

法官為司法審查的點石成金術 ——從釋字第 177、371、407 及 617 號解釋論審判中合憲性解釋的功能

李念祖 東吳大學法學院兼任教授

摘要

在法律條文所具有多種可能的文義解釋之間，捨棄違反憲法的法律解釋，優先選擇符合憲法精神的法律解釋，稱為合憲性解釋，是與合憲解釋、違憲解釋、警告性解釋均有區別的解釋方法。

合憲性解釋，做為介乎合憲解釋與違憲解釋之間的一種解釋類型，同時具有合憲解釋與違憲解釋的長處，在一定的條件下，也可以同時避免合憲解釋與違憲解釋的缺點；法官基於釋字第 371 號解釋，在「不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用」的前提下，合度地採用合憲性解釋方法來審查系爭的法令，是可以省卻聲請大法官解釋憲法程序，又所以滿足保障當事人基本權利之憲法意旨的絕佳司法途徑。

對法官而言，合憲性解釋是法官的點石成金術，身為憲法機關且不能沒有憲法意識的法官，沒有置之不用的道理。

壹、引言

合憲性解釋，是憲法解釋的分類中，與合憲解釋、違憲解釋、警告性解釋並列的一種獨特類型。合憲性解釋的方法，是司法者於不違反立法者明示或默示的立法意旨之前提下，在一個法律規範的兩種或多種可能文義解釋之中，選擇合乎憲法要求的法律文義解釋，捨棄違反憲法要求的法律文義解釋，從而認定法律為合憲的一種憲法解釋方法¹。

合憲性解釋，不是認定法律違憲的解釋，但通常會自可能的法律文義解釋中剔除違憲的部分，從而得出認定法律合憲的結論；它也不只是單純地認定法律合憲，而通常還對法律從事某種縮限解釋，從而避免得出法律違憲的結論；它也不是警告性解釋¹⁾²，並不對立法者提出警告以期立法者調整法律內容消除違憲的疑慮；而是運用解釋的方法，將法律中足以引起違憲疑慮的內容，排除於法律解釋的射程範圍之外。在解釋法律違憲與為法律合憲性解釋的可能性都存在的時候，優先選擇合憲性解釋，是對立法權表示尊重的一種司法態度。

本文將以大法官釋字第177、371、407及617號四號解釋為導引，進行檢視與說明，合憲性解釋如何能夠成為所有法官運用憲法審判的利器，能在像是無字天書的憲法之中，找到法律必須具備的內容；若能運用得宜，此一利器削鐵如泥而且點石成金；也能成為司法者明哲保身免受政治部門乃至輿論攻擊的護身軟甲；它還可以消陳去腐，治癒法律的違憲痼疾，也可以直接發揮救濟個人基本權利的效果；它也不是只有憲法法院可以開具處方的處方藥，而是任何法官都可用來保障憲法基本人權的非處方藥。一言以蔽之，本文的重點是在分析討論，在台灣的憲政經驗中，合憲性解釋如何具有其他憲法解釋類型所不具備的功用與效能。以下先就所挑選的此四則解釋略作背景說明。

貳、釋字第177號解釋³

¹ 大法官捨合憲性解釋而就警告性解釋的一例是釋字第276號解釋，案中認定系爭之法律規定欠缺明確，宜由主管機關妥為檢討修正，但並未宣告其違憲，即應歸為警告性解釋。該號解釋楊建華、楊日然及吳庚大法官之理由不同意見書將合憲性解釋描述為可與美國憲法上推定合憲之原則(the principle of presumption of constitutionality)之性質相當，以為其目的均是在「避免釋憲機關輕率宣告法律違憲」，司法院大法官會議解釋續編(五)，司法院，1991年，258-260頁。

² 釋字第419號解釋如此描述警告性解釋：「設置憲法法院掌理違憲審查之國家(如德國、奧地利等)，其憲法法院從事規範審查之際，並非以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式，另有與憲法不符但未宣告無效、違憲但在一定期間之後失效、尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞，並要求其有所作為予以防範等不一而足。本院歷來解釋憲法亦非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德奧之多樣化模式，案例甚多，可資覆按。」司法院大法官解釋續編(十)，司法院，1997年，332-333頁。

³ 司法院大法官會議解釋續編(二)，司法院，1984年，44-45頁。

考其緣由，本案解釋聲請人之民事案件遭最高法院判決敗訴確定，遂提起再審之訴，主張原審法院未就其所主張之法律關係而為裁判，為適用法規顯有錯誤。最高法院則依據既有之判例，以為得提起再審之事由不包括消極的不適用法規之情形，駁回其再審之訴。聲請人遂聲請大法官解釋，主張該判決所引用之判例違憲，並請求大法官言明其所為之解釋有拘束本件違憲裁判之效力。

大法官應其所請而做成釋字第177號解釋文曰：「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者，自屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之範圍，應許當事人對之提起再審之訴，以貫徹憲法保障人民權益之本旨。最高法院六十年度台再字第一七〇號判例，與上述見解未洽部分，應不予援用。惟確定判決消極的不適用法規，對於裁判顯無影響者，不得據為再審理由，就此而言，該判例與憲法並無牴觸。

