

# 憲法法院對法院裁判的「審查範圍」—— 憲法法庭111年憲判字第8號判決評析

吳信華\*

## 壹、前言

大法官（憲法法庭）於民國111年5月27日作成111年憲判字第8號判決（下稱「本判決」），即著名之「跨國子女親權裁定案」。<sup>1</sup>於本案中憲法法庭宣告所審查之最高法院系爭裁定「**牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院。**」即是一個真正的「裁判憲法審查」案件（憲法訴訟法[下稱「本法」]第59條參照）。基礎應思考的問題即為，大法官於此制度下固有權限可審查法院裁判，然諸如考量「憲法法院審判權」與「專業法院審判權」之分工等問題，則有無合理具體之標準？

本案可討論之爭點甚多，甚且亦可自不同的法律領域為思考。<sup>2</sup>本文所欲探究者尚非本案判決之各種實質法律爭點與裁判內容的妥適性，而是主要在於，大法官於本判決中有論及其可審查法院裁判是否違憲的大致情狀。此等論述之內涵是否允當，以及可為如何之方法論上思維，即為本文探究重點。

又本文標題用語為「審查範圍」，所欲指涉者即「憲法法院於何種情狀或準則下可介入審查法院裁判」的問題。此一用語當無定論，惟如謂「裁判憲法審查」所因襲者係德國「憲法訴願」制度，德國法制上對此問題即多名之為「審查範圍」（Prüfungsumfang），<sup>3</sup>本文亦暫從之，合先敘明。<sup>4</sup>

\* 本文作者係國立中正大學法律學系專任教授

註1：司法院網站上對本案名之為「改定親權事件暫時處分案」，案例事實以下還會再有說明。

註2：就此文獻上已不乏有相關更專業及深入的討論，尤其參閱2022年8月19日及26日全律會所舉辦的相關研討會（的資料），各學者專家分自不同的角度（憲法、家事法、國際私法等）探究本案，甚值參閱。

註3：相關德國法上名詞概念（「審查密度」、「審查權限」）的初步說明，可參閱Schlaich/Koriath（著），吳信華（譯）（2017），《聯邦憲法法院——地位、程序、裁判（Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen）》，第10版中譯本，邊碼281，元照。

註4：惟憲法法庭112年憲判字第11號判決，於介入審查系爭判決之合憲性時，（有引述111年憲判字第8號判決，而）對此之用語為「審查基準」（理由段碼93以下）。此一用語固無定論，然該處之運用似有斟酌空間。即「審查基準」依字面文義（而暫無涉德文逐譯），應較理解為「得據以審查系爭對象合憲性的基準」——亦即主要指「憲法」而言（包含憲法的原理原則；或如據以審查地方法規合憲性之審查基準亦可能包含中央法規）。且另附帶說明，其他若干大法官的判決/解釋（如112年憲判字第8號判決理由段碼85，或112年憲判字第5號判決理由段碼32）、乃至各意見書等，亦不乏使用「審查基準」一詞者，惟各該處對此名詞所欲表達及呈現之意涵均並不一致。

## 貳、本案事實及爭點

中華民國籍母親甲與義大利籍父親乙爭執女兒丙的親權歸屬。於訴訟中乙向法院聲請暫時處分，台北地方法院裁定甲應將丙交付於乙，且於改定親權的一審裁定前，乙可以帶丙出境至義大利同住。甲提起抗告及再抗告後，最高法院於111年2月23日駁回抗告確定。甲即向憲法法庭聲請該最高法院暫時處分的確定裁定（以及前審的兩個台北地方法院裁定）為違憲。大法官於審理後，即於主文中（段碼1）宣告系爭最高法院裁定「**牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院。**」

相關爭點即為，大法官依憲法規定作為有權解釋憲法之機關，在本法採行「裁判憲法審查」的制度下，大法官可審查法院裁判並對之宣告違憲。惟如此等於大法官以憲法（尤其「基本權利」的部份）為基準而介入專業法院的司法審判權限。然如何確認一個法院裁判係屬「違憲」（而非僅「違法」），更應有合理之判準，否則在程序上當會衍生諸如是否合於司法權專業分工的嚴重問題，<sup>5</sup>實體上亦會導致對各種法領域在思考上的「泛憲法化」，而不利憲法的理性發展。<sup>6</sup>

