

很深厚的私交，我並曾為其二子證婚，深知其不鋪張與高尚的人格，他的去世不僅是國家社會的損失，我個人也痛失良友。「哲人日已遠，典型在夙昔」，思念無限，實非語言文字所能表達於萬一者。



湯德宗*

吳大法官庚，字孟庚，民國29年1月28日生於廣東省萬寧縣（今海南省萬寧市），民國106年12月13日病逝於臺北，享壽77。大師殞落，日月同悲。茲特藉 貴所期刊一角，略述 先生擔任司法院大法官18年期間對於憲法解釋之貢獻，及其擔任中央研究院法律學研究所籌備處學術諮詢委員會委員7年餘，協助籌備成立中央研究院法律學研究所之貢獻，與各界共同緬懷 先生崇德景行於萬一。

一、先生於憲法解釋之貢獻

先生歷任司法院第五屆（民國74年～民國83年）及第六屆（民國83年～民國92年）大法官，計參與作成368件解釋（自釋字第199號解釋至釋字第566號解釋）。時值我國由威權轉型為民主，違憲審查制度開始發揮功能之時期。關於 先生於憲法解釋個案如何折衝協調、異中求同、當場鑄成可決之文字，下筆如有神等，歷來多所傳聞，然因大法官為合議制機關，釋憲審查過程依法並應保密¹，

作者來函更正本頁內容。本刊維持原刊出內容，更正部分請見作者來函全文。

* 司法院大法官；前中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長。

¹ 參見司法院大法官審理案件法施行細則第30條第1項（「大法官審理案件之分配、審理、討論及其他經過情形，均應嚴守秘密」）。

故除同時期參與釋憲之大法官及其助理們親歷感受者外，實難詳細查證。雖然如此，吾人仍可由司法院公布之解釋全文（含一併公布之大法官個別意見書），略窺 先生之具體貢獻。試舉其犖犖大端：

1. 先生釋字第271號解釋之「不同意見書」乃開啟釋字第384號解釋釋示「正當程序」之先聲

按我國憲法並未（如美國聯邦憲法增修條文第5條及第14條）明載「正當程序」保障（Due Process Guarantee）。司法院大法官釋字第384號解釋（84.07.28）乃首次以憲法第8條第1項為基礎，闡釋我國憲法上的「正當程序」保障：

憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案，無須踐行必要之司法程序；第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實；第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。」（粗體字為作者所標示）

解釋理由書第2段並進一步說明：

前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。(粗體字為作者所標示)

綜上，釋字第384號解釋為我國憲法「正當程序」保障之濫觴，其意涵兼指「實質上正當程序」(substantive due process，簡稱「實質正當」)與「程序上正當程序」(procedural due process，簡稱「程序正當」)²。惟查 先生早在釋字第271號解釋之「不同意見書」即已提出如上概念。

釋字第271號解釋(79.12.20)涉及刑事訴訟程序中不利於被告之合法上訴，經上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，應如何處理之疑義。最高法院二十五年上字第三二三一號判例認為，此種駁回上訴之程序上判決，不發生實質上之確定力，得變更逕為實體上裁判。釋字第271號解釋釋示：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一

2 至於「正當法律程序」一詞，則首見於釋字第392號解釋(84.12.22)理由書第2段。

項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用」（解釋文參照）。然，多數意見並未具體說明前揭最高法院判例究與憲法第8條第1項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨「如何不符」，先生爰發表「不同意見書」予以闡釋：

何謂法定程序，不僅指憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，尤應體認憲法保障人身自由之精神，予以詮釋。準此以解，在實體法包括：罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上則為：審判與檢察分離、同一行為不受二次以上之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。（粗體字為作者所標示）

兩相對照，可見前揭釋字第384號解釋理由書第2段實乃脫胎於先生前揭釋字第271號解釋之不同意見書。闡明概念後，先生之「不同意見書」進一步闡述前開最高法院判例何以違反憲法第8條第1項所含之「正當程序」，以及前揭「解釋文」何以不能贊同的理由：「本件乃屬是否違反同一行為不受二次以上審問處罰原則，以及審級救濟之結果可否予被告不利益之變更問題。」（粗體字為作者所標示）

