

論違憲審查制度的改進

——由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案

湯德宗*、吳信華**、陳淳文***

前言

壹、比較違憲審查制度類型

- 一、集權式審查 v. 分權式審查
- 二、抽象審查 v. 具體審查
- 三、事前審查 v. 事後審查
- 四、諮詢性審查 v. 拘束性審查

貳、各國違憲審查制度

- 一、美國——典型的具體審查
- 二、法國——典型的抽象審查
- 三、德國——抽象審查與具體審查的混合制

參、我國現行違憲審查制度

- 一、現制內涵

* 日本東京大學客座教授(2001-02)、德國科隆大學訪問學者(1993-94)、美國杜蘭大學法學博士(S.J.D., 1989)、美國哈佛大學法學碩士(LL.M., 1984)、國立台灣大學法律學研究所碩士(1981)、國立台灣大學法律學系學士(1978)。現任中央研究院法律學研究所籌備處研究員兼主任、國立台灣大學國發所法律組教授。

** 德國杜賓根大學法學博士，現任國立中正大學法律學系副教授。

*** 法國巴黎第二大學法學博士，現任國立台灣大學政治學系助理教授。

感謝林永謀、林子儀之會議評論，並感謝二位匿名審查者之指教。

單純憲法疑義解釋
 法令違憲疑義解釋
 機關職權爭議解釋
 法令侵害人權爭議解釋
 地方自治疑義解釋
 違憲政黨解散裁判

二、現制定位

肆、違憲審查建制目的之省思

一、保障基本人權

抽象審查因「解釋」與「裁判」分離，遲延正義實現

抽象審查因「解釋」與「裁判」分離，易生憲法疏離

二、維護權力分立

確認「違憲審查」為「司法權」之作用

「抽象審查」應避免侵奪「立法權」（含修憲權）

三、控制規範秩序

抽象審查原為有效控制法規範秩序

集權式審查原期迅速確認違憲法規

伍、改制方案

一、極簡式官版改制方案

二、兩目標三階段改制方案

廢除「單純憲法疑義解釋」

分化「法令違憲疑義解釋」

「機關職權爭議解釋」改制為「機關憲法訴訟」

「法令侵害人權爭議解釋」改制為「人民憲法訴訟」

分化「地方自治疑義解釋」

維持「違憲政黨解散裁判」

陸、未來展望

前言

關於「司法權」的意涵，分見於憲法第七十七條與第七十八條。第七十七條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，及公務員之懲戒」；第七十八條規定：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」¹。惟憲法第七十九條第二項僅規定：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第七十八條規定事項，……」；至於憲法第七十七條所列各種「審判」應由何人掌理，則未有規定。

就此可有兩種解釋。第一種見解以為，憲法第八十二條既規定：「司法院及各級法院之組織，以法律定之」，足見憲法第七十七條所列各種「審判權」應由何人掌理，乃屬「立法裁量」的範圍²。亦即，立法者在制定「司法院組織法」時，自得決定：司法院大法官除「憲法解釋」與「統一解釋」外，是否兼掌（民事、刑事、行政訴訟之）審判及（公務員之）懲戒。另一種見解以為，前

1 將司法院職權分列為兩條，似為制憲國民大會二次會議無心插柳的結果，參見史錫恩，〈司法院掌理審判之研究〉，收於《司法院大法官釋憲四十週年紀念論文集》，頁 177 以下，頁 181-189（台北：司法院秘書處，1988 年 9 月出版）；張特生，〈在我國憲政體制中司法制度上的幾個重要問題〉，收於前揭書，頁 239 以下，頁 244-245；林子儀，〈司法護憲功能之檢討與改進——如何健全違憲查制度〉，收於氏著《權力分立與憲政發展》，頁 3 以下，頁 11-17（台北：月旦，1993 年 4 月初版）。

或謂：考證國民大會制憲會議紀錄，應認上述修正為制憲者刻意限縮大法官職權，參見李建良，〈大法官的制度變革與司法院的憲法定位——從第四次憲法增修條文談起〉，收於氏著《憲法理論與實踐》，頁 527 以下，頁 555-562（台北：學林，1997 年 7 月 1 版）；蘇永欽，〈肆、司法院重新定位——從司法院定位問題涉及的三個層面評估四個定位方案〉，收於氏著《司法改革的再改革》，頁 207 以下，頁 211-213（台北：元照，1998 年 10 月 1 版）。

2 參見蘇永欽，前揭（註 1）文，頁 211，213-214；李念祖，〈大法官釋憲功能的立法化亦或審判化——從憲法增修條文第四條第二項看政治民主化的一項基本問題〉，收於氏著《司法者的憲法》，頁 7 以下（台北：五南，2000 年初版）。

揭憲法第七十九條第二項既僅規定大法官有「憲法解釋」與「統一解釋」權，則由文義解釋與論理解釋（反面解釋）言之，應認大法官不得兼掌審判（含公務員懲戒）權。

行憲前司法院組織法（36/03/31）原採前述第一種見解（「解釋與審判合一」說）。其第四條第一項規定：「司法院分設民事庭、刑事庭、行政裁判庭及公務員懲戒委員會」。嗣以部分法界人士強烈反對將其時之最高法院、行政法院與公務員懲戒委員會併入司法院³，行憲當日公布的「司法院組織法」（36/12/25）乃改為在司法院之下，設立各終審法院——最高法院、行政法院及公務員懲戒委員會⁴。此後，司法院僅（由大法官）「解釋憲法」與「統一解釋法令」，不曾「掌理」（前揭憲法第七十七條所定各種）「審判」；對於所屬從事審判的各級法院，僅（由不兼任大法官之司法院院長⁵）進行「行政監督」⁶。如此運作模式（司法院＝「最高司法行政機關」＋「釋憲機關」）是否符合憲法意旨（「司法院為國家最高司法機關」），素有爭議⁷。

- 3 參見楊與齡，〈憲法及五五憲草之司法院暨現制之改進〉，《法律評論》，53卷7期，頁2以下，頁4（1987年7月）。
- 4 史錫恩，前揭（註1）文，頁191。
- 5 原司法院組織法第四條定有大法官應具備之資格，然院長、副院長則無資格限制。理論上，法律並未禁止總統提名具備大法官資格者出任院長、副院長，並兼任大法官；但憲政實踐上，總統提名之院長、副院長向不符大法官法定資格，而不兼任大法官。
- 6 精確地說，早期司法院之「行政監督」權僅及於各種訴訟之終審法院——最高法院、行政法院（其時僅有一級一所）與公務員懲戒委員會。司法院大法官雖早在民國49年作出釋字第八十六號解釋（49/08/15），明確釋示：「憲法第七十七條所定司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事之審判，係指各級法院民事、刑事訴訟之審判而言。高等法院以下各級法院既分掌民事、刑事訴訟之審判，自亦應隸屬於司法院」，《司法院大法官會議解釋彙編》（以下簡稱《彙編》），頁134以下，頁134（台北：司法院秘書處，1991年8月5版）。但立法院遲至民國69年6月始修改司法院組織法及法院組織法，進行「審檢分隸」，將高等法院以下法院之行政監督權，回歸司法院，原行政院所屬「司法行政部」改制為「法務部」。
- 7 參見林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（第三冊）》，頁19-22（台北：自

前揭憲法第七十八條與第七十九條第二項僅賦予司法院大法官「解釋憲法」與「統一解釋法令」之權，並未規定其行使職權的組織型態。實務上，行憲以來大法官始終以「會議」的方式，合議行使「釋憲權」與「統一解釋權」⁸。1992年（二次憲改）憲法增修條文第十三條第二項賦予大法官新的職權，並明定其行使職權之組織型態：「司法院大法官，除依憲法第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項」⁹。其修正的用意何在，頗耐人尋味¹⁰。嗣司法院修正「司法院大法官審理案件法」（以下簡稱「案件法」），規定除政黨違憲解散案件應組成「憲法法庭」外，大法官於解釋憲法「必要時」所為之言詞辯論¹¹，亦「準用憲法法庭言詞辯論之規定」¹²，似有意使「會議」的組織「法院化」。

刊，1978年1月再版）。不同見解，參見蘇永欽，〈憲法解釋方法上的錯誤示範——輕描淡寫改變了整個司法體制的第五三〇號解釋〉，收於氏著，《走入新世紀的憲政主義》，頁369以下，頁374（台北：元照，2002年10月1版）。

- 8 前此「司法院大法官會議規則」（37/09/16）第二條則規定：「依憲法應由司法院解釋之事項，其解釋以大法官會議之決議行之」，而「司法院大法官會議法」（47/07/21）第二條亦規定：「大法官會議掌理司法院解釋憲法及統一解釋法律與命令之事項，依本法行之」。「司法院大法官審理案件法」（82/02/03）第二條重申斯旨（「司法院大法官，以會議方式，合議審理司法院解釋憲法與統一解釋法律及命令之案件；並組成憲法法庭，合議審理政黨違憲之解散案件」）。
- 9 同條第三項規定：「政黨之目的或行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲」。後合併為增修條文（89/04/25）第五條第四項。
- 10 或謂：如以為違憲政黨之解散為典型司法權之具體個案裁判，故須以「法庭」型態為之，然大法官行使其他憲法解釋權何嘗不是司法權之作用，卻何以採取「會議」型態為之？參見李念祖，前揭（註2）文，頁7以下。惟多數見解以為，上述修正殆為仿效德國法制，翁岳生，〈憲法法庭設立的經過及其意義〉，收於氏著《法治國家之行政法與司法》，頁447以下（1997年4月）；蔣次寧，〈司法院大法官審理案件法與憲法法庭之建制〉，收於司法院（編），《大法官釋憲史料》，頁221以下（台北：司法院，1999年9月）。
- 11 參見「案件法」第十三條第一項（「大法官解釋案件，……得依請求或逕行通知聲請人、關係人及有關機關說明，或為調查。必要時，得行言詞辯論」）。
- 12 參見「案件法」第十三條第二項，以及憲法法庭審理規則（82/07/30）第十九

1997 年（四次憲改）憲法增修條文除維持司法院大法官的「政黨違憲解散權」外，並對司法院的組織作了重大變革，包括：自中華民國 92 年起司法院設大法官十五人¹³，院長、副院長皆由大法官兼任；任期八年¹⁴，不得連任；並改採「間隔任期」制¹⁵等。但對於司法院應否掌理「審判」的老問題，仍未謀求解決。

1994 年 9 月施啟揚先生出任司法院長；同年 10 月成立「司法改革委員會」，希以一年為期，分設四個研究小組，就「司法院定位與大法官功能強化」、「訴訟制度改進」、「司法獨立維護」與「法學教育與司法官養成」等議題，研擬改革建議，是為「司法改革」之濫觴¹⁶。1999 年 2 月翁岳生先生出任司法院院長，為擴大參與、凝聚共識、加速改革步調¹⁷，同年 7 月 6 日召開「全國司法改革會議」（以下簡稱「司改會」），集合審、檢、辯、機關代表及民間人士等，經過三天熱烈討論，獲致多項結論，「司法改革」目標於焉確立。其中關於「司法院定位」議題，「司改會」經歷倒性多數決議¹⁸：以「一元多軌」為近程改革目標，以「一元單軌」為終

條（「本規則於大法官審理解釋案件行言詞辯論時準用之」）。

- 13 前此憲法第七十九條第二項僅規定「司法院設大法官若干人」，嗣司法院組織法（36/03/31）第三條第一項明定大法官人數為十七人。
- 14 前此司法院組織法（46/12/13）第五條第一項規定：「大法官之任期，每屆為九年」。
- 15 參見憲法增修條文（86/07/21）第五條第二項（「司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期之保障」、第三項（「中華民國九十二年總統提名之大法官，其中八位大法官，含院長、副院長，任期四年，其餘大法官任期為八年，不適用前項任期之規定」）。
- 16 參見施啟揚，〈談司法改革——代序〉，收於司法院（編印），《司法改革委員會會議實錄（上輯）》，頁 1 以下，頁 2-7（台北：司法院，1996 年 5 月）。
- 17 關於召開「司改會議」的原因，參見聯合報 1999 年 7 月 9 日第 4 版。
- 18 在分組會議中為 30 比 4 通過，至全體會議則為 99 比 13 通過，參見司法院（編印）《全國司法改革會議實錄（下輯）》，頁 1399、1441 頁（1999 年 11 月）。並參見李仁森，〈司法院定位問題考——由戰後日本憲法裁判之經驗，反思我國違憲審查制的發展方向〉，《中正法律集刊》，13 期，頁 1 以下，

極改革目標¹⁹。

所謂「一元多軌」，即在司法院內設各庭，行使「釋憲權」與「審判權」。「釋憲權」由大法官組成「憲法法庭」行使；「審判權」由現有終審法院（含職司民、刑事訴訟的「最高法院」、職司行政訴訟的「最高行政法院」及職司公務員懲戒的「公務員懲戒委員會」）歸併至司法院，改設民事訴訟庭、刑事訴訟庭及行政訴訟庭若干庭。所謂「一元單軌」者，即司法院最終設置大法官 13 至 15 人，兼掌民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟、公務員懲戒、憲法解釋、與政黨違憲解散等職權²⁰。

「一元多軌」目標預計分兩階段達成：第一階段擬於 2003 年 10 月 1 日以前（按原訂為 2003 年 12 月 31 日，嗣因配合釋字第五三〇號解釋（後詳）而略為提前），分設民事訴訟庭 6 庭、刑事訴訟庭 10 庭及行政訴訟及懲戒庭 5 庭²¹，完成各終審法院之歸併（於司法院）。第二階段擬於 2007 年 12 月 31 日以前，將前述司法院內計 22 個法庭，減縮為 4 庭：憲法法庭、民事訴訟庭、刑事訴訟庭、行政訴訟及懲戒庭各一。至於「一元單軌」目標，預計在 2010 年 12 月 31 日以前，將其時司法院內 4 庭，再次整併（不分庭），是為「司改」第三階段²²。司法院「兩目標、三階段」的改制構想略，可略以【圖一】至【圖四】示意。

2001 年 10 月 5 日司法院大法官作成釋字第五三〇號解釋²³，

頁 69 註 182（2003 年 10 月）。

19 參見司法院司法行政廳（編印），《全國司法改革會議實錄（上輯）》（台北：司法院，1999 年）。

20 參見司法院（編印），《全國司法改革會議結論具體措施暨時間表》，頁 6-7（台北：司法院，1999 年 7 月 26 日）。

21 參見司法院（印行），《建構金字塔型的訴訟制度與法院組織——「司法院定位分階段完成」說帖》，頁 7 以下（台北：司法院，2002 年 11 月）。

22 參見司法院（編印），《全國司法改革會議結論具體措施暨時間表》，頁 6-7（台北：司法院，1999 年 7 月 26 日）。

23 參見《司法院大法官解釋續編（十四）》（以下簡稱《續編（十四）》），頁 724 以下（台北：司法院，2001 年 10 月初版）。

除就聲請人所請釋示：「最高司法機關依司法自主性發布之上開規則，得就審理程序有關之細節性、技術性事項為規定；本於司法行政監督權而發布之命令，除司法行政事務外，提供相關法令、有權解釋之資料或司法實務上之見解，作為所屬司法機關人員執行職務之依據，亦屬法之所許」²⁴外，並就「司法院定位」釋示：

「憲法第七十七條規定：『司法院為最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。』惟依現行司法院組織法規定，司法院設置大法官十七人，審理解釋憲法及統一解釋法令案件，並組成憲法法庭，審理政黨違憲之解散事項；於司法院之下，設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之大法官外，其本身僅具最高司法行政機關之地位，致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨，司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法，應自本解釋公布之日起二年內檢討修正，以副憲政體制」²⁵。

上開解釋儘管備受批評²⁶，但是按司法院大法官釋字第一八五號解釋（01/27/1984）²⁷之意旨，仍具有「拘束各機關」之效

24 《續編（十四）》，頁 724。

25 《續編（十四）》，頁 725。

26 參見蘇永欽，前揭（註 7）文，頁 369 以下；李建良，〈論審判獨立與司法行政命令權之關係——解析司法院大法官釋字第五三〇號解釋〉，《台灣本土法學雜誌》，32 期，頁 43 以下，頁 58-59（2002 年 3 月）；法治斌，〈司法行政與司法審判之分與合——評司法院釋字第五三〇號解釋之功與過〉，收於《當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 773 以下（台北：元照，2002 年 7 月 1 版）。

27 釋字第一八五號解釋：「司法院解釋憲法，……其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，……」，《司法院大法官會議解釋續編》，頁 111 以下，頁 111（台

力²⁸。是釋字第五三〇號解釋作成之後，前述「司法院定位」的「司法改革」已成為必須即時啟動的憲法訓令（constitutional mandate）²⁹，而非紙上談兵、研議參考而已！

為推動司改會決議，司法院於1999年12月成立「司法院定位推動小組」，經四十次小組會議與四十次分組會議，研擬完成「司法院組織法」修正草案³⁰、「司法院組織法施行法」修正草案³¹、「法院組織法」修正草案、「司法院大法官審理案件法」修正草案³²、「司法人員人事條例」修正草案³³。等，並皆已函送立法院審議。惟立法院並未如預期在去（2003）年12月的會期結束前，

北：司法院秘書處，1991年8月再版）。

28 大法官解釋之效力，實際非可以「有拘束全國各機關及人民之效力」一語概括；尤其，對立法者之拘束力更非絕對，參見釋字第四〇五號解釋蘇俊雄大法官所提之不同意見書，《續編》，頁36以下。另參見李念祖，前揭（註2）文。

關於立法者受釋憲機關拘束之程度，德國聯邦憲法院二庭見解不一。第一庭認為立法者非不得為相同或近似之規範。蓋立法權按基本法之規定，係受合憲秩序（Verfassungsmässige Ordnung）之拘束；立法者基於民主正當性，必要時自得於形成自由的範圍內自由為之。第二庭則以為，憲法法院裁判之強大拘束力，拘束所有國家機關；在法律被宣告違憲的情形下，自應禁止為重覆之規範。學者有贊成第一庭之見解者，認為立法者受聯邦憲法院判決之拘束，無論如何不能與其受憲法之拘束等量其觀。蓋立法者亦應遵守憲法機關忠誠（Verfassungsorgantreue）之義務，是如立法者果再為相同之規範，則應可對之再聲請（聯邦憲法法院）裁判，且除非再經聯邦憲法法院宣告為無效，否則即為有效。Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl., Rdnr. 471ff.

