

論憲法訴訟的判斷方法

歐廣南

政治系

教授

摘 要

本文係以憲法訴訟之裁判原理，探討有關司法機關（含我國司法院大法官會議）在處理憲法爭議問題時，司法裁判機關（憲法法院或憲法法庭）如何就系爭法令違憲之部分，做出具體的判斷結論，其中所涉及訴訟的原理與裁判的技術問題為何？而在不同的憲法裁判制度下，各國有無尋求解決憲法爭議問題的共通方法與等價功能。

關鍵詞：「憲法訴訟」、「憲法裁判」、「適用審查」、「文面審查」、「法令違憲」、「適用違憲」。

壹、前言

「憲法訴訟的判斷方法」係指司法機關（法院或釋憲機關），應如何裁決法令（指法律與命令，以下簡稱法令）違憲的判斷結論。易言之，亦即司法機關或釋憲機關應以何種方式判斷及表達系爭法令的違憲審查結論問題¹。司法審查制度的設立，不論附隨審查制²或抽象審查制³，其共同目的在於解決法令的憲法爭議問題⁴。然而為能有效解決系爭法令的憲法訴訟問題，司法（釋憲）機關在行使憲法裁判或憲法解釋職權之際，對法令違憲審查之結論，其表達的方式，通常採下列幾種方式，即 直接表達違憲審查結論， 折衷（間接）表達違憲審查結論， 全部表達違憲審查結論， 部分（限定或局部）表達違憲審查結論⁵。若從司法自制或司法消極主義⁶而言，釋憲機關必然儘可能採取避免宣告違憲審查結論之判斷方式。相反的，若從司法積極主義⁷或保障人權的觀點，釋憲者在憲法訴訟的判斷方法上，則傾向選擇直接無保留的方式，宣告違憲審查之結論。故司法審查機關選擇何種審查判斷方法，與法令的違憲審查息息相關，值得深入探討與研究。

通常憲法判斷（裁判）方法有適用審查（as applied scrutiny）與文面審查（facial scrutiny）二種⁸。適用審查係指針對該當系爭法令的適用情形，實施個別審查，以驗證法令的合憲性之審查方法。文面審查則與適用審查恰好相反，法令的合憲性與否，與該當事件之事實並無直接關聯，僅就法令之文面進行合憲性之審查⁹。區分適用審查與文面審查乃與提起憲法訴訟之當事者適格問題有密切關係¹⁰，前者僅限於當事者本身發生法令適用上有違憲之情事，始得提起違憲訴訟。後者則不限前者之情況（指法令對當事者必須發生適用違憲），換言之，亦即允許以法

¹ 樋口陽一、栗城寿夫著「憲法と裁判」、法律文化社、1988年10月30日出版、頁312。

² 金子宏、新堂幸司、平井宜雄著「法律学小辞典（新版）」、有斐閣、1994年出版、頁959。

³ 佐藤幸治著「憲法Ⅰ・総論・統治機構」、成文堂、平成1年4月出版、頁302。

⁴ 佐藤幸治前掲書「憲法Ⅰ・総論・統治機構」、頁303。

⁵ 樋口陽一、栗城寿夫，前掲書「憲法と裁判」、頁313。

⁶ 金子宏、新堂幸司、平井宜雄，前掲書「法律学小辞典（新版）」、頁484。

⁷ 金子宏、新堂幸司、平井宜雄，前掲書「法律学小辞典（新版）」、頁485。

⁸ Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine, 83 Harv. L. Rev. 844 (1970)

⁹ 青柳幸一著「法令違憲・適用違憲」、收錄於芦部信喜編「講座憲法訴訟3卷」、有斐閣、昭和62年6月30日初版、頁3。

¹⁰ 樋口陽一、栗城寿夫，前掲書「憲法と裁判」、頁314。

令對其他非當事者發生適用上的違憲為由，提起憲法訴訟¹¹。

就美國以訴訟事件為前提要件的附隨審查制而言，適用審查的判斷方法，係屬比較傳統的抑制型審查方式¹²。相反的，文面審查的判斷方法則應溯自 1960 年起，美國聯邦最高法院對憲法修正第一條所規定保障人民之基本權利，進行所謂「過度廣泛的法律」（overbroad law）案之合憲性審查所採用一種較新、且較具有攻擊性之審查方式¹³。一般而言，舉凡規範或限制權利優越地位（preferred position）的法令，一律適用後者比較嚴格的審查方式，故又稱為權利救濟的文面審查¹⁴。

其次談到判斷方法的問題，就理論上而言，審查方法與判斷方法應予以區分的理由，除與當事者適格問題相關外，還涉及違憲判斷方法的問題。如前所述，審查方法通常有適用審查與文面審查二種，而判斷方法亦有適用上的判斷與文面上的判斷二種，兩種方法相互結合搭配運用，即構成下列三種形式，適用審查、適用上判斷。適用審查、文面上判斷。文面審查、文面上判斷¹⁵。其實嚴格來說，當事者適格問題僅占違憲審查過程中的一部分，一旦問題獲得解決，進入正式審查階段，則審查與判斷的作業應屬連貫作業。因此，從符合違憲審查要件，開始審查迄至審查結論之判斷與宣告，這一連串的過程當中，涉及司法機關應採何種判斷方式及違憲審查結論之宣告程度如何等問題？此類問題，或多或少都受到司法消極主義與司法積極主義之影響。

綜合整理前述審查方法與違憲判斷方法，一般可歸納得出下列三種憲法訴訟判斷類型，1.法令違憲，2.適用違憲，3.迴避憲法判斷¹⁶，分別說明如次：

一、宣告法令違憲判斷類型

司法機關宣告法令違憲的判斷基準有四種。即 立法目的之違憲， 規範手段違憲， 目的與手段有明顯的不平衡、不適切或逾越必要之程度， 規定不明

¹¹ New York v. Ferber 458 U. S. 747, 766 (1982) .

¹² Note, supra note 1, at 844 ; City of Cleburne v. Cleburne Living Center, 105 Sup. Ct. Rev. 3249, 3254 (1985) .

¹³ Note, supra note 1, at 845.

¹⁴ 有關文面審查之優劣，請參照 Note, Overbreadth Review and the Burger Court, 49 N. Y. U. L. Rev. 532 (1974) .

¹⁵ 樋口陽一、栗城寿夫前掲書「憲法と裁判」、頁 314。

¹⁶ 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂著「注釈日本国憲法下巻」、青林書院、平成 3 年 6 月 28 日出版、頁 1261 以下。

確或過度廣泛。基於前項四種基準司法機關得採用判斷法令違憲之方法，推翻該當系爭法令之合法效力¹⁷。

二、採適用違憲判斷類型

適用違憲的判斷基準主要係引用前述法令違憲的第三種判斷基準（即指目的與手段有明顯的不平衡、不適切或逾越必要之程度而言）為依據，一方面除維持法規本身的合法（憲）效力，一方面則採法律救濟措施，僅對適用法規的具體個案實施違憲宣告的判斷方式。換言之，肯定法規本身係為合憲，僅宣告適用的部分違憲¹⁸。

三、迴避憲法判斷（狹義）類型

迴避憲法判斷乃受司法自制及司法消極主義之影響，迴避憲法判斷的類型有很多種，主要理論依據係以美國大法官 Brandeis 氏所提倡的「Ashwander rules」¹⁹中，第一法則「法院行使司法審查權時，即使訴訟當事者合法的提出憲法問題，並有完整的記錄可考，若法院認為尚有其他可處理紛爭事件之理由存在者，法院得採取迴避憲法問題之裁判手段」²⁰，與第二法則「國會的法律效力發生合憲等重大疑慮時，法院的基本原則應優先確認有無採取法律解釋迴避憲法問題之可能性」²¹，本文係置重點於大法官 Brandeis 氏的第一法則，即一般所云：「狹義的迴避憲法判斷」之探討研究。

貳、憲法訴訟的判斷方法與內容

一、宣告「法令違憲」的判斷方法

¹⁷ 野中俊彦著「西ドイツにおける違憲判決の方法」、収録於田中二郎古稀、公法の理論（上）、1986年出版、頁105以下。

¹⁸ 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂前掲書「注釈日本国憲法下巻」、頁1270。

¹⁹ 「Ashwander rules」七大法則，乃 justice Brandeis 氏於 Ashwander v. TVA, 297 U. S. 288 (1935)。判決之補充意見提起之迴避原則。

