

釋憲機關的司法權威*

—— 由法國與我國違憲審查實務來看司法權威的建立

陳淳文**

目次

前言	參、孤立還是結盟？
壹、繼承還是新創？	一、後戴高樂時期的法國社會發展
一、權威的概念	二、後蔣介石時期的臺灣社會發展
(一) 權威的來源	肆、制度配備
(二) 釋憲機關的權威	一、任命與職位保障
二、司法權威的新創	(一) 任命程序
(一) 司法院大法官	(二) 職位保障
(二) 憲法委員會	二、啟動與運作機制
貳、順服還是對抗？	(一) 啟動機制
一、從順服到迂迴對抗	(二) 運作機制
(一) 初期順服	結語
(二) 潛藏對抗基礎	
二、正面挑戰	
(一) 大法官挑戰民意代表	
(二) 憲法委員會挑戰執政者	

* 投稿日：2012年4月6日；接受刊登日：2013年4月12日。〔責任校對：簡蔓婷、黃靖雯〕。

** 中央研究院法律學研究所合聘研究員、國立臺灣大學政治學系教授。
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/10504141.pdf>。



摘 要

如何能建立釋憲機關的司法權威呢？本文嘗試透過我國司法院大法官與法國憲法委員會的釋憲實務經驗來回答此問題。從我國與法國的釋憲發展史來看，直接挑戰政治部門，挑戰執政者或是執政黨，乃是建立司法權威的最佳途徑。因為挑戰政治領袖或是執政黨之意志與勇氣，可以將權威從政治部門或是政治行動者的手中移轉到法院手中。然而，法院必須尋求外部奧援以對抗政治部門的壓力。在此情況下，社會的民主化與反對勢力的誕生，就成為法院可以找到外部戰友的必要前提條件。最後，法官職位保障之機制與啟動違憲審查之程序設計內容，決定著司法獨立的程度與司法權威的強度。

關鍵詞：司法權威、違憲審查、司法順服、司法對抗、憲法委員會、司法院大法官。

The Judicial Authority of Constitutional Courts:

A Study Based on the Practices of Constitutional
Judicial Review of R.O.C. and France

*Chwen-Wen Chen**

Abstract

How does the judicial branch establish its authority? This article tries to answer this question by examining the practices of the R.O.C.'s Grand Justice and the French Constitutional Council. The constitutional histories of Taiwan and France show that the best way to build or strengthen the judicial authority is to challenge directly the political branches, particularly the ruling elites or parties. The courage and will to confront the political leaders or ruling parties can shift authority from political players to courts. Furthermore, the judicial branch needs allies to help them to withstand political pressure. Thus the democratization of society and the emergence of opposing factions have become prerequisites for courts to seek their alliance. Finally, this paper demonstrates that the mechanisms of the judges' status protection and the procedures to start the constitutional judicial review determine the degree of judicial independence and the strength of judicial authority.

KEYWORDS: judicial authority, constitutional judicial review, judicial deference, judicial confrontation, *Conseil* constitutional, Grand Justice of R.O.C.

* Research Professor (Joint Appointment), Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Professor, Department of Political Science, National Taiwan University.

前言

「釋憲機關」、「憲法審判機關」或是「憲法爭議解決機關」都是指在一個國家的組織架構內，存在一種得以處理憲法爭議問題的機關。既然是以憲法爭議問題為前提，就必然先有一部成文憲法的存在，並且以此成文憲法作為該國規範體系內的最高規範。在此理解下，現今成文憲法國家普遍設置目的相近，但名稱與功能迥異的類似機構來扮演「憲法維護者」的角色。從比較法的觀點來看憲法爭訟制度的建制，粗略地可以分成三種主要類型：第一種是一般法院即能處理憲法爭議問題的制度類型，此以美國為代表。第二種是以特設的專門法院，來專管憲法爭議問題；此可以1920年由Hans Kelsen所主稿之奧地利共和憲法所設置的「憲法法院」為代表¹。第三種則是在前兩種類型之外的其他類型，可以統稱為「非典型的憲法爭訟機構」。之所以加上「非典型」的形容詞，是因為與前兩種類型相比較，此類機構較不具「司法性」：亦即它們或在組織隸屬上並不被劃歸為司法權的一部分，或是它們在組織模式、權限內容與運作程序上與一般法院差異甚大；法國第五共和憲法的「憲法委員會」(le Conseil constitutionnel)恰可作為此種類型的代表。

若純就憲法條文來看，我國憲法本文與增修條文對於憲法爭訟機構的建制與描述並不是十分清楚。憲法第78條所用的字眼是「司法院解釋憲法」²，憲法增修條文第5條第4項也將大法官之職權分

1 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，頁321（2004年）。此處要強調本文所用的字眼，包括釋憲機關，做成解釋或聲請釋憲等用語，都是我國法上的慣用語。就法國法而言，因為憲法委員會有多重職權，所以它不是一個單純的釋憲機關，它也不僅止於解釋憲法。它針對合憲性問題所作成的判斷，法國人稱之為「決定」(décision)，而不是稱其為判決、裁判或是解釋。雖然彼此語境不同，但為求行文上的方便，以下論述並不特別去區分這些用語的差別，而是以我國的慣用語來行文。

2 我國憲法第78條也規定「統一解釋法律與命令之權」，但此部分非本文之重心，故可置之而不深論。

成兩類，一是解釋憲法，其次是以憲法法庭之形式審理總統副總統之彈劾與違憲政黨之解散事項。從而，針對抽象規範的「解釋權」與針對具體個案的「審判權」二者是分離的。而一直以來面對憲法爭議時，司法院大法官主要是透過會議之形式來行使其解釋權³。因為不是以法庭之形式來對憲法爭議行使其裁判權，所以過去稱為「司法院大法官會議」，現在稱為「司法院大法官」的我國憲法爭議解決機關，其所作出的決定稱為「解釋」而非「判決」。事實上，這個以解釋憲法為主要任務的釋憲機關，就算不把它直接劃歸為前述的第三類型，至少也很難否認其在性質上的確是較接近於前述之「非典型的憲法爭訟機構」。就制度比較研究的視角來看，我國司法院大法官與法國憲法委員會二者之間，存有一些近似的共同特徵，可以作為相互比較的基礎⁴。除了憲法爭訟制度之外，與該制度相關的其他制度，諸如單一國或聯邦體制之國家體制問題，議會內閣制、總統制或是半總統制之政府體制類型，以及民主發展、政治文化與經濟及社會背景等，我國與法國亦有不少相似之處，這會使二者之比較更具意義。本文即以這兩個國家之憲法爭議解決制度為對象，透過歷史與制度研究之方法，並分析指標性案件的發生背景與其後之影響，嘗試歸納出釋憲機關建立司法權威的可能路徑。

在進入釋憲機關與其相關制度的討論之前，必須先處理「司法權威」的概念。從兩國的歷史經驗來看，釋憲機關的司法權威是從無到有，逐步建立起來的。但是「建立司法權威」的概念，並不是

3 民國37年6月24日施行之司法院組織法第3條確立大法官以會議型態行使釋憲權。自民國81年憲法增修條文公布後，大法官會議與憲法法庭並行行使職權。只是以憲法法庭之形式來審理總統副總統之彈劾案或違憲政黨之解散案，固然十分可能也涉及憲法解釋與憲法爭議問題，但此二事項畢竟不是常態性的憲法爭議議題；我國司法院大法官迄今也未曾就彈劾案或政黨解散案組成過憲法法庭。

4 若扣除裁判憲法訴願，則我國現行的釋憲制度的確也與德國之「憲法法院模式」有一定程度的相似性。雖然職權內容相近，但正是因為機構名稱、組織模式與運作程序尚不夠「司法化」，才使我國現制更接近非典型的憲法爭訟機構。

一種有或無的問題，宛如一種截然分立的情況；而應是像光譜一般，是一種程度上的強弱差別。從而，權威的強或弱，是會隨著特定個案所處之時空背景與釋憲機關本身的表現而起起伏伏。以下將以我國及法國的釋憲實務為基礎，並從兩國釋憲機關建立之初一直到首次出現中央政府政黨輪替作為研究的時間範圍，透過分析釋憲機關與政治權力部門間之互動關係，以及釋憲機關在特定個案中的環境背景與制度背景，嘗試由兩國的憲政實務經驗歸納出建立司法權威的理想路徑。

壹、繼承還是新創？

何謂權威？權威從何而來？釋憲機關的權威算是司法權威嗎？以下先處理這三個一般性的問題，再進一步探討我國與法國的具體情形。

一、權威的概念

「權威」或是「威信」在中文的字義上意指「一種令人臣服，使人信從的威望和力量」，它看似是「力」的一種，但與單純的「力」又有所不同⁵。英文的authority與法文的autorité二字的拼法幾乎一樣，它們都是源自於拉丁文的*auctoritas*⁶。而此拉丁文又由動詞*augere*衍生而來，該動詞的字義是「提昇」或是「增加」。羅馬人明確區分「權力」(*potestas, power, pouvoir*)與「權威」這兩個字。使用「權威」(*auctoritas*)這個字的情境，是指在一種權力關係中，可以增加或提昇此權力。而此處所謂的增加或提昇權力的意思，是指能獲得該權力所施行的對象或客體的自願臣服。更詳細地

5 「權威」就是權力與威勢，它是一種可以影響或主宰他人之思想、意見或是行為的力量。如《呂氏春秋·審分》中謂：「萬邪並起，權威分移」。又如《北史·周本紀上論》謂：「昔者水運將終，群凶放命，或權威震主，或釁逆滔天。」《後漢書·宦者列傳序》謂：「和帝即祚幼弱，而竇憲兄弟專總權威。」

6 本段有關拉丁文「權威」(*auctoritas*)的字源討論，參見RENAUT (A.), *La fin de l'autorité*, Manchecourt, Flammarion, 2004, pp. 43-44.

說，擁有權威，會使得權力的行使者不須透過武力或強制力的威脅，或甚至是具體施行暴力，即能獲得權力客體的服從；或是自始即能獲得權力客體毫不遲疑的遵從。換言之，擁有權力，不一定同時擁有權威；但是擁有權威，該權威一定是建立在某種權力基礎之上。而具有權威的權力，就是一種不被權力對象所質疑且使其自願臣服的力量。

（一）權威的來源

權威是以某種「力」或「權力」為其基礎，但它並不是就是權力本身。它會增加權力被遵從的程度，但並不會因之而增加權力本身的內涵或強度。事實上，權威對於「力」或「權力」所為的「增加」效果，並非是「量」的提昇，而是「質」的改變。以此觀點而言，權威其實是一種「特質」，它是加諸或是附隨在權力主體身上，進而改變了權力的性質⁷。而此權力主體可以是一個具體的人或物，也可能是一項抽象的事物。霍布斯(Thomas Hobbes)在1651年出版的《巨靈》(*Léviathan*)一書中第1章第15節曾經提及：一個擬制的人（如國家法人）所為的言論或行為，可以被視為是此擬制之人所代表之群體（國家內之公民）所為的言論或行為；此擬制之人乃基於其所獲得之權威而作為⁸。從而，權威有「代表」與「授權」的意涵；這樣的想法其實是源自於羅馬法上有關的*auctoritas*用法：它是指一個行為主體(*auctor*)對於他人之行為給予有效認證的意思⁹。透過加上此項權威之認可，他人的行為因之而變得有效，所以*auctoritas*所增加或改變的，正是他人行為的法律效果。

在公法範疇裡，十二木表法時期的羅馬公民有權參與法律的制

7 NOAILLES (P.), *Fas et jus: Etudes de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948, p. 274.

8 CLERO (J.-P.), *Qu'est-ce que l'autorité ?*, Paris, Vrin, 2007, p. 12.

9 MAGDELAIN (A.), *Jus Imperium Auctoritas: Etudes de droit romain*, Rome, Ecole française de Rome, 1990, p. 685.

定，所以當時的法律是人民透過民主程序所完成的行為。但法律制定之後，還得經過元老院(Sénat)的確認，獲得*auctoritas patrum*之後，才能正式生效。西賽羅(Marcus Tullius Cicéron)在其著作《論法律》(*De legibus*)中描繪羅馬共和國的元老院的角色時，有如此陳述：「權力是在人民身上，而權威卻是在元老院。¹⁰」在私法的範疇裡，過去父親對於子女的法律行為，或是監護人對於受監護人之法律行為的允許或是承認¹¹，如父親對於子女婚姻的認可行為便稱之為*auctoritas patris*。換言之，權威就是一種賦予某特定行為合法性的力量。

如果離開法律範疇，特別是羅馬法將權威與特定自然人之特質或地位結合在一起，則權威的概念可以與具體的物或抽象的觀念相連結。霍布斯認為幾乎是所有的事物都可以被代表，即使是如橋樑、教堂或是抽象的國家法人（即巨靈），都可以被賦予權威。而休姆(David Hume)進一步指出：諸如一份文件（如聖經或是憲法）、一幅圖畫或一個影像，甚至是人所提出的理論、原則，還是思想，都可以具有權威¹²。當然，這些事物並不會自己發生權威的效果，而是藉由或是透過這些事物，將可以發生權威效果的象徵或是特質予以傳遞過來。

然而，這些可以發揮權威效果的象徵或是特質究竟從何而來？韋伯(Maximilian Karl Emil Weber)曾提出三種著名的統治權威(Herrschaft)之「理念類型」(ideal type)，它們分別是「傳統性權威」、「領袖魅力性權威」與「合法性權威」¹³。亦即統治者的權威有三種可能的來源：或是源自於傳統，或是源自於領導人本身的領

10 RENAUT (A.), (註6), pp. 49-50.

11 如我國民法第76條到第79條的規定內容。

12 HUME (D.), *Traité de la nature humaine*, tome 1, Paris, GF-Flammarion, 1995, p. 145.

13 WEBER (M.), *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Librairie Plon, 1965, pp. 179-187. 中文文獻可以參閱吳庚，韋伯關於正當統治及官僚制度的理論，社會科學論叢，27輯，頁158以下（1978年）。

袖魅力（克力司馬，charisma），或是源自於由理性建構之規範所賦予的合法性。法哲學家科耶夫(Alexandre Kojève)在其1943年《權威的概念》¹⁴一書中延續這樣的想法，提出四種權威的原型：

第一種是父親對子女的權威：除了在父親與子女之間外，此種權威乃因年齡或時間的相當差距而產生：諸如長者與晚輩之間，死者與繼承者之間，或是代表傳統者或擁有傳統者與不具傳統者之間¹⁵。科耶夫認為此種權威的理論乃以神學為基礎，其源頭是來自於造物主或是神¹⁶。而這種權威是由神傳給人，由祖先傳給子孫，父親傳給兒子，長老傳給後進。從造物主的神聖性到傳統的不可被質疑性，這種權威來自於起源、初始或是源頭。

第二種是主人對僕人（或奴隸）的權威：這種權威也發生在貴族對平民、軍人對百姓、戰勝者對戰敗者或是男人對女人之間。基於黑格爾的理論¹⁷，這種權威乃源自於兩造鬥爭的過程中，其中一造為了追求被「肯認」(anerkennen)的尊嚴，不惜冒死奮鬥，通過鬥爭與風險的試煉，終於取得主人或主宰的地位。反之，奴隸或是僕人，因為他們在兩造對抗中無法克服「死亡的風險」這種生物性的恐懼，所以他們只好臣服於其對手，承認戰勝者應該具有「主人」的地位與尊嚴¹⁸。從而，這種權威的來源乃是來自於力求尊嚴，不畏風險的勇氣。

第三種是團體中首領對其團員的權威：這種權威也存在於特定組織中的上級對下級，老闆對員工或是專家對白丁與先知對大眾之

14 科耶夫(1902-1968)是俄國人，18歲離開俄國後先至柏林，後在法國生活。其思想深受黑格爾(Georg W. F. Hegel)、胡賽爾(Edmund G. A. Husserl)與海德格(Martin Heidegger)的影響，其法哲學領域內的著作除了《權威的概念》外，他死後另有一本重要的著作《法現象學概要》(*Esquisse d'une phénoménologie du droit*)出版。本文以下有關其權威的論述，皆來自於其原典：KOJÈVE (A.), *La notion de l'autorité*, Paris, Gallimard, 2004, p. 67 et s.

15 *Ibid.*, p. 67.

16 *Ibid.*, p. 81 et s.

