

認真對待大法官解釋* ——論大法官解釋之落實

林建志**

摘要

在臺灣，憲法學者多半聚焦於大法官解釋的內容本身，而忽略了解釋做成後的執行情形。然而，解釋執行的重要性實際上不亞於解釋本身的內容為何，因為如果一個解釋不會被政治部門所執行，那麼不論該解釋內容多麼保障人權、維護憲政秩序，都只是鏡花水月，這對於憲法法院的權威與司法獨立是一大損害，長久下來更可能危及法治國原則。在調查解嚴後所公布的大法官解釋執行狀況之後，本文發現：首先，解釋的「拘束力」，也就是那些寫在解釋文的大法官諭知，既非解釋會被執行的必要條件，也非充分條件。第二，單純違憲宣告的解釋方式可能使解釋較不易被執行。第三，解釋未被執行，未必可以全然歸責於政治部門，在某些特殊情況下，憲法法院可能必須負擔一部分的責任。這個發現使我們得以重新思

* 本文曾刊登於臺大法學論叢，49卷4期，頁1777-1843（2020年）。感謝兩位匿名審查人，指出許多初稿疏漏與說理不足之處，使本文更加完善。作者感謝呂太郎大法官與司法院秘書處同仁協助提供資料，這些官方資料提供本研究莫大的助力。本文初稿曾在中央研究院法律學研究所第十二屆憲法解釋之理論與實務研討會與個人學術研討會中發表，感謝主持人黃昭元大法官、林子儀、蘇彥圖、邱文聰、石世豪、張永健、陳慧雯、郭銘松、林春元等教授的評論與建議。本文研究受科技部（No. MOST107 2410-H-001-040-MY2）之補助。最後感謝吳尊傑、羅芳晨、江承頤的研究協助與校對。
〔責任校對：徐慕薇〕。

** 中央研究院法律學研究所研究員。
穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/71217042.pdf>。



考司法造法的正當性與必要性，以及憲法訴訟作為不同層次的社會變遷的可能性。

關鍵詞：臺灣憲法法院、大法官解釋之執行、單純違憲宣告、司法造法、定期失效。

目 次

| | |
|------------------------|--------------------|
| 壹、前言 | 四、僅出現在合憲宣告解釋理由書的諭知 |
| 貳、概念釐清 | 五、無涉合、違憲之解釋執行結果 |
| 一、執行之定義、判斷、與結果 | 肆、分析大法官解釋之執行 |
| 二、待執行之解釋 | 一、法拘束力之影響 |
| 參、解釋之執行結果 | 二、法拘束力以外的影響 |
| 一、出現在違憲宣告解釋文的 諭知 | 三、小結 |
| 二、出現在合憲宣告解釋文的 諭知 | 伍、規範意涵 |
| 三、僅出現在違憲宣告解釋理 由書的諭知 | 一、司法造法的正當性 |
| | 二、法院促進社會變遷 |
| | 陸、結論 |

壹、前言

自從2017年司法院大法官頒布司法院釋字第748號解釋開始，政府應當如何落實憲法法院所要求之平等保障同性戀者的婚姻自由，便成了後續2年間爭議不休的問題。由於大法官僅稱「至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。」因此便產生了所謂「修法派」和「專法派」的爭論，最終在經歷了一場公投之後，立法院以制定司法院釋字第748號解釋施行法作結，雖然

不能說是皆大歡喜，但立法院起碼對憲法法院以及對公投結果都有所交代。上述這個例子顯示了如何「執行」大法官解釋，本身是一個極其重要的問題。然而，在臺灣，憲法學者多半聚焦於大法官解釋的內容本身，而忽略了解釋做成的前階段（例如是否受理、言詞辯論）以及後階段（解釋執行）的問題¹，這可能有幾個原因：首先，因為臺灣法治尚稱健全，大法官的憲法解釋既然具有等同憲法的效力，政府部門理所當然應該要遵守，大家可能會假定規範層面上的應然，會被轉換成執行層面上的實然。這種推測不能說沒有道理，但實際上並非全然如此。其次，大法官解釋是否被執行，實際上是很難追蹤或判斷的，除了因為多數人不會特別去關心解釋是否執行之外，有些時候什麼叫做「執行」，也會有相當的爭議。司法院釋字第748號解釋在這個意義上是個例外，因為全國人民無論正反立場，幾乎都在關心這個解釋及其後續發展，因此這個解釋是否被執行、以什麼樣的方式被執行，自然都被放大檢視，但其他解釋就未必這麼幸運。因此，究竟在大法官作成解釋之後，有多少解釋真的被執行？以什麼方式執行？在多久之內執行？目前似乎比較少系統性的研究。

為了彌補此一學術上的空白，本文要研究的問題便是大法官解釋在執行階段的狀況。眾所皆知，司法院釋字第400號解釋與第530號解釋在做成約莫20年後的今天，都還沒有被完全執行，而後者在要求政治部門遵守司法部門一元化的憲法原意這一點上，似乎在可預見的將來也難以被執行。但是除了這兩個例子之外，還有一些解釋沒有被完全執行。事實上，最高／憲法法院判決不被執行並不是臺灣所獨有的狀況，姑且不論威權國家，即使在其他民主國家也是

¹ 少數探究解釋是否有被執行的研究，請參見，葉俊榮，違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，收於：張永健編，2011司法制度實證研究，頁1-31（2013年）；法治賦，與大法官共治，難嗎？，憲政時代，26卷3期，頁75-92（2001年）。此外，針對大法官解釋執行的概念，參見吳信華，論大法官釋憲程序中之「執行」，國立中正大學法學集刊，42期，頁1-79（2014年）。

如此。早在聯邦論第78章中，Alexande Hamilton便指出法院判決要能夠真的生效，必須仰賴行政部門的協助²。後來的政治發展也印證了這個命題，不論是早期的美國聯邦最高法院John Marshall首席大法官，或是上個世紀中的Earl Warren首席大法官，兩位堪稱美國歷史上最知名的首席大法官，都面臨了總統不願意執行法院判決的尷尬情況³。即使把目光放到亞洲，同樣的情形也發生在蒙古憲法法院⁴和印尼憲法法院⁵上，甚至韓國國會有時候也不會嚴格遵守韓國憲法法院在判決中所設定的期限⁶，更別提印度最高法院的判決經常被國會以各種方式消極地抵抗執行⁷。除了內國法院之外，跨國法院判決的執行問題更是國際法上的一個研究重點⁸，畢竟跨國法院有別於內國法院，必須面對另一個（以上的）主權國家，在監督其判決之執行上，往往更為困難。

由此可知，解釋執行的重要性實際上不亞於解釋本身的內容為何，因為如果一個解釋不會被政治部門所執行，那麼不論該解釋內

2 See THE FEDERALIST No. 78 (Alexander Hamilton).

3 Joseph C. Burke, *The Cherokee Cases: A Study in Law, Politics, and Morality*, 21 STAN. L. REV. 500, 524-25 (1969); GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE?* 74-78 (2d ed. 2008). 當然，考量到美國的聯邦制度，這不是一個精準的說法。

4 Tom Ginsburg & Chimid EnhBaatar, *Avoiding Rights: The Constitutional Sets of Mongolia*, in *CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIA: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 168, 174 (Albert H. Y. Chen & Andrew Harding eds., 2018).

5 Simon Butt, *Indonesia's Constitutional Court and Indonesia's Electoral Systems*, in *CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIA: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 214, 225 (Albert H. Y. Chen & Andrew Harding eds., 2018).

6 CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA, *THIRTY YEARS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF KOREA: 1988-2018*, 126 (2018).

7 CHINTAN CHANDRACHUD, *BALANCED CONSTITUTIONALISM: COURTS AND LEGISLATURES IN INDIA AND THE UNITED KINGDOM* 30-64 (2017); Surya Deva, *The Indian Constitution in the Twenty-first Century: The Continuing Quest for Empowerment, Good Governance and Sustainability*, in *CONSTITUTIONALISM IN ASIA IN THE EARLY TWENTY-FIRST CENTURY* 343, 362-63 (Albert H. Y. Chen ed., 2014).

8 See, e.g., Clifford J. Carrubba, *Courts and Compliance in International Regulatory Regimes*, 67 J. POL. 669, 669 (2005).

容多麼保障人權、維護憲政秩序，都只是鏡花水月，這對於憲法法院的權威與司法獨立是一大損害，長久下來更可能危及法治國原則。從另一個角度來看，憲法的規範再怎麼完美，隨著時間遞嬗，和現實中的憲政發展及人民需求一定有落差，這是每一部憲法都無可避免的問題，在這個意義上，憲法法院的部分功能，就是透過處在當今社會中的法官，對憲法規範的（再）詮釋，來縮減這個理想與現實之間的落差。換句話說，憲法法院的職責除了解釋憲法之外，還在於（與政治部門共同）執行憲法，而憲法所提供的保障要能實際上落實到每個人民上，憲法法院的裁判就必須要能被執行。從這個角度來看，好的憲法裁判意指著可執行的憲法裁判⁹。事實上，臺灣大法官自己有意識到解釋執行的重要性，因此司法院為了瞭解大法官解釋之執行成效，自民國82年起，均會函詢權責機關是否執行大法官解釋，並將相關辦理情形收錄於各年度司法業務年報——案件分析之「大法官解釋之執行成（績）效分析」中¹⁰。或許基於此一調查，大法官曾經數次在解釋中指摘權責機關一直沒有執行前解釋，而導致憲法法院必須被迫司法造法，以保障人民基本權利。

從司法政治的角度來看，這涉及到政治部門與司法部門的互動，如果法官預見政治部門將不會執行其判決，這會對司法行為產生莫大的影響。詳言之，在解釋做成的過程中，法官可能會預測解釋是否有執行上的困難，而先行調整解釋的內容；換句話說，判決的執行與否與權利的內容為何雖然在概念截然不同，但實際是一種互相影響、形塑的過程¹¹，法院可能因為預估判決難以執行，而事

9 See RICHARD H. FALLON, JR., IMPLEMENTING THE CONSTITUTION 37-44 (2001).

10 可惜的是，該報告並未能真正提供解釋是否被執行的全貌。具體而言，權責機關回覆司法院的內容，有許多都是「正在辦理中」，也就是司法院函詢當時的進度，就此後續發展情形如何，是否有被確切執行，均無從得知。

11 See RICHARD H. FALLON, JR., THE NATURE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS: THE INVENTION AND LOGIC OF STRICT JUDICIAL SCRUTINY 156 (2019).

先限縮了權利的範圍¹²。事實上，大法官頻繁使用定期限失效的原因之一，就在於大法官希望能給政治部門更具體的時間範圍，來促進解釋的執行¹³，作為一種司法策略，固然無可厚非，但定期限失效本身會產生其他憲法上爭議¹⁴，從這個角度來看，這些爭議都是法院擔心執行與否所衍生的後續問題；又或者，大法官可能會將解釋內容寫得更清楚一點，希望減少權責機關在執行層面的疑問或裁量，以避免權責機關閃避執行義務¹⁵。

再者，解釋是否被執行也涉及我們對於司法積極主義、甚至是司法國¹⁶這些概念的反省。批評司法違憲審查者通常會主張，隨著政治司法化¹⁷的發展，大多數政治爭議最終都會進到法院，而憲法法院的判決通常只能透過法院自己的判決或是修憲條文來推翻，在這個意義上不啻使得法院對於政策紛爭有了最終決定權。然而這些論述並沒有將判決做成後的執行階段納入考量，如果政治部門在判決做成之後，實際上仍有執行與否、或如何執行的裁量空間，那麼聲稱法院具有國家重要政策的最終決定權，顯然是略嫌誇張的描述。最後，社運團體經常將憲法訴訟作為促進社會變遷的手段之

12 *Id.* at 156-64.

13 葉俊榮，民主轉型與憲法變遷，頁351-355（2003年）。

14 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，12期，頁31-39（1996年）；黃昭元，法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討，台灣法學雜誌，262期，頁39-54（2014年）。

15 See BRADLEY C. CANON & CHARLES A. JOHNSON, JUDICIAL POLICIES: IMPLEMENTATION AND IMPACT 72-73 (2d ed. 1999); GEORG VANBERG, THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN GERMANY 45 (2009); RYAN C. BLACK ET AL., U.S. SUPREME COURT OPINIONS AND THEIR AUDIENCES 26-29 (2016).

16 RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); Michael H. Davis, *A Government of Judges: An Historical Re-view*, 35 AM. J. COMP. L. 559, 559-80 (1987).

17 See RACHEL SIEDER ET AL. EDS., THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN LATIN AMERICA (2005); BJÖRN DRESSEL ED., THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN ASIA (2014); Armen Mazmanyan, *Judicialization of Politics: The Post-Soviet Way*, 13 INT'L J. CONST. L. 200, 200 (2015); GRETCHEN HELMKE & JULIO RIOS-FIGUEROA EDS., COURTS IN LATIN AMERICA (2011).

一，但採取這個策略一個潛在的假設是，如果勝訴了，法院判決將會被執行，如此一來憲法訴訟才有價值。如果大法官解釋在某些情況下不會被執行，那麼可能會降低社會運動者以司法訴訟作為社會改革手段的誘因¹⁸。換個角度來說，如果某些類型的解釋特別難以被執行，那麼在資源有限的前提下，社會運動團體或許應該重新思考選擇什麼戰場，比較有可能獲得具體成果，而不只是一紙無法執行的勝訴判決。

本文的研究發現有三：首先，解釋的「拘束力」，也就是那些寫在解釋文的大法官諭知，既非解釋會被執行的必要條件，也非充分條件。有許多大法官的諭知雖然沒有出現在解釋文，仍然會被權責機關所注意並執行；反之，有部分寫在解釋文的大法官諭知，事隔數十年仍未被執行。第二，單純違憲宣告的解釋方式可能使解釋較不易被執行。第三，解釋未被執行，未必可以全然歸責於政治部門，在某些特殊情況下，憲法法院可能必須負擔一部分的責任，而避免做出這類型的解釋，是憲法法院的責任，因為這是維繫司法威信和法治國原則所必須。

本文的研究針對民主化之後的大法官解釋，這並不是說解除戒嚴前的大法官解釋都有被執行，而是由於當時政治氛圍，似乎比較難期待政治部門忠實執行大法官解釋。舉例來說，司法院釋字第86號解釋和第166號解釋分別要求審檢分隸，以及違警罰法之拘留、罰役，應「迅」改由法院依法定程序為之。但當時的威權政府均沒有在合理時間內執行這兩號解釋，前者甚至拖了20年，直到與美國斷交後，政府為了強化對內治理的正當性，審檢分隸才見諸實行¹⁹。因此本文的研究範圍在時間部分自解除戒嚴開始，具體來說是從司

18 關於法律動員，參見官曉薇，婚姻平權與法律動員：釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，臺灣民主季刊，16卷1期，頁1-44（2019年）。

19 翁岳生，臺灣法治的發展，收於：財團法人馬氏思上文教基金會編，第六屆馬漢寶講座論文彙編，頁125-127（2017年）。

法院釋字第217號解釋開始。此外，本文研究的對象是指那些大法官在解釋中，有立刻具體要求政治部門有所回應的解釋，也就是所謂有待執行的解釋。應強調的是，並非所有宣告法規範違憲的解釋都需要權責機關的執行，也並非所有宣告合憲的解釋都不需要權責機關的執行。當然，後者的未執行，未必能和前者等同視之，本文將會區分這兩種情形。此外，本文也會區分大法官諭知待執行的部分，是出現在解釋文還是只出現在解釋理由書中，理由在於兩者表決的門檻不同²⁰，在這個意義上，兩者的拘束力高低、或者說權責機關是否有義務執行，也有所不同²¹。簡單的說，不管是合憲違憲、或是解釋文和解釋理由書，只要有諭知，都是本文的研究對象，但是執行與否所代表的規範意義，則自然有所不同，詳如後述。

本章節安排如下：除了前言之外，第貳部分將詳述「執行」的定義與基於此定義所產生的各種執行的樣貌，簡單的說，執行與否並非全有或全無的二分。第參部分將基於上述執行結果的分類，報告自司法院釋字第217號解釋至司法院釋字第750號解釋這段期間，所有待執行的大法官解釋，其後續的執行狀況。本文將會依照解釋合憲與否與諭知內容的出處進行區分。第肆部分將挑出那些沒有被執行的解釋，並進而分析什麼情況可能會導致憲法法院的解釋較不容易被妥善、完整的執行，在此，本文發現單純違憲宣告的解釋，似乎比較容易不被執行。應強調的是，本文並不認為一個解釋若是沒有被執行，則必然是政治部門的錯；相反地，一個解釋執行與否，有賴於政治部門與司法部門的協力，如果法院作出事實上難以被執行的解釋，而未被執行，那麼應該歸責於憲法法院。第伍部分將探討這種大法官解釋不被執行的情形所帶來的規範意涵；最後則是結論。

