

# 從法理念探討違憲規範定期失效之違憲宣告 —兼評司法院釋字第 718 號解釋

To Study of Declaration of Temporarily Continuous Validity  
of Unconstitutional Law Based on the Idea of Law:  
With Comments on the Judicial Yuan Interpretation No. 718

李 翔 甫\*  
Hsiang-Fu Lee

## 摘 要

從大法官近來不斷作出不同程度之違憲但定期失效宣告之法規範，所引發政府相關部門在個案執行及適用上，無所適從，乃歸因解釋文內均未詳具理由說明義務，且憲法亦無明文規範此一憲法解釋方式所致。面對此爭議，已無法透過法律科學的方法來闡釋，而須從「法外」之「法理念」作為評價與判斷。

德國著名法哲學家 Gustav Radbruch 以「正義」、「合目的性」及「法安定性」作為「法理念」的要素，本文即以此為基礎，探究其與違憲審查之關係，並從比較法的觀察，了解奧國、德國及日本現行司法違憲審查制度運作模式，分析我國如何先師法奧國制度，後併採德國制度之過

---

投稿日期：108.12.09      接受刊登日期：109.02.07      最後修訂日期：109.02.29

\* 中央警察大學法律學研究所法學碩士、國立臺北大學法律學系博士生，苗栗縣警察局法制科科長。

LL.M, Department of Law, Central Police University, Ph.D. student, Department of Law, National Taipei University; Chief of Legal Affairs Section, Miaoli Country Polic Bureau.

程，據以在法規範宣告違憲但失效期日屆至前，其效力衍生之爭議問題，應如何運用法律理念尋繹最佳之運作方式。

本文認為，大法官宣告定期失效之違憲法規範，雖形式上基於「法安定性」，但實質上係課予立法機關從「合目的性」解釋儘速完成修法義務；而司法機關應從「正義」，並以「合目的性」為補充，作成合憲裁判；行政機關則應自「正義」思考，輔以量能原則，追求依法行政之最大效能；原因案件之聲請人，則不受定期失效拘束，以落實個案「正義」；並以此為基礎，評析司法院釋字第 718 號解釋，作為政府部門未來施政之參考。如此，大法官借用該制度發揮規範控制功能面向之目的，始能完整實現。

**關鍵詞：**法理念；正義；合目的性；法安定性；定期失效；分配的正義；平衡的正義；違憲審查；憲法訴訟法；集會遊行法

## 目 次

### 壹、問題意識

### 貳、法理念與違憲審查之關係

#### 一、正義

##### (一) 概念

##### (二) 類型

##### (三) 體系正義與立法、司法裁量

#### 二、合目的性

##### (一) 概念

##### (二) 實質正義與立法目的

#### 三、法安定性

##### (一) 概念

##### (二) 定期失效與司法造法

### 參、比較法觀察各國法制

#### 一、偏向法安定性之奧國法制

#### 二、偏向正義及合目的性之德國法制

#### 三、偏向具體個案效力之日本法制

#### 四、綜合觀察

### 肆、違憲法規範之效力與法理念之運用

#### 一、無效涉及合目的性理念之判斷

#### 二、定期失效日期涉及正義之判斷程序

#### 三、原因案件之救濟涉及個案正義

### 伍、評述定期失效之司法院釋字第 718 號解釋

- 一、過渡期間限制與法安定性、正義
  - 二、制度選擇與合目的性
- 陸、結論

## 壹、問題意識

從我國憲法釋義學發展觀點言之，司法院大法官透過外國憲法釋義學及憲法理論對法規範所作的憲法解釋，均是回應我國現今政治、社會及文化的面向，有其特殊性的「憲法變遷」背景—自解嚴及動員戡亂時期終止後，不但在基本人權的實現，甚至在權利救濟的違憲審查機制，均能理性的認識事實真相及其中的處理法則，有其正面的評價與肯定。但在拉近「規範具體化」與「政治、社會及文化」間的詮釋過程中，大法官卻創造了「違憲但定期失效」之解釋模式。

我國「違憲但定期失效宣告」制度，係源自司法院作出有關「審檢分隸」宣告之釋字第 86 號解釋<sup>1</sup>及「違警罰法規定，由警察官署裁決之拘留、罰役，應迅改由法院依法定程序為之」之釋字第 166 號解釋<sup>2</sup>，相關立法程序部門未能通力合作，怠於行使職權，忽視「大法官解釋具有一般拘束力」之釋字第 185 號解釋<sup>3</sup>，而遲遲未修法，造成違憲狀態繼續存在所為之修補解釋類型—釋字第 218 號解釋<sup>4</sup>為第 1 例；雖有其歷史存在因素，但在中華民國憲法及司法院大法官審理案件法未明文規定下，該解釋模式在我國是否符合現行憲政體制？有無違憲？

況且，從大法官近來作出不同程度之違憲但定期失效宣告，因解釋文內均未詳具理由說明，加以憲法亦無明文規範此一憲法解釋方式，故對其解釋標的作出相異程度之決定，不但在學說與實務上爭議不斷，且造成政府各部門在個案執行及適用上，亦有無所適從，而生掣肘之憾；探究其因，其所秉持之法律概念，因在定義上具有不可增減之封閉性，復無法透過法律科學的方法來證明，而須從「法外」之「法理念」作為

---

1 1960 年 8 月 15 日作成—第二屆大法官期間。

2 1980 年 11 月 7 日作成—第四屆大法官期間。

3 1984 年 1 月 27 日作成—第四屆大法官期間。

4 1987 年 8 月 14 日作成—第五屆大法官期間。

評價與判斷。例如，釋字第 313 號解釋：在無法律明確授權下，以命令性質之「民用航空運輸業管理規則」作為裁罰性規定，宣告「自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力」之違憲但定期失效之宣告；而釋字第 394 號解釋：對同以命令性質之「營造業管理規則」及「內政部函釋」作為裁罰性規定，欠缺法律之明確授權，卻宣告「自本解釋公布之日起，應停止適用」之違憲但立即失效的宣告。就司法院違憲審查制度具有規範控制功能言之，此種立論不一貫，除是否產生憲法解釋有無違反「憲法一體性」之疑慮外，且大法官就此而言，只能透過解釋作出失效期間之決定，而得出「何時失效」之結論，但無從證明「失效時點」之正當性何在。換言之，該正當性與否之「失效時點」，須有法外之考量作為評斷基礎。

本文即以 20 世紀德國法哲學家 **Gustav Radbruch** 所提出之「法理念」—「正義」、「合目的性」及「法安定性」為基礎，從釋憲機關與其他國家機關的互動切入，探討憲政體制賦予釋憲機關之憲法任務，與釋憲機關應如何回應之，藉以究明「違憲但定期失效宣告」模式之最佳化運作方式。

為達此目的，本文在第貳部分，即以法理念與違憲審查之關係作為鋪陳，具體分析「違憲但定期失效宣告」已涉及法理念之實踐，藉以正當化其存在之必要性。然而，現行制定法之法規範並無定期失效宣告制度，究屬事實，則習以繼受他國法制的我國，在第參部分，乃有引介外國立法例之運作，觀察大法官所回應之宣告，是否落實法理念；並以此為基礎，在第肆部分，就違憲法規範之效力與法理念之運用，加以論述並提出大法官對憲法理念的認知所造成的可能影響及處理方式；進而在第五部分，評述採取定期失效諭知之司法院釋字第 718 號解釋，其在過渡期間限制與許可制或報備制之選擇上，如何以法理念予以正當化其運作模式，提出筆者管見，俾供「憲法維護者（*der Hüter der Verfassung*）」—大法官對未來所作出之解釋，能在修憲嚴格條件之限制下，如何運用

法理念予以解釋，藉以發揮適當之憲法變遷功能，並調和憲法與時代的差距，促使憲法具有活力。

## 貳、法理念與違憲審查之關係

自語意學角度言之，法的內容是多義的<sup>5</sup>；為確保憲法之優位性，司法院大法官對於個別語詞、語句從事憲法解釋、闡明憲法規定之涵義負有極大的責任，此乃違憲立法審查制度之目的所在，並有憲法第 78 條、第 173 條為依據。

然而，大法官應以何種方式使憲法之條文能依據既有之規整從事憲法解釋，並作為憲法變遷而產生憲法有意的續造，適應其後變化多端的社會，而無扞格之處，此涉及法的概念。在法學方法論上，有關法制度的解釋與適用，如同民法第 1 條規定，檢討之順序，應先依法律所規定；法律未規定者，依習慣；無習慣者，則依法理判斷之。是以該法第 1 條已授權並承認司法機關針對個案補充法律漏洞的職權。

所謂法理，乃指為維持法秩序之和平，事物所本然或應然之原理；法理之補充功能，在適用上包括制定法內之法律續造（如基於平等原則所作之類推適用）及制定法外之法律續造（即超越法律計畫外所創設之法律規範）<sup>6</sup>。申言之，法理乃法律據以建構或所取向之價值。然而，法律或習慣之妥當性，因法律對之未為明文規定，而常被忽略，在現代實質法治國家原則下之「惡法非法」，自應思考其是否符合實質意義之法律要求。故法理並不僅具補充法律的功能，尚有監督法律或習慣之妥當性的功能<sup>7</sup>。

此外，德國學者 Radbruch 教授亦認為，法的概念，是一種文化的概念，也就是說，是一種涉及價值的概念，強調法的價值、法的理念。

---

5 古野豐秋，違憲の憲法解釈，頁 60，尚学社，1990 年。

6 參照最高法院 101 年度台上字第 1695 號、第 2037 號民事判決意旨。

7 黃茂榮，論法理，植根雜誌，第 33 卷，第 8 期，頁 282-286，2017 年 8 月。

所謂法理念，係指人們對於某一事物或現象之法的理性認識、理想追求及其所形成的觀念體系；法哲學確信法理念的內涵為基本價值之最高層次，即法理念是法律最高的價值，以致所謂的「法」，按其意涵必然服務於法理念（*Rechtsidee*）<sup>8</sup>。基此，在法的意義上，法理代表多數人所共認之法的原則，法理又經常是某些法理念長期不斷累積所形成的基本精神與學理；法理之應用，在價值上，最終必須取向於法理念<sup>9</sup>。是而憲法既為「法」，遵循法理從事憲法解釋自不可脫離法理念。基於法哲學所論述之法理念，係由法律所應實現，且處於緊張關係（*Spannungsverhältnis*）的正義（*Gerechtigkeit*）、合目的性（*Zweckmäßigkeit*）及法安定性（*Rechtssicherheit*）等三種基本價值（*Grundwerten*）所構成<sup>10</sup>，本文即以 Radbruch 教授的「法理念」三個層面－正義、合目的性及法安定性作為開端，鋪陳其與違憲審查之關係，以維護憲法所欲建立之法秩序的完整性。

## 一、正義（*Die Gerechtigkeit*）

司法院從事違憲立法審查制度時，應以立法者為出發點進行立法違憲審查，此乃規範審查之基準，係由立法者本身所創設，司法審查只是運用該基準，以檢討法規是否一致的貫徹立法者所揭櫫的原則而已。此種規範審查方式，即為體系正義<sup>11</sup>。在探究體系正義前，須先理解何謂正義，本文即以 Gustav Radbruch 教授所稱之正義作一論述：

---

8 Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., 1956, S. 168.

9 黃茂榮，同註 7，頁 295。

10 Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. Aufl., 1969, S. 36.

11 李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討－以釋字第 228 號解釋為素材，憲政時代，第 16 卷，第 2 期，頁 26-27，1990 年 10 月。



## （一）概念

正義猶如真、善、美，是一種絕對的價值，其存在基於自身，而非自高價值中推導出來<sup>12</sup>，此乃理想的法律體系所要求。從而，法理念的正義為客觀的正義，而非社會倫理的主觀正義，係隨事實關係的差異而有所不同<sup>13</sup>。在此概念下，正義的本質是平等，此際，正義指示我們：「相同的相同對待，不同的不同對待（*Gleiche gleich, Ungleiche ungleich zu behandeln*）」，然而，它卻無法告訴我們有關何者可作為相同或不同的判斷方式，易言之，正義僅能描述性的確立兩者間之關係，但不能確定處理的方式<sup>14</sup>，此乃相同或不同的判斷基礎，即哪方面相同或不同，須視「事物本質」（*Natur der Sache*）之「內容」而定，方能確定其處理方式，此即正義作為平等之思想。

## （二）類型

正義的核心既是平等的思想，*Gustav Radbruch* 即以亞里士多德（*Aristoteles*）的正義學說將正義類型化為「平衡的正義（*ausgleichende Gerechtigkeit*）」與「分配的正義（*austeilende Gerechtigkeit*）」二種：平衡的正義，係指功績與獎勵的絕對平等（*absolute Gleichheit*），例如，產品與價格、損失與補償、犯罪與處罰；分配的正義，係對多數人按比例之平等（*verhältnismäßige Gleichheit*），例如，按照給付能力之不同而予差別課稅、按照在職年資與能力予以升遷。從而，平衡的正義以二人為前提，且彼此間存在法的地位平等；相對的，分配的正義至少以三人為前提：上位者（*eine übergeordnete Person*）須為另二位或更多的下屬

---

12 *Radbruch, Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1965, S. 24.*

13 柯耀程，*Radbruch* 的生平與法學思想，*月旦法學雜誌*，第 72 期，頁 184，2001 年 5 月。

14 *Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 168.*

(die untergeordneten Personen) 承擔責任或提供利益。因此，分配的正義，係使每一個人獲得應有的 (das suum cuique) 權利，為正義的基本形式；而平衡的正義則是衍生的正義形式<sup>15</sup>，簡言之，平衡的正義係以分配的正義為前提要件。

若將之運用在教育制度上，例如，子曰：「中人以上，可以語上也。中人以下，不可以語上也。」(論語·雍也篇) 其中，「相同或不同」的「中人以上與以下」，應視該人之智識、社會階層及彼此談得與否作為判斷基準，才能確定是否可以用高深的學問與其相談<sup>16</sup>，此涉及「能力分班」，為「分配的正義」問題；北宋思想家程頤云：「各因其材之高下，與其所失而告之，故不同。」此涉及「因材施教」，為「平衡的正義」問題。是而「因材施教」若在「能力分班」之前提下進行，較能發揮教育功能—將人的個別差異開發出來，使人盡其我，發揮其對人類社會最大的貢獻，進而落實教育正義<sup>17</sup>。不過，在此須注意的是，憲法第 21 條人民有受國民教育義務之規定，形式上雖係對國家而言，實質上則是保護 6 歲至 15 歲之學齡兒童，為養成德、智、體、群、美五育均衡發展之健全國民，應以人的培育、發展為本，並以知識普及為目的，而非因應升學或就業的需要<sup>18</sup>，故無「能力分班」的問題。

分配的正義與平衡的正義，為平等之具體化理念；為保障人民在法律地位之實質平等，憲法乃要求並建立平等原則。體系正義為平等原則所導出之原則，就立法機關而言，其在違憲審查之運作上能發揮何種功能，此涉及立法者之立法形成自由權<sup>19</sup>及司法院之違憲審查權的問題，亦即權力分立原則下之立法與司法裁量權的問題。

---

15 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 24 f.

