目录

「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響（陈爱娥）..... 1

憲法上人民行政訴訟權之保障（陈清秀）..... 25

民主政治视野下的宪法权利与审判独立（丁晓东）..... 53

法定法官与人民参与审判——由诉讼权之保障出发（傅玲静）..... 73

论司法独立原则的宪法功能（韩大元）..... 97

審判獨立與權利保障——從兩篇千古名文談起（李念祖）..... 112

司法院大法官解釋之權利救濟功能（廖义男）..... 122

力挽狂瀾或是隨波逐流？台美釋憲機關處理重大政治事件的案例探討（廖元豪）

.....134

良善之法是善治的基础，审判独立是权利的保障——《中华人民共和国行政诉讼法》修改工程述评（莫于川）.....162

审判独立在基本权利保障体系中的位置（童之伟）..... 175

文化权利的规范建构——人权公约与实证宪法的法理交错适用（涂云新）... 184

法院独立审判与人权保障之关系的实证分析（王广辉）..... 223

“诽谤罪”与“言论自由”之边界——评法国宪法委员会 2011-131QPC 判决（王蔚）.....244

台湾法官职务法庭之建置与运作实务（詹镇荣）..... 253

中国基本权利的基础性价值原理（郑磊）..... 285

宪法禁止没收全部财产的法理依据（朱福惠）..... 311

論文化多樣性之審判制度——本國設立原住民族專業法庭後設立行政訴訟專庭之可能性（朱中和）.....320

「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響[1]

陳愛娥※

大綱：

壹、前言

貳、「有效權利保障」對行政訴訟制度的影響

一、司法院大法官對「訴訟權」的解釋

二、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

（一）、「有效權利保障」的憲法基礎

（二）、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

1. 法院救濟管道的開放

——儘可能無漏洞的法院保障

——立法機關的限制權限

2. 法院審查程序的實效性

——預防性的權利保障

——暫時性的權利保障

——加快訴訟程序的要求

（三）、新興行政任務對行政訴訟制度的挑戰

參、「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響——行政法院的控制密度

一、行政法院審查「行政裁量」行為的界限

（一）、「行政裁量」權的意義

（二）、「行政裁量」權限對行政法院裁判的影響

二、「判斷餘地」對行政法院控制密度的影響

（一）、「判斷餘地」的意義及其對行政法院的影響

（二）、決定「判斷餘地」存否的標準

1 此稿前已經收錄於:司法院編，行政訴訟論文彙編（第一輯），1998 年

※ 陳愛娥，臺北大學法律系副教授。

三、行政法院對「計畫裁量」的控制界限

（一）、「計畫裁量」的意義及特質

（二）、行政法院對「計畫裁量」的控制方式

四、「規範具體化行政規則」對行政法院的拘束力

（一）、「規範具體化行政規則」理論的發展

（二）、確定「規範具體化行政規則」存否的標準

肆、結語

壹、前言

行政訴訟法自民國（下同）二十一年公布，二十二年施行，中間歷經四次修正，至六十四年修正公布全文三十四條；然而，誠如司法院於八十二年送請立法院審議「行政訴訟法修正草案」函中所指出的，行政訴訟法之內容仍過於簡略，「近數十年來，我國政治、經濟、文化等各方面突飛猛進，工商業發展迅速，社會結構重大變遷，現行行政訴訟法有關規定，已難因應實際需要」[2]。因此，修正調整行政救濟制度（包括訴願、行政訴訟及行政法院組織），乃成為近幾年修法的課題[3]。雖然如此，整個修法重點似乎傾向於傳統的，強化人民抵抗國家公權力侵害的權利保障；且其論述大抵是法律政策式的，而非植基於憲法的規定。此由司法院前述函文中僅強調，「尤其現行行政訴訟法採一級一審制…對人民權益之保障，殊嫌欠周…又依現行行政訴訟法規定，僅得提起撤銷訴訟，至於其他給付或確認訴訟等公法上爭議事件，因不得提起行政訴訟致無救濟途徑，亟待增加行政訴訟之種類，以保障人民之權益」[4]，可見一斑。

至於為配合現代國家各種行政任務的不同特質，立法機關賦予行政機關不同型態的決定空間時，其將對行政救濟制度產生如何的影響，則似乎欠缺反省。例如，當行政機關不僅是具體決定國家與個別國民之間的法律關係（此在傳統上，以行政處分的方式來達成），更介入複雜的社會關係中，依一定的標準來協調多種相互衝突的利益，藉以形成一定的社會秩序 ——「**社會形成性的決定**」(sozialgestaltende Entscheidungen)[5]時，行政法院對行政機關的決定，可以審查到什麼程度？能否以法院自己認為適當的社會秩序構想，來取代行政機關原先所設想的，經常會有疑義。這特別顯示在行政計畫法的領域，在行政實體法的領域就是「**計畫裁量**」(Planungsermessen)的問題，出發點是：既然賦予行政機關形成社會秩序的任務，理應賦予其一定的形成自由空間

2 立法院第二屆第一會期第四次會議議案關係文書，報 61。

3 「訴願法修正草案」、「行政訴訟法修正草案」及「行政法院組織法修正草案」均已於八十五年、八十四年完成立法院委員會審查程序；分見立法院第三屆第三會期第二十一次、第四次、第八次會議議案關係文書。

4 立法院第二屆第一會期第四次會議議案關係文書，報 61 至報 62。

5 Winfried Brohm, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, D V 1982, S. 1; ders., Die staatliche Verwaltung als eigenst ndige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1986, S. 326.

(Gestaltungsfreiheit)[6]。

此外，隨著科技的發展，對與科技有關的領域，立法者經常沒有足夠的能力提供明確的規定；假使行政機關針對與技術安全有關之不確定法律概念，訂定一些「**規範具體化的行政規則**」(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)，來統一、具體化法律的內容，而不僅是單純地解釋法律的意涵時，對這種「規範具體化的行政規則」，行政法院可以審查到什麼程度？行政法院可否自己尋求其他專家鑑定意見，來取代行政機關本身的專業判斷？這點在德國較早是在環保法令（空氣污染指標—TA-Luft、噪音指標—TA-L rm），其後則在原子能法的領域引起討論[7]，我國在原子能法領域，亦同樣有此討論[8]。這在行政實體法的領域就牽涉「**行政規則外部效力**」的問題[9]，討論的出發點是：假使已經容許行政機關獨立評價、研擬方案、訂定統一適用之規則的話，應該承認行政機關就此有一定的判斷、決定空間，因此，行政法院對此的審查應受到一定的限制[10]。

再者，修法的重點雖然傾向於強化人民的權利保障，然而，除了行政訴訟程序的具體規劃外，其似乎又將保障人民權利的重點放在增加審級、開放更多救濟管道上；就此，只需參照司法院所提「行政訴訟法修正草案總說明」的「修正緣由」、「修正原則」，即足明瞭[11]。這是否已經滿足強化人民權利保障的要求，至少還可以再討論。令人訝異得是：在探討如何強化人民權利保障之際，並不深究我國憲法第十六條所定「人民有…訴訟之權」的意義為何，因此，行政訴訟制度至少須滿足如何的要求，才算得上是**符合憲法要求的**，保障人民權利的行政訴訟制度[12]，並不明朗，有關的討論似乎只建立在各自設想的「適當的行政訴訟制

6 Richter•Schuppert, Casebook Verwaltungsrecht, 1991, S. 15.
7 就此請參照：Peter Badura, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, in: G nter P ttner(Hg.), Festschrift f r Otto Bachof 1984, S. 173ff.; Christoph Gusy, Administrativer Vollzugsauftrag und justizielle Kontrolldichte im Recht der Technik, DVBl. 1987, S. 497ff.;R diger Breuer, Gerichtliche Kontrolle der Technik, NVwZ 1988, S. 104ff.
8 陳春生，原子能法領域之技術規範與規範具體化行政規則之法律性質，收錄於：同氏著，核能利用與法之規制，民國 84 年，頁 170-171。
9 陳春生，行政規則之外部效力問題研究，收錄於：同氏著，行政法之學理與體系（一），民國 85 年，頁 114 以下。
10 Peter Badura, a.a.O.(Fn. 5), S. 172-173.
11 立法院第二屆第一會期第四次會議議案關係文書，63-67。
12 蔡志方教授雖然指出，憲法第十六條為行政訴訟制度的規範基礎，但並未進一步深究憲法第十六條的意

度」上，質言之，只是法律政策性的討論。

概括地說，筆者認為在規劃行政訴訟制度之際，(1)置重人民權利保障之憲法訴訟權的意義，以及(2)對於受行政法院審查之行政決定，行政機關是否有一定的自由決定空間，乃是兩種相互牽制、無論如何不應被忽略的結構性觀點。下文擬即說明，這兩種觀點將對行政訴訟制度產生什麼具體的影響。

貳、「有效權利保障」對行政訴訟制度的影響

為保障人民防衛國家公權力的侵害，德國基本法第十九條第四項特別規定，「任何因公權力而權利受損害者，均享有法院救濟的機會」；而依德國學界的通說見解，該條所保障的不僅是任何一種形式的權利保護方式，毋寧更要求一種「**有效的權利保障**」(effektiver Rechtsschutz)方式[13]。我國於憲法第十六條明定人民有訴訟權，至於訴訟權的性質，學界鮮少深入說明；惟司法院大法官著有眾多解釋，觀察此等解釋，應可窺知大法官對憲法「訴訟權」的理解：

一、司法院大法官對「訴訟權」的解釋

在較早的解釋（釋字第一五四、一六零、一七九、一八七、二七三號解釋）中，大法官大抵僅**空洞地說明**，「憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務」（釋字第一五四號解釋理由）。

至於**訴訟權保障與立法權之間的關係**，大法官較早是粗略地認為，「訴訟如何進行，應另由法律定之」（釋字第一七零、二九七號解釋文）；其似乎是傾向於認為，憲法所定訴訟權，僅保障人民可依法定法院救濟管道請求權利保障；大法官在釋字第三零二、三九六號解釋就分別強調，不能因法律限制上訴第三審，或未設上訴救濟制度，即認其違背訴訟權保障的憲法規定。然而，大法官於釋字第三九三號解釋中已進一步指出，「憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，**應由立法機關衡量訴訟之性質**，以法

義，及該條規定對行政訴訟制度所提出的規範要求：蔡志方，行政救濟法論，民國 84 年，頁 91。
13 Wolf-R diger Schenke in Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4(46. Lieferung), Rn. 383.

律為正當合理之規定」；其中似已暗示，立法機關在形成訴訟制度時，應受到一定的限制。

事實上，大法官在釋字第二二四號解釋中就明確指出，「稅捐稽徵法關於申請復查，以繳納一定比例之稅款或提供相當擔保為條件之規定，使未能繳納或提供相當擔保之人，喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權所為不必要之限制…與憲法…第十六條…之意旨有所不符」。同此意旨，大法官在釋字第二八八號解釋又再次指出，「中華民國七十九年一月二十四日修正前之貨物稅條例第二十條第三項：『受處分人提出抗告時應先向該管稅務稽徵機關提繳應納罰鍰或其沒入貨價之同額保證金，或覓具殷實商保』之規定，使未能依此規定辦理之受處分人喪失抗告之機會，係對人民訴訟權所為不必要之限制，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有所牴觸」。由這兩號解釋看來，大法官似乎認為，立法機關限制人民的訴訟權，應受憲法**比例原則的拘束**；最近，大法官又於其釋字第四三九號解釋中重申此項意旨。

在特別權力關係的脈絡裡，大法官進一步發展出「**有實體上的權利，即應有救濟**」的要求：(1)在**公務員的特別身分關係**上，釋字第二四三號解釋中明白的強調，「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符**有權利即有救濟之法理**」。本此精神，釋字第三一二解釋中指出，「公務人員之財產權不論其係基於公法關係或私法關係而發生，國家均應予以保障，如其遭受損害，自應有法律救濟途徑」。釋字第三二三解釋則認，「各機關擬任之公務人員，經人事主管機關任用審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如經依法定程序申請復審，對復審決定仍有不服時，自得依法提起訴願或行政訴訟，以謀求救濟」；同此意旨，公務員「對審定之級俸如有爭執…自亦得提起訴願或行政訴訟」（釋字第三三八號解釋）。(2)針對**學生此種特別身份關係**，大法官也在釋字第三八二號解釋中強調，「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為足以改變學生身分，並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受

教育之權利有重大影響，此種處分行為應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟」。(3)就**軍人此種特別身分關係**，最近大法官又於釋字第四三零號解釋中指出，「現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，如對之有所爭執，既係影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟」。

在大法官關於訴訟權的各號解釋中，對闡明訴訟權性質而言，作者認為最重要的解釋乃是釋字第三九六號解釋，其具體闡述「有權利即有救濟之法理」：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，**乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障**，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明**人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容**，不容剝奪」。

