院依「法」審判之法以及行政機關依「法」行政之法，已非被宣告違憲之舊法，而是大法官解釋或憲法法庭裁判中之諭知，或者經大法官或憲法法庭諭知所形塑之舊法。於此之下，前述學說所稱之單純「指示立法機關如何修改法律及檢討改進」，或者對此再加上期限而形成「限期修法」之兩種類型，雖然有對立法者進行指示，但因未有發生形成規範、並因而未產生替代法律之效果，而不在本文「替代立法者」之宣告類型、亦不在「以解釋（或裁判）替代立法」之涵攝範圍之內。

二、我國大法官或憲法法庭作為替代立法者

在確立了研究客體後，於此擬進一步整理大法官解釋及憲法法庭裁判中，關於訴訟權案件對於上揭規範諭知之運用，以期更進一步觀察大法官或憲法法庭在此類案件中作為替代立法者之展現。關於訴訟權之案件共有9件，分別為釋字第720號、第737號、第742號、第755號、第762號、第799號、第805號解釋、111年憲判字第7號及112年憲判字第14號。以下將說明，在這些解釋及判決中，大法官或憲法法庭如何運用替代立法諭知以為宣告。

（一）釋字第720號解釋

本號解釋係對於釋字第653號解釋之補充解釋。在該號解釋中，羈押法第6條及同法施行細則第14條第1項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，因與憲法保障人民訴訟權之意旨有違，大法官爰宣告相關機關應於解釋公布之日起二年內限期修法，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。

然而，相關規範經過五年期間仍未修正，大法官於是作出本號補充解釋，並為兩項諭知：其一，對本案聲請人而言，諭知其救濟方法，包括救濟法院以及救濟期限；其二，對受羈押被告之通案而言，在新法修正公布前，若對有關機關之申訴決定不服者，應準用刑事訴訟法第416條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。簡

言之，在此雖違憲舊法並未賦予受羈押之被告向法院請求救濟之權利，然大法官則直接以解釋形成規範，讓被告得以準用刑事訴訟法之相關規定請求救濟。

(二)釋字第737號解釋

本號解釋涉及，刑事訴訟法第33條第1項以及第101條第3項規定，使偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人於羈押審查程序中得以獲知之卷證資訊，僅為聲請羈押事由所依據之事實，是否侵害人民受憲法第8條及第16條保障之人身自由以及訴訟權之爭議。對此，大法官認為，檢察官聲請羈押之理由及有關證據，係法官是否裁准羈押之依據，基於憲法正當法律程序原則，自應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知，俾得有效行使防禦權。而系爭規範使其等得以獲知者僅限於聲請羈押事由所依據之「事實」，並未包括檢察官聲請羈押「理由」之具體內容及有關「證據」，與憲法所保障之正當法律程序原則不符而為違憲。

在裁判宣告模式方面，大法官指示立法者應於解釋公布日起一年內依解釋意旨進行修法。若逾期未為修法，則法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。換言之，於此大法官即使得法院於審理羈押案件時，依照大法官之諭知而非立法者之法律，讓偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人得以獲知檢察官據以聲請羈押之理由及相關證據，而不僅限於法條原先限定之「事實」。

(三)釋字第742號解釋

本案涉及都市計畫定期通盤檢討變更，如其中具體項目有直接限制一定區域內特定人或可得確定多數人之權益或增加負擔者，得否就該部分進行行政爭訟之爭議。對此，大法官認為，都市計畫之定期通盤檢討變更，屬法規性質而非行政處分。而在現行制度下，縱使損害人民權益仍須待後續行政處分作成後始得以進行救濟。然都市計畫核定發布後，都市計畫範圍內土地之使用將受限制，影響區域內人民權益甚鉅。基於訴訟權及時有效完整之保障意旨，應使人民權利因都市

計畫受有侵害時，得及時提起訴訟請求救濟。

在裁判宣告模式方面，大法官命立法者應於二年內修法增訂相關規定，使人民得就違法侵害其權利之都市計畫，提起訴訟以茲救濟。而若逾期未為增訂，則二年期間經過後，人民即得準用訴願法及行政訴訟法關於違法行政處分之救濟規定為行政爭訟。就此，大法官在法無明文之情形下，即以解釋替代立法，使過渡期間經過後若仍無相關救濟規定，人民仍得進行救濟。

(四)釋字第755號解釋

本號解釋所涉者，係受刑人若不服監獄處分或其他管理措施，監獄行刑法第6條及同法施行細則第5條第1項第7款不許其向法院請求救濟，是否違憲之爭議。對此大法官認為若該處分或管理措施已逾越達成監獄行刑目的之所必要範圍，從而不法侵害其憲法所保障，且其侵害程度非屬輕微時，容許受刑人向法院請求救濟，始符憲法第16條訴訟權有權利即有救濟之意旨。爰認系爭規定未使受刑人向法院請求救濟為違憲，指示立法者在二年內完成監獄行刑法之修正。

大法官並諭知，在修法完成前，受刑人得在申訴決定書送達後三十日不變期間內，逕向監獄所在地之地方法院行政訴訟庭起訴，其案件之審理準用行政訴訟法簡易訴訟程序之規定。換言之，大法官在此即作出過渡性之規範，使得所有受刑人通案上（而非僅限於本案聲請人）若符合上述要件，即得在無法律明定之情況下，「及時」並「直接」向法院請求救濟。

(五)釋字第762號解釋

本號解釋所涉之爭議為，刑事訴訟法第33條第2項前段規定：「無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本」，未賦予「有辯護人之被告」直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與「卷內筆錄以外之卷宗及證物影本」之權利，是否牴觸憲法第16條對訴訟權之保障。對此，大法官認為，就卷證獲知權之主體而言，此一權利屬被告訴訟權保障應享有之充分防禦權，並不

因被告有無辯護人而有異，且辯護人檢閱卷證亦不當然可完全替代被告之卷證資訊獲知權，因此系爭規定未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證之權利，與訴訟權之保障意旨有違。其次，就卷證獲知權之範圍而言，系爭規定使被告無法適時獲知卷內筆錄以外之卷宗及證物影本，如此即無法於法院調查證據時，對相關證據資料充分表達意見，因而有礙其防禦權之行使，亦與訴訟權之保障意旨不符。

在違憲宣告模式方面，大法官為避免宣告系爭規範失效而導致原先得以檢閱卷證者亦喪失其權利，因而未宣告系爭規範失效而使其繼續有效。此外，並宣告限期於一年內進行修法。若逾期未完成修正，法院應依審判中被告（不論有無辯護人）之請求，於預納費用後付與全部卷宗及證物之影本。換而言之，若過渡期間經過後立法者仍未為修法，則此時即發生以解釋替代立法之效果，使得「有辯護人之被告」在此亦具有直接獲知卷證資訊之權利。

(六)釋字第799號解釋

本號解釋所涉之爭點之一係，刑事訴訟法及性侵害犯罪防治法均未規定應賦予受處分人於聲請宣告或停止強制治療程序，有到庭陳述意見之機會，是否違憲之爭議。對此，大法官認為，對於性犯罪者施以強制治療，係為對其之重大限制，因此即應踐行正當法律程序，尤其是應使其於強制治療之宣告及停止程序有親自或委任辯護人到庭陳述意見之機會。而相關規定皆欠缺此類訴訟程序上之保障，因此與憲法保護之正當法律程序不符而為違憲。在違憲宣告方面，大法官命立法者應於二年內限期修法。此外，在修法前之過渡期間，大法官並諭知法院應依照解釋意旨，使受治療者有親自或委任辯護人到庭陳述意見及辯護之機會。

(七)釋字第805號解釋

本號解釋涉及，少年事件處理法第36條及其相關規定未明文賦予被害人於少年保護事件處理程序中到庭陳述意見之權利，是否有違憲法訴訟權以及正當法律程序之爭議。對此，大法官認為，犯罪被害人

於程序上雖非當事人，但仍屬重要關係人，基於憲法正當法律程序原則之要求即應享有一定之程序參與權。而此一程序參與權即包含了犯罪被害人到庭陳述意見之權利，係為法院應遵循之正當法律程序之一環，自應受憲法之保障。而系爭規定不符此一要求，即與憲法保障被害人程序參與權有違而為違憲。

在違憲宣告方面，大法官指示立法者應於二年內依解釋意旨限期修法。並且，於修法完成前，少年法院於少年保護事件處理程序進行中，除有正當事由而認不適宜者外，即應傳喚被害人到庭並予陳述意見之機會。換言之，在修法完成前之過渡期間，少年法院即應依大法官之諭知在程序上使被害人有到庭陳述意見之權利。

(八)111年憲判字第7號

本件裁判涉及，刑事訴訟法規定檢察官得依照該法第245條第2項限制或禁止辯護人在場、筆記或陳述意見，但卻未賦予被告、犯罪嫌疑人或辯護人對此處分請求救濟之機會，是否違憲之爭議。對此，憲法法庭認為，基於憲法上正當程序以及訴訟權之保障，刑事被告享有偵查中之辯護權，而就除可以選任律師之權利外，尚包含辯護人之在場權、筆記權及陳述意見權等。刑事訴訟法第245條第2項規定賦予檢察官得以對偵查中之辯護權進行限制或禁止，惟現行刑事訴訟法並未設有相應之救濟途徑。在此之下，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人即無法就相關處分請求法院為有效之權利保護，而有違有權利即有救濟之憲法原則，因而侵害憲法上之訴訟權。

在違憲宣告方面，憲法法庭要求立法者應於二年內依判決意旨限期修法。而在修法前，被告、犯罪嫌疑人或其辯護人，得準用刑事訴訟法第416條第1項之規定，就檢察官限制或禁止辯護人於訊問被告或犯罪嫌疑人時在場、筆記或陳述意見之處分，聲請所屬法院撤銷之。

(九)112年憲判字第14號

本號裁判所涉爭點之一係，刑事訴訟法中並未有關於法官就同一案件曾參與據以聲請再審或提起非常上訴之刑事確定裁判者，而應於

該再審或非常上訴程序迴避之規定，就此是否違反了憲法對於人民訴訟權之保障。對此，憲法法庭認為，法官因曾參與同一案件之先前審判是否必然會使當事人喪失其審級利益之判斷關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，進而導致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益。因此，當參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，即使不涉及通常救濟程序之審級利益，因仍會發生「審查自己所作裁判」之情形，於此實難以期待該法官得以發現並糾正自己的錯誤，從而即損及當事人之非常救濟利益，而與憲法第16條保障訴訟權之意旨有違。

在違憲宣告方面，憲法法庭指示有關機關應於二年內限期修法。而在修法完成前之過渡期間中，憲法法庭進一步指示，對於刑事訴訟再審及非常上訴程序之新收與繫屬中案件，審理案件之法院即應依本判決意旨辦理。

三、德國聯邦憲法法院作為替代立法者

在德國聯邦憲法法院之違憲審查實務中，其裁判宣告模式除常見之無效宣告、合憲性解釋、警告性裁判外，其亦透過聯邦憲法法院法第35條關於執行規制（Vollstreckungsregelung）之規定，發展出所謂的「進一步之效力指示」¹⁴。而聯邦憲法法院對於執行規制的運用非常多元：或附有修法的指示（mit einer modifizierenden Maßgabe），要求立法者除去違憲的狀態，而有時亦會加上期限¹⁵；或諭知違憲規範暫時繼續適用¹⁶；或形成過渡規範，以為法之續造¹⁷。而透過此一執

¹⁴ Vgl. Helmut Philipp Aust/Florian Meinel, Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG. Tenor, Systematic und Wirkung, JuS 2014, S. 113-117; Werner Heun, Normenkontrolle, in: Peter Badura (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 632-638.

¹⁵ Vgl. Aust/Meinel, a.a.O.

¹⁶ Vgl. Reinhard Gaier, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, S. 964-965.

¹⁷ Vgl. Aust/Meinel, a.a.O. (Fn. 14), S. 116.

行規定及由此發展出之宣告模式作為基礎，聯邦憲法法院即在裁判中作成諭知，而發揮了形成規範之功能。

於此，以第一次墮胎案為例¹⁸。本案係聯邦憲法法院以裁判替代立法之首要案件，也引起了學說上廣泛的討論。本案所涉之爭議為，一九七四年刑法關於墮胎罪之修法採取期限模式（Fristenmodell），允許懷孕婦女只要參與諮詢程序，則於懷孕後十二週內皆得以自由墮胎之規定，是否違反基本法第2條第2項及第1條第1項而為違憲。亦即，此次修法將原本嚴格僅限於孕婦有生命或健康之重大危險時始得以墮胎，大幅放寬至只要懷孕婦女於特定期限內經過醫療諮詢，則其墮胎行為即為不罰¹⁹。

對此，聯邦憲法法院認為，基於國家對胎兒之保護義務，其生命權應較孕婦之自決權有優先之地位²⁰。蓋因懷孕生育子女雖會影響人格發展可能，但墮胎卻會毀滅胎兒生命。因此，國家原則上必須完成促使懷孕婦女之分娩義務，使墮胎行為原則上為非法²¹。是以，系爭規範使得在懷孕前十二週內之墮胎皆為合法，如此即無法發揮保障生

¹⁸ 關於聯邦憲法法院作為替代立法者之案件，綜合德國學者及本文之整理，目前共有9案。分別是：第一次墮胎案（BVerfGE 39, 1）、第三次政治獻金案（BVerfGE 73, 40）、妻冠夫姓氏案（BVerfGE 84, 9）、第二次墮胎案（BVerfGE 88, 203）、工作義務案（BVerfGE 98, 169）、語言功能障礙者遺囑案（BVerfGE 99, 341）、選舉權人團體案（BVerfGE 121, 108）、Hartz IV案（BVerfGE 125, 175）以及庇護申請者救助法案（BVerfGE 132, 134）。然而，囿於篇幅及論證之必要性，本文在此僅選擇第一次墮胎案作為事例，而未就所有案件進行介紹。其理由在於，一方面本案係聯邦憲法法院第一次作成以裁判替代立法之案件，相關學說之討論亦皆由此開展。另一方面，透過此案即可觀察出聯邦憲法法院對於自身作為替代立法者之態度，以及點出背後之核心問題意識，並由此進一步對於正反見解進行討論。因此，對於所有案件進行介紹及分析之必要性即有限。關於第一次墮胎案係為聯邦憲法法院首次作成替代立法之案件說明參照 Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., 2021, Rn. 474.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 39, 1, 4 ff.