大法官於本判決中對其可審查法院裁判的情狀有初步說明，對此應如何闡釋、而其內容又是否合宜？尤其該等論述於憲法法學方法的思維上是否妥適，有無值得深入思考之

處，本文即對之加以探究。

## 參、判決摘要

與本文所討論之主軸——「審查範圍」——有關者，係本判決理由中之段碼30，<sup>7</sup>該段論述為；「按法律之解釋與適用，包括事實之認定與構成要件之涵攝，其正確與否，一般而言係屬各級法院及其審級救濟之權責，原則上應不受憲法法院之審查。憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。如何判斷是否構成違憲，難有如水晶般透明之標準，基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；或於解釋與適用法律於具體個案時，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形，即可認定構成違憲。至訴訟程序中之指揮進行，原則上屬各級法院權責，惟若違反憲法正當法律程序之要求者，亦應同受裁判違憲審查。」

本段論述應可區分為二個部份；

—前半段（「按法律……特殊情況所需」）先簡要論述憲法法院與專業法院

註5：簡言之，即大法官變成「第四審」。

註6：亦即即使合於大法官於本案中所述之「法院判決可能違憲」之情狀，則何以不評價為「違法」、而是「違憲」？或如果一個法院裁判原本並無合法性的疑慮，但被大法官以此等準則審酌後，結果卻變成「違憲」，則應該都需要有更多的說理。

註7：本文以下相關處如有簡稱「本段」（「該段」）等類似用語者，即指此一段碼30而言。

各有其權限分配，<sup>8</sup>確認「憲法法院僅得於法律之解釋與適用構成違憲時，始得介入審查。」惟此尚難有一定標準，「基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地」。

——後半段（「惟一般而言……[至本段結束]），（依本文分類）則列出四種憲法法院可審查法院裁判合憲性的情狀，亦即；

- 一、「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解（且該錯誤將實質影響具體個案之裁判）。」
- 二、「於解釋與適用法律於具體個案時（尤其涉及概括條款之適用），有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌。」
- 三、「於解釋與適用法律於具體個案時，未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤。」
- 四、「訴訟程序中之指揮進行，違反憲法正當法律程序之要求。」

本文以下即予相關闡述。

## 肆、評析

### 一、該段說明的背景闡釋與初步思考

在「裁判憲法審查」制度下，所必然面臨的難題之一即為，<sup>9</sup>憲法法庭於何種情況下得介入審查法院裁判，吾國此制度所淵源的德國亦不乏相關爭議及討論，<sup>10</sup>如以彼邦實務上最常依循、且學理亦普遍肯認的「特別憲法」（“spezifisches Verfassungsrecht”）準則，其內涵依聯邦憲法法院就此所述之原文逐譯，即為；「程序之形成、事實之確認與評價、一般法律之解釋及其於個案中之適用……均屬各該有審理權限之一般法院之事務，而不為聯邦憲法法院所審查；僅在法院有特別憲法之違反時，則聯邦憲法法院方得以憲法訴願加以介入……。而如一個裁判依一般實定法律所作成然客觀上有所錯誤時，尚不得認為已違反特別憲法；即該錯誤必須恰存於對基本權利之無視。」<sup>11</sup>依此則大法官於本判決中該段之前半部，似即與聯邦憲

註8：理由中本段之標題（段碼29）即為「（二）憲法法庭與各級法院之分工」。

註9：其他則例如現實上會有困境為，案件量過多所引發的相關問題。如依司法院就憲法訴訟法施行一週年記者會（民國112年1月17日）之說明，「111年憲法法庭之聲請件數總計4,758件，其中新收案件4,371件，平均每月新收364.3件，是舊制之大法官會議時期（以106年至110年近5年為基準）平均每月50件之7.3倍。111年總計終結3,241件，未結1,517件。自111年1月4日憲法訴訟新制施行後之新收案件中，以法規範及裁判憲法審查案件類型4,277件最多，其中人民聲請4,252件，法院聲請24件、立法委員聲請1件。另有政黨違憲解散案件1件、地方自治保障案件3件，統一解釋法律及命令案件9件。」司法院公告新聞，見網址