本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」

其理由書則謂：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟。」

本案情形，實際上似乎已與憲法訴願之差異有限。既未明示聲請再審是否係屬憲法第16條所規定之訴訟權的範圍所及，而僅僅以「貫徹憲法保障人民權益」一語含糊帶過，其實係以為若就民事訴訟法之相關規定為較有利於聲請人之解釋，將更能有益於聲請人憲法權益之保障，乃對判例之見解不以為然。此項解釋，在兩種截然相反的法律解釋之中，採取了更可伸揚當事人憲法權益維護之解釋而捨棄其他，實已寓合運用合憲性解釋方法之意味於焉。

然則此號解釋最重要之內容，在於確立大法官解釋對於聲請人據以聲請的個案具有拘束力；與這號解釋可資對照者，則是於釋字第185⁴及188⁵號解釋中所指明，大法官所為之解釋，包括憲法解釋與統一解釋在內，均「具有拘束政府各機關及人民」之效力，係屬解釋的通案效力。釋字第177號解釋之後，大法官解釋又在許多案例中發展出直接針對當事人或特定機關所為的個案性「諭知」，釋字第725號解釋⁶並且對於有個案性諭知的解釋與無個案性諭知的解釋，在拘束力上的差異，有所區別；也就是法院應該直接受到解釋中個案性諭知的約束。於此情形，大法官的憲法解釋與法院的裁判主文，在性質上已經十分接近而幾乎沒有區別。

雖然第一則確認法院法官具有違憲審查功能的憲法解釋，必須回溯到釋字第9號解釋⁷，但正是像大法官於釋字第177號解釋首開其例，為當事人追求個案憲法救濟這樣的解釋，真正促成了法院法官在審判中依據憲法從事違憲審查而發揮司法功能的可能性。

第一，釋字第177號解釋為普通法院的法官做出了一種如何使用合憲性解釋以保障當事人憲法權益的示範。

第二，釋字第177號解釋不但自為示範，而且支持當事人回頭尋求發動原審法院法官依樣畫葫蘆，使用合憲性解釋的方法，解釋並適用法律。

第三，當釋字第177號解釋支持當事人回頭尋求司法救濟之後，原審法院法官除了依樣畫葫蘆之外，也必須自行進一步理解憲法並找到如何適用憲法的方法，也就真正進入了於審判中實質從事司法審查的境界。

以另一則性質上亦為合憲性解釋的釋字第509號解釋⁸為例，該號解釋以合憲性解釋的方法重新詮釋了刑法第310條第3項規定「能證明所誹謗之事為真實者，不罰」，「非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無牴觸。」

當聲請人據此聲請非常上訴以謀救濟時，法院必須領會解釋中所揭櫫的憲法意旨；此中已經指引了法官的司法審查之路。法官於再審時，乃必須重新體會如何於認事用法的過程之中，理解援引乃至進一步發揚憲法意旨以保障基本權利。在該案中，法官得到提醒，憲法上不自證已罪原則不容法院將法律理解為

⁴ 司法院大法官會議解釋續編（二），同前註，111-112頁。

⁵ 司法院大法官會議解釋續編（三），司法院，1990年，1頁。

⁶ 司法院大法官會議解釋續編（三十三），司法院，2015年，283-285頁。

⁷ 司法院大法官會議解釋彙編，司法院，1991年5版，32頁。

⁸ 司法院大法官會議解釋續編（十四），司法院，2001年，171-173頁。

要求被告須自證所言為真之後始能獲判無罪；憲法上無罪推定原則也不容許法官，在不知被告所言究竟為真為假時，推定其所言不實而以為被告有罪，法官還必須對於原審裁判的內容及其程序從事違憲審查。一旦為此努力，可能得到完全不同的裁判結果，憲法所保障的基本權利即得以實現。

參、釋字第371號解釋⁹

此則解釋肇因於台南地方法院法官座談會的一則決議。針對法官於審判中遇到所適用之法律規定發生違憲情形應如何處理的問題，經法官們決議所採取的結論是，法官應拒絕適用該項法律規定。立法院對此決議持不同看法，聲請大法官釋憲。大法官的解釋，同意立法院的見解，認為宣告法律違憲是專屬於大法官的職權，法官審判時不得拒絕其所認為違憲的法律，但因法院同時又有義務優先適用憲法，故應容許法官於確信其所應適用的法律與憲法牴觸時，停止訴訟程序，聲請大法官釋憲。

此則解釋的焦點，不是新鮮的話題，而是自有成文的剛性憲法出現以來，必然不可避免的議題。眾所週知，在1803年由John Marshall首席大法官主筆的Marbury v. Madison一案判決中，提出法官基於職責(duty)所在，負有憲法義務拒絕適用違憲的法律¹⁰。其實，1947年制定憲法寫下的釋憲制度，就是仿此司法先例將司法審查制度引入憲法的嘗試¹¹。然而橘逾淮而成枳，結果看起來更接近歐陸法系特設機關釋憲的模式¹²，亦是法治發展常情，其間的是非功過不是本文所欲認真論證者。與本文文題相關之處，主要是此項解釋與法官從事司法審查乃至為合憲性解釋的關係。