²⁰ Vgl. BVerfGE 39, 1, 36 ff.

²¹ Vgl. BVerfGE 39, 1, 43 ff.

命之效果，因而違反基本法對於胎兒生命權之保障而為違憲無效。

然而，憲法法院亦認為，懷孕對婦女之身體精神亦有重大影響，而對其人格發展可能性有所限制。因此，基於對人格內在決定自由之尊重，在不可期待婦女繼續懷孕之情況下，即不應予以處罰²²。對此，憲法法院即進一步作成諭知，使得在修法前之過渡期間，懷孕婦女在符合特定無期待可能性之事由時進行墮胎，即不受墮胎罪之處罰。亦即，聯邦憲法法院一方面並不使修法前之舊法繼續適用，因為在此之下刑罰性被大幅擴張，對於懷孕婦女之自主決定影響過大；另一方面亦不對系爭新法採取單純之無效宣告，使得對於胎兒生命之保護完全落空²³。而係自行形成規範，使得墮胎行為在立法者新法作成前，法院在判斷墮胎行為是否處罰時即依照聯邦憲法法院之諭知²⁴。

對如此裁判代替立法之作為，聯邦憲法法院自己認為其權限之規範基礎在於聯邦憲法法院法第35條，即「聯邦憲法法院得於裁判中決定裁判之執行機關；其亦得於個案中規定執行之方式」²⁵。依此，其將本條作為是立法者對於憲法法院執行指示的「概括授權」（Generalermächtigung）。亦即，是立法者有意保留給法院，讓聯邦憲法法院可以有充分的自由，以最適當的、最迅速的、最合目的的、最簡便的以及最有效的方式，來實現判決中的誡命²⁶。因此，關於「執行」之概念，相較於其他如民事訴訟法中對給付判決的執行，聯邦憲法法院在此進行了更廣義的解釋。而藉此廣義解釋，聯邦憲法法院自稱為「執行之主」（Herr der Vollstreckung）²⁷。簡言之，聯邦憲法法院認為，其對於裁判宣告之形塑與表達以及裁判效力的確保，具

元照出版提供 請勿公開散布

²² Vgl. BVerfGE 39, 1, 46 f.

²³ Vgl. Shlaich/Koriath, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 474.

²⁴ Vgl. a.a.O.

²⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1, 2 f.; BVerfGE 88, 203, 209.

²⁶ Vgl. BVerfGE 6, 300, 303 f. = NJW 1957, 785.

²⁷ Vgl. BVerfGE 6, 300, 303 = NJW 1957, 785.

有廣泛的不受拘束性²⁸。

利用這樣的執行權限，在對法律宣告違憲的規範審查程序中，聯邦憲法法院透過執行規制作出對立法者之細節性指示諭知。且這個諭知，一方面形成了過渡期間的規範，將違憲的規範除去，並進一步地創造一個合憲的狀態；另一方面也透過這樣的方式，預設了一個對未來合憲新法應該具備的內容²⁹。進步言之，聯邦憲法法院認為，「執行」在此即為法院所作所有諭知指示之總稱，而這些諭知都是為了實現法院所尋求及發現的法的必要措施³⁰。亦即，執行規制是為了實現法院認定事實，並適用法律後之裁判結果，以創造並實現一個合憲的狀態，並由此避免違憲無效法律之真空狀態³¹。

綜上所述，聯邦憲法法院對於第35條執行規制之運用，並非古典意義下對於給付判決的執行概念，毋寧重在對於裁判結果之貫徹，也就是合憲狀態的實現而言。由此可知，聯邦憲法法院認為，為了除去違憲侵害的結果，並且實現對於個案之權利保護，其得以運用聯邦憲法法院法第35條所賦予之執行權限，以形成過渡規範。

四、小 結

綜上，我們釐清並確立了本文之研究客體，即所謂的「以解釋（或裁判）替代立法之諭知」係指該諭知有形成規範、並且替代規範之效果者。而基於這樣的認識，本文進而觀察了我國大法官或憲法法庭以及德國聯邦憲法法院在司法實踐上如何作為替代立法者，而在個案中發揮了司法造法之結果。

然而，透過以上討論我們亦得發現，對於此一形成規範的權限是否與權力分立原則相容之問題，不論是司法院大法官（或憲法法庭）

²⁸ Vgl. Shlaich/Koriath, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 55.

²⁹ Vgl. Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., 2020, Rn. 26-27.

³⁰ Vgl. BVerfGE 6, 300, 304 = NJW 1957, 785; BVerfGE 68, 132, 140.

³¹ Vgl. BVerfGE 73, 40, 101 f.

或聯邦憲法法院皆未於其相關裁判中說明及解釋理由。因此，仍需進一步探究學者對於憲法法院形成規範之不同看法，以分析憲法法院作為替代立法者之「得否可能」及「如何可能」之問題。

參、德國法之討論

對於替代立法者之討論，其首要的問題即為，憲法法院是否得為替代立法者，亦即探究憲法法院自行形成規範的權限基礎何在及是否違反權力分立之問題。而基於我國法上之相關討論有限，因此以下擬先借助德國學說上之討論，於分別介紹完否定見解及肯定見解後，再於下一部分回到我國法之脈絡下對於肯否見解進行分析。

一、否定見解

關於否定見解，學者即分別從法條文義之解釋、作用法之觀點、規範變遷之角度以及權力分立之看法出發，以論證聯邦憲法法院法第35條並不足以作為聯邦憲法法院形成過渡規範之法律基礎，且基本法亦無賦予聯邦憲法法院此一權限。

(一)聯邦憲法法院裁判執行之狹義性理解

首先，同樣從法條文義出發，相較於聯邦憲法法院對於執行之廣義理解，有學者則認為，如此過渡期間的規制，實則已逸脫了聯邦憲法法院法第35條的文義範圍。因為在此法院所為者，並非對於「無效宣告」以及「與基本法不符之宣告（Unvereinbarerklärung，又稱單純違憲宣告）」的執行措施³²。詳言之，無效宣告對於法規範之效力，本係指自始、當然無效而言。如此一來，此一宣告既無法被執行，也不需要被執行³³。此外，關於「與基本法不符之宣告」，此一宣告模式既為單純宣告法規範為違憲，則在執行的意義之下，既不具有執行能

³² Vgl. Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1. Aufl., 1980, S. 235f.

³³ Vgl. a.a.O.

力（vollstreckungsfähig）也沒有執行必要（vollstreckungsbedürftig）³⁴。亦即，對於此種宣告模式，法律上的效果並不明確，因此此種宣告模式本身並不具有執行的可能，也自然沒有執行的必要。

進步言之，不論是「無效宣告」抑或是「與基本法不符之宣告（即單純違憲宣告）」，其等都不具有執行的問題，理由即如前述，因兩者性質上皆為確認判決以及形成判決，而無執行的可能以及執行的必要³⁵。因此，重點毋寧在於裁判中其他諭知自身——諸如：過渡規範——的執行問題，然而過渡規範本身的法律基礎正是有所疑問的。是以，當聯邦憲法法院由聯邦憲法法院法第35條證立過渡規範，而以之作為權限之規範基礎時，即可能造成循環論證³⁶。簡言之，關於過渡規範之執行問題應適用聯邦憲法法院法第35條，然而聯邦憲法法院卻由本條來導出過渡規範之權限基礎。

其次，從作用法上來看，聯邦憲法法院並不具有對於政治之執行機制（Durchsetzungsmechanismus），因此聯邦憲法法院法第35條並非授權聯邦憲法法院「自己」執行其判決，而使其同時是判決機關以及執行機關³⁷。詳言之，相較於法律賦予專業法院有強制執行之權限，聯邦憲法法院事實上缺乏實際意義的執行權，即下命權（Befehlsgewalt）以及強制執行權（Zwangsgewalt）³⁸。對於聯邦憲法法院之判決及其判決執行之遵守，最終仍要依賴其他國家機關之接受。雖然基於憲法機關忠誠義務（Verfassungsorgantreue），其他國家機關應順從並接受聯邦憲法法院的指示，然而其他國家機關是否要遵

³⁴ Vgl. Ralf Rothkegel, Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber- die Übergangsregelungen des Hartz-IV und des AsylBLG-Urteils, ZFSH/SGB 2012, S. 521.

³⁵ Vgl. Wolfgang Roth, Grundlage und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen, AöR Bd. 124 (1999), S. 477-478.

³⁶ Vgl. Rothkegel, a.a.O. (Fn. 34), S. 521.

³⁷ Vgl. a.a.O., S. 522.

³⁸ Vgl. Hillgruber/Goos, a.a.O. (Fn. 29), Rn. 31.

守實際上還是掌握在他們手中³⁹。因此，當憲法或法律在作用法上沒有讓聯邦憲法法院擁有這個強制執行的權力手段，則由此亦可推得，在組織法上，聯邦憲法法院並不具有這樣的權限⁴⁰。

第三，則是從規範變遷的角度觀之。論者認為，聯邦憲法法院形成過渡規範之作法，其性質上已屬於一種替代立法的緊急命令（*Notverordnung*）的運用，而類似於威瑪憲法第48條第2項帝國總統之緊急命令權，然此一規範在基本法中被刻意的忽略⁴¹。因此，在其他國家機關失靈時，一個一般性的機關替代權限是不可能的。若聯邦憲法法院透過聯邦憲法法院法第35條重新獲得這樣的權限，則如此即會使其成為不被信任的緊急狀態的發動者，而踐踏了立法者的權限⁴²。

（二）對基本法權力分立原則之形式理解

此外，對於聯邦憲法法院將聯邦憲法法院法第35條視為是立法者的概括授權，而使其得具有所有實現其裁判之必要權限。論者則認為，雖然聯邦憲法法院法並未包含詳盡的程序規範，而保留給聯邦憲法法院就其程序為合目的的形塑，然這並不代表其即具有程序自主（*Verfahrensautonomie*），而仍受憲法原則或一般實定法所拘束⁴³。因此，即使聯邦憲法法院法有意保留給聯邦憲法法院自己形塑程序規範，諸如：裁判宣告之形塑以及裁判效力之確保等，然並不代表允許聯邦憲法法院忽視權力分立原則的憲法界限⁴⁴。

基此，論者Böckenförde即站在國家機關之任務及其相應責任的角度出發而認為，當聯邦憲法法院可以預先決定並且作成詳細的預先規

39

Vgl. a.a.O.

40

Vgl. Lübbel-Wolff, Sondervotum zu BVerfGE 134, 366, 419, 421.

41

Vgl. Hans-Peter Schneider, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG – ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts?, NJW 1994, S. 2593.

42

Vgl. a.a.O.

43

Vgl. Rothkegel, a.a.O. (Fn. 34), S. 521.

44

Vgl. a.a.O.

範（Vorgabe），則可能會使憲法法院成為立法者的指導者，並使其對未來立法決定的合憲性不負有責任⁴⁵。詳言之，論者從權力分立之觀點出發，認為一方面從權限來看，盡可能快速地將違憲狀態轉換為合憲，已非憲法法院作為審查者及監督者之任務所涵攝之範圍⁴⁶。對於更進一步的規範形成，應為憲法賦予立法者的權限及任務。另一方面，從責任的觀點來看，假若聯邦憲法法院具有如此之介入權限，則將可能使得立法者逃避其立法之責任，繼續在違憲狀態下拖延立法或者修法⁴⁷。簡而言之，吾人並無法從此一執行規範（Vollstreckungsvorschrift）中導出判決機關被授權成為一個執行機關，而得以逾越國家權力間的管轄權界限（Zuständigkeitsgrenzen）。

綜上所述，關於反對見解，即認為憲法法院作為替代立法者欠缺權限基礎者，我們實際上可以從兩個論述基礎進行整理分析：其一是從聯邦憲法法院法出發，而針對執行概念本身進行「狹義的」解釋，認為執行的概念並無法涵攝過渡規範之形成，因此聯邦憲法法院法第35條無法作為規範基礎；其二則是站在憲法上權力分立之觀點，認為基本法在「形式上」並未賦予聯邦憲法法院規範形成之權限，如此即僭越其作為審查者及監督者之角色，並且亦會使得立法者逃避其立法責任，因此基本法亦無法作為形成過渡規範之權限基礎。

換而言之，透過否定見解之分析，實可發現：不管是對於執行概念之理解而言，或者是對於聯邦憲法法院之角色認知而言，否定見解之核心實圍繞在「憲法法院作為『審判機關』」以進行論證之推演。詳而言之，就前者而言，當關注憲法法院作為審判機關所為之裁判性質時，自然即會導出其無執行可能及執行必要之結論，而否定聯邦憲法法院法第35條作為過渡規範之權限基礎；次就後者而言則更為清晰，當認為憲法法院若具規範形成權限將會逾越其作為審查者以及監

⁴⁵ Vgl. Böckenförde, Sondervotum zu BVerfGE 93, 121, 152.

⁴⁶ Vgl. Schneider, a.a.O. (Fn. 41), S. 2594.

⁴⁷ Vgl. Rothkegel, a.a.O. (Fn. 34), S. 522.

督者之角色時，其背後更是預設並且強調了憲法法院作為「審判機關」之性質，而否定其作為替代「立法者」的可能性。

二、肯定見解

(一)積極要件：規範與法理基礎

同樣對於聯邦憲法法院「是否」得為替代立法者此一問題，即探究憲法法院自己形成規範之憲法上規範及法理基礎為何。肯定見解適巧也從執行概念及權力分立兩個論述基礎出發。惟不同於否定見解，肯定說即對於執行概念進行「廣義的」理解，並且在對權力分立的分析上則採取「功能法上」之觀點。

1. 以基本法第20條第3項、第1條第3項以及第19條第4項為基礎

首先，學者Eckart Klein從功能法上任務及責任的觀點出發，其認為，因為聯邦憲法法院有最後的權限（die letzte Autorität）以及最後的責任（die letzte Verantwortung），為了澄清並且解決憲法爭議，聯邦憲法法院的判決應該幫助建立合憲的狀態⁴⁸。詳言之，相較於立法者的立法權限是在第一次具體化憲法，憲法法院的違憲審查權限則是第二次具體化憲法的行為，因此是為最後的權限。於此，為了能真正解決憲法爭議，聯邦憲法法院即具有最後的責任，在進行違憲宣告之同時，作出指示以規制一個合憲的狀態。

對於聯邦憲法法院的功能及責任，學者Walter Frenz則進一步強調，憲法法院之核心功能在於憲法之維護，且鑑於威瑪憲法在第三帝國被輕易破毀的經驗，所謂之憲法維護應更著眼於基本法「實際上」效力的繼續維持⁴⁹，即讓憲法規範具有實效性而言。換言之，當一個違憲的狀態存在很長的一段時間，則如此即與基本法的規範秩序不相一致。因此，基於聯邦憲法法院的功能——將規範秩序現實化——其

⁴⁸ Vgl. Schneider, a.a.O. (Fn. 41), S. 2592.

