

國立中央大學

產業經濟研究所

碩士論文

反違憲審查之研究

- - 分析美國批判違憲審查論述並運用

研究生：楊智傑

指導教授：劉靜怡博士

吳大任博士

中華民國九十二年七月七日



國立中央大學圖書館

碩博士論文授權書

(91年5月最新修正版)

本授權書所授權之論文全文與電子檔，為本人於國立中央大學，撰寫之碩/博士學位論文。(以下請擇一勾選)

- () 同意 (立即開放)
() 同意 (一年後開放)，原因是： _____
() 同意 (二年後開放)，原因是： _____
() 不同意，原因是： _____

以非專屬、無償授權國立中央大學圖書館與國家圖書館，基於推動讀者間「資源共享、互惠合作」之理念，於回饋社會與學術研究之目的，得不限地域、時間與次數，以紙本、光碟、網路或其它各種方法收錄、重製、與發行，或再授權他人以各種方法重製與利用。以提供讀者基於個人非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印。

研究生簽名： 楊智傑

論文名稱：反違憲審查之研究
—— - 分析美國批判違憲審查論述並運用

指導教授姓名：劉靜怡、吳大任

系所：產業經濟所 所 博士 碩士班

學號：90424002

日期：民國 92 年 7 月 10 日

備註：

1. 本授權書請填寫並親筆簽名後，裝訂於各紙本論文封面後之次頁（全文電子檔內之授權書簽名，可用電腦打字代替）。
2. 請加印一份單張之授權書，填寫並親筆簽名後，於辦理離校時交圖書館（以統一代轉寄給國家圖書館）。
3. 讀者基於個人非營利性質之線上檢索、閱覽、下載或列印上列論文，應依著作權法相關規定辦理。

摘要

違憲審查因為其反多數決困境，其正當性在美國學界一直受到質疑。1999年 Mark Tushnet 出版的《Taking the Constitution Away from the Courts》一書，採用成本效益分析的思考，認為違憲審查是一成本大於效益的制度，建議根本廢除之。本論文架構乃參考該書的幾條論述思路，並進而整理美國政治學界、法律社會學、法律經濟學等相關研究成果，對違憲審查實際的功能、及其造成的弊端，詳加整理。

到底該如何解釋憲法，所有的憲法學者莫不努力地提出各種建議，但是，這樣的建議，反而卻讓大法官有更大的空間來灌入自己的個人偏好。實際上大法官大多不會堅持某一解釋立場，多半都會選擇性地運用各種解釋方法，來替自己的偏好背書。

針對此一問題，美國的憲法學者開始越來越質疑，倘若大法官都是按照個人偏好來解釋憲法，我們還應該維持釋憲制度嗎？懷疑違憲審查的學者，開始提出一些反對的理由，來說明大法官解釋的弊病。這些弊病包括憲法本身人權清單的問題，以及大法官解釋扭曲政治辯論、阻礙社會改革的問題等。

本文除了整理介紹這些反對理論的一些說法外，還嘗試借用一些簡單的經濟觀點，來剖析釋憲制度的各個面像的問題。其一，是借用公共選擇理論的觀點，說明多數決並不像一般憲法學者宣稱的那般危險。其二，則是運用理性選擇與效用函數的觀點，來分析大法官的決策行為，分析大法官在解釋時受了哪些外在、內在的影響。本文認為，大法官主要受到個人偏好及法律學界的影響最大。其中，套用賽局理論的分析，也可以說明為何大法官多半不會忠誠貫徹某一解釋方法。其三，筆者也參考 Mark Tushnet 的本益分析概念，初步具體建立兩個模型，一為長期的違憲審查與社會互動模型，一為短期的違憲審查具體功能模型，來說明違憲審查的實際效用。在此模型下，將大法官的實際功能分成四種類型，輔以其他變因，來說明大法官功能的增減。若從比例上來看，大法官在大多數時候沒有什麼作用，此時卻會造成多餘的政治決策成本。只有在少數時候，大法官會發生正面作用，減少改革成本，但卻有略同的比例，會發生負面作用，增加改革成本。而比較其減少的改革成本與增加的改革成本，大法官造成較大的改革成本，能減少的改革成本有限。整體來看，釋憲制度是一不效率的制度。

接著，本文則以這些反對理論的一些說法，重先檢視台灣釋憲的發展。其中，對於民主開放以來大法官的運作，學界一般認為大法官貢獻很大，但筆者則對此論點加以駁斥，並套用上述大法官功能模型，一一剖析各個重要案例的實際貢獻。最後，針對違憲審查此一制度造成的錯誤成本，以及其本身的總體成本，本文提出了五個改革建議，略為分析各項改革可減少的成本，以及適用在台灣的可能性。第一項建議，是建議大法官禁止法律人擔任，以降低大法官解釋錯誤的機率。第二至四項建議，則是建議立法機關可以推翻大法官的解釋，以減少大法官錯誤解釋所造成的改革成本。第五項建議，則是主張完全廢除釋憲制度。

謝辭

想到可以寫致謝辭，就很高興，因為這是論文中比較會有人看的部分。我要寫多一點，因為我是個愛寫作且需要觀眾的人。

首先要謝謝兩位指導老師的指導。劉靜怡老師和吳大任老師都給我很大的創作空間，給我自由設定題目、取材、組織論文，讓我一償揭起「反違憲審查革命旗幟」的夙願。但到了最後，兩位老師還是拿出學術的看家本領，跟我討論我提出的論點或論證上的問題，細心指正我諸多觀念上或論述上或論文格式上的錯誤，使得我的論文不至於淪為我另一本瘋狗亂咬人的散文書。雖然最後似乎兩位老師都認為我的主張還需要繼續研究，以目前的成品來看他們都無法被我說服，但還是感謝他們讓我畢業。

再來要感謝三位論文口試委員。

先是林子儀老師，大學時代帶我進入美國憲法殿堂的人。林老師治學嚴謹、與學生相處平易近人。我大學那門「美憲」的課一開始因為英文太破都沒有把交待的課前閱讀讀完，還被老師稍微提醒要乖乖唸書，但後來老師特別讚賞我有創意的期末報告，且還誤以為我沒考上台大法研所而來安慰我（我還為此到處跟人炫耀說林老師覺得我是作研究的料），讓我感受到老師對學生的關愛照顧，受到了極大的鼓舞，自此一心想當像老師一般的老師。為了寫作碩士論文，後來也獲得老師同意去旁聽老師在台大開的課，讓我學得更多的相關知識以利論文的完成。老師雖然相信違憲審查有用，但仍然開明地接受我提出的諸多論點，讓我又再度肯定，我要當像老師一般又帥又體貼學生又有學問的老師。

接著是蘇永欽老師。初認識到蘇老師的博大精深是在大三時為了參加學生論文比賽寫物權的論文時，才恨晚注意到蘇老師的文章。而某門課上的學弟竟是蘇老師的公子，進而託他引介認識了蘇老師，也開始從蘇老師民法方面的文章，轉而也開始欣賞老師在憲法方面的風采（其實我也曾經鑽研過民法的呢）。我整本論文，引用文獻最多的作者，就是蘇老師，蘇老師在憲法學、法社會學、法政治

學上的研究，我敢說都是台灣第一人。就是因為蘇老師的文章重要，我論文後半部都只針對蘇老師的論點作討論，這不是要刻意挑釁，而是展現對蘇老師的推崇。能請到蘇老師替我口試，真是無上的光榮，而受到蘇老師對我論文的讚賞，更是讓我超級得意，讓我敢大聲告訴法律圈，我的論文可是真才實料阿！老師口試時當場展現的口才思路，讓我再度佩服地五體投地，我只能繳械投降：論文沒辦法改了。很可惜沒能力考上政大法研所拜入蘇老師的門下，則是一遺憾。

再來是黃春興老師。黃老師因為口試而車子拋錨，真讓我過意不去。而聽了、看了老師對我論文所提的意見，我才驚覺，要作跨領域研究，真的不容易。我連政治經濟學的入門都還沒過呢，就敢說要用經濟分析研究憲法，真是羞死人了！還好老師不嫌棄，還是跟我講了許多重要的政治經濟學的觀念。聽完黃老師的意見，我這個容易自大大自滿的人，又發現人生的新目標了，學海果真無涯阿！

接著是其他老師出場了。

首推簡資修老師。才考上研究所，就有緣擔任簡老師的研究助理，是我繼擔任王文宇老師的助理後，又多接觸了一個真正在搞法律經濟分析的學者，得以耳濡目染了一年，學到不少東西。雖然老師是在研究民法經濟分析，但他對於美國法律理論的熟稔，對我來說仍然是知識的寶窗。我看的第一本公法的經濟分析的書，就是簡老師推薦的，後來各種論文寫作或各種想法，也都能藉機跟老師充分討論，還要老師請我吃飯，真的是有吃有拿，收穫豐富。跟老師相處的一年，讓我開拓了不少視野，也希望能夠履行我自己常常講的那些大話。

再來就有很多老師了。張明宗老師對我的鼓勵幫助以及關愛，我真的無以回報，常常覺得自己實在承受不了老師的關愛，也辜負了老師的期許。不過我還是會努力加油的。謝易宏老師對學生的關心與互動，已經好到沒有話說了，我很感謝他在我出書前出書後的照顧，也謝謝老師對我們大家每次的心靈開導與人生規劃建議。所長劉錦龍老師雖然曾經為了車子的事和研究室的事找過我麻煩，但我知道他是好人，是我自己耍年輕愛搞叛逆，我就是這樣討人厭。謝謝蔡偉德老師讓我產經過關，我明知道自己所學絕對沒有蔡老師課堂上教的百分之一，但真的

覺得蔡老師是好老師。沒上過單驥老師的課是個錯誤，但還是有緣偶爾能與溫文儒雅的單老師互動，也是一件享受。

其他老師、學長姐、同學、學弟妹的幫忙協助就更實際了。感謝廖元豪學長，他是我論文的領航者，他參與了論文的緣起，所有美國法律圈的說法看法，及寫作中所需的各種資料，大概都是他指引我邁進的。感謝謝秉憲學長的大方提供所有著作，讓我可以接觸到政治學那邊的文獻。感謝張文貞老師大方寄給我她的論文原稿。感謝廖國宏學長跟我課餘的討論對話，以及提供文獻，讓我增強了不少信心，能考上國發所也是靠他。感謝隆全同學與我寫論文的朝夕相處，陪我度過無聊的研究室時光。感謝俊宏同學讓我隨問隨答，考上律師法官的人就是不一樣。感謝懿真同學幫我處理好各種大小事且按期撥薪水給我讓我得以無憂無慮地寫論文。

其他人，包括研究所所有同學、學長姐、學弟妹和其他各校研究所高手們及失散各地的朋友們，謝謝你們出現在我研究所兩年的人生中，陪我度過大大小小的場景。

最後，我想紀念法治斌老師。跟法老師緣分真淺，出書後一再從不同消息管道聽說，法老師很欣賞我，第一篇投稿憲政時代的文章，是他讓我登的，我的書他買了五本到大陸送人。我心想若繼續賴在學術圈，總有一天有機會跟法老師道謝吧，先不急。結果果然等到了機會，就是考政大博士班口試的時候。那次口試是與法老師唯一的一次對談，我很想在專業問題之外，將我的感謝說出，但後來還是沒機會，就換下一個人口試了。接著，他就去了。我想唯一能報答他的，就是繼續引用法老師的文章（我早就引用很多了）。另外，就是他在博士班口試時跟我提的論點，如果我有機會繼續研究那個想法的話，我會告訴大家那是法老師的想法。

楊智傑

2003年7月7日

賴在中央大學志希館研究室還不肯搬走並吹冷氣中

目錄

<u>第一章 序論.....</u>	<u>1</u>
<u>第二章 各種憲法解釋方法.....</u>	<u>5</u>
<u>第三章 反對違憲審查的理論.....</u>	<u>16</u>
<u>第四章 大法官決策行為模式與違憲審查之本益分析</u>	<u>39</u>
<u>第五章 台灣司法違憲審查的發展.....</u>	<u>69</u>
<u>第六章 各種改革方案.....</u>	<u>95</u>
<u>第七章 結論.....</u>	<u>129</u>

第一章 序論	1
一、研究動機	1
二、研究方法	2
三、研究限制	2
四、論述方式與研究架構	3
第二章 各種憲法解釋方法	5
第一節 原始主義與體系解釋	5
一、原始主義	6
二、體系解釋	7
第二節 反原始主義	7
一、翻譯理論	8
二、二元民主論	8
三、普通法方法	8
四、道德解釋	9
第三節 其他特殊解釋方法	10
一、綜合法	10
二、實用主義	11
三、司法自制論	11
四、代議補強理論	12
第四節 我國學者的主張	12
第五節 拘束力？	14
第三章 反對違憲審查的理論	16
第一節 大法官未盡到其功能	17
一、限制政府機關的權限	18
二、保存憲法既定價值？	18
三、權力制衡？	19
四、保障人權？	20
第二節 大法官解釋的弊病	22
一、大法官能力不足	22
二、大法官以個人偏好為憲法解釋	24
三、大法官會自行擴權	25
四、大法官使其他政府部門不重視憲法	26

五、大法官解釋會扭曲立法與憲法辯論	26
第三節 憲法設置人權條款的弊端	27
一、前人不該對後人的決定範圍設限	27
二、阻礙實質辯論	28
(一) 扭曲辯論的方式	28
(二) 阻礙繼續辯論	30
(三) 辯論的結果較不容易產生折衷方案	30
(四) 類型化的辯論限縮了政策空間	30
(五) 環繞權利式的辯論容易輕忽其他價值	31
第四節 多數暴力或多數濫權	31
一、大法官無法發揮反多數的功能	32
二、多數未必是暴力	34
三、少數有辦法保護自己	34
四、最不危險的部門？	36
五、參與型的政治文化	36
第五節 小結	38
第四章 大法官決策行為模式與違憲審查之本益分析	39
第一節 大法官的效用函數	39
第二節 大法官個人意識型態與出身背景	40
第三節 公共選擇理論	41
一、擴張違憲審查的主張及理由	41
二、利益團體與多數決	42
三、利益團體影響大法官決策	44
四、比較利益團體對立法機關與大法官的影響	45
五、公共選擇理論的解釋力	47
第四節 賽局理論	47
一、新制度論的研究	48
二、大法官內部的互動	48
三、大法官與其他政治部門的互動	51
第五節 法律學界的影響	56
第六節 人民滿意度動態分析	58
第七節 成本效益分析	58
一、違憲審查有無助於民主與人權？	58
二、民主與人權的關連	59
三、救濟成本	59
四、爭議解決成本	60

五、決策成本與益本分析	61
第八節 小結	67
第五章 台灣司法違憲審查的發展	69
第一節 大法官透過解釋擴張自己的權限	69
第二節 引進外國憲法原則	71
一、大法官的解釋風格	71
二、大法官與法律學者的留學國	71
三、盲從外國法律原則的弊端	74
第三節 對台灣有無貢獻	77
一、對民主的貢獻	78
(一) 民主政治運作方面	78
(二) 政治自由方面	80
二、對社會人權的貢獻	82
(一) 社會議題	82
(二) 人身自由	85
三、對法治的貢獻	85
四、綜合分析	86
第四節 對大法官的制衡機制	88
一、立新法推翻大法官解釋	89
二、不理會或不執行	89
三、調整大法官的權限與財源	90
四、修憲推翻大法官解釋	91
五、選任大法官	91
六、民眾認知的影響	92
第五節 小結	93
第六章 各種改革方案	95
第一節 大法官不准由法律人擔任 - - 法國模式	96
一、大法官的選任背景	96
二、非法律人擔任大法官的優點	97
(一) 法律人的思考侷限	97
(二) 部門憲法	98
(三) 各種憲法解釋方法	99
三、非法律人擔任大法官的缺點	101
(一) 統一解釋法令	102

(二) 司法院審判機關化	102
(三) 政治力介入	103
(四) 解釋的可預測性	104
第二節 司法違憲審查不具終局性 - - 美國模式	105
一、憲法對話	106
二、憲法解釋權不該由大法官獨享	107
三、誰是最終決定者？	107
四、適用於我國的可行性	108
五、成本分析	110
第三節 立法機關可推翻大法官的解釋 - - 加拿大模式	110
一、大法官解釋扮演監督的作用	110
二、加拿大的運作	111
三、成本分析	113
四、適用到台灣的調整	114
第四節 只扮演提醒立法機關的功能 - - 英國模式	114
一、英國舊的運作	114
二、釋憲機關改為民選議院	115
三、成立第二議院的成本考量	116
四、台灣引進第二議院的困難	116
五、英國新的運作	117
六、成本分析	119
七、國家人權委員會	119
第五節 單純廢除違憲審查	120
一、MARK TUSHNET 的主張及理由	120
二、總統制下的困難	121
三、弱勢者的保障	122
四、台灣適合廢除違憲審查嗎？	123
(一) 台灣政府體制	123
(二) 台灣的傳播媒體	123
(三) 台灣的政治文化	126
(四) 綜合分析	127
第六節 小結	128
第七章 結論	129
<hr/>	
一、研究結論與建議	129
二、研究限制與未來研究方向	130

第一章 序論

一、研究動機

美國是世界上第一個採用司法違憲審查的國家，其實行違憲審查的歷史最久，引發的爭論案例、學者的理論辯論，也最為豐富，是其他採用違憲審查的國家都會研究學習的對象。

美國違憲審查發展的歷史過程中，並不是總為人們所讚揚，其中，也有一些頗受批評的案例，常為美國學者所提起，因而，美國學者對違憲審查的研究與批評，相對地也特別嚴厲。且由於美國優良的「法惟實主義」的傳統，對大法官判決過程的研究，更豐富了這樣的討論¹。

自從一九五七年 Alexander Bickel 出版了《The Least Dangerous Branch》一書，強調違憲審查的「反多數決」性格後，對違憲審查的研究與批評，就更為熱烈。後來，對於大法官在解釋憲法上，應該採取哪一種解釋理論的爭辯，不絕於耳。加上華倫法院的「司法過動」，更引起了許多學者開始提倡要求司法自制一點。其中的代表學者，以 John H. Ely 所提倡的「代表性補強」理論最為有名。

時序進入九零年代後，美國有越來越多的學者開始質疑違憲審查的正當性基礎。憲法理論上的爭議，已經從憲法解釋理論的爭議，轉移到司法最高性的爭辯上。主張司法機關對憲法解釋不應具有最高性的學者越來越多，甚至，有學者認為根本就該廢除司法機關的違憲審查權。其中，尤以 Mark Tushnet 出版了《Taking the Constitution away from the Courts》一書，對違憲審查的挑戰，達到了最高峰，引發了美國法學界激烈的辯論。

台灣法學界質疑違憲審查正當性的聲音至今仍然少見，近幾年來有比較多文章開始介紹美國關於這方面的討論，但頂多停留在憲法解釋理論的部分，對於違憲審查制度的實證研究，似乎仍沒有許多成績。故，筆者選擇以此作為研究題目，希望能將既有的關於批判違憲審查運作的美國文獻，整理引介到台灣，也希望以這些批判的觀點，重新檢視台灣違憲審查的運作。希望這樣的研究，能夠刺激台灣法律學界重新反省違憲審查的存在必要。

本論文乃是要為廢除違憲審查提供理由基礎，主要目的是要綜合檢討各種關於違憲審查具體功能的文獻，加以介紹、批評、修正，並分析違憲審查之成本效

¹ Frank B. Cross, *Political Science and the New Legal Realism: A case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance*, 92 Nw. U.L. Rev. 251, 256-59 (1997).

益，藉以說明其乃一不效率的制度，不但所能發揮的功能有限，卻會引發其他成本。另外須先澄清，本文所提出的批判乃是針對違憲審查制度而發，不是針對「憲政主義」或「法治」這兩者，雖然本文所提出的部分理由也可以用來批判憲政主義和法治，但實際上憲政主義和法治有其他的正面功能，兩相抵銷後還是值得保存，但筆者認為違憲審查制度的正面功能卻很小，所以運用本文的批判後，建議將之廢除。

二、研究方法

筆者所採取的研究方法，主要是文獻回顧與整理。所參考的文獻，以美國和台灣為主，尤以美國文獻為重。其中，美國文獻包括學術專書、美國各校法學評論的文章，以及法社會學、法律經濟學、政治學期刊上的文章，希望透過各種學門研究成果的整理，能夠使本論文綜合整理理論、實證、經濟分析等各種觀點。

除了文獻介紹整理外，筆者也將運用自己的思考，將討論這些文獻的說法，並將之運用於分析台灣的具體發展上，並提出改革建議。

三、研究限制

本論文的研究限制有三。

一，由於筆者語言能力的限制，僅能閱讀中文與英文文獻，而無法研究其他國家違憲審查研究的成果。

二，由於美國關於違憲審查的討論文獻實在太多，由於筆者時間能力限制，僅能就筆者循線查知的有限文獻，加以研讀整理，此必定會缺漏一些重要的說法。

三，經濟學與統計學知識的限制。雖然本論文第四章希望進行一些經濟面向的討論，但由於筆者經濟學知識與統計學知識的程度尚淺，許多較深入的文獻，即無法順利讀。尤其是本論文第五章中，筆者原希望仿照美國學者的研究方式，也對台灣違憲審查的運作進行各種實證研究，但基於下述兩點，卻沒辦法進行這樣的研究。（一）由於美國實行違憲審查已有二百年的歷史，其關於美國的實證資料，非常豐富。相對地，台灣由於真正實施違憲審查不過十多年，雖有類似的統計資料，但由於時間過短，案例過少，故沒有辦法對這些資料作進一步的分析。（二）由於筆者本身對統計學知識的限制，沒辦法檢討各種實證研究的模型設計與資料選擇方法，故也很難加以仿照或修改運用於台灣的實證研究。

四、論述方式與研究架構

由於筆者質疑違憲審查的動機強烈，故在研究的過程中，筆者一直秉持懷疑違憲審查的態度，蒐集各方面反對違憲審查的論述。對於其他大量贊成或限制違憲審查的文獻，筆者則礙於時間能力，未能一一閱讀。而針對反對違憲審查的論述，美國學界雖已有學者開始加以批判，但也因為筆者能力時間限制，未能一一查閱對其批判的觀點，或者，筆者雖然看到一些對反對論述的批判，但是基於筆者本身的立場，導致往往在筆者個人判斷下，認為這些批判是沒有道理的，就逕而割捨，此乃本論文的一大缺失。基於上述筆者個人立場與選取的研究方向所致，使本論文的研究成果，會一面倒地只介紹反對違憲審查的論述，或多凸顯違憲審查不好的一面。也就是說，本文並非一較客觀的研究，而是在筆者有強烈立場的背景下，經筆者自己選材整理的成果，此務必請讀者留意。由於這樣的基本立場，本論文各章節的鋪陳與論述，已經筆者自己刪選剪裁，其實大部分皆反映了筆者個人的立場，讀者也可容易發現，本論文論述上往往會將筆者的論點與其他學者的論點雜而述之，而未能清楚分離，因為某程度來說，筆者會選擇介紹這些論點，其實大多都是筆者贊同的論點，而筆者抒發自己的看法多只是對前後文加以連結，或對某些說法加以修正，硬要將筆者與所介紹學者的論點強加分離，只是增加篇幅，也未必因此就較為客觀。

研究架構是一個讓筆者很為難的點。雖然筆者僅欲研究反對司法違憲審查的理論，但是，這些反對的理論也有程度上的差異，且採取的角度各不相同。而且，各種理論的論述方式各有不同，筆者加以切割重整後，要安排出一個比較有層次、漸進的方式，且前後盡量不要重複，實在是很困難。不過，最後筆者仍構思出以下的架構，希望這是比較好的架構：

第二章，先介紹各種贊成或限制違憲審查的理論，其中，筆者特別著重於各種理論中關於憲法解釋方法的介紹。安排本章，可以算是一種較大規模的文獻回顧，回顧傳統美國法學界對憲法解釋所持的態度。但該章與本論文主軸的論點，卻沒有太大的觀點。於該章最後一節，筆者會分析說明，各種解釋方法無一可以有效拘束大法官的解釋，反而成了大法官包裝自己既定偏好的工具。

第三章，開始全面整理各種反對違憲審查的理論。由於筆者將可以歸納到經濟學理論的一些論點，以及成本效益分析部分，安排於第四章做一完整的介紹，故此部分僅偏法學理論與政治哲學的討論。由這章的介紹中，可以發現，違憲審

查可能沒辦法達到其所欲達到的功能，卻產生了其他的弊端。

第四章，整理美國法學界與政治學界對違憲審查所做成本效益分析與分析大法官決策行為的文獻。這部分未必都是反違憲審查的理論，只是從經濟學或理性選擇的角度，來重新看待大法官決策行為與整個釋憲制度的功能，會有助於讓我們更深刻了解違憲審查的問題。例如，公共選擇理論的借用，或許能夠讓我們更瞭解民主多數運作的問題。而完整討論大法官的決策行為，也有助於讓我們跳脫傳統法律論述所忽略的實際面向。於該章最後，筆者將以成本效益分析，說明違憲審查是一弊多於利的制度。

第五章，筆者在吸納第三章和第四章美國學者對違憲審查所做的各種批判觀點後，重新詮釋台灣的違憲審查運作與發展。在筆者重新詮釋後，希望能呈現出違憲審查對台灣沒有正面功效的圖像。

第六章，筆者將參照法國、美國、加拿大、英國、荷蘭等各國各種釋憲制度的運作，針對台灣提出各種改革違憲審查的方案。這一部分，有的是美國學者的主張，有的則是筆者自己針對台灣特有的背景，所提出的思考反省。而對於各種建議，筆者也會以成本的觀點與適用到台灣的限制，詳加討論。

第七章則為結論與展望。

第二章 各種憲法解釋方法

美國由於違憲審查正當性與反多數決的問題始終在理論上無法獲得解決，故各家憲法學者不斷提出各種憲法解釋理論，希望能夠緩和或解決這個問題。但是，徒有這麼多理論，若沒有任何一個理論可以有效引領、拘束大法官的解釋方法，那麼這些理論的價值就大打折扣了。之所以安排本章，只是想指出，光從解釋論上想要解決反多數決或違憲審查正當性問題，是有困難的。

本章以下的論述，以介紹美國的憲法解釋理論為主。由於本章所介紹的理論並非本論文重點所在，故筆者不欲介紹各種理論的正反辯論，只欲簡單介紹其說法及理由。而對其理論的內容，也不詳加介紹，因為這些理論的實際運用，才是筆者關懷的重心，故僅著重於各派對解釋方法上的主張。

在介紹的順序上，筆者並非按照時間順序，而是以介紹方便的順序，來一一介紹。所謂較為方便，就是先介紹較為簡單的解釋理論，後介紹較為複雜的、或是必須用先介紹的理論作為基礎的理論²。

台灣於憲法解釋上的討論，最近有增多的趨勢，筆者於介紹完美國學界的各派理論後，會簡單介紹台灣學者的立場。不過，由於各家學者的立場非常多，且通常台灣學者不似美國學者僅持單一的解釋方法，大多採取複數的解釋方法，所以筆者僅能就有看到的文獻，略為分類，並非完整整理台灣學者的立場。做這樣浮面式的介紹，僅想顯示台灣學者對憲法解釋的立場也不一致。

最後，筆者則是援引美國批判法學者 Mark Tushnet 的觀點作結：所有這些贊成但限制違憲審查的討論，或者所謂的解釋理論，可能都很合理，但是卻沒有任何一個可以有效限制大法官的解釋行為³。

附帶說明，筆者為了行為上的方便，一律將美國最高法院的法官，稱做大法官。

第一節 原始主義與體系解釋

憲法既然是法，那麼解釋憲法當然就該從憲法條文出發，不過，依循條文的

² 此順序乃是參考美國一般解釋理論書籍的編排方式，例如，Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (1988); Susan J. Brison and Walter Sinnott-Armstrong eds., *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* (1988); Michael J. Gerhardt et al. eds., *Constitutional Theory* (2000).

³ Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: a Critical Analysis of Constitutional Law* (1988).

解釋也有許多操作方法，約可分為兩類，一類是原始主義，一類則是體系解釋。

一、原始主義

原始主義的原本內涵，乃是主張應按照文本或制憲者意圖來解釋憲法，之所以要做如此主張，主要是想避免大法官自己恣意解釋憲法。但對於制憲者意圖或批准憲法者意圖的探求，有許多操作上的問題，因此其中的一些學者，漸漸不主張依循意圖來解釋，故在原始主義這一派下，對於制憲者意圖的強調，也有程度上的不同⁴。這派中主張不看制憲者意圖的，通常則是主張依循憲法文本，不過若僅參看文本，可能也有所不足，故其認為應依照文本的「原始意義」來解釋憲法。當然，換個角度想，尋找文本的原始意義，也是探詢制憲意圖的另一種方式。這種比較強調文本的原始意義，不強調制憲者意圖的說法，也有人將之歸類為「文本主義」，為「原始主義」下的一支。

主張原始主義最有名的，乃有 Robert H. Bork 法官、Scalia 大法官等人。

Robert Bork 主張的原始主義，不是去追尋制憲者或批准憲法者的內心的意圖，因為每個人的意圖可能都不相同，也難以探求。他的原始主義，是主張根據當代人對文字的一般用法，以憲法的文本，追求制憲當時一般人對這些用字的看法，也就是依據制憲當時一般人對憲法的解讀來解釋憲法。要探求憲法文字的原始意義，除了看憲法的文字以外，需要探求當時的次手資料，包括會議記錄、公共的討論、報紙上的文章、當時使用的字典等⁵。

Robert Bork 認為，如果不按照制憲者的原意來解釋憲法，那麼憲法解釋就會淪為大法官自己任意操弄的工具，大法官會選擇性地運用各種原則，來貫徹自己的偏好⁶。他主張大法官應該中立地操作這些憲法原則。另外，他認為依照制憲者原意的憲法解釋，會有時而窮，此時，既然制憲者什麼都沒說，大法官就不能宣告法律違憲，應該讓立法者去填補這些內容⁷。

Antonin Scalia 法官也是一個原始主義者，其認為憲法解釋應該忠於文本，而所謂的文本，應該探求該文本的原始意義，而不是去問制憲者的意圖，不過，在探求文本的原始意義時，必須參考制憲當時的某些著作。他認為所謂活的憲法，跟隨時代變遷的憲法解釋，會讓憲法解釋隨民意流動，完全違背了憲法中規

⁴ Daniel A. Farber, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 Ohio St. L.J. 1085, 1086-1087 (1989).

⁵ Robert H. Bork, *The Original Understanding*, in: *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* 51 (Susan, J. Brison & Walter Sinnott-Armstrong eds., 1993)

⁶ *Id.*, 53.

⁷ *Id.*, 56-57.

定人權法案的原始精神⁸。

二、體系解釋

除了原始主義外，有些學者認為，我們不該單獨地看待個別地條文，而該一起看待所有的條文，從條文間彼此的關係得到憲法的整體精神，也就是我們一般所謂的體系解釋⁹。之所以會主張解釋解釋，主要是因為憲法規範的內容很少，往往很多事項憲法都沒規範到，但我們卻可以透過條文之間的關連與對照，得到這些憲法未明文規定的內涵。

美國學者主張體系解釋的學者，較早的學者是 Charles L. Black，他認為解釋憲法，不能單純只看單一的文本，而應該看文本與文本之間的結構和關連¹⁰。

這派學者中晚近比較有名的，是 Akhil Reed Amar 所強調的憲法的「文本結構」(architecture)¹¹，或者他所謂的「比較文本主義」(intratextualism)¹²。Akhil Reed Amar 認為探求憲法文字的原意，必須比照各個條文彼此之間的關係，或當時其他法條相關的用語，看看憲法中其他條文相同的字或詞的用法，來探求該條文真正的用意。他自己形容說，在解釋憲法的文本時，不是去查制憲當時的字典，也不是去查現在的字典，而是把整部憲法就當作一本字典，從中得到這個字的意思¹³。

第二節 反原始主義

反原始主義者的主張，就是認為解釋憲法不用恪守制憲者的原意，因為制憲者制憲當時，無法考慮到未來的許多問題，緊抓著憲法文本不放，反而會有「死人之手」的問題，故他們主張應隨時代變遷而為憲法解釋。

不過，一般主張反原始主義的學者，僅強調憲法是「活的憲法」，要與時俱進，但對於要依循哪種解釋方法，也各不相同，除了普通法方法與道德解讀這兩

⁸ Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law 23-25, 37-47 (1997).中文介紹，林超駿，Scalia 大法官之憲法解釋觀 - - 原始主義者之回應與挑戰，憲政時代第 28 卷第 2 期，頁 83-85。

⁹ 林子儀教授於介紹美國憲法解釋方法時，於機關權限爭議的案件中，認為美國多採取體系解釋，但又分成形式論和功能論兩種取向。見林子儀，憲政體制問題釋憲方法之運用 - - 美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，收於「新世紀經濟法制之建構與挑戰」，頁 46-47，元照，2002 年 9 月。筆者對此歸類尚有懷疑，形式論似乎比較偏向文本解釋，而非置於體系解釋下。

¹⁰ Charles L. Black, Structure and Relationship in Constitutional Law (1969)

¹¹ Akhil Reed Amar, *Architecture*, 76 Ind.L.J. 671 (2002).

¹² Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 Harv. L. Rev. 747 (1999).

¹³ Akhil Reed Amar, *Intratextualism*, 112 Harv. L. Rev. 747, 789 (1999).

種方法可以獨立歸類外，Lawrence Lessig 的翻譯理論與 Bruce Ackerman 的二元民主論也可算是反原始主義，但其主張的解釋方法頗為特殊。

一、翻譯理論

Lawrence Lessig 提出的翻譯理論，主要是要反駁原始主義的主張，其是以翻譯來比擬憲法解釋，進而提出憲法解釋的操作建議。翻譯時，因為原作者與翻譯者的背景、使用語言不同，既然所使用的語言、環境不同，那麼翻譯者就要以新環境、新語言來展現原作者的意思。他認為，憲法文本的意義，要放在當時的背景之下，才能得出。而環境背景會改變，若時代環境改變了，還以當初制憲時的背景來解讀文本，反而無法達到原本想達到的目的。所以，不該依照原始主義者的主張，依當初制憲時的環境背景來解釋憲法，而該學習翻譯的精神，隨著環境背景的變更，而變更文本的內容。但是，畢竟翻譯還是翻譯，不是創作，翻譯者不能完全翻譯成自己的作品，還是要體現原作者的旨趣，對於原作者寫不好的地方，翻譯者也沒有權利去修正，所以，解釋憲法雖然要隨著環境變遷，但解釋者還是必須受到制憲精神的限制¹⁴。

二、二元民主論

Bruce Ackerman 的二元民主論，也可歸到這一類下。他認為歷史上有某些時候屬於憲法時刻，會造成憲法價值或規範的實質變遷，這些憲法時刻未必是修憲的時候，而可能是全民動員變動憲法實質內容的時刻。在經過這些時刻後，即使憲法沒有修改，可是內容已經變了，故解釋憲法時，要按照變遷後的憲法來解釋¹⁵。

三、普通法方法

反原主義中，有些學者雖然傾向於司法自制，但認為採取文本解釋、原意解釋有許多運作上的困難，但為了讓憲法解釋不淪為大法官展現自己意識型態的工具，也不要一成不變，故採取了美國普通法演進的方法，亦即遵循判決先例的方式，然後在遇到新案件時做些許的調整這種普通法法官判決案件的方法，來解釋憲法。

採取這種解釋方法的學者，例如有 Richard A. Epstein¹⁶。他認為憲法和普通

¹⁴ Lawrence Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 Tex. L. Rev. 1165 (1993).

¹⁵ 例如，Bruce Ackerman & David Golove, *Is NAFTA Constitutional?*, 108 Harv. L. Rev. 799 (1995)

¹⁶ Richard A. Epstein, *A Common Lawyer Looks at Constitutional Interpretation*, 72 B.U.L. Rev. 699

法的形式很像，都採用很一般、很抽象的字眼，而有很大的解釋空間，故可採用普通法類比的方式來解決憲法問題。

David A. Strauss 也是主張普通法方法的學者。他強調現代的政治不應受到過去政治運作的限制，他認為採取普通法的方式，可以讓大法官不必受到憲法文本的拘束，也就是不必受到幾百年前的制憲者的拘束，反而可以做出符合現代社會正義的判決，這才比較符合民主的精神¹⁷。

Cass Sunstein 的主張也可歸到普通法這一類下。他提倡的「司法最小主義」（minimalism），認為大法官不要急著建立什麼大理論，而應該採用普通法的方式，用一次只解決一案的方式，且解釋的深度與廣度寧窄勿寬、寧淺勿深，讓重要的決定留待政治部門充分辯論，使憲法內容慢慢變遷¹⁸。

四、道德解釋¹⁹

另外有些學者，主張大法官應該根據某些道德判準，來解釋憲法。但他們所認為的道德並不完全相同。採取這種立場的學者，多認為大法官本身的道德解釋，會優於立法機關的立法。

例如，Ronald Dworkin 認為，大法官在解釋憲法時，應該追尋道德解讀。但這種道德解讀不是任憑法官滿足自己的道德觀，而應該有所限制。這種限制，來自於 Dworkin 強調的法律的「整體性」（integrity）。所謂的整體性，就是整個法律制度有一共通的價值觀或道德觀，也就是一原則，這個原則體現在法律制度的各個地方。法官在做判決的時候，必須滿足整體性的要求，亦即必須符合整體法律所展現出來的道德原則。要追尋法律整體性，主要的參考依據，就是歷史發展經驗以及過去法院的判決先例²⁰。

Christopher L. Eisgruber 認為，大法官的正當性，就是在於其解釋是在追尋道德。他認為，憲法的文字這般開放，就是讓後人可以追尋當代道德。立法者因為受到選舉的影響，無法公正地追求當代道德，而大法官因為有身份保障的緣

(1992).

¹⁷ David A. Strauss, *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. Chi. L. Rev. 877, 929-930

(1996).

¹⁸ 凱斯·桑斯坦著，商千儀、高忠義譯，「司法極簡主義」，商周出版，2001年6月18日；中文相關介紹討論，可參考黃昭元，司法消極美德的積極實踐——評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論，「當代公法新論（上）」，頁 875-917，元照，2002年7月。

¹⁹ 林子儀教授則選擇用「價值解釋」來表達道德解釋的意涵，請參見林子儀，憲政體制問題釋憲方法之運用——美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法，收於「新世紀經濟法制之建構與挑戰」，元照，2002年9月。

²⁰ Ronald Dworkin 著，劉麗君譯，林燕平校，「自由的法」，頁 12-14，上海人民出版社，2001年9月。

故，可以公正的追尋當代道德。當然，立法者也會追尋當代道德，不過他們追求的是普遍的道德，而由於美國大法官處理的是個案，追求的是個案的道德原則²¹。

Philip Bobbitt 提出的論點很有趣。他將學者所主張的憲法解釋方法分為六種，而他認為，正因為有那麼多解釋方法，才讓法官在做判決時，可以任意援用，以包裝自己的價值判斷，這正是違憲審查正當性的來源²²。他提出，因為什麼才是正義？什麼對社會才好？並不是一成不變，這麼多的憲法解釋方法，可以讓法官在依自己的良心做出道德判斷後，將自己的價值判斷合法化。故其也是採取大依據大法官本身道德判斷的解釋方法。

第三節 其他特殊解釋方法

美國憲法學界對於憲法的解釋方法，除了上述原始主義與反原始主義兩大陣營外，還有一些較為特殊的解釋立場或方法，筆者均放在本節簡單介紹。一是綜合運用各種憲法解釋依據的解釋方法，二則是實用主義的解釋方法，三是司法自制的解釋方法，四則是 John Ely 所提倡的代議補強理論的解釋方法。

一、綜合法

美國的憲法學者所主張的憲法解釋方法，比較偏向只選擇一或兩種，但是，也有少數學者，認為可以綜合各種解釋方法，而不必拘泥於單一的解釋方法。

Laurence Tribe 教授認為，憲法條文中如為「防止權利濫用或禁止政府為惡者」，即可認定係屬原則性之條款，其本質內容可因時代之變遷而改變。但如係「建立或保存特定之組織或行為者」，則不應隨時代之巨輪而轉動，反而應遵守憲法之原意，不得任意有所背離。其論或可簡化為將人權條款及政府組織條款分而對待；前者較不受制憲本旨之拘束，後者則須以原意為本，亦步亦趨²³。

Richard Fallon 稱他自己的理論為「建構主義的統一理論」(constructivist coherence theory)，其理論既是描述性的，也是規範性的。他認為，憲法解釋的依據有五種，我們不該獨尊任何一兩種，而應該五種都用。不過，這五種依據的適用有先後順序。第一是依據文本，不過文本常常沒辦法決定出答案；第二就是依據制憲者意圖，但制憲者意圖也常常很抽象；第三則是依據某些憲法理論，因

²¹ Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government* (2001).

²² Philip Bobbitt, *Constitutional Fate*(1982); Philip Bobbitt, *Constitutional Interpretation* (1991).

²³ Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* 62 (3d ed. 2000)，引自法治斌，司法行政與司法審判之分與合 - - 評司法院釋字第五三 號解釋之功與過，「當代公法新論(上)」，頁 773-793。

為憲法理論通常是從文本歸納出來的理論（例如民主促進論，或言論市場自由論），比較接近文本，所以順序還蠻前面的，但其通常只能解釋部分問題，不能解決所有問題；第四則是依據判決先例；最後，則是依據法官的道德或政治價值判斷，由於這種依據正當性較低，所以只有在嚴重違逆當下的政治與道德價值時，才可以援用。這五種依據並非各自獨立，而是互相影響²⁴。

二、實用主義

實用主義是 Richard Posner 法官提倡的一種憲法解釋方法。這種解釋方法在某一方面上，很像普通法方式，但另一方面，Posner 卻要求大法官可以以功利作為考量因素，來做判決。

之所以 Posner 主張大法官應該以功利考量來下判決，是因為其哲學基礎認為，大法官最重要的任務，是在解決問題，而不是依循任何理論。而所謂的解決問題，其判準就是福利最大，亦即功利考量。當然，大法官由於意識到自己能力的限制，有時候並無法正確評估所有成本、效益，或預測判決所帶來的結果，所以，在這種時候，大法官寧可依循先例，不要據下新的判斷²⁵。

三、司法自制論

十九世紀末的 James B. Thayer，是美國最早開始質疑違憲審查正當性的學者。他主張大部分的時候，大法官不該宣告立法機關的法律違憲，而只有在立法機關的法律非常明顯地違反憲法，明顯到無庸置疑的程度，才可以宣告其違憲²⁶。

Alexander Bickel 指出了違憲審查具有反多數決的困境。但他認為，在維持憲法所保障的長久價值上，法院比政治部門適合擔任這項功能，因為政治部門比較容易受到暫時的情緒、或業績壓力等因素，而忽略了長久的價值。但是，既然違憲審查有反多數決的困境，那麼法院應該維持自己的「消極美德」(passive virtue)，自己在程序上節制自己違憲審查權的行使。他建議透過一些程序的方式，來盡量縮減違憲審查權的使用，避免與政治多數發生嚴重的衝突。這些程序

²⁴ Richard H. Fallon, *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 Harv. L. Rev. 1189, 1238-1268 (1987). 中文介紹請參考，張嘉尹，「憲法解釋理論之研究」，頁 71-92，台大法研所碩士論文，1992 年 6 月。

²⁵ Richard A. Posner 著，蘇力譯，「超越法律」，頁 221-228，中國政法大學出版社，北京，2001 年 11 月；Richard A. Posner 著，蘇力譯，「道德和法律理論的疑問」，頁 263-308，中國政法大學出版社，北京，2001 年 11 月。

²⁶ James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129, 140-151 (1893).

包括當事人適格、案件成熟度、政治問題原則、移送命令等機制²⁷。

四、代議補強理論

此理論為 John Hart Ely 於《Democracy and Distrust》²⁸ 一書所提倡。其理論認為，違憲審查的目的在確保政治過程的公平與開放，其應該促進民主的落實，其存在不該與民主運作發生矛盾，故大法官而不應涉入實體價值的選擇。僅在代議制度失靈時，法院始應介入強化（導正）²⁹。

Ely 認為「代議失靈」的情形包括：一、因為某些人的投票權被剝奪，或是因為特定政策不準投票，使得某些人的偏好無法表達出來；或二、雖然所有的偏好都可以透過投票表達出來，但是在加總這些偏好時，少數人的偏好卻不被尊重³⁰。

第四節 我國學者的主張

美國有的各種解釋方法，台灣大致也有都有人主張。台灣的憲法解釋方法，主要是仿照法學方法論，有五種解釋法，分別是文義解釋、歷史解釋、體系解釋、目的解釋、及合憲性解釋。文義解釋約略等於美國의 文本解釋，歷史解釋約略等於美國的原始主義，而所謂的目的解釋，或許相當於美國的道德解讀。因為，所謂目的解釋，套用吳庚大法官的說法，乃是「考慮法之客觀目的，歷史變遷及法規範對相關者利益的評價」³¹為其取向的解釋方法。體系解釋與美國的體系解釋相同，最後一個合憲性解釋，則比較類似司法自制的解釋。其實，除了上述這五種解釋以外，台灣大法官最常採用、法學者最常主張的解釋方法，應該是比較法的解釋。

對於這些解釋方法，一般台灣學者，都傾向於綜合採用各種解釋的立場，例如，吳庚大法官主張可綜合運用文義解釋、歷史解釋、體系解釋、目的解釋、及合憲性解釋等五種方法，不過他卻沒有說明各種解釋方法的先後順序³²。

²⁷ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962). 中文介紹請參考，黃昭元，抗多數困境與違憲審查正當性 - - 評 Bickel 教授的違憲審查理論，「台灣憲法之縱剖橫切」，頁 309-319，元照，2002 年 12 月。

²⁸ John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).