首先，不受二次以上審問處罰原則，在刑事訴訟程序通稱為「一事不再理」（*ne bis in idem*）。先生以為，本案「多數意見基於實體判決與程序判決有別之前提，以最高法院駁回上訴之程序判決，祇有形式上羈束力，不具有實質確定力，與一事不再理原則無關為立論基礎，固有其訴訟技術上之依據。惟是否構成同一行為不受二次以上審問處罰，應從憲法保障人身自由之根本精神予以解答，不應限於訴訟技術之層次」（粗體字為作者所標示）。蓋「本件聲請人歷經三審法院判決，連續二次宣告無罪，若仍持訴訟技術之

理由或程序法上之概念，致聲請人再度受審並遭處罰，當非憲法保障被告利益之本旨」！

其次，「審級救濟結果不得予被告不利益變更原則」乃與信賴保護有關，而信賴保護為我國法制普遍採納之原則。先生以為，按「本件聲請人既經最高法院駁回對造之上訴，其二次無罪宣告，在一般觀念中無疑即屬確定，竟因法院本身之錯誤，原有利判決遭致撤銷，並於第三次『實體』審判中，被判有罪。本件乃司法行為違反信賴保護原則之典型案例，類似情形，在行政機關之訴願程序尚不許存在，況於關係重大之刑事訴訟程序乎」！依前揭「解釋文」之見解，「『自訴人之合法上訴』仍在，勢須再開審判程序，造成為免除二次審問處罰之聲請人因尋求憲法救濟，反而更多次暴露於審判危險之中。尤有甚者，審判之結果，並不排除對聲請人不利益之變更，豈非違反救濟制度存在之目的乎」（粗體字為作者所標示）！

綜上，先生前揭「不同意見書」不僅認為：前開最高法院判例違反「正當程序」（按指「程序正當」），應不再援用；即釋字第271號解釋雖許聲請解釋人（自訴人）聲請檢察總長「依非常上訴程序將該確定判決撤銷」，但仍須「回復原訴訟程序」，亦違反「正當程序」（按指「程序正當」），而難以贊同！以是先生堪稱我國闡釋憲法第8條第1項所稱「法定程序」即為「正當程序」，且其意涵兼含「實質正當」與「程序正當」之第一人³。

釋字第384號解釋以降，遞經歷屆大法官持續努力，憲法上的「正當程序」保障已然成為我國人權保障之重要基本原則。不僅在（憲法第八條規定之）「人身自由」方面，建構出相當完整之保障體

作者來函更正本頁內容。本刊維持原刊出內容，更正部分請見作者來函全文。

3 參見湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代，25卷4期，頁7（2000年）；收於氏著，行政程序法論——論正當行政程序，2版，頁167以下（2003年）。

系，例如：釋字第535號解釋（90.12.14）釋示「警察臨檢」應循之正當程序、釋字第588號解釋（94.01.28）釋示「行政執行管收」應循之正當程序、釋字第699號解釋（101.05.18）釋示「駕駛酒測」應循之正當程序、釋字第523號解釋（90.03.22）釋示「檢肅流氓」之「程序」縱屬正當，仍須符合「實質正當」之要求、釋字第690號解釋（100.09.30）釋示「傳染病患強制隔離」應循之正當程序、釋字第708號解釋（102.02.06）釋示「外國人出境收容」應循之正當程序、釋字第710號解釋（102.07.05）釋示「大陸地區人民出境收容」應循之正當程序等外；並逐步將正當程序保障擴及於「其他自由及權利」，例如：釋字第462號解釋（87.07.31）釋示限制教師升等（工作權）應循之正當程序、釋字第491號解釋（88.10.15）釋示剝奪應考試服公職權（公務員考績免職）應循之正當程序、釋字第409號解釋（85.07.05）釋示土地徵收（財產權保障）應循之正當程序、釋字第488號解釋（88.07.30）釋示命接管金融機構（財產權保障）應循之正當程序、釋字第709號解釋（102.04.26）釋示都市更新（財產權保障）應循之正當程序、釋字第739號解釋（105.07.29）釋示市地重劃（財產權保障）應循之正當程序等。釋字第499號解釋（89.03.24）更以違反「修憲」應循之正當程序為由，宣告國民大會1999年部分憲法增修條文違憲。