⁴⁹ Vgl. Walter Frenz, Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen, DÖV 1993, S. 851.

必須可以作成過渡規範如此之法律效果宣告，以盡可能地確保憲法秩序事實上之維護。

更精確而言，過渡規範的權限即來自於基本法賦予聯邦憲法法院對客觀憲法秩序維護的功能及任務。詳言之，這樣的權限歸根結柢即來自於基本法第20條第3項對於國家秩序規範基礎框架的憲法拘束力，以及基本法第1條第3項基本權拘束立法、行政以及司法的拘束力⁵⁰。在此之下，基本法即具有其優位性⁵¹，而聯邦憲法法院的正當性即建立在保障憲法的優位性。因此，聯邦憲法法院擁有這樣的權限，即利用判決儘速地落實憲法拘束力，以實現基本法合憲性的誠命。一方面確保憲法侵害的除去，以迅速地回復一個合憲的地位；另一方面亦避免對基本法的侵害持續地擴大，而導致其他更嚴重的結果發生。綜言之，Frenz認為，作成過渡性規範之權限因而最終是追溯於基本法合憲性之誠命，且這個權限因此是與憲法法院的功能有密切之關聯，亦即對於基本法客觀秩序的維護⁵²。

基此，學者即肯認聯邦憲法法院得以聯邦憲法法院法第35條為基礎來形成過渡規範。然而，如此可能會遇到的問題是，過渡規範作為一種形成法律並且確認法律效果的措施，可能已經超越判決執行的內涵⁵³。此外，對於判決的執行可能也會受限於系爭個案之中而成為個別的、單點列舉式的措施，而如此對於憲法規範秩序的維護而言並不足夠，相反地一個涵攝廣泛的規範形成才是必要的。因此，若要以第35條作為如此判決宣告模式的基礎，則此一條文必須被目的性的擴張解釋，進而涵攝形成過渡規範之權限⁵⁴。

此外，Frenz更認為，賦予憲法法院作成過渡規範的權限，將會使

50 Vgl. Walter Frenz, Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung, ZG 1993, S. 251; a.a.O.

51 關於基本法的優位性，亦可從基本法第79條第3項關於修憲界限之規定中導出。

52 Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 50), S. 251.

53 Vgl. a.a.O.

54 Vgl. a.a.O.

其在進行違憲宣告時能更有彈性。因為當憲法法院缺少一個權限，即在新法生效之前，自己形塑一個與過去法律狀態不同的過渡規範，則於此之下，法院是否作成無效宣告，即更繫諸於對於舊法的進一步適用是否必要⁵⁵。詳言之，若法院無作成過渡規範的權限，則在某些情形下，諸如：授益性法規違反平等原則或者涉及對基本權之制度性保障，為避免無效宣告所導致的法真空狀態，而造成一個更不合憲的情形，聯邦憲法法院即可能必須繼續忍受違憲的狀態⁵⁶。而這樣的狀態透過冗長且不確定的立法程序，將可能變得更嚴重。因此，一方面為了避免在作成無效宣告後其所可能導致的法真空狀態，而另一方面為了防止在單純違憲宣告的情形可能使得違憲侵害的結果持續擴大，賦予憲法法院具有形成規範之權限即有所必要。

以上之觀點主要係基於憲法法院保障客觀法秩序之功能，以證成其具有作成過渡規範的權限。然須注意者，憲法法院之功能及任務並不止於此，而更包含對於人民主觀權利之保障。是學者即進一步從此一主觀面向，證立聯邦憲法法院作為替代立法者之權限基礎。

對於憲法法院保障人民權利之功能，其重點即在於「實際上」移除對於基本權利的侵害⁵⁷。當在憲法訴願的情形——不論為規範憲法訴願或者裁判憲法訴願——聯邦憲法法院依據聯邦憲法法院法第95條第1項確認規範或裁判違反基本法時，其並無法幫助當事人取得基本法所要求的地位。而依據同法第95條第2項以及第3項的要求，其至多也僅能移除，而無法新創建。於此，當事人基本權實現的要求會遲至立法者立出合乎憲法之新法時始會落實，而這通常會經過一段很長的時間。對其而言，權利的侵害實際上仍可能繼續存在，如此係與基本

元照出版提供 請勿公開散布

⁵⁵ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 49), S. 849; Malte Graßhof, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1. Aufl., 2003, S. 293.

⁵⁶ Vgl. Frenz, a.a.O.

⁵⁷ Vgl. a.a.O., S. 852-853.

法第19條第4項對於權利有效保護之意旨並不相符。因此，基於權利保障實效性原則（*der Grundsatz der Rechtsschutzeffektivität*），聯邦憲法法院形成規範以除去結果的權限即為必要，如此才能於事實上去除對於主觀權利之侵害，否則在立法拖延的情形，當事人即承擔了必須再提起一個憲法訴願程序的風險⁵⁸。

綜上所述，Frenz即基於功能法之觀點認為，聯邦憲法法院的功能及任務一方面在於保障客觀憲法秩序事實上的維護，另一方面則為實際上移除對於基本權利的侵害。如此，即得在法院判決以及現實關係中建立連結。是以，聯邦憲法法院應具有自行形成過渡規範之權限，而其規範泉源即係以基本法第20條第3項、第1條第3項以及第19條第4項為基礎。此外，雖然在對聯邦憲法法院法第35條採取擴張解釋的情形下，可以涵攝聯邦憲法法院形成過渡規範之權限，然而此一權限基礎歸根結柢上是來自於基本法，聯邦憲法法院法第35條毋寧只是一個架橋規範。

2. 以聯邦憲法法院的附隨權限（*Annexkompetenz*）為基礎

此外，學者Wolfgang Roth雖然認為聯邦憲法法院的裁判因其皆為確認判決或形成判決而無執行可能性，因而否定了以聯邦憲法法院法第35條關於執行命令之規定作為過渡規範之權限基礎。然而，其並非否定聯邦憲法法院具有如此之權限。相反地，其不僅認為聯邦憲法法院可以形成過渡規範，且對此之形成正是來自於法律上未明文的聯邦憲法法院的附隨權限（*Annexkompetenz*）⁵⁹。

詳言之，關於附隨權限的證成，Roth認為在此實際上存在一個立法者無意的法律漏洞（*unwollte Gesetzeslücke*），並且因而涉及補充性的法律續造（*ergänzende Rechtsfortbildung*）⁶⁰。因為不論是在規範審查或者憲法訴願中，聯邦憲法法院皆被清楚地賦予權限而得以宣告

⁵⁸ Vgl. a.a.O., S. 853. 相同見解可見Di Fabio, Mellinghoff, Sondervotum zu BVerfGE 108, 282, 314, 336 f.

⁵⁹ Vgl. Roth, a.a.O. (Fn. 35), S. 477 ff.

⁶⁰ Vgl. a.a.O., S. 491.

法規範無效或者與基本法不符，然而法律卻對此有所沉默：即是否以及在如何之範圍下，聯邦憲法法院可以透過過渡規範的形成，以解決在無效宣告或者單純違憲宣告後所衍生之後續問題⁶¹。換言之，雖然聯邦憲法法院法列舉了對於聯邦憲法法院有限的權限領域，然而基於必要的事務關聯（*notwendiger Sachzusammenhang*），一個未被清楚分配的權限也應落到聯邦憲法法院上，只要權限的履行是有效且必要的⁶²。

質言之，要對於漏洞進行填補的前提在於，在此存在一個法律漏洞。而關於法律漏洞存在的認定，並不只以規範本身存在缺陷並因而產生一個單純的規範不完整性為前提⁶³。因為在此的規範不完整性可能是立法者有意為之，亦即立法者在立法當時即把缺乏相關法律的狀態視為是合理適當的。因此，一個以法律續造方式解決規範漏洞之前提只存在於，當一個規範體系存在一個違反計畫的不完整性（*planwidrige Unvollständigkeit*）。即該規範的不完整性並非立法者有意為之，而是其忽略或誤斷了有規制價值（*reglungswürdig*）或者甚至有規制必要（*reglungsbedürftig*）的問題。因而導致在缺乏該「被遺失的」規範（*die „vermißte“ Regelung*）下，存在一個法律系統一致性的紊亂⁶⁴。

而在此存在之具有規制價值及規制必要的問題即為，聯邦憲法法院在對系爭規範宣告無效或者與憲法不符後，所導致的後續衍生問題。諸如：產生一個法律真空的狀態，或一個違反基本法的違憲狀態仍繼續存在等。對此，聯邦憲法法院法之規範體系中即存在一個違反計畫的不完整性，因而出現一法律漏洞而待填補⁶⁵。由此，Roth即認為，雖然聯邦憲法法院法列舉了對於聯邦憲法法院有限的權限，然而

61 Vgl. a.a.O.

62 Vgl. a.a.O.

63 Vgl. Roth, a.a.O. (Fn. 35), S. 492.

64 Vgl. a.a.O.

65 Vgl. a.a.O., S. 491-493.

基於法律續造之必要，即應承認聯邦憲法法院擁有此種與其權限具有必要事務關聯性之附隨權限（Annexkompetenz），即得以自己形成過渡規範以解決裁判所衍生的問題。

綜而言之，因為Roth一方面認為聯邦憲法法院之裁判無執行可能及執行必要，是以在實定法上聯邦憲法法院法第35條不足以作為形成過渡規範之權限基礎；然另一方面又基於裁判實效性及裁判可能性之需求，而肯認聯邦憲法法院具有如此之權限。因此，在此二主張之下，自然即會產生了所謂的「違反規範計畫的不完整性」而存在一個法律漏洞。又雖然Roth未提及其是以如何之法學方法進行法律續造而對漏洞進行填補，然仍可得知，此一附隨權限之證成並非無中生有，而是繫諸於聯邦憲法法院之固有權限。即正是因為聯邦憲法法院具有對於規範進行違憲審查以及違憲非難之權限，而基於對此之必要事物關聯性，一個有效且必要的形成過渡規範之附隨權限即應存在。由此可知，不同於Frenz是以基本法之規範作為過渡規範之權限基礎，Roth對此之證立毋寧是由法理所推得。

（二）消極要件：權力分立原則之要求

於確立聯邦憲法法院具有自行形成過渡規範之權限基礎後，下一個必須面對的問題即為，這樣的一個聯邦憲法法院的立法權限（eine Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts）是否與權力分立原則相容？細繹之，當聯邦憲法法院以裁判的方式形成規範，而發生替代立法的效果，則如此是否會干涉立法者的功能，並因而侵犯了立法的核心領域？

1. 權力分立功能性之理解

對此，Frenz一樣從基本法第1條第3項以及第20條出發，證立權力分立原則具有工具性及手段性的特色，而其目的即在於對人民基本權之保障。其認為，這兩條規範作為國家基本原則（Staatsfundamentalnorm）具有同等的重要性，而其不同之處在於，基本法第1條第3項在基本權的領域是為第20條之特別法。因此在解釋基本法第20條第2項第2句即

權力分立原則之文義時，應一併參照第1條第3項關於基本權之拘束力。由此推得，權力分立原則與基本權之拘束力間具有密切的關係，而其關係即在於基本權拘束的這樣一個合憲性誠命形塑了權力分立原則⁶⁶。

進步言之，權力分立的主要功能在於實現基本法保障自由的目的。基於基本權對於所有國家權力的拘束力，權利具有先於權力之優先性（*der Vorrang des Rechts vor der Macht*），而此是為基本法的重要要素⁶⁷。因此，權力分立之內涵係透過合憲性誠命所形塑，就此權力分立原則即具有工具性的功能，而其目的即在於落實對基本權之保障。因此，當合憲性的誠命基於冗長的立法時程，只能透過聯邦憲法法院作成一個過渡規範來實現，則權力之間彼此分立即非為關鍵。重點毋寧在於，為了實現對於基本權之保障，當權力的合作以這樣的方式在立法領域中係為必要，則從權力分立原則即可以導出，立法者與憲法法院以權限重合（*Kompetenzüberschneidung*）的方式進行結合即有所必要⁶⁸。

換言之，為實現對於基本權拘束的合憲性誠命，關於具體化憲法的憲法形塑任務，立法者雖然為第一解釋者（*der Erstinterpret des Grundgesetzes*），然而此一任務並非由立法者所獨占，毋寧是為整體國家權力之任務及義務，而當然包含聯邦憲法法院。是以，在憲法的維護及形塑——即關於合憲性誠命的落實——上，聯邦憲法法院與立法者並非處於對立狀態，而具有合作之關係⁶⁹。

就此，即可得知，論者對於權力分立的觀點如同聯邦憲法法院一樣，係採取功能性的觀點，即對於權力與責任的分配進行功能性的理解。詳言之，國家的決定應盡可能正確地被作成，即透過在組織、人

⁶⁶ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 50), S. 253.

⁶⁷ Vgl. a.a.O., S. 254.

⁶⁸ Vgl. a.a.O., S. 255.

⁶⁹ Vgl. Fritz Ossenbühl, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2011, S. 39.

