

司法院釋字第七二五號解釋

協同意見書

大法官 葉百修提出

基於憲法的最高性，法律或命令經釋憲機關解釋與憲法相牴觸時，其法規範的效力，理論上即因無效而廢止¹，而且釋憲機關之解釋或裁判，理論上亦僅生將來效力 (prospective effect)，如本院解釋慣用之謂「自本院解釋公布之日起失其效力」²。對於釋憲機關宣告違憲之法律，其效力理論上自始無效，於具體違憲審查制度國家中，於個案適用上，或許比較不成問題³；然而如此強大的解釋效力，在抽象違憲審查制度國家中，必然對於司法機關與行政、立法機關對於法律適用產生極大影響，不僅有權力分立的問題，也影響法規範制度的穩定，因此，釋憲機關除了採取解釋後違憲法律或命令直接嗣後無效之方式，在特定情形下，於宣告法律或命令違憲之情形下，仍然賦予其法規範於一定期間內繼續適用之效力⁴。然而，此種宣告法律或命令違憲但仍

¹ 參照中華民國憲法第 171 條第 1 項及第 172 條。

² 本院釋字第 188 號解釋參照。

³ 美國早期學者認為，一旦法院宣告法律違憲，其效力應自始無效(void *ab initio*)，see Oliver P. Field, *Effect of An Unconstitutional Statute*, 1 IND. L. J. 1 (1926)。實際上對於法院認定違憲之法律，是否具有溯及效力，美國聯邦最高法院認為，聯邦憲法並未就此問題有所明文，既無禁止亦非明文賦予溯及效力，而係取決法院於個案中相關因素所為利益衡量，以及溯及效力所生之後果予以綜合考量，see *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629 (1965); John Bernard Corr, *Retroactivity: A Study in Supreme Court Doctrine as Applied*, 61 N.C. L. REV. 745 (1982-1983)。此項見解，亦獲印度及馬來西亞最高法院所支持。See WEN-CHEN CHANG, LI-ANN THIO, KEVIN Y. L. TAN & JUANN-RONG YEH, *CONSTITUTIONALISM IN ASIA: CASES AND MATERIALS* 448-450 (2014)。

⁴ 此種解釋方式始於奧地利憲法法院之裁判。奧地利憲法第 139 條第 5 項規定：「憲法法院判

於一定期間內具有法規範適用效力之方式（下稱定期失效），自本院於釋字第二一八號解釋予以採用，並於嗣後成為解釋方式之大宗後，對於本院釋字第一七七號所稱之「對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」及第一八五號解釋所稱「自有拘束全國各機關及人民之效力」而言，本院所作解釋其效力與適用之相關問題，已出現予以檢討之必要，以及對於定期失效解釋方法之使用，應予謹慎之呼聲。

本院釋字第一七七號解釋所稱，對聲請人就其據以聲請解釋之案件（下稱原因案件），因「肯定其對維護憲法之貢獻」，是而對其原因案件所適用之法律或命令，因宣告違憲後，仍得溯及既往使其原因案件所適用之法律或命令失其效力，進而得以請求再審或由檢察總長提起非常上訴以為個案救濟；然而，因為本院解釋以定期失效之方式宣告法律或命令違憲，於期間屆至前，法規範效力仍在，聲請人於原因案件即無從獲得救濟。本件解釋多數意見肯認並為貫徹釋字第一七七號解釋之意旨，乃補充解釋於定期失效之情形，法院即不得以違憲法規範於期間屆至前仍有效力，駁回聲請人就其原因案件所為之再審救濟程序，進一步保障人民受憲法保障之平等權與訴訟權，本席敬表贊同。然而，本件解釋多數意見未就聲請人及其原因案件以外之其他人民之確定或審判中之非原因案件，如何適用本院釋字第一七七號、第一八

決命令違法並將之廢止者，聯邦或邦之最高主管機關應即將廢止之事公告之。依第四項宣告之情況準用之。廢止自公告之日起生效，憲法法院另定六個月以內之期限者，從其規定。但有法律準備必要者，得延長至一年。」第 140 條第 5 項規定：「憲法法院確認某一法律違憲而將之廢止者，聯邦總理或有管轄權之各邦總理負有義務，應即時將廢止之事公告之。前述規定準用於本條第四項規定依請求之情形。廢止自公告日起生效，但憲法法院另定有失效期限者，依其決定。惟此一期限不得逾十八個月。」有關本院解釋效力之說明，參見吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年 4 月，初版，頁 415 至 430。

