

## 釋字第七二〇號解釋協同意見書

大法官 羅昌發

本院釋字第六五三號解釋：「羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違，相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」多數意見以該解釋公布之日（中華民國九十七年十二月二十六日）迄今已逾其所定之二年期間甚久，仍未修正，故予補充解釋，許所有受羈之被告對有關機關之申訴決定仍有不服者，準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。本席對於釋字第六五三號解釋應予補充解釋之意見敬表同意；對於多數意見選擇準用刑事訴訟法有關準抗告之規定作為修法前之臨時性之救濟程序，亦無異議。惟本席認為，受羈押被告對於申訴不服之爭議，性質上屬行政爭訟；將來修法時，宜採行政訴訟之救濟程序。另本件補充解釋亦涉及釋憲機關造法功能之整體性問題。爰提出本協同意見書：

### 壹、釋憲機關行有限度造法功能以彌補法律空窗之重要性

一、憲法賦予本院解釋憲法之權；本院亦有權宣告違憲之法令無效或失效。本院以往於認定法令違憲時，就「時的效力」，有下列不同的宣示：

（一）就違憲之宣告賦予一般溯及效力：例如釋字第五九二號解釋理由書即闡釋謂：「刑事確定判決所依據之刑

事實體法規經大法官解釋認違反基本人權而抵觸憲法者，應斟酌是否賦予該解釋溯及效力。」然本院在個別聲請案對違憲之宣告是否賦予一般溯及效力，甚為謹慎。

- (二) 就違憲之法令，宣告其立即失效（但未賦予一般溯及效力）：例如釋字第七一二號解釋：「臺灣地區與大陸地區人民關係條例第六十五條第一款規定……其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分……應自本解釋公布之日起失其效力。」釋字第五九二號解釋另闡釋由公布時立即失效之意旨：「本院釋字第五八二號解釋，並未於解釋文內另定應溯及生效或經該解釋宣告違憲之判例應定期失效之明文，故除聲請人據以聲請之案件外，其時間效力，應依一般效力範圍定之，即自公布當日起，各級法院審理有關案件應依解釋意旨為之。」
- (三) 就違憲之法令，宣告其定期失效：本院宣告以特定日期起失效者，例如釋字第七一八號解釋：「集會遊行法第八條第一項規定……未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，及同法第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定……，均應自中華民國一〇四年一月一日起失其效力。」本院宣告以一定期間屆滿時起失效者，則較為常見。例如釋字第七一六號解釋：「公職人員利益衝突迴避法第十五條規定……應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」
- (四) 就違憲之法令，僅要求限期立法，但未宣告其定期失

效：例如本件所補充解釋之釋字第六五三號解釋所示：「相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」

- (五) 就違憲之法令，僅要求定期檢討改進，而未宣示失效之效果：例如釋字第四八五號解釋：「鑒於國家資源有限，有關社會政策之立法，必須考量國家之經濟及財政狀況，依資源有效利用之原則，注意與一般國民間之平等關係，就福利資源為妥善之分配，並應斟酌受益人之財力、收入、家計負擔及須照顧之必要性妥為規定，不得僅以受益人之特定職位或身分作為區別對待之唯一依據；關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。立法機關就上開條例與本解釋意旨未盡相符之部分，應通盤檢討改進。」

二、違憲之法令究應宣告賦予一般溯及效力、使其立即失效抑或僅使其定期失效，為本院裁量性之選擇，並非事物本質所必然。例如本院釋字第三一八號解釋對夫妻所得合併計算稅額的情形，僅要求立法機關檢討改進，然針對同樣法條所涉及之相同問題，本院在釋字第六九六號解釋則直接宣告其規定為違憲。另如違警罰法（已廢止）規定由警察官署裁決拘留、罰役等對於人民人身自由之處罰，經本院釋字第一六六號解釋認應儘速改由法院依法定程序為之；惟立法機關十年後仍未予修正，本院乃再以釋字第二五一號解釋以定期失效方式將其宣告違憲。在本院未宣告違憲法令立即失效之情形，即生過渡