29 釋字第五三〇號解釋固謂：相關法令應於「二年內檢討修正」，但既未明確指示應達成「司改會」決議之「終極目標」，亦未明確指示「完成」改革之期限。

30 參見立法院議案關係文書，院總第四四五號（政府提案第八七六二號），2002年10月5日印發。

31 參見立法院議案關係文書，院總第四四五號（政府提案第八七六二號），2002年10月5日印發。

32 參見立法院議案關係文書，院總第四四五號（政府提案第八七八二號），2002年10月9日印發。

33 參見司法院91年10月4日（九一）院台人一字第26203號、行政院院授人企字第0910045276號、與考試院考台組貳一字第0910008458號三院會銜函。

通過前開法律修正案，前述「第一階段」的司法院定位改革時程因而跳票（遲延）³⁴。

綜上所述，迄今司法院提出的「司法院定位」改革方案似乎僅限於法院組織的整併（司法組織「金字塔」化）。「一元多軌」與「一元單軌」的形式差別在於：前者司法院中既有「大法官」職司「憲法解釋」，也有「法官」審理「各種訴訟」；後者司法院只有「大法官」13 至 15 人，兼理「憲法解釋」與「訴訟裁判」。目前司法院「大法官」僅為（抽象）「憲法解釋」，不事（具體）「審判訴訟」的作法，勢需有所變革³⁵！

為開展視野，俾利改制之探索，並希知己知彼，明智抉擇，本文擬由比較憲法（comparative constitutional law）的宏觀角度切入，由「違憲審查制度」的類型分析出發，包括：「學理類型」（見「壹」）與「操作典範」（見「貳」），重新認識我國現行釋憲制

34 大法官在釋字第五三〇號解釋僅限期（二年內）修法，並未宣告系爭法律「定期失效」，故雖修法遲延，但原相關違憲法律（如司法院組織法等）仍得繼續適用。

35 關於司改會「司法院審判機關化」之決議，應否及如何落實，參見蘇永欽，〈飄移在兩種司法理念間的司法改革——台灣司法改革的社經背景與法制基礎〉，收於氏著，前揭（註7）書，頁343以下（質疑一元審判體系與抽象法規審查的矛盾，導致集中與分散審查的併行制弊多於利）；蔡茂寅，〈違憲審查制度〉，《民間司法改革會議》，頁41以下（台北：業強，1995年3月）（就改革者之惰性原則而言，採德制應屬較為簡便之改革方案；惟以大陸法系為背景的日本，在改採美制後亦運作良好，尤其面對行政權強大的我國，全盤改採美制亦有充分的理由）；林三欽，〈論司法改革會議「司法院定位」結論之可行性——以「大法官釋憲制度」所面臨的變革為中心〉，《人文及社會科學集刊》，13卷1期增刊，頁69以下（2001年3月）（在現制未有重大缺失下，冒然進行成本不合比例的激進改革，實不妥適；應即停止執行司改中有關「司法院定位」之決議）；蔡宗珍，〈我憲法審判制度之檢討〉，《月旦法學雜誌》，98期，頁49以下，頁65-66（2003年7月）（釋字第530號解釋並未明確限定審判權一元化為唯一合憲之制度，而一元單軌的司改終極目標，將造成憲政體制上的重大矛盾與衝突）；黃昭元，〈司法違憲審查的制度選擇與司法院定位〉，《台大法學論叢》，32卷5期，頁55以下（2003年9月）（一元單軌之司改不必修憲即可完成，而以個案、分散為主，抽象、集中為輔的混合制，是最佳改革方案）。

度（見「參」），包括：所謂「憲法解釋」的內容、以及現制在比較違憲審查制度中的體系定位。其次，本文擬反省「違憲審查」制度的立意，確認現制缺失，明確設定改制目標（「肆」）。最後，擬參照司法院「兩目標、三階段」司革時程，提出具體的改制方案（「伍」）供參。

壹、比較違憲審查制度類型

「違憲審查」（constitutional review, judicial review of constitutionality）指由司法部門（judicial branch）（或特定機關）解釋憲法意旨，並認定、宣告國家機關之行為有無「違憲」（unconstitutional）的權力（活動），一稱「憲法解釋」權。「違憲審查」一般係由司法部門為之，故又名「司法審查」（judicial review）。惟“judicial review”一詞，在英文中兼指由法院審查行政行為「是否合法」（legality）的活動，相當於中文所謂「行政訴訟之審判」；為避誤會，本文以下概稱「違憲審查」。又，違憲審查之客體（標的）固以「法律」（立法行為）為主要，但理論上國家其他機關之行為，例如「行政處分」與「行政命令」（行政行為）或「法院裁判」（司法行為）亦可在審查之列³⁶。

二十世紀中葉以還，各國紛紛採行違憲審查制度，一時蔚為風尚。然因各國歷史背景不同，尤其對於普通法院的信賴與否、對於法實證主義（legal positivism）的執著程度、以及其他現實考量等因素，各國違憲審查制度的內容實際並不相同。亦即，由不同的機關、依不同的方式（程序）操作，產生出不同的效力。綜觀各國違憲審查制度，不外以下四種分類。

一、集權式審查 v. 分權式審查

36 概念上，「違憲審查」尚可以審查客體進一步區分為：「法律的違憲審查」、「命令的違憲審查」與「裁判的違憲審查」等三種。實際上，各國違憲審查制度的內涵並不完全相同。

所謂「集權式審查」(centralized review)，指一國之內僅有某特定法院(或特定機關)可為違憲審查；「分權式審查」(decentralized review)反是，一國之內各個法院皆可為違憲審查。³⁷「集權式審查」的原型見於奧地利1920年10月1日頒布的憲法(俗稱「十月憲法」(Oktoberverfassung))，現存典範例如德國專設聯邦憲法法院(Bundesverfassungsgericht)負責審理憲法案件³⁸。「分權式審查」的原型見於美國憲法，其聯邦最高法院(US Supreme Court)及下屬各級聯邦法院皆有權審查法令是否合憲；其他範例如加拿大、澳洲、日本。大體上說，大陸法系國家多採「集權式審查」，英美法系國家多採「分權式審查」³⁹。蓋歐陸各國傳統上並不信任法官解釋法律或控制立法活動⁴⁰。

如以為違憲審查乃「法院參與政策制定」(policy making)的機制，則「集權式審查」制之下，僅特定釋憲機關(通常為「憲法法院」)始有參與政策形成的機會；反之，「分權式審查」制之

37 See generally MAURO CAPPELLETTI, THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 132-146 (1989). 法國憲法辭典將「集權式審查」定義為：「凡是由特定單一機關獨佔違憲審查權者，謂之集權式審查 (contrôle concentré)」O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 227。

亦有稱「集權式審查」為「集中審查」者，參見蘇永欽，〈法官是否應有法律違憲審查權〉，收於氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁179以下(台北：月旦，1995年6月1版2刷)。其意或為避免「集權」二字在中文中之負面意涵。惟違憲審查確實為一國家「權力」，「集權式審查」僅在表示該權力由某個機關所「獨佔」，非其他機關所得分享，並無其他隱含指涉。嚴格言之，所謂「集中審查」之意涵，與「集權式審查」並非一致。「集中審查」可能指待審事件(「案件」)之集中處理，與審查權是否獨佔，不盡相同。故本文以下概稱「集權式審查」。

38 參見 GG Art. 93 及本文後述貳、三之說明。需注意者，此所謂「審理憲法案件」其意義約與我國所謂「解釋憲法」的權限相當。

39 除此兩種純粹類型之外，尚有介於兩者之間的「混合制度」(mixed system)，參見 ALLAN R. BREWER-CARIAS, JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW 263-326 (1989)。

40 See, e.g., M. Cappelletti & J. C. Adams, *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*, 79 Harv. L. Rev. 121 (1966); ALLAN R. BREWER-CARIAS, *supra* note 39, at 188.

下，各級法院皆有（於個案）參與政策形成的機會⁴¹。

二、抽象審查 v. 具體審查

第二種分類方式為「抽象審查或具體審查」（abstract versus concrete review）。這是比較制度中最重要也是最具爭議的分類。凡釋憲機關（法院）僅得於審理具體「案件或爭議」（cases or controversies）時，一併審查其間適用之法令有無違憲者，稱為「具體審查」。反之，釋憲機關（法院）得專就國家機關之行為（例如法律）有無違憲進行審查，並不限於（無須依從於或附隨於）具體訴訟案件而為者，即「抽象審查」⁴²。

「具體審查」制下，法院在個案審理時因需適用憲法而解釋憲法，一如其因需適用法令而解釋法令般，並無特殊程序；「具體審查」實屬「附帶審查」（review incidenter）。反之，「抽象審查」制下，釋憲機關（法院）既需超越（擺脫）個案而專就法令有無違憲進行審查，其程序自與一般訴訟不同（例如僅許限定的聲請權人聲請解釋憲法）；「抽象審查」實為「主要審查」（review principaliter）⁴³。「分權式審查」必為「具體審查」；「集權式審查」多兼具「抽象審查」與「具體審查」類型。「抽象審查」則似僅存在於「集權式審查」。

所謂「案件或爭議」要件（“case or controversy” requirement）⁴⁴，

41 故亦有稱「集權式審查與分權式審查」為「所有法院審查模式或憲法法院審查模式」（All courts review model v. constitutional court review model）者，See C. Neal Tate, *Comparative Judicial Review and Public Policy: Concepts and Overview*, in DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (ed.), *COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY* 7 (1992).

關於違憲審查作為一種政策制定的工具，請併參見本文下述肆、二、之說明及註 152 引文。

42 See Alec Stone, *Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe*, in DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (ed.), *supra* note 41, at 42.

43 See ARNE MAVCIC, *SLOVENIAN CONSTITUTIONAL REVIEW* 19-20 (1995).

44 因其決定法院所能審理的範圍，故「案件或爭議」要件亦稱「可裁判性原則」

原係美國聯邦憲法關於聯邦司法權（judicial power）的「事項管轄」（subject-matter jurisdiction）限制⁴⁵，經美國聯邦法院兩百餘年來的詮釋，約可歸納為以下四項要素⁴⁶：

1) 請求法院審查某項國家行為是否合憲的人（原告），須具備「原告適格」（standing），亦即，其於審查結果具有實質利害關係（相當於我國所謂「訴之利益」）；

2) 系爭之事件（請求審查之標的）須在適當時機（right timing）系屬於法院，亦即既非「尚未成熟」（ripe）（例如「虛擬」、「幻想」之事件），亦非「過於成熟」（moot）（例如「已經和解」之事件）；

3) 系爭事件（請求審查之標的）本質上須適合由法院進行裁判，而非屬所謂「政治問題」（political questions）者；

4) 法院不得對研議中之法案或計畫，（向國會或總統）提供不具有拘束力的「諮詢意見」（advisory opinion）。

上述四個要件中，第 4 個要件實為違憲審查之效力問題，可當別論（下詳）；第 3 個要件於「抽象審查」亦有適用，蓋如以「違

（justiciability doctrine）。See e.g., Lea Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the “Case or Controversy” Requirement*, 93 HARV. L. REV. 297 (1979).

45 U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 1.（「司法權應及於所有……之案件；有關……間之爭議」）。

「案件或爭議」要件一方面限制聯邦法院僅能審理對立、爭訟的情況下所呈現的問題，另一方面則在界定三權分力下的司法角色，避免侵犯其他兩權。

「案件或爭議」要件的內容乃司法權（尤其聯邦最高法院）自愛（self-regarding）的產物。

46 See e.g., Gene R. Nichol, Jr., *Ripeness and the Constitution*, 54 U. CHI. L. REV. 153, 163 (1987).

實際上此四者內容不無重複，判決見解亦不一致。聯邦最高法院嘗謂：「可裁判性原則當然並非具有固定內容或可輕易接受科學檢驗的法律概念。其運用乃諸多微妙壓力的結果，包括：裁判議題的適切性…及拒絕提供救濟對當事人所造成的困難等」（*Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 94-95 (1968)）。

憲審查」為「司法權」之作用，則「政治問題」既非屬「司法」之範疇，自不得作為「違憲審查」之客體，無論其為「抽象審查」或「具體審查」⁴⁷。是所謂「案件或爭議」乃指：原告對於審查結果應具有實質利害關係（亦即有所謂「訴之利益」），且系爭事件（審查標的）應及時系屬於法院或釋憲機關（亦即確有爭議存在而有審查之實益）⁴⁸。本文以下所稱「具體（違憲）審查」，指兼具此二要件，而於存在「案件或爭議」時所為之「憲法解釋」活動；此外概屬「抽象解釋」。

猶需一言者，如上定義之「具體審查」，因須具備「原告適格」要件，必為德國所謂之「主觀程序」（*subjectives Verfahren*），例如「憲法訴願」（*Verfassungsbeschwerde*）⁴⁹。惟細繹德國所謂「客觀程序」（*objektive Verfahren*）諸類型中，其抽象（或具體）的程度又有不同。以審查法規有無牴觸憲法之「規範控制」（*Normenkontrolle*）為例，法官在個案審理時，因對於須適用之法

47 亦即，「政治問題」似不因「疑義」或「爭議」而有異；參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查——大法官抽象釋憲權之商榷〉，收於氏著，《權力分立新論》，頁 133 以下，頁 162-167（台北：自刊，2000 年增訂 2 版）；李建良，〈論司法審查的政治界限——美國「政治問題原則」初探〉，收於氏著，前揭（註 1）書，頁 269 以下。See DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 163-164 (1989).

48 按德國雖無（本文所採比較憲法觀點之）「抽象」或「具體」審查之分，但區別「抽象法規審查」與「具體法規審查」時，仍謂「抽象」者，係指聲請人不須主張其自身之權利受有損害；亦即僅採本文定義之第一個要件，參見卡爾·蓋克（*Wilhelm Karl Geck*），〈西德聯邦憲法法院及其管轄權〉，收於《德意志聯邦共和國法院組織法及法官法》，頁 225 以下，頁 240（台北：司法院，1982 年 11 月）。

又或謂：「裁判是否以法規有無牴觸上位規範為裁判主文，答案若屬肯定，便是…抽象規範審查，答案若屬否定，則稱為具體規範審查」。參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 330（台北：自刊，2003 年 9 月修訂版）。其用意似在協助讀者識別何為「抽象審查」，何為「具體審查」。惟如以之為「定義」，則不無「倒果為因」之嫌。蓋因其為「抽象審查」，故而決定（「解釋」）之「主文」記載：「法規有無牴觸上位規範」也；反向推論未必正確。

49 參見本文後述貳、二、一、2、（4）。

規發生有無牴觸憲法之疑義，而聲請釋憲機關（憲法法院）解釋者，與（聯邦眾議院）國會議員三分之一因對某法規有無牴觸憲法發生疑義，而聲請解釋者不同。前者聲請人（承審法官）對於審查結果雖無「實質利害關係」，但其關於法規有無牴觸憲法之疑義，要非憑空發生，而係根據具體之事實情境（a particular context）而來，德國稱之為「具體規範審查」（konkrete Normenkontrolle）；後者聲請解釋殆未有具體之事實情境，德國爰稱之為「抽象規範審查」（abstrakte Normenkontrolle）⁵⁰。

三、事前審查 v. 事後審查

凡法院（或釋憲機關）得於法律（或其他國家機關行為）公布（或生效）前，審查其有無違憲者，即為「事前審查」（a priori）；反之，法院（或釋憲機關）僅得於法律（或其他國家機關行為）公布（或生效）後，審查其有無違憲者，屬「事後審查」（a posteriori）⁵¹。

按本文前述定義，「具體違憲審查」必為「事後審查」；「事前審查」僅可能存在於「抽象違憲審查」。如以違憲審查乃法院（司法）參與政策制定（policy making）之機制，則兼採「事前審查」與「抽象審查」制者，其釋憲機關（憲法法院）對於政策形成的影響力最大。然不得以此反向推論：理論上政策形成影響力最小的組合——「事後審查」+「具體審查」的違憲審查制，其釋憲機關（例如美國聯邦法院）僅能扮演無足輕重的政策形成角色。

50 關於德國「抽象規範審查」與「具體規範審查」，詳見本文後述壹、二、。

51 C. Neal Tate, *supra* note 41, at 6; 法國的憲法辭典將事前審查定義為：「凡是針對尚未生效之法規範所進行的合憲性審查，謂之事前審查（contrôle a priori）」；反之，「凡是在法規範生效之後所進行的合憲性審查，即為事後審查（contrôle a posteriori）」。*See* O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 230-231.

四、諮詢性審查 v. 拘束性審查

違憲審查之結果（無論稱為「判決」或「解釋」）僅供關係人（人民、機關）參考者，為「諮詢性審查」（*advisory review*）；反之，具有拘束關係人之效力者，為「拘束性審查」（*binding review*）。「拘束性審查」之效力又分：僅及於本案「當事人間」（*inter partes*）之「個案拘束力」，與及於各機關及人民的「對世效力」（*erga omnes effect*），一稱「一般效力」（*Allgemeinwirkung*）⁵²。「具體審查」制之下，違憲審查結果——憲法裁判（*constitutional adjudication*），與其他司法裁判的效力相同，僅具有拘束案件當事人之「個案拘束力」。惟英美法系國家因有「裁判先例拘束之原則」（*doctrine of stare decisis*）⁵³，各級法院須受本院及其上級法院裁判先例之拘束，故經其最高法院宣示為違憲，因而在個案中不予適用之法令，實際上將產生「將來亦皆不得再行援用」之一般性效力（＝事實上的一般效力＝有彈性的一般效力）。

至於一般拘束力，又可依法令失效的「時點」，區分為「溯及失效」（*retroactive effect, ex tunc, pro praeterito*）——自法令制訂時起，自始無效，以及「嗣後失效」（*prospective effect, ex nunc, profuturo*）——自法院宣告之時起，立即或經一定期間後失效⁵⁴。

至在大陸法系國家，一般法院裁判固僅具有「個案拘束力」，復因未有「裁判先例拘束之原則」，致某一法令雖於個案被宣告為

52 See MAURO CAPPELLETTI & WILLIAM COHEN, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96-8 (1979); C. Neal Tate, *supra* note 41, at 6; A. MAVCIC, *supra* note 43, at 19-20.

53 See, e.g., Herry Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, 88 COLUM. L. REV. 723 (1988); Note, *Constitutional Stare Decisis*, 103 HARV. L. REV. 1344 (1990)。

「裁判先例拘束之原則」於美國不若英國嚴格，尤其於憲法案件之適用更具彈性。See *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406-8 (1932) (Brandeis, J., *dissenting*); M. FRANKLINE, *THE DYNAMICS OF AMERICAN LAW* 211-12, 295-319, 569-70 (1968).

54 A. R. BREWER-CARIAS, *supra* note 39, at 93.

違憲，但若該法令客觀上依然有效存在，則他人須更行訴訟，以求擺脫該違憲法令之拘束。使憲法法院裁判具有「一般拘束力」，乃有必要。故採「抽象審查」制的國家多明文規定，違憲審查之決定具有一般拘束力⁵⁵。我國雖無明文，但大法官於釋字第一八五號解釋明確釋示：司法院「所為之解釋自有拘束全國各機關及人民之效力」。惟前開解釋既未區分「憲法解釋」與「統一解釋」，亦未區分係依「人民聲請」或依「機關聲請」而為之解釋，更未注意係就抽象之「疑義」或就具體之「爭議」所為之解釋，一概使發生「一般拘束力」，是否合理？其拘束力之範圍應如何認定？尚有待研究⁵⁶。

55 例如，德國聯邦憲法法院法第三十一條規定：「聯邦憲法法院之裁判拘束聯邦各憲政機關、各邦與所有法院與機關。（第一項）依第十三條第六、十一、十二、十四款所為之聯邦憲法法院裁判具有法律效力。聯邦憲法法院依第十三條第八 a 款所為裁判，如其宣告法律符合或抵觸基本法，或宣告其無效，亦同（第二項）」。奧地利共和國憲法第一百四十四條第七項：「法律因違憲而被廢止或憲法法院依第四項規定宣告法律違憲者，所有法院及行政官署均受憲法法院宣告之拘束」。

56 此所謂「一般拘束力」係指「嗣後」拘束力，此由釋字第一八五號解釋文（「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局判決者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」）觀之即明。稍後釋字第一八八號解釋中多數大法官雖重申斯旨，大法官陳世榮則發表不同意見書，主張僅機關聲請之解釋應發生「對世的一般效力」，人民聲請之解釋僅生「個案拘束力」，並明白指陳：「本院釋字第一八五號所為本院依人民聲請之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力部分之解釋，不再有其適用。」

其實，自釋字第一七七號解釋（謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」）以來，大法官已數度修正其見解，參見釋字第一八三號、第一八八號、第二〇九號解釋。

關於大法官解釋之效力問題，參見法治斌，〈大法官會議解釋效力之探討〉，收於氏著，《憲法專論》，頁 356 以下（1985 年 5 月）。最近之討論，並見法治斌，〈違憲司法審查之效力、拘束力、「表面張力」或「不自量力」？——美國法制之應然與實然〉，收於氏著《法治國家與表意自由——憲法專論》，頁 135 以下（台北：正典，2003 年）；陳春生，〈日本最高法院違憲審查裁判的拘束力〉，《憲政時代》，28 卷 3 期，頁 67 以下（2003 年 1 月）；董保城，〈機關權限爭議解釋之拘束力〉，前揭期刊，頁 88 以下；陳愛娥，〈德國聯邦憲法法院裁判的拘束力〉，前揭期刊，頁 98 以下；

貳、各國違憲審查制度

前述四組分類指標，雖不足以窮盡各國違憲審查制度的內涵，但卻是比較各國制度的基礎座標，有益於瞭解各國制度。自比較制度觀點而言，美國、法國堪稱兩個對立的、極端的違憲審查制度；德國與台灣則為介乎其間的混合類型。茲簡介各國制度特徵如下。

一、美國——典型的具體審查

美國違憲審查制度乃以具體訴訟案件為基礎，透過各級法院法官在個案中審理已生效法規之合憲性問題，進而作出僅具個案拘束力之裁判的違憲審查制度。其主要特徵包含：

1. 以個案訴訟為基礎的具體審查

美國聯邦憲法第三條第二項第一款明定：司法權應僅及於「案件（cases）及爭議（controversies）」之裁判⁵⁷。所謂「案件或爭議」要件（case and controversy requirement），按美國聯邦法院兩百餘年來的詮釋，計包括四項要素——「原告適格」（standing）、審查時機恰當（right timing for judicial review）、系爭事件非屬「政治問題」（political questions）、禁止提供「諮詢意見」（advisory opinion）——已析述如前（壹、二），不贅。此四項要素，旨在確保法院裁判合乎司法權之「被動性」、「正確性」、「獨立性」與「拘束性」的本質！⁵⁸