2. 注重闡明基本權之保障範圍，以為日後解釋之基礎

先生於釋字第404號解釋（85.05.24）之「不同意見書」坦言：「對於憲法所保障之各種基本權利，本席一向主張，釋憲機關在受理聲請案件，作成解釋時，應對相關權利之本質及內容給予適當之詮釋，並建構明確之保障範圍（Schutzbereich），俾彌補憲法第二章第九條以次關於人民權利之各條規定，過分化約之不足」。（粗體字為作者所標示）

相關例證至少有二。首先，先生釋字第368號解釋「協同意見

書」之第4段乃我國大法官首次關於「訴訟權」保障範圍之闡釋：

憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實：(一) 凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判。享有此項權利之主體，並不限於本國國民，亦不限於自然人，並及於外國人及法人，蓋作為受益性質之訴訟權，本質上係人類的權利而非僅屬國民的權利，且亦非專屬於自然人，乃為兼屬法人(或團體)之權利。(二) 訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序(訴願程序即行政訴訟之前置程序)，但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院必須由憲法第八十一條之法官所組成，始足相當。此在若干國家之憲法，稱之為接受法律上之法官審判之權利。(三) 法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定，其完備之程度且不得較憲法制定時已存在之訴訟制度為更低。(四) 訴訟過程中之實際運作，固不得違反法定程序，倘實際運作受法律以外之成文或不成文例規之支配，致審級制度喪失功能、人民無法享有公平審判之權益或訴訟程序全程終了，仍無從獲得有效救濟，亦與憲法本條保障訴訟權之意旨有違。基本權利之保障範圍既經確立，釋憲機關即應審查由法令或例規所形成制度保障，是否與各該權利之保障範圍相吻合，受保障之事項有無遭受侵害之情事。(粗體字為作者所標示)

上開保障範圍之界定，尤其第(三)點(按即訴訟權所保障之「正當(司法)程序」)，對於後來憲法解釋實務有重大之影響。例

如釋字第737號解釋（105.04.29）即以憲法第8條要求「剝奪或限制人身自由之處置，除須有法律之依據外，更須踐行必要之正當法律程序」，以及憲法第16條之訴訟權乃指「人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現」等為由，釋示：「偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由；除有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，得予限制或禁止者外，並使其獲知聲請羈押之有關證據，俾利其有效行使防禦權，始符憲法正當法律程序原則之要求。其獲知之方式，不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：『辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。』同法第一百零一條第三項規定：『第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。』整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。」

又，近日釋字第762號解釋（107.03.09）亦以「憲法第16條保障被告訴訟權之正當法律程序原則」為基礎，宣告：「刑事訴訟法第33條第2項前段規定：『無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本』，未賦予有辯護人之被告直接獲知卷證資訊之權利，且未賦予被告得請求付與卷內筆錄以外之卷宗及證物影本之權利，妨害被告防禦權之有效行使」違憲（解釋文參照）。

其次，先生釋字第404號解釋之「不同意見書」亦大法官就憲法第15條「工作權」保障範圍之首次闡釋：

工作權之保障範圍應為：（一）凡人民作為生活職業之正當工作，均受國家之保障，且屬工作權之核心部分。（二）人民有選擇工作及職業之自由，國家不得違背個人意願強迫其就業或工作。（三）取得各種職業資格者，其職業活動範

圍及工作方法之選擇，亦受憲法之保障，法律或各該職業之自治規章雖得加以規範，但均不應逾越必要程度。」(粗體字為作者所標示)

上開工作權保障範圍之闡釋，影響後來憲法解釋實務。例如：釋字第462號解釋(87.07.31)稱「人民之工作權應予保障，是以凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障」；釋字第649號解釋(97.10.31)稱「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由」；釋字第711號解釋(102.07.31)稱「憲法第15條規定，人民之工作權應予保障，其內涵包括人民之職業自由。法律若課予人民一定職業上應遵守之義務，即屬對該自由之限制。」

