

從法國2008年修憲 論抽象違憲審查制度的發展*

陳淳文**

摘 要

法國2008年的憲法修正案乃是以由專家組成的修憲委員會所提出的草案為基礎，其目的就是要使第五共和憲法更加現代化，並使憲法所規範的國家機關間之權力能更加平衡。在修憲案中，有令研究民主體制下之違憲審查制度專家特別值得注意的條款，其讓法國得以跟上西方國家的主流，亦即是允許人民在其憲法所保障的自由或權利遭受法律侵害時，可以提出釋憲聲請。

然而，法國新制並不是真的終結了法國違憲審查制度的特殊性。事實上，事前抽象審查制度仍然被維持，憲法委員會的名稱沒有被更動，凱爾生想法中的一般法院沒有違憲審查權，而且是要由特設的憲法法院來負責此項職權的信念仍然被尊重。而過度膨脹的司法權與將權力分立原則遺忘的發展趨勢，很可能會使當年造成法國大革命的潛在原因又再度浮現。

* 投稿日：2014年4月7日；接受刊登日：2014年12月3日。〔責任校對：張文愷〕。

本文係科技部專題研究計畫「法國2008年修憲案之研究」(99-2410-H-002-138-MY2)之部分研究成果，作者特別感謝審查人的詳盡審查與所提供的寶貴修改意見，以及臺大法研所研究生吳孟桓的細心協助。

** 國立臺灣大學政治學系暨公共事務研究所教授，中央研究院法律學研究所合聘研究員。

穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/41704151.pdf>。



關鍵詞：歐陸型憲法法院、抽象法律違憲審查、法國2008年修憲、事後違憲審查、優先之合憲性問題、憲法委員會、人民聲請釋憲權。

目 次

壹、前言	(三) 憲法法院的組織方式
貳、法國特例的終結？	二、歐陸憲法法院的發展趨勢
一、憲政傳統的延續與創新	(一) 憲法法院的司法權化？
二、法國制度的特色	(二) 憲法法院的主觀化？
三、2008年修憲的改革重點	三、法國新制的走向
參、憲法法院模式的勝利？	(一) 憲法委員會不是法院
一、凱爾生憲法法院的基本理念	(二) 堅持抽象審查
(一) 憲法法院的目的與性格	肆、結語：消逝中的權力分立原則？
(二) 憲法法院的職權內容	

壹、前言

一般論及違憲審查制度的比較研究時，總是會談到兩個最具代表性的制度模型：一個是美國式，另一個則是奧地利式。後者可稱為「凱爾生式」，因為在1920年代受法學家凱爾生（Hans Kelsen）之理念影響而設立第一個憲法法院的國家就是奧地利¹。但

¹ 參見吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂版，頁638（2014年）。又違憲審查的概念可包含針對行政行為，法院判決或裁定，以及對法律或命令等抽象法規範的審查行為。不同的制度也可能包含不同的審查範圍。本文所將討論的違憲審查制度，將會以針對國會立法權之司法審查行為為論述中心。簡單地

除了奧地利之外，在同一時期歐洲大陸還有捷克斯洛伐克與列支敦士登等兩個國家也設置類似機構²。整體而言，歐陸國家大多數是依凱爾生理念而型塑它們的憲法法院³，所以此模式也可稱為「歐陸式違憲審查制度」。雖然美國式與歐陸式等兩大模型的分類方式極為簡便，但在事實上每個國家的制度又都有其自己的特色，故而有時在歸類上會遭遇些許困難。於是又出現「混合式」的類型名稱，把介於前述兩種模式之間的其他各種制度類型，都放進這個類別裡，並可以德國的聯邦憲法法院為其代表⁴。而在各種不同的制度類型中，法國第五共和憲法所建立的違憲審查制度極具特殊性：一直到2008年修憲之前，法國制最大的特色就是一方面強調「事前審查」與「抽象審查」，另一方面則是排除人民得以直接介入或參與憲法爭訟事件的可能性。法國運作多年且特異獨行的制度，終於在針對第五共和憲法施行半世紀後之全面檢討的修憲行動裡被改變。此項改變是否使法國失去其制度的特殊性？進而宣示法國特例的終結？而在法國愈朝向其他歐陸國家靠攏的趨勢下，究竟應被視為是憲法法院模式的進一步擴張或甚至是勝利？還是凱爾生理念的逐步式微？再以更宏觀的角度來思考，法國跟著歐陸人權保障潮流的發展，似乎默默地移轉了大革命以降立憲主義的關懷重心，權力分立原則彷彿日漸消逝在人權保障的洪流中。

說，就是指憲法爭訟機關或是憲法審判機關以憲法為其審查基準，來檢視國會所通過的法律是否與憲法相容的審查制度。

- 2 列支敦士登的「國家法院」是迄今運作歷史最悠久，未曾中斷過的憲法法院。奧地利與捷克斯洛伐克的憲法法院在設立之後，皆曾因國家動盪與戰爭因素而停止運作。
- 3 在歐洲國家中除了北歐的瑞典、挪威、芬蘭、丹麥之外，尚有英國、愛爾蘭、冰島、荷蘭與瑞士等國沒有設置凱爾生式的憲法法院。更詳細的中文資料可參閱吳志光，比較違憲審查制度，頁 40-54（2003 年）。
- 4 參見湯德宗、吳信華、陳淳文，違憲審查制度的改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，收於：湯德宗編，憲法解釋之理論與實務（四），頁 549 以下（2005 年）。

貳、法國特例的終結？

法國1958年第五共和憲法所建立的違憲審查制度乃是以權力分立原則為其制度核心：作為憲法爭訟機關的憲法委員會（Conseil constitutionnel），其最主要的任務就是維繫憲法所劃定的行政權與立法權之界線，並阻止立法權違憲越權地介入行政權之權限領域。換言之，憲法委員會的原始設置目的，就是要使憲法所規定之各個權力部門的權力界限被遵守，特別是維護行政權的權限範圍。這樣的制度設置，對法國憲政傳統而言，既是延續也是創新；但它也因之凸顯出法國制度的特色，進而成為日後被批判與被改革的對象。

一、憲政傳統的延續與創新

法國大革命所開啟的憲政傳統包含以下三項特徵：首先是以盧梭（Jean-Jacques Rousseau）學說為基礎的「人民主權觀」⁵。在此觀點下，國家主權應由全民所共享，而代表人民行使此主權的國會，就應該是國家最高的權力機關。所以立法者就是主權者，從人民主權可以推演出國會至上與國會主權。而國會所制定的法律，就是人民全體意志的直接展現。法律既然是人民全體意志的直接展現，也就是主權者意志的展現，因此是國家法體系中的最高規範，沒有任何人或任何機構可以挑戰其權威，更不用說改變或廢棄此最高意志⁶。基此，設置一個以挑戰國會意志為職志之違憲審查機關的想法，自然與盧梭所宣揚的理念格格不入。

5 有關「人民主權」更詳細的介紹尚可參閱陳淳文，憲法與主權：由修憲觀點淺談兩個公法學上的基本概念，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（下冊），頁188以下（2002年）。

6 法國大革命後的第一部成文憲法，也是世界上第二部成文憲法的「法國1791年憲法」，其將「法王」與「國會」共同視為是行使國家主權的兩個最高主體。在此脈絡下，法王雖不能推翻國會的意志，但能用其否決權暫時延緩法案生效的日期。

雖然法國大革命時期的革命份子透過人民主權與國會至上的理念來奪取政權，但他們並沒有完全忘記專制權力對人民所可能造成的迫害，亦即其之所以發動革命的原因。於此導出孟德斯鳩（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）所提倡之權力分立的想法，此想法成為法國大革命另一個重要的憲政傳統，它也成為美國與法國等兩部世界上最早之成文憲法的共同基礎與特徵。孟氏強調有權者必會盡可能地用盡其權力，惟有透過分權的方式才能減低權力所可能產生的禍害。然而在透過制度或法規將國家權力分立之後，如何避免權力在運作之後最終又集中到一個主體的手上，則成為權力分立原則被提出之後所遺留下來的的大問題。面對此問題，理論上可以有「外部他律控制」與「相互節制控制」等兩個可能的解決途徑。所謂外部他律控制者，就是先透過法規（亦即是憲法）劃定各個權力部門的權限範圍，並再建置一個負責監督與制裁的第三機關（如違憲審查機關）來對違憲越權者進行制裁，以維護憲法所架構的權力分立原則。此想法看似合理，但至少尚有兩個大問題值得思索：一是作為分權基礎的法規範無法在立法技術上達到既嚴密又窮盡，進而排除任何可能的權限爭議問題。一旦權限範圍條款被認為是規範得不夠清楚明確，則越權行為也可變成因權限條款模糊不清而留下的合法行為空間，進而可以找到免除被制裁的藉口。二是如何確保所建置的監督制裁機關會認真且公正地扮演其監督者與制裁者的角色？它們一樣也有腐化或濫權的可能。

在外部他律控制並不是很容易可以有效建立的情形下，美國的制憲先賢與法國的革命者都傾向於「相互節制控制」。此處所謂的「相互節制控制」，意指不是由一個第三機關或外部機關來進行監督或制裁，而是由被分立的的不同權力部門間，特別是行政權與立法權二者之間的相互監督或牽制。「以權力對抗權力，以野心對抗野心」的說法，正是相互節制控制得以植基的基礎。當時美、法兩國菁英一致地認為行政權既以執行法律為其權力內容，其在本質上是

依附於立法權之下，因為若沒有法律為先導，行政權本就較難有積極作為。反之，立法權可謂是整個國家機器得以運作的動力來源，但亦可能是專制或暴政的根源。針對立法權的相互節制控制方法，就是在組織上將其分化為數個主體，並使其彼此間互相節制。國會兩院制固然是英國憲政發展所衍生出的政治事實，但也是孟德斯鳩透過對英國體制的理解進而提倡應予以學習的分權方法。孟德斯鳩認為：兩院如由不同的社會成員所組成，正好會因不同的階級利益而形成相互牽制的局面。如由貴族所組成的上議院與由資產階級所組成的下議院，或是代表州利益的參議院與代表選民利益的眾議院，皆是因組成分子階級不同，利益不同，因而得以互相牽制的例子⁷。除了國會內部因兩院制的設計而產生相互節制的效果之外，在行政權與立法權兩權互動的關係下，行政權也可因享有立法否決權的制度設計，來節制國會的立法權，避免國會違憲越權⁸。立法權則透過法案審議與預算控制的機會來節制行政權。總之，透過權力間的相互分立，以及權力部門間的相互節制，就能達致有限政府的目的⁹。所以法國1789年的人權宣言第16條宣示：「沒有權力分立，就是沒有憲法的社會。」依強調相互節制控制的憲政傳統來看，憲法應有的主要內容，其實應該就是權力分立原則的相關規定，其實憲法就是一系列有關國家憲法機關間之權力分配方式與權力部門間之互動關係的具體規定¹⁰。美國憲法本文並沒有「權力分

7 大革命後對於新制應採一院制國會或兩院制國會曾有激烈爭辯，最後西耶士（Emmanuel-Joseph Sieyès）的主張勝出，法國1791年憲法採一院制國會。

8 如當時的英國國王、美國總統及法國1791年憲法下的法國國王都享有否決權。英王的否決權是絕對的，美國總統與法王的否決權則是相對的。法王路易十六被送上斷頭臺的主要理由除了聯絡外國軍隊打擊法國革命勢力之外，就是他一再行使其否決權，阻止革命黨人的改革法案。然而法國1791年憲法第三章第三節第2條所規定的否決權，法王只能暫時延緩法律生效，並不能真正阻止國會改革之意志。

9 除了權力分立原則之外，聯邦主義是美國憲法另一項得以防止權力集中，並能稀釋權力的重要設計。

10 TROPER (M.), 1789: L'invention de la Constitution, in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 184.

立」的字眼出現，但是其憲法結構與其條文內容正是呈現出前述的權力分立原則的精神。法國歷年憲法也常出現此種規範模式，憲法的主體內容就是規範國家機關的權限分配與權力部門間的權力互動關係。

第三個特徵是人權條款或是權利清單在成文憲法中的特殊定位。法國歷年憲法中，諸如1793年憲法，1795年憲法，1799年憲法，1852年憲法，1875年憲法，1946年憲法與1958年憲法，都沒有在憲法本文中規範人權條款或是建立權利清單。這些人權條款或人權清單，它們或在與憲法完全分離的權利宣言中，或在憲法前言中，但就是不在憲法本文之內。美國憲法一開始也是沒有人權條款，漢米爾頓在聯邦論第84篇即說明人權條款乃是為了限制君主權力，保護人民權利而形成的君主與人民之契約。但共和國裡，人民並未讓與任何權利給國家，而是由人民的代表為人民行使權力，故而無須以憲法內的人權條款作為人民保留其權利的證明。此外，美、法等早期的成文憲法受牛頓力學發展之影響而具有「機械論」之性格¹¹，當時的制憲者認為就像萬有引力讓星球間的運動保持動態平衡一樣，一部好的憲法設計也可以讓權力部門間的互動保持動態平衡。一旦各個權力部門都宛如星球一般地在自己的軌道上運行，人民的權利自然就不會再受到侵害。所以保護人權固然是制憲的終極目的，但是它也是憲法透過其權力分立設計而使權力部門各在其位並維持動態平衡的必然結果。換言之，只要憲法中權力分立架構設計得夠好，人權自然就可以獲得保障。人權條款不僅無須被鑲入憲法本文中，甚至不必具有特定的規範效果。

在國會至上與權力分立原則等特徵之外，法國也曾有建立違憲

¹¹ HOWARD (D.), *La conception mécaniste de la constitution*, in TROPER (M.) et JAUME (L.), *1789 et l'invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 153-173; see, e.g., MICHAEL KAMMEN, *A MACHINE THAT WOULD GO OF ITSELF: THE CONSTITUTION IN AMERICAN CULTURE* (1986).

