

釋憲時刻： 初探司法院大法官的議程設定及其憲政效應

蘇彥圖*

(中央研究院法律學研究所)

壹、前言

貳、司法院大法官議程的設定機制：從制度、總量到個案

一、制度控管

(一) 聲請大法官釋憲的程序規範

(二) 大法官案件審理的組織與程序規範

二、案件總量管制

三、個案決策

(一) 受理或者不受理：選案決策

(二) 速審或者慢磨：審結時機決策

參、設定釋憲議程的司法政治

肆、唯誠實者得自由：略論釋憲議程的制度改革

一、半選案制的代價

二、以司法政治導正司法政治

伍、結論

參考資料

* 中央研究院法律學研究所助研究員。本文係中央研究院法律學研究所司法院大法官實證研究(I)組群研究計畫(2013年)之部分研究成果。作者感謝中央研究院法律學研究所廖穎凡女士以及同所法實證資料研究中心何漢葳女士協助本論文研究資料之收集與整理。本文初稿發表於2013年12月21日舉行之中華民國憲法學會民國102年年會暨學術研討會。作者感謝與談人李念祖教授、葉俊榮教授之評論與建議。

摘 要

為什麼只有若干極其少數的釋憲聲請案件，在某個特定的歷史時點上，成功地獲得了屬於它們的釋憲時刻？針對這個事涉我國釋憲議程及其憲政效應的重要課題，本文嘗試運用司法政治的理論觀點與分析工具，初步但是有系統地檢討台灣司法院大法官議程設定機制的構成與實際運作，並據以提出針對相關制度實踐的批判與改革建議。本文首先嘗試勾勒出一個關於司法院大法官之議程設定的本土司法政治理論的雛形。除了發展出一個區分制度、總量與個案等三個層次之釋憲議程設定機制的分析架構，本文也析離出了「選案決策」以及「審結時機決策」兩種個案層次的大法官決策模式，並對設定釋憲議程的司法政治，提出了初步的設論與後續研究動議。本文繼而批判我國所採行與沿用的「半選案制」，指出其不僅無助於降低大法官選案決策錯誤之風險，還往往徒然地犧牲了司法的誠實。為使憲法訴訟法制得以確實有效地擔保、引導司法院大法官做出對的選案決策，本文另建議探尋「以司法政治導正司法政治」的制度改革策略。

關鍵詞：議程設定、選案、釋憲聲請、司法違憲審查、憲法訴訟法、司法政治、司法行為、制度工程、司法院大法官

壹、前言

議席－選區不均配劃 (malapportionment)，也就是偏離「一人一票」(one person, one vote)原則的議席分配與選區劃分，是採取分區選舉 (district elections) 的民主國家往往會面臨到的一個古典的民主法問題。由於政治程序往往無法對這個代議選舉程序本身的結構性偏差進行讓人滿意的自我改正 (self-revision)，許多人很早就將改革的希望寄於司法的介入。¹ 從美國聯邦最高法院在 1962 年間作成的 *Baker v. Carr* (1962) 這個啟動了美國的「議席－選區重配劃革命」(the reapportionment revolution) 的劃時代判決，² 一直到日本最高法院在 2013 年 11 月間就日本眾議院議員選舉中票票不等值的「違憲狀態」所作成的最新(第四次)判決³——比較民主法上已經累積了不少司法審查議席分配與選區劃分法制的實務經驗。在台灣，特別是隨著 2008 年以後單一選區兩票制的啟用與運作，存在於立法委員選舉的議席－選區不均配劃，基本上應該已可算是一個有現實意義、不是純學術性的憲政議題。⁴ 賴清德、潘孟安等 82 位第六屆立法委員在 2008 年 1 月底向司法院大法官所提出的釋憲聲請案，其中一項聲請事由就是憲法增修條文所定立法委員議席分配方式與選舉平等原則之間的扞格。⁵ 賴中強等律師也在 2011 年 11 月間，協助兩位分別設籍於宜蘭縣與新竹縣的選民，就同一爭議向司法院大法官提出了釋憲聲請。⁶ 如果比較民主法的相關實務經驗可以作為衡量一個案件之憲政重要性的參考值的話，這兩個案子很難被逕自歸類為無謂的 (frivolous) 釋憲聲請。然而，在 2009 年 7 月底以及 2013 年 6 月間，司法院大法官先後決議不予受理這兩件釋憲聲請案。大法官認定，前揭立法委員所提釋憲聲請，「既未有憲法修正案提議」，並不符合「行使職權」這項立法委員聲請大法官解釋的法定程序要件。⁷ 針對兩位選民所提釋憲聲請，大法官則是以「聲請人

¹ See Richard H. Pildes, *Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 HARV. L. REV. 28 (2004).

² 369 U.S. 186 (1962).

³ 參見鄭凱榕 (2013 年 11 月 28 日)，《票票不等值違憲！日法院判 7 月參院選舉無效》，新頭殼新聞，檢自 <http://newtalk.tw/news/2013/11/28/42321.html> (檢索日期 2013 年 12 月 16 日)。

⁴ 我國各級議會選舉的議席－選區不均配劃問題存在已久，並早已受到部分論者的注意與質疑。例如 2008 年 10 月 9 日司法院大法官第 1328 次會議議決不受理之由邱○河提出的釋憲聲請案(會台字第 7712 號)，便涉及高雄縣之鄉鎮市民代表會選舉的議席－選區不均配劃問題。作者就此感謝李念祖教授提供相關訊息。

⁵ 參見黃忠榮、陳曉宜、劉志原 (2008 年 1 月 31 日)，《新制票票不等值 綠聲請釋憲》，自由時報，檢自 <http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/jan/31/today-p5.htm> (檢索日期 2013 年 12 月 16 日)。

⁶ 參見《把政治還給我們！三項參政權釋憲案記者會》，苦勞網，2011 年 11 月 09 日，檢自 <http://www.coolloud.org.tw/node/64883> (檢索日期 2013 年 12 月 16 日)。

⁷ 大法官第 1343 次會議議決不受理案件第 10 案，會台字 8732 號，2009 年 7 月 31 日。關於本

所陳，僅係以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已具體指明確定終局判決所適用之法令有何抵觸憲法之處」這個常見於司法院大法官不受理決議的標準句型，作為不受理的理由。⁸ 如果台灣立法委員選舉的議席－選區不均配劃問題會有屬於它的「釋憲時刻」，至少到現在為止，這個時刻還沒有出現。

每一個釋憲聲請案的受理與否，或許都有一個故事。不過，在司法院大法官的實務運作上，上述這兩個釋憲聲請案的遭遇，並不如何特別。根據司法院公布的統計數據，在 2002 年至 2011 年間，大法官每年平均要處理 572 件聲請解釋案

表（一）：司法院大法官解釋案件收結年度統計：2002-2011

年度	總收案數 [†]	解釋數	不受理數	其他處置 ^{††}	未結案件數
2002	340	18	197	2	123
2003	459	16	286	4	153
2004	465	17	242	6	200
2005	524	20	311	29	164
2006	500	15	334	2	149
2007	549	13	348	12	176
2008	624	18	404	3	199
2009	680	16	412	6	246
2010	787	14	538	9	226
2011	793	12	437	49	295
平均	572.1 (100%)	15.9 (2.78%)	350.9 (61.34%)	12.2 (2.13%)	193.1 (33.75%)

[†] 總收案數合計「舊收」與「新收」之案件數。

^{††} 其他處置係司法院大法官官方統計中所列「撤回」、「暫存」、「存查」、「併案」與「其他」等案件處置類型。

資料來源：司法院（《司法院大法官解釋案件收結年度統計暨百分表》）

製表：廖穎凡

件釋憲聲請案之評論，另參見廖義男，選舉制度與平等、民主原則，法令月刊，59 卷 3 期，2008 年，頁 162-165。

⁸ 大法官第 1406 次會議議決不受理案件第 29 案，會台字 10658 號，2013 年 6 月 21 日。

件；在這十年中，大法官平均每年會作出 16 號左右的解釋（佔同時期全部聲請解釋案件的 2.78%）、350 多件的不受理決議（比例約佔 61%），並且餘留下 190 幾件的未結案件（比例約佔 34%）（參見表（一））。我們可以說，絕大多數的聲請案件，早晚會被大法官議決不受理。初步檢視司法院大法官所公布的不受理決議，我們不難發現：在為數不少的案件中，大法官僅以「聲請人未具體指明有何違憲」或者類似的說法，作為不受理的理由。⁹ 僅僅因為這類理由而被大法官篩除的聲請案件，可能有相當多數之比例，是滿足其他法定聲請程序要件但確實不值得大法官受理的無謂案件。我們無法單從司法統計數字推估有多少比例的案件具有憲政重要性而且其他程序要件皆備，只是大法官「不受理就是不受理」。不過，這類「遺珠」，縱屬例外，恐怕也非格外罕見。財團法人民間司法改革基金會在 2011 年間出版的《大法官，不給說法》一書，就在傾訴一個又一個釋憲聲請案件「懷才不遇」的委屈。¹⁰

服輸也好，委屈也罷，現實上就是只有少之又少的聲請案件，會被大法官受理作成解釋。在台灣追尋憲政民主的歷程中，司法院大法官做有相當的貢獻，並從而累積了一定的聲望與權威。不過，並不是每一號司法院大法官解釋都是眾所矚目的「大案」，也不是所有的司法院大法官解釋都屬擲地有聲的傳世之作。論產量，台灣憲法法院在 2002-2011 年間的年平均產出是近 16 號解釋；相較之下，美國聯邦最高法院在同期間每年度（term）平均作成了近 79 件判決（full opinions），韓國憲法法院同時期年平均產量則約是 151 件判決。¹¹ 簡單分析在這段期間內司法院大法官所作成的 159 號司法院大法官解釋，我們很快可以發現：適用司法院大法官審理案件法第 14 條第 1 項前段規定作成的解釋，大約佔了總數的 63.5%；適用同條項後段規定作成的解釋（亦即對於命令位階法規範所為審查）次之，比例為 32.7%；涉及財產權的大法官解釋，比例約佔 45%；涉及財稅法領域者，比例則在 21% 左右。¹² 不過，司法院大法官在 2010 年~2012 年這三年間，只分別作出了 14 號、12 號與 12 號的司法院解釋；而這三年間涉及財稅法領域的司法院解釋所佔比例，則分別是 21%、50%與 67%。針對司法院大法官在 2012

⁹ 中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心目前正在重建與維護《司法院大法官解釋聲請案不受理決議案件資料庫：1994-2010》。俟本項作業完成後，我們將可以確切的統計數據印證這個印象式的觀察。

¹⁰ 參見財團法人民間司法改革基金會，大法官，不給說法！，2011 年。

¹¹ 美國聯邦最高法院之平均判決件數係本文計算自 *Harvard Law Review* 出版之美國聯邦最高法院年度統計資料。韓國憲法法院之平均判決件數則係計算自 Constitutional Court of Korea, Case Statistics of Constitutional Court of Korea, 檢自 http://www.ccourt.go.kr/home/english/decisions/stat_pop01.jsp（檢索日期 2013 年 12 月 16 日）。

¹² 內文所列數據出自中央研究院法律學研究所，《司法院大法官解釋資料庫：1994-2010》（建置中）。

年間產出稀少卻又多屬稅務解釋的表現，學者黃丞儀發出了「大法官在稅務案件中迷航」、「彷彿除了涉及彩色電視機及清涼飲料的稅額是否違反租稅法定主義外，人民的其他基本權利對大法官而言都不重要」的喟嘆。¹³ 湯德宗大法官就 2013 年 10 月公布之司法院釋字第 713 號解釋所提部分不同意見書，也對晚近司法院大法官的功能表現，提出了他的詰問：「職司憲法解釋的司法院，何時竟成了財稅法院？」¹⁴