員組成、功能以及作業模式上具有最好條件的機關來形成⁷⁰。因此，國家秩序並非要求一個毫無彈性的領域劃分，而是一個均衡的、功能性的權力平衡體系。在此之下，權力的分配並沒有將權力的參與排除在其他權力的固有領域之外，只要制度的主要基礎繼續存在且責任也被維持。而其核心領域的判斷標準即為，在功能上，該憲法機關可以繼續維持其應有的通常領域的權限及責任⁷¹。

在此一對權力分立的功能性理解之下，Frenz即認為，當聯邦憲法法院作成裁判，並形成過渡規範時，其並不會違反權力分立原則。理由在於，於聯邦憲法法院的過渡規範形成後，立法者仍獨占對規範修改的主動地位，只要立法者自己再作成一個法律，則可以立即地贏回其主導權⁷²。詳言之，因為從時間的觀點來看，立法者並不會被長期地限制而可以自由地自我決定，「何時」要再次作為具體化基本法的初次角色，是以其最終仍可以維持自由形成規範的優勢地位⁷³。此外，又若從內容的觀點而言，過渡規範對新法所發生之先行指示的效果（Vorwirkung），並不會比起一個具有拘束力且可能與立法者主觀意志不符的合憲性解釋，對於立法者的干預還要更為嚴重⁷⁴。倘若合憲性解釋尚且都留予立法者既有之形成空間，因而與權力分立原則無違，則過渡規範在內容上及時間上所發生的效果自亦不會有侵奪立法形成空間的疑慮⁷⁵。

綜上所述，Frenz對權力分立進行功能性的理解而認為，權力分立原則並非要求毫無彈性的領域劃分，其重點毋寧旨在國家決定應盡可能正確地作成，以落實對於基本權之保障。因此，權力的參與或者合作係與權力分立原則相容，而並無排除於權力分立原則的可能性之

⁷⁰ Vgl. BVerfGE 68, 1, 86.

⁷¹ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 50), S. 256.

⁷² Vgl. a.a.O.

⁷³ Vgl. a.a.O.; Frenz, a.a.O. (Fn. 49), S. 853.

⁷⁴ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 49), S. 853-854.

⁷⁵ Vgl. a.a.O., S. 854.

外。至於其是否逾越權力核心領域的判斷標準即在於，在功能上該憲法機關仍可以繼續維持其應有之通常領域的權限及責任。而因為在憲法法院形成過渡規範時，立法者之優先權仍繼續被維持，而一方面對新法仍享有政策決定權，另一方面其透過民主問責之政治責任亦繼續被維持。因此，不論從權力的觀點來看，抑或從責任的角度觀之，皆不致侵犯其核心領域，而仍與權力分立原則相容。

2. 有限度法律續造之觀點

關於同樣的問題，Roth則認為聯邦憲法法院形成過渡規範之權限「並不當然」違反權力分立。即在符合有限度的前提要件之下，此一權限即與權力分立原則相符。詳言之，對Roth而言其證立聯邦憲法法院具有此一權限基礎之方式係透過對規範漏洞之法律續造，而認為其可以藉由固有權限之衍生而填補此一漏洞，並由此導出憲法法院具有形成過渡規範之附隨權限。因此其即認為，如同專業法院自長久以來即負有法律續造以填補漏洞之責任，必要時甚至得具體化法律之功能一樣。即使聯邦憲法法院透過法律續造之方式，而具有補充法律或甚至修正法律作用的過渡性立法權限，也絕非當然違反權力分立⁷⁶。重點毋寧在於，聯邦憲法法院在此必須嚴守法律續造之界線，亦即其所為之過渡規範必須盡可能地在確保現時立法者的意志下，事實上侷限於不可避免且於時間上亦有所限制的規制類型⁷⁷。而就此即進一步涉及憲法法院「如何」作為替代立法者之問題。

三、小 結

透過德國學說上對於聯邦憲法法院作為替代立法者之評析，我們可以發現，關於聯邦憲法法院是否具備形成規範之權限此一問題，否定見解以及肯定見解之歧異，事實上即在於對以上兩點之看法有所不同：第一，司法活動之功能及範圍為何；第二，裁判執行之概念應如何解釋。詳而言之，對否定見解而言，司法活動之功能並不包含迅速

⁷⁶ Vgl. Roth, a.a.O. (Fn. 35), S. 493.

⁷⁷ Vgl. a.a.O.

地將違憲狀態轉換為合憲，亦即其認為，以裁判形成規範之作為實則已超出聯邦憲法法院作為審查者以及監督者之任務範圍，如此並將使得立法者逃避其責任；其次，否定見解亦認，聯邦憲法法院之裁判無執行能力也無執行之必要，因此聯邦憲法法院法第35條之執行規定並無法作為規範基礎。而就此兩點，肯定見解一方面認為，從維護憲法之優位性及憲法之規範性，並落實由此導出之憲法（基本權）之合憲性誠命而言，聯邦憲法法院之功能即在於對客觀憲法秩序事實上之維護、並實際上迅速移除對於基本權利之侵害，因而具有以裁判形成規範之權限；而另一方面由此即自然可導出，為落實聯邦憲法法院裁判之實效性以及可實現性，對於執行概念之理解應採取廣義之解釋，而得以涵攝聯邦憲法法院形成規範之權限。

就此，我們實可發現，不論是對於司法活動之功能及範圍如何認知，抑或是對於裁判執行概念應如何進行理解，肯定見解以及否定見解最核心之差異即在於，其等對於聯邦憲法法院之角色理解係偏重於「審判機關」或者「憲法機關」而有所不同：對否定見解而言，其論證之背後核心實圍繞在憲法法院作為「審判機關」，並由此認定其裁判無執行可能以及執行必要，且既作為審判機關則即強調其作為審查者以及監督者之面向，是以形成規範之權限即會被認為無法與如此之角色相容；而對肯定見解而言，其即強調，為了維護並落實憲法之優位性及規範性，即應賦予聯邦憲法法院形成規範之權限，且執行之目的即在於對合憲狀態之落實，由此即可知其論證核心係圍繞在憲法法院作為「憲法機關」之地位而發揮國家領導作用之功能。

其次，關於聯邦憲法法院形成規範之權限是否違反權力分立之問題，否定見解與肯定見解最大之差異則是在於對權力分立之理解有所不同。如前所述，相較於否定見解對於權力分立採取形式上之權限劃分，而認此一權限已經超出聯邦憲法法院作為審查者以及監督者之功能任務；肯定見解對於權力分立則採取功能法之觀點，強調權力分立之目的在於國家決定盡可能正確地被作成，以落實對於基本權之保障。並由此導出，權力之間之參與以及合作係為權力分立原則所相

容，只要在功能上該憲法機關仍可繼續維持應有之通常領域的權限及責任。而於聯邦憲法法院形成過渡規範時，立法者仍得嗣後奪回其對於規範修訂之主動權，因而不致侵害其核心領域而無違於權力分立原則。

一言蔽之，針對憲法法院得否作為替代立法者，肯否見解最大的差異在於，對憲法法院裁判執行概念之理解不同，以及對權力分立之觀點有異。而其中之核心差異即在於，其等對於憲法法院之角色理解究係偏重在「審判機關」或者「憲法機關」而有異。針對如此差異以及背後之問題，鑑於比較法之目的在於藉由「比較」的基礎進一步協助國內法秩序問題的理解以及解決⁷⁸，因此仍須回到我國法之脈絡下就相關見解進行評析。是以，以下本文將回到我國法的脈絡下，就相關問題進行進一步之分析與討論。

肆、我國法之反省

一、制度比較之基礎

關於我國與德國規範制度比較之基礎，其觀察重點應有二：其一為我國憲法及相關規範以及德國基本法分別對司法院大法官以及聯邦憲法法院，於權限、功能以及地位上之比較；其二則為憲法訴訟法（或司法院大法官審理案件法）以及聯邦憲法法院法中，關於裁判宣告模式相關規範之比較。

首先就我國憲法以及德國基本法，分別關於司法院大法官以及聯邦憲法法院之權限、功能以及地位上之比較。於我國法中，從憲法第78條、第79條第2項、第171條、第173條以及憲法增修條文第5條第4項中，賦予大法官對於法律之違憲審查權限、審理總統副總統彈劾案之權限以及對違憲政黨解散之權限中即可看出，大法官具有維護憲法

⁷⁸ 黃舒芃，比較法作為法學方法——以憲法領域之法比較為例，載變遷社會中的法學方法，2009年9月，頁249-252。

規範性及憲法優位性之功能以及任務。此外，從憲法訴訟法賦予憲法法庭關於解決機關權限爭議及對於地方自治保障之權限等中，亦可得知憲法法庭具有確保國家權限劃分以保障憲政秩序之功能。因此，從維護憲法之優位性以及保障國家憲政秩序之功能任務來看，即可以確立憲法法庭在我國憲政體系中之定位實如同德國聯邦憲法法院一樣具有「憲法機關」之地位，而為憲法維護者之角色。

其次就憲法訴訟法（或司法院大法官審理案件法）以及聯邦憲法法院法中，關於裁判宣告模式之規範比較。我國法對此之規範基礎，主要有兩種說法：其一認為憲法以及相關法律中對此並未有所明文，而仰賴大法官在釋憲實務中之發展⁷⁹；然而，另一說則認為，立法者實際上有所規定，惟對此係有意留給大法官裁量空間，使其得以作成實現解釋意旨之必要處置，因而發展出複雜多元之宣告模式⁸⁰。而其規範基礎即在於憲法訴訟法第33條第3項：「判決得於主文諭知執行機關、執行種類及方法。」（司法院大法官審理案件法第17條第2項類同⁸¹）。對此，本文認為，不論採取何種看法，都可以確認的是，關於解釋宣告模式在我國法上之規範密度並不高，使得大法官具有很大之彈性得以自行發展。

就此對比於德國法規範，可以發現，在聯邦憲法法院法中雖然對於裁判宣告模式之規範密度比起我國法還要高，但聯邦憲法法院也同樣具有很大之形成空間，而得以發展出多元之裁判主文宣告。詳言之，雖然聯邦憲法法院法第78條、第31條第2項及第79條第1項分別指出了「無效宣告」以及「與基本法不符之宣告（或稱單純違憲宣告）」兩種裁判宣告模式，然而鑑於後者之後續法律效果並不明確，

元照出版提供 請勿公開散布

⁷⁹ 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限——由功能法的觀點出發，憲政時代，第24卷第3期，1998年12月，頁197。

⁸⁰ 法治斌，前揭註10，頁79；陳愛娥，立法怠惰之回應，憲政時代，第21卷第1期，1995年7月，頁42。

⁸¹ 司法院大法官審理案件法第17條第2項：「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類以及方法」。

使得聯邦憲法法院同樣具有很大大之形成空間，而得以作成進一步的效力指示（*Weitergeltungsanordnungen*）。對此，德國學者即認為此一規範基礎在於聯邦憲法法院法第35條：「聯邦憲法法院得於裁判中決定裁判之執行機關；其亦得於個案中規定執行之方式。」且聯邦憲法法院對於此一規範亦在部分裁判之裁判主文中有所明示。

於此，即可以確立，憲法訴訟法第33條第3項（或司法院大法官審理案件法第17條第2項）以及聯邦憲法法院法第35條之規範內容不僅幾乎一樣，且此一關於執行之規範都同樣作為違憲審查者多元裁判宣告模式之規範基礎⁸²。而如此規範內容之近似並非制度上之偶然，而係法律繼受下之結果。蓋雖然於修法理由中僅表示「增訂第二項」而未敘明修法之理由；然而，查諸立法院法制司法委員會關於「司法院大法官會議法修正草案」之會議紀錄，在起初司法院所提之修法草案中並未有關於大法官解釋之執行規範⁸³。對此，立法委員陳水扁即表示，為確保大法官解釋之執行效果，參酌西德聯邦憲法法院法第35條應增訂大法官解釋之執行權⁸⁴。因此，於委員會審查時即決議參酌聯邦憲法法院法之規定增訂第17條第2項⁸⁵。由此即可見我國司法院大法官審理案件法第17條第2項係繼受自德國聯邦憲法法院法第35條之結果，而後經修正現今為憲法訴訟法第33條第3項。

綜上所述，從以上關於規範之比較，可以得知：在憲法層次的位階上，規範賦予了憲法法庭（或大法官）及聯邦憲法法院同樣之功能

⁸² 關於司法院大法官審理案件法第17條之解釋適用，可參吳信華，論大法官釋憲程序中之「執行」，國立中正大學法學集刊，第42期，2014年1月，頁1以下；吳信華，大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之論知，台灣法學雜誌，第267期，2015年3月，頁99以下。關於大法官解釋執行之實證研究，可進一步參林建志，認真對待大法官解釋：論大法官解釋之落實，國立臺灣大學法學論叢，第49卷第4期，2020年12月，頁1795以下；葉俊榮，違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，載2011司法制度實證研究，2013年12月，頁1以下。

⁸³ 立法院公報處，立法院公報，第82卷第3期，1999年，頁98。

⁸⁴ 立法院公報處，立法院公報，第82卷第2期，1999年，頁383-384。

⁸⁵ 同前註，頁395、397。

任務以及於憲政秩序中之地位；而在法律層次的位階上，基於法律繼受之結果，關於裁判宣告模式亦具有相同之規範基礎，且藉此皆留予違憲審查者對於裁判宣告廣泛之形成空間。是以，在應然面向之比較上，可以確立，憲法法庭（或大法官）以及聯邦憲法法院作為違憲審查者具有相同之維護法治國家憲法秩序之功能，並且在裁判宣告模式上我國與德國的規範基礎及特色係為相同，即同樣藉由執行規制之規範，發展出多元之宣告模式。因此，在此之下，前述關於德國憲法釋義學及憲法理論中對「聯邦憲法法院兼具法院與憲法機關地位」之命題及其後續所延伸對替代立法者之相關討論應亦得適用於我國憲法法庭（或大法官）地位之討論。

二、權限基礎問題

於此，回到本文所要探討的第一層次的問題意識，即：憲法法庭得否作為替代立法者？對此，首要處理的即為權限基礎問題，即探究憲法法庭自行形成規範之法理或規範泉源究竟何在。

首先，針對「執行」此一概念，如前所述，在制度面向上我國憲法訴訟法第33條第3項及德國聯邦憲法法院法第35條之規範內容不僅一樣，且就此皆作為違憲審查者多元裁判宣告模式之規範基礎。然而，對於此一條文應如何理解仍有進一步探究之餘地。究竟應係如前述否定說一樣，認為對此應為狹義之解釋，而將本條僅限縮在對「無效宣告」及「單純違憲宣告」等效力宣告方面之理解？抑或，應如同聯邦憲法法院之看法及肯定說之見解而認應為廣義之解釋，而將形成規範之權限涵攝於執行概念之中？

對此，我們先回顧否定見解之說法，可以發現其等一再強調憲法法院作為「審判機關（法院）」所為之裁判性質：不論是無效宣告或單純違憲宣告都不具有執行之問題，蓋因兩者性質上皆為確認判決或形成判決，而並無執行之可能以及執行之必要⁸⁶。對此，本文認為，

⁸⁶ Vgl. Ipsen, a.a.O. (Fn. 32), S. 235 f.; Rothkegel, a.a.O. (Fn. 34), S. 521.