審查機制的想法。事實上早在大革命時期，1791年憲法第一章第三段就明定國會不得制定法律侵害憲法所保障的人民權利，但是因為缺乏制裁機制而形同具文。西耶士(Emmanuel-Joseph Sieyès)基於法院曾經是阻止國家改革之保守勢力的歷史經驗，在1795年就提出在法院之外設立一個專門機關「憲法審判團」(Jury constitutionnaire)來節制國會違憲行為的想法，但是在當時並沒有被接受¹²。不過在法院體系之外，特設違憲審查機關的想法一直存在著，並且分別在1799年憲法¹³，1852年憲法¹⁴與1946年憲法¹⁵被實現，只是這些憲法的壽命都很短，其所建立的違憲審查機制也相對含蓄，並不曾真正有效運作過。一直要到1958年第五共和憲法所

12 當時制憲者避免國會違憲濫權的方式就是將原本是一院制的國會拆解成權力對等的兩院制國會，宛如美國憲法；期待透過國會兩院彼此牽制的效果來防止國會濫權違憲。至於西耶士，則是法國大革命時期最重要的憲政理論建構者，其最著名的暢銷小冊「何謂第三階級？」(Qu'est-ce que le Tiers État?)，可以說是大革命時期有關憲法理論最重要的文獻之一。

13 1799年12月13日憲法第二章(憲法第15條到第24條)是有關參議院(Sénat conservateur)的規定，並在憲法第21條規定參議院得以廢棄違憲的法律。

14 1852年1月14日憲法第四章(第19條到第33條)規範參議院(Sénat)，其中第26條規定參議院得以阻止違憲法律之公布(事前審查)，第29條則規定參議院得以廢棄違憲法律(事後審查)。

15 1946年10月27日憲法第91條設置憲法委員會(Comité constitutionnel)，其職權就是檢視國會所通過的法律是否與憲法相抵觸。在法律與憲法相抵觸的情況下，國會必須透過修憲的程序來實現原本透過立法程序所欲制定之規範內容。於此必須強調第四共和憲法所設置的憲法委員會，是一個嶄新的機構，一改過去共和國的傳統。為何會有此轉折？這還是要回到大革命時期西耶士的想法：在大革命時期有關國會可能成為多數暴力與濫權機關的想法，一直是存在的；而這也是西耶士提出設置違憲審查機關之想法的主要理由。然而最終其建議沒有被採納的原因，是革命份子認為他們可以學英國，透過將國會分成兩院制的方式，讓彼此相互節制，如此就可避免國會濫權。為了有效發生節制的效果，此種兩院制還必須是權力對等的兩院制。大革命後的共和體制皆採對等的兩院制，一直到二戰結束後的第四共和憲法開始弱化參議院的地位與權力。之所以會有此變革，一方面是因戰前參議院兩次對Léon Blum所組成之政府進行倒閣，另一方面參議院又堅決反對將投票權擴大到成年婦女手上。二戰後制定新憲時既然改變了「對等兩院制」的傳統，自然就有必要回到西耶士的想法：必須設置違憲審查機關以節制國會濫權。參見ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, p. 202.

建立的憲法委員會，才真正能開始落實制裁國會違憲越權行為的想法。

從第五共和憲法內文沒有人權條款，憲法規範的重心乃在權力分立原則的情形來看，它是延續法國一直以來的憲政傳統。而憲法委員會與違憲審查機制的設置，一方面固然是承續1795年以降西耶士的想法，但另一方面也因其能真正制裁違憲行為，而使其成為一個與法國過去憲政經驗截然不同的新憲政體制。

二、法國制度的特色

如何避免行政權遭到立法權的侵蝕？這是法國大革命後因為國會至上原則的傳統而一直存在的重要議題，這也是西耶士在1795年提出設置違憲審查機關的主要理由。特別是在飽受立法權獨大所造成之內閣不穩定與施政無效率的不良歷史經驗後，第五共和憲法的制憲者將憲法委員會視為是以對抗立法權為目的之「行政權捍衛者」的角色，也就不足為奇。加以立法權以制定抽象法規範為其最主要的行為內容，所以所建置的違憲審查機制也就完全以國會所制定的法律為對象。在此背景下，法國第五共和憲法所建置的違憲審查制度有以下五項特色：

第一，基於對於法院具有保守與反革命性格的不信任，大革命後所制定的一個重要性法律（即1790年8月16至24日的法院組織法）規定了如下原則：首先是法院（或是傳統的司法權）不得直接或間接地介入立法權之行使，亦不得阻礙或中止執行法律之行政命令的效力¹⁶，亦即法院不得審查抽象法規範，僅能依抽象法規範進行審判。其次是法院不得作成判例（*arrêts de règlement*）或抽象性地詮釋立法者之意旨，因為該行為形同是立法行為¹⁷。最後則是司

¹⁶ 規定於該法第 10 條。

¹⁷ 規定於該法第 12 條，此規定將司法權嚴格限於個案之內，即便是為了適用法

法權與行政權應嚴格分離，法院不得干擾行政權之運作，亦不得基於執行職務所衍生的問題而傳喚行政官員¹⁸。在此不信任法院的憲政傳統背景下，針對國會法律所欲建立的違憲審查制度，自然不會將規範審查權交由傳統法院來行使。基此理由，憲法委員會在組織架構的設計上是完全獨立於法院體系之外，甚至將其視為是在司法權之外的另一種權力組織。

第二，法國並不存在任何法規禁止普通法院或行政法院直接援引並適用憲法，只是前述1790年的法院組織法禁止法院拒絕適用或廢棄國會所通過的法律而已。在此背景下，雖然普通法院與行政法院都不能審查法律是否合憲，僅能適用法律。但是普通法院與行政法院仍然可能在個案審判中實踐違憲審查機制，只要所涉爭議事項於現存已生效的法律中尚未被規範，或並沒有具體明確的規範內容。例如對於受雇員工的罷工行為，是否應將其視為是雇員拒絕履行其與雇主所簽訂之勞動契約的行為？在法律對此問題並沒有明確規範的前提下，法國最高法院就曾直接援引1946年憲法前言中有關罷工權的宣示，作為其審查依據，並據以肯認受薪階級的罷工行為為不等同於是雇員主動解除勞動契約的行為¹⁹。換言之，雖然國會尚未立法實現憲法所宣示的罷工權，但普通法院已在個案審判中，直接援引並適用憲法，保障人民的罷工權。同樣的在公法領域裡，不論是對具體的行政處分，還是抽象的行政命令，行政法院都可以直接援引憲法作為其審查依據，進而可以廢棄違憲的行政處分或是行政命令；除非該行政處分或行政命令乃是直接以特定法律的明確規

律而需要解釋法律，也需要由立法者自己來負責解釋；法院不得透過判例來行使通案或抽象的法律解釋權。

18 規定於該法第 13 條，這就是普通法院之司法權與行政法院分離的來源。基此規定才形成法國的二元審判體系，行政審判權不僅不隸屬於普通法院之司法權下，甚至被認為是行政權的一部分。

19 Cass. Civ. 1^o cham. 15 janvier 1991, Conseil départemental de l'ordre des médecins c. Layet; *LPA*, n^o 67, 5 juin 1991, p. 21, note MATHIEU (B.).

定為其依據。更詳細地說，只要沒有國會法律作為行政行為的直接運作基礎，則行政法院即能依據憲法，針對行政處分與行政命令進行違憲審查。在普通法院與行政法院於沒有法律作為屏障的前提下，都可以行使違憲審查權²⁰。所以剩下應由憲法委員會審查的部分，就是國會所通過的法律。從而憲法委員會的違憲審查客體，僅限於國會所通過的抽象法規範：包括組織法（loi organique）²¹，一般法律與國會內部的議事規則等三大類²²。

第三，法國是典型的「抽象審查」，此「抽象」具有兩層意涵。先就程序面向而言，若引發違憲審查程序的原因並不是基於一個繫屬於法院的具體個案，則此審查即是抽象審查。其之所以抽象的理由在於因為沒有具體個案，所以沒有考量具體事實與個案情境的必要。此種審查方式是針對兩個抽象法規範（如法律與憲法）彼此是否相容的問題進行審查，所以是一種「規範審查」。其次就審查行為的目的而言，若是其建制目的是要維護法體系內的客觀規範秩序為首要目標，並不深入考量特定個案情境內的權益關係，且個

20 法國法上有所謂的「法律屏障理論」（théorie de loi-écran），其內容為：憲法雖為法體系內的最高規範，但若有法律存在，則因法律存在而生的屏障效果，阻絕了法院直接援引並適用憲法的可能性。這是因為在尊重國會至上原則的前提下，法院無權廢棄或拒絕適用違憲法律而生的結果。不過，各級法院拒絕針對法律進行違憲審查的傳統，在 2008 年修憲之後略有改變。若法律規範內容涉及憲法上所保障的自由或權利時，此類法律的合憲性問題在 2008 年修憲後，得為各級法院所審查。各級法院在經人民提出「優先之合憲性問題」後，認為人民之聲請案符合法定要件者，得將案件移送。詳見下文介紹。

21 組織法（loi organique）的翻譯是直接依字面而譯，但其概念內涵比較像是地位比一般法律還重要的「基準法」或「框架法」的概念。組織法的用語乃是第五共和憲法所創造之一種特殊地位的法律，它通常是用來規範憲法本身未規定但卻具憲法上重要性的相關事項，其內容常會涉及憲法機關的組織法與作用法。也因其重要性，所以第五共和憲法規定在組織法通過國會審議表決後，必須送憲法委員會審查，這是一種「法定審查」或「強制審查」的模式，與我國憲法本文第 114 條之規定極為相似。

22 依法國憲法第 54 條規定，對於國際條約的審查不同於法律。其不同之處有二：首先，條約並非是由國會所制定的產物，國會只是批准條約。其次，一旦發現將批准的條約與憲法不相容，則必須要修憲後才能批准條約，此與法律違憲時是法律本身要修改，而非憲法要修改的情形不同。

案情境也不能作為審查決定的主要判斷基礎，則此種審查行為之特質就具有抽象性與客觀性。這類審查決定的內容僅論及某特定法規範（甲規範）是否符合另一個特定法規範（乙規範），是有關客觀法秩序的判斷與描述²³，不涉任何特定個體的權利。又由於其不直接涉及任何個體的權利，所以此種爭議程序本身具客觀性質，不存在一般訴訟程序上利益相互對立衝突的兩造當事人，且解決爭議之決定也具客觀性質，因而具有及於通案的對世效力。

第四，法國法律違憲審查的審查時點乃在國會通過法律後，總統公布法律前，因為審查行為是在法律生效之前，所以是一種「事前審查」²⁴。由於違憲的法律在生效之前就被憲法委員會阻擋下來，故也是一種「預防性審查」。歐陸其他國家常有在國際條約被批准或生效之前所為的事前違憲審查，但針對國內法律設置事前違憲審查制度的國家卻是寥寥無幾²⁵。

