

➤ 112.11.3 最高檢察署 2023 法學論壇講座 「刑事法的解釋方法—以日益重要的『合憲性解釋』為中心」 專題演講（一）

國立政治大學
蘇永欽講座教授



法學本質是一種論證科學，只有經過充分的辯證並產生說服力，裁判才具公信力。傳統法律解釋方法有文義、歷史、體系及目的解釋等方式。此外「合憲性解釋」亦扮演著極重要的地位，亦即解釋法律時，應審視是否符合憲法的原則與精神，俾為允當適用。近年來我國刑法迭有修正，且有法定刑日益加重之傾向，法官就個案審理時對法律的解釋適用，除傳統方法外，如何妥適運用「合憲解釋」，均有待深入研究。

本次講座特邀請前司法院副院長、現任政治大學法學院講座教授蘇永欽，就此議題深入剖析，必能為司法實務工作者帶來全新啟發。



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

在分科上將方法論歸類為「基礎法學」，但基礎法學的研究涵蓋各種法律相關的科學、人文知識，方法論並非這些理論或知識本身，而是研究的方法，所以不妨先區分法理論和方法論。如果再把廣義的法學區分研究實定法內涵的法學和研究法律這個社會現象的法學，包括人文和社會科學的各面向，則所謂方法論也一樣因對象不同而區隔。在大陸法系國家，基於法律經世致用的天職，法學研究的重中之重始終都在實定法內涵的系統化理解，因此談到法學方法論時，多數情形也僅指理解實定法的方法，我的指導教授 Fikentscher 在他的五大卷方法論刻意用「法的方法」(Methoden des Rechts)，就為了與單純談狹義法學方法論 (Methodenlehre der Rechtswissenschaft) 的諸多名著有所區隔。這裡報告刑事法的解釋方法，當然限於狹義者。

這種方法論在研究取徑上又可以再分為實然的方法論 (實務上傾向如何理解)，和應然的方法論 (理論上應該如何理解)。應然的方法論，可以再區分為理論意義的應然 (法理論的意義)，和規範意義的應然 (規範拘束力)。後者屬少數情形，比如舊憲法解釋有關歷史解釋的特別規定、民法有關契約解釋應採主觀意思為優先，或法律明訂優先次序，或法律解釋規則的「視為」、「準用」等立法技術。

法學方法論並非追求事實的規則 (與科學可客觀證立或證偽不同)，而是正確理解法律，建立於正當性 (符合民主程序) 與追求法律人之間的認同 (通說或有利說)。方法論一定從實然的方法論出發，理解在這個主權國家中法律人是如何思考，再從中引導大家去正確的方向 (應然的方法論)。

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。

決斷主義 (Dezisionismus)，就是把決斷從其背後思路抽離，法院作出來的決定就是有拘束力，跟美國的法唯實主義 (Legal Realism) 概念一致，重點不是法律寫什麼而是法官說什麼，方法論的研究是蒐集論述的工具箱，找出好的工具，證明何種是法官最常用的及最有說服力的。

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，其法學方法論認為實然跟應然必須分開，即使不能像科學那樣證明真偽，仍應有方法確信哪種認知是正確的，即使對於通說保有方法論的批判空間。

在社會快速變遷的今天，這種應然的方法論在理論上持續更新。德國 Thomas M.J. Möllers 在今年出版的方法論第 5 版中強調「法律元方法論」(juristische Metamethodik) 的重要。務實的方法論指出某些特殊主義，承認某些方法差異的合理存在 (實然而且應然)，包括因法領域或國家而有所不同，這只要考量歐洲工業化引發的公民法分殊化的歷史，以及二戰後歐盟那樣的超國家組織，應該不難想像。我在最近一場有關方法論的國際研討會中，還特別建議加上法律基本功能 (秩序法 v 政策法) 與法律家族歸類 (大陸法系 v 英美法系) 造成的差異。所以簡單的說，我認為法學方法論的本質當然還是不脫應然的論述，但一定要從實然的觀察出發，尤其走到應然極致的元方法論之前，需多多思考剛剛講的介於兩者之間的特殊性，如刑事法領域方法論的特殊性，以及國家、法系、法律功能類型等特質。

