

學術著作◆大專用書

司法者的憲法

李念祖 著

五南圖書出版公司 印行



東吳大學法學叢書 (3)



司法者的憲法，意味著司法與憲法之間有著一種不可替代的特殊關係，這層特殊關係是憲法能不能成功的關鍵。要了解其中原委，必須要知道誰是憲法所指定的司法者？憲法為什麼指定這樣的司法者？憲法欽定司法者應該如何報效憲法的託付？這本書嘗試提出問題，也嘗試提供解答，更希望說服司法者認清自己的憲法責任，或者鼓勵更多的法律人在司法體系中實踐憲法對於司法者的託付。因為，憲法缺乏司法者實踐其託付，不能達到保證人民權利的目的，也不能夠無愧於憲政主義的宗旨所在。

ISBN 957-11-2126-6 (581) 16



00400



9 789571 121260

本書電腦編號 1R68

司法者的憲法

李念祖 著

五南圖書出版公司 印行

司法者的憲法 / 李念祖 著；

-- 初版，-- 臺北市

: 五南, 民 89

面 ; 公分

ISBN 957-11-2126-6(平裝)

1. 憲法 - 論文, 講詞等

581.07

89008886

1R68

司法者的憲法

原 著 者 / 李念祖 (84)

出 版 者 / 五南圖書出版有限公司

登 記 號:局版台業字第 0598 號

地 址:台北市大安區 106

和平東路二段 339 號 4 樓

電 話:(02)27055066 (代表號)

傳 真:(02)27066100

劃 撥:0106895-3

網 址:<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件:wunan@wunan.com.tw

發 行 人 / 楊 榮 川

門 市 / 五南文化廣場

總 店:台中市區 400 中山路 2 號

電 話:(04)22260330

沙 鹿 店:台中縣沙鹿鎮 433 中正街 77 號

電 話:(04)26631635

逢 甲 店:台中市西屯區 407 逢甲路 218 號

電 話:(04)22555800

高 雄 店:高雄市新興區 800 中山一路 290 號

電 話:(07)2351960

排 版 / 健呈電腦排版有限公司

製 版 / 欣緯照相製版有限公司

印 刷 / 容大印刷事業有限公司

裝 訂 / 乙順裝訂企業股份有限公司

89 年 8 月初版一刷

90 年 1 月初版二刷

ISBN 957-11-2126-6

基本定價 8 元

(有著作權, 請予尊重)

謹以本書

獻給

理律法律事務所

林 序

尊重人性，把人當作人來看待，是一個文明社會的最低要求。迄今為止，只有以憲政主義（constitutionalism）為基礎的民主憲政國家，比較能夠達到這個要求。

憲政主義主張，國家應制訂憲法，並在憲法中將人之所以為人所不能少的基本需求，明文給予權利保障，以確保每個人具有與他人同等的自主存在的尊嚴、獲得平等的關心與尊重、以及自由地發展自我、實踐自我的機會。制訂憲法的目的，即在保障人民的基本權利。

為了保障人民的基本權利，憲政主義更具體要求以法治（rule of law）取代君主專制的人治（rule of men）。除了應依民主原則來組織政府外，政府的組成及權力的行使必須遵守憲法的規範。為了避免政府權力集中，憲政主義主張政府組織和政府統治權力的分配，必須依權力分立制衡原則來加以設計。一般民主憲政國家均將政府權力分成三種，即制定法律的立法權，執行法律的行政權，以及依據法律判斷是非及解決紛爭的司法權。並將這三種權力分別配屬三個不同的權力機關，並讓這三種權力彼此間相互制衡監督。

政府各機關在行使職權時，必須受到憲法的約束。因此，立法機關必須依照憲法所宣示的理念進行立法工作，行政機關必須依法行政，司法機關則必須依法審判。政府權力的行使不能全憑其主觀的好惡，而必須以客觀的憲法及法律規範取代其主觀之判斷。也就是以憲法為基礎的法治取代人治。

由於實施憲政，才能落實人民基本權利的保障。所以，隨

著人權保障在本世紀，成了舉世普遍所追求的理想，制定憲法也成了舉世普遍的現象。不過，雖然有一部憲法，其中也詳列了人民的基本權利，並不代表這個國家，就是一個以保障人民基本權利為目的之民主憲政國家，最後，仍要視人權是否真正得到保障。