就古典意義下之執行概念，確實僅限於給付判決始有執行能力及執行必要。然而，如此一來亦將使得司法院大法官審理案件法第17條第2項關於執行之規範形同具文，而不具規範上存在之意義。

於此，僅就執行概念自身之分析實尚難以評價並賦予充分之理由，毋寧應回到探究執行之「目的」本身究竟為何，始能完整之評價及判斷。詳言之，不論是對於專業法院或憲法法院而言，執行之目的皆是為了實現法院所認定事實並且適用法律後之裁判結果，亦即對於裁判結果之落實及貫徹，使裁判具有實效性（Wirksamkeit）及可實現性（Umsetzbarkeit）。而此一結果，對憲法法庭而言，即係指創造並實現一個合憲的法律狀態，並由此避免違憲法律狀態之續存。

細繹之，對於合憲法律狀態的落實，又可從客觀憲法秩序之維護以及主觀人民權利之保障兩個角度分別論之。

首先，憲法法庭之核心功能即在於憲法之維護，而對於憲法之維護其重點即為對憲法「事實上」效力之繼續維持，以維護憲法之規範性及優位性，即由此導出之合憲性誠命。更詳言之，憲法係具有拘束性之法規範，所有的國家權力均應受其之拘束。而憲法法庭作為「憲法機關」之功能即在於使此一規範秩序「現實化」，利用憲法法庭裁判來落實憲法之拘束力，以實現憲法之合憲性誠命。因此，從對於客觀憲法秩序之實際上維護來看，憲法法庭即應具有如此自行形成規範的權限。其目的即在於：一方面確保憲法侵害的除去，以迅速回復合憲之狀態；另一方面則避免對憲法的侵害持續擴大，而導致更嚴重的侵害結果發生。

其次，對於憲法法庭保障人民主觀權利之功能，亦同於其必須「事實上」維護客觀憲法秩序之任務一樣，對此之重點亦在於「實際上」移除對於基本權之侵害。諸如在憲法訴願之情形，當憲法法庭宣告規範為違憲且定期失效或作成單純違憲宣告時，對於基本權侵害之情形仍繼續存在；而即使作成無效宣告，亦不一定能使當事人取得憲法所要求的地位。於此之下，當事人基本權實現之要求會遲至立法者訂立合憲之新法時始會落實，權利的侵害實際上即可能因而繼續存

在。如此一來，當事人即承擔了必須再提起一次憲法訴願的風險。

就此一「實際上」保障人民主觀權利之功能來證立大法官或憲法法庭具有形成規範權限之論證，對照我國司法實踐上的案例可能更為清晰。舉例而言，釋字第653號及第720號解釋所審查之規範標的事實上係為相同之規範，即羈押法第6條及同法施行細則第14條第1項，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之規定。然而，大法官於二〇〇八年作成釋字第653號解釋宣告違憲並訂立法者應於二年內限期修法後，直到二〇一四年立法者仍未修法。而釋字第653號解釋之聲請人提請再審後，經最高行政法院以系爭規範仍為有效，該解釋結果並未對聲請人之個案有利，因而與再審之要件不符爰予以駁回。在此，該聲請人即面臨了必須再提起一次憲法訴願之風險及成本，所幸大法官予以受理並作成釋字第720號解釋。在本號解釋中，大法官即自行形成規範，使受羈押被告，在新法修正公布前，若對有關機關之申訴決定不服，得準用刑事訴訟法第416條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。

簡而言之，憲法法庭之功能任務不僅在於作為「審判機關」而裁決個案爭議，而更在於作為「憲法機關」以維護合憲之法律狀態，而「執行」的目的即在對此一合憲狀態維護之落實。而對此之落實，從客觀法律的角度來看即為對於憲法秩序之事實上維持，從主觀權利的角度觀之則為對於人民基本權之實際上保障。因此，在這樣對於憲法法庭裁判之執行目的之確立之下，對於憲法訴訟法第33條第3項（司法院大法官審理案件法第17條第2項）執行概念之理解，若採取狹義解釋不僅將使得本條形同具文，亦且無法承擔憲法法庭及憲法法庭裁判之功能任務。是以，本文對此之立場即為，對於執行概念應採取廣義之理解。

誠然，基於憲法法庭裁判之形成與確認性質，使其無法被執行也沒有執行之必要。而且對解釋之執行可能受限於系爭解釋所涉之個案，而成為個別的、單點的措施，因而對於全面的憲法規範秩序之維護有所不足。因此，若要以本條作為憲法法庭形成規範之基礎，則此

一條文即必須被目的性擴張解釋，以承擔憲法法庭解釋維護合憲法律狀態的功能。

進而言之，一方面在承認憲法法庭之裁判為形成或確認性質下，古典意義的執行固然無法涵攝憲法法庭形成規範之權限基礎；而另一方面又基於事實上維護客觀憲法秩序及實際上保障人民基本權之需求，肯認憲法法庭具有這樣的權限。則在此之下，自然即會發生了一個立法者無意的法律漏洞而待填補。因此，從法律續造的觀點來看，一個有效且必要的憲法法庭形成規範的權限即應存在。

然而，要強調的是，將憲法訴訟法第33條第3項進行目的性擴張解釋，雖然可以涵攝憲法法庭形成規範之權限。惟此一權限之證立實際上係來自於憲法之規範性及優位性，即由憲法所導出之合憲性誠命。職是之故，雖然在採取目的性擴張解釋之情形下，憲法訴訟法第33條第3項得以作為規範泉源。然亦須注意的是，此一權限基礎歸根結柢是來自於憲法，本條毋寧僅作為一個架橋規範。是以，縱使今日在司法院大法官審理案件法或者憲法訴訟法中自始不存在關於執行規制之條文或嗣後將此一條文刪除之，亦不影響大法官或憲法法庭此一權限基礎之證立。

在此，或許可以對於憲法法庭形成規範之權限基礎為一簡要之整理。從以上之論證可以知道，雖然問題意識的討論係從憲法法院裁判執行的概念出發，然對於形成規範權限之證立仍係來自於由憲法規範性及憲法優位性所導出之合憲性誠命。換言之，憲法不同於其他實定法，其作為組織並且限制國家統治權之最高規範，一方面發生有效保護基本權之作用，另一方面也確保國家權限之劃分。而憲法法庭不只作為審判機關，而同時亦作為憲法機關之任務即在於對憲法作為最高規範之確保，也就是利用裁判來有效實現憲法之合憲性誠命。而為了要使此一合憲性誠命不只是空談，而能夠真正的被落實，即可由此導出：在個案爭議發生時，憲法法庭具有能夠實際上有效除去憲法侵害、並且回復合憲狀態之規範形成權限。

三、權力分立問題

在確立憲法法庭具有形成規範之權限基礎後，我們即須進而思考，這樣的一個立法權限是否與憲法上之重要原則——權力分立原則——相容？詳言之，當憲法法庭以裁判代替立法時，如此是否過度侵犯了立法者的形成空間？而對此，我們亦可發現，肯否見解之根本差異在於，對權力分立原則之理解有所不同。於此，又可從兩個層次進行分析：首先觀察在不同見解之下，其對於權力分立的理解為何？而在決定本文對於權力分立理解之觀點後，進而對於憲法法庭作為替代立法者是否違反權力分立提出本文看法。

在此亦先回顧否定見解的看法，其認為若違憲審查者可以預先決定並作成替代規範，將會使得司法者成為立法者的指導者，並使其對未來立法決定的合憲性不負有責任⁸⁷。換言之，一方面從「權限」的觀點來看，將違憲狀態透過憲法法庭規範形成之作為轉換為合憲，已經超越憲法法庭作為審查者及監督者之任務涵攝範圍，即憲法使司法者具有對於立法者的審查及監督權限絕非賦予憲法法庭為立法之參與；而另一方面從「責任」的觀點察之，即使立法者在被宣告違憲後仍拖延立法或修法，則若憲法法院即因而介入並自己形成規範的話，將會使得立法者逃避其對於規範合憲性之責任。

由此可知，否定見解之論證除了如前所述將執行概念進行狹義之理解外，其更核心的論點是基於，從權力分立的觀點出發，認為憲法並未賦予憲法法庭如此之任務。亦即，憲法法庭作為「審判機關」自不可能具有形成規範之權限。若憲法法庭逕行形成規範而取代立法，則將會過度侵奪立法者之形成空間，並使立法者應有之責任隨之落空，而逾越了憲法權力分立原則之界線。不同於此一傳統觀點，即認為憲法審判權的任務與界限係源自於實體憲法，而實體憲法作為一個審查規範即指引了憲法法院權限範圍

⁸⁷ Vgl. Böckenförde, Sondervotum zu BVerfGE 93, 121, 152; Schneider, a.a.O. (Fn. 41), S. 2594.

的基礎與界限⁸⁸。亦即各種國家機關間分別擁有固有的權力樣態，彼此各自行使且不互相依存，並由此認為司法者替代立法之行為已逾越此一界限範圍。本文之見解則贊同肯定說之看法，從功能法的論述取徑（funktionell-rechtlicher Ansatz）出發⁸⁹，即不只將權力分立當作是消極地區別並且節制國家權力的手段，毋寧基於國家權力的政治統一性（politische Einheit）的前提，依照國家機關間不同的功能與作用，以考量機關之間合作與分工的可能性⁹⁰，並進而以此劃定憲法審判權之界限。亦即，權力分立作為憲法原則的任務並不只是對於現實上權力要素的拘束以及平衡（eine Hemmung und Balancierung der realen Machtfaktoren），毋寧這樣的任務也是對於國家功能、組織以及實際權限的適當的確立及分配，即將適當的功能履行委託於適當的組織⁹¹。其理由即在於，關於基本權的維護及落實，是為整體國家權力的任務及義務，並非由立法者或司法者所獨占。因此，為了實現對於基本權的保障，國家機關間的權限並非截然之劃分，而容許一定程度之參與及合作。於此之重點即在於，在逾越如何之界線下，會使得系爭國家機關已經喪失其應有之功能。

詳而言之，在功能法的觀點之下，權力分立的目的是在於使國家決定應盡可能正確地被作成，即要求國家事務應透過在內部組織、人員

⁸⁸ Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O. (Fn. 18), Rn. 506 f. 學者對此則稱之為傳統「實體法論述取向」（materiell-rechtlicher Ansatz）。關於實體法論述取向之說明，可詳參黃舒芃，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套，載民主國家的憲法及其守護者，2009年8月，頁249-250。關於功能法與實體法論述取徑之比較可參蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與探討，臺灣大學法律學系碩士論文，1998年6月，頁141以下。

⁸⁹ 對於「功能法的論述取徑」，學者亦有稱之為「動態性、實質功能取向之權力分立」。對此可詳參蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，第40卷第4期，2015年4月，頁498以下。

⁹⁰ Vgl. Konard Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 482 f.

⁹¹ Vgl. a.a.O.

組成、功能與作業模式上具有最好條件的機關來形成⁹²。在如此之理解下，權力分立的目的固然為擔保國家決定的正確性，然此一目的本身最終仍指向憲法對於人民基本權之保障⁹³。亦即，在憲法（基本權）拘束國家權力的合憲性誠命之要求下，權力分立原則即具有工具性之特色，而其目的即在於落實對基本權之保障⁹⁴。因此，當合憲性誠命之要求在某些情況之下難以或無法被實現，使得憲法對於基本權之保障落空，則權力之間彼此分立即非為關鍵。重點毋寧在於，為了使國家任務盡可能最佳的被完成，以達到基本權的維護及形塑，個別憲法機關間的共同合作及權力分享是為權力分立原則所容許，而且亦為權力分立的目標及功能之一⁹⁵。只要在功能上，系爭憲法機關仍可以繼續維持其應有之通常領域之權限及責任，而不會使得任何憲法機關獲得全面凌駕於其他機關之獨斷地位⁹⁶。

因此，在對於權力分立之功能法理解下，當憲法法庭自行形成規範時，我們在此即須探討的是，如此一來是否使得立法者應有之通常領域的權限及責任遭致落空。對此，本文認為，當憲法法庭為替代立法時，並不必然使得其獲得凌駕於立法者之獨斷地位。蓋因此立法者仍獨占對於規範訂立及修改之主動地位，只要立法者自己再作成一個法律，則可以立即地贏回對於規範之主導權。

以釋字第748號解釋之諭知為例，若立法者於解釋公布日起二年後，仍未完成法律之修正或制定，則同性二人即得依婚姻章規定向戶政機關辦理結婚登記。於此，假設立法者確實於二年期間經過後而未

⁹² Vgl. BVerfGE 68, 1, 86.

⁹³ 學者對此則稱為，國家決定正確性的追求本身絕非一種「自我目的」（selbstzweck），而是為保障人權之終極價值服務。對此可詳參許宗力，「權力分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心」，憲政時代，第27卷第4期，2002年4月，頁14。

⁹⁴ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 50), S. 253 ff.

⁹⁵ Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I – Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., 2010, S. 359 f.

⁹⁶ Vgl. Frenz, a.a.O. (Fn. 50), S. 256.