16 李家雄，論語義，頁 275-276，九思，2000 年。

17 李惠宗，教育行政法要義，頁 11，元照，2004 年。

18 國民教育法第 1 條及第 7 條。

19 司法院釋字第 572 號解釋大法官楊仁壽協同意見書；司法院釋字第 656 號解釋大法官李震山協同意見書。

### (三) 體系正義與立法、司法裁量

由於司法院進行違憲審查時，為求公平正義之實現，克盡國家保護人民權利之職責，須積極探求「正義應當如何被理解？」承如前述，正義是一種價值，須待補充，且在每件聲請案為正義所下之定義均有不同的可能性，即正義在個別聲請案應當如何被理解！只要不違反專業性之語言規則，均有可能是不同的；除答案是開放性外，且具有共同的特徵—單純的建議（*Vorschläge*）—建議如此來理解正義之概念<sup>20</sup>，並以之作為有用性的判斷，乃有重視體系正義之要求。

體系正義（*Systemgerechtigkeit*）之原理，首由 *Gerhard Leibholz* 於其 1925 年「法前平等論」的論文中所發現，係自平等原則所導出之原則。平等原則旨在禁止立法者之恣意（*Willkürverbot*），而體系正義則在進一步使「恣意之禁止」能結構化（*Strukturierung*）與合理化（*Rationalisierung*）<sup>21</sup>。申言之，體系正義係藉由恣意禁止法則，使有脈絡相聯關係之各結構的法規範間，能維持法律體系之一貫性。但「平等」係屬原則，倘為避免不公平之結果，而忽視各人間之不同，亦非法的正義理念所應有，而有差別待遇之形成；即使允許法規範作相異之差別規範，為避免過度之差別，則須有「合理差別」之正當理由。

因此，立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違

---

20 建議的正義概念，只要對特定的科學目的有用，即使是發生幾個完全不同的定義，卻都滿足了聯結應當被聯結的要素，分離應當被分離的要素，自當擇優而取，選出最好的定義，其餘則以寬容精神讓彼等留在其他體系之中。Vgl. Kantorowicz, Hermann, *Der Begriff des Rechts*, 1957, S. 23 ff.

21 Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2. Aufl., 1959, S. 47, 76. 轉引自李惠宗，同註 11，頁 27。

反平等原則<sup>22</sup>。大法官行使司法權之裁量，亦受體系正義之拘束<sup>23</sup>，在規範同一類型事物時，亦應有同一標準，描述或分析相同或不相同之「事物本質」<sup>24</sup>，且須注意「比較上」之相對性問題－分配的正義與平衡的正義，方能合理化問題處理方式之正當性。

例如，在司法院釋字第 666 號解釋理由書，大法官稱社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款「罰娼不罰嫖」之性交易<sup>25</sup>處罰規定，僅指述處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇作為違反平等原則之論述。但該理由書前稱：性交易行為如何管制及應否處罰，屬立法裁量之範圍；後又云：該法律已形成差別待遇，而未提及其差別待遇是否合理，即直接跳躍至違反平等原則，論述不具說服力，此乃「是否合理」（平衡的正義問題）涉及「相同或不同」的基礎觀點（分配的正義問題），亦即，判斷合理與否，須視「事物本質要素」而定；而「事物本質要素」的認定，則與「制度目的」有關，若未論述「制度目的」，則無法探求「事物本質要素」，所得之結論，爭議自然就多。因此，下文即就合目的性作些論述。

## 二、合目的性（Die Zweckmäßigkeit）

司法院在違憲審查活動中，為追求法律所應實現之價值，須從立法目的檢驗並確認是否符合憲法價值，非僅為形式邏輯之推演。亦即，如何評價法的方法之適當性及適法性，是否合於該審查對象之法令本身所應有之法的目的，並在此概念下，將其具體化於抽象規範之審查中，要

---

22 司法院釋字第 455 號解釋大法官翁岳生協同意見書。

23 陳新民，憲法學釋論，頁 775，自版，2015 年增訂 8 版。

24 所謂「事務本質要素」，須與制度目的具有邏輯上正當合理的關聯性，不以有「相關性」為已足，詳參李惠宗，憲法要義，頁 168，元照，2019 年增訂 8 版。

25 性交易者，須由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，始合致之。

求法規範應發揮其個別化之功能—因人而異、因事而異，給每個人應得的，此涉及實質正義之問題。在探討實質正義前，須先了解合目的性為何？

### （一）概念

所謂合目的性，係指國家對於基本權之限制，須有助於目的之達成。是而合目的性涉及正義之內容<sup>26</sup>，與平等涉及正義之形式，有所不同。

法之本質，是將法理念轉化為現實<sup>27</sup>。也就是說，將法理念長期且持續累積所形成之基本精神與學理，具體化為法理。因此，法的概念，是指向法理念的<sup>28</sup>；法的目的，則非理解為經驗性的目的實現，而是目的理念。所謂目的理念，Radbruch 教授認為，從倫理上可類分成三種價值體系：以個人人格（Einzelpersönlichkeit）價值為觀點之個人主義價值體系（das individualistische Wertsystem）、以全體人格（Gesamtpersönlichkeit）價值為觀點之超個人主義價值體系（das überindividualistische Wertsystem）及視為高利益文化作品（Kulturwerk）之超人格主義價值體系（das transpersonalistische Wertsystem）。對於某一法律制度應採取何種目的理念，僅能根據各自法律及國家觀予以作最適切之選擇<sup>29</sup>。

### （二）實質正義與立法目的

為了解法的目的理念，須以法律解釋客觀性之目標為指向，也就是應作合目的的解釋—除探求法律在今日的標準意義（其今日的規範性意義）外，並同時考量歷史上的立法者制定規則之意向及其具體的規範想

---

26 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 172.

27 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 3.

28 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 29.

29 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 27 f.

法，才能確定法律在法秩序上的標準意義<sup>30</sup>。例如，大學招生該不該為弱勢族裔降低門檻，則須探求「大學之目的何在？」若大學的目的是在追求學術卓越，學生的學術潛力應是唯一錄取標準；若是以公民養成為目的，在多元社會晉身俊彥的能力也應納入標準。是而純為前者而存在者，就會排斥「積極平權」；純為後者而存在者，就會擁護「積極平權」<sup>31</sup>。因此，欲確定招生標準，除須探求為弱勢族裔降低門檻在今日之規範性意義外，並應尋找規則制定之歷史紀錄與文獻，始能確定大學招生是否應為弱勢族裔降低門檻。

由前述例子亦可知，合目的性的解釋為涉及正義之內容問題，亦即，根據「合目的性」的判斷，可了解法律的內容（招生標準）是否正確，進而推論法律的概念是否能夠被真正的理解（積極平權）。而違憲審查的基準，就是在探討審查機關應依據何種憲法原則或價值，針對受審查標的之法律或命令，進行違憲審查。其審查的標準，就是手段與目的間具有實質關聯性，並論證手段確實有助於目的之達成。亦即，透過法律所產生之侵害，須與法律欲達成之目標間具有妥適性；此一問題涉及到憲政秩序的實質正當性<sup>32</sup>，該正當性之追求，即為實體法規範所要實現之實質正義，俾能落實規範內容之實質合法性。是以法規範的實質正義，須經合目的性之補充<sup>33</sup>。易言之，應就整體立法之客觀意旨與目的以探求所擬解釋規定之真正意旨。

承前述釋字第 666 號解釋，本號解釋理由書雖言明社會秩序維護法「罰娼不罰嫖」之立法目的在維護國民健康與善良風俗，且差別待遇標準與該立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第 7 條之平等原則有

---

30 蔣傳光，論法律解釋的客觀性，理性、思想繼受與法解釋，頁 349，元照，2009 年。

31 Michael J. Sandel 著、樂為良譯，正義：一場思辨之旅，頁 214，雅言文化，2011 年。

32 李惠宗，法學方法論，頁 248，新學林，2018 年增訂 3 版。

33 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 27.

違；但未能進一步說明，為何在立法者未對嫖客「非難性」的前提下，如何就立法目的作出客觀性的「欠缺實質關聯性」的法律解釋，甚而作出違反平等權之結論？無怪乎陳新民大法官在本號解釋之協同意見書提出：如果確認性交易行為是一個「評價的整體」，即在有無妨害公序良俗或國民健康來作評判時，就必須導出交易雙方都負擔同一法律責任的結論：要嘛全罰，或不罰的唯一結論。但如果認為性交易行為是可以「分裂評價」，認為嫖客行為與娼妓行為可以分別評價，則立法者明知雙方均妨害公序良俗或侵害國民健康之虞，但決定只處罰一方，即當然違反平等權。基此，合目的性之解釋，已涉及是否能在公益考量上獲得一致結果的評價—整體的評價？抑或是分裂的評價。倘未能明確的定調，則無助於法和平性，進而達到法安定性之目標。

### 三、法安定性（Die Rechtssicherheit）

法令違憲宣告失效之方式有三：其一，溯及自法令制定時起失效，即宣告自始無效，最符合憲法第 171 條第 1 項「法律與憲法牴觸者無效。」及第 172 條「命令與憲法或法律牴觸者無效。」等規定；其二，自解釋公布之日起失效，即宣告立即失效；其三，自解釋公布之日起一定期間經過後失效，即宣告定期失效。其中，第一選項之概念，僅見於司法院釋字第 592 號解釋理由書所示「刑事確定判決所依據之刑事實體法規經大法官解釋認違反基本人權而牴觸憲法者，應斟酌是否賦予該解釋溯及效力。」，在釋憲實務上，基本上並不採用<sup>34</sup>。是以司法院在作出違憲法令失效之宣告時，在未賦予一般溯及效力之情形下，原則上僅有向將來發生失效之結果，即宣告立即失效或定期失效，而有涉及法安定性的問題。在討論違憲法令究採何種失效方式與司法造法有關之重大價值判斷問題前，本文有先論述法安定性之必要。

---

34 司法院釋字第 725 號解釋大法官羅昌發協同意見書。

## （一）概念

自司法院釋字第 218 號解釋宣告「應自本解釋公布之日起六個月內停止適用。」之諭知，即採用違憲「定期失效」之方法；而該定期失效之諭知，普遍認為其正當性之基礎係源於「法安定性」，即法秩序之安定。

法治國家之法安定性，需要法的實證性（*Positivität des Rechts*）：如果不能確認什麼是公正的（*Gerecht*），即應明確規定什麼是正當的（*Rechens*），且應明定一個能貫徹執行的部門。如此，法的實證性即成為正當性（*Richtigkeit*）的前提條件。要是「實證的」同屬於正當法的概念，就正如「內容是正確的」，為實證法（*Positives Recht*）的任務<sup>35</sup>。例如，司法院 74 年 2 月 8 日作出釋字第 193 號解釋之釋憲標的一解釋效力之範圍，即確定終局裁判所適用之法律，其內容與憲法抵觸，或命令之內容與憲法或法律抵觸，經司法院大法官依當事人之聲請解釋為抵觸憲法者，其聲請人如受不利裁判時，得於解釋公布後，依法定程序請求救濟。該解釋意旨，係突破當時實證法律之疏漏，而由事後 87 年 10 月 28 日增列之行政訴訟法第 273 條第 2 項所填補，此乃遵循內容是正確的，並經過實證的正當法規範。

基此，所謂實證法（*Positives Recht*），係指透過國家組織的統一性及強制力所制定及保證的規範；該規範具有明確性，易於促使並維持社會行為之常態性，進而形塑人類的社會行為<sup>36</sup>。然而，該規範必須內容正確，且可以有效的實施，方能滿足法安定性的要求。因此，實證法的有效性，係建立在其本身具有安定性的基礎上，即法安定性。倘自價值的角度簡潔表達，即為和平（*Frieden*）與秩序（*Ordnung*）：和平的觀點，

---

35 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 168 f.

36 鍾芳樺，法規範的三個社會基礎：論 Hermann Heller 的法概念論，中原財經法學，第 15 期，頁 37，2005 年 12 月。



源於爭辯的法律觀（*Rechtsanschauung*）之間；秩序的觀點，乃最終的解決所有人與人間之思想鬥爭（*Kampf*）。故 *Anselm Feuerbach* 教授認為，實證法應當在意見的論戰及哲學家的論爭行動中建立起和平的秩序<sup>37</sup>。

## （二）定期失效與司法造法

前已述及，司法院大法官在實務的運作中，為避免對法安定性造成太大之衝擊，多以立即失效與定期失效之方式宣告<sup>38</sup>。其中，法令經宣告違憲，其內涵既已違背憲法，復侵害人民基本權利，自應以使其立即失效為原則。惟宣告法規失效，將使現行法秩序發生紊亂，或對公共利益造成重大影響，自不宜率然為之，而有容許其暫時存在之必要，以避免造成法真空狀態<sup>39</sup>。是以基於維持法安定性而宣告之定期失效，則有相當程度係進行司法造法之功能，尤其是在過渡期間，就個案論知之具體救濟方法，或指示相關機關應適用之暫時性規範為最<sup>40</sup>。

然而，在任何法的糾紛中，即使法是不正當的，最後立於法安定性的要求而作出判決<sup>41</sup>，終究與人民之期待有所違背之疑慮；此乃法安定性並非實現法的唯一，且非決定性的價值，尚有正義與合目的性二個價值；在此價值位序中，將有利於公益之法的合目的性置於末位。換句話說，法就是實現法安定性與追求正義，且最終是有利於人民的<sup>42</sup>。故正義是法的第二大任務，法的第一大任務則是法的安定性—和平與秩序<sup>43</sup>。

---

37 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 180 f.

38 李惠宗，同註 24，頁 627-628；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，頁 816-826，自版，2017 年增訂 5 版。

39 司法院釋字第 725 號解釋大法官李震山部分協同意見書。

40 司法院釋字第 686 號解釋大法官陳新民不同意見書；司法院釋字第 725 號解釋大法官羅昌發協同意見書。

41 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 62.

42 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 352 f.

43 Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Aufl., 1929, S. 35.

但正義與法安定性發生衝突時，應如何解決？Radbruch 認為：只要透過法的實證性（die Positivität des Rechts），實踐法安定性之要求，即可將實定法（das positive Recht）予以正當化（die Rechtfertigung）<sup>44</sup>。易言之，即使法之內容是非正義與不合目的性，只要透過法規與權力保障之法，則具有優先地位；除非現行法律與正義間之矛盾已達到令人無法忍受的程度，作為不正當法（Unrichtiges Recht）之法律，始能向正義讓步<sup>45</sup>。申言之，作為和平與秩序原理的法安定性，遇法律違憲明確而欲宣告無效時，將會涉及法律應保全至何種程度，始符合正義之問題。

承前舉釋字第 666 號解釋理由書：「……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，作適當明確之管制或處罰規定。」並據此作出了「應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。」的決定，卻未具體說明為何以「二年」作為失效時點之「理由」。本文認為該理由應與「最終是有利於人民的」目的有關，惟該司法造法之二年時效，是否過於籠統與彈性？有無違反體系正義？而有應由立法機關制定新規範、建立新秩序，明確將定期失效所定期間加以限定，以妥善解決時效之問題，此亦為已公布但尚未施行之憲法訴訟法第 52 條第 2 項之立法精神所在。

#### 四、小結

綜合以觀，基於平等思想的正義，得知正義與事物本質之探求有關。故法的形式平等，並非平等原則之實質內涵，憲法第 7 條所定之平等原則，實際上「係為保障人民在法律上地位之實質平等，亦即法律得

---

44 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 12), S. 30.

