

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論違憲法令之時間效力  
—以將來失效宣告類型的檢討為中心

The Study on the Temporal Effect of Judicial  
Review : Focusing on the Prospective Overruling

廖建瑋

Jian-Wei Liao

指導教授：黃昭元 博士

Advisor: Jau-Yuan Hwang, S. J. D.

中華民國 105 年 8 月

August 2016

## 摘要

經司法違憲審查機關認定違憲的法規範，其時間效力問題的處理大抵有三種模式，分別是溯及失效、立即失效以及將來失效，其中將來失效模式因為容許違憲法秩序繼續存在，對於客觀法秩序一致性及基本權利維護均產生嚴重傷害，在欠缺維護既存法秩序此法安定性的強烈需求下，正當性實有疑義，惟近年來出現於我國違憲審查實務中的頻率卻越趨頻繁，值得深入探究。

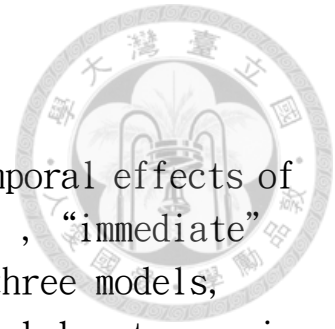
本文首先檢視憲法及大法官審理案件法，自規範層面探討將來失效違憲宣告類型存在的空間；其次再自學理層面分析該類型之優點以及缺點，認為將來失效所能正當運用的空間實極為有限；次之則梳理累積至釋字第732號為止之將來失效宣告類型解釋，分析歸納其特徵，並明確指出適用上值得檢討的問題；再者，則是借鏡他國法制發展，提供我國在此議題更多的思考。

本文認為將來失效違憲宣告類型僅有在極其例外的情形方能適用，在定期失效中則應以比例原則思考，本文並以前述我國大法官解釋以及比較法案例作為基礎，分別在目的正當、手段必要以及損益均衡之層次提出具體案件說明，藉此期能有助於提升司法違憲審查者在違憲法規範時間效力問題上決定的可預測性及正確性。

最後，本文並評析司法院大法官審理案件法修正草案中關於違憲法規範時間效力部分之規定，指出該法倘通過可能將出現「惡法亦法」、違反平等原則，以及不利法官暫停審判聲請釋憲之現象，妥適性容有商榷之必要。

**關鍵字：**司法違憲審查、法規範違憲、定期失效、單純違憲宣告、司法院大法官審理案件法

## Abstract

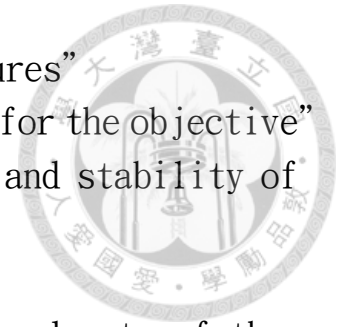


There are three models to deal with the temporal effects of unconstitutional law, namely “retrospective”, “immediate” and “prospective” overruling. Among these three models, prospective overruling permits unconstitutional law to remain their existence in a certain or uncertain period, which can seriously harm the consistency of the legal order and the protection of fundamental rights. In the absence of a strong need to protect the legal certainty, whether the application of prospective overruling can be justified is really questionable. However, the appearance of prospective overruling in Taiwan’s judicial review outcomes has become more common in recent years, and thus worthy of research.

First, this thesis reviews the relevant provisions in the Constitution and the Constitutional Interpretation Procedure Act, and discusses the admissibility of the prospective overruling. In the next chapter, it analyzes the pros and cons of the prospective overruling with various theories, and infers that prospective overruling should be strictly adopted. This thesis subsequently analyzes the interpretations of the Judicial Yuan (J.Y.) that adopted the prospective overruling model, and indicates the characteristics of prospective overruling characteristic and problems on its application. Moreover, for further reflections, this thesis researches with a comparative approach to take a look at how prospective overruling is coped with in other countries.

This thesis argues that prospective overruling can only be used under exceptional circumstances, and the proportionality test should be applied simultaneously. Based on the previous analysis of the J.Y. interpretations and comparative study, this thesis explains by examining specific cases in the levels of

“legitimate objective” , “appropriate measures” and “the effects of the measures proportional for the objective” in the effort of enhancing the predictability and stability of the temporal effects in judicial reviews.



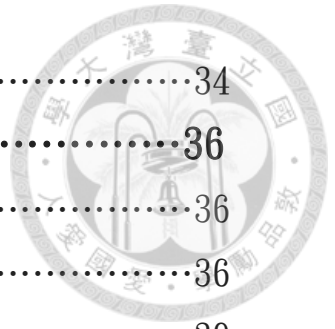
Finally, this thesis reviews the draft amendments of the Constitutional Interpretation Procedure Act concerning the temporal effects of unconstitutional law. It further points out that were these amendments adopted, certain negative consequences might occur, such as “*dura lex, sed lex*” (the phenomenon of unjust law being applied), their contradiction to the principle of equality, and the potential challenges for judges to suspend the trial proceedings and file a petition to the Constitutional Court for interpretation of the Constitution. Hence, this thesis provides some solutions as to resolve these matters.

**Keywords:** judicial review, unconstitutional law, temporal effect, suspended declarations of invalidity, the Constitutional Interpretation Procedure Act



## 詳目

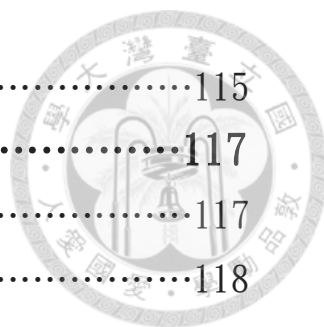
<b>第一章、緒論</b> .....	1
1.1 問題意識.....	1
1.2 研究議題及範圍.....	2
1.3 論文架構.....	4
1.4 文獻回顧.....	5
<b>第二章、違憲法令時間效力之應然、實然及問題爭點</b> .....	11
2.1 規範依據.....	11
2.1.1 憲法.....	11
2.1.1.1 司法違憲審查權.....	11
2.1.1.2 違憲法令無效之誠命.....	13
2.1.2 司法院大法官審理案件法.....	16
2.1.3 小結.....	17
2.2 司法違憲審查實務之運作.....	18
2.2.1 違憲法令時間效力之多元化.....	18
2.2.2 釋字第 419 號解釋理由書之再商榷.....	20
2.3 將來失效類型之問題爭點.....	22
2.3.1 類型定義.....	22
2.3.1.1 定期失效.....	23
2.3.1.2 單純違憲宣告.....	26
2.3.2 正面功能.....	27
2.3.2.1 提升違憲審查功能與維護人權? .....	27
2.3.2.2 避免法律真空.....	28
2.3.2.3 尊重政治部門及給予因應時間.....	29
2.3.2.4 政治上之妥協與策略.....	30
2.3.3 引發問題.....	32
2.3.3.1 憲法優位性與司法權之蕩喪.....	32
2.3.3.2 原因案件無法救濟.....	33



2.3.3.3 非原因案件之處理爭議	34
<b>第三章、定期失效違憲宣告類型之實踐檢討</b>	<b>36</b>
3.1 概況統計	36
3.1.1 使用比率	36
3.1.2 法令性質	39
3.1.3 所涉憲法規範	44
3.1.4 理由	48
3.1.5 失效期限長短	52
3.2 檢討	56
3.2.1 類型本身問題	56
3.2.1.1 理由不當及期限恣意	56
3.2.1.2 對幾無立法形成空間者給予因應期間	58
3.2.1.3 檢討整體制度之必要性與違憲審查標的不當連結	61
3.2.1.4 具體程序之形成需求被用以正當化救濟權之持續剝奪	65
3.2.1.5 裁罰範圍的不當應善用比例原則、裁量權處理	67
3.2.2 遵循情況	71
3.2.2.1 分期觀察	72
3.2.2.1.1 第五屆：未遵期修正者近半	72
3.2.2.1.2 第六屆：遵期修正比率上升惟逾期者之情形亦越趨嚴重	73
3.2.2.1.3 民國 92 年迄今：遵循比率大幅提升惟嚴重逾期者仍存	73
3.2.2.2 整體觀察	75
3.2.2.2.1 期限長短之諭知與修正所需時間欠缺一致性	75
3.2.2.2.2 期限導致政治部門之懈怠	76
3.2.3 定期失效違憲宣告頻繁使用之原因	77
3.2.3.1 法秩序空窗增加？	77



3.2.3.2 交錯任期制度之設計？	79
3.2.3.3 審查模式	80
3.2.4 原因案件及非原因案件之處理爭議	82
3.2.4.1 失效期限屆至前之法秩序問題曖昧不明	83
3.2.4.2 原因案件	84
3.2.4.2.1 因聲請主體而異之主觀權利救濟需求	84
3.2.4.2.2 大法官解釋之立場	86
3.2.4.2.3 司法實務之態度	87
3.2.4.2.4 學界之看法	91
3.2.4.2.5 在釋字第 720 號及第 725 號之後	92
3.2.4.3 非原因案件	97
3.2.4.3.1 大法官解釋之立場	97
3.2.4.3.2 司法實務之態度	99
3.2.4.3.3 學界之看法	101
3.2.4.3.4 評析	102
<b>第四章、單純違憲宣告類型之實踐檢討</b>	<b>104</b>
4.1 概況統計	104
4.1.1 使用比率	104
4.1.2 法令性質	106
4.1.3 所涉憲法規範	106
4.1.4 理由	107
4.2 檢討	107
4.2.1 適用類型分類	107
4.2.1.1 法令已失其效力	108
4.2.1.2 立法之遺漏或怠惰	108
4.2.1.3 法令涵蓋範圍過窄應擴張	110
4.2.1.4 刻意對於效力問題保持曖昧性	112
4.2.2 遵循情況	114



4.3 小結	115
<b>第五章、其他國家制度發展之借鏡</b>	<b>117</b>
5.1 借鏡國家之選擇及分類	117
5.2 抽象及集中式違憲審查國家	118
5.2.1 憲法中有明確規定	118
5.2.1.1 奧地利	118
5.2.1.1.1 法規範基礎	118
5.2.1.1.2 實際適用概況	120
5.2.1.2 法國	121
5.2.1.2.1 規範架構與適用概況	121
5.2.1.2.2 定期失效適用代表案例	124
5.2.1.2.3 檢討	125
5.2.2 法律中有明確規定	126
5.2.2.1 德國	126
5.2.2.1.1 法規範基礎	126
5.2.2.1.2 實務發展及學者之討論	127
5.2.2.1.3 將來失效之適用概況	129
5.2.2.1.3.1 「未符合憲法意旨」	129
5.2.2.1.3.2 「隱含之單純違憲之宣告」	131
5.2.2.1.3.3 效果	133
5.2.2.1.4 檢討	134
5.2.2.2 匈牙利	135
5.2.2.2.1 法規範基礎	135
5.2.2.2.2 代表案例	137
5.2.2.2.3 檢討	139
5.2.2.3 比利時	139
5.2.3 憲法及法律中均未有規定	141
5.2.3.1 以色列	141





5.2.3.1.1 違憲審查制度及違憲法規範效力之一般性原則	141
5.2.3.1.2 定期失效適用情況及代表案例	143
5.2.3.1.3 檢討	147
5.3 具體及分散式違憲審查國家	149
5.3.1 加拿大	149
5.3.1.1 規範基礎	149
5.3.1.2 適用概況	152
5.3.1.3 逕行納入宣告模式	156
5.3.1.4 學界之檢討	158
5.3.1.5 小結	162
5.3.2 美國	163
5.3.2.1 概念定義及理論背景	165
5.3.2.2 代表案例	166
5.4 總結	169
<b>第六章、過渡性法秩序形成權及將來失效類型的正當適用</b>	<b>171</b>
6.1 司法違憲審查權之準立法權性質及需求	171
6.1.1 從司法者到消極立法者	171
6.1.2 從消極立法者到積極立法者？	172
6.1.2.1 將來失效類型的運用有高度違反權力分立原則之虞	173
6.1.2.2 諭知過渡期間之因應措施並不違反權力分立原則	174
6.2 將來失效之正當適用	178
6.2.1 可為單純違憲宣告的類型	179
6.2.2 可為定期失效宣告類型	181
6.2.2.1 法令性質之類型化模式	181
6.2.2.1.1 主張	181
6.2.2.1.2 檢討	182
6.2.2.2 比例原則模式	185



6.2.2.2.1 是否為追求重大之利益或基於事理上所必然？	186
6.2.2.2.1.1 不具正當性之目的者	186
6.2.2.2.1.2 目的正當者	189
6.2.2.2.1.2.1 經宣告違憲的法令範圍過廣	189
6.2.2.2.1.2.2 僅法律效果違憲的類型	191
6.2.2.2.1.2.3 違憲法令性質屬於授益性者	192
6.2.2.2.2 是否為大法官所能運用的手段中對於憲法優位性侵害最小者？	194
6.2.2.2.3 所維護之利益與造成之損害是否未顯失均衡	200
<b>第七章、司法院大法官審理案件法修正草案之檢討</b>	<b>203</b>
7.1 大審法修正草案之規定重點	203
7.1.1 因聲請者之不同而異其效果	203
7.1.2 定期失效違憲宣告模式之明文化	203
7.1.3 明訂定期失效之最長時間	204
7.1.4 明確化定期失效之個案效力	204
7.2 大審法修正草案規範方式之評析	208
7.2.1 違憲法令定期失效將成常態	210
7.2.2 部分已確定之非原因案件欠缺救濟效果	211
7.2.3 應適用違憲之法律為裁判陷法官於良心桎梏	212
7.2.4 法官聲請者不屬原因案件值得商榷	213
<b>第八章、結論</b>	<b>215</b>
<b>參考文獻</b>	<b>218</b>

## 表目錄



〈表一〉大法官屆次與宣告法令違憲及定期失效比率關係……………	38
〈表二〉定期失效違憲宣告標的之法令性質……………	43
〈表三〉定期失效解釋所涉及的基本權種類與憲法原則……………	47
〈表四〉定期失效違憲宣告解釋所訂之期間長短……………	55
〈表五〉大法官屆次與違憲宣告比、單純違憲宣告比……………	105
〈表六〉單純違憲宣告所涉及之法令性質……………	106
〈表七〉大審法修正草案就立即失效違憲宣告對個案救濟效果之規定……………	206
〈表八〉大審法修正草案就定期失效違憲宣告對個案救濟效果之規定……………	207
〈表九〉大法官歷來宣告定期失效解釋一覽表……………	232
〈表十〉大法官歷來單純違憲宣告解釋一覽表……………	238

# 第一章、緒論



## 1.1 問題意識

司法屬性的違憲審查權建置可謂是當代民主憲政國家的共同特徵<sup>1</sup>，其意義在於一方面體現了憲法的優位性（Vorrang der Verfassung；constitutional supremacy），另一方面則是藉由具體機制之運作，欲真正貫徹憲法作為最高規範下之法秩序一致性<sup>2</sup>。

以法令之合憲性審查作為主要任務的司法違憲審查制度，在權限行使上除長久受到爭辯，相對於具有直接民主正當性的立法或行政二權，其正當性應如何證立之根本性課題外，另個持續困擾實務界以及學界的議題則是，當違憲審查者審理後認定法令與憲法相互抵觸，基於維護法秩序之一致而無矛盾性，於宣告違憲的同時，應如何處理該違憲法令的效力問題？是自始當然無效抑或嗣後失效，甚至根本不應或不宜對於法令的效力問題有任何的表示？而受該法令所拘束的人民，其各別經法院審理的案件，又是否受到以及在何種範圍內被影響？

相較於司法違憲審查正當性之爭議，多已透過憲法中對該權力的明文規定（特別是於第二次世界大戰後重新修訂憲法之國家），縱仍有異議亦僅為理論上之探討，但被宣告違憲的法令，其時間效力的問題則不因為憲法或經憲法所授權制定之法律訂有明文，即不再困擾實務界，無論是職司審判者抑或是學者，對於憲法中關於違憲法令時間效力問題的理解，或多或少都有所歧異，迄今此問題仍未有令人滿意的答案。其之思考不僅如違憲審查權正當性議題般，圍繞著司法權之本質、與立法權間之關係，更涉及法律真空、法安定衝擊以及個案正義、救濟

<sup>1</sup> See Alec Stone Sweet, *Constitutional Courts*, in OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 816, 816-817 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).；陳銘祥（1997）〈比較違憲審查制度〉，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會（編），《現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，頁 1061，臺北：元照。

<sup>2</sup> 蔡宗珍（2003），〈我國憲法審判制度之檢討〉，《月旦法學雜誌》，98 期，頁 49。

等課題之思辨，問題無疑的更為複雜、艱峻，且其之解決顯然更具有急迫性。

再者，司法院研議多時，目前已在立法院審議的司法院大法官審理案件法修正草案（下簡稱為大審法修正草案）<sup>3</sup>，對於大法官解釋與違憲法令之時間效力問題訂有明確規範，試圖一解長期以來所生之爭議，惟其立法政策之選擇是否符合憲法之要求？又倘若在合憲的範圍內是否妥適？有無切中迄今大法官對於違憲法令時間效力問題處理上的弊病？在我國法制將形成之刻，實有回顧性探討既往解釋案例之必要性。


## 1.2 研究議題及範圍

本文欲探討之問題，實攸關司法違憲審查權的根本性定位，但是囿於己身之能力及篇幅，將僅處理違憲審查中關於法令合憲性的問題，因此，並不包括司法院大法官對於抽象憲法條款之解釋、違憲政黨解散裁判、正副總統彈劾案以及法律見解的統一解釋。再者，鑑於目前司法院大法官違憲審查實務運作之實然，本文雖使用「法令」一詞，但其並不侷限於中央法規標準法第 2 條及第 3 條所稱之法律及命令，而係泛指具有一般抽象性拘束效果者，簡言之，即是以大法官實際上所認定而予以從寬受理審查者作為討論範圍（然有些法令類型在實際上並不會適用將來失效宣告類型，此將於之後說明）。至於聲請大法官解釋法令合憲性之主體，則包括所有適格者，人民、法官、立委抑或是政府機關均在內<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 此版本於 2013 年 1 月 8 日經司法院大法官書記處發布，本文所探討的大法官審理案件法修正草案，如未特別說明皆指此版本，參：

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p10\\_02.asp?id=109099](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p10_02.asp?id=109099)（最後瀏覽日：2016 年 4 月 5 日）。

<sup>4</sup> 學者有以釋憲之聲請是否與具體的訴訟有關，而將司法院大法官案件審理法第 5 條第 1 項第 1、3 款由中央或地方機關或立法委員而聲請者，歸類為「抽象規範審查」；同條項第 2 款由人民、法人或政黨，以及依釋字第 371 號由法官聲請者，歸類為「具體規範審查」，參：蘇俊雄（1988），〈從「整合理論」（Integrationslehre）之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限〉，劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 16。惟對於本文所研究之議題而言，此分類並無細究之必要。



關於違憲法令之時間效力此議題，討論的概念範圍大抵上可以區分為溯及失效、立即失效以及將來失效三者，所謂的溯及失效是指法令自違憲裁判作成公布時起，回溯性喪失效力，雖然概念上有異，但結果上等同於所謂的當然自始不生效力；而立即失效則係指法令自違憲裁判作成公布時起向後失效；至於將來失效則係指法令的效力並不因違憲裁判作成公布而受到立即影響，而是會繼續具有拘束效力，又根據其效力之存續有無一期間限制而可再細分為定期失效及單純違憲宣告兩者。本文的研究範圍限縮於將來失效此類型，至於溯及失效及立即失效雖同屬違憲法令時間效力上的重要問題，但為使論述能夠集中而予以割捨，僅於討論、比較必要時方提及。

針對使違憲法令於將來方失其效力，本文的研究目標在於探究此種效力模式具有哪些功能？違憲審查者何以選擇適用？又會引發哪些問題？選擇時應該考量哪些因素方屬正當？有無可能覓得較為明確的類型化或操作標準？

再者，應特別說明的是，本文所研究的是違憲審查中關於違憲法令之時間效力，而非違憲審查決定本身的效力問題，前者雖然一樣會涉及「效力」的問題，但其是指涉裁判標的（亦即法令），而後者則是指裁判本身，兩者所處理的對象非屬同一，不可不辨；此外，後者之議題其範圍實為違憲審查權的一般性問題，亦即無論所審查之標的為何者（解釋憲法、總統副總統彈劾案件、政黨違憲解散案件及統一解釋）皆會面臨之問題，反之，前者則僅於法令違憲審查之類型中，才會被特別提及與處理，因此兩者的範圍明顯不同而無重疊<sup>5</sup>。本文認為違憲法

---

<sup>5</sup> 此兩者最可能產生混淆的情形或許是當談及解釋之「時間效力」時，因為就本文所欲討論的違憲法令效力問題，其所關注的即是違憲法令是否自始、當然無效抑或自何時失其效力；而不區分案件標的類型的大法官解釋，其亦會面臨何時發生效力之問題。惟本文認為此兩者仍然可以明確區別，以釋字第 188 號為例，其被普遍認為是處理大法官解釋時間效力之重要解釋，其所指「公布當日起發生效力」係指不區分案件標的類型的所有大法官解釋，解釋本身所生的效力（拘束效果）實際上除自公布日起發生外，亦難想像會從過去即發生，或是在未來的一定期間方發生效力，故有學者即指出其另表示「除解釋文內另有明定者外」，即有未恰，參：彭鳳至（2008），〈司法院大法官憲法解釋之效力——兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第三一

令之時間效力與憲法裁判之效力兩者的釐清，將有助於問題及範圍的劃定，避免討論上發生紊亂的情形<sup>6</sup>。

最後，為能讓研究的範圍能夠確定，本文所分析、統計的司法院大法官解釋將設定至 2015 年 9 月 25 日作成公布的釋字第 732 號為止，所考量的原因是在該號解釋之後大法官中有 4 位成員產生變動，從決定背景一致性的角度而言，以此作為分界應較適宜，先予敘明。

### 1.3 論文架構

為能使前述之提問能夠獲得解答，裨益大審法修正草案之審議及實務的操作，本文採取以下的架構進行研究，首先是爬梳國內在此議題上主要的學術文獻，了解目前研究討論所累積之基礎，一方面避免研究上的重複，一方面則可找出仍有待努力、值得探討的議題；其次，則是對我國違憲法令時間效力此議題之規範依據進行分析及檢討；次之，則是回顧司法院大法官迄今所做成之法令違憲審查解釋，針對單純違憲宣告以及定期失效違憲宣告二大類型，進行全面性的梳理，期能嘗試歸納出何種法令違憲情形運用將來失效尚屬適宜，何種情形則有嚴重的疑慮而應受禁止；再次之，則是參考其他國家對於違憲法令時間效力的規範方式及實際適用情況，供我國思考此議題；其後，則是在前述的應然面、實證面及他國法制的基礎上，提出本文對於違憲法令將來效力適用的主張，並針對大審法修正草案之立法方式提出建議，末再簡述本文的研究成果作為結論。

---

條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力》，《月旦法學雜誌》，161 期，頁 123-124。然而，本號解釋中另指出「如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經本院解釋為違背法令之本旨時，是項解釋自得據為再審或非常上訴之理由」，如以違憲法令理解（釋字第 185 號參照），則係特別指違憲法令之效力喪失時點，從可以作為再審或非常上訴之理由，即可推知違憲法令與解釋本身不同，其可能發生溯及的效果。故以「違憲法令之效力」描述本文的研究範圍，較「大法官解釋之時間效力」，應更為精準，參：彭鳳至（2008），同註，頁 124（註 71 部分）。

<sup>6</sup> 大審法修正草案，即明確的在體系上將此兩者分別規定，不因審查標的而異的裁判效力規定在第 36 條與第 37 條，而違憲法令之效力則特別規定於第 54 條與第 55 條。



#### 1.4 文獻回顧


對於本文所研究的違憲法令時間效力議題，學術界已累積相當的文獻探討，故有必要先對於相關的研究成果進行梳理，以釐清在本問題的解決上，既有的基礎以及所面臨的侷限性，如此方能使本文的研究更具有價值及意義，而不致淪於重複贅述，惟因文獻數量眾多，囿於篇幅將僅揀選本文認為較具有代表性者為介紹，且聚焦在爭議最大的將來失效宣告類型。

林錫堯大法官於 1984 年即為文介紹西德以及奧地利之憲法法院對於與憲法相抵觸法令其效力之立場<sup>7</sup>，指出西德當時已經認識到自始無效或溯及失效如予貫徹均有事實上的困難，因而違憲法令之效力僅是得撤銷而已，且在某些情形亦會出現將來失效的宣告方式，並觸及於此情形下司法以及行政機關應如何處理個案的艱難問題；奧地利則於憲法中明確採取違憲法令僅是得撤銷、原則上應向後失效的規範立場，並明文容許將來失效狀態的出現，因此適用之理由以及過渡期間的個案處理均較不生爭議，林氏對於德奧兩國法制發展之研究相當完整，具有相當重要的參考價值，惟當時我國大法官宣告違憲法令違憲的案件甚少，定期失效模式更根本不曾出現過，違憲審查功能明顯未彰，故經驗借鏡及討論上尚難契合我國之經驗，有其時代之侷限性。朱武獻教授於 1986 年亦就大法官解釋之時間效力問題發表研究<sup>8</sup>，除奧地利以及西德外，尚介紹義大利該國的法制發展，並區分不同的釋憲類型，進而分析我國大法官解釋之效力，惟該文之重點主要聚焦於自始抑或嗣後無效、向後或溯及失效的問題上，而對於當前我國違憲審查實務上問題最嚴重的將來失效類型，則未能有觸及。

<sup>7</sup> 林錫堯（1984），〈德奧規範違憲或違法之效力〉，《憲政時代》，10 卷 2 期，頁 18-45。

<sup>8</sup> 朱武獻（1986），〈司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究（下）——司法院大法官會議解釋之效力〉，《輔仁法學》，5 期，頁 127-154。





開始針對大法官適用將來失效情形進行研究者，最早應屬黃昭元教授，其於1996年之文<sup>9</sup>精準指出大法官在法無明文的情況下，自行發展出違憲但不立即失效宣告類型所存在的問題，對其被使用之原因、數量提出詳盡的分析與檢討，並明確主張僅在避免因違憲宣告而致法律真空時，違憲但不立即失效之宣告類型方有存在的正當性，但大法官仍應於個案中善盡說理的義務，惟該文之侷限性在於未對於我國憲法文本之框架進行較詳細的分析，也欠缺對非立即失效案件類型之分類，而所謂的「法令真空」其意義則仍有待進一步釐清；學者邱文聰於1998年之文中<sup>10</sup>指出根據憲法的要求，大法官對於抵觸憲法的法令應有非難之義務，而定期失效此種延緩非難的宣告形式，如有正當性則應在於對政治社群其原來生活要求的尊重，用以調適違憲宣告後之過渡期間，若欲透過制定暫行規範的方式來因應，亦應以舊法之暫行替代為優先選擇，該文對於違憲審查以及效力宣告有更為細緻的詮釋，惟惜未對累積眾多的將來失效解釋案例詳為分析，也對於司法違憲審查者是否享有某程度相當於立法者之暫時性的規範形成權，其所持見解及論證，均有相當之再討論空間。

在原則禁止例外容許的折衷立場外，對於將來失效諭知亦有較傾向完全禁止或者是較不設限而允許者，前者如陳慈陽教授即認為「惡法亦法」的觀念應予揚棄，定期失效僅是對於立法者的諭知，過渡期間中執法機關應依據大法官解釋之意旨適用，方屬正確<sup>11</sup>。後者則可以葉俊榮教授為代表，氏以附期限違憲解釋稱呼定期失效，首先於2003年發表之後收錄於專書之論文中<sup>12</sup>，針對期限在權力分


---

<sup>9</sup> 黃昭元（1996），〈從「違憲但不立即無效」的大法官解釋檢討我國的違憲審查制度〉，《月旦法學雜誌》，12期，頁31-39。

<sup>10</sup> 邱文聰（1998），〈從規範違憲無效到效力宣告種類—再論大法官規範違憲審查之效力宣告形式〉，《憲政時代》，23卷4期，頁23-47。

<sup>11</sup> 陳慈陽（2014），〈從憲法理論論司法院大法官釋憲問題〉，《月旦法學雜誌》，231期，頁15-34。

<sup>12</sup> 葉俊榮（2003），〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，氏著，《民主轉型與憲法變遷》，頁323-389，臺北：元照。



立原則運作上的意義及功能有深入分析，同時也完整梳理歷來大法官宣告定期失效的解釋，並對於我國司法違憲審查發展上此特殊的情形，其之原因提出詳盡的分析，並建議未來大法官在此種宣告類型上應讓有關政治部門參與、協商，以程序強化期限運用之正當性，惟惜該文一方面未對於我國憲法文本規範此先決問題分析，另一方面則未能檢視各宣告定期失效之解釋是否真有其現實上的必要與正當性。葉教授嗣於 2013 年再發表文章<sup>13</sup>，在我國定期失效被運用的更為頻繁的情況下，除延續前文論點從司法與政治部門間的互動角度作觀察，並進一步透過大法官組成背景、意見書之數量嘗試論證定期失效宣告本身，某程度上反映出的即是大法官內部政治意識型態與立場之分歧，此研究不同於多數學者僅立基於規範論之觀點進行批判，而是詮釋及描述符應現實的運作與困境，惟其不足之處仍是未深入檢視個別定期失效解釋本身，使得在詮釋現象的同時，並無法提出應然面的改革方向。

學者辛年豐<sup>14</sup>雖然原則上亦肯認大法官應有諭知將來失效的權力，且符合司法違憲審查權的本質，但是嘗試提出適用上的限制，指出對於新合乎憲法要求的法令，具有立法形成空間，且宣告立即失效將致法真空狀態，經最後的衡量後該嚴重程度並超過人權保障的犧牲，如此情況下的宣告方具正當性，並舉我國的實際案件為例。此外，氏尚主張在諭知定期失效後，除原因案件應獲得救濟外，其他相同的案件當事人則可以援用「特別犧牲」理論，對其於過渡期間因該違憲法律的適用所受之損害獲得補償，見解相當特殊。而其著力最大之處則是失效期限的長短的決定上，氏主張應考量影響的基本權種類、影響人的範圍大小、政治上或國會所須妥協的時間、社會資源花費的多寡以及社會適應所須的時間，且應適

---

<sup>13</sup> 葉俊榮（2013），〈違憲政治—司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析〉，張永健（編），《2011 司法制度實證研究》，頁 1-31，臺北：新學林。

<sup>14</sup> 辛年豐（2006），〈大法官的時間管理—淺論違憲但不立即失效的解釋類型〉，收於：財團法人李模務實法學基金會編，《判解研究彙編（十）》，頁，臺北：李模務實法學基金會。

用正當法律程序原則，讓相關人能夠對於失效期限的長短表示意見甚或辯論，且大法官於解釋中負有說理的義務。辛氏之文相當有見解上的啟發，惟其標準是否合理？是否足以涵蓋諸我國諸多案例？均有再予檢視的必要，況且失效期限屆至前，既應繼續適用違憲法律，何以又要給予特別犧牲之補償，論理上不無矛盾之情。

另有論者透過比較法的研究，試圖提供我國在運用將來失效模式時的標準，李建良教授介紹德國聯邦憲法法院的法規之單純宣告違憲案例類型，分析其雖未經明文但卻逐漸被接受的理由<sup>15</sup>。學者楊子慧<sup>16</sup>則對於德國聯邦憲法法院之法令違憲審查，有相當詳細且深入的介紹，特別針對將法令雖與憲法意旨不符，但依然有效的「單純違憲宣告」類型，進行適用案例的整理，並介紹司法院 2013 年所提出之大審法修正草案，惟該文著重於制度的引介、比較，而缺乏對我國現實運作情況的分析為基礎，從而制度的評析即有待商榷之處。


國內研究違憲法令效力問題的學者，多因留學於德國，故於其各自的文中，或多或少亦引介、參考該國的發展，至於美國此另個比較違憲審查制度研究上的重要對象，國內學者則較少談及其之發展，最早有所著墨者為法治斌教授在 2002 年於司法院大法官年度學術研討會上所發表之文<sup>17</sup>，其介紹美國聯邦最高法院對於新判決先例應溯及生效或僅向將來生效之爭議變遷，另外論者陳偉仁<sup>18</sup>亦曾為文介紹，惟兩者均聚焦於立即失效及溯及失效上，惜未論及將來失效之適用情形。

<sup>15</sup> 李建良（2003），〈論法規之司法審查與違憲宣告—德國聯邦憲法法院裁判之分析〉，氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁 433-501，臺北：新學林。

<sup>16</sup> 楊子慧（2014），〈憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力——以德國法為中心，並談我國之改革〉，《國立中正大學法學集刊》，43 期，頁 191-291。

<sup>17</sup> 法治斌（2003），〈美國違憲司法審查之效力〉，收於：司法院司法院大法官書記處編，《司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄》，頁 3-24，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

<sup>18</sup> 陳偉仁（2011），〈司法見解時間效力的研究—以信賴保護和裁判的一致性為中心〉，收於：李模務實法學基金會編，《判解研究彙編（十五）》，頁 139-146，臺北：李模務實法學基金會。

除了對於將來失效中定期失效宣告類型本身正當性的討論外， 晚近學者或因大法官適用漸趨頻繁，因而將研究重心轉為關注諭知定期失效後，促成解釋作成之原因案件是否能獲得救濟效果？以及同樣適用該違憲法令之案件是否受到影響？尤其是失效期限屆至前，行政機關及法院究應如何適用法律？李惠宗教授<sup>19</sup>、廖義男教授<sup>20</sup>均在釋字第 725 號解釋出爐前，業已針對司法實務長期以來不讓定期失效違憲宣告之原因案件於大法官解釋公布後獲得救濟提出批評。至於對於過渡期間即政治部門依解釋之意旨修正違憲法令之前，應如何適用法律處理相關之個案，陳清秀教授<sup>21</sup>參考了德國以及奧地利的經驗後提出主張；吳信華教授<sup>22</sup>、葛克昌教授<sup>23</sup>則均討論特定之定期失效違憲解釋宣告後，執法、審判機關應考量哪些因素後妥為行使權力處理個案。

論者楊淑卿對於定期失效違憲宣告後，對原因案件以及非原因案件的影響著有論文<sup>24</sup>，雖然對於歷來定期失效宣告解釋案件有相當完整的統計，但是僅指出其在我國司法違憲審查實務上的重要性，並未對於宣告的原因、理由提出分析與批判，從討論的完整性而言，忽視最根本的爭議，惟氏選擇四則案例整理、分析定期失效所產生的問題，使實務爭議更為具體，又其對於司法院於 2008 年所提出的大審法修正草案在此問題點的規範方式有所建議，然所根據之理論基礎以及比較法上的研究尚嫌不足，故在此議題的研究上仍有予以補充、檢討之必要。

從以上對於國內研究文獻的回顧，可了解在違憲法令將來失效此議題上，雖

<sup>19</sup> 李惠宗（2009），〈論違憲而定期失效法律的效力——兼評釋字第 619 號解釋及最高行政法院 97 年度判字第 615 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 10 期，頁 4-16。


<sup>20</sup> 廖義男（2011），〈夏蟲語冰錄（三十六）——近三年大法官解釋之啟示與檢討（二）——定期失效之宣告模式與人民權利救濟之可能性〉，《法令月刊》，62 卷 1 期，頁 130-134。

<sup>21</sup> 陳清秀（2010），〈違憲法規之解釋效力問題——兼論違憲法規限期失效，於過渡期間之效力問題〉，《法令月刊》，61 卷 12 期，頁 75-99。

<sup>22</sup> 吳信華（2010），〈大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題〉，《台灣法學雜誌》，155 期，頁 91-97。

<sup>23</sup> 葛克昌（2010），〈違憲限期失效法規與依法審判〉，《月旦法學雜誌》，185 期，頁 133-140。

<sup>24</sup> 楊淑卿（2011），〈大法官違憲審查「定期失效宣告」下當事人權利救濟之探討〉，《東吳大學法學院法律學系在職專班法律專業組碩士論文》。



然法無明文，但經過長期的論辯，於理論及現實上應能肯認有其存在之必要性，尚存的爭議則主要有三，第一，將來失效的宣告模式，在何種情形下適用方謂正當？除了個案性的檢討，能否找出具有通案性的適用標準，於當前我國司法違憲審查實務運用頻繁的情況下，此應有相當的迫切性，而最佳的研究方式，除參考他國法制之經驗外，更應對於我國歷來運用此種宣告類型的大法官解釋進行整體性的整理、分析，嘗試進行類型化，從而方能精確指出盲點以及困境所在，找出最符合我國本土需求的宣告標準。第二，法令經宣告違憲後，可能出現的困境即在法令真空及混亂，故大法官能否諭知過渡性的法秩序？又造法方式應如何行使方屬適宜？倘能妥適解決此問題，則將來失效之運用必要性即會大幅降低。第三，在宣告將來失效下，原因案件、其他適用相同違憲法令之案件（包含已確定以及尚未確定者）應如何處理較屬適宜？探究前述問題，除了本土案例的回顧不可或缺，在比較法的研究層面，我國討論上較為欠缺的顯然是德國以外其他同採司法違憲審查制度國家的經驗，因此，即有必要再為考察，以豐富我們在思考違憲法令時間效力此議題上的視野及深度。

## 第二章、違憲法令時間效力之應然、實然及問題爭點

政治部門所制定或訂定之法令，當被違憲審查者認定與憲法相互抵觸時，應如何處理其時間效力，此問題之解答首先應檢視憲法及法律規範；其次，則是探究違憲審查者實際上在違憲法令時間效力問題上所採取之處理方式及理由；最後，再分析前述應然及實然層面偏離後所可能引發的問題，作為本文研究的重心。

### 2.1 規範依據

在我國規範大法官職權行使者，有憲法以及司法院大法官審理案件法（以下簡稱大審法）兩者，以下即先自憲法再就大審法檢討違憲法令時間效力的問題。

#### 2.1.1 憲法

關於憲法規定可以區分為司法違憲審查權以及違憲法令效力兩部分進行檢討：

##### 2.1.1.1 司法違憲審查權

司法權規定於憲法的第七章，嚴格而言，從條文之文義並無法直接自此推論出司法院大法官擁有違憲審查之權力，因為將第 78 條及第 79 條第 2 項之規定相互結合後，至多僅能導出憲法賦予司法院大法官，執掌憲法解釋以及對法律和命令統一解釋此兩項職權。就前者而言，僅是意謂大法官能夠對憲法的抽象條文解釋，使其內涵得以明確而讓政治部門在權力分立上能有清楚的遵循依憑，以及使人民可以據以主張更為細緻、豐實的基本權內涵對抗國家權力；而法律及命令的統一解釋權則是著重於法秩序一致性的確保，避免不相隸屬之國家機關間，對於同一法令為歧異的解釋，使人民難以安措其手足，斲喪法治國原則下對於法安定

性的高度需求。

因此，違憲審查權之基礎應無法逕自第七章中的規範中能獲得支持，而是尚須進一步探求憲法中的其他條文，憲法第 171 條第 1 項及第 172 條，其分別規定「**法律與憲法抵觸者無效**」、「**命令與憲法或法律抵觸者無效**」，換言之，在此先確立了憲法的優位性，要求國家整體之法秩序應以憲法作為最高之規範，進而層層節制下位階的法令，禁止其逾越上位階規範所容許之範圍，雖然我國憲法此部分規定之制定早於歐陸各國，但卻已顯現二次世界大戰後憲政主義思潮中最重要

的內涵。

本文認為司法違憲審查權之確立，最為重要的規定應是憲法第 171 條第 2 項<sup>25</sup>，其明確揭示「**法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之**」由此應可以進一步肯認兩項重要的概念，第一個是在前述憲法優位性原則下，我國憲法更進一步要求違憲審查權機制的建立，以求於制度上能確實發揮監督其他國家權力（特別是對於立法權）之功能，捍衛憲法之實效性；第二個則是在五權間，選擇將違憲審查權交付司法權行使<sup>26</sup>，因此在憲政主義中，以法律與憲法之衝突處理為任務之違憲審查權，在我國的憲法中有了明確的依據<sup>27</sup>。至於憲法第 117 條規定的「**省法規與國家法律有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之。**」由於「**國家法律**」在解釋上並不限於由立法院所制定之法律，憲法作為國家之根本大法當然涵蓋在內，故亦同為我國憲法文本中司法違憲審查權的規範基礎之一<sup>28</sup>。

雖然該權限是否由司法院大法官所職司於文義上非無爭議<sup>29</sup>，但是隨著憲法

<sup>25</sup> 有論者則認為根據憲法第 173 條可以肯認司法院大法官享有獨占性的違憲審查權，參：蘇永欽，釋字第七二五號解釋協同意見書，頁 1。

<sup>26</sup> 法治斌（2003），〈與大法官共治，難嗎？〉，氏著，《法治國家與表意自由》，頁 169，臺北：正典。

<sup>27</sup> 蘇俊雄（1998），同註 4，頁 8-9。

<sup>28</sup> 張嘉尹（2014），〈司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎〉，廖福特編，《憲法解釋之理論與實務第八輯上冊》，頁 128，臺北：中央研究院法律學研究所。

<sup>29</sup> 憲法第 171 條第 2 項僅規定法律與憲法有無抵觸發生疑義時，由司法院解釋之，而結合憲法



條文之增訂修正，尤其是第 5 條第 1 項之規定，讓司法院的院長及副院長由大法官擔任後，大法官作為司法院運作之主體的地位正式確立<sup>30</sup>，因此，憲法第 171 條第 2 項在體系解釋下，即有被解釋為是將違憲審查權交由司法院的大法官行使之相當正當性<sup>31</sup>。

### 2.1.1.2 違憲法令無效之誠命

確立司法違憲審查權以及其審查範圍後，就本文所關注的議題而言，進一步的問題是，大法官對於其所認為與憲法牴觸之法令的效力問題，尤其是時間效力部分憲法有無任何的規範？

針對此問題，應認為我國憲法中已經有相當明確的規範性宣示，亦即憲法第 171 條第 1 項及第 172 條所規定牴觸憲法之法律或命令應為無效<sup>32</sup>，已包含違憲法令拘束力之存續此時間面向的範圍在內。然而，更進一步、爭議也更大的是，憲法在此所指的「無效」，其真正的意義及內涵究竟為何？如與民法及行政法上之無效概念相同，即係指最嚴重的狀況而為自始、當然、確定不生任何效力者<sup>33</sup>，

---

第 79 條第 2 項之規定相互觀察後，大法官似僅為司法院下面之其中一個組織，同法第 77 條尚可知司法院還負有民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒之職權，故憲法第 171 條第 2 項之違憲審查權是否即由大法官行使，不是毫無爭議的。縱使是歷經增修後，增修條文第 5 條第 4 條亦僅規定「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項」，而未將法律與憲法發生牴觸疑義時之違憲審查權明文化，此項爭議另可參：李念祖（1996），〈大法官釋憲功能的立法化抑或審判化〉，收於：馬漢寶教授七秩榮慶論文集編輯委員會編，《法律與當代社會—馬漢寶教授七秩榮慶論文集》，頁 360，臺北：思上書屋。

<sup>30</sup> 蔡宗珍，同註 2，頁 62。

<sup>31</sup> 惟是否意謂違憲審查權為司法院大法官所專屬，而排除其他機關享有此權限的可能性？學理上亦非毫無爭議，如黃昭元教授即認為憲法第 78 條及第 79 條第 2 項雖可為集中、抽象式違憲審查制度之依據，然而從憲法第 77 條和第 80 條亦可證立分散、具體式違憲審查權，由於違憲審查制度之類型並非本文所討論的主題，故就此問題可參：黃昭元（2003），〈司法違憲審查的制度選擇與司法院定位〉，《國立臺灣大學法學論叢》，32 卷 5 期，頁 34-35。

<sup>32</sup> 彭鳳至，同註 5，頁 110。大法官在進行違憲法令之違憲審查時，若認定其牴觸憲法則就其效力之處理，亦曾明確引據憲法第 172 條而得出結論，如釋字第 268 號「考試院於中華民國七十一年六月十五日修正發布之考試法施行細則第九條第二項則規定：『公務人員考試及格人員，同時取得專門職業及技術人員考試及格資格者，其考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準』……有違憲法保障人民權利之意旨，依憲法第一百七十二條之規定，應不予適用。」

<sup>33</sup> 「基於憲法之最高性原則及貫徹其有效性，憲法第 171 條及第 172 條規定，法律或命令與憲



循此邏輯推演，則大法官所行使的法令違憲審查權，本質上即在確認牴觸憲法之法令的無效性而非對其效力變動之宣告。

惟多數學者認為憲法第 171 條第 1 項及第 172 條，其所稱之無效並非指違憲法令之時間效力應為自始、當然、確不生效力，而是認為在採行抽象且集中式違憲審查制度的國家，與憲法相牴觸之法令，在被認定違憲後其時間效力問題應有多種的可能性及必要性<sup>34</sup>。本文認同此種看法，因為此實是基於司法違憲審查有其本質上之特殊性所必然的結果<sup>35</sup>，最重要者在於審查標的之差異，與民法及行政法上無效概念所指涉之標的相較，法令違憲審查中之對象明顯有所不同，在民事法領域中，無效所影響的是私法上個別的權利義務關係或法律行為<sup>36</sup>，而在行政法領域，其所涉及之標的大多數亦為個別的行政行為，如行政處分<sup>37</sup>或行政契約<sup>38</sup>，反之違憲審查上之標的則為一般抽象性之法令，因為其無效而受影響的範圍，相較之下遠遠超過個別行為之無效。因此，在牴觸憲法之法令是否無效的問題上，自然會存在著有別於民法、行政法上無效概念，而有不同理解之可能性以及正當性<sup>39</sup>。

雖然有論者可能會質疑在行政法領域中，法規命令<sup>40</sup>之無效判斷，其似乎與

---

法牴觸者無效，且原則上應是自始當然無效。」參：蕭文生（2003），法規違憲解釋之拘束力，司法院大法官書記處編，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄，頁 210，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。陳慈陽教授則是認為如依照一般法理，憲法第 171 條第 1 項及第 172 條應解為「自始、當然及絕對地無效。」參：陳慈陽，同註 11，頁 29-30。

<sup>34</sup> 李建良教授即明白指出憲法法院可基於實際的需要而創設出「違憲一無效宣告」以及「合憲宣告」以外的宣告方式，縱使憲法以及法律未明文規定，參：李建良，同註 15，頁 489-490，臺北：新學林；蘇永欽教授則認為可以從憲法賦予大法官的解釋權及法律安定同為憲法重要價值，推導出大法官依憲法創設違憲法令於一定期間後方無效之根據，參：蘇永欽（1995），〈試釋違憲〉，《國立臺灣大學法學論叢》，24 卷 2 期，頁 221。

<sup>35</sup> 法治斌教授即認為應視大法官之地位與解釋權性質而定，如近似於一般法官則應具有溯及既往效，反之如具有立法特質，則原則上即應不得溯及既往，惟有通案之效力，參：法治斌，同註 26，頁 173。

<sup>36</sup> 民法第一編第四章第六節。

<sup>37</sup> 行政程序法第 111 至第 113 條。

<sup>38</sup> 行政程序法第 141 至第 143 條。

<sup>39</sup> 學者邱文聰就民事法中之無效與規範違憲無效之差異，亦有相同之觀察，參：邱文聰，同註 10，頁 30-31。

<sup>40</sup> 行政程序法第 150 條「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民

法令的違憲審查有著相同的狀況，亦即其標的同樣為具有規範多數人之抽象特性，惟查行政程序法第 158 條規定，除第 1 項第 1 款之事由外，同項第 2 款及第 3 款皆為較清楚可辨之瑕疵樣態，因此無效與否較容易判斷。相對而言，在大法官的法令違憲審查中，一方面經常必須透過對非一望即知的基本權權利內涵之探求，以及在比例原則中進行細緻的利益衡量後，方能得出法令違憲之結論；另一方面，有些法令是因為社會、經濟環境之變遷後，才從合憲轉變為違憲，而無本質上之必然性<sup>41</sup>。凡此均可說明、支持與憲法相抵觸之法令，其無效之意義並不當然能夠與民法或行政法上之無效同等看待<sup>42</sup>。

另有論者則從司法違憲審查權之權力本質觀察，認為其與立法權同樣源自於憲法之授予，其對於法令合憲性之決定即宛若嗣後的立法行為，受違憲宣告之法令形同遭受廢止，因此如同立法者所制定之法律，原則上禁止溯及既往，與憲法相互抵觸之法律亦應向後失其效力<sup>43</sup>。本文亦認為違憲法令無效的範圍應依違憲審查權的特質而為界定，正由於宣告抽象法令之無效將導致以之為基礎所形成的生活秩序受到廣泛性之影響，而人民主觀上又經常難以於違憲審查決定做成前預見規範秩序之變動，故將違憲審查權定位成形成性而非確認性，並使與憲法相抵觸之法令原則上向後失效，於例外時方溯及性的影響先前違憲法令所規制、形成的社會生活狀態，應較符合同為憲法所追求之法安定性原則要求，否則勢將發生

---

就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。」關於法規命令要素之進一步分析，可參：黃俊杰（2009），行政立法系列：第一講—法規命令，月旦法學雜誌，82 期，頁 51-58。

<sup>41</sup> 蘇俊雄教授亦指出法令內容的不確定性，使得規範違憲審查之效力與一般司法裁判有所差異，參：蘇俊雄，同註 4，頁 21。

<sup>42</sup> 「惟法令有無違憲的決斷，畢竟不同於個別公權力決定的合憲性認定，不僅判斷的因素十分複雜，而且正因為其決定的全面性，尤其是當面對有強大民意基礎，並已在社會上普遍執行而產生廣泛信賴的法律時，認定違憲形成的衝擊有多大，實無待多言（這也是少數國家把違憲審查提前到法律生效前的原因—可避免一切後遺症，但這時又會使審查的『事前性』偏離司法權本質而受到質疑）。因此在違憲認定本身所生的昭示憲法意旨、指示變革以外，能不能、要不要像對個別公權力行為的裁判一樣，進一步賦予把已生的違憲狀態全面滌除的效力？即不能無疑。」參：蘇永欽，同註 25，頁 8。

<sup>43</sup> 蘇永欽，同註 25，頁 8。

案件、社會生活事實可能永遠無法終局確定的不安穩狀態<sup>44</sup>。

惟憲法第 171 條第 1 項及第 172 條所稱之無效，除立即向後失效外，是否亦包含將來失效的態樣，即司法違憲審查者可以對於牴觸憲法之法令其效力不為任何之諭知，或者是讓其繼續存續一段特定期間？本文對此原則上持否定的看法，因為從文義及邏輯而言，違憲與無效兩個概念實難以割裂，基於憲法之最高性及優位性，法令既然與憲法相互牴觸，自必須排除其效力的存續<sup>45</sup>，讓法秩序重新合乎憲法之要求，避免違憲審查權此制度之建立根本性的失其意義。因此，無論是不對違憲法令之效力為諭知（默示），抑或允許違憲法令可繼續產生拘束效果（明示），均會導致法秩序狀態的嚴重矛盾性<sup>46</sup>。

### 2.1.2 司法院大法官審理案件法

自前述之分析，可認我國憲法對於違憲法令之時間效力已有規範，接下來則要探究大審法中有無更明確及細緻的規定。大審法第 4 條第 1 項第 2 款及第 3 款規定法律、命令、省自治法、縣自治法、省法規及縣規章有無牴觸之事項，由司法院大法官以解釋之方式為審理，同法第 5 條第 1 項及第 2 項則進一步對於適格之聲請權人為規範，足認法令合憲性的控制屬司法違憲審查制度中極為重要的功能。

惟立法者並未對於違憲法令之宣告方式，以及其之時間效力問題訂有任何規定，同法第 14 條僅對宣告法令違憲之門檻規範<sup>47</sup>。雖有論者認為同法第 17 條第

---

<sup>44</sup> See Eva Steiner, *Judicial Rulings with Prospective Effect from Comparison to Systematisation*, in *COMPARING THE PROSPECTIVE EFFECT OF JUDICIAL RULINGS ACROSS JURISDICTIONS* 1, 17 (Eva Steiner ed. 2015) .

<sup>45</sup> 相對而言，憲法疑義解釋與機關爭議解釋這兩種類型，則並不會涉及法令效力之問題。

<sup>46</sup> 蘇俊雄，同註 4，頁 27；陳慈陽，同註 11，頁 32。

<sup>47</sup> 陳愛娥（1998），〈大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發〉，《憲政時代》，24 卷 3 期，頁 197；蘇俊雄，同註 4，頁 11。法治斌教授指出這是因為在制定時，因「對解釋是否溯及既往，影響已確定終局裁判一節，未能達成定論所致」，換言之，效力的問題本質上相當棘手，

2 項「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法」  
可以作為我國大法官對違憲法令效力問題處理之依據<sup>48</sup>，實務亦曾明確援引之作  
為諭知違憲法令定期失效的理由，如釋字第 455 號即於解釋文中稱「……依司法院  
大法官審理案件法第十七條第二項，諭知有關機關於本解釋公布之日起一年內，  
基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依上開條例第三十二條  
第二項之授權妥為訂定」故此說似非無據。

然而，本文對上述看法則持否定意見，蓋從文義上而言，大審法第 17 條第  
2 項，實係指大法官解釋應如何使其效力發揮及貫徹之問題，換言之，係以整個  
解釋作為規範對象，並非直接針對本文所探討的違憲法令效力議題本身，兩者明  
顯有別應予以區分方屬正辦，將大審法第 17 條解釋為與憲法相牴觸之法令，其  
效力有多樣的類型，未免過於牽強<sup>49</sup>。再者，細觀前述釋字第 455 號之文句，結  
合大審法第 17 條第 2 項之文義分析，其意義應係指大法官可依據系爭規定，命  
有權機關處理與憲法相牴觸之法律修正問題，而不得謂能當然的導出違憲審查者  
可無視憲法之要求，依憑其所認決定違憲法令之效力。最後，觀察其他法令違憲  
宣告解釋，大法官不曾再次援引大審法第 17 條作為「違憲但有效」法秩序狀態  
之依據，故應認我國目前在法律位階的規範之中，並無對於違憲法令之時間效力  
問題有進一步的規定。

### 2.1.3 小結

在憲法文本的規範限制下，應可認違憲審查者至少應讓違憲法令在時間效力  
上向後喪失，僅於例外時方使其溯及失效，原則上更禁止其可在大法官解釋作成

---

參：法治斌（1984），〈大法官會議解釋效力之探討：由釋字第一八八號解釋談起〉，《憲政時代》，  
10 卷 2 期，頁 6。

<sup>48</sup> 吳信華，同註 22，頁 94。

<sup>49</sup> 相同見解，參：楊淑卿，同註 24，頁 54。

公布後存續，僅於將來一特定時間或不確定時間方失效，故司法院大法官審理案件法雖未對於與憲法相牴觸之法令其時間效力問題為規範，但在憲法文本中業可獲得明確之答案。另外，也由於憲法既然已有所限制，則立法者縱欲修法明訂違憲法令之時間效力問題，當亦受到憲法之限制，而非全屬立法形成之空間。

## 2.2 司法違憲審查實務之運作

雖然憲法本身已經對於違憲法令之時間效力有所限制，然而我國司法違憲審查的實務運作上，卻出現與規範面不小程度之偏離，進而引發相當大的爭議。以下，即說明實務對於違憲法令時間效力的看法，進而評析其所持理由的正當性，並指出問題最為嚴重的效力類型，繼而在以下二章（即第三章及第四章）中，全面性的檢討該時間效力類型解釋的適用狀況，嘗試自抽象的理論層面爭議轉向現實具體個案的適用研究。


### 2.2.1 違憲法令時間效力之多元化

司法院大法官於民國 38 年即做成第 1 號解釋，惟其早年解釋類型多屬憲法疑義解釋、統一解釋或補充解釋<sup>50</sup>，直至釋字第 86 號方觸及法令牴觸憲法之問題<sup>51</sup>，而首號宣告法令違反憲法之大法官解釋則是釋字第 153 號，其標的尚非嚴格意義的法令，僅是最高法院之判例，顯見理論上相當於消極立法者的違憲審查者，對於自身權力的行使相當克制、小心，高度尊重立法者。

釋字第 166 號是大法官首度直接認定法律不符憲法規定，惟其並未依憲法第

<sup>50</sup> 學者即稱第一屆大法官（釋字第 1 號至第 79 號）為法律顧問期，第二屆（釋字第 80 號至第 122 號）、第三屆（釋字第 123 號至第 147 號）因職權之行使受大法官會議法的影響，而成為權限萎縮期，大量受理人民聲請案件，發揮法令違憲審查功能者則是自第四屆大法官開始，參：翁岳生（2014），〈司法院大法官釋憲制度新發展〉，《憲政時代》，第 39 卷第 4 期，頁 4。

<sup>51</sup> 嚴格而言依釋字第 86 號聲請解釋書之意旨，其並未具體指謫何項法令牴觸憲法，惟於解釋理由書中提及「有關法令並應分別予以修正」，故從寬理解下，其應可歸類為法令違憲審查之類型。



171 條第 1 項宣告違警罰法授權警察官署裁決拘留、罰役之規定無效，僅是要求應儘速修正改由法院依法定程序為之。嗣後大法官雖對於標的為判例者於認定其抵觸憲法時，宣告不應再予以援用<sup>52</sup>，甚至明確諭知於解釋公布後當然失其效力<sup>53</sup>，但是對於標的為法律或命令者，大法官卻似乎是有意對其效力問題，特別採取不同的處理方式，如釋字第 218 號認為財政部的函釋與所得稅法相抵觸，惟僅要求於解釋公布之日起六個月內停止適用，釋字第 224 號認定稅捐稽徵法規定應繳納一定比例之稅款或提供相當擔保方能尋求行政救濟，抵觸憲法之平等原則、訴訟權保障以及租稅法律原則，惟亦給予二年的失效期限，嗣後之釋字第 251 號亦同樣採取定期失效宣告之類型，直至釋字第 268 號認定考試法施行細則抵觸考試法時，方以憲法第 172 條為依據宣告系爭命令應不予適用，此為大法官首次在法令違憲審查之類型上，採取規範面之違憲立即失效之原則。

之後，大法官對於與憲法相抵觸之法令其時間效力問題運用極為多元的宣告類型，如釋字第 276 號解釋僅要求主管機關妥為檢討修正，迴避系爭規範之有效性議題；釋字第 288 號解釋則是僅表明法令與憲法有所抵觸，對應如何處理則未置一詞；釋字第 289 號、第 313 號、第 324 號等解釋都採取定期失效之違憲宣告方式；釋字第 291 號、第 294 號、第 306 號及第 316 號等解釋則採取立即失效之宣告，明顯的，憲法對於與其相抵觸之法令時間效力所劃設之界限，意在確保整體法秩序的無矛盾性，司法違憲審查者在現實上並未嚴格遵守。

對職權行使上與規範之偏離，大法官並未有特別的交代，直至釋字第 419 號大法官於解釋理由書中說明其依據，其謂「**憲法上行為是否違憲與其他公法上行為是否違法，性質相類。公法上行為之當然違法致自始不生效力者，須其瑕疵已達重大而明顯之程度（學理上稱為 Gravitaets- bzw. Evidenztheorie）始屬**

<sup>52</sup> 釋字第 177 號、釋字第 185 號、釋字第 187 號、釋字第 213 號。

<sup>53</sup> 釋字第 201 號。

相當，若未達到此一程度者，則視瑕疵之具體態樣，分別定其法律上效果。是故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。判斷憲法上行為之瑕疵是否已達違憲程度，在欠缺憲法明文規定可為依據之情形時，亦有上述瑕疵標準之適用（參照本院釋字第三四二號解釋）。所謂重大係指違背憲法之基本原則，諸如國民主權、權力分立、地方自治團體之制度保障，或對人民自由權利之限制已涉及本質內容而逾越必要程度等而言；所謂明顯係指從任何角度觀察皆無疑義或並無有意義之爭論存在。」

## 2.2.2 釋字第419號解釋理由書之再商榷

釋字第419號成為我國在討論違憲法令其時間效力問題時，經常被提及的重要基礎<sup>54</sup>，惟爭議仍舊未曾消弭，而本文認為大法官所持之論據至少有以下幾點容有商榷之必要。

第一，將憲法上行為之違憲與公法上行為之違法兩者先相提並論，進而推論前者之效果應與後者為相同處理，故與憲法相牴觸之法令，其效力並非必然自始不生效力，而是存有多種的態樣。惟法令之制定僅是憲法上諸多行為之一種而已，如總統之統帥權（憲法第36條）、監察權（憲法第90條）之行使等都是憲法上的行為，但顯然非法令之制定權，正由於憲法上行為的多樣性，故難以不區分類型，而逕認定與內容與憲法相牴觸之法令，其制定權行使之結果或效力必定為何，

<sup>54</sup> 陳春生，釋字第七二五號解釋部分協同部分不同意見書，頁3。

更何況釋字第 419 號解釋所處理之問題，實為副總統兼任行政院長之合憲性，顯非法令之合憲性，兩者存有差異，惟何以卻於結果上無影響？故大法官於討論對象的界定上即已顯失精確，有涵蓋過廣之問題。

第二，作為判斷標準之重大明顯瑕疵理論，固然在公法學界已受到肯認，行政程序法第 111 條第 7 款亦明文化，惟我國憲法本文已經對於違憲法令之效力在第 171 條第 1 項以及第 172 條明確規定，換言之，制憲者已經清楚表達其意思，故學理上就經違憲宣告之法令其效力之各種理論固然有一定之合理性，但卻也僅止於未來修憲時可作為參考（事實上我國憲法自制定後，共歷經七次的修正，惟與憲法相抵觸之法令的效力議題，從未被納為討論之議題中），在既定的規範下，欲透過解釋論的方式，將此概念正當化似不無疑問。

第三，縱使肯認重大明顯瑕疵理論，可作為與憲法相互抵觸之法令其效力問題判斷上的重要標準，然依據本號解釋之論理，其亦僅能正當化違反憲法之法令中的極少數者，其效力會是自始不生效力的情形，但除此之外，其他違憲的法令，其效力則應為如何之樣態？又另以何種標準來決定其所對應的效力類型？進一步，大法官在根本未附具理由的情況下，即認為我國憲法容許「與憲法不符但未宣告無效」，以及「違憲但在一定期間之後失效」二種爭議重大類型之存在。

第四，大法官用以正當化其多元效力宣告類型之另外一個理由係德國以及奧地利憲法法院裁判上之實踐，惟其並未先予釐清的是該等國家之憲法規定是否與我國相同？而其多元的效力宣告類型是否符合其憲法或法律之框架？其學者對此之看法又為何？簡言之，他山之石縱可攻錯，亦不能僅著眼於單一處而未觀其整體全貌。

綜上所述，本文認為釋字第 419 號解釋在處理違憲法令的時間效力問題上，作為其討論前提之比較基礎界定上即先失精準而有疑義，其次，亦未直接面對其



權力來源之憲法文本，只從有欠完整性的他國經驗來試圖證立。暫置「尚屬合憲但告誡有關機關有轉變為違憲之虞」，學理上稱之為警告性解釋之類型<sup>55</sup>，就「與憲法不符但未宣告無效」（學理上稱之為單純違憲宣告）以及「違憲但在一定期間之後失效」（學理上多稱之為定期失效）兩者而言，前者明顯屬於放棄憲法賦予違憲審查者權力之「棄權」行為，後者則是無視憲法對於違憲法令效力之限制而逕讓矛盾之法秩序續存之「越權」行為，本文將兩者合稱為將來失效，在大法官未能提出強而有力的說理情況下，其正當性自有反省之必要<sup>56</sup>。

### 2.3 將來失效類型之問題爭點

相對於違憲審查者論理上之有欠完備，學者對於違憲法令之時間效力問題有較為深入的探討，以下即將前面所歸結出爭議最大的單純違憲宣告以及定期失效違憲宣告兩類型，分別予以討論。在進入其各自正當性與弊害的分析前，則會先對渠等在實務上出現之態樣，特別是與其他類型間之關係做一清楚定義及區分，以免產生討論上的混淆。

另外，有學者將單純違憲宣告以及定期失效違憲宣告兩類型合稱為「違憲但不立即無效」<sup>57</sup>，本文則以較簡潔之「將來失效」代之，但概念範圍則無差異，合先敘明。

#### 2.3.1 類型定義

<sup>55</sup> 雖然在此類型中大法官違憲審查之意旨有其曖昧性，然嚴格而言系爭法令於於宣告時仍屬合憲。

<sup>56</sup> 李震山大法官即謂「就以我國憲法第 171 條第 1 項規定：『法律與憲法牴觸者無效。』及第 172 條規定：『命令與憲法或法律牴觸者無效。』為例，其即是融合邏輯與經驗的具體結晶，當論及『定期失效』制度之利弊得失時，刻意將該等憲法規定視而不見，或毫不慮及『法令違憲但有效』同時有悖於『生活經驗』與『憲法邏輯』的現象……」，參：李震山，釋字第七二五號解釋部分協同意見書，頁 2。

<sup>57</sup> 黃昭元，同註 9，頁 31。



### 2.3.1.1 定期失效

定期失效係指法令雖然與憲法相互抵觸，惟其卻仍有繼續拘束人民及政府機關之一般性效力，申言之，「違憲」與「效力」兩者間不但於大法官宣告違憲時發生脫鉤，甚至反而因為宣告的本身產生強化、正當化系爭違憲法令效力的情況。此種特殊的宣告類型，最常出現於採取抽象且集中式違憲審查制度的國家，因為其裁判標的是直接針對法令本身，憲法法院擁有將法令逕宣告廢棄之權力，故法令的時間效力問題亦特別的棘手。然而在具體且分散式違憲審查制的國家，雖然法院僅是於個案的審理中附隨性的將作為裁判前提的法令宣告違憲而不予適用，但是因為判決先例拘束原則（*stare decisis*）之作用，對於審理其他案件而適用相同法令的法院而言，一樣會面臨相同的問題而難以迴避<sup>58</sup>。

被認為是採用定期失效方式處理違憲法令時間效力者，在分類上較無爭議之形式為「……違反憲法第……條……原則，不符憲法第……條保障……之意旨，均應自中華民國……起失其效力」<sup>59</sup>、「……有違憲法第……原則，與憲法第……條保障……之意旨相抵觸，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿……時失其效力」<sup>60</sup>等，簡言之，在解釋文中可以發現大法官對於與憲法相互抵觸的法令，其之效力有明確的落日期限諭知。

而另種爭議較大的宣告形式，有部分學者將其劃歸為單純違憲宣告，認為大法官僅是為修法期限之諭知，而並未對審查標的之法令其效力有任何之表示，被

<sup>58</sup> See Eva Steiner, *supra* note 44, 14.