²⁹ 湯德宗，立法裁量之違憲審查的憲法依據 - - 違憲審查正當性理論初探，頁 16。

³⁰ Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* 71(1988)；湯德宗，立法裁量之違憲審查的憲法依據 - - 違憲審查正當性理論初探，頁 16。

³¹ 吳庚，「行政法之理論與實用」，頁 152，作者自版，2001 年 8 月七版。

³² 吳庚，「行政法之理論與實際」，頁 147-155，作者自版，2001 年 8 月七版。

也有學者略為排列各種方法的先後順序，例如蘇永欽教授對於機關權限爭議的解釋，比較傾向於尊重文本與歷史的解釋方法，其主張先看文本，且對文本的解讀應採用合憲性解釋，並輔以歷史解釋或體系解釋；而就人權部分，就比較贊同採取非原始主義的解釋方法³³。例如，針對釋字五三 號解釋，蘇永欽認為此乃屬於機關權限的問題，應該採取意圖解釋³⁴，而主張司法院審判和行政不該合一。

不過，對於同一問題，卻也有學者認為不該採歷史解釋，而該採取體系解釋。法治斌就是以體系解釋的觀點，認為釋字五三 要求的司法院應審判行政合一是對的³⁵。

針對其他議題，也有學者認為不該採取歷史解釋。例如，第四次修憲原本想採的雙首長制，陳水扁上任後卻漠視這個精神，也引來了一些批評。廖國宏認為，這個個案是關於政府體制的爭議，且離制憲時間不久，修憲意圖雖然容易追查，但是，由於修憲意圖未表明等理由，故他不贊成於解釋憲法時探求修憲者意圖³⁶。

除了傳統的這五種解釋方法外，針對美國特有的解釋方法，也有學者主張採用。例如，留德學者中，蘇永欽教授和張嘉尹教授提倡的結果考量的解釋方法³⁷，有點類同 Posner 實用主義的主張，亦即都強調要對解釋結果加以考量，未必全然受限於憲法文本或其他解釋方法。不過，結果考量與實用主義的差別，也許仍有些許差別，由於 Posner 法官的主張是站在美國個案審查的角度來看，而較不在乎該案判決對後續案件的影響，而德國的結果考量卻需考量判決對未來的影響³⁸。

近來，國內學者漸漸意識到違憲審查正當性的問題，而開始提倡司法自制的

³³ 蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，頁 375，元照，2002 年 10 月。黃錦堂教授對機關權限爭議的解釋，也主張應從文本、制憲意圖和體系等來源作解釋，請參見氏著，機關爭議問題釋憲方法之應用，「司法院大法官九十年學術研討會記錄」，頁 132，司法院，2002 年 12 月。

³⁴ 蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，頁 374-379，元照，2002 年 10 月。

³⁵ 法治斌，司法行政與司法審判之分與合，「當代公法新論（上）」，頁 782-788，元照，2002 年 7 月。

³⁶ 廖國宏，消散在世紀首航中的憲政風暴——九七修憲後台灣憲政體制的「換軌」爭議與憲法解釋，頁 18-23，發表於「第一屆西子灣公法學研討會」，中山大學中山學術所主辦，2002 年 12 月 13 日。

³⁷ 張嘉尹，憲法解釋、憲法理論與「結果考量」——憲法解釋方法論的問題，「第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」，中研院中山人文社會科學研究所，2001 年 3 月 23 日、24 日；許宗力，「憲法與政治」，頁 25-39；蘇永欽，結果取向的憲法解釋，「合憲性控制的理論與實際」，頁 249-269，月旦，1994 年 5 月。

³⁸ 蘇永欽，同上。

主張，例如，有些學者主張學習 Sunstein 的普通法的解釋方法。當然，這個立場必須某程度摒棄抽象解釋，才更為有力。已發表文獻公開支持這個立場的，有蘇永欽、林超駿和廖元豪等人³⁹。此外，湯德宗教授算是比較全面性地主張司法自制，認為應該改抽象審查為具體審查，且恪守某些抽象審查所應符合的程序要件，類似 Bickel 的主張⁴⁰。而其他學者僅建議大法官在某些案件類型要自制，而非一體適用到所有案件類型上。例如，留德學者建議在政治案件上，大法官採用明顯審查標準⁴¹，少數學者則建議在政治案件上，大法官應以政治問題原則避免介入審查⁴²，均是這類司法自制型的代表。

第五節 拘束力？

不過，正如 Mark Tushnet 所說，不管你採取哪一種憲法解釋理論，實際上根本拘束不了大法官⁴³，大法官只會在需要的時候選擇性地挑選這些憲法解釋理論來運用，且一旦他發現自己原本採用的解釋理論無助於自己的立場，它就會立刻放棄這個理論，而改採另一個理論⁴⁴。

Owen Fiss 主張，大法官在做憲法解釋還是有受到拘束，其乃是來自解釋社群的拘束，亦即法律圈對解釋操作方法的拘束⁴⁵。不過，問題在於，當法律圈本身對憲法解釋方法沒有共識時，大法官就有許多空間選擇性地挑選各種解釋方法來合理化自己的價值判斷。Owen Fiss 的理論只能說明，大法官為了讓自己的解釋在政治圈或法律圈都具有權威性，必須要用各種解釋方法或說理，來包裝自己

³⁹蘇永欽，立法裁量與違憲審查，憲政時代第 26 卷第 2 期，頁 126，2000 年 10 月；蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，頁 386，元照，2002 年 10 月；林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，頁 29-30；廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論第 71 期，頁 27-77。

⁴⁰湯德宗，權力分立與違憲審查 - - 大法官抽象審查權之商榷，頁 134 以下。

⁴¹許宗力，憲法與政治，頁 46-51；許宗力，訂定命令的裁量與違憲審查，「憲法與法治國行政」，頁 213-219，元照，1999 年 3 月。

⁴²廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論第 71 期，頁 27-77 頁，2002 年 9 月；廖國宏，「論『政治問題』大法官不予審理原則」，台大三研所碩士論文，1999 年 7 月。

⁴³Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, in: *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, edited by Susan J. Brison and Walter Sinnott-Armstrong, 208, 215-216(1993); Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* 1-17(1988).

⁴⁴Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, 216, 221. 蘇永欽教授也曾經指出，越多的解釋方法，可能只是讓法官有更大的游移空間，參見氏著，結果取向的憲法解釋，「合憲性控制的理論與實際」，頁 251，月旦，1994 年 5 月。

⁴⁵Owen Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 *Stan. L. Rev.* 739 (1982).

的價值判斷，否則，若不以任何解釋方法加以包裝的話，將失去其權威性⁴⁶。

許多學者從個案研究中，發現許多主張採文本主義或原始主義的法官，在某些案子中，也無法堅持自己的憲法解釋方法，仍然會跟著自己的政策立場走⁴⁷。不過，這些個案研究，並不是系統性的研究。第一個有系統研究美國大法官對文本與原意的關連的學者 Robert M. Howard 和 Jeffrey A. Segal，透過大量的數據回歸分析，綜合比較文本、原意與意識型態對大法官的影響，結果發現，文本與原意對其所研究的大法官的影響，均不顯著，相對來說，意識型態對大法官的影響，十六個大法官有十二個結果是顯著的⁴⁸。

針對普通法的進路，或說尊重判例的進路，Harold J. Spaeth 和 Jeffrey A. Segal 所做的大規模系統性的實證研究也顯示，一直以來，美國的大法官們就沒有真的遵守過判決先例原則。他們取樣的方式是，倘若個別大法官若先前不同意某一立場，該立場已經成為先例後，統計在後續的案件中個別大法官是否依循該先例。其結果顯示，對於指標性的先例，個別大法官平均遵守的幅度只有 8.4 %，一般的先例，平均遵守的幅度也只有 13.2 %⁴⁹。

從這兩個研究結果可以看出，大法官既不遵守文本或原意，也不遵守先例。可想而知，就算提出別的憲法解釋方法，大法官也未必會有誘因去遵守。關於此，第四章借用賽局理論的概念或許可以說明其原因，請參考第四章。

上面提到，Philip Bobbitt 認為，有這麼多的憲法解釋方法，正好讓大法官享有充分的自由以包裝自己的價值判斷，而他認為，大法官的道德價值判斷對社會是好的。是否真是如此，正是本論文想要探討的主題，筆者對 Philip Bobbitt 的說法持懷疑的態度，認為這需要更實際的研究。假若，大法官在解釋憲法時灌入自己個人價值判斷或預設偏好是不好的話，那麼，筆者則欲繼續研究，在制度設計上，我們可以做些什麼改革，減輕或消除這些負面結果。

⁴⁶ Owen Fiss, *Objectivity and Interpretation*, 34 Stan. L. Rev. 739 (1982).

⁴⁷ 例如，Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, 217-221.

⁴⁸ Robert M. Howard & Jeffrey A. Segal, *An Original Look at Originalism*, 36 L. & Soc. Rev. 113 (2002)

⁴⁹ Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* (2001).

第三章 反對違憲審查的理論

本章將介紹美國各種反對違憲審查的說法與理論。在編排上，筆者仍不以學者為單位的方式來加以排列，而是將他們反對的理由加以分門別類，重新組織而成。因為有的學者並不是完全反對違憲審查，但也有提出違憲審查的一些問題，透過這樣的安排，才能將這些學者的說法一一納入。但是，這種安排可能的缺點是筆者的組織能力不夠，讀者在閱讀各論點時可能會覺得沒有章法。

美國反對違憲審查的學者，目前僅有幾位而已，包括批判法學者 Mark Tushnet⁵⁰、法理學者 Jeremy Waldron 進步主義者 Robin West、懷疑論者 Michael J. Klarman⁵¹ 等人。除此之外，有些學者的研究也對反違憲審查的理論提供了許多基礎，但他們本身未必反對違憲審查，這些學者分屬各種研究派別，包括批判法學、解構主義、法社會學、法經濟學、政治學等。

在行文方式上，由於筆者並非就個別學者的理論就完整的介紹，而是筆者自己選材組織而成，故在論述上，偶爾會有筆者的個人意見夾雜其中，做為前後文的連貫。這種方式似乎沒辦法把筆者個人意見與美國學者的意見加以區隔，不過，筆者已於第一章中強調，其實本文的選材組織，均乃筆者個人的選擇，選擇加以介紹，就是筆者較為認同的說法，且筆者的個人意見，僅是做為前後連貫之用，或者對之稍做修正，故要求強加區隔，實益不大。但是於此強調，筆者要抒發一些個人意見時，一定會說「筆者認為」，以資區分。若無，則皆為理論上的正反討論，並非筆者自己加入討論。

在下文介紹他們的論點時，由於他們均是以美國的違憲審查運作作為批判的重心，筆者若割捨這些語境，其剩下的論點將顯得非常單薄，所以筆者將保留這些語境，故會出現許多美國的歷史、案例與爭議。這些美國的問題，台灣可能沒有類似的問題，因聯邦制而起的爭議，對台灣就不是個問題。另外，美國憲法的自由主義思想，也與台灣社會主義的憲法不同。還有，美國大法官終身制的設計，

⁵⁰ Mark Tushnet 在「Taking the Constitution away from the Courts」(1999)一書中，自稱其主張為「民粹主義的憲政主義」，不過，其主張是否真的屬於所謂的「民粹主義」，也有學者加以批駁，請參見 Mark A. Graber, *The Law Professor as Populist*, 34 U. Rich. L. Rev. 373 (2000)。因為其並非真的主張將憲法交給人民，只是主張將憲法從法院手中，還到政治人物手中，至於對政治人物的監督，則是由人民來監督。故筆者仍以批判法學者稱之。

⁵¹ Michael J. Klarman 曾稱其主張為「反憲政主義者」(anticonstitutionalist)，請參見 Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. Cal. L. Rev. 38 (1997)。但這不是一個大的學派歸類，而筆者卻也無法判定其應歸屬於法律流派中的哪一派，故筆者自己將之稱為懷疑論者。

也與台灣有所差異。是故，美國有的問題，台灣未必會出現，務請讀者注意。不過，若跳開其論述的語境，我們或許也可套用美國學者的一些論點，來重新解讀台灣違憲審查的運作，將會發現美國有的問題，台灣差不多也都有，只是程度不同，此則留待本論文第五章再做討論。

另外，美國的違憲審查為分散型，但本論文所討論的，多為美國最高法院的法官，與本國的大法官類似，為了行文上的方便，筆者選擇以台灣的「大法官」一語，代表美國最高法院的九個法官，以免稱謂過長導致行文困難。

另外，反對理論中可以歸屬於經濟分析部分的，筆者另外安排於下一章中作一完整的介紹。其包括以經濟觀點分析大法官的決策行為模式，公共選擇理論對多數決問題的影響，以及對違憲審查進行成本效益分析。故凡本章中所提到的一些涉及大法官決策行為，或是多數決問題的一些說法，在第四章經濟分析的部分，會有更完整的論證。之所以做如此切割，乃是因為反對違憲審查的說法很多元，而這些說法偶爾會借用到一些經濟理論，但經濟理論的部分，未必都是用來反對違憲審查，而可能只是對問題提出更精緻的剖析。若在介紹反對理論時就片段介紹一些經濟理論，可能太過凌亂，故筆者希望能將能將之匯集，做較完整的介紹。

第一節 大法官未盡到其功能

贊成違憲審查的理由有很多，但是，對於大法官是否真能達到那些被宣稱的理由或功能，近來美國有不少學者持懷疑的看法，其中，尤以 Gerald Rosenberg 和 Michael J. Klarman 的批判最為有力。Gerald Rosenberg 針對的是大法官是否能促進社會改革保障人權，提出強烈的質疑，而 Michael J. Klarman 則於一系列文章中，對於贊成違憲審查的近十種理由，提出各種強烈的批判。Michael J. Klarman 所舉的這些理由中，有些在台灣並沒有人主張，所以，以下筆者僅挑選其中幾個台灣學界較為接受的理由，簡單介紹後，並以美國大法官憲法解釋實際的結果，對這些理由加以評估。至於對台灣憲法解釋的評估，則留待第五章再為討論。由於這些評估，都是以美國的案例來討論，筆者不欲細說各案的判決理由，並假設讀者皆對美國憲法中重要的案例有基本的認識，而僅簡單提出案型名稱，來佐證各種說法。

一、限制政府機關的權限

一般認為，大法官乃是為了限制政府機關的權限的問題，由大法官來監督國會，以確保國會會確實依據憲法來行使權力。

Michael J. Klarman 卻指出，實際上大法官不但可能不確實地執行憲法的限制，也可能依其意願創造憲法沒有的權力⁵²。前者的例子很多⁵³；而後者的例子則是惡名昭彰，例如二十世紀早期的實質正當法律程序時期⁵⁴，最近的關於隱私的案例⁵⁵，將平等權保護擴充到種族以外的其他對象⁵⁶，以及將憲法增補條文第一條（言論自由）適用到許多制憲者沒有思考過的情況中⁵⁷等等⁵⁸。

之所以會如此，主要是因為憲法文本太過抽象空洞，讓解釋者能夠用自己的意思來加以解釋。另外，原本違憲審查產生的原因是聯邦制，不過，聯邦層級的法院，和州層級的法院，都有各自的誘因，根本不可能公正老實地維護聯邦憲法中聯邦與州權限劃分的規定⁵⁹。

二、保存憲法既定價值？

一般認為，大法官的存在，乃是因為憲法中有一些長期的價值，不得因為短期的偏好而任意改變，而國會展現出來的，往往就是人民短期的偏好，而非長期的價值，所以需要大法官來維護憲法中既定的長期價值。

Michael J. Klarman 卻指出，從美國實際上的案例來看，大法官在許多案子上，都沒辦法維持住既定的長期價值，反而會跟著短期的偏好走。例如種族歧視⁶⁰、性別歧視⁶¹、校園祈禱⁶²、墮胎限制⁶³、不合比例的立法席次⁶⁴、猥褻言論管

⁵² Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 147 (1998).

⁵³ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 147 (1998).

⁵⁴ 例如，*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁵⁵ 例如，*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (墮胎)；*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) (避孕藥)。

⁵⁶ 例如，*Romer v. Evans*, 116 S. Ct. 1620 (1996) (女性)；*Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) (非法移民的小孩)；*Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971) (女性)；*Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971) (外國人)。

⁵⁷ 例如，*R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) (仇恨言論)；*Virginia State Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976) (商業言論)；*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) (競選財務)；*Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) (色情)。

⁵⁸ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 147-8 (1998).

⁵⁹ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 149-50 (1998).

⁶⁰ *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶¹ *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

⁶² *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

⁶³ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶⁴ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

制⁶⁵等等，都是好例子⁶⁶。有時，大法官應該介入維持憲法的長期價值，來抵制短期偏離，但是大法官卻也沒做到，最有名的例子，大概屬第二次大戰期間大法官沒有宣告日裔美國人的集中營合憲⁶⁷、以及第一次大戰期間和冷戰初期對言論的限制⁶⁸等案⁶⁹。

三、權力制衡？

也有認為，大法官的作用，在於制衡立法部門與行政部門。大法官的存在，就是作為一項制衡機制，以牽制另外兩權。若沒有此一制衡機制的話，憲法將只是一張「羊皮紙」。倘若沒有其他機關制衡的話，一但憲法開始運作，國會會自己擴權，因此，我們要將要由「最不危險的部門」 - - 司法機關，來制衡另外兩個危險的政治部門⁷⁰。

Michael J. Klarman 卻指出，實際上美國的歷史運作中，大法官並沒有達到這項功能，它未能在「禁止授權原則」(nondelegation doctrine) 上保持原本的憲法規定⁷¹，在「州際商業條款」的解釋上，其未禁止聯邦國會侵犯州權，而在現代行政國家的形成中，也沒有恪遵憲法中明文規定的三權的權限劃分⁷²。Michael J. Klarman 認為，美國大法官在權力制衡的案件中，偶爾、且無法預測地，會介入禁止，但是大多時候，卻允許對原本憲法設計更嚴重的偏離⁷³。雖然，九零年代開始，美國大法官漸漸有回復聯邦主義的傾向，但是，相對於新政時期之後最高法院所允許的中央集權，其效果卻是微不足道⁷⁴。總結來說，大法官多數時候，都會妥協於環境的變遷，而允許更動憲法中原本的設計⁷⁵。

大法官不但沒有確實制衡其他政治部門，反而自己不斷擴權。在美國近幾十年來，大法官將其解釋的範圍，擴展到墮胎、死刑、學校中的種族隔離、積極優惠措施、同志權、女權、公共生活的宗教角色、求死權、選舉經費改革等等議題

⁶⁵ Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

⁶⁶ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 153 (1998).

⁶⁷ Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

⁶⁸ Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919). Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

⁶⁹ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 153 (1998).

⁷⁰ 相關的理由，可參考，Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 156, note 51-54 (1998).

⁷¹ 最高法院在新政時期兩度用了「禁止授權原則」後，就沒有再用過這個原則。該兩案為 A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935); Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388 (1935).

⁷² Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 156-7 (1998).

⁷³ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 156-7 (1998).

⁷⁴ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 157 (1998)

⁷⁵ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 157 (1998)

上⁷⁶。

四、保障人權？

前面說過，大法官很重要的功能之一，就是執行憲法中預設的長期價值，其中最重要的，就是保護人權。由於多數可能會漠視少數人的權利，也就是所謂的多數暴力，所以需要有大法官來執行人權保障的功能。

不過，從美國的歷史來看，大法官一樣也沒有盡到它的職責。在很多時候，主流的多數意見如果不看重某一人權，大法官也不會去保障它。之所以會如此的原因，可能是因為大法官受到其他政治部門的牽制，但是更重要的，可能是因為大法官的意見，無可避免地會受到當代思潮的影響⁷⁷。

美國大法官判過的侵害人權的案子很多，例如，大法官支持過奴隸制度（最有名的就是 Dred Scott 案⁷⁸），支持 Jim Crow 時代的種族隔離，其宣告二次大戰期間對日裔美國人的對待合憲，認可麥卡錫主義，且在現代女權運動開始前，也一直容許對女性的歧視⁷⁹，且也曾宣告規定同性戀雞姦為犯罪的法律合憲。

不過，大法官在人權上，也判過許多為人樂道的好案子，因為這樣案子，也成為支持違憲審查的主要理由。這些案子中，最著名的，就是廢除種族隔離政策的 Brown 案、保障婦女墮胎權的 Roe v. Wade 案⁸⁰、以及保護同性戀權的 Romer v. Evans 案⁸¹。

不過，許多學者質疑，一九五四年的廢除種族隔離的 Brown 案，其實並沒有那麼偉大。真正落實廢除種族隔離政策的，是一九六四年的國會制定的民權法。因為當時各州的中小學需要聯邦補助，聯邦官員透過以廢除種族隔離作為補助條件，才達成了廢除種族隔離的目的⁸²。

有人認為，雖然 Brown 案並沒有真正廢除南方的隔離政策，但給了民權運動很大的鼓舞，且促使其他政治部門提升黑人權益。不過，Gerald Rosenberg 卻認為，從當時報紙上的報導來看，Brown 案並沒有引起什麼關注，報紙對民權運動也不愛報導。另外，也沒有明顯地證據顯示，政治部門有受到 Brown 案的影

⁷⁶ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 158-9 (1998)

⁷⁷ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 161 (1998)

⁷⁸ 60 U.S. 393 (1856).

⁷⁹ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 161 (1998)

⁸⁰ 410 U.S. 113 (1973).

⁸¹ 517 U.S. 620 (1996).

⁸² 包括 Gerald Rosenberg、Michael Klarman、Mark Tushnet 等都採取此觀點。例如，Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 145 (1999).

響⁸³。

Gerald Rosenberg 認為，之所以政治部門在六零年代會制訂人權法案，是源自於其他因素，而不是受到 Brown 案判決的影響。他認為，二次大戰後黑人經濟勢力的崛起，隨著而來黑人選票變的更加重要，以及國際局勢的關係等三方面因素，才是導致政治部門開始制訂人權法並加以執行的原因。當然，整個社會風氣已經慢慢轉變，更是一個不可或缺的因素⁸⁴。

Michael Klarman 則提出 Brown 案與民權運動和其成就的關聯性。他認為，Brown 案使得南方的情緒更加右傾，導致南方發生不少暴力衝突。北方一方面看了南方的暴力衝突，漸漸同情黑人的處境，一方面有些黑人移居北方，並漸漸在北方取得政治力量。最後在一九六零年代中期前，黑人於北方的影響力進入國會，因而才能在國會中制定的各項民權法案。不過，Michael Klarman 認為，就算沒有 Brown 案，南方的反隔離聲音也越來越大，暴力衝突勢所難免，最後北方一樣會同情南方黑人處境，南方黑人一樣會移居北方，最後黑人勢力一樣會從北方進入國會。而且，在大法官宣判 Brown 案之前，全美國也早有一半以上的州不採行種族隔離政策了⁸⁵。簡言之，就算沒發生 Brown 案，廢除種族隔離也是遲早的事⁸⁶。

宣告墮胎合憲的 Roe 案，也有許多學者認為其不如想像般地重要。Gerald N. Rosenberg 發現，早在 Roe 案判決的三年前，全美國合法墮胎的數目就已經開始出現高度的成長，而 Roe 案判決後，其成長的幅度，並沒有因此增加⁸⁷。不過，既然羅伊案判決後墮胎數目還是持續成長，而不是停止成長，顯示 Roe 案可能的確有正面功效。但是，Gerald N. Rosenberg 認為，之所以如此，其實是靠其他的助力。例如，在最高法院宣判該案前，全美國已有一半以上的州支持婦女的墮胎權，政治輿論普遍支持墮胎權⁸⁸。不過，Roe 案之後，卻引起各方的討伐，各州紛紛制訂法律限制墮胎權的行使，地方也持續抵制法院的命令，使得墮胎權的範

⁸³ Gerald Rosenberg, *Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 111-134 (1991)。該書台灣已出版中譯本，高忠義譯，「落空的期望」，商周，2003年3月13日初版。

⁸⁴ Gerald Rosenberg, *Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 157-169 (1991) 國內文獻，請參考陳聰富，法律作為社會變遷工具的社會基礎，法令月刊第48卷第4期，頁25-28。

⁸⁵ Michael Klarman, *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 Va. L. Rev. 7, 13-71 (1994)。

⁸⁶ 不過，Mark Tushnet 卻認為，這兩位學者其低估了 Brown 案促進民權運動的功能，但是，其也認同 Brown 案並不如一般認為地那麼重要。Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 146 (1999)。

⁸⁷ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 178-180 (1991)。

⁸⁸ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 183-184 (1991)。

圍受到減損⁸⁹。Gerald N. Rosenberg 指出，真正落實墮胎權與女權的，不是法院，而是從六零年代末期開始興起的女權運動，最高法院只是搭了順風車而已⁹⁰。Barry Friedman 認為，最高法院一方面是因為社會改變才會做出 Roe 案的判決，另一方面，Roe 案也加速了社會對墮胎議題的討論，結果使社會更確認墮胎權的地位，總結地說，最高法院在 Roe 案中的角色只是參與社會對墮胎議題的討論，原則上還是順應社會多數的意見，頂多扮演了促進討論的功勞⁹¹。不過，也有持相反論點的，David Garrow 和 Robert Karrer 認為，Roe 案並不是搭乘輿論的順風車，在一九七零年早期，墮胎權在政治領域上已經受到阻撓，是 Roe 案挽救了它⁹²。

至於宣告同志權的 Romer 案，Mark Tushnet 認為，也是在同志運動引起了許多人的關心，打擊了傳統對同性戀的態度後，大法官才做出該案判決的⁹³。

當然，大法官在某些時候，的確有會與社會多數相抗，而去保障人權⁹⁴。例如宣告學校祈禱、禁止燒國旗等違憲，以及保障刑事被告的訴訟權利上，就的確是由大法官引領風騷。不過，這些保護，其實也是在社會環境有點改變之後，才發生的。且這些違反多數的判決，在其他政治部門的制衡下，能發揮的實效有限⁹⁵。更重要的是，筆者於後文會提出，由大法官自己引領風騷的判決，未必是好的判決。

總結來說，大法官雖然會在社會還沒有達成完全的共識前，就先做出好的判決，或是社會已經轉變後，搶了整個社會的功勞，但是如果社會沒有改變，大法官根本不可能做出這些好的判決。

第二節 大法官解釋的弊病

一、大法官能力不足

憲法語言充滿了模糊的字眼，在解釋這些模糊的字眼時，往往需要的是價值判斷，而不是法律邏輯的推演，而這些價值判斷，常常是政治的、經濟的、社會

⁸⁹ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 185-195 (1991).

⁹⁰ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 241-270 (1991).

⁹¹ Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577, 659-668 (1993).

⁹² 相關論點，請見 Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 161, n 79 (1998).

⁹³ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 161 (1998)

⁹⁴ Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, originally print in 6 J. Pub. L. 279, 193-94 (1957), reprint in 50 Emory L.J. 563, 581(2001).

⁹⁵ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 162 (1998)

的價值判斷，因此，由其他政治部門來做，應該會比大法官做的更好⁹⁶。

Mark Tushnet 在九零年代初期的一篇文章中，在思考的違憲審查的正當性時，曾經提出，大法官之所以有其正當性，在於其都是曾經擔任過國家各個部門的政治精英，其對憲法的解釋，不至於比其過去的同僚差，而且通常都比其過去的同僚來得好。可是，1968 年開始，共和黨為了讓提名的法官能夠順利通過，刻意挑選未擔任過國家重要職位的不出名的法官，好讓參議院掌握的民主黨，不能追溯這些名不見經傳的法官過去的立場。某程度來說，Mark Tushnet 覺得讓這些法官擔任大法官，減低了違憲審查的正當性。因為，這些法官對憲法的解讀，沒有理由會比其他政治部門來得好，尤其當他們也不過是選擇性地適用各種不同的解釋理論來正當化自己的偏好時，更是如此⁹⁷。

例如，在現代的國家任務中，最重要的，是要提升社會福利，並合理地分配財富，大法官如何能夠比立法機關還要有能力知道如何提升社會福利、分配財富呢！⁹⁸

另外，根據「解釋理論」(interpretation thesis) 的說法，所有文本的意義，都不是由作者所決定，也不是由文本自己決定，而是決定於解釋的過程，解釋群體的意圖、目的與利益⁹⁹。這通常也是批判法學運動的基本立場¹⁰⁰。Robin West 據而認為立法機關對憲法的解釋，會勝過大法官對憲法的解釋¹⁰¹。如果我們根據解釋理論的觀點，來看待立法機關與大法官解釋方式的差異，即可看出立法機關對憲法的解釋會較好。由於大法官在解釋時比較強調判例、強調過去的解釋，所以會是一個現況與過去的折衷的解釋方法，所得出的結果，自然也是一種折衷。可是，如果是由立法機關來解釋憲法，則立法機關看的是現在與未來的利弊得失，比較不會注重過去的解釋例，也比較不會受到過去解釋例的束縛，因此解釋出來的結果，也必然比較注重現在與未來的問題¹⁰²。

除了解釋方法上的不同外，其他解釋機關的組成與解釋過程，也能夠說明立法機關的解釋比大法官好。就人數組成來說，有學者主張，立法機關由於人數太

⁹⁶ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1541-2, note 54, 55 (2000).

⁹⁷ Mark Tushnet, *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, 221-226.

⁹⁸ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 159-60 (1998)

⁹⁹ Stanley Fish, *Fish v. Fiss*, 36 Stan. L. Rev. 1325 (1984).

¹⁰⁰ Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 Nw. U.L. Rev. 241, 258 (1993)

¹⁰¹ Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 Nw. U.L. Rev. 241 (1993).

¹⁰² Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 Nw. U.L. Rev. 241, 261-263 (1993). Robin West 相信，注重現在與未來的立法機關，比較能做出偏向進步主義立場的解釋。

多，沒辦法好好進行憲法的辯論¹⁰³。但是，這種說法的反面，反而更加削弱了大法官解釋憲法的正當性。立法機關由於人數較多，能反映較多不同的價值，能提出較多不同的觀點，相較於立法機關，大法官人數太少，反映的觀點不足，就算能進行充分的憲法辯論，得出的結果必定也是很狹隘的¹⁰⁴。就解釋過程的方式來說，有學者認為，大法官的解釋過程中，會讓對立的利益團體來進行辯論，因此能反映出不同的觀點。不過，這樣的說法也凸顯了其弱點，亦即，會參加大法官解釋的利益團體，不一定能充分代表各種觀點，因而也無法讓大法官了解到自己解釋可能造成的影響¹⁰⁵。而就思考時間來說，大法官面對一個爭議問題，所擁有的思考時間過短，無法思考所有的問題，相較於此，其他政治部門對於其認為重要的問題，就可以充分的思考，沒有結案時間的壓力，所做出來的解釋，必然能夠考慮更多因素¹⁰⁶。還有，就專業知識來說，其他政治部門有更多的資源可以深入研究單一議題，也可以延請專家提出各種分析，也會比大法官知識上先天的侷限來得好¹⁰⁷。另外，許多解釋涉及的問題核心，往往是事實的問題，例如採取某一刑事訴訟程序究竟會有什麼效果等，會不會有憲法上的問題，可能需要深入的進行實証研究，才能得出答案，而政治部門相較於大法官，也有比較多的資源，可以去發掘相關事實¹⁰⁸。

二、大法官以個人偏好為憲法解釋

許多文獻都已指出，大法官往往是以個人的政策偏好、意識型態，來做憲法解釋。也就是說，在為憲法解釋時，會選擇性地運用各種憲法理論，來包裝自己的政策偏好¹⁰⁹。關於此點的實証研究，第二章第五節已經提過，第四章也會在相關地方提及。

因此，就有學者常將司法解釋者比擬為少數獨裁者，例如，Jeremy Waldron

¹⁰³ 例如，Abner J. Mikva, *How Well Does Congress Support and Defend the Constitution?*, 61 N.C.L. Rev. 587 (1983). 轉引自 Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1546-7 (2000).

¹⁰⁴ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1547 (2000).

¹⁰⁵ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1547 (2000); Einer R. Elhauge, *Does interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991).

¹⁰⁶ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1547 (2000).

¹⁰⁷ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1547-48 (2000).

¹⁰⁸ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1548-49(2000).

¹⁰⁹ Eg. Mark Tushnet, *Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (1998).

就常常提出這樣的類比。他認為，若打破憲法解釋的迷思，這種由九個大法官來替全國決定政策，這可以歸類到亞里斯多德三種政體中的「寡頭政體」

（aristocracy）¹¹⁰。而寡頭政體絕對不是民主政體，也早已被現代民主國家所棄絕。雖然這種決策模式是由人民在制憲時以民主多數決決定的，但這不表示所決定出來的制度，也是民主制度¹¹¹。雖然大法官在決策時不是主動決策，而是在作判斷、在作解釋，但其實一般的決策，也是在作判斷，故其仍然是一個不民主的寡頭政體¹¹²。交由一個不民主的機構來決定什麼是民主，這絕對不是民主的定義¹¹³。

另外，Stanford Levison 將憲法解釋者比擬成宗教解釋者，藉以點出憲法解釋時解釋者對憲法的操弄，而人民之所以對這樣的運作深信不疑，只能說是一種迷信¹¹⁴。

三、大法官會自行擴權

贊成違憲審查的學者，一般認為讓國會自己去執行憲法，就好像讓狐狸去當守衛一樣，國會會不斷地擴權，尤其採取聯邦制的美國，聯邦的國會更是如此。事實上，若我們可以這樣描述國會，則我們也可以用相同的角度來看待大法官。實際上，大法官也會自己擴權¹¹⁵。我們說大法官的功能，是要防止其他政府部門擴權濫權，不過，讓大法官來解釋憲法，大法官也會有擴權的可能。主要的原因，乃是大法官也會有想要解決任何問題的衝動，會有擴張自己權力的誘因。

美國歷史證明，聯邦大法官往往不能恪遵憲法中聯邦與州的權限劃分，而且解釋的結果，往往偏向讓聯邦政府擴權，因為聯邦政府擴權，聯邦大法官的審查權也隨之擴張¹¹⁶。另外，每當大法官解釋多增加了一項人權，其也將其權力擴增到一個新的公共政策上¹¹⁷。Michael J. Klarman 形容此為「慢慢擴張的司法帝國主義」¹¹⁸。今天美國聯邦法院所擁有的權力，比當初制憲者們心中所形塑的，差別非常大，而且你在某一刻以為它的權限已經太多了，到了下一刻，你又會發現

¹¹⁰ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 264 (1999).

¹¹¹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 255, 262 (1999).

¹¹² Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 264 (1999).

¹¹³ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 291-293 (1999).

¹¹⁴ Sanford Levison, *Constitutional Faith*, ch. 2 (1988), 類似觀點，請參考 Duncan Kennedy, *American Constitutionalism as Civil Religion: Note of an Atheist*, 19 *Nova L. Rev.* 909 (1995).

¹¹⁵ Mark Tushnet, *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 *Wm and Mary L. Rev.* 945, 949-950 (1998).

¹¹⁶ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 *Nw. U.L. Rev.* 145, 150-1 (1998).

¹¹⁷ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 *Nw. U.L. Rev.* 145, 151-2, 157-8 (1998).

¹¹⁸ Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 *Geo. L.J.* 491, 544 (1997).

它又為自己增加了更多的權限¹¹⁹。

大法官會擴權，簡單地說，是因為沒有人可以限制它，且當人民或其他政治部門有求於它時，它發現沒有人可以制裁它的擴權，它對它認為錯的事情，不可能坐視不理，最後也會忍不住發表他認為對的意見，因而就這樣擴權¹²⁰。

而大法官因為不是民選，所以比起其他政治部門，我們也沒有什麼辦法限制其繼續擴權¹²¹。

四、大法官使其他政府部門不重視憲法

憲法解釋權由大法官獨享，對國會的行為會造成一些扭曲。一，國會會較不重視憲法的精神，不重視自己所立的法合不合憲，想說反正有大法官會幫他們審查¹²²。

另外，由於有大法官的存在，立法機關可能也會利用大法官來逃脫自己應盡的責任。亦即，在有爭議的問題上，不管是贊成的還是反對的立法者，都不太敢自己決定，而寧可將之交給大法官去做決定，等大法官決定做出來後，他們再觀察民眾的反應，然後再為支持與批判的行為¹²³。當然，多數時候，立法機關既然決定將此一燙手山芋交給大法官來決定，大法官決定後，他們通常也會支持大法官的決定。例如，政治學家 Mark Graber 認為，令人韃伐的 Dred Scott 案和墮胎案等，就是政治部門將燙手山芋丟給大法官決定的好例子¹²⁴。

五、大法官解釋會扭曲立法與憲法辯論

大法官做出的解釋，對立法機關可能會造成某些扭曲。因為國會為了符合大法官所解釋的憲法原則，而會刻意設計能夠通過大法官審查的法律，也可能不敢說出真正的立法理由，反而提出很奇怪的立法理由，就是為了通過大法官的審查¹²⁵。

另外，大法官解釋也會扭曲立法的辯論。由於大法官在單純的憲法條文外自己提出了許多複雜的審查基準，但是這些審查基準，卻是因為大法官本身所學的

¹¹⁹ 詳細的擴權發展史，請參考 Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 Geo. L.J. 491, 545-551 (1997).

¹²⁰ Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 Geo. L.J. 491, 549-550 (1997).

¹²¹ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 152 (1998).

¹²² Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* 57-58 (1999); Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 98 (1998).

¹²³ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* 149 (1999).

¹²⁴ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* 149-50 (1999).

¹²⁵ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* 58-60 (1999).

限制使然，這些審查基準，可能會讓人民或立法者在討論法案時，侷限在大法官所提標準的討論，而忘了實質的討論¹²⁶。

還有，大法官解釋也會誤導立法者。大法官建立的這些憲法原則或各種標準，沒辦法讓立法者真正了解其中的內涵，也不能給予立法者正確的指引¹²⁷。

第三節 憲法設置人權條款的弊端

除了上述違憲審查可能會造成的問題外，本節，則要討論憲法的功能。亦即，撇開違憲審查制度不談，在憲法中規範人權條款，真的是件好事嗎？

一、前人不該對後人的決定範圍設限

許多學者認為，憲法中人權條款的設置，是有必要的，以避免人民短期的衝動，而推翻了長期的思考價值。例如，Bruce Ackerman 的二元民主論，就是一例。許多學者會用尤里西斯和喝醉酒的例子，來說明憲法中人權法案的必要¹²⁸。尤里西斯自己叫手下將自己綁起來，以免受到塞壬（半人半鳥的女海妖，以歌聲吸引水手並使船隻遇難）的勾引。還有在喝酒前，將鑰匙交給朋友，限制自己到了午夜酒最時不可開車。

Jeremy Waldron 卻對這點提出強烈的批判。他認為，用這兩個例子來類比說明憲法中基本人權的規定，是很不恰當的。在時點 t1 決定時點 t2 該做什麼，跟在時點 t1 決定到時點 t2 時交給另一批人決定，這是兩件不同的事¹²⁹。而且，人們在 t1 決定的事，在 t2 改變了，未必是因為於 t1 擔心的事發生了，通常不過是因為意見的多樣性、對權利和正義等議題的不同意見、以及不斷地進行正式和非正式的討論，所以到 t2 時公共意見的風向轉變了¹³⁰。

現在的美國憲法，受到一七九一年白人至上主義革命份子的拘束¹³¹。人們沒有理由要受到上一個世代、已經死去的人的拘束，上一代要用憲法拘束自己，可能有他們的理由，可是這一代卻未必有相同的理由¹³²。下一代的人比我們有更多的經驗、更多的知識，對某些權利會有更正確的看法¹³³。況且，有許多問題，是

¹²⁶ Mark Tushnet, Taking the constitution away from the courts 60-61(1999).

¹²⁷ Mark Tushnet, Taking the constitution away from the courts 63-65 (1999).

¹²⁸ 例如，Jon Elster, Ulysses and the Sirens (1984).

¹²⁹ Jeremy Waldron, Law and Disagreement 260-265 (1999).

¹³⁰ Jeremy Waldron, Law and Disagreement 271 (1999).

¹³¹ Jeremy Waldron, Law and Disagreement 270 (1999).

¹³² Jeremy Waldron, Law and Disagreement 272 (1999).

¹³³ Jeremy Waldron, Law and Disagreement 274 (1999).

到這一代或未來才會出現，在上一代根本無從想像。

Michael J. Klarman 稱這種問題為「死人之手」(dead hand)，他指出，前人不該對後人設限的原因之一，是因為前人沒辦法預知後來的情況。Michael J. Klarman 提出過幾個有趣的例子，雖然這些例子是關於政府組織，而非關於人權條款，但卻是可說明前代無法設想未來變化的好例子，某程度也譏諷了違憲審查的設計。一，憲法中權力分立制衡的設計，造成了政府運作上的剛性，造成了無效率，但這卻是制憲者未能預見預知的，倘若他們看到現今美國政治的運作狀況，制憲者可能也不會選擇設計那麼多權力分立制衡的制度了¹³⁴。二，美國當初會以司法機關來作為制衡其他政治部門的機制，就是受限於制憲者那時的認知。他們那時只看過立法部門和行政部門擴權，但是還沒看過司法機關擴權，所以才會用司法機關來制衡另外兩權。如果他們知道後來美國違憲審查發展的歷史的話，他們或許就不會這麼信賴司法機關了¹³⁵。

二、阻礙實質辯論

有學者提到，憲法的存在，人權法案的存在，導致許多政策的辯論，都只用憲法、用人權來辯論，使得辯論的過程受到扭曲，辯論的結果，也被限縮。

(一) 扭曲辯論的方式

就辯論過程而言，所有的人都會過度地援引人權，把人權無時不刻地掛在嘴上，或者，可能會各自發展出自己的一套憲法解釋。Robin West 指出，在討論權利於憲法上的保護問題時，似乎很少人會從事「規範性」(normative) 的論述¹³⁶，亦即，沒有人會說憲法規定的不好，而我們應該建議修改憲法。通常大多數人都採用「實證性」(positive) 的論述語氣，贊成該項權利的人，會說憲法有保障該項權利，而不贊成該項權利的人，則會說憲法沒有保障該項權利。但令人納悶的是，卻從沒有人會說憲法規定的不好。幾乎沒有人會說：我贊成某項權利，憲法卻沒有保護到，或者說：我反對某項權利，憲法居然保護了，然後去質疑憲法規定得不好¹³⁷。

例如，Robin West 認為，明明憲法是很不利於進步主義的，但是為何卻很少

¹³⁴ Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. Cal. L. Rev. 381, 397-398 (1997).

¹³⁵ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 159 (1998)

¹³⁶ Robin L. West, *Constitutional Scepticism*, 原發表於 72 B.U.L. Rev. 765 (1992), 收錄於 *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation* 235 (Susan J. Brison and Walter Sinnott-Armstrong eds., 1993).

¹³⁷ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 235-237.

看到進步主義者跳出來主張憲法規定得不好？為何他們不主張沒有憲法的話，他們的主張會更容易達成？她用法理學中自然法與實定法的區分簡單分析了這個問題：在其他的法領域中，我們很強調所謂的自然法和實定法的不同，實定法必須與道德作區分，可是，在憲法領域中，大部分的學者，似乎都將自己的道德欲求，說成是憲法的規定，當作是實定法來看待¹³⁸。對於這種不從規範性的角度來檢討憲法規定得好不好的態度，Robin West 提出了一些可能的原因。或許，在美國這麼多元的社會中，已經沒有什麼東西是全民共同擁有並重視的，又或者，可能是單純出於某種心態，認為需要找出某種愛我們且能指導我們的權威，所以，美國人寧可認為憲法是好的，憲法沒有錯，只是憲法解釋各有不同罷了¹³⁹。當然，另一個可能的原因，Robin West 認為，可能是機會成本的問題，亦即，改憲法是很困難的，說憲法規定錯了，機會成本太大，不如說解釋憲法解釋錯了，這樣還比較有可能將自己的意見付諸實現¹⁴⁰。

正因為如此，所以大家的辯論，都圍繞著憲法、人權打轉。往往，一個團體要達到自己的目的，會說自己的主張是一項憲法上的權利。如此一來，與之持反對意見的另一個團體，沒辦法僅說這是利益衡量的問題（因為那不太可能贏），因而只好改口說，自己的主張，也是另外一項憲法上的權利，而大法官必須仔細衡量這兩項憲法上的權利¹⁴¹。

將所有的政策問題，都以人權來作為辯論方式，會造成許多不好的結果。

Dworkin 認為，聯邦最高法院與憲法中基本人權的存在，有助於人們對公共議題的辯論，也就是有助於所謂的「市民共和」(civil republican)，或所謂的「參與民主」(participatory democracy)。他說：「當一個議題被認為是憲法議題，且終究會由聯邦最高法院透過解釋憲法來解決該爭議時，則通常該公共議題的辯論品質，會有所提升。當某一憲法議題被聯邦最高法院決定，且重要到會被將來的解釋繼續細緻化、擴充、合併，甚至被將來的解釋推翻，其都將在眾多的媒體上、法學院中、公共會議上被討論。這樣的討論比較符合我們所謂的共和政體，」¹⁴²。Dworkin 舉了墮胎的例子為例，他認為因為聯邦法院在 *Roe v. Wade* 案的判決，使得美國人對墮胎這件事的討論，比其他墮胎爭議是交由國會決定的

¹³⁸ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 247.

¹³⁹ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 238.

¹⁴⁰ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 238, 247-248.

¹⁴¹ Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts*, 139.

¹⁴² Ronald Dworkin 著，劉麗君譯，林燕平校，「自由的法」，頁 486，上海人民出版社，2001 年 9 月。

國家來得細緻多了¹⁴³。

不過，Jeremy Waldron 卻認為，英國和紐西蘭這幾個沒有違憲審查的國家，其對墮胎的討論，絕對不亞於美國，甚至，由於不需要受限於「解釋文本」的討論方式，其討論更為多元豐富，絕對比美國那種抱著十八世紀所寫下來的文本解釋來得好¹⁴⁴。

（二）阻礙繼續辯論

一般的提議，如果只是在某一輪迴的政治過程輸了，還可以繼續辯論，倡議該提議的團體，也可以繼續努力。可是，一旦人民太重視大法官說的話，且當某一人權團體在憲法官司上輸了，人們可能真的會認為這一人權就不是憲法所保障的，反而使得這一人權團體無力可施，連再往下一回合的政治議程上擠都不可能¹⁴⁵。

（三）辯論的結果較不容易產生折衷方案

用憲法人權辯論會產生的一個弊端是，既然每一方都主張其乃具有憲法上的基本權利，而兩種基本權利又不太可能妥協，導致辯論的結果，總是「有」或者「無」，而無法產生折衷的結果。這種缺乏妥協的辯論，是一種零合式的辯論，且最後決定的政策，總會在兩個極端擺盪¹⁴⁶。

（四）類型化的辯論限縮了政策空間

另外，權利式的辯論，有時反而會阻礙未來繼續改革的可能性。因為，大法官在處理憲法爭議時，往往沒辦法預知以後可能會發生的問題，所以其建立出來的抽象原則或標準，並沒有考慮到未來的問題，有時可能會導致將來發生該問題時，套到大法官已建立的原則上，發生扭曲的結果。美國大法官在面對墮胎的爭議上，用隱私作為論理依據，認為母親有選擇墮胎的權利。可是美國著名的女性主義法學者 Catherine MacKinnon 卻認為，大法官選用這個概念來推論墮胎權，反而限制了未來改革的可能。例如，對於家庭暴力的問題，如果將來有人想要立法介入家庭暴力，大法官卻因為隱私，而可能會宣告這樣的立法是違憲的¹⁴⁷。

¹⁴³ Ronald Dworkin 著，劉麗君譯，林燕平校，「自由的法」，頁 487，上海人民出版社，2001 年 9 月。

¹⁴⁴ Jeremy Waldron, Law and Disagreement 290 (1999).

¹⁴⁵ Mark Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts 137-138 (1999).

¹⁴⁶ Mark Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts 140, 169 (1999).

¹⁴⁷ Mark Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts 142 (1999).

(五) 環繞權利式的辯論容易輕忽其他價值

前面所提這種權利式的辯論，會阻礙未來的辯論空間，是一種較小的問題，另外，還有一種廣泛的問題，也不利於社會改革¹⁴⁸。Robin West 以「進步主義」(progressivism) 為例，來說明她的想法。假設進步主義的主張是正確的，那麼對進步主義者來說，憲法算是不好的。她指出，憲法非常保障人民的自由，憲法的內在價值就是自由主義，其保障的自由乃是消極的自由，而非積極的自由。例如，積極優惠措施、禁止色情言論等主動提升被宰制者的政策，就是屬於積極的自由，這些積極自由會與其他人的消極自由發生衝突，而在憲法只保護消極自由的現況下，進步主義者的主張，永遠無法得到憲法的肯認¹⁴⁹。另外，憲法所保障的平等，是個人主義式的和大眾式的，而不是針對特定族群或反宰制式的平等，也使得佔有優勢地位的人可以拿憲法當靠山穩坐原本的優勢地位¹⁵⁰。憲法本身的政治價值或道德價值，也是很自由主義的。它不但告訴我們我們曾經說過怎樣的價值觀(我們根本還沒出生)，也告訴我們應該要有的價值觀，並如此指導我們。憲法對我們而言，不只是一個法律，還是一個「願望」(aspiration)。從這個角度來看，憲法不但是一個權威的法律文件，其權威的方式還很父權¹⁵¹。這樣的內在價值對進步主義來說，也是很不利的。長期來看，如果所有的辯論都只用人權的方式來進行，那麼注定不利於進步主義的實踐，阻礙社會改革的可能性。

社群主義法學者 Mary Ann Glendon 也提出跟 Robin West 相同的論點，認為權利式的論述不利於社會主義或社群主義的一些政策¹⁵²。

第四節 多數暴力或多數濫權

許多人認為大法官最重要的功能，就是在抵抗多數，保障少數人權或政治過程中的少數。可是，實際上真的會發生多數暴力嗎？以下論述，較多筆者個人自己整理的意見，許多論點，須待第四章才會有更進一步的論證。

第一到第四部分，乃是討論大法官是否能保障人權，以及立法機關是否會侵害人權兩個問題。筆者將欲說明，一方面大法官並非總能保障人權，另一方面立法機關也未必是在侵害人權。尤其，現代政治過程中利益團體的出現，更緩和了

¹⁴⁸ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 141-2 (1999).

¹⁴⁹ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 242-243.

¹⁵⁰ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 244.

¹⁵¹ Robin L. West, *Constitutional Scepticism* 244-245.

