

违宪法律的效力

陈运生*

内容提要：违宪法律是否具有效力，并非完全取决于“违宪”的判断结论，而视乎无效决定之效力状态。各国对于违宪法律应否具有效力的处理方式有所不同，但仍存在一定的规则：违宪法律的对象效力范围，与维护宪法秩序和保障个人权利这两种法律价值观密切相关，并有一般无效与个别无效两种不同的法律处理；违宪法律的时间效力范围取决于“构成说”与“宣示说”这两种无效学说下的不同规定性，而违宪法律的自始无效与将来无效则成为各国设计违宪法律的时间效力范围时必须面对的关键问题。

关键词：违宪审查 违宪法律 法律效力

常言道：违宪无效。从法律原理上看，违宪立法与一般违法行为无异，应自始不发生法律效力或者应为法律所追究责任的对象，上述命题似无疑义。关于立法违宪的效力，汉密尔顿曾经说过：“违宪的立法自然不能使之生效。”〔1〕然而，对于法律之违宪，其效力的实际情形却远非“违宪无效”一语所能涵盖。尤其重要的是，在我国当前，“违宪无效”这一论调具有相当的危险性。对于“违宪法律”的效力，暂且不论我国上世纪90年代“良性违宪论”中对于“违宪法律”效力的论辩理由，〔2〕仅从法律效力的具体形态上看，〔3〕也实有研究的必要。

一、违宪法律无效乎

严格说来，“违宪法律”是为方便理解而依中国语境习惯所使用的一个概念，却非一个审慎的法律概念。凯尔森曾指出，说一个违宪法律（unconstitutional statute）是无效力的（无效的），这是一个没有意义的陈述，因为一个没有效力的法律根本就不是法律。〔4〕依其解释，一个无效力的规范是一个不存在的规范，在法律上应是一个非本体。“违宪法律”这一表述，如果被适用于一个

* 江西财经大学法学院讲师。

本文为国家社科基金规划项目“违宪审查的原理与技术”（批准号：05BFX012）的部分研究成果。在写作过程中得到了林来梵教授的悉心指导以及课题组十多位同门的建议与帮助，在此表示由衷的感谢。此外应该交待的是，立法机关的自我废除行为虽然亦会影响到“违宪法律”的效力，但是却与一般立法行为的法理无异，所以本文不拟讨论这一问题。

〔1〕 [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第392页。

〔2〕 有关“良性违宪”在我国法学上三次大争论的具体交锋情形、内容要点及观点评析，可参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年版，第282页以下。

〔3〕 依法理学的通说，法的效力是指法的生效范围，无非包括了法的对象效力（对人的效力）、法的时间效力、法的空间效力等。所以，此处的具体形态也是指法的具体生效范围。由于法的空间效力与本文的违宪话题并不存在足够的理论关联，故不作进一步讨论。

〔4〕 参见 [奥] 凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第175页。

被认为是有效力的法律，在用语上就是一个矛盾。一个法律有效力的唯一理由就是它曾在宪法所规定的方式下创立。因此，凡由立法机关作为一个法律所通过的，就必须被当作宪法意义上的法律来接受。在这种情况下，没有一个由立法机关制定的法律可以被认为是“违宪的”。凯尔森的这一观点有点过于绝对，他把立法权及其行使的宪法正当性与立法内容的正当性等同起来了，但在肯定法律于被宣告无效前必定有效力的角度上看，其观点无疑具有相当的合理性。

“违宪法律”以违宪判断作为其前提，是指由具有宪法审查权的特定国家机关经过法定程序认定为违宪的法律，而不是一般宽泛意义上由普通国家机关、社会团体或者个人经过主观判断为违宪的法律。法律的违宪，必须由有权审查法律是否合乎宪法的机关来进行监督与判断，该机关可以是宪法法院，也可以是对法律的合宪性进行监督的普通法院。进行监督的机关可以做出违宪判断，并有能力使违宪法律无效。如果一个普通法院审查一个法律的合宪性，它可能只是有权在它认为该法律违宪时拒绝将它适用于具体案件，而其他机关仍然负有适用该法律的义务。

从逻辑上看，一个完整的使违宪法律无效的过程，必然包括了违宪判断与违宪无效决定两个不同的阶段。如所周知，宪法审查机关在做出宪法判断时，常常面对非常复杂的价值考虑。在此，暂且不论违宪判断做出之前宪法审查机关所受的种种困扰以及其他影响因素，仅从他们做出法律为违宪的决定之后，对于违宪法律的效力，宪法审查机关仍然可能有多种处理手法，并不一定立即宣告其为无效。

在德国，“西德联邦宪法法院有规避宣告法律违宪而无效之倾向，甚至仅确认法律违宪亦尽量避免，因为宣告法律违宪无效难免发生种种流弊，而违宪确认判决亦无法迅速促成立法上之解决，于是产生所谓之‘警告性判决’。”〔5〕在德国宪法审查制度之下，宪法法院在涉及法律可能违宪的案件时，其在判决中常常力图顾盼周全。在确定必须对法律做出违宪判决时，宪法法院仍有政治回旋的余地，并于实践中发展出违宪确认判决（仅宣告违宪而不宣告其无效）、诉外法效果命令（宣告违宪的法律无效但附过渡条款以缓和之）以及将来效力判决（判决法律为违宪但其无效决定于将来某时生效）等涉及违宪法律时的常用判决形式。在实践中，对于法律有违宪之虞的案件，除了上述这些判决形式外，还有合宪判决、合宪解释（将有违宪之虞的法律通过限定解释的手法认为其合宪）、不具“明显性”的判决（法律可能违宪，但不明显，因而判决为合宪）、违宪边缘的判决以及可容许之过渡期间的判决等判决形式，〔6〕它们共同组成了一幅颇为精妙周全的判决样态图。

在我国台湾地区，尽管宪法第171、172条中明确规定了法律、命令“与宪法抵触者无效”，然而根据邱文聪教授的总结，在我国台湾地区的释宪实务中，大法官在“法令之规范违宪审查”中，除了“‘规范抵触宪法不生效力’之违宪无效宣告”以及“‘与宪法并无抵触’之合宪有效宣告”模式外，尚有多达六种效力宣告形式。而对于“违宪之法令”的效力宣告形式，则有“单纯抵触宪法之宣告”、“抵触宪法，未定失效期限，但立法者应予修正之宣告”、“抵触宪法，定期失效之宣告”、“抵触宪法，向未来失效之宣告”以及“抵触宪法，不生效力之宣告”。〔7〕