期間內，相關機關應如何適用法令之問題。

三、在法規失效前或新法制定前，本院時而具體指示相關機關應適用之規範，行造法功能；時而付諸闕如：

- (一) 本院就違憲之法規失效前或新法制定前，具體指示相關機關應適用之規範者：例如釋字第五三五號解釋詳細指示違憲之法規失效前應適用之規範：「對違法、逾越權限或濫用權力之臨檢行為，應於現行法律救濟機制內，提供訴訟救濟（包括賠償損害）之途徑：在法律未為完備之設計前，應許受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事，於臨檢程序終結前，向執行人員提出異議，認異議有理由者，在場執行人員中職位最高者應即為停止臨檢之決定，認其無理由者，得續行臨檢，經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提起行政爭訟。」例如釋字第六六四號解釋針對修法前之處置方式載謂：「本解釋公布前，已依上開規定對經常逃學或逃家之虞犯少年以裁定命收容於少年觀護所或令入感化教育者，該管少年法院法官應參酌本解釋意旨，自本解釋公布之日起一個月內儘速處理；其中關於感化教育部分，準用少年事件處理法第四十二條第一項第一款至第三款之規定，另為適當之處分。」（見該號解釋理由書第七段）又例如釋字第六九一號解釋就受刑人不服行政機關不予假釋之決定者，指示「在相關法律修正前，由行政法院審理」。

- (二) 本院就違憲之法規失效前或新法制定前，未具體指示

相關機關應適用之規範者：例如本件所補充解釋之釋字第653號解釋，雖宣告羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項因不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分違憲，且須於一定期限內訂定適當規範，然本院並未就訂定適當規範前，相關機關應如何處理，為具體宣示。

四、本院就違憲法令失效前或新法制定前，是否行造法功能，以具體指示相關機關應適用之規範，標準並不明確：本院在違憲法令嚴重侵害人民基本權利之情形，亦有未提供法令修正前之過渡規範者。本席於釋字第708號解釋所提出之意見書中曾表示：「系爭規定對外國人之人身自由保障既有不足，而人身保障又係人民除生命權以外之最重要的基本權利。職司釋憲之機關實不應在二年之等待完成立法之期間內，任令嚴重侵害之情事繼續存在，視而不見。本院釋字第535號解釋曾針對當時違憲之警察臨檢規定，要求在法律未為完備之設計前，以該解釋創設法制空窗期間之暫時救濟機制，以減低違憲狀態持續所造成對人民自由權利之侵害。該號解釋理由載謂：『又對違法、逾越權限或濫用權力之臨檢行為，應於現行法律救濟機制內，提供訴訟救濟（包括賠償損害）之途徑：在法律未為完備之設計前，應許受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事，於臨檢程序終結前，向執行人員提出異議，認異議有理由者，在場執行人員中職位最高者應即為停止臨檢之決定，認其無理由者，得續行臨檢，經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提

起行政爭訟。』相較於釋字第五三五號解釋對人民所影響者為行動自由、財產權及隱私權，本件所影響者為更重大之人身自由。多數意見不願針對其所指出現行規範之違憲缺失及應有之配套措施，要求相關機關就得為立即改善者，為立即之改善，本席甚表遺憾。例如法律扶助法並未排除受收容之外國申請扶助，且該法第二條亦規定基金會得決議該法所規定之法律扶助；本號解釋實應宣示對受收容提供法律扶助之意旨，並要求相關機關立即為必要之處理。又例如，在現行制度下對外國人就收容處分所提出之不服，本號解釋實應宣示相關機關應以最迅速之方式審慎處理其不服。在審理本案時，大法官曾訪視收容場所，得悉內政部入出國及移民署對收容之外國人待遇確有改善；然其場所設計仍以細密鐵絲網之牢籠囚禁受收容人，且其並未給予必要的隱私尊重，已如前述；本號解釋實應要求相關機關儘速改善其措施；而非坐等二年，嗣立法機關立法之後再要求相關機關改善。」

五、本席認為，本院應依下列原則決定違憲宣告之「時的效力」，及是否就新法制定前之過渡期行造法功能，以指示相關機關應適用之規範：

- (一) 原則上本院應使違憲法令之失效，具一般溯及效力，以符合法令違背憲法應為無效（憲法第一百七十一條第一項）之基本精神。此種情形，本院應行有限度之造法功能，提供新法制定前之暫時性規範，作為相關機關執法或裁判之依據。
- (二) 如賦予一般溯及效力將對法律安定性產生重大衝擊，

則原則上應使違憲法令於解釋公布之日起立即失效，以儘量符合憲法第一百七十一條第一項之基本精神。此種情形，本院亦應行有限度之造法功能，提供新法制定前之暫時性規範，作為相關機關執法或裁判之依據。