45 Radbruch, Gustav, a.a.O. (Fn. 8), S. 353.

依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的，而為不同之規範。法律就其所定事實上之差異，亦得授權行政機關發布施行細則為合理必要之規定。」<sup>46</sup>亦即，以「法的形式」為規制的「正義」，原則上須待以「法的內容」是否「合目的性」作為補充，以符合實質正義。但「正義」與「合目的性」不足構成「法」，尚須以不斷透過法規範及權力驗證，形成法律秩序的「法安定性」，三者融合，始為法理念的價值所在，並形成法理加以應用。司法院大法官在作出定期失效之違憲宣告時，即應善加運用前述三者，非僅以「法安定性」作為唯一考量，俾能達成規範控制之目的；亦期能在發現規範內容的過程中，調整下位規範與上位規範的互動關係及貫徹同位階規範的價值判斷<sup>47</sup>。

在進一步討論如何以三大法理念所形成之法理達成規範控制之目的前，應先對宣告法令定期失效所形成之效力，如何予以定位，有加以釐清之必要。為能清楚理解該解釋效力之適用，本文擬先以比較法之方式，分析各國是如何作定期失效之違憲宣告模式，供尚無成文法規範之我國作為參考及建議。

## 參、比較法觀察各國法制

自法規範違憲審查之宣告方式予以觀察，我國 108 年 1 月 4 日三讀通過總統公布，並自 111 年 1 月 4 日施行之「憲法訴訟法」，其立法理由主要參考奧地利及德國。因此，欲藉由該等國加上日本之介紹，俾能對我國之違憲審查機制有所進一步之了解。

### 一、偏向法安定性之奧國法制

奧地利憲法法院為一獨立於司法機關之憲法上機構，違憲審查權由

---

46 司法院釋字第 412 號解釋理由書。

47 司法院釋字第 523 號解釋大法官王澤鑑、吳 庚之部分不同意見書。

其行使。

在時的效力方面，依該國聯邦憲法（*Bundes-Verfassungsgesetz*，縮略語 *B-VG*）<sup>48</sup>第 139 條第 5 項及第 140 條第 5 項、第 7 項等規定，原則上僅自「公布日起（*Ablauf des Tages der Kundmachung*）」向後失效，而不是自「判決作成時」起算，無溯及效力<sup>49</sup>，且明文規範賦予憲法法院得定失效期限：所定期限為「命令」者，不得逾 6 個月，但有法律上之準備必要者，得延長至 18 個月；所定期限為「法律」者，不得超過 18 個月。故定期失效的違憲宣告制度，是奧地利聯邦憲法法院所採行的制度；其目的除有利於法秩序之安定外，最主要的考量應是給立法機關有過渡期間，修正或新制定法規。

定期失效為將來效力之類型，奧地利採行將來效力制度之背景在於：該國國會曾為聯邦法與邦法發生衝突時，究應依循「聯邦法優於邦法」或「後法廢止前法」之原則而難獲協議；嗣以憲法法院已存在，決定採取「後法廢止前法」之原則，由憲法法院就後法（無論聯邦法或邦法）是否合憲予以裁判，在未經判決失效而廢止前，該規範仍屬有效<sup>50</sup>，此其一；基於法安定性之要求，避免社會處於法律真空狀態，引起混亂局面，即藉由確定緩失效期限之方式，將法秩序的變動延後，防止立即失效所造成的負面後果大於給予立法者有制定新法取代舊法的過渡期間<sup>51</sup>，此其二。依此形式邏輯而言，只有在法律「有效」之前提下始有廢止可言，換言之，法律在未經公布廢止前，仍屬有效存在，是而憲法

---

48 奧地利聯邦政府法律資訊系統（*Rechtsinformationssystem des Bundes*），<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>，最後瀏覽日期：2019 年 08 月 22 日。

49 陳銘祥，比較違憲審查制度，現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 1080-1084，月旦，1997 年。

50 古野豐秋，同註 5，頁 309-310。

51 司法院釋字第 613 號解釋大法官許玉秀部分協同意見書。

法院認為法規範違憲而廢止其法律效力，必為將來效力<sup>52</sup>。

另從法實證主義之法的理論—純粹法學派之確定力理論，亦可得到「向將來失效」之理論基礎。首創者 **Hans Kelsen** 認為：下級法規與上級法規相牴觸，在未被高層級的機關否定其效力之前，稱之為「暫時生效」；一旦生效，則對其效力的否定，只能向將來失效，不能使下級法規自始的「溯及失效」。從而不論係立法、司法或行政部門在擔負規範審查時，其宣告法規範違憲或違法，均是「撤銷」而非「無效」。有瑕疵的法規，因未被撤銷而繼續生效，如同違法的判決，因未提起上訴而發生既判力；其功能就是在維護法律秩序安定之條件下，設定法律內容變更的條件，故既判力（確定力）係法在概念上不可或缺的特質<sup>53</sup>。

在事的效力方面，依該國聯邦憲法第 139 條第 6 項第 3 句及第 140 條第 7 項第 3 句等規定之反面解釋，憲法法院如認命令或法律違憲而宣告其失效，就原因案件（Anlassfall）本身，系爭法令不再適用；而依同法第 139 條第 6 項第 2 句及第 140 條第 7 項第 2 句等規定，非原因案件之其他案件，已經發生之事實，原則上不受影響，仍繼續適用該違憲之法令。

但亦有其例外，依該國聯邦憲法第 139 條第 6 項第 2 句後段及第 140 條第 7 項第 2 句後段等規定，憲法法院另有論知溯及生效於其他尚未確定之案件，或對於過去已經實現之事實，一律不再適用違憲法令。此外，奧地利憲法法院於 VfSlg 17/687 判決中亦宣告，只要憲法法院於原因案件調查決定（Prüfungsbeschluss）前，已向行政機關提出開啟行政程序之申請者，即可受原因案件效力所及<sup>54</sup>。凡此皆非採取向將來失

---

52 陳瑞堂，違憲解釋之將來效力與警告性判決，司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，頁 278-279，司法院秘書處，1988 年。

53 吳 庚，純粹法學與違憲審查制度，當代法學名家論文集：慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁 98-99，法學叢刊雜誌社，1996 年。

54 陳清秀，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，第 61 卷，第 12 期，頁 89，2010 年 12 月；藍偉銓，論違憲

效之模式，值得關注。

基此，奧國之違憲審查制度，原則上，憲法法院係基於法理念之法安定性之考量，採取性質上屬於將來失效類型之定期失效制度。

## 二、偏向正義及合目的性之德國法制

該國為維護憲法最高性而設立聯邦憲法法院，並賦予其法規違憲審查之權限<sup>55</sup>，德國基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland，縮略語 GG）第 92 條、第 93 條定有明文。

自實定法觀察，依德國聯邦憲法法院法（Gesetz über das Bundesverfassungsgericht、Bundesverfassungsgerichtsgesetz，縮略語 BVerfGG）第 78 條第 1 句規定，違憲法令宣告無效者，溯及發生效力（Ungültigkeit ex tunc）<sup>56</sup>，而自始、當然無效（ex tunc-und ipso iure-Nichtigkeit）<sup>57</sup>，係重視體系正義及實質正義之結果，亦即符合正義及合目的性之法理念。然而，宣告違憲無效之法律，勢必侵害信賴保護原則而影響法安定性，乃採取一種視個別案件（事件）之類型，選取不同之執行方式。依德國聯邦憲法法院法第 79 條規定，將聯邦憲法法院就無效宣告後裁判之效力區分為二大類<sup>58</sup>：對於刑事案件，因涉及實質正義與人權保障，作為確定裁判基礎之刑事法律被宣告違憲者，均得產生溯及效力，聲請再審；對於民事及行政事件，除原因案件得提起救濟外，餘已確定之事件，除有憲法訴願及其他法律有特別規定外，無溯及

---

定期失效，憲政時代，第 42 卷，第 4 期，頁 460-461，2017 年 4 月。

55 Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 10. Aufl., 2009, S. 933 ff.

56 Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 6. Aufl., 2011, § 78 Rn. 3.

57 Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht-Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl., 2012, Rn. 378.

58 Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, a.a.O. (Fn. 56), § 79 Rn. 1 ff.

失效。但應執行之裁判尚未執行者，即不能繼續執行。

據此，在「法的安定性與正義及合目的性間發生衝突（**Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit**）」時，聯邦憲法法院作出之裁判，其效力通常是有利於違憲狀態而犧牲個案正義<sup>59</sup>。亦即，為了避免引發法律事務往來上無法預知的後果，嚴格的現象是有必要的。但是，該現象是非常有爭議的，且適用在許多案件中，其結果亦是令人不滿意的<sup>60</sup>。

此外，聯邦憲法法院依同法第 31 條規定，其裁判具有拘束聯邦及各邦之憲法機關（**Verfassungsorgane**）及所有法院與機關，且具有法律效力；為避免宣告法律無效產生溯及自始當然無效之嚴重後果，乃在審判實務上，發展出違憲審查裁判類型計有無效及量的部分無效、與憲法不一致宣告（或稱單純違憲之宣告）、警告性裁判、合憲解釋及質的部分無效等<sup>61</sup>。其中，與憲法不一致宣告（**Unvereinbarerklärung**）係以法律效果為論據，目的在透過捨棄無效宣告，以避免法秩序混亂、法真空狀態或違憲更甚之情況，且部分的准予一個過渡期間；其核心概念在於違憲法規雖繼續存在，但停止適用；即使附有期間者，亦係宣告立法者之修法義務，應刻不容緩，或於一個期限內排除違憲之狀態，甚至經常有適用之禁止（**Anwendungssperre**）的效果<sup>62</sup>。

與憲法不一致宣告，係該國 1970 年聯邦憲法法院法第 4 次修正案於該法第 31 條明文化，並發生兩種法律效果：被宣告違憲法律應立即停止適用（**Anwendungsverbot**），除非憲法法院於裁判主文中作出限期

---

59 BverfGE 53, 115 (130).

60 Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 393.

61 有關各裁判類型之內涵，請詳參 Werner Heun 著、楊子慧譯，法規違憲審查，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊），頁 668-674，聯經，2010 年。

62 吳信華，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，第 229 期，頁 49，2013 年 8 月。

失效之意旨，即明文宣告在一定過渡期間內可繼續適用<sup>63</sup>，此其一；立法機關被課以義務，在該合理期間內重建合憲的法秩序，此其二<sup>64</sup>。是而聯邦憲法法院在作該宣告模式時，須考量「法益衡量」原則。

據此，法規範既在特定情況下得以暫時性的繼續適用，聯邦憲法法院乃擴大其權能，給予行政機關過渡期限，即在該期限中，舊的、本身違憲的法規範可以得到適用，但並非在全部的範圍內均可繼續適用。更確切的說，適用範圍僅限於「在具體個案中，就秩序持續維護的功能操作上是有必要的（auf das, was im konkreten Fall für die geordnete Weiterführung eines funktionsfähigen Betriebs unerlässlich war.）」<sup>65</sup>，亦即，應符合比例原則。

此外，有學者<sup>66</sup>更進一步論述，因德國聯邦憲法法院法第 31 條對聯邦憲法法院裁判之時的效力未作明文規定，而衍生聯邦憲法法院在宣告法規無效後，有「無效理論」與「得撤銷理論」之爭議；但聯邦憲法法院傾向「自始無效」之立場，且多於裁判理由中命原審法院停止審判程序，以等待立法者以合憲規定取代原有之違憲法規，即諭知法院負有「停止審判程序之義務」。另或有同時表明立法者應除去違憲狀態<sup>67</sup>之意旨；若立法者未能於適當之期間內除去違憲之狀態，各級法院應續行繫屬之案件，並自行以「合憲」之方式作出決定。

基此，德國法規範違憲無效之裁判，原則上，聯邦憲法法院係採取自始無效之立場，符合正義與合目的性之法理念；例外始於裁判主文

---

63 Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 396; Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, a.a.O. (Fn. 56), § 78 Rn. 9.

64 陳愛娥，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 98 年度判字第 243 號判決談起，台灣法學雜誌，公法特刊，頁 131，2010 年 8 月。

65 BverfGE 51, 268 (290, 291); Vgl. Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 406.

66 李建良，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，歐美研究，第 27 卷，第 1 期，頁 100-104、143-145，1997 年 3 月。

67 BverfGE 32, 199 (221); 61, 319 (356 f); 86, 369 (379 f).



中，宣告限期失效之意旨，此乃基於法理念之法安定性的考量。

### 三、偏向具體個案效力之日本法制

日本憲法第 81 條明文規定，最高法院乃有權決定一切法律、命令、規則或處分是否合憲之終審法院，故其違憲審查制度，採用有別於大陸法系奧德等國之憲法法院型，而屬英美法系之司法法院型<sup>68</sup>，且「如同解釋美國憲法所建立的違憲審查權之明文規定（米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を明文をもって規定した）」<sup>69</sup>，而採美國型的附隨審查制<sup>70</sup>，申言之，該國導入美國判例法所確立之原則—在司法權行使之範圍內，始得附隨之，換言之，目前學說之通說均認為，在解決具體事件之必要限度內，始得附帶提起違憲審查權<sup>71</sup>。

在此架構下，最高法院之下級審各級法院，是否亦有違憲審查權？依最高法院昭和 25 年（即西元 1950 年）2 月 1 日大法庭判決就此明白宣示，下級法院亦擁有違憲審查權<sup>72</sup>。另依據最高法院昭和 27 年（即西元 1952 年）10 月 8 日大法庭就警察預備隊<sup>73</sup>違憲訴訟之判決亦明白宣示，最高法院無從自憲法第 81 條之固有權限中直接推導出具有抽象違憲審查權<sup>74</sup>，換言之，最高法院僅擁有具體之違憲審查權。

至於違憲判決之效力，有「個別效力說」與「一般效力說」之爭<sup>75</sup>：

---

68 池田政章ほか編，（答練）憲法，頁 20，學陽書房，1988 年。

69 最大判昭和 23 年 7 月 7 日刑集 2 卷 8 号 801 頁。

70 金子宏ほか編，法律學小辭典，頁 1112，有斐閣，2004 年。

71 芦部信喜，人權と憲法訴訟，頁 109-110，有斐閣，1994 年；初宿正典，基本判例：憲法 25 講，頁 8-9，成文堂，2008 年。

72 渥美東洋，刑事訴訟法，頁 144，有斐閣，2006 年。

73 所謂警察預備隊—保安隊，乃陸上自衛隊與海上自衛隊之前身。參松本昌悅，現代憲法と人權の課題，頁 7，成文堂，1980 年。

74 金子宏ほか編，同註 70，頁 273。

75 工藤達朗，「違憲判決の效力」論の再検討，法政理論，第 39 卷，第 4 号，頁

所謂「個別效力說」，係指最高法院作出違憲無效判決，僅就該具體事件不適用該違憲法律而已，亦即，該違憲判決宣告無效之法律本身依然存在，只是就該具體事件中失去其法律效力而已，此乃最高法院作出之最終違憲判斷所帶來的政治影響，應委由政治部門以政治方式解決之故<sup>76</sup>；至於「一般效力說」，主張最高法院作出法律無效之違憲判決，不僅適用該具體事件，且一般性的、對世的當然無效。此外，該國憲法因無明確規範係採「個別效力說」或「一般效力說」，乃有委由法律規定的法律委任說之存在。不過，目前該國通說係採「個別效力說」<sup>77</sup>，但「個別效力說」在同一法律場合，有的有效、有的無效，而有危害法理念之法的安定性，且違憲判決之效力不及於其他事件，易發生與實際情況不符之爭議<sup>78</sup>。

至於該國採「個別效力說」之主要論據，乃日本之違憲審查制，係採附隨之違憲審查制，致法院之違憲審查權，僅及於解決具體事件之必要限度內，始得行使。是而違憲判決之效力，應僅限於具體事件；若其效力及於將法律視為一般性的無效，係一種消極的立法作用，屬逾越司法權界限之立法權範圍<sup>79</sup>，有違憲法第 41 條之意旨。

與此相關者，尚有效力發生時點問題，即違憲無效判決應發生溯及效力或向將來發生效力？除從一般效力說之觀點，仍有發生「一般溯及的一般效力說」及「當事人溯及的一般效力說」之爭議存在外，即使以當事人溯及為原則之個別效力說，在刑事法、特別是在刑事實體法領