最後，在2008年修憲之前，人民在法律的違憲審查程序中完全沒有扮演任何角色是法國法的另一個特色，這也是其與其他歐陸國家最大的不同之處，同時亦是促成此次修憲改革的重要動因。1958

23 如吳庚氏謂：規範審查可大略分為抽象的規範審查與具體的規範審查，而以裁判是否以法規有無抵觸上位規範為裁判主文作為區別的基準，答案若屬肯定，便是抽象規範審查，答案若屬否定，就是具體規範審查，參見吳庚、陳淳文（註1），頁651。又德國基本法第93條第1項第2款與第100條第1項也分別規定兩種規範審查，前者通常被稱為抽象法規審查，後者則稱為具體法規審查。然則這種抽象與具體的區別，僅以是否因個案而引發審查程序為判斷基準，個案情境或個體權利並不在審查者的考量範圍內，稱其為具體法規審查，實亦滋誤解。有關德國具體法規審查的中文文獻可參見楊子慧，論具體法規審查，輔仁法學，19期，頁67以下（2000年）。

24 法國制度也存在兩種例外事後審查的情形，詳見湯德宗、吳信華、陳淳文（註4），頁548註78。

25 如東歐國家對於國際條約多採事前審查，而設有法律事前審查的國家僅有羅馬尼亞、匈牙利、波蘭、烏克蘭及愛沙尼亞等國。詳見吳志光，東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響——兼論對我國違憲審查經驗之啟示，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（下冊），頁434（2005年）。

年憲法原始所設計的違憲審查發動權，本來僅是給總統、總理、參議院議長與國民議會議長等四個人。1974年修憲後將發動權擴增至國會議員身上，建立60名參議員連署或60名國民議會議員連署亦得聲請釋憲的機制²⁶。但除前述公職人員之外，人民並沒有發動違憲審查機制的管道。

總結法國在2008年修憲之前違憲審查制度的特色，包括違憲審查權與傳統司法權分離，其建制目的乃以維護權力分立原則為主，其審查客體限於國會所通過的抽象法規範，並且是在法規範正式生效之前，人民在違憲審查程序中完全沒有扮演任何角色。

三、2008年修憲的改革重點

在談2008年的修憲改革之前，有必要簡略回顧一下第五共和憲法所建制之違憲審查制度的實際運作情形。如前所述，在2008年改革之前，法國人民並不能發動違憲審查機制，而且第五共和憲法本文也沒有人權條款，憲法委員會的原始建制目的也不是為了保障人權。在此背景下，法國如何能自詡為人權大國，甚至是人權母國呢？首先在個案層次，前文已提及：只要沒有法律作為屏障，普通法院與行政法院都可以在其個案裁判中援引憲法並適用憲法。例如依照法國新民事訴訟法第604條規定：「廢棄（或破毀）訴訟（*pourvoi en cassation*）就是最高法院廢棄與法規範相牴觸的法院裁判。」而根據法國的司法實務經驗，此處之「法規範」當然包括位階最高的憲法。至於行政法院更是早就以「一般法律原則」的概念，作為代替人權條款並作為審查行政行為的基準，人權並沒有在個案中被忽略。問題僅在一旦出現違反人權或是違憲的法律時，此違憲法律就形成「屏障」，阻止普通法院或行政法院援用憲法，則憲法本身或是人權因而可能受到侵害。不過此問題因以下三事件而

26 此修憲改革於1974年10月29日通過。

被大幅改善。一是憲法委員會自1971年的一個重要決定開始²⁷，確認憲法前言的效力與憲法本文相同，進而將第五共和憲法及第四共和憲法之前言與1789年的人權宣言等富含人權條款的規範內容，都視為是現行憲法的一部分，可以作為違憲審查之基準。如此一來，原本憲法本文沒有人權條款的第五共和憲法，隨著憲法委員會的判例，逐步形成一個龐大的人權庫。其次是前述1974年修憲後，增列國會議員得以連署聲請釋憲的機制。透過國會少數黨聲請釋憲的程序，以及人權條款成為違憲審查基準的變革，使得違憲法律，尤其是侵害人權之違憲法律得以被公布並施行的機會大幅降低。最後，法國是歐盟的會員國，也是歐洲人權公約的簽署國。法國公民在窮盡國內司法救濟途徑後，若認為法國的國內法違反歐盟法或是歐洲人權公約，可以向歐盟法院或歐洲人權法院提出救濟。換言之，法國國內的人權保障問題其實已經「歐洲化」或「歐盟化」，法國人民的人權保障情形並不會因其特殊的違憲審查制度而落人於後。

儘管法國的人權保障實況並非不如他國，但正是因為作為「人權母國」的光榮傳統記憶，選舉策略、政治菁英的識見與法律工作者的推波助瀾，法國一直有改革其違憲審查制度的呼聲。1989年恰逢法國大革命與人權宣言兩百週年紀念，當時的密特朗（François Mitterrand）總統就提出讓人民得以發動事後違憲審查機制的改革案，以紀念並再建法國的人權光榮。該修憲案雖進入國會兩院審議，但最終並沒有通過。爾後在1993年，亦即是密特朗總統卸任前兩年，面對新的國會選舉將至，而其所屬社會黨所組成之政府的政績又搖搖欲墜。或為個人歷史定位或為提振選情，密特朗總統再度提出大幅度的修憲改革計畫，並任命當時地位最崇高的公法學者 Georges Vedel 組成修憲委員會並提出修憲草案，其中也包括人民聲請釋憲的部分。不過該修憲計畫亦沒有在國會中通過，且隨後的國

27 C.C. 16 juillet 1971, n° 71-44 DC.

會選舉執政黨大敗，其所提的修憲計畫自然就無疾而終了²⁸。

在2008年，為慶祝第五共和憲法施行五十年，法國政治菁英，特別是在2007年剛當選總統的薩科奇（Nicolas Sarkozy）先生的主導下²⁹，利用此慶祝機會對此部憲法進行全面的檢視與檢討，並提出一個包括改革違憲審查制度在內的龐大修憲計畫。該修憲案歷經國會兩院的審查與表決程序後，送入專為修憲而召開的國會兩院聯席大會，最後在2008年7月23日的兩院聯席會中以539票支持，357票反對，僅以兩票之差勉強通過法定修憲門檻而完成修憲程序³⁰。其中與違憲審查制度相關的改革包括憲法第56條有關憲法委員會之委員的任命程序，憲法第61條之1有關人民發動違憲審查程序的規定，以及憲法第62條有關已生效法律的違憲宣告方式等三個條文。國會並依憲法第61條之1的規定修訂有關落實人民發動違憲審查程序的組織法，該組織法（Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution）經憲法委員會審查後³¹，於2009年12月10日公布施行。依據該組織法所留的準備時間，人民得以發動違憲審查程序的規定自2010年3月1日起開始生效，法國的違憲審查制度也自此日起正式邁向一個新的里程碑。法國此次有關違憲審查制度的改革³²重點可歸納為以下四項：

28 法國過去有關違憲審查制度的修憲建議版本共有五個版本，分別為紀念大革命兩百周年所提的修憲草案（1990年），G. Vedel 教授所領導之修憲委員會所提的草案（1992年），與此由 G. Vedel 所領導研修之版本，最後經政府修改後送交國會的修憲草案（1993年），E. Balladur 所領導之修憲委員會所提的草案（2007年），以及該版本經政府修改後送交國會的修憲草案（2008年）。有關這段修憲史的介紹，可參見 BENETTI (J.), *La genèse de la réforme*, *AJDA*, 2010, p. 74 et ss.

29 SARKOZY (N.), *Une démocratie irréprochable*, *Le Monde*, 9 mars 2007.

30 依照憲法第 89 條的規定，必須達總投票數五分之三以上同意，修憲案方被視為通過。

31 憲法委員會在其 2009 年 12 月 3 日的決定中（n° 2009-595 DC），宣告該組織法合憲。

32 對於此次改革的背景與詳細內容，中文文獻可參閱吳秦雯，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

首先是有關憲法委員會委員的任命方式，舊法規定由總統及國會兩院議長各自任命3名委員，沒有其他任何的監督機制。修憲後新的憲法第13條第5項及第56條第1項增設了國會參與機制。新的任命程序規定被提名人必須送交國會兩院的常設委員會審議，若總統所提名的人選遭到兩院常設委員會五分之三以上的投票委員表示反對，則總統就不得任命該人選。同樣的，參議院議長及國民議會議長所提名的人選，也要經其各自議會之常設委員會的審議，若有五分之三以上的該會委員表示反對，任命案即不得續行。

其次，依據修憲後的憲法第61條之1規定，人民得以在個案訴訟程序中，向憲法委員會提出「合憲性問題」。此新設程序規定：人民發動違憲審查程序的前提要件是一項法律性規定被認為是侵害憲法所保障的權利與自由。換言之，僅有在憲法所保障的權利與自由領域遭受侵害，且侵害來源是一項已生效之抽象法律時，人民才能發動違憲審查程序。此新設程序將已生效之法律的違憲審查也納入憲法委員會的職權範圍，使法國違憲審查制度從原來單純的事前審查制，擴增為同時包含事前審查與事後審查等兩種審查類型的特殊制度。此外，若與我國現行的人民聲請釋憲制度相比較，我國法的用語是「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害」³³，法國法的說法則是「一項法律性規定被主張為對憲法所保障的權利與自由構成侵害」。兩相比較，我國法似乎比較強調個體的權利，法國法則傾向於抽離個體權利，而是透過人民來發現法律規定與憲法保障的人權發生衝突。除了比較強調主觀性或客觀性之差別外，兩國都將前提限縮在憲法上所保障的人權領域，但是法國法只能針對由國會所通過的法規範，我國法則同時涵蓋法律與命令。

(2011年)。

33 參見現行司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款。

再者，憲法第61條之1也規定人民在訴訟中雖可發動違憲審查程序，但必須經過最高法院（Cour de cassation）或最高行政法院（Conseil d'Etat）的篩檢後，才能將釋憲聲請案移送至憲法委員會³⁴。更詳細地說，人民可以在任何審級的訴訟程序中發動違憲審查程序。若案件是繫屬於下級法院，下級法院受理人民聲請後，若認為該案的確涉有違憲問題，則需將此聲請案件移送至其終審法院，由終審法院決定是否向憲法委員會提出「合憲性問題」。這種制度設計形成了「雙重篩檢機制」，亦即先由受理法院審查人民所提的合憲性問題是否嚴肅認真，符合法定要件³⁵，接著再由最高法院或最高行政法院審查由下級法院所移轉的合憲性問題是否具「新穎性」與「嚴肅性」。「新穎性」意指所移送的合憲性爭議是一個嶄新的憲法問題，包括被質疑為違憲的法律條文不曾被憲法委員會宣告為合憲³⁶，或是其所涉及的憲法條文或憲法上的原則還不曾被憲

34 在法國的二元司法體系下，幾乎絕大部分的法院都被涵蓋在最高法院與最高行政法院之下。例外的情形包括「爭議法庭」（Tribunal des conflits）與「最高仲裁法院」（Cour supérieure d'arbitrage），亦即繫屬於此二法庭的案件無法提出釋憲聲請。前者的職權主要是解決普通法院與行政法院間的權限爭議問題，在組織上係獨立於最高法院與最高行政法院之外。後者則在處理勞資關係中之集體爭議問題。除此之外，審理刑事重罪（最輕本刑為十年以上有期徒刑之罪）的一審法庭，法國法稱為重罪法庭（Cour d'assises），因為該法庭有9名陪審員參與，且以刑事事實審不宜被中斷的理由而排除得以提出釋憲聲請的可能性。不過刑事重罪案件仍可在前階段中的預審庭與後階段的上訴審或廢棄審中提出釋憲聲請。最後，專為審理總統瀆職而設的「最高法庭」（Haute cour），以及繫屬於憲法委員會的選舉爭訟案件，都不能提出釋憲聲請。

