

部分不同意見書

大法官 余雪明

本席對多數意見就聲請人指本件牽涉立法院及監察院憲法上之職權行使爭議，認不符司法院大法官審理案件法第五條第一項第三款規定，應不受理一節敬表同意。但其認為聲請人所指立法院程序委員會濫用議事程序，不當阻撓監察委員人事同意案進入院會表決等情形構成同法第五條第一項第三款立法委員現有總額三分之一以上就其行使職權適用憲法發生之疑義，予以受理一節，則贊同彭大法官鳳至所提不同意見書所指此乃機關之具體行為，以及國會內部自律之問題，亦無所謂「疑義」，非本院所得審查之客體；且縱可為審查標的，至多亦屬同法第五條第一項第一款規定之總統與立法院之權限爭議問題，此為當事人不適格，應不受理。

但本件真正之問題尚不在其形式上是否符合司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款或第三款之規定，或聲請人為總統或三分之一立法委員，而在於其性質上屬於所謂「政治問題」「依權力分立原則，不受司法審查」(本院釋字第三二八號解釋理由書參照)。因其欠缺可司法性，縱勉強作成

解釋，且言之成理，亦難有可行之解決辦法，除或有製造政治壓力之效果外，如未被尊重，徒傷司法威信，甚或造成不良後果（本院釋字第七十六號、四九九號、五三〇號、五八五號等解釋非盡屬政治問題，但均有其可供記取之教訓）。多數意見指出「享有人事決定權之憲法機關（應）忠誠履行憲法賦予之權責，及時產生繼任人選，以免影響國家整體憲政體制之正常運作」（解釋理由書第三段末句），作為道德或常識之命題，自為無可辯駁，本席亦極贊成，但如進一步認為總統如消極不（及時）為提名或立法院消極不（及時）行使同意權（如目前之「擱置」不進行表決之情形），造成僵局，即為違憲（為憲法所不許），則本席歉難同意。因基於民主政治及政黨政治運作之常軌，僵局有時難以避免，此乃政治部門應自行解決之問題，並自負政治責任，本院大法官率爾介入，除違背權力分立原則，有失司法分寸，亦造成政治之司法化，¹為司法部門帶來無窮之後患，亦低估政治人物之政治智慧，爰提部分不同意見書，理由如下：

1 德國聯邦憲法法院對何種案件構成「憲法性質之爭議」，採較寬大之態度，德國文化上信賴法治國程序高於民主國程序，加以聯邦憲法法院司法積極主義之傾向，導致德國強烈政治司法化之現象（前德國聯邦憲法法院法官 Prof. Dieter Grimm 96 年 6 月 5 日在本院演講「德國聯邦憲法法院與美國聯邦最高法院之比較」（摘譯）1,5）。但 Prof. Grimm 氏對此現象持比較負面之評價，並指出有許多方式可以對抗政治之司法化，甚至聯邦憲法法院在判決書也會提醒政治人物，還有許多政治方式可以解決，不要一直用法律觀點來討論（同日答王大法官和雄問題，紀錄，12）。

權力分立與司法違憲審查

權力分立(Separation of Power)為憲政之基本原則，²不論是行政立法司法的三權分立或是我國加上考試與監察之五權，其目的不外是追求「效率」(分工)與避免「暴政」(制衡)，各權力之間有時難免須重疊(如美國總統對立法有否決權，參議院對人事有同意權)或混合(如所謂獨立機關有某程度之立法與司法權)。在美國分權並涉法治(rule of law)及有限政府(limited government)等概念。制衡為一開放性之概念，應追求權力間之動態平衡，而權力之間，須相互尊重，制衡之餘，更須合作。³

違憲審查(judicial review)⁴在權力分立中處於關鍵地位，⁵但以非民選之法官否定民選國會制定之法律之合憲性，而有所謂「抗多數之困局」(countermajoritarian difficulty)，