既為「具體審查」，美國違憲審查的標的，於人民控告政府時，乃人民之憲法主觀權利；於機關控告機關（或政府控告政府）

李震山，〈論司法院大法官憲法「疑義解釋」與「爭議解釋」之拘束力〉，前揭期刊，頁 17 以下；陳淳文，〈法國憲法委員會違憲審查決定之拘束力〉，《憲政時代》，28 卷 4 期，頁 3 以下（2003 年 4 月）；蕭文生，〈法規違憲解釋之拘束力〉，前揭期刊，頁 31 以下；陳英鈞，〈憲法訴願的結構性變遷——從比較法論基本權利訴願的對象與判決拘束力〉，前揭期刊，頁 70 以下。

57 U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 1.

58 湯德宗，前揭（註 47）文，頁 140-154。

時，乃機關（或政府）在憲法上賦予之權限。法院作成憲法裁判時，實際僅「間接」或「附帶」地審查相關法規的合憲性。

2. 以聯邦最高法院為終審的分權式審查

縱使採取「具體審查」制——透過一般訴訟程序（案件審理）進行違憲審查（解釋憲法）——制度設計上仍可選擇「集權式審查」或「分權式審查」。如採「集權式審查」模式，僅特定釋憲機關（憲法法院）具有違憲審查權，其他受理訴訟的法院應暫停原案之訴訟程序，將該案所需適用之法令有無違憲之「先決問題」，移請釋憲機關（憲法法院）作成判斷，而後原受訴法院再據以作成本案裁判，解決爭議。反之，如採「分權式審查」模式，則各受訴法院自得為裁判之必要，逕自解釋憲法（認定案中相關法規有無違憲）；法官適用、解釋憲法，一如其適用、解釋法律、命令般。

「集權式違憲審查」通常以法院體系之分工為前提。亦即，在多元的法院體系國家（例如法院體系分為「行政法院」與「普通法院」者），各種法院各有其法定的「有限裁判權」（列舉裁判權），僅釋憲機關（憲法法院）有違憲審查權，其他法院受到法院法定裁判權之限制，無法直接審查憲法問題，乃需以「先決問題」移請釋憲機關（憲法法院）先為判斷。

美國採取的是「分散式」違憲審查制，主要因為其為一元法院體系國家，各個法院原則上皆享有「一般性的裁判權」（概括裁判權）。另一方面，美國違憲審查（憲法訴訟）與普通訴訟可謂同步成長，歷史上人民對於司法（普通法院）並無不信任的傳統。反觀歐陸各國，人民對於普通法院向有疑慮，二十世紀以還有感於人權保障與法治國的重要性，而欲建立違憲審查制度時，乃決意另起爐灶，依據「法院分工」與「列舉裁判權」的原則，在原有的各種法院以外，創設「集權式」的憲法法院職司違憲審查。

美國雖是採取「分權式」的「具體」違憲審查制，但非所有案件皆能循審級救濟程序，上訴（聯邦）最高法院審理。事實上，聯邦最高法院樹立有所謂「四人決原則」（rule of four）——九名大法

官中需有四名同意，始得頒發「移審令」(certiorari)⁵⁹，受理上訴。透過「移審令」之頒發，最高法院可以篩選上訴案件，體現「憲法最高性」(supremacy of the constitution)，使憲法案件成為其主要的審判業務⁶⁰。

3. 以主觀權利為核心的事後審查

既以個案系屬為前提，美式違憲審查必然為「事後審查」制。亦即，僅於「法律生效以後」，才能侵害當事人於憲法上所保障的「主觀權利」；當事人也必須是因憲法上所保障之權利或利益受有損害，才有向法院請求救濟的資格（當事人適格）或有為訴訟的必要（訴之利益）。此種「具體違憲審查」一方面使憲法與人民日常生活息息相關，進而強化人民的憲法意識；另一方面，最高法院也可因「個案審理」而得參與爭議性公共政策（例如政教分離、種族隔離、墮胎、同性戀結婚、安樂死等）的形成，尤其影響立法部門的決策。

4. 裁判效力僅能拘束當事人

59 See Richard L. Revesz & Pamela S. Karlan, *Nonmajority Rules and the Supreme Court*, 136 U. PA. L. REV. 1067 (1988); Leiman, *The Rule of Four*, 57 COLUM. L. REV. 975 (1957).

須特別說明者，此移審令之頒發屬於裁量性（非強制性）管轄權（28 U.S.C. § 1257 (3) (1994)）。自 1988 年以後，聯邦最高法院幾乎已經沒有強制性管轄權，獲頒移審令遂成為上訴至該院的主要途徑。因為有此裁量性工具，聯邦最高法院每年受理之案件約僅為每年系屬於聯邦及各邦法院案件總數的百分之一。See LAURENCE BAUM, *THE SUPREME COURT* 12 (1992)。大陸法系國家之終審法院則無類似的「裁量管轄權」制度。See MAURO CAPPELLETTI, *JUDICIAL REVIEW IN THE CONTEMPORARY WORLD* 143 (1971)。

至於最高法院是否頒發移審令，命下級法院移轉案件至該院審判，其考量之因素，參見 Rule 17 of the Rules of the Supreme Court.

See also L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2000, p. 231.

60 美國最高法院一年約有五千件案件，每年平均作出一百個裁判（約百分之二），在這一百個裁判中，又約有百分之四十是憲法案件。參見 L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux et G. Scoffoni, *Droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 231.

美式違憲審查既以「個案爭訟」為基礎，違憲審查裁判之效力與一般訴訟案件相同，僅及於本案當事人之間（*inter partes*），而無通案對世的效力（*erga omnes effect*）⁶¹。法院在個案裁判中僅能「拒絕適用」（被其宣告為）違憲的法規，但卻無權修改或廢棄此違憲法規⁶²。雖然如此，因為有「判決先例拘束原則」（*doctrine of stare decisis*），凡經其終審法院（聯邦最高法院）認定為違憲的法律，「事實上」已形同被宣判死刑，可預期該院與其他法院將不會再予援用。換言之，「判決先例拘束原則」使聯邦最高法院所為違憲審查之決定，產生類似通案的「對世效力」。

二、法國——典型的抽象審查

與美國「具體」、「分權」且「事後」審查，形成鮮明對比的是法國的「抽象」、「集權」且「事前」的審查制。其特徵有四。

1. 以法規為對象的抽象審查

法國違憲審查的對象是「法規」本身，與具體的權利爭執（案件或爭議）無關。根據凱爾生（Hans Kelsen）的法律位階理論⁶³，「上位規範提供下位規範產生的條件，同時上位規範也具有

61 中文最新文獻請參閱法治斌，前揭（註 56）文（〈違憲司法審查之效力〉）。

62 然而在十九世紀中葉南北戰爭至二十世紀三〇年代間，美國的主流見解曾認為「司法機關所認定違憲之規範乃自始無效，對任何人皆屬無效，形同從未制定。」但自 1930 年代起，即採限縮於本案相對效力，而無對世的通案效力。引自法治斌，前揭（註 56）文（〈違憲司法審查之效力〉），頁 139 以下。

63 法國違憲審查制度之建置，固有其制度沿革與理論基礎，但同時亦深受以凱爾生理論為基礎之歐陸型違憲審查制度的影響。早在 1928 年，法國二十世紀極為重要的公法學者 C. Eisenmann 即出版《奧國憲法法院與憲法裁判》（*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L. G. D.J.）一書，深入介紹奧地利憲法法院。爾後學者討論「憲法委員會」之司法性格時，經常提及凱爾生及其理論。如 G. Vedel, *Avant-propos à la réédition de la thèse de Charles Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica et P.U.A.M., 1986, p. VIII.

否定下位規範的效果」⁶⁴。故「違憲審查」實係針對「憲法」與「法律」兩種法規範所為之審查——檢驗下位規範（法律）是否牴觸上位規範（憲法），而不涉及法規範在具體個案中的適用問題。即便違憲審查係因個案而發動，在以凱爾生思想為基礎的「抽象審查」制度下，違憲審查的第一要務仍是「法律合憲與否之判斷」；至於系爭個案之解決（及連帶的權利保護），反而是違憲審查行為的「附隨效果」！

由於違憲審查的對象是法規範，且與個案無涉，故法國乃「抽象審查」制⁶⁵。此所謂「抽象」包含兩層意思：一是審查客體本身是抽象的——抽象的法規範（而非其於具體情境之適用）；二是審查結果也是抽象的——任何人皆不因審查結果而直接受到利益或不利益（對審查結果不具有實質利害關係）。換言之，違憲審查機關之裁決非以個別法律主體之「主觀權利」為核心，而是以法規有無牴觸上位規範作為「裁判」（或「憲法解釋」）的主文⁶⁶。

2. 憲法委員會獨享的集權審查

以法規範為審查對象的「抽象審查」制，理論上並非不能採取「分權式」審查，使各級法院皆有「抽象違憲審查」之權。以法國為例，「行政命令」是否與法律相牴觸的「合法性審查」，各級法院皆有審查權。至於命令有無牴觸憲法，原則上法院亦可直接對之進行審查，除非該命令之違憲疑議是直接依據法律而來。質言之，如命令「合法」卻有違憲嫌疑，應屬法律本身違憲的問題；對於此種命令，因為一般法院不享有法律的違憲審查權，乃無法予以廢棄

64 吳庚，前揭（註48）書，頁319。

65 法國的憲法辭典將抽象審查定義為：「凡是法律是否合憲之問題乃在個案系屬之外而提出者謂之抽象審查（*contrôle abstrait*）」；O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 231。國內學者採相同見解者，如吳庚，《行政法之理論與實用》，頁72（台北：自刊，2001年增訂7版）。

66 吳庚，前揭（註48）書，頁330。

67。至於法律是否牴觸憲法的「合憲性審查」，則僅能由「憲法委員會」(Conseil constitutionnel)行使。

究法國所以採取「集權式」⁶⁸違憲審查，主要約有兩項原因。第一，憲法乃根本大法，分權式審查的結果可能出現行政法院體系與普通法院體系見解歧異的情形。按法國關於二元審判體系之見解衝突，除關於裁判權之權限衝突問題，特設「權限爭議法庭」(le tribunal des conflits)以資解決外，對於其他的法律見解衝突，並無類似「總合議庭」之機構設置。如不特設專屬違憲審查機關，憲法之實踐勢必因法院見解歧異而大打折扣。第二、法國的(法律)違憲審查制度發展甚晚⁶⁹，不似其司法二元體系，傳統悠久。在違憲審查制度的建構上，除了自大革命以降對傳統司法權的高度戒心外，亦深受以凱爾生為主之維也納學派的影響，故乃建立有別於「傳統法院」的集權式違憲審查機關。

「憲法委員會」既然是以法律違憲審查為核心的專業機構⁷⁰，自僅有法定有限的權限(列舉權限)。其權限的具體內容包括：「國際條約」⁷¹、「組織法與國會規則」⁷²、「法律」⁷³以及自

67 法國學者稱此為「法律屏障理論」(la théorie de la loi-écran)。

68 法國的憲法辭典將集中審查定義為：「凡是由特定單一機關獨佔違憲審查權者，謂之集中審查(contrôle concentré)」；O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, p. 227。

69 但對於「命令」的違憲審查制度卻發展甚早，尤其是行政法院，在此領域向來扮演十分重要的角色。

70 關於「憲法委員會」性質上是否為司法機關(法院)，素有爭論。晚近似普遍定性為「司法機關」，而非政治性機關。參見鍾國允，《法國合憲性審查之研究》，台大國發所博士論文，頁195-201(2001年7月)。

71 參見法國憲法第五十四條規定(「若憲法委員會經總統、總理、國會兩院議長，六十名參議院議員或六十名國民議會議員連署聲請，宣告特定國際協定違反憲法時，則未經修憲不得授權簽署或批准該國際協定」)。

72 參見法國憲法第六十一條第一項規定(「組織法在公布前，國會規則在施行前，須由憲法委員會審查其合憲性」)。

73 參見法國憲法第六十一條第二項規定(「基於同一目的(按即合憲性審查)，總統、總理、國會兩院議長，六十名參議院議員或六十名國民議會議員連署，得在法律公布前，將該法律案移請憲法委員會審查」)。

1999年起由新加里多尼亞國會（Nouvelle-Calédonie）所通過的方法（lois du pays）⁷⁴的違憲審查權⁷⁵。

3. 以客觀規範秩序為核心的事前審查

如同凱爾生所強調的，規範審查的目的乃為維持客觀規範秩序，故無一般訴訟中「當事人對立」的情形。違憲審查機制之發動者（聲請權人）並非因其本身權利受到侵害而發動審查（聲請釋憲）。換言之，規範的違憲審查原則上是一種「客觀訴訟」，與聲請者本身的「主觀權利」無關。但為避免「客觀訴訟」變成「民眾訴訟」，進而癱瘓違憲審查機構之運作，故需限定聲請人之範圍。就此，法國與其他歐陸國家最大的不同在於，其僅限制法定國家機

74 參見法國憲法第七十七條第一項第二段規定（「有關新加里多尼亞公權機關之組織與其運作之法規，尤其是在何種條件下該地民意機關之議決行為於公布前，得送交憲法委員會審查」）。

75 其他憲法委員會無關違憲審查的職權尚有：

1. 「總統及國會議員之選舉事項及其訴訟」（憲法第七條第六項規定：「若在總統參選登記截止日前一週內，曾在此之前一個月內公開表示參選意願的參選人死亡或無法參選時，憲法委員會得決定延後選舉。」同條第七項規定：「若在第一輪投票投票日前，有候選人死亡或無法繼續參選，憲法委員會宣布延後選舉。」同條第八項規定：「除了自行退選外，若支持最高的前兩名候選人在第一輪投票投票日前，或在兩輪投票之間，仍有資格參選的兩位候選人之一死亡或無法繼續參選，憲法委員會宣告選舉程序全部重新開始。」憲法第五十八條規定：「憲法委員會監督總統選舉之合法性。它受理相關爭議並宣告選舉結果。」第五十九條規定：「當國民議會及參議院選舉產生爭議時，由憲法委員會裁決之。」）；
2. 「公民投票之監督」（憲法第六十條規定：「憲法委員會監督憲法第十一條及第八十九條所規定之公民投票的合法辦理，並宣告投票結果。」）；
3. 「總統不能視事」之判斷（憲法第七條第四項規定：「不論總統因何理由缺位，或憲法委員會經內閣之聲請而以絕對多數決判定總統無法視事時，除憲法第十一及十二條規定之事項外，由參議院議長暫代總統職權；若參議院議長亦不能視事時，則職權由內閣暫代。」）；
4. 對「緊急狀態」之諮詢意見（第十六條規定：「當共和國之各項制度，國家之獨立，領土之完整或國際義務之履行遭受嚴重且迫切之威脅，且憲法上公權力之正當行使受到阻礙時，共和國總統在正式諮詢內閣總理，國會兩院議長及憲法委員會後，得採取為因應此情勢的必要措施。」）。

關（尤其「政治部門」）可聲請審查⁷⁶，但卻完全排除人民聲請審查的可能性。此一特徵與其採取強制的「事前審查」有密切關係。

按法國憲法第六十一條之規定，違憲審查時點乃法律案經國會三讀後，總統公布前；或國會規則經國會通過後，在其正式施行前。換言之，在法律生效前，即得提起違憲審查。採行「事前審查」制最主要的理由在於：「法律乃全意志之表現」（*La loi, expression de la volonté générale*）⁷⁷。過去以此為由否定違憲審查制度存在的可能性，如今則以「事前審查」方式，規避無民主正當性之法官直接否定國會所代表之全民意志的批評。質言之，「事前審查」制乃在「協助」國會重新思考其已制定但尚未對外生效的法律案，「預防」制定出違憲的法律，而非以法官之意志「對抗」或「否決」國會之意志。同理，一旦法律生效後，真正對外展現全民意志時，該意志即不得被國會以外的任何機關所否決或推翻，否則即生「主權僭越」的情形⁷⁸。故「事前審查」又稱「預防性審查」。

基於「預防性審查」及「客觀訴訟」的特質，法國的「憲法委員會」一向以為：違憲審查不受聲請人聲請意旨之限制。該委員會不僅不限於聲請人所質疑的個別違憲條文，而得審查整個法律案的各個條文；同時也不受聲請人所提理由之拘束，而得逕行決定其論

76 法國第五共和憲法第六十一條第二項規定：總統、總理、國會兩院議長，或六十名參議員或國民議會議員連署，即得發動違憲審查。

77 R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, 228 p.

78 法國允許「例外」進行「事後審查」的情形有二：第一是對於已生效法律之修改或補充時，此修改或補充條文於國會通過後仍有可能被憲法委員會審查，此時宛若已生效之法律再被審查（C.C. n° 85-187, 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie）。第二種情形是憲法第 37 條第 2 項所規定的「去法律化」（*délégalisation*）之程序，亦即法律規範原屬行政權之領域的事項，經總理聲請違憲審查後（因為立法權侵犯行政權），憲法委員會對此已生效法律審查其是否侵入行政權之領域。

述之範圍。故對憲法委員會而言，「訴外裁判」從來不是外界批評的議題⁷⁹。

4. 判決效力拘束所有國家機關

法國現行憲法第六十二條明定憲法委員會之決定，拘束所有公權機關、行政機關及司法機關，亦即，違憲審查結果具有對世的「一般性效力」⁸⁰。此種拘束力與其說是由憲法所賦與，毋寧說是因其既無對立之當事人，亦無具體主觀權利之損害可言，而為抽象規範審查之必然結果。

三、德國——抽象審查與具體審查的混合制

德國的違憲審查乃以「聯邦憲法法院」為釋憲機關的「集權式」審查，其雖以「主觀程序」及「客觀程序」為思考主軸，然自比較制度的觀點言之，實為以「具體審查」為主、「抽象審查」為輔的混合設計。

1. 集權式審查制度

不同於美國的「分權式」審查制，德國乃屬「集權式」違憲審查制，亦即特設聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*）⁸¹作為專責釋憲機關。德國基本法（德國憲法）第九十三條明定聯邦憲法法院之權限主要為：審理聯邦機關間之權限爭議、聯邦法律或邦法律之合憲性之疑義、聯邦與各邦間之爭議、邦與邦相互間及邦內之爭議、憲法訴願、及其他聯邦法律所賦與之權限等⁸²。並於基本法第九十四條第一項規定聯邦法院之組成及法官之選任；同條第二項

79 反觀我國，雖然大法官在其解釋理由書中曾謂：「大法官解釋憲法之範圍，不全以聲請意旨所述者為限。」（釋字第四四五號）但仍一再遭學界批評。

80 更詳細地分析請參見陳淳文，前揭（註56）文，頁3以下。

81 一般以為，聯邦憲法法院亦自認，聯邦憲法法院為一法院（*Gericht*），同時亦為一憲法機關（*Verfassungsorgan*），Vgl. Schlaich/Korioth, *Das Bundesverfassung-sgericht*, 5. Aufl., Rdnr. 25ff.

82 而另一個重要之權限則係基本法第一百條所規定之「具體法規審查」，即「法官聲請釋憲」之類型。而實則各種程序及要件之詳細規定，係明定於聯邦憲法法院法第十三條（詳下述）中。

規定聯邦憲法法院之組織及程序等由聯邦法律定之。關於聯邦憲法法院之組成、職權行使之原則及程序、法院裁判之效力等，俱載於「聯邦憲法法院法」(Bundesverfassungsgerichtsgesetz)。

按德國於二次世界大戰後建立「集權式」違憲審查制度，實與其戰前的「國家法院」(Staatsgerichtshof)密切相關⁸³；其為歐陸法系國家，未有法院深獲人民信賴的歷史傳統，縱欲改採美國(分權)式的違憲審查制度亦或有其困難⁸⁴。

2. 違憲審查固以維護憲法最高性，架構合憲秩序為要務，實際運作則以保障人權為主

聯邦憲法法院的違憲審查權限，除「基本法」所規定者外，主要見於「聯邦憲法法院法」。一如其他歐陸國家，德國聯邦憲法法院法第十三條⁸⁵亦採取所謂「列舉原則」(Enumerationsprinzip)

83 關於德奧憲法法院建制之淵源及背景，可參閱吳庚，前揭(註 48)書，頁 315 以下；黃舒芃，〈德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡——從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起〉，《政治與社會哲學評論》，5 期，頁 123 以下(2003 年 6 月)。

關於德國違憲審查制度是否受到美國影響，可參閱 Hulmut Steinberger, *Historical Influence of American Constitutionalism upon German Constitutional Development: Federalism and Judicial Review*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 189 (1997); C. Simons, *Grundrechte und Gestaltungsspielraum— Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgesicht und US-amerikanischem Supreme Court bei der Normenkontrolle*, S.46ff. (Berlin:Duncker und Humblot, 1999).

