

刑事法的解釋方法

—以日益重要的「合憲性解釋」為中心

「最高檢察論壇」演講人：蘇永欽教授

民國112年11月3日

內容大綱

- 法學方法論止於解釋方法
- 薩維尼解釋四律的現代化
- 方法的優先次序才是關鍵
- 刑事法解釋有何特殊之處
- 憲法影響法律的多重路徑
- 順憲與向憲的刑事法解釋
- 各最高審共轉的黃金頻譜
- 立法與司法也要妥適分工
- 人權保障中立於制度選擇
- 進階教義學方法接近空白

法學方法論的本質

- 法理論 v 方法論：對法律的系統性研究—研究內容 v 研究方法
- 法律方法論 v 法學方法論：前者涵蓋有關法律的各種研究角度，後者僅限於「理解實定法意義」的方法
- 法學方法論的類型：
 - 1、實然 v 應然
 - 2、理論意義的應然 v 規範意義的應然
- 方法論的法規範化寧為例外：解釋方法，方法優先次序，解釋規則等
- 法律強制力既非建立於內容的真實性上（與可客觀證立或證偽的科學發現不同），而僅能建立於立法的正當性上（民主程序），其方法論的檢驗也只能繫於論述內容的合理性與法律專業的認同度（通說）。故應然方法論的研究若非建立於實然（本土）方法上，意義不大。

從決斷主義走向理性主義

- Carl Schmitt的決斷主義（**Dezisionismus**），不妨看成大陸法系國家的法唯實主義（**Legal Realism**），方法論的研究只是論述工具箱，用以提高司法溝通的說服力，因此本質上還只是一種實然的研究，並無應然的堅持。但在普遍崇尚正法的大陸法系國家—又以受到康德理性哲學影響的德國尤然，其方法論固然也從實然的觀察出發，卻仍有其應然的底線，即使無法如科學那樣以事實來證偽，對於司法的決斷還是保有方法論的批判空間，包括通說。
- 德國當今法學方法論重鎮Thomas M.J. Möllers在今年出版的方法論第5版中，已開始強調一種「法律元方法論」（**juristische Metamethodik**），恰站在決斷主義的另一極端。

介於兩者間的特殊性保留

- 比較務實的方法論思考不會忽略在兩者之間的某些特殊主義，也就是承認某些方法差異的合理存在（實然而且應然）。Möllers就點出因法領域和國家而有所不同的方法論，在歐洲那樣的超國家組織應該可以得到多數人的認同，我以為還可加上法律性質（秩序法 v 政策法）與法律家族（大陸法系 v 英美法系）的差異。
- 個人的確信是，無論是否決斷主義的信仰者，方法論的研究都應該從學說與司法實務的實然出發；且即使基於理性主義的信仰而要探究終極的元法律方法，應然方法論的建構也還是不能忽略反映各種環境的特殊考量。

為什麼說我們的法學方法論還未見成熟？

- 零星的實然方法論研究
- 零星移植的應然方法論
- 沒有建立於實然方法論基礎上的應然方法論權威著作
- 法學院罕見方法論的教學，國家考試也從未列為考科
- 其結果是不時可以看到法院在闡述其解釋方法時使用概念的紊亂，有些論證似乎信手拈來，或者比對其他判決，造成很強烈的只為合理化本判決結果才有此說的印象。法學論述的不重視方法論，則在與社會科學對照下，特別彰顯其生成知識的含金量不足。方法上的貧弱和我們的繼受法制欠缺歷史提供的養分有關，但除此以外也還有整個大陸法系法學都面對的共同瓶頸。

薩維尼解釋四律的流變

- 德國薩維尼在1840年出版的羅馬法體系第一卷整理的解釋四律（Kanon），又稱解釋的四要素（Vier Elemente），直譯包含文法、邏輯、歷史和體系（grammatisches, logisches, historisches und systematisches），將近兩世紀後其涵意不僅在本國發生流變，繼受德國法的國家多追隨其方法論，卻因語言隔閡而言人人殊，中國繼受再經幾手更難免混亂。現在只能說大體上文法相當於文義，邏輯相當於文理，歷史相當於立法者的意圖，體系則指法的體例，四要素主要追求的是立法者主觀意旨的客觀化呈現，可滿足變化不大社會對司法的需求，現代德國普遍認同的解釋方法則已從主觀面向延伸到被規範者視角下的客觀面向（目的解釋崛起）。不僅方法論已完成重構，各終審法院也會努力在判決中統一用語。

如何在薩維尼框架下重構符合時宜的方法

- 綜觀我國法學論述其實也多已觀照立法者當時的視角和當代受規範者的合理期待，方法論的任務應在重新建構文義解釋、體系解釋、目的解釋和歷史解釋的具體內容與功能，另加上國際化與全球化催生的比較解釋，以期統一使用，我建議的五分法條列如下：
- 文義解釋劃定規範射程：窮盡語言、語意及文理的可能性
- 歷史解釋的民主正當性：還原立法意旨、過程及相關史料
- 體系解釋從水平到立體：從內外體系到合憲性、漏洞補充
- 目的解釋帶入結果思維：可分擔體系解釋的變遷調適功能
- 比較解釋有繼受有借鑑：通過跨國比較再補強前四種解釋

五種解釋方法在解釋視角上的分配

- 如前所述，這五種解釋方法已可綜合涵蓋立法者（**a**）和當代受規範者（**b**）的視角，為個案事實多變的現代社會保留足夠空間去做妥適的權衡，簡單分析如下：
- 1、文義解釋：文本主義（立法者及當代被規範者的文義認知） $a + b$
- 2、歷史解釋：原意主義（涵蓋立法意圖、立法過程及相關史料） a
- 3、體系解釋：外在體例＋內在體系＋憲法取向＋漏洞「填補」 $a + b$
- 4、目的解釋：法律整體結合社會發展現狀合理呈現的法條目的 b
- 5、比較解釋：繼受條文的訓詁確認其原意或做制度的功能比較 $a + b$

