

釋字第七三七號解釋協同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋為本院首次就偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊的問題作成解釋。一方面認為，基於憲法正當法律程序原則的要求，其獲知的範圍應及於聲請羈押的有關證據，以利其有效行使防禦權。另一方面，又認為在有危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞的情形，得予限制或禁止。據此展開審查，先在標的上從聲請人主張的刑事訴訟法第三十三條第一項，依職權擴及未主張的同法第一百零一條第三項，接著又以前所未見的整體觀察方法，認為唯於綜觀二法條後，始可確認犯罪嫌疑人及其辯護人所能獲知的資訊範圍，尚不符合憲法要求。要正確理解本解釋整體思路及違憲宣告的實質意涵及效力—儘管理由書已盡力說明—，以其論述及宣告方式的異於以往，恐怕仍不容易。本席支持解釋結果及其基本論證，但為避免誤讀，乃至陷入各說各話，願意嘗試更深入的分析背後的憲法思維，包括偵查中羈押審查程序所涉的法益權衡、程序的本質、司法審查與立法選擇的界限等，藉以明瞭本案創設所謂整體觀察違憲宣告方式的必要性及其具體效力。以下即分成十點做簡要的分析。

- 一、容許對尚未起訴、嗣後有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人加以羈押，自應有特別的憲法理由，主要應在於國家有發現犯罪事實、以正確有效行使刑罰權的義務。

聲請人主張，在偵查中的羈押審查程序，犯罪嫌疑人或

辯護人應有權檢閱卷證，才能有效行使防禦權。在展開憲法審查前，應先建立明確的、足以判斷人身自由受到剝奪的犯罪嫌疑人在資訊上是否確有不足的標準。人身自由的重要性，僅從憲法第八條罕見的高密度規範，即可了然；究竟還有何種法益足以平衡此一重大人權，是在探討審查標準前必須仔細思考的。相對於審判中羈押被告，偵查中的羈押不僅也有無罪推定的憲法考量（可參閱本院釋字第六六五號解釋），要對根本尚未起訴、事後甚至有可能依所得證據作不起訴處分的犯罪嫌疑人，剝奪其人身自由，自應有更為特別的憲法理由，此所以偵查中的羈押（Untersuchungshaft）向來被認為是刑事訴訟法中最敏感的憲法問題。一般多即以社會大眾對國家有效行使刑事司法權的需求，為平衡人身自由保障的重大公共利益。近年來義大利憲法法院在審查嚴格證據排除法則的合憲性時，從其憲法中檢察官有對犯罪行為起訴之責的規定（第一百十二條），推導出國家有發現真實、實現國家刑罰權的義務（可參 Judgement n. 24/1992, n. 254/1992, 255/1992）。德國憲法法院也在三年前審查有關認罪協商制度是否違憲的判決中，明確肯認從法治國的罪責原則（Schuldprinzip）可導出國家有發現真實的義務（可參 BVerfG HRRS 2013 Nr.222 Rn.X）。本院迄今雖未明確肯認國家負有此一義務（僅曾從反面角度肯認罪責原則，可參本院釋字第六八七號解釋），但本席認為唯有明確肯認國家有發現犯罪事實以利正確有效行使刑罰權的義務，才更能合理說明偵查中羈押犯罪嫌疑人的制度。本件解釋就有關偵查中羈押審查程序的資訊獲取規定所建立的審查標準，實際上即建立於保障人身自由與發現真實二義務的權衡上，從避免危害

偵查的除書的提出，特別清楚。惟在凸顯國家發現真實義務以利正確行使刑罰權的同時，更要注意羈押的實際結果與刑罰的近似性，而應用心檢討被羈押人所受處遇的合理性，就此範圍聲請人賴素如在言詞辯論庭的最後陳述值得相關機關給予更高的關注。

