

釋字第七四一號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

吳陳鐸大法官 加入

本件解釋為對本院解釋曾宣告違憲法令定期失效之聲請人概念澄清及給予個案救濟之機會，其用意可資贊同。惟對於本院解釋宣告定期失效與立即失效是否發生相同法律效果，及本件解釋是否係為本院釋字第七二五號解釋之補充解釋，仍有待釐清，爰提出部分協同意見書如下：

一、本院解釋定期失效與立即失效宣告之法律效果宜有差異

本院解釋之法律效果，因就法令之瑕疵程度，呈現從合憲至違憲強弱程度差異，而有違憲強度不同之類型，如不問其用語使用之差異，約略可區分為下列合憲至違憲宣告類型：

強度	宣告類型
合憲至 違憲強度 ↓	1. 非屬合憲性審查事項 ¹
	2. 合憲宣告 ² 法令繼續有效
	3. 合憲宣告之警告性解釋(警告可能有違憲之虞) ³

¹ 例如本院釋字第四一九號解釋「對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項」。

² 例如本院釋字第三四三號解釋「與憲法尚無牴觸」。

³ 例如本院釋字第一六六號解釋「迄今行憲三十餘年，情勢已有變更，為加強人民身體自由之保障，違警罰法有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨。」

	4. 與憲法不符但未宣告其失效 ⁴ ，通常諭知檢討修正 ⁵
	5. 違憲宣告，定期命為修法 ⁶ 或直接以解釋替代立法 ⁷
	6. 違憲法令定期失效、停止適用 ⁸ 或定期檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力 ⁹

⁴ 例如本院釋字第五二〇號解釋「因法定預算之停止執行具有變更施政方針或重要政策之作用者，如停止執行之過程未經立法院參與，亦與立法部門參與決策之憲法意旨不符」、「行政院應於本解釋公布之日起，儘速補行前述報告及備詢程序，相關機關亦有聽取其報告之義務」。

⁵ 例如本院釋字第四三四號解釋「公務人員保險法於第十六條第一項關於養老給付僅規定依法退休人員有請領之權，對於其他離職人員則未規定，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，應即檢討修正。」；釋字第五三〇號解釋「應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制」。

⁶ 例如本院釋字四五五號解釋「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」。

⁷ 例如本院釋字四七七號解釋「同依該條例第六條比照冤獄賠償法相關規定，請求國家賠償」。

⁸ 例如本院釋字四五四號解釋「與前開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力」；釋字第七三四號解釋「應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿三個月時失其效力」；釋字第二一八號解釋「應自本解釋公布之日起六個月內停止適用」。

⁹ 例如本院釋字第七〇九號解釋「於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力」；釋字第六五八號解釋「相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正公務人員退休法及相關法規，訂定適當之規範。屆期未完成修法者，上開施行細則第十三條第二項失其效力」；釋字第六七〇號解釋「系爭規定應由相關機關自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，衡酌受害人致受羈押行為之情狀……等，配合冤獄賠償法相關規定通盤檢討，妥為規範，屆期未完成修法者，系爭規定失其效力」。

	7. 違憲法令立即失效(無效)(自公布日起失效;ex nunc) ¹⁰ 、停止適用 ¹¹ 、不予適用 ¹² 或不在援用 ¹³
	8. 違憲法令無效(自始;ex tunc) ¹⁴

¹⁰ 例如本院釋字第四九九號解釋「上開修正之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公布之日起失其效力，八十六年七月二十一日修正公布之原增修條文繼續適用」。

¹¹ 例如本院釋字第三八六號解釋「應自本解釋公布之日起，於其後依該條例發行之無記名公債，停止適用」。

¹² 例如本院釋字第四七一號解釋「與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用」。

¹³ 例如本院釋字第三九五號解釋「應自本解釋公布之日起不再援用」。

¹⁴ 此種一般回溯效力，我國並未採取此類德國式之違憲無效類型。在德國傳統無效論(Nichtigkeitdogma)，對於違憲之法律，採依法自始無效原則(Grundsatz der ipso-iure-Nichtigkeit ex tunc)，聯邦憲法法院為規範無效宣告，僅具宣示效力，而非屬於創設性質。現在聯邦憲法法院就侵害基本權之規範，為單純與憲法不符宣告(eine bloße Unvereinbarerklärung)或違憲宣告，此非屬無效宣告，而是規範之「不適用」(Unanwendbarkeit)，發生回溯至規範衝突時之「適用禁止」，亦即「執行禁止」(Vollstreckungssperre)，同時負有停止適用之義務。(參照 Herbert Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München: Beck, 2014, §78 Rn.7f., 56ff.,61f.)又雖違憲之法規範，原則上宣告無效(參照聯邦憲法法院法第七十八條及第九十五條第三項第一段規定)，但在違反平等原則之情形，有以「不符」取代「無效」(Unvereinbarkeit statt Nichtigkeit)，因已有人受益，如任令授益之法規範因違憲而無效，使之喪失可能獲得之利益，則不盡公允。又有關與憲法不符之法規範效力，如不明確時，則通常有待立法者形成合憲之規範。法院及行政機關在確認法規範與憲法不符之範圍內，該規範不予適用，停止進行中之程序。該不適用之義務，適用於任何具體被宣告與憲法不符之規範，此不僅是原因案件(或稱引發案件)(Anlassfall)，亦適用於同時發生的平行案件(Parallelfälle)，但通常不適用於同時存在的平行規範(Parallelnormen)。(參照 Uwe Kischel in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2.Aufl., München: Beck, 2013, Art.3 Rn.69, 74f.)