解釋方法優先次序問題的關鍵性

- 故解釋方法的問題從來不在可納入考量的方法不夠，真正難的是當這些方法會導出不同結果時，如何對優先次序做出抉擇。德國的幾個終審法院不時會希望藉個案做一些釐清，但往往沒多久就在其他案子走到相反方向。聯邦憲法法院曾經明確的指出憲法未就解釋方法的次序有任何要求。同樣的，瑞士的聯邦法院也自稱所持立場為一種「務實的方法多元論」，不認為個別的解釋觀點有可能列出固定次序。
- 但差不多就在世紀之交，大陸法系幾位重要的方法論作者已經更積極的開始對這個問題作廣泛而深入的整理和比較，而且儘管仍然從沒有絕對的次序規則出發，但多已有比如基於憲法罪刑法定及明確原則刑法當以文義解釋為「初步的優位」（*prima facie -Vorrang*），或在一定範圍內採「有疑義從...」的推定，2001年Stefan Vogenauer僅就方法優位問題就做了好幾百頁的整理。

我國法院偶見的嘗試往往凸顯更多問題

- 以刑事大法庭首件的108年度台上大字第2306號裁定為例，在鋪陳大法庭見解的第一段便說：「法官闡釋法律時，在文義射程範圍內，如有複數解釋之可能性時，應依論理解釋方法，在法律規定文義範圍內，闡明法律之真意，以期正確妥當之適用。」
- 顯以文義解釋為首發，接下來的「論理解釋」邏輯上必非文義解釋，文氣上似又以其優先於其他可能的解釋。但論理解釋究為何方神聖？依後來展開的論述來看，比較實質二罪和一罪的想像競合與法規競合，指的應該就是體系解釋。最近一篇博士論文也考據出這是源於一百多年前日本學者的用語，當時已屬多義概念，現在更變成法院信手拈來的用語，有時候單純相當於體系解釋，有時其實是包含了目的等觀點的複合解釋方法，此處既在闡明有複數解釋時應依何種解釋，當然只能是體系解釋的另稱，否則誰優先於誰？

- 既採實質二罪而認為可僅就主刑適用其重者，不排除加上輕罪規定的特別效果，接著用目的解釋、歷史解釋及合憲性解釋等，得到視行為嚴重性等情事於符合比例原則範圍，得一併宣告刑前強制工作的結論。但再思即知此處體系解釋其實不具有優位，所謂優位應以有處於競爭狀態的複數解釋為前提，而非不同階段的思考，對不同的問題採用其他解釋方法，在這些「先後出場」的解釋方法之間若無競爭關係（案例思考的層次在德國按各法領域累積成熟的教義學都會發展出一種鑑定式教學Gutachten做統一鋪排，民法的請求權基礎即其一例），因此這裡所稱的論理解釋應該只是一種複合式解釋的概稱，非僅指體系解釋，也不優先於其他解釋方法。果然則大法庭在本件裁定其實並未闡明任何解釋方法優先次序的問題，誤會一場。此所以接下來同樣處理想像競合從重處斷可否適用僅該輕罪始可適用的規定（未發覺而得減輕其刑）問題的同年度台上大字第3563號裁定，就沒有套用了。

刑事法的解釋方法有何特殊之處

- 刑事法因課人民強大負擔而異
- 刑事法因重大基本權保障而異
- 刑法因區分秩序法政策法而異
- 刑訴法因涉不同基本原則而異
- 即以文義解釋為例，正因其擔當首發，在文義射程內才有其他解釋觀點展開權衡的餘地，一般而言自以涵括立法者和受規範者的視角為宜，但以最近受到矚目的販賣毒品案為例，大法官對於販賣概念的文義解釋即以憲法為由限縮於受規範者的視角，之後最高法院刑事大法庭又顯然不以刑法的文義解釋有何不同的必要。

刑法上的文義解釋是否只能限於受規範者的視角？

- 司法院大法官釋字第792號解釋：
- 「按刑罰規定之用語應以受規範者得以理解及可預見之標準解釋之，始符合刑法解釋之明確性要求，俾能避免恣意入人民於罪，而與憲法保障人民基本權之意旨相符。前開條文構成要件中所稱之「販賣」一詞，根據當前各版本辭典所載，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，無論何者，所謂販賣之核心意義均在出售，均非單指購入物品之行為。」
- 最高法院刑事大法庭109年度台大字第4861號裁定：
- 「上開條文所稱之「販賣」，依其文義，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，其概念具有多義性，宜從立法資料及法律規範之體系與目的，探究其內涵。」
- 大法庭對從何視角理解文義所採見解異於大法官，儘管就案關爭議而言結論應無二致，但大法官在此是基於憲法立論，大法庭的見解理應受其拘束。

刑法典的解釋可否不同於特別刑法？

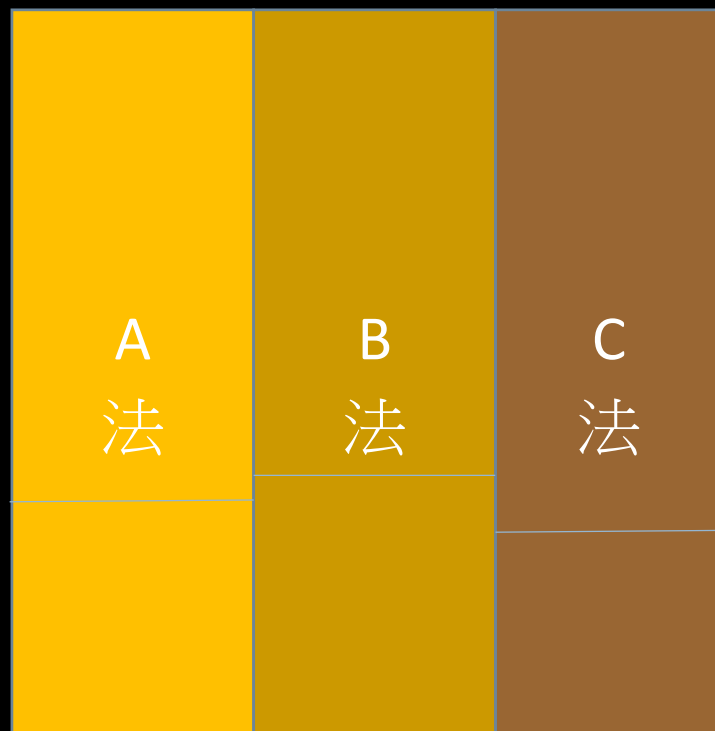
- 如前所述，一般而言文義的理解確實應以涵括立法者和受規範者的視角為宜，在販賣毒品案大法官是以憲法為由對法文「販賣」的理解限縮於受規範者的視角。值得思考的其實還有前面所列的秩序法與政策法的二分，考量的是從立法論上二者間頗有深意的區隔，因為刑法典原本可能寓有一種秩序法的思維，也就是把屬於人民「良知良能」的可非難罪行（**mala in se**）放在法典，而把帶有重大政策考量的可非難罪行（**mala prohibita**）放在特別刑法，使前者除處理刑法基本原則制度外，並承擔社會倫理長城的功能。如果刑事立法高度貫徹這樣的二分，對於刑法典所列犯罪即未必要拉高要件明確性的要求，同樣對文義的理解，未必要嚴格的以當時受規範者的視角為限。惟因我國刑法典的內容早已不嚴格區分秩序與政策（比如後來把有關選舉幽靈人口的規定也放進刑法典），因此大法官在這兩個問題上都採嚴格標準，確實也比較符合「有疑義從被告」的原則。但在特別刑法應有更多目的解釋的考量，則尚不受影響。