二、本件解釋的核心爭議在於：羈押審查程序中的資訊獲取規定應如何妥適權衡國家保障人身自由與發現真實的義務，儘量避免使程序本身反而對應否羈押的權衡構成干擾。

刑事訴訟法有關羈押原因的規定，第一百零一條第一項第一款的虞逃要件與第二款的滅證、勾串要件，顯然都是為了避免阻礙檢察官發現真實。本院前曾以第六六五號解釋對第三款重罪要件加以審查，雖未認其違憲，但要求在適用時應以其實質含有虞逃或滅證、勾串之虞，始能構成羈押的理由，足見本院在審查有關羈押原因規定時建立的標準，即為保障人身自由與發現真實義務的權衡。本案涉及的問題不在羈押的原因——也就是人身自由的限制可容忍底限的問題——，而是涉及羈押審查程序中，資訊提供與取得的正當程序問題，此處同樣需要就人身自由與真實發現作妥適權衡，以達到最大程度的兼顧。因為一方面可能被剝奪人身自由的犯罪嫌疑人需要足夠資訊，以為充分自我防禦，法官也需要有充分資訊，始能作成應否羈押的合理判斷。另一方面，偵查羈押本即源於檢察官尚未掌握足夠事實與證據，而無法決定是否對犯罪嫌疑人或其他潛在的犯罪者起訴，僅於犯罪事實與證據已掌握到相當程度時，為保全證據，不得已才採取羈押的手段。故倘若羈押審查程序中的資訊提供或取得，反而

有礙於真實發現，即與此程序的目的發生根本矛盾。

換言之，有關羈押原因的限縮，即建立於人身自由與發現真實的妥適權衡上。落實此一規定的羈押審查程序，若不同時考量發現真實的義務，而僅注意人身自由的保障，即可能使本院在有關應否羈押所作的小心翼翼的權衡受到扭曲，從而嚴重影響程序目的的實現。類似的思維，見於國家課稅若不能注意簡政，以致課徵成本過高，可能降低課稅的正當性，乃至應考量停徵此稅；或如營業秘密法的訴訟程序，如未能注意營業秘密的保護，也同樣會受到投鼠毀器的質疑。

三、憲法特別針對偵查中羈押犯罪嫌疑人規定應由法院審問，其本質顯非發動審判權，而是藉由獨立、公正的法官審問，始得為憲法宣示的人身自由提供足夠的制度性保障。

在審查相關資訊規則前，又有必要先就偵查中羈押審查程序的本質作前提性的定位。由於檢察官尚未起訴，法官的審判權無從發動，法官在此只是因其受高度制度保障的公正獨立地位而承擔令狀審查核發者的功能，並非憲政體制邏輯必然的唯一選項，這就和審判權只能由法官行使有所區隔（我國見於憲法第八十條的規定），此所以歐洲人權及基本自由保障公約第五條第三項就此處的角色分配僅規定應由法官或「依法執行司法權力之其他官吏」（other officer Authorized by law to exercise judicial power）審查，其後的聯合國公民及政治權利國際盟約第九條第三項與美洲人權公約第七條第五項也與此類同，都未要求必須為法官。我國的

情形因為憲法第八條第一、二項已經都規定由「法院」「審問」，本院在釋字第三九二號解釋才以此為據論證其主體應限於法官，但仍不以法官行使者為審判權，還特別強調法官「並非對案件之實體為審理，如德國現行刑事訴訟法第一百十七條之『羈押審查』(Haftprüfung)，第一百十八條之羈押『言詞審理』(Mündliche Verhandlung)，即均係起訴前決定羈押與否之規定。」足見審前的羈押聲請雖由法官審理，仍屬偵查程序的一環，其消極目的雖在確認限制人身自由的必要性，積極目的也在協助檢察官發現真實以利其決定是否起訴，與起訴後以法官為主體的審判程序，其目的在發現真實以利法官決定可否及如何定罪，不論目的與結構都不相同。