---

186-187，2007年3月；佐藤幸治，違憲判決の効力-将来効の問題を中心に，法學論叢，第94卷，第3・4号，頁187-189，1974年1月。

76 浦部法穂，憲法學教室，頁395，日本評論社，2009年。

77 小山剛ほか編，憲法のレシピ，頁290，尚學社，2007年；伊藤真，憲法入門，頁204-205，日本評論社，2010年。

78 蛭原健介，違憲判決の効力と再審開始決定，憲法判例百選Ⅱ，別冊ジュリスト，第187号，頁447，2007年3月。

79 野中俊彦ほか編，憲法Ⅱ，頁307，有斐閣，2010年。

域，實質上絕大部分也是溯及的失效，並藉由再審或非常上訴等救濟程序保障其權利<sup>80</sup>。例外的是，最高法院大法庭就刑法第 200 條殺害直系血親尊親屬加重處罰規定<sup>81</sup>，以目的達成之手段而言，其法定刑過於嚴苛而有違反憲法第 14 條第 1 項平等原則及與憲法第 36 條或第 31 條相關之比例原則作出「手段違憲」之宣告<sup>82</sup>，實務上採取之對應措施，卻是將過去適用該加重處罰規定而作出之確定判決案件，以個別恩赦之方式處理<sup>83</sup>，迥異於已繫屬之案件變更罪名與法條，即以刑法第 199 條殺人罪起訴。

至於向將來發生效力之問題，如果從司法避免行使立法作用之通說見解，原則上即不應承認向將來發生效力判決之存在。惟最高法院在眾議院議員定數不均衡之違憲判決<sup>84</sup>中，採取被認為「一般法的基本原則」之情況判決（事情判決）之法理，即只是選舉違法，選舉本身並非無效，避免宣示選舉無效而衍生不當之結果，乃例外的作出容許選舉有效，但判決之效力僅在一定期間經過後始發生，此乃向將來發生效力之判決<sup>85</sup>，且該判決已經發揮一定程度的維護客觀法秩序之功能<sup>86</sup>。不過，最高法院導入向將來發生效力（將來効判決）制度，遭受到權力分立原理及司法逾越政策的判斷能力等界限之強烈批判，故濱田邦夫法官在最

---

80 大沢秀介，法令違憲判決の効力，憲法の争点，ジュリスト増刊，頁 281，有斐閣，2008 年。

81 最大判昭和 48 年 4 月 4 日刑集 27 卷 3 号 265 頁。

82 小林 武，尊属殺重罰と法の下の平等，憲法判例百選 I，別冊ジュリスト，第 186 号，頁 63，2007 年 2 月；辻村みよ子，比較憲法，頁 207，岩波書店，2003 年月。

83 松井茂記，日本國憲法，頁 122，有斐閣，2007 年。

84 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 卷 3 号 223 頁；最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁。

85 小林孝輔ほか編，逐条判例憲法，頁 107-108，法学書院，1993 年。

86 李仁淼，日本憲法訴訟之特質與問題點（下）—戰後日本違憲審查制六十年之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 172 期，頁 160，2009 年 9 月。

高法院參議院議員定數修正判決<sup>87</sup>中，提出補充之反對意見：「要求立法府在一定期間內作出符合憲法之修正，將來基於不按此修正之定數分配的選舉應為無效。<sup>88</sup>」該附條件的宣示判決，具有指導性之啟發作用。

綜前所述，日本之違憲審查制度，僅在解決具體事件的必要限度內，始得附帶提起違憲審查權之架構下，即使法律牴觸憲法而無效，其違憲判決之效力，亦僅在該具體事件不適用該違憲法律而已，該違憲無效之法律本身依然存在，此涉及採取「具體」個案，而非「抽象」法規範之合目的性的法理念。

#### 四、綜合觀察

在作定期失效宣告制度正當性論證時，均會涉及「違憲審查制度」與「憲法訴訟」；由於「違憲審查制度」係制度面設計的問題，「憲法訴訟」則係具體訴訟之法律範疇，申言之，一個國家係採用何種「違憲審查制度」，將會依循以該制度為基礎之「憲法訴訟相關理論」，亦即，「違憲審查制度」係「憲法訴訟」之前提<sup>89</sup>。在此思維脈絡下，首先說明的是，日本的違憲審查制度，因其係透過具體個案訴訟，以建立個人在憲法上之權利保障為其主要功能；嗣二次大戰後，維護公益，保障客觀憲法秩序亦為其憲法訴訟之宗旨，就此點而言，其與奧國、德國在違憲審查之功能上，有相互接近之傾向。

另從違憲審查之方式而言，本文認為，我國依憲法第 171 條、第 173 條、第 78 條、第 79 條及憲法增修條文第 5 條等規定可知，司法院大法官之組成，乃唯一掌理違憲審查權之機構，原則上係以「會議」行之（僅於審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲之解散事項，方組成憲法

---

87 最大判平成 16 年 1 月 14 日民集 58 卷 1 号 56 頁。

88 大沢秀介，同註 80，頁 281。

89 吳信華，我國憲法訴訟制度之繼受德國：以「人民聲請釋憲」為中心，月旦法學雜誌，第 116 期，頁 25-26，2005 年 1 月。

法庭以審判行之)，非採憲法法院型。惟 108 年 1 月 4 日總統公布，並定於 111 年 1 月 4 日施行之「憲法訴訟法」，該法第 1 條將傳統之大法官會議審理形態，改以具有完全司法審判性質之憲法法庭進行審理，屬「集中制」之違憲審查，亦即採奧國、德國之「違憲審查制度」，並非採取日本之「附隨審查制度」。

在此基礎上，有關涉及「憲法訴訟」理論之違憲判決效力問題，就「定期失效宣告」制度而言，有學者認為我國係採行德國制<sup>90</sup>，原則上可發揮公平正義；亦有學者認為係採行奧國制<sup>91</sup>，能維護法安定性之功能，除原因案件、憲法法院另有諭知，或只要憲法法院於原因案件調查決定前，已向行政機關提出開啟行政程序之申請者，均可溯及效力外，餘仍繼續適用該違憲法令，對個案正義保護仍顯不足；更有學者認為釋憲運作模式與奧國制度模式大體相仿，但就憲法解釋效力有溯及既往空間部分，屬確認判決<sup>92</sup>，反而接近德國制度<sup>93</sup>。

雖學者間對此問題有不同之見解，但本文認為，須先了解奧國與德國兩制度本身之差異，再作論斷，較為妥適：首先是奧國之聯邦憲法，對違憲法規範效力之基礎論點，係採取「失效理論」，德國之聯邦憲法法院法則採取「無效理論」；其次奧國由於採取失效理論，是而原則上並不排除違憲法規範之效力，容許繼續適用，僅例外的在憲法法院諭知下，溯及的不再適用該違憲法規範。而德國則因採取無效理論，原則上乃溯及否定違憲法規範之效力，僅例外的在憲法法院於裁判主文中作出限期失效後，方有繼續適用之可能。此乃兩國之違憲審查制度，因其理

---

90 黃昭元，從「違憲但不立即即無效」的大法官解釋檢討我國的違憲審查制度，月旦法學雜誌，第 12 期，頁 32，1996 年 4 月。

91 吳庚、陳淳文，同註 38，頁 733-734；司法院釋字第 613 號解釋大法官許玉秀部分協同意見書、司法院釋字第 686 號解釋大法官陳新民不同意見書。

92 司法院釋字第 185 號解釋。

93 翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，頁 34，元照，2004 年。

論基礎之不同，而有相異之發展。

經審視前述奧國與德國違憲法規範效力之體系架構，再依我國現行法規之違憲解釋，原則上係採取向將來發生效力之定期失效的解釋，且最短有採 17 日<sup>94</sup>或 1 個月<sup>95</sup>、最長採 3 年<sup>96</sup>之運作模式，並賦予原因案件聲請人救濟途徑觀之，因我國憲法未有定期失效之設，亦無由立法者制定法律加以規範，大法官乃於解釋文中自行作出決定，該決定屬「司法造法」之性質，且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需時程等因素，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，及為促使主管機關審慎周延立法<sup>97</sup>，加上司法院釋字第 613 號解釋已明確表明違憲法令定期失效前仍具有本來之效力<sup>98</sup>，而明顯採取奧國制度，非德國制度。至於德國聯邦憲法法院作出之與憲法不一致宣告，若自附有期間之限期失效而言，我國違憲定期失效之制度，似乎亦與德國有其類似。惟自該期間內是否適用違憲法律之角度觀之，則與我國違憲定期失效之制度有些許差異，須明辨之。從而，在一向繼受德國公法領域之我國，就憲法訴訟而言，我國無法全盤移植德國制度，此乃受德國採無效理論，我國採失效理論所致。

此外，我國上開已修正公布但尚未施行之「憲法訴訟法」第 52 條第 2 項規定，亦已採納奧地利憲法第 139 條第 5 項及第 140 條第 5 項之立法例，就憲法法庭宣告法規應定期失效者，限定所定之期間，法律位階法規不得逾 2 年，命令位階法規不得逾 1 年，除係基於避免大

---

94 司法院釋字第 677 號解釋。

95 司法院釋字第 664 號解釋。

96 司法院釋字第 649 號解釋。

97 司法院釋字第 725 號解釋。

98 臺灣高等法院暨所屬法院 100 年法律座談會刑事類提案第 14 號審查意見補充理由。

法官自行決定落日期限，而失於籠統且過於彈性，衍生法之不確定性外，相對於奧國就命令位階法規範有無法律上準備之必要，區分 18 個月與 1 年，自降低法安定性與正義之衝突，是值得肯定的。

至於我國基於法理念之法安定性的考量而採納奧國制度，於個人之權利亦有保護不足，正如大法官許玉秀在釋字第 613 號解釋之部分協同意見書所言：「定期失效制度包含一個矛盾邏輯。既然規範違憲，不管是因為侵害基本權、破壞權力分立或違反其他憲法原則，只要它存在一天，都是正在破壞憲法價值，理當立即失效，才能排除對人權及憲法的傷害，如果各級法院及行政機關繼續適用違憲規範，豈不是繼續實施違憲行為，侵害人民基本權、破壞憲法所保障的價值？而且如果聲請解釋的個案可以請求特別救濟，不適用違憲規範，其他尚未確定的個案，卻必須適用違憲規範，也造成不公平的現象。」此乃「定期失效制度」之根本缺陷。

而該缺陷，主要爭點在於違憲法規應自始溯及失效或向將來失效，此關係著重大的價值判斷：究竟「法安定性」與「法正確性」何者重要？<sup>99</sup>亦即，法理念中之「法安定性」、「正義」及「合目的性」三者間，孰輕孰重？此乃三者間在大法官作違憲無效宣告時，本質上即會處於矛盾與緊張之關係，致引發無效之違憲宣告，在附加期間定期失效後，法規範所引起之效力爭議問題。

我國上開已修正公布但尚未施行之憲法訴訟法第 54 條第 1 項已就該爭議問題確立解決方式並提出具體規定，亦即，對法律位階之法規範定期失效者，除憲法法庭另有諭知外，於期限屆至前，該法規範仍屬現行有效之法令。但為維持法秩序之安定，各法院審理案件，仍應適用該法規範；惟應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行

---

99 吳 庚、陳淳文，同註 38，頁 818。

審理。至於未達法律位階之行政命令或行政函釋等法規範，雖該憲法訴訟法未併為規定處理方式，但因各法院於審判案件時，依司法院釋字第 137 號及第 216 號解釋，各法院雖非可逕行排斥而不用，但法院仍得依法律表示適當之見解，不受該法規範拘束，均明顯將德國制度予以納入，此乃避免因一味強調體系正義而忽略個案正義。

從上述憲法訴訟法規定可知，立法機關就該爭議問題已作出社會多數共通價值所為之判斷，即法安定性仍重於法正確性，卻留下權衡後天秤仍有傾斜之慮，尤其是行政機關是否與法院審理案件相同，仍應適用違憲但尚未失效之法規範？此涉及法律適用基本原則的問題，亦即，在法理上，行政機關應適用當時有效，且未被宣告違憲或違法之法規<sup>100</sup>；而憲法訴訟法第 54 條之立法理由，卻肯認違憲之法規範仍屬現行有效之法令，致行政機關在適用法律時，對法規範之效力產生不確定執法之疑慮。

#### 肆、違憲法規範之效力與法理念之運用

我國憲法設計之違憲審查制度，屬「集中型」審查制，並依司法院大法官審理案件法第 5 條規定採「抽象規範」審查制，是而釋字第 185 號解釋文及釋字第 445 號解釋理由書明確宣告：司法院所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，即一般效力<sup>101</sup>；此與普通法院受理民事訴訟案件、行政法院審理行政訴訟事件、公務員懲戒委員會審議公務員之懲戒案件，其所為裁判或議決，僅及於該具體事件有拘束力者迥然有異。亦即，「解釋」具有「一般拘束力」；「裁判」或「議決」僅具「個案拘束力」，本質上迥不相同。在此要問的是，「定期失效宣告制度」在適用本號解釋時，各相關機關及人民應如何看待被宣告違憲法規範之效力？本文即從法理念之三大要素予以分析、說明，期能拋磚引

---

100 李惠宗，同註 32，頁 256-257。

101 司法院釋字第 592 號解釋。



玉，藉以省思現今司法院大法官就「違憲而定期失效」之宣告所應建構之方向：

## 一、無效涉及合目的性理念之判斷

大法官會議就確定終局裁判所適用之法律或命令認為牴觸憲法時，則違憲之法規範應自何時起失其效力？

早期學者<sup>102</sup>自法律理論與立法例並參酌外國法制，而提出可能之四種不同看法：

- (一) 溯及該法令施行之日起失其效力：依「無效」通常含有「自始、當然無效」之意的「舊日無效理論」，以及居於低位之法律或命令，既牴觸居於高位之憲法，自應溯及既往失其效力之「法律位階理論」觀之，我國憲法第 171 條及第 172 條之「無效」應作如是解，以維持國家法秩序之完整性。但自始歸於無效，致人民權利義務陷於紛亂之不確定狀態，將造成社會不安定，非屬妥適，應可參考 1952 年泰國憲法第 114 條第 2 項規定：「憲法法院所為之判決，係最終判決，應具執行之效力，但不妨礙其他法院以前所為確定判決之效力」<sup>103</sup>。
- (二) 自公布該法令違憲解釋之次日起，失其效力：為安定社會秩序，避免人民權利義務陷於紛亂之不確定狀態，該違憲法令應自解釋公布之次日起，失其效力，俾符憲法設置違憲立法審查制度之本意，且藉以維護憲法與法律之尊嚴。但新法令尚未制定施行前，勢必發生短期之真空狀態，而使一部行為暫失其依據，為彌補該缺憾，可參考 1948 年義大利憲法第 136 條規定：「憲法法院宣

---

102 林紀東，中華民國憲法逐條釋義(第三冊)，頁 80-83，三民，1975 年；史尚寬，憲法論叢，頁 131-133，自版，1973 年。

103 洪應灶，中華民國憲法新論，頁 191-192，自版，1970 年。

告法律或具有法律效力之命令違憲時，該法律或命令自公布次日起失效。」以資補救<sup>104</sup>。

- (三) 自公布該法令違憲之解釋後，經過一定期間，始失其效力：在法無明文規定下，可參考 1929 年奧國憲法第 139 條第 2 項（現為第 5 項）及第 140 條第 2 項（現為第 5 項）規定，法令雖經憲法法院判決違憲或違法，但並不溯及既往而自始失其效力，僅向後失其效力。惟主管機關負有公（發）布廢止法令之義務；且憲法法院得另定期限，使違憲之法令經過一定期間之後，始失其效力<sup>105</sup>。
- (四) 並非絕對無效，僅於法院審理案件時，拒絕此類法令之適用，使其對於某一案件失其效力；惟如以後法院見解變更，認為該法令並非違憲或違法時，仍可予以引用：此乃源自司法法院型之附隨審查制，即美國之違憲審查制度，因與我國釋憲制度相異之處甚多<sup>106</sup>，故不作深入討論。

基於前述各種不同看法，若依純粹的規範邏輯，國家意志既不可能自相矛盾，則牴觸憲法的下位階規範，無疑應是「當然」、「自始」無效，而應採第 1 說。惟此一看法，易促使「法律效力」變得非常「不確定」，乃有基於法理念之「法安定性」的考量，無視規範邏輯的立場，以法規範牴觸憲法「非當然無效」，而是「得使之無效」，與第 2 說及第 3 說之看法相同。

不過，維也納學派 Hans Kelsen 及 Adolf Julius Merkl 的純粹法學，

---

104 左潞生，比較憲法，頁 647，國立編譯館，1972 年；洪應灶，同前註，頁 192-193。

105 傅肅良，中國憲法論，頁 406-407，三民，1985 年；謝瀛洲，中華民國憲法論，頁 180，自版，1956 年；洪應灶，同註 103，頁 192-193；羅志淵，中國憲法史，頁 397，臺灣商務印書館，1967 年。

106 林紀東，同註 102，頁 80。

對此邏輯的矛盾提出了巧妙的詮釋，即從憲法有關違憲審查規定的存在，正說明違憲規範效力的維持，在某種程度上也是憲法的意思，立法者依法定程序制定的法律，因而均屬有效：「合憲法律的效力」，源自於其符合憲法的內容；「違憲法律的效力」，則源自於憲法儲備的違憲審查規定，即在審查者依憲法廢止其效力前，仍然有效。故違憲的法律得以合憲存在，其間並無邏輯上的矛盾，僅是其性質屬於得依特別程序廢止的法令而已<sup>107</sup>。依此論述，本文認為，Kelsen 及 Merkl 的「合憲法律的效力」與「違憲法律的效力」均屬有效的論點，正是從「法規範圍內容」是否牴觸「憲法本質」所為之詮釋，適與法的目的理念—實質正義有關。

在前述學說見解之熱烈討論與鼓吹下，司法院終於作出釋字第 188 號解釋，該解釋文指出：「中央或地方機關就其職權上適用同一法律或命令發生見解歧異，本院依其聲請所為之統一解釋，除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。」該號解釋標的雖僅就法令統一解釋，但憲法解釋亦應涵括在內，乃事理之當然，明確採取第 3 說及修正之第 2 說的主張。

惟本號解釋文僅就「法令失效」問題作出「除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力」之解釋，然其內涵為何？並不明確，因而引發經大法官宣告法令違憲而立即失效或定期失效，及在定期失效時，其法令應自「何時失效」之爭議！

對此，有學者<sup>108</sup>自個案正義認為：受違憲宣告之法令，僅就該案件為無效，並不使該法令對世的一般性失效。蓋解釋之目的，乃在解決救濟該具體案件，其效果自僅及於該案件，並不及於其他案件或其他人，此乃聲請人自得依法定程序為再審或非常上訴之理由也。

---

107 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 275 ff.