84 歐陸法系國家實際亦曾嘗試建立美國式的違憲審查制度，例如義大利於二次戰後(1948 至 1956 年間)在未建立憲法法院前，最高法院即曾試驗建立美國式的制度，然並未成功。法國學者 Louis Favoreu 分析制度移植失敗的原因包括：歐洲普通法院的法官無力實施違憲審查、歐洲國家的法院系統為二元甚或多元等，參見 Louis Favoreu 原著，〈歐洲的違憲審查〉，收於 Louis Henkin/Albert J. Rosental 編，鄭戈、趙曉力、強世功譯，《憲政與權利——美國法的域外影響》，頁 35 以下(北京：三聯書店，1997 年 11 月)。

85 第十三條(法院審判權)

聯邦憲法法院裁判基本法所規定的案件，亦即：

1. 關於宣告褫奪基本權利的案件(基本法第十八條)。
2. 關於宣告政黨違憲的案件(基本法第二十一條第二項)。
3. 對於聯邦眾議院就選舉的效力或取得或喪失聯邦眾議院議員資格的決議所

86——聯邦憲法法院職權類型及要件概以憲法或法律所列舉者為限。其於案件之受理，須嚴格遵守法定要件；不合要件者，則裁定

提起的訴願（基本法第四十一條第二項）。

4. 關於聯邦眾議院或聯邦參議院對聯邦總統提起的彈劾案（基本法第六十一條）。
5. 就最高聯邦機關或其他依基本法或依最高聯邦機關的處務規程，具有一定權限的當事人，因權利及義務範圍發生爭議時，關於基本法的解釋（基本法第九十三條第一項第一款）。
6. 對於聯邦法或邦法在形式上或實質上是否符合基本法，或邦法是否符合其他聯邦法，發生爭議或疑義，經聯邦政府、邦政府、或聯邦眾議院三分之一議員聲請者（基本法第九十三條第一項第二款）。
- 6a. 對於法律是否符合基本法第七十二條第二項之要件而有疑義者，由聯邦參議院，邦政府或邦國民代表聲請之（基本法第九十三條第一項第二 a 款）。
7. 關於聯邦及邦的權利及義務所生之歧見，尤其是邦在執行聯邦法及（聯邦在）行使聯邦監督時所發生的歧見（基本法第九十三條第一項第三款及第八十四條第四項第二句）。
8. 關於聯邦與各邦間，各邦相互間，或一邦之內所發生的公法上爭議，而無其他法律途徑者（基本法第九十三條第一項第四款）。
- 8a. 關於憲法訴願（基本法第九十三條第一項第四款）
9. 對聯邦法官或邦法官提起的法官彈劾案（基本法第九十八條第二項及第五項）。
10. 經由邦法將裁判權移轉給聯邦憲法法院時，就一邦內的憲法爭議案件（基本法第九十九條）。
11. 關於聯邦法或邦法是否符合基本法，或邦法律或其他邦法規是否符合聯邦法，由法院提起聲請者（基本法第一百條第一項）。
12. 國際法的某項規則是否為聯邦法的構成部分，或這項規則是否直接創設個人的權利及義務發生疑義，而由法院提請聲請者（基本法第一百條第二項）。
13. 邦的憲法法院在解釋基本法時，欲與聯邦憲法法院或其他邦的憲法法院所為的裁判，為不同的裁判時，由這個邦的憲法法院提起聲請者（基本法第一百條第三項）。
14. 對於法律是否繼續為聯邦法而有效力，發生歧見者。
15. 其他由聯邦法律所規定之案件（基本法第九十三條第二項）。

參見施啟揚，《西德聯邦憲法法院論》，頁 300 以下（台北：臺灣商務印書館，1971 年 10 月初版）；其中第 6a、8a 及 11a 等款為作者按新修正之條文所增補（譯）。

86 參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 327。

不受理⁸⁷。

德國集權式違憲審查制度主要乃在於審查國家行為（行政、立法、司法）之合憲性，以維護憲法之最高性⁸⁸。所謂「憲法爭訟」（Verfassungsstreitigkeit）並非附隨於一般個案，其主要考量非在於維護「聲請人」之權利，而在於維護客觀法秩序，是即所謂「客觀程序」（objektive Verfahren）⁸⁹；其諸多類型並非以「聲請人」個人之權利受侵害，而存在「案件或爭議」為要件，僅「憲法訴願」（Verfassungsbeschwerde）兼為保護（聲請人）個人權利，而兼具主觀目的⁹⁰。

德國聯邦憲法法院「違憲審查」主要類型有五，茲分述之⁹¹。

1) 機關爭議（Organstreit）

依基本法第九十三條第一項第一款及聯邦憲法法院法第十三條第一項第五款之規定，聯邦最高機關間就基本法上之權利、義務之範圍發生爭議，得請求聯邦憲法法院裁判。此時有二個憲法機關對於其憲法上的權利義務產生「積極權限爭議」（雙方均認其有此權限）或「消極權限爭議」（雙方均認為其無此權限）⁹²。此種程序有爭議的雙方當事人（機關）存在，與其他「憲法訴訟」程序多僅有「聲請人」者不同，乃一對立程序，且爭議已發生並持續存在（迄於憲法法院審理時），故屬「具體審查」。

87 因此德國並無像美國可由聯邦最高法院頒發移審令而可直接受理案件之制度。

88 Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 3ff. und 12.

89 最典型者即「抽象法規審查」此一類型，Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 115ff.

90 Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 263；此一見解亦為吾國大法官釋憲程序中所繼受，見釋 445 解釋理由書：「惟人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的」。參見《續編（十一）》，頁 244（台北：司法院秘書處，1999 年 5 月初版）。

91 參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 327 以下；李建良，〈論法規之司法審查與違憲宣告——德國聯邦憲法法院裁判分析〉，收於氏著，前揭（註 1）書，頁 435 以下，頁 439-444。

92 Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 74.

關於「機關爭議」，聯邦憲法法院原則上係依聯邦憲法法院第六十七條第一項之規定，就聲請人所指摘之行為是否合憲進行裁判⁹³。惟此種個案爭議之解決因涉及憲法上機關權限之解釋，聯邦憲法法院第六十七條第三句爰規定：聯邦憲法法院就爭議所涉之憲法條文，亦得為必要闡釋。德國學者認為，爭議所涉憲法條文之解釋在「機關爭議」裁判中僅應作為前提問題，重點仍應在於解決個案爭議⁹⁴。是德國「機關爭議」與下述我國大法官「機關職權爭議解釋」之操作⁹⁵，有相當差異。

2) 抽象法規審查 (abstrakte Normenkontrolle)

基本法第九十三條第一項第二款⁹⁶及聯邦憲法法院法第十三條第六款規定：聯邦政府、邦政府或聯邦眾議院議員三分之一，得聲請聯邦憲法法院審查聯邦法或邦法是否抵觸基本法，或審查邦法是否抵觸其他聯邦法規。因係請求判斷國家行為之合憲性，故均僅有「聲請人」，而無「相對人」。核其性質應屬「抽象審查」。惟此等聲請權人聲請釋憲亦非毫無限制，按聯邦憲法法院向來見解，一個隱含的要件乃「該規範之有效性具有應予闡明之公共利益」，始得聲請審查⁹⁷。同理，基於客觀法秩序維護之必要，聯邦憲法法院之判決內容亦得及於當事人所未明確主張之其餘部份⁹⁸。由此可見德國聯邦憲法法院之主要任務乃在維護國家合憲的法秩序。

93 依此，聯邦憲法法院並不直接判命該當事人（雙方機關）直接之作為或不作為。惟依通說，判決之當事人應受拘束，惟以何種合憲之方式實現裁判內容，則依其自由決定。Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr.78.

94 聯邦憲法法院之實務（機關爭議裁判）亦然。詳見 Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 77 及其註 18。

95 參見後述參、一、之說明。

96 另參見聯邦憲法法院法第十三條第六款（「對於聯邦法或邦法在形式上或實質上是否符合基本法，或邦法是否符合其他聯邦法，發生爭議或疑義，經聯邦政府、邦政府、或聯邦眾議院三分之一議員聲請者」）。

97 Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 122.

98 例如，聯邦憲法法院第七十八條（抽象法規審查程序）第二句規定：同一法律中的其他規定如基於同一原因與基本法或其他聯邦法抵觸時，聯邦憲法法院亦得將之宣告無效。

3) 具體法規審查 (konkrete Normenkontrolle)

基本法第一百條第一項及聯邦憲法法院法第十三條第十一款略謂：各級法院於審理案件時，對於應適用之法律，認為有牴觸憲法之疑義者，應裁定停止訴訟程序，聲請聯邦憲法法院審查之⁹⁹。「具體法規審查」實際上即「法官聲請釋憲」(Richtervorlage)。此種聲請與法官自身之權益無涉，故屬「客觀程序」，性質上屬於「抽象審查」，然其聲請實以「個案事實」為基礎，故為偏向「具體」之抽象審查。稱作「具體法規審查」，良有以也。

惟「具體法規審查」之裁判，係針對法官所聲請之「法律」是否合憲，而非針對引發聲請之原因事實，所為之判斷¹⁰⁰。聲請法院應受該裁判之拘束，續為本案之審理。系爭法律經聯邦憲法法院宣告為違憲者，聲請法院得中止其審判程序，迄於新的合憲法律通過為止¹⁰¹。

4) 憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde)

基本法第九十三條第一項第四 a 款及聯邦憲法法院法第八 a 款規定：任何人於其基本權利遭受公權力之侵害，經依法定程序提起訴訟而未果者，得向聯邦憲法院提起「憲法訴願」，以謀救濟¹⁰²。憲法訴願非在使聯邦憲法法院成為第四審，亦非屬一般性權利救濟體系，而係基於防衛基本權利免於遭受國家公權力之侵害而創設之制度¹⁰³。其目的一方面固在保護人民之權利，故為「主觀

99 另參見聯邦憲法法院法第十三條第十一款（「關於聯邦法或邦法是否符合基本法，或邦法律或其他邦法規是否符合聯邦法，由法院提起聲請者」）。有關「具體法規審查」之中文文獻，參見楊子慧，〈論具體法規審查〉，《輔仁法學》，19期，頁67以下（2000年6月）。

100 參見聯邦憲法法院法第八十一條。

101 Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 156.

102 依此，德國之憲法訴願即與我國之「法令侵害基本人權爭議解釋」之制度（案件法第五條第一項第二款）相類似，差別僅在前者之審查客體為「所有國家公權力行為」，後者僅為「確定終局裁判上所適用之法令」。

103 Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 186.

程序」；他方面仍兼有架構合憲秩序的「客觀功能」¹⁰⁴。惟查聲請人對於審查之結果既有利害關係，雖因「窮盡救濟途徑」之限制，而須俟在一般法院訴訟未果後，始得向憲法法院聲請審查，然其於向一般法院起訴之際，要屬及時，故性質仍應認屬「具體審查」。

「憲法訴願」裁判認定系爭客體（公權力行為）侵害當事人基本權利而違憲時，應判決當事人（聲請人）勝訴。此際，若違憲之客體為法院裁判本身，或以違憲法規範為基礎而作成之法院裁判，則應廢棄該裁判，發回原審法院重新審理（聯邦憲法法院法第九十五條第二項及第三項第二句）。若違憲之客體係法規範本身，則應宣告該法律違而無效（聯邦憲法法院法第九十五條第三項第一句）。

5) 違憲政黨解散

基本法第二十一條第二項第一句規定，政黨之目的或行為違害自由民主之基本秩序、或危及德意志聯邦共和國之存續者，為違憲。基本法第二十一條第二項第二句及聯邦憲法法院法第十三條第二款進一步規定違憲政黨之解散。依聯邦憲法法院法第四十三條第一項之規定，可為聲請者包括：聯邦眾議院、聯邦參議院或聯邦政府。政黨經宣告違憲者，應予解散，並不得成立替代性組織（聯邦憲法法院法第四十六條第二項）；其所屬議員亦喪失資格（聯邦選舉法第四十六條第一項第五款）。此種審查，屬於「具體審查」與「事後審查」，殆無疑義。

制度設計上，因為德國違憲審查強調「維護憲法最高性」與「架構合憲秩序」之目的，前述五個審查類型中除「違憲政黨解散」純屬「具體審查」外，其餘四個類型皆具有「客觀功能」；即使按本文前述定義應歸類為「具體審查」的「憲法訴願」與「機關爭議」，仍兼具「客觀功能」。雖然如此，統計顯示德國聯邦憲法

104 Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr. 197, 263ff.

法院歷來所作判決中，由人民提起的「憲法訴願」佔了 95% 以上¹⁰⁵。是故德國違憲審查，與其說是以「抽象審查」為主，不如說是以「具體審查」（人民憲法訴訟）為主！

3. 事後審查

德國違憲審查均屬「事後審查」。聯邦憲法法院法既無就尚未成形（未有效成立）之國家行為或法規範審查之規定，基於前述「列舉原則」，自不能為事前審查¹⁰⁶。

4. 聯邦憲法法院之裁決具有一般拘束力

聯邦憲法法院法第三十一條第一項規定：「聯邦憲法法院之裁判拘束聯邦及各邦之憲法機關、法院及其他機關」。學理上說，其判決因此衍生出「法效力」（*Rechtskraft*）、「拘束力」（*Bindungswirkung*）、甚至依聯邦憲法法院法第三十一條第二項（聯邦憲法法院就第十三條第六款、第十一款、第十二款及第十四款案件所為裁判）具有「法律效力」（*Gesetzeskraft*）。亦即，其判決有類似法律的對世的一般效力，而非個案效力。

參、我國現行違憲審查制度

105 Alec Stone, *supra* note 42, at 46；如以德國聯邦憲法法院受理案件為統計，自 1951 年 9 月 7 日至 2000 年 12 月 31 日，共收件 132,002 件，其中 126,962 件為憲法訴願案件，3,288 件為規範審查（具體規範審查及抽象規範審查），5 件為違憲政黨審理，1,747 件則為其他類型（聯邦與邦之爭議及其他）而該等案件中，憲法訴願案件佔全部案件的 96.18%；有 129,542 件已審理完成（不受理或受理後作出判決），其中 124,620 件為憲法訴願（勝訴案件有 3,179 件，佔 2.6%），憲法訴願案件佔全部案件的 96.2%；而尚在系屬審理中的案件為 2,460 件，其中 2,342 件為憲法訴願，83 件為規範審查，以 35 件其他案件。若以 2000 年全年之統計數字觀察，共收件 4,831 件，其中憲法訴願 4,705 件（佔全部案件 97.4%），具體法規審查 26 件，抽象法規審查 1 件，聯邦與邦之爭議 2 件，機關爭議 2 件，選舉及議員訴訟 6 件。參見 Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2. Band, Anhang, S.931ff.

106 亦即一種對規範生效前的預防性審查（*präventive Normenkontrolle*）係不存在的，惟若對相關立法行為有爭議時，則可能係「機關爭議」的問題。Vgl. Schlaich/Korioth, a.a.O., Rdnr.121.

比較制度分類既明，以下可進而檢視台灣現行違憲審查制度，包括：所謂「憲法解釋」究竟指稱哪些活動，分屬前述哪種違憲審查類型；整體而言，台灣現制在比較制度的光譜中應如何定位。

一、現制內涵

綜觀憲法（含增修條文）、相關法律之規定及大法官解釋，司法院大法官現有「違憲審查」權的內容，約可分為以下六種。

單純憲法疑義解釋

「案件法」第五條第一項第一款前段規定：「中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義」時，得聲請解釋憲法；同條第一項第三款規定：「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義」時，大法官亦得作成憲法解釋。此時前開聲請權人得於「行使職權」時¹⁰⁷，單純就某憲法條文之意涵疑義，請求大法官予以闡釋，其與一般違憲審查係就「法規有無抵觸憲法」發生疑義聲請解釋者不同，故本文稱為「單純憲法疑義解釋」。

「憲法疑義解釋」既係單就憲法條文請求解釋，既無須以個案情況為基礎，更無須有「案件或爭議」存在，其為「抽象審查」，了無疑義¹⁰⁸；且其抽象之性格較諸下述第一種至第四種解釋更高。另，因其審查之客體為「憲法」（而非「法規」），故無所謂「事前審查」或「事後審查」之分。台灣自行憲以來，違憲審查權即專屬於司法院大法官，故「憲法疑義解釋」以及下述各種憲法解釋類型，皆屬「集權式審查」。又，因前揭大法官釋字第一八五號解釋並未區分憲法解釋類型，一概使生「一般拘束力」，故「憲法

107 參見吳信華，〈「行使職權」作為機聲請法令違憲解釋要件之探討〉，收於劉孔中、陳新民主編，《憲法解釋之理論與實務（第三輯）（下冊）》，頁205以下（台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，2002年9月初版）。

108 相同見解，參見李震山，前揭（註56）文，頁119-120。

疑義解釋」以及下述各種憲法解釋類型，皆屬「拘束性審查」。

「憲法疑義解釋」為台灣獨有之違憲審查類型，大法官於闡揚憲法理念、促進憲政發展確有相當貢獻¹⁰⁹，然因其解釋之範圍完全不受控制，而作成之解釋一概具有「拘束全國各機關及人民之效力」，操作稍有不慎，極易使大法官過早、過深地介入政治決策，變成「太上立法者」，而侵犯政治部門（行政、立法）的權限。（後詳）

109 例如大法官釋字第四九九號解釋。並參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 366-367；林三欽，前揭（註 35）文，頁 95-97。

法令違憲疑義解釋

「案件法」第五條第一項第一款後段規定：「中央或地方機關……適用法律與命令發生有牴觸憲法之疑義」者，得聲請大法官解釋；同條第一項第三款後段規定：「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，……適用法律發生有牴觸憲法之疑義」者，大法官亦得解釋憲法。此即德國所謂之「規範控制」（或稱「規範審查」）（Normenkontrolle）——控制法律與命令不得牴觸憲法。論者¹¹⁰嘗將之與德國「抽象規範審查」（abstrakte Normenkontrolle）¹¹¹相比擬。

此時聲請權人聲請解釋，無須以「爭議」存在為前提，僅需有法令違憲之「疑義」即可，且聲請權人就審查結果亦無實質利害關係可言，故屬「抽象審查」無疑。又，被聲請解釋之「法令」，乃指「已有效施行」者而言，故為「事後審查」。然實務上，台灣偶有就法律修正草案聲請解釋者，是殆已質變為兼具「事前審查」矣！¹¹²

110 參見蘇俊雄，〈從整合理論之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限〉，收於劉孔中、李建良主編，《憲法解釋之理論與實務》，頁 1 以下，頁 16（台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，1998 年 6 月初版）；蘇永欽，〈高成炎等聲請釋憲案的法律意見書〉，收於氏著，《違憲審查》，頁 207 以下，頁 211（台北：學林 1999 年 1 月 1 版）；蕭文生，前揭（註 53）文，頁 35。

111 基本法第九十三條第一項第二款及聯邦憲法法院法第十三條第六款規定：聯邦政府、邦政府或聯邦眾議院議員三分之一，得聲請聯邦憲法法院審查聯邦法或邦法是否牴觸基本法，或審查邦法是否牴觸其他聯邦法規。因係請求判斷國家行為之合憲性，故均僅有「聲請人」，而無「相對人」。核其性質應屬「抽象審查」。

112 實例如民國 82 年 6 月立委陳水扁等二十九人於審查廣播電視法修正草案時，提案聲請大法官解釋憲法第十一條（言論自由）是否包含「廣電自由」與「平等接近媒體之機會」。大法官並做成釋字第三六四號解釋。類似批評參見李念祖，〈廣播電視法修正立法關於接近使用媒體權論——淺評司法院大法官釋字第三六四號解釋〉，《法令月刊》，46 卷 2 期，頁 21 以下（1995 年 2 月）。

此外，「案件法」第五條第二項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令¹¹³，確信有牴觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋」；司法院大法官釋字第三七一號解釋更進一步放寬：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，……得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，聲請大法官解釋。這兩種由法官（法院）聲請之解釋，亦屬「規範控制」；論者¹¹⁴有將之與德國「具體規範審查」¹¹⁵相比擬者。