2 一般請參看 Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd ed. Vol. 1, 2000 (Tribe), 124-152; Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, Karlan, *Constitutional Law*, 5th ed. 2005 (Stone), 357-361; 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞編著，*憲法—權力分立*，2003 (林子儀等)，頁 105-126; 湯德宗，*權力分立新論* (卷二)，增訂三版，2005 (湯德宗)，308-322。

3 湯德宗，308-322。美國談權力分立，較重制衡，德國則除制衡外，更強調合作，Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed. 1997 (Kommers), 123 (憲政機關為履行憲政職責之協力義務)。

4 違憲審查一般參看 Kathleen M. Sullivan, Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Fourteenth ed. 2001 (Sullivan & Gunther), 13-18; Tribe, Chapter 3; Stone, 36-60; 林子儀等，第二章; 湯德宗，2-44, 322-329; Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962 (Bickel)。

5 Hamilton 在 *Federalist No.78* 中指出法院是人民與立法者之中介，使立法者制定法律不能超出憲法範圍。Bickel 氏則認為法院具有立法者及行政官所無之處理原則問題之能力，因其有較佳之訓練，較有時間與較不受外界影響，Bickel, 23-28。

違憲審查之正當性之攻防，固然有諸多理論，⁶要不能違背司法權之本質：⁷此即被動性，不告不理，不能作成訴外裁判；正確性(just)，依一定之程序規範，作成正確之決定，此與政治追求妥協，無所謂「對」「錯」不同；獨立性，法官之獨立審判，透過任期保障、待遇保障、利益衝突之迴避以確保之；拘束性即對當事人及其他國家機關之拘束力，後者非不得設法擺脫此拘束力，此乃一種動態之平衡關係，但法院不應提供不具拘束力之諮詢意見(advisory opinion)。實務上美國最高法院即基於可司法性(justiciability)，自我設限(judicial restraint)以避免與政治部門之衝突，並使

6 如 Tribe 302-311、Stone 49-51、湯德宗，7-42（氏並特別提出 John Ely 之代議補強理論(representation-reinforcing theory)，認違憲審查為保護少數，確保政治過程之公平與開放，與 Bruce Ackerman 之二元民主理論，指司法者代表制憲時民意，其地位較高於立法時臨時之多數；氏並提出權力分立動態平衡理論，指司法審查為司法機關與其他憲法權力機關持續互動之過程，非最終之答案，35-39）。關於法院是否獨占憲法解釋，參考 Tribe, 264-267。學者有就憲政主義與違憲審查理論分為四大類者：(1)憲法為契約(theory of constitution as contract)，司法審查為此有效契約執行方法之一，其主要學者為 Jon Elster 及 Stephen Holmes；(2)憲法為協調之架構(constitution as coordination)，其強調者為可行性(workability)，此說與前說差異只是程度問題，其主要學者為 Russell Hardin；(3)以過程為基礎之民主理論(democracy/process-based theory)，其強調者為過程(process)、程序(procedure)以及民主之程序性質如多數決，此派學者強調過程而非實體(substance)，對違憲審查較持負面態度，認應盡量少使用而尊重政治部門或民意，學者如採基本多數主義者(radical majoritarianism)，權利為基礎之多數主義者(right-based majoritarianism)，如 Waldron 認司法審查傷害民主辯論之品質而贊同國會至上主義，採人民憲政主義(popular constitutionalism)，協調解釋理論(theory of Departmentalism)之 Larry Kramer 接受違憲審查，但反對司法至上(judicial supremacy)；憲法對話/中介人民憲政主義(constitutional dialogue/mediated popular constitutionalism)之 Barry Friedman 肯定違憲審查透過媒介互動，反應長期民意，並認司法裁判無真正之最終性，而可能受各種合法或非法之挑戰：以及上述 John Ely 之民主增強理論(democratic reinforcement)；以及(4)權利實體為基礎(right/substance-based theory)理論，此理論強調權利或實體價值，以違憲審查能達成實質正確結果而肯定之，其著者如 Ronald Dworkin 及 Carl Schmitt，見 Mu-Te Yu, *Entrenching Liberal Democracy-As a Matter of Constitutional Theory and Institutional Design* (unpublished JSD dissertation, New York University, School of Law, 2007), Chapter 3, esp. 91-92。