<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-798673-a08e1-1.html>（最後查閱日；2023年2月12日）。固然此應與本法第92條第2項所規定舊案須於民國111年7月4日之前聲請有關，然依一般認知亦應可合理推斷，日後人民聲請釋憲（尤其裁判憲法審查）之案件當可想見仍會維持相當數量。

註10：就此部份國內諸多文獻均有譯介，精要的介紹整理，可參閱吳信華譯，前揭註3，邊碼280以下。

註11：同上註，邊碼281。

法法院之此一說明近似，僅未言及「特別憲法」之用語。<sup>12</sup>

而如既未明確指陳此即德國理論上之「特別憲法」的內容，則前述德國聯邦憲法法院裁判後半段所述之「而如一個裁判依一般實定法律所作成然客觀上有所錯誤時，尚不得認為已違反特別憲法；即該錯誤必須恰存於對基本權利之無視。」即當亦不會直接存在於本判決的該段說明中，反而大法官謂：「……基本上應許憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。」

此問題既有爭議，則吾國大法官的論述當亦不必完全師法德國，惟本判決該段之後半段所提憲法法院可介入審查法院裁判的相關情狀，即與德國相關論述若合符節，僅細部論述有些許差異。<sup>13</sup>

## 二、理性思維下個別論述的檢視

前述大法官該段說明後半段對憲法法院於如何之情狀下可就法院裁判為憲法的介入審查，實則論述確屬合理，簡言之，即指陳法院裁判如有憲法上相關的錯誤認知或疏失時，憲法法院可予審查。然就此所述的四個個別情狀於細部思考下，結合法學的方法思維及法院作成裁判的實際情狀，或有再精緻討論的可能性，以下即分點為探究。

### (一) 「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解（且該錯誤將實質影響具體個案之裁判）」

此點論述基礎者即在於，憲法上的基本權利亦屬憲法的一部份，拘束司法權——即主要為法院裁判——而亦應有所遵循。<sup>14</sup>然如分層次為細思，應容有如下可資討論之處：

#### 1. 法院對於法律的解釋與適用時會用到基本權利？

法院欲為一個案件的裁判，當須先「認事用法」。就「認事」之部份涉及事實層面而暫不論；如係「用法」即約略應為「選擇應適用的法條，對之為解釋並涵攝（而得出結論）」的操作，即如大法官於此段中多所論述者。惟或可思考的根本問題是；若謂法院「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」，實則有前提是，法院於「對法律的解釋與適用」時，會「用到基本權利」。然而在一個案件中，法院「對（所找到適合的）法律為解釋並涵攝適用於具體個案」，於此階段原則上應暫無涉憲法層次、因之亦不會有憲法上基本權利的問題，蓋此際法院重點毋寧先在於對法條構成要件為合理解釋、並精確涵攝於具體個案中。<sup>15</sup>

註12：而此當屬合理，蓋現實上如於吾國之憲法裁判中直接明文引述他國（實則或尚須精確理解）之論理，或容有不妥之處；且現實上此一說明依法理亦可為近似內容的論述，尚毋庸直接因襲。

註13：見吳信華譯，前揭註3，邊碼286以下。

註14：所涉及更進階的法理可能即為，基本權利作為一種客觀的價值秩序，拘束並指引國家機關（包含法院）而應有所遵循，因之法院於認事用法時對基本權利有根本上錯誤的理解，則該法院裁判當屬違憲（違反基本權利）。

註15：或儘管法律的解釋有不同的見解與論理，但原則上應該也不會直接即用到憲法（的基本權利）。

如前述論點係屬合理，則法院「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」，是否其實僅係少數例外情狀或存於特殊案例中。<sup>16</sup>蓋於此所謂的「用到」，當非僅指「以基本權利（的理論）作為案件的補充用語或輔助性說理」，<sup>17</sup>而須真正「以基本權利作為本案（法律解釋與適用）的重要依據」，<sup>18</sup>如此方有實益。且同時另一面向更可以思考的是，即使存有此種具實益的情狀，然而法院如果「不用」，則是否必然有所疏失？以及如果真的用到，則其「操作方式」如何？蓋如果所謂（確實有必要）「用到基本權利」，然而卻只是泛泛地以基本權利為本案的結果考量（權衡），則姑不論此一「權衡」是否合理，<sup>19</sup>可能等於僅以「基本權利的權衡」作為本案裁判結果的主要

