



湯德宗 著

權力分立新論

增訂二版

湯德宗 著

權力分立新論

2000, 增訂二版

國家圖書館出版品預行編目資料

權力分立新論 / 湯德宗著.-- 初版.-- 台北市：
湯德宗發行；1998[民 87]

面；公分

含索引

ISBN 957-97273-8-4 (平裝)

ISBN 957-97273-7-6 (精裝)

1. 憲法 - 論文, 講詞等

581.07

87004272

權力分立新論

2000年12月 增訂二版

作者 湯德宗

出版者 湯德宗

總經銷 元照出版公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

定價 精裝 新臺幣 750 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 957-97273-7-6

SEPARATION OF POWERS
REVISITED

SECOND EDITION

By

DENNIS TE-CHUNG TANG

Research Fellow, Academia Sinica
Professor of Law, National Taiwan University

Taipei, Taiwan

ANGLE PRESS

2000

權力分立新論

目 次

表次.....	iv
圖次.....	vi
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.....	1
（附英文摘要）.....	72
論九七修憲後的權力分立	
——憲改工程的另類選擇.....	75
（附英文摘要）.....	129
權力分立與違憲審查	
——大法官抽象釋憲權之商榷.....	133
（附英文摘要）.....	180
大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析.....	183
（附英文摘要）.....	310
大法官有關行政、立法兩權關係主要解釋案析論.....	313
（附英文摘要）.....	382

大法官解釋不同意見的實證研究.....	385
（附英文摘要）.....	447
論兩岸關係條例第九十五條之合憲性	
——憲法第五十七條闡微.....	451
（附英文摘要）.....	490
美國權力分立的理論與實務	
——我國採行總統制可行性的初步考察.....	495
（附英文摘要）.....	530
三權憲法、四權政府與立法否決權	
——美國聯邦最高法院 <i>INS v. Chadha</i> 案評釋.....	533
（附英文摘要）.....	606
副總統兼任行政院長釋憲案鑑定意見書.....	609
附司法院大法官書記處函.....	618
附大法官釋字第四一九號解釋（節錄）.....	619
附立法委員饒穎奇等八十位聲請書（節錄）.....	621
立法委員言論免責權釋憲案專家學者說明會意見書.....	623
附立法院聲請解釋函.....	646
附大法官釋字第四三五號解釋.....	651

軍事審判法釋憲案專家學者說明會意見書.....	653
附立法委員蘇煥智等五十八人聲請書.....	669
附大法官釋字第四三六號解釋（節錄）.....	675
國大延任案釋憲案專家學者說明會意見書（一）.....	689
國大延任案釋憲案專家學者說明會意見書（二）.....	702
附大法官釋字第四九九號解釋（節錄）.....	711
事項索引.....	715
案例索引.....	735

表 次

大法官有關「立法裁量」解釋案要旨.....	45
各種違憲審查理論模擬操作之比較.....	70
我國中央政府體制更迭一覽表.....	126
大法官有關「違憲審查權限」解釋案要旨.....	173
「抽象違憲審查」與「具體違憲審查」之司法性格比較.....	179
大法官有關「權力分立原則」解釋案要旨.....	286
大法官「權力分立原則」解釋案件比重分析.....	303
大法官解釋案聲請人類別分析.....	304
大法官「權力分立原則」解釋案機關聲請人分析.....	305
大法官有關行政、立法兩權關係解釋案要旨.....	374
大法官解釋不同意見制度演進一覽表.....	417
大法官解釋可決門檻變遷一覽表.....	418
第五屆大法官「命令違憲解釋」可決門檻與不同意見 關係統計表.....	419
第五屆大法官「其他憲法解釋」可決門檻與不同意見 關係統計表.....	421
歷屆大法官憲法解釋及統一解釋中之（狹義）不同意見 統計表.....	423
歷屆大法官憲法解釋及統一解釋中之（廣義）不同意見 統計表.....	426
歷屆大法官抽象解釋及具體解釋中之（狹義）不同意見 統計表.....	429