35 依照憲法委員會組織法（Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel）第23條之2規定，法院必須審查三個要件：第一，所被質疑的法律條文是否在此繫屬個案中被適用？第二，此系爭法律條文是否曾被憲法委員會宣告為合憲？第三，所提合憲性問題是否具嚴肅性（caractère sérieux）？對於第三個要件，法條的用語是：「並非不具嚴肅性」，其目的僅在排除異想天開或為拖延訴訟而提的問題，法院應作寬鬆審查。中文論述可參見吳秦燮（註32），頁393。此外，若人民在終審法院的訴訟程序中才提出合憲性問題時，原審法庭審酌該案符合法定要件且嚴肅認真後，必須將該案移送最高法院或最高行政法院的另一庭來審理此項聲請案是否要移送憲法委員會，以滿足雙重篩檢機制的要求。

36 C.C. 3 décembre 2009, n° 2009-595 DC.

法委員會詮釋過或適用過³⁷。至於「嚴肅性」的判斷則相對較為主觀，是立法者留給最高法院及最高行政法院之一定選案裁量空間。而在合憲性問題的處理時程上，下級審法院受理案件後，必須「即時」作出是否移送終審法院的決定，此「即時」的意思，就是要在最短的時限內作出決定。至於兩個終審法院及憲法委員會則皆必須在三個月內作出審查決定。

最後，人民以訴訟案件當事人之身分發動違憲審查程序時，必須以獨立的書狀為之，並附具詳細的聲請理由。獨立書狀的要求，目的即是要與本案訴訟分開，使人民所發動之違憲審查程序保持其抽象性與客觀性。另外，除訴訟當事人自己得以提出聲請之外，負責審理案件的法官不得主動提出或代替人民提出合憲性問題的聲請案。再者，人民所提「合憲性問題」的性質，本具「先決問題」之性質，故一旦合憲性問題被提出後，原則上必須暫時停止原訴訟程序之進行³⁸。不過，法國此項新制的法條用語為「優先之合憲性問題」(question prioritaire de constitutionnalité, 簡稱為QPC)³⁹，於此必須特別注意法國立法者所關懷的「優先性」，並不是單純因為必須先解決法律本身的合憲性問題後，個案所繫屬之法院才能據以作成個案裁判，這是典型的「先決問題」概念。法國立法者此處之所以強調合憲性問題的優先性，主要是與歐盟法或歐洲人權法作比較。因為在法國現制下，訴訟當事人也可在訴訟程序中主張法國的國內法與歐盟法或歐洲人權法相衝突，進而提出有關歐盟法或歐洲人權法的先決問題。在此情形下，法國法院就必須暫時停止訴訟程序，靜待歐盟法院或歐洲人權法院作出裁決後，才能續行本案訴訟

37 C.E. 10 novembre 2010, Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux, n° 340106.

38 例外情形參見憲法委員會組織法第 23 條之相關規定。至於此處「先決問題」概念的意義，可以透過我國司法院釋字第 371 號及第 572 號解釋的說明來理解。

39 亦有譯為「合憲性之優先問題」，如吳秦雯(註 32)，頁 377。

程序。吾人可以將審查法國國內法是否與法國所簽署之國際條約相容的行為，稱為「合條約性審查」(contrôle de conventionnalité)，人民發動此項審查行為所提的問題就是「合條約性問題」。而法國 2008 年修憲時的真正立法意圖，其實就是希望一旦出現「合憲性問題」與「合條約性問題」兩種先決問題競合時，法國法院應優先處理合憲性問題，以免法國國內的立法主權，因「合條約性問題」的被提出而逸脫到歐盟法院或歐洲人權法院的手中。

總結法國新制最重要的變革是增設事後審查機制，並允許人民得以在個案訴訟中發動違憲審查程序。論者有謂此次修憲改革，使法國制度更接近於歐陸大多數國家的違憲審查制度，因之似乎可以宣告「法國特例」的終結。

參、憲法法院模式的勝利？

如果說法國新制更接近於多數歐陸國家的憲法法院模式，是否象徵著憲法法院模式更進一步的擴張或勝利？此提問的前提預設是認為法國舊制乃歐陸型違憲審查制度之異類，或甚至因其特殊性而不應將其列入歐陸型的範疇裡。然而，究竟什麼是歐陸型的憲法法院？法國制與其差別何在？欲回答這些問題，可能要先探討憲法法院的制度理念，並進一步了解歐陸憲法法院的大概發展趨勢，才能給予法國新制一個較為精確的定位。

一、凱爾生憲法法院的基本理念

凱爾生與歐陸型憲法法院關係密切乃眾所周知之事，他可說是歐陸型憲法法院的理論家與提倡者。不過任何制度都受其所屬之社會背景、相關制度與歷史經驗所影響，不可能完全依賴個人想像所建構的抽象理論而來。早在他於 20 世紀初規劃出憲法法院的雛形之

前，德奧地區自19世紀上半葉起就有類似憲法法院的機構存在⁴⁰。他的理論內容就是將此類機構之組織性格與目的、職權內容與組成方式等事項，作更加體系化與細膩化的論述。其主要想法在其於1928年所發表的論著：「法院保障的憲法」一文中，可以概略歸納如下⁴¹：第一，「保障憲法的意思，就是要確保位階僅次於憲法之法規範的合法性；也就是說，最主要的目的就是要確保法律的合憲性。⁴²」換言之，憲法法院的核心職責就是針對法律的違憲審查，而非個案裁判。第二，「憲法是特定時點下以法規範方式展現政治力平衡的原則。憲法是一種法規範，它規制法律，也就是那些司法機關及行政機關等國家機關據以執行其行為之抽象規範的制定程序。而原始且嚴格意義的憲法，也就是形塑憲法之要素，就是有關國家主要法規範之制定程序的規定，就是決定國家機關之組織與立法程序。……嚴格意義的憲法是規範立法之程序，而非法律之內容。⁴³」在純粹法學理論的概念下，為求客觀性，也就是科學性，凱爾生不喜歡論及價值判斷與特定價值內容。在此觀點下，凱爾生也認為嚴格意義的憲法概念，並不包括人權規定或人權條款。包含這些特定價值選擇的人權條款，可以「廣義的憲法」視之；但憲法的核心內容是在機關組織、權限分配與規制法律的產生方式。第三，凱爾生在討論有關憲法法院行使違憲審查權是否破壞權力分立

40 有關歐陸各國憲法法院之發展概述，中文文獻可參閱吳庚，憲法審判制度的起源及發展，法令月刊，五十週年紀念特刊，頁12以下（2000年）。至於凱爾生有關憲法法院的想法，呈現於兩篇重要的論述：一是1928年在巴黎之公法學研究中心所發表的「法院保障的憲法（憲法訴訟制度）」（KELSEN (H.), *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, *RDJ*, 1928, pp. 197-257），另一則是1942年在政治學期刊所發表的「法律的司法審查：奧地利與美國憲法的比較研究」（Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4(2) *J. POL.* 183-200 (1942)）。除了這兩篇重要的論述之外，尚有他與 Carl Schmitt 有關誰是憲法維護者的論戰中，亦論及憲法法院。

41 以下引文主要來自凱爾生之論文：KELSEN (H.), (註40), pp. 197-257.

42 *Id.* at 201.

43 *Id.* at 204-205.

原則時，一再強調廢棄違憲法律的行為，其實就是實現立法權的功能：「廢棄違憲法律的機關，就算因其組成成員的獨立性而被視為是一個法院，它也不是真的行使司法權之功能。因為立法權之功能與司法權之功能的差異就在前者是制定抽象性的規範，而後者是決定個別性的規範。然而，廢棄一部法律也是制定一個抽象規範，因為廢棄一部法律與制定一部法律二者都擁有相同的抽象性格，只不過它是透過給予一個負面符號的方式來制定法律。故廢棄法律的行為，就是實現立法權之功能。而一個有權廢棄法律的法院，就是一個屬於立法權的機關（Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les loi est par conséquent un organe du pouvoir législatif.）。⁴⁴」最後，在有關憲法法院之審查客體的討論上，凱爾生一再強調憲法法院的權限範圍原則上應僅及於次憲法位階的抽象法規範，也就是法律、條約或是國會內規等。僅有在例外的考量下，才會將諸如部長或元首的彈劾案放入其職權內。他特別指出：「哪些個別性的法律行為可以納入憲法法院的權限範圍？若就法院的裁判而言，根本不需要考量此問題。因為法院所作成的法律行為事實上是可以充分保障其行為的合法性。⁴⁵」換言之，凱爾生認為個案裁判在歐陸傳統下僅具個別性效力，不具抽象性格，不應成為憲法法院的審查對象。

在前述基本想法，其所勾勒之憲法法院約有下列特徵：

（一）憲法法院的目的與性格

凱爾生的憲法法院雖然稱為法院，但它與一般法院不同，它是一個單一旦獨特的法院。它獨立於一般法院體系之外，與傳統司法權相分離。以奧地利1929年憲法為例⁴⁶，其有關傳統司法權的規

⁴⁴ *Id.* at 224-225.

⁴⁵ *Id.* at 233.

⁴⁶ 奧地利 1929 年憲法乃是以其 1920 年的憲法為基礎修改而來，而 1920 年的憲法則是由凱爾生所主稿，凱爾生甚至出任依據此憲法所設立之憲法法院的法官。

定，乃置於其憲法第三章名為「聯邦執行權」的章節裡。而憲法第六章名為「行政與憲法之保障」，在此章中，憲法第129條起是有關行政法院的規定，自第137條起則是有關憲法法院的規定。這種將行政法院與普通法院分離的設計，明顯受到前述法國1790年大革命法律禁止普通法院介入行政事務之規定的影響。事實上，法國自大革命後所確立的行政訴訟與私法訴訟分離之二元司法體系，以及其背後所開展之公法與私法之區分，以及國家與市民社會之二元分立等原則，已經成為歐陸各國普遍接受的傳統。法國法長期認為行政訴訟乃是行政權的一部份，並不是認為行政權或是廣義的公權力行為不需要受到法的制約，而是認為以制約公權力行為為目的而開展的法，是一種「政治法」，是在針對「公領域或國家」的法，與針對私人爭執的傳統司法權有所不同。

對凱爾生而言，確保國家公權力被合法行使的最有效方法，就是要能夠將違憲的公權力行為排除於法體系之外。憲法法院設立的最重要目的就是透過不斷制裁違憲規範以確立「基本規範」(憲法)之最高性的過程，而使得整個法體系的秩序得以被維持。事實上，所謂的「法規範秩序問題」，在本質上就是一種屬於「國家或公領域」範疇內的問題，因此是「國家法」或「政治法」所要規範的對象。換言之，從「違憲規範被制裁與基本規範被尊重」到「法規範秩序的被維持」，其實就是要規制國家權力，就是要以法規範來約束「政治力」。在此想法下，憲法法院本就具相當程度的「政治」性格，它很難直接被劃入專司個案審判之傳統意義下之司法權內，也不能被劃歸為行政權之範疇。至少就法規違憲審查之職權而言，凱爾生曾明白地說：「廢棄一部法律的行為，這也是制定一個抽象的規範，因為廢棄法律的行為與制定一部消極法律的行為都具有相同的抽象性，故廢棄法律的行為本身具立法的功能。⁴⁷」換言

47 KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, La Baconnière, 1984 (1953), p. 141 (traduction THEVENAZ (H.)).