<sup>59</sup> 如釋字第 718 號、第 677 號、第 654 號

<sup>60</sup> 如釋字第 711 號、第 710 號、第 708 號、第 707 號、第 704 號、第 696 號、第 694 號

稱之為「附期限之單純違憲宣告」<sup>61</sup>，其形式通常為「現行……有欠完備，有關機關應於本解釋公布之日起……內依解釋意旨……通盤檢討訂定」<sup>62</sup>、「上開……與本解釋意旨不符部分，均應於本解釋公布之日起……內檢討修正」<sup>63</sup>。在此種類型中，大法官同樣運用期限來處理與憲法相抵觸之法令，促使政治部門負有修正、制定合於憲法秩序之新法令的義務（因此又被稱之為「限期修法」或「定期命為修法」類型<sup>64</sup>，亦有稱之為「定期檢討」<sup>65</sup>）。

後者不同於典型定期失效宣告類型之處有兩點：第一，限期修法類型中有部分的解釋並未明確宣告系爭法令抵觸或不符憲法，或僅使用「有欠完備」等在宣示上程度較弱之語彙<sup>66</sup>；第二，於定期失效宣告的典型類型中，如法令逾越期限未經修正，其違憲部分將當然失其效力，惟在附期限之單純違憲宣告類型中，由於大法官並未對於系爭違憲法令諭知倘檢討期限屆至後，其效力將產生如何之影響有明確的表示，因此經常出現法令雖然與憲法意旨有違，但卻長期有效的情況。基於以上二點差異，有學者會另外以附期限之單純違憲宣告作分類，誠可理解。

然而，本文基於以下幾點理由，認為前述之附期限的單純違憲宣告類型，亦可從寬劃歸為定期失效的違憲宣告類型中，而毋需於分析上另為處理，第一，從我國憲法文本所揭示之憲法優位性原則而言，違憲與否之宣告與法令效力之宣告兩者間實難分離，違憲但有效法令的存在毋寧是對於違憲審查機制功能的否定，故解釋上應將單純違憲宣告之類型盡可能的限縮；第二，從邏輯上而言，基於其

<sup>61</sup> 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2008），《憲法：權力分立》，2版，頁108，臺北：新學林。


<sup>62</sup> 如釋字第535號。

<sup>63</sup> 如釋字第524號。

<sup>64</sup> 翁岳生，同註50，頁17。

<sup>65</sup> 蘇永欽，同註25，頁19。

<sup>66</sup> 如釋字第535號、釋字第549號。



他合憲因素之考量，讓違憲法令存續並非絕對不可能惟仍應有所限制，如果修法期限不等同於系爭違憲法令效力存續之期限，則隨著時間之經過，違憲法秩序之嚴重性將越趨增加，因而亦越難符合憲法之要求，違憲宣告時縱經斟酌而認的正當性，於期限屆至後無疑的將更顯薄弱；第三，修法期限之諭知本身即帶有對於新合乎憲法秩序形成的需求存在，如果該期限不等同於違憲法令之存在期限，則修法期限之諭知於邏輯上即毫無意義可言，大法官實選擇單純的違憲宣告即可；第四，從大法官歷來所做成之違憲宣告類型來看，附期限之單純違憲宣告解釋數量越趨減少<sup>67</sup>，而具有相近功能的定期失效違憲宣告數量則是大幅度增加，故應可合理推測大法官有意減少解釋上存有曖昧性的限期修法或定期檢討之諭知類型，而以對於法令效力較為明確的定期失效類型取代之；第五，附期限之單純違憲宣告類型是否真的有別於定期失效類型，學理上非無爭議，一方面許多學者並未將前者獨立分類而出，另一方面則是對於同號解釋究竟屬於附期限之單純違憲宣告（限期修法）類型抑或定期失效之違憲宣告，縱使是參與其中之大法官亦出現理解上之分歧，以釋字第 653 號解釋為例，因立法者未於所諭知之期限屆至前完成羈押法之修正，大法官再做成釋字第 720 號解釋，從個別大法官所出具的意見書中，即可以發現縱使是皆參與前後兩號解釋，但竟然對於釋字第 653 號解釋究竟屬於定期失效違憲宣告，抑或附期限之單純違憲宣告（限期修法）而存有不同之認知，陳新民大法官認為屬於「定期檢討」（即附期限的單純違憲宣告或限期修法宣告），惟李震山大法官、陳春生大法官以及葉百修三位大法官卻認為係屬定期失效違憲宣告，另外，若假設釋字第 653 號果真僅為附期限之單純違憲宣告解釋，則何以釋字第 720 號並未先對其效力為諭知，而是逕於立法者修訂規範前即諭知過渡期間之法秩序？由此實務運作的狀況，亦應已可合理認為於所諭知之

<sup>67</sup> 可能被分類為限期修法之違憲宣告類型的解釋有釋字第 653 號、第 549 號、第 535 號、第 524 號、第 457 號、第 455 號共 6 號。

修法期限屆至後，違憲法令之效力即當然的喪失，並非依然存續。

從以上之分析可知，雖然附期限之單純違憲宣告與定期失效兩種類型形式上存有些許差異，然究其實際，無論是從憲法之規定、概念邏輯抑或實踐層面觀察之，兩者其實並非截然有別，若拘泥於形式文義反而可能無法正確掌握大法官解釋之真意。因此，在以法令為標的之大法官解釋中，只要包含違憲以及期限兩大要素，無論對於所審查之法令的時間效力是如何表述，仍會被本文從寬歸類為定期失效違憲宣告類型予以析論。

### 2.3.1.2 單純違憲宣告

正如同文義，單純違憲宣告係指司法違憲審查者雖認定法令與憲法相互抵觸，但是對於其之效力問題未置一詞，在我國法令違憲審查功能較未積極發揮功能之初期，此宣告類型於違憲宣告中占有相當之比例，故於「違憲但有效」的議題上亦值分析、研究。

常見的宣告模式中，大法官有時並未明確表達法令與憲法相違背，但要求政治部門應予以修正，以求符合憲法之意旨<sup>68</sup>，亦有連系爭法令是否涉及憲法上所保障、揭示的基本權利、原則都未表明，但亦要求有關機關修正者<sup>69</sup>，此兩種次類型或可謂是一種間接性的單純違憲宣告，其某程度上易與合憲宣告中的警告性解釋產生區分上的困難；然亦有明確揭示與憲法中何項規定相互抵觸者，法令違憲的情形清楚可辨者<sup>70</sup>，此或可謂是直接性的單純違憲宣告。

<sup>68</sup> 如釋字第 86 號、釋字第 166 號、釋字第 298 號、釋字第 335 號、釋字第 396 號、釋字第 465 號、釋字第 600 號。

<sup>69</sup> 釋字第 276 號、釋字第 301 號、釋字第 311 號。

<sup>70</sup> 如釋字第 288 號、釋字第 321 號、釋字第 587 號、釋字第 589 號、釋字第 722 號、釋字第 715 號。



## 2.3.2 正面功能

### 2.3.2.1 提升違憲審查功能與維護人權？

有論者認為對違憲法令採取定期失效之宣告方式，於人權的保障有正面的貢獻，理由是此種類型除了宣告法令牴觸憲法外，更含有命行政或立法兩大政治部門，在一定期間內積極修正法令之義務<sup>71</sup>，避免因憲政機關之怠惰導致違憲的法秩序長期存在，確保違憲審查制度的功能<sup>72</sup>。循此邏輯，定期失效相較於單純違憲宣告，在違憲審查功能之發揮以及人權維護上當亦較強。以違警罰法為例，大法官早於釋字第 166 號（民國 69 年 11 月 7 日）即認定系爭規範授權警察官署裁決拘留與罰役，違反憲法第 8 條第 1 項對人身自由之保障，然而立法機關卻未遵照解釋之意旨修正系爭規範，直至近十年後，大法官再作成釋字第 251 號（民國 79 年 1 月 19 日），對違警罰法明確諭知約一年半之失效期限，才順利促使立法者不得不制定出相較之下，對於人權保障較為完善之社會秩序維護法取代之<sup>73</sup>，使法秩序合乎憲法的要求。

此論點看似成立，然而若考察兩號釋字作成之背景脈絡，真正的原因恐非定期失效之違憲宣告方式能提升違憲審查功能，根本性的問題其實在於威權的政治環境下，其他國家機關對於憲法以及司法權並未予以尊重，因為釋字第 185 號早已清楚表明司法院之解釋具有拘束全國各機關及人民之效力，如此意旨能被確實貫徹，縱使大法官僅是做出單純違憲宣告，相關機關亦有義務配合儘速修正系爭法令，並且在理論上，此宣告模式之強度不必然會弱於定期失效違憲宣告，更難

<sup>71</sup> 黃昭元，同註 9，頁 34。

<sup>72</sup> 葛克昌，同註 23，頁 136；法治斌，同註 17，頁 11。

<sup>73</sup> 翁岳生（2004），〈司法院大法官解釋效力之研究〉，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，《公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集》，頁 15-16，臺北：元照；黃昭元，同註 9，頁 34；葉俊榮，同註 13，頁 10-13。

以想像，於一個成熟的憲政民主國家中，會發生違憲審查決定公布生效之後，違憲法令竟然於十年後方被修正的情形。因此，前述違警罰法真正能夠被廢棄之因，本文認為其實並不全然可歸因於釋字第 251 號使用定期失效違憲宣告之類型，真正關鍵的因素毋寧是，從釋字第 166 號至第 251 號期間，台灣歷經民主轉型，憲法之規範效力以及司法違憲審查的功能，於此背景脈絡下因而亦得以真正的發揮。

本文認為如要自釋憲功能提升與人權保障的角度來證立定期失效宣告，至多僅是立於與警告性解釋之相互對照下，因為其明確宣告法令與憲法意旨不符，使立法者無法拖延、無視，進而方有更積極之作為。甚至在理論上，若與單純違憲宣告相比，定期失效制度未必在違憲審查功能提升與人權保障作用上會特別的突出，因為該宣告形式其反而肯定「違憲但有效」的秩序，仍可有一定的存續期間，而在政治部門高度尊重司法違憲審查者的國家，單純違憲之宣告反而更能促使違憲法令之修正。

### 2.3.2.2 避免法律真空

當大法官對於法令做成違憲之宣告，若未特別明訂失效之時點，則依釋字第 188 號解釋之意旨，由於該解釋將自公布當日時起發生效力，再結合憲法第 171 條第 1 項及第 172 條之規定，系爭違憲法令將立即向後失其效力，各機關均不得再予適用，是於政治部門重新修正、制定合乎憲法意旨的法令前，可能將產生學理上所稱之「法律空窗期」<sup>74</sup>。人民因為在新規範尚未制定公布前，欠缺法令可資依循，進而使生活的規劃不是落空就是受到嚴重的影響<sup>75</sup>。因此，有學者認為

<sup>74</sup> 李惠宗，同註 19，頁 7-8；法治斌，同註 26，頁 176；陳新民（2011），司法院釋字第 686 號解釋陳新民大法官不同意見書，頁 3。

<sup>75</sup> 翁岳生（2014），司法院釋字第 455 號解釋翁岳生大法官協同意見書，頁 7。

如從法令真空現象對於受憲法保障之法安定性<sup>76</sup>造成的嚴重傷害面向來看，定期失效毋寧是可以被忍受之「較小違憲」情況，於利益衡量上應該認為此宣告模式與立即失效相比，更符合憲法之意旨<sup>77</sup>。至於未對違憲法令明訂失效期限的單純違憲宣告類型，更是讓政治部門完全掌握了法令間的銜接，當最能避免法律真空的問題。

自此觀點而論，將來失效於法秩序層面的安定性追求上，確實優於立即失效之違憲宣告<sup>78</sup>，然而，此論點本身有其必須先確立的前提，首先是將來失效的類型在實際的適用上，是否真的皆是被用來解決法秩序空窗？換言之，什麼是法秩序空窗或真空此概念應先被檢驗，而不得泛泛稱之；其次，此種法安定性的觀點，事實上是違憲審查者對於因宣告違憲法令立即失效所造成的法秩序空窗，並無能為力以效力以外的方式解決作為立論基礎，因此，有必要探究者即為所謂的空窗困境是否真的無法以將來失效以外的其他方式處理之？

唯有上述二個問題可以先得得到相當的澄清，則以法秩序空窗之避免作為適用將來失效之理由，方有足夠的正當性，而不會淪於恣意。

### 2.3.2.3 尊重政治部門及給予因應時間

司法違憲審查機關固然有權力與義務去認定既存法令是否與憲法相抵觸，但是對於新法令的形成，基於司法權之本質、權力分立的誠命、機關功能最適理論

<sup>76</sup> 釋字第 574 號解釋理由書謂「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。」

<sup>77</sup> 陳愛娥（2010），〈法規違憲「定期失效宣告」與行政法院裁判的關係——從最高行政法院九八年度判字第二四三號判決談起〉，《台灣法學雜誌》，157 期特刊，頁 131-132；許宗力（2007），憲法與政治，氏著，憲法與法治國行政，頁 36，臺北：元照；吳信華（2006），大法官解釋「違憲定期失效」的效力，月旦法學教室，43 期，頁 6；李建良，同註 15，頁 483-484；楊淑卿，同註 24，頁 41-43；蘇永欽，同註 25，頁 9。

<sup>78</sup> 學者認為法真空狀態之避免，是德國聯邦憲法法院未宣告違憲法律無效之最為堅強且明確之理由，參：李建良，同註 15，頁 485；Sarah Verstraelen, *Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility versus the Quest for Uniformity*, 14 German L.J. 1687, 1690 (2013)。



與民主正當性等因素，司法者被認為並不宜甚至受到禁止去指導政治部門，而違憲法令之將來失效則無疑的最能夠留給立法者形成新合乎憲法秩序空間的一種違憲宣告方式，尤其是合憲之法秩序存在著多種可能性時，何種選擇最為妥適即應由政治部門為之<sup>79</sup>。進一步申論，立即失效相對於定期失效違憲宣告，其更容易壓迫到立法者對於新法令的形成空間，從而如自規範品質的角度觀察，定期失效雖然可能被視為是限期修法，但是在實際上卻反而較立即失效更能給予政治部門充分的因應時間，有論者即認為其有助於促進公眾對於新規範制定之參與<sup>80</sup>。

我國大法官歷來對於違憲法令所諭知之失效期限，雖然時間有長有短，但是大抵上相當充分，如釋字第 649 號對於舊身心障礙者保護法規定按摩業僅能由視障者所從事，大法官即給予立法部門長達三年之定期失效期限；釋字第 666 號針對社會秩序維護法僅處罰性交易服務提供者之違憲規定，亦明訂二年的落日期限。執是，可見定期失效的違憲宣告模式確實對於立法形成空間的保障而言，具有非常重要之正面功能<sup>81</sup>。至單純違憲宣告所預留的法令修正空間、時程更屬充分而不待言。

#### 2.3.2.4 政治上之妥協與策略<sup>82</sup>

<sup>79</sup> See VICTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES: A EUROPEAN PERSPECTIVE 9; Note, *Prospective-Prospective Overruling*, 51 MIN. L. REV. 79, 86-87 (1966); Comment, *Prospective Application of Judicial Decisions*, 33 Ala. L. Rev. 463, 472 (1982); Sarah Verstraelen, *supra* note 78, 1700; 尤柏祥 (2011), 〈「贏了解釋、輸了官司?--大法官定期宣告失效與個案救濟」座談會會議紀錄〉,《月旦法學雜誌》, 193 期, 頁 263; 廖義男, 同註 20, 頁 134; 李惠宗, 同註 19, 頁 8-9; 辛年豐, 同註 14, 頁 230-231。

<sup>80</sup> See Jean Leclair, *Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview*, 36 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 543, 554-555 (2004).

<sup>81</sup> 黃昭元, 同註 9, 頁 34-35。

<sup>82</sup> 黃昭元教授亦使用「政治上的妥協」來說明定期失效違憲宣告被大法官使用的理由，然本文認為定期失效未必全然是不得已狀況下的選擇，有時候其反而是大法官心目中最理想的宣告類型，亦即對外而言，其同時可以滿足人民與政治部門的期待，故以策略稱之以形容司法違憲審查機制與外界的互動，毋寧是更為妥適的，參：黃昭元, 同註 9, 頁 35; 許宗力教授雖然並未從此角度說明定期失效之違憲宣告模式，但是亦指出此種模式反映的正是憲法解釋上典型之「政治後果考察」，參：許宗力, 同註 77, 頁 38。

宣告法令違憲之門檻如果越高，亦即非採普通多數決，則在合憲宣告與違憲宣告兩者間，違憲審查者經常必須尋求折衷之方式，在現實的運作上，此種僵局的突破很可能即表現於違憲法令時間效力問題的處理上。

依司法院大法官審理案件法第 14 條之規定，要宣告法律違憲，須有出席大法官三分之二以上之同意，此規定等同於讓三分之一的少數大法官擁有否決權，凸顯對於政治部門制定規範的高度尊重，但也因而導致法律的違憲審查易陷入僵局，進而影響我國釋憲制度之功能與效率。因此，為了取得內部共識以利解釋之產出，本質上作為合憲性解釋與違憲立即失效兩者間折衷選擇的將來失效宣告，即非常容易成為自由派大法官突破門檻困境的策略，一方面顧及保守派大法官對政治部門決定的尊重，另一方面亦滿足可以透過此宣告方式至少一定程度的達成保障人權之目的<sup>83</sup>。換言之，雖然在邏輯上司法違憲者應先決定所審理的法令是合憲抑或違憲，其次才是決定對於違憲法令應選擇溯及失效、立即失效抑或將來失效，前後兩者應屬不同層次的問題，然而在實際決定的形成過程中，法令是否違憲以及違憲法令之效力為何，兩者其實可能是被組合後並列，大法官是在合憲、違憲溯及失效、違憲立即失效與違憲將來失效此四大種類型中進行選擇，而當將來失效未能獲得內部多數支持時，其次的選擇並不是違憲溯及失效或是立即失效，而會是只剩下合憲宣告一途，至多再於解釋文中同時表達相關主管機關應適時檢討之呼籲。

另一方面，從司法權與政治部門及社會間互動的觀點來看，將來失效違憲宣告較不至於引發憲政機關間過度之緊張，又能夠有效避免社會對司法權於人權捍衛上期待的完全落空，至少將來可以法令違憲為由促使政治部門儘速修訂，實屬一種平衡兼顧各種利害關係的選擇，功能較合憲宣告中的警告性解釋更強，但又不

<sup>83</sup> 相似看法，參：葛克昌，同註 23，頁 136；葉俊榮，同註 13，頁 19、23-24；葉俊榮，同註 12，頁 356-357。

如立即失效違憲宣告般的強烈，使其成為司法權爭取社會認同與維護己身存立正當性的重要策略工具<sup>84</sup>。



### 2.3.3 引發問題

雖然讓違憲法令將來失效存有上述之正面功能，然而，其卻也引發相當複雜難解的問題，困擾著司法違憲審查者自身、其他國家機關(包括法院和行政機關)，以及原因案件與以外但適用相同法令的人民，因此，也導致此宣告類型的適用受有質疑或須特別的謹慎。

#### 2.3.3.1 憲法優位性與司法權之斲喪

違憲審查制度最重要的目標、功能無疑是確保法令與憲法間的一致性，避免發生前者與後者相互抵觸之情形，因此違憲的法令自當不應出現，而若出現，其之存續期間亦應盡可能的縮短，尤其是當違憲審查機關已經藉由裁判或解釋明確認定後，更應無存續的空間。執是，受違憲宣告的法令其效力倘尚可存續一段期間，甚至無明確的有效期間限制，即越容易斲喪憲法的優位性<sup>85</sup>。

除了從純粹的法令位階秩序觀察外，自現實的政治權力互動角度分析，將來失效之運用對於作為違憲審查機關的司法部門其地位也會產生負面性的影響，簡言之，當大法官透過讓違憲法令效力的繼續存在，以避免「激怒」行政權與立法

<sup>84</sup> 黃昭元，同註 9，頁 35。在比較憲法中，越來越多學者認為應將憲法法院視為一個政治部門 (Political Institutions)，從而結合具體的政治、社會及經濟背景，理解其判決作成之真正理由，See David Landau, *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*, 51 Harv. Int. Law J. 319, 332-334 (2010)。葉俊榮教授經實證的統計研究後，發現政治部門相當尊重大法官對於違憲法令的所訂的失效期限，因此認為「對於政治部門而言，面對越來越多附期限的違憲解釋，這些期限同時是壓力但也是紓解，與立即無效比，政治部門反而可能更歡迎附期限的違憲解釋，也更願意遵循配合」，參：葉俊榮，同註 13，頁 20-21。

<sup>85</sup> 李震山大法官即指出定期失效雖有助於避免「法令空窗期」，維護「法安定性」，然其卻也使「憲法最高性」產生「空窗期」，付出「憲法安定性」之代價，參：李震山 (2014)，釋字第七二〇號解釋協同意見書，頁 3。

權，或是欲追求維護社會秩序安定的最大可能性，對於政治部門而言，司法權所呈現出的就是較為軟弱、受到牽制之形象，甚至在單純違憲宣告的情況，更只是淪為無拘束效力不明的意見提供，從而政治部門因為違憲法令制定所需付出的代價、所感受到的修正壓力，也就相對的不明顯，甚至還會因為「違憲但有效」之法秩序宣示，而使得政治部門其原先決定之正當性反而更為鞏固的怪異現象。

因此，對於違憲的法令宣告將來失效，不但會當然衝擊憲法之優位性，隨之而來的也將同時弱化司法權相對於其他政治部門的權力及地位。

### 2.3.3.2 原因案件無法救濟

在制度設計上，特別是在抽象且集中式的違憲審查國家，違憲審查機制被定位為人民窮盡一般救濟途徑後，正義實現的最後依託，主觀上當事人期待透過對於法令違憲性之確認或宣告，而使得其自身之案件能獲得救濟效果，自鼓勵人民接近、利用司法違憲審查制度的角度而論，此實為必須被重視者，而具體且分散式的違憲審查制度國家則更不待言<sup>86</sup>。然而，當司法違憲審查者創設出以及頻繁的運用將來失效宣告模式後，此種主觀權利救濟的功能是否以及能在何種程度與範圍內實現，卻成為現實上相當棘手的問題。

將來失效違憲宣告最重要的優點即在於法安定性之維護，凸顯出對於客觀法秩序面向的側重，惟「違憲但有效」導致與憲法相抵觸之法令其正當性被強化，因而對於促成違憲審查權發動之原因案件當事人而言，其發生於過去之確定案件或是將於失效前成為確定之案件（指由承審法官暫停審判程序聲請釋憲者），因

---

<sup>86</sup> 如果司法違憲審查不能夠提供主觀的權利救濟，將對於人民利用該制度形成阻礙，*see Mackey v. United States* 401 U.S. 667 (1971) at 680 (Harlan, J., concurring in judgments and dissenting)(Refusal to apply new constitutional rules, to all cases arising on direct review may well substantially deter those whose financial resources. are barely sufficient to withstand the costs of litigating to this Court, or attorneys who are willing to make sacrifices to perform their professional. obligation in its broadest sense, from asserting rights bottomed' on constitutional interpretations different from those currently prevailing in this Court.)

為形式上法院所適用的法令仍為有效，嚴格而言該裁判似亦無違誤，造成實務上屢出現原因案件的當事人雖歷經數年的司法程序爭取權利，最終卻仍未能獲得救濟之不正義情況。

雖然此問題在我國於釋字第 725 號作成公布後已經獲得部份解決(定期失效者)，但不能忽略的是大法官雖有意識到但似刻意保持曖昧，讓原因案件的救濟問題存續長達數十年之久，早於釋字第 177 號<sup>87</sup>即說明違憲審查宣告應給予原因案件救濟之效果，惟因當時並不存在定期失效之宣告類型，故一般法院多認為僅在違憲法令是受立即失效宣告時，方有該號解釋意旨之適用，反之，如係定期失效宣告，則違憲審查之決定對於原因案件將不產生任何之影響效果，此主觀權利救濟結果上的差異，凸顯出的毋寧是定期失效宣告本身的矛盾性。

另外，釋字第 725 號出爐後，原因案件是否即能於定期失效違憲宣告後必然獲得救濟效果，其實仍有待對該解釋之意旨進一步推求析研，故本文仍將主觀權利救濟的問題納入討論範圍。

### 2.3.3.3 非原因案件之處理爭議

將來失效本身的矛盾性除了導致原因案件在救濟上的困境外，亦會造成法院在審理系爭違憲法令所規範之其他案件時，面臨應否適用以及見解容易出現歧異之狀況(行政機關亦同)。申言之，有法官側重失效前違憲法令既然有效，因此如既往般繼續適用之；有法官則重視法令的違憲性，因而或直接拒斥不再適用，或者是透過停止審判、對事證之重新取捨認定等技巧性方式，而避免讓違憲法令繼續發生拘束效果。

因此，將來失效違憲宣告本來欲達成的客觀法秩序維護，避免因違憲審查所

---

<sup>87</sup> 「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。」

造成的秩序空窗以及動盪，在現實脈絡中，因為其本質上、理論上難解的矛盾性及個案承審法官的良心煎熬，反而導致在失效期限屆至前法秩序的混亂情況，此現象不但有違法治國原則中法安定性的要求，更因為法適用的不一致性而可能侵害人民受憲法所保障之平等原則。而能夠預見的是，當大法官越趨頻繁的運用將來失效宣告，一般法院的法官在個案審理之用法上就越易出現歧異。

### 第三章、定期失效違憲宣告類型之實踐檢討

在規範層次以及抽象理論的分析後，本文的第三章以及第四章將分別針對定期失效違憲宣告以及單純違憲宣告兩種類型，對我國大法官實際運用之案件進行梳理，目的在於清楚掌握其之概況以及運用的案件類型特徵，進而方可能於此基礎上，對於將來失效於我國司法違憲審查脈絡中，精準指出其問題癥結並提出批判，最後並嘗試提出可資操作的適用標準。

而關於大法官宣告定期失效及為單純違憲宣告解釋之完整統計、分析，本文分別製作成附表九以及附表十置於論文之頁末，可供參考對照，而此安排是因為排版上的簡潔需求，併予敘明。

#### 3.1 概況統計

##### 3.1.1 使用比率

經學者之研究，從司法院大法官於民國 38 年作成第 1 號解釋開始，至民國 91 年第 546 號解釋為止，共計有 30 件是以定期失效方式為宣告，占總解釋數量僅約 5%，然如從此期間所做成之 115 件違憲宣告案件來看，定期失效宣告的案件所占之比例將提高至 26%，亦即超過四分之一<sup>88</sup>。

而本文進一步統計分析後<sup>89</sup>，發現自第 547 號解釋開始至第 732 號解釋共計 186 件解釋中，以定期失效宣告違憲者達 44 件，約占該期間整體解釋量之 24%，而如以其中 88 件的違憲宣告案件來看<sup>90</sup>，使用定期失效者更高達 50%。

<sup>88</sup> 葉俊榮，同註 12，頁 331。已扣除被本文排除於「定期失效」類型的司法院釋字第 261 號及 282 號兩號解釋。

<sup>89</sup> 違憲與定期失效案件之計算，本文採取縱使一案件有數個法令，但只要大法官對其中至少一個法令認定違憲及給予定期失效，即將該號解釋計入。

<sup>90</sup> 於計算違憲宣告案件時，本文排除雖然解釋文中使用違憲字眼，但是標的並非既存之法令者，如司法院釋字第 601 號、第 627 號與第 632 號解釋。

<sup>91</sup> 其他統計可參：楊淑卿，同註 24，頁 56-101（其計算至司法院釋字第 688 號解釋）。

若以大法官的屆次來區分，嘗試了解不同屆次的大法官是否偏好使用定期失效違憲宣告，最早則可以自第五屆開始統計，從解釋數量上而言，該屆的大法官歷經解嚴與民主化，一方面政治環境的條件相對友善，另一方面人民亦開始積極利用違憲審查機制，因此，在九年的任期內做成高達 169 件的解釋，數倍於前幾屆大法官之產量，其中違憲解釋所占之比率為 25%，幅度不算高，定期失效的違憲宣告數亦僅有 10 件，但占違憲宣告解釋數量之 24%。

之後，大法官違憲審查的功能大幅提升，第六屆所做成之違憲宣告數量占整體解釋之 36%，定期失效宣告所占之比率亦微幅上升至三成<sup>92</sup>。民國 92 年後因憲法增修條文第 5 條第 2 項之規定，大法官不再區分屆次任期而改為各別計算，惟依同條第 3 項規定該次任命之大法官於民國 100 年 9 月任期全數屆滿，故如以該期間為計算範圍，違憲宣告比率達 46%，而民國 100 年 10 月迄至 104 年 9 月的大法官，其違憲宣告比率更高達 60%，在此期間，定期失效違憲宣告占違憲宣告的比例也一併快速攀升，民國 92 年至 100 年間增為 47%，較第六屆增加 17%，民國 100 年迄今則一舉過半，比例高達 56%。另根據陳春生大法官之研究，自釋字第 724 號解釋回溯計算六年，對違憲法令宣告定期失效與立即失效兩者之比例，較自第一件宣告定期失效之釋字第 218 號解釋計算至迄今高達 2.63 倍<sup>93</sup>。

故整體而言，自第五屆大法官開始，可以說定期失效違憲宣告之宣告類型於法令的違憲審查上越趨重要<sup>94</sup>，近期更已經轉變成平均每兩件違憲宣告案件中，就有一件是以定期失效的方式為之，原本應不容於我國憲法框架，在學理上亦應作為例外之定期失效違憲宣告，在我國的司法違憲審查實務運作中，卻已經成為

<sup>92</sup> 葉俊榮教授甚早即指出在第六屆大法官的任期內，定期失效的憲法解釋已出現漸受倚重的趨勢，參：葉俊榮，同註 12，頁 337。

<sup>93</sup> 陳春生，同註 54，頁 2。

<sup>94</sup> 如僅以第五屆與第六屆司法院大法官所做成的解釋為觀察，亦可得出相同的結論，參：廖元豪（2000），〈司法院大法官「法律違憲解釋」之研究——以第五屆、第六屆大法官為中心〉，《政大法學評論》，63 期，頁 90。



穩定之原則<sup>95</sup>。



〈表一〉大法官屆次與宣告法令違憲及定期失效比率關係

	解釋 號數	解釋 總數	違憲 宣告 數	定期 失效 宣告 數	比例	
					違憲 宣告 比	定期 失效 宣告 比
第一屆 (37-47)	1-79	79	0	0	0%	0%
第二屆 (47-56)	80-122	42	1	0	2%	0%
第三屆 (56-65)	123-147	25	0	0	0%	0%
第四屆 (65-74)	148-200	53	5	0	9%	0%
第五屆 (74-83)	201-366	161	40	9	25%	23%
第六屆 (83-92)	367-566	200	73	22	37%	30%
92.10-100.9	567-690	124	57	27	46%	47%
100.10-103.8	691-732	42	25	14	60%	56%

作者自製

說明：解釋總數未限定任何解釋類型，違憲宣告及定期失效宣告數則限於法令之違憲審查，違憲宣告比為違憲宣告數除以解釋總數，定期失效宣告比則為定期失效宣告數除以違憲宣告數。

<sup>95</sup> 羅昌發，釋字第七二五號解釋協同意見書，頁6；李震山，同註85，頁2。



### 3.1.2 法令性質

司法院大法官最早使用定期失效違憲宣告之類型始於釋字第 218 號<sup>96</sup>，其審查標的為財政部對於房屋之財產交易所得如何計算所做成之函釋，性質相當於現行行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款所稱之解釋性行政規則，大法官認定其違反憲法第 19 條之租稅法律主義，因而予以 6 個月之定期失效期限。

而釋字第 224 號則是大法官首度針對法律宣告定期失效，其認為當時之稅捐稽徵法第 35 條至第 39 條規定，僅允許有能力繳納一定比例稅款或提供相當擔保者，始得申請復查，且申請復查者須於行政救濟程序確定後，始能予以強制執行，此規定有違憲法第 7 條之平等原則、第 16 條之訴願及訴訟權保障，與第 19 條之租稅法律主義，予以 2 年之失效期限。

至於司法實務之「判例」<sup>97</sup>與「決議」<sup>98</sup>，雖然司法院大法官長期以來皆以其與抽象之法令相當，故透過目的性擴張司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第

<sup>96</sup> 定期失效的違憲宣告模式始於司法院第 5 屆大法官，參：翁岳生，同註 73，頁 15。

<sup>97</sup> 釋字第 154 號解釋理由書「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之「法律或命令」，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令或相當於法律或命令者而言。依法院組織法第二十五條規定：「最高法院各庭審理案件，關於法律上之見解，與本庭或他庭判決先例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。」及行政院處務規程第二十四條規定：「各庭審理案件關於法律上之見解，與以前判例有異時，應由院長呈由司法院院長召集變更判例會議決定之。」（現行條次為第三十八條第一項）足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利，合先說明。」（粗體字為本文所加）

<sup>98</sup> 釋字第 374 號解釋理由書「法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。其中所稱命令，並不以形式意義之命令或使用法定名稱（如中央法規標準法第三條之規定）者為限，凡中央或地方機關依其職權所發布之規章或對法規適用所表示之見解（如主管機關就法規所為之函釋），雖對於獨立審判之法官並無法律上之拘束力，若經法官於確定終局裁判所引用者，即屬前開法條所指之命令，得為違憲審查之對象，迭經本院著有解釋在案（釋字第二一六號、第二三八號、第三三六號等號解釋）。至於司法機關在具體個案之外，表示其適用法律之見解者，依現行制度有判例及決議二種。判例經人民指摘違憲者，視同命令予以審查，已行之有年（參照釋字第一五四號、第一七七號、第一八五號、第二四三號、第二七一號、第三六八號及第三七二號等解釋），最高法院之決議原僅供院內法官辦案之參考，並無必然之拘束力，與判例雖不能等量齊觀，惟決議之製作既有法令依據（法院組織法第七十八條及最高法院處務規程第三十二條），又為代表最高法院之法律見解，如經法官於裁判上援用時，自亦應認與命令相當，許人民依首開法律之規定，聲請本院解釋，合先說明。」（粗體及斜線為本文所加）

2 款，將其解釋為系爭條文所指之「法律或命令」予以受理審查<sup>99</sup>，惟大法官迄今未曾對於違憲之判例或決議給予定期失效。

雖然聲請對象都被歸類為「法律或命令」，然而定期失效僅會發生於國會通過之法律及行政權所制訂之命令，並不包括司法權所做成之判例及決議<sup>100</sup>，考其差異，應是導源於司法權被認為並不具有抽象性法令的形成權，其權力的行使侷限於個案之裁判，故雖然違憲審查者擴張解釋大法官審理案件法所明訂之聲請標的，但並未改變判例及決議之本質，從而也不必擔心違憲宣告後會對於法安定性產生嚴重影響，因此自毋庸特別給予較為緩和的效力宣告類型。

另外，根據學者之研究，大法官除了對於抽象之法令會使用定期失效的違憲宣告外，大法官於釋字第 261 號就第一屆中央民代是否受任期限制之問題，變更釋字第 31 號之見解，認定為能反映民意及貫徹民主憲政原則，第一屆中央民代至遲應於民國 80 年 12 月 31 日前終止行使職權，此期日離解釋作成之時間長達一年半，廣義而言，亦屬於一種定期失效的違憲宣告（就作為第一屆民代職權行使之正當基礎而言）<sup>101</sup>。

故整體而言，定期失效此違憲宣告類型，在歷來的大法官解釋中，主要被使用於法令的審查上<sup>102</sup>，其他爭議類型雖然並非於本質上不可能出現（如權力分立議題），但是一方面因案例數量過少，另一方面因非本文所討論的課題，故即予以排除。

在計算上，如果單一一號解釋所涉及之法令為複數，且分別為法律以及命令，

<sup>99</sup> 吳信華（2008），〈憲法訴訟—「訴訟類型」：第二講—「人民聲請釋憲」：各項程序要件（上）〉，《月旦法學教室》，69 期，頁 33-37。

<sup>100</sup> 葉俊榮，同註 12，頁 340。

<sup>101</sup> 葉俊榮，同註 12，頁 372。文中另提及司法院釋字第 282 號解釋，其也被歸類為「附期限憲法解釋」之類型，惟其是對於立法者課予新規範之制定義務，而無宣告既存之法令失效，故在概念上難以納進本文所討論的「定期失效」，而偏屬「定期生效」。

<sup>102</sup> 李惠宗，同註 19，頁 8。

則本文統計上會將其分別於法律、命令之類型中計算一次，而其中屬於此種情形的解釋有三號，分別為釋字第 450 號、第 524 號及第 710 號，因此雖然截至釋字第 732 號為止，共計有 72 號解釋使用定期失效之違憲宣告，但是在本文的分析上，因重複計算之故所以會有 75 件解釋，特此敘明。

基本上大法官對於違憲法令適用定期失效宣告，是以法律為大宗，占全部解釋數之 64%，命令部分則僅占 36%，而其中又集中於辦法、規則及細則此三種類型。另外，可以清楚觀察到的趨勢是與憲法相抵觸的命令性質法令，27 件中有 14 件亦即超過半數者是出現於釋字第 500 號（擇此時點是因該時點約為政黨輪替前後，政治環境有重大變動）之前，而僅有 5 件是出現在釋字第 700 號後。相反的，法令標的性質為法律者，受定期失效違憲宣告者多數是出現於釋字第 500 號後，在 48 件中占有 36 件，比例高達 75%。本文對於此現象的解釋是，由於過去法制較不完備，許多影響、限制人民權利之法令皆是逕由行政機關自行訂定，然而隨著立法院審議功能的強化以及法律保留原則的確立，行政命令性質之法令已經漸取得法律之授權，或是直接以法律規定的方式取而代之，定期違憲宣告數量在法律及命令兩者間所呈現出之相互消長現象<sup>103</sup>，即是如實反映出台灣法治的變遷。

前述推論尚可以從對屬行政命令性質之法令，其所被宣告為違憲的理由中之分析而獲得佐證，以違反授權明確性原則、法律保留原則或是租稅法律主義為由，亦即應改以法律規定或是於法律中明訂授權依據，宣告行政命令與憲法相抵觸而諭知定期失效者，計有釋字第 289 號、第 313 號、第 380 號、第 390 號、第 402 號、第 423 號、第 443 號、第 454 號、第 524 號、第 586 號、第 598 號、第 619

<sup>103</sup> 大法官早期對於與法律保留原則有所違背之行政命令，除以定期失效的宣告方式緩和衝擊外，更經常適用相當矛盾之宣告方式來達成，如釋字第 270 號解釋中認為行政機關以行政命令之方式規範國營事業退休之事宜，不生抵觸憲法之問題，但又要求此事項應速以法律定之。

號、第 638 號、第 640 號、第 657 號、第 658 號、第 707 號、第 710 號、第 724 號與第 730 號共 20 件，比例高達 74%，同時能夠觀察到的是，就涉及法律保留原則之行政命令性質法令，其發生在釋字第 500 號之後者反而較之前者為多，本文認為此是因為隨著立法權審議功能的加強，違憲審查者對於授權明確性原則以及法律保留原則之要求也逐漸提高，故向來寬鬆的授權不再受到允許，轉而更嚴格限制行政機關法令形成權之範圍

〈表二〉定期失效違憲宣告標的之法令性質

統計 法規 範性質	釋 字	數 量			
		個別	總計	比率	
法 律	224、251、300、365、366、373、 384、392、436、450 <sup>104</sup> 、452、491、 523、524 <sup>105</sup> 、535、549、551、558、 573、580、588、613、616、631、 636、641、645、649、653、654、 663、664、666、669、670、677、 680、687、694、696、702、708、 709、710 <sup>106</sup> 、711、716、718、731	48		64%	
命 令	函 釋	218、455	2	27	36%
	辦 法	289、324、443、524、707、710、 724	7		
	規 則	313、390、402、598、638、704	6		
	細 則	367、380、450、619、657、658、 730	7		
	標 準	423	1		
	要 點	454、457、586、640	4		

作者自製

<sup>104</sup> 該號解釋涉及大學法以及大學施行細則，兩者都受違憲宣告，故予以兩次之採計。

<sup>105</sup> 該號解釋中將全民健康保險法、健康保險醫療辦法之部分條文皆宣告違憲，由於各有違憲之部分，故予以兩次的採計。

<sup>106</sup> 該號解釋涉及兩岸關係條例和大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法，各有違憲之部分，故予以兩次的採計。



### 3.1.3 所涉憲法規範

另個值得被探究的議題是，定期失效違憲宣告在適用上，是否集中於某些種類的基本權或是憲法原則？有無可能自此分析出違憲審查者決定時所特別考量之因素？以下即在檢視各個定期失效解釋內容後，對其所涉及的基本權利與憲法原則進行統計，以求能掌握整體的概況。在計算方法上，如單一一號解釋中涉及諸多基本權利及憲法原則，則將以複數的方式計之。

首先，在數量上最多者為涉及憲法第 23 條的法律保留原則<sup>107</sup>以及第 19 條的租稅法律主義<sup>108</sup>，兩者名稱雖有別但實指涉相同之概念，亦即對於人民自由權利之限制或是稅賦義務的課予，必須於法律中規定或是由法律所授權而訂立之行政命令中方能規定，換言之，行政權並未如同立法者般具有抽象的法令形成權，其背後所蘊含的即為民主原則，較能夠代表多元民意的國會，有其於此事務上的優越地位。另外，本文亦將授權明確性原則的違反納入此類屬，理由是該原則所強調的是立法者授權行政機關訂定抽象的法令，如該事項非屬絕對的法律保留，其授權也必須在目的、內容及範圍上具體明確，或是可從整體的規範意旨中探知，否則仍屬違憲的法令，故其精神同樣在於強調立法者的優越性<sup>109</sup>，有謂「**授權明確性原則可說是植基於法律保留原則而衍生對於授權法規的要求**」<sup>110</sup>。從統計數據上可以發現，高達九成案件所涉及的法令性質皆為行政命令，亦即行政部門在未有立法者之授權下限制人民權利，或者是逕規範重要的授益性事項（亦即違反

<sup>107</sup> 吳信華（2000），〈法治國家原則（五）—依法行政原則之二：法律保留原則〉，《月旦法學雜誌》，57 期，頁 2-3。

<sup>108</sup> 在我國大法官解釋中，租稅法律主義的具體內涵為稅捐法律保留原則以及稅捐法律優越原則兩者，參：黃士洲（2014），〈租稅法律主義的再檢討〉，《月旦法學雜誌》，229 期，頁 204-207。

<sup>109</sup> 許宗力教授即認為自法律保留原則及民主原則兩者中，可以推導出我國憲法上對於授權明確性原則之要求，參：許宗力（1990），〈行政命令授權明確性問題之研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》，19 卷 2 期，頁 56-59。

<sup>110</sup> 吳子毅（2014），〈「授權明確性原則」的再思考—以大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，39 卷 3 期，頁 140。

重要性保留原則)，僅有 2 件之標的是法律，司法違憲審查者認為立法者所制定之法律其授權規定不臻明確，或是該事項不應被授權。從此類型案件出現的時間觀察，所反映出的是台灣法制之發展歷程，其中有 59% 的案件均是存在於釋字第 600 號前。

其次，則為憲法第 8 條之人身自由，總共有 18 件的解釋涉及此議題，其重要內涵為事前的法官保留原則、正當法律程序，雖然大法官認為人身自由是其他自由權利行使之前提<sup>111</sup>，向來對其之限制也受到嚴格的審查，但是面對與憲法相抵觸而限制其之法令，卻多以定期失效而非立即失效的違憲宣告模式，讓系爭法令繼續存在一定時日。而在所訂的期限長短上，或許正是因為人身自由的高度重要性，整體而言期限偏短，如釋字第 677 號之 17 天與釋字第 664 號之一個月都是歷來定期失效違憲宣告案件中最短的二者；雖然在涉及人身自由的案件中，其法令之性質都屬於法律，但是與前述對期限長短之分析結果相較，原則上卻是以一年之短期失效期限為主，從此或可謂違憲審查者在諭知定期失效的同時，傾向盡可能的減少人身自由受到侵害之時間，如釋字第 687 號、第 669 號、第 636 號、第 523 號、第 366 號及第 300 號都是給予一年，而釋字第 251 號及第 384 號則是一年半的失效期限。

次之，則是涉及憲法第 15 條之財產權與第 7 條平等原則者，分別計有 17 件及 12 件。首先就財產權案件，其特殊性在於大法官第一個使用定期失效違憲宣告類型的案件就是涉及此權利，而自整體解釋時期來看，出現的時點亦呈現相當平均的情況，可謂財產權的保障一直都是違憲審查上重要的議題。次就平等原則的案件，我國憲法將其列為第二章人民之權利義務的首項規定，其重要性不言

---

<sup>111</sup> 釋字 636 號「人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。」



可諭，而在社會變遷的過程之中，平等也一直是人民援引為其訴求之核心論據<sup>112</sup>，不過在早期，大法官對於事涉平等原則之案件並不常適用定期失效之違憲宣告，直至近期方開始激增，50%的案件是出現在釋字第 600 號之後。另一個重要的觀察點是，雖然違反平等原則的案件，以受系爭違憲法令所規範之對象而言，除了可能是限制一群人民之權利(侵益性)，惟亦有可能只是授予特定一群人民利益(授益性)，但是在實務上，會受到定期失效宣告的案件絕大多數是侵益性而非授益性之規定，前者對於人民權利有更為強烈的負面性影響，然而為何大法官卻不選擇更能夠保障人民權利之立即失效違憲宣告，實值得進一步的探究。

在總計 70 件的定期失效違憲宣告解釋中，扣除涉及前述之基本權及憲法原則，其餘者之案件數量都未超過 10 件，涉及訴訟權者有 8 件，其內容通常同時與人身自由及正當法律程序有關，有些則對於學理上所稱之特別權力關係理論的變遷具有重要性；涉及法律明確性、刑罰明確性的案件也有 7 件之多；關乎居住遷徙自由、工作權(職業自由)及正當法律程序則分別有 6 件、6 件及 5 件；生存權者有 4 件，其餘類型則有 1 到 2 件，整體而言，應該能夠謂大法官對於定期失效違憲宣告所適用的案件類型，相當的多元、多樣。

最後，在歷來的解釋上也有 3 件較為特殊，雖然同樣是宣告法令牴觸憲法，但是渠等不是直接影響基本權利或是與之有直接關聯性的憲法原則，而是涉及權力分立原則的法令，分別是釋字第 704 號之軍法官身份保障與審判獨立、釋字第 645 號之公民投票審議委員會以及釋字第 613 號通訊傳播委員會之委員提名任命，所影響的是立法權與行政權間權力分立制衡問題。

---

<sup>112</sup> 此在婦運上最為明顯，1990 年代的修憲運動(於基本國策章中增訂「國家應維護婦女的人格尊嚴、保障婦女人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」)以及釋憲運動(挑戰民法中違反男女平等之規定)，參：陳昭如(2012)，〈改寫男人的憲法〉，《政治科學論叢》，52 期，頁 60-76。

〈表三〉定期失效解釋所涉及的基本權種類與憲法原則

	釋 字	數量
平等原則	696、694、687、670、 666、649、573、 <u>457</u> 、 <u>455</u> 、452、365、224	12
人身自由（法官保留、正當法律程序）	<u>710</u> 、708、687、680、 677、670、669、664、 636、588、551、523、 436、392、384、366、 300、251	18
居住遷徙自由	710、709、558、535、 <u>454</u> 、 <u>443</u>	6
學術自由	450、 <u>380</u>	2
宗教信仰自由	573	1
集會結社自由	<u>724</u> 、718、373	3
生存權	694、666、551、549	4
工作權／職業自由	724、711、702、649、 <u>390</u> 、 <u>324</u>	6
財產權	731、 <u>730</u> 、 <u>724</u> 、716、 709、680、641、 <u>638</u> 、 616、 <u>586</u> 、580、573、 535、 <u>423</u> 、 <u>313</u> 、 <u>289</u> 、 <u>218</u>	17
訴訟權（含訴願權）	<u>704</u> 、663、654、653、 636、436、384、224	8
應考試權、服公職權	<u>658</u> 、491	2
婚姻及家庭權	696	1
人格權	664	1

秘密通訊自由	631	1
資訊自主權	586	1
一般行動自由	535	1
隱私權	535	1
授權明確性、法律保留原則、租稅法律主義	730、724、710、707、680、658、657、640、638、619、598、586、524、491、454、443、423、402、390、380、367、313、289	23
正當法律程序	731、709、704、663、491	5
法律明確性、刑罰明確性	710、680、636、573、524、491、402	7
審判獨立	704	1
權力分立	704、645、613	3
總計		124

作者自製

說明：1. 劃底線者為行政命令性質之法令，1 號解釋中如果被宣告違憲的法令有法律以及行政命令，則僅於其中行政命令性質法令違反之憲法基本權、原則處劃底線，1 號解釋中如果法律以及行政命令均違反相同的憲法基本權、原則，則不再劃底線註記（如釋字第 450 號）。2. 涉及人身自由者即不再列於正當法律程序欄。

### 3.1.4 理由

對於定期失效違憲宣告類型被頻繁適用之現象，必須探究的是大法官何以會採取此種宣告模式？其所考量的因素有哪些？前面第二章部分，已經自學理的角度嘗試分析、推論緣由，現在則回歸到我國大法官解釋本身，梳理違憲審查者所

憑據的理由。

雖然早於釋字第 218 號，定期失效類型即開始被運用，但直至釋字第 289 號大法官才於解釋理由書中，簡潔的指出「惟為顧及有關法律之制定尚需相當時間」，因此於該案中給予二年的失效期限。其後，直至釋字第 402 號大法官才再度於解釋理由書中謂給予一年定期失效之原因在於「審酌各該規定之必要性及修改法律所需時間」；釋字第 450 號則謂「本件解釋涉及制度及組織之調整，有訂定過渡期間之必要」；釋字第 573 號之理由是「鑒於該條例上開規定係監督前揭寺廟財產處分之主規，涉及管理制度之變更，需有相當時間因應」；釋字第 586 號之理由則為「為避免證券市場失序」；釋字第 636 號中大法官謂「鑒於法律之修正尚須經歷一定時程，且為使相關機關能兼顧保障人民權利及維護社會秩序之需要，對本條例進行通盤檢討」；釋字第 649 號則僅謂「此等措施均須縝密之規劃與執行」，即給予歷來最長之三年定期失效期限。

晚近定期失效宣告之數量越趨增加，而大法官對於以此方式處理違憲法令效力之理由，在說理上也明顯較先前更為詳盡，釋字第 653 號稱「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」；釋字第 658 號稱「為實踐照顧退休公務人員之目的，平衡現職公務人員與退休公務人員間之合理待遇，有關退休後再任公務人員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公務人員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公務人員與非再任公務人員之退休給與有失衡之情形、是否基於整體公務人員退休權益之公平與國家財政等因素之考量而有限

制最高退休年資之必要等，均須相當期間妥為規畫」、釋字第 663 號稱「鑑於對每一已查得相對人為送達，核定稅捐處分之確定日期，將因不同納稅義務人受送達之日而有異，可能影響滯納金之計算；且於祭祀公業或其他因繼承等原因發生之公司共有，或因設立時間久遠，派下員人數眾多，或因繼承人不明，致稅捐稽徵機關縱已進行相當之調查程序，仍無法或顯難查得其他公司共有人之情形，如何在符合正當法律程序原則之前提下，以其他適當方法取代個別送達，因須綜合考量人民之行政爭訟權利、稽徵成本、行政效率等因素，尚需相當時間妥為規劃」、釋字第 666 號稱「國家除對社會經濟弱勢之人民，盡可能予以保護扶助外，為防止性交易活動影響第三人之權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，為合理明確之管制或處罰規定。凡此尚須相當時間審慎規劃」。

惟近期似乎又走向簡潔之風格，釋字第 680 號僅稱「鑒於懲治走私條例之修正，涉及國家安全、社會秩序及經貿政策等諸多因素，尚須經歷一定時程」；釋字第 696 號亦僅謂「上述違憲部分，考量其修正影響層面廣泛，以及稅捐制度設計之繁複性，主管機關需相當期間始克完成」；釋字第 707 號認「惟上開教師之待遇制度，以法律明文或法律明確授權之命令加以規定，需相當期間妥為規劃」；釋字第 708 號稱「衡酌本案相關法律修正尚須經歷一定之時程，且須妥為研議完整之配套規定，例如……」。嗣後之釋字第 709 號、第 710 號、第 711 號、第 716 號、第 718 號、第 724 號以及第 731 號雖然都同樣使用定期失效的違憲宣告模式，但是大法官都未在解釋理由書中說明其緣由，此是否意謂違憲審查者已經不再視違憲宣告與法令效力兩者的脫鉤為例外，而是已經成為其權限行使上理所當然的「選擇」？配合前述實證的統計，定期失效占法令違憲宣告之比率大幅攀升的現象，答案應已不言可論。

截至本文所統計之最後期限，大法官共計作成72件定期失效違憲宣告解釋，但其中有明確意識到定期失效應為處理違憲法令時間效力問題之例外，並於解釋文中說明使用該宣告類型緣由者僅有16件，占全部案件數之22%<sup>113</sup>，比率甚低，應可認為違憲審查者並未盡到說理之義務。

其次，仔細歸納及分析大法官所提出的理由，定期失效違憲宣告之所以被青睞有二個最主要的因素，第一個是法令之修正或制定需要相當的時程，第二個則是社會秩序的維護，對於前者，晚近的解釋中大法官還會列舉出諸多於規範修正上所必需考量的事項、應納入權衡的因素，似乎用以強化選用定期失效違憲宣告的正當性，此反映的是大法官不只是單純的判斷法令的合憲與否，更積極的參與新的合憲法秩序的形成，考量政治部門的需求並積極為指引。總結而言，大法官在立即失效與定期失效兩者間的抉擇上，如認為有必要維護客觀法秩序以及政治部門於規範的形成上具有優先性，則會傾向對於與憲法相牴觸之法令適用定期失效宣告作為因應。

值得注意的是，釋字第725號雖然並不屬於法令違憲審查之解釋，惟於解釋理由書中，大法官卻對於定期失效宣告類型的選擇，有相對明確之通案性的正當理由說明，其謂「本院宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨，然並不影響本院宣告法令違憲之本質。」基此，進一步分析後可歸納出三大理由，第一是對於政治部門權限的尊重，第二是客觀秩序的維護，第三則是為提升立法品質，前兩者與大法官於歷來定期失效違憲宣告中，就系爭違憲法令的效力不予宣告立即失效所提出之理

<sup>113</sup> 其他之統計，參：陳春生，同註54，頁8。

由相同，第三個則較為特殊，但亦與本文在前面第二章中就定期失效之正面功能於學理上的分析觀點相符，簡言之，大法官肯定相較於立即失效，定期失效提供較充裕的修法期間，因此較不會壓縮到立法者的法令形成空間，基於權力分立原則而對於政治部門之尊重實更為明顯、強烈。另外，釋字第725號更進一步的貢獻是，大法官揭示前述三項適用定期失效之正當理由，必須視解釋客體的性質而定，亦即違憲法令是法律、命令或者是判例、決議，可能影響定期失效違憲宣告正當性的強弱，大法官雖未指明各種標的類型在程度上的差異，然無疑的留給學理進一步探究之空間。

### 3.1.5 失效期限長短

大法官對於違憲法令所諭知之失效期限呈現相當多樣的形貌，首先在期限的類型上，大法官主要採取兩種模式，第一種是諭知一定長度之期間，以月與年兩種單位為主，第二種則是訂定一個特定的失效日期，後者通常在計算違憲法令的存續時間上會出現個別的天數<sup>114</sup>。

除定期間及定期日外，另外尚有較為特殊者，如釋字第558號宣告國家安全法規定國民入境一律須經許可，對於未經許可入境者予以刑罰制裁，違反憲法第10條之居住遷徙自由，然其僅謂系爭違憲之法律應於立法機關針對入出境事務制定相關法律規定施行時起方不予適用，簡言之，大法官未宣告立即失效而給予存續的期限，然該期限並未確定，而是完全取決於立法者之作為，本質上已與單純違憲宣告相去不遠，僅是形式上似對於違憲法令之效力問題與一個期限相為連結<sup>115</sup>，但究其實際此實為邏輯上所必然，期限並不具有任何意義；釋字第631號亦有相似的狀況，其認定通訊保障及監察法未要求通訊監察書由法官所核發，違

<sup>114</sup> 有論者稱前者為「定期間失效」，後者則為「定期日失效」，參：楊淑卿，同註24，頁56。

<sup>115</sup> 陳春生大法官即未將釋字第558號納入定期失效的分類，參：陳春生，同註54，頁19。

反憲法第 12 條所保障之秘密通訊自由，惟其僅要求系爭規範於解釋作成當時，已完成修正之通訊保障及監察法其第 5 條所訂之施行日起方失效，換言之，雖將效力與期限相為連結，然究其實際毋寧為配合政治部門之作為而已。本文雖然認為此兩者比較近似附失效條件而非失效期限之違憲宣告解釋，然由於學理上多未將之特別分類，故爰予以劃歸為較近似的，本文所探討之定期失效違憲宣告類型中一併處理（因其仍有試圖對於違憲法令之效力為非立即失效或溯及失效之表示）。

截至目前為止，所出現最長失效期限者為釋字第 649 號對身心障礙者保護法，以及釋字第 707 號就公立學校教職員敘薪辦法關於教師部分，分別給予長達三年之失效期限；次長者則約為二年半，發生於釋字第 613 號針對國家通訊傳播委員會組織法一案中。相對而言，歷來宣告期限最短者則為釋字第 677 號就監獄行刑法規定執行期滿者應於刑期終了後之次日午前釋放，大法官於認其違憲後僅給予 17 天的失效期限；次短者則為釋字第 664 號就少年事件法對逃學與有逃家之虞的少年，收容感化教育之規定部分宣告違憲，亦僅給予立法者約一個月之緩衝期間。

整體而言大法官所訂之期限長度，主要集中於六個月（9%）<sup>116</sup>、一年（44%）<sup>117</sup>、一年半（4%）<sup>118</sup>、二年（32%）<sup>119</sup>此四大類別，可發現長短差距甚大，然而能觀察出的趨勢為六個月及一年半的失效期限，已逐漸不再受到大法官之青睞，目前最主要者為一年期及二年期。另一方面，實務上曾出現過之其他較特別的失效期

<sup>116</sup> 釋字第 218 號、第 423 號、第 443 號、第 457 號、第 588 號、第 638 號解釋

<sup>117</sup> 釋字第 300 號、第 313 號、第 366 號、第 367 號、第 373 號、第 380 號、第 390 號、第 402 號、第 450 號、第 452 號、第 454 號、第 455 號、第 523 號、第 586 號、第 598 號、第 616 號、第 619 號、第 636 號、第 640 號、第 641 號、第 645 號、第 657 號、第 669 號、第 687 號、第 694 號、第 702 號、第 709 號、第 711 號、第 716 號及第 724 號解釋。

<sup>118</sup> 釋字第 251 號、第 324 號、第 384 號解釋。

<sup>119</sup> 釋字第 224 號、第 289 號、第 365 號、第 392 號、第 436 號、第 491 號、第 524 號、第 530 號、第 535 號、第 549 號、第 551 號、第 573 號、第 580 號、第 653 號、第 658 號、第 663 號、第 666 號、第 670 號、第 680 號、第 696 號、第 704 號、第 708 號及第 710 號解釋。



限者，為釋字第 718 號所訂之約九個月、釋字第 654 號所訂之三個多月及釋字第 613 號所訂之約二年半，以及前述未訂出明確期限或者可說是根本無期限可言之釋字第 558 號及第 631 號。

而若進一步結合審查之標的分析，雖然大法官歷來所作成之定期失效宣告中，期限最短之三者其標的皆為法律；但是在六個月長度的定期失效宣告案件中，則有 83% 屬於命令之性質；一年為期之定期失效宣告案件中，53% 是針對法律，47% 則是針對命令；而於二年長度的定期失效案件中，77% 是針對法律，僅 23% 是針對命令。綜而言之，應能夠歸納出定期失效期限之長短，原則上與標的性質關係密切<sup>120</sup>，大法官傾向給予法律位階的違憲法令更長的失效期限。而若進一步檢視被諭知二年失效期限中關於命令之案件（釋字第 289 號、第 658 號、第 704 號與第 710 號），將發現其共通處皆在於是因違反憲法第 23 條之法律保留原則要求而受到違憲之宣告，因此更精確而言，二年的期限其實是預留給立法部門而非行政部門。分析至此，可獲致之結論是，只有在涉及法律的修正與制定，司法者才會給予相對而言較長的失效期限。

---

<sup>120</sup> 惟亦有論者則認為違憲標的是法律或命令與期限之長短無關，參：許玉秀（2006），司法院釋字第 613 號解釋許玉秀大法官部分協同意見書，頁 12-13。