108 司法院釋字第 188 號解釋大法官陳世榮不同意見書。

亦有學者<sup>109</sup>採舊日無效理論而認為：基於合目的性之實質正義，違憲法令應立即無效，不僅只是高度抽象的法律邏輯與概念而已，以我國目前的社會現實而言，亦為經驗上普遍接受的憲法意識，甚至是薄弱之憲法感情的一部分。

另有學者<sup>110</sup>以避免法律呈現真空狀態而認為，基於「法安定性」之考量，有關違憲法律在定期失效之期間內，違憲法律應繼續適用，且違憲法令應暫時作為在過渡期間內之規範而繼續存在，並依解釋意旨進行合目的性之限縮，在方法手段上另為符合比例原則之適當處置；若係法律漏洞，則可類推適用其他法規，以資救濟。

更有從生效時點切入之論者<sup>111</sup>認為：大法官解釋是司法裁判的一種，故應先行生效，方能產生效力，即解釋生效後始發生效力，並無例外。是以大法官解釋，依司法院大法官審理案件法第 2 條至第 17 條之程序審查、討論及公布後生效，即發生效力，應無疑義。惟解釋文所指「除解釋文內另有明定者外」，若係就解釋文另定解釋發生效力的日期而言，即有未洽。

綜合前述說明可知，「立即失效」與「定期失效」宣告制度之所以產生爭議，乃憲法未對「無效」作出定義性規定，且司法院大法官審理案件法亦且乏無明文，此時，為了解「無效」之本質，須以法律解釋客觀性之目的為指向，也就是應作合目的的解釋-除探求法律在今日的標準意義（其今日的規範性意義）外，並同時考量歷史上的立法者制定規則之意向及其具體的規範想法，才能確定法律在法秩序上的標準意義。

---

109 黃昭元，同註 90，頁 37。

110 陳清秀，違憲法律之解釋效力問題，月旦法學教室，第 112 期，頁 78-80，2012 年 2 月；陳愛娥，同註 64，頁 134；司法院釋字第 641 號解釋大法官李震山及許玉秀協同意見書。

111 彭鳳至，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 31 條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力，月旦法學雜誌，第 161 期，頁 123-124，2008 年 10 月。

簡言之，應運用憲法解釋之方法，依據立法者之意志（主觀理論）及法的意志（客觀理論），闡明憲法今日的規範意義，使憲法規範能與憲政現實相契合<sup>112</sup>。故本文認為，為探求「立法者之意志」，應先從歷史解釋作為探求憲法意志之內容：

在五五憲法草案（民國 25 年 5 月 5 日公布）時期，該法草案第 140 條第 1 項規定：「法律與憲法牴觸者，無效。」第 2 項規定：「法律與憲法有無牴觸，由監察院於該法律施行後六個月內，提請司法院解釋，其詳以法律定。」<sup>113</sup>該條第 1 項與政治協商會議憲法草案第 147 條第 1 項規定相同，強調憲法之最高性；但該條第 2 項規定卻與政治協商會議憲法草案第 147 條第 2 項規定不同：後者第 2 項規定，係將提請解釋之機關修正為行政院，考究其因，蓋所有法律，幾乎與行政有關，如有疑義發生，行政院當知之甚稔<sup>114</sup>。

及至中華民國憲法制定時，第 172 條已修正為「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」除擴大聲請解釋主體外，亦刪除「法律施行後六個月內」提請解釋之上限規定。就此部分，本文理解為在憲草訂定「無效」時，若與「提請解釋期間之上限規定」整體而論，則該「無效」規定，應指「自始無效」，因法律施行後六個月內之期間，對國家法秩序及人民權利義務影響變動不大。

但現行我國憲法已無「提請解釋期間之上限規定」，故該「無效」規定，則應隨著時代變遷，配合「法的意志」作出解釋，在不違反憲法之最高法、根本法的地位<sup>115</sup>下，應探求法律在目前客觀情勢下所應發揮之目的、功能及精神所在。從而，無效之內涵，於現今應作如是解，即

---

112 陳慈陽，憲法學，頁 83，元照，2005 年。

113 陳茹玄，中國憲法史料，頁 84（附錄十），文海，1985 年。

114 雷震原，中華民國制憲史：政治協商會議憲法草案，頁 381-382，稻鄉，2010 年。

115 董翔飛，中國憲法與政府，頁 699，自版，1998 年。

以時期作為區分類型：溯及失效（*ex tunc*）、立即失效（*ex nunc*）與定期失效（*pro futuro*）三種<sup>116</sup>。申言之，司法院之大法官會議，於審查時認為違憲法規範並不符合實質目的之正義，即應作出「溯及失效」之宣告；作出「立即失效」之宣告，除否認違憲法規範在實質目的之正義外，亦考量法理念之「法安定性」，並於此衝突中所採取之折衷措施；而論知「定期失效」，除基於法安定性，且在實質正義上具有正當合理性外，僅係規定法律之手段及方法違反比例原則而已。從而定期失效解釋之效力，係在避免法律之真空狀態下，且基於法理念之「法安定性」為民主法治國家的核心內涵，並按憲法具有創設法律的效力—創造「過渡性規範法則（*vorläufige normative Regelung*）」<sup>117</sup>，依司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項之規定所採取「執行種類」之一種類型，屬宣示裁量性質之「過渡性適用規則」，並具體化於已公布但尚未施行之憲法訴訟法第 52 條第 1 項規定：憲法法庭「判決宣告法規範違憲且應失效者，該法規範自判決生效日起失效。但主文另有論知溯及失效或定期失效者，依其論知。」此即違憲法規範失效期限之規定。

現行司法院大法官在宣告違憲法規範之實務運作的過程中，為避免對法安定性造成重大之影響，向不採取「溯及失效」，而係以「立即失效」或「定時失效」之方式宣告，是否符合三大法理念，有深入討論之必要。

首先，從現今司法院解釋之違憲法規範，採取「立即失效」之宣告中，應有存在「溯及失效」論知之可能。以目前宣告立即失效之解釋為例，釋字第 662 號解釋係就 94 年 2 月 2 日修正公布之刑法第 41 條第 2 項，關於數罪併罰，數宣告刑均得易科罰金，而定應執行之刑逾六個月

---

116 陳新民，同註 23，頁 835。

117 蘇俊雄，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，憲法解釋之理論與實務，頁 27，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999 年。

者，排除適用同條第 1 項得易科罰金，而應受自由刑執行之規定，已逾越數罪併罰之目的，在於將各罪及其宣告刑合併斟酌，予以適度評價，而決定所犯數罪最終具體實現之刑罰，以符罪責相當之要求；且該制度建置之本意，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位之意。是而該號解釋，既已明白宣告修正前刑法第 41 條第 2 項規定，並無助於數罪併罰目的之達成，違反合目的性法理念之實質目的的正義，更嚴重侵害人身自由，本文認為，應參考德國聯邦憲法法院法第 79 條第 1 項規定，大法官會議應諭知該違憲法規即修正前刑法第 41 條第 2 項規定溯及失效，而非應自本解釋公布之日起失其效力，以保障基本人權。

另最近之釋字第 781 號至第 783 號解釋案例中，依陸海空軍軍官士官服役條例第 34 條第 1 項第 3 款規定，僅須符合就任或再任私立大學之專任教師且每月支領薪酬總額超過公務人員委任第一職等本俸最高俸額及專業加給合計數額者，即停止領受退休俸或贍養金，或公務人員退休資遣撫卹法第 77 條第 1 項第 3 款與公立學校教職員退休資遣撫卹條例第 77 條第 1 項第 3 款等規定，僅須符合再任私立學校職務且每月支領薪酬總額超過法定基本工資，即停止領受月退休金權利，均違反憲法保障平等權之意旨而立即失效。依該等號解釋，其等規定之立法目的，「在於防止出現支（兼）領月退休金之退休人員再任受有政府獎補助私立學校職務領取薪酬，而發生從政府實際領受雙薪之現象，以及提供年輕人較多工作機會。」然而，私立大學之獎補助款，各大學間存有重大差異，甚至有自願放棄獎補助者，卻以防止受規範對象從政府實際領受雙薪為由，一律停止領受月退休金權利，尚難謂與防止從政府實際領受雙薪目的之達成間具有實質關聯。據此，該等規定一律停止對再（就）任私立學校職務且每月支領薪酬總額超過法定要件之受規範對象，停止領受月退休金之權利，係國家以工作權與財產權限制受規範對象，卻無助於目的之達成，而與合目的性之法理念有違。故本文認為，該等規定亦有違反實質目的的正義，且修正之陸海空軍軍官士官服役條

例第 34 條第 1 項第 3 款規定，自 107 年 6 月 23 日公布施行、公務人員退休資遣撫卹法第 77 條第 1 項第 3 款與公立學校教職員退休資遣撫卹條例第 77 條第 1 項第 3 款等規定，自 107 年 7 月 1 日公布施行，在施行前後之同年 6 月及 9 月，即由立法委員等提出聲請解釋，可知該等法規範抵觸憲法之疑義甚高且影響公益甚鉅；加上，該等號解釋日期均為 108 年 8 月 23 日，距法規範施行日期至僅 1 年 1 個月又 23 天或 1 年 2 個月，即使諭知溯及失效，對法秩序安定並不會造成重大衝擊。從而，大法官會議宣告應自本解釋公布之日起，失其效力，亦即此三號解釋就此部分採取立即失效之宣告，有待商榷。

其次，「立即失效」與「定期失效」，在三大法理念之運用下，係如何作出取捨決定？本文認為，立即失效與定期失效之二擇一，已涉及重大的價值判斷；正義之「法的形式」，須以「法的內容」是否屬「合目的性」作為補充，亦即，應以合目的性之法理念為補充判斷，以符合實質正義。倘在實質目的的正義上即被否定，任何法律之手段及方法，自不容許，大法官會議作出之解釋決定，應當採取立即失效之宣告；若法律所干涉之事項，在實體正義上具有正當合理性，僅係規定之手段及方法違反比例原則，則基於立法上之準備考量，及保留行政機關之管制權限與方法手段上之合理的自我矯正期間等，可採取定期失效之諭知。

以無法律依據或法律具體明確之授權，而以違反義務或歸責之方式予以處罰為例，其無效之類型，採取「立即失效」之宣告者，如釋字第 394 號解釋文：「營造業管理規則第三十一條第一項第九款，關於『連續三年內違反本規則或建築法規規定達三次以上者，由省（市）主管機關報請中央主管機關核准後撤銷其登記證書，並刊登公報』之規定部分，及內政部中華民國七十四年十二月十七日（七四）台內營字第三五七四二九號關於『營造業依營造業管理規則所置之主（專）任技師，因出國或其他原因不能達行職務，超過一個月，其狀況已消失者，應予警告處分』之函釋，未經法律具體明確授權，而逕行訂定對營造業者裁罰



性行政處分之構成要件及法律效果，與憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布之日起，應停止適用。」，亦有採取「定期失效」之諭知者，如釋字第 638 號解釋文：「……公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則第八條：『全體董事或監察人未依第四條及第五條規定期限補足第二條所定持股成數時，依證券交易法第一百七十八條第一項第四款規定處罰全體董事或監察人（第一項）。董事或監察人以法人身份當選者，處罰該法人負責人；以法人代表人身份當選者，處罰該代表人（第二項）。』其第一項及第二項後段規定，乃就違反主管機關依證券交易法第二十六條第二項所定之公開發行公司董事、監察人股權成數及查核實施規則，而應依八十九年七月十九日修正公布之證券交易法第一百七十八條第一項第四款規定處罰時之處罰對象及違反行政法上義務之人為多數時之歸責方式所為之規定，涉及人民權利之限制，並無法律依據或法律具體明確之授權，與憲法第二十三條規定之法律保留原則尚有未符，應於本解釋公布之日起六個月內失其效力。」兩號解釋同涉及人民權利之限制，卻採取不同之無效類型：自合目的性角度觀之，本文認為，釋字第 394 號與第 638 號解釋，均係以法規命令無法律依據或法律之明確授權而逕行訂定限制人民權利之規範，在實質目的上之正義即應被否定，而須採取「立即失效」之宣告，俾符合法理念之「合目的性」，及維繫司法裁量之體系正義。另釋字第 402 號與第 619 號解釋，亦應作如是解。

再以違反法律明確性原則，其無效之類型採「立即失效」，及違反比例原則，採「定期失效」為例，如釋字第 777 號解釋文：「中華民國 88 年 4 月 21 日增訂公布之刑法第 185 條之 4 規定：『駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。』（102 年 6 月 11 日修正公布同條規定，提高刑度為 1 年以上 7 年以下有期徒刑，構成要件均相同）其中有關『肇事』部分，……，除因駕駛人之故意或過失所致之事故為該條所涵蓋，而無不明確外，其餘非因駕駛人之

故意或過失所致事故之情形是否構成『肇事』，尚非一般受規範者所得理解或預見，於此範圍內，其文義有違法律明確性原則，此違反部分，應自本解釋公布之日起失其效力。」<sup>118</sup>「102年修正公布之上開規定，一律以1年以上7年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第23條比例原則有違。此違反部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿2年時，失其效力。」其中，該條肇事逃逸罪，因屬限制人民權利之法律條文，其所使用之概念，須為受規範者可得理解，且為其所得預見，並可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。然而，該肇事之意涵，自法條文義觀之，並無法確認是否包括「非因駕駛人之故意或過失所致事故之情形」，致有違反法律明確性原則而宣告違憲。本文認為，該肇事用語於「構成要件」上，既無法實現規範目的，自合目的性角度觀察，即已違反實質目的上之正義，大法官會議採取「立即失效」之宣告，誠屬正確。

