

憲法法院作為積極立法者*

主題演說

(2017年11月13日)

許宗力**

摘要

通說認為憲法法院在行使違憲審查權、宣告法律違憲時扮演消極立法者的角色，然而今日各國最高法院（含憲法法院）已經開始扮演更積極形塑憲政秩序的角色。本文從兩個角度分析憲法法院作為積極立法者此一發展：積極立法者的態樣以及積極立法者的類型。前者包括修法方向的指示、積極立法的效力、期限設定；後者則包括軟性替代立法者、補充立法者、剛性替代立法者。本文接著指出有許多因素將影響法院是否、以及在什麼程度內會扮演積極立法者的角色，像是司法審查的制度設計、違憲審查標的、以及比較法……等等，但沒有一個因素是決定性的。最後，本文分析憲法法院作為積極立法者的正當性，主張當法院處於備位的角色時，司法造法仍屬合憲。

關鍵詞：臺灣憲法法院、權力分立、司法造法、積極立法者、合憲性解釋。

* 本文曾刊載於中研院法學期刊，25期，頁1-39（2019年）。
〔責任校對：黃品瑜〕。

** 司法院大法官並為院長。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/72414012.pdf>。



講 綱

開場	參、權力分立之評價
壹、前言	一、影響憲法法院積極與否的因素
一、積極立法者與消極立法者	二、憲法法院扮演積極立法者的必要性？
二、「積極」態樣簡要整理	三、憲法法院扮演積極立法者的正當性基礎
三、積極立法者的三種類型	四、各類型權力分立之評價
貳、三種積極立法者與比較憲法案例	肆、總結與展望
一、軟性替代立法者	
二、補充立法者	
三、剛性替代立法者	

開場

各位貴賓大家好，很高興今天有機會來到第十一屆憲法解釋之理論與實務研討會，這場憲法學界與實務界對話的盛會，進行主題演說，與大家分享關於「憲法法院作為積極立法者」的一些觀察與想法，主要以當立法者有「立法不作為」¹的情形發生時，為觀察的重心。

1 國內有關「立法不作為」之討論，請參見許宗力，淺談立法怠惰，收於：憲法與法治國行政，2版，頁521-528（2007年）；黃舒芃，違憲審查中之立法形成空間，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁389-412（2013年）；蘇永欽，夏蟲語冰錄（一一五）——立法不作為的憲法審查，法令月刊，68卷8期，頁148-158（2017年）；歐廣南，立法裁量與立法不作為之司法審查問題研究——日本學說與實務借鑑，國會月刊，38卷3期，頁6-33（2010年）；陳慈陽，立法怠惰與司法審查，憲政時代，26卷3期，頁3-43（2001年）；陳愛娥，立法怠惰與司法審查，憲政時代，26卷3期，頁43-74（2001年）。亦可參考司法院釋字第596號解釋許宗力、許玉秀大法官不同意見書；司法院釋字第610號解釋彭鳳至、徐璧湖大法官不同意見書；司法院釋字第683號解釋許宗力大法官不同意見書。

Hans Kelsen曾說，憲法法院是消極的立法者²，而在此我們所謂「憲法法院作為積極立法者」，討論的是當代的違憲審查除了將立法者制定的法律宣告無效以外，採取了更多元、更豐富的憲法解釋路徑來進行對法規範的合憲性控制，並且，也在立法有所缺漏的時候進行不同方式的介入。

這樣的現象對臺灣或許並不陌生。例如早期的司法院大法官解釋中，以1980年的司法院釋字第166號解釋為例，大法官便針對違警罰法有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定是否違憲的問題，不僅指出違憲，更進一步說明了應由法院依法定程序為之。又例如較近期的解釋，包括今天研討會上許多教授們所關心的司法院釋字第748號解釋，大法官並不單純宣告法規範違憲，而採取了更多對於立法的「指示」，尤其除了要求立法者應於一定期限內依一定具體方向修法外，進一步指出，倘立法者未限期修法，屆時將以大法官的決定直接取代立法，引起很多議論。當然，此現象並非臺灣特有，以美國而言，大家熟知的布朗案*Brown v. Board of Education of Topeka*³，也是由聯邦最高法院宣告種族隔離學校制度違憲，同時指示了強制性、預防性補救措施。

值得討論的是，究竟憲法法院作為積極立法者的意義為何？與立法不作為的關係是什麼？具體而言，在何種情形下成為積極立法者？是否有哪一類型的案件或立法情形特別適合或不適合？而如何介入？介入多深？可以做成如何的指示？最終這些問題也都指向，當憲法法院「積極立法」，在權力分立上可能有什麼樣的評價？界線又何在？

2 Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), S. 30 (55 f.); Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. POL. 183, 187 (1942).

3 See *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

今天在這裡的一個小時，希望可以從對國內經驗的關注出發、參考國外相關趨勢的討論，勾勒一個簡單的圖像，提供有志者一些後續的思考方向。這次的演講，許多靈感來自於委內瑞拉憲法學者 Allan R. Brewer-Carías 編的 CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY⁴，這本書有豐富的各國國家報告，針對今天討論的各個案例如有興趣，也可以參考該書。

壹、前言

一、積極立法者與消極立法者

誠如剛剛所言，關於「憲法法院作為積極立法者」這個概念的討論，在當代許多國家的違憲審查的制度中，受到越來越多的關注。首先須細膩地討論「積極立法者」的定義⁵。

從諸多國家的案例，包括臺灣的經驗中，如果觀察憲法法院進行合憲性控制時，與立法者間的互動關係，並將其類型化，可以發現許多憲法法院作成的決定，與單純將法規宣告違憲無效，有明顯的不同。傳統上的違憲宣告，無論是單純違憲宣告，或是立即失效，乃至於定期失效，由於憲法法院最多只是消滅規範效力，並未介入塑造法律的內涵，所以此時憲法法院扮演的是「消極立法者」角色。

4 See ALLAN R. BREWER-CARIAS ED., CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY (2011).

5 有關積極立法者之一般性討論，參見 Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review of Legislation and the Legislator*, in CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 13, 31-40 (Allan R. Brewer-Carías ed., 2011); CARLO GUARNIERI & PATRIZIA PEDERZOLI, THE POWER OF JUDGES: A COMPARATIVE STUDY OF COURTS AND DEMOCRACY 68-77, 150-83 (2002); ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE 61-91 (2000); MARTIN SHAPIRO & ALEC STONE SWEET, ON LAW, POLITICS, AND JUDICIALIZATION 90-111 (2002).

相對地，當憲法法院扮演「積極立法者」時，他們在案件中更為「積極」地指示具體修法方向或過渡期間的措施、甚至直接以憲法法院的決定取代立法；此時，憲法法院不僅變動規範效力，也直接介入了規範內涵的形塑⁶。此外，在概念上，積極立法者的介入範疇，並不限於議決法律，也包含其他立法權限；例如我國司法院釋字第632號解釋中，大法官介入並界定了立法院所享有的監察院人事同意權，就是最好的例子。

二、「積極」態樣簡要整理

首先我們可以看到，就算都是針對立法不作為扮演「積極立法者」的角色，「積極」的態樣、程度仍然有所不同，我們可以概略地提出以下三個切入點觀察：

第一點是修法方向的指示，包括是否指示與明確程度。例如是否指示方向、是否提出立法前的過渡方案、是否要求定期修法；以及指示的方式是憲法意旨的概略闡述、或是提出立法要點、甚至是具體做法。修法方向指示的類型及明確與否，關係到憲法法院形塑法律規範內容時，介入到什麼程度。

第二點則是積極立法的效力，憲法法院的積極立法究竟有沒有拘束力？僅是建議，或是有拘束力的誡命？立法者不遵循的後果是什麼？這一點固然與憲法賦予憲法法院的權限範圍有關，不過，當憲法法院希望自己的決定真正產生拘束力、引導立法的時候，便可能設定替代措施、或是要求其決定的內容直接拘束各國家機關。透過強化決定的效力，使憲法法院成為有牙齒的老虎。

⁶ 亦參見Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts' Interference with the Legislator Regarding Legislative Omissions*, in CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 125, 125-26 (Allan R. Brewer-Carías ed., 2011).

