



## 談司法審查制度的發展

——2010年4月29日於國立中興  
大學惠蓀講座演講實錄\*

### **The Development of Judicial Review: The Lecture for Hui-Sun Chair of Chung-Hsing University at April 29, 2010**

翁 岳 生\*\*

Yueh-Sheng Weng

#### 要 目

壹、開 場	柒、司法機關作為憲法守護者
貳、司法審查制度發展的前提	捌、台灣司法審查運作的發軔
參、我國司法院組織的架構	玖、宣告違憲規範無效的方式
肆、審檢分立的調整——第一件 違憲審查釋字第八十六號解 釋	拾、大法官作成解釋的內部機制 拾壹、大法官解釋的效力 拾貳、有關國家組織之解釋
伍、司法院組織的改變——行政 訴訟制度之改革	拾參、大法官解釋的政治效應 拾肆、大法官意見的多元化
陸、司法審查的抗多數困境	拾伍、結 語

\* 本演講稿註腳及標題，由中興大學財經法律學系系主任李惠宗參酌演講內容添註，並經演講者審閱。

\*\* 前司法院大法官並為院長。

## 壹、開 場

各位老師各位同學，今天很高興能有這個機會，來中興大學和大家見面，因為大概二十年前來過一次，也是應邀來演講，但是已經很久沒到中興大學來了，今天能夠有機會來和各位見面，實在是非常的高興。剛才李惠宗主任有些過獎的話實在不敢當，因為假如我在實務界能工作比較久一點，那也是時代的背景，並不是因為我有甚麼特殊的地方，現在我們就來開始談論正題。

## 貳、司法審查制度發展的前提

司法審查制度發展，是要司法權已經發展到了某種程度才能夠談到的。大家知道，首先提倡司法獨立的法國政治學家孟德斯鳩，他那個時代是沒有所謂的「司法審查」(judicial review)這樣的觀念。孟德斯鳩當時所說的司法，只是民、刑事訴訟的審判。孟德斯鳩當時的想法只是希望，行政和立法不要干涉法院的審判，讓法院有獨立的審判空間。至於制衡，他雖有主張，但當時他談的制衡，不是法院能夠去制衡行政或制衡立法，他所謂的「制衡」，是指行政和立法相互之間的問題，孟德斯鳩甚至講過一句話：「司法在某一方面看起來等於零。」為什麼呢？因為司法沒有制衡其他國家權力的力量，我們看孟德斯鳩的理念以及依此理念為憲法基礎的美國憲法就可以了解。

美國憲法實踐三權分立，司法權的地位崇高，與行政、立法鼎足而三，但憲法本身並沒有規定司法審查。美國憲政實務上的司法審查是在一八〇三年，由美國最高法院透過案件的審理而確立的<sup>1</sup>，不是因為憲法有明文規定。所以違憲審查這個問題，首先，要一個國家的司法權能夠達到某一種地位，至少能夠完全獨立，第二，司法能夠發揮制衡的力量，才能夠談到這個司法審查。那審查什麼呢？審查不外

---

<sup>1</sup> 請參劉慶瑞，美國司法審查制度之研究，載比較憲法，1973年10月，頁1以下。

乎就是審查法律有無違憲，或命令有沒有違法或者是違憲，比如說我國憲法第一七二條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」本條所規定的審查，不一定只有法院才可以審查，憲法第一七二條不像第一七一條一樣有第二項，第一七一條規定：「法律與憲法牴觸者無效。法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」法律有沒有牴觸憲法，就由司法院來審查，由司法院來決定，那麼司法院這個權限，根據我國憲法第七十九條第二項規定，是由司法院設大法官若干人解釋憲法或者統一解釋法令。

如此，我國憲法已經有明文規定司法審查了。我們的憲法雖然是戰後的憲法，在我看來，我常常稱它是「戰前憲法」，為什麼呢？我指的憲法的本文（非指憲法增修條文）具有戰前憲法的特色，因為憲法的起草人張君勳先生起草憲法時參考的是戰前憲法，尤其是當時德國的威瑪憲法，我國憲法可以說受到威瑪憲法很大的影響，所以我常常說我們的憲法假如要歸類的話，是歸類在戰前的憲法，因為不是參考戰後的新憲法的發展而制定。但是唯有司法權有跟上時代的潮流，為什麼跟上時代呢？因為抗戰的時候，我們的盟友就是英美，我們的敵人就是大陸法制的國家，主要是德、日，所以在抗戰後期時，很多人認為我們的法制是否應該改成英美法，這種聲音越來越大，所以現在我們說大法官，在憲法裡面，憲法草案提到大法官，這個大法官的制度就是源自於英美法，因為大陸法系中沒有法官、大法官（judge, Justice）這種區分，英美法系才有這種區別，這是英美法系的觀念。所以在制憲政治協商會議（民國三十五年）的時候，就有設大法官這樣的想法。因為有英美法系國家的影響，當時大家希望制定憲法的時候，把這種制度放進去。在制憲國民大會裡，孫科先生代表政府說明憲法草案，他就主張司法院就是美國的最高法院，他這樣講了不只一次，也因此一直到現在，仍有爭議，我們的司法院，依憲法第七十七條是最高司法機關，要掌理民事、刑事、行政訴訟、公務員的懲戒。

## 參、我國司法院組織的架構

司法院有這麼多權限，但是司法院現在只有大法官在解釋憲法，至於民事、刑事、行政訴訟審判及公務員的懲戒，司法院本身沒有行使此項權限，而由所屬的機關行使，過去只有最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會，不包括地方法院及高等法院。會有這樣的爭議也不是現在才有，我國憲法是制憲國民大會在民國三十五年十二月二十五日通過，於民國三十六年一月一日公布，同年十二月二十五日實施。司法院組織法於憲法公布當年三月三十一日公布，該組織法規定，司法院設民事庭、刑事庭、行政裁判庭、公務員懲戒會、大法官會議等，就是秉持說司法院是朝美國最高法院那樣的方向去規劃。但司法院組織法一公布，就有許多爭議，因為沒有最高法院院長的職務，也沒有行政法院院長，所以他們就聯合起來抗議反對，當時局勢很亂，也因為如此，爲了要實施憲政，在當時中華民國政府看起來，這是小事，所以在民國三十六年十二月二十五日行憲日，爲了能夠順利行憲，立刻修正司法院組織法，所以大家可以去看，司法院組織法第一次修正是甚麼時候？就是行憲的那一日<sup>2</sup>，爲的就是要呼應憲法的實施，改爲司法院設最高法院、行政法院，公務員懲戒委員會維持現狀，使憲法能順利實施，所以每次談到司法改革<sup>3</sup>，這個問題一直到現在還是爭執不休，就是因爲當時我們確實是受到美國法很強的影響。爲了要安撫這個聲音，當時國民政府還請留美的學者，他們最崇拜的一位學者，哈佛大學法學院的院長羅斯科·龐德（Roscoe Pound）先生來擔任司法行政部的顧問，當時是在大陸，來考察我們

<sup>2</sup> 民國36年3月31日公布之司法院組織法第4條規定：「司法院分設民事庭、刑事庭、行政裁判庭及公務員懲戒委員會。前項各庭會之組織，另以法律定之。」第1次修正於36年12月25日，該條條次移至第5條：「司法院設最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會。前項各院會之組織，另以法律定之。」