〈表四〉定期失效違憲宣告解釋所訂之期間長短

	釋 字	數 量	比 率
三年	<u>707</u> 、649	2	3%
(約) 二年半	613	1	1%
二年	<u>710</u> 、708、 <u>704</u> 、696、680、670、 666、663、 <u>658</u> 、653、580、573、 558、551、549、535、 <u>524</u> 、491、 436、392、365、 <u>289</u> 、224	23	32%
(約) 一年半	384、 <u>324</u> 、251	3	4%
一年	731、 <u>730</u> 、 <u>724</u> 、716、711、709、 702、694、687、669、 <u>657</u> 、645、 641、 <u>640</u> 、636、 <u>619</u> 、616、 <u>598</u> 、 <u>586</u> 、523、 <u>455</u> 、 <u>454</u> 、452、 <u>450</u> 、 <u>402</u> 、 <u>390</u> 、 <u>380</u> 、373、 <u>367</u> 、366、 <u>313</u> 、300	32	44%
(約) 九個月	718	1	1%
半年	<u>638</u> 、588、 <u>457</u> 、 <u>443</u> 、 <u>423</u> 、 <u>218</u>	6	9%
(約) 三個月	654	1	1%
(約) 一個月	664	1	1%
17 天	677	1	1%
未定期	631、558	2	3%
		72	100%

作者自製

說明：劃底線者為標的中至少有一者涉及行政命令性質之法令者



### 3.2 檢討

本文以下分為定期失效宣告類型本身、政治部門對定期失效宣告之遵守程度以及所衍生的原因案件、非原因案件的處理問題三大部分進行檢討。

#### 3.2.1 類型本身問題

依本文之研究，認為大法官在適用定期失效違憲宣告上，共計有五大最值得檢討的現象：

##### 3.2.1.1 理由不當及期限恣意

定期失效違憲宣告既為我國憲法令框架下之例外，則當大法官選擇讓違憲法令之效力於解釋做成後繼續存續一段期間時，即應說明其所考量之緣由，包含期限的長短在內，亦即釋字第 725 號中大法官所揭示之違憲但有效法秩序的抽象因素，必須於個案中透過詳盡的說理而具體化，如此方能免於遭受恣意的批評<sup>121</sup>。

雖然在近期的定期失效違憲宣告解釋中，大法官多會表示立法者須考量哪些因素，則其所制定的新法令方符合憲法要求，進而認為給予政治部門一定之期間即有其必要，從政治部門的立場而言，自然相當樂見此種緣由。然而，修法方向上的提示與修法時間之預留，究其實際，並無法滿足不讓違憲法令立即失效所伴隨而生之高度說理義務要求，一個最為根本的質疑是，除非系爭法令牴觸憲法的原因是其根本不應該存在，亦即規制範圍所涉及的基本權利或憲法原則不應受到任何之限制，政治部門除廢除一途外而別無其他選擇（此時亦殊難想像不宣告立即失效而採取定期失效之理由），否則我們會發現任何違憲法令之修正其實皆需

<sup>121</sup> 對司法院大法官就違憲法令所定的失效期間長短呈現恣意之批評，參：陳愛娥，同註 47，頁 198-199。此也是美國法上學者質疑新判決先例僅向將來發生效力的重要理由，see Bradley Scott Shannon, *The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 811, 864-865 (2003)。

要或長或短的時間，而當政治部門於規範的制訂上能考慮的越為周詳，越能妥適權衡各種利益間的衝突，法令的品質理論上自亦會隨著提高。

因此，如強調定期失效違憲宣告對政治部門在新法令的形成上，屬於較佳的選擇，則勢必產生一個相當矛盾的情況，亦即對於違憲的法令，宣告上應以定期失效而非立即失效作為原則，惟如此一來明顯與我國憲法之規定相違背，而違憲宣告效力弱化至此程度恐怕亦有違司法違憲機制當初建置之目的。因此，本文認為，大法官對於何以必須對違憲法令選擇定期失效，雖然並非絕對禁止從政治部門對於新規範形成之需求的角度立論，然而此因素在憲法規範下，卻顯然非違憲法令時間效力問題上會被置於最優先考量之事項，否則既然法令的形成皆需要時間，且越長對品質之提升理論上越有助益，則我國制憲者即不會將違憲宣告與無效兩者間逕為連結。

真正符合說理義務要求的應是伴隨宣告法令違憲所生之法秩序空窗嚴重性以及人權保障的需求程度，亦即如予宣告立即失效，何以將對於憲法規範下的生活秩序產生難以忍受的負面影響，又受違憲法令不當限制的基本權利及憲法原則與前述法秩序空窗相比，其犧牲尚屬輕微，且其他多種可能的因應方式（詳如本文於第六章所述）並不如延展違憲法令的時間效力來得妥適，如此，定期失效方有其存在的正當性。至於政治部門於修正法令上的需求，只有在前述的條件已成立下，方能被違憲審查者所考量，此時的重心已不是修正上必須考量哪些事項，而是完成一個妥適的立法應需要多少的時程，換言之，是失效期限長短的決定，而非定期失效是否應使用的本身。

在失效期限長短的決定上，雖如前述之統計，大抵上可以看出期限之長短與違憲法令之標的性質具有一定之關聯性，惟一年、二年抑或三年之失效期限，似僅為大法官基於便宜性所擇的固定「行情」，實未能看出立法需求在違憲審查的

過程中，是依憑何事證而成為決定之基礎，因此，縱使失效期限的長短已漸高度集中於特定類型，仍然無法擺脫其本質上之恣意。此現象所反應的是違憲審查者並未正視「違憲但有效」狀態的長短，實攸關憲法的優位性以及基本權利的維護，在我國目前違憲審查實務中，定期失效已漸成為法令違憲宣告之原則而非例外，失效期限之長短無疑的更顯重要。

總而言之，不應將對於政治部門權限的尊重列為效力宣告類型選擇上的首位因素，違憲審查者應忠實的面對憲法對於法令效力以其合憲為前提的要求，確實於個案中履行說理責任，清楚描述法秩序空窗的嚴重性，以及與基本權利、權力分立原則維護間進行精細之衡量，而在此同時，憲法機關自身又何以欠缺能力或受到禁止，於系爭個案中選擇以失效延宕以外的其他方式解決？政治部門於法令的形成上確有來自憲法所賦予的權力，然而在此同時，大法官對於與憲法相牴觸的法令，其效力之祛除卻也責無旁貸。至於失效期限長短的決定又較效力宣告類型的選擇更欠缺說理，亟需積極的正視。

### 3.2.1.2對幾無立法形成空間者給予因應期間

如前所述，選擇定期失效違憲宣告，在違憲審查者的心目中一個相當重要的考量即是對於政治部門於規範形成上權力的尊重，申言之，立法與行政二權基於其直接之民主正當性，或是從組織設計、人員配置與程序建立等面向來看，應該可以合理肯認其較有能力、較合適去制定具有一般抽象拘束性之法令。

倘暫置此考量的正當性不論，此看似言之成理的觀點，存在一個相當重要，但卻經常受到忽略的前提，亦即必須違憲宣告後真的存有合乎憲法的形成空間，於制度設計上有多種需選擇的可能性時，方能謂政治部門存有裁量之空間與必要性，如在憲法的要求下僅有廢止或撤銷系爭違憲法令一途，宣告立即失效即足以

使法秩序回到合憲的狀態，則再適用定期失效違憲宣告顯然就欠缺其必要性。在此種情形下，定期失效的意義、功能即明顯為對於政治部門的「討好」，以過度犧牲憲法優位性為代價，並不具有正當性可言。

仔細檢視歷來的定期失效解釋，卻會發現大法官不少時候對於政治部門根本欠缺形成空間之違憲法令，仍允許其效力於宣告後繼續存在，如釋字第 718 號，大法官認為集會遊行法對於緊急性與偶發性集會仍適用事前申請之許可制，違反比例原則而過度侵害人民受憲法第 14 條所保障之集會遊行自由，立法者應改採許可制以外同樣能夠達成調和社會秩序與言論自由衝突目的之方式。偶發性集會是指群眾因特殊原因未經召集自發聚集者，緊急性集會則指事起倉卒非即刻舉行無法達到目的者，大法官明確認定兩者皆因本質上難以事前申請，故既然許可制不得適用，則立法者在形成空間上僅剩報備制可資選擇，甚至在根本無所謂發起人或負責人之偶發性集會，根本就無報備的可能性，所餘的立法形成空間幾乎不存在<sup>122</sup>，因此，大法官何以需要給予九個多月之定期失效期限？至少對於偶發性集會根本不應、不可能予以限制，是其論證中已存有明顯矛盾，難以理解展延「違憲但有效」法秩序狀態的必要性<sup>123</sup>。

釋字第 694 號亦存在相同的問題，大法官認為所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目將納稅義務人合於民法第 1114 條第 4 款、第 1123 條第 3 項之規定，所扶養無謀生能力之人限於未滿二十歲或滿六十歲以上，違反憲法第 7 條之平等原則，此時宣告年齡範圍限制部分立即失效，讓免稅額之認定回歸納稅義務人所扶養的親屬或家屬是否確實無謀生能力，並無任何法秩序空窗的問題，根本不影響

<sup>122</sup> 惟釋字第 718 號解釋卻謂「……在此範圍內，立法者有形成自由，得採行事前許可或報備程序，使主管機關能取得執法必要資訊，並妥為因應……」

<sup>123</sup> 學者李建良則是從集會遊行自由此基本人權之重要性立論，認為並無讓違憲狀態繼續存在之正當性，故定期失效之宣告方式並無正當性，參：李建良（2014），〈集會自由與群眾運動的憲法保障——釋字第 718 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，246 期，頁 24-25。

法的適用，因此給予一年的失效期限實無必要性。

釋字第 455 號也是立法形成空間是否真的存在，一個值得被檢討的個案，解釋作成當時之軍人及其家屬優待條例第 32 條第 1 項規定「後備軍人轉任公職時，其原在軍中服役之年資，應予合併計算」，從文義上而言立法者並未區分為後備軍人前，是否必須先具有公務員身分，惟行政院人事行政局所發布之函釋卻限定必須是於入伍前辦理留職停薪之公務人員，才能於退伍復職後，依規定補辦考績，其在軍中服役之年資方予以承認，大法官認為此函釋牴觸法律，然卻未宣告其立即失效，而是給予一年之定期失效期限。在本案中，立法者所制定之規範其合憲性並未受到質疑，大法官亦認為其符合平等原則，因此，明顯是行政機關自行透過行政函釋之發布而發生與法律相互牴觸之情形，大法官其實僅需要宣告人事行政局之函釋違憲而立即失效即可，難以理解為何會有保留給政治部門，特別是行政機關決定之裁量空間，效力宣告類型之選擇適當性顯有疑義。

另個同樣因為違反平等原則，而立法者於違憲宣告後是否尚擁有形成空間之爭議案件則是釋字第 452 號，大法官宣告民法第 1002 條「妻以夫之住所為住所，贅夫以妻之住所為住所。但約定夫以妻之住所為住所，或妻以贅夫之住所為住所者，從其約定。」違反男女平等而屬於違憲的法令，由於大法官早已指出男女之差別對待必須受到嚴格的審查<sup>124</sup>，因此理不應輕易允許牴觸憲法之法令效力存續，惟違憲審查者在此號解釋中卻未有任何之說明，即逕給予一年之失效期限，大法官於解釋理由中已明確認為，住所與夫妻間互負的同居義務間並無必然的關係，大幅削弱於立法者制定新法令前，使違憲法令繼續存續之必要性，另一方面，我們也應可以認知到，政治部門除了讓夫妻雙方於住所事務上為協議，或者根本性的

<sup>124</sup> 釋字第 365 號「……因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

廢除共同住所之規定，並無其他能符合男女平等原則要求之規範方式，其立法形成空間實所剩無幾，因此大法官何以仍不惜斷喪憲法之優位性，正當性實令人質疑<sup>125</sup>。



其他明顯的案例則是涉及大學自治，釋字第 450 號認為大學法第 11 條第 1 項第 6 款及同法施行細則第 9 條第 3 項要求大學應設置軍訓室並配置人員，負責軍訓及護理課程之規劃與教學，抵觸憲法第 11 條對於學術自由、大學自治之保障，雖然大法官認為宣告此項法令違憲後，將涉及制度及組織之調整，因而有訂定過渡期間之必要，然而從本解釋之論證過程中可以發現，大學對於其內部組織享有相當程度之自主組織權，因此國家自不得強行要求大學設立特定的組織，除非該組織為支援教學及研究所必要或是作為行政上之輔助單位，因此，大學法要求軍訓單位與相關課程的提供，實已明顯違背大學自治，難以想像立法者除廢除系爭強制性的規定外，尚有其他合憲之制度設計可為選擇，況且違憲審查者亦未對政治部門究竟在此過渡期間內應妥善考慮哪些因素有所表達，因此放棄立即失效之宣告類型，無論是在必要性還是正當性上都大有待商榷之處。

總而言之，定期失效違憲宣告是否真的是被用以對所謂立法形成空間需求之回應，自釋憲實務的觀察，仍有可質疑者。

### 3.2.1.3 檢討整體制度之必要性與違憲審查標的不當連結

以定期失效處理違憲法令之效力，其正當性某程度上與違憲審查者所宣告之標的範圍具有關聯性，因為被大法官宣告違憲之法令數量越多，甚至已經形同是整個制度的廢棄，給予過渡期間之必要性與正當性相形之下也就會越顯充分。然而，必須注意的是，在單一解釋中所宣告違憲之法令數量較多時，可能會發生大

<sup>125</sup> 學者陳愛娥指出除釋字第 452 號解釋外，釋字第 365 號及第 457 號解釋均同樣因抵觸男女平等原則而違憲，直接宣告立即失效即可，參：陳愛娥，同註 47，頁 199。



法官未仔細對於每項違憲法令，具體衡量其效力應如何處理方屬妥適，而是直接採取一種「包裹式」的宣告方式，亦即以數量為由逕諭知定期失效。此種情形本文認為是以形式上違憲範圍之廣泛，進而掩飾違憲審查者實際上怠於處理個別違憲法令的效力問題。

在我國，此問題又可能會更為嚴重的原因是大法官違憲審查範圍存有不確定性，換言之，違憲審查者不必然會受到釋憲聲請者所指謫範圍所拘束<sup>126</sup>，進而在違憲法令時間效力的決定上，經常會是逾越所審理之系爭法令，而從一個更廣泛的整體制度角度，對於立即失效之妥適性進行衡量。本文認為違憲審查範圍的不明確，容易導致真正被聲請解釋之標的其效力問題未能獲得適宜之處置。

以釋字第658號為例，公務人員退休法施行細則第13條第2項對於退休(職、伍)後或經資遣再任公務人員者，其退休金基數或百分比應連同先前退休(職、伍)金基數或百分比或資遣給與合併計算，且不得超過公務人員退休法第6條及第16-1條第1項所規定之最高標準。大法官認為系爭由行政機關所訂定的規範，其欠缺立法者具體明確之授權，進而對於公務員之退休金請求權增加額外的限制，違反法律保留原則，然其卻給予政治部門長達二年的失效期限。大法官雖然於解釋理由書中，以相當的篇幅指出「為實踐照顧退休公務人員之目的，平衡現職公務人員與退休公務人員間之合理待遇，有關退休後再任公務人員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公務人員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公務人員與非再任公務人員之退休給與有失衡之情形、是否基於整體公務人員退休權益之公平與國家財政等因素之考量而有限制最高退休年資之必要等，均須相當期間妥為規畫」，惟其所指的實係規範退休後再任公務人員之法制，政治部門應在斟酌各

<sup>126</sup> 大法官經常以「重要關聯性」為理由，而使得其審查客體與聲請客體產生不一致性，參：吳信華（2009），〈釋憲實務中「重要關聯性」的問題與思考〉，《月旦法學教室》，81期，頁8。

項因素後重為更妥適之制度設計，但是一方面此與公務人員退休法施行細則第 13 條第 2 項違反法律保留原則實屬二事，另一方面違憲審查者亦未宣告公務人員退休法就退休後再任公務人員之規範，有何牴觸憲法之處，更何況其也並非聲請者所聲請審查之標的。明顯的，大法官不但自行擴張審理範圍，而且又不願意逕指明人民聲請解釋之系爭法令，其所牴觸之該法律規定是否違憲，即因為其自身認為整個制度有檢討之必要，而予以定期失效。

釋字第 730 號所審理的案件事實與釋字第 658 號基本上相同，爭議皆是重行退休者之年資是否應與前次退休年資合併計算，以及如合併計算的話有無年資之最高標準？僅是請求退休金的主體變成公立學校教職員，在母法未授權的情況下，學校教職員退休條例施行細則第 19 條第 2 項逕規定已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員，當其欲重行退休時，其退休金基數或百分比應與原本退休前所累積者合計計算，且不得超過母法第 5 條及第 21 條之 1 第 1 項，本是規範其他事項而定之最高標準。對此違反法律保留原則的法規命令，應給予立即失效<sup>127</sup>，至於未來制度應如何設計，是由立法院為之，或是符合授權明確性要求下交由行政機關規範，自皆屬適法、可行的選擇，但都不能夠以此為由來正當化行政機關可以於未經立法院之授權下，逕限制人民之權利。

釋字第 731 號中大法官宣告土地徵收條例第 40 條第 1 項規定區段徵收之原土地所有權人，如不願領取現金補償得於徵收公告期間內申請發給抵價地，對於徵收公告後方收到書面通知送達者，其申請期間仍以公告日作為起算，不符憲法對於正當行政程序要求及財產權之保障，此實可逕宣告系爭規定就此部分應立即失效，立法者實亦缺乏形成空間。細釋解釋理由書後方發現是因為大法官同時諭知政治部門檢討抵價地資訊之提供，以及當原土地所有權人對於徵收補償額提

<sup>127</sup> 行政程序法第 158 條第 1 項第 2 款已明白規定「法規命令，有下列情形之一者，無效：無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者。」則何以大法官還可以諭知定期失效，殊難理解。

出異議時是否延展其抵價地之申請期間，因此才會諭知定期失效。

釋字第 551 號亦有相似的問題，大法官認定毒品危害防制條例第 16 條規定「裁贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑。」因為未從誣告行為本身之惡害程度評價刑事責任，有違罪刑相當之原則，而屬違憲之法律，惟其隨即指出有關機關應自解釋公布日起通盤檢討，給予二年的定期失效期限。應質疑的是，違憲審查之範圍應該僅為毒品危害防制條例第 16 條，依解釋意旨，立法者僅能夠對誣告者單獨為規範，並無其他種規範方式之可能，違憲宣告所造成的影響相對單純，根本無必要有長達二年的過渡期間作為因應，因此，本文推測大法官對於政治部門之真正期待，恐係暗示整部毒品危害防制條例，其妥適性都有重新檢視之必要，解釋文中之「通盤檢討」於如此長的過渡期間下方能體現其意義。然而，應批評的是，此毋寧是將個別性法令的違憲問題，不當的與通盤性的制度檢討問題兩者產生混淆。

而在早期的定期失效解釋中，則以釋字第 224 號為代表，該號解釋中大法官認定稅捐稽徵法規定必須繳納一定比例之稅款或提供相當擔保後始能申請復查，且僅有申請復查者對其之強制執行程序才必須於行政救濟程序確定後為之，違反憲法之訴願、訴訟權保障及課稅公平原則。惟在立法者顯然欠缺形成空間下，亦即應祛除該救濟限制與差別待遇，違憲審查者卻仍然給予政治部門長達二年的過渡期間。此現象同樣必須從其解釋文之末段，另要求立法者對於非在本號解釋範圍內之稅捐保全與優先受償規定，予以通盤檢討修正之意旨而理解。本文認為大法官其實是認為除了救濟之限制與執行上之差別待遇問題外，稅捐稽徵法制尚有其他待檢討之處，因而在效力問題的決定上，實際上是將更大範圍的法制修正問題一併納入斟酌。然而，如此一來不但產生違憲審查標的範圍之不當擴張，也忽略聲請解釋標的所涉及之救濟權剝奪與差別待遇，因為定期失效違憲宣告方式之

選擇，對於人民所產生嚴重之不利效果。



### 3.2.1.4 具體程序之形成需求被用以正當化救濟權之持續剝奪

學理上有謂「有權利即有救濟」<sup>128</sup>，我國憲法第 8 條與第 16 條分別對於人身自由與其他（憲法上或法律上）權利訂有救濟保障之規定，即體現受到公權力干預的人民，應有尋求行政權內部或司法權審查系爭公權力行為適法性之權利，其重要性不言可諭，甚至可謂是憲法上其他自由權利能夠真正實現的關鍵機制。另方面，除了救濟機會的保障外，救濟之及時性亦應受到重視，亦即當自由、權利受到侵害時，必須有迅速的救濟管道，否則其侵害將持續性的存在、擴大，因此，如果大法官對於關涉救濟權利保障之違憲法令，予以定期失效之宣告，將因為過渡期間的存在而造成人民權利受到嚴重的影響。

相對於其他單純過度限制人民自由權利之違憲法令，與憲法相牴觸而限制人民救濟權之法令，其所影響的範圍及程度無疑是更為嚴重，因為其雖未直接剝奪特定的自由或權利，然而救濟管道之禁絕勢必將間接影響到更多的人民、更多種類之自由或權利。並且，一般法令之違憲，只要人民向法院尋求救濟之機會未受到剝奪，則具有憲法意識的法官，尚有可能透過合憲性解釋、目的性限縮等法學方法，或暫停審判聲請釋憲之方式，來維護人民的自由、權利，但如逕將人民拒於法院大門之外，即失去了這個重要的機會。

雖然救濟權之保障相當重要，但是在違憲審查實務上，剝奪或限制人民救濟機會的違憲法令，卻經常受到大法官以定期失效的方式，弱化違憲宣告之效力。如釋字第 710 號及第 708 號所涉及的大陸地區人民及外國人於強制出境前之收容，現行法未規定暫時收容之期限亦未賦予即時之司法救濟機會，期滿後之續予收容


<sup>128</sup> 學理上更進一步強調「有效而無漏洞救濟的訴訟基本權原則」，參：李震山，同註 85，頁 7。

亦未要求須獲得法官之裁定，就涉及人身自由此重大法益大法官卻予以長達二年的失效期限，容任連決定作成之正當程序都未臻健全的行政權可單獨、長期剝奪人民的人身自由，不受司法權的監督、審查，其正當性殊難證立。本文認為真正讓違憲審查者決定將違憲宣告與法令效力兩者間斷裂的，應是強制出境整體法制的健全，具體、細部的程序機制都尚待立法者詳予考量各種因素後妥為規劃，然而立法者在整體制度的形成上固然有其空間，但是如同解釋中已揭櫫的即時司法救濟與人身自由剝奪的法官保留原則，都是政治部門無論如何所不能視而不見的，正因如此，在完備的救濟制度形成前，繼續剝奪遭強制出境者的司法救濟機會並不妥適。

釋字第 653 號也出現一樣的情形，大法官明確認為受羈押者之憲法上權利，其保障與一般人民原則上並無不同，除非是為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序所必要方能予以限制，故羈押法第 6 條第 1 項規定對於看守所之不當處遇僅有機關內部的申訴制度，而不得尋求司法救濟，抵觸憲法第 16 條對於訴訟權之保障。惟違憲審查者以該救濟制度究竟應如何設計，尚有諸多事項、因素須考慮為由，因而予以二年之定期失效宣告，本文認同如審判權歸屬、程序進行方式與救濟期間設計，立法者都有相當的形成空間，但是對於救濟機會卻無論如何都不能夠剝奪，過渡期間的存在將使期間內成千上萬民受羈押之被告，對於所受之不當處遇僅能隱忍，此實非妥適，雖然於立法者制定救濟制度前如讓受羈押者可以提起司法救濟，可能會對於法官產生審理上應依循何種程序規範之困擾，然此實可暫時類推適用其他現有的制度，或是由大法官逕為諭知過渡性的救濟方式作為因應，縱使難以避免會產生一定的混亂，然亦較續容任此違憲的法秩序狀態來得佳

<sup>129</sup>。

<sup>129</sup> 本文寫作至此時，釋字第 720 號解釋尚未出爐，其後採取類推適用的方式解決立法者之怠惰，



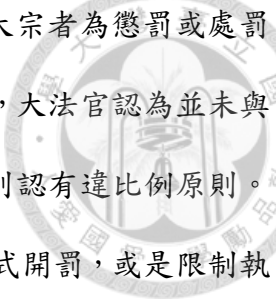
釋字第 436 號認定軍事審判法第 11 條、第 133 條第 1 項、第 3 項及第 158 條，禁止被告於非戰爭期間，對於經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，向普通法院以判決違背法令為由請求救濟，有違憲法對於人身自由與訴訟權利之保障，然而其一方面以相關法律應配合修正，另一方面更將不在其審理範圍的軍事審判制度，特別是軍法官之選任標準、身份保障諭知有關機關一併檢討改進，以符合憲法對於審判獨立之要求，進而給予長達二年的失效期間。惟大法官既然已明確認定在平時軍事審判機關不應作為最高司法審判機關，且其對於受軍法判刑者而言，此訴訟救濟機會實攸關其人身自由，進而如等至失效期限屆至，則恐怕亦無實益或是已經超過救濟期間，故大法官應立即諭知救濟方式，而非讓其取決於整體軍事審判制度的完備化。

釋字第 392 號則是早期我國違憲審查實例中，在人身自由與救濟權保障議題上，一個極為重要的指標性案件，大法官認為根據憲法第 8 條之規定，人身自由之剝奪必須由法院為審理訊問，故刑事訴訟法賦予檢察官羈押權，提審法限於受非法逮捕拘禁者方能為提審之請求，此規定牴觸憲法對於人身自由之保障。由於人身自由是為其他基本權利得以行使之基礎，故實應立即禁止檢察官可以單獨羈押有犯罪嫌疑之被告，以及強制要求所有人身自由受干預者都應享有提審之權利，如此才能終結我國人權紀錄上，長期以來人身自由可不經法院即得剝奪、限制之違憲現象。惟大法官在未說明任何理由下，即逕選擇定期失效之違憲宣告方式，且期限長達二年之久，期間內受有不利影響之人民何其多數，進而所衍生的其他程序不利益（如押人取供之偵訊方式），也將繼續發生，實非妥適之局面。

### 3.2.1.5 裁罰範圍的不當應善用比例原則、裁量權處理

---

與本文之呼籲完全相符。



以定期失效方式宣告違憲法令，在案件類型上另個相當大宗者為懲罰或處罰性之法令，其共通性特徵是系爭法令對行為或其結果之禁止，大法官認為並未與憲法相牴觸，然而就懲罰的方式，如徒刑、罰金或罰鍰等規定則認有違比例原則。細緻的類型可再區分為兩種，第一種是法令以固定倍率的方式開罰，或是限制執法機關僅能考量特定因素，而未給予斟酌其他因素之空間，因而在結果上產生不當或者是過於嚴厲的懲罰結果；第二種則是法令未設置懲罰範圍之上限，或是下限過高，進而導致在個案的適用上，可能出現處罰過苛之情形。以上兩種情形並不互斥，因而可能在違憲法令中兼具，如以比例原則的觀點來說明<sup>130</sup>，此情形通常是屬於必要性原則與狹義比例性原則的違反，亦即政治部門在同等有效達成規範目的之手段中，並未選擇對於人民權利侵害最小者，或者未注意因規範目的之追求所生的不利益與所侵害之權益，兩者相衡之後顯不成比例。

釋字第 716 號認為公職人員利益衝突迴避法第 15 條對於違反同法第 9 條<sup>131</sup>者，規定處以交易行為之金額一至三倍的罰鍰，因未設有調整機制，導致易產生處罰過苛的情形，惟大法官在未說明理由下卻諭知一年的定期失效期限。釋字第 687 號中，一第 47 條第 1 款規定公司負責人如以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐，一律處以五年以下之有期徒刑，惟其他人如有相同行為，除徒刑外尚有拘役或罰金等較輕微之懲罰種類可資適用，大法官認為此差別規定因欠缺正當理由，因而以平等原則宣告其違憲，然而給予一年的定期失效期限。釋字第 616 號所審查之法令亦有相同的情形，所得稅法第 108 條及第 108-1 條第 1 項分別規定，納稅義務人未依限申報時，應按所核定之應納稅額另徵百分之十滯報金，大法官認為其未根據違反義務本身情節之輕重程度而決定裁罰額，且又欠缺合理的最高滯報金

---

<sup>130</sup> 林明鏞 (2014)，〈比例原則之功能與危機〉，《月旦法學雜誌》，231 期，頁 65-68。

<sup>131</sup> 「公職人員或其關係人，不得與公職人員服務之機關或受其監督之機關為買賣、租賃、承攬等交易行為。」

額限制，已逾越比例原則，惟仍給予一年的過渡期間。釋字第 669 號所審理的槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項，規定未經許可製造、販賣或運輸空氣槍者，處以無期徒刑或五年以上的有期徒刑，大法官認為對於違法情節輕微、顯可憫恕之個案，因未考量行為人應負責任之輕微，而給予易科罰金或緩刑之宣告，造成罪責與處罰兩者間的不相均衡，對於人身自由之限制違反比例原則，然仍決定宣告一年之定期失效。釋字第 423 號解釋認定交通工具排放空氣污染物罰鍰標準第 5 條規定，以到案時間及到案與否，作為罰鍰數額下限決定之唯一準據，而非根據受處罰之違規事實情節，違反母法之授權規定因而違憲，惟仍給予 6 個月的定期失效期限。

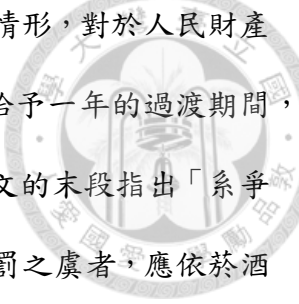
究其實際，上述釋字所審理之法令，其共同性問題皆是對於懲罰之決定因素或範圍限制有所不當，而懲罰系爭行為（構成要件）本身並無違憲的疑慮<sup>132</sup>，問題的複雜及嚴重程度其實遠低於其他與憲法相牴觸之法令，本文認為大法官在定期失效宣告以外，一個較適宜、可行的方法，是於宣告系爭裁罰規定的不當限制為違憲的同時，諭知在政治部門制定出新合乎憲法的法令前，法院或行政機關於適用或者是審查系爭處罰規定及其個案時，應回歸法令之目的進行裁量，力求結果上符合比例原則之要求。如此，即不會使執法者必須繼續適用明明牴觸憲法的裁罰規定，從而也無庸擔心社會秩序會因為違憲宣告而陷入所謂的「真空」困境。

事實上，大法官曾經運用本文所建議之方式，釋字第 641 號審理菸酒稅法懲罰囤積米酒後高價出售之行為，該法第 21 條規定「本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣二千元之罰鍰。」大法官認為此規定固然已考慮販售數量而異其懲罰之額度，惟因為採取僵化的倍

---

<sup>132</sup> 正因為如此，本文認為大法官以比例原則去因應過渡期間此類懲罰性法令的適用，並不會違反罪刑法定主義，因為司法者並無自行創造出懲罰性的法令，僅是在政治部門已經決定限制或禁止特定行為的基礎上，具體化其懲罰的範圍。





數懲罰方式而未設有調整機制，將於個案中產生結果過苛之情形，對於人民財產權的限制有違比例原則中之妥當性要求。雖然大法官最終仍給予一年的過渡期間，讓政治部門可以修正系爭規定，然而非常特殊的是，在解釋文的末段指出「系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第二十一條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」換言之，雖然系爭法令的效力原本因為定期失效的宣告方式，而可能導致其效力續存的正當性更為強化，但是大法官正視因為過渡期間的存在，所產生不正義情形的嚴重性，故諭知執法機關回歸法令之目的，以比例原則為依據進行懲罰結果之裁量，簡言之，定期失效宣告本身在本案中僅剩下限期修法的意義，違憲的法令在大法官心目中實不應再予適用。

實務上則曾於釋字第 669 號解釋做成公布後，對槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項就未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍之處罰規定，於立法者未依解釋之意旨而於失效前完成修法，是否將因為系爭規定遭到大法官宣告違憲而不得再予適用，表示過明確的看法，值得參考。最高法院 100 年度台上字第 578 號判決表示，釋字第 669 號解釋係有鑒於系爭規定之最低法定刑度為 5 年，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑後，仍嫌情輕法重，導致罪責與處罰不相對應，違反憲法第 23 條比例原則之要求，因此，細釋解釋之意旨並無將未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力空氣槍之行為予以除罪之意思，故所謂的定期失效僅係指於大法官所定的期限屆至後，系爭規定之最低法定刑（即 5 年以上部分）失其效力，而非系爭規定全部失效。暫置此實務見解認為於失效期限屆滿前，違憲之規定仍應繼續適用之妥適性，但至少已正確理

解本件大法官違憲宣告之意旨，系爭規定之所以抵觸憲法，並不是根本性的欠缺正當性，僅是在最低刑度的規定上不符憲法之要求，因此於立法者重新立法規定前，本可回歸比例原則，由裁判的法官依行為人的罪責程度量處適當之刑，而不受最低5年有期徒刑規定之限制。可惜的是，實務既然於大法官所定之期限屆至後，而立法者卻未遵期修正的情況下，得以如此正確的、靈活的適用被宣告違憲的法律，則在失效期限屆至前，何以不願意如此為闡釋，而受限於僵化的形式邏輯？實則，大法官應於解釋中，放棄運用定期失效之類型，以更精確方式對違憲宣告範圍或者是過渡期間為諭知，避免實務界於適用上可能出現的紛擾。

### 3.2.2 政治部門遵循情況

本文前面章節已分析定期失效之功能除在於法秩序空窗的因應外，另一個重要的目標就是藉由效力較弱的效力宣告類型，獲取政治部門對於憲法法院的尊重，司法違憲審查給予違憲法令失效之期限，毋寧是期待國會能夠在此期間內善盡其基於憲法的職責，發揮審議功能而制定出合於憲法的法令。

暫且擱置此種違憲宣告方式於理論上之正當性與妥適性之爭議，以及大法官在宣告類型選擇上諸多待批判、檢討之處，實際上，政治部門是否真的有體認到司法違憲審查者的這般用心良苦，因而積極於期限屆至前完成違憲法令之修訂？還是結果上反而顯示的是此為大法官主觀上的「一廂情願」？如果政治部門遵守司法違憲審查者之諭知的情況不佳，則縱使在理論上定期失效具有正面的功能，也將因為現實情況而受到減損<sup>133</sup>。

法治斌教授曾對於定期失效違憲宣告之執行成效(即政治部門是否遵期修正)

<sup>133</sup> 美國學者反對定期失效(其稱為“prospective-prospective”)的主要理由之一即是，司法者對於國會主動在失效期限屆至前完成法令之修正，實際上過於樂觀，see Walter V. Schaefer, *The Control of Sunbursts: Techniques of Prospective Overruling*, 42 N.Y.U. L. Rev. 631, 640(1967).

為研究，惟因為時間範圍較小之緣故，導致其所能追蹤檢視之解釋數量極為有限，對此宣告類型之評估因而也未能完整，然仍正確指出觀察此現實面向的重要性<sup>134</sup>。以下即針對歷來宣告違憲法令定期失效之解釋，追蹤系爭違憲法令之修正與失效期限兩者間關係，並提出評釋。

### 3.2.2.1 分期觀察

以下即先以大法官的屆次作為分類標準，進行觀察分析，視定期失效之遵循赤字與大法官屆次之關係。

#### 3.2.2.1.1 第五屆：未遵期修正者近半

大法官於釋字第 218 號首次對於違憲之法令採取定期失效的宣告方式，而在第五屆大法官的任期中，總計有 10 件定期失效之違憲宣告，經研究後發現其中有超過半數是逾越失效期限後方為修正<sup>135</sup>，逾期時間從最少之釋字第 365 號的 2 日、釋字第 300 號的近半個月，到最長者的釋字第 366 號，該號解釋中被宣告違憲之刑法第 41 條直至期限屆滿後 5 年多方經修改。另一方面，在有遵期修正者中，亦僅有釋字第 324 號在近一年半的失效期限下，於 4 個月左右的時間即完成，其餘者所花費的修正時間幾乎等同於所訂之失效期限。故學者有以釋字第 251 號之違警罰法為例，肯定定期失效違憲宣告之功能<sup>136</sup>，經整體性觀察後，該論點之正確性應有再為商榷之餘地。

簡言之，司法違憲審查者所自行創設出的違憲法令時間效力宣告類型，在運

<sup>134</sup> 法治斌，同註 26，頁 183-185。其所分析之釋字為釋字第 251 號、第 300 號、第 365 號、第 366 號、第 384 號、第 392 號、第 443 號、第 452 號、第 454 號及第 491 號。葉俊榮教授也做過此面向的統計，雖有數據上的呈現然其分析之篇幅較少，參：葉俊榮，同註 13，頁 20。

<sup>135</sup> 分別為釋字第 218 號、第 289、第 300 號、第 313 號、第 365 號及第 366 號。

<sup>136</sup> 黃昭元，同註 9，頁 34；葛克昌，同註 23，頁 136；法治斌，同註 17，頁 11；翁岳生，同註 73，頁 15-16；葉俊榮，同註 13，頁 10-13。

用初期顯然未獲得政治部門之重視，導致因放棄立即失效宣告而已先行自我弱化的司法違憲機制，其實效性更受一重之減損。



### 3.2.2.1.2第六屆：遵期修正比率上升惟逾期者之情形亦越趨嚴重

自本屆大法官開始，定期失效頻繁的適用於違憲法令的宣告上，與前屆相互比較下，政治部門遵循失效期限修正法令之比率有略微上升，並且值得特別注意的是，釋字第 452 號原訂 1 年之失效期限，立法院僅花 2 個月的時間即完成修法；釋字第 551 號給予長達 2 年之失效期限，惟系爭違憲法令未及 7 個月即修正，此固然應肯定政治部門的積極性，但卻也凸顯出大法官所諭知之失效期限，未能夠與政治部門真實的需求相互吻合。

同時，另個不能被忽視的現象，在未遵期修正者中，逾期的情形卻較前屆更為嚴重，釋字第 380 號所宣告違憲之法令逾期近 1 年 5 個月方修正，釋字第 450 號逾期 6 年多，釋字第 524 號逾期 7 年多方完成全面的修正；釋字第 373 號則為同屆之最，在失效期限屆後長達 14 年多未得政治部門之回應<sup>137</sup>，此現象幾與釋字第 166 號宣告違警罰法違憲而國會無動於衷的情形相同，甚至有過之而無不及。本文認為此情形所凸顯出的是政治部門對於定期失效違憲宣告解釋之選擇性遵守，司法者較弱的訊息釋放，無異的給予政治部門較強的決定空間。

### 3.2.2.1.3民國92年迄今：遵循比率大幅提升惟嚴重逾期者仍存

如前面章節統計所指出，以定期失效之方式處理違憲法令的時間效力，在民國 92 年大法官採取新任期制度後，於所有違憲宣告類型中，幾乎已達到半數左

<sup>137</sup> 法治斌，同註 26，頁 188；黃越欽（2012），《勞動法新論》，4 版，頁 397，臺北：翰蘆。



右之比例。值得肯定的是，在失效期間已屆至之 36 件定期失效解釋中<sup>138</sup>，政治部門遵期完成修正者達 24 件之多，比例高達 77%，期限之諭知對於政治部門確實產生相當的壓力。

值得特別注意的是，對於被宣告為違憲之法律，有時並未透過國會之審議程序修正解決，而是逕由執法機關內部以函令發佈的方式因應，在結果上亦達到違憲狀態排除之目的。如釋字第 664 號宣告少年事件法第 26 條第 2 款及第 42 條第 1 項第 4 款違憲，給予 1 個月左右的失效期限；釋字第 677 號宣告監獄行刑法第 83 條第 1 項違憲，給予 17 日之失效期限，截至目前為止，系爭違憲法律均未修正，而係由主管機關司法院<sup>139</sup>以及法務部<sup>140</sup>透過函令的方式，使得法律之適用符合大法官解釋之意旨。惟應進一步思考的是，既然政治部門可透過函令的方式迅速處理，違憲審查者何以還需要選擇定期失效此種違憲宣告方式？

另一方面，逾期未修正者仍持續出現，且遵循赤字情形依然相當嚴重，釋字第 573 號、第 580 號所宣告違憲之法令，自期限屆至迄今已 5 年多仍不見政治部門之修法動作。而最能夠代表定期失效宣告所造成之嚴重憲政赤字者，應屬釋字第 653 號，其於民國 97 年宣告羈押法第 6 條及其施行細則第 14 條第 1 項違憲，並給予長達二年的失效期限，惟政治部門嚴重怠惰，導致原因案件當事人因救濟無門而二度聲請釋憲，大法官於民國 103 年再作成釋字第 720 號，直接諭知系爭違憲法令修正前之因應方式，此在我國違憲審查實務上相當罕見。近來，期限所生之遵循赤字情形則似乎又更為頻繁，釋字第 696 號宣告所得稅法第 15 條第 1 項強制夫妻非薪資所得合併報繳違憲、釋字第 709 號宣告都市更新條例部分條

<sup>138</sup> 計算至民國 104 年 9 月底，總計有 41 號解釋，排除失效期限尚未屆至政治部門亦未修正之釋字第 731 號、第 730 號、第 707 號，無修正必要之釋字第 704 號，以及因未訂有特定期限之釋字第 631 號。

<sup>139</sup> 刊訊(2009)·〈因應釋字第 664 110 餘名少年另為適當處遇〉，《司法週刊》，1451 期，第一版。

<sup>140</sup> <http://www.moj.gov.tw/public/Data/0514175457852.pdf> (最後瀏覽日：2014 年 8 月 24 日)



文違反正當行政程序而違憲、釋字第 718 號宣告集會遊行法對於緊急性及偶發性集會採許可制之規定違憲，惟分別於二年<sup>141</sup>、一年<sup>142</sup>及九個多月<sup>143</sup>的失效期限屆至後，違憲之法令皆因未能即時修正而依然存在。

### 3.2.2.2 整體觀察

除了以大法官屆次作為觀察指標外，本文接下來將自整體的情形綜合分析，歸納出定期失效違憲宣告所致生的遵循赤字問題。

#### 3.2.2.2.1 期限長短之諭知與修正所需時間欠缺一致性

第一個顯而易見的問題是，政治部門完成違憲法令的修正，其所需的時間與大法官所訂期限兩者間經常出現相當大的落差，如標的同為行政命令者，釋字第 324 號、第 586 號、第 638 號、第 657 號、第 658 號都得到政治部門迅速修正之回應<sup>144</sup>，反之，釋字第 289 號、第 313 號、第 380 號、第 390 號、第 450 號、第 454 號、第 598 號則是都發生期限屆至後仍未修正之現象，且部分逾期之情形相當嚴重<sup>145</sup>。

<sup>141</sup> 財政部認為失效期限屆至後仍應繼續適用，參財政部賦稅署之說明，

[http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?mserno=200912140005&serno=200912140018&menudata=DotMenu&contlink=ap/news\\_view.jsp&dataserno=201404160001](http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?mserno=200912140005&serno=200912140018&menudata=DotMenu&contlink=ap/news_view.jsp&dataserno=201404160001)（最後瀏覽日：2016 年 5 月 2 日）。

<sup>142</sup> 內政部營建署則先透過施行細則修訂的方式因應都市更新條例未能及時修正之情形，參內政部營建署之說明，

[http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17516&Itemid=54](http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=17516&Itemid=54)（最後瀏覽日：2016 年 5 月 2 日）。

<sup>143</sup> 內政部頒布「偶發性及緊急性集會遊行處理原則」，在立法院未修正集會遊行法之前，偶發性集會毋需申請，緊急性集會則仍須申請但應即時核定，參：偶發集會遊行 可免申請，蘋果日報，104 年 1 月 2 日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20150102/36304063/>（最後瀏覽日：2016 年 5 月 2 日）。

<sup>144</sup> 釋字第 324 號給予 1 年半的失效期限，惟僅花了 4 個月即完成修正；釋字第 586 號給予 1 年的失效期限，惟 5 個月即完成修正；釋字第 638 號給予半年的失效期限，惟 2 個多月即完成修正；釋字第 657 號給予 1 年的失效期限，惟 5 個月內即完成修正；釋字第 658 號給予 2 年的失效期限，惟 1 年 4 個月即完成修正。

<sup>145</sup> 釋字第 289 號給予 2 年的失效期限下仍逾期近一個月；釋字第 313 號給予一年的失效期限但逾期 2 年 7 個月方修正；釋字第 380 號給予 1 年的失效期限但逾期 1 年 5 個月方修正；釋字第 390 號給予 1 年的失效期限但逾期近半年方修正；釋字第 450 號給予 1 年的定期失效期限惟逾期

此現象某程度證實了學者對於定期失效期限之決定經常淪為恣意的批評，由於未經調查，亦未於解釋理由中清楚交代所斟酌之因素，故期限之長短經常僅是大法官單方面的猜想，雖大抵上可以觀察出期限與違憲法令之標的性質具有一定之相關性，惟顯然仍未真正回應定期失效違憲宣告此制度中，作為其重要存立正當基礎的現實上修法需求。失效期限與真正修正期間兩相對照下所呈現出的落差，並不利於司法違憲審查者權力行使正當性的鞏固，越大的差距即越容易減損司法院大法官的威信。

### 3.2.2.2 期限導致政治部門之懈怠

綜觀歷來定期失效解釋，除了最嚴重者即逾越失效期限仍未修正者屢見不鮮外<sup>146</sup>，遵期者其修正違憲法令之時點經常是與失效期限之屆至相為吻合，亦即違憲的法秩序是在最後一刻方除去，此現象亦值得重視。如釋字第 251 號、第 384 號、第 436 號、第 443 號、第 666 號及第 708 號皆是於失效期限屆至前一、二日方公布新修正之法令；釋字第 367 號、第 392 號<sup>147</sup>、第 636 號、第 645 號、第 694 號、第 702 號、第 710 號及第 711 號則均是在失效期限屆至前一個月內才完成修正，緊迫性可見一斑。

雖然或有論者會將此現象解釋為政治部門對於司法違憲審查者之尊重，而持肯定的態度，惟本文認為此現象實際上是凸顯出定期失效宣告，造成雖然在規範邏輯上矛盾性明顯，但違憲法令其存續正當性卻反而獲得司法違憲審查者背書，相對於立即失效違憲宣告，政治部門在法令的修正上因此即容易出現消極、懈怠

---

近 5 年後方修正；釋字第 454 號給予 1 年的失效期限但逾期 5 個多月方修正；釋字第 598 號給予 1 年的失效期限惟逾期 10 天方修正。

<sup>146</sup> 立法怠惰之情形並不限於定期失效之違憲宣告，參：陳新民，釋字第 720 號解釋不同意見書，頁 6。

<sup>147</sup> 此係指刑事訴訟法之部分，惟提審法部分則逾期近 2 年方完成修正。

的情況。換言之，定期失效原具有符應現實需求的美意，在我國實際上反而遭到政治部門濫用，原為不得已狀況下之最長失效期日誡命，變質為違憲法秩序理所當然的存續期間。

實則，雖然有許多法案必須研擬及審議，但是相較於違憲法令的存在，法秩序應更不能夠容忍後者，況且違憲審查者已明確指出有問題之處，故政治部門實應積極的在違憲宣告後，迅速完成違憲法令之修正，而非遲至失效期日屆至前方履行修法職責。由於期限之決定欠缺實證上之基礎，故期限與修正期間的一致的現象，在我國目前違憲審查實務中，並不應樂觀的被當作是定期失效宣告功能發揮體現之例證，反而應正視其所造成的，讓違憲法秩序更為頻繁、存續更為長久的嚴重問題。


### 3.2.3 定期失效違憲宣告頻繁使用之原因

既然定期失效宣告本身存有諸多的負面問題，惟何以其會被我國司法違憲審查如此頻繁的使用？除了前面理論層次的分析外，本節將自實際面向進行探討，指出真正問題之所在。

#### 3.2.3.1 法秩序空窗增加？

理論上，因為對於違憲法令宣告立即失效將會產生法秩序空窗，因此定期失效違憲宣告類型，就似乎成為理所當然的因應方式，然而，在為如此肯定時，應有兩個前提必須被確認，第一個是立即失效的違憲宣告，是否果真會產生法秩序的空窗？亦即究竟什麼是法秩序的空窗；第二個則是法秩序空窗出現的情形，在當今是否真的越為頻繁，因而造成定期失效自違憲法令時間效力的宣告類型中，從原本的例外搖身一變成為原則？





如果從單一規範有無的角度觀察，則宣告違憲的法令失效似必然伴隨秩序懸缺情形的出現，但若是從整體法秩序框架的角度而言，則單一規範的失效對於法秩序而言，並不必然會產生過大的衝擊，一方面細部法令被宣告違憲，僅是回歸到原則性的法令，不見得真的無法可用；另一方面，違憲法令有時本來就欠缺存在的正當性與必要性，特別是侵害人民權益性質的規定。如釋字第 724 號，既已認為主管機關所訂之督導各級人民團體實施辦法第 20 條第 1 項，規定人民團體經命限期整理時，其理、監事之職權立即停止，增加人民團體法所無規範亦無授權之限制，有違法律保留原則，此時即應立即宣告系爭辦法失效，回歸人民團體法第 58 條第 1 項為適用即可，惟大法官卻給予長達一年的失效期限；又如釋字第 702 號宣告教師法第 14 條第 3 項前段規定因行為不檢有損師道經有關機關查證屬實者，終身不得再被聘任為教師牴觸憲法憲法對工作權之保障，此時應單純宣告此部分違憲，讓各級學校自行評估欲重任教師者之適宜性，立法者自然可以修訂更為細緻的規定協助學校評估上的正確性提升，然實不應以定期失效的方式宣告，立即失效宣告事實上並不會致生任何法秩序適用上的空窗。

真正會發生法秩序空窗者為違憲法令的數量、範圍較多及較廣時，通常是違反法律保留原則、授權明確性原則，進而導致整部法令如立即失效，縱然回歸母法適用亦有相當之困難，蓋原則性的規定過於模糊、抽象，將導致遵循與適用上極大的困難。然而如本文前述實證統計所顯示，因違反法律保留原則、授權明確性原則而受定期失效違憲宣告者，多發生於早期法制較不完備的時代，近期受定期失效宣告法令標的已經轉由法律占絕對多數<sup>148</sup>，故大法官高度使用定期失效違憲宣告的現象，顯然非因違憲審查上更容易面臨法秩序空窗之困境所迫。

---

<sup>148</sup> 以釋字第 700 計算至第 731 號為例，總共有 12 件的定期失效違憲宣告，其中標的為法律者有 8 件，為行政命令者則僅有 4 件。



### 3.2.3.2 交錯任期制度之設計？

葉俊榮教授對於附加期限的違憲解釋有深入的研究，其不僅指出此種違憲宣告的類型，在欠缺直接民主正當性的司法違憲審查機關與政治部門的互動上具有重要的正面意義，亦有助於緩解兩者間潛存的衝突及緊張，並達到訊息釋放之功能，故在民主轉型初期，期限即易被青睞使用<sup>149</sup>。在近期的研究中，葉教授更從憲法對於大法官組成制度設計的變異，即 1997 年憲法修正後不再採取屆次界分而是任期個別計算，在歷經政黨輪替後，使得大法官的組成更為複雜，因而致生憲法法庭內部之歧異，此反映於法令違憲審查上，即導致定期失效此較折衷的違憲宣告類型，於大法官們為突破內部表決僵局時，受到高度的仰賴，葉教授並以意見書的數量嘗試印證內部分歧程度之增加<sup>150</sup>。

本文基本上贊同此觀點，因為如前述抽象理論層次所分析，定期失效的正面功能之一就是有助於處理違憲審查制度內部及外部的分歧，而觀諸我國政治環境的變動，2000 年後無論是行政權還是立法權，其政治組成都產生重大變化，且隨著時間而持續性發生，因此自然會使得不同時間點被提名任命之大法官，其政治意識型態都可能產生變異，合理預期內部的分歧亦隨之增升。

然而，此論點在當今的司法違憲審查實務中卻恐怕已不能充分說明定期失效解釋之激增，因為自 2008 年二次政黨輪替後，國民黨無論於總統選舉中抑或國會的席次上皆取得優勢，2008 年第 7 屆立法委員選舉中，其取得 71% 的席次<sup>151</sup>，2012 年第 8 屆立法委員選舉中國民黨亦占有 56% 的席次<sup>152</sup>，而在前者的時期內共

<sup>149</sup> 葉俊榮，同註 12，頁 360-361。

<sup>150</sup> 葉俊榮，同註 13，頁 21-28。

<sup>151</sup> 中央選舉委員會，<http://db.cec.gov.tw/histMain.jsp?voteSel=20080101A2>（最後瀏覽日：2016 年 5 月 2 日）。

<sup>152</sup> 中央選舉委員會，<http://db.cec.gov.tw/histMain.jsp?voteSel=20120101A2>（最後瀏覽日：2014 年 5 月 2 日）。

任命 7 位的大法官<sup>153</sup>，後者的時期中亦再任命 4 位大法官<sup>154</sup>，合計已達 11 位，占 15 位大法官人數中的 73%，早已超過司法院大法官審理案件法第 14 條第 1 項宣告法律違憲之高門檻要求。然本文的統計結果卻顯示，定期失效占法令違憲宣告比例卻在釋字第 691 號開始持續增加，在 25 件法令違憲宣告解釋中占 14 件比例達 56%，在此同時，解釋所附具的意見書數量依然維持相當多的現象。因此，以握有提命權及同意權之政治勢力分歧的角度，嘗試主張定期失效違憲宣告被用以化解違憲審查者內部分歧之政治意識形態，在 2008 年後的政治環境轉變後，恐怕已經不足以充分解釋我國目前定期失效違憲宣告從例外躍身為原則的特殊現象。

### 3.2.3.3 審查模式

本文認為定期失效宣告於違憲法令的審查上之所以會變得如此重要，實與違憲審查模式的採行有著重要之關聯性，簡言之，當大法官越來越形式化，而非深入分析違憲法令所影響的基本權強弱程度，即相對容易作成定期失效的違憲宣告。

以稅法領域為例，葛克昌教授即指出大法官面對稅法令為標的時，其多以憲法第 19 條之租稅法律主義作為審查之標準，亦即判斷有無違反法律保留原則的要求<sup>155</sup>，而當大法官認為行政命令規範未經法律授權之事項時，即容易認為此時為避免因立即失效之宣告而導致秩序空窗的出現，應選擇定期失效宣告類型<sup>156</sup>。

<sup>153</sup> 分別是：黃茂榮、陳敏、葉百修、陳春生、陳新民（此 5 位任期分別自 2008 年 11 月到 2016 年 10 月）、賴浩敏、蘇永欽（此 2 位任期分別自 2010 年 10 月到 2018 年 10 月）。

<sup>154</sup> 分別是：羅昌發、湯德宗、黃璽君、陳碧玉（此 4 位任期分別自 2011 年 10 月到 2019 年 9 月）。

<sup>155</sup> 以釋字第 693 號理解書所闡述的內涵為例「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律定之。」

<sup>156</sup> 葛克昌，同註 23，頁 137、139-140。

此種形式的審查模式因為未深入探究違憲法令所影響的基本權種類或其他憲法原則，因而會誤以僅需將規定於行政命令的規範移至法律，或於法律中增訂授權規定即能夠補足瑕疵，忽略系爭違憲的行政命令不但違反租稅法律主義，更可能實質上欠缺正當性。葛教授於文章中以釋字第 619 號以及第 640 號兩號作為例子說明，而本文後認為嗣後之釋字第 657 號亦存在相同的問題，黃士洲教授即指出為突破租稅法律主義的形式化困境，應以比例原則、平等原則、社會國原則、生存底限及人性尊嚴，此些更為實質的憲法原則進行審查<sup>157</sup>。

當大法官以違反法律保留原則為由宣告法令與憲法相互牴觸時，未來合憲制度的擘畫，基於權力分立之功能性考量，當然屬於憲法劃歸立法者的權限範圍，因此，雖不禁止司法者提示相關決策上的重要參考因素，以協助立法者可以於職權行使上較臻健全，然而，司法者於給予立法者提示時，卻經常迴避了目前所審理的系爭違憲法令，其截至裁判時所產生的不合法秩序狀態，究竟對於原因案件的當事人以及與其有相同情況的當事人，造成了多麼嚴重的權益損害、侵害情形？展望未來，制度當然可以制定的更為妥適，或者是給予更合理、更正當的限制，但是現在、過去因欠缺法律授權基礎的不合理狀態，相對而言，是否即應給予救濟之效果，是否即意謂由於欠缺立法者意志作為基礎，所以行政權的限縮、限制即應透過違憲審查的方式予以消除？而非以未來將出現更佳、更具正當性的制度來轉移司法違憲審查的核心功能在於人民權利之救濟。

其他法領域中被宣告定期失效的解釋亦有相同的問題，大抵上可以發現大法官雖然會明確點出違憲法令所涉及的基本權種類，以及如何違反比例原則，然而其一方面未對法秩序空窗是否真的會出現為過多的說明，另一方面就允許系爭違憲的法令存續，基本權、憲法原則因此而所受的不利益影響程度，其情形究竟為何

---

<sup>157</sup> 黃士洲，同註 108，頁 215。

亦難以於解釋中看見，因此呈現的現象是，雖然法令牴觸憲法但是情形並不嚴重，僅屬輕微的瑕疵，人權保障之需求即於法令違憲審查的時間效力決定中被弱化、相對化。釋字第 724 號、第 696 號、第 694 號、第 677 號、第 666 號等都是若深入考量基本權與憲法原則蕩喪的嚴重情形後，應以立即失效違憲宣告方為妥適者。

總而言之，大法官對於法令的審查模式，特別是時間效力宣告類型的選擇上，未能謹守人權維護的憲法最根本目標，使得被慣用於緩解違憲審查機制內部以及外部僵局的定期失效宣告，逐漸從審慎適用要求下之例外躍身為原則。

### 3.2.4 原因案件及非原因案件之處理爭議

本文前面對於定期失效違憲宣告之討論，集中於司法違憲審查者在宣告選擇上之妥當性，即何種類型之案件並無適用定期失效宣告之必要，以及政治部門未遵守期限之諭知，所呈現出對於法秩序矛盾歧異狀態之消極因應態度。在此節中則要關注，對於司法裁判實務<sup>158</sup>長期形成困擾的，亦即定期失效宣告後，法院應如何審理適用系爭違憲法令之案件，在討論上大抵上可以區分為原因案件以及原因案件以外之案件兩大類型。

對此研究之目的，是欲說明選擇定期失效宣告處理過渡期間的法秩序空窗，在實際上恐怕並無助於法安定性的追求，反而易致生裁判結果的歧異，而秩序的紊亂反映出的正是定期失效宣告本身的矛盾性，在結果上並不有利於人民權益的保障。

---

<sup>158</sup> 本文因為篇幅的關係僅探討司法機關如何面對違憲法規範將來失效之問題，然行政機關實亦同受該問題所困擾，李震山大法官即以「不法之法支配行政之爭議」為題探討，氏認為對於違憲的法律，如行政機關抱持「惡法亦法」的邏輯繼續如往昔般適用，將因貶抑司法尊嚴、法之位階理論受到破壞、法內部秩序紊亂、法律優位原則受到嚴重挑戰，進而產生動搖依法行政基礎之結果，因此，行政機關實宜善用執法技巧，使暫時仍需存在知不法之法的惡害儘可能減低，例如多運用公平正義之理念去解釋法律概括條款中之不確定法律概念，參：李震山（2014），《行政法導論》，修訂 10 版，頁 40-44，臺北：三民書局。



### 3.2.4.1 失效期限屆至前之法秩序問題曖昧不明

首先必須指出，大法官對於與憲法相牴觸之法令宣告定期失效時，未必是真的欲透過期限之諭知來繼續正當化違憲法令之效力，可以發現的是，大法官在作成違憲宣告的同時，有時會要求法院在失效期限屆至前，仍應依解釋之意旨為適用，而不得同既往般繼續適用系爭違憲的法令，從此點即可印證縱使是定期失效宣告，法令違憲之事實仍足讓其效力產生動搖，從而會引發司法實務者在過渡期間內對法令的適用產生困擾及分歧，以下即提出幾個雖宣告定期失效，但大法官對於過渡期間法秩序究竟應如何運行，卻顯然非採取「違憲但有效」立場之解釋。

釋字第 300 號是大法官開始運用定期失效宣告類型後，首次明確指出違憲法令之效力並不當然可毫不受影響的存續至期限屆至前，本號解釋中大法官宣告破產法第 71 條第 2 項未就羈押有逃亡、隱匿或毀棄財產之破產人，其展期次數設有限制，導致可能出現無限期羈押之情況，牴觸憲法對於人身自由之保障，雖然諭知自解釋公布日起一年後系爭法律方停止適用，惟大法官卻於解釋文中另外指出法院於破產法第 71 條第 2 項修正前，於適用上仍應斟酌本號解釋之意旨。雖然細查解釋理由書後，僅發現大法官是以強制執行法與刑事訴訟法對於人身自由之剝奪均有設限作為比較對象，惟未說明應如何合憲的適用破產法第 71 條第 2 項，但仍然凸顯出違憲審查之宣告對於違憲法令效力已形成動搖。

釋字第 523 號宣告檢肅流氓條例第 11 條第 1 項未就法院裁定留置之要件為規定，違反憲法第 8 條及第 23 條，並給予一年之定期失效期限，惟於解釋文中大法官諭知於系爭法律修正前，法院為留置之裁定時，應依解釋所揭禁之意旨，亦即被移送裁定人須有繼續破壞社會秩序之虞，或逃亡、滅證、影響證人之虞時，方有予以留置之必要性。釋字第 535 號宣告警察勤務條例第 11 條第 3 款對於臨

檢之規定有欠完備，給予立法院長達二年的時間修正，惟於解釋文中，大法官詳細指出臨檢發動之條件、方式以及程度，其毋寧是提示執法機關不得同既往般無出限制的進行臨檢之勤務。前已提及之釋字第 641 號亦指出於過渡期間應回歸比例原則以及立法目的，而不得繼續適用僵化的裁罰倍率。

總而言之，雖然整體而言，大法官甚少於定期失效宣告的同時，說明過渡期間之法秩序問題，但是亦不能理所當然的認為當其未為表示時即代表違憲法令應繼續適用，由於大法官始終未對於過渡期間之法秩序做明確的表示，又未能說明何時應繼續適用，何時則應依解釋意旨為調整，曖昧不明的情況下自然會對於執法與審判機關帶來不確定性的困擾。

### 3.2.4.2 原因案件

應先討論者為最具爭議性的原因案件，雖然於 2014 年 10 月 24 日司法院作成釋字第 725 號解釋後，此問題可謂已經獲得終局性的解決，惟為求討論上之完整性，以下仍先整理在此號解釋公布之前，學理及司法實務上對此議題的討論概況，於架構上將先分析出原因案件救濟效果問題之特殊性，進而梳理歷來相關大法官解釋以及司法實務之態度，次之則整理學界對此問題的看法，最後則是以近期公布的釋字第 720 號以及第 725 號解釋作為綜合評析的基礎。

#### 3.2.4.2.1 因聲請主體而異之主觀權利救濟需求

我國憲法與司法院大法官審理案件法（下稱大審法），均未就法令遭宣告違憲後，對於促使司法違憲審查權發動之原因案件，其之影響性訂有明文的規範<sup>159</sup>。依據大審法及相關解釋，法令違憲審查之聲請主體大抵上可分為兩類，第一類是

<sup>159</sup> 廖義男，同註 20，頁 130。

第 5 條第 1 項第 2 款之人民、法人或政黨；第二類則是第 5 條第 1 項第 1、3 款之中央或地方機關、現有總額三分之一以上之立法委員，以及同條第 2 項及釋字第 371 號所規定之各級法院。本文認為此分類恰好彰顯出違憲審查機制中，主觀權利救濟功能與客觀合憲法秩序維護功能兩者所占比例之差異，對於第二類的聲請主體而言，聲請違憲審查之目的偏向客觀法秩序與憲法間一致性的維護，縱違憲宣告時亦能附隨的達到基本權利之保護。反之，第一類的聲請主體，其促使法令違憲審查之目的，則明顯是為了其自身受憲法所保障之基本權利，排除因為終局裁判適用違憲法令而受的侵害，意圖無疑是為了能夠讓自身的個案獲得救濟，因而存有濃厚的主觀性色彩<sup>160</sup>。觀察我國違憲審查實務，則可發現因為人民於窮盡一般司法救濟途徑後尋求違憲審查，方作成的解釋數量，在整體案件數中一直占有相當高的比例<sup>161</sup>。

因此，本文認為在政策決定與制度設計的思考上，由於對法令宣告違憲僅能夠達到客觀法秩序合憲性之維護目的，此雖然已滿足第二類聲請主體的需求，然尚須進一步考量違憲法令對原因案件之效力，方能夠滿足第一類聲請主體對於自身已經司法裁判確定案件的救濟需求<sup>162</sup>。簡言之，歧異化兩類主體於違憲宣告時

<sup>160</sup> 廖義男，同註 20，頁 130。

<sup>161</sup> 司法院就第一屆至第六屆大法官所做成之解釋，其聲請主體做有統計，由機關聲請者僅占 10.67%，而由人民所聲請者則占 89.33%，且越至後期人民聲請所占之比例約重，參：第一屆至第六屆大法官就機關聲請者與人民聲請者聲請解釋之比例作一統計，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/E100/%E7%AC%AC%E4%B8%80%E5%B1%86%E8%87%B3%E7%AC%AC%E5%85%AD%E5%B1%86%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98%E5%B0%B1%E6%A9%9F%E9%97%9C%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%80%85%E8%88%87%E4%BA%BA%E6%B0%91%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%80%85%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%A7%A3%E9%87%8B%E4%B9%8B%E6%AF%94%E4%BE%8B%E4%BD%9C%E4%B8%80%E7%B5%B1%E8%A8%88.htm>。（最後瀏覽日：2016 年 5 月 2 日）。

<sup>162</sup> 比較法上，比利時具有法令違憲審查權之憲法法院以及國務委員會，與我國大法官相同亦相當頻繁的適用定期失效此種宣告模式，長久以來也拒絕給予促成違憲宣告之原因案件在此種違憲論知下救濟之效果，但近來受到歐洲人權公約第 6 條（公平審判權）以及第 13 條（有效救濟權）之影響下，比利時國會也修正規定，賦予國務委員會可以綜合情況後給予因違憲法令而受害的個案賠償，see Sarah Verstraelen, Patricia Popelier, and Sébastien Van Drooghenbroeck, *The Ability to Deviate from the Principle of Retroactivity: A Well-Established Practice Before the Constitutional Court and the Council of State in Belgium*, in *COMPARING THE PROSPECTIVE EFFECT OF JUDICIAL RULINGS ACROSS JURISDICTIONS* 81,101-104 (Eva Steiner ed. 2015).



