

## 司法院大法官相關憲法爭議問題

編目：公法

主筆人：韓台大

### 【新聞案例】

(文／法操司想傳媒)

#### 【司法院人事案】還是有爭議！？大法官「再任」有無違反憲法規定？<sup>註1</sup>

近日，因蔡英文總統原本提名的大法官人選謝文定及林錦芳二人，造成各界質疑，反對聲浪不斷，而蔡英文總統也順應社會期望，在8月14日同意撤回司法院人事咨文。重新思考後，蔡英文總統決定提名許宗力及蔡炯燉為新任大法官人選。

不過，這次重新提名的人選，同樣也備受爭議。因為，許宗力曾於民國92年至100年任職過一次大法官，而對於許宗力再任大法官是否合適，各方皆有不同看法，藉由本次機會，《法操》就帶各位來看看，對於本次提名人選，到底爭議處何在呢？

#### 最大爭議點：「再任」有無違反憲法規定？

首先，依據憲法增修條文第5條第2項規定可知，司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。而所謂的「連任」，又可區分成兩種狀況：一種為該任期屆滿後，繼續任職於下一個任期，也就是兩屆的任期是沒有間隔的；另一種則是在任期內辭職，但辭職之後，又經過總統提名，並經立法院同意後回任，而回任後的任期必須重新計算8年。

支持未違憲者認為，在本次提名中，許宗力的情況，並沒有符合前面所說到的二種情形。同時，法界人士往往會擔心，若再任時間點和卸任時間點非常接近，恐怕會有無法獨立審判的嫌疑。因為，該人選可能會為了之後能再任大法官，進而去預測政治局勢，若現任總統有望連任，則會出現揣摩上意的情形。因此，其間隔時間越長，此情況的風險就越小。而許宗力從上次卸任後至今，也已過了5年時間，時間間隔相當長，若此次再任大法官，也不會有此問題。

<sup>註1</sup>New 頭殼網站，<https://newtalk.tw/citizen/view/41886> (最後瀏覽日 09/25/2016)

但是，支持違憲者則認為，該條文中的「連任」，應也包含了「再任」。參考德國的例子，其聯邦憲法法院法官有任期規定，且明文規定「不得連任」，而我國修法時，是以德國法為藍本，德國聯邦憲法法院組織法中，明文規定憲法法院中法官的任期，且不得連任（含再任）。所以，制度相仿的我國，應該也要這樣適用。

另外有一部分人士認為，許宗力當時的任期是8年而非4年，縱使條文之中並無再任的規定，基於尊重憲法的角度上來看，也必須間隔該任期（也就是8年）後再任，才沒有爭議，而許宗力卸任後才事隔5年，顯然有所違誤。

回顧法條立意：許宗力再任應無太大疑義。

比對過去和現在憲法增修條文及司法院組織法，有關大法官任期的部分，原本大法官的任期是9年，也沒有連任的限制，所以，翁岳生成為台灣史上當過最多次，也是當過最久的一位大法官。

一直到了民國86年，憲法增修條文第5條修訂後，才明定大法官任期是8年。也因為這條規定，使得自92年開始，總統提名的大法官，其中8位大法官任期為4年，其餘為8年，且不得連任。

這樣交錯的任期，可以看出立法者是有意制定，目的在於可減少政治力的干涉。因為總統任期4年，而每4年，就會有一半的大法官卸任，如此一來，就可避免所有大法官都由同一位總統提名。

同時，交錯任期制可讓新舊大法官們進行經驗交流、傳承，有利促進大法官體制的運作。而不得連任的規定，其立法精神，也同樣是為了避免同一位人選，遭到先後任不同總統繼續提名，有礙交錯任期制的運作。

而許宗力的狀況，他上一任是被陳水扁總統所提名，這次則是由蔡英文總統所提名，並非同一位總統提名，也並非直接先後任總統連續提名。所以，就上面所提到的立法制度、立法精神上來審視，許宗力本次再任大法官，其疑義應該不大。

至於所謂的「連任」是否也包含「不得再任」，或者是原本任期屆滿後多久，才可以再回任，礙於現階段法條並無清楚明定，恐怕未來還是需要透過釋憲、修憲來解釋清楚，加以規範，才不會在往後的人選提名上，又再度造成諸多爭議。

### 【重點提示】

司法院大法官依司法院大法官審理案件法第4條：「大法官解釋憲法之事項如左：一、關於適用憲法發生疑義之事項。二、關於法律或命令，有無牴

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

觸憲法之事項。三、關於省自治法、縣自治法、省法規及縣規章有無牴觸憲法之事項。前項解釋之事項，以憲法條文有規定者為限，執掌法規解釋，可謂權力制衡中重要樞紐。而其人選亦為社會大眾矚目之焦點，依憲法增修條文第5條第1項，由總統提名，立法院同意任命之。至若大法官任期，依前開條文第2項，司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。