由上可知，本院歷來解釋憲法非採完全合憲或違憲之二分法，而係建立類似德國¹⁵、奧地利¹⁶之多樣化模式從事規範審查，並非僅以合憲、違憲或有效、無效簡明二分法為裁判方式。¹⁷質言之，以比較憲法觀點，有認為德國聯邦憲法法院法第七十八條就裁判主文宣告類型，係屬不完全的裁判主文規定(eine unvollständige Tenorierungsvorschrift)。在無效宣告(包含部分無效之確認)之外，仍可能有諸如與憲法不符宣告、繼續有效諭知、呼籲性裁判(Appellentscheidung)¹⁸、替代規範之過渡法、

¹⁵ 德國聯邦憲法法院(Bundesverfassungsgericht)因聲請(auf Antrag)進行程序。聲請程序之種類(Verfahrensarten)，規定於基本法及聯邦憲法法院法。常見型態，例如憲法訴願(Verfassungsbeschwerde)(諸如人民因基本權受國家侵害或干預而聲請，或地方自治團體聲請之憲法訴願等)、機關爭議程序(Organstreitverfahren)、聯邦與邦爭議(Bund-Länder-Streit)、具體規範審查(Konkrete Normenkontrolle)、抽象規範審查(Abstrakte Normenkontrolle)、政黨禁止程序(Parteiverbotsverfahren)等。(參照 http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/wichtige-verfahrensarten_node.html) (瀏覽日期:2016/11/10)。其中憲法訴願制度，目前我國雖尚未採行，惟不乏引進此制度之主張，因此在兼顧我國之情況下，此時我們或許應正式面對之時機，並期待詳加比較分析前述憲法訴願與具體規範審查及抽象規範審查等制度關聯性及憲法訴願制度引進我國之可行性。

¹⁶ 奧地利憲法第一四〇條第五項規定，就違憲之法律，得定不逾十八個月之期限，失其效力。否則該違憲之法律自公布日起廢止(Aufhebung)。(參照 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht, 11.Aufl.,Wien:Manz, 2015, Rn.1170.)

¹⁷ 參照本院釋字第四一九號解釋。

¹⁸ 國人通常將"Appellentscheidung"譯為警告性裁判，惟有認為"Appell"之意義，係指「呼籲」，而非警告。因該用語較為緩和，故此從之。(參照陳新民，憲法學釋論，臺北:作者發行，104年5月修訂八版，頁841及註63。)

就受指摘的規範與相比較的規範是否相符之規範確認(Normbestätigung)等，作為其他裁判主文宣告之補充方式。¹⁹由此可知，德國聯邦憲法法院之裁判主文，採取多樣化宣告方式，而在合憲與違憲間找尋妥當之宣告類型。又從上開表列之合憲與違憲間之強度光譜比較，本院解釋之違憲宣告之效力，呈現不同程度之或強或弱狀態。若因各別解釋之情形，而選擇宣告定期失效，係在經過一定期間後，始向將來 (pro futuro) 失效。至於無效或失效之宣告，則可能發生向後或回溯之效力。由此可見，各該違憲類型之效力強度，不盡相似，或可稱為解釋效力發生「規範效力之時差」。

從前述解釋之效力差異性而言，對於定期失效宣告所發生之法律效力，實不宜等同於違憲立即失效宣告之效力，否則應在決定是否為法令違憲定期失效或立即失效之宣告時，即應有所審酌，以免使法令之違憲陷於不安定之狀態，甚至於過渡階段，可能發生實務適用定期失效然尚未失效之法律，而與當時通過解釋之意旨不一致之情事，進而可能引發實務上適用之爭議、甚或不正確之解讀。之後人民又再回頭向本院聲請解釋，事後本院可能要另再作補充解釋，實非良策。倘若無法將定期失效之意義釐清，或如未能明確指明特定部分之停止適用或諭知定一定期間失其效力之對人及對原因案件之適用範圍，今後本院解釋實宜減少可能引發疑義之違憲法令定期失效之宣告方式。

¹⁹ 參照 Hans Lechner/Rüdiger Yuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 7.Aufl., München: Beck, 2015, §78 Rn.1a, 13ff..