²⁰ Siler v. Louisville & Nashville R. R., 213 U. S. 175 (1909)。

²¹ Crowell v. Benson 285 U. S. 22 (1932)。

法令違憲的判斷方法及內容，往往涉及法令規範過度廣泛及法令全面違憲與部分違憲等問題。尤其法令違憲類型的判斷方式，司法機關必須結合前述審查方式與審查基準，作出最後的審查結論，有必要予以說明釐清。

1. 法令規範的過度廣泛問題

因法令規範過度廣泛而被司法機關宣告違憲的判決事例，就審查方法的角度而言，通常會出現下列二種情形，適用審查的法令違憲，文面審查的法令違憲²²。

適用審查的法令違憲，即將法令切割為「違憲」與「合憲」二部分，在此前提下，通常法令違憲問題與法令的「可分性」問題相結合。所謂法令的「可分性」則有法令之意義與適用事例二個層次，前者屬於限定解釋問題²³，後者可依適用事例而區分為適用違憲與法令違憲²⁴。本文係後者適用事例為重心，依序先談法令違憲，其次再談適用違憲。理論上適用事例的可分性並不涉及法令意義的問題，僅就該當法令的適用事例區分為合憲適用事例與違憲適用事例，其中以合憲適用事例與可分性問題，較具有爭議性。原則上，當合憲適用的部分已明顯產生改變法令或使法令喪失原來立法規範之意義時，即形成學理上所謂二者「不可分」之狀態，此際已逾越適用違憲的技術層次所能解決之問題，故司法機關應宣告該當法令整體違憲，而非適用違憲²⁵。

文面審查的法令違憲，即為防範甚至排除法令規範的過度廣泛或漠然不明確而衍生之法令規範的萎縮效果（chilling effect），司法機關得不考量法令意義或適用的可分性問題，逕行宣告該當法令文面上無效（void on its face）。

2. 全部違憲與部分違憲問題

司法機關如宣告法令違憲，通常採取宣告法令整體（in toto）違憲，或宣告法令部分違憲，兩種施行方式。前者謂之全部違憲或全部無效（Totalnichtigkeit, Vollnichtigkeit, Gesamtnichtigkeit），後者則稱之一部違憲（teilweise Verfassungswidrigkeit）或一部無效（Teilnichtigkeit），前述法令違憲的判斷方式於德國的憲法判例，經常被運用²⁶。

所謂「法令一部違憲」，即司法審查機關宣告系爭的該當法令之一部分違憲無效，剩下的其餘部分則屬合憲有效。此種違憲的判斷方法，在德國的判例及學

²² 青柳幸一前揭書「法令違憲・適用違憲」、頁7。

²³ 日本最高裁判所、昭和53年5月31日、刑集第32卷、第3號、頁457。

²⁴ R. L. Stern, Separability and Separability Clauses in the Supreme Court, 51 Harv. L. Rev. 76 (1937)。

²⁵ 前揭註22。

²⁶ Vgl. W. Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, S.105ff. (1973)。

說中，出現二種見解²⁷。

量的一部無效 (quantitative Teilnichtigkeit)，此乃判決法規可分離的一部分法條規定，違憲無效，又稱削減法條的一部無效 (Teilnichtigkeit durch Textreduzierung)。司法審查機關通常於判決主文上，直接宣告削減違憲無效之法條規定。

質的一部無效 (qualitative Teilnichtigkeit)，即裁定法規可分離的一部分文義，違憲無效，因此法規條文無須作任何修正變更，其規範限制的對象係法規的內容，而非法條本身。通常司法審查機關於判決主文中，說明在特定之解釋的前提要件下，得作出「限定 (insoweit) 無效」之宣告。

部分違憲 (即指一部違憲) 常出現的爭議問題有二，一是部分違憲與全部違憲的區分問題，二是部分違憲與「限定合憲解釋」²⁸的差異問題。

首先談部分違憲與全部違憲的區分問題，當釋憲機關在進行違憲審查，發現該當系爭之法規中有部分規定係屬違憲時，審查機關究竟是採局限於該當違憲範圍之法規部分，始宣告其違憲無效 (即指部分違憲而言)？或者是直接宣告法律整體違憲無效 (指全部違憲而言)？各國的見解不一，頗值得探討研究。易言之，部分無效論或全部無效論，仍然無法脫離法律的可分性問題。以美國為例，法律的「可分」與「不可分」，係以立法者的立法意圖作為兩者區分之基準，即是以立法者是否有意使法律合憲的部分繼續存在 (即法律合憲部分繼續存在的必要性)，作為認定與區分之基準²⁹。此種見解，在日本憲法訴訟判例上，諸如「議員定數分配規定的可分性」，大致學說與判例見解與美國的立場一致³⁰。德國聯邦憲法法院則以客觀基準及主觀基準決定法律的可分性與不可分性³¹。

客觀基準係指法規該當部分與法規整體的關係而言。德國聯邦法院在符合下列二種要件，即認定法規係屬全部違憲。法令無效之部分乃屬構成該當法令的核心部分。違憲之部分與合憲之部分兩者相互依存，且不論在意義或重要程度上，均具有相等價值。換言之，法令係由二部分構成，而其中之一部分為違憲，亦即違憲之部分已占法令整體的二分之一，此際違憲部分已到達與法令整體不可

²⁷ Skouris, a. a. O. (Anm. 17), S. 90ff.

²⁸ 有倉遼吉、時岡弘編「條解日本國憲法 (改訂版)」，三省堂、1989年6月30日出版、頁142。

²⁹ Champlin Refining Co. v. Commission 286 U. S. 210, 232 (1932) .

³⁰ 高橋和之著「定數不均衡違憲判決に関する若干の考察」、法學志林第74卷、第4号、1977年出版、頁86。

³¹ Skouris, a. a. O. (Anm. 17), S. 31ff.

分之程度。故法院基於前項二個要件，不得不宣告法令全部違憲無效³²。

主觀基準則指「禁止造法」³³與立法者的互動關係而言。德國聯邦憲法法院認為法令的解釋如有「篡奪立法形成自由（Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers）」變造立法目的者，應排除適用部分違憲之理論，此際法院得依職權宣告法令全部違憲無效而非部分違憲³⁴。

但是德國聯邦憲法法院所稱「客觀基準」亦非如字義上所言的「客觀」，因為前述「構成法令核心部分」或「相等價值」等概念，其實最終仍無法脫離「價值觀」的評價³⁵。再則牽就立法者的意思，不論在理論上或實務上，均無法根本解決問題。特別是司法機關藉著保持立法者的法律意思之名義，很容易將法院本身的法律政策或意見，捲入釋憲紛爭之危險³⁶。

其次是部分違憲與限定合憲解釋的差異問題，尤其是由「質的一部無效」而衍生的部分違憲，其與限定合憲解釋應有所不同。日本學者阿部照哉氏於1966年的論文中指出：「一部無效與限定合憲解釋之界限曖昧，且法院判決形式與效果，兩者有極大的差異，故有必要維持兩者之區分」³⁷。但是1970年之後，兩者不論在本質上或法律效果上之差異已大幅縮小，甚至已到達無差異之地步。就以德國為例，德國聯邦1970年第四次修訂之憲法法院法第79條第1項規定：「刑事確定判決有下列情形者，得依刑事訴訟之規定提起再審。一、刑事確定判決有違反基本法者，二、違反前條之規定無效者，三、聯邦憲法法院宣告之規範解釋有違反基本法者」。故現今的德國多數學說，傾向「質的一部違憲」與「限定合憲解釋」同義³⁸。

二、宣告「適用違憲」的判斷方法

「適用違憲」與「法令違憲」同為違憲判斷的重要方法之一。所謂適用違憲係指憲法訴訟時，肯定法令本身的合憲性，僅就該當事件在法律適用上，宣告其

³² BverfGE 20, 238; 26, 246 u. a.

³³ 青柳幸一，前揭書「法令違憲・適用違憲」、頁9。

³⁴ R. Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in Ch. Starck (hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, S. 119. (1976).

³⁵ Skouris, a. a. O. (Anm. 17), S. 32ff.

³⁶ Zippelius, a. a. O. (Anm. 23), S. 119.

³⁷ 阿部照哉著「基本的人權の法理」、有斐閣、1976年出版、頁233。

³⁸ Skouris, a. a. O. (Anm. 17), S. 106ff.; H. Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, S. 100ff. (1966).