7 湯德宗，77、84-88。

其裁判更具正確性而合乎司法本質。⁸依美國憲法第三條司法權及於「案件或爭議」(cases or controversies), 由此引申之原則為法院不發出諮詢意見; 不對「政治問題」(political questions) 作出裁判, 當事人須適格(standing), 亦不處理時機未到(ripeness)或已過氣(moot)之問題。此種「不作為之美德」(passive virtue)固在延後作成判決之時間使相關爭點經時間之考驗而更清楚, 也是對上述抗多數困局之一種回應。⁹

政治問題之意義

本院第三二八號解釋固引用「政治問題」之概念,¹⁰但此理論來自美國, 故先討論其在美國之發展及應用, 再說明本件適用政治問題不審查原則之理由。

在 Baker v. Carr¹¹建立六項政治問題不審查之標準: (1)憲

8 Tribe 311-464; Stone 89-159; Bickel 115-116; 湯德宗, 88-110。德國聯邦憲法法院在兩德條約等案亦用司法自制(judicial restraint)之觀念, 但較之美國, 仍有頗重之司法積極主義味道, East-West Basic Treaty Case (1973), Rudolf Hess Case, 55 BVerf GE 349 (1980)及 Schleyer Kidnapping Case, 46 BVerf GE 160 (1977), Kommers 151-2。

9 事實上美國會控制聯邦法院之管轄權(jurisdiction), 亦可制定程序法與證據法以拘束法院, Tribe 267-286, 亦曾多次以修憲之方式, 推翻最高法院之判決。

10 政治問題理論(political question doctrine)一般參看 Tribe 265-385; Stone 119-158; Bickel 185-198; 林子儀等, 94-97、湯德宗, 105-110、吳庚, 憲法之解釋與適用 2003 (吳庚), 577-581。通說「政治問題」不審查原則不適用於德國, Kommers 153, Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2, Aufl. 2001 Rn. 23, 24, Vgl. Schlaich-Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 6 Aufl. 2004, Rn. 505。但吳庚 578-579 (不受司法管轄之高權行為包括議會對內閣總理之選任、議員資格之審查、政府對議會所作之報告或議員質詢之答覆等)。

11 396 US 186 (1962).

法已明文規定將議題交由與法院平行的某一政治部門決定；(2)欠缺法院可以發現並操作的解決標準；(3)未作對明顯涉非司法性裁量之初步政策決定前，無法作成決定者；(4)如由法院獨立解決，必然會對其他平行政府部門造成不尊重；(5)因情勢特殊需要，法院必須無異議支持一已經作成之政治決定；(6)法院如就該問題表示意見，將可能形成政府不同部門就同一問題發表不同聲明的尷尬局面。¹²依 Prof. Tribe 之說法，此六項標準分別對法院角色作古典（第一項）功能（第二、三項）以及審慎（謙遜）（第四、五、六項）三種理論之解讀，其最終只是法院對自身能力的一種認知(court's conception of judicial competence)一種憲法解釋與司法裁量之混合。¹³最高法院其後 Justice Scalia 在 *Vieth v. Jubelirer*¹⁴之多數意見中指出此六項標準愈在前面者，其重要性及確定性愈高。在該案涉及者為第二項，由於此類政治考量劃分選區(partisan gerrymandering)之案件，欠缺可以由法院發現並操作之標準，而決定推翻了十六年前作相反決定之 *Davis v. Bandemer*¹⁵一案，了卻多年無

12 主要依林子儀等之翻譯（頁 95），第三項為自行翻譯。

13 Tribe 366, 385.

14 541 US 267 (2004).