民法就秩序法與政策法即有嚴格的區分

- 我國民法典立法時深受德國民法典潘德克頓（Pandekten）法典模式的影響，迄今也仍維持法典與特別民法的區隔，甚至比德國民法還貫徹（比如有關定型化契約的規定），這對法律的解釋無疑有很大的方便。一般而言，**民法典高度貫徹私法自治的原則，因此在解釋時可以適用「有疑義，從自治」的解釋原則，在解釋方法上自也可以合理的有所區隔**，可參考下頁兩種法典模型的對照表。

民法體系化的兩種模式

部門民法模式



民法典模式



兩種模式幾乎針鋒相對

立法模式 特徵	潘德克頓模式的民法典	部門民法（典）
體系路徑	垂直疊造-按普通特別方式堆疊	水平並立-按部門各自平行立法
思維方式	抽象規則思維-個體觀點	具體規制思維-總體觀點
指導理念	自治	融合自治與管制
公私匯流	外接法-以轉介條款外接管制政策	內建法-公法與民法規定統攝一法
規範領域	領域中立	產業、部門取向
規範角色	抽象交易主體如受雇人、買受人	具體社經角色，如勞工、消費者
規範對象	以法官為對象，無需普法	以人民為對象，必須普法
規範風格	偏重精確、邏輯	偏重通俗、經驗
修改頻率	不須經常修改	須隨政策需要而不斷調整
教育功能	法典即為專業基本教材	法典不具有類似啟蒙功能
合憲控制	體系正義	平等原則、比例原則、社經體制

刑事特別法的目的解釋又異於一般政策法

- 如果我們再把特別的因素疊加在一起，又會發現解釋方法因此不同的理由。比如基於高度政策理由的特別刑法，一方面因為政策法背後有合目的性的驅動，使得目的解釋基本上會有初步的優位，不論某些經濟法，如反壟斷法，或勞工法，如勞動基準法，這種優先次序都不會受到太大的挑戰，但如果加上刑罰的工具，又不能不把刑法的特性考量進去，而可能使合目的性權重必須調整。
- 在前面提到的幽靈人口案，憲法法庭112年憲判字第11號判決，認定刑法第146條第2項處罰虛偽遷徙戶籍的規定尚不違反比例原則，但聲請人雖把戶籍遷入非居住地，卻因屬長期工作地，確定終局判決未就此做特別衡量而確認是否違反比例原則，即廢棄發回。從刑法解釋的角度來看，或可作為一例（裁判違憲的決定是否妥適問題，容於後述）。

證據能力的有無可對民、刑法採不同審查標準

- 台高院94年度上易字第243號：「訴訟權之保障與隱私權之保護，兩者有發生衝突可能，如因侵害隱私權而取得之證據，或以不法方式取得之證據，法院應否以欠缺證據能力，予以排除問題。在民刑事訴訟程序應以分別看待，持不同之審查標準。刑事訴訟程序，因以國家強大司法體系，由檢察官法官代表國家行使追訴審判權，國家與被告顯立於不公平位置，不法取得之證據，其證據能力應嚴格對待，以證據排除法則限制司法權之作為。但民事訴訟程序，對立之兩造立於公平地位，於法院面前為權利之主張與防禦，證據之取得與提出，並無不對等情事，較無前述因司法權之強大作用可能造成之弊端，因此證據能力之審查密度，應採較寬鬆態度，非有重大不法情事，否則不應任意以證據能力欠缺為由，為證據排除法則之援用。隱私權及訴訟權均為憲法所保障之基本權，當兩者發生衝突時，憲法之比例原則，應可做為審查標準。」

刑事法的憲法化超過其他法領域

- 這幾個例子其實告訴我們一件很清楚的事，就是比起其他法領域，刑事法的解釋方法具有特別高的「特殊性」，而其原因就在刑法規範的是國家和人民間的公法關係，而且不是由人民發動司法程序，確保國家依法行政的公法關係，而是由國家發動以落實國家追訴犯罪權的刑法關係。同樣是造成人民負擔的法律（**belastendes Gesetz**），稅法以人民對國家所負的基本義務（納稅）為基礎，又大大不同於國家限制人民基本權利的刑法。換言之，隨著憲法被認真對待的程度增加，刑事法的憲法化也會平行展開。粗估在大法官做的**813**件解釋中，刑事法就佔了**130**件（比例上更高的是自第四屆中期後從統一解釋法令改以違憲審查為主軸的解釋），到了這兩年憲法法庭做的**36**件判決更佔了**15**件！談到憲法化，將來戲份可能更重的是另一個主角：一般法院。