最後一點是期限設定。比較各國憲法法院的做法，除了有些情況下，法院要求其公布的措施立即生效之外；憲法法院有時會設想憲政體制可以容忍系爭立法不作為的期限，這一方面是考量修法的困難性，另一方面也是透過期限的指定，具體化立法不作為狀態填補的急迫性。因此，憲法法院有時並不設定期限；而當設定期限時，則可能搭配考量期限屆至時的法律效果，譬如「定期生效」的指示，或期限屆至之前的過渡措施等等。

以上環環相扣的三點，是從不同面向思考憲法法院介入立法的積極程度，而根據這三點考量，我們可以初步區分憲法法院作為積極立法者的三種類型。

三、積極立法者的三種類型

第一種是「軟性替代立法者」，這是指憲法法院指示後續立法方向；在此，憲法法院替代了立法者，決定將來修法方向。這種類型雖然屬於積極立法者，但介入程度最淺；有時僅止於要求立法者應依照修法意旨持續檢討改進，並未設下明確時程；即使有時會要求在一定期限內完成修法，但無論期限屆至時修法完成與否，都沒有伴隨後續效果。舉個例子，剛剛提到的司法院釋字第632號解釋，大法官只有指示應如何做才是符合憲政秩序，但也僅表明立法院應適時行使同意權，沒有進一步設定不符合要求時的其他後續法律效果。

第二種類型是「補充立法者」，指的是憲法法院提供修法過渡期間暫行措施的這種「補充」功能。這比剛才的軟性替代立法者的積極程度更進一步，因為這時憲法法院所指示的內容，至少在過渡期間，已經有拘束各機關適用的企圖與效力；這等於是直接在立法完成之前的過渡期間內，扮演了立法者的角色。但稱之為補充，是因為憲法法院基本上仍將長遠立法的責任交還給立法者，僅是為了避免空窗，暫行充當立法者指示過渡措施。

第三種類型，則是最積極的「剛性替代立法者」，他可能直接取代立法者的地位，頒布措施決定未來的規範內容；或者，在限期修法的期限過後，因為立法者放棄了期限內立法的機會，未能完成的立法就依照憲法法院指示的方式逕行取代。由於是直接介入內容並拘束各機關，又不僅僅是過渡措施，這個類型可說是最強烈的介入，也是最為積極的類型，因此稱之為剛性替代立法者。

綜合以上，我們可以看出這個分類是依據上述三項指標；亦即，是否指示規範內容——這是積極立法者最基礎的要件、指示是否具備拘束各機關強制效力、以及是否僅是過渡期間暫時措施。我們可以簡單整理出表格，來觀察這三種積極立法者的積極程度。

表1 積極立法的類型與效力

	指示規範內容	拘束各機關效力	非暫時措施
軟性替代立法者	✓	✗	✗
補充立法者	✓	✓	✗
剛性替代立法者	✓	✓	✓

資料來源：作者製表。

以下將以三種積極立法者的類型區分，以類型化的方式簡單介紹一些國際上的案例，作為今日討論的素材，最後進一步進行權力分立的評價。

貳、三種積極立法者與比較憲法案例

一、軟性替代立法者

首先來看憲法法院作為軟性替代立法者的例子。以下將先觀察幾個國家的作法，再對照臺灣的發展。

（一）葡萄牙

首先來看葡萄牙。1976年葡萄牙的新憲法中，設立了革命委員會（Council of the Revolution），這是一個輔助共和國總統的機構，而這個委員會可以直接指出國會的立法依據憲法有何缺失。具體而言，為了使新憲法更加確實地由立法者具體化為法規範，委員會的權力包括了檢驗立法者的立法依照憲法有何缺失，並且告知立法者為必要的規範以完成新憲法的要求。這可以說是一種對立法不作為的合憲性控制，當立法者的立法缺席，委員會則有介入的可能⁷。

委員會在1982年修憲以前，曾經兩次執行這樣的權限。這兩次的權限執行，得以讓我們觀察到立法不作為審查機制的兩個運作重點。第一是，權限發動的前提是，該憲法規範無法自己自動執行；第二是，權力的啟動必須要在立法不作為已經到達一定程度，阻礙了憲法的實現之際，才能出手進行合憲性的控制。不過，葡萄牙這樣的機制設計，與為了儘速調整新舊憲法的銜接有關，這兩次的執行也基本上可以說帶有政治控制的意味⁸。

在這些先例之下，1982年葡萄牙修憲後，設立了憲法法庭，合憲性控制的權限來到了憲法法庭手中，憲法法庭如同先前的委員會，可以以一個「直接行為」（direct action）來做合憲性控制。不過，值得注意的是，憲法法庭的決定只是宣示性的，並沒有拘束力，憲法法庭並不能自己補充立法者欠缺的規範或指定他們期限完成特定作為。也就是說，憲法法庭只能告知立法機構他們的認定⁹。

（二）匈牙利

在匈牙利，由於1989年民主轉型的過程中，執政黨擔心新政權

7 *Id.* at 126-27.

8 *Id.* at 127-28.

9 *Id.* at 128.

的清算，反對派也不敢確定能取得國會多數；於是為求政治保險，雙方共同促成了憲法法院擁有的強大權限¹⁰。就立法不作為的審查權限而言，該國國會通過的憲法法院法第21、49條規定，憲法法院可以依任何人的聲請；甚至是不待聲請、依職權（*ex officio*）發動立法不作為的違憲審查。憲法法院有權宣告不作為違憲，還可以設定修法方向及期限，並要求立法權必須在期限內完成立法工作；但若立法未能如期完成的後續效果，則未見明文¹¹。若觀察具體案例，該國憲法第61條第4項規定，公共廣播及電視管制的相關規定必須經由3分之2的國會多數通過；但在1992年，該國部長會議在沒有相關法令之下，下令要求匈牙利國家廣播及電視必須受其監督。憲法法院則認為，憲法第61條保障表現自由，其內涵亦包含廣播電視的傳播自由，這項自由權利是民主社會中資訊取得不可或缺的條件，對相關機構的國家管制必須避免造成資訊壟斷。因此在欠缺相關法令下，若部長會議直接介入，將可能導致國家的手伸入管制傳播內容，從而有違憲法通訊傳播自由的保障。憲法法院並進一步指示未來管制機制的形塑，必須奠基在國會通過的法律規範之上，避免特定國家機構、團體能夠對報導的主題及內容施加不當影響，力求確保報導的衡平性及公益性¹²。從這個例子來看，匈牙利憲法法院針對既存的立法缺漏，僅僅提醒了未來立法義務履行時的修法方針，並未進一步決定立法沒有履行義務時的效果。所以至少從效力面來看，匈牙利憲法法院仍謹守在軟性替代立法者的界線之內。

10 Lóránt Csink et al., *Hungary, in* CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 575, 576-78 (Allan R. Brewer-Carias ed., 2011).

11 OXFORD CONSTITUTIONAL LAW, <http://oxcon.oup.com/view/10.1093/law/ocw/law-ocw-cd339-H2011.regGroup.1/law-ocw-cd339-h2011> (last visited Dec. 5, 2017).

12 Lóránt Csink et al., *supra* note 10, at 582. 判決摘要亦見：[http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1992-s-003?fn=document-frame.set.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1992-s-003?fn=document-frame.set.htm$f=templates$3.0) (last visited Dec. 5, 2017).

（三）巴西

軟性替代立法者的案例還包括巴西。巴西在1988年憲法規定的違憲審查機制中，賦予聯邦最高法院決定立法不作為是否違憲的審查權限。這個程序的啟動僅限於特定的政府機構，例如總統。不過這個權限目的在維繫規範秩序的完整性，並非個人權利保障；最高法院也相當克制這個權限的行使。因此最高法院多半只告知國會違憲與否，雖然在某些案例中也設定修法期限，但並沒有設定後續的拘束效力¹³。

從這幾個國家的例子可以發現，該國憲法法院儘管有權宣告立法不作為違憲，但無論能不能設定修法期限，這個違憲認定都是宣示性的，實質上並不能拘束立法者後續的修法議程，因此是典型的軟性替代立法者。

（四）臺灣

臺灣的大法官也曾多次扮演軟性替代立法者。

先以無關人權的立法不作為而言，大法官作出的最早一號解釋是司法院釋字第86號解釋。這號解釋認為依照憲法第77條及82條的要求，高等法院以下的各級法院不能由行政權下的司法行政部管轄，應該隸屬司法院。然而，大法官甚至沒有明確作出違憲宣告，僅單純且空泛地宣示制度應依照憲法第77條意旨修正。

再看到司法院釋字第683號解釋，大法官在這號解釋中肯認立法者訂立勞工保險條例是履行保護勞工的憲法委託，因此系爭規定要求承保機關應依申請在十日內發給保險金，是在落實憲法意旨，

13 Thomas Bustamante & Evanilda de Godoi Bustamante, *Brazil, in* CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 283, 293-96 (Allan R. Brewer-Carías ed., 2011).