之，凱爾生視法規違憲審查權為「消極的立法權」⁴⁸，該權之行使主要在檢視下位階規範是否與上位階規範相牴觸，乃以法規範本身作為審查的對象，具抽象與普遍之特性，無須考量具體個案中之特定法律關係與其事實情境，也無須深究系爭法規範如何在此具體個案中被適用。基此，「規範審查」的特性就是不考量個案當事人權益與其事實情境的「抽象審查」，而引發此抽象審查的爭議，其性格在本質上即具「客觀性」。

為了確保違憲行為被有效制裁，凱爾生主張建立一個單一且集權的憲法法院。為何要建立一個單一且獨立於一般法院體系之外的憲法法院？首先，大陸法系的傳統是法官依法獨立審判，並沒有英美法系的「判決先例拘束原則」(stare decisis)。美國之所以採分散式的違憲審查制度，一方面是法院僅能拒絕適用法律而不能廢棄法律，不會使國會所通過的法律因到處被廢棄而盡失權威；另一方面則是因判例拘束原則的存在而使各法院間彼此相互拘束，特別是聯邦最高法院之判例得以拘束其他各法院。更何況聯邦最高法院還可以透過其移審令(writ of certiorari)來解決見解衝突或統一歧見。反之，大陸法系法院各自獨立審判，法院間的見解歧異有可能使違憲行為無法被有效的制裁。再者，大陸法系之法官具有類似公務員之法律地位，其相對於爭訟兩造人民係處於中立第三者之地位固無疑義，但對於國家機關間之權限爭執或是規範衝突事項，法官之獨立性就顯得相對較弱⁴⁹。建立一個新的憲法法院，一方面可以避免因各法院間的見解歧異而導致違憲制裁行為分歧不一；另一方面也

48 這也是 Schmitt 反對憲法法院的主要理由；因為「任何機關有權解決法律內容的疑義，就是負擔立法者的功能；任何機關有權解決憲法內容的疑義，就是負擔憲法制定的功能。」引自吳庚，純粹法學與違憲審查制度，收於：施茂林編，當代法學名家論文集——慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁 107-108（1996 年）。

49 以行政訴訟為例，我國早年行政法院被譏為「駁回法院」，原因固然多重，但法官與行政官一家親的認知習性，應有相當影響。

可透過新的法官選任方式而去除傳統法院法官的「官僚性」，進而達致落實有效制裁違憲行為的目的⁵⁰。

至於憲法法院的「集權」，一般皆謂集權型或集中型的司法違憲審查制度，乃指一般法院的法官對於法律並無違憲審查權⁵¹，這樣的描述尚有更細緻化的空間。事實上，歐陸一般法院或甚至是行政法院的法官，並非不會遭遇類似美國Marshall法院在1803年所面臨的問題，亦即所將適用於個案的法律與憲法相衝突的情形。當遭遇此種疑似規範衝突的情形時，法官的處置方式應包括兩個在時序上先後有別的不同行為：首先，法官必須先確認兩種競合的法規範是否真的相互衝突？其次，才是選擇要適用哪一個法規範於繫屬個案。嚴格而言，前階段行為是真正的規範審查行為，後階段行為則是完成規範審查後的決策選擇行為：包括選用與上位階規範相牴觸的下位階規範，或是選擇上位階規範，並拒絕適用或甚至是廢棄下位階規範等兩種不同選項。在此理解下，所有法院的法官皆有可能面臨規範衝突，並進行規範審查；但未必皆進入「決策選擇」階段。基此，歐陸憲法法院所集權的，其實並不是「規範審查權」，而是「違憲規範的廢棄權或制裁權」⁵²。

而此「違憲規範制裁權」之所以要被集權在一個單一的憲法法院手中，正是因為要達到前述有效制裁違憲規範的目的。尤其是與美國式相比較，美國法官僅行使消極制裁權（拒絕適用），而違憲

50 類似分析參見林子儀，司法護憲功能之檢討與改進，收於：權力分立與憲政發展，頁54-55（1995年）。

51 如林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞，憲法：權力分立，修訂2版，頁35（2008年）。

52 若在制度設計上將違憲規範之廢棄權或制裁權，集權在憲法法院手上，則比較容易導致一般法院法官沒有行使前階段之規範審查權的動機，而習於直接適用法令，逐漸忘了憲法的存在。不過，如果在制度上提醒法官行使其違憲審查權，則就不會造成憲法過於疏離於個案訴訟的情形。例如葡萄牙的制度就是明訂各級法院可以在個案中拒絕適用違憲的法律，但只有憲法法院才享有違憲法律的廢棄權。

規範卻仍能持續存在於法體系中。凱爾生則更激進地要將違憲規範完全由法體系中拔除，故憲法法院應享有更積極的制裁權；而且此積極制裁權不能是點狀的、零星的或分散的被行使，要一旦發現違憲規範，就要完全將其拔除於整個法體系之外，亦即其廢棄該違憲規範的違憲宣告必須是具有普遍且對世（*erga omnes*）的效力。欲達此目的，惟有建立一個集權的憲法法院方能竟全功。

綜合前述，凱爾生的憲法法院乃為落實以規制國家權力為目的之憲法的規範效力。而憲法之所以能夠規制國家權力，是因為憲法本身就是一本權限分配與權力互動方式的說明書。至於有效落實憲法規範效力的方法，就是將違憲規範制裁權集權於憲法法院身上。不論是制裁行為本身，還是制裁前的規範審查行為，皆屬於歐陸傳統概念裡的政治法或國家法領域，且在本質上具客觀與抽象性質，與國會的立法權十分接近，而與歐陸傳統概念下專司個案審判的司法權相去甚遠。基此，「憲法法院」雖名為「法院」，凱爾生卻認為其在組織上必須獨立於一般法院體系外；在概念上，也不宜將其完全納入以個案審判為核心之歐陸傳統「司法權」的概念內⁵³。

（二）憲法法院的職權內容

歐陸型憲法法院的政治性格也可從其權限內容獲得印證。雖然沒有一個歐陸國家之憲法法院的職權內容與另一個國家之憲法法院職權內容完全一致，但它們之所以可以劃歸為同一類型，首先是它們都享有「規範審查權」與「違憲規範制裁權」，這是各國憲法法

⁵³ 凱爾生認為憲法法院廢棄違憲法律的行為雖然是一種「消極的立法權」，但同時也具司法權的性質。因為憲法法院正是透過適用憲法而廢棄法律，其與立法權不同之處在於國會的立法權雖受憲法框架，但卻有創造的自由。更詳細地說，國會原則上僅在程序面上受憲法拘束，在立法的內容上，除了憲法基本原則之外，國會立法權享有相當大的創造自由。至於憲法法院的違憲審查權，其受憲法所框架，僅有很小的創造空間。就此而言，憲法法院適用憲法的情形，與一般法院與行政機關適用或執行法律的情形相當。在此觀點下，憲法法院也能算是一個真正的法院。參見 KELSEN (H.), (註 40), p. 226.

院皆享有的核心職能。除此之外，下列具政治性性格之事項，也常是各國憲法法院職權內容的一部份。

聯邦國家中聯邦與邦、各邦間，或是邦內各機關間之權限爭執的解決需求，是促使成文憲法由單純的「最重要之政治性宣示」轉變為具規範效力之法規範的決定性觸媒；此亦足以說明為何19世紀起的違憲審查制度皆發源於聯邦或邦聯式的政體裡。以德奧地區為例，1831年薩克森邦憲法即設有「國事法院」，以解決各邦間之政治紛爭⁵⁴。德意志邦聯則於1834年設置「聯邦仲裁法院」，裁判各邦政府與議會間關於憲法解釋所生的爭議事件。1919年的威瑪憲法設「國事法院」，負責審理邦內之憲法爭訟事件⁵⁵。從德奧地區的發展經驗來看，處理機關間的權限爭執事件，向來是憲法法院的核心職權之一。

除了機關爭議案件之外，奧地利1867年設國事法院負責審理內閣部長或大臣等政務官之彈劾案件。德國1919年威瑪憲法所設的國事法院，也負責審理部長彈劾事件。

最後是有關國會選舉事件與政黨解散事件。基於國會自律原則，國會選舉爭執不宜交由一般司法機關處理。在制度設計上遂有兩種可能，一是由國會自己審理選舉爭訟事件，另一種模式則是交由憲法法院來處理。後者可能優於前者的利基是在於憲法法院獨立於國會與政黨之外，有較強的中立性。至於政黨解散案件則是德國於二戰後，為防衛民主體制所創設的制度，於今多為東歐後共國家所模仿。

54 該憲法第 153 條規定：「對憲法解釋發生疑義時，如政府與階級議會不能達成協議，政府或階級議會均得各附理由，提交國事法院裁決。」引自吳庚、陳淳文（註 1），頁 637。由此觀之，無法政治協商解決時，才交由國事法院處理；故國事法院所處理者，在本質上是政治性爭議，因之可使國事法院染上政治性性格。

55 參見吳庚、陳淳文（註 1），頁 641 以下。

從機關權限爭議、政務官或政治領袖之彈劾、國會選舉爭議到政黨解散等事項，每一項都具有高度的政治性，每一次爭議之解決，都超越個人一己權益得失之範圍，而有放射與擴散的效果。這些權限內容因其特性而不能或不宜完全交給傳統司法權下的法院來審理，除了純粹的政治解決途徑之外，就是交由一個特別的憲法法院來處理⁵⁶。從歐陸各國憲法法院幾乎皆同時擁有前述各類政治性權限的制度趨勢來看⁵⁷，凱爾生式的憲法法院的確可以稱之為「歐陸型」；而且憲法法院具政治性性格的特徵，也可由此權限內容普遍相仿的趨勢而得到印證。

(三) 憲法法院的組織方式

基於憲法法院職權的政治性格，除了在組織上必須獨立於一般法院體系之外，更重要的是其組成成員必須與一般法官有所不同。其理由至少有下列三點：

第一，大陸法系的法官具有類似公務員的地位已如前述，故其「官僚性」與「臣服性」特別明顯。如果將具政治性性格的職權交由傳統法院來行使，或是特設的憲法法院亦由來自於一般法院的法官所組成，則很可能導致違憲規範制裁權因法官過於順服的習性而無法被良善地行使⁵⁸。至於諸如政務官之彈劾或選舉訴訟等其他更直接且激烈的政治性衝突，這些法官可能更無法勇於面對這類爭議，並大膽作出令人信服的裁斷⁵⁹。

56 就算像英國或美國這樣具司法獨立的傳統，有關政務官、法官或總統的彈劾案，也無法全部交由傳統意義下的法院來處理。其在整體程序上必然有政治部門的參與，於此再次說明了此類事件的政治性格。

57 更詳細完整的權限內容介紹，中文文獻可參見吳志光（註3），頁40-54。

58 以日本最高裁判所為例，由於其組成成員均來自一般法院之法官，而其法官又都是承襲大陸法系之法官傳統，具有很強的公務員性格，故其很難挑戰政治部門之權威。

59 例如我國自1950年代起即開始辦理地方性選舉，民主經驗迄今已逾半世紀，民主起步不可謂不早。但由各地地方法院或高等法院所受理的選舉爭訟案件，

第二，也正是因為具政治性性格的職權內容需要特別獨立的法院及法官來行使，所以凱爾生特別強調憲法法院法官的職位保障。他清楚地相信沒有任何一種任命方式得以完全排除政治性因素侵入任命者的任命考量，所以最重要的是在任命程序完成後的職位保障機制。這些機制包括超越一般選舉期程的較長任期制，超越一般法官及國家文官的較高薪資水準，以及嚴格的競業禁止規定等⁶⁰。

第三，由於其職權內容具政治性與普遍性，對於國家政策之形成發生一定程度的影響，故憲法法院的法官不能全由一般法院法官出任的另一個重要理由，法官除了有順服傾向之外，還有封閉與保守的性格，這樣的性格很可能會阻止國家改革的力量。法國大革命前法院保守與反改革的歷史殷鑑不遠，而大陸法系法官的養成與其法律保障地位，已經使這些法官形成類似法國大革命前法官所形成之貴族階級般的特權團體。特別是在政治權力已經民主化之後，更不宜將已經具有民主正當性的國會決策，交給具封閉且保守性格的一般法院法官來審理。

凱爾生主張憲法法院的法官一方面必須具多元性，不能全由職業法官出任，以免其視野與見解過於封閉、保守或單一；在另一方面，憲法法院法官的選任必須要有政治部門的參與，透過政治部門的參與以強化憲法法院的民主正當性基礎。

整體而言，凱爾生式的憲法法院必須是集權式的，違憲規範制裁權不能分散地交給各地的保守法官來行使，以免其阻礙國家進步的改革政策。憲法法院法官的來源必須具多元性，其任命程序必須

常常作出無法令人信服的裁判。致使諸如賄選或其他妨害正常民主競爭的不法行為，迄今仍頻頻出現。過去威權體制的大環境固然是影響法院獨立的重要因素，但是在特別權力關係下的大陸法系法官之順服傳統，也是不能被忽視的影響因素。這也可以說明為何今日我國已告別特別權力關係，威權體制已成為明日黃花，但司法獨立的理想卻仍待落實而未果。

60 參見 KELSEN (H.), (註 40), pp. 226-227.