（甚且唯一）的考量點；然而一個案件的裁判結果，所重要者當係應取決於法條構成要件的合理解釋與涵攝，而非（先驗地）在結果上（僅）以基本權利的權衡作為判斷。<sup>20</sup>

如此所涉及的根本問題即為，「法律的解釋與適用」如有基於「對基本權利的錯誤理解」，在方法論的思考上，應表示尤其在所適用法條「構成要件」——而較非「法律效果」——的解釋與適用上，<sup>21</sup>要先「用到基本權利」，此情狀容或有之，<sup>22</sup>但是否、以及如何為操作，現實不可能有所定論，更遑論欲判斷對之有「錯誤理解」。

如於一個案件的審理中是否要（／會）、或如何「用到」基本權利已有爭議或疑慮，則此第一個命題是否即應為更周延的條件設定？

註16：暫舉例如是否構成刑法上的誹謗罪（刑法第310條），而於解釋「免責條件」（刑法第311條），確有可能於該條各款之構成要件（要素）之解釋時，併同為憲法上為「言論自由」與相對應之「名譽權」（或「隱私權」）的考量。

註17：亦即不必要地硬套入憲法（基本權利）的論述。舉例如某個民事損害賠償或刑事犯罪是否成立的案件，概略對應當事人某法律上的權利即屬憲法上的權利，或泛泛指陳當事人的基本權利係屬重要（故應為損害賠償或構成犯罪）等。

註18：應該也可以說是，裁判理由中基本權利的相關論證，對形成裁判主文的內容，具有重要地位。

註19：就此大法官該段說明亦有提及（下述（三）），本文以下還會有所論。

註20：亦即例如前揭註16之舉例，法院當不能僅以行為人的「言論自由」與被害人的「名譽權」（或「隱私權」）為衡量後、再反芻至構成要件（為其所想要的解釋），而得出結果。

註21：蓋法律「解釋」（而「適用」）主要所指涉者乃法條的「構成要件」部份；法律效果的裁量原則上較非釋憲機關所得審查者。參考審查庭111年憲裁字第353號裁定：「三、觀諸本件聲請意旨，係要求憲法法庭就事實審法院之量刑決定為審查。惟查，普通法院就依法認定犯罪成立後賦予之法律效果，如無逾越刑度等重大瑕疵者，憲法法庭自不得任意干預，否則即屬侵害普通法院之權限……。」（惟當可思考者亦為，如有「逾越刑度等重大瑕疵」，究係「違法」、抑或「違憲」？）

註22：諸如對刑法條文上「無故」的此一構成要件為「基本權利」的參酌。可能之例如刑法第306條「無故侵入他人住宅」為行為人基本權利保障（人格權或婚姻與家庭之維護）的解釋（從而即不構成「無故」）。

或另一個思考可能也存在於，如謂「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」，所指涉者係法院於案件審理時「根本忽略」基本權利，則對法院此一（應考量卻）「消極不（未）適用」基本權利的行為，確可能造成法院判決的違憲。然而法院為案件的審理應先依一般法律而為裁判，憲法具有「效力的最高性」，但卻常不是「適用上的優先性」。依此法院依法律為審判，又如何判定其「消極不（未）適用基本權利」，即屬對「基本權根本上錯誤之理解」？

## 2. 法院對基本權利的理解係屬「錯誤」、且該錯誤尚須「根本」

接續上述，即使法院於個案中對法律的解釋與適用時會用到基本權利，然而又如何認定此「對基本權利的理解係屬錯誤」？

即基本權利的相關內涵並不十分明確，<sup>23</sup>對之「合理闡釋」已未必容易，更遑論判斷有「錯誤理解」？或認為有「錯誤理解」者，是否實則亦可能僅係一種主觀價值評斷或論理依據的差異、有權解釋者（法官、尤其大法官）以其權威所為的片面認定？<sup>24</sup>

當然並非法院裁判對基本權利在解釋與適用上有錯誤理解即會構成違憲，依憲法法庭本段所言，該錯誤尚須「根本」，然此則更非明確了。其固可為初步的文義解釋為「主要性或基礎重要性」的部份，然當須為價值的填補。如此即亦同有問題為，大法官以何種基準、以及有如何具體的論證內容，去判斷「法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」？<sup>25</sup>