二、本件解釋是否對於解釋效力見解有所突破

本件解釋認本院所為法令違憲定期失效之解釋，屬制度性之通案規範，其適用範圍應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋，如此是否擬變更本院解釋原則上僅具有向後或向將來失效之見解，更且將僅向將來失效之定期失效宣告，原則上發生如同德國式無效宣告的自始無效之回溯效力，凡此是否採納上述見解，頗值得推敲。再者，因系爭聲請釋憲案涉及違憲法令之定期失效之情形，其違憲強度雖低於立即失效情形，惟如從前述解釋效力強度光譜予以比較，違憲法令定期失效之違憲程度頗高。因我國目前釋憲制度非如德國採取憲法訴訟制度，僅於例外情形，准許本院解釋結果對於該聲請原因案件發生個案溯及效力，得依法提起再審及刑事非常上訴。因此，本件解釋是否有意突破本院釋字第七二五號解釋定期向將來失其效力之見解，以期形成制度性通案回溯效力？又本件解釋對於立即失效及定期失效宣告之違憲法令失效或無效之時點，究竟採取何種見解，亦宜更多說明，以利理解。

三、本院釋字第七二五號解釋之意旨及有無補充之可能

本件解釋認本院釋字第七二五號解釋未就「聲請人就聲請釋憲之原因案件」等語，明定其適用範圍，而認上開解釋應予補充。本件解釋並認釋字第七二五號解釋係針對本院為法令定期失效宣告之解釋，應係制度性之通案規範，其適用範圍自應包括凡本院曾宣告違憲法令定期失效之解釋(含本院釋字第七

二五號前之宣告違憲法令定期失效之解釋)，各該解釋之聲請人均得就其原因案件循求個案救濟。惟從本院釋字第七二五號解釋爭點觀之，該號解釋主要在於闡明大法官解釋宣告法令違憲定期失效者，於法令仍為有效期限內原因案件不得據以請求救濟是否違憲之疑義。該號解釋認為法院不得以法令定期失效者於該期限內仍屬有效為理由駁回原因案件當事人請求救濟之再審聲請。該號解釋乃謂為使原因案件獲得實質救濟，如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。最高行政法院九十七年判字第六一五號判例與該解釋意旨不符部分，應不再援用。因此，該號解釋之爭議，並非因聲請人與原因案件之概念或類型發生違憲之疑義。有關聲請人之概念及原因案件之適用範圍所生之疑義，實非屬於上開解釋之目的，故不宜認釋字第七二五號解釋意旨有所不明或不足，致生解釋之漏洞，有待補充。因此，本件解釋欲補充本院釋字第七二五號解釋，是否有其必要或可能性，似值得商榷。

本院解釋往往受限於聲請釋憲案件時之個案事實或社會情況，或經社會變遷，發生解釋之不足或漏洞，固有賴解釋之補充，此通稱為補充解釋。惟如從法之解釋及適用理論而言，補充解釋仍屬於一種法律解釋方式，於法律或解釋有漏洞存在時，以補充方式填補其漏洞。惟如於超出法律或解釋文義範圍之外，認為應依法理補充現行法令或解釋之不足，則類似於法之補充，精準而言，似宜稱為解釋補充，而非補充解釋。是故，本件解釋之原因案件，係因最高行政法院對於提起再審要件之

見解發生歧異，實非本院以前所為之解釋發生漏洞，故其是否有補充之必要，不無疑問。

再者，釋字第七二五號解釋是否有補充之必要，該號解釋之主要意旨為何，本件解釋為補充解釋抑或解釋補充，難免有仁智之見。至本件解釋之目的，在於讓本院曾宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效之解釋原因案件，均應予再審等個案救濟之機會。經由本件解釋，將可擴大適用於釋字第七二五號前之解釋，固可對於目前最高行政法院判決採取較為保留態度，或有提示之作用。惟本件解釋對於本件聲請人個案救濟是否具有實益，其提起再審能否勝訴，尚未可知。如細加比對，其原因案件所據以裁判之法令亦非全部經違憲之宣告，甚至本院釋字第七〇九號解釋就部分聲請解釋之法令係認屬合憲，僅宣告須檢討改進而已。

此外，聲請人就原因案件未來是否得依法獲得權利保護或有多少勝訴機會，固非本院解釋所必須考量，惟本院解釋如不就系爭原因案件之基礎事實所可能涉及法律保護之權利或法律上利益，及其所可能涉及法令規定，加以斟酌，則本件解釋原本欲擴大本院釋字第七二五號解釋有關聲請人及原因案件適用範圍之意旨，及維護有權利就有救濟之美意，恐難以圓滿達成。