四、刑事訴訟法對於審檢辯角色的分配必須由立法裁量以反映人民的價值偏好，在依憲法應採對審的審判程序尚且如此，對非必須採對審結構的羈押審查程序更應開放選擇。

檢察官聲請法官核准羈押特定犯罪嫌疑人，此一審查程序應以何種方式進行才符合正當程序的要求，涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人的角色分配問題。為落實人民訴訟權公平審判的要求，本院對於法官行使審判權的程序，向來要求應採對審結構（參閱本院釋字第四三六號、第五八二號解釋），並遵守當事人對等原則。起訴前的羈押審查，其性質既非審判，則若採非對審結構，即以法官為程序中心，分別與聲請機關檢察官、犯罪嫌疑人或其辯護人建立兩面關係，由檢察官敘明應羈押的理由，提出相關證據以說服法官，另由法官以適當方式告知犯罪嫌疑人或其辯護人，使其得為人身自由作有效的防禦，應該也是符合目的的程序。

我國刑事訴訟法規定，羈押之聲請由檢察官提出，審查的進行則規定於第一百零一條第一項，由法官訊問被告；第二項僅規定檢察官得於訊問時到場陳述理由，及提出必要的證據。同條第三項規定，法官應將羈押所依據的事實告知被告及辯護人，並記載於筆錄，顯然即採此種非對審結構。

起訴前的羈押審查程序是否應採對審方式而須符合當事人對等原則，本院於審理釋字第三九二號案件時，聲請人雖有主張，但未獲肯認，顯然並不以對審方式為正當程序要求的底限。若從羈押審查程序的目的在兼顧人身自由的保障與發現真實，則由法官扮演二者「最大利益照顧者」的角色，由法官單向從檢察官獲取必須羈押犯罪嫌疑人的事實及相關證據，經考量避免妨害真實發現而為必要過濾後，再單向對犯罪嫌疑人或其辯護人提供為有效防禦必要的資訊，應同樣可實現羈押審查程序的目的，而無違憲之虞。影響我國刑事訴訟法制甚大的德國刑事訴訟法，原來也採非對審方式，後來改制是因歐洲人權法院於二〇〇一年連續在 Garcia Alva、Lietzow 與 Schöps 三案判德國敗訴（值得注意的是，三案在德國憲法法院的憲法訴願，都被以「無勝訴希望」未經實體審理即駁回），判決明確要求德國依歐洲人權公約第五條第四項建構其羈押審查程序時，應按公約有關公平審判原則的第六條意旨，在立法上以對審方式（kontradiktorisch）對檢方與受聲押人之間的關係依武器平等原則來設計。此一近於顛覆德、法等許多歐陸國家刑事訴訟原則的判決，實源於公約訂立時該部分受到英美法影響較大，其結果是歐陸等國只能在立法上儘量調適，但刑事法學者迄今對武器平等原則的內涵仍言人人殊，多數不認為應藉此導入過多當事人進

行原則的元素，而寧可將其稀釋為基於一般平等原則衍生的「機會平等」。

我國當然也可以把本質上非屬必要三面關係的羈押審查，擬制為如同審判的三面關係進行，但若維持現行非對審的結構，應該也無違反正當程序的問題。又在三面關係的審判程序，向來有當事人進行原則（Parteiengrundsatz; adversarial）及職權進行主義（Amtsgrundsatz; inquisitorial）的二分，涉及卷證是否併送、證據取用及調查方式、證據排除法則等環節，分別標示英美法系國家與多數歐陸法系國家刑事訴訟程序之特徵。美國學者 Herbert Packer 認為，在二種刑事訴訟程序模式的背後，反映的是二種不同的意識型態（ideology），一為正當程序（due process），另一則為犯罪控制（crime control）。我國近年刑事訴訟法改革，即逐漸從職權進行轉向當事人進行，其選擇既在反映社會民眾的多數價值偏好，自應屬立法決定範圍，而不宜由司法機關藉憲法名義代為決定。同理，羈押審查程序可採非對審方式，也可採對審方式，在後一情形也還須保留職權進行或當事人進行的選擇，在憲法全未著墨的情形，都不宜由本院擅斷。就此既無涉人權的普世價值，不在歐洲屋簷下的我們不必像德、法一樣被歐洲人權法院牽著鼻子走，反而有較多的立法選擇，倒是可以慶幸的事。