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。

從以上對法學方法論的定位省思出發，方法論在我國的發展現狀未見成熟，事實上我們只有零星的實然方法論研究，和零星移植的應然方法論，沒有建立於實然方法論基礎的本土應然方法論權威著作，且方法論的教學在法學院普遍未受重視，國家考試也從未列為考科。導致時常看到法院闡述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，強烈的為合理化本判決結果才有此說的情形。與社會科學對照下，法學方法論論述的貧乏特別明顯，從而當外界對法學知識含金量不足提出批評時，也很難做出有力的回應。這當然和我們的繼受法制欠缺提供歷史的養分有關，除此以外，整個大陸法系法學都面對的共同瓶頸，容於後述。

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

我們迄今是如何解讀法律呢？源於大量繼受德國法，不能不談的就是薩維尼的解釋四要素，這裡簡單說明這些解釋法則的流變。德國薩維尼教授在 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，中國繼受再經幾手轉譯更難免混亂。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，體系也限於法的外部體例。四要素主要追求的無非是客觀化呈現立法者主觀意旨，滿足變化不大社會對司法的要求，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。

綜觀我國法學論述，很自然的已慢慢觀照立法者當時的視角和當代受規範者的合理期待，現在該做的是重新建構文義解釋、體系解釋、目的解釋和歷史解釋的具體內容與功能，另外加上國際化與全球化催生的比較解釋，以期統一使用，個人試提新的五種解釋方法並簡單區分基本功能及涵蓋範圍如下：

- 文義解釋劃定規範射程：窮盡語言、語意及文理的可能性
- 歷史解釋確認民主正當：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

如前所述五種解釋方法可綜合涵蓋立法者 (a) 和當代受規範者 (b) 的視角，從而既有民主正當性，也可為個案事實多變的現代社會，保留足夠空間妥適權衡，簡單分析如下：

- 文義解釋：文本主義 (立法者及當代被規範者的文義認知) 【涵蓋立法者 + 當代受規範者視角】
- 歷史解釋：原意主義 (涵蓋立法意圖、立法過程及相關史料) 【立法者視角】
- 體系解釋：外在體例 + 內在體系 + 憲法取向 + 漏洞「填補」 【涵蓋立法者 + 當代受規範者視角】
- 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 【當代受規範者視角】
- 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 【涵蓋立法者 + 當代受規範者視角】

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，而且儘管仍然沒有絕對的次序規則出發，但多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？

回應現代多變的社會，繼受的解釋方法就功能和內容調整後，我們的困難其實才剛剛開始。簡言之，法條解釋的問題從來不在可納入考量的方法不夠，真正困難的是當這些方法導出不同結果時，如何抉擇優先次序。德國幾個終審法院不時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。聯邦憲法法院就曾在一案中明確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。但就在世紀之交，大陸法系幾位重要的方法論作者已更積極的對這個問題作廣泛而深入的整理和比較，儘管仍然沒有絕對的次序規則出發，但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...」(in dubio pro...) 的推定，2001年 Stefan Vogenauer 僅就方法優位問題就完成上百頁的整理，Möllers 的方法論教科書也整理十頁左右的規則。

我國法院為提高法律見解的權威及可預見性，有時也會做些嘗試，例如最高法院刑事大法庭首件的 108 年度台上大字第 2306 號裁定，鋪陳大法庭見解的第一段載明：「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。」

在首發的文義解釋之後，立刻在「複數解釋」中點名論理解釋，給人亂中有序之感，但論理解釋究竟為何？依據後來展開的論述，比較實質二罪和一罪的想像競合與法規競合，指的應該就是重新界定過的體系解釋。最近一篇政大博士論文也考據出，論理解釋源於一百多年前日本學者的用語，當時已屬多義概念，現在更成為法院信手拈來的用語，有時候單純相當於體系解釋，有時又是包含目的等觀點的複合解釋方法，但此處既挑明是在複數解釋前提下，正常思考應該就是體系解釋的另稱，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。