重點在於刑法「如何」憲法化

- 通過憲法的解釋而對刑事法有一定影響，如果泛稱為刑法的憲法化，和今天主題「刑事法的解釋方法」只有一部分重疊。就司法院大法官而言，最直接影響刑法解釋的反而不是憲法解釋，而是對刑事法的統一解釋，但這部分職權基本上已經淡出，無需多談。現在則以憲法訴訟法新增的裁判憲法審查，和刑事法的解釋完全重疊。但案件也不會很多，違憲審查的主軸始終在於抽象和具體的規範審查（前者由機關聲請，後者由法官和人民聲請），其直接效果只是刑事法規範的變或不變，不直接涉及刑法解釋。即使審查時常附帶（inzidental）對審查的刑法規定加以解釋，並無任何拘束力。不過規範審查案件大法官有關刑法與憲法的關連性論述，對於法官當然都有拘束力而可間接影響刑事法的解釋。隔著重慶南路，最高法院刑庭法官解釋刑法受到司法院所做憲法解釋多大的影響，讀一下大法庭裁定就很清楚。但刑法的憲法化又不以法官被動承受為限，法官在解釋法律的過程中主動納入憲法精神的情形，也愈來愈普遍，這使得刑法憲法化的理論建構，也必須更為全面。

憲法規定直接涉及刑事法解釋的情形

- 在非常例外的情形，有些憲法規定直接涉及刑事法的解釋，比如：
- –貪污治罪條例第5條第1項第3款規定的「對於職務上行為，要求賄賂」，對於憲法機關成員如何涵攝即涉及憲法的機關組織規定，實務上曾有法定職權說與實質影響力說的重大歧異。
- –憲法第73條規定立法委員言論免責，涉及刑法有關言論犯罪規定
- –憲法第8條、52條、74條、97條、102條等，涉及刑事訴訟法的規定
- 但所謂刑法的憲法化，重點反而在憲法間接影響刑事法解釋的情形，這已經逐漸成為常態，而非例外。

刑事法解釋如何避免違憲

- 不以刑事法為限，所有通過憲法的上綱上線對國家公權力所加限制，對於刑事法的解釋和適用都有一定的指導作用，也就是如何避免受到相同的違憲評價
- 一、直接的指導：憲法法庭對涉及人民主觀基本權受損的確定終局裁判審查
- 二、間接的指導：憲法法庭對涉及違反基本權規定的法規範審查
- 1、基本權的保護範圍，何時構成限制，有何部門考量
- 2、基本權的限制界線，哪些保護原則，審查標準如何
- 3、基本權的客觀內涵，有何延伸保障，具體效力為何

大法官直搗黃龍的合憲性刑事法解釋

- 隨著大法官對包含刑事法在內的法規所做憲法審查的增長，普通法院在解釋適用法律的時候，自然也會跟著把大法官就憲法和法律關連性的闡釋納入考量，以避免受到違憲的評價，如前所述，這種合憲性解釋也是體系解釋的一種類型。理論上，即使大法官並未做過相關闡釋，依法（含憲法）獨立審判的法官當然也可依自己的確信做成這樣的解釋（僅於法官「確信」法條「違憲」時必須終止審判），只是因不具有大法官身分，他們的見解不會有對世拘束力而已。
- 值得注意的是，沒有刑事案件審判權的大法官，也可以通過合憲性解釋直接解釋刑法，且此際本屬附帶做成的刑法解釋還會發生一般拘束力。在我三十年前探討大法官頻繁使用此一解釋方法於規範違憲審查時，即已注意到大法官和法官在不同場域所做的「合憲性解釋」實為兩種不同的制度，只是不知何故原創的德語系國家都使用同一概念。

以綁定法律解釋方向確保法律的合憲性

- 許多憲法法院在對法規範作違憲審查時，慢慢都會發展出類此的中間判斷，也就是在該規範完全違憲和不違憲之間，做成如果朝一定方向或不朝一定方向解釋就「尚不違憲」的附條件類型。一如另一種附期限的中間類型，即雖已違憲但在一定期限前排除違憲狀態，仍可暫不失效。
- 這類保全法律效力的中間型決定，多從立法機關守憲的善意（**favor legis**）出發，且可降低全面違憲宣告對各方過大的衝擊。但尊重立法者的另一面，卻是各終審法院對法律的終極解釋權受到壓抑。因此和普通法院解釋法律時主動走到符合憲法意旨的方向，當然不可並論。後者只是單純的解釋方法，為體系解釋的一種類型，還未必優先於其他解釋方法，無任何對世效力，也與憲法機關間的調和無涉，因此都以合憲性解釋名之，當然會造成混淆。

普通法院的合憲性解釋有沒有初步的優位？

- 對這個看起來似乎可因憲法的高高在上而逕自得出結論，亦即認為當面臨複數解釋方法選擇時，合憲性解釋「至少」也有初步的優位，卻因我們把普通法院的合憲性解釋定位為「只是」一種體系解釋，而偏向仍然要視情況去和其他解釋方法去做權衡。
- 從最高法院近年開始頻繁使用合憲性解釋，卻未必都以其有原則性優先的地位看起來，應該還在嘗試摸索階段，個人也認為是比較穩當成熟的作法，可以避免對下級法院的解釋法律吹起有點虛無飄渺的憲法風潮，不當干擾了原來平穩的體系教義，降低了法的可預見性，特別是在我國憲法教義學發展還沒有完全走出學步階段時，以下就舉兩個近例來說明，一以合憲性解釋先於體系解釋，另一則捨合憲性解釋而就歷史解釋，沒有初步優位的跡象。

體系解釋雖應用重法，採合憲性解釋仍得減輕其刑

- 最高法院刑事大法庭109年度台上大字第4243號裁定：
- 被告轉讓同屬禁藥的第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑的一定數量）予成年之甲女等人（非孕婦），經依法規競合擇法定刑較重的藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，被告於偵查及歷次審判中均自白，得否適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑？
- 轉讓甲基安非他命達法定應加重其刑的一定數量時，依重法優於輕法的原則，應適用毒品條例第8條第6項、第2項規定論處，若被告於偵、審程序中自白，反而得獲系爭規定的減刑寬典，造成相同的自白事實而異其得否減輕的結果，致重罪輕判、輕罪重罰，其責罰顯然不相當，於憲法罪刑相當原則自有未符，並存有法律適用上對於同一違禁物品的轉讓行為，僅因數量不同，採用兩套截然不同的適用情形，造成二者間的差別待遇，顯然違反憲法禁止恣意差別待遇的平等原則。