<sup>3</sup> 有關司法改革的歷史背景及其歷程，請參拙著，司法改革十週年的回顧與展望，載司法改革十週年的回顧與展望會議實錄，2010年3月，頁13以下。

的司法體制。當時龐德先生說：「你們的法律還不錯，民法，刑法定得也不錯，有問題的是法院，法院要改良，監獄也要改良，至於民、刑法不用改了」，才把這個聲音平息下來。

### 肆、審檢分立的調整——第一件違憲審查 釋字第八十六號解釋

後來因為國民政府撤退到台灣，在那個時代，形式上是行憲，實際上是，又勘亂又戒嚴，無法談到這些問題。當時地方法院及高等法院都隸屬於「司法行政部」（後改稱法務部），而屬於行政院體系之下。

由於監察委員五十一名之提議，監察院於民國四十二年六月六日請司法院大法官解釋，法院組織法之規定，高等法院與地方法院均由行政院所屬之司法行政部主管，此項設施是否與憲法第七十七條之規定相違背。

這是在第一屆大法官的時代，當時大法官間無法得到共識，所以第一屆大法官沒有作出解釋，到第二屆大法官才好不容易做出解釋，這是司法審查真正審查法律違憲的第一案，因為監察院請求解釋關於法院組織法的規定是否違憲？

大法官在那個時代違憲審查的第一個案件，很不容易地作成解釋，直指地方法院及高等法院依照憲法，應該歸屬司法院。因為憲法第八十二條只規定，司法院及各級法院的組織以法律定之，而各級法院的組織規定在司法這一章。同時監察院也認為，憲法第七十七條規定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟的審判，高等法院、地方法院辦理民事、刑事訴訟，怎麼不隸屬於司法院之下？所以監察院請司法院解釋，司法院也不容易解釋，因為當時在勘亂，又在戒嚴，不過最後還是在民國四十九年八月十五日解釋出來，釋字第八十六號解釋闡明地方法院及高等法院必須改隸司法院，才符

合憲法的意旨<sup>4</sup>，相關法規，也應該修正。解釋文只講到這樣，還是解釋理由書才敢講到「如此才符合憲法的意旨」<sup>5</sup>，換句話說，解釋文只有說高等法院、地方法院應該移到司法院，也不敢直接宣告法院組織法違憲，所以當此號解釋出來後，司法行政部、司法院還認真協商一番，但是因為大家爭執的是法官的任命權，行政院說這應該是行政院的職權，大家都不肯放棄這個職權，於是爭執了一陣子，說這個問題太困難了，所以應該等「反攻大陸」時再講。

後來能將這件事解決，是因為台美斷交。大家知道台美斷交是在立法委員的增補選舉熱烈進行中的時候，美國在無預警的狀態下，突然在民國六十七年十二月的十五日宣布斷交，這對整個國家來講，挫折感很大，當時蔣經國總統便趕快依據憲法規定，發布緊急命令停止選舉。為了這件事，政府希望鼓舞民心士氣，於是徵求很多人討論，國家應該要做甚麼事情，才能鼓舞民心。當時有人提議，國家賠償法早該制定卻沒有制定，後來國家賠償法也因為這樣才制定出來；接著是法院組織法，大法官釋字第八十六號既已作出解釋，卻尚未付諸實行；選舉罷免沒有法律位階的選舉罷免法，而是透過透過命令舉行選舉，因此有一些法官認為這個根本不是法律，有些地方上的選舉，法院作成不受理裁定，後來請大法官解釋，大法官才做出釋字第三十八號解釋<sup>6</sup>，說憲法依據法律獨立審判，不是只有立法院通過的才算是

<sup>4</sup> 釋字第86號解釋稱：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院及分院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院。」

<sup>5</sup> 釋字第86號解釋理由書：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事訴訟之審判。其所謂審判自係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言，此觀之同法第八十二條所定司法院及各級法院之組織以法律定之，且以之列入司法章中，其蘄求司法系統之一貫已可互證，基此理由則高等法院以下各級法院及分院自應隸屬於司法院，其有關法令並應分別予以修正，以期符合憲法第七十七條之本旨。」

<sup>6</sup> 釋字第38號解釋稱：「憲法第八十條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲

可以作為判決依據的法律。而與憲法、法律無抵觸的有效規章，法官還是應該適用。政府也藉此機會制定選舉罷免法，故台美斷交對台灣的法治建設具有非常重大的影響，例如國家賠償法對法治建設多重要啊！接著是審判獨立，原本隸屬於行政院下司法行政部的地方法院及高等法院才能夠改隸司法院，所以這些改變不是這麼容易，是經過了很多人的奮鬥、很多人的心血才有今天的成果。

當時在中央方面，這個法院改隸的「政策」必須要在當時國民黨中央黨部中常會通過，才能實施，但中常會有疑慮，雖然「七人小組」已經決定，後來還是蔣經國先生親自聽取七人小組的意見，然後由蔣經國先生將政策決定。當時的七人小組召集人黃少谷先生說：「法院要審檢分立？」當時台大醫院剛完成行台灣第一宗的連體嬰的分割手術，他說我們這個「審檢分立」比連體嬰分割的手術更困難啊。

各位現在在享受自由、民主、法治的成果，不知道這個過程是相當辛苦的，好不容易在民國六十九年七月一日地院、高院正式移到司法院，整整二十年，釋字第八十六號解釋才能夠落實，所以司法審查能夠這樣一步一步來，這是第一步。有了「司法審查」也才可以講行政控制，行政的控制就需要行政訴訟的發展。在過去，行政法院被說成是「駁回法院」，因為人民在行政訴訟上幾乎沒有勝訴希望，因為行政法院的法官對人民權利保護的意識很薄弱，很多法官都是行政官退休而來，當然會維護行政；另外很多司法院的參事要退休，往往就到司法院院長那邊拜託，因為行政法院是隸屬於司法院，所以院長的桌上常常有很多推薦信，到最後才慢慢地拒絕這種介紹函。記得是王甲乙先生擔任行政法院院長以後才開始整頓。欲將行政訴訟健全起來，人事要先建設起來，所以對於行政法院法官的人選，開始受到重視，不是相當好的人才，行政法院不會任命為行政法院的評事。我國

---

法或法律不相抵觸之有效規章均行排斥而不用。至縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」

行政訴訟體制也因為審檢分立而改變。

## 伍、司法院組織的改變——行政訴訟制度之改革

司法院有幕僚機構，以前司法院原來只有五、六十個人，因為除了大法官以外，就沒有其他的人了，其隸屬機關有最高法院、行政法院、公務員懲戒委員會，這些機關都是獨立行使職權的，在名義上雖然是下級機關，司法院不能干預其行使職權，只有司法行政監督權。審檢分立以後，司法院所屬機關，增加了高等法院及地方法院，業務也因此增加，司法院才設置各個業務廳處，一個祕書長不夠，現在要增設副祕書長。第一任的副祕書長，就是曾經擔任過行政法院的庭長，很能幹、很想做事，他在行政法院擔任庭長。行政法院沒有法庭，也從來沒有開庭過，他就第一次開庭，這樣一個想做事的人，就是後來到司法院擔任司法院副祕書長的楊建華先生，後來他也擔任司法院的大法官。他於任職副祕書長時，認為行政訴訟法應該要修正，所以司法院就在民國七十年七月成立「行政訴訟制度研究修正委員會」，當時請林紀東先生和我兩個人擔任召集人。我們到處聽各方的意見，在台北、台中、高雄舉行聽證會，修改了十多年，到了民國八十二年才完成草案，將原本的三十四條條文，變成你們現在念得很辛苦的三〇八條，就是這個委員會的成果。這個委員會也爭取到考試院司法官考試要加考「行政法」，因為司法官、律師原來是不考行政法的，所以該委員會有很多的貢獻。