在爭論「台灣的憲法法院是否真的——乃至於從何時開始——已經財稅法院化」這個有趣的課題以前，也許我們應該先探問一個比較根本的問題：在我國的司法違憲審查實務上，為什麼只有若干極其少數的聲請案件（及其所承載的議題），在某個特定的歷史時點上，成功地獲得了屬於它們的釋憲時刻？司法院大法官作為一個憲法「法院」的制度定位，並不妨礙我們將之視為一個以合議的方式行動的決策者，將其案件審理視為一個決策的過程，進而把司法院釋字與不受理決議，理解為司法院大法官所做決策的主要型式。在這樣的分析架構下，我們所要探問的問題，基本上便環繞在司法院大法官的「議程設定」（agenda setting）——也就是司法院大法官(i)要在何時、(ii)就何項憲法法議題作出實體決策的時程安排。概略而言，只有當司法院大法官將一件釋憲聲請案排入了它的實體決策議程，並且在審理之後作成與公布了它所做的決策，該聲請案件及其所承載的憲法法議題，才算有了一個得以解釋公布日期標定其實現／完成時點的釋憲時刻。我們可以說，出現次數的多寡、醞釀期間的長短、所涉議題的屬性等釋憲時刻的各種特質，在相當大的程度上，都取決於司法院大法官的議程是如何被設定的。如果暫不考慮不是人為所能控制的偶然因素，我們甚至可以說，一個又一個釋憲時刻／大法官解釋的時序排列，就是司法院大法官作為憲法法院的議程。¹⁵

本文嘗試對上述程序意義下之司法院大法官的議程設定及其憲政效應，進行初步的描述理論建構以及規範理論反省。¹⁶ 作為一個研究主題，議程設定直接

¹³ 黃丞儀，依法行政的悖亂政治，蘋果日報，2012 年 12 月 29 日，檢自 <http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20121229/34737556/>（檢索日期 2013 年 12 月 16 日）。

¹⁴ 湯德宗，大法官釋字第 713 號解釋部分不同意見書，2013 年 10 月 18 日。

¹⁵ 關於一個聚焦於議程的憲法理論討論，see Frederick Schauer, *Foreword: The Court's Agenda—and the Nation's*, 120 HARV. L. REV. 4 (2006).

¹⁶ 基於聚焦討論的需要以及作者的研究興趣，本文僅討論司法院大法官本身的議程以及此項議程的形成機制，而不討論司法院大法官對於我國整體憲政議程的形成作用。司法院大法官確實得以其實體決策論理的寬（wide）、窄（narrow）、深（deep）、淺（shallow）、審查密度的從寬或者從嚴、乃至解釋效力宣告模式之選擇等諸多方式，形塑或者調控國家整體的憲政議程。本文推測大法官在設定憲法法院議程時，有做這類後果／實體取向之決策考量的高度可能性，只是不將實體決策列為大法官議程設定機制的一個獨立單元進行討論。關於司法院大法官釋憲對於我國憲政

關連到了司法違憲審查之制度運作的諸多環節——包括聲請釋憲程序的制度設計、各項聲請程序要件的解釋與適用、司法院大法官的案件審理流程、評議方式、決策規則以及意見書寫（*opinion writing*）等事項，而且其結果也將深刻影響司法院大法官所扮演的憲政角色及其功能表現。議程設定一詞或許對於我國一些憲政司法研究者而言尚屬陌生，但是對與其相關的各項制度、實務與憲政理論議題，我國法政學界毋寧已經累積了相當豐碩的討論與研究成果。¹⁷ 議程設定是司法政治（*judicial politics*）——也就是對於司法決策之制度與行為所為政治學研究——的重要學術關懷。關於美國聯邦最高法院的議程設定，美國的司法政治學者已經累積了大量的實證研究成果；¹⁸ 伴隨著司法憲政主義（*judicial constitutionalism*）的全球化發展，晚近也已經有越來越多關於其他國家之最高法院／憲法法院的議程設定的文獻討論。¹⁹ 本文基本上就是嘗試運用相關司法政治研究所發展出來的理論觀點與分析工具，系統性地檢討台灣司法院大法官議程設定機制的運作，並進而與倡導「就法論法」的我國傳統憲法訴訟法理論，展開初步的對話。

發展之影響的討論，例如參見葉俊榮，〈從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：1949-1998〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，2003年，頁253-321。關於司法院大法官如何透過審查密度之調控回應社會變遷之討論，例如參見蘇永欽，〈從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查-走向適切回應社會變遷的司法積極主義（上）〉，*法令月刊*，59卷6期，2008年，頁71-98；蘇永欽，〈從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查-走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下）〉，*法令月刊*，59卷7期，2008年，頁4-33。關於司法院大法官如何透過解釋效力宣告模式之選擇引導憲政發展的討論，例如參見葉俊榮，〈司法院大法官附期限憲法解釋的分析〉，收錄於《民主轉型與憲法變遷》，2003年，頁323-389。關於違憲審查實體論理之寬、窄、深、淺的區分以及選擇，*see* CASS R. SUNSTEIN, *ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT* (1999).

¹⁷ 自1990年代後期以來我國法政學界的相關討論，主要是在引導或者回應針對司法院大法官審理案件法／憲法訴訟法的制度改革嘗試；例如參見許宗力，〈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《憲法與法治國行政》，1999年，頁87；蘇永欽，〈司法院大法官審理案件法修正芻議（上）〉，*月旦法學雜誌*第156期，2008年，頁158；蘇永欽，〈司法院大法官審理案件法修正芻議（下）〉，*月旦法學雜誌*第157期，2008年，頁126；吳信華，〈「憲法訴訟法」草案評析〉，收於《憲法訴訟專題研究（一）——「訴訟類型」》，2009年，頁421；翁岳生，〈我國憲法訴訟制度之展望〉，*中研院法學期刊*創刊號，2009年，頁1；最近文獻例如參見陳淳文，〈人民聲請釋憲制度的改革展望【研討會論文】〉，發表於司法院大法官一〇二年度學術研討會（上），2013年12月7日，頁25-64；楊子慧，〈憲法解釋的撰寫制度—檢討限制、諦視德國、展望新猷【研討會論文】〉，發表於司法院大法官一〇二年度學術研討會（下），2013年12月7日，頁1-36。

¹⁸ For a list of the recent representative literature on the agenda setting of the U.S. Supreme Court, *see* LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES, & RICHARD A. POSNER, *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* (2013).

¹⁹ *See, e.g.*, Werner Heun, *Access to the German Constitutional Court*, in *CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON: THE U.S. SUPREME COURT AND THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT* 125 (Ralf Rogowski and Thomas Gawron eds., 2002) [hereinafter *CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON*]; Erhard Blankenburg, *Mobilization of the German Federal Constitutional Court*, in *CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON* 157; Roy B. Flemming and Glen S. Krutz, *Repeat Litigators and Agenda Setting on the Supreme Court of Canada*, 35 *CANADIAN JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE* 811 (2002); Yoav Dotan and Menachen Hofnung, *Legal Defeats—Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?*, 38 *COMPARATIVE POLITICAL STUDIES* 75 (2005).

本文嘗試做兩件事情。第一件事情是為一個試圖回答「司法院大法官的議程究竟是如何被設定出來的」這個描述性問題的本土司法政治理論，勾勒出它的基本架構與大致輪廓，據以為往後針對司法院大法官議程設定的法實證研究，提供初步的理論指引（本文第貳、參部分）。經由這項聚焦於台灣的制度與實務經驗而將關於議程設定的司法政治理論加以脈絡化、本土化的理論嘗試，本文的主要發現是：除了從事是否受理一個釋憲聲請案件的選案（*case selection*）決策以外，在我國現行法制底下，司法院大法官還有相當大的伸展空間，可以另外再藉由調控案件審理速度的或快或慢，去拿捏所為實體決策的時機（*timing*）；不過，一件受理案件的審議時間如果特別長的話，未必是出於大法官的刻意緩議或者疏忽散漫，亦有可能是其他原因——例如大法官內部之審議出現僵局——使然。本文嘗試做的第二件事情，則是對於形塑司法院大法官議程設定的基本制度安排，進行規範理論上的反省，進而對於審議中之《司法院大法官審理案件法修正草案》的相關規劃，提出一些原則性的評論與建議（本文第肆部分）。本文就此嘗試論證：(1) 司法院大法官案件審理程序的司法化，並不表示司法院大法官的選案決策就應該受到更嚴密的規則拘束；在維持「大法官就聲請案件之不受理必須敘明理由」之法制要求的情況下，「顯無理由」、「欠缺憲政原則重要性」等既有實務選案標準的沿用或者進一步的成文化，不僅無助於提升大法官選案決策的一致性與可預測性，還會徒然惡化了聲請人與大法官之間的夥伴關係，甚至凸顯司法的偽善。(2) 議程設定的司法政治運作如果出了問題，比較有效的改革策略還是借力使力——「以司法政治導正司法政治」（“*harnessing judicial politics to fix judicial politics*”）；²⁰ 除了強化大法官選案程序的資訊公開、使大法官的選案決策得以受到更多的檢驗與公評以外，賦予一定比例之少數大法官決定受理案件的議程設定權力，也是非常值得考慮的改革措施。

貳、司法院大法官議程的設定機制：從制度、總量到個案

為了讓大法官們對於眾多聲請案件的合議與集體決策成為可能，司法院大法官內部必定有一個跟大法官們預告接下來要討論、決議什麼案件的議程。只是在

²⁰ 「以司法政治導正司法政治」這個說法，係本文改編自美國民主法學者 Heather Gerken 所提「以政治導正政治」的民主法新制度論主張，*see* Heather K. Gerken, & Michael S. Kang, *The Institutional Turn in election Law Scholarship*, in *RACE, REFORM, AND REGULATION OF THE ELECTORAL PROCESS: RECURRING PUZZLES IN AMERICAN DEMOCRACY* 86-100 (Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, & Michael S. Kang eds. 2011).

我國現行實務上，司法院大法官僅對外界做了資訊極其有限的「預告釋憲」。比如說，我們只知道，在 2013 年 12 月初的時候，被列為大法官全體審查會的 72 件待審案件（計有 61 件人民聲請案、6 件機關聲請案、4 件法官聲請案以及 1 件立法委員聲請案）各自的聲請人以及簡單案由。²¹ 這 72 件聲請案的收案時間先後不一；在成為大法官全體審查會的待審案件之前，它們也分別經過了由 3 位大法官組成之審查小組歷時長短不等的初步審查。司法院大法官不定時會在網站上公布更新的待審案件清單，也會逐月公布前月份之聲請案件處理情形的簡單統計數字。²² 如果過往的案件處置紀錄可以做為我們做預測的基礎，這 72 件聲請案裡頭的多數聲請人，大概在不久之後，就會收到司法院大法官的不受理決議。在待審案件清單中停留較久的聲請案件，一般而言，則似乎比較有可能發展成為未來的司法院大法官解釋。只是，大法官們現在正在字句斟酌哪個案件的解釋文與解釋理由？下一號的司法院大法官解釋又會在何時問世？不是圈內人的我們，只能等候司法院大法官的事後通知。

等待一個釋憲時刻的出現，在某些情況底下，好比等待果陀。在 2013 年 6 月之後大法官全體審查會待審案件清單的「固定班底」裡頭，已經陸續包括了事涉集會遊行法之違憲審查的 2 件法官聲請案與 1 件人民聲請案。²³ 集會遊行法的上一個釋憲時刻，是在 1998 年 1 月間；在高成炎等 3 人提出釋憲聲請的 941 天後，當時的第六屆大法官作成並公布了司法院釋字第 445 號解釋。不過，現行的集會遊行法，在不少人眼中，仍然是箝制、打壓人民集會遊行自由的惡法；隨著 2005 年之後發生的諸多集會遊行事件（特別是 2006 年間的「紅衫軍運動」以及 2008 年年底的「野草莓學運」），集會遊行法的大幅改革（甚至廢止），更已成

²¹ 大法官三人小組審查竣事，提請大法官會議全體審查會待審查（含受理及不受理）之案件，檢自 http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p02_01_03.asp（檢索日期 2013 年 12 月 17 日）。