及時保障勞工生活。但當承保機關遲延給付，缺乏要求其加付遲延利息的規定時，大法官雖然本於照顧勞工之憲法意旨，指示立法者應參考其他社會保險機制的遲延利息規定，以及既有的滯納金規定，來修正相關制度；卻未能說清楚這種立法缺漏是否已然違憲，而僅止於隔靴搔癢地要求立法者「隨時檢討之」。這種雖點出修法方針，但只柔性敦促應檢討改進，而未課予期限以及期限屆至效果的作法，即是典型的軟性替代立法者。

不過司法權在司法院釋字第530號解釋中則採取不同於這種自我節制的態度。大法官在本號解釋指摘立法未能調整法院組織結構，使得司法院遲遲未能依照憲法第77條的意旨，同時成為最高審判機關。因此明確指示立法應在兩年內，讓最高司法行政及審判機關合一，以符合憲法要求。不過，儘管有指示期限，司法院釋字第530號解釋仍然是軟性的替代立法者，這號解釋並沒有說明期限超過時應如何適用解釋意旨，在期限之前，也沒有什麼替代方案。所以本號解釋的後續發展就如大家所知，期限已過但是立法並沒有相對應的調整。

另外，在司法院釋字第632號解釋中，大法官則介入處理立法院不行使人事同意權造成的憲法爭議¹⁴。經由立法委員聲請解釋後，大法官認為立法院無論同意或不同意，都不能以消極不行使權限的方式，癱瘓監察委員的任命。因為欠缺監委將導致監察院實質上無法存續及運行，進而危及憲政體制的正常運作，這種立法不作為已違背了憲政機關的忠誠義務。從而大法官指示立法者應「適時」行使人事同意權。不過大法官充其量只作出應「適時」行使同

14 就司法院釋字第632號解釋之立法不作為，相關討論參見：吳煜宗，立法不作為的憲法訟爭性——自由民主之憲政秩序與釋字第632號解釋，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁661-692（2009年）；李惠宗，憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性——大法官釋字第六三二號解釋評析，月旦法學雜誌，151期，頁156-168（2007年）。

意權的指示，在立法者未於適當期限內完成行使同意權的作為義務時，也沒有指示屆時將發生何種法律效果，所以本號解釋也只是軟性的替代立法者。而事實上，本號解釋作成時間是2007年8月15日，立法者也遲至隔年5月新總統上任後，等新總統重新提名新的監察委員候選人人選後，才行使同意權。

以上這幾個案例涉及的是國家組織結構或憲法機關的權限行使等權力分立爭議，接下來我們可以看看臺灣的大法官在有關人權的部分有什麼軟性替代立法者的案例。關於違警罰法之拘留、罰役，由何機關裁決的問題，先前提到1980年的司法院釋字第166號解釋指出，基於憲法第8條第1項對於人身自由的保障，違警罰法所定由警察官署裁決之拘留、罰役在行憲三十餘年後，情勢已有變更，應回歸到憲法保障人身自由的意旨。因此大法官在本案中，主動指示相關規定應該「改由法院依法定程序為之」，可謂是積極的作出制度的調整，給出框架及指導原則，指示相關程序要由尚不存在的「法院依法定程序」為之，以符合憲法意旨。這號解釋主動指示新制度的形成，但也僅止於指示，可說是扮演了軟性的替代立法者。

二、補充立法者

接著我們來看第二種類型，補充立法者，也就是在過渡期間指示具體措施以補充立法空窗期的類型。

首先可以觀察巴西。前面提到，巴西在審查立法不作為是否違憲時，採取相當克制的態度。但另一方面，巴西聯邦最高法院也擁有保障個人權利的個案特別救濟機制。只要系爭的立法不作為已經使憲法保障的權利無從行使時，法院可以依聲請發布禁制令填補立法缺漏¹⁵。舉例來說，該國憲法雖然保障公務員罷工的權利，但因為缺乏具體法律規範，所以實質上長期受到禁止，後來因此引發公

15 Bustamante & de Godoi Bustamante, *supra* note 13, at 298.

務員抗爭以及激烈的社會衝突。巴西聯邦最高法院為了解決急迫的社會動盪，決定介入填補立法缺漏，一方面要求儘速立法，另一方面表示公務員在相關立法通過以前，可以類推適用一般勞工罷工行為的相關規定行使罷工權¹⁶。

再看到臺灣的司法院釋字第300號解釋，這號解釋中，大法官認為破產法沒有規定羈押破產人之次數限制，因而違憲，大法官宣告該法違反憲法保障人身自由之意旨，故至遲應於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適用。除此之外，也指出在法律修正前適用該規定時，應該斟酌本號解釋之意旨，慎重為之。司法院釋字第300號解釋的例子便是憲法法院作為補充立法者，指示過渡期間法律應該如何適用。

以司法院釋字第624號解釋為例，大法官宣告冤獄賠償法排除因軍事審判而導致冤獄者，不得依該法請求國家賠償，已經違反平等原則之要求。但由於該法已經是受普通刑事審判而蒙受冤獄者請求賠償的法源基礎，大法官並未將其宣告失效；而是指示立法形成相關的賠償法規之前，受軍事審判者皆可暫時依照冤獄賠償法請求賠償。

司法院釋字第559號解釋也是一例。本號解釋討論的是家庭暴力防治法的保護令強制執程序，對警察機關執行非金錢給付的保護令處理程序、方法都沒有規定，僅以同法第52條概括授權，基於人身自由的保障，大法官認為在此存在立法不作為，應該將具體情形由法律或法律明確授權的命令定之，有關機關應儘速修法。在修法完成之前，警察機關執行保護令得準用行政執行法相關的程序，採適當的方法執行。大法官在此指示了過渡期間的做法，扮演補充立法者的角色。

16 *Id.* at 302-03.

從上面這幾個例子都可以看出，大法官一方面尊重立法重新形塑制度的自由空間；一方面藉由過渡措施，在修法期間拘束各機關循其指示的管道，填補人權保障的空缺，這無疑充分展現了補充立法者的定位特徵。

三、剛性替代立法者

第三種類型是最為積極的剛性替代立法者，其中，憲法法院可能直接取代立法者進行決定；也可能訂下期限，立法者未履行義務後才取代立法；前者的積極程度又比後者更高。以下先說憲法法院直接取代的案例。

（一）憲法法院直接取代立法者

1. 美國

首先，美國聯邦最高法院在處理有關人權的立法不作為時，基於衡平法院的權限，經常使用由法院發出禁制令（*injunction*）這樣的手段來進行填補，裁定要求被告方做某事或禁止其做某事。這些所謂的強制性補救辦法，對於保護憲法上的權利相當有效，大致上有二類：一種稱為預防性的禁制令，它的目的是透過禁止某一方的特定行為避免未來傷害的發生；另一種則是結構性的禁制令（*structural injunction*），它的發展可以從大家所熟知的1955年第二次布朗案談起¹⁷。最高法院認為，由於違憲的種族隔離學校制度，當事人正面臨著得否基於不歧視原則而進入公共學校的危急時刻，最高法院需考量如何系統性地消除造成歧視的各種障礙。因此最高法院要求下級法院採取行動，藉由禁制令來監督相關機關廢除種族隔離學校制度的政策與實踐，以防止歧視¹⁸。

¹⁷ Brewer-Carías, *supra* note 6, at 139-40.

¹⁸ Laurence Claus & Richard S. Kay, *United States of America, in* CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 815, 833-34 (Allan R. Brewer-Carías ed., 2011).