為立法或修法，因而發生解釋替代立法之效果，惟若立法者嗣後又於解釋公布日起二年後的任一個時點訂立一個有婚姻之名但無婚姻之實的同性婚姻制度，或者訂立一個無婚姻之名亦無婚姻之實的同性家屬制度或者同性伴侶制度，使對於同性伴侶之保障劣於異性婚姻。如此，不論在何種情況之下，縱使上揭制度皆明顯違反釋字第748號解釋關於婚姻自由及平等保障之意旨，而使得如大法官所述之規範保護不足之違憲狀態存在且持續。於此，我們仍不會認為系爭制度為當然違憲無效，而使得釋字第748號解釋之諭知有適用之空間。蓋因不論是有名無實之同性婚姻制度，或者無名無實之同性伴侶制度或同性家屬制度，其合憲性及效力如何，皆有待司法者再一次之違憲審查始可以確立。即使此兩種規範保護不足之制度皆會導致違憲狀態發生並且續存，然而亦無法由此當然導出，因為規範不足之狀態存在，是以同性二人在此情況下即得依照釋字第748號解釋之諭知適用民法進行婚姻登記。

簡而言之，此一設例要說明的是，當司法者為替代立法時，並不必然使得其得以全面凌駕於立法者而取得獨斷之地位。即使如同釋字第748號解釋之諭知，係為過渡期間經過後若未立法始發生替代法律效果之諭知類型。然而，立法者只要嗣後再形成新的規範，縱使該規範所形塑之制度並非為釋字第748號解釋所揭示之平等保障之同性婚姻制度，而導致一個規範不足違憲狀態發生，然在此也不會適用釋字第748號解釋之諭知，而仍會優先適用立法者（即使違憲）之新法。在此情形之下，立法者即贏回其對於規範之主導權。理由即在於，即使憲法法庭有形成諭知，且該諭知確實發生替代立法之效果，然對於規範之訂立及修改而言，立法者仍具有其主動地位，不會因此淪為次於司法者之執行機關。如此，既然立法者仍保有其立法及修法之權限，則在責任方面，其所應有之對於規範合憲性之責任亦不會因憲法法庭之替代立法行為而落空。亦即，對於立法者之新法而言仍會受到、也應受到司法者再一次之違憲審查。

此外，在權力分立的脈絡下，尚有可能受到的批評是，相較於立

法者，違憲審查者經常受有民主正當性不足之質疑。如此，當違憲審查者一躍而成為替代之立法者，則應如何回應基於民主正當性之批評。對此，本文認為，立法者經由選舉確實直接取得了來自人民之民主正當性；然而，即使違憲審查者之民主正當性相較於立法者較為間接，惟就此並不妨礙違憲審查者形成規範權限之證立。理由在於，如前所述，此一權限之證立係來自於由憲法規範性及憲法優位性所導出之合憲性誠命。換言之，此一替代立法權限並非無中生有，而是植基於憲法之授權。因此，即使違憲審查者未有直接之民主授權，就此仍不妨礙其基於憲法而來之權限行使。

綜上所述，在本文基於國家決定應盡可能正確地被作成、而使憲法對於人民基本權之保障能真正落實此一理由之上，本文即對於權力分立的理解採取功能法的論述取徑，而認為：為了基本權的維護及形塑，憲法機關間的權力合作及分享是與權力分立原則所相容，而並無排除於權力分立原則的可能性之外。然而如此並不代表權力間並不存有界線，相反地，從功能法的觀點出發即應有所界線。其界線即在於，系爭憲法機關仍得繼續維持其應有之通常領域之功能權限及責任。

當憲法法庭自行形成規範時，立法者對於規範的優先地位仍被維持：一方面對新法之修訂仍享有決定權、另一方面其應有之政治責任及對於規範合憲性之責任亦繼續被維持。因此，不論從權限的觀點來看、或者從責任的角度觀之，憲法法庭形成規範的行為並無獲得全面凌駕於立法者之獨斷地位，而使得立法者之功能、權限及責任完全遭致架空。是以，在功能法的論述取徑之下，憲法法庭作為替代立法者並無違於權力分立原則。

四、權限界限問題——訴訟權案例分析

在證立憲法法庭得為替代立法者，且如此與權力分立原則相容後，必須承認的是，在功能法的觀點之下，憲法法庭形成規範之權限並非毫無限制，而應有其界限所在。蓋因在組織及程序上憲法法庭缺

乏對於規範制定之特別程序規範而以之為立法之基礎，諸如草案之形成及議案之審議等，因此其難以全面性地檢驗所有法律政策的影響，並可能因而導致系爭規範相關法律秩序的僵化及政治上選擇可能性的限縮。此外，若我們從漏洞填補的觀點，而肯認憲法法庭具有如此形成規範之權限，則亦必須注意的是，法律續造必有其界線存在，而非毫無極限。因此，在確立憲法法庭得為替代立法者後，仍須進一步探討憲法法庭應如何為替代立法者之問題。

誠然，在功能法之脈絡下，功能最適原則本身並不足以作為獨立提供我們具體界定替代立法者界線此一權限分際問題之標準。蓋因此一原則固然指出做決定之機關必須具有功能最適的資格，然也就僅止於指出這個原則本身應內涵之考量，而並無給出判斷「功能最適機關結構」之標準，以作為一定的行為指引與審查基準⁹⁷。因此，在功能法的論述取徑之下，我們實難以直接從功能最適理論「演繹」出一個普遍適用的標準，以一般性地判斷在所有基本權領域之下，憲法法庭之替代立法行為是否逾越了權限。毋寧，仍須進一步就個別基本權領域觀察並進行「歸納」，視系爭領域之特性來判斷衡量，究竟其界限範圍何在。

進而言之，從功能法的論述取徑出發，關於違憲審查者與立法者權力分立問題的釐清，主要即繫於對各該事務領域特性、以及各該特性與國家機關功能屬性間配合度之觀察⁹⁸。對此一方面囿於篇幅而無法就所有基本權領域進行歸納，另一方面鑑於關於訴訟權之案例係大法官最積極作成替代立法論知之情形，其所累積之案例為最多，因此本文即擇以訴訟權之案件進行分析及歸納。因此，以下即進一步從相關案例出發，觀察憲法法庭在如何之情狀條件之下介入管轄時，並不會過度侵犯立法者的形成空間。也就是說，在符合該條件之下，立法者的形成空間即已受到限縮，而使得憲法法庭介入之正當性提高。

⁹⁷ 黃舒芃，前揭註88，頁272。

⁹⁸ 黃舒芃，前揭註88，頁264。

而這些條件或規則，即得作為未來我們觀察相關案件時，憲法法庭有為替代立法諭知或應為諭知但卻未為諭知之評價重點。

因此，以下之觀察重點即在於，為何大法官或憲法法庭在這些案例中會介入而作為替代立法者？並且，這些理由是否正當？換而言之，當言及訴訟權時，大法官及憲法法庭在多號解釋或裁判中即一再強調，關於訴訟權應如何行使係為立法裁量範圍，而得由立法者衡量訴訟事件之性質為合理之規定，即立法者對此享有較大之形成空間⁹⁹。然而，何以在多號解釋中，大法官或憲法法庭仍介入而自行以解釋替代立法？其理由是否正當？又這些理由是否得證立為未來評析憲法法庭在訴訟權案件中為替代立法諭知之評價規則？

在訴訟權之案件中，大法官或憲法法庭以解釋或裁判替代立法之作為，主要有兩種。其一為在有相關程序規範之情形下，指示原先無法請求救濟因而訴訟權遭致侵害之人得以「準用」該相關訴訟法規範進行救濟，111年憲判字第7號、釋字第755號、第742號以及第720號解釋皆屬此一類型¹⁰⁰。其二則為，在規範有所欠缺之情形下，指示法院應「依照解釋（或裁判）意旨」進程序上之審理，諸如：112年憲判字第14號要求法院在刑事訴訟法未有規範之情形下，應依憲法法庭之裁判諭知處理法官應否迴避之爭議；釋字第805號及第799號解釋要求法院在法無明文之情況下賦予當事人及其辯護人有到庭陳述意見之權利；釋字第762號解釋指示法院應在符合特定要件之下，付與審判中被告全部卷宗及證物影本；而釋字第737號解釋則使法院在羈押審查程序中，應使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知聲請羈押之理由及證據。

⁹⁹ 釋字第302號、第416號以及第512號解釋參照。

¹⁰⁰ 釋字第755號解釋涉及受刑人不服監獄處分或其他管理措施而無法請求救濟之爭議，於本號解釋中，大法官諭知受刑人得準用行政訴訟法進行救濟；而釋字第742號解釋則涉及人民得否對違法侵害其權利之都市計畫請求救濟之爭議，而大法官諭知，若立法者逾期而未立法，人民即得準用訴願法以及行政訴訟法進行救濟；而釋字第720號解釋則涉及羈押法不許受羈押之被告向法院起訴請求救濟之爭議，而大法官則諭知其得準用刑事訴訟法之規定向法院請求救濟。

(一)類型一：111年憲判字第7號、釋字第755號、第742號以及第720號解釋

首先，針對第一種類型，我們觀察111年憲判字第7號、釋字第755號、第742號以及第720號解釋，可以發現其共同之處在於，個案中之當事人在現行制度下當權利受有侵害時皆無法向法院提起訴訟請求救濟，而牴觸有權利即有救濟之原則，因而導致當事人訴訟權之侵害。而大法官在這幾號解釋（或裁判）中，除為違憲宣告外，皆有作成替代立法之諭知，使人民認其權利受有侵害時，在法未有明文之情形下，皆得直接準用相關之救濟規定。而觀察這幾號解釋之解釋文及理由書即可知，大法官介入之理由應係在於，如同大法官提及訴訟權時所一再強調，訴訟權之「核心」係為有權利必有救濟，且對於權利之救濟須為提供「及時、有效且完整」之保障。此外，訴訟制度之建立又有賴國家主動之形成以提供保障。若立法者立法怠惰而遲不建立訴訟制度，將使得人民受憲法保障之權利（諸如：111年憲判字第7號涉及偵查中辯護權、釋字第742號解釋涉及財產權、釋字第755號以及第720號解釋則涉及人身自由）持續置於違憲侵害之狀態下，而讓訴訟權提供人民在權利受侵害時「及時、有效且完整」之救濟機會之功能完全落空，大法官即因而在此介入以形成規範。

然而，仔細觀察這三號解釋應可發現，其中只有釋字第720號解釋之背景事實明顯已構成「立法怠惰」之情形，其他兩號解釋則否。詳而言之，本號解釋之情形是，於二〇〇八年大法官作成釋字第653號解釋，宣告羈押法及其相關規定違憲，並命立法者應於二年內限期修法，然而立法者卻遲至二〇一四年仍未修法。於此，立法者對於未完成立法義務應不具備其他可能之正當化事由，是以其不履行作為義務之期間已明顯逾越合理履行期限，因而使得大法官介入而自行形成規範之正當性即較高。

然而，觀察111年憲判字第7號、釋字第755號以及第742號解釋之背景事實，並未有立法者已明顯構成立法怠惰之情事發生。詳而言之，構成立法怠惰之前提在於，立法者具有作為義務，並且其不履行

義務已逾越合理履行期限。而在釋字第755號及第742號解釋中，雖然可以主張，立法者「應使人民得以請求權利救濟」此一義務係來自於憲法（基本權）而早就已經存在；然而，此一義務仍是透過這幾號解釋或裁判始為確立。是以，尚難以逕謂在這三號解釋或裁判作成之時，立法者不履行其作為義務已經逾越合理履行期限而構成立法怠惰。因此，對於大法官而言，應有其他理由作為其正當化之事由。

以下即進一步觀察同樣為當事人權利受有侵害卻無法請求救濟，然在各該解釋中大法官卻未為替代立法之案件。而就相關之討論案件，本文整理如下表，以下即就這些案例進行比較以及分析：

表一 訴訟權案件比較

| 訴訟權：當事人權利受有侵害卻無法請求救濟 | |
|------------------------|---------------------------------|
| 大法官有以解釋替代立法 | 大法官未以解釋替代立法 |
| 111年憲判字第7號、755、742、720 | 784、684、653、462、459、382、243、187 |

※資料來源：作者自行整理而成。

在我國大法官解釋中，關於原因案件之當事人因權利受有侵害，然而卻無法請求救濟使其訴訟權受有侵害之案件繁多。而主要之情形即集中在受特別權力關係所支配之人民，諸如：釋字第382號、第684號及第784號解釋涉及學校對學生所為處分之救濟問題；釋字第187號以及第243號等解釋則為公務員得否對機關所為處分之救濟問題；釋字第462號解釋則涉及教師得否對升等之評審結果請求救濟之爭議；而釋字第653號解釋涉及者為，受羈押被告不服看守所處分之救濟爭議。而其他非特別權力關係之案例尚有釋字第459號解釋，本號解釋涉及者為受徵服兵役之役男無法對其體位判定請求救濟之爭議。

在上揭解釋中，大法官皆肯認，不許其等於權利受有侵害時，向法院提起訴訟請求救濟，已經侵害憲法第16條對於人民訴訟權之保障；然而，在這些解釋中，大法官並未介入而為替代立法。而仔細觀察這幾號解釋中受違憲審查之標的，應即可推知大法官未為替代立法

諭知之理由即在於，在各該解釋中，大法官實際上無為替代立法諭知之必要。詳而言之，上揭解釋除釋字第653號解釋之外，解釋中受違憲審查之標的皆非為法律，而為判例或者司法院（院字）解釋。亦即，人民在個案中無法請求救濟之原因並非法律限制了人民之訴訟權，而係承審法院引用判例或司法院解釋而使人民無法請求救濟。是以，在這些案件中，大法官僅需宣告該判例或者司法院解釋為違憲且不再援用，即可除去對於人民訴訟權之侵害並使人民獲得應有之救濟，而毋須再進一步形成諭知賦予當事人救濟之管道。然而，111年憲判字第7號、釋字第755號、第742號以及第720號解釋涉及的都是，在現行制度下，法律就相關救濟方式未有明定，而導致規範不足之情事發生。

透過以上之比較，仍無法察知，大法官或憲法法庭究竟是基於什麼樣的理由，使得其在面對此種案件時決定是否介入而為替代立法。而唯一合理且為邏輯一貫的理由即為，在這三號解釋中，既有之規範狀態確實使得人民權利受有侵害時無法獲得及時、有效以及完整之權利救濟保障。而提供及時、有效及完整之權利救濟保障係為訴訟權之核心內容。是以，對於「應使人民得以請求權利救濟」而言，立法者應已無形成空間可言，而使得大法官或憲法法庭之介入較具有正當性。然而，若按照如此之規則評價或判斷憲法法庭在面對訴訟權之案件，特別是人民權利受有侵害卻無法請求救濟之案件時，將可能導致一個結論：即於此類案件中，憲法法庭皆可能可以逕為替代立法。蓋因當人民權利受有侵害，卻因規範不足而無法請求救濟致訴訟權受侵害時，其情形必為規範未賦予人民及時、有效以及完整之救濟途徑。

再者，即使以「提供及時、有效以及完整之權利救濟保障」作為正當化大法官或憲法法庭介入替代立法之事由，其亦僅能推論出「應使人民得以請求救濟」。亦即，對於「人民得否救濟」而言，立法者之形成空間確實已經受到限縮，而證成大法官或憲法法庭具有較高之介入正當性；然而，對於「人民應如何救濟」而言，此應為立法者之