而其1年以上7年以下有期徒刑之「法律效果」，自合目的性觀之，該肇事逃逸罪之規定目的，係為保障人民之生命、身體及道路往來交通安全等重要法益；國家採取刑罰手段，確實有助於禁止駕駛人離開現場，以達成避免二次事故、減少被害人死傷之維護交通安全的目的，符合實質目的上之正義。惟肇事逃逸罪之犯罪情節輕重容有重大差異可能，對犯罪情節輕微者，卻也排除刑法第41條第1項本文之易科罰金，而須執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊，其顯然已構成過苛之處罰，在方法手段上已有違反比例原則，是而大法官會議採取「定期失效」之諭知，值得肯定。

至於，定期失效期間長短之控制<sup>118</sup>，本文認為，此乃涉及「比較上」

---

118 另有論者認為，時間長短的控制，司法院為最適決定機關，且附隨於大法官解釋的效力而來。參辛年豐，大法官的時間管理：淺論違憲但不立即失效的解釋

的相對問題，即大法官應從「正義」之角度，就「事物本質」之「相同或不相同」加以論述，並依司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項行使「執行方法」之職權時，就「分配的正義」與「平衡的正義」中作出最適當之「附加期間」限制，方能符合體系正義之理念。況且，從現今尚未施行之憲法訴訟法第 52 條第 2 項修法精神觀之，正是賦予憲法法庭從體系正義之角度，限定定期失效之法律位階或命令位階的法規範，分別為 2 年或 1 年不等之期間上限，以維持法律體系之一貫性。

## 二、定期失效日期涉及正義之判斷程序

國家事務中，涉及國家公權力行使最為頻繁者為行政事務；行政事務中，又以行政處分與人民權利義務關係緊密相連，且行政訴訟之主要目的既在保障人民行政法上之權益，故本文以行政訴訟法之撤銷訴訟為主要討論對象，刑事訴訟程序併述之，合先說明。

在撤銷訴訟中，行政法院是審查行政處分作成時，違法性是否存在的問題，此涉及訴訟標的之確定。而撤銷訴訟之訴訟標的<sup>119</sup>，本文採「三分肢說」，即訴訟標的之內涵為訴訟上之權利保護請求（訴之聲明）、生活事實，以及實體法之權利保護請求（個案中應適用之實體法規）。其中，實體法之權利保護請求，與實體法規經「違憲但定期失效宣告」之失效日有關，亦即，時間性的考量已居於重要性之地位。簡言之，經大

---

類型，判解研究彙編（十），頁 226-227，財團法人李模務實法學基金會，2006 年。

119 有關撤銷訴訟之訴訟標的，德國有行政處分說、實體法說（舊實體法說、新實體法說）、訴訟法說（一分肢說、二分肢說、三分肢說、訴訟上之行政處分撤銷請求權）及相對之訴訟標的說等，學說及實務見解多採二分肢說；我國則有行政處分說、實體法說（實體法律關係說、行政處分違法說）、二分肢說、三分肢說與動態及功能性之訴訟標的理論（訴訟標的相對論）等，有關各種學說內容及批判，請詳參張文郁，行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究，權利與救濟（二）：實體與程序之關聯，頁 139-173，元照，2009 年。

法官宣告之違憲規範，行政法院在裁判時，是否必然應該繼續適用，並作為行政處分作成時違法性存在與否之判斷基準？

論者<sup>120</sup>有謂，自「法本質論」觀之，被「宣告違憲」部分，旨在宣告該法律規定已不符憲法的價值秩序；「缺乏法之正確性」，則可確認該違憲法律所規範的事項與憲政秩序不合，自不容再繼續執行。故法院審理個案，應依據「有效」且未被宣告「違憲」的法律執行，而不是執行「形式有效」的法律。

但有學者<sup>121</sup>持相反見解而認為，違憲法律可繼續適用，但應依釋字第 185 號解釋意旨，各級法院在審理個案中，仍須參照解釋精神，在違憲法律尚未修正或制定時，以類推適用其他法規或另為符合比例原則之適當處置，較為允當。

然亦有學者<sup>122</sup>從「立法論」之角度觀察而認為，不論已宣告無效之法規命令或行政規則<sup>123</sup>，其本質上法官就不受其拘束，並非經審查後才

---

120 李惠宗，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，第 60 卷，第 10 期，頁 9-11，2009 年 10 月。亦持相同見解之論者謂，命令雖然被大法官解釋在一定期間內仍不失其效力，但既然被宣告為違憲，而法官係依據法律獨立審判，不受命令之拘束（司法院釋字第 137 號、第 216 號解釋）。因此對於被宣告違憲之命令，即應排斥而不用，詳參廖義男，評析司法院大法官對「依法行政原則」之解釋：專論法規命令之違憲審查，憲法解釋之理論與實務，頁 72，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999 年。

121 陳清秀，同註 110，頁 78-80。

122 葛克昌，違憲限期失效法規與依法審判，月旦法學雜誌，第 185 期，頁 135-136，2010 年 10 月。

123 司法院釋字第 137 號解釋文：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。」司法院釋字第 216 號解釋文：「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨。」

拒絕適用。是以大法官作出解釋宣告法規定期失效，首須區分抽象之法規審查效力與具體案件中法官受法律之拘束不同；其次再區分所宣告定期失效之法令，其性質係屬法律、法規命令、行政規則、判例或庭長法官總會決議，因彼等對法官各有不同之拘束力。

自比較法觀察的學者<sup>124</sup>，則引述德國 M. Graßhof 之見解，「違憲但定期失效宣告」之意旨，就其內容與其法律效力而言，在期限尚未屆滿前，該違憲法令享有的法秩序上地位，亦與其它現行有效的法規無異。然而，該法令依其內涵有裁量、衡平性的可能性決定時，法院自得於被賦予的空間內斟酌；亦即，該法令已被認定違憲，僅是「例外」得以適用的情況。

我國實務上高等行政法院見解則認為，定期失效之違憲法規，既是違憲，法院自得拒絕適用具體個案<sup>125</sup>；另同此見解之高等行政法院<sup>126</sup>則更進一步認為：司法院釋字第 619 號解釋文雖論知「應於本解釋公布之日起『至遲於』屆滿一年時失其效力。」等語，惟該號解釋非謂自公布之日起屆滿一年『始』失其效力，故對此論知內容之解釋文，法院在附加期間未屆滿之「任何」時點，自得拒絕適用該違憲法規。但最高行政法院<sup>127</sup>則持不同看法而認為：司法院對牴觸憲法意旨之法規所做之解釋，係採用定期失效之方式，而非立即失效，有容許其暫時存在之必要，係避免造成法律真空狀態，以維持「法安定性」，並給制定法規機關過渡時間，使其修改或重新訂定法規。亦即，在司法院解釋法規得予繼續適用之宣告後，享有在法秩序上的地位與其他現行有效之法規範無異，其規範效力得以暫時維持。

本文則認為，司法院大法官的解釋文，乃基於解釋權之行使，落實

---

124 陳愛娥，同註 64，頁 134。

125 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 1453 號判決。

126 高雄高等行政法院 96 年度訴字第 157 號判決。

127 最高行政法院 100 年度判字第 962 號判決。

規範具體化、違憲審查及統一解釋。是以在討論行政法院是否適用「違憲但定期失效」之法令時，則應探求該解釋文意旨，對於「正義應當如何被理解？」，此乃受「法的形式」規制所致。亦即，法院應先從「分配的正義」，對不同的人在各自的情境下給予比例性的平等；再思從「平衡的正義」理解「干預行政」與「給付行政」的框架下，各自在相異宣告定期失效之法規範如法律、法規命令……等，應如何被賦予平等之地位。若仍無法作出最適切的決定，再以個案系爭之實體法規之目的，從事客觀之「合目的性」解釋，較能符合個案之「實質正義」。基此，大法官會議既是憲法賦予違憲審查權及憲法解釋之唯一機構，則「定期失效宣告」制度乃實現解釋意旨所要求的法律狀態<sup>128</sup>，具有「一般拘束力」，法院應受其拘束，同意最高行政法院的見解。惟法院非不得參照釋字第 185 號解釋意旨，在違憲法律位階之法規範，尚未修正或制定時，依「正義」與「合目的性」之理念，就該法規範依其內涵有裁量、衡平性的可能性決定時，亦即，法院得於被賦予的空間內斟酌，在個案另為符合比例原則之適當處置，例如，未裁判確定之案件，法院在個案上應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時，得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序；俟該法規範修正後，依新法續行審理，此亦為尚未施行之憲法訴訟法第 54 條第 1 項但書規定之修法精神意旨所在。

至於在刑事訴訟程序，普通法院於審理刑事案件時，對「違憲但定期失效」之刑事法律，憲法訴訟法第 54 條第 1 項但書規定，卻未如憲法訴訟法第 53 條第 2 項違憲法規範立即失效之修法精神，基於合目的性之實質正義的法理念，亦採更嚴格之方式處理。例如，該違憲之法律位階法規範，於期限屆滿前，雖仍屬現行有效之法律，但本文認為，以該違憲刑事法律為基礎之刑罰，其非難性亦應降低至零，應無授權法院

---

128 司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項規定。

有斟酌處置之空間，均應裁定停止審理程序；俟該法規範修正後，依新法續行審理，此乃刑事確定判決，關乎人身自由及個人名譽之故。

以現行實務運作而言，普通法院刑事庭在具體個案所涉及之法規範，經宣告定期失效，並在期限屆滿前，法院或有基於失效期間尚未屆滿，法規範在裁判時仍屬有效而作出裁判<sup>129</sup>；惟亦有於失效日前停止訴訟程序<sup>130</sup>；甚者基於被告權益及公平正義，案件雖經辯論終結，但依刑事訴訟法第 291 條規定，於法規範失效後，以應行調查之證據尚未調查，命再開辯論並審結<sup>131</sup>，方式莫衷一是，難有確定之標準。

本文認為，從憲法要求基本人權無漏洞之保護觀點而言，在刑事實體法領域，國家更應採取積極行動矯正違法，並基於合目的性之實質正義的法理念，在失效期限屆滿前，刑事庭應裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，再依新法續行審理；非為維持法秩序之安定，而忽略實體法律內容之正確性。基此，憲法訴訟法第 54 條第 1 項但書規定，不論係行政法院或普通法院，均採一致標準處理—於期限屆滿前，賦予法院有斟酌裁量空間—罔顧兩者事物本質不同，而有差別待遇之必要，有違「分配正義」之疑慮。

再舉前釋字第 666 號解釋為例，法院在違憲之「罰娼不罰嫖」失效期限屆滿前審理之個案，可先從性交易之本質係由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，探討性別相異之雙方，如何在「分配的正義」下作出比例性的平等待遇，亦即，雙方既在性交易均屬必要之構成要素下，法律上之評價應屬一致。之後法院應再就社會秩序維護法既屬「干預行政」，且為「法律」位階，從「平衡的正義」觀之，應不同於其他相異性質的法規所為之處置，亦即，社會秩序維護法既屬影響人民自由

---

129 臺灣苗栗地方法院簡易庭 100 年度苗秩字第 76 號刑事裁定作出處罰決定；臺灣屏東地方法院 100 年度屏秩字第 23 號刑事裁定以「情節可憫恕」作出免罰決定。

130 福建金門地方法院 97 年度訴字第 18 號刑事裁定。

131 臺灣桃園地方法院 92 年度訴字第 545 號刑事裁定。

權利甚鉅，法院為落實依法律獨立審判之功能，且大法官既稱該法之「罰娼不罰嫖」違憲，法院自有審斷裁量之職權。惟為貫徹維護國民健康與善良風俗之立法目的，對不同情節之個案，法院應基於實質正義，從「公益」考量作「合目的性」之解釋，以為補充，亦即，若涉及應召站性質之性交易，嚴重影響立法目的，除涉及刑事案件者，依刑事處罰外，就社會秩序維護法本質上屬行政事件之前提下，從事性交易之行為人，仍應依尚未失效之法條作符合比例原則之裁處；若屬一樓一鳳性質者，公益考量次之，基於人權保障，裁定停止審理程序，俟新法續行審理。

### 三、原因案件之救濟涉及個案正義

「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。」  
「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。」  
「……引起歧見之該案件，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。」  
「釋字第一七七號解釋所稱：『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』，於聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件，亦可適用。」  
分別為司法院釋字第 177 號、第 185 號、第 188 號及第 193 號之解釋，且係對法令違憲且立即失效所為之宣告。而所謂「得以該解釋為再審或非常上訴之理由」，就行政訴訟事件而言，即係指聲請解釋之當事人得依該宣告特定法令違憲之解釋，主張原確定判決適用法規顯有錯誤而提起再審之訴<sup>132</sup>。

然而，在大法官作出「定期失效宣告」解釋後，原因案件之聲請人是否亦得據以聲請提起再審或非常上訴？學說與實務見解相當歧異：

---

132 最高行政法院 100 年度判字第 2012 號判決。



學說上論者<sup>133</sup>有謂：司法院解釋之效力，對於聲請人據以聲請之案件，具有溯及既往效力，因而得以提起再審或非常上訴尋求救濟，並可不問該宣告違憲之命令係自解釋公布之日立即失效或經過一定期間後始失效。

惟實務上最高行政法院 97 年判字第 615 號判例則認為，司法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範違憲，且該法規範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效力。

由於實務上各級行政法院均以上開判例為依據，致原因案件之聲請人因違憲法令尚未失效即暫時有效之狀態下，無溯及效力，而不得聲請再審或非常上訴，普通法院亦作如是解，此對原因案件聲請人而言，非但保護不周（原本應獎勵其聲請釋憲上的努力），亦有侵害聲請人權益情事。

本文認為，聲請人之聲請有利於公益，違憲解釋效力卻未能及於聲請人所據以聲請之案件，應非大法官之本意<sup>134</sup>。但「解鈴還須繫鈴人」，該制度既是大法官本於違憲審查權及憲法解釋權所為，即應在適當之解釋中予以諭知：解釋效力及於原因案件，此乃大法官須就「個案不介入」與「有助於維護客觀法秩序及保障聲請人權益」間作利益衡量之決定。

嗣司法院為使原因案件之聲請人能獲得實質救濟，終於在釋字第 725 號解釋作出不再援用上開判例之見解，即行政訴訟法第 273 條第 2

---

133 廖義男，同註 120，頁 72。

134 可參看司法院釋字第 455 號解釋大法官翁岳生協同意見書：「本件解釋並未宣告系爭函釋無效，而僅以限期立法之方式，課予有關機關訂定相關規定之義務。故本件聲請人無法依據本解釋提起再審之訴，獲得法律救濟（參見釋字第一七七號、第一八三號、第一八五號解釋），本席就此深感遺憾。」

項得提起再審之訴之規定，亦適用於法規範違憲且定期失效之宣告。司法院釋字第 741 號解釋則更進一步就原因案件之適用範圍作出宣告，凡法規範定期失效之解釋，應係制度性之通案規範，均應予聲請人，含系爭解釋以外其他聲請解釋之聲請人，均有聲請再審等個案救濟之機會，以保障聲請人之權益，並肯定其對維護憲法之貢獻。

本文認為，只要聲請人據以聲請之案件，業經大法官宣告違憲無效，從目的理念觀察，憲法既以保障人民之基本權利為目的，且權利之實現，復須訴訟權之落實，方為真權利。從而，法與國家自應以促進人格發展為指向，實現個人人格價值之個人主義體系，任何人不得侵害他人的權利，不論是立即失效或定期失效，均應為解釋效力所及，始為「合目的性」之最佳化決定，司法院應係本於此目的而作出第 725 號及第 741 號等解釋，且與尚未生效之憲法訴訟法第 64 條第 1 項之規範意旨相符，即法院不受定期失效所定期間之拘束，而應依宣告法規範違憲之意旨為裁判，以保障聲請人之主觀權利，此乃「分配的正義」；復因個案情形不一，主文如另有論知，應依其論知，此即「平衡的正義」，其最終就是實現個案正義。