¹⁵² Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (1991)

立法機關會侵害人權的疑慮。關於利益團體的討論，需留待第四章作更詳細的分析。第五部分，則兼論人權與民主的問題，該部分主要說明，輿論與利益團體的運作，既能鞏固民主、也能保障人權。

一、大法官無法發揮反多數的功能

前面已經說到，大法官會有反多數決的效果。不過，正是這個效果，讓許多學者支持大法官的存在。不過，美國已經有與多文獻指出，大法官所能發揮的反多數決效果，是有限的。

從美國違憲審查實際上的運作結果來看，大法官或許可以暫時違背國會所代表的多數民意，不過最後還是抵抗不了多數民意¹⁵³。不過，這中間，可能拖了幾十年。

著名政治學者 Robert Dahl 提到 1957 年的一篇文章中指出，目前的政治遊戲規則，不該稱為多數決，也不是「少數決」(minority rule)，而是「許多個少數決」(minorities rule)¹⁵⁴。政治的運作，乃是由很多個少數彼此衝突、討價還價、協商，許多個少數集結成多數，彼此對抗的結果¹⁵⁵。大法官看似在對抗多數，其實自己本身也是多數的一部分，例如有時候它會結合國會來對抗總統，有時候會結合總統來對抗國會。

不過，筆者覺得這種說法並不能證立大法官就不是少數，因為，大法官只是策略性地與其他少數加以結盟，其本身還是少數。

Robert Dahl 的另一論點，卻相當中肯，並引起許多法學者的重視。他提出，大法官的意見，在一定期間內，還是無法違逆整個政治多數¹⁵⁶。畢竟，總統提名法官、參議院同意任命法官，雖然在美國，法官有終身職保障，但是他們總會凋零，最後還是會由經由政治部門選出一個符合新政治多數意向的法官來，而與該政治多數的意見符合。例如，新政時期就是一個好例子，大法官用實質正當法律程序，跟羅斯福耗了幾年，最後還是不得不屈服。近二十年來，共和黨利用總統幾次提名的機會，提名了不少保守派大法官，使得目前大法官政體的意識形態，

¹⁵³ Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 95 (1998).

¹⁵⁴ 此為黃昭元教授的譯語，見氏著，*違憲審查正當性 - 方法論的初步探討*，頁 18，初稿發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，2002 年 10 月 20 日，台大法學院第一會議室。

¹⁵⁵ Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker*, originally print in 6 J. Pub. L. 279 (1957), reprint in 50 Emory L.J. 563, 581(2001).

¹⁵⁶ Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker*, originally print in 6 J. Pub. L. 279 (1957), reprint in 50 Emory L.J. 563, 570 (2001).

偏向溫和的中間派¹⁵⁷。

另外，有學者認為（例如 Michael J. Klarman），之所以大法官會無法長久反對多數，是因為其出身自這個社會，受到當代多數社會文化的薰陶，自然其思想也會與其成長時代的多數社會文化相符¹⁵⁸。

還有，有學者提到，大法官自己意識到其正當性的基礎，就是獲得多數的支持，所以在解釋憲法上，某程度也會迎合社會多數¹⁵⁹。這點，若從大法官對其聲譽的關注的角度來看，一樣說得通（關於聲譽對大法官解釋行為的影響，請參考第四章相關討論）。還有，大法官在與其他政治部門的互動中，有時也必須低頭依附多數，以避免來自其他部門的抵制¹⁶⁰（請參考第四章相關討論）。

不過，大法官當然也未必真的都是跟從多數，在許多案例中，大法官也會明顯地違逆社會多數的意見（例如刑事訴訟法相關規定）。關於此，筆者認為較具解釋力的理由，乃是因為同樣受到聲譽的影響，大法官有時受到法律圈的影響，比起受到社會多數的影響還深，而法律圈的多數可能與社會的多數不一致，導致大法官遵循法律圈多數的結果，違逆了社會上的多數（請參考第四章相關討論）。

不過，大法官解釋雖然能暫時違逆社會多數，但是其並不穩定，將來可能還是會與社會多數聚合。Neal Devins 和 Louis Fisher 提出，實際上大法官若在重大的社會議題上所作的判決違背多數民意時，其判決並不穩定，反之，會有許多國會議員、學者、利益團體，繼續發表意見攻擊大法官的判決，最後大法官還是不得不屈從多數民意，社會才能穩定下來¹⁶¹。

有一種說法，是說大法官所代表的民意，約是十五年前的民意，而國會和總統所代表的民意，則是二至四年內的民意。不過，筆者認為這種說法並不正確，因為大法官走的步調，有時候也會比國會和總統更快。總結來說，筆者認為一個較正確的說法是，大法官不會超前社會多數太多年，也不會慢社會多數太多年。不過，若按照比例來看，大多數時候大法官其實與社會多數的意見差別不大，只有在少數時候，大法官會超前國會，但不會超前太多，但確有有相等的比例，大法官也會落後國會（請參考第四章筆者所建構的大法官與社會政治互動模型）。

¹⁵⁷ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 135(1999).

¹⁵⁸ Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolution*, 82 Va. L. Rev. 1, 16 n.72 (1996).

¹⁵⁹ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1555, n.154 (2000).

¹⁶⁰ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1556-57 (2000).

¹⁶¹ Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 96 (1998).

美國經驗顯示，大法官最多可以阻礙政策高達二十五年¹⁶²。

二、多數未必是暴力

如果我們說司法違憲審查是為了避免多數暴力，保護少數，可是我們仔細反省，違憲審查所處理的案子，有多少真是在對付多數暴力的？大概很少。大部分的案子，根本沒有多數暴力的情形，其中，少數人權利沒有被立法程序犧牲，只是對於一個問題，有兩派人馬各有正反不同意見，無法調和，所以才進入憲法解釋程序¹⁶³。這種案子佔了憲法解釋的絕大多數，但其與我們所擔心的多數暴力根本無關。

有的時候，我們會說某個決策是多數暴力下的產物，之所以會這麼說，其實是我們對多數決定出來的結果不滿意，所以會說其屬多數暴力。有的時候，我們會說某個決策是利益團體遊說下的產物，是犧牲大眾的利益，肥了少數人的荷包，同樣地，之所以我們會這麼說，是因為我們反對其決定的結果¹⁶⁴。多數，我們可以罵它是多數暴力，少數，我們也會罵那是利益團體的影響，試問，到底是多數好還是少數好呢？其實，我們什麼時候會說那是多數暴力，或說那是少數利益團體的影響，大多都是看其結果，符不符合自己的偏好而決定的。這是所謂的「結果導向」(results-driven) 的思考模式。

若說立法機關中會有多數暴力的情形，其實司法機關也是採用多數決，何嘗不會有多數暴力？這是一個贊成司法違憲審查者的矛盾之處¹⁶⁵。

三、少數有辦法保護自己

就實質上來說，針對是否在國會運作下，會剝奪少數人投票權或忽略少數人意見的情形，可分成兩種類型來討論。如果是直接剝奪少數人的投票權，這類情形，Mark Tushnet 稱為「正式的例外」¹⁶⁶。不過，現在的民主社會，大概已經很少有直接剝奪少數人投票權的情形，除了剝奪外國人、未成年人的投票權等例外，不過這種例外都有正當的理由。

除了正式的例外，另一種類型，還有就是 John Ely 提到的情形，那就是雖然沒有直接剝奪少數人的投票權，但是多數卻會漠視少數人的利益，Mark Tushnet

¹⁶² Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker*, originally print in 6 J. Pub. L. 279 (1957), reprint in 50 Emory L.J. 563, 577 (2001).

¹⁶³ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 248 (1999).

¹⁶⁴ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L. J. 31 (1991).

¹⁶⁵ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 26 (1999).

¹⁶⁶ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 158 (1999).

將 John Ely 所關心的這種情形，稱為「非正式的例外」¹⁶⁷。對於這種非正式的例外，以下的理由，也能夠說明少數不一定會被多數侵犯。

如果一個社會有著尊重人權、尊重不同文化的精神，那麼，多數決較不會侵害少數¹⁶⁸。就算，一個社會中的多數人有著同質性與不能忍受不同文化的特質，其也未必會有多數暴力，只有在這種不能忍受不同文化的特質特別強烈時，才有可能發生多數暴力。

從公共選擇理論的觀點來看，少數人看似少數，但是因為其對其影響太強烈，所以少數人反而比較會集合起來反擊多數，其意見反而能勝過偏好不強的多數，從這個角度來看，在人權議題上，正因為利益團體的運作，使得人權能夠獲得充分的保障¹⁶⁹（請見第四章公共選擇的相關討論）。進步主義者 Robin West 相信，現今立法機關的組成，相較於大法官，絕對比較多元，出身自各個不同背景的立法者，例如女性立法者和少數種族立法者，受到各自相關利益團體的影響，一定比較會珍視少數族群的權益¹⁷⁰。

另外，套用 John Rawls 的「未知之幕」(veil of ignorance) 的理論，多數人只是短暫的多數，其不能確保自己在未來一定就是少數，所以不一定會制定不利於少數的法律¹⁷¹。不過，有些性質是永遠都不會改變的，例如種族和性別，這時候「未知之幕」的理論就無用武之地了¹⁷²。

在這種情況下，即使多數人真的有較強的偏好忽略少數人的利益，透過政治遊戲的規則，少數人也可以避免被多數侵犯。Mark Tushnet 舉了個例子，來說明少數族群也能夠透過政治利益交換，獲得自己想要的政策。假設，某個少數族群只佔了國會中百分之十的比例，可是另外的百分之九十，卻分成一半一半意見相左，此時，該少數團體就能夠跟這兩大相等的團體談條件，說只要你們哪一個支持我的某一提案，我就支持你們哪一邊。透過這樣的運作，少數團體也能換得到不少有利於他們的政策，某程度來說，他們的聲音或利益並不會因為採用多數決

¹⁶⁷ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 158-159 (1999).

¹⁶⁸ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1562-63 (2000).

¹⁶⁹ Einer R. Elhauge, *Does interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 *YALE L. J.* 31, 50, 59, 64-65 (1991); Michael J. Klarman, *Majortarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 *Geo. L.J.* 491, 495-96, n.26 (1997).

¹⁷⁰ Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 *Nw. U.L. Rev.* 241, 249-250 (1993). Robin West 認為，一個有少數種族和女性立法者組成的立法機關，比起大法官，比較能達到進步主義的理想。

¹⁷¹ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1564-65 (2000).

¹⁷² Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1564-65 (2000).

機制而被忽略¹⁷³。

四、最不危險的部門？

許多人認為，大法官是「最不危險的部門」，總統和國會有主動制定政策的權力，也會有做出政績的動機，所以比較容易會制定侵害少數人權的法律。相對來說，大法官卻較少有這樣的動機和機會，所以比較會尊重人權，可以制衡總統和國會¹⁷⁴。就算大法官有時候會支持國會所制定的侵害人權的法律，未發揮其保護人權的功能，但是，這些法律本來就是國會制定的，本來就已經侵害人權，大法官雖然沒有宣告其違憲，只是沒有使狀況改善，但並沒有使狀況更糟¹⁷⁵。

不過，這樣的說法卻有兩個盲點。一，美國歷史證明，大法官不只是會消極地宣告國會制定的侵害人權的法律合憲，大法官也會積極地宣告國會制定的保護人權的法律違憲¹⁷⁶。二，所有的法律，都是公益與私益的權衡，如果說大法官會比較尊重人權，比較不會為了其他政策目的，而犧牲人權，這可能正是前面所說的，大法官由於其能力不足，無法正確評估其他政策利益的重要性所致。現代的立法機關既然已經會重視來自各方的人權，其之所以還是會選擇犧牲人權，是在其權衡之後所做的決定。例如，從進步主義 Robin West 的觀點來看，大法官正是無法認知到許多社會政策的重要性，而太過保障人權¹⁷⁷。所以，大法官對社會來說，也會有害。

而在真正發生極端的多數暴力，例如全國都同意屠殺猶太人時，那時大法官也無法發揮功能。美國在一九五零年代追查共產黨時，大法官也沒有做什麼保護人權的事，到了反共的情緒減低了後，大法官才開始說話¹⁷⁸。

五、參與型的政治文化¹⁷⁹

Robert Dahl 主張，如果民主文化夠深的話，則不管是哪一種政體，皆不會

¹⁷³ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 159-160 (1999).

¹⁷⁴ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1579 (2000).

¹⁷⁵ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1580-1582 (2000).

¹⁷⁶ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 *Cornell L. Rev.* 1529, 1591-1592 (2000).

¹⁷⁷ Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 *Nw. U.L. Rev.* 241 (1993).

¹⁷⁸ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 162 (1999).

¹⁷⁹ 一般政治學者將 Gabriel A. Almond 和 Sidney Verba 合著之《The Civil Culture》所提出的政治文化的幾個面向，整理出三種政治文化類型，分別是地方性的政治文化、臣屬的政治文化，以及參與的政治文化。請參見彭懷恩，「台灣政治文化的剖析」，頁 18-19，風雲論壇，1997 年 11 月增定版；江炳倫，「政治文化導論：理論與個案研究」，頁 63-70，韋伯，2002 年 9 月。

出現反民主的情形¹⁸⁰。

主張廢除違憲審查的學者 Mark Tushnet 認為，若廢除違憲審查權，人民會更重視憲法的價值，會更積極地參與民主辯論，一方面人民可以自己決定出最適的政策，另一方面，透過人民與輿論的監督，一樣可以達到監督政府的效果。簡單地說，一方面他認為違憲審查妨礙了人民積極參與政治活動，另一方面他認為若人民能積極參與政治活動，我們自然能夠維持民主與人權。

另一位主張廢除違憲審查的學者 Jeremy Waldron 也提出，人權不是靠大法官來保護，而是要形成自由的政治文化，由人民自己來決定自己的自由¹⁸¹。

筆者認為，Mark Tushnet 和 Jeremy Waldron 的論點都可以歸結為三點。一，大法官替人民或政治部門決定政策，反而不利於參與型政治文化的建立。二，人民積極地參與政治，可以透過辯論的方式，保障各種不同意見，而不會犧牲人權。三，有了積極的政治文化，靠人民、媒體或對立政黨的彼此監督，即可解決代理人自行擴權或緊握權力不放的問題，亦即可以鞏固民主。

Mark Tushnet 以總統為例，說明總統在群眾、媒體、國會議員的輿論壓力下，縱然短期會背離憲法精神，但終究會回到正軌。其將這種自我修復的動力，稱為「自動執行」(self-enforcement) 的憲法，或是所謂的「包含誘因」(incentive-compatible) 的憲法¹⁸²。

不過，同屬懷疑違憲審查功能的 Michael J. Klarman 卻認為，有時候民意還是沒辦法糾正其所選出的民意代表，尤其是當民意代表的利益與選民的利益相反時，而這正是違憲審查真正該介入的地方¹⁸³。

Mark Tushnet 和 Jeremy Waldron 並沒有特別提到是否所有的國家都具備積極的政治文化，或者該如何落實參與型的政治文化（除了廢除違憲審查外），或許是因為他們是以美國的政治文化做為論述的背景。筆者則補充說明，在現代社會中，媒體對落實參與型的政治文化的功用很大。

媒體第四權的功能，其實非常有用。雖然有人會批評，媒體會被掌控者所操縱，但是媒體自由競爭的結果，通常會將所有大大小小的問題都挖掘出來，有時候可能會過度強調其不好的一面，但至少其激發了人民對這些議題的關心，對民

¹⁸⁰ Robert A. Dahl 著，李柏光、林猛合譯，「論民主」，頁 146-7，180-2，聯經出版，1999 年 10 月。

¹⁸¹ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* 310-311 (1999)

¹⁸² Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* 114-117 (1999).

¹⁸³ Michael J. Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 *Geo. L.J.* 491 (1997).

主政治的維護功能非常有利。而網路的興起，更加深了民主文化，讓更多人利用不同的媒體，來參與政策討論，並表達自己的意見，故 Dick Morris 稱此為第五權¹⁸⁴。雖然有學者認為網路因為過分客製化的效果，會反而不利於思辯民主¹⁸⁵，不過，其說法有點過分誇大，相較於網路帶來的更多元觀點、更多舒發政治意見的管道的正面效果來看，網路應該還是有助於民主的深化。

台灣是否具有積極的政治文化，足以廢除違憲審查呢？此留待第六章再作討論。

第五節 小結

簡單整理本章所介紹的反對違憲審查的幾項論點。一，就美國經驗來看，大法官未必能夠發揮其應有的功能。二，除了無法發揮功能外，釋憲制度還有額外的弊病。大法官往往以自己的偏好解釋憲法，加上其識見又過於狹隘，解釋出來的結果，未必對社會有利，且會扭曲其他政治部門的辯論。三，憲法規定人權清單的模式，對社會發展與革新其實是項阻礙。四，其實多數未必會侵害少數，就算侵害少數了，往往透過實際的政治運作或社會力量的運作，自然可以修正那一時的錯誤，無需大法官幫忙。

不過，雖然這些論點都點到釋憲制度的一些弊端，但畢竟釋憲制度還是有發揮功能的時候，不能僅以其有一些壞處，就全盤否定其好處。因此，接下來則必須研究，這些壞處的比例，與好處的比例，各佔多少，才能徹底瞭解違憲審查的實際價值。

本章僅是將各個學者所提出的一些挑戰違憲審查正當性的論點加以整理，許多論點還有待更詳細地加以分析，因為其涉及一些簡單的經濟概念（包括理性行為分析與成本效益分析），故筆者一併留待下章再予完整介紹。其中，以理性決策行為的角度，來分析大法官的決策行為模式，將有助於我們預測大法官解釋的結果與瞭解大法官發揮功能的比例。另外，分析利益團體的運用，也有助於我們瞭解民主政治運作的實際狀況。仔細分析大法官決策行為模式之後，在第四章的最後，筆者則將融貫所有第三章第四章的論點，對違憲審查進行較仔細地成本效益分析。

¹⁸⁴ 迪克·摩利思（Dick Morris）著，張志偉譯，「網路民主」（Vote.com），商周，2000年6月。

¹⁸⁵ 桑斯坦（Cass Sunstein）著，黃維明譯，「網路會顛覆民主嗎」（Republic.com），新新聞文化出版，2002年。

第四章 大法官決策行為模式與違憲審查之本益分析

本章主要乃是借用經濟學的觀點，分析大法官的決策行為，並對違憲審查的運作進行益本分析。這章主要是將討論違憲審查的論述中，可歸屬於經濟面像的一些觀點，加以組織並一一介紹各種研究成果。第三章提到的某些論點，於本章中透過完整的分析，可以得到更充分的論證。

第一節到第五節，主要是分析大法官的決策行為，探討可能會影響大法官決策行為的各種因素。第一節先概述大法官的效用函數，而第二節到第五節，則一一分析會影響大法官效用的種種內在因素與外在因素，內在因素有大法官自己的意識型態，外在因素則是利益團體的影響、政治制度設計的影響，以及法律圈的影響。其中，第三節除了分析利益團體對大法官的影響外，由於牽涉到利益團體理論，故一併於該節討論利益團體對立法機關的影響。該節關於利益團體對立法機關的影響，可以部份回應立法機關會有多數暴力的質疑。經過各個影響因素的分析，最後可以簡單歸結，大法官最受自己意識型態以及法律圈兩者的影響，至於利益團體與政治部門的影響，效果有限。

第六節則僅簡單分析大法官擁有高支持度的原因。

第七節則綜合運用第三章與第四章的所有分析結果，對違憲審查此一制度進行益本分析，說明違憲審查制度是一不效率的制度。

第一節 大法官的效用函數

美國在法唯實主義的傳統下，在探討法官決策模型時，通常僅設定法官受了其政策偏好和意識形態的影響而左右其判決結果，但卻少有人提出，法官個人的自利因素也會影響法官的決策行為¹⁸⁶。有名的法律經濟分析學者 Richard Posner，在其一九九四年的 *What Do Judge and Justice Maximize?* 這篇文章中，將意識形態以外的法官個人自利因素，加入了分析¹⁸⁷。他提出，法官也是個平凡人，其也會有自己的效用函數，這個效用函數中，Posner 列出了幾個他認為對法

¹⁸⁶ Frederick Schauer, *Incentive, Reputation, and the Inglorious Determinants of judicial Behavior*, 68 U. Cin. L. Rev. 615, 619-621 (2000).

¹⁸⁷ Richard Posner, *What Do Judge and Justice Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 Sup. Ct. Econ. Rev. 1(1994).

官較為重要的效用項，包括了眾望、威望、公益、避免判決被撤銷、聲譽、投票等六個項目。

所以，大法官除了以投票滿足自己意識型態而提高效用外，若外在因素影響到大法官的其他效用時，可能也會影響到大法官的解釋。以下，筆者先介紹意識型態的成因與影響力，再依序分析各種外在因素對大法官的影響，不過，筆者於此先強調，任何欲影響大法官之決策行為者，都必須能有效影響到大法官的效用，如果沒辦法影響到大法官的效用，則其影響力將很有限。

第二節 大法官個人意識型態與出身背景

所謂的「意識形態」(ideology)，指的是個人對正義的世界觀，或者可以說是個人對「善」(good)的看法。美國不少學者，認為大法官有其個人的意識形態，且這樣的意識形態會影響大法官對憲法的解釋。例如，華倫法院相對來說，其意識形態就比較自由，而後來的伯格法院和蘭奎斯特法院，意識形態比較保守。

採取這種看法的學者很多，幾乎已經成為憲法學界的一種共識。大部分的學者，在討論大法官對某一議題會採取的立場時，通常都會把大法官分成自由派、保守派、中間派三派，然後預測其可能的立場，或是用其來解釋為何大法官會做出那些的說理。也已經有許多實証研究，試圖證實意識形態與大法官的判決之間，的確有所關聯。

意識型態的來源，主要是個人的教育背景、成長環境、與階級等因素所造成的。Patricia M. Wald 認為，法官的所做判決，有時候是受了其個性與人生經驗的影響，而不關政黨意識型態¹⁸⁸。但 Emerson H. Tiller & Frank B. Cross 則反駁說，其實這些個性和人生經驗，也是屬於意識型態的一部份¹⁸⁹。

美國政治學界已經有許多學者，針對大法官是否在解釋憲法時受了自己意識型態的影響，做了許多大規模的實証研究。其中，以 Jeffrey Segal 和 Harold Spaeth 做的研究最為有力。他們將美國的大法官依意識型態給予不同分數後，然後檢測每個法官與其判決意見所持立場的關連性。他們發現，大法官的意識型態與其判決意見的確有很強的關連。在民權、刑事程序、憲法增修條文第一條等案件中，這種關連性特別強，而在經濟管制、聯邦主義、和其他領域上，這種關連性則較

¹⁸⁸ Patricia M. Wald, *A Response to Tiller and Cross*, 99 Colum. L. Rev. 235, 239-41 (1999)

¹⁸⁹ Emerson H. Tiller & Frank B. Cross, *A Modest Reply to Judge Wald*, 99 Colum. L. Rev. 262, 264 (1999)

弱¹⁹⁰。

某些學者發現，法官好像短期來看，會與輿論有不同意見，但長期來看，卻與輿論同在，但卻沒辦法提出其因果關係¹⁹¹，其實，筆者認為，最根本的原因，就是法官出身於這個社會，活在這個社會，其意識型態，自然不會偏離整個公眾意見太遠。這點，請參見下文成本效益分析的部分。

第三節 公共選擇理論

一、擴張違憲審查的主張及理由

美國有學者運用公共選擇中的利益團體理論，來分析多數決與違憲審查的利弊¹⁹²。

先簡單介紹公共選擇理論。於違憲審查的討論上，我們乃借用公共選擇理論的幾個部分¹⁹³。一，公共選擇理論假設每一個人都是自利的，而立法委員的利益，就是要尋求連任。立法委員為了追求連任，可能會與利益團體交換利益，例如，利益團體可能會透過動員選民去投票、賄賂、給演講費、捐助政治獻金等方式，來交換立法委員的選票。法律就像是一項商品，也有供給和需求，選民和利益團體需要法律，而立法委員則提供法律給出價最高者¹⁹⁴。

二，公共選擇理論通常也會套用 Mancur Olson 的集體選擇理論，亦即，小的利益團體，比大的利益團體容易集合組織起來，因為小利益團體比較不會有搭便車等集體行動的問題。相較於小利益團體，大利益團體由於人數眾多，單一個人會覺得自己不參加也無所謂，也就是會有搭便車的情況發生，要監督避免搭便車發生的成本較高，所以較不容易組織起來。所以，小而利益強烈的利益團體，比起大而分散的利益團體，較容易發會影響力¹⁹⁵。

綜合以上兩點，一般認為，立法機關的投票，由於受到利益團體的影響，並

¹⁹⁰ Jeffrey Segal & Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* 225-229, 256-57 (1993)

¹⁹¹ Lawrence S. Wrightman, *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?* 58-62 (Kluwer Academic/ Plenum Publishers, 1999)

¹⁹² Einer R. Elhauge, *Does interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31 (1991); Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355 (1999).

¹⁹³ 公共選擇理論除了利益團體理論外，還包括社會選擇理論，不過社會選擇理論較少運用於違憲審查的分析上，但仍有一些文獻。筆者於此僅介紹利益團體理論的運用。

¹⁹⁴ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 35-36 (1991).

¹⁹⁵ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 36-39 (1991).

不能代表真正的多數，反而會比較偏好利益集中的利益團體。這樣所做出來的決策，往往是犧牲公共利益，來支持少數利益團體的主張。

因此，美國有許多憲法學者，即以利益團體會影響立法程序、扭曲民意的論點，主張要強化司法審查的權限。這些學者包括 Erwin Chemerinsky、Richard Epstein、Jerry Mashaw、Martin Shapiro、Bernard Siegan、Cass Sunstein 等人¹⁹⁶。

二、利益團體與多數決

如果說違憲審查的目的就是在保障人權，避免少數人的權益受到漠視，那麼，利益團體更是能解決這個問題，例如在種族議題的情況下，少數種族因為其利益集中且強烈，透過利益團體的運作，反而能避免其被多數種族侵害。至少，從種族議題來看，利益團體運作的結果並不一定不好¹⁹⁷。

例如，Bruce Ackerman 在一篇文章中，就以公共選擇理論的觀點，認為少數種族因為利益集中，人數少，交易成本低，故在立法過程中具有力量保護他們的權益¹⁹⁸。

對於此，Daniel Farber 和 Philip Frickey 則批評說，少數團體之所以能夠影響立法，是建立在幾個前提上，但，種族議題卻不滿足這些前提。一，政治人物如果有堅強的意識型態的話，利益團體的影響有限。二，利益團體能夠發揮影響力的地方，必須是選民不關心的議題，才容易讓利益團體遊說得逞。三，意識型態這種事屬於政治議題，跟經濟議題不同，於政治議題上，意識型態較能誘發選民去投票，而反映出選民的立場。綜上，Daniel Farber 和 Philip Frickey 認為，種族這種議題，利益團體較沒有影響力¹⁹⁹。

大部分責難利益團體運作的人，通常是責難大企業太有錢，有錢的人力量太大，而沒錢的人卻沒有影響力，所以，通常我們說利益團體運作不好的地方，是在經濟領域上的議題。至於種族和人權議題上，雖然有公益團體，但是公益團體的財力相對來講一定較少，故限制了其影響力。

不過，就算撇開種族、性別、人權等議題不談，就經濟議題上，利益團體的運作，也未必不好。例如，現在如果有一政策，是想無代價地向少數有錢人徵收

¹⁹⁶ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 44, n. 59-65 (1991).

¹⁹⁷ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 50-51 (1991).

¹⁹⁸ Bruce Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 713 (1985).

¹⁹⁹ Daniel A. Farber and Philip P. Frickey, *Is Carolene Products Dead? Reflection on Affirmative Action and Dynamics of Civil Rights Legislation*, 79 Calif. L. Rev. 686, 702(1991).

財產，由於少數有錢人一定會堅持反抗到底，所以這種政策難以過關，但是，我們也未必認為這是不好的結果，因為對經濟學者來說，無代價地對人民徵收財產才會產生不效率的結果²⁰⁰。

在經濟領域的議題上，利益團體可能真的會有不合比例的結果，是我們不樂見的。不過，就這些經濟領域的議題，真的適合由大法官去作決定嗎？Einer R. Elhauge 提出，我們責難利益團體的運作，應該要有一些規範性的基準作為評判標準，而這個標準，在經濟議題上，通常是效率，或是適當的重分配（或所謂的平等）兩者²⁰¹，而這兩個評判標準，大法官真的準確掌握嗎？

上面提到，因為利益團體不合比例的影響，有學者建議要大法官在某些立法機關投票結果不合民眾比例的時候進行違憲審查²⁰²。不過，這裡要面對的第一個問題是，到底哪些情況屬於不合比例的情形。前面已經討論過，在人權議題上，我們會覺得少數影響力勝過多數，我們不會認為是不合比例，那麼，提出這種建議的學者，必定會對大法官提出一些規範性的基準，來判斷到底什麼時候利益團體影響投票結果是不合比例的。這些規範性基準，可能是效率，或是適當的重分配。不過，既然提供了這樣的規範性基準，其實大法官只要依循這些規範性基準為審查就好，根本不需要去看利益團體的影響合不合比例，而且，這樣也比較合理²⁰³。

公共選擇理論是經濟學者提出的理論，其基本的假設，就是認為立法機關受到利益團體的影響，制定出來的法律是不符合人民意見比例的法律，所以不好。不過，多數似乎本來就是違憲審查想要對抗的，尤其在面對人權議題時更是如此，從這個角度來看，光以合不合比例這一項目來選擇要不要進行違憲審查，本身是有矛盾的²⁰⁴。

而且，如果我們說多數決的問題，就是在於一人一票，而不能計算出每個人對於相關議題偏好的強度，那麼，利益團體其實正可以展現出這樣的強度出來，

²⁰⁰ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 52 (1991).

²⁰¹ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 55-57 (1991).

²⁰² 包括 Erwin Chemerinsky、Richard Epstein、Jerry Mashaw、Martin Shapiro、Bernard Siegan、Cass Sunstein 等人。

²⁰³ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 60-62 (1991).

²⁰⁴ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 63-64 (1991).

所以，其實雖然不是真正的多數，也沒有什麼不好²⁰⁵。

總結來說，在憲法真正關心的人權議題上，公共選擇理論反而可以作為一個強力的論點，說明立法機關的運作就足以保障人權。就經濟方面的平等議題上，尤其就所謂的「實質平等」的問題，利益團體的確可能對立法機關造成不良的影響。

三、利益團體影響大法官決策

除了上述的問題外，另一個用來反對擴張大法官權限的理由，就是大法官自己的決策程序，也會受到利益團體的影響²⁰⁶。當然，每個政府部門都可能會受到利益團體的影響，如果要主張大法官有權審查某一立法是否不合比例，則必須證明，大法官決策程序受到的影響，其好／壞的比例，要勝過立法機關的立法程序。如果其好／壞的比例，比立法程序還遭的話，那麼我們就沒理由要讓大法官來審查立法是否合乎比例²⁰⁷。

利益團體可以透過各種活動，來影響法院的判決，當然，也包括了大法官的解釋。例如，小利益團體由於利益集中且強烈，較有誘因去支助有利於自己的訴訟，他們可以提出多一點的憲法解釋訴訟，爭取多一點的機會向大法官宣傳、說服利益團體的主張，且可以花錢聘請高明的律師，進行深入的研究，擬定各種詳盡的策略，試圖贏得大法官的解釋。現代的訴訟程序，有錢的人一定比較能夠在最後勝出，小而利益集中的利益團體，可以投入大量的訴訟成本，一級一級地提出訴訟，最後聲請大法官解釋，並且能花最多的錢，請最利害的律師（甚至教授），來替其辯護²⁰⁸。相對於利益團體，無組織的廣大分散群眾，由於資源不足，反而較少聲請憲法解釋²⁰⁹。另外，由於大法官接受聲請後，除了聲請人的說法外，大法官只能請相關機關、組織提出意見，而廣大分散的多數，可能因為沒有共同的組織，反而沒有機會在大法官面前提出辯論，這也使得大法官的解釋結果，容易傾向於少數利益團體那一方²¹⁰。除此之外，於大法官的提命同意的過程中，少數

²⁰⁵ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 64-65 (1991).

²⁰⁶ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 67-87 (1991); Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 360-368 (1999).

²⁰⁷ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 67, n.135 (1991).

²⁰⁸ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 361-62 (1999).

²⁰⁹ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31, 77 (1991).

²¹⁰ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE

利益團體也有可施力之處²¹¹。

美國已有一些相關實証研究證實，比較有錢的利益團體，在最高法院的訴訟上，的確比較容易獲勝²¹²。

四、比較利益團體對立法機關與大法官的影響

在比較利益團體對立法機關和大法官決策過程影響的優劣時，Einer Elhauge 認為，由於大法官的決策過程往往只會聽原告（在台灣是聲請人）與被告機關的兩方辯辭，有時候頂多找相關機關或團體來呈述一下不同的意見，但是相對來說，大法官在決策時可以聽到的意見，還是只集中在少數幾方。Frank B. Cross 提出，由於大法官的決策程序有資格的限制，導致利益團體可以以原告身份出庭，但是公益團體就比較不容易出庭²¹³。因此，這些意見可能比較偏向對個人的影響，以及偏向對過去判例的辯論，但是，卻比較少有未來的觀點，比較少有公共利益的觀點，這正是與立法機關立法過程不同之處。這樣所得出來的結果，必然比立法機關更容易傾向少數利益團體那邊²¹⁴。

另外，由於大法官決策時間以及其取得資訊兩方面的限制，大法官通常是在有人提出憲法訴訟時，才開始思考某個問題，而且，其只能聽解釋當事人的說明，聽他們所提供的資訊，並在有限的時間內作出判斷。如此一來，小而利益強烈的團體，就可以操弄這樣的方式，只提供有利於自己的資訊給大法官，而大法官在取得資訊管道有限和面對結案時間的壓力下，作出判斷，必定會偏向利益團體。相對地，立法機關在思考某一法案上，並不是由利益團體主導開啟的，且也比較沒有時間的壓力，立法機關也有較多的資源可以用在調查相關資訊上，因此，立法機關作出的決策，必定能考量比較多的面向，也能顧慮到比較多的公益²¹⁵。

還有，Einer Elhauge 提出，由於在案件送到最後大法官手上之前，有好幾道的訴訟程序，當利益團體是被告時，如果他們認為某個案子的事實對自己真的很不利，他們寧可出錢跟原告和解，也不會讓這個案子到大法官手上，作成對他們不利的判例。相對地，他們會等到某個案子的事實對自己很有利時，才讓這個案

L. J. 31, 77-78 (1991).

²¹¹ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L.J. 31 (1991). Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, 20-21 (1988).

²¹² Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355, 362, n.33 (1999).

²¹³ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355, 364 (1999).

²¹⁴ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L.J. 31, 77-78 (1991).

²¹⁵ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L.J. 31, 80 (1991).

子進到大法官的手上，作出有利於自己的判例。同樣地，利益團體身為原告時，也可能會操弄這些程序，來達到自己想要的憲法解釋結果。這一點，由於是訴訟程序的特性，立法程序比較不可能發生，對少數有錢的利益團體來說，他們更能充分的運用法院來達到他們的目的²¹⁶。

Thomas Merrill 認為，雖然利益團體對大法官決策過程的影響上，一樣要投入資源，一樣會是對較有錢的利益團體有利，不過，他比較影響立法機關所需的成本（遊說成本）與影響大法官所需的成本（訴訟成本）兩者，主張影響大法官決策所需的遊說成本較低，有利於比較缺錢的公益團體，所以贊成多一點的違憲審查²¹⁷。

不過，Frank Cross 卻提出質疑，他認為在現代的政治運作中，選民對立法委員的影響，不一定要透過遊說的方式，而有許多其他不太花成本的方式，這些方式不但比訴訟成本便宜，而且的確是有效的方式，相對地，要想讓大法官作出解釋，就必然要投入一定的訴訟成本，相比之下，訴訟成本反而較高²¹⁸。

另外，由於利益團體有時候會覺得遊說立法機關是一種「準貪污」。因此，他們可能較願意透過法院，用「宣稱權利」的方式，來影響大法官的決策。這對利益團體來說，成本較低²¹⁹。

Schlozman 和 Tierney 發現，有三種情況利益團體比較能發揮作用。一，在阻礙法律通過而非創造法律時，二，該議題能見度低的時候，三，當利益團體可以選擇有利的論壇的時候²²⁰。比較看來，大法官都比較符合這些條件，也就是說，大法官被利益團體影響的可能性很大。另外，大法官由於缺乏民意的監督，比立法機關更容易偏向利益團體²²¹。

經驗顯示，利益團體對經濟領域的影響，多半是在阻礙好的法律通過，而非在創造不好的法律。如果這個前提站的住腳的話，那麼讓大法官再來對這些通過的法律進行違憲審查，反而是不好的。因為，利益團體在之前的立法過程上，沒辦法阻礙這些好的法律通過，卻會較容易地在後來的大法官憲法解釋的過程中，

²¹⁶ Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 Yale L.J. 31, 78-79 (1991); Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 366-368 (1999).

²¹⁷ Thomas W. Merrill, *Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All?*, 21 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 219, 222-225 (1997).

²¹⁸ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 363 (1999).

²¹⁹ Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law* 187 (1997).

²²⁰ K. Schlozman & J. Tierney, *Organized Interests and American Democracy* 395-97 (1986), 轉引自 Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 373, n.85, 96 (1999).

²²¹ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355, 373 (1999).

讓這些好的法律被宣告違憲²²²。

五、公共選擇理論的解釋力

Frank Cross 認為，公共選擇理論對立法機關的決策行為，的確有部分的解釋力，但不代表全部。許多時候，立法委員還是會按照多數的意志來做決策，就算利益團體怎麼遊說都沒有用，畢竟，要尋求連任，選舉獻金不是唯一的工具，最重要的還是選票²²³。另外，立法委員也會受到自己意識形態的影響，不會完全被利益團體掌控²²⁴。

筆者認為，公共選擇理論對立法程序的實際作用，在於讓少數人的利益，可以讓立法委員知道，讓他們在做決策時加以考量，但是並不一定能影響決策的結果。從這個角度來看，公共選擇理論是有助於廢除違憲審查的主張的，因為，這解決了 John Ely 所擔心的問題，亦即，所有少數人的利益及其強度都能被立法委員考慮到，但是在考慮了之後卻仍然作出對少數人不利的決定，已經不能說是侵害少數人權了。

而就大法官的決策程序來說，公共選擇理論，的確能夠說明利益團體影響大法官決策的方式。比較影響大法官與影響立法院的遊說成本，多數時候，影響法院的確是比較省錢的，這對公益團體來說有利，有人或許會喜歡這種結果，但這對經濟上的利益團體來說，更容易讓他們進入法院，而讓大法官做出扭曲資源分配的解釋，所以整體來看，利弊互見。而且，就算他們的聲音的確可以讓法院聽到，但這並不保證法院就一定會順從他們的意見，畢竟，大法官不像立法委員，不可以收受政治獻金，所以儘管利益團體可以透過訴訟讓法院聽到某些意見，但未必能有效地影響大法官²²⁵。

第四節 賽局理論

本節將分析內部大法官彼此之間的互動以及外部與政治部門的互動。這方面的研究，主要是美國政治學界的貢獻。

於此略作說明，之所以定本節標題為賽局理論，乃因為賽局理論本身是一門

²²² Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355, 372-373 (1999).

²²³ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355, 369 (1999).

²²⁴ Frank B. Cross, *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355, 369-70 (1999).

²²⁵ 不過，有某些學者認為，利益團體在法院可以有效地影響大法官的解釋，例如，請參見 Lee Epstein and Jack Knight, *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 215-235 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

研究互動行為的理論，而被廣為運用在經濟學、政治學界。本節所介紹的關於大法官內部的互動以及大法官與其他政治部門的互動，在美國多為政治學者的研究成果。他們多半借用許多賽局理論的觀念，來分析這些互動，許多用語、觀念，均是賽局理論的術語。故本節標題以賽局理論概括之。

一、新制度論的研究

探討大法官於其他政治部門互動，以及大法官內部的互動，兩類的文獻非常多，這種研究進路於六零年代中期開始有人提倡，但直到八零年代末和九零年代才開始盛行。這樣的進路，被稱之為所謂「新制度論」(New Institutionalism)²²⁶。新制度論的進路，乃是補足「行為論」(behavioralist)的不足，亦即，行為論者認為，大法官可以無拘無束地完全貫徹自己的偏好，而沒有限制，但新制度論者確認為，大法官雖然會想要貫徹自己的偏好，但是還是會受到外在制度與內在制度的限制。外在的制度，就是其他政治部門可以使用的反制工具，而內在的限制，則是最高法院是會議體，大法官必須彼此合縱聯合，交互妥協，才能落實自己的政策偏好。不過，新制度論下的一支「態度模型」(attitudinal model)，認為雖然制度會影響行為，但是衡量美國司法的獨立性，大法官受到的牽制不大²²⁷。

二、大法官內部的互動

探討大法官內部之間的互動，文獻已經不少²²⁸，可是對本論文的主軸來說，沒有什麼幫助，故於此只概略提及各種研究方向。

大部分的文獻，均在探討大法官解釋憲法的制度，如何影響各個法官的解釋。例如，美國最高法院乃是採取多數決，那麼，這多少就會影響到單獨大法官去尋求其他大法官支持的動機，因而會影響大法官的決策行為。又例如，對於哪種案件可以進入釋憲程序，也必須有四個大法官同意，那麼，這也會影響了大法官所挑選的案件。還有，指派撰寫多數意見的規則，也會影響大法官們的最後解釋結果。大法官會議討論的方式、法官助理的運用、首席大法官的風格，也會影

²²⁶ 中文文獻，可參考謝秉憲，政治學與法學的糾葛——司法審查研究方法論初探，發表於「第一屆西子灣公法學研討會」，中山大學中山學術研究所，2002年12月13日。英文概論文獻，可參考Forrest Maltzman, James F. Spriggs II, and Paul J. Wahlbeck, *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 43-63 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

²²⁷ Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* 18-19 (2001)

²²⁸ 請參考 *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999)所附文獻。

響多數意見、協同意見、不同意見的比例²²⁹。

例如，Maxwell L. Stearns 用社會選擇的理論說明，大法官的制度設計無法讓其集體偏好忠實反映出來²³⁰。也有許多文獻做出各種統計，試圖證明其說法。例如，Paul H. Edelman 和 Jim Chen 就在一系列的文章中，試圖說明如果某一大法官看到有幾個大法官快要形成多數，就趕進加入其陣營而成為多數的話，這種採取強頭草策略的大法官，其意見成為多數意見的比率最高²³¹。另外，Forrest Maltzman、James F. Spriggs II 和 Paul J. Wahlbeck 三人則試圖證明，大法官長期會採取「以牙還牙」(tit-for-tat) 的策略，此能維持結盟的良好關係²³²，因為這本身就是一均衡策略。

對於這類文獻，筆者認為，這種互動在一般的會議體機關中，是很正常的互動，但就算能夠具體說明其互動關係，說明採取哪一種策略比較能落實單一大法官的偏好，但也沒法因而推導什麼政策建議。

筆者認為，這裡只須強調一個觀念，亦即，當有一大法官採用個人偏好來解釋憲法，得到比較高的效用後，其他的大法官，若仍然乖乖按照憲法解釋，不但可能沒有正的效用，反而會得到負的效用，所以，他們也會起而仿效，紛紛以個人偏好來解釋憲法。雖然，每個大法官如果都能乖乖按照憲法學理來解釋憲法，形成一致意見，可能會比較受人尊重，但是 Scalia 大法官卻說，大法官並不會因為意見分陳，而喪失其威望²³³。他認為，這可能是因為一般民眾很少會去管大法官到底說了哪些意見，有幾個不同意見，而只在乎大法官有沒有給出具體的答案。而法學圈卻很喜歡大法官有不同的意見，有研究的題材，所以，並不會因為

²²⁹ Forrest Maltzman, James F. Spriggs II, and Paul J. Wahlbeck, *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 51-57 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999); David M. O'Brien, *Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 91-113 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

²³⁰ Maxwell L. Stearns, *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 *Yale L. J.* 1219 (1994).

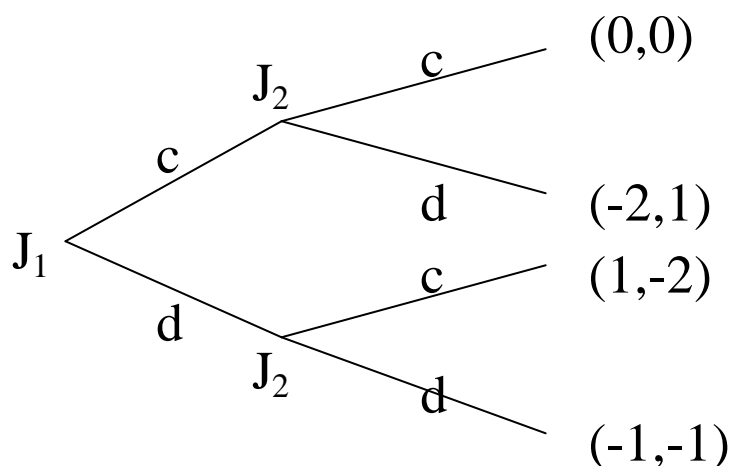
²³¹ Paul H. Edelman & Jim Chen, *The Most Dangerous Justice: The Supreme Court at the Bar of Mathematics*, 70 *South. Cal. L. R.* 63 (1996); Lynn A. Baker, *Interdisciplinary Due Diligence: The Case for Common Sense in the Search for the Swing Justice*, 70 *South. Cal. L. R.* 187 (1996); Paul H. Edelman & Jim Chen, "Duel" *Diligence: Second Thoughts about the Supremes as the Sultans of Swing*, 70 *South. Cal. L. R.* 219 (1996); Paul H. Edelman & Jim Chen, *The Most Dangerous Justice Rides Again: Revisiting the Power Pageant of the Justices*, 86 *Minn. L. R.* 131 (2001).

²³² Forrest Maltzman, James F. Spriggs II, and Paul J. Wahlbeck, *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 57 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999)

²³³ 此乃 Scalia 大法官的說法。引自 David M. O'Brien, *Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 112 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

每個大法官都有不同的意見，就看輕大法官²³⁴。在這種情況下，大法官沒必要一定要加入多數意見，反而可以儘管把自己想說的意見，以不同意見或協同意見的方式發表出來，現在雖然無法成為政策，但或許將來可能會被人引用而推翻原本的多數意見。所以，每個大法官都寧願把自己的偏好以法律原則加以包裝，而不願意屈服於多數。

若以賽局來表達上述這個概念，可參照下圖



參照自 Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will*, 14(2001) , 筆者對符號略做修改

假設只有兩個大法官 J_1 和 J_2 ，兩人若都乖乖地按照憲法文本或一些解釋方法來解釋（策略 c ），對他們來說效用都是 0，如果其中一個在某一次解釋中，為了貫徹自己的政策偏好而選擇不按照既定的解釋方法來解釋憲法（策略 d ），而另一個卻還是乖乖按照憲法來解釋的話，則一個效用是 1，一個效用卻變成-2。若兩個都不按照既定的解釋方法來解釋憲法，則效用則各為-1。這是個典型的囚犯兩難賽局，均衡是兩個人都選擇 d 策略。當然，若此一賽局是重複且無限期的話，均衡有可能是兩個人都選擇策略 c ，但是，大法官本身並不是一個無限期的賽局，所以，均衡一定是大家都選擇貫徹自己的個人偏好²³⁵。另外，雖然大法官的任期有限，但若大法官本身的認知是無限的話，我們仍可將此一賽局當作是無限期的賽局，不過，根據「無名氏定理」(Folk Theory)，此時的均衡策略將會暴增，而無一固定的均衡²³⁶，故大法官可能會時而遵守其承諾的憲法解釋方法，時而不遵守。

²³⁴ 同上。

²³⁵ Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* 14 (2001)

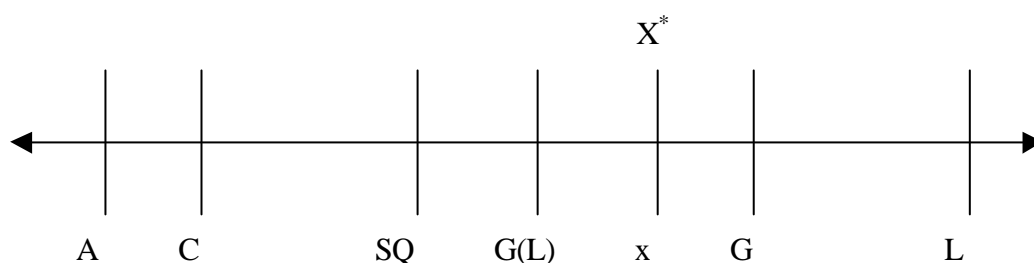
²³⁶ 請看考張維迎，「賽局理論與信息經濟學」，頁 156-167，茂昌，1999 年 1 月。

結論就是，雖然因為內部的遊戲規則，使得最後到底哪些大法官的偏好能夠真正成為多數意見落實在政策上，會有所限制，但是基本上，如果沒有外在的機制能夠影響大法官的效用，每個大法官都還是會將自己的偏好寫在自己的解釋意見裡。這點，可從判決意見與不同意見、協同意見的比例，略微佐證。不論是美國或台灣，協同意見與不同意見的比例，都一直在提高²³⁷。

三、大法官與其他政治部門的互動

關於其他政治部門影響大法官的討論，一開始，多數文獻假設，大法官會擔心其做成的解釋，會被立法機關以新的法律推翻，而導致顏面或威信受損，或有其他實質上的傷害，故會策略性的向立法機關屈服。

William N. Eskridge 架構了一模型，來說明某些時候推翻大法官的解釋的確會對大法官造成損失²³⁸。William N. Eskridge 的模型，簡單地說，是大法官雖然會想要達到自己的偏好，但是若直接解釋在自己的偏好點上，反而會引來立法機關的報復，而報復的結果，對大法官來說，可能會比現狀還遭，所以，大法官寧可選擇維持現狀。參見下圖：



引自 Jeffrey A. Segal, *Separation-Of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts*, 91 Am. Pol. Sci. Rev. 31 (1997)²³⁹

²³⁷ 美國的資料，可參考 David M. O'Brien, *Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 91-113 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999). 台灣的資料，請參見蘇永欽，*憲法解釋 - 憲政成長的指標*，「違憲審查」，頁 60，表 8 與表 9，學林，1999 年 11 月。

²³⁸ 例如，William N. Eskridge, *Reneging on History? Playing the Court/ Congress/ President Civil Rights Game*, 79 Cal. L. R. 613 (1991).