裁量範圍，所應考慮之因素繁多，舉凡爭議案件之性質、法院組織及人員之配置，以及相關程序和制度設計等。然而，在各該解釋中，大法官或憲法法庭除使人民得及時提起訴訟請求救濟之外，更將救濟之途徑明確示之。不過，大法官或憲法法庭會如此為之應亦可以理解。蓋因若僅賦予被告請求救濟之權利，而未指示其應如何為救濟，將可能會因審判實務中法院推諉塞責、互踢皮球，使得當事人投訴無門¹⁰¹，而造成該諭知之實效大打折扣。於此，大法官或憲法法庭為提供人民「及時、有效且完整」之權利保障固值肯定，然而何以能如此跨了一步又一步，其背後實需有更堅實之論據作為支持。

綜上所述，本文認為，針對當事人在現行制度下當權利受有侵害時無法請求救濟之案件，評價未來憲法法庭得否介入而為替代立法之規則即為，既有之規範狀態是否「確實」使得人民無法獲得及時、有效以及完整之權利救濟保障。亦即，憲法法庭在裁判中應盡可能詳細地運用事實說明個案之特殊性何在，以及其形成諭知指示救濟途徑之必要性為何，以證成在個案中立法者之形成空間確實已經受到限縮，而使其介入之正當性較高。

(二)類型二：112年憲判字第14號、釋字第805號、第799號、第762號及第737號解釋

其次，針對第二種類型，則可以發現，釋字第805號及第799號解釋是涉及刑事程序中當事人親自或委任辯護人到庭陳述意見及辯護之權利，而釋字第762號及第737號解釋則分別涉及審判程序及偵查中羈押審查程序之卷證資訊獲知權。針對前兩號解釋，大法官之作法皆是作出在修法前之過渡期間之諭知，使當事人在規範有所欠缺之情況下可以直接具有到庭陳述意見之權。而在後兩號解釋中，大法官則係針對若逾期未修法之情形作出諭知，使得個案當事人（前者為有辯護人之被告，而後者則為犯罪嫌疑人及其辯護人）於法無明文之情況下，

¹⁰¹ 可參釋字第755號解釋林俊益大法官部分協同意見書，頁4-5；釋字第755號解釋蔡明誠大法官部分協同意見書，頁5。

在程序中得以具有直接獲知卷證資訊之權利。

於此，事實上不論是到庭陳述意見之權、或者是卷證資訊獲知權皆為當事人行使訴訟防禦權之基本前提，而為對其等訴訟權最低之程序保障¹⁰²。換而言之，亦同於大法官所一再強調，人民於權利受侵害時，除了應使其獲得及時、有效及完整之權利救濟保障外，請求依正當法律程序公平、公正審判，亦為訴訟權保障之核心內容。而到庭陳述意見權及卷證資訊獲知權作為訴訟中防禦權之前提，自應為當事人受正當法律程序公平審判之一環，而構成訴訟權保障之核心。是以，在此立法者之不作為既已觸及訴訟權保障之核心內容，則其形成空間即應已受到限縮，大法官於此介入也因而較具有正當性。

值得注意的是，憲法法庭於二〇二三年八月所作成的112年憲判字第14號涉及的是刑事訴訟中法官迴避制度之設計。亦如過去大法官解釋所一再強調，雖然立法機關就訴訟制度之具體內容，衡量訴訟案件之種類、性質、目的及司法資源有限等因素自有其一定之形成空間；然而，若涉及訴訟權保障之核心內容，則即為立法形成之界限。而在本件判決中，當參與確定裁判之法官，再參與就該確定裁判所提起之再審或非常上訴程序，即會涉及訴訟權保障之核心內容。蓋因在此情形下，法官因參與同一案件前後審判即會發生審查自己所作裁判之情形而可能產生預斷，如此即難期待其公正審判，並且亦使當事人喪失審級救濟利益。於此，立法者之不作為亦同樣觸及訴訟權保障之核心內容，而使其形成空間受到限縮，因而得以正當化憲法法庭之介入。

然而，於大法官解釋中，其他因侵犯「訴訟權之核心保障」而為違憲之案件尚有釋字第752號以及第653號解釋。於此，本文即進而觀察何以這兩號解釋同樣涉及訴訟權之核心保障，然大法官僅為違憲宣告，而未進一步為替代立法之諭知。

首先，釋字第752號解釋所涉及者為刑事訴訟法第376條第1款及

¹⁰² 參釋字第737號解釋林俊益大法官部分協同意見書，頁10。

第2款，就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，限制被告不得上訴於第三審法院之規定。對此，大法官即認為，至少應給予被告一次上訴救濟之機會，係為訴訟權保障之核心內容。而於上揭情事下，未能提供被告至少一次上訴救濟之機會，因而與憲法保障人民訴訟權之意旨有違而為違憲，大法官並就該部分宣告立即失效。於此，大法官未進一步為替代立法應可以理解。蓋因在這樣的情況下，人民之訴訟權受有侵害並非基於立法者之「不作為」，而係立法者之作為導致人民訴訟權之限制。是以，大法官只要除去該部分之限制，即可使個案中之當事人獲得應有之救濟，而毋庸再形成規範才能保障當事人救濟之權利。

其次，釋字第653號解釋之部分已如前述，本號解釋宣告羈押法及相關規定為違憲後，立法者仍未修法賦予受羈押之被告請求法院救濟之權利，而其衍生之問題直到釋字第720號解釋作成替代立法之諭知後才真正解決。是以，從事後結果論觀之，在釋字第653號解釋中，大法官較佳之作法即應在違憲宣告之外，再進一步地以解釋替代立法。

(三)小 結

綜上所述，針對訴訟權之案件，未來評價憲法法庭介入而為替代立法正當性之規則即為，立法者之作為或不作為是否已經牴觸「訴訟權保障之核心內容」。詳而言之，訴訟權保障之核心內容又可以區別為兩個層次：第一，在現行制度之下，當事人於權利受有侵害時，「是否」受訴訟權之保障？第二，在訴訟程序之中，當事人「如何」受訴訟權之保障？前者所對應者即為，應賦予當事人有及時、有效及完整之權利救濟保障之機會；而後者對應的則是，當事人得以請求依正當法律程序公平及公正審判。

依此區分，憲法法庭在訴訟權中介入而為替代立法即可分為兩個類型來看：第一種類型為，當事人權利受有侵害卻無法請求救濟之情形。在此之下，因為當事人於權利受侵害時，無法受有「及時、有效

且完整之權利救濟保障」，因而已侵及訴訟權保障之核心內容。於此，立法者之形成空間即已經受到限縮，憲法法庭介入之正當性即為較高。而第二種情形則為，當事人在訴訟程序中無法受有「依正當法律程序公平、公正審判」之權利時，此時同樣亦已觸及訴訟權保障之核心內容，是以憲法法庭之介入即較具有正當性。

伍、評價規則之歸納與建立

透過上述討論，在同時考量立法者之形成自由及司法者維護憲法秩序及保障基本權利之功能之下，我們分析了在訴訟權之案件中，大法官或憲法法庭以解釋或裁判替代立法之條件及限制為何。亦即，在如何之條件或限制下，大法官或憲法法庭所為之替代立法行為始不逾越權限界限。雖然透過個別領域分析所歸納出之評價規則看似分散而缺乏體系，惟仔細察之，透過前述對於權限基礎及權力分立問題之分析及以上案例之歸納，仍可有系統地抽繹出共同之一般性規則，以此作為未來評價或檢驗時之重點。

於此，綜合上述關於憲法法院得否以及如何作為替代立法者之討論，本文所要提出之規則即為：在未來評價憲法法庭有以諭知為替代立法之相關解釋或裁判時，我們得以類似於比例原則之操作，來檢驗在該特定背景或條件之下，憲法法庭裁判諭知之正當性高低為何，進而評價其是否已經逾越了權力分立之界線。惟於此須強調的是，在傳統上關於比例原則之運用仍主要在於檢驗國家權力之行使與人民基本權之限制間是否合乎比例。而究其發展背景確實亦係防免國家行為對於人民基本權造成侵害¹⁰³，是否得直接用於檢驗「國家機關間之權限行使是否侵及其他機關之核心而為違憲？」仍有討論之空間。因此，本文於此即不直接以比例原則之名作為評價之規則，惟仍不妨借用其原則之內涵以為審查之標準，因而即以「類似於比例原則」之操作標

¹⁰³ 關於比例原則之發展可參蔡宗珍，公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁80以下。

準稱之¹⁰⁴。

對於操作之過程，本文於此詳述如下：

首先，即為對於憲法法庭替代立法諭知之目的正當性的審查。而對此，透過前述關於憲法法庭作為替代立法者「權限基礎」之討論，可以得知：本文證成憲法法庭應具有自行形成規範之權限之理由在於，透過替代立法諭知始能有效達成憲法法庭之功能及任務，即對於合憲法律狀態之維護而言，且特別是對於人民基本權利「實際上」之保障，而使基本權之保障能真正落實。因此，就替代立法諭知之目的審查而言，自亦應以其是否是為了實現基本權之保障作為審查之重點。換而言之，若在未來憲法法庭的裁判中，該替代立法諭知之目的是為了落實基本權之保障，則其目的即為正當，而得以通過目的正當性之審查。

其次，在對於目的進行審查後，接下來即為對於手段與目的關聯性之檢驗。就此即先為適當性原則之要求。如前所述，諭知的目的係為落實基本權之保障，則於個案中，憲法法庭之替代立法諭知自必須能夠達到此一目的。換而言之，替代立法諭知作為達成落實基本權保障之手段，其於內容上自不得導致一個更為違憲之狀態，而造成基本權之侵害。

於通過適當性原則之檢驗後，進一步即進到必要性原則之審查，而對此即為審查中之重點。一般而言，關於必要性原則之內涵係指，在適合達到目的之多種手段中，應選擇對於人民權利侵害最小之干預行為。在本文之討論脈絡下，所謂之必要性原則係指，替代立法諭知作為憲法法庭落實基本權保障之手段，其應在對立法者之形成空間造成最小干預之情況下，始符合必要性之要求。

詳而言之，於此又可區分成兩個層次進行討論：第一，在如何之

¹⁰⁴ 惟需注意的是，於德國文獻之討論中，亦有以比例原則直接檢驗聯邦憲法法院執行措施是否已侵及立法者而逾越權力分立界線者。Vgl. Hans Lechner/Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 8. Aufl., 2019, S. 374-375.

情況或條件下，以諭知替代立法對於立法形成空間之干預為最小；第二，以如何之內容形成諭知，對於立法形成空間之干預為最小。而就此即必須根據個別基本權領域進行評估，以本文嘗試分析的訴訟權案件為例：

針對第一個層次的審查，即在如何之條件下，憲法法庭作成諭知對於立法形成空間之干預為最小。透過前述關於訴訟權案例之分析，我們可以發現憲法法庭得以介入而為替代立法之條件規則在於，若當事人在訴訟程序中無法受有「依正當法律程序公平、公正審判」之權利，或者系爭規範於當事人權利受有侵害然卻無法受有「及時、有效且完整之權利救濟保障」時，則憲法法庭之介入即得通過必要性原則第一層次之檢驗¹⁰⁵。理由在於，不論是使當事人在訴訟中受有「依正當法律程序公平、公正審判」之權利，或者提供當事人「及時、有效且完整之權利救濟保障」皆係為訴訟權保障之核心內容。在侵及訴訟權保障核心內容之情況下，立法者之形成空間即已受到限縮，憲法法庭之介入即有其必要性。

針對第二個層次的審查，即諭知之內容在如何之條件下，對於立法形成空間之干預為最小。對此，本文所提出之規則係，就諭知之內容而言，不得造成對立法者地位長期或永久之壓制，亦即不應妨礙立法者嗣後之新法。蓋因本文證成替代立法諭知並不違反權力分立原則之關鍵理由在於，立法者得於嗣後贏回其對於規範修改之主動地位，而不會長期地被壓制。是以，若諭知之內容將造成立法者無法再透過修法行使其權限，則如此即難以通過必要性原則之檢驗。此外，要強調的是，關於諭知內容對於立法形成空間是否為最小干預，仍有待於

元照出版提供 請勿公開散布

105

此一規則之建構實益即在於，於未來個案中進行檢驗時，即可以幫助我們觀察立法者之形成空間是否確實已經受到限縮，而使得諭知不會造成對立法形成空間之干預，或者諭知干預之程度為最小干預。若於個案中，透過規則對於受違憲審查規範及其背景事實之評價，證成立法者之形成空間已確實受到限縮，甚至已無形成空間可言時，如此即可推論，在這樣的背景下對於立法形成空間之干預為最小，而得以通過必要性原則之檢驗。

個案中就所涉之基本權領域、受違憲審查之規範以及憲法法庭諭知之內容具體進行判斷，前揭之說明僅為檢驗要點之例示。

在通過上述檢驗後，最後即進到衡平性原則之審查。衡平性原則要求的是，所欲追求的法益與因此被限制之法益間有適當的衡平關係存在。在本文之脈絡下，即為司法者落實基本權之保障及限制立法者之形成自由之間，需具有合理且適度之關係。在一般國家行為對於人民干預案件中之衡平性審查，必然會面對的問題是，到底要依據如何之標準來判定各種不同法益或價值間之優劣關係¹⁰⁶。是否有客觀化之標準？或僅取決於衡量者之主觀價值判斷？惟如此之問題，在我們審查憲法法庭替代立法諭知是否符合衡平性原則之要求時應不存在。理由在於，關於司法者落實基本權之保障及限制立法者之形成自由兩者之間，雖然無法直接決定孰優孰劣。然而，若要通過前述必要性原則之檢驗，則即代表在個案中，立法者之形成自由實已受到限縮，甚至已無形成空間可言。是以，若已通過必要性原則之檢驗，則即應不會於法益衡量上有顯不相當之情形發生。簡言之，在通過前述層層關卡之檢驗後，於衡平性原則之審查上即應得以輕騎過關。

綜而言之，本文透過憲法理論及憲法訴訟法之規範證成了憲法法庭具有如此形成規範之權限；同時，為避免大法官成為法秩序的政策形成者而完全取代立法者，本文透過評價規則之建立，指出了憲法法庭作成替代立法諭知時所應注意之界限，即關於「替代立法諭知作為手段」與「落實基本權保障之目的」兩者目的手段關聯性之審查上。其中，審查之重點厥為關於必要性原則兩層次之檢驗，藉此指出：在如何之條件下，憲法法庭形成如何內容之替代立法諭知始不侵及立法者之形成空間，而仍能與權力分立原則相容。