五、本院的任務是建立一個不論採何種羈押審查程序都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準，以此為基礎再對相關資訊取得規定進程序是否正當的檢視。

偵查中的羈押審查程序究應採何種模式，既無法由憲法的正當程序原則導出，本院即應尊重立法者的選擇。本院的任務應該是建立一個不論採何種程序模式都應該在人身自由和真實發現之間達到妥適權衡的標準。再以此為基礎，於確定立法者選擇的程序模式後，去對爭議的資訊取得規定是否符合正當程序的判斷。不論採對審或非對審的結構、職權進行或當事人進行的原則，有關資訊獲取的規定都必須通過前述標準的檢視。另一方面，本院於審查有爭議的資訊獲取規定是否符合該標準時，即不能無視於現行法對羈押審查程序已明確選擇的規範模式，倘若不考慮爭議的資訊取得規定在整體程序中的功能，逕依不同程序理念的考量認為該資訊取得規定已違反上述標準，其結果不是造成不同程序理念並存的混亂，就是因某一環節的改變，實質上顛覆了整套的程序理念，有如為換一雙襪子而不得不換整套的西裝，其不合理自不言可喻。

此所以本解釋的第一個重點即在於審查標準的提出：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。」其表述方式即有意的超越各種可能的程序模式，從緊接著說：「其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。」即知重點在於犯罪嫌疑人及其辯護人至少應「獲知」資訊的最低份量，及為了避免有礙發現真實，可以從中排除的例外範圍。至於獲知的方式，或於

採非對審模式時由法官提示、告知、交付閱覽相關卷證，或於採對審而又維持職權進行的模式時，因卷證併送而基於武器平等原則由辯護人檢閱卷證並抄錄或攝影，又或於採對審而以當事人進行配套的模式時，因卷證不併送而基於武器平等原則由檢方為證據的開示，不一而足，但各自都需要通過前揭標準的檢視。

六、兩位聲請人質疑刑事訴訟法的閱卷規定未及於偵查羈押，但羈押審查實見於第一百零一條第三項，考量此處有制度選擇問題，只能先依職權擴及後一條文才好綜合判斷。

我國刑事訴訟法有關羈押審查程序，主要見於第一百零一條的規定，因此如果針對該條發生犯罪嫌疑人及其辯護人獲知資訊不足的爭議，則在尊重立法者所為制度選擇的前提下，其違憲審查的範圍即可限於該條，自無疑義。本案特殊之處在於，二位聲請人都質疑刑事訴訟法第三十三條的閱卷規定未及於偵查羈押，而無視於我國現制下，第一百零一條才是犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知羈押相關資訊的管道，僅如此當然還不到必須依職權擴張審查標的的程度。考慮法條編排的體系性，對個別法條為違憲審查往往須觀照其他相關法條，才能做出合理判斷，並不表示該相關法條也非要一併納入審查不可，就此本院的解釋不乏先例，比如從法律保留原則延伸出來的委任立法必須在授權上達到具體明確的程度，對於授權法條是否違反具體明確原則的判斷，本院經常會強調「整體」的解釋方法：「授權明確與否，則不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷。」(釋字第七三四號、

第七一〇號、第六四三號、第六五一號、第六一二號、第六〇六號、第五九三號、第五四七號、第五三八號解釋、第五〇六號、第四九七號、第四八〇號、第四二六號、第三九四號等解釋可參)；另外在操作依一般法治國原則引申出來的法律具體明確原則時，也多會強調所謂「法體系整體關聯性」：「如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則（本院釋字第六九〇號、第六〇二號、第五九四號、第五二一號、第四三二號等解釋參照）。

