

釋字第六八六號解釋不同意見書

主啊！請賜給我勇氣，去改變可以改變之事；

主啊！請賜給我力量，來忍受可以忍受之事；

主啊！請賜給我智慧，以分辨上述兩者之差別。

俄國 作曲家 蕭斯塔高維奇 祈禱文

大法官 陳新民

本席對於本號解釋多數意見認定應補充釋字第一九三號解釋，俾使不同聲請人以同一法令牴觸憲法之疑義聲請解釋，而未經合併辦理者，只要其聲請符合法定要件者，其據以聲請之案件，亦得適用本院釋字第一七七號解釋。多數意見之所以延伸原因案件之範圍，乃欲使未併案辦理之不同聲請人，能同霑釋憲解釋之效力，而獲得權利救濟之機會，以符合平等原則。多數意見此種重視人民訴訟權益之胸懷，本席當同感於心！

誠然，本席固然肯認由本院釋字第一七七號與第一九三號解釋所構建之原因案件效力範圍，存在過度狹隘的漏洞，確有加以補實之必要，避免人民基本權利與平等權遭受侵犯。但此補實必須在正確的案件，亦即在具有「權利保護必要性」的案件中，方得由大法官予以補實。本號解釋原因案件正欠缺此一聲請釋憲之要件，理應不予受理。惜未為本號解釋多數意見所正視。

基於釋憲程序應特別重視「程序正義」，不能硬將憲法法理套在不成熟與不合適的案件之上，對需要為補充解釋的案件亦然，否則將猶如早熟果實，只有導致提早落地的後果一途。且本號解釋並未針對病症肇源之病因，痛下藥石：即未謀求解決大法官過去相關解釋所留下之法令定期失效時的個案救濟中空之弊病。也未認真考量本號解釋當事人真否能獲得有效救濟可能性之問題。這種不無含糊以對的解釋方

式，本席歎難贊成，本於言責，爰提出不同意見書於次，以申其義：

一、本案欠缺權利救濟之要件（無救濟可能性）一定期失效制度的「救濟實效性欠缺」，應予補救

本號解釋多數意見最值得商榷之處，乃是忽視本原因案件欠缺了聲請釋憲所必須具備之「權利保護之必要性」。按本原因案件依據本院釋字第五八六號解釋，向最高行政法院提起再審之訴遭駁回後，聲請人主張其屬於行政訴訟法第二百七十三條第二項得提起再審之「當事人」，再審法院對本院釋字第一九三號解釋所為之界定過於狹隘，有違憲之虞為理由，向本院提起釋憲。

關於欠缺權利保護之要件，本院大法官過去在釋憲實務上有許多不受理決議，使用「解釋已無必要」或類似的文字，例如：「疑義已因新法公布而消除」、「未具體聲明權利受損之處」、「相關機關已經裁撤」等等，均有寓含此一要件之意義在內。至於正式作出之解釋，則有兩號解釋明白提及之：一為釋字第五四六號解釋，乃針對人民提起行政訴訟以有訴訟利益為要件。如果訴願決定已無補救者，則訴願為無實益。其訴訟權利便無救濟之可能性，即無保障之必要。本院解釋早年曾持此一態度，該號解釋則加以更正為：「所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，諸如參加選舉、考試等，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。是當事人所提出之爭訟事件，縱因時間之經過，無從回復權利被侵害前之狀態，然基於合理之期待，未來仍有同類情事發生之可能時，即非無權利保護必要，自應予以救濟，以保障其權益。」是以當事人仍有可能發生同樣情形，例如參與選舉等，該號解釋乃破除了對人民行使該項權利之法令上限制。

另一號解釋為本院釋字第六五四號解釋，該號解釋針對要求解釋羈押法有關接見與通信檢查之規定違憲部分，聲請人既已交保，即無權利保護之必要，從而駁回暫時處分之聲請。

上述兩號解釋中，第一個案件對於已經毫無救濟可能性的聲請釋憲案，只要日後可能產生同樣爭議，大法官乃為「預防」日後產生之爭議，即可受理釋憲；第二個案件乃當事人不可能享受釋憲利益，即無必要進行釋憲審查。二者的共通點都有一個事實上的特徵：原因案件無救濟可能，如果要求針對原因案件進行救濟，只有遭到駁回一途（第二案即表明如此）。第一案雖未表明之，但其解釋效果明顯是在原因案件以外後來產生之案件，救濟利益方會顯現出來。