若再仔細推敲，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，在符合比例原則範圍視行為嚴重性等情事，得一併宣告刑前強制工作的結論，會發現此時體系解釋相較於其他解釋方法，其實並不具有優位。所謂優位一定以複數的解釋方法就同一待解問題處於「競爭狀態」為前提，而非在「不同階段」的接續上線，即對不同問題採用其他解釋方法，換言之，這些先後出場的解釋方法間若無競爭關係，即不存在何者優先的問題（至於處理案例時如何鋪排問題的出場次序較為合理，在德國按各法領域累積成熟的教義學早已發展出一種鑑定式Gutachten教學方法，王澤鑑老師引介的民法請求權基礎理論即其一例），足見此處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，也未優先於其他解釋方法。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。所以接下來同樣處理想像競合從重處斷，能否適用僅輕罪始可適用的規定（未發覺而自首得減輕其刑）時，同年度台上大字第3563號裁定，就不再套用此一「貌似」選擇解釋方法的論述。足見優先次序的問題在我國還需要更多實然與應然面的整理論述。

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。

一般性刑事法的解釋方法有何需要特別考量之處，整理如下：

- 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
- 刑訴法因法系的意識形態而異

以文義解釋為例，因擔當首發，在文義射程內才有其他解釋觀點展開權衡的餘地，一般而言本以涵括立法者和受規範者的視角為宜，但最近受矚目的販賣毒品案為例，大法官對於販賣要件的文義解釋即以憲法基本權保護為由，強制限縮於受規範者的視角。

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」。據此認定以營利為目的而購入毒品，其販賣行為為即已完成的判例違憲。爾後，最高法院刑事大法庭在另一案件，再就為營利而購入毒品，惟尚未尋找買主前即為警查獲，究應論以較重的販賣毒品未遂罪，還是較輕的意圖販賣而持有毒品罪之見解分歧，又從更能貫徹「當前」視角下的文義，而排除立法「當時」視角下的可能文義，不只從舊判例見解的販賣「既遂」退到「未遂」而已，而是直接退到販賣行為尚未「開始」的單純意圖，深恐若以懷有營利意圖即可該當販賣行為的開始，會在文義解釋上超出被規範者的視角，而仍偷渡立法者的歷史視角，對於大法官對刑法的文義解釋所設定的嚴格限制，已可謂亦步亦趨（109 年度台大字第 486I 號裁定）。不過刑事大法庭對於一般的文義解釋，顯然還是從涵蓋立法者的視角出發，所以在理由論述時仍以「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」。而後才依據大法官第 792 號解釋，轉而認同刑法的文義解釋應有所限縮，多少還是透露為過去長期堅持的見解略做辯解的意思。

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，考量的是從法理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必要拉高要件明確性的要求，同樣對文義的理解，未必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。

從一個刑法外行人的視角，特別是參照民法的解釋經驗，我又想到另一個可能影響文義解釋的因素，就是前面提到的秩序法、政策法的分野，源於歐陸法典化運動賦予法典的不同功能，有時會區隔常態的法典和因時因事制宜的特別法，其中又以德國民法典所採的潘德克頓模式堪為典範，我過去在做比較研究時，曾特別強調民法在規範對象（Addressee）上的差異，一為裁判者，一為一般人，即因前者在私法自治原則下之規範悉按社會生活常態而設計，不做任何政策干預，從而僅有工具箱和模版功能，作為裁判規則而無使民知的必要，故法文寧捨通俗而求其精確，甚至大量使用人工語言也無礙公平的實現。反之特別民法則因有特別政策目的，往往正是為修正私法自治內含的平等原則而形成，諸如保護農民、勞工、承租人或消費者的特別規定，此時力求通俗易懂且需致力普法。由此可見，在對民事規定作文義解釋時，會因法典和特別民法視角的不同而有差異。

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	垂直疊進—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
公私區隔	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—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