此類「具體規範審查」雖亦針對「法律有無牴觸憲法」聲請解釋，然此違憲疑義係法官審理案件時所產生，自與「個案事實情況」密切相關。核其性質，乃與前述「抽象規範審查」可完全未有「個案事實情況」者不同。亦即，「具體規範審查」雖同屬「客觀程序」（蓋聲請解釋之法官對於違憲審查之結果並無實質利害關係），然其因存在「個案事實情況」而較「抽象規範審查」具體。理論上，「個案事實情況」應拘束法官所得聲請解釋之範圍。又，

113 值得注意的是，大法官並未獨佔命令違憲的審查權，實務上法官對於違憲命令得逕行拒絕適用，不須聲請大法官解釋，參見司法院院解字第四〇一二號解釋（37/06/15）：「與憲法或法律牴觸之命令，法院得逕認為無效，不予適用」；故案件法第五條第二項所稱「命令違憲」，是指欲使違憲命令完全失效而言，而非單純拒絕適用，參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 375。法國對於命令之審查，也是採行集權、分權的併行制。參見後述伍、二、二。

114 參見翁岳生，〈我國釋憲制度之特徵與展望〉，收於司法院（印），《釋憲五十週年紀念論文集》，頁 285 以下，頁 301（台北：司法院，1998 年 9 月）；蘇俊雄，前揭（註 110）文，頁 16；蕭文生，前揭（註 53）文，頁 35。

115 基本法第一百條第一項及聯憲法法院法第十三條第十一款略謂：各級法院於審理案件時，對於應適用之法律，認為有牴觸憲法之疑義者，應裁定停止訴訟程序，聲請聯邦憲法法院審查之。「具體法規審查」實際上即「法官聲請釋憲」（Richtervorlage）。此種聲請與法官自身之權益無涉，故屬「客觀程序」，性質上屬於「抽象審查」，然其聲請實以「個案事實」為基礎，故為偏向「具體」之抽象審查。稱作「具體法規審查」，良有以也。

法官聲請解釋（有無違憲）之法律，亦須為有效施行者，故其為「事後審查」。

機關職權爭議解釋

「案件法」第五條第一項第一款中段規定：「中央或地方機關，…因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議」時，得聲請大法官解釋¹¹⁶。「機關職權爭議解釋」必是就（至少）二個不相隸屬的機關之間，因行使職權，適用憲法產生之爭議，進行判斷。雖然形式上，聲請解釋者輒為爭議之一方，故形式上未必有對立之雙方當事人存在；然其既有「爭議」，原應屬「具體審查」（＝機關憲法訴訟）。惟實務上，大法官概以「抽象審查」模式操作，解釋文殆以「闡明憲法意旨」為務，既不受爭議機關聲請書之拘束（而得一併闡明相關法條），且未必解決機關間之權限爭議（釋字第五二〇號解釋即為著例）¹¹⁷。本文爰姑且從俗，將之歸類為「抽象審查」。惟其既有「爭議」之事實，其「具體之程度」殆與前述「具體規範審查」相近，而異於「抽象規範審查」。又，既謂「爭議」，應先有爭議之事實（不同之見解與操作），始得據此

116 本項規定是否相當於德國所謂「機關權限爭議」（Organstreit），學者有不同之看法。或謂：「機關爭議」是指機關間的權限爭議而言，而前揭「案件法」乃規定兩個以上機關適用憲法時，因理解不同而生之爭議，未必涉及彼此間權限之積極或消極爭議。參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 367。或謂其相當於德國「機關權限爭議」，參見王和雄，〈違憲審查制度與司法院大法官審理案件法〉，《法學叢刊》，46 卷 2 期，頁 1 以下，頁 38（2001 年 4 月）；李震山，前揭（註 56）文，頁 120。

按基本法第九十三條第一項第一款及聯邦憲法法院法第十三條第一項第五款之規定，聯邦最高機關間就基本法上之權利義務之範圍發生爭議，得請求聯邦憲法法院裁判。此時有二個憲法機關對於其憲法上的權利義務產生「積極權限爭議」（雙方均認其有此權限）或「消極權限爭議」（雙方均認為其無此權限）。此種程序有爭議的雙方當事人（機關）存在，與其他「憲法訴訟」程序多僅有「聲請人」者不同，乃一對立程序，且爭議已發生並持續存在，核屬「具體審查」。

117 參見湯德宗，〈憲法結構與違憲審查——司法院大法官釋字第五二〇號解釋評釋〉，收於劉孔中、陳新民主編，前揭（註 107）書，頁 307 以下。

聲請解釋，核其性質，應屬「事後審查」。

法令侵害人權爭議解釋

「案件法」第五條第一項第二款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義」者，得聲請大法官解釋。就其限於人民（含法人、政黨）「於其憲法上所保障之權利」，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，而不獲救濟，始得聲請解釋觀之，似與德國「憲法訴願」¹¹⁸類型相仿。惟德國「憲法訴願」係訴請憲法法院直接撤銷侵害基本人權之「公權力行為」（可為「行政處分」或「法院判決」或「法律」），審查之結果直接對聲請人發生效力。反觀台灣的「法令侵害人權爭議解釋」則以終局裁判所適用之「法令」作為審查客體；裁判適用之「法令」縱經宣告為違憲，聲請人仍須提起「再審之訴」（或非常上訴），期能廢棄原侵害人權之終局裁判（下詳）¹¹⁹。

「法令侵害人權爭議解釋」既有「爭議」之事實，其「具體之程度」殆與前述「具體規範審查」相近，而異於「抽象規範審查」；而聲請解釋之人民對於解釋之結果，原具有實質利害關係，毋寧已極接近「具體審查」（＝人民憲法訴訟）。奈何受制於前揭「案件法」之規定，本文爰姑且將之歸類為「抽象審查」¹²⁰。又，

118 基本法第九十三條第一項第四 a 款及聯邦憲法法院法第八 a 款規定：任何人於其基本權利遭受公權力之侵害，經依法定程序提起訴訟而未果者，得向聯邦憲法法院提起「憲法訴願」，以謀救濟。憲法訴願非在使聯邦憲法法院成為第四審，亦非屬一般性權利救濟體系，而係基於防衛基本權利免於遭受國家公權力之侵害而創設之制度。其目的一方面固在保護人民之權利，故為「主觀程序」，性質屬於「具體審查」，然仍兼有架構合憲秩序的客觀功能。

119 參見蘇永欽，〈從體系功能觀點談大法官會議的改革方向〉，收於氏著，前揭（註 37）書，頁 143 以下，頁 166；吳志光，〈違憲審查制度與司法一元化〉，收於氏著，《比較違憲審查制度》，頁 1 以下，頁 11-13（台北：神州，2003 年 4 月）；李震山，前揭（註 56）文，頁 120。

120 「法令違反基本人權爭議解釋」之性質為何，學者見解不一。有認其係為「抽象審查」者，參見李震山，前揭（註 56）文，頁 120；有將其與釋字第一七七號解釋、第三七一號解釋合併觀察後，認為係「類似」於德國「憲法

「法令侵害人權爭議解釋」既以人民（含法人、政黨）「憲法上所保障之權利，因確定終局裁判適用違憲法令，而遭受不法侵害」作為要件，自屬「事後審查」。

地方自治疑義解釋

關於地方自治之違憲審查，原見於憲法第一百十四條：「省自治法制定後，須即送司法院。司法院如認為有違憲之虞，應將違憲條文宣布無效」。究其性質，乃典型之「規範控制」，無須附隨於「案件或爭議」，故屬「抽象審查」；而其要求省自治法制定後（無待施行）「即」送司法院，更屬「事前審查」，為憲法所僅見！本條規定現已為憲法增修條文第九條所凍結。

現行地方自治之違憲審查，規定於地方制度法（以下簡稱「地制法」）第三十條第五項、第四十三條第五項與第七十五條第八項。茲分述之。

1. 自治法規違憲疑義解釋。「地制法」第三十條第五項規定：「自治法規與憲法、法律、基於法律授權之法規、上級自治團體自治條例或該自治團體自治條例有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之」。自其文義觀之，前揭規定似兼指監督機關及地方自治團體，就自治法規是否牴觸上位規範發生疑義時，皆得聲請大法官解釋。然大法官釋字第五二七號解釋卻限縮其意涵：指「就相關業務有監督自治團體權限之各級主管機關對…自治法規是否牴觸憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，而尚未依各該條第四項逕予函告無效，向本院大法官聲請解釋而言」。至於地方自治團體則須待上級監督機關對自治法規函告無效後，始得就該函告依「案件法」第五條之規定，聲請（前文所謂）「法令違憲疑義解釋」，或「機關職權爭議解釋」。亦即，「地制法」第三十條第五項之聲請人僅限於

訴願」之「具體規範審查」者，參見蘇永欽，〈我國人民釋憲聲請權的性質與修正芻議〉，收於氏著，《憲法與社會》，頁 43-45（台北：自版，1988年）。

「上級監督機關」，而不包括「地方自治團體」。

按前開大法官解釋，「自治法規違憲疑義解釋」乃在審查地方自治法規有無牴觸上位規範，故屬「規範控制」；其僅需有牴觸上位規範之「疑義」即可聲請，故為「抽象解釋」。又，地方自治法規是否牴觸上位階規範，須自治法規生效施行後始得聲請解釋，故屬「事後審查」。

2. 地方議會議決自治事項違憲疑義解釋。「地制法」第四十三條第五項規定：「第一項至第三項（地方議會）議決自治事項與憲法、法律、中央法規、縣規章有無牴觸發生疑義時，得聲請司法院解釋之」。大法官釋字第五二七號解釋釋示：其僅指「就相關業務有監督自治團體權限之各級主管機關對決議事項是否牴觸憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，而未依該條第四項逕予函告無效，向本院大法官聲請解釋而言」。是亦僅「上級監督機關」可為聲請人。至於「地方議會」則需俟上級監督機關函告後，依「案件法」之規定，聲請大法官就該函告進行（前文所述之）「法令違憲疑義解釋」或「機關職權爭議解釋」。

「地方議會議決自治事項違憲疑義解釋」之性質，因地方議會議決事項不同，或為「抽象規範審查」¹²¹，或為「中央、地方權限爭議」。惟大法官於釋字五五三號解釋認為：「憲法設立釋憲制度之本旨，係授予釋憲機關從事規範審查，除由大法官組成之憲法法庭審理政黨違憲解散事項外，尚不及於具體處分行為違憲或違法之審理」，爰將之限縮為「抽象審查」，本文姑且從之。又，「地方議會議決自治事項違憲疑義解釋」既係就「發生牴觸上位規範之疑義，而上級監督機關未依法逕行函告無效」之「地方議會議決」所為之規範審查，該決議當已生效，故屬「事後審查」。

3. 地方政府辦理自治事項違憲疑義解釋。「地制法」第七十五

121 如為避免與同法第三十條第五項之規定發生競合，可限縮解釋本（第四十三條第五）項之「議會議決事項」僅指「地方自治條例」以外之議決事項。如此則本項概屬「中央、地方權限爭議」。

條第八項規定：「第二項、第四項及第六項之（地方行政機關辦理）自治事項有無違背憲法、法律、中央法規、縣規章發生疑義時，得聲請司法院解釋之」。大法官先於釋字第五二七號解釋闡示其意義，謂：「有監督地方自治團體權限之各級主管機關，依地方制度法第七十五條對地方自治團體行政機關辦理該條第二項、第四項及第六項之自治事項，認有違背憲法、法律或其他上位規範尚有疑義，未依各該規定予以撤銷、變更、廢止或停止其執行（自治事項）前，得依同條第八項聲請解釋」¹²²；繼於釋字第五五三號解釋重申斯旨。故「地方政府辦理自治事項疑義解釋」，亦僅「上級監督機關」得為聲請人，地方自治行政機關僅於例外情形下始得聲請解釋。

「地方政府辦理自治事項違憲疑義解釋」既以地方政府辦理自治事項，為聲請解釋之要件，原有「具體事實情境」（context），且大法官理應依該事實情境判斷該地方政府「辦理」有無牴觸上位規範，故可認為係「具體審查」。惟實務上，前揭釋字第五五三號解釋等仍將其理解為「抽象審查」，本文姑亦從之。又，「地方政府辦理自治事項違憲疑義解釋」乃就「已辦理」之自治事項，有無牴觸上位規範，聲請解釋，故為「事後審查」。

違憲政黨解散裁判

憲法增修條文第五條第四項規定：「司法院大法官，除依憲法

122 至於「地方自治行政機關」須俟上級監督機關作成處分行為後，以該處分涉及辦理自治事項所依據之自治法規是否因牴觸上位階法規範，發生疑義，且該自治法規未經上級主管機關函告無效，致無從聲請（前文所述之）「地方自治法規疑義解釋」者，方得聲請大法官解釋。參見釋字第五二七號解釋「理由書」，載《續編（十四）》，頁 672。

此外，則應以自治法人之權利受公權力侵害為由，以行政訴訟尋求救濟，於窮盡訴訟救濟途徑後，方得依「案件法」第五條第一項第二款，聲請「法令侵害基本人權解釋」。另說以為：「公法人因目前無法主張其享有基本權利，故不能以第五條第一項第二款聲請解釋」。參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 376。

第七十八條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項」；又「案件法」第十九條第一項規定：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在，或自由民主之憲政秩序者，主管機關得聲請司法院憲法法庭解散之」。所謂「違憲政黨」之定義則載在憲法增修條文第五條第五項：「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲」。

「違憲政黨解散」須由主管機關提出聲請¹²³，大法官應組成「憲法法庭」審理，並應行言詞辯論¹²⁴，最終決定更需以「判決」行之¹²⁵。而所謂政黨之「目的」或「行為」違憲，均須以政黨存在並活動作為前提；政黨之目的或行為有無違憲並需於具體事實情境判斷。故「違憲政黨解散」應為「具體」且「事後」之審查（政黨憲法訴訟）。

二、現制定位

台灣現制，如前所述，除了尚未有案例的「違憲政黨解散裁判」應屬「具體審查」外，其餘大法官解釋憲法的類型，均屬道地的「抽象審查」。與德國相比，「抽象審查」發達的程度更有過之：不僅「機關職權爭議解釋」無須（如德國之「機關爭議」）解決系爭之機關「爭議」，「法令侵害人權爭議解釋」僅以終局裁判所適用之「法令」為審查標的（而非如德國之「憲法訴願」乃以違憲之「公權力行為」為審查標的），無從直接廢棄違憲之裁判（司法行為），全然僅屬「客觀程序」（抽象闡明憲法意旨），而未有「權利（或權力）保障」的功能！是整體而言，台灣現行的違憲審查制度毋寧（較德國）更偏向（貼近）法國之制¹²⁶。以上四國違

123 參見案件法第十九條第一項。所謂「政黨」，指人民團體法第四十四條以下之「政治團體」，其主管機關在中央為內政部（同法第三條參照）。

124 參見案件法第二十一條。

125 參見案件法第二十六條。

126 就前述四組分類指標而論，我國與德國皆屬「集權」、「抽象」與「事後」審查制，且裁判具有「一般拘束力」，而我國與法國則有「事後審查」與

憲審查制度之比較，可彙整如【表二】。

肆、違憲審查建制目的之省思

我國違憲審查制度施行至今已有五十餘年，各界對其運作成效，可謂毀譽參半，仁智互見。不論「司改會議」當初何以達成「司法院審判機關化」之決議，為免人云亦云，吾人允宜利用此一社會契機，深入檢討現制缺失，才能謀得具體、可行的改革方案。檢討現制須由違憲審查的建制目的出發。

一、保障基本人權

英美法官素以維護人權為己任，並因而贏得司法在社會上相對尊崇的地位。大陸法系國家創設憲法法院，職司違憲審查，無非以史為鑒，痛定思痛，矢志保障人權¹²⁷。如前所述，歐陸各國固（設憲法法院）採「集權式違憲審查」，但多為「抽象審查」與「具體審查」併行。以德國為例，聯邦憲法法院的案件 95%以上來自於人民因憲法基本權受侵害而聲請者，亦即屬於「具體審查」之「憲法訴願」案件；而由政府機關（或國會議員）聲請的案件，亦即屬於「抽象審查」的「規範控制」案件，平均每年不及 3 件¹²⁸。奧地利情形類似，憲法法院 90%以上的案件係來自於行政

「事前審查」的差別；故表面上，我國應與德制較為相近。然，如進一步以美、法兩國為光譜的兩端，德國居中（混合制），則我國的位置應在法、德之間，蓋德制因有「憲法訴願」，故比我國更接近美制的具體審查；而我國迄未有德式「憲法訴願」，故比德制更偏重「抽象審查」，而近於法國的抽象審查。事實上，「事前/事後審查」指標也可視為「抽象/具體審查」指標的延伸，蓋凡事前審查，必然具備抽象性質，而與個案脫鉤。

127 德國基本法起草時決定仿奧地利憲法（1920-29），設立「聯邦憲法法院」，殆為納粹經驗的反省結果。蓋由於德國 1919 年的威瑪憲法對於憲法的防護功能薄弱，因此而導致納粹慘痛的歷史經驗，因之建立一個強有力的憲法審判權以維護憲法的最高性，即為德國基本法制定者之重要抉擇，相關介紹可參閱 Ernst Benda/Eckart Klein, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl., 2001, Rdnr.1ff.

128 Alec Stone, *supra* note 42, at 46.

法院的「具體審查」案件；「抽象審查」極為罕見，且在政治上無足輕重¹²⁹。台灣前此太過注重制度引介，而忽略了制度實際運作的結果，導致認知偏差，應予修正！¹³⁰

台灣大法官釋憲初期，因為「司法院大法官會議規則」（37/09/16~47/07/21）僅許機關聲請解釋，無「人民聲請」者可言；自民國四十七年制定「司法院大法官會議法」（47/07/21）後，人民雖得以確定終局裁判適用法令牴觸憲法，侵害其法所保障之權利為由，聲請大法官解釋憲法，然第二屆（47/09~56/09）、第三屆（56/10~65/09）大法官時期仍為「機關聲請」主導時期（作成之解釋幾乎全屬「機關聲請」者）；及至第四屆（65/10~74/09）、第五屆（74/10~83/09）大法官時期，依「人民聲請」而為解釋之比例始顯著增加（分別達 51%與 73%）¹³¹。第六屆（83/10~92/09）大法官時期，因人民聲請所為解釋案之比例預估將更上升至 80%¹³²；惟相較於前述德、奧兩國，人民聲請解釋之比例似仍偏低。此除顯示台灣民主政治發展、人民權利意識覺醒的軌跡外，似亦暗示：現行實務將「法令侵害基本人權爭議解釋」（機械而錯誤地）操作成「抽象解釋」（規範控制），而未能如德國之「憲法訴願」作為「具體審查」，容有改進空間。

129 *Id.*

130 至於法國第五共和憲法設立「憲法委員會」（違憲審查），原為確保國會不至逾越憲法所賦予的「限定立法權」，侵害行政部門的立法權，而非為（直接）保障人權；人民迄無聲請憲法委員會審查的權利；當然，抽象違憲審查只要能維護憲法之規範效力，制止違憲行為，則人權保障之目的即能間接實現。有關法國第五共和獨特的行政、立法兩部門分享立法權，形成「分庭抗禮」之勢，參見湯德宗，〈論行政立法之監督——法規命令及行政規則訂定程序起草構想〉，收於氏著《行政程序法論》，頁 211 以下，頁 215-219（台北：元照，2003 年 10 月增訂 2 版）。

131 湯德宗，前揭（註 47）文，頁 215-216、304（表三）。

132 參見司法院（印行），《大法官釋憲史料》，頁 485-486（台北：司法院，1998 年 9 月出版）。

抽象審查因「解釋」與「裁判」分離，遲延正義實現

台灣現制，大法官僅抽象「解釋」憲法意旨，而不具體「裁判」憲法爭議，已如前述。似此「解釋」與「裁判」割裂的制度，對於人權保障顯然較為迂迴。

首先，大法官**釋字第一七七號解釋**固謂：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」。所謂「亦有效力」，按大法官**釋字第一八五號解釋**乃指：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局判決者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」。是原受不利終局判決而聲請解釋之人民，並不能僅以「抽象解釋」即獲得救濟，猶需更行訴訟（再審或非常上訴）。反之，「具體審查」制下終審法院法官（例如美國聯邦最高法院大法官）係因裁判之需要而「解釋」憲法（附帶審查所需適用之相關法令有無違憲），解釋之結果如認定法律、命令（或其他行政行為）違憲，則原（下級法院）裁判即告廢棄。兩相比較，「抽象審查」在人民基本人權的保障方面，顯然較為迂迴，至少須多經一個審級。