但該法規範定期失效於原因案件以外之案件，於失效期日屆滿前，原則上各法院仍應適用該法規範審理，其目的係在維持法秩序之安定。例外的是，法院在個案上仍應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時，得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序；俟新法再續行審理，此乃基於「合目的性」之考量，此亦均為該憲法訴訟法第 64 條第 2 項之立法意旨。

基此，司法院就法規範定期失效近期所作出之解釋與尚未生效之憲法訴訟法的立法精神相符，已在法安定性與正義間作出明確之界限，並以「合目的性」作為補充，非僅向法安定性傾斜，值得肯定。

## 伍、評述定期失效之司法院釋字第 718 號解釋

集會遊行，是憲法保障人民言論自由之基本人權，且為實現民主之重要機制之一。在此基礎上，國家為規範人民集會遊行權，乃制定集會遊行法，並採取原則禁止，例外同意（Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）之許可制，而非原則同意，例外禁止（Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt）之報備制<sup>135</sup>。惟其在行政實務運作中，經常遭受是否有違反憲法第 14 條保障人民集會自由之意旨，尤其是緊急性及偶發性之集會、遊行，採取許可制是否符合實現目的之正義，而有司法院釋字第 718 號解釋之出現。本文即以前述之三大法理念，評析該號解釋之論述，並說明如下：

### 一、過渡期間限制與法安定性、正義

大法官會議依司法院大法官審理案件法第 17 條第 2 項行使「執行方法」之職權時，應就「分配的正義」作出最適當之違憲無效宣告類型；在選擇定期失效後，更應自「平衡的正義」中，視個案類型作出相對應之「附加期間」的限制，方符合體系正義之理念。

從而，違憲無效之宣告，司法院係就溯及失效，立即失效與定期失效三個選項中作出決定，此涉及的是分配正義的問題。易言之，分配的正義，係從不同之溯及失效、立即失效與定期失效中，重視其個別差異，而作不同之處理。

經基於法安定性之考量，而決定作出定期失效之違憲宣告後，接著應從平衡的正義中尋繹出附加期間之限制。目前司法院所做出之解釋，自釋字第 218 號解釋以來，或有一個月（釋字第 664 號解釋）半年（釋字第 443 號、第 588 號、第 599 號、第 638 號解釋）、一年（釋字第 366

---

135 Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 9 Rn. 55.

號、第 402 號、第 694 號、第 724 號解釋)、二年(釋字第 658 號、第 666 號、第 708 號、第 710 號解釋)、三年(釋字第 649 號、第 707 號解釋),甚至定一時點使其失效(釋字第 677 號、第 613 號、第 718 號解釋),卻未說明期間長短不同之理由。例如,同屬法規命令位階之法規範違憲無效,從宣告 6 個月、1 年、2 年至 3 年均有,且一般均以違反法律原則、基本權利為由,僅有釋字第 707 號解釋明確說明,因教師之待遇制度,以法律明文或法律明確授權之命令加以規定,須有相當期間妥為規劃,乃放寬立法者 3 年內完成教師待遇之法制化。

綜合前述說明可知,大法官原本有義務在規範同一類型事物,應有同一標準,即將憲法作為一個整體,並在該體系內加以解釋,且具有前後的一貫性,進而建立體系正義<sup>136</sup>。惜其等未能就個別事物本質賦予其解釋平等的地位,致使期間長短落差甚大;裁量空間的擴大,將造成法律尊嚴的折損,對遭受執行的人民來說,亦有不公平之現象<sup>137</sup>。是而已公布但尚未施行之憲法訴訟法,為降低該等情形發生,乃參考奧地利憲法第 139 條第 5 項及第 140 條第 5 項之立法例,於該法第 52 條第 2 項明定定期失效之上限,法律位階法規範(含立法院依法定議事程序所為具拘束效力之決議或經議決之法定預算、條約等)不得逾 2 年,命令位階法規範不得逾 1 年,限縮憲法法庭宣告定期失效之期間,期間範圍內之長短,則以公益之高度及明顯與否作為判斷基準,俾以落實體系正義。

有問題的是,命令位階之法規範,如法規命令經判決宣告與憲法牴觸而無效,且至遲於屆滿 1 年時失其效力者,其對繫屬法院之法官而言,有無拘束力?依司法院釋字第 137 號與第 216 號解釋意旨,各法院於審判案件時,本得依法表示適當之見解,不受該法規範拘束,反而應認其已屬違憲,作「合憲」之裁判,較為妥適。從而,該條項之規定,

---

136 陳新民,同註 23,頁 775。

137 李惠宗,同註 24,頁 671。

有無意義，令人質疑<sup>138</sup>！此亦是該法第 54 條之法規範定期失效對法院案件之效力部分，未將命令位階法規範納入其中之故。

基此，本號解釋於 103 年 3 月 21 日公布，並宣告集會遊行法申請許可規定，未排除緊急性及偶發性集會、遊行（容後詳述）之部分違憲，並指定 104 年 1 月 1 日起失其效力，卻未說明指定失效日期之理由，有其理由未盡說明義務之不備，此其一；或許大法官欲督促立法者儘速修法，致課予立法準備時間與行政機關實務運作之調整，僅有 9 個月又 11 天之期間。但本文認為，本號解釋理由書既已指出：「為維持社會秩序之目的，立法機關並非不能視事件性質，以法律明確規範緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段。」此涉及集會遊行法整體法秩序應採取許可制或報備制，甚至無須報備之選項問題，事涉公益性質高；且制度改革事前須作完善之規劃與準備，包括制度之轉軌、執行之調整與情境之分析，非一蹴可幾，大法官卻僅賦予立法者短暫之定期失效之期間，相對其他法律，如同屬涉及國家保護之重要公共利益，亦涉及制度性改革之司法院釋字第 649 號解釋，就身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」之規定違憲，亦有 3 年之過渡期間，卻未考量集會遊行法之違憲部分，亦須有相當期間妥為規劃，而有違體系正義，此其二。故主管機關內政部乃在「倉促」中訂定「偶發性及緊急性集會遊行處理原則」，其規範內容係作為警察機關實務操作之過渡規定（*Regelung für die Übergangszeit*）<sup>139</sup>，以因應法定失效日後所導致之法律空窗的問題，此乃本號解釋大法官未能如司法院釋字第 641 號解釋，曉諭行政機關在法律修正前，應如何適用法令，或如司法院釋字第 737 號解釋，諭知逾期未完成修法，應依本解釋意旨行之的宣告，及立法怠惰（有關立法不作為之過程，容後說明）所致。

---

138 同此見解，有廖義男，憲法及行政法制，頁 118，元照，2015 年。

139 Schlaich, Klaus/Koriath, Stefan, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 420.

至於司法實務之各級法院，現行均係基於憲法之效力高於法律，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，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋<sup>140</sup>；基於舉輕以明重、已修正公布但未施行之憲法訴訟法第 54 條第 1 項、第 58 條與第 64 條第 2 項及間接促使立法機關儘速完成修法作業之立場，本文認為，已被司法院大法官宣告違憲，且定期失效並逾期未完成修法之法律，各級法院法官自得就個案，以裁定停止訴訟程序，等待依新法再續行審理。對於有違憲疑慮之未達法律位階之法規範的行政命令<sup>141</sup>，依司法院釋字第 137 號及第 216 號解釋，各級法院於審判案件時，本得依法表示適當之見解，不受該法規範拘束。

此外，就行政機關之實務運作而言，前揭處理原則，究其本身之性質，係屬發布規範行政體系內部事項之行政規則，整體規範事項卻涉及人民之權利與義務，在法規範位階上，有違法律保留原則，不應任其無期限繼續存在外，且引發是否符合法理念之「合目的性」的疑慮！

---

140 司法院釋字第 371 號、第 572 號解釋；司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項、行政訴訟法第 178 條之 1、已通過惟尚未施行之憲法訴訟法第 55 條均有具體明文規定；最高法院 107 年度台上字第 2237 號刑事裁定；最高法院 103 年度台抗字第 630 號民事裁定；最高行政法院 107 年度裁字第 2147 號裁定。

141 在行政規則部分，雖陳新民教授認為，涉及行政內部之範圍，有行政法法源之作用。但於一般人民及法院，則不得承認其具有拘束力，參見陳新民，行政法學總論，頁 105-109，自版，2005 年修訂 8 版。另有學者陳敏教授與吳 庚、盛子龍教授則主張，行政規則為行政法法源之一種，具有拘束力，並無疑義，參見陳 敏，行政法總論，頁 67-68，自版，2019 年修訂 10 版；吳 庚、盛子龍，行政法之理論與實用，頁 40-43，三民，2017 年增訂 15 版。但本文認為，無論行政規則是否具有行政法之法源，依憲法第 80 條規定及司法院釋字第 38 號、第 137 號與第 216 號等解釋，各級法院均得依據法律表示其合法適當之見解，並不受其拘束。

## 二、制度選擇與合目的性

以有無限制自由權利之集會遊行之申報活動而言，有事前抑制的預防制，與事後追究之追懲制二種。所稱預防制，係指集會遊行之負責人，應事先向主管機關報告活動內容，俾使主管機關採取有效安全措施；且依其規範密度之強弱分許可制及報備制，許可制之目的，在於事先須取得許可之義務，報備制之目的，乃事先讓主管機關知悉而有所準備。至於追懲制，係指事先無須申請許可，亦無須報備，倘有違法情事，得為不利益之處分<sup>142</sup>。從比較法觀察，現今之德國基本法第 8 條，原則上規定和平且不攜帶武器的集會遊行，其國民無須事前之報備（Anmeldung）或許可（Erlaubnis），例外始對露天（Freiem Himmel）集會之權利以法律限制之。亦即，該國基本法所建立之憲法價值秩序，對德國人之集會遊行的自由權利，原則上不採事前管制作為。

次依該國聯邦集會遊行法（Gesetz über Versammlungen und Aufzüge, Versammlungsgesetz, 縮略語 VersammlG 或 VersG）第 14 條規定，凡欲舉行露天公共集會（öffentliche Versammlung）或遊行（Aufzug）者，至遲應於所通告（Bekanntgabe）集會遊行時間前 48 小時，向主管機關（zuständige Behörde）報告集會遊行之目的（Gegenstand），且報備時應指定集會遊行之負責人。自該規定可知，該國僅對露天之集會遊行，採取強制報備制<sup>143</sup>，而無許可制之問題。

---

142 司法院釋字第 718 號解釋大法官李震山提出部分不同意見書，大法官葉百修、陳春生、陳碧玉加入。

143 報備制分強制（事前）報備制與自願報備制等二種：前者雖承認集會遊行權是人民之權利，但為衡平公益，賦予舉辦人（Veranstalter）或負責人（Leiter）有向主管機關報備之義務，疏於報備，課予刑事罰；後者強調集會遊行權乃憲法直接賦予人民之權利，無須負擔任何義務，在報備與否繫於舉辦者個人意思決定之前提下，即使沒有報備，亦無任何處罰規定。參見蔡震榮，集會遊行法修法之探討與建議，警察法學，第 9 期，頁 219，2010 年 11 月。

反觀我國集會遊行法，依該法第 8 條規定，係採許可制，與德國採強制報備制不同，已如前述。在許可制之前提下，因事起倉卒，且非盡快的舉行，將無法達到目的之緊急性集會、遊行，如在某鄉之某一間避難者收容所（Asylbewerberheim）被縱火燒毀，隨後某一位公民倡議（Bürgerinitiative）並向主管機關報告翌日將舉行反對排外（Ausländerfeindlichkeit）心理之示威遊行（Demonstration），應難期待其取得警察機關許可後舉行。又將事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會、遊行<sup>144</sup>，如憤慨的公民在縱火事件（Brandanschlag）發生後，立即自發聚集參加聲援大會（Solidaritätskundgebung），就事先申請許可或報備而言，理論上亦無存在之可能性<sup>145</sup>。在此思維脈絡下，我國司法院釋字第 718 號解釋，即將集會遊行法第 9 條第 1 項但書規定：「但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制。」與同法第 12 條第 2 項規定：「依第 9 條第 1 項但書之規定提出申請者，主管機關應於收受申請書之時起 24 小時內，以書面通知負責人。」等併宣告違憲。

由於該等違憲許可制規定，對非常態性的緊急性與偶發性集會、遊行而言，屬對人民集會、遊行自由為不必要之限制，司法院卻僅簡單描述該限制在實務運作所帶來之不利益法律效果，但未盡其說明該「不必要限制」所指為何？本文認為，該不必要之限制，肇因於國家對人民集會、遊行基本權之限制，雖就國家維持社會秩序之目的而言，在實體目的之正義上，具有正當之合理性；但在方法手段上，卻違反比例原則，此涉及的是法理念之「合目的性」的問題。

自目的理念觀察，所謂的緊急性集會、遊行（Eilversammlung），係

---

144 所稱偶發性集會、遊行，係指因特殊原因未經召集而自發聚集，且事實上無發起人或負責人之集會、遊行。

145 Knemeyer, Franz-Ludwig/Schmidt, Thorsten Ingo, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., 2016, S. 90.



要求「盡快的 (Baldig)」集會、遊行，無法提前報備，亦不可能申請許可；而偶發性集會、遊行 (Spontanversammlung)，亦在要求「即時的 (Sofortig)」集會、遊行，根本不可能報備，更不可能申請許可。為了衡平集會、遊行自由與維持社會秩序之目的，聯邦憲法法院乃修正報備義務：在偶發性集會，排除報備<sup>146</sup>；在緊急性集會，可以將登記期限縮短<sup>147</sup>，部分文獻更有主張排除緊急性集會之報備<sup>148</sup>。在此意義上，人民之集會、遊行，就緊急性與偶發性集會、遊行，均不採許可制，且緊急性集會、遊行，採即時報備制，而偶發性集會、遊行，亦不採報備制，此乃法理念「合目的性」下所採取之比例原則。

然而，上開違憲規定，經行政院於 105 年 2 月 1 日函請立法院審議集會遊行法修正草案，原則上改採德國立法例之強制報備制：依該法草案第 8 條第 1 項規定，原則上須於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書；緊急性集會、遊行，依該法草案第 8 條第 2 項規定，則例外的應於舉行前報備，不受上開期間之限制；偶發性集會、遊行，則無須報備；惜僅經一讀程序交內政委員會審查完竣後，未能順利排入二讀程序進行廣泛討論<sup>149</sup>。但為避免違憲規定自 104 年 1 月 1 日失效後，

---

146 BverfGE 69, 315 (351).

147 BverfGE 85, 69 (75).

148 Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, *Polizei- und Ordnungsrecht: Mit Versammlungsrecht*, 9. Aufl., 2016, § 21. Rn. 4.