法的罰則為宜，好像又不盡對應如此二分法，例如最近憲法法庭審理，刑法相關所謂選舉幽靈人口的規定，即顯然為一種行政刑法，卻仍修入普通刑法範疇。因此若再將刑法類比民法典，以其所列犯罪均為人民不教自明的道德底線，承擔國家和社會倫理長城的功能，而在文義解釋上也與特別刑法採用不同視角，即十分牽強。由此可見大法官第 792 號解釋延續第 594 號、第 602 號解釋以來的見解，把刑法文義解釋一律限縮於「當前受規範者」的視角，不因是否入典而有不同，至少就現行法而言還是十分穩妥的。

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。」

如果我們再把特別的因素疊加在一起，會發現解釋方法遇到刑法而會有所不同的其他理由，例如背後具高度政策考量的特別刑法，一方面因為政策法背後合目的性的驅動，使得目的解釋本來會有初步的優位，類似某些經濟法，如公平交易法，或勞工法，如勞動基準法，目的解釋的優先次序都不會受到太大的挑戰，惟一旦加上刑罰的工具，又必須考量刑法的特性，而可能使合目的性權重又要再做調整。先前提到的幽靈人口案，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（至於本件裁判違憲的判決，從違憲標的審視是否還有商榷餘地，如逕以系爭法律規定有應考量而未考量的立法懈怠，或許更為妥適，容於後述）。

類似的思考，我們也可以在台高院 94 年度上易字第 243 號判決看到，法官基於法律關係的本質性差異，對於不法取得證據其證據能力的有無採用不同標準：「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，更不要說所造成的負擔並不止於財產的減損，更及於受到憲法高度保障的身體自由、名譽、乃至生命。由此可知，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。

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處理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。甚至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，又不同於國家限制人民基本權利的刑法，更不要說所造成的負擔並不止於財產的減損，更及於受到憲法高度保障的身體自由、名譽、乃至生命。由此可知，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，刑法解釋的特殊性因此跟著增加。粗估在大法官做的813件解釋中，刑事法就佔了130件（統計上比例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），近兩年憲法法庭做的36件判決中，刑事法更佔15件！

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，無庸多談。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。

換言之，刑法的規範本質使它特別容易招惹憲法，而我們的憲法使大法官承擔落實憲法的責任，隨著大法官違憲審查權的不斷擴張，刑事法在立法和司法上都受到憲法的影響，不僅大法官或憲法法庭，談到刑法的憲法化，戲份愈來愈重的還有一般法院，特別是統一刑法解釋的最高法院刑事大法庭。刑事法官在解釋法律的過程中主動或因大法官釋憲決定而被動納入憲法精神的情形，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。

有關刑法解釋受到憲法的影響，首先可暫時撇開基本上無關憲法的大法官對刑法的統一解釋權，這個制度在受理條件緊縮後實際上早已淡出。大法官直接審查刑事個案裁判的新制，迄今也因數量有限而無須多談。另外還有憲法規定直接涉及刑事法解釋的情形，範圍當然也相當有限，說明如下：

- 貪污治罪條例第5條第1項第3款規定：「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。

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

因此所謂刑法的憲法化，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。我們就從大法官對刑事法的抽象和具體的審查（前者由機關聲請，後者由法官或人民聲請）談起，其直接效果只是刑事法規範本身所生的變動與否，好像無涉刑法解釋。即使大法官審查時經常附帶（inzidental）對審查的刑法規定加以解釋，其解釋也無任何拘束力。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。廣義的憲法化又不以刑事法官被動承受有關刑事法的憲法判斷為限，基於避免違憲的考量，所有通過憲法的上綱上限對國家公權力所加限制，間接對於刑事法的解釋和適用也會產生一定的指導作用，法官會主動納入考量以避免受到相同的違憲評價，包括諸如：

- 基本權的保護範圍，何時構成限制，有何部門考量
- 基本權的限制界線，哪些保護原則，審查標準如何
- 基本權的客觀內涵，有何延伸保障，具體效力為何

此處憲法和刑法的連結，當然是廣義的體系解釋，當代方法論作者不乏以其為獨立解釋方法（如德國的 Larenz, Canaris 以其為合憲性解釋方法）者。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。