前述關於特別權力關係的各號大法官解釋，其彼此尚有一共同特徵，質言之，其均牽涉人民憲法上基本權利的保障。然而，真正強調憲法上**實體基本權規定與訴訟權保障**之間關係的，則是釋字第三七四號解釋：「憲法第十五條規定，人民之財產權應予保障。又人民有訴訟之權，憲法第十六條亦有明文規定。人民財產權遭受侵害，循訴訟途徑謀求救濟，受理之法院，應依其權限，本於調查證據之結果，依經驗法則及論理法則等，就其爭執予以裁判，發揮司法功能，方符憲法上開條文之意旨」；其似乎暗示，為落實憲法基本權的規定，應提供基本權確實的訴訟保障。

總結來看，大法官認為，(1)憲法對人民訴訟權的保障乃是一種制度性保障，關於法院組織、訴訟程序，立法機關固然有一定的形成空間，惟「有權利即有救濟」乃是訴訟權保障的核心內容，就此，立法者有義務提供適當的組織、程序規定；此外，(2)立法機關本於前述權限，固得對訟權之行使作合理的限制，但其限制不得違反憲法比例原則的要求。最後，(3)大法官似乎也傾向於認為：為落實憲法基本權的規定，應提供其確實的訴訟保障。由這三方面來看，應該認為憲法第十六條所保障的訴訟權不僅是任意一種形式的權利保護方式；依大法官的解

釋，毋寧更要求一種「有效的權利保障」方式。然而，大法官（以及我國學界）對何謂「有效的權利保障」，似乎尚未提出有體系的說明。以下擬介紹（同採所謂「有效權利保障」要求之）德國法學界對此所提供的體系化嘗試，並藉此檢討我國現行行政訴訟法，乃至行政訴訟法修正草案的相關規定，論定其是否符合「有效權利保障」的要求。

二、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

（一）、「有效權利保障」的憲法基礎

在德國，賦予人民防衛公權力侵害的首要憲法基礎，如前所述地，乃是**基本法第十九條第四項**。該條不僅保障人民尋求法院救濟的可能性——**開放法院救濟管道**(Zug nglichkeit des Gerichtsweges)，並且也賦予人民請求「**有實效之法院審查**」(tats chlich wirksame gerichtliche Kontrolle)的權利；後者要求，不論是就公權力行為中之確定事實，抑或是其法律評價的部份，法院原則上均擁有審查的權限[14]。

此外，依德國聯邦憲法法院的見解，也可以由憲法基本權的規定推論出，人民享有請求國家提供（對基本權保障而言）具實效性之程序的權利，在此，法院救濟程序只是其中的部份而已——**以基本權為基礎的，有效權利保障請求權**(der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)。如前所述地，我國大法官解釋似亦有此傾向。於此，德國聯邦憲法法院的主要考量在於：假使只在實體法上保障人民有一定的自由活動範圍（這是自由權的原始內涵），卻不提供人民貫徹此等自由的機會，尤其當人民的自由受到侵害，卻不提供其排除侵害的法院救濟管道時，實體法上的基本權保障將喪失其價值；特別是考量到法院救濟管道為國家所獨佔，質言之，**貫徹此等自由的機會為國家所掌握**，而不能求之於其他社會領域時，尤其是如此[15]。

（二）、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

14 Hans-J rgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die ffentliche Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. VI, 1989, Rn. 75; vgl. Dieter Lorenz, Der Grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, A R 1980, S. 631-632.
15 詳參見 Dieter Lorenz 的說明：Dieter Lorenz, a.a.O.(Fn. 13), S. 624, 627-628。

由「有效權利保障」的命令，德國聯邦憲法法院與憲法學界推論出一系列不同的要求：禁止運用事實上或法律上的方法妨礙救濟管道、禁止對救濟管道的利用賦加不必要的困難、須符合正當法律程序的最低要求、應提供適當的救濟形式、應提供即時的權利救濟[16]。依作者之見，Hans-J rgen Papier 與 Eberhard Schmidt-Aβmann 將「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求，分別由「**開放法院救濟管道**」及「**法院審查程序的實效性**」兩方面來觀察[17]，較能配合訴訟法的討論方式（訴的合法與否？訴的有無理由？），體系上應較為可採；以下即由這兩個方向來說明，「有效權利保障」對行政訴訟制度所提出的要求。

1. 法院救濟管道的開放

——儘可能無漏洞的法院保障

基於有效權利保障的觀點，所有訴訟法制均受到「應有效地發揮防衛侵害之作用」的要求；於此，Rupert Scholz 很適切地指出，假使立法機關、行政機關有權規定、選擇可能侵害人民權利的各種行政作用形式，則**行政法院的權利救濟可能性相應亦必須保持彈性**，以便對不同的行政侵害措施作出反應[18]；或者依 Wolfgang Heyde 更直接的說法：應該提供人民儘可能的，無漏洞的法院保障，以對抗公權力的侵害[19]。如是，則我國現行訴願法第一條、行政訴訟法第一條將人民抵抗公權力侵害，請求行政救濟的可能性，限制以有行政處分存在為前提，即不無違憲侵害人民訴訟權、相關基本權的疑義。惟大法官釋字第二三零號解釋竟認定：「人民有訴願及訴訟之權，固為憲法第十六條所明定，惟行政爭訟之進行，仍應依有關法律之規定。訴願法…規定訴願之提起，以有行政機關…之行政處分或視同行政處分之情形存在為前提。又行政訴訟法第一條則以人民認為行政處分損害其權利，經依訴願程序請求救濟，仍不服其決定為提起行政訴訟之要件，前開規定乃採取類似行政爭訟制度國家之通例…與憲法第十六條自無牴觸」。

司法院所提「行政訴訟法修正草案」雖然增訂了應為行政處分之訴訟（第五條）、確認訴訟（第六條）、給付訴訟（第七條）。惟依其規定，提起給付訴訟限於因公法原因發生財產上之給付，或因公法上契約發生之給付的情形；如是，

16 Dieter Lorenz, a.a.O.(Fn. 13), S. 632.
17 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn. 52ff., 75ff.; Eberhard Schmidt-A β mann in Maunz-D rig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rn. 229ff. 類此：Wolfgang Heyde, § 33 Rechtsprechung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, Rn. 49。
18 Rupert Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL34/1975, S. 185.
19 Wolfgang Heyde, a.a.O.(Fn. 16), Rn.46.

釋，毋寧更要求一種「有效的權利保障」方式。然而，大法官（以及我國學界）對何謂「有效的權利保障」，似乎尚未提出有體系的說明。以下擬介紹（同採所謂「有效權利保障」要求之）德國法學界對此所提供的體系化嘗試，並藉此檢討我國現行行政訴訟法，乃至行政訴訟法修正草案的相關規定，論定其是否符合「有效權利保障」的要求。

二、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

（一）、「有效權利保障」的憲法基礎

在德國，賦予人民防衛公權力侵害的首要憲法基礎，如前所述地，乃是**基本法第十九條第四項**。該條不僅保障人民尋求法院救濟的可能性——**開放法院救濟管道**(Zug nglichkeit des Gerichtsweges)，並且也賦予人民請求「**有實效之法院審查**」(tats chlich wirksame gerichtliche Kontrolle)的權利；後者要求，不論是就公權力行為中之確定事實，抑或是其法律評價的部份，法院原則上均擁有審查的權限[14]。

此外，依德國聯邦憲法法院的見解，也可以由憲法基本權的規定推論出，人民享有請求國家提供（對基本權保障而言）具實效性之程序的權利，在此，法院救濟程序只是其中的部份而已——**以基本權為基礎的，有效權利保障請求權**(der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz)。如前所述地，我國大法官解釋似亦有此傾向。於此，德國聯邦憲法法院的主要考量在於：假使只在實體法上保障人民有一定的自由活動範圍（這是自由權的原始內涵），卻不提供人民貫徹此等自由的機會，尤其當人民的自由受到侵害，卻不提供其排除侵害的法院救濟管道時，實體法上的基本權保障將喪失其價值；特別是考量到法院救濟管道為國家所獨佔，質言之，**貫徹此等自由的機會為國家所掌握**，而不能求之於其他社會領域時，尤其是如此[15]。

（二）、「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求

14 Hans-J rgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die ffentliche Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. VI, 1989, Rn. 75; vgl. Dieter Lorenz, Der Grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, A R 1980, S. 631-632.
15 詳參見 Dieter Lorenz 的說明：Dieter Lorenz, a.a.O.(Fn. 13), S. 624, 627-628。

由「有效權利保障」的命令，德國聯邦憲法法院與憲法學界推論出一系列不同的要求：禁止運用事實上或法律上的方法妨礙救濟管道、禁止對救濟管道的利用賦加不必要的困難、須符合正當法律程序的最低要求、應提供適當的救濟形式、應提供即時的權利救濟[16]。依作者之見，Hans-J rgen Papier 與 Eberhard Schmidt-Aβmann 將「有效權利保障」對行政訴訟制度的要求，分別由「**開放法院救濟管道**」及「**法院審查程序的實效性**」兩方面來觀察[17]，較能配合訴訟法的討論方式（訴的合法與否？訴的有無理由？），體系上應較為可採；以下即由這兩個方向來說明，「有效權利保障」對行政訴訟制度所提出的要求。

1. 法院救濟管道的開放

——儘可能無漏洞的法院保障

基於有效權利保障的觀點，所有訴訟法制均受到「應有效地發揮防衛侵害之作用」的要求；於此，Rupert Scholz 很適切地指出，假使立法機關、行政機關有權規定、選擇可能侵害人民權利的各種行政作用形式，則**行政法院的權利救濟可能性相應亦必須保持彈性**，以便對不同的行政侵害措施作出反應[18]；或者依 Wolfgang Heyde 更直接的說法：應該提供人民儘可能的，無漏洞的法院保障，以對抗公權力的侵害[19]。如是，則我國現行訴願法第一條、行政訴訟法第一條將人民抵抗公權力侵害，請求行政救濟的可能性，限制以有行政處分存在為前提，即不無違憲侵害人民訴訟權、相關基本權的疑義。惟大法官釋字第二三零號解釋竟認定：「人民有訴願及訴訟之權，固為憲法第十六條所明定，惟行政爭訟之進行，仍應依有關法律之規定。訴願法…規定訴願之提起，以有行政機關…之行政處分或視同行政處分之情形存在為前提。又行政訴訟法第一條則以人民認為行政處分損害其權利，經依訴願程序請求救濟，仍不服其決定為提起行政訴訟之要件，前開規定乃採取類似行政爭訟制度國家之通例…與憲法第十六條自無牴觸」。

司法院所提「行政訴訟法修正草案」雖然增訂了應為行政處分之訴訟（第五條）、確認訴訟（第六條）、給付訴訟（第七條）。惟依其規定，提起**給付訴訟**限於因公法原因發生財產上之給付，或因公法上契約發生之給付的情形；如是，

16 Dieter Lorenz, a.a.O.(Fn. 13), S. 632.
17 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn. 52ff., 75ff.; Eberhard Schmidt-A β mann in Maunz-D rig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4, Rn. 229ff. 類此：Wolfgang Heyde, § 33 Rechtsprechung, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, Rn. 49。
18 Rupert Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL34/1975, S. 185.
19 Wolfgang Heyde, a.a.O.(Fn. 16), Rn.46.

則例如因公法上的事實行為致人民權利受損害時，人民即無救濟管道可資救濟。有鑑於此，立法院司法、法制兩委員會就此之審查報告即建議，擴張給付訴訟的適用範圍，除財產上之給付外，亦及於請求行政機關作為、忍受或不作為等非財產上之給付請求權（「行政訴訟法」審查會通過條文第八條）。由是，則尚未解決的問題只剩下：**對行政立法行為的法院審查**完全付之闕如。行政立法亦屬重要的行政作用類型，其同樣有可能侵害人民的權利，對此完全未提供法院救濟管道，對「有效權利保障」的要求自屬不無違背[20]。

——立法機關的限制權限

以上所述並非意指，立法機關對於法院救濟管道的開放，不能附加任何限制；他仍然有權規定，可以期待大家接受的，有事理上根據的起訴前提要件(zumutbare und sachlich begr ndete Zul ssigkeitsvoraussetzungen)。(1)**基於法安定性的考量**，例如，在行政機關的聽證程序中，業經通知，無正當理由而不於聽證程序中陳述意見者，必要時可剝奪其起訴的機會，或限制其不得於法院救濟程序中，提出其未於聽證程序中提出的異議[21]；尤其在**牽涉多方當事人權利義務關係**，必須使法律關係即早歸於明確的情形（例如，在行政計畫確定程序中），尤其可以肯定此種限制的正當性[22]。(2)為了**適當分配**法院權利保障這種**有限的資源**，立法機關有權規定，人民在訴請行政法院裁判前，必須先經過一定的**訴訟前置程序**，透過行政體系的自我審查，希望可以減少到達法院之爭端的數量。如果考慮到近日關於法官案件負擔過重的討論，這種論點應該不算突兀。雖然如此，基於有效權利保障的觀點，仍然不可以將訴訟前置程序規劃成，對人民訴訟權之不必要的阻礙；當行政機關遲遲不對訴訟前置程序作出決定時，即應許人民逕行起訴。此外，有效的權利保障並不要求，必須提供多數的法院層級體系[23]。