合憲性解釋雖應做實質判斷，採歷史解釋則可免

- 針對食品安全衛生管理法第49條第1項所定「攙偽或假冒」或「添加未經中央主管機關許可之添加物」罪，其成立與否之判斷，是否祇須行為人之作為，符合該項規定之構成要件，即已該當？抑或仍須以行為本身之一般情況或一般的社會生活經驗為根據，判斷該行為應存在危害國民健康之抽象危險，始克當之？
- 最高法院105年度第18次刑事庭會議決議採多數支持的甲說，主要論點為立法說明反映的明確立法意旨（歷史解釋）與參考的日本食品衛生法規定（比較解釋）。少數支持的乙說則認為，修正後本條既屬抽象危險犯規定，而抽象危險是立法上推定的危險，則對抽象危險是否存在之判斷仍有必要，若行為時確定排除法律預設的抽象危險存在，因無危險即不具刑罰正當性，自不成罪。顯以人民健康權保障為更重要考量（合憲性解釋）。本案最高法院最後未統一於合憲性解釋。

體現憲法兩大功能：界線規範與價值規範

- 我們若再從現代憲法學的角度來看此處概念的混淆，也許會更清楚這一切都是源於大陸法系發展出來的法律憲政主義（Legal Constitutionalism），使憲法原來就內含的兩種規範功能：公權力行為界線與國家秩序背後的基本價值，相繼得到光大。有關統治權的基本分配，固然是各公權力相互的界限，基本權中的作為或不作為規範，也是所有統治權的行為界限。所謂違憲，就是逾越了這樣的界限。但憲法宣示的基本權義或基本國策同時還體現了一些共營社會生活的價值，貫穿基本權和各法域，如法國人權宣言所揭示的自由、平等、博愛，或德國基本法在第一條提到的人性尊嚴，在界限以外，還可進一步引導國家和人民行為的方向。
- 因此憲法如果和其他的法一樣通過司法程序來體現其規範性，則憲法的司法一方面表現於對國家行為的違憲審查，另一方面則是在解釋不確定法律概念或為漏洞補充而必須作成評價時，可把憲法的最高價值投射進去，不僅直接落實於公法性質的行政法與刑法，即使無涉公權力行使的民商法，仍可有間接的第三人效力。這兩種憲法規範力先後壓向或滲入各法，學理未釐清而產生多義，即可理解。

順憲法律解釋與向憲法律解釋

- 以德國的語境而言，合憲性解釋早期是用於憲法法院的違憲審查，作為介於合憲與違憲間的中間判斷（**verfassungskonforme Gesetzesauslegung**），後來在探討普通法院解釋法律的方法時，對於把憲法的價值投射進法律的方法，也借用了同一概念。近年為避免這樣的觀念混淆誤導理論發展，在後者漸漸轉而使用憲法取向的法律解釋（**verfassungsorientierte Gesetzesauslegung**），已可減少這樣的觀念混亂。我國當然也可以針對普通法院的合憲性解釋使用不同的概念，但若要更明確的區隔，也許直譯這兩個概念更為清晰，也就是把憲法法庭做的界線標定意義的法律解釋稱為「順憲」法律解釋，而把普通法院做的價值投射意義的法律解釋稱為「向憲」法律解釋。

引伸出憲政司法與憲法司法的制度規劃

- 從憲法為界線規範的觀點：主權國家—有限政府；人權保障—分權制衡。其司法可稱為「憲政司法」。
- 從憲法為價值規範的觀點：最高規範—價值秩序；公私法統合於憲法。其司法可稱為「憲法司法」。
- 在採多元司法體系的大陸法國家，多在一般法院外增設憲法法院，此時司法權即有明確的二分。在採一元司法體系的英美等國，這兩種與憲法有關的司法就只好熔於一爐。理解了現代憲法法院的發想後，也可理解它和一般的專業法院分流不同之處；憲法一方面需要一個特別的法院來司法，另一方面又需要所有法院都以其為最高法源。這又使得不同審判權之間的關係變得格外複雜，容於後述。

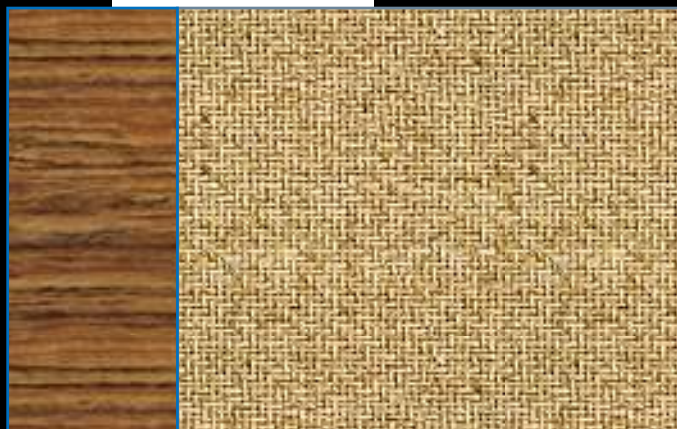
順憲法律解釋的本質與主要態樣

- 德國學者常以這種合憲法律解釋與一般理解的部分違憲比較，二者都是介於合憲有效與違憲無效間的中間決定，後者在形式上因使法條的部分內容失效（比如特定項、款或構成要件）而偏向違憲，前者則因形式上保有整條的效力而偏向合憲，但實質上前者原有的適用可能性減少了，其規範力同樣已經減損，因此以有後者為「量」的部分違憲，前者則為「質」的部分違憲之說。相對於類似外科手術的部分違憲失效，順憲法律解釋不論是採正面表述的限縮適用（「在.....範圍內尚不構成違憲」），還是反面表述的限縮適用（「在.....範圍內已構成違憲，應不予適用」），都可保留整個法條的效力，比較像是內科的治療。為便於理解，在以圖說明後，再各舉二近例供參，惟後二例非屬刑事。

德國學者所稱的質與量的部分違憲



部分違憲



順憲法律解釋



韓國憲法法院區分這兩種順憲法律解釋

限定合憲



限定違憲



- 釋656：「刑事訴訟法第101條第1項第3款規定之羈押，係因被告所犯為死刑、
- 無期徒刑或最輕本刑為5年以上有期徒刑之罪者，其可預期判決之刑度既重，
- 該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑
- 罰權有難以實現之危險，該規定旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權
- 得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益，其目的洵屬正當。
- 又基於憲法保障人民身體自由之意旨，被告犯上開條款之罪嫌疑重大者，仍
- 應有相當理由認為其有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等之
- 虞，法院斟酌命該被告具保、責付或限制住居等侵害較小之手段，均不足以
- 確保追訴、審判或執行程序之順利進行，始符合該條款規定，非予羈押，顯
- 難進行追訴、審判或執行之要件，此際羈押乃為維持刑事司法權有效行使之
- 最後必要手段，於此範圍內，尚未逾越憲法第23條規定之比例原則，符合本
- 院釋字第392號、第653號、第654號解釋意旨，與憲法第8條保障人民身體自
- 由及第16條保障人民訴訟權之意旨，尚無違背。」