此項解釋與法官從事司法審查有何關係，大率言之，至少可以歸納出以下四點。

第一，在本案解釋之前，釋字第137號解釋¹³的理由書中即曾指出，法官依據法律，獨立審判，依憲法第80條之規定，為其應有之「職責」。本案則更進一步，於解釋文中說：「憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務。」該法官有遵守憲法的義務，而且是優先加以遵守的義務，不能對憲法視而不見。其實這應該是所有憲法機關的義務，非獨以法官為然。法官審判時不讀憲法，不懂得適用憲法，能說盡到了遵守憲法的義務了嗎？當然不能！

第二，如果以為，解釋說法官不得拒絕適用違憲的法律，就是說法官不得從事司法審查的意思，那就大錯特錯了！法官停止訴訟程序，聲請釋憲，恰恰是從事司法審查的結果，若不事任何司法審查，怎麼可能產生法律違憲的確信，據以聲請釋憲？正確理解此則解釋，才會與要求上級法院法官針對下級法院裁判從事司法審查的釋字第9號解釋，不生衝突¹⁴。

第三，從另一個角度說，此則解釋說「法官不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用」，不能與「法官不得解釋憲法」畫上等號。此則解釋只說法官不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用，未說法官認為法律合憲也一樣要停止訴訟聲請釋憲，其實就是要求法官先依其審判職責解釋憲法，從事司法審查，審查結果若是認為法律違憲，就停止訴訟聲請釋憲；如果認為法律合憲，就繼續依其認為合憲的法律進行審判。（如果是當事人爭執法律合憲違憲，法官應於裁判中交代法官所以認為合憲的理由，又不待言。）依此解釋，應該是法官有依憲法行司法審查的義務，才是正解。

第四，當法官依據憲法審查法律是否違憲時，勢必先行理解憲法的規定而為解釋，始能導出法律合憲或是違憲解釋的結論，除了警告性解釋之外，合憲解釋、違憲解釋與合憲性解釋，自然都會成為法官從事憲法解釋時可能的選擇。同樣地，法官在為法律違憲解釋與法律合憲性解釋的可能性都存在的時候，優先選擇合憲性解釋，正也是對立法權表示尊重的一種司法態度。

肆、釋字第407號解釋¹⁵

此則解釋是基於行政訴訟敗訴確定的當事人聲請釋憲而做成。台北市政府新聞處以聲請人出版之書籍部

⁹ 司法院大法官解釋續編（九），司法院，1996年，1-2頁。

¹⁰ 該案與釋字第371號解釋之比較，見李念祖，從美國最高法院Marbury v. Madison判決論我國大法官釋字第9號、第三七一號解釋之推論基礎，收錄於：李念祖，司法者的憲法，五南，2000年8月。

¹¹ 論者乃有稱「事實上司法院即為一最高法院，如美國之大理院」者，陳茹玄，中國憲法史，文海，1977年，295頁。

¹² 釋字第371號解釋理由書參照，司法院大法官解釋續編（九），同註9，1-2頁；法治斌、董保城，憲法新論，元照，2014年9月，六版，92-95頁。

¹³ 司法院大法官會議解釋續編（五），同註1，365-366頁。

¹⁴ 如果認為普通法院依此解釋係概不得解釋憲法者，則上級法院又將如何依據釋字第9號解釋審查下級法院之裁判是否違憲？

¹⁵ 司法院大法官解釋續編（十），同註2，60-62頁。本號解釋之評析，參見法治斌，定義猥褻出版品：一首變調的樂章？，收錄於：法治斌，法治國家與表意自由，正典，2003年6月，247-265頁。

分內容刊登人體圖片，裸露乳部、臀部，依出版法之規定禁止聲請人出售及散佈並扣押其出版品。聲請人不服此一行政處分，歷經訴願、再訴願，行政訴訟，均遭駁回確定，乃聲請大法官釋憲。聲請人主張行政機關就出版法上何謂妨害風化之猥褻出版品所做之函釋¹⁶違反法律保留原則，但未爭執相關的法律規定違憲。

大法官做成的解釋，重點有四。一是以為，「主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，供為公務員行使職權時之依據。系爭行政院新聞局函釋，就出版品記載內容觸犯刑法第二百三十五條猥褻罪而違反出版法第三十二條第三款之禁止規定，所為例示性解釋，並附有足以引起性慾等特定條件，而非單純刊登文字、圖畫即屬相當，符合上開出版法規定之意旨，與憲法尚無抵觸。」

二是逕就猥褻出版品提供定義，「乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。」

三是強調，「有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。」

四是提醒從事審判之法官，「至於個別案件是否已達猥褻程度，法官於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。」

或許因為當事人未為主張，本案解釋並未處理自釋字第105號解釋¹⁷即遭忽略的事前審查且違反法官保留原則之嚴重違憲疑點¹⁸，為一大敗筆。惟就本文之主題而言，也還有三點值得注意之處。