本件解釋必須擴張審查客體於聲請人未主張的第一百零一條第三項有關法官告知的規定，主要是基於以下三點考量，缺一即未必有正當性：第一，該條才是現行羈押審查程序犯罪嫌疑人及其辯護人主要獲知資訊的管道；第二，依前揭審查標準並就相關法條做整體觀察的結果，可確認犯罪嫌疑人及其辯護人無法獲知有關聲押必要的資訊；第三，聲請人主張的開放閱卷和第一百零一條第三項規定的由法官告知是兩種不同的獲知資訊方式，本院如果仍以閱卷規定為限，作犯罪嫌疑人及其辯護人獲知之資訊是否不足的判斷，解釋結果會造成羈押審查制度的混亂，立法者亦將無所適從，已如前述；反之，如果改以法官告知規定為主要審查對象，而略過聲請人對閱卷規定的違憲質疑，又可能被認為解釋隱含憲法僅容許現行法所採非對審模式之意。因此唯一可以避開這些疑慮的方法，就是把閱卷和告知規定都納入審查，以利通過整體觀察做成決定。換言之，本件解釋確實是

因為聲請人主張違憲的切入點挑動了羈押審查程序的制度選擇問題，而本院為尊重立法者的裁量空間，才依職權擴張了審查客體。外界苟有「聲東擊西」的疑慮，或可稍解。

七、刑事訴訟法第一百零一條第三項使法官告知範圍僅限於構成羈押理由的事實而不及於證據，在審判前尚無從藉閱卷獲知證據的情形，犯罪嫌疑人顯然無法為有效的防禦。

刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」對於偵查中被羈押的犯罪嫌疑人，因為還不在「審判中」，其辯護人還不能依據本條對法院繫屬的聲押案件請求檢閱任何卷證。同法第一百零一條第三項則規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」犯罪嫌疑人及其辯護人可以從而獲知者，也僅限於聲請羈押事由所依據的事實，並未包括檢察官聲請羈押的各項理由的具體內容及其相關證據，如果法官以此為範圍所為告知，還要扣除「有事實足認有湮滅或偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞」的部分，犯罪嫌疑人及其辯護人還能不能為有效的防禦，自不能無疑。依前述的檢驗標準，即犯罪嫌疑人及其辯護人所能「獲知」的資訊，顯然沒有達到必要的底線。

換言之，解釋不是因為刑事訴訟法第三十三條第一項無法通過檢驗，同法第一百零一條第三項也無法通過檢驗，所以認定兩個條文都對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求給付不足而認定兩條文「都」違憲，而是整體觀察兩條文

所能滿足的資訊獲知，認定兩條文加在一起對犯罪嫌疑人及其辯護人的資訊獲知請求，所給付者未能達到憲法的最低要求。對加在一起的兩條文作違憲的宣告，當然不包含對任一條文「單獨」的憲法判斷，本解釋既沒有確認刑事訴訟法第三十三條第一項違憲，也沒有確認第一百零一條第三項違憲。也許可以打個比方，如果每個人吃兩個麵包可以飽，吃兩碗米飯也可以飽，現在有人只得到一碗米飯，當然就沒有飽。此時不能說沒有飽的原因在於沒給他麵包，也不能說沒有飽的原因在於只給他一碗米飯，真正邏輯的說法是，沒有飽的原因在於「一共」只給他吃了一碗飯。

八、本件解釋既以整體觀察認定犯罪嫌疑人及其辯護人依系爭條文的規定尚無法及時獲知必要資訊，則立法者無論修改任一法條，只要能使獲知必要資訊即可排除違憲狀態。

正確理解此處依整體觀察所做違憲宣告的意旨後，對於立法者要如何排除此一違憲狀態，應該比較不會有太多困惑。簡言之，未來立法者不論仍以法官的告知為主，擴大其告知的事項，或者改以閱卷為主，除明定限制或禁止的事項外，原則上使辯護人得檢閱檢察官併送的所有卷證。甚至在審判程序改採徹底的當事人進行模式的情形，就審前的羈押審查程序也以檢察官開示證據的方式做配套的修改，只要總體而言，能讓犯罪嫌疑人及其辯護人獲知可為有效防禦的必要資訊，都可排除本解釋確認的違憲狀態。由此即可清楚看出，在落實憲法第八條保障人民人身自由以外，此一解釋念茲在茲的，就是為立法者保留合理的制度選擇空間，避免在做憲法判斷時因過度聚焦於閱卷規定這樣的技術規範，而不