而本新聞之爭議問題攸關大法官任期之計算，我國憲法增修條文第5條第2項明確規定，「大法官任期8年，不分屆次，個別計算，並不得連任。」在陳水扁總統與馬英九總統任內擔任過8年大法官的許宗力，若再次出任司法院長是否與上開憲法牴觸而有違憲？換言之，即條文所謂之連任是否包含不得再任，抑或僅指任期連續之連任？

### 【考點剖析】

#### (一)寫在前頭

就司法院大法官於最近任期計算之爭議，加以該爭議問題於2016年政治大學法研所公法組為命題，在司法官律師命題上可能出現以大法官為骨幹之憲法爭議問題，以下就新近本法律新聞爭議與傳統重要大法官憲法爭議為整理：

問題一、憲法增修條文第5條第2項連任之解釋

問題二、大法官是否為憲法第80條之法官

問題三、大法官是否適用迴避制度

問題四、我國違憲審查是採集中還是分散制度

問題五、釋憲程序之保全措施是否為法律保留範圍

#### (二)問題剖析

#### 問題一、憲法增修條文第5條第2項連任之解釋

##### 連任即包含不得再任意旨

陳志龍教授<sup>註2</sup>

當初修憲是比照德國的做法，但德國聯邦憲法法院法官的任期是12年，不得連任或再任，若台灣仿德國體例，卻搞出回鍋再任大法官，不僅是違憲，也將會成為全世界笑柄。

##### 連任與再任不同意旨

<sup>註2</sup> 蘋果日報網站，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20160830/37364509/>  
(最後瀏覽日 09/25/2016)

林明昕教授<sup>註3</sup>

憲法條文寫的就是「不得連任」，與「再任」有不同意義，這不是文字遊戲，不能混為一談。此外，我國憲法增修條文第 5 條的研擬，也僅規定大法官不得連任，未採納德國不得再任之立法例，這也很清楚說明了我憲法與德國法的差異。

對憲法的解釋上，應該要避免「原任期未滿即離職、但於原任期屆滿時再次提名」，以再任方式故意規避的情況。然而許宗力於 2011 年大法官任滿，若事隔 5 年再被提名，根本沒有規避的問題，如果沒有這些情形，再任不是不行。

許宗力教授

條文禁止的連任有兩種情形：

1. 大法官在任滿後，無縫接軌，繼續下一個任期；
2. 大法官在任期屆滿前的一段時間，例如：幾個月、1 年或甚至 2 年前，先行辭職，離職後的空缺沒有補人，該任期快屆滿時，總統再次提名該名已辭職大法官回鍋擔任大法官，重新起算 8 年。

### \*精選考題\*

〔105 年政治大學法研所公法組〕

現行憲法增修條文第 5 條規定：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，自中華民國九十二年實施，不適用憲法第 79 條規定。……司法院大法官任期八年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，不受任期之保障。……」

由於今年底，即將有五位大法官任期屆滿（均非並任院長、副院長的大法官），總統決定提前提名的準備，妳/你是總統重要的法律幕僚，請附理由回答以下問題。

(一)除了提名五位人選接替任期屆滿的大法官外，總統是否可以再提名兩位大法官並作為新任的司法院院長及副院長（13%）

(二)總統非常敬佩與認同某位前大法官（曾任八年大法官，但已卸任數年）的風骨與人權保障理念，想要在今年提名其擔任司法院院長，是否可行？（12%）

〔第(一)題已經回答過的部分無須重複〕

### 問題二、大法官是否為憲法第 80 條之法官

<sup>註3</sup> 自由時報網站，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1808789>(最後瀏覽日 09/25/2016)

依司法院大法官第 601 號解釋意旨，應採肯定見解，其認為：

#### 1. 從大法官解釋目的與效力

大法官憲法解釋之目的，在於確保民主憲政國家憲法之最高法規地位，就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，作成有拘束力之司法判斷。大法官為具體實現人民訴訟權、保障其憲法或法律上之權利，並維護憲政秩序，而依人民或政府機關聲請就個案所涉之憲法爭議或疑義作成終局之判斷，其解釋並有拘束全國各機關與人民之效力，屬國家裁判性之作用，乃司法權之核心領域，故與一般法官相同，均為憲法上之法官。