五號及本件解釋予以進一步闡明，以及本院有無採以定期失效之外其他解釋方法之可能，實為德不卒，爰提出協同意見如后。

一、審判中之原因案件，應與確定之原因案件同受本件解釋效力所及

由於人民聲請本院解釋，原則上須以用盡救濟途徑之確定終局裁判始得為之，是以於本院作成定期失效之解釋，聲請人據以聲請之原因案件，當已確定，是聲請人依本件解釋之意旨，自可聲請法院再審以為救濟。若係由個別案件審理中之法官，以停止訴訟程序聲請本院解釋，自應同受本件解釋之效力所及，法院應於審理之個案中，於本院作成解釋後，於案件恢復訴訟程序而直接適用本院解釋⁵。

二、非原因案件之確定裁判，似應有聲請再審之可能性

本院解釋之效力固然以嗣後生效為原則，而於釋字第一七七號解釋賦予聲請人個案救濟，並於本件解釋進一步賦予聲請人於本院宣告法律或命令違憲定期失效後，仍適用於其原因案件而得聲請再審。然而，就本院釋字第一八五號解釋所稱「自有拘束全國各機關及人民之效力」，以及植基於憲法解釋所維護之憲政秩序，於涉及人民重要權利之保障，以及法秩序之安定性兩者間之利益權衡，法院於人民就非原因案件之確定裁判，依據本院解釋，就其裁判所適用之違憲法

⁵ 例如本院作成釋字第 666 號解釋後，原聲請解釋之法官，即以「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。」參照臺灣宜蘭地方法院簡易庭中華民國 98 年 11 月 11 日 98 年度宜秩字第 32 號裁定（同院同日 98 年度宜秩字第 33 號及第 36 號裁定一併參照）。

律或命令，仍應予以審酌其個案事實，似不宜一律以非本院解釋之聲請人而駁回其個案救濟之再審可能性，如此應可對人民於同一憲政秩序下同受憲法之保障，更形周延，而不使本院解釋單純成為人民聲請解釋之「獎勵」，並進一步貫徹法治原則，確保於抽象違憲審查制度下，本院解釋效力之一致性。

三、審判中之非原因案件，法院應停止訴訟程序，俟立法機關修法後適用新法規定

就審判中之非原因案件，如同原因案件一般，法院既然不宜逕以法律或命令經本院解釋宣告定期時效，而於期間屆至前仍具效力而予以適用，其原因在於法官固然依據法律獨立審判，然而所應適用之法律，既然已經本院解釋宣告違憲，立法機關本應於期間屆至前予以修法，更重要的是，須依據本院解釋之意旨予以修法，則法官於審判中之案件，雖非原因案件，但對於所適用之法律或命令，其合憲性既經本院解釋所為違憲之認定，尚難謂業已「正確適用」憲政秩序下之法律或命令，特別是涉及嚴重侵害人民受憲法保障之權利⁶，若仍以定期失效之解釋方式，而無視於憲法保障人民權利之精神，非但將陷法官於個案審判之不義，亦將對憲法規範之正當性造成負面影響⁷。是就審判中之非原因案件，

⁶ 例如涉及人民人身自由限制之法律，雖經解釋定期失效，若法院仍繼續適用違憲法律，而造成人民人身自由受到侵害，鑑於人身自由之侵害將有不可回復之嚴重性，本院解釋之效力仍應及於審判中之非原因案件。

⁷ 福建金門地方法院中華民國 99 年 1 月 4 日 97 年度訴字第 18 號刑事裁定中即明白表示：「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，

法院應停止訴訟程序，俟立法機關修法後適用新法規定。

四、違憲法律或命令暫時有效或暫時停止執行：香港終審法院見解之參考

回到本件解釋之核心，在於本院目前慣用的定期失效之解釋方法，是否因此影響憲法解釋之目的、功能及正當性。誠如本件解釋多數意見所稱，本院採行定期失效之解釋方式，其目的在於：一、基於權力分立原則下，尊重相關機關之職權行使與判斷餘地；二、避免法律或命令宣告違憲後立即失效，造成法規真空狀態而影響法秩序之安定性。然而，釋憲機關本於維護憲政秩序之職責，於作成違憲解釋之宣告後，其他國家或地方機關，自應即時修法，其修法亦應遵循釋憲機關所為解釋或裁判之意旨，除有因整部法律之結構性原則改變，致使法律規範秩序將有真空狀態，或係以民主原則下，立法機關亦負維護憲法及參與之權力與義務⁸，