或許有鑑於此，立法院於制定「司法院大法官案件審理法」（82/02/03）時乃明定¹³³：其時兩個訴訟終審法院（「最高法院」與「行政法院」），就其受理之案件中所適用之法律或命令，認為有牴觸憲法之嫌者，得裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋¹³⁴。嘗試精簡流程，加速實現正義。嗣大法官作成**釋字第三七一號解釋**（84/01/20），在維持「集權式審查」（僅司法院大法官有釋憲權）

133 理論上，前此司法院大法官會議法第四條所稱之「中央或機關地方」應包含各級法院，從而就其受理之案件中所適用之法律或命令，認為有牴觸憲法之嫌者，得裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋，參見翁岳生，〈憲法之維護者〉，收於氏著《行政法與現代法治國家》，頁 475 以下，頁 477（台北：自刊，1987 年 4 月 6 版）。

134 參見司法院大法官審理案件法第五條第二項。

與「抽象審查」的雙重前提下，授予普通法院法官以「消極的」違憲審查權。略謂：各級法官審理案件時，對於應適用之法律，認為有牴觸憲法之疑義者，「得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定，與上開意旨不符部份，應停止適用」¹³⁵。其允許個案法官直接聲請解釋（不受訴訟審級限制），原在方便法官擁抱憲法¹³⁶、維護人權，但實施以來，成效不彰。自釋字第三七二號解釋至釋字第五七二號解釋（93/02/06）為止，僅有 14 件解釋¹³⁷係因法官聲請而作成，且其中 3 件解釋係由同一位法官所聲請。此除顯示各級法院法官的憲法意識普遍薄弱（後詳）外，亦顯示：僅予法官「消極的」（聲請）釋憲權，並維持大法官的專屬釋憲權（集權式審查），殆未能提供法官足夠的制度誘因（institutional incentives）¹³⁸。

其次，聲請之人民縱使贏得有利的「憲法解釋」，亦未必有再審或非常上訴之機會。按「抽象審查」既係針對「法規」本身，自原確定終局裁判之原因事實中抽離，進行合憲性的審查。違憲審查之結果可能（全部或部分）認同聲請人的主張，但最終並未宣告系爭法規（包括函釋、判例、庭推總會決議等）¹³⁹無效，而僅以限期立法（修法）之方式，課予有關機關作為義務。此時聲請人即無法依據大法官解釋提起再審之訴。此一困境，翁岳生大法官於釋字

135 參見《司法院大法官解釋續編》（以下簡稱《續編》），頁 1（1994 年 6 月）。

136 該解釋有謂：「憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務」。參見《續編》，頁 1。

137 亦即，釋字 384、392、471、475、476、477、509、517、545、551、554、558、559、572 等。

138 例如：聲請解釋無助於舒緩法官積案的壓力（撰寫聲請書更需耗費諸多精力），亦無助於法官之考績。保障人權的「使命感」往往在現實考慮下被迫放棄，實可理解。

139 參見司法院大法官釋字第 218、224、251、455、457、483、535 號等解釋。

第四五五號解釋「協同意見書」中具體指明，足為例證¹⁴⁰。

第三，「抽象審查」制下大法官因僅能抽象地構建法規適用的「大前提」，無權將大前提涵攝至具體事實（「小前提」），因而無從掌握法規適用之「結論」（判決結果），人權保障之效果遂為間接。按「解釋」與「裁判」分割的原則，抽象審查制下（釋憲機關）「大法官」僅能抽象地構建法規適用的「大前提」（例如：闡明何謂憲法上的「言論自由」，何謂「誹謗」，何謂「猥褻言論」等），然後由（普通法院）「法官」將之涵攝至具體事實（「小前提」），形成「判決」（結論）。然而，上述「三段論證」的過程絕非一機械式過程。作為「大前提」的法規範輒需解釋（存在解釋的空間），要非「自明之理」或「想當然耳」；「法官」之理解乃未必與「大法官」之理解相同。其次，同樣的事實，不同的法官可有不同的認定¹⁴¹。結果大法官所作的抽象憲法解釋，縱使意在使聲請的人民獲得救濟，往往卻難保聲請的人民受惠。

例如，前交通部長蔡兆陽告商業週刊誹謗案，大法官雖以釋字

140 《續編（十二）》，頁 73-74（「……由於本件解釋並未宣告系爭函釋無效，而僅以限期立法之方式，課予有關機關訂定相關規定之義務。故本件聲請人無法依據本解釋提起再審之訴，獲得法律救濟（參見釋字第一七七號、第一八三號、第一八五號解釋），本席就此深感遺憾。惟司法院修正司法院大法官審理案件法時，已於修正草案中規定，據以聲請解釋之案件，其受不利確定終局裁判之聲請人，得以該解釋為理由，依法定程序請求救濟，不受解釋中所定期間之影響（司法院大法官審理案件法修正草案第二十三條第三項），對上開情形有所補救。此項草案經立法院法制、司法委員會聯席會議於民國八十七年五月二十日審查通過，業已完成第一讀之立法程序，本項法案如能順利完成第二、三讀程序，將可提供此等聲請人法律救濟之機會，併此說明。」）對此，審議中之「司法院大法官審理案件法」第二十九條（「確定終局裁判所適用之法令，或其適用法令所表示之見解，經憲法法庭解釋認與憲法意旨不符時，其受不利確定終局裁判之聲請人，得依法定程序請求救濟」）擬更放寬釋字第一七七號、第一八三號、第一八五號解釋，使此等聲請人亦可以如上大法官解釋為理由，提起再審。

141 理論上說，大法官應超越聲請解釋的「原因事實」，抽象地闡明規範意旨。然實際上，大法官建構規範意旨時極可能以「原因事實」為設想。例如，以聲請人有理之心證作為基礎，而作成規範意旨的闡釋。

第五〇九號解釋闡釋：「刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，……非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務」¹⁴²，惟被告最終仍獲敗訴之判決¹⁴³。法院「法官」於個案中能否精確掌握（理解）「大法官」捍衛言論自由之意旨，非無疑問。這種情形好比打撞球，選手不能以母球將目標球直接擊入袋中，而須先擊中「中介球」，再藉「中介球」將目標球打進袋中（即俗稱打謂“kiss”球）。其困難可想而知。

抽象審查因「解釋」與「裁判」分離，易生憲法疏離

現行「抽象審查」制度使大法官無法直接撤銷違憲判決，有效保障人權，已如前述。現行「集權式審查」，硬將「憲法解釋」與非關憲法的「訴訟裁判」分離，日久（普通法院）「法官」對於憲法產生疏離感。蓋憲法解釋是大法官的（專屬）職權，法官只能審理不涉及憲法問題的訴訟案件。法官於憲法尚且如此疏離¹⁴⁴，遑論人民！「憲法疏離」不利於民權保障，殆無需多言¹⁴⁵。

總此，為強化人權保障，未來應考慮將現行「法令侵害人權爭議解釋」由「抽象審查」改為「具體審查」（引進德國「憲法訴

142 參見《續編（十四）》，頁 171。

143 參見臺灣高等法院 90 年度上更字第 533 號刑事判決（91/01/29）。

144 法官的憲法疏離感，其來有自。自 1998 年起，律師與司法官國家考試「憲法」科始採用申論題（前此為測驗題）；又，自去（2003）年起，始比照「專業科目」計分（前此為「一般科目」）。僅此一端，可知梗概。

145 同說參見林子儀，〈普通法院各級法院法官及行政法院評事應否具有違憲審查權〉，收於氏著前揭（註 1）書，頁 81 以下，頁 89-90；李念祖，〈論我國法院法官之違憲審查義務〉，收於氏著，前揭（註 2）書，頁 475 以下，頁 477。

願」)，並逐步將之由「集權式（具體）審查」改為「分權式（具體）審查」，使各級法官皆得受理人民提起的憲法訴訟。

二、維護權力分立

權力分立原則（Doctrine of Separation of Powers）乃現代法治國家構造憲法所依循的主要原理，亦近代立憲主義思潮中控制國家機器最主要的手段。成文憲法制定的目的原在界定各個國家機關（權力部門）的權限，並使之相互制衡，以維護人民的自由與權利。為維護「權力分立原則」，確保國家機關各在其位、各司其職，不逾越憲法所界定的權限範圍，原為「違憲審查」制度設立的初衷。另一方面，權力分立原則對於違憲審查制度之建構（設計），亦產生一定之約制。亦即，違憲審查之範圍及方式，仍須符合權力分立原理，非可漫無限制。故「司法審查制度」與「權力分立原則」兩者具有一種互為約束、相生相剋的關係¹⁴⁶。準此，違憲審查制度之改革應堅守下列兩項原則。

確認「違憲審查」為「司法權」之作用

關於由司法院大法官執掌「違憲審查權」（憲法解釋權）一點，中華民國憲法明白規定在「第七章 司法」。此與法國第五共和憲法將「憲法委員會」與「司法」分列為（第七、第八）兩章，從而「憲法委員會」是否為「司法」機關，容可討論者，顯然不同。我以為，討論違憲審查制度之改革，首先應「確認」憲法意旨——違憲審查（憲法解釋）乃「司法權」之作用。蓋此為制度設計的前提問題，「司法」的違憲審查與「非司法」的違憲審查，無論在權力的內含（違憲審查的範圍）、機關組織（成員應否有法學專業資格的限制）、乃至審查的程序（係以「會議」、「委員會」或「法庭」的形式審議）等，皆有不同，不能混為一談。假定憲法

146 參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，收於氏著，前揭（註47）書，頁183以下，頁202。

不修改，則「違憲審查」既經憲法定位為司法權之一環，自應謹守司法權之界限。

「抽象審查」應避免侵奪「立法權」（含修憲權）

關於司法權之本質，作者前曾試以普通法院的「個案裁判」為核心，歸納為四項：「被動性」（不告不理）、「正確性」（法院裁判乃以正確評斷是非為目的）、「獨立性」（審判獨立所以昭公信）與「拘束性」（法院裁判原為解決具體爭議而作，非為提供法律諮詢意見）¹⁴⁷。嗣並嘗試剖析「抽象審查」制，允許大法官得就「疑義」進行審查，無須受到所謂「案件或爭議」要件之束縛，對於司法權的影響，發現：除了因「須經（法定聲請權人之）聲請」始得解釋，「抽象審查」在形式上¹⁴⁸仍維持了司法「被動性」（不告不理）的本質外；「疑義」無所謂「事件發展程度（不熟或過熟）」可言，「抽象審查」較難確保結果之「正確」；以「政治部門」為聲請人的設計，一方面「稀釋」了「原告適格」（須對訴訟結果具有實質利害關係者，始得訴請法院行使裁判權）的限制，他方面則「增加」了大法官介入政治決策的機會，終將導致「政治問題不予審查」的原則形同虛設。

尤有甚者，自釋字第一八五號解釋起，大法官即建立其所為解釋概具有「一般拘束力」之原則。繼在釋字第四〇五號解釋¹⁴⁹（解釋理由書）闡示：「司法院大法官依司法院大法官審理案件法

147 湯德宗，前揭（註 47）文，頁 141-145。

148 蓋在抽象審查制下，大法官解釋（闡明）之內容，「實質上」並不受聲請人聲請書之侷限，輒「併予指明」相關法規意旨。釋字第四四五號解釋、釋字第五二七號解釋皆為著例。

149 關於本件解釋之評論，參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性理論初探〉，收於前揭（註 47）書，頁 1 以下，頁 31-35、42。

上述「規範再定之禁止原則」若成定則，則我國釋憲機關之「強勢」，將令美、德諸國望塵莫及。參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 429。有關德國法上「規範再定之禁止原則」之討論，參見陳愛娥，前揭（註 56）文，頁 19 以下。

之規定，就憲法所為之解釋，不問其係闡明憲法之真義、解決憲法之爭議、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力」，「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋，自不待言」；更進一步將「憲法解釋」之效力等同「憲法」規定。總此，作者前文乃歸結：「抽象違憲審查實際已近乎立法活動，遠非單純的司法活動可以比擬」¹⁵⁰。

實際他國學者對於抽象審查的立法作用早有的論：「抽象審查的作用乃在延伸原已完結之立法程序——聲請（審查）實際上要求（憲法）法院對系爭法案或法律為最後之『一讀』」¹⁵¹。又，「憲法法院法官從事抽象審查時，其決策過程較其在具體訴訟中適用法律（甚或憲法）裁判爭議，更近乎立法決策程序。亦即，抽象審查過程中，（憲法）法院的立法功能遠比其解決爭議的功能重要得多。尤其，此所謂之『爭議』主要為政黨或政治的，而非司法的」¹⁵²。無怪乎，德國鴻儒卡爾·史密特（Carl Schmitt）反對設立違憲審查制度，以為此舉將導致「政治司法化」或「司法政治化」¹⁵³；學者 Landfried 亦主張廢除「抽象違憲審查」制度¹⁵⁴。

150 湯德宗，前揭（註47）文，頁171、179（表二）。

151 Alec Stone, *supra* note 42, at 45 (“Abstract review therefore functions to extend what would otherwise be a concluded legislative process—referrals in effect require the court to undertake a final ‘reading’ of a disputed bill or law”)（斜體字為原文所載）。

152 *Id.*, at 54-5 (“[I]t is crucial to note that when constitutional judges are engaged in abstract review, their decision-making processes are closer to legislative decision-making processes than when they are applying a code, or even the constitution, to decide disputes arising from concrete litigation. That is, in abstract review processes, the lawmaking function of these courts is far more important than is dispute-resolution. Moreover, the ‘dispute’ at hand is primary partisan-political, rather than judicial.”).

153 See Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* 63 (1958). 史密特認為：「抽象的規範審查」將使違憲審查機關變得如同制憲機關一般，蓋「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

按前文之分析，我國現行違憲審查制度除了近年新增而未有實作經驗的「違憲政黨解散」外，其他內容殆屬「抽象審查」。而其抽象之程度實際又勝過德國，或與法國在伯仲之間。質言之，我國大法官不僅將原可（依其文義）解釋（歸類）為「具體審查」的「機關職權爭議解釋」（外表類似德國「機關權限爭議」）與「法令侵害人權爭議解釋」（外表類似德國「憲法訴願」），一律機械（且錯誤地）操作成「抽象解釋」（規範控制）；並且更擁有舉世僅見的「單純憲法疑義解釋」。尤有甚者，表面上大法官的「抽象解釋」係就「已生效」的法規進行合憲性審查，故屬「事後審查」；但實際上，大法官往往藉「憲法疑義解釋」，闡明憲法意旨時，一併指示未來立法的具體內容。例如，釋字第四三六號解釋除宣告軍事審判法有關禁止被告向普通法院上訴之規定違憲外，更明確指示：「本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟」¹⁵⁵。按前述釋字第四〇五號解釋之意旨，立法院嗣後修正軍事審判法時即不得為「不同」於釋字第四三六號解釋所宣示的上訴要件——在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件。類此指示未來立法內容的抽象解釋，其立法作用較諸法國「事前」抽象審查制，可謂違不相讓！長此以往，勢難避免「法官政府」（judiciary government）或「法官治國」的批評。

能。」引自吳庚，〈純粹法學與違憲審查制度〉，收於《當代法學名家論文集》，頁 107-108（台北：法學叢刊雜誌社，1996 年）；但凱爾生則以為：憲法院宛如國會的第三院，行使消極立法權，參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 345-346。

154 See C. Landfried, *The Impact of the German Constitutional Court on Politics and Policy-Outputs*, in GOVERNMENT AND OPPOSITION 20 (4): 522-541 (1985); C. Landfried, *Legislation and Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, in CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON (C. Landfried ed.) (Nomos Verlag, 1988).

155 《續編（十一）》，頁 73。

總之，「憲法疑義解釋」已使大法官逸脫「權限審查者」的角色¹⁵⁶——由抽象的「規範審查」，轉進至抽象的「規範詮釋」層次。作者雖然肯定大法官解釋（含前揭釋字第四三六號解釋）對於啟迪人權理念的貢獻，但是如此擴張的抽象審查，確已逾越了司法權的界限，而有變質為「太上立法院」，曠奪立法權、僭越民主原則的危險！是未來改制應考慮廢除大法官的「單純憲法疑義解釋」權¹⁵⁷。

三、控制規範秩序

歐陸違憲審查制度原以「控制規範秩序」為主要目的，此一功能之有效發揮實有賴「集權式審查」與具有「一般拘束力」的審查效力等兩項因素。反之，美式違憲審查制度實際上與一般審判制度無異，本不以規範控制為主要目的；其規範控制毋寧為訴訟的擴張效應。美國「分權式審查」與僅有「個案拘束力」的有限裁判效力致其規範秩序控制呈現相對較不穩定的狀態。幸有「判決先例拘束原則」、「審級控制」及「最高法院法官為終身職」等三項因素，而獲得補強。

抽象審查原為有效控制法規範秩序

抽象違憲審查制，相對於具體違憲審查制，使釋憲機關能就法律（或命令）之「表象合憲性」（*prima facie constitutionality*）作成判斷，而無須俟法律（或命令）有侵害人民權利之事實，構成「案件或爭議」時，始由釋憲機關審查（憲法訴訟）。其間主要的考慮

156 違憲審查機關僅能扮演類似鐵軌上之「板道岔」的角色，導引國家機關在憲法既定的權限軌道上行駛，不使出軌而已。L. Favoreu, “Modèle américain et modèle européen de la justice constitutionnelle”, *A.I.J.C.*, Vol IV, 1988, p. 57.