在美国、日本，法院常常在对法律审查后作出违宪无效的宣告。然而，从权力分立的角度来看，其无效宣告只是表明法院在个案中不适用该法律的立场，而无彻底废除该违宪法律效力的权

〔5〕 陈瑞堂：《违宪解释之将来效力与警告性判决》，载林洋港主编：《司法院大法官释宪四十周年纪念论文集》，司法周刊杂志社1988年版，第283页。

〔6〕 依德国联邦宪法法院在“第二次麟夫年金判决”中的判示，处于违宪边缘的法律是已逼近违宪之状态，“……在现在尚不违宪，但将来有变成违宪之可能。”（BVerfGE 39, 169）另外，在考虑到某一法律的违宪状态只有立法者才可除去时，德国联邦宪法法院常常做出“可容许之过渡期间”的警告性判决，将该有违宪嫌疑的法律认定为合宪，并且其合宪状态容忍至“可容许之过渡期间”。此期间通常被认为是制定新法或修正法律所需要的准备期间，然而问题在于，此期间究竟为多久呢？基本法并没有规定，因此唯有视个案情况而定。联邦宪法法院曾在一次涉及营业税法有无违反平等原则的判决中指出，容许八年的过渡期间亦不为过。（BVerfGE 21, 12）

〔7〕 参见邱文聪：《从规范违宪无效到效力宣告种类》，《宪政时代》1998年第4期。

力。

至于我国，宪法在序言中明确宣称了宪法“是国家的根本法”，“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”宪法第5条亦规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”并且，无论是学界还是实务界，一般都认同我国法律的违宪判断权是属于我国宪法关于全国人大及其常委会监督宪法实施权（第62、67条）中的内容。然而问题在于，无论是宪法还是立法法，都没有对“倘若抵触又该如何”的违宪无效处理方式做出明确规定，而于实践中，由于全国人大及其常委会一直怠于行使监督宪法实施的权力，因此亦未能形成灵活而丰富的判决手法。^{〔8〕}

裁量的空间似乎总是存在着。当确定必须要对违宪法律作出无效处理时，有权机关的技术处理方法也可分为两种：法律整体无效与法律部分无效。韩国 Jibong Lim 教授在总结德国宪法审查制度的时候就曾指出过这一点。^{〔9〕}当然，不仅是德国，奥地利宪法法院在审查中也可以作出类似的处理。凯尔森就曾认为，奥地利宪法法院“撤消整个立法并非总是必要的；如果违宪条款可以和立法的其它部分分开，那么法院可以只撤消该条款”。^{〔10〕}就规范的意义上看，日本宪法第98条明确规定，“本宪法为国家的最高法规，与其规定相违反的法律、命令、诏敕以及有关国务的其他行为，全部或部分无效。”从逻辑上讲，这种违宪法律部分无效的做法实际上就反证了违宪法律可部分有效而非绝对无效这一论题。

二、违宪法律的无效决定权力

因此，违宪法律无效，为一种应然之原则要求，而非一种实然之事实状态。违宪法律是否具有效力，并不能从违宪判断中得出结论，而是完全取决于违宪法律无效决定权的行使与否。

从立法权的行使亦应遵守宪法意志的角度上看，在我国常被认为是属于违宪法律的“不具有立法权、立法事项不属于该立法机关而为立法”等情形，应该认为它从一开始就是无效的，这种绝对无效的情形不需要什么法律程序来废除它们，因为这些情况应该是不在法律制度之列的，不属于我们这里所讨论的违宪法律的范畴。然而，出于执行方便性上的考虑，在法律上，对于“不具有立法权、立法事项不属于该立法机关而为立法”等情形的处理，我们仍然可能规定两种方式：（1）法律秩序规定了某一作为规范出现的事物从一开始就无效的条件，以至于它不需要在法律程序下被废除；（2）法律秩序规定了一种废除程序，其目的在于确定，在特定场合下，是否这些条件已经具备，该规范是否真正由一个非主管机关或由一个没有资格发出法律规范的人所发出，等等。这两种方式有何差别呢？从法理上看，后者由有权机关做出一个决定。这个决定，是一个构成性的因素，它有固定的法律效果：没有这一行为以及在这一行为以前，有关现象就不能被认为是无效的。而前者则是属于绝对无效性的情况，是不在法律制度之列的。作为这两种处理方式的综合，我们可以西

〔8〕“违宪无效”这一规定的重要性在我国并没有引起人们足够的注意。例如，许崇德教授的《中华人民共和国宪法史》、蔡定剑先生的《宪法精解》中，都没有关于“违宪无效”争论的任何历史记录（可参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社2005年；蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年）。事实上，自现行宪法实施以来，全国人大和全国人大常委会没有宣布过一个规范性法律文件违反宪法而无效。只是在1990年香港基本法和1994年澳门基本法通过的同时，宣布过这两个基本法符合宪法。笔者以为，现实中的这种状况可能也可部分归咎于宪法中“违宪无效”规定的缺失。

〔9〕Jibong Lim, *A Comparative Study of the Constitutional Adjudication Systems of the U. S., Germany and Korea*, 6 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, p. 150.