## 3. 該（根本）錯誤會實質影響具體個案的裁判

此即一種類似法院對法律的解釋與適用有基本權利的根本錯誤、而會對法院裁判的構成違憲有實質的影響，亦即居於一種決定性因素的地位。但同樣的問題是，如該「根本錯誤」已難界定，則又如何認定會有「實質影響」（以致該法院裁判係屬違憲）？在難以明確說理的情況下，如此可能極大的風險，等於大法官僅以其對基本權利理解的主觀價值判斷、來評價法院的裁判（係屬違憲）。<sup>26</sup>

## （二）「於解釋與適用法律於具體個案時（尤其涉及概括條款之適用），有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌。」

註23：諸如（各個）基本權利的保護內容、功能及效力等，學理與實務常多有不同論述。

註24：例如「言論自由」所保障者，應係意見表達的「價值判斷」、而無涉（單純的）「事實陳述」。「法律規定菸品外包裝上應標示『焦油及尼古丁含量』」，就此應係「事實陳述」，所涉及者因之應非「言論自由」、而較係「職業自由」（工作權）。然釋577就此認主要所涉及者係「言論自由」，則否屬於對基本權利（內涵的）理解錯誤？

註25：於本判決中大法官認定最高法院裁定違憲，是否合於此處之情狀？大法官就此命題的說理是否允當？抑或反而是，大法官於本案中自己「對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解」？

註26：讀者或可思考，本判決是否即有此種情狀？

1. 「概括條款」應以基本權利為價值填補？

法院於解釋及適用法律、並涵攝於具體個案時，當應先合理地解釋法條的構成要件，前已有所論述。於此一第二命題所更強調（而與第一個命題不同）者，應特別指涉在於法律構成要件的「概括條款」的部份，即此種構成要件於方法論上或難以合理地為解釋，而僅能為「價值填補」（以具體化其內涵），則於填補時應審酌「基本權利（的內容或價值等）」。

此理論上確可成立，即基本權利作為憲法內容的最高性呈現，對國家機關行為展現其價值，國家機關為行為時更應朝向人民基本權利保障的方向運作；亦印證本文就第一個命題所述者，法院於對法律的解釋與適用有涉及基本權利的判斷時，應主要係在「構成要件」的部份。然而問題是，就一般法律上的概括條款為價值填補，於個別不同的法律中當有其特性，<sup>27</sup>於此是否必然一定會涉及「基本權利」、且又是否確應以「審酌基本權利而為填補」？<sup>28</sup>

上述疑慮實非無由，蓋如無合理具體的論證，亦等同於以憲法（主觀性判斷）的價值強加於一般法律構成要件的解釋上，是否適切，當非無討論

空間。<sup>29</sup>

2. 「應審酌而未審酌」即屬違憲？

或即使於法律中對概括條款的解釋與適用時確可能應審酌以基本權利的價值為填補，然又如何論斷「漏未審酌」即屬違憲？亦即，如法院對該概括條款已窮盡地說理，僅係未言及「基本權利」（而為審酌），則此情狀如何評價？或反面思考，如泛泛地僅提及基本權利的價值印證於該等概括條款中，惟如乏詳實說理者，則是否即屬妥適、而合於大法官於此一命題中所期待者？

基本權利的保障固屬重要，然如謂各個法律的概括條款均須套用其內涵或價值，則容或於思維上過於簡化，現實上亦未必適切，更可能只是導致法律適用的泛憲法化或憲法論證的文青化。

**（三）「於解釋與適用法律於具體個案時，未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤。」**

1. 具體個案中如何（辨識）有「基本權利的衝突」？

此一命題特別指涉於解釋與適用法律時涉及「基本權利的衝突」。然而如前所強調，法院解釋與適用法律時，其重點毋寧應在構成要件的合理解釋（並涵攝），則如未考量本案（即使可能存

註27：即民事法律、刑事法律與行政法律均不會相同。例如諸多法律中均有「情節重大」或「重大事由」的規定，欲填補其內涵當即有不同的考量。

註28：以一般法律、乃至法律外（社會倫理）的價值為填補，是否即有違誤？

註29：即令一般所謂「基本權利間接第三人效力」，亦即於私人所涉之私法法律關係中為概括條款的解釋時，應注意基本權利的適用（以作為個案解決的依據），實則若精確思考，其操作亦非容易與絕對，更非想當然耳。