- 釋789：「中華民國94年2月5日修正公布之性侵害犯罪防治法第17條第1款規定：「被害人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、因性侵害致身心創傷無法陳述者。」旨在兼顧性侵害案件發現真實與有效保護性侵害犯罪被害人之正當目的，為訴訟上採為證據之例外與最後手段，其解釋、適用應從嚴為之。法院於訴訟上以之作為證據者，為避免被告訴訟上防禦權蒙受潜在不利益，基於憲法公平審判原則，應採取有效之訴訟上補償措施，以適當平衡被告無法詰問被害人之防禦權損失。包括在調查證據程序上，強化被告對其他證人之對質、詰問權；在證據評價上，法院尤不得以被害人之警詢陳述為被告有罪判決之唯一或主要證據，並應有其他確實之補強證據，以支持警詢陳述所涉犯罪事實之真實性。於此範圍內，系爭規定與憲法第8條正當法律程序及第16條訴訟權之保障意旨均尚無違背。」

- 釋732：「中華民國90年5月30日修正公布之大眾捷運法第7條第4項規定：『大眾捷運系統.....其毗鄰地區辦理開發所需之土地.....，得由主管機關依法報請徵收。』77年7月1日制定公布之大眾捷運法第7條第3項規定：『聯合開發用地.....，得徵收之。』79年2月15日訂定發布之大眾捷運系統土地聯合開發辦法第9條第1項規定：『聯合開發之用地取得.....，得由該主管機關依法報請徵收.....。』此等規定，許主管機關為土地開發之目的，依法報請徵收土地徵收條例第3條第2款及土地法第208條第2款所規定交通事業所必須者以外之毗鄰地區土地，於此範圍內，不符憲法第23條之比例原則，與憲法保障人民財產權及居住自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起不予適用。」

- 釋808：「社會秩序維護法第38條規定：「違反本法之行為，涉嫌違反刑事法律.....者，應移送檢察官.....依刑事法律.....規定辦理。但其行為應處.....罰鍰.....之部分，仍依本法規定處罰。」其但書關於處罰鍰部分之規定，於行為人之同一行為已受刑事法律追訴並經有罪判決確定者，構成重複處罰，違反法治國一罪不二罰原則，於此範圍內，應自本解釋公布之日起，失其效力。」

那麼何時朝三暮四，何時朝四暮三？

- 前面四例很清楚的顯示，大法官或憲法法庭做的順憲法律解釋都是質而非量的部分無效，技術上都是通過一定「範圍」的標定來剷除該法條違憲的解釋（和適用），但因為形式為不可分，因此條文始終保持「全部」有效，只是一定方向的解釋已被排除，技術上一如圖示，就是在限制合憲，範圍標定的是「尚不違憲」，在限制違憲時則標定違憲，故第三例稱「於此範圍內...不予適用」是比較精準的表述，第四例稱「於此範圍內...失其效力」，則和111年憲判字第2號判決兩位大法官的意見書以釋字第656號解釋為合憲性解釋，本判決則為部分違憲一樣，有嚴重誤導之嫌。
- 如果從範圍可大可小來看，限制合憲或違憲和朝三暮四、朝四暮三確實沒有兩樣，方法上如何精確區隔？就此連韓國憲法法院都沒想清楚。個人認為在方法上應視實務操作整體偏向正確或錯誤而定，區分才有實益，可惜連大法官自己也沒有建立這樣的明確意識，釋732選擇用限制違憲，更多只是要對未來的解釋傳達一種警告，卻因方法不當反而誤導了媒體，連司法記者讀了都以為實務已違憲，法條失效！

構思最高審的黃金頻譜，避免人權通貨膨脹

- 如前所述，多元司法體系的大陸法系國家多已設置憲法法院，也漸次發展出憲政司法與憲法司法，其最高審之間在政治地位、社會影響力上高下不同，但運作中爆發某種程度的衝突，幾乎已成宿命。兩種不同功能的合憲性解釋，使憲法法院可以堂而皇之的解釋法律並拘束相關終審法院，普通法院又可以適用憲法於一般案件，好像大家都是大法官。我們已經經歷不少相關爭議，真的有必要這麼複雜嗎？
- 隨著各司法山頭吹起憲法的號角，還有我過去提過的，基本權和任何一頓午餐一樣絕對沒有白吃的道理（美國這方面的經濟分析文章已經讀不完），如何避免通貨膨脹，誰來擔當獨立央行的角色？想想民法的誠信原則，判決一出必德風而草偃，民法體系可預見性降低就是相當可觀的成本，為什麼最高法院總是小心翼翼，道理不也一樣？

什麼是可以避免的彎路？

- 權限衝突首先要避免的就是機關因壅塞而癱瘓，此所以德國憲法法院成立時就強調要通過所有機關的共同努力讓自己成為「可以避免的彎路」（**vermeidbarer Umweg**），法律所以規定憲法救濟只能在用盡普通司法途徑後向憲法法院提出，就是要使普通法院也能善盡小範圍憲法救濟的可能，因此當事人如有違憲質疑也不要留到敗訴確定才到憲法法院提出。細讀我國大法官當年以第**371**號解釋創造的法官聲請法律違憲審查權，特以法官已有法律違憲「確信」為前提，也已寓有未達確信即皆屬法官自己做向憲法律解釋的空間，既然一路都有獲得憲法庇蔭的可能，憲法法院的彎路也就避開了。
- 但當規範的憲法化已經有妥適分工後，突然再增訂讓憲法法院可以越過法規範審查終審法院確定裁判的制度，其不合理已經不是彎路足以形容了。