那時候行政法院的院長、庭長及司法院的祕書長、副祕書長都要參加這個會議，很多很有名的行政法學者張劍寒先生、城仲模先生、涂懷瑩先生、古登美先生、吳庚先生都參加，所以這個行政訴訟能有如此的發展，能加強對行政的司法審查，也是因為台美斷交與審檢分立，這些都是有關係的，所以我說社會發展是一步一步的。

以上是在說明台灣的司法發展與政治情勢的關係。

## 陸、司法審查的抗多數困境

今天的主題是憲法的違憲審查（也就是司法審查），而不是行政訴訟的問題。

大法官原來的工作是保障人權，而司法部門最重要的角色是要維護這部憲法，要守護這部憲法的精神不被破壞。憲法第一七一條規定，法律抵觸憲法者無效，是否無效，由司法院來判斷。大家都知道，法律是由立法院根據民主程序制定，也就是說，法律是由人民選出來的民意代表制定，有充分的民主合法性。而大法官，有無民意基礎？有無民主正當性？當然，大法官的任命是總統提名，民意機關同意。而此項同意權，原先是由監察院負責<sup>7</sup>，可是後來監察院變成非民意機關，就交由國民大會，國民大會現在也已經廢除，改由立法院同意出任，都是要民意機關同意。可是立法院的同意也是只有一次，則大法官的民意基礎在哪裡呢？民意機關需要人民定期選舉，美國的大法官是終身職，因為沒有選舉，就失去了民意基礎，所以有人講，違憲審查，尤其在美國，學理上最高法院會面臨一種「抗多數困境」，也就是說，因為美國最高法院的法官缺乏民主合法性，卻可以審查法律是否違憲，甚至宣告法律違憲而無效，此種權力的正當性是有問題的。

可是這是美國的問題，因為美國憲法雖然權力分立而有制衡的原理設計，但美國的司法沒有制衡的力量，如前面所說的。在歐洲司法

<sup>7</sup> 憲法（36年1月1日公布）第79條原規定：「司法院設院長、副院長各一人，由總統提名，經監察院同意任命之。司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」但81年5月28日國民大會修改的憲法增修條文第13條修改為：「司法院設院長、副院長各一人，大法官若干人，由總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第七十九條之有關規定。」但於89年4月25日第6次憲法增修條文，因廢除國民大會，其第5條改為：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，自中華民國九十二年實施，不適用憲法第七十九條之規定。」

權之發展背景略有不同，司法審查是制憲者之選擇，此與美國的情形有異。早期歐陸的司法地位低落，而行政權卻一直過度膨脹，造成專制的悲劇，第二次大戰之後，很多人都經歷過長久的痛苦經驗，逐漸領悟應該要重用法院法官來保護憲法，保障人民基本權利。過去大家信賴民意代表，認為民意代表最可靠，可是為什麼實施憲政的德國，人民反而被國會出賣？

一九三三年德國帝國議會通過「授權法」（Ermächtigungsgesetz），讓希特勒得以命令代替法律，從形式的法律上來講，希特勒是合法地得到政權，所以戰後德國人自己也感到應予深切檢討，這並不是希特勒一個人造成，是因為當時德國（威瑪）憲法有漏洞才發生這樣的問題。

## 柒、司法機關作為憲法守護者

在德國威瑪憲法時代，憲政理論上，誰最能保護憲法，或者說，發生憲法問題，那一個機關最能發揮功能予以解決，是有爭議的。

當時德國學者卡爾·斯密特（Carl Schmitt）認為，憲法的問題應該由政治來解決，因為憲法是政治法，只能夠用政治途徑來解決，不能用司法、用法院來解決，所以聯邦總統才能守護憲法。

但奧地利法學家漢斯·凱爾森（Hans Kelsen）則主張法位階的理論，認為憲法具有規範的最高性，根據他的理論，最高位階是憲法，再來是法律，再下去是個別規範，即判決或者是行政處分，下級規範不得牴觸上級規範。下級規範的存在和構成是由上級規範來規定，他認為這跟三段論法是一樣的，下級規範有沒有牴觸上級規範，是一個事實問題，可以用審判的方式依事實認定，適用法律的方式，以解決問題，但這不應由普通法院，而是應該另外成立一個專設法院來維護這部憲法。

奧地利於一九二〇年依凱爾森這個理論成立憲法法院。但是德國一直採納卡爾·斯密特的理論，雖然針對憲法問題，當時德國也設有

國事法院，但是國事法院的功能是作仲裁，只具有機關爭議協調的功能，不是在保障人權，而是處理邦與邦之間的爭議，或是解決聯邦與邦之間的爭議，這和後來戰後德國新成立的聯邦憲法法院不同，因為聯邦憲法法院是以維護憲法，或保護人權為最重要目標。戰後德國人民認為，保障人權不能再依賴民意代表，而應提高司法機關的地位，故特別設立聯邦憲法法院，各邦也設立憲法法院，紛紛提高司法的權力以制衡行政與立法。

大家都知道，德國經過納粹時代痛苦的經驗，戰後西德所制定的憲法——基本法，就是一部充滿保障人權的憲法，基本法把「人性尊嚴」擺在基本法第一條第一個字，該條規定：「人性尊嚴不可侵犯。尊重並保護之，是國家各機關的義務。」<sup>8</sup>此外，德國基本法又把人民各種基本權的保障規定，擺在國家組織的前面，有關國家組織及任務，都排在第二十條才開始，第十九條以前都規定了人權的保障。所以基本人權的保障，是德國戰後基本法最重要的理念。那如何來保護這部憲法，如何讓基本權能夠獲得保障就是靠司法，因此設立聯邦憲法法院以外，也提高法官的地位。

德國不太願意用司法（Justiz）這兩個字，因為以前納粹德國時代，掌管法院的機關，也叫做「司法部」，但這個「司法」是統治工具的司法，因此基本法就用審判權（Die rechtssprechende Gewalt），而不稱司法權<sup>9</sup>，因為怕被誤解。接著，什麼是憲法上的法院？什麼是狹義的司法？什麼是法官？這三個概念，德國基本法特別重視。法官不是普通的公務員，法官和一般公務員不一樣。德國法律如果要將法官包括在公務員的範圍內，一定要特別規定，不然一般講到公務員，不包含法官在內，德國法制認為，法官與民意代表一樣不是普通

<sup>8</sup> 德國基本法（Grundgesetz）第1條第1項規定：「Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.」