²³⁹ 這種模型與圖示，源自 William N. Eskridge 的文章，可參考 William N. Eskridge, *Reneging on History? Playing the Court/ Congress/ President Civil Rights Game*, 79 Cal. L. R. 613 (1991); William N. Eskridge, *The Article I, Section 7 Game*, 80 Geo. L. J. 523 (1993).

上圖中，A 是行政機關的偏好點，C 是大法官的偏好中點，SQ 是現狀，G 是相關委員會的偏好中點，L 是立法機關的偏好中點，G(L)則是對委員會來說與 L 點的無異點（亦即 L 和 G(L)距離 G 是一樣遠）。

這個模型所預測的互動如下，首先，SQ 是現狀，後來行政機關決定一個新的決策點 x，大法官可能會想要將其解釋為靠近 C 點，但若如此做的話，委員會就會提出修正草案 G，而立法機關則會加以修正到 L。既然 x 點比較靠近 G 點，若大法官也支持 x 點的話，委員會不會想提出新法案，因為若一提出則會被立法機關修正到 L 點，對委員會來說更不好。簡單地說，大法官為了避免得到 L 點的結果，寧可會支持 x 點，而委員會也不想得到 L 的結果，也不會提出新草案，所以 x 點就是均衡 X*。

不過，後來的文獻則批評，上述這些模型有幾個錯誤。一，大法官解釋被推翻的傷害很低。對大法官來說，其解釋被推翻，只是回到原有的現狀而已，對其根本沒有傷害，而立法機關也不太可能在推翻大法官解釋的同時，將法律制訂地比現狀更保守或更自由。若立法機關推翻大法官的解釋，只是讓情況回復原狀，那麼除非每次都被推翻（機率百分之一百），要不然大法官還是不會理采立法機關的威脅的。二，立法機關因為層層的程序限制以及其立法交易成本的問題，要推翻大法官的解釋，機率很低。三，大法官也不太可能準確預測立法機關何時會推翻其解釋。四，大法官解釋並不是只玩一期的賽局，而是玩很多期的賽局，所以，即使立法機關推翻了大法官的解釋，大法官在下一期還是可以在再為相同的解釋。綜合言之，立法機關的這種威脅，沒什麼效果²⁴⁰。

不過，這種推翻的威脅，並非毫無效果，其依賴於立法機關推翻大法官的決策成本。Robert D. Cooter 和 Tom Ginsburg 即主張，立法機關這種推翻大法官解釋的威脅，其效果取決於立法機關立法的決策成本²⁴¹。他們很成功地以世界各國的立法成本做比較基礎，檢證出立法成本較高的國家，其法官較不受威脅。而美國因為正好屬於立法成本極高的國家（兩院制及總統否決權），所以美國學者研究該國大法官，自然會得出大法官不太受這種威脅的結果。但這並不表示這種威脅毫無用處，而需視各種國家的制度及其立法機關的決策成本而定。關於此，於

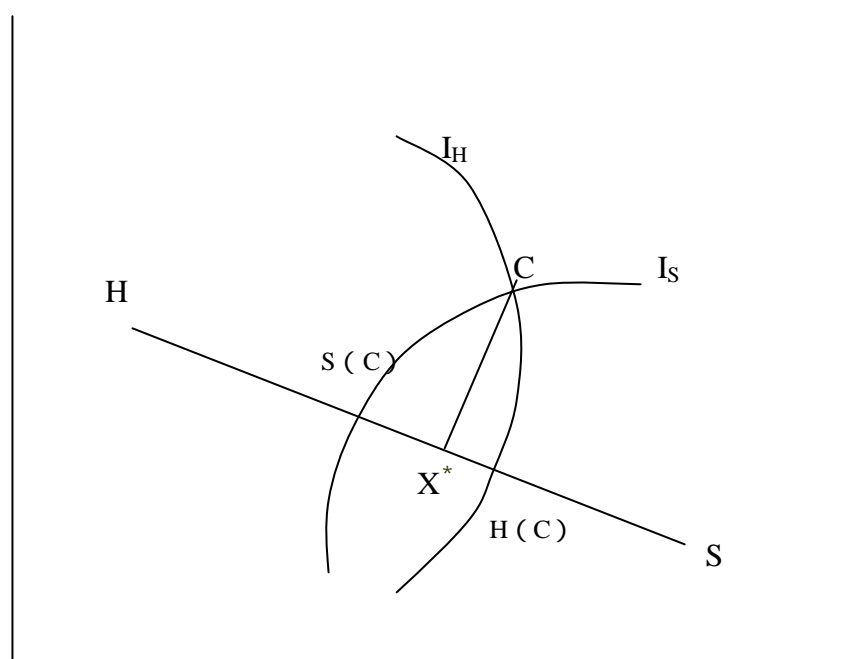
²⁴⁰ Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 237, 242 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

²⁴¹ Robert D. Cooter & Tom Ginsburg, *Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models*, 16 *International Review of Law and Economics* 295 (1996).

第六章討論各種改革方案時，筆者即會以此一決策成本的觀點，來分析大法官與立法機關互動的均衡，並說明各種方案的優劣。

除了推翻大法官解釋這種報復手段外，後來，其他文獻則轉移到其他政治部門可以使用的威脅手段，例如彈劾大法官、砍大法官薪水、調整大法官人數、限縮大法官的審判權、增加大法官的工作量等等²⁴²。

Jeffrey A. Segal 也以下圖 Brian A. Marks 所建構的權力分立模型，來表達此一概念：



引自 Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, The University of Chicago Press, 237, 241 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

這個圖的變形有很多種，但是這是最基本的樣式。這是一個兩維的政策空間。S 點代表的是參議院的偏好點，H 是眾議院的政策偏好點，C 則是法院的政策偏好點。由於和 H 點不在相同的位置，一個讓兩者都能滿意的點，最好是在 S、

²⁴² 謝秉憲，意志與限制：最高法院在美國民主政治中的角色，《法政學報》第 11 期，第 82-90 頁；Frank B. Cross and Blake J. Nelson, *Strategy Institutional Effects on Supreme Court Decisionmaking*, 95 Nw. U.L. Rev. 1437, 1460-1473 (2001).

H 的連線上。I_H 代表對眾議院來說通過 C 點的無異曲線，I_S 則代表對參議院來說 C 點的無異曲線。若法院會受到立法機關的威脅，則法院則不敢做出 C 點的解釋，而會就近在 H 的連線上，選一個點，以滿足參眾兩院的偏好。最後，法院會選擇離 C 點最近的點，也就是 X* 點²⁴³。

不過，在一個民主法治國家中，由於強調司法獨立，法官有任期保障與其他保障，立法機關不太可能師出無名就報復大法官，另外，彈劾也需有正當理由，基於這種限制，故立法機關對大法官所能做的報復手段，不太可能常常實施，頂多只能偶一為之，而且必須付出高昂的立法成本與本身的政治資源。所以，這種報復實施的可能性也很低，其機率低於採取推翻大法官解釋的報復手段。但在政治不穩定的國家中，或在威權統治的國家中，這種報復手段就很容易實施。

對大法官來說，雖然這種報復傷害很大，但若是機率很低，大法官也不會在乎這種報復手段。以期望值的觀念來說，如果大法官貫徹自己偏好的效用是 1，被報復的效用是-20，可是如果立法機關採取報復的機率是 1%，那麼，大法官的期望值就是

$$E = 1 \times 99\% + (-20) \times 1\% = 0.79$$

而若順從政治部門的偏好，大法官自己的效用將只是 0，兩相比較，大法官還是會選擇在解釋中貫徹自己的偏好，而不理會立法機關的偏好。

除非，立法機關已經很明顯地讓大法官知道其將採取報復措施，或是立法機關對某些案件報復的可能性很大，才有可能真正動搖大法官的決策。

舉例來說，美國最高法院首次建立大法官有違憲審查權的判決 *Marbury v. Madison* (1803) 案，Marshall 法官因為意識到推翻政治部門的決定有可能引來政治部門強烈的反制，所以即策略性的以委婉的方式，說其沒有審判權。而葉俊榮教授所採用的「轉型法律」和「常態法院」的分類，也正可以說明這樣的互動關係。所謂轉型法院，亦即國家從威權國家慢慢轉型到民主國家的路上，由於政局還不穩定，司法也未獲得足夠的尊重，倘若大法官膽敢隨意宣告法律違憲的話，極可能引來殺身之禍。反之，若是在常態法院，司法獨立已經獲得相當的尊重，立法機關就算對大法官的行為很不高興，也已經不太可能對之報復，此時法院就比較可以無所忌憚地遂行個人偏好²⁴⁴。

²⁴³ Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 237, 241 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).

²⁴⁴ 葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋

美國學界目前對於到底大法官會不會因為受到立法機關的威脅而稍微收斂自己的個人偏好，仍然有很大的爭議。例如，Jeffrey A. Segal 就幾度用了幾種不同的檢測方式，以上述的幾種模型，來檢證大法官是否有順從立法機關的偏好，結果發現，大法官似乎都不受影響，仍然很「真誠地」在解釋時灌入自己的偏好²⁴⁵。

當然，這樣的說法引發了許多新制度論者的批判。有些批判指出其中的檢測方法有瑕疵，有些批判則提到，有時候大法官為了怕政治部門報復，根本就不敢受理解釋，或是受理了之後採用所謂「政治問題」原則迴避解釋，以避免自己捲入政治漩渦而遭致報復。像這類的案件，由於大法官已經預期可能會引起政治部門的報復，以各種方式迴避解釋，但這些案件卻沒辦法在做出的解釋中看到²⁴⁶。

筆者認為，對於某些高度爭議性的案件，尤其是涉及政治部門激烈鬥爭的案件，大法官的確會採取迴避策略，以避免引來報復。不過，這只是大法官基於自我的預期（政治部門會報復），而影響了其策略行為。但在現代民主法治國家中，大法官就算涉入政治問題的解釋，也未必會遭致報復，而一旦大法官發現自己涉入政治問題的解釋也不會遭致報復時，對這類領域的問題可能也會大方地逕做解釋，並灌入自己的偏好。

從歷史上來看，不論是美國還是台灣，大法官在做違憲審查時，一開始宣告違憲的比例都很低很低，但是大法官一旦發現報復的機率越來越低（司法越來越獨立），則違憲宣告的比例則會慢慢增加。根據統計，美國大法官宣告國會法律違憲的比率，乃呈成長的趨勢²⁴⁷，台灣也一樣是如此²⁴⁸，此正可以表現出，一國越民主法治，大法官越不擔心其被報復的可能，故宣告違憲的比例也一直增加。

美國由於違憲審查是慢慢發展來的，對違憲審查的質疑一直存在，所以，即使是在今天，美國的政治人物也不覺得威脅大法官是絕對禁止的行為，所以，相對來說，美國大法官宣告國會法律違憲的比率，不算太高，因為大法官心裡還是

風格與轉型脈絡，台大法學論叢第 31 卷第 2 期，頁 66-80，2002 年 3 月。

²⁴⁵ Jeffrey A. Segal, *Separation-of-Power Games in the Positive Theory of Law and Courts*, 91 Am. Pol. Sci. Rev. 28-44 (1997); Jeffrey A. Segal, *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model*, in *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches* 237, 242 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999). 對於 Segal 的檢測所提出的其他批評，可參考謝秉憲，政治學與法學的糾葛——司法審查研究方法論初探，發表於「第一屆西子灣公法學研討會」，中山大學中山學術研究所，2002 年 12 月 13 日。

²⁴⁶ Frank B. Cross, Blake J. Nelson, *Strategy Institutional Effects on Supreme Court Decisionmaking*, 95 Nw. U.L. Rev. 1437, 1483-1491 (2001).

²⁴⁷ 謝秉憲，意志與限制：最高法院在美國民主政治中的角色，《法政學報》第 11 期，頁 101-102。

²⁴⁸ 請參見蘇永欽，憲法解釋——憲政成長的指標，「違憲審查」，頁 58，表 5 與表 6，學林，1999 年 11 月。

會認知到有被報復的可能。但是，相對於美國，其他新興的民主國家，一採用違憲審查制度後，認為違憲審查是高高在上的，不可批評的，司法獨立是非常重要的，是不可以打擊司法獨立的，導致這些新興民主國家的司法審查的運作，由於普遍認為立法機關不可以對大法官進行報復，他們宣告法律違憲的比例，竟然都比美國還高，印度和台灣都是好例子。

第五節 法律學界的影響

大法官的解釋行為也會受到法律學界的影響。這個觀念，主要是美國最高法院 Scalia 大法官首先提出來的。他在同性戀權 *Romer v. Evans* 的不同意見書中，指出大法官容易受到法律學術圈的影響²⁴⁹。

Frederick Schauer 指出，若用經濟術語來描述這個現象，即是在 Posner 法官所提出的法官效用項中，對大法官來說，效用最大的，乃是聲譽這一項目²⁵⁰。由於大法官注重其聲譽，所以會嚴重受到法律圈的影響。

能當到大法官的人，除了在投票時獲得意識型態的滿足，其最重要的，大概就是來自法律圈的認同。大法官不是只有生活在法院而已，他生活在法律人的圈子中。他可能會在大學法律系兼課，可能會參加法律研討會，可能會出席法律圈內的婚喪喜慶，等等等等，他每天除了在工作場所要面對其他同仁外，下班以後，可能才是他生活的開始。

由這個背景來看，就可以理解聲譽這一項目為何在大法官的效用函數中份量最重了。例如，如果大法官解釋的結果，與整個法律圈的主流意見相違，還會有幾個學校肯聘請大法官擔任兼任教授？大概那些學校會把這些違反主流法學意見的大法官，看作是不唸書的人，還怎麼可能聘請他當教授呢！另外，如果大法官解釋的結果，與整個法律圈的主流意見相違，那麼還有誰會邀請大法官參加研討會呢？就算有人邀請他去，他去了受到法律圈其他人士的批評，肯定也是坐如針氈，不是滋味。更不要說大法官解釋的結果違反法律圈主流意見的話，法律圈內人不再把大法官當作正義使者，沒人邀請大法官參加宴會的那種冷落了²⁵¹。

²⁴⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 652 (1996) (Scalia, J., dissenting); see also *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 567 (1996) (Scalia, J., dissenting).

²⁵⁰ Frederick Schauer, *Incentive, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. Cin. L. Rev. 615, 629 (2000). 對其他下級法院的法官來說，聲譽的影響可能不是很大。

²⁵¹ 以台灣來看，或許不太符合筆者的描述，有些學校往往正是因為某某是大法官，就聘請其當教授。但是，縱使受人聘請，也不代表在法學界受人尊重。以美國來看，據說我們能夠邀請到美國的 Scalia 法官來台，是因為他的主張在美國學界較不受歡迎，所以沒什麼人邀請他參加活動，

另外，Lawrence S. Wrightsman認為，之所以大法官會受法律學界影響，很重要的一項原因，是因為大法官的助理是法學院的年輕畢業生，因為其剛從法學院畢業，所學都是法律界的主流看法或說理，故在其替大法官撰寫判決意見或協助時，會影響大法官的意見²⁵²。不過，筆者認為，這項因素雖然的確有影響力，但是不如上段所提的因素重要。

Frederick Schauer 指出，明明是保守派的大法官，近幾年在投票的時候，居然會轉向支持自由派的立場，這唯一的可能解釋，就是整個法學圈的氣氛已經漸漸在改變，法學圈內的人漸漸轉持左派立場，這些右派的大法官，不論是耳濡目染，或是求立名以留萬世，受了聲譽的影響，才會轉向投向左派一票²⁵³。

而 Michael J. Klarman 認為，美國歷史發展中，之所以大法官會特別保障財產權以及傾向中央集權，因為這是法學圈普遍的意見。此外，二零年代以後，社會和文化議題，取代了經濟議題在憲法上的重要性，而在這些議題上，根據統計，受教育程度越高、經濟能力越好的人，會較為偏好自由派的立場²⁵⁴，可以想見，法學圈多數都是教育程度高與經濟能力好的人（大法官本身也是），其立場當然會較傾向支持自由派的主張，這也導致在這些議題上，被稱為保守的柏格和蘭奎斯特法院，居然都採取自由派的立場。反之，受教程度的高低與經濟能力，在經濟議題上，就比較沒有偏左的傾向，所以，法律圈也未必支持自由派的立場，導致大法官在選舉經費改革、強制徵收和課稅、商業言論等議題上，都採取保守右派的立場²⁵⁵。

總結地說，大法官由於注重其聲譽的關係，會受到社會人民的影響，更會受到法律圈的影響。法律圈所展現出來的想法，比較是精英的想法，在許多時候，與全體社會人民的想法會有所差異。於此，Michael J. Klarman 認為，大法官的解釋偏向社會精英的意見，而與人民的意見不同，這點，已經大大違反了民主的原則，社會精英的意見，在投票時，不應高於人民的意見²⁵⁶。

除了社會精英的意見與人民意見不同這點之外，筆者必須指出，由於台灣的特殊法學教育文化，導致法律圈的想法，未必是其他社會科學精英的想法。故這個問題的流弊，放在台灣的脈絡下，可能會有放大的效果。關於此，筆者將於第

因而比較有空，台灣才得以邀請到他。

²⁵² Lawrence S. Wrightman, *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?* 65-68 (1999)

²⁵³ Frederick Schauer, *Incentive, Reputation, and the Inglorious Determinants of judicial Behavior*, 68 U. Cin. L. Rev. 615, 627-630 (2000).

²⁵⁴ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, n 245 (1998)

²⁵⁵ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 190-1 (1998).

²⁵⁶ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 194 (1998).

五章分析我國大法官受到台灣法學圈影響的段落時，再進一步分析批判。

第六節 人民滿意度動態分析

有人認為，違憲審查的正當性，就在於人民支持這個制度，人民選擇了這個制度，且人民對司法機關的信任或滿意度，也總是高於其他政治部門，此即為違憲審查的正當性來源。雖然，目前台灣人民對大法官的支持度還不高，不過都略高於其他政治部門，故筆者仍檢討討論之。

單從邏輯上看，這個說法就有很大的問題。如果僅以人民支持度來說一個制度好不好，那麼，受歡迎的終身元首制，真的就是一個好的制度嗎²⁵⁷？

其實，人民對大法官的信賴度或滿意度會比其他政治部門高，從動態的角度來看，就可以知道原因，不需要特別誇大強調²⁵⁸。主要的原因在於，大法官在國家重大事務的決策上，佔的比例較低，被報導的次數低於其他政治部門，而且決策過程也比較不公開，使得人民對大法官比較不了解，自然也比較不會有負面的看法。例如，比較民眾對總統和國會的支持度，也同樣因為結構與功能上的差距，導致人民對總統的支持度，向來均比國會高，但這並不表示國會就是個不好的制度，而總統就是個好制度（一般認為，總統是相當不好的制度）。

第七節 成本效益分析

一、違憲審查有無助於民主與人權？

目前仍沒有堅強的統計數字可以證實，大法官的確有助於民主與人權。如果只簡單比較二十四個 OECD 國家，只有一半的國家有強勢的違憲審查制度，而另外一半採取弱勢違憲審查或無違憲審查的國家，一樣也是高度民主國家²⁵⁹。另外，任冀平與謝秉憲也針對拉丁美洲十七個國家，比照其在美國 Freedom House 的自由指標，也發現有實施違憲審查的幾個國家，其自由指標未必就比無實施違憲審查的國家來得高²⁶⁰。

Jan-Erik Lane 和 Svante Ersson 雖然以對全世界所有國家進行回歸分析法證

²⁵⁷ Michael J. Klarman, *What so Great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145, 187 (1998).

²⁵⁸ 楊泰順，「被誤解的國會」，頁 17-22，希代，2001 年 11 月。

²⁵⁹ Jan-Erik Lane & Svante Ersson 著，何景榮譯，「新制度主義政治學」，頁 248，韋伯出版社，2002 年 9 月。

²⁶⁰ 任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權訂位之研究，東海大學政治系「跨世紀的政治願景」學術研討會，頁 23-24，東海大學政治學系主辦，1999 年 12 月。

實，違憲審查對民主的確有所貢獻²⁶¹（回歸係數 0.73，T 檢定值 2.17），但是，筆者認為這是其考慮變因太少的原因（其只考量違憲審查與監察使兩項政治制度），如果考慮進別的變因（例如內閣制、兩院制等），說不定就可以發現，違憲審查的貢獻相對來說會減少。而且，在他們的分析結果中，發現監察使這一制度，比違憲審查的貢獻還要高得多（回歸係數 1.52，T 檢定值 6.31），那麼，或許真如筆者所言，加入其他政治制度變因一起分析後，就可能發現，違憲審查對民主可能並無貢獻²⁶²。

二、民主與人權的關連

單純以美國 Freedom House 所做的各國人權與民主指數來看²⁶³，不難發現，民主指數與人權指數，呈現高度的正相關，亦即，民主指數高的國家，人權指數必定也高，而民主指數低的國家，人權指數並定也低。Jan-Erik Lane 和 Svante Ersson 以 FreedomHouse 的民主指數與聯合國開發計畫的人權發展指數所做的回歸分析顯示，民主與人權的確呈現高度的正相關²⁶⁴。所以，我們可以很快地得出一簡單結論，有民主的地方，應該也能保障人權，而不需要大法官的幫忙。如果，我們沒有大法官，一樣也能成就民主，那麼大法官就是沒有正面效果的。

三、救濟成本

前段介紹公共選擇理論時曾經提到，有人主張，由於少數族群要讓大法官聽到他們的意見，比要讓立法機關聽到其意見，成本要小得多，所以有助於人權保障。不過，實際上雖然少數族群可以較容易讓大法官聽見自己的聲音，但未必就能有效影響大法官。而且事實上以現代的政治運作來看，影響大法官的訴訟成本，未必比影響政治部門的遊說成本來得低。且根據 Gerald N. Rosenberg 的說法，既然大法官其實無法帶來真正的社會改革，那麼利益團體投注大量金錢到訴訟過程中，可能就是一項浪費，甚至排擠到了可以投注在影響政治部門的金錢，減緩了改革的發生²⁶⁵。

第三章和本章公共選擇的討論也提到過，由於大法官的能力有限，無法正確

²⁶¹ Jan-Erik Lane & Svante Ersson 著，何景榮譯，「新制度主義政治學」，頁 255，韋伯出版社，2002 年 9 月。

²⁶² 可惜筆者在目前有限的時間下，無法做出這樣的統計，不過，如果以後有機會，一定會想辦法完成這項分析。

²⁶³ <http://www.freedomhouse.org/>。

²⁶⁴ Jan-Erik Lane & Svante Ersson 著，何景榮譯，「新制度主義政治學」，頁 162-163，表 5.1、表 5.2，韋伯出版社，2002 年 9 月。

²⁶⁵ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope* (1991).

評估許多公共利益，而容易傾向於人權保障，或許，從這個角度來看，大法官的確可以多保障人權，但是，此時大法官低估了公共利益的重要性，得出的結論未必對社會是好的，反而增加了社會成本（有些社會政策看似侵害某些人的人權，可是實際上的效果，可能保護了更多人且更大的人權，例如刑事政策正是如此）。

四、爭議解決成本

有人主張，違憲審查是一解決爭議成本較小的制度，所以是一個不錯的制度。因為，如果沒有這個制度，那麼若政治部門發生很大的爭議時，必須付出很大的政治資源、政治成本，來解決問題，而且，可能紛爭一直無法解決，浪費時間成本與後續的政爭成本。如果，這些高度爭議的問題可以由大法官明快地加以解決，成本既小，也能夠徹底地底定紛爭，故從這個角度來看，違憲審查不失為一個好的制度。

例如，郭銘松在討論大法官是否適合解決機關權限爭議時提出，在台灣憲政動盪的九零年代，其他政治部門溝通不良、無法達成共識，而訴諸全國民意又太費成本，此時，由擁有最終憲法解釋權的大法官，定紛止爭，正是其為解決機關權限爭議的正當性來源²⁶⁶。似乎這是採取這種說法的例子。

不過，筆者認為，這樣的說法有邏輯上的問題。倘若台灣的憲法就規定立法院即是最終的憲法決定者，那麼，可能根本不會有郭銘松所謂政治部門無法達成共識，需要外求於大法官的狀況。也就是說，如果憲法規定立法院就是所有政治爭議的最終決定機關，那麼可以想見，許多有爭議的政治問題，立法院投票就算數，而不會吵鬧不休，虛耗政治成本。而且，可以確定的是，一旦立法院做成決定，那麼在該任期內，同一問題也不會再被提出，頂多到了下一屆立法委員選出，才會再啟爭議。相反地，正是因為有釋憲機關，所以才會有不敵立法院多數的一方（立法院少數或行政部門），會在立法院那一關輸了之後，還爭執不休，想在大法官這一關扳回一城，增加爭議成本。當然，台灣渾沌不明的政府體制，可能也是容易引發政治爭議的原因，例如總統制也比內閣制容易引發政治爭議，不過，通常憲法中都會規定好爭議的解決方式。台灣正是因為政治少數不肯接受憲法所規定的解決爭議的方式，在未走該走的解決途徑前，或在耗盡了原本該走的解決爭議的途徑後，發現還有聲請大法官解釋一途，而去聲請大法官解釋，這是增加爭議解決成本，而非減少爭議解決成本。

²⁶⁶ 郭銘松，違憲審查機制解決政治僵局可能性之評估 - - 以司法院大法官針對政治部門權限爭議之解釋為中心，台大法學論叢第 30 卷第 2 期，頁 285，2001 年 3 月。

另外，以美國經驗來看，大法官做成決定，如果是違逆社會多數的決定，其實政治還是不會穩定，政治部門和各種團體，還是會繼續紛紛擾擾，例如國會會通過新法律以推翻大法官的解釋，而其他團體也可能會繼續聲請釋憲試圖推翻違逆社會多數的解釋²⁶⁷，要直到大法官的解釋與社會多數相符，才可能真正穩定下來。所以，大法官並不能真的節省政治成本。

五、決策成本與益本分析

Mark Tushnet 首度嘗試用成本效益分析，來說明大法官是項不效率的設計。以下，筆者將以其論點為基礎，並輔以個人的思考結果，建立一更具體的成本效益分析模型。

首先，我們還要考慮大法官與立法機關的決策成本。以美國經驗來看，如果大法官的解釋結果違逆社會多數，社會力量還是會嘗試透過立法機關，試圖推翻大法官的決定，而大法官也可能會反擊，如此一來一往，最後的結果原則上不會離社會實際多數太遠，也就是還是外部成本不變，但是決策成本卻增加了好幾倍。筆者認為，這是一項多餘的成本。

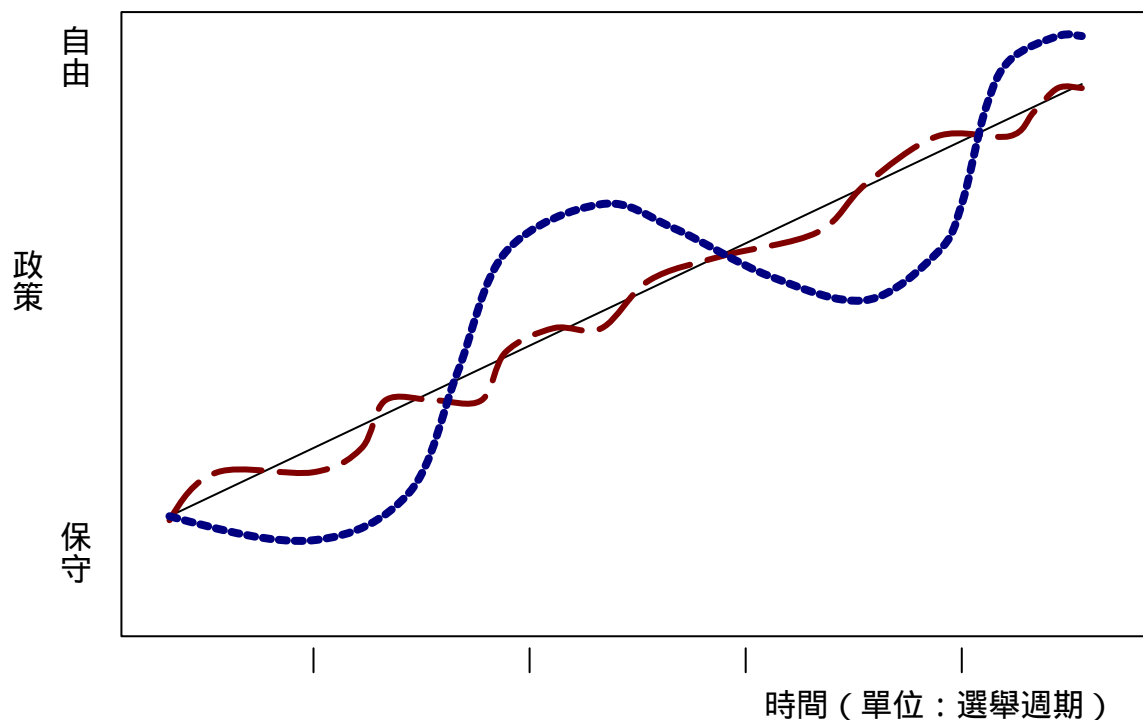
在第三章中，有提到 Robert Dahl 主張，美國的大法官根本無法抗逆多數，就算能抗逆，也頂多能持續一段時間而已。國內學者任冀平也採相同的看法²⁶⁸。看起來，既然大法官終究是與社會多數同在，似乎大法官的存在，對社會不會有壞處。可是，筆者確認為，長期來看，大法官雖然與社會多數同在，但是這中間的時間差，以及其中多花費的決策成本，都是一項浪費。某程度來說，大法官阻擋不了社會的改革，但是，卻增加了改革的困難，對整個社會來說，沒有明顯的好處，卻浪費了幾十年的社會成本，是一個壞處。

Barry Friedman 曾經以微波圖的例子來說明大法官與社會發展脈動的關係²⁶⁹。筆者藉其創意，繪製成下圖，來說明筆者的想法。

²⁶⁷ Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 90-106 (1998).

²⁶⁸ 任冀平，美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際，「歐美研究」第 25 卷第 3 期，第 45-93 頁，1995 年 9 月。

²⁶⁹ Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577, 676-680 (1993).



圖：大法官、政治部門與社會多數的政策互動

來源：作者自製

短虛線代表大法官的政策線，長虛線代表政治部門的政策線，而實線則代表民眾多數的政策線，也就是中軸。假設民眾多數的政策線會隨著時間朝固定的方向等速地移動。而橫軸則是選舉週期，以台灣為例，就是四年。以下，筆者直接以台灣四年的選舉週期為例加以討論。

由於政治部門最多四年改選一次，所以其政策線與民眾多數的政策線不會偏離太遠，且就算偏離了，透過四年一次的改選，也可以讓其回歸到社會多數政策線上。而且，這個偏離的週期未必長達四年，在現代的政治中，民眾不必等到四年一次的改選，就可以透過各種管道表達出其政策意願，並對政治人物施壓，所以，一個偏離社會多數的政策，可能在短期之內就回歸中軸。

相對地，大法官在制度設計上，雖然是四年換一半，透過這四年一次的機會，政治部門可以挑選與其意願相符的大法官，故該政策線與中軸交錯的週期約略等於選舉週期，也就是四年。但是，由於四年才換一半，且加上人選的限制，導致這樣的效果有限。比較起來，大法官因為不若一般政治人物，不受到民意影響，政治部門的政策線不用等到四年，就可以因民意壓力而回歸中軸，但大法官的政策線卻因為不受民眾壓力，而較不會在短期內就回歸中軸。

在偏離的幅度上，大法官的政策線也會比政治部門的政策線來得大。一方面

由於大法官人選的限制，所以本身就比較不貼近民眾多數。二方面由於大法官人數較少，比起政治部門，無法較有比例地反應社會各個層面的意見。第三則是如前段所述，大法官不受民意壓力控制，故偏離的幅度也較大。

整體來看，大法官有時候會比立法機關先制訂好的法律，搶了社會改革的先機，節省了一些改革成本，但在其他地方，大法官也可能阻礙社會改革，延緩改革時程，增加改革成本。倘若大法官所增加的成本與減少的成本，大致相同的話，那麼，如同 Mark Tushnet 所講的，大法官不過只是在「零附近徘徊」，有它跟沒它沒什麼差別。

不過，大法官減少的改革成本，可能會少於其增加的改革成本，如此，就可以說明，大法官的確是一個成本大於效益的制度。通常，社會對改革、新政策這種事情，通常比較難以接受，而比較願意停留在原本的政策上。Gerald N. Rosenberg 提出，大法官若是比社會跑得更快，若得不到社會多數與政治部門的配合，其實根本不會有效果²⁷⁰，故促進社會改革的效果比較小。但是，若是大法官比社會跑得慢，社會多數雖然想要改革，但是因為改革的法律被宣告違憲，沒有法律的配合，大法官比較能夠成功的阻礙改革。也就是說，大法官增加的改革成本，會大於其減少的改革成本。

另外，在那些大法官決定與政治部門同在的情況下，也就是上圖中大法官政策線與立法機關政策線相交的時候，雖然看起來他們立場一致，有時候可能是經過一輪的政治爭議（例如因為有違憲審查制，國會中的少數議員在某個法案的投票上輸了後，轉向大法官求救，而大法官最後認為合憲），那麼，這中間的過程，就是虛耗各方的決策成本。

不過，這是在假設大法官本身沒有人事成本的情況下的分析，若加上大法官本身的人事成本，那麼我們更可以大膽地說，違憲審查的成本的確高於效益。

以上的分析，可能太過宏觀，而未考量到一些特別的案件，尤其是必然有人會質疑，長期來看，雖然大法官無發揮重大功能，但短期卻可在個案中發揮功能。故筆者以下將以另一模型作為分析基礎，進一步做更深入地說明，論證大法官短期所發揮的功能也很小。

Mark Tushnet 說，在國家重大政策與會引起人們關注的事項上，大法官並沒有什麼太大的功能，這種引起高度關注的政治偏離，民眾自己可以透過壓力，糾

²⁷⁰ Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Changes?* 15-21, 30-36 (1991)

正、修復這些錯誤。不過在某些小地方，大法官的確是有幫助的，例如在那些引不起全國注意力的小案子中，大法官確實可以糾正那些偏離常軌的行為²⁷¹。在一般的情況下，通常人民都能透過自己的方式來解決多數暴力或代理失靈的問題，我們可稱為「普通的」情形，而在少數「極端的」情況，可能人民也無法自我糾正，也許就需要大法官的幫忙。不過，歷史顯示，在這些極端的情況下，大法官也不太可能抵抗多數人的意見。如果只為了這些極端的情況設置大法官，大法官一定不會乖乖地恪守本分，只在那些極端的情況下出聲（通常這種情況很少發生），他們一定會按捺不住，連普通的、人民能夠自我糾正的情況，大法官也會想介入。

筆者自己以一表，來表達 Mark Tushnet 的基本想法。不過，此表細部的內涵，為筆者思考的結果，因為此表乃是特別表達短期的大法官功能，Mark Tushnet 卻未對長期短期做進一步地區分。另外，筆者也特別加入政治體制此一變因。而對於各種類型的具體比例，尚無法得知。

²⁷¹ Mark Tushnet, Taking the Constitution away from the Courts 144-145 (1999).

表：釋憲制度短期功能類型表

功能類型	類型一	類型二	類型三	類型四
內容	不需靠大法官幫忙，人民、政治運作可以自行修復的錯誤	人民、政治運作無法修復的錯誤，大法官也無法修復	人民、政治運作無法修復的錯誤，大法官可替其修復	大法官反而造成錯誤的結果
案型	大部分案件	少數極端案件	少數案件，例如無法獲得全國性關注的地方性案件	少數案件
成本、效益	無效益、增加決策成本	無效益，浪費大法官決策成本	有效益、減少社會成本	增加社會成本
與政治體制的關係	威權國家中此類比例小，民主國家中此類比例大	威權國家中此類比例大，民主國家中此類比例小	威權國家中此類比例大，民主國家中此類比例小	威權國家中此類比例小，民主國家中此類比例增大

來源：作者自製

此表乃是說明，大部分的案件，人民或政治運作，均可自己修正政治過程中一時的錯誤，修復的時間與大法官介入修復的時間約略相等或稍長。只有在少數的案件中（例如無法獲得全國關注的案件），人民或政治運作無法修復，或需要過長的時間才能修復，此時大法官才能真正發揮功能。而在某些案件中，大法官也可能做出錯誤的判決。另外，在少數極端的案件中，人民和政治運作無法修復錯誤，大法官也無法修復錯誤。所以，總結來說，大法官真正能發揮功能的，只有很低的機率。以下進一步加以說明各比例的意涵。

類型一代表的是政治部門自己可以在短期內修復的錯誤，而大法官介入修復，可能跟政治部門自己修復的時間相等，或略快於政治部門修復的時間。雖然有時大法官介入可加速修復該錯誤，但之所以仍不將此種案件歸屬非大法官不可的類型中，主要是因為雖然大法官介入加速了此一錯誤的修復，但因為要求立法機關趕緊立法，卻會排擠到立法機關其他本來就在議程上的其他法案。例如，假

設立法機關將於五年內分段完成刑事訴訟法的大改革，共包括三十個小制度²⁷²。其中，對於某一小制度，立法機關原安排於四年後才會修改，但大法官卻提早介入修改此一錯誤，導致立法機關必須將此一小制度的修改插到議程的前面，而排擠到另一個小制度的修正，故整體來看，大法官這種介入，其實並沒有任何功勞，有等於沒有。除了沒有功勞外，這類的案件，卻會增加多餘的決策成本。另外，對於民主政治運作的案件，則大多屬於此類，亦即通常這類爭議跟本不需靠大法官介入，政治運作或輿論壓力就可以讓其自動修復。大法官介入政治運作的案件，只是虛增決策成本。

類型二則是人民、政治部門和大法官皆無法修正的錯誤。在威權國家中，這部分的比例會很大，因此相對地壓縮了其他類型的比例。

類型三是大法官能發揮功能的案件，亦即若無大法官，人民或政治部門短期內不會修正的錯誤，但是這種案件，卻是全部案件中的少數。此一比例，筆者則認為取決於整體政治、社會的背景。前已說明，一個民主的國家，通常其也保障人權，故在民主程度高度發展的國家，大法官能真正發揮功能的機率本來就很低，大部分的問題其實透過政治管道都可以處理。而在一個不民主的國家，其通常也不保障人權，此時或許大法官有較大的發揮空間。可是，前面也說明過，如果一國家政治不民主，或民主尚未穩定，大法官本身可能就是威權體制的一環，就算大法官比較重視人權，但因為有被其他政治部門報復的危險，也不太敢挑戰立法權威，或者就算其挑戰了，可能會遭來裁撤的命運，或者，其違憲審查權也可能被加以限制。故在這種國家中，大法官無法修正的錯誤比率增加，而壓縮了大法官可發揮功能的空間。筆者認為，唯有在一種國家中，大法官比較能夠發揮功能，也就是發揮功能的機率可能會較大。那就是在一個民主轉型過程中，民主指數高，但人權指數低的國家。若以美國 Freedom House 將自由指數區分為政治自由指數與人權自由指數為例，唯有在那些政治自由程度高、人權程度尚未跟進的國家中，大法官才會有比較高的發揮機率。但是，這樣的狀態，通常不會持續太久。

類型四則是大法官解釋發生錯誤的那一塊，也就是會增加社會成本的案件，其比例略等於其發揮功能的比例。而這塊的比例在一個不民主、不人權的國家中，可能比較小，但隨著國家越來越保障人權後增大，因為此時人權大多能獲得保障，剩下的問題，其實並非侵害人權，而是對該議題有高度爭議，大法官介入

²⁷² 或者可以想像有三十個配套的勞工立法。

的話，較易發生錯誤。需說明的是，類型四造成的錯誤成本，是指短期的社會成本，而非長期的社會改革成本。當然，類型四的案件經過較長時間大法官仍不肯改變態度，即會轉化為前述長期模型中的社會改革成本。

整體來看，大法官有部分的較低的機率發揮正面作用（類型三），有相對地機率會發生負面作用（類型四），而有很高的機率則沒有用處，卻會增加些許成本（類型一、類型二）。總的算來，筆者認為，大法官應該是個效益小於零的制度。但必須注意，實際上這四種類型的比例到底各佔多少，正是對釋憲制度進行成本效益分析的關鍵，而這可能會因不同國家不同時期不同釋憲制度而有所差異。筆者將於下一章以此四種類型直接針對台灣案例進行分析，至少，經筆者的歸類評述後，筆者認為台灣目前的釋憲制度，成本大於效益。

第八節 小結

從本章關於大法官決策模式的分析，可以得出，在一個民主法治國家中，影響大法官決策的最重要的因素，就是大法官本身的政策偏好以及法律學界的影響。這一方面可以充分說明第二章的論點，亦即大法官在解釋憲法時，多半是按照自己的政策偏好走，而不會遵守各種憲法解釋方法。另一方面，也可以說明大法官的確會受到法律學界的影響，此展現於兩方面，一，大法官會以各種法律學界所認同的解釋方法來包裝自己的政策偏好，二，大法官對個案的實質決定，偶爾也會受到法律學界的影響。

另外，從公共選擇的角度出發，或許多數暴力或侵害人權的問題，並不如一般所想像地那麼嚴重，尤其筆者特別強調，雖然利益團體的運作，未必能改變政治部門的多數意見，但至少能讓政治部門聽到少數利益團體的聲音，亦即能讓他們顧慮到少數人的利益。從此點來看，雖然政治多數最後可能還是選擇犧牲少數，但這並非是武斷專擅地決定，而是經過考量後的妥協，故我們不該對多數暴力做過度誇大。

而針對違憲審查進行成本效益分析，以長期來看，大法官其實沒發揮什麼功能，卻會阻礙社會改革、增加無謂改革成本、救濟成本。不過，以短期來看，大法官還是能發揮功能。筆者具體地建立了一區分大法官實際功能的模型，將大法官的實際功能分成四類，大部分的案件，是可以透過民眾壓力、政治部門自己修正解決的，不需要大法官幫忙，大法官於此種案件中只是虛增決策成本。而另外

的案件中，大法官只能在部分案件中真正發揮功能，卻會在相等比例的案件中，造成錯誤，產成社會成本，且進而可能轉為高額的改革成本，而最後的少數案件，則不論民眾或大法官，也都無法修復。如此，衡諸大法官的制度成本與其所發揮的效益，違憲審查其實不是個好制度。不過需注意地是，此比例的真實情況需具體研究各個國家的釋憲制度才能做出判斷。

第三章與第四章的各項論點，都是美國學者針對美國大法官所做的研究，而非針對台灣，或許會有人質疑，台灣的釋憲制度與美國有所不同，可能台灣未必會出現上述的這些問題，故筆者於下一章中，將會以這些較為批判的觀點，重新檢視台灣大法官的運作，試圖說明台灣的違憲審查，一樣出現了三、四章所指出的問題。而且，筆者將具體運用上述四分類的模型，來一一分析台灣近十五年來的憲政運作，以說明以台灣目前的違憲審查制度來看，的確是一不效率的制度。另外，是否台灣的民主政治真的能自動修復一些運作上出現的錯誤，而不需大法官幫忙，一定會有許多人加以質疑，筆者也會於第六章中略做討論。

第五章 台灣司法違憲審查的發展

經過第三章與第四章介紹美國學界的一些反違憲審查的觀點後，本章希望借用其中的一些觀點，來重新詮釋台灣大法官解釋的發展。以這些新觀點來看待台灣的大法官，筆者希望能夠說明，台灣的大法官其實不如法律學者所讚揚的那般好，相反地，筆者認為大法官對台灣不但貢獻很少，也增加了一些額外的問題。

首先，第一節先介紹大法官如何透過解釋擴張自己的權力，以凸顯大法官也是自利行為者，讓大法官來守護憲法，不免啟人疑竇。第二節，筆者則仿照美國學者討論大法官的意識型態，以「法制偏好」這一角度，來看待大法官的個人法制偏好以及法學界對其的影響。以此觀點，可以證明大法官在解釋時，的確是恣意而為，頂多受到法律學界的拘束。但筆者則會繼續批評，大法官只受法律學界的影響，其眼界太過狹隘，思考不周全。

介紹完大法官自我擴權與解釋的恣意後，接著在第三節，則具體將前兩章所討論的違憲審查與社會的互動及其成本，以台灣民主開放後的案例，具體說明台灣大法官的貢獻，並指出大法官對台灣貢獻很小，卻造成許多成本。經過該節的說明，希望說服讀者相信，違憲審查的確沒有功用。不過，違憲審查在台灣無發揮功能，可能是釋憲制度的設計上的問題，而非釋憲制度本身，針對此一疑慮，在該節最後，筆者也會進一步作分析。凸顯了大法官本身的恣意與其所帶來的成本後，在最後一節，筆者則討論政治部門與大法官的對話途徑。該節將說明，大法官透過解釋，一一封鎖政治部門與之對話的管道，而導致台灣目前只剩下選任大法官一路，可以影響大法官的解釋。

第一節 大法官透過解釋擴張自己的權限

我們說大法官的作用是在制衡其他機關擴權，本段，我們也來看看大法官自己的擴權史。

蘇永欽教授曾有一文題為「憲法解釋 - - 憲政成長的指標」，其中，對於大法官漸漸擴張其解釋的標的範圍、效力、程序等，賦予正面的評價²⁷³。不過，這些由大法官自己透過解釋一點一滴擴大其解釋權限的過程，從另一個角度來看，就是擴權。

²⁷³ 蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，「違憲審查」，頁 63，學林，1999 年 1 月。

就釋憲標的而言，大法官說，自己可以補充解釋過去的解釋，因而埋下了自己推翻自己解釋的伏筆，後來，大法官把最高法院與行政法院的判例、立法院的決議、最高法院民事庭會議的決議、法定預算、審查中的法案等，都納入解釋的範圍²⁷⁴。甚至，在釋字四九九號解釋中，也自己把修憲條文與修憲程序，納入憲法解釋的範圍。

大法官在八十八年一一二三次大會決議說：「今後立法委員於法律制訂、修正之審議中，或法案修正草案尚在立法委員研擬中，發生違憲疑義而以憲法解釋之方式者預先徵求本院之意見者，以不受理為原則。」看似大法官願意自願限縮其解釋權，是一反例。但針對大法官審理案件法第四條第二項規定：「前項解釋之事項，以憲法條文有規定者為限。」而第十三條規定：「大法官解釋案件，應參考制憲、修憲及立法之資料，」大法官對這兩條都不太滿意，認為這限制了他們的解釋權限，目前是透過修法的途徑正在擬定修正草案中。

就解釋效力部分，釋字一七七、一八三、一九三等系列解釋，擴大了人民所提解釋結果的效力。在釋字三七一號中，大法官透過解釋，擴大各級法院聲請釋憲的管道²⁷⁵。

蘇永欽教授對這樣的擴張給予積極地評價，也認為釋字三七一號解釋，乃是宣告立法權不得再以法律對大法官的解釋權做不合理的限制²⁷⁶。但是，這樣的說法乃是先驗地預定了違憲審查有一「合理的範圍」，是相當奇怪的，例如，湯德宗教授就認為，若單純從憲法第七十八條和第一百七十三條來看，大法官具有的違憲審查權，未必就是今日台灣所採用的「抽象審查權」，而目前的抽象審查，乃是大法官於釋字第二號中自己建立的²⁷⁷。從今日回顧，現在大法官所擁有的權限，絕對比制憲當時的想像大很多，這很難不說是大法官在擴權。任冀平和謝秉憲就說，釋字三七一明顯地要推翻立法院所立的大法官審理案件法，這正是大法官的自我擴權²⁷⁸。