違憲。此種違憲判斷方法，簡言之，旨在切除每一個事件的違憲適用部分，通常與「適用審查」相結合的違憲判斷方法。適用違憲具備有二項特質，第一、依據司法自制之原理，維持法令本身的合憲性。第二、具有權利救濟之特點，僅於法律適用上，否定法令適用之效力。此種折衷性作法，經常飽受法令違憲論者與合憲論者之批判³⁹。然而就違憲判決的個別效力而言，適用違憲與法令違憲，實質上並無所謂法律效果的差異⁴⁰。故適用違憲實際上亦可歸屬為法令違憲的類型之一，其與法令違憲判斷方法的區別，在於違憲判決主文上直接陳述：「該當法令，如斯解釋，僅對上訴人發生個別適用上違憲之效力」。因此，究竟系爭之法令係屬適用違憲或法令違憲？並非單從判決書上使用判決文字表現，實施判斷，而應就其系爭之內容，作實質的判斷⁴¹。

1. 適用違憲之類型

鑒於「適用」一語，具有多種意義，且適用違憲之概念，未必有明確的界定⁴²。故在學說見解上仍顯現出分歧，比較具有代表性之論者有蘆部信喜氏及佐藤幸治氏。蘆部信喜氏將適用違憲區分為三種類型⁴³，而佐藤幸治氏則主張適用違憲的類型為四種，分別說明如下：

第一種類型，當法令在限定合憲解釋不可能時，亦即是合憲適用部分與違憲適用部分已屬不可分之情況下，此際應採廣義解釋（包含違憲適用在內），宣告法令適用於該當事件係屬違憲無效。

第二種類型，法令在限定合憲解釋可能之情形下，法令之執行者捨去限定合憲之適用，而採違憲之適用者屬之。

第三種類型，法令本身乃為合憲，但執行者却以侵害憲法保障自由權利之形式加以適用，即衍生所謂解釋適用行為之違憲情事。

第四種類型，除了上述蘆部信喜氏所提出三種類型外，佐藤幸治氏又補充增加一種類型，即法令規定的一部分係屬違憲狀態，而僅限於系爭之該當事件適用前項法令規定違憲之部分，稱其為第四種類型之適用違憲⁴⁴。

³⁹ 橫田耕一等人編著「現代憲法講座（上）」（野中俊彥執筆）、1985年出版、頁192。

⁴⁰ 佐藤幸治著「憲法訴と司法権」、成文堂、1987年出版、頁153。

⁴¹ 青柳幸一，前掲書「法令違憲・適用違憲」、頁23。

⁴² 蘆部信喜著「憲法訴訟の現代的展開」、有斐閣、1981年出版、頁48，及同氏著「司法のあり方と人権」、東京出版會、1983年出版、頁208。

⁴³ 蘆部信喜，前掲書「憲法訴訟の現代的展開」、頁53，同氏前掲書「司法のあり方と人権」、頁220，同氏著作「違憲判斷の方法」（憲法判例百選Ⅱ）、1980年出版、頁336，及同氏著「演習憲法」、1982年出版、頁284。

⁴⁴ 佐藤幸治著「憲法」、青林書院、1981年出版、頁257。

2. 適用違憲意義的界定問題

誠如前述適用違憲的定義具有多義性，甚至有學者否定適用違憲的憲法訴訟判斷方法⁴⁵。因為適用違憲的概念具有頗多的爭議，故本文有必要重新檢討釐清適用違憲的定義，儘可能使其概念更具明確性，進而使適用違憲的司法判斷方法，在其「固有的守備領域範圍」⁴⁶內，發揮違憲司法審查的應有功能。

適用違憲的原來的意義，係指法令規定就一般而言應具有合憲效力，但在適用上却不因法令具有一般合憲效力，而據以認定所有適用事例皆為合法有效⁴⁷。以美國的 *Spence v. Washington* 事件⁴⁸，即為此理論依據的最佳的典型判例，本判例乃法院針對 Washington 州禁止將美國國旗固定於不同性質的建築物體的立法之合憲性所為之判決。本件法院在實施文面審查之際，即採支持該州法律的合憲性。惟基於將私人擁有之國旗懸掛於自家公寓之窗外，顯然並無妨礙公共秩序，同時亦屬憲法修正第一條及第十四條所保障之合法行為，故不得不判決該州前項禁止法律在個案適用上違憲。由此得知，適用違憲原本的定義，即是基本上肯定該當法令在文面上的合憲性，惟從擁護人權的觀點，檢討適用法律的個別具體事例，進而徹底排除違憲適用的法令問題。

然而若詳細檢討「適用違憲」的概念問題，基本上可區分二種概念，第一種概念即指法律適用該當（系爭）事例的違憲（法律本身的適用違憲），第二種概念則指依法律所作之個案違法、違憲處分（即典型的處分違憲）⁴⁹。前述蘆部信喜氏所主張適用違憲的類型當中，第一類型與第二類型即屬前者所指法律本身適用違憲之概念。其中蘆部氏的第二類型與佐藤氏的第四類型，在形式上雖為適用違憲，惟在實質上却屬法令一部違憲問題，故在性質上又與限定合憲解釋有密切關聯⁵⁰。嚴格來說，適用違憲與限定合憲解釋，在救濟法規缺陷與救濟當事者之權益的實質效果上，有明顯的差異。易言之，適用違憲具有救濟當事者之效果，反之限定合憲解釋則未必具有此種效果。同時在救濟法規缺陷方面，適用違憲具有攻擊法規缺陷之性質，而限定合憲解釋則重視運用解釋方法補救法規之缺陷。若從權利被規範者之立場而言，適用違憲僅是消極的排除個案違憲之適用，對未來法律之規範基準不具有期待性。反之限定合憲解釋，可藉由解釋之途徑使法律

⁴⁵ 有倉遼吉著「憲法と政治の接点」、1974年出版、頁74。

⁴⁶ 同前揭註40。

⁴⁷ *Broadrick v. Oklahoma* 413 U. S. 601, 610 (1973)。

⁴⁸ *Spence v. Washington* 418 U. S. 405 (1974)。

⁴⁹ 青柳幸一，前揭書「法令違憲・適用違憲」、頁24。

⁵⁰ 同前揭註45。

規範更具明確性，具有規範未來行動基準之價值性⁵¹。

本文所稱典型的處分違憲概念，即是前述蘆部氏所提第三類型的適用違憲，亦即最標準的適用違憲類型。按照前項理論依據，即使是對「適用違憲」持反對見解之有倉氏，亦不否定此種概念之存在⁵²。

3. 適用違憲理論的妥當性問題

鑑於各國違憲審查制或多或少受到司法消極主義之影響，特別是附隨審查制，司法機關僅限於「必要不可避免」之情形下，始實施憲法判斷。換言之，違憲審查具有「嚴格的必要性（strict necessity）」⁵³之特質。故司法任務亦即司法審查的前提，原則上是具有具體解決適用法律紛爭之作用，然而事實上司法的理想與實際是有落差。往往司法審查者受現實環境之限制，僅就實際上立法目的論實施判斷，亦即有可能「從立法目的與具體適用法律的個案兩者之間，選擇與立法者相反思考方向推論」⁵⁴之情形發生，換言之，也就是法官可能透過判決創造法律（司法造法）⁵⁵，此乃法律解釋作用必然形成之現象。因此，司法審查機關必須就維護國家秩序與保障人權兩者之間有所抉擇。通常司法審查者的理想係採中立，往往受到權力分立及司法消極主義之現實因素之影響，而實際上表現於外者，却傾向選擇「憲法判斷積極主義」或「合憲判斷積極主義」，所以適用違憲的判斷方法，即是一方面尊重立法機關所制定之法律，一方面則考量具體個案人權保障之需要而產生，故其理論的妥當性是無法否定。

三、迴避憲法判斷（狹義）方法

1. 迴避憲法判斷的行使時機與原則

司法審查機關通常僅於構成違憲審查要件時，始實施系爭法令之違憲審查，並依據審查之結果，作為解決具體紛爭事件之仲裁依據。簡單的說，司法機關審查法令時，如認定該當法令係屬合憲，則宣告法令合憲之判決，如認定該當法令係屬違憲，則宣告法令違憲之判決，判決時並針對個案說明審查結果或憲法判斷之理由。但此並非意味著司法機關對符合構成違憲審查要件之爭訟案件，均必須實施法令之違憲審查，並宣告審查結果。司法機關不論於審查開始前，或審查開