〔10〕〔奥〕汉斯·凯尔森：《立法的司法审查——奥地利和美国宪法的比较研究》，张千帆译，载《南京大学法律评论》2001年春季号。

德的情况来作一个注解。“法规命令是否逾越‘授权法规’(Ermächtigungsnorm)的范围,联邦宪法法院也得依基本法第93条第一项规定,加以审查。至于欠缺授权法规的邦法规命令,联邦宪法法院认为命令无法律依据,所以当然无效,不致于发生抵触联邦法的问题;对于这种命令也不得申请审查。”〔11〕

违宪法律与其说是自始无效的,还不如说是可以无效的,它只是可以因特殊的理由而无效,也就是说,对于违宪法律,相关机关是否享有无效之决定权力,事实上还与违宪的理由有莫大的关系。一般而言,法律的违宪理由无非就是两种:立法者曾以宪法规定以外的方式创造了这种法律,或者给这种法律以宪法允许规定以外的内容。对此,凯尔森认为,“宪法给予这两种可能性中的第一种比第二种为优的地位。这种优先地位就体现在以下事实上,以第二种方式所产生的法律可以作为所谓‘违宪’法律,不仅由立法机关所废除,而且还可由立法机关以外的、被托对法律进行司法审查的机关所废除。”〔12〕言下之意,对于第一种情形下的法律违宪,应由立法机关自己废除,未经其自己的废除行为,该法律仍有效力。〔13〕

凯尔森这一论断的妥当性可能有待进一步考证。严格说来,法律形式或立法程序违宪的法律亦属于违宪法律,亦有无效废除之可能。然而在宪法上,鉴于法律实质(实体)违宪与形式(程序)违宪间存在着明显的不同,因此这两种违宪无效决定权力的分配状况在不同的国家中亦有差别。有的国家中,宪法审查机关不仅可以对法律内容的违宪做出无效决定,同时对于形式上违宪的法律亦有权进行审查并对其效力做出决定。例如,西德基本法第93条就规定,“当联邦法或邦法,在形式上或实质上是否符合基本法,或邦法是否符合其他联邦法,发生争议或有疑义,经联邦政府、邦政府或联邦众议院三分之一议员的声请时”,联邦宪法法院得裁判法规审查案件。而在美、日宪法审查制度下,一般来说,违宪法律无效决定权通常是针对实体内容违宪的情形,〔14〕美国的斯坦曼就曾经指出只有在这种情形下,“这些宪法规则才是适用的,因为法官只有在这种情形下才被要求认为违宪法律无效。”〔15〕

有必要注意的是,对于违宪法律之废除、废止、撤销(以上三个词的英文均为 annul/repeal)与“使无效”(invalidate/void/nullify)这几个概念,它们在汉语各大词典中的解释大体相同,均可表示“使法律不复存在”或“取消其效力”的意思。对这几个概念,鲜有人做过专门性的概念区分,在我国的各种法学教科书中亦常混同使用。〔16〕笔者以为,“废除”虽然可以表示“无效”,但是不同国家的用语使用倾向还是略有不同。例如,在德国宪法审查制度下,宪法法院一般只作无效宣告;〔17〕在奥地利宪法中则规定宪法法院可废除违宪法律;在美日型宪法审查制度之下,法院通

〔11〕 施启扬:《西德联邦宪法法院论》,台湾商务印书馆1971年版,第186页。

〔12〕 前引〔4〕,凯尔森书,第177页。

〔13〕 需要特别指出的是,对于立法者能否废除自己以前所制定的法律,尚有不同意见。内森·克利福德(Nathan Clifford)等多数派在“赖斯诉铁路公司案”中就认为,国会立法如果已经赋予了人们一定的土地利益的话,那么国会可以通过废除法案,也可以剥夺它。对此,塞缪尔·纳尔逊(Samuel Nelson)有不同看法。Rice v. Railroad Co., 66 U. S. (1 Black) 358-383 (1862)。

〔14〕 在美日国家中法院亦得以享有“形式审查权”,但是界限颇多。日本宫泽俊义教授就曾指出,对于“国会议员资格争讼”以及“法律在议会是否按照规定的多数通过,会议是否有法定人数出席,计票是否无误,会期的召开是否合法等等”,从权力分立原则的精神来说,解释为不需要法院审查的情况居多。参见〔日〕宫泽俊义:《日本国宪法精解》,董璠译,中国民主法制出版社1990年版,第520、587页。

〔15〕 Adam N. Steinman, A Constitution for Judicial Lawmaking, 65 U. Pitt. L. Rev., p. 551.

〔16〕 我国宪法以及立法法对于作为立法权依据的正式规定中使用的乃是“撤销”一词,但在实务上的正式文件中则一般使用“废止”一词,而“废除”一词相对较为通俗化,在正式法律文件中较为鲜见,并且通常不用以指称法律失去效力

的情形。本文若无特别说明或者进行列举,则采取的是汉语一般解释立场并以俗语“废除”统称。

〔17〕 “在西德,最初无效论一直以来处于支配地位,但最近提出了从最初无效论向取消论转变。”〔日〕佐藤幸治:《法と司法》,日本评论社1984年版,第234页。

常只可做法律违宪无效之宣告。

之所以在用语上会有这种差异，可能与这些概念本身的内涵有关。一般来说，“废除”、“废止”、“撤销”这几个词更强调了一种使法律普遍或一般无效的意思，而“无效”之用语则可以是一般无效与个案无效，相比之下可能兼容性会更强一些。

由于欧洲大陆国家的宪法审查机关一般都具有高度的政治性，它们可行使部分立法机关的权力，因此上述各词基本上可替代使用，一般并无不妥。然而，在美国宪法审查制度之下，违宪判断权与违宪废除权则是由不同性质的机关来行使的，违宪判断权由法院系统来实行，^[18]而违宪废除权则归于立法机关。^[19]“宪法并没有明确地赋予司法废除国会法律的权力……法官应该审视宪法结构以试图发现司法审查该如何最大可能吻合这一构架下的方法……而联邦各州之间和联邦与州政府间的结构与关系可能是最有益处的方法。”^[20]当然，司法机关违宪法律废除权的缺失并不意味着其没有违宪无效决定权，相反，在以往的法院判例中我们可以发现众多违宪无效的宣告。但是，法院对于违宪法律的判决结论虽可宣示自始无效，但只能于个案中拒绝适用，并不能彻底废除该违宪法律。换言之，其他机关与个人仍应遵守该项法律。“同样是判定法律、命令内容之违宪，一般法院附随审查型只具有个别效力，该法律、命令针对该事件无效，但法律、命令在尚未改废之前仍继续存在。”^[21]因此，在美国宪法审查制度之下，法院享有违宪判断权与个案无效决定权，但没有“违宪法律”的废除权即一般无效决定权。