如果以本院過去兩號解釋關涉權利保護要件而論，本號解釋原因案件既然要求在本案解釋後能獲得救濟之可能，但實質上基於本院釋字第五八六號解釋，一年後法律才失效的規定，而無法提起救濟，即無任何救濟之可能性，無提起再審之機會也。如欲解開本案聲請人可獲得救濟之癥結，必須針對法令定期失效制度所帶來之弊病，而應加以檢討不可。

按大法官使用宣告解釋案件定期失效制度之方式，極為常見，此乃基於宣告法規違憲失效，應當儘量避免造成「法律空窗期」(ein rechtliches Vakuum)的現象，避免國家法治生活造成「無法可依」的黑洞¹。釋憲者雖宣告法規違憲，但訂下落日條款，期冀立法者從速立法，以補實法規之漏洞。然法規既然已被宣告違憲失效在即，其正當性已經淪喪殆盡，強令執法機關適用此法，不無強人所難之嫌。此雖是配合國家法治主義不得不然之舉，但應儘量避免為之。

故對法令的違憲定期失效制度，必須仔細地規畫之。最有效的辦法，當然是以立法者全盤且深入地考量各國法例，

¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 7.Aufl., 2007, Rdnr.420.

取長去短後，加以訂定。為此，奧地利以憲法高位階的規定來規範此一制度。依該國憲法第一百四十條第七項規定，唯有原因案件能享受憲法訴訟結果的救濟，即是定期失效亦然。在後者之情形，該國憲法也在第一百三十九條第五項規定，得由聯邦憲法法院宣告法律在六個月內喪失效力，最長不得超過一年（一九九六年修改憲法為一年六個月），便是一例²。

然而，我國雖有定期失效之制度，但並非由立法者審慎規劃後才實施之制度。反而是由第五屆大法官在釋字第二一八號解釋（民國七十六年八月十四日）宣布財政部函釋仍有最長六個月的落日條款，開始採納此一制度；在釋字第二二四號解釋（民國七十七年四月二十二日），首次針對違憲法律定下長達二年的失效期限。此後定期失效的方式，遂成為本院大法官經常使用的宣告模式³。

正如同所有由「法官造法」所創設的制度一樣，都是個案式的累積與擴張制度的內容，也頗如「瞎子摸石過河」般一步一趨，雖有前進，但卻沒有宏觀的前景。我國大法官定期失效宣告制度，也顯示此一缺點。例如定期失效的最長期限為何？實務上最長有長達三年（例如本院釋字第六四九號解釋）：短至一個月（例如本院釋字第六六四號解釋），更短者只有十七日之久（例如本院釋字第六七七號解釋）。上述大法官訂定的落日條款，係大法官考量立法機關的立法效率，或執法機關配合的作業需要時間，而定下的期限。此時，大法官的裁量，與其謂有確實符合立法或行政配合之可能性，毋寧是含有「強力督促」上述兩種權力配合之用意也。以釋字第六七七號訂定的落日期限，將行政機關執行大法官

² 可參見：吳庚，憲法的解釋與適用，二 四年六月三版，第四二八頁。林錫堯，論人民聲請解釋憲法之制度，世一書局，民國七十三年七月，第二四五頁。

³ 可參見：翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，收錄於：公法學與政治理論—吳庚大法官榮退論文集，二 四年十月，第十六頁。

解釋的期間，限於十七日，顯然大法官意圖讓其解釋意旨儘速實現的急迫心態，已躍然紙上矣！

有裁量，也便有裁量錯誤，以及裁量濫權的副作用。有個案的裁量，也就更應注重「體系正義」，以維護平等原則的必要。我國由大法官「司法造法」所形成的法令定期失效，得以由大法官自行決定由二週到三年的時效，是否失於籠統與過於彈性？是否應當到了由立法者制定法律來妥善解決的時刻？

早在民國九十二年九月司法院提出之「司法院大法官審理案件法修正草案朝野協商建議再修正條文」中，第二十八條規定：「大法官會議之解釋宣告法令定期失效者，其期間，法律不得逾二年，命令不得逾一年」⁴。該草案迄今尚未完成立法，版本數易，仍在立法院審議之中（見憲法訴訟法草案第三十一條第二項之規定：「憲法法庭之判決諭知法律或命令定期失效者，其所定期間，法律不得逾三年，命令不得逾一年。」）。