⁵¹ 藤井俊夫著「憲法訴訟の基礎理論」、頁 63。

⁵² 蘆部信喜，前掲書「憲法訴訟の現代的展開」、頁 53。

⁵³ 蘆部信喜著「憲法訴訟の理論」、有斐閣、昭和 53 年 9 月 20 日出版、頁 293。

⁵⁴ B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* 28 (1921)。

⁵⁵ C. H. Pritchett, *The Development of Judicial Research*, in J. B. Grossman & J. Tanenhaus, ed., *Frontiers of Judicial Research*, 31 (1969)。

始後，如發現可不涉及該當系爭法令之合憲或違憲的問題，而能具體解決爭議的方法時，就司法的立場，原則上可選擇不實施法令審查之方法。此即學理上所謂「狹義的迴避憲法判斷」理論所云：「某一具體爭訟事件，同時具有憲法爭議與法律爭議時，此際縱令系爭之當事者明白提出本件係屬憲法爭訟之案件，如司法審查者（法院）確認可藉由裁決法律爭訟之途徑，具體解決系爭問題時，司法機關得優先選擇採用迴避憲法判斷方法，透過司法仲裁法律爭議之方式，平息整個事件之紛爭」⁵⁶。

2. 憲法判斷先行理論與迴避憲法判斷理論的對立

然而學者對迴避憲法判斷之見解不一致，首先宮澤氏認為：「法院原則上僅限必要時，始實施憲法判斷，易言之，法院應可優先選擇不觸及憲法問題，而可解決憲法爭議之方法」。有倉氏則持反對意見，提出所謂「憲法判斷先行理論」，該氏認為：「即使法院有可能在不涉及憲法問題，而能解決訴訟當事者實際的法律爭議，祇要有一方之當事者提出法令合憲性的爭議問題時，法院就必須實施法令的合憲性審查，並宣告合憲性之判斷」⁵⁷。

3. 優先適用迴避憲法判斷理論妥當性問題

如前所述，司法審查究竟係「憲法判斷先行理論」或「迴避憲法判斷理論」的問題，並不能單從理論上實施探討，而應就視違憲審查在憲法現實化的過程中，實際所占的地位作適切的衡量。如考量憲法現實化的過程中欲儘量縮小司法裁判（法院判決）的法律直接效果及基於「權力分立」之原則，減少司法介入立法裁量之考量，此際採用優先選擇適用迴避憲法判斷理論應屬妥當⁵⁸。

參、日本憲法訴訟判斷方法之判例研析

一、判例研究

【判例一】

【衆議院議員定數不均衡事件—昭和 60 年最高法院違憲判例】

【事實概要】

昭和 47 年 12 月衆議院依據公職選舉法第 13 條第 1 項⁵⁹及同法附表一所訂

⁵⁶ 大法官 Brandeis 氏所提倡 Ashwander rules 的第④法則，前揭註 19 及前揭註 20。

⁵⁷ 有關學說對立之見解，請參照芦部信喜，前揭書「憲法訴訟の理論」、頁 277 以下。

⁵⁸ 樋口陽一、栗城寿夫前揭書「憲法と裁判」、頁 316。

⁵⁹ 日本公職選舉法第十三條（衆議院議員の選挙区）第一項はる。

定之議員分配名額（昭和 50 年法律第 63 號修正前）實施選舉，衍生議員名額分配不平均之情事，投票值之差異，最小選區與最大選區達一比四點九九，被最高法院以「違反憲法第 14 條平等原則之規定，宣告違憲」⁶⁰。同法於昭和 50 年實施修正後，昭和 55 年 6 月衆議院之總選舉，即依上開修正後之分配名額選出，仍就發生議員名額分配不平均之現象，惟投票值縮小至一比三點九四，再興起選舉無效之訴訟，案經最高法院判決「名額分配雖達違憲狀態，但前項法律尚難稱已逾越憲法所要求之合理修正期限，駁回原告之請求」⁶¹。昭和 58 年 12 月再度依據上開公職選舉法（昭和 50 年修正後）實施衆議院選舉，此次投票值之差異較前次略為擴大至一比四點四〇，遂再度提起違憲訴訟。

【訴訟重點】

1. 公職選舉法第 13 條第 1 項及同法附表一所訂定議員分配名額規定之合憲性如何？
2. 部分違憲與全部違憲之關係為何？
3. 本件之選舉效力如何？

【判決要旨】

昭和 50 年法律修正後，昭和 55 年 6 月選舉時，違反選舉權之平等，其程度達一比三點九四，此種衆議院議員平均每人當選的最大人口差異現象，本件在昭和 58 年 12 月選舉時，已逐漸擴大已至一比四點四〇，然而此段期間內，均未見有實施任何法律修正，因此不得不說前項法律已逾越憲法所要求之合理修正期限，故認定本件議員名額分配規定於本次選舉之際，已屬違憲。況且本件議員名額分配規定，在性質上係屬整體不可分割，雖然本次選舉在整體上帶有違憲之瑕疵，但基於所謂「情事判決（行政訴訟法第 31 條第 1 項）」⁶²之考量，特依一般法律之基本原則，僅限於判決主文上宣告前項選舉係屬違法，但尚難稱前項選舉係為無效⁶³。

【判例二】

【森林法事件】

【事實概要】

原告 X 與被告 Y 共同持有各二分之一的山林地，其中原告 X 之持分，乃獲自其父親於生前所贈與。嗣後 X 與 Y 因經營管理理念對立，於是 X 乃依民法第 256

⁶⁰ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 51 年 4 月 14 日、民集第 30 卷、第 3 號、頁 223。

⁶¹ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 58 年 11 月 7 日、民集第 37 卷、第 9 號、頁 1243。

⁶² 日本行政事件訴訟法第三十一條（特別の事情による請求の棄却）第一項は。

⁶³ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和 60 年 7 月 17 日、民集第 39 卷、第 5 號、頁 1100。

條第 1 項⁶⁴對 Y 請求分割，惟依據當時森林法第 186 條（係舊規定目前已刪除）規定，凡共有林地其所有權持分未達過半數者，排除適用民法第 256 條第 1 項分割請求權之規定，因此，X 乃提起前項森林法第 186 條限制分割規定之違憲訴訟（違反憲法第 29 條財產權之保障）⁶⁵，第一、二審均判決 X 敗訴，第三審最高法院則以法令違憲廢棄原判決，改判 X 勝訴。

【訴訟重點】

1. 森林法的立法目的之合憲（合理）性如何？
2. 達成立法目的所採取限制手段之合憲性為何？

【判決要旨】（部分合憲，部分違憲）

最高法院認為森林法旨在謀求林業經營之穩定及防止林地細分化，其立法限制之目的乃符合「公共利益」（合憲）。惟相同持分之所有權共有者之間，一旦發生紛爭，即無法妥善管理，反而有使林地荒廢之虞。然而森林法第 186 條禁止持分二分之一以下之共有者實施分割，就限制手段而言，已逾越達成該立法目的所具有之合理性與必要性，故判決同法第 186 條違憲無效⁶⁶。

【判例三】

【猿払事件第一審違憲判決】

【事實概要】

被告 A 任職於北海道稚內附近的猿払村鬼志別郵局，擔任非管理職之公務員，適逢眾議院選舉，於是 A 遵從工會組織之決議，利用勤務以外之時間，為日本社會黨候選人張貼競選海報，及散發競選宣傳傳單，A 前項行為因觸犯人事院規則 14-7 之第 6 項 13 號規定⁶⁷及國家公務員法 102 條第 1 項⁶⁸之規定，被依同法第 110 條第 1 項第 19 號⁶⁹起訴，嗣後為簡易法庭判處罰金五千日元，被告不服遂正式向地方法院提起訴訟。

【訴訟重點】

1. 限制公務員從事政治活動之基準為何？
2. 適用國家公務員法第 110 條第 1 項第 19 號之規定，對前項違規人員施以刑事處罰之合憲性如何？

【判決要旨】

⁶⁴ 日本民法第二五六條（共有物の分割請求）は。

⁶⁵ 日本国憲法第二十九條（財産權）は。

⁶⁶ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 62 年 4 月 22 日、民集第 41 卷、第 3 號、頁 408。

⁶⁷ 日本国人事院規則一四の七第六項一三號（政治的行爲の定義）は。

⁶⁸ 日本国家公務員法第一〇二條（政治的行爲の制限）第一項は。

⁶⁹ 日本国家公務員法第一一〇條（罰則）第一項第十九號は。

國家公務員法第 110 條第 1 項第 19 號之規定，對於擔任非管理職之現職公務員，其工作性質僅止於提供機械性勞力服務，而上開人員於勤務時間外，且未私用任何公家設施，亦既無假藉職務之便，也無妨礙公正選舉之意圖下，從事人事院規則 14—7 之第 6 項 13 號規定所禁止之「政治活動」行為，即依前項法律規定施以刑事處罰，顯見已逾越「合理且必要最小限制」之制裁範圍。尚且前項法律規定不僅毫無限縮解釋之餘地，同時上開人事院規則明文規定適用全體公務員，故旭川地方法院不得不判決法令適用違憲，廢棄原判決，改判被告無罪⁷⁰。