<sup>9</sup> 德國基本法第九章（第92條至第104條）即以「Die rechtsprechende Gewalt」（審判權）為名。

的公務員，但法官是行使審判權的人，這樣的人跟國家的關係，與一般公務員要忠誠、要服從國家命令者，是不一樣的，所以公務員的概念與法官的概念應分開，官署與法院也分開，各機關不能用含糊的概念，行政官署就是行政官署，法院就是法院，將這個概念分清楚，目的是凸顯法院的地位、法官的地位用來保障人權，所以司法審查才能發展出來。

德國行政訴訟大部分的改革，也是戰後才完成的。原來德國行政訴訟制度在一九六〇年代以前，各邦並不一致，一九六〇年國會將本來各邦都不一致的行政訴訟法全部統一起來，所有行政法院的法官都要具備與民刑訴訟的法官同樣的資格。針對法官，一九六二年德國特別制定了德國法官法（*Deutsches Richtergesetz, 1. Juli, 1962*），法官法所規定的法官，無論是憲法法院的法官，或者是軍事法院的法官，只要是法官資格都一定是一樣的，所以法官的意義、法官的地位、法院的定位就完全一樣，和台灣的法制，將法官與公務員含糊化，擬將其區別淡化，有所不同。台灣這樣的制度設計，對人權的保障將有不足。

## 捌、台灣司法審查運作的發軔

法院的地位提高後，才能夠制衡行政與立法，我國的憲法，可以說是趕上這個憲政思潮，才能夠產生憲法第一七一條那樣的規定。憲法的解釋交由法院，不像卡爾·史密特說憲法的維護者是總統，總統才有權去調節政治紛爭。二次大戰之後，德國就完全用凱爾森的理論來建構憲法法院，從事違憲審查的工作，尤其是發揮保障人權的功能，德國聯邦憲法法院因此有「憲法守護者」（憲法維護者）的名望<sup>10</sup>。

<sup>10</sup> 有關德國聯邦憲法法院作為「憲法守護者」（憲法維護者）之地位，請參拙著，*憲法之維護者*，台灣大學法學論叢，第1卷第2期，1972年4月，頁327-330；*憲法之維護者——回顧與展望*，載*法治國家之行政法與司法*，2007年4

但在台灣，只要看憲法第八條規定如此詳細的程序，就知道我國憲法在人身自由保障方面，受了英美法的影響，因為歐洲大陸各國，包括德國，當時都還沒有類似的規定。我國憲法第8條的規定充滿著程序正義，大法官爲了程序正義，也做出了很多的解釋，但是所有這些解釋，都等到解除戒嚴才可以大大的發揮，什麼時候解除戒嚴？民國七十六年七月十四日，恐怕你們很少人記得，但是對我們來講，這是一個很重要的日子，從此以後大法官解釋就完全不一樣了，大法官也覺得自己應該要發揮功能，這是第五屆大法官開始不久的時候<sup>11</sup>。解嚴前最後一個解釋是釋字第二一六號解釋，釋字第二一七號解釋後已經解除戒嚴了。在釋字第二一八號解釋以後，大法官開始就宣告命令違憲失其效力，例如釋字第二二四號解釋<sup>12</sup>宣告法律違憲，釋字第二二四號是第一個明白宣告法律違憲，不像釋字第八十六號解釋說得過度委婉而未正面明確表示其違憲，釋字第一六六號解釋<sup>13</sup>也有違憲審查，但是那個連小學生一看都知道這是違憲的法律，大法官還是沒

月，頁389-410；憲法之維護者——省思與期許（主題演說），載憲法解釋之理論與實務（第6輯），2009年7月，頁1-169。

11 司法院大法官的屆次及所作解釋號次如下：第1屆（37年10月～47年8月，釋1～釋79）；第2屆（47年9月～56年8月，釋80-釋122）；第3屆（56年9月～65年9月，釋123～釋146）；第4屆（65年10月～74年9月，釋147～釋199）；第5屆（74年10月～83年9月，釋200～釋366）；第6屆（83年10月～92年9月，釋367～釋566）；第7屆（92年10月1日～96年9月30日，釋567～釋633）。參翁岳生，憲法之維護者——省思與期許（主題演說），同前註，頁146。

12 釋字第224號解釋：「稅捐稽徵法關於申請復查，以繳納一定比例之稅款或提供相當擔保為條件之規定，使未能繳納或提供相當擔保之人，喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權所為不必要之限制，且同法又因而規定，申請復查者，須於行政救濟程序確定後始予強制執行，對於未經行政救濟程序者，亦有欠公平，與憲法第七條、第十六條、第十九條之意旨有所不符，均應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力。在此期間，上開規定應連同稅捐之保全與優先受償等問題，通盤檢討修正，以貫徹憲法保障人民訴願、訴訟權及課稅公平之原則。」

13 釋字第166號解釋宣示：「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，以符憲法第八條第一項之本旨。」

有直接宣告其屬違憲。本號解釋旨在審查違警罰法是否違憲。由憲法第八條觀之，除了法院以外，沒有法定職權的機關，不能逮捕人民，逮捕人民一定要依憲法第八條第一項送到法院，對於人民的自由的限制，法院以外的機關，最多只可以逮捕二十四小時，之後一定要送到法院，但違警罰法規定，警察機關可以直接拘留人民七天，很明顯的違憲。

當時作成釋字第一六六號解釋，大法官也是過於含蓄。大法官認為，違警罰法已經造成人權嚴重侵害，不應拖延修法，所以宣示要「迅改」，應該修改違警罰法，要求警察機關在逮捕人民之後，趕快把人移送到法院，我記得解釋文中，有「迅速」的「迅」字在裡面，但是還是「迅不起來」。因為行政院認為，這個違警罰法很重要，沒有違警罰法，社會秩序就沒辦法維持，所以不可以刪除，警政署雖下令各警察機關審慎適用違警罰法，其修正草案也已送至立法院，但立法院程序委員會卻不排入議程。

好不容易，大法官又有機會，在另外一個「取締流氓辦法」是否違憲的案件（當時是用「辦法」來取締流氓的）可以表示見解。「取締流氓辦法」是依據違警罰法第二十八條制定，其中規定，對於被認定為流氓者，可以移送至特定處所去學習技能。有被取締的人聲請解釋憲法。由於違警罰法被宣告違憲，卻遲未修改，現在又有這個問題，當時已經解嚴，於是大法官決定，要指定一天使其失去效力。也就是說，縱使宣告其違憲，其不修改也沒有關係，可以定期使其失效，因為憲法第一七一條規定，法律牴觸憲法無效，憲法賦予大法官宣告法規無效的權力。雖然當時亦有大法官主張，不要定期間使其失效，但如果大法官不宣告其立即無效，還留時間讓行政院修法，又沒有定期間，到時候行政院又拖延不修法，大法官豈不應負責？所以最後大法官在七十九年一月十九日之釋字第二五一號解釋，就定民國八十年七月一日為落日條款，屆期若無修改，該「取締流氓辦法」就直接失其效力。立法院終於在最後一天，即八十年六月二十九日早上通過「社會秩序維護法」，總統當日下午立即公布，才能依據中央法規

