

# 國民主權，民主政治及違憲審查： 一個反省

呂明哲\*

## 摘要

二〇〇〇年三月，大法官會議做出釋字第四九九號解釋文。這是台灣首次發生違憲審查機關宣告經由四分之三國民大會代表所通過之憲法修正案違憲。這觸發了不少對憲法問題的討論。本文則將討論由此解釋文所引發的問題，如民主憲法之核心價值為何？誰來決定民主憲法之核心價值？修憲權及修憲的方式是由人民來決定，還是我們需要一個更高位階的民主監護者來指導人民對其基本原則及價值來作決定？如果是後者，是否與國民主權原則相衝突？如果和國民主權相衝突，那又如何來理解違憲審查在民主憲法之功能及位置呢？本文試圖論證國民主權原則實為憲法之核心價值，而國民主權是以何種形式及程序落實，實際上也必須是由人民來自行決定。亦即，人民之修憲權（包括程序及形式之自我決斷）不應有更高的權威來約束及限制。因此，不只違憲審查機關沒有民主正當性來約束人民的修憲權利，同時，從歷史的經驗來看，違憲審查機關中法官對憲法的理解從來沒有一致性的見解，同時也跳脫不出時空，也就是會受限於法官個人特質及政治問題的限制，造就了法官們偶有荒槍走板的憲法解釋。基於此，本文將從社會歷史的角度反駁違憲審查機關之正當性之外，同時也檢討了台灣過去大法官對憲法解釋所產生的一些政治社會等問題。最後筆者認為，不應過度神聖化違憲審查機關的憲法解釋地位，應把他當成在民主政治中政府權力運作的一環，在權力分立的概念之下，與行政及立法機關在對抗及合作的關係之中，共同建構民主政體之憲政秩序及意義。

---

\* 南華大學應用社會學系助理教授

一九九九年九月，國民大會通過第五次修憲條文，其中將現任國民大會代表任期延長至二〇〇二年六月，並且通過下屆代表依立委各政黨得票之比例選出。此即所謂的「自肥條款」，引發了輿論的批評。但國、民兩黨表示他們是爲了廢除國民大會，所採取的必要之惡。但是這樣的理由還是不爲大眾所接受，形成一片撻伐之聲。隔年三月，大法官會議做出了解釋，宣告此次修憲違憲。國民大會雖感憤怒，但面對強大廢國大的輿論壓力，只有再度修憲，而大幅減少了國民大會的權力。雖然這事件似乎平和的落幕了，但是其所引發有關憲法上的問題，卻一再地引起討論。本文，就由此事件出發，從民主的角度及歷史及社會學的觀點，來反省違憲審查制度的角色及定位。同時基於這樣的反省，來討論台灣過去違憲審查制度相關的一些問題。

本文試圖以兩個部份來反省：第一部份從歷史及社會觀點出發來確立國民主權原則在憲法的地位，以此來反思修憲有限性及無限性的問題。同時，經由前述之反省，來反駁常見之違憲審查機構之正當性宣稱，來突顯違憲審查在過去實踐上的一些侷限。第二部份則把前述反省帶到台灣的經驗上，檢討台灣一些有爭議性的大法官憲法解釋案。另一方面也試圖從台灣的經驗中，尋找出可以確立違憲審查機制之可能的正當性基礎。

## 壹、違憲審查理論之反省及檢討

本號大法官會議解釋最大的特點是，大法官會議對由國民大會代表四分之三通過之憲法修正條文，行使違憲審查權。表面上看來，一群少數未經過人民選舉出來的大法官們，基於「舊」憲法，否定多數國民大會代表所通過的「新」憲法修正條文。這樣的違憲審查之行使，是相當矛盾的。因爲憲法修改之基本想法，正是把不合時宜，或是因應新的政治環境，對憲法舊條文的調整。而大法官會議的解釋，正好否定這樣的看法：大法官可以基於其自身認定的「舊」的憲法精神來否定由專責之修憲機關所通過的「新」憲法修正條文。換言之，一個

新的憲法修正案，是要在大法官認可的情況下（被動），才可以有效。這樣，我們不僅要問，為什麼非經民選的大法官有這樣的權力和正當性來否定經過民選代表及複雜政治程序所通過的憲法修正案呢？

眾所皆知，憲法不是一般的法律，是所有法的根本。而憲法修改，其特點，則表現在其修改比一般法律的修改要困難許多。而理由是因為憲法的內容，涉及國家之基本價值及政府體制。所以，他的通過要相當長的政治運作，協調及絕大多數修憲代表的同意。雖然修憲有其困難度，在設計上也應俱高度共識才能達成，但是其修憲是否可以毫無界限？是否憲法中有核心之精神及價值是不可以被修改的？如果修改，是否為一種革命？是形式修憲，但實質制憲？在民主政治中能被允許嗎？

然而，相對的，違憲審查的設計是要使政府的施政及立法不能違反憲法規範；職司違憲審查之機關便要對其它政治部門之統治行為進行是否違反憲法之審查。由於憲法條文相當抽象，而且規範也不明確。所以，大法官就承擔了要去發掘及解釋「隱藏」在憲法條文背後的憲法意義。由於在憲法上，這樣的憲法解釋權只專屬於違憲審查機構。所以基本上，憲法規範之意涵就等於由這些專斷此一職權的法官來決定。換言之，正如美國聯邦最高法院之法官，也曾任美國首席大法官（1930—1941），Charles Evans Hughes 所說的：「我們雖都在憲法之下，但是憲法就是法官說的那個樣子。」（"We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is."）。

既然如此，可以想像這樣的權利是相當大的。他們不需像其它政治機關一樣，其立法及政策，都要經過繁瑣而複雜的法律規範程序及權力運作的過程。職司違憲審查之法官，只要依法定程序，即可宣告前述二機關所訂定的法律及政策違憲。這不僅讓人質疑，這樣強大權力的正當性基礎從何而來？他們又如何行使？法官如何發現「真」的憲法含義？標準何在？是單純的表面文字意義？還是去「發現」隱含在條文背後的意義？如果憲法並無明顯之界定，法官是需要自創對憲

法之見解？這樣的解釋是否有造法（或創制憲法）之嫌呢？然而這樣又正當嗎？

針對以上之問題，筆者將由民主政治的觀點出發，將檢討及反省一些合理化違憲審查設計的論點。這樣的反省，是筆者是基於以下的認定：民主之價值及內涵，應由人民之參與及實踐而張顯出來。過度依賴違憲審查（一個民主制度中相當異質的設計），可能有時反而會阻礙及剝奪了人民對民主之自我學習及發展的機會。這個目的反應在第一節中，從歷史及社會學的觀點出發來理解有關國民主權原則在民主憲法體系中的核心地位。同時，在第二節中，反駁一般之違憲審查制度正當性宣稱。其目的在確立國民主權之原則，同時指出同樣受社會政治制約之下的違憲審查機關（相對於立法及行政部門），其專斷憲法解釋之權威的主張（最高權威之憲法解釋者），是有其問題的。<sup>1</sup>另外，在第二節中的最後，則將檢討違憲審查機構在民主政治中所產生的政治社會效果。這個檢討是基建在於認為民主是人民之參與實踐之自我學習的過程。因此，違憲審查這種監護式的制度設計，對民主之影響並不完全是正面的，有時甚而會傷害民主政治的實踐。

## 第一節 國民主權、民主、憲法

民主最簡單的說法，就是所有政府權力必須來自人民。這樣的理解，潛藏著一個概念，即在民主政體中，人民權力至高無上，也就是謂的國民主權（popular sovereignty）的說法。所謂「主權」，根據 Carl Schmitt (Schmitt, 1988:5)的說法是超越法律及政府的一種權力。由此來理解國民主權，可以說「人民的意志」是所有權力的最終來源。而且，他也是一種事實力量（factual power），即可使它者臣服於其意志之下的力量。

---

<sup>1</sup>在此要說明的是，把國民主權和違憲審查分開來討論，最主要原因是筆者認為，否定國民主權在常態政治存在之論點不必然合理了違憲審查的之正當。也就是說，假如我們承認國民主權不應在常態政治中存在，也無法因此論證成應將保護憲法的權責交給少數的法官或法學專業人士來獨攬。

所以主權，做爲一種至高無上的事實力量，可以創建出新次序。而新次序建立後，即有其規範之正當性（*normative legitimacy*）。也就是說，所有功能上正當之規範（*functional-legitimated norm*）的起始，皆需來自於此純粹的壓迫及強制性的事實力量。而新的「法次序」的建立，也是基於這樣的主權力量而成立的。而這法次序的形成之所以有效（力），主要在於這個主權力量可以強制實現（*enforceable*）這樣的次序。一旦新的法次序成立，以後的政治行動都必須在這新的法次序下爲基礎，以取得合法之正當性。

由此概念，就可以區分出制憲力量（*constituent power*）及憲制力量（*constituted power*）。制憲力量是一種革命的力量，是從「無」到「有」建立新的政治及法次序的力量。在非常的狀況下（*exceptional situation*）這種朝向破壞舊次序，建立新次序的力量，是不受任何法律所約束的，是超越法律的。而新的次序之建立，很單純的，就只是因爲這個力量的事實存在而有效。而憲制力量是由即存的法次序所產生的一種權力，它是遵循規則及依規則授予（*rule-following and rule-authorized*）的一種權力。從法的觀點來看，由於憲制力量來自存有的法或規則的授予，他的權力就不應高於既有創造它的法及規則。（Cristi, 1998: 121-22）