有政治部門的參與，且任命後有完整的職位保障措施以確保其獨立性。從民主的觀點來看，凱爾生所設計的憲法法院一方面可以平衡政治部門，特別是國會的民主多數力量，以適度保護少數的權益；另一方面也可以避免多數改革意志擱淺於分散四地的保守法官手中。

二、歐陸憲法法院的發展趨勢

歐陸各國在二次大戰後開始設置憲法法院或類似機構，蘇聯解體後的東歐及中歐國家也大多數順應此發展趨勢。如果與凱爾生的憲法法院相比較，有以下兩點值得注意。

（一）憲法法院的司法權化？

雖然歐陸多數國家是延續凱爾生之理念而將憲法法院獨立設置於司法權之外，如義大利1947年憲法第六章名為「憲法之保障」，並自第134條起為有關憲法法院的相關規定；西班牙1978年憲法第九章名為「憲法法院」，並自憲法第159條起規範憲法法院之相關事項。葡萄牙1976年憲法第六章亦名為「憲法法院」，並自憲法第223條起規定憲法法院之相關事項。但是也有如我國憲法第77及78條的規範方式，在司法權的概念裡，下轄包括憲法法院在內的幾個不同審判體系的規範方式，如德國基本法第92條即為適例。不過儘管德國基本法將聯邦憲法法院明白界定為「司法機關」(Rechtsprechung)，但德國聯邦憲法法院卻自己宣稱為「憲法上之公權力機關」(Verfassungsorgan)。於此顯示出司法權與規範違憲審查這種「政治」性職權的緊張關係。

理論上既然在組織名稱上稱為「法院」或「法庭」，歐陸型憲法法院似乎應該就是「司法權」轄下的一部分，與一般法院地位與職權相當。但是若放在凱爾生之憲法法院的脈絡下去思考，憲法法院卻必須與一般司法權分開。事實上，歐陸型憲法法院雖然具有高

度的政治性格，但其職權性質仍具「司法性」，所以在名稱上仍可以冠以「法院」或「法庭」二字。但就算其冠有「法院」或「法庭」二字，也不能使其與一般負責個案審判的民刑事法院一樣，憲法法院的高度政治性不會因之而消失。但也不因其具有高度政治性，而完全否認憲法法院的司法性。至少就其職權而言，憲法法院的司法性格可由以下兩個面向來看：

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於此情境內之法的內涵⁶¹。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，法院的職責僅是去確認個案情境下的法律地位或是法律關係⁶²，並不以對立的兩造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，對於原判決有否違背法令的判斷範圍，並不受上訴聲明之拘束⁶³。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，固然是具司法性的行為，但此行為未必皆由對抗的兩造所提起，且也未必是要解決兩造所相執不下的爭議。基此，對於憲法法院來說，就算它們的運作過程中有時可能沒有對立的兩造，有時也可能沒有具體的爭議，但這並不影響其行為具「司法性」⁶⁴。

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

62 例如非訟事件法中有關法人的登記或是收養的認可等事件。

63 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。」

64 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

其次，司法機關的另一個特徵就是其針對法律問題所作出的回答，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。不過，只要針對法律問題所作出的回答具有拘束力，則不論是否存在對立的兩造或是有否具體爭議，也不論其決定的效力僅在兩造之間或超越兩造範圍而有對世效果，此憲法法院之行為因其具有拘束力，而應視其為具有「司法性」⁶⁵。

除了功能與效力近似之外，使用「法院」或「法庭」之名稱，的確容易讓人聯想到「司法權」，以及司法權概念下之傳統法院所擁有之「公正」、「獨立」、與「適用法律以解決爭端」的專業形象。所以不論是德奧早年的「國事法院」，或是法國針對部長彈劾的「共和國正義法院」(Cour de justice de la République)⁶⁶，都喜歡使用「法院」或「法庭」一詞，藉以分享前述之公正、獨立與專業適用法律之形象光環。

但是不論是名稱上的借用，還是職能上的近似，或甚至是運作程序的司法化，都不宜在概念上及組織上將憲法法院完全納入以個案審判為核心職能之歐陸傳統「司法權」的概念範疇裡。就理論上而言，憲法法院與司法權轄下之其他法院體系應彼此獨立，互不隸屬。若否，「憲法法院模式」將失去其作為一種獨立的違憲審查類型或模式的理論基礎，而與美國聯邦最高法院無所區別。換言之，歐陸型憲法法院的職權雖具「司法性」，並不一定要在概念認知上與組織隸屬上予以「司法權化」。基此，多數歐陸國家之憲法法院

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。

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

66 參見法國第五共和憲法第 68 條之 1 及第 68 條之 2。

與其他法院維持組織相互獨立的作法，仍然是凱爾生思想之遺緒。

(二) 憲法法院的主觀化？

職權具「司法性」，與是否在組織上與認知概念上將憲法法院「司法權化」固然沒有必然的關聯性。但是為彰顯其司法性，並以進而獲得或分享傳統司法權所擁有或被期待的形象光環，憲法法院傾向在組織與程序上盡量向一般法院靠攏。此種發展傾向無疑可以強化憲法法院的司法形象，但也可能因之而使憲法法院喪失其原本應有的「政治性」⁶⁷。

以憲法法院的組成成員來說，凱爾生反對全由法官出身，他支持除了法官之外，尚應有從事法學教育或研究的大學教授與行政官員共同組成⁶⁸。此多元性的主張，一方面是為避免憲法法院過於順服而失去獨立性已如前述，另一方面也是因其職權具公共性與政策性，需要多元的意見參與討論。在制度上支持多元背景組成還有例如西班牙憲法第159條規定，除法官、律師、法學教授之外，也將行政官員納入。也有強調清一色都是法學養成背景出身的，如義大利憲法第135條規定法官、律師與法學教授等三種職業；或德國法除明定6名來自聯邦法院之法官外，其餘10名憲法法院法官之資格是必須擁有得以從事法官工作的文憑。

在程序上強調「司法化」，往往會朝向「主觀化」，或甚至可以說是「私法化」的方向發展。例如有關迴避問題，理論上面對抽象法規範的違憲審查在本質上具客觀性，只要憲法法院的法官與違憲審查結果沒有直接具體的相互關係，應即無迴避問題。例如有關販賣一級毒品得處以死刑的法律是否合憲的違憲審查案，除了諸如法

67 於此再次強調在歐陸傳統語境下，此處的「政治性」意指「公共性」，「公法性」或「政策性」。

68 參見奧地利1929年憲法第147條。

官自己有親人因販毒而身陷牢獄之外，憲法法院法官通常不會因特定違憲審查結果而因之獲得主觀的利益或不利益，所以原則上應無須考量迴避問題。但在強化「司法化」的驅策下，有人可能開始關懷憲法法官就特定議題的「主觀」見解或看法，例如是否曾於過去參與相關審判實務⁶⁹，參與立法與修法實務或甚至是曾於學術討論或社會運動中表示過特定見解或立場？

同樣的，在主觀化的想像之下，憲法法院是否應該擁有暫時權利保護機制也成為必須思考的問題。純從規範審查行為本身來看，它是一種「形式審查」，只是針對甲規範是否與乙規範相牴觸或衝突這件事來進行判斷。依凱爾生的想法，規範審查並不涉入法律實質內容的價值選擇，規範審查行為只是在形式上檢驗受審查規範是否依法定程序而制定，或受審查規範是否依上位階規範所要求的規範位階來制定。換言之，它只問是否遵守程序要求，以及是否選擇正確位階之法規範作為其規制內容的載體。以前述死刑為例，設若某國憲法某條文規定：「國家不得以死刑作為刑罰的手段」；而該國卻有一煙毒防制法規定販毒者得被判死刑。一旦該法進入違憲審查程序且被憲法法院宣告為違憲，對凱爾生而言，此際並非是憲法法院針對死刑存廢之實質價值進行選擇，而只是其向立法者宣告「載體錯誤」或「程序錯誤」而已：亦即立法者應透過修憲程序將前述憲法條文改為：「除販毒行為外，國家不得以死刑作為刑罰的手段。」基此，死刑存廢的倫理或價值問題，應不在憲法法院考量的範圍內，規範違憲審查只考量不同位階規範間的相容性問題而已⁷⁰。在此觀點下，規範違憲審查在本質上具抽象性與客觀性，無

69 此處至少包含兩種情形：一是憲法法院法官曾是引發此次違憲審查之訴訟案件或在其前審判決中之合議庭法官，一是憲法法院法官過去曾在他案訴訟中就此問題提出違憲審查之聲請。

70 凱爾生認為規範審查行為本身具價值之開放性與中立性的想法固然過於理想，尤其在比例原則的衡量下，難免要作價值選擇；但這並不妨害規範審查的抽象性。以我國司法院釋字第 603 號解釋為例，一年有多少失智人口因迷路而回不

須將個體或個案的主觀情境納入考量，從而似也不必然要設置從個案主觀情境出發的暫時權利保護機制。

然而我國司法院釋字第585號解釋卻謂：「為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而有異。⁷¹」這樣將規範違憲審查與個案裁判同等對待的想法，似與歐陸國家中諸如德國、西班牙、奧地利、阿爾巴尼亞、比利時、捷克與列支敦士登等國將個案裁判也列入憲法法院違憲審查範圍的「憲法訴願制度」相關⁷²。一旦憲法法院要審酌個案情境中的法律適用或判例見解，並可以在其裁判中直接推翻一般法院之判決，則憲法法院與其他法院體系的關係就會由水平分立的情形轉變為垂直交疊的情形。就算憲法法院自我宣稱不是最後審級，但它已然成為各級法院所交疊之金字塔法院體系裡的最頂端。它的職能也就會從客觀規範秩序的維持，慢慢轉變成以維護個人的主觀權利為主。從歐陸國家中憲法法院受理憲法訴願案件的統計數據來看，這些憲法法院已被大量之人民聲請釋憲案件所淹沒⁷³。此種轉變使得憲法法院更朝向主觀化與私法化的方

了家的實際數據，可能是全民強制按指紋之必要性的判斷基準之一。然而，此實際數據本身仍然是具抽象性，它還是不屬具體個案之特定情境。

71 司法院釋字第 599 號解釋進一步言：「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態。」

72 「憲法訴願」是我國翻譯德國法的慣用語，也可稱為「憲法上的個人抗告訴訟」，參見吳庚、陳淳文（註 1），頁 653。此處是借用通用指稱，事實上各國制度內涵與名稱仍各有不同。以西班牙為例，它稱為 *amparo*，僅限憲法第 14 至 30 條所規範的基本權受到侵害時方可提出。

73 以西班牙的 *amparo* 為例，在其 2009 年所接獲之 10,848 件聲請案件中，有 10,792 件是來自人民為維護其基本權所提出的 *amparo*，其佔其總案件量的 99.48 %。參見 BON (P.), *La question d'inconstitutionnalité en Espagne, Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 123。至於德國，從 1951 年至 2000 年止，聯邦憲法法院共收 132,002 件各類聲請案，其中憲法訴願共 126,962 件，佔 96.18 %。參見湯德

向發展，而與凱爾生憲法法院的理念背道而馳。更詳細地說，在「客觀法秩序之維護」與「主觀權利之保護」等兩種制度目的之中，凱爾生認為憲法法院應該以「維護客觀法秩序」為其主要的存立目的，至於「主觀權利之保護」則會因客觀法秩序之被確保而伴隨而生。然而不少歐陸國家因大量憲法訴願案件幾乎癱瘓憲法法院的趨勢發展，基本上是改變了凱爾生原始理念中二者間的主從關係。

綜合前述，吾人可以看到有些歐陸國家嘗試混合歐陸型與美國型的違憲審查制度，這種混合制看似同時兼顧抽象的規範秩序與主觀的權利保護。但是若由案件類型之數量來看，主權權利保護的職能已經成為最主要的職權內容，故而使得憲法法院有更加司法權化與私法化的傾向。法國新制是否就是走在此種混合制的趨勢之上呢？

三、法國新制的走向

法國新制將原本僅有事前審查機制的制度，增列事後審查機制，並把本來沒有在規範違憲審查程序中扮演任何角色的人民，賦予其發動違憲審查程序的可能性。單就這兩項變革而言，已使法國違憲審查制與歐陸其他國家的制度更為接近，幾乎是可以宣告「法國特例」的終結⁷⁴。不過如果吾人進一步細看改革的內容，法國新制一方面的確與其他歐陸憲法法院更為接近，但在另一方面卻又因其更堅守凱爾生的想法，反而使法國違憲審查制度因保留自有特色而仍與眾不同。

宗、吳信華、陳淳文（註4），頁555註105。

74 當時的法國總理 Fillon 在 2008 年 5 月 20 日於國民議會提出修憲案時的用語就是：法國特例將因修憲而終結。另參見 TUSSEAU (G), *La fin d'une exception française ?*, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 5.

