

(五)法律之闕漏違憲：

當大法官認為法律未保障特定權利為違憲時，可能因為其本無法律之存在，或法律本身不違憲，故大法官不宣告法律違憲失效，而是指示立法者定期修正或制定。可能附帶解釋代替立法，指示逾期未修正之處理方式或救濟方式。釋字748號解釋為適例。

擬 答

【第一題】

爭點分析

- (一)涉及大法官解釋的拘束力寬嚴問題：大法官宣告某個立法違憲之後，立法院是否可以再立相同或相似的法律，挑戰大法官的解釋？此涉及我們對於立法權與司法權間權力關係的想像。立法權與司法權間是可以動態地互相溝通？或是司法權的本質就是在監督立法者的權力？各有各之道理。
- (二)涉及信賴保護原則之應用。行政程序法第8條及第119條、第120條等等分別有信賴保護原則的抽象、具體規定，但是在法規的情形有無適用？如何適用？關於信賴保護之問題，務須注意不要祇依照法感情瞎猜，否則極可能落入陷阱。應從該題情形是否為溯及既往，或者僅是不真正溯及既往開始著手。
- (三)涉及行政程序法第111條關於無效事由之解釋。本題應較容易，祇要說理清楚，不自相矛盾，應可獲得不錯分數。關於公序良俗的部分，答題時可略提法秩序之一致性。
- (四)牽涉信賴保護原則及行政行為明確性原則。答題時須看清楚題目：行政機關到底說了什麼？足不足以為信賴基礎？本題務求觀念清楚，分別判斷，忌打模糊仗。

擬答

(一) 1. 立法院修法，尚符合大法官解釋之意旨。

按大法官於釋字第666號解釋所作成之解釋意旨係謂罰娼不罰嫖違 反憲法第7條之平等原則，而非謂處罰娼嫖行為為違憲。故該號解釋之結果可能有二，其一係娼嫖皆罰，其二係娼嫖皆不罰。

準此，立法院修正社會秩序維護法規定處罰性交易專區外之娼嫖行為，且娼嫖皆罰，姑且不論處罰娼嫖是否合憲，因釋字第666號解釋範圍僅及於宣告舊法違反平等原則，而娼嫖具本質上之對向關係，兩者處罰之意義略同，故100年修正之社會秩序維護法改為娼嫖皆罰已解決原僅罰娼不罰嫖之不平等問題，應符合釋字第666號之解釋意旨，但仍可能有性產業與其他產業間不平等之可能。

2. 立法院原則上應不得再為類似規定。

按權力分立之本旨，立法院得制訂法律，此於憲法第63條定有明文。惟法律不得違反憲法，其與憲法牴觸者，司法院得宣告其無效，憲法第171條有明文。換言之，立法權雖基於其民主正當性，有廣泛之立法形成自由，惟仍不得逾越憲法之規定及大法官之憲法解釋，以維憲法之最高性，釋字第405號、第662號解釋亦同此見解。

既大法官已宣告罰娼不罰嫖或罰嫖不罰娼之不平等規定為違憲，並宣告其定期失效，則解釋上應認為立法院不得再制定相同之法律。蓋該規定內容已經大法官「確認」為牴觸憲法而無效，倘容許立法院再為相同規定，無異使兩者間關係淪為互相抬槓，而無以維持憲法之最高性。