就日本而言，尽管宪法第81条规定了“最高法院是有决定一切法律、命令、规则以及处分是否符合宪法的权限的终审法院”，但是，一般认为日本法院并没有法律的废除权。日本宪法学对此有进一步发展，认为法院虽然不能彻底废除某项法律，但是可对立法机关提出修改或废止的要求。如芦部信喜教授就认为，“即使在附随性审查制度中，也有‘字面无效’的判决，而且，虽说是属于个别效力，但也要求其他国家机关对最高法院的违宪判决予以充分的尊重，从而，这应该被视为宪法期待如下措施，即：国会应采取迅速修改或废止被宣告为违宪的法律，政府应该采取制止其执行，检察方面则应该采取不据此进行起诉。”^[22]

我国宪法第62、67条中规定全国人大及其常委会有权“监督宪法的实施”，学者大多把“监督宪法的实施”权力等同于宪法审查（违宪审查）权力。然而，问题在于，“监督宪法的实施”权力到底该包括哪些权力呢？从一般意义上理解，一个完整的“监督宪法的实施”权力至少应该包括上述“违宪判断权”与“违宪无效决定权”两方面的内容。倘若依此反思我国宪法第62、67条之规定，在法律的违宪方面，我国的宪法有关“违宪无效决定权”的规定上可能存在着内在逻辑问题。

[18] 在美国，宪法审查判断权独归于法院行使并非没有异议，Alexander Bickel在其名著《最小危险的机关》中就指出，“马歇尔的结构解释可能并不太正确，因为它将‘证明更多’——它能证明不是司法机关是宪法的最高解释者，（从制衡的角度上Bickel主张）而是每一机关都有对其他机关进行宪法判断的宪法审查权力（Bickel跳出这一范式而预示的一个结论）”。Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2d ed., Yale University Press, 1986, pp. 3-4.

[19] 可能有学者不同意美国“违宪废除权归于立法机关”这一说法，这并不足以为奇。在美国制宪史上就曾就此争论过，汉密尔顿的回答是：“如谓立法机关本身即为其自身权力的宪法裁决人，其自行制定之法其他部门无权过问；则对此当作以下答复：此种设想实属牵强附会，不能在宪法中找到根据……远较以上设想更为合理的看法应该是：宪法除其他原因外，有意使法院成为人民与立法机关的中间机构，以监督后者局限于其权力范围内行事。”这一观点似乎赞成法院具有废除违宪立法的权力，然而汉密尔顿的本意实非如此，因为他在其后进一步指出：“以上结论并无假定司法权高于立法权的含意。仅假定人民的权力实在二者之上；仅意味每逢立法机关通过立法表达的意志如与宪法所代表的人民意志相违反，法官应受后者，而非前者的约束，应根据根本大法进行裁决，而不应根据非根本法裁决。”这实际上暗示了法院或法官的这种监督权只存在于特定个案的司法适用中。有关汉密尔顿的相关观点可参见前引〔1〕，汉密尔顿、杰伊、麦迪逊书，第392页以下。

[20] Jed Handelsman Shugerman, *A Six - three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court*, 37 Ga. L. Rev., p. 947.

[21] 许庆雄：《宪法入门》，元照出版公司2000年版，第456页。

[22] [日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社2006年版，第341页。

当然,法律之违宪,在我国人民代表大会制度之下,实际不太可能发生,但在学理上仍然有探讨之必要。

首要的问题当然在于“监督宪法的实施”权力是否包括了撤销权?笔者以为,从宪法第62条第11项把“撤销权”与“监督宪法实施权”并列的结构上看,^[23]立宪者似乎已经强调了“监督宪法实施权”并不包括“撤销权”,它们两者应该是平行而不同的权力。倘若这一理解正确的话,则应该认为我国宪法中全国人大并没有撤销自己制定的法律的权力,而立法法第88条亦秉承了这一立法宗旨。

从形式上看,我国法律的违宪,可能存在两种情形:一种是全国人大常委制定的法律违宪;第二种则是全国人大制定的法律违宪。对于第一种违宪,我国宪法并没有规定全国人大常委自身可以撤销法律。当然,它可于全国人大会议召开期间,通过提出议案的方式,由全国人大依宪法第62条第11项之规定,通过撤销权的行使来实现。或者,全国人大常委可依宪法第67条第2、3项之规定,通过“修改”法律的行为来实现。而对于第二种违宪的情形,可能采用的调整方式有:①由全国人大依宪法第62条第3项之规定,通过“修改”法律的方式予以实现;②由全国人大常委依宪法第67条第3项之规定,通过“对全国人民代表大会制定的法律”进行“修改”的方式实现;③由全国人大依宪法第62条第1项之规定,直接“修改宪法”而达成违宪状态之消除的目的。当然,一般情形下,上述第③项方式显然不可取,亦难为大众所接受。

从可能性上看,无论是全国人大制定的法律还是全国人大常委制定的法律,在出现违宪的情形时,最有可能采取的调整性措施当属“修改”。然而,“修改”虽然亦得以扩大解释为包括了对任意法律条款之增删行为,且对可修改之比例在宪法中亦无明确的限制,但是与“撤销”之间仍然存在差别,如在整个法律违宪的情形下,仅可“撤销”而难以“修改”。

三、违宪法律的对象效力范围

由于宪法审查机关在判断某项法律违宪时,并不一定会宣布该法律立即无效,因此,该违宪法律在无效决定作出并且生效前仍然有效,得以约束有关的对象。然而,对于一项已被判断为违宪的法律,其对象效力范围的真正问题在于:当该法律的无效决定生效时,该违宪法律将于何种对象效力范围内丧失其效力。对此,有一般无效(对世无效)与个别无效(个案无效)间的差别。

在一般无效的情形下,一项被宪法审查机关做出违宪无效决定的法律,其无效的结论将具有普遍适用性。具体而言,倘若一项法律经有权机关审查后认为,该法律违反宪法的要求,从而宣布其为无效,则该无效性将会普遍适用于所有相同的案件中,约束一切机关、组织或个人。而在个别无效情形中,一项被有权机关判决为违宪而无效的法律,仅可在当下争讼案件中拒绝适用,没有普遍的约束力,亦不能产生废除法律的效果。在其他情形中,有关的国家机关、社会组织或者个人仍应遵守该违宪法律。