<p>大法官直搗黃龍的合憲性刑事法解釋</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 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。 	<p>以綁定法律解釋方向確保法律的合憲性</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 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。
---	--

另一方面，即使沒有刑事案件審判權，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的規範拘束力！幾乎所有的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。憲法法院所以可以凌駕有最終釋法權的終審法院綁定法律的解釋方向，多半是從立法機關的守憲推定 (favor legis) 出發，且可降低逕為全面違憲宣告對各方過大的衝擊。但尊重立法者的另一面，卻是法院的終極釋法權受到壓抑。

由此可知，法官和大法官都有權把法律的解釋和憲法作某種連結，但當普通法院解釋法律時主動走到符合憲法意旨的方向，只是單純的法律解釋方法，為體系解釋的一種類型，因非司法決定本身而無任何對世效力可言，甚至在各種解釋方法中有無初步優位，都還有待深入推敲，與憲法機關間的調和更是無涉，而大法官以解釋憲法之名強行解釋法律時，卻可能有如此強大的效果，兩者竟都以合憲性解釋名之，難免在觀念上造成混淆。所以我們不討論法律的憲法化則已，只要觸及這個問題，若不能清楚的分辨二者，反而會引發更多困擾，後續嘗試作一些觀念和方法上的釐清，並進一步指出其法理淵源的不同，提出概念區分的建議。

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，亦即認為當面臨複雜解釋方法選擇時，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。

我們先看普通法院的合憲性解釋，為什麼相較於其他解釋方法，並無初步的優位？既然憲法高高在上，當面臨複雜解釋方法選擇時，合憲性解釋怎麼不是「至少」有初步的優位？難道只因將普通法院的合憲性解釋定位為「只是」一種體系解釋，就當然只能視情況和其他解釋方法去權衡，有如一般的體系解釋。近年最高法院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來，應該還在嘗試摸索階段，個人認為這確實是比較穩當成熟的作法，可以避免對下級法院解釋法律吹起虛無飄渺的憲法風潮，不當干擾原來平穩的體系教義，降低法的可預見性，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。以下舉兩個近例來說明，一以合憲性解釋先於其他體系解釋，另一則捨合憲性解釋而就歷史和比較解釋，故整體而言，似乎還不能說已經被賦予初步優位。

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「摻偽或假冒」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，始為當之？
- 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，自不構成罪。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。

最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議，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，是否只須行為人之作為，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？的見解分歧。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的判斷仍有必要，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）。本案最高法院最後卻並未統一於合憲性解釋。換言之，按合憲性解釋雖應做實質判斷，但採歷史解釋及補充歷史解釋的比較解釋則又可免，並未原則性的賦予合憲性解釋優位。

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，其實罰顯然不相當，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。

最高法院刑事大法庭 109 年度台上大字第 4243 號裁定，似乎給予一定優先的考量，一般的體系解釋雖認為依法規競合應用重法，但採合憲性解釋又得出得減輕其刑的結論，其主要的見解分歧為：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，但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？大法庭所做裁定則以轉讓甲基安非他命未達法定應加重其刑的一定數量時，固應適用法定刑較重的藥事法論處，但若被告於偵、審程序中自白，反而不得獲毒品危害防制條例的減刑寬典，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，其實罰顯然不相當，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。惟如果把合憲性解釋當成獨立的解釋方法，或許可認知為已朝該裁定內含合憲性解釋對其他解釋有初步優位之意，但若如前述以合憲性解釋僅為體系解釋的一種次類型，則本案也可看成垂直體系（合憲性解釋）與水平體系（藥事法與毒品條例）間內部的衡量結果，無關一般解釋方法間的優位，至少這樣的推論還不夠明確。

這裡其實正可看到所謂集中和分散兩種司法違憲審查的根本差異，後者以美國為代表，法官就是法官，無法想像法律和憲法的連結會有如此不同的結果，但在多元司法體制中「另設」憲法法院掌理重要的違憲審查權時，二者的連結會有不同效果又幾乎是邏輯的必然。我國一度因法官主張分享法律違憲審查權，而有大法官第 371 號解釋，該解釋即從憲法第 80 條法官依法獨立審判的規定，和第 171 條大法官獨占法律違憲宣告權的規定，無中生有推論出，法官就承審個案應適用法律是否違憲，有聲請大法官解釋之權，而其關鍵邏輯即在依法獨立審判的法官，一旦認定所應適用的法律已經違反位階更高的憲法，即不得再予適