3. 於言論自由之真諦，多所闡發

或因專制傳統，歷代屢興文字獄，國人對於言論自由之真諦多不甚明瞭，先生卻能獨排眾議，切中肯綮。例如，釋字第414號解釋(85.11.08)先生與蘇俊雄大法官及城仲模大法官共同發表之「部分不同意見書」，首先指出：系爭之藥事法第六十六條第一項(「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省(市)衛生主管機關核准，並向傳播業者送驗核准文件。」「涉及之憲法問題有二：一係憲法第十一條所保障之言論自由，是否包括以銷售物品、勞務、創意等俾獲取利潤之商業言論(commercial speech)在內，一係刊播前應得主管機關許可之所謂事前審查制(prior censorship, Voroder Praventivzensur)是否為憲法之所許。」其次，則直陳「事前審查」制度對於言論自由之侵害嚴重，應為「比例原則」所不許：

憲法第二十三條所揭櫫之比例原則，素為本院大法官審查法規違憲之基準。就本件而言，所謂比例云者，維護國民健康與個人表現自由營業利益之均衡，固屬應予考慮之因

素，惟若遇有多種限制手段可供制定法律之選擇時，應採用對憲法原則及個人權利侵害最輕微之手段（das gelindeste Mittel），且性質相同之事件法律所採取之限制手段不應有明顯之差異，否則均與比例原則有悖。抑制誇大不實之廣告，主要有賴事後之處罰，而非事先審查，若無較重之罰則規定，其不遵守審查結果，照原意刊播，主管機關能奈之何？藥品必須經檢驗合格，始能上市，尚且顧慮廣告誤人，試問各類食品或所謂健康食品多未經查驗，即可販賣，對人體健康之影響，恐不下於藥物，何以不事先審查食品之廣告，而僅採用事後追懲之手段（見食品衛生管理法第二十條、第三十三條第二款）？再者藥品既經事前檢驗合格，廣告縱有誇大其辭，購買者除花費金錢之外，照其仿單使用，有何「明顯而立即之危險」可言，以致於須動用已為先進國家禁絕之事先審查乎？又廣告之方法原本多端，若藥物廣告採用街頭散發、設置看板、按戶郵寄或經由電腦網路等，則既非藥事法第六十六條所稱之刊載播放，主管機關如何能遂行刊播前之審查乎？環顧今日國中，藥物廣告之泛濫幾曾因主管機關有事先審查權限而稍見收斂乎？綜上所述，縱使僅對藥物廣告實施事先審查，亦難認其於憲法第十一條保障言論出版自由之意旨並無違背，有關立法及行政機關，儘可加重處罰（包括提昇至刑罰）、鼓勵相關業者之自制（包括藥商、廣告業及媒體），執行有處方始得購買藥品等制度，以代替效果不彰又「惡名在外」之事先審查。（粗體字為作者所標示）

以上意見實主張就商業言論所為之事先審查，應接受比例原則「最嚴格」之審查。去年司法院作成釋字第744號解釋（106.01.06），釋示：「化粧品廣告之事先審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事

前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。」(理由書第3段參照)並宣告化粧品衛生管理條例第24條第2項及同條例第30條第1項規定違憲。如上釋示乃我國釋憲實務上首次採用「嚴格審查基準」(strict/heightened scrutiny)之案例，實質上殆已變更(修正)前揭釋字第414號解釋之見解⁴。先生之宿願至此得償。

另，先生釋字第509號解釋(89.07.07)之「協同意見書」力主「陳述事實」與「發表意見」應予區分，並僅限於前者，始有釋字第509號解釋之適用，亦深契合美國釋憲實務區分「按言論內容而為之管制」(content-based regulations)與「無關言論內容而為之管制」(content-neutral regulations)，並適用不同審查基準之義理。先生謂：