一个国家具体该采用何种效力理论,很大程度上取决于一个国家的法律价值观念,为此就有不同做法。

一般来说,欧洲大陆的宪法审查制度,重在“维护宪法秩序”这一价值立场,同时间接地兼顾“保障个人权利”,宪法审查机关的特定宪法审查结论几乎不必与诉讼案件当事人之间有特别的“案

[23] 该项规定,全国人大有权“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”。这里,对于“不适当的决定”是否包括了“违宪法律”,可能有不同的观点。对此,笔者引用蔡定剑先生的观点来作如下说明:“全国人大常委会制定法律、决定重大事项、对人事任免的决定、对条约的批准和废除等,全国人民代表大会只要认为是‘不适当’的,而不管是否违反宪法和法律,都可以改变和撤销。”前引[11],蔡定剑书,第318页。

件关联性”。在德国宪法审查制度之下，法规的审查分为抽象的法规审查与具体的法规审查两种，而法规审查权在某种意义上看，也是由宪法法院及其他法院分别行使：宪法法院审查法规是否抵触上级规范而“无效”；其他法院则审查是否“有效”而应予适用。也就是说，一般法院在审查案件时，仅有权认定所应适用的法规是否符合上级规范而应予适用（为一种合宪性判断），但对于法规是否抵触上级规范，却无裁判的权限。在德国，一般更强调宪法法院对于“违宪法律”所作出的无效决定的“一般无效”而胜过对诉讼案件当事人的“个别无效”。对于这种无效决定，联邦或各邦的机关或法院均受其拘束。就奥地利而言，依其宪法第140条第4项和第6项之规定，“除非宪法法院另有判示外，被判决违宪的法律实施前的原有法律，应恢复其原有的法律效力。”因此，在奥地利宪法中，“违宪法律”的无效决定亦是属于“一般无效”。

美国的宪法审查制度，以“保障个人权利”为其价值核心，同时兼顾“维护宪法秩序”，宪法审查的提起必须与案件的当事人有密切的“关联性”，因此其宪法审查的结论只对特定的诉讼当事人具有“个别效力”，而无“对世效力”。美国宪法第3条第2项内容亦明确规定了联邦法院仅受理“案件”（cases）或“争议”（controversies），故如非具体案件之原因，任何抽象规范必将与法院无关。然而，虽说美国违宪法律的效力情况一般可总结出“个别无效”的特色，“违宪法律”的无效判决结论只在当下案件中适用，但是基于遵循先例的司法要求，只要其他人逐次分别提起相应的诉讼，法院就应引用此前的违宪判例来保障相关的权利。一旦此类判决形成一定的量时，这种“个别无效”实质上就转变为一种“一般无效”，形成一种“事实废除”的功能，从而使“个别无效”的立场趋向缓和。^[24]就司法实践来看，部分涉及人权事件的判决中甚至明示了“一般无效”，如有关黑白隔离违宪的最高法院判决就属于这种情形，^[25]典型案例有柯柏诉安龙案（Cooper v. Aaron）。法治斌教授在总结美国法的这一特点时也曾指出，“实则与一般无效之效果殊少差异”。^[26]

回顾美国的宪政史，注重个别价值的观念并非始终如一。19世纪中叶南北战争到20世纪30年代时期，主流观点主张司法机关所认定为违宪的法律乃是自始无效，且对任何人皆无效，形同从未制定。但此后法院的态度开始转变，回归司法的立场，并将违宪无效限于原因案件，而不具有一般效力。对此，1937年美国司法部长可谓一语中的，“经1937年最高法院的裁判后，原本于1923年认定哥伦比亚特区所制定的最低工资法的违宪裁判已被推翻，引发争论的法律当时并未消失，而仅暂时停止执行而已。如今因新裁判的出现，而重新恢复其效力；因法院根本无权废止法律，纵使认定其为违宪，该法律仍为法律而继续有效。”^[27]

在美国重视维护个人权利的宪法审查制度的影响下，欧洲大陆法系国家也开始了对自身传统的宪法审查制度的反思，并在一定程度上接受了美国的司法谦抑理论与违宪判决“个别无效”思想，近来已出现对违宪法律的“一般无效”进行克制的趋向。其中德国的溯及力倾向亦有所变化，通常也认定其事后无效或暂时保持其效力。^[28]

传统上可归类于大陆法系的日本，由于其宪法审查制度采取了美国式的附随性宪法审查制度的做法，目前其宪法学界更倾向于认同“个别无效”理论。不过，日本宪法学对此尚有进一步发展，部分学者已认识到“个别无效”与“一般无效”相结合的重要意义。^[29]

[24] 前引[9]，Jibong Lim文，第147页。

[25] 参见[日]佐藤幸治：《判の力——将来のを中心に》，载于《法学》94年第3卷第4号，京都大学法学会出版，第183186页。

[26] 法治斌：《人权保障与释宪法制》，月旦出版公司1985年版，第360页。

[27] Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Westbury, 1991, p. 28.

[28] 参见前引[5]，陈瑞堂文，第271页。

[29] 前引[22]，芦部信喜书，第341页。佐藤幸治教授并不认同这一观点。他认为，之所以会认为国会应承担修改和废除相关法律的政治道德义务或者说是法律义务，那是因为没有充分理解违宪判断与法律废除之间关系的缘故。参见前引[25]，佐藤幸治文，第210页。

四、有关违宪法律时间效力的两种学说

对于违宪法律，在承认“根据宪法，一个法律可以因特殊理由以异常方式无效”的前提下，违宪法律无效这一问题的理解直接受影响于宪法学上两种不同的学说构造体系：构成说与宣示说。在这两种学说之下，违宪法律的效力状况有所差别。

构成说认为，宪法审查机关发现法律与宪法有所抵触时所做出的使该违宪法律无效的决定，是法律违宪无效的构成要件，在该决定生效之前，法律是有效的，典型的例子体现于大陆型宪法审查制度中。^[30]依构成说，违宪法律并非自始绝对无效。在宪法法院等宪法审查机关判决违宪并决定使之无效前，其仍有效力。宣示说则认为，宪法审查机关对于法律违宪的判断与无效的决定，只是对于法律违宪的事实进行确认与宣示，这种确认与宣示乃至无效决定并不构成“违宪法律”效力存否的构成要件。换言之，法律违宪，不论宪法审查机关是否判断其为违宪以及是否使之无效，其自始至终就处于违宪状态之中，宪法审查机关的判断与无效决定只不过是將这种违宪状态进行了宣示，并无任何实质的意义，其无效的情形应为自始无效。“违宪法律本身当然是违宪的，并非基于法院依其职权宣告其为违宪而违宪……法院不过是将该法律违宪之事实加以确认而已，而非由法院形成其违宪之性质。”^[31]