149 行政院版係採強制 (事前) 報備制，立法委員鄭麗君版則採自願報備制，雖經內政委員會審查完竣，結論採自願報備制 (立法院公報處，院會記錄，立法院公報，第 105 卷，第 38 期，頁 513，2016 年 5 月)，卻未能立法通過之主因，在於部分委員於院會時，歷次提案將集會遊行法修正草案增列排入二讀討論事項議案之過程中，迭經記名表決結果，不予通過，致無法深入研析是否有政治上之考量。有關歷次反對人數占出席總人數之百分比，詳參立法院第 9 屆第 2 會期第 11 次 (2016 年 11 月 18 日) 至第 14 次會議、同屆第 3 會期第 2 次會議、同屆第 4 會期第 6 次至第 12 次與第 14 次及第 15 次會議、同屆第 5 會期第 6 次與第 8 次會議、同屆第 6 會期第 7 次至第 9 次與第 12 次至第 15 次會議、同屆第 7 會期第 5 次與第 7 次會議 (2019 年 3 月 29 日) 之院會紀錄。

發生法律真空狀態，內政部基於警察機關實務運作所需，於 103 年 12 月 29 日以台內警字第 10308734912 號令訂定「偶發性及緊急性集會遊行處理原則」之具有過渡時期規制性（Regelung für die Übergangszeit）<sup>150</sup>的暫時性規範<sup>151</sup>，並自 104 年 1 月 1 日生效。遺憾的是，該處理原則除對偶發性集會、遊行，能從要求即時的集會、遊行之「合目的性」思考，無須申請許可及報備外，對緊急性之集會、遊行，卻未能從「合目的性」之法理念觀點，即緊急性集會、遊行係要求「盡快」的集會、遊行，本質上無法「提前」報備，更不可能申請許可，未能平衡集會、遊行自由與維持社會秩序之目的，竟仍於該處理原則第 4 點採「應於收受申請書『即時核定』，並以書面通知負責人。」即仍採（即時）許可制，是而該處理原則對人民集會、遊行基本權之限制，除減損「盡快」集會、遊行目的之達成外，更是以法規課予人民事實上難以遵守之義務，並有違司法院釋字第 718 號解釋之實難期待緊急性集會、遊行俟取得許可後舉行的意旨，應儘速檢討修正之，較為妥適。

至於我國集會遊行法對室外集會緊急性集會、遊行之未來修法方向，是採如德國之即時的強制報備制？抑或是自願報備制？學者間雖有不同之論點，但仍蓋以小型、非都會區集會、非屬於影響重大之政治性集會、人數未滿一百人之集會等採取無須事前報備，事後追懲即可，其餘則採強制報備制<sup>152</sup>。本文認為，以集會遊行之類別作為判斷採取何種類型之報備制，恐流於政治及社會議題之爭辯，此乃小型、非都會區及

---

150 Schlaich, Klaus/Koriath, Stefan, a.a.O. (Fn. 57), Rn. 420.

151 至於實務上雖有所謂替代法律之行政規則的現象存在，但其內涵係指在一定範疇內須有法律規制之必要，而實際上法律未規定，或法律條文過於簡略，有待命令加以補充，如全國軍公教員工待遇支給要點即為事例，參見吳庚、盛子龍，同註 141，頁 43-44。本文贊同此見解，並認為，該內涵並不包括司法院大法官宣告違憲，且定期失效並逾期未完成修法之法律部分，故不適用本案之暫時性規範。

152 蔡震榮，同註 143，頁 221。

非屬於影響重大之政治性集會，本屬不確定法律之概念，此不僅是法律問題，在類型認定上更是事實問題！另人數一百人之集會，在科技昌明、網路發達之時代，集會遊行人數在負責人透過網路如 FB、LINE 等社群平台之號召下，參與該集會遊行之人數係處於不特定多數人得以隨時加入之狀態，亦即，參與集會遊行之人數，係處於隨時可以增加之狀況，其認定人數之時點又該如何界定？恐無法作客觀衡量之標準，反造成衝突事件之主因。本文認為，自舉行人或負責人角度觀察，自以盡快的集會、遊行為目的，以落實主權在民之理念，但對一般民眾而言，尤其是舉行活動場地附近之住戶而言，亦應受到安全保障及相當忍受的交通不便或安寧侵擾之公益目的，為兼顧集會自由保障與社會秩序維護，應從合目的性之理念給每個人應得的，在此概念下，作出適當之限制是有必要的；而強制報備制相對自願報備制，似較符合最大公約數，更符合憲法第 23 條之比例原則。

## 陸、結論

德國學者 Radbruch 教授所稱之「法理念」—正義、合目的性及法安定性，是法律最高的價值。法理又經常是某些法理念長期不斷累積所形成的基本精神與學理，從而法理之應用，在價值上，最終必須取向於法理念。是而憲法既為「法」，遵循法理從事憲法解釋自不可脫離法理念。

三大法理念之正義的核心是平等的思想，並具體化為「平衡的正義」與「分配的正義」二種。為保障人民在法律地位之實質平等，憲法乃要求並建立平等原則，進而推導出體系正義之原則。而合目的性，係指國家對於基本權之限制，須有助於目的之達成。是而合目的性涉及正義之內容，與平等涉及正義之形式，有所不同。至於法安定性，乃避免大法官會議作出違憲而溯及失效之諭知，將造成社會不穩定之狀態；復因避免立即失效之宣告，形成法律真空狀態，反而對社會秩序帶來更大之不

利益。本文即以此為基礎，在涉及「憲法訴訟」理論之違憲判決效力問題，就「定期失效宣告」制度而言，探究其與違憲審查之關係，並從比較法觀察奧國、德國及日本現行司法違憲審查制度運作模式，並分析出我國在法安定性方面，係師法奧國制度，併兼採德國偏向正義與合目的性之違憲審查制度。

接著，本文從「定期失效宣告制度」在適用大法官會議解釋時，是如何運用法理念分析出該違憲法規範之效力。本文認為，在憲法未對「無效」作出定義性規定，且司法院大法官審理案件法亦且乏無明文規定下，應探求法律在目前客觀情勢下所應發揮之目的、功能及精神所在，而有法安定性之考量，從而無效已涉及合目的性理念之判斷。其次，定期失效者，於期限屆至前，該法規範仍屬現行有效之法令，除大法官會議另有諭知外，於失效期日屆至前，各法院仍應適用該法規範；但個案情形不一，仍應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以實現體系正義與實質正義，故定期失效日期涉及正義之判斷程序。至於在個案上，當大法官作出違憲但定期失效之宣告，即發生「正義」與「法安定性」間之衝突，作為不正當法之法律，應向正義讓步，法院不受定期失效所定期間之拘束，而應依宣告法規範違憲之意旨為裁判，以保障聲請人之主觀權利，於此，原因案件之救濟，已涉及個案之實質正義。

最後，本文基於前述所分析定期失效之相關議題與法理念之關係，作為評述司法院釋字第 718 號解釋之基礎，並得出國家對室外集會之緊急性及偶發性集會、遊行，應基於「合目的性」之法理念採取比例原則，此論點，亦與該 718 號「緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段」之解釋意旨相同：緊急性與偶發性集會、遊行，均不採許可制，且緊急性集會、遊行，採即時之強制報備制，而偶發性集會、遊行，亦不採報備制。至於內政部訂定「偶發性及緊急性集會遊行處理原則」之暫時性規範，在緊急性集會、遊行部分，未能實現「合目的性」之法理念，仍於該處理原則第 4 點採即時許可制

一〇九年六月

從法理念探討違憲規範定期失效之違憲宣告 301  
—兼評司法院釋字第 718 號解釋

之規定，應儘速修正之，及集會遊行法修正草案應早日通過，以提升該處理原則規範內容之法規範位階，俾符憲法兼顧集會自由保障與社會秩序維持之目的。

## 參考文獻

### 中文

#### 一、專書

Michael J. Sandel 著、樂為良譯，正義：一場思辨之旅，雅言文化，2011年。

Werner Heun 著、楊子慧譯，法規違憲審查，德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（上冊），聯經，2010年。

史尚寬，憲法論叢，自版，1973年。

左潞生，比較憲法，國立編譯館，1972年。

吳 庚，純粹法學與違憲審查制度，當代法學名家論文集：慶祝法學叢刊創刊四十週年，法學叢刊雜誌社，1996年。

吳 庚、盛子龍，行政法之理論與實用，三民，2017年增訂15版。

吳 庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，自版，2017年增訂5版。

李家雄，論語義，九思，2000年。

李惠宗，教育行政法要義，元照，2004年。

李惠宗，法學方法論，新學林，2018年增訂3版。

李惠宗，憲法要義，元照，2019年增訂8版。

辛年豐，大法官的時間管理－淺論違憲但不立即失效的解釋類型，判解研究彙編（十），財團法人李模務實法學基金會，2006年。

林紀東，中華民國憲法逐條釋義（第三冊），三民，1975年。

洪應灶，中華民國憲法新論，自版，1970年。

翁岳生，司法院大法官解釋效力之研究，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，元照，2004 年。

張文郁，行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究，權利與救濟（二）：實體與程序之關聯，元照，2009 年。

陳 敏，行政法總論，自版，2019 年修訂 10 版。

陳茹玄，中國憲法史，文海，1985 年。

陳慈陽，憲法學，元照，2005 年。

陳新民，行政法學總論，自版，2005 年修訂 8 版。

陳新民，憲法學釋論，自版，2015 年修訂 8 版。

陳瑞堂，違憲解釋之將來效力與警告性判決，司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集，司法院秘書處，1988 年。

陳銘祥，比較違憲審查制度，現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，月旦，1997 年。

傅肅良，中國憲法論，三民，1985 年。

董翔飛，中國憲法與政府，自版，1998 年。

雷震原，中華民國制憲史：政治協商會議憲法草案，稻鄉，2010 年。

廖義男，評析司法院大法官對「依法行政原則」之解釋：專論法規命令之違憲審查，憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999 年。

廖義男，憲法及行政法制，元照，2015 年。

蔣傳光，論法律解釋的客觀性，理性、思想繼受與法解釋，元照，2009 年。

謝瀛洲，中華民國憲法論，自版，1956 年。

羅志淵，中國憲法史，臺灣商務印書館，1967年。

蘇永欽，試釋違憲，違憲審查，學林，1999年。

蘇俊雄，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，憲法解釋之理論與實務，中央研究院中山人文社會科學研究所，1999年。

## 二、期刊論文

吳信華，我國憲法訴訟制度之繼受德國：以「人民聲請釋憲」為中心，月旦法學雜誌，第116期，2005年1月。

吳信華，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，第229期，2013年8月。

李仁淼，日本憲法訴訟之特質與問題點(下)－戰後日本違憲審查制六十年之回顧與展望，月旦法學雜誌，第172期，2009年9月。

李建良，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，歐美研究，第27卷，第1期，1997年3月。

李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討：以釋字第228號解釋為素材，憲政時代，第16卷，第2期，1990年10月。

李惠宗，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，第60卷，第10期，2009年10月。

柯耀程，Radbruch的生平與法學思想，月旦法學雜誌，第72期，2001年5月。

陳清秀，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，第61卷，第12期，2010年12月。

陳清秀，違憲法律之解釋效力問題，月旦法學教室，第112期，2012



年 2 月。

陳愛娥，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 98 年度判字第 243 號判決談起，台灣法學雜誌，公法特刊，2010 年 8 月。

彭鳳至，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 31 條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力，月旦法學雜誌，第 161 期，2008 年 10 月。

黃昭元，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，第 12 期，1996 年 4 月。

黃茂榮，論法理，植根雜誌，第 33 卷，第 8 期，2017 年 8 月。

葛克昌，違憲限期失效法規與依法審判，月旦法學雜誌，第 185 期，2010 年 10 月。

蔡震榮，集會遊行法修法之探討與建議，警察法學，第 9 期，2010 年 11 月。

鍾芳樺，法規範的三個社會基礎：論 Hermann Heller 的法概念論，中原財經法學，第 15 期，2005 年 12 月。

藍偉銓，論違憲定期失效，憲政時代，第 42 卷，第 4 期，2017 年 4 月。

## 日文

### 一、專書

小山剛ほか編，憲法のレシピ，尚学社，2007年。

小林孝輔ほか編，逐条判例憲法，法学書院，1993年。

古野豊秋，違憲の憲法解釈，尚学社，1990年。

伊藤 真，憲法入門，日本評論社，2010年。

池田政章ほか編，（答練）憲法，学陽書房，1988年。

辻村みよ子，比較憲法，岩波書店，2003年。

初宿正典，基本判例：憲法 25 講，成文堂，2008年。

松井茂記，日本國憲法，有斐閣，2007年。

松本昌悦，現代憲法と人権の課題，成文堂，1980年。

芦部信喜，人権と憲法訴訟，有斐閣，1994年。

金子宏ほか編，法律学小辞典，有斐閣，2004年。

浦部法穂，憲法学教室，日本評論社，2009年。

野中俊彦ほか編，憲法 II，有斐閣，2010年。

渥美東洋，刑事訴訟法，有斐閣，2006年。

### 二、期刊論文

工藤達朗，「違憲判決の効力」論の再検討，法政理論，第 39 卷，第 4 号，2007 年 3 月。

佐藤幸治，違憲判決の効力—将来効の問題を中心に，法學論叢第，94 卷，第 3・4 号，1974 年 1 月。

小林 武，尊属殺重罰と法の下の平等，憲法判例百選 I，別冊ジュリ

一〇九年六月

從法理念探討違憲規範定期失效之違憲宣告 307  
—兼評司法院釋字第 718 號解釋

スト，第 186 号，有斐閣，2007 年 2 月 28 日。

大沢秀介，法令違憲判決の効力，憲法の争点，ジュリスト増刊，有斐閣，2008 年 12 月。

蛭原健介，違憲判決の効力と再審開始決定，憲法判例百選 II，別冊ジュリスト，第 187 号，有斐閣，2007 年 3 月。

## 德文

Jarass, Hans Dieter/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 10. Aufl., 2009.

Kantorowicz, Hermann, Der Begriff des Rechts, 1957.

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960.

Knemeyer, Franz-Ludwig/Schmidt, Thorsten Ingo, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl., 2016.

Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar, 6. Aufl., 2011.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017.

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Polizei- und Ordnungsrecht: Mit Versammlungsrecht, 9. Aufl., 2016.

Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., 1969.

Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Aufl., 1929.

Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956.

Radbruch, Gustav, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1965.

Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl., 2012.

## Abstract

The Grand Justices' recent judicial declarations of unconstitutional laws and regulations, with varied degrees of violation but temporary validation, have instigated a domino effect in which the related governmental organizations were bogged down in a state of being unable to enforce and apply the Judicial Yuan Interpretations to individual cases. The predicament may be attributed to the insufficiency of explanations in the Judicial Yuan Interpretation content, the method of which is not stipulated in the Constitution of R.O.C. Due to the complexity of the matter, a "jurisprudence approach", involving the principles beyond the laws, may be required for the review of the Judicial Yuan Interpretations instead of the conventional approaches.

Gustav Radbruch, a German famous legal philosopher, defined "the idea of law" with a triad of justice, suitability for a purpose and legal certainty, which forms the analytic framework of this study for the review of the relationship between the idea of law and the judicial reviews. A comparative legal idea is also employed to acquire the insights of Austria, Germany and Japan's current practice of judicial reviews, with an intention to delineate the procedure of adopting Austria's and later modifying with Germany's judicial review practices to domestic judicature. This paper ultimately aims to formulate an optimal practice through the legal idea to resolve a derivative of legal disputes caused by the pending effect of the declared unconstitutional laws and regulations prior to its effective date, including the issues of prescription, the point of time at which the court's judgement shall be pronounced and legal remedy of individual cases.

This paper concludes that the Grand Justices' declarations of the

unconstitutional laws and regulations with temporary validation though were claimed to be promulgated on the grounds of the idea of “legal certainty”, the Legislature is essentially obliged to make amendments to the laws and regulations in accordance with the idea of “suitability for a purpose.” Furthermore, the judiciary’s judgements and decisions shall be consummated with the idea of “suitability for a purpose” from the perspective of “justice”. The administrative agencies shall include the perspective of “justice”, which is then supplemented by the ability-to-pay principle, in order to maximize their performance. The rights of the parties involved in an individual case shall not be forfeited after the effective date so as to fulfill the idea of “justice” in individual cases. The findings of this study formed the framework for the review of the Judicial Yuan Interpretation No.718 and will serve as a reference for governmental organizations’ future administration, by which the purpose of Grand Justices’ judicial review, being served to supervise the integrity of the legislation, is made unequivocal.

**Keywords:** The Idea of Law, Justice, Suitability for a Purpose, Legal Certainty, Periodical Expiration, Justice of Allocation, Justice of Balance, Judicial Review, Constitutional Court Procedure Act, Assembly and Parade Act