為了要使人民基本權利獲得真正保障，憲法尚必須設有一套制度可以確保政府的組織及權力的行使會遵守憲法的規範，並保證憲法保障人民權利的目的能真正落實。這個制度就是司法違憲審查（judicial review）制度。有了這個制度，除了保障人民在其憲法權利受到國家侵害時，可以有救濟的管道及機會外，政府各部門之間發生權限衝突時，亦可藉由解決爭議。

司法違憲審查制度，是指法院有權以憲法來審查政府的行為（立法、行政行為、法院判決）是否符合憲法的規定。該制度萌芽於美國，但美國聯邦憲法並無明文規定賦予法院這項權力，而是由法院經由個案判決，逐步發展建立。該制的建立，最早是在1803年，當時美國聯邦最高法院首席大法官 John Marshall，在 *Marbury v. Madison* 案中，提出法院有權以憲法審查美國聯邦政府制頒的司法組織法的合憲性，並因此判決該法違憲，故而拒絕將該法適用於本案。首先將具體的案件中提出並行使司法違憲審查權。其後，Marshall 及其他聯邦最高法院法官陸續在其他的案件中，採用 *Marbury v. Madison* 案作為判決先例，以該案所宣示的憲法原則，也就是法院有權以美國聯邦憲法審查聯邦政府的行政行為、州法的合憲性，作為判決的基礎而逐步建立了該項制度。

值得注意的是，法院這樣子經由個案賦予自己權力，美國政府其他部門（國會、總統）以及各州政府均因接受法院的判決而肯認法院這項權力。也因為其確實能發揮保障人民權利及

維護憲政體制的功能，也獲得了美國人民的支持。美國憲法能夠歷久而彌新，二百多年民主憲政體制能維持穩定的發展，美國人民權利能獲得較多的保障，司法違憲審查制度，實為關鍵。自二次世界大戰後，歐、日採用了這項制度，憲法才發揮了保障人權的功能。司法違憲審查制度實是美國對於人類文明的貢獻。

當然，憲法規範的落實，以及穩定發展的憲政體制，絕非職司司法違憲審查權之法院一己之功。立法部門與行政部門尊重維護憲法，也是不可缺少的。不過，有了司法違憲審查制度，在缺少憲政慣例的新興民主國家，憲政即有了成長的機會。我國憲政的發展，即是最好的例子。

臺灣的憲法，雖然在政府組織設計仍不完善，但整部憲法的精神及設計，大致上仍符合憲政主義的憲政制度。在我們這套憲政制度之下，司法不僅扮演著以法解決紛爭之仲裁者角色，同時也擔負違憲審查的職責，實為憲政法治及人權保障的最後一道防線。

如果粗略統計迄今為止司法院大法官所作 509 號解釋，我們可以看到，在動員戡亂時期的四十餘年間，司法院大法官共作出 277 號解釋；而在動員戡亂時期終止後，至今將近九年的光景，大法官已作出 232 號解釋。而且在動員戡亂時期終止後，有關人民基本權利的解釋也佔了將近百分之七十五的比例。相較於動員戡亂時期的百分之二十七，足見人民基本權利的違憲審查，逐漸成為司法院大法官的主要功能。

這種現象或趨勢，應不難了解。解除戒嚴及終止動員戡亂時期臨時條款後，臺灣社會開放，民眾權利意識覺醒，權利受損即尋求救濟。而憲政的真正實施，也讓司法院大法官得以發揮憲法守護者的功能。其功能越能發揮，越獲得肯認，民眾尋

求救濟的案件即越多，相關的解釋，在數字上自然即有相當的成長。

憲法絕非美麗的裝飾品，必須真正有用。如若人民認為憲法所保障的權利，受到政府不當的侵害，必須要有救濟的管道。否則憲法保障人民權利的規定，即屬空言，而無任何意義。司法違憲審查制度，即是提供人民憲法權利受侵害時的救濟管道。這個制度，就是要法院用憲法來保障人民免於受到政府不當的侵害。法院用憲法，憲法才能真正落實於生活，才會與人民息息相關。而且，不僅人民可以尋求法院獲得憲法的權利保障，政府機關權限發生爭議或衝突，也可以請求法院定紛止爭。權力分立制衡的原則方得以實踐，憲政也才能穩定發展。