有時候普通法院也需要截彎取直

- 從建構最高司法機關之間足以順暢共轉的黃金頻譜觀點來看，不必要的彎路其實不僅存在於憲法法院，也同樣存在於普通法院。現行法下人民的違憲聲請權只能在用盡救濟後才能行使，對於終局裁判的憲法審查固屬題中之義，但法律的審查又是為了什麼？正因為在我國法律的違憲審查由大法官獨占，如果人民受到的不利決定（行政處分或判決）本來就源於有違憲疑義的法律，在普通法院的層層救濟程序都只是虛擲空等，如果在初審法院就可停止審判，飛躍聲請憲法法院做法律有無違憲的先決審查，當然是更理想的配套，十年前法國開放的事後違憲審查，就只規劃了這樣的先決問題審查程序（QPC），成效備受肯定。我國情形，只要看幾年前台北高等行政法院幾乎被數千件退休金案壓垮，就是很好的說明。最後逼得法官跳出來聲請釋憲，是不是都符合違憲確信要件，恐怕都無可考了。
- 司法院在**101**年已經提出整套大法官審理案件的修法案，大部分內容都保留在後來通過的憲法訴訟法裡，唯獨希望充實法規範審查的**QPC**制度沒有保留，反而加進了司法院當時未納入的裁判審查制度，顯見不同時期黃金頻譜思維竟有如此差距！

立法與憲政司法、憲法司法的分工

- 再深入一層，頂層的分工設計還要從司法拉到立法，如何在憲政司法與立法之間，甚至再延伸到憲法司法，建構合理的配套關係，已經完全超出法解釋學的範疇，而要納入更多法理論乃至社會科學的思考，我把這部分定位為法教義學的深水區（相對於初階的法解釋學，或Rolf Stürner所稱的實用法教義學 *Gebruuchsdogmatik*）。
- 以刑事法而言，立法和司法間的分工問題，從釋字第392號解釋到第737號解釋，二十多年間我國更經歷了相當長的觀念混亂期，才慢慢看到隱隱然可區隔人權保障和立法抉擇的分水嶺，非常值得大家做更多的理論探索。

幽靈人口判決把規範問題變成個案問題

- 先從112年憲判字第11號的選舉幽靈人口案來看，憲法法庭一方面認定刑法對「以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票」的處罰規定並未違反憲法保護相關基本權的各原則，另一方面又以最高法院判決「未正確考量憲法保障人民選舉權之意旨，妥為解釋與適用系爭規定二所定「虛偽遷徙戶籍」之概念，而實質影響個案之裁判」，從而廢棄該判決。
- 惟至遲自第737、748兩號解釋之後，大法官已經發展出一種明確點出既有法律條文雖不違憲，但從落實基本權角度來看應有而未有規定仍可認屬立法懈怠的決定模式，移請立法院限期補強的決定模式，因此在有機會到上游法律就立法者怠於立法部分較大面積的一次排除許多不當入罪的違憲行為時，捨此不為反而僅就個案裁判去救濟當事人，當然是應該避免的彎路。

一般而言順憲法律解釋應優於等待立法

- 憲法法庭111年憲判字3號判決在法庭內有一個有趣的分歧，就是當最高法院對某個規定已有長期一貫的見解時，即使通過順憲法律解釋就可以排除該見解的違憲狀態（包括雖為侵害基本權，但對基本權保護不足），是否基於對終審法院最終解釋法律權的尊重，仍應直接認定法律違憲而諭知立法者修法，多數大法官的否定見解顯然是比較穩妥的選擇。義大利、法國、匈牙利等國的違憲審查實務正是如此，當普通法院在法律解釋上還未一致時，不採個案審查的這些國家都反而會等待其趨於一致後，才以其為「活法」（living law）而加以審查，否則寧可不受理，等待其見解的統一。在憲政司法、憲法司法和立法三者之間的權衡，這樣的看法毋寧比較成熟。

大法庭裁定是比判例還活的活法

- 說到國內還很陌生的活法理論，我又聯想到最高法院刑事大法庭110年度台上大字第1797號裁定，就刑事妥速審判法第9條所定「判決違背判例」的要件，在判例制度已於法院組織法修正後廢止，而速審法又尚未隨之修正前，違反大法庭的統一見解裁定能否適用系爭規定而得例外上訴第三審產生分歧，形成嗣後法律漏洞，「因已對特定法規範之本質、內涵進行具體分析，依法定程序作成本院一致或統一之法律見解，而適用於具體個案之救濟，對於下級審法院已形成事實上之拘束力，並有利於保障法之安定性、可預測性以及裁判之一致性。抑有進者，一般人對已生效之上開判決先例亦已產生法之信賴而具有維持法秩序之效果，如不遵循，會對相關人民造成損害。」如果我們把大陸法系的法教義學理解為一種規範管理學，特別會同意此一結論。

憲政司法的等待立法決定，應受充分尊重

- 去年大法庭還就累犯事實舉證責任爭議做成裁定（110年度台上大字第5660號），因為累犯制度先經大法官以775號解釋標定了違憲的範圍，但並未直接諭知應調整的方向，而立法院又逾期未完成修正，對於大法庭為統一見解而做的必要造法有多大空間，各方有不同見解。我認為這裡最有趣的問題是，在造法權應發未發之際，續造權可不可以、適不適合立即補位？用法學方法論來說，就是當法律已經確定要修改時，司法者在修法方向還不確定前，又要根據什麼「立法計畫」去做類推、目的性擴張或目的性限縮？或者就是純造法？
- 大法官當初沒有直接填補排除違憲狀態後的真空，一定是考量到填補涉及到的複雜配套，以及人民重要的價值選擇，才會諭知立法機關去修法。如果最高釋憲機關的自抑，換來的是最高釋法機關政策理想的實現，我們可以從哪裡找到憲法的正當性？不受司法續造拘束的立法院如果最終採了接近大法官所劃底線的保守提案，又該如何善後？

憲法誠命或政策選擇？

- 立法與最高審之間的三角緊張關係，當觸及基本制度選擇時，才真正到達顛峰。大陸法系傳統的職權進行主義和英美法系的當事人（對抗）主義代表兩種不同的「意識形態」（Herbert Packer），可否從憲法的基本權或其保護原則導出刑訴法的某些規定違憲，甚至逐漸顛覆整套制度，相當值得玩味。1987年義大利開始大幅修訂有百年歷史的刑訴法，往對抗主義翻轉，卻被反對者認定違憲，結果憲法法院在憲法文本全無基礎的情形下，認定事實發現是憲法對刑事訴訟的基本原則，從而有關傳聞法則、認罪協商等新制先後都被宣告違憲，最後竟迫使推動改革的執政聯盟以修憲來鞏固新法。就此對照我國刑訴法近二十年的發展，實堪玩味。也更凸顯了深化討論刑事法憲法化議題的重要