²² 司法院大法官統計資料，檢自 <http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p05.asp>（檢索日期 2013 年 12 月 17 日）。

²³ 此三案分別為：(1) 臺灣桃園地方法院刑事第 6 庭為審理違反集會遊行法案件，認集會遊行法第 8 條、第 29 條及第 30 條規定，有違反憲法第 7 條、第 11 條、第 14 條、第 23 條及公民與政治權利國際公約第 21 條規定之疑義，裁定停止訴訟程序，聲請解釋案；(2) 臺灣臺北地方法院刑事第 18 庭法官陳思帆為審理 98 年度易字第 1707 號案件，認應適用之集會遊行法第 8 條第 1 項本文、第 9 條第 1 項但書、第 12 條第 2 項、第 25 條第 1 項第 3 款及第 4 款、第 29 條規定，以及具有重要關聯性之同法第 4 條、第 6 條、第 11 條第 2 款規定，均有牴觸憲法第 14 條及第 23 條規定之疑義，聲請解釋案；(3) 林柏儀為集會遊行法案件，認臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 617 號刑事判決及臺灣高等法院 95 年度上易字第 1336 號刑事判決，所適用之集會遊行法第 29 條，以及具有重要關聯性之同法第 2 條、第 4 條、第 6 條、第 8 條、第 9 條、第 12 條、第 13 條、第 14 條、第 15 條、第 16 條等規定，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條、第 11 條及第 14 條等之疑義，聲請解釋暨補充司法院釋字第 455 號解釋案。檢自 http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/p02_01_03.asp（檢索日期 2013 年 12 月 17 日）。

為我國近幾年人權運動議程上的重要議題。²⁴ 在修法的政治進程並不順遂的情況下，再次啟動集會遊行法之違憲審查議程的釋憲聲請會在 2010 年 9 月以後被相繼提出，並不讓人意外。²⁵ 然而，如果從承審野草莓運動之「李明璁案」的台北地方法院法官陳思帆於 2010 年 9 月提出釋憲聲請之日起算，到了 2013 年 12 月下旬時，將會有超過 1200 天的時間，大法官還沒有審結這個梯次的集遊法釋憲案。²⁶ 究竟是什麼原因，讓一個社會上有許多人在關注的憲法法議題，在經過了這麼久的時間後，還是等不到屬於它的釋憲時刻呢？

陳思帆法官的釋憲聲請歷時 1006 天後方成為大法官全體審查會的待審案件。²⁷ 或許負責本案初審的大法官殆思竭慮、超然獨立，向來就不是那種會凜於「積案」或者輿論的壓力而便宜行事的法律人。或許本案的審查小組用心良苦，希望以拖待變，也好讓民主政治程序得有更多時間自我改正集遊惡法。又或許本案之初審因大法官人事更迭而有所推遲。或許……。對於這件事情的原委，我們可以設想出一連串似乎具有一定可信度的理論解釋，不過我們恐怕很難確定何者比較符合事實真相或者有較強的解釋力——即便日後有知情人士揭露了本案審理過程中的秘辛。質言之，司法院大法官的議程設定，是一個建立在多重因素之交互作用上的複雜機制；每一個只著眼於單一因素作用而不考慮系統效應（system effect）的理論解釋，恐怕都犯了見樹不見林的錯誤。²⁸ 一個成功的釋憲時刻往往有很多父母；一個無望或者必須久候的釋憲時刻基本上也是。

為了掌握與理解司法院大法官議程設定的複雜性，本文在此首先將界定與區分「制度控管」、「案件總量管制」以及「個案決策」等三層從抽象到具體的議程設定機制，然後逐層就形塑司法院大法官議程的重要因素及其作用，進行概略的功能分析（functional analysis）。本文第參部分則將就司法院大法官與釋憲聲請人等釋憲議程設定過程中的主要行動者各自的意向／偏好／行動議程，進行概略的行為分析（behavioral analysis），據以進一步說明設定司法院大法官議程的司法政治。本文以下討論受有兩重限制：（1）作為理論化司法院大法官議程設定的第

²⁴ 例如參見台灣法實證研究資料庫座談會，檢警 vs. 集會遊行：從林佳範案看台灣民主人權，基礎法學與人權通訊，8 期，2012 年，頁 1-21；許仁碩，後釋字 445 號時代—台灣反集會惡法運動的司法法律動員，基礎法學與人權通訊，8 期，2012 年，頁 22-37；劉人豪，集會有理？遊行無罪！—集會遊行管制的歷史形塑與法律實踐，台灣大學法律研究所碩士論文，2012 年。

²⁵ 關於近年集會遊行法修法經過之介紹與分析，參見劉人豪，同前註 24 論文。

²⁶ 《大法官怠職：集遊法違憲》，檢自 <http://iccpr21.tumblr.com/>（檢索日期 2013 年 12 月 17 日）。

²⁷ 參見許恆慈、陳立峰，《集會遊行法違憲 苦等大法官釋憲》，公視新聞，2013 年 6 月 13 日，檢自 <http://news.pts.org.tw/detail.php?NEENO=242644>（檢索日期 2013 年 12 月 17 日）

²⁸ 關於系統分析作為憲法學的研究方法及其應用，see ADRIAN VERMEULE, THE SYSTEM OF THE CONSTITUTION (2011).

一步，本文的分析只能點到為止，更沒有窮盡一切可能。(2) 本文就各層次之議程設定機制以及其間之行動者所為分析與討論，多半僅根據本文作者的觀察與推測，其有效性仍有待進一步的法實證研究檢證——如果我們可以克服實證資料取得的困難的話。

一、制度控管

在許多場合中，遊戲規則使得遊戲成為可能，也在相當程度上決定了遊戲如何進行。作為一種制度化（也就是有一套「遊戲規則」可循）的憲政運作，司法違憲審查包括議程設定在內的各種功能表現，無疑也會受到相關制度規範一定程度的制約或者影響，進而會隨著制度規範的變革而有所轉變。不過，究竟有哪些制度安排，會對司法院大法官的議程產生或者帶來何種影響呢？許多比較司法違憲審查制度的研究者很早就告訴我們，「抽象審查以及／或者具體審查」、「集中審查或者分散審查」這類司法違憲審查的基本制度選擇，在某種程度上，會塑造出不同特性的憲政司法議程，尤其表現於終審／憲法法院的議程與其他政治社會議程間的時間差。簡言之，在「所有的其他條件皆相等」（"all else being equal"）的前提假設下，抽象、集中審查制下的憲法法院，由於沒有將憲政爭議個案化的要求，也沒有下級審訴訟程序可資緩衝，其議程往往會比具體、分散審查制下的最高法院的議程，在時序上更貼近政治社會的議程；換句話說，抽象、集中審查制下的憲法法院，相較於具體、分散審查制下的最高法院而言，往往可能甚或有必要在比較短的反應時間內，就對一項所屬政治社會中的憲法法議題表示意見。²⁹ 問題是，在現實世界中，司法違憲審查的所有其他條件並不是相等的，所以在比較司法違憲審查實務上，由此等基本制度選擇所造成的議程屬性差異，未必突出；在同類型的憲法法院之間，我們甚至還有可能觀察到比異類型的憲法法院間更為顯著的議程差異。³⁰ 就此而言，我們有必要對於影響司法違憲審查議程的其他條件——特別是其他的制度條件——進行進一步的考察，而這項考察，亦將豐富我們對於司法違憲審查議程之制度工程(institutional engineering)的想像：除了從事制度類型選擇這類「大格局的制度設計」(institutional design writ large)，司法違憲審查的制度工程師還可能藉由若干「小細節的制度設計」(institutional

²⁹ 例如參見許宗力，集中、抽象違憲審查的起源、發展與成功條件，收錄於跨世紀法學新思維：法學叢刊創刊五十週年，2006年，頁15-47。

³⁰ 例如參見黃昭元，司法違憲審查的制度選擇與司法院定位，臺大法學論叢，32卷5期，2003年，頁55-118。

design writ small)，調控憲法法院的議程設定。³¹

(一) 聲請大法官釋憲的程序規範

本文將規範各類聲請人據以提出釋憲聲請的程序規則(也就是讓憲法案件進入司法院大法官並使其釋憲／規範審查程序得以啟動的各種管道建制)，以及司法院大法官據以判定一個釋憲聲請案件是否具有可司法性的訴訟規則，均置於「聲請大法官釋憲的程序規範」此一概念範疇下討論。在某個意義上，這類程序規範構成了司法院大法官議程設定機制的基本遊戲規則：它們直接決定了形形色色的各類憲法案件，各自大概會有多少機會，被不告不理的司法院大法官排入她的決策議程。我國相關既有文獻已經指出，從「單純的憲法疑義解釋」、「機關權限爭議」、「抽象規範審查」、「具體規範審查」一直到「法規之憲法訴願」程序——現行法制上對於各類聲請釋憲案件，分別設定了不同的程序要件；這些程序要件有相當部分，是在決定大法官所要審理之各種憲法法議題的「抽象—具體」程度——也就是它們在政治社會議程上的進展程度(從具體爭議尚未發生，一直到司法部門已經作成確定終局判決有年)。³² 在現行多元的釋憲聲請程序下，一個憲法法議題(例如本文前言所討論的議席—選區不均配劃問題)，有可能會在不同的時間點上，被不同的聲請者提出釋憲聲請；綜觀司法院大法官的歷號解釋，我們也可以觀察並且比較不同來源、不同時間屬性的憲法法議題在我國釋憲議程上的出現頻率。

聲請大法官釋憲之程序規範的分疏程度，以及各該聲請程序所定要件的寬嚴／繁簡程度，顯然亦會直接影響到司法院大法官所收到的聲請釋憲案件的數量——也就是大法官受理案件所由產生的案件儲備(pool)的規模。³³ 聲請釋憲案件的數量越多，大法官似乎越有可能接觸到更為多元的憲法法議題，而使其影響力得以延伸到更多地方。聲請釋憲案件的供給越趨頻繁，大法官可能也比較容易會基於「反正以後還有機會」乃至「下一個案件會更好」的預期心理，而從嚴認定案件的受理條件。反之，如果聲請案件的供給相對有限，大法官亦可能從寬解釋、

³¹ On the idea of institutional design writ small, see ADRIAN VERMEULE, *MECHANISMS OF DEMOCRACY: INSTITUTIONAL DESIGN WRIT SMALL* (2007).