20 司法院大法官審理案件法施行細則第16條。

21 蔡宗珍，憲法疑義解釋程序之功能與存廢省思，台灣法學雜誌，148期，頁27-48（2010年）。

貳、概念釐清

在探討大法官解釋是否被執行之前，我們有必要進一步釐清本文的研究範圍。首先，本文探討的是大法官解釋是否被執行，而不是大法官解釋對社會的影響。這兩者有所重疊，但是不同的概念。通常來說，如果一個解釋被政治部門所執行，不論是制定新法或修改舊法，那麼通常會改變原本的法秩序，而對社會有所影響；相對地，一個解釋如果完全沒有被執行，則其對現行法秩序、乃至整個社會，可能根本沒有影響。在這個意義上，解釋的執行與解釋的影響兩者高度重疊，但仍然是不同的議題，因為在有些情況下，一個解釋縱使有被執行，也可能只影響與該號解釋直接相關的當事人，或者其影響只侷限於特定地區²²，而對整體法秩序沒有影響，例如一個法律因違反法律保留原則而被宣告違憲而失效，倘若立法機關訂定一個內容完全相同的法律，只為了治癒程序上的瑕疵，那麼縱使該解釋已經完全被執行，實質上對於整體社會仍然沒有什麼影響；反之，一個解釋縱使沒有被執行，仍然有可能有一些象徵性的意涵，或是埋下日後社會變遷的種子，只是我們短時間內看不出來。簡單的說，一個解釋是否有被執行，與一個解釋是否有影響社會，是兩個有所牽連但概念上並不相同的研究問題。以司法院釋字第666號解釋為例，大法官宣告社會秩序維護法第80條第1項第1款罰娼不罰嫖，因違反平等權而違憲（解釋效力問題），然而究竟應當兩者都罰，還是性交易合法化，大法官對此並無堅持，留給政治部門去裁量（解釋執行問題）²³。最後政治部門選擇兩者皆罰，就此而言，已經可以說是有執行本號解釋，至於後續執行結果，是否改善大法官解釋中所稱「迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性」

22 See LAWRENCE M. FRIEDMAN, IMPACT: HOW LAW AFFECTS BEHAVIOR 63-64 (2016).

23 當然，大法官可否一併諭知執行內容，牽涉到權力分立的問題，參見吳信華，大法官釋憲案件的審理與「執行」之諭知，台灣法學雜誌，217期，頁165-170 (2013年)。

之社會地位²⁴，則已經不是執行解釋與否的問題了，即便研究指出這些社經弱勢的性工作者狀況非但沒有改善、甚至可能惡化，但並不妨礙該號解釋是否被執行的判斷²⁵。

一、執行之定義、判斷、與結果

即便本文聚焦於大法官解釋的執行，而非解釋的影響，但衡量一個解釋是否被執行，本身是一個困難的問題²⁶。首先，就「執行」的定義而言，由於大法官解釋原則上是抽象審查²⁷，審查標的通常是對一般大眾生效的法規範，一旦憲法法院宣告違憲，通常也是要求變更特定的法規範，未必有兩造當事人，嚴格來說並非憲法訴訟，因此所為之解釋也無法精確地歸類於訴訟法上的判決類型（形成判決、給付判決或確認判決），故關於「執行」的定義也就較難仰賴訴訟法上的概念²⁸。

基於本文研究目的，以及目前大法官解釋有別於一般訴訟的特殊性，本文所稱的執行，也就是履行憲法法院在大法官解釋中的諭知，或者以吳庚前大法官的說法：「以適當的方法實現解釋意旨所

24 當然，過度聚焦於解釋的執行可能會低估了解釋的影響力，但大法官解釋對臺灣社會的整體影響力此一議題需另文為之。相關文獻，參見吳佳樺，難以置信的真相：論釋字第666號解釋與社會變遷，臺北大學法學論叢，84期，頁71-183（2012年）；陳美華，性交易的罪與罰：釋字第666號解釋對性交易案件的法律效果，臺灣民主季刊，16卷1期，頁45-88（2019年）。

25 Malcolm Langford et al., *Introduction: From Jurisprudence to Compliance, in SOCIAL RIGHTS JUDGMENTS AND THE POLITICS OF COMPLIANCE* 3, 9 (Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito & Julieta Rossi eds., 2017).

26 See Diana Kapiszewski & Matthew M. Taylor, *Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings*, 38 LAW & SOC. INQUIRY 803, 805 (2013).

27 即使有些學者認為臺灣大法官也創設了某種意義的具體審查，但審查的標的仍然是特定的抽象法規範。Jiunn-rong Yeh & Wen-Chen Chang, *An Evolving Court with Changing Functions: The Constitutional Court and Judicial Review in Taiwan, in CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIA: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 110, 114 (Albert H. Y. Chen & Andrew Harding eds., 2018).

28 法治斌（註1），頁77；吳庚，憲法的解釋與適用，3版，頁435（2004年）。

要求的法律狀態。²⁹」這涉及解釋效力與解釋執行的問題。大法官解釋效力，可分為「對人的效力」、「時間的效力」、「違憲宣告的一般效力」、「確定力」、「執行力」……等³⁰。與本文最相關者，當屬「執行力」的問題。學者有謂，解釋的效力與解釋的執行分屬二事，對法規範的評價，例如違憲且立即失效、或違憲定期失效等，屬效力問題；而法規修正前，應如何處理法律狀態，則屬執行問題³¹，更詳細的說，「大法官之釋憲主要係以『法規範』之合憲性與否為審查之制度，此際如大法官對之宣告違憲，則不論採行何種宣告模式（違憲定期失效或即時失效），必然均會產生（違憲後）新法生效前的一個法律適用上的不確定狀態，於此範疇中即尚無法為大法官解釋的『效力』所能自然涵括，而即可完足地實現裁判的內容，就此釋憲機關即可以『執行』之諭知為必要處置以解決相關問題」³²，也就是說，執行是判決或解釋做成之後的後續實踐。

本文原則上也接受這種區分，在應然面上，法規一旦被宣告違憲且立即失效，原則上即不待執行，除非憲法法院另有指示（諭知）。然而，由於我國大法官採取抽象審查之故，再加上憲法解釋無法輕易地以既有的訴訟類型相類比，因此所謂的「執行」，概念上即會更為廣泛³³，例如大法官不僅在宣告違憲的解釋中常宣告法律失效前／後該如何處理，在宣告合憲的解釋中也常有指示，因此即使舊有的法秩序沒有變更，仍可能會有執行的問題。換句話說，本文所謂的執行，就是履行大法官在解釋中的各種諭知，至於單純的法規範效力問題，則不待執行，也就是說，如果大法官宣告違憲

29 吳庚（註28），頁435。類似見解，參吳信華，論大法官解釋的「效力」：基礎結構的釐清與體系化的觀察，東吳法律學報，25卷4期，頁20（2014年）。

30 吳信華（註29），頁5-44。吳庚（註28），頁419-435。林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法：權力分立，修訂2版，頁94-103（2008年）。

31 吳信華（註29），頁20-21。

32 吳信華（註1），頁4-5。

33 吳信華（註1），頁11-12。

且立即失效，而無其他任何諭知，則該號解釋就沒有執行問題；法律違憲且定期失效在概念上也是如此，就「期限屆至後失效」這件事本身，也沒有需要執行的部分，只是因為在定期限失效的解釋中，大法官為了處理失效前或失效後的法律狀態，常常會有其他諭知，因此會衍生執行的問題；反過來說，不管是宣告違憲且立刻失效或甚至合憲，如果大法官進一步指示權責機關應如何處理，則後面這部分也還是會有執行的問題。

諭知的內容可分為積極義務或消極義務兩種，前者通常是要求權責機關修訂法規範或是踐行一定的政治行為，像是行使人事同意權或至立法院報告等等，而後者則是要求權責機關不再援用判例或行政函釋。只要權責機關有履行憲法法院在解釋文中的諭知，那麼就是有執行該號解釋，如果沒有履行解釋文中的諭知，那就是沒執行。採取這種形式認定的好處在於避免摻入太多研究者主觀的判斷，畢竟權責機關是否修法或履行一定政治行為，通常有相對客觀的依據，例如政府公報、立法院法律沿革系統、或新聞報導可供任何人查證。在這個意義上，相對於研究許多普通法系國家的法院判決（通常牽涉到具體多數個人的後續權利保障情形）是否被落實，要追蹤大法官解釋是否被執行，是較為容易的。至於原因案件的聲請人後來如何，則與解釋之執行無涉³⁴。以司法院釋字第748號解釋為例，只要立法院有修法保障同性戀者的平等權與婚姻自由，那麼就是有執行該解釋，至於聲請人之一的祁家威先生，是否真的去登記結婚？如果有的話，登記過程中是否遭遇刁難？則均非所問，畢竟大法官解釋並未諭知此一部分。此外，權責機關的主觀意願也

34 嚴格來說，相關部門是否容許聲請人依大法官解釋意旨請求救濟，固然在概念上也可以認為是執行解釋的一環，但大法官礙於抽象解釋之故，並未在解釋中明白諭知個案救濟，因此在技術上與本文研究範圍有別；且若將這部分納入本文研究範圍，則大部分違憲宣告的解釋，聲請人是否依司法院釋字第185號解釋、第188號解釋意旨另行救濟，都必須去追蹤後續發展，實非本文篇幅所能處理，只能另待他文為之。

非所問，所以即使權責機關在大法官解釋公布後，採取若干報復憲法法院的行為，只要大法官所諭知的內容有被履行，則無礙於執行之結果。

不過，要追蹤大法官解釋是否被執行仍有下述許多困難。首先，大法官在作成解釋的時候，不論是因為憲法文字本身的高度抽象性、系爭案件的複雜程度、或政治敏感性，又或者是在內部決策過程因為需要獲得超級多數決所導致的妥協，有時候會刻意使用模糊的字眼，這會使得在判斷該號解釋是否已經被執行的時候，產生困難。以上述的司法院釋字第748號解釋為例，憲法法院有意的將具體如何保障同性戀者的婚姻自由與平等權留給政治部門去決定，這固然是一種司法自制的展現，但倘若專法的內容並不準用現行民法規定，而是另行重新設計一套規範，這麼做是否能滿足該號解釋對於同性戀者的平等保障，在判斷該解釋是否被執行上，就會產生問題。換句話說，由於大法官所要求的內容不同，執行大法官解釋的方式也不同。另一種技術上困難是，有時候大法官會要求儘速制定法律以確定權利義務關係，但未明言應修訂哪一部法律，而權責機關執行解釋的方式未必是修正原本該解釋的審查對象，而是修正另一部相關的法律，因此單從審查對象是否被修正，未必能確定該解釋是否被執行，而必須全面檢索可能相關的法律³⁵。

在執行解釋的權責機關部分，由於大法官在大多數的時候並不會特別點名特定機關作為執行機關，因此在某些案件中會造成判斷上的困難。此外，要注意的是權責機關並不限於政治部門，而更包括最高法院在內的一般法院。雖然法無明文，但在過去70年的釋憲歷史中，大法官經常審查最高法院與最高行政法院的判例與決議，並曾多次宣告判例違憲。這些解釋，並且曾一度造成最高法院與憲

³⁵ 例如司法院釋字第270號解釋，最後經濟部選擇修訂國營事業管理法，並在修正理由中明白提及係因本號解釋所致，但該解釋根本未提及國營事業管理法。

法院之間的衝突³⁶，例如司法院釋字第582號解釋做成之後，最高法院一度召開記者會，公然批評憲法法院侵害其審判權³⁷，為此憲法法院還特地另外做成司法院釋字第592號解釋闡述司法院釋字第582號解釋之時間效力及適用範圍。由此可見，最高法院以降的一般法院，也未必當然會執行憲法法院的解釋³⁸。

最後，本文並不要求解釋與執行之間具有嚴格意義的因果關係，也就是本文不區分政治部門究竟是因為大法官解釋的公布才修訂法規範，還是有其他原因同時促成大法官解釋的內容和法規範的修訂³⁹。換言之，本文假定如果大法官在解釋中所諭知的事項，在解釋公布後權責機關有切實履行，則權責機關就有執行該大法官解釋。事實上，權責機關在立法或修法的過程中，常常會在立法或修正理由中提到該號大法官解釋，這就能很清楚地證明確實是受到大法官解釋所拘束⁴⁰，這也確實是多數的狀況。至於其他沒有特別言明的狀況，有些時候大法官解釋改變了政治議程的順序、為修法扮演臨門一腳的角色。也就是說，權責機關可能在大法官解釋公布前已研擬修法，但因不明原因，草案停留在內部一直沒有送立法院，適逢大法官公布解釋，才又促使行政部門重新開啟修法，在這種情

36 See Chien-Chih Lin & Ching-Fang Hsu, *An Inter-Court Struggle for Judicial Supremacy*, 11 U. PA. ASIAN L. REV. 294, 294 (2016); Wen-Chen Chang & Yi-Li Lee, *Competition or Collaboration: Constitutional Review by Multiple Final Courts*, in COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW 164, 164 (Erin F. Delaney & Rosalind Dixon eds., 2018).

37 第582號解釋 最高法院：侵犯審判權，自由新聞網，2004年7月29日，<http://old.ltn.com.tw/2004/new/jul/29/today-so5.htm>（最後瀏覽日：2019年8月1日）。

38 根據本文的研究，凡憲法法院廢止判例、要求最高法院或最高行政法院不再援用該判例的解釋，都有被遵守，甚至還有下級法院誤用，但被最高法院指摘該判例已被憲法法院宣告違憲，而發回原法院的情形，例如最高法院曾在最高法院93年度台上字第1342號刑事判決中，指摘「又本院五十三年台上字第二六一七號、六十九年台非字第二〇號判例二則，依上述（司法院釋字第306號解釋）解釋，已不再援用，原審仍予適用，顯欠允當。」並撤銷原判決發回重審。

39 See FRIEDMAN, *supra* note 22, at 67.

40 立法院公報，90卷53期，1冊，頁354（2001年）。

況下，由於若無大法官解釋，草案是否通過還很難說，且法案停留在行政部門內長達數年、甚至十幾年的例子比比皆是，因此本文仍會認為權責機關最終的修法，起碼部分原因是為了執行大法官解釋⁴¹。除非有像上述司法院釋字第86號解釋這麼清楚的反證，能證明政治部門促成審檢分隸是基於外交危機而想提高統治正當性，而非受到大法官的拘束，否則本文仍會認為權責機關有在執行該號大法官解釋，在這個意義上，本文並不區分一致（conformity）和遵從（compliance）⁴²。嚴格來說，這在少部分解釋的判斷中當然可能有其不夠精準之處，但採取這種相對寬鬆認定的理由在於，如果要嚴格地證明每一號解釋的公布與執行之間的因果關係，不但是一件極其困難的工作，而且也將會過度低估大法官解釋的執行成效，實務上有一些例子，雖然沒有在修法理由或政府公報中提及大法官解釋，但觀其修改方式與法條文字、甚至是修法通過時點（例如附期限解釋的期限前一天通過），都可以合理的推斷是因為執行大法官解釋所致。

至於執行的方式，多數待執行的解釋是要求變更現有的法規範，因此有沒有執行相對容易判斷，在法律的部分，立法院有很完整的資料，在行政命令的部分，則相對困難一些，不過大方向都是相關法規範有變更就是有執行解釋。但有些解釋的執行方式，是要求權責機關不再適用被宣告違憲的法規範，而不是修改既有的法規

41 舉例來說，在民國87年公布的司法院釋字第454號解釋中，大法官要求修訂國人入境短期停留長期居留及戶籍登記作業要點。然而根據行政院內政部資料，早在民國85年內政部就已經研議完成「入出國及移民法」草案，並報行政院審議，然行政院似未積極處理。直到大法官公布本號解釋後，行政院才就草案提供相關意見，並責成內政部斟酌修正再行報院，最終才完成立法。在本案中，權責機關也承認之所以繼續完成修法，部分原因是為了落實大法官解釋。詳見立法院公報，87卷45期，頁185-186（1998年）。

42 See Frederick Schauer, *Comparative Constitutional Compliance: Notes Towards a Research Agenda*, in PRACTICE AND THEORY IN COMPARATIVE LAW 212, 212 (Maurice Adams & Jacco Bomhoff eds., 2012).