由法的觀點（*legalistic point of view*）出發，所區分出的這兩種權力，常被做爲修憲有限論的理論基礎。他們認爲，因爲所有政府力量及人民力量的行使，都必而經由法的授予。所以，他們本來就應該受制於即有的憲政規範。因此爲了避免憲法次序受到不定的立法及政策的侵犯，違憲審查的設計（做爲憲法之守護者）正是爲了要保障憲法不致受到破壞。

此觀點強調：1.憲法次序是由上而下一貫而完整之法體系，2.否定在常態的法次序中，國民主權做爲至高無上權力的「事實存在」。他們認爲，國民主權建立了初始的法次序後，便消失了。代之而起的是以憲法爲基礎之「法治國家」。他們認爲，如果強調國民主權在常態法次序中的事實存在，將危害即存憲法的法律性（*legality*），而且

和民主政治中的法治（rule of law）的概念自相矛盾。（顏厥安, 2000）

由此觀點，違憲審查是可以被合理的（justified）。否定了國民主權在常態政治中的存在及強調憲法至高無上的地位，違憲審查制度便基於保護憲法不被侵犯之理由而正當。而職司違憲審查之人，也因事涉憲法之事務，由有法律之專業或相關素養的人來擔任。以防止人民權益受到政府行爲之破壞（the doctrine of limited government）及多數對少數之不平等對待（the doctrine of majoritarian tyranny）。以憲法之名，法官可以宣告法律及命令失效。甚而，對專職修憲機關所通過的憲法修正案進行違憲審查。

前所提之國民主權及法秩序建立等關係，涉及到憲政主義及民主之間可能的緊張，以及法律性及正當性的問題（legality and legitimacy）。由法的觀點來看，憲法和民主政治的關係中，假定了一個法位階的關係，即憲法爲最高法，其它法則低於憲法，因此不得和憲法抵觸。在常態政治中，所有人民的政治參與行動都必需在這法次序中機構化（institutionalized）並符合憲法的規範。人民的意見，透過法定程序，注入政府決策系統中成爲法律和政策，此過程都要在符合憲法及法律規範。民主－人民的意志－在這樣的看法下，是被法律及機構所引導及規範（channeled and regulated）的。

這樣的說法看來很合理：人民是可以立下一些規則及法律來自我限制，以調解人民之間利益的衝突及差異。但是問題是立法自我限制的人民，如果有一天覺得這些規則，甚至是基本規則，有被修改的需要呢？人民自身可以透過修憲的手段，來改變政治社群中的基本規則和規範嗎？

照理來說，憲法修正條文是高於一般法律。而且，其有效性也高於舊的憲法條文。（不然怎麼稱之爲「修」憲呢？）但是在法學界中所稱之修憲有限論，認爲有些憲法本文的基本內容或精神是不容許人民以修憲的方式來變動的。他們認爲修憲案如同其它法律案一樣，是受先前存在的法次序之基本規範所約束。所以，這些所謂的基本規範

（憲法基本精神），是不容人民依修憲程序，來修改的。如果萬一人民修改了這個基本內容，那這便是一個法的革命。而不是法體制內的憲法修正。此時，法的延續性可被視為是中斷的。

這樣觀點，是基於制憲力量（*constituent power*）與憲制力量（*constituted power*）的區分。國民主權只有在建立初始法次序時存在。而一旦新次序建立了，在法治之下，國民主權消失，人民政治行動自然都受到他們所建立的法次序所約束。而法的改變得以依修憲及修法的方式進行，但也只在不更動法之基本規範及價值前題之下。如果更動了基本價值及規範，則被視為是革命的行為。

以法觀點所認知之憲法及國民主權關係，從民主的觀點來看，是有問題的。**Tomas Jefferson** 的論點可以提供反省。他認為最初由人民通過而建立的憲法，是代表了當時那個世代人民的同意及認可。但在成立之後，下一個世代的人民及下下一個世代的人民呢？他們是否要接受在三十年前，六十年前甚而一百年前他們的祖先所決定的法律或憲法呢？如果說，民主的最基本內涵是人民的自我決定及自我統治（*self-determination and self-government of the people*），而且這個原則不僅只是適用在領土上有關人民自決的問題，同時也適用在不同世代之間的憲法決定權。那麼，為何新世代的人不能建立一個新的屬於他們的憲法，或是對即有憲法進行再確認的公投（*ratification*）呢？雖然，重新制定新憲法及定期對舊憲法的再確定投票可能不切實際，但是 **Jefferson** 的質疑不是沒有道理。至少確定了二件事情：1）民主憲法必須是基建在人民的同意上，不論是過去和現在，2）當今世代的人保有對憲法全面的認同及修改的權力。換言之，現今憲法的基礎及有效性，不是基建在過去世代人民的認可，而是基建在現今世代人民的認可。以這樣的觀點出發來解讀民主憲政體制，隱含著國民主權的概念。視國民主權是「活」的憲法的正當性及有效性延續存活的基礎。

雖然憲法內容並不會如**Jefferson**所言在不同世代中，會有激烈的變動或是再確定。但是，不同世代的人民保有此種變動憲法的權利。

在適當時刻，他們可能會以不同的形式來發動憲法的變動（constitutional change）。由此看來，修憲可以看作是這種被保留之再認可權利表達之一種。是憲法延續生命及自我調節的重要機制，也是人民再檢定其正當性的過程。同時，因為人民力量的不可預期及偶然（contingent），憲法的變遷不應被視為是單一直線性的延續（monolithic continuation）—即認為其變遷隱含著一個一致而永不改變的核心（consistent and unchangeable core）。相反的，憲法變遷在某些時候，形式上維持延續，但卻有革命的實質內涵。如果借用Thomas Kuhn's的話來說，即“典範的更替”（paradigm shift）<sup>2</sup>。

我們可以合理的懷疑，在幾百年前，幾十年前，設計憲法的人，或是核可憲法人民，會是預言家？或是個全知全能的神？能預測到我們這個世代所遭遇到的所有問題嗎？或是，我們能夠期待，當時的立憲者，可以建立一個根本基礎及原則，來做為我們解決往後所有世代問題的指導嗎？而不需往後世代的人民再為這個問題傷腦筋？即便有所謂的憲法中基本的原理原則可以被認定出來，那是由誰來認定呢？祖先們都已不在，當初制憲者也已亡故？那是否這樣的認定要落在當代人民身上？還是請一批專家學者以考古的方式做為我們祖先的代言人，來為當代人民確定憲法核心為何呢？

憲法的變動，雖然有時維著形式上的延續。但法律制定、行政政策、法官之見解，都可能對憲法造成革命性的改變。Bruce Ackerman對美國高層級的法律變遷（higher-law making）的雙軌模式（dualist model）可以對此種模式的憲法變遷，提供不錯的說明。根據Ackerman，美國民主政治包括二個管道。一個是常態政治，即政治是被引導及圈限在代議制的民主體制之下。在這個常態政治之下，人民及政客都被分化在其自身區隔的利益（parochial interests）之下。法制度化的民主體系（legally institutionalized democratic system）提供一個調解、妥協、交換、協商、及決斷各方經濟利益及政治目標的場

---

<sup>2</sup> 這不是表示所有修憲動作都在做改變基本憲法規範。有時修憲之問題所涉及的層級，倒比較像是一般的法律層級。

域。在這民主管道中所達成的「共識」，也只是派閥、個別利益、沒有交集民意的累積（congregation）。在這個情況下，我們很難說這就是人民意志、國民主權的表現。另一個民主管道，是一種半革命的非常手段。為突破既有制度及法律限制及反應統一的人民要求的立即性（immediacy of the unified demand of the people）所採取的政治行動。在此時，政治精英及人民共同行動，去克服制度限制及保守力量之反抗，而完成憲法層次的重大改變。羅斯福總統的新政（New Deal）就是一個很好的例子。政府的其它兩個部門，總統及國會，與團結的人民一起對抗保守的聯邦最高法院的法官及資本家。他們把美國立國以來所根基的自由市場之「基本價值」，取代為社會福利政策。這樣巨大的改變，並沒有經過修憲的程序而達成的。而是透過在憲法層次上，挑戰了不反應而僵化的司法權及其它政治力量，使憲法形式上保留了下來，可是國家卻產生了很大的改變。如 Ackerman 所言，就改變憲法之程序來說：「憲法的原意並不是明確地試圖獨斷將來後代修改憲法的程序。確實，如果認為修改憲法只獨斷的程序中，這和國民主權的基本原則是不一致的。」（Ackerman, 1995: 73）

Ackerman 論點可以給我們以下的啟發：一、憲法之修改過程有其多樣性，而過去所認定的憲法核心價值，並不是不能改變。如果真有什麼原則或是什麼基礎不能被挑戰改變，也是要由後代子孫來決定。二、沒有什麼法律體系的延續是不需要人民的持續認可的。也就是說，法律系統的延續是需要時時受到不同世代人民的認同及挑戰。而且在面對不合時宜的法律典範時，人民也會使用超乎形式法律的手段來改變，而達成形式上延續但實質上為革命的結果。三、強調憲法中有不可挑戰的核心精神一方面在規範上違反民主精神，另一方面在現實上也是一種枉然的堅持。因為在 Ackerman 的研究中可以看出，人民在某些時刻所展現出來的力量不是這種形式的法律可以規範得住的。人民及政治精英統合在一起，以「違法」及「違憲」的手段，去達成一個革命性的結果。同時在形式上維持憲法延續的最低形式。四、雖然憲法明訂了修憲的程序來做為修改憲法的依據。但是，憲法