在)之基本權利衝突，應不能即直接對之質疑有憲法上的疑慮。

而一個本質的問題是，在一個案件中如廣泛地為認定，確實多所存在有基本權利的衝突，例如民事案件的兩造私人、刑事案件作為人民的原告與被告，或甚至廣義界定，行政案件人民的基本權利與行政機關的公共利益，亦可能均會產生衝突，而須為某種權衡。然於此應如何(以何種判準)「辨識」該等案件中真正有必要應為「權衡」者？而如未能對之有合理「辨識」，是否即有違誤？

## 2.應如何為基本權利衝突的權衡？

接續者亦即，即使案件中確切存在有應為基本權利衝突的權衡，又應以如何之方法操作之？

就此如僅空泛地認為，「即判斷本案當事人雙方所涉基本權利、予以具體(斟酌各種情狀)考量，何方之基本權利於案件中較為重要」，如此則恐過於簡化。蓋先前已有論及，此種方式等於在案件的操作上，其思維或係先直接為「基本權利衝突的法益衡量」、認定產生某種結果，再據以解釋法條的構成要件(以形成該原先想要的結果)。姑不

論該等「權衡」是否僅為一種主觀的價值判斷(且亦未必有標準可言)，在案件解決的方法論上，即係以一種「基本權利衝突的權衡」取代應有(法條構成要件)的合理論證，當非妥適。<sup>30</sup>

## 3.如何認定權衡存有「明顯錯誤」？

接續的問題更是，即使本案有其必要、且亦以嚴謹合理的方法為基本權利衝突的權衡，又如何認定該權衡會存有「明顯錯誤」——亦即不僅「錯誤」、且該錯誤係屬「明顯」？

就此如所確實為「權衡」，則案件中何方之基本權利於結果上一定較為重要，應恐難有所定論，如此則更恐難判斷屬「錯誤」；<sup>31</sup>以及「明顯」又應如何認定？如此等概念於內涵上並不明確，則謂對基本權利的權衡有「明顯錯誤」、即認該裁判係屬違憲(而可由憲法法庭予以審查)，應多係大法官以其自身對憲法的價值判斷強加於法院的裁判中。<sup>32</sup>

## (四)「訴訟程序中之指揮進行，違反憲法正當法律程序之要求。」

### 1.「法院審理」之「正當法律程序」內涵為何？

「正當法律程序」確屬憲法上法治國

註30：簡單舉例言之，有國中生剪怪異髮型被學校記大過，此際於思考上如以學生的「人格權」(或「表現自由」等)的保障為基礎性的開展、而認為學校記大過即有合法性的疑慮，則如學生「參與討債公司」被記大過，是否在思維上同會以學生的「職業自由」(或「一般行為自由」等)為思考推論？如答案為否定，是否實則等於以「基本權利的價值」先得出(主觀判斷的)結果，再回溯為問題的開展論證，如此在方法論上是否允當？

註31：或所謂的「錯誤」僅是大法官主觀所認定者。

註32：如就贊同「裁判憲法審查」制度所常被舉例之釋242(鄧元貞案)，姑先不論「就撤銷後婚之法律的解釋與適用問題」，若在本案基本權利的權衡上認為前婚配偶的權益較為重要，因而法院裁判撤銷後婚即無(憲法上的)違誤，是否即可予認定存有「權衡上的明顯錯誤」？

家原則的重要內涵，要求國家機關的行為須依循正當合理的程序為之，以使國家機關能合理發揮其功能，人民權利亦因之獲致保障，法院的審判行為當亦在受規範之列。然大法官對正當法律程序的內涵固有相關闡釋，惟多係針對不同法律之情狀個別為說明，<sup>33</sup>而尚無明確針對法院案件審理中「訴訟程序指揮進行」的正當法律程序為論述。

此或有其基礎背景之合理性；<sup>34</sup>而現實上的問題亦為，「法院審理」的程序繁瑣，其「正當法律程序」的內涵容更難合理界定；如此一前提暫無法明確確立，則欲為「訴訟程序中之指揮進行違反憲法正當法律程序之要求」的判斷，尤其在案例情狀尚不一致的情狀下，可能並不容易。<sup>35</sup>