¹⁰⁶ 蔡宗珍，前揭註103，頁93-94。

陸、結 論

如何理解司法違憲審查權及立法權間之關係，並且劃出司法者及立法者之權限範圍及其界限，實為司法違憲審查機制之核心難題。而在過去對違憲審查權及立法權關係之諸多討論中，皆主要集中於對審查密度理論之研究；而在違憲宣告模式方面，亦集中在「對受違憲審查之規範標的效力」之宣告，特別是定期失效之討論上，而較少直接對於大法官解釋或憲法法庭裁判中「有直接發生形成規範並且替代規範效果之諭知」進行分析。本文之研究客體即聚焦在此種「以解釋（或裁判）替代立法之諭知」，即觀察大法官或憲法法庭在個案中作為「替代立法者」之展現，並分析其作為替代立法者「得否可能」及「如何可能」之問題。

從規範出發，本文論證憲法法庭作為替代立法者之「權限基礎」之起點有二：首先，本文先確立憲法法庭保障人民基本權利及確保國家權限劃分之功能任務，使其不單純作為解決爭議之「法院」，而更作為憲法維護者以及人權維護者之角色，而具有「憲法機關」之地位。而在此理解之下，即進而帶出對於另一權限基礎之規範起點——憲法訴訟法第33條第3項（司法院大法官審理案件法第17條第2項）——之詮釋。

本條之規範內容係為大法官解釋或憲法法庭裁判之執行規範。而執行的目的不論對於專業法院或憲法法院而言，都是為了實現法院認定事實並適用法律後之裁判結果，即對於裁判結果之落實及貫徹。而既然憲法法庭之功能任務在於合憲法律狀態之維護，則憲法法庭裁判之執行目的即為對此一合憲狀態維護之落實。對此之落實，從客觀法律的角度來看即為對於憲法秩序之「事實上」維持，從主觀權利的角度觀之則為對於人民基本權之「實際上」保障。簡言之，為了使憲法作為最高規範之拘束力不只是空談，以實現憲法之合憲性誠命，憲法法庭即應具有能夠實際上及時有效除去違憲侵害、並回復合憲狀態之權限。

於確立憲法法庭具有形成規範之權限基礎後，要思考的即是，此一司法者的規範形成權限是否與權力分立原則相容？對此，即涉及對權力分立理解為何之問題。不同於傳統上認為各個國家機關間分別具有固有之權力樣態、彼此各自行使且不互相依存；本文則從功能法之觀點出發認為，權力分立之目的在於使國家決定應盡可能正確地被作成，已達成對基本權利之保障。為了實現此一目的，國家機關間權限即非截然之劃分，而容許一定程度之分享及合作。然而，如此並不代表權力間不存有界線，而仍應使系爭憲法機關得繼續維持其應有之通常領域之權限及責任，不會使任何憲法機關獲得全面凌駕於其他機關之獨斷地位。當憲法法庭形成替代立法諭知時，立法者仍得保有其立法及修法之權限並仍具有主動地位，只要其再作成一個法律則可以立即地贏回對於規範之主導權。是以，在功能法的觀點下，憲法法庭作為替代立法者並無違於權力分立。

就憲法法庭如何作為替代立法者之問題，在功能法之脈絡之下實難以逕從功能最適理論本身演繹出一個一般性之標準，以全面性地判斷在所有基本權領域下，憲法法庭之替代立法行為是否已逾越權限。是以，仍必須進一步就個別基本權進行觀察及分析，視系爭基本權領域之特性來判斷衡量，究竟其界限範圍何在。本文透過案例間之比較與辯證，分析了在訴訟權案件中，大法官或憲法法庭形成替代立法諭知背後可能之理由；並且，透過理由之分析及證成，嘗試進一步抽繹出可能之評價規則，以觀察未來憲法法庭在訴訟權案件中為替代立法諭知時是否已經逾越權力分立之界限。

最後，本文整合了以上不同層次之問題，並綜合了前述各部分之討論，將規則進行統整，發展出了類似於比例原則之操作模式。即將全文收斂於「替代立法諭知作為手段」與「達成落實基本權保障此一目的」之手段目的關聯性之討論上。希冀藉由此一模型之建立，提供未來於評析憲法法庭有以諭知為替代立法之裁判時，檢驗並評價個案中憲法法庭是否已經逾越了權力分立界線之標準。

參考文獻

一、中文

(一)專書

1. 吳庚，憲法的解釋與適用，自版，2004年6月。

Geng Wu, *The Interpretation and Practice of Constitution*, Self-publishing (2004).

2. 吳庚，社會變遷與憲法解釋，載憲法解釋之理論與實務（第四輯），中央研究院法律學研究所，2005年5月，頁1-7。

Geng Wu, *Social Change and Constitutional Interpretation*, in: *Constitutional Interpretation: Theory and Practice (Vol. 4)*, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, pp. 1-7 (2005).

3. 翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，載公法學與政治理論——吳庚大法官榮退論文集，元照，2004年10月，頁1-36。

Yua-Shen Won, *Study on the Effects of the Grand Justice Judicial Interpretation*, in: *Public Law and Political Theory—Papers in Honor of Grand Justice Geng Wu on the Occasion of His Retirement*, Angle Publishing, pp. 1-36 (2004).

4. 張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，載憲法解釋之理論與實務（第八輯），中央研究院法律學研究所，2014年7月，頁115-174。

Chia-Yin Chang, *The Historical Development and Constitutional Foundations of Judicial Review in Taiwan*, in: *Constitutional Interpretation: Theory and Practice (Vol. 8)*, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, pp. 115-174 (2014).

5. 黃舒玓，「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套，載民主國家的憲法及其守護，元照，2009年8月，頁245-291。

Shu-Perng Hwang, *The Separation of Powers Between the Constitutional Court and Legislature—According to the German Funktionell-Rechtlicher Ansatz*, in: *The Constitution of Democratic*

States and Its Guardian, Angle Publishing, pp. 245-291 (2009).

6. 黃舒芃，比較法作為法學方法——以憲法領域之法比較為例，載變遷社會中的法學方法，元照，2009年9月，頁249-252。

Shu-Perng Hwang, Comparative Law as a Legal Methodology—The Case of Comparative Law in the Constitutional Field, in: *Legal Methodology in a Changing Society*, Angle Publishing, pp. 249-252 (2009).

7. 葉俊榮，違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，載2011司法制度實證研究，中央研究院法律學研究所，2013年12月，頁1-31。

Jiunn-Rong Yeh, The Politics of Unconstitutionality: An Empirical Analysis of Judicial Deadlines and Political Compliance in Taiwan, in: *The Empirical Studies of Judicial Systems 2011*, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, pp. 1-31 (2013).

(二) 期刊論文

1. 吳庚，憲法審判制度的起源及發展——兼論我國大法官釋憲制度，法令月刊，第51卷第10期，2000年10月，頁9-29。

Geng Wu, The Origin and Development of the Constitutional Jurisdiction—The System of Judicial Interpretation in Taiwan, *The Law Monthly*, 51(10), 9-29 (2000).

2. 吳信華，論大法官釋憲程序中之「執行」，國立中正大學法學集刊，第42期，2014年1月，頁1-79。

Hsin-Hua Wu, A Study on “Execution” in the Judicial Interpretation Procedure, *National Chung Chen University Law Journal*, 42, 1-79 (2014).

3. 吳信華，大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之諭知，台灣法學雜誌，第267期，2015年3月，頁97-101。

Hsin-Hua Wu, The Declaration, Remedies and Implementation of the Temporarily Continuous Validity of Unconstitutional Law of Judicial Interpretations, *Taiwan Law Journal*, 267, 97-101 (2015).

4. 林建志，認真對待大法官解釋：論大法官解釋之落實，國立臺灣大

學法學論叢，第49卷第4期，2020年12月，頁1777-1843。

Chien-Chih Lin, Taking Constitutional Court Decisions Seriously: The Implementation of J.Y. Interpretations, *National Taiwan University Law Journal*, 49(4), 1777-1843 (2020).

5. 法治斌，與大法官共治，難嗎？，*憲政時代*，第26卷第3期，2001年1月，頁75-92。

Jyh-Pin Fa, Is it Difficult to Rule with the Grand Justice?, *The Constitutional Review*, 26(3), 75-92 (2001).

6. 許宗力，權力分立與機關忠誠——以德國聯邦憲法法院裁判為中心，*憲政時代*，第27卷第4期，2002年4月，頁3-32。

Tzong-Li Hsu, Separation of Powers and Institutional Loyalty—Focused on German Federal Constitutional Court Decisions, *The Constitutional Review*, 27(4), 3-32 (2002).

7. 許宗力，憲法法院作為積極立法者，*中研院法學期刊*，第25期，2019年9月，頁1-39。

Tzong-Li Hsu, Taiwan Constitutional Court as a Positive Legislator, *Academia Sinica Law Journal*, 25, 1-39 (2019).

8. 陳愛娥，立法怠惰之回應，*憲政時代*，第21卷第1期，1995年7月，頁28-48。

Ai-Er Chen, Response to Legislative Inertia, *The Constitutional Review*, 21(1), 28-48 (1995).

9. 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限——由功能法的觀點出發，*憲政時代*，第24卷第3期，1998年12月，頁170-222。

Ai-Er Chen, On the Limits of Judicial Review by the Council of Grand Justices—From the Functional Model, *The Constitutional Review*, 24(3), 170-222 (1998).

10. 廖義男，司法院大法官解釋之權利救濟功能，*法令月刊*，第66卷第6期，2015年6月，頁1-15。

Yih-Nan Liaw, The Remedial Function of Rights of Judicial Yuan Interpretations, *The Law Monthly*, 66(6), 1-15 (2015).

11. 蔡宗珍，公法上之比例原則初論——以德國法的發展為中心，*政大法學評論*，第62期，1999年12月，頁75-103。

- Tzung-Jen Tsai, The Principle of Proportionality in Public Law—A Contribution to the History of Development in German Law, *Chengchi Law Review*, 62, 75-103 (1999).
12. 蔡宗珍，我國憲法解釋中的權力分立圖像，憲政時代，第40卷第4期，2015年4月，頁491-558。
- Tzung-Jen Tsai, The Conception of Separation of Powers in the Constitutional Case: Law of Taiwan, *The Constitutional Review*, 40(4), 491-558 (2015).
13. 蘇仕君，我國違憲審查制度之繼受——以比較法為中心，中正大學法律學系碩士論文，2005年6月。
- Shih-Chun Su, *The Legal Transplants of Taiwan's Judicial Review—Examining from the Perspective of Comparative Law*, Master Thesis, Department of Law, National Chung Cheng University (2005).
14. 蘇彥圖，立法者的形成餘地與違憲審查——審查密度理論的解析與探討，臺灣大學法律學系碩士論文，1998年6月。
- Yen-Tu Su, *Constitutional Review and Policy-making Freedom of Legislator—A Comparative Analysis of the Theory of “Kontrolldichte”*, Master Thesis, Department of Law, National Taiwan University (1998).
15. 蘇慧婕，2017年憲法發展回顧，國立臺灣大學法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1677-1721。
- Hui-Chieh Su, Developments in the Law in 2017: Constitutional Law, *National Taiwan University Law Journal*, 47 Special Issue, 1677-1721 (2018).

二、德 文

(一) 專 書

1. Graßhof, Malte, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, 1. Aufl., 2003.
2. Hesse, Konard, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999.
3. Heun, Werner, Normenkontrolle, in: Peter Badura (Hrsg.), Festschrift

- 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 615-639.
4. Hillgruber, Christian/Goos, Christoph, Verfassungsprozessrecht, 5. Aufl., 2020.
 5. Ipsen, Jörn, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1. Aufl., 1980.
 6. Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 8. Aufl., 2019.
 7. Maurer, Hartmut, Staatsrecht I – Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., 2010.
 8. Ossenbühl, Fritz, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung, in: Peter Badura (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2011, S. 33-53.
 9. Schlaich, Klaus/Koriath, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Aufl., 2021.

(二) 期刊論文

1. Aust, Helmut Philipp/Meinel, Florian, Entscheidungsmöglichkeiten des BVerfG. Tenor, Systematic und Wirkung, JuS 2014, S. 113-117.
2. Frenz, Walter, Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen, DÖV 1993, S. 847-855.
3. Frenz, Walter, Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung, ZG 1993, S. 248-264.
4. Gaier, Reinhard, Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, JuS 2011, S. 961-966.
5. Roth, Wolfgang, Grundlage und Grenzen von Übergangsordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen, AöR Bd. 124 (1999), S. 470-502.
6. Rothkegel, Ralf, Das Bundesverfassungsgericht als Ersatzgesetzgeber - die Übergangsregelungen des Hartz-IV und des AsylbLG-Urteils, ZFSH/SGB 2012, S. 519-523.
7. Schneider, Hans-Peter, Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG – ein Notverordnungsrecht des Bundesverfassungsgerichts?, NJW 1994, S. 2590-2594.

The Constitutionality of the Constitutional Courts as Positive Legislators: Focusing on the Cases of Litigation Rights

Kuo-Yu Kao*

Abstract

Defining and separating the authority of constitutional courts and legislators has always been a difficult issue in the realm of judicial review, and it is all the more problematic when the declaration made by the constitutional court contributes to the formation of legal norms. In response, this thesis focuses on such declarations where interpretation is in place of legislation, while analyzing and reviewing whether this declaration mode is ultra vires from the perspective of the separation of powers. The core research question is as follows: is a constitutional court entitled to contribute to the formation of legal norms as a positive legislator? If the constitutional court is entitled, how should it act in such a role?

In response to the above problems, the research develops a *modus operandi* similar to proportionality, i.e. different tiers of review targets that examine the correlation between “declaration as judicial

* Ph.D. Candidate, National Taiwan University; Recipient of Fellowships for Doctoral Candidates in the Humanities and Social Sciences, The Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

Received: August 16, 2023; accepted: October 2, 2023

lawmaking” and “protection and implementation of basic rights”. By means of establishing a judicial review model, the researcher aims to offer a set of standards to examine whether the constitutional court has violated the principle of separation of powers in such cases.

Keywords: Constitutional Court, Positive Legislator, Judicial Lawmaking, Declaration, Implementation of Judicial Yuan Interpretations



元照出版提供 請勿公開散布