我國現行訴願法規定兩層級的訴願、再訴願程序，其並且是人民提起行政訴訟的前提要件，此種重複的行政自我審查程序，本身就有違反行政效率，阻礙即時權利保障的疑義；如果再進一步考量，我國現行許多行政法規更規定有**訴願程**

20 Vgl. Eberhard Schmidt-A β mann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL34/1975,S. 240.
21 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.52, 55; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 433-437.
22 Eberhard Schmidt-Aβmann 就強調，在牽涉多方當事人權利保障的情形，有效的權利保障不是透過提高保障，而是透過適當地分配法院的控制來達成：Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 19), S. 236-237。
23 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.55, 50

序的先行程序（如聲明異議）[24]，則現行法制對人民請求法院救濟所抱持的態度，毋寧是極不友善的。司法院所提「行政訴訟法修正草案」將訴願前置主義侷限只適用於撤銷訴訟、請求應為行政處分之訴訟；且訴願人不服訴願決定者，可選擇向地區行政法院提起撤銷訴訟，不服地區行政法院之裁判者，再向中央行政法院提起上訴；亦可選擇提起再訴願，不服再訴願決定者，再向中央行政法院提起撤銷訴訟（所謂的**雙軌制**）[25]。立法院司法、法制兩委員會就此之審查報告則建議，廢除再訴願制度，對於經訴願之案件不服，均以向行政法院提出訴訟的方式，尋求救濟[26]。然而，因規定訴願程序的先行程序所造成的訴訟障礙，則尚未解決。

2. 法院審查程序的實效性

德國學界在探討「法院審查程序實效性」的要求時，除要求應於行政訴訟法中落實各項訴訟程序一般法律原則，包括當事人處分權原則(der Dispositions-grundsatz)、職權調查原則(der Untersuchungsgrundsatz)、訴訟集中原則(der Konzentrationsgrundsatz)、言詞進行原則(der Grundsatz der M ndlichkeit)及程序公開原則(der Grundsatz der ffentlichkeit)[27]以外，大抵均置重於(1)預防性的權利保障(vorbeugender Rechtsschutz)，(2)暫時性的權利保障(vorl ufiger Rechtsschutz)，以及(3)加快訴訟程序的要求(Gebot zur Verfahrensbeschleunigung)[28]；以下即針對此三點來說明，應如何確保法院審查程序的實效性。

——預防性的權利保障

訴訟權所提供的大抵是事後的、排除不法侵害的權利救濟(repressiver Rechtsschutz)；然而，依德國憲法學界的看法，這並不排除立法機關引進（與行政措施同時進行的）伴隨性的法院控制(verwaltungsbegleitende richterliche Kontrolle)，或事前法官審查的制度。假使人民有**特殊的權利保護必要**(qualifizierte Rechtsschutzbed rfnisse)，而不能期待他等到行政措

24 參見蔡志方，行政救濟法論，民國 84 年，頁 34, 127。
25 立法院第二屆第一會期第四次會議議案關係文書，64-65。
26 立法院第三屆第三會期第四次會議議案關係文書，討 489。
27 各原則詳細的內容見：Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 80ff.
28 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.76-79; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 390-423; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 262-279.

施採行之後，再訴請法院排除行政不法的侵害時，立法機關甚至有提供事前權利救濟管道的義務，而應提供人民藉**預防性的不作為之訴、預防性的確認之訴**，來防衛迫切的行政不法侵害[29]。至於在具體的情況下是否具有可期待性(Zumutbarkeit)，則取決於受危害法益的重大性、損害發生的迫切性及損害的範圍大小。這種預防性的權利保障特別適用於：防衛行政機關將採取的，有損當事人名譽或商業信用的公開聲明、報導，因為此等言論一旦發表，當事人所遭受的損害通常很難回復[30]。

依我國現行行政訴訟法第一條的規定，人民提起行政訴訟，以因行政機關之違法行政處分損害其權利為前提，自無提起預防性不作為之訴、預防性確認之訴的可能性。司法院所提「行政訴訟法修正草案」已增列給付之訴、確認之訴的訴訟類型，立法院司法、法制兩委員會更建議將給付之訴的適用範圍擴及其他非財產上之給付；將來是否將開放預防性的權利救濟管道，有待觀察；值得一提得是，修正條文本身並未（如現行條文一樣）排除此種救濟可能性，因此，是否開放此種救濟方式，將取決於法院對「權利保護要件」要求的寬嚴。

——暫時性的權利保障

為避免將來即使在行政法院取得勝訴判決，而因違法的行政措施業已施行，以致造成人民不能回復的損害，「暫時性的權利保障」也是「有效權利保障」所要求的制度。德國聯邦憲法法院甚至將《提起行政訴訟應發生停止執行原行政決定》一點，稱為公法訴訟的基本原則[31]。雖然如此，提起行政訴訟應否發生停止執行的效果，以避免對人民造成不能回復的損害，實際上是取決於**即時執行的公共利益，以及停止執行對處分相對人的利益之間的利益權衡**。假使處分相對人顯無勝訴的希望，則處分相對人根本欠缺請求停止執行的正當利益，反之，假使原行政決定顯然違法，則根本無即時執行的公共利益可言[32]。此外，Eberhard Schmidt-Aβmann 建議，在可能會導致嚴重環境污染之大型建設計畫的情形，如有人對核准該計畫的行政處分提起撤銷之訴，則至少在一個審級的時間範圍內，應停止該計畫的執行[33]。

29 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.76.
30 Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 279.
31 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.76, 79.
32 Karl August Bettermann, Sofortiger Vollzug und Erfolgsaussichten der Anfechtung, DVBl. 1976, S. 68; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 276.
33 Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 19), S. 261.

依我國現行訴願法第二十三條、行政訴訟法第十二條，提起訴願、行政訴訟，原則上並不停止原行政處分或決定的執行；在提起行政訴訟的情形，「行政法院或為處分或決定之機關，得依職權或依原告之請求停止之」。然而，應否停止之判斷標準則付之闕如，上開關於德國法制的說明，可提供作為行政法院、有關行政機關作成此類判斷的參考。司法院所提「行政訴訟法修正草案」則已規定，「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之」（第一百十七條第二項）。立法院司法、法制兩委員會就此之審查報告更進一步建議，在提起行政訴訟前，如具備前述要件，行政法院亦得依職權或依聲請裁定停止執行，但於公益有重大影響者，仍不得為之（審查會通過條文第一百十六條第三項）。由上開草案條文可以發現，德國行政救濟法理論對我國修法方向的影響。

——加快訴訟程序的要求

在歐洲人權法院(Europ ische Gerichtshof f r Menschenrechte)裁判的影響下，德國聯邦憲法法院認定，「有效權利保障」的命令也要求，應該在適當的時期內提供權利保障[34]。就此，德國學界亦採取同樣的見解[35]。因為過長的訴訟程序會嚴重影響法院權利救濟的實效性，對當事人而言，太遲的救濟有時對他已全無實益。「加快訴訟程序的要求」首先要受到的限制是：不能犧牲**法院裁判的正確性**，來換取訴訟程序的快速。其次，法院人員、設備資源上的有限性，當然也會影響訴訟程序的速度。德國學界雖然肯定，「有效權利保障」的命令也要求立法機關，應該提供法院適當的人員、設備資源。然而，考量到國會對政治事務（包括國家有限資源應該如何分配）的優先決定權限，只有當法院人員、設備資源**顯然不足**的情況下，才可以承認人民有**主觀的權利**請求立法機關提供相應的資源[36]。在我國行政救濟法制的檢討中，「加快訴訟程序的要求」似乎並未受到適當的重視；這是頗可遺憾之處。

34 Wolfgang Heyde, a.a.O.(Fn. 16), Rn.50.
35 Michael Kloepfer, Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, JZ 1979, S. 211-212; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 422-423; Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.78; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 262-263.
36 Michael Kloepfer,a.a.O.(Fn. 34), S. 210f., 212f.; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 423.

（三）、新興行政任務對行政訴訟制度的挑戰

Eberhard Schmidt-Aβmann 在 1975 年德國公法學家年會中，針對「行政責任與行政法院」的論題中指出：在考量**多方面當事人之行政關係**(polygonale Verwaltungsverh ltnisse)的情形，質言之，行政機關所面對的多方相對人，其彼此可能處於利害衝突的情況下，則向來以行政機關與行政處分相對人**兩極之訴訟關係**(zweipolige Prozeβverh ltnisse)為基礎的，過份強調相對人權利保障的趨勢應予遏止。蓋對於一方相對人權利保障之提高，可能正是以另一方相對人之利益為代價。就此，Eberhard Schmidt-Aβmann 建議以適當分配法院審查重點的方式，而非以片面提高權利保障的要求，來促成所有各方面當事人權利的有效保障[37]。

在同樣的論題中，Rupert Scholz 也具體地強調，在不涉及多方利益衝突的，個人權利保障的情況下，預防性、暫時性之權利保障的問題有限；比較有問題的毋寧是在**分階段的、多方面的行政關係**(gestufte und mehrseitige Verwaltungs-verh ltnisse)。於此，預防性、暫時性的權利保障可能會介入正在進行中的，涉及多方權利義務的行政程序中。法院如過早干預，有侵越行政權限的嫌疑，並且有可能影響他方人民，但如過晚介入，經常因已造成既存狀態，而難以再提供有效的權利保護。於此，Rupert Scholz 建議，侵害的傾向必須足夠明確(hinreichende Eingriffsbestimmtheit)，才可以請求權利救濟。他特別強調，這個建議有其權限分配上的考量，質言之，是以適當地分配行政、司法機關的權限範圍為根據[38]。

正是因行政機關擔當了現代國家新興的行政任務——介入規劃社會關係、分配社會資源，概括地說，從事**形成社會秩序的行政決定**(sozialgestaltende Entscheidung)[39]，才發生前述這種分階段的、多方面的行政關係。這一類新興行政任務對行政訴訟制度的挑戰，不僅存在於如何在分階段的、多方面的行政關係中落實權利保障；同樣重要得是，在考量「有效權利保障」要求的同時，如何配合行政事務的特質，使行政機關有一定的，終局自主決定的空間；蓋在現代民主國家，行政權就其職務之執行，（直接或間接）對人民負擔一定的政治責任(行政責任—Verwaltungsverantwortung)。有鑑於此，作者認為，Rupert Scholz 的強調以《適當分配行政、司法機關之權限範圍》為據，來尋求解決此類問題的標準，是一種正確的出發點。然而，無可否認的，如此畢竟只提出一種解決問題的原則，在處理具體問題時，必須進一步考量事件類型的特殊性，才能發現解決此類事件的適當辦法[40]。

37 Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 19), S. 236-237.
38 Rupert Scholz, a.a.O.(Fn. 17), S. 196-197.
39 Winfried Brohm, a.a.O.(Fn. 4 —Sozialstaat), S. 1

參、「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響——行政法院的控制密度

事實上，為了配合行政事務的特質，立法機關藉著(1)賦予行政機關，在案件事實合致法律構成要件的情形，有法律效果的選擇權限（「**行政裁量**」）；(2)賦予行政機關，就具體案件事實是否符合法律構成要件，享有一定的判斷空間（「**判斷餘地**」），兩者已經是行政法學的重要構成部份。然而，「行政裁量」、「判斷餘地」等實體法上的規定，也會影響行政法院對行政措施的控制密度[41]，這正是本文想強調的部份。此外，如前所述地，行政機關擔當現代國家新興的行政任務，而從事形成社會秩序之行政決定時，在行政法的理論中發展出(3)「**計畫裁量**」與(4)「**規範具體化行政規則**」的法律制度。在這兩種情況，也會發生立法機關準備賦予行政機關多大的自主決定空間，連帶也涉及，此種行政規則對行政法院是否有一定之拘束力的問題。以下即由這四種（基於行政事務特質而發展出來的）法律制度出發[42]，來說明行政法院控制密度所受到的限制。

一、行政法院審查「行政裁量」行為的界限

（一）、「行政裁量」權的意義

假使依該當法律，在具體案件事實符合法規範構成要件的情況下，行政機關仍然有決定是否課予法律效果（「決定裁量」— Entschlieβungsermessen），或選擇何種法律效果（「選擇裁量」—Auswahlsermessen ）的權限時，一般認為，於此行政機關即被賦予行政裁量權。由此看來，**行政機關是否享有「行政裁**

40 關於法律原則（此處涉及得是權力分力原則）具體化的過程，請參見：拙譯，Karl Larenz 著，法學方法論，民國 85 年，頁 389 以下。
41 Otto Rudolf Kissel, Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, NJW 1982, S. 1781.
42 Eberhard Schmidt-Aβmann 則將行政機關有最後決定權的情況分為七種：行政裁量、判斷餘地，估計的特權(die Einsch tzungspr rogative)、預測的授權(die Progonoseerm chtigung)、採納既存規則的法律概念(die Rezeptionsbegriffe)、計畫裁量，以及規範訂定裁量(das Normsetzungsermessen)；見 Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 188.