第一，本案解釋的前兩點，其實是就相關立法（包括刑法）上「猥褻」的用語，以及行政機關就之所為函釋，做成了合憲性解釋。與解釋理由書中引述全文的行政函釋對照觀察，大法官其實找到了全然不同的解釋方法，捨內涵性而採外延性的定義¹⁹，其所指涉的範圍也遠較行政函釋縮限。亦即大法官事實上是使用本件解釋界定了語意並不明確的立法，也取代了行政機關所自為之函釋。一方面似乎暗示，設非為此合憲性解釋，系爭函釋即難免宣告違憲的命運，另一方面，則也藉此合理化了系爭函釋並不違憲的結論。

第二，本案解釋的第三點，也帶有警告性解釋的意味；第四點則寓有行政函釋原不當然拘束獨立行使審判權的法院，其結果則是，合憲性解釋加上警告性解釋再加上行政函釋不拘束法官，三方向聯立並用，含蓄而委婉地避免了直接宣告行政函釋的不客氣。

第三，大法官強調法官審判不受行政函釋見解約束，其言下之意，本案如大法官所持之見解，亦即本於憲法保障言論自由之意旨對於系爭法令而為合憲性解釋，原審法官本亦得於其裁判中自行表達，既非拒絕適用違憲的法律，即非釋字第371號解釋所不許者。憲法規定命令不得與法律抵觸，法官針對命令為符合憲法要求之合憲性解釋，本為審判中法官依其職責及職權之所當為，不待當事人發動大法官釋憲的功能即可實施。

伍、釋字第617號解釋²⁰

本案解釋的聲請人有二，均是其經營的出版品觸犯了刑法第235條規定的猥褻罪²¹，遭法院判決有罪確定，所以聲請大法官解釋刑法此項規定違憲。釋字第407號解釋避未處理的問題，遂成為本案解釋的重心

¹⁶ 其函釋內容為：「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」，司法院大法官解釋續編（十），同前註，61頁。

¹⁷ 司法院大法官會議解釋彙編，同註7，207-208頁。

¹⁸ 關於釋字第105號解釋忽略事前審查與法官保留之批評，參見法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收錄於：法治斌，人權保障與釋憲法制：憲法專論（一），自版，1985年5月，157-160頁。

¹⁹ 此為傳統理則學上之概念，亦可宜為概念的內涵與外延。前者係通過定義的手續所確定的經驗意義，例如人是理性的動物，即為一種內涵性的定義；後者則為一概念在其所應用的與子之全體，例如一個個具體的馬之全體稱為馬，即為外延性定義。參見牟宗三，理則學，正中，1971年12月，13-14頁。

²⁰ 司法院大法官解釋續編（十九），司法院，2007年，341-344頁。

²¹ 刑法第235條規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」

所在。

本案解釋明顯地是則合憲性解釋。大法官首先確立，性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，應受憲法言論自由之保障。

接著言明，釋憲者原則上尊重立法機關基於社會多數共通價值，為維持男女生活中之性道德感情與社會風化而為之法律規範。惟為貫徹憲法保障言論及出版自由之本旨，「除為維護社會多數共通之性價值秩序所必要而得以法律加以限制者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」

這是在用憲法保障少數言論的道理做為詮釋多數民意立法的原則，為接下來的合憲性解釋鋪路。

大法官續則強調，刑法系爭規定所謂「散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品，或以他法供人觀覽、聽聞之行為」，係指「對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品為傳布，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，未採取適當之安全隔絕措施而傳布，使一般人得以見聞之行為；同條第二項規定所謂意圖散布、播送、販賣而製造、持有猥褻資訊、物品之行為，亦僅指意圖傳布含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊或物品而製造、持有之行為，或對其他客觀上足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊或物品，意圖不採取適當安全隔絕措施之傳布，使一般人得以見聞而製造或持有該等猥褻資訊、物品之情形。」

末則援引釋字第407號解釋，得出結論。認定此中雖然涉及評價性不確定概念，因「其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。」

值得注意的是，林子儀大法官對於大法官採用合憲性解釋不以為然，提出部分不同意見，認為該條不符法律明確性原則，亦與憲法第11條保障言論之意旨不符，應該宣告法律違憲²²。

從合憲性解釋的方法運用而言，本案解釋可供觀察之處至少有下列三點。

第一，從林子儀大法官的不同意見書對照本案解釋可知，違憲解釋與合憲性解釋原是一線之隔，取捨只在司法者尊重立法權的程度拿捏，一念之間的判斷而已。

第二，本案解釋為「猥褻」一詞重下定義，藉以證明此一不確定法律概念乃係可經由司法審查加以確認者。然「司法」本不限於大法官，法院法官亦當然構成司法之環節，是則刑法上「猥褻」一詞亦亦屬於可由法院法官於司法審查中加以確認者。遂可再次得知法官對於使用之不確定概念的法律，原可依其職責採取為合憲性解釋而毫無障礙。與大法官為合憲性解釋如有任何不同之處，或僅在於法官若是不以合憲性解釋為不足，而必欲認定其所審查之法律為違憲時，由於釋字第371號解釋之限制，不能自行宣告法律為違憲而拒絕加以適用，而必須停止訴訟程序而聲請大法官解釋。是法官若欲逕自為判決者，則不違背釋字第371號解釋意旨之選擇，其唯針對系爭法律做成合憲性解釋而已。以本案為例，大法官對於猥褻一詞依合憲性解釋方法立下的定義，若是出現在法院法官的判決理由之中，原亦不足為奇。所以未能如此出現，或只是在於法官有無足夠的憲法意識而已。