#### 2. 從任期保障

憲法增修條文第 5 條第 2 項明定大法官任期八年，並不得連任。同條第 3 項規定九十二年總統提名之大法官，其中八位大法官任期四年。上開有關任期之規定，雖與憲法第 81 條法官為終身職之規定有別，但大法官有一定任期，與法官為終身職，皆同為一種身分之保障，自不能因大法官有任期而謂其非法官。大法官雖亦為中央、地方機關或立法院行使職權適用憲法發生疑義時之最終解釋權責機關，然尚不得因大法官亦審理此類案件，即否定其為行使司法裁判權之法官，而影響其為法官之地位。

#### 3. 職權行使方式

大法官行使職權雖有會議或法庭方式之不同，惟其均為合議審理依法受理案件之本質，則無二致；而解釋與裁判，亦僅名稱之不同，其具有主文與理由之形式且被動依法定程序作成具有最終拘束力之司法決定，則無差異，自不能因大法官依據法律規定，以會議方式行使職權，或其有拘束力之司法決定稱為解釋，即謂其非屬裁判，進而否定大法官為法官

#### 4. 大法官職權行使正當性

大法官同時亦為中央或地方機關間或立法院少數與多數間憲政爭議之司法解決機制，則除非肯定大法官之法官地位，大法官始得依據憲法與法律獨立就個案爭議作成有拘束力之最終司法判斷，否則其權限之行使，將嚴重欠缺實質正當性，自與憲法上權力分立原則之本旨不符。

### \*精選考題\*

〔92 年司法官〕

總統提名大法官，日前業經立法院同意，試分別回答下列問題：

(一)為何曰大法官非第四審？(8%)

(二)大法官是不是法官？理由安在？(8%)

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(三)新任大法官是否均享有終身職待遇？憲法增修條文如何規定？此規定之背景如何？（9%）

### 問題三、大法官是否適用迴避制度

#### 司法院大法官第 601 號解釋節錄

國家任何公權力之行使，本均應避免因執行職務人員個人之利益關係，而影響機關任務正確性及中立性之達成，是凡有類似情形即有設計適當迴避機制之必要，原不獨以職掌司法審判之法院法官為然（行政程序法第 32 條、第 33 條、公務員服務法第 17 條參照）。惟司法審判係對爭議案件依法所為之終局判斷，其正當性尤繫諸法官執行職務之公正與超然，是迴避制度對法院法官尤其重要。司法院大法官行使職權審理案件，自亦不能有所例外。

### 問題四、我國違憲審查是採集中還是分散制度

#### 一、比較法上

##### (一)分散制

##### 1.定義

美國所採取的分散型違憲審查制度，亦即將違憲審查的權限分散至各個法院的法官，並不就違憲審查特設專責機關，所有法院之法官皆有審查權。詳言之，法官於審理個別訴訟案件時，發現所適用之法令為違憲，即可依本身職權於系爭訴訟案件拒絕適用該違憲之法令，法官在進行違憲審查時，係於一般訴訟程序中進行判斷，而認定為違憲之法令，也僅只在系爭案件中不予適用，並無就該違憲法令發生有一般性的無效宣告。

##### 2.優點—落實憲法精神

分散型違憲審查制度賦予法官適用憲法的機會，對於落實憲法精神於具體個案上，有相當的幫助，也因為如此，法官在從事個案違憲審查時，也容易將個案事實、系爭法令與憲法規範作連結，對於違憲審查的深度與廣度均有貢獻。

##### 3.缺點

法官對於國家公共政策缺乏認識：法官不易融入個案外之社會觀點，故可能對整體國家政策缺乏認識。

##### (二)集中制

##### 1.定義

德奧歐陸國家所採取的集中型違憲審查制度，則是將違憲審查權限集中於

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

特設的法院或機關，由其獨占違憲審查權，該特設的法院或機關不一定是由職業法官所組成，其保障亦與一般法官不同。在審查對象上，集中型違憲審查制度雖不排除對於個案所適用之法令進行違憲審查，惟仍偏向專就法令提起的抽象違憲審查，故有可能完全與個案事實脫離。集中型違憲審查除專設法院外，其審查程序亦與一般訴訟程序不同，違憲法令發生一般性、對世性、絕對性效力，該法令依違憲的決定溯及既往或向後發生無效的效力。