³² 例如參見吳庚，*憲法的解釋與適用*，2003年(修訂版)；楊子慧，*憲法訴訟*，2008年；吳信華，同前註17書。

³³ 例如贊成或反對建置「判決憲法訴願」程序的論者均同意，此舉將會顯著增加司法院大法官的案件流量；例如參見許宗力，同前註17論文，頁107-108；蘇永欽，*裁判憲法訴願？德國和台灣違憲審查制度的選擇*，*法令月刊*，58卷3期，2007年，頁4-22。

認定受理條件，以增加案件被受理的機會。³⁴ 不過，案件儲備的規模愈大，大法官即便未必得花更多的時間與精力進行案件的過濾與篩選（從而排擠到大法官對於受理案件所為實質審議的付出），可能也需要多花一些心思，才能確保釋憲時刻這個有限資源的適正分配與有效運用。不過，倘若大法官僅有相當有限的議程設定權力，則聲請釋憲案件數量之增加，將有可能進一步拉大憲法法院議程與政治社會議程之間的時間差——也就是說，可能有更多的司法院大法官解釋，是在「消化」陳年舊案。就此而言，當釋憲案件儲備到達一定規模以後，大法官應該擁有多大的以及擁有何種型式的議程設定的自主權力，會是釋憲聲請之程序規範的制定者無可迴避的重要制度工程議題。

（二）大法官案件審理的組織與程序規範

作為司法違憲審查制度運作的一個環節，議程設定機制並不是一個獨立自足的次系統，其運作有賴諸多其他環節以及整體制度環境的支援與配合，也往往會隨著這些周邊制度條件的改變而易其功能表現。藉由影響司法院大法官的運作效能，許多有關大法官案件審理的組織與程序規範——特別是關於表決規則、意見書寫、大法官組成、大法官內部的分工、案件審理的作業流程、案件審議的程序安排、乃至大法官助理制度以及釋憲所需資訊之取得等事項的制度安排——也可能會連帶地影響到司法院大法官的議程設定。這些組織與程序規範首先在相當程度上決定了釋憲議程的負荷容量的上限——也就是大法官在一定期間內所得產出的解釋數量的上限。如果制度設計使得案件審理的效能不彰，以至於就算所有的大法官們再怎麼辛勞，司法院大法官一年還是做不出多少解釋的話，在聲請釋憲案件有相當數量的情況下，即可能會有一些憲法議題的釋憲時刻，會因為案件審理程序上的「塞車」效應，而有所延誤。在大法官的組成有相當之異質性的情況下，大法官內部要就一個爭議性很高的困難案件（hard case）形成可決多數，

³⁴ 司法院大法官於 1999 年 9 月 10 日第 1125 次會議決議：「司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所謂確定終局裁判，就其立法及制度設計之意旨，係指聲請人已依法定程序盡其審級救濟之最終裁判而言。聲請案件如在憲法上具有原則之重要性，且事實已臻明確而無爭議餘地者，得經個案決議受理之。」（轉引自司法院釋字第 675 解釋池啟明、徐璧湖大法官部分不同意見書，頁 4）司法院大法官於 2003 年 2 月 21 日第 1211 次會議似亦作有相同意旨之決議；參見司法院釋字第 655 號解釋李震山大法官協同意見書，頁 3。雖然我國憲法訴訟實務上似乎尚未有司法院大法官本於此項內部決議之後段理由而受理一釋憲聲請的具體案例，此等決議至少標誌了司法院大法官有視情況需要「鬆綁」案件受理之法定條件的心理準備；參見司法院釋字第 689 號解釋陳新民大法官協同意見書，頁 8。相關憲法訴訟法釋義學討論，另參見吳信華，[人民聲請解釋憲法之程序上所謂「確定終局裁判」之探討](#)，收於同前註 17 書，頁 49；楊子慧，[人民聲請釋憲程序之理論與實務](#)，收於同前註 32 書，頁 261。

往往並不容易；在某些釋憲案件的審理上，適用 2/3 決規則的結果，還可能出現僵局，而造成釋憲決策的難產。³⁵ 大法官是否會基於對案件審理難易之預見而在設定議程決策上有所因應——例如閃避承接燙手山芋、把難題推給後手、或者「柿子挑軟的吃」（受理較多的簡單案件），還有待進一步的實證研究檢驗。

二、案件總量管制

現任美國聯邦最高法院首席大法官的 John G. Roberts, Jr. 在 2005 年參議院司法委員會的人事同意權行使聽證會上，一度被問到了他對聯邦最高法院近年來每年度「作成判決之案件總量」(the plenary docket) 的看法。這個問題的背景是：從 1990 年代中期以後，Rehnquist 法院每年度大概「只」作出了 80 幾件判決；若與 Burger 法院時期的表現相比，聯邦最高法院這些年來的判決年產量，形同被腰斬。³⁶ 雖然說 Rehnquist 法院的經驗顯示，聯邦最高法院有可能「以更少的判決做更多的事情」，³⁷ 不少論者對於這項發展趨勢仍然有所擔憂。根據學者 Ryan Owens 與 David Simon 的歸納整理，美國聯邦最高法院年度作成判決之案件總量的萎縮可能會 (i) 製造出更多的遺珠之憾；(ii) 使得該法院之議程跟不上政治社會的脈動；(iii) 增加司法審查程序被少數特定利益群體牽著走的風險；(iv) 讓人以為大法官任事不夠認真或者未盡公允，從而減損了公眾對於聯邦最高法院的信任與支持。³⁸ 在參議院司法委員會的人事同意權行使聽證會上，作為首席大法官被提名人的 Roberts 含蓄但是正面地呼應了要聯邦最高法院「增產報國」的訴求。³⁹ 不過，Roberts 法院自上台以來，其歷年度判決數一直都在低檔徘徊，甚至還在 2007 年度創下了只作出 73 件判決的歷史新低紀錄。沒有多少論者就此指責 Roberts 首席大法官「說話不算話」或者「換了位子就換了腦袋」，因為作成判決之案件總量的規模，作為案件來源、選案機制、案件審議與大法官

³⁵ 關於現行法制下司法院大法官釋憲僵局之討論，例如參見蘇永欽，部門憲法的基本思維——一個在職大法官心所謂危的自剖，臺灣法學雜誌，226 期，2013 年，頁 89-102。關於司法院大法官會議法時期（1958-1993 年）3/4 決規則對於大法官功能表現的嚴重妨礙，另例如參見翁岳生，同前註 17 論文，頁 8-9。

³⁶ On the U.S. Supreme Court's shrinking docket in the recent years, see, e.g., Arthur D. Hellman, *The Shrunken Docket of the Rehnquist Court*, 1996 SUP. CT. REV. 403 (1996); Margaret Meriwether Cordray and Richard Cordray, *The Supreme Court's Plenary Docket*, 58 WASH. & LEE L. REV. 737 (2001); Kenneth W. Starr, *The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft*, 90 MINNESOTA L. REV. 1363 (2006); Ryan J. Owens, & David A. Simon, *Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket*, 53 WILLIAM AND MARY LAW REVIEW 1219 (2011).

³⁷ Linda Greenhouse, *Dwindling Docket Mystifies Supreme Court*, N. Y. TIMES, December 7, 2006.

³⁸ See Owens and Simon, *supra* note 36, at 1251-63.

³⁹ See Greenhouse, *supra* note 37.

組成等眾多因素交互作用的結果，終究不是一個可以被靈活運用的議程調控工具。

40

就絕對數值而言，司法院大法官每年作出來的解釋數量，向來遠低於許多民主國家功能意義上之憲法法院的判決案件總量。近七年來，司法院大法官解釋的年產量，更是從 2008 年間作出的 18 件解釋，一路下滑到 2011 年、2012 年的 12 件解釋，並且在 2013 年再探新低——9 件解釋。我國論者間對於「大法官每年解釋數量的理想／最適規模為何」這個問題的答案，或許還沒有認真思辯後的共識可言，可是在許多人眼中，往昔司法院大法官解釋的年產量——即使在相對多產時期——似乎過於偏低；⁴¹ 近七年來司法院大法官之年度解釋案件總量的逆成長趨勢，更讓一些論者開始懷疑司法院大法官憲政角色的邊緣化。⁴² 為什麼司法院大法官每年解釋案件總量的平均規模如此小？又為什麼近七年來司法院大法官每年作出的解釋案總數越來越少？儘管我們對於憲法法院的判決案件總量規模無法進行直接而且有效的「目標管理」，我們至少可以將之問題化（*problematize*），深入考察其成因，進而探尋可能的問題解決方法。本文在此僅能初步推測，有受理價值之聲請案件的供給情形，以及關於大法官案件審理的制度安排（也就是前述之大法官案件審理的組織與程序規範），可能是影響大法官每年解釋案件總量之平均規模的主要因素；而在大法官案件審理的制度條件並沒有改變的情況下，近七年來大法官解釋產量的遞減趨勢，或許有另從案件來源、大法官組成乃至大法官選案決策等因素之變化尋求解釋的必要。⁴³

三、個案決策

關於立法者以及從事自我管制（*self-regulation*）的司法院大法官本身可以如何「宏觀調控」司法違憲審查的議程，從而形塑憲法法院的功能表現，已如前述。不過，一個特定的釋憲聲請案件是否以及在何時會被排入釋憲議程，最後還是取決於司法院大法官就該個案所做的議程設定決策；司法院大法官的總體議程，嚴格而言，終究是而且只能是司法院大法官就一個又一個聲請案件所做的議程設定

⁴⁰ See Hellman, *supra* note 36; Owens and Simon, *supra* note 36.

⁴¹ 例如參見王健壯，九個老人的故事，中國時報 2003 年 8 月 30 日，A4 版。

⁴² 例如參見黃丞儀，同前註 13。

⁴³ 司法院大法官並為副院長蘇永欽的看法則是：「產量減低和民主化以後大法官的意識型態更趨多元，使得評議更為費時，當然有關，但更多的可能是制度的障礙。」蘇永欽，同前註 35，頁 91。

決策的集合。司法院大法官就此所為個案決策，在相當程度上受到了相關制度規範的約束。但是約束大法官的各種程序規範不可能鉅細靡遺、毫無規範衝突，而且其在具體個案上之解釋與適用又完全是大法官說了算的，所以就算直接規範個案議程設定的程序規範並沒有明白肯認大法官有什麼裁量權力，個案決策還是釋憲議程設定機制不可或缺的一個環節。甚且，透過一個又一個的個案決策，司法院大法官還發展出了若干關於釋憲議程設定的司法理論（*jurisprudence*），以之補充甚或改變相關的制定法規範。政治問題理論的移植運用以及法官聲請釋憲程序的建立，就是司法院大法官透過個案決策創造議程設定之一般規範的兩個顯例。

44

（一）受理或者不受理：選案決策

在個案層次上，司法院大法官要做的第一個議程設定決策，就是去決定受理或者不受理一個聲請案件；只有被大法官受理的釋憲聲請案，才有可能在相對而言的近期之內，被排入釋憲議程。司法院大法官審理案件法第 5 條第 3 項規定：「聲請解釋憲法不合[……]規定者，應不受理。」同法第 10 條第 1 項則規定：「司法院接受聲請解釋案件，應先推定大法官三人審查，[……]不合法規定不予解釋者，應敘明理由報會決定[……]。」基於此等制定法的制度安排，我國憲法訴訟法學者吳信華似乎認為——司法院大法官就一聲請案件的受理與否，必須而且只能根據其就該聲請案件是否符合程序要件的審查結果，而無所謂的「選案」（裁量）空間。⁴⁵ 如果司法院大法官實務上的受理／不受理決策，確屬上開規定所要求的程序合法性審查，那麼，這絕對是一個非常嚴格而且具有高度篩選性的審查／決策機制。根據司法院的統計資料，在 2002-2011 年間，大概分別只有 3.02% 的人民聲請案以及 23.03% 的機關聲請案，經大法官受理作成解釋（參見表（二））。

我國的憲法訴訟法學者對於各種憲法訴訟／釋憲聲請類型的程序要件，已經累積了豐碩的釋義學研究，也據以對司法院大法官實務上的受理／不受理決策，提供了相當有貢獻的指引以及批判。⁴⁶ 然而，我們有相當理由認為，在司法院

⁴⁴ 關於政治問題理論在我國釋憲實務上之運用，參照司法院釋字第 328 號、第 419 號解釋。關於我國法官聲請釋憲程序之規範形成，參照司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號與第 601 號解釋。

⁴⁵ 例如參見吳信華，同前註 17 論文，頁 453-456；吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 II，台灣法學雜誌，227 期，2013 年，頁 11-13。

⁴⁶ 例如參見吳庚，同前註 32 書；楊子慧，同前註 32 書；吳信華，同前註 17 書；吳信華，大法官會議議決不受理事由案件選評（一），法令月刊，52 卷 1 期，2001 年，頁 30-37；吳信華，大

表（二）：司法院大法官聲請解釋案件受理率粗估：2002-2011[†]

案件類型	獲解釋數 (A)	總案件數 ^{**} (B)	受理率 (%) (A)/(B)
人民聲請	118	3907	3.02%
機關聲請	41	178	23.03%
全部案件	159	4085	3.89%