標準法，在公布後第三日即八十年七月一日零時起生效，正式實施，而避免法律秩序產生空窗期的問題。但從釋字第一六六號解釋起（六十九年十一月七日），走到釋字第二五一號解釋（八十年七月一日），使違憲的違警罰法失其效力，也必須經過十年以上的期間，由此可見法治建設不易之一斑了。

### 玖、宣告違憲規範無效的方式

宣告法律定期失其效力，一開始大法官也運用得不太習慣。宣告命令違憲失效是從釋字第二一八號<sup>14</sup>開始，法律被宣告違憲，是從釋字第二二四號開始，指定期日令其失效的是釋字第二五一號<sup>15</sup>，也因為有這些經驗，所以到了釋字第二六一號<sup>16</sup>，就用得比較順手。各位請注意，釋字第二六一號解釋（第一屆中央民代退職案）是政治性很高的解釋，各位現在看起來沒有什麼，但當時的政治情勢，朝野對立是頗為緊張的，到處都有示威、遊行，你們的前輩們那時候還在中正紀念堂靜坐抗議呢。當時，第一屆中央民代認為，萬年國會不解散才能維護所謂的「法統」，才可以鞏固政權的合法性，所以無論如何，都不願退任。任何人講都沒有用，這時立法委員聲請大法官解釋，大法官才作出釋字第二六一號解釋，將政治瓶頸給打開，也才能選出第二屆的民意代表，使台灣的民主政治能夠正常發展。這對台灣民主政

<sup>14</sup> 釋字第218號解釋稱：「財政部……等函釋示……不問年度、地區、經濟情況如何不同，概按房屋評定價格，以固定不變之百分比，推計納稅義務人之所得額自難切近實際，有失公平合理，且與所得稅法所定推計核定之意旨未盡相符，應自本解釋公布之日起六個月內停止適用。」

<sup>15</sup> 釋字第251號解釋：「……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日起失其效力……。」

<sup>16</sup> 釋字第261號解釋：「中央民意代表之任期制度為憲法所明定，……為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。」

治的發展，是影響很重大的一個解釋，這個影響不是只有民意代表改選，而是因為這個時候，還幫助了動員戡亂時期的廢止。因為民意代表改選以後，才有可能將動員戡亂時期臨時條款廢止，宣告動員戡亂時期終止後，與大陸的敵對關係才消除，使我國進入正常憲政狀態。

這是與台灣民主發展關係非常重大的一個解釋，當時政治局勢的詭譎與風險，可能要你們父母那一代的人，才能體會得出來。我很欽佩當時的大法官，當時大法官是有省籍分配的，不像現代沒有省籍分配問題，當時大法官每一省籍原則上只能夠有一個人。歷屆大法官中，台灣省籍的第一個大法官是民國四十一年在台灣重新任命了七位當中的一位。因為行憲後所任命的大法官，大部分都留在大陸沒有出來。在民國四十一年，想要聲請大法官作解釋時，才發覺人數根本不足，只有二位可以出席，所以當時蔣介石總統才在台灣任命七位大法官，達到九位最低的法定人數可以開會<sup>17</sup>。當時台大教授蔡章麟先生成為第一位本省籍的大法官。到第二屆就由黃演渥先生擔任，他是最高法院本省籍的法官，二位都是留日學者，一個東京大學、一個是東北大學出身，黃演渥先生一直任職到第三屆中途去世，由戴炎輝先生擔任第三屆本省籍的大法官。一年後，他就任副院長，然後補任命二位本省籍大法官，一位是學界、一位實務界，實務界的就是陳世榮先生，雲林縣人，他也是日本東北大學畢業，最高法院的法官，我個人那時候亦被徵召來擔任大法官。從民國六十一年開始有二位，到第四屆（民國六十五年）開始有三位，除了我和陳世榮先生以外，還有一位南投出身的台大教授洪遜欣老師，他也是日本東京大學法律系畢業的，這個時候一直到第五屆結束，本省籍大法官只有三位。

作釋字第二六一號解釋的時候，本省籍大法官只有三位，其他都是大陸籍，大家一起釋憲時，第一屆民意代表都是大陸來台，但作這個解釋時，可以說是很理性，也沒有省籍觀念，否則根本作不出來。

<sup>17</sup> 憲法本身並未規定大法官人數，但36年3月31日制定之司法院組織法，原規定9名大法官，後來36年12月25日第一次修正時，增加為17名。

大法官假如還是用省籍觀念來作解釋，釋字第二六一號有辦法產生嗎？大法官作第二六一號解釋時，重要爭議部分，「應於何時令其退職」討論時，就決定不錄音，在沒有任何外人，沒有紀錄，大家完全開放式溝通下，得出共識：「這個問題我們一定要解決。」最後只有一位寫不同意見書。這也難怪他寫不同意見書，因為他本身擔任了十年以上的立法委員，才來擔任大法官。他是一位小兵出身，苦學法律，奮發上進，在美國獲得法學博士學位，也具律師、教授資格，是一位執政黨倚重的大法官，他寫不同意見書也不是說他全盤反對第一屆中央民代完全退職。他認為，選舉要先制定法律，舉行第二屆民意代表之選舉，第二屆民代選舉出來以後，老代表們才卸任。選舉固然要制定法律，但法律制定是由立法院掌握，可能拖延時間，大法官認為先制定法律是有其優點，但是我們認為這個問題不能再拖，因為民意代表作了四十年以上，跟民意已經完全脫節，怎麼續任民意代表呢？此問題一定要解決，也是全民的共識，因此大法官才能夠很快的作出這樣的解釋，這個解釋也可以說大法官花了很大的精神，也非常保密。因為政治性這麼高的議題，我們沒有開審查會、沒有紀錄，大家努力尋求共識，這個案件是在禮拜三下午得出共識，禮拜四早上公布。

## 拾、大法官作成解釋的內部機制

大法官的工作量，在解除解嚴以後更多了，因此我們自動要求一個禮拜開三次會議，本來一個禮拜開一次會議，變成自動開三次會議。當時司法院院長不是大法官，不參加審查會，通常是在禮拜三、四開全體大法官審查會。全體大法官審查會是由大法官輪流擔任主席。禮拜五才開正式的大法官會議，由院長來擔任主席。可是釋字第二六一號解釋，我們是在七十九年六月二十日禮拜三下午得到共識，主要是第一屆中央民代應於何時退職，爭議最多，很不容易決定，也是大家意見最分歧之處。經由彼此退讓，達成共識以後，在禮拜四早

上先開全體大法官審查會，通過共識並做成紀錄，以後就請主席（司法院院長）來開臨時大法官會議。當時院長為提高效能，答應案件於審查會通過後，可隨時召開正式大法官會議，對外公布。院長進到會場之後，就出不去了，接下來，大法官會議從解釋文，到理由書，分段表決，正式通過釋字第261號解釋，當日公布。所以後來據說，上面（層峰）對我們的院長不甚諒解。但是其實這不能怪院長，因為當時的大法官獨立性很高，不可能受外面干預或影響，不像有些政治人物所想像的，以為院長可以影響大法官會議的結論，這是不可能的事，尤其像這麼重大國家體制的事件，更是不可能。所以我們也覺得當時院長受到外界的誤解，實際上不是他的問題，因為時代改變了，大法官不可能沒有自己的想法，這個案件在禮拜四通過，通過的時候，至少我覺得如釋重負。因為在當時政治壓力鍋下，對統治機構直接挑戰，要求老代表下台，會有多少各方面的壓力？當時有些代表自由民主人士要來獻花給大法官，以前大法官與外界是不接觸的，剛開始就派一個代表接見，不見也不行，但是到了以後制度改變，我們就不方便接見了，因為擔任法官，就不能與當事人有私下的接觸或來往，只能開說明會，請他們來參加。