### 2.優點

能掌握國家政策之脈動:其審理流程有別一般訴訟程序，較能掌握各種社會資訊及公共政策形成的過程。

### 3.缺點

因未涉及個案事實之抽象性違憲審查，在憲法之內涵上較欠缺深度，蓋無法將憲法精神落實於個案中。

## 二、我國釋憲機關係採何種體例-原則採集中，例外採分散

### (一)原則—集中(一個解釋、五個條文)

- 1.我國憲法第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」
- 2.憲法第 171 條第 2 項：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之。」
- 3.憲法第 173 條：「憲法之解釋，由司法院為之。」
- 4.憲法第 79 條第 2 項：「司法院設大法官若干人，掌理本憲法第 78 條規定事項，由總統提名，經監察院同意任命之。」
- 5.司法院大法官審理案件法第 4 條：「大法官解釋憲法之事項如左：
  - 一、關於適用憲法發生疑義之事項。
  - 二、關於法律或命令，有無牴觸憲法之事項。
  - 三、關於省自治法、縣自治法、省法規及縣規章有無牴觸憲法之事項。前項解釋之事項，以憲法條文有規定者為限。」
- 6.釋字第 371 號理由書亦明謂我國為集中型。

### 釋字第 371 號理由書節錄

採用成文憲法之現代法治國家，基於權力分立之憲政原理，莫不建立法令違憲審查制度。其未專設違憲審查之司法機關者，此一權限或依裁判先例或經憲法明定由普通法院行使，前者如美國，後者如日本（一九四六年憲法第 81 條）。其設置違憲審查之司法機關者，法律有無牴觸憲法則由此一司法機關予以判斷，如德國（一九四九年基本法第 93 條及第 100 條）、奧

國（一九二九年憲法第 140 條及第 140 條之 1）、義大利（一九四七年憲法第 134 條及第 136 條）及西班牙（一九七八年憲法第 161 條至第 163 條）等國之憲法法院。各國情況不同，其制度之設計及運作，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，俾其於審判之際僅服從憲法及法律，不受任何干涉。我國法制以承襲歐陸國家為主，行憲以來，違憲審查制度之發展，亦與上述歐陸國家相近。

### 三、例外-分散制

承上，我國雖係採集中制，然學理上認為仍有例外，即法官為對於自覺違憲之命令可不予適用（釋字第 137、216 號），就此觀點似乎係採分散制。

#### 釋字第 137 號

法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解。

#### 釋字第 216 號

法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第 137 號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第 4 條第 1 項第 2 款之規定聲請解釋。

### \* 精選考題 \*

〔95 年政大法研所〕

從憲法相關規定，綜合觀察，我國係採集中制的違憲審查，對於審查標的，以抽象審查為原則，具體審查為例外，說明之。又，大法官對於暫時性處分宣告之理由為何？在我國釋憲案例曾有那些案例，試分別說明之。（25%）

〔97 年民間公證人〕

一般民主憲政國家中，多設有「司法審查制度」，我國亦採之。但「司法審查制度」有所謂「集中審查制」及「分散審查制」，請問各何謂也？我國採取何種制度？又，從司法審查的機制來看，「司法審查制度」可分為「具體規範審查」與「抽象規範審查」，請問各何謂也？我國採取何種制度？再，「司法審查制度」中有所謂「重要關聯性理論」，請問何謂也？我國司法院大法官憲法解釋實務上，是否有類此情形？（30%）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

〔99 政大法研所〕

我國大法官解釋目前所運行的違憲審查制度是一種「集中式」、「抽象審查」、「事後審查」與「拘束性審查」，試分別扼要說明其內容（25%）

#### 問題五、釋憲程序之保全措施是否為法律保留範圍

肯定說（大法官釋字第 585 號與吳庚教授）

- 1.保全制度固屬司法權之核心機能，惟其制度具基本權利與公共利益重要性，當屬法律保留範圍
- 2.概念上「解釋」是抽象有一般拘束力，「處分」是具體個案的措施，如何在解釋之中又有處分？大法官還不是法院或法庭其審理結果尚且不稱為裁判，何來假處分、假扣押之權能？
- 3.再者，德國憲法法院行使此項全能不僅於法有據，法院也極為審慎，還飽受批評。

否定說（學說）

- 1.暫時性保全措施旨在確保裁判的時效性與執行性，同時寓有暫時權利保護功能，為司法救濟重要一環。由於司法解釋亦具有司法權屬性，暫時處分制度可謂違憲審查權之必備之配件權（Annexkompetenz）不能以法律未明定逕自認定大法官逾越立法權之範圍

#### \*精選考題\*

〔95 年政大法研所〕

從憲法相關規定，綜合觀察，我國係採集中制的違憲審查，對於審查標的，以抽象審查為原則，具體審查為例外，說明之。又，大法官對於暫時性處分宣告之理由為何？在我國釋憲案例曾有那些案例，試分別說明之。（25%）

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！