17 主要來自黑格爾之《精神現象學》第四章中的論述。

18 KOJÈVE (A.), (註14), p. 70 et s.

間。科耶夫借用亞理斯多德解釋主人對奴隸之間的關係來闡述首領的權威¹⁹。科耶夫認為首領之所以會有權威，是因為在其團體中，僅有首領有能力提出計畫並預見未來；他的權威來自於他所擁有之規劃力與洞察力。因為有此傑出的能力，其團員才願意臣服於其領導之下。基此，傑出的遠見或洞察力，以及規劃能力締造了首領或領導者的權威。

最後一種權威則是法官的權威。這種權威也可以在仲裁者、審查人或是值得信賴的公正且正直之人的身上找到。借用柏拉圖的想法，科耶夫認為此種權威是來自於公平與正義²⁰。因為不偏不倚，可以實現公平與正義，所以他們享有爭訟雙方皆認可且願意臣服的權威。

鄂蘭(Hannah Arendt)在1958年也為文討論權威的概念²¹。她特別指出「傳統」、「宗教」與「權威」三者可謂是羅馬時代所留下的三位一體。但是新教革命主張不用透過教會，個人即能與神溝通，其實是同時破壞了傳統與宗教。而自17世紀以降的革命論述與政治主張，都認為去除傳統之後，宗教與權威還是可能繼續存立的。但是事實卻是：傳統與宗教皆遭革命所破壞，所遺留下的權威，也不再是羅馬時代的權威概念，它僅是「權力」的一種。換言之，缺乏傳統與宗教，權威與權力就無法區分，權威變成因權力而來，只是單純的「力」而已。

前述西方文獻對於權威概念的分析，豐富了吾人對此概念的理解。此處無暇深入檢討或批判這些論述的優缺點與得失，但卻可以藉由這些理論分析歸納出以下三個重點。首先，權威與權力應可予

19 *Ibid.*, p. 75 et s.

20 *Ibid.*, p. 77 et s.

21 鄂蘭是著名的政治思想家，蔡英文氏有多篇論文討論其思想，另有專書一本值得參閱。參見蔡英文，政治實踐與公共空間——漢娜·鄂蘭的政治思想（2002年）。本文主要參見法文版之文獻如下：ARENDR (H.), *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1989, p. 121 et s. 其英文原著為：Hannah Arendt, *Authority in the Twentieth Century*, 18 THE REV. OF POL. 403, 403-17 (1956).

以區別，權威可以權力為基礎，但可以增加或提升權力的本質。其次，權威可以發揮令人自願臣服的奇妙功效。基此，權威與單純的力或是具威脅性質的強制力正好相反：權威與暴力或強制力乃是彼此互不相容的。最後，權威總是常與社會中形成已久的傳統與信仰相聯結。因此在權威可能的幾種來源中，最重要的是經過時間浸潤而形成的**傳統**，其次才是源自於權力主體本身所擁有的特質：它們可能是超越生物畏死恐懼的巨大**勇氣**，或是擁有凡人所無的**睿智**、**洞見與專業能力**，或是具有首領特有的**領袖魅力**，以及正直者才能實現之無瑕的**公平與正義**²²。

(二) 釋憲機關的權威

作為一個國家機關，釋憲機關似應與其他國家機關一樣，享有因其法定權力所傳遞而來的權威。然而，基於其職權的特殊性，其權威之性質與其他國家機關之權威至少有四點不同。第一，釋憲機關既然是以維護憲法的最高性為其存在之目的，則釋憲機關之權威與憲法這部文件本身的權威息息相關。若是憲法本身具有高度的權威性，則闡釋憲法的機關極有可能透過憲法而取得權威。這就如同教會或是神職人員的權威可透過聖經傳遞而來的情形一樣，釋憲機關的權威可以是透過憲法本身的權威傳遞而來。反之，若是憲法本

22 受儒家思想影響的中國傳統之統治者權威，與前述西方思想有相同之處，也有其自己的特色。除了西方所提之權威來源外，儒家特別強調「天命」與「仁政」：前者可說是人民的支持度（民主正當性），後者則指公權力之施行內容。從西周以降，「天命」與「德」成為統治者之權威的主要來源。「天命」的概念由神學的詮釋轉為與民心之向背相結合，故曰：「天矜於民，民之所欲，天必從之。」而民心又與德治及仁政相關，故謂：「皇天無親，惟德是輔」；或謂：「天子不仁，不保四海」、「暴其民甚，則身弑國亡；不甚，則身危國削」。雖然儒家思想中的統治者之權威宛若父母之權威，但統治者尚須施德治，行仁政，否則君父的地位就可能如孟子所言淪為一夫：「賊仁者謂之賊，賊義者謂之殘，殘賊之人，謂之一夫。聞誅一夫紂矣，未聞弑君也。」換言之，對儒家而言，德治與仁政，才是國家權威的來源。有關儒家憲政思想的詳細論述，請參閱李念祖，「民之父母」，「其無後乎」？——論先秦儒家古典憲政思想的進度與限度，收於：人國之禮——憲法變遷的跨越，頁57-186（2012年）。

身不具相當權威，則釋憲機關不僅不能透過解釋憲法而分享憲法的權威，甚至可能是憲法的權威來源反而是要藉助於釋憲機關自己所建立的權威。當然憲法與釋憲機關之間也可能是相濡以沫，或是相得益彰，彼此互相傳遞權威。

第二，釋憲機關的職責乃針對規範性條文或是國家機關之行為，以法學思考與論理的方式來處理憲法爭議問題。因其行為在本質上具司法性；故其決定所乘載的權威應是一種司法性的權威。然而何謂「司法性」？對於由一般法院作為釋憲機關的美國型違憲審查制度，或是以專門的憲法法院作為違憲審查機關的歐陸型或「凱爾生型」違憲審查制度來說，其釋憲機關是否具有司法性的問題，較不容易被懷疑：因為在名稱上它們就自稱為「法院」，在組織上也可能是隸屬於司法權的一部分，在運作與程序上，也與一般法院相近。換言之，不論是美國聯邦最高法院還是德國聯邦憲法法院的權威皆理所當然地可以被視為是「司法權威」。但是對於像法國或我國這種非典型的釋憲機關，它們與一般法院有所不同，那它們所可能擁有的權威也還可算是「司法權威」嗎？如果它們根本不被認為是司法機關，其所作的決定也不被視為是司法裁判，那它們的權威又怎麼可能會是「司法權威」呢？

這些非典型的釋憲機關算不算是司法機關？可以透過釐清「司法」的概念來回答。首先就功能上而言，司法的職能就是在回答一個特定的法律問題，或是闡明法之內涵(*dire le droit*)，也就是針對具體個案情境，去確認或是宣告在此情境下所該適用之法；包括確認一種法律地位或是宣告應被適用之法的內涵²³。在多數的情況下，法律問題乃源自於兩造的衝突，故以存在對立的兩造與法律爭議為前提。但法院仍有處理非訟事件的職能，在此情形下，法院是去確認個案情境下的法律地位或是法律關係²⁴，並不以對立的兩造

23 CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1, Paris, CNRS, 1985, p. 699 et s.

24 例如我國非訟事件法中有關法人的登記或是收養的認可等事件。

與具體的法律爭議為前提。再者，即使在典型的訴訟關係中，法院依職權所為之行為，未必皆源自於爭訟兩造所相互指摘的爭議。例如第三審法院基於統一法令見解之必要，對於原審判決是否違背法令的判斷範圍，並不受上訴聲明之拘束²⁵。換言之，法院為維護客觀法秩序且依其職權所為的法之宣告，固然是具「司法性」之行為，但此行為未必是由相互對抗的兩造所提起，且也未必是要解決兩造所相執不下的爭議。基此，對於非典型的釋憲機關來說，就算它們的運作過程中有時可能並沒有對立的兩造，有時也可能沒有具體的爭議，但這並不影響其行為具有司法性²⁶。

其次，司法機關的另一個特徵就是其針對法律問題所做出的回答具有拘束力。此種拘束力在一般的訴訟關係裡被稱為既判力，其效力僅及於當事人間及其權利繼受者；但在法規範的違憲審查中，因為其審查決定具有對世的效力，故與一般訴訟法上的既判力尚有不同。我國憲法對於大法官違憲宣告的拘束力為何，並未詳為規定。大法官自己在司法院釋字第185號解釋中宣稱：其所為之解釋，自有拘束全國機關及人民之效力。法國憲法則在第62條第2項明文規定：「憲法委員會之決定拘束公權機關，以及所有行政機關及司法機關；對於此項決定不得請求救濟。」²⁷從前述兩國釋憲機關裁決之拘束力的效力來看，它們亦具有與一般法院裁判之既判力相近的性質；亦即都可以發生拘束的效果。基此，吾人可以說：只要是針對法律問題所做出的回答具有拘束力，則不論引發該問題的

25 如我國民事訴訟法第475條規定：「第三審法院應於上訴聲明之範圍內，依上訴理由調查之。但法院應依職權調查之事項，或有統一法令見解之必要者，不在此限。」

26 例如法國的憲法委員會對於國會所通過的組織法，依照憲法第46條第5項及第61條第1項規定，必須經過憲法委員會審查並宣告合憲後，才能公布。這種憲法直接規定的強制違憲審查模式，並不以對抗的兩造或具體爭議為前提。同樣的，我國司法院大法官解釋類型中的「疑義解釋」（司法院釋字第2號解釋及司法院大法官審理案件法第5條第1項參照），也未必有兩造與具體爭議。

27 有關法國憲法委員會所做決定之拘束力的中文文獻介紹，可參見陳淳文，法國憲法委員會違憲審決定之拘束力，收於：司法院編，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄，頁165-198（2003年）。

背景是否存在對立的兩造或是否有具體的爭議，不論其決定的效力是僅在兩造之間或超越兩造範圍而有對世效果，此釋憲機關之行為應視為具有司法性²⁸，其所可能存有或展現的權威就是司法權威。

第三，正因為釋憲機關決定之拘束力不同於一般訴訟法上的既判力，故其決定之權威又與一般司法裁判之權威有所差異。簡言之，一般司法裁判僅要兩造臣服即可，其權威即足以建立。但是釋憲機關希望臣服的對象往往是超越個案中對立的兩造，甚至也可能沒有明確的兩造，而是要及於全體社會大眾。在此觀點下，釋憲機關要建立權威所需的公正與中立，以及睿智與洞見，勢必要比一般法院更為強化與深遠。

第四，司法權威在本質上很難變成像鄂蘭所說的，現今的權威往往僅是純粹的力而已。在傳統與宗教的權威都消失之後，國家公權力的權威從何來？行政權因為自己握有暴力，所以其權威可以由具威嚇性的暴力而來；但也可因其依法行政，使其權威建構在合法性之上。至於民主國家的立法權，則因其有民主正當性基礎，所以立法權威或許還可由民主正當性而來。只有司法權的權威必須完全靠自己。既無暴力作為威嚇，也無民主正當性作為支撐，司法權似乎僅能靠其決定所展現出的中立與公正、說理與洞見來建立其權威。

總之，就算是非典型之釋憲機關所可能具有之權威，也是一種司法性權威，但其與一般法院的權威仍有不同；因為要超越狹隘的兩造當事人間之爭執，而達到臣服一般大眾的效果，釋憲機關要比一般法院更費心地去建立其司法權威。

二、司法權威的新創

如前所述，釋憲機關的司法權威可能有幾種來源。首先有可能是來自於一部本身即具有高度權威的憲法，其次是來自於長期人民

28 LUCHAIRE (F.), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, pp. 42-43.

對法院尊重的傳統，最後才是靠釋憲機關自己的努力，透過其決定所呈現出來的睿智與洞見，以及公平與正義，而慢慢地建立起來的司法權威。當然，任何一個釋憲機關所具有的司法權威可能有多重的來源，只是每種來源所佔的比重或有不同。此外，司法權威也不是一個單純的有或無的存在問題，而是強或弱的程度問題。所以司法權威並不是一旦建立，就永遠不會消失；而是會隨不同的情境與釋憲機關自己的表現而起起伏伏。換言之，司法權威應該是一個動態的觀念，它的組成內涵會隨著時空環境而改變。如美國聯邦最高法院的司法權威，在其建立之初，可能多依賴美國憲法的權威，以及英國殖民下普通法院所留下的傳統權威。但經過多年運作之後，透過法院自己在判決中的表現，包括法院領導人（首席大法官）對法院運作的影響，使法院也靠自己的睿智、洞見與公平正義建立起自己所創造的權威。而這種已建立的司法權威，也會因其判決內容或領導人風格而改變²⁹。

我國司法院大法官與法國憲法委員會都是依據二戰後新制定之憲法而設立的機構，它們所處的外在環境，並沒有一種對法院或是司法判決相當尊重的傳統文化，所以它們無法藉由傳統來繼承權威。在另一方面，雖然兩國的憲法都可以作為它們據以設立之基礎，但對憲法的尊崇，以及對立憲主義與法治主義的信仰，並沒有深植於這兩國的人心之中。在此背景下，它們的司法權威既不能藉助於傳統，也不能依賴憲法法典，或是立憲主義與法治主義這些思想與原則所具有的權威。它們若想要擁有或是提昇其司法權威，只能靠自己之努力而新創。

²⁹ 如馬歇爾(John Marshall)在1803年 *Marbury v. Madison* 這個確立美國違憲制度的著名判決中，其論證完全扣緊美國憲法。這可以看出一個權威尚未確立的法院，有必要依賴憲法的權威來強化其裁判的威信。在馬歇爾領導30餘年(1801-1836)後，最高法院的威望可謂達到空前。但其繼任者 Roger B. Taney，特別是在1857年作出有關奴隸制度的重要判決 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857)之後，完全扭轉了聯邦最高法院過去努力所建立的司法權威。

(一) 司法院大法官

中華民國憲法於1947年12月25日正式施行後，司法院依司法院組織法於1948年7月1日正式成立。當時的總統依憲法及司法院組織法之規定提名第一屆大法官17人，經監察院同意者12人，於1948年8月初到任，開始其釋憲工作；並在1949年1月6日公布司法院釋字第1號及第2號解釋³⁰。然而在中華民國憲法制定的過程中，共產黨退出制憲工作，並拒絕承認這部憲法的正當性。在憲法公布施行之初，因國共內戰早已形成遍地烽火之局面；甫才到任的首屆大法官在制度發軔之初，就欠缺一個允許其正常運作的環境。一直要等到大法官在1952年4月舉行政府遷臺後的首次會議後，才在同年5月作出司法院釋字第3號解釋。

不論是中華民國憲法本身，還是依據此憲法所設立的大法官，都缺乏理想上應具有的權威。首先就一部新憲法來說，當時主要的在野黨共產黨根本就拒絕承認其合法性³¹，且甫才施行不到半年，國民大會就以動員勘亂時期臨時條款的名義，凍結這部新憲法的部分條文規定。這樣的制定過程與行憲之初的內戰背景，如何能讓這部憲法可以擁有令人尊重，且自願臣服的權威？中華民國政府遷臺之後，雖然以維繫法統為理由，繼續尊奉這部憲法為國家最高規範。但長期戒嚴與動員勘亂時期臨時條款的多次修訂，使得憲法原始規定之內容支離破碎，憲法之權威蕩然無存。1987年解嚴之後，李登輝總統從1991年起主導6次修憲。這期間一直是在國民黨與民

³⁰ 我國憲法本文沒有規定大法官的人數與組織方式，民國36年12月25日公布的司法院組織法第3條規定：「司法院設大法官會議，以大法官十七人組織之。行使解釋憲法及統一解釋法律命令之職權。大法官會議，以司法院院長為主席。」

³¹ 雖然在民國35年1月於重慶召開的政治協商會議中，38名與會代表中具國民黨籍者僅8人，在野之反對勢力，包括共產黨、民主同盟及青年黨的代表則總計共有21人。政協會議結束後，由王雲五、王寵惠、陳啟天、張君勱及周恩來等五人所組成的小組於民國35年11月19日完成政協憲草的審議，成為憲法草案。制憲國民大會自民國35年11月28日開始一讀會，一直到同年12月25日完成三讀程序。而一直參與制憲的共產黨卻在完成三讀前，於12月20日公開表明不承認憲法的效力。參見陳新民，憲法學釋論，5版，頁36-46（2005年）。

進黨統獨爭議及修憲與制憲的角力之下，既競爭又合作地進行修憲。好不容易才去除動員勘亂時期臨時條款的枷鎖而恢復原貌的憲法，馬上又歷經多次修憲的凌遲。從公布施行迄今已超過60年的中華民國憲法，其憲法本文真正被完整適用的日子，竟沒有達到6個月。憲法本身的命運是如此地坎坷，依此憲法而設立的國家機關又如何能從這部憲法的身上分享到權威呢³²？

大法官不僅不能從中華民國憲法身上分享部分權威，也沒有其他可以傳遞權威的「傳統」作為依靠。從滿清末年才開始學習建立西方法院體系的我國社會與人民，基本上是缺乏對於西方立憲主義與法治主義的信仰，更沒有尊重法院裁判的傳統³³。雖然從宣統元年12月28日清廷頒行之法院編制法第35條規定：大理院卿有統一解釋法令之權，民國以後有關大理院及司法院的權限規範也都延續此規定。且在統一解釋法令的過程中，也有可能包含解釋當時的最高規範（如中華民國約法）³⁴。但這樣的歷史經驗尚不足以形成得以產生權威的傳統。

雖然從1902年開始，清廷任命沈家本與伍廷芳等人為法律大臣，開始進行法律西化的工作。但包括清末與民國初期的大理院，國民政府時期的司法院，以及行憲後的司法院大法官在內，整個法院體系乃在一個長期沒有立憲主義與法治主義思想，缺乏司法獨立概念，以及行政與司法不分的環境下成長。司法院大法官並沒有傳承一個有助於其建立司法權威的傳統。加以它所據以設立並予以解釋的中華民國憲法，從公布施行開始迄今，歷經戰亂、戒嚴與動員