第二次布朗案的重大意義在於，法院明確表示這不只是個案的特殊救濟，而是為了走向一個免於種族歧視的公共教育體系，因此使用禁制令來重新形塑全國的教育制度¹⁹。最高法院也並未止步於布朗案，後來仍反覆透過判決調整制度，譬如1968年 *Green v. County School Board of New Kent County* 案中，最高法院指出相關機關的義務不只限於終止隔離措施，還要進一步採取各種積極行動矯正過往措施造成的歧視遺緒，且必須持續受到下級法院監督²⁰。也因而在1971年的 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 案中，地區法院對相關機關詳細要求諸多消除隔離的措施，得到了最高法院的支持²¹。

我們可以觀察到，面對急迫的消除歧視誡命，美國法院對於立法不作為時的處理模式，其實包括了透過禁制令的頒布，調整特定個案或是整個制度，這種救濟模式已然模糊了裁判與立法之間的界線，法院可以說是扮演了某種立法者的角色來積極的保障人權。這反映了涉及人權保障時，若法院扮演「積極立法者」的角色，則有機會直接、即時的開始向未來阻止人權的侵害，甚至更進一步，更大範圍地調整結構性的制度問題。在決定這些衡平救濟手段以保護人權時，美國最高法院可謂創造了「司法立法」的模式。

2. 印度

又以印度的例子而言，印度曾有關於校園霸凌的重要案例可資參考。2001年，印度最高法院依據憲法第32條與第142條，在一公益訴訟中，基於保障基本權利的立場，宣告立法者對校園霸凌的不作為違憲，並且，提出了數條指導原則，不只定義了霸凌，並分析了可能造成霸凌的原因，以及具體遏止霸凌的步驟，更指出了數個

19 *Id.* at 834.

20 *Id.* at 835-36.

21 *Id.* at 836.

教育機構可以採取的處罰模式，也可以說是相當積極²²。

而因為霸凌持續的在媒體中出現，2006年印度最高法院更積極地進入遏止霸凌的戰局，直接指定了一個委員會來建議教育機構處理霸凌的措施。於2007年，最高法院更直接建議了幾項推薦的處理措施。2009年的另一個案件中，最高法院指出所有政府及大學應該依照委員會頒布的指導原則行事，並以憲法第32條作為最高法院執行這項權力的基礎，即將遏制霸凌視為保護人權的手段²³。

3. 委內瑞拉

再舉一個發生在委內瑞拉，由憲法法院直接取代立法者作成非規範性決定（non-normative act）的案例。根據委國憲法規定，國家選舉委員會成員的任命，經一套繁複的公民參與程序後，須獲得國會3分之2特別多數通過。2004年，新的國家選舉委員會有待任命，在完成法定程序幾乎所有的步驟後，只因執政黨拒絕與反對黨妥協，未能獲得國會3分之2多數支持，在僵局下，國家選舉委員會委員遲遲未能完成任命。某位該國公民認為國會的不作為違憲，乃向憲法法院提起訴訟，請求憲法法庭判令國會履行其憲法職責。最後，儘管任命權依照憲法應該由國會獨享，憲法法庭卻逕行取代國會，直接由自己任命選委會的成員²⁴。憲法法院此舉明顯是「竄奪」了國會的專屬權力。

以上是憲法法院直接取代立法者做成決定的三個國家的案例。接著我們來看一些定期限給立法者，期限過後便適用憲法法院所指示的措施的例子。

22 Brewer-Carías, *supra* note 6, at 138-39.

23 *Id.*

24 *Id.* at 131-32.

(二) 憲法法院定期取代立法者

1. 德國

德國聯邦憲法法院曾在有關立法者未給予非婚生子女平等保護的憲法訴願案件，告誡國會應該於一定期限內立法。憲法法院在1969年1月29日的非婚生子女案指出，基本法第6條第5項確立了法律必須確保非婚生子女擁有婚生子女相等的保護，包括身體、心理以及社會發展。民法第1712條未充分考慮憲法規範，立法者應於國會第五屆任期結束之前，也就是同年的8月19日，根據憲法意旨制定相關法律，提供非婚生子女平等的保護²⁵。

立法者如未於國會第五屆任期結束前，履行基本法第6條第5項課予其之立法義務，修正民法對非婚生子女不平等規定，則根據憲法意旨，在盡可能範圍內應由法院判決實踐憲法要求。在此範圍內，憲法對與之牴觸之法律規定有毀損效力（*derogierende Kraft*）²⁶。憲法法院也提及，就憲法第6條第5項的憲法委託，只要立法者未於一定適當期限內履行，該憲法委託就可以且必須由法院直接來實踐²⁷。總之，德國聯邦憲法法院在本案面對關涉基本權的立法不作為，先以告誡國會的方式要其在一定期限內實踐憲法第6條第5項的憲法委託，倘限期未能完成，即直接以憲法法院宣示的意旨替代立法者的決定。

2. 南非

再來看南非。南非憲法法院在2005年作成同婚判決²⁸時，認為

25 BVerfGE 25, 167 (167 ff.).

26 BVerfGE 25, 167 (167).

27 BVerfGE 25, 167 (188).

28 Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] (South Africa), SAFLII (1 Dec. 2005), <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZACC/2005/19.html>.

當時的法律排除了使同性結婚的可能性，違反南非憲法第9條第1項的平等權保障，以及第3項禁止性傾向歧視的條款，因此，立法機關應該在一年內修正相關法律，以保障同性之婚姻權；並且，憲法法院指出，如果期限內未完成立法，當一年屆至時，憲法法院的判決則對婚姻法產生自動增補的效果，相同性別二人就可依增補之條文，逕行向戶政機關登記結婚²⁹。

在此，為了確保同志伴侶的婚姻受到法律保障，依憲法不受歧視、平等地享有結婚的權利，南非憲法法院也扮演了剛性替代立法者的角色，設定期限並積極出手。

3. 臺灣

以上，可以看到比較法上有若干案例，在關涉人權的時候，由憲法法院更積極的進行制度的形塑，替代立法者彌補立法不作為形成的缺漏。我們臺灣也有類似的案例。

比較近期的例子，如司法院釋字第747號解釋。該號解釋涉及土地所有權人因公路穿越地下，逾越其社會責任所應忍受範圍時，得否請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權的問題。大法官認為，土地徵收條例未就土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權有所規定，與憲法保障人民財產權的意旨不符，相關機關應自解釋公布之日起一年內，基於本號解釋之意旨，修正土地徵收條例妥為規定。並且也指出，如果逾期未完成修法，土地所有權人得依本解釋意旨，請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權。

²⁹ 張宏誠，同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探——南非憲法法院Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another一案判決之借鏡，月旦法學雜誌，224期，頁65-70（2014年）。

緊接著是司法院釋字第748號解釋。該號解釋的主題不僅是今日研討會其中一個場次的主題，也是觀察憲法法院作為積極立法者的一號重要解釋。大法官在這號解釋指出，「民法第4編親屬第2章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第22條保障人民婚姻自由及第7條保障人民平等權之意旨有違」，也就是說，民法關於婚姻的規定存在對同性別二人的不作為，與憲法保障的意旨不符，進而，大法官指示了兩年的期間修法，期間過後，如果立法者遲未修法，憲法法院即以補充立法者的地位，規範了應如何適用法律，也就是相同性別二人得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。這種作法可以說和南非憲法法院有類似之處，不過給予立法者的期限更長了些。

觀察司法院釋字第747號和第748號解釋，可以發現大法官採取了一種相同的模式，指出立法不足的不作為違憲，限期要立法者改進，若未於期限內立法，則以大法官所決定的合憲秩序直接替代立法缺漏。從「立法」這一職責來觀察，大法官首先保留給立法者，但在大法官認定憲法所容許的時間內，立法者若沒有進一步的修正，大法官即扮演了替代的角色，替代立法者填補缺漏，避免立法不作為造成的人權侵害繼續發生。

（三）合憲性解釋作為剛性替代立法者？

值得注意的是，憲法法院常用的「合憲性解釋」，與剛性替代立法者有一定程度雷同。合憲性解釋指根據憲法意旨，透過限縮某既存法律的語意內涵³⁰，使原本不夠明確的法律得以落在合憲的範圍內。在法律規範有解釋空間，而立法者所持原始規範意旨不明時，這種合憲性解釋即不無可能是司法者代替立法者，決定了法律

30 See Po Jen Yap, *Constitutional Remedies in Asia: An Overview*, in CONSTITUTIONAL REMEDIES IN ASIA 1, 6-7 (Po Jen Yap ed., 2019).