15 478 US 109 (1986)，該案之評論見 Stone 137。

謂之訴訟。有趣的是後者雖以六票比三票作成此類案件具可司法性，亦不認為無法建立可操作之標準，而六票中之四票要求原告須證明「選舉制度(electoral system)一貫性地使一群選民之影響力在整體政治過程中降低」(另兩票則採用對原告有利之多因素之綜合考量)，其後訴訟均因無法滿足此「一貫性降低」(consistent degradation test)標準而失敗。在 *Vieth v. Jubelirer* 一案投下關鍵性一票之 Justice Kennedy 承認目前無法建立可操作性之標準而同意多數意見，但認為將來發展亦不能排除此種可能性。

此外主要考慮第一項，附帶考慮第二項標準尚有涉及彈劾法官之 *Nixon v. United States*¹⁶ 一案，被告主張由於參議院將眾議院送來之彈劾書(articles of impeachment)交委員會處理，再向全院報告，並未依規定由參議院對其「審判」(try)，要求對某被告免職作違憲審查。法院認為憲法起草人無意對審判一詞增加額外之限制，而憲法並未明白規定如何方算「審判」，卻明白規定議員應宣誓，三分之二可決票才能判罪(to convict)以及總統為被告時，由最高法院院長擔任審判長。此等明白之規定表示憲法明文單獨(sole)賦予

16 506 US 224 (1974)，該案之評論見 Stone 124-126。

參院審判權，故有罪與否應由參院單獨決定。加以對法官之彈劾為立法權對司法之惟一制衡，且救濟方法難以設定，開啟司法審查之門將可能導致政局不穩，故認其為政治問題缺乏可司法性。Souter 大法官在協同意見書則認為如參議院以極離譜之方式進程序，法院亦非無介入之可能。

在 *Goldwater v. Carter*¹⁷一案，國會(congress)於 1978 年 9 月作成附帶決議(sense of congress resolution)，國會認為行政部門在作成 1954 年中美協防條約繼續有效之政策改變前應先與國會諮商。同年 12 月 15 日卡特總統宣布承認中華人民共和國(PRC)，將撤回對中華民國(ROC)之承認，並於一年後通知期後終止中美協防條約。若干參議員及眾議員提起訴訟，主張總統未經參院或參眾兩院同意前不得終止條約。多數意見以為此涉及總統處理外交事務之權力以及國會在何程度內得否定總統行動(action)，為政治問題，不具可司法性，應由行政部門及國會自行解決。憲法雖明定參議院得參與條約之批准，對其能否參與條約之撤銷(abrogation)則無規定。由於憲法對條約終止並無規定，且不同之條約有不同之適當終止程序，本件應依政治標準處理。

17 444 US 996 (1979).

我國政治問題不予審查實務

本院釋字第三二八號解釋為首先引用「政治問題不予審查」原則，認為憲法第四條所稱固有疆域之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋，其背景為當時之統獨爭議，學者有認為未說明政治問題不予審查之理由，為美中不足。¹⁸

此外本院作成解釋，而大法官提出不同意見認為政治問題者，有釋字第三二九號李鐘聲認涉及條約定義及其審議之程序，為政治問題，應不予解釋以免司法權之立法化。第三八七號解釋吳庚大法官認為政務委員應否總辭，具高度政治性，宜經由實際運作由政治部門自行解決，屬政治問題，應不予實體解釋。¹⁹此外第四一九號解釋，認行政院長於新任總統就職時之禮貌性辭職，如何處理乃總統之裁量權限，非本院審查之事項，算是重申政治問題不審查之原則。²⁰至於第四九九號解釋，亦曾討論美國政治問題之案例，但認為在該件並不適用。²¹

18 吳庚，580、湯德宗，105-106。

19 吳庚，581、湯德宗，106-107。

20 吳庚，580、湯德宗，107-108。

21 解釋理由書第七段。

其後似再無提及政治問題不審查原則之解釋，如涉政治性不願處理，則從嚴解釋大法官審理案件法第五條第一項各款規定，不予受理，否則從寬受理，似未建立一貫性之標準。此前大法官吳庚惋惜如經由第三八七號解釋建立政治問題不審查原則，則其後各方政治衝突形成之案件（如四一九、四九九、五二〇等號解釋）給釋憲機關帶來鋪天蓋地的無形壓力，或可避免。²²