釋字第261號實際上是國民大會代表最不滿意，因為原憲法規定，在新任的國大代表還沒有選出之前，他們還可以繼續擔任代表<sup>18</sup>，所以釋字第261號解釋作成之後，有國大代表到監察院要求彈劾大法官，認為大法官的解釋違憲。監察院還要來調卷。監察院受理後，指定二位監察委員調查、調卷，引起兩院的緊張關係。後來老代表退了以後，監察院的調查案就存檔了。

## 拾壹、大法官解釋的效力

大法官解釋的效力，是大法官經由其解釋一步一步累積起來的。

<sup>18</sup> 原憲法第28條第2項規定：「每屆國民大會代表之任期，至次屆國民大會開會之日為止。」

因為即使到現在，法律亦未曾規定大法官解釋的效力。

釋字第一七七號<sup>19</sup>是對人民的權利保障首開其端的解釋，那是在第四屆大法官的時候。當時判例是否能成為大法官審查的對象，頗有爭議。大法官審查的是命令或法律是否違憲，判例不是命令，所以有些法院大法官認為不可以審查判例是否違憲。但其他大法官則認為，判例也具有規範的效力，假如判例不是規範，那為什麼最高法院有一個判例（六十年台再字第一七〇號判例）指出，「適用法規顯然錯誤」，可以作為提請再審之理由，其中「法規」包括「法律、命令、大法官的解釋、判例」，該判例把判例與法規劃上等號，既然判例是法規，大法官就可以審查其是否違憲。釋字第一五四號解釋<sup>20</sup>一開始爭議也很大，後來大家認為沒有問題。

釋字第一七七號解釋所涉及的正是判例是否違憲的審查。巧的是，作成該判例的法官，後來出任大法官，當事人認為判例違憲，請求解釋，此一釋憲案正巧讓輪由這位大法官審理，其當然認為不違憲，但其他的大法官看來，這個聲請人實在太委屈，該判例應屬違憲，不但違憲，還直接剝奪人民的訴訟救濟管道。釋字第一七七號解釋除了宣示該判例違憲之外，另外宣示，釋憲結果對人民有利，人民可以藉由該解釋提起再審。如此一來，聲請憲法解釋才不會只是替他人做嫁裳。

由於釋憲結果對聲請人有利的話，聲請人可以提起再審，則人民

<sup>19</sup> 釋字第177號解釋稱：「確定判決消極的不適用法規，顯然影響裁判者，自屬民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所定適用法規顯有錯誤之範圍，應許當事人對之提起再審之訴，以貫徹憲法保障人民權益之本旨。最高法院六十年台再字第一七〇號判例，與上述見解未洽部分，應不予援用。惟確定判決消極的不適用法規，對於裁判顯無影響者，不得據為再審理由，就此而言，該判例與憲法並無抵觸。本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」

<sup>20</sup> 釋字第154號解釋：「行政法院四十六年度裁字第四十一號判例所稱：『行政訴訟之當事人對於本院所為裁定，聲請再審，經駁回後，不得復以同一原因事實，又對駁回再審聲請之裁定，更行聲請再審。』旨在遏止當事人之濫訴，無礙訴訟權之正當行使，與憲法並無抵觸。」

聲請釋憲的案件，就越來越多了。所以第四屆大法官作出的解釋，以宣告判例、命令違憲的居多。

第五屆大法官是在解嚴以後，解釋法律違憲的，越來越多，甚至於第五屆最後做出釋字第三六五號解釋<sup>21</sup>，宣布民法監護權規定（父權條款）無效。當時大約有80%的立法委員聯名聲請釋憲，但既然有過半數的立法委員認為法律違憲，就可以由立法委員提案直接修法就可以解決，其實不需要大法官作解釋。這個解釋案，有人民聲請的部分，也有立法委員聲請的部分。立法委員聲請部分，大法官認為不應該受理，但當事人聲請，確實因為法官適用該條規定作成判決，有幾位女士聲請解釋的部份大法官受理，在理由書裡面有說明<sup>22</sup>，聲請釋憲的立法委員那麼多，有70%至80%的人聯名，不應聲請解釋。其實，立法院要聯名很快，因為大家在彼此協助的情況下就直接簽名。但有時候也是因為立法院不敢直接修法，藉由有大法官的解釋後讓他們有修法的契機。

像以前有一個案件，有位私立大學的校長，同時擔任議會議長，法制上這樣當然不行，結論很清楚。但教育部鑑於該位校長是「大人物」，所以不敢作出行政解釋，而聲請大法官解釋。有人質疑需要講得這麼清楚嗎？大法官認為，越清楚越好，因為行政機關越好辦事。

對於人權保障的範圍，這一方面大法官花了很大的精神，連憲法沒有明文列出來的基本權利，例如隱私權的保障，大法官亦認為係屬人民之基本權。此外，新聞自由的保障，亦與民主國家不遑多讓。台

<sup>21</sup> 釋字第365號解釋：「民法第一千零八十九條，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，與憲法第七條人民無分男女在法律上一律平等，及憲法增修條文第九條第五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。」

<sup>22</sup> 釋字第365號理由書闡述：「……又立法院於本年七月二十六日致本院（八三）台院議字第二一六二號函係對立法委員未來是否提案修改有違憲疑義之民法第一千零八十九條，預先徵詢本院意見，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款所定要件，未盡相符，惟其聲請解釋之法律條文與本件相同，不須另為處理，均併此說明。」

灣現在媒體這麼自由，在別的國家是少有的，也就是說我們對人民權利自由的保障，是大法官已經盡力的成果，尤其第六屆大法官，很多法律都被宣告違憲。「取締流氓辦法」廢止後，卻借屍還魂以「檢肅流氓條例」取代，但「檢肅流氓條例」顯而易見，一看就知道有違憲，很多法官聲請解釋，大法官釋字第三八四號解釋，宣告檢肅流氓條例哪個條款違憲，該條例固然隨後就修改，卻還是改得不清楚，於是有第二個案件，再聲請釋憲時，釋字第五二三號解釋再度宣告其違憲，後又於釋字第六三六號解釋再被宣告違憲。檢肅流氓條例前後有三度被宣告違憲，一直到去年（九十八年）一月二十一日檢肅流氓條例終於廢止。所以大法官對人權保障方面費了不少心力，成果也較明顯。

## 拾貳、有關國家組織之解釋

可是在權力分立方面，大法官卻顯得相當弱勢。司法院是五院裡面最弱的，尤其立法院制訂的司法院大法官會議法，限制沒有憲法明文規定就不能釋憲，同時要通過一個解釋，需要四分之三的人出席，四分之三同意才能通過，這樣的規定，使大法官要通過一號解釋都相當困難。因為少數可以否決多數，像是釋字第一六六號解釋，前後經歷過七千零七十九天才作成解釋（將近二十年）。因為該號解釋在當時有政治敏感性，直接挑戰政治權威，有些大法官缺席或表示不贊同，使得該解釋遲遲無法作成。但此種情形，在作成釋字第二六一號解釋以後，就有好轉，因為第二屆立法委員修正了司法院大法官審理案件法有關憲法解釋通過的人數<sup>23</sup>。