32 例如考試院與監察院等憲法機關，常被認為是應該被廢掉的機關。它們不僅不能由中華民國憲法身上獲得權威，往往還是因為為了使我國這部「五權憲法」更像西方的「三權憲法」，而使它們成為必須被截肢的不幸機關。

33 相關論述可參見王泰升，清末及民國時代中國與西式法院的初次接觸——以法院制度及其設置為中心，中研院法學期刊，1期，頁105-162（2007年）。

34 例如大理院7年上字第1308號判例謂：「約法載人民有信教之自由等語，尋釋法意，舉凡人民無論男女及有無完全行為能力均可自由信教，並不受有何等限制。又查婦人私法上之行為固受夫權之限制，但其宗教上之信仰，自非夫權所能禁止。」引自司法院秘書處編，大理院判決例全書，頁1（1978年）。

戩亂時期臨時條款與民主化後的多次增修，憲法文本可謂支離破碎而難以傳遞權威。在此背景下，大法官僅能全靠自己，僅能透過自己的努力來創建其所應有的司法權威。

(二) 憲法委員會

法國第五共和憲法架構下的憲法委員會，其情況與司法院大法官相差不遠。雖然法國第五共和憲法的地位看似要比中華民國憲法來得崇高一些，且法國法制經驗中特別是對於司法獨立與行政與司法分離的概念認知，也遠比我國要來得強一些。但是法國憲法委員會本身的法律地位，卻似乎又不如我國的大法官。

先從憲法本身的權威談起。在北非阿爾及利亞獨立運動所造成的統治危機與軍事政變的威脅下，戴高樂(Charles de Gaulle)將軍出面組閣，並推動制定第五共和憲法。該憲法雖然在1958年經過公民投票通過³⁵，享有一定程度的民主正當性。但是因為出身於殖民地之動亂與戴高樂被認為有唆使軍人政變的嫌疑，在野政黨對此部憲法一開始就抱持懷疑的態度。更重要的是該憲法施行不到4年，戴高樂又在1962年以被認為是違憲的方式推動修憲，將共和國總統改為由全民直接選舉產生³⁶。總統直選的修憲案雖然也經過公民投票通過³⁷，但經由公民投票所取得的民主正當性並不能治癒程序違憲的違憲問題。自此以降，在野的左派與部分右派人士開始質疑第五

35 依據1958年9月28日的公民投票結果，有79%的選票支持第五共和憲法。憲法於1958年10月4日公布施行，並於1958年12月21日舉行由總統選舉團投票的總統選舉，戴高樂以78%的得票率當選共和國總統。

36 依照第五共和憲法第89條的規定，法定修憲途徑只有兩種：一種是由國會兩院分別通過修憲案後，再由總統交付公投。另一種是國會兩院分別通過修憲案後，再由總統召集國會兩院組成兩院聯席大會，以五分之三加重多數的方式通過修憲案。然而戴高樂是利用憲法第11條的公投程序進行修憲，其目的就是迴避國會對於修憲案的討論與監督，直接將之交付選民公投。

37 當戴高樂將總統直選之修憲計畫交由內閣討論後，國會下院在1962年10月4日通過倒閣案。戴高樂立即在同年10月9日以解散國會下院作為反擊，並在10月28日將修憲案直接交付公投。公投結果是62.25%的選票支持總統改為全民直選的修憲案。

共和憲法的合法性與正當性。或將之冠以「戴高樂憲法」之名，認為它是專為戴高樂量身訂做的憲法。或直接宣稱法國是處於「持續政變³⁸」的情況下，根本沒有憲政可言。爾後戴高樂總統在1969年4月27日在有關參議院改革的公投案失敗之後，於27日當夜宣布辭去總統職位，法國開始進入後戴高樂時期。隨著1981年開始的政權輪替，特別是自1986年起三次左右共治的經驗，使得憲法的價值與地位日漸提高³⁹。雖然法國憲法也經歷多次修改，但自1962年後所確立的半總統制架構，迄今依然存在。經過風風雨雨，也承受過無數的批判與挑戰，第五共和憲法是如倒吃甘蔗般地漸入佳境。施行至今已超過50年，它已經成為法國憲法史上壽命第二長的憲法。但是這部憲法的權威，卻是透過時間與實踐慢慢地醞釀出來的。憲法委員會不僅不能從憲法身上吸取權威，反而是透過憲法委員會的努力，憲法才日漸累積其權威。

再就法制傳統而言，法國的確比我國更早建立近代以來的西方法院體系。行政與司法分離，以及司法獨立的概念，早自法國大革命後就開始建立。就此觀點而言，法國釋憲機關似乎比我國有更好的生長土壤。不過由於司法權曾經是反改革的保守特權，成為法國大革命所要革除的對象。所以法國大革命之後，司法權的地位受到很大的貶抑⁴⁰。更有甚者，若由違憲審查制度的角色與功能來看，特別是有關法律違憲審查制度的建制目的乃是以挑戰國會至上原則

38 此為當時在野社會黨領袖密特朗所出版之書名，該書可謂反對戴高樂政權的經典書籍。MITTERRAND (F.), *Le Coup d'Etat permanent*, Paris, Plon, 1964.

39 法國並沒有因為出現左右共治而修改憲法，反而是在共治期間政治領袖紛紛援引憲法來支持自己行為的合法性與正當性。由於左右政黨在朝在野地交替輪政，每當出現爭議時，大家都引用憲法來支持自己的立場。從而，憲法的曝光度與重要性反而是在共治期間達到高峰。相關的論述可參見：COHENDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2002, pp. 21-25.

40 一直到1958年的第五共和憲法第64條以降有關司法的規定，制憲者並不稱其為司法「權」，而是稱為司法「機關」。在用字上特別避開 *pouvoir* 而使用 *autorité*，就是要表示司法部門並不能與立法權及行政權一樣，處於相同的地位。

為其制度核心。然而法國深受盧梭思想的影響，自1789年大革命後就將國會至上原則奉為圭臬。所以若與我國相比，法國反而有更強的反違憲審查制度的傳統。

也正是為了對抗國會至上與反違憲審查制度的傳統，憲法委員會一開始就被第五共和憲法的制憲者將其設定為一個僅用於捍衛行政權，且被視為是行政權的衛星機關。其原始設立目的就是要將國會的立法權框架於憲法所劃定的範圍之內，以避免國會的立法權侵入行政權的領域。固然制憲者企圖框架立法權的想法，也與國會至上原則之傳統信仰相牴觸。但也就是為了避免過於挑戰傳統，所以制憲者對於憲法委員會的法定職權範圍，採用明確列舉的方式，而且原則上不得審查已公布生效的法律⁴¹。這種不同於其他西方國家的抽象事前審查設計，其真正目的就是為了尊重國會至上的傳統，不願去廢棄已經生效的法律⁴²。

從第五共和憲法本身的地位與尊嚴，法國大革命後貶抑司法部門的法制傳統，到憲法委員會本身被制憲者所規劃的角色來看，憲法委員會的出生背景與成長環境也不算十分理想。如果想要擁有司法權威，憲法委員會也是只能自求多福，多靠自己的努力才行。

貳、順服還是對抗？

在憲法本身不具崇高地位，且沒有傳統可依恃的情況下，釋憲

41 此點一直到2008年修憲後，在法制面上才有具體的改變。法國在2008年修憲有關違憲審查制度之變革的重點包括更改憲法委員會委員的任命方式，建立人民針對已生效之法律發動違憲審查的機制等。詳細的變革內容可參閱吳秦雯，事後違憲審查之潮流？——淺析法國違憲審查制度之新變革，憲政時代，36卷4期，頁375-409（2011年）。

42 已經完成立法程序並生效的法律，就是國會意志的具體展現，也就是主權者的意思表示，自然不能被其他機關的意志所推翻。事前審查的設計就是將違憲審查視為是整個國會立法程序的一個環節，協助國會制定合憲的法律。

機關要如何靠自己努力去創建自己的權威？借用前述柏拉圖與科耶夫的想法，司法權威的來源應該是建立在其裁判所呈現的睿智與洞見，以及其所實現的公平與正義之上。更詳細地說，在其運作程序上要不偏不倚、公正無私，而其裁決內容的睿智與正義則是透過嚴謹的邏輯結構與充分清晰的說理來呈現，讓爭議兩造都不得不在無瑕的程序、完美的理性論證與客觀的正義實現之裁判前臣服。

不過，這種一般法院透過其在具體個案之裁判表現來建立其司法權威的途徑，並不能完全適用於釋憲機關。特別是對於美國式違憲審查制度以外的其他憲法爭訟機關來說，當其針對國會所通過的法律進行違憲審查時，總是不免會涉及諸如人工流產合法化或死刑存廢等政策選擇問題。在此情況下，釋憲機關固然仍需要睿智洞見與邏輯說理，但其裁決內容最終是否呈現出不偏不倚的立場且能實現正義？就比較難有客觀的定論。因為法政策的選擇，不是一種是非對錯的評定，而是一種價值的選擇，例如支持與反對人工流產者，皆各有其理。換言之，不論其裁決內容最終是支持人工流產還是反對人工流產，總是會有一方對其最終決定表示不滿或無法接受。因此，面對具價值性的政策選擇問題，不同於一般法院面對具體個案的情形，釋憲機關是不能完全依賴其裁決的程序無瑕與判決內容的公正合理來建立其權威；它還需要一些其他的東西！它需要由其他的權力部門身上來吸取權威。

相較於司法部門必依賴傳統或靠自己努力來建立權威，行政權與立法權則是幸運地處於比較有利的地位。簡單地說，行政權擁有具體的「力」來執行法律，它的權威可以完全建立在此「公權力」之上。至於民主體制下的國會立法權，因為是經由民主程序所選出的國會議員來審議法律，所以國會立法權的權威可以源自於因民主選舉與三讀審議程序所產生的民主正當性。不論是公權力，還是民主正當性，它們都是基於制度之本質特性而產生權威，而非要依賴特定之傳統或特別之努力。若是釋憲機關自己缺乏足夠之權威時，它或許可以從行政權及立法權身上擷取一些權威。

然而要如何擷取？借用前述黑格爾為尊嚴而奮鬥的哲學，只要透過挑戰與對抗的方式而贏得「肯認」，就可以將對手的力量吸納到自己身上，進而轉化為自己的權威。更詳細地說，釋憲機關若要有效的建立其權威，除了與一般司法機關一樣，要重視其裁決的程序與內容之外，還要加上其對外的挑戰與對抗：透過挑戰與對抗政治權力部門之權威的過程，它可以將政治權力部門所擁有的權威擷取過來，進而將之轉化為自己的司法權威。

固然挑戰與對抗特別是由執政勢力所掌控的政治權力部門是釋憲機關建立或提昇其司法權威的不二法門，但這並不是意謂著釋憲機關一開始就應該直接正面地與政治權力部門相對抗。這種挑戰與對抗必須是有智慧的，要在不知不覺之中埋下挑戰與對抗的火藥與引信，然後才在最適當的時機予以引爆。

一、從順服到迂迴對抗

司法院大法官與憲法委員會在設立之初，都是屬於缺乏權威，地位不穩固的國家機關。它們都是由順服於其他權力部門開始，慢慢地站穩腳跟；但也在適當時機悄悄地理下日後對抗的基礎。

（一）初期順服

中華民國憲法第78條規定司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權；並在憲法第79條第2項規定前條職權由大法官掌理。此外，憲法第173條再次規定憲法之解釋，由司法院為之。其餘諸如憲法第116條、第125條、第171條及172條等規定，都是在強調以憲法為最高位階的法位階秩序。

司法院大法官於1948年8月開始正式運作，同年9月大法官自行通過司法院大法官會議規則。根據該會議規則第3條之規定：僅有中央及地方機關得為聲請釋憲的主體，而得以聲請解釋憲法之事項則為前述機關於其職權上適用憲法發生疑義，或適用法律命令發生有無牴觸憲法之疑義等兩大類。事實上，憲法本文對於得以聲請釋

憲的主體與得以聲請釋憲的事項與時機，與法國憲法的規範方式相反，可謂完全未為規定，我國制憲者在此留下很大的解釋與運作空間。然而，在大法官自行所訂定的會議規則中，卻將「聲請主體」、「聲請事項」與「聲請時機」作如此地限縮，致使初期能夠受理的案件類型與數量十分有限；這可以看出初期大法官採取一種十分保守且自我限縮的態度。此外，大法官在1949年1月所公布的司法院釋字第2號解釋中，進一步闡明「憲法解釋」與「統一解釋」之不同，前者可更詳細地稱為「憲法疑義與爭議解釋」，後者可謂「法令爭議之統一解釋」。基此，大法官透過自己所訂定的會議規則與此號解釋之內容形塑了我國釋憲制度的主要輪廓。

然而「疑義解釋」常會使大法官像一個政府的法律諮詢機關，而「統一解釋」主要在解決機關適用法令的歧見，本來就不屬規範違憲審查的核心部分⁴³，其在本質上也無政治敏感性可言⁴⁴。基此，大法官自己所勾勒的釋憲機關之圖像，其實是一個相對弱勢與自我設限的機關。

在大法官早期的解釋中，主要的案源來自於統一解釋，在少數可能涉及政治爭議的疑義解釋中，大法官也皆採順服當時主要政治勢力之見解的釋憲態度。以下略舉數例說明：首先，1954年作成的司法院釋字第31號解釋，可以說是對於當時及後來之政局影響深遠的解釋。該號解釋由行政院以疑義解釋的方式提出，請求大法官解決因立委與監委法定任期屆滿後所生的改選難題。在本號解釋中大法官指出：因國家發生重大變故，事實上不能改選，故由第一屆立委及監委繼續行使職權。這就是日後被批評為萬年國會的法律基礎。此項解釋內容事實上與行政院的主張相一致，而且早在1951年

43 事實上，統一見解的工作經由訴訟途徑即可達致，而是「統一後的見解」，才有違憲與否的問題。詳細分析可參見李念祖，*案例憲法II——人權保障的程序*，頁94以下（2003年），與司法院釋字第279號解釋鄭健才大法官的不同意見書。

44 吳庚（註1），頁389。

第一屆立委任期屆滿時，行政院已建議總統咨請立法院暫時繼續行使職權。換言之，第一屆立委的前三次延任方式，都是由總統核可後行之，完全沒有法律基礎。行政院的理由乃以當時大法官還未在臺灣恢復集會，所以無法聲請解釋。此次聲請解釋就是要請大法官對於不改選的延任事實，予以就地合法。而大法官的解釋內容正完全符合執政當局之所需。

又如在反共與戡亂戒嚴的背景下，行政權侵害人權的行為甚多。然而大法官面對嚴厲的政治肅殺氣氛，也是僅能抱持著順服的態度；司法院釋字第68號及第129號解釋可以做為代表。在1956年的司法院釋字第68號解釋中，大法官認為只要過去曾有參加叛亂組織（如共產黨）的紀錄，即使經過10多年未與叛亂組織聯絡且也未從事叛亂活動，但只要其未經自首或其他事實證明其確已脫離叛亂組織者，仍屬繼續犯罪狀態。此號解釋作出之後，不僅不能改變行政權以檢肅匪諜與懲治叛亂為由繼續肅清異己，甚至還有連過去多年前，在未成年時期曾參與匪偽兒童團組織而被判刑的事例。面對此情況，大法官在其1960年的司法院釋字第129號解釋中居然還說：未滿14歲人參加叛亂組織，於滿14歲時，尚未經自首，亦無其他事實證明其確已脫離者，自應負刑事責任。林紀東大法官在本號解釋的不同意見書中特別指出：犯罪係以行為為成立條件，若無犯罪之行為，即不能論罪處罰。若未滿14歲之兒童，曾被迫參加匪偽兒童組織，如一律以叛亂論罪科刑，則依此邏輯，未來政府若光復大陸，則大陸二、三十歲之年輕人將無一倖免。

前引這些案例可以顯示出早期大法官沉潛自制，不敢直接挑戰政治部門的順服態度。

法國憲法委員會的情形也十分類似。如前所述，憲法委員會的原始設置目的就是要防止立法權介入行政權領域；其主要功能就是要將立法權拘束在憲法所設定的框架裡⁴⁵。在此立憲背景下，它本

45 主要的規定在法國憲法第34條有關立法權之範圍的規定。

來就不太容易能去挑戰它所捍衛的行政權⁴⁶。即使是面對立法權，由於法國的憲政體制乃以議會內閣制為其基礎架構，加以向來尊重多數執政的民主傳統，國會多數黨通常就是組閣的政黨。所以第五共和憲法下的政府體制也與一般議會內閣制一樣，行政與立法兩權常是合一的情形。在此背景下，憲法委員會既然不太容易去挑戰執政者的行政權，當然也沒什麼機會去挑戰與行政權合一的立法權。整體而言，憲法委員會一開始彷彿就是一個捍衛政治權力部門的機構，成為執政者的附庸。在它運作之初，左派政治領袖密特朗(François Mitterrand)在其1964年《持續政變》一書中就指稱：「憲法委員會唯一的功用就是擔任戴高樂將軍的信差。」而要從「執政者的信差」變成「法治國的守護者」⁴⁷，的確不是一件容易的事。

以第五共和憲法運作初期有關公民投票的爭議為例，吾人可以看到憲法委員會是如何地順服自制。該案的背景如下：戴高樂就任總統之後，便慣於使用憲法所賦予之發動公民投票的權力⁴⁸，來解決政治衝突。然而就法國的政治傳統而言，基於拿破崙叔姪皆是透過公投來強化自己的權力或改變憲政體制的不良歷史經驗，所以自19世紀下半葉起之第三共和以降，法國人已形成尊重國會主權，並對公投持保留態度的憲政傳統。當戴高樂打算發動公投來解決政治爭議時，馬上就令人想到過去不好的歷史經驗而招致在野黨的圍剿與部分人民的反對。1960年12月8日，戴高樂下達舉辦其任內首次

46 依法國憲法第56條第2項的規定，卸任總統為憲法委員會的法定當然委員。第四共和時期的總統 V. Auriol 於憲法委員會正式運作之際，即公開表示拒絕出任該委員會的當然委員，因為該委員會的權限過於狹隘。參見 CHEVALLIER (J.-J.), CARCASSONNE (G.) et DUHAMEL (O.), *La V^e République 1958-2002*, Paris, Armand Colin, 2002, p. 48.