的改變不單只是限定在憲法明定的修憲程序上；可能透過立法，政策制定，及憲法解釋，而造成憲法的實質改變。五、而且，通常這種改變都在激烈的政治動盪及政府部門之間合縱及衝突中（改革及保守力量的對決），及人民的動員之下進行的。當然不見得所有的憲政改變在民主國家中都是民主的。然而 Ackerman 所強調的是，在民主行動中，形式上最低限度的體制尊重（這也是由那時代參與者的自我限制及認定），也可以達到革命的結果。重要的是，有別於其它不同的革命，Ackerman 強調的是民主革命是基於民意，人民動員支持而產生的結果。此種狀況，可以說是國民主權的展現。

總言之，國民主權是存在於民主政治之中，不只在規範上要認可這樣的權利，才不會產生民主原則的自我矛盾。而且在現實上，民主力量的展現也是不受先決的「原則」之規定所限制。它是「權利」，同時也是「權力」。而擔憂人民會破壞民主對其進行審查式的限制，其實是一個過慮的考量。因為一方面它並不符合民主原則，同時當人民力量在特殊的情況之下展現其革命的意志及行動時，並不是任何法律及制度性的保守抗拒所能抵擋的。同時，也不應以精英觀點，過度低估了人民自我節制及自我學習的能力。

## 第二節 違憲審查的合理化及其政治社會效果

反對國民主權在民主政治中的存在並不能合理違憲審查做為憲法的守護者這樣的制度設計。同樣的，確立了國民主權在民主政治中的基礎地位，亦不能有效的否定違憲審查的權力。這章節將對違憲審查制度合理化的論點，做一些討論。

### 第一項 違憲審查之合理化

法治是民主政體的中心要素。他能防此政府及政治人物在做決策及立法時濫權。同時，法治也不只是確立了依法治國的原則，也保障人民的基本權利及自由不被剝奪和侵犯。而違憲審查制度則和這樣的

原則習習相關。Brewer-Carias這一段文字可以說明他們之間的關係：

「依法而來的國家觀念不只是基建在所有國家的公共政體的權力來自於法律或是由法律建構的原則，而是這些權力必需受到法律的約束。根據這樣的觀念，以國家來看，法律不只是建立政體及官職的工具，同時也是限制他們的功能。其結果，*stat de droit* 或是依法治國（state according to the rule of law）本質上來說即是有限權力的國家及受司法的控制。」（Brewer-Carias, 1989: 7）

Brewer-Carias點出了法治，有限政府，及違憲審查之結構性之關連。但是其背後所隱藏之道理為何，則可由Federalist Papers<sup>3</sup>中可以得知。漢米爾頓（Hamilton）就認為基於對人民代表，議會的不信任及防止其權力過度膨脹，司法可以審查議會通過的法案。筆者概要的整理他的論點如下：

- 一、代議士並不是人民本身，只是人民的代表。他們沒有等同於人民的至高無上的權利。所以只能在法治下，受法律及憲法的約束。
  - 二、少數人的利益可能受多數人的限制及侵害。
  - 三、所以，需要某些人，來維持立法及政治行為的合憲性，因此，有能力並且又忠於憲法的法官等專業人員是捍衛憲法的最好人選。
  - 四、司法機能為維持法的一貫性及完整性，以彌補立法者的任意及偶然之不完整立法。
  - 五、所以，法官們應以其獨立及專業的司法判斷來解釋憲法。由此，司法部門最不會對政治權利傷害的部門（the least dangerous to the political rights of the constitution）。
- （Alexander Hamilton, et al., 1982: 393）

Hamilton這五點論證經常出現在合理化違憲審查的論述上。因此我將對這五點做一一的檢論。

---

<sup>3</sup> see no. 78 by Hamilton in *Federalist Papers*.

### 1 · 代議士非人民本身，理應受法之限制

這種對代議士帶有情緒的懷疑，是來自於美國獨立前對英國議會的專斷及權力濫用之不滿。這包括兩條主要論點：1) 代議士並非人民本身，因此也必須受法的控制。2) 恐懼於議員會濫用權力並且對人民的自由及權利的侵犯，因此他們的權力應被限制且權力要平衡。第一個論點關係到現在憲政主義一個重要概念，即法治。而第二個論點關係到是權力分立 (separation of power)，即聯邦主義，及三權分立之權力平衡 (checks and balances)。這些論點傾向於強調用法來限制及規範政府行動而保護個人權利。雖然這個看法相當普遍，但是，我們必須明白一個基本原則，即這樣的限制都需來自人民的授權。亦即，在這概念背後，還是預設了一個國民主權原則。換言之，沒有一個政府的權力及法的有效不是人民授權的。同時沒有政府的行動及法的內容，是可以限制人民意志的表達。(反而是要朝向幫助人民能順利的表達及意見的凝聚。) 因此，有限政府論及權力分立的對象則是在政府行政及法的建立上，而不是在人民意志的表達行動上。其次，依法來限制政府的權力的想法，即表示行政，立法及司法各部門都應受到限制。在權力平衡的概念下，所有政府部門，都應分擔其政府的責任，並符合憲法規範。其次，因為他們同樣在宣示中，都承諾了要遵從憲法。所以，對憲法維護，保障，不是專屬於違憲審查之法官。而憲法是否被違反破壞，是政府各部門共享的責任。由此觀點，則關係到了權力分立之設計，也就是在權力分立原則之下，一方面行政，立法，司法在憲法之下，本著憲法之規範而行事。但同時，也有責任及義務防此憲法被非民主手段的方式破壞。因此，行政及立法，在某些狀況下，也依其維護憲法之義務，在權力分立原則下，對抗專斷的憲法解釋機關。也就是說，把違憲審查的法官對憲法解釋當作是憲法意涵的最終說法 (final word) 是和有限政府及權力分立原則相違。<sup>4</sup>

在此，我想要說明的是，美國的聯邦制度，權力分立，及違憲審

---

<sup>4</sup> 見Griffin (1996, p. 98)一文中有關聯邦最高法院法官透過修憲及立法等方式(權力分立下之對抗權)，改變法官之解釋。

查，主要目標是建立一個政府權力分享之民主制度。這樣的設計是防止任一部門濫權而侵害人民權利。因此維護憲法，保障人民權益，各部門都有責任。當然在這種權力分享之下，很難認同其一部門就是真的代表人民。如之前所提 Ackerman 的觀點，要看當時人民和其它部門關係之互動狀況才能得以判定。

## 2。違憲審查的法官的審查品質

支持違憲審查的人，認為違憲審查法官們適合做為憲法守護者，這是因為：一、他們可以做比較好的論證（argument）。二、他們比較了解憲法。三、他們對憲法有較強的承諾。四、他們比較理性、獨立及自主，不受外在政治力量的影響。筆者將對此做進一步討論：

**A. 有比較好的論點及決定：**這樣的看法純粹是法（legalistic）觀點的偏見。我們知道，法官有其特殊的專業性。他們執著於嚴格的理性及傾向於給一個最終「是或否」答案的決定模式。在很多案例中，純粹的法論證會框限他們的視野及陷落在他們的專業領域之判斷中。從社會學觀點來說，每一個案件的判定都關係到不同的社會及歷史因素。如果只是依循單一的法的論理（monologic-legal reasoning）來做決定，則會讓我們做出一個“不好的“或是離開情境的決定。而在美國比較令人垢病的 *Dred Scott v. Sandford*<sup>5</sup> 的決定就是一個例子。

**B. 對憲法的信諾（commitment）：**不只只有法官對憲法宣示效忠，包括總統，民意代表也都是如此。也就是說，各公職，包括法官，總統，民意代表，都應對憲法所規範的人民權利，防止政府權力之濫用，都同樣負有保護維持的義務及責任。因此，維護憲法的職責賦予違憲審查的法官做為唯一的「最後決定者」的角色，是和此原則不符。立法者及政治官員也可以以立法及政策的方式來保護人民權利。而且，可能更為有效。因此把違憲審查機構做為唯一對憲法有信諾及效忠的機關，而視其他政府機構為可能權力的濫用者，這是一種誤導的

---

<sup>5</sup> See *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1856). 聯邦最高法院之法官判定黑奴為個人財產，而州法不得剝奪人民之財產。

說法。

**C. 對憲法有較公正不偏頗的解釋：**法官對憲法案件的判決本應脫離 (detach) 政治的影響，同時要依憲法做出其專業的判定。但是，要做到非個人私心及偏見的判決幾不可能達到：一) 從社會學的觀點來看，在現代社會中一個人是不可能不受社會及政治的影響的。從事違憲審查的大法官更是如此。他們對憲法的看法及解釋，是相當受到他們政治立場、個人經驗及專業取向所決定。同時，他們在做決定時，也會參考當時公共意見及政治情境。(後有論述)。由於，這種不可否認的政治及社會影響的事實存在，新的違憲審查法官的任命，總統都會考慮到其背景及政治立場來做為提名的考量，以改變違憲審查機構的政治取向。使新的法官組合，能做出符合和提名者立場一致的解釋來。二) 在憲法層次上之議題，做出決定。本質上，本來就難以達成「不偏頗」的決定。問題不在於，法官本身沒有意願去達成一個符合“憲法”本意及精神的判定。而是，很多的案例，都面臨憲法沒有明顯規範，甚至隻字未題，也沒有前例可循的情形下，所做的判定。當然，這樣的判定必然深受法官對憲法認同的喜好所影響。換言之，既然憲法本文沒有清楚的文字根據，所謂的不悖離憲法本文或是精神的解釋，本身可能就是一個不存在的假說及想像。我們可以想像，一部行之多年的憲法，在立憲之時，必然有很多對民主政治的想像和我們當今相當不同。雖然中間有所修補，但是在本文不明確，不可查的情況，創造及補充是必然的。而所謂依憲法不偏頗的解釋，在面對新的案子時，都只是一種正當化違憲審查的空殼子想像而已。既然「創造」些東西出來，是法官不可避免的工作，而期望其能「公正而且不偏頗」(憲法沒有明定，如何判定有無公正偏頗)，幾乎是不大可能的事情。