釋字第四九九號解釋是國民大會代表將自己任期延長二年多的案件<sup>24</sup>，國民大會制度上的問題，要追溯到制憲當時。制憲當時，憲法

<sup>23</sup> 司法院大法官審理案件法第14條規定：「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。」

<sup>24</sup> 釋字第499號解釋：「……國民大會於八十八年九月四日三讀通過修正憲法增

起草者張君勳先生，在進行政治協商時，主張國民大會應該是「無形國代」，但國民黨不同意，認為這樣的主張與國父孫中山先生政權治權的理論不符合，所以將國民大會變成「有形國代」，但因國民大會如果有形化，國民政府也知道這是很麻煩的事情，所以才讓它六年才開一次會，而且對創制複決行使之規定，要等到「全國有半數之縣市曾經行使創制複決兩項政權時，由國民大會制定辦法並行使之。」換句話說，原憲法規定，對國民大會權力限制很多。但是這部憲法是在大陸制定的，現在很多問題在台灣因應不來，所以一定要修改，要修憲就需要國民大會，要修憲就要開會，開會就要藉機給國民大會代表好處。動員戡亂臨時條款時期，國民大會還有所節制，臨時條款廢除以後，爲了增修條文，開會次數一直增加，因爲憲法變來變去、改來改去，結果國民大會的權限越來越大，甚至自己延長國民大會代表自己的任期，於是立法院各黨團請求大法官解釋，認爲第五次的憲法增修條文的修憲是違憲。憲法增修條文已成爲憲法的一部分，能夠說憲法抵觸憲法嗎？這是大問題，大法官通常是審查法律或命令是否抵觸憲法，現在發生的問題是，憲法是否抵觸憲法？修改憲法是否有界限，也必須由大法官來解釋，這個是相當麻煩的事情。大法官在這個案件裡面，花了很多心思，這個時候，我擔任司法院院長，不是大法官，不過我也知道當時的大法官都很辛苦，花精神集思廣益，後來大

---

修條文，其修正程序抵觸上開公開透明原則，且衡諸當時有效之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，亦屬有違。依其議事錄及速記錄之記載，有不待調查即可發現之明顯瑕疵，國民因而不能知悉國民大會代表如何行使修憲職權，國民大會代表依憲法第一百三十三條規定或本院釋字第三三一號解釋對選區選民或所屬政黨所負政治責任之憲法意旨，亦無從貫徹。此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範。……憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。」

法官覺得程序上已經違憲，國民大會採不記名投票以通過修憲條文。然憲法規定的民主原則要求，修憲過程一定要透明公開。結果修憲時，國民大會居然以祕密投票方式為之，大法官認為，在程序上就有問題。

再來是關於延長任期，在釋字第二六一號解釋之前，代表延長任期，國家發生重大變故，事實上不能依法選舉，有其不得已的正當理由，還說得過去。但民意代表的任期是與選民的約定，就像契約一樣，有一定期限，但國民大會祕密投票通過修憲，結果將自己的任期延長二年。大法官認為憲法有核心的部分，正如卡爾·斯密特所言，憲章與憲律不同，憲章不可以修改，憲律則可更動。這個理論是早期一些憲法學者所主張，他們主張，制憲權與修憲權是不一樣的，制憲權所制定的重要原則，修憲的人不能抵觸，所以修憲應該有界限。同時，德國戰後，也採憲法修改有界限的理論，德國基本法第七十九條第三項規定，其第一條、第二十條所定原則不能修改、及聯邦由各邦構成，各邦共同參與立法之規定也不能修改，德國基本法有明文規定三項不能修改的部分，我國憲法並無規定。但是戰後大部分的學者比較傾向於「修憲有界限論」，所以大法官根據這些理論作出解釋，認為「修憲延長任期部分」違反憲法的核心部分——民主原則，所以也宣告這部分違憲而無效。

### 拾參、大法官解釋的政治效應

釋字第四九九號解釋一作出，國民大會不滿，由於當時他們任期快要結束了，要求趕快召開國民大會，立刻再修改憲法，將國民大會變成「任務型的國民大會」。其大部分權限均移由立法院行使。國民大會有任務要修憲的時候才進行選舉，平常不組成國民大會，任務型的國民大會代表有三百位，代表的選舉是由立法院依政黨比例推選。同時不忘記給大法官一個難堪，最後一筆就是針對大法官。因為這個解釋案，主要是由學者出身的大法官所主張，所以要制裁這些學者出

身的大法官，故憲法增修條文規定，除了法官出身的大法官以外，其他由學者被任命的大法官，都不能享受法官退休的優惠。因此，大法官變成有兩種不同待遇。但是國民大會沒有制裁到當時的大法官，因為新的規定須待該屆大法官卸任後才生效，也就是民國九十二年十月生效，受到制裁的反而是後來與該次事件無關的大法官，例如九十六年九月底任期屆滿的大法官都受到影響。

由九十二年十月一日算起，任期四年的大法官共有八位，包括院長、副院長，還有數位當時六十歲以上的大法官，之後的任期都是八年，也不再分屆，因為屆次已經廢除，由上任日起算八年。

釋字第四九九號解釋也影響到整個國民大會的存廢，九十四年六月七日任務型國民大會通過立法院提出的修憲案，修憲內容就是廢止上面提到的任務型國民大會，以後就沒有國民大會了，當然，往後修憲變的很困難，要四分之一立法委員提議，四分之三出席，及四分之三通過才能成立修憲案，然後要經過中華民國自由地區選舉人有效票過半數，修憲案才能通過。這是一個很大的變動，國民大會雖然對憲政的發展也有貢獻，但是也給我們憲政帶來不少困擾，也是由於大法官作成釋字第四九九號解釋，才演變成後來這樣子，現在修憲需要全體公民過半數同意修憲才能生效，因此以後修憲很困難。

大法官釋憲的見解，對促進憲政體制的演變、民主的發展、人權的保障，在在都發揮了創立重要典範的任務。早期很少人知道大法官有何職責，我們鄉下的人以為擔任「大法官」的，職責就是管「小法官」，所以很多人有案件、有問題都會來找我，後來經過解釋說明，就沒這種現象了。大法官早期對人民權利的保障，沒有發揮重大的作用，現在大家慢慢的注意到大法官對人權的保障可以扮演重要的角色。

我很高興知道，最近讀者文摘之報導，有一個民意調查，提到台灣人民最信任那一種行業的人員。最被信任的是消防人員，司法官則

是排在第二位，看了很欣慰<sup>25</sup>。

大法官有時也必須忍受挫折。釋字第五八五號解釋<sup>26</sup>作出來以後，立法院把大法官專業補助費的預算刪掉，大約是刪掉大法官每個月薪水的三分之一。但之後有三分之一以上的立法委員聲請大法官解釋。大法官很為難，所以解釋理由書關於要不要迴避這個問題，就分析很多法理，後來作成解釋宣告「該刪除預算」是違憲的，這就是釋字第六〇一號解釋<sup>27</sup>。