範，這主要發生在宣告判例或是行政函釋違憲的大法官解釋中。以判例為例，在這種情形下，如果本文研究發現，該判例自大法官解釋做成之日起，不論是就該判例的字號，或是該判例的文字，就沒有再被一般法院所適用，那麼該號解釋就會被認定為有執行，不論最高法院或最高行政法院是否有另行公告該判例日後不再援用⁴³。最後，有些解釋的執行方式，係要求權責機關為一定作為，例如司法院釋字第520號解釋，關於行政、立法兩院就國家重要政策變更應補行之程序，以及司法院釋字第601號解釋，關於違憲刪除大法官專業加給的部分，執行與否就看相關機關是否實踐該行為。一言以蔽之，所謂的執行解釋依個案而定，有許多種可能，因此在判斷上也有不同方式，但絕大多數都是視相關法規範是否修正而定。

因此，本文認為解釋執行與否並不是全有或全無的二分，這裡有幾種情形：首先，大法官可能在同一號解釋中，課予政治部門複數義務（例如宣告多數法律違憲或待修正，或同時要求修改法規範並踐行特定政治行為），而政治部門可能選擇性地執行某部分的解釋而漏未執行其他部分的解釋；其次，有些解釋的執行本身曠日費時，所費不貲，例如司法院釋字第400號解釋，大法官除了宣告兩個行政院的行政函釋應不再援用之外，還諭知「有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償」，就前者而言，政治部門固然已經執行，但就後者而言，並非所有成立公用地役關係的土地都已經獲得補償，所以本號解釋也未全部執行。因此，本文將解釋的執行狀況區分為下列幾種類型：（一）完全執行；（二）完全執行，但逾越期限；（三）部分未執行；（四）完全未執行。由於第一種類型已完全執行，且未延遲，因此就不是本文主要討論的對象。

43 當然，有一種可能性是所謂的實質引用，也就是法官在判決中雖然不明白引用該判例字號或文字，但仍然採用該判例的觀點，就這點而言，本文在此所採取的方法是透過資料庫比對、搜尋，而非實際閱讀所有判決，因此在這方面確實會有可能疏漏。

二、待執行之解釋

從解嚴後的第1號解釋（司法院釋字第217號解釋）開始，大法官最新作到司法院釋字第781號解釋，然而由於近一兩年作成的解釋，多半執行期限（如果有的話）都還沒有屆滿，因此本文的研究範圍至司法院釋字第750號解釋為止。在這段期間，大法官總共做成534個解釋，其中並非所有解釋都需要權責機關的配合與執行，因此在討論解釋是否被執行之前，有必要先就何謂待執行的解釋予以釐清。依照我國大法官憲法解釋的類型，主要可分為合憲宣告、警告性解釋、單純違憲宣告、違憲附期限失效、違憲且立即失效、違憲且以解釋取代立法⁴⁴。在這些類型當中，每一個類型都有可能需要執行，只是頻率高低的差別而已。

首先，在被大法官宣告合憲的解釋中，因為大法官通常並未改變既有的法秩序，大多數都不需要執行，因此這些解釋也會被排除在本文研究範圍之外。然而，在有些合憲解釋中，大法官雖然宣告系爭法律合憲，但仍要求相關權責機關應修訂法規以確保人民權益，例如司法院釋字第465號解釋，大法官雖然宣告野生動物保育法處罰買賣保育類動物之規定合憲，但仍在解釋文中希望有關機關針對因此公告而使財產權之行使受有限制的民眾，訂定規定以為補救。就此，由於本號大法官解釋同樣有待執行的部分，因此也會成為本文的研究對象之一。再者，在有些類似警告性解釋的解釋中，大法官雖然勉強宣告系爭法律合憲，但仍希望權責機關儘速修法⁴⁵，這些仍然會被本文歸類為有待執行，畢竟大法官不但認為這些法律

44 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註30），頁108-111。

45 一個例子是民國93年的司法院釋字第580號解釋，大法官在該號解釋中雖然宣告耕地三七五減租條例第17條第2項第3款關於租約期限尚未屆滿而農地因土地編定或變更為非耕地時，應以土地公告現值扣除土地增值稅後餘額之三分之一補償承租人之規定合憲，但大法官同時諭知「惟不問情狀如何，補償額度一概為三分之一之規定，有關機關應衡酌憲法第二十二條保障契約自由之意旨及社會經濟條件之變遷等情事，儘速予以檢討修正。」然而迄今該條規定尚未修正。

有待修正（可能只是因為未達超級多數決故無法宣告違憲）⁴⁶，而且業已明白告訴政府部門應當修法。

至於在違憲宣告的類型中，附期限失效通常（但未必）是最明顯有待執行的解釋。在部分宣告法規範違憲的解釋中，大法官經常給予自6個月至3年不等的期限，讓法律在這段期間內仍然有效。而在這段期間之內，有些時候大法官會明白諭知權責機關應妥為修法，這種情形當然有待權責機關的執行。在這些解釋中，由於系爭法律被大法官宣告違憲，為了避免法律真空，因此大法官常常有更進一步的具體指示，希望立法者如何執行解釋，例如司法院釋字第762號解釋中，大法官宣告刑事訴訟法第33條第2項前段規定，未使被告得以適當方式適時獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容，因此違反憲法第16條所保障的訴訟權，並課予有關機關應於1年內修法的義務。但在某些附期限失效的解釋中，大法官並未另外課予權責機關修法的義務，倘若實際上也無修法之必要，那麼這些解釋就不會成為本文的研究對象；此外，有些被宣告違憲的法律，在大法官解釋公布時其實早已失效，大法官仍做成解釋，只是為了賦予聲請人提出再審或非常上訴之依據而已⁴⁷，就此，自也無執行之必要。

類似的情況也發生在另外兩種違憲宣告類型當中，多數違憲且立即失效的解釋中，雖然系爭法規範被宣告違憲，但大法官並未課予有關機關任何修法義務，因為只要單純地將系爭法律移除，即可保障人民權益。這時，只要由憲法法院同時宣告該法規範無效，便無須權責機關另為立法，在這種情形下，該解釋自然就不待權責機關執行⁴⁸。這通常發生在該法規範過度限制人民基本權利的時候，

46 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註30），頁114。

47 例如司法院釋字第321號解釋和司法院釋字第339號解釋；法治斌（註1），頁82。

48 法治斌（註1），頁85。

倘若將該法規範宣告無效並不會影響到其他人的權利義務，則此時憲法法院自行宣告其違憲且無效即可，無須執行⁴⁹。在這種情形下，有些時候權責機關還是會在下次修法的過程中，將早已被宣告無效的法規範從文本中移除，但以本文對執行的定義來看，那已經不是在執行該解釋，因為大法官根本沒有在解釋中要求權責機關有所作為，而且有無移除該法規範對於法秩序也不產生任何影響。反之，在某些違憲且立即失效的解釋中，大法官仍會要求權責機關修訂相關法律，以確保人民的基本權利，這些解釋自然也會成為本文的研究對象。

至於那些大法官宣告違憲並以解釋取代立法的情形，通常也需要進一步細分。在部分這類型的解釋當中，由於大法官已經逕行以解釋取代立法，因此實際上並無待執行的部分。然而，在部分這類型的解釋中，大法官雖以解釋取代立法，實際上只是為了解燃眉之急，大法官仍有課予權責機關修法的義務，只是在權責機關修法完成之前，為了保障人民權利，因此先以解釋取代立法，並非免除權責機關的修法義務，這類型的解釋當然也有待執行⁵⁰。相對地，在某些採用合憲性解釋原則的解釋中，系爭法規範其實可能是違憲的，只是大法官採取了合憲性解釋，不論是透過解釋縮小該法規範的適用範圍、或是透過解釋適用該法規範之要件，而使其得以通過違憲審查，在這些情況下，由於大法官已經實質上透過司法造法彌

49 例如在司法院釋字第730號解釋，學校教職員退休條例施行細則第19條第2項，在法律無明文授權的情形下，對退休教職員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，因此被宣告無效，並不需要權責機關另外修訂法律。

50 例如司法院釋字第677號解釋，大法官明示「監獄行刑法第八十三條第一項關於執行期滿者，應於其刑期終了之次日午前釋放之規定部分……抵觸憲法第八條及第二十三條之規定，與本解釋意旨不符部分，應自中華民國九十九年六月一日起失其效力。有關機關應儘速依本解釋意旨，就受刑人釋放事宜予以妥善規範。相關規定修正前，受刑人應於其刑期終了當日之午前釋放。」（粗體為本文所加）後來法務部為執行本號解釋，也旋即在解釋公布後不久通函各矯正機關，自民國99年6月1日起，應依據上開解釋於刑期終了當日之午前釋放。

補本來可能的憲法缺陷，因此通常不需要權責機關另為修法，也就不會納入本文研究對象。最後則是憲法疑義解釋，在這些解釋中，大法官經常會要求權責機關有所作為，這些行為有可能是制定法律⁵¹，也有可能是履行一定政治行為⁵²，在這些情況下，這些解釋仍然是有待執行，因此也是本文研究對象。

一言以蔽之，是否會成為本文研究對象並非依照解釋宣告類型，而是實質看大法官是否有所諭知、要求權責機關為一定行為。充其量只能說在某些宣告類型中，有待執行的解釋比例較高而已。當然，並非所有的諭知都有相同強度的義務或拘束力，而須按照合／違憲宣告與解釋文／理由書進一步區分。

參、解釋之執行結果

在進一步分析大法官解釋之執行之前，一個前提問題是權責機關有義務執行哪部分的大法官解釋，換句話說，哪一部分的大法官解釋才真正「有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之」⁵³？司法院大法官審理案件法第17條第2項規定：「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。」然而，徒法不足以自行，政治部門未必全然遵守大法官解釋。當大法官宣告法規範違憲，並要求權責機關修正時，此時權責機關倘若未執行大法官解釋，則不啻是企圖延續既有

51 例如司法院釋字第235號解釋所稱：「中央在地方設置之審計機關，與地方民意機關行使審議決算之審核報告職權時之關係，依決算法第三十一條規定，本應另以法律定之，僅在法律未制定前，準用現行決算法之規定而已，主管機關應在適當時期訂定地方決算法律，乃屬當然。」

52 例如司法院釋字第632號解釋中所稱的：「總統……應適時提名繼任人選咨請立法院同意，立法院亦應適時行使同意權」，即是要求政治部門應履行相關政治行為。

53 司法院釋字第185號解釋。

違憲的狀態，通常是國家機器繼續侵害人權或權力分立失衡，這對於法治國原則乃至憲政主義的破壞，自然更為嚴重。相對地，如果大法官先是肯認現行法秩序與憲法規範並無不符，而只是希望政治部門可以更完善、全面地保障人權，那麼即使這部分的大法官誠命未被執行，其可非難程度也就較未執行宣告違憲之解釋來得低。由於解釋的結論是否合憲，以及基於此結論所產生的諭知，涉及大法官對現行法秩序的評價，相當程度上會影響該解釋執行的急迫性，以及權責機關未執行該解釋時的可非難性。因此本文將兩者區分開來，並依照上述執行結果的種類分別討論。

此外，大法官諭知的內容有些會同時出現在解釋文和解釋理由書中，而有些僅出現在解釋理由書當中，由於兩者的表決門檻不同，因此諭知的拘束力也有所不同。在德國，對於聯邦憲法法院的判決理由是否有拘束力，也有類似的爭議，其判斷有無拘束力的標準，學說分別有從一般法律文義解釋方法、憲法審判的功能定位、實務運作的困難、以及憲法法院裁判的類型等不同角度進行分析⁵⁴，進一步區分拘束力的有無。然而這些論辯及其結論並不當然可以適用在臺灣，主要理由在於臺灣憲法法院只有抽象審查的類型，目前並無憲法訴願的權限。因此我國學者多半也是借鑑但並不全然援用德國法上的結論。

在臺灣學界，一般認為解釋文具有拘束力，因此解釋文中的諭知，自然有拘束力，並無疑問。至於解釋理由書是否有拘束力，則如德國實務與學界般，容有不同意見，但多數意見應係認為解釋理由書可分為兩個部分：（一）就其與解釋文直接相關、用以進一步闡釋解釋文內涵的部分，在此範圍內才具有拘束力；（二）若與解

⁵⁴ 就德國法上對此的爭議，詳見陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判的拘束力，憲政時代，28卷3期，頁98-117（2003年）；see DONALD P. KOMMERS & RUSSELL A. MILLER, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 37 (3d ed. 2012).

釋主文並不直接相關，則屬旁論的部分，而無拘束力⁵⁵。但如上所述，這將進一步衍生出何謂旁論的爭議⁵⁶。實務上，由於抽象解釋的關係，常常有大法官在解釋文中肯認系爭法規範的合憲性，但卻因為法律實際適用的結果，產生一些未盡妥適之處，而在解釋理由書中，希望權責機關檢討修正該法規範。就此，後者是否屬於「與解釋文直接關聯」？

就此，本文認為解釋理由書的諭知，必須是補充說明解釋文的部分，才會有拘束力。如果是像司法院釋字第637號解釋這種，在解釋文中完全沒有一絲非難系爭法規範之意思⁵⁷，但卻在解釋理由書中希望權責機關「依上開法律規定之實際執行情形，……檢討修正」者，就不具有拘束力。此乃因兩者表決門檻不同，而且對法規範的評價有所歧異，為了避免大法官將無法通過三分之二門檻的部分，偷渡至解釋理由書，因此本文認為這類型的諭知，都沒有拘束力。當然，這必須在個別解釋中，依解釋文與解釋理由書的文句前後脈絡而定。依此標準，一旦認定為有拘束力，則自然拘束國家各機關，包括行政、立法等部門⁵⁸。行政機關或立法機關主觀上對解

⁵⁵ 就解釋理由書有無效力之國內文獻，請參閱吳庚（註28），頁432。吳信華（註29），頁25；楊子慧，憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力：以德國法為中心，並談我國之改革，國立中正大學法學集刊，43期，頁242-244（2014年）；吳信華，釋憲裁判的「拘束力」與裁判書的「主筆顯名」，台灣法學雜誌，249期，頁147-152（2014年）。

⁵⁶ 楊子慧（註55），頁244-249；KOMMERS & MILLER, *supra* note 54, at 37.

⁵⁷ 司法院釋字第637號解釋文：「公務員服務法第十四條之一規定：『公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。』旨在維護公務員公正廉明之重要公益，而對離職公務員選擇職業自由予以限制，其目的洵屬正當；其所採取之限制手段與目的達成間具實質關聯性，乃為保護重要公益所必要，並未抵觸憲法第二十三條之規定，與憲法保障人民工作權之意旨尚無違背。」

⁵⁸ 值得注意的是，雖然在我國司法院釋字第185號解釋明文指出憲法解釋也拘束立法機關，但在學說上，立法機關在什麼程度上受憲法解釋之拘束，什麼情況下因其固有的民主功能，而得不受拘束，隨著對於拘束力範圍理解的不同，容有不同見解。但若將拘束力範圍限縮於解釋文的意旨及與其密切關聯的理由，則起碼在我國，此爭議似乎不大。相關討論請參閱陳愛娥（註54），頁107；吳信華（註29），頁24。

釋理由書有無拘束力的認知，在應然層面上並不影響，但在實然層面上確實可能會影響權責機關執行或不執行解釋理由書中的諭知。

因此，在綜合考量這兩種要件之下，我們可以得到四種諭知的狀況：（一）出現在違憲宣告解釋文的諭知；（二）出現在合憲宣告解釋文的諭知；（三）僅出現在違憲宣告解釋理由書、且與解釋文無直接相關的諭知（為求精簡，以下所稱解釋理由書的諭知，均指僅出現在解釋理由書，而未見於解釋文中的諭知，也就是所謂的旁論）；（四）僅出現在合憲宣告解釋理由書的諭知。

就本文研究目的而言，本文採取國內多數見解：原則上只有解釋文的諭知才有拘束力，解釋理由書中的諭知，如果不是與解釋文相關聯、用來釐清解釋文諭知內容者，則沒有拘束力。因此，所謂的待執行的諭知，以上述的（一）和（二）為限，也就是出現在違憲宣告與合憲宣告的解釋文中。但這不意味著（三）和（四）的執行情況沒有研究價值，基於下述三點理由，本文也將分析（三）和（四）的執行情況。首先，針對解釋文與解釋理由書的效力問題，本文雖然基於研究需要採取了區分解釋文和解釋理由書效力有無的立場，但解釋理由書的執行情況，可以與解釋文執行情形相互參照。舉例來說，如果研究解釋文的諭知，發現有特定類型的解釋比較不被執行，這種情形是否也發生在解釋理由書的諭知中？其次，縱使認為解釋理由書的諭知完全沒有法律上的拘束力，但同樣是沒有拘束力的部分，有些解釋會被執行，而有些不會，這是否意味著法律上拘束力本身既非解釋執行的必要條件，也非充分條件，而有其他因素會影響解釋是否被執行，像是政治上的拘束力？最後，更抽象的說，解釋理由書的諭知，縱使沒有拘束力，仍然涉及許多憲政議題，例如弱的司法違憲審查（weak-form judicial review）⁵⁹？

⁵⁹ STEPHEN GARDBAUM, THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE 21-94 (2013).

司法對話⁶⁰？或是何以憲法法院要寫入明知沒有拘束力的內容？因此，（三）和（四）雖然沒有拘束力，但本文仍將分析、討論其執行狀況以及背後的規範意涵。

一、出現在違憲宣告解釋文的諭知

從司法院釋字第217號到第750號解釋，總共有182個待執行的諭知，是出現在違憲宣告的解釋文，也就是拘束力最強、權責機關最應執行的解釋。在這些諭知當中，有5個到現在還沒有被（完全）執行，換句話說，有97%的違憲解釋文的諭知都有被執行。此外，還有些雖然已經執行，但卻逾越執行期限。

（一）未（完全）執行

在本文研究範圍內的解釋當中，有2個違憲解釋的解釋文諭知，到現在還沒有被執行，這2個解釋分別是司法院釋字第530號和第747號解釋。除了上述這些完全沒有被執行的解釋之外，有3個解釋，權責機關僅執行部分解釋文中之諭知而未完全執行所有待執行部分，這些解釋是司法院釋字第400號、第549號、第583號解釋。

在民國90年的司法院釋字第530號解釋中，大法官除肯認最高司法機關就審理案件有規則制定權之外，也同時在解釋文最後一段提及司法院應作為最高審判機關之制憲本旨，並責成相關機關應在2年內檢討修正，以副憲政體制。司法院雖然一度在全國司法改革會議後陸續公布一元多軌、一元單軌等司法改革進度表⁶¹，然而由大法官組成最終審判法院的一元單軌制，直至近20年後的今日仍然

⁶⁰ Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75, 79 (1997); Kent Roach, *Dialogic Judicial Review and Its Critics*, 23 SUP. CT. L. REV. (2d) 49, 55 (2004); Mark Tushnet, *Dialogic Judicial Review*, 61 ARK. L. REV. 205, 209 (2009).