按陳述事實與發表意見不同，事實有能證明真實與否之問題，意見則為主觀之價值判斷，無所謂真實與否，在民主多元社會各種價值判斷皆應容許，不應有何者正確或何者錯誤而運用公權力加以鼓勵或禁制之現象，僅能經由言論之自由市場機制，使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果。對於可受公評之事項，尤其對政府之施政措施，縱然以不留餘地或尖酸刻薄之語言文字予以批評，亦應認為仍受憲法之保障。蓋維護言論自由即所以促進政治民主及社會之健全發展，與個人名譽可能遭受之損失兩相衡量，顯然有較高之價值。惟事實陳述與意見發表在概念上本屬流動，有時難期其涇渭分明，若意見係以某項事實為基礎或發言過程中夾論夾敘，將事實敘述與評論混為一談時，始應考

4 參見釋字第744號解釋湯德宗大法官提出之「部分協同意見書」。

慮事實之真偽問題。據此，刑法第三百十一條各款事由，既以善意發表言論為前提，乃指行為人言論涉及事實之部分，有本件解釋上開意旨之適用。(粗體字為作者所標示)

4. 確立考試評分之判斷餘地，積極形塑我國「五權分治、平等相維」之憲法結構

釋字第319號解釋(82.06.04)翁岳生大法官、楊日然大法官及先生等三人共同發表「一部不同意見書」，就多數意見所稱：「考試機關依法舉行之考試，其閱卷委員係於試卷彌封時評定成績，在彌封開拆後，除依形式觀察，即可發見該項成績有顯然錯誤者外，不應循應考人之要求任意再行評閱，以維持考試之客觀與公平」，提出辨正：

無論從裁量之理論或不確定法律概念之見解，典試委員之評分應受尊重，其他機關甚至法院亦不得以其自己之判斷，代替典試委員評定之分數。……法院固不得自行評分以代替典試委員之評分，惟得審查考試程序是否違背法令，事實認定有無錯誤，有無逾越權限或濫用權力等。多數通過之解釋文，似亦不否認此項見解，故認為試卷彌封開拆後，不應「任意」再行評閱。惟本件解釋該項規定是否違憲之關鍵，乃在於考試評分有明顯不法情事時，是否仍得經由一定法定程序給予重新評閱之機會，以資救濟。多數意見對此未予明確釋示，反而將試卷彌封是否開拆作為問題之要點，認為開拆後，不得要求重新評閱，否則不足以維持考試之客觀與公平。其實，彌封開拆後再行評閱時，仍得予以彌封，有效保持秘密，並不影響其客觀與公平，在此情形重新評閱以糾正錯誤或偏失，反而為追求其評分更客觀公平所必要。(粗體字為作者所標示)

確立典試委員關於試卷評分應有「判斷餘地」，其他機關(包

含法院)均應予尊重,不得以其自己之判斷,代替典試委員評定之分數,除具有行政法上之意義外,亦再次印證各權力(部門)間既應「相互制衡」,亦應「相互尊重」,對於確立我國「五權分治、平等相維」之憲法結構,尤其具有重要意義⁵。

5. 闡明憲法所定「人民之義務」及「信賴保護」原則之性質

先生於釋字第472號解釋(88.01.29)發表「協同意見書」,針對聲請人之主張:一、全民健康保險法「強制全民納保」之設計乃增加人民於憲法所無之義務;二、且對原已參加勞保、公保、農保等社會保險之人民而言,實施全民健保後保費負擔加重或給付水準降低,有違信賴保護原則,詳予闡釋:

一、按憲法第二十條至第二十一條所規定之三種義務,在性質上屬於人民之基本義務,係制憲者參酌各國憲政常軌及制憲當時之社會環境所作之例示性規定,上述三個條文對人民之義務並無列舉窮盡(*numerus clausus*)之意,若謂人民之義務僅止於上述三種,則社會秩序勢必無法維繫,甚至有面臨解構之危險。因為社會成員遵守行為規範乃社會存續之前提,在國家生活之中,法律為最重要之行為規範,人民均有遵守法律之義務,縱然納稅、服兵役及受國民教育三者,亦應由法律明確訂定,人民始有義務服從。是以遵守法律乃人民之政治義務(*political obligation*),無待憲法之規定,至於法律不得牴觸憲法,侵害人民之基本權利,自不待言。故法律對人民所課予之義務,合憲與否不在於義務本身是否出自憲法規定,而係該項法律是否依憲法所定之程序產生?義務內容是否合理?與憲法之意旨是否相符?本件聲請意旨對義務之認知,顯有誤