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。法律與憲法抵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。……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。」

⁸ 南非憲法法院前大法官 Albie Sachs 則認為，行政、立法機關乃至於一般社會大眾都有權力及義務遵守憲法、維護憲政秩序，因此，於 Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC)一案中，宣告系爭南非婚姻法於適用後排除同性伴侶的婚姻平等保障，違反南非憲法第 9 條第 1 項及第 3 項禁止性傾向歧視之規定，但仍賦予立法機關一年修法期限，其目的在於提供立法機關以及南非社會共同參與此項議題之討論，促進社會對於該議題的認識，則已非單純憲法解釋之目的，而具有政治思辯、社會融合之政策性目的，也引起同案中大法官 Kate O'Regan 因此提出不同意見。See ALBIE SACHS, THE STRANGE ALCHEMY OF LIFE AND LAW 253-255 (2009).

而採行定期失效之方式，否則有此種定期失效之解釋方式，釋憲機關應謹慎使用，以免折損憲法解釋之效力與正當性。例如於本院釋字第六七七號解釋，本席等提出之協同意見書，即力陳該件解釋中，其違憲判斷既已明確，且無須相關機關修法或有任何判斷餘地之可能，更無法規範秩序陷入真空狀態之危險，則採行定期失效之解釋方式，即有不妥之處⁹。因而，採行定期失效之解釋方式，關鍵在於避免法規範秩序真空狀態與確保人民憲法權利獲得保障兩者間之權衡。而就定期失效之解釋方法，理論上尚可區分為違憲之法律或命令積極面之暫時有效，以及消極面之暫時停止執行。

香港終審法院(Court of Final Appeal)於 *Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region* 一案判決¹⁰中，針對法院得否就業已宣告違憲之法律（關於香港通訊監察與截取、監聽人民通訊之行政命令），前審法院予以一定期間之效力存續，經聲請人不服，上訴至終審法院，由時任終審法院常任法官包致金(Kemal Bokhary)（現為非常任法官）所主筆之法院多數意見，提出關於違憲法律之暫時有效與暫時停止執行兩項區別，並以無立即危險足以使行政命令暫時有效具有正當性，同時准予違憲之行政命令暫時有效，將造成人民秘密通訊自由之嚴重侵害，因此廢棄前審法院判決，改以行政命令暫時停止執行。

包致金法官首先說明，釋憲機關宣告法律或命令違憲，

⁹ 本院釋字第 677 號解釋，本席與許玉秀大法官共同提出之協同意見書參照。

¹⁰ FACV Nos 12 & 13 of 2006 (12 July 2006), [2006] 3 HKLRD 455; (2006) 9 HKCFAR 441. 判決原文參見香港司法機構，法律資料參考系統，網址：http://legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=53214&currpage=T（最後造訪：2014年10月22日）。

即因廢止其法規範效力，亦即單純掃去既有法規範秩序上的「違憲塵垢」(unconstitutional encrustation)，原則上沒有灰色地帶，或於法規範秩序留下適用之空間，而危害社會秩序運作與法治原則。法律或命令於釋憲機關宣告違憲後，自應予以修正。單純因為賦予相關機關修法方便而准許違憲法律或命令繼續有效，或影響釋憲機關所為違憲解釋或裁判之效力執行，本質上並不具正當性¹¹。然而，釋憲機關對於法治原則之適用，不僅是關注法規範秩序之需求，同時亦應確保法規範之正常功能運作，因此，於特殊情形下，釋憲機關本於職權，即應可採取特殊之解釋方法或必要措施，而定期失效使違憲法律或命令暫時繼續有效，或者暫時停止執行，自應具有正當性，亦可確保法治原則之實際運作¹²。

包致金法官特別指出違憲法律或命令暫時有效與暫時停止執行之不同，在於：於違憲法律或命令暫時有效期間，行政機關得繼續適用違憲法律或命令而行使職權，同時，亦不因繼續適用、執行違憲法律或命令而負有法律責任。然而此兩者均在於避免法律「幾近」真空狀態(virtual legal vacuum)，致使行政機關無所適從，或者於修法後仍負有法律責任之風險，造成國家與社會秩序陷入混亂¹³，而由釋憲機關採取定期失效之解釋方法，始具有正當性。同時，基於釋憲機關之職權，包致金法官也認為，釋憲機關所為暫時停止違憲法律或命令之執行，係屬司法固有權限之一環，而採取違憲法律或命令暫時有效或暫時停止執行，判斷因素在於：一、釋憲機關准予違憲法律或命令暫時有效，是否為消

¹¹ Koo Sze Yiu v. Chief Executive of the Hong Kong Special Administrative Region, *id.* at para. 19.