⁶¹ 司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/JUDLIB/EBookDownload.asp?pfid=0000046183&showType=1&lk=Y%2C20070500%2C0004>（最後瀏覽日：2020年6月23日）。

沒有付諸實現。事實上，在憲法訴訟法修正、並將於民國111年生效之後，司法院大法官似乎更朝向憲法法院（而非一般法院的最終審）的模式邁進，與本號解釋及憲法原意似乎更漸行漸遠，在可預見的將來，本號解釋似乎也不會被執行。部分原因可能是因為大法官在本號解釋文最後一段中所採取的是違憲但不失效（也就是單純違憲宣告）的宣告方式，即使權責機關不執行本號解釋，亦不會導致司法院或各級法院因組織法失效而無所附麗，因此權責機關也就沒有執行的急迫性。當然，這可能是大法官認為即使是採取附期限這種比較寬容的宣告方式，本號解釋仍會面對最高法院等機關極大的反彈，執行恐怕會很困難，因此不敢貿然宣告其無效。但即便如此，大法官可能還是過於高估當時的自身權威與低估來自一般法院的阻力⁶²，因此才做出這號解釋。

另一號解釋是民國106年涉及財產權特別犧牲的司法院釋字第747號解釋，在該號解釋中，大法官在本號解釋中先是肯認：「徵收原則上固由需用土地人向主管機關申請，然國家因公益必要所興辦事業之設施如已實際穿越私人土地之上空或地下，致逾越所有權人社會責任所應忍受範圍，形成個人之特別犧牲，卻未予補償，屬對人民財產權之既成侵害，自應賦予人民主動請求徵收以獲補償之權利。⁶³」由於系爭法規範未規定土地所有權人在受有特別犧牲的情形下，得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，對於土地所有權人之財產權保障不足，因此大法官在此範圍內認為該規範違憲，並要求權責機關在1年內修正土地徵收條例相關規定，以確保

62 See Wen-Chen Chang, *Institutional Independence of the Judiciary: Taiwan's Incomplete Reform*, in ASIA-PACIFIC JUDICIARIES: INDEPENDENCE, IMPARTIALITY AND INTEGRITY 330, 346 (H. P. Lee & Marilyn Pittard eds., 2017); Yen-Tu Su, *Regime Unchanged: The Organization and Failed Reorganization of Taiwan's Judicial Yuan*, in JUDICIAL REFORM IN TAIWAN: DEMOCRATIZATION AND THE DIFFUSION OF LAW 104, 104 (Neil Chisholm ed., 2019).

63 司法院釋字第747號解釋。

土地所有權人得請求需用土地人向主管機關申請徵收地上權，以避免其財產權受到特別犧牲。或許是因為本解釋的爭點在於法規範對人民權利的保護不足，大法官再度採取單純違憲宣告的模式，而本號解釋迄今仍未被執行，大法官可能早已預見此一可能性，因此在解釋中便已明言若權責機關未依解釋意旨修法，則土地所有權人得逕依該號大法官解釋為請求。值得注意的是，本號解釋的爭議涉及財產權特別犧牲，這類涉及社會經濟權利之爭議的特點在於大法官對於此類爭議較不具備專業知識或相關資訊⁶⁴（例如補償需要多少金額），甚至可能無法預測判決結果⁶⁵。因此由抽象的法律概念所形成的判決（有形成特別犧牲就要補償），往往因為現實的困難而無法具體的落實。這點在未完全執行的解釋中也得到印證。

除了上述2個完全沒有被執行的解釋之外，有3個解釋，權責機關僅執行部分而尚未完全執行，這些解釋包括司法院釋字第400號、第549號、第583號解釋。

民國85年公布的司法院釋字第400號解釋堪稱是最昂貴的大法官解釋之一，該號解釋同樣涉及財產權特別犧牲的補償，也就是成立公用地役關係的既成道路。大法官要求國家應徵收補償所有因公益而特別犧牲其財產上之利益之既成道路所有人，並因此宣告兩號函釋違憲，最後稱：「各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財源逐年辦理或以他法補償。⁶⁶」該二函釋固然已不再被援用，然而針對徵收補償既成道路的部分，卻尚未完成。事實上，行政院主計處幾乎在每一年度的中央政府總預算案中都會提及此一解釋，顯見這號解釋並沒有被遺忘

64 MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 231-33 (2008).

65 See CASS R. SUNSTEIN, RADICALS IN ROBES: WHY EXTREME RIGHT-WING COURTS ARE WRONG FOR AMERICA 35-36 (2005).

66 司法院釋字第400號解釋。

或無視，但根據內政部在民國105年的統計，若欲按此一解釋全面徵收剩餘的既成道路，目前還有六千多公頃尚未徵收（面積約相當於230個大安森林公園或600多個桃園國際棒球場），如以徵收價格計算所需經費約兩兆餘元⁶⁷，這約略相當於臺灣一整年的總歲出⁶⁸，顯而易見，這號解釋遠遠超過政治部門所能負荷的範圍，或許正因為如此，大法官在本號解釋中也沒有設下執行期限⁶⁹。但即便如此，這也暴露出大法官似乎在涉及徵收補償的案件中，由於不具備相關的資訊與專長，有時會做出難以執行的解釋。

此外，在民國91年所做成的司法院釋字第549號解釋，所涉及的爭議是社會經濟權中的勞保給付對象之爭議。為了防止詐領保險給付，勞工保險條例相關規定排除部分親屬請求勞保給付的權利，然為貫徹國家負生存照顧義務之憲法意旨，大法官要求權責機關在2年內修正勞工保險條例第27條及第63條至第65條規定。本號解釋也是一個單純違憲宣告的解釋，或許是因為系爭法規範涉及給付行政，倘若貿然宣告違憲且失效，致使給付行政失其依據，將可能反而造成人民權利的損害，因此大法官雖稱相關規定不符憲法意旨，卻沒有宣告這些規定於2年修法期限屆至後失效。然而權責機關僅修正勞工保險條例第63條至第65條，至於第27條，目前仍維持不變，迄今已逾越期限15年。這似乎再度驗證了大法官在社會經濟權利這個領域的解釋，相對容易被忽略。

67 行政院主計總處網站，www.dgbas.gov.tw/public/data/dgbas01/105/105Btab/105參.doc（最後瀏覽日：2019年8月9日）；行政院主計總處網站，[https://www.dgbas.gov.tw/public/data/dgbas01/102/102Btab/102B%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E4%B8%BB%E8%A6%81%E9%99%84%E8%A1%A8.PDF](http://www.dgbas.gov.tw/public/data/dgbas01/102/102Btab/102B%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E4%B8%BB%E8%A6%81%E9%99%84%E8%A1%A8.PDF)（最後瀏覽日：2019年8月9日）（網路上可搜尋其他年度的總預算案說明，均提及本號解釋）。

68 行政院主計總處網站，[https://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=43729&ctNode=5624](http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=43729&ctNode=5624)（最後瀏覽日：2019年8月9日）。

69 本文曾詢問當時參與本號解釋的大法官之一，在做成本號解釋之前是否曾考量執行問題，得到的答覆是：大法官當時強調人權保障，雖然知道本號解釋必須考量政府財政，但沒有預料到會是這種天文數字。

在民國93年作成的司法院釋字第583號解釋，同樣涉及特別權力關係的公務員懲戒與懲處，大法官指出：「查公務員懲戒法概以十年為懲戒權行使期間，未分別對公務員違法失職行為及其懲戒處分種類之不同，而設合理之規定，與比例原則未盡相符，有關機關應就公務員懲戒構成要件、懲戒權行使期間之限制通盤檢討修正。公務人員考績法有關懲處之規定亦應一併及之。⁷⁰」就此，大法官並沒有設定期限，權責機關遂於11年後，在民國104年修正公務員懲戒法，並在第56條的立法理由中明言係因本號解釋所故。然而，為德不卒的是，權責機關迄今仍未修正公務人員考績法有關懲處之規定。根據上述司法業務年報顯示，銓敘部94年3月7日部法二字第0942474236號函中表示，其在公務人員考績法修正草案第12條中，區分記大過與記小過／警告，而有5年與3年不等的懲處權行使期間，但上述草案尚未通過。與上述幾號解釋相同的是，大法官在本號解釋中也是採取單純違憲宣告加上司法造法的方式，宣告公務人員考績法所為免職之懲處處分，未設懲處權行使期間，且未依懲處種類區分不同的懲處權行使期間，與比例原則未盡相符，但不宣告其無效，這似乎印證了單純違憲宣告加上司法造法容易造成權責機關的懈怠。

在這些權責機關並未（完全）執行的解釋中，除了司法院釋字第530號解釋所宣告違憲的乃是現行的司法體系之外，有3個涉及財產權、最後一個則涉及服公職權。值得注意的是，大法官在上述5個未被（完全）執行的解釋中，3次採取單純違憲宣告的模式，這似乎容易造成權責機關因無法律真空之虞，而不執行解釋所要求之修法或立法。大法官有鑑於此，遂在部分解釋中司法造法，以避免人權長期受到侵害，然而這似乎反而更容易使權責機關更無所忌憚，畢竟大法官已經將它們該做的工作做完了。

70 司法院釋字第583號解釋。

(二) 雖已執行但逾越期限

除了上述這些沒有被執行的解釋文諭知之外，有些違憲宣告解釋文的諭知，雖然最終有執行，但權責機關卻逾越期限。在逾越期限很短的時候，或許無傷大雅，但在有些解釋中，即使憲法法院已經在解釋文中，明白要求修正系爭違憲的法規範，但權責機關卻遲延執行甚久，連帶也使得人權受侵害的情形一直無法去除，自然對司法威信與法治國原則是很大的傷害。具體來說，自解嚴後，大法官總共公布了78個附期限且待執行的解釋文，總共有14個解釋雖然最終有被權責機關執行，但已經逾越期限，有時候甚至逾越達10年以上。這14個解釋分別是司法院釋字第218號、釋字第366號、釋字第373號、釋字第380號、釋字第390號、釋字第457號、釋字第524號、釋字第653號、釋字第696號、釋字第709號、釋字第720號、釋字第734號、釋字第742號、釋字第745號解釋，權責機關雖然最終有執行這些解釋，但是均已逾越期限。

在這些解釋中，在拖延的時間部分，差距相對就很明顯。舉例來說，民國104年12月公布的司法院釋字第734號解釋，大法官認為臺南市政府一個規範廣告物汙染的公告一概禁止並處罰張貼廣告，而不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，逾越廢棄物清理法之授權，故違反法律保留原則，並宣告其3個月內失效。臺南市政府遂於民國105年4月公布臺南市政府府環清字第1050355971A號公告，增加相關要件，以符合大法官解釋意旨。雖然未在原公告失效內公布，但也僅遲延1個月。此外，在民國105年的司法院釋字第742號解釋中，爭點是都市計畫之訂定與變更，雖然屬於法規性質，但有時卻直接限制一定區域內，特定人或可得確定多數人之權益，此時究竟是否可以救濟的問題。就此，大法官認為基於有權利必有救濟的憲法原則，以及憲法第16條對於訴訟權的保障，應當容許該特定或可得特定的多數人提起訴願、行政訴訟。由於這是屬於法規空白而有損人民權利的情形，大法官要求立法院於2年內增訂

相關法律。或許基於過去解釋不被執行的經驗，大法官並且進一步主張：「如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」也就是以司法造法彌補可能的空白。就此，立法院遲至民國108年12月13日，也就是截止期限1年多後，才在行政訴訟法中增訂第237條之18，以容許人民、地方自治團體或其他公法人認為行政機關依都市計畫法發布之都市計畫違法，而直接損害、因適用而損害或在可預見之時間內將損害其權利或法律上利益者，向高等行政法院提起訴訟。

然而，並非所有延誤解釋執行期限的情形都如此輕微。在民國90年所公布的司法院釋字第524號解釋中，大法官認為全民健康保險為強制性之社會保險，攸關全體國民之福祉至鉅，故對於因保險所生之權利義務應有明確之規範，並有法律保留原則之適用，並因此宣告全民健康保險法第31條、第41條與第51條及全民健康保險醫療辦法，均有違法律保留原則與法律明確性原則，並責成權責機關於解釋公布之日起2年內檢討修正。或許是擔心全民健康保險法及全民健康保險醫療辦法涉及國人極重要的基本權利，若貿然宣告其無效，恐反而影響絕大多數人的權利，並可能使許多給付行政失所附麗，因此本號解釋採取的是單純違憲宣告，並未宣告上述規定在期限屆至後失效。但或許正是因為此一緣故，全民健康保險法雖然於解釋公布後歷經多次修正，但直到民國100年1月的修正，才正式將本解釋意旨納入修法。更誇張的是民國84年的司法院釋字第373號解釋，大法官在該號涉及工會法的解釋中，宣告工會法第4條禁止教育事業技工、工友組織工會違憲，但要求權責機關基於教育事業技工、工友之工作性質，檢討修正有無限制其他勞動權利之必要。然而，當時的行政院勞委會一直到民國99年工會法修正的時候，才正式修正工會法第4條，中間遲延了近15年之久。

此外，在民國97年的司法院釋字第653號解釋中，由於特別權力關係此一概念之故，羈押法第6條及同法施行細則第14條第1項規定，不許受羈押人向法院提起訴訟請求救濟，而僅得向內部機關申訴。這些規定剝奪受羈押人之訴訟權與正當法律程序，大法官除宣告此一部分違憲之外，並要求權責機關在2年內修法完成，也就是民國99年。或許是因為系爭法規範違憲之處是法無明文的部分，大法官擔心若貿然宣告系爭法規範違憲且失效，將會剝奪受羈押人僅存的申訴依據，因此在本號解釋中同樣採取宣告違憲，但不失效的方式。不幸的是，或許正因為即使不執行本號解釋，相關羈押法規仍持續有效，不因2年期限屆至而使整個申訴制度失效，因此權責機關一直沒有動作。這一拖，直到民國103年，大法官再次面對完全一樣的議題而作成司法院釋字第720號解釋時，還沒有完成修法。大法官在司法院釋字第720號解釋中，不但明白指摘權責機關怠忽職守，更因此導致大法官必須自行以解釋司法造法：「在相關法規修正公布前，受羈押被告對有關機關之申訴決定不服者，應許其準用刑事訴訟法第四百十六條等有關準抗告之規定，向裁定羈押之法院請求救濟。⁷¹」彌補對受羈押人所造成的訴訟權與正當法律程序之侵害。此一解釋也再度暴露了當大法官選擇單純違憲宣告這種違憲宣告模式時，所面臨的風險就是權責機關容易有恃無恐，不予以執行，因為即使不執行解釋也不會產生法律真空。

民國第103年公布的司法院釋字第720號解釋，本身是前解釋（司法院釋字第653號解釋）未被執行的產物，倘若權責機關早已執行司法院釋字第653號解釋，很可能大法官根本無需做本號解釋。如上所述，大法官對於權責機關是否執行本號解釋同樣沒有信心，因此除了要求權責機關於2年內修改相關法規範之外，並直接以司法造法彌補執行不力的問題，這麼一來雖然有效解決了人權持

71 司法院釋字第720號解釋。

續遭受侵害的現況，但或許正是因為如此，大法官在本號解釋中仍然再度採取了重申羈押法相關規定違憲，但不失效的單純違憲宣告方式，不意外地，政府部門直到民國108年12月20日，才增訂羈押法第102條及第114條，容許受羈押被告，在認為羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序所必要、且不法侵害其憲法所保障之權利時，得向法院提起訴訟請求救濟。此一修法，距離大法官在司法院釋字第653號解釋中的呼籲，已達11年。這號解釋再度暴露出一旦權責機關沒有面臨法律真空的壓力，不論是因為憲法法院宣告單純違憲宣告，或是以司法造法彌補可能的空白，都容易導致政治部門在執行層面的消極。

簡言之，在這些執行延誤的解釋中，逾越的期限長短不等，有不到1個月、甚至短至4天者，也有長達9年、甚至十幾年者。即使撇開這些極端案例，多數延誤執行的解釋，平均也比大法官所規定的執行期限延誤3年之久。值得注意的是，延誤期間最短的兩號解釋，涉及的法規範都是行政命令，而延誤期間最長的，都是法律，這或許不讓人意外，修正法律相對於修正行政命令，所需的程序與時間都較為繁瑣，自然更可能延誤大法官解釋執行期限。在逾期執行的解釋部分，所涉及之議題眾多，然而，我們仍可觀察到一些反覆出現的爭議，例如涉及財產權或租稅的，像是司法院釋字第218號、釋字第390號、釋字第457號、釋字第696號、和釋字第745號解釋。在這些權責機關中，有立法部門也有行政部門，多數是中央部會但少數是地方政府，考量到涉及大法官解釋之爭議，權責機關多半為中央部會，似乎沒有明顯的哪一個政府機關比較不遵守期限。

二、出現在合憲宣告解釋文的諭知

如上所述，部分合憲解釋仍有待執行的部分，大法官有時候會因為無法獲得超級多數，或是系爭規定雖與憲法意旨不完全相符，但也沒有嚴重到需要被宣告違憲的地步，再加上一些權力分立、尊

重政治部門的考量，因此大法官會希望權責機關通盤檢討修正，而不直接宣告其違憲，但這絕不代表大法官不在意這些解釋是否有被執行。相反地，大法官即使宣告法規範合憲，仍非常在意其所諭知應改善之部分，是否為政治部門所執行，例如在司法院釋字第524號解釋理由書的最後一段，大法官特別指出：「又本院釋字第四七二號解釋所釋各項，迄今已逾二年，未見有所措置，於本次修正時，亦應一併注意及之，特此指明。⁷²」而在司法院釋字第472號解釋中，大法官其實並未宣告任何法規範違憲。應強調的是，本文排除在部分合憲解釋中，大法官肯認法令在審查當時雖屬合憲，但應與時俱進、隨時檢討、並適時調整的這類解釋⁷³。理由在於這類解釋在做成的當下，大法官並不認為系爭法令違憲，而只是認為如果現行法律狀態持續下去，在將來（可能）構成違憲或無效⁷⁴，因此希望權責機關在未來檢討、修正該法規範，而這類解釋常常出現「與時俱進」或類似字樣。大法官認為現在合憲，這是效力問題，本來就無執行問題，而後面希望權責機關在將來視社會經濟環境變動，而檢討法律是否仍舊妥適的部分，雖有執行問題，但由於在解釋作成的當下，並未明確的要求權責機關立刻修法，因此很難說權責機關有立刻修法的義務，充其量僅有隨時檢討的義務。因此，一