(一) 憲法委員會不是法院

為了強化其司法性，不少學者以及原始修憲提案都認為應將「憲法委員會」正名為「憲法法院」，該正名提案甚至在參議院通過。前憲法委員會的主席，現為社會黨之參議員Robert Badinter即指出：「作為一個主要職能為司法性功能的機構而言，1958年所取的憲法委員會這個名字，其實是充滿矛盾的。在其司法性因導入人民聲請釋憲而更加強化的同時，應該要追隨其他歐陸國家憲法法院的例子，將其名稱正名為『法院』才是。⁷⁵」不過這項正名提案在國民議會審查修憲案時並未獲得通過，因此最後通過的修憲條文並未更改憲法委員會的名稱。從名稱上看，「憲法委員會」的名稱的確使法國新制仍保留其特殊性，不同於其他歐陸國家。但更重要的是，法國堅持違憲審查機關與其他法院體系保持分離且獨立的關係，其實是與凱爾生的理念最為接近。

事實上早在1958年研擬現行第五共和憲法時，就有是否應將「憲法委員會」命名為「憲法法院」的討論，但就1988年起解密的當時制憲史料來看⁷⁶，當時的制憲者就是蓄意不要建立一個類似德國或義大利的憲法法院。既然憲法委員會在性質上不同於一般的法院，所以其組成成員也不應該全由職業法官所組成。法國憲法委員會委員的組成方式，與其他國家不同之處至少有二：一是有關其成員的養成背景或職業別之要求。多數國家重視法學養成背景，或甚至是要求必須從事司法實務工作或法學教育者方得出任憲法法院之法官。然則法國法對於憲法委員會委員的資格要求則是一片空白，任何背景或任何職業的人都可以出任憲法委員會委員。在過去的經

⁷⁵ 見法國參議院之會議紀錄，法國參議院官網，網址：http://ameli.senat.fr/amendements/2007-2008/365/Amdt_321.html (last visited Feb. 23, 2012)。

⁷⁶ Voir MAUS (D.), *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La documentation française, 1988, tome 2, p. 73 et tome 3, pp. 164 et 275.

驗中，從企業老闆、記者、醫生、藥劑師、銀行家、外交官、行政官員，到非法學院的大學教授，以及法學教授及其他司法實務人員等，可謂十分多元，且此種多元性也遠非其他國家所可比擬⁷⁷。其二是法國還有法定委員的規定。依據憲法第56條規定，卸任總統為憲法委員會之法定終身委員，此亦為他國所無之設計。有學者主張應修憲廢除此規定，才會使憲法委員會比較像一個正常的法院。然則這個過去是為了禮遇卸任總統而為的制度設計，迄今仍然存在，而且前總統季斯卡（Valéry Giscard d'Estaing）與薩克奇現在仍會出席並參與憲法委員會之運作。如此多元且特殊的組成模式從專業與司法化的角度來看，顯然是有所不足的。但若從抽象規範審查行為本身必會涉及的公共性與政策性議題而言，組成成員的多元化也就不是過於離經叛道的制度設計了。事實上，有不少重大的社會爭議，諸如生命刑的存廢、或是人工流產、安樂死、人體幹細胞複製或甚至是吸食毒品的合法化等問題，本身並沒有太過於複雜難解的法律專業議題有待解決，而是倫理學與價值選擇的問題。在此背景下，若全由法學養成背景出身的人來解決此類問題，反而會使違憲審議過程中失去內部多元對話的可貴契機。

除了拒絕正名為「法院」與強調組成成員必須多元的重要性外，法國新制在提名部分增設國會的參與機制，這點也使法國新制更接近凱爾生的設計理念。

（二）堅持抽象審查

法國舊制是與個案具體情境抽離的抽象規範審查，憲法委員會只審查法律本身的合憲性問題，並不考慮法律如何在個案中被適用的問題⁷⁸。因為不考慮法律如何被適用，所以法國舊制的另一個特

77 以現任的委員來說，除法學專業外者，有出身內閣秘書長、國民議會秘書長、參議員與前任部長等，仍是相當多元。

78 基於憲法本身的概括性與抽象性，除部分程序規定外，憲法條文的落實通常需

色就是「事前審查」，亦即在法律還未生效前，故其還未被具體適用於個案前，即進行違憲審查。基於其事前抽象審查的特性，不同於一般民事訴訟的辯論主義，憲法委員會的審查行為向來不受聲請人主張之拘束，可在聲請人的主張之外，加上其他的違憲理由。而且對於當事人未經聲明為違憲的法條，憲法委員會得依其職權主動宣告該法條違憲，此種明顯「訴外裁判」的行為⁷⁹，卻是事前預防性審查要真正達到預防性效果所不可或缺的一部分。

然而一旦引進事後審查，特別是由人民從具體個案的訴訟程序中來發動違憲審查，憲法委員會勢必要由法律本身的合憲性問題轉而進入法律適用的合憲性問題。換言之，事後審查使得法律如何被解釋或法律如何在個案中被適用成為違憲審查的客體。在此情形下，原本與個案具體情境抽離的憲法委員會要如何面對引發事後審查的個案？為避免憲法委員會直接介入個案，並進而破壞原本平行分立的法院關係，新制有以下三項措施值得注意：

首先是人民提出優先之合憲性問題，必須要以與本案訴訟分離之獨立書狀為前提，憲法委員會只看將本案具體法律關係抽離之違憲聲請書狀，不看載有本案具體事實與法律關係的相關卷證。基此，憲法委員會仍然不介入個案，也不因改為事後審查制度而需要增設暫時權利保護機制。雖然新制也讓憲法委員會得召開調查庭，並舉行言詞辯論，甚且也有有關迴避的明文規定，但這些新機制的設置並不是因為於事後審查制度將規範違憲審查予以個案化與具體化的結果，它們只是為了強化憲法委員會的公開性，親民性，或更廣泛地說，是為強化其「司法性」而為的改革，但憲法委員會仍一如往昔地進行抽象審查。

要透過下位階規範去實踐。故而憲法委員會不常以「憲法如何被適用」，作為其違憲審查的對象。

⁷⁹ 「不作訴外裁判」原則上為各國憲法審判機關遵守的原則。參見吳庚、陳淳文（註1），頁658。

其次，法國新制規定一旦憲法委員會接獲人民所提出之優先之合憲性問題後，必須立即知會總統、總理與國會兩院議長等四人。此四人是憲法本文規定可以發動事前規範違憲審查的主體，但為使新設的事後審查機制仍然保有其抽象性，且讓憲法委員會不受限於個案當事人的法律見解，而可以接收其他以公共利益為基礎的多元意見，新制規定此四人可針對合憲性問題提出其意見⁸⁰。他們的法律地位彷彿就是事後違憲審查程序的「參加人」，可以參與辯護被人民質疑為違憲法條的合憲性。且憲法委員會作出決定後，除了原審法院之外，也要將其決定送交給這四個國家最重要職位的在位者，以利其準備採取必要的後續措施。

最後，為避免破壞憲法委員會與最高行政法院及最高法院的平行關係，新制不僅沒有導入得以針對法院判決提出違憲審查聲請的憲法訴願制度，反而是建立一套由各級法院及兩個終審法院進行選案的雙重篩檢機制。如前所述，人民提出優先之合憲性問題後，先由原審法院審查此項聲請是否符合法定要件與是否嚴肅認真。在通過初審後，原審法院再將案件移到最高法院或最高行政法院，並由此二終審法院進行第二次的篩選，再由其決定是否將案件移送至憲法委員會。此種設計使得兩個終審法院可以透過控制憲法委員會之「案源」的方式，來維繫自己的自主性。舉例來說，法國右派政府曾在1990年制定一部法律（下簡稱反歧視法）用以制裁種族歧視、反猶太或排外等行為⁸¹。該法雖被部分人士認為有侵害言論自由與出版自由之嫌，但當時國會的左派在野黨卻不願連署提出事前違憲審查聲請，其主要的理由是不願被外界認為左派欲與極右派政黨掛勾，為極右派政黨發聲。故雖有違憲疑慮，但在野少數黨卻不願向

80 VERPEAU (M.), *Le Conseil constitutionnel, juge de la question prioritaire de constitutionnalité*, *AJDA*, 2010, p. 92.

81 Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

憲法委員會提出有關反歧視法的違憲審查聲請。此案例恰足以證明事前審查制度仍有其不足之處，同時在當時也認為：若能引進事後審查制，則將改變此種情勢。然而在違憲審查新制開始運作後，有一出版社因出版含有歧視性言論之出版品而遭前述反歧視法制裁，在訴訟中該出版社提出優先之合憲性問題，質疑該法的合憲性。但最高法院在其裁定中指出：「反歧視法之規定符合法國所簽署並已在國內生效之國際公約，且其法律規定內容清楚明確，故沒有移送憲法委員會審查的必要。⁸²」經最高法院的此項篩選行為，「反歧視法」遂被排除於憲法委員會的門外。而對於終審法院認為所提合憲性問題不具新穎性或不具嚴肅性而拒絕移送的決定，新制並沒有設置任何的救濟管道。基此，最高法院與最高行政法院的選案權一方面可以減輕憲法委員會的案件負擔，更重要的是得以透過此選案權而維持其一定的獨立性，避免因引入優先之合憲性問題而使憲法委員會直接凌駕於此二終審法院之上，終至破壞凱爾生強調憲法法院應與各院維持平行與獨立關係的理想。

以針對法律條文的解釋或適用為例，法國最高法院在其2010年5月19日的裁定中表示：若是人民在優先之合憲性問題所質疑的事項，並不是法律條文本身的合憲性問題，而是最高法院針對特定法律條文所為之解釋的合憲性問題時，最高法院將不會移送⁸³。換言之，最高法院認為若人民針對其判決中的法律見解提出合憲性之質疑，最高法院不會將此類案件移送憲法委員會，因為針對判決見解所提的合憲性問題，本身並不具任何新穎性。不過，憲法委員會則在另一個案件中表示：「司法實務對於特定法律條文所為之解釋，可以成為優先之合憲性問題。⁸⁴」至於最高行政法院，則與最高法院的立場相反，它可以接受針對其判決所提之合憲性問題，並願意

82 C. Cass. 7 mai 2010, n° 09-80774.

83 C. Cass. 19 mai 2010, n° 09-82582.

84 C.C. 6 octobre 2010, Décision n° 2010-39QPC, *J.O.* 7 octobre 2010, p. 18154.

將此合憲性問題移送給憲法委員會審查⁸⁵。於此可以看出法院間之立場歧異，以及最高法院與憲法委員會二者之間的角力。無論如何，因為終審法院掌握移送權，所以仍能保持其獨立性與自主性。

從抽象法規範的事後審查到法律之適用與解釋的判決見解審查，難免會引發憲法法院與其他法院體系間的競爭關係。法國新制避免衝突的方法就是持續維持抽象審查之特質，使其與一般法院的個案相區隔。另一方面將選案權交由各終審法院，以期維持終審法院與憲法委員會間的和諧與合作關係。

肆、結語：消逝中的權力分立原則？

從法國違憲審查制度的變革情形來看，法國是在歐陸型憲法訴訟越來越主觀化與具體化的趨勢下，仍然維持凱爾生的理念，強調規範審查的抽象性與客觀性⁸⁶。更直接地說，就是承認規範審查的政治性與政策性；它不應純屬以個案審判為核心職能之歐陸傳統司法權的概念範疇⁸⁷。

85 C.E. 16 juillet 2010, SCI La Saulaie, n° 334655.

86 法國於 1958 年建立違憲審查制度時，本就深受凱爾生的影響，並以其理論與模型作為最重要的參照基礎。這與凱爾生的學生，法國當時極重要之公法學者 Charles Eisenmann 的引介與推崇有關。Eisenmann 的博士論文就是介紹奧地利的憲法法院，且他自己也將凱爾生的著作翻譯成法文。即使在 2008 年修憲之後，法國新制仍然是扣緊凱爾生的想法。有關此點之論述甚多，最具代表性的論述可參閱憲法委員會的委員 Hubert Haenel 於 2010 年的演說。該演說的標題為：朝向最高法院發展？(Vers une cour suprême?)，其論述的第一部分就是在說明法國新制仍是依照凱爾生想法的憲法法院模式。該文見於憲法委員會的官網，其網址為：http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/21102010_haenel.pdf。