近年來，釋字四九九號解釋，大法官引進了修憲有界限說，將釋憲範圍擴張到修憲內容上。五二零解釋，大法官宣告司法院應有個案審判權，但不需放掉司

²⁷⁴蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，頁 63-64。

²⁷⁵蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，頁 64-65。

²⁷⁶蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，頁 65。

²⁷⁷湯德宗，權力分立與違憲審查 - - 大法官抽象審查權之商榷，「權力分立新論」，頁 138，作者自版，2000 年 12 月增訂二版。

²⁷⁸任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權定位之研究，東海大學政治系「跨世紀的政治願景」學術研討會，第 10 頁，東海大學政治學系主辦，1999 年 12 月。

法行政權，則是大法官在職權上的擴權（此乃職權上的擴權，而非憲法解釋權上的擴權）。這兩個例子，正可以說明由於我們太信任大法官，任意隨其擴權，導致其擁有的權力，幾乎已達世界各國之冠。

第二節 引進外國憲法原則

第四章已說明，大法官除了受自己的偏好影響外，也容易受到法律學界的影響，並將法學菁英的偏好，反映在憲法解釋上。本段將以台灣為例，說明大法官因為留學國及法律學界的雙重影響，使得我國的憲法解釋確實充斥了法學菁英的意識型態。除了簡單分析其原因與發展外，也會討論其可能帶來的弊端。

一、大法官的解釋風格

我國大法官解釋引進德國諸多法治國原則，以及德國公法上的各種理論。例如比例原則（德國）、授權明確性原則（德國）、公法契約（德國）、制度性保障（德國）、人性尊嚴（德國）、修憲有界憲說（德國）等。近年來，則開始引進美國的原則，例如政治問題原則（美國）、正當程序原則（美國）、言論自由（美國）、媒體近用權（美國）等。

蘇永欽曾經於〈大法官解釋與台灣的社會變遷〉一文中，提到大法官解釋風格與其留學國間的關聯性²⁷⁹。該文統計，在釋字 342 號解釋以前，外國學說的引用率依次為日本、德國、法國、美國和英國，外國法律的引用率則依次為日本、德國、美國、法國和瑞士²⁸⁰。這點，應該與大法官本身的語言能力有關²⁸¹。當然，語言能力與其留學國也有關係。

由此可見，大法官的留學國，影響了其個人的政策偏好（或法制偏好），進而影響了大法官的解釋。

二、大法官與法律學者的留學國

除了大法官本身留學國影響其憲法解釋外，本段則欲分析我國法律圈對大法官解釋的影響。

葉俊榮和蘇永欽，不約而同地將戰後法律學者分為三代，戰後第一代多為日

²⁷⁹蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，收於「合憲性控制的理論與實際」，頁 291-295，月旦出版社，1994 年。

²⁸⁰蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，頁 294。

²⁸¹蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，頁 294。

本教育時代下或大陸來的學者，多數熟悉日文，少數熟悉德文。戰後第二代學者則有留學日本，或有留學德國。到了戰後第三代，留學國的背景更為多元²⁸²。

若將大法官的背景，放到法律學者的背景分類下，或許可以看出些許端倪。姑且不看前三屆大法官，從第四屆以下，大法官積極地開始行使違憲審查權。當時正處於戰後第一代學者接棒給二代學者的時代。而大法官的出身背景，約略一半來自實務界，一半來自學術界。出身自學術界的大法官，當然很容易受到自己留學國憲法學說的影響，這點無庸置疑。但出身實務界的大法官，居然也支持在憲法解釋中引進外國學說。這點，應該可以推論是受了聲譽的影響。所謂聲譽的影響，可能單純是這些實務界出身的大法官，認為國內法學界的風氣已經轉變，觸目皆是日本、德國的公法學說，若不順從接納，可能會被法學界譏為無知或保守，故而只好順從之。

自第五屆開始，大法官解釋中引用美國資料的比率遽增²⁸³。這個現象，多少可以用來解釋學界對大法官的影響。以釋字 384 和第 392 號所引進的正當法律程序為例，這個原則，或說這個名詞，乃是美國的用語，而且與德國的比例原則有所重疊。若純粹以德國的角度來看，似乎沒有必要再引進這一原則²⁸⁴。但是看當時第六屆大法官的組成，留學美國或曾至美國進修的大法官並沒有佔上風²⁸⁵。唯一可能的解釋就是，雖然當時留美的大法官不多，但是學界留美的學者已漸漸增多，甚至有多過留德和留日學者的趨勢。我們觀察第五、六屆大法官當時的法學界背景，可能會有更充實的證據。法治斌教授於 1988 年至 1993 年對國內各校研究憲法的師資，作了個整理²⁸⁶，筆者進而略加統計一下，發現美留美國學者共 17 位，恰好多過留學德奧的學者的 16 位。若再刪除比較不是純法律背景的學者，則發現留德與留美的學者各 15 位，恰恰打平。不過，法律學者中不是研究憲法的，還是多多少少都對自己留學國的憲法有基本的認識，而且，因為其並非鑽研憲法，更可能更毫不懷疑地接受自己留學國的憲法學理，故，我們也可以看一下當時法律學者的留學國背景。法治斌教授於 1995 年 12 月至 1996 年 7 月，抽樣

²⁸² 葉俊榮，法律學門成就與評估發展，科學發展月刊第 27 卷第 6 期，頁 607-608，1999 年 6 月。蘇永欽，台灣社會變遷與法律學的發展，「當代法學名家論文集」，頁 551-582，法學叢刊社，1996 年。

²⁸³ 蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，頁 294。

²⁸⁴ 釋字第 384 號林永謀大法官與孫森炎大法官均認為援引比例原則即可，不須再引起正當程序原則此一用語。另見，廖國宏，論行政處分踐行正當程序之憲法基礎 - 「正當程序平等保障說」芻議，「李模務實法學基金會第六屆法學論文徵選優勝作品集」，頁 1-24，2002 年。

²⁸⁵ 「大法官釋憲史料」，頁 187-218，司法院出版，1998 年 9 月。

²⁸⁶ 法治斌，轉型中之憲法學研究 - - 人力資源之現況調查與分析，收於「現代國家與憲法 - - 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集」，頁 1447-1452，月旦出版，1997 年 3 月。

統計了國內各大學 50 位法律學者的留學國背景，發現留學美國的學者人數，已超越德國、日本，成為主流，美國有 16 人，德國有 13 人²⁸⁷。若從當時法學界組成人數以經漸從德國風轉吹美國風的趨勢來看²⁸⁸，大法官雖然不是以留學美國為首，但居然欣然接受正當法律程序這個用語，應該也可以當作是大法官受聲譽影響的一個例子。

筆者於此強調，刑事訴訟程序上的人權保障，並非只有美國才有規定，可是當時討論該問題的學者，常常會提到美國的「正當法律程序」(due process of law) 這個用語，故導致大法官也因襲用之。這一點，可從言論自由與媒體近用權的相關釋字可以看出。世界上並不是只有美國才有言論自由的保護，也並不是只有美國才有媒體近用權的規定，可是在德國與日本的論述中，通常也都是在討論美國的言論自由中的一些判準，因而，大法官於國內所接觸到的文獻，盡是在談些明顯而立即的危險諸如此類的話，導致大法官作出的解釋，也深受法學界討論的影響。

另外，若以目前大法官解釋中出現最為頻仍的授權明確性原則為例，也可看出同樣的現象。授權明確性原則是德國基本法明定的原則，但美國卻幾乎不管授權明不明確這件事²⁸⁹。雖然，留美的學者已經多過留德的學者，但是至今台灣法學界中，留美的公法學者還沒有整備武裝，正式向授權明確性原則開戰²⁹⁰，整個法學界的氣氛顯示，沒有太多人懷疑這個原則，故，大法官目前還是很愛用這個原則²⁹¹。

另外，最近一號引起高度爭議的解釋：釋字第五三三號，更是一個再明顯不

²⁸⁷ 法治斌，法律學門之現況與展望，科學發展月刊 25 卷 5 期，頁 286-287，1997 年 5 月。

²⁸⁸ 較為客觀的方式，應也去統計法學期刊論文上的意見比例，而非只看留學國的比例，例如，下文提到授權明確性此一議題，筆者就是以論文發表意見的數量觀點，來說明為何大法官還是很堅持授權明確性原則。不過，這樣的研究，需要更多的時間，目前受限於筆者的時間能力，尚無法進行。

²⁸⁹ 楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代第 28 卷第 2 期，第 25-27 頁。

²⁹⁰ 少數有零星的留美學者，提出一些反對的看法，但由於篇幅不大，沒有引起熱烈的迴響。例如，葉俊榮，「行政法案例分析與研究分法」，頁 296，三民書局，1999 年 3 月；張文貞，「行政命令訂定程序的改革 - 多元最適原則程序的提出」，頁 91-94，台大法研所碩士論文，1995 年；湯德宗，行政立法程序之研究：行政院經建會版「行政程序法」草案「命令訂定程序」設計構想，收於氏著「權力分立新論」，頁 397，作者自刊，1998 年。

²⁹¹ 最近一次為人注意的使用，是釋字第 524 號，涉及健保給付項目的授權爭議，這次大法官使用授權明確性原則，終於引起一些學者的質疑。請參見，蔡維英，專業行政領域之授權立法，月旦法學雜誌第 74 期，頁 179-184，2001 年 7 月；雷文玟，社會安全制度與憲法解釋 - - 從立法授權行政立法之民主正當性看釋字第五二四號解釋，該文初稿發表於第一屆憲法實務與理論學術研討會，2002 年 10 月 19 日，台大法學院第一會議室。

過的例子²⁹²。這號解釋乃是將司法院審判機關化。司法院審判機關化，本來已是全國司改會的共識，法學界贊成的多，反對的少²⁹³，並將於近年來完成修法或修憲動作。但是，大法官居然於搶在修法或修憲之前，於釋字第五三三號中宣示司法院本該為審判機關。這再度證明了，大法官的解釋，深受法律圈內的風向影響。

根據以上例子顯示，筆者提出以下簡單的觀察：大法官受其留學國影響，也受法律學術圈影響，例如留德的大法官也支持正當程序原則，留美的大法官也支持授權明確性原則。王泰升教授曾經於台大法律系戰後台灣法律發展史課堂上直指此一現象的原因，最根本者，就是大法官受到了學術圈的影響。

大法官解釋受法律圈影響的原因，除了第四章分析的因大法官身為法學圈人而利益與共的原因之外，另一個明顯的原因，是因為大法官審理案件法第二十二條規定：「前條言詞辯論，如委託訴訟代理人者，其受任人以律師或法學教授為限；」。可想而知，法律教授與律師的意見中，必充斥著法律圈的主流看法或外國憲法學理。

三、盲從外國法律原則的弊端

王泰升教授曾有一篇文章名為「憲法的台灣化」²⁹⁴，某方面是要說明，憲法原本不是為台灣量身訂做，但是在經過數十年的適用演變後，憲法已經專為台灣考量而出發。可是，經過上面的分析，或許讓人懷疑，台灣化的骨子裡，到底是怎樣的台灣化？

葉俊榮曾經說過，台灣的法學研究，乃是「法律殖民主義」²⁹⁵，陳昭如也曾經用女性主義中後殖民主義的理論，討論過相同的問題²⁹⁶。對於法律學者一味引進外國學理，把外國法律學理、法律制度當成台灣應該效仿、或者當作應該「就是」的現象，批評的人已經不少，甚至，當我們效仿的對象從德日兩國，增加了美國之後，問題更是錯綜複雜²⁹⁷。在憲法學研究上，也有一樣的現象。

²⁹² 相關的辯論很多，對之批評最嚴厲的，屬蘇永欽教授莫屬，可參考氏著，憲法解釋方法上的錯誤示範，月旦法學雜誌第81期，頁52-53，2002年2月。另外，贊成的相關論述，可參考例如，法治斌，司法行政與司法審判之分與合，「當代公法新論(上)」，頁773-793，元照出版社，2002年7月。

²⁹³ 少數反對者，例如蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革——台灣司法改革的社經背景與法制基礎，台灣本土法學第28期，頁1-14，2001年11月。

²⁹⁴ 王泰升，憲法的台灣化，載於黃昭元編，「兩國論與台灣國家定位」，頁171-202，學林出版，2000年。

²⁹⁵ 葉俊榮，「行政法案例研究與研究方法」，頁4-8，三民，1999年3月。

²⁹⁶ 陳昭如，創造性別平等，抑或與父權共謀？——關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察，思與言第40卷第1期，頁220-231，2002年3月。

²⁹⁷ 除了葉俊榮和陳昭如外，可參考楊智傑，「千萬別來唸法律」，頁174-205，三文印書館，2002

如果這只是發生在法律學者身上，發生在他們寫的文章上面，這個問題頂多是屬於法學研究方法的問題。但是，如果連大法官都不明就理，唯法學界馬首是瞻，把台灣的憲法，解釋成充斥著德國學說、美國原理的合成品，那就大有問題了。最近蘇永欽教授在「部門憲法 - 憲法釋義學的新路徑？」一文中，就強烈地批評了這樣的發展²⁹⁸。

大法官雖然因為跟隨法律圈潮流繼受外國學理，把台灣的憲法解釋成一個各國憲法學理的合成品，但是，若只是造成憲法理論體系混亂、法律學者解讀困難、法律系學生背誦辛苦外，若對台灣社會並沒有造成什麼重大的傷害，倒也不需要太過非難。例如，林超駿雖然認為，雖然引進外國學理（尤其夾雜不同國家），會造成憲法解釋上的混亂，但是他卻不覺得引進外國學理不好，甚至，他還建議某些操作方式，鼓勵大法官繼續引進外國學理²⁹⁹。事實上，就算大法官解釋不引起外國學理，我們也不能就斷定這樣的解釋結果會比較好。

不過，蘇永欽教授指出，這樣的解釋風格，會造成對大法官解釋的預測困難，使法律喪失安定性，為一實質的隱憂³⁰⁰。另外他也提出，由於大法官解釋只注重外國法律學理的引進，反而會漠視了台灣憲法本身的規定，尤其是基本國策的規定³⁰¹。

對於這一點，筆者認為，基本國策涉及的相關議題，通常都是社會關注的重心，若按照後面第三節將提到的，從大法官以往的解釋風格來看，與社會發展變遷密切相關者，大法官通常是順從社會的腳步邁進，就算真的脫離了憲法文本的規定，不也正體現了贊成司法違憲審查者所主張的、與時俱進、活的憲法嗎？這點，從涉及健保爭議的幾號解釋即可看出端倪³⁰²。全民健保在憲法的脈絡下，是規定於憲法基本國策的第 155 條、157 條、增修條文第 10 條第 5 項。雖然，大法官在解釋文中，冒出了德國的比例原則出來，但是最後的結果，還是認為全民

年 7 月。邱聯恭教授也常在課堂上以純粹引進外國學理當做本國法律的文章，譏諷這種學術研究為「國籍不明的學說」。

²⁹⁸ 蘇永欽，部門憲法 - 憲法釋義學的新路徑？，「當代公法理論（上）」，頁 741-747，元照出版社，2002 年 7 月。同樣針對這個現象而進行討論的，可參考，林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，頁 33-41，「第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」，中研院中山人文社會科學研究所，2001 年 3 月 23 日、24 日；廖元豪，全球化之比較憲法理論 - 兼評美國司法實務之憲法解釋方法，憲政時代第 28 卷第 2 期，頁 99-119。

²⁹⁹ 林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，頁 33-41，「第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」，中研院中山人文社會科學研究所，2001 年 3 月 23 日、24 日。

³⁰⁰ 蘇永欽，部門憲法 - 憲法釋義學的新路徑？，頁 744，。

³⁰¹ 蘇永欽，同上，頁 745-747。

³⁰² 釋字第 472 號、第 473 號、第 550 解釋。

健保強制納保的規定是合憲的³⁰³。如果，真要用比例原則、真要乖乖按照憲法權利義務體系的分法來解釋全民健保，許多人一定覺得大法官居然還能解釋出合憲的結果來，真是絕妙³⁰⁴。由此可看出，似乎沒有像蘇永欽教授擔憂的，大法官會只因為限於操作引進德、美的憲法原則，而脫離了憲法基本國策的規定，甚或脫離了台灣社會的脈動。

當然，正如蘇永欽教授所說，目前不出問題，將來不一定沒有問題³⁰⁵。相對地，筆者更擔心的是，與社會發展潮流無關、而只有法律圈會關心的議題，大法官若於這些議題的解釋上，還一味跟從法律圈的腳步走，那就大有問題了。法律人的思考，有其先天的侷限，我國法律人以操作法條、架構概念的方式在思考問題，得出的答案，不但會與社會脈動脫節，甚至是有害於社會的³⁰⁶。而且，當社會越來越法制化，法律人也跟著法律制定的步伐，跨進其他社會領域，但卻用自己僵硬的法律推理去理解、規範其他社會系統的運作³⁰⁷，而大法官也只跟著這些法律人走，只看這些法律人寫的文章的話，那問題會更加嚴重。例如，蘇永欽教授所舉我國文官系統與大學教育定位的問題，就是好例子³⁰⁸。還有，釋字四九九號解釋，大法官也深受法學界的影響，最後在實體與程序上，宣告第五次修憲全部違憲，其中，大法官認為國大採依附式比例代表制，乃是剝奪他人的參政權，此即遭到政治學者的批評，認為這是大法官識見太過狹隘，不具備比較政治學的知識³⁰⁹，才會做出這般的解釋。

而在傳統法律領域中，由於我國法律學術圈的自我封閉，且無法運用其他社會科學的研究方法，造成對傳統法律問題的研究，會得出許多荒謬的答案³¹⁰。如

³⁰³ 釋字第 472 號解釋文、解釋理由書。

³⁰⁴ 大法官以人民有守法的消極義務，來說明所以人民有該有參加健保的積極義務，有點牽強。若從憲法體系來看，憲法明文規定了三種積極義務，應該可以用體系解釋的方式，主張健保的積極義務是違憲的。附帶說明，全民納保，以經濟學者的角度來看，就是一種社會福利政策，強制全民繳交健保費，應該就是一種稅，倘若不要用「保費」這個稱呼，而以實質來看說它是一種稅的話，那麼全民強制納保就可以合憲。這樣「正名」的實益在於，關於中央政府與地方政府保費分擔的問題，就不會被「保費」這個用語，而導向錯誤的辯論方向。筆者認為，若健保就是一種稅，我們也不必「專款專用」，那麼中央也不必先撥補助款給地方，然後又要跟地方催收健保費。這某程度驗證了第三章所說的，體系架構未考量到後續問題，而阻礙了後續問題的思考辯論。

³⁰⁵ 蘇永欽，部門憲法 - - 憲法釋義學的新路徑？，頁 747。

³⁰⁶ 楊智傑，「千萬別來唸法律」，頁 217-222。

³⁰⁷ 楊智傑，「千萬別來唸法律」，頁 212-216。

³⁰⁸ 蘇永欽，部門憲法 - - 憲法釋義學的新路徑？，頁 744-746。

³⁰⁹ 李炳南與曾建元，第五、六次修憲國會制度改革相關議題之政治邏輯與法理分析，人文及社會科學叢刊第 14 卷 1 期，頁 133，2002 年 3 月。

³¹⁰ 楊智傑，「千萬別來唸法律」，頁 223-226。美國這樣的批評聲浪一直不曾停過，例如，最近針對著作權的問題，Siva Vaidhyanathan 這個非法律人出身的學者就指出，由於法律人操作的法律概念過度僵化，導致適用法律、思索法律問題的結果，反而已經徹底違反了當初建立著作權制度

果大法官看到這些傳統法律問題只有法律人在討論，即選擇法律圈多數意向而跟著走的話，也會造成對台灣社會有害的結果。例如，與社會發展無關的授權明確性原則的建立上，因為大法官習於跟隨法律圈繼受外國學理的解釋風格，已經真的為台灣增加了無謂的立法成本、行政成本³¹¹。另外，像釋字五三 號涉及的爭議，並非因社會發展趨勢興起、或引起社會、政治圈高度關注的議題，而乃屬法律圈內人關心者，這樣的解釋居然一味跟著法律圈的風向走，後果才是不可輕視³¹²。

於此稍做澄清，筆者認為有問題的，其實是學習「外國法律人的思想」，而非學習「外國的制度」。外國的制度不一定是法律人想出來的，可是外國的憲法原則，或是外國傳統法律問題的想法，大多都是法律人的思考結晶。作為一個後進國家，先進國家的制度的確有值得學習的地方，可是先進國家的憲法說理方式，或是其關於傳統法律議題的主流想法，由於法律人思考侷限性的原因，筆者認為不該學習。此外，我國法律人養成背景的扭曲，使得我國的法律人的思考，比外國法律人的思考更加侷限呆板，故此一問題在我國更加嚴重。

那麼，我們該如何解決這個問題呢？蘇永欽教授提出一個未為德國學界認真對待的，法律學者與大法官發展「部門憲法」的解釋路徑，作為解決之道³¹³。筆者於下文第六章中，針對此一台灣特有的問題，將提出另一解也未為中外學界認真對待的解套方案，亦即：大法官不應由法律人擔任。

第三節 對台灣有無貢獻

到底大法官對台灣有沒有正面的貢獻，其貢獻多少，本節將加以討論。葉俊榮教授曾以大法官是否宣告法律違憲，作為對台灣有無貢獻的判準，而得出大法官對台灣的確有所貢獻的答案³¹⁴。但是，這種光以是否為違憲宣告來看待其貢獻的方式，其實未能真的反映出真相。筆者認為，大法官的貢獻不大，基本上，沒

的政策性目的。請參見，Siva Vaidhyanathan, Copyrights and Copywrongs 11-15 (2001).

³¹¹ 楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代第 28 卷第 2 期，頁 27-32，2002 年 10 月。

³¹² 蘇永欽教授即數次批判由於法律人的思考侷限，所討論出來的這個司改方向，問題多多，可能既不能滿足社會的需求，又浪費許多成本。例如，蘇永欽，「司法改革的再改革」，月旦，1998 年 10 月；蘇永欽，反思台灣司法改革的經驗，收於「走入新世紀的憲政主義」，頁 329，333-334，元照，2002 年 10 月。

³¹³ 蘇永欽，部門憲法 - - 憲法釋義學的新路徑？，頁 747-772。

³¹⁴ 葉俊榮，從國家發展與社會變遷論大法官的釋憲機能：1949 至 1998，台大法學論叢第 28 卷第 2 期，頁 1-63。

有大法官，可能某些我們認為好的解釋，一樣會透過其他的程序（主要是立法程序），加以完成。除了這些好的解釋以外，大法官卻做出了一些「壞」的解釋，造成未來社會改革的困難。

一、對民主的貢獻

蘇永欽教授在「憲法在台灣的国家發展過程中的角色——為台灣的憲法學催生」³¹⁵一文中，分析了憲法與國家發展的互動。他說：「如果一切條件都不利於憲法所定的國家發展目標，則憲法註定成為畫餅；但有利於憲法所定國家發展目標的因素如果存在，憲法的規範力就比較容易發生，相互強化的結果，有時還會創造其他有利的社會條件。歷史證明，憲法規範民主法治不是發生民主法治的必要條件，但它可以有利的輔助條件」³¹⁶。也就是說，台灣政治之所以能夠走向民主，與憲法的規定、司法違憲審查的運作，沒什麼關係。不過，蘇教授說，大部分的學者也認為，憲法（司法審查）不一定能夠帶出民主政治，但是，一旦民主政治建立後，憲法（司法審查）卻能夠反向回饋民主，以確保民主的運作。

以下筆者將用台灣的幾個釋字為例，說明的確正如蘇教授所說，違憲審查無法帶出民主，但是不同於蘇教授的看法，筆者認為，若台灣步上民主以後，大法官對台灣的民主，並沒有太大的貢獻。筆者認為，不需要由大法官來回饋民主，民主自己可以維持自己。

（一）民主政治運作方面

在威權統治時代，釋字三一號就是典型的例子，可說明大法官在不民主的環境下，無法發揮功能。不但無法發揮功能，錯誤的解釋，也為後來的改革造成阻礙，釋字三一號所造成的萬年國大的問題，就是一例，而解決此一問題，則必須在未來耗費更多的政治成本，請大法官出面解決。

自八零年代中期，台灣社會開始改革，加上 1987 年台灣解除戒嚴，政治漸漸走向民主開放。大法官雖然以釋字二六一號結束了萬年國會，但蘇教授認為，釋字二六一號的作成，並不能說是大法官的功勞，大法官只是回應社會多數的需求，乃趨勢的跟從者³¹⁷。

³¹⁵ 蘇永欽，憲法在台灣的国家發展過程中的角色——為台灣的憲法學催生，「走入新世紀的憲政主義」，頁 457-473。

³¹⁶ 蘇永欽，憲法在台灣的国家發展過程中的角色——為台灣的憲法學催生，「走入新世紀的憲政主義」，頁 463。

³¹⁷ 蘇永欽，大法官解釋與台灣社會變遷，「合憲性控制的理論與實際」，頁 305。葉俊榮教授對二六一號解釋仍認為有促進民主的貢獻，氏著，從國家發展與社會變遷論大法官的釋憲機能：1949

但是，他卻用後續的一些案例，來說明在民主建立之後，違憲審查的確有助於維護民主運作³¹⁸，但筆者認為，若抱持著比較懷疑的態度來審視這些案件，或許會得出不同的答案。

以政治運作為例，釋字三八七號，看起來大法官用解釋文宣告了責任政治、民意政治的重要，但實際上，這號解釋根本是一號多餘的解釋，大法官做出解釋前，行政院長早已自動總辭³¹⁹。就四一九號解釋來說，以事後的角度來看，也沒有什麼實質的貢獻，連戰仍然身兼兩職，立法院也不願意讓其做施政報告並對之質詢³²⁰，大法官唯一的功能似乎只是澄清了責任政治的運作而已。

就引起很大爭議的四九九號解釋來看，雖然有人認為這號解釋正是大法官發揮積極功能的代表作，因為國大延任案違背的，正是憲法真正該確保的民主政治所在。但是筆者認為，若當初不宣告國大延任案違憲，其實問題未必真的那麼嚴重。例如，曾建元和謝秉憲就認為，國大延任已造成輿論的不滿，釋字四九九號的做成，大法官只是以民意作靠山、順應民意罷了³²¹。

而筆者認為，國大延任案一出，實際上已經民情沸騰，若沒有大法官，民意自然會依循其他的政治管道，解決這個問題，因而我們根本不能說大法官在這個案子上真的展現了它的功能。例如，在當時的民意壓力下，大部分的國大代表都願意不支薪，可見得民意的確已經發揮作用。而且，若沒有大法官，可能最後由其他政治管道得出的解決方案，結果可能還比較好。或許，當時若不進入釋憲程序，在各政黨與民眾輿論的持續批判下，很可能會促使國大自己再度進行修憲。又或者，第三屆國大延任了兩年，但又因為輿論的批評，在這樣有修憲權又面對強大民意壓力的情況下，可能決定將國民大會改造成一個第二議院³²²，那反而更能貼近民主的價值（這點是建立在兩院制比一院制來得好的前提上³²³），而不是像當初被宣告違憲，導致後來為了防堵親民黨的崛起，草草地廢了國大，形成立

至 1998，台大法學論叢第 28 卷第 2 期，頁 10。

³¹⁸ 蘇永欽，憲法在台灣的國家發展過程中的角色 - - 為台灣的憲法學催生，「走入新世紀的憲政主義」，頁 467-468。

³¹⁹ 請參見吳庚大法官第三八七號的不同意見書；湯德宗，權力分立與違憲審查 - - 大法官抽象審查權之商榷，「權力分立新論」，頁 161。

³²⁰ 葉俊榮，從國家發展與社會變遷論大法官的釋憲機能：1949 至 1998，台大法學論叢第 28 卷第 2 期，頁 24。

³²¹ 曾建元、謝秉憲，民主政治、立憲主義與司法審查 - - 司法院大法官議決釋字第四九九號解釋評析，育達研究叢刊第 2 期，頁 17，2001 年 6 月。

³²² 事實上原本國民黨就是希望是將國大改成兩院制 請參見曾建元，台灣民主轉型與憲政改革，頁 35，發表於「第一屆西子灣公法學研討會」，中山大學中山學術研究所，2002 年 12 月 13 日。

³²³ 楊泰順，「被誤解的國會」，頁 138，希代，2001 年 11 月；Jan-Erik Lane, Constitutions and Political Theory 205 (1996).

法院一院坐大的結果，並設計出一個無意義的任務型國大來³²⁴。

而後來的釋字五二二號解釋，也並沒有把問題解決，立法院和行政院還是各說各話，最後還是靠著民意與立法院的壓力，行政院才屈服。筆者認為這號解釋，正是本論文主要論點的一個最佳實例：違憲審查制度乃浪費無謂政治成本一個設計。因為，倘若沒有違憲審查制，行政院也不會這麼專斷自己決定停建核四，不理會立法院的抗議而宣稱自己合憲，堅持要等大法官出來說話，使得立法院也不得不屈服，只好等待大法官的仲裁，最後耗了那麼久，大法官也沒有真正解決問題，不但沒有扮演其減少爭議成本的角色，反而還是要立法院自己想辦法解決，虛耗了一輪迴的政治成本，更使得台灣因停建核四造成鉅額損失。

（二）政治自由方面

就與政治自由有關的幾號解釋來看（包括言論自由、集會結社自由、選舉權等）³²⁵，筆者也不認為大法官發揮了什麼功能。整體來說，大法官所做的貢獻，比起立法院自己在解嚴後對政治自由所做的貢獻，重要性不大，甚至可以說是不太重要。

一九八零年代中期以後，由於政治氣候、社會風氣的轉變，對改革形成一股壓力，許多限制政治自由的法律，開始一一地被修改或廢除。1986年開放黨禁、1987年解除戒嚴、1988年開放報禁、1988年開放大陸探親、1989年人團法與選罷法修正、集會遊行法於1988年制訂，並於1991年修正等，1991年廢除動員戡亂臨時條款、1994年刑法一百條的修正廢除、1996年廢止懲治叛亂條例、1999年出版法廢止等³²⁶。這些對台灣政治自由重大貢獻的立法或修法，全部都是立法院自己完成的。

大法官所做的一些有益於政治自由的解釋，筆者認為，民意若透過立法院這條管道，或許一樣能得到相同的結果，畢竟，這類解釋宣告違憲的，都不是當屆立法院所立的法，而是立法院改革前或上一屆立法院所立的法³²⁷，也就是說，改

³²⁴ 李炳南和曾建元認為，第六次修憲的結果比第五次修憲的結果差，請參見氏著，第五、六次修憲國會制度改革相關議題之政治邏輯與法理分析，人文及社會科學叢刊第14卷1期，頁123-163，2002年3月。

³²⁵ 葉俊榮，從國家發展與社會變遷論大法官的釋憲機能：1949至1998，台大法學論叢第28卷第2期，頁15-17；蘇永欽，憲法在台灣的國家發展過程中的角色——為台灣的憲法學催生，「走入新世紀的憲政主義」，頁467。

³²⁶ 參考葉俊榮教授的整理，氏著，從國家發展與社會變遷論大法官的釋憲機能：1949至1998，台大法學論叢第28卷第2期，頁20。

³²⁷ 任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權定位之研究，東海大學政治系「跨世紀的政治願景」學術研討會，頁17，東海大學政治學系主辦，1999年12月。

革後的立法院，也都在制訂一些新的、有助於人民行使政治自由的法律，只是礙於立法產能的限制³²⁸，不可能在短時間內鉅細靡遺地把國會改革前的惡法一舉廢除，所以才讓大法官有發揮的空間。

這些政治自由的解釋中，不但大法官發揮的功能有限，而且，筆者認為在許多地方，甚至已經對未來的改革造成阻礙。

在言論自由方面，最為重要的，可算是宣告集會遊行法違憲的釋字四四五號。不過，其實這號解釋也是在整個社會風氣轉變後才做成的解釋，其實功勞不大，從其宣告違憲的內容來看，也未必真的有什麼貢獻。例如，蘇永欽教授就略為統計，禁止共產主義與分裂國土言論的第四條，幾乎沒被主管機關用過，從整個社會發展風氣轉變，將來也不太可能會用。就其他限制來看，主管機關加以限制的比例也很低³²⁹。

此外，卻有一些解釋可能會阻礙未來的改革。例如，釋字三六四號，本身不但是一件不該由大法官涉入的無爭議的案件，在解釋內容中，居然直接三級跳地引進美國的「媒體接近使用權」，就是一個不好的解釋。這種無爭議就介入解釋的問題，在於其無法預知後來事實的發展，而很可能造成錯誤的解釋³³⁰。以媒體近用權來看，後來科技發展和有線電視的出現，頻寬問題某程度已經緩和，而未來網際網路和隨選科技的進步，頻寬可能根本就不是個問題，但因為媒體近用權這一概念在大法官解釋文中出現過，法律人可能會援引之而對將來的改革造成困難。

綜合看來，台灣政治步入民主運作後，大法官其實並沒有發揮什麼維護政治自由的功能，主要的貢獻，還是立法院自己完成的。雖然大法官似乎在少數案件中有發揮功能，但筆者認為，沒有大法官，台灣的民主自然可以化解這些政治過程中的一些爭議或錯誤。此外，大法官不但沒有太多的貢獻外，卻埋下了未來改革的阻礙。而這些大法官造成的改革阻礙，比起政治部門一時發生的錯誤，大法官造成之錯誤的修正成本更高。

³²⁸ 關於立法產能限制的討論，可參考楊智傑，授權明確性原則的法理分析與經濟分析，憲政時代第 28 卷第 2 期，頁 27-32，2002 年 10 月。

³²⁹ 蘇永欽，高成炎等聲請釋憲案的法律意見書，「違憲審查」，頁 229-232，學林，1999 年 1 月。

³³⁰ 湯德宗，權力分立與違憲審查 - - 大法官抽象審查權之商榷，「權力分立新論」，頁 149-150，作者自版，2000 年 12 月增訂二版。

二、對社會人權的貢獻

(一) 社會議題

蘇永欽教授認為，大法官的解釋，在社會議題方面，多是跟著社會發展的步調走³³¹。而陳聰富認為，大法官並未帶起社會改革，但卻在社會改革開始後，發揮了促成的作用³³²。筆者認為，大法官於這類解釋上，並沒有什麼重大的貢獻，但卻可能對未來的改革埋下了阻礙。以下筆者即以此角度，略微分析幾個重要的案例。

台灣兩性平等的實現，其實是婦女團體遊說立法院的成果。雖然婦女團體聲起釋憲使大法官做成釋字三六五號，看似加速了民法的修正，但其實婦運團體的啟動與女性立法委員對之的關注，是在釋字三六五號之前就已經開始了，而且因此號解釋所導致的修正範圍仍然有限，真正大規模的修正，還是透過婦運團體的努力一步一步完成³³³。而且，釋字三六五號是由婦女團體遊說一百四十七位立法委員連署聲請釋憲，而當時的立委只有一百六十一人，這表示了多數立法委員自己就可以修改親屬法親權分配的規定，大法官不過是幫了一把而已。以筆者於第四章所提出的模型來看，大法官雖然以釋字三六五號加速了親屬法部分的修正，卻排擠掉其他部分修正的速度，例如，立法委員因應大法官解釋的問題，對於是否要一階段修正還是三階段修正，就有所爭議，顯示釋字三六五號對親屬法的修正，整體來看其實並無加速的功能。

此外，1995年做成的釋字三七二號，維持了最高法院二十三年上字四五五四號判例，大法官在此號解釋中，並沒有替婦女解決婚姻暴力的問題。陳聰富卻認為，大法官該號解釋還是有所貢獻，他認為該號解釋開啟了人民對婚姻暴力的重視³³⁴。但實際上，1992年的鄧如雯案，早就引起民眾對婚姻暴力的重視，而婦女團體長久以來也積極地推動「家庭暴力防治法」，直到1996年的彭婉如命案，才是真正讓立法院通過家暴法的催化劑³³⁵，跟大法官一點關係都沒有。

³³¹ 蘇永欽，大法官解釋與台灣社會變遷，「合憲性控制的理論與實際」，頁按 304-305。

³³² Tsung-Fu Chen (陳聰富), *Judicial Review and Social Change in Post-War Taiwan* 265-311(1996)

³³³ 相關的史實，可參考尤美女，從婦女在婚姻中之法律地位看婦女人權之發展，「台灣法學會學報第二十輯：世界人權宣言五十週年紀念」，頁 204-226，1999年；陳美華，社會運動團體與立法院的互動 - - 婦女運動團體推動男女平權立法的經驗，「邁向二十一世紀的立法院 - - 新國會、新規範、新挑戰」研討會論文集，1999年3月8日。

³³⁴ Tsung-Fu Chen (陳聰富), *Judicial Review and Social Change in Post-War Taiwan* 277 (1996)

³³⁵ 陳美華，社會運動團體與立法院的互動 - - 婦女運動團體推動男女平權立法的經驗，「邁向二十一世紀的立法院 - - 新國會、新規範、新挑戰」研討會論文集，頁 4 之 4，1999年3月8日。

另外，兩性工作平等法、性侵害犯罪防治法等保障婦女權益重要的法律之完成，都跟大法官無關。整體來看，提昇婦女地位的各個法律，大部分都是婦女團體遊說立法機關的結果。於民法親屬編的修正上，大法官看似扮演了促成、加速立法的功能，但其實不然，沒有大法官，筆者相信親屬法的全套修正，也不會落後多少進度。

大法官在性別議題的解釋上，只是跟從社會轉變中的兩性觀念而走，其態度並沒有比較傾向女權。在男女平等方面，釋字三六五、四五二等解釋，看起來大法官好像在積極提升婦女的人權，實際上這只是大法官跟隨社會的發展、觀念的變遷而走，這點，從兩號解釋理由書都提及的「就業情況改變，婦女從事各種行業之機會，與男性幾乎軒輊」可略微窺知。另外，大法官在釋字四九一號解釋中，居然逾越解釋標的，而說出男性要當兵而女性不用是合憲的，這也是大法官受了社會發展趨勢的影響³³⁶。筆者認為，若真正要落實兩性平等，媽媽的親權該比爸爸多，而女性也該強制其當兵，才比較符合兩性平等³³⁷。就婚姻制度來說，五五四號解釋，認為刑法通姦罪的規定合憲，乃至強調婚姻乃是一夫一妻的制度，排除了同性戀婚姻的可能性，都是反映了社會主流價值。這些解釋，皆可能造成後代改革的阻礙。

就死刑議題上，大法官做過幾號解釋，包括一九四與二六三號等，由於社會多數認同死刑的正當性，所以大法官也不敢輕纓其鋒，還是承認死刑的合憲性。

就宗教議題來看，在四九一號解釋中，大法官非常很保守，不認為宗教自由可以高過法律義務。這可能是因為台灣民間信仰主流沒有這個問題，所以大法官才會採取這樣的看法。不過，該號解釋通過後，對宗教自由的問題引來社會關注，結果後來行政部門與立法部門卻採取較保障宗教自由的立場，讓役男可因信仰而服替代役。

在講學自由方面，1994年大學法修正，才是對講學自由保障最重要的里程碑。而釋字三八一和四五二兩號關於大學教學自由的解釋，其實也不過是社會風氣改變後才做出的解釋。而且，這兩號解釋都是立法委員在審查大學法施行細則時因為不認同教育部制訂的條文而提出的釋憲案，其實立法委員自己就可以動手修改，根本不需要大法官介入解釋。此外，這些解釋卻對未來改革造成了困難。筆者個人認為，講學自由未必代表的是老師個人的教學自由，而可能是教育機構

³³⁶ 楊智傑，女性不用當兵？ - 檢討釋字第四九一號中提及的兩性差異操作標準，憲政時代第28卷第1期，頁56-58，2002年7月。

³³⁷ 同上。

成立與教學的自由，亦即，教育機構可能有選教哪種課程的自由，但老師未必有任意使用自己所喜愛的教學方法的自由。而今釋字三八二號和釋字四五二號解釋，雖然處理的是教育機構的教育自由，但解釋文中都預設了老師有教學的自由³³⁸，對於將來高等教育自由化與市場化的改革的趨勢，可能是一項阻礙。另外，下級法院隨意引用釋字三八二號所提到的受教權來否定大學二一制的爭議，證明了權利式的言說，的確可能扭曲許多政策辯論，並阻礙社會改革，或縱使沒有阻礙社會改革，也虛耗決策成本。另外，大法官於釋字四六二號解釋所要求的實質審查，更是一個廣受批評的解釋³³⁹。

在勞工議題方面，大法官在解嚴以前到解嚴以後，陸續都有做出一些解釋，但是這些解釋，對於勞工運動的促進、勞工權益的提升，幾乎沒有幫助。頂多只有釋字三七三號解釋，解除了教育事業之技工、工友的組織工會權，似乎對於勞工組織權有所提升³⁴⁰。但是，政治部門與教育事業的勞工組織權，至今仍未開放，因此釋字三七三號的貢獻實在不大。而且，大法官關於勞工權益的幾號解釋，都是在勞工運動開始之後，才做成的³⁴¹，可見大法官於這方面，也只是社會的跟從者。

而就社會福利政策方面，大法官原則上也同意全民健保的合憲性。其頂多也只敢在承認健保合憲的前提下，於釋字五二四號中，以授權明確性此一理由，宣告部分條文違憲。

就這一類解釋來看，既然都是跟從社會的發展而走，筆者認為，若透過立法程序，一樣能解決這些問題，無需要靠大法官解釋。一方面，這類型解釋中若被宣告違憲的，也是國會改革前或前屆立法院所立的法，而不是新的法律，也就是說，倘若立法院有空對這些問題修法，最後大概也會得到相同的答案。另一方面，所有這些社會議題的改革成就，大部分還是使立法院自己完成的，例如，而對於宗教自由的保護，實際上還是由立法部門和行政部門來落實。在少數解釋上，雖然大法官似乎扮演了促成、加速立法的功能，但實則未必，因為大法官就算做了違憲宣告，也是要求一兩年後修正，就算沒有大法官的介入，立法的速度未必比

³³⁸ 關於學術自由究竟是屬於教育機構的自由還是教師個人的自由之辯論，可參考 Ailsa W. Chang, *Resuscitating the Constitutional "Theory" of Academic Freedom: A Search for a Standard Beyond Pickering and Connick*, 53 Stan. L. Rev. 915 (2001).