的規範內涵³¹；再者，它具有拘束全國各機關的效力，因此並非軟性的替代；它也不像補充立法者，只是一種暫時性的措施。因此，在某意義上，合憲解釋也是一種剛性替代立法者。

然而另一方面，典型的剛性替代立法者是「無中生有」，經由司法造法創造出新的規範；合憲性解釋的運用，則在尊重既有法律規範存在的前提下，透過剔除部分解釋可能性，根據憲法意旨，賦予其一定的規範意涵，進而維繫了原有規範的合憲性。在介入規範形塑的程度上，兩者並不相同，對立法者的尊重程度也有甚大差異，因此，僅能將合憲性解釋看作剛性替代立法者的一種變體。

例如在德國，1995年的第二次靜坐示威案，靜坐示威構不構成刑法第240條第1項的「強制」？憲法法院認為原審法院對刑法強制定罪的「暴力」概念採取廣義的解釋，已經牴觸了基本法第103條第2項，刑法類推解釋之禁止，應該採狹義的暴力概念，僅限於物理上的強制，而不包括對心理與精神決定造成的影響，以符合法律明確性原則³²。這可謂是一個重大的「法律規範內涵」調整，但法律本身依舊存在，憲法法院做的只是經由法律解釋，調整法律的內涵。

在臺灣，大法官同樣也有若干類似的合憲性解釋運用案例。以涉及強制道歉是否過度限制人民不表意自由之憲法爭議的司法院釋字第656號解釋為例³³。由於系爭規定民法第195條第1項後段中所

31 吳庚，憲法的解釋與適用，修訂3版，頁585-588（2004年）。關於「合憲性解釋」與「憲法取向之解釋」的區分，參見黃舒芃，若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保障抑或障礙？——評司法院釋字第748號解釋，輔仁法學，55期，頁16（2018年）。

32 BVerfGE 92, 1 (1 ff.); see also Ines Härtel, *Germany*, in CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY 497, 517 (Allan R. Brewer-Carías ed., 2011).

33 See Jiunn-rong Yeh, *Court-ordered Apology: The Function of Courts in the Construction of Society, Culture and the Law*, in THE FUNCTIONAL TRANSFORMATION OF COURTS: TAIWAN AND KOREA IN COMPARISON 21, 28-35 (Jiunn-rong Yeh ed., 2015).

稱的「回復名譽之適當處分」，作法上有許多可能，強制道歉僅為其中之一。大法官因此並無意宣告整個條文違憲，而是從不表意自由與名譽權保障應符合比例原則的前提出發，試圖權衡兩相衝突的法益；從而認為系爭規定在解釋上，強制道歉只要嚴格限縮在補充性地位，並排除某些可能損及人性尊嚴的情況，譬如要求道歉人自我羞辱等等，即可以免於違憲的命運。

上述案例，如同德國的靜坐示威案，大法官藉由合憲性解釋的方式，某種程度上限縮了既有法律的解釋空間，並因此修補、調整其中存在的違憲瑕疵，扮演了類似於替代立法者的角色。

最後，如果補充前述表格，可以看到的是，合憲性解釋在各參數上，確實比較接近剛性替代立法者。

表2 積極立法與合憲性解釋

	指示規範內容	拘束各機關效力	非暫時措施
軟性替代立法者	✓	✗	✗
補充立法者	✓	✓	✗
剛性替代立法者	✓	✓	✓
合憲性解釋	✓	✓	✓

資料來源：作者製表。

參、權力分立之評價

以上介紹了憲法法院扮演積極立法者的諸多型態。而重要、值得進一步探究的，便是如何從權力分立的角度探討、評價這樣的趨勢。接下來，我們分層次來進行簡單的探討。第一點，我們需要討論影響憲法法院積極與否的因素。

一、影響憲法法院積極與否的因素

究竟是什麼樣的因素影響憲法法院的作為積極與否呢？以下我簡單提出幾點可能的影響因素，包括憲法法院型態、是否有關人權等等，分別討論。

（一）憲法法院型態³⁴

首先是憲法法院的型態，儘管抽象集中制與具體分散制兩種典型制度實踐至今日，在許多國家的發展都已更加複雜、模糊，但我們還是嘗試大略的從兩種典型制度的一些核心要素，初步觀察憲法法院的型態如何影響其是否成為積極立法者。

傳統上的抽象集中制，由於憲法法院針對抽象規範合憲與否的決定具備對世效力，所以其對憲法爭議所表示的見解得以普遍拘束各個國家機關；而具體分散制度下的法院，因為從事個案紛爭解決，僅附帶審查相關的法律規範，所以法院決定往往僅有個案效力；但實際上，因為判決先例拘束原則或對最高法院的尊重，透過各級法院拒絕適用被認定違憲的規範，也可以產生類似於對世效力的效果³⁵。

由於兩種典型制度的基本設計不同，可能會影響司法者發展出不同的方式應對立法不作為。面對立法不作為，司法者必須進行的是制度、規範缺漏的積極填補工作。以抽象集中制為例，雖然在面對立法不作為時，憲法法院基於各種因素考量，未必選擇宣告有拘束力之措施。但一旦宣告諸如過渡措施，或定期後替代立法等有拘束力之措施，由於憲法法院的裁判具對世效力，因此其指示的做法

³⁴ See Andrew Hardin, Peter Leyland & Tania Groppi, *Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective*, in CONSTITUTIONAL COURTS: A COMPARATIVE STUDY 1, 1-30 (Andrew Hardin & Peter Leyland eds., 2009).

³⁵ Brewer-Carías, *supra* note 5, at 13-16.

對全國各機關有拘束力，甚少受到挑戰，從而可能支撐法院扮演更積極的角色。

相對而言，具體分散制度的下的法院，因判決僅具個案效力，似乎較缺少扮演積極立法者的誘因。但事實卻不是如此：看到前面所引的印度例子，縱使是具體分散審查制，因為該國憲法第32條明確規定，最高法院在落實基本權保障有需要時，得發布原則或指令³⁶。再看美國最高法院在處理有關人權的立法不作為時，基於衡平法院的權限，也可以使用禁制令來填補立法空缺；以消除公立學校中的種族隔離為例，法院為此頒布各種禁制令，實質上也在重新架構美國整體的教育制度。

總而言之，面對立法不作為時，儘管抽象集中審查制似乎較有利於支撐法院扮演積極立法者；但具體分散審查制下的各國法院，無論因憲法明定或固有權限，仍可能挖掘出不同的機制填補立法缺漏，甚至成為剛性替代立法者。從而憲法法院是否可能扮演積極立法者，扮演何種程度的積極立法者，憲法法院的型態縱使有影響，似乎也並非關鍵性、決定性的因素。

（二）有關或無關人權？

接著是有關或無關人權的考量。是否有關人權的案件大法官就會比較積極，而急迫、強勢的介入，直接調整制度、積極設想過渡期的填補等？就前面所舉的比較法案例觀之，絕多數都跟人權有關，故答案似乎是肯定的。確實，案件中受影響的人權種類及侵害程度，通常會影響憲法法院的判斷。但另一方面，至少從委內瑞拉的國家選舉委員會委員任命案，可知即使沒有直接涉及人權的制度上不作為，憲法法院也沒有趨於消極；可見是否關涉人權固然重

³⁶ CONSTITUTE, https://www.constituteproject.org/constitution/India_2016?lang=en (last visited Dec. 5, 2017).