47 FRANÇOIS (B.), *Misère de la V^e République: Pourquoi il faut changer les institutions*, Paris, Denoël, 2007, p. 155.

48 最主要的法源是法國憲法第11條。另憲法第89條也賦予總統可將修憲案交付公投。戴高樂擔任總統期間，共發動4次公投。前兩次公投是處理阿爾及利亞的獨立問題，第三次公投則是將總統改為直選。最後一次公投打算改革參議院，但公投失敗，戴高樂也在公投結果公布的當夜辭去總統職務。

公投的命令。本案的聲請人「國家團結黨」(Regroupement National) 希望成為得以參與公投宣傳活動的團體，並申請得以使用官方所核准的海報張貼區，但官方以其資格不符為由而否准其申請；該黨遂在同年12月20日向憲法委員會請求救濟。

依照憲法第60條的規定：「憲法委員會監督公民投票運作的合法性，並公告公民投票的結果。」而以此憲法規定為基礎所制定的憲法委員會組織法⁴⁹第46及47條規定：政府舉辦公投之相關運作程序，應諮詢憲法委員會；以及憲法委員會得對於官方核可得以參加公投宣傳之團體的名單，表示諮詢意見。然而憲法委員會卻在同年12月23日所做出的決定中表示：憲法委員會組織法有關公投運作的規定，僅具諮詢性質；故以本案不屬憲法委員會的法定權限範圍為由而駁回當事人之聲請⁵⁰。該決定的法律理由事實上是十分薄弱的⁵¹。因為除了憲法第60條的規定之外，就算依前引憲法委員會組織法第46及47條之規定，憲法委員會至少可以對某些團體被排除於公投宣傳團體之外的行政處分表示諮詢意見，然而憲法委員會卻自我限縮，拒絕受理該案。

同樣的謙卑態度也可見於下面這個案例：因阿爾及利亞獨立問題，在1961年4月22日法國駐阿爾及爾的部隊發動軍事政變，戴高樂總統隨即在4月23日以憲法第16條規定為由，宣布國家進入緊急狀態至9月29日為止。他並在8月31日公開表示：在緊急狀態期間，國會的權力應受到相當程度的限制。對於執政者的強硬態度，在野的左派政黨十分不滿，並在同年9月12日對內閣提出不信任案。但是在緊急狀態期間究竟能否提出不信任案？國會內部卻意見分

49 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, *JO*, 9 nov. 1958, pp. 101-129.

50 CC 23 décembre 1960, Regroupement National, *Rec.* 67.

51 FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, n° 8, p. 109.

歧⁵²。議長遂於9月14日請求憲法委員會解決此問題。憲法委員會在同日就作出無權受理的回答⁵³，其主要的內容如下：

憲法委員會的職權乃由憲法作嚴格的規定，故僅有在憲法所明定的情狀下，憲法委員會才能作出決定或提出諮詢意見。

然而憲法並沒有賦予國會議長就本案情形得以提出諮詢意見的規定，故憲法委員會無權回應此問題。

就法國第五共和憲法本文來看，憲法的確並沒有賦予憲法委員會得以解決所有「有關憲法應如何適用之問題」或是「有關憲法機關間之爭議問題」等一般性的憲法釋義權力，而僅是針對某些特定事項，憲法明文列舉其具體的權限內容。但是就釋憲機關的運作實務來說，特別是從比較法的觀點來看，並不一定要採取這種嚴格自我限縮的解釋方式。或許是憲法委員會考量自己甫才設立，缺乏介入政治衝突的資本與權威，所以採取這種自閉自制的釋憲態度。這種態度在下面這個案例可謂達到最高峰。

在1962年10月2日，戴高樂總統決定透過憲法第11條所規定的公投程序來將總統選舉方式改為全民直選，該決定立刻引起各界激烈的反彈。其理由有二：第一，就程序面來說，總統選舉方式屬於憲法直接規定之事項，故應以正常修憲途徑來修改；也就是要先經國會同意後方得為之。利用憲法第11條規定直接訴諸公投，其實就是迴避國會就修憲事項進行審議。第二，就實質面來說，將總統改為直選，令不少菁英想到拿破崙叔姪，將變更法國體制為如凱薩大帝時的民粹式政體，違反法國大革命以來所辛苦建立的共和國傳統。既然程序明顯違憲，實體又背離革命共和傳統，其所引起之反彈自會是十分劇烈。國會為對抗總統此項直接交付公投修憲的決定，遂在1962年10月4日通過第五共和成立迄今唯一一次成功的倒

52 反對受理不信任案的主要理由是因為法國憲法第16條第4項及第5項規定：在緊急狀態期間，國會自動集會且不得被解散。既然國會不得被解散，基於武器平等原則，國會就不能對政府提出不信任案。

53 CC 14 septembre 1961, Demande d'avis, Rec. 55.

閣案。面對此情勢，戴高樂總統一方面在同年10月9日解散國會下院；並在10月28日進行前述修憲公投。參議院議長在11月3日發動違憲審查機制，將10月28日經由人民所通過的公投案送交憲法委員會進行合憲性審查。

憲法委員會在11月6日針對此公投案作出決定⁵⁴，其主要內容如下：第一，憲法委員會的職權乃是由憲法及憲法委員會組織法所明定，憲法委員會不會回答其法定權限以外的任何問題。第二，依憲法第61條及憲法委員會組織法所規定的規範審查，憲法委員會僅能審查由國會所通過的法律案。至於透過公投所通過的法案，係屬於國民主權的直接展現，並不屬憲法委員會職權規定內所可審查的對象。故憲法委員會無權審查此公投法案的合憲性。

對此一為多數學者認定為違憲，且為在野政黨及不少政治人物宣稱不能接受的公投案，憲法委員會卻以法定權限為由而拒絕審查其合憲性。此決定公布後，原聲請人參議院議長Gaston Monnerville立刻在報紙投書表示：「憲法委員會剛剛完成自殺行為。⁵⁵」憲法委員會的聲望可謂跌到了谷底。

總結我國及法國釋憲機關的初期運作經驗來看，我國大法官是直接順服於執政者的意志之下，法國的憲法委員會則總是以不得逾越其法定權限為擋箭牌，拒絕審查執政者所挑起的政治衝突。從這兩國釋憲機關的運作經驗來看，原本就沒有權威與聲望的新設組織，在設立之初僅能謹慎行事，「順服」與「自制」看似是自保與組織得以存續的不二法門⁵⁶。

54 CC 6 novembre 1962, 62-20 DC, La loi référendaire, *Rec.* 27.

55 見於1962年11月8日的法國世界報。引自 FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 14, p. 187.

56 論文審查人認為缺乏權威，順服自制與機關存續之間的關係仍有待進一步論證。特別是我國的大法官與法國的憲法委員會都是憲法機關，要消滅憲法機關需要透過修憲的途徑，應該不是一件容易的事。作者於此同意審查人的觀點，特別是當釋憲機關採取順服態度時，未必是意識到採取對抗態度可能會危及機關本身之存續。不過，若以當時的統治者對憲法的態度來看，我國是以動員戡

(二) 潛藏對抗基礎

中華民國憲法第114條規定：「省自治法制定後，須即送司法院。司法院如認為有違憲之處，應將違憲條文宣布無效。」（粗體為作者所加）該條文具有以下兩個特色：首先，它是我國憲法中的強制性規範審查之規定，此種設計與法國憲法有關組織法與國會議事規則的強制規範審查一樣⁵⁷。其次，前述我國憲法該條文明文規定：大法官應將違憲條文宣布無效，課予大法官「宣布違憲條文無效」的憲法義務。但如果違憲條文不是省自治法之條文，而是諸如法律、命令或甚至是修憲條文等其他法規範，大法官有否予以宣布無效的法定義務呢？如果將問題先限縮在法律條文違憲的情況，則從我國憲法條文的順序與體系邏輯來看，既然憲法第114條已經規定「應將違憲條文宣布無效」的法定義務，沒有必要在憲法第171條第2項再強調一次。換言之，面對違憲的法律條文，大法官有將之宣布無效的法定義務。反面的解釋則可以「強制規範審查」乃屬我國憲法上的例外規定為理由，主張例外規定應採限縮解釋。既然憲法第171條第2項不明文課予大法官須將違憲條文宣布無效的法定義務，則大法官對於「法律有無牴觸憲法之疑義」的解釋，就沒有受憲法第114條應宣布無效之拘束，而有比較大的操作空間。為了避免直接與政治勢力相衝突，大法官實務上是採取後者之解釋策略，給予自己比較大的運作自由。

亂時期臨時條款修改憲法實質內容，法國則以公民投票改變憲法規定。在當時的政治情勢下，於必要時變更憲法內容不會是一件難以想像的事。就算不將釋憲機關裁撤，政治權力部門亦有可能對釋憲機關施加制裁。以我國為例，司法院釋字第76號解釋作出之後，立法院在次年就通過司法院大法官會議法，將解釋憲法的門檻提高為大法官總額四分之三出席，出席大法官三分之二同意方得通過。此一雙重加重多數的設計，使得大法官更難作出憲法解釋。又如我國的監察院常被人批評為只敢拍蒼蠅的無用機關，因為其缺乏權威，所以常遭被裁撤的威脅。總之，缺乏權威的機關比較容易被威脅與制裁，而其被威脅與制裁的時點，則常與其具體作為激怒政治權力部門密切相關。

57 法國第五共和憲法第61條第1項規定：「組織法在公布之前，以及國會議事規則在開始適用前，須送交憲法委員會對其進行合憲性審查。」

舉例來說，1960年時的法院組織法將高等法院以下之各級法院隸屬於行政院。大法官在司法院釋字第86號解釋的解釋文中表示：「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」（粗體為作者所加）。在其解釋理由書則謂：「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。」（粗體為作者所加）本案涉及法院體系是否應獨立於行政權之外的司法獨立問題，且以當時的法院組織法為審查對象。論者謂：「本案解釋是大法官認定法律違憲之首例。……當時的大法官立場堅定，但語氣緩和，以相當含蓄的方式，宣告法院組織法相關條文違憲。⁵⁸」

另一個例子是有關違警罰法授權警察機關得以對人民裁罰「拘留」與「罰役」等兩項處罰，此等職權直接侵害人民之人身自由。依憲法第8條規定，剝奪人身自由的處罰應由法院為之。雖然違警罰法之相關規定違憲的情形至為明顯，但本案自提出聲請後，卻歷經4屆大法官前後19年，才在1980年作出司法院釋字第166號解釋。該號解釋文為：「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。」（粗體為作者所加）

比較這兩號解釋，雖然都是面對法律違憲的情形，前者在解釋文中完全不提法令修改問題，而是在解釋理由書中提及「應分別予以修正」，後者則在解釋文中表示「應迅改」。所以也有認為此兩號解釋只是「合憲非難」，或是「警告性裁判」，而未達違憲失效的情況⁵⁹。一直要到1990年的司法院釋字第251號解釋，違警罰法才被大法官宣告違憲且定期失效。不論如何，吾人看到大法官面對棘手的違警罰法問題，先是以拖待變，後又以十分含蓄地方式來表示其見解，再進而提出不符憲法規範意旨的警告，最後才是真正的違憲宣

58 詳細分析可參見李念祖（註43），頁10以下。然則一直要到解釋作出約20年後，司法院組織法與法院組織法才完成修法，落實司法院釋字第86號解釋的意旨。

59 吳庚（註1），頁421。

告，並給予定期失效的強制性效果⁶⁰。從前述幾號解釋中，吾人可以看到大法官一開始並沒有直接挑戰行政權或執政勢力，但卻含蓄、溫和、謹慎地表達其不同的立場。一直要等到外在環境許可，才在適當的時機埋下日後對抗的基礎。

憲法委員會的情形也十分近似。在其開始運作的隔年，憲法委員會就做出一個具代表性的違憲宣告。該案的背景事實如下：法國所建立的公共廣播電視集團是一個獨立的行政法人，其經費乃來自於政府每年向視聽大眾所收取之電視及廣播收視費⁶¹。在1960年的預算修正案審議過程中，政府與國會對於收視費費率訂定之權限應屬行政權或立法權而意見相左。經過多次折衝與討論，最後是以「政府有權調整費率，但新費率要經國會同意後才能生效」的妥協方式完成立法程序。雖然在整個立法過程中政府皆參與協商，但總理對於最後所通過的方案卻仍不滿意，於是總理依憲法第61條第2項規定聲請釋憲⁶²。該總理主張：前述法律（即預算修正法賦予國會享有費率調整同意權）之規定，超越了憲法賦予立法權的權限範圍，實屬立法權違憲介入行政命令權的行為。憲法委員會在本案中支持前述的總理主張，並將該法律中的兩個相關條文宣告為違憲⁶³。就憲法委員會本就是為維護行政權之權限而設的觀點來看，本案似無特殊之處。然而，事實上該決定卻蘊含多重意義。首先，就釋憲態度與程序規定而言，依前述憲法委員會初期曾嚴格解釋自己法定權限範圍的保守性格來看，它本應拒絕受理該案。因為法國憲法對於行政權如何阻止立法權入侵的規定有二：一是在法律通過

60 即使是在違憲且定期失效的案例裡，大法官也是先從行政函釋開始（司法院釋字第218號解釋），再進一步對法律也做定期失效的宣告（司法院釋字第224號解釋）。

61 先是對買收音機的人民收取收聽費，後變成向買電視的人民每年固定收取收視費。

62 該條賦予總理得針對國會所通過之法案，向憲法委員會提出法律合憲性審查的請求。

63 CC 11 aout 1960, 60-8 DC, *Rec.* 25; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 7, p. 89 et s.

之前，也就是在法案審議過程中，政府得主張國會預備立法之內容已經逾越其法定權限，故而要求國會不得續行討論該法案之相關條文。若國會與總理對此有歧見，則總理與國會兩院議長皆可聲請釋憲。若該法案中之相關條文的確介入行政命令權之法定範圍，則憲法委員會應作出「議會不得受理審議該法條」之宣告⁶⁴。二是在法律公布生效之後，政府可請求憲法委員會宣告該系爭法律條文乃屬「違憲地介入行政命令權領域之法條」。憲法委員會的此種宣告可以稱為「去法律化」之宣告，使系爭法律條文失去法律的地位，然後政府即能以行政命令之形式直接修改該法律條文之內容⁶⁵。

但在本案中，總理既不在法案審議過程中依憲法第41條提出「議會不得受理審議該法條」的主張，也不是等到法律生效之後，再依憲法第37條第2項規定進行「去法律化」之程序，卻是依憲法第61條第2項規定，即是在法律通過後總統公布前提出違憲審查聲請。從禁反言原則的角度來看，總理在立法過程中若沒有利用前述「議會不得受理審議該法條」之程序來阻止國會在行政權領域內進行立法，就不應該在法律通過後又提出國會越權的釋憲聲請。更何況若依前述憲法委員會初期運作時的保守性格來看，該案應屬總理之聲請違反憲法所規定之程序而不予受理。從其受理該案並宣告違憲的舉措可看出憲法委員會利用行政權聲請釋憲的機會，適時調整自己的態度⁶⁶。其次，該案宣告系爭法律部分條文違憲，可謂給了國會小小的一擊，直接挑戰國會主權的權威⁶⁷。但國會對此挑戰卻

64 參見法國憲法第41條規定。

65 參見法國憲法第37條第2項。

66 事實上，憲法委員會自1982年起的類似案中即推翻本案見解而採取完全相反的立場，此判例並予以維持迄今。在 CC 30 juillet 1982, 82-143 DC 一案中，憲法委員會表示：當一個具命令性質的條文被規範於法律條文內時，憲法並無意讓此法律條文被宣告為違憲。憲法規範的意思只是指行政權擁有自己的職權領域，且有法定程序去維護其領域而已。換言之，如果在立法程序中政府不利用憲法第41條的「議會不得受理該法條」之程序來阻止立法程序，就不能在此法律通過後又依憲法第61條第2項提出違憲聲請。