³³⁹ 葉俊榮，學術標準的建立與司法審查的功能：釋字第四六二號解釋對於大專教師升等程序的基本設定及其難題，台灣本土法學第3期。

³⁴⁰ Tsung-Fu Chen (陳聰富), *Judicial Review and Social Change in Post-War Taiwan* 288-289 (1996)

³⁴¹ Tsung-Fu Chen (陳聰富), *Judicial Review and Social Change in Post-War Taiwan* 292 (1996)

較慢，甚至可能透過其他政治程序，能獲得更快的解決，節省政治資源。最後，這些解釋不但沒有太大的貢獻，卻對未來的改革埋下阻礙。

（二）人身自由

另一類解釋，則是關於人身自由或司法程序方面的解釋，包括釋字二五一、三八四、三九二、三九六、四三六、五三五號、五五六號解釋等。這類的解釋大法官受到兩方面的影響，一方面是社會人權意識漸漸高漲，另一方面則是法學界對外國制度的推崇。實際上人身自由方面的主要改革，大部分還是透過修法、立法的程序完成，例如最近逐漸修改的刑事訴訟法就是主要的法律。筆者認為，即便沒有大法官解釋，法學圈仍然會努力遊說立法委員，而社會民間團體也一直在推動人權主張，故其實這些改革，不一定要有大法官，在幾年內也必會陸續完成，大法官不過是搶了先機、搶了功勞。例如，釋字三九二號解釋的羈押權歸屬的問題，是立法院決議且三分之一立法委員提出申請，各界其實也已有修法的共識³⁴²。

當然，大法官在這方面議題上，的確扮演了加速改革的功能。不過，這些純法律人認為好的改革，在其他人眼中，卻未必就是好的改革。

三、對法治的貢獻

蘇永欽教授認為，大法官真正扮演趨勢領導者的，只發生在法治國原則等面向上。例如，大法官透過多號解釋，一點一滴地破除了「特別權力關係」，引進法律保留原則、租稅法定原則、信賴原則等³⁴³。這些法治國原則的建立，都是大法官因為本身留學國以及受法律學界的影響使然。

大法官引進這些德國的法治國原則，法學界通常給予高度的評價，可是實際上，但筆者認為大法官在其中的角色未必重要。

以法律保留原則、信賴原則、「特別權力關係」的破除等面向上來看，其實這些都是台灣公法學界的主流思想，公法學界也很努力將這些想法，落實在新制訂的法律上，例如制訂行政程序法、行政訴訟法、訴願法等等。也就是說，就算沒有大法官，公法學界一樣會遊說立法院實現這些法律原則，或許在這些學者擔任各公家機關的職位時，也會乘機落實這些法治國原則，未必要由大法官來做。例如，以大法官似乎貢獻很大的破除特別權力關係這方面來看，筆者要強調，特別權力關係不是立法院制訂的法律，而是行政法院的判例，而之所以會有這些判

³⁴² 蘇永欽，「違憲審查」，頁 179。

³⁴³ 蘇永欽，大法官解釋與台灣社會變遷，「合憲性控制的理論與實際」，頁 305。

例，也是受到當時法律圈保守的想法所致。後來破除特別權力關係，除了一方面靠大法官解釋，一方面行政法院也有功勞，共同廢除各式各樣的判例。基本上，這些都是法律圈自己造成的問題，不是政治部門造成的問題，而且，從破除的軌跡來看，其實就算沒有大法官，行政法院仍然會受到法學界的影響而慢慢破除特別權力關係。故特別權力關係的破除，完全不能算是大法官的功能。這只能說又是法律圈自己搞的一場鬧劇。

或許有人會反駁說，是因為大法官做成這些解釋，這些行政法律才能順利的通過，也才能引起國民對法治的看重，亦即大法官扮演了促成的角色。事實上，筆者認為，台灣的法治，來自於人民對民主秩序的珍惜，使得輿論很強調法治，並以此為標準來針貶時事，人們也漸漸修改幾十年來的舊觀念，學習遵守法律人強調的法治精神。演變至今，現在的政治人物都很尊重法律學者，認為要聽法學圈的話，才算尊重法治的表現，而輿論也以法學圈的標準，來鞭策政治人物的行為。所以，筆者認為，導致整套的公法改革實現的，不是大法官的解釋，而是來自社會對民主的珍惜、對法治的看重，進而對法律學界的信任使然。

另外，雖然表面上因大法官的釋憲結果，似乎大法官的確引領了某些改革，可是，若沒有得到其他政治部門的配合，改革的效果仍然有限。例如，大法官引進的授權明確性原則，行政程序法也加以承認，但是，卻因為行政部門無法配合，導致行政程序法官於該條的適用，一再修法延緩，且行政部門也只是做些表面功夫。

不過，過度聽從法律學界的意見，筆者認為可能還是項錯誤。例如，大法官因為受到法律學界的影響所引進的法律保留原則，筆者就認為是項不效率的原則，為台灣增加許多立法成本、行政成本³⁴⁴。另外，大法官隨意引進的這些法治概念，可能也會對未來的改革形成阻礙。

四、綜合分析

整體來看，民主改革後的這段期間，大法官所做的「好」的解釋，其實都是社會觀念改變、政治民主化之後的必然結果，用其他的管道一樣能達成，包括立法程序、修憲程序、行政程序等。雖然以大法官的程序來完成似乎好像比較節省成本，但實際不然，大法官宣告違憲的法律，還是得透過立法程序加以落實，而若人民一開始就鎖定遊說立法院來完成這些改革，未必不會獲得立法院的青睞，

³⁴⁴ 楊智傑，授權明確性原則之法理分析與經濟分析，憲政時代第 28 卷第 2 期，頁 27-32，2002 年 10 月。

也就是說，我們可以節省大法官解釋那邊的成本。當然，由大法官先行宣告法律違憲，或許比較快達成這些好的結果，但筆者要強調的是，就算沒有大法官，這些結果一樣能透過其他政治程序完成，落差不會超過五年。另外，若算進因為有釋憲制度而引起的無謂政治成本，以及因為大法官做出「壞」的解釋阻礙社會改革的成本，整體來看，大法官對台灣的貢獻可能是小於或等於零。

釋憲功能不彰，是因為違憲審查根本沒用，還是釋憲制度設計使然，蘇永欽教授對此問題曾做出詳盡的分析³⁴⁵，其分成四項因素，分別是憲法層面、程序層面、釋憲者層面、社會層面。筆者以下從其分類，略為分析這十多年來違憲審查仍無重大發揮的原因。

就憲法層面而言，第六次修憲以前修憲成本低，修憲機關可以較輕易地調整憲法的內容，使憲法本身較容易跟上社會發展，此自然使大法官可發揮的空間減少。不過，第六次修憲後修憲成本增加，大法官可能會比以前有更大的發揮空間。

就程序層面而言，大法官透過自己擴權，已經開放各種釋憲管道，故其可發揮功能的機會理應增加。不過，由於其本身產能的限制，能處理的問題還是有限，這是其未能發揮功能的一項因素。三分之二的宣告違憲門檻，也限制了大法官可以發揮的機會。釋憲程序過長、釋憲成本無法降低也是一項原因³⁴⁶。另外，疑義解釋的設計，可能也是釋憲制度沒有重大功能的原因。大部分疑義解釋的聲請案，主管機關或立法院自己就已經懷疑某一法律的合憲性，某程度也顯示出其態度已經轉變，並願意進行修法，聲請大法官解釋，只是利用大法官更為順利地展開改革，其功勞應該歸於聲請機關自己。而且，疑義解釋壓縮了大法官審理其他解釋的時間，因而使大法官發揮功能的機率降低。另外，大法官自願採取奧國式的定期向後失效，而不採取德國式的自始無效，也是違憲審查功能不彰的原因之一。

就釋憲者層面，大法官任期固定九年，這正是台灣大法官與民意不會偏離太遠的原因。2003年後，大法官改為任期八年、四年改選一半的設計，更使得大法官能夠發揮功能的機會縮小。

就社會層面來看，蘇教授討論的是聲請釋憲者的障礙，例如民眾對釋憲管道認知不高，律師太少或誘因不足³⁴⁷，下級法官對人權的認識不足³⁴⁸等，是大法官

³⁴⁵ 蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，「合憲性控制的理論與實際」，頁 307 至 314。

³⁴⁶ 蘇永欽，同上，頁 313。其將釋憲成本於社會層面下討論，但歸於程序層面較為妥適。另，林子儀，司法與人權保障，「邁向公與義的社會（上）」，頁 292，時報，2000 年 2 月。

³⁴⁷ 蘇永欽，大法官解釋與台灣的社會變遷，頁 312。

無法發揮的一項主因。筆者則認為，整體政治、社會氣候，才是最重要的原因。筆者於第四章第七節已經提出個人的初步想法，亦即只有在民主程度高、人權程度尚未跟進的國家中，大法官真正發揮其功能的機率才會比較大。台灣正是這樣的一個國家。台灣自八零年代中期以後，快速地於十年時間轉型為民主國家，大法官也是從這段期間開始，可以沒有顧慮地行使其權力。雖然民主快速轉型，但是許多就時代遺留的對人權較為傷害的法律，在立法產能受限的情況下，沒辦法跟上民主轉型的步伐。所以，這段期間，正是大法官可以發揮功能的好時間。大法官也的確在這段期間中，發揮了較高比例的加速社會進步的功能，但礙於前述程序層面與組織層面的限制，大法官的建樹有限。

如果是因為制度設計上的問題，導致大法官發揮功能有限的話，或許我們可以修改釋憲制度，例如廢除疑義解釋、下放違憲審查權、降低違憲宣告門檻、從人權運動領袖中挑選大法官³⁴⁹等。不過，筆者目前仍很懷疑，有什麼釋憲制度真正能夠發揮重大的功能，做了這些修正，真的能得到比較好的結果嗎？！暢通釋憲管道，只是讓大法官說話的次數增加，但是其整體的正確 / 錯誤 / 無用的機率並不會改變。縱使這些改革真的有用，而我們可以在民主轉型這段時間尚未走完之前，趕緊修改程序面或組成面的一些限制，讓大法官去發揮其功能，但筆者要強調的是，過不了幾年，台灣整體法律經過全面修正檢討，民主與人權程度皆達最高指數時，大法官真正能發揮功能的機率，又會再度縮小。

第四節 對大法官的制衡機制

倘若大法官的決策是不好的，政治部門的決策才是好的，那麼，本節筆者則以制衡大法官的角度來看，台灣現有的制度，到底能對大法官形成多少壓力？

有些對大法官明顯無法起作用的制度，例如彈劾，就不特別討論，因為那幾乎是不可行的制衡機制。筆者認為比較可行的制衡機制，包括五種³⁵⁰，以下分別予以說明。筆者要強調的是，前四種都已經被大法官自行封閉，而只剩下第五種

³⁴⁸ 林子儀，司法與人權保障，「邁向公與義的社會（上）」，頁 293，時報，2000 年 2 月。

³⁴⁹ 這是筆者突發奇想想出來的建議，不太確定國內是否有學者主張。但是，若認為違憲審查的功能就在保障人權的話，這一建議應該更可以達到積極保障人權的結果。此可對比國家人權委員會草案，其規定人權委員會的委員的資格，三種資格皆強調需要人權背景。本論文第二章已經說明，大法官解釋憲法，均為依照個人偏好恣意解釋，故我們挑選大法官的選任資格，限於必須研究公法學，其實是自欺欺人，反而現縮了人權保障的功能。關於此，請見下文第六章第一節的改革方案。

³⁵⁰ 任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權定位之研究，頁 6-13。

途徑可用。另外，筆者也會說明民眾認知對制衡大法官的影響。

一、立新法推翻大法官解釋

立法院以新的法律，來推翻大法官的解釋，應該是一種簡單的抵制方法。第四章已經述及，美國政治學界認為，這是制衡大法官比較常用的方式，其可以損傷大法官的威望，並讓大法官知難而退。

不過，第四章也已經說明過，這種制衡機制對大法官來說，沒什麼威脅。其中一個原因，是因為立法成本過高的問題。不過，比起美國，我國的立法成本，相對來說小很多，應該較容易使用，所以可以使用的頻率比較高。

但是，大法官在釋字四一五號解釋中，大法官卻封閉了這條道路。釋字四一五號解釋解釋理由書說：「司法院大法官依司法院大法官審理案件法之規定，就憲法所為之解釋，不論其係闡明憲法之爭議、解決適用憲法之疑義、抑或審查法律是否違憲，均有拘束全國各機關及人民之效力，業經本院釋字第一八五號解釋在案。立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋，自不待言。」該案乃是立法院想要推翻大法官於釋字二七八號所做的解釋，但是大法官卻說，其做的解釋對立法院有拘束力，立法院不得推翻。

二、不理會或不執行

大法官宣告違憲解釋後，政治部門不予理會，依然我行我素，對大法官來說也會造成其威望上的傷害。

台灣的歷史上，政治部門不理會大法官的違憲宣告，有兩個有名的例子。一是大法官於1960年8月做成的釋字八六號解釋中，主張高等法院以下各級法院，應隸屬於司法院，而不該隸屬於司法行政部。不過，審檢分立直到1980年7月才落實，拖了二十年。另一例，則是1980年做成的釋字一六六號解釋，認為違警罰法違憲，但直到1990年的釋字二五一號解釋，大法官才以定期失效的方式，強迫政治部門修改違警罰法³⁵¹。

不過，大法官自釋字二一八號起，在做違憲宣告時，開始大量運用「定期失效」的方式，表面上雖然讓違憲法律的修改有轉圜折衝的時間，但實質上，是不

³⁵¹ 葉俊榮，司法院大法官附期限憲法解釋之分析，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學第6卷第1期，頁12，1996年1月。

讓其他政治部門有不執行的餘地³⁵²。因為，法律一旦到期失效，若再不制訂新法，則會陷入法律空窗期，導致行政機關和立法院，幾乎都會趕在大法官所定的期限以前，修正法律。

三、調整大法官的權限與財源

調整大法官釋憲的管轄權或程序，對大法官來說也能達到威脅與限制的效果。例如，民國四十六年部分立法委員不滿釋字七六號「國會」的解釋，即修正立法院組織法，並於翌年制訂大法官會議法，明文限制大法官要宣告法律違憲，必須有四分之三大法官出席，出席人數四分之三以上同意。其可算是立法院對大法官的一項報復，也使得後來大法官違憲宣告的比例很少³⁵³。

看來，立法院還是可以採取修正大法官釋憲權的方式，來威脅或限制其運作。不過，這條路，後來也被大法官自己封了。

大法官在釋字三七一號解釋中，宣告立法院的大法官審理案件法違憲，並在理由書中提到：「各國情況不同，其制度之設計與運作，雖難期一致，惟目的皆在保障憲法在規範層級中之最高性，並維護法官獨立行使職權，必期於審判之際僅服從憲法及法律，不受任何干涉」。然後據此宣告大法官審理案件法違憲。

後來，在釋字五三 號中，大法官又宣告法院組織法等法律違憲，再度強調大法官可以宣告有關其職務的法律違憲，就算立法院要透過調整大法官釋憲權的程序或範圍，大法官也可能會宣告其違憲。

另外，就司法預算的控制上，憲法增修條文第五條第六項，只限制行政院不得刪減司法院預算，立法院雖然還是可以刪減，不過，既然大法官於第四二一號解釋將預算也納入審查範圍，加上大法官歷次解釋中一再強調對自己司法獨立的重要，如果立法院要刪除大法官的預算，大法官也可能會以干預司法獨立為由宣告其違憲。

而就大法官薪水的控制上，根據憲法第八十一條的規定，立法院不得減少大法官的薪水。雖然第三屆國大為了報復大法官宣告第五次修憲無效的行為，於第六次修憲修理了學者出身的大法官一頓，但是這是國民大會好不容易找到的一個名目，才能這麼做，一般來說，立法院是不太可能動大法官的薪水的。

³⁵²蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，頁 65。

³⁵³蘇永欽，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，頁 62。

四、修憲推翻大法官解釋

透過修憲的方式來扭轉大法官的解釋，也是一條可行的方式。美國曾以修憲案來推翻大法官的解釋，二十七條修憲條文，就有四條是針對大法官的解釋而來³⁵⁴。在台灣，原本國大四年改選一次，專職修憲的情況下，修憲成本極低，故這是最適合用來推翻大法官解釋的一條路。

不過，大法官於釋字四九九號解釋中，宣告第五次修憲違憲後，不但因而強調修憲有界限論，也間接地促成國大轉而任務機關而非非常設機關。

這造成了兩個影響。一、修憲成本突然激增，使得以修憲來制衡大法官的困難度增加。二、大法官於釋字四九九號解釋中所立下的修憲界線，包括：「第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。」這個修憲界限非常大，把人權保障和權力分立都一起納入，若想以修憲程序推翻大法官的解釋或限制大法官的職權，也可能被大法官以違反人民權利與權力分立的修憲界線為由，宣告違憲。

五、選任大法官

自 2003 年起，大法官的任期，將改為八年一任，且為交錯任期制，不得連任。這樣的任期方式，筆者認為是政治部門所採用的最好的影響大法官解釋方式。亦即，前述幾種方式都沒辦法成功抵抗大法官，沒辦法威脅到大法官，故大法官還是會任意灌入自己的政策偏好。唯一有效影響大法官解釋走向的方式，就是八年任期一到，政治部門改提名一些符合自己政策偏好的大法官來。

這一管道的困境在於，雖然選任大法官時可以挑選符合自己政治偏好的大法官，不過一旦其上任後，大法官不再受到任何壓力，有可能會轉變個人的偏好，而政治部門一樣無法影響之³⁵⁵。不過，就時間來看，由於我國四年可以換選一半的大法官，至少四年可以影響一半的大法官。這在我國已經算是比較有用的方式了。

不過，筆者認為這條路還是有所限制。司法院組織法第四條規定，我國有資格擔任大法官者有五類，分別是一，最高法院法官，二，立法委員，三，法律教授，四，國際法庭法官或有公法學獲比較法學之權威著作，五，研究法學、富有

³⁵⁴ 任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權定位之研究，頁 12。

³⁵⁵ Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577, 612-613 (1993).

政治經驗，聲譽卓著者。而各類人數不可超過總人數三分之一。也就是說，除了第二款的立法委員可以不用有法學研究背景，最多可提名五個人外，其餘的大法官，都必須具有法學研究背景。這樣的規定限制了政治部門可以挑選的人選，而可能產生的弊端在於，雖然政治部門可以透過提名人選的選擇，修改大法官對一般社會政策上的解釋，可是法律圈比較關心的話題，法律圈比較執著的問題，常與一般社會輿論有明顯相反趨向，對於這些議題，由於限制了大法官提名的來源，也間接增加了透過提名新大法官修改這方面議題所做解釋的困難。關於此，於本章第二節已分析過於弊端。

六、民眾認知的影響

整體來看，政治部門能用之抵抗大法官或施加威脅的手段，實在有限。原因有二：一、台灣已經建立起法治，除非有合理的名目，要不然政治部門無法任意對大法官施壓。二、大法官透過自己的解釋，也一點一滴封閉政治部門抵抗的途徑。除了這兩個法律上的原因外，還有另一個原因，乃是政治文化與民眾認知的因素。民眾對法治民主的認知，會影響政治人物的行為³⁵⁶。台灣乃民主後進國，社會開放以後，民主進展的非常快，台灣人民非常珍惜民主成就，當大法官漸漸開始有所作為，而媒體對大法官解釋的報導漸增後，人民開始瞭解大法官的角色³⁵⁷，並單純地認為尊重大法官解釋是民主法治的表現，而輿論也受此影響，以此來評估政治人物的作為，故讓政治人物不敢推翻大法官的解釋，更遑論報復大法官。

任冀平和謝秉憲認為，台灣的政治部門，表面上看起來對大法官恭敬如從，實則是因為大法官解釋極少宣告當屆立法院制訂的法律違憲，對立法院的冒犯很小，所以立法院沒有抵抗或報復的跡象，但這不表示台灣的立法院不會有被惹怒的一天³⁵⁸。例如，釋字四九九號宣告剛修訂好的憲法違憲，馬上引發的國大報復，證明了在台灣民意機關還是有可能會對大法官報復。

不過，釋字四九九號解釋做成後，儘管國大對大法官的解釋非常不滿，國大

³⁵⁶ Gal Dor, *Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli Experience in Comparative Perspective*, 11 *Ind Int'l & Comp. L. Rev.* 1, 32-33 (2000)

³⁵⁷ 早期的文獻皆顯示人民對大法官的認知度很低，例如蘇永欽，「司法改革的再改革」；簡資修，台灣民眾之基本人權觀：社會意向資料之初釋，收於尹慶春編，「台灣社會的意向」，頁 320-321，1994 年 10 月。近期文獻則指出台灣民眾對釋憲制度的認知提升，張智聖，「解嚴以來我國釋憲制度與人權保障之系統分析」，頁 84-87, 101-103, 184-188, 中山大學中山學術研究所博士論文，2000 年 7 月。

³⁵⁸ 任冀平、謝秉憲，政治或司法：我國違憲審查權定位之研究，頁 17。

卻礙於民意而不敢推翻大法官的解釋，對大法官的報復也僅止於取消學者出身大法官的終身待遇，相較於國大本身的不滿，這個報復算是很小很小，而且也是好不容易才找到一條名目得以遂行其報復意志。可見得未來就算大法官直接對上當屆的民意機關，在台灣輿論現在對大法官尊重的情況下，也不太可能真的如任翼平與謝秉憲預測的，立法機關真的會起而抵抗或報復³⁵⁹。

不過，第六次修憲把常設國大改為任務型國大，修憲提案權由立法院獨享，將來如果大法官真的直接對上當屆的立法院，引起立法院的不滿，在立法院獨佔修憲提案權的情況下，立法院的確是有可能對大法官進行報復的。不過，若未來輿論對大法官的認知不改，還是把尊重大法官當成法治的象徵的話，由於修憲程序多了一道任務型國大的手續，還是必須針對個別修正案訴諸民意，那麼立法院以此作為報復手段的可能性，還是不太可能。

由以上討論得知，目前台灣的憲法言說，完全被大法官獨佔，而壓縮政治部門的決策空間。針對此一問題，筆者在下文第六章中，會提出三個可能的方案，漸進限縮大法官解釋的效力，而讓政治部門有較大的發揮空間。

第五節 小結

由以上四節分析討論得到以下四個結論，可以印證第三章和第四章所提到的一些論點。

一，大法官本身不斷的擴權中。

二，大法官由於受到本身偏好與法律圈的影響，習於引進外國憲法原則，一方面環繞憲法文字、結構的辯論方式，可能會造成討論實質問題的阻礙，另一方面法律菁英的思考侷限，也無法反應社會菁英或社會大眾的想法。因此對台灣造成某些實質的阻礙。

三，大法官對台灣的貢獻不大，卻製造了額外的決策成本，也埋下了一些改革成本。

四，以大法官擴權的結果來看，目前台灣的政治部門很難有效的制衡大法官，唯一有效的方式，就是透過四年改換一半大法官的機會，來影響大法官的解釋。

³⁵⁹ 黃錦堂也認為在四九九此一指標性戰役後，大法官不必擔憂政治部門的報復。請參見氏著，機關爭議問題釋憲方法之應用，「司法院大法官九十年學術研討會記錄」，頁 129，司法院，2002 年 12 月。

不過，由於針對第二點和第三點，本章的論述只是一個初步的分析，礙於筆者本身的研究能力限制，以及台灣實證資料的有限，無法做出更詳細的論證，是一大缺點，這也必然導致讀者對這兩部分論點的質疑。第二部分關於大法官受自己偏好影響及受學界影響此點，或許較無問題，但是針對第三部份，是否大法官對台灣真無重大貢獻，或真的造成未來改革困難，由於台灣真正的釋憲史不過十多年，筆者能找到的例子實在有限。例如，對於大法官解釋是否會造成未來阻礙或虛增政治成本，從幾個政治運作的爭議上，筆者認為的確如此，但對於其他社會人權問題，筆者只做出些預測，並也只舉出大學二一制的爭議為例。可是，大學二一制這個例子是行政院所造成的錯誤，並非大法官造成的，故論證還是很薄弱。另外，大法官對授權明確性原則的堅持，或許可以看做是大法官阻礙社會改革的一項證據，但是大部分的法律人不認為這是項阻礙，而認為這是項進步。這些舉證上的不足，需要繼續觀察，才能進行更豐富的討論。

儘管這些論證上的不足，但筆者仍然相信這應該是正確的方向，故針對這些問題，筆者於下一章中，將會依序提出改革幅度不同的五個方案，希望能解決釋憲制度所造成的一些問題。

第六章 各種改革方案

本章將提出幾個文獻上有的改革建議，並綜合運作上述各章對違憲審查制度的批判，分析各個改革建議可以解決的問題，以及可能引起的缺點。

筆者認為，違憲審查或許對於糾正一些小錯誤，會有所幫助，但是卻會引來大法官專斷的更大的災難。而本章所提出的改革方案，都圍繞著這兩個問題打轉。當然，制度設計的成本也會是一個考量因素。

對於改革違憲審查制度，建議很多，面向也很廣，筆者於此指特別針對那些因為質疑違憲審查正當性而提出的制度上的改革，所以，關於是否採取集中審查還是抽象審查的辯論，於此不談。而關於解釋論上的建議，筆者於第二章已經說過，改革無用。另外，有一些建議不太合理的，筆者也不欲多作討論，例如 Frank B. Cross 主張，既然大法官也可能侵犯人權，那麼，在涉及人權與公益的衝突時，他建議比較立法機關和大法官，若是立法機關在某段期間比較保障人權，則最終解釋權歸立法機關，若是大法官比較保障人權，則最終解釋權歸大法官，但是關於人權與人權的衝突，則一律歸立法機關³⁶⁰。這種建議在操作上看起來就很困難，而且，人權保障未必是憲法的第一要務。

以下所介紹的，前四種模式，主要是參考法國、美國、加拿大、英國而提出的建議。筆者參考的法國模式，只是參考其大法官人選的設計，而非其違憲審查的方式。而美國、加拿大、英國這三種模式，則是以大法官和政治部分互動的設計為主。最後一種方案，則是討論 Mark Tushnet 完全廢除違憲審查制度的方案。在下述介紹討論中，筆者會特別分析台灣的現況，並預先對改革可能會提出的質疑與成本問題加以討論。

於此先做說明，於第四章，筆者已經分析，大法官與政治部門的運作，其實只有很低的比例會有不同意見，只有大法官解釋造成錯誤的那些案件，政治部門會有不同的看法。但是大法官解釋所造成的錯誤，若不限制大法官解釋的效力，長期則會增加鉅額改革成本，故為了類情況，我們應該設計一些機制來減低錯誤發生的機率，或限縮大法官錯誤造成的危害，以降低改革成本。本章所討論的第一個方案，是就從大法官人選的限制，來限縮錯誤發生的機率。第二至第四個方案，則是讓政治部門可以推翻大法官解釋，降低決策成本、改革成本，避免較高

³⁶⁰ Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of the Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529 (2000)

的阻礙改革成本，以限縮這些錯誤造成的危害。不過，前四種改革方案，只是試圖降低大法官造成錯誤解釋的成本，無法減少大法官本身的人事成本與因釋憲制度而虛增的決策成本，故第五個改革方案，則是建議完全廢除違憲審查制度，節省這些成本。

第一節 大法官不准由法律人擔任 - - 法國模式

倘若不肯廢除釋憲制度，筆者於本節則欲討論，則大法官人選的來源上，縮小釋憲制度所造成的壞處。筆者參考法國憲法委員會不限於法律人組成方式，進行下述討論。

一、大法官的選任背景

關於大法官是否一定要由法律人擔任的問題，中外學界都有人討論過³⁶¹，不過，在台灣並未引起激烈的爭辯，大部分的人都本能地認為，大法官本來就該由法律人擔任，甚至，連留學法國的學者，寫文章介紹完法國的憲法委員會之組成員不限於由法律人擔任後，在未經詳細討論前，就直接主張應該由法律人擔任憲法委員會的委員比較好³⁶²，可見我國學界對這個問題的意向。

司法院組織法第四條規定，我國有資格擔任大法官者有五類，分別是一，最高法院法官，二，立法委員，三，法律教授，四，國際法庭法官或有公法學獲比較法學之權威著作，五，研究法學、富有政治經驗，聲譽卓著者。而各類人數不可超過總人數三分之一。

而從實際結果來看，純粹與法律無關的而擔任大法官的，占總人數比例最少³⁶³，第四屆以後甚至屈指可數³⁶⁴，大部分的大法官，幾乎都是法律人出身。也使得一般均認為，大法官由法律人擔任才是正道。

若觀照其他各國職司憲法解釋的人，我們可以發現，有的國家，並不要求憲法解釋者必須由法律人擔任。最顯著的，就是法國。法國的憲法委員會，雖然地

³⁶¹ 例如，劉義周，我國歷屆大法官之產生及其背景之分析，政治大學學報第 35 期，頁 287-302，1977 年 5 月；法治斌，大法官之選任及其背景之比較研究，「人權保障與釋憲法制」，頁 289-298，月旦出版，1993 年 9 月再版；林超駿，我國司法院大法官選任制度的幾個問題 - - 從違憲審查之「反多數決」法理觀察，律師通訊 206 期，頁 59-76，1996 年 11 月；Arthur S. Miller and Jeffrey H. Bowman, *Break the Monopoly of lawyers on the Supreme Court*, 39 Vand. L. Rev. 305 (1986).

³⁶² 鍾國允，論法國憲法委員會之組織及其合憲性審查程序，憲政時代第 28 卷 1 期，頁 97，2002 年 7 月。

³⁶³ 劉義周，我國歷屆大法官之產生及其背景之分析，頁 297。

³⁶⁴ 法治斌，大法官之選任及其背景之比較研究，頁 292-293。

位特殊，解釋方式迥異於我國或其他採取司法違憲審查的國家³⁶⁵，但的確是一憲法審查機關，此乃無庸置疑。簡單的說，法國憲法委員會的組成，並不要求一定要由法律人擔任。

除了法國憲法委員會的組成，提供了我們一點想像的空間，另外，我們可以先點出一個直觀的質疑：憲法難道是由法律人制定的嗎？若不是的話？為何職司憲法解釋的大法官，只能由法律人擔任呢？

二、非法律人擔任大法官的優點

由非法律人來擔任大法官，最明顯的一項優點就是，大法官們不會再以外國的憲法原則當作高於我國憲法的更高規範，而盲目地引進。而且，既然大法官不受各種解釋方法拘束，而是以自己的偏好或判斷來違憲法解釋，那麼，由於非法律人所具備的各種專業知識，反而能對問題進行充分地思辯，得出比較好的答案。以下，筆者從各種角度來思考由非法律人多元背景所組成的大法官，有些什麼優點。

（一）法律人的思考侷限

法律人的思考，其特色乃是透過高度抽象化、概念化的一些法律術語，或法律條文，加加減減，排列組合，依著小前提的事實，得出其認為合理的答案。這樣的思考方式，於法官的選法用法上，或許不會出什麼大問題。不過，由於我國法學教育受到國家考試的嚴重扭曲，使得法律學者的思考，也侷限在這樣的思考模式內³⁶⁶。是故，法律學者討論憲法問題時，要不是以德、美憲法原則作為高於我國憲法的更高權威，要不就是只以目前大法官解釋中繼受來的幾個外國憲法原則，來操盤推演。而實際上要為實質問題的辯論時，卻顯的特別空虛。

例如，憲法第 23 條的「必要」兩字，德國學者認為理所當然地，就是指「比例原則」，而大法官雖然少在解釋主文中提到「比例原則」四個字，不過大多早已在解釋理由書中承認，「必要」就是指「比例原則」。這個主宰我國憲法審查的德國憲法原則，實在是個再好不過的例子。所謂必要，其實就是只要考慮各種社會現實、各種利益，來加以衡量比較判斷，令人懷疑的是，法律人真的能單純透過比例原則的三階段操作，就得出正確的答案嗎？那樣的三階段操作，乃大大地

³⁶⁵ 法國乃採事前抽象解釋，請參考陳淳文譯，論憲法委員會之合憲審查權，憲政時代第 18 卷 3 期，頁 59-75，1993 年 1 月；陳淳文，論法國之憲法委員會，法律評論第 59 卷 1、2 期合刊，1993 年 2 月，頁 116-30；鍾國允，論法國憲法委員會之組織及其合憲性審查程序，頁 89-109。

³⁶⁶ 楊智傑，「千萬別來唸法律」，頁 222。

限縮了可以採用的思考邏輯。畢竟，憲法第 23 條，只說了「必要」兩個字而已。

撇開思考邏輯的問題不談，倘若我們在德國的比例原則和美國的審查標準下，都進入到了最後的利益衡量的階段，法律人又能作出怎樣的衡量？憲法第 23 條的必要，強調的是各種利益的權衡，而且，在為這樣的權衡時，當然必須顧慮到可能會有的結果。因此，在做這種衡量時，常常必須以經濟學的知識，來思考各個面向的成本效益，也必須以社會學的知識，來評量可能會引起的社會問題，更可能要以心理學的知識，來判斷對個人可能會造成的影響³⁶⁷，甚至，還可能要以醫學的知識，來解決涉及人類生命的問題³⁶⁸。可想而知，法律學者受限於自己的學習背景，在相關領域知識、研究方法、思考問題模式上等的侷限，讓法律人不但不能作出較正確的利益衡量，可能連最基本的事實問題，都有可能認知錯誤。這不但嚴重地限縮了法律學者所為的憲法辯論，連帶地也影響了大法官的解釋結果。

（二）部門憲法

蘇永欽教授所提議的「部門憲法」研究途徑，乃希望法律學者能夠將憲法基本國策涉及的社會領域作切割，發展出各個部門，希望法律學者能夠加強各部門領域的基本研究知識，正確認識各部門的社會現實秩序，如此，方能從中歸納出較貼近社會現實的該部門的指導價值，而這樣所為的憲法論述，也較能引領大法官走向正軌³⁶⁹。

部門憲法可能會有一些問題。最重要的是，從現存各部門的社會事實與規範中，歸納出各部門的指導價值，然後反過來指導規範，真的是一個值得採用的方式嗎？這樣以法律人找法的方式所歸納出來的指導價值，可能只是承繼了以前社會的古老思想，反而更脫離社會潮流。不過，蘇教授擔心的卻與筆者正好相反，他擔心大法官太執著各部門的實存秩序或結構，反而會太容易順應社會潮流，太容易宣告法律合憲³⁷⁰。會產生兩種正反不同的可能性，或許只是投身部門憲法研究的法律學者，沒有抓對蘇教授所提的精神，所可能產生的結果而以，但，這的

³⁶⁷ 例如，美國最有名的廢除種族隔離的 *Brown v. Board of Education* 案，大法官為該判決的主要理由，就是以心理學的角度，來評估種族隔離政策對黑人小孩的心理影響。Arthur S. Miller and Jeffrey H. Bowman, *Break the Monopoly on the Supreme Court*, 39 Vand. L. Rev. 305, 310 (1986).

³⁶⁸ 又例如，美國另一有名的決定女性有墮胎權的 *Roe v. Wade* 案，大法官作出三個月、三個月、三個月懷孕分期的主要根據，就是醫學。Arthur S. Miller and Jeffrey H. Bowman, *Break the Monopoly on the Supreme Court*, 39 Vand. L. Rev. 305, 311 (1986)。目前各種基因科技所引發的憲法爭議，可能就必須要用醫學的知識作為判斷的前提。

³⁶⁹ 蘇永欽，部門憲法 - 憲法釋義學的新路徑？，頁 753-768。

³⁷⁰ 蘇永欽，同上，頁 769。

確是很有可能發生的事。

不過，筆者認為更深刻的問題在於，純以目前國內的法律學術環境來看，我們的法律學者，真的有能力好好讀懂各該領域的研究成果，搞懂各個領域的複雜論述，了解各部門的實存秩序與結構，進而掌握各部門真正的上綱價值嗎？還是他們只是會繼續從外國的部門法律的研究，得到自己的確信，而漠視台灣的實際社會與基本國策的規定。問題更大的是，就算少數法律學者肯放下身段修了個雙學位，投入部門憲法的研究之後，那樣的論述，在目前的法學界，能受到多少重視？能否形成主流風氣？更實際的是，大法官看得懂這樣的論述嗎？倘若大法官與我們的法律學者，本來就欠缺其他社會科學的知識或研究方法能力，要他們如何能做好部門憲法的釋義學工作。最後，可能還是不小心就把德國、美國的社會政策、基本國策所導出的規範內容，又說成是我國憲法的規定了。

（三）各種憲法解釋方法

如果我們不想讓憲法解釋與憲法文本脫節，亦即，於憲法解釋時多注重一點文本的話，筆者相信，非法律人應該能比法律人做得更好。法律人由於善於操弄文字遊戲，漠視文本已習以為常，且台灣法學界習於不加反省地奉外國法為尊，種種因素加乘起來，法律人的確不會很尊重憲法文本。相對地，非法律人雖然可能出於自己的專業，不認同憲法的規定（尤其是基本國策的規定），也一樣會受到他出身背景學界對爭議問題討論之共識的影響，但就是因為他們不學法律，不像法律人有超多「解讀」法律的工具可以使用，而且他們也不會有把外國憲法原則當作台灣憲法規定的衝動，反而會使他們不敢任意漠視法律文本、憲法文本。

不過，如果由非法律人擔任大法官，當他們發現自己不遵照文本也沒人對付得了他們之後，他們脫離文本的程度，或許會跟法律人一樣也不一定。不過，有很多人本來就不欣賞以憲法文本為準的憲法解釋，則筆者以下會繼續說明，若跳脫以憲法文本為準的解釋，非法律人也會做得比法律人好。

若把憲法回到最基本的定義來看，它是一部政治法，規範政治的遊戲規則，它是由許多政治人物一起開會妥協出來的產物，它一開始就不是由法律人制定的。如果說我們在解釋憲法時要探討當初制憲的「原意」，想必由政治學者、歷史學者，去擔任大法官，應該能探討出比較正確的立憲原意才對³⁷¹。如果說，我

³⁷¹ 例如第四次修憲雙首長制的精神，應該是參與該次修憲的政治人物很清楚認知的，可是陳水扁這位法律人總統，就是能夠玩出一些文字遊戲，漠視修憲的精神。對陳水扁胡亂解讀第四次修憲雙首長制的精神，可參考蘇永欽，回歸憲政就是落實多數決統治原則，中國時報民意論壇，2000

們不需要拘泥於制憲者的原意，而只要秉持著制憲時的精神，與時俱進地隨社會變遷找出新的答案，那麼，法律人也沒有道理會比政治人更懂制憲者的精神，法律人也不會比社會學家更能掌握社會發展的趨勢。

甚至，如果跳脫傳統的這幾種解釋方法外，再考慮一些新的解釋方法，可能還是由非法律人擔任大法官會比較好。例如，如果採用 John H. Ely 的「代表性補強」理論的解釋方法的話，相信政治學者與社會學家必然比法律人了解什麼狀況下代表性不足。

又或者，若想採用 Dworkin 的憲法乃追當代道德的理論的話，由各種非法律人組成的大法官，才真正能找出當代道德。關於此，色情議題是最好的例子。大法官於釋字第 407 號解釋認為所謂的猥褻，必須依一般社會觀念定之。倘若將來大法官於一具體個案上必須判定一刊物究竟是否猥褻，則，非法律人組成的大法官，應該也較能找出社會一般通念。

甚至，想某程度採用「結果考量」的憲法解釋的話，政治學者、經濟學者、社會學者，其對解釋結果可能造成之影響所作的評估，也絕對比法律人來得準確。不過，蘇永欽教授曾以德國一實證研究說明，德國憲法法庭的法官們，做出的判斷，並不比其他社會科學的研究成果差，似乎大法官不需要出身社會科學，也一樣能做出正確的判斷³⁷²。筆者則對此一說法相當懷疑，因為倘若真是如此，我們公平交易委員會的組成，為何強調必須背景多元？

另外，針對某些司法自制的憲法解釋理論，例如 Sunstein 提倡的「司法最小主義」，若是由政治人擔任大法官的話，可能更能體認哪些問題是不適合由大法官作決定的，更能體會其嚴重性，而更堅持自我抑制，更謹言慎行。而其他的非法律人，正如筆者前面所提，也比較不會任意扭曲憲法文本，因此也比較會將這些議題交給政治部門去解決。或者，就算這些非法律人擔任的大法官也無法堅守不解釋政治問題的原則，將兩岸問題交給由各個學門的專家所組成的大法官去解釋，也比死守國際法學理而漠視政治現實的法律人來得好。

不過，正如 Mark Tushnet 所說，不管你採取哪一種憲法解釋理論，實際上根本拘束不了大法官，大法官只會在需要的時候選擇性地挑選這些憲法解釋理論來運用。對於我國的實務運作，也有不少人觀察到這一點³⁷³。當然，到底有多大的

年 11 月 17 日。

³⁷²請參見氏著，結果取向的憲法解釋——從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實務，「合憲性控制的理論與實際」，頁 264-265，月旦，1994 年 5 月。

³⁷³最明顯地，就是釋字五三 解釋大法官選擇性的運用幾種解釋方法，此可參考蘇永欽的批評，

比例，大法官會依照其他的判斷，而選擇性地挑選解釋理論來合理化自己的判決，仍有待研究，不過，這倒不會阻礙筆者的建議。

筆者之立論，即是坦然接受各種憲法解釋理論都沒有辦法拘束大法官的前提下，提出以非法律人擔任大法官的建議。假若每個人心中都有自己的偏好，也容易受到各自出身相關領域的影響，但都會用選擇性的運用各種憲法解釋理論來加以包裝，且法律人和非法律人都一樣的話，那麼，筆者認為，非法律人由多元學識所形成的偏好，加上其受到來自非法律界的影響，在作成對國家影響重大的憲法解釋來說，絕對會比法律人來得好。

美國的 Neal Devins 和 Louis Fisher，雖然認為其他政府部門往往比大法官更有能力來解釋憲法，而認為憲法解釋權不該由大法官獨享，不過因為法院在個案中受到的影響，與立法機關會受到的影響是不同的，亦即，各種部門會有各種不同型態的利益團體侵入，所以，他們並不主張憲法解釋權只由立法機關包辦，而是認為由各政府部門一起共享³⁷⁴。筆者在此也是用相近的理由，亦即，法律人會受到的影響是有限的，非法律人受到的影響卻更為多元，且有較多的實質價值，因而筆者認為，由非法律人取代法律人擔任大法官，讓非法律人會受到的影響，滲入憲法解釋中，應該比法律人擔任大法官來得好。

最後補充一點，Posner 法官也認為各種憲法解釋理論無一站得住腳，既然如此，何不放棄各種憲法解釋理論，其主張「實用主義」，亦即大法官在為憲法解釋時，應利用社會科學的方式，具體考量各種利益與其結果，來為憲法解釋。而且，Posner 也說道，由於採用實用主義的解釋態度，法官比較會意識自己能力的不足，而不敢遽下違憲判斷³⁷⁵。不過，Posner 法官並未注意到，由法律人擔任的大法官，如何能以社會科學的方法來衡量各種解釋的結果。如果由非法律人來擔任大法官的話，更能體現 Posner 法官的建議。

三、非法律人擔任大法官的缺點

對於筆者所提出的建議，可能會有一些現實上的困難，或其他的缺點，而遭

憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，頁 369-400，元照，2002 年 10 月。另外，學者仔細分析大法官於比例原則和立法裁量的使用上，的確發現大法官對這兩個概念的運用，是沒有標準可循的，請參照立法裁量與司法審查關係之探討 - - 以憲法為中心(上)(下)，憲政時代第 26 卷第 2 期、第 3 期，2000 年 10 月，2001 年 12 月。

³⁷⁴ Neal Devins and Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 *Virg. L. Rev.* 83, 105 (1999).

³⁷⁵ Richard A. Posner 著，蘇力譯，「超越法律」，頁 221-228，中國政法大學出版社，北京，2001 年 11 月；Richard A. Posner 著，蘇力譯，「道德和法律理論的疑問」，頁 263-308，中國政法大學出版社，北京，2001 年 11 月。

致批評。因此，以下即預先對這些問題進行一些討論、辯護。

（一）統一解釋法令

由於我國大法官不只有作憲法解釋，還負責統一解釋法令的工作。如果大法官的工作內容還包括統一解釋法令，那麼必然有人會認為，這樣的工作還是必須由法律人擔任得好，因為非法律人不太可能了解法律人的用語、法律人的概念，以及這套繼受自德奧日、有點複雜並自成體系的法律邏輯。

不過，就算要由非法律人來統一解釋法令的爭議，其實也不至於產生很大的問題。筆者以上用於討論憲法解釋由非法律人來擔任的好處，差不多也可以拿來這裡再說一次。畢竟，制定法律的立法委員，並沒有限定一定要由法律人來擔任，各種法律本來也承載了各種社會功能，調和了各種社會利益，不因為它被用法律文字寫下來，並自成一體系的規範架構後，就只有法律人能解讀，非法律人就只得靠邊站了。當然，非法律人的確會因為不熟悉整套法律規範架構，在個案尋求其認為的正確答案時破壞整個法律體系邏輯，因小失大，但是，非法律人的大法官，仍然可以聘用法律助理，替他解決這些比較法律面、邏輯面的問題³⁷⁶，在他優秀的法律助理替他分析完採取某一立場可能對整個規範體系的影響後，他再做最後的判斷，應該不會有太大的問題。至少，從我國歷史上來看，非法律人出身的大法官在為統一解釋法令爭議時，也沒有鬧過什麼有名的笑話，應該可以打破這個疑慮。而且，我們若觀照公平交易委員會的委員選任方式及其目的，應該也能夠了解這不會是個大問題。

另外，針對這點，目前司法改革的方向，以及國內的多數學者的主張，都認為大法官不應該再負責統一解釋法令的工作。故，這可稍微緩和一下來自這方面的攻擊。

（二）司法院審判機關化

不過，目前法界決定要減少大法官統一解釋法令之任務的配套，是決定將司法院審判機關化，並且配上司法一元化的改革，最後讓大法官兼附民事、刑事、行政訴訟的最終審判。這可能也會產生類似的質疑：如果大法官將成為最終審判機關，怎麼可能讓非法律人來擔任大法官。

的確，如果大法官真的要改成最終審判機關，則由非法律人來擔任大法官，

³⁷⁶ Arthur S. Miller and Jeffrey H. Bowman, *Break the Monopoly on the Supreme Court*, 39 Vand. L. Rev. 305, 307 (1986).

的確會引發比較大的質疑。當然，針對目前改革的方向，還是偶有零星的反對聲音³⁷⁷，是否真能實現，仍不確定。反對者的批評中，與本文議題有關者，就是司法院審判機關化兼一元化後，自己將成為一般案件的第三審，又可能再為第三審後的憲法解釋，角色混亂不說，更可能一單位身兼三權，成為最大的憲政怪獸，³⁷⁸。而將憲法解釋權採用折衷方案的結果，不但不能兼採集中式與分散式的好處，反而可能兼收兩者的壞處³⁷⁹。

暫且撇開司改方向不談，以德奧式集中審理配上憲法訴願來看，筆者的立論，相當站得住腳。因為，憲法訴願賦予的個案違憲審查，比起抽象違憲審查來說，差別只在於有沒有圍繞著個案打轉。就個案審理來說，很清楚地，法律人絕對不會比非法律人還要會發現真實，還要能清楚認知個案事實，這就跟我們認為陪審團比較能夠發現真實是一樣的道理。況且，很多涉及政、經、社等的事實問題，交由各學門的大法官去判斷事實，絕對也比法律人來得好（許多利益衡量的問題，其實歸根就底，是事實問題）。

若大法官最後改成美國式分散審理，且大法官職司最終審，沒有另外的抽象審查，那麼，雖然處理的案件有許多是傳統的民刑訴訟，也不至於妨礙筆者的構想。此跟上段說明統一解釋法令的理由一樣，於此不贅。

不過，若是採用美國式分散審理，各級法官都擁有違憲審查權，則筆者不得不質疑，這些法律人出身的下級法院法官，其對憲法的理解，有何正當性基礎高於立法者對憲法的理解，其對憲法的解釋，一樣也會受限於法律人侷限的知識，而不能正確解釋憲法、或正確評估各方利益。

（三）政治力介入

有人可能會擔心大法官一旦不再由法律人獨占後，政治力較容易介入大法官的選任上。事實上，我國不像美國，除了統獨問題之外，社會上比較沒有意識形態之爭，沒有強烈的社會對立，社會同質性比較高³⁸⁰。雖然我國歷史顯示，在提

³⁷⁷ 蘇永欽，金字塔的理念與迷思，「走入新世紀的憲政主義」，頁 299-316，元照，2002 年 10 月；蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革 - - 台灣司法改革的社經背景與法制基礎，台灣本土法學第 28 期，頁 1-14，2001 年 11 月；吳志光，違憲審查制度與司法一元化 - - 兼論比較法上的觀察，初稿發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，2002 年 10 月 19 日，台灣大學法學院第一會議室。

³⁷⁸ 蘇永欽，憲法解釋方法上的錯誤示範，「走入新世紀的憲政主義」，頁 391-398，元照，2002 年 10 月。

³⁷⁹ 蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革 - - 台灣司法改革的社經背景與法制基礎，台灣本土法學第 28 期，頁 11，2001 年 11 月。

³⁸⁰ 林超駿，如何繼受美國法上之憲法解釋理論，以促進大法官之釋憲功能，頁 21-22。

名或同意大法官時，政黨背景仍會被當作一個考量，但實際上從違憲審查發展的歷程來看，我們幾乎看不到大法官的意識形態在憲法解釋中扮演什麼重要的角色。倘若，真會有什麼政治意識形態進入大法官的話，在法律人擔任大法官的時期，早就會進入了，不會等到由非法律人擔任大法官時才介入。例如美國在由法律人佔多數的大法官的選任上，政治力早已透過區辨大法官候選人的意識形態，深深介入選任程序的運作了。因此，假設社會對立的意識形態之爭，會影響大法官的選任，就算通通由法律人來擔任大法官，也會有一樣的問題。

許宗力教授曾思考我們是選任大法官的問題時，似乎不反對政治力的適度介入，甚至認為不妨可以建立某種機制，以保護少數政黨的聲音，讓大法官的組成較為多元³⁸¹。不過他並沒有考慮到，若真要讓大法官的組成多元，打破法律人的壟斷，或許會更為有效。

（四）解釋的可預測性

或許有人會說，若讓非法律人擔任大法官，他們不採用法律人法條釋義的解釋方法的話，大法官解釋結果的可預測性會較低。反之，由於法律人擔任的大法官，會受到法律學界的影響，雖然解釋已經脫離文本，但是只要能掌握大法官解釋乃受到法律學界影響的這個關鍵，大法官解釋的可預測性會比較高。

不過，實際上，由於我國法律學者留學自不同國家，留美和留德的學者，所提倡的憲法解釋理論已經不同，更何況每個學者也會因為自己的個人預設偏好，而選擇性地宣揚各該留學國的學說，所以對於某一憲法爭議問題，答案絕對不是只有留美派、留德派兩說，而會是有很多說法，很多結果。如此，因為贊成各種結果的憲法解釋理論都有，這反而讓大法官更容易選擇性地挑選出能夠得出自己想要的結果的憲法解釋理論，而失去可預測性³⁸²。例如，修憲有沒有界限，留德、留美學者可能就會有比較極端的傾向。又例如，立法裁量和比例原則這樣的模糊用語，也讓大法官可以充分的遊走合憲違憲之間。釋字五三號，什麼時候要用制憲原意、什麼時候要用體系解釋，也可以看出大法官的選擇很多。

就算，其他政治部門能夠清楚掌握法律學界的多數意向，但是，有許多問題，都是憲法學界以前還沒討論過，卻被人提請釋憲聲請進了大法官的手裡。此時，法學界可能是給大法官邀請去當鑑定人或訴訟代理人，才開始思考這個新問題，才對這個問題發表意見。那麼，這叫被審查的其他政治部門，又如何能預測大法

³⁸¹ 許宗力，憲法與政治，「憲法與法治國行政」，頁 17-19，元照出版，1999 年 3 月。

³⁸² Mark Tushnet, Taking the Constitutions away from the Courts 155-157 (1999) .

官的解釋呢？

由非法律人擔任大法官的話，前面說到，其應該會比較重視憲法文本，任何解釋，應該是比較會圍繞著憲法文本打轉。不過，前面也說過，非法律人擔任的大法官，一旦發現其不依憲法文本來論述也不會有事時，他們也可能會開使用另一種方式，來灌入自己的個人偏好。但是，就算如此，由於非法律人對於各種社會重大問題，可能比較會有自己的既定意見，尤以經濟學家、社會學家為然，在這種情形下，在選任大法官的時候，這些個人偏好就會被揭露出來，政治部門因而會知道大法官既定的意見，也較容易預測大法官的解釋結果。而法律人由於只對法律問題會發表意見，對許多重大政治、社會決策卻少有意見，反而不利於政治部門預見這些法律人出身的大法官的既定意見。

不過，實際上，不管是法律人還是非法律人擔任大法官，不管其解釋的方法會採用哪種方式，只要其對某一問題表達過意見，以後發生相同或類似的問題，只要其組成份子不變，大概都會維持原來的立場。這不會因為是法律人或非法律人而不同，法律人並不會比較遵守「先例」，非法律人就比較不遵守「先例」。然而諷刺的是，美國經驗顯示，就算鑽精憲法的學者，替國會的某一立法，想好了絕佳的憲法辯護，都利用大法官建立過的原則來論證，且也分析大法官各意識形態的結果，認為該法絕對會合憲，結果還是被大法官宣告違憲³⁸³。另外，由我國經驗顯示，每次有爭議發生，兩方也都認為自己在憲法上絕對是對的。因此，我們或許可以武斷地說，大法官解釋的浮動性，比起固定的法律，可預測性本來就很低，由非法律人來擔任大法官，情況也不會變得更糟。

第二節 司法違憲審查不具終局性 - - 美國模式

當對大法官功能的質疑越來越強烈後，美國開始有不少學者，主張憲法解釋不該由大法官獨佔，而該由政治部門與大法官共享，並進行憲法對話。以下，筆者則從這一派的討論中，分成三階段的改革方案，一一討論之。這三種改革方式，其精神主要都是在限縮大法官解釋的效力。其中，筆者會特別著重決策成本對憲法對話成效的影響。本節，先介紹美國違憲審查目前的運作方式，其也是許多學者針對違憲審查正當性所提出的主張，亦即大法官的憲法解釋部具終局性。而接下來的兩節，則介紹加拿大和英國的憲法對話模式。

³⁸³ Mark Tushnet, *Taking the Constitutions away from the Courts* 59 (1999).