“违宪法律”这一用语表示，“违宪法律”虽然违宪，但它仍然是法律。作为法律，它始终是有效力的，否则就不是法律。虽然它是法律，但是它是可以被决定为无效的。然而，在上述两种不同的学说里，可决定违宪法律为无效的程度则有所不同。在宣示说中，违宪法律从一开始就是无效或已被宣示为无效，从而有关的无效决定可追溯既往地使该法律无效，以至于以前依该法律所产生的所有法律效果都可以被取消。然而，在构成说中，宪法审查机关的违宪无效决定具有一种构成性，在违宪法律无效决定生效之前，该法律就不能被认为是无效的。

五、违宪法律的时间效力范围

违宪法律的时间效力范围，指的是违宪法律何时生效以及何时失效，亦即违宪法律在时间上的拘束范围。由于违宪法律仍然是法律，而法律总是有效力的，因此要确定违宪法律的时间效力范围，关键在于确定它何时起失效。在宪法学上，违宪法律之自始无效与将来无效这两个问题是有关争论的焦点之所在。

（一）违宪法律的自始无效

由于违宪法律在被有权机关判断为违宪并决定使之无效前必然已经生效，因此，关于违宪法律自始无效这一问题之核心就在于：一个违宪法律的无效决定是否可溯及既往使该法律自始无效。

在传统的“法不溯及既往”观念的影响下，大陆法特别是奥地利法中，一般认为宪法审查机关所做出的违宪法律无效的决定仅能对将来发生效力，无效结论不会产生溯及的效力。^[32]从逻辑上看，这样显然存在着有待自圆其说的问题，因为依法律体系一致性理论，抵触宪法的下位法律法规

[30] 参见 [日] 和田英夫：《大型制》，有斐阁 1979 年版，第 58 页。

[31] E. S. Corwin, *The Higher Law Background of American Constitution*, 42 Harv. L. Rev., p. 149.

[32] 奥地利的违宪判决原则上无溯及力，但对于“原因事件，且在宪法法院可在判决中论知废除效力及于某些事实”，却有例外的情形。参见奥地利宪法第 140 条第 7 项规定：“宪法法院废除违宪的法律或依第 4 项宣告法律违宪的，所有法院及行政官署均受此项宣告的拘束。宪法法院若未于废除判决中另行说明，该法律除原因案件外，仍适用于废除前已完成的事实。宪法法院若于废除判决中依第 5 项规定指定生效日期的，则该法律除原因案件外，仍适用于该项日期前已完成的事实。”

无疑应该是当然且自始无效，而有权判决的机关也仅是进行违宪无效的宣示而已。对此，凯尔森的纯粹法学提出了巧妙的诠释：“当一个法律并不曾被废除时，那么，在它和宪法有矛盾这种意义上说，它还是‘合乎宪法的’而不是‘违宪的’。因而，这一法律仍应是有效力的这一点还是宪法的意志。”^[33]深受凯尔森“宪法意志说”影响的我国台湾地区宪法审查实务中，大法官对于违宪认定向来不宣告无效，而是宣示为“应不再适用”、“停止适用”（针对法律、命令）或“不再援用”（针对判例），并认定与宪法意旨相抵触的法律于一定时间内修正，逾期始失去其效力或停止适用。

然而，在奥地利宪法审查制度下，严格适用违宪法律无效的决定不溯及既往的效力理论，会产生荒谬而违反正义的结果。最尴尬的例子是，原告依据宪法禁止课征财产税的规定，对征税的国家机关提出诉讼时，纵使宪法法院接受原告的主张，原告仍要缴纳税金，因为原告的纳税义务是在宪法法院判决之前就有的，也就是当该法律仍然有效时就存在。为此，奥地利曾于1929年修改联邦宪法时作了若干改进，但仍没解决其中的问题。

意大利和德国，对于违宪法律无效决定的溯及力问题，采取了某些与奥地利不同的做法，承认违宪法律无效决定在刑事法律上的一定溯及力。西德联邦宪法法院对于法律违宪的无效判决，对于刑事案件有“特别待遇”，“于为其基础之法规被宣告无效后，均得申请再审。其他民事及行政案件，则必须考虑法之安定性，故除本例外，一概无溯及之可能，仅不得执行而已。”^[34]

对于违宪法律无效决定的溯及力，大陆法系采取这种谨小慎微态度的原因在于对制度安定性的考虑。法律虽然违宪，但它一经公布施行，人们便会对它形成法上的信赖并依此而行为，倘若因其违宪的原因，使该已经生效一段时期的法律法规溯及既往而无效，则以往依照该法律法规所为的所有判决、裁定、行政行为以及各种法律关系统统归于无效，而新的规范又尚未形成，这既会导致既有的法律关系产生混乱，又会形成法律法规的脱节而无所适从，从而对法的安定性产生极大的纷扰后果。

美国的宪法审查制度下，似乎不应该有这类溯及力问题的困扰。因为法院有权审查法律的内容，以判断是否违背宪法，对违宪法律可因其违反“上位法规范”而宣告其自始绝对无效。法院只不过是行使宪法审查权能，发现法律与宪法相抵触时，作出“确认违宪判决”。对此，艾森伯格（M. A. Eisenberg）教授明确指出，“通过判例建立起来的规则经常被适用于案件判决以前发生的交易，适用于判决以前发生但却非常可能遭到法律异议的所有同类交易活动。在这个意义上，普通法的判决是有溯及力的。”这种理论的根据，在于“支持原则”，也就是“一条新宣示的规则来源于可获得的法律渊源和社会渊源”，从而，“根据可重复性原则，即使在新规则宣示以前，法院藉以建立一条新规则的过程也可以由律师予以复现”。而上述两个原则“证明了这种溯及力的正当性和可接受性”。^[35]