67 FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 7, p. 91.

又不至於大力反彈，主要是因為政府在國會本就擁有過半席次的多數支持，故最後國會所通過的版本乃協商結果，而非行政、立法兩權尖銳對抗的產物。所以此違憲宣告表面上是打擊國會，實質上並不算是真正挑戰國會多數之意志，而只是符合執政勢力之施政需求而已。再者，一般認為憲法委員會的原始設立目的應該只是一個「權限分配的導引者」⁶⁸，而不是真的要它去作實質的違憲審查。但在本案中憲法委員會卻針對法條內容作了實質的違憲審查，令不少人感到十分的意外。最後，在本文中憲法委員會將審查基準擴及到憲法文本之外：本案真正直接被違反的條文並不是憲法條文本本身，而是有關預算法的組織法第4條之規定⁶⁹。換言之，違反組織法也形同違憲，憲法委員會在本文中自行擴大其違憲判斷的審查基準。

在1967年及1970年等兩個有關法院組織法的案子裡，憲法委員會更進一步地首次以憲法條文本本身作為法律違憲宣告之依據。換言之，憲法自此起才真正成為具有拘束力的規範性文件，可以用來推翻與其規範意旨相牴觸的法律。與我國司法院釋字第86號解釋相似的情形是：本案也是涉及司法權的領域，而不是直接觸及行政權或立法權。在1967年的法官任命案裡⁷⁰，政府送交國會有關最高法院的改革法案中，有一條如此規定：「在最高法院擔任候補法官的年輕法官，任職滿10年後可直接被派任至其他法院擔任法官。」此條文以違反法國憲法第64條第4項法官職位保障的規定而被宣告為違憲。憲法委員會認為司法獨立的實現要透過法官地位與職位的保障而實現，在沒有經過法官事前同意的情況下，其職位不得被調動。而系爭法條中所謂直接派任分發的意思，其實就是未於事前獲得當事人的同意即調動其職位，故被憲法委員會認為其乃違反憲法保障

68 意思是指憲法委員會的職責只是要告訴行政權或立法權，某項特定權限依憲法規定乃屬行政權之範疇或屬立法權之範疇，純粹像是形式審查，而不是法律實體內容是否違憲的實質審查。

69 L'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances.

70 CC 26 janvier 1967, 67-31 DC, Rec. 19.

法官職位之規範意旨而屬違憲。此外，在1970年的實習法官參審案中⁷¹，新修訂的組織法規定實習法官於實習時，若其所屬法院之承審法官因故無法參與審案時，可由實習法官暫時代理。憲法委員會認為實習法官的地位保障還不夠確保其獨立性，故允許實習法官可因代理而得參與審判的規定，被認為有違法國憲法第64條司法獨立之規定而被宣告為違憲。這兩個案子都是有關司法權的組織法被宣告為違憲，並且都是以憲法本文作為違憲宣告的基準。就審查程序而言，由於法國憲法第61條第1項規定：凡是組織法與國會議事規則，都屬強制違憲審查之範圍，所以本案並非是因政治衝突或爭議而起。其次再就實質內容而言，被宣告違憲的內容並非是政府或國會多數所強力堅持的部分，所以此違憲宣告也不算直接挑戰政治部門之權威。

總結兩國的釋憲實務，吾人看到略不相同的取徑。在順服自制的階段，我國大法官是利用機會作警告性的違憲宣告，而且其強度是逐步升高。法國憲法委員會雖是作出違憲宣告，但並沒有直接對抗當時執政政治勢力之意志，而是透過擴大違憲審查基準的方式，先嘗試以組織法作為違憲宣告之基礎，最後再直接援引憲法條文，使其發生真正的規範效力。不過其所選擇的場域，是政治勢力並不特別重視的司法權內部事務事項之領域。

二、正面挑戰

直接挑戰政治勢力或是直接與執政者對抗乃是釋憲機關建立權威的有效方法。不論是針對行政權還是立法權，只要釋憲機關能透過其決定推翻執政勢力的企圖或意志，它就彷彿可以將行政權與立法權的權威吸納過來。或是借用黑格爾的說法，因為有對抗的勇氣，所以才可能贏得被肯認的權威。以下就我國及法國的例子，來看釋憲機關如何挑戰政治勢力。

⁷¹ CC 9 juillet 1970, 70-40 DC, Rec. 25.

(一) 大法官挑戰民意代表

大法官自開始運作以來，作出第一個極具代表性的重要解釋就是1990年的司法院釋字第261號解釋。該號解釋乃由民進黨立委領銜提出釋憲聲請，大法官在解釋中先闡釋司法院釋字第31號解釋並沒有讓中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，也沒有禁止舉行第二屆中央民代選舉之意。而為適應當前情勢，第一屆民代應在1991年12月31日以前終止行使職權。這號解釋推翻前引賦予萬年國會之法律基礎的司法院釋字第31號解釋，並且採用定期失效的方式，強制中央民代在解釋作出後1年半之內退職。

這號解釋的內容表面上看似與執政黨的憲政改革方案不謀而合，故還引起在野民進黨與部分學界的批評⁷²。然而在事實上，此時執政黨內部恰有兩派政治勢力正在進行激烈的角力。一派是以李登輝總統為首，代表國民黨本土派的政治勢力，另一派則是以外省籍政治菁英為主體，包括當時行政院院長郝柏村在內舊的政治勢力，而資深中央民代多數是這股舊的政治勢力之支持者。透過「法統」的概念，以及以司法院釋字第31號解釋為法源，這股舊的政治勢力並無輕易棄甲撤退之意。司法院釋字第261號解釋其實是直接打擊這股舊的政治勢力，卸除了他們的法源盾牌，迫使「萬年代表」走入歷史。雖然大法官冒著風險直接介入當時的政治衝突與憲

72 例如民進黨中央黨部針對司法院釋字第261號解釋做如下表示：「該解釋乃預留國會改選時間及預定設置大陸代表制的憲法解釋，充滿政治性及工具性，民進黨不但不滿意，而且無法接受。」其文宣部主任表示：「遲來的正義不是正義。司法院釋字第31號解釋的理由是『因應當時情勢』，司法院釋字第261號解釋則是『適應當前情勢』。這種因應當時及適應當前情勢所作出的不同解釋，完全看不到法理性說明，也未講明變更原因，令人懷疑這15位解釋的大法官是否為國民黨的御用工具？」（參見聯合報，1990年6月22日2版。）又如林子儀教授表示：解釋文中值得玩味的是資深民代職權終止的時間。這個決定毫無法理可言，根本是一種政治妥協。為何一定要在八十年底終止職權？這很顯然地是為配合執政黨的改革方案。（參見林子儀，政治性降低但離司法獨立仍遠未來一般法官皆應有違憲審查權 憲法才能真正保障人民權利，聯合報，1990年6月22日4版。）

政改革，招致不少批評。但在另一方面，大法官卻因勇敢地打擊舊的政治勢力而從其身上擄獲不少權威。

2000年的司法院釋字第499號解釋是另一個建立權威的高峰。就在民進黨首次贏得總統大選後3天，大法官宣布國代修憲延任案為違憲。在本案中，大法官所挑戰的對象是國民大會以及其在1999年9月4日所通過的修憲案。在解釋文裡，大法官強調修憲程序應公開透明，方能貫徹責任政治原則。至於就實體面而言，大法官認為憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，不得聽任修憲條文予以變更，否則憲法整體規範秩序將形同破毀。延任案正因程序違反公開透明原則，且在實體內容上又變更諸如民主共和國原則與國民主權原則等憲法存立之基本原則，故被宣告為違憲且立即失效。就表面上來看，該號解釋是推翻國民大會多數的決議，實則是推翻在國民大會背後操盤的國民黨與民進黨所合作之修憲計畫；亦即就是直接挑戰當時主要的政治勢力。解釋作出之後，甫於總統大選失敗的國民黨陷於內部分裂，無暇回應。而在大選中獲勝的民進黨黨主席林義雄對此號解釋則公開表示：「制憲機關代表人民制定之憲法即為全民共守之契約，包括立法、司法、行政三權的所有公務機關皆須遵守契約規範，不應高過此一契約。司法院大法官會議作成司法院釋字第499號解釋，顯係司法凌駕人民意志之上，創下釋憲權否定制憲權之負面示例。⁷³」（粗體為作者所加）支持透過延任的方式以終結國民大會這個憲政機構的學者，或者認為大法官

73 參見社論，制憲成之於力，修憲受之於法——朝野均應尊重大法官會議對國大自延任期案之解釋，中國時報，2000年3月25日3版。該報在當日3版的社論中以「制憲成之於力，修憲受之於法——朝野均應尊重大法官會議對國大自延任期案之解釋」為題抨擊林義雄的言論。其主要的立論如下：第一，民進黨即將成為中央之執政黨，執政黨黨魁公然挑戰釋憲者的憲法解釋，是民主國家罕見的政治舉措。第二，林主席不能區別制憲機關與修憲的差別。第三，政黨不能將自己置於選民之上。解釋結果只不過是再讓人民就國大存廢問題在選舉中表達意見的機會，政黨的延任政策反而才是不信任人民的智慧。

「昧於憲政脈絡」⁷⁴，或者批判大法官超出釋憲權應有的界線。而反對延任案的媒體則認為：「我們應向大法官致以最高的敬意，能在如此詭譎且凶險的政治情勢中，做出如此明確清朗的解釋，不但足可彰顯其憲法守護神的重要角色，也為當前動盪不安的政局發揮了必要的穩定作用。⁷⁵」

與司法院釋字第261號解釋相比較，此號解釋在某些面向上來看是更為激進。例如它直接推翻擁有民主正當性基礎之修憲機關以較為嚴格之修憲程序所通過的修憲條文，大法官是將自己投入抗多數困局的泥淖之中。反之，萬年民代本身正因其欠缺民主正當性，而成為要被逼退的對象，所以在司法院釋字第261號解釋中比較沒有反民主的質疑。再者，就司法院釋字第261號解釋的背景來說，國民黨內主流派（本土派）與非主流派（外省派）的勢力算是相差不大，所以不論大法官選擇哪一邊，都可以獲得一定的政治支持。反之，司法院釋字第499號解釋的背景是面對一個強大的政治結盟（國民黨與民進黨之合作）與另一個零散脆弱的小黨組合（新黨與其他反延任之勢力）；大法官卻選擇挑戰強者。也正是因為比司法院釋字第261號解釋更為冒險，所以司法院釋字第499號解釋的說理格外清晰詳細，解釋文與解釋理由書的篇幅及內容與司法院釋字第261號解釋相比較，真是不可以道里計。大法官除了以勇氣爭取肯認與尊嚴之外，其解釋內容也提供了一般法院裁判要建立權威所不可或缺的睿智與洞見。而唯有透過嚴密的邏輯與詳盡的說理，這樣的睿智才能夠被理解。雖然解釋作出之後，有人認為廢除國民大會之改革進程將遭遇重大阻礙⁷⁶。但實際上卻是國民黨與民進黨兩大

74 參見葉俊榮，大法官重法理 昧於憲政脈絡，中國時報，2000年3月25日15版時論廣場。

75 參見社論，向大法官致敬，籲中選會立刻辦理國代改選，聯合報，2000年3月25日2版。

76 如民進黨立委李文忠認為釋憲結果使廢除國大的目標已變成不可能。民進黨立委林濁水則認為此號解釋宛如給國民大會打一針速賜康，讓國大繼續成為國家憲政動亂的來源。參見中國時報，2000年3月25日2版。

政黨為阻止宋楚瑜所組織之新政黨在新的國大選舉中搶下三分之一的席次，形成一股難以對抗的勢力。兩黨迅速聯手，再由總統於解釋作出後第8天所召集的修憲國大中，於兩週內完成李登輝總統任內的第6次修憲。其修憲內容除了實現原先被宣稱為沒有對價成本，是不可能令其「自廢武功」的終結國民大會計畫外，還包括報復大法官之憲法增修條文第5條第1項的後段規定：「司法院大法官除法官轉任者外，不適用憲法第八十一條及有關法官終身職待遇之規定。⁷⁷」此項反擊報復措施一方面可以看出國民大會多數代表是如何的敵視大法官，但也正是透過此項反擊所留下的傷痕，標誌了大法官敢於直接挑戰政治勢力的勇氣。

(二) 憲法委員會挑戰執政者

1971年有關「結社自由案」的決定，可以說是真正令憲法委員會振衰起敝的關鍵性案例。論者皆謂自此案起，憲法委員會從「行政權的捍衛者」，變成「憲法的守護者」與「人權的保障者」。該案的事實背景如下：法國自1968年起有一連串的社會動盪，主要的挑動者是左派的政治力量，此社會動盪的情勢一直延續到1970年代。在此時代背景下，左派報紙《人民主義報》(*La Cause du peuple*)的社長被以挑動犯罪與暴力的罪名起訴，引起左派勢力的反抗⁷⁸。包括著名的哲學家與文學家如沙特(Jean-Paul Sartre)與西蒙波娃(Simone de Beauvoir)等人組成一個人民團體，其名稱為「人民主義報之友」，依法向行政機關提出登記為人民團體的申請，但主管機關卻將該團體認定為違法社團而否准其申請。波娃等人對此否准登記之行政處分表示不服，並向巴黎地方行政法院提起行政訴訟。巴

77 1992年立法院修改司法院組織法時，增訂該法第5條第4項之規定，將卸任的大法官視同停止辦案的法官，因而享有終身保障的待遇。由於國民大會代表認為司法院釋字第499號解釋主要是出自於學界出身之大法官的手筆，故透過此項修憲剝奪這些學界出身大法官卸任後的終身保障待遇，以為報復。

78 BERSTEIN (S.) et RIOUX (J.-P.), *La France de l'expansion*, 2. *L'apogée Pompidou (1969-1974)*, Paris, Seuil, 1995, p. 63 et s.

黎地方行政法院在1971年1月25日的裁判中判處行政機關敗訴，撤銷否准登記之行政處分。由於巴黎地方行政法院之裁判說理詳盡，且是遵循最高行政法院歷來所建立的判例精神，所以內政部長決定放棄上訴，而是改走立法途徑來維繫其立場。政府遂向國會提出修改自1901年即已生效的結社自由法之內容，增列一項新規定：「人民團體申請登記時，若主管機關認為其係以違法活動為其設立目的者，或可能有礙善良風俗、公共安全或甚至是破壞領土完整與共和政府形式之虞時，可將該案件移送法院，由法院裁定是否給予合法登記立案。」

此項新增規定將原本是「報備制」的管制社團方法改為「許可制」，只是許可核發與否乃由法院裁定。雖然參議院反對，但下院國民議會歷經四度審議後仍通過此項修法。原本就持反對立場的參議院，由其議長聲請釋憲。憲法委員會針對此案在1971年7月16日所作出的決定⁷⁹中宣告該項修法違憲。該決定具有以下幾個特色：

第一，就實體內容而言，由法院裁定是否准許人民團體合法登記的立法方式，本質上並沒有明顯侵害人民的結社權，因為法院本就是申請登記者與主管行政機關以外的客觀第三者，而且法院向來也是人權的保障者⁸⁰。但是憲法委員會認為即便是由法院裁定，仍屬「事前審查」之性質；此與結社自由之保障精神不符。此見解算是極為強化的人權保障觀點。

第二，法國第五共和憲法本文並無人權條款或人權清單，只是透過憲法前言強調法國人民莊嚴地肯認1789年人權宣言及1946年第四共和憲法前言中所提及的人權。然而，憲法前言是否與憲法本文一樣享有相同的法律效力？學者意見原本頗為分歧。憲法委員會則在本決定中明確宣示憲法前言與其他憲法條文一樣，具有相同的規範效力。此項見解開啟了憲法委員會得以發揮保障人權之功能的法

79 CC 16 juillet 1971, 71-44 DC, *Rec.* 29.

80 FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 19, p. 259.

源基礎，因為它將1789年的人權宣言與1946年憲法前言中的人權規定都列為違憲審查之基準。

第三，憲法委員會更沿襲前例，大膽地擴張違憲審查基準。它進一步將1901年的結社自由法所規範的結社自由直接稱為「共和國法律所肯認的基本原則」(les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)，而此原則具有憲法位階，國會所制定的法律不得與之相抵觸。換言之，它將憲法本文、第五共和憲法及第四共和憲法之憲法前言、1789年人權宣言，以及憲法委員會所自創的「共和國法律所肯認的基本原則」，都視為是違憲審查基準，整個形成一個「合憲性整體」(le bloc de constitutionnalité)，成為憲法委員會得以運用的「憲法條文庫」。而所謂「共和國法律所肯認的基本原則」，是一個憲法委員會得以從第三共和以降之各個重要法律中去作選取、剪裁與利用的概念。

第四，本案是憲法委員會首次直接挑戰主流政治勢力之意志，其結果是從在野的左派那裏獲得溫暖與支持。事實上，當時的國會內部乃以強硬的右派人士居多數，他們認為政府應該嚴格執行公權力，強力鎮壓所有違法集會的團體與個人。而當時的龐畢度(Georges Pompidou)總統也是抱持此種看法，他對於內閣部分成員，諸如警政總長與教育部長，對於持續不斷的人民騷亂行為採取比較寬容，避免流血的政策，感到不耐與不滿⁸¹。但是憲法委員會的此項決定正是推翻了包括總統與國會多數等強硬右派的政策主張，故而獲得向來對憲法委員會不抱好感也不抱希望的左派人士的讚賞。本案更讓有關憲法委員會作出重大決定的新聞報導，首次成為日報的頭條新聞，它也因此決定而獲得過去所不曾擁有的聲望，以及外界對其之重視與信任。