**D. 法律偏見 (legalistic bias)：**如前 a 項中所談到，由於要求違憲審查法官，能達到公正、獨立、不偏頗、並根據其法律式 (legalistic) 的標準來判定、無需思考後果的方式 (non-consequential consideration)、以求取法律上的合憲性及康德式道德論點的完整性，

來判定有相當社會，經濟及政治意涵的釋憲案，則會產生脫離社會情境的判決。Cass Sunstein (1993, 148)提供了一些例子來說明這樣類型的判定所面類的困難：「比如說，校車經費的政策決定可能壓縮同等重要或是更為重要的其它公共花費，如對窮人的醫療及福利措施。創造出反污染的司法人權可能造成傷害性的或非意想不到的結果，比如更多的失業及很多的貧窮或是較高的物價。在這樣的思考下，就可以支持法院不去認可所謂的積極的權利（the recognition of so-called positive rights）。司法上對這種權利的支持可能造成對其它重要政策傷害的後果。這種後果可以由立法者及行政官員來評量，但決不是由法官來決定。」 (Sunstein, 1993. 148)

### 3. 保障人民權利及防此多數人暴力

一般認為聯邦最高法院的法官在對人權的保障上，做的比其它政府部門更為完善，也更有效。但根據Griffin(1996)的研究，認為這是一種迷思。他認為：一），聯邦最高法院法官的判決，都相當受到公共意見的影響。大多都是在公共形成主流共識及支持的情況之下，法院才判定該種權利的存在。如果，公共不支持的情況下，則法院一般來說「對抗行政及立法兩部門侵害人權的記錄都表現的很差。」 (ibid. 115)。在十九世紀，對非裔黑人，及二次大戰期間，對日裔美人，還有McCarthyism時期，對共產黨及自由派人士，聯邦最高法院的法官們都順從當時的公共意見及政治壓力，而沒有對少數人的權利而有所保障。而且，即使有保障的決定，也都是在多數人民及政治精英認定了這樣的權利後，才予以保障。Griffin結論說：「聯邦最高法院顯現出是在追隨而不是挑戰在當時有關公民權利及自由的主流性看法。」<sup>6</sup>(ibid. 115)。二）一般為大眾所接受的說法，認為在美國憲法歷史中，聯邦最高法院比起立法部門，在防衛憲法所賦予的人民權利上，有較多努力及信用（credibility）。對Griffin來說，這並不是事實。Griffin

---

<sup>6</sup> 原文為“Court appeared to be following rather than challenging the dominant assumptions of the day concerning the extent of civil rights and liberties.”

列出了八零年代通過的公民權利及自由的保障法案後，說道：「包括 1982 年之 the Voting Rights Act Amendment 及 1991 年之 the Civil Rights Act 等法案之通過都是在回應眾多的法院的判決限制了原本設計要確保公民權利之法律的適用範圍」Griffin 又說：「當前對於違憲審查之論辯常在面對如此一致的對個人權利的立法保障時不知所措」(ibid. 116) 他認為，一般以為聯邦最高法院的法官都比立法部門，對人權保障上有較多的貢獻，是相當錯誤的印象。

Griffin 的論點也可以運用在討論在面對多數暴力 (majoritarian tyranny) 時，法官的角色問題。Hamilton 認為，因為法院應獨立於社會之外，所以法院可以擺脫 (detach) 社會多數意見的影響，做出公正判定，防止多數人壓制少數人。然而，Madison 的意見正好相反，他認為創造一個獨立於社會的權力是一件危險的事。Madison 警告我們說，這樣獨立的權力也有可能反過來被少數人利用來壓制多數人。想要建立一個超出多數人可以掌握而獨立的權力，並且希望它能保障少數，是違反民主原則的。如同 Jefferson 所言，想要防止多數暴力之惡，不是靠由建立一個超然的權威。反之，是要擴大及深化民主意志：「經驗告訴我們，就算在最好的政府形式之下，被信賴賦予權力之人，在某時候也會走樣而成暴政... 可以被相信的是防此事發生的最有效的手段，實際上可行的，在於廣大人民的人心 (the minds of people at large) (Quirk, 1997: 60)。換言之，民主制度的延續，人權之保障，避免多數暴力，是有賴於人民心智而不是在被信賴託付 (entrusted power) 的權威。

## 第二項 違憲審查的政治社會效果

支持違憲審查的論點認為，違憲審查所做成解釋的討論，可以促進人民的公民意識及增加對憲法的認識及對話。對他們來說，法官在判決中對憲法之推論可以吸引更多的公共意見朝向憲法的討論。

(Friedman, 1993)

這樣的論點，是需要更進一步的研究來支持的。即使我們認可一個憲法機構之解釋，有助於我們公共之憲法對話及理解。但是這樣的說法，是否認定了違憲審查法官之話語，是可以做為憲法對話之典範。憲法對話，真的需要由這樣一個獨攬憲法解釋權的機構來給我們一個監護式的開端嗎（*tutelary initiation*）？他們由法律專業發展出來的單面向之憲法論述，真的是我們對憲法理解的最好論述嗎？同時，再從另一方向思考，民主制度貴在於人民在民主社會中，透過參與決定來自我學習及成長（不論公與私，正式或非正式）。而一個權威式的憲法解釋機構，真的可以給人民有怎樣的學習機會，能給較多的憲法理解？由於法官們所解釋的憲法，即被認定為憲法本意。其它部門及人民並沒有相同權威來做另一種解釋，那人民又如何有機會自我學習，以進一步發展出自己對憲法見解。相對的，可能權威式的對憲法解釋，可能帶來的不是引發更多討論及參與，反而因為法官定於一言之判決，而冷卻掉原本的參與改變的熱忱。而且，因為法官們都使用一般人看不懂的語法及法律用語，真的這樣憲法解釋文字就能為一般民眾理解，並引發討論嗎？就如同 Tushnet(1999)所認為的，國會常使用淺白的文字來討論議題，比起法官們在憲法對話中使用法律專用術語，反而更容易讓民眾理解。

其實如前所討論，民主政治不是只是想要有一個好的制度而已，而同時是一種社會及政治的實踐。社會實踐，是由下而上的一種過程。而「民主決定」應是由下層自發的，經過自我學習及理解（*self-learning and self-understanding*）的過程，醞釀產生。人民，在形成民主意志之前，做為分開的，自利的及有自身觀點的個人，必需經過各種民主的互動過程來達到他們可以同意而接受的結果。這樣的過程不只是正當了最後的決定可以稱為是「民主的」。同時由這樣的過程，經過自我學習，增強（*empower*）民主意識及能力，同時豐富了人民的民主經驗及強化了他們民主的信念。民主政治是在這樣的自我學習過程中實踐而存在。不是由外在的專家以及自身之專業見解，加諸於人民的訓導式的決定。由這樣觀點看，民主決定是一個永久的學習過程，一時

的對和錯並不是最重要的。重要的是，人民能否由過去的錯去學習。而試圖以建立一個至高無上的防止人民犯錯的權威機構來防止人民犯錯，是本末倒置的一個想法。

法律性思考的民主（*legalistic conception of democracy*），是不信任民主的。他們相當害怕人民會犯錯誤。他們監護式（*tutelary*）的思考，並且輔以相當罕見的德國納粹以「民主」的方式獲取政權為例，來否定人民有能力抗拒非民主的結果<sup>7</sup>。不只輕視人民，同時也輕視其它政治部門做為民主的守護者的能力。

但問題是，若把這些責任及期待都完全放在這些法官身上，決定由上而來達成。其結果是使民主制度中最精要的部份－人民意志形成（*will-formation*）的過程－被相對削弱了。

同時，違憲審查和其它部門（行政 or 立法）不同的地方是：他少了和地方，由下而上的溝通及互動的關係。人民由下向上注入立法及行政之意見志形成之動員、說服、溝通的過程，不存在於大法官釋憲的形態中。如果人民避開對立法及行政之動員及說服，轉向大法官，希望能在一紙解釋文下，得到勝利。可見的結果是，當大法官們做出決定之後，得勝利的一方人民便停止了說服及動員，使得有發展性之社會議題被斬絕而無法進一步延伸。同時，由於法官之判定及解釋限定在該個案之相關法律或是聲請之標的，所以限制了法官決定所能影響的廣度。另一方面，輸的一方人民便因為在這樣決斷性的過程，失去了可以去協調，妥協，理解，甚至可能最後會認同勝方意見的互動機會。換言之，雙方因為朝向依賴第三者的決斷，使他們的溝通，妥協，讓步，理解，甚而達到雙方可接受的結果的這些機會，都在法官的決定中喪失了（*Quirk, 1997: 14-20*）。總之，不只是大法官的決定常是有爭議性，易被人質疑。同時，民主中最重的機制－人民的自我學習，意志形成，自我強化（*self-empowerment*）－的種種機緣都因此被削弱了。