歷屆大法官抽象解釋及具體解釋中之（廣義）不同意見 統計表.....	432
歷屆大法官不同意見統計分析表.....	435
第四屆各大法官發表不同意見統計表.....	437
第五屆各大法官發表不同意見統計表.....	439
第六屆各大法官發表不同意見統計表.....	441
第四屆至第六屆連任大法官發表不同意見統計表.....	443
第四屆至第六屆大法官背景及發表不同意見 關係統計表.....	445
釋字第四三六號解釋不同意見立場分析.....	446
「必要暨適當」標準說之應用.....	487

圖 次

我國中央政府體制更迭示意圖.....	128
美國憲法中的三權分立與制衡：	
"野心必須用野心來對抗".....	306/488
我國憲法中的五權分立制衡：	
"五權分治平等相維".....	307
「權力分立原則解釋案」佔「憲法解釋案」比重變化圖.....	308
「憲法解釋案」佔「公布解釋案」比重變化圖.....	309
三權制衡與三權共管第四權之制衡.....	489/605
美國軍事審判體系.....	668

SEPARATION OF POWERS REVISITED

Table of Contents

	Page
List of Tables.....	iv
List of Figures.....	vi
The Constitutional Basis for the Judicial Review of Legislative Discretion: An Preliminary Inquiry of Theories of Judicial Review In Taiwan.....	1
(English Abstract).....	72
On the Separation-of-Powers Structure after the 1997 Constitutional Reform: Alternating Presidentialism as an Alternative.....	75
(English Abstract).....	129
The Doctrine of Separation of Powers and the Limits of Judicial Review: Reconsidering the Legitimacy of Constitution Interpretation in the Abstract by the Council of Grand Justices.....	133
(English Abstract).....	180

A Critical Review of the Council of Grand Justices’
 Interpretations of the Separation-of-Powers Doctrine.....183
 (English Abstract).....310

A Critical Review of the Leading Interpretations of
 the Council of Grand Justices over the Relationship
 between Executive and Legislative Branches.....313
 (English Abstract).....382

An Empirical Study of Separate Opinion in the
 Council of Grand Justices of Taiwan.....385
 (English Abstract).....447

On the Constitutionality of the Legislative Veto in
 Section 95 of the Statute Governing the Civil Relationships
 between the People of the ROC and PRC: What Does
 the “Modified Parliamentary System” Mean?.....451
 (English Abstract).....490

The Doctrine of Separation-of-Powers in the United States
 of America: A Preliminary Reflection of the Feasibility of
 Shifting to a Presidential System in the ROC.....495
 (English Abstract).....530

A Three-Branch Constitution, A Four-Branch Government and Legislative Vetoes: A Critical Review of <i>INS v. Chadha</i>	533
(English Abstract).....	606
Expert Verification Submitted to the Council of Grand Justices on the Constitutionality of the Vice President Concurrently Serving as Premier.....	609
Attachment: Interpretation No. 419 (December 31, 1996).....	619
Expert Testimony Presented at the Council of Grand Justices on the Application of the Speech and Debate Immunity of Legislators.....	623
Attachment: Interpretation No. 435 (August 1, 1997).....	651
Expert Testimony Presented at the Council of Grand Justices on the Constitutionality of the Military Court System.....	653
Attachment: Interpretation No. 436 (October 3, 1997).....	675
Expert Testimony Presented at the Council of Grand Justices on the Constitutionality of the Constitutional Amendments of 1999.....	689
Attachment: Interpretation No. 499 (April 25, 2000).....	711

Subject Index.....	715
Case Index.....	735

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

壹、問題界定

一、「立法裁量」的概念

(一) 形式意義的立法裁量

(二) 實質意義的立法裁量

二、反多數的難題--違憲審查的原罪？

(一) 古典理論

(二) 當代理論

三、違憲審查的「憲法依據」

(一) 超憲法的憲法依據

(二) 違憲審查理論與違憲審查標準

貳、John Ely 代議補強理論 (representation-reinforcing theory)

一、理論概要

二、指標案例模擬操演

參、Bruce Ackerman 二元民主論 (dualist democracy theory)