憲法是什麼？憲法就是由法院在具體個案中適用憲法所呈現出來的風貌。這也就是「司法者的憲法」。

自從在法研所結交同窗好友念祖迄今已有二十三年，其中為了學問、憲政體制及政治立場，不知有多少的爭辯。但我們都認為憲法必須有用，必須能發揮保障人民基本權利的功能。我們也都同意，司法違憲審查制度是關鍵之所在。我們也都一致主張一般法院的法官，在審理一般案件時，如有需要，應該要用憲法。這本「司法者的憲法」，說明了為什麼司法者要用憲法、司法者的憲法之實際及其界限。不僅表現了念祖對於憲法、憲政主義、司法違憲審查制度的觀點；同時也是念祖理想中的憲法理論與實務必須結合的忠實呈現。

念祖聰慧過人，思想敏捷，好辯且善辯，常有見解獨到的觀點，令我常自嘆弗如。而成功的律師事業又極為繁忙，念祖仍能撥出時間兼課教學，著書立說；同時又主筆重要媒體，影響輿論。旺盛精力，文筆風采，又令我極為羨慕及欽佩。本書

為其學術著作代表作之集結，一方面固為其多年心願終以得償，而特別高興能分享他的喜悅。另一方面，也為自己及國內從事憲法學研究者，增加了一部時時可參考的學術著作，感到興奮。也特別謝謝念祖，讓我有這個榮幸能夠在他這本書中寫幾句話。

林子儀 仲夏於台大法律學院

自序

我一向認為法律之學必須講究實用；研究法律如果缺乏實用價值，不僅研究本身意義有限，也不是社會需要法律制度的目的。位居國家法律秩序頂端的憲法，尤其如此。

若以實用的程度檢驗憲法在我國具有的意義，答案可能令人臉紅。長期以來，我在大學教授憲法、在理律辦理憲法訴訟案件，乃至於提筆撰寫憲法文章，都在努力實踐一個從學生時代即已摯懷的小小心願：希望盡己之力，實際改善我國憲法實用價值不彰這個令人臉紅的病態。

要改善病態，必須追問病源何在。行憲半世紀，究竟是誰在使用憲法？我國憲政發展的軌跡，似乎印證了 Finer 教授所說的那句話：「憲法是權力關係的自傳。」卻很難令人體會另外一句美國最高法院首席大法官 Hughes 的名言：「憲法，以法官所說的為準。」我國憲政上思辯乃至運作的焦點，總是集中在政府體制的部分，握有權力的人們還反覆地使用修憲權力調整政府結構企圖擴充其權力版圖（根據大法官在釋字第四九九號解釋的計算，行憲後已有十次修憲的紀錄），憲法加上臨時條款、去除臨時條款、加上增修條文，又一再改變其內容……憲法像歷史般地記錄著權力關係變化的痕跡，也反映了政治權力操控憲法的能力。最熱衷利用憲法的，竟是憲法所應規範的政治權力。然而，憲法只在政治權力池塘內沈浮，就一種「規範」而言，它的實效可能已經減至最低。大法官以釋字第四九九號解釋忠實陳述憲法最基本的原則以免修憲者權力無邊，竟然立即遭到政治報復。權力強、憲法弱的現象，可見一斑。

2 •

中國在古代沒有憲法，人們企圖藉用歷史（如足令「亂臣賊子懼」的《春秋》）來控制權力。現在有了憲法，有權力的人卻想把憲法變成只是歷史的材料而已。但是，憲法是規範，不是歷史。憲法真要成為節制權力的規範，不能只是權力關係的自傳，也不該只是歷史的材料而已；它必須在人們日常生活中顯現、發揮實際的規範拘束作用。最能讓法律規範顯現拘束力的地方，就是法院。如果我們都同意，規範權力以保障人權是憲法的最終目的，憲法就必須和其他的法律一樣，終究要屬於法院。法院在審判個案時，運用憲法保護個人的權利使之不受政府的侵犯，次數愈多，機率愈頻繁，就愈能讓憲法的內容實現、效力發揮。