以目前的版本而論，是以釋憲實務所呈現的最長年限（三年），作為定期失效之上限。但是對於最有可能造成執法機關與立法機關困擾的「下限」，仍未有考量。誠然，本席亦肯認此一「下限」，性質上屬於典型的個案裁量，每種案件都有不同的期限要求，只能有待大法官的衡量也。此立法上的期限規定，只不過是維持大法官實務上形成的「上限」期限，故似乎此部分立法的功能將較為有限。

比較積極作用的，當在對原因案件於法令定期失效時，能有例外的救濟可能性，以避免聲請人進行冗長卻徒勞無功的釋憲程序。本席在本院釋字第六七二號解釋之不同意見書曾敘及、現茲不憚再次提出：本院前院長翁岳生大法官在釋

⁴ 翁岳生，前揭文，第三十一頁註七十三處。

字第四五五號解釋之協同意見書中，早已指陳根據本院釋字第一七七號、第一八三號及第一八五號解釋之意旨，原因案件聲請人因系爭函釋僅係定期失效，並非無效，而不得提起法律救濟，而「深感遺憾」。也提到當年（民國八十七年）五月二十日立法院已經完成一讀程序的「司法院大法官審理案件法修正草案」第二十三條第三項（該法現更名為「憲法訴訟法」草案，相關條文可參閱草案第三十三條第一項後段之規定），已經對此將加以明確地改正，許可當事人不因系爭法律失效定有期限，而影響救濟之機會。然而目前該草案也仍停留在等待立法院審議的排隊單上。翁前院長的遺憾，又過了長達了十三年之久，當更令吾人慨嘆：我國立法者是否真的顯現出嚴重怠惰的疲態？

原因案件的當事人，不能在法令定期失效時獲得救濟，違反個案正義，的確是目前釋憲制度在法律效力部分最大的漏洞，亟需加以補實。然而在立法者遲未立法補實前，大法官似可發揮「大法官造法」之功能，宣告原因案件當事人在定期失效案件之例外救濟權利。反正此定期失效制度，也出自大法官之手。「解鈴還需繫鈴人」—大法官既「接生」了定期失效制度，何不再接再厲的完成「收尾」的工作—再「接生」出一個定期失效制度的法律效果—，為此制定出所謂的「過渡規範」(Übergangsregelung)，創設個案的法律救濟途徑⁵？

本號解釋原因案件也係面臨此一困境。多數意見雖擴張了原因案件之範圍，但卻對該定期失效制度未為任何檢討。最根本之癥結為：在定期失效制度未經修正前，原因案件當事人仍應適用尚未失效之法令，即便是再審之程序，亦然⁶。

⁵ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr. 429.

⁶ 參見李惠宗，論違憲而定其失效法律的效力—兼評釋字第六一九號解釋及最高行政法院九十七年度判字第六一五號判決，刊載於：法令月刊，第六十卷第十期，二一九九年十月，第一四六九頁。

即便本號原因案件當事人當初在釋字第五八六號解釋作出時，已經「併案」成為釋憲原因案件之當事人，同樣無法得到再審救濟之機會，更遑論靠著本號解釋的擴張解釋，將之列為如奧地利所稱之「準原因案件」(Quasi-Anlassfalle)，還能邀享到該釋憲的效力乎？持此肯定說者，未免太過矛盾乎⁷？

總歸一句，本號解釋多數意見如欲提供當事人積極而有效法律救濟之實效，便應當正視釋字第五八六號解釋之一年失效所帶來權利救濟真空的後果——該號解釋並未給予聲請人例外之救濟可能性。本號解釋如欲填補之，惟有動用「法官造法」一途，規範過渡時期新的法律秩序。最典型的前例為本院釋字第六四一號解釋（在立法修正前，任何非原因案件，但仍在法院繫屬中之個案，都可由法院自行依比例原則決定裁罰標準），此解釋雖有不少值得斟酌之處，但如只節制的適用在準原因案件之例外救濟，似宜較為可行。惜乎本號解釋多數意見並未採取此一見解。

二、釋憲標的與效力範圍的違憲性判斷？

（一）釋憲的標的——對行政訴訟法第二百七十三條第二項的法律合憲性解釋？

本號解釋原因案件聲請的第二個釋憲對象為行政訴訟法第二百七十三條第二項的再審資格，認為該條文的再審資格，依本院釋字第一九三號解釋僅限於原因案件之當事人，而不包括未併案的聲請人，故該條文有違憲之虞云云。