87 事實上，在凱爾生的純粹法學理論中，最重要的是「規範位階」與「規範秩序」，他並不強調權力分立的概念。對凱爾生而言，立法、行政與司法等三權的本質並無不同，都是在制定規範。只是有的權力部門以制定抽象性規範為主，有的則是以制定個別性規範為其主要的權限內容。雖然凱爾生倡議憲法法院，但他一再強調該「法院」必須與其他法院分離且不相互隸屬，其行使違憲

為維護憲法的最高性必須建置違憲審查機制的想法，法國人對其一點也不陌生。在大革命最熱烈的年代，西耶士在國會中很早就這麼提問：

憲法就是一部由具強制性拘束力之法規範所組成的法典，若無規範效力，那憲法就什麼也不是了。但若憲法真的是一部由具規範效力之法條所組成的法典，吾人就必須要問：誰是這部法典的法官？誰是這部法典的維護者？如果在民事法體系下，吾人忘了設置該法的維護者或制裁者，那會是一件不能想像且也十分可笑的事。但在政治法體系下，吾人又怎能忍受這樣一件荒唐的事呢？無論是什麼法，它都有可能被違反，因此有促使法律被遵守的真實需要。因此我要請教大家：您們將任命何人來受理違憲爭議的聲請案⁸⁸？

而誰應擔任此最高的仲裁者或維護者？戴高樂（Charles André Joseph Marie de Gaulle）的名言：「法國唯一的最高法院就是人民。」此看似民粹的話語，其實背後潛藏一些更深沈的問題，那也是從大革命以來一直存在的問題：司法與立法之間，正義與政治之間，以及憲法的維護者與代表性或民主正當性之間的問題。如果嚴肅面對這些問題，就可以更加理解為何凱爾生反對將所有問題一股腦兒全部司法權化，為何堅持憲法法院應分離且獨立於其他法院體系之外。

回到19世紀末20世紀初的時空下，民主體制在歐陸開始逐步發展，權力分立的想法仍是立憲主義的思想重心。憲法固然可以達到保護人權的目的，但那是有效落實權力分立原則後的自然結果。憲

審查權時，並非是行使歐陸傳統司法權意義下的個案審判功能，而是立法權的功能。

⁸⁸ Discours du 18 thermidor an III, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, Paris, Plon, 1862, tome XXV, p. 422. Cité par TUSSEAU (G.), (註 74), pp. 5-6.

法的內容以國家機關間的權力分配與相互制衡機制為主，所以違憲審查機制的發動者，自然是以行使國家權力的政治行動者為主。就算有人民介入違憲審查機制的設計，在制度上應該也算是例外型或補遺型。

法國制度從原本排除人民，到現今加入人民的安排，完全是因歐盟法與歐洲人權法的影響。尤其是歐洲人權公約允許簽約國人民在用盡國內救濟途徑後，得以向歐洲人權法院請求救濟。法國自 1980 年代簽署該公約後，就面臨一個無法逃避的問題：如果法國的某法律違反法國憲法，同時也違反歐洲人權公約，在原本的事前審查制下，對於已生效且適用於具體個案的法律條文，法國人民不得以該條文違憲為由向憲法委員會請求救濟，但卻可以該條文違反歐洲人權公約為由而向歐洲人權法院請求救濟。此種異常的制度結果，會使得法國人民越來越忘記法國自己憲法的重要性，而是要從國際條約裡找到自己的權利保障基礎。為對抗此不甚正常的發展趨勢，從 1980 年代起，法國就開始積極討論增列人民得以發動事後違憲審查機制的可能性。從法國制度變革的歷程來看，其實國際條約，特別是國際人權法，才是影響此次法國違憲審查制度改革的主因⁸⁹。

如果單從人權保障的角度來看，法國此次改革其實並沒有真正大幅提昇人權保障的強度。因為人民既然能夠向歐洲人權法院請求救濟，有否在國內增列人民得以發動的事後違憲審查機制，其實並不是那麼重要⁹⁰。與其他國家相比較，法國現在反而變成是違憲審

89 BON (P.), La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA*, 2009, n° 6, p. 1120.

90 故有學者認為：宣稱此次改革是提升人權水準，賦予人民更多權利保障的說法是「過度讚揚」(DUHAMEL (O.), La QPC et les citoyens, *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 183.)，有的則認為在歐盟法與歐洲人權公約的保障下，其實法國人民並不是真的需要此次改革 (CASSIA (P.), Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité, *RFDA*, 2008, p. 884.)。如果改革真的要找到其價值，應該是在此次改革會改變人民與法律工作者對於憲法的態度。過

查最嚴密的國家，因為不僅有大量強制性的事前審查，還有新增的事後審查，以及已經存在多年的歐洲法院之事後審查。所以法國現在可以說在事實上是處於有五個最高法院同時並存的情況：包括憲法委員會、最高法院、最高行政法院、歐盟法院與歐洲人權法院等五個相互獨立的司法機構。其中憲法委員會主導事前審查，其他四個法院則參與事後審查。此次改革之所以稱為「優先之合憲性問題」，就是希望憲法委員會能搶回主導權。修憲者希望凡是涉及人權領域的問題，法國人民應優先向憲法委員會提問，亦即「合憲性問題」應優先於其他的先決問題，特別是「合條約性問題」。換言之，此次改革的主要目的就是要將已經飄逸到國際機構的人權問題，重新拉回國內憲法架構下⁹¹。

事實上，讓人權問題得以脫離國內憲法架構，或脫離權力分立原則之外，並非是凱爾生及早期立憲主義者所能想像之事。更何況在諸如歐洲人權公約的救濟制度下，現今挑戰國內立法者的主體，已不再是國內的違憲審查機關或是其他政治部門，而是像歐洲人權法院或歐盟法院這樣的國際機構。在20世紀下半葉，不少歐陸國家讓這些國際機構參與規範審查之後，使得前述的司法與立法之間，正義與政治之間，以及憲法的維護者與代表性或民主正當性之間的問題，變得更加難以釐清與解決⁹²。

而人權獨大與司法至上的發展，似乎讓權力分立原則的重要性日漸消解。當年引發法國大革命的鬼魅，會不會在不知不覺中又重新附身並再現？

去大家將焦點都放在歐洲人權法院或歐盟法院如何為人民提供人權保障，爾後大家會將焦點轉回法國自己的憲法與憲法委員會。參見 MAGNON (X.), Introduction: Le justiciable, l'avocat, le juge et la qpc, in MAGNON (X.), *La question prioritaire de constitutionnalité: pratique et contentieux*, Paris, Litec, 2011, p. 12.

91 G. L. Neuman, *Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as First Resort in France*, 43 INT'L L. & POL. 15, 40 (2010).

92 TUSSEAU (G), (註 74), p. 16.

參考文獻

1. 中文部分

- 林子儀（1995），司法護憲功能之檢討與改進，收於：權力分立與憲政發展，頁54-55，臺北：月旦。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2008），憲法：權力分立，修訂2版，臺北：新學林。
- 吳志光（2003），比較違憲審查制度，臺北：神州出版社。
- （2005），東歐民主轉型國家憲法法院對法治國家建構之影響——兼論對我國違憲審查經驗之啟示，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（下冊），頁427-499，臺北：中央研究院中山人文科學研究所。
- 吳庚（1996），純粹法學與違憲審查制度，收於：施茂林編，當代法學名家論文集——慶祝法學叢刊創刊四十週年，頁93-119，臺北：法學叢刊雜誌社。
- （2000），憲法審判制度的起源及發展，法令月刊，五十週年紀念特刊，頁9-29。
- 吳庚、陳淳文（2014），憲法理論與政府體制，增訂版，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。
- 陳淳文（2002），憲法與主權：由修憲觀點淺談兩個公法學上的基本概念，收於：劉孔中、陳新民編，憲法解釋之理論與實務（三）（下冊），頁155-204，臺北：中央研究院中山人文科學研究所。
- 湯德宗、吳信華、陳淳文（2005），違憲審查制度的改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，收於：湯德宗編，

憲法解釋之理論與實務(四), 頁523-592, 臺北: 中央研究院法律學研究所籌備處。

楊子慧(2000), 論具體法規審查, 輔仁法學, 19期, 頁67-124。

2. 外文部分

Benetti, Julie (2010), La genèse de la réforme, AJDA, pp. 74-79.

Bon, Pierre (2009), La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, RFDA, n° 6, pp. 1107-1124.

——— (2011), La question d'inconstitutionnalité en Espagne, Pouvoirs, n° 137, pp. 123-141.

Carre de Malberg, R. (1985), Contribution à la théorie générale de l'Etat, tome 1, Paris: Editions du CNRS.

Cassia, Paul (2008), Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une question d'actualité, RFDA, pp. 877-898.

Duhamel, Olivier (2011), La QPC et les citoyens, Pouvoirs, n° 137, pp. 183-191.

Howard, A.E. Dick (1994), La conception mécaniste de la constitution, in Troper (M.) et Jaume (L.), 1789 et l'invention de la constitution, pp. 153-173, Paris: LGDJ.

Kelsen, Hans (1928), La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), RDP, pp.197-257.

———. 1942. Judicial Review of Legislation: A comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *Journal of Politics* 4(2):183-200.

——— (1984) (1953), Théorie pure du droit, traduction par Henri Thévenaz, Neuchâtel: La Baconnière.

Luchaire, François (1980), Le Conseil constitutionnel, Paris: Economica.

Magnon, Xavier (2011), Introduction: Le justiciable, l'avocat, le juge et la qpc, in La question prioritaire de constitutionnalité: pratique et

contentieux, pp. 1-14, Paris: Litec.

Maus, Didier (1988), Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, tome 2 et tome 3, Paris: La documentation française.

Kammen, Michael. 1986. *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*. New York, NY: Alfred A. Knopf, Inc.

Neuman, Gerald L. 2010. Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as First Resort in France. *International Law and Politics* 43:15-43.

Troper, Michel (2004), 1789: L'invention de la constitution, in Etudes en l'honneur de Gérard Timsit, pp. 177-190, Bruxelles: Bruylant.

Tusseau, Guillaume (2011), La fin d'une exception française?, *Pouvoirs*, n° 137, pp. 5-17.

Zoller, Elisabeth (1999), *Droit constitutionnel*, Paris: PUF.

Verpeau, Michel (2010), Le Conseil constitutionnel, juge de la question prioritaire de constitutionnalité, *AJDA*, pp. 88-93.

The Development of Abstract Review Regarding the Constitutionality of Statutes: Inspirations from France's Constitutional Reforms of 2008

*Chwen-Wen Chen**

Abstract

On 23 July 2008, the President of the French Republic promulgated a constitutional revision. The law was mainly based on the research work done by an expert committee regarding the modernization and rebalancing of the institutions of the Fifth Republic. One provision is of significance for those who are interested in the development of constitutional review of legislation in democratic jurisdictions. The specific provision brings France into the mainstream of Western constitutionalism by permitting individuals to challenge statutes in force that infringe their rights and freedoms guaranteed by the Constitution.

France's latest constitutional amendment creates the right for citizens to raise questions of constitutionality, a process of constitutional review from which they had previously been excluded. This post-promulgation review would permit the legal system to remove unconstitutional statutory provisions that had gone unchallenged. The reform thus reaffirms the Constitution's place at the apex of the French legal order.

But France's constitutional reforms of 2008 are not the end of the French exceptional model. In fact, *a priori* abstract review still remains.

* Professor of Public Law, Department of Political Science and Graduate Institute of Public Affairs, National Taiwan University; Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

The name of Constitutional Council is intact. Thus, Kelsen's idea that ordinary courts should not have the authority to verify the compliance of acts of Parliament with the Constitution, and that the task of constitutional review should be entrusted to *ad hoc* Constitutional tribunals, is ultimately respected. The tendency for the inflation of judicial power and the erosion upon the doctrine of separation of powers might lead the cause of the French revolution to reappear.

KEYWORDS: European Constitutional Court, abstract review of constitutionality of statutes, The French Constitutional Revision of 2008, a *posteriori* constitutional review, priority question of constitutionality, The Constitutional Council, the citizen's right of referral to the Constitutional review.