【判例四】

【反對簽訂日韓條約示威遊行事件】

【事實概要】

昭和 40 年被告等因反對日韓條約於東京都內實施集團示威遊行，被告等違反東京都公安委員會附帶限制許可條件，指導示威集團刻意進行「急速快步前進」及「蛇行」等被以違反東京都公安條例起訴。

【訴訟重點】

公安委員會及警察對公安條例之濫用與條例之合憲性如何？

【判決要旨】

本件東京地方法院乃引用最高法院（昭和 35 年）「都條例在立法技術上雖有缺陷，但就條例的整體精神作實質考量應屬合憲．．」⁷¹之判決，指出都公安條例雖具有合憲性，惟法院負有監督行政機關不得有濫用國家公權力之義務，鑑於本件示威遊行之許可處分，應包含警備課長以下之現場實務處理實況以及附帶限制之諸條件在內，作整體性的判斷。綜就都公安委員會對本件附帶限制條件之許可處分，在運用上，不論是許可的手續及內容上有顯著傾向偏袒「方便取締」之情事，故已逾越「事前抑制」之最小限制範圍，本件處分在運用上的瑕疵重大且明白違反憲法第 21 條之規定⁷²，應屬違憲無效之處分⁷³。

【判例五】

【患庭事件】

【事實概要】

被告 Y 於北海道千歲郡患庭町經營畜牧業，因隣接陸上自衛隊松島演習場，不斷遭到火砲演習射擊之砲聲干擾，昭和 37 年年終演習時，Y 即前往演習場地

⁷⁰ 日本北海道旭川地方裁判所昭和 43 年 3 月 25 日、刑集第 10 卷、第 3 號、頁 293。

⁷¹ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 35 年 7 月 20 日、刑集第 14 卷、第 9 號、頁 1243。

⁷² 日本國憲法第二十一條（集會・結社・表現の自由、檢閲の禁止、通信の秘密）。

⁷³ 日本東京地方裁判所昭和 42 年 5 月 10 日下刑集第 9 卷、第 5 號、頁 638。

抗議，返程途中將演習用的通信電話線切斷，被以該當自衛隊法第 121 條規定⁷⁴損壞防衛用器物罪起訴。

【訴訟重點】

1. 前述切斷演習用的通信電話線之行為是否該當自衛隊法第 121 條損壞防衛用器物罪？
2. 自衛隊法的合憲性如何？

【判決要旨】

本件被告前述切斷演習用的通信電話線之行為是否該當自衛隊法第 121 條所稱「其他供防衛用之物」之構成要件，值得研究，上開法律規定所云多屬「例示物件」，一連串的例示物件之間，在實質上仍存有多處類似性的疑問，基於罪刑法定主義原則，被告前述行為不該當自衛隊法第 121 條所稱「其他供防衛用之物」之構成要件，故判決被告無罪。••至於辯護人主張自衛隊法違憲問題，鑑於法院僅限於對特定之立法甚至國家行為，發生具體的法律爭訟時，始得行使違憲審查權。既然本件判決被告前述行為已不該當自衛隊法第 121 條之構成要件，因此已無針對辯護人提出自衛隊法違憲問題，實施審查之必要⁷⁵。

【判例六】

【家永教科書第二次訴訟事件】

【事實概要】

原告家永三郎為東京教育大學教授曾執筆撰寫高中教科書「新日本史」，於昭和 28 年之後已通過檢定列為教科書使用教材。該教科書於昭和 38 年經日本文部省大臣審查不合格，原告遂加以修正後再申請複審，翌年（39 年）核予附帶限制條件之合格處分。原告復於 41 年利用教科書部分修訂申請檢定審查之時機，向文部省申請恢復 39 年檢定前之教科書內容，翌 42 年再度核定不合格處分。原告即以檢定違憲為由提起訴訟，第一審判定原告勝訴，文部省不服提起本件上訴。

【訴訟重點】

1. 本件檢定處分有無違法？
2. 文部省教科書檢定制度有無違憲？

【判決要旨】

本件上訴人（文部省）所提出教科書修正檢定不合格處分之理由不具有正當性，此乃屬未依規定之檢定基準的行政行為，顯見已逾越「裁量」之界限，前項

⁷⁴ 日本自衛隊法第一二一条は。

⁷⁵ 日本北海道札幌地方裁判所昭和 42 年 3 月 29 日下刑集第 9 卷、第 3 號、頁 359。

處分係屬權利濫用與違法之行為，如非提出特殊正當理由，否則前項處分必須予以撤銷。．．法院的機能在於維護人民之權利及伸張正義，故在必要的範圍內負有審理（判）之責任。．．本件審查結果既然已達到被上訴人（家永三郎氏）實際權利救濟之目的，因此有關教科書檢定制度的有無違憲問題，已無審理判斷之必要⁷⁶。

二、判例分析

1. 法律（令）違憲判斷方法之檢討與分析

衆議院議員定數不均衡事件（參照判例一），昭和 50 年公職選舉法修正後，違反選舉權平等之程度由一比三點九四，逐漸擴大已至一比四點四〇，故認定本件議員名額分配規定於本次選舉之際，已屬違憲，日本最高法院即是採用法律違憲之判斷方式。惟本件較為特殊而值得注意之處，乃在違憲判決效力上係採「情事判決（行政訴訟法第 31 條第 1 項）」⁷⁷之法理，故本件僅限於判決主文上宣告前項選舉係屬違法，但不因此而宣告本次選舉不具法律效力⁷⁸。其次就是森林法禁止分割事件（參照判例二），最高法院採部分合憲肯定森林法其立法限制之目的在防止林地細分化，乃符合公共利益，及部分違憲就限制手段而言，禁止持分二分之一以下之共有者實施分割，已逾越達成該立法目的所具有之合理性與必要性之方式，而宣判法令係違憲無效⁷⁹。除此之外，類此判決尚有刑法第 200 條殺害尊親屬加重處罰違憲判例⁸⁰等，均為法院採用典型的法令違憲之憲法訴訟判斷方式。

2. 適用違憲判斷方法之檢討與分析

限制公務員從事政治活動之自由（參照判例三，猿払事件），第一審法院判決：「限制公務員從事政治活動之基準，必須符合『必要最小的限制』，刑事制裁必須不得違反 L R A（Less Restrictive Alternatives）原則，而本件處分已明顯違反上開原則，法院故不得不宣判法令適用違憲」⁸¹。鑒於學者對本案例違憲判

⁷⁶ 日本東京高等裁判所昭和 50 年 12 月 20 日行裁例集第 36 卷、第 12 號、頁 1446。

⁷⁷ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 51 年 4 月 14 日、民集第 30 卷、第 3 號、頁 223，及昭和 60 年 7 月 17 日、民集第 39 卷、第 5 號、頁 1100。

⁷⁸ 前揭註 64。

⁷⁹ 前揭註 67。

⁸⁰ 日本最高裁判所（大法廷）昭和 48 年 4 月 4 日、刑集第 27 卷、第 3 號、頁 256。

⁸¹ 前揭註 71。

斷方法有三種不同見解，第一說乃蘆部信喜氏出張的適用違憲判斷方法⁸²。第二說則為有倉遼吉氏主張的限定合憲解釋法⁸³。第三說係阿部照哉氏主張的法令一部違憲的判斷法⁸⁴。但其中第一種說法係與第一審法院所採之適用違憲之見解相近，比較具有說服力。除此之外，日韓條約示威遊行事件（參照判例四），地方法院首先肯定東京都公安條例的合憲性，其次則指出：「都公安委員會對本件示威遊行作出附帶限制條件之許可處分，不論是許可的手續及內容上有顯著傾向偏坦『方便取締』之情事，故已逾越『事前抑制』之最小限制範圍，本件處分在運用上的瑕疵重大且明白違憲，應屬違憲無效之處分」⁸⁵。此處法院所稱的「運用違憲」基本上可視為「適用違憲」的一環⁸⁶。