從釋392到釋737

- 1995年的第392號解釋把人身保護令狀的制度的法院強解為功能（審判）意義的法院而非組織意義的司法機關，已開啟用憲法力量翻轉刑事訴訟制度的第一步（多年後讀到制憲時任司法顧問的Roscoe Pound教授，曾特別針對該條表達深度憂慮），以後立法和憲政司法、憲法司法持續沿著類似思路互動、攀升（最高法院101年度第2次刑事庭會議決議（一）有關刑訴法第163條的解釋最具代表性）。一直到2016年的第737號解釋把羈押期間閱卷爭議從資訊不平等的角度認定保護不足而違憲，卻刻意保留立法者的制度選擇：「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要」，才轉向讓保障人權的憲法保持刑訴政策選擇空間的決定。從歐陸國家在二戰後普遍受到美國憲法人權保障思維的影響，而在制度上做了不小的更張，但就其基本原則和價值選擇，多未隨之搖擺，也許會同意，憲法化即使無可避免的會對制度選擇設定不小的界線，但在人權底線以上仍須保留制度選擇的空間，這應該是第737號解釋反映的主要領悟（112年憲判字第9、12號判決可併參）。

法（教義）學當然不會止於法條解釋

- 德文Rechtsdogmatik在我們這裡向來譯為「法釋義學」，大陸則按字義譯為法教義學，如果用德國當今法學方法論重鎮Thomas M.J. Möllers所做的界定：「就是從司法和法學在具體化法律時發展出來的，包括一些尚未成文、而可用於處理具體法律問題的法律規則的總體」，「這些規則的總體大於法律文本，好比語言的文法，沒有文法的語言是無法理解與運用的。這些在文本外耙梳出來的『中間層』，讓法律有了結構和內在關連，顯示它內含一定的原則。」Rolf Stürner則強調這些規則的生成，就是「不斷通過法條間的相同、不同與相似的比對去建構、修正上層的制度、原則和法領域」（思考方式很像生成式AI）
- 顯然都是以體系化為其終極關懷，則彰顯教義的譯法自更可採。

過去十年德國展開有關法教義學的檢討

- 德國在法教義學的研究最有歷史，而且成果斐然，但其科學委員會在2012年公布對德國法學的評鑑報告，卻引發學者長達十年有關法教義學定位與前瞻的廣泛檢討，主要集中在三方面：本體論問題，法教義學與方法論的關係，法教義學未來的調整可能。最後一點著重比較觀點，主要凸顯的還是二十世紀末葉美國法的教義研究因與多種社會科學結合才大放異彩，德國法教義學相對而言則有明顯的侷限。
- 就此我在最近一場國際會議提出了從結構和管理觀點認知兩大法系教義學差異至關重要的看法，或許可以合理解釋兩大法系教義學興衰的原因，並藉此找到解套之道。

兩大法系不同的不是法源，而是法源結構

法系	法源	法條	案例
英美	材料	適用規範	
歐陸	適用規範	材料	

兩大法系的法源結構

- 同樣有大量的制定法和裁判先例，法官在審判時同樣需要對二者做大量的閱讀，但表現在方法上的是，英美的法官即使是從制定法而非普通法出發，最後還是要形成先例，繼而訴諸先例，結果就像駛離小島的船，審判還是徜徉在案例海中，制定法只是散見於案例海洋中很少受到眷顧的一些小島。
- 反之在大陸法系，歷史中形成的各種法律，經過法教義學的整理被劃分為一個一個的法域，各自再按法條、制度、原則和法領域的層次相互連結，因此儘管法律人同樣重視裁判，但其功能只在印證或挑戰各種教義，法官最後還是回到法條去做三段論的演繹，很少會引用無拘束力的裁判先例。故歐陸的制定法更像一個大陸，裁判反而是環繞著大陸定點停泊的小舟。

看看美國法官Richard Posner怎麼說

- “The judge rarely starts his inquiry with the words of a statute, and often, if the truth be told, he does not look at the words at all.”
- -Richard Posner, Statutory interpretation –in the classroom and in the courtroom, 50 U. Chi. Law Rev. 1983, 800 (807)

兩大法系法教義學的結構南轅北轍

- 學說—法律端 + 實務—事實端 vs 實務—事實端
- 法律（條）解釋—個案適用 + 體系（原則、制度、法域）建構—調整 vs 先例適用、辨異與廢棄
- 事前—體系 vs 事後—個案
- 完全法律人 → 法律人共同體 vs 無超越法律職業與職業利益的相當概念
- 實用教義學 + 理論教義學 vs 實用教義學 + 社科法學

兩種法教義學結構的強項與短板

- 英美法的強項：在低密度規範下法官可有更大空間找到個案的最適規範，有利運用社會科學知識
- 大陸法的強項：在高密度規範下被規範者做各種決定可有較高的可預見性，也有較高的體系公平
- 英美法的短板：如同打狗法（邊沁），常常會使個案的被裁判者承受意外結果
- 大陸法的短板：從規範到規範的論證說服力弱而流於套路化，體系研究成本過高

理論法教義學幾無方法論可言

- 體系的建構只知其然而不知其所以然：
- 法繼受國對於母法的歷史、文化與制度條件多知之不詳，因此即以單純法條表象的比對而言，也很難掌握其精髓。至於近年美國法盛行的社科法學，在完全不同的法源與教義學結構下，如何建立適當的方法，難度更高。
- 以對於理論教義需求最大的憲法而言（面對幾乎無不屬於重大問題的憲法，單純解釋幾乎無法處理任何問題），我提倡部門憲法的教義學取徑，最主要的原因就在於解釋既有不足，如何生成「中間層」的教義，直接借鑑外國又有憲法文本與本土條件迥異的困難，則區分部門個別建構教義（如科學文化領域言論自由的限制應設定何種檢驗標準），會比直接建構整體的教義更可行。

感謝各位的耐心，敬請指教！