如果以釋憲的標的而論，本院釋字第一九三號解釋已經功成身退，該解釋意旨（大法官突破當時實證法律疏漏之意旨）已經完全由事後修正之行政訴訟法第二百七十三條第二

⁷ 本號解釋公布後，如果本號解釋的聲請人果真能夠依據現行法，或是依據本院釋字第五八六號解釋後，新修正之法律，來獲得救濟之機會，那麼對於釋字第五八六號解釋原因案件之聲請人卻在當時以及本號作成後，始終都不能提起救濟，試問是否形成更不公平的現象？

項所填補，而成為實證的法規範⁸。依該條第二項的規定，惟有「該原因案件之當事人」，方可提起再審。故該條文應當獨立成為釋憲之標的，當事人聲請補充本院釋字第一九三號解釋，應當只是附帶性質，本號解釋之重心仍應放在行政訴訟法第二百七十三條第二項的違憲性之上，應當肯認該「當事人」的範圍必須重新規定。解釋主文即應當明白宣示行政訴訟法第二百七十三條第二項是否違憲？惟本號解釋未在解釋主文中論及，只在理由書第三段提及之。

本席以為，多數意見應當正視此問題。如果認為該條文違憲，即應在理由書中闡明本院釋字第一九三號解釋未能符合憲法之處；反之，如認為釋字第一九三號解釋合憲，亦應於理由書中仔細闡明。但細觀本號解釋多數意見，一面在主文中指明釋字第一九三號解釋「應予補充」，即表明了釋字第一九三號解釋已非完全合憲⁹。然在理由書第三段，卻又將現行行政訴訟法第二百七十三條第二項並未宣告違憲與否，而將其內容更易為「不同聲請人以同一法令抵觸憲法疑義而於解釋公布前聲請解釋，且符合聲請法定要件之各案件，亦為該項條文之當事人」，而規避宣告是否違憲之問題。

在解釋的方法方面，本號解釋多數意見明顯推翻了現行行政訴訟法第二百七十三條第二項的原始概念（源於本院釋字第一九三號解釋），也經最高行政法院一再引為判決依據的再審聲請要件之內容（參見最高行政法院九十三年度判字第四十八號判決、九十六年度判字第二一九號判決），故應當宣告該條文違憲。然而，綜觀本解釋文未明示該條文為違憲，而僅易其內容—擴張得提起再審之訴之「該當事人」

⁸ 請注意：至於民事及刑事案件，因釋憲結果而亦獲得再審或非常上訴之救濟機會，乃因本院解釋（釋字第一九三號解釋）之結果。而行政訴訟之此種再審機會，則以行政訴訟法第二百七十三條第二項為依據，兩者極為不同。

⁹ 參見吳信華，論大法官釋憲程序中的「補充解釋」，收錄於：當代公法新論—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（上），民國九十一年，第八一二頁。

的範圍，顯然易使人聯想到大法官援用了「法律合憲性解釋」（Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen）。此案例正如德國憲法教科書所常引用的一則著名之聯邦憲法法院之判決！針對集會遊行法規定，所有舉辦示威活動者應當於示威前三日有向警方報備的義務。但憲法法院卻認為此一報備義務並不及於突發性示威的案件之上。即是適用法律合憲性審查方式的典型案例¹⁰。亦即法律合憲性係利用「語意擴張」（teleologische Erweiterung）或是「縮減語義」（teleologische Reduktion）的方式來調整法律適用範圍，作為避免宣告系爭法規違憲的後果。乍看之下，本號解釋多數意見的擴張解釋，即是運用此一方法也。儘管兩者幾乎同出一轍，但本號解釋多數意見似乎並未承認已運用此一方式也。

本席亦認為本條文透過本號解釋已造成了「舊瓶裝新酒」之效果，條文外觀未改變，但實質內容與規範力已丕變。法律合憲性解釋的方式，雖有避免法律遭到違憲後果的好處，但畢竟更易了法律的實質規範內容，容易扭曲立法者的原意，也會削減立法者修法的急迫性，其負面效果亦不容忽視。也因此如何限制法律合憲性解釋的方式，也成為公法學熱門的議題。行政訴訟法第二百七十三條第二項既然已經造成「質變」之後果，根本之道應該考量透過修法的方式，將可提起再審當事人的範圍，儘量以法律明確規範方式予以界定之，以杜爭議¹¹。

（二）原因案件的擴張與限制

本號解釋多數意見側重於擴張聲請案件「併案」的範圍，此即涉及到對於釋憲效果的效力範圍，這在學界討論也已爭論多時。基於對法律安定性的考量，釋憲解釋以向將來

¹⁰ BVerfGE 85,69/77, Volker Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, Rdnr. 64.