---

<sup>7</sup>可惜國內許多法律學者承襲了德國的經驗，都莫名的有了這樣的恐懼

不只人民，在政治部門，也會有如此效果。政治部門把他們的爭議，轉化為法律形式而帶到違憲查機制中去解決。其結果是：1) 行政及立法者逃避了他們應該對這些議題認真而嚴肅的思考。2) 政治人物變得比較不想和對手妥協溝通他們之間的不同，而是賭注在大法官的決定中，希望能得到全面的勝利 (total victory)。3) 而大法官會議原本該為之被動的角色，因為政治人物喜歡把議題交結大法官來決定，使得大法官之被動性形同虛設。總之，由於政治人物放棄了原本設計做為溝通協調，討論的議會及政治解決機制，轉向聲請解釋，求取決定性的勝利，使得原本設計為被動角色的大法官變成實質的政策決定及政治的判定者，而縮減了做為協調討論的政治領域的功能。

同時，由於法官以決斷的方式來處理具有爭議性的議題，常會遭遇其它政府部門潛在的不服從、對抗性的立法報復、不理會其解釋、以及人民對他們尊重及權威的喪失 (Devin, 1996: 151)。其原因，在於他們在民主政體中特殊的設計及角色使他們在面對爭議性的案件時，常有進退失據的尷尬處境。也因此，他們在做出解釋或是判決時，常不自覺參考了公共的意見及當時的政治狀況，以維護其正當性及權威性 (Dahl, 1957; Devin, 1996)。但是，這又反過來，對法官獨立、公正、自主性、不受政治社會影響之形象，有所傷害。

因為憲法法官為最終憲法解釋者及其決定為憲法爭議的最終的結語 (ultimate constitution interpretater and its decisions are the last word on constitutional controversies) (Devins, 1996: 8)，這樣高的權力。可以以憲法之名，宣告法律無效。當然被無效判定的法律中，也不乏好的法律。根據研究 (Morton, F.L. 1988: 96-97; Griffin, 1996, 116)，有時違憲審查機構對好不容易達成共識而通過的改革性立法所做之違憲宣告，常使這項改革延宕了好幾十年，直到立法部門又再一次經歷了種種困難達到共識而通過相似的法律，才得以挽救。以美國兒童勞動法 (Child Labor Law) 為例，聯邦最高法院的法官兩次宣告了這項禁止雇用兒童的法律違憲。直到幾乎二十年後，其中包括一次失敗的憲法修正案，聯邦最高法院的法官才判定新的公平勞動標準法 (Fair

Labor Standards Act) 是合憲的。而這個過程是把保守的法官汰換大半才得已達成。而此法也因此延宕了近二十年。如 Griffin 所言：「童工問題最後因為選舉而影響了法官提名的人選而得已回轉。但是為了翻轉（法官之）決定，對上千名兒童，超過了二十年的時光的傷害，卻已造成」(Griffin, 1996: 116)

## 貳、台灣之違憲審查制度的反思

釋字二六一號解釋，使得四十年未改選之老代表退職，加速了台灣民主化，而大法官也由此建立了強固的正當性。而在過去十年民主鞏固時期，大法官也符合大眾的期望，而有許多保護人權、確立政府權限之解釋。使得台灣社會及政治界普遍對大法官都相當尊重。少有對其解釋有所挑戰或質疑的地方。主要原因，可能是大法官所建立解釋威信的案件中，多數為民主政治之經驗中，有較高的共識。因此相當符合社會的期待，也確立了其權威。但是過了這段蜜月期後，大法官面對的議題，就不見得有那麼高之共識。大法官在對這些議題的解釋上，也就引發正反兩面不同之評價。以下章節則延續之前「民主原則 vs. 違憲審查」之主軸的討論，對在台灣特定之時空環境下發展出來之論點及大法官之解釋做一綜觀性檢討。

### 第一節 大法官會議之正當性

大法官之違憲審查之職權，是根據憲法第七十八條規定：「司法院解釋憲法並有統一解釋法律及命令之權。」，第一七一條規定：「法律與憲法牴觸者無效。法律與憲法牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」第一七二條規定：「命令與憲法牴觸者無效。」第一七三條規定：「憲法之解釋，由司法院為之。」是憲法上明確之授權。並輔以大法官審理案件法。使「抽象性，原則性之憲法規定得以發生規範效力，以積極實現司法院維護憲政秩序，保障基本人權，引導憲法變遷

此等憲法定位與功能。」(陳怡如, 2004: 17) 也就是說, 大法官相對於其它政治機關, 在這些**功能**上有相對的優位性。就如陳英鈴所言: 「在憲法和法律發生規範競合時, 立法院做為政治的決策機關固然具有形成法秩序的發言權, 大法官會議作為憲法秩序的守護神<sup>8</sup>卻擁有最後的發言權。」(陳英鈴, 2001: 96) 由於大法官可以有這樣高的權力, 同時也比較不涉入一般政治, 因此大法官, 在保障基本人權, 維護少數人利益, 維護憲政秩序, 甚而引導社會變遷等功能上, 被寄與相當高的期待。(陳怡如, 2001: 30) 在這樣的期待之下, 相對政治部門的混亂, 短視近利, 不少人認為只有大法官才可以維持憲政民主之正常運作。但是對大法官這樣的期待, 真的是我們憲法所授予權力之目的嗎? 還是民主政治中之必然呢?

我們都知道憲法其實是相當抽象又不明確的<sup>9</sup>。而使憲法意旨明確化, 其實主要還是要透過立法程序來完成。除了立法之外, 司法審判也可以讓憲法明確化。透過其解釋, 使原本憲法意旨不清的地方, 得以明朗。但是, 如果碰到憲法上根本沒有規定或是授權的事項呢? 立法院可能要透過修憲的方式才能達到填補憲法的目的。而和立法院不同的違憲審查就「方便」許多, 他可以透過解釋, 去「填補」憲法的缺漏。我想本質在於法治作用在立法及司法審查之效果不同。我們知道, 包括行政政策、立法程序、司法審判, 都要依法來行事。一切都要遵照法律之授權, 法律之程序, 法律的規範。這是法治的基本精神。但是違憲審查, 有別於這些機關, 他們同時被要求「依法」, 同時也是授予他們解釋法律(憲法)的權利。因此, 碰到沒有明確法律(憲法)可遵循時, 大法官要如何解釋呢? 當然, 如果大法官在某些時候, 還可依照通說, 自認的憲法原理來推論解釋。但是有些時候, 法律並沒有訂定, 或是憲法沒有提到時, 那又要如何解釋呢? 基於前面所提對大法官角色的期待, 有些學者就認為大法官在此, 強做出解

---

<sup>8</sup> 注意這個「神」字。有人是使用「守護者」(陳慈陽, 2003: 15), 兩相取捨, 還是「者」字比較符合世俗的民主政治。

<sup>9</sup> 「憲法條文有一定的抽象性或不精確性, 留待實際政治加以形成...留下...遊戲空間」(黃錦堂, 2000: 17)

釋，雖有造法，立憲之嫌，但尚可接受。他們認為有時造法，可以增強對人權的保障，維持憲法的穩定（林三欽，2002: 9）。當然司法造法的問題，從民主理論來看，實在是一個很大的問題。如前所言，如果法律不是由民主行動的過程中形成，而由「法律人來論理」即可，那我們又何需要民主？找了幾個哲學王來治理就好。

但是迫切於大法官所負擔之責任，有些法律學者還很支持司法造法，甚而立憲。認為這是在違憲審查中，維護人權不可避免手段。這些學者認為人權價值的保障是民主政治的根本，把人權當做先於政治、先驗的價值。因此只要是做對的決定，就有其正當性。不過也有學者從權立分立的觀點來看，認為大法官之職權及功能只在其司法權之中。比如李建良對司法院大法官之職權定義，就很明顯的反應這種說法：「司法院大法官依憲法規定掌理憲法解釋，屬於司法權的一部份，其解釋的作成，猶如司法裁判。」(李建良，2004: 142)這個定義，就比以人權價值之功能性取向的定義來的明確。而且也點出了大法官違憲審查機制的正當性，其實就來自於權力分立之原則；不是來自於直接授權的民主正當性或人民對其之肯定。這樣的基礎，就是基建在立法權，行政權及司法權各司其職，權力分享之平衡對抗的關係。而違憲審查應堅守在司法權之授權及限制範圍內，才能維持其正當性<sup>10</sup>。而司法權概念下之原理原則是保障，並且限制違憲審查（做為司法權之一部份）在行使上，不會過度擴張。

在台灣，此兩種不同取向看待違憲審查的學者，在面對大法官違憲審查時，就引發不同的見解。以「聲請外解釋」的問題為例，陳英鈐認為，「程序標的原則上應由聲請人的請求與案件事實來界定，但是法律與憲法都必須做整體解釋，聲請人的法觀點並不能完全拘束大法官會議...憲法解釋有著強烈的公益性，在我國憲政民主鞏固的階段，大法官應透過較為廣泛的程序標的理論，捍衛自由民主的基本價

---

<sup>10</sup>而司法權的本質為何？即有長久以來發展之：被動性（不告不理，訴外裁判禁止），正確性（正當法律程序等），獨立性（人事預算之獨立，身份保障等），拘束性（終局拘束力）等，司法之原理原則。（陳怡如，2001: 28-29；陳士章，2004: 42）