(三) 如使違憲法令於解釋公布之日起立即失效，將對法律秩序及安定性造成重大衝擊，且此種衝擊之嚴重性，明顯優先於憲法第一百七十一條第一項規定之考量者（例如違憲之法令立即失效，將使相當多數第三人之合法權益受影響），始例外就個案設法令失效之過渡期，使立法機關得以在法令失效前，有適當時間制定新規範，建立新秩序。就設有過渡期之違憲宣告情形，如尚未失效之違憲法令仍足為執法或裁判之依據，則本院自無造法之必要。但如本院之違憲宣告，導致相關機關於過渡期內執法或裁判時無所依據（例如本件情形，本院宣告羈押法第六條因未提供法院救濟程序而違憲，且立法者應於期限內立法；此即產生過渡期內無可資依循之規範之情形），或違憲之法令侵害人民基本權之情形甚為嚴重（例如前述外國人因受收容而使其人身自由受剝奪之情形），則本院在新法制定前如未能提供暫時性之規範，當事人及法院將無足為補救或依循之依據。此種情形，本院亦應行有限度之造法功能，提供新法制定前之暫時性規範，作為相關機關執法或裁判之依據。

(四) 本院宣告違憲之法令，不論係賦予一般溯及效力、立即失效、定期失效、定期立法，均應對聲請人據以聲請之案件，賦予個案溯及效力（此為本院釋字第一七

七號、第一八五號及第一八八號解釋之意旨)。

六、本席認為，本院依前述原則，就違憲之法令失效前或新法制定前之過渡期間，指示相關機關應適用之規範，並無侵害立法權之疑慮。其一，宣示相關機關於過渡期間應適用之規範，本質上係在闡釋何種規範內容始屬合憲，故屬本院解釋憲法權限之一環。其二，本院有限度之造法功能，僅係提供新法制定前之暫時性規範，作為相關機關於過渡期間執法或裁判時之依據；嗣立法者立法後，此種暫時性規範自動退位，並不侵害立法權。其三，本院宣告法令違憲之結果，如造成法令之真空狀態，將使執法機關或法院無所適從；本院所指示之暫時性規範，其功能僅在填補立法前之法規真空狀態，意在解決違憲宣告所延申之問題，應無侵害立法權之疑慮。

## 貳、羈押被告之救濟性質上屬行政爭訟

一、釋字第六五三號解釋就受羈押被告不服看守所處分如何救濟，顯未能達成結論，故謂：「受羈押被告不服看守所之處遇或處分，得向法院提起訴訟請求救濟者，究應採行刑事訴訟、行政訴訟或特別訴訟程序，所須考慮因素甚多，諸如爭議事件之性質及與所涉刑事訴訟程序之關聯、羈押期間之短暫性、及時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，均須一定期間妥為規畫。惟為保障受羈押被告之訴訟權，相關機關仍應至遲於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告及時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。」

二、受羈押人與受刑人，在刑事程序上分屬不同階段之當事



人。前者基本上屬刑事追訴過程中受羈押強制處分之對象；後者則屬因犯罪經法院判處徒刑確定而受執行者。然就其人身自由受國家獄政機關拘束之情形而言，兩者並無本質上之差異。受刑人在監獄所受之處遇或處分，包括為拘束人身自由、受刑人健康與安全、監獄管理、矯治等目的，所為之必要措施。受羈押人在看守所所受處遇，雖不包括矯治之作為，然有關拘束人身自由、受羈押人健康與安全及看守所管理等必要行為，與受刑人在監獄之處遇本質上並無不同。本院釋字第六九一號解釋雖謂受刑人不服行政機關不予假釋之決定者「究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。」惟該解釋仍指示「在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第二條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。」顯然該號解釋作成時，多數意見認為受刑人申請假釋之救濟，屬行政訴訟之性質。由於假釋屬監獄之處遇或處分之一環，故在該號解釋下，監獄之其他處遇或處分之救濟，亦應屬行政爭訟之性質。本件所涉及看守所之處遇，本質上既與監獄之處遇並無不同，自亦屬行政爭訟之性質。

三、刑事訴訟法第一條規定：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」羈押法第六條所規定之看守所之處遇，不論涉及限制受羈押人之人身自由（如使用戒具、隔離羈押）、受羈押人健康與安全（如對罹病者收容於病室或護送醫院）或影響其權益之看守

所管理事務（如接見訪客與對外通信）之事項，性質上均非屬刑事訴訟法所定犯罪追訴及決定是否處罰之刑事爭訟事項。又行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」是得提起行政訴訟救濟之範圍甚廣。有關前述涉及人身自由、受羈押人健康與安全或影響其權益之看守所管理事務等處遇，性質上均為公法上爭議，而屬行政訴訟法第二條所定之範圍。將來立法時，對不服羈押法第六條下之申訴結果者，自宜使其循行政爭訟程序予以救濟。