1981年左派的密特朗贏得總統大選，第五共和憲法體制下發生了憲法施行後的第一次中央政權輪替。左派新政府一上臺就立刻依

81 BERSTEIN (S.) et RIOUX (J.-P.), (註78), pp. 61-62.

總統選舉時之競選承諾，開始推動左派之社會主義政策，其中一個重要的政策就是要將重要的企業國有化。左派政府在1981年9月向國會提出國有化的法案，在國民議會（下院）與參議院（上院）均遭在野右派以國有化政策侵害人民財產權與從業自由為由激烈抵制。執政的社會黨因為在下院掌有過半的多數席次，所以該法案最終於12月18日通過。在法案通過的當夜，參議院立刻有174位議員完成連署聲請釋憲。隔天，下院也有122位議員完成連署聲請釋憲；幾乎所有在野右派議員皆參與連署。憲法委員會在隔年的1月16日作出其決定⁸²，其駁回了大部右派人士的主張，但仍宣告小部分的條文內容違憲，並指出此違憲部分與整個法案不可分離。此作法表面上是給了執政黨面子，但實際上卻是讓此法案無法公布生效。執政黨只好重新修改法案後，重新提交國會審議。反對黨仍然不支持國有化法案，下院多數最後還是通過法案。右派議員在法案通過當日又再度連署聲請釋憲，憲法委員會在1982年2月11日針對「國有化案」作出第二個決定，該決定駁回右派的違憲主張，系爭法案終於可以公布施行。

在審理本案過程中，不論是執政者或是在野者都公開對外放話，威脅憲法委員會。在其決定作出後，左派大呼國會主權遭致侵害，右派則指責憲法委員會向政治勢力低頭，漠視守護憲法與人權保障的神聖職責。這是憲法委員會成立以來，首次遭致如此強烈的質疑與批判。各種改革方案紛紛出籠，從乾脆直接廢止該機構，到改革其任命方式與交錯任期的頻率等不一而足。毫無疑問地，憲法委員會在本案中直接挑戰剛剛從總統大選與國會選舉大獲全勝的社會黨之國有化政策，自然會遭致該執政黨的強力反彈。在另一方面，在野的右派也對憲法委員會對左派國有化政策採取寬容的態度而感到不滿，因為右派最終並不能透過釋憲而擋下爭議法案，至多

82 CC 16 janvier 1982, 81-132 DC et 11 février 1982, 82-139 DC, *Rec.* 18-31; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 31, p. 463 et s.

只迫使社會黨作小幅度的修改而已。在主流政治勢力都十分不滿意的情況下，憲法委員會的確遭遇空前的危機。

然而，因為政黨輪替開啟了另一個民主與政治競爭的新局面，十分需要一個解決紛爭的中立機構。再者，因為憲法委員會委員的任命方式，讓執政的社會黨也認為假以時日他們也可以透過任命其組成委員的機會而逐漸掌握此機構。對在野的右派來說，此機構至少也是他們可以利用的一種抗衡手段。所以憲法委員會在左、右兩派勢力拉距對抗的縫隙中存續下來⁸³。而其權威的重新建立，則要等到1986年右派再度組閣後。在1986年的國會選舉中，右派獲得下院國民議會的多數席位。左派的密特朗總統於選後任命右派的席哈克(Jacques Chirac)出任總理並組閣，開啟了法國的第一次左右共治。右派一上臺立刻推出落實其競選政見的私有化政策，亦即將在左派執政期間被國有化成國營企業的公司再予以私有化。法案於1986年6月2日在國會通過，6月3日92名下院議員完成連署，6月4日61名參議院議員也完成連署，國會上下兩院皆提出聲請釋憲。憲法委員會在6月25日做出成立以來內容最長的一個決定⁸⁴，它雖宣告私有化的法案合憲，但是採「嚴格之解釋保留」的合憲宣告方式，亦即法條的涵義要依憲法委員會所闡釋的方向予以適用，方屬合憲。憲法委員會並在1986年「私有化案」的決定中，重申其在「國有化案」中的論述：「沒有任何一個國家機關可以不受具有憲法地位之規範或原則所拘束。」換言之，即使是代表人民，握有民主正當性基礎，並且是由憲法明文授權制定法律的國會，也必須臣服在憲法規範之下。此論述在強化憲法最高性的同時，也藉由憲法的地位及其所衍生的權威來支持憲法委員會挑戰新總統或是新國會的立法政策。

經過「國有化案」與「私有化案」這樣一來一往，左右政黨各

83 有關政治權力部門的對立可為司法機關開啟積極運作之空間的論述，可參閱 RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM* (2004).

84 CC 25-26 juin 1986, 86-207 DC, *Rec.* 61; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), (註51), n° 39, p. 667 et s.

有所得亦各有所失。特別是在左右共治期間因為有激烈的政治衝突，故需要憲法委員會在兩股勢力中化解紛爭；就算不能真的定分止爭，至少也可以發揮緩衝的效果。憲法委員會就在激烈政治衝突的夾縫中日漸確立其權威。

從我國與法國的情形來看，釋憲機關的司法權威的確是可以透過直接挑戰主流政治勢力之意志的方式而逐步建立的。而這種挑戰充滿風險，它們不能孤立為之。

參、孤立還是結盟？

打擊政治勢力固然是建立權威的有效途徑，但釋憲機關不能孤身涉險，獨自奮鬥。從我國與法國的經驗來看，釋憲機關必須利用外界的情勢，並審慎選擇結盟的對象。而要對結盟對象做選擇之前，還必須先有多元的政黨勢力與得以舒展鳴放的不同民意為前提。

一、後戴高樂時期的法國社會發展

蔣介石先生與戴高樂先生是兩位執政的行政強人，當他們在位的時候，國家尚在動盪之中，釋憲機關甫才設立，民主運作也還不算成熟穩固。面對保守且不開化的民風與政治上的強人，釋憲機關很難有開展的空間。兩相比較，我國的情況還比法國更糟：因為我們在二戰結束後的民主運作情形根本不能與法國相比。再者，我們當時的經濟、社會及教育情況，也與法國有相當大的差距。不論是我國還是法國，都是要在強人離開之後，社會逐漸開放多元，釋憲機關才能慢慢地邁開前進的步伐。

戴高樂先生在1969年4月由其所發動的公投案失敗後即辭去總統職位，並在1970年11月過世；蔣介石先生則在其總統任內於1975年4月過世。在強人過世之後，法國的憲法委員會在1971年就做出

有關結社自由的重要釋憲決定，我國的司法院大法官則在1980年作出司法院釋字第166號有關違警罰法違憲的解釋。於此，我們可以明顯地看到釋憲機關與政治強權二者間的互動與消長關係。

法國自19世紀下半葉起，就累積其自由民主經驗與政黨傳統，理論上不應該在20世紀還要面對行政強人的問題。不過，正是其多年的民主運作與政黨形成的歷史經驗，特別是自第三共和起所確立的國會至上的傳統，以及兩次世界大戰期間法國屢遭外敵入侵的歷史事實，使得法國人接受戴高樂的想法：他認為法國之弊病乃在行政權長期積弱不振，總是屈從於立法權之下。在二戰結束後第四共和憲法所建立的政府體制，仍是延續過去國會至上的憲政傳統。但由於戰後殖民地尋求獨立自主的壓力、東西冷戰所形成的艱困國際局勢，以及國內戰後重建的行政重擔下，使得依然維持國會至上原則的第四共和政權顯得左支右絀，難以招架。在國內政局動盪，殖民地暴亂不斷的政治背景下，戴高樂在1958年復出組閣並主導研擬現行的第五共和憲法，將法國又帶回另一個行政強權與行政強人的新階段⁸⁵。一直要到戴高樂總統辭職後，行政強人才逐漸走入歷史。

強人之後的法國，右派山頭林立，相互競爭總統大位。雖然最後是由龐畢度獲勝，但右派內部已然形成多股不同的政治勢力。以1971年的結社自由案為例，釋憲聲請人是參議院議長Alain Poher，他雖然是右派人士，但在1969年戴高樂總統任內的最後一次公投案中，他就是反對該公投案的右派政治領袖。爾後在同年的總統大選中，他又不顧可能因右派分裂而致使右派敗選的風險，堅持與當時的總理龐畢度競爭總統大位。1971年聲請釋憲案時，Poher議長的立場繼續與當時的龐畢度總統意見相左。此外，當時的總理Jacques Chaban-Delmas對於自1968年以來法國的社會運動與騷亂，比較希

⁸⁵ 自法國大革命後，兩次針對國會至上的反撲，分別是拿破崙與路易拿破崙所掌政的帝國時期。在此時期，行政權高於立法權。強勢行政權令人覺得國家比較有效率，公權力備受尊重。

望採取溫和、羈縻與包容的方式來處理。但是龐畢度總統及其他戴高樂派的政治人物則希望公權力應積極作為，不應容許違法脫序行為持續發生。所以雖然當時的總統、總理、國會兩院多數及其議長都是右派人士，但是已經是一個派系多元林立的右派政治形勢；更不用說在右派之外還有多元的左派政黨。在此多元政黨或是多元政治勢力的背景下，憲法委員會在1971年作出其決定時，其實已經可以預料除了全部的左派政黨都會支持它之外，可能還包括總理在內的部分右派人士也會支持它。憲法委員會利用此時機大膽地跨出一大步，風險相對是較小的。

反之，在1982年的國有化案時，憲法委員會雖是十分節制且小心翼翼地宣告部分條文違憲，但還是遭致極為強力的政治反撲。最主要的原因是此時有非常團結的兩大勢力（左右兩派）針鋒相對，任何決定一定都會遭致敗訴一方的強力反擊。雖然憲法委員會在1982年所作的決定是盡力要做到兩面討好：一方面宣告國有化政策合憲來滿足在選舉中大獲全勝的左派，另一方面則是透過強化私有財產權的保護來安撫右派，但該決定最終卻還是遭致左右兩派人士的圍剿。對左派而言，有兩個充分的理由來質疑憲法委員會的立場：一是在總統大選及國會下院大選皆獲勝的情況下，國有化政策充分展現了執政左派擁有強烈的民意支持度；憲法委員會憑甚麼能挑戰如此明確的最新民意？另一則是在1981年時，憲法委員會當時的委員仍然全部是由過去的右派人士所任命，所以這些委員敵視左派政黨之政策應該是合理的推論。但對右派而言，他們也不滿意在憲法委員會裡的「自己人」怎麼可以對左派的國有化政策低頭讓步，讓右派徹底地慘敗！如果不是自1971年以降憲法委員會的積極努力，在諸如1974年的人工流產自由化案、1977年的警察臨檢案與1979年的公共廣播與電視罷工案等幾個大案中與社會脈動結合，建立了一定強度的司法權威，則在1982年的國有化案中，憲法委員會就很可能承受不了左右兩大政治集團的夾擊。

事實上，龐畢度總統任命的首位總理Jacques Chaban-Delmas在

1969年9月面對國會所作的施政方針報告時，就提出要帶領法國要進入一個「新的社會」(Nouvelle Société)的願景，其所提出的一系列優先施政措施包括廣播與電視的自由化、重要國營事業（如法國國鐵、法國電力與法國瓦斯等企業）的自主經營管理、發展技職教育與調整社福救濟津貼等⁸⁶。我們已經可以從中看到自由化的趨勢。龐畢度總統在1974年4月於任內意外病逝後，新的總統當選人季斯卡(Valéry Giscard d'Estaing)，雖年僅48歲，但已經有多年經濟部長的從政經驗，他代表的更是一個新的世代。他的就職演說中則表示法國應該成為一個「進步的自由社會」(société libérale avancée)⁸⁷。在其就任後推動的優先政策包括將投票權降至18歲、讓公營廣電事業獨立自主、停止電影事前檢查與強化反對黨的地位等。這些措施有助於社會更加多元與自由開放，因此像人工流產合法化的議題才能在社會上廣泛討論，也使得憲法委員會有機會透過此類法案的合憲性審查而與社會發生互動與對話，進而成為社會大眾所認識，並且被認為是一個不可或缺的重要憲政機構。所以儘管1974年的總統大選使得法國重回左右兩大陣營相互對抗的傳統政治格局⁸⁸，但在政治部門之外，法國社會已經逐漸形成一個活化與開放的社會結構。而這個多元與自由的開放社會，正是憲法委員會得以依賴，並用以對抗左右兩大政治勢力的社會資本。

二、後蔣介石時期的臺灣社會發展

至於我國，過去本就沒有民主經驗，加上國共戰爭失敗後撤守

86 BERSTEIN (S.) et RIOUX (J.-P.), (註78), p. 51.

87 BECKER (J.-J.) et ORY (P.), *Crises et alternances (1974-2000)*, Paris, Seuil, 2002, p. 34.

88 法國自大革命以降，一直是左右兩大政治勢力對抗的政治格局，但此形勢因戴高樂執政而改變。戴高樂打破左右對立的局勢，而獲得超越左右的普遍性支持。一直到1974年的總統大選，其選票分布與選舉結果才又呈現出過去長期以來左右對抗的基本格局。換言之，法國政治上左右對立的基本盤格局，在1946至1974年間因戴高樂因素而暫時消失，在1974年才又重返傳統格局。參見 BECKER (J.-J.) et ORY (P.), *op. cit.*, p. 30.

臺灣的國民黨政權，更以集中權力作為維繫其政權的必要手段。再者，國共雙方在臺海間的武力衝突與威脅，使得執政當局一直延續動員戡亂體制，整個社會被埋在封閉與肅殺的氣氛之下，自由民主的秧苗實在是很難成長。

蔣介石去世後，政府宣布大赦減刑，立即有兩百多名身在獄中的政治犯受惠。經過3年左右的權力過渡期，時任行政院長的蔣經國在1978年5月接任總統職位。不過在同年年底中美斷交，而且在美國與中華人民共和國正式建立正常外交關係的同時，共軍也在同年12月16日停止了自1958年起對金門馬祖的炮擊，兩岸敵對的情勢減緩，臺灣進入一個新的時代。

為因應新的國內外政治局勢，蔣經國開始放寬政治活動與民主的尺度，但宣誓不容忍街頭暴力⁸⁹。特別是在美麗島事件後，同時強化民主與法治建設成為執政黨的首要目標。1980年7月所公布的國家賠償法，是一部既是劃時代同時也具象徵性意義的法律。因為該法承認政府是會犯錯的，同時政府必須對它所造成的損害負擔賠償責任。這與過去執政者認為公權力行為不容人民質疑挑戰的威權性格，截然不同。在此追求民主開放與法治的政治氣氛下，大法官接著就在1980年11月作出司法院釋字第166號解釋。如前所述，該號解釋前後歷經四屆大法官，長達19年後才作出解釋，其最主要的原因當然是外在政治氣氛的改變。大法官在其解釋理由書中也承認：「違警罰法係在行憲前公布施行，行憲後為維護社會安全及防止危害，主管機關乃未即修改，迄今行憲三十餘年，情勢已有變更，為加強人民身體自由之保障，違警罰法有關拘留、罰役由警察

⁸⁹ 蔣經國總統在1979年12月10日的上午以黨主席身分在國民黨十一屆四中全會上發表一篇重要的演說，其中提及：「確認厲行民主憲政是國家政治建設所應走的大道，必須繼續向前邁進，絕不容許後退。今後當更積極致力於健全民主政治的本質，從發揮公意政治功能，加強法治政治基礎，提高責任政治三方面同時並進。……重視民權自由的保障，更重視國家社會的安全，使自由不致流於放縱，民主不致流於暴亂，以建立安定的民主政治。」同日晚上，高雄即發生美麗島事件。

官署裁決之規定，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。」（粗體為作者所加）此處所謂的情勢已有變更，最重要的當然是指外在的政治與社會情勢。

民主運動隨著政府的步步放鬆而日益蓬勃發展，在法令尚未開放黨禁前，民主進步黨已於1986年9月正式成立，政府當時並沒有依法去取締此「違法」的新政黨。蔣經國面對此國內民主發展趨勢公開表示：「時代在變，環境在變，潮流也在變。」他並指示：抓人解決不了問題，政府應避免衝突，保持鎮靜。接著政府更進一步地釋放政治犯⁹⁰，並在1987年7月14日宣布解嚴，1988年1月1日起允許自由組織政黨，自由辦報。事實上，隨著經濟情況的轉變，對外貿易成為國家生存的命脈，民間與國外的經貿往來十分熱絡。政府因之只能因勢利導，逐步開放多項管制並致力建立一個與國際接軌的自由化經貿環境。吾人可以看到在威權體制轉型的過程中，先是經濟部門的開放與自由化，接著是公權力逐步放寬對社會的管制，最後才是政治權力逐步開放自由競爭。