值。」(陳英鈴, 2001: 101) 簡言之, 大法官釋憲, 基於捍衛自由民主的基本價值, 得以違反一般司法審判中所應遵守的訴外禁止原則, 擴大解釋。而另一派學者, 則對這樣的解釋不以為然。以陳愛娥為例, 他提到釋字第四四五號解釋中, 大法官認為其解釋「惟人民聲請解釋憲法之制度, 除保障當事人之基本權利外, 亦有闡明憲法真義以維護憲法秩序之目的, 故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無抵觸憲法情事而為審理」。言下之意, 即將聲請案件擴大到「該具體事件相關且必要之法條, 對之審查並作成解釋, 並不構成「聲請外解釋」。對如此之推斷, 陳愛娥指評為「令人不解」。如何「由人民聲請解釋憲法之制度亦「維護憲法秩序」為目的, 就可以推論出「解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容」。陳文中又提到釋字第五三〇號解釋, 引法治斌語稱「該號解釋出人意外地為...八十八年七月全國司法改革會議之結論背書, 並具體要求二年內檢討修正相關之各組織法, 將最高行政機關與最高審判機關分割之現制加以根本之改造。」。同時也引用其它學者來支持其看法:「程明修教授也主張, 由釋憲聲請機關的眼光來看, 這項議題牽涉司法院定位問題, 應非其當初聲請憲法解釋的目的; 即使捍衛本號解釋前述結論的黃昭元教授也承認, 「至於有關「司法院定位」的解釋部分則近乎大法官的訴外裁判, 原非本案聲請意旨所明確包含在內者」<sup>11</sup> (陳愛娥, 2004: 110-1) 陳愛娥質疑, 該解釋並一方面沒有引用之前的「相關聯且必要」的說法為界限。另一方面, 「聲請外解釋」做法其理由何在? 並沒有說明。而且在這次的解釋中, 不只聲請外解釋, 同時還指導了立法。而大法官並沒有說明其擴大解釋的標準及理由為何? 文中, 陳愛娥引了蘇永欽的一段話, 再次說明聲請外解釋的不當:「蘇永欽教授在評論釋字第四四五號解釋的脈絡裡指出, 其目的在維繫大法官解釋權的司法性:「司法權的正當性...另一個基礎就是程序的被

<sup>11</sup>有關釋字四四五及五三〇兩號解釋的分析, 陳愛娥在其文中有很詳細的分析, 認為釋字第四四五號應有超越聲請範圍之解釋。而釋字第五三〇則應以聲請解釋標的不清, 宜應駁回。而大法官不僅理, 而且還進一步欠缺論述下, 對七七條做了歷史解釋, 並且推導出諸多去立法上之要求。實在「出人意外」。

動，這也是司法權與行政，立法權區隔，最主要的特質。簡言之，司法權的發動，不僅要等到具體爭議發生，而且要等到爭議不能由社會本身的機制解決，或其他公權力不能妥善解決，而「找上」中立，獨立的司法，依既定的法律來決定；「被動性的要求，主要反映於「訴」的嚴格。沒有訴，即沒有裁判；不符合訴的要件，即沒有訴。」(ibid. 112)<sup>12</sup>

蘇永欽這段話，點出了違憲審查不可或缺的司法性。失去了司法性，以「強烈公益」，「民主鞏固」，「捍衛自由民主基本價值」等空泛語言來合理化聲請外解釋，根本上超出了原有的司法本質。總之，大法官之正當不是只是來自於憲法之授權，而是來自於權力分立之原則。因此對於司法性的遵守及限制，則十分重要。因為超越了司法權限，則大法官和一般行政立法機關無異，其基礎就會面臨是否有人民授權之正當性問題的挑戰。不論他所做的決定是多麼的「對」。

當然，司法解釋上的「對」，還是很重要的。這關係到司法本質中之正確性原則。當然除了正確性原則所涉及到的公開及公平，獨立及中立性等正當司法程序之外，還包括了做出正確的判斷。因此，「正確」解釋，則是有助於提高大法官之正當性。當然正確性問題，除全民可以公斷之外，大法官內部如果能形成高度共識，會增加正當性。如在釋字第四九九號解釋公佈前，就曾因為「國代延任案深受各界矚目，茲事體大，大法官們對外應展現一致見解，表現出團隊精神的理由，曾建議希望不要有人提出不同意書。」(新新聞，2000: 83)可見大法官在解釋中，形成高度之共識，也可以增加其正當性。因此，增加可決人數之比例，其實對鞏固大法官之權威，有相當大的助益。但是，一般學者對此看則不同。如黃國鐘認為，可決人數過半就好。深怕其解釋之通過，受制於少數「邊際立場」之大法官，且違背民主政治多數決原理，亦時常犧牲解釋品質以求其贊同。(黃國鐘，2001: 94)同時他更進一步認為「每人需點頭」的所謂「共識決」，是改革最大的絆腳石(黃國鐘，2001: 94)。吳庚亦認為，修改後之司法院大法官

<sup>12</sup>陳愛娥引蘇永欽文，出自〈人民聲請憲法解釋的裁判〉，司法周刊，1997。858期。

審理案件法中，將解釋憲法可決人數由原本四分之三降為三分之二，「有助於大法官發揮功能」（吳庚，2000: 25；亦見吳怡如，2001: 31）。因此，為使大法官發揮功能，並免於少數法官之掣肘的考量之下，並未考量共識決之可能。但是，如果把共識做為民主決斷一個最佳理想狀態來看，要求大法官以其司法之專業，將司法化之聲請案件，予以較高之共識來通過，應是增加其解釋正確性及正當性之最好方法。雖然，一開始大法官意見上也有所不同，但是也應以溝通，本其專業，取得共識。而且，大法官所涉及問題，多為關係到憲法層次之高位階之「司法」問題（該議題進入司法解釋，已經相對來講，減少了其它政治，社會，文化等因素，「純粹化」為司法問題）。如果大法官本其理性及專業，尚且不能說服其它大法官，如何能讓其它民眾認同<sup>13</sup>？因此，為了「發揮功效」，為「解釋而解釋」的看法，很難令人信服；放低門檻的結果，就是把不同意法官之意見排除在外，減少了更多解釋，更多說服及理性溝通的精力。這樣的決定的結果比共識決來說，當然更難被認為有較高的正當性。其解釋也不會是比較「正確」的。

## 第二節 解釋品質問題

如同之前在理論部份所討論的，在台灣也有不少人認為大法官之解釋可以成為公共論述的典範<sup>14</sup>，具有「推動人民法治知識之提昇與對憲法的尊重」不過比起西方來說，這樣的命題恐怕有不少人會不以為然。看過解釋文都知道，大法官使用語言及專業法律術語，半文半白，讀起來相當艱澀難懂。更別說其所涉及的法理概念，一般民眾更難理解。如果依此要推動人民法治知識之提昇，恐怕很難達成。而且，不只如此，在法律學院中，有不少對大法官解釋文中跳躍思維，論理缺乏，都有不少批評。陳慈陽很客氣的稱為此種解釋為「權威解釋」。

---

<sup>13</sup> 有無取得共識，相對來講，也會對大法官對其所做判定之態度，也會有所不同。該判定如果未取得相當多大法官之認同，則多以警告式的方法來宣告法律是否違憲。（法治斌，2011:81）

<sup>14</sup> 吳庚引John Rawls之這，最高法院是一個exemplar of public reason.公共理性的典範。（林子儀，2003: 181）

其解釋「理由」多以，「...對人民...權並無侵害」、「與憲法保障...權之本旨，並無牴觸。」，或是「與憲法第...條之意旨有所不符」，若干解釋甚至未言及究涉及何者基本權，而以「與憲法保障人民權利之本旨牴觸」為理由，作為判斷合憲與否之基礎....吾人無法從解釋文當中檢驗其結論是否合理，亦無法得知其是否盡職地扮演著憲法守護者之角色，而如此地無從批判則無寧形同「司法恣意」。(陳慈陽，2004: 16-7) 同樣的，姚文成在討論大法官使用「政治問題」的理論來劃定其審查界限時，卻多在結論中引了理論，但未著墨其界定推論之理由，容易引發自由心證問題(姚文成，2004: 97)<sup>15</sup>。如此之解釋品質，更不用談錢永祥所期望的，大法官不應只在司法理論之中，大法官應具備有「憲政層次的民主」的哲學分析的概念性知識。使人民能知道，為何大法官基於什麼理由及權力，干涉原本屬於人民的「日常層次的民主運作」。(林子儀，2004: 184-5) 換言之，連錢永祥做為非法律之學者，尚無法得知「大法官基於什麼理由及權力」，更別說一般民眾了。

### 第三節 大法官之社會觀

大法官在除了不少的案例上，缺乏論理，思想跳躍之外。甚而其所反應出來的社會價值觀也相當保守。以釋字第四五五解釋有關通姦為例，大法官基於憲法制度性保障原則，認為家庭是受到國家保障。但同時又認可性自由是個人人格不可分離之部份。但在取捨之間，大法官認為「不妨害社會秩序公共利益之前提下，(性自由)始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」大法官很明顯認為，性自由雖為個人權利，但是婚外之性行為已嚴重「妨害社會秩序」。因此可以立法加以限制，以保障家庭之完整。很明顯的，大法官認為，一夫一妻之婚姻下，家庭制度的保障，是可以由性自由

<sup>15</sup> 姚文成：「由此可知，「政治問題」之概念可說經常為大法官所援引，然此等概念多為其他國家所累積之理論與經驗，大法官於援引之時，卻多未考量其不同之理論基礎與法制背景，造成此些理論交代不清，甚至引喻失義。例如於釋字三二八號解釋中，雖提及「政治問題」、「統治行為」用語，但卻未對此概念多加著墨，對解釋意旨之了解可說助益不大。」(姚文成：2004: 97)