一、憲法對話

近年來「憲法對話」(constitutional dialogue)一詞在美國憲法學界的討論非常熱烈，而國內也有幾位留美學者介紹或使用這個概念，不過，國內援引這個概念的學者，每個人關懷的面向與其政策主張卻不太一樣，例如，湯德宗教授使用這個詞時，比較類似美國學者主流的論述，亦即是用來解決違憲審查反多數決之困境，進而主張限制違憲審查的權限效力³⁸⁴。而葉俊榮教授只是援引這個概念，用以解釋轉型法院與常態法院大法官與政治部門的互動，並沒有因而提出政策建議³⁸⁵。另外，張文貞教授和廖元豪，同時引用這個概念來討論政治問題的審查，廖元豪主張大法官避免涉入政治問題的解釋³⁸⁶，張文貞卻主張大法官應該多介入政治問題的解釋³⁸⁷，與美國的主流論述正好相反。

所謂的憲法對話，簡單地說，就是大法官與其他政治部門在解釋憲法上的對話。當然，有的學者也會強調憲法對話中民眾參與的面向，但若無特別強調，筆者於本文只用以指涉政治部門與大法官的對話。美國文獻中援引「憲法對話」這個概念的，大致可分為兩類，一類是實證性的描述，一類則是規範性的建議。實證性方面，他們認為美國的憲法解釋，並不是全由大法官獨佔，而是大法官與其他政治部門共同來解釋憲法。規範性方面，許多學者為了解決違憲審查反多數決困境的問題，紛紛提出各種不同的主張，建議改革憲法解釋制度，以促成、增進政治部門與大法官進行憲法對話。

不論是實證性或規範性的論述，其問題的核心，都是環繞著大法官非民選出身、而有反多數決困境的問題。大法官不是民選，也不受選民控制，卻可以解釋憲法推翻民選議會的立法，因而產生了反多數決困境。正因為這個問題，美國學界對於違憲審查正當性來源的問題，始終爭論不休，學者不但提出各種理論來證立或反駁其正當性來源外，也試著提出各種憲法解釋論上或釋憲制度上的建議。

除了法學界關心的反多數決問題外，政治學界發展出來的「思辯民主」(deliberative democracy)這一概念，在憲法對話的理論上，也佔有不少份量。所

³⁸⁴ 湯德宗，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，「權力分立新論」，頁 35-40，作者自版，2000 年 12 月增定二版。

³⁸⁵ 葉俊榮，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第 261 號與第 499 解釋的解釋風格與轉型脈絡，台大法學論叢第 31 卷第 2 期，頁 63-80，2002 年 3 月。

³⁸⁶ 廖元豪，從政治問題理論，論兩岸關係憲法定位之可司法性，政大法學評論第 71 期，頁 27-77，2002 年 9 月。

³⁸⁷ 張文貞，中斷的憲法對話：論大法官解釋在憲法變遷脈絡中的定位，論文發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，台灣法學會及台大法律學院公法研究中心共同舉辦，2002 年 10 月 20 日，台北。

謂思辯民主乃是認為，民主並不是一人一票算人頭這麼簡單而已，而是應該重視討論交換意見的過程³⁸⁸。這個想法被法學界吸收後，進而被作為討論違憲審查制度之用。其主張不管對大法官或立法機關，都應該重視思辯的過程，不論是大法官給立法機關一些意見，或是立法機關給大法官一些意見，對民主運作的結果都會比較好。

二、憲法解釋權不該由大法官獨享

根據上述想法，開始有學者主張，大法官對憲法的解釋，不應具最高性，也就是沒有終局性。原則上，他們承認大法官也會犯錯，大法官所建立的憲法原則，未必就是最佳的憲法原則，而其他政治部門，包括立法機關和總統，也負有解釋憲法的職責。並不是所有涉及憲法的問題，都可以讓大法官做解釋，有些領域的問題，永遠都不會進行釋憲程序。而所有政府機關的行為，在做的當時，就應該考慮合憲性的問題，而不是等到幾年後讓大法官去做解釋³⁸⁹。

例如，著有《Constitutional Dialogues》的 Louis Fisher，主張三個政治部門都應該積極扮演釋憲者的角色，都該重視憲法的價值，而不是只讓大法官單獨解釋憲法。他也提到，雖然立法機關有能力好好地解釋憲法，但由於情緒或倉促的緣故，還是會有未注意到憲法價值就疏忽地通過法律的時候，所以還是該有大法官替其把關³⁹⁰。

另外，Neal Devins 和 Louis Fisher 在另外一篇文章中提到，法院在個案中受到的影響，與立法機關會受到的影響是不同的，亦即，各種部門會有各種不同型態的利益團體侵入，會考量到各種不同的因素，所以兩者都該共存³⁹¹。

三、誰是最終決定者？

不過，這樣的主張，近年來卻引發了一些討論³⁹²。主要的批評在於，這派沒

³⁸⁸ 關於思辯民主此一概念的介紹，可參考廖元豪，論共和主義的政治哲學對美國憲法思想基礎及實務的影響，憲政時代第 20 卷第 3 期，頁 80-97，1995 年 1 月；郭銘松，美國公民共和主義法學的興起及其功能特徵，月旦法學雜誌第 38 期，頁 97-109，1998 年 7 月。

³⁸⁹ Louis Fisher, *Constitutional Dialogues* 231-274 (1988)

³⁹⁰ Louis Fisher, *Constitutional Dialogues* 273-274 (1988)

³⁹¹ Neal Devins and Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 *Virg. L. Rev.* 83, 105 (1999).

³⁹² 贊成司法機關有最終解釋權的，請參考 Larry Alexander & Frederick Schauer, *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 *HARV. L. REV.* 1359 (1997); Larry Alexander and Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 *Const. Commentary* 455 (2000); 反對司法機關有最終解釋權的，例如可參考 Mark Tushnet, *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 *Wm and Mary L. Rev.* 945; Mark Tushnet, *Taking the constitution away from the courts* (1999); Devins and Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 *Virg. L. Rev.* 83(1999).

有說明當大法官與政治部門對同意問題有不同看法時，到底要聽誰的。例如，Larry Alexander 和 Frederick Schauer 就主張，一、當爭議發生時，總要有人作最後的決定，二、法律必須穩定，人民最法律才會尊敬³⁹³。因而，他們反對這派的建議。

主張這個想法的學者，似乎不認為爭議不穩定是件壞事，例如，Neal Devins 和 Louis Fisher 反駁，以美國經驗來看，大法官做成決定，如果是違逆社會多數的決定，其實政治還是不會穩定，政治部分和各種團體，還是會繼續紛紛擾擾，例如國會會通過新法律以推翻大法官的解釋，而其他團體也可能會繼續聲請釋憲試圖推翻違逆社會多數的解釋³⁹⁴。所以，讓大法官的解釋具有最終性，也是沒有用的。

不過，筆者認為，這樣的反駁，有邏輯上的問題。老實說，這派的主張，似乎對美國而言，並不是一項改革建議，而是一項既存的事實，亦即，美國的政治人物本來就不認為大法官說的就一定是對的，所以本來就有習慣去推翻大法官的解釋。雖然美國最高法院屢次在判決中宣稱自己對憲法的解釋有終局性，可是美國國會還是會推翻其解釋。而且因為美國是採個案解釋，所以就算大法官已經在某一案中建立了一項原則，對他案也無拘束力，被宣告違憲的法律還是有效存在，而政治部門當然還是會在其他個案或新的法律中，堅持自己的見解。如果，真的在憲法中明文規定，大法官的解釋具有最高性、終局性，那麼，美國的憲法對話未必會這樣活絡。

四、適用於我國的可行性

美國多數學者所謂的憲法對話，通常是指鼓勵政治部門與多大法官進行對話，打破大法官對憲法解釋的獨佔。不過，國內學者雖有援用這個概念，但確有不同的政策建議。例如，國內學者張文貞，認為台灣的大法官在政府體制的形塑上，自己卻沒掌握機會參與解釋，導致主要政府體制的憲法對話，幾乎中斷³⁹⁵。筆者認為，在政府體制的憲法解釋上，大法官的確不適合擔負憲法解釋的任務，政治部門絕對比大法官更有能力做好這方面的解釋工作。

³⁹³ Larry Alexander and Frederick Schauer, *Defending Judicial Supremacy: A Reply* (2000);

³⁹⁴ Neal Devins & Louis Fisher, *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Va. L. Rev. 83, 90-106 (1998).

³⁹⁵ 張文貞，中斷的憲法對話：論大法官解釋在憲法變遷脈絡中的定位，論文發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，台灣法學會及台大法律學院公法研究中心共同舉辦，2002年10月19-20日，台北。

一般強調的憲法對話，乃是針對人權或社會政策議題，要求政府部門積極與大法官進行憲法對話，若以此範圍來看，台灣政府部門跟大法官的對話，實在非常缺乏，大法官宣告違憲的法律，立法院幾乎都會於期限之前完成修法³⁹⁶，對大法官唯唯諾諾。我國學者湯德宗，即採用美國這派學者的見解，主張所謂的「權力分立動態平衡論」，亦即前述要求各政治部門共同進行「憲法對話」，大法官的解釋未必具有終局性，立法機關還是可以推翻大法官的解釋。他也強調，這樣的憲法對話，可以促進「思辨民主」的精神³⁹⁷。

筆者認為，由於目前台灣的違憲審查採集中抽象審查制，大法官一宣告某一法律違憲定期失效後，該法律到期一定無效，政治部門根本沒有不理會大法官解釋的空間，所以在現實上，憲法對話的確不如美國那般活絡。而我們也因為是民主後進國，太擔心剛建立不久的民主被動搖，因而很強調司法獨立、強調法治，而大部分的政治人物都以遵從大法官的解釋為美德，少有質疑大法官憲法解釋的正當性。所以，一由於制度，二由於態度，導致我國幾乎不存在有憲法對話，政治部門對大法官唯唯諾諾。

就制度方面，要想全面從目前抽象集中審理制，換為美國的具體分散審查制，有換軌成本的問題³⁹⁸，而且，筆者認為各級法院法官本身的識見非常狹隘，更不具有操作違憲審查正當性。或者，若按湯德宗教授的建議，不改為分散審查，而只把集中的抽象審查改為具體審查³⁹⁹，如此一來，因為廢除一個制度不會造成什麼成本，換軌成本小，而其促成憲法對話的可行性則會加大，故不失為一個好的建議。當然，以目前法界的改革方向來看，既要採取美國的分散具體審查，又不願廢除德奧的抽象審查，看來要單單廢除抽象審查，也是不容易被接受的一個方案。

而就態度方面，筆者認為，在現況不改的情況下，鼓吹政治部門與大法官進行「憲法對話」，鼓勵立法機關立法推翻大法官的解釋，是比較可行的方式，且是有助於讓政治人物了解，大法官並不是真的什麼都對。具體的方式，就是鼓勵立法院的法律被大法官推翻後，再以新的法律，制訂出同一政策，這乃是在承認現行制度的情況下，嘗試與大法官對話。

³⁹⁶ 葉俊榮，司法院大法官附期限憲法解釋之分析，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學第6卷第1期，頁4-5，1996年1月。

³⁹⁷ 湯德宗，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，「司法院大法官八十九年度學術研討會記錄」，第35-39頁，司法院出版，2001年12月。

³⁹⁸ 蘇永欽，飄移在兩種司法理念間的司法改革，「走入新世紀的憲政主義」，頁358-362。

³⁹⁹ 湯德宗，權力分立與違憲審查——大法官抽象審查權之商榷，頁134以下。

五、成本分析

但是，長遠來看，筆者不認為這樣的方式，有助於解決違憲審查制度所造成的問題。例如，如果大法官堅持某一意見，即使立法機關一再制訂新的法律推翻大法官的解釋，大法官一樣可以輕鬆回應，由於大法官的解釋成本比立法院的立法成本來得低，最終的贏家一定是大法官。而且這樣往往復復，一會造成這整個過程中間的無謂決策成本，二會阻礙社會改革的時間，有很高的時間成本。以美國經驗來看，大法官阻礙立法機關的改革最高可達數十年。而台灣很可能也會發生相同的情形，例如，湯德宗教授所舉釋字二七八和釋字四一五號的關係，就可以看出台灣大法官的固執⁴⁰⁰。

所以，雖然或許由於立法成本與解釋成本的相對值，可以達到一動態的平衡點，但筆者認為，這個過程太過漫長，中間虛耗太大的社會成本，是不必要的，針對此，筆者認為下面第三種方案，或許還是比較好的方案，可以有效減縮互動的成本，並達到其所想達成的目的。

第三節 立法機關可推翻大法官的解釋 - - 加拿大模

式

美國模式的缺點，在於政治部門與大法官可以一再地往往負負，浪費雙方決策成本。本節，筆者則進一步提出加拿大模式的改革方案，其優點可以有效縮短憲法對話的過程，並減少決策的次數。簡單地說，加拿大模式規定當政治部門立新法推翻大法官的解釋時，大法官即須接受政治部門的看法，而不可再以新解釋推翻政治部門的意見。

一、大法官解釋扮演監督的作用

美國有些學者提倡學習加拿大的制度，亦即將大法官的解釋看做是一項否決權，但是，被否決的法案，要退回給立法機關，讓立法機關再進行覆議，覆議的門檻可以是二分之一，或是三分之二。採取這種建議的，有 Robert Bork、Guido Calabresi、Caroline S. Earle 等人。

⁴⁰⁰湯德宗，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，「司法院大法官八十九年度學術研討會記錄」，第 28-35 頁，司法院出版，2001 年 12 月。

之所以會有這個想法，是認為讓大法官擅斷一切，是不好的，可是，立法機關還是會有思慮不周的時候，Guido Calabresi 將這種情形分成兩類，一種是單純的「倉促疏忽」(haste or thoughtlessness)，一種是「隱藏危險」(hiding)。「倉促疏忽」是說，立法機關有的時候，會因為情緒，或是因為緊急情況，使得法律的審查很草率，例如在會期快結束時，往往會迅速地通過許多法案，所以，這些法案可能沒有通過充分的思考辯論，並不能真正反應出立法委員的智慧，而有傷害人權的可能。而「隱藏危險」，則是說某些草案中的條文，帶有模糊的字眼，如果通過的話，將來在適用上，可能會傷害人權，但立法機關卻沒注意到⁴⁰¹。

假如這兩個問題無法透過立法機關其他的程序設計來解決，那麼，保有一個釋憲機關，讓它來替法律把關，檢查立法機關的法律有沒有侵犯人權，如果大法官覺得有侵犯人權，那就退回給立法機關，讓立法機關再想一次，再討論一次。立法機關再思考一次後，若仍然覺得法律定的沒問題，以二分之一或三分之二多數維持原法律，那麼，這就表示此法律沒有倉促疏忽和隱藏危險的疑慮，只是大法官的人權觀和立法機關的人權觀不同罷了，而我們應該選擇立法機關的人權觀，而不需受大法官的約束。如果，大法官將法律退回立法機關後，立法機關發現果然有些問題當初沒考慮到，那麼，這時大法官就發揮了它替人民把關的作用。

這個構想，是建立在立法機關大部分的時候，比大法官適合解釋憲法、適合定義人權，只是，在少數的情況下，還是會有犯錯的可能，所以需要有人稍微替他提醒一下，讓他思考第二次，但不該由另外一批人替他做決定⁴⁰²。

二、加拿大的運作

首創這種設計的是加拿大，後來以色列也學習加拿大，引進了這種模式，故稱為加拿大模式。由於加拿大有英、法語的爭執，尤其魁北克這個以法語為主的省，長期以來都與聯邦進行抗爭，有所謂的分離主義活動。加拿大聯邦政府為了阻止魁北克省日益打壓英語使用的傾向，於 1982 年制訂「人權自由憲章」(Charter of Rights and Freedoms)。當時，加拿大人早知道美國違憲審查權正當性與最終性的爭執，有些省認為，不應該讓聯邦最高法院擅斷各省的事務，堅持不肯讓聯邦最高法院掌有最終的釋憲權。最後妥協的結果，就是國會和各省的立法機關有權

⁴⁰¹ Guido Calabresi, *Antidiscrimination and Constitutional Accountability*, 105 Harv. L. Rev. 80, 104 (1991)

⁴⁰² Guido Calabresi, *Antidiscrimination and Constitutional Accountability*, 105 Harv. L. Rev. 80, 104-105 (1991)

以立法方式，推翻聯邦最高法院的解釋⁴⁰³。

這個條文是人權自由憲章的第三十三條，規定國會或各省的立法機關，可以立法的方式，宣稱自己的法律可以不理會人權自由憲章第二條或第七到第十五條的規定，故簡稱為「不理會條款」(Notwithstanding Clause)。所謂不理會人權自由憲章的規定，也包括不理會最高法院針對這些條文所做的解釋。其可以在制訂某個新法律的時候，就先在該法律裡面宣稱不理會人權自由憲章的條文，而不必等到大法官做解釋後，才能加以推翻。但是，這個宣稱不理會的法律，五年卻會到期，到期之後，立法機關可以再以新法重新宣稱一次，效力一樣還是五年。

之所以會規定只有五年的效力，是因為該憲章要求選舉最少必須五年改選一次，這樣，就能讓選民透過新選出來的立法機關，決定是否繼續不理會最高法院的解釋⁴⁰⁴。

「不理會條款」的實際運作頻率極低，目前只運用了幾次而已（到2000年為止只用了五次）。之所以運用頻率如此之低，其中一個原因，可能是因為其要求立法機關每五年重先宣稱一次，使得立法機關不太願意做此宣稱⁴⁰⁵。另外，人民輿論過度尊重自由人權憲章的文化，也是導致政治部門不改使用這一條款的原因之一⁴⁰⁶。

另外幾個使用上的限制，可能也是阻礙立法機關使用這項權力的原因。一，援引不理會條款來限制人權，仍必須符合最高法院根據憲章第一條而延伸的限制，也就是要有「迫切和實質的公共目的」。二，最高法院認為，援引不理會條款，必須指明不理會的是憲章中的哪一條。第一次使用不理會條款的魁北克省，因為其根本不批准人權自由憲章，故於該憲章一通過後，馬上立法宣稱其不理會「所有憲章中可以被推翻的的規定」。但後來卻被最高法院認為，這種沒有指明不理會憲章中哪一條文的方式，是無效的。也就是說，一定要指明其不理會的是憲章中的哪一條文，但不需要指明不理會哪一種人權或哪一種自由⁴⁰⁷。三，立法機關援引不理會條款會引發全國性的關注。例如，魁北克省第二次使用時，涉及

⁴⁰³ Caroline S. Earle, *The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal*, 68 Ind. L.J. 1357, 1358-1359 (1993).

⁴⁰⁴ Caroline S. Earle, *The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal*, 68 Ind. L.J. 1357, 1366-1367 (1993).

⁴⁰⁵ Lorraine Eisenstat Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: from Legislative to Constitutional State*, 33 Isr. L. Rev. 13, 31 (1999).

⁴⁰⁶ Michael Mandel, *Against Constitutional Law (Populist or Otherwise)*, 34 U. Rich. L. Rev. 443, 450 (2000).

⁴⁰⁷ Caroline S. Earle, *The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal*, 68 Ind. L.J. 1357, 1368-1369 (1993).

的是最具爭議性的官方語言問題，結果，使得該議題成了全國高度重視的議題，引起很大的紛爭⁴⁰⁸。這些都可能是立法機關不太敢亂用這一條款的原因⁴⁰⁹。

相對地，學者們認為正是因為有不理會條款的設計，反而使得加拿大的最高法院，很敢於宣告法律違憲。因為其民主正當性不足的問題，已經有不理會條款作為彌補，就算其解釋的不好，立法機關也可以將之推翻，所以反而使得大法官在做違憲解釋時，心中沒有什麼顧忌⁴¹⁰。

多數學者認為，加拿大讓立解釋法機關可以推翻大法官解釋的設計，非常有助於憲法對話的實現。一方面，由於立法機關有權推翻大法官的解釋，所以立法機關也扮演了憲法解釋者的角色，不由大法官獨享。一方面，讓立法機關也扮演釋憲者的角色，比較不會像美國和台灣一樣，立法機關會傾向推卸本身解決爭議解釋憲法的職責。另一方面，立法機關在事前禁止推翻大法官解釋或事後推翻或修正大法官的解釋時，必須指出其不理會的是憲章中的哪一條，表示其已經考量到有這方面人權的顧慮，但是因為公共利益甚於這些人權，所以才不理會憲章的規定。有的時候，其也會考量到大法官解釋所提出的點，而在修正的版本中做點妥協。另外，當立法機關試圖援引不理會條款時，常會引來公眾的觀注，會引起很大的討論，也讓民眾能對這個問題進行憲法對話，不限於大法官與立法機關，反而有助於全民落實維護憲法的角色⁴¹¹。

三、成本分析

筆者認為，這種建議也是一個比較可行的改革。其有兩個優點，一是決策成本的減少，一是社會外部成本的降低。

就決策成本來看，若採用美國的方式，讓立法機關與大法官來來回回，不但喪失法安定性，也虛耗這些過程中的決策成本。若採用加拿大的模式，讓立法機關推翻大法官解釋或限制大法官解釋，能避免大法官濫用自己決策成本優勢的地位，長久抵抗立法機關的意見，故能有效減少決策成本。

而外部社會成本會因此減少。從加拿大的經驗來看，要援引不理會條款推翻

⁴⁰⁸ Caroline S. Earle, *The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal*, 68 Ind. L.J. 1357, 1370-1372 (1993).

⁴⁰⁹ Lorraine Eisenstat Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: from Legislative to Constitutional State*, 33 Isr. L. Rev. 13, 31 (1999).

⁴¹⁰ Lorraine Eisenstat Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: from Legislative to Constitutional State*, 33 Isr. L. Rev. 13, 32 (1999).

⁴¹¹ Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 Osgoode Hall L.J. 75 (1997); Lorraine Eisenstat Weinrib, *Canada's Constitutional Revolution: from Legislative to Constitutional State*, 33 Isr. L. Rev. 13, 38-41 (1999).

大法官的解釋，已經讓立法機關充足地顧慮到相關的人權自由問題，已經避免立法機關倉促疏忽立法的問題，因而可以有效降低對人權的侵犯，也就是降低外部社會成本。

不過，加拿大的設計讓立法機關援引不理會條款時，必須花費太大的立法成本（例如每五年必須重新立法），導致加拿大的立法機關援引不理會條款的次數過低，使得憲法對話也無法平順地進行。

四、適用到台灣的調整

若欲採行這種方案時，具體的設計可與加拿大大致相同，亦即，立法院可以普通通過法律案的門檻（二分之一），事前禁止大法官解釋或事後推翻大法官的解釋。不過，有幾方面，筆者建議稍微做點調整。一、對於這套運作的解釋權，不該像加拿大還是交由大法官來解釋，因為這可能讓大法官解釋成偏向自己的運作方式，而該由立法院來加以解釋。二、加拿大規定若立法機關推翻大法官解釋，其效力只有五年，筆者認為，此一成本太過高昂，會降低立法機關推翻大法官解釋的意願，故建議立法機關推翻大法官解釋後，效力期限與該法律相同，不另外處理，而同一屆大法官（四年）不可再對該法律提出質疑，但到了下一屆的大法官，則允許其提出質疑。

第四節 只扮演提醒立法機關的功能 - - 英國模式

加拿大模式運作的結果，似乎在大法官與立法機關中，有了一個適當的妥協，可是實際上的運作結果，還是很偏向大法官那邊，似乎不太能解決本論文所質疑的釋憲制度的壞處。故於本節，則提出筆者個人所設想的第四種方案，學習英國模式，亦即剝奪大法官違憲審查權，但是仍然讓其保有對法律進行檢討監督的功能。在此模式下，大法官可以宣告某一法律可能與憲法有抵觸的疑慮，但是是否真的有抵觸，則交由立法機關去認定。而這個扮演提醒功能的機關，未必一定要由大法官來做，由民選的委員會來擔任也行。例如，英國舊的運作，即是讓上議院扮演提醒下議院的功能，而英國新的運作，則是讓法院扮演這個角色。

一、英國舊的運作

Jeremy Waldron 指出，其實美國終身職的大法官，與英國上議院終身職的「己身貴族」很像（己身貴族佔英國上議院的絕大多數），只是人數不同而已，但都

是以自己的道德判斷來做成決定⁴¹²。以英國上議院的運作來看，雖然上議院的功能於 1949 年後，只能延擱下議院的法案一年，但是，他還是扮演了某些有用的功能，最重要的一項功能，就是下議院對法案審理的倉促疏忽，而進行更詳盡地審理。

下議院通過的法案有時候會沒有經過充分的辯論，有時候，反對黨想設法延長討論時間，而執政黨則想加速通過，在這種情況下，由於上議院沒有終止辯論的投票，他可以利用延擱權對議案進行充分的辯論與詳盡的審查。例如，在 1946 至 1947 年間，在通過國有化的立法過程中，上議院共提出了一千二百項修改意見，其中百分之 95 % 被工黨政府接受了⁴¹³。可見上議院彌補下議院倉促立法的缺失。而且，上議院對某些議案進行擱置時，也會引起公眾的關注⁴¹⁴，故能使全國進行更充分的辯論。

另外，英國上議院除了有效地替下議院把關倉促的法案以外，他也能替下議院分擔一些耗費時間的工作，例如對一些沒有爭議的法案進行細節的討論⁴¹⁵。另外，上議院也花了很多時間來審查授權給行政部門制訂的行政命令，審查其有無逾越國會的授權⁴¹⁶。

二、釋憲機關改為民選議院

英國的運作模式，可以提供我們什麼啟發呢？筆者認為，或許我們可以設計一民選的委員會或一民選的第二議院，來取代現有的大法官會議。當然，英國的上議院其實並不是民選的，而是由一些世襲的世襲貴族、宗教貴族和女皇任命的己身的終身貴族組成。不過，不管其組成的方式是透過民選還是世襲，應該都能發揮同樣的功能，筆者先討論民選議會的可能性。

凱爾森曾經說過，大法官不過是兩院制以外的第三院。如果我們回想第四章的說明，即可知道，大法官其實是以個人的判斷在解釋憲法，而且不受外在的牽制。那麼，要想讓大法官的解釋不那麼專斷，而與民意貼近，最簡單的方式，就是將大法官這個機關，改為民選的，亦即由人民自己來決定大法官的人選。

可能的方式，是直接將大法官的組織稍微擴大，例如擴大為二十至三十人，

⁴¹² Jeremy Waldron, *Eisbruger's House of Lords*, 37 U.S.F.L. Rev. 89, 94-98 (2002).

⁴¹³ 胡康大，「英國政府與政治」，頁 17，揚智，1998 年 7 月。

⁴¹⁴ 胡康大，「英國政府與政治」，頁 17，揚智，1998 年 7 月。

⁴¹⁵ 鄒文海，「各國政府與政治」，頁 85，中正書局，1968 年 4 月四版；胡康大，「英國政府與政治」，頁 18，揚智，1998 年 7 月。

⁴¹⁶ 胡康大，「英國政府與政治」，頁 18，揚智，1998 年 7 月。

組成一憲法委員會，由民選的方式產生，專責解釋憲法。

而另一種可能，乾脆時直接成立另一個議院，對台灣來說，就是成立第二議院。成立第二議院，就是其職務擴大到一般的立法權限上，而不限於憲法解釋，而其所扮演的功能，就是在於監督第一議院通過的法案，看看這些法案有沒有侵害人權的疑慮，或是對一些第一議院未注意到的問題，進行更充分的辯論。

三、成立第二議院的成本考量

有人認為，增設第二議院會使國會人數增加，而會增加需負給國會議院的成本。不過，兩院制也會帶來一些好處。例如，多數學者認同，兩院制因為議員人數增加，利益團體遊說的空間加大，比較能夠保障到少數人權⁴¹⁷。這就是採兩院制的好處之一。

不過，被太多的利益團體遊說，增加太多照顧弱勢立法，也可能會使得國家赤字越來越嚴重。不過，兩院制雖然可能會增加弱勢立法，但對於一些積極性法案，卻有第二議院加以把關，反而不容易通過，因而也有替國家省錢的效果。以回歸分析的結果來看，世界上採兩院制的國家，通常比較沒有財政赤字的問題⁴¹⁸。如此，這就能夠說明，兩院制未必會因為增加議員人數，就增加許多成本。相反地，其不但因為議員人數增加能夠照顧多一點的弱勢，還能夠替國家省錢。另外，有學者認為，人口超過一千萬的國家，最好採取兩院制⁴¹⁹，目前立法院的議員人數在比例上也不足，所以，台灣是非常適合採取兩院制的。

四、台灣引進第二議院的困難

建議台灣引進兩院制，必然會引起一些反對意見。例如，有學者認為，兩院制通常是有歷史發展的因素才存在的（例如聯邦制的問題或貴族與平民的抗爭），台灣既然沒有這些歷史發展的因素，不適合採用兩院制。不過，這種說法是有錯誤的，例如，撇開美國聯邦不看，美國也有些州的議會也是採兩院制，卻不是什麼歷史因素使然，而是因為制衡的用意⁴²⁰。雖然世界上採兩院制的國家，多半是因為歷史因素造成，但是對於沒有歷史因素的國家，兩院制也不會帶來什麼災難，相反地，還會帶來許多好處。

⁴¹⁷楊泰順，「被誤解的國會」，149-151頁，希代，2001年11月。

⁴¹⁸ Jan-Erik Lane & Svante Ersson 著，何景榮譯，新制度主義政治學，第236-237頁，韋伯出版社，2002年9月。

⁴¹⁹楊泰順，「被誤解的國會」，148-149頁，希代，2001年11月。

⁴²⁰楊泰順，「被誤解的國會」，143-145頁，希代，2001年11月。

有人或許會提出，以各國人口數與國會議員人數的比例來看⁴²¹，台灣立法委員的人數，可能已經過多。不過，前段已經提及，增加第二議院未必會使國家財政惡化，反而可能減少財政赤字。而以李帕特研究的三十六個民主國家來看，人口數超過一千萬的，只有義大利未採兩院制⁴²²，例如楊泰順教授就基於此論點，認為台灣的確很適合增加第二議院⁴²³。

倘若，覺得台灣立法委員的人數已經過多，筆者認為，最佳的折衷方案，是乾脆不增加立委人數，而把立法院拆解為兩個議院，如此一來，國會議員的人數沒有增加，但議院卻變成兩個。放眼世界各國，挪威和 1991 年前的冰島，或許可做為參考。這兩個國家有兩個議院，卻是一起選舉，選好了的第一議院，再從第一議院的議員中互選出一部份人，拆到第二議院去。雖然這樣的兩院制，缺乏一般兩院制因選舉方式不同而具有的代表不同利益的優點，不過，一般認為，只要是兩院制，即便第二議院很弱勢或組成方式一樣，還是能扮演相當的功能⁴²⁴。

當然，筆者不贊成跟英國一樣，第二議院由世襲的貴族組成，而建議由民選的代表組成。至於兩個議院的權限如何分配，筆者認為，既然第二議院也由民選產生，則兩院權力應趨向對稱，亦即仿照荷蘭模式，任何法案有一院反對，就不得通過。

不過，就政治現實面來看，國大因為釋字四九九號的做成，草草了結了自己的生命，使國大轉型為第二議院的契機喪失。而且，要說服政治部門引進第二議院，比起單純說服政治部門限制大法官的權限，應該更為困難。而且，若真要引進第二議院，兩院之間的權限如何劃分，可能也是另一個困難的問題。

既然上述這種將立法權分割，設立第二議院來負起補充第一議院的方式，在台灣實行的可能性很低，那麼，或許可以讓原本的大法官來扮演這個功能，這樣改變的幅度較小。可行的方案，或許可以參考英國新的運作方式。

五、英國新的運作

英國新的運作方式⁴²⁵，其實是學習紐西蘭 1990 年的「紐西蘭人權法案法」

⁴²¹ Jan-Erik Lane & Svante Ersson 著，何景榮譯，新制度主義政治學，第 229-232 頁，韋伯出版社，2002 年 9 月。

⁴²² 李帕特著，高德源譯，民主類型：三十六個現代民主國家的政府類型與表現，頁 224，桂冠，2001 年 10 月。

⁴²³ 楊泰順，「被誤解的國會」，頁 148，希代，2001 年 11 月。

⁴²⁴ 李帕特著，高德源譯，民主類型：三十六個現代民主國家的政府類型與表現，頁 232-233，桂冠，2001 年 10 月。

⁴²⁵ 必須強調，英國雖然因為人權法的通過採用了此一新的制度，但並未廢除原本上議院的設置。

(New Zealand Bill of Rights Act) 的設計，該法第七條規定，紐西蘭的檢察總長有權向眾議會建議，認為可能某一法案有侵害紐西蘭人權法案的疑慮，但究竟有無侵害人權，則是交於眾議院自己決定⁴²⁶。

英國因為簽署歐盟人權條約的緣故，於 1998 年通過了「人權法」(The Human Rights Act)，並於 2000 年 10 月生效。其運作的方式是，高等法院、上訴法院以及上議院，有權宣告國會的的法律與人權法中的人權「不相容」(incompatible)，但是，其所做的宣告，並沒有讓法律無效的效力。國會對於法院的宣告，有幾種回應方式。一、國會可以選擇不理會之，此時人民只好向歐洲法院尋求救濟，或是希冀透過下一次的大選改選國會議員。二、國會也可以選擇接受法院的提醒，而修改自己的法律。另外，各部會首長，針對法院的宣告，自己也有兩種積極應對的方式。一、各部會首長可自行調整其行政行為。二、各部會首長若認為有必要修改相關法律，可以向國會發出「救濟命令」(remedial order)，請求國會同意修改法律，在緊急情況時，也可先行以救濟命令修改法律，再補請國會同意。若國會不同意，則該救濟命令無效⁴²⁷。

採取這種方式，是讓法院扮演監督立法機關所通過的法律有無侵犯人權之虞的角色，但是，有權決定究竟有無侵害人權的，還是立法機關。這跟加拿大運作不同之處，在於加拿大的大法官有權宣告該法律違憲，而使其無效，立法機關必須再制訂新的法律，才能推翻大法官的解釋，而英國的方式則是法院無權宣告法律違憲無效，只能宣告法律與人權法中的人權「不相容」，建議國會修改，若國會不同意法院的見解，則不需要再制訂新法，單純不理會法院的意見即可。

由於新制剛實施兩年，目前筆者尚未查詢到這個新制度的具體成效，不過，許多學者都樂觀的認為，雖然法院不能宣告法律無效，但對英國國會還是會發生影響，會讓其更尊重人權，發揮如同加拿大模式類似的效果⁴²⁸。例如，Julie Debeljak 認為，這種方案體現了思辯民主、憲法對話的精神，且未破壞民主原則，雖然國會可能會不理會法院所做的宣告，但是這可以引起全國的關注，其還是能發揮作用⁴²⁹。

⁴²⁶ Ran Hirschl, *Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective*, 34 U. Rich. L. Rev. 415, 437-438 (2000).

⁴²⁷ Julie Debeljak, *Rights Protection without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills of Rights*, 29 Melbourne U. L.R. 285, 317-320 (2002).

⁴²⁸ Douglas W. Vick, *The Human Rights Act and the British Constitution*, 37 Tex. Int'l L. R. 329, 362-365 (2002).

⁴²⁹ Julie Debeljak, *Rights Protection without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills of Rights*, 29 Melbourne U. L.R. 285, 320 (2002).

六、成本分析

雖然目前仍不知道英國新運作的成效為何，不過若單純以該制度設計的決策成本的角度來看，可以推測，其結果應會與加拿大模式有所差距。在加拿大模式下，立法機關要推翻法院的解釋，決策成本很高，故導致實際運用的次數很低。相對地，英國新模式下，立法機關不同意法院的看法，只要單純不理會即可，決策成本很低，而因為積極回應立法也必須耗費立法成本，部分排擠掉審理其他法案的時間，有某程度的決策成本，故可想而知，立法機關單純不理會的比例一定會較高，積極回應立法的比例應該會偏低。

雖然立法機關積極回應立法的比例可能會偏低，但不代表這個制度起不了作用。倘若法院宣告不相容的次數不多，而引起全國注意的話，仍然會對立法機關造成相當的壓力。故此一制度應不至於沒用。

而就總成本來看，這個制度比加拿大模式的成本更低，因為立法機關和法院所需動用的決策次數比加拿大模式少。所以，若能達到相同的監督立法機關的效果的話，這應該也是一個不錯的方案。

總結而言，雖然將成立第二議院取代釋憲機關的成本未必會增加，但要說服台灣的政治人物增立第二院，可能是一件比較困難的事，且換軌本成很高，但若僅是要說服他們削減大法官的權力，就容易多了。相較之下，英國人權法所設計的新模式，對台灣來說，也是一個成本較低、較可行且有用的方式。

七、國家人權委員會

最後，英國與紐西蘭此一設計的精神，其實正好跟人權團體目前積極推動的國家人權委員會，可說是不謀而合⁴³⁰。人權委員會其中的一項職權，就是定期檢討國內法律命令，提出人權報告，作為立法機關立法與修法的參考。不過，兩者仍然有部分差異，主要差異，在於法院是被動地依附於個案審理時，發現人權的問題，而人權委員會的設置，則是不依附個案，直接主動檢討各法律的設計有無侵害人權的疑慮。從此一角度來看，人權委員會的設置，其保障人權的效果更好，但卻可能對少數法律有所疏漏，仍待法院在個案審理中發掘。國內提倡建立人權委員會的學者，多集中討論人權委員會與監察院的職權是否有所重疊⁴³¹，卻少有

⁴³⁰ 關於國家人權委員會的各種討論，可參考台灣人權促進會網站，<http://www.tahr.org.tw/committee/index3-2-0.htm>。

⁴³¹ 「捍衛國家人權委員會 反駁監察會誤解」，國家人權委員會推動聯盟聲明，2002年6月4日，<http://www.tahr.org.tw/committee/2002.06.14.htm>；廖福特，國家人權委員會之職權與定位，某座

討論其功能是否比大法官會議之功能更強大⁴³²。筆者認為此為後續值得繼續研究的課題。筆者大膽預測，無宣告法律違憲之權的人權委員會，較之有宣告法律違憲之權的釋憲機關，能發揮更強大的功能。

不過，許多國家其實都是兼有人權委員會和釋憲機關兩者，包括上節所討論的加拿大，以及本節所提到的紐西蘭和英國等，所以，是否人權委員會的設計，必然就可以取代法院的審查法律權，或許這些國家有過更豐富的討論，礙於時間限制，此也需留待繼續研究。

第五節 單純廢除違憲審查

一、Mark Tushnet 的主張及理由

Mark Tushnet 於 1999 年出版了《Taking the Constitution away from the Courts》一書⁴³³，是美國法學界首位主張完全廢除司法違憲審查的學者。他的主張引起了高度的關注，使得許多人不得不重新審視違憲審查的正當性⁴³⁴。

其論點於本論文第三章及第四張成本效益分析部分，均有加以介紹。於此，再一次重新完整概述一次。

首先，他提出違憲審查的功能很小，也就是效益很小。一，在面對極端的情況，或全國一致贊同某一政策的情形，大法官通常不能發揮其功能。例如美國持續很久的對黑人的歧視、羅斯福推動新政、二次大戰期間對日本人的監禁，以及戰後麥卡錫主義對共產黨人的迫害，這些極端嚴重的情況，大法官都沒有發揮功能。二，許多看似大法官所做的巨大貢獻，其實也不算是大法官的功勞，大法官只是順應社會發展的情勢，搶了先機而已。例如，被高度讚賞的廢除種族隔離的布朗案，其實根本沒有發揮作用，而真正起作用的，是後來民權運動的興起，以及國會的支持。墮胎權和同性戀權等，則是全國各州已經紛紛立法保障墮胎權或同性戀權，大法官才順勢而為的。三，大法官通常只有在小的違反民主法治的案件中，才能發揮功勞。但這些案件之所以會出現，主要是因為其非全國性的事務，

談會引言稿，2000 年 2 月 19 日，<http://www.tahr.org.tw/committee/2000.02.19.ford.htm>。

⁴³² 僅有討論與司法體系的功能，而非特別針對大法官會議違憲審查的功能，例如，黃默，國家人權委員會如何找到立足點？聯合報 2000 年 1 月 10 日，<http://www.tahr.org.tw/committee/2000.01.10.huang.htm>。

⁴³³ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (1999)

⁴³⁴ 該書出版後，兩年內至少開了兩場研討會討論他的這本書，而筆者所閱讀的 2000 後美國的憲法文獻中，幾乎都會引用 Mark Tushnet 的這本書，可見其重要性。

而屬於各州的事務。

Mark Tushnet 不但認為大法官的效益很小，其成本卻很高。首先，他強調大法官的解釋都是貫徹自己的個人政策偏好，並選擇性地以各種解釋方法包裝而已。若只是以個人偏好來解釋憲法，那麼為何我們要信任大法官做的解釋，而不信任國會作的解釋。大法官造成的成本在於：一，由於其獨佔憲法解釋權，導致連法院外的憲法討論，都以大法官建立的憲法原則來辯論，這已經嚴重扭曲了實質的政策辯論，並使許多好的政策因受限於大法官解釋而無法達成。二，政治人物因為有大法官的制度在，往往會想要推卸其政治責任，將爭議問題交給大法官處理，而不自己處理。三，由於大法官的存在，使得政治人物與全國國民，都未能積極擔負起共同討論國家重大政策、具體形成憲法內容的職責。

總結來說，Mark Tushnet 認為，在評估大法官的效益及其成本後，他認為大法官的貢獻「約略等於零」(noise around zero)。所以，他據而主張廢除司法違憲審查權。他認為唯有這麼做，才能將解釋憲法的權力，交回給全體人民和其代表，讓他們自己珍惜憲法前言及獨立宣言的精神，自己來型塑美國的憲法內涵。而且，就算民意代表可能會不遵守其職責，在 Mark Tushnet 看來，只要人民關心民主，關心憲法核心精神，自然會形成輿論，來監督民意代表或政府，使其導回正軌，不需要大法官的幫忙⁴³⁵。

二、總統制下的困難

有許多學者對於 Mark Tushnet 所提的願景，抱持懷疑的態度。例如，Neal Devins 質疑，若沒有大法官的設計，國會議員真的會積極地參與憲法的辯論，關注憲法的價值嗎？他認為，許多國會議員都將憲法人權當作推動政策時的阻礙，而不願意討論憲法問題，就預示了若沒有大法官的存在，國會議員是不會尊重憲法價值的⁴³⁶。

不過，Neal Devins 也承認，Mark Tushnet 主張的是，憲法就是國會多數所決定的東西，只要沒有大法官的阻礙，國會的對話中不一定要充斥著憲法原則，但其結果一定會運作的更好。而 Neal Devins 認為，就算國會不是問題所在，真正的危險，可能是在總統制的問題⁴³⁷。

⁴³⁵ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 66, 113-120 (1999).

⁴³⁶ Neal Devins, *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. Rich. L. Rev. 359, 365-367 (2000).

⁴³⁷ Neal Devins, *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. Rich. L. Rev. 359, 367-368 (2000).

一般認為，總統制不利於民主穩定。總統制提供了太多的機會，讓總統擴權或轉向獨裁。例如，關於戰爭的權力，總統就會有自己的解讀。通常國會比較不會有動機去發動戰爭，因為功勞不屬於自己，可是總統就會有較大的誘因去發動戰爭，因為功勞歸於他個人。而發動戰爭後，國會就很難抵禦總統的權力了。因而，Neal Devins 認為，若保有大法官，至少會讓大家都比較尊重大法官，總統也比較不敢亂權⁴³⁸。

不過，總統制是否真的不利於民主穩定，其實仍有爭論。Matthew S. Shugart 和 John M. Carey 認為，傳統用來說明總統制不利於民主穩定的證據，有取樣上的問題。一般學者多只看二次世界大戰後第三世界國家採用總統制失敗的例子，來說明總統制不利於民主穩定。其實，比較二十世紀內閣制與總統制失敗的例子，採用內閣制而失敗的國家的數目居然還比採用總統制國家失敗的數目高，這是因為兩次大戰中，有不少採用內閣制的國家民主失敗所致。此外，若單就第三世界國家來看，內閣制失敗的國家數目，也略多過總統制失敗的數目。有人反駁說，兩次大戰間歐洲內閣制國家之所以失敗，是因為國際環境與經濟困境使然。不過，Matthew S. Shugart 和 John M. Carey 認為，若加上第三世界國家的例子，正可以說明，兩次大戰間歐洲國家籍一九六零年代拉丁美洲國家，都是因為本身經濟環境與國際局勢的影響，才導致失敗，與採行總統制或內閣制沒有必然的關連⁴³⁹。

當然，Matthew S. Shugart 和 John M. Carey 承認，純粹總統制的確有不利於民主穩定的因素，不過，他們主張若是改採調整後的總統制，亦即「總理 - 總統制」的話，那麼這些不利於民主運作的因素，就可以獲得緩和⁴⁴⁰。

另外，若從 Robert A. Dahl 的看法，基本上，具備民主條件的的國家，不論採取何種制度，都不會影響其民主運作⁴⁴¹。

三、弱勢者的保障

針對 Mark Tushnet 的主張，許多學者認為，大法官還是有相當的功能，能夠

⁴³⁸ Neal Devins, *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. Rich. L. Rev. 359, 368-371 (2000).

⁴³⁹ Matthew S. Shugart & John M. Carey 著，曾建元等譯，「總統和國會」，頁 46-52，韋伯文化，2002 年。

⁴⁴⁰ Matthew S. Shugart & John M. Carey 著，曾建元等譯，「總統和國會」，頁 61-67，韋伯文化，2002 年。

⁴⁴¹ Robert A. Dahl 著，李柏光、林猛合譯，「論民主」，頁 146-7，180-2，聯經出版，1999 年 10 月。

監督國會的立法，而更保障人權⁴⁴²。

筆者認為，從公共選擇的觀點來看，弱勢族群依然可以透過組織利益團體，來影響政治過程，發出他們的聲音，較可以減輕這方面的疑慮。雖然，在少數時候，弱勢者除了大法官，無法透過其他管道獲得救濟，但是，這又回到 MarkTushnet 的論點，亦即這是個成本效益衡量的問題。

四、台灣適合廢除違憲審查嗎？

以下，筆者將從幾個角度，來說明台灣的政治的運作現況，來探討台灣完全廢除違憲審查的可行性。筆者希望下面所提的這些面向，能夠對質疑 Mark Tushnet 主張的幾個論點一一加以回應，企圖能說明台灣適合廢除違憲審查。

（一）台灣和政府體制

若 Matthew S. Shugart 和 John M. Carey 的說法正確的話，那麼台灣目前的體制，正是屬於他們所說的「總理 - 總統制」，亦即台灣有一個民選總統外，還有一個向立法官負責的行政院長。或許，沒有違憲審查的台灣，民主未必就會失敗。

若以台灣來看，雖然台灣民主轉型不過十幾年，但是筆者認為，台灣民主的運作，未必不如其他國家。以美國 Freedom House 的自由指數來看，台灣的民主自由指數，已經達到第一等級，可見台灣的民主其實不若一般所想像地不好。一般人以為台灣的政治亂，就是不民主，其實，某程度而言，「亂」正展現了民主的精神。

（二）台灣的傳播媒體

MarkTushnet 所主張的全民的憲政主義，必須仰賴所有人民的積極參與，當然，這是不太可能實現的事，但是，只要一國的媒體夠自由，對政府的監督夠嚴厲，那麼就可以替人民省下許多蒐集資訊的成本，而人民也可以從這些媒體得到的資訊中，以民意或投票還展現人民自己的參與。甘學平和黃春興認為，只要人民取得資訊的成本降低，則可以自己來監督政府，而減少一些制衡機制⁴⁴³。從此一角度來看，筆者認為，台灣的媒體，已經足以扮演這個重要的功能。

以 Freedom House 的媒體自由指數來看，台灣的媒體自由度，位列第二等級

⁴⁴² Frank I. Michelman, *Populist Natural Law (Reflections on Tushnet's "Thin Constitution")*, 34 U. Rich. L. Rev. 461, 472-473 (2000); Mark A. Graber, *The Law Professor of Populist*, 34 U. Rich. L. Rev. 373, 402-410 (2000); Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: American without Judicial Review?*, 98 Mich. L. R. 1416 (2000).