量」權，取決於行政實體法上的規定[43]。因此，司法院所提「行政訴訟法修正草案」第二百零一條所定，「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」之規定，實以行政實體法上業已賦予行政機關裁量權為前提。

（二）、「行政裁量」權限對行政法院裁判的影響

「行政訴訟法修正草案」前述規定除了指出，「行政機關裁量權之行使，須在法令授權範圍內始為合法」外，為「限制行政法院之職權，並確保行政機關裁量權之合法行使」，也同時規定，「如有逾越裁量權限或濫用裁量權力而為行政處分者，不論其為積極的作為或消極的不作為，均屬違法…**以此情形為限，行政法院始得加以審查及撤銷**」[44]。不無遺憾得是，上開條文僅列舉出「裁量逾越」與「裁量濫用」兩種違法裁量類型，學說上一般承認的第三種違法裁量類型 —「裁量怠惰」（行政機關怠於行使法律所賦予之裁量權，或行政機關在行使裁量權時遺漏了重要的觀點）則被忽略[45]。

為確保行政機關裁量權的合法行使，行政法院對裁量行為不僅只能作合法性的審查，質言之，只能審查行政行為有無違法裁量的情形；猶有進者，行政法院**即使認定有違法裁量的情況，其裁判仍須以尊重行政裁量權的方式為之**。具體來說，在行政機關違法地否准裁量性—授益性行政處分的情形，行政法院原則上只能廢棄原處分，命行政機關另為適法的裁量，而不能逕行代行政機關為授益處分。此外，如裁量性—負擔性行政處分有部份違法的情況，行政法院原則上應廢棄整個行政處分，使行政機關重為適法裁量，而不應僅廢棄違法部份；蓋在去除該違法部份後，行政機關未必願意作出剩餘其他部份內容的行政處分。

二、「判斷餘地」對行政法院控制密度的影響

（一）、「判斷餘地」的意義及其對行政法院的影響

43 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.62.

44 司法院「行政訴訟法修正草案」第二百零一條立法理由說明。

45 參見李震山，行政法導論，民國 86 年，頁 72-74；Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 331; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 188。德國法院實務上，用來控制行政機關濫用裁量權的法規範依據，主要是恣意禁止、信賴保護、行政自我拘束及比例原則等行政法上的一般法律原則；就此請參見：Ferdinand O. Kopp, Handlungsspielr ume der Verwaltung und Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes, in: V. G tz/H.H. Klein/Ch. Starck(Hg.), Die ffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, G ttinger Symposion, 1985, S. 151.

與「行政裁量」之取向於法律效果的選擇不同，行政機關的「判斷餘地」主要牽涉法規範中的構成要件部份[46]。行政機關將法規範適用到具體案件事實之前，大抵必須先**確定案件事實、解釋應適用法規範的意義**，最後必須審查，其所確定之案件事實是否合致法規範構成要件要素的要求（所謂之「涵攝」的過程）[47]。關於確定案件事實的部份，並無「判斷餘地」之可言；行政機關在確定案件事實上如有缺失，行政法院均得審查。此外，「判斷餘地」的理論並非認為，只要法規範的構成要件要素使用了「**不確定的法律概念**」(unbestimmte Rechtsbegriffe)，行政機關對該當構成要件要素的解釋，就享有判斷空間；相反地，終局地解釋一般抽象法規範的意義，乃是司法機關，而非行政機關的固有權能。即使在例外承認行政機關有「判斷餘地」的情形，也並非認為，行政機關對有關法規範本身的意義有終局解釋權限，毋寧是指行政機關在「涵攝」的階段享有一定的判斷空間，在此範圍內的行政決定法院應予尊重，而不得以自己的判斷來取代行政機關的判斷[48]。然則，行政機關何時享有此等「判斷餘地」？

（二）、決定「判斷餘地」存否的標準

前已提及，行政機關是否享有「行政裁量」權，取決於行政實體法上的規定，同樣地，行政機關是否享有「判斷餘地」，**也取決於立法者的授權與否**。應該在一開始就明白指出得是：不能因立法者在法規範構成要件部份運用了「不確定的法律概念」，就認定他有賦予行政機關「判斷餘地」的意向。蓋使用「不確定的法律概念」來描述法規範的構成要件，毋寧為立法的常態，如因此即認定行政機關有「判斷餘地」，行政法院不得加以審查，則行政法院勢必不能有效發揮其保障人民權利的功能。

前述主張並非認定，必須法律明文授予行政機關「判斷餘地」時，才能承認行政機關有此等決定空間。除**文義解釋**外，**其他法解釋方法**在此也可以適用。例如，假使立法者將行政決定權交給（依法不受上級長官指揮監督之）專家構成的委員會，則立法機關常有使該機關享有「判斷餘地」的意向。再者，假使牽涉的

46 就此請參見：翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量之關係，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，民國 71 年四版，頁 86。反對將「行政裁量」與「判斷餘地」截然劃分者：Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 19), S. 252f.; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 308-310.

47 就此請參見：翁岳生，不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法，民國 84 年，頁 93-95。

48 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.63-64.同此見：翁岳生，前揭文（見前註 46），頁 97。

行政決定性質上是「對未來發展所作的評價或預估」，而且是由（依法獨立不受指揮監督的）專家構成的委員會作成決定，則更應認定立法機關有使該機關享有「判斷餘地」的意向；在我國，可以用公平交易委員會對「獨占事業」的公告為例。此外，大致在考試的評分、公務員能力的判斷，尤其考績的決定上，亦承認作成決定之行政機關有「判斷餘地」；於此，主要的考量在於：此類行政決定具有不能重複、不能代替的特質[49]。

三、行政法院對「計畫裁量」的控制界限

（一）、「計畫裁量」的意義及特質

在行政計畫法的領域，行政法院對計畫確定行為的控制密度，經常也成為討論的焦點。所謂計畫是指：為了在未來實現特定的公共目標，在與此有關之當事人的參與下，藉著協調有關當事人的利益，依一定步驟而採取之各種有助於達成該目標的措施。於此，一方面經常**牽涉多方面權益的衝突**，另一方面**法律經常只概括地規定計畫的目標**，而授權計畫確定機關，在**權衡**各方權益之下，選擇達成目標的手段，並確定其施行的步驟。實務上，這種意義的行政計畫有各種類型：財政計畫、地域性計畫、專業計畫以及發展計畫。基於行政計畫法的這種特質，一般認為，行政機關對於確定計畫有一定的「**計畫形成自由**」(sog. planerische Gestaltungsfreiheit)[50]。而因為行政計畫法前述**目的綱領式**，而非**條件式**（在合致構成要件的條件下，可發生法定效果）的法規範型態，先前（以法律效果的選擇空間，或涵攝時的判斷餘地作為區分基準的，）「行政裁量」、「判斷餘地」的說明，就未必能適用於行政計畫法的領域；因此，行政法學常以「**計畫裁量**」(Planungsermessen)來描述行政機關的這種「計畫形成自由」[51]。

（二）、行政法院對「計畫裁量」的控制方式

行政法學雖然承認行政機關在行政計畫領域有一定的「計畫形成自由」，然而這項自由並非全無界限。德國行政法學是以「**應予衡量命令**」(das

49 Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 345-352; Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.66-67; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 194-196 並參：翁岳生，前揭文（見前註 46），頁 97 以下。

50 Konrad Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, D V 1971, S. 760-761; Winfried Brohm, a.a.O.(Fn. 4 - Sozialstaat), S. 2-4; ders., , a.a.O.(Fn. 4 - Verwaltungsgerichtsbarkeit), S. 328;Richter•Schuppert, a.a.O.(Fn. 5), S. 269-272。

51 Richter•Schuppert, a.a.O.(Fn. 5), S. 270；不同意見：Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 19), S. 251f.; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 312.

Abw gungsgebot)為論題，開展出一套行政機關在確定行政計畫時應遵循的要求，行政法院也依據這些要求來審查計畫確定行為的合法與否。首先，(1)當行政機關根本未為衡量時，自屬對「應予衡量命令」的違反（「**未為衡量**」—Abw gungsausfall）；其次，(2)假使行政機關對牽涉其內的權益未加考量時，也構成對「應予衡量命令」的違反（「**衡量上的赤字**」—Abw gungsdefizit）；再者，(3)行政機關確定行政計畫時，對牽涉其中之公、私權益的重要性，作了錯誤的判斷時，也是違反「應予衡量命令」的一種類型（「**衡量時的錯估**」—Abw gungsfehleinsch tzung）；最後，(4)當行政機關權衡相歧之公、私權益的方式，與有關權益客觀上的重要性顯不相當時，亦屬對「應予衡量命令」的違反（「**衡量時的不成比例**」— Abw gungsdisproportionalit t）[52]。

從前述「應予衡量命令」的具體要求來看，行政法院對行政機關確定行政計畫行為的審查，重點比較不是所確定計畫內容的控制，毋寧更置重於對行政計畫**作成程序的控制**[53]。這樣的作法是可以理解的，立法機關所提供的實質標準既然非常空泛，法院也很難依據這樣空泛的標準來審查計畫的實質內容。事實上，行政計畫法中對程序面的重視，尚不僅表現在行政法院之控制置重於此。在行政計畫的實體法規定空洞，對人民的權利保護不足時，德國法學及司法實務界均傾向於，**確保相關當事人有效參與行政計畫作成程序的權限**，以此作為補充權利保障的重要手段。蓋長久以來，其行政學界已認識到，行政程序的設計會對最終行政決定的內容有重大影響；因程序如何規劃會影響有關資訊的調查、選擇，以及不同觀點的考量，如是自然會影響到依據這些資訊、考量而作成的最終行政決定[54]。再者，必須保障相關當事人能參與行政決定的作成程序，他才有機會發現行政決定作成程序中一些可能的缺失，而可以在法院救濟程序中提出；就此而言，行政程序參與權限的保障，對於法院救濟程序也有補強的作用[55]。

52 Konrad Redeker, a.a.O.(Fn. 49), S. 162; Wolf-R diger Schenke, a.a.O.(Fn. 12), Rn. 333; Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.74; Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 213.

53 Winfried Brohm, a.a.O.(Fn. 4 - Sozialstaat), S. 5-6; Konrad Redeker, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, NJW 1980, S. 1596.認為「衡量過程」、「衡量結果」同為行政法院之審查對象者：Eberhard Schmidt-Aβmann, a.a.O.(Fn. 16), Rn. 213-216.

54 Winfried Brohm,a.a.O.(Fn. 4 - Verwaltungsgerichtsbarkeit), S. 331.關於程序參與權的詳細說明，請參見：Konrad Redeker, a.a.O.(Fn. 52), S. 1593ff.

55 Rupert Scholz, a.a.O.(Fn. 17), S. 183-184, Fn. 154.

四、「規範具體化行政規則」對行政法院的拘束力

（一）、「規範具體化行政規則」理論的發展

假使立法者對與科技有關的領域，不能提供明確的規定，行政機關為了統一該法規範的適用，而針對技術安全、環保有關法律中一些不確定的法律概念，訂定行政規則來具體化法律的內容，這些行政規則是否也拘束行政法院？假使認定其對行政法院全無拘束力，行政法院在裁判時可以針對具體的個案，分別認定污染是否足以造成「有害環境的影響」(sch dliche Umwelteinwirkungen)，設置核能電廠所採取之預防損害措施是否「符合當代科學與技術水準之要求」(die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Sch den)，則法規範統一適用的目標勢必難以達成。然而，假使承認此等行政規則有拘束人民，因此也拘束行政法院的效力得話，則傳統法源論上「行政規則」與「法規命令」的區分，將難以維持；且等於承認行政機關有原始立法權，其對於權力分力原則亦將造成衝擊[56]。

——「預先作成的專家鑑定意見」

德國聯邦行政法院在 1978 年 2 月 17 日的 Voerde 裁判中認定，依「聯邦有害物質侵入防止法」(BImSchuG)第 48 條，由行政機關訂定之空氣污染指標—TA-Luft（性質屬行政規則），對人民而言，本身並無規範上的拘束力；因此，對人民而言，並非有規範上拘束力的，劃定「有害物質侵入之容許與否」的界限。然而，如完全否定其拘束力，則行政機關下述努力將喪失其作用：透過集中程序求得必要的自然科學資訊，以研擬出**統一的**，有害物質的侵入是否已構成對公眾或近鄰的危害、重大不利益或嚴重影響的規則。因此，該法院認為，對於有害物質的侵入是否已達到「應予禁止的危害程度」，這些行政規則至少是一種適當的認識根源。而且因為它是以不同領域專家的知識與經驗為基礎，所統一提出的標準，因此，可以認定它是一種「**預先作成的專家鑑定意見**」(antizipiertes Sachverst ndigengutachten)。為達到統一適用「聯邦有害物質侵入防止法」的目標，如無其他特殊情事出現（例如，在行政規則訂定後，自然科學、技術上有重大的發展；或者該行政規則長久未經修正），行政法院應受該行政規則的拘

56 Vgl. Richter•Schuppert, a.a.O.(Fn. 5), S. 101-109

束[57]。

對於視此等行政規則為一種原則上拘束法院的，「預先作成之專家鑑定意見」的想法，主要的批評在於：劃定標準質(Grenzwerte)或其他技術標準(technische Standards)時，並不僅是單純地描述專家研究的結果；毋寧也必須對危險的評估、可期待當事人忍受的界限，作評價性的判斷；因此，將此等規則設想為一種專家鑑定意見，法學方法上是有疑義的[58]。