要，但仍須綜合考量其他因素才能決定憲法法院擬取的態度。

（三）事物領域

下一個因素是事物領域，理論上，許多被認為有較大立法形成空間的領域，大法官所給予的指示或許也會較為抽象，不過這樣的想法可能需要未來更多案例來驗證，如涉及財產權保障的我國司法院釋字第747號解釋恐怕就和這種想法不符，該案中，大法官也是頗為積極，宣告了限期未修法後應適用的效果。只是，影響解釋的因素太多，事物領域也只是其中一項參數。

不過，值得注意的是，涉及平等權的時候，尤其是關於少數的保護，憲法法院似乎樂意較積極介入，例如德國的非婚生子女案、南非和我國的同婚案、美國的布朗案等。

（四）憲法義務的明確程度？憲法規範上價值決定的明確程度？

再者，是憲法義務的明確程度、憲法規範上價值決定的明確程度，這點也是可能影響憲法法院是否積極介入的因素。如果某一立法不作為是顯而易見的缺失，且憲法已經明確指示合適的做法，或若是欠缺該立法作為，憲法的要求顯然沒有落實的可能。此時大法官可能會願意依照憲法意旨，積極宣告立法不作為違憲，並指示具體的做法。

（五）比較法影響

另外，值得一提的是，有研究指出，在國際化的趨勢下，許多國家憲法法院的判斷也經常地考量比較法的類似案例³⁷，在相同事物上，如果他國已經做成了值得參考的決定，從決定的方向、到具

³⁷ See generally TANIA GROPPi & MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU EDS., THE USE OF FOREIGN PRECEDENTS BY CONSTITUTIONAL JUDGES (2013).

體的措施，都可能參考，某程度上憲法法院也是從比較法案例中「得到了勇氣」而扮演積極立法者。

以上粗淺的提了幾個可能影響憲法法院是否扮演積極立法者的重要因素，但正如許多關於司法政治的研究相當關心的，憲法法院的決策過程現實上是由各式各樣的變因影響而成，因此以上討論這些要素可以作為重要參考、但也並非絕對。

二、憲法法院扮演積極立法者的必要性？

在當代憲法法院扮演積極立法者的趨勢之下，底下進一步討論扮演積極立法者角色的必要性是否存在。

首先，傳統的憲法法院與立法者的互動模式當中，有許多情形，憲法法院對案件宣告其決定之後，後續往往還需要立法者的配合，方能貫徹、落實解釋效力。但立法者有可能制定出不符解釋意旨、不理想的法律；甚至完全無視憲法法院的要求。特別是，當憲法規範意旨的落實，必須透過立法者履行義務，形成一定組織制度時；若立法者不作為，對整體憲政秩序的運作造成的傷害將更大，從而必須透過某些機制督促立法者履行義務。

具體來說，這類特別需要制度形成方能落實的憲法意旨，約略有三類：第一種有關國家權力的行使，如果欠缺特定國家組織的組成，可能會使該國家權力無法正常運作。第二種則涉及必須倚靠國家形成制度，才能落實的權利；剛才提到的各國案例，多半是訴訟權、財產權、或人身自由的程序保障等等，這些都相當仰賴國家形成一定的組織與程序，建構制度後才有充分實現的可能³⁸。第三種則是隨著當代憲法的任務擴張，調整事實上不平等以及社會的權力

³⁸ 許宗力，基本權的功能與司法審查，收於：憲法與法治國行政，2版，頁196-201（2007年）。

關係，也已經是憲法的重要關懷³⁹；因此憲法法院往往基於平等權或社會國原則，要求國家型塑制度，積極介入市民社會⁴⁰。

以上這三種類型，都可以看出當立法不作為時，國家組織、人權保障的制度缺漏，對憲法秩序的維持、人權的保障都造成急迫的威脅；從而，憲法法院在此際扮演積極立法者的角色，對於填補制度空缺，以及督促立法權履行義務，可以說是有其必要性。因為憲法法院可以透過積極指示立法，較有效率的調整違憲狀態，也可避免憲法法院將球丟給立法者，立法者卻漏接的情形；這也對於遭受不平等對待之少數的保障，尤其是立法機關基於選票考量，不一定有辦法通過提供少數平等、適足保障之立法的情形，能產生較佳的效果。

所以憲法法院要處理立法不作為，勢必會變得積極，差別只在程度問題。而當立法義務的履行是實現憲法要求所不可或缺時，在一定的要件限制下，司法者積極指示立法，不僅不是侵奪立法的固有權限，反而是協助立法權履行憲法義務。

39 相關討論如林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1307（2016年）；黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第649號解釋為例，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁355-358（2013年）（以下簡稱：黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限）；黃舒芃，社會權在我國憲法中的保障，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁107-132（2009年）；黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第649號解釋談起，收於：范光群教授七秩華誕祝壽文集編輯委員會編，程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁43-58（2009年）；陳愛娥，自由——平等——博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用，臺大法學論叢，26卷2期，頁125-128（1997年）。

40 憲法法院藉由平等權或社會國要求介入要求政治部門之相關案例整理，參見許宗力，大法官解釋與社會正義之實踐，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1367-1394、1407-1414（2016年）。See also MALCOLM LANGFORD, CÉSAR RODRÍGUEZ-GARAVITO & JULIETA ROSSI EDS., SOCIAL RIGHTS JUDGMENTS AND THE POLITICS OF COMPLIANCE (2017).

以我國大法官認定罰娼不罰嫖違反平等原則的司法院釋字第666號解釋為例，大法官最後宣告定期失效，自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。但儘管當時的解釋文或意見書可以看出娼嫖皆罰並非大法官所希望的選項，後續立法者在修正社會秩序維護法時，仍然某程度選擇了娼嫖皆罰，與大法官的意旨有所出入，違憲宣告成為蒼白而無力的吶喊⁴¹。雖然這個案例基本上並非針對立法不作為，但我們可以看出，後續立法者的立法如果不符釋憲本旨，就可能出現這種憲法意旨仍然不能貫徹的情況。尤其，在涉及少數基本權保障的時刻，立法機關可能礙於各種因素無法達成人權保障，憲法法院或許能在此時補充其功能。

當然，儘管憲法法院作為積極立法者有其必要性，仍然需要考慮的是，憲法法院的制度功能終究是在解釋、適用憲法，對規範進行合憲性控制，以維繫憲法最高性。而憲法法院抗多數決的困境當然存在⁴²，尤其立法本身是透過許多民主程序控制的，由憲法法院扮演積極立法者時，可以說是繞過了這些民主程序，直接達到調整、增加規範的效果。也因此，當憲法法院越過司法者的界線時，似乎沒有清楚的機制可以制衡憲法法院的積極。所以，重要的便是憲法法院怎麼做才不會有越界的疑慮。在此，確認了有需求以後，我們需要進一步尋覓的是憲法法院扮演積極立法者的正當性基礎，或也可以說，扮演積極立法者的界限。

三、憲法法院扮演積極立法者的正當性基礎

從以上的討論可以看出，一方面，憲法法院本即有權，也應該持續控制其他國家機關活動，使其落於合憲框架之內；另一方面，

41 司法院釋字第666號解釋做成後之後續效應，相關討論參見吳佳樺，難以置信的真相——論釋字第666號解釋與社會變遷，臺北大學法學論叢，84期，頁144-168（2012年）。

42 參見黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討，臺大法學論叢，32卷6期，頁109-134（2003年）。

既然憲法授權立法者形成法規範，並在此過程中匯聚、折衝多元民意，憲法法院就要避免僭越立法權透過議會程序整合民意的主導地位。從這兩個面向的權衡當中，便能初步釐清憲法法院作為積極立法者在權力分立上的正當性基礎⁴³。

初步來看，立法不作為反映出一個事實，亦即既有的法規範體系中忽略了某些人、群體的權益；或是特定價值、意見。從而，司法權得以積極介入的破口，便是當這種權益、價值的忽略，已經不僅僅是民主政治中一般政策理念競逐之下的優勝劣敗，而是更涉及到憲法授權給立法者型塑特定制度之際，要求立法者不得恣意忽略的利益或價值⁴⁴。因此，若發生這種情況，憲法法院便有發動合憲性控制的必要。

至於被忽略者的權益是否落於這類憲法要求的範疇之中，則必須透過司法者解釋憲法，認定系爭基本權利的種類、受侵害的程度、急迫性；以及相關憲法規範中的要求及價值決定，是否得以明確論證出法規範不得將這些要求及基本權利保障排除在制度之外，才能獲得解答。

這一方面旨在協助立法者釐清其憲法義務的具體內涵，而非代替其決定何種價值、利益應在法規範中加以考量；另一方面，也因為司法者必須從憲法中演繹出相關要求，而能保有合憲性控制的客觀性及受拘束性，而非恣意取代立法者的地位。

再者，司法者必須謹守其享有的受理權限，譬如必須存在明確的憲法爭議，而必須由憲法法院予以解釋；也必須被動地等待權利受侵害者或國家機關的個案聲請，才能發動權限。這方能避免司法

43 有關憲法層次正當性概念之討論，參考Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787, 1813-41 (2005).