蔣經國總統在1988年1月13日去世，李登輝副總統於同日依憲法規定繼任總統職位。1988年初，蔣氏政權正式走入歷史。新總統與新局面使我國進入更自由多元的時代。長期執政的國民黨因蔣經國去世而分裂，代表本土勢力的民主進步黨與國民黨中的本土派結合，共同對抗國民黨內的外省勢力。而李登輝總統繼任不滿5個月，1988年5月20日在臺北就爆發了激烈的農民抗爭運動，反對政府與美國的農產品輸入談判讓步過多，犧牲本土農民的權益。這是解嚴以後所出現最大規模的反政府特定政策之街頭抗爭運動，臺灣的民主發展在在野黨的領導下，進入一段街頭抗爭頻繁的激進時期。1990年3月，在國民黨內部分裂的情況下，李登輝總統繼續代表國民黨參選總統。負責選舉總統的政權機構國民大會在3月13日集會時，通過臨時條款的修正案，其內容是延長增額國代的任期為

⁹⁰ 除了施明德外，1980年美麗島事件的其他受刑人全部在1987年5月獲得釋放。

9年⁹¹。此種延任自肥的行為引發外界的高度不滿，大學生發起3月學運運動，數千名學生聚集在中正紀念堂的廣場前高呼要：「解散國民大會、廢除臨時條款、召開國是會議、提出政經改革時間表」等四大訴求。在學生靜坐抗議的背景下，國民大會於3月21日選出李登輝先生為中華民國第八任總統。李氏並在當日與學運代表見面，承諾就職後立刻召開國是會議，進行憲改後，學生才決議解散。3月學運甫才落幕，同年5月又爆發反軍人干政的大型抗爭活動，這是國民黨本土派與民進黨聯手進行的擁李貶郝的政治運動，其訴求是反對由參謀總長郝柏村出任行政院長。這個表面上看是反對軍人干政的政治動員，實則是新舊政治勢力角力纏鬥的戰場。吾人可以看見從李氏繼任總統以來，為了鞏固其政治地位，推動民主化與本土化成為其執政初期的首要工作。在此多元政黨與政治勢力彼此對抗與競爭以及社會獲得解放的背景下，大法官於1990年6月作出終結萬年民代的司法院釋字第261號解釋，透過全面改選的要求，徹底改變了臺灣的民主體質。

從前述我國與法國的經驗來看，強人去世後多元政黨的形勢才比較有可能形成。一旦形成了多元政黨競爭的局面，釋憲機關若想要挑戰執政當局或者是特定政治勢力時，才會因政治勢力的分化與相互對抗而有外援。再者，釋憲機關無須主動向外尋求奧援，而是在政黨競爭的形勢下，只要是涉及重大的公共議題，釋憲機關的任何決定都必然會獲得特定政黨或政治勢力的支持。有此倚靠，釋憲

91 依憲法規定之精神，國代任期應與總統任期相符，增額國代任期與總統任期都是6年一任。但民國75年增額國代在就任3年時改選總統，顯與憲法精神未符，因此有國代要求將當時增額國代任期延長3年，以期使增額國代與總統任期的時間一致。民國79年3月13日國民大會通過臨時條款修正案，將75年增額代表的任期再延長3年，使其總任期長達9年，創下國會議員自行通過延長任期的惡例。國民大會此項延任自肥，謀取私利的做法，除立法院給予嚴厲譴責外，更招致全國各界的強烈批判。其中最具代表性的抗議活動，就是由教授及學生所發起的3月學運（野百合學運）。該運動或多或少受到中國大陸1989年天安門民運的影響，由學生出面要求政府進行改革。六四民運沒有在中國大陸發生具體有效的運動成果，卻反而成為加速臺灣民主改革的催化劑。

機關才有挑戰政治勢力的本錢。

肆、制度配備

釋憲機關要透過對抗政治勢力以建立其司法權威，不僅需要自己的睿智與勇氣，也需要有外部政治力量與社會民氣的奧援。但是就像所有的司法機關一樣，釋憲機關具有消極被動的個性，不可能主動出擊。在另一方面，釋憲機關也不像立法或行政機關，享有或多或少的民主正當性基礎，故而在相互對抗的過程中，釋憲機關總是處於相對弱勢的地位。在此背景下，對於釋憲機關的特定制度保障，以及讓釋憲機關得以運作的啟動與運作機制，成為釋憲機關能夠存立並建立其權威的必要配備。

一、任命與職位保障

職位保障是所有司法機關都該擁有的最基本配備，釋憲機關也不能例外。就算因為釋憲機關具有一定程度的政治性而不將其視為是一個純粹的司法機關，它還是需要有職位保障的機制，作為維護其獨立性的基礎。至於任命程序本身，則一方面是維護其獨立性所不可或缺的制度安排，但同時也彰顯其政治性，使其不同於一般司法機關。

(一) 任命程序

我國憲法本文在其第79條規定大法官由總統提名，經監察院同意任命之。後來由於修憲將監察院改為準司法性機關，大法官的同意權先移至國民大會，最後再因國民大會熄燈走入歷史，同意權現在是移交到立法院手中。這種由行政部門提名，立法部門同意的任命方式，本算是十分常見的一種方式。不過，我國過去的運作歷史呈現幾點值得注意的特徵。首先就提名機關而言，從1947年到1975

年間的大法官全是由蔣介石總統1人任命，其成員的多元性本就比較難以期待⁹²。1997年修憲之後，現行憲法增修條文第5條將大法官改為任期交錯制，配合總統直選且不得連任超過1次的限制，使得大法官的成員開始有由不同提名者共同組成的可能性。2008年11月起的大法官，首次出現不同總統所提名的法官合議開會，這可算是制度上的一種進步⁹³。但若與我國憲法相比較，法國第五共和憲法有關憲法委員會的規範就詳盡許多。其憲法第56條第1項一開始就設計了多元提名者之規定，但是沒有其他機關行使同意權的安排。憲法委員會的9名委員由總統、參議院議長與國民議會議長各任命3名，任期為9年不得連任。此外，1958年11月8日憲法委員會組織法第2條也規定了交錯任期制⁹⁴。雖然第五共和從1958年到1981年密特朗上臺前都是右派掌政，總統與兩院議長都是右派人士，但戴高樂總統也只有三分之一的任命權。再者，第五共和憲法第56條第2項又規定卸任總統為憲法委員會的法定終身委員⁹⁵。所以在制度設計與實際運作上，憲法委員會的任命方式是比大法官來得多元。

其次再就同意機關而言，一直到1990年國會全面改選前，不論同意機關是監察院還是國民大會，它們因為不是透過全面改選而產

92 即第一屆到第三屆大法官均由蔣介石總統提名。第三屆大法官至1976年9月任滿，才由嚴家淦總統提名第四屆大法官。

93 李登輝總統所提名的第六屆大法官任期至2003年9月30日屆滿，陳水扁總統提名的法官於2003年10月1日上任，第六屆大法官中的翁岳生、王和雄、林永謀、城仲模、賴英照、謝在全等六位大法官先後被李、陳兩位總統提名為大法官。故2003年10月起的大法官固然全數由陳水扁總統所提名，但其中6名是李總統時期就已被任命並於2003年續任的大法官，故已可算是李陳兩位不同總統提名之大法官合庭共議的情形。但是嚴格而言，真正由不同總統提名之大法官合議開會的情形，要到2008年馬英九總統提名新的大法官上任後，於2008年11月起才算實現。

94 該條文規定首次組成的憲法委員會中，每個任命者各任命3名委員，其中1名任期為3年、1名任期為6年與1名任期為9年。

95 該設計的原始目的是讓第四共和時期的政治領袖可以安然退場，具有提供卸任總統禮遇的性質。不過，一直到最近幾年，才有季斯卡與席哈克兩位卸任總統出席憲法委員會的情形。第四共和的卸任總統皆沒有出席憲法委員會。而第五共和的卸任總統，戴高樂辭職後不久即去世，龐畢度在任內去世，密特朗卸任後不久即去世，他們也都沒有出席憲法委員會。

生，故欠缺民主正當性基礎。這些欠缺民意基礎的同意機關比較會尊重行政權，特別是面對同一個長期擔任總統的行政強人，同意權的行使是形式多於實質⁹⁶。在國會全面改選後，競爭政黨的結構在立法院內成型。理論上同意權的行使應該趨近於實質。然而一方面因提名者的操作，常常留下不是十分充裕的時間讓立法院去行使其同意權；在另一方面，有關同意權行使方式的規範，乃屬僅具法律位階的立法院職權行使法。該法規定大法官被提名人經由全院委員會審查後，以院會全體立法委員二分之一以上通過即可⁹⁷。我國這種以簡單多數即屬同意通過的設計，與常見以加重多數作為同意門檻的制度不同，它會使大法官被提名人更容易陷入僅有一黨同意的情形⁹⁸。在少數黨不參與投票，多數黨又與總統同屬同一政黨的情況下，立法院同意權之行使也可能會變得僅具形式而無實質；大法官的公正性與獨立性因之而很容易受到懷疑。

法國憲法委員會委員的任命並沒有同意權的安排，雖然是由3個不同的任命者來任命，且因選舉方式與選舉時程的不同，會使得總統、國民議會議長與參議院議長3人可能會分屬不同黨派而使被任命者呈現出多元組合的面貌；但是此制度仍然遭到法國學者的批判。例如Charles Eisenmann就認為這種任命方式讓被任命者總是對任命人抱著感恩、友誼、甚至是獻殷勤的心態，這種心態的矯治要遠比憲法上制度設計不良的改善要難得多了⁹⁹。法國在2008年修憲時改變了原來的任命方式。對於總統所將提的任命案，新的規定要

96 除了第一屆大法官總統提名17人但僅12人獲得監察院同意通過外，第二屆、第三屆、第四屆及第五屆大法官都是總統提名人，皆獲監察院全部同意。

97 相關規定請參見立法院職權行使法第29條至31條。

98 以2008年及2011年等最近兩次我國大法官任命案的國會同意權之行使情形為例，少數黨在投票時都是以集體退席的方式來杯葛，拒絕參與投票，藉以弱化被提名者的正當性基礎。但若以歐陸國家憲法法院法官提名人的國會同意權為例，包括德國、比利時、西班牙、義大利及不少東歐國家的制度安排，都是有國會加重多數同意的設計。

99 AVRIL (P.), *L'autorité du Conseil constitutionnel*, in FOYER (J.), LEBRETON (G.) et PUIGELIER (C.), *L'autorité*, Paris, PUF, 2008, p. 130.

求必須先經國會兩院的審查，若兩院皆以五分之三以上的投票反對總統的任命案，總統即不得任命¹⁰⁰。至於兩院議長的任命案，新的規定要求必須先經各院常設委員會的審查程序，但各院常設委員會僅能提出審查意見，但該審查意見並不能拘束議長的任命行為。換言之，對於總統的任命權是進一步強化其審查程序，國會加重多數得以阻止總統不適當的任命案。至於兩院議長的任命案，由於議長本就由議會選舉出來，已具民主正當性，故僅是多設一道審查程序，以制約議長的任命行為。此種設計是引進適當監督，但又避免直接交付國會表決，因為國會表決只會讓任命案變得更政治化與政黨化。

（二）職位保障

除了提名程序外，我國憲法本文對於大法官的人數與任期都未作任何規定。就憲法有關大法官之保障制度安排而言，其實是相當薄弱的。反之，法國憲法對於憲法委員會委員的人數與任期都有明文規定，對於憲法委員會的保障強度比我國憲法本文還高。由於我國憲法並沒有對之詳為規定，所以一開始是由司法院組織法來規範大法官的人數與任期。1948年的司法院組織法規定大法官人數為17人，任期9年且可連任，此規定一直到1997年修憲時才被更改。依據此次修憲之內容，現行法對於大法官的人數規定改為15人，任期為8年且不得連任¹⁰¹。現行法將大法官的人數與任期予以憲法化，從比較法的觀點來看，應該算是提升保障的規定。不過就一個合議制機關而言，不論是17人或是15人，人數都嫌過多，將會致使合議運作較為困難。

至於我國原來9年可連任的制度設計，特別是在沒有規劃交錯任期的情形下，可連任制具有新舊任大法官得以相互傳承經驗的優點。但是其缺點則在於為了爭取連任，可能會使大法官較易臣服於

100 參見現行法國第五共和憲法第56條第1項及第13條第5項。

101 參見我國憲法增修條文第5條。

政治勢力下。不過，過去因為大法官的任期長達9年，如果總統有依憲法定期改選，則大法官在其任內有可能碰到不同的總統¹⁰²。再者，就算大法官可能為了連任而表現得特別順服於執政者，但因為連任一次之前後任期就長達18年，理論上很難再爭取第三任¹⁰³。故在舊制下，想爭取連任者也僅有在第一任的任期內才比較容易顧慮政治部門的想法。此外，若在政黨正常競爭且選舉正常舉行的情況下，舊制也可能讓大法官因由不同的總統任命而呈現出多元與獨立的形貌。反之，現制8年不得連任且有交錯任期的設計，固然有強化其獨立性的效果，但也會因為任期較短且沒有就任大法官之年齡門檻，使得卸任大法官有可能未達退休年齡而尚要尋找其事業上的第二春。基此，為了卸任後的事業安排，現制也有可能使大法官在行使職權時瞻前顧後。

儘管兩國在任命方式與職位保障的制度設計上有所不同，且各有所長，但至少也有一些共通之處：包括行政權與立法權皆參與任命程序，任期比任何民選職位都長，且採交錯任期制。這些共通的制度特徵一方面是強化釋憲機關的民主正當性基礎，但同時也是將之置於政治部門的監督之下。在另一方面，為維護其獨立性，又以較長且交錯任命的任期制度來使其得以免於民選政治部門的控制。

二、啟動與運作機制

釋憲機關如何被啟動與如何運作，與其司法權威之建立有密切的關係。從我國與法國的運作經驗來看，啟動機制的安排決定了釋憲機關的憲政角色；而運作機制的規劃，則影響釋憲機關司法權威

102 不論是憲法本文所規定的總統任期6年得連任一次，還是增修條文的任期4年得連任一次；在總統正常選舉的情況下，同一個總統要提名同一個大法官兩次以上的機會並不高。

103 此包括在主觀上要對大法官的工作不感到厭倦，且在客觀上要有體能從事此工作。此外，還要加上適當的機運而能在50歲以前就出任大法官，否則第三任任期一定會超過65歲的一般退休年齡。在我國舊制下，任期超過18年的大法官僅有諸如林紀東、范馨香與翁岳生等大法官，實在是屈指可數。

的強弱程度。

(一) 啟動機制

誰能將案件送入釋憲機關以啟動違憲審查機制，決定釋憲機關是扮演權力競奪或是政治衝突之仲裁者，還是人權之維護者的角色。當然，這兩種角色並非是相互排斥，有時甚至是相互重疊，甚至吾人可以說大部分的釋憲機關都同時扮演此二種角色。只是不同的制度設計，會使釋憲機關之角色有不同的側重。

我國一開始規定僅有中央或地方機關得以提出釋憲聲請，看起來是側重在政治衝突的面向，而且此政治衝突是偏向於機關間的權限衝突，而非政黨間的權力衝突。事實上，在我國過去戒嚴的威權體制下，民主運作並未上軌道，政權沒有輪替的機會，嚴格而言是不存在政黨間的權力競奪或政治衝突。作為一個機關間權限衝突的仲裁者，特別是當這些機關的組成成員並非是經由競爭性之選舉而產生時，此權限仲裁者所扮演的角色會比較是像一個法律服務的提供者。雖然它也詮釋法條並維護憲法的最高性，雖然它也透過其解釋挑戰了甲機關的權限或否決了乙機關的主張，但至多只是將某項權力由執政者的右手移至執政者的左手，並不是真的將權力由執政者的手中移除，並不是真的直接挑戰執政者的意志與權威。在此情形下，不論釋憲機關如何努力，可能都很難有效地建立其權威。因為提供這種法律諮詢服務的工作通常並不需要冒太大的風險¹⁰⁴，而如前所述，沒有冒險犯難，打擊頑強，是不太可能立竿見影地豎立權威的¹⁰⁵。再者，在權力集中的情形下，其實諸多問題都可以透過上下級間的階層關係來統合，未必需要請求外部的釋憲機關來釋

104 司法院釋字第76號解釋或許可以算是一個例外，因為解釋做出之後，大法官遭到立法院的報復。不過，如果有關大法官基本的運作規範有較高的位階地位，也許此報復行為也不至於會發生。

105 當然，我們並不排除經過日積月累，這種法律服務也可能慢慢地建立其詮釋憲法的權威。不過，持續提供這樣的法律服務，究竟要經歷多久？人們才會相信釋憲機關是一個獨立自主的機關？可能很難有樂觀的期待。

疑。在此背景下，很可能因為聲請的案件太少，致使釋憲機關連積極作為與表現的機會都受到很大的限制。我國大法官早期的運作情形的確就是如此：案件甚少，且大法官也不太可能透過這些案件而建立其權威。幸而在我國的憲政架構中尚有監察院此一具獨立性格的憲法機構，其承續了過去御史獨立與監督百官的傳統權威。監察院因其憲法上所要求的獨立性格與監督行政的職權內容，使其成為早期啟動大法官釋憲機制的最重要的機關。