大法官的挫折不少，一路走來和我們憲政的發展一樣有許多的挫折，但是看了這個民意調查，人民似乎也慢慢地肯定司法，所以我覺得我們是有進步，儘管每一個解釋出來都是有贊成有反對，理論的探討是正面的。在司法院，我常常講，不要把這裡變成小型的立法院，我們這裡應該是最冷靜、最理性討論法理的地方。什麼是最正確的，透過我們的集思廣益，大家共同來努力，作成最妥適的判斷。

## 拾肆、大法官意見的多元化

很多大法官現在愈來愈喜歡寫不同意見書，大概這五、六年來比以前增加兩、三倍的協同意見書、不同意見書。這是好現象，這就表示大法官很用心及敬業，同時有助於法學之發展與人民對案件及解釋

<sup>25</sup> 參讀者文摘，2010年3月號，「台灣人，你最信賴誰？」專題。

<sup>26</sup> 釋字第585號解釋有關真調會是否違憲，大法官認為：「真調會逾越立法院調查權所得行使之範圍，違反權力分立與制衡原則、違反法律平等適用之法治基本原則。關於向監察院報告部分，與憲法機關各有所司之意旨不盡相符，應予檢討修正。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，應予適當修正。其中規定涉及人民基本權利者，有違正當法律程序、法律明確性原則，並違反比例原則。有違憲法意旨部分，均自本解釋公布之日起失其效力。」

<sup>27</sup> 釋字第601號解釋：「司法院大法官由總統提名，經立法院同意後任命，為憲法第八十條規定之法官……立法院審議九十四年度中央政府總預算案時，刪除司法院大法官支領司法人員專業加給之預算，使大法官既有之俸給因而減少，與憲法第八十一條規定之上開意旨，尚有未符。」

內容之瞭解。但是我覺得，我們跟英美法系國家不太一樣，法院有法院的意見，釋憲應該要有拘束力。剛開始第一屆大法官解釋只有解釋文，其拘束力比較清楚。第二屆至第五屆大法官，有解釋文及解釋理由書，也附帶公布不同意見書，但有拘束力的部分，仍相當明顯。但第六屆大法官（八十三年十月至九十二年九月）以後，協同意見書及不同意見書同時公布，其數量增加，使解釋有拘束力的部分，與無拘束力的部分界限趨於模糊，有損解釋之權威性。如何使不同意見書及協同意見書的優點發揮，又能兼顧大陸法系裁判權威不致受到折損，使有拘束力的部分，與無拘束力的部分，界線分明，不致喧賓奪主，也是值得重視的課題。所以釋字第520號解釋，有很多協同意見書、不同意見書<sup>28</sup>，結果聲請釋憲者，主張其見解是正確的；相對的一方也主張其見解獲得大法官的支持，其所依據的都是協同意見書或不同意見書，「各取所需」的結果，將使解釋的權威性受到影響。

釋字第419號解釋<sup>29</sup>顯示大法官在權力分立案件之慎重態度，副總統可不可以兼任行政院院長的問題，其結果釋憲文就呈現出語氣

<sup>28</sup> 計有陳大法官計男提出之部分協同意見書、孫大法官森焱提出之協同意見書、蘇大法官俊雄提出之協同意見書、戴大法官東雄提出之協同意見書、黃大法官越欽提出之協同意見書、王大法官澤鑑提出之協同意見書、施大法官文森提出之部分不同意見書、董大法官翔飛提出之部分不同意見書、劉大法官鐵錚提出之不同意見書。

<sup>29</sup> 釋字第419號解釋：「一、副總統得否兼任行政院院長憲法並無明文規定，副總統與行政院院長二者職務性質亦非顯不相容，惟此項兼任如遇總統缺位或不能視事時，將影響憲法所規定繼任或代行職權之設計，與憲法設置副總統及行政院院長職位分由不同之人擔任之本旨未盡相符。引發本件解釋之事實，應依上開解釋意旨為適當之處理。二、行政院院長於新任總統就職時提出總辭，係基於尊重國家元首所為之禮貌性辭職，並非其憲法上之義務。對於行政院院長非憲法上義務之辭職應如何處理，乃總統之裁量權限，為學理上所稱統治行為之一種，非本院應作合憲性審查之事項。三、依憲法之規定，向立法院負責者為行政院，立法院除憲法所規定之事項外，並無決議要求總統為一定行為或不為一定行為之權限。故立法院於中華民國八十五年六月十一日所為『咨請總統儘速重新提名行政院院長，並咨請立法院同意』之決議，逾越憲法所定立法院之職權，僅屬建議性質，對總統並無憲法上之拘束力。」

極為委婉的樣態，但法學專家應能清楚解讀該號解釋之意旨。違憲法律定期失效的機制，也是因此而來，本來可以直接宣告無效，但立即無效是很嚴重的。各位法律人知道，無效是指自始、當然、絕對無效，公法上的行為經大法官一宣告便馬上發生這樣的效力，那是多嚴重的事情。所以大法官至少能夠委婉些，給立法院的衝擊少一些，因為大法官民意基礎不是那麼高，所以對立法院、對國大代表，大法官對他們都是相當尊重，認為他們是民意的來源、民主的基礎，所以雖然憲法賦予大法官審查法律之權力，但重點在看顧這個法律有沒有侵犯人權，人權核心不能用多數決來決定，人權核心領域不能用多數決管制，所以憲法第一七一條就是讓大法官成為保障人權的最後一道防線，維護憲法的秩序、各個機關的核心領域，憲法所規定的重要的功能要使其能夠運作。釋字第632號解釋（立法院不審查監察委員的提名案）<sup>30</sup>，大法官也知道很不好處理，但還是必須盱衡當時的政治情勢處理的問題。

## 拾伍、結語

我要卸任（大法官並任院長）之前，也瞭解這是很為難的解釋，當時監察院已經停擺二年以上，立法院能不能用這樣的方式使一個憲法機關的功能消失？這不是違憲嗎？大法官可以讓這種違憲狀態繼續下去嗎？但是態度又不能失之過強，因為有些大法官認為不要介入政治問題，所以從協同意見書、不同意見書就可以瞭解大法官之間的意

<sup>30</sup> 釋字第632號解釋：「監察院係憲法所設置並賦予特定職權之國家憲法機關，為維繫國家整體憲政體制正常運行不可或缺之一環，……故確保監察院實質存續與正常運行，應屬所有憲法機關無可旁貸之職責。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。」

見紛歧。非常遺憾，這個案件沒辦法像以前一些案件，能夠沒有協同意見及不同意見。政治性高的議題，應使意見一致。只是因為任期將屆滿，沒有足夠時間溝通，所以很遺憾的釋字第632號解釋，讓大家看起來，見解對立相當嚴重。

不過我們的社會是進步的，是理性的，我們要感恩過去前輩的努力與為民主法治的奮鬥，現在各位也許想像不出來過去的環境，但是現在大家充分享受民主自由，台灣的民主自由是很多人都肯定的，但是法治還需要加強，我希望大家共同努力，使我們的民主法治更健全，更進步，社會更繁華，人民更幸福。謝謝大家。