然則，很多人，包括法官及法學者在內，都誤認憲法不是法院可以直接適用的規範。我極少看到最高法院選取解釋憲法的判例（雖然判例制度是否合憲亦頗值得討論）；大法官先後做成近五百件憲法解釋，卻迄今不肯自己從事審判，做出直接給付當事人權利的裁判；我任律師，嘗試經營憲法訴訟十餘年，辦理聲請釋憲的案件，前後也只有大約二十次，也就是平均每年不足二次的機會；我總是不忘在法庭上引用憲法條文，卻不知道多少次遭到冷漠地對待。這一切似乎都可以驗證，為什麼憲法只能為政治權力所利用，卻不能為人民所利用的原因所在。

我相信憲法沒有絲毫拒絕法官援用的意思，我更相信憲法無意只讓法官直接引用它保障總統（憲法第五十一條）或立法委員（憲法第七十三條）不被追究法律責任，卻不讓法官援用憲法的規定直接兌現人民的權利。但是，人們抱怨憲法沒有發揮實效之餘，總是抱怨憲法寫的不好，卻忘了詛咒憲法只會減弱憲法的力量；若是一面抱怨憲法沒有發揮實效，一面卻坐視甚或阻撓憲法直接為法院援用，誠不知是憲法，還是詛咒憲法的態

度，更該受到批評。我始終認為，讓法院多用憲法，讓憲法化為法官的判決，憲法就會成為真正實用的法規範，保障人權；人們切身體會憲法的溫熱，就會更樂意主張憲法所賦予的權利。

本於這樣的信念，這本書蒐集了我過去約十年所寫의八篇長短論文以及三篇譯作。以「司法者的憲法」為題，無非是要突顯貫穿這些作品的觀點——憲法該是屬於司法者，特別是審判者的規範；它規範司法的權力，也需要司法者善用得自憲法的權力實踐憲法的作用。如果還有很多司法者，也就是從事審判的法官，尚未完全體會這樣的道理，希望這本書能夠提供一些幫助。為了說服司法部門的審判官們在憲法訴訟中普遍就位，為了匯聚討論的焦點，本書中並未收納專以政府體制或是人權實質內容為探討主題的論文。

這本書記載了我緩慢但始終不願放棄的學術努力，以及曾經遇到的一些岔路，還有自我糾正的嘗試。第一篇論文探討大法官應該是立法者還是司法者的道理，兩度發表，三易其稿，題旨一貫，信念愈堅，列之為卷首，所以表明立場，也用以澄清第二篇所存而不論的問題；第二篇論文提出法官有從事違憲審查的義務，是當年參與學術辯論的作品，事後出現的大法官釋字第三七一號解釋，看似呼應、肯認法官有優先遵守憲法的義務，卻並未真正認同法官應盡憲法上責任的空間廣闊；而本書第三篇論文，即在仔細檢視大法官釋字第三七一號解釋所以不惜使得法官疏離憲法的推論前提。該文去年分為上、下兩部分在軍法專刊發表之後，又有新的領悟，收入本書時，就在分析釋字第三七一號解釋的部分加上第十段的文字，或許可以為該號解釋注入一種新的內涵，從而減輕它使法官的憲法良心受到剝損、挫折的程度；第四篇雖然只是法治斌教授論文的讀後

感，但卻試圖為違憲審查確立較為嚴格的司法性定義，也就有了敝帚自珍的理由；第五篇討論參審制度的憲法界限，這次重新訂正，又針對參審制度最近在司法改革裡的發展，特別是應否修憲的問題，增加了一些看法；第六篇則是與范鮫律師共同在哥倫比亞大學法學院《中國法研究學刊》上發表的英文論文，也是范律師和我首次聲請釋憲獲得釋字第二四二號解釋的成果報告。該號解釋是大法官幾乎成為審判者的僅有經驗，卻遭遇到有形無形的阻力；大法官轉化為審判機關似乎還需要加倍的努力。范律師以及哥倫比亞大學法學院同意我將該文收入本書，成就了我個人的某種紀念，甚為感謝；第七、八兩篇先後比較政治問題理論在美國及我國憲法上的運用，也可以看出我原本曾對政治問題理論輸入我國不以為然，經過四、五年的沉澱，思考上又發生了若干新的轉折；第九篇是篇譯作，謝謝原作者 Louis Henkin 教授同意作者翻譯他的大作，這篇文章充分探討了外交事務與憲法間的緊張關係，足供人們靜心思考是否有理由認定外交事務為不受司法審查的政治問題。