72 司法院釋字第524號解釋。

73 例如司法院釋字第738號解釋中，大法官認為「各地方自治團體就電子遊戲場業營業場所距離限制之規定，允宜配合客觀環境及規範效果之變遷，隨時檢討而為合理之調整」（粗黑體為本文所加）。大法官作成警告性解釋可能有很多理由（參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（註30），頁113-114），本文排除那些大法官認為現在合憲，但諭知未來應隨時檢討修正法規的類型，並非排除所有警告性解釋，以司法院釋字第738號解釋文末尾為例，本文認為大法官要求地方自治團體應隨著環境變遷，隨時檢討，這是一種對權責機關未來的呼籲，而非明確要求地方自治團體現在（亦即在解釋做成當下）檢討調整電子遊戲營業場所的距離限制，因此難以判斷地方自治團體的不作為究竟是有無執行該諭知。如果是那些現在有瑕疵，但不夠重大到需要宣告違憲者，或者基於其他權力分立考量沒有被明白宣告違憲，但現在應檢討修正法規者，就會被納入研究範圍。

74 陳英鈴，憲法訴願的結構性變遷：從比較法論基本權利訴願的對象與判決拘束力，憲政時代，28卷4期，頁93-94（2003年）。

個可能的結果是權責機關檢討後認為目前尚無修法的義務，就此外觀上雖然權責機關沒有動作，但似也難指摘權責機關忽略該解釋。也就是說，時間點是關鍵。相較於本文所檢討的其他解釋，例如前述的司法院釋字第719號解釋中，大法官認為代金超過政府採購金額者應予減輕，就該部分而言，則是對目前法律狀態的評價，並希望權責機關就此有所回應，因此會成為本文研究的對象。

在合憲解釋的部分，這段期間總共54個待執行的諭知是出現在解釋文，而在這些解釋當中，大法官雖然都宣告系爭法律合憲，但仍指出諸多系爭法規範在審查當時，就與憲法「未盡相符」，要求權責機關「應儘速修正」。但有10個解釋迄今尚未被執行，換句話說，有19%的合憲解釋文諭知沒有被執行，這些解釋分別是司法院釋字第465號、釋字第468號、釋字第485號、釋字第542號、釋字第564號、釋字第579號、釋字第580號、釋字第600號、釋字第643號、及釋字第690號解釋。在這些未執行的合憲宣告解釋當中，以兩種類型為大宗：第一種類型的解釋涉及財產權限制；第二種則是涉及平等權的解釋。

首先，最常見的一種是有關財產權限制的解釋，大法官曾多次指出凡涉及人民財產權之限制者，應以法律明文規範。既有法規範不夠明確時，系爭政府行為屬法制未健全時的便宜之計，雖然不能說違憲，但應修改之，像是司法院釋字第465號、第564號、第579號、第580號、第600號、第643號解釋等。舉例來說，民國87年的司法院釋字第465號解釋，大法官同樣在解釋文中肯認行政院農委會公告保育類野生動物名錄並禁止買賣，並不違反法律保留原則，但針對公告前已合法進口之保育類動物或其製品，因該公告而不得買賣致財產權受有限制者，明令權責機關：「應分別視實際受限制程度等具體情狀，檢討修訂相關規定為合理之補救，以符憲法保障

人民財產權之意旨。⁷⁵」查權責機關於民國107年7月13日增訂野生動物保育法施行細則第33條之3，其修正理由雖提及本號解釋，然觀其修正理由及理由中所提及之「庫存象牙產製品管理補充規定」，除內容僅涉及象牙而不及其他動物或其他部位外，且該補充規定亦係於民國84年、亦即大法官解釋公布前所制定，似難謂已充分執行本號解釋。

在民國94年所做成的司法院釋字第600號解釋中，大法官雖肯認土地登記規則與地籍測量實施規則相關規定，並未違反財產權保障、比例原則與法律保留原則，但仍在解釋文中諭知：「關於其所有權之登記程序及其相關測量程序，涉及人民權利義務之重要事項者，諸如區分所有建築物區分所有人對於共用部分之認定、權屬之分配及應有部分之比例、就登記權利於當事人未能協議或發生爭議時之解決機制等，於土地法或其他相關法律未設明文，本諸憲法保障人民財產權之意旨，尚有未周，應檢討改進，以法律明確規定為宜。⁷⁶」就此，權責機關雖已有不動產登記法草案⁷⁷以試圖執行此一大法官解釋，然而至目前為止，該草案仍未通過，就此點而言，在94年度司法院業務年報中，內政部亦僅回覆在實務上，以該二行政規則辦理相關業務，目前並無窒礙難行之處。

最後一個例子是民國97年司法院釋字第643號解釋，大法官雖認為工商團體會務工作人員管理辦法所訂定關於工商團體會務工作人員退休金之準則性規定，尚未逾越商業團體法第72條之授權範圍，但同時指出：「關於商業團體會務工作人員之管理及財務之處理，涉及商業團體財產權及契約自由之限制，且關係退休會務工作人員權益之保障，乃有關人民權利義務之重要事項，為貫徹憲法保

75 司法院釋字第465號解釋。

76 司法院釋字第600號解釋。

77 相關評論，例如溫豐文，「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，205期，頁135-145（2012年）。

護人民權利之意旨，自以法律明文規定為宜，主管機關應儘速通盤檢討修正，併予指明。⁷⁸」在這些以及其他未在此列舉的解釋中，大法官或出於避免法律真空之考量，並未直接宣告系爭法律違憲，但業已明白指出立法者有義務以法律規範相關事項，然而這些誠命，歷經十幾、二十年，尚未被政治部門認真看待。

除了涉及財產權的法律保留問題外，另外一個常見的狀況則是涉及平等權的解釋，或許因為此類法規範通常是涵蓋過廣或涵蓋過窄的情形，倘若直接宣告其違憲，則可能波及其合憲的部分，連帶使得部分受益處分失所附麗，因此大法官曾多次採用合憲，但要求權責機關檢討改進的方式，例如在民國88年的司法院釋字第485號解釋中，大法官認為國軍老舊眷村改建條例對有照顧必要之原眷戶提供適當之扶助，並不牴觸平等權，然而「關於給付方式及額度之規定，亦應力求與受益人之基本生活需求相當，不得超過達成目的所需必要限度而給予明顯過度之照顧。立法機關就上開條例與本解釋意旨未盡相符之部分，應通盤檢討改進。⁷⁹」另外一個例子是民國91年公布的司法院釋字第542號解釋，大法官先是肯認「翡翠水庫集水區石碇鄉碧山、永安、格頭三村遷村作業實施計畫」之遷村計畫合乎比例原則，但又認為該計畫以設籍地而不以是否實質居住為依據，「雖不能謂有違平等原則，但未顧及其他居住事實之證明方法，有欠周延。相關領取安遷救濟金之規定應依本解釋意旨儘速檢討改進。⁸⁰」值得注意的是，這兩號解釋雖然主要以平等權為討論對象，但所涉及者仍然是金錢給付有關。

三、僅出現在違憲宣告解釋理由書的諭知

根據本文的整理，目前有14個僅出現在違憲宣告解釋理由書中

78 司法院釋字第643號解釋。

79 司法院釋字第485號解釋。

80 司法院釋字第542號解釋。

的諭知，全部都有被執行，但有兩號解釋要求修法的部分在解釋理由書，權責機關雖然有執行，但是延誤了執行期限。司法院釋字第289號解釋涉及租稅案件，大法官在解釋文中宣告財務案件處理辦法違反法律保留原則，應於2年內失效。並在理由書中指出在此2年期間，「主管機關應本民事、刑事及行政訴訟程序各有不同之意旨，並參酌行政訴訟制度及財務案件執行程序之改革，就有關法律通盤檢討修正。」而司法院釋字第313號解釋則涉及民用航空法的修正，兩者對於憲政發展來說，不論在理論層面或實務層面，其實都不是特別重要的解釋。

四、僅出現在合憲宣告解釋理由書的諭知

至於大法官的諭知，僅出現在合憲解釋的理由書中者，總共有28個，目前尚未被執行的有13個，也就是有約一半的合憲解釋理由書諭知尚未被執行。這13個解釋分別是：司法院釋字第235號、釋字第253號、釋字第297號、釋字第330號、釋字第336號、釋字第377號、釋字第378號、釋字第472號、釋字第518號、釋字第637號、釋字第709號、釋字第719號、釋字第728號解釋。

在這些解釋當中，有許多涉及稅法與財產權爭議，像是司法院釋字第330號、第377號解釋。例如在民國82年所公布之司法院釋字第330號解釋中，大法官先在解釋文中肯認：「施行細則第二十一條就被繼承人為受死亡之宣告者，規定其遺產稅申報期間應自判決宣告之日起算，符合立法目的及宣告死亡者遺產稅申報事件之本質，與憲法第十九條意旨，並無抵觸。⁸¹」但仍在解釋理由書中指出「惟被繼承人受死亡之宣告者，其繼承人申報遺產稅期間之起算日，以及遺產估價之基準，既均與人民依法納稅之義務有關，宜以法律定之，以杜爭議。⁸²」

81 司法院釋字第330號解釋。

82 司法院釋字第330號解釋。

此外，有一些涉及平等權的解釋，像是民國103年的司法院釋字第719號解釋，該號解釋涉及針對原住民族的優惠性差別待遇，政府採購得標廠商員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，未達標準者，應繳納代金。然而，在解釋理由書中，大法官又認為代金之「金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。⁸³」

最後，這裡也有涉及特別權力關係的解釋。例如民國97年的司法院釋字第637號解釋，大法官先是在解釋文中宣布公務員服務法第14條之1的旋轉門條款旨在維護公務員公正廉明之重要公益，且非公務員所不能預見，與比例原則和工作權保障均無抵觸，但又在解釋理由書中認為該規定：「攸關離職公務員權益甚鉅，宜由立法機關依上開法律規定之實際執行情形，審酌維護公務員公正廉明之重要公益與人民選擇職業自由之均衡，妥善設計，檢討修正。⁸⁴」

五、無涉合、違憲之解釋執行結果

最後，即使在無涉合、違憲的憲法疑義解釋中，目前有4個未被執行。當然，並非所有憲法疑義解釋都有待執行，事實上，大法官在許多此類案件中只是扮演法律諮詢的角色，不會有什麼很具體的要求，但在少數憲法疑義解釋中，大法官曾明白指示政治部門應履行一定行為，可惜均遭政治部門無視。這些憲法疑義解釋的背景事實通常都是政治高度爭議的案件，政治人物無法透過一般管道溝通妥協，而只好將憲法法院捲入其中。這一方面是政治司法化在臺灣的展現，另一方面則引起司法擴權或司法國的憂慮。然而，如果從執行面來看，現實情況是憲法法院縱使提供了解方，也不一定會被政治部門所遵從，從這個角度看來，政治部門將議題丟給憲法法

83 司法院釋字第719號解釋。

84 司法院釋字第637號解釋。

院，有時候並不是真的想要尋求憲法法院的協助，而只是一種表達自己堅定立場、對選民有所交代的手段。

舉例來說，除了上述威權時期的司法院釋字第86號解釋之外，在民主化後一個政治上曾引起軒然大波的例子，就是民國91年涉及臺北市里長延選案的司法院釋字第553號解釋，大法官在釐清相關爭議以及正確的爭議處理程序後，在解釋理由書中並諭知：「地方制度法關於自治監督之制度設計，除該法規定之監督方法外，缺乏自治團體與監督機關間之溝通、協調機制，致影響地方自治功能之發揮。從憲法對地方自治之制度性保障觀點，立法者應本憲法意旨，增加適當機制之設計。」然而地方制度法在該號解釋之後雖歷經多次修正，但並未針對此點有所增補，在司法院92年司法業務年報中，內政部雖稱已經將該解釋意旨納為修正內容，並已將該議題列為該部委託研究案委請專家學者進行研究，但似乎尚無具體成果展現。

司法院釋字第627號解釋涉及總統的刑事豁免權與國家機密特權，就後者而言，大法官在解釋文中要求：「總統依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權。立法機關應就其得拒絕證言、拒絕提交相關證物之要件及相關程序，增訂適用於總統之特別規定。⁸⁵」但截至目前，立法院似乎尚未針對此一部分進行修法。至於在修法之前該如何處理涉及國家機密事項的訊問，大法官要求：「於該法律公布施行前，就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。總統對檢察官或受訴法院駁回其上開拒絕證言或拒絕提交相關

85 司法院釋字第627號解釋。

證物之處分或裁定如有不服，得依本解釋意旨聲明異議或抗告，並由前述高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官五人組成之特別合議庭審理之。」然而，最高法院似乎也沒有忠實執行此一要求⁸⁶。

另外一個例子是民國96年的司法院釋字第632號解釋，該號解釋涉及立法院與總統對於監察院人事權，在民國93年，立法院拒絕就總統所提名的人選進行同意或不同意的表決，因此使得監察院停擺三年多，礙於當時的政治氛圍，雙方僵持不下，最後才由憲法法院作成決定。在該解釋中，大法官指出：「為使監察院之職權得以不間斷行使，總統於當屆監察院院長、副院長及監察委員任期屆滿前，應適時提名繼任人選咨請立法院同意，立法院亦應適時行使同意權，以維繫監察院之正常運行。總統如消極不為提名，或立法院消極不行使同意權，致監察院無從行使職權、發揮功能，國家憲政制度之完整因而遭受破壞，自為憲法所不許。引發本件解釋之疑義，應依上開解釋意旨為適當之處理。」可惜的是，政治部門並未按照本號解釋意旨為處理，相反地，一如預期，立法院一直等到二次政黨輪替才行使同意權，大法官解釋可謂完全被忽略。

最後一個例子是民國104年所作成之司法院釋字第729號解釋，涉及立法院的文件調閱權，大法官除了釐清並補充司法院釋字第325號解釋內容外，並在解釋理由書中指出當立法院欲行使文件調閱權，而與其他機關有所爭議時，「立法院與受調閱之機關，宜循協商途徑合理解決，或以法律明定相關要件與程序，由司法機關審理解決之。相關機關應儘速建立解決機關爭議之法律機制，併此指

86 See Tzu-Yi Lin et al., *Seventy Years on: The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape*, 48 HKLJ 995, 1016 (2018); Ming-Sung Kuo, *Moving Towards a Nominal Constitutional Court: Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics*, 25 WASH. INT'L L.J. 597, 622-23 (2016).

