

釋字第 771 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

本號解釋之解釋文第三段釋示：「本院院字及院解字解釋，係本院依當時法令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之命令，並非由大法官依憲法所作成。於現行憲政體制下，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 108 號及第 174 號解釋，於此範圍內，應予變更。」攸關本院院字及院解字解釋（以下合稱院（解）字解釋）之性質、位階及效力問題，解釋理由書已有相當詳盡之論述。惟本件尚涉及行憲前法令之效力乃至法制繼受問題，亦有究明之必要，爰提出協同意見書。

中華民國憲法於 35 年 12 月 25 日制定，36 年 1 月 1 日公布，同年 12 月 25 日施行。依據憲法第 78 條及第 79 條第 2 項規定，司法院設大法官若干人，掌理解釋憲法、統一解釋法律及命令之事項。惟第一屆大法官係於 37 年 7 月 15 日經總統令提任，同年 9 月 15 日首次集會行使職權，而 38 年 1 月 6 日始作成釋字第 1 號解釋。之前，司法院曾作成院（解）字解釋共計 4097 號。其中於訓政時期作成之解釋計有 18 年 2 月 16 日院字第 1 號至 34 年 4 月 30 日院字第 2875 號解釋，及 34 年 5 月 4 日院解字第 2876 號至 36 年 12 月 24 日院解字第 3770 號解釋；自 36 年 12 月 25 日行憲後迄第一屆大法官就任前，則有 36 年 12 月 29 日院解字第 3771 號至 37 年 6

月 23 日院解字第 4097 號解釋。上開院字解釋及部分院解字解釋為行憲前之法令，於行憲後是否仍然有效，不無疑問。部分院解字解釋，如本件系爭之 37 年 6 月 14 日院解字第 3997 號解釋，係於行憲後作成，固不生行憲前法令之效力問題，但其非依憲法規定由大法官所作成，性質、位階及效力如何，亦有爭議。

按第二次世界大戰結束後，台灣開始繼受中華民國法制¹。中華民國之各種法規範，包括憲法、法律、命令、判例及解釋例，皆納入繼受範圍。惟「中華民國憲法」施行前業已存在之法律、命令、判例及解釋例（以下合稱法令），是否亦因繼受而成為台灣有效之法令？論理上，該等法令唯有在中國「行憲」後仍屬有效，方有可能因繼受而成為台灣有效之法令。此部分涉及行憲前法令之效力問題，可從實定法規定及法理兩方面探討之。

首先，就實定法觀之。關於行憲前法令之效力，中華民國憲法本身並無明文規定。惟憲法第 175 條第 2 項規定：「本憲法施行之準備程序，由制定憲法之國民大會議定之。」據此，制憲國民大會於 35 年 12 月 24 日通過「憲法實施之準備程序」，案經國民政府於翌年 1 月 1 日連同憲法本文一併公布，作為施行憲法之程序依據，可謂實施憲法前之過渡辦法。其第 1 項明定：「自憲法公布之日起，現行法令之與憲法牴觸者，國民政府應迅速分別修改或廢止，並應於依照本

¹ 王泰升認為：「由於台灣在 1949 年底之後，已因存在一個可承擔主權政府功能的『中華民國』中央政府，而事實上成為一個國家，也開啟了『台灣繼受中華民國法』的進程」。參照氏著，臺灣法律現代化歷程：從「內地延長」到「自主繼受」，中研院臺史所、臺大出版中心，2015 年，頁 77。惟台灣何時成為一個國家，尚有討論空間，而繼受若不分自主與被動，或自 1945 年中國軍事接管後即已開始。

憲法所產生之國民大會集會之前，完成此項工作。」²可見，行憲前法令不因行憲而當然失效；且依其文義，行憲前法令若未牴觸憲法，即無庸修改或廢止，自仍屬有效。

其次，就法理觀之。基於下列兩點實質理由，行憲前法令於未牴觸憲法之範圍內，仍應有效³：一、依照一般原則，國家同一性維持不變之前提下，新憲法之制定，並未直接排除舊法令。換言之，國民共同社會之一體性理念繼續存在時，與新憲法未牴觸之舊法令仍有效力。二、為確保法秩序之安定性，行憲前法令不能因行憲而當然失效。若一切舊法令於新憲法制定後頓失效力，則法生活之繼續性遭到否定，有害法之安定性⁴，而且顛覆以原有法秩序為前提而生活之人民之期待，顯著違反「法治」之要求⁵，極端情形，國家恐陷於法律真空狀態。試想，訓政時期制定之民法及刑法若於行憲後立即失效，將造成何等嚴重之後果？

綜上，行憲前法令若未牴觸憲法，於行憲後仍應有效。然則，舊法令與新憲法有無牴觸，應如何判定之？學說上有內容說與形式說相互對立⁶。依內容說，舊法令限於內容違反新憲法者，始屬牴觸憲法而無效；若僅是法令制定之形式或程序不同，仍屬有效。依形式說，舊法令制定之形式或程序違反新憲法規定者，即使內容合憲，除非立法採取特別措施，使其存續，否則應認與新憲法牴觸，而失其效力⁷。本席