另外兩篇譯作，則是來自恩師馬大法官襄武教授主編《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》時的鞭策。當時頗費了一些心血，現在收入本書，只是認定這兩篇 John Marshall 大法官的傳世之作，可以為我國的司法運用憲法從事審判，帶來一些古典智慧的啟示。本書付梓的同時，司法院在翁師岳生院長的領導下，又已廣續邀請學者共同翻譯美國最高法院憲法判決的政策，令人鼓舞。

至於附錄裡的四篇非學術文章，都與前面的論文相互呼應，讀者據之或可更易明瞭我根據憲法對於司法所生的一些觀察與觀點。

我能在執業律師的工作之外，點滴累積一些在法學上繼續

鑽研的心得，必須要感謝我在理律的老師及夥伴們。長一輩（例如陳長文老師、李光燾老師、徐小波老師）與同輩（例如劉紹樑、李家慶、范鯨、楊曉邦、吳文珠、宿文堂……）的同仁不但容忍我，而且鼓勵我嘗試在一條並不傳統，未必看得到太多收穫，但卻是法治國家當然需要的道路上開墾；年輕的同仁們，無論是否具有專攻公法的領域背景（例如林瑤、楊皓清、蘇宜君、葉慶元、郭銘禮……），還有我的秘書王璇，只要我需要幫忙，都從無抱怨，在憲法訴訟工作上給予我最大的支持。於是，我才能在實踐上頗為貧瘠的憲法園地裡，不斷地體驗甚或創造憲法的實用價值，提昇此種價值的發展空間，並且在辦案之餘，以學術態度尋找憲法訴訟的理論根基。將這本書獻給理律的同仁，應該是恰當的。

最後，要對啟迪我以憲法為畢生職志的幾位恩師，表達敬意與謝忱：馬老師指導我寫作碩士論文時，讓我真正懂得什麼是憲政主義，翁老師則在教室中反覆解說，讓我了解司法對於憲政為何重要，已故的李模老師在課堂上細述 *Marbury v. Madison* 案件的內容與影響，令我攸然神往，至今歷歷在目，城仲模老師則最先教我懷疑臨時條款是特別憲法的理論基礎何在。他們的教導，都使我受益終身。我也特別感懷章孝慈校長與李模老師，是他們給了我這個沒有博士學位的人在東吳法學院以及法研所濫竽憲法講席的機會，還有楊楨院長及東吳的先進們同意接受這本書做為東吳法學叢書裡的一員，讓我和母校更為親近。我也要謝謝同窗三年的子儀兄為本書作序，他最知道我為什麼要做憲法訴訟的拓荒者，子儀兄對於本書題旨的闡釋，我無法說的更好，心念相通，令人感動。當然，如果不是我心愛的家人，包括我的母親、妻子蘭茜以及一雙兒女，長期寬容我把大部分的時間送給法律與工作，這本書也絕不可能出

版。

我知道，書中的觀點不到之處一定很多，衷心歡迎並期待方家的指正。

李念祖

民國八十九年夏識於理律

作者簡介

李念祖

民國四十三年生於台北市。

東吳大學法學士、台灣大學法學碩士、哈佛大學法學碩士。曾任第二屆國民大會代表（不分區），研究領域包括憲法、仲裁法。現任理律法律事務所合夥人、東吳大學法律學研究所等校系所兼任副教授、中國憲法學會理事。

醉心於實用憲法，促使憲法在個別司法案件中限制權力以保障權利，參與聲請而獲得司法院大法官之憲法解釋計有釋字第二四二號（鄧元貞等案，關於婚姻、家庭權問題）、二六三號（馬曉濱等案，關於生命權問題）、二九〇號（劉俠案，關於參政權、平等原則問題）、三一三號（華航公司等案，關於法律保留原則、委任立法明確性問題）、三二四號（世界貨櫃案，關於比例原則、公法契約等問題）、三九二號（關於檢察官羈押權、司法一元主義、正當法律程序、人身自由等問題）、四一九號（關於副總統得否兼任行政院長、權力分立、政治問題等問題）、四六七號（關於地方自治、省地位等問題）、四九〇號（耶和華見證人案，良心自由、宗教自由、性別平等、一罪不兩罰等問題）、四九五號（愛愛公司案，關於正當法律程序問題）、四九九號（關於國民大會議會自治、修憲界限問題）、五〇九號（商業周刊黃鴻仁、林曉瑩案，關於言論自由、無罪推定原則等問題）等項解釋。