之效果，方符應其各自於主觀權利保障以及客觀法秩序維護兩種功能上比重不同的差異。

另外，必須特別討論的是，在前述第二類中由法官所聲請者，是否應特別獨立劃出而在救濟效果上與人民所聲請者做相同之規範？本文認為雖然聲請主體不同，且法官提起聲請者，依釋字第 371 號所提出之要件以觀，並不須以裁判所適用之法律有侵害人民權利為必要，而是只要有牴觸憲法之疑義即可，然而，一方面會進到法院中訟爭，本即意謂是以系爭法律影響到人民權利為前提（客觀訴訟、公益訴訟亦不例外，因其亦是透過法律規定的方式讓特定團體得保護其他人的利益，某程度上而言已轉化為具有相當於權利之性質）；另一方面，裁判的本身亦將直接影響到當事人的權利，故當法院於訴訟中確信個案審理上所適用之法律與憲法相牴觸，應即能合理認定將產生侵害、影響人民受憲法所保障之基本權的情況。因此，本文認為由法官所聲請之法律違憲審查，其本質上與由人民聲請釋憲者實屬相同，都有所謂原因案件的存在，故於法令經大法官宣告違憲時所能獲得之救濟效果亦不應有不同<sup>163</sup>。另外，如從法安定性的角度思考，人民聲請釋憲者其原因案件是已經確定者，而由法官所聲請者，其之原因案件則尚未確定，故後者所獲得之救濟效果實不應弱於前者，如此方謂合理。

#### 3.2.4.2.2 大法官解釋之立場

大法官甚早即開始處理法令經宣告違憲後原因案件救濟的問題，釋字第 177 號之解釋主文末段稱「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。」其解釋理由書對此有更進一步的闡明「次查人民聲請解釋，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，

<sup>163</sup> 葉百修，司法院釋字第七二五號解釋協同意見書，頁 3。

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。」換言之，大法官從人民得聲請釋憲之規範目的，肯認法令經宣告違憲後，對於原因案件具有特別的效力，而其具體內涵則為聲請人得依相關之法定程序請求救濟，在本案中即係指當事人可執之為民事再審之事由。

釋字第 185 號則更進一步、明確指出「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」簡言之，釋字第 177 號所稱之法定程序包括再審以及非常上訴。嗣後的釋字第 188 號雖然是處理法令統一解釋而非法令違憲審查之問題，然而儘管如此，在維護法秩序一致性之餘，大法官仍透過解釋揭示應給予原因案件當事人實際上之司法救濟效果。釋字第 209 號則考量到法安定性之需求，將司法違憲審查對於個案之救濟效力，設定以再審法定期間作為界限，惟依然未改變原因案件應獲救濟效果之原則。

在救濟效力所及案件範圍的問題上，大法官認為並不限於解釋公布時被明列之聲請案件，而是包括所有已經聲請大法官解釋，且程序上無不合法經受理在案者。釋字第 193 號諭知相同聲請人之其他案件，如亦以同一法令有牴觸憲法疑義而於解釋公布前提出聲請，雖未併案審理，亦因違憲宣告解釋之作成而能獲得救濟之效果，釋字第 686 號則是更進一步將以同一法令違憲為由而聲請解釋之不同聲請人，亦納入原因案件的範圍。自此發展情形觀察，應可認為大法官相當重視窮盡一般司法救濟途徑後，聲請解釋之人民其因違憲宣告作成是否能夠獲得救濟，究其實際，即凸顯出違憲審查制度所具有或者是應該具有的主觀權利救濟功能。

### 3.2.4.2.3 司法實務之態度

對於促成違憲宣告之原因案件能否獲得救濟，我國法院大抵上依違憲法令之

時間效力宣告類型而分成兩種主要因應方式，如果是立即失效，縱未溯及而僅是向後失其效力，法院基本上皆允許原因案件於解釋公布後循再審或非常上訴救濟<sup>164</sup>，惟若是定期失效，司法實務之立場則呈現相當之分歧，長期以來多數見解是持否定的立場。

最具有代表性之見解為最高行政法院 97 年判字第 615 號判例，其經常被援引作為駁回原因案件當事人尋求個案救濟之理由，其稱「司法院釋字第 185 號解釋：『……確定終局裁判所適用之法律或命令，……，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題。……』」僅係重申司法院釋字第 177 號解釋「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」之意旨，須解釋文未另定違憲法令失效日者，對於聲請人據以聲請之案件方有溯及之效力。如經解釋確定終局裁判所適用之法規違憲，且該法規於一定期限內尚屬有效者，自無從對於聲請人據以聲請之案件發生溯及之效力。」換言之，多數法院將釋字第 177 號與第 185 號解釋所建立的原因案件救濟效果，限縮於立即失效的違憲宣告類型<sup>165</sup>，此結果對於促成定期失效為限宣告的原因案件當事人而言，毋寧是「贏

<sup>164</sup> 釋字第 661 號宣告財政部之函釋違憲，原因案件之聲請人聲請再審，原確定判決即遭廢棄，參：臺中高等行政法院 100 年訴更一字第 14 號判決「依司法院釋字第 661 號解釋意旨，財政部 86 年 4 月 19 日台財稅字第 861892311 號函釋說明二所揭示之法律見解，已逾越 74 年 11 月 15 日修正公布之營業稅法第 1 條及第 3 條第 2 項前段之規定，對受領偏遠路線營運虧損補貼之汽車及船舶客運業者，課以法律上所未規定之營業稅義務，與憲法第 19 條規定之意旨不符，應不予適用。本案係據以聲請解釋之案件，故司法院釋字第 661 號解釋意旨對本案有直接之規制效力。」

<sup>165</sup> 如釋字第 696 號解釋之聲請人其於解釋公布後聲請再審，受訴法院即認為所得稅法第 15 條第 1 項被宣告定期失效，故不對解釋聲請人生溯及失效之法律效果，參臺北高等行政法院 101 年再字第 26 號判決「按行政訴訟法第 273 條第 2 項規定，確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者即係指確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官解釋為牴觸憲法，並因之立即失其效力者；若該法律或命令雖經司法院大法官認有牴觸憲法，然其既不因該解釋結果而即時失其效力，而是另定失效日期，則該法律或命令原非無效，確定終局判決予以適用，並無錯誤。是以，所得稅法第 15 條第 1 項有關夫妻非薪資所得強制合併計算之規定，固違反憲法第 7 條平等原則，然既不因司法院釋字第 696 號解釋結果而即時失其效力，而是另定失效日期，則該法律或命令於所定期限屆滿前尚屬有效，且不生單獨對解釋之聲請人溯及失效之法律效果，則原確定判決予以適用，即無錯誤可言。」

了解釋，卻輸了官司」<sup>166</sup>。

惟亦有法官採取不同的看法，釋字第 666 號宣告社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款，僅處罰意圖得利之一方而不包括支付對價之相對人，違反憲法第 7 條之平等原則，但給予 2 年之失效期限。本案之聲請人為宜蘭地院之法官，於解釋公布後未等至立法院之修正，旋即裁定原來因為聲請釋憲而暫停審理之案件當事人免罰，於其裁判中謂「本件被移送人涉犯之社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款，既經司法院大法官會議認定違憲，雖該規定效力在解釋公布之日起 2 年屆滿時，始失其效力，但本院認為不宜再以該規定予以裁罰，爰依據同法第 29 條規定免除其罰。」<sup>167</sup>雖然法院裁判所適用之法律並非系爭遭宣告違憲者，惟從因大法官解釋作成方適用本來即存在的法律規定，明顯可見是為了實現司法違憲審查制度之主觀權利救濟目的。其他可作為代表者還有如釋字第 687 號之原因案件聲請法官，於稅捐稽徵法第 47 條第 1 款之失效期限屆至前，即逕為原因案件之裁判，突破法律文義將處罰種類限於徒刑之規定的限制，而僅判處被告拘役<sup>168</sup>；釋字第 641 號之原因案件聲請法官，亦旋於解釋公布後未及 3 個月即做成裁判（定期失效期限為 1 年）<sup>169</sup>。

相對於逕依解釋之意旨為裁判，實務上另有法官以暫停審判之方式因應過渡期間，釋字第 669 號宣告民國 98 年 5 月 27 日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項，對於未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍者，無論行為人犯罪情節之輕重，均處以無期徒刑或五年以上有期徒刑，使得在違法程度輕微

<sup>166</sup> 桃園地方法院 103 年度行提字第 1 號裁定即對於多數實務的見解有精闢的歸結「換言之，即使是成功打贏憲法官司的人民，經大法官認定適用於其原因案件的法律違憲，但只要大法官係宣告定期失效，即使其原因個案可以聲請再審或非常上訴，但是在失效期限未屆至前，該違憲法律仍然有效，這種再審或非常上訴官司，仍然會遭到駁回而敗訴，所謂『贏了解釋，卻輸了官司』」

<sup>167</sup> 宜蘭地方法院 98 年度宜秩字第 32 號、33 號、36 號裁定。

<sup>168</sup> 桃園地方法院 95 年度簡字第 116 號刑事判決。

<sup>169</sup> 臺北高等行政法院 92 年度訴字第 4483 號判決。

之個案上，發生不符罪刑相當原則而違反憲法第 23 條所揭槓之比例原則，進而諭知一年之定期失效期限。解釋公布後，審理原因案件之福建金門地方法院，並未囿於「違憲但有效」之矛盾邏輯，而是從憲法的優位性、釋字第 371 號所創設之法官停止審判聲請釋憲之制度目的，以及當時在立法院審議之大審法修正草案第 33 條第 1 項規定之法理基礎，而認為於立法院修正系爭違憲法令前，應類推適用釋字第 371 號解釋之意旨裁定停止訴訟程序<sup>170</sup>。

綜上，可見面對定期失效之違憲宣告，若是由法官暫停審判聲請釋憲者，原因案件較能夠獲得救濟之效果，反之，如果是人民於窮盡一般司法救濟途徑後聲請釋憲所促成者，則幾乎無法獲得救濟之機會，這樣的差異，或許是來自於由法官所聲請者，因為已是審判者主觀上確信個案所適用之法律與憲法相牴觸，方暫停審理撰寫釋憲聲請書，是縱使系爭法律僅是定期失效，基於個人法之確信實亦

<sup>170</sup> 福建金門地方法院 97 年度訴字第 18 號裁定「又法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文。故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，既經大法官會議解釋宣告違憲定期失效，即使定有落日條款，惟考其目的，無非督促主管機關於所定期間內，依照解釋意旨，儘速修正違憲之法律，以為法官審判之依循，避免違憲之法律立即失效，以本件而言，將造成除罪化之結果，對於社會治安及他人之人身安全帶來重大衝擊，而非要求法官不顧個案正義，仍然適用被宣告違憲之法律。查憲法裁判之機能，無非主觀權利之保護及憲法秩序之維持。法律與憲法牴觸既經宣告定期失效，在主管機關修正違憲之法律前，法院若仍適用該違憲之法律審判，不但對於當事人主觀權利無以保護，無異是對個案的不正義，而且不足以維持憲法之秩序，與憲法第 80 條規範意旨及釋字第 371 解釋旨趣有違，最後該判決恐亦成為違憲違法之判決。……因此，法院就審理案件所應適用之法律，經大法官會議宣告違憲定期失效，審酌個案情節，認為在被宣告違憲之法律修正前，停止訴訟程序為宜時，自應裁定停止訴訟程序，庶幾符合釋字第 669 號解釋所示保障人民人身自由權之意旨。蓋吾人不能一方面要求法官於審理個案時，確信其所適用之法律有違憲疑義，裁定停止訴訟程序，聲請釋憲；一方面又要求法官適用被宣告違憲定期失效之法律，而自陷於矛盾。因而於主管機關修正違憲之法律前或解釋文所定期間屆滿前，法官拒絕適用被宣告違憲定期失效之法律，乃係當然，並為其聲請釋憲時所預期，為釋憲申請之延伸，法官自得參照釋字第 669 號解釋意旨，並類推適用釋字第 371 號解釋意旨，裁定停止訴訟程序。再者，司法院於 97 年 11 月 5 日送請立法院審議之司法院大法官審理案件法修正草案，將名稱修正為憲法訴訟法，於第 33 條第 1 項規定：法律或命令與憲法牴觸而應立即失效者，於憲法法庭判決前已繫屬於各級法院之案件，應依憲法法庭意旨為裁判。其於憲法法庭判決前已確定案件，除原因案件外，其效力不受影響；同條第 2 項規定：法律或命令與憲法牴觸而應定期失效者，於期限屆至前，除原因案件外，各級法院審理案件，仍應適用該法律或命令，但憲法法庭之判決主文另有諭知者，依其諭知。亦即法律或命令與憲法牴觸，無論被宣告立即失效或定期失效，原因案件（聲請釋憲之案件），均應依憲法法庭裁判意旨為裁判，自不容適用被宣告違憲之法律或命令為裁判，則在期限屆至前，法院自應裁定停止訴訟程序。雖憲法訴訟法草案尚在立法院審議階段，然法理相通，以法理引為裁判之基礎，自非法所不許。」



難於期限屆至前仍予以適用，然而若是人民自己所聲請者，或許因為沒有這般具體、深刻的內心掙扎，故司法實務則相當一致的將其拒於救濟門外。

#### 3.2.4.2.4 學界之看法

學者對於大法官給予聲請解釋之原因案件救濟效果多持肯定的立場<sup>171</sup>，認為主觀救濟效果之賦予更能強化司法違憲審查作為人權保障之重要機制，並且，惟有如此，方能對於窮盡救濟途徑，一路耗費勞力、時間及費用捍衛權利，以及協助祛除憲法下所存在之矛盾法秩序者，一個較為公平的對待<sup>172</sup>，有學者因此稱違憲宣告對於原因案件之救濟效果為「報償」或「特殊獎勵」(bonus·inducement effect)<sup>173</sup>或是誘因 (incentive)<sup>174</sup>。湯德宗大法官則更直接認為給予原因案件救濟效果，乃是基於憲法第 16 條保障訴訟權使然<sup>175</sup>。

並且，多數論者認為此種救濟效果，並不應侷限於立即失效之違憲宣告，縱使是定期失效違憲宣告亦應有其適用，因為無論是釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號或第 209 號解釋，都未將定期失效違憲宣告類型排除於適用之範圍<sup>176</sup>，縱使是到釋字第 686 號解釋，大法官亦未區分不同類型之違憲宣告，依此而論，對促成定期失效違憲宣告之原因案件聲請人，理應准許其以系爭解釋為依據，循再審或非常上訴救濟。雖然定期失效在概念上，一方面指出法令與憲法之牴觸，另

<sup>171</sup> 李惠宗，同註 19，頁 10。

<sup>172</sup> See Eva Steiner, *supra* note 44, 3.

<sup>173</sup> 陳新民，同註 146，頁 8；蘇永欽，同註 25，頁 18；羅昌發，同註 95，頁 11-12。

<sup>174</sup> See Bradley Scott Shannon, *supra* note 121, 859.

<sup>175</sup> 「然，以上三項權利所共同建構之訴訟權之程序性保障乃以法官個案裁判所適用之法令合於憲法秩序作為前提。反之，倘法官得適用違憲之法令進行裁判，則保障人民接近使用組織公正、程序公平之法庭審理，還有多少實益？！依據合憲之法律進行裁判既是憲法上訴訟權保障之前提，則確定終局裁判所適用之法律或命令，甚或其適用法律、命令所表示之見解，經大法官依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符者，其受不利確定終局裁判之人民，倘不得以該解釋作為再審（或其他救濟）之理由，其訴訟權如何能獲得保障？」參：湯德宗，釋字第 725 號解釋協同意見書，頁 1-5。惟本文認為如主張法官依合憲法律裁判為訴訟權保障之內涵，則定期失效違憲宣告對於已確定之非原因案件應亦有救濟效果。

<sup>176</sup> 李惠宗教授指出司法實務之見解有增加釋字第 177 號、185 號及 188 號解釋所無之限制，參：李惠宗，同註 19，頁 14。

方面卻又透過期限諭知方式，某程度上間接的肯認了系爭違憲法令之效力，故在邏輯上似呈現原因案件所適用的法令，因為發生在失效期限屆至前，似屬合憲而非違憲<sup>177</sup>，但學者仍自公平的觀點，認為報償理論應予以貫徹<sup>178</sup>。另外，從健全釋憲制度的角度來看，因大法官以定期失效之方式宣告違憲而未能產生救濟的效果，對於由人民聲請此種釋憲類型的發展而言，特別是其佔整體解釋案件之絕對多數，無疑的將產生極大的負面效果<sup>179</sup>。

另有學者從法令違憲審查結果類型間的比較角度，嘗試論證出定期失效宣告中原因案件亦應有救濟之效果，廖義男教授認為釋字第 185 號解釋謂「**確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由……**」已經指出縱然僅是確定裁判適用法令所表示之「見解」違憲，亦即大法官並未宣告系爭法令違憲，而是作成合憲性解釋，此時原因案件之當事人亦能獲得救濟，故定期失效解釋既以法令違憲為前提，其嚴重性顯然較合憲性解釋來得更大，此時如拒絕讓原因案件當事人得再為救濟，將顯失公平<sup>180</sup>。

### 3.2.4.2.5在釋字第720號及第725號之後

<sup>177</sup> 蘇永欽教授則認為定期失效宣告仍代表法令與憲法相牴觸，僅是在效力上應如何調整須特別斟酌，故自獎勵釋憲聲請者投入違憲瑕疵存在獲得確認之觀點而言，不應與立即失效或溯及失效之違憲宣告有不同之對待，參：蘇永欽，同註 25，頁 18-19。

<sup>178</sup> 羅昌發，釋字第七二〇號解釋協同意見書，頁 7-8。

<sup>179</sup> 桃園地方法院 103 年度行提字第 1 號裁定謂「總而言之，遇上定期失效的違憲宣告解釋，不論打贏釋憲官司的聲請人或其他有類似案例遭遇的人民，只要法律還在『有效期限』內，都只能無奈的吞下這個令人難以接受的適用結果？！對於打贏違憲官司的原因個案當事人，美其名賦予其聲請再審或非常上訴的救濟權利，但因為違憲法律未失效，實質上仍不能獲得救濟，這種宣告方式及法律適用結果，等於是告訴聲請憲法解釋的人民：你只能『為人作嫁』。亦即能享受憲法官司勝訴「甜美果實」的，竟然不是聲請人本人，而是未曾於憲法訴訟上出力過的其他人民，這無疑會降低人民打憲法訴訟的誘因。」湯德宗大法官即指出「承認人民聲請釋憲之制度兼具「主觀個人權利保障」功能，並給予適當之誘因，更能發揮該制度之「客觀規範秩序維護」功能！」，參：湯德宗，同註 175，頁 6。

<sup>180</sup> 廖義男，同註 20，頁 132-133。

面對定期失效違憲宣告與原因案件間之救濟問題，在大法官於 2014 年 5 月 16 日做成釋字第 720 號後，似有了更為明確的答案。雖然自該案爭點來看，本欲處理者應為法令宣告違憲後之一般性效力問題，然而由於是釋字第 653 號解釋之原因案件當事人，未能因違憲宣告而讓其個案獲得救濟所再聲請者<sup>181</sup>，故於解釋理由書中大法官特別諭知「聲請人就聲請釋憲原因案件之隔離處分及申訴決定，得依本解釋意旨，自本件解釋送達後起算五日內，向裁定羈押之法院請求救濟」換言之，藉由釋字第 720 號，大法官明確表達反對司法實務長期拒絕給予定期失效違憲宣告之原因案件當事人尋求特別救濟程序機會之見解，本號解釋於性質、類型上雖然屬於補充解釋，但無疑的有意回應了長久以來法令違憲審查中，定期失效宣告所衍生的原因案件救濟問題。

惟因解釋標的之緣故，本號解釋的意義即有所爭議，如陳春生大法官在意見書中即直指真正的問題核心，認為多數意見實應對於釋字第 177 號及第 185 號為補充解釋，說明其是否如多數司法實務者般將其限縮解釋於受立即失效違憲宣告之類型而不及於定期失效宣告者<sup>182</sup>。陳新民大法官亦指出由於釋字第 720 號未直接受理釋字第 177 號及第 185 號，故定期失效違憲宣告下原因案件有無救濟效果，將必須由大法官逐一於解釋中特別諭知，而無法如立即失效違憲宣告般有通案性

<sup>181</sup> 最高行政法院 98 年裁字第 2162 號裁定「按『確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。』為行政訴訟法第 273 條第 2 項所明定。再參照司法院釋字第 185 號解釋：『．．．確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由』意旨觀之，應認行政訴訟法第 273 條第 2 項規定所稱：『確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者』，係指確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官解釋為牴觸憲法，並因之即失其效力者；若該法律或命令雖經司法院大法官認有牴觸憲法，然其並未因該解釋結果而即時失其效力，則該解釋結果因未對聲請人有利，自非屬行政訴訟法第 273 條第 2 項規範範圍。」

<sup>182</sup> 陳春生，釋字第 720 號解釋協同意見書，頁 1，

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/720%E5%8D%94%E5%90%8C%E6%84%8F%E8%A6%8B%E6%9B%B8-%E9%99%B3%E6%98%A5%E7%94%9F.pdf>。定期失效違憲宣告對於原因案件有無救濟之效果，於釋字第 720 號解釋出爐前，早有學者認為大法官應予以補充解釋，以明確闡釋，參：李惠宗，同註 19，頁 16。



之明確答案<sup>183</sup>。

或許正因為前述之批評，大法官於釋字第 720 號解釋公布 5 個多月後即再作成釋字第 725 號解釋，就定期失效違憲宣告對於原因案件當事人之救濟效果，藉由受理釋字第 638 號、第 658 號、第 670 號以及第 709 號共四號解釋，雖促成違憲宣告但卻因定期失效諭知而未能開啓再審或重新審理之門的當事人聲請，更明確表達基於憲法觀點之立場。多數意見認為釋字第 177 號及第 185 號兩號解釋並未針對定期失效宣告是否對於原因案件亦有效力為表示，因而有補充解釋之必要<sup>184</sup>，雖明白肯認定期失效宣告類型有其正當性存在，但認為由於系爭法令之本質仍屬違憲，故釋字第 177 號及第 185 號兩號解釋賦予原因案件當事人再救濟之可能，保障其權益並肯定於維護憲法上的貢獻，在定期失效違憲宣告類型中亦應適用。

惟由於與逕排斥不用之立即失效違憲宣告相較，定期失效違憲宣告本身仍有其難解的矛盾性存在，故雖然原因案件之當事人得於解釋作成公布後，向法院聲請再審或尋求其他救濟方式（如少年事件處理法第 64-1 條第 1 項第 1 款所規定聲請少年法院重新審理），在刑事案件則得由檢察總長提起非常上訴，惟受訴法院則必須視大法官有無於解釋中諭知具體的救濟方法，若有則即可依諭知審理，然如未有雖不得逕為駁回，但必須暫停訴訟程序等至新法令公布、發布生效後方能依新法令裁判。因此，本文前面所提及之最高行政法院 97 年判字第 615 號判例即為大法官宣告不再援用，至於行政訴訟法第 273 條第 2 項<sup>185</sup>由於自文義上並不排除定期失效宣告之情形，故並不生違憲之問題。

<sup>183</sup> 陳新民，同註 146，頁 9。

<sup>184</sup> 陳新民大法官則認為尚應以「重要關聯理論」對於首件定期失效違憲宣告之案件即釋字第 218 號解釋為補充解釋，參：陳新民，釋字第七二五號解釋部分協同部分不同意見書，頁 2-4。

<sup>185</sup> 「確定終局判決所適用之法律或命令，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為牴觸憲法者，其聲請人亦得提起再審之訴。」

本文基本上肯定釋字第 725 號認為在定期失效之違憲宣告類型中，亦應賦予原因案件可獲救濟之效果，如同學界長久以來的呼籲。惟釋字第 725 號仍有待進一步釐清之問題，亟需觀察嗣後大法官的實際運作情況，顯而易見的是，相較於目前於立法院審議中之大審法修正草案第 64 條之規定，釋字第 725 號僅是提供定期失效宣告的原因案件當事人敲開法院大門之機會，惟其是否能夠獲得實質之救濟，尚須視大法官有無於解釋中一併諭知，或者立法者是否有遵守大法官之失效期限諭知修訂新法，以及於修訂新法時是否有就違憲的部分重為一合乎憲法之規範<sup>186</sup>，此種處理方式應是考量到大法官在某些案件上逕為諭知可能會有困難，故預留轉圜之空間。與大審法修正草案相較，釋字第 725 號所揭示的原因案件救濟效果明顯較為不確定<sup>187</sup>，簡言之，在釋字第 725 號解釋作成後，未來一方面很大部分將視大法官於宣告定期失效時是否重視原因案件的當事人，還是基於現實上的便利而逕推由立法部門負責，另一方面則有賴立法部門對於大法官解釋之尊重，是否迅速、妥為修訂合憲之新法<sup>188</sup>，至於法院則僅能在大法官或者是立法者有具體諭知或規定下，方能消極依該規範裁判，似乎不能夠再如目前少數法官於解釋公布後逕依其之意旨對原因案件為裁判，如此一來即可能會讓審理原因案件的司法救濟程序受到延宕<sup>189</sup>。

其次，釋字第 725 號並未對於原因案件之再審或其他救濟方式之期間特別說

<sup>186</sup> 李震山大法官亦指出交由立法者決定可能存有風險，其謂「最後，新法修正卻變更或調整大法官解釋意旨，導致依新法提起救濟的實體或程序規定，反而對聲請人更不利，並非不可想像，此時，還有提起救濟的實益嗎？」參：李震山，同註 56，頁 8。

<sup>187</sup> 雖然大審法修正草案亦僅是賦予原因案件當事人尋求法院救濟之可能，而無進一步要求法院應給予實質的救濟效果，惟本文認為一方面參考大審法修正草案之修正說明（大審法修正草案要旨總說明及條文對照表），另一方面同大審法修正草案第 65 條就人民於審判中聲請釋憲而受定期失效違憲宣告者，逕規定系爭原因案件之審理法院應依宣告法令違憲之意旨為裁判，除非大法官另有諭知，故由此可合理推認賦予原因案件實質之救濟效果實為大審法修正草案擬具者主觀上的認知。

<sup>188</sup> 李震山大法官即指出立法的怠惰將導致釋字第 725 號解釋之美意落空，參：李震山，同註 56，頁 7-8。

<sup>189</sup> 惟陳新民大法官則支持釋字第 725 號解釋之見解，且進一步認為新法秩序的產生應由立法者為之，不應如修正草案之規定讓法官逕依解釋之意旨為裁判，且原則上如大法官無法於特別諭知中詳盡說明規範之細節，則原則上即應待新法之修正，參：陳新民，同註 183，頁 6-9。

明，故依釋字第 209 號之諭知，以民事訴訟法為例，雖是於解釋公布當日起算提起再審之訴或聲請再審之法定不變期間，惟仍不得逾越自裁判確定時起之最長不變期間，因此，原因案件之當事人縱使促成違憲宣告之出現，其仍可能無法獲得任何實質之救濟機會<sup>190</sup>。反之，大審法修正草案第 64 條第 2 項則直接規定「**前項情形，自聲請案件繫屬之日起至判決送達聲請人之日止，不計入法律規定再審之最長期間。**」明顯欲貫徹違憲審查機制對於原因案件之「報償」或「特殊獎勵」效果，單就原因案件，法安定性之維護是否如此重要因而絕對勝過解釋意旨之貫徹，恐怕尚有疑義。

另外，本文認為釋字第 725 號在結論上雖值肯定，但是論理上稍嫌單薄，大法官應強調原因案件一定程度上可以與適用相同違憲法令之其他案件為不同的處理<sup>191</sup>，先辨明最根本的差異，其依據在於司法違憲審查機制所具有之主觀權利保護功能，以及因此誘因的存在而鼓勵人民積極利用釋憲制度，進而在政策上間接達到促成憲政秩序維護之目的<sup>192</sup>，此立論將有助於我國司法違憲審查制度功能定位的明確化，體現其作為人民權利保障最後一道防線之重大意義<sup>193</sup>。雖然賦予

<sup>190</sup> 李震山大法官即指出立法的怠惰將導致釋字第 725 號解釋之美意落空，參：李震山，同註 56，頁 6-7；陳新民大法官則直接主張應將原因案件當事人之再審期間延長到新法公布後的若干期間，參：陳新民，同註 184，頁 10-13。

<sup>191</sup> 葛克昌，同註 23，頁 139。

<sup>192</sup> 在美國聯邦最高法院廢棄舊判決先例而建立新判決先例時，如顧及法安定性的需求而選擇對於未來之案件方有新判決先例適用時，其中有一種類型被稱為 *Quasi-Prospective Application*，其有別於單純向後適用（*Prospective Application*）或於一定期間後方適用

（*Prospective-Prospective Application*）之類型，特別強調應讓本案之當事人得以適用新的法律原則為裁判，其考量無非即是獎勵（*reward*）當事人不斷藉由審級挑戰違憲的法令，在此誘因下，才能有助於公平與正義之追求（*it furthers the interests of fairness and justice*），*see Comment, supra note 79, 474.*

<sup>193</sup> 惟有論者認為我國的司法違憲審查制度僅具有客觀規範審查之功能，至於原因案件聲請釋憲者其因促成違憲宣告而可能使其個案獲得救濟之結果，則僅為立法政策之選擇，與憲法上所保障的基本權（指訴訟權）並無關，並強調如果法令違憲審查可以定性為訴訟權的實現，則將導致對於所有基本權受到相同侵害的人民構成訴訟權的侵害，參：蘇永欽，同註 25，頁 11-19。惟本文對此論點持質疑的態度，因為肯認法令違憲審查對於人民基本權具有直接的救濟功能，何以可認為將侵害其他適用相同法令但卻未提起釋憲者之訴訟權？訴訟權是保障人民於權利受到侵害時可以尋求救濟，則原因案件以外之其他適用相同法令者，是因其於確定判決後未再聲請釋憲尋求救濟，可評價為是其自己放棄救濟之機會，因此給予原因案件之人民救濟效果，何來侵害其他相對而言較屬消極人民之訴訟權？

原因案件救濟之效果，似與定期失效的概念有所矛盾，惟違憲之法令與合憲之法令本質上即難以相提並論，故縱使諭知定期失效，無法否認的是系爭法令之效力仍然出現瑕疵，故給予某程度的適用上調整並不生矛盾，另外，從法安定性的角度考量，如僅賦予原因案件救濟效力亦不致於對法安定性產生過大的衝擊。

實則，本文認為原因案件的救濟問題根本毋需透過釋字第 725 號解釋為補充，且縱使無釋字第 720 號解釋之作成，單純從釋字第 177 號之解釋理由書，亦可以推知應有個案之救濟效果，重點並非違憲法令效力之宣告類型，而是聲請之主體，換言之，只要是由人民窮盡一般司法救濟途徑所聲請者，以及法官暫停審判聲請解釋者，從制度目的而言即應給予原因案件救濟之效果。因此，釋字第 725 號以及釋字第 720 號兩號解釋，僅是重申釋字第 177 號之立場，糾正司法審判實務積累已久的錯誤、違憲的法律解釋<sup>194</sup>，真正有必要處理者，反而是定期失效違憲宣告，相對於立即失效違憲宣告，所衍生出的一般性效力問題，亦即以下將討論對非原因案件之影響，包括已確定以及尚未確定兩者在內。

### 3.2.4.3 非原因案件

#### 3.2.4.3.1 大法官解釋之立場

在非原因案件，因為欠缺當事人聲請或承審法官暫停審判聲請釋憲此程序上的特別付出，因此，是否亦應一併受到法令經宣告違憲之影響，即有待特別探討。如果是經諭知立即失效，根據釋字第 185 號及第 188 號之意旨，因為自公布時起有拘束全國各機關及人民之效力，故各級法院自不應繼續適用違憲之法令審理尚

---

<sup>194</sup> 周宇修，終於不再贏了釋憲輸了官司，  
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20141027/494967/>（最後瀏覽日：2014 年 10 月 27 日）。

未確定之案件，至於已確定者，則因為有相當強之法安定性考量，故除非有特別諭知溯及之效果，否則不受到影響<sup>195</sup>。

而對與憲法相牴觸之法令宣定期失效時，情形則較立即失效來得更為複雜，特別是對於尚未確定之案件，在形式上違憲但有效的矛盾法秩序狀態下究竟應如何處理，實頗費思量。釋字第 177 號及第 185 號對於違憲宣告之類型並未區分，然其處理之對象卻明顯限於原因案件，至於非原因案件則不在其解釋之範圍，釋字第 193 號及第 686 號亦僅擴及解釋公布前已聲請釋憲之案件，對於其他尚於法院審理中者，並未有特別之表示。

然而，倘若仔細梳理歷來宣告定期失效的解釋，會發現大法官其實很早即已意識到，原因案件以外因解釋籲知之失效期限尚未屆至而生之法令適用上困擾，並幾度試圖指示法院因應之方式，如前所述，在釋字第 300 號、第 380 號、第 523 號、第 535 號及第 641 號解釋中，都可以發現大法官有特別諭知過渡期間內，系爭違憲法令的一般性適用方式。

釋字第 720 號則是更進一步，鑑於立法院未於釋字第 653 號所給予之 2 年失效期限內修正羈押法及其施行細則，離公布之時已延宕長達 5 年之久，故大法官直接諭知受羈押人不服羈押機關之申訴決定時，在立法者完成修法前，應準用刑事訴訟法第 416 條之準抗告規定救濟。

總結而言，雖然大法官迄今並未正式處理定期失效期間的一般性法秩序問題，前述所舉之數例亦僅占歷來定期失效違憲宣告解釋數量之極少部分，但是已可知違憲法令，縱使是被宣告定期失效，其效力卻早已發生動搖，不會僅侷限於原因

<sup>195</sup> 最高行政法院 100 年度 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議（二）「財政部民國 81 年 1 月 13 日修正發布之營利事業所得稅查核準則第 36 條之 1 第 2 項規定，既經司法院釋字第 650 號解釋宣告自該解釋公布日之 97 年 10 月 31 日起失其效力。對於高等行政法院維持稽徵機關援用上開規定所為設算利息收入處分之個案，其尚未確定者，本院應依司法院釋字第 650 號解釋意旨而為裁判……」

案件，而是對一般性拘束效力有所影響。



### 3.2.4.3.2 司法實務之態度

因為大法官對定期失效之違憲法令其一般性效力問題並未有明確的立場，所以長期以來多數實務見解緊抓違憲但非無效之邏輯，於失效期限屆至前依然繼續適用與憲法相牴觸之法令，審結尚未確定之案件<sup>196</sup>，至於尚有法安定性需求之已確定判決，更不可能會因為大法官解釋之作成而存有任何再經變動之可能性。高雄高等行政法院 98 年訴字第 311 號判決即謂「司法院釋字第 657 號解釋所指所得稅法施行細則第 82 條第 3 項及查核準則第 108 條之 1 規定，違反憲法第 19 條租稅法律主義，應自該解釋公布之日即 98 年 4 月 3 日起，至遲於 1 年內失其效力。而該解釋之所以選擇上開法條應於 1 年內失其效力之宣示，顯係考量宣告立即失效，將對國家整體租稅債權及租稅公平之維護，產生重大不利影響，租稅法律之安定性亦將遭受莫大戕害，乃擇採『定期失效』之法律效果，而非即時失效，以維護法秩序之安定，並予制定法規機關過渡時間，使其修改或重新訂定法規。故司法院釋字第 657 號解釋所指違憲之所得稅法施行細則第 82 條第 3 項及查核準則第 108 條之 1 規定，並非立即失效，在該解釋所定期限屆滿前仍屬有效。」

惟亦有實務見解認為在政治部門制定合憲法令前之過渡期間，法院應逕依大法官解釋之意旨為裁判，例如釋字第 708 號宣告入出國及移民法第 38 條第 1 項，因未賦予受暫時收容者即時之司法救濟權，違反憲法第 8 條對於人身自由之保障，給予二年之定期失效期間。桃園地方法院 103 年度行提字第 1 號裁定，處理依據入出國及移民法第 38 條第 1 項所為暫時收容之提審案件，法官明確表示「本院必須嚴正指出，違憲定期失效期間，法院仍應依據大法官解釋意旨，以合憲的適

<sup>196</sup> 林佳億，〈違憲法規定期失效宣告之探討——以釋字第 619 號為中心(下)〉，《稅務旬刊》，2210 期，頁 25（2013 年）。

用法律。……足認雖系爭入出國及移民法第三十八條尚未失效，惟既經宣告違憲，本院仍得依據釋字第七〇八號解釋意旨，以提審法為橋樑，依合乎憲法意旨之解釋方式適用系爭法律。更遑論已具有內國法效力，屬人權基本法性質之公民與政治權利國際公約第九條第四款也規定：『任何人因逮捕或拘禁而被剝奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放』，即要求法院審查拘禁行為的合法性，而決定是否釋放。」。

另外特別值得注意的是，在釋字第 720 號以及第 725 號出爐後，雖然同樣適用違憲法令且大法官似乎有意區分原因案件及非原因案件兩者，異其因違憲宣告所生之效果，但司法實務上卻有認為依據憲法第 171 條第 1 項及第 80 條，法官有遵守合憲法律裁判之義務，而定期失效在運用之初雖以於期限屆至前仍屬有效為特徵，然近來則轉趨強調系爭法律本質上仍屬違憲（以釋字第 641 號及第 725 號解釋為例），故對於依據系爭法律作成之處分，法院應視審理時新法是否已經制定公布，如是則應改為依據合憲之新法裁判，若非例如在失效期限尚未屆至前的情形，法院仍應合憲方式裁判<sup>197</sup>。依此見解，或可認為司法實務者受到釋字第 725 號解釋之影響，有意將定期失效違憲宣告之期限解理解為單純對於政治部門的修法義務諭知，司法者則不受此限而有依合憲法律裁判之義務，誠屬相當有突破性的主張<sup>198</sup>。惟前述見解於司法實務上尚非一致<sup>199</sup>，且目前似僅限於最高行政

<sup>197</sup> 最高行政法院 105 年度判字第 84 號判決。該個案的事實為釋字第 696 號解釋宣告舊所得稅法第 15 條第 1 項違憲而於 2 年後失其效力，行政機關於失效期限屆至後而新法仍未制定公布的情況下，仍對違反系爭違憲法律者裁罰。雖然行政機關裁罰時系爭違憲法律已因期限屆至而失效，但是從行政法院的論理中可以推知法院依合憲方式裁判的義務並不限於此種情形，只要是在大法官解釋宣告違憲後，即不應再適用違憲的法律裁判，縱其只是「定期失效」。

<sup>198</sup> 對於違憲定期失效解釋有相同看法的其他判決尚有如最高行政法院 104 年度判字第 664 號判決（釋字第 716 號解釋之舊公職人員利益衝突迴避法第 15 條）、最高行政法院 104 年度判字第 337 號判決（釋字第 724 號之舊督導各級人民團體實施辦法第 20 條第 1 項）、最高行政法院 103 年度判字第 716 號判決、103 年度判字第 656 號、103 年度判字第 655 號判決（釋字第 716 號解釋之舊公職人員利益衝突迴避法第 15 條）。

<sup>199</sup> 最高行政法院 104 年度判字第 481 號判決（釋字第 696 號之舊所得稅法第 15 條第 1 項）。

法院，嗣後之發展仍有待觀察。



### 3.2.4.3.3 學界之看法

相對於原因案件，學界對於定期失效與非原因案件間之關係，整體而言討論並不多<sup>200</sup>，且意見相當分歧未見一致性之共識。有學者認為應區分為是否已經確定，對於適用經宣告定期失效之違憲法令者，如其已經確定，而又是刑事案件，此時實質正當性的需求可能優於法安定性，因此建議可以考慮同原因案件般，給予溯及效力，使其獲得救濟；而若是尚未確定者，則建議不分適用法令的屬性一律暫停審判，等候新法之修正或制定<sup>201</sup>。另有論者則認為應區分受違憲宣告之法令性質，如係法律，因憲法規定違憲審查權專屬於司法院，此時法院僅能斟酌大法官解釋之意旨後，從嚴限縮與慎重執行違憲之法律，或進行一定程度之漏洞補充；而如係命令，則因為憲法第 80 條已經明文規定法官僅依據法律為審判，而大法官對於命令宣告定期失效並不會剝奪法官本可不適用命令之權力，故即不應再予適用方屬妥適<sup>202</sup>。

尚有論者雖未根本性的否定定期失效違憲宣告之正當性，但主張定期失效違憲宣告實際上存有兩種意義，失效期限之課負係要求政治部門儘速完成修正，惟系爭法令既已違憲與憲政秩序不符，故不應繼續被適用與執行，進而依法令對於人民權益之性質而區分，認為干預性質者應停止執行，至於給付性質者則似可繼續執行之<sup>203</sup>。學者陳慈陽則直接否定定期失效違憲宣告，認為不但應將期限解為

<sup>200</sup> 陳偉仁，〈司法院大法官宣告定期失效與個案救濟之研究—兼評司法院大法官釋字第 670 號解釋和冤獄賠償法庭 99 年台重覆字第 23 號〉，收於：李模務實法學基金會編，《判解研究彙編（十六）》，頁 38（2012 年）。

<sup>201</sup> 吳信華，同註 22，頁 94-96；葉百修，同註 135，頁 4-5。

<sup>202</sup> 陳清秀，同註 21，頁 95-98；葛克昌，同註 23，頁 139。廖義男教授於原因案件之救濟可能性上，亦初步以違憲法令之性質為法律或命令進行區分，參：廖義男，同註 20，頁 131。

<sup>203</sup> 李惠宗，同註 19，頁 9。此論點雖言之成理，惟如將定期失效違憲宣告作如此之理解，則定期失效本身的制度意義何在？難道僅剩下限期修法之意義？果真如此何以不直接否定定期失效



對於立法者之修法籲知，更應該認為行政決定及司法裁判應遵照解釋之意旨，未區分事務領域而認為皆不得再繼續適用違憲法令<sup>204</sup>。李震山大法官則係以目前我國司法違憲審查者因未能清楚說明何以需宣告定期失效，而認為區分原因案件及非原因案件，進而異其救濟之差異實無正當性，將難以通過平等原則之檢驗<sup>205</sup>。

### 3.2.4.3.4 評析

本文認為首先應明確肯認與憲法相抵觸之法令，縱受到定期失效的宣告，其之效力亦已存在瑕疵，其次，則應再區分已確定以及尚未確定兩類型之案件，兩者雖然都存有權利救濟之需求，惟已確定案件部分，其另有較強的法安定性保護必須被納入考量。本文認為已確定之案件於大法官宣告定期失效時並不應如現行實務一律排除其救濟之機會，較適宜的方法是視違憲法令對於基本權利所生的不利影響強弱程度，如予以變動是否反而會對其他權利產生侵害（如信賴保護），或者是對於整體國家資源帶來過於龐大及沈重之負擔（如法院可能必須面臨大量的再審或非常上訴案件），而讓司法違憲審查者能夠在違憲宣告的同時視個案的情形予以權衡，劃定妥適的溯及範圍。

反之，在尚未確定的案件，由於法安定性之需求較弱，復加上大法官向來未能清楚說明何以需採行應屬例外之定期失效違憲宣告，因此類型選擇上恣意的現況下，實欠缺要求社會繼續遵循系爭違憲法令的正當性。另一方面，要求審理中的法院對於促成違憲解釋之原因案件給予救濟，但卻將適用相同法令、客觀情形相近的其他個案，予以不同對待而將之拒於憲法大門外，使法官在明知法令與憲法相互抵觸（此點即與已確定之案件有重大之不同），卻依然昧著良心、確信而為

---

制度本身之正當性，而堅守立即失效之原則，至於修法期限則不應再與違憲法令間之效力作連結？

<sup>204</sup> 陳慈陽，同註 11，頁 32。

<sup>205</sup> 李震山，同註 56，頁 3-4。

違憲之適用，殊非用法之平，更屬對於審判者良心上的重大折磨。故本文認為無論是法院抑或行政機關，於定期失效解釋宣告後，都不應如往昔般對於違憲法令繼續適用及執行，而是應仔細審視解釋之意旨，探求其抵觸憲法之緣由，進而在適用上予以限縮或調整，力求合憲的闡釋方屬適宜<sup>206</sup>。

再者，無論是法律抑或命令，其規範性質的差異並不影響其與憲法相抵觸之事實，縱使是法律位階者，法官亦僅有依合憲之法律為審判之義務，而命令雖不直接拘束法官，惟當大法官宣告其定期失效的情況下，某程度上而言，無疑的是暗示系爭命令雖違憲但仍應繼續適用，故本文認為並無需特別區分違憲法令的性質與類型，而是一律在原則上認為其之效力皆已經因違憲宣告而受到動搖，例外僅出現在當大法官經審慎權衡後，認為如逕不予適用系爭違憲法令將導致更嚴重的損害，並詳細闡明違憲法令必須照舊貫徹時方具有正當性，否則法官應於個案裁判中勇於承擔尋求失效期限屆至前合憲法秩序之任務。

---

<sup>206</sup> 相同見解，參：楊淑卿，同註 24，頁 141。

## 第四章、單純違憲宣告類型之實踐檢討

相對於定期失效違憲宣告，單純違憲宣告於我國憲法規範及學理探討上，存在更為嚴重之爭議，自屬違憲法令將來失效類型中所不能忽略者，本章即先歸納整理其被運用之概況，再嘗試將其類型化並提出評析。



### 4.1 概況統計

#### 4.1.1 使用比率

在法令違憲審查上，首號宣告立法者制定法律違憲者為釋字第 86 號，當時法院組織法規定高等法院以及地方法院均隸屬於行政院所屬之司法行政部，此顯然抵觸憲法第 77 條司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟審判之規範，大法官未對該違憲法律之效力為任何諭知，而是僅要求其應予以修正。憲法雖然已明確規定違憲之法令應為無效，然在行憲之初的數十年間，不僅大法官罕於動用宣告違憲之權力，首次的行使上也相當的節制，選擇最弱的單純違憲宣告類型。

嗣後，伴隨著政治之民主化，法令違憲審查越趨頻繁，單純違憲宣告在所有違憲宣告類型中亦持續的占有相當之比率，於第五屆大法官任期中達到 25% 的高峰。在此之後，雖然違憲宣告與定期失效宣告之比率繼續攀升，惟單純違憲宣告之比率則逐漸降低，目前每 10 件法令違憲宣告解釋不到 1 件是以此類型的方式為宣告。

本文認為單純違憲宣告類型重要性之降低，部分是因司法違憲審查權之強化，大法官更勇於對於與憲法相抵觸之法令其效力明確要求，部分則是因此種宣告類型之正當性長期為學者所批評，因此適用上更為謹慎進而改選擇時間效力上較明確之定期失效違憲宣告。

〈表五〉大法官屆次與違憲宣告比、單純違憲宣告比

	解釋 號數	解釋 總數	違憲 宣告 數	單純 違憲 宣告 數	比例	
					違憲 宣告 比	單純 違憲 宣告 比
第一屆 (37-47)	1-79	79	0	0	0%	0%
第二屆 (47-56)	80-122	42	1	1	2%	100%
第三屆 (56-65)	123-147	25	0	0	0%	0%
第四屆 (65-74)	148-200	53	5	1	9%	20%
第五屆 (74-83)	201-366	161	40	10	25%	25%
第六屆 (83-92)	367-566	200	73	13	37%	18%
92.10-100.9	567-690	124	57	5	46%	9%
100.10-104.9	691-732	42	25	2	60%	8%

作者自製

說明：解釋總數未限定任何解釋類型，違憲宣告及單純違憲宣告數則限於法令之違憲審查類型，違憲宣告比為違憲宣告數除以解釋總數，單純違憲宣告比則為單純違憲宣告數除以違憲宣告數。



#### 4.1.2 法令性質

相較於定期失效，單純違憲宣告更易出現在法律違憲而非命令違憲的情形，此或可自因為違憲命令縱失效，仍可回歸到法律適用，理論上較不會有法律真空的困境，以及相對於行政部門，司法者更尊重立法部門，故雖屬宣告違憲但選擇效力、影響程度最弱的單純違憲宣告兩個方面理解。

〈表六〉單純違憲宣告所涉及之法令性質

統計 法規 範性質	釋 字	數 量		
		個別	總計	比率
法 律	600、589、587、585、583、559、 502、488、485、483、465、445、 434、410、396、321、318、316、 311、301、298、288、276、166、 86	25		78%
命 令	722、715、542、462、426、335、 210	7		22%


作者自製

說明：釋字第485號之標的雖然包含法律及命令，但因命令是依據法律授權所訂定之施行細則，故僅於法規範性質為法律者中計算。

#### 4.1.3 所涉憲法規範

單純違憲宣告類型所涉及的議題相當廣泛，就權力分立方面，有釋字第 86 號以及第 585 號 2 號解釋，前者皆為司法權之組織問題，後者則涉及國會調查權與司法追訴權間的界分<sup>207</sup>；在基本權利方面，數量最多者應為涉及財產權者計有

<sup>207</sup> 釋字第 585 號解釋宣告違憲之條文有數者，本文在此是指解釋文之第 12 項所宣告違憲者。



釋字第 311 號、第 316 號、第 318 號、第 335 號、第 434 號、第 465 號、第 488 號及第 600 號共 8 件，涉及服公職權者有釋字第 298 號、釋字第 483 號、釋字第 583 號及釋字第 715 號，涉及訴訟權者有釋字第 288 號、第 298 號、第 321 號及第 396 號，涉及平等權或平等原則者有釋字第 318 號、第 410 號、第 426 號、第 485 號、第 542 號及第 722 號，其他如人身自由（釋字第 166 號）、租稅法律主義（釋字第 210 號）、營業自由（釋字第 276 號）、工作權（釋字第 301 號）、集會遊行權（釋字第 445 號）、家庭權（釋字第 502 號）、法律保留原則及授權明確性原則（釋字第 559 號）、明確性原則（釋字第 585 號）、人格權（釋字第 587 號）、信賴保護原則（釋字第 589 號）皆曾為大法官運用單純違憲宣告之對象。

#### 4.1.4 理由

在定期失效違憲宣告類型中，大法官尚嘗試說明未諭知立即失效的原因，但在與憲法第 171 條第 1 項及第 172 條抵觸更為明顯的單純違憲宣告類型中，卻不曾見有過任何理由說明，此是否意謂在個別解釋中運用單純違憲宣告屬當然之理？將為接下來的檢討重點。

#### 4.2 檢討

前面是對於整體概況之梳理，以下則進一步分析大法官之所以會選擇單純違憲宣告類型，其解釋個案之性質，經研究後發現有些情況違憲審查者未對於效力問題為諭知實為不得不然之結果，而有些案件則是有意保持曖昧性。

##### 4.2.1 適用類型分類




#### 4.2.1.1 法令已失其效力

部分遭宣告違憲之法令標的於大法官作成解釋時，已因為修正、廢止抑或政治部門所訂之效力期限屆至而失其效力，故雖然確實曾有與憲法相違背之情形，惟因已無拘束效力，單純宣告其違憲原則上即能滿足憲法之要求，除非大法官經審酌後認為有讓其溯及失效之必要性，方有特別對於系爭類型違憲法令之時間效力諭知需要。因此，當解釋標的符合此種情況時，給予單純違憲宣告實為本質上、事理上所必然，大法官職權的行使並未違反憲法第 171 條第 1 項、第 172 條之要求。

釋字第 210 號所審理之獎勵投資條例施行細則與財政部函釋，釋字第 318 號所審理之所得稅法，釋字第 715 號所審理之考選簡章，皆已因修正或廢止而不復存在，或因適用期限屆至而當然失效，大法官仍受理解釋是為讓聲請釋憲之人民，可以對其已經確定之案件因違憲宣告作成，而依釋字第 177 號、183 號意旨獲再審救濟之機會，此時重點已比較不是為維護客觀法秩序（但對於過去之違憲法秩序仍有宣告、確認之意義），而是提供為權利奮鬥者一定的獎勵或報償，健全司法違憲審查制度。


#### 4.2.1.2 立法之遺漏或怠惰

另一種在本質上只能讓司法違憲審查者選擇單純違憲宣告之類型者，是立法者或行政部門應透過法律之制定或命令之制訂予以規範卻漏未抑或怠於為之者，此時大法官雖然認為系爭規範的欠缺為違憲狀態，然因無法令之存在自亦無效力的問題。



釋字第 301 號雖然並未明確宣告教育人員任用條例究竟抵觸憲法何項規定，惟大法官指出該法第 31 條第 3 款之規定因案應停止職務，於該原因消滅前不得為教育人員雖為合憲，然立法者應對於因案停職至聘期屆滿，嗣後經確定無刑事及行政責任而又再獲原學校聘任之教育人員，其自原聘期屆滿至再予聘任此段期間所失之利益為補償規定，因為屬於欠缺規範的情況故自無效力問題；釋字第 316 號指出植物人需要治療以外的專門性照護，於其疾病特性上較殘廢給付更為重要，公務人員保險法就此規定付之闕如，應修法增訂；釋字第 396 號認為公務人員懲戒之懲戒組織應採行法院形式，審議應本於正當法律程序，並給予受懲戒人充分程序保障，此均有待政治部門透過法令的修訂、增加方能完成；釋字第 410 號認為 1985 年 6 月 3 日修正民法親屬編關於夫妻聯合財產制中，將不屬於妻亦不屬於夫之原有財產部分認其所有權歸屬於夫，抵觸男女平等之原則而經修正，惟因立法者未於親屬編施行法中就此特訂溯及性之規定，導致修正前已發生現尚存之聯合財產仍適用前揭修正前規定，產生依然與憲法有違的現象，故要求立法者應予以檢討修正，於此案中，大法官一方面肯認民法親屬編施行法第 1 條未設有特別規定，使修正後之規定不發生回溯性影響，此所保障的法安定性合憲，所以僅特別對本案審查之事項為要求，故如將民法親屬編施行法第 1 條宣告違憲失效，反而將導致另種違憲情況的出現，不以單純違憲宣告處理反而是治絲益棼；釋字第 426 號認為空氣污染防制法所欲規範者包括裝置於公私場所之固定污染源及機動車輛排放污染物所形成之移動污染源，並授權主管機關制訂徵收空氣污染防制費用之規定，惟行政院環保署卻漏未對於固定污染源排放油（燃）料以外之其他污染物為規範，因而有違公課之公平負擔原則，故在無規範可資為效力宣告的情況下僅能諭知檢討改進；釋字第 465 號認為動物保育法授權主管機關公告保育類野生動物名錄，並就非法買賣保育動物者予以處罰的規定合憲，惟立






法者尚應對於於公告前即合法進口系爭動物者，其因嗣後之公告而未能買賣、交換而致財產權受有過度之限制，給予合理之補救，該規範之欠缺尚待增訂；釋字第 583 號認為依公務人員考績法所為的免職懲處處分，實質上與懲戒處分並無不同，惟卻未同公務員懲戒法設有懲處權之行使期間，有違憲法第 18 條對於人民服公職權之保障，此有賴立法者予以立法規定<sup>208</sup>；釋字第 600 號於違憲審查後亦未認現行法令中有任何之規定與憲法相牴觸，僅是要求立法者應於法律中對於建築物所有權之登記程序及其測量程序，特別是區分所有建築物區分所有人對於共用部分之認定、權屬之分配及應有部分之比例、就登記權利於當事人未能協議或發生爭議時之解決機制等事項，於法律位階的法令中訂有原則性規定，對於立法部門的懈怠，大法官亦僅能透過單純違憲宣告方式回應之。

#### 4.2.1.3 法令涵蓋範圍過窄應擴張

第三種單純違憲宣告之樣態則較為特殊，其不同於前述之立法遺漏或怠惰是特定事項之規範的欠缺而須立法解決，而是法令就特定事項已經訂有規範，惟其所涵蓋之範圍過於狹窄，而漏未將本質上相同或是具同等意義的事項納入規範之。雖然此情形似已與憲法所保障之平等原則相互牴觸而違憲，然真正合乎憲法要求的法秩序狀態並非宣告系爭既存的規定違憲，而是應將原漏未規範進之事項或情況透過修正該既存規定的方式予以納入。因此，如果在此種情形下，違憲審查者宣告該既存之法令違反平等原則而失效，不但對於讓整體法秩序合乎憲法無任何助益，反而將致生更嚴重的違憲狀態，所以於此種違憲現象出現時，不涉法令效力之單純違憲宣告即成為較佳的選擇。

---

<sup>208</sup> 該號解釋另外認為，公務員懲戒法未對於公務員違法失職行為以及懲戒處分之種類不同而區別懲戒權之行使期間，而一律規定為十年，亦有違比例原則而應檢討修正，惟此部分屬於大法官附帶論及者而非真正的違憲審查標的。



釋字第 434 號認定公務人員保險法第 16 條第 1 項僅規定依法退休者有請領  
養老給付之權利，但是對於離職人員卻未有可請求的規定，不符該項保險機制的  
目的，違反憲法第 15 條對財產權之保障，因此，政治部門去除此違憲狀態的方  
式是考慮將離職人員納入系爭條文的內容，而非逕將系爭條文宣告違憲；釋字第  
542 號認定主管機關依據自來水法授權所訂定之集水區遷村命令，對於受補償者  
以戶籍之設置為標準雖為合理，但卻未包括其他可判定有居住事實之標準，導致  
補償範圍涵蓋狹窄，因此倘宣告系爭命令違憲而立即失效，反而會導致應受補償  
者反而未能獲得賠償，顯非合理；釋字第 587 號認定民法僅允許夫或妻對於婚生  
子女之推定提起否認之訴，而排除子女提起該訴訟之可能，違反憲法第 22 條對  
於子女獲知其血統來源此人格權內涵中一環之保障，進而大法官並非宣告該規定  
失效，而是選擇要求立法者應將子女納入婚生否認之訴的資格者，並同時鑑於其  
與夫或妻於權利行使上之差異而須另外設有規定；釋字第 589 號認為原於政務官  
退職酬勞金給與條例之規定下，政務官之年資可與任常務官之年資合併計算，如  
滿 15 年可選擇領取月退職酬勞金，惟嗣後該條例經廢止而改訂政務人員退職撫  
卹條例，其將得選擇領取月退職酬勞金者之資格限為於新退撫條例公布施行前，  
已服務十五年以上者，而排除受有任期保障之政務人員於新退撫條例公布施行前、  
後接續任年資合計十五年者，此規定違反憲法之信賴保護原則以及對有固定任期  
而獨立行使職權者之保障意旨，因此要求立法者應將該類人員亦納入得選擇領取  
月退職酬勞之資格者中；釋字第 722 號則是認定執行業務所得查核辦法僅允許聯  
合執行業務者或執行業務收入經由公會代收轉付者，得選擇權責發生制而不強制  
適用收付實現制，以計算其執行業務之所得，有其目的上之正當性，但是未將有  
相同性質之業務收支跨年度、經營規模大且會計事項複雜而與公司經營型態相類  
之單獨執行業務者涵括在內，則有違平等原則，因此，在此情形下，宣告系爭規

定違憲失效並無助於合憲秩序之追求，畢竟一律適用收付實現制反而將致生另種更嚴重的不平等現象，故單純違憲應屬較為妥當之宣告選擇。




#### 4.2.1.4 刻意對於效力問題保持曖昧性

除了前述三種類型外，多數僅受單純違憲宣告者，細繹該法令與憲法相互抵觸之情形後，難認有何事理上之不得不然（規範已失效、應規範而未規範），或是必要性（應擴大既存規範之適用範圍而非其本身不應存在），本文將此種類型稱為違憲審查者刻意對於憲法所要求之效力宣告問題以曖昧方式應對，其正當性有嚴重之疑慮。

釋字第 585 號就立法院制定之三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例進行幾乎逐條式的違憲性審查，但除了部分遭宣告違憲而立即失效者外，其餘雖被認與憲法意旨不盡相符應予檢討修正之條文（第 15 條第 1 項、第 13 條第 3 項、第 12 條第 1 項、第 8 條第 6 項及第 8 項後段），大法官卻對其之效力未置一詞，何以有此差別待遇難以探知；釋字第 502 號是否屬於單純違憲宣告類型，如自解釋文解讀會有相當爭議，或有論者認為其僅屬於合憲宣告類型中之警告性解釋，因為大法官認為民法第 1073 條規定收養者之年齡應長於被收養者 20 歲以上，同法第 1079 條之 1 並規定違反者其收養行為無效，與憲法所保障之自由權利並無抵觸，惟在無違憲之情形下，大法官卻又諭知有關機關檢討修正，並於解釋理由書中明確指出現行規定就有配偶者共同收養或收養他方配偶之子女產生不當之限制情形，故實質上似又為單純違憲宣告，本文認為若大法官認定系爭規定與憲法意旨有所不符，則應逕為失效之宣告方屬適宜；釋字第 488 號既認銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法未對於行政機關作成處分時所應踐行之程序定有規範，未保障利害關係人之陳述意見權，又命接管時亦未容許其他對於金