157 類似建議，參見許宗力，〈大法官釋憲權行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起〉，收於氏著，《憲法與法治國行政》，頁 87 以下，頁 115-117（台北：元照，1999 年 3 月初版）；李震山，前揭（註 56）文，頁 130。

即希能有效控制規範秩序。抽象違憲審查又有「事前審查」與「事後審查」之分。「事前審查」強調「預防」——防範違憲法律於未然，故規範生效前（法律制定後、公布施行前）即得為審查（規範控制）；「事後審查」則強調「抑制」——及時制止違憲法律（法律業已生效，但尚未有侵權之事實）。理論上說，「事前審查」較「事後審查」更能有效控制規範秩序。

集權式審查原期迅速確認違憲法規

理論上，「抽象違憲審查」可有「集權式審查」與「分權式審查」之分。「集權式審查」僅「釋憲機關」得抽象審查法規是否合憲，並廢棄（含自始無效或嗣後失效）違憲之法規；「分權式審查」下各級法院皆得抽象審查法規是否合憲，並廢棄（含「自始無效」或「嗣後失效」）違憲之法規。「集權式審查」因法規合憲性之判斷定於一尊，較「分權式審查」更能有效（迅速而明確地）控制規範秩序。

台灣現制為「抽象」且「集權式」之審查，已如前述。又，其表面上屬「事後審查」，實際則不乏「事前審查」之例。如此混合制，關於規範秩序之控制效力，堪稱各種違憲審查制之最；亦因而給予釋憲機關（司法院大法官）最大的政策形成影響力。雖然「規範控制」與「司法院審判機關化」之司改會決議未必全然吻合，然鑑於「抽象審查」在台灣已行之多年，驟然改變恐阻力甚大；加以「規範控制」在某些領域仍有必要。茲建議：未來改制時將「事後抽象審查」改制為「事前抽象審查」，以強化規範控制功能。

總結前文分析，台灣現行違憲審查制度除「違憲政黨解散」屬於「具體審查」外，其餘概屬「集權式」之「抽象審查」。而「抽象審查」較「集權式審查」更值檢討。檢討後浮現之改制方向，包括：

- 1)「抽象審查」中之「單純憲法疑義解釋」殆已逾越司法權界限，而以指導立法為主要功能，應考慮廢除。

2) 為強化人權保障，應考慮將現行「法令侵害人權爭議解釋」由「抽象審查」改制為「具體審查」。先引進類似德國「憲法訴願」（集權式具體審查），再逐步改制為「分權式」憲法訴願，使各級法官皆得受理人民提起之「憲法訴訟」。

3) 為有效控制規範，並避免侵害立法權，應考慮限縮現行「法令違憲疑義解釋」之聲請權人範圍（例如僅許一定比例立委聲請解釋）、限定審查結論（使僅能宣示法規違憲，不得指示未來修正之具體內容），並改採「事前審查」制。

伍、改制方案

綜觀司法院目前擬就之司法院定位三階段改革計畫，尤其第一階段配套法案修正內容，顯然不擬觸及違憲審查制度可能的變革問題。

一、極簡式官版改制方案

「案件法」修正草案（2002年）之要點包括：

1) 台灣獨有之「單純憲法疑義解釋」，仍予維持（內容不變）¹⁵⁸；

2) 關於三分之一立委聲請之「法令違憲疑義解釋」，草案刪除「行使職權」之要件，並增加「時間限制」（須於法律公布六個月內、命令送置後六個月內聲請）¹⁵⁹。「刪除」想係因其實際難以發揮限制的作用；「增列」想為增強法規之安定性。

3) 關於「法令侵害人權爭議解釋」，草案第十九條第二項仍

158 參見草案第十九條第一項（「有下列情形之一者，得聲請解釋憲法：一、中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，或因行使職權與其他機關之職權，發生適用憲法之爭議，或適用法律、命令發生有抵觸憲法之疑義者」）。

159 參見草案第十九條第三項（「立法委員現有總額三分之一以上，就法律於依法公布後六個月內，或命令送置於立法院後六個月內，發生有抵觸憲法之疑義者」）。

予維持。亦即，並未引進德國「憲法訴願」（直接針對公權力行為進行審查）。

4) 關於法官聲請之「法令違憲疑義解釋」，草案第十九條第三項僅將釋字第三七一號解釋意旨載入法典。

5) 草案第二十二條引進「裁量受理」解釋（類似美國「移審令」(certiorari)）制度。亦即，雖維持「抽象審查」，亦希能篩選案件，避免釋憲機關涉入不必要的政治紛爭。

6) 草案第二十三條第一項第三款規定：聲請書應記載「應受憲法解釋事項之聲明」。形式上固與民事訴訟之「訴之聲明」相當，惟在「抽象解釋」下，「訴之聲明」能否「限制」釋憲機關之活動範圍，實有疑問。

7) 草案第二十九條將前揭釋字第一八五號解釋之意旨載入法典，第三十條第二、三項¹⁶⁰為其配套規定。

二、兩目標三階段改制方案

為實現前述改制目標，本文擬配合司法院規劃的「兩目標三階段」改革時程，提出違憲審查改制計畫。以下擬先說明改制之基調，其次說明改制之內容，最後彙整各階段改制要點如【表三】。

改制基調，一言以蔽之，循序漸進也！所謂「循序漸進」又有兩層意義。首先，違憲審查制度改革之時程應密切配合「兩目標、三階段」的司改時程。按所謂「司法院審判機關化」，依其文義，至少有兩種解釋：

- 1) 司法院＝大法官（解釋憲法）＋法官（審理訴訟）；或
- 2) 司法院＝大法官（解釋憲法）＋大法官（審理訴訟）。

前者為司改會所謂之「近程目標」，後者為所謂之「終極目

160 草案第三十條第二項（「據以聲請解釋憲法之案件，其受不利確定終局裁判之聲請人，得依第二十九條規定請求救濟，不受第一項所定期間之限制。檢察總長提起非常上訴者，亦同」）、第三項（「依第二項規定請求救濟者，其應遵守之不變期間，自憲法法庭判決送達之日起算」）。

標」。前述司法院所規劃之極簡方案，殆為配合近程目標「最小幅度」的改革方案。

前述 2) (終極目標) 又有兩種可能的運作模式：

2.1 司法院 = 大法官 (抽象解釋憲法 = 現制) + 大法官 (審理訴訟)；或

2.2 司法院 = 大法官 (具體解釋憲法 = 改制) + 大法官 (審理訴訟)。

2.1 為不徹底的「司法院審判機關化」，蓋其全然無補於前述現制缺失，堪稱「換湯不換藥」！2.2 始能實現「司法院審判機關化」的初衷¹⁶¹。未來「一元單軌」的司法院既僅有 15 名大法官，負責各種訴訟之終審裁判。斯時「解釋憲法」原則上應與「終審裁判」結合——在具體「案件或爭議」中解釋憲法 (具體審查)。惟為兼顧規範控制之有效性，可許大法官例外地保留合乎權力分立原則的「抽象審查」權。

「循序漸進」亦指改革應有明確的方向。我等以為，應由「抽象」而「具體」、由「集權」而「分權」、由「事後」而「事前」。按前文說明，「抽象審查」既為現制主要之問題根源，第一階段自應以限縮「抽象審查」之內容，導入「具體審查」為目標。至於「集權式審查」，仍暫予維持，以免失序。第二階段則應將第一階段建立之「集權式」具體審查，進一步改制為「分權式」具體審查 (= 憲法訴訟)，並繼續限縮「抽象審查」之內容，為邁入第三階段作準備。第三階段應完成分權式具體違憲審查，並將僅有的「疑義解釋」由「事後審查」改為「事前審查」。

茲按前文 (參、一) 所述現制各項內容，逐一說明各階段擬為之調整。

廢除「單純憲法疑義解釋」

允許就單純憲法疑義 (指不涉及法規違憲疑義) 聲請大法官解

161 按作者之理解，採取 2.2 制並無需修改憲法。

釋的制度，向為學者所詬病¹⁶²。姑不論此等解釋是否在憲政發展史上曾有過貢獻¹⁶³，因其已逾越司法權之界限，且為各國所僅見¹⁶⁴，應即廢止。

分化「法令違憲疑義解釋」

現制下「法令違憲疑義解釋」計有三種。第一種為「中央或地方機關」所聲請者，乃典型之「抽象審查」（規範控制）。為配合改制為「具體違憲審查」之終極目標，此種抽象審查於第一階段應先予限縮。質言之：

1) 「命令違憲疑義」將不許聲請解釋。亦即，廢除「命令違憲疑義解釋」；至於「命令有無違憲發生爭議」時，改交未來的「行懲庭」審理¹⁶⁵。

162 參見湯德宗，前揭（註 47）文，頁 154-171；許宗力，前揭（註 157）文，頁 115-117；李震山，前揭（註 56）文，頁 130；蔡宗珍，〈我國憲法審判制度之檢討〉，《月旦法學雜誌》，98 期，頁 55 以下（2003 年 7 月）。

163 如釋字第 314、325、328、419、461、499、520 號解釋等，參見蔡宗珍，前揭（註 162）文，頁 55。

164 「憲法疑義解釋」是否符合憲法意旨非無疑問。按憲法使用「疑義」一詞，僅見於憲法第一百七十一條第二項（「法律與憲法有無牴觸發生疑義時」）。其成為憲法解釋之種類實始於大法官釋字第 2 號解釋，及其後所制定之「司法院大法官會議法」。換言之，憲法原意並未將「憲法疑義解釋」列為「憲法解釋」。而中央或地方機關行使職權適用憲法與其他機關發生爭議之「憲法機關職權爭議解釋」類型的存在，亦足以說明所謂「司法院解釋憲法」一語之歧義性。至於憲法未明列釋憲類型，理論上立法者於不違反權力分立原則的前提下，自有立法形成之自由！

165 依釋字第一三七號及二一六號解釋之意旨，行政處分或其他公權力措施直接依據「行政規則」作成時，行政法院得逕行審查該行政規則是否合法合憲。惟若行政處分或其他公權力措施係依據「法規命令」所作成者，行政法院能否直接審查該法規命令是否合法合憲，並於個案中拒絕適用，則有爭論。贊成者認為法官對違法、違憲之命令本有拒絕適用的權力。參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 298（台北：自刊，2003 年 8 月，增訂 8 版）；林子儀，前揭（註 145）文，頁 81 以下。反對者則謂憲法第七十八條的規範審查權乃由大法官所獨占（集權式審查），如許法官逕行審查命令，無異取代大法官執行「統一解釋法令」之職權。參見李惠宗，《行政法要義》，頁 48 以下（台北：五南，2002 年，增訂 2 版）。

2) 「法律違憲疑義」應從嚴認定，包括：從嚴解釋「行使職權」之要件¹⁶⁶；命令違憲且違法者，應以違法（交由司法院「行懲庭」）審理。

3) 「法律違憲疑義」解釋之「一般拘束力」應予限縮¹⁶⁷。亦

為配合「分權式具體違憲審查」的終極目標，本文以為各級法院法官皆應有直接拒絕適用違憲命令的權力。然考慮命令數量眾多，為減低「命令違憲爭議」因為「分權式審查」對於法安定性與平等原則之衝擊，建議賦予「司法院行政訴訟及懲戒庭」（而非由大法官所組成之「憲法法庭」）以「命令廢棄權」。一旦「行懲庭」在個案中宣告據以審判之命令違憲時，得同時宣告該命令「應自本判決公布之日或其所指定之嗣後之日起，不再適用」。

166 按「案件法」草案（2002）僅於「立委聲請釋憲」類型，刪除「行使職權」之要件，但於「機關聲請釋憲」類型，則仍保留該要件。詳見前述註 158 與 159。

167 違憲審查制度的存在必然造成司法權與立法權二權間的緊張關係。本於「憲法的最高性」，司法權得以否決立法權之決定，致形式上司法權似高於立法權。然實際上乃「憲法」高於法律，「制憲者之意志」高於立法者之意志；而非法官之意志高於立法者之意志。換言之，違憲審查機關不應以「憲法之最高性」，使其自身取得類似主權者所享有之最終決定權。故而立法權既可就被宣告違憲的法律，重新立法；而司法權也可再對國會重新制定的法律，再次行使其違憲審查權。此種司法、立法兩權間的循環對話，可免立法權因違憲審查制度的存在而僵化，並使得多數與少數可因勢消長，而在規範層次上保持「動態平衡」。

欲實現此種動態平衡，首先大法官必須嚴格限縮其解釋的效力。以本文所引美、德、法三國違憲審查制度為例，美國最高法院之裁判僅具有「個案拘束力」，嚴格而言，其判決在形式上並未直接對抗立法權，違憲宣告僅事實上解除違憲法律之效力而已；法官雖於個案中拒絕適用違憲法律，如立法機關未介入，則違憲法律在形式上依然存在（於法典）。由於司法權並未直接介入法律之制定、修改或廢止，故被視為最謹守權力分立原則的違憲審查制度。法國違憲審查制度僅在法律生效之前運作，對於已生效之法律則認為係國民全體意志的展現，乃一主權行為，司法權不能予以質疑。否則，法官即可僭越成為主權者。將違憲審查之時點限定在法律生效前，其實是藉由「法律未生效」即形同「立法行為尚未完成」、「最終決定尚未作成」的認知，迴避法官直接否決立法者（主權者）之意志（或決定）的責難。美國制度是在下游，事後及個案中控管，而法國制度是在上游、事前及抽象規範中控管；二者雖有諸多相異處，但皆「不直接否定立法權已作成之決定」，亦即，對於已生效之法律，司法部門沒有廢棄的權力。反之，德國及我國制度皆使司法權可以直接廢棄立法權已作成之決定，使得司法、立法兩權之關係高度緊張。在完全改為美制之前，嚴格限縮「抽象審查」之解釋效力範圍乃

即，修正「案件法」變更大法官釋字第四〇五號解釋之意旨，明定經大法官宣告為違憲之法律，嗣後立法院非不得以其他理由，重新制定內容相同之法律¹⁶⁸。

第二階段應進一步廢除「法律違憲疑義解釋」，僅許機關相互間於「法律有無違憲發生爭議」時，訴請解釋¹⁶⁹，但仍專由司法院大法官（憲法法庭）審理。另一方面，原「集權式」命令違憲爭議解釋應改為「分權式」審查。亦即，各級法院皆得於（機關相互控告之）個案中，審查「命令」是否合憲。

第三階段應更將原「集權式」法律違憲爭議解釋予以「分權化」。亦即，各級法院皆有權於（機關相互控告之）個案中，審查「法律」是否合憲。

第二種「法令違憲疑義解釋」係由三分之一立委所聲請者，亦屬典型之「抽象審查」。鑑於國會「少數」聲請釋憲，乃現代民主政治中對抗「多數暴力」之重要機制，本文擬予保留，並加改進。為此，此種「抽象審查」於第一階段應予限縮。限縮之方法與前述「機關聲請」之法令疑義解釋略同：

1) 「命令違憲疑義」將不許少數議員聲請解釋。亦即，廢除「命令違憲疑義解釋」¹⁷⁰；至於「命令有無違憲發生爭議」時，改

改革的第一要務。亦即，大法官之抽象解釋具有一般效力而可拘束立法機關者，應僅限於解釋標的的核心部分。如果法律條文不同、爭點不同或裁判理由不同，立法權即不受已作成解釋之拘束。

其次，大法官應避免進入政策層次。德國所發展的「審查密度理論」與美國所發展的「違憲審查標準」(standards of judicial review)，即在避免司法權過度介入立法者的形成自由，而破壞了權力分立的原則。

168 此為「權力分立動態平衡新論」要義之一，參見湯德宗，前揭（註 149）文，頁 36-37。

169 「法律違憲爭議解釋」即「法律違憲爭議裁判」，自應僅生「個案拘束力」。惟因仍維持「集權式」審查，憲法法庭之判決透過「判決先例拘束原則」，將產生事實上的一般拘束力。

170 查「案件法」第五條第一項第三款之規定（「依立法委員現有總額三分之一以上之聲請，就其行使職權，適用憲法發生疑義，或適用法律發生有牴觸憲法之疑義者」），原本即無少數立委聲請「命令違憲」的類型；但大法官卻

交未來的「行懲庭」審理。此舉旨在強化立法院關於命令的審查權¹⁷¹。

2) 增訂「法律違憲疑義」解釋提出聲請之期間限制¹⁷²。司法院版「案件法」修正草案第十九條第二項第三款限制在「法律公布後六個月內」聲請解釋，應屬可行。至於現制所謂「行使職權」、「適用法律」等語，因過於空洞，無法有效限制聲請，擬予刪除。

3) 「法律違憲疑義」解釋之「一般拘束力」應予限縮。亦即，修正「案件法」變更大法官釋字第四〇五號解釋之意旨，明定經大法官宣告為違憲之法律，嗣後立法院非不得以其他理由，重新制定內容相同之法律，以維護立法裁量的空間¹⁷³。

如上修正後之集權式「法律違憲疑義解釋」於第二階段應繼續微調。包括：降低「少數」之門檻¹⁷⁴、更縮短提出聲請之期

於釋字第三二九號解釋受理之。

171 按「中央法規標準法」(59/08/31)第七條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院」；且「立法院職權行使法」(91/01/25)第六十條第一項規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令送達立法院後，應提報立法院會議」，同條第二項：「出席委員對於前項命令，認為有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，如有三十人以上連署或附議，即交付有關委員會審查」。第六十二條規定：「行政命令經審查後，發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之」，同條第三項：「第一項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期未為更正或廢止者，該命令失效」。是立法院對於違憲命令本有審查機制，何需大法官代勞？關於立法院審查行政命令之實務情形，可參閱陳清雲，〈論立法院審查行政命令之程序〉(上)、(下)，《台灣本土法學雜誌》，53、54期，頁5及23以下(2003年12月、2004年1月)。

172 蓋國會少數聲請期間太長，除有失職之嫌(未能積極維護少數利益)外，亦不利於法之安定(已生效之法律不應長期存在違憲的嫌疑)。如系爭法律確已違憲，自然會因具體侵害人民權利，而由人民透過個案(爭議)聲請解釋(憲法訴訟)。

173 此為「權力分立動態平衡新論」要義之一，參見湯德宗，前揭(註149)文，頁36-37。

174 嚴格而言，「總額三分之一」已不是真正的少數。法國之制僅需約議會總額十分之一之議員連署，即得聲請釋憲，更有保護少數之精神。

限¹⁷⁵。至於「集權式審查」則維持不變。

至第三階段則配合「分權式具體違憲審查」之完成，而將此僅存之抽象審查，由「事後審查」改為「事前審查」，但仍維持「集權式審查」。亦即，使國會少數得於法律三讀通過後、總統公布前（最多十天之期間內），聲請「司法院大法官」審查法律是否合憲。改採「事前審查」，一方面係為使司法權之運作儘可能限於「個案審判」，他方面亦為使「抽象規範審查」更符合凱爾生之思想，有助於法之安定與規範秩序之控制。為避免大法官假「抽象審查」指導立法（亦即「積極立法」），而侵奪立法之職權，本文建議修改「案件法」，明定：經大法官事前抽象審查認定為違憲之法律案，應交回立法院重新審議。立法院重新審議時，得就違憲之處進行修正後，送請總統公布¹⁷⁶；亦得更經特定多數決¹⁷⁷，維持原決議之法律案（推翻大法官之抽象違憲審查），並直接公告為法律（無須送請總統公布）¹⁷⁸。至曾經事前審查的法律，嗣後於適用時發生合憲性爭議者，仍得為事後審查（憲法訴訟）。

第三種「法令違憲疑義解釋」為法官（因個案裁判所須適用之「法律」發生有無牴觸憲法之疑義而）聲請者，乃非典型之「抽象

175 六個月期間太長，可縮短為三個月內。另，為避免法律違憲疑義狀況持續過久，有害法律安定性及其尊嚴，應規定大法官限期審結（例如限於三個月內審結，但例外情形得再延長三個月）。

176 此時行政院對於立法院修正後之法律案，仍得依憲法增修條文第三條第二項第二款之規定，經總統核可，移請立法院覆議。立法院之少數立委對之亦得再聲請大法官為「事前抽象審查」。上述構想來自葡萄牙（1982年憲法）的抽象與具體審查混合制。See A. R. BREWER-CARIAS, *supra* note 39, at 268.

177 例如，可參考憲法增修條文第三條第二項第二款之規定，明定須經全體立委二分之一以上之決議。按，此種經「事前抽象違憲審查」認定為「違憲」，應退回立法者再議的設計，旨在體現「權力分立動態平衡新論」以「違憲審查」促成「思辯民主」的理念。關於「權力分立動態平衡新論」，參見湯德宗，前揭（註149）文，頁36-40。

178 按此原為美國麥克阿瑟將軍幕僚 Milo E. Rowell 對日本戰後新憲法關於違憲審查制度的建議。See David J. Danelski, *Documenting the Establishment of Judicial Review: Japan and the United States*, in DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (ed.), *supra* note 41, at 18.