¹¹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rdnr.449.

生效為原則。但為了提供當事人救濟之實益，一來鼓勵其為權利而奮鬥，二來獎勵其為國家法治主義進步的貢獻，許可其得例外地溯及適用釋憲的結論，更正舊有法律的違憲部分，而獲得新法規內容的救濟。因此，僅限於原因案件的當事人能享受釋憲成果的實益。

誠然，這種見解也會遭到主張法律正義者的抨擊，認為不當任諸違憲狀態的經過而不謀求救濟。同時也有操持國家應當儘量寬容、且儘量「作好人」，故浪漫地主張一律溯及的擴張原因案件範圍。

面對法律正義與法律安定性的兩極衝擊，以及基於各種兩方矛盾的權衡選擇下，我國乃採行類似奧地利的模式。依奧地利憲法第一百七十條第七項規定，法律因違憲而被廢止時，該法律之效力除原因事實外，仍適用於已實現之事實。易言之，對於提起再審之救濟，僅限於原因案件當事人。

和奧地利模式不同的是德國模式。依德國聯邦憲法法院法第七十九條之規定，對於民事及行政事件僅限於原因案件，得提起再審。其他已確定之案件不能溯及適用（限於已執行完畢者，如未執行時，即不能再執行）。但刑事案件因為涉及到個案正義與人權保障，則許可任何以該法律作為確定判決依據者，雖非原因案件，仍得產生溯及效力，提起再審（非常上訴）之救濟。

我國雖然是採取奧地利模式，但並不一定表示，日後重新立法檢討此制度時，不能改採德國之模式。當然仍有待立法者仔細衡量刑事法律的正義性要求、開放刑法案件的溯及效力後，再審程序的業務壓力能否為司法審判機關之所承受，即使採取一律溯及既往，特別是刑事案件，也可能需要在細節與要件上，經過務實的判斷後，完成制度的改建¹²，

¹² 見翁岳生，前揭文，第三十五頁。

這種衡量是一個巨大的思慮工程，非旦夕可及。解決能力及重擔，應當由立法者承擔，而非本院大法官，以及以個案造法方式所能勝任。

其次須討論何謂原因案件 (Anlassfall) 的範圍？本號解釋努力跨出了好一大步！將所有解釋公布前，已聲請釋憲者，均納入原因案件範圍。除了需滿足合法聲請之要件外，並無其他限制。參照起奧地利憲法法院於適用憲法第一百七十條第七項，已對於所謂原因案件，透過案例加以限制：本來奧地利憲法對於原因案件，採狹義的實質說，即導致憲法法院作出釋憲決定的聲請案為限。但在一九八五年以後，憲法法院改採「擴張論」，凡聲請案於法律違憲審查之公開言詞審理程序前，已經繫屬憲法法院時，亦得稱為原因案件。如果憲法解釋案件係未經公開言詞辯論而作成者，不論有無進行公開（公告）的評議程序，則應當在應於非公開之評議程序開始前，已繫屬者，方可屬於原因案件（乃基於「舉輕以明重」以及比照公開言詞辯論之例）。而在作業上提出合法繫屬的聲請案時間點，則以報紙或公報上記載為判斷標準

¹³
。

奧地利這種要求案件必須在言詞辯論前或是在不公開之評議程序前已繫屬者，方得列入原因案件範圍之用意。乃正如本席先前所擔心的（本席前在釋字第六八五號解釋協同意見書中已提及）「搶搭釋憲便車」之情形，一旦人民聞知某個釋憲案正在進行，遂紛紛提起釋憲聲請，期冀獲得日後提起救濟之機會。將造成鼓勵人民濫訟，以及浪費司法資源（日後再審等救濟程序的層出不窮），此即奧地利所擔心的「大規模訴願」（Massenbeschwerde）風潮，並侵犯法秩序之安定。

¹³ Waler/Mayer/Kucsko- Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl., 2007, Rdnr. 1170.