融機構權利侵害較小的措施，違憲情形既屬嚴重實應諭知立即失效；釋字第 445 號認定集會遊行法將偶發性集會亦以事前許可制規範，與憲法對於人民自由集會之保障意旨有違，惟卻僅諭知「亟欲檢討改進」，相對於該號解釋中，對於賦予主管機關可以就集會遊行以未有立即危險事實狀態之主張不予許可，宣告立即失效而言，凸顯出大法官有意保持效力上的曖昧性，惟理由何在難以理解；釋字第 335 號認定提存法施行細則第 7 條前段關於民法第 330 條期間自提存之翌日起算的規定，與憲法並無牴觸，然而卻又同時指出該規定必須檢討修正，要求提存人必須於該期間內將提存之事實通知債權人，方符憲法對於人民財產權之保障，形式上本號解釋究屬警告性解釋或單純違憲宣告解釋即存有爭議，實質上應認為後者方屬適宜，惟大法官並未對系爭規定之效力為諭知；釋字第 321 號宣告關稅法第 23 條要求欲提起行政救濟者須先將核定稅款於期限內全數繳納或提供相當擔保，此規定屬對於人民受憲法第 16 條所保障之訴訟權的不必要限制，惟並未諭知失效，其合理性應受質疑，因為釋字第 224 號曾經對於要求繳納一定比例之稅款或提供相當之擔保方能申請復查之稅捐稽徵法規定宣告違憲，並且諭知定期失效，則何以在同樣違反訴訟權的案件中卻為不同處理，頗令人費解；釋字第 311 號認為遺產及贈與稅法第 10 條第 1 項但書規定逾期申報遺產稅者，如申報日之時價較死亡日之時價為高時應以較高者為準，與憲法並無牴觸，惟因同法第 44 條另規定納稅義務人未依限辦理遺產稅申報者，按核定應納稅額加處一倍至二倍之罰鍰，兩者同時適用時可能產生重複處罰之問題，要求有關機關應從速檢討修正，既有對於財產權形成過度限制之嫌，則大法官實應諭知失效方為適宜；釋字第 298 號解釋自形式上來看應為補充解釋，惟其在闡述釋字第 243 號解釋之意旨同時，除免職處分外另包括其他對於公務員身分有重大影響之懲戒處分，受懲戒人皆能向司法機關聲明不服，並諭知有關法律應予以修正，故究其實質應具有單



純違憲宣告之性質，惟在此解釋意旨下，大法官除消極的為修法諭知外，尚可積極的對於禁止公務員就對其身分有重大影響之懲戒處分提起行政爭訟之法令或者是判例、決議宣告失效方為妥適；釋字第 288 號之個案事實與釋字第 321 號以及釋字第 224 號幾乎相同，亦即貨物稅條例第 20 條第 3 項規定受處分人欲提起抗告，必須先向該管稅務稽徵機關提繳應納罰鍰或其沒入貨價之同額保證金，或覓具殷實傷保，經大法官審查後認為對於人民訴訟權之不必要限制，惟卻不對系爭規定之效力為諭知；釋字第 166 號明指違警罰法讓警察官署裁決拘留、罰役，違反憲法第 8 條人身自由之處罰屬法官保留事項之要求，惟大法官對此嚴重影響人民重大基本權利之法令卻未諭知失效，而僅是呼籲相關機關迅速修正。

#### 4.2.2 政治部門遵循情況

相較於定期失效違憲宣告中，至少有一明確的法令失效、修法期限，單純違憲宣告在實際上是否可能促使政治部門積極回應即更值得觀察。根據本文的追蹤分析，扣除 5 件（釋字第 715 號、第 321 號、第 318 號、第 288 號及第 210 號）是在大法官解釋作成時系爭違憲法令已失效者，以及 2 件（釋字第 426 號、第 462 號）無法確認者，在總共 25 號的解釋中，迄今仍有 8 件（釋字第 301 號、第 316 號、第 465 號、第 485 號、第 488 號、第 542 號、第 589 號及第 600 號）解釋所宣告之違憲法令尚未修正，比例達 32%，最早一件為民國 81 年 7 月 24 日作成，大法官要求主管機關對於因案遭停止職務，在聘期屆滿後經法定程序確定無刑事或行政責任，並再經原學校聘任之教師，在該段期間所受損之權益為補償規範，近 24 年後政治部門仍無動於衷，最近一件者則是作成於 94 年 7 月 22 日，至今也近 11 年；而在政治部門有重視大法官解釋諭知修正法令者，最迅速者為釋字第 722 號之 9 個月，次迅速者為釋字第 434 號之 1 年 10 個月，其餘者如在 2 至 4 年內完成修正者已屬迅速。最具


代表性者應為釋字第86號宣告最高法院以下各級法院隸屬司法行政部違憲，但歷時近20年方完成法院組織法之修正，釋字第396號亦歷時19年餘、釋字第276號則等待近18年。

是以，雖然在理論上單純違憲宣告與定期失效宣告相較，並不必然會導致政治部門較慢修改法令，蓋兩者同樣釋放出違憲的訊息，且定期失效對於違憲法令反而造成其可繼續存在一段期間的明確背書效果。然根據現實運作的觀察，卻清楚發現政治部門對於單純違憲宣告採取相當消極的態度，由於無修法期限壓力，故違憲法令長存的現象屢見不鮮。早期大法官較為頻繁使用單純違憲宣告，可能是因為違憲審查的功能正處發展初期，為了避免與政治部門的關係出現高度緊張，但隨後大法官轉而偏好使用有明確期限壓力的定期失效違憲宣告，避免因為嚴重的遵循赤字而危及憲法優位性及自身職權尊嚴。

#### 4.3 小結

經由以上之分析，可以發現在歷來單純違憲宣告解釋中，部分案件中大法官不對於所審理之法令其效力問題為諭知，有其事理上之必然性，憲法對於已失其效力、立法者怠惰未規範或現行法令應擴張範圍而納入三種情形，雖未定有特別的規定，然而從違憲審查之目的，亦即應排除與憲法秩序相互抵觸之法令而論，前揭態樣因本質上並無法令需要以失效諭知之方式予以排除，甚至若予以失效之宣告（如以平等原則為由），反而會導致違憲法秩序的範圍更趨增大、更為嚴重，對於違憲審查之功能產生反挫，故實務經長期發展後選擇運用單純違憲宣告之類型處理應合乎憲法意旨。

除了前述三種違憲審查在法令時間效力問題上之內在性限制情形外，實務上尚有一種雖未能自違憲審查權之目的上逕為推論而出，但如將諭知立即失效宣告



所對於國家社會秩序產生之不利益，與運用單純違憲宣告所生之不利益，兩者進行利益之衡量，則或可從法秩序現實的角度去證立單純為憲宣告類型之正當性。本文認為截至目前為止，可以歸屬此類代表者應僅有釋字第 86 號，在該號解釋中大法官所面對的違憲情形是依據憲法第 77 條，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判，惟當時高等法院以下之各級法院卻仍隸屬於司法行政部（即法務部的前身），嚴重違反權力分立及制衡原則之要求，惟此因事涉組織的根本性大變動，如逕予以立即失效之諭知，勢必將引發組織運作以及人事任免上的重大問題，嚴重影響扮演社會生活秩序維護之司法功能，對於整體憲政秩序應是利大於弊，故以單純違憲之方式進行宣告，自後果性的角度為考察，雖法理上非毫無問題，然應可獲得較充分的理解以及支持。

惟須強調的是，對於違憲的法秩序狀態是否應為失效之諭知，雖然涉及利益的衡量而會有不同的結論，然而，此種利益衡量在我國憲法令的框架下，應僅有相當有限的空間，除了違憲審查權是以排除違憲法秩序為當然目的此利益衡量上的提示因素外，其餘的利益衡量皆須極為的謹慎。因此，多數單純違憲宣告解釋其之合理性即有再為商榷之必要，大法官既已認定法令與憲法意旨有所不符，對於基本權、憲法原則具有直接性、嚴重性之不利影響，則為何仍無視憲法對於違憲法秩序應透過效力諭知予以排除之要求，在欠缺精細利益衡量說明下皆欠缺正當性。

所幸，一方面目前大法官已漸趨減少單純違憲宣告之使用，另一方面則是運用不當的單純違憲宣告解釋多發生於釋字第 600 號之前，足見違憲審查者應對於單純違憲宣告於理論上以及規範基礎上的嚴重問題有所意識，因此相對於定期失效違憲宣告，在我國司法違憲審查實務中其嚴重性已較無如此大及迫切。

## 第五章、其他國家制度發展之借鏡



### 5.1 借鏡國家之選擇及分類

本文在比較法對象的借鏡及討論上，大抵上以世界各國司法違憲制度設計中最常見的二種類型作為區分，亦即分成採取抽象及集中式以及採取具體及分散式二種司法違憲審查制度類型，前者由有別於一般司法審判機關而特別設置之憲法法院（constitutional court）或是憲法委員會（constitutional council）獨掌違憲審查權，後者則為各審級法院均擁有違憲審查權限，但是由最高法院（supreme court）扮演最終決定者的角色<sup>209</sup>。其次，在集中且抽象式違憲審查類型中，依憲法或是法律中對於違憲法令的時間效力問題有無明確規定再予分類，進而觀察規範層面的差異對於違憲審查實務之運作有何等影響。

以下即依上述標準，各別挑選幾個在違憲法規範時間效力此議題上較具有代表性的國家，針對其法規範框架及具體適用案例進行介紹與分析，期能有助於討論之豐富，惟關於法令「違憲但有效」此過渡期間內法院如何適用該法令的議題，則因為文獻資料甚少故未能論及。在借鏡國家的選擇上，由於與我國法制背景的高度相似性，德國以及奧地利為不可不談及者，惟德國部分業經學者大幅引介，故本文原則上將僅整理我國既有的學者文獻。奧地利、法國均在憲法層次對於違憲法令的時間效力有明文；德國、匈牙利及比利時則是規定在法律層次；以色列則是憲法及法律中均未有規定，而與我國相同是由司法違憲審查實務所自行發展出，且適用上易趨頻繁。另須說明的是，因為該五國的官方語言均非英文，故囿於語言之限制，本文所能參考的判決以及文獻資料即相當有限，僅止於有以英文發表或翻譯者，勢必無法全面而僅能觸及其概略，先予敘明。

<sup>209</sup> 以色列則為例外，詳如後述。





在分散且具體式違憲審查國家中，原本應以司法違憲審查制度的發源地美國為代表，惟其運用將來失效處理違憲法令的案例甚少，學者的討論亦不熱烈，故轉而將重心放在其鄰國加拿大，因為其與我國同樣有頻繁適用定期失效宣告的狀況。

## 5.2 抽象及集中式違憲審查國家

### 5.2.1 憲法中有明確規定

#### 5.2.1.1 奧地利

##### 5.2.1.1.1 法規範基礎

奧地利在 1920 年建立了全世界第一座憲法法院，採取集中及抽象式的違憲審查模式<sup>210</sup>，憲法中並對於經宣告違憲的法規範效力問題，明確採取廢止（rescission）理論，亦即與憲法相牴觸之法規範，原則上僅於憲法法院裁判作成公布後失其效力<sup>211</sup>，同時更採取定期失效諭知模式，明確規範違憲法規範失效期限的長短，此種法制設計迄今在比較法上仍相當少見。1920 年的憲法規定失效期限最長可達 6 個月，1929 年憲法修正後再將定期失效的期限延長為 1 年，而目前憲法法院所享有最長 18 個月的失效期限諭知權限，則是在 1992 年憲法修正時增長<sup>212</sup>。由規範架構之發展情形來看，奧地利不但是抽象及集中違憲審查模式

<sup>210</sup> Anna Gamper & Francesco Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, 3 *J. Comp. L.* 64, 64 (2008) ; Ronald Faber, *The Austrian Constitutional Court - An Overview*, 2 *Vienna Online J. on Int'l Const. L.* 49, 50 (2008).

<sup>211</sup> Ronald Faber, *supra* note 210, 51.

<sup>212</sup> Manfred Stelzer, *Pro Futuro and Retroactive Effects of Rescissory Judgments in Austria*, in *THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME* 64 (Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe eds. 2014).

的先驅，也是全世界肯認「違憲但有效」法秩序狀態、採取定期失效的第一個國家，具有不可被忽視的重要性。

學者指出，在 1929 年奧地利憲法修訂的研擬過程中，雖然曾爭論是否要將定期失效宣告模式定位為違憲法規範效力的例外，僅在特別的情形方能被適用，然而最終並未形諸於條文。目前憲法<sup>213</sup>第 139 條第 5 項<sup>214</sup>規定被憲法法院宣告牴觸法律之命令（ordinance），除非有失效期限之諭知（deadline），否則原則上應於判決公布時起失其效力，至失效期限的期間，原則上以不超過 6 個月為原則，然如法律上的處置（legal dispositions）是必要的則最長可達 18 個月；第 140 條第 5 項<sup>215</sup>則規定憲法法院宣告法律違憲，原則上亦是自判決公布時起失其效力，惟可諭知至多長達 18 個月的失效期限。雖然，自規範結構來看，違憲法規範似以立即失效為原則，然而因為對於何種狀況、條件下憲法法院方可運用定期失效宣告並無規範，既適用上無限制，則原則與例外的關係即不存在。唯一較特別的則是當命令違憲時，失效期限若逾 6 個月有特別事由之要求，惟所謂「法律處置必要」究為何指，其內涵明顯過於抽象且顯得寬鬆。若從違憲命令失效逾 6 個月的限制事由析論，顯然奧地利在司法違憲審查權本質，以及其與政治部門關係的思考上，對政治部門所擁有之規範制定權限的尊重，更優先於攸關人民權利保障之違憲狀態排除。

---

<sup>213</sup> 英譯版：[https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV\\_1930\\_1/ERV\\_1930\\_1.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html)。（最後瀏覽日：2016 年 5 月 3 日）。

<sup>214</sup> “The ruling of the Constitutional Court which rescinds an ordinance as contrary to law imposes on the highest competent federal or provincial authority in the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para 4 above. The rescission enters into force upon expiry of the day of publication if the Constitutional Court does not set a deadline, which may not exceed six months or if legal dispositions are necessary 18 months, for the rescission.”

<sup>215</sup> “The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para 4 above. The rescission enters into force upon expiry of the day of publication if the Constitutional Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.”

另個值得提及的是，奧地利憲法中對於憲法法院宣告法律違憲後可能出現的「法律真空」問題，訂有相對明確的規範，於比較法上有相當重要的參考價值。第 140 條第 6 項<sup>216</sup>規定當法律（命令則無此規定）被宣告違憲而立即失效後，除非判決另有諭知，否則原先被其所取代的法律將重新發生效力，而為求明確避免再生爭議，憲法法院必須於判決時就應適用的法規範一併指明。換言之，雖然奧地利對於定期失效宣告模式採取開放的態度，但是對於定期失效可能伴隨的最嚴重問題，制度上卻非無意識而未予因應，因此理論上，憲法法院應可較為「放心」的宣告法律違憲立即失效，而毋需運用定期失效。

#### 5.2.1.1.2 實際適用概況

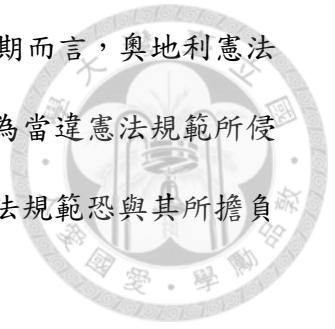
雖然有上述的規範制度因應，但在奧地利憲法法院實際運作上，定期失效則無疑的成為宣告之原則，法院經常性的對違憲法令諭知一定長度的失效期限，而非逕予廢棄選擇讓先前的法規範（即原被系爭違憲法規範所取代者）重新產生拘束作用。經學者的統計，在 2002 年至 2011 年共 213 件案件中，有 103 件即將近 50% 的比例是適用定期失效，又以 2010 年最具代表性，在該年度 16 件案件中有 13 件被諭知定期失效，比例高達 80 %，縱使是最為和緩的 2004 年，35 件案件中仍有 10 件是採取定期失效，比例也近 30%<sup>217</sup>，頻繁的程度與我國大法官近幾年適用狀況相當。

雖然宣告定期失效的理由呈現多樣，但是最為重要者應該是憲法法院接受政治部門的主張，認為修正法規範需要全盤性考量各因素，並涉及複雜的程序，易

---

<sup>216</sup> “If a law is rescinded as unconstitutional by a judgment of the Constitutional Court, the legal provisions rescinded by the law which the Constitutional Court has pronounced unconstitutional become effective again unless the judgment pronounces otherwise, on the day of entry into force of the rescission. The publication on the rescission of the law shall also announce whether and which legal provisions again enter into force.”

<sup>217</sup> Manfred Stelzer, *supra* note 212, 67-68.



言之，與我國大法官青睞的立法形成自由考量如出一轍。長期而言，奧地利憲法法院諭知定期失效所持的理由正當性備受質疑，近來更有認為當違憲法規範所侵害的權利屬於受到歐洲人權公約所保障者時，繼續適用違憲法規範恐與其所擔負的國際責任有衝突<sup>218</sup>。

總結而言，正因為在違憲法規範效力此問題上自始即採取廢止理論，以及對於定期失效宣告有明確的規範，因此，雖然定期失效頻繁被適用，但是卻未引起過多的檢討、反省，更欠缺嘗試具體化定期失效適用條件的動機。

## 5.2.1.2 法國

### 5.2.1.2.1 規範架構與適用概況

法國雖然採取抽象及集中式的違憲審查模式，然而其特殊性在於憲法委員會 (the Constitutional Council) 之職權原本限於對於尚未公布施行之法令方能審查，亦即屬於比較法上較為罕見的事前違憲審查制度，因此，縱使法令抵觸憲法，也因為其尚未產生拘束效力，自不生既存法秩序應如何處理的棘手問題，從而向後失效、定期失效等多元處理違憲法規範時間效力的模式，在法國長期並未受到重視及討論<sup>219</sup>。

然而，在 2008 年法國修正憲法時增加事後違憲審查制度 (*a posteriori* constitutional review) 後 (2010 年 3 月生效)，讓法官可以因為個案當事人之主張 (必須提出聲請書狀)，在認為審理中所適用的法律<sup>220</sup>確實可能與憲法相抵觸時，將之作為先決問題 (preliminary question) 而暫停審判，將當事人之主張「轉

<sup>218</sup> See *id.* at 68.

<sup>219</sup> 法國憲法第 61 條以及第 62 條第 1 項對於事前違憲審查以及宣告違憲之效果有明確的規定。

<sup>220</sup> 客體僅限於由國會通過、總統公布之法律，而不包括行政命令，此點應予辨明，參：吳秦雯 (2011)，〈事後違憲審查之潮流？—淺析法國違憲審查制度之新變革〉，《憲政時代》，36 卷 4 期，頁 387-389。

呈」(transmettent)給最高法院或最高行政法院<sup>221</sup>，經准許後再「移送」(renvoient)給憲法委員會請求審查系爭法律的合憲性（此種制度被稱之為“double filter mechanism”）<sup>222</sup>，即開始與大多數國家面臨同樣的課題（人民則依然無直接向憲法委員會起訴的權利<sup>223</sup>）。有鑒於法律在被宣告違憲前已形成相當的法律關係，而法安定性同為憲法所追求的價值目標，憲法<sup>224</sup>第 62 條第 2 項<sup>225</sup>一方面採取廢止（repeal）而非撤銷理論，另一方面則明確規定憲法委員會可選擇定期失效的諭知方式，並且無適用上要件上之限制，顯非被定位為宣告之例外，學者則明白指出這是賦予憲法委員會給予政治部門因應時間，避免法律空窗期的出現<sup>226</sup>。

根據學者的研究統計，雖然憲法委員會被授權運用定期失效的宣告方式，但是在適用上相較於我國以及奧地利，卻明顯的較為節制，在 110 件宣告法規範違憲的案件中，有 19%是以定期失效的方式諭知，失效期限的長短則在 3 個月至 17 個月之間，其中最常出現的是 6 個月以及 12 個月。歸類憲法委員會宣告定期失效的理由，最常出現者為權力分立考量下對於國會權限之尊重<sup>227</sup>，當宣告立即失效需要有過渡措施作為配合，而立法者又對於合憲法秩序擁有裁量、選擇空間時，憲法委員會即會傾向選擇定期失效模式，讓法秩序間可以順利銜接。

<sup>221</sup> 「最高行政法院」的翻譯上我國學者不一，請參：Gérard Marcou 著、李鐸澂譯（2013），〈法國「違憲先決問題」之制度與實務〉，《憲政時代》，38 卷 4 期，頁 519。

<sup>222</sup> Federico Fabbrini, Reasonableness as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council, 4 J. Comp. L. 39, 64 (2009). 另有稱其為「違憲先決問題」(question prioritaire de la constitutionnalité, QPC)，參：Gérard Marcou 著、李鐸澂譯，同註 219，頁 517；或「合憲性之優先問題」，參：吳秦雯，同註 220，頁 377。

<sup>223</sup> Myriam Hunter-Henin, Constitutional Developments and Human Rights in France: One Step Forward, Two Steps Back, 60 Int'l & Comp. L.Q. 167, 167 (2011).

<sup>224</sup> 英譯版本：

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html>. (最後瀏覽日：2016 年 5 月 3 日)。

<sup>225</sup> “A provision declared unconstitutional on the basis of article 61-1 shall be repealed as of the publication of the said decision of the Constitutional Council or as of a subsequent date determined by said decision. The Constitutional Council shall determine the conditions and the limits according to which the effects produced by the provision shall be liable to challenge.”

<sup>226</sup> 參：Gérard Marcou 著、李鐸澂譯，同註 221，頁 537。

<sup>227</sup> See François-Xavier Millet, Temporal Effects of Judicial Decisions in France, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 116-117 (Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe eds. 2014).

另外，值得注意的是，憲法委員會面對因立即失效宣告所可能引發的法規範真空困境，除了以定期失效模式作為因應外，更於憲法未有明文授權下，曾在宣告法規範因牴觸憲法而失效時，一併諭知過渡期間的措施(transitory measures)，作為立即失效或定期失效之外第三種處理因違憲審查所引發之法秩序問題的方式。有二個案例可為代表，第一件是在 2010 年的商業海事法院案<sup>228</sup>中，憲法委員會認為商船紀律及刑事法第 90 條規定海事商業法庭中之部分法官為海事局之人員，然而海事局卻擁有對於個案進行調查以及提交至海事商業法庭審理的權限，此種情況下，海事商業法庭個案的裁判在本質上即有違審判獨立而會侵害人民之權利，憲法委員會除宣告系爭規定違憲外，並要求自裁判公布時起，海事商業法院的法官必須與普通法院中刑事法庭法官的來源、組成相同。第二件則是 2011 年裁判的社會安全部委員會案<sup>229</sup>，憲法委員會認為社會行動和家庭法典(the Code of Social Action and Families)第 134 條之 6 規定作為行政法院一審的社會安全部委員會，其部分法官是來自行政部門，然而行政部門可能在個案的審理程序中即為一造當事人，如此將產生偏頗、不中立的情況，明顯違反審判獨立原則，雖然憲法第 62 條第 2 項提供定期失效的宣告方式，但是憲法委員會仍認為系爭違憲的法律應於判決公布後立即失效，而社會安全部委員會的組成則必須按裁判諭知方式為之。在以上二個案件中，憲法委員會明顯行使相當於立法者的權力，招致部分學者認此有違權力分立原則的抨擊，但是亦有論者認為在宣告法規範違憲而立即失效的同時諭知過渡措施，是在單純宣告違憲法規範立即失效，或者定期失效此兩種方式外，一種較為折衷性，能顧及法律真空出現防免以及祛除違憲法秩序狀態需求的辦法，具有相當的合理性，甚且，上述二案被認為屬於較為簡單的

<sup>228</sup> Decision n° 2010-10 QPC of July 2nd 2010, Parties C et al - Commercial maritime courts.

<sup>229</sup> Decision no. 2010-110 QPC of 25 March 2011 - Mr Jean-Pierre B. [Composition of the Department Social Security Board].

案件 (easy cases)，以定期失效方式處理並無必要<sup>230</sup>。



#### 5.2.1.2.2 定期失效適用代表案例

雖然憲法第 62 條並沒有對於定期失效之適用訂有任何要件上的限制，但是憲法委員會在實際的運用上，仍將立即失效作為宣告的原則，並指出只有在違憲法規範的立即失效會造成「明顯比例失衡結果」(patently disproportionate consequences)時，方能讓違憲的法規範其效力繼續一段時日。以具體案例而言，在 2010 年的警察拘禁案<sup>231</sup>中憲法委員會認為刑事訴訟法第 62 條、第 63 條、第 63 條之 1、第 63 條之 4 第 1 項至第 6 項以及第 77 條，授予警方刑事調查部在拘留犯罪嫌疑人上過度的權力，超過 48 小時的人身自由剝奪必須獲得法院准許，而超過 24 小時的拘禁雖然現行法要求須經檢察官的許可，但是並未限制 24 小時內以及逾 24 小時的拘禁，必須限於為了調查目的以及被告所涉犯者屬嚴重罪名，亦未提供被告充分及有效的律師協助，此項一般性的限制，欠缺考量例如證據之蒐集或保護他人之特殊情形，且現行法並未要求警察應對受拘禁之被告進行緘默權告知，均有違憲法第 9 條以及第 16 條之人權保障。然而即使現行法有如此多處違憲情形，憲法委員會仍認為基於負有權限及職責者為國會，而且如果讓系爭法律立即失效將未能符合避免破壞秩序以及揪出犯罪者的憲法價值目標 (fail to comply with the objective of preventing breaches of the peace and seeking out offenders)，導致明顯比例失衡的結果，因此諭知系爭違憲法律至遲於 11 個月後失其效力。除宣告定期失效外，憲法委員會尚特別表示先前依據系爭違憲法律所為的公權力措施不會因此而受到影響。另外在 2011 年的公共衛生法案<sup>232</sup>中，憲

<sup>230</sup> François-Xavier Millet, *supra* note 227, at 115-116.

<sup>231</sup> Decision n° 2010-14/22 QPC of July 30th 2010.

<sup>232</sup> Decision no. 2011-135/140 QPC of 09 June 2011 - Mr Abdellatif B.

法委員會認為該法第 3213 條之 1 對於精神病患在有精神科醫師出具證明而強制治療逾 24 小時後，並未要求再重新評估該名精神病患的狀況，以致對於人身自由的剝奪可能未符合必要性；第 3213 之 4 條規定僅憑精神病醫師出具理由，即可將對精神疾病患的強制治療延長至最多 3 個月，期滿後可又再延長 6 個月，涉及人身自由的剝奪且未獲病患的同意，則其剝奪逾 15 天卻無法院介入審查決定之適法性，違反憲法第 66 條之規定，憲法委員會考量到維護健康、避免公共秩序的破壞以及造成明顯過度的影響，為了讓立法者可以修正系爭違憲的法律，諭知近 2 個月的失效期限，並且指出在期限屆至之前依據系爭違憲法規範所為的強制治療措施其正當性均不受動搖。

而在 2011 年的少年法院案<sup>233</sup>中，憲法委員會認為司法機構法第 251 條之 3 讓肩負透過各種合理努力以查明真實，並將少年送進審判程序之少年法院，可再主導該案件之審理程序甚至判刑，牴觸公正法院原則的要求而違憲，但是如宣告立即失效將無視於對於未成年人刑事司法的基本原則要求，並且造成明顯過度的不良結果（clearly excessive consequences），因此諭知系爭違憲法律近 18 個月的失效期限。有學者認為，相較於憲法委員會在海事商業法院案以及社會安全部委員會案中，於宣告法律違憲後直接諭知過渡措施，而未選擇定期失效，此差異是因為未成年的刑事司法在憲法上有其特殊性，故憲法委員會不欲介入此屬國會權責的敏感事項<sup>234</sup>。

### 5. 2. 1. 2. 3 檢討

雖然憲法框架寬鬆並賦予正當性，但憲法委員會仍盡可能避免「違憲但有效」法秩序狀態之出現，從整體比例上而言，明顯少於規範基礎相近的奧地利，惟縱

<sup>233</sup> Decision no. 2011-147 QPC of 08 July 2011 - Mr J. Tarek [Composition of the Juvenile Court].

<sup>234</sup> See François-Xavier Millet, *supra* note 227, at 119.



使如此，憲法委員會在諭知定期失效時，同樣面臨說理不足、理由不夠正當的質疑，學者即表示很難分析出究竟是何種決定性的因素，讓憲法委員會選擇讓違憲法規範延後失效<sup>235</sup>。而自本文前面所提到的幾個判決中，也可以發現憲法委員會雖然試圖運用比例原則、損益衡量的概念，在立即失效以及定期失效兩者間做出選擇，但是論理上仍僅止於指出所欲維護的重要公共利益，停留在目的正當性的層次，而未有進一步檢討更為重要、細緻的必要性、狹義比例性問題，從而當難免於失之空泛的指謫。在多種宣告定期失效的原因之中，有學者認為較具合理性的情形為法規範之違憲，是因立法者並未根據憲法的要求及授權，制定出完整的法規範，正因為憲法明文授權給國會，因此對於不完整的法規範，僅能夠過法律的修訂來解決，並且倘宣告現行法規範立即失效，反而會導致較現況更為嚴重的違憲狀況，此種情形被稱之為「不完整的缺漏」(incompétence negative)。

## 5.2.2 法律中有明確規定

### 5.2.2.1 德國

#### 5.2.2.1.1 法規範基礎

德意志聯邦共和國基本法<sup>236</sup>第 93 條確立聯邦憲法法院對於法律合憲性的審查權限，惟對於違憲法律之效力問題以及憲法法院的裁判方式均無規定，第 94 條第 2 項前段只規定「聯邦憲法法院之組織與程序及在何種情形其判決具有法律效力，應由聯邦法律規定之。」

<sup>235</sup> See *id.* at 119-120.

<sup>236</sup> 中譯版本：<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/GE-Base-200111.asp>。(最後瀏覽日：2016 年 3 月 7 日)。

」明確授權國會制定，惟由此規定足見憲法法院的裁判是可能具有相當於法律之效力，性質上與典型司法裁判的效力有重大差異。德國聯邦憲法法院法<sup>237</sup>第 78 條規定「聯邦憲法法院確信聯邦法與基本法，或邦法與基本法或其他聯邦法抵觸時，應在裁判中宣告其無效。同一法律中之其他規定如基於相同理由，與基本法或其他聯邦法抵觸時，聯邦憲法法院亦得將此等規定宣告無效。」、第 95 條第 3 項前段亦規定「對於法律提起之憲法訴願有理由時，應宣告該法律無效。」從前述之規範來看，雖然文義上並未明確指為時間效力的問題，但是所謂的無效即指不生拘束效力，則當然包含時間面向而不待言，雖仍有爭議但主要是在於「自始無效」及「向後失效」兩者，而未見「將來失效」之類型<sup>238</sup>。

#### 5.2.2.1.2 實務發展及學者之討論

德國學界通說主張違憲法令應自始即為無效<sup>239</sup>，主要是以憲法優位性及法秩序的一體性為論據，故抵觸憲法之法規範雖然形式及實質上均與其他合憲法規範並無差異，然為免產生法秩序的矛盾，應自始即對其效力予以否定，另有論者認為合乎憲法應為法令當然必須具備之生效要件。然而，亦有學者對於違憲法令之效力問題採取得撤銷理論，理由為如違憲法令是自始、當然、確定不生效力，則根本毋需再經由憲法法院之宣告<sup>240</sup>；一般法院法官審理案件時更不須在其認為所適用之法律有違憲之虞時先停止審判<sup>241</sup>；另從聯邦憲法法院法第 31 條第 2 項規

<sup>237</sup> 中譯版本：

<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/%E5%BE%B7%E5%9C%8B%E8%81%AF%E9%82%A6%E6%86%B2%E6%B3%95%E6%B3%95%E9%99%A2%E6%B3%95%E4%B8%AD%E8%AD%AF%E6%9C%AC.doc>（最後瀏覽日：2016 年 3 月 7 日）。

<sup>238</sup> 李建良，同註 15，頁 444。

<sup>239</sup> 陳愛娥，同註 47，頁 193。

<sup>240</sup> 我國早有論者指出「不論是宣告違憲、訴外命令或警告性判決，其判決總是以違憲之法院在聯邦憲法法院以判決宣告無效前，該法仍屬有效為前提。因而聯邦憲法法院宣告無效，具有形成性質。」參：林錫堯（1984），《論人民聲請解釋憲法之制度》，頁 223，臺北：世一。

<sup>241</sup> 德意志聯邦共和國基本法第 100 條第 1 項「法院如認為某一法律違憲，而該法律之效力與其審判有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院審判之；如



定憲法法院之裁判具有法律效力，亦可見認定法令違憲的裁判應該具有創設之效力而不只是確認性而已；最後，目前聯邦憲法法院法第 78 條是使用「宣告」(erklärt) 一詞，而非原先所用之「確認」(feststellt) 之詞，益徵違憲裁判對於法令之效力具有變動功能<sup>242</sup>。

聯邦憲法法院對於違憲法令之立場早期雖傾向於自始無效<sup>243</sup>，但是並未質疑憲法法院法第 79 條規定<sup>244</sup>，立法者對於違憲法令經宣告前的法秩序狀態，基本上是肯認其存在的有效性，僅是例外允許部分類型案件（刑事）或效果（未執行時）受到影響<sup>245</sup>。再者，憲法法院在實際上的裁判中，並未全然的貫徹違憲法令自始無效之理論，而是自行在基本法以及憲法法院法外，創造出宣告法令違憲與違憲法令效力兩者間脫鉤之判決類型，被稱之為「違憲之單純確認」(bloße Feststellung der Verfassungswidrigkeit)、「單純宣告違憲」或「未合憲法意旨」之宣告 (Unvereinbarerklärung)<sup>246</sup>，並以後來修正的憲法法院法第 31 條第 2 項<sup>247</sup>作為依據，在法律不違反基本法及無效間，認為另存在著僅宣告法律違反基本法

---

係違反本基本法，應請聯邦憲法法院審判之。各邦法律違反本基本法或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。」

<sup>242</sup> 李建良，同註 15，頁 445-448。

<sup>243</sup> 李建良，同註 15，頁 448-450。

<sup>244</sup> 「確定之刑事判決的所依據之法規業經宣告為違反基本法或依本法第七十八條之規定宣告無效者，又確定之刑事判決以聯邦憲法法院宣告為違反基本法之法規之解釋為依據者，均得依刑事訴訟法之規定對之提起再審。

其他根據依第七十八條被宣告為無效之法規所為不得再行爭執的裁判，除第九十五條第二項的規定或其他法律有特別規定者外，不受影響。這些裁判不得執行。依民事訴訟法須為強制執行時，民事訴訟法第七百六十七條規定準用之。不當得利請求權不得主張之。」

<sup>245</sup> 楊子慧，同註 16，頁 251。

<sup>246</sup> See Werner Schroeder, Temporal Effects of Decisions of the German Federal Constitutional Court, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 22 (Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe eds. 2014)。另有學者譯為「與基本法不符之宣告」、「不符合基本法之宣告」，參：楊子慧，同註 16，頁 209。

<sup>247</sup> 「聯邦憲法法院就第十三條第六款、第六之一款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判，具有法律效力。聯邦憲法法院就第十三條第八之一款案件，宣告某一法律違反基本法、不違反基本法或無效時，亦同。某一法律經宣告違反、不違反基本法或其他聯邦法或無效時，其裁判主文應由聯邦司法部長於聯邦法律公報中公布之。就第十三條第十二款及第十四款之案件所為之裁判主文，亦同。」

之類型<sup>248</sup>。

又類型上尚有一種雖多被學者劃歸為警告性裁判者，但因為聯邦憲法法院於裁判時已在理由中明指系爭法規之違憲，故有稱其為「隱含之單純違憲之宣告」，其特徵有三：第一是裁判主文中欠缺指謫法規違憲<sup>249</sup>；第二，裁判理由中有對於立法者之警告性用語；第三，法院會於理由中提供立法者一適當之修法期限（implizite Unvereinbarerklärung）<sup>250</sup>，因此，此種類型亦應能歸類於本文所使用包含定期失效及單純違憲宣告之將來失效概念中<sup>251</sup>。

以下，即對於聯邦憲法法院使用「法律不違反基本法」及「隱含之單純違憲之宣告」此二種裁判方式進行介紹，為求概念理解上與我國一致，本文將會以「將來失效」合稱之。

### 5.2.2.1.3 將來失效之適用概況

#### 5.2.2.1.3.1 「未符合憲法意旨」

根據楊子慧教授之研究<sup>252</sup>，聯邦法院使用「未符合憲法意旨」裁判之理由，歸納後主要有兩者，第一是宣告違憲法律無效將侵害立法者之形成自由；第二是如宣告違憲法律無效所造成之法律真空將更悖離合憲秩序，簡言之，聯邦憲法法

<sup>248</sup> See Werner Schroeder, *supra* note 246, at 23. 學者認為聯邦憲法法院第 31 條第 2 項中「不違反基本法或其他聯邦法」一詞是於德國於 1970 年代第 4 次修改聯邦憲法法院時所增列，並不能認為是「單純違憲宣告」之法律依據，僅是立法者對於聯邦憲法法院當實實務運作之情形的承認，參：李建良，同註 15，頁 460。

<sup>249</sup> 依據聯邦憲法法院法第 31 條第 2 項「聯邦憲法法院就第十三條第六款、第六之一款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判，具有法律效力。……某一法律經宣告違反、不違反基本法或其他聯邦法或無效時，其裁判主文應由聯邦司法部長於聯邦法律公報中公布之。」之規定，可推知既裁判之主文未對法規為違憲宣告，縱在理由內指出法規違憲，仍會有論者認為此於性質上實偏屬合憲宣告而非違憲宣告，參：李建良，同註 15，頁 442。

<sup>250</sup> 楊子慧，同註 16，頁 218-219。

<sup>251</sup> See Werner Schroeder, *supra* note 246, at 30-31.

<sup>252</sup> 以下主要整理自：楊子慧，同註 16，頁 19-25。其他補充及批評則另行註明。

院是在考量無效宣告之後果以及讓違憲法律暫時存續之損害兩者後，方為的選擇<sup>253</sup>。

在類型上則可再細分為兩種情況，第一種為違反平等的授益之排除<sup>254</sup>，意指法律將部分類型有違公平的加以區分，排除於受益範圍外，而未顧及相同的事實情況或憲法委託因而抵觸基本法第3條第1項的平等原則，在此種類型的案件中，聯邦憲法法院僅宣告系爭法律違憲，而讓立法者去決定新的合乎平等要求的立法方式，因為去除違憲的狀態存有多種的可能性，宣告法律無效並無法解決「規範之不完整」<sup>255</sup>，惟在以下三種情形時，聯邦憲法法院會直接在宣告法律違憲的同時，逕於裁判中諭知將被排除者納入授益範圍：1. 有迫切的憲法委託、2. 基於個案之其他情況的考量僅餘唯一一個得以排除違反平等的決定、3. 倘若立法者確實基於對平等原則之尊重已為特別之規定。學者認為以立法形成自由的維護而悖離憲法法院對違憲法令應宣告無效之要求並不具有說服力<sup>256</sup>。

另外，仍有疑問的是，是否只有授益性性質的違反平等法律，才會被聯邦憲法法院以立法形成自由為由宣告「未符合憲法意旨」？實也非無疑義，例如在2008年的新禁菸法案中，判決認為立法者可以全面禁止在公共場合及餐廳吸菸，或是在全面禁菸規定中設置部分例外，而在後者的情形中則需要在大型餐廳以及小酒館、酒吧間作區別<sup>257</sup>，在此案例中法律性質顯屬侵益性而非授益性，是對於場所所有人之營業自由增加限制，並在分類上涉及平等原則。因此，正確而言，

<sup>253</sup> 此項理由最早期是被適用於公務員的薪津案，處理法定薪資未能達到充分維持公務員生活之最低要求，倘讓其立即失效將致公務員的生活陷於窘困的情況，*see Werner Schroeder, supra note 246, at 25.*

<sup>254</sup> 相同觀察，參：李建良，同註15，頁461。

<sup>255</sup> 參：李建良，同註15，頁466-467。

<sup>256</sup> 楊子慧教授在分類上，是將違反平等的授益之排除與尊重立法形成自由相互結合（即後者為前者之理由），但是李建良教授則認為，以立法形成自由為理由而僅宣告法律違反基本法者，並不限於違反平等的授益性違憲法律，而是另包含其他單純侵益性的違憲法律，參：李建良，同註15，頁467-469。

<sup>257</sup> *See Werner Schroeder, supra note 246, at 24.*

授益性質法律違反平等原則的情形，僅是尊重立法形成自由中的一部分案件類型，而非全然的等同。至於對於違反平等之侵益性法律何以仍可適用「未符合憲法意旨」宣告，顯然更需要被檢討。

第二種情形則為法律違憲是因為立法者之不作為，亦即立法者有違基本法的委託而未制定出法律，學者認為在此種類型使用單純違憲宣告實屬必然，因為根本欠缺可為宣告無效之客體，故縱使諭知無效在結果上亦無不同。

單純違憲宣告若有明確的期限要求，則在性質上就與我國大法官所使用的定期失效或限期修法類型相近，而根據學者的統計，聯邦憲法法院所給予的期限平均為一年多<sup>258</sup>。

#### 5.2.2.1.3.2 「隱含之單純違憲之宣告」

楊子慧教授研究後，認為聯邦憲法法院於裁判時業已認為法規違憲，但卻不於主文中指謫，主要有五種態樣，分別為未實現之憲法委託、避免憲法政治上之混亂、憲法解釋之變遷、不明顯之違憲及事實關係之改變。

第一種情況以非婚生子女案<sup>259</sup>為代表，雖然基本法第6條第5項業已規定應透過立法賦予非婚生子女與婚生子女同等之身心發展及社會地位為保障，然國會過去長達20年未有積極作為，被稱之為未實現之憲法委託。第二種則是由於聯邦憲法法院其權限之行使無可避免的將涉入其他政治部門之權力行使，故裁判勢將伴隨政治性結果，所以為了避免因為違憲宣告所可能引發的政治上混亂，故只在裁判理由中對於政治部門提出警告，例如選舉區劃分案中，因考量到如對於當前國會所依據之選舉法律宣告違憲，將導致無國會存在之嚴重憲政危機；營業稅法案中，雖然該法律導致企業間賦稅不公平之結果，但如宣告溯及失效將讓國家負

<sup>258</sup> See *id.* at 30.

<sup>259</sup> BVGE 25, 167: die Nichtehelichen-Entscheidung.

有償還賦稅之義務，反致國家陷入財政上的重大危機，故只能要求該違憲法律之改革不能再延緩，且應於一定期間內處理該法律所造成之不平等。

第三種情形則以刑罰執行案為代表，聯邦憲法法院指出對於受刑人基本權利之限制有法律保留原則適用，故特別權力關係理論中認為只需有行政規則作為依據即應予揚棄，然卻又認為在立法者制定新的合乎憲法要求之刑罰執行法前，受刑人仍應忍受此對其基本權之侵害。第四種則是援引行政法上對於行政行為之瑕疵是否已達重大明顯（有謂「一望即知」）之程度理論，判斷上主要是根據立法者主觀上可歸責性，即必須其主觀可能認識到法規違憲之情況，然而立法程序上的瑕疵通常不被認為明顯違憲，代表案例如前述的選舉區劃分案，或是授權母法未早於其子法生效而是同時生效的情況，此種違憲情形通常是以二戰後政治、法治狀態發生重大變遷作為背景。

最後一種事實關係之改變則係指系爭法律規定雖未改變，惟因為所規範之事實關係發生變遷導致違憲，學者認為前述選舉區劃分案即為適例，另外在稅賦不平等之稅法及社會保險法案件中亦曾發生，在鰥夫養老金案<sup>260</sup>（本案也可以被認為屬於警告性解釋中之積極確認合憲之宣告）中，聯邦憲法法院認定社會保險法規定鰥夫僅在其前妻生前是主要負擔家計者時，方能領取養老金，但寡婦則無此限制，由於系爭規定曾經宣告合憲，故法院於判決中指出這是女性在婚姻與家庭中的角色開始發生法律上與事實上轉變的過渡時期，且發展仍未結束，故應由立法者評估變遷情形而重制定法令，但同時也明確要求立法者應在下兩屆任期結束前完成。

<sup>260</sup> BVGE 39, 169:das Witwerrenten-Urteil.

### 5.2.2.1.3.3 效果<sup>261</sup>

雖然如本文所述，單純違憲宣告從發展背景以及文義概念而言，目的應是聯邦憲法法院為了避免宣告違憲法律無效所可能引發的嚴重後果，但是從歷來的案例觀之，其效果確非如此明確而無爭議，學者分析至少有三種可能的效果，以下即簡述之。

第一種情況是如同宣告法律違憲無效般，禁止遭到單純違憲宣告之法律繼續適用，包括法院以及行政機關在內，而立法者則應制定過渡性的法律，以溯及性的處理聯邦憲法法院系爭裁判作成公布時尚未確定的案件，是在此種效果的案件中，有時聯邦憲法法院會一併於裁判中諭知案件之程序暫時停止，直至立法者完成前述的修法任務。

第二種情況則是讓經單純違憲宣告之法律，在立法者修訂之過渡期間內繼續適用，聯邦憲法法院曾以聯邦憲法法院第 35 條<sup>262</sup>作為其效果諭知之依據，認為由於該條文的存在，所以其擁有決定裁判的執行以及處理其所生結果

(consequence) 的完整權限，實質上的理由除以繼續適用違憲法律相較立即失效所產生的效果更符合憲法要求外，尚認為在違憲法律涉及稅法、退休金及薪資時，維護可靠的財政及預算計劃 (reliable fiscal and budgetary planning) 亦屬正當事由，另曾以避免法安定性欠缺、保護公共健康、促進公共利益及給予立法者適當時間去釐清法律違憲情況以制定新法等作為理由。稅法、公務員法及預算法中可見到財政考量是聯邦憲法法院給予政治部門因應時間的最重要考量。

第三種情況則是憲法法院會一併諭知過渡期間於適用系爭違憲法律上應予注意之事項，除透過限縮解釋外，甚至是直接提出自動、取代規範 (an autonomous,

<sup>261</sup> 以下整理自：Werner Schroeder, *supra* note 246, at 26-31.

<sup>262</sup> 「聯邦憲法法院得在裁判中規定執行裁判之人員；聯邦憲法法院亦得於個案中規定執行之方式。」





norm-substituting decision) 的措施，但這種替代立法 (substitute legislation) 甚少出現，原因是此讓聯邦憲法法院扮演立法者的角色，對於權力分立的造成更直接的干涉。

#### 5.2.2.1.4 檢討

德國聯邦憲法法院在將來失效宣告類型的發展上，有著相當一段長期的時間，且可歸納出主要的類型，使本質上屬法制例外者能夠盡可能明確化。然而，各類型是否均有足夠的正當性，又類型間的區別是否真能清楚而可預測均有疑義，迄今也持續引發德國學界的批評，爭議始終未曾消弭<sup>263</sup>。

單純違憲宣告效果方面更凸顯單純違憲宣告的矛盾性及不確定性，如果違憲的法律應在立法者制定新法前停止適用，則其與宣告違憲法律無效兩者間的差異究竟何在即令人費解？而在諭知過渡期間違憲法律應繼續適用時，其所持的規範依據則顯然混淆違憲法令之時間效力與憲法裁判的執行兩個應屬不同層面的問題，誤解聯邦憲法法院法第 35 條之意義<sup>264</sup>，並造成促成違憲裁判作成之原因案件無法獲得救濟之嚴重問題，有違基本法設置憲法訴願以及法官暫停審判聲請釋憲之制度意旨，未能滿足有效法律保障的要求。

但單純違憲宣告適用的案例並非全然無可取，例如違反平等的違憲授益法律、立法者之不作為違憲狀態、未實現之憲法委託三種，均屬較為明確而有其本質上合理性的類型，可以為我國大法官所參考。又聯邦憲法法院曾諭知過渡期間的暫行性法規範，雖然案例甚少，但是結果上確能有效解決原因案件的救濟、原因案件外其他相同案件之處理、避免過渡期間法秩序紊亂以及維護憲法的最高性於不墜等正面功能，實值得進一步探究其理論基礎與適用界限。

<sup>263</sup> See Werner Schroeder, *supra* note 246, at 32.

<sup>264</sup> See Werner Schroeder, *supra* note 246, at 27.



## 5.2.2.2 匈牙利

### 5.2.2.2.1 法規範基礎

匈牙利同樣採取抽象及集中式的違憲審查模式，設置憲法法院處理法規範抵觸憲法（fundamental law）之問題，憲法法院法（Act CLI of 2011 on the Constitutional Court）<sup>265</sup>第 45 第 1 項<sup>266</sup>明確規定，經憲法法院廢止（annulment）的法規範（legal regulation or provision）自裁判公布時起方停止適用，易言之，在規範層面匈牙利明顯採取廢止而非撤銷理論，而且違憲法規範以向後失效為原則，與奧地利的法制相同。憲法法院法第 45 條第 3 項<sup>267</sup>更特別強調，除了促成違憲宣告的原因案件（同條第 2 項）以及以系爭違憲之刑事性法規範為裁判依據的確定案件外（同條第 6 項），法規範雖經憲法法院宣告抵觸憲法，但並不影響判決公告前適用該法規範所產生的權利及義務關係。規範層面如此明確、維護違憲審查前既存的法秩序狀態，在比較法上相當少見。

至於違憲法規範之溯及失效以及定期失效相對而言則應為例外，惟此二種類型雖未經明文，但是憲法法院法第 45 條第 4 項<sup>268</sup>提供了正當化的基礎，其規定當憲法法院認為讓違憲的法規範向後失效，會發生抵觸憲法的情形，或者是在一

<sup>265</sup> 英譯版本：<http://www.mkab.hu/download.php?d=64>.（最後聯覽日：2016 年 5 月 3 日）。

<sup>266</sup> “The annulled legal regulation or provision thereof shall cease to have effect on the day after the publication of the Constitutional Court’s decision on annulment in the Hungarian Official Gazette and shall not be applicable from that day; a legal regulation which has been promulgated, but has not yet entered into force shall not enter into force.”

<sup>267</sup> “Apart from the case set forth in paragraph (6), the annulment of the legal regulation does not affect the legal relations originating on the day or before the decision was published and the rights and obligations resulting therefrom.”

<sup>268</sup> “The Constitutional Court may depart from paragraphs (1) to (3) when deciding on the repeal of a legal regulation contrary to the Fundamental Law or on the inapplicability of the annulled legal regulation in general, or in concrete cases, if this is justified by the protection of the Fundamental Law, by the interest of legal certainty or by a particularly important interest of the entity initiating the proceedings.”

般性或個案性上出現無法適用的狀況，則基於維護憲法、法安定性的考量或對促發本案之個案其特別重要的利益，則可對於違憲法規範的時間效力問題另為決定。雖然適用上有相當的要件限制，但亦有學者認為，憲法法院在選擇立即失效以外的效力諭知方式時，並不需要詳細說明原因<sup>269</sup>。

對於違憲法規範向後失其效力的原則，則曾有人民向憲法法院起訴挑戰<sup>270</sup>，針對1989年第32號（XXXII）法案的憲法法院法第43條（與目前的憲法法院法第45條第1項採取相同的規範方式），主張僅有讓違憲的法規範溯及失效產生救濟的效果，方符合憲法所要求的法安定性，避免出現以違憲法律所形成的法律關係仍繼續存在的矛盾狀況。憲法法院審理後認為，法安定性屬於憲法保障之法治原則的一部分，而法規範經審查後被認定違憲，其結果仍然必須是以法安定性之追求作為導向，不能予以忽視，此較無效原則的貫徹更為重要。法規範變動時必須考量到眾多的法律關係，包含根基於違憲法規範所發生者在內，從比較法的角度觀察，為維護法安定性採取的方式可能是透過規定法規範生效後可被提起違憲審查的期間相對短暫、將違憲宣告的結果限於僅能讓違憲法規範向後失效、雖賦予憲法法院宣告無效的權力但不允許影響已經發生的法律關係，因此，在憲法法院法並未對於法規範可提交違憲審查的期間限制的情況下，第43條對於被宣告違憲之法規範其之時間效力進行規範，即是一種必須的調和及限制，雖然是以立即向後失效為原則，但亦允許憲法法院審酌個案的情形後，選擇例外的溯及失效或是定期失效，力求法安定性的追求，並且，運用定期失效來避免法規範的真空有其正當性存在。最後，判決中重申對業經終結法律關係的介入，必須是基於其他與法安定性相互競爭（competing）的法治原則考量方可，因此，憲法法院

<sup>269</sup> See Tímea Drinóczi, Temporal Effects of Decisions of the Hungarian Constitutional Court, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 95-96 (Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe eds. 2014).

<sup>270</sup> DECISION 10 OF 1992: 25 FEBRUARY 1992.

法僅規定因適用違憲法規而遭受判刑者，倘於憲法判決公布後其處罰仍在執行中，方產生救濟的效果，是一種妥適權衡各種相互衝突的憲法原則後之結果。



#### 5.2.2.2.2代表案例

在適用定期失效的具體案例上，憲法法院則曾宣告（37/1992（VI.10.））使電台以及電視台受到部長委員會（the council of minister）監督的法規範，抵觸憲法所保障的新聞自由（包含溝通自由及言論自由在內），國家必須維護新聞自由，蓋其為散布、形塑觀點、蒐集資訊以及影響個人意見形成所不可或缺的管道，憲法僅容許國家對於新聞媒體的外部性限制，禁止對內容介入及採取審查制，人民應有機會自由辦報，國家並應提供程序性以及實體性的保障。因此，系爭法規因為未包含任何可以避免政府利用其在核准執照上的權限，進而影響節目內容之程序上、實質上以及組織上的機制而違憲。憲法法院考量倘宣告系爭法規立即失效，將導致新聞媒體缺乏任何的監督機制，同時也意謂除去對政治活動的法律限制，對於表意自由的傷害會較目前更為嚴重，因此運用定期失效宣告的方式，一方面避免法規真空困境的出現，另一方面則課予國會積極立法的義務，力求法安定性的維護，甚至於判決中提醒國會若未於失效期限屆至前制定新法，則將再延長失效期限。有趣的是，失效期限屆至時，國會竟然真的未遵期制定新的法律以規範新聞媒體，憲法法院只好再透過判決（17/1993（III.18.））表示系爭違憲的法律將只會在對於電台以及電視台管制之新法律生效日方失效，相較於定期失效類型，此種效力諭知的方式被學者稱為情況設定類型（condition-setting）<sup>271</sup>。

由上述個案的發展情形可見，匈牙利的司法違憲審查不但在制度面上相當側重法安定性，且在實際運作上，憲法法院亦不願意自己去處理違憲法規失效後

<sup>271</sup> See Tímea Drinóczi, *supra* note 269, at 97-98.

所產生的法律真空問題，先是運用定期失效諭知，再者縱使是已經逾越憲法判決所諭知的失效期限，憲法法院亦僅是消極的選擇再給予政治部門寬限的時間。定期失效原於理論上所具有的督促、施加壓力功能，在結合條件、情況設定後，期限的意義實已淪為取決於政治部門何時完成修法任務。

另外，縱使是在憲法法院宣告法規違憲而溯及失效的案件中，也可以發現法安定性的側重明顯優於受損害個人權利的回復，在 2012 年的法官退休年齡調降案（33/2012（VII.17.））中，憲法法院認為法官法律地位及待遇法（Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges）第 90 條以及第 230 條規定法官強制退休的年齡，違反憲法中對法官獨立性的保障，憲法要求法官僅能基於法定之理由以及踐行法定程序方能被解職，並授權由國會制定基本法（a cardinal Act）的方式具體化，然而形式上立法者並未在基本法中規定，而是在法官法律地位及待遇法中，準用社會安全退休福利法中之規定，以作法官一般退休年齡的依據，在實質上因系爭違憲法律是直接影響法官原本期待、預見的強制退休年齡（70 歲），應該有適當的過渡期間以及逐漸調整機制，避免危及憲法中司法獨立原則下相當重要的法官不得任意被迫去職的要求。在時間效力上，憲法法院考量到已經有相當多數的法官因系爭違憲法律之施行而去職（總計達 274 位），且持續會有法官的職務受到影響，所以決定例外的宣告系爭違憲法律溯及自其生效之日時喪失效力，而此決定能夠被個案當事人之重要利益與法安定性的需求所正當化。然而，儘管如此，先前適用系爭違憲法律而使法官去職的命令仍然不會因此失效，必須由受影響的個別法官再向勞動法庭起訴主張，蓋法官的免職是直接根據總統的命令。論者批評憲法法院並未在本件違憲裁判中提供足夠的救濟效果，例如應該直接表示因系爭違憲法律而去職的法官應該回任，或是要求總統

必須廢棄以系爭違憲法律為根據的免職令<sup>272</sup>。



### 5. 2. 2. 2. 3 檢討

學者認為，匈牙利在 1989 年設立憲法法院時，之所以採取向後失效作為法規經宣告違憲後之的效力原則，有其歷史背景因素，因為既允許事後違憲審查且又賦予人民可在不涉自己利益的狀況下起訴（*actio popularis*）的情況下，共產時代所制定的眾多法規，勢將大量湧入憲法法院成為待審理的案件，倘採取宣告違憲即溯及失效，將影響以其為基礎所形成長達數年、數十年的法律關係，對法安定性而言無疑是過於嚴重的衝擊，因此，司法違憲審查的功能主要在於修復（*repair*）法律體系而優先於提供個案救濟<sup>273</sup>，向後失效的原則才能讓憲法法院勇於進行違憲審查。在 2012 年憲法以及憲法法院法修正後，憲法法院則更進一步採取定期失效宣告處理違憲法規，理由雖然同樣是法定性的維護，但是多了另一個促使國會制定新法規的考量。總結而言，正是因為有多種效力類型可資運用，且法規經宣告違憲的結果是以向後失效為原則，縱使諭知溯及失效，除刑事性法規以外，亦不影響既存的法律關係，所以司法違憲審查權方運作的較為積極，但是對於作為例外的定期失效以及溯及失效運用，學者也坦言憲法法院所持理由並不明確<sup>274</sup>，惜未見該國對此議題有更深入的研究。

### 5. 2. 2. 3 比利時

比利時（Belgium）設有憲法法院（憲法第 142 條）<sup>275</sup>以及國務委員會（le Conseil

<sup>272</sup> See Tímea Drinóczi, *supra* note 269, at 77-86、101-102.

<sup>273</sup> See Gabor Spuller, 'Transformation of the Hungarian Constitutional Court: Tradition, Revolution, and (European) Prospects', 15 German L.J. 637, 644 (2014).

<sup>274</sup> See Tímea Drinóczi, *supra* note 269, at 105-106.

<sup>275</sup> 比利時至 1983 年才設置司法違憲審查機關，且直至 2007 年方更名為憲法法院，在此之前則名為仲裁法院，參：Francis Delpérée 著、陳淳文譯（2013），〈比利時憲法法院〉，《憲政時代》，

d'Etat ; The Council of State) (憲法第 160 條)，兩者均可對於法令之合憲性進行審查，前者的範圍包括所有層級、類型的法令，而後者則是限於行政法令（因此性質上其即相當於我國所稱之最高行政法院）<sup>276</sup>。憲法法院特別法（the Special Law on the Constitutional Court）第 8 條第 1 項規定違憲的法令應予廢棄(annul)，而同條第 3 項則明定「當法院認為必要時可以透過裁判指定遭宣告廢棄的法令，其效力可被維持或是暫時維持一段由法院決定的期間」<sup>277</sup>，而若法院依據此為宣告，則同法第 10 條至第 18 條所規定本因違憲宣告而對於個案產生的救濟效果將不發生<sup>278</sup>；國務委員會法第 14 條亦有與憲法法院特別法相同之規定，並且在 2014 年進一步修法，擴大第 14 條之範圍，將一般人民發動而促成的違憲宣告，亦涵括在內<sup>279</sup>，但是同時也增加了二項限制，一是此種違憲但有效的法秩序屬於有相當理由下方能存在之例外，二是必須經由對審程序方能做成此決定，並且可將第三人的利益考量入內<sup>280</sup>。

在規範層面已有明文情況下，憲法法院宣告違憲的判決中，有達四分之一的違憲法令被諭知繼續有效，學者則批評此例外規定被過度使用，法院並未於裁判中交代充分之理由<sup>281</sup>；相對而言，國務委員會卻適用的相當謹慎，僅有在裁判若發生溯及效會帶來有之證據可支持的嚴重後果（serious consequences）時方會為延緩失效的諭知，並且在不諭知溯及失效的理由中，憲法法院與國務委員會最大

---

38 卷 3 期，頁 318。

<sup>276</sup> See Sarah Verstraelen & Patricia Popelier & Sébastien Van Drooghenbroeck, *supra* note 162, at 82 (citation 1).

<sup>277</sup> “Where the Court so deems necessary, it shall, by a general ruling, specify which effects of the nullified provisions are to be considered maintained or be provisionally maintained for the period appointed by the Court.”

<sup>278</sup> See Sarah Verstraelen & Patricia Popelier & Sébastien Van Drooghenbroeck, *supra* note 162, at 89.

<sup>279</sup> 修正後國務委員會法第 14 條第 1 段修正為“On the request of the defending or intervening party, and if the Council so deems necessary, it shall specify which effects of the annulled individual administrative act, or, by a general ruling, of the nullified provisions of administrative regulations, are to be considered maintained or be provisionally maintained for the period appointed by the Council.”

<sup>280</sup> See Sarah Verstraelen & Patricia Popelier & Sébastien Van Drooghenbroeck, *supra* note 162, 93.

<sup>281</sup> See *id.* at 99.

的差異在於，前者認為只要基於避免行政及財政上的困難（the prevention of financial and administrative difficulties）即可，但後者則認為僅憑前述之理由並不足夠<sup>282</sup>。另個值得注意的程序上變化，是近來憲法法院會讓訴訟的當事人對於應如何諭知違憲法令的效力表示意見，國務委員會則是就此效力議題採取更健全的辯論程序<sup>283</sup>。對於違憲但有效的法秩序狀態，比利時並沒有透過法律規定明確的最長期限，因此期限長短經常取決於立法部門需要多少的時間方能制定新法令<sup>284</sup>，實際上憲法法院所決定的期限並無固定的型態，並且經常是缺乏交代理由，但根據統計，從最短的2個月到最長的18個月，平均而言期間是9個月，國務委員會所諭知的期間則平均為7個月，最短為3個月，最長亦不超過12個月<sup>285</sup>。

### 5.2.3 憲法及法律中均未有規定

#### 5.2.3.1 以色列

##### 5.2.3.1.1 違憲審查制度及違憲法規範效力之一般性原則

在司法違憲審查制度上，以色列比較特殊之處有二，第一是雖然未特別設立憲法法院，但卻僅由最高法院（supreme court）掌有司法違憲審查權限，明顯有別於美國或加拿大是各級法院均享有，只是因為聯邦最高法院為終審法院故扮演決定性的角色，因此正確而言，以色列的制度應被歸類為集中式的司法違憲審查模式<sup>286</sup>；第二則是在於以色列迄今並無一部名為「憲法」之法規範存在，而是由

---

<sup>282</sup> See *id.* at 101.

<sup>283</sup> See *id.* at 95-96.

<sup>284</sup> See *id.* at 98.

<sup>285</sup> See *id.* at 99.

<sup>286</sup> See Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 *Cardozo L. Rev.* 2393, 2397 (2010).



相當多部基本法(Basic law)扮演「準憲法」之最高法規地位(quasi-constitutional status)，成為最高法院行使違憲審查權的規範基礎<sup>287</sup>。正因為缺乏憲法之明確規範，故雖然最高法院自建國之初即設置，但長期而言其呈現相當保守的狀況<sup>288</sup>，直至1990年代人性尊嚴及自由基本法(Basic Law: Human Dignity and Freedom)以及佔領自由基本法(Basic Law: Freedom of Occupation)施行後，最高法院才勇於審查立法者所制定法律的合憲性問題，此種轉變被學者稱之為「憲政革命」(Constitutional Revolution)<sup>289</sup>。

由於對被宣告違憲之法規範效力並未有明文規範，一直要到2006年的 *Solel Boneh*<sup>290</sup>案，最高法院才較正式的對於被宣告違憲之法規範的溯及性或將來性爭議表達立場，由院長 A. Barak 所主筆的判決書中，指出並無任何原則禁止最高法院之判決向後發生效力，真正的重點是在於何種情況下法院可以不讓裁判溯及發生效力？最重要的考量是對於信賴遭廢棄之法院舊見解的保護(Protection of the reliance interest)，對象不僅只有私人亦包括政府在內，但信賴保護亦非絕對，尚須與其他衝突的價值、原則相互衡量，對於最高法院先前在 *Estate of Ettinger v. Company for the Reconstruction and Development of the Jewish Quarter* 案<sup>291</sup>中變更過去認為侵權責任範圍不包括餘命損害(the 'lost years')的法律見解(下稱系爭新判例)，法院認為無論是侵害人還是被害人均不能主張信賴先前不包括餘命損害的侵權行為規範，系爭新判例並未增加新的義務(obligation)，而是僅影響損害賠償的總額，侵權行為人的責任可透過保險機制分擔，而保險公司也有能力去吸收此項可能增加的理賠支出，特別是系爭新判例出現前，其他國家早已在侵權

<sup>287</sup> See Aaron R. Petty, The Concept of Religion in the Supreme Court of Israel, 26 Yale J.L. & Human. 211, 221 (2014); Malvina Halberstam, *supra* note 285, at 2397.