政治問題之學者見解

我國學者對引進政治問題不予審查原則持較肯定見解者除上述吳庚、湯德宗二氏外，廖元豪教授亦持積極肯定之態度。²³李建良教授則持較中性之態度。²⁴李念祖教授採有條件接受之立場。²⁵持較否定態度者為許宗力氏²⁶與林子儀氏。²⁷綜

22 吳庚，581、湯德宗，108-110（選擇性魄力）231（由於疑義解釋稀釋原告適格要求，政治問題不予審查之原則已形同虛設）。

23 廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，《政大法學評論》，71期，頁27-71(28-53)，氏援用Cass Sunstein的司法最小主義，避免不必要之解釋，認解釋應符合權力分立下之司法本質；作成政治問題結論本身實已作成解釋，但與放寬審查密度不同，可以避免正當化政治部門之行為。

24 李建良，論司法審查的政治界限，收於氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁267-320(314-317)，提出幾點司法權與其他國家機關間權限劃分之問題；李建良，政治問題與司法審查—試評司法院大法官相關解釋，收於氏著，《憲法理論與實踐（一）》，頁395-434(414-434)，認政治問題與憲法問題的政治性應有所區別，除憲法明文規定應由大法官以外之政治部門處理者外，只要是憲法爭議，不問有無政治性而可處理。

25 李念祖，再論「政治問題」理論在我國憲法解釋上之運用，《台大法學論叢》，29卷2期，頁1-71(19-34)，認政治問題不應輕易援用，如援用應合一定之原則，如無理由宣告違憲、明確指

合學者之態度，如能採用較確定之 Baker v. Carr 案建立之第一項或第一、二項標準，並分析其利弊，而作成政治問題不予解釋之決定，當可獲得多數學者之支持。

本件為政治問題之理由

依上述 Baker v. Carr 案 Brennan 大法官多數意見之第一、二項為較重要，較有確定性，且使用較多之標準。²⁸實務上美國最高法院判定非可司法性政治問題存在之主要依據為無司法上可見之標準(judicially recognizable standards)以判定其原告違憲之主張。法院須先檢視相關憲法條文與原告之法律主張：前者有無建立可供法院判斷後者之標準？如無則成立政治問題。換言之，無法律可供判斷，則非法律問題而屬政治問題。²⁹如多數意見所示，聲請人所主張者為擱置同意權之即構成違憲（或者再加上多數意見所示「以至無法及時產生繼位人選」），但憲法增修條文第七條第二項只規

出憲法將系爭問題交由其他政治部門決定之條項、是否弱化司法審查等。

26 許宗力，憲法與政治，收於氏著，《憲法與法治國行政》，頁 1-52(39-51)，其主要理由為此理論不易操作，標準除第一項外不明確、有解釋法律問題之義務等。

27 林子儀，司法違憲審查之界限與政治問題理論，發表於《憲法解釋之理論與實務學術研討會》(1997)，其反對引進之理由為不易界定、純屬由其他憲法部門自行判斷解決、成「無法」狀態、制度之差異等。

28 第一項較具重要性與確定性為美國最高法院在 Vieth v. Jubelirer 案大法官 Scalia 所指出（位列愈前者愈具重要性及確定性），亦為我國學者許宗力氏及李建良氏等人所肯認，第二項則是美國最高法院在認定屬政治問題使用最多之因素，因能否作成救濟是可司法性之重要考慮。

29 Stone 131.

定監察院長、副院長、監察委員「由總統提名經立法院同意任命之」，對總統應於何時（任期屆滿前三個月？半年？或者前一天？）提名，提名何種人士（除非另有法定資格規定）或因其他因素而暫不提名（政治氣氛不對，等候推薦名單）均無規定。反之立院何時審查（如暫時擱置）如何審查（整體或個別考量、寬鬆或深入審查），依上述第一及第二項標準均屬應由總統及立法院政治判斷之問題，亦難有司法上可見之判斷標準，其屬政治問題自無疑義。³⁰