⁵ 參見湯德宗,大法官有關「權利分立原則」解釋案之研析,收於氏著,違憲審查與動態平衡——權力分立新論(卷二),4版,頁297以下(2014年)。

會。(粗體字為作者所標示)

以上為大法官關於憲法所定「人民之義務」之性質，僅見之闡釋。其次，關於實施全民健保是否違反「信賴保護原則」，先生之「協同意見書」並有極精闢之論述：

按憲法課予國家機關某種事項之作為義務時，一般稱為憲法委託 (Verfassungsauftrag)，而憲法委託又有明示委託與默示委託之分，憲法第二十四條、第一百四十四條屬於前者，推行全民健保可謂後者。立法者履行憲法委託之義務而制定相關法律，涉及對個人自由權利之限制，與立法者單純依據憲法第二十三條基於公共利益等因素考量之比例原則，具有更高之正當性……

三、憲法推行全民健康保險之本旨，在使全體國民均納入健保體系，至於強制納保之方式憲法增修條文本身並未規定，立法及行政機關自有裁量之空間，並對其決策成敗負政治責任，尚非釋憲機關所能置喙。……第按信賴保護固屬具有憲法位階之公法上基本原則，國家之立法、行政及司法等部門，均應受其拘束，但此一原則之適用，並非毫無條件。主張有信賴保護原則之適用者，除應具有值得保護之信賴利益外，必須審酌符合信賴保護之利益的性質以及衡量公益與私益之保障何者具有較高價值。倘形成信賴利益之事實關係為過去存在之事實，制定法規溯及既往的使相對人遭受不利之結果，原則上不得為之；倘制定法規係針對將來發生之事實關係而適用，且公益因此而獲致益處顯然大於相對人或其他利害關係人之私益者，即非法所不許（參照德國憲法法院判決 BVerfG 39, 128; 43, 286; 62, 163; auch Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., S.300f.）。……實則以制定新的法律，變更各項保險條件，

被保險人縱受不利影響，衡諸上開說明與信賴保護原則之適用，並無違背之處。何況吾國過去舉辦之各項社會保險，並非真正之對價關係，其中以公保為例，自民國四十七年開辦以來，全賴國庫之補貼，其累積虧損之金額以數十億計，可謂獨占資源分配之有利地位，豈是憲法建立社會安全體制有意設計之優先順序？實施全民健保使數百萬原本不在社會保險體系內之國民同霑利益，獲得平等的醫療照顧，本席認為與制憲者在基本國策中所欲實現之分配正義（*Justitia distributiva*）理念正相符合。（粗體字為作者所標示）

前揭關於「信賴保護」原則應如何適用之見解，影響其後大法官有關解釋，例如釋字第525號解釋（90.05.04）、釋字第529號解（90.07.13）、釋字第589號解釋（94.01.28）、釋字第605號解釋（94.11.09）及釋字第717號解釋（103.02.19）等。

二、先生參與籌創中央研究院法律學研究所之貢獻

先生對於中央研究院法律學研究所之籌備與創設，並有重大貢獻。個人因受命擔任中央研究院法律學研究所籌備處主任（93.07.01～100.06.30）及正式成所後首任所長（100.07.01～100.09.30），親歷筚路藍縷、難忍能忍、難行能行的籌設歷程⁶，對於先生之鼎力支持、無私奉獻，尤感念於心，不敢或忘。

先生參與法律所之籌備始於民國92年12月，由其時李前院長遠哲聘請擔任「中央研究院法律學研究所籌設諮詢委員會」委員，參與研擬「籌設規劃書」，確立嗣後法律學研究所之六項「重點研究領域」（一、憲政體制與人權保障，二、行政管制與行政爭訟，