<sup>288</sup> See Aaron R. Petty, *supra* note 287, at 222.

<sup>289</sup> See Malvina Halberstam, *supra* note 286, at 2443.

<sup>290</sup> LCA 8925/04 *Solel Boneh Building & Infrastructure Ltd v. Estate of Alhamid* [2006] (1) IsrLR 201.

<sup>291</sup> CA 140/00 *Estate of Ettinger v. Company for the Reconstruction and Development of the Jewish Quarter* [2004] IsrLR 101.

責任上採取同樣的立場，此亦會影響對舊判例信賴的強度及合理性 (strength and its reasonableness)。特別的是，在本判決中法院尚指出新判例見解向後生效的考量並不同於讓違憲的法規範在將來一定期間方失效 (即定期失效)<sup>292</sup>。

學者則進一步指出違憲法規範之定期失效與向後失效兩者之不同處在於，定期失效僅是決定違憲法規範之失效是於裁判公布時抑或於將來一定時間，而未涉及違憲法規範失其效力後，究竟是僅向將來產生抑或溯及的發生，換言之，定期失效的宣告與溯及失效兩者可以搭配運用而不衝突；另外一點則是，向後失效與溯及失效兩者在概念上直接對立，是為了維護在判決公布前已存在的法秩序狀態，然而定期失效的主要目的則是提供政府以及人民可以因應法規範的即將失效，特別是讓立法者有機會可以透過法律的制定以避免或除去違憲法規範失效所可能造成的後果<sup>293</sup>。

### 5.2.3.1.2 定期失效適用情況及代表案例

根據學者的研究，在 1995 年 *Bank Hamizrahi*<sup>294</sup> 案後 (該案的意義在於最高法院正式肯認且行使其所擁有之完整且實質的司法審查權力<sup>295</sup>)，至 2013 年 1 月份為止，在宣告法規範違憲的 11 個案件中，計有 6 件<sup>296</sup> 即超過半數是運用定期失效的宣告模式，相對於立即失效顯已非例外而更像是原則，失效期限則從最短的 3 個月一直到最長的 1 年都有。至於最高法院所持的理由主要為信賴利益、避免

<sup>292</sup> LCA 8925/04 *Solel Boneh Building & Infrastructure Ltd v. Estate of Alhamid* [2006] (1) IsrLR 201, 216-223.

<sup>293</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, Time and judicial Review in Israel : Tempering the Temporal Effect of Judicial Review, in THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME 214 (Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe eds. 2014).

<sup>294</sup> CA 6821/94 *Bank Hamizrahi v. Migdal Association Village* [1995] IsrSC 49(4) 22.

<sup>295</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, *supra* note 293, at 219.

<sup>296</sup> HCJ 1715/97 *The Israel Association of Investment Managers v. The Minister of Finance* [1997] IsrSC 51(4) 367、HCJ 6055/95 *Zemach v. Minister of Defense* [1999] IsrSC 53(5) 241、HCJ 4124/00 *Yekutieli v. Minister of Religious Affairs* [2010]、HCJ 6298/07 *Ressler v. The Knesset* [2012]、HCJ 10662/04 *Hassan v. The National Insurance Institute of Israel* [2012]、HCJ 8300/02 *Nasser v. The Government of Israel* [2012].

法律真空或重大的社會性、經濟性或安全性後果，以及讓立法者有時間去制定新法，但究其實際最高法院選擇延後違憲法規範之失效，最主要的考量仍在給予政治部門準備及調整上的時間，縱使在該個案中根本沒有受影響的信賴利益或對於公共利益以及穩定法律秩序的之真實威脅存在<sup>297</sup>。

以色列最高法院在 *The Israel Association of Investment Managers*<sup>298</sup> 案中，首次使用定期失效模式宣告法律違憲，並諭知失效期限為 3 個月，法院在判決理由中認為只有在特殊的案例中方能正當化此種宣告類型（“only in special cases that will justify its use”），顯有意將該模式定位為例外而非原則，適用上應為較嚴格，惟並未更進一步指出更具體的規範性原則或因素。以下則檢視幾個最高法院運用定期失效的案件，嘗試分析其適用的合理性。

2010 年 *Yekutieli* 案的原因事實是自 1982 年起在 kollel 就讀的學生，倘符合資格即可以獲得每年編列於預算中的最低收入支持補貼（a minimum income support benefit），最高法院審理後認為此資源的分配違反平等原則，但是考量到如讓業經審議通過的年度預算立即失效，將是無視於該補貼已存在超過二十年，會對於其中倚賴其維生的貧窮者造成傷害，且必須讓立法者可以重新檢視應給予補貼的對象範圍，故最高法院選擇諭知 6 個月的定期失效，而其在實際上即是指下年度的預算中不能再有一樣的編列。本案的違憲情形屬於授益性法規範之範圍涵蓋過窄，雖然已涵蓋的範圍可能亦存有不合理處（如根本不需要受補貼者），但是如逕予以宣告所有補貼立即失效，反而可能會導致違憲的情形更為嚴重，不但使本來可獲補貼且實際上確實需要者無法受益，更無助於解決其他被排除在外但需要者取得補貼，再考量系爭違憲規定之有效性僅為一年，故運用定期失效宣

<sup>297</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, *supra* note 293, 221-222.

<sup>298</sup> HCJ 1715/97 *The Israel Association of Investment Managers v The Minister of Finance* [1997] IsrSC 51(4) 367, 415-16.

告應可認為有其正當性。

在 2012 年的 *Ressler*<sup>299</sup> 案，是最高法院繼 1986 年、1997 年以及 2003 年後，第四度面臨僅對猶太神學院學生延緩徵兵之合憲性問題，在 2003 年的 *The Movement for Quality Government*<sup>300</sup> 案雖然未宣告神學院學生徵兵延緩法（the Deferment of Military Service for Yeshiva Students Law）違憲，惟已經指出如果讓系爭規定無任何的修正、改善，則系爭規定將可能因為實際適用的結果而轉變成違憲，換言之已帶有警告性的意味。然而，國會在 2007 年卻對於有效施行日即將屆至之系爭規定，經表決通過再予以延長 5 年。面對國會長期無視法院判決意旨，最高法院在本案中明確表示系爭規定涉及平等此基本權利，而系爭規定所採取的方式並無法真正達成其規範目的，因此違反比例原則，但最高法院在救濟效果上，有鑒於系爭規定之有效期限即將屆滿，且國會目前正對於是否繼續延展系爭規定的效力進行辯論，故諭知六個月的定期失效宣告。是否需要服兵役當會影響人民之信賴利益，也攸關國防安全（尤其是經常需要進行軍事行動的以色列），但是也不能無視於系爭規定長期受到強烈的質疑，甚至最高法院早已運用警告性解釋，國會卻依然無動於衷，從數十年來此議題在以色列的發展情形觀察，最高法院選擇運用定期失效，較大部分的因素應該是有鑒於其之政治敏感性，因此雖然宣告立即失效的結果實際上形同國會決定不繼續延長系爭規定的效力，同樣都需要由國會立法去處理可能過渡性問題，但最高法院最終仍選擇前者的方式處理救濟效果。

另個 2012 年的案子則為 *Nasser* 案，最高法院認為給予 5 個猶太（Jewish）地區稅賦優惠的法律規定，因其恣意且而無正當理由即給予差別對待，違反平等原則，惟考量到系爭規定攸關受稅賦優惠地區居民的生活，以及應給予國會提出

<sup>299</sup> HCJ 6298/07 *Ressler v. The Knesset* [2012].

<sup>300</sup> HCJ 1993/03 *The Movement for Quality Government in Israel* [2003].

更適當分配稅賦利益的標準，因此選擇宣告達 12 月之久的定期失效，更特別的是，最高法院尚一併諭知三個被現行規定不當排除的非猶太地區，於前述的期限屆至後將自動被涵蓋進稅賦優惠的範圍內，此被稱之為「逕予納入」(“read-in”) 模式<sup>301</sup>。

*Yekutieli*、*Ressler* 及 *Nasser* 案都涉及平等原則，且特徵均為國家給予特定群體、地區利益，但是其分類、分配標準未能通過比例原則之檢驗，學者認為由於違憲的規定均是存在長久以致產生強烈的信賴利益，因此雖然給予政治部門因應時間亦屬重要考量，但因為有了前者的因素，使得定期失效的運用較具有正當性。但是學者也同時指出當違憲的規定存在相當長一段時間，且在此期間已釋放給政治部門系爭規定可能違憲的訊息時，最高法院對於平等原則長期遭到嚴重抵觸的傷害似未有精確的衡量，以致定期失效的正當性亦非毫無疑義<sup>302</sup>。

而近來，定期失效之運用則出現更為恣意的狀況，在 2012 年的 *Hassan v. The National Insurance Institute of Israel*<sup>303</sup> 案中，最高法院認為收入支持法 9A (b) 規定擁有或使用車輛者不得享有收入支持的補貼，違反人性尊嚴及自由此基本法中對於最低尊嚴生活 (a minimum dignified subsistence) 原則之保障，因為該排除補貼的標準與擁有或使用車輛之個人是否有足以維持其最低基本生活尊嚴顯不相關。最後在救濟效果 (remedy) 部分，法院認為不應該讓系爭違憲的規定立即失效，因為必須給予立法者時間去形成新的安排，但是因為此侵害的是最低基本生活尊嚴保障，對於需要生活補助者實屬最後的安全網 (the last safety net)，因此定期失效的期限不能過長，應以自判決公布時起 6 個月為限。雖然在過渡期間系爭違憲規定仍有效(至於本案的原告因為對於系爭法規範被宣告違憲具有貢獻，

<sup>301</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, *supra* note 293, at 225.

<sup>302</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, *supra* note 293, at 225-226.

<sup>303</sup> HCJ 10662/04 *Hassan v. The National Insurance Institute of Israel* [2012].

可獲得直接的救濟效果)，但身為主管部門之全國保險機構（National Insurance Institute）仍可以在考量本判決所揭櫫之意旨後建立過渡性的措施因應，例如對於車輛「使用」的概念為嚴格的解釋，減少不合理排除情形的出現。從判決理由中可以清楚發現法院反覆強調其並未決定最低基本生活尊嚴保障之實質內涵，此應留由立法者透過審議過程去形成，法院宣告系爭規定違憲僅是基於其標準的不合理性，此點無疑的是在正當化定期失效的必要性<sup>304</sup>。

對於 *Hassan* 案，有學者批評在論理上法院根本未指出本案適用定期失效宣告所欲維護的私益或公益內涵，另外也可以觀察到定期失效已經從避免溯及失效造成負面影響的工具，轉變成緩和司法違憲審查所可能引起的衝突（the sting）以及對於立法者表示尊重的工具，給予國會制定新法的時間才是最重要的考量。另外，*Hassan* 案有其在以色列司法違憲審查發展上的特殊意義，因為是首件以違反社會權（social rights）為由宣告法律違憲的案件，或許也正因為如此而特別需要利用定期失效來緩和對於國會之衝擊<sup>305</sup>。

### 5.2.3.1.3 檢討

有學者嘗試從人權保障、權力分立以及彈性需求與恣意裁量避免三個面向來檢討最高法院對於定期失效之運用，首先，建立司法違憲審查機制最重要的理由之一即為保障人權，因此允許違憲但有效法秩序狀態的存在，即意謂人權保障並非如此絕對，同時將導致政治部門對於所制定法律侵害人權現象的輕忽，以及社會易認為人權僅具有理論上而非在現實上具有意義。但是，也必須承認的是，當法院可以選擇不讓宣告法規範違憲的裁判溯及生效，將有助於讓法院比較願意肯認新的權利、擴大權利的內涵以及宣告侵害前述權利的法規範違憲，因此，從長

<sup>304</sup> HCJ 10662/04 *Hassan v. The National Insurance Institute of Israel* [2012], 84-85.

<sup>305</sup> See Ittai Bar-Siman-Tov, *supra* note 293, at 222-223.

遠的角度而言，似乎有助於司法違憲審查機制的發展<sup>306</sup>。

其次，自權力分立的角度，當最高法院對於宣告法規違憲後的救濟效果擁有越大裁量權力，即代表其角色越近似立法者，但是司法違憲審查制度發展迄今，影響權力分立最大的不在於違憲但有效法秩序狀態之存在，而是法院在判決中對於合乎憲法之法制度形成為具體的指示。尤其，定期失效的模式的目的即是為了讓政治部門享有充分的法規形成時間，因此，以其非採取溯及失效為由而指謫違反權力分立實非的論<sup>307</sup>。

最後，基於個案的複雜性以及避免對於私益及公益造成傷害性的後果，必須給予法院在個案中決定救濟效果的空間，但是如何在法規違憲的嚴重性與宣告法規違憲失效後果兩者間為適切之衡量，學者則嘗試提出看法，僅有強烈的信賴利益，或是重大的公共利益如避免法規真空、嚴重的財政負擔或安全後果，方能成為正當化定期失效宣告的理由，至於讓立法者有時間去制定新法規並無法單獨支持定期失效的運用。對於因宣告法規立即失效所引發的後果必須進行真正的評估，只於判決理由中提及可能的後果是不足的，建議當法院審理後認定法規違憲，尚應針對宣告、救濟效果部分舉行意見聽取會（hearing），讓當事人可以對此表達意見，使法院在諭知類型的選擇上能更為適切。

以色列最高法院在定期失效宣告類型的運用上，從最開始、理論上的嚴格例外，逐漸躍身為原則，與同屬具體及分散司法違憲審查模式的加拿大（詳如後文）有著相同的軌跡。學界必須開始面對如何對於定期失效的運用提出適當的界限，但或因為案件數量、類型均相對有限，因此尚不足以分析整理為較為精細的操作架構，甚而能具有規範上的意義。惟無論如何，以色列的經驗仍然有值得我們參考之處，例如定期失效期限的期間明顯較我國為節制、肯認司法違憲審查所具有

<sup>306</sup> See *id.* at 226-228.

<sup>307</sup> See *id.* at 228-229.

對於個案當事人之救濟效果，而學者也明確指出給予政治部門時間以修正法規範並非強而有力的正當性因素，此點對於我國司法違憲審查理論及實務尤具有突破盲點的意義。



### 5.3 具體及分散式違憲審查國家

#### 5.3.1 加拿大

##### 5.3.1.1 規範基礎

加拿大一直至 1982 年制定權利與自由憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms) (下稱人權憲章) 後，司法違憲審查之機制運作方有較為大幅度之進展，依據人權憲章第 24 條第 1 項規定，任何人當其受憲章所保障之自由、權利遭受侵害時，皆能向法院尋求救濟<sup>308</sup>。面對經典的正當性爭議，根據學者之研究，加拿大最高法院 (Supreme Court of Canada) 以對話模式 (Dialogue Approach) 回應憲法作為最高法秩序規範下，司法權與立法權之緊張關係，其核心概念即違憲審查之決定並無絕對的拘束效力，僅是促發社會對於憲章所保障之權利及自由內涵，與社會秩序、安全之公益需求間，能因此產生對話、論辯而取得一個更為妥適之平衡<sup>309</sup>。前述理論所植基的背景有四，第一是人權憲章第 33 條設有在比較憲法上相當特殊之「例外機制」(notwithstanding mechanism)，允許立法者透過制定明確條款的方式，讓被最高法院宣告違憲侵害人民權利、自由之法律於裁

<sup>308</sup> “Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”

<sup>309</sup> 根據學者之定義，所謂的「對話」係指違憲審查之決定可能遭受立法的否決 (reversal)、修正 (modification) 或者是忽略 (avoidance)，see Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures*, 35 *Osgoode Hall L. J.* 75, 79 (1997).



判作成公布後5年內仍為有效之狀態<sup>310</sup>，雖然該制度甚少被使用，尤其是不曾出現在聯邦議會中<sup>311</sup>，惟已提供相對於司法權，立法權在法秩序的決定中擁有更為優位的充分基礎；第二是人權憲章第1條即揭櫫為了自由及民主的社會，可合理的透過法律限制人民之權利與自由，而何者謂合理（即比例原則）本即應由國會透過立法過程為決定<sup>312</sup>；第三是諸多人權憲章所保障之權利本身都附有限制，亦即非絕對性的保障<sup>313</sup>；第四則是在平等原則或平等權上，雖然法律違反人權憲章之要求，但如何調整則呈現相當多種的可能性（並涉及財政負擔），應由肩負政治責任之立法者負擔最終的選擇<sup>314</sup>。

在此基礎上，雖然人權憲章第52條明文規定「**憲法是加拿大法秩序中最高之規範，任何與憲法不一致的法律將不生任何效力**」<sup>315</sup>但在實際上，加拿大最高法院卻越趨頻繁的讓與人權憲章相抵觸的法律，其效力於裁判作成公布後能夠繼續存在一定的期間，對此，學者有稱之為裁判效力的延滯（Suspended Effect），或是延滯之無效宣告（a suspended or delayed declaration of invalidity）<sup>316</sup>，有別於

<sup>310</sup> See Jean Leclair, *supra* note 80, at 549.

“(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

亦即違憲宣告之裁判雖然效力在實際同樣被暫緩，但此是因為立法者透過立法之作為而導致，與法院自行於裁判中諭知效力之延緩（即本文以下將介紹之“suspended effect”）並不相同，此差異之區分，see Sarah Burningham, A Comment on the Court's Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in *Carter v. Canada*, 78 Sask. L. Rev. 201, 204-205(2015).

<sup>311</sup> See Kent Roach, Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience, 40 Tex. Int'l L.J. 537, 543 (2005)；Jean Leclair, *supra* note 80, at 552.

<sup>312</sup> See Kent Roach, *supra* note 311, at 541-542；Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, T *supra* note 311, 84-87.

<sup>313</sup> See Peter W. Hogg & Allison A. Bushnell, *supra* note 309, at 87-90.

<sup>314</sup> See *id.* at 90-91.

<sup>315</sup> “The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.”

<sup>316</sup> See Kent Roach, *supra* note 311, at 546.

美國聯邦最高法院所使用的將來性廢棄宣告（prospective overruling），裁判的效力延滯是指至生效日後，除非系爭違憲的法律經過修正或取代，否則仍會發生溯及之效果<sup>317</sup>，而將來性的廢棄宣告則是將裁判所揭禁之要求明定於一定期間後所發生者方有適用，並不具有溯及的效果，此點應予辨明<sup>318</sup>。

不具溯及效果的將來性廢棄宣告在加拿大亦曾出現，但是案例極少，根據學者之研究<sup>319</sup>，僅有兩個較為著名的案件，第一個是1998年的 *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*<sup>320</sup>案，最高法院雖曾於先前的案件中揭示人權憲章要求必須設置獨立的薪酬委員為會，以確保法官能夠獨立，但是先前宣告制度違憲的判決僅於1年的期間屆至後方能適用，而且不產生溯及性的影響效果（依有附期間的特徵來看，同時屬於裁判效力延滯類型）；第二個則是2007年的 *Canada (Attorney General) v Hislop*<sup>321</sup>案，在先前1999年的 *M. v H.*<sup>322</sup>案中，最高法院認為安大略省的家庭法（Ontario Family Law Act）將同性戀婚姻關係者排除於普通法中配偶定義之外，而僅給予異性戀之夫妻福利、補助，違反人權憲章第15條第1項之平等保障，因而宣告系爭法律違憲但諭知6個月後裁判方產生效力，政治部門據此為修正，但明訂原因事實發生於1998年1月1日後之同性配偶方能獲得津貼補助。希斯洛普（Hislop）其配偶死於1998年之前，故其請領津貼時因而遭受拒絕，遂提起訴訟主張新修正之法規範應溯及至1985年人權憲章公布生效時即可適用，最高法院雖然認為原則上司法的裁判具有溯及的效力，但是當法律的改變是因為法院的介入而發生時，

<sup>317</sup> See Grant R. Hoole, Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law, 49 Alta. L. Rev. 107, 110 (2011).

<sup>318</sup> See Lionel Smith, Canada: The Rise of Judgments with Suspended Effect, in COMPARING THE PROSPECTIVE EFFECT OF JUDICIAL RULINGS ACROSS JURISDICTIONS 254 (Eva Steiner ed. 2015).

<sup>319</sup> See *id.* at 258-259.

<sup>320</sup> *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* [1998] 1 S.C.R. 3.

<sup>321</sup> 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429.

<sup>322</sup> *M. v H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

僅向將來發生效力是較為合適的選擇，法院的考量不外乎法院的裁判涉及法律的實質變動、聯邦政府對於先前法律的有效性有合理的信賴、政府的行為是基於誠信、對於原告而言是不公平的，因為回溯發生效力如同將對於人權憲章最新之理解發展，自人權憲章公布生效時即予適用，未能在法院以及國會兩者的角色間取得平衡。

兩者相較後，當以裁判效力的延緩於加拿大憲法性裁判中較具有重要性，且本質上更近似我國定期失效之違憲宣告模式，故以下即簡述其之發展。

### 5.3.1.2 適用概況

裁判效力延滯之宣告模式最早出現於 1985 年的 *Manitoba Language Reference*<sup>323</sup> 案，曼尼托巴省之議會長期無視憲法要求該省之立法應採行英語以及法語的雙語模式，面對此違憲情形，加拿大最高法院選擇讓裁判延滯生效，避免因為立即失效所造成「法律真空」(legal vacuum) 的情況，讓立法者有機會可以為法規範之修正、調整<sup>324</sup>。本案的違憲情況固然極為明顯，但是問題並不是出在法規範有何不當限制人民權利的情形，僅是未依憲法之要求公布內容相同但以不同語言表述的法規範，在實質上，人民享有的自由及權利並無何不同，立法者所負擔的義務僅是進行法規範形式上的「翻譯」而已，重點在於彌補其之怠惰，在法規範違憲審查的案例類型中相當特殊，宣告立即失效確無必要，且反而會導致違憲的情況更為嚴重。

接者，在 1991 年的 *R v Swain*<sup>325</sup> 案中，加拿大最高法院認為當時的普通法允許政府 (the Crown) 舉出被告心神錯亂 (insanity) 的證據，而刑法第 542 (2)

<sup>323</sup> *Reference re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721.

<sup>324</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 111.

<sup>325</sup> *R v Swain* [1991] 1 S.C.R. 933.

條 (section 542(2) of the Criminal Code) 明定對於因心神喪失以致無刑事責任之被告應逕諭知暫時監禁，違反基本的正義原則，以及缺乏對於被告聽審和程序權之保障，因而抵觸人權憲章之要求，然而若逕宣告系爭原則、規範無效，將使得目前監禁於囹圄中的大量被告獲釋，會產生嚴重之影響，故法院決定讓系爭規定於判決公布後六個月內依然有效，並且諭知過渡性的措施，任何的拘留最長期限為 30 天，除非政府能夠提出延長至 60 天之必要的說明，否則被告可以提出人身保護令 (habeas corpus) 之請求。最高法院此種做法，在過渡期間內諭知暫時性措施，學者即認為法院實際上扮演著相當於立法者的功能，然此實是基於裁判決定所將造成的影響 (特別是人身自由) 而不得不然的折衷性做法<sup>326</sup>。

加拿大最高法院雖然自行發展出裁判效力擱置之宣告類型，但是初期適用的情形相當節制，在 1992 年的 *Schachter v Canada*<sup>327</sup> 案中，法院認為聯邦政府的育兒津貼 (parental benefits) 僅提供給收養者和生母，但未提供給生父，此規定抵觸人權憲章中第 15 條的平等條款，但是法院認為該違憲的法秩序狀態並不能夠逕透過無效宣告，亦不適宜逕解釋而將生父涵蓋入內的方式 (reading in) 來處理，並為了不剝奪目前有資格請領津貼者之權益，法院選擇讓裁判的效力暫時擱置。此案涉及的是直接影響國家財政負擔的經濟領域平等保障問題，足供我國在處理相類似的案件上作為參考，但是 *Schachter* 案更重要的是意義在於，主筆的大法官拉墨 (Lamer) 提出裁判延後生效所適用的三種情形，試圖化解最高法院日趨國會化的質疑，第一種是若逕宣告法規範失效而未有替代的法規範將對於公共致生危險 (public harm)；第二種是若逕宣告法規範失效而未有替代的法規範將對於法治產生威脅 (injury to the rule of law)；第三種是法規範之所以違憲是基於涵

<sup>326</sup> See David B. Deutscher, *R. v. Chaulk and R. v. Swain* Insanity and the Constitution, 2 Const. F. 99, 102 (1991).

<sup>327</sup> *Schachter v Canada* [1992] 2 S.C.R. 679.

蓋不足而不是涵蓋過廣，因此若宣告該法規範無效將導致對於本應取得利益者之剝奪（the deprivation of benefits to deserving persons），同時亦無助於讓應取得該利益者能夠取得，形成「復仇的平等」（equality with a vengeance）之局面<sup>328</sup>。法院強調擱置裁判的效力對於憲章的優位性是極大的傷害，且無法作為解決司法與立法間權力緊張關係的萬靈藥，並且如果個案的情況適合由法院以解釋之方式逕為擴大違憲法律的涵蓋範圍（即 reading in），相較於擱置裁判效力，使違憲狀態的排除取決於立法者，逕為解釋的方式並不會禁止立法者於價值決定後再為立法<sup>329</sup>。由此可見，在初期加拿大最高法院將裁判效力延滯之宣告類型視為例外，僅於為避免重大損害方允許使用<sup>330</sup>。

然而，在嗣後的發展上，加拿大最高法院並未謹慎適用裁判效力延滯此類型，「違憲但有效」的法秩序狀態經常的出現，幾乎從例外躍升為原則，學者布魯斯·賴德（Bruce Ryder）即以「遭擱置的人權憲章」為題論著。根據學者研究，經最高法院認定違憲但延滯裁判生效之案件，占整體宣告違憲案件的比例，1994年至1998年間為17%，惟在1998年至2003年間卻一舉躍升至57%<sup>331</sup>，嗣後比例更曾高達73%<sup>332</sup>，幾等同甚至已超越我國定期失效宣告模式的發展趨勢，顯然具有相當的可比較性。在延滯生效的期限上，有明確期間者中最短的為6個月，最長的則為1年半，尤以前者為多數<sup>333</sup>，與我國定期失效違憲宣告所諭知之期限動

<sup>328</sup> *Id* at 719.

- A. striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public;
- B. striking down the legislation without enacting something in its place would threaten the rule of law; or,
- C. the legislation was deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth, and therefore striking down the legislation would result in the deprivation of benefits from deserving persons without thereby benefitting the individual whose rights have been violated.

<sup>329</sup> *See id.* at 716-717.

<sup>330</sup> *See* Sarah Burningham, *supra* note 310, at 202.

<sup>331</sup> Bruce Ryder, *Suspending the Charter*, 21 SCLR (2d) 267, 272-273(2003).

<sup>332</sup> Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 114.

<sup>333</sup> *See* Bruce Ryder, *supra* note 331, at 296.

輒長達二、三年之久相比，加拿大最高法院明顯較為節制。而延滯生效案件所涉及的基本權例種類上，最常見者為第 15 條的平等權，而第 11 條 d 款的無罪推定原則、第 2 條的思想、信仰、表意自由及第 7 條的人身自由亦皆曾為適用的對象<sup>334</sup>。

最近較為著名的案例有二，第一則為 2013 年的 *Canada (AG) v Bedford*<sup>335</sup> 案，該案起源於加拿大雖然將性交易（prostitution）予以合法化，但是依然存在著相當多的限制，刑法中即將集中式的妓院、自他人性交易中營利與於公共場所傳達性交易訊息三種行為入罪，使得性工作者幾乎只能夠透過顧客私下、個別的聯絡方能執業<sup>336</sup>，最高法院在審理後全體一致的認定前揭規定均違反人權憲章第 7 條<sup>337</sup>之規定，導致性工作者無法在安全的環境下從事性交易，並對其工作自由產生過當之限制。雖然該違憲的法規範對於權利產生侵害，尤危及社會上相對弱勢群體的生存，但最高法院決定讓裁判延後 1 年方生效，理由是認為性交易如何管制是相當複雜與細緻之事，適合由國會去考量各種因素後決定，性交易如從有管制一下子去管制化將使許多加拿大人擔心。至於 *Schachter* 案提出的延期生效標準，法院雖然認為重要，但並未進行任何之討論<sup>338</sup>。萊昂內爾·史密斯（Lionel Smith）教授即指出 *Bedford* 案中法院僅憑因違憲宣告會引發公眾的擔心（concern）即決定延緩裁判的效力<sup>339</sup>，明顯已悖離 *Schachter* 案的限制，因而與人權憲章相互抵觸之法規範究應立即失效或延期失效，已難見原則與例外的分別。

<sup>334</sup> See *id.* at 296.

<sup>335</sup> *Canada (Attorney General) v Bedford* 2013 SCC 72.

<sup>336</sup> See John J. Kappel, *Canada (Attorney General) v. Bedford: The World's Oldest Profession Struggles to Carve out a Future for Itself*, 19 *Law & Bus. Rev. Am.* 411, 416 (2013).

<sup>337</sup> “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

<sup>338</sup> *Canada (Attorney General) v Bedford* 2013 SCC 72, at 165-169.

<sup>339</sup> See Lionel Smith, *supra* note 318, 257.

第二則為2015年的*Carter v Canada (AG)*<sup>340</sup>案，最高法院認為刑法第241條b款禁止幫助或唆使（aid or abet）自殺之行為，以及同法第14條明定任何人皆無權同意剝奪自己生命的行為，縱使獲得死者之同意亦不影響行為人之刑事責任，均違反人權憲章第7條及第1條之規定，推翻1993年*Rodriguez v British Columbia (AG)*<sup>341</sup>禁止加工自殺之判決先例，但是法院諭知此裁判將自裁判作成公布後12月方生效力，理由是考量雖然將加工自殺除罪化，但是醫療人員是否應予以協助？可否基於宗教或良心的理由而予以拒絕？此些相關的配套措施皆有賴立法者去形成。然而有學者批評本案最高法院用以支持違憲裁判延期失效的理由過於薄弱，未滿足*Schachter*案的任何一種情況，根據裁判的意旨，經認定違憲的部分並非整個條文（僅限於特殊的情形），且立即失效之宣告對於社會多數人而言並無何影響，至於以法院裁判的意旨過於模糊，如何直接適用將成困難亦非正當的理由，因為無論系爭違憲的法規範是立即失效還是延期失效，時間一屆至都將面臨相同的狀況，真正的問題在於裁判的諭知應該明確而與效力是否延滯無涉。另外，法院或許以原因案件的當事人並無需要救濟效果作為延滯裁判效力之另一個正當考量，但是其所忽視的是非原因案件，在這個國家中有著其他相同情況而尋求醫療協助終結生命者的存在，因為裁判的延期生效，導致渠等必須再忍受判決中所精確描述、形容的痛苦<sup>342</sup>。

### 5.3.1.3 逕行納入宣告模式

除了運用裁判效力之延滯宣告外，加拿大聯邦最高法院亦曾在少數類型的案件中，直接在裁判中諭知違憲法令應加入特定規範要素，不待政治部門之修正，

<sup>340</sup> *Carter v Canada (AG)* 2015 SCC 5, 384 DLR (4th) 14 [*Carter*].

<sup>341</sup> *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 SCR 519.

<sup>342</sup> See Sarah Burningham, *supra* note 310, at 205-206.

值得注意。在1998年的 *Vriend v. Alberta*<sup>343</sup> 案中，即認為亞伯達（Alberta）省之個人權利保護法（Individual's Rights Protection Act）禁止雇主在聘用上對於求職者之種族、宗教信仰、膚色、性別、身體障礙、心理障礙、婚姻狀況、年齡以及源地為歧視，惟卻未將性傾向（sexual orientation）納入，違反了於1982年所生效之加拿大權利及自由憲章（the Canadian Charter of Rights and Freedoms）中第15條第1項之平等保障條款<sup>344</sup>，法院並未宣告前揭法律抵觸憲法而無效，反而是諭知該法律之禁止歧視條款中必須將性傾向亦納入，就如同立法者業已規範般。

此種宣告類型被加拿大學者稱之為「強制列入」（reading in），有別於單純宣告法令違憲之情形（strike out），蓋極其明顯的是立法者出現不應該遺漏卻遺漏（under-inclusiveness）之錯誤，基於憲法的意旨應是擴大法令的涵蓋範圍，而非讓規範本身失其效力，導致其他業已於規範範圍中者，反而因為遭到排除而使整體法秩序與憲法相違反的情形更為嚴重。加拿大聯邦最高法院此舉必然招致司法者立法者化的批評<sup>345</sup>，適用上需要謹慎且應基於相當充分正當之理由，以所舉案件為例，審理該案的亞科布奇（Iacobucci）大法官即表示，當是歷史上長期遭受偏見以及歧視的少數群體，在立法過程中未被納入考量時，司法即有必要介入去導正該運作不當的民主程序，故將性傾向亦納入系爭法律中，不但是對立法者的角色，也是對於加拿大權利及自由憲章之尊重<sup>346</sup>。

### 5.3.1.4 學界之檢討

根據學者的研究，加拿大最高法院頻繁的讓認定法律違憲之裁判效力延滯，

<sup>343</sup> *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493.

<sup>344</sup> “Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.”

<sup>345</sup> See Lionel Smith, *supra* note 318, at 252-253.

<sup>346</sup> See Martha Jackman, Giving Real Effect to Equality: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)* and *Vriend v. Alberta*, Jackman, Martha, 4 Rev. Const. Stud. 352, 361-362 (1997-1998).



主要是基與二大考量，第一，法院欲因應為了保障人權憲章中自由、權利，宣告法規範立即失效所可能引發的負面衝擊，在利害衡量後而為的選擇；第二，讓立法者而非司法者去決定能夠符合人權憲章要求的法規範，因為根據憲章對於人民自由及權利的保障，當法制度的形成是存在著多種可能性時，法院不宜介入過深，因此如果宣告違憲法規範立即失效，法院很可能即被迫要成為過渡期間法秩序的決定者<sup>347</sup>。前述第一點雖然是從利益衡量的觀點立論，但法院大幅延滯違憲裁判生效的真正原因其實是前述的第二點，法院實際上是以此種宣告方式來避免司法違憲審查者與立法者間的緊張，契合加拿大憲法學界中的對話模式理論<sup>348</sup>。

L'Heureux-Dubé 大法官於 1999 年的 *Corbiere v. Canada*<sup>349</sup> 案的協同意見中即表示延後違憲裁判生效之時點，有助於促進民主，因為其給予立法者時間去徵詢受系爭法規範影響者之意見，使將來合乎人權憲章要求的法規範能夠納入他們的利益為考量，極其明顯的，法院的功能與正當性問題，才是大法官們最為關切之點。

加拿大最高法院前述之發展，招致最大的批評即是在違憲裁判生效前，侵害人民自由及權利的法規範將繼續有效，法院仍適用之做成不利的裁判<sup>350</sup>；雖然法院強調延滯生效的優點是賦予立法者對法規範有形成空間，但是立即失效的宣告並不當然會限制立法者制度選擇、形成的權力，過程中依然可以廣泛的納入受影響者之意見，簡言之，民主程序並未因為立即失效之宣告而受到減損；人權憲章第 52 條所揭櫫的憲法優位性，要求立法者對於人民自由及權利之限制必須有正當性 (justified)，而司法的責任則是對於那些缺乏正當性的法規範限制予以失效之宣告，至於立法者之後要選擇何種方式去處理違憲的法秩序狀態，並不因此減

<sup>347</sup> See Bruce Ryder, *supra* note 331, at 275.

<sup>348</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 116.

<sup>349</sup> *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* [1999] 2 S.C.R. 203. 有學者即精準闡述法院背後的核心思考在於“The Court's judgment is not the final word but invites further responses and participation.” see Kent Roach, *supra* note 311, at 547.

<sup>350</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 128.

免司法則對於違憲法規範宣告失效的責任<sup>351</sup>；延滯宣告法令違憲裁判的生效也會降低人民主張憲法所保障權利而窮盡審級救濟之誘因；導致立法者於制定法規範時心態上易疏於考量人權憲章之要求，因為縱使違憲，法院亦會給予其修正之機會<sup>352</sup>；相當多數的延期生效違憲裁判中，並未見到大法官提出能夠充分正當化「違憲但有效」現象的理由，判決中經常僅出現大法官認為應由國會去重新制定合乎憲法要求的法規範，但是何以即可逕得出應選擇讓裁判延後生效？論證付諸闕如，更進一步，又何以法院不能夠自己去處理違憲法規範立即失效後所面臨的問題？效力期限的長短如何決定？在在都存在說理不足因而顯得恣意<sup>353</sup>；法院期待立法者會運用其資源與功能的優勢，在各種符合人權憲章的制度中選擇最適切者，但在不少延滯裁判生效的案件中，最後這樣的期待卻發生落空，立法者的回應僅是便宜行事的略為改變，導致爭訟嗣後可能再起，因此所謂的「對話理論」在實際上是否真的能透過違憲裁判的延滯生效而發揮較讓違憲法令立即生效更佳的預期功能，實大有疑問<sup>354</sup>。

學者布魯斯·賴德並非主張完全禁止延滯裁判效力的宣告模式，而是認為應透過較精細的利益衡量，亦即在裁判立即生效與延後生效兩者間，斟酌其各自的利弊，*Schachter* 案所指出的三種情形可作為案例類型，但是仍有不完足之處。學者 Sarah Burningham 亦未堅持人權憲章第 52 條違憲無效之誠命應完全貫徹，其認為可採取較 *Schachter* 案更寬鬆的觀點，當法院能夠提出夠有說服力的理由、精確的說明，並有證據可為支持，則其可以在權衡立即失效對於社會及制度之傷害，與人民權利持續受到限制兩者後，選擇延緩違憲宣告之裁判效力，申言之，考量者包括制度性因素與現實性因素兩者，前者係指延滯裁判生效透過促使立法

<sup>351</sup> See Bruce Ryder, *supra* note 331, at 281-282.

<sup>352</sup> See *id.* at 287-288.

<sup>353</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 122-123.

<sup>354</sup> See *id.* at 127-128.

者回應而彰顯對於立法者之尊重，後者則指延滯裁判之效力可避免傷害以及提升立法決策之品質。雖然前述之斟酌因素形式上似與加拿大最高法院之實際操作模式並無過大之差異，但是 Sarah Burningham 教授再特別補充表示，制度性的因素不應該過度被強調，因為立即失效在多數的時候並不必然限制立法者對於新法規範之制定權限，現實性的因素則不應被不當的評價，例如宣告立即失效使立法者先制定「暫行法」(“quick fix” law) 因應，嗣後於充分考量各項因素後再制定妥適的法規範即屬一種較佳之選擇，而倘若真有必要給予立法者相當的時間，則宜由立法者透過人權憲章第 33 條有明文規範之例外機制去處理<sup>355</sup>。此論者之觀點雖然試圖對於實務之適用現象進行限縮，但是原則上仍對於法院可以立法與司法功能上之差異作考量持肯定立場，且未能清楚說明在具體個案上如何權衡，故此論點之可操作性與實際效果均存有相當疑慮。

另有論者指出，在決定裁判效力是否延滯生效時，大法官可以考量司法與立法間在能力、制度上的差異，法院能在裁判中正當地闡明其能力上之限制，如完善的處理違憲法秩序狀態相當於創造新的政策架構，因此如由法院為之將侵害了立法者的權限，或者是基於法院在處理規範上所面臨各方利益平衡之弱點，以及宣告違憲法規範立即失效將導致的不確定結果，然而均須以公共利益 (public interest) 為基礎，法院亦必須於裁判中明白、清楚的說明若不延滯違憲裁判的生效，補救違憲情狀的措施將受挫。因此單純以立法者最適合去形成新的合憲法秩序並非正當、充分的理由，蓋違憲法規範的立即失效與立法者的規範形成權並不一定相悖<sup>356</sup>。

面對加拿大最高法院在違憲裁判時間效力問題上的發展情勢，有論者提倡以比例原則 (proportionality analysis) 來追求更正確、妥適的決定，具體而言，大

<sup>355</sup> See Sarah Burningham, *supra* note 310, at 203-205.

<sup>356</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 133-134.

法官必須以 *R v Oakes*<sup>357</sup> 案所揭示的違憲審查方法為基礎，回答以下之問題：第一，延滯裁判生效是否為追求迫切及重要之目的（a pressing and substantial purpose）？第二，延滯生效與前揭目的是否具有合理的關聯性（a rational connection）？第三，延後生效將對於受人權憲章所保障的權利產生什麼影響？而裁判的延後生效是否為追求前揭目的中所能使用之最小損害手段？第四，透過裁判延後生效所得之利益勝過（outweigh）任何因此而對於人權憲章權利所產生的不利益？唯有符合前揭四個要求，並於裁判中詳細的說明，延滯違憲裁判的效力方具有正當性<sup>358</sup>。

申言之，在第一個要件中，*Schachter* 案所描述的三種情況可以符合要求，但並不以此為限，當立即失效將不利於立法者形成最理想的後續因應方式，因而有損於健全的公共利益與長遠的補救方案，此亦屬迫切及重要的利益，不同於以立法者更適合於司法者為制度的形成這種理由為依據，法院應該具體說明何以立即失效將妨礙立法之裁量權。第二個要件中，則禁止以法院與國會於功能上之不同作為理由，此與延緩裁判效力所追求之目的間欠缺合理的關聯性。第三個要件中，法院則應考量除了單純延滯裁判的生效外，是否能選擇其他對於人民權利侵害更小的方式，舉例而言：如將延滯的期限盡可能縮短、以附條件的方式為裁判之延滯失效宣告、在緩衝期限內保有監督機制（supervisory jurisdiction）、依據人權憲章第 24 條第 1 項<sup>359</sup> 諭知救濟方法，尤應注意的是應盡可能給予原因案件之人民救濟效果。在最後一個損益權衡的要件中，則要求法院必須辨明其所追求的真正、特定目的，進而與延滯裁判生效所造成權利損害為較量<sup>360</sup>。

<sup>357</sup> *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>358</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 145.

<sup>359</sup> “Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”

<sup>360</sup> See Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 145-147.



### 5.3.1.5 小結

總結加拿大最高法院對於抵觸人權憲章法規範之態度，實與我國違憲審查宣告模式的發展有高度的相似性，雖然憲法中不但明文規定憲法的最高性、優位性，並且對於與憲法相抵觸之法規範其效力明白揭示無效或失效之要求，亦即並不容許「違憲但有效」的狀態，尤其是業經法院審查認定者。然而現實上，職掌違憲審查的司法者，卻因為更關注司法與立法二者的制度角色和能力 (institutional role and capacity) 的差異，以及將公共利益列為最優先的考量，故大量運用裁判延滯生效之類型，因而導致違憲審查決定效力的大幅弱化。

不過必須認知到的差異是，加拿大在法規範層面提供了相較於與我國憲法，允許「違憲但有效」法秩序狀態的更充分正當基礎，例如規定於第 33 條之例外機制，賦予立法者可透過立法明文的方式使經宣告違憲之法規範依然有效一段不短之時間即為明證<sup>361</sup>，因此，加拿大違憲審查制度發展中，違憲裁判延滯生效占違憲裁判之比例較高，甚從例外搖身一變成為原則，雖未必全然的正當，但平心而論是較能夠理解的。反之，我國則無相同的規範面基礎，因而定期失效被頻繁適用即存有較為嚴重的正當性問題。

然而，面對規範面與現實面的落差現象，縱在司法違憲審查權正當性議題上採取「對話模式」此主要理論基礎，以及被美國之馬克·圖什內特教授 (Mark Tushnet) 歸類為「柔性司法違憲審查機制」(weak-form systems of judicial review) 的加拿大<sup>362</sup>，學界對於延緩違憲宣告之正當性質疑與檢討聲浪並不曾停歇，業如

<sup>361</sup> 另有論者則是認為人權憲章第 1 條 (“The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”) 也能夠作為延緩違憲裁判效力發生之依據，see Grant R. Hoole, *supra* note 317, at 137-139. 但是此規定實相當於我國憲法第 23 條所揭櫫者，故如就制度上的比較而言，較難認因其之存在而會產生差異。

<sup>362</sup> See Mark Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, 101 Mich. L. Rev. 2781,

前述，畢竟「違憲但有效」的狀況存在對於人權保障、法秩序的一致性無疑均是莫大傷害，如常態化實有背於當代違憲審查機制建立之初衷。因此，自比較法的觀點而論，加拿大最高法院對於違憲法規範的效力處理模式，因為欠缺有力的正當性基礎，故並不應作為合理化我國大法官頻繁使用定期失效違憲宣告的理由，反而是其學界提出以比例原則強化法院說理責任，並具體歸納、分析幾種正當情形與論理上的盲點，較具有參考上的價值。

### 5.3.2 美國

美國為普通法體系（common law）國家，法院長期以來不只是在法令的解釋上也在法律的形成上扮演著重要的角色，又聯邦最高法院在馬伯里訴麥迪遜案（*Marbury v. Madison*）<sup>363</sup>中，肯認各法院在案件的審理中皆擁有附隨性審查所適用法令是否抵觸憲法的權力，採行分類上屬於具體及分散式的違憲審查機制，而結合審級制度與判決先例（*stare decisis*）原則後，使得聯邦最高法院的決定於實際上具有拘束各審級法院之效力<sup>364</sup>。

根據學者之研究，聯邦最高法院對於判決先例的廢棄可以區分為三大類型，分別是普通法案件（common-law case）、憲法案件（constitutional case）以及法令案件（statutory case）<sup>365</sup>，三者廢棄判決先例的限制上存有差異。在普通法案件，因為英美法中的法官傳統上即扮演相當於立法者的角色，且大部分法官又是經由選舉所產生，實際上具有相當的民主正當性，所以在廢棄、變更判決先例時所受到的限制較小；在憲法案件，法官的角色則較偏向解釋者而非立法者，但是當法院嗣後發現其對於憲法條文的解釋有錯誤、不當，有必要隨著社會之變遷

---

2784-2785(2002).

<sup>363</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

<sup>364</sup> 法治斌，同註 17，頁 7-9。

<sup>365</sup> 惟此亦非毫無爭議，有論者認為在涉及憲法解釋之案件中並無判決先例之適用，see Note, *Constitutional Stare Decisis*, 103 Harv. L. Rev. 1344, 1345(1990).

而改變時，同樣會面臨需要廢棄判決先例的問題，而此時國會並無法透過制定法律或輕易完成修憲去推翻判決先例，所以在現實層面上又不得不由法院為之<sup>366</sup>；在法令案件中，法官的角色亦偏向解釋者，其在判決先例中所為之解釋並成為該法令內容的一部份，而當法院要廢棄先前之判決先例時，即形同廢棄或改寫法令，這本質上是屬於立法者方擁有之權力，故唯有該法令是牴觸憲法時方會具有正當性。因此，在三種廢棄判決先例的類型中，應以法令案件所面臨的限制最高，而在普通法案件及憲法案件中，因為法院或本即相當於立法者，或擁有專屬性的解釋權力，故廢棄所受之限制較為低。以上是較為傳統的看法，但是亦有學者質疑其間區分的正確性，蓋從實際的狀況而言，在理應最受到限制之法令案件中，聯邦最高法院亦經常廢棄不適宜之判決先例<sup>367</sup>。

當聯邦最高法院決定推翻判決先例時，即必須面對個案當事人以及原因案件以外其他情況相同案件當事人之救濟問題，而此又取決於裁判之諭知應於何時發生效力的問題？換言之，與採行抽象及集中式違憲審查國家相同，面臨溯及發生效力，抑或僅影響裁判作成公布後方產生的案件，甚至僅對於將來一定期間後所發生的案件產生拘束效果？美國學界將此問題稱為「溯及性或展望性爭議」(“the retroactive-prospective issue”)，學者卡梅倫·斯·德隆 (Cameron S. DeLong) 有簡短又精確的描述，其認為法院試圖一方面推動穩定、一致及正確的法律變遷，另方面也努力嘗試在該無法避免的法律變遷過程中，減少不公平與促進平等<sup>368</sup>。

在三種判決先例中，與本文所探討的違憲法令時間效力問題，關聯性最密切者應為法令案件，蓋如前所述，其之變更形同宣告法令失效，與普通法案件之判

<sup>366</sup> See *id.* at 1348.

<sup>367</sup> See Brian C. Kalt, Three Levels of Stare Decisis: Distinguishing Common-Law, Constitutional, and Statutory Cases, 8 *Tex. Rev. L. & Pol.* 277, 277-280(2004).

<sup>368</sup> “Courts seek to promote stability, consistency, and certainty in the law. However, courts also try to reduce inequities and promote fairness as the law inevitably changes over time.” see Cameron S. DeLong, Confusion in Federal Courts: Application of the Chevron Test in Retroactive-Prospective Decisions, 1985 *U. Ill. L. Rev.* 117, 138 (1985).

決先例變更相較，直接涉及與政治部門互動之權力分立關係。另外，在憲法案件中，亦即聯邦最高法院在判決先例中對於憲法條文、原則闡述，其見解之變遷亦可算是廣義的法令（先前的判決先例）違憲審查，同樣在確保憲法的最高性及優位性。以下將先對於時間效力議題上美國法所使用的概念進行定義及簡述理論背景，其次再分析代表性個案。

### 5.3.2.1 概念定義及理論背景

聯邦最高法院早期認為法院於裁判中所揭示之法律原則或新的法律見解應該發生溯及性的效果<sup>369</sup>，此觀點是受到 18 世紀英國著名的威廉·布萊克斯頓（William Blackstone）法官所影響，氏認為法官與立法者不同之處，即於裁判過程中並不是創造法律，而僅僅只是找到、發現或宣布既存的法律<sup>370</sup>，此觀點被稱之為宣告理論（declaratory theory）<sup>371</sup>，基此，由於正確的法令、法解釋在該理論的邏輯中，將只會亦只能存有一種，因此法院遵循舊法律見解所為之裁判，邏輯上因其所適用者並不能夠被認為是「法」，所以將會因為新判決先例之出現而形同自始即不存在，屬於一種錯誤（mistake）<sup>372</sup>。

相反的，學者約翰·奧斯丁（John Austin）則持不同的立場，氏認為法官不會只是消極的去發現、適用早已存在的法律，隨著時代的改變，法官實際上正擴展甚至是改變普通法的內容（a creative function）<sup>373</sup>。因而在這樣的漸進過程之

---

<sup>369</sup> *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co.*, 311 U.S. 538, 541-43 (1941); *Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425, 442 (1886); *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S. (1 Cranch) 64, 68- 69 (1801). See generally *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, at 622-26.

<sup>370</sup> “judges did not make new law, but merely found, discovered, or declared what the true law was and had always been.” see Blackstone, W. (1765). *Commentaries on the Laws of England*. 1, pp. 69-70.

<sup>371</sup> See Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 Harv. L. Rev. 1731, 1758 (1991).

<sup>372</sup> See Michael B. Dashjian, *The Prospective Application of Judicial Legislation*, 24 Pac. L. J. 318, 369 (1993).

<sup>373</sup> See *id.* at 371.



中，法院於舊法律規範存在而新法律規範尚未出現之前，適用之所為之裁判並無疑義，所因此產生的法秩序狀態亦應受到保障，也唯有如此，人民才能夠對於生活秩序之規範有預見。

隨著現實的發展，越來越難以否認法官在法律的形成上（law-making）所扮演的重要角色，以及為避免一律溯及的效果反而限制了法院形成新的判決先例，不利於法治的發展變遷，故宣告理論於 20 世紀後逐漸式微<sup>374</sup>，在判決先例時間效力的問題上，爭議焦點則轉移至新判決先例是應立即被適用還是能夠僅於將來方適用？

聯邦最高法院對於新判決先例時間效力的態度，大抵上可以區分為三種，第一種是完全僅向將來發生效力（pure prospectivity），亦即新判決先例僅對公布後方發生的案件有適用，少數時候法院甚至會明訂特定的生效時日（此時即與我國定期失效制度近似），有論者稱之為「展望性廢棄」（“prospective-prospective overruling”）<sup>375</sup>；第二種則是除導致舊判決先例遭廢棄之原因案件外，新判決先例僅對於裁判後新發生之案件方有適用，其他尚未定讞的相同原因事實案件則均應適用舊判決先例，此被稱之為選擇性的未來效力（selective prospectivity）<sup>376</sup>，亦有將其稱之為限制性的未來效力（limited pure prospectivity）、資格性的未來效力（qualified prospective overruling）<sup>377</sup>；第三種則是溯及效力（retroactivity），指所有於裁判作成時尚未確定之案件，皆有新判決先例之適用，應注意此「溯及」並不包括已確定的案件在內，而與本文前面章節所使用的「溯及」一詞概念有別。

### 5.3.2.2 代表案例

<sup>374</sup> See Richard S. Kay, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, 62 Am. J. Comp. L. Supp. 37, 40 (2014).

<sup>375</sup> See *id.* at 43.

<sup>376</sup> See *id.* at 44.

<sup>377</sup> See Eva Steiner, *supra* note 45, at 7.

美國聯邦最高法院較少運用將來失效處理違憲法令，在認定個案所適用的法令抵觸憲法後，大多是直接拒絕適用之。本文所探討的將來失效概念，在美國法上如有相近者應為「展望性的未來廢棄」(Prospective Future Overruling)<sup>378</sup>或「將來性適用」(Prospective-Prospective Application)<sup>379</sup>。另外，概念類型上還有一種相似但又卻非完全相同，因而有區別必要的「未來違憲」(Unconstitutionality In Futuro)宣告類型，雖然其也是讓違憲的法令於裁判作成公布後一定時日方失其效力，但是「展望性的未來廢棄」僅止於處理法令失效的問題，「未來違憲」則是尚會明確要求政治部門應於一定日期（而非未指明）廢棄違憲法令，且改採法院所建議的規範模式，法院並保有管轄權限，用以監督政治部門是否遵守法院的諭知以及處理因之而起的任何問題。惟「未來違憲」因嚴重涉入政治部門的規範形成權限，故僅有密西根最高法院（Michigan Supreme Court）、紐澤西最高法院（New Jersey Supreme Court）曾有過少數案例，聯邦最高法院迄今則未曾使用<sup>380</sup>，所以並不在本文之討論範圍內。

在「展望性的未來廢棄」宣告類型中，最具代表性的案例應為1954年的布朗訴教育委員會案（Brown v. Board of Education<sup>381</sup>）（Brown I），聯邦最高法院雖然認為學校採取「隔離且平等」（separate but equal）措施，以膚色區隔就讀學校，違反憲法第14增補條款之平等保障原則，等於廢棄將近六十年前對於憲法平等條款在種族平等議題上所作出的判決先例<sup>382</sup>，但法院並未立即發布命令，而是請雙方提供關於適當命令的資訊，進而在1955年第二次的補充判決中

<sup>378</sup> See Candler S. Rogers, Perspectives on Prospective Overruling, 36 U. Mo. Kan. City L. Rev. 35, 62(1968).

<sup>379</sup> See comments, *supra* note 79, at 472.

<sup>380</sup> See Philip H. Hect, Reflections on Unconstitutionality in Futuro: Shavers v. Attorney General and Robinson v. Cahill, 12 U. Mich. J.L. Reform 26, 266-271(1979).

<sup>381</sup> *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 383 (1954). See Note, *supra* note 365, at 1352.

<sup>382</sup> See *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

(Brown II)<sup>383</sup>，指出法院認知到此重大改變只能慢慢進行，故要求相關部門（即學校）採取「審慎之速度」（deliberate speed）履行法院判決中的要求<sup>384</sup>。聯邦最高法院所持理由為現實上的因素，如校舍狀況、校車運輸系統、人員、學區變更、相關地方法令的修正等行政上的問題<sup>385</sup>。有學者認為，對於違憲的種族隔離法令採取「展望性的未來廢棄」，是唯一可能確保美國可以有秩序的自舊社會轉變為新社會之方法，因為實涉及成千上萬人民的生活，需要相當的時間調整而非可在一定的時間即完成<sup>386</sup>；另有論者則指出較弱的救濟效果才能避免引發南方各州的反彈，確保判決所揭櫫之平等原則的貫徹<sup>387</sup>。

雖然有布朗訴教育委員會案作為代表，但同時也不能忽略的是，針對隔離且平等判決先例之揚棄，其他法院在面對教育領域以外之違憲法令時，則採取立即不予適用的判決原則，例如娛樂活動、高爾夫球場、公園、體育競賽及大眾運輸等事務上，蓋渠均無如同布朗訴教育委員會案中之強烈現實因素、正當事由存在，所以違憲法令不應繼續具有拘束效力<sup>388</sup>。

雖然在普通法國家，判決先例與法令同為重要的法規範基礎，但學者指出，「展望性的未來廢棄」只會被聯邦最高法院運用在違憲法令（statute）上<sup>389</sup>，解釋此種現象的原因或許不只是法令的不予適用較判決先例的變更，所影響的範圍更大，而是法令為政治部門制定，因此更多了權力分立的考量在內。但是，縱使如此，聯邦最高法院運用將來失效的案件仍少之又少，完全無法與抽象及集中式違憲審查國家，以及同屬具體及分散式制度的鄰國加拿大相比，因此也令人不禁

<sup>383</sup> *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 301 (1955).

<sup>384</sup> See Candler S. Rogers, *supra* note 378, at 63.

<sup>385</sup> See Note, Constitutional Law: Deliberate Speed Doctrine Applied to Desegregation of Recreational Facilities, *Duke L.J.* 350, 353(1963).

<sup>386</sup> See Roger J. Traynor, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, 28 *Hastings L.J.* 533, 545(1977).

<sup>387</sup> See James E., Pfander, *Brown II: Ordinary Remedies for Extraordinary Wrongs*, 24 *Law & Ineq.* 47, 52(2006).

<sup>388</sup> See Note, *supra* note 385, at 355.

<sup>389</sup> See Philip H., *supra* note 380, at 266.

省思我國大法官在運用定期失效、單純失效違憲宣告時，果真都是因為該個案事實有著相當於布朗訴教育委員會案此種對於國家社會之嚴重衝擊存在？



#### 5.4 總結

從以上所介紹之8國法制設計及實務發展經驗，應可發現無論是採取抽象及集中抑或具體及分散模式的設計，各國司法違憲審查制度普遍在廢棄、不予適用違憲法令時，面臨規範真空、國家社會衝擊之困境，為能妥適解決現實問題，違憲法令定期失效或裁判延滯生效即成為重要的方式。其中，最明確也較不易引發依據爭議的是如奧地利以及法國直接在憲法中明文規範；次佳者則如匈牙利以及比利時在法律層次中明訂。而當憲法或法律明確要求違憲法令應屬無效或立即失效時，例如德國以及加拿大，則須透過實務的發展累積，並嘗試強化論理及歸納出正當適用之標準，以化解規範面與現實面偏離所引發的抨擊。

雖然法制面上有明確的差異，但是除了奧地利外，各國司法違憲審查者在運用將來失效處理違憲法令時，均引發相當大的爭議，縱有規範依據也無可避免的遭受恣意濫用的指謫，換言之，違憲法令至少應於裁判作成公布後立即失效，方符合人民對於憲法目的、功能之質樸法感認知。進一步歸納違憲法令時間效力議題的論爭焦點，大抵不外於對於司法違憲審查制度功能的定位（重客觀法秩序維護抑或著重人權保障）、權力分立原則的理解（司法權之界限與政治部門權限的維護）以及違憲法令立即失效嚴重性（所謂的規範真空）之認知差異。在實務發展及學術研究上，均凸顯尚難以提出一明確而毫無灰色地帶的正當適用標準，只能回到每件個案中的違憲法令情狀進行判斷，而希望能自個案的累積中逐漸歸納出些許原則。

惟透過他國法制與實務發展經驗之觀察，我們仍然可以歸結出幾個較為明確的重點：第一，將來失效應該為違憲法令時間效力之例外而非原則，縱使有明確的規範依據，然因為會嚴重影響人民之權利故適用上宜謹慎；第二，以立法形成自由作為讓違憲法令繼續有效之理由並非正當，德國、以色列以及加拿大等國都已對此種實務判決常見之論點提出強烈質疑；第三，當違憲法令性質上屬於違反平等原則之授益性者，或是違憲的狀態是因為法規範之欠缺、不備，適用將來失效宣告類型較具有正當性；第四，縱使頻繁運用定期失效，失效期限大部分都是

在一年以內，較長者通常亦不逾一年半，足見「違憲但有效」的狀態應力求短暫；第五，不少國家如法國、德國、以色列及加拿大之司法違憲審查者，或在宣告違憲法令立即失效時逕諭知過渡期間的法令適用方法、原則，或雖然宣告定期失效，但又同時諭知過渡期間內違憲法令之適用應有所調整，可見司法違憲審查者扮演暫時性積極立法者的角色非無案例可循，亦非完全受到禁止，故在立即失效與將來失效兩者間，此種宣告模式似為另個可行的出路，本文將於第六章進一步探究其理論基礎。

## 第六章、過渡性法秩序形成權及將來失效類型的正當適用

在對於我國大法官歷來定期失效及單純違憲宣告解釋案例整理及分析，並借鏡他國司法違憲審查制度及發展經驗後，本文接下來即欲以此作為基礎，嘗試提出將來失效宣告模式運用的正當標準，並輔以具體案例說明之，期能有效回應本土司法違憲審查實務之困境及需求。

### 6.1 司法違憲審查權之準立法權性質及需求

與憲法相抵觸法令的時間效力問題，要能夠妥適解決很大部分取決於我們如何理解、定位司法違憲審查權力的性質<sup>390</sup>，質言之，我們一方面必須面對權力分立原則的誠命，另一方面也應同時反思權力分立原則目的何在？唯有此問題能夠先得到澄清，才能自違憲法令的時間效力爭議中，找出另種可能的解決途徑。

#### 6.1.1 從司法者到消極立法者

「法官只是發現而非創造法」此是對於司法裁判本質的最古典理解<sup>391</sup>，嚴守權力分立原則之誠命，制定一般性、抽象性法律是國會的權力，法官則只能在具體個案中適用法律為裁判，至於法律規定是否適宜，需否廢除、修正均與司法無涉，而應由立法者自行決定，背後的理論基礎除權力分立原則外，更重要的還有國會至上的思想，由於國會代表最直接的民意，則其制定的法律當不容其他權力機關所質疑，遑論廢棄之。

然司法違憲審查制度的興起，卻顯然的改變了上述對於司法權的傳統理解，雖然同屬法院的決定，惟司法違憲審查之權力性質及影響範圍，明顯有別於一般

<sup>390</sup> See Eva Steiner, *supra* note 47, at 12.

<sup>391</sup> See Michael B. Dashjian, *supra* note 372, at 368-369.