如此結果可能即是，如有人民指摘法院審理程序違反正當法律程序（及訴訟權的保障）而提起「裁判憲法審查」，大法官當應對此部份為相關說明以作為解決本案之前提。然相關案例內容並不一致，此等說明亦會僅偏向個案情狀，<sup>36</sup>欲概括性地認為「訴訟程序中之指揮進行，違反憲法正當法律

程序之要求」，憲法法院即得對之為審查，基礎論述確屬合理，然實則不會如想像中可客觀地判斷。

## 2.違反正當法律程序的「違法性」與「違憲性」？

此第四個命題的另一個難題是，法院裁判的正當法律程序已非明確，而如確有違反情事，則何以不是判斷為「違法」、而是「違憲」？或更可深思的問題，「如未違法、則為何又會違憲」？

就此情狀亦即，憲法上的「正當法律程序」除係上位的法原則外，其內涵毋寧更多的是應透過法律為具體化，尤其是規範法院訴訟審理程序的各該訴訟法律。<sup>37</sup>如法院的審理程序確認有違反訴訟法律者，在評價上當先係「違法」，而應採行審級救濟的途徑。或謂就此「違法」亦同時可評價為違反正當法律程序的「違憲」，則仍回到本文設定的一個基礎情狀；任何違法的行為都有可能被認定違反憲法（上的原理原則或基本權利），則「違法」與「違憲」應如何區分？

問題更進階在於，如果法院的審理程序不能評價為違反「訴訟法律上」的正

註33：例如釋384及釋636就「檢肅流氓條例」之相關規定、釋588就「行政執行法」之拘提管收、釋690就「傳染病防治法」上之強制隔離，釋710就「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」之收容等，均有不同內涵的闡釋。

註34：即先前人民聲請釋憲之對象係法律或命令，故大法官即使有對「正當法律程序」為闡釋者，亦僅及於此，而無法及於「法院審理」的部份。

註35：即如本案之子女親權判定，是否法院未請該未成年子女陳述意見，即屬違反「正當法律程序」？其他案件的情狀又如何？

註36：如以本案而言，大法官於本案中所闡釋可能法院裁定違反正當法律程序之說明（理由段碼48以下），是否確切允當、以及又是否可以合理地適用於其他類似案件中？

註37：當然也包含憲法訴訟法！

當法律程序，則可否、以及如何評價更屬違反「憲法上」的正當法律程序？以理性的法律思維下此確有可能，但論理上實非易事。結果即同樣是大法官於個案中以其主觀的價值判斷、去凌駕於普通法院的認事用法而為評價，憲法所需要的理性論證與思考，即可能在此情狀下變的模糊空泛了。<sup>38</sup>

## 伍、結論

就本文所提出討論，大法官認憲法法院可審查法院裁判的各種情狀，各該論述均有其合理性，然實則在法學方法的思維上並非具體明確，其結果可能即仍回歸大法官於本段

中所言者；「憲法法庭擁有一定裁量餘地，俾能顧及個案特殊情況所需。」而容或於個案中再併為提及「所侵害基本權利的嚴重程度」作為輔助論點。

此種情狀——尤其在吾國——似難避免，即使於德國爭議亦多。<sup>39</sup>一個根本的認知應是，大法官並非「第四審」或「超級上訴審」；「基本權利」的規範作為憲法的一部份，具有最高性，所有國家行為——包含法院裁判——均不得違反。即欲判斷法院裁判違反基本權利者，亦可能應以諸多憲法上的原理原則（例如比例原則或平等原則）作為基準而併同審酌，更須具體化相關論理。否則如果不能對憲法的內容有合理的理解，則對一般法律運作上的泛憲法化思考只會是一種災難，憲法的內涵亦將空泛化，殊非善事。<sup>40</sup>

註38：亦可參考憲法法庭112年憲裁字第5號裁定，家事法院裁定親權停止案件，未予未成年子女陳述意見，當事人聲請釋憲，但憲法法庭不受理。

註39：只是國內學理在論述上（選擇性地！？）多著墨重點於德國憲法訴願的此等正面面向，而少有負面評價的引介。

註40：舉例言之，諸多大法官解釋中引用「人性尊嚴」的概念，既未闡釋其內涵，復未就此對作為案件解決的地位有合理論述（即可思考的是，如去除「人性尊嚴」的部份，對該等案件的論證有何影響？），則對此一概念的理解與運用並無益處。