用，卻因憲法已將認定法律違憲之權保留給大法官，使得無法完成審判的法官只得停止審判改向大法官聲請解釋，此時自應以法官對於法律是否違憲已有「確信」為前提，否則仍只能依法審判。換言之，只在承審法官已有法律違憲的確信，除了停止審判外，已無自行再做任何以法律連結憲法解釋的空間。反之，如果在尚無違憲確信下，即使再做任何與憲法連結的法律解釋，也都還不能主張此一連結當然優於其他解釋方法，雖然法官連結憲法來解釋法律，最多也只是限縮法律文義解釋的範圍，而非及於法律全部內涵，但即使只是部分內涵適用上的排除，恐怕依同一邏輯都只能保留給大法官，程序法上只宜依其實質「部分」違憲的確信而停止審判；因此法官解釋法律而連結憲法的空間，應該只能限於不強制排除法律內涵，而僅是在多種解釋可能間加以衡量後，決定採合憲性解釋，故此一意義下的合憲性解釋在方法上應不具有初步優位，或許也可說是第 371 號解釋邏輯推演的方法論結果。

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。

至此我們需更直接的面對這兩種合憲性解釋的概念混淆，設法找出根源並建立更清晰的法理論述。在我看來，大法官和法官所做的合憲性解釋各自體現的正是憲法的兩大功能：界線規範與價值規範，顯然名同而實不同。在我 30 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「合憲法律解釋」實為兩種不同的制度，只是不知何故原創的德語系國家，包括向來以概念精確著稱的德國，在此竟都使用同一概念（*verfassungskonforme Gesetzesauslegung*）。若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），相對於以英國為代表的政治憲政主義，使憲法原來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，相繼發揚光大。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，就是逾越這些憲法劃定的界限。但憲法宣示的基本權義或基本國策，同時還體現一些共營社會生活的價值，貫穿所有法律領域，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，使得最高的憲法在界限以外，還可進一步引導國家和人民行為的方向。

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。

因此憲法如果和其他法律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，倒也不難理解。近年德國學者為避免這樣的概念混淆，在後者漸漸轉而使用憲法取向的法律解釋（*verfassungsorientierte Gesetzesauslegung*），已較可減少觀念混亂。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，但也許直譯這兩個概念就會更為清晰，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，本身就是一種司法決定；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，只是一種解釋方法。

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。

我還曾建議在中文語境進一步引伸出「憲政司法」與「憲法司法」的制度規劃，簡言之，從憲法為界線規範的觀點關注的是：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」。而從憲法為價值規範的觀點關注的是：最高規範 / 價值秩序；公私法統合於憲法，其司法則可稱為「憲法司法」，這裡當然也不展開論述。

如前所述，在採多元司法體系的大陸法國家，多在一般法院外另增設憲法法院，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。理解現代 Kelsen 模式憲法法院的原始發想後，也可理解它和一般的專業法院分流不同之處即在：憲法一方面需要一個特別的法院專司審判，另一方面又需要所有法院在其審判權範圍納入憲法為其最高法源。這卻使得不同審判權之間的關係變得格外複雜，而需一定的調和機制以減少彼此運作上的摩擦，提高憲政主義的綜效，就此容於後述。（待續）