3. 迴避憲法判斷（狹義）方法之檢討與分析

惠庭事件（參照判例五），法院運用法律解釋之技巧，以自衛隊法第 121 條所稱「其他供防衛用之物」不包含通信電話線，基於罪刑法定主義之原則，判決被告無罪。其次再以本件的法律具體訴訟問題已獲得解決為由，迴避被告辯護律師所提出自衛隊法違憲的司法審查問題⁸⁷。雖然法院運用解釋技巧將演習「通信電話線」排除於「其他供防衛用之物」之適用對象外，顯有逾越解釋之限度而遭致學者之指責⁸⁸，但本件在憲法訴訟判例上，却代表法院行使迴避憲法判斷方法的一個具體案例。家永教科書第二次訴訟事件（參照判例六），管轄之法院認為：「上訴人（文部省）所提出教科書修正檢定不合格處分之理由不具有正當性，此乃屬未依規定之檢定基準的行政行為，顯見已逾越「裁量」之界限，前項處分係屬權利濫用與違法之行為，・・本件審查結果既然已達到被上訴人（家永三郎氏）實際權利救濟之目的，因此有關教科書檢定制度的有無違憲問題，已無審理判斷之必要」⁸⁹。基本上此乃「適用違憲」與「迴避憲法判斷」的二種判斷方法的複合運用案例。

三、判例釋評

⁸² 蘆部信喜，前掲書「憲法訴訟の現代的展開」、頁 48，同氏前掲書「司法のあり方と人權」、頁 208。

⁸³ 有倉遼吉，前掲書「憲法と政治の接点」、頁 73。

⁸⁴ 阿部照哉著「公務員の政治的の行為に対する懲戒処分の違憲性」判例評論、第 156 號、1972 年出版、頁 138。

⁸⁵ 前掲註 74。

⁸⁶ 青柳幸一，前掲書「法令違憲・適用違憲」、頁 5。

⁸⁷ 前掲註 76。

⁸⁸ 蘆部信喜前掲書「憲法訴訟の理論」、頁 271。

⁸⁹ 參照前掲註 77。

適用違憲具備有二項特質，依據司法自制之原理，維持法令本身的合憲性。具有權利救濟之特點，僅於法律適用上，否定法令適用之效力。此種折衷性作法，其缺陷在於無法治癒法律過於廣泛或漠然不明確的問題⁹⁰。除此之外，適用違憲亦有追認法律違憲狀態之可能性，故對過度廣泛限制表現自由法律的司法審查，應引導採用法令違憲的判斷方法較為妥切⁹¹。

其次是「法令一部違憲」問題，即司法審查機關將該當法令的違憲無效部分排除，剩下的其餘部分則屬合憲有效。此種違憲的判斷方法，通常會出現下列二種情形，量的一部無效，此乃判決法規可分離的一部分法條規定，違憲無效，又稱削減法條的一部無效。司法審查機關通常於判決主文上，直接宣告削減違憲無效之法條規定。質的一部無效，即裁定法規可分離的一部分文義，違憲無效，因此法規條文無須作任何修正變更，其規範限制的對象係法規的內容，而非法條本身。通常司法審查機關於判決主文中，說明在特定之解釋的前提要件下，得作出「限定無效」之宣告⁹²。判例二森林法事件，日本最高法院認為：「森林法其立法限制之目的（旨在謀求林業經營之穩定及防止林地細分化）合憲（符合公共利益），限制手段（同法第 186 條禁止持分二分之一以下之共有者實施分割）違憲（已逾越達成該立法目的所具有之合理性與必要性），故判決同法第 186 條違憲無效」。此即採用前述所謂「量的一部無效」判決方式。

最後是迴避憲法判斷方法，必須小心嚴格謹慎的運用，且限於有特殊重大原因或正當理由始可例外被承認。該項判斷方法主要的缺陷是司法審查機關僅能藉著處理系爭中的其他法律問題去解決或平息事件的紛爭，在形式或表面上似乎紛爭事件之當事者的權利可獲得救濟，然而在實質上系爭的問題，並未獲得真正徹底的解決，法律違憲的狀態仍然存在，祇不過是司法審查機關迴避或放置而不去涉及而已，有朝一日違憲的狀態會因此擴大惡化，除非有特殊重大正當的理由外，司法審查機關不得迴避憲法判斷⁹³。

肆、我國司法審查判斷方法之研析

依據司法院大法官審理案件法第四條規定，大法官解釋憲法之事項有三，適用憲法發生疑義事項，法律或命令有抵觸憲法事項，省、縣自治法及省法

⁹⁰ 芦部信喜前揭書「憲法訴訟の現代的展開」、頁 189。

⁹¹ 芦部信喜著「現代人權論」有斐閣、1974 年出版、頁 279。

⁹² 前揭註 28。

⁹³ 樋口陽一、栗城寿夫前揭書「憲法と裁判」、頁 318。

規、縣規章有無抵觸憲法之事項。故解釋憲法之任務，除為解決中央或地方機關有關適用憲法之爭議外，即為法令的違憲審查。所謂違憲審查，乃在於判斷該當被審查之法令是否抵觸憲法，其判斷方法在我國係透過大法官釋憲方式行使。大法官楊日然於司法院實施「憲法解釋之理論與方法」專題報告一文中，指出違憲審查原則與方法有：「規避原則—即在同一事件所發生的兩個問題之中，其一為憲法問題，其一則非憲法上之問題之情形，若解決非憲法上的問題即可決定該事件時，憲法上的問題即可付之不問。用法一部合憲、一部違憲，例如釋字第 177 號關於 60 年台字第 170 號判決例所作解釋。適用法律不合憲—即如法令的限制規定並不違憲，但將限制規定擴大適用的結果造成用法違憲，如釋字第 179 號關於民事訴訟法施行法第 9 條規定所作解釋，以及釋字第 182 號對 63 年台抗 59 號判例所作解釋。法令合憲，但適用法令違憲—此為用法違憲之典型，例如行政訴訟法上有關特別權力關係之判例」⁹⁴。惟楊大法官對前項我國違憲審查判斷方法僅作概括性報告，有關詳細的判斷方法與適用的理論依據，值得研究與探討。

因此，筆者引用前述外國憲法訴訟判斷之理論與立法例，結合我國大法官釋憲實務作進一步探論分析如次：

一、法令違憲 (含法令一部合憲、一部違憲)

釋憲機關如解釋法令違憲，通常採取 宣告法令整體違憲，或 宣告法令部分違憲，兩種施行方式。前者謂之全部違憲或全部無效，後者則稱之一部違憲或一部無效⁹⁵。我國有關法令違憲的判斷方式釋憲等案例簡要說明如下：

大法官會議釋字第 251 號解釋

「違警罰法規定由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第 8 條第 1 項之本旨，業經本院於中華民國 69 年 11 月 7 日作成釋字第 166 號解釋在案。依違警罰法第 28 條規定所為『送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能』之處分，同屬限制人民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第 8 條第 1 項之本旨不符，．．前述解釋之拘留、罰役及本解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國 80 年 7 月 1 日起失其效力」。

⁹⁴ 楊日然著「憲法解釋之理論與方法」、月旦法學雜誌、第 3 期、1995 年 7 月 15 日出版，全文收錄於同氏著「法理學論文集」、月旦出版社、1997 年 1 月出版、頁 510 以下。

⁹⁵ 前揭註 27。

大法官會議釋字第 321 號解釋

「中華民國 75 年 6 月 29 日修正公布之關稅法第 23 條之規定，使納稅義務人未能按海關核定稅款於期限內全數交納或提相當擔保者，喪失行政救濟之機會，係對人民訴訟權所為不必要之限制，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨有所抵觸」。

大法官會議釋字第 340 號解釋

「公職人員選舉罷免法第 38 條第 2 項規定：『政黨推薦之區域、山胞候選人，其保證金減半交納』，無異使無政黨推薦之候選人，須交納較高額之保證金，形成不合理之差別待遇，與憲法第 7 條之意旨有違反，應不再適用」。

大法官會議釋字第 350 號解釋

「內政部於中華民國 77 年 8 月 17 日函頒之時效取得地上權登記審查要點第 8 點第 1 項、第 2 項規定，占有人申請登記時，應填明土地所有權人或管理人之姓名及住址等項，係因地上權為存於所有權上之限制物權該規定之本身乃保護土地所有權之權益所必要與憲法並無抵觸。惟如未予填明，依土地登記規則第 48 條第 2 款、第 49 條第 1 項第 4 款規定，應命補正不補正者駁回其登記之申請。是前開要點乃為該規則之補充規定，二者結合適用，足使能確實證明在客觀上有不能查明所有權人或管理人之姓名、住址而為補正之情形者，因而無法完成其地上權之登記，即與憲法保障人民財產權之意旨有違，在此範圍內應不予援用」。