明。」或許由於僅出現在解釋理由書中，迄今仍未見立法院訂定相關紛爭解決機制。

肆、分析大法官解釋之執行

一、法拘束力之影響

由上面的研究可知，97%左右的違憲宣告解釋文的諭知都有被執行；然而，有約莫18%在違憲宣告解釋文中的附期限解釋，雖然最終有被執行，但已逾越期限。相對於違憲宣告解釋文之諭知，合憲宣告解釋文的諭知，其有執行的比例便顯然較低，有約莫19%的諭知沒有被執行。這或許符合多數人的想像，也就是在違憲宣告的解釋部分，由於大法官已經明白諭知系爭法規範違憲、甚至失效，因此不論是在規範層面上或是實務層面上，權責機關自然有更急迫的義務執行大法官解釋，也因此會更積極的執行大法官解釋；但在合憲解釋文的諭知部分，即使大法官也同時指摘部分法規範未臻妥適，並要求權責機關修法⁸⁷，但或許由於大法官宣告系爭法規範合憲，因此權責機關便容易忽略其他大法官諭命，或誤以為大法官之諭知僅屬建議性質，而無拘束力，又或者認為既然大法官沒有明白宣告該法規範違憲，該諭知多半也就沒有憲法上急迫性。換句話說，從憲法解釋文不論合憲或違憲宣告，均具有拘束力這個角度來

87 舉例來說，民國99年的司法院釋字第681號解釋，該案聲請人是監獄受刑人，聲請假釋被駁回，爭點是不服撤銷假釋處分不得提起行政爭訟是否合憲？大法官先是在解釋文中認為受處分人仍得向法院聲明異議，其訴訟權並未受到侵害，但又認為「惟受假釋人之假釋處分經撤銷者……須俟檢察官指揮執行殘餘刑期後，始得向法院提起救濟，對受假釋人訴訟權之保障尚非周全。相關機關應綜合考量相關因素，就該部分儘速予以檢討改進，俾使不服主管機關撤銷假釋之受假釋人，於入監執行殘餘刑期前，得適時向法院請求救濟。」在該號解釋公布超過10年後，權責機關方於民國108年12月17日修正監獄行刑法第153條規定。

看，拘束力的有無似乎不是解釋執行的充分條件，因為仍有相當數量的解釋文中的諭知，沒有被執行。

在解釋理由書部分，雖然這部分的諭知沒有拘束力，但有兩點值得注意。首先，絕大部分大法官在違憲宣告的諭知，都不會僅放在解釋理由書中，這可印證大法官在違憲解釋中，對所諭知的待執行內容相當在意，因此不會僅放在解釋理由書中，以避免權責機關認為該誠命沒有拘束力而不需執行。相對地，在合憲解釋中，就有約三成的諭知僅出現在解釋理由書，這顯示了大法官確實會有意地將某些諭知僅放在理由書中，或許是因為這是屬於旁論的部分。然而，值得注意的是，這部分未被執行的解釋高達五成，也遠高於出現在合憲解釋解釋文中的諭知，顯見放在解釋文中，由於具有拘束力的關係，確實有助於諭知被執行。另外一點是，雖然沒有執行的解釋高達五成，但反過來說就是有執行的解釋有五成，換句話說，拘束力的有無也不是解釋執行的必要條件。考量到這部分的諭知並沒有拘束力，為什麼權責機關會「自願」執行，便成了一個有趣的議題。

本文認為可能有以下幾個理由：首先，憲法法院的威信與正當性，或者更抽象地說，法治國行政的要求，可能會使得權責機關即使在知道沒有義務的情況下，仍然會自願遵守憲法法院的誠命，畢竟憲法法院已經明白敦促權責機關應有所作為。雖然這個敦促沒有拘束力，但執行有拘束力的法院判決可能只是法治國原則最低的底線，並不意味著政府部門可以完全無視其他沒有拘束力的法院呼籲。就此，根據2010年臺灣法律與社會變遷調查第二期調查結果，在1484個有效受訪紀錄中，有高達96%的受訪者認為政治部門應當遵守憲法法院的解釋⁸⁸，這顯示了憲法法院在一般民眾心中的正當性與政府部門應執行其解釋的必要性。

⁸⁸ 臺灣法實證研究資料庫網站，http://tadels.law.ntu.edu.tw/database-society/database04-3.php?no=11&category_no=8&question_no=65（最後瀏覽日：2019年8月30日）。

其次，憲法法院透過將該議題放在解釋理由書當中，能夠凸顯該議題在憲法保護上可能未臻完善之處，以引起人民或公民團體對於該問題的注意或重視；雖然解釋理由書中的諭知沒有法律上拘束力，但透過讓憲法保障不足的缺陷浮現在檯面上，可能在政治上對民選的政治部門產生壓力，而促使其執行沒有拘束力的法院諭知。

第三，憲法法院在解釋中的諭知，未必當然是政治部門所堅決反對的，有時候可能只是單純沒有被政治部門所列入政治議程或順位較為後面，因此憲法法院在解釋理由書的諭知，雖然沒有法律上的拘束力，但卻可適時提醒政治部門，發揮類似弱的司法違憲審查的效果，也就是告訴政治部門相關法規範與憲法誠命未盡相符，但保留給政治部門最終處理的權限，如此一來可以降低與政治部門的直接衝突，但又相當程度上善盡憲法守護者的職責。

第四，當政治部門面臨所謂的非多數困境時⁸⁹，憲法法院的解釋有時候正足以讓政治部門借力使力。詳言之，政治部門、甚至同一個政黨，都是由具有歧異觀點和追求不同利益的人所組成的，也必須面對組成更多元的選民結構，因此面對有些議題，可能無法形成穩定的多數意見以推動。這時候法院的判決，縱使沒有法律上拘束力，也可能成為壓倒駱駝的最後一根稻草，提供政治部門一個絕佳的理由，藉著遵守法院判決之名義，推動其早已想要落實的政策。

最後，除了上述司法政治的理由之外，立法或行政部門，特別是立法機關，主觀上對於解釋理由書諭知效力有無的認知，也有可能影響這部分的執行。如上所述，大法官解釋中的諭知，依其出處（解釋文或理由書）之不同，以及對於解釋拘束力範圍之理解不同，對於立法機關有無拘束力，在學說上已有不同見解。也就是

89 Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 36-45 (1993). 臺灣政治學者也有類似的觀察，參閱王金壽，台灣司法政治的興起，台灣政治學刊，16卷1期，頁70-71（2012年）。

說，立法部門有可能因為誤以為解釋理由書中的所有諭知都有拘束力，因此仍執行部分不具拘束力的諭知，又或者是不敢確定解釋理由書中的諭知，究竟是否屬於旁論、以及有無拘束力，因此基於避險（risk-averse）的心態予以執行。

上述5個原因，可能可以說明政治部門何以執行解釋理由書中沒有拘束力的諭知。當然，政治部門可能基於不同的理由執行不同的解釋理由書諭知，因此想要理解政治部門為何執行特定理由書中的諭知，可能必須深入研究個別解釋與當時的政治脈絡，礙於篇幅，可能需要另文為之，因此無法在此一概而論哪個原因比較重要。然而，另一個衍生的問題是，規範與實務層面上的急迫性，雖然可以解釋為什麼違憲宣告解釋相較於合憲宣告解釋，遠較常被權責機關所執行，或者解釋文的諭知比解釋理由書的諭知容易被執行，然而這無法解釋為什麼同類型的解釋（不論是合憲宣告解釋或違憲宣告解釋），有些會被執行但有些不會，這牽涉到法拘束力以外的因素對解釋執行與否的影響。

二、法拘束力以外的影響

什麼判決比較容易被政治部門執行，是一個司法政治上，很熱門的議題，迄今也還沒有一定的答案，畢竟政治部門與司法部門的互動，相當程度上是高度脈絡化的，取決於內國不同部門間的權力互動與制衡，然而，一般來說，政治部門是否願意執行法院判決，有兩個判斷標準，一個是規範考量⁹⁰，也就是政治部門自認其應該執行法院判決的義務有多強，或者說政治部門受到法院判決拘束的程度。另一個則是功利考量⁹¹，執行法院判決為政治部門所能帶來

90 See Başak Çali & Anne Koch, *Explaining Compliance: Lessons Learnt from Civil and Political Rights*, in SOCIAL RIGHTS JUDGMENTS AND THE POLITICS OF COMPLIANCE 43, 55 (Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito & Julieta Rossi eds., 2017); Kapiszewski & Taylor, *supra* note 26, at 821-23.

91 See Daniel M. Brinks, *Solving the Problem of (Non)compliance in Social and*

的利益。當政治部門執行法院判決的利益小於不執行判決所產生的不利益時，政治部門就會傾向不執行法院判決。這兩者並非截然二分，有時候基於規範所為之決定可能同時也是最符合政治部門的利益，但未必永遠如此。而政治部門在依這兩個標準判斷是否執行法院判決時，其納入考量的因素隨著每個國家而有所不同。在這些因素當中，又可以大致區分為法律因素、政治因素、和社會因素⁹²。詳言之，可能的法律因素包括該判決是否對政治部門有拘束力、法院判決本身是否合法（例如是否依照正當法律程序）、法院組成是否合法（例如有無應迴避而未迴避之法官）、涉及的權利類型（公民政治權利或經濟社會權利）、法院是否具有足夠專長與資訊做成該判決、判決是否為一致決⁹³、以及判決內容的執行難易程度……等等。政治因素則包括政府體制（威權或民主）、當事人是否為政治部門的一環或其他政黨、法院的正當性與權威、政治部門自身的民意支持度、政府執行該判決的能力……等等。社會因素則包括當事人身分（是否為隔離且分散的少數）、社會大眾對該判決的觀感、執行該判決所需之成本由誰承擔、是否有市民社會或非政府組織或公益律師的監督⁹⁴……等等。

當然，這些因素對於判決是否被執行的影響未必當然可以適用在臺灣，然而有些因素確實可以解釋臺灣大法官解釋的執行情況。以近年來最具爭議、涉及同性婚姻的司法院釋字第748號解釋為例，該解釋雖然面臨社會大眾（甚至可能是多數）的反彈，而使得

Economic Rights Litigation, in SOCIAL RIGHTS JUDGMENTS AND THE POLITICS OF COMPLIANCE 475, 476 (Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito & Julieta Rossi eds., 2017); See Çali & Koch, *supra* note 90, at 51-54; Kapiszewski & Taylor, *supra* note 26, at 818-21.

92 Langford et al., *supra* note 25, at 13.

93 See James F. Spriggs, *Explaining Federal Bureaucratic Compliance with Supreme Court Opinions*, 50 POL. RES. Q. 567, 571 (1997).

94 CHARLES R. EPP, THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 2-10 (1998).

該解釋是否會被執行以及如何執行，一度充滿不確定性，但其最終仍能被政治部門所執行，可能的幾個因素包括行政和立法部門的支持，這是一個執政黨當初在總統選舉時的承諾，政治部門自然更有壓力執行該解釋；此外，該解釋堪稱近幾年最受全國矚目的案件，因此政治機關無從躲藏，而必須正面面對這個議題；再者，該號解釋在憲法法院近年來的解釋當中，可謂一號具有高度共識的決定，不但不同意見書僅有2份，而且贊成該解釋的大法官分屬不同黨派，相當程度佐證了該號解釋中的司法獨立，因此對政治部門的規範約束力也就更強；更重要的是，大法官已經在解釋中明白指出立法懈怠時的備案。一般來說，這雖然會因為沒有法律真空之虞，而可能使權責機關忽略大法官諭知，但在該案中，大法官所提出的備案（適用民法規定辦理登記），卻因為公投展現多數民意的結果，而更難為政治部門所接受。如果立法機關不在大法官容許的範圍內積極立法，以保障同性婚姻，那麼適用民法的結果，將使政治部門直接背負無視公投結果的惡名，這對於當時剛在2018年底選舉慘敗的執政黨，將是不可承受之重，因此也就更有壓力迫使政治部門積極地主動以特別立法的模式履行該解釋，盡可能同時滿足憲法解釋的意旨與公投的結果。最後，由於戶政系統早已建立，執行此一解釋不會增加太多的行政成本，對國家財政的負擔幾可省略。除了解釋同性婚姻為什麼會得到政治部門的執行外，上述因素似乎也能解釋為什麼某些憲法法院的解釋不會被執行。

以未被（完全）執行的解釋文諭知、也就是那些具有拘束力的部分來看，違憲宣告模式似乎是比較容易會導致大法官解釋不被執行的原因。首先，就法律因素而言，看似技術性、程序性的違憲宣告模式，也可能影響解釋是否以及如何被執行。由於違憲宣告，不但可能直接與政治部門衝突，也未必能夠直接對案件聲請人有所幫助，因此世界各國的憲法法院都發展出許多不同的宣告方式，舉例來說，有些法院會採取附期限的方式，以讓政治部門有政策形成與

修正的時間⁹⁵；有些法院會透過合憲性解釋的方式，將系爭法規範的適用範圍透過法院的詮釋予以縮小⁹⁶，或是透過詮釋使法規範僅在某個範圍內違憲⁹⁷，以避免直接宣告法規範完全違憲。雖然法無明文，但這些宣告方式也都為我國大法官所經常採用，在合憲宣告和違憲且立即失效宣告這兩個光譜的兩端之外，還發展出許多細膩的宣告方式，像是合憲性解釋、警告性裁判、單純違憲宣告、附期限的單純違憲宣告、附期限失效……等等。採用這些較委婉的宣告方式，固然可能有助於避免直接和政治部門衝突。考量到司法院大法官曾歷經數十年的威權統治時期，以及解嚴後的民主正當性疑慮⁹⁸，這或許有其必要性，然而，這些相對委婉、尊重政治部門的宣告方式，固然降低了政治報復的可能，但代價就是憲法法院的諭知容易為政治部門所忽略。

從上面「參」的整理可知，大法官採取違憲但不失效，也就是單純違憲宣告（即使附加期限）的模式，相較於其他違憲宣告模式，似乎是一個更容易導致解釋不被執行的原因。這個理由並不難理解，在單純違憲宣告的解釋中，系爭法規範並沒有失效，因此權責機關並無須面臨法律秩序可能產生真空的風險而儘速修法，因此相較於違憲且失效的解釋，單純違憲宣告自然更容易導致解釋不被執行，從這個角度來看，大法官或許應該避免使用單純違憲宣告。誠然，採取單純違憲宣告有很多理由，可能是因為系爭法規範涉及授益處分，其違憲之處是因為涵蓋過窄或涵蓋過廣，而非整個制度本質上

95 See KENT ROACH, THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE 200-04 (2001).

96 See Po Jen Yap, *Constitutional Remedies in Asia: An Overview*, in CONSTITUTIONAL REMEDIES IN ASIA 1, 6-7 (Po Jen Yap ed., 2019).

97 See Simon Butt, *Conditional Constitutionality and Conditional Unconstitutionality in Indonesia*, in CONSTITUTIONAL REMEDIES IN ASIA 77, 77 (Po Jen Yap ed., 2019).

98 參見黃昭元，司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步檢討，臺大法學論叢，32卷6期，頁103-151（2003）。

違憲，因此大法官不願令其失效⁹⁹。另外，也可能是礙於超級多數決的表決門檻之故，也就是大法官彼此妥協的結果，而非大法官的第一選擇。但不論是基於什麼原因，這種單純違憲宣告（不論有無附期限）的模式，似乎較有可能使解釋不被執行，換言之，既有的違憲法秩序將繼續維持下去，而失去了憲法法院撥亂反正的功能。

大法官自己顯然有意識到這個問題，在後來有被執行的司法院釋字第455號解釋中，大法官認為軍人及其家屬優待條例相關規定使服義務役軍人僅得於任公務員後服役者始得併計公務員退休年資，違反平等權，因此要求權責機關在1年內修正相關法規範，但並未宣告其無效。針對此項宣告，一向極少發表個人意見書的翁岳生大法官在其協同意見書中也特別提及：「有關機關如未能於此期限內妥為訂定相關規定，將有國家賠償責任與其他複雜而嚴重之法律責任等問題。而在此情形，各級法院於審理有關案件時，亦得基於本解釋之意旨，自行作成合憲之裁判，以維護人民之權利。」充分表達了對此類解釋若未執行之憂慮。尤有甚者，大法官有時候會在單純違憲宣告（或附期限）之後，自為立法以避免其解釋為德不卒，雖然內容保障人權但卻無法真正落實，反而成為落空的期待。

弔詭的是，這似乎反而會造成另一種惡性循環：政治部門認為大法官既然已經自為立法，則執行該解釋的急迫性與必要性也就隨之降低，自然也就更容易忽略或延遲執行該解釋。當然，究竟是司法造法導致政治部門怠於執行解釋，還是司法造法源自於政治部門怠於執行解釋，已經有點類似雞生蛋、蛋生雞的狀況，或許不該全然歸責於司法部門，這裡只是提出司法造法在正當性的爭議之外，還有這種可能的潛在後果。簡言之，一旦政治部門不須面臨法律真

99 See Ming-Sung Kuo, *Between Choice and Tradition: Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light*, 36 UCLA PAC. BASIN L.J. 157, 181 (2019).

空的風險時，其執行解釋的意願和順位就會降低。因此，司法部門究竟是否要冒著產生法律真空的風險，逼迫政治部門繼續修法，還是退而求其次，先避免法律真空的風險，並用其他手段促使政治部門忠實執行解釋，就必須仰賴大法官在每個不同個案間的判斷。

在這裡，司法部門是在兩種不同的策略中追求平衡，在一方面，宣告效果比較強的判決結果，例如以清楚的文字直接命令權責機關修法，好處在於權責機關無從躲藏，也比較少政策迴旋空間，而必須按照法院的指示；然而倘若權責機關堅拒執行，對於司法威信的損傷也就更明顯。在另一方面，宣告比較弱的判決結果，例如以模糊的文字希望權責機關自行修法，或是給予一定期限令其修法，或是賦予政治部門更多政策形成空間；好處是這種「對話式」的判決比較可能納入民主正當性的考量，壞處是權責機關由於時間和空間的裁量權更大，更容易不忠實地執行法院判決¹⁰⁰。事實上，有研究指出，在效力上比較弱一點的判決方式，或許僅在高度矚目案件中比較適當，因為案件的受矚目性會讓政治部門無從躲藏¹⁰¹，即使法院給的空間比較大，政治部門也比較會忠實執行判決；相對地，在一般人不會特別在意的案件中，法院或許應當採取比較清楚的判決方式，以避免政治部門迴避自身責任。給予政治部門太多空間，將可能損及訴訟當事人與其他權利人的權利，而且也無助於法安定性的要求，更可能有礙法治國原則¹⁰²。

三、小結

由上述司法院秘書處資料、以及部分大法官解釋會提及尚未執行的前解釋可知，大法官顯然非常在意自己的解釋是否有被執行。

100 *Id.* at 182-83.