——「規範具體化行政規則」的理論

德國聯邦行政法院在 1985 年 12 月 19 日的 Wyhl 裁判中認定，經原子能資源各邦統合委員會議決，聯邦內政部長發布的，關於放射線輻射污染值「一般計算基準」(" Allgemeine Berechnungsgrundlage f r Strahlenexposition bei radioaktiven Ableitungen mit der Abluft oder in Oberfl chengew sser")的行政規則，並非專家鑑定意見。依其見解，「一般計算基準」應確保，在監督有關技術設備之營運者是否已遵守「放射線防護規則」(StrSchV)所規定的劑量限值(Dosisgrenzwerte)時，應有足夠可靠的評估基準及計算模式。於此，這種「一般計算基準」具有**規範具體化的作用**，其與「**解釋規範的行政規則**」(norminterpretierende Verwaltungsvorschriften)不同，其所定之標準值、界限，對行政法院具有拘束力；對這種「一般計算基準」，行政法院只能審查有關機關是否以合乎事理、免於恣意的方式來訂定該行政規則[59]。由此看來，即使認定該當行政規則是一種「規範具體化的行政規則」，行政法院對之也並非全然不能審查，只是其審查重點同樣置重在**行政規則訂定的程序**，而非行政規則的內容本身。

對聯邦行政法院所提出之「規範具體化行政規則」的理論，也不乏抱持疑慮者。主要的質疑是：此種作法等於承認行政機關有原始（質言之，不待法律授權）的法規命令訂定權，這點與行政法學嚴格區分「法規命令」與「行政規則」的理

57 BVerwGE 55, 250/256f., 258 zit. nach Richter•Schuppert, a.a.O.(Fn. 5), S. 102-104.詳見 Bernd Bender, Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischem Fortschritt, NJW 1978, S. 1947, 1951.

58 Peter Badura, a.a.O.(Fn. 6), S. 175; Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.71.並參許宗力，訂定命令的裁量與司法審查，見：當代公法理論（翁岳生教授六秩誕辰祝壽論文集），民國 82 年，頁 305。

59 BVerwGE72, 300/319ff. zit nach Richter•Schuppert, a.a.O.(Fn. 5), S. 106-107.並參 Christoph Gusy, a.a.O.(Fn. 6), S. 497ff.; R diger Breuer, a.a.O.(Fn. 6), S. 104ff.; 許宗力，前揭文（見前註 57），頁 303-304； 陳春生，前揭文（見前註 7），頁 144-147。

論不能調和；並且有牴觸憲法權力分立原則的嫌疑。再者，「規範具體化之行政規則」與「解釋規範之行政規則」其間的區分也不夠清楚；蓋所有的「解釋」也都是一種「具體化」的過程[60]。作者認為，「規範具體化的行政規則」並不等於法規命令，蓋如前所述的，行政法院仍然有權審查有關機關是否以合乎事理、免於恣意的方式訂定該行政規則；質言之，「規範具體化行政規則」理論的重點比較在於，就某一類型的行政行為，限制行政法院的審查、控制方式，而不在於創造一種新的法規範類型。比較成問題的毋寧是：如何區分「規範具體化的行政規則」與「解釋規範的行政規則」，質言之，如何確定立法機關有意賦予行政機關具體化法規範的權限，因此行政法院亦應予尊重？

（二）、確定「規範具體化行政規則」存否的標準

立法機關是否有意賦予行政機關具體化法規範的權限，自應取決於相關的法律規定，其一方面授予行政機關具體化法規範的權限，另一方面也構成行政機關具體化法規範的界限[61]。雖然如此，不能僅以**法律規定的抽象程度**，來決定立法機關是否有意授權[62]。亦不能僅以**所牽涉的事務領域**具有高度科技性、複雜性的特質，即認定行政機關享有訂定統一性規則的判斷空間[63]。法律毋寧應透過創制**組織上的、程序上的預防措施**，以確保行政機關在訂定這些行政規則時，其所考量、援引的科技性事實基礎，確實能配合實體法上的要求。在滿足這種法治國原則的最基本要求之後，才宜於承認行政機關對危險的評估、技術標準的確定，有獨立的判斷空間，行政法院對此亦應予尊重。因此，即使立法者並未明文授予行政機關具體化法規範的權限，惟其特別要求，必須由有專業代表性，並且不代表任何利益之有關專家，所組成的獨立委員會負責訂定該行政規則，就可以推知立法者在此有意賦予行政機關具體化法規範的權限。於此，行政法院僅能審查相關行政規則是否確係由符合法定要求的獨立委員會，依相關的程序要求所作成；對行政規則的實體內容，則應承認作成機關的判斷空間[64]。

總結來看，在行政法院對行政措施之審查範圍、控制密度的問題上，無論是牽涉到「行政裁量」、「判斷餘地」、「計畫裁量」或「規範具體化行政規則」

60 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.72; 陳春生，前揭文（見前註 7），頁 147-150。.
61 Hans-J rgen Papier,a.a.O.(Fn. 13), Rn.72; Christoph Gusy, a.a.O.(Fn. 6), S. 500.
62 Christoph Gusy 似傾向於此：Christoph Gusy, a.a.O.(Fn. 6), S. 500.
63 Peter Badura, a.a.O.(Fn. 6), S. 176; 許宗力，前揭文（見前註 57），頁 304-305。
64 Peter Badura, a.a.O.(Fn. 6), S. 176-177; 許宗力，前揭文（見前註 57），頁 305。

的情況，立法機關的決定都具有關鍵性的意義。行政法院的任務在於：審查、控制已經由行政機關作成的決定，其審查、控制時所適用的標準，則是立法者所制定的法律。行政法院應依據法定標準來控制行政行為，而非自創標準。因此，節制行政機關的權力，首先應由立法機關來行使，行政法院的任務則在於：進一步審查行政權是否確實遵守立法機關所劃定的界限。因此，一旦立法機關授予行政機關獨立選擇法律效果的權限、在涵攝時有判斷空間、確定計畫有一定的「計畫形成自由」，乃至賦予行政機關具體化法規範的權限，則行政法院只能審查行政機關是否逾越了立法機關所賦予權限的範圍，而不能僭越（尚在此範圍內的）行政機關的決定權限[65]；這整個考量，事實上是以具有憲法位階的，權力分立原則為其理念基礎[66]。至於立法機關是否的確賦予行政機關該當的決定空間，乃是相關實體法解釋的問題，並非行政訴訟法的問題[67]；然而由此也可以看出行政實體法規定對行政訴訟的影響。

肆、結語

修正調整行政救濟制度（包括訴願、行政訴訟及行政法院組織），已成為近幾年修法的課題。然而，整個討論的重點似乎片面地，僅以法律政策為基礎地傾向於，強調人民對抗國家公權力侵害的權利保障；有鑑於現代國家不同行政任務的各種特質，立法機關賦予行政機關必要的決定空間時，其對行政救濟制度可能產生如何的影響，則似乎欠缺反省。本文一方面嘗試由憲法所要求的，對人民權利的有效保障出發，試圖指出**憲法（而非僅法律政策）對行政訴訟制度的要求**；其要求的內容包括(1)廣泛開放法院救濟管道，以及(2)確保法院審查程序本身的實效性（貳）。另一方面則由行政作用法領域內，賦予行政機關決定空間的幾種法律制度：(1)「行政裁量」、(2)「判斷餘地」、(3)「計畫裁量」與(4)「規範具體化行政規則」出發，分別指出在不同的法律制度中，**行政法院對行政措施之控制密度各自應受到的限制**；而其統一的，分配行政機關、行政法院決定權限的標準，則取決於立法機關的決定，此項標準復以權力分立原則為其理念基礎(參)。指出行政訴訟制度這兩個面向之後，人民（依據憲法）至少可以要求如何的行政

65 Peter Badura, a.a.O.(Fn. 6), S. 169-172.
66 Vgl. G nter P ttner, Handlungsspielr ′ ume der Verwaltung und Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes, in: V. G tz/H.H. Klein/Ch. Starck(Hg.), Die ffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, G ttinger Symposion, 1985, S. 141.
67 Hans-J rgen Papier, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, D V 1986, S. 625.

訴訟制度，依據（同樣具有憲法位階的）權力分立原則，不能期待行政法院介入的所在，都可以清楚呈現，如是，我們才真正瞭解到行政法院的「能」與「不能」。

憲法上人民行政訴訟權之保障

陳清秀※

一、前言
二、　行政訴訟權之保障範圍：具體的公法上爭議
（一）具體的法律上爭議
（二）公法上爭議
（三）例外情形：司法權之界限
1. 統治行為
2. 議會內部自律問題
3. 有關團體之內部事項之行為
4. 行政裁量之妥當性問題
三、　行政訴訟之前置程序與行政機關終審裁判之禁止
(一)行政訴訟之前置程序
(二) 行政機關終審裁判之禁止
1. 對於行政執行行為之訴訟權利
2. 行政機關事實認定之拘束力
四、特別法院之禁止與法定法官原則
(一) 特別法院之禁止
(二)法定法官原則
五、　司法機關獨立審判之要求
(一)不受任何干涉
(二)命令違法審查權
(三)本於良心審判
六、　法治國家之訴訟程序保障
(一)有效的保護人民權利
1. 有權利侵害，即有權利救濟

※ 陳清秀，東吳大學法律學系教授

2. 權利救濟方法無漏洞
3. 有效的保護人民權利
(二) 公正的訴訟程序請求權（公正裁判之要求）
(三) 法律上聽審請求權
七、良善裁判請求權：法院裁判品質之提升
(一) 法官養成
(二) 設立財稅專庭專責辦理財稅案件
(三) 加強與學術界之合作
八、聲請釋憲：憲法訴訟
(一) 法令違憲之救濟
(二) 判決違憲之救濟
(三) 違憲審查之效力
九、行政訴訟權之限制
十、結語

一、前言

憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」在人民權益受到政府公權力侵害時，得提起訴願及行政訴訟請求救濟。有關行政訴訟事件，並由司法機關掌理裁判(憲法第 77 條)。在此所謂司法，有認為是指對於具體的爭訟，適用宣示法，並對之加以裁判之國家作用。亦即在當事人間在有關於具體事件之紛爭時，以當事人提起爭訟為前提，獨立的法院基於統治權，依據一定的爭訟程序，為解決紛爭，判斷何者為法，並保障正確的法規範的適用之國家作用。因此，司法的概念之構成要素，包括(1)有具體的爭訟存在。(2) 依據正當法律程序要求之特別程序進行裁判。 (3)獨立作成裁判。 (4)保障正確適用法規範[1]。

本文以下擬從憲法保障人民訴訟權觀點，探討人民之行政訴訟權之保障問題。

二、行政訴訟權之保障範圍：具體的公法上爭議

現行行政訴訟制度原則上採取主觀的權利救濟制度，必須人民有個別主觀權

1 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 320 以下，岩波書店。

利侵害，才能尋求訴訟救濟。在此必須有具體的公法上爭議存在，始得為人民受憲法保障行政訴訟權之範圍。

（一）具體的法律上爭議

首先提起行政訴訟，必須有具體的法律上爭訟或爭議。亦即應具備下列二項要件：

(1)必須在當事人間有關具體的權利義務或法律關係之存否之紛爭（具體的事件性與爭訟性）。因此，要請求法院救濟，原則上應以自己的權利或法律上受保護之利益之侵害為要件。

如果不涉及具體的事件性，而涉及抽象的法令解釋或效力之爭議，原則上不在法律上爭議之訴訟範圍[2]。

又單純的事實之存否、個人主觀意見之當否、學術上或技術上之論爭等，例如國家考試之合格或不合格之判定行為，其中涉及以學問上或技術上之知識能力意見等之優劣或當否為判斷之內容時，應委由實施考試之機關最終判斷決定，不得為裁判之對象[3]。

(2)必須對於該項爭議，可以適用法律終局的加以解決（適用法律解決紛爭之可能性）。

例如在單純對於信仰對象之價值或宗教之教義，要求進行判斷之訴訟，或單純宗教上地位(例如住持之地位)之確認訴訟，此類不涉及具體的法律關係之問題，並不該當於可以適用法規終局的解決之法律上爭訟。

在涉及宗教問題的爭訟，如果其爭議之實體或核心屬於宗教上之爭議，則該紛爭本身整體不適合於由法院解決。反之，如果其紛爭本身之整體，並非不適合於由法院解決，只是涉及宗教問題作為前提問題時，則法院仍可進行審查，但對於前提問題之宗教問題，則尊重宗教團體之自律判斷。例如涉及宗教教義之解釋，本來屬於宗教團體自治決定之事項，法院不作實體上審理判斷，不介入其自治事項，例如僅就住持選任或罷免之程序上問題進行審理判斷[4]。