¹² *Id.* at para. 28.

¹³ *Id.* at para. 33.

除法規範秩序真空狀態對社會所生危險之急迫性；二、違憲法律或命令繼續有效適用，是否因此造成人民憲法權利受到嚴重侵害。

因此，基於此兩項原則，包致金法官認為，前審法院准予違憲之監聽行政命令暫時有效，並無存在該違憲法律或命令暫時有效以消除之明顯社會危險，同時一旦該違憲之監聽行政命令繼續有效執行，將使得人民秘密通訊自由受到嚴重侵害，因此廢棄前審暫時有效之判決，認定應以暫時停止執行該違憲之監聽行政命令。同時，無論是暫時有效或暫時停止執行，釋憲機關均應明確宣告固定期間，或可視情形而予以延展。此外，於宣告違憲法律或命令暫時停止執行時，行政機關仍然可於不抵觸釋憲機關之解釋或裁判意旨下，繼續依照違憲法律或命令行使其職權¹⁴，然不因此而豁免應有之法律責任¹⁵。

上揭香港終審法院包致金法官所主筆之法院多數意見，於本件解釋關於定期失效之解釋方法，值得參酌之處在於：一、本院對於採行定期失效之解釋方法，應以更加謹慎之態度為之，其判斷因素，應著眼於既有法規範秩序是否「幾近真空」，以及違憲法律或命令繼續有效適用，是否因此嚴重侵害人民憲法權利。從整體制度觀察，本院解釋之效力，從釋字第一七七號解釋賦予聲請人於個案救濟之效力至本件解釋賦予聲請人於定期失效解釋仍有個案救濟之效力，不如通盤思考本院解釋效力之一般性原則，並謹慎以上開兩原

¹⁴ 本院於釋字第 613 號解釋亦曾表示：「失去效力之前，通傳會所作成之行爲，並不因前開規定經本院宣告違憲而影響其適法性，人員與業務之移撥，亦不受影響。」

¹⁵ *Id.* at para. 50.

則判斷採行定期失效之解釋方法，而於該解釋方法下，賦予聲請人或其他人民於原因案件或非原因案件，均為本院解釋效力所及。二、對於違憲法律或命令宣告於一定期間內暫時有效繼續適用，上開包致金法官所提出之違憲法律或命令暫時停止執行之解釋方法，值得本院衡量其可行性。

誠然，如同香港終審法院上開判決中，非常任法官梅師賢爵士(Sir Anthony Mason)所言，釋憲機關是否得基於固有權限作出定期失效之解釋或裁判，「不僅涉及權力分立、司法或釋憲機關角色、司法或釋憲機關與行政或立法機關間之互動關係等憲法基本原則，同時也涉及國家或社會對於法治原則、司法正義、社會公共秩序與公益的維護等因素」¹⁶，均可能因此影響本院繼續採行定期失效之解釋方法；然而，本院作為釋憲機關宣告法律或命令違憲，其違憲法律或命令廢止而失其效力，應屬本院職司憲法解釋與統一解釋法律之基本原則，如無必要，釋憲機關不應忌憚作出違憲法律或命令無效之宣告。若基於既有法規範秩序「幾近真空」狀態，以及違憲法律或命令繼續有效適用，不至於嚴重侵害人民憲法權利，本院始得採行定期失效之解釋方法；而相關機關亦應嚴肅回應本院違憲解釋之意旨，不因定期失效期間，法律仍繼續有效適用執行，因此侵害人民憲法權利，或延宕修法進度。暫時停止執行之宣告方式，或許亦值得本院解釋方式之參考。

¹⁶ *Id.* at para. 61. 有關香港終審法院判決法律違憲與立法機關間的修法關係，*see generally* LO PUI YIN, *THE JUDICIAL CONSTRUCTION OF HONG KONG'S BASIC LAW: COURTS, POLITICS AND SOCIETY AFTER 1997* 317-326 (2014).