[†] 由於不細分「併案」處理之案件最後究係「併案解釋」抑或「併案不受理」，本表所列受理率仍屬概估性質。

^{**} 總案件數 = 獲解釋數 + 不受理數 + 其他處置數 + 2011 年底之未結案件數

資料來源：司法院（《司法院大法官解釋案件收結年度統計暨百分表》）

製表：廖穎凡

大法官實務上，程序要件的合法性審查並不是受理／不受理決策的全部；針對一個合法性有爭議的受理／不受理決定，司法院大法官也未必就是「恣意」的，而有可能是根據某種法未明定的選案標準所做的理性抉擇。司法院大法官受理／不受理決策的決策模型以及所應用的選案標準（我們或可將之統稱為「受理—釋憲的重要性理論」），還有待進一步的研究分析。不過，本文初步推測，藉由這項個案議程設定機制的運作，司法院大法官不僅篩除了無謂的釋憲聲請案，也篩除了大法官認為「釋憲時機還未成熟」乃至其他無法凝聚出足夠的司法意志（judicial will）的釋憲聲請案。

不論我們是否認同大法官以「顯無理由」等類似理由決議不受理一個特定的釋憲聲請案，「無謂」釋憲聲請的認定，必然而且應該只能是特定時空背景的產物。在 2001 年 5 月間，司法院大法官以「核其所陳，係以其個人見解對現行婚姻制度有所指摘，並未具體指明上開裁判所適用之法律或命令，究有何抵觸憲法之處」的理由公式，決議不受理台灣同志人權運動者祁家威所提之同性婚姻釋憲聲請案。⁴⁷ 假設在 2014 年的某天，司法院大法官再度接到了一個關於同性婚姻

法官會議議決不受理事由案件選評（二），法令月刊，52 卷 7 期，2001 年，頁 3-9。

⁴⁷ 大法官第 1166 次會議議決不受理案件第 2 案，2001 年 5 月 18 日。關於本件釋憲聲請之經過，

的合法釋憲聲請，大法官們還會不會將之認定為毋須受理的無謂案件呢？對於司法院大法官會怎麼做，我們未必能夠作出有相當把握的預測，但是我們知道，此一時也，彼一時也——大法官必須就這個個案作出一個新的受理／不受理決策。就此而言，不論我們是否同意大法官的受理／不受理決策是一種選案決策，這個個案的議程設定機制給予了大法官某種審時度勢、與時俱進的機會。

（二）速審或者慢磨：審結時機決策

選案，基本上是近九十年來美國聯邦最高法院設定其議程的最主要方式；一個案件的聲請移審令一旦獲得了聯邦最高法院的肯認，我們通常可以期待聯邦最高法院在對該案件舉行言詞辯論的法院年期內，對之作出判決。⁴⁸ 台灣的司法院大法官非常不一樣。除非新聞有報導，我們一般在事前不會知道何人於何時向司法院大法官提出了釋憲聲請；對於一個後來經大法官受理並作成解釋的釋憲聲請案件，我們從頭到尾都無從得知大法官在何時決定受理該案件；在收到一個釋憲聲請後，大法官會以多久的時間對之作成不受理決議或者解釋，一般說來，似乎更是一個可能選項的時間區間相當遼闊、從而可以任人猜測的問題；我們多半只能在一號司法院大法官解釋公布以後，推估出它的大概歷時，然後在與其他大法官解釋的歷時進行比較之後發現——大法官解釋之作成，在時間成本上存有相當程度的變異。前司法院大法官並為院長翁岳生在 2009 年正式出版的《憲法之維護者——省思與期許》一文中，從評價大法官釋憲功能之演變的歷史高度，就「大法官解釋之作成時程」這個子題提出了不少洞見，並在文後提供了從釋字第 1 號到釋字第 633 號解釋之司法院大法官解釋案件工作天數的一覽表。⁴⁹ 聚焦於歷來大法官解釋之作成所需時間在台灣民主化之前與之後的時期差異，翁前院長特別點出「可決人數的門檻」、「解釋的呈現方式」與「大法官『開會次數』的多寡」等制度因素的作用，也論及「外在的政治環境」對於大法官解釋時程與件數的影響。⁵⁰ 不過，如圖（一）所示，在台灣民主化以及 1993 年司法院大法

另參見祁家威，無止境的奮戰：爭取同性戀婚配人權的漫漫長路，收錄於同前註 10 書，頁 205-217。

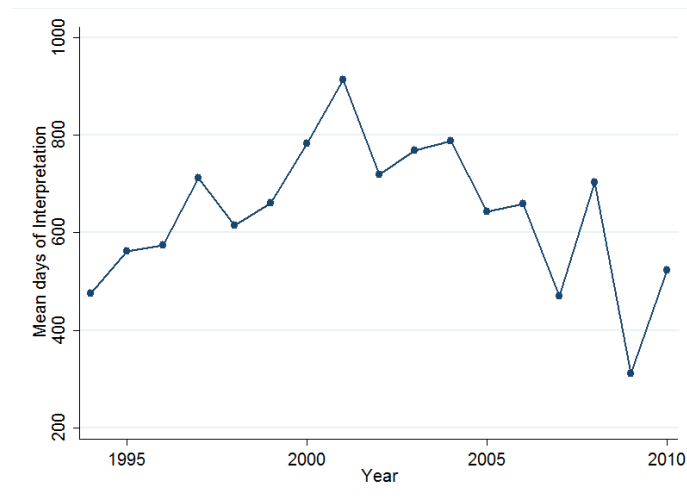
⁴⁸ 關於美國聯邦最高法院移審管轄制度之華文文獻介紹，參見林超駿，概論美國最高法院移審制度之歷史演變與當下之運作模式，收錄於超越繼受之憲法學：理想與現實，2006 年，頁 421-446；張文貞，從最高法院到憲法法院：美國聯邦最高法院的移審管轄及其運作實況【研討會論文】，發表於輔仁大學「第二屆我國憲法訴訟制度之展望」學術研討會，2012 年 5 月 8 日。

⁴⁹ 參見翁岳生，憲法之維護者——省思與期許，收錄於憲法解釋之理論與實務第六輯，2009 年，頁 24-28, 147-166。

⁵⁰ 同上註，頁 26-28。

官審理案件法修正公布以後，大法官解釋案件的工作天數仍有顯著長短之別。為
 什麼呢？

圖（一）：司法院大法官解釋平均作成日數的歷年統計：1994-2010



資料來源：中央研究院法律學研究所法實證研究資料中心，《司法院大法官解釋資料庫：1994-2010》（建置中）。

製圖：何漢葳

大法官釋憲工作時程的或長或短，相當程度上影響了一個憲法議題之釋憲時刻的出現時機。在現行法制下，司法院大法官毋寧在選案決策外另有相當之機會，藉由調控不同案件在審理上的先後順序乃至個別案件審理節奏的速度快慢，去控制一號司法院大法官解釋在何時問世。司法院大法官審理案件法第 10 條第 2 項規定：「[……]解釋案件於推定大法官審查時，得限定提會時間。」同法施行細則第 11 條第 1 項規定：「[審查小組]提報大法官全體審查會議審查之審查報告，除另有決議外，按提出之先後依序議決是否受理。」同法施行細則第 12 條第 1 項規定：「經議決受理之案件，除另有決議外，按議決受理之先後次序進行審查。」基於這些規定，我們可以推論：一號「速審速結」的大法官解釋，很有可能是大法官對於解釋時機有意識地做了個案決策的結果。理論上，大法官——特別是主辦案件初審的大法官——也有可能基於決策時機的種種考量，而有意識

地推遲或者拉長一個案件的審理時程；只是，一件遲遲沒有下文的釋憲聲請，可能另有其他隱情——例如承辦案件初審之大法官的審理風格或者案件在審理過程中出現僵局，而不必然反映了大法官對於該案件決策時機的集體或個別偏好。司法院大法官在拿捏個別釋憲案件之決策時機的時候，是否會基於何種考量而對不同類型的案件進行差別待遇？解釋時機的個案決策在何種程度上會受到大法官內部分工的何種影響（誰是解釋時機的決策者）？大法官案件審理出現僵局的機率與頻率又有多高？這些問題仍有待進一步的實證研究。

參、設定釋憲議程的司法政治

如果我們把司法院大法官的議程設定比擬成一齣戲（a play），以上就其議程設定機制所做的功能分析，只是簡介了這齣戲的劇場設計以及主要角色；我們還需要掌握、詮釋出這齣戲的靈魂或者精神，才能夠進一步評論它所傳達出來的意義，乃至其美學價值。當然，看戲的角度與方法不只一種。在傳統的憲法訴訟法理論的詮釋觀點下，釋憲議程的設定，基本上是一種解釋與適用憲法訴訟法所定相關程序規範的司法活動；如果說強調「法律之前人人平等」、「依法審判」等一系列古典法治理念的憲法訴訟法釋義理論，是這個領域的法學者為這齣戲精心編寫的劇本，那麼，「司法院大法官現實上有沒有忠實地照著劇本演出」，或許會是執此觀點的評論者關注的焦點。本文採取的是另一種詮釋觀點：司法政治。根據這個觀點，釋憲議程的設定，基本上是一種創造可能性的藝術——更確切地說，是憲法法院、釋憲聲請人等政治行動者，在重重條件的限制下，設法使針對特定議題的憲法訴訟得以在特定時點上付諸實踐的一種藝術／政治。將司法院大法官的議程設定理解為一種（司法）政治決策，並不表示相關的憲法訴訟法規範即純粹只是某種政治工具；作為法實在主義者（legal realists），司法政治研究者也不是法律虛無論者，他們只是不認為「就法論法」的形式論理，是法實踐的靈魂或者精神所在。司法政治的研究者試圖確切地理解與掌握形塑釋憲議程的政治現實，但是這並不表示他們所述說的故事沒有規範性的意涵。相反地，取向於司法政治的規範關懷——司法院大法官能否在對的時間做對的事——或許更能幫助我們鑑別出司法政治家（judicial statesperson）、司法政客（judicial politician）與司法技術官僚（judicial bureaucrat）之間的差別。

司法院大法官無疑是設定釋憲議程之司法政治過程中的最主要行動者。要想

理解進而預測司法院大法官會怎麼選案以及決定決策時機，我們需要追問：大法官們所求為何？在理性選擇的基礎人性假設下，晚近美國學者 Lee Epstein、William Landes 以及美國聯邦第七巡迴上訴法院法官 Richard Posner 共同提出了「司法行為的勞動市場理論」(the labor-market theory of judicial behavior)。該理論主張，法官跟一般的工作者沒有甚麼不同，都希望所做的工作有成就感可言、有滿意的收入、與同事相處融洽、受到社會的肯定與敬重、又不會太忙碌而影響到了生活的品質…；根據這項理論，Epstein 及其共同作者進一步發展出了一個統合了多種工作與生活因素的「司法效用函數」(the judicial utility function)，而以追求這項函數的極大化來解釋與預測現實上的法官會如何履行其職責。⁵¹ 作為一個司法行為的一般理論，這個理論基本上也適用於台灣的法官——包括大法官。根據這項理論，我們至少可以設論 (hypothesize)，司法院大法官在從事議程設定決策的時候，(i) 會希望維持不多不少的工作量，以免自己累得半死或者引來「大法官尸位素餐」這樣的閒言閒語；(ii) 會為了維持「憲法維護者」的令譽與工作成就感而設法對政治社會的某些重要釋憲需求做出適時的回應，但是也會受理一定比例的簡單案件，好讓自己能有一些喘息或者累積政治資本的機會。此等理論假設是否以及如何可以在司法院大法官的案件審理實務上獲得驗證，還有待進一步的研究與討論。

Epstein、Landes 與 Posner 所提出的司法行為的勞動市場理論，涵括並且整合了司法政治理論上最常受到議論的三種司法決策模型：就法論法模型 (the legal model)、意向模型 (the attitudinal model) 以及謀略模型 (the strategic model)。⁵² 關於美國聯邦最高法院實際上所做的選案決策能否以及如何從這三種決策模型各自與相互間獲得適當的解釋，司法政治的研究者多年來已經累積了相當可觀的實證研究成果。⁵³ 以 Ryan Black 與 Ryan Owens 在 2009 年發表的一篇研究論文為例，他們發現，大法官們會在司法理論所容許的範圍內，進行政策本位的議程設定 (policy-based agenda setting) ——也就是在比較現狀、預期的判決結果以及自己的政策偏好之後，做出對他們個人而言在政策策略上最合理的選案決策。⁵⁴ 台灣的司法院大法官各自是否也會從事政策—策略性的選案決策——例如基

⁵¹ See EPSTEIN, LANDES, & POSNER, *supra* note 18, at 30-50.