審查」，德國稱為「具體法規審查」（具體規範控制）。鑑於「法令侵害人權解釋」（詳後）將改制為「憲法訴願」，為減低衝擊，第一階段法官聲請之「法令違憲疑義解釋」應暫予維持。第二階段亦同。至第三階段因「憲法訴願」（集權式具體審查）改制為「分權式具體審查」（人民提起的憲法訴訟），法官得於個案中拒絕適用違憲之法令，原由法官聲請之「法令違憲疑義解釋」，自無維持之必要¹⁷⁹。

「機關職權爭議解釋」改制為「機關憲法訴訟」

為達成本文「分權式具體違憲審查」之終極目標，第一階段應即將「憲法機關職權爭議解釋」由「抽象審查」轉換為「具體審查」。亦即，僅限「爭議」始得聲請司法院大法官（憲法法庭）審理（裁判）。此舉將大有助於司法權避免過早介入政治衝突。第二階段則應進一步將原「集權式」職權爭議予以「分權化」。亦即，使各級法院皆得於個案，裁判由機關提起之憲法訴訟。其裁判僅有個案拘束力，自不待言。

「法令侵害人權爭議解釋」改制為「人民憲法訴訟」

現制下「法令侵害人權爭議解釋」因「解釋」與「裁判」分離之結果，不利於人權保障¹⁸⁰，已如前述。為逐步改善上述缺失，第一階段應即導入「憲法訴願」¹⁸¹制度。亦即，縱人民在下級法院未能說服法官系爭法律違憲，而停止審判程序，聲請大法官解

179 相同意見，參見林子儀，前揭（註 145）文，頁 81 以下。

180 我國現行違憲審查制度僅有「法規的違憲審查」，而無「裁判的違憲審查」，從人權保障的觀點來看，可視為是一種疏漏。大法官例外具有類似直接介入個案，而以終審法院判決為審查對象的代表性案例為釋字第 242 號解釋。李念祖教授更指出諸如釋字第 295、362、374、395、410、434、477 號等皆屬之。參見李念祖，〈大法官從事個案違憲審查之憲法解釋實例研究〉，收於《當代公法新論——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集（上）》，頁 839 以下（台北：元照，2002 年）。

181 「憲法訴願」之名稱並不恰當，但為便於理解，故沿用之。參見吳庚，前揭（註 48）書，頁 332 以下。

釋，亦得於「確定終局裁判後」，向大法官提起「憲法訴願」，請求審查系爭法律有無違憲，並廢棄原終局判決¹⁸²。第二階段因仍屬「一元多軌」，憲法訴願制度維持不變。至第三階段配合「一元單軌」之實施，進一步將「集權式」憲法訴訟予以「分權化」。亦即，各級法院皆得於案件中審查系爭法令有無侵害人民基本權利。此時所謂「憲法訴願」將功成身退。另，於建立「分權式具體違憲審查」制之同時，應併引進「移審令」（裁量上訴）制度，俾有效抒解司法院的案件壓力¹⁸³。

分化「地方自治疑義解釋」

現制下「地方自治疑義」計有三種。第一種為「自治法規違憲解釋」，其性質為抽象且事後之「法規審查」（規範控制）。鑑於我國地方自治方才起步，自治法規品質良莠不齊，規範控制確有必要，本文以為在第一階段與第二階段（總計此後七年）應維持不變。至第三階段始改制為「具體審查」（爭議裁判），並仍專由司法院大法官（憲法法庭）審理，俾維持其有效性。

182 司法院版「案件法」修正草案第二十九條之規定即無必要。

183 以司法院統計處編印的九十一年度《司法統計提要》（2003年5月出版）之數據資料為準，我國過去十年來各終審法院之年平均新收案件數為 20,040 件，年平均終結案件數為 18,832 件。而大法官的年平均新收案件數 268 件，年平均終結案件數為 262 件。在未來一元單軌的制度下，除非修憲大幅增加大法官之名額，否則大法官之年審判量應很難超過現行的一倍。就算修法大幅縮減各類上訴案件，未來大法官仍勢必要有選案的裁量權，否則必會因案件過多而癱瘓；同樣的情形也可見於憲法訴願部分。以下平均數據乃以統計提要中自民國 82 年至 91 年等十年間之數據加總平均（四捨五入）而得。

	大法官	最高法院 民事案件	最高法院 刑事案件	最高行政 法院	公務員懲 戒委員會	總計（不含 大法官）	總計（含 大法官）
平均年度 新收件數	268	5,201	9,194	5,192	453	20,040	20,308
平均年度 終結件數	262	4999	8548	4837	448	18832	19094

至於第二種（「地方議會議決自治事項違憲解釋」）與第三種（「地方政府辦理自治事項違憲解釋」），核其性質原（可）為「具體審查」。茲配合改制為以具體審查為主之目標，本文以為在第一階段即應改為「具體審查」（限於爭議裁判），但仍專由司法院大法官（憲法法庭）審理。第二階段不變。第三階段起並進一步改為「分權式」具體審查，使行政法院亦得在案件中裁判系爭自治事項之議決或辦理有無違憲。

維持「違憲政黨解散裁判」

違憲政黨解散本為「具體審查」（爭議裁判），符合司法院審判機關化之目標，應予維持。且因系爭案件極富政治爭議，爰並維持現有「集權式審查」制。

以上各階段各類型之改制內容，可彙整如【表三】。

陸、未來展望

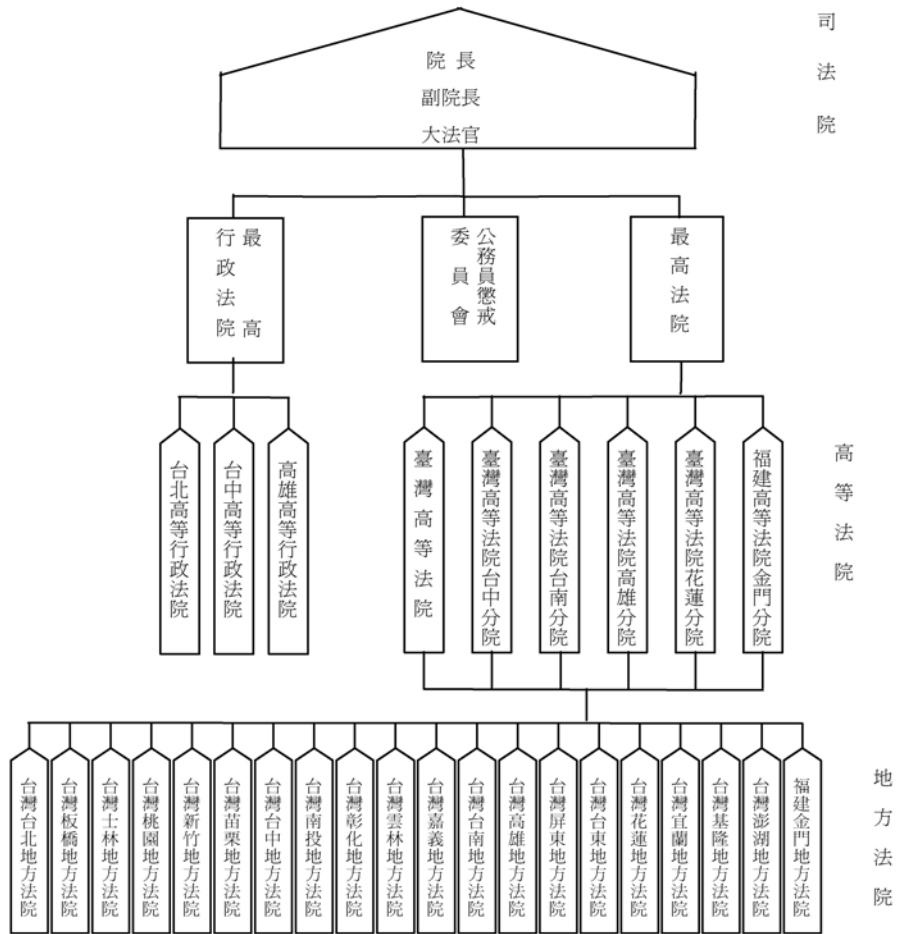
本文由比較憲法的宏觀角度，檢視台灣現行違憲審查制度的內涵、性質與缺失，並研擬落實全國司法改革會議「司法院審判機關化」結論的具體方案。猶需一言者，前述改制方案尚有若干配套措施。第一，司法院應速建立「移審令」（裁量受理）制度。「移審令」制度在「抽象審查」暫存的過渡階段，可以避免聲請權人濫訴；於引進「分權式」具體審查後，可適時紓解司法院的案件壓力。其次，各階段改制皆應持續增加大法官幕僚（staff）人數並提升其素質。第三，為配合逐步改制為「具體審查」制，現行「司法院大法官審理案件法」須配合修正，大法官審理程序勢需大幅變更。改制基調確立後，「案件法」的研修將是下一階段的努力重點。

本來，我國現制雖多因襲自德國，但我國並沒有歐陸各國的歷史包袱（尤其法院不受信任），按理由「集權」且「抽象」違憲審查，改制為「分權」且「具體」的違憲審查應該相對容易。但是，

展望未來，我等對於本文提出的全盤改制方案並不樂觀。主要因為司改會關於「司法院審判機關化」的結論，在社會上迄無共識。質言之，學界（包括憲法學界）留德者佔絕大多數，其等普遍青睞德國「抽象審查」制度，對於「具體審查」抱持疑懼態度。其次，法官對此雖無明確立場，但按照前述司法院規劃的改制方案，終審法院的「法官」人數將有劇烈變動。第一階段先使三個「最高級法院」併入「司法院」成為 21 庭，總計 105 名法官（但僅 60 位占實缺）；繼於第二階段驟減為三庭，法官人數減為 15 人；最後司法院僅剩大法官 13 至 15 人，法官減至 0 人。雖司法院已著手修法，打破各級法院法官職等之上限，但能否贏得法官支持，尚待觀察。最後，近年來儘管「民粹意識」高張，一般人普遍不解違憲審查改革的意義，遑論改革共識。雖然如此，台灣的經驗對於世人（尤其華人社會）尋求、實踐法治理念，仍然有相當的參考價值。

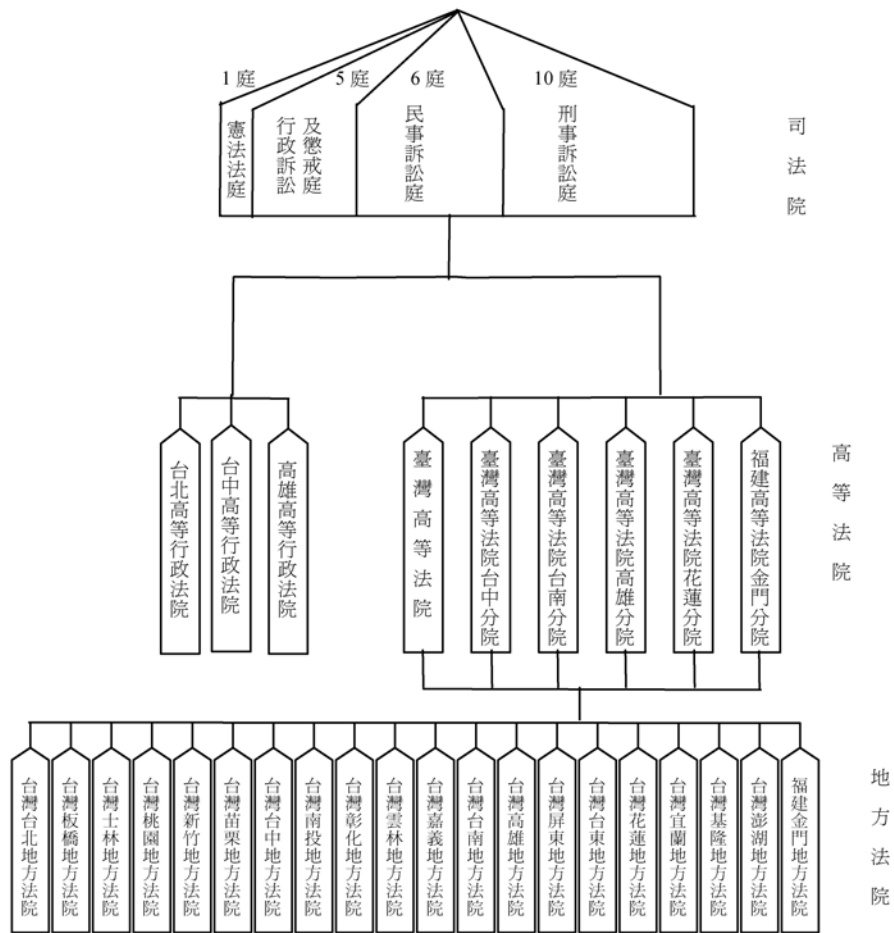
圖一：司法院現行制度

(多元多軌)



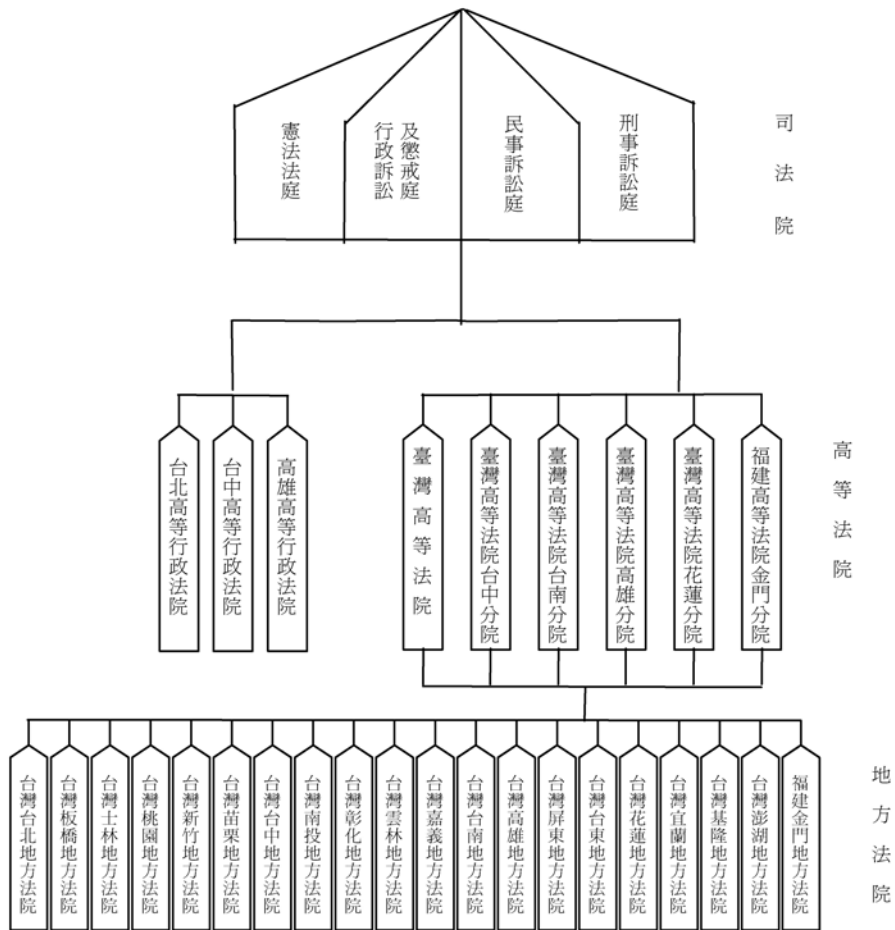
圖二：司法院定位第一階段改革示意圖

(一元多軌：92/10/01~96/12/31)



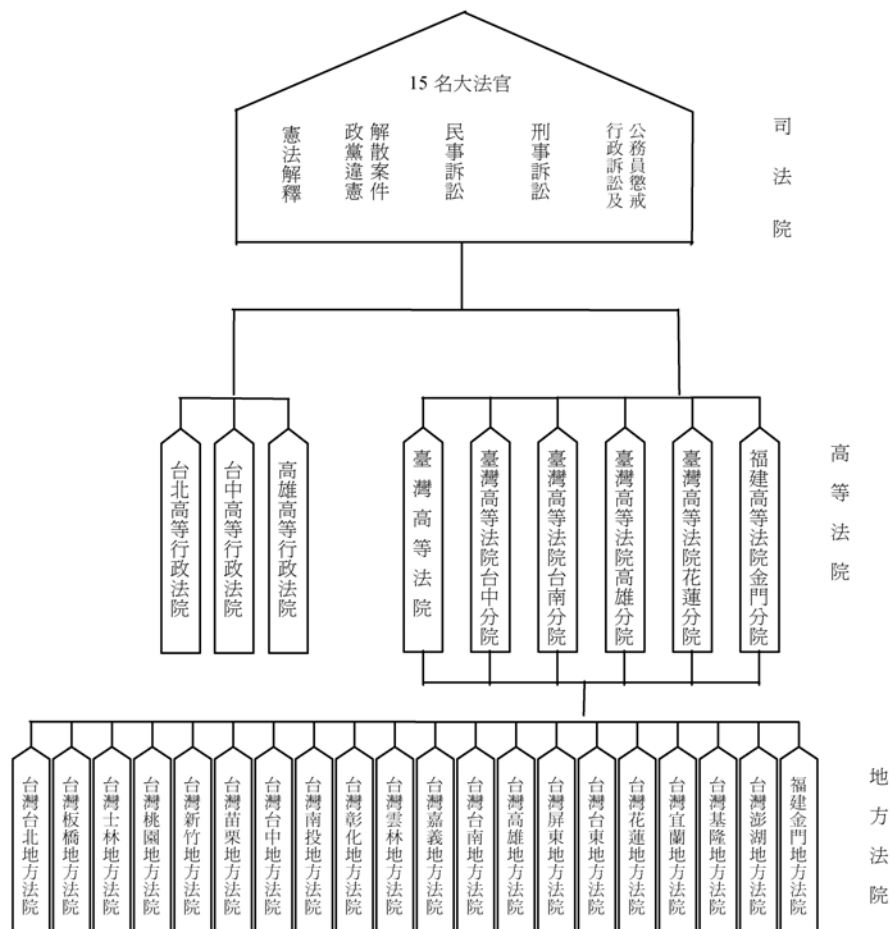
圖三：司法院定位第二階段改革示意圖

(一元多軌：97/01/01~99/12/31)



圖四：司法院定位第三階段改革示意圖

(一元單軌：100/01/01~)



表一：大法官現行違憲審查職權分析

內容		類型	集權	分權	抽象	具體	事前	事後	拘束	諮詢
憲法疑義解釋			✓		✓		NA		✓	
法令違憲疑義解釋	中央地方機關聲請		✓		✓			✓	✓	
	三分之一立委聲請		✓		✓			✓	✓	
	法官聲請		✓		✓			✓	✓	
憲法機關職	權爭議解釋		✓		✓			✓	✓	
法令侵害基本	人權爭議解釋		✓		✓			✓	✓	
地方自治疑義解釋	地方自治法規疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
	地方議會議決自治事項疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
	地方政府辦理自治事項疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
違憲政黨解散			NA			✓		✓	✓	

表二：各國違憲審查制度之比較

國別		法國 憲法委員會	我國 司法院大法官	德國 聯邦憲法法院	美國 聯邦最高法院
分權式 v. 集權式 審查	集權式 v. 分權式 審查	集權審查	集權審查	集權審查	分權審查
具體 v. 抽象 審查	抽象 v. 具體 審查	抽象審查 ●法律違憲審查	抽象審查 ●單純憲法疑義 ●法令違憲疑義 • 中央地方機關聲請 • 立委三分之一聲請 • 法官聲請 ●憲法機關職權爭議解釋 ●法令侵害基本人權爭議解釋 ●地方自治疑義解釋 具體審查 ●違憲政黨解散	抽象審查 ●抽象規範審查 • 聯邦、邦政府聲請 • 國會議員三分之一聲請 ●具體規範審查（法官聲請） 具體審查 ●違憲政黨解散 ●機關權限爭議 ●憲法訴願	具體審查
事後 v. 事前 審查	事前 v. 事後 審查	事前審查	原則事後審查 例外事前審查※	事後審查	事後審查
拘束性 v. 諮詢性 審查	諮詢性 v. 拘束性 審查	一般拘束力	一般拘束力	一般拘束力	個案拘束力

※參見本文小註 112。

表三：違憲審查制度三階段改進方案

階段		第一階段（一元多軌） （10/01/2003~12/31/2007）	第二階段（一元多軌） （01/01/2008~12/31/2010）	第三階段（一元單軌） （01/01/2011~）	
內容		司法院=	司法院=	司法院=	
（組織）		1 庭憲法法庭+ 5 庭行政訴訟及懲戒庭+ 6 庭民事訴訟庭+ 10 庭刑事訴訟庭	1 庭憲法法庭+ 1 庭行政訴訟及懲戒庭+ 1 庭民事訴訟庭+ 1 庭刑事訴訟庭	15 大法官（不分庭）	
違憲 審查 制度 改進	階段目標	限縮「抽象審查」 導入「具體審查」	導入「分權式」具體審查 繼續限縮「抽象審查」	完成「分權式」具體審查 導入「事前」抽象審查	
	憲法疑義解釋	廢除	（同左）	（同左）	
	法令違憲疑義解釋	中央地方 機關聲請	1.廢除命令違憲疑義解釋 ↘命令違憲爭議一律改交 「行懲庭」審理（集權式 命令違憲爭議審查） 2.從嚴認定法律違憲疑義 3.限縮「法律違憲疑義」 解釋之一般拘束力	↘改為分權式命令違憲爭 議審查（高等行政法院亦 得審理） 廢除法律違憲疑義解釋 ↘改為法律違憲爭議審查 （限由大法官審查）	↘改為分權式法律違憲爭 議審查（各級法院皆得審 查）
	三分之一 立委聲請	1.廢除命令違憲疑義解釋 ↘命令違憲爭議一律改交 「行懲庭」審理（集權式 命令違憲爭議審查） 2.增訂法律違憲疑義解釋 聲請期限 3.限縮法律違憲疑義解釋 之一般拘束力	↘改為分權式命令違憲爭 議審查（高等行政法院亦 得審理） 法律違憲疑義解釋微調	改為事前法律違憲疑義解 釋	
	法官聲請	不變	不變	廢除 （配合憲法訴願改為分權 式憲法訴訟，已無存在之 必要）	
	憲法機關職 權爭議解釋	改為具體審查，維持集權 式審查	改為分權式具體審查 （=機關憲法訴訟）		
	法令侵害基本 人權爭議解釋	導入「憲法訴願」 （=集權式具體審查）	不變	改為分權式具體審查 （=人民憲法訴訟） 建立移審令制度	
	地方 自治 違憲 疑義 解釋	自治法規 違憲解釋	不變（集權式抽象審查）	不變	改為具體審查，維持集權 式審查
	地方議會 議決自治 事項違憲 解釋	改為具體審查，維持集權 式審查	不變		改為分權式具體審查
	地方政府 辦理自治 事項違憲 解釋	改為具體審查，維持集權 式審查	不變		改為分權式具體審查
違憲政黨解散	不變	不變	不變	不變	