⁶ 詳見中央研究院法律學研究所編，中央研究院法律學研究所設所歷程（2011年）。

三、科技發展與法律規範，四、法律思想與社會變遷，五、大陸港澳法律發展，六、司法制度、司法行為與立法學），並擬定短、中、長程之「發展策略」。「籌設規劃書」遞經中央研究院評議會、中央研究院院務會議審查通過，並報奉 總統核准在案，堪稱籌設法律所所準據之憲法，其重要性不言而喻。

籌備處成立後， 先生受聘為「中央研究院法律學研究所籌備處學術諮詢委員會」委員（93.09.01～），繼續參與法律所之籌設。按中央研究院相關規定，各研究所在籌備處階段係以「學術諮詢委員會」（下稱「學諮會」）為最高決策機構。舉凡籌備處之「人事案」（含研究人員之新聘、續聘、升等案件及學術研究績效獎金複審案件）與「法規案」（迄至民國100年7月1日正式成所時止，共計訂定、修正單行法規17種）、重點研究領域「研究組群計畫」之評選、及其他重大政策（如《中研院法學期刊》之創始發行等，皆須經過「學諮會」審議通過。七年間共計召開過23次學諮會⁷， 先生除身體偶有不適（含髖關節手術）外，無不準時出席。

籌備期間因時蒙 先生親炙教誨、耳提面命，對 先生之為人處事，益加感佩。限於篇幅，僅略數一、二分享。

1. 愛護後進、無微不至。有次學諮會面試新聘研究人員，會後在家裡接到 先生來電：「今天我面談時提問的態度是否太兇了？他（她）怎麼無法回答？據你所知，他（她）是不是太緊張而失常？」談話最末， 先生交代：「你以後有機會要多多鼓勵他（她），其實他（她）打算研究的問題是不錯的。口試表現是一時的，能否作研究得長遠論斷」。另一次學諮會審查某位研究同仁的續聘案，因其外審的審查意見並非全為「極力推薦」， 先生擔心

⁷ 歷次會議紀錄詳見中央研究院法律學研究所編，中央研究院法律學研究所學諮會會議紀錄合訂本（2004/10～2011/06）（2011年）。除列入機關檔案保存移交外，並分贈全體學諮會委員存憶。

可能無法順利續聘，在會上為他（她）說了許多話，甚至不惜以身譬喻、自謙自嘲。會後 先生告訴我：「這年頭太功利了，總是要人在短期達標。但作學問要能耐得住性子，要能可長可久。這麼埋頭用功、與世無爭的人，我們而努力留住他（她）！」

2. 直言無懼、圓融練達。有次學諮會面試某位新聘研究人員， 先生語出驚人地問：「聽說你（妳）在學生時期曾是學生運動的領袖，不少老師都被你（妳）K過雞蛋，你（妳）覺得你（妳）能在這裡安心作學問？」雖如此提問， 先生最後仍投下贊成票。事後 先生告訴我：「我故意這麼問，要看看他（她）怎麼說。作學問的人必須與政治保持距離，研究才能客觀。學諮會委員不能作濫好人，要向歷史負責」。另有一次學諮會，有位委員因為對中研院嚴格的學術審查程序不熟悉（甚或不相信審查結果），有些動怒，場面一時變得很尷尬。沈寂中， 先生先是唸了一首唐詩，然後說起自己當年主持臺大政治系時聘人的一些往事，歸結道：「請神容易、送神難阿」！氣氛乃變得緩和。

回想自1978年就讀臺大法研所，因某日在系辦輪值，偶遇 先生（時任政治系主任，辦公室緊鄰法律系辦）時起，屢蒙 先生循循善誘、巧善資助、提攜獎掖，倏乎40年。多少故事，多少疑難，此後當與何人共？走筆至此，不覺淚濕……。

此刻，想必 先生正在天上微笑，一如以往。我當效法 先生以史為鑑、以國為念，開闊胸襟、涵養氣度，盡忠職守、有始有終，庶幾無愧 先生提攜之恩。

典範長存、恩情永憶。

（本文原稿發表於「吳庚教授學術貢獻追思會」第二場次「憲法學與釋憲」（2018年3月24日，國立臺灣大學社會科學院梁國樹國際會議廳））