⁵² On the major models of U.S. Supreme Court decision making, see generally JEFFERY A. SEGAL, & HAROLD J. SPAETH, *THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED* (2007); see also RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINK* (2008).

⁵³ See, e.g., Gregory A. Caldeira, John R. Wright, & Christopher J. W. Zorn, *Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court*, 15 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 549 (1999); Margaret Meriewether Cordray, & Richard Cordray, *Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship between Certiorari and the Merits*, 69 OHIO STATE LAW JOURNAL 1 (2008).

⁵⁴ Ryan C. Black, & Ryan J. Owens, *Agenda Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and*

於「兩害相權取其輕」的考量，而在議決時投票反對受理一個她實質上認同與支持的釋憲聲請案件，也就是選擇做「策略性的不受理」(strategic denial)? 這應該是一個值得進一步研究的問題，不過在無從取得司法院大法官內部之司法票決(judicial votes)紀錄等量化實證資料的情況下，台灣的司法政治研究者只能運用深入訪談等質性研究方法對之進行研究。⁵⁵

釋憲議程的設定並不是司法院大法官的獨腳戲。掌握有啟動個案釋憲議程設定決策機制之鑰匙的各類型釋憲聲請人，究竟會基於何種動機、何種考量，而就何種性質的憲法案件／議題，聲請司法院大法官解釋呢？(潛在的)釋憲聲請人的想法與抉擇(包括是否以及何時提出釋憲聲請)，無疑也是形塑釋憲時刻之司法政治的其中一個關鍵環節。在整體的層次上，本文先前已經初步討論了聲請釋憲案件之儲備對於釋憲議程的若干影響，不過，本文先前所作分析顯然還不完整。我們或可用「撈金魚」遊戲比擬大法官的選案決策：我們可以將待審之全體釋憲聲請案件的集合，設想成夜市裡一個有著許多形形色色的金魚的撈魚池，而大法官的選案決策，就像是要從這個金魚池中，用易破的紙糊網(也就是解釋與適用釋憲聲請程序規範的司法理論)，撈出一條一條它想要的金魚(也就是聲請案件)。如果我們想要知道大法官選案(撈魚)時是否對於何種類型的聲請案件(金魚)有所偏好，我們不能只看大法官受理並作出解釋的案件(撈出來的金魚)，而必須以之相較於各類型案件在全部釋憲聲請案件的分佈情形(撈魚池內的魚種分佈)。換句話說，我們必須進一步分析聲請釋憲案件這個群體，才有機會從中發展或者驗證一個司法院大法官據以為選案決策的「受理—釋憲的重要性理論」／「提示理論」(cue theory)。⁵⁶

關於各類聲請人對於聲請釋憲(也就是「做球」給大法官)這件事情的態度與看法，近年來我國學者已經有所注意。舉例而言，學者李俊增對於「聲請釋憲實務中立法委員對大法官釋憲之認知與態度」一事，做有深入的歷史與政治分析，也對近幾年來立法委員聲請釋憲案件在數量上顯著的轉折變化，提出了他的觀察與解釋。⁵⁷ 關於法官聲請釋憲程序的實務運作，數位有親身體驗的法官也跟我

Jurisprudence, 71 THE JOURNAL OF POLITICS 1062 (2009).

⁵⁵ For a prominent example of using in-depth interviews to study agenda-setting in the U.S. Supreme Court, see HERSEL W. PERRY, *DECIDING TO DECIDE: AGENDA SETTING IN THE UNITED STATES SUPREME COURT* (1994).

⁵⁶ On the use of cue theory in the U.S. Supreme Court case selection process, see, e.g., Stuart. H. Teger, & Douglas Kosinski, *The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration*, 42 THE JOURNAL OF POLITICS 834 (1980); PERRY, *id.*, at 114-121.

⁵⁷ 參見李俊增，我國立法委員對大法官釋憲之認知與態度——一種獨特憲政文化之剖析，憲政時代，37卷4期，2012年，頁437-488。

們分享了他們的遭遇、觀察以及心路歷程；⁵⁸ 就此，我們未來可以從司法行為的勞動市場理論的觀點，進一步檢討台灣的法官為何有不同程度的「釋憲聲請趨避」(constitutional petition aversion)。⁵⁹ 當然，還有非常多有關各類型釋憲聲請活動的實證問題 (empirical questions)，仍在等待我們的研究與回答。比如說，本文前言提及之賴中強律師在 2011 年 11 月協助兩位選民提出之議席—選區不均配劃釋憲聲請案，毋寧帶有相當濃厚的使命型訴訟 (cause litigation) 的色彩。⁶⁰ 這種「使命型的釋憲聲請」在我國究竟有多少？台灣的人權團體、社運團體乃至各種利益團體，對於各類釋憲聲請案的提出，是否以及有何種程度的參與？⁶¹ 相對於傳統的釋憲聲請人，使命型的釋憲聲請人對於聲請案件的提出與否以及聲請時機，是否會做比較多的政策—策略性考量？司法院大法官又是如何看待與回應使命型的釋憲聲請？這些待證問題無疑事關司法院大法官的釋憲議程與各種政治社會運動議程間的關聯或者互動。此外，律師／法律人在各種釋憲聲請活動中所扮演的角色以及參與程度，顯然也是一個重要的司法政治研究課題。⁶² 只有當我們對於釋憲聲請活動的各個面向與環節都有相當程度的理解與掌握後，我們才能進一步診斷——除了各層次之釋憲議程設定機制本身有問題以外，台灣司法違憲審查的「支持結構」(support structure)，是否也出了一些問題，而有尋求改進的必要與空間。⁶³

⁵⁸ 例如參見陳志祥，法官聲請釋憲之回顧，全國律師，12 卷 7 期，2008 年，頁 5-36；葉啟洲，站在人民、憲法與法律之間的法官，全國律師，12 卷 7 期，2008 年，頁 42-47；陳業鑫，法官的憲法意識，全國律師，12 卷 7 期，2008 年，頁 48-51；錢建榮，與大法官建立共同維護憲法的伙伴關係：小法官不可承受之重，全國律師，12 卷 7 期，2008 年，頁 62-110。

⁵⁹ 本文初步認為「釋憲聲請趨避」與「異議趨避」(dissent aversion) 之成因有一定程度的共通性；關於異議趨避的司法行為研究，see generally EPSTEIN, LANDES, & POSNER, *supra* note 18, at 255-303.

⁶⁰ On cause lawyering, see generally AUSTIN SARAT & STUART SCHEINGOLD EDS., *CAUSE LAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA* (2001).

⁶¹ On the role of interest groups in the U.S. Supreme Court agenda setting, see, e.g., Gregory A. Caldeira, & John R. Wright, *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*, 82 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 1109 (1988); Kevin. T. McGuire, & Gregory A. Caldeira, *Lawyers, Organized Interests, and the Law of Obscenity: Agenda Setting in the Supreme Court*, 87 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 715 (1993).

⁶² See, e.g., Kevin. T. McGuire, *Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success*, 57 THE JOURNAL OF POLITICS 187 (1995); Joseph W. Swanson, *Experience Matters: The Rise of a Supreme Court Bar and Its Effect on Certiorari*, 9 JOURNAL OF APPELLATE PRACTICE AND PROCESS 175 (2007); Richard J. Lazarus, *Advocacy Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, 96 GEO. L. J. 1487 (2008). 關於台灣律師在釋憲聲請上的角色扮演，參見理律法律事務所，理律聲請釋憲全覽——人權篇(一)，2004 年；高煒輝，誰的違憲確信？：律師於訴訟中請求法官聲請釋憲之困難與經驗談，全國律師，12 卷 7 期，2008 年，頁 111-119。

⁶³ On the idea of the support structure of judicial review, see Charles R. Epp, *The Support Structure and the U.S. Rights Revolution*, in THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS, AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE, 44-70 (1998).

肆、唯誠實者得自由：略論釋憲議程的制度改革

司法院在 2013 年年初向立法院提出了《司法院大法官審理案件法修正草案》的提案。在「解釋制度司法化」、「權利救濟實益化」、「案件審理高效化」以及「審理程序精緻化、透明化」等四個基本改革理念下，這部修法草案對於現行司法院大法官的議程設定機制提出了許多值得注意的改革措施，不過在變革之中也有若干既有制度、慣行的延續，反映了一定程度的路徑相依（path dependence）（參見表（三））。⁶⁴ 雖然說複雜的法制變革經常會產生意想不到的後果（unintended consequences），改革幅度的大小——也就是改革措施對於制度現狀的變動程度，至少反映了改革者的企圖與期望。這部修法草案對於現行司法院大法官的案件審理模式、評決規則以及意見／裁判書寫模式，無疑提出了相當大幅度的改革主張；主持此次修法提案作業的司法院大法官並為副院長蘇永欽即曾公開表示，這部草案就案件評議與裁判書寫方式所為調整，「估計[...]應該可以增加[司法院大法官]至少一半的產能。」⁶⁵ 這部草案對於法律位階規範違憲審查之評決門檻的局部調降（僅違憲決策適用 2/3 決），以及對於各階段之案件審理期限所增設的訓示規定（可能只會小幅縮限了司法院大法官從事個案審結時機決策的空間），應該也會在一定程度上加快憲法訴訟案件的審結速度，並且有助於降低案件因審議僵局或者其他因素而遲遲未能審結之情形的發生機率。這部草案另外還對各種類型的違憲審查聲請程序的要件規定，做了不少寬嚴取向與程度不一的調整，不過這些變革會對聲請案件的來源、數量與品質產生何種影響，尚有待進一步的學術評估。⁶⁶

在這部草案中，變革幅度最小的司法院大法官議程設定機制，本文以為，是有關大法官選案決策的制度安排。在沒有法律明確授權的情況下，司法院大法官以「聲請人未具體指明有何違憲」等類似理由篩除釋憲聲請案件的作法，不僅次數頻繁，而且行之有年。承襲司法院於 2006 年與 2008 年所提《憲法訴訟法》草案的基調，2013 年版的修法草案，基本上也只是試圖將這項實務作法成文化，

⁶⁴ 《司法院大法官審理案件法修正草案總說明》參照。

⁶⁵ 蘇永欽，同前註 35，頁 92。

⁶⁶ 關於晚近對於本修法草案之分析與評論，例如參見廖義男，「司法院大法官審理案件法修正草案評述」，法令月刊，62 卷 3 期，2013 年，頁 120-125；吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析，台灣法學雜誌，225 期，2013 年，頁 45-54；吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 II，台灣法學雜誌，227 期，2013 年，頁 1-19；吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 III，台灣法學雜誌，229 期，2013 年，頁 33-56；吳信華，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 VI，台灣法學雜誌，232 期，2013 年，頁 22-38。

表（三）：2013 年司法院大法官審理案件法修正草案
涉及釋憲議程設定機制的內容重點

<p>制度控管：聲請大法官釋憲的程序規範</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 廢除單純憲法疑義解釋程序；修訂機關爭議程序（草案第 47-50, 66-70 條） ■ 修訂國家最高機關或獨立機關聲請違憲審查程序（草案第 47-49 條） ■ 修訂立法委員聲請違憲審查程序（草案第 50 條） ■ 成文化及調整法院聲請違憲審查程序（草案第 56-58 條） ■ 修訂人民聲請違憲審查程序（草案第 61 條） ■ 增訂人民於訴訟程序進行中聲請違憲審查程序（草案第 62 條） ■ 成文化及調整地方自治團體聲請違憲審查程序（草案第 84-92 條） ■ 成文化及調整聲請變更解釋／判決程序（草案第 41-42 條）
<p>制度控管：大法官案件審理的組織與程序規範</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 改變受理案件審議模式：區分判決主文之評決與判決理由之書寫；判決之書寫改採主筆大法官顯明制（草案第 33-34, 53 條） ■ 調整違憲審查之評決門檻（草案第 53 條） ■ 增設程序庭，由其協調分案、審理案件之順序與時程等程序事宜（草案第 5 條） ■ 增設法庭之友制度（草案第 17 條） ■ 修訂言詞辯論程序（草案第 19-22, 26-28 條） ■ 增訂調查證據程序（草案第 23-24 條）
<p>案件總量管制</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 審理案件時程之定期公布（草案第 5 條）
<p>個案決策：選案決策</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 成文化選案實務（草案第 31 條） ■ 不受理裁定仍應敘明理由（草案第 31 條）
<p>個案決策：審結時機決策</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ 增訂案件審理期限（草案第 32 條）