例如在日蓮正宗蓮華寺事件，日本最高法院平成元年九月八日判決對於住持懲戒除名處分之爭訟，法院認為在宗教團體內部所為懲戒處分之效力，構成本件

2 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 323，岩波書店。
3 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 324，岩波書店。
4 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 324，岩波書店。

請求當否之前提，而其效力之有無，構成當事人間紛爭之本質的爭點，在此情形，如不切入宗教上之教義或信仰之內容，則無法判斷其效力之有無，且其判斷為左右訴訟之成敗結果所不可或缺，上述訴訟，於實質上並不適於依據法令之適用終局解決紛爭[5]。

(二)公法上爭議

公法上之爭議，除法律別有規定外，得依行政訴訟法提起行政訴訟（行政訴訟法第 2 條）。「關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，行政訴訟與民事訴訟分由不同性質之行政法院及普通法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。」（釋字第 448 號解釋理由書）。亦即一個具體法律關係之爭訟，如歸屬於公法上爭議性質，除法律另有特別規定外，原則上即應劃歸行政法院審判，反之，如歸屬於私法上爭議性質，原則上劃歸普通法院審判。因此，一個法律上爭訟是否為公法上爭議，首先應加以判斷。

一個法律上爭訟是屬於公法上性質或私法上性質之爭訟；在法律未有明定救濟途徑的情形，應如何判斷，不無疑義，就此德國學說判例概認為應依據導出訴訟上請求權之法律關係的法律性質，來加以決定，亦即必須斟酌其事件之事實關係，客觀上是由那些法規加以定性規律以及對於原告訴之聲明之判斷，那些法規可被適用等因素，而非以原告訴訟請求權所援引之法規為準。換言之，公法爭議與私法爭議之區別，應以導出訴訟請求權之「法律關係的真正性質」為準[6]，而不以原告本身所主張之請求權之法律上定性為準[7]。

故倘若就原告之事實上陳述（最後並以法院證據調查結果所認定之真實的事實關係為準）[8]，依正確之法律上判斷有公法上關係存在時，則即使原告主張之請求權，外觀上係以私法上之形式（例如所有權、占有、不當得利或損害賠償訴訟）表現之，仍不得循民事訴訟請求救濟，而仍屬行政訴訟之救濟範圍[9]，此原則之適用，反之亦然。

5 引自芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 325，岩波書店。
6 陳清秀，行政訴訟法，第 6 版，2013 年，頁 19； GmSOBG NJW 74, S. 2087; BGH v. 30.3.1978, BGHZ 71, 180; BSG v. 2.2.1984, DÖV 1985, S. 490.
7 Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl., 2012, § 40 Rn.6 ; BVerwG v. 25.10.1972, BVerwGE 41,127; BVerwG v. 5.11.1981, DVBl. 1982, S. 636.
8 陳清秀，行政訴訟法，第 6 版，2013 年，頁 19 以下，元照出版。
9 BGH v. 12.5.1976, NJW 1976, S. 2305.

在公法上爭議，原則上固然由行政法院裁判，但如屬於憲法性質之公法上爭議則由司法院大法官解釋。另外在例外情形，公法上爭議也有由普通法院裁判之情形。因此，有關行政法院審判權範圍之爭議必須為（1）屬於法律上之爭議，而非自始不受司法審查之高權行為；（2）公法上之爭議；（3）非憲法性質之公法爭議；（4）法律別無規定應由其他法院審判[10]。

（三）例外情形：司法權之界限

1.統治行為

有關司法機關所行使之權限，亦有其限制。「此種限制除憲法或法律之明文規定外，尚有出於權力之本質者，司法審查權在本質上應受限制，不僅為學理所公認，且在各先進法治國家實際運作中，已形成相關制度。此即美國法制上之政治問題（political question），德國之不受司法管轄之高權行為（gerichtesfreier Hoheitsakt ），法國之政府行為（Astes degouvernement），英國之國家行為（Act of state ），國內學者或採日本習用之名詞「統治行為」作為上述各種制度之上位概念。」[11]

在直接關於國家統治之基礎而具有高度政治性之國家行為，亦即所謂「統治行為」，例如關於國會之解散爭議，日本最高法院昭和 35.6.8 判例認為其並不受法院之審理。

釋字第 419 號解釋理由書亦謂：「按政治問題或類似之概念（如統治行為或政府行為）所指涉之問題，應由憲法上之政治部門（包括行政及立法部門）作政治之判斷，而非屬可供司法裁決之事項，此在立憲民主國家之憲政實踐中，所累積發展而成之理論，不乏可供參考者，本院釋字第三二八號解釋亦有關於憲法第四條所稱固有疆域範圍之界定，係屬重大政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋之案例。」

又關統治行為不受司法審查之法理依據，有「自制說」以及「內在的制約說」二者。自制說認為為避免對於統治行為進行司法審查所產生之混亂，法院應當自我克制。內在的制約說認為具有高度政治性行為，憲法與法律規定並未提供具體妥當之判斷標準[12]，屬於司法權所不能或不宜介入與判斷的事件，亦即應屬於在

10 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1526 號裁定。
11 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1526 號裁定。
12 陳新民，憲法學釋論，2008 年修正 6 版，頁 720。

政治上不負擔責任之法院之審查範圍之外，其當否，應由國會與內閣進行判斷[13]。由於政治案件明顯屬於其他政府機關之政策考量，而非司法裁量能決定之案件，或者法院也明顯的欠缺解決該案件之能力，在此可謂基於權力分立原則所導出[14]。

有關統治行為之範圍，一般認為應當嚴格加以限制，亦即應有適當法理依據，例如機關之自律權、自由裁量權等可作為其立論依據。統治行為之根據在於民主政治理論（國民意思之尊重），因此如有涉及侵害基本人權或精神的自由權而構成爭點的事件，則不應適用之。此外，也應考慮權利保護之必要性、裁判結果所生事態、司法被政治化的危險性、司法程序之能力界限、判決之實現可能性等具體的情事，按照個別事件加以判斷[15]。

德國學說上也認為最高憲法機關（總統、內閣及國會）的活動，通常已經在憲法中加以規定，因此原則上也適合由法院審查。且內閣的行為，可能在個別案件中侵害個人的主觀公權利，而應給予權利保護。但考量其行為之政治上特徵或領導國家之特徵，法院的審查密度應較為低度審查[16]。

又關於「總統依法行使大赦、特赦、減刑及復權之權。」固為憲法第 40 條所規定。然而赦免或減刑權之行使，因涉及窮盡法律救濟途徑後之體制外特殊救濟之政治問題，為憲法賦予總統專屬之特權或學理所稱非屬司法機關所得審查之高權行為，依法並無課予被告即總統應作成准駁決定之義務，行政法院對之亦無審判權，惟原告（皆為受死刑判決確定之人）對之提起行政訴訟，亦應予駁回。且訴願機關就非屬訴願法所得審議之事項，依訴願法第 77 條第 8 款規定，作成不受理決定，亦無不合[17]。

2. 議會內部自律問題：屬於自律權之行為

所謂自律權，是指懲罰或議事程序等國會或各議會之內部事項，得自主決定之權能。故法院對於國會內部之議事程序，不得審查。亦即立法院於審議法律案過程中，曾否踐行其議事規範所定程序乃其內部事項，除牴觸憲法者外，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象，此在各國實務上不乏可供參考之先例。

13 芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 328，岩波書店。
14 參見陳新民，憲法學釋論，2008 年修正 6 版，頁 719 所引用美國最高法院在 Baker v. Carr(369 U.S..186,204) 案件之判決見解。
15芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 328，岩波書店。
16 Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2010, § 40 Rn.11.
17 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1526 號裁定。

釋字第 342 號解釋即謂：「立法院審議法律案，須在不牴觸憲法之範圍內，依其自行訂定之議事規範為之。法律案經立法院移送總統公布者，曾否踐行其議事應遵循之程序，除明顯牴觸憲法者外，乃其內部事項，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象。是以總統依憲法第七十二條規定，因立法院移送而公布之法律，縱有與其議事規範不符之情形，然在形式上既已存在，仍應依中央法規標準法第十三條之規定，發生效力。法律案之立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告其為無效。惟其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，如尚有爭議，並有待調查者，即非明顯，依現行體制，釋憲機關對於此種事實之調查受有限制，仍應依議會自律原則，謀求解決。」

依據日本以往實務見解，地方議會內部之自律問題，並不該當於法律上爭議，不得提起訴訟。例如議會對於議員作成停止出席處分，屬於地方議會之自律處置範圍。但有關議員除名處分，屬於議員身分喪失之重大事項，並非單純內部規律問題，如有不服，自得提起爭訟[18]。

3. 有關團體之內部事項之行為

大學、政黨、律師公會及宗教團體等自主團體之內部紛爭，是否應受司法審查，不無爭議。原則上如果屬於法律上爭訟，即應接受司法審查。但涉及單純內部事項時，在事件之性質上，為尊重各該團體之自治，宜控制司法審查，此與統治行為相同[19]。

(1)大學自治

依據大學法第 1 條規定：「大學以研究學術，培育人才，提升文化，服務社會，促進國家發展為宗旨。大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」就此釋字第 684 號解釋指出：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」認為如果涉及基本權利之侵害，仍應許其提起行政訴訟，請求救濟。

18 遠藤博也，阿部泰隆編，行政法 II（行政救濟法），1982 年出版，頁 188。
19 芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 329，岩波書店。

政治上不負擔責任之法院之審查範圍之外，其當否，應由國會與內閣進行判斷[13]。由於政治案件明顯屬於其他政府機關之政策考量，而非司法裁量能決定之案件，或者法院也明顯的欠缺解決該案件之能力，在此可謂基於權力分立原則所導出[14]。

有關統治行為之範圍，一般認為應當嚴格加以限制，亦即應有適當法理依據，例如機關之自律權、自由裁量權等可作為其立論依據。統治行為之根據在於民主政治理論（國民意思之尊重），因此如有涉及侵害基本人權或精神的自由權而構成爭點的事件，則不應適用之。此外，也應考慮權利保護之必要性、裁判結果所生事態、司法被政治化的危險性、司法程序之能力界限、判決之實現可能性等具體的情事，按照個別事件加以判斷[15]。

德國學說上也認為最高憲法機關（總統、內閣及國會）的活動，通常已經在憲法中加以規定，因此原則上也適合由法院審查。且內閣的行為，可能在個別案件中侵害個人的主觀公權利，而應給予權利保護。但考量其行為之政治上特徵或領導國家之特徵，法院的審查密度應較為低度審查[16]。

又關於「總統依法行使大赦、特赦、減刑及復權之權。」固為憲法第 40 條所規定。然而赦免或減刑權之行使，因涉及窮盡法律救濟途徑後之體制外特殊救濟之政治問題，為憲法賦予總統專屬之特權或學理所稱非屬司法機關所得審查之高權行為，依法並無課予被告即總統應作成准駁決定之義務，行政法院對之亦無審判權，惟原告（皆為受死刑判決確定之人）對之提起行政訴訟，亦應予駁回。且訴願機關就非屬訴願法所得審議之事項，依訴願法第 77 條第 8 款規定，作成不受理決定，亦無不合[17]。

2. 議會內部自律問題：屬於自律權之行為

所謂自律權，是指懲罰或議事程序等國會或各議會之內部事項，得自主決定之權能。故法院對於國會內部之議事程序，不得審查。亦即立法院於審議法律案過程中，曾否踐行其議事規範所定程序乃其內部事項，除牴觸憲法者外，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象，此在各國實務上不乏可供參考之先例。

13 芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 328，岩波書店。
14 參見陳新民，憲法學釋論，2008 年修正 6 版，頁 719 所引用美國最高法院在 Baker v. Carr(369 U.S..186,204) 案件之判決見解。
15芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 328，岩波書店。
16 Eyermann, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2010, § 40 Rn.11.
17 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1526 號裁定。

釋字第 342 號解釋即謂：「立法院審議法律案，須在不牴觸憲法之範圍內，依其自行訂定之議事規範為之。法律案經立法院移送總統公布者，曾否踐行其議事應遵循之程序，除明顯牴觸憲法者外，乃其內部事項，屬於議會依自律原則應自行認定之範圍，並非釋憲機關審查之對象。是以總統依憲法第七十二條規定，因立法院移送而公布之法律，縱有與其議事規範不符之情形，然在形式上既已存在，仍應依中央法規標準法第十三條之規定，發生效力。法律案之立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告其為無效。惟其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，如尚有爭議，並有待調查者，即非明顯，依現行體制，釋憲機關對於此種事實之調查受有限制，仍應依議會自律原則，謀求解決。」

依據日本以往實務見解，地方議會內部之自律問題，並不該當於法律上爭議，不得提起訴訟。例如議會對於議員作成停止出席處分，屬於地方議會之自律處置範圍。但有關議員除名處分，屬於議員身分喪失之重大事項，並非單純內部規律問題，如有不服，自得提起爭訟[18]。

3. 有關團體之內部事項之行為

大學、政黨、律師公會及宗教團體等自主團體之內部紛爭，是否應受司法審查，不無爭議。原則上如果屬於法律上爭訟，即應接受司法審查。但涉及單純內部事項時，在事件之性質上，為尊重各該團體之自治，宜控制司法審查，此與統治行為相同[19]。