因此本席認為本號解釋多數意見已經跨出了太大之步伐。大法官似乎應當要有前瞻眼光，預先想像出日後可能會出現搶搭釋憲列車的投機後果，從而採取奧地利的模式。除了原因案件外，鑑於我國大法官鮮少進行言詞辯論或開憲法法庭，但不妨由立法規定，其他聲請案必須在大法官對釋憲案完成受理程序前，已合法提出者為限，方得屬於原因案件，這也是奧地利憲法法院所稱「準原因案件」¹⁴。抑或授權由大法官以決議方式，決定何者為列入原因案件之受理聲請案之時間點。如此將有較為彈性的優點（就此點而言，本號解釋多數意見對於其他那些聲請案件「符合法定要件」應由大法官予以個案決議之，即寓有此意也！）。本席傾向採行後者之立場。

三、本號解釋造成「破法」之餘波蕩漾

本號解釋多數意見將立法者正在審議之大法官審理案件法的部分修改內容，過早地欲付諸實現。這種過度旺盛的企圖心，也過度地發揮大法官造法的功能，同時也形成大法官「破法」的功能。質言之，本號解釋一出，目前大法官釋憲程序的法體系，即面臨到下列幾波「震波」的侵襲，造成治絲益棼的餘波蕩漾：

舉其一：大法官釋憲產生了再審的程序乎？按本號解釋原因案件已經在本院大法官會議第一六二 次會議議決不受理在案（民國九十四年四月八日），理由主要是釋字第五八六號解釋已經闡釋甚明，無待解釋之必要；以及其他聲請部分未具體指明有何牴觸憲法而不予受理。現同一聲請人又以相同事實與法令聲請釋憲，且援引再審判決，作為釋憲依據。誠然，法規上雖無明文規定，對本院大法官作出之不予受理之決定，不得聲明不服或提起抗告。但大法官的內部決議（第一八八一次審查會議決議，並列為內規）則認為此種聲

¹⁴ Walter Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, Aufl.,2008, Rdnr.1067.

請案件，以不受理為原則¹⁵。但釋憲實務上則未嚴格採行「一事不再理」之原則。故人民往往於本院作成不受理決議後，經常又重複聲請釋憲。本院亦視同新案處理之。但本案則是本院首次推翻先前不受理決議，改為受理並作成解釋之例也。本號解釋原因案件既與第一六二 次會議議決之標的相同，解釋主文及理由卻未明白宣示為何廢棄前次不受理之理由？彷彿本案件乃重新聲請解釋般，實際上已經承認有所謂「釋憲程序再審制度」矣！本席認為事關釋憲受理程序之要件，應當求其嚴整與明確，下一步是否應考量將一事不再理原則及其例外，明白行諸法條之規定。抑或任諸此「再審制度」的存在，默認其可毫無章法與標準的個案適用下去乎？

舉其二，對於有無再審之救濟問題，本號解釋未置一詞，似乎已非提起合法釋憲聲請之要件乎？如此一來，日後對於不能提起再審之訴者，例如逾越提起再審之訴的五年期限（行政訴訟法第二百七十六條第四項），或是違憲法律定期失效之原因案件當事人，都可提起釋憲。大法官解釋憲法的目的，可能質變為進行憲法理論、法律學說等之研究，儘管作出有如空中樓閣式的宏偉，但對於人民個案救濟毫無助益的解釋文，亦無妨也。大法官保障人權的時效性，以及大法官解釋的司法性，是否跟著喪失？

舉其三：是否應當樹立「大法官併案強制主義」？既然本號解釋原因案件「事出有因」，源於其未被釋字第五八六號解釋所「併案」，從而未能成為行政訴訟法第二百七十三條第二項之「當事人」之範圍內，進而喪失再審之機會所致。本號解釋多數意見且補充釋字第一九三號解釋，而擴充了原因案件當事人的範圍，亦即創設了「擬制合併」的效果。然而，查諸目前大法官審理案件法、施行細則，都沒有所謂的

¹⁵ 可參見林永謀大法官釋字第五九 號解釋不同意見書，認為大法官只要一旦作出不受理，案件則當已脫離大法官之繫屬。同樣見解見諸同號解釋之謝在全大法官之協同意見書。

「併案強制主義」。大法官的內規（例如第八 六次會議決定），則早已樹立數個聲請案，不論是一人或數人提出者，雖個別分案，但後以合併審理為原則。

然而儘管大法官已有合併審理之原則的決議，但大法官怠於將其併案，其效果如何？則始終未有任何規定。易言之，此內規並沒有創設「強制併案」之原則，僅是訓示規定，否則不會導致本號解釋的原因案件。故本號解釋作成後，此併案效果方才較為完整¹⁶。