尤有進者，民主政治，即政黨政治，權力分立今已成政黨分立。³¹以美國為例，在總統與國會同屬一黨控制時，總統所提法案或提名案過關機會增加，反之亦然，依政黨立場投票已成常態。³²提名案遭國會擱置之例如美國布希總統所提多名巡迴法院法官即遭反對黨在參議院以疲勞演說拖延其同意權之表決。³³德國聯邦憲法法院法官因繼位法官未被同意而缺位數月乃至最長二年亦曾發生。³⁴德國聯邦憲法法院法

30 本院釋字第五四一號解釋謝在全大法官之協同意見書參照。

31 Daryl-J. Levinson and Richard H. Pildes, "Separation of Parties, not Powers", 119 Harv. L. Review. 2311 (2006)(Levinson and Pildes)

32 Ibid. 2333, 2338-2341, 2345-2347.

33 Ibid. 2371-2375（在總統之黨控制參院時，總統提名大法官 90%被同意，反之反對黨控制參院時，只有不到六成被同意。作者並認為疲勞演說之制度化有助於制衡，使美國對大法官之同意權接近德國須三分之二通過之情形）。

34 Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2, Aufl. 2001 Rn. 135; Vgl. Schaich-Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 6 Aufl. 2004, Rn. 42.

第四條第四項使任期屆滿之法官於繼位人選產生後正式解職，以補救此種情形。但同法第六條第二項僅規定選任繼任人選之作業期限為任滿前三個月，而未定選任繼任人選之最遲合法期限。³⁵此種規定亦反證因擱置同意權行使產生缺位實屬常態亦未聞德國聯邦憲法法院以此宣告國會消極不行使同意權為違憲者。

至於何謂「及時」與「合理時間」，政治行為自有其邏輯，亦不宜以民商法上之「合理時間」相繩。美國最高法院在 *Coleman v. Miller*³⁶ 認是否「合理時間」(reasonable time)，不具可司法性，因對此無從發現可供司法決定之標準，二年、六年？所須考慮因素甚多，政治、經濟、社會等等，法院無從收集證據加以判斷，而應由政治部門自行考慮。舉一極端之例，美國憲法增修條文第二十七條即經過二百年以上方經三十八州之批准而生效，是否因超過合理期限而無效（確有學者作此主張），但實務上經法務部法律意見認為依法生效。³⁷以上說明本件情形屬於政治問題，縱在德國亦不以之為違憲審查之標的。司法自制是美德，亦是避免與政治

35 Hofling/Roth, DOV 1997, S. 67 ff; Ruthers, NTW 1996, 5, 1867ff.

36 307 US 433 (1939).

37 Stone 132-133.

部門不必要衝突之方法，³⁸茲引本院翁大法官岳生嘉言，以代結論：³⁹

面對「政治司法化」、「司法政治化」的嚴苛挑戰，屬於司法權一環的釋憲機關，應發揮「司法自制」的精神，從嚴受理有關政治爭議的憲法解釋案件，並明辨何者為憲法性的政治爭議，避免涉入非憲法性的政治爭議。此外，對於憲法性的政治爭議亦應採取較為寬鬆的審查標準，以避免涉入其他憲法機關所為的政策決定。目前國內民主政治漸入正軌，政治系統間的溝通對話逐漸趨向制度化，昔日仰賴釋憲者作為溝通、仲裁中介的功能條件已不復存在，因此更有理由減少釋憲機制介入政治爭議，反而應使此類爭議透過政治系統間的內部協調自行解決才是。

38 關於美國兩次司法面對國會強大壓力，一次新政時期民主黨之強大多數，一次是內戰後共和黨的壓倒多數，分別產生對社經立法寬鬆審查原則及承認國會有權撤回最高法院管轄權之 Ex-Parte MaCardle 判決，亦可謂法院面對多數政治時之退卻，見 Levinson and Pildes, 2366-2367。我國大法官在第七十六、四一九、四九九、五二〇、五八五等號解釋所面對之政治壓力，亦可為殷鑑。

39 轉引自林子儀等，100（翁氏當時為大法官）。