爾後在1958年立法院制定司法院大法官會議法，將人民聲請釋憲的規定列入：凡人民憲法上所保障的權利遭受不法侵害而尋求司法救濟，若確定終局裁判所適用的法律或命令有牴觸憲法之疑義者，人民得聲請釋憲。雖然此新設釋憲管道一開始並沒有立即發生明顯的效應，但在蔣介石總統過世後，從1976年第四屆大法官開始，人民聲請案件遂逐年增加，迄今已成為大法官最主要的案源¹⁰⁶。此制度變革大幅改變大法官在憲政體制上的角色，它從政府之法律諮詢服務的提供者慢慢變成人民權利之保護者。1993年立法院制定司法院大法官審理案件法，進一步擴大聲請人的範圍，除了法人與政黨也可聲請釋憲外，更重要的是立法院總額三分之一的立法委員連署，也能聲請釋憲¹⁰⁷。另外，最高法院與最高行政法院也可在審理案件時，裁定停止訴訟程序，聲請釋憲¹⁰⁸。1995年大法官自己作成司法院釋字第371號解釋，將聲請權擴大到各級法院法官。這些擴大聲請人範圍的規定，應以賦予人民與三分之一立委聲請權最具意義，前者使得釋憲機關有機會扮演人權的維護者，後者則使政治上的相對少數，仍有司法解決衝突的機會。

法國的發展情形與我國有幾分近似。就聲請人的範圍而言，第

106 除了政治氣氛的改變外，從1958年到1976年間的第二屆及第三屆大法官任職期間，因為立法院修改司法院組織法，將解釋憲法的門檻提高到應有大法官總額四分之三出席，暨出席人數四分之三同意方能作出憲法解釋，致使大法官很難做出解釋。這兩屆18年間大法官總共僅作了67個解釋。

107 參見司法院大法官審理案件法第5條第1項第3款。

108 參見司法院大法官審理案件法第5條第2項。

五共和憲法一開始僅限定於以下4個職位：即總統、總理、參議院議長與國民議會議長。此範圍不僅要遠比我國來得更小，而且是在憲法中明文規定¹⁰⁹，不像我國是以一般法律來規範得以聲請釋憲的主體。由於法國法將聲請主體的範圍直接規定於憲法內，不僅修改不易，而且其範圍本就極為狹窄。加以在行憲初期，政治上是右派獨大且強人壟罩，所以憲法委員會初期的案件量也是十分稀少¹¹⁰。在這4個聲請主體中，只要總統與國民議會的多數黨是同一政治勢力或同一政黨，則總統、總理與國民議會議長這3人不僅是屬同一政黨，而且通常可以透過協商而取得政策共識，故原則上沒有聲請釋憲的必要。僅有參議院因為參議員的產生方式與國民議會議員不同，有一定程度的地方代表性，而使參議院的政治勢力不同於國民議會及內閣。基此，參議院成為第五共和初期最主要的權力制衡者，參議院議長變成最主要的釋憲聲請者，這段法國初期的運作經驗與我國監察院的情形頗為相似¹¹¹。季斯卡在1974年當選總統，隨即推動修憲，將聲請主體的範圍擴大至60名國民議會議員或60名參議員連署即能聲請釋憲。這項改變也使得憲法委員會真正活化起來，使它從行政權的捍衛者慢慢變成權力競爭或政治衝突的仲裁者與人權的保護者。特別是60人連署的門檻要求，以國民議會共577席的總額來看，60席接近總額的十分之一，算是真正的少數。而我國立委總額三分之一的規定，反而還有點像是給予國會的相對多數，而非是賦予國會少數釋憲聲請權。在1974年的修憲改革後，憲法委員會的案件量大幅增加，而且在政黨競爭的環境下，幾乎所有重要的政策方案與改革計畫都會經反對黨的國會議員連署後送到憲法委員會來審查。法國此項由少數國會議員連署聲請釋憲的機制，

109 參見第五共和憲法第61條第2項。

110 若是沒有憲法規定的強制違憲審查，法國憲法委員會初期的違憲審查案件量一定會遠低於我國大法官的案件量。

111 第五共和的參議院採間接選舉，參議院乃為代表地方之利益而設（參見第五共和憲法第24條第4項）。我國憲法本文有關監察院的規定也是採間接選舉方式，並且也代表地方利益（參見我國憲法第91條）。

要遠比我國立委聲請釋憲的機制更加活躍，是憲法委員會最主要的案源。在運作半世紀後，法國在2008年修憲時進一步擴大聲請權的範圍，將人民也列為可能的聲請人。修憲後新增的憲法第61之1條規定：凡是在個案訴訟中，人民認為其憲法上所保障的自由或權利遭致法律侵害時，可以要求暫時停止訴訟程序，聲請釋憲。不過該項聲請要經由最高法院或最高行政法院審查，唯有此二法院認為的確存有必須先解決的憲法問題時，才將案件移送憲法委員會。此項被稱為「合憲性先決問題」(la question prioritaire de constitutionnalité)的修憲規定自2010年3月1日開始正式運作，它正進一步強化憲法委員會保障人權的功能¹¹²。

從我國與法國的經驗來看，尤其在民主化尚未成熟的背景下，在制度上存在一個具獨立性的憲法機關作為釋憲聲請之發動主體，才有可能啟動釋憲機關，讓其有初試啼聲的機會。我國的監察院與法國的參議院正巧都是具一定獨立性格的憲法機關，它們是我國司法院大法官與法國憲法委員會成立初期之主要案源的提供者。隨著民主化的發展，政治競爭或甚至衝突日漸增多且愈來愈激烈，建置少數國會議員得以發動釋憲的制度，則有助於將政治衝突引導至司法解決的渠道上，並且透過釋憲來化解政治爭議，有可能一方面因之而更加鞏固憲法的最高性，另一方面也可能進而強化釋憲機關本身的憲政地位與司法權威。最後，人民成為釋憲聲請主體也是一個必然的發展趨勢。因為此制度會強化人民的憲法意識與認同，同時也可能成為除了選舉之外，人民監督政治權力部門的另一個管道。

(二) 運作機制

釋憲機關作出其決定的過程與方式，也會影響其權威的建立。

112 以2010年不滿一整年的運作績效來看，新制運作的情況還算不錯。法國最高行政法院共收到250件左右的聲請案，該院約將其中的四分之一移送憲法委員會。最高法院則收到530件聲請案，也移送了四分之一左右的案件。而憲法委員會針對這些移送案件，共已作出64個決定。參見MAUGUE (C.) et STAHL (J.-H.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris, Dalloz, 2011, p. 257.

一般而言，程序愈嚴謹、愈公正中立且愈公開透明，似乎就愈能強化其決定的說服力。所以不論是我國的大法官還是法國的憲法委員會，在其運作程序上都是從比較簡略模糊而逐漸走向嚴謹且細膩。此處無法就所有程序與運作面向進行討論，以下僅從兩國實務經驗中先挑出兩點明顯不同的地方進行討論。

首先就審理期限而言，我國與法國分別採取不同的設計。我國現制完全沒有任何期限的要求，亦即大法官受理案件後可以慢慢討論，一直到取得共識，可以通過法定的解釋門檻後，才作出解釋。這種制度的好處是有時可以讓時間去解決難題，往往在一定時間經過之後，難題也許就能迎刃而解或甚至不復存在。此外，在政治氣氛或外在環境十分不利的時候，以拖待變有時也可避過鋒芒，避免讓釋憲機關自己就即時陷入政治衝突之中。但是這種制度也有相當大的缺點。首先，它讓問題或爭議持續存在，對相關人或爭議機關而言都不是一件好事。至少從人民的觀點來看，遲來的正義很可能就不是正義。大法官對於可能違憲的案件猶豫不決，會讓相關法律關係一直處於不確定的狀態。其次，尤其是對於重大爭議案件遲遲不作解釋，也會建立一種軟弱無能的印象，此對於司法權威的傷害至為嚴重。最後，在沒有明定審理期限的情況下，就算釋憲機關在特定案件中勇於任事，迅速有效地作出決定，有時反而還會讓外界認為是因特定政治勢力介入之故，才會使解釋這麼快就能夠作出來。外界的這種想像或懷疑，同樣也會破壞釋憲機關及其決定的司法權威。總之，在沒有法定審理期限的情況下，除非釋憲機關自己有很穩定的平均審理期間，否則不論案件審理得快或慢，都有可能招致批判，都有可能因之而傷害其司法權威。以我國大法官的運作經驗來說，有的解釋的審理期間長達數年，有的僅有幾個月。以前文提及的司法院釋字第166號解釋與司法院釋字第261號解釋來說，前者歷經19年，而後者僅2個月左右，二者實有天壤之別。即便是在我國民主化之後，大法官已經有比較理想的運作環境，但其作出解釋所要花的時間依然長短不一，此種現象將持續侵蝕大法官

的司法權威¹¹³。

反之，法國的制度是有明確的審理期限。單就法律的違憲審查這項職權來說，第五共和憲法第61條第3項規定憲法委員會必須在1個月內作出決定，若是政府要求要加速審理，則必須在8日內作出決定。至於2008年修憲新增的人民聲請釋憲部分，新修訂的憲法委員會組織法第23之10條規定：在受理案件後，憲法委員會必須在3個月內作出決定。由於有明確的期限規定，憲法委員會都依規定在很短的時間內作出決定。這種短期限的設計固然與法國違憲審查制度乃採事前審查制有密切相關，但是由人民提出之「合憲性先決問題」的釋憲聲請案，則是典型的事後審查，但法國仍規定3個月的審理期限。短期限的缺點當然就是讓憲法委員會必須立即回答問題，沒有時間可以轉圜；它迫使憲法委員會必須直接面對權力爭議、涉入政治衝突。但它的好處是讓憲法委員會無論如何都要迅速取得共識，作出決定；此會使該憲法委員會有比較強的凝聚力。此外，不論是面對多大的難題，憲法委員會都迅速、準時的作出決定，此點也會強化其權威，並排除其他外力干預的想像。

其次，再就解釋或決定做成的形式而言，我國自1958年起就允許大法官可以有不同意見書，但僅記錄人數，尚不具名。至1977年改為可以具名，1993年更增設協同意見書與一部不同意見書之規定，使得大法官解釋內容更加豐富而多元。但是當面對重大爭議議題時，若在解釋文之外尚有諸多協同、部分不同或全部不同意見書，則對該號解釋的司法權威，必然有相當程度的傷害¹¹⁴。法國制

113 從比較法的觀點來看，針對違憲審查案件訂定審理期限的國家的確不多。而且不同的釋憲類型，可能也會有不同的審查期限考量。我國目前的問題主要是在於：雖然已經運作多年，但大法官審理案件所花的時間迄今依然是十分不穩定，令外界完全難以預測。這點特別容易侵蝕其司法權威。誠如審稿人之見，訂定明確的審理期限未必是最理想的解決方案。但是放任此現象持續存在，也絕非明智之舉。折衷的方案或許可以於大法官審理案件法中增列有關審理期限的訓示規定，給予大法官適度的結案壓力。

114 有關不同意見書制度對司法權威的影響，更詳細地分析可參閱陳淳文，獨立

度則完全禁止其他意見之公布，僅有憲法委員會的集體合議決定可以公告於外。雖然也有法國學者主張法國應引進允許撰寫並公布其他意見書的制度，但是禁止發表個別意見書的制度迄今仍未被修改。站在維護憲法委員會之司法權威的立場，曾任憲法委員會委員之法國重要公法學者Georges Vedel即表示：「引進此制度絕對會為憲法委員會帶來不幸。¹¹⁵」

結語

對於像我國司法院大法官與法國憲法委員會這樣一個沒有歷史傳統的新設釋憲機關而言，建立其司法權威最有效的途徑就是直接挑戰政治勢力，透過其解釋或決定去否決或推翻政治權力部門的意志。其權威的產生，除了在其決定中所呈現出來的睿智與洞見，公平與正義之外，更重要的是要有超越畏懼政治權力部門與國家暴力的恐懼，以敢於冒險的勇氣來換取外界的肯認。當釋憲機關能夠勇於推翻政治權力部門之意志時，它就可將政治權力部門的權威轉化為自己的權威。

然而這種冒險行為並非是暴虎馮河，單靠勇氣而毫無智慧；它其實還要審慎選擇時機，並且還要有外在條件的配合。從我國與法國的經驗來看，民主制度的發展與經濟社會的轉型開放，都為釋憲機關的成長提供了不可或缺的環境條件。如果沒有民主的政黨競爭與政治權力競奪，政治權力部門本身就不會產生有效的分化形勢，釋憲機關也就很難在其自身之外找到可以結盟的對象或可能獲得奧

與分歧——台灣司法權威的危機，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，*政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集*，頁442-450（2010年）。

115 VEDEL (G.), Préface à Dominique Rousseau, in ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 2.

援的外界朋友。

基於司法機關消極被動的性格，啟動違憲審查機制的制度設計決定了釋憲機關所該扮演的憲政角色。不論是作為一個憲法與法規範體系的秩序維護者，人權的保護者，還是政治權力衝突的仲裁者，它都需要一定程度的職位保障作為其獨立的基礎。最後，不同的運作程序規範也會影響其權威的建立，以及其所建立之權威的強弱程度。權威一旦建立之後，並非就從此屹立不搖；釋憲機關反而更是要時時刻刻地面對挑戰，臨深履薄。而透過時間的浸潤將此新設釋憲機關之權威轉化為傳統性權威的過程中，睿智與洞見、公平與正義，以及清晰的說理，將會是協助其司法權威深化與茁壯的最佳滋養。

參考文獻

1. 中文部分

- 王泰升（2007），清末及民國時代中國與西式法院的初次接觸——以法院制度及其設置為中心，中研院法學期刊，1期，頁105-162。
- 司法院秘書處編（1978），大理院判決例全書，臺北：司法院秘書處。
- 吳庚（1978），韋伯關於正當統治及官僚制度的理論，社會科學論叢，27輯，頁153-185。
- （2004），憲法的解釋與適用，3版，臺北：自版。
- 吳秦雯（2011），事後違憲審查之潮流？——淺析法國違憲審查制度之新變革，憲政時代，36卷4期，頁375-409。
- 李念祖（2003），案例憲法 II——人權保障的程序，臺北：三民。
- （2012），「民之父母」，「其無後乎」？——論先秦儒家古典憲政思想的進度與限度，收於：人國之禮——憲法變遷的跨越，頁57-186，臺北：三民。
- 蔡英文（2002），政治實踐與公共空間——漢娜·鄂蘭的政治思想，臺北：聯經。
- 陳淳文（2003），法國憲法委員會違憲審決定之拘束力，收於：司法院編，司法院大法官九十一年度學術研討會紀錄，頁165-198，臺北：司法院。
- （2010），獨立與分歧——台灣司法權威的危機，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，政治思潮與國家法學——吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁423-457，臺北：元照。
- 陳新民（2005），憲法學釋論，5版，臺北：自版。

2. 外文部分

- Arendt, Hannah. 1956. Authority in the Twentieth Century. *The Review of Politics* 18(4):403-417.
- (1989), *La crise de la culture*, Paris: Gallimard.
- Avril, Pierre (2008), L'autorité du Conseil constitutionnel, in FOYER (J.), LEBRETON (G.) et PUIGELIER (C.), *L'autorité*, pp. 129-140, Paris: PUF.
- Becker, Jean-Jacques et Pascal Ory (2002), *Crises et alternances (1974-2000)*, Paris: Seuil.
- Berstein, Serge et Jean-Pierre Rioux (1995), *La France de l'expansion, 2. L'apogée Pompidou (1969-1974)*, Paris: Seuil.
- Carré de Malberg, Raymond (1985), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome1, Paris: CNRS.
- Chevallier, Jean-Jacques, Guy Carcassonne et Olivier Duhamel (2002), *La V^e République 1958-2002*, Paris: Armand Colin.
- Cléro, Jean-Pierre (2007), *Qu'est-ce que l'autorité ?*, Paris: Vrin.
- Cohendet, Marie-Anne (2002), *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris: Montchrestien.
- Favoreu, Louis et Loïc Philip (1999), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris: Dalloz.
- François, Bastien (2007), *Misère de la V^e République: Pourquoi il faut changer les institutions*, Paris: Denoël.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Hume, David (1995), *Traité de la nature humaine*, tome 1, Paris: GF-Flammarion.
- Kojève, Alexandre (2004), *La notion de l'autorité*, Paris: Gallimard.

- Luchaire, François (1980), *Le Conseil constitutionnel*, Paris: Economica.
- Magdelain, André (1990), *Jus Imperium Auctoritas: Etudes de droit romain*, Rome: Ecole française de Rome.
- Maugüé, Christine et Jacques-Henri Stahl (2011), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Paris: Dalloz.
- Mitterrand, François (1964), *Le Coup d'Etat permanent*, Paris: Plon.
- Noailles, Pierre (1948), *Fas et jus, Etudes de droit romain*, Paris: Les Belles Lettres.
- Renaut, Alain (2004), *La fin de l'autorité*, Manchecourt: Flammarion.
- Vedel, Georges (2001), Préface à Dominique Rousseau, in *Droit du contentieux constitutionnel*, pp. 7-9, Paris: Montchrestien.
- Weber, Max (1965), *Essais sur la théorie de la science*, Paris: Librairie Plon.