⁴⁴³ 甘學平、黃春興，制衡或權能區分？經濟論文第 25 卷第 3 期，頁 375-406，1997 年 9 月。

(16-30)，似乎不夠自由。但是，其指數顯示，台灣已經是全亞洲媒體最自由的國度。之所以台灣媒體自由指數無法達到第一等級（1-15），主要是因為在媒體經營權該項目下，台灣得分不佳的緣故⁴⁴⁴。之所以如此，是因為台灣的四家無線電視台，目前仍由主要政黨與政府、軍隊掌控所致。

近年來，對於黨政軍經營媒體一事，台灣政壇討論頗多，一般認為，黨政軍退出媒體，將有助於民主運作。但筆者認為，台灣其實並不因為黨政軍控制無線電視，就比較不民主。

媒體經營無線電視或電台，其實對台灣民主的影響不大，未必需要如此嚴重對待。主要的理由在於，有線電視的興起，已經使頻寬問題獲得解決，市場競爭會使得政黨經營媒體的惡果縮小⁴⁴⁵。台灣約有一百台的有線電視台，因此，無線電視台的市場佔有率已經被壓縮的很小。以前，在頻寬有限的時代，國家或許可能會對電台經營或內容施以嚴格的規範，例如可能會要求平衡報導原則，或規定讓被報導的人有權提出回應（廣電法二四條、有線電視法六二條），以法律來達到新聞客觀公正的效果。但時代改變後，這樣的功能已經被市場競爭機制取代，由於市場壓力，各電視台自然會想辦法達到客觀報導的品質，以求吸引多一點的收視戶。但也可能會有新聞台持特定立場的，以求吸引特定意識型態的收視戶。基本上，即使有這些持特殊立場的電視台，也屬於健康的現象，只要媒體市場不遭到壟斷，市場競爭的結果，自然會使得媒體多元，而不會影響到民主的運作。例如，前一陣子 TVBS 主播薛凱莉削凱子一事，一開始 TVBS 不肯報導自家主播新聞，導致收視率下滑，後來也不得不向市場低頭，開始報導自家新聞，可見媒體本身的立場敵不過市場的力量。

以台灣的媒體發展與民主的關係來看，今日，以 Freedom House 的民主自由指數分成七個等級來看，台灣早已被評比為第一等級的民主自由國家。而這是在四家無線電視仍然掌控在黨政軍手中時就已經達到的成就，可見黨政軍持有少數幾家電視台對民主發展阻礙很小。另外，台灣的有線電視節目對政治的批評與關注，也早已擠身全球對政治最為批評與重視的國家之列，相對來說，黨政軍掌控少數幾家電視台，對台灣民主的阻礙真的很小。

另外，由於台灣法律規定仍然對媒體的政治言論有所限制，也影響了台灣媒體自由在 Freedom House 的得分，不過，實際上這些法律並沒有被嚴格的執行，

⁴⁴⁴ <http://www.freedomhouse.org/pfs2000/reports.html#taiw>。

⁴⁴⁵ 黃國師，什麼時代了，還在黨政軍退出媒體，自由時報 2003/2/11 自由廣場。

且在監督政府與民主運作上，有這些法律也不起任何影響。

簡而言之，雖然台灣的媒體自由度仍未擠身第一等級的前十六名中，可是其實撇開媒體經營權和法律限制等這些對監督民主運作影響很小的扣分外，其實台灣的媒體對政府、民主運作的監督，是非常嚴厲的。

除了傳統的傳播媒體外，新興的網際網路，也是一種新的媒體，有助於人民監督政府、監督民主運作，也能讓人民參與民主活動。常有人批評，由於傳統媒體掌控在有錢人的手上，使得某些媒體經營者不喜歡的資訊，人民無法透過傳統媒體得知。而今，由於有網際網路的出現，使得媒體不得再封鎖任何他們不想讓人民知道的消息。例如，在現今，有許多新聞都是在網路上開始炒作後，才上了報紙或電視新聞頭條，可見網際網路的力量。

當然，透過網路來實現民主，有數位落差和直接民主等缺點，但筆者認為這兩者並不嚴重。一，網路使用對民主參與的幫助，尤其是對無法透過一般政治管道參與民主的人，有很大的幫助，而對於那些因為數位落差沒辦法上網的人，一樣可以透過傳統方式參與民主，故數位落差對民主運作的負面影響不大。目前一些研究顯示，網路對台灣人民直接參與民主的確有正面效果，例如，黃東益、蕭乃沂、陳敦源針對台北市政府市場信箱的研究顯示，網路設置的確有助於個人直接參與民主⁴⁴⁶。黃啟龍研究台灣的網路實踐，認為網際網路有助於弱勢族群參與政治⁴⁴⁷。最近各弱勢利益團體決定共同在網路上成立「蜂報」，想利用網路作為凝聚各弱勢團體的媒介，他們認為網路對提升弱勢團體之影響力的功效持樂觀的態度⁴⁴⁸，表示網路的確可以讓一些沒辦法用傳統方式接觸政治或吸引注意力的團體獲得發聲管道。二、有人認為直接民主會使討論過程喪失，例如 Cass Sunstein 指出網路有礙於思辯民主的問題⁴⁴⁹，筆者認為有點杞人憂天，太過危言聳聽，且目前也無證據顯示此問題的嚴重。

台灣的上網人數，據資策會 ECRC-FIND 調查的結果，至 2002 年 9 月為止，已經突破八百三十五萬人，網路普及率達 37%⁴⁵⁰，這在世界各國來說，算是相當高的數字。這也是台灣廢除違憲審查的一個有利條件。

⁴⁴⁶ 黃東益、蕭乃沂、陳敦源，網路時代公民直接參與機制：台北市政府「市長信箱」的個案研究，2002 年 5 月 23 日，<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/091/IA-R-091-060.htm>。

⁴⁴⁷ 黃啟龍，網路上的公共領域實踐——以弱勢社群網站為例，《資訊社會研究》第 3 期，頁 85-111。

⁴⁴⁸ 徐國塗報導，社運團體結盟 將成立「蜂報」，聯合報 2003 年 3 月 6 日。

⁴⁴⁹ Cass Sunstein，「網路會顛覆民主嗎？」，新新聞。

⁴⁵⁰ http://www.find.org.tw/0105/howmany/howmany_disp.asp?id=45。

(三) 台灣的政治文化

依照 Mark Tushnet 的論點，必須人民肯積極地參與政治活動，才適合廢除違憲審查⁴⁵¹。就此點來說，筆者認為台灣的政治文化應該已經達到這個要求。

關於此，其實國內已有一些統計資料可以引用，例如中研院所做的「台灣地區社會變遷基本資料調查」⁴⁵²，不過筆者並非此方面之專長，且光看台灣的問卷統計結果，並無法與其他國家比較，故筆者僅採用描述性與筆者個人感受，也就是所謂的「間接研究方法」，對台灣的政治文化加以介紹討論⁴⁵³。

比較世界各國，台灣的投票率，一直都是相當高的，可見台灣人民參與民主的程度很高。當然，政治學者可能會指出，這並不能代表台灣民眾參與政治的積極程度，而可能只是反映了人民的服從觀。不過不可否認的是，由於台灣統獨問題的爭議，使得人民關心民主的程度非常的高。例如，從電視上各種政治性節目的收視率與觀眾參與的程度，就可多少反映出台灣民眾對政治的關心。

除了民眾直接參與政治外，台灣的利益團體也已經發展成熟。各利益團體已經漸漸習慣運用各種遊說抗議等方式，或者結合學者的力量，來引起政府或媒體關注⁴⁵⁴。例如，台灣婦女團體、人權團體對立法機關的影響，就遠比大法官的救濟來得有效。若舉實例來看，例如指紋資料庫的建立，人權團體和學者就非常有效地與政府進行長久的抗爭，積極地維護人民的隱私。

許多人質疑，台灣的政治運作看似活潑，但可能只是各自激烈地表述，而無良性的溝通。筆者對此一質疑，較持樂觀的態度，亦即，筆者相信，檯面上的爭吵，其實還是會讓各方都得知對方的觀點，雖然辯論的形式是很混亂，但不代表最後用投票來做決定時，不是一理性調和的結果。

另外，也有人質疑，台灣各種政治運作還是問題多多，媒體每週都不斷地在報導台灣民主運作的荒謬之處，不過，筆者認為，媒體若能報導得出來，就表示

⁴⁵¹ Mark Tushnet 本身主張所謂民粹式的憲政主義，認為廢除違憲審查，則人民和政治人物會更積極地進行憲法辯論。這點被許多學者抨擊，筆者本身也不太相信人民會真的會因此而更積極地討論憲法。但筆者認為，其實重要的不是人民會不會「更」積極地辯論憲法，而是人民「現在」會不會積極地參與政治活動、維護自己的權益。

⁴⁵² <http://twstudy.ios.sinica.edu.tw/sc1/1.htm>。更早期的研究統計資料有很多，但多不能代表目前台灣的政治文化，完整的整理，可參考彭懷恩，「台灣政治文化的剖析」，風雲論壇，1997年11月增定版。該書只整理到1996年的研究，無法呈現目前台灣的政治文化。

⁴⁵³ 關於政治文化的研究方法，可參考江炳倫，「政治文化導論：理論與個案研究」，頁49-53，韋伯，2002年9月。

⁴⁵⁴ 口試時蘇永欽老師認為台灣不像美國有專業的遊說者，故利益團體的效果可能不明顯。這是一個不同之處，不過縱使沒有遊說者，利益團體還是有其影響力。

問題最終會獲得解決，因為這正凸顯媒體替人民監督政府的重要。唯有媒體報導不到的，才是民主運作的黑暗角落，才是會發生問題的地方。台灣政治混亂，筆者認為頂多是混亂而已，絕對不會亂到危害民主的程度，故不必過份擔憂。例如最近的高雄市議會賄選案，雖然顯示台灣的地方政治運作問題很多，但既然被披露出來，就表示人民可以加以監督修正。值得擔憂的，是人權的保障，而這就必須依靠有效遞利益團體的運作了。

(四) 綜合分析

從以上三點來看，台灣的人民參與民主、監督政府的條件非常夠，筆者認為，以台灣目前的情況來說，廢除違憲審查，也能夠積極保障民主人權。

針對民主的維繫，大部分人大概不會有所懷疑，例如，司法院長翁岳生似乎也意識到，大法官在威權時代無法維繫民主，在民主轉型後對民主也無發揮太大的貢獻⁴⁵⁵，而主張大法官的功能應該轉向於人權保障上⁴⁵⁶。針對人權的部分，大概比較多人會懷疑。尤其，台灣在 Freedom House 的人權指數，目前還是未達第一等級，各種針對人權情況所做的報告⁴⁵⁷均指出，台灣還有許多改善的空間，似乎，台灣的民主運作，尚無法充分保障台灣的人權。筆者於此強調，台灣民主轉型過程中，人權情況未能快速改善，是因為立法產能的問題，其無法快速地將威權時代的舊有法律一夕廢除、修改，所以才會人權情況跟不上的落差。而這並不表示台灣的民主運作沒辦法保障人權。可以預期，在未來的幾年內，經過人權團體與各利益團體的積極遊說，以及立法院緩慢地消化這些人權改革法案，台灣的人權情況必定能夠達到最佳境界。目前積極籌備組織中的官方組織「台灣國家人權委員會」，待成立後，該委員會將積極地檢討台灣的各個人權議題，而漸漸地將威權時代遺留下來的侵害人權的法規修改廢除，可以預期，台灣的人權，將因人權委員會的組成更受保障。

大法官尚能在民主轉型而人權尚未跟進的這段短暫期間，有較大的機會發揮保障人權的功能，但是再過幾年，當此落差被消弭後，大法官的存在則只會製造麻煩，不會有太大的貢獻。

以第四章的大法官功能分類表來看，大法官於極低的比例，會發揮保障人權

⁴⁵⁵ 此為筆者自己猜測，實際上翁院長當然不可能承認大法官對民主運作沒有貢獻。

⁴⁵⁶ 翁岳生，憲法解釋與人民自由權利之保障，收於李建良、簡資修編，「憲法解釋之理論與實務（第二輯）」，頁 9-10，中研院社科所，2000 年 8 月。

⁴⁵⁷ 請參考台權會網站的台灣人權資料，<http://www.tahr.org.tw/data/index.htm>。

的功能，不過此需強調一點，Mark Tushnet 所描述的那種情形，通常是在一些引不起全國注意的地方事務上，違憲審查才能真正發揮功能。而筆者認為，台灣不似美國，台灣本身乃一海島型國家，面積不大，故地方事務也容易得到全國的重視，這對台灣來說，則是另一項優勢⁴⁵⁸。亦即，台灣比較不會有不受全國關注而非需要大法官不可的人權弊案。也就是說，大法官真正可以發揮功能的機率，被壓縮地更低。

第六節 小結

簡單整理本章論點。

一，倘若不更動目前台灣的釋憲制度，筆者認為與其任由法律人出身的大法官依照個人偏好來解釋憲法，不如禁止法律人擔任大法官，而讓其他各個領域的專家來擔任大法官，期望達到 Richard Posner 法官所提倡的實用主義的違憲審查。此也能夠降低大法官解釋錯誤的機率。

二，倘若維持大法官的設置，但卻想要降低大法官解釋錯誤所造成的鉅額改革成本，而讓立法機關推翻大法官的解釋，比較美國、加拿大、英國三國制度後，筆者認為，英國模式是最能有效減少決策成本的設計，且能夠滿足多數統治和保障少數的優點。其運作方式是，廢除大法官的違憲審查權，但保留大法官的設置，讓大法官僅擔任提醒立法機關的功能。而將來台灣設置了國家人權委員會後，也可以此一機構取代大法官。

三，大法官本身是一個成本高於效益的制度，台灣目前的民主運作也能夠積極地保障人權，釋憲制度的存在，只是增加人事成本和決策成本，其貢獻很小，建議完全廢除違憲審查制度，以免去其所造成的一切弊端。

⁴⁵⁸ 另外，領土小對民主維繫也是一項優勢，例如，Robert Dahl 最近指出，領土小的國家，較能維持民主。此為一場研討會上某教授的發言，但其未指出出處。

第七章 結論

一、研究結論與建議

到底該如何解釋憲法，所有的憲法學者莫不努力地提出各種建議，但是，這樣的建議，反而卻讓大法官有更大的空間來灌入自己的個人偏好。實際上大法官大多不會堅持某一解釋立場，多半都會選擇性地運用各種解釋方法，來替自己的偏好背書。

針對此一問題，美國的憲法學者開始越來越質疑，倘若大法官都是按照個人偏好來解釋憲法，我們還應該維持釋憲制度嗎？懷疑違憲審查的學者，開始提出一些反對的理由，來說明大法官解釋的弊病。這些弊病包括憲法本身人權清單的問題，以及大法官解釋扭曲政治辯論、阻礙社會改革的問題等。

本文除了整理介紹這些反對理論的一些說法外，還嘗試借用一些簡單的經濟觀點，來剖析釋憲制度的各個面像的問題。其一，是借用公共選擇理論的觀點，說明多數決並不像一般憲法學者宣稱的那般危險。其二，則是運用理性選擇與效用函數的觀點，來分析大法官的決策行為，分析大法官在解釋時受了哪些外在、內在的影響。本文認為，大法官主要受到個人偏好及法律學界的影響最大。其中，套用賽局理論的分析，也可以說明為何大法官多半不會忠誠貫徹某一解釋方法。其三，筆者以 Mark Tushnet 對違憲審查所做的成本效益分析為基礎，進而試圖建立更細緻的模型，將大法官的實際功能分成四種類型，輔以其他變因，來說明大法官功能的增減。若從比例上來看，大法官在大多數時候沒有什麼作用，此時卻會造成多餘的政治決策成本。只有在少數時候，大法官會發生正面作用，減少改革成本，但卻有略同的比例，會發生負面作用，增加改革成本。而比較其減少的改革成本與增加的改革成本，大法官造成較大的改革成本，能減少的改革成本有限。整體來看，釋憲制度是一不效率的制度。

接著，本文則以這些反對理論的一些說法，重先檢視台灣釋憲的發展。其中，對於民主開放以來大法官的運作，學界一般認為大法官貢獻很大，但筆者則對此論點加以駁斥，並套用上述大法官功能模型，一一剖析各個重要案例的實際貢獻。

最後，針對違憲審查此一制度造成的錯誤成本，以及其本身的總體成本，本文提出了五個改革建議，略為分析各項改革可減少的成本，以及適用在台灣的可能性。第一項建議，是建議大法官禁止法律人擔任，以降低大法官解釋錯誤的機

率。第二至四項建議，則是建議立法機關可以推翻大法官的解釋，以減少大法官錯誤解釋所造成的改革成本。第五項建議，則是主張完全廢除釋憲制度。

二、研究限制與未來研究方向

Sanford Levison 說，神學院的教師，不可以是無神論者，他們的工作就是在使學生相信神的存在。但是，神學研究卻與宗教研究不同。對宗教進行研究，乃是人類學、社會學的研究，他們不需要相信神的存在，他們可以是無神論者，如此，他們的研究才是客觀的研究⁴⁵⁹。他其實是想批判，我們對憲法、違憲審查的研究，似乎都停留在信仰的宣傳，而非客觀的研究。由此一觀點來反思台灣，不難發現台灣法學界也有一樣的問題。台灣研究違憲審查的文獻，很多都不是對違憲審查的功用進行客觀地研究，而是直接將它當作是一個當然之理，將之宣揚。看在筆者眼裡，這些文獻都像是信仰的宣傳，而非真正的研究。筆者即以此警惕自己，千萬不要犯了一樣的毛病，要對違憲審查做實際的研究，而非信仰的宣傳。但是，或許由於筆者本身的立場所致，或許本研究的嘗試，一樣也犯了偏頗的毛病。另外，礙於筆者的研究能力限制，使筆者所做的實際研究，其實也很空洞。這是未來值得繼續努力的方向。

由於筆者的研究能力的限制，本論文還有許多不足的部分，未來可以繼續發展研究。另外，本論文研究過程，也發現一些有趣的議題，可作為引伸研究方向。針對可能繼續的研究方向，筆者認為有下述幾項：

一，將違憲審查實際所發揮的功能作分類並檢證其比例，是做為成本效益分析的基礎。本論文所發展的模型，筆者雖然約略說明其比例之大小，但未經比較研究，此可作為繼續研究的目標。待其比例能夠具體估出後，此一成本效益分析的答案也將得出。

二，對於我國違憲審查功能的檢討，由於我國是採集中抽象型的釋憲制度，故本論文對於台灣違憲審查運作的評論，並不能用來論證分散型、個案型的違憲審查也一樣不好。或許，將來隨著司法改革將違憲審查下放各級法院後，也可作進一步的分析，此為未來可能的研究方向。須解釋一下，雖然 Mark Tushnet 已經針對採取分散具體審查的美國做出評論，但是卻遭到其他學者批評，認為其取樣不夠全面，僅是選擇性地挑選有利於其論點的案件，且幾乎都是集中討論美國最

⁴⁵⁹ Sanford Levison, *Constitutional Faith* 157-165 (1988).

高法院的案件⁴⁶⁰，而筆者因為非研究美國憲法史的專家，不敢對此一評估的正確性妄下斷言。本論文僅是採取 Mark Tushnet 的觀點，對台灣的運作做出評估，而 Mark Tushnet 對美國的評估，筆者尚不敢採信。

三，違憲審查應該對其實際效果加以分類。倘若某些效果上很明顯，某些效果不明顯，則在制度設計上，也可廢除那些效果不明顯的違憲審查權限。例如，倘若違憲審查在促進民主與保障人權上的效果不明顯，但是對於解決政治僵局確有幫助，或許我們可以設計只允許發生政治僵局時的違憲審查。不過，基本上一國憲法通常都會設計各種解決政治僵局的方式，也應該依各種功能討論各種替代制度的替代效果。例如，筆者在研究後期，發現人權委員會此一設計，似乎比起釋憲制度，更能保障人權，此也是將來可繼續比較分析的題材。筆者之所以認為人權委員會可能比釋憲制度較為有效的原因有三：一，釋憲制度其實對民主運作沒有幫助，二，釋憲制度對於保障人權有幫助，但是其乃是被動的制度，相對來說，人權委員會卻可以主動研究各種有害人權的法律，建議立法機關修正。雖然其僅有建議修正權，但人權委員會還承擔了人權教育的功能，其可能更讓民眾接受人權價值，進而使立法院尊重人權委員會的修改建議。三，人權弊端大部分乃出在執法階段，而非立法階段⁴⁶¹，人權委員會積極地監督執法運作，會比釋憲機關進行法規違憲宣告來得有效果。

四，所有研究方向，若能採用大規模的案例統計研究，或者對各國制度比較實證研究，將更為有力，此則為最有價值的研究方向，或說是未來應該採取的研究方法。之所以認為實證研究是最值得進行的研究，是因為筆者在看了許多法律學界對違憲審查的功能或憲法解釋的運作時，發現這些文獻往往都提出各種不同的說法，但卻不肯承認對方的前提，筆者認為，或許理論可以說得很漂亮，沒有實證資料證明，也不過只是幻想。例如，到底違憲審查有無貢獻，可以拿全世界各國的相關制度進行回歸分析（此也為筆者將來最想進行的研究），其實答案就呼之欲出了，不需要各執一詞。

五、倘若違憲審查實際上沒有太大的功能，但是其作為一國的世俗宗教，會不會發揮維繫人心的宗教效果，此點也值得討論。蘇永欽教授於口試時提及所謂的「鎮定劑效果」，是只有心裡的安定作用，還是實際上有穩定政局變動的實質

⁴⁶⁰ 例如 Erwin Chemerinsky 就點出 Mark Tushnet 只看最高法院的案件，而未評估下級法院的功能，請參見 Erwin Chemerinsky, *Losing Faith: American without Judicial Review?*, 98 Mich. L. R. 1416 (2000).

⁴⁶¹ 參考美國或台灣的台灣人權報告，不難發現許多人權弊端都是刑事訴訟程序的執行階段的問題，而非立法的問題。請參考台權會網站的台灣人權資料，<http://www.tahr.org.tw/data/index.htm>。

效果，這也有待繼續研究。另外更進一步地，這可能要進一步地研究憲政主義存在的基本理論。

參考文獻

英文文獻：

- Alexander, Larry, and Schauer, Frederick(1997), *On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 HARV. L. REV. 1359.
- _____. (2000), *Defending Judicial Supremacy: A Reply*, 17 Const. Commentary 455.
- Ackerman, Bruce(1985), *Beyond Carolene Products*, 98 Harv. L. Rev. 713.
- Ackerman, Bruce, and Golove, David(1995), *Is NAFTA Constitutional?*, 108 Harv. L. Rev. 799
- Amar, Akhil Reed(1999), *Intratextualism*, 112 Harv. L. Rev. 747.
- _____.(2002), *Architecture*, 76 Indiana Law Journal 671.
- Baker, Lynn A.(1996), *Interdisciplinary Due Diligence: The Case for Common Sense in the Search for the Swing Justice*, 70 South. Cal. L. R. 187.
- Bickel, Alexander (1962), *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press.
- Black, Charles L.(1969), *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1969)
- Bobbitt, Philip (1982), *Constitutional Fate*.
- _____. (1991), *Constitutional Interpretation*, Cambridge, Mass., USA : B. Blackwell.
- Bork, Robert H.(1993), *The Original Understanding*, in: Brison, Susan J., and Sinnott-Armstrong, Walter eds., *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press: 48-67.
- Brison, Susan J., and Sinnott-Armstrong, Walter eds.(1993), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press.
- Calabresi, Guido(1991), *Antidiscrimination and Constitutional Accountability*, 105 Harv. L. Rev. 80.
- Chemerinsky, Erwin(2000), *Losing Faith: American without Judicial Review?*, 98 Mich. L. R. 1416.
- Chang, Ailsa W.(2001), *Resuscitating the Constitutional "Theory" of Academic Freedom: A Search for a Standand Beyond Pickering and Connick*, 53 Stan. L. Rev. 915.
- Chen, Tsung-Fu (陳聰富)(1996), *Judicial Review and Social Change in Post-War Taiwan*, Ph. D. Dissertation, New York University.
- Clayton, Cornell W., and Gillman, Howard, eds. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, University of Chicago Press.
- Cooter, Robert D., and Ginsburg, Tom(1996), *Comparative Judicial Discretion: An Empirical Test of Economic Models*, 16 International Review of Law and Economics 295.
- Cross, Frank B.(1997), *Political Science and the New Legal Realism: A case of Unfortunate Interdisciplinary Ignornace*, 92 Nw. U.L. Rev.251.
- _____. (1999), *The Judiciary and Public Choice*, 50 Hastings L.J. 355.
- _____. (2000), *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529.
- Cross, Frank, B., and Nelson, Blake, J. (2001), *Strategic Institutional Effects on Supreme Court Decisionmaking*, 95 Nw. U.L. Rev. 1437.
- Dahl, Robert A.(1957), *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National*

- Policy-Maker*, originally print in 6 J. Pub. L. 279, reprint in 50 Emory L.J. 563 (2001).
- _____. (1999), *On Democracy*, Yale University. 李柏光、林猛合譯(1999), 「論民主」, 聯經出版。
- Debeljak, Julie(2002), *Rights Protection without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills of Rights*, 29 Melbourne U. L.R. 285.
- Devins, Neal(2000), *Reanimator: Mark Tushnet and the Second Coming of the Imperial Presidency*, 34 U. Rich. L. Rev. 359.
- Devins, Neal & Fisher, Louis(1999), *Judicial Exclusivity and Political Instability*, 84 Virg. L. Rev. 83(1999).
- Dor, Gal(2000), *Constitutional Dialogue in Action: Canadian and Israeli Experience in Comparative Perspective*, 11 Ind Int'l & Comp. L. Rev. 1.
- Dworkin, Ronald (1996), *Freedom's Law*, Harvard University Press. 劉麗君譯(2001), 林燕平校, 「自由的法」, 上海人民出版社, 上海。
- Earle, Caroline S.(1993), *The American Judicial Review Quagmire: A Canadian Proposal*, 68 Ind. L.J. 1357.
- Edelman, Paul H., and Chen, Jim(1996), *The Most Dangerous Justice: The Supreme Court at the Bar of Mathematics*, 70 South. Cal. L. R. 63.
- _____. (1996), "Duel" Diligence: Second Thoughts about the Supremes as the Sultans of Swing, 70 South. Cal. L. R. 219.
- _____. (2001), *The Most Dangerous Justice Rides Again: Revisiting the Power Pageant of the Justices*, 86 Minn. L. R. 131.
- Eisgruber, Christopher L. (2001), *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press.
- Elhauge, Einer, R. (1991), *Does interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L. J. 31.
- Ely, John H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press.
- Elster, Jon (1984), *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press.
- Epstein, Lee, and Knight, Jack(1999), *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amici Curiae*, in Clayton, Cornell W., and Gillman, Howard, eds. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, 215-235, University of Chicago Press.
- Epstein, Richard A.(1992), *A Common Lawyer Looks at Constitutional Interpretation*, 72 B.U.L. Rev. 699.
- Eskrige, William N.(1991), *Reneging on History? Playing the Court/ Congress/ President Civil Rights Game*, 79 Cali. L. R. 613.
- _____. (1993), *The Article I, Section 7 Game*, 80 Geo. L. J. 523 (1993).
- Fallon, Richard H. (1987), *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 Harv. L. Rev. 1189.
- Farber, Daniel A.(1989), *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 Ohio St. L.J. 1085.
- Farber, Daniel A., and Frickey, Philip P.(1991), *Is Carolene Products Dead? Reflection on Affirmative Action and Dynamics of Civil Rights Legislation*, 79 Calif. L. Rev. 686.

- Fisher, Louis (1988), *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton University Press.
- Fish, Stanley (1984), *Fish v. Fiss*, 36 Stan. L. Rev. 1325 .
- Fiss, Owen (1982), *Objectivity and Interpretation*, 34 Stan. L. Rev. 739.
- Friedman, Barry (1993), *Dialogue and Judicial Review*, 91 Mich. L. Rev. 577.
- Gerhardt, Michael J. et al. eds.(2000), *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Lexis, Nexis.
- Glendon, Mary A.(1991), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press.
- Graber, Mark A.(2000), *The Law Professor as Populist*, 34 U. Rich. L. Rev. 373.
- Hirschl, Ran(2000), *Looking Sideways, Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective*, 34 U. Rich. L. Rev. 415.
- Hogg, Peter W., and Bushell, Allison A.(1997), *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*, 35 Osgoode Hall L.J. 75.
- Howard, Robert M., and Segal, Jeffrey A.(2002), *An Original Look at Originalism*, 36 Law & Society Review 113.
- Kennedy, Duncan (1995), *American Constitutionalism as Civil Religion: Note of an Atheist*, 19 Nova L. Rev. 909.
- Klarman, Michael, J.(1994), *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 Va. L. Rev. 7.
- _____. (1996), *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolution*, 82 Va. L. Rev. 1.
- _____. (1997), *Antifidelity*, 70 S. Cal. L. Rev. 38.
- _____. (1997), *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 Geo. L.J. 491 (1997).
- _____. (1999): *What's so great about Constitutionalism?*, 93 Nw. U.L. Rev. 145.
- Lane, Jan-Erik(1996), *Constitutions and Political Theory*, Manchester University Press.
- Lane, Jan-Erik, and Ersson, Svante(2000), *The New Institutional Politics*, Routledge.何景榮譯 (2002) ,「新制度主義政治學」, 韋伯出版社。
- Lessig, Lawrence(1993), *Fidelity in Translation*, 71 Tex. L. Rev. 1165.
- Levison, Sanford (1988), *Constitutional Faith*, Princeton University Press.
- Lijphart, Arend(1999), *Patterns of Democracy*, Yale University Press.高德源譯(2001) , 民主類型：三十六個現代民主國家的政府類型與表現 , 桂冠。
- Maltzman, Forrest, et al.(1999), *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in Clayton, Cornell W., and Gillman, Howard, eds. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, 43-63, University of Chicago Press.
- Mandel, Michael(2000), *Against Constitutional Law (Populist or Otherwise)*, 34 U. Rich. L. Rev. 443.
- Mashaw, Jerry L.(1997), *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, Yale University Press.
- Merrill, Thomas W.(1997), *Does Public Choice Theory Justify Judicial Activism After All?*, 21 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 219.

- Miller, Arthur, S., and Bowman, Jeffrey, H. (1986), *Break the Monopoly of lawyers on the Supreme Court*, 39 Vand. L. Rev. 305.
- Michelman, Frank I.(2000), *Populist Natural Law (Reflections on Tushnet's "Thin Constitution")*, 34 U. Rich. L. Rev. 461.
- Morris, Dick(1999), Vote.com, Eileen McGann. 張志偉譯(2000), 「網路民主」, 商周。
- O'Brien, David M.(1999), *Institutional Norms and Supreme Court Opinions: On Reconsidering the Rise of Individual Opinions*, in Clayton, Cornell W., and Gillman, Howard, eds. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, 91-113, University of Chicago Press.
- Posner, Richard (1994), *What Do Judge and Justice Maximize?(The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 Sup. Ct. Econ. Rev. 1.
- _____.(1995), *Overcoming Law*, Harvard University Press.蘇力譯(2001), 「超越法律」, 中國政法大學出版社, 北京。
- _____.(1999), *The Problematics of Moral and Legal Theories*, Harvard University Press.蘇力譯(2001), 「道德和法律理論的疑問」, 中國政法大學出版社, 北京。
- Rosenberg, Gerald (1991), *Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*.高忠義譯(2003), 「落空的期望」, 商周出版。
- Scalia, Antonin (1997), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press.
- Schauer, Frederick(1988), *Formalism*, 97 Yale L.J. 509.
- _____. (2000), *Incentive, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. Cin. L. Rev. 615.
- Segal, Jeffrey A.(1997), *Separation-Of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts*, 91 Am. Pol. Sci. Rev. 31.
- _____. (1999), *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Marksist Model*, in Clayton, Cornell W., and Gillman, Howard, eds. (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*, 237-253, University of Chicago Press.
- Shugart, Matthew S., and Carey, John M.(1992), *Presidents and Assemblies*, Cambridge University Press.曾建元等譯(2002), 「總統和國會」, 韋伯文化。
- Spaeth, Harold J., and Segal, Jeffrey A.(1993, 2001), *Majority Rule or Minority Will*, Cambridge University Press.
- Stearns, Maxwell L.(1994), *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 Yale L. J. 1219.
- Strauss, David A.(1996), *Common Law Constitutional Interpretation*, 63 U. Chi. L. Rev. 877.
- Sunstein, Cass(1999), *Judicial Minimalism*, 商千儀、高忠義譯(2001), 「司法極簡主義」, 商周出版。
- _____. (2001), *Republic.com*, Princeton University Press.黃維明譯(2002), 「網路會顛覆民主嗎」, 新聞文化出版。
- Thayer, James B.(1893), *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129.
- Tiller, Emerson H., and Cross, Frank B.(1999), *A Modest Reply to Judge Wald*, 99 Colum. L. Rev. 262.

- Tribe, Laurence H.(2000), *American Constitutional Law* (3d ed.), Foundation Press.
- Tushnet, Mark (1988), *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Harvard University Press.
- _____. (1993), *Constitutional Interpretation, Character, and Experience*, in: *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, edited by Susan J. Brison and Walter Sinnott-Armstrong, Westview Press.
- _____. (1998), *Two Versions of Judicial Supremacy*, 39 *Wm and Mary L. Rev.* 945.
- _____. (1999), *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press.
- Vaidhyanathan, Siva (2001), *Copyrights and Copywrongs*, New York University Press.
- Vick, Douglas W.(2002), *The Human Rights Act and the British Constitution*, 37 *Tex. Int'l L. R.* 329.
- Wald, Patricia M.(1999), *A Response to Tiller and Cross*, 99 *Colum. L. Rev.* 235.
- Waldron, Jeremy (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press.
- _____.(2002), *Eisbruger's House of Lords*, 37 *U.S.F.L. Rev.* 89.
- West, Robin, *Constitutional Scepticism*, originally print in 72 *B.U.L. Rev.* 765 (1992), reprint in Brison, Susan J., and Sinnott-Armstrong, Walter eds.(1993), *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*, Westview Press.
- _____. (1993), *The Aspirational Constitution*, 88 *Nw. U.L. Rev.* 241.
- Weinrib, Lorraine Eisenstat(1999), *Canada's Constitutional Revolution: from Legislative to Constitutional State*, 33 *Isr. L. Rev.* 13.
- Wrightman, Lawrence S.(1999), *Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?*, Kluwer Academic/ Plenum Publishers.

中文文獻：

- 尤美女(1999)，從婦女在婚姻中之法律地位看婦女人權之發展，「台灣法學會學報第二十輯：世界人權宣言五十週年紀念」，頁 175-233。
- 王泰升(2000)，憲法的台灣化，載於黃昭元編，「兩國論與台灣國家定位」，頁 171-202，學林出版。
- 甘學平、黃春興(1997)，制衡或權能區分？經濟論文第 25 卷第 3 期，頁 375-406。
- 任冀平(1995)，美國最高法院司法審查權的行使：理論與實際，「歐美研究」第 25 卷第 3 期，第 45-93 頁。
- 任冀平、謝秉憲(1999)，政治或司法：我國違憲審查權訂位之研究，東海大學政治系「跨世紀的政治願景」學術研討會，東海大學政治學系主辦，1999 年 12 月。
- 江炳倫(2002)，「政治文化導論：理論與個案研究」，韋伯。
- 吳志光(2002)，違憲審查制度與司法一元化 - - 兼論比較法上的觀察，初稿發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，2002 年 10 月 19 日，台灣大學法學院第一會議室。
- 吳庚(2001)，「行政法之理論與實用」七版，作者自版。
- 李炳南、曾建元(2002)，第五、六次修憲國會制度改革相關議題之政治邏輯與法理分析，人文及社會科學叢刊第 14 卷 1 期，頁 111-173。

- 林子儀(2000), 司法與人權保障, 收於「邁向公與義的社會(上)」, 時報。
- _____. (2002), 憲政體制問題釋憲方法之運用 - - 美國聯邦最高法院審理權力分立案件之解釋方法, 收於「新世紀經濟法制之建構與挑戰」, 頁 46-47, 元照。
- 林超駿(1996), 我國司法院大法官選任制度的幾個問題 - - 從違憲審查之「反多數決」法理觀察, 律師通訊 206 期, 頁 59-76。
- _____. (2001), 如何繼受美國法上之憲法解釋理論, 以促進大法官之釋憲功能, 「第三屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」, 中研院中山人文社會科學研究所, 2001 年 3 月 23 日、24 日。
- _____. (2002), Scalia 大法官之憲法解釋觀 - - 原始主義者之回應與挑戰, 憲政時代第 28 卷第 2 期, 頁 79-98。
- 法治斌(1993), 大法官之選任及其背景之比較研究, 「人權保障與釋憲法制」, 月旦出版, 再版。
- _____. (1996), 司法審查之平等權: 建構雙重基準之研究, 國家科學委員會研究彙刊: 人文及社會科學第 6 卷 1 期, 頁 35-50。
- _____. (1997), 轉型中之憲法學研究 - - 人力資源之現況調查與分析, 收於「現代國家與憲法 - - 李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集」, 頁 1447-1452, 月旦出版。
- _____. (1997), 法律學門之現況與展望, 科學發展月刊 25 卷 5 期, 頁 286-289。
- _____. (2002), 司法行政與司法審判之分與合, 「當代公法新論(上)」, 頁 773-793, 元照出版社。
- 胡康大(1998), 「英國政府與政治」, 揚智。
- 翁岳生(2000), 憲法解釋與人民自由權利之保障, 收於李建良、簡資修編, 「憲法解釋之理論與實務(第二輯)」, 頁 1-22, 中研院社科所。
- 鄒文海(1968), 「各國政府與政治」四版, 中正書局。
- 許宗力(1999), 憲法與政治, 「憲法與法治國行政」, 頁 1-52, 元照出版社。
- _____. (1999), 訂定命令的裁量與司法審查, 「憲法與法治國行政」, 頁 179-219, 元照出版社。
- 陳美華(1999), 社會運動團體與立法院的互動 - - 婦女運動團體推動男女平權立法的經驗, 「邁向二十一世紀的立法院 - - 新國會、新規範、新挑戰」研討會論文集, 1999 年 3 月 8 日。
- 陳昭如(2002), 創造性別平等, 抑或與父權共謀? - 關於台灣法律近代西方法化的女性主義考察, 思與言第 40 卷第 1 期, 頁 220-231。
- 陳淳文, (1993), 論法國之憲法委員會, 法律評論第 59 卷 1、2 期合刊, 頁 116-130。
- 陳淳文譯(1993), 論憲法委員會之合憲審查權, 憲政時代第 18 卷 3 期, 頁 59-75。
- 陳聰富(1997), 法律作為社會變遷工具的社會基礎, 法令月刊第 48 卷第 4 期, 頁 18-31。
- 張文貞(1995), 「行政命令訂定程序的改革 - 多元最適原則程序的提出」, 台大法研所碩士論文。
- _____. (2002), 中斷的憲法對話: 論大法官解釋在憲法變遷脈絡中的定位, 論文發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」, 台灣法學會及台大法律學院公法研究中心共同舉辦, 2002 年 10 月 20 日, 台北。
- 張智聖(2000), 「解嚴以來我國釋憲制度與人權保障之系統分析」, 中山大學中山學術研究所博士論文。
- 張維迎(1999), 「賽局理論與信息經濟學」, 茂昌。
- 張嘉尹(1992), 「憲法解釋理論之研究」, 台大法研所碩士論文。
- _____. (2001), 憲法解釋、憲法理論與「結果考量」 - - 憲法解釋方法論的問題, 「第三屆憲法

- 解釋之理論與實務學術研討會」，中研院中山人文社會科學研究所，2001年3月23日、24日。
- 黃東益、蕭乃沂、陳敦源(2002)，網路時代公民直接參與機制：台北市政府「市長信箱」的個案研究，2002年5月23日，<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/091/IA-R-091-060.htm>。
- 黃昭元(2000)，立法裁量與司法審查，憲政時代第26卷第2期，頁156-185。
- _____. (2002)，司法極簡美德的積極實踐 - - 評 Sunstein 教授的「司法最小主義」理論，「當代公法新論(上)」，頁875-917，元照出版社。
- _____. (2002)，抗多數困境與違憲審查正當性 - - 評 Bickel 教授的違憲審查理論，「台灣憲法之縱剖橫切」，頁301-342，元照出版社。
- _____. (2002)，違憲審查正當性 - - 方法論的初步探討，頁18，初稿發表於「第一屆憲法實務與理論學術研討會」，台大法學院第一會議室，2002年10月20日。
- 黃啟龍(2002)，網路上的公共領域實踐 - - 以弱勢社群網站為例，《資訊社會研究》第3期，頁85-111。
- 黃國師(2003)，什麼時代了，還在黨政軍退出媒體，自由時報2003/2/11自由廣場。
- 黃銘傑(1998)，利益團體與立法過程 - 以美國公共選擇理論之論點為中心，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學第8卷4期，677-698頁。
- 黃錦堂(2002)，機關爭議問題釋憲方法之應用，「司法院大法官九十年度學術研討會記錄」，司法院。
- 黃默(2000)，國家人權委員會如何找到立足點？聯合報2000年1月10日，
<http://www.tahr.org.tw/committee/2000.01.10.huang.htm>。
- 曾建元(2002)，台灣民主轉型與憲政改革，發表於「第一屆西子灣公法學研討會」，中山大學中山學術研究所，2002年12月13日。
- 曾建元、謝秉憲(2001)，民主政治、立憲主義與司法審查 - - 司法院大法官議決釋字第四九九號解釋評析，育達研究叢刊第2期，頁1-27。
- 彭懷恩(1997)，「台灣政治文化的剖析」增定版，風雲論壇。
- 葉俊榮(1996)，司法院大法官附期限憲法解釋之分析，國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學第6卷第1期，頁1-23。
- _____. (1999)，從國家發展與憲法變遷論大法官的釋憲機能：1949至1998，台大法學論叢第28卷第2期，頁1-63。
- _____. (1999)，學術標準的建立與司法審查的功能：釋字第四六二號解釋對於大專教師升等程序的基本設定及其難題，台灣本土法學第3期，頁106-111。
- _____. (1999)，法律學門成就與評估發展，科學發展月刊第27卷第6期，頁607-613。
- _____. (1999)，「行政法案例分析與研究分法」，三民書局。
- _____. (2002)，從「轉型法院」到「常態法院」：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡，台大法學論叢第31卷第2期，頁59-96。
- 湯德宗 (1998)，行政立法程序之研究：行政院經建會版「行政程序法」草案「命令訂定程序」設計構想，「權力分立新論」，作者自刊。
- _____. (2001)，立法裁量之違憲審查的憲法依據 - - 違憲審查正當性理論初探，「權力分立新論」

- 增定二版，作者自刊。
- _____. (2001), 權力分立與違憲審查 - - 大法官抽象審查權之商榷, 「權力分立新論」增定二版, 作者自刊。
- 郭銘松(1998), 美國公民共和主義法學的興起及其功能特徵, 月旦法學雜誌第 38 期, 頁 97-109。
- _____. (2001), 違憲審查機制解決政治僵局可能性之評估 - - 以司法院大法官針對政治部門權限爭議之解釋為中心, 台大法學論叢第 30 卷第 2 期, 頁 251-289。
- 楊泰順(2001), 「被誤解的國會」, 希代。
- 楊智傑(2002), 「千萬別來唸法律」, 三文印書館。
- _____. (2002), 女性不用當兵? - - 檢討釋字第四九 號中提及的兩性差異操作標準, 憲政時代第 28 卷第 1 期, 頁 45-65。
- _____. (2002), 授權明確性原則之法理分析與經濟分析, 憲政時代第 28 卷第 2 期, 頁 19-37。
- 雷文玟(2002), 社會安全制度與憲法解釋 - - 從立法授權行政立法之民主正當性看釋字第五二四號解釋, 該文初稿發表於第一屆憲法實務與理論學術研討會, 台大法學院第一會議室, 2002 年 10 月 19 日。
- 蔡維英(2001), 專業行政領域之授權立法, 月旦法學雜誌第 74 期, 頁 179-184。
- 廖元豪(1995), 論共和主義的政治哲學對美國憲法思想基礎及實務的影響, 憲政時代第 20 卷第 3 期, 頁 80-97。
- _____. (2002), 從政治問題理論, 論兩岸關係憲法定位之可司法性, 政大法學評論第 71 期, 頁 27-77。
- _____. (2002), 全球化之比較憲法理論 - - 兼評美國司法實務之憲法解釋方法, 憲政時代第 28 卷第 2 期, 頁 99-119。
- 廖國宏(1999), 「論『政治問題』大法官不予審理原則」, 台大三研所碩士論文。
- _____. (2002), 論行政處分踐行正當程序之憲法基礎 - 「正當程序平等保障說」芻議, 「李模務實法學基金會第六屆法學論文徵選優勝作品集」, 頁 1-24。
- _____. (2002), 消散在世紀首航中的憲政風暴 - - 九七修憲後台灣憲政體制的「換軌」爭議與憲法解釋, 發表於「第一屆西子灣公法學研討會」, 中山大學中山學術所主辦, 2002 年 12 月 13 日。
- 廖福特(2000), 國家人權委員會之職權與定位, 某座談會引言稿, 2000 年 2 月 19 日, <http://www.tahr.org.tw/committee/2000.02.19.ford.htm>。
- 劉義周(1977), 我國歷屆大法官之產生及其背景之分析, 政治大學學報第 35 期, 頁 287-302。
- 鍾國允(2002), 論法國憲法委員會之組織及其合憲性審查程序, 憲政時代第 28 卷 1 期, 頁 89-109。
- 謝秉憲(2000), 意志與限制: 最高法院在美國民主政治中的角色, 《法政學報》第 11 期, 頁 57-118。
- _____. (2002), 政治學與法學的糾葛 - - 司法審查研究方法論初探, 發表於「第一屆西子灣公法學研討會」, 中山大學中山學術研究所, 2002 年 12 月 13 日。
- 簡資修(1994), 台灣民眾之基本人權觀: 社會意向資料之初釋, 收於尹慶春編, 「台灣社會的意向」, 頁 311-331, 中研院社科所。
- 蘇永欽(1994), 大法官解釋與台灣的社會變遷, 「合憲性控制的理論與實際」, 月旦出版社。
- _____. (1994), 結果取向的憲法解釋 - - 從德國法律方法論的理論、實務淺析我國大法官會議實

- 務，「合憲性控制的理論與實際」，頁 249-269，月旦出版。
- _____. (1996)，台灣社會變遷與法律學的發展，「當代法學名家論文集」，頁 551-582，法學叢刊社。
- _____. (1998)，「司法改革的再改革」，月旦。
- _____. (1999)，「違憲審查」，學林。
- _____. (1999)，高成炎等聲請釋憲案的法律意見書，「違憲審查」，頁 207-240，學林。
- _____. (1999)，憲法解釋 - - 憲政成長的指標，「違憲審查」，學林。
- _____. (2000)，立法裁量與司法審查，憲政時代第 26 卷第 2 期，
- _____. (2000)，回歸憲政就是落實多數決統治原則，中國時報民意論壇，2000 年 11 月 17 日。
- _____. (2001)，飄移在兩種司法理念間的司法改革 - - 台灣司法改革的社經背景與法制基礎，台灣本土法學第 28 期，頁 1-14。
- _____. (2002)，憲法解釋方法上的錯誤示範，月旦法學雜誌第 81 期，頁 52-53。
- _____. (2002)，部門憲法 - - 憲法釋義學的新路徑？，「當代公法理論(上)」，頁 741-747，元照出版社。
- _____. (2002)，反思台灣司法改革的經驗，「走入新世紀的憲政主義」，頁 317-341，元照。
- _____. (2002)，憲法在台灣的國家發展過程中的角色 - - 為台灣的憲法學催生，「走入新世紀的憲政主義」，頁 457-473。