「刑事法的解釋方法—以日益重要的『合憲性解釋』為中心」蘇永欽講座教授專題演講



刑檢察總長致贈「2023 法學論壇講座」琉璃法秤

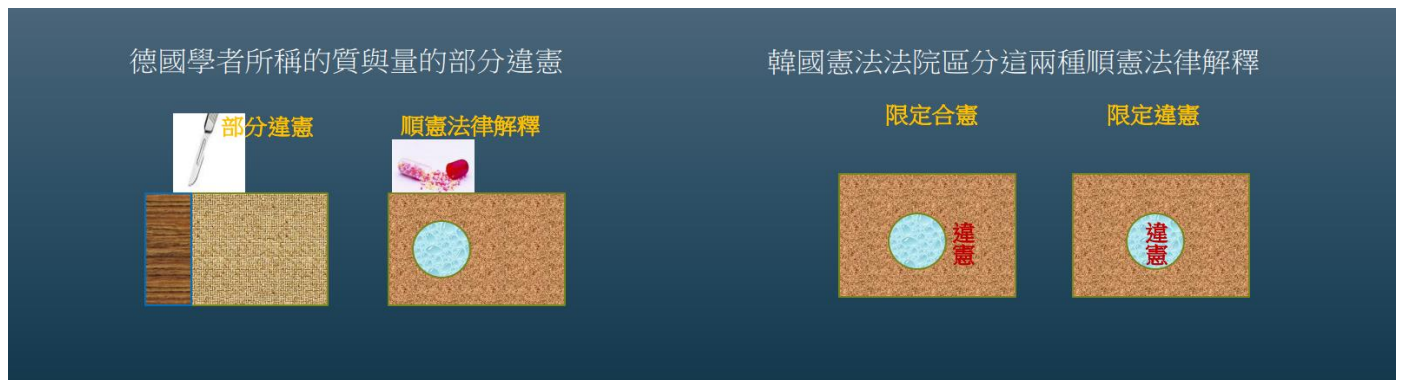
➤ 112.11.3 最高檢察署 2023 法學論壇講座 「刑事法的解釋方法—以日益重要的『合憲性解釋』為中心」 專題演講（二）

國立政治大學
蘇永欽講座教授

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。

大法官順憲法律解釋的特徵與難處，德國學者常以其與一般理解的「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，僅因形式的「可分性」而有不同。部分違憲是指在形式上即可拆解法條而使其部分內容失效（比如特定項、款或構成要件）的情形，反之順憲法律解釋則因形式上無法拆解而只能保有法條整體的效力，但實質上後者原有的適用可能性減少，其規範力同樣已經減損，減損的範圍甚至可能還大於前者。



因此有以前者為「量」的部分違憲，後者則為「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」），因為形式上都可保留整個法條的效力，比較像是內科的治療。韓國憲法法院還特以「限定合憲」來界定正面表述者，而以「限定違憲」定性反面表述者。為便於理解，使各位可以更精準掌握這兩種順憲解釋的技術，以下就正面表述還是反面表述各舉兩號解釋例供參（惟後二例都只找到行政法而非刑法）。

釋字第 656 號：「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。」

釋字第 789 號：「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潛在不利益，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。」

釋字第 732 號：「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。」

釋字第 808 號：「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！

這些例子很清楚的顯示，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，就是在限制合憲時範圍標定的是「尚不違憲」，在限制違憲時則標定「違憲」，但因為即使在後者，該條文應該仍然有其效力，只是「不適用」於一部分法條文義原來所及的範圍。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」，則已有點不知所云，和 111 年憲判字第 2 號判決兩位大法官的意見書比較之前的釋字第 656 號解釋與本判決，而稱前者為「合憲性解釋」，本判決則為「部分違憲」，一樣有嚴重誤導公眾之嫌。

方法上更大的疑問是如何做正確的選擇？嚴格而言，純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，那麼為什麼要做此區分，以及各在何種條件下做此區分，似乎連韓國憲法法院都沒建立清楚的思路。我曾為文認為在方法上應視實務操作整體偏向正確或錯誤而定，若屬前者，即應採正面表述，只有在後者的情形，反面表述才不致產生誤導，而有區分的實益，可惜連大法官自己也沒有建立這樣的明確意識。釋字第 732 號為例，選擇用限制違憲，真正動機只是要對執法者傳達「未來」勿陷錯誤的警告，卻因方法不當反而誤導媒體，連司法記者都以為大眾捷運系統的聯合開發實務「多數已屬違憲」，且誤以系爭法條已經立即失效！特別對這種本身就是有拘束力決定的順憲法律解釋（不同於僅為單純解釋方法的向憲法律解釋），方法上如此粗枝大葉，實令人捏把冷汗！