資料來源：本研究整理

製表：蘇彥圖

僅在法條用語上略作調整——捨「欠缺憲法上權利保護之必要」而增「顯無理由」的一般不受理條件，另將「欠缺憲法原則重要性」之不受理條件限定適用於人民所提聲請案件。⁶⁷ 根據這部草案的說明，此等修法條文參考了德國與美國的立法例；其總說明更冠之以「增訂選案制度」的小標題。然而，本次修法仍然維持了司法院大法官就案件不受理決定「應敘明理由」的現行規範，而這項要求使得我國的「選案制度」與德制及美規俱有相當之出入。本文建議以「半選案制」(semi-case-selection system) 界稱司法院大法官的這套選案決策機制；在此等制度安排下，憲法法院有事實上的選案裁量權力，但是必須交代不受理案件的理由，至於其所敘明之理由是否為真，則又另當別論。這項制度的續延與微調，有可能是慣性 (inertia) 使然，也有可能是兩股相反方向的改革力量相持不下的妥協結果。藉由批判「半選案制」並提出司法政治本位的替代改革主張，本文嘗試論證：憲法法院應該擁有透過選案決策設定違憲審查議程的權力，但是這項權力的行使，不應該以司法誠實 (judicial honesty) 為代價，甚或建築在聲請人的痛苦上。

一、半選案制的代價

「不論是對新的法院或者對老的法院來說，[...]沒有任何議題比一個看起來再簡單不過的議題更為重要：法院受理案件的內容與結構」——比較憲法學者 David Fontana 如此歸結了他對憲法法院的案件控制 (docket control) / 議程設定權力所做的考察與反省。⁶⁸ Fontana 認為，控制受理案件的司法權力——也就是對某些聲請案件說「不」的權力，是一個國家司法違憲審查的經驗成功與否的關鍵，因為這種權力容許職司司法違憲審查的最高法院或者憲法法院去做兩件非常要緊的事情：(i) 「議題擇時」(issue timing) ——亦即就所涉議題而言，讓法院得以在對的時間做出對的決定，以及 (ii) 「正當性擇時」(legitimacy timing) ——亦即讓法院得以適時做出符合自身最佳利益的決定，從而使其得以建立或者維持司法違憲審查的正當性。⁶⁹ 在其他政治部門與政治行動者都有很大的議程設定權力的情況下，Fontana 強調，唯有給予憲法法院相當的案件控制權力，司法違憲審查議程才不致受到其他有權者的操控，憲法法院也才有比較充裕的活動空間，

⁶⁷ 比較對照 2006/2008 年版憲法訴訟法草案第 45 條規定與 2013 年版修法草案第 31 條規定。

⁶⁸ David Fontana, *Docket Control and the Success of Constitutional Courts*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 624, 636 (T. Ginsburg & R. Dixon eds. 2011).

⁶⁹ *Id.*

以比較靈活、副作用也較小的方式——不受理決定，趨吉避凶。⁷⁰

Fontana 告訴我們，受理／不受理決策機制的憲政功能，不僅在於篩除湧入憲法法院的許多無謂案件，或者只是為了減輕憲法法院的案件負荷，更在於調控司法違憲審查的議程，進而確保憲法法院得以安然存續並且扮演好她的憲政角色。Fontana 也有力地澄清了「只有分散審查制下的最高法院有選案的權力，集中審查制下的憲法法院則無選案裁量可言」這個刻板印象。⁷¹ 確實，即便一個國家的憲法訴訟法並沒有明白授權憲法法院進行選案裁量，由於規範受理／不受理決策的制定法與司法理論必然容有一定程度的不確定性（indeterminacy），而且是憲法法院說了算的，至少在絕大多數的情況中，憲法法院總有辦法「依法不受理」她所不願承接的案件。基於這個事實認知，本文認為，台灣所續行的「半選案制」的最大問題，並不在於司法院大法官欠缺或者沒有足夠的選案／案件控制權力，而是在於司法院大法官行使這項權力的方法：為了不受理一個大法官認為釋憲時刻還不成熟的聲請案件，大法官如果找不到任何可以挑剔的程序合法性瑕疵，還是可以逕將該案件視為「顯無理由」、「欠缺憲法原則重要性」的無謂案件而不予受理——即便這麼做可能會讓外界覺得大法官是在「睜眼說瞎話」。大法官會不會為了避免受到外界的批判而硬著頭皮去受理上述這類「不真正的無謂案件」呢？從既往的釋憲實務觀之，本文實在看不出「敘明不受理之理由」的法制要求對於大法官的選案決策起了什麼實質的規制作用。不過，假設敘明理由的要求真的會使得大法官對於無謂案件的認定趨於嚴格，則大法官恐將更加依賴其他問題更多的方法——例如「實問虛答」的實體決策——來調控其釋憲議程，也將更易陷於「選案不能」所導致的司法危機。

「半選案制」的運作至少會產生兩個問題。首先，它徒然異化、疏遠了聲請人與憲法法院之間的夥伴關係，長此以往，可能還會產生抑制正當釋憲聲請的寒蟬效應。這個道理並不難理解。假設你是一位富有「憲法意識」的法官或者人權律師；你耗費了許多心力撰寫並提出了一份論證嚴謹的釋憲聲請書；可是你最後收到的不受理決議／裁定卻說你所提出的釋憲聲請「顯無理由」或者「欠缺憲法原則重要性」。試問：你會不會感到滿腹委屈？你會不會對於走聲請釋憲這條路感到灰心？⁷² 其次，選案決策本來就有出錯的風險；但是用無法服眾的理由包裝一個被許多人認為是錯誤的不受理決策，不僅掩飾不了憲法法院的決策錯誤，

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

⁷² 參見陳志祥，同前註 58 論文；錢建榮，同前註 58 論文。

還反而凸顯了司法的偽善。或許法治本來就有偽善的一面。⁷³ 然而，為什麼憲法法院的選案決策必須以司法的誠實作為代價？這個交換到底成就了什麼呢？本文認為，我們無法要求或者期待憲法法院坦白所為選案決策的實際考量，但是我們也沒有必要容忍、更不應該迫使大法官在不受理理由上虛應故事。

二、以司法政治導正司法政治

Fontana 有力地析論了何以憲法法院不應該「有求必應」。然而，或許還是有不少人並不認為憲法法院應該力行已故美國憲法學者 Alexander Bickel 所提倡的「消極的美德」(passive virtue)。⁷⁴ 在這些人眼中，憲法法院如果只基於各種政治考量而擱置不處理一個不少人認為很重要的憲法法議題，那麼，就算大法官們所考量的政治再怎麼高尚或者務實，其不作為都已構成拒絕正義、廢弛司法職責。問題是，縱使我們可以在憲法理論上證立司法院大法官確實負有受理一個程序合法且非真正無謂之釋憲聲請案件的憲法義務，我們還是無法在制度上擔保司法院大法官一定會受理該案件。即使憲法訴訟法嚴格限定了大法官不受理一個案件時可得主張的正當事由，不受理決定應敘明理由的法制要求，也不是一個可以促使司法院大法官履行此等受理義務的有效管制手段。這是因為，就算大法官們都充分認知到其以「顯無理由」而不予受理的其實是一個不真正的無謂案件，「大法官就此個案是否真的就負有受理義務」，「此項義務之違反，又是否可以被不受理決定所要追求的公共利益正當化」——在這些問題都還大有爭論餘地的情況下，我們實在很難說，大法官們對於如何正確地解釋與適用法定不受理事由一事，會有多麼在意。

否定司法院大法官須就不受理決議／裁定敘明理由此項規範要求的合理性，並不表示我們就此認為司法院大法官對於任何釋憲聲請案件，均不負有任何為受理決策的規範義務。肯認司法院大法官有控制受理案件、設定違憲審查議程的權力，也不意謂我們就只能任由司法院大法官對釋憲聲請案件挑三揀四，而不能對其選案決策說三道四。我們仍然可以而且應該繼續透過憲法訴訟法釋義理論的深化發展，對司法院大法官的個案選案決策進行司法理論的引導與批判。不過，要

⁷³ See KEITH BYBEE, ALL JUDGES ARE POLITICAL—EXCEPT WHEN THEY ARE NOT: ACCEPTABLE HYPOCRISIES AND THE RULE OF LAW. (2010).

⁷⁴ See ALEXANDER. M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1986).

求大法官對於「破例」受理的選案決策提出說理是一回事，要求大法官對於一個政策性的不受理決策提出一個不真正的不受理理由，又是另一回事；對於受理決策的說理義務要求或許有助於確保大法官選案決策的公平性與原則性，對於不受理決策的說理義務要求卻可能陷大法官於偽善之不義。⁷⁵ 我們也必須認識到，再怎麼強大的司法理論，也無法將大法官選案決策上所必須做的政治（道德）判斷去政治化，轉變成任何人來做結果都一樣的邏輯推理。

唯誠實者得自由——憲法訴訟法制應該讓司法院大法官得以誠實地面對其所作出的不受理決策，而不是讓大法官只能委身在既屈辱人又虛假的理由公式背後，行使攸關其憲政功能表現的案件控制權力。也唯有正視設定釋憲議程的司法政治，我們才能進一步探尋「以司法政治導正司法政治」的制度改革策略，使憲法訴訟法制得以確實有效地發揮其擔保、引導司法院大法官做出對的選案決策的制度功能。我們終究必須正視司法政治帶給憲法訴訟法的限制與機遇，因為徒法從來就不足以自行。⁷⁶ 讓司法院大法官毋須對案件之不受理敘明理由，也不表示我們再也無從防範司法院大法官在釋憲議程設定上的恣意或者專擅，因為當代的道德心理學（moral psychology）研究告訴我們，真正促使人們直道而行的，不是理性（reason）的探索或者計算，而是聲望（reputation）的建立與維持。⁷⁷ 在廢止「敘明不受理之理由」這個不當的法制設計、把現行的「半選案制」導正為「選案制」之餘，司法院大法官審理案件法的修正至少還可以考慮採行以下兩種司法政治本位的替代改革措施：(1) 更完整的資訊公開／揭露。將所有的解釋聲請案件的基本資料與聲請書內容於收案後即公開週知，不僅可以大幅強化對於司法院大法官選案決策的公共監督／聲望控制，對於個別釋憲聲請案件的輿論或專業意見，亦得以適時回饋給大法官供其於做決策時參考，從而有助於降低選案決策錯誤的風險。⁷⁸ (2) 改採次多數決（submajority）的選案決策規則。若能仿效美國聯邦最高法院著名的「四票規則」（Rule of Four）——讓一個獲得一定比例（但是未過半數）之大法官支持的釋憲聲請案件，即得進入釋憲議程，應有助於活絡司法院大法官內部的選案政治，進而強化釋憲議程對於具有一定重要性之釋憲需求的回應（responsiveness）。⁷⁹ 歸結而言，如果我們期待司法院大法官展現

⁷⁵ 關於大法官「破例」受理決策的說理義務的討論，參見司法院釋字第 689 號解釋陳新民大法官協同意見書，頁 7-9。

⁷⁶ See generally, Daryl J. Levinson, *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 HARV. L. REV. 657 (2011).

⁷⁷ For an introduction to the study of moral psychology, see, e.g., JONATHAN HAIDT, *THE RIGHTEOUS MIND: WHY GOOD PEOPLE ARE DIVIDED BY POLITICS AND RELIGION* (2012).