第三，與釋字第407號解釋對猥褻出版品所為的定義相較，本案解釋其實又已對猥褻一詞重新詮釋，而採取了更為縮限的定義。例如，其就硬蕊與非硬蕊猥褻資訊的區分與效果差異而為之解釋²³，即為釋字第407號解釋所未見。又如本號解釋就藝術性、醫學性或教育性價值資訊，係採取但具其一即非猥褻出版品的定義方法，而與釋字第407號解釋之認為應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念以決定猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，顯有不同，若謂已有幅度不小的變更，亦不為過²⁴。這兩則解釋都是針對猥褻一詞從事合憲性解釋，本案解釋示範了運用合憲性解釋變更合憲性解釋的方法；同樣的方法，法院法官在審判中也完全可以加以運用。

陸、合憲性解釋的殊相

以下分五點分析說明合憲性解釋，在包括解釋並適用憲法與法律進行審判的司法活動中，所占據的特殊地位，謂之殊相。

²² 司法院大法官解釋續編（十九），同註20，345-358頁。

²³ 硬蕊（hard core）與非硬蕊猥褻資訊之分類，係林子儀大法官用以說明多數意見時使用之辭彙，同前註，349頁。

²⁴ 釋字第407號解釋與美國最高法院1973年Miller v. California, 413 US. 15 (1973)，案中對於猥褻出版品之定義，可相比擬處頗多，該案內容之介紹及與該號解釋之比較，參見林世宗，言論新聞自由與誹謗隱私權，自版，2005年8月，90-93頁。

一、創造性的司法慧識

釋字第617號解釋，調係合憲性解釋登峰造極之作，亦非過言。相對於釋字第407號解釋從立法者使用的「猥褻」兩字，可以發展出144個字的合憲性解釋定義，釋字第617號解釋竟可再次從同樣兩字發展出298個字的合憲性解釋定義，堪稱空前。較之早期另一則合憲性解釋—釋字第394號解釋²⁵，能就建築法第15條第2項：「營造業之管理規則，由內政部定之」對於行政機關訂定營造業管理規則之15字概括授權，以其雖未就授權內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，乃可以推知立法者有意授權主管機關，係「就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範」的意思，而發展出59字的合憲性解釋定義；乃至釋字第372號解釋²⁶，能從民法親屬編中關於離婚事項規定之「不堪同居之虐待」7字用語，發展出「應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待」共143字的合憲性解釋定義。釋字第617號解釋之中大法官洞悉立法者心意的本事，可謂層樓更上，有過之而無不及。

此等例證顯示，在司法從事合憲性解釋的場合，即使不能說是具有無中生有、撒豆成兵的功夫，似也已經接近具有解讀無字天書的能力，令人歎為觀止，卻又不能不肯定其中確具洞見。像是釋字第617號解釋中處理的「猥褻」一詞，是連《辭海》也難以精確界定其義而未提供解釋的詞語²⁷。最高法院雖曾有判例將刑法第224條之猥褻行為解釋為「姦淫以外有關風化之一切色慾行為」²⁸，但此處顯為大法官所未採。大法官示範如何從憲法第11條的言論自由來理解刑法的猥褻出版品，不啻是在示範如何使用一本無字天書來詮釋另一本無字天書。

易言之，法官進行合憲性解釋，需要創造性的司法慧識。此一特性，在其他幾種憲法解釋的類型，包括合憲解釋、違憲解釋或是警告性解釋在內，均不如是明顯。往往也正是因為法官未在審判中運用合憲性解釋的方法，針對法律從事司法審查，遂有當事人聲請釋憲而由大法官為合憲性解釋之舉。法官如能見賢思齊，效法大法官經常運用憲法解釋的司法智慧，為法律注入正確而合度的解釋，推陳出新，發揮基本權利的保障作用，將是在審判中引進憲法規範的創造性發展，必能使得憲法的精神更為落實。

二、修復型的去蕪存菁

合憲性解釋不是一般的合憲解釋。若與違憲解釋對照，常令人有一體之兩面之感，差異只在受審查之規範合憲違憲之命運不同而已。然論者亦曾指出，合憲性解釋與違憲解釋並非恆可替代互用者（釋字第585號解釋許宗力大法官部分不同意見書參照²⁹）。如果立法者的立法意旨明確可辨，司法者不可將立法者所不同意的意旨強加於立法者，以成就合憲性解釋的合憲結論，而必須尊重立法原意，將之論為違憲。然而釋字第617號解釋另闢蹊徑；若謂刑法第235條之立法意旨中原有實現憲法保障少數族群性言論之用意³⁰，恐是緣木求魚，應非大法官所不知，但此號解釋逕從立法目的應符合憲法意旨處下手，在立法意旨的上游處，即行注入憲法保障少數言論的精神作為解釋法條文意的指引，發展出該法條的合憲性解釋定義。是即可知，除非遇到立法意旨明言主法具有不許保障少數言論之用意，而只餘宣告違憲一途這類少之又少的情形之外，從立法目的處下手的合憲性解釋，已可經常成為司法者衡量是否應為違憲解釋的替代選擇。