101 Brinks, *supra* note 91, at 486.

102 Robert Leckey, *The Harms of Remedial Discretion*, 14 INT'L J. CONST. L. 584, 584 (2016).

在這個前提下，大法官為什麼要做出不被執行的解釋，就值得玩味。首先，他們可能認為該解釋縱使有政治上或法律上的爭議性，但最終仍會被執行。換句話說，大法官可能在個案中誤判政治局勢，一方面高估憲法法院的威信、或是社會大眾對該解釋的支持程度，也就是所謂的分散支持（*diffuse support*）與特定支持（*concrete support*）¹⁰³，後者係指人民對法院某個判決結果的支持或反對，前者則不涉及個案裁判，而是人民對法院的整體支持程度。憲法法院可能誤以為自己的受支持程度足以彌補特定解釋結果不受歡迎的程度，或是特定解釋結果受到民意支持的程度足以勝過對憲法法院的不信賴感，又或者認為兩種支持，都足以高到確保該解釋被執行，但結果卻不是如此。其次，憲法法院可能低估了解釋執行的成本，這可能是政治意義上的成本，例如立法院或最高法院的反彈，因此雖然在客觀上可行，但權責機關或積極反對或消極抗拒，而使解釋無從落實；成本也可能是經濟意義上的成本，像是政府財政負擔能力以及解釋執行所需耗費的金錢，因此做出客觀上難以被執行的解釋。最後，大法官們可能其實對於上述的因素都了然於胸，但囿於憲法規範，而不得不在明知政治部門可能不會執行解釋的情況下，仍然硬著頭皮做出符合憲法意旨的解釋。

在這種情況底下，憲法法院可以如何做成解釋、提高解釋被執行的可能？有學者認為，強的宣告方式，也就是直接宣告相關法律違憲且失效，甚至逕行用司法造法取代立法，或許短期內有效，但卻會激化對立。因此，在執行涉及社會經濟權利的時候，相對弱的宣告方式，給政治部門多一點裁量時間與空間，或許是一個值得考慮的方式¹⁰⁴，特別是在司法違憲審查可以完全被接受前，這點在新

103 JAMES L. GIBSON & GREGORY A. CALDEIRA, CITIZENS, COURTS, AND CONFIRMATIONS 39-43 (2009); TOM R. TYLER, WHY PEOPLE OBEY THE LAW 29-30 (rev. ed. 2006).

104 TUSHNET, *supra* note 64, at 250; KATHARINE G. YOUNG, CONSTITUTING ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS 172-91 (2012).

興民主國家特別是個考量¹⁰⁵。理由在於新興民主國家中法院的威信尚未建立，因此政治部門通常僅願意在不太違反其政策偏好的情形下執行判決，隨著法院的正當性逐漸穩固，政治部門無視或違反法院判決的政治成本將會越來越大，比較會願意執行與其政策偏好差異較大的判決¹⁰⁶。然而，從上面的分析看來，這些建議未必適用於現在的臺灣。

如果我們從已於2022年生效的憲法訴訟法來看，首先，多進行言詞辯論可能是個有效的方法。憲法法院過去數十年來只有十幾號解釋開過言詞辯論。但召開言詞辯論從兩個角度來說，可以促進解釋執行。第一，進行言詞辯論將可以提高該號解釋的能見度。最近憲法法院幾次進行言詞辯論時，不但法庭內水洩不通，並且都有實況網路直播，使得沒辦法親自到場或是無法入內的民眾也能即時掌握憲法法庭內的動態。事實上這是一種常見的司法策略¹⁰⁷，也就是法院透過影音傳播媒體將司法過程透明化，提高民眾對議題的了解與關注，進而間接形成對政治部門必須執行判決的壓力。而且這種策略在臺灣可能也確實可行，理由在於本文研究範圍內所有過去進行言詞辯論的所有大法官解釋¹⁰⁸，都沒有未執行的缺憾（雖然不是每一號解釋都有待執行）。可惜的是，憲法法院過去太少使用這種策略，或許是礙於時間有限之故，因此無法常進行言詞辯論，但起碼針對上述可能較不易執行的解釋，可以考慮進行言詞辯論以提高解釋被執行的機會¹⁰⁹。當然，一個矛盾之處在於如果每一個解釋都

105 Rosalind Dixon, *Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited*, 5 INT'L J. CONST. L. 391, 391 (2007).

106 Clifford James Carrubba, *A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems*, 71 J. POL. 55, 55 (2009).

107 See, e.g., JEFFREY K. STATON, JUDICIAL POWER AND STRATEGIC COMMUNICATION IN MEXICO 3-51 (2010).

108 這些解釋包括司法院釋字第334號、第392號、第419號、第445號、第585號、第603號、第689號、第711號、第737號、第748號解釋。

109 論者有謂在解釋文有諭知的解釋，整體執行率極高的情形下，言詞辯論是否

進行言詞辯論，那麼上述言詞辯論能提高個別案件可見度與政治重要性的效果，將會大打折扣。但是除了提高民眾對於大法官解釋的認知外，更重要的是，進行公開言詞辯論，使得審判透明化，這有助於提升程序正當性，而程序正當性本身就是足以促進人們接受法院判決的一個重要因素¹¹⁰。另外，邀請雙方當事人在法庭上進行攻防，有助於大法官蒐集更多資訊、面對更多元的觀點，就這點而言，已於2022年生效的憲法訴訟法第20條也明文化法庭之友的制度（雖然不限於言詞辯論），同樣有助於憲法法院在面臨其不熟悉的領域時，能更正確、更務實地做出裁判。

其次，憲法法院應當使解釋內容更清楚，以避免政治部門有意地迴避該解釋或無意地誤讀解釋諭知。所謂使解釋內容更清楚，除了文字之外，也包括解釋宣告方式。從解釋執行的角度來看，本文認為憲法法院應避免做出兩種解釋：違憲中的單純違憲宣告，以及合憲中的警告性裁判。就前者而言，雖然大法官宣告系爭法律違憲，但由於沒有宣告其立即失效或附加期限，使得政治部門無須面臨法律真空的風險，因此減少了執行解釋的急迫性與必要性。就後者而言，一旦憲法法院宣告系爭法規範合憲，即使法院也同時希望權責機關修訂相關規範，但由於該規範形式上並未被評價為違憲，政治部門很容易忽略大法官的其他諭知。這並不令人意外，研究指出德國聯邦憲法法院的警告性裁判，也面臨同樣的執行問題¹¹¹。因

真能促進解釋執行，不能無疑。就此，在違憲宣告解釋文的諭知部分，言詞辯論可能對執行解釋的幫助確實極為有限。然而在其他部分，像是合憲宣告解釋文或理由書中的諭知，由於執行率顯然低於違憲宣告解釋文中的諭知，因此在促進執行這點上，或許仍有其值得進行言詞辯論的空間。

110 TYLER, *supra* note 103, at 172.

111 See Thomas Gawron & Ralf Rogowski, *Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions: Judicial Orders and the Federal Legislature, in CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON: THE U.S. SUPREME COURT AND THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT* 210, 220 (Ralf Rogowski & Thomas Gawron eds., rev. ed. 2016).

此，一旦系爭法規範與憲法不符，大法官就應該勇於宣告該法規範違憲並（定期）失效。誠然，不論是文字的模糊性或是宣告方式，很多時候可能是因為憲法解釋中表決門檻的關係，又或者是因為現行大法官審理案件法並不要求大法官具名投票，而使得所有大法官都必須在解釋主文簽名的關係，這兩點在憲法訴訟法中都有修正，不但將表決門檻降為二分之一，也刪除判決書由參與審判之大法官全體簽名之規定。這都可能使大法官在進行表決時，無須再為了逐段逐句地取得所有大法官三分之二的同意，而進行不必要的妥協，致使解釋內容模稜兩可，甚至語焉不詳。

再者，大法官應該在公布解釋前，預先想像執行解釋所需要的各種成本，包括政治成本和經濟成本等，如果發覺執行成本可能難以負荷，就應當回頭反思解釋結論的妥適性。從規範層面來說，這或許不應當是大法官必須做的事情，但本文認為卻是實際上應當要考慮的因素之一。事實上，有部分解釋顯示了，大法官或許真的有考慮這些因素，例如在司法院釋字第766號解釋理由書中，大法官指出「至因審酌政府財政負擔能力及社會保險資源之合理配置而限制領取遺屬年金之始點部分，即使所追求者屬重要公益，然該限制僅能減省少數未能及時提出申請部分之給付」，也就是說，即使要求政府執行該解釋，也不會對國民年金造成沉重的負擔，從本文看來，大法官便似有此一考量。更抽象地講，或許在某些案件（特別是涉及財產權）中，在解釋形成的過程中納入成本效益分析，可能是往後大法官想要讓解釋更容易獲得執行的方法之一。

最後值得強調的是，我們不要犯了見樹不見林的謬誤。雖然本文分析了諸多不被執行的解釋，但絕大多數憲法法院的解釋，特別是違憲宣告的部分，都有被執行，這不但顯示了臺灣的法治有長足的進步，也印證了憲法法院大致上是一個相當被尊重的法院。根據前述實證研究顯示，絕大多數的臺灣民眾認為社會大眾與政府機關應該遵守大法官的解釋，這對於憲法法院以及臺灣整體的法治來

說，不啻是個莫大的肯定。而這種民眾的支持，也會轉化為對政治部門執行憲法解釋的壓力。

伍、規範意涵

由上述分析可知，並非所有憲法法院的解釋都會被執行，而具有某些因素的解釋，似乎更容易不被政治部門所遵從。除了描述性的分析之外，本節從解釋執行的角度，討論兩個具有規範意涵的議題：司法造法的正當性、以及法院是否能促進社會變遷。

一、司法造法的正當性

這裡所稱的司法造法（judicial lawmaking），並不是指法院宣告法律違憲這種扮演消極的立法者（negative legislator¹¹²）的情況，而是指法院在判決中直接以判決結果取代立法，或在判決中直接指示相關機關應如何處理，而不待政治部門另為修法或立法。傳統的權力分立理論認為這種意義的司法造法，相較於宣告法律違憲的消極立法而言，逾越了司法部門的權限範圍，也有違司法者的被動角色，對於沒有民主正當性、且也不具備立法所需資訊的法院來說，這種意義下的司法積極立法顯然違反權力分立。

礙於篇幅與主旨，本文不擬深入探討司法造法的正當性論辯，而只是想透過解釋執行的角度，提供另一個觀點。有些司法造法，是因為憲法法院根據政治部門過往的紀錄，確知、或預測政治部門不會執行該解釋，為了彌補政治部門的懈怠而在該解釋內被迫造法。例如在民國103年的司法院釋字第720號解釋中，大法官指稱「業經本院釋字第六五三號解釋，以其與憲法第十六條保障人民訴

¹¹² See Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. POL. 183, 187 (1942).

訟權之意旨有違，宣告相關機關至遲應於該解釋公布之日（中華民國九十七年十二月二十六日）起二年內，依該解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規在案。惟相關規定已逾檢討修正之二年期間甚久，仍未修正。」另外一個例子是民國79年之司法院釋字第251號解釋，當時大法官見其民國69年之司法院釋字第166號解釋公布已近十年仍未獲執行，故再次作成司法院釋字第251號解釋，並稱「依違警罰法第二十八條規定所為『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，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。前述解釋之拘留、罰役及本件解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一起失其效力，並應於此期限前修訂相關法律。本院釋字第一六六號解釋應予補充。」

由司法院釋字第720號與司法院釋字第251號這兩號解釋與其前解釋的發展過程，以及上述其他司法造法的案例可知，換句話說，憲法法院實際上是在兩害相權取其輕，一方面是逕行司法造法保障人權，而承受司法擴權的非難；另一方面則是以尊重政治部門為由，放任既有的人權侵害於不顧。在這種情況下，究竟選擇哪一種方式對於民主正當性的侵害比較小，從學理上來說，實不無討論的空間；但對於人民來說，不論是由哪個部門，儘速停止人權侵害的狀況可能才是比較符合所需的，從這個角度來看，司法造法在這種立法怠惰、甚至是已經無視憲法法院誠命的情況，可能更有必要性¹¹³、甚至更正當一些¹¹⁴。而在各種司法造法的途徑當中，合憲性解釋方法可能是一種更聰明的作法。一旦法院採取合憲性解釋，一方面避免與政治部門直接衝突，不但降低了政治報復的可能性，而且由於採取的是合憲宣告，表面上也比較沒有民主正當性的疑

113 吳信華（註1），頁17-20；吳庚（註28），頁428-429。

114 許宗力，憲法法院作為積極立法者，中研院法學期刊，25期，頁18-19（2019）。

慮。但在另一方面，由於法院已經逕行透過合憲性解釋重新詮釋系爭法規範，相對地也比較不需要政治部門重新修訂法規範，降低了解釋不被執行所引起的各種弊病。

當然，嚴格來說，合憲性解釋仍然使法院以自身的詮釋取代立法者原意，本質上仍不無民主正當性的疑慮，而且立法怠惰所造成的立法空白，是否可以證立司法造法的合憲性，中間仍有論理上的跳躍，因此，從這個角度來看，司法造法最具有正當性的場合，或許是礙於聲請人的社會地位，導致政治部門不願意執行法院裁判的情形，這也類似John Hart Ely所說的，司法審查的目的在於暢通政治管道、保護那些被政治管道排除在外的分散且隔離的少數¹¹⁵。在這種情況，政治管道不但已經無法保障這些人的憲法權利，甚至在法院已經做成判決保障這些人憲法權利的時候，還可能持續受到政治部門的無視甚至反抗，這不啻是政府對於人民權利的雙重侵害，相對來說，這個情境下司法造法應該是更具有憲法上正當性的。

二、法院促進社會變遷

第二個具有規範意涵的議題則是，本文研究成果是否挑戰了《落空的期待》一書¹¹⁶中的主張？這種說法認為法院無法獨自造成社會變遷，理由在於法院的人事通常高度依循政治管道產生，而總統和國會不會任命和自己政策偏好差距過大的法官，因此凡是政治部門不喜歡的政策，法院通常也不會同意；其次，即使認為司法獨立獲得完全的確保，但制度上的限制使得所有法院都必須仰賴政治部門執行其判決，因此在做成判決時不可能不考慮政治部門的政策偏好，進而調整判決內容；最後，權利的類型以及當事人適格等訴

115 See JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 73-179 (rev. ed. 1980).

116 ROSENBERG, *supra* note 3, at 9-36.

訟要件的限制，也會進一步壓抑法院促成社會變遷的能力¹¹⁷。這些研究主張不論是否正確，大多數都奠基於美國經驗，未必可適用在其他國家，理由在於每一個國家的司法制度都不完全一樣，更遑論政治脈絡以及更抽象的憲政文化，因此Gerald Rosenberg也無意將該書的結論過度擴張。事實上，Rosenberg後來也承認，印度最高法院由於具有美國聯邦最高法院所沒有的幾個優勢，因此在促進印度的社會變遷上扮演了更實際的功能¹¹⁸。

本文並不否認憲法法院可能根本不願意審查某些政治部門與社會大眾都極力反對的爭議，像是廢除死刑，如果一個案子根本進不了法院，自然也無所謂促成社會變遷。這也不否認憲法法院仍然可能保守地維護社會現狀，像是司法院釋字第728號解釋。然而，本文認為如果憲法法院勇於作出改變現狀的決定，大法官解釋在相當程度上也能夠促進社會變遷。其理由如下：首先，臺灣基本上是一個經濟高度發展的國家，相對於那些經濟發展中的國家，像是印度、部分中南美洲或非洲國家，這代表政府比較不容易受限於經費而無法執行涉及經濟、社會權利的解釋（當然，像是司法院釋字第400號解釋這種需要耗費一整年總預算的，實屬例外）；其次，臺灣是一個民主與法治發展相對健全的世俗國家，新聞自由也獲得充分

117 *Id.* at 10-21; STUART A. SCHEINGOLD, THE POLITICS OF RIGHTS: LAWYERS, PUBLIC POLICY, AND POLITICAL CHANGE 97-98 (1974); Lucas A. Powe, Jr., *The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship*, 44 STAN. L. REV. 1615, 1627-31 (1992). Cf. MATTHEW E. K. HALL, THE NATURE OF SUPREME COURT POWER 95-96, 160-65 (2011); DAVID A. SCHULTZ ED., LEVERAGING THE LAW: USING THE COURTS TO ACHIEVE SOCIAL CHANGE *passim* (1998); Malcolm M. Feeley, *Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors*, 17 LAW & SOC. INQUIRY 745, 745 (1992); MICHAEL W. McCANN, RIGHTS AT WORK: PAY EQUITY REFORM AND THE POLITICS OF LEGAL MOBILIZATION 138-79 (1994); Peter H. Schuck, *Public Law Litigation and Social Reform*, 102 YALE L.J. 1763, 1771-73 (1993).

118 Gerald N. Rosenberg et al., *Conclusion: Neither a Silver Bullet Nor a Hollow Hope, in A QUALIFIED HOPE: THE INDIAN SUPREME COURT AND PROGRESSIVE SOCIAL CHANGE* 345, 345 (2019).