必要的注入大法官個人的信仰，限縮了本應由立法者反映多數民眾價值偏好的制度選擇空間。以下整理的簡表或可更清楚的看到三種可能的制度選擇：

附表：偵查羈押審查程序類型的比較

程序目的	為發現完整事實、確認應否起訴，而以羈押犯罪嫌疑人为保全手段。		
價值權衡	人身自由 \div 發現真實（實現國家刑罰權）		
程序類型	對審（擬制審判）	非對審	
程序構造	三面關係（審檢辯）	二面關係（審檢、審辯）	
指導原則	武器平等	照顧雙方最大利益	
檢察官是否應到庭	是	得到庭（刑訴法第 101 條第 2 項）	
主要審問模式	當事人交互詰問		法官訊問被告（刑訴法第 101 條第 1 項）
程序原則	當事人進行	職權進行	職權進行
卷證是否併送	否	是	是（檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 21 點）
提供資訊方式	證據開示	檢閱卷證	法官以適當方式提供
偵查秘密的最後控管	檢察官提出聲押	法官准駁閱卷之聲請	法官告知（刑訴法第 101 條第 3 項）
提供資訊時點	審理前	審理前	審理中
資訊提供有無除外條款	有		有
程序後果	人身自由 > 發現真實	人身自由 \div 發現真實	
代表法制	美國	德國	台灣（刑訴法第 101 條）

			第 3 項依本解釋修正 後)
--	--	--	-------------------

九、如僅從妥適權衡人身自由與發現真實的角度來評價，現行審查程序採非對審結構而由法官選擇傳遞必要資訊毋寧為更佳的選擇，但此一決定仍應歸屬立法者而非司法者。

就上表所列的三種方式，包括我國所採的非對審方式、德國所採的職權主義對審方式，及美國所採的當事人進行主義對審方式而言，其實際影響確實不一。在三者都使犯罪嫌疑人取得足以自我防禦的資訊，也有除書規定合理限縮檢察官提供資訊或犯罪嫌疑人取得資訊範圍的前提下，最主要的差異即在法官可能取得資訊的範圍。

就非對審方式而言，因為以二面關係的方式進行，作為審查者的法官可以扮演雙方利益最大照顧者的角色，因為法官不是阻礙發現真實的危險源，而檢察官為向法官爭取最有利的決定，會選擇提供盡可能完整的資訊，而由法官作為把關者，權衡犯罪嫌疑人有效答辯的需要及避免影響偵查，為合理的、選擇性的告知。相對於此，採當事人進行主義的對審模式，檢察官在審查程序前開示證據時，即必須審慎選擇，避免所提供的資訊因直接由犯罪嫌疑人或辯護人取得，而影響偵查，以致常陷入在爭取法官有利決定與避免影響偵查之間，僅能就掌握的相關資訊，作一定比例的提供。其結果可能是因資訊不足而未獲准羈押，或資訊較多而增加滅證勾串風險，雖得到羈押的有利決定，仍有妨礙偵查的危險。因此法官得到可供應否羈押判斷的資訊較不完整，整體而

言，對於犯罪嫌疑人人身自由的保障自較有利，而於國家發現真實、實現刑罰權較為不利。至於採職權主義的對審方式，以德國為例，由於採取卷證併送制度，檢察官提供的羈押理由及證據仍可充分供法官審查，同時對於犯罪嫌疑人或辯護人閱卷的範圍加以限縮，其影響應接近非對審模式。相對於此，當事人進行主義的對審模式下，例如美國，因採卷證不併送制度，且原則上禁止單方秘密提供證據（*ex parte, in camera*），故法官所能審酌的資訊相對較少。

但這樣簡單的後果分析，當然不可能是全部立法裁量的因素，既涉及法官、檢察官、犯罪嫌疑人、辯護人的角色分配，就會有許多附麗於此一角色分配的制度因素，乃至歷史、文化因素，只宜由立法者反映民眾的價值偏好去做選擇，也可因時間推移觀念改變而修法變制，而非由司法者依其信仰去做選擇，且因以憲法之名為之，把制度與時而轉的空間也大幅限縮。