大法官會議釋字第 365 號解釋

「民法第 1089 條，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，與憲法第 7 條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第 9 條第 5 項消除性別歧視之意旨不符，應予檢討修正，並應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力」。

大法官會議釋字第 373 號解釋

「工會法第 4 條規定：『各級政府行政及教育事業、軍火工業之員工，不得組織工會』，其中禁止教育事業技工、工友組織工會部分，因該技工、工友所從事者僅係教育事業之服務性工作，依其工作之性質，禁止其組織工會，使其難獲致合理之權益，實有逾越憲法第 23 條之必要限度，侵害從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時，失其效力」。

大法官會議釋字第 384 號解釋

「憲法第 8 條第 1 項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰、得拒絕之。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內

容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。檢肅流氓條例第 6 條及第 7 條授權警察機關得逕行強制人民到案，無須踐行必要之司法程序，第 12 條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實，第 21 條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。又同條例第 5 條關於警察認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第 16 條規定意旨相違。均應自本解釋公布之日起，至遲於中華民國 85 年 12 月 31 日失其效力」。

大法官會議釋字第 439 號解釋

「海關緝私條例第 49 條：『聲明異議案件，如無扣押物或扣押物不足抵付罰鍰或追徵稅款者，海關得限期於 14 日內交納原處分或不足金額二分之一保證金或提供同額擔保，逾期不為交納或提供擔保者，其異議不予受理』之規定，使未能於法定期限內交納保證金或提供同額擔保之聲明異議人喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權利所為不必要之限制，與憲法第 16 條所保障之人民權利意旨抵觸，應不再適用。本院釋字第 211 號解釋相關部分應予變更」。

大法官會議釋字第 585 號解釋

立法院成立三一九真調會是屬合憲行為，而該會性質上屬於立法院行使調查權的特別委員會，得對國家重要事項進行調查，但不具追究刑事責任的偵查權。「一、真調會條例第 2 條第 1 項前段。••合憲。二、同條例雖未規定真調會委員之任期，惟於符合立法院屆期不連續原則之範圍內，尚不生違憲問題（限定合憲解釋方法）。第 11 條規定『本會所需經費由行政院第二預備金項下支應，行政院不得拒絕』，於符合預算法令規定範圍內，亦不生違憲問題（限定合憲解釋方法）。三、同條例第四條規定。『不受其他機關之指揮監督』係指『不受立法院以外機關之指揮監督』之意（限定合憲解釋），第 15 條第 1 項『本會委員有喪失行為能力、違反法令或其他不當言行者，得經本會全體委員三分之二以上同意，予以除名』，關於真調會委員除名之規定，並非排除立法院對真調會委員之免職權，於此範圍內，核與憲法尚無違背（限定合憲解釋）。四、同條例第 15 條第 1 項『本會委員有喪失行為能力、違反法令或其他不當言行者，得經本會全體委員三分之二以上同意，予以除名』之規定，以『違反法令或其他不當言行』為除名事由，與法律明確性原則不盡相符，應予檢討修正。五、同條例第 8 條第 1 項前段，同條第 2 項，第 13 條第 1 項，••違憲。六、同條例第 13 條第 3 項••違憲。七、同條例第 12 條第 1 項••應予檢討修正。八、同條例第 8 條第 3 項、第 4 項、第 6 項••違憲。九、同條例第 8 條第 6 項••其中規定『涉及國家機密或偵查保密事項，一概不得拒絕之部分』，應予檢討修正。十、同條例

第 8 條第 4 項前段、同條第 6 項，．．其中規定涉及人民基本權利者．．違憲。十一、同條例第 8 條第 7 項，．．違憲。第十二、同條例第 8 條第 8 項後段，應檢討修正。第十三、同條例第 8 條第 9 項．．違憲。上開 5、6、8、10、11、13 項有違憲法意旨部分，均自本解釋公布之日起失其效力。」

綜就上述法令違憲之解釋例中，如釋字第 251 號解釋：「違警罰法第 28 條規定所為『送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能』之處分，．．其裁決由警察官署為之，違反憲法第 8 條第 1 項之規定」。釋字第 321 號解釋：「民國 75 年 6 月 29 日修正公布之關稅法第 23 條之規定，使納稅義務人未能按海關核定稅款於期限內全數交納或提相當擔保者，喪失行政救濟之機會，有違憲法第 16 條保障人民訴訟權之規定」。釋字第 340 號解釋：「公職人員選舉罷免法第 38 條第 2 項規定：『政黨推薦之區域、山胞候選人，其保證金減半交納』，無異使無政黨推薦之候選人，須交納較高額之保證金，．．與憲法第 7 條之意旨有違反」。釋字第 365 號解釋：「民法第 1089 條，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，與憲法第 7 條及增修條文第 9 條第 5 項之意旨不符」。釋字第 373 號解釋：「工會法第 4 條規定，禁止教育事業技工、工友組織工會部分，實有逾越憲法第 23 條之必要限度，侵害從事此項職業之人民在憲法上保障之結社權」。釋字第 384 號解釋：「檢肅流氓條例第 6 條及第 7 條授權警察機關得逕行強制人民到案，第 12 條關於秘密證人制度，第 21 條規定使受刑之宣告及執行者，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與憲法第 8 條之意旨不符。又同條例第 5 條關於警察認定為流氓並予告誡之處分，亦與憲法第 16 條規定意旨相違」。釋字第 439 號解釋：「海關緝私條例第 49 條之規定，使未能於法定期限內交納保證金或提供同額擔保之聲明異議人喪失行政救濟之機會，與憲法第 16 條所保障之人民權利意旨抵觸」，以及解字第 585 號解釋：「上開 5、6、8、10、11、13 項有違憲法意旨部分，均自本解釋公布之日起失其效力」。此皆屬「量的一部無效，此乃由釋憲機關宣告法規可分離的一部分法條規定，違憲無效，又稱削減法條的一部無效，釋憲機關通常於解釋文上，直接宣告削減違憲無效之法條規定」。

然而釋字第 350 號解釋：「內政部 77 年 8 月 17 日函頒之時效取得地上權登記審查要點第 8 點第 1 項、第 2 項規定，．．其限制目的合憲。惟其限制手段，．．足使能確實證明在客觀上有不能查明所有權人或管理人之姓名、住址而為補正之情形者，因而無法完成其地上權之登記，與憲法保障人民財產權之意旨有違，在此範圍內應不予援用」。本件係屬命令的限制之目的合憲，惟其所採取之限制手段違憲，本解釋值得注意之處，乃大法官並不因此宣告內政部函頒之時效取得地上權登記審查要點第 8 點第 1 項、第 2 項規定，違憲無效，僅宣告前項規

定在客觀上有不能查明所有權人或管理人之姓名、住址而為補正之情形者，因而無法完成其地上權之登記，在此範圍內應不予援用。此即為典型的「質的一部無效」，即裁定法規可分離的一部分文義，違憲無效，因此法規條文無須作任何修正變更，其規範限制的對象係法規的內容，而非法條本身。通常釋憲機關於解釋文中，說明在特定之解釋的前提要件下，得作出「限定無效」之宣告。

二、適用違憲

適用違憲的原來的意義，係指法令規定就一般而言應具有合憲效力，但在適用上却不因法令具有一般合憲效力，而據以認定所有適用事例皆為合法有效。適用違憲基本上可區分二種，第一種即指法律適用該當（系爭）事例的違憲（法律本身的適用違憲），第二種則指依法律所作之個案違法、違憲處分（即典型的處分違憲）。其判斷方法係指司法審查時，肯定法令本身的合憲性，僅就該當事件在法律適用上，宣告其違憲。此種違憲判斷方法，簡言之，旨在切除每一個事件的違憲適用部分，通常與「適用審查」相結合的違憲判斷方法。適用違憲具備有二項特質，第一、依據司法自制之原理，維持法令本身的合憲性。第二、具有權利救濟之特點，僅於法律適用上，否定法令適用之效力。我國大法官釋憲實務中關於宣告適用違憲的形式有三種， 法令合憲、適用違憲， 適用一部合憲、一部違憲， 適用違憲，分析如後：