的限制而達成的。這樣看法，完全漠視家庭存在，是基於自發的感情及忠誠，不是由「外在」之性行為上的限制。其次，現代社會的多樣變化，有關家庭的內涵及婚姻的關係也有很大的改變。認為婚外性行為是破壞社會秩序的看法，和社會有相當大的脫節。更不用說，通姦除罪化已是世界趨勢，同時也為台灣輿論所支持。大法官不只在此號有如此保守之見解，同時更進一步在釋字第五六九號解釋中，「宣告法律不許配偶自訴通姦配偶，是要防止配偶在刑庭對簿公堂，影響夫妻和睦及家庭和諧，限制合理而不違憲。」這真的是令人驚訝的解釋。大法官眼中的婚姻關係，真的和一般人的婚姻關係有很大的不同。如果已有通姦事實，而且已打算對簿公堂，想必大概也沒有多少「夫妻和睦及家庭和諧」可以維持了。大法官對這一點的堅持，和平常人婚姻關係的認知很大的不同。更進一步的，大法官認為，過去司法一向認為的配偶不得自訴通姦的配偶及配偶所通姦的人是違憲的。應該讓允許對與自己配偶通姦的對象提起自訴。這樣無疑的讓通姦的「問題」，由單方面來承受。所造成的社會效果（因通姦者男人多），而使男人免受刑責，而演變成女人對女人的戰爭。同時也把法院做為其婚姻失敗的一個復仇工具。助長了「社會復仇意識」。（李念祖，2003）

由這兩案例來看，有學者認為大法官功能中，有「社會變遷之引導」（陳怡如，2001: 31）作用，恐怕有時不是那麼正面。

#### 第四節 權力分立

大法官透過其專斷的憲法解釋權，運用其「權威解釋」方法，不只是擴大其解釋的內涵，同時也擴大了其權限。並達到實質上，司法立法，司法造法的效果。並且在某種程度上，也侵害了其它部門之權利。如釋字第一八八號解釋，大法官解釋「自有拘束全國各機關及人民之效力」，又如釋字第一八八號解釋，規定了生效日期為「除解釋文內另有明定者外，應自公布當日起發生效力。」，釋字第四〇五號中又稱「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」（法治斌，2001: 79）很明

顯的，大法官透過憲法解釋的方式、不僅干涉了立法空間，更進一步把自己解釋等同於制（修）憲者，其所為之解釋等同於憲法位階。全然超出了三權分立的架構。<sup>16</sup>

由於這種「自我宣告的權力」(self-claim power)，在解釋中，很常見的被運用來創造「法律」。因此有人稱其為「消極立法者」Kelsen；「準立法機關」(蘇永欽)，「第三院」(陳愛娥)，或認為國會之一部(Sweet)；憲法讀(Sweet)，為立法過程之外之審查法案之第四讀，兼任立法者(Sweet)。(法治斌，2001: 78)<sup>17</sup>又如吳庚更將之稱為積極的「立法權」，而稱：「憲法法院的主要功能...違憲審查，亦即限於將違憲的法規宣告無效或予以撤銷...。然而新近的發展，使憲法法院角色變遷，成為代位的立法者，不僅有權否決法律，還可以行使積極的『立法權』...這是憲法法院在作消極的合憲性控制之外，衍生的法官續行造法功能...產生這種現象值得高度重視。」(吳庚，2000: 21)<sup>18</sup>由於不諱言自身的這項「功能和權利」，大法官在第四七七號解釋中，判定「戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條之定因適用之指示慣例，竟直接自行規定於二年期間內若干原本被排除在外者，亦得依該法請求國家賠償。」此號解釋，本該旨在宣告該法違憲。但等不及立法院重新立法，便代勞了「行使了積極的立法權」。難怪法治斌會認為：「雖然立意甚佳」，「但如此急切之作法，實已根本顛覆司法與立法間之界限，終難免招致非議。」(法治斌，2001: 80)雖然這種擴權的解釋，易受非議。但是以一紙解釋文，便能讓「正義」得以伸張，不必經由冗長繁複的立法程序，著實令人感到快意。因此，司法部門和其它政治部門（尤其台灣之立法部門有關黑金，利益妥協）相比之下，還是有人相當維護這樣的擴權之司法解釋。(陳英鈴，2001: 97)

<sup>16</sup>此外，同時在釋字第一七七，一八五，一八八號等解釋文中，也經由解釋「創設有關效力機制」(吳庚，2000: 28)。

<sup>17</sup>此皆引自法治斌之文章所整理。其中，Sweet語出自Governing With Judges: Constitutional Politics in European (2000)一書。蘇永欽語出自，〈合憲性控制的理論與實際〉一書中之「法是否應有法律違憲審查權」一文。陳愛娥文出自「大法官憲法解釋之界限—由功能法的觀點出發」，收於〈大法官釋憲五十周年學術研討會紀錄〉。

<sup>18</sup>其實台灣的大法官不只是**高度重視**這樣的趨勢，而且是具體奉行。並且在釋憲四九九號中，自創對修憲之違憲審查，把積極立法權，更推向了，積極「修憲權」的「趨勢」。

雖然大法官之解釋有憲法上之「優越權」，而政治部門也都予以尊重。但是在過去也曾發生過兩次對抗事件。一次是一九五七年之釋字第七十六號解釋。此解釋將國民大會，立法院，監察院共同歸為「相當於民主國家之國會」，使自認為唯一國會之立法院相當不悅。於是，在同年制定了司法院大法官會議法。限制大法官之解釋只能以憲法條文之規定為之。同時把可決人數限定會四分之三出席，四分之三同意。大幅的限定了大法官之職權及功能。<sup>19</sup>另一次是釋字第四九九號解釋。此為國民大會因大法官一筆勾銷其好不容易得來的修憲成果（國代虛位化），怒而修憲。將非由法官轉任之大法官排除於終身職待遇之外，以「略施薄懲」。這兩案例，其實都反應了大法官過度介入政治事務，所引發之國會反彈。同時在權力分立之下，這樣的反彈，可以視為其它部門對大法官違憲審查之對抗權的行使。<sup>20</sup>

除了偶發的對抗關係之外，立法部門及行政部門，對於大法官之解釋，都相當尊重，也多會修法或執行（法治斌，2001）。不過，大法官也不是一味的對政治部門施以違法違憲之宣告。有時大法官時會對政治部門「配合」解釋。就以釋字第五四一號解釋為例。一九九七年修憲，調整了司法院大法官組織法，規定大法官為十五人，其中司法院院長，副院長各一人，由總統提名，立法院同意，並「自中華民國九十二年實施」。但在此期限之前，是否能依新適用條文以提名補實大法官懸缺，則未明定。因此總統府秘書長於二〇〇一年二月十五日函請司法院聲請釋憲。最後大法官也做出總統可補提名之解釋。陳滄海認為，當時正是政黨輪替，內閣改組之際。陳水扁補提名大法官，「非關大法官缺額是否影響司法院職權正常運作，而純為總統人事考量。」（陳滄海，2002: 50）在這樣背景下，大法官配合解釋，不

<sup>19</sup> 法治斌認為因此，「幾乎癱瘓大法官長達近二十年」。筆者認為癱瘓原因，不應是此次立院，台灣過去威權的政治結果，才是大法官在戒嚴時期功能不彰的原因。

<sup>20</sup> 有不少法學者對這兩事件都對司法院相當的同情。如吳怡如認為第六次修憲所更動之大法官終身保障制度，是對司法獨立性的傷害（陳怡如，2001: 40-1）。而對一九五八年之爭議，吳庚認為這是「私人政治恩怨」（吳庚，2000: 25）法治斌認為這兩事件「再度凸顯出大法官地位之脆弱」（法治斌，2001: 75）如果不把大法官當作是「政治監護人」的角色來看待（蔡宗珍語，林子儀，2004: 199）。而以權立分立原則來看待，同時也不必把大法官之解釋當成是不可被打破的說法。那在權力分立原則下，立法院及國會只是在此反應了一個對抗權而已。

僅在聲請人資格上（為總統府秘書長代行總統函請釋憲）之程序瑕疵，未要求補正。更在解釋文中，為程序瑕疵特別主動說明其此次受理對象為總統，並非秘書長。陳滄海認為，「主動於解釋理由書中替聲請人圓說，……誠非妥適。」（*ibid.* 42）同時陳滄海也認為大法官在此問題上並未「探究相關修憲背景及其意旨」，而私自以「修憲疏失」之理由，予以解釋。陳滄海認為，時正為第六次修憲之後。在第六次修憲中，未將這項缺漏的規定予以修正，「係應為而不為...意即如有出缺即不必一定補提名之意」而且綜觀國大最後修憲時，已就此問題提出討論，但並未為大會所採，亦顯示修憲者並不同意此為修憲之疏漏也。（*ibid.* 46）由此，陳滄海更批評，大法官未「審酌修憲之旨意」，私以「修憲之疏失」，為總統府提出聲請釋憲程序之辯護...完全無視修憲者之存在，有失去大法官解釋憲法之適切性及合憲性。同時也有「憲法創設者」，而非「憲法維護者」之嫌。（*ibid.* 47）