相對於違憲解釋之係直指法律的違憲之處而使之失效，或留待立法另為修補，合憲性解釋則是先要試著剷除法律的違憲部分，而留下並不違憲的部分將之宣告為合憲。遇到所餘部分過於破碎以至剷無可剷的法條，大法官當亦別無選擇，而必須走上宣告法律違憲一途（法官於此情形則必須依照釋字第371號解釋

²⁵ 司法院大法官解釋續編（九），同註9，439-441頁。

²⁶ 同前註，頁8-9。

²⁷ 《辭海》收入猥褻罪、猥褻行為（男女正式性交以外之性慾衝動行為也），但無「猥褻」條目，台灣中華書局辭海編輯委員會，辭海，台灣中華書局辭海編輯委員會，1996年10月，8版，2942頁。

²⁸ 最高法院45年台上字第563號判例。

²⁹ 司法院大法官解釋續編（十七），司法院，2005年，749-750頁。

³⁰ 本條係民國7年北京政府設立「修訂法律館」，針對民國4年的修正刑法草案重加釐訂，編成刑法第二次修正案時新增入列為第246條，民國16年，南京之國民政府司法部長王寵惠以刑法第二次修正案為藍本，編成刑法草案並經修訂後於17年間公布施行，名為中華民國刑法，今暫稱為舊刑法，後列為第25條，復於民國24年經立法院重新起草，將之列為第235條，遂為今日之刑法典，其間之立法理由均甚簡略，並無任何此處所述立法用意之跡象，參見黃源盛纂輯，晚清民國刑法史料輯注（上）（下），元照，2010年7月，611、719、865、981、1185、1229頁。

聲請釋憲)。但就能夠進行合憲性解釋的情形言之，合憲性解釋可以比做醫師分割連體嬰或進行切除腫瘤手術時所使用的手術方法及器械，若能操作合宜，就可救下可以救活的嬰兒，或將器官中應該切除的部分與仍然健康完好的部分分離而加以切除，而不傷及健康的部分。這當然需要精確的手術技巧。

也不妨將合憲性解釋比喻成俠士削鐵如泥的寶劍，或者是磨刀石。所謂玉不琢不成器；寶劍經常磨礪，則會愈見鋒利而免銹蝕。與違憲解釋有時還需要立法者修法或是另行立法相比，司法透過合憲性解釋將法律的違憲部分消解於無形，猶如點石成金的點金術一般，在法治工程中具有去蕪存菁的修復性功能。

三、保護性的極簡主義³¹

在可以有所選擇的時候，司法者於違憲解釋與合憲性解釋之中選擇後者，就司法與立法機構的關係而言，具有不同的意義。如果可以使用合憲性解釋的方法達到與用違憲解釋宣告法律違憲相同的效果，當然是合憲性解釋更能顯示司法機關對於立法機關的尊重。許宗力大法官即曾以為³²，「明顯地，合憲（性）解釋是出於司法者對有直接與多元民主正當性基礎之立法者的尊重，有其合理性。」

然而，如果合憲性解釋真的出現許宗力大法官在釋字第585號解釋中說的問題，也就是「適用合憲（性）解釋原則也有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍、不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定與規範核心。尤其逾越立法的基本價值決定與規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異。」³³的時候，此種情形反而可能引起立法機關與司法的關係緊張，甚至出現某種政治性的報復舉動。許宗力大法官在釋字第585號解釋中的警告竟然不幸言中，引發立法院於此解釋之後刪除了大法官的審判加給，而導致了另一則釋字第601號解釋須由大法官自行收拾善後，即為適例³⁴。違憲解釋當然也可能引發議會的反彈。釋字第499號解釋宣告修憲條文違憲後³⁵，國民大會在憲法增修條文中留下報復的印記³⁶，就是憲政史上的一段負面教材。但司法終究不能因為畏懼報復即不為當為之事，如果正確地運用合憲性解釋，對司法而言，因為捨違憲解釋而就合憲性解釋的選擇，業已顯示了對於立法權的尊重，激怒立法者的危險自不若做成違憲解釋為高。這正是合憲性解釋的重要功能。司法在解釋憲法時，會考慮解釋在權力分立制度中所產生的效應而選擇其解釋方法，原是常態³⁷。合憲性解釋雖然需要操作技巧，但是與違憲解釋相比，司法變動立法的幅度其實較小，司法自制的程度其實較大。合度的合憲性解釋，其實更能符合司法極簡主義的哲學，也就是採取一種解決問題不貪多、只在需要著力之力著力的司法態度，不但其冒犯立法機關的程度也遠較輕微，可形容為足以卸除反作用力的護身軟甲；同時，法官也因自為判決而省去了聲請大法官釋憲的冗長程序。

對於當事人而言，法官運用合憲性解釋的方法時，雖未宣告法律違憲，但必已藉由合憲性解釋縮限調整了法律的射程，其適用法律的結果，可以對當事人基本權利的保護，轉趨有利，亦應有樂見其成的理由。至不濟事，對於採用合憲性解釋的法院確定裁判，當事人仍可主張其所適用的法律違憲，復行聲請大法官釋憲，其請求大法官救濟的權利，也毫無減損。