44 類似見解，參見黃舒芃，立法者對社會福利政策的形成自由及其界限（註39），頁358。

者在立法機關尚有可能矯正不作為的憲法瑕疵之前，就僭越其權限過早介入，而違反權力分立。

從而面對個案時，憲法法院在宣告方式與效力的選擇上，必須斟酌立法不作為的態樣是否涉及何種基本權利的實現？若立法缺漏，對基本權利實現的影響程度及急迫性有多高？涉及何種事物領域？以及相關的憲法規範課與什麼憲法要求？應該由誰履行？要求內涵有多明確？最後藉此決定是否扮演積極立法者，以及要扮演補充立法者、或是軟性、剛性替代立法者。

值得注意的是，在討論必要性時，提到有三種特別需要規範形成方能落實的憲法意旨，從這個角度我們也可以初步地將有必要發動積極立法者的類型、範圍畫出來，至於這些類型以外，若恣意發動就會有比較高的違憲疑慮。

從以上各種因素的拿捏權衡，便可能一方面使憲法法院謹守權限分際，一方面又能扮演積極立法者，矯正立法不作為下的憲法瑕疵，從而使司法權合於憲法上權力分立的要求。

四、各類型權力分立之評價

繼而，我們可以簡要的討論三個類型的積極立法者在權力分立上的評價。

（一）軟性替代立法者

首先是軟性替代立法者，此時，憲法法院僅有指示修法的方向，但不具備強制力，修法的具體狀況仍然掌握在立法者手中，也就是說，立法者仍存在相當之自主空間。所以，甚至在案件不涉及急迫的制度形成要求時，若憲法法院認為宣告系爭規定失效並不足夠，而希望依照憲法意旨，提醒立法者理想的修法方向，基本上都

還算是憲法法院基於職責，對合憲秩序做出闡釋，大致上應無侵害立法權的問題。

（二）補充立法者

再者，補充立法者基本上也無違憲疑慮。補充立法者只有做過渡期間的暫時性措施指示，可以明確看到的是，憲法法院並沒有終局地替代立法者的意圖，僅是一個在「空窗期」協助立法者填補當前立法缺漏、調整目前違憲情形，以免侵害繼續發生的作法。由於立法程序設計通常需要較長的時間，在留予立法者反應時間的同時，由憲法法院進行補充的動作，基本上並沒有侵害到立法者的法律議決權，因此也較無遭受違憲評價的可能。

（三）剛性替代立法者

第三種類型，剛性替代立法者和立法權之間，則存在一定緊張關係。面對個案時，需要以前述關於正當性的各項討論，仔細檢視案件各項要素，是否足以支撐憲法法院如此積極的介入，而不致侵害立法者的法律議決權。這個標準基本上並不是定於一尊，而可能基於各個參數在各個案件的不同有所變動。例如設定的期限過後，基於制度建構的強烈急迫性，避免少數的保障遲遲無法透過立法程序完成，而直接由憲法法院的指示成為替代的措施。

這也因各法院本身的權限有異，例如美國法院可以即刻地頒發禁制令，某程度地替代立法者，這當然會影響是否要設定期限的判斷。在臺灣憲政體制下，針對立法不作為，如果大法官直接指示即刻實施、並非過渡措施的法規範，即便在某些極端個案不排除可能有必要性；但是否能符合其享有的憲法權限，在正當性基礎上就頗有疑慮。

在此也可以看出，如果法院始終扮演的是備位性的角色，權力分立上的疑慮就會降低。也就是說，憲法法院不是當「第一線」，

而是一個救火隊的角色，僅是在立法遲遲不進行闕漏填補的事實發生後，才遞補上來，介入滿足急迫的憲政需求；而未來一旦立法者立法完成，憲法法院指定的措施自然會退位。具體來看，憲法法院的備位性需要遵守兩個限制：第一，設有立法期限，對立法者儘速優先立法的權限予以尊重，第二，就算延遲立法，如果後來立法完成，就以立法者的立法為準，而不必再適用憲法法院的措施，也就是立法優先，憲法法院退位。當滿足這兩點時，可以認為憲法法院只是基於擔心憲政秩序的空窗而介入，並非有意終局地取代立法者，即使期限屆至，立法者在任何時間點願意行使其權限，憲法法院就會退讓。因為憲法法院只是在立法權隱而不發時，暫時遞補，所以並非真正侵奪立法權，應該能通過權力分立原則的檢驗。

舉例而言，南非2005年的同婚案，設定了一年的期限，以及期限過後若立法者仍未立法的措施，憲法法院扮演的是備位的角色，仍然是由立法者優先立法。臺灣司法院釋字第748號解釋的狀況也類似，大法官指示立法的兩年期限，並且指定期限過後，若立法者仍遲遲沒有完成立法方加以遞補。基本上，立法權限都還是保留在立法者手中，僅是大法官意識到少數保障的急迫性，並為了避免不平等的違憲狀況拖過可容許的期限持續存在，指定了一定的措施。憲法法院仍是備位角色，僅是表明了憲法的意旨，期待並督促立法者儘速完成立法不作為的填補，履行其憲法義務。

大法官也在司法院釋字第747號解釋中積極扮演剛性替代立法者，要求立法者在一年內修法使土地所有權人有權申請徵收地上權，否則一年後將直接適用解釋意旨。乍看之下，大法官似乎罕見地在經濟領域積極介入，違反一般認為立法者對財產權內涵有一定自由形成空間的觀點。但若仔細深究，本案的核心爭議是財產的徵收補償，由於徵收造成特定人民蒙受特別犧牲，必須提供補償才能衡平不成比例的財產損失。大法官因此在諸多案例中認為，國家不僅有義務提供合理相當的補償，更重要的是，必須要迅速提供補

償⁴⁵；因此，迅速補償義務已經成為財產徵收時，立法者必須履行的明確憲法要求。然而，透過系爭的原因案件可以發現，這種必須盡速履行的補償義務，卻因為立法的缺漏而拖了足足二十餘年。由於蒙受特別犧牲的土地所有權人，早該獲得應有的及時補償；儘管這項補償需透過法律形成管道，因此仍設下一年的修法期限；但若超過一年，有鑒於土地所有權人受財產侵害的急迫性，大法官因而決定備位取代立法者，提供救濟管道。從這個例子更加可以看出，當立法者未能滿足急迫的憲法要求時，在諸多要素考量下，即便是社會經濟相關的事物領域，大法官有時也可能及時介入，以儘速填補立法不作為，備位地保障人權，此舉應不至於踩到憲政紅線。

更進一步來說，期限的設定其實反映著違憲狀態存在著一定的危險、急迫性，所以在尊重立法者之餘，也不能放任立法者持續拖延立法義務的履行。因此，仍不能排除存在著極端例外的狀況，譬如當基本權的侵害已重大急迫，非即刻透過一定機制採取行動，否則基本權將遭受難以回復的重大損害，但行政、立法卻毫無作為、客觀上顯無法因應此迫切需求時；此際，憲法法院仍可能需要即刻填補規範的空缺，扮演不設期限的剛性替代立法者，以避免造成無可挽回的重大基本權侵害。但再次強調，除非我國憲法有如印度憲法般明確賦予憲法法院權限，否則這種並未給與立法者緩衝空間的最高強度替代，僅限於極端例外的情況，且憲法法院仍應在立法作為後隨之退位，以符權力分立要求。

因此相對之下，如果是終局取代立法者，那就顯然有違憲的疑慮了。前面談及委內瑞拉的憲法法院，直接決定了國家選舉委員會的成員，等於是完全侵奪了立法者的權限，並且也看不出是所謂「備位」，而是直接真正、終局地取代了立法者行使其人事決定權，