由於併案制度不僅涉及到解釋後的效力範圍，也涉及到解釋案當事人範圍。所有併案當事人都有參加憲法爭訟程序之權利與義務，所有當事人對於攻、防等策略，也應當分擔責任，不能有坐享其成者。故本號解釋作成後，為避免不勞而獲的併案效果，是否應當要樹立「釋憲強制併案」之制度？如果併案聲請人拒絕釋憲協力，可否剝奪其當事人之資格 諸如此類的問題？

然而目前提交立法院審議大法官審理案件法修正條文中，沒有任何類似的規範。而學界關於研究大法官審理案件法之論著中，也未聞及有任何強制併案的討論。似乎朝野對大法官審理案件的併案議題，仍屬陌生。且尤值得一提者，關於地方法院的相牽連案件併案審理問題，不久前還引起社會沸沸揚揚的議論，有無侵犯司法獨立之嫌（參見本院釋字第六六五號解釋）。本號解釋多數意見則在程序面毫不注意併案與否的問題外，反而在效力層面強制規範了合併的效果，這種「輕程序，重結果」的態度，豈合乎程序正義之要求乎？

舉其四：本號解釋多數意見大開搭便車之風，只規定作出解釋前，合法提出釋憲聲請者，都可獲得救濟的機會。如

¹⁶ 但問題仍不少，例如：另一聲請人於提出釋憲後，大法官並未將之併入其他聲請案中，且先予以不受理駁回，後來解釋案作出後，可否仍給予其救濟之機會？恐亦非本號解釋效力所及。

此一來，將會使法院終局裁判之效力，不能發生真正終局效力。社會上將會出現一批靜觀釋憲過程的「射倖者」。這批亦可稱為「司法釋憲的投機者」，並不積極為自己權利而奮鬥，而只是騎牆觀風，一旦釋憲過程接近水落渠成時，方汲汲於呼群引伴，擠入釋憲大門，而本院也來者不拒。更何況，如本席在釋字第六八五號不同意見書所提醒者，關於提起釋憲的「時限」，我國並無任何限制。以釋字第六八五號解釋原因案件為例，乃在終局裁判確定後經二年半時間，主管機關公告系爭法規即將完成修法程序前，當事人方提出釋憲聲請，距離修法完成僅不到二個月之久。而奧地利則許可六個月聲請釋憲期限，德國更短至只有一個月的聲請釋憲期。自然會少了許多聲請釋憲的案件。以奧地利為例，即便規定如此短的釋憲期限，其仍致力於界定原因案件範圍。反觀我國釋憲法規對此毫無設限，而實務上對於一個解釋案由受理到作成解釋，往往可長達數年。這漫長的時間，再由本號解釋多數意見所宣示，直到解釋公布前，提出之釋憲聲請，都可以享受到釋憲結果的救濟實益。試問：是否會正同「以蜜引蜂蠅」般的吸引人民踴躍提出釋憲聲請？此種見解難道不會加重釋憲與審判機關的重擔？其為理智乎？

更重要的是，一旦本號解釋多數意見，敞開此「釋憲救濟之大門」後，層出不窮的救濟途徑，讓法院遍嘗苦果後，立法者幡然覺悟而改採管制之立法，例如採納奧地利之模式（須於言詞辯論前提出之聲請案為限的要件），或授權由大法官以內規認定何為原因案件之標準，豈不都將遭到違憲判斷之命運乎？

舉其五：在對於原因案件範圍的界定方面，仍有不少「掛一漏萬」之處，只舉一例說明：對於共犯中一人提起釋憲，獲得終局裁判所依據法律違憲的結果，該聲請人即獲得了再審之機會。至於同案其他共犯，未能獲得再審之機會。這是

否違反平等權等疑義？在本號解釋作成的同一天，本院大法官（第一三七一次會議）也通過一個針對此情形提起釋憲的聲請案¹⁷，以「為個人主觀見解所為之爭執，尚非具體指明解釋就有何違憲之處為由，不予受理」駁回其聲請（經本院第四四九二次全體審查會通過會台字第一二三六號關於擯人勒贖案）。由此可知原因案件的效力擴充問題，仍有甚多思考必要性。

四、結論：爾愛其羊，我愛其禮

本號解釋多數意見—由解釋主文所示—主要貢獻在於「通案」解決日後人民聲請釋憲的「併案問題」。易言之，宣示了日後只要在本院大法官作出解釋前，所有合乎法定要件提出之聲請案，都可以視為原因案件，而享受救濟的機會。