捨違憲解釋而就合度的合憲性解釋，對司法而言，其實具有某種程度的自我保護功能。既非閉著眼睛、昧著憲法良心為違憲的法律胡亂背書，又已滿足了由憲法所課加、並經釋字第371號解釋所闡明的「優先遵守憲法之義務」，同時又在最大的程度上對立法部門表達了尊重與禮貌，功能上洵為一舉多得的憲法解釋類型。

³¹ 關於司法極簡主義之討論介紹，參見如凱斯·桑思坦（C. Sunstein）著，商千儀、高忠義譯，司法極簡主義，商周，2001年6月。黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評Sunstein教授的「司法最小主義」理論，收錄於：當代公法新論（上）：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002年7月，875-917頁。學者亦有稱之為司法自制與司法創制兩相對比者；參見任冀平、謝秉憲，司法與政治——我國違憲審查權的政治限制，收錄於：湯德宗編，憲法解釋之理論與實務（第四輯），中央研究院法律學研究所籌備處，2005年5月，515-519頁。

³² 司法院大法官解釋續編（十七），同註29，750頁。

³³ 同前註。

³⁴ 釋字第585號解釋宣告立法院制定之三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例違憲，引起立法院中多數委員之不滿，遂通過決議，刪除大法官之審判加給。司法院大法官解釋續編（十八），司法院，2006年，335-344頁。

³⁵ 釋字第499號解釋宣告國民大會延長自身任期的修憲條文為違憲，國民大會旋即召開會議，將遭宣告為違憲的修憲條文廢止並重為修訂，不但其任期回復至原有規定期限終止，也終於促成國民大會走入歷史。司法院大法官解釋續編（十三），司法院，2000年，685-699頁。

³⁶ 憲法增修條文第5條第1項末句：「司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。」除了報復說外，似乎找不到足以解釋此項規定所以立立的道理。

³⁷ 參見李念祖，昨日、今日、明日，論權力分立的憲法解釋方法，憲政時代，41卷2期，2015年10月，196-230頁。

四、紅利型的個案救濟

合憲性解釋與合憲解釋不同，後者是司法於行司法審查時確信所審查的規範合憲，前者則是對所審查的法律如何解釋才能符合憲法，司法經過一番審慎選擇，而在將憲法的意旨注入法律解釋之中後，對法律的射程有相當程度地限縮調整，而不是給予無保留的認可。經合憲性解釋方法注入憲法意旨而顯出新面貌的法律（例如經過釋字第617號解釋的刑法第235條），其適用的結果，對當事人基本權利的保障，很有可能轉趨有利。雖然都是得到法律合憲的結論，為合憲性解釋的判決可能會為當事人的基本權利，提供單純合憲解釋判決所不會提供的個案救濟。

譬如釋字第617號解釋（甚至407號解釋）如果是法官自行採用合憲性解釋後形成的見解，其適用刑法第235條的結果，即可能認為當事人的出版品，是憲法言論自由所保障之少數族群的性言論，不在刑法所欲加課刑責的猥褻出版品之射程以內，從而判決當事人無罪。當事人遂能得到採取合憲解釋而認定該條合憲的有罪判決所不能提供的憲法救濟，即是合憲性解釋所帶來的一項紅利³⁸！

不僅如此，當大法官做成一項合憲性解釋的時候，就像是釋字第177、407或是617號解釋的情形，當事人可不可以尋求後續的司法救濟而得到翻案呢？不要誤以為合憲性解釋就是一般的合憲解釋，當事人不會有翻案的機會。依釋字第177號解釋理由書所言，「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有利益者，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟。」

合憲性解釋的結果對當事人而言通常具有利益，此時當事人自得援引釋字第177號解釋為據，發動後續的司法救濟尋求翻案。釋字第617號解釋的聲請人當然可以主張，經過此則解釋重新詮釋過的刑法第235條已有新的面貌，依其解釋，聲請人的出版品不是該條射程範圍內的猥褻出版品，據以尋求非常上訴之類的再審救濟。於此也可知，無論是由大法官或法官運用合憲性解釋的結果，對當事人而言，均是司法弘法救人的還魂靈丹，構成一種紅利式的個性救濟無疑。這是合憲性解釋不同於合憲解釋的一項重要特徵。

五、普遍性的解釋類型

對普通法院的法官而言，合憲性解釋與違憲解釋很不相同，釋字第371號解釋說法官縱使確信法律違憲，也不得於審判時拒絕加以適用，而必須停止訴訟程序聲請大法官解釋。但應注意者，拒絕適用違憲的法律，乃至合憲解釋、違憲解釋或是合憲性解釋，均是依憲法行司法審查的結果，而非司法審查行動的本身，是故此項解釋其實是期待法官依憲法而行司法審查，絕非禁止法官依憲法行司法審查。其實，在釋字第371號解釋之前，釋字第9、38、137、216號等解釋亦均已表達了法院法官應就司法裁判或行政命令從事司法審查的意思³⁹。