日本宪法学中，对于违宪法律无效决定的溯及力问题，一直以来就有一般性溯及和原则上不溯及两种不同的见解。然而，两者都强调了最高法院的违宪判决所加诸再次检讨以前判决的义务所带来的混乱以及影响法的安定性问题。另外，把判决作为法的效力来看，亦有批评者基于个别性效力说的立场上指出，即使是关于过去的适用事例也被要求采取最大限度可能的救济措施。关于这点在日本宪法学中是没有异议的，佐藤幸治教授更是详细阐述了其中的具体适用情形，“一般认为要求宪法为国民的权利、自由提供彻底的保护，所以当有利于保护国民的权利、自由时，违宪判决的效果应理解为能够一般性的溯及既往……概而言之，相对于民法、行政领域一般不溯及既往，在刑法特别是刑事实体法领域溯及既往被理解为是其原则（即使是有关刑事程序的情况中，在影响事实认

[33] 前引〔4〕，凯尔森书，第177页。

[34] 前引〔11〕，施启扬书，第198页。

[35] [美] 迈克尔·艾隆·艾森伯格：《普通法的本质》，张曙光、张小平、张含光等译，法律出版社2004年版，第166页。

定的时候也应该考虑溯及既往)。”〔36〕

法律违宪的无效决定究竟有无溯及力的问题,亚当斯教授(G. Adams)曾经指出,要贯彻或抛弃溯及力效力理论,美国或者欧洲意、德等国都一样会遭遇困难,从而,“大陆型宪法审查制度下的意、德宪法法院,终于走到几乎与美国法院结论相同的境地,也就是违宪的法律,在刑事案件上认为溯及既往地无效;相反地,在民事案件中则非溯及地无效。”〔37〕

在法的体系性、安定性、正当性以及平等性等多重价值目标选择面前,各国制度各有千秋。奥地利在坚持其无溯及力原则的前提下,宪法法院所作的废除法律或命令的结论,除原因案件例外地有溯及效力外,原则上均向将来发生效力。然而,这样可能会造成与原因案件相似的其他案件存在不平等法律待遇的问题。为了维护法律秩序的稳定性,宪法亦授权宪法法院可酌情裁量指定废除决定的生效日期,使经宣布为违宪的法律法规在一定期间内继续有效,这样既可给立法者充分的准备时间以制定新法或修正法律,又可减轻当事人对信赖利益的损害,从而兼顾法理与事实,调和法的安定性与正当性,避免全面性不溯及既往所产生的种种不利后果。在德国宪法审查制度之下,虽然违宪法律的无效决定有一定的溯及力,但宪法法院在判决时总是有所衡量,常规避违宪无效之宣告,而代之以违宪确认判决、诉外的法效果命令或警告性判决以及将来效力判决等方式。

在美国,一种晚近出现的“移动式溯及既往原则”(ambulatory-retroactive doctrine)尤为值得关注。〔38〕美国法院传统上是采取了溯及既往的观点的,也就是违宪自始无效理论。Holmes大法官就曾直截了当地说过:“司法裁判溯及既往的历史已近千年。”〔39〕如果从司法裁判效力的英国历史算起,这并不为过。然而,由于溯及既往的立场并不能兼顾到法律的可预期性、交易安全性以及裁判的既判力等问题,美国法院从20世纪开始反思并修正这一立场,较为突出的理论有“推定有效”(presumption of validity),“个案判断”(case-to-case)等。在1965年Linkletter v. Walker一案中,最高法院更是认为宪法既无要求亦未禁止溯及既往,故法院得于个案中,自行决定应该采取何种立场。其后,最高法院在民事案件判决中亦采取了类似的见解,并在Stovall v. Denno案中正式宣示了溯及既往的三个标准:新标准的目的、执法机关对旧标准的依赖程度以及可能对刑事司法的影响。这种立场的变化最终导致了“移动式溯及既往原则”出现。然而,即便如此,新的问题又出现了。“移动式溯及既往原则”固然有弹性适用的灵活性,但因同时赋予了法院宽广的裁量空间,不仅易导致法官恣意下的不平等的问题,而且还使法院具有某种程度上的立法机关的功能,因此批评责难之声亦不绝于耳。〔40〕在这种情势下,最高法院于1987年Griffith v. Kentucky案及1993年Harper v. Virginia Department of Taxation案中,重新界定刑事及民事案件有关溯及既往的标准,认为裁判中所建立的新规范除本案当事人外,仅对已提起的其他案件有效而已。

此外,近年来美国法庭还越来越多地使用一种被称作“无溯及力的推翻”(prospective overruling)的技术。在这种技术中推翻没有完全的溯及力。在最简单的案件中,新规则仅适用于现下的交易(即正被审理案件中的交易),但不适用于判决以前发生的其他任何交易。此外还有许多变化形式。在一些案件中,连现下的交易也不适用新规则。这种变体有时被称作“纯粹无溯及力的推翻”。〔41〕

〔36〕前引〔17〕,佐藤幸治书,第224页。

〔37〕Cappelletti & Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedent and Adoption*, 79 Harv. L. Rev., 1966, p. 1208.

〔38〕David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics*, University of Virginia, 2000, p. 186.

〔39〕Kuhn v. Fairmont. Coal Co., 215 U. S. 349, 372 (1910) (Holmes, J., dissenting opinion).

〔40〕Francis X. Beytagh, *Ten Years of Non-retroactivity: A Critique and a Proposal*, 61 Va. L. Rev., 1975, pp. 1557-1558.