45 如司法院釋字第400、516、579、652、731號解釋。

這種狀況，就顯然是憲法法院的「越位」，跨過了合憲的積極立法者的紅線，引發違憲疑慮。

最後，前面提到合憲性解釋可以作為剛性替代立法者的一種變體，因此在特定情況下，合憲性解釋也可能招致高度的違憲疑慮。以我國司法院釋字第585號解釋為例，大法官為了爭取合憲性解釋的最大空間，不顧真調會條例已明顯可辨的立法意圖及價值決定，也就是立法者明顯將真調會視為一種行政調查權，卻將其翻轉為立法調查權。大法官在此雖然扮演了修補立法瑕疵、維持法安定性的「替代立法者」，但既然違背了立法者從法律本身明顯表示的意思，憲法法院便可能因而僭越立法者的權限，踩到了積極立法者的紅線，因而有高度違憲疑慮。

總之，剛性替代立法者在權力分立的評價上，除了權限上本有允許，其他情況中，若憲法法院對立法者仍有相當的尊重，居於備位角色，我認為應仍屬合憲，重點在於如何細膩地抓出個案中不得跨越的紅線，在堅守憲法價值以及國家權力之間的合作與尊重找到平衡。

肆、總結與展望

以上，簡單向大家介紹了憲法法院作為積極立法者在比較法上的概要情況、以及個人對於其在權力分立上的看法，期待可以拋磚引玉，引起一些後續研究的漣漪。

當代諸多國家的憲法法院出現了一些積極扮演立法者的案例，在立法不作為的情形，憲法法院要如何在勇於承擔捍衛憲法的職責，並確實保障人民權利的同時，兼顧權力分立的分際，確實不是一件容易的事，尤其在一些社會重大關注、但尚有爭議的議題上，

要如何確認介入的時機、介入的方式以及介入的明確程度，以確保憲法意旨受到制度落實，在在考驗著各國憲法法院的智慧與勇氣。臺灣歷來的大法官在面臨諸多有關立法者不作為之際，也作出許多號解釋，相信未來的挑戰並不會減少，而憲法法院如果可以、並且要在適當時機扮演好積極的立法者，仍需要更細緻化的探討，這點相當仰賴實務界與學術界持續而深入的對話，而這也是今天在這場盛會與大家討論這個主題令我感到意義非凡的原因之一。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳佳樺（2012），難以置信的真相——論釋字第666號解釋與社會變遷，臺北大學法學論叢，84期，頁71-183。
- 吳庚（2004），憲法的解釋與適用，修訂3版，臺北：自版。
- 吳煜宗（2009），立法不作為的憲法訟爭性——自由民主之憲政秩序與釋字第632號解釋，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務（六）（下冊），頁661-692，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 李惠宗（2007），憲法機關忠誠與立法不作為的違憲性——大法官釋字第632號解釋評析，月旦法學雜誌，151期，頁156-168。
- 林明昕（2016），基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1305-1358。
- 張宏誠（2014），同性伴侶以司法途徑主張婚姻平等保障之可能性初探——南非憲法法院Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another一案判決之借鏡，月旦法學雜誌，224期，頁57-92。
- 許宗力（2007），基本權的功能與司法審查，收於：憲法與法治國行政，2版，頁181-206，臺北：元照。
- （2007），淺談立法怠惰，收於：憲法與法治國行政，2版，頁521-528，臺北：元照。
- （2016），大法官解釋與社會正義之實踐，臺大法學論叢，45卷特刊，頁1359-1421。
- 陳愛娥（1997），自由——平等——博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用，臺大法學論叢，26卷2期，頁121-141。

- (2001), 立法怠惰與司法審查, 憲政時代, 26卷3期, 頁43-74。
- 陳慈陽 (2001), 立法怠惰與司法審查, 憲政時代, 26卷3期, 頁3-43。
- 黃昭元 (2009), 平等權與自由權競合案件之審查——從釋字第649號解釋談起, 收於: 范光群教授七秩華誕祝壽文集編輯委員會編, 程序正義、人權保障與司法改革——范光群教授七秩華誕祝壽論文集, 頁33-65, 臺北: 元照。
- (2013), 司法違憲審查的正當性爭議——理論基礎與方法論的初步檢討, 臺大法學論叢, 32卷6期, 頁103-151。
- 黃舒芃 (2009), 社會權在我國憲法中的保障, 收於: 民主國家的憲法及其守護者, 頁99-140, 臺北: 元照。
- (2013), 立法者對社會福利政策的形成自由及其界限——以釋字第649號解釋為例, 收於: 框架秩序下的國家權力——公法學術論文集, 頁329-388, 臺北: 自版。
- (2013), 違憲審查中之立法形成空間, 收於: 框架秩序下的國家權力——公法學術論文集, 頁389-412, 臺北: 自版。
- (2018), 若隱若現的立法形成自由: 婚姻自由的保障抑或障礙? ——評司法院釋字第748號解釋, 輔仁法學, 55期, 頁1-48。
- 歐廣南 (2010), 立法裁量與立法不作為之司法審查問題研究——日本學說與實務借鑑, 國會月刊, 38卷3期, 頁6-33。
- 蘇永欽 (2017), 夏蟲語冰錄 (一一五) ——立法不作為的憲法審查, 法令月刊, 68卷8期, 頁148-158。

2. 外文部分

- Brewer-Carías, Allan R. 2011. Judicial Review of Legislation and the Legislator. Pp. 13-40 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-

- Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2011. Constitutional Courts' Interference with the Legislator Regarding Legislative Omissions. Pp. 125-172 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- , ed. 2011. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bustamante, Thomas, and Evanilda de Godoi Bustamante. 2011. Brazil. Pp. 283-314 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- Claus, Laurence, and Richard S. Kay. 2011. United States of America. Pp. 815-842 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- Csink, Lóránt, József Petrétei, and Péter Tilk. 2011. Hungary. Pp. 575-586 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fallon, Richard H. Jr. 2005. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review* 118:1787-1853.
- Groppi, Tania, and Marie-Claire Ponthoreau, eds. 2013. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publishing.
- Guarnieri, Carlo, and Patrizia Pederzoli. 2002. *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. New York, NY: Oxford University Press.
- Hardin, Andrew, Peter Leyland, and Tania Groppi. 2009. Constitutional

- Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective. Pp. 1-30 in *Constitutional Courts: A Comparative Study*, edited by Andrew Hardin and Peter Leyland. London: Wildy, Simmonds & Hill.
- Härtel, Ines. 2011. Germany. Pp. 497-520 in *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, edited by Allan R. Brewer-Carías. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans (1929), *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5, S. 30-84.
- . 1942. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *The Journal of Politics* 4:183-200.
- Langford, Malcolm, César Rodríguez-Garavito, and Julieta Rossi, eds. 2017. *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, Martin, and Alec Stone Sweet. 2002. *On Law, Politics, and Judicialization*. New York, NY: Oxford University Press.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. New York, NY: Oxford University Press.
- Yap, Po Jen. 2019. Constitutional Remedies in Asia: An Overview. Pp. 1-11 in *Constitutional Remedies in Asia*, edited by Po Jen Yap. New York, NY: Routledge.
- Yeh, Jiunn-rong. 2015. Court-ordered Apology: The Function of Courts in the Construction of Society, Culture and the Law. Pp. 21-38 in *The Functional Transformation of Courts: Taiwan and Korea in Comparison*, edited by Jiunn-rong Yeh. Taipei: National Taiwan University Press.

Taiwan Constitutional Court as a Positive Legislator

*Tzong-Li Hsu**

Abstract

Conventional wisdom has long held that constitutional courts are negative legislators when they strike down a law. Yet apex courts today play a more progressive role in shaping the contour of constitutional order. This article analyzes the role of constitutional courts as a positive legislator from two perspectives: the types of judicial remedies — such as judicial directives, binding decisions, and delayed declaration of invalidity — and the modes of judicial lawmaking, including “weak legislators,” “supplementing legislators,” and “strong legislators.” Several factors affect whether, and to what extent, courts may play the role as positive legislators, such as the institutional design of judicial review, the issues under consideration, and comparative constitutional law. None plays a determinative role, however. Finally, this article analyzes the legitimacy of constitutional courts as positive legislators through the prism of separation of powers, suggesting that judicial lawmaking should be justified if courts play merely a secondary role.

KEYWORDS: Taiwan Constitutional Court, separation of powers, judicial lawmaking, positive legislator, conditional constitutionality.

* Justice of the Constitutional Court and President of Judicial Yuan, R.O.C. (Taiwan).