不僅如此，釋字第371號解釋已經更進一步，主動宣布只規定終審法院法官可以聲請釋憲的法律違憲，而強調各級法院法官均可聲請釋憲，其對法官在審判中依憲法而為司法審查的期許殷切，溢於言表。合憲性解釋，既屬解釋憲法以行司法審查的一種類型，自然也在大法官期待法官行司法審查時應該考慮的範圍之中。

其實依照歷年來大法官的解釋，不但各級法院法官均應依據憲法行司法審查，而得運用合憲性解釋，且是行各種審判權之法院均然。例如，釋字第177號解釋之聲請案件出自民事訴訟，即係在闡明民事法庭法

³⁸ 蘇永欽大法官在釋字第725號解釋中將大法官解釋提供諭知而使當事人可以得到個案救濟，形容為引導人民投入憲法訴訟的「紅利」（司法院大法官解釋續編（三十三），同註6，307頁）。釋字第617號解釋並未諭知個案救濟，而後續之個案救濟仍有可能。嚴格言之，將個案救濟看成和紅利一樣地不是可以請求的「權利」，是否妥當，非無進一步討論空間。然則無論是大法官或是法官，在為合憲性解釋時，既認為一種法律解釋不合憲法意旨，其實並無選擇為合憲解釋之餘地，而只得於違憲解釋與合憲性解釋之中二擇其一，法官受限於釋字第371號解釋，如選擇違憲解釋，勢必停止訴訟程序，當事人則必須靜待大法官解釋；法官選擇合憲性解釋，當事人可以立刻得救濟，稱之為紅利，應無不宜。

³⁹ 釋字第9號解釋文「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之。」同註7，同頁；釋字第38號解釋文「憲法第80條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相抵觸之有效規章均行排斥而不用。」司法院大法官會議解釋彙編，同註7，60-61頁；釋字第137號解釋理由書「法官依據法律，獨立審判，依憲法第80條之規定，為其應有之職責。在其職責範圍內，關於認事用法，如就系爭之點，有為正確闡釋之必要時，自得本於公正誠實之篤信，表示合法適當之見解。」同註7，365-366頁；釋字第216號解釋文「法官依據法律獨立審判，憲法第80條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第137號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。」司法院大法官會議解釋續編（三），同註5，196-197頁。

官如何於民事訴訟中運用合憲性解釋的意思；釋字第407號解釋之聲請案件出自行政訴訟，即係在闡明行政法院法官如何在行政訴訟中運用合憲性解釋的意思；釋字第617號解釋之聲請案件則出自刑事訴訟，即係在闡明刑事法庭法官如何在刑事訴訟中運用合憲性解釋的意思。又釋字第617號解釋之審查客體是刑法，即係在闡明法官如何運用合憲性解釋以理解刑事實體法；釋字第177號解釋之審查客體涉及民事訴訟法，即係在闡明法官如何運用合憲性解釋以理解訴訟法；釋字第407號解釋之審查客體是行政函釋，即係在闡明法官如何運用合憲性解釋以理解行政命令；而釋字第177及372⁴⁰號解釋之審查客體均是最高法院判例，即係在闡明法官如何運用合憲性解釋以理解判例。合憲性解釋的涵蓋面向廣泛，無庸置疑！

簡單歸納一下，不像是違憲解釋構成釋字第371號解釋所顯示的法官適用法律方法之一種禁區，合憲性解釋是任何法官在所有審判程序，乃至非訟程序中（釋字第590號解釋參照），均可運用的憲法解釋類型。亦即不像違憲解釋是專由大法官開立的處方藥，合憲性解釋是非處方藥，只要法官具有足夠的憲法意識，就可以一藥在手，普渡眾生！法官在其裁判中對於法律做出合憲性解釋，與大法官解釋在效力上也有不同，只能發生拘束個案當事人的效力，並不發生拘束全國各機關及人民之普遍效力，又不待言。

柒、結語

法官的審判職責與權力，係源自於憲法；具有憲法慧識，是擔任法官不可或缺的法律倫理條件。不讀憲法的法官，如何實現限制權力以保障主體基本權利的客觀憲政秩序？法官未能普遍在審判中運用憲法規範實現基本權利，可能正是憲法不發達的最大原因。

合憲性解釋，做為介乎合憲解釋與違憲解釋之間的一種解釋類型，同時具有合憲解釋與違憲解釋的長處，在一定的條件下，也可以同時避免合憲解釋與違憲解釋的缺點；法官基於釋字第371號解釋，在「不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用」的前提下，合度地採用合憲性解釋方法來審查系爭的法令，是可以省卻聲請大法官解釋憲法程序，又所以滿足保障當事人基本權利之憲法意旨的絕佳司法途徑。

對法官而言，合憲性解釋是憲法的磨刀石，法官的護身甲，普渡眾生的非處方藥，分割連體嬰的手術刀，削鐵如泥而可與屠龍刀爭鋒的倚天劍，更是點石成金術，身為憲法機關且不能沒有憲法意識的法官，有什麼理由放著它不用呢？

⁴⁰ 司法院大法官解釋續編（九），同註9，8-9頁。