以上談論的各點，應該已可看到法律解釋的憲法化，因為牽涉多元司法體系，可以變得如何複雜，就此當然不以刑事法為限，這些問題因為仍在發展中，感覺上卻未見學界給予足夠的重視，只是一則因為這已經不再是刑事法解釋特有的問題，二則時間也有限，我只能在準備的書面簡報裡約略點到如何「構思各最高審的黃金頻譜，避免人權通貨膨脹」，以下即簡單統整其他大陸法系國家的經驗與大家分享。

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？

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，儘管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，既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，又使普通法院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？而且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？只要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。

權限衝突首先要避免的就是機關因壅塞而癱瘓，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，某些憲法法院的彎路也就避開了。但當法律憲法化已經做妥適分工後，突然再增訂讓憲法法院可以越過法規審查終審法院確定裁判的制度，其不合理就已經不是彎路足以形容了！憲法訴訟法新增的裁判憲法審查制度迄今在性價比上驚人之低，只要看歐陸各國除有歷史因素的德國外，都避之唯恐不及，已可知泰半。

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。
- 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！

此外，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。現行法下人民只能在用盡救濟後才能轉向大法官聲請違憲審查，就裁判而言固屬題中之義，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），自始即源於有違憲疑義的法律，則在普通法院針對個案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。10年前法國首度開放的事後違憲審查，就只規劃這樣的先決問題審查程序（QPC），成效備受肯定。我國情形，只要看幾年前臺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，是不是都符合其違憲確信要件，恐怕都已無可考。司法院其實在民國 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，唯獨希望充實法規審查的 QPC 制度沒有保留，反而增加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 Gebrauchsdogmatik）。
- 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。

頂層設計我們還可以再拉高談論立法與憲政司法、憲法司法之間的分工，如何建構合理的配套關係，這當然已經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。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，二十多年間我國實已經歷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。

以 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。雖然至遲自第 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，從而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，當然又是應該避免的彎路。

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。

有些情形，我們還會面對逕由大法官做順憲法律解釋，還是寧可等待立法的抉擇。憲法法庭 111 年憲判字第 3 號判決即在法庭內出現一個有趣的少數意見，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。在我看來，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。但見解既已一致，直接由憲法法庭以順

憲法律解釋排除其違憲狀態，而非為示「尊重」終審法院的最終釋法權而再把已經結束的戰場延伸到立法部門，才是在憲政司法、憲法司法和立法三者之間最合理性的權衡。

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。

提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？

另一方面，立法院和兩個司法頂層部門之間的互動，也有送出去比關起門來自己了斷為妥的情形。去年大法庭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第775號解釋標定違憲的範圍，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，各方見解不同。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，一定是考量填補所涉及複雜配套，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取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

有關憲法誠命還是政策選擇的判斷，因為這些年直接間接參與頂層的司法工作和部分立法工作，深深感覺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。在刑事訴訟法領域，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，實相當值得玩味。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，竟認定事實發現是憲法對刑事訴訟的基本原則，從而有傳聞法則、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，從釋字第 392 號到釋字第 737 號解釋的改變，實堪玩味，也更凸顯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）。

1995年的第392號解釋把人身保護令狀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，但基於同樣重要的民主原則，在人權底線以上仍須保留足夠制度選擇的空間，這應該正是第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。

簡報最後提到法學方法論應該不只是法律解釋的方法論，就大陸法系而言，實定法內容的研究始終不脫體系化的追求，因此德國法學向來以法教義學（Rechtsdogmatik）來概括，就此一研究領域而言，法解釋學只是一個開始，更重要的工作還在解釋之間與之後的體系建構，就這部分的方法論，即使在法教義學研究最有歷史，而且成果斐然的德國，其實也還十分不足，其科學委員會在2012年公布對德國法學的評鑑報告，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瓶頸。就此我在最近一場國際會議提出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，這裡真的只能省略不做展開。