十、本院就基本權保護不足所為定期失效解釋，倘於期限屆至後仍未完成修法，基於保護基本權的考量，原法條尚不致失效，本解釋更特別諭知法院此時應逕依解釋意旨處理。

有關本件解釋的效力，還有需要說明者，是其被確認違憲之處，實質上在於刑事訴訟法有關資訊獲知的規定，從人身自由和訴訟權保障的觀點來看仍有不足，因此命相關部門修法填補不足，和實質意義的「作為」違憲明顯有間。因此同屬命定期修法，在後者如果屆期未完成修法，只有使違憲規定失效一途，因為此時一定有避免規範空白的考量，定期

失效既已把立法者所需的合理立法期間考量進去；而且從人民調適的困難來看，定期失效背後往往還寓有保護人民對法的信賴、「容許過渡以利調適」的涵意，時間一到這樣的正當性也不復存在，此時發生失效結果不需要存有任何懸念。反之，國家立法給付不足的違憲，即未必適合做相同的處理，如果一碗飯吃不飽，失效的意思就是連一碗飯也沒得吃了，對於本案所涉的正當程序原則而言，就是讓不夠正當的程序變成完全不要求正當程序，這當然不是命定期完成修法的解釋希望看到的結果。

不久前的先例就是第七〇九號解釋，該解釋因都市更新條例第十九條第三項前段未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外的其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，而認定違反憲法的正當行政程序原則，即命「相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。」但該解釋公布於一〇二年四月二十六日，到了一年以後立法院仍未完成修法，如果系爭條文真的失效，則辦理都更不但不能強制聽證，連原來要求的公聽也不要了，豈有是理？故內政部於一〇三年四月二十七日即發佈新聞，宣示：「為避免都市更新條例修法不及致目前推動中之都市更新案件受違憲條文失效影響，內政部已於一〇三年四月二十六日修正都市更新條例施行細則部分條文規定，根據大法官解釋意旨，針對資訊公開、確保民眾知悉都市更新相關資訊、都市更新事業概要應經適當組織審議、給予民眾適時陳述意見之機會、都市更新事業計畫應經聽證程序及核定之計畫應送達相

關當事人等事項，納入都市更新條例施行細則中規定，以使都市更新案均能符合釋字第099號解釋所要求之正當行政程序。」確實是更符合解釋意旨的作法。

本件解釋有意省略屆期失效的宣示，直接諭知法院「應依本解釋意旨行之」，就是要避免上述可能的誤解。這裡值得探討的反而是：在整體觀察下所做的命定期修改的違憲宣告，重點即在尊重立法者的制度選擇權，已如前述，此一尊重在立法事實上未作為的情形——不論是不作為或有作為卻無法達成修法共識——，未必當然可以轉移到非民意機關的法官身上，因此法官如何「依本解釋意旨行之」，就不能不有所限制。本席以為，法官此時適合作的，就是在現行法制下補其不足，也就是在採非對審結構的現制下擴大法官告知範圍及於相關證據，而非替代立法者另做其他制度的選擇。本件解釋再次顯示現行解釋制度未注意作為違憲和不作為違憲的差異，確有改進的餘地。本席去年應邀參訪中歐國家的憲法法院時，才知道匈牙利二〇一一年的憲法法院法特別在第四十六條針對這個問題有原則性的規定，且迄今已有不少實踐（去年一整年八十件實體決定中有六件作出立法不作為的違憲宣告），或許可供參考：「（第一項）倘憲法法院於行使職權之程序中，對立法者之不作為致違反基本法為違憲之宣告，其應定期限令該不作為之機關加以履行。（第二項）以下應認屬立法者之不作為：a) 立法者怠於履行國際條約導出之義務；b) 經法規明確授權予立法者，其仍未據以訂頒該法規；c) 就基本法可明確導出之部分，法規之重要內容不完整。」