但得到這一個通案的「原因案件的範圍擴充論」（縱不論其夾帶著擴充論帶來的弊病），所付出的其他代價卻是：

第一，忽視了提出釋憲聲請必須具有個人救濟之可能性為前提。本號解釋多數意見未置一詞的討論，顯然未遵守審查此一牽涉「受理與否」的程序正義之前提要件。

第二，如前所述，如果本案起因於過去大法官作出解釋時（本院釋字第五八六號解釋），發生漏未併案審理之情形，致使其失去作為該號解釋當事人之資格，從而喪失了提起再審之機會，而謀求如何彌補之問題。如此就應當在審理一個典型的立即失效案件，而非定期失效的聲請案，來予以處理，較為簡易可行，不會模糊了解釋的焦點。

但是本號解釋的原因案件卻是橫生枝節、在此「非立即失效」的聲請案來解決此一問題。但更嚴重的是，並未針對定期失效制度之效力問題，釜底抽薪地解決之。導致了本號解釋原因案件到底能否由本號解釋獲得真正救濟的可能

¹⁷ 該聲請人案之案情為：三位共同正犯中之一人聲請釋憲—即本院釋字第五八二號解釋後—得以聲請非常上訴獲准。另一人以共同正犯，即據以請求提起非常上訴。

性？充滿了疑問。

此觀諸本號解釋多數意見擴充了解釋提起行政訴訟法第二百七十三條第二項再審之資格，由理由書第三段文字說明，似乎本案當事人即可依此解釋意旨，取得再審之機會。殊不知連釋字第五八六號解釋當事人都未能獲得救濟，那麼透過本號擴充解釋才「晉升」為當事人的聲請人，能否在日後的再審程序中，獲得「新法」（依釋字第五八六號解釋意旨修正）的救濟乎？行政法院之法官，會否面臨適用何種法律（舊法或新法）的困擾？本席的態度恐怕不似持多數意見的同仁之樂觀也！

第三，在方法論上，既然當初釋字第五八六號解釋並未直接宣告法律違憲，且未給予本號解釋原因案件當事人併案處理，對此兩號解釋當事人之權利保障都欠完備，如果以前號解釋當事人未提出本號聲請，而無庸考慮補救其權利時，那麼對於本號解釋當事人真欲補救其救濟機會，多數意見為何未考慮採取創設個案救濟的「法官立法」之方式，讓本號解釋原因案件能夠在更清楚法規範基礎上，獲得再審之機會¹⁸？

因此，綜觀本號解釋多數意見，雖然澄清了一個通案之原因案件之界定疑義，但也只是部分解決爭議而已，但卻忽視且漠視更多相牽連的制度與原則。這種得失之間，顯然「失大於得」！或謂「莫以善小而不為」，本席認為本號解釋正因為忽視了諸如程序正義等受理原則，以及不論在案例選擇或闡發理念方面，都失之操切。對照「結果論」，吾寧信論語八佾篇所曰：「爾愛其羊，我愛其禮」！

西洋法諺有云：「不好的案件，容易導致創設不好的法」

¹⁸ 如同本席在本院釋字第六八五號解釋協同意見書所表示之意見，要求大法官創設個案救濟的法源基礎，讓當事人在事後的法律救濟，能有堅實理論依據，同時也有助於法院於裁判時，避免產生法律適用依據之疑惑。大法官不宜將此尋找法律依據的煩惱，加諸在行政訴訟的法官身上。

(A bad case tends to create a bad law)。故不僅法官詮釋法律，甚至法官暫時取代立法者行使的「法官造法」，都必須在最適切之案例中，來發揮此些功能。在「等到」審理這個不乏「機運」因素的案例前，法官們必須要具有「忍耐」與「善辨」的基本涵養。此際，本席突然想起俄國近代最偉大的作曲家蕭斯塔高維奇的一篇「祈禱文」：

主啊！請賜給我勇氣，去改變可以改變之事；

主啊！請賜給我力量，來忍受可以忍受之事；

主啊！請賜給我智慧，以分辨上述兩者之差別。

這篇描述其處在史達林暴政統治下，面對改變與忍受的兩難時，如何堅守音樂家本位，但依舊活潑其創作泉源，屬於自勵性質的「祈禱文」，是否對吾等大法官於行使釋憲與造法職權之際，如何拿捏「有所為」與「有所不為」之分寸，亦有值得一思之價值乎？