⁷⁸ See Caldeira and Wright, *supra* note 61.

⁷⁹ On the use of submajority voting rules in agenda setting, see VERMEULE, *supra* note 31, at 85-113.

關於美國聯邦最高法院之「四票規則」的華文文獻介紹，例如參見林超駿，同前註 48 論文，頁

的是司法政治家（judicial statesmanship）的風範，做出的是有智慧可言的選案決策，那麼我們的憲法訴訟法的法制設計，就有必要超越就法論法的形式論理格局，好讓司法院大法官得以行使選案的政治權力，也擔負起相應的政治責任。

伍、結論

作為一個研究議程的開端，本文對於司法院大法官的議程設定——也就是司法院大法官要在何時、就何項憲法法議題作出實體決策的時程決定——做了初步的理論分析與規範反省。本文先就「制度控管」、「案件總量管制」與「個案決策」等三個層次的議程設定機制，進行了取向於制度與規範的功能分析，接著再對設定釋憲議程的司法政治，做了取向於主要行動者的行為分析。經由這兩重概略的分析，本文嘗試勾勒出一個關於司法院大法官之議程設定的本土司法政治理論的雛形。在這個描述性理論的建構過程中，本文討論了關於釋憲聲請的程序規範以及關於大法官案件審理的組織與程序規範如何調控或者影響了司法院大法官的議程設定，也對大法官釋憲案件總量之規模及其遞減趨勢，做了初步的探問與因果推論；針對釋憲議程設定的個案決策，本文則是析離出了「選案決策」以及「審結時機決策」兩種決策模式（後者猶屬台灣違憲審查實務的一項特色），並對其功能與憲政效應做了初步的考察。有鑑於釋憲議程是一個由多重因素交互作用出來的複雜系統產出，而人的作為與不作為在其間扮演了非常關鍵的角色，本文進一步探討了司法院大法官與釋憲聲請人等主要行動者，在重重條件限制下，究竟如何讓一個特定的憲法裁判得以在特定時點上出現——也就是設定釋憲議程的司法政治。本文就此除了引用 Epstein、Landes 與 Posner 所提出的「司法行為的勞動市場理論」，而對司法院大法官從事議程設定決策時與法官聲請釋憲時的可能考量，提出了尚待檢證的基本設論外，也對司法違憲審查的「支持結構」之於釋憲議程的影響，提出了若干研究動議。

雖然仍有諸多細節問題有待進一步的實證研究，本文嘗試在上述的討論基礎上，對我國現行釋憲議程設定的制度實踐，提出本於司法政治理論的學術批判與

438-39；張文貞，同前註 48 研討會論文，頁 15。我國憲法訴訟法學者吳信華建議，司法院大法官應經 2/3 甚至 3/4 之超級多數決，方得將一程序合法但實體上顯無理由之聲請案件裁定不予受理；參見吳信華，同前註 66 論文 II，頁 12。在某個程度上，超級多數決的不受理決策規則與次多數決的受理決策規則，均有賦權（empower）大法官內部之少數的效果。不過基於本文肯認大法官選案決策——特別是基於司法政策考量而對時機不宜之釋憲聲請說「不」——的基本立場，本文對於採取超級多數決之不受理決策規則的制度設計，持較為保留的態度。

改革建議。本文的規範反省聚焦於我國現行實務——並且可能還將被成文法化——的「半選案制」；在此項制度安排下，司法院大法官有事實上的選案裁量權力，惟必須敘明不受理案件的理由——不問該理由是否真有說服力。本文認為，「大法官就聲請案件之不受理必須敘明理由」的法制要求，不僅無助於提升大法官選案決策的一致性與可預測性，往往還會異化了聲請人與大法官之間的伙伴關係，甚至凸顯了司法的偽善。本文主張，司法院大法官確實有必要擁有透過選案決策設定違憲審查議程的權力，但是這項權力的行使，不應該以司法的誠實作為代價。本文建議，當前我國司法院大法官審理案件法的修法工程，除了應當廢除「半選案制」的不當設計，還可以探尋「以司法政治導正司法政治」的契機與可能——例如強化選案程序的資訊公開，乃至改採次多數決的選案決策規則。

參考文獻

中文文獻

- 吳信華 (2001a)，大法官會議議決不受理事由案件選評（一），法令月刊，52 卷 1 期，頁 30-37。
- (2001b)，大法官會議議決不受理事由案件選評（二），法令月刊，52 卷 7 期，頁 3-9。
- (2009)，憲法訴訟專題研究（一）：訴訟類型。
- (2013a)，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析，台灣法學雜誌，225 期，頁 45-54。
- (2013b)，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 II，台灣法學雜誌，227 期，頁 1-19。
- (2013c)，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 III，台灣法學雜誌，229 期，頁 33-56。
- (2013d)，二〇一三年「司法院大法官審理案件法修正草案」評析 VI，台灣法學雜誌，232 期，頁 22-38。
- 李俊增 (2012)，我國立法委員對大法官釋憲之認知與態度——一種獨特憲政文化之剖析，憲政時代，37 卷 4 期，頁 437-488。

林佳範、劉靜怡、羅秉成、高涌誠與郭怡青 (2012)，檢警 VS. 集會遊行：從林佳範案看台灣民主人權，基礎法學與人權研究通訊，8 期，頁 1-22。

林超駿 (2006)，概論美國最高法院移審制度之歷史演變與當下之運作模式，收錄於超越繼受之憲法學：理想與現實。

翁岳生 (2009)，憲法之維護者——省思與期許，收錄於憲法解釋之理論與實務第六輯。

財團法人民間司法改革基金會 (2011)，大法官，不給說法！。

高煒輝 (2008)，誰的違憲確信？：律師於訴訟中請求法官聲請釋憲之困難與經驗談，全國律師，12 卷 7 期，頁 111-119。

張文貞 (2012 年 5 月 8 日)，從最高法院到憲法法院：美國聯邦最高法院的移審管轄及其運作實況，輔仁大學第二屆我國憲法訴訟制度之展望學術研討會。

許仁碩 (2012)，後釋字 445 號時代—台灣反集會惡法運動的司法法律動員，基礎法學與人權研究通訊，8 期，頁 22-37。

許宗力 (1999)，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，收於憲法與法治國行政。

—— (2006)，集中、抽象違憲審查的起源、發展與成功條件，收錄於跨世紀法學新思維：法學叢刊創刊五十週年。

陳志祥 (2008)，法官聲請釋憲之回顧，全國律師，12 卷 7 期，頁 5-36。

陳淳文 (2013 年 12 月 7 日)，人民聲請釋憲制度的改革展望，司法院大法官一〇二年度學術研討會（上），頁 25-64。

陳業鑫 (2008)，法官的憲法意識，全國律師，12 卷 7 期，頁 48-51。

黃昭元 (2003)，司法違憲審查的制度選擇與司法院定位，臺大法學論叢，32 卷 5 期，頁 55-118。

楊子慧 (2008)，憲法訴訟。

—— (2013 年 12 月 7 日)，憲法解釋的撰寫制度—檢討限制、諦視德國、展望新猷，司法院大法官一〇二年度學術研討會（下），頁 1-36。

葉俊榮 (2003)，司法院大法官附期限憲法解釋的分析，收錄於民主轉型與憲法變遷。

- (2003)，從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：1949-1998，收錄於民主轉型與憲法變遷。
- 葉啟洲 (2008)，站在人民、憲法與法律之間的法官，全國律師，12 卷 7 期，頁 42-47。
- 廖義男 (2008)，選舉制度與平等、民主原則，法令月刊，59 卷 3 期，頁 162-165。
- (2013)，司法院大法官審理案件法修正草案評述，法令月刊，62 卷 3 期，頁 120-125。
- 錢建榮 (2008)，與大法官建立共同維護憲法的伙伴關係：小法官不可承受之重，全國律師，12 卷 7 期，頁 62-110。
- 蘇永欽 (2007)，裁判憲法訴願？德國和台灣違憲審查制度的選擇，法令月刊，58 卷 3 期，頁 4-22。
- (2008a)，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查-走向適切回應社會變遷的司法積極主義（上），法令月刊，59 卷 6 期，頁 71-98。
- (2008b)，從體系功能的角度看大法官的規範違憲審查-走向適切回應社會變遷的司法積極主義（下），法令月刊，59 卷 7 期，頁 4-33。
- (2013a)，部門憲法的基本思維——一個在職大法官心所謂危的自剖，台灣法學雜誌，226 期，頁 89-102。

英文文獻

- Bickel, A. M. (1986). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Black, R. C., & Owens, R. J. (2009). Agenda Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence. *The Journal of Politics*, 71(03), 1062-1075.
- Bybee, K. (2010). *All Judges Are Political—Except When They Are Not: Acceptable Hypocrisies and the Rule of Law*. Stanford University Press.
- Caldeira, G. A., Wright, J. R., & Zorn, C. J. W. (1999). Sophisticated Voting and Gate-Keeping in the Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15(3), 549-572.

- Caldeira, Gregory A., & Wright, J. R. (1988). Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. *The American Political Science Review*, 82(4), 1109-1127. -
- Cordray, Margaret Meriewether, & Cordray, R. (2008). Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship between Certiorari and the Merits. *Ohio State Law Journal*, 69, 1-51.
- Dotan, Y. & Menachen H. (2005). Legal Defeats—Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court? *Comparative Political Studies* 38, 75-103.
- Epp, C. R. (1998). The Support Structure and the U.S. Rights Revolution. In *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective* (pp. 44-70). University of Chicago Press.
- Epstein, L., Landes, W. M., & Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: a Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Flemming, R. B. & G. S. Krutz (2002). Repeat Litigators and Agenda Setting on the Supreme Court of Canada, *Canadian Journal of Political Science*, 35, 811-833.
- Fontana, D. (2011). Docket Control and the Success of Constitutional Courts. In T. Ginsburg & R. Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Rochester, NY: Edward Elgar Publishing.
- Gerken, Heather. K. & Michael. S. Kang (2011). The Institutional Turn in election Law Scholarship. In Guy-Uriel E. Charles, Heather K. Gerken, & Michael S. Kang (eds.), *Race, Reform, and Regulation of the Electoral Process: Recurring Puzzles in American Democracy*.
- McGuire, K. T. (1995). Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success. *The Journal of Politics*, 57(1), 187-196.
- McGuire, K. T., & Caldeira, G. A. (1993). Lawyers, Organized Interests, and the Law of Obscurity: Agenda Setting in the Supreme Court. *The American Political Science Review*, 87(3), 715-726.
- Owens, R. J., & Simon, D. A. (2011). Explaining the Supreme Court's Shrinking Docket. *William and Mary Law Review*, 53(4), 1219-1285.

- Perry, H. W. (1994). *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Pildes, R. H. (2004). Foreword: The Constitutionalization of Democratic Politics, *Harvard Law Review*, 118, 28-154.
- Posner, Richard A. (2008). *How Judges Think*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Sarat, A. & Stuart S. eds., (2001). *Cause Lawyering and the State in a Global Era*, NY: Oxford University Press.
- Segal, J. A., & Spaeth, H. J. (2007). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York, NY: Cambridge University Press.
- Schauer, F. (2006). Foreword: The Court's Agenda—and the Nation's, *Harvard Law Review*, 120, 4-64.
- Starr, Kenneth W. (2006). The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft, *Minnesota Law Review*, 90, 1363-1385.
- Sunstein, C. R. (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Swanson, J. W. (2007). Experience Matters: The Rise of a Supreme Court Bar and Its Effect on Certiorari. *Journal of Appellate Practice and Process*, 9, 175.
- Teger, S. H., & Kosinski, D. (1980). The Cue Theory of Supreme Court Certiorari Jurisdiction: A Reconsideration. *The Journal of Politics*, 42(3), 834-846.
- Vermeule, A. (2007). *Mechanisms of Democracy: Institutional Design Writ Small*. New York, NY: Oxford Univ. Press.
- Vermeule, A. (2011). *The System of the Constitution*. Oxford University Press.