另外，司法對行政部門的介入，不必然是因為司法權單方面刻意介入的結果；立法及行政部門，有時由於對抗激烈，也可能放棄了政治解決的方式，轉向大法官，希望能畢其功於一役。如釋字第五二〇號解釋有關高度政治爭議的核四案。陳愛娥認為這是「機關權限爭議」的問題，具體問題是「核四的預算經過立法通過，總統公佈成為法定預算之後，行政機關可不可以逕自停止執行。」（當代，2001: 94）然而，大法官避免了違憲，違法之字眼，也沒有對實際相關「權限爭議」之司法問題提出解釋，「沒有膽量直接回應，只在旁邊打轉，去指導政治性的機關應該如何去從事政治性的解決。」（*ibid.* 95）大法官如此迴避問題，在意見書中也可以看得出來。如法治斌也批評協同意見書中的意見，看起來應該比較像是不同意見書。但是可能為求達到通過解釋文之人數，部份大法官便將看起應是不同意見書歸為協同意見書。（*ibid.* 90）同時，莊世同也觀察到劉鐵錚幾位提不同意見書之大法官，強調國會決議權，其實和他們把中華民國政治制度當成內閣制的政治看法有關。（*ibid.* 110）

延續之前民主及違憲審查之「詭譎關係」的討論，來審視台灣過

去違憲審查較爭議之案件。台灣之大法官確實在某些面向上，如權力自我擴大，違反司法原則，解釋品質不良，社會意識保守等引發爭議。但是如果把它放在民主化後之民主鞏固的脈絡來理解。就不然發現，大法官在社會的期待下，政治部門的繁雜之立法程序，並肩負護憲之神聖使命感之下，雖然有以上之問題，但是其結果確為台灣民主貢獻良多。不過，台灣也經歷了十年的民主歷程，民主政治也慢慢步入常軌，大法官之神聖護憲的角色也可以與其它部門來共同努力。在權力分立之原則下，謹守其司法本份來解釋憲法，同時在宣告解釋前，求取大法官之間內部高度共識，並且多增加論理的部份。如此才能在其缺乏民主正當性之下，鞏固及在憲法授權下之司法威信。

## 參、 結論

“I often wonder,” said Learned Hand in 1944, “whether we do not rest our hopes much upon constitutions, upon laws and upon courts. There are false hopes. Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it.” (Quirk, 1997: 61)

“In this connection it is important to recall that Martin Luther King was quite possibly a far more important sources of constitutional change than any or even all of the Warren Court’s race decisions.” (Sunstein, 1993: 145)

釋字第四九九號之解釋觸動在憲法層次上更深的反省和討論。如民主之正當性，國民主權原理，修憲權之行使，違限審查之界限問題。這些都是民主政治中相當重要的問題。本文也是在這個背景下所做的反省。

而在文中，筆者試圖想要確立國民主權原則作為民主之基本原則，並確立國民主權原則中自我管理之精神。同時基於此，也認為修憲是應無界限，這不只在憲法上即保留給後代子孫「自決權」，同時也不符合國民主權原則。而反對憲法核心論。理由是如果憲法真有一個核心我們不能改變的，那由誰來決定呢？如果回答是大法官，那變成哲學家治國，那不是民主。如果是人民，那又等於說了一句空話。如果堅持有核心，但要由人民來決定，那如果人民說，我決定的核心就是沒有核心。那不就變成了文字遊戲。

其次筆者檢討了支持違憲審查正當性之說法。包括保障民主自由，維護憲政秩序，有比較好的論說品質等，筆者發現都不具說服力。筆者認為唯一可以正當化違憲審查機制的就是權力分立原則。在權力分立原則之下，違憲審查機制謹守其司法權限。就可以免除缺乏民主正當性非難。同時，在權力分立之下，行政，立法，司法都享有維護憲法之責任和義務。最後，從社會政治的面向，討論社會過度依賴違憲審查機制，或是違憲審查之過度積極主義，對民主所造成的傷害。

有關台灣的部份，則延續這樣的邏輯來看。發現台灣學界深受自由主義的影響，講求人權，但少注意人民參與的重要性。而且接受德國之歷史經驗，對人民或是民主，有相當的戒心。對違憲審查有較高的期望。

至於台灣的大法官，雖然對人權保障貢獻很多，但其權力有越來越擴大的趨勢，尤其在釋字第四九九號解釋文到達一個高峰。面對擴大的權職，除了寄望大法官能以權力分立原則自我節制外，透過修改大法官釋憲程序及行政及立法也可以在適時行使其對抗之權。應可使大法官回歸到憲政常態。

## 參考文獻

### (一) 中文部份

- 吳庚(2000)。「憲法審判制度的起源及發展--兼論我國大法官釋憲制度」。法令月刊，51:10，頁 9-29。
- 李仁焘(2004)。「由司法權本質，思考我國大法官釋憲制度的「聲請外解釋」問題」。臺灣本土法學雜誌，59，頁 75-95。
- 李念祖(2001)。「從釋字第五二〇號解釋看行政與立法關係」。臺灣本土法學雜誌，20，頁 43-56。
- 李建良(2004)。「試探大法官憲法解釋標的之實然與應然--以司法院釋字第五七六號解釋為中心」。臺灣本土法學雜誌，59，頁 142-160。
- 林三欽(2002)。「人民聲請大法官違憲審查之標的」。月旦法學，81，頁 8-9。
- 林子儀等(2003)。「大法官與憲政體制座談會」。政治與社會哲學評論，5，頁 163-218。
- 林瑞富(2001)。「瑕疵乎？梁木乎？--評大法官會議釋字第五二〇號核四釋憲文」。律師雜誌，257，頁 77-83。
- 法治斌(2001)。「與大法官共治，難嗎？」。憲政時代，26:3，頁 75-92。
- 姚文成(2004)。「大法官釋憲面對政治界限之檢討與建議」。華岡社科學報，18，頁 87-122。
- 陳士章(2004)。「論司法的政策形成功能--以大法官解釋第二四二號為例」。政治學學報(師大)，2，頁 39-69。
- 陳志龍(2000)。「大法官釋字第 499 號的「國民主權」法理探微」。

政策月刊，58，頁 28-33。

陳怡如(2001)。「當前司法院大法官法制設計上之問題」。法律評論，67:4-6=1342，頁 27-43。

陳春生(2000)。「評修憲權與釋憲權的爭議」。政策月刊，58，頁 41-46。

陳英鈴(2001)。「大法官會議對憲法解釋之程序標的與拘束力--從憲法主義與法律主義談起」。憲政時代，26:3，頁 93-125。

陳慈陽。「論司法院大法官解釋對於基本權保障之理論發展」。月旦法學，98，頁 14-30。

陳愛娥(2004)。「司法院大法官憲法解釋之標的--以聲請外解釋的認定困難為中心」。臺灣本土法學雜誌，59，頁 109-119。

陳滄海(2002)。「總統補提名大法官的合憲性探討--兼論司法院釋字第五四一號解釋」。市師社教學報，1，頁 39-53。

黃國鐘(2001)。「簡介「司法院大法官審理案件法」之修正」。全國律師，5:8，頁 89-94。

新新聞。「兩派大法官拔河，表決通過受理延任案」。新新聞，667 民 88.12.16-12.22，頁 50-53。

當代(2001)。「體檢大法官會議五二〇號釋憲文--文本解釋與憲政規範」。當代，45=163，頁 85-117。

顏厥安(2000)。「國民主權與憲政國家」。政大法學評論，63，頁 47-80。

## (二) 英文部分

- Ackerman, Bruce. (1995). "Higher Lawmaking" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Edited by Sanford Levinson. New Jersey: Princeton University Press.
- Bickel, Alexander M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc.
- Brewer-Carias, Allan R. (1989). *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cristi, Renato. (1998). *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism*. Cardiff: University of Wales Press.
- Dahl, Robert A. (1957). "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker," *Journal of Public Law* 6(1957): 293.
- Devins, Neal. (1996). *Shaping Constitutional Values: Elected Government, the Supreme Court, & the Abortion Debate*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- Dworkin, Ronald. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ely, John. (1980). *Democracy & Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Friedman, Barry. (1993). "Dialogue and Judicial Review" *Michigan Law Review*, vol. 91: 577.
- Griffin, Setphen M. (1996). *American Constitutionalism*. Princeton: Princeton University.
- Hamilton, Alexander, James Madison and John Jay. (1982). *The*

- Federalist Papers*. Toronto: Bantam Books.
- Hiebert, Janet L. (1996). *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Morton, F.L. (1988). "Judicial Review in France: A Comparative Analysis", in *The American Journal of Comparative Law*. 36: 89.
- Quirk, William J. & R Randall Bridwell. (1997). *Judicial Dictatorship*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Scigliano, Robert. *The Supreme Court & the Presidency*. New York: The Free Press
- Schmitt, (1988). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Cambridge: The MIT Press.
- Sunstein, Cass R. (1993). *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tushnet, Mark. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

# **Popular Sovereignty, Constitution, & Judicial Review: A Reflection**

**Ming-Che Lu**\*

## **Abstract**

In September 1999, the National Assembly passed a constitutional amendment to extend the terms of current assembly members to two-and-a-half years until June 2002 and changed the electoral rule of assembly members to proportional votes. This so called “self-fattening” amendment incurred many criticisms from the public. Although the assembly deputies justified the amendment as the first step toward the abolishment of infamous National Assembly, the public was outraged by their act. On March 24th, 2000, requested by the legislators, the Council of Grand Justices ruled that the amendment passed by the National Assembly was unconstitutional. Two months later, responding to the outcry of the people and the unconstitutional ruling, the National Assembly held an additional session to pass another amendment that the power of National Assembly was largely reduced. The conflict between the two branches, the National Assembly and the Council of Grand Justices, seems being settled, but there are issues that the constitutional experts, legal scholars and political scientists are interested in. These issues involve the constitutional theory, constitutional politics, judicial review, democratic theories, etc. This paper will examine several issues related to this event and hope to provide contributions on the dialogue and reflection of the constitutional democracy.

---

\* Assistant Professor, Department of Applied Sociology, Nanhua University.