〔41〕前引〔35〕,艾森伯格书,第166页。

（二）违宪法律的将来无效

一般来说，将来无效可以认为是丧失约束将来对象之效力的含义，但是在宪法学研究中更侧重于强调违宪法律在无效决定做出之时不失效力，其无效于将来某一时间才发生的那种情形。本文倾向于后者的研究立场。

如前所述，奥地利宪法中明确规定了违宪法律并非“自始无效”，而是“得废除无效”，是面向将来的无效。就本文的立场上看，宪法法院对于违宪法律的无效，亦可以决定“于将来某时起无效”，其宪法依据主要是宪法第140条第5项的规定。^[42]同时，依奥地利宪法第140条第6项之规定，在法律或命令违宪时，宪法法院可另订失效的日期，惟前者不得超过1年，后者原则上亦不得超过6个月。奥地利的这种制度能在维持违宪法律无效决定向将来生效的原则下同时赋予有关机关一定的弹性，故颇有合理性，亦为土耳其及南斯拉夫等国采用。然而其弊病也很明显，由于违宪法律仍可继续有效，必然产生与法律的正当性、权威性、合宪性相违的困扰，而赋予宪法法院失效日期决定权亦有可能渗入政治斡旋的空间而使宪法法院置身于政治风雨之中。

在德国宪法审查制度之下，与违宪法律将来无效问题有关的是“将来效力的判决”。“将来效力的判决”指宪法法院在宣告法律违宪的同时，又规定该法律在新法律公布前，至迟于某日期前，仍可适用。此判决形式与奥地利宪法法院指定违宪法律失效日期的判决相似，具有将来无效的性质。^[43]

美国普通法中，对于违宪法律，通说乃认为应为自始且永久无效，其无效性是贯彻始终的，按理说并无谈论违宪法律于将来无效的意义。然而，在宪法审查实践上，“将来效力判决手法也应用在医院定额不均衡问题、黑人歧视问题、宗教关系、学校财政援助问题等等领域上。”^[44]而且，“实际上，在现在的美国，据说被崇拜的违宪的法律原本是无效的这一理论在这个国家已经失去支配力许久。人们认为现在法院在当事人依据某些法律乃至先例发生的行为这样的情况下，或者在判决中提出具备溯及效力过于严厉或者麻烦的问题这样的情况下，一般采取将来效力判决方法来代替溯及效力的判决方法。”^[45]在一些案件中法院也曾经判示过，新规则适用于未来某一指定日期后发生的交易，在此之前则依然适用旧规则。在“斯潘尼尔诉山景学区621案”（*Spanel v. Mounds View School District No. 621*）中，明尼苏达州法院推翻了市政豁免规则。然而，法院不但没有将新规则适用于当下的交易，而且将新规则的生效日期延至明尼苏达州立法机构下一个会期结束之日。这种变体有时被称为“预期的无溯及力推翻”。^[46]

在日本，尽管目前尚未出现违宪法律于将来无效的宪法案例，但是围绕这一问题而展开的讨论则为时已久。学者们在讨论这一问题时经常援引美国的相关案例，至今已有相当丰硕的研究成果。而于司法实践中，不少学者都认为，昭和51年的议员定额不均衡的违宪判决已开将来无效判决的先河。“议员定额不均衡违宪判决，曾以情势判决的法理中也包含了‘基于法的一般性基本原则’之要素为由，对此加以了适用……如果将此见解加以推展发挥，那么，法院不只是止于宣告选举违法，而且作出了将来效力判例，即判定选举无效，但只是让其效力自开会中的国会或即将召开的国会在其会期完全终了之时开始发生（要求国会在此期间自主矫正），这至少在有关议员定额不均衡

[42] 奥地利宪法第140条第5项的规定，“宪法法院判决废除违宪法律的，联邦总理或主管的邦首长有义务立即公布该项废除。第4项的宣告情形亦准用之。宪法法院若未对该项废除指定生效日期，自公布之日起生效。宪法法院指定生效日期不得超过1年。”

[43] 参见林锡尧：《论人民声请解释宪法之制度》，世一书局1984年版，第221页。

[44] 前引[17]，佐藤幸治书，第237页。

[45] 同上书，第236页。

[46] 前引[35]，艾森伯格书，第166页。

的诉讼上,也可理解为作为例外乃是可行的。”〔47〕

(三) 两种效力的并存

在奥地利式宪法审查制度之下,由于宪法法院对于违宪法律效力的废除,除该原因案件外,原则上非指该法律自始无效,而是指将来无效。因此,一般并无违宪法律自始无效与将来无效交织下的这一复杂问题。然而,在德、日等国同时兼采“分类无效”(指违宪法律的无效性会依不同的内容有不同的无效状态)的理论与实践之下,则极有研究这一问题的必要。

当然,对于法律既被宣告为违反宪法,而又指定于将来日期使其嗣后始失其效力者,究竟其于实践中的妥当性如何,亦有待进一步检讨,至于内中的相关问题或许我们可从台湾的宪法审查实践中得以窥其一斑。依我国台湾地区大法官释宪字第185号及188号的解释,“确定终局裁判所适用之法律或命令,或其适用法律、命令所表示之见解,经本院依人民申请解释为与宪法意旨不符,其受不利确定终局裁判者,得以该解释为再审或非常上诉之理由。”也即是大法官对于宪法解释的效力,对于申请人据以申请的案件,具有溯及既往的效力。〔48〕而大法官宣告法律违宪后至所宣布法律仍有效期间未届满前,依该法律而对第三人的不利处分,该第三人亦可主张该不利处分所依据的法律或命令违宪而请求废除。因此,我国台湾地区大法官释宪中刻意使违宪法律在一定期间不失效力,藉以维持法律秩序的目的,不仅不能达成其适用的结果,反而将引起进一步的讼争。从而此“延缓失效”制度是否具有现实的妥当性,亦值得怀疑。

Abstract: Whether the unconstitutional law is valid or not depends not completely on an “unconstitutional” conclusion, but on the state of validity of such conclusion. Different countries have different ways to deal with the unconstitutional law, but some rules can still be found. The validity in terms of object relates closely to the legal value of safeguarding constitutional order and ensuring civil rights. The unconstitutional law can be void generally or void specifically, and its validity in terms of time depends on different doctrines of “constituting” or “announcing”. A key problem of the validity in terms of time is whether the unconstitutional law is *void ab initio* or *void ex post facto*.

Keywords: constitutional review, unconstitutional law, legal validity

〔47〕 前引〔29〕, 芦部信喜书, 第342页。

〔48〕 廖义男:《评析司法院大法官对“依法行政原则”之解释——专论法规命令之宪法审查》,载李建良、刘孔中主编:《宪法解释之理论与实务》第1辑,中央研究院中山人文社会科学研究所1998年版,第72页。