1. 法令合憲、適用違憲

釋字第 187 號解釋：「司法院院字第 339 號、院字第 1285 號解釋，及行政法院 50 年判字第 98 號判例，基於特別權利義務關係，限制公務人員依法辦理退休請領退休金，在程序上發生爭議時，不得依法提起行政救濟，係屬適用法律違憲之處分，應變更不再援用」。釋字第 220 號解釋：「動員戡亂期間勞資糾紛處理辦法第 8 條前段之規定，係屬合憲。行政法院 60 年判字第 568 號判例，不分爭議性質如何，限制人民行使訴訟權，肇致發生適用違憲」。釋字第 380 號解釋：「大學法第 23 條、第 25 條及學位授予法第 2 條、第 3 條規定，畢業之條件係屬大學自治權範疇，．．乃屬合憲之規定。惟大學法施行細則第 22 條第 1 項後段逾越大學法規定，同條第 3 項未經大學法授權，增加大學法所未規定之限制，及發生實質限制畢業之效果，應屬適用違憲」。釋字第 415 號解釋：「所得稅法第 17 條第 1 項第 1 款第 4 目關於減除扶養親屬免稅額之規定，符合憲法第 19 條租稅法律主義之原則，而所得稅法施行細則第 21 條之 2 規定乃限縮母法之適用，違憲應不予援用」。均為本文所言典型的處分違憲類型，即是蘆部氏所提第三類的適用違憲，亦即法令本身乃為合憲，但執行者（含司法機關之法律適用）却以

侵害憲法保障自由權利之形式加以適用，即衍生所謂解釋適用行為之違憲情事，此處又稱最標準的適用違憲類型。

2. 適用一部合憲、一部違憲

釋字第 193 號解釋所稱：「行政法院 62 年判字第 610 號判例，除一部分業經本院釋字第 185 號解釋為不應再予援用外，其餘部分予憲法第 7 條並無抵觸」。以及釋字第 218 號解釋所指：「凡未自行申報或提示證明文件者，稽徵機關得依查得之資料或同業利潤標準，核定其所得額。此項推計核定方法，與憲法首開規定之本旨並不抵觸。．．惟財政部(67)台財稅字第 32252 號及(69)台財稅字第 33523 號等函規定之出售房屋所得推計方法係屬違法無效」。衡諸以上解釋例均明白說明「適用一部違憲」的判斷方法，即釋憲機關採用宣告排除該當法令之適用違憲無效部分，剩下的其餘部分則屬合憲有效。

3. 適用違憲

釋字第 185 號解釋指出：「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，經司法院大法官會議依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，．．應屬適用違憲，已非法律見解歧異問題。行政法院 62 年判字第 610 號判例，應不予援用」。釋字第 188 號解釋則說明：「中央或地方機關適用同一法律或命令發生見解歧異，經聲請司法院所為之統一解釋，除解釋文內有明定者外，應自公布當日起發生效力。．．惟引起歧見之該案件，如經確定終局裁判，而其適用法令所表示之見解，經司法院解釋為適用違憲時，自得據為再審或非常上訴之理由」。再則釋字第 275 號解釋亦指正：「行政法院 62 年度判字第 30 號判例及同年度判字第 350 號判例，受行政罰之行為，僅須違反禁止規定或作為義務，而不以出於故意或過失為要件，仍屬適用違憲，應不再援用」。此皆屬於前述法律適用該當（系爭）事例的違憲（即法律本身的適用違憲）判例。

三、狹義的迴避憲法判斷

誠如前所述，迴避憲法判斷包含美國大法官 Brandeis 氏所提倡的「法則一」：「國會的法律效力發生合憲等重大疑慮時，法院的基本原則應優先確認有無採取法律解釋迴避憲法問題之可能性」，與「法則二」：「法院行使司法審查權時，即使訴訟當事者合法的提出憲法問題，並有完整的記錄可考，若法院認為尚有其他可處理紛爭事件之理由存在者，法院得採取迴避憲法問題之裁判手段」，而「法則三」：即稱為「狹義的迴避憲法判斷」。換言之，「在具體爭訟事件當中，同時具有憲法爭議與法律爭議時，此際縱令系爭之當事者明白提出本件係屬憲法爭訟之案件，如司法審查者（法院）確認可藉由裁決法律爭訟之途徑，具體解決系爭問

題時，司法機關得優先選擇採用迴避憲法判斷方法，透過司法仲裁法律爭議之方式，平息整個事件之紛爭」。亦即是「法院原則上僅限必要時，始實施憲法判斷，易言之，法院應可優先選擇不觸及憲法問題，而可解決憲法爭議之方法」。我國釋憲實務中與狹義的迴避憲法判斷有關之解釋例，有釋字第 266 號解釋，釋字第 269 號解釋，分析如次：

大法官會議釋字第 266 號解釋

「依公務員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第 243 號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第 187 號及第 201 號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，行政法院 48 年判字第 11 號判例與上述意旨不符部分，應不再援用。至是否基於已確定之考績結果所得為財產上之請求，係事實問題，應就具體事件依法認定，不在本件解釋範圍」。

大法官會議釋字第 269 號解釋

「依法設立之團體，如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，以行使該公權力為行政處分之特定事件為限，有行政訴訟之被告當事人能力。行政法院 60 年裁字第 232 號判例，與此意旨不符部分，嗣後不再援用。至關於勞動基準法第 84 條之爭執，究應提起行政訴訟或民事訴訟，與上開判例無涉，不在本件解釋範圍內，其當事人如已提起民事訴訟經判決確定者，自無訴訟權受侵害之可言」。

我國大法官釋憲實務中，其他與迴避憲法判斷方法有關之案例，尚有釋字第 328 號解釋：「憲法第 4 條規定的『固有之疆域』範圍，係屬政治問題，不在司法院解釋範圍」。釋字第 329 號解釋理由書指出：「有關台灣地區與大陸地區訂定協定問題，不在司法院解釋範圍」。以及釋字第 419 號解釋：「關於行政院院長之辭職問題，係屬統治行為，非本院應作合憲性審查之事項」。前項三項解釋，皆為司法院引用學理上所稱的「政治問題」或「統治行為」問題，而為迴避憲法判斷之解釋。然而釋字第 266 號解釋云：「至是否基於已確定之考績結果所得為財產上之請求，係事實問題，應就具體事件依法認定，不在本件解釋範圍」，及釋字第 269 號解釋：「關於勞動基準法第 84 條之爭執，究應提起行政訴訟或民事訴訟，……不在本件解釋範圍內」，此即是狹義的迴避憲法判斷之典型案例。

伍、結 語

司法機關在行使憲法裁判或憲法解釋職權之際，對法令違憲審查之結論，其所採取表達的方式，通常有下列幾種方式，即 直接表達違憲審查結論， 折衷（間接）表達違憲審查結論， 全部表達違憲審查結論， 部分（限定或局部）表達違憲審查結論。然而司法審查方法通常又區分為適用審查與文面審查二種。前者僅限於當事者本身發生法令適用上有違憲之情事，始得提起違憲訴訟。後者則允許以法令對其他非當事者發生適用上的違憲為由，提起憲法訴訟，不受前者之限制。本文綜就前述審查方法與違憲判斷方法，可歸納得出三種憲法訴訟判斷類型，第一種是「法令違憲」判斷類型，第二種是「適用違憲」判斷類型，第三種則稱「迴避憲法判斷（狹義）」類型。其中司法機關宣告「法令違憲」與「適用違憲」的判斷，必須依據下列四種基準，即 立法目的的違憲， 規範手段違憲， 目的與手段有明顯的不平衡、不適切或逾越必要之程度， 規定不明確或過度廣泛，實施違憲審查判斷。然而迴避憲法判斷（狹義），則指「在同一事件所發生的兩個問題之中，其一為憲法問題，其一則非憲法上之問題之情形，若解決非憲法上的問題即可決定該事件時，憲法上的問題即可付之不問而言」。

本文除探討美國、日本、德國學者提出有關憲法訴訟判斷方法所適用之理論與學說外，更列舉隣國日本憲法訴訟判斷方法的訴訟案例，諸如：衆議院議員定數不均衡事件，森林法事件，猿払事件，反對簽訂日韓條約示威遊行事件，惠庭事件，以及家永教科書第二次訴訟事件等，藉以瞭解該國實際從事憲法訴訟的判斷方法與實務經驗。同時亦彙整我國大法官釋憲實務中與憲法判斷方法有關之解釋例，共同分析歸納出釋憲機關在實施違憲審查的判斷時，應注意到事項。

（投稿日期：95年1月17日；採用日期：95年5月11日）