(1)大學自治

依據大學法第 1 條規定：「大學以研究學術，培育人才，提升文化，服務社會，促進國家發展為宗旨。大學應受學術自由之保障，並在法律規定範圍內，享有自治權。」就此釋字第 684 號解釋指出：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」認為如果涉及基本權利之侵害，仍應許其提起行政訴訟，請求救濟。

18 遠藤博也．阿部泰隆編，行政法 II（行政救濟法），1982 年出版，頁 188。
19 芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 329，岩波書店。

但該解釋理由同時指出：「大學教學、研究及學生之學習自由均受憲法之保障，在法律規定範圍內享有自治之權（本院釋字第五六三號解釋參照）。為避免學術自由受國家不當干預，不僅行政監督應受相當之限制（本院釋字第三八〇號解釋參照），立法機關亦僅得在合理範圍內對大學事務加以規範（本院釋字第五六三號、第六二六號解釋參照），受理行政爭訟之機關審理大學學生提起行政爭訟事件，亦應本於維護大學自治之原則，對大學之專業判斷予以適度之尊重（本院釋字第四六二號解釋參照）。」因此，在司法審查之密度上，應尊重大學自治，採取「低度審查標準」之立場。

就此日本最高法院1977年(昭和52年)3月15日判決也在富山大學之學科學分不認定事件中，指出：「法院除憲法有特別規定之情形外，對於一切法律上之爭訟，有裁判之權限（裁判所法第三條第一項），在此所稱一切法律上爭訟，並非意指所有法律上紛爭，亦即有關法律上紛爭，其範圍廣泛，其中在事件的性質上，有適當歸屬於法院之司法審查之對象之外者。例如，在一般市民社會中，另有自律的法規範之特殊的部分社會裡之法律上紛爭，其如僅涉及與一般市民法律秩序並無直接關係之內部性問題時，則委由其自主的、自律的解決，乃屬適當，而解釋為不構成法院之司法審查之對象，應屬相當。

因此，在此一特殊的部分社會裡之法律上紛爭之全部，並非當然成為法院之司法審查的對象，其涉及與一般市民法律秩序無直接關係之內部性問題，應排除於司法審查之對象之外，參照上述說明，至為明顯。

學分的授與（認定）之行為，乃是確認學生修習該授業科目並經考試及格之確認的教育措施，雖然構成畢業之條件，但當然與一般市民法律秩序並無直接的關係，至為明顯。因此，學分授與（認定）行為，除有其他特殊情事足以認為其與一般市民法秩序具有直接的關係之情形外，應認為其純然屬於大學內部問題，而應由大學自主的及自律的判斷，不構成司法審查之對象。」[20]

20 最高裁判所昭和 52 年 03 月 15 日第三小法庭判決，引自日本裁判所，裁判例情報，http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010.action。有關本件判決評釋，參見兼子仁，「国立大学における単位授与と司法審査」，塩野宏·小早川光郎·宇賀克也編『行政判例百選 II，第 4 版』390 頁（有斐閣、1999 年）；井上典之「国立大学の内部問題と司法審査」芦部信喜·高橋和之·長谷部恭男編『憲法判例百選 II』404 頁（有斐閣、2000 年）。本件裁判之問題，以往使用特別權力關係理論處理，在此以「部分社会論」加以取代，此項法理，也運用在地方議會、政黨及宗教團體、公會等團體領域上。

但如果學生已經滿足專攻科目修畢之要件，而大學仍不予認定時（該項認定，從特別的教育上觀點而言，不需要專業的判斷），則因為其侵害作為一般市民所享有利用公共設施之權利，因此，構成司法審查之對象[21]。

例如學校對於學生所為拒絕學生進級（進入第二學年）以及退學處置，並非單純涉及內部問題，也與學生之權利或法律上利益具有直接重要關係，因此其爭議，應得構成司法審查之對象[22]。

(2)政黨自治

有關司法機關對於政黨對於黨員之除名處分之審查範圍密度，一般認為應尊重政黨之自治權能。例如日本最高法院 1988 年（昭和 63 年）12 月 20 日第三小法庭判決[23]認為從政黨之結社的自主性觀點而言，對於屬於政黨內部的自律權之行為，在法律沒有特別規定的情形，應加以尊重，因此，對於政黨作為組織內之自律的管理營運，而對於黨員除名或其他處分之當否，原則上委由自律的解決，乃屬適當。

又如日本最高法院 1995 年（平成 7 年）5 月 25 日第一小法廷也判決[24]指出：「政黨等之政治結社，乃是具有共同政治上信條、意見等之人，結合而成之組織，並擁有對於其成員之黨員，要求政治上忠誠，而加以一定的統制等之自治權能，因此，對於各個人，應保障其結成政黨、加入政黨、或退出政黨的自由；同時，對於政黨，應保障給與其高度自主性，而可以自主組織營運的自由。從上述政黨等之結社自由來看，對於黨員除名或其他處分之當否，應解釋為原則上委由政党等自律的解決（參照日本最高法院昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決·裁判集民事一五五号四〇五頁）。因此，在政党等提出名簿登載者之除名報備時，如果選委會之首長或選委會可以審查該項黨員除名有效與否時，則必然的將對於政党組織內部的自律營運事項，必須違反該政党之意思，而以行政權加以介入，從而導致違反上述對於政黨應給與高度自主性與自律性，以保障其得自主的組織營運自由之要求，因此上述行政權之介入並不適當。有關名簿登載者之除名報備

21 芦布信喜/高橋和之，憲法第 4 版，2007 年，頁 330，岩波書店。
最判昭和 52.3.15 民集 31 卷 2 號 234 頁。
22 大阪高等裁判所平成 6 年 12 月 22 日判決，引自日本裁判所，裁判例情報，http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010.action。
23 日本最高法院昭和六十三年十二月二十日第三小法庭判決判例時報 1307 號 113 頁（參見日本裁判所，裁判例情報網站，http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010.action）。
24 平成 7(行ツ)19 選挙無効，（參見日本裁判所，裁判例情報網站，http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010.action）。

之法律規定，應作上述意旨之解釋。--- 因此為尊重政黨等內部自律權之立法旨意，在當選訴訟上，提出候選人名簿報備之政黨，在提出名簿登載者除名之報備時，如對於有關其除名之存在與否乃至其效力、而屬於政黨等之內部自律事項，作為法院審理對象時，則顯然違背上述立法意旨。」因此在政黨通知因為黨員除名而將不分區代表除名時，法院並不審理其除名有效與否，以尊重政黨內部之自律。可見日本法院對於政黨除名之行為效力，並不加以審查。

德國法院在審查政黨除名之仲裁決定之範圍，原則上法院並不進行廣泛的無限制的審查，而僅審查其是否「顯然不公平」。德國聯邦最高法院認為在此情形，有關政黨內部之處置有必要以章程加以規定，並應承認仲裁委員會之判斷餘地[25]。除非違反一般有效之各項基本原則，否則，法院不適合以自己的判斷，取代政黨內部所建立之處理標準。如果其除名越是顯失公平，或黨員的黨籍屬性越是重要，則系爭黨員越有權利保護必要[26]。

在台灣，臺北地方法院 102 年度訴字第 3782 號民事判決認為政黨所作剝奪社員權（除名）之處分，若已經過該黨會員（會員代表）大會之決議，或係經該黨民意授權之組織，並已遵從符合民主原則之程序所為，則「有關政黨之內部制裁權行使適切與否，法院不宜作高密度的審查，或直接認定該案件不符前例、違反誠信原則、不符比例原則、制裁權濫用等為由，輕率地宣示或暗示其法律效果。」亦承認如果政黨對於黨員之除名程序合法，則在實體上，應尊重政黨自治決定[27]。

(3) 宗教自治

在單純涉及教會內部事務發生爭議，如不涉及適用國家法律時，則並非法律上爭議[28]。有關是否可歸屬於教會內部事務之處置，其判斷基準是：其處置在實質上依其事件之性質或依其目的關係，是否應視為屬於教會自己固有的事務[29]。

4. 行政裁量之妥當性問題

(1) 裁量決定

行政法院對行政機關依裁量權所為行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性（最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決）。

25 BGHZ 75,158(159).
26 Ipsen,in:M. Sachs,GG, 2.Aufl., 1999, § 21Rn.86.
27 參見陳清秀， 政黨自治與司法審查之範圍---評析臺北地方法院 102 年度訴字第 3782 號民事判決，月旦法學教室，第 142 期，2014.07.15 頁 64-83。
28 Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, § 40 Rn.5c.
29 Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, § 40 Rn.39.

亦即行政機關裁量行為之妥當性問題，行政法院原則上不加以審查，因為法院如加以審查，將侵害行政之固有權限[30]。因此，行政法院之審查範圍僅限於違法行政處分。至於裁量處分如果逾越權限或濫用權力時，以違法論(行政訴訟法第 4 條 第 2 項)。行政法院仍得加以審查。因此，行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷（行政訴訟法第 201 條）。

(2)行政秩序罰處分是否為裁量決定?

有關罰鍰處分之撤銷訴訟案件，行政法院之審理範圍，實務上以往傾向於認為原則上僅及於合法性審查，並不及於合目的性審查，因此，無法自行決定罰鍰金額。有關罰鍰倍數及金額多少，屬於行政裁量權範圍。例如行政法院 86 年 2 月 19 日庭長評事聯席會議決議即認為稅法上「處罰金額（依倍數計算）多寡，屬行政裁量權範圍，基於司法不宜干涉行政權，原處罰鍰既經撤銷命由原處分機關依法重為處分，則由其依職權裁罰即可，毋須由本院為逕定科罰金額之變更判決。」

按行政處罰既然涉及對於人民之制裁，則應賦予法院廣泛的審查權，包括處罰金額等應由法院作最後之決定。亦即在罰鍰的行政訴訟案件，其制裁性質與刑罰類似，因此，在立法政策上，應準用刑事訴訟法規定，由行政法院決定當事人應否處罰以及應處以多少罰鍰。此與刑事判決由法院決定處罰刑度（量刑）之情形相同，以保障人權[31]。因此，似應參考德國及日本立法例，不應承認行政機關對於處罰金額之行政裁量權[32]。

以歐盟為例，在違反公平交易法案件，由歐盟委員會處罰時，歐盟法院以往判決認為罰鍰程序仍屬於行政程序，但罰鍰之裁處程序，依據罰鍰之特徵性質，原則上必須滿足刑事訴訟法程序 (strafverfahrensrechtlichen Anforderungen)

30 翁岳生，行政訴訟制度現代化之研究，收於翁岳生，行政法與現代法治國家，2015 年初版 1 刷，頁 352 以下，三民書局。
31 早年在財務案件處理辦法施行年代，各稅法也均規定有關稅務違章案件之處罰，移送法院裁定為之，亦即由法院決定其處罰額度，而非授權行政機關裁量處罰金額。此項由法院決定處罰金額之作法，較為保障人權。尤其是處罰金額巨大的違章類型，更有必要由法院決定，較為公正。
32 陳清秀，行政罰法，第 2 版，2014 年，頁 407 以下，元照出版。洪家殷，行政罰法論，五南出版，2008 年 6 月，第 2 版，頁 320 以下。釋字第 289 號解釋理由書認為：「國家因人民違反稅法而課處罰鍰，雖屬行政處分性質之行政秩序罰，惟基於立法政策之考量，亦非不可於稅法規定由法院以裁定為之。」似過度考量秩序罰之行政處分性質，而忽略人權之保障。就此日本學者即有認為我國由行政機關裁罰之作法，屬於相對落後國家（未充分保障人權）之象徵者（參見市橋克哉，日本における行政罰法制度改革の方向性—行政權の強化に向かうのか、司法權の強化に向かうのか，發表於東吳大學法律學系公法研究中心第四屆公法研討會，2007 年 6 月），值得深思。

之要求[33]。而第一審歐盟法院對於罰鍰金額得進行無限制之審查[34]，不僅審查其有無錯誤認定事實以及適用法規有無瑕疵，而且也可以對於罰鍰金額之相當性（Überprüfung der Angemessenheit der Geldbuße）進行審查，並經常因此重行核定罰鍰金額。法院尤其得審查其違規行為之嚴重性、持續期間、其行為所生經濟上影響、行為可歸責程度、阻卻責任事由之存否、企業之經濟上給付能力以及其規模大小、以及有關衡平之一般正義等。第一審歐盟法院於裁判時並得撤銷罰鍰處分、降低罰鍰金額或提高罰鍰金額[35]。過去曾經有案例法院降低處罰金額大約至半數[36]。如果行為人在行政調查程序上因有瞞騙行政機關以致於其作成過低之罰鍰處罰時，則法院可提高罰鍰金額。但如行政幾關並未處罰時，則法院不得進行第一次之裁罰[37]。

三、行政訴訟之前置程序與行政機關終審裁判之禁止

(一)行政訴訟之前置程序

行政訴訟案件，考量行政領域擴大，行政事務之專門化與技術化，借重行政機關之專門知識經驗，進行前審之行政審判，作為行政訴訟之前置程序，則並未侵犯人民受憲法保障之訴訟權。例如土地徵收補償費核定處分之聲明異議、稅務案件之申請復查，以及訴願程序，均不排除後續之行政訴訟程序，而為憲法之所許[38]。