一、理論概要

二、指標案例模擬操演

肆、權力分立動態平衡理論

一、理論概要

二、指標案例模擬操演

伍、結論

「吾人服膺於憲法之下，然憲法之意涵乃法官所闡釋者。」

*Charles Evans Hughes*¹

壹、問題界定

本次學術研討會以「立法裁量」與「司法審查」的互動為主題，我被排定擔任第一場報告人。茲擬就兩者間的基礎關係——立法裁量之司法審查的憲法依據，進行探索，希望有助於開展以下場次的討論。敬請各位大法官及與會專家學者不吝指教。

一、「立法裁量」的概念

「立法裁量」原非我國實定法上的用語，但大法官在解釋中確曾多次使用。²所謂「立法裁量」，一般認為係指：立法者關於「法律內容」具有決定權（立法內容之裁量）；間或兼指立法者關於「是否立法」的決定權（立法制定之裁量）。前者乃立法「作為」之內容是否妥適的問題，堪稱「狹義的立法裁量」；後者乃立法「不作為」之決定是否妥適的問題，可與前

¹ CHARLES EVAN HUGHES, ADDRESSES OF CHARLES EVAN HUGHES 185-86 (New York: Putnam's, 1916) ("We are under the Constitution, but the constitution is what the judges say it is").

² 參見城仲模，〈關於公法學上「裁量」之用語〉，收於《當代法學名家論文集》，頁257以下（頁275）（台北：法學叢刊雜誌社，民國八十五年元月）（「『立法裁量』非不可成為我國法界的研究課題，然就公法學而言，以一個概念模糊，含意不清的外來語，在未經嚴格評審，即可頻頻長驅直入司法院大法官解釋文獻中，寧不審慎」）。

者合稱為「廣義的立法裁量」。³大法官迄未定義「立法裁量」，惟綜觀大法官有關解釋（詳如【表一】），殆指立法內容妥適與否（「狹義的立法裁量」）的問題。⁴

按法律上稱「裁量」，本有依照一定基準，於個案決斷的意思。例如，Black's Law Dictionary 界定「行政裁量」乃「公務員按法律授權，在特定情況下，依自己之判斷與良心之指示而作為之權力或權利」⁵；又，「司法裁量」(judicial discretion) 乃「法官或法院在法律原則與法則之拘束下所為之非屬恣意、任意或無限制之裁量。司法裁量非為司法隨興之沈溺，而係以事實為基礎、以法律為導引之司法判斷之行使」。⁶由於行政、

³ 參見歐廣南，〈論「立法裁量」與「司法審查界限」--以日本違憲審查之理論與實務為中心，兼論我國大法官會議有關立法裁量之釋憲問題〉，《憲政時代》，24卷1期，頁112以下（頁113-114）（民國八十七年七月）；李惠宗，〈立法裁量類型化試論〉，《憲政時代》，16卷1期，頁74以下（頁89）（民國七十九年七月）。

⁴ 少數例外如大法官劉鐵錚釋字第二四二號解釋(78/06/23)之不同意見書（認為舊民法第992條對於重婚撤銷權未設合理除斥期間為違憲），參見《司法院大法官會議解釋續編》（四）（以下簡稱《續編》），頁166-168（台北：司法院秘書處，民國七十九年六月初版）；釋字第三三六號解釋(83/02/04)（都市計畫法對公共設施保留地取得未有期限規定，尚非無理由，與憲法並無抵觸），參見《續編》（七），頁341（台北：司法院秘書處，民國八十三年六月初版）。

究其原因當與現行釋憲制度有關。亦即，現制准許聲請大法官宣告已制定之法律為違憲，未必准許聲請宣告「應立法而不立法」之「立法怠惰」為違憲。

⁵ BLACK'S LAW DICTIONARY 466 (6th ed. 1990) ("discretion means a power or right conferred upon them by law of acting officially in certain circumstances, according to the dictates of their own judgement and conscience").

⁶ *Id.* at 467 ("the discretionary action of a judge or court, and mean discretion bounded by the rules and principles of law, and not arbitrary, capricious, or unrestrained. It is not the indulgence of a judicial whim, but the exercise of judicial judgement, based on facts and guided by law, or the equitable decision of what is just and proper under the circumstances").