個案紛爭的司法裁判，法院絕非只是適用既存的法令判斷事實，而是在社會生活事實之基礎上去思考法的精神、所謂的法治應有之狀態，並因為憲法相對於法律、命令更為抽象、簡潔，使得有權解釋者擁有相當大的空間，進而違憲諭知的效果將促使一國法律、制度之變遷<sup>392</sup>，其影響範圍包括原因案件以及其他有著相同事實背景的個案，遠遠非一般法院之裁判所能比擬。在抽象及集中式違憲審查制度建立時，即有論者認為司法違憲審查者在實際上如同消極的立法者，蓋經其宣告違憲的法律，即如同遭到國會嗣後廢棄般，不應於未來再予適用之<sup>393</sup>。

正因為這樣的權力性質差異，以致若要讓違憲審查裁判如同一般司法裁判，當然產生溯及至原因事實發生時之效力，所影響者不只是促動司法違憲審查之原因案件，勢必也將對於其他相同狀況案件，以及既存已經確定的案件帶來影響，為因應此變動所產生的行政、司法成本負擔即相當龐大。是以，司法違憲審查制度發展迄今，無論是我國抑或其他各國，不管制度設計是採取抽象及集中式還是具體及分散式，法令經法院宣告、認定違憲後，原則上是不會對於裁判時已確定之案件發生影響（除原因案件外），縱在理論、邏輯上仍有違憲法令應自始當然確定不生效力之主張，然其忽略法安定性同屬憲法所追求之目標，不顧既已存在的現實狀況，為避免因法律關係的變動而致司法、行政甚或立法資源的大量消耗，司法違憲審查裁判在時間效力問題上，應如同立法者廢棄法令般，原則上僅向後產生效力，僅在特殊情況下方會溯及影響。

簡言之，基於權力性質及裁判影響範圍的特殊性，在法令違憲審查上即與一般司法裁判有別，所應適用的原則實與立法者較為相近。

### 6.1.2 從消極立法者到積極立法者？

<sup>392</sup> See Sarah Verstraelen, *supra* note 78, at 1689.

<sup>393</sup> 參：吳庚、陳淳文（2013），《憲法理論與政府體制》，頁 590-591，臺北：自刊。

在違憲法令應以溯及失效或向後失效為原則的議題上，所爭論的是司法違憲審查者是否有著如同消極立法者的特徵，然而在違憲法令應立即向後失效抑或可向將來失效的議題上，爭議則已經涉及到司法違憲審查者是否可能如同積極的立法者般，創設出僅對將來事務為規範的裁判？而此又可以再細分為二個問題，第一個是將來失效宣告類型運用本身，是否已經違反權力分立原則？第二個則是司法違憲審查者如在宣告法令違憲而立即失效的同時，諭知過渡期間的因應措施，有無抵觸權力分立之誠命？

#### 6.1.2.1 將來失效類型的運用有高度違反權力分立原則之虞

析論權力分立原則中三權的特徵，立法權的特徵在於制定一般性、抽象性的法規範，且原則上禁止溯及既往，而是用於規範將來性之事務，相對而言，司法權的特徵則在於處理個別性、具體性的事務，且是針對過去已發生者為裁判。申言之，司法的核心功能在於解決當前的個案，而非處理將來所未發生的問題，倘司法裁判棄現實的個案不顧，而僅欲讓其決定在將來發生拘束作用，本質上即已與立法權相互混淆，有違權力分立之虞。

司法違憲審權興起後是否當然改變了上述的界分？雖然裁判之標的明顯不同，不是社會事實之法律關係，而是法令間的秩序關係，然而裁判之目標同樣在於處理過去迄今的問題，當前之具體紛爭為司法違憲審查者所不能迴避者，因此，司法違憲審查決定應該於作成公布時起發生拘束效力，讓當時與其攸關而尚未確定的案件可以獲得妥適解決。美國聯邦最高法院哈蘭大法官（Harlan, J.）在 *Mackey v. United States*<sup>394</sup> 案中即表示如果法院未以對於有關憲法原則之最佳理解（in light of our best understanding of governing constitutional principles）去解決尚

<sup>394</sup> *Mackey v. United States*, 401 U. S.667 (1971).



未確定之案件，將有違司法者裁判個案之責任<sup>395</sup>。

是以，無論是對於違憲法令諭知定期失效抑或不為失效之宣告，均是讓已經被認定為違憲之法令，仍然可以在一定期間內繼續存在，而未立即解決因為該違憲法令所起的既存紛爭，恐已有悖於司法違憲審查權之職責，況該機制被認為是人民於憲法之下最終的權利救濟依託。

再者，將來失效中之定期失效類型，司法違憲審查者單方面決定違憲法令之失效期限，實質上亦形同於課予政治部門立法期限，明顯、強烈介入其他憲政機關之職權行使，此是否為司法違憲審查權所具有的權力實有嚴重疑義。


#### 6.1.2.2 諭知過渡期間之因應措施並不違反權力分立原則

誠如我國學者所觀察，以及各採行司法違憲審查制度國家均面臨的困境，倘在各案件中一律宣告違憲法令立即失效，將產生「法律真空」之困境，因此如果欲避免司法違憲審查者違反司法權的核心功能及制度目標，大量運用將來失效的宣告模式，則勢必要在憲法規範下，找尋其他種解決因宣告法令違憲所起的「空窗期」問題，否則將導致司法違憲審查者不敢積極行使其權限，不利於憲法價值之落實與貫徹。本文認為核心的關鍵即在於司法違憲審查者是否可同立法者般，在政治部門制定新法前之過渡期間內擁有暫時性的法秩序形成權？換言之，即大法官有無造法的可能性存在？在此，所謂的「法官造法」應有別於一般法官在審判民事案件時所為的造法，而是在憲法的層次，不區分法令領域所行使之一般性造法權限，且其不僅是用於裁決特定個案，而是具有一般性、抽象性的特性，因而可用以處理其他原因事實相似之案件。

憲法上的立論基礎，可溯源至權力分立原則以及人權保障此兩大根本價值，

---

<sup>395</sup> *Id.* at 679.



自前者而言，現代民主憲政國家原則上將權力區分為行政、立法以及司法三者，目的在於藉由分權制衡以避免集中於一者時可能發生的獨斷，進一步析論，立法權的功能在於以直接、充分的民意為基礎，透過審議程序，制定一般性、抽象性的法律規範社會生活事實，行政權的主要功能則在於法律的規範下去處理具體個案，司法權之設置目的則在於事後審查前述行政部門的決定以及處理私法紛爭，在司法違憲審查制度興起後，更進一步被賦予審查立法者制定之法律，甚或行政部門訂立之命令是否合乎憲法規範。因此，在權力分立原則的架構下，司法違憲審查者的核心任務即在於指出政治部門所訂法令之不當，並透過宣告無效或拒絕適用的方式將該違憲的法秩序狀態除去。在此同時，面對政治部門因為違背憲法職責所導致之「法律真空」狀態，本文認為應亦可自權力分立原則中，推導出司法違憲審查者介入處理的正當性，蓋法令的違憲代表的毋寧是行政權及立法權運作嚴重失靈，司法權的介入不僅是在於宣告法令失效、拒絕適用，也要在政治部門履盡其職責前之過渡期間內，尋求替代性、暫時性的因應措施，填補可能出現的法律空窗，如此方能顧及同屬憲法要求的法安定性原則<sup>396</sup>。蓋採行權力分立原則的目標固然是為了不讓國家權力運作發生濫權，但倘若現實運作的結果是國家權力之怠惰、未能運作，而致法秩序陷入空窗或混亂，影響人民的生活，此當非權力分立之目的。

比較法上，美國聯邦最高法院在普通法的發展上，實際上扮演著相當於積極立法者的角色，當國會未對特定議題制定規範或是雖有規範但不完整時，即會行使「聯邦的縫隙填補權」(interstitial federal lawmaking)，透過造法的方式來處理法令面的不足，此有相當長時間的實踐，而學者認為此並未違反權力分立原則，

---

<sup>396</sup> 李震山大法官認為司法院大法官對憲法第 171 條第 1 項及第 172 條之效力規定，進行一定程度的補充、擴張或限縮，屬於憲法上之法續造(verfassungsrechtliche Rechtsfortbildung)，並未侵害立法權，參：李震山，同註 56，頁 8。

蓋其並未干涉及威脅其他憲政機關來自憲法之職權，換言之，立法者仍可於嗣後制定法律規範之，法院在欠缺規範或規範不完整的情況下進行造法，反而是一種「有效憲政主義」(effective Constitutionalism) 的展現<sup>397</sup>。固然，普通法與成文法的法體系存有相當之差異，然法令因牴觸憲法無效致規範真空、不備，而此又顯然是因為政治部門對於自身憲法權責的懈怠所致，困境如出一轍，從權力分立原則的觀點而言，司法者實亦可以也應該有積極的作為，扮演積極立法者的角色，不囿於法體系及法令性質的差異而認為絕無相同思考的空間。此外，如本文前面所介紹，奧地利憲法第 140 條第 6 項除規定當憲法法院宣告法令違憲而立即失效後，原則上舊法（即系爭違憲法令所取代者）將重新發生規範效力，但憲法法院也可以選擇另外諭知過渡期間的法秩序適用，換言之，在抽象且集中式司法違憲審查制度的國家中，憲法法院在某程度上也被容許扮演積極立法者之角色。

因此，在權力分立原則之面向上，本文認為，司法違憲審查權在宣告法令違憲的同時，對於過渡期間暫時性法秩序問題為處理，同為權力分立原則下，對於行政權及立法權運作失靈的一種制衡方式，避免國家法秩序陷於動盪。

再者，就人權保障的面向析論，權力分立制度的設計更非絕對之目標，而是為了達成人權保障此憲法最終目的之一種方式，違憲審查制度的設計無疑的是在於確保憲法的最高性、優位性，當政治部門運作失靈時，其即為守護人權的最後一道防線。雖然抽象及集中式違憲審查模式被提出時，原預設的功能僅止於讓權力分立的運作符合憲法，人權的維護僅是附隨性作用而已，惟隨著制度設計的變異（增加人民聲請憲法解釋、憲法裁判訴願等）以及在實際運作中成為最主要的功能重心，當代司法違憲審查制度的目標顯然已自政治紛爭之解決，轉趨為以人民權利的維護為重，至少是不可能再將其當為附隨性的效果。所以，將來失效宣

---

<sup>397</sup> See Michael B. Dashjian, *supra* note 372, 375-378.

告模式容許違憲的法令繼續存在，即明顯無法達到人權保障而是讓其所受之侵害越趨嚴重，只有對違憲法令宣告立即失效，或在有法律空窗問題時透過同時諭知過渡期間內的暫時性法秩序，積極回應憲政下政治部門的懈怠，方能符合人權保障之根本性目標<sup>398</sup>。

司法違憲審查者諭知過渡性措施，指示行政部門及法院在新法修訂前應如何處理特定社會生活事實關係，本質上即如同政治部門制定一般性、抽象性的法規範，無可避免的會招致僭越憲法權力分配，侵及其他憲政部門權限之質疑，惟必須強調的是縱該權力的本質近似立法權，但其仍有相當大的不同，其目的是為了因應、修復政治部門違反憲法職責所為，存續期間僅為暫時性且長短完全取決於政治部門何時修正新法，自法律空窗發生時開始至其結束，而非為永久攫取政治部門在該事務規範上的權限，亦無強制指導其權限行使的作用，此可從憲法作為最高位階的法規範，確立權力分立原則以及將人權保障當為最終追求的價值目標而證立，是在承認法秩序空窗的同時推導出更佳的处理方式，切合司法違憲審查制度運作之現實困境及需求，使司法權最終能夠履盡其職責而妥適處理裁判時尚未確定之具體個案，試圖澄清權力分立的真正分際而非為形式性、概念性的堅持<sup>399</sup>。

由本文前述對他國制度的借鏡，雖然法制上多選擇優先將定期失效明文化（奧地利、法國、比利時），而未見將本文所稱之暫時性法秩序形成權明確規範，然而在憲法法院或最高法院實際上行使違憲審查權的過程中，宣告法令失效時一

<sup>398</sup> 李震山大法官即指出「權力分立相互尊重僅是憲法的手段，保障人民基本權利方屬目的。若因司法尊重立法而一直空等法律的制定，目的僅為取得公權力間表面的衡平，卻以侵蝕釋憲權重要機制及長期犧牲人民權益為代價，縱然成功地將燙手山芋丟給立法者，搏得「司法謙抑」之美名，該手段與目的之錯置，究係「司法為民」或是「司法為己」，應可由識者論斷之。」參：李震山，同註 56，頁 5。

<sup>399</sup> 羅昌發大法官亦認為大法官宣告違憲法令立即失效後，諭知過渡期間的法秩序並未違反權力分立，理由有三：第一，過渡期間內應如何適用合憲法規範屬大法官解釋憲法之權限；第二，暫時性法規範於立法者制定新法後將自動退位；第三，處理立即失效違憲宣告所造成之法令真空困境，是解決違憲宣告所延伸之問題，參：羅昌發，同註 178，頁 8。

併諭知暫時性的規範措施卻非罕見，德國聯邦憲法法院、加拿大最高法院以及法國的憲法委員會均有案例足資參考，此發展可讓我們去思考將法律真空的問題全部以違憲法令將來失效的方式處理究否妥適？是否符合憲法設置司法違憲審查機制追求人權保障的要求？權力分立的根本目的何在？在處理法秩序空窗問題上，於將來失效諭知及暫時性法秩序形成權兩者中的選擇，本文認為應以對於人權侵害的程度作為選擇標準，而非權力分立原則之分際。

本文上述主張在我國現行法規範中亦非毫無依據，雖然理論上，大法官擁有暫時性的法秩序形成權，應為憲政制度上重大事項，誠攸關權力分立的制衡、互動，當宜於憲法中明確規定較為妥適，避免爭議叢生。然而，本文認為目前的大法官審理案件法中第 17 條<sup>400</sup> 仍然可以作為權力來源，申言之，違憲法令立即失效所將出現的法令真空或是混亂情況，是因為違憲宣告而起，屬於其所不能迴避、不得不處理的問題，攸關違憲宣告意旨之貫徹，當須給予執法機關明確的因應方式，從而也讓人民於社會生活中有可資依循之準據。前揭條文所稱「**諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法**」於文義範圍內應可解釋為法令經宣告立即失效所生問題，包含法律空窗因應問題的處理，換言之，大法官於解釋中，有一併諭知在政治部門修正新法令前，如何適用法令、處理個案，使違憲宣告意旨可能實現的義務<sup>401</sup>，避免造成執法者陷入莫衷一是的困境，從而也連帶影響相同個案間在法律上處理的公平性。

## 6.2 將來失效之正當適用

從我國憲法的規範框架而言，與憲法相互牴觸之法令在經大法官的審查後，

<sup>400</sup> 「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。」

<sup>401</sup> 吳信華教授認為大法官在立法者修法前合理填補法律的真空而為相關內容的諭知，實屬確保解釋內容實現之「執行」制度之本指所在，參：吳信華（2015），〈大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之諭知〉，《台灣法學雜誌》，267 期，頁 101。

其效力原則上應無繼續存在的空間，然而仔細分析歷來諸多個案後，卻也必須承認若毫無例外空間的存在，可能不足以適切處理實務上所出現的各種法令違憲型態<sup>402</sup>。制憲者對於違憲法令無效之誠命，在絕大多數的案件中屬於正確的決定，但抽象的思考難免會有不完足之處，因此，重點應該在於什麼樣的違憲類型能夠成為「違憲無效」之例外<sup>403</sup>？又是基於何種的理由而能夠被正當化？此即屬學界長期研究此議題所期待能有進一步突破之處，本文以下即區分為單純違憲宣告以及定期失效宣告兩大時間效力類型，進而嘗試將各自所能正當適用之案件予以類型化。

### 6.2.1 可為單純違憲宣告的類型

首先，在我國憲法第 171 條第 1 項、第 172 條之規範下，概念上爭議最大的莫過於僅宣告違憲但未為效力諭知的類型，較諸定期失效違憲宣告，理論上違憲的法令可能因為存在更長一段時間，失效期間不明確，影響程度及層面均較為的高及廣。然而，根據本文的分析，以下有幾種法令違憲的類型，大法官僅予以宣告違憲而不同時為失效諭知，屬必然性的選擇，應符合憲法設置違憲審查制度維護法秩序一致性與人民權利的根本目標。

大抵上有三種情形，第一是違憲法令於裁判作成公布時業已遭廢棄，由於效力已不復存在，則再為宣告無效已乏任何意義；第二種則是政治部門的遺漏或怠

<sup>402</sup> 此點應屬世界上多數擁有司法違憲審查機制國家所面臨的共通性問題，除了本文前面對於幾個國家發展上的介紹外，另篇研究歐洲各國憲法法院在違憲法令時間效力議題上的學術文章亦有同樣的觀察，即彈性（flexibility）是需要存在的，see Sarah Verstraelen, *supra* note 78, 1712、1728-1729.

<sup>403</sup> 前南非憲法法院大法官奧比·薩克思（Albie Sachs）即指出「仿照美國聯邦最高法院的何姆斯大法官在一個世紀前針對習慣法（common law）的評語，憲法的生命不是來自於邏輯，而是來自於經驗。這句話要成立，必須補充一點觀察，憲法的動力是來自於邏輯，但它整體的融貫和持續，則是來自於邏輯與經驗是否能夠彼此交會。」參：奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯（2013），《斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範》，頁 216，臺北：麥田。將來失效類型的出現即是司法違憲審查者透過具體個案處理經驗的累積，而去修正憲法條文的規範邏輯。

情，本應訂立法令規範卻未為之，此時違憲的標的並非法令本身而是欠缺法令的一種狀態，從而對之宣告無效同樣不具有任何意義，已非憲法第 171 條第 1 項、第 172 條所規定的法令抵觸上位法規範之情形；第三種則是授益性法令涵蓋範圍過窄的情況，雖然系爭法令違反平等原則以及其他基本權，但是真正的問題並不在於系爭法令所保障的對象有何不正當，而是其不應將某些類型、情況排除在外，因此宣告系爭法令因抵觸憲法而無效，雖然可以祛除違憲的情況，但是反而可能會因此造成更為嚴重的違憲現象，或變成為前述的第二種違憲類型，因為本應且已受到保障者，反而因違憲審查之宣告而不能受益，且此並無助於基於平等原則，本來應但卻未受保障者而獲得任何正面的利益，自憲政之運作應促進人民權利、福祉最大化的觀點而言，宣告單純違憲應具有正當性<sup>404</sup>。

第一種類型的出現所真正反映之問題是我國司法違憲審查制度的怠惰，導致未能及時提供權利受損害人民救濟，遲至政治部門已主動廢除系爭違憲法令後方進行審查，在此類型中大法官雖不用面對違憲法令之時間效力問題，但是其轉而所應思考的則是要否有必要諭知溯及失效，對過去系爭違憲法令所造成的不正義現象進行處理；在第二種以及第三種類型中，大法官則是應思考在政治部門制定、修正法令前，是否應使用效果較強的定期失效宣告（賦予修法期限壓力），抑或是有必要透過暫時性的法秩序形成權，來提供應受卻未受保障的人民受益權，例如在雖然影響國家財政負擔但違憲法令屬於涉及最低生存權保障的給付措施時，

<sup>404</sup> 南非憲法法院在審理「婚姻法」時面臨法律因僅允許異性戀結婚，而未將同性戀結婚納入保障之違憲情況，奧比·薩克思大法官即指出「婚姻法」的問題是「涵蓋不足」，也就是做得不夠，補救方法不是廢棄「婚姻法」宣告其違憲無效，憲法的人權保障所要求的是讓每個人都能從枷鎖中獲得解放，而不是想要讓每個人都心懷相同程度的不滿，所以憲法法院要求國會應在一年內應完成「婚姻法」的修正，否則期間屆至後，同性戀者可直接獲得婚姻法的保障，這是種葡萄園式而非墓園式的平等。歐瑞岡則出具不同意見書認為應該立即讓同性戀者可適用「婚姻法」，其指出「憲法法院被賦予守護憲法的權力和責任，法院不應從這個角色上退縮。憲法法院下達的命令的正當性並非來自這個機關本身，而是因為它讓憲法條文產生效力。有時，我們之中有些人不願意看到憲法權利被守護，但這表示憲法法院應停止捍衛這些權利。」，參：奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯，同註 403，頁 245-246、260。南非憲法法院在此案中即是運用單純違憲宣告，並配合一定條件的法秩序形成權。

倘於個案中有此必要且可行，不致對於財政健全性造成過大影響，大法官即不應僅適用單純違憲宣告模式；抑或是當現行規定並未提供人民訴訟救濟之保障，或雖可救濟但是程序保障不足，但若等至政治部門修正時，權利之損害即越趨擴大而難以容忍，此時即可考慮類推適用其他現行的救濟、程序保障機制，或者是逕為諭知應遵循的正當法律程序，將違憲秩序的嚴重性盡可能降低至最小。

## 6.2.2 可為定期失效宣告類型

相較於單純違憲宣告中具有正當性的適用類型之明確，定期失效違憲宣告在何種情形方為憲法所容許，欲清楚分析歸納顯然較為困難，這也反映於我國學者大抵上仍以極為抽象的權衡模式作為判斷標準，亦即當立即失效所造成的不利益遠大於違憲但有效的法秩序狀態時方可例外採用之。


惟近來，黃昭元教授則嘗試進一步提出更具體的操作標準，採取較為明確的類型化方式處理，以下即先介紹、分析黃教授的主張，再提出本文自身的觀點。

### 6.2.2.1 法令性質之類型化模式

#### 6.2.2.1.1 主張

黃教授認為應以違憲法令之性質作為標準，區分為民事、刑事以及行政三大類屬討論之，在民事領域，由於民法第1條已經賦予法官在無法可用的狀況下，能夠依循習慣、法理裁判之，因此縱使違憲法令經宣告立即失效，亦不生所謂「法律真空」的問題，殊無採取定期失效宣告模式之必要。在刑事領域，則應區分為構成要件違憲與法律效果違憲兩種情形，而構成要件違憲又可再細分整個罪名根本違憲以及構成要件中部分要素違憲兩類，若為前者應宣告立即失效而無繼續有





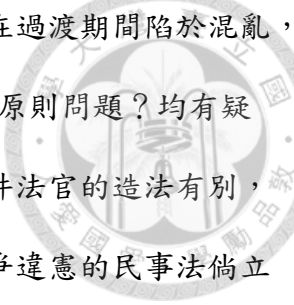
效的空間，若為後者則因為除去違憲要素後仍可存在，並無法律真空的問題因此即無讓包含違憲要素之法令繼續有效之需求性；僅法律效果違憲的情形則較為特殊，因為違憲法令所規範的行為（即構成要件部份）並無問題，僅是懲罰範圍上應有所限制，不能與罪名根本違憲的情形相提並論，故如果大法官逕宣告立即失效，將導致無法可罰的情況（例如因為非屬特別刑法因而如宣告立即失效並無法回歸刑法處理時），則採用定期失效的宣告模式應具有正當性（如釋字第669號），而若大法官可以透過解釋造法的方式形成過渡期間的法令，例如回歸比例原則裁處（如釋字第471號），則應宣告違憲的部份立即失效即可。行政法領域則最為棘手，但大致上可細分為三種型態討論之，如果是因為違反法律保留原則而違憲，因為命令的實質內容尚有妥當性，且基於現實上適用的必要性，故選擇定期失效應有正當性；有關政府組織立法之違憲宣告，因為影響範圍甚大，在作用法並未同時違憲的情況下，採用定期失效之諭知應屬適宜，以維護國家作用的繼續行使，避免中斷混亂的發生；若是給付（授益）性法令因違反平等而違憲時，除非是因為涵蓋過廣而違憲，應予以立即失效之宣告外，如果是因為涵蓋過窄而違憲的情形，則應該採取定期失效甚至是單純違憲宣告的情形，避免造成再剝奪原正當受益者之「惡上加惡」的現象，必要時大法官甚至可考慮逕為過渡性的法令諭知<sup>405</sup>。

#### 6.2.2.1.2 檢討

黃昭元教授的主張應屬目前我國憲法學界中最為明確、細緻者，具有重要的參考價值，惟本文認為仍有幾點待商榷，首先是違憲法令如屬民事法者，認為法官因為尚有習慣及法理可資運用，故縱宣告立即失效亦無法律真空的問題，惟系爭違憲法令所規範的事務領域是否必有習慣的存在？又倘適用法理會不會因為

---


<sup>405</sup> 黃昭元(2014)，〈法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討〉，《台灣法學雜誌》，262期，頁43-52。



個別案件之承審法官不同而發生適用上的歧異，導致法秩序在過渡期間陷於混亂，因而違反法安定性原則？又要如何處理可能另生的牴觸平等原則問題？均有疑義。實則，進行違憲審查之大法官的造法與一般審判民事案件法官的造法有別，大法官並無須去探究習慣、法理的存在，而是應直接針對系爭違憲的民事法倘立即失效，是否會對於社會生活之秩序帶來嚴重的影響，致權利義務關係不明確、混亂，如為肯定即應嘗試諭知過渡期間內之法秩序，甚至於存在的情況下，尚應將習慣或法理轉化為暫時性的法律。

就釋字第 365 號此極少數屬於民事法性質之定期失效案件為例，黃教授認為宣告民法中關於父母對於未成年子女權利之行使意思不一致時，由父行使之規定部分違憲立即失效即可，似乎是認為並無法律真空的問題存在，惟系爭違憲規定倘立即失效，則在立法者制定新法前，可預見社會生活中父母間對於未成年子女權利義務行使意思不一致的情形仍會層出不窮，若無規範的存在此時應如何解決之？可否向法院起訴尋求解決？法院又應如何決定之？此均屬過渡期間迫切的課題，應認確實因為違憲之宣告而存在著法律真空，大法官有義務一併諭知暫時性的解決方法。另外如釋字第 452 號，倘認為夫妻之住所因為屬於決定夫妻各項法律效力之基礎而仍有存在的必要，則在宣告其因為違反平等原則而立即失效的同時，亦難認為無法律真空的存在，蓋婚姻關係的發生乃社會生活事實之常態，於過渡期間內如夫妻雙方意思不一致而無法決定，當然必須有解決的方法。

次就刑事法領域者，本文原則上對於黃教授的主張及分類持贊同意見，應將違憲的情況區分為構成要件違憲以及法律效果違憲兩種不同類型，並在罪刑法定原則之限制下去判斷適用定期失效之空間，如果是構成要件違憲原則上當應立即失效，縱使其非屬特別法於失效後無回歸普通法適用之餘地亦同，而在法律效果違憲的情況，因為對於行為的處罰是合憲的，僅是效果過苛、不符相當性，則僅



宣告法律效果部分立即失效並諭知過渡期間的法律效果，應與罪刑法定原則不生抵觸，蓋司法違憲審查者實未自行增加法律所無的處罰，且是將原定法律效果減輕。甚且，本文認為黃教授此主張於行政罰性質的違憲法規範亦有適用，蓋行政罰與刑罰的關係究屬量的差異還是質的差異學說上雖有爭議，但在行政罰法制定公布內容大幅參考刑法規範的情況下，應無再予區別的必要。

然而，容有疑義的是釋字第 669 號解釋明明是法律效果違憲的情況，但黃教授卻認為法定刑應調降至多低確屬立法權範圍，不是大法官得以法官造法方式所能決定者，適用定期失效因而具有正當性，但同時又肯定釋字第 471 號及第 641 號解釋中大法官諭知過渡期間內適用違憲法令時可不受固定的標準所限而回歸具體個案情節判斷，如此顯然亦已影響法律效果的最下限，何以如此殊難理解。雖黃教授進一步分析認為對於違憲之法律效果宣告回歸比例原則，只涉及「如何」行使（執行問題），與立法面的過渡規範無涉，否則將出現絕對不定期刑或絕對不定量罰，增加執法者恣意裁量的可能性，惟個案如何裁量固為執行層面的問題，但大法官諭知裁量時所依循的準據，則屬不折不扣的立法性措施，畢竟是在毫無規範下所創設出者。

再者，刑事法領域中構成要件之違憲，是否毫無宣告定期失效的空間，本文認為仍有疑義，以釋字第 680 號解釋為例，大法官認為懲治走私條例第 2 條第 1、3 項授權給行政院公告管制物品及數額，違反私運者將被處以刑罰，因為立法者未將授權之目的、內容及範圍具體明確規定，故違反授權明確性以及刑罰明確性原則。雖然此違憲的法令屬於刑罰性質，嚴重限制人身自由、財產權，惟若讓其立即失效，則將導致進出口物品規範，此攸關國家、社會重大之安全與利益之事項頓然失去管制（雖然部分物品已另有法律規範惟仍非全面），影響的範圍以及程度實難容忍（不能僅以系爭懲治走私條例第 1、3 項視之，而是應包含由其授

權公告之各種管制進出口物品)，並且大法官解釋之意旨亦僅是要求立法者必須在法律中說明有管制必要的物品類型，由行政機關決定品項則無與憲法相互抵觸的問題，故政治部門相對應的修正也因而較為形式性，運用定期失效的方式處理應屬適宜。

上述的分析檢討中凸顯出以法令性質作為基礎分類，再細分出個別類型，雖然明確但是卻也難以避免的會無法妥適處理某些案件，而且可適用定期失效宣告模式的案件，其特徵是否不具有跨越法性質領域亦容有疑義。而本文認為更重要的是，宣告違憲法令立即失效不僅要關注法律真空的問題，亦即一般法院之法官是否無法可用，尚應慮及雖有法可用，但是因為個別法官之認知不同，差異過大的情況下可能導致的法秩序混亂問題，司法違憲審查機關有義務去維護法秩序的安定性及人民於法秩序下的平等性。

#### 6.2.2.2 比例原則模式

本文認為通說所採取的違憲法令立即失效較繼續適用所致生之危害更為嚴重的分析架構，是在違憲法令時間效力的議題上最上位也屬正確的指引，問題只在於對於危害的界定必須細緻，而不能是泛泛而論，在我國已累積數量甚多的定期失效解釋案件後，應能夠盡可能做徹底性的分析。同時更重要的是，對於不適合運用定期失效宣告者，能否指引出其他可有效解決法律真空困境、法律混亂的方法？亦即應如何行使暫時性、過渡性的法秩序形成權，至屬重要。

分析架構上則可參考加拿大學者格蘭特·胡爾（Grant R. Hoole）所主張之比例原則模式，或有論者會質疑此種方法論的可行性，惟比例原則之功能本即在於處理國家與人民之關係，透過控制公權力行為之合憲性、合法性以保護人民的權

利<sup>406</sup>，因此，比例原則當然對於司法違憲審查機關權力之行使亦有適用，特別是在違憲法令之時間效力問題上，當大法官選擇「違憲但有效」之宣告模式，即屬對於人民權利侵害最為嚴重之一種態樣，實須限於最不得不然的情況，以比例原則進行判斷加重說理義務應有必要性。比較法上，法國憲法委員會亦認為當宣告立即失效會造成「明顯比例失衡結果」(patently disproportionate consequences)時，方能正當化定期失效之運用，明顯亦採取比例原則之思考模式，欲達到從嚴限制之目的。當然，不可否認的是比例原則常被批評為空洞的公式，因此如要能在操作上具有實益，即應在各檢驗層次中再予細緻化，提示何者屬正當考量，何者則顯有疑義，並輔以我國具體案例作為說明，方能有助於提升定期失效在運用上的正確性及穩定性<sup>407</sup>。


#### 6.2.2.2.1 是否為追求重大之利益或基於事理上所必然？

由於我國憲法中已經明確揭示與憲法相抵觸之法令為無效，而非如同奧地利、匈牙利、法國及比利時等國對定期失效採取較為開放的態度，故定期失效的宣告模式僅能適用於極為例外的情形，唯有為了必須保全、維護重大利益，或是基於事理上所必然，其之適用方能被初步肯認。

##### 6.2.2.2.1.1 不具正當性之目的者

<sup>406</sup> 林明鏘，同註 130，頁 65-73。

<sup>407</sup> 前南非憲法法院大法官奧比·薩克思 (Albie Sachs) 指出「在一般的情形，當憲法法院宣告某法條違憲時，它也有權針對這項違憲宣告做出它認為符合正義且公平的配套命令。這賦予憲法法院廣泛的裁量空間去選擇給予救濟的方式。憲法允許法院讓違憲的法律存在一段期間後才失效，以便國會有時間修正疏失，這些都是在新憲法生效前不存在的。然而這樣的裁量空間不表示我們可以提出合情合理的理由。相反的，我們在每個案件上都必需清楚地解釋推論過程，臚列正反意見，以及最終採取的單一救濟途徑或複合式救濟途徑是在什麼基礎上做出來的。事實上，在每個個案的討論中，我們花在討論救濟途徑上的時間絕不少於討論實體爭議問題的時間。」參：奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯，同前註 403，頁 210，臺北：麥田。本文認為定期失效既屬司法違憲審查者處理違憲法令救濟措施之一環，而如何細緻化思考、論理，比例原則應屬一個具有較嚴格規範性作用的論證方式。



首先，應先指出不具「重要且迫切之利益」適格者，自我國司法違憲審查實務而言，最常用以作為不讓與憲法相牴觸法令立即失效的理由，本文在前面已歸納出有二者，一是基於維護社會秩序，一是考量到合乎憲法要求的新制度制定尚需要相當時間，惟前者並不當然具有重要且迫切性，後者則非正當的考量因素，兩者均不能成為適用定期失效之理由。

因為宣告法令違憲失效必然會對於社會秩序產生影響，可能是行政上為了因應所生的負擔、可能是部份人民對於管制規範失去而產生的憂慮，但這些所謂的「社會秩序」實在過於概括、抽象，無法作為「違憲但有效」法秩序狀態存在的充分正當理由，根本只是對於法令廢除所將發生現象的一種描述、重述而已。例如釋字第 386 號僅泛稱「為避免證券市場失序」，惟經宣告違憲的法令僅是單一條文，亦難理解其之立即失效何以會對證券市場之秩序產生重大衝擊；釋字第 636 號以及釋字第 666 號解釋稱採取定期失效違憲宣告的目的除了是為維護社會秩序或公益外，更指出尚須考量立即失效可能影響其他人之權益，雖以權益面向嘗試具體化秩序及公益的內涵，但是立即失效究屬危害其他人的何種權益，依然難知其具體的內涵、範圍。由此可見我國大法官對於延續違憲法令的效力，所追求的目的、利益顯然是相當寬鬆的，縱使僅是直覺上、情感上的不安、不習慣也會被接受，自司法違憲審查制度應保障少數人權利的角度論之，實不符合例外適用上應從嚴的要求。

本文認為，僅有重大且迫切的利益方能成為延緩違憲法令失效之正當事由，雖然並不限於立即失效必須侵害、影響他人的權利，但是至少必須是內涵、範圍、程度可得具體、特定的權益方允許，應排除純屬情緒性、直覺性而未經理性思辨的臆測，人民的不習慣、反感、擔憂是否正當，應由大法官在解釋中仔細析論，如果均欠缺正當性，即應向人民說明何以須堅持立即失效的違憲宣告原則，行政

機關為什麼應負擔制度調整的不便，國會又為何應該立即啟動修法程序因應。讓其他憲政機關、社會學習接受法令遭廢棄所必然帶來的影響、衝擊，應屬違憲審查者責無旁貸之事。至於抽象性、概括性的社會秩序與公益均非適格的目的，必須能夠「還原」為前述之權利、利益，方能精準標示出違憲法令時間效力問題上，大法官所面臨的真正現實衝突。

大法官另個更常用以宣告定期失效的理由是新制度的形成必須考量諸多因素因而需要給予政治部門相當的時間因應，然而本文認為這個因素不應該在違憲法令應立即失效或定期失效的問題上考量，一方面其必將會陷於循環論證的陷阱中，另一方面則是忽略其自身對於過渡期間法秩序的權力及責任。申言之，無論是根據我國憲法的規定還是民主政治理論，立法院基於其民主正當性、成員組成多元性、審議程序以及資源、工具上的優勢，毫無疑問的在法令的制定、形成上應有優先的地位，在多種均合乎憲法要求之政策、制度中應有選擇的空間，然而此與違憲宣告所伴隨而生的後續法秩序空窗、混亂困境，實屬應予區別的二事，蓋大法官既被憲法賦予法令違憲審查之權力，對於憲法雖未明文規定但因違憲審查權行使上所必然伴隨而生的法秩序影響、衝擊，在政治部門不可能及時因應的狀況下（在判決公布前無從預測是否會遭宣告違憲），大法官於判決時視情況一併諭知過渡期間的法秩序因應方式，實屬不得不然並且應該承擔的事務，並不會侵害立法者於違憲判決公布後，隨時可透過其審議程序制定出合乎憲法意旨的新法令，而大法官所諭知的過渡性規範當然旋即失其效力，毫無限制、禁止、剝奪政治部門依據憲法所能享有的權力。雖然法令、制度必須考量相當多的因素，更應有一定的審議過程來折衝各方間可能相互衝突的利益，若由司法違憲審查者在短暫的時間內逕行決定，其規範品質與適當性恐會發生問題，但此屬緊急性、過渡性狀況下所必須容忍者，蓋相較於繼續適用違憲的法令，以對於基本權利、權力

分立原則傷害更小的法令代之，在憲法最高性下應為較適當的選擇。


另方面，大法官向來以新法令的制定需要相當時間作為理由，亦屬無效的循環論證，理由實極為明顯，任何的法令形成豈會不需要時間，縱經違憲審查者指出應修正之方向、提示宜考量的因素，在真正開始草擬、審議的過程中，仍可能將會出現其他情況，以議事程序品質的要求而言，自不應過於急躁，方能確保新的法令、制度為最佳的選擇。是以，倘依大法官「需要時間」的理由推之，除根本應該廢除規範的事項外（此理應不具定期失效的適用正當性），幾乎所有的違憲宣告均應採取定期失效的方式諭知，甚且，「違憲但有效」的秩序狀態應越長越好，最好以附解除條件的方式，即待政治部門根據違憲裁判之要求制定出新法令時方失效（形同單純違憲宣告的模式），此看似荒謬的結論，實際上卻應該是大法官頻繁適用定期失效諭知的真正心態，希望透過效力的諭知來緩和違憲宣告的影響，使法秩序的變動能夠順利銜接，但無疑的是以憲法優位性的葬送作為代價。

#### 6.2.2.2.1.2目的正當者

析論大法官運用定期失效常持理由的問題後，接下來則自正面角度提出本文認為可諭知定期失效之理由，亦即當大法官在個案審查後，認為如宣告立即失效將發生嚴重問題時，可以運用極其例外的「違憲但有效」法秩序狀態。必須強調的是，追求目的之重大性與急迫性僅屬初步證立定期失效宣告模式的理由，嗣後仍要進行更細緻的檢驗，絕非如目前大法官解釋僅憑追求目的似即足正當化悖離憲法對法令時間效力的原則性要求。

#### 6.2.2.2.1.2.1經宣告違憲的法令範圍過廣






當大法官宣告與憲法相抵觸的法令其之數量或所規範的範圍龐大，並非單一的條文而是整部的法令，通常是因為違反法律保留原則或授權明確性原則，若該法令驟然失效，其影響的程度及範圍顯非個別規定經宣告違憲所可比擬，如將所謂的「法律真空」以程度進行區分，因違反法律保留原則或授權明確性原則的情形，無疑的較為嚴重而顯得棘手。

除非是本來即需廢除的法令因而沒有法秩序空窗的問題，否則大法官勢必需在短暫的時間內，提出具有可代替性的暫行性制度、規範，提供行政機關或法院在個案處理上的指引，否將導致實務運作上極為嚴重的困擾、混亂，然此並非易事。再者，違憲法令的數量多，雖然影響的範圍亦廣，但並不必然意謂與憲法相抵觸的情形即因此而較為嚴重，大法官於解釋中所表達的意旨經常僅是要求立法者補訂或修正授權依據，而未質疑該違憲法令的實質內容妥當性，因此，若滿足該要求則系爭法令的合憲性即無問題，可謂屬於「形式性」的違憲，相較於制定根本不應該存在的法令而言，程度反而是輕微的。舉例而言，釋字第 289 號認為人民因違反稅法而遭處罰，其處理程序應於法律中明文規定，且其性質上屬於民、刑以外之其他案件，不得僅透過行政規則且以刑事訴訟程序的方式處理，但由於系爭違憲法令的內容並無實質上不正當的情形，並且如讓違反稅法的行為失去裁處的依據，將會連帶影響到國家的整體財政健全與稅賦公平性，因此諭知定期失效應屬不得不然的選擇；釋字第 491 號解釋認為公務人員考績法將一次記二大過免職的標準交由銓敘部之，違反法律保留原則，且公務員的免職應符合正當法律程序，面對此情形如逕宣告立即失效，顯然會造成數十萬公務員的考評上失去依據，影響政府機關運作顯然甚大；釋字第 680 號亦屬著例，業如前述於此不再贅述。

至於因違反權力分立原則的政府組織性立法如遭宣告違憲，雖然不同於直接



規範人民的法令，但因為其為眾多公權力行使的主體，無論上在重要性還是影響範圍上顯然無法忽視，特別是組織制度的設計、安排其困難性更不亞於作用法，縱本文認大法官擁有過渡期間的法秩序形成權，但實際上也甚難適切行使之，因而在影響範圍以及替代性規定的現實困難下，原則上，組織性之法令若抵觸憲法應可考慮適用定期失效模式以緩和衝擊。然而，同樣必須強調的是，許多組織法中其實含有作用法，因此在具體個案中並無法一概以組織法為由，即可謂不適用立即失效的原則，仍須在比例原則審查中的最小侵害性以及狹義比例性的層次，精準區分作用法以及組織法，然後視有無除了允許其繼續有效以外之方式可解決過渡期間的問題。

#### 6.2.2.2.1.2.2 僅法律效果違憲的類型

此類型的特殊性在於，政治部門所制定的法令，其規範的事項、範圍均不生違憲的問題，僅法律效果部分因為欠缺合理上限限制或是取決的因素、條件過於僵化，因而違反比例原則的要求而違憲。相較於整個規範違憲的情形，只有法律效果部分的違憲態樣，其程度顯然較為的輕微，並且，大法官認為政治部門對於特定事項本即應予規範或可予規範，僅是限制的程度、懲罰的嚴重性並不合理，因此，若僅因單一規範的部分違憲即宣告整個條文立即失效，實亦未符比例，甚且政治部門就算對系爭違憲法令為對應的修正，可合理預期也僅會修正法律效果的部分，故將構成要件部分宣告立即失效亦無實際上的必要性。

總而言之，基於違憲的嚴重程度、修正上之必要性以及現實上規範的需求性，區別整條規範均違憲以及僅法律效果部分違憲兩種情形應有必要，關於後者原則上可以認為宣告定期失效而非立即失效應有其正當性，可能兼有追求維持社會秩序之重要利益或基於其違憲情狀在本質上所必然的效力諭知方式。至於該違憲法


令的性質究屬刑還是行政法，甚或是民法應非重要，如釋字第 218 號、釋字第 423 號、釋字第 616 號、釋字第 641 號、釋字第 702 號及釋字第 716 號均屬於行政法性的法律效果違憲，釋字第 669 號則屬刑罰性的法律效果違憲，均有宣告定期失效之正當性。

或有論者會認為在此類的違憲類型，實非定期失效或立即失效的爭議，問題應是違憲宣告範圍、對象不夠精確所致，亦即如果能將構成要件與法律效果區別而觀，則構成要件即無需宣告違憲，對法律效果則宣告立即失效，顯無適用定期失效的問題。惟大法官在現實上並未精確區分違憲宣告的範圍，經常將不生違憲問題的構成要件本身亦納進，例如釋字第 616 號、釋字第 641 號、釋字第 669 號均未如此細緻區分，因此如將違憲的法令整體觀之，宣告定期失效即應具有正當性。

最後，必須注意的是，縱肯認僅法律效果違憲的這個類型，宣告定期失效有目的的正當性，但是原則上大法官應在讓規範構成要件繼續有效的同時，一併論知過渡期間法律效果的問題，方能通過比例原則中必要性層次的審查。

#### 6.2.2.2.1.2.3 違憲法令性質屬於授益性者

司法違憲審查權的建置目的，在當代最重要的功能應是為保障人民權利、對抗國家權力的不合理干預、侵害，因此，常見的法令抵觸憲法的態樣為侵害人民權利者（侵益性），在未符合憲法對於限制人民權利之要求下，自應宣告立即失效，除非另有重大的事由必須兼顧、維護，方允許採取例外的定期失效宣告模式。然而，當違憲的法令性質上屬於授益性質者，亦即其作用在於賦予人民權益、提供給付，僅因排除其他人民或未將某些事項納入保障之範圍，因而違反平等權或平等原則之憲法要求而違憲時，雖然宣告其立即失效，相較於侵益性法令，原則



上並不會導致重大、迫切的法令真空危機，但是其所產生的違憲狀態可能在本質上並不適合透過立即失效的方式祛除，理由是若以違憲的嚴重程度觀察，以憲法極大化保障、增益人民權利的規範目的而言，毫無授益性法令的存在，反而會較雖然違憲但至少授與部分群體權益的法令存在，情形更為嚴重而難以容忍。制憲者在制定憲法時所預想的主要是防免國家侵害人民權利，但是在越來越趨向福利國家的時代，人民不再只是單純期待國家不為干預，反而是希望在部分事務能積極介入予以輔助，此種國家任務的轉變，也使得司法違憲審查必須有不同的處理模式。

前大法官翁岳生於釋字第 445 號解釋的協同意見書中，即表示當違憲法令所提供之給付本屬國家應為之給付，僅是現行規範所提供之範圍過於狹窄，此時大法官不應以其抵觸平等原則而宣告立即失效，亦不宜逕將受到違憲法令排除之群體納入而給付，以避免侵害原受益者之權益或干預立法者的形成自由，黃昭元教授亦持相同的看法，業如前述。比較法上，加拿大最高法院在 1992 年的 *Schachter v Canada* 案，針對育兒津貼不當排除請領資格者亦延緩違憲裁判的效力，所持理由與翁大法官以及黃昭元教授相近，可見此類涵蓋範圍過窄的授益性質法令，在違憲審查上確實有其特殊性，雖然本文並不當然接受立法形成自由、財政負擔作為延滯失效的正當理由，但是從違憲審查的目的在於促進人民的權益、追求更佳的法秩序狀態而言，結論上仍屬事理上所必然，認為法令的授益性質可以作為採取定期失效宣告的正當理由，除非大法官經審查後認為本不應給予該利益，否則雖然立即失效宣告在此類型中並不會造成何重大、迫切的危險，但基於避免更嚴重的違憲法秩序狀態應予接受。

值得特別提出討論的是，是不是涵蓋過窄以外的授益性法令，即不能夠成為採用定期失效之正當理由？本文認為亦不當然，例如釋字第 707 號認為公立學校

教職員敘薪辦法中關於公立高級中等以下學校教師部分，因違反憲法上法律保留原則而遭認定違憲，惟細繹其規範性質並非限制人民權利者，而是在落實憲法第 15 條的財產權保障以及第 165 條之教育工作者生活維護，攸關薪級、薪額、計敘等事項，亦可認為屬於授益性的法令，其並無因為規範範圍過窄而不當排除的情形，但結合經宣告違憲的規範數量相當廣，又純屬違反形式性的法律保留原則，諭知定期失效仍屬正當。

又所謂的「優惠性差別待遇」或「積極矯正措施」亦可劃歸授益性質法令此類屬，因為自規範的目的而言，其是透過特別給予特定群體利益或是限制其他群體的權益，來達到憲法上所要求的實質平等目的，因此，當其經以牴觸平等原則而被宣告違憲時，基於其授益性質亦有採用定期失效模式的空間，本文認為此並不因為該法令在另一面觀察與侵益性質者無異而受影響，觀察重點仍應置於法令之目的、特性。以釋字第 649 號為例，大法官認為身心障礙者保護法規定非視覺障礙者不得從事按摩業，違反憲法工作權、平等權之保障，如解釋理由書中所指，該規範為職業保留類型的優惠性差別待遇，相較於直接給予視障者津貼、補助，仍然屬於授益性措施之一環。但與涵蓋範圍過窄的授益性規範相比，此違憲情況的調整並非將受限制者逕為納入單純使差異消失即可，而是基於考量到弱勢族群對於該優惠性、矯正性法令的特殊需求，立即失去保障將面臨生存、生活上的問題，政治部門應同時規劃職業保留以外的替代性優惠、矯正措施來因應方不生過於嚴重的衝擊，在目的正當性的考量上，實有相當的特殊性應特別辨明。

#### 6. 2. 2. 2. 2 是否為大法官所能運用的手段中對於憲法優位性侵害最小者？

本文將典型的比例原則略為修正，在目的正當性的審查層次中已經包括手段（定期失效）與目的間是否具有合理關聯性的問題（欠缺合理關聯性的理由本身

即欠缺正當性)，因此緊接而來的第二個審查層次為必要性，即在大法官可以運用的各種措施、方式之中，持續一段期間的「違憲但有效」法秩序狀態，是否屬於對於人民權利侵害最小者？

無論是憲法還是大法官審理案件法，除授予大法官宣告與憲法相抵觸之法令無效外，似無其他的因應措施可供選擇，惟本文前面已經明確主張由於違憲審查權的行使經常性的伴隨過渡期間的法秩序困境，而此難期政治部門能夠預測並迅速解決，因此在承認大法官的角色與權力性質上具有相當程度的政治性，及為能避免因現實上的後果而阻礙大法官職權的適切行使，應肯認大法官擁有本質上附隨於宣告法令無效之抽象性法令形成權。

基此，雖然為防免重大及迫切之危險以及基於事理上所必然，兩種情形均可以作為諭知違憲法令定期失效之初步正當事由，但是還必須進一步在必要性的層次中，連同諭知過渡性法令的可能性一同思考，由於後者勢必對於人民的權利侵害較輕微，故若其存在而可能適用，則定期失效即非最佳的選擇，不符合例外適用上從嚴的誡命。

進一步言之，過渡期間法秩序的諭知方式主要有四種可能，但並不以此為限，違憲審查者可視個案的情形、客觀的法律制度以及自己的能力等因素，來決定適宜的措施。此外，必須特別說明的是，本文在此所舉的釋字並非認為其適用定期失效具有正當目的（即當然能通過本文所主張比例原則中的目的正當性審查），僅是在說明大法官雖然於處理其時諭知定期失效，但若承認司法違憲審查者擁有過渡性、暫時性的法秩序形成權後，則在該案件實際上有更佳、對於人民權利侵害更小的方式。

第一種為擴大違憲法令的涵蓋範圍（即 reading in），例如在涵蓋範圍過窄而違憲的授益性法令，倘該給付攸關被排除對象的生存維繫（例如生活補助、津貼），

則大法官宜逕將該群體納入給付的範圍，例如釋字第 694 號即認為所得稅法將扶養無謀生能力之家屬或親屬可列為免稅額之規定，排除受撫養人滿二十歲而未滿六十歲的情形，牴觸平等原則，且細釋其解釋理由書系爭免稅額的規定尚涉及被扶養人的生存權，故在過渡期間實應逕將被排除者納入違憲法令的涵蓋範圍。

第二種則為諭知類推適用其他現行制度，如在違反法官保留原則的情形，以釋字第 251 號解釋所審查之違警罰法為例，大法官實可宣告就警察官署可裁罰人民拘留、罰役之規定部分立即失效，而諭知涉及人身自由之處罰應由法院為之，至於處理程序則可類推適用刑事訴訟法或提審法，如此即能兼顧社會失序與維護人權；釋字第 300 號認為破產法規定對於破產人有逃亡或隱匿、毀棄其財產之虞時，法院可以羈押破產人，每次不得超過一個月，但如破產管理人提出正當理由時，法院得准予延展一個月，因為此規定並無羈押的次數上限，因而有違憲法對於人身自由之保障，依解釋之意旨大法官應是認為羈押之事由並不違憲，違憲的僅是法律效果上無上限，若不挑戰大法官此認定結果，則在維護債權人權益與保障破產人的人身自由間，實應宣告系爭破產法規定之法律效果部分立即失效，但諭知羈押延展的次數類推適用當時強制執行法中管收的次數的限制，或是刑事訴訟法中羈押次數的限制，以此方式因應過渡期間的法律適用問題，顯較諭知定期失效來得適當；釋字第 392 號認定刑事訴訟法賦予檢察官羈押權違憲，則為因應偵查程序進行與追訴犯罪之必要，自可類推適用刑事訴訟法審判中羈押的制度，由檢察官向法院提出聲請，由法院審查後決定之；釋字第 436 號解釋認為軍事審判法禁止被告以判決違背法令為由向普通法院請救濟之規定違憲，實可逕允許軍事審判案件在符合刑事訴訟法的上訴規定下尋求救濟；釋字第 687 號認為稅捐稽徵法對於逃漏稅捐之行為，特別規定如係公司負責人違反時須處以刑罰，惟若是其他主體尚可視個案情況處以拘役或罰金，牴觸平等原則而違憲，則在過渡期間

大法官實可諭知對公司負責人之處罰種類不再以有期徒刑為限，而是可類推適用對其他主體的規範；釋字第 708 號就受驅逐出境前經暫時收容的外國人，以及之後的延長收容，均可暫時類推適用提審法或刑事訴訟法之規定，讓受處分人可以即時向法院尋求救濟，釋字第 710 號亦有相同的狀況，簡言之，現實上存在著可資適用的法令制度。

第三種是大法官自己提出具體的規範性要求，諭知執法機關在過渡期間必須遵守，例如在釋字第 491 號中，即要求於立法者修正公務人員考績法前，對於公務人員的免職程序即必須正當，包含應給予受處分人答辯之機會、處分書應附理由，使法令違憲的情形降低；釋字第 523 號宣告檢肅流氓條例賦予法院對於被移送裁定者有留置的權力，但因為未將留置的事由明確化，已逾必要程度而違反憲法對於人身自由的保障，倘大法官認系爭留置規範仍有必要，即可逕諭知過渡期間法官在決定是否予以留置時可以依據的正當事由，其於解釋文中亦已明確指出有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞此幾種態樣，法院逕為適用應無困難；釋字 535 號認為警察勤務條例對於臨檢的發動、實施限制過於寬鬆而有違憲法對於人民自由之保障，其解釋文中亦清楚揭示在何種情形下進行臨檢方屬合乎憲法要求，在過渡期間直接予以適用亦無問題；釋字第 654 號認為羈押法規定律師接見羈押被告時得一律監視、監聽、錄音，且可將該所得之資料作為追訴中之證據使用，過度侵害刑事被告的訴訟權，實則在過渡期間即可要求主管機關依解釋所揭示的「是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要」標準進行決定；在釋字第 696 號則可以諭知過渡期間，夫妻可自由選擇合併或分別申報，避免發生違反平等原則的問題；釋字第 709 號在宣告都市更新條例部分規定未符正當行政程序要求的同時，解釋文中亦清楚指出理想的踐行程序應含有哪些規範，則在過渡期間行政



機關實可逕依解釋之意旨而為個案的審查、辦理。

第四種則是讓執法機關依違憲宣告解釋之意旨、法令原有的精神去決定，即大法官並不逕為齊一的過渡期間法秩序決定，而是回歸到固有的裁量權或是比例原則，通常此種諭知模式適合用於構成要件並不違憲，僅法律效果牴觸憲法的情形，例如僵化、不當的裁量標準，釋字第 641 號即為最佳代表，針對於酒稅法針對該法施行前專賣之米酒以超過原專賣價格出售者，每售出一瓶處以 2000 元之罰鍰，明顯違反比例原則，大法官即在宣告定期失效的同時，諭知系爭規範修正前應依立法目的及個案情節（出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度）在符合比例原則的要求下為裁罰，讓違憲的嚴重性大幅降低。其他合適的案件本文認為尚有如釋字第 218 號，其即適合諭知由稽徵機關依客觀、合理之標準去推計納稅義務人之實際所得；釋字第 423 號即適合諭知由主管機關根據受處罰人之違規事實情節，依比例原則決定裁罰的數額；釋字第 616 號認為所得稅法對於納稅義務人未於法定期限內履行申報義務之情形，一律處以核定應加徵之稅額另徵 10% 之滯報金，且無最高額之限制，已逾必要程度而違反憲法對於財產權之保障，就此違憲的情形，縱認有繼續處罰逾期申報者的必要而予以定期失效之宣告，則大法官實可一併諭知過渡期間行政機關應依違規情節之輕重而在一定數額的限度內進行裁罰；釋字第 669 號就槍砲彈藥刀械管制條例處罰未經許可，製造、販賣或運輸具殺傷力空氣槍，處以最低五年以上的刑度，而無機會為易科罰金或緩刑之宣告，罪責與處罰顯不相當，法院於此情形實可諭知在過渡期間由承審法官依比例原則以個案的情況為基礎，決定適當的刑度不再受違憲的法定下限所限制；釋字第 711 號宣告藥師法規定藥師執業處所以一處為限牴觸憲法對工作權之保障，在過渡期間即可要求主管機關依系爭法令之目的及解釋之意旨，去審核在複數處所執業的例外個案；釋字第 716 號解釋在宣告固定倍數的罰鍰過

於嚴苛而違憲時，即可諭知過渡期間內行政機關回歸比例原則決定處罰的額度。

以上四種大法官在宣告法令違憲時，於過渡期間所能為的法秩序諭知種類，充分提供了司法違憲審查者在延後違憲法令時間效力以外，其他更為適當、更有助於減緩憲法優位性下，法秩序矛盾的嚴重性，體現縱使避免規範真空與維持國家、社會秩序是重要且正當的目標，但其之追求仍應考量到人權保護的需求，不但不能過當，反而應力求在最小的限度之內。


擴大違憲法令的涵蓋範圍、類推適用其他現行制度、大法官自己提出具體的規範性要求三種模式，原則上均會較逕讓執法機關在過渡期間根據解釋之意旨及違憲法令應有之目的、精神去裁量適用，在法秩序狀態上來得穩定，但縱使如此，本文認為稍微犧牲法安定性、法明確性，也會較繼續無調整的適用違憲法令來得妥適<sup>408</sup>。況且，依據法令之立法目的、比例原則，斟酌個案的情形後決定法律效果，本屬法律適用的常態，也是法令不夠明確的情況下，行政機關、法院認事用法上所必須依循的當然規則，故對於法秩序紊亂、歧異的現象應毋需過度擔心。

總而言之，惟有當大法官在謹慎思考基於宣告法令違憲權力而來的過渡期間法秩序形成空間後，認為不可能（即無法找出替代性的規範）或極其不適當（例如雖然侵害人權較小的規範存在，但是將對於國家財政帶來嚴重的衝擊、產生法秩序紊亂而嚴重威脅法安定性）二種情形存在時，「違憲但有效」的法秩序方能通過必要性的檢驗，成為較佳適宜的選擇。

而在選擇定期失效後，尚應注意期限的長短，蓋違憲的嚴重程度與期限的久

---

<sup>408</sup> 李震山大法官即認為法安定性與實質正義皆共同以維護法秩序穩定的「法和平」（Rechtsfrieden）價值為目的，非截然的對立，為追求法安定性不必然就需要犧牲個案或實質正義作為代價，見：李震山，同註 85，頁 5。本文更進一步認為當人權維護與法安定性發生衝突而需要其中一方有所退讓或「犧牲」時，也應該是以人權的維護作為優先考量，所以雖然本文所舉之四種替代措施可能均較讓違憲法令定期失效，從法安定性的觀點而言更為不適宜，然畢竟法安定性不會是憲法唯一且最高的目標，其之略為犧牲實屬必然。自這個觀點而言，也可以說明比例原則中在必要性層次所要求的「可相提並論性」，即對於目標之追求必須是手段與手段間同等有效方能比較，在違憲法令效果的考量上，因為法和平價值同時蘊含個案正義及法安定性兩者要求，最適的手段必然不能僅偏重其一而棄另一者於不顧，兼顧兩者方屬同等有效的手段。



暫成正比，數個月尚屬合理，但若長達數年，此時定期失效違憲宣告是否仍屬對於人民權利侵害最小者，即顯有疑義。比較法上，在同樣有運用將來失效，但對於期限長短未訂有明確規範的國家中，加拿大雖頻繁適用然其最常出現的期間為6個月，最長者亦不過1年半；比利時的兩主要違憲審查機關，憲法院最長不會諭知超過1年半，國政委員會更不會宣告逾12個月；而在訂有清楚期間限制的國家中，奧地利憲法第139條第5項規定命令之定期失效期間原則上以6個月為限，至多則不得超過1年，第140條第5項則規定法律之定期失效前間最長不得超過1年，均業如前述。由此可見，無論是基於何種正當的原因而選擇不讓與憲法相牴觸的法令立即失效，期限上均應力求盡可能的縮短，逾1年的違憲但有效的法秩序狀態，在憲政國家中甚難容忍，遑論我國大法官動輒長達宣告2、3年之久的定期失效，如此長之違憲狀態恐無法通過必要性層次的檢驗。

#### 6.2.2.2.3 所維護之利益與造成之損害是否未顯失均衡

基於正當目的、考量諭知過渡期間法秩序的可能性，認為定期失效是宣告法令違憲後，所有可能運用手段中對於人民權利侵害最小者時，仍應再進一步衡量因延緩違憲法令失效而能獲得之利益，與因而所犧牲的基本權利或權力分立原則，兩者相較之後是否有顯然失衡的情況。申言之，雖然在目的正當性之層次，本文業經限縮於具重要性者或本質上所必然的情形，排除單純為避免因應變動所生之不便或過於抽象而未能特定的法安定性追求，然而仍有必要在最後將目的以及手段兩者結合，進行綜合性、整體性的衡量，不再只是單純就目的本身而論，或是在各種可能手段之間作比較，受到違憲法令所影響的基本權利、憲法原則在此檢驗階段將被更清楚的凸顯，不同種類、性質反映的是憲法保障程度的有別，因而原本通過目的性、必要性檢驗的定期失效宣告模式，即可能在最後因為犧牲的是

極為重要的基本權例（如思想自由、人身自由）而無法通過比例原則之審查<sup>409</sup>。

以比較法上經常出現的財政負擔考量為例，由於宣告違憲的法令立即失效將對於國家財政產生衝擊，型態可能是影響將來的稅收或預算、可能是造成必須返還已取得者或是提供賠償<sup>410</sup>，因此憲法法院才選擇諭知定期失效的方式來避免困境。但是縱使認為維護財政健全屬於正當、重要的目的，宣告類型上亦無其他同等有效的手段可資因應立即失效所帶來的不利衝擊，但是在狹義性比例原則的層次，以犧牲基本權利的方式去維護財政，且通常不至於規模大到會動搖到整體的健全性，即難以通過檢驗。

如以我國違憲審查實務最常出現之涉及訴訟權案件為例，本文認為雖然大法官解釋向來主張國會對於訴訟制度享有相當的形成自由，但若是完全禁止司法救濟機會的違憲法令，其將難以通過狹義比例性的審查。理由是「有權利即應有救濟」，司法若無法介入審查國家對於人民權利之侵害，則立法權、行政權勢將毫無節制，讓憲法原欲透過分權制衡的憲政架構保障人民權利的根本性目的崩毀，此顯然與違憲法令僅是限制審級制度、程序要件於程度上明顯有別，後者或能暫時容忍，但全然禁絕司法救濟的機會，則會讓權利的侵害持續性擴大，縱使嗣後再給予補償、賠償均因時間之經過而欠缺實益，因此，人民權利犧牲的程度與因而維護社會秩序、確保法安定性之利益相較，顯然有失均衡。又例如釋字第 708 號及第 710 號，涉及人身自由此憲法高度保障的基本權利，讓被剝奪者持續無法

<sup>409</sup> 本文在必要性層次的檢驗中所指出的四種主要過渡性、暫時性法秩序諭知方式，並非列舉而是例示，其中又以「大法官自己提出具體的規範性要求，諭知執法機關在過渡期間必須遵守」此種類型對於大法官而言負擔較為沈重、範圍及標準也較為不確定，所以大法官可能在必要性的層次認為缺乏相較於定期失效而更為適宜的替代性措施，但是在顯失均衡性此狹義比例原則之層次，因為必須具體考量違憲法令所影響的基本權利，在涉及特別重大的基本權利、憲法原則時，此時會出現限制、排除選用定期失效之效果，而使得大法官必須再回到必要性的層次，雖然較乏同類型業經穩定發展的模式前例可尋，但仍須去構思、提出過渡性、暫時性的法秩序，這是基於基本權利維護所必然的憲政責任。簡言之，狹義比例原則之檢驗，是為了凸顯違憲法令所侵害之基本權、憲法原則，攔阻因既有類型化過渡性、暫時性法秩序模式不足下，大法官可能在目的正當性、必要性層次輕騎過關的現象。

<sup>410</sup> See Sarah Verstraelen, *supra* note 78, at 1708.