² 事實上，尚無任何立法資料顯示，自憲法實施之準備程序公布後，至 1948 年 3 月 28 日第一屆國民大會召開之前一日，國民政府曾依第 1 項規定修正或廢止任何行憲前之立法。參照張明偉著，行憲前立法之研究，台大法學論叢第 44 卷第 4 期，2015 年 12 月，頁 1734、1735。

³ 芦部信喜著，憲法學 I，有斐閣，1993 年第 1 版第 3 刷，頁 100、101。

⁴ 宮澤俊義著、芦部信喜補訂，全訂日本國憲法，日本評論社，1980 年第 2 版第 4 刷，頁 803。

⁵ 長谷部恭男著，憲法，新世社，2014 年第 6 版，頁 26。

⁶ 芦部信喜著，同註 3，頁 101。

⁷ 釋字第 573 號解釋表示：「本案系爭之監督寺廟條例，雖依前法規制定標準法（按：係指 18 年 5 月 14 日國民政府公布之法規制定標準法）所制定，但特由立法院逐條討論通過，由國民政府

認為，訓政時期黨國不分、以黨領政，其立法之形式及程序本難符合新憲法之要求，如採形式說，舊法令恐多歸於無效，致使國家社會出現失序現象。相形之下，內容說尚無此等疑慮，較為可採。

行憲前之院（解）字解釋乃行憲前法令，揆諸上述，其內容若未牴觸憲法，於行憲後仍屬有效。行憲後之院解字解釋原則上有效，不俟贅言。惟院（解）字解釋之性質、位階如何，對法官有無拘束力，猶待釐清。

關於院（解）字解釋之效力，本院釋字第 16 號解釋明白加以承認⁸。其後，大法官之立場維持不變，對院（解）字解釋審查後之結論，無論係「仍應適用」⁹、「應予維持」¹⁰、「毋庸變更」¹¹、「應予補充」¹²或「應予變更」¹³，皆以院（解）字解釋具法規範之地位為前提，甚至寓有效力等同大法官解釋之意味。釋字第 108 號解釋表示：「本院解釋，除因法令內容變更而失效者外，在未經變更前，仍有其效力，不得牴觸」，釋字第 174 號解釋之意旨雷同，俱認院（解）字解釋有拘束法官之效力。裁判實務上，確定判決違背院（解）字解釋者，構成「適用法規顯有錯誤」之再審事由（民事訴訟法

於十八年十二月七日公布施行，嗣依三十六年一月一日公布之憲法實施之準備程序，亦未加以修改或廢止，而仍持續沿用，並經行憲後立法院認其為有效之法律，且迭經本院作為審查對象在案，應認其為現行有效規範人民權利義務之法律。」似採形式說。惟所謂系爭之監督寺廟條例「經行憲後立法院認其為有效之法律」，是否真有其事？又立法院如何能有此一權限？皆有疑問。

⁸ 釋字第 16 號解釋釋示：「強制執行法施行後，強制執行僅得由法院為之。行政官署依法科處之罰鍰，除依法移送法院辦理外，不得逕就抗不繳納者之財產而為強制執行。本院院解字第三三〇八號解釋，仍應適用。」

⁹ 如釋字第 16 號及第 157 號解釋。類似用語為「應予以適用」，如釋字第 521 號解釋。

¹⁰ 如釋字第 50 號、第 87 號及第 171 號解釋。

¹¹ 如釋字第 139 號解釋。類似用語為「尚無變更之必要」，如釋字第 82 號解釋。

¹² 如釋字第 28 號、第 94 號、第 131 號、第 134 號、第 145 號、第 147 號、第 149 號、第 156 號、第 159 號、第 165 號、第 174 號、第 186 號、第 308 號及第 546 號解釋。

¹³ 如釋字第 49 號、第 51 號、第 61 號、第 108 號、第 136 號、第 152 號、第 187 號、第 201 號、第 392 號、第 556 號及第 569 號解釋。

第 496 條第 1 項第 1 款參照)。

然院（解）字解釋之作成程序，係由司法院院長發交最高法院院長，再分配該院民事庭或刑事庭庭長擬具解答、各庭庭長表示意見後，由最高法院院長呈司法院院長核閱，最後經統一解釋法令會議議決，由司法院發布。其規範依據並非憲法，作成機關及程序亦與本院大法官解釋不同。本號解釋理由書表示：「本院院（解）字解釋之性質應為本院依當時法令，以最高司法機關地位，就相關法令之統一解釋，所發布之命令。於現行憲政體制下，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 216 號解釋參照）。」本席認為，本號解釋釐清院（解）字解釋之性質、位階及效力，可一舉解決長久以來理論上及實務上存在之問題與困擾，具有正本清源之效果，故深表贊同。