保障，因此對於那些涉及公民與政治權利的解釋，像是集會結社與言論自由、宗教自由、或是參政權，政府比較難以迴避或抗拒。再者，從政府體制來看，相對於聯邦制國家，臺灣是個幅員很小的單一制國家，且地方政府享有的權力有限，這意味著法院與中央政府比較有能力監督解釋在地方被落實的情形，不至於發生中央執行了解釋、但地方縣市政府卻極力抗拒的情形。此外，從司法制度來看，憲法法院一年做成的解釋很少，相對於一年做出成千上萬件的法院，這表示憲法法院要掌握個別解釋是否被執行比較容易。

當然，執行法院判決未必可以等同於促進社會變遷，但是考量到臺灣的司法審查制度是抽象審查而非具體審查，審查對象是法律而非個別政府行為，且大法官解釋效力具有普世效力，直接拘束所有國家機關與人民，而非僅拘束兩造當事人，因此一旦憲法法院的誠命被執行，其影響也是全國性的，相對來說自然更容易促成社會變遷。起碼在Rosenberg所謂的直接效果部分¹¹⁹，憲法法院的解釋文諭知絕大部分都有被執行，甚至也有五成左右的解釋理由書諭知，雖然沒有拘束力，但仍然被權責機關主動執行。回到本文一開始的例子，在司法院釋字第748號解釋公布之後，即使有公投反對修改民法，但該號解釋仍促成立法院通過司法院釋字第七四八號解釋施行法，而且自從該法生效以來，到2019年9月為止，根據內政部統計已經有2,155對的同志登記結婚¹²⁰，這無疑是憲法法院解釋具有直接效果的最好證明。誠然，解釋被執行只是促進社會變遷的第一步，法院判決是否能有間接效果¹²¹，也就是從根本改變社會大眾的看法，經常還必須考慮社會習慣、法律文化、與諸多不成文因素的影響，有時候法律變遷會受到這些因素的拘束，而使其無法真

119 ROSENBERG, *supra* note 3, at 42-71.

120 中華民國內政部戶政司網站，<https://www.ris.gov.tw/app/portal/346>（最後瀏覽日：2020年6月23日）。

121 ROSENBERG, *supra* note 3, at 107-56.

正落實到社會中，造成書本上的法律文字與現實中的實踐有所落差；但有時候法律修正則能夠反過來改變上述因素，而真正促成社會變遷。也就是說，司法院釋字第748號解釋以及上述施行法，是否使得臺灣民眾對同志婚姻與同志抱持更開放的態度¹²²，我們需要更多研究才有辦法證實，大法官解釋是不是在這個層次上，也能夠促進社會變遷。

陸、結論

本文研究指出，絕大多數大法官解釋宣告違憲的諭知，都有被權責機關所執行，這點憲法法院與權責機關同樣功不可沒，臺灣的憲政發展在過去幾十年有長足的進步，部分原因或許正在於此。可惜的是，部分有拘束力的大法官諭知並未被執行，而有為德不卒之憾。當然，一個憲法裁判沒有被執行，未必全然是哪一部門的責任，而必須視個案而定。如何在保障人權的前提下，盡可能做出可以被權責機關所接受並執行的解釋，則有賴大法官的智慧。

122 國外研究對此也沒有一致看法，正面看法者有Judit Takács & Ivett Szalma, *Homophobia and Same-Sex Partnership Legislation in Europe*, 30 EQUALITY, DIVERSITY & INCLUSION: AN INT'L. J. 356, 356-78 (2011); Marc Hooghe & Cecil Meeusen, *Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality?: Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries between 2002 and 2010*, 10 SEXUALITY RES. & SOC. POL'Y. 258, 258 (2013); Hanneke van den Akker et al., *Disapproval of Homosexuality: Comparative Research on Individual and National Determinants of Disapproval of Homosexuality in 20 European Countries*, 25 INT'L J. PUB. OPINION RES. 64, 64 (2013). 持保守態度者Shane M. Redman, *Effects of Same-Sex Legislation on Attitudes Toward Homosexuality*, 71 POL. RES. Q. 628, 628 (2018).

參考文獻

1. 中文部分

- 王金壽（2012），台灣司法政治的興起，*台灣政治學刊*，16卷1期，頁59-117。
- 吳佳樺（2012），難以置信的真相：論釋字第666號解釋與社會變遷，*臺北大學法學論叢*，84期，頁71-183。
- 吳庚（2004），憲法的解釋與適用，3版，臺北：自版。
- 吳信華（2013），大法官釋憲案件的審理與「執行」之諭知，*台灣法學雜誌*，217期，頁165-170。
- （2014），論大法官解釋的「效力」：基礎結構的釐清與體系化的觀察，*東吳法律學報*，25卷4期，頁1-47。
- （2014），論大法官釋憲程序中之「執行」，*國立中正大學法學集刊*，42期，頁1-79。
- （2014），釋憲裁判的「拘束力」與裁判書的「主筆顯名」，*台灣法學雜誌*，249期，頁147-152。
- 官曉薇（2019），婚姻平權與法律動員：釋字第748號解釋前之立法與訴訟行動，*臺灣民主季刊*，16卷1期，頁1-44。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（編）（2008），憲法：權力分立，修訂2版，臺北：新學林。
- 法治斌（2001），與大法官共治，難嗎？，*憲政時代*，26卷3期，頁75-92。
- 翁岳生（2017），臺灣法治的發展，收於：財團法人馬氏思上文教基金會編，第六屆馬漢寶講座論文彙編，頁125-127，臺北：馬氏思上文教基金會。
- 許宗力（2019），憲法法院作為積極立法者，*中研院法學期刊*，25期，頁1-39。

- 陳美華（2019），性交易的罪與罰：釋字第666號解釋對性交易案件的法律效果，臺灣民主季刊，16卷1期，頁45-88。
- 陳英鈴（2003），憲法訴願的結構性變遷：從比較法論基本權利訴願的對象與判決拘束力，憲政時代，28卷4期，頁70-125。
- 陳愛娥（2003），德國聯邦憲法法院裁判的拘束力，憲政時代，28卷3期，頁98-117。
- 黃昭元（1996），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，12期，頁31-39。
- （2003），司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步檢討，臺大法學論叢，32卷6期，頁103-151。
- （2014），法令「違憲但有效」宣告方式之再檢討，台灣法學雜誌，262期，頁39-54。
- 楊子慧（2014），憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力：以德國法為中心，並談我國之改革，國立中正大學法學集刊，43期，頁191-291。
- 溫豐文（2012），「不動產登記法」草案之評介，月旦法學雜誌，205期，頁135-145。
- 葉俊榮（2003），民主轉型與憲法變遷，臺北：元照。
- （2013），違憲政治：司法院大法官附期限違憲解釋的實證分析，收於：張永健主編，2011司法制度實證研究，頁1-31，臺北：中央研究院法律學研究所。
- 蔡宗珍（2010），憲法疑義解釋程序之功能與存廢省思，台灣法學雜誌，148期，頁27-48。

2. 外文部分

van den Akker, Hanneke, Rozemarijn van der Ploeg, and Peer Scheepers.
2013. Disapproval of Homosexuality: Comparative Research on Individual and National Determinants of Disapproval of Homosexuality in 20 European Countries. *International Journal of*

- Public Opinion Research* 25:64-86.
- Black, Ryan C., Ryan J. Owens, Justin Wedeking, and Patrick C. Wohlfarth. 2016. *U.S. Supreme Court Opinions and Their Audiences*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brinks, Daniel M. 2017. Solving the Problem of (Non) compliance in Social and Economic Rights Litigation. Pp. 475-508 in *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*, edited by Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito, and Julieta Rossi. Cambridge: Cambridge University Press.
- Burke, Joseph. C. 1969. The *Cherokee* Cases: A Study in Law, Politics, and Morality. *Stanford Law Review* 21:500-531.
- Butt, Simon. 2018. Indonesia's Constitutional Court and Indonesia's Electoral Systems. Pp. 214-239 in *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, edited by Albert H. Y. Chen and Andrew Harding. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2019. Conditional Constitutionality and conditional Unconstitutionality in Indonesia. Pp. 77-97 in *Constitutional Remedies in Asia*, edited by Po Jen Yap. New York, NY: Routledge.
- Çali, Başak and Anne Koch. 2017. Explaining Compliance: Lessons Learnt from Civil and Political Rights. Pp. 43-74 in *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance*, edited by Malcolm Langford, César Rodríguez-Garavito, and Julieta Rossi. Cambridge: Cambridge University Press.
- Canon, Bradley C., and Charles A. Johnson. 1999. *Judicial Policies: Implementation and Impact*. 2d ed. Washington, D.C.: CQ Press.
- Carrubba, Clifford J. 2005. Courts and Compliance in International Regulatory Regimes. *The Journal of Politics* 67:669-689.
- . 2009. A Model of the Endogenous Development of Judicial Institutions in Federal and International Systems. *The Journal of*

- Politics 71:55-69.
- Chandrachud, Chintan. 2017. *Balanced Constitutionalism: Courts and Legislatures in India and the United Kingdom*. New Delhi: Oxford University Press.
- Chang, Wen-Chen, and Yi-Li Lee. 2018. Competition or Collaboration: Constitutional Review by Multiple Final Courts. Pp. 164-184 in *Comparative Judicial Review*, edited by Erin F. Delaney and Rosalind Dixon. Northampton, MA: Edward Elgar.
- Chang, Wen-Chen. 2018. Institutional Independence of the Judiciary: Taiwan's Incomplete Reform. Pp. 330-353 in *Asia-Pacific Judiciaries: Independence, Impartiality and Integrity*, edited by H. P. Lee and Marilyn Pittard. Cambridge: Cambridge University Press.
- Constitutional Court of Korea. 2018. *Thirty Years of the Constitutional Court of Korea: 1988-2018*. Seoul, Korea: The Constitutional Court.
- Davis, Michael H. 1987. A Government of Judges: An Historical Review. *The American Journal of Comparative Law* 35:559-580.
- Deva, Surya. 2014. The Indian Constitution in the Twenty-first Century: The Continuing Quest for Empowerment, Good Governance and Sustainability. Pp. 343-366 in *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*, edited by Albert H. Y. Chen Cambridge: Cambridge University Press.
- Dixon, Rosalind. 2007. Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited. *International Journal of Constitutional Law* 5:391-418.
- Dressel, Björn ed. 2014. *The Judicialization of Politics in Asia*. London: Routledge.
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- Epp, Charles R. 1997. *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Fallon, Richard H. Jr. 2001. *Implementing the Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- . 2019. *The Nature of Constitutional Rights: The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Feeley, Malcolm. M. 1992. Hollow Hopes, Flypaper, and Metaphors. *Law and Social Inquiry* 17:745-760.
- Friedman, Lawrence M. 2016. *Impact: How Law Affects Behavior*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Gardbaum, Stephen. 2013. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Gawron, Thomas, and Ralf Rogowski. 2016. Implementation of German Federal Constitutional Court Decisions: Judicial Orders and the Federal Legislature. Pp. 210-228 in *Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. Rev. ed., edited by Ralf Rogowski and Thomas Gawron. New York, NY: Berghahn Books.
- Gibson, James L., and Gregory A. Caldeira. 2009. *Citizens, Courts, and Confirmations: Positivity Theory and the Judgments of the American*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Ginsburg, Tom, and Chimed EnhBaatar. 2018. Avoiding Rights: The Constitutional Tsets of Mongolia. Pp. 168-183 in *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, edited by Albert H. Y. Chen and Andrew Harding. Cambridge: Cambridge University Press.

- Graber, Mark A. 1993. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American political development* 7:35-73.
- Hall, Matthew E. K. 2011. *The Nature of Supreme Court Power*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Hamilton, Alexander. 2003. The Federalist No. 78. in *The Federalist Papers*. New York, NY: Bantam Dell (Original work published 1787-1788).
- Helmke, Gretchen, and Julio Rios-Figueroa, eds. 2011. *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. 1997. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal* 35:75-124.
- Hooghe, Marc, and Cecil Meeusen. 2013. Is Same-Sex Marriage Legislation Related to Attitudes Toward Homosexuality?: Trends in Tolerance of Homosexuality in European Countries between 2002 and 2010. *Sexuality Research and Social Policy* 10:258-268.
- Kapiszewski, Diana, and Matthew M. Taylor. 2013. Compliance: Conceptualizing, Measuring, and Explaining Adherence to Judicial Rulings. *Law & Social Inquiry* 38:803-835.
- Kelsen, Hans. 1942. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *The Journal of Politics* 4:183-200.
- Kommers, Donald P., and Russell A. Miller. 2012. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3d ed. Durham,

- NC: Duke University Press.
- Kuo, Ming-Sung. 2016. Moving Towards a Nominal Constitutional Court: Critical Reflections on the Shift from Judicial Activism to Constitutional Irrelevance in Taiwan's Constitutional Politics. *Washington International Law Journal* 25:597-642.
- . 2019. Between Choice and Tradition: Rethinking Remedial Grace Periods and Unconstitutionality Management in a Comparative Light. *UCLA Pacific Basin Law Journal* 36:157-200.
- Langford, Malcolm, Cesar Rodríguez-Garavito, and Julieta Rossi. 2017. Introduction: From Jurisprudence to Compliance. Pp. 3-42 in *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance: Making it Stick*, edited by Malcolm Langford, Cesar Rodríguez-Garavito, and Julieta Rossi. Cambridge: Cambridge University Press.
- Leckey, Robert. 2016. The Harms of Remedial Discretion. *International Journal of Constitutional Law* 14:584-607.
- Lin, Chien-Chih, and Ching-Fang Hsu. 2016. An Inter-Court Struggle for Judicial Supremacy. *University of Pennsylvania Asian Law Review* 11:294-336.
- Lin, Tzu-Yi, Ming-Sung Kuo, and Hui-Wen Chen. 2018. Seventy Years on: The Taiwan Constitutional Court and Judicial Activism in a Changing Constitutional Landscape. *Hong Kong Law Journal* 48:995-1028.
- Mazmanyan, Armen. 2015. Judicialization of Politics: The Post-Soviet Way. *International Journal of Constitutional Law* 13:200-218.
- McCann, Michael W. 1994. *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Powe, L. A. Jr. 1992. The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship. *Stanford Law Review* 44:1615-1641.

- Redman, Shane M. 2018. Effects of Same-Sex Legislation on Attitudes Toward Homosexuality. *Political Research Quarterly* 71:628-641.
- Roach, Kent. 2001. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law.
- . 2004. Dialogic Judicial Review and Its Critics. *Supreme Court Law Review (2d Series)* 23:49-104.
- Rosenberg, Gerald N. 2008. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*. 2d ed. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Rosenberg, Gerald N., Shishir Bail, and Sudhir Krishnaswamy. 2019. Conclusion: Neither a Silver Bullet Nor a Hollow Hope. Pp. 345-358 in *A Qualified Hope: The Indian Supreme Court and Progressive Social Change*, edited by Gerald N. Rosenberg, Shishir Bail, and Sudhir Krishnaswamy. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schauer, Frederick. 2012. Comparative Constitutional Compliance: Notes Towards a Research Agenda. Pp. 212-229 in *Practice and Theory in Comparative Law*, edited by Maurice Adams and Jacco Bomhoff. Cambridge: Cambridge University Press.
- Scheingold, Stuart A. 1974. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Schuck, Peter H. 1993. Public Law Litigation and Social Reform. *Yale Law Journal* 102:1763-1786.
- Schultz, David A., ed. 1998. *Leveraging the Law: Using the Courts to Achieve Social Change*. New York, NY: Peter Lang.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden, and Alan Angell, eds. 2005. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Spriggs, James F. 1997. Explaining Federal Bureaucratic Compliance

- with Supreme Court Opinions. *Political Research Quarterly* 50:567-593.
- Staton, Jeffrey K. 2010. *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Sunstein, Cass R. 2005. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. New York, NY: Basic Books.
- Su, Yen-Tu. 2019. Regime Unchanged: The Organization and Failed Reorganization of Taiwan's Judicial Yuan. Pp. 104-126 in *Judicial Reform in Taiwan: Democratization and the Diffusion of Law*, edited by Neil Chisholm. New York, NY: Routledge.
- Takács, Judit and Ivett Szalma. 2011. Homophobia and Same-Sex Partnership Legislation in Europe. *Equality, Diversity and Inclusion: An International Journal* 30:356-378.
- Tushnet, Mark. 2009. Dialogic Judicial Review. *Arkansas Law Review* 61:205-216.
- . 2008. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Tyler, Tom R. 2006. *Why People Obey the Law*. Rev. ed. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Vanberg, Georg. 2009. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Yap, Po Jen. 2019. Constitutional Remedies in Asia: An Overview. Pp.1-11 in *Constitutional Remedies in Asia*, edited by Po Jen Yap. New York, NY: Routledge.
- Yeh, Jiunn-rong, and Chang Wen-Chen. 2018. An Evolving Court with Changing Functions: The Constitutional Court and Judicial Review in Taiwan. Pp. 110-140 in *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective*, edited by Albert H. Y. Chen and Andrew

- Harding. Cambridge: Cambridge University Press.
- Young, Katharine G. 2012. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Taking Constitutional Court Decisions Seriously:

The Implementation of J.Y. Interpretations

*Chien-Chih Lin**

Abstract

In Taiwan, most constitutional scholars pay scant attention to the compliance of Judicial Yuan Interpretations. Nonetheless, the compliance of constitutional court decisions is no less important than the ruling itself. If a court decision will not be implemented, the protection of fundamental rights and separation of powers are like chasing the will-o'-the-wisp. This is a devastating blow to the authority and independence of the constitutional court. In the long run, it may undermine the rule of law and constitutionalism. To fill this academia lacuna, this paper investigates the compliance of every constitutional court decision that the Court made after democratization. Although most Judicial Yuan Interpretations have been faithfully implemented by the authorities concerned, this paper argues that: 1) the binding force, that is, when a mandate is written in the ruling rather than the reasoning, is neither sufficient nor necessary to force the political branches to implement judicial decisions; 2) political branches are less likely to implement decisions with suspension order with no deadline or with advisory deadline; 3) sometimes the noncompliance of judicial decisions should be attributed to the Constitutional Court itself, at least in part, instead of the political branches. These findings entail two normative implications. First, judicial lawmaking, albeit ostensibly undemocratic, is necessary in some scenarios when the political branches deliberately

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan.

choose to ignore judicial decisions. That is, judges are, in a sense, forced to legislate. Second, the findings may provide another perspective for public interest lawyers and social groups to rethink whether the Constitutional Court can bring about different levels of social change. On the one hand, it seems clear that judicial decisions do have a direct effect on legal change because most of them have been enforced. On the other hand, whether judicial decisions have indirect effect seems to be less certain.

KEYWORDS: Taiwan Constitutional Court, implementation of Judicial Yuan Interpretations, suspension order with no deadline, judicial lawmaking, suspension order with deadline.