獲得司法救濟的機會，嚴重性遠遠超越任何正當利益的維護、追求，故縱使在目的性層次認為維護國境管制至屬重要，在必要性層次認為無適合的法令可類推適用，逕為諭知又面臨要考量諸多程序設計的困難，但至最後的狹義比例性層次，仍因為所犧牲的權利、程度顯然大於法安定、秩序維護之利益，適用定期失效仍無法合乎憲法之誠命<sup>411</sup>。

---

<sup>411</sup> 羅昌發大法官即認為在全然禁止救濟以及涉及人身自由的案件中（以釋字第 653 號及第 708 號解釋作為例子），大法官除宣告法令違憲外，尚應行使有限度之造法功能，提供新法制定前之暫時性規範，以為相關機關執法或裁判之依據，參：羅昌發，同註 177，頁 7。

## 第七章、司法院大法官審理案件法修正草案之檢討

根據本文前面之分析，接下來則將對司法院於 2013 年 1 月 8 日所公布之司法院大法官審理案件法修正草案（下稱大審法修正草案）進行討論，依序簡述其規範方式（聚焦於違憲法令時間效力之議題上），其次指出其可能存在之問題，最後則提出本文對於大審法修正草案規範上的建議，期能使我國違憲審查制度之運作更臻健全。

### 7.1 大審法修正草案之規定重點

#### 7.1.1 因聲請者之不同而異其效果

大審法修正草案對於因不同聲請者之發動，導致大法官宣告法令違憲而諭知定期失效，在期限屆至前原因案件的救濟效果、系爭法令之適用上給予不同的對待。就國家機關與立法委員（第二節）聲請者，其依據在大審法修正草案第 54 條與 55 條 3 項；由法院聲請者（第三節），其依據為第 60 條，並且完全準用第 54 條與第 55 條 3 項之規定；如為人民、法人、政黨所聲請者，其規定於第 63 條及第 65 條 2、3 項，並對於原因案件訂有特別之規定，其他有著相同事實情況之案件則準用第 55 條 3 項。

#### 7.1.2 定期失效違憲宣告模式之明文化

大審法修正草案將我國大法官運用已久的定期失效宣告模式明文化，第 54 條第 1 項本文規定（第 60 條及第 63 條準用，即無論由何者所聲請之法令違憲審查均有定期失效之運用），違憲的法令原則上自判決生效之日起失效，然但書明訂大法官得於主文諭知溯及失效或定期失效，從條文結構可推認，雖然對於違憲

法令之時間效力可以有各種的宣告模式，但是仍應以立即向後失效為原則，僅於例外時方能諭知定期失效，盡可能避免「違憲但仍有效」法秩序狀態的出現，因而斷喪憲法的優位性。因此，縱大審法修正草案通過後，定期失效違憲宣告雖有法律上之依據，仍不應成為常態。值得注意的是，至於我國司法違憲審查實務中亦有相當數量的單純違憲宣告諭知，則並未被明文規定。

### 7.1.3 明訂定期失效之最長時間

除了將定期失效違憲宣告明文化外，本次大審法修正草案亦明確規定「違憲但有效」狀態之最長期限，根據第 54 條第 2 項，違憲法令之標的如為命令者不得逾一年，若為法律者則不得逾三年。自本文第三章對大法官適用定期失效解釋所諭知期限長短之整理，可認大審法修正草案實際上僅是消極的將現狀明文化，對於期限過長、未符合實際立法需求之現象顯然未多作思考<sup>412</sup>。

另外，值得一提的是，依據前揭條文修正說明中第三項所述，指出該定期失效期間係參考奧地利憲法第 139 條第 5 款與第 140 條第 5 款而來，然而如同本文業已指出者，奧地利憲法雖有區分法令之性質屬命令或法律而異其期限，但命令原則上是以 6 個月為限，且無論是何者最長之失效期限均不得逾 18 個月，均較大審法修正草案所規定者為短。

### 7.1.4 明確化定期失效之個案效力

最後，就失效期限尚未屆至前之過渡期間內，困擾實務界甚久的法令適用問題，大審法修正草案有明確的態度。首先就已確定之案件，第 55 條第 2 項規定，

<sup>412</sup> 有學者認依釋字 137、216 號解釋，法官於審判上本不受命令所拘束，故草案給予司法官得宣告違憲之命令長達一年之定期失效期間，徒增行政救濟之訟源而欠缺意義，參：廖義男（2013），〈夏蟲語冰錄（六十二）——司法院大法官審理案件法修正草案評述〉，《法令月刊》，64 卷 3 期，頁 125。

如係受立即失效違憲宣告者，不區分是否為原因案件，只要是刑事裁判均可經案件當事人之聲請，而由檢察總長聲請非常上訴獲得救濟，至未聲請者，如其刑尚未執行或未執行完畢，於違憲之範圍內亦不得再予執行。反之，如僅係受定期失效之違憲宣告，依第 64 條 1 項規定，只有原因案件可以透過再審或非常上訴獲得救濟。簡言之，大審法修正草案原則上肯認學理主張縱使是定期失效違憲宣告時，亦應對於給予原因案件當事人「獎賞」效果之論點，但對於其他相類似之已確定案件則著重法安定性的保障。

其次，對於尚繫屬於法院審理中之案件，大審法修正草案則區分聲請解釋主體而有不同之效果，如係國家機關、立法委員與法院所聲請，依第 55 條第 3 項與第 60 條之規定，除了違憲裁判主文另有諭知外，於期限屆至前，各級法院於審理案件時，仍應適用該法律（不包含命令），惟但書又規定，法院亦得審酌人權保障及公共利益之均衡維護，裁定停止審理程序，俟系爭違憲法令修正後，依新法續行審理。

惟若是由人民、法人與政黨所聲請者<sup>413</sup>，則第 65 條第 2 項特別規定，受訴法院不受該定期失效期限之拘束，而應逕依判決宣告法令違憲之意旨裁判，但如果大法官於判決主文中另有諭知，則應依其諭知處理。

---

<sup>413</sup> 大審法修正草案 62 條增訂新釋憲管道，允許人民不待審級救濟窮盡，即可在具相當理由時於訴訟中聲請違憲審查，所以才會對此種情形下的個案救濟效果特別規定，參：吳志光（2013），〈從人民聲請違憲審查制度之變革談司法院大法官審理案件法修正草案的「亮點」與「疑點」〉，《台灣法學雜誌》，222 期，頁 23。



〈表七〉大審法修正草案就立即失效違憲宣告對個案救濟效果之規定

聲請主體 案件類型		機關及立委	法官	人民、法人、 政黨
已確定	原因 案件			§64 I 再審或非常上 訴
	非原 因案 件	§55 II 檢察總長 得依被告之聲請 提起非常上訴， 但尚未執行或執 行未完畢者，於 違憲範圍內，不 得再予執行。	§60 準用 55 II	§65 I 準用 55 II
尚未確 定	原因 案件		§60 準用 55 I (此類案件 不被認為有 原因案件之 存在)	§65 I 準用 55 I
	非原 因案 件	§55 I 依憲法判決意旨 為裁判	§60 準用 55 I	§65 I 準用 55 I

\*作者自製

\*斜線代表不會出現的狀況

〈表八〉大審法修正草案就定期失效違憲宣告對個案救濟效果之規定

聲請主體 案件類型		機關及立委	法官	人民、法人、 政黨
已確定	原因案件			§64 I 再審或非常上訴
	非原因案件			不分案件種類一律無救濟效果
尚未確定	原因案件		§60 準用 55 III (此類案件不被認為有原因案件之存在)	§65 II 法院應依判決宣告法令違憲之意旨為裁判，不受該定期失效期限之拘束。
	非原因案件		§55 III 原則上應繼續適用違憲法令，但亦得審酌人權保障及公共利益之均衡維護，裁定停止審理程序。	§60 準用 55 III

\*作者自製

\*斜線代表不會出現的狀況

## 7.2 大審法修正草案規範方式之評析


大審法修正草案雖然對於定期失效的違憲宣告以及就個案法令適用上之影響有明確的規範，然而本文認為其大部分僅是將既存的實務運作明文化，對於因定期違憲宣告所生的重大爭議，尤其是人權保障方面則未有重大突破，甚至還可能因而引發法安定性危機、平等原則違反等嚴重問題，詳述如下。

### 7.2.1 違憲法令定期失效將成常態

在我國憲法規範及學理討論上，定期失效縱有適用之正當性，其情況亦應極為例外，然大審法修正草案第 54 條第 1 項對於定期失效宣告卻毫無要件上之限制，雖然體系上列於但書，但嚴格而言只能認為是單純授予大法官宣告的權力，目的並不在於發揮限制效果，此種規範方式對於幾乎已達濫用程度的我國法令違憲審查實務而言，明顯不當及不足。本文認為，縱然難以透過列舉的方式來限定可以適用定期失效的案例類型，但是至少應於規範上以「必要時」作為適用上的限制，進而再由大法官、學界透過個案的累積嘗試發展出更細緻、具體的標準，方能符合例外適用應從嚴的原則。在比較法上，匈牙利及比利時即在將司法違憲審查者可對與憲法相抵觸之法令諭知定期失效明文化的同時，設有門檻要求，立法顯然較為嚴謹而值得我國借鏡<sup>414</sup>。再者，基於司法違憲審查者於宣告法令違憲立即失效時所可能所面臨法秩序空窗、法秩序混亂之困境，在權力分立原則之目的以及權利保障之最高憲法價值要求下，本文建議應將大法官可在失效類型的選擇外，視個案必要而另外諭知此種過渡性的法秩序權力予以明文化。

另外，未來值得注意的是，在大審法修正草案的架構下，定期失效違憲宣告

<sup>414</sup> 反之，我國大審法修正草案參考的重要對象奧地利，因為僅將定期失效明文化，而未有任何要件上的限制，根據學者的研究，憲法法院不但經常未予說理即適用，更於迄今宣告違憲的 213 件案件中，總計有 103 件是諭知定期失效，規範對於實務發展的影響實值得我國注意，see Sarah Verstraelen, *supra* note 78, at 1708.



模式所引出現的頻率，很有可能因為宣告法令違憲所需達到的高門檻及決定程序而增加。現行的大審法第 14 條第 1 項明文規定，宣告法令抵觸憲法之解釋，如標的性質為法律，須有參與評議大法官三分之二以上的同意，如為命令，則須達二分之一以上，在總人數高達 15 人的狀況下，見解間的歧異勢所難免，因而宣告法令違憲的可能性本來即不高。而本次大審法修正草案於第 53 條 2 項、4 項，除了維持同樣的高違憲宣告門檻外，更重要的是還特別規定「**同意違憲大法官未達三分之二者，判決主文應為該法令不違憲之諭知**」、「**宣告命令位階法令抵觸憲法之判決，其主文之評決，應有參與評議大法官二分之一以上同意；未達同意人數者，應為不違憲之諭知**」，修正說明中即明確表示此規定方式是為了讓一旦解釋案付諸表決，無論如何均會有結果，換言之，目的是為突破目前常因大法官間未能達成一致共識，因而陷入僵局的困境，力求釋憲效率的提升。

大審法修正草案雖然在形式上似乎未改變宣告法令違憲的門檻，但是因為進入表決後結果非黑即白，此時對於大法官而言，將會有被迫即刻表態的壓力（雖然何時應付諸表決法案並未明文規定，僅於第 32 條規定「至遲」應予受理 2 年內作成裁判），陷於尊重政治部門還是強化違憲審查功能兩者間的困境。在前述情況下，違憲但定期失效很可能即將變成妥協性的選擇，一方面其較警告性解釋來得有實質效力，至少透過期限方式課予政治部門修法的義務；另一方面，則是與立即失效違憲宣告相比，可避免政治緊張與社會衝擊<sup>415</sup>。故在宣告法令違憲的高門檻，與明確表決結果的雙重影響下，大審法修正草案又對於何種情形得適用應屬於例外的定期失效違憲宣告並無限制，實可合理預期定期失效在將來只會被使用的更為頻繁。

---

<sup>415</sup> 在法律違憲高門檻下，未來另種可能的趨勢則是「合憲法律解釋」的數量將增加，參：蘇彥圖（2013），〈大法官決策機制高效化的兩帖新藥及其副作用——簡評司法院 2013 年 1 月公布之「司法院大法官審理案件法修正草案」〉，《台灣法學雜誌》，222 期，頁 28。



## 7.2.2 部分已確定之非原因案件欠缺救濟效果

大審法修正草案對於適用經宣告立即失效的違憲法令案件，如性質屬於刑罰，一律有救濟效果，相較於目前實務運作屬一重大、正面之突破，但倘性質為民法及行政法者，則非原因案件將毫不受影響，過度強調法安定之絕對性而未保留任何空間，恐怕未臻妥適，本文認為大審法修正草案應容許大法官可視與憲法相抵觸之法令，其違憲嚴重程度以及對人民權利侵害的程度，再考量溯及適用可能對國家財政<sup>416</sup>、司法體制負擔以及已完結的生活秩序所產生的衝擊強弱，妥為衡量後而給予非原因案件相當於原因案件或經調整的救濟效果。

至於若是經宣告定期失效的情形，除原因案件同法令經宣告立即失效之情形，可循再審或非常上訴獲得救濟外，非原因案件者卻一律無救濟效果，縱使是刑罰性質者亦未有例外，此立法政策決定是否妥適，頗有疑義。特別是在目前大法官釋憲實務中，定期失效與立即失效兩者間，並未有明確的適用上區隔，原則及例外的關係不明顯，因此，在救濟效果上給予差別對待，自亦乏正當性。本文認為在業已確定之案件中，法安定性的考量固強烈，但是根據違憲法令所為之懲罰，其不正義程度仍難以忍受，特別是在刑罰尚未執行或已執行但尚未執行完畢的情形中，因為尚能即時避免不正義的擴大，故停止執行應屬較合乎憲法要求的作法<sup>417</sup>。至於其他性質的法令，相對而言，在處理上則因為相衝突的利益考量更為複雜，不是單純停止執行就可，尚涉及財產的返還、補償，故大法官就此類型之案件享有較大的裁量空間，以不受定期失效違憲宣告之影響為原則應可資贊同。

<sup>416</sup> See Sarah Verstraelen, *supra* note 78, at 1691.

<sup>417</sup> 吳信華 (2013)，〈二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 III〉，《台灣法學雜誌》，229 期，頁 49；楊淑卿，同註 24，頁 139-141。



總而言之，本文認為在已有既判力的情形，原因案件以外同樣受到違憲法令所影響者，無論是諭知立即失效抑或定期失效，均應給予大法官斟酌違憲的嚴重程度、法安定性需求強烈以及給予救濟所可能造成的國家資源衝擊，視情況諭知獲得救濟的可能性，而非全然予以禁止。

### 7.2.3 應適用違憲之法律為裁判陷法官於良心桎梏

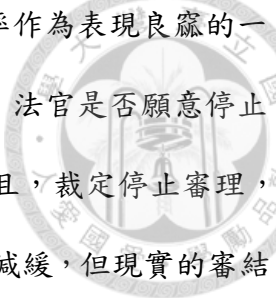
本文認為，本次大審法修正草案最大的問題在於對經宣告定期失效之違憲法令，適用其之尚未確定案件中，除原因案件可直接依憲法裁判之意旨而獲救濟外，其他案件原則上應繼續適用違憲的法令裁判，除非法官經審酌後選擇暫停審判等待法令之修正。雖然根據本文前面對有適用定期失效違憲宣告正當性案件之分析，理論上與被宣告立即失效者應存有差異，但衡諸我國釋憲實務，大法官甚少在諭知違憲法令可繼續適用一段期間的同時，提出充分、正當的理由，因此，於兩者間界限並不明確的情況下，對原因個案以外眾多相同情況的案件，卻於救濟效果給予差別對待，自屬可議<sup>418</sup>。

大審法修正草案之提出者固然知悉依違憲法律繼續裁判的嚴重性，可謂無異於故意製造冤案<sup>419</sup>，因而特別規定法官得於審酌人權保障及公共利益之均衡維護後，裁定停止審理程序，試圖緩解過渡期間法官良知之煎熬<sup>420</sup>。然而，由於條文

<sup>418</sup> 陳春生大法官認為在「原因案件」，當大法官宣告定期失效之解釋未能滿足三項前提時，不能以解釋中無特別諭知即意謂原因案件不得獲救濟之效果，分別為：1.宣告定期失效之要件須嚴格認定，諸如為避免法律空窗期、或牽涉違反平等原則情況等、2.為違憲定期宣告時，應依不同類型為詳細之理由說明、3.依不同類型並為適當之諭知，參：陳春生，同註 182，頁 4。本文則更進一步認為，既然定期失效的運用應相當謹慎，當大法官未能提出充分之說理遑論明確的類型化時，對於解釋作成公布時尚未確定之「非原因案件」亦應無要求法官繼續適用審結之理。

<sup>419</sup> 李念祖律師以釋字 313 號定期失效的案件為例，謂「如果大法官說系爭法規是違憲的，行政機關再根據已經宣告違憲的法規課徵罰款的話，這就像是強盜到我家來搶我的財產一樣。」參：李念祖（2011），「贏了解釋、輸了官司？—大法官定期宣告失效與個案救濟」座談會會議紀錄，月旦法學雜誌，193 期，頁 272-273。值得思考的是，如果於定期失效期間，行政機關適用違憲法規都能夠被稱之為「強盜」，那法院適用其作成可能終局性定讞的判決，會是什麼？

<sup>420</sup> 本文認為大審法修正草案第 55 條第 3 項之規範模式，讓法院對於定期失效違憲宣告下之尚未確定的非原因案件，僅能選擇暫停審判或是（不受違憲宣告影響）繼續適用違憲的法令兩種方式，



僅規定「得」，並未強制法官停止程序，在司法行政以結案率作為表現良窳的一個重要評斷標準之現實下（縱然屬有正當理由之未結案件），法官是否願意停止審理，靜候可能長達三年之久的過渡期間，實有疑問<sup>421</sup>。況且，裁定停止審理，待系爭違憲法令修正後仍應繼續進程序，心態上壓力固然減緩，但現實的審結壓力則依然存在，且恐因為經過相當長的一段時間，再次處理起來又多了些須考量的變化因素。再者，有些違憲法令性質上根本不可能選擇暫停審理而僅有繼續適用一途，近期最能作為代表的莫過於釋字第 737 號，大法官認為基於憲法第 8 條及第 16 條對於人身自由與訴訟權的保障，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，得予限制或禁止者外，否則偵查中之羈押程序應讓犯罪嫌疑人及其辯護人知悉檢察官聲請羈押之理由及證據，在此種法律違憲的情形，殊無可能暫停審理程序，蓋隨著時間的經過，正當偵查目的維護及羈押需求性均已被破壞殆盡，而無任何意義，是法官依大審法修正草案第 55 條第 3 項之規定僅有選擇繼續適用違憲法律一途，且不能在適用上為任何之調整。

另一方面，依據大審法修正草案之規定，法官要裁定停止審理必須審酌人權保障及公共利益的均衡維護，一來，此要件明顯過於抽象，而司法實務又經常被批評欠缺憲法意識，加上極大的案件負擔量，因而能否妥適承擔具體化的說理重責實有疑問，如否則大審法修正草案的美意恐會落空；二來，既然僅為個別法官裁量的權限，則可以預見將來在大法官諭知定期失效後，適用同樣法令的案件，有的仍依違憲法令裁判審結，有的則可以適用經修正的新法令處理，原因事實相同

---

而排除如釋字第 300 號解釋理由書所諭知的「在法律修正前適用上開現行規定，應斟酌本解釋意旨，慎重為之」的調整適用模式。

<sup>421</sup> 吳信華，同註 417，頁 51；錢建榮（2011），「贏了解釋、輸了官司？—法官定期宣告失效與個案救濟」座談會會議紀錄，月旦法學雜誌，193 期，頁 271。錢法官指出其針對釋字 551 號的定期失效違憲宣告，就是刻意拖到兩年的期間屆滿舊法令失效始審結，參：臺灣桃園地方法院 92 年訴字 545 號判決。但其對多數法官而言，審結壓力毋寧是更為迫切。

的案件結果卻可能截然不同，此現象能否通過憲法平等原則的檢驗？既無既判力之強烈法安定性需求的差異存在，本文認為難有給予差別對待之正當理由。

實質，本文認為在大法官未善盡處理違憲法令之時間效力問題，不能提出經審慎審酌後認為應繼續適用違憲法令之正當充分理由，定期失效宣告制度遭濫用而非作為極端例外時，實應回歸我國憲法對於違憲法令無效之誡命，所謂的法官依法審判當以法律合憲作為前提，亦即應逕依憲法裁判之意旨裁判個案，無論其是否為促成違憲宣告之原因案件，而非在明知系爭法令與憲法相牴觸不當限制人民權利的情況下，依然繼續閉眼適用，或是選擇暫停審判而讓法律關係長期懸而未決。因此，在目前大法官未謹慎運用極度例外的定期失效制度前，應將定期失效之目的理解為，僅是單純限期性的修法諭知，小法官則應勇於承擔人權保障方為憲法最終價值、目的之重責，依循最能合乎憲法要求的方式處理個案，換言之，大法官之失職、沉默並非意謂小法官即能卸責<sup>422</sup>。

#### 7.2.4 法官聲請者不屬原因案件值得商榷

根據大審法修正草案第 60 條之規定，經法官於審判中暫停審判程序聲請憲法法院裁判者，雖最終促成定期失效違憲裁判的作成，但是承審法官並不能逕依憲法裁判之意旨裁判個案，而是必須視大法官有無於裁判中特別諭知處理方式，否則原則上應繼續適用該違憲的法律裁判，或於審酌公共利益及人權保障後裁定停止審理程序。簡言之，在大審法修正草案中，透過法官聲請釋憲者並不存在所謂的原因案件，楊子慧教授對此種規範方式表示贊同，其認為法官聲請者不能與

---

<sup>422</sup> 錢建榮法官即指出「憲法的維護者不是只有大法官，小法官也應該共同作憲法的維護者，利用大法官給法官的定期失效違憲失效，於個案中依憲法意旨適用或不適用法律，才是真正發揮憲法保障人權的精神。」參：錢建榮，同註 421，頁 272。



人民聲請者相提並論，效果上應與國家機關及立法委員聲請者一致<sup>423</sup>。

惟本文業於前述分析指出，法官暫停審判聲請釋憲者與人民窮盡一般審級救濟機制聲請釋憲者，兩者不應差別對待，蓋形式上聲請主體的不同，並不影響實質上兩者均以具體個案為基礎，況且衡諸現實，諸多法官之所以聲請釋憲是基於案件當事人的主張，有鑒於倘待案件確定後再由當事人聲請釋憲，將致權利的損害越趨嚴重，主觀權利救濟、保護的需求實無差異，顯與由機關、立法委員所聲請者，純屬或較偏重客觀法秩序的維護有所不同<sup>424</sup>。再者，自聲請法官的角度而言，其願意暫停審判聲請釋憲，當是希望於大法官宣告該個案所適用的法律違憲後，其可逕依憲法判決的意旨裁判，而不是換來原則上仍應繼續適用該法律，例外方可裁定暫停程序的結果，此不是無解於法官良心上的桎梏，就是繼續的於程序上拖延，實屬折磨。

最後，可設想二種情形進行比較，針對同部法律，一者是由人民於審判中所聲請(大審法修正草案第62條所增設之新管道)，一者是由法官於審判中所聲請，大法官均予以併案受理，最終並作成定期失效之違憲裁判，但前者承審法官可逕依憲法裁判的意旨處理，後者的承審法官卻應繼續適用違憲的法律，兩者均為繫屬中案件，卻有截然不同的效果，正當性究竟何在？是不是不鼓勵法官主動暫停審判聲請釋憲？

因此，本文認為在由法官聲請所促成的定期失效違憲宣告中，亦存在所謂的原因案件，大審法修正草案就憲法裁判對其之影響，於規範上所持的態度顯有違誤。

---

<sup>423</sup> 楊子慧，同註 16，頁 271。


<sup>424</sup> 德國即將由人民於窮盡一般訴訟救濟途徑後所聲請者以及法官暫停審判聲請者，兩者合稱為「具體規範審查」，有別於「抽象規範審查」，參註 3。

## 第八章、結論

本文自我國憲法規範以及歷來違憲宣告解釋之梳理出發，聚焦引發最大爭議之單純違憲宣告及定期失效宣告兩種類型，不僅討論理論上之優缺，更對於累積至今的個案進行全面性的分析、歸納，指出實務在適用上所存在的盲點，從抽象到具體，直接面對我國司法違憲審查的實際案例，期能深化違憲法令時間效力難題的處理。

其次，本文則透過他國司法違憲審查實務制度及實際案例的借鏡，包括抽象及集中式和具體及分散式兩種制度在內，前者更依法制上是否將違憲法令之時間效力明文規範而細分，討論奧地利、法國、德國、匈牙利、比利時、以色列、加拿大以及美國總計 8 國之情況。經研究後，發現無論細部制度設計上有何差異，規範層面有無明確依據甚或採取禁止立場，在實際運作中將來失效均曾被運用，且發展上有越趨頻繁的現象，引起學者之高度關注。從比較法的角度，則可以歸結出幾項重點：尊重立法形成自由成為最常見但正當性大有疑問的理由、違憲但有效狀態之存續期限平均約數個月至一年餘、授益性質法令因涵蓋過窄而違憲者適用將來失效較具有正當性、司法違憲審查者亦曾於裁判中逕諭知過渡期間之法秩序。

在大法官解釋分析歸納及他國制度發展借鏡的基礎上，本文主張司法違憲審查者在宣告法令立即失效後，面對法規範真空或混亂時，擁有暫時性、過渡性之法秩序形成權，此並不牴觸權力分立原則之誠命，而是為確保憲法保障人權之最終價值目標。其次，本文則嘗試提出單純違憲宣告及定期失效違憲兩種宣告模式中，各具正當性的適用案件類型，在前者共計有：違憲法令於裁判作成公布時業已遭廢棄、因政治部門的遺漏或怠惰而致規範欠缺、授益性法令涵蓋範圍過窄三種。在後者因為狀況較為複雜，故本文主張以比例原則審查適用上是否具有正當



性，在目的正當性層次應排除尊重立法形成自由、維護社會秩序兩者，僅有違憲法令範圍過廣、僅法律效果違憲及違憲法令性質屬授益性質者具有正當性；在必要性層次則進一步指出當可逕擴大違憲法令之內涵、類推其他法令制度、逕形成過渡性法規範、回歸違憲法令之目的或比例原則時，即不應適用定期失效；最後則是在狹義比例性層次，指出當違憲法令是侵害人身自由或訴訟權等重要基本權時，定期失效亦應受到根本性之禁止。以上的分析均輔以累積迄今之大法官解釋說明，期能具體回應我國司法違憲審查實務的困境。

最後，本文則討論司法院於 2013 年所提出之最新大法官審理案件法修正草案，聚焦違憲法令之時間效力問題，先簡述其規範重點再提出評析。系爭修正草案相較於目前的大法官審理案件法，確實有相當突破性進展而值得肯定，但也存在幾點問題有待商榷，本文認為倘若該修正草案通過，將導致定期失效的使用越趨浮濫，在過渡期間內除原因案件外，法官仍可依據違憲法令審結尚未確定之案件，有違憲法制定及司法違憲審查制度建置之目的，更可能招致在無法安定性需求下相同個案卻受不同處理之違反平等原則指謫，另外，由法官所聲請者竟不被認為是原因案件，而與由國家機關及立法委員所聲請者作相同對待，此將大幅降低法官暫停審判聲請大法官解釋之誘因。因此，在立法上本文建議定期失效之適用應有要件上之限制，加入比例原則作為規範，且應同時明訂大法官除對違憲法令宣告立即失效及定期失效外，亦可為其他必要的諭知，亦即將過渡性、暫時性的法秩序形成權明文化，以有效解決實務在違憲法令時間效力上的長期困境。

基於本文所信，當大法官未能謹慎適用定期失效宣告，在個案中無法提出充分且正當理由的情況下，一般法院之法官在過渡期間內應謹守憲法之誠命、司法違憲審查之制度目的以及法官裁判個案之職責，對於違憲的法令應以拒絕適用為原則，而依審理時對於憲法要求以及系爭法令最佳解釋、適用方法的確信為裁判。

簡言之，大法官失職時，更需要一般法院法官勇於承擔憲法守護者的角色。



## 參考文獻



### 一、中文文獻

#### (一) 專書譯著

吳庚、陳淳文 (2013)，憲法理論與政府體制，臺北：自刊。

李震山 (2014)，行政法導論，修訂 10 版，臺北：三民書局。

林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞 (2008)，憲法：權力分立，2 版，臺北：新學林。

林錫堯 (1984)，論人民聲請解釋憲法之制度，臺北：世一。

黃越欽 (2012)，勞動法新論，4 版，臺北：翰蘆。

奧比·薩克思著，陳毓奇、陳禮工譯 (2013)，斷臂上的花朵：從囚徒到大法官，用一生開創全球憲法典範，臺北：麥田。

#### (二) 專書論文

辛年豐 (2006)，大法官的時間管理—淺論違憲但不立即失效的解釋類型，收於：財團法人李模務實法學基金會編，判解研究彙編 (十)，頁 213-250，臺北：李模務實法學基金會。

李念祖 (1996)，大法官釋憲功能的立法化抑或審判化，收於：馬漢寶教授七秩榮慶論文集編輯委員會編，法律與當代社會—馬漢寶教授七秩榮慶論文集，頁 357-379，臺北：思上書屋。

李建良 (2003)，論法規之司法審查與違憲宣告，氏著，憲法理論與實踐 (一)，2 版，頁 433-501，臺北：新學林。

法治斌 (2003)，與大法官共治，難嗎？，氏著，法治國家與表意自由，頁 163-192，



臺北：正典。

法治斌（2003），美國違憲司法審查之效力，收於：司法院司法院大法官書記處編，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄，頁 3-24，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

翁岳生（2004），司法院大法官解釋效力之研究，收於：吳庚大法官榮退論文集編輯委員會編，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，頁 1-36，臺北：元照。

陳偉仁（2012），司法院大法官宣告定期失效與個案救濟之研究—兼評司法院大法官釋字第 670 號解釋和冤獄賠償法庭 99 年台重覆字第 23 號，收於：李模務實法學基金會編，判解研究彙編（十六），頁 21-62，臺北：李模務實法學基金會。

陳銘祥（1997），比較違憲審查制度，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 1059-1107，臺北：元照。

許宗力（2007），憲法與政治，氏著，憲法與法治國行政，頁 1-52，臺北：元照。

張嘉尹（2014），司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，收於：廖福特編，憲法解釋之理論與實務第八輯上冊，頁 115-174，臺北：中央研究院法律學研究所。

葉俊榮（2003），司法院大法官附期限憲法解釋的分析，氏著，民主轉型與憲法變遷，頁 323-392，臺北：元照。

葉俊榮（2013），違憲政治—司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，收於：張永健編，2011 司法制度實證研究，頁 1-31，臺北：中央研究院法律學研究所。

蕭文生（2003），法規違憲解釋之拘束力，收於：司法院大法官書記處編，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄，頁 203-252，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

蘇俊雄（1988），從「整合理論」(Integrationslehre) 之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限，收於：劉孔中、李建良編，憲法解釋之理論與實務，頁 1-31，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。

### （三）期刊論文

朱武獻（1986），司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究（下）——司法院大法官會議解釋之效力，輔仁法學，5 期，頁 127-154。

邱文聰（1998），從規範違憲無效到效力宣告種類——再論大法官規範違憲審查之效力宣告形式，憲政時代，23 卷 4 期，頁 23-47。

吳子毅（2014），「授權明確性原則」的再思考——以大法官解釋為中心，憲政時代，39 卷 3 期，頁 109-161。

吳志光（2013），從人民聲請違憲審查制度之變革談司法院大法官審理案件法修正草案的「亮點」與「疑點」，台灣法學雜誌，222 期，頁 23-24。

吳信華（2000），法治國家原則（五）——依法行政原則之二：法律保留原則，月旦法學雜誌，57 期，頁 2-3。

吳信華（2006），大法官解釋「違憲定期失效」的效力，月旦法學教室，43 期，頁 6-7。

吳信華（2008），憲法訴訟——「訴訟類型」：第二講——「人民聲請釋憲」：各項程序要件（上），月旦法學教室，69 期，頁 28-40。

吳信華（2009），釋憲實務中「重要關聯性」的問題與思考，月旦法學教室，81




- 期，頁 8-9。
- 吳信華 (2010)，大法官「違憲定期失效宣告」後法院案件審理的問題，*台灣法學雜誌*，155 期，頁 91-97。
- 吳信華 (2013)，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 III，*台灣法學雜誌*，229 期，頁 33-56。
- 吳信華 (2015)，大法官解釋「違憲定期失效」的宣告、救濟與「執行」之諭知，*台灣法學雜誌*，267 期，頁 97-102。
- 吳秦雯 (2011)，事後違憲審查之潮流？—淺析法國違憲審查制度之新變革，*憲政時代*，36 卷 4 期，頁 375-409。
- 李建良 (2014)，集會自由與群眾運動的憲法保障——釋字第 718 號解釋，*台灣法學雜誌*，246 期，頁 13-26。
- 李惠宗 (2009)，論違憲而定期失效法律的效力——兼評釋字第 619 號解釋及最高行政法院 97 年度判字第 615 號判決號判決，*法令月刊*，60 卷 10 期，頁 4-16。
- Gérard Marcou 著、李鐸澂譯 (2013)，法國「違憲先決問題」之制度與實務，*憲政時代*，38 卷 4 期，頁 515-541。
- 法治斌 (1984)，大法官會議解釋效力之探討：由釋字第一八八號解釋談起，*憲政時代*，10 卷 2 期，頁 6-17。
- 林明鏘 (2014)，比例原則之功能與危機，*月旦法學雜誌*，231 期，頁 65-79。
- 林錫堯 (1984)，德奧規範違憲或違法之效力，*憲政時代*，10 卷 2 期，頁 18-45。
- 林佳億 (2013)，違憲法規定期失效宣告之探討——以釋字第 619 號為中心(下)，*稅務旬刊*，2210 期，頁 19-26。
- 翁岳生 (2014)，司法院大法官釋憲制度新發展，*憲政時代*，第 39 卷第 4 期，頁





- 1-23。
- Francis Delpérée 著、陳淳文譯 (2013)，比利時憲法法院，憲政時代，38 卷 3 期，頁 317-326。
- 陳愛娥 (1998)，大法官憲法解釋權之界限——由功能法的觀點出發，憲政時代，24 卷 3 期，頁 170-222。
- 陳愛娥 (2010)，法規違憲「定期失效宣告」與行政法院裁判的關係——從最高行政法院九八年度判字第二四三號判決談起，台灣法學雜誌，157 期特刊，頁 127-135。
- 陳清秀 (2010)，違憲法規之解釋效力問題——兼論違憲法規限期失效，於過渡期間之效力問題，法令月刊，61 卷 12 期，頁 75-99。
- 陳慈陽 (2014)，從憲法理論論司法院大法官釋憲問題，月旦法學雜誌，231 期，頁 15-34。
- 陳昭如 (2012)，改寫男人的憲法，政治科學論叢，52 期，頁 43-88。
- 黃士洲 (2014)，租稅法律主義的再檢討，月旦法學雜誌，229 期，頁 204-215。
- 黃昭元 (1996)，從「違憲但不立即無效」的大法官解釋檢討我國的違憲審查制度，月旦法學雜誌，12 期，頁 31-39。
- 黃昭元 (2003)，司法違憲審查的制度選擇與司法院定位，國立臺灣大學法學論叢，32 卷 5 期，頁 55-118。
- 黃昭元 (2014)，法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討，台灣法學雜誌，262 期，頁 39-54。
- 黃俊杰 (2009)，行政立法系列：第一講——法規命令，月旦法學雜教室，82 期，頁 51-65。
- 彭鳳至 (2008)，司法院大法官憲法解釋之效力——兼論大法官憲法解釋一般拘

- 
- 束力與德國聯邦憲法法院法第三一條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力，  
《月旦法學雜誌》，161期，頁105-134。
- 楊子慧(2014)，憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力——以德國法為中心，  
並談我國之改革，國立中正大學法學集刊，43期，頁191-291。
- 葛克昌(2010)，違憲限期失效法規與依法審判，月旦法學雜誌，185期，頁  
133-134。
- 廖元豪(2000)，司法院大法官「法律違憲解釋」之研究——以第五屆、第六屆  
大法官為中心，政大法學評論，63期，頁81-104。
- 廖義男(2011)，夏蟲語冰錄(三十六)——近三年大法官解釋之啟示與檢討(二)  
——定期失效之宣告模式與人民權利救濟之可能性，法令月刊，62卷1期，  
頁130-134。
- 廖義男(2013)，夏蟲語冰錄(六十二)——司法院大法官審理案件法修正草案  
評述，法令月刊，64卷3期，頁120-125。
- 蔡宗珍(2003)，我國憲法審判制度之檢討，月旦法學雜誌，98期，頁49-66。
- 蘇永欽(1995)，試釋違憲，國立臺灣大學法學論叢，24卷2期，頁205-237。
- 蘇彥圖(2013)，大法官決策機制高效化的兩帖新藥及其副作用——簡評司法院  
2013年1月公布之「司法院大法官審理案件法修正草案」，台灣法學雜誌，  
222期，頁27-28。
- 顧立雄、尤伯祥、吳志光、林超駿、錢建榮、李念祖(2011)，「贏了解釋、輸了  
官司？——法官定期宣告失效與個案救濟」座談會會議紀錄，月旦法學雜誌，  
193期，頁260-274。

#### (四) 學位論文

楊淑卿（2011），大法官違憲審查「定期失效宣告」下當事人權利救濟之探討，  
東吳大學法學院法律學系在職專班法律專業組碩士論文。



#### （五）其他及網路資源

刊訊（2011），因應釋字第 664 110 餘名少年另為適當處遇，司法週  
刊，1451 期，第一版。

大法官審理案件法修正草案，

[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/pl0\\_02.asp?id=109099](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/pl0_02.asp?id=109099)

（最後瀏覽日：2016 年 4 月 5 日）。

財政部對於所得稅法第 15 條修正草案，修正綜合所得稅夫妻所得計算稅額方式  
之說明，財政部賦稅署，

[http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?mserno=200912140005&serno=200912140018&menudata=DotMenu&contlink=ap/news\\_view.jsp&dataserno=201404160001](http://www.dot.gov.tw/dot/home.jsp?mserno=200912140005&serno=200912140018&menudata=DotMenu&contlink=ap/news_view.jsp&dataserno=201404160001)

1（最後瀏覽日：2016 年 2 月 24 日）。

都市更新條例部分條文違憲失效，內政部因應措施降低行政衝擊，內政部營建署，

[http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com\\_content&view=article&id=17516&Itemid=54](http://www.cpami.gov.tw/chinese/index.php?option=com_content&view=article&id=17516&Itemid=54)（最後瀏覽日：2016 年 2 月 24 日）。

第一屆至第六屆大法官機關聲請與人民聲請解釋案件比較表，司法院，

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/E100/%E7%AC>

[%AC%E4%B8%80%E5%B1%86%E8%87%B3%E7%AC%AC%E5%85%AD%E5%B1%86%E5%A4%A7%E6%B3%95%E5%AE%98%E5%B0%B1%E6%A9%9F%E9%97%9C%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%80%85%E8%88%87%E4%BA%BA%E6%B0%91%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%80%85%E8%81%B2%E8%AB%8B%E8%A7%A3%E9%87%8B%E4%B9%8B%E6%AF%94%E4%BE%8B%E4%BD%9C%E4%B8%80%E7%B5%B1%E8%A8%88.htm](#). (最後瀏覽日：2016年2月24日)。

周宇修，終於不再贏了釋憲輸了官司，蘋果日報，

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20141027/494967/>  
/ (最後瀏覽日：2014年10月27日)。

王家俊、蘇聖怡，偶發集會遊行 可免申請，蘋果日報，

<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20150102/36304063/>，(最後瀏覽日：2016年2月24日)。

奧地利憲法 (英譯版)，

[https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erw/ERV\\_1930\\_1/ERV\\_1930\\_1.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erw/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html) (最後瀏覽日：2016年4月5日)。

匈牙利憲法法院法 (英譯版)，

<http://www.mkab.hu/download.php?d=64> (最後瀏覽日：2016年4月5日)。

法國憲法 (英譯版)，

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english>

</constitution/constitution-of-4-october-1958.25742.html> (最後瀏覽日：2016年4月5日)。



比利時憲法 (英譯版)，

[https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj9uJb\\_spzLAhXL0ZQKHacDDWgQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.legislationline.org%2Fdocuments%2Fid%2F9045&usg=AFQjCNHRLIsstyk4kU6p3ZCyUB-Dn\\_dFKg&sig2=Yv1GgblL88zyPcI0ao2nGg](https://www.google.com.tw/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj9uJb_spzLAhXL0ZQKHacDDWgQFggbMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.legislationline.org%2Fdocuments%2Fid%2F9045&usg=AFQjCNHRLIsstyk4kU6p3ZCyUB-Dn_dFKg&sig2=Yv1GgblL88zyPcI0ao2nGg) (最後瀏覽日：2016年4月5日)。

比例時憲法法院法 (英譯版)，

[http://www.const-court.be/en/basic\\_text/Organic\\_legislation\\_SACC.pdf](http://www.const-court.be/en/basic_text/Organic_legislation_SACC.pdf)

(最後瀏覽日：2016年4月5日)。

## 二、英文文獻

### (一) 專書

Ferreres Comella, Víctor. 2009. *Constitutional courts and democratic values :*

*European perspective.* New Haven : Yale University Press. Blackstone,

*W. 1765. Commentaries on the Laws of England.*

### (二) 專書論文

Stone Sweet, Alec. (2012). Constitutional Courts. In Michel Rosenfeld & Andrés

Sajó (Eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*

(pp.816-830). Oxford, U.K.: Oxford University Press.

Steiner, Eva. (2015). Judicial Rulings with Prospective Effect from Comparison to Systematisation. In Eva Steiner (Ed.), *Comparing The Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions* (pp.1-26). Switzerland: Springer.

Millet, François-Xavier. (2014). Temporal Effects of Judicial Decisions in France. In Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Eds.), *The Effects of Judicial Decisions In Time* (pp.107-121). Cambridge : Intersentia.

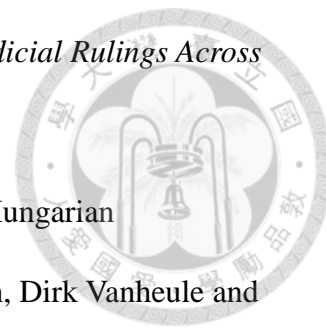
Bar-Siman-Tov, Ittai. (2014). Time and judicial Review in Israel : Tempering the Temporal Effect of Judicial Review. In Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Eds.), *The Effects of Judicial Decisions In Time* (pp.197-233). Cambridge : Intersentia.

Smith, Lionel. (2015). Canada: The Rise of Judgments with Suspended Effect. In Eva Steiner (Ed.), *Comparing The Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*(pp.247-259). Switzerland: Springer.

Schroeder, Werner. (2014). Temporal Effects of Decisions of the German Federal Constitutional Court. In Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Eds.), *The Effects of Judicial Decisions In Time*(pp.17-33). Cambridge : Intersentia.

Verstraelen, Sarah, Popelier, Patricia , and Van Drooghenbroeck, S bastien. (2015). The Ability to Deviate from the Principle of Retroactivity: A Well-Established Practice Before the Constitutional Court and the Council of State in Belgium. In

Eva Steiner (Ed.), *Comparing The Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*(pp.81-113). Switzerland: Springer.



Drinóczi, Tímea. (2014). Temporal Effects of Decisions of the Hungarian Constitutional Court. In Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Eds.), *The Effects of Judicial Decisions In Time*(pp.77-106). Cambridge : Intersentia.

### (三) 期刊論文

Petty, Aaron R. (2014). The Concept of Religion in the Supreme Court of Israel. *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 26, Issue 2:211-268.

Gamper, Anna & Palermo, Francesco. (2008). The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review. *Journal of Comparative Law*, Vol. 3, Issue 2:64-79.

Woolhandler, Ann. (2006). Public Rights, Private Rights, and Statutory Retroactivity. *Georgetown Law Journal*, Vol. 94, Issue 4:1015-1064.

Shannon, Bradley Scott. (2003). The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions. *Harvard Law & Policy Review* 26:811-876.

Kalt, Brian C. (2004). Three Levels of Stare Decisis: Distinguishing Common-Law, Constitutional, and Statutory Cases. *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 8, Issue 2:277-282.

Ryder, Bruce. (2003). Suspending the Charter. *Supreme Court Law Review* 21:267-297.

Comment. (1982). Prospective Application of Judicial Decisions. *Alabama Law*

*Review* 33:463-492.

DeLong, Cameron S. (1985). Confusion in Federal Courts: Application of the Chevron Test in Retroactive-Prospective Decisions. *University of Illinois Law Review*:117-142.



Rogers, Candler S. (1968). Perspectives on Prospective Overruling. *University of Missouri at Kansas City Law Review*, Vol. 36, Issue 1:35-74.

Landau, David. (2010). Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal* 51:319-377.

Note. (1963). Constitutional Law: Deliberate Speed Doctrine Applied to Desegregation of Recreational Facilities. *Duke Law Journal*, Vol. 1963, Issue 2:350-358.

Note. (1990). Constitutional Stare Decisis. *Harvard Law Review* , Vol. 103, Issue 6:1344-1362.

Note. (1966). Prospective-Prospective Overruling. *Minnesota Law Review* 51:79-91.

Deutscher, David B. (1991). R. v. Chaulk and R. v. Swain Insanity and the Constitution. *Constitutional Forum*, Vol. 2, Issue 4:99-102.

Fabbrini, Federico. (2009). Reasonableness as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council. *Journal of Comparative Law*, Vol. 4, Issue 1: 39-68.

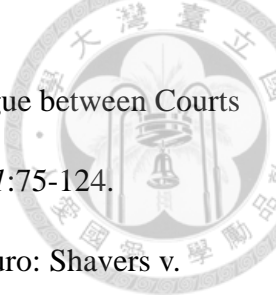
Spuller, Gabor. (2014). Transformation of the Hungarian Constitutional Court: Tradition, Revolution, and (European) Prospects. *German Law Journal*, Vol. 15, Issue 4: 637-692 .

Hoole, Grant R. (2011). Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for



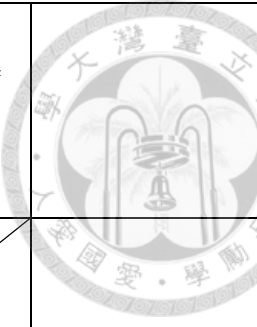


- Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law. *Alberta Law Review*, Vol. 49, Issue 1:107-148.
- Kappel, John J. (2013). Canada (Attorney General) v. Bedford: The World's Oldest Profession Struggles to Carve out a Future for Itself. *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 19, Issue 3:411-418.
- Pfander, James E. (2006). Brown II: Ordinary Remedies for Extraordinary Wrongs. *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, Vol. 24, Issue 1:47-80.
- Leclair, Jean. (2004). Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Brief Overview. *The George Washington International Law Review* 36:543-556.
- Roach, Kent. (2005). Constitutional, Remedial, and International Dialogues about Rights: The Canadian Experience. *Texas International Law Journal*, Vol. 40, Issue 3:537-576.
- Dashjian, Michael B. (1993). The Prospective Application of Judicial Legislation. *Pacific Law Journal* 24:317-400.
- Halberstam, Malvina. (2010). Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States. *Cardozo Law Review*, Vol. 31, Issue 6:2393-2456.
- Jackman, Martha. (1998). Giving Real Effect to Equality: Eldridge v. British Columbia (Attorney General) and Vriend v. Alberta. *Review of Constitutional Studies*, Vol. 4, Issue 2:352-371.
- Tushnet, Mark. (2002). Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, Vol. 101:2781-2802.
- Hunter-Henin, Myriam. (2011). Constitutional Developments and Human Rights in France: One Step Forward, Two Steps Back. *International and Comparative Law*

- 
- Quarterly*, Vol. 60, Issue 1: 167-188.
- Hogg, Peter W. & Bushell, Allison A. (1997). The Charter Dialogue between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, Vol.35, Issue 1:75-124.
- Hect, Philip H. (1979). Reflections on Unconstitutionality in Futuro: Shavers v. Attorney General and Robinson v. Cahill. *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 12, Issue 2: 261-294.
- Kay, Richard S. (2014). Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law Supplement* 62:37-68.
- Fallon, Richard H. Jr. & Meltzer, Daniel J. (1991). New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies. *Harvard Law Review* 104:1731-1833.
- Traynor, Roger J. (1977). Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility. *Hastings Law Journal*, Vol. 28, Issue 3:533-568.
- Faber, Ronald. (2008). The Austrian Constitutional Court - An Overview. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, Vol. 2, Issue 1:49-53.
- Burningham, Sarah. (2015). A Comment on the Court's Decision to Suspend the Declaration of Invalidity in Carter v. Canada. *Saskatchewan Law Review*, Vol. 78, Issue 2:201-208.
- Verstraelen, Sarah. (2013). Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility versus the Quest for Uniformity. *German Law Journal* 14:1687-1730.
- Schaefer, Walter V. (1967). The Control of Sunbursts: Techniques of Prospective Overruling. *New York University Law Review* 42:631-646.


〈表九〉大法官歷來宣告定期失效解釋一覽表

編號	釋字	作成時間	所涉議題	失效期限	法令之屬性	理由	是否遵期修正/修正時間	備註
1	731	104.7.31	財產權、正當行政程序	1年	法律/侵益性	否		
2	730	104.6.18	財產權、法律保留原則	1年	細則/侵益性	有		與釋字第658號的原因事實相似
3	724	103.8.1	結社自由、工作權	1年	辦法/侵益性	否	是/ 104.1.22	
4	718	103.3.21	集會自由	9個多月	法律/侵益性	否	否	
5	716	102.12.27	財產權	1年	法律/侵益性	否	是/ 103.11.26	
6	711	102.7.31	工作權	1年	法律/侵益性	否	是/ 103.7.16	
7	710	102.7.5	遷徙自由、正當法律程序(強制出境部分);法律明確性、人身自由、正當法律程序(收容部分)	2年	法律/侵益性	否	是/ 104.6.17	*雖遵期修正,但是明訂自104.7.3起施行
			法律保留原則(收容部分)	2年	辦法/侵益性	否		
8	709	102.4.26	財產權、居住自由、正當行政程序	1年	法律/侵益性	否	否	

9	708	102.2.6	人身自由	2年	法律／ 侵益性	有	是／ 104.2.4	
10	707	101.12.28	法律保留原 則	3年	辦法／ 授益性	有		
11	704	101.11.16	法官身分獨 立保障、訴 訟權	2年	規則／ 侵益性	否		軍審法於103年8 月13日修正，軍 事審判官以及軍 事檢察官已不存 在。
12	702	101.7.27	職業自由	1年	法律／ 侵益性	否	是／ 102.7.10	
13	696	101.1.20	平等原則、 婚姻與家庭	2年	法律／ 侵益性	有	否／ 104.1.21	逾期修正1年
14	694	100.12.30	平等原則、 生存權	1年	法律／ 侵益性	否	是／ 101.12.5	
15	687	100.5.27	平等原則、 人身自由	1年	法律／ 侵益性	否	是／ 101.1.4	
16	680	99.7.30	授權明確 性、刑罰明 確性、人身 自由、財產 權	2年	法律／ 侵益性	有	是／ 101.6.13	雖遵期修正，但是 明訂自101.7.30 起施行
17	677	99.5.14	人身自由、 正當法律程 序	17日	法律／ 侵益性	否	否	諭知過渡期間之 法律適用方式。 未修正監獄行刑 法第83條第1 項，但是主管機關 透過函示的方式 符合解釋之要求。
18	670	99.1.29	人身自由、 平等權	2年	法律／ 侵益性	否	是／ 100.7.6	本質上應屬逕為 造法。 冤獄賠償法嗣更 名為刑事補償法。
19	669	98.12.25	人身自由	1年	法律／ 侵益性	否	否／ 100.1.5	
20	666	98.11.6	平等原則、 生存權	2年	法律／ 侵益性	有	是／ 100.11.4	

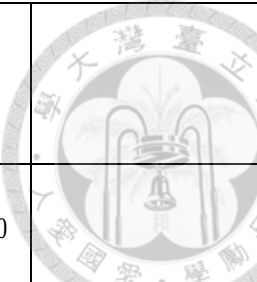
21	664	98.7.31	人身自由、人格權	1個月	法律／侵益性	否	否	諭知過渡期間之法律適用方式。未修正少年事件法，以司法院內部的函令處理。
22	663	98.7.10	正當法律程序、訴願、訴訟權	2年	法律／侵益性	有	是／100.5.11	
23	658	98.4.10	法律保留、服公職權	2年	細則／侵益性	有	是／99.8.4	於公務人員退休法第17條明訂。
24	657	98.4.3	租稅法律主義	1年	細則、準則／侵益性	否	是／準則98.9.14；細則98.11.18	
25	654	98.1.23	訴訟權	約3餘月	法律／侵益性	否	否／98.5.13	
26	653	97.12.26	訴訟權	2年	法律／侵益性	有	否	經釋字第720號直接規定修正前之因應方式。
27	649	97.10.31	平等權、工作權	3年	法律／侵益性、授益性兼具	有	是／100.2.1	雖提早修正但明訂新規定至失效期限屆至後方生效。
28	645	97.7.11	權力分立	1年	法律	否	是／98.6.17	
29	641	97.4.18	財產權	1年	法律／侵益性	否	是／97.11.26	諭知過渡期間之法律適用方式。
30	640	97.4.3	租稅法律主義	1年	要點／侵益性	否	否／98.05.27	修正所得稅法第80條。
31	638	97.3.7	法律保留原則、財產權	6個月	規則／侵益性	否	是／97.5.20	
32	636	97.2.1	法律明確性原則、訴訟權、正當法律程序、人身自由	1年	法律／侵益性	有	是／98.1.21	
33	631	96.7.20	秘密通訊自由	約5餘月	法律／侵益性	否		於新法公布施行後失效，嚴格而言非屬定期失效宣告類型。
34	619	95.11.10	法律保留原則	1年	細則／侵益性	否	是／96.7.11	

35	616	95.9.15	財產權	1年	法律／ 侵益性	否	是／ 96.7.11	
36	613	95.7.21	權力分立原 則	約2 年半	法律	是	是／ 97.1.9	
37	598	94.6.3	法律保留原 則	1年	規則／ 侵益性	否	否／ 95.6.19	
38	588	94.1.28	人身自由、 正當法律程 序	6個 月	法律／ 侵益性	否	是／ 94.6.22	
39	586	93.12.17	資訊自主 權、財產 權、法律保 留原則	1年	要點／ 侵益性	有	是／ 95.5.19	
40	580	93.7.9	財產權	2年	法律／ 侵益性	否	否	
41	573	93.2.27	宗教信仰自 由、財產 權、法律明 確性原則、 平等原則	2年	法律／ 侵益性	有	否	
42	558	92.4.18	居住、遷徙 自由	未定 期	法律／ 侵益性	否		失效日取決於新 法制定之日， 嚴格而言非屬典 型之定期失效宣 告。
43	551	91.11.22	人身自由、 生存權、罪 刑相當原則	2年	法律／ 侵益性	否	是／ 92.7.9	
44	549	91.8.2	生存權	2年	法律／ 侵益性	否	否	亦可劃歸為限期 修法類型。
45	535	90.12.14	行動自由、 財產權、隱 私權	2年	法律／ 侵益性	否	是／ 92.6.25	亦可劃歸為限期 修法類型。 諭知過渡期間之 法律適用方式。
46	524	90.4.20	法律明確 性、法律保 留原則、授 權明確性、 再授權禁止	2年	法律、 辦法／ 侵益性	否	否／ 100.1.1	亦可劃歸為限期 修法類型。 健保法部分逾 期，且施行日期訂 為100.7.1逾期8 年多； 醫療辦法部分於 91年已先行修正。
47	523	90.3.22	人身自由、 正當法律程 序	1年	法律／ 侵益性	否	否／ 91.4.4	諭知過渡期間之 法律適用方式。

48	491	88.10.15	服公職權、法律保留原則、法律明確性、正當法律程序	2年	法律／侵益性	否	是／90.6.20	
49	457	87.6.12	平等原則	6個月	要點／侵益性	否	否／87.12.16	亦可劃歸為限期修法類型。
50	455	87.6.5	平等原則	1年	函釋／侵益性	否	是 <sup>425</sup>	亦可劃歸為限期修法類型。
51	454	87.5.22	居住、遷徙自由、法律保留原則、授權明確性原則	1年	要點／侵益性	否	是／雖該要點至88.11.1方停止適用，惟入出國移民法於88.5.21施行。	
52	452	87.4.10	平等原則	1年	法律／侵益性	否	是／87.6.17	
53	450	87.3.27	大學自治	1年	法律、細則／侵益性	有	否／分別修正日期94.12.28 93.2.27	
54	443	86.12.26	居住遷徙自由、授權明確性	6個月	辦法／侵益性	否	是／87.6.25 87.6.17	役男出境處理辦法修正；兵役法施行法增訂78-1條。
55	436	86.10.3	人身自由、訴訟權、正當法律程序	2年	法律／侵益性	否	是／88.10.2	
56	423	86.3.21	法律保留原則、財產權	6個月	標準／侵益性	否	是／86.8.6	
57	402	85.5.10	授權明確性、刑罰明確性	1年	規則／侵益性	有	否／86.7.26	
58	392	84.12.22	人身自由	2年	法律／侵益性	否	否／86.12.9 (刑事訴訟法部分) 88.12.15 (提審法部分)	刑事訴訟法部分遵期修正；提審法則逾期。

<sup>425</sup> 法治斌，與大法官共治，難嗎？，收於：法治國家與表意自由，頁184-185（2003年）。

楊淑卿，大法官違憲審查「定期失效宣告」下當事人權利救濟之探討，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，頁91（2011）。

59	390	84.11.10	法律保留原則、授權明確性、職業自由	1年	規則／ 侵益性	否	否／ 86.4.30	
60	384	84.7.28	人身自由、 正當法律程序、 訴訟權	約1 年半	法律／ 侵益性	否	是／ 85.12.30	
61	380	84.5.26	學術自由、 法律保留原則	1年	細則／ 侵益性	否	否／ 86.10.15	諭知過渡期間之 法律適用方式。
62	373	84.2.24	結社自由	1年	法律／ 侵益性	否	否／ 99.6.23	
63	367	83.11.11	租稅法律主義	1年	細則、 要點／ 侵益性	否	是／ 84.11.1	
64	366	83.9.30	人身自由	1年	法律／ 侵益性	否	否／ 90.1.10	
65	365	83.9.23	平等原則	2年	法律／ 侵益性	否	否／ 85.9.25	
66	324	82.7.16	職業自由	約1 年半	辦法／ 侵益性	否	是／ 82.11.17	
67	313	82.2.12	財產權、授 權明確性	1年	規則／ 侵益性	否	否／ 85.9.3	
68	300	81.7.17	人身自由	1年	法律／ 侵益性	否	否／ 82.7.30	諭知過渡期間之 法律適用方式。
69	289	80.12.17	財產權、法 律保留原則	2年	辦法／ 侵益性	有	否／ 83.1.14	
70	251	79.1.19	人身自由	約1 年半	法律／ 侵益性	否	是／ 80.6.29	
71	224	77.4.22	訴訟權、課 稅公平原則	2年	法律／ 侵益性	否	是／ 79.1.24	
72	218	76.8.14	財產權	6個 月	函釋／ 侵益性	否	否／ 77.5.30	



〈表十〉大法官歷來單純違憲宣告解釋一覽表

編號	釋字	作成時間	標的性質	所涉議題	修正時間	備註
1	722	103.6.27	命令(辦法)	平等原則	104.3.26	分類標準涵蓋範圍過窄，應擴大適用範圍。
2	715	102.12.20	命令(簡章)	服公職權		因標的為招生簡章，年度招考完畢即失效，故本質上僅能為單純違憲宣告。
3	600	94.7.22	法律	財產權	未見修正	立法未完備，應立法，本質上無法規範可宣告為違憲。
4	589	94.1.28	法律	信賴保護	未見修正	分類標準涵蓋範圍過窄，應擴大適用範圍。
5	587	93.12.30	法律	人格權	96.5.23	未給予起訴之資格與合理的起訴期間，立法者應立法規範。
6	585	93.12.15	法律	法律明確性、權力分立	95.5.1 (惟部分條文修正後仍未符合憲法要求，嗣於96.9.28經大法官宣告立即失效)	
7	583	93.9.17	法律	服公職權	104.5.20 (公務員懲戒法第9條第1項第1款將免職處分納入規範)。	應規定而未規定。
8	559	92.5.2	法律	法律保留原則、授權明確性原則	96.3.28 (增訂第2章第2節之「執行」)。	未明言違憲，但要求修法。 諭知修法前之法適用方式。
9	542	91.4.4	命令(計畫)	平等原則	未見修正	指未違憲，但要求修法。 分類標準涵蓋範圍過窄，應擴大適用範圍。
10	502	89.4.7	法律	家庭權	96.5.23	未明言違憲，但要求修法。
11	488	88.7.30	法律	財產權	未見修正	
12	485	88.5.28	法律、命令	平等原則	未見修正	指未違憲，但要求

			(細則)			修法。 分類標準涵蓋範圍過廣。
13	483	88.5.14	法律	服公職權	91.6.26 (公務人員俸給法第16條第2項)。	應規定而未規定。
14	465	87.9.25	法律	財產權	未見修正	未明言違憲，但要求修法。 應規定而未規定。
15	462	87.7.31	命令	工作權	因為是由各大學、獨立學院及專科學校修正自己之教師資格及升等評審程序，故難判定。	未明言違憲，但要求修法 應規定而未規定。
16	445	87.1.23	法律	集會遊行權	91.6.26	
17	434	86.7.25	法律	財產權	88.5.29 (修正後規定於第14條)。	分類標準涵蓋範圍過窄，應擴大適用範圍。
18	426	86.5.9	命令(辦法)	公課公平負擔原則	未能確認	應規定而未規定。
19	410	85.7.19	法律	平等原則	85.9.25 (增訂民法親屬編施行法第6條之1)。	應規定而未規定。
20	396	85.2.2	法律	訴訟權	104.5.20	應規定而未規定。
21	335	83.1.28	命令(施行細則)	財產權	96.12.12 (提存法增訂第11條)。	
22	321	82.6.18	法律	訴訟權	80.7.22	
23	318	82.5.21	法律	財產權、平等原則		因法規已經修正部分。
24	316	82.5.7	法律	財產權、生存權	未見修正	應規定而未規定。
25	311	81.12.23	法律	財產權、重複處罰禁止	84.1.13	
26	301	81.7.24	法律	工作權(?)	未見修正	應規定而未規定。
27	298	81.6.12	法律	服公職權、訴訟權	85.10.16 (增訂公務人員保障法)。	應規定而未規定。
28	288	80.12.13	法律	訴訟權		因法律已修正。 與釋字第224號及第321號情形相似。

29	276	80.3.8	法律 <sup>426</sup>	營業自由	98.1.21 (增訂合作社法第 55條之1)。	未明言違憲，但要 求修法。 應規定而未規定。
30	210	75.10.17	命令(施行 細則、函釋)	租稅法律 主義		因法律已修正，本 質上無法規範可宣 告違憲。
31	166	69.11.7	法律	人身自由	80.6.29	未明言違憲，但要 求修法。
32	86	49.8.15	法律	權力分立	69.6.29	未明言違憲，但要 求修法。

<sup>426</sup> 雖另指合作事業獎勵規則亦應一併修正檢討，為其非違憲審查標的。