有關行政處分之撤銷訴訟，採取強制的訴願前置程序，可發揮權利救濟功能（審查範圍包括行政處分或怠為行政處分是否違法或不當）以及減少訟源，並加強行政自我反省監督功能，因此並不違背憲法訴訟權保障規定。而如何加強訴願決定之公信力，使人民信服訴願決定應為最關鍵者[39]。

現行訴願法第 52 條第 2 項已經規定訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人

33 Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- u. Steuerstrafrechts,3. Auflage, 2007,Rn.185;EuGH, 15. 7. 1970, Slg. 1970, 733, 756 (Buchler); 18. 5. 1982,Slg. 1982,1575, 1611 (AM&S). http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX% 3A61969CJ0044.
34 參見歐洲共同體條約第 229 條，Art. 31 VO 1/2003。現行歐盟條約第 261 條亦繼受上述規定：歐盟法規得賦予歐盟法院對於其法規所定之強制處置行為享有管轄權，包括對於此類處置進行無限制的裁量審查以及其處置之變更或課予。
35 Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- u. Steuerstrafrechts,3. Auflage 2007,Rn.215.
36 EuG, 15. 3. 2000, Slg. 2000 II, 491.
37 Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- u. Steuerstrafrechts,3. Auflage 2007,Rn.216.
38野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利，憲法 II，第 4 版，2006 年，頁 227，有斐閣。
39 廖義男，我國訴願制度沿革，收於廖義男，憲法及行政法制，2015 年初版，頁 394，元照出版。

數不得少於二分之一。以強化客觀公信作用，但委員選任程序以及任期保障等相關規定仍欠缺明文，而有改善空間[40]。又訴願決定之公信力，更應取決於訴願人及參加人能否在正當法律程序下有充分辯解以及表示意見之機會，以及訴願決定之事實及決定理由之論述是否能服人[41]。

為避免訴訟之前置程序妨礙人民之行政訴訟，有認為對於訴願之先行程序，可採取彈性化處理，授權行政機關裁量決定。例如最高行政法院 98 年 6 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議即認為：「土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，依土地徵收條例第 22 條第 1 項、第 2 項規定，必須於公告期間內提出異議，並經復議程序，始得提起行政救濟，該異議、復議程序自屬土地權利關係人對於徵收補償價額不服時，提起行政救濟前之必要先行程序。

惟為符合憲法保障人民訴願與行政訴訟權利之意旨，儘量避免使多層次先行程序構成人民行使其救濟權利之程序障礙，故土地權利關係人對徵收補償價額不服而已依法提起訴願者，應視為依法提出異議，由受理異議機關查處之。

至被徵收土地權利關係人對於徵收補償價額依法以書面敘明不服查處之事實及理由，送直轄市或縣（市）主管機關者，即係依法申請該管直轄市或縣（市）主管機關裁量決定提請地價評議委員會復議或移送訴願。」

(二)行政機關終審裁判之禁止

行政機關對於法律上爭議，不得為「終審」之裁判機關。否則將剝奪人民之訴訟權，且無異於將紛爭裁判權歸屬於行政機關，而非司法機關，違反憲法上司法權歸屬於司法機關，而非行政機關之原則。

1. 對於行政執行行為之訴訟權利

行政執行法第 9 條：「義務人或利害關係人對執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。前項聲明異議，執行機關認其有理由者，應即停止執行，並撤銷或更正已為之執行行為；認其無理由者，應於十日內加具意見，送直接上級主管機關於三十日內決定之。行政執行，除法律另有規定外，不因聲明異議而停止執行。但執行機關因必要情形，得依職權或申請停止之。」

在聲明異議之後，對於執行措施之行為，如有不服，即毋庸經過訴願程序，

40 廖義男，訴願法修正方向之探討，收於廖義男，憲法及行政法制，2015 年初版，頁 413，元照出版。
41 廖義男，訴願法之未來發展，收於廖義男，憲法及行政法制，2015 年初版，頁 428，元照出版。

至於可否提起行政訴訟，則不無爭議。有認為人民不得再提起行政訴訟：「執行措施性質上多屬事實行為，不涉及行政實體法上判斷，縱執行措施兼具行政處分之性質或為另一行政處分，然執行程序貴在迅速終結，法律既明定聲明異議為其特別救濟程序，則舉凡執行程序中之執行命令、方法等有關措施，均應一體適用特別救濟程序，不得再循行政處分之一般爭訟程序，請求救濟，以免影響執行程序之迅速終結。[42]」此一見解，使聲明異議之決定之行政機關作為法律上爭議之終審裁判機關，剝奪人民行政訴訟權。

按現行法對於行政執行程序上之行為，如有不服，於聲明異議後，可否提起行政訴訟，並未規定（按 1998 年行政執行法立法當時草案第 9 條原規定在聲明異議決定之後，不得再聲明不服。但立法院審議時，經當時行政法專家學者陳情其違背憲法保障人民訴訟權，而予以刪除）。故立法者意思並非不准對於執行行為提起行政訴訟。因此國內學者有不少認為對於執行行為屬於行政處分時，應當准予提起撤銷行政訴訟[43]。而對於事實行為之執行措施，如尚未執行終結，可基於公法上結果除去請求權，提起一般給付訴訟[44]。

最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議決議採取統一見解認為：「行政執行法第 9 條規定……旨在明定義務人或利害關係人對於執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，如何向執行機關聲明異議，以及執行機關如何處理異議案件之程序，並無禁止義務人或利害關係人於聲明異議而未獲救濟後向法院聲明不服之明文規定，自不得以該條規定作為限制義務人或利害關係人訴訟權之法律依據，是在法律明定行政執行行為之特別司法救濟程序之前，義務人或利害關係人如不服該直接上級主管機關所為異議決定者，仍得依法提起行政訴訟，至何種執行行為可以提起行政訴訟或提起何種類型之行政訴訟，應依執行行為之性質及行政訴訟法相關規定，個案認定。其具行政處分之性質者，應依法踐行訴願程序，自不待言。」

2. 行政機關事實認定之拘束力

a.行政法院享有無限制的審查權

42 法務部 90 年 5 月 14 日以法 90 律字第 015961 號函。同說，最高行政法院 94 年度裁字第 1228 號裁定，吳庚，行政法之理論與實用，2007 年 10 版，頁 537。
43 蔡震榮，行政執行法，收於翁岳生編，行政法（下），2006 年 3 版，頁 206，元照出版。亦有認為應列舉可能侵害人權較嚴重之行政執行程序行為，得於聲明異議後，再提起行政訴訟，以保障人權（林錫堯，行政法要義，2006 年 3 版，頁 385）。
44 吳東都，微觀對行政執行措施之權利保護，台灣本土法學雜誌，第 95 期，2007 年 6 月，頁 89。

有效的權利保護亦要求：訴訟程序法規之制定，必須擔保行政法院對於程序標的（行政處分），在事實上及法律上層面進行廣泛的嗣後審查[45]，亦即根據憲法保障人民訴訟權之規定，原則上，行政法院對於行政處分之合法性，均得就其事實上及法律上關係之全部範圍，進行嗣後審查[46]。

其中事實認定正確與否，足以影響法規之正確適用以及行政處分之正確結果，因此屬於法律問題，其認定是否正確，法院得加以審查[47]。因此原則上仍應承認行政法院有調查認定事實之權限(行政訴訟法第 125 條及第 133 條)。例外情形，如專利權之審定，考試之評分等，需要高度專門知識、技術或經驗之判斷，而可以尊重行政機關享有判斷餘地[48]。，。

最高行政法院 100 年判字第 1278 號判決亦謂：「基於行政法院之完全審查權，行政法院得就行政行為之是否違法予以審查。」在不妨礙規範上所允許之形成、裁量及判斷餘地，以及高權行為之構成要件效力之情形下，原則上，對於具體案件上何者為正確之問題，行政法院並不受行政機關之事實上或法律上認定之拘束，而對於人民之權利保護要求之事實上及法律上層面，享有充分之審查權限，並行使充分之裁判權力，俾對於人民所遭受之權利侵害給予有效的救濟[49]。

b. 有判斷餘地之行政處分之審查密度

在有判斷餘地之行政處分，行政法院對此類事件之審查密度，參照釋字第 553 號解釋理由書之說明，有下列各點可資參酌：「（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。」

最高行政法院 99 年度判字第 30 號判決亦謂：「不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定(如國家考試評分、學生之品行考

45 BVerfG v. 20.4.1982 E Bd. 60, 253 (297).
46 BVerfG v. 19.6.1979 E Bd. 51, 304 (312); BVerfG v. 15.7. 1981 E Bd. 588, 300 (322).
47 翁岳生，行政訴訟制度現代化之研究，收於翁岳生，行政法與現代法治國家，2015 年初版 1 刷，頁 353。
48 同前註。
49 BVerfG v. 8.7.1982 E Bd. 61, 82 (111); BVerfGE 15, 275 (282)，翁岳生，前揭書，頁 396 以下。

核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等)、高度科技性之判斷(如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨)、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：1.行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。2.法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3.對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。4.行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。5.行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6.行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。7.作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。8.行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等(司法院釋字第 382 號、第 462 號、第 553 號解釋理由參照)。」

3. 實質的證據法則

日本獨占禁止法第 80 條規定，對於公正交易委員會所為審決處分提起訴訟，「公正交易委員會所認定之事實，有加以舉證之實質的證據者，拘束法院。」亦即導入美國法獨立行政委員會之準司法程序上，所謂「實質的證據法則」。此種行政機關認定之事實，拘束法院之作法，有無違憲之問題。就此學者認為如果行政機關所認定之事實，無條件的絕對拘束法院時，則違反憲法將司法權歸屬於法院之規定，而違憲。但上述獨占禁止法規定，並非無條件之拘束，而是限於有加以舉證之實質的證據之情形。如果欠缺實質的證據時，則法院得加以撤銷。且有無實質的證據存在，由法院判斷之，因此尚不能解釋為違憲[50]。

四、特別法院之禁止與法定法官原則

(一) 特別法院之禁止

所謂「特別法院」(Ausnahmegericht)，是指違反法律之管轄規定，而特別成立法院，對於個別具體的特殊案件進行裁判[51]。有認為是指對於特定之地域、身分、事件等，獨立於通常法院之系列，而具有裁判權限之法院。例如日本戰前

50 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利，憲法 II，第 4 版，2006 年，頁 227，有斐閣；芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 332，，岩波書店。
51 P. Badura,Staatsrecht,3.Aufl.,2003,S.671.

有設置皇室法院、外地法院、軍法會議等特別法院，均屬之。此種特別法院之設置，從平等原則、司法民主化之觀點，以及法令統一解釋之實務上觀點而言，均不妥當，因此日本憲法第 76 條的 2 項明定禁止之[52]。此種特別法院，並不包括為處理特定種類事件，基於專業分工，而成立之法院，例如行政法院、智慧財產法院、少年法院及家事法院等，但此類專業法院僅得以法律規定設立之。

(二) 法定法官原則

所謂「法定法官原則」（參見德國基本法第 101 條第 1 項第 2 句），乃是在憲法上為確保司法權之中立性與公正性，以避免人為操縱司法影響審判之危險而設，人民享有法定法官之權利（Recht auf den gesetzlichen Richter），此一權利乃是法治國家法安定性及客觀性之表現。

就此有認為法定法官原則係由公平法院概念導出，係指何案件應由何法官承辦，應事先由法律明定。此一法律需具有一般性、抽象性及存續性，嗣後不得任意加以變更[53]。

亦即此一原則要求有關管轄法官之決定，保留以法律定之。有關宣判之法院與對於個別案件進行裁判之法官應自始確定[54]。在此不僅管轄法院，應由法律加以規定，而且到最後階段由那一個具體的法官承辦具體案件，也應以法律上規律事先加以決定之（一個案件，閉著眼睛，依據一般的事先的規定特徵，也可以獲得將進行裁判之法官為何人）[55]。

但實際上要以法律規定某一具體案件歸屬於那一具體法官辦理，事實上不可能，因此應由法院內部之業務分配計畫決定之。依據德國聯邦憲法法院 1997 年 4 月 8 日判決，此一法院內部業務分配計畫，不得在個別案件進行恣意分配，或在欠缺規範性、抽象一般事先規定之情況下，隨著個案選擇參與審判之法官，而應具備有抽象及一般的明確規定，從該規定即可讓人盡可能清楚的瞭解擔任個案裁判之法官[56]。我國為維護司法獨立，也應有上述法定法官則之適用。

五、司法機關獨立公正審判之要求

(一)不受任何干涉

52 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利，憲法 II，第 4 版，2006 年，頁 226，有斐閣。
53李惠宗，憲法要義，第 3 版，2006 年，頁 287，元照出版。
54 Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 22 Rz. 62.
55 Claus Dieter Classen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., 2005, § 101 Rn. 14.
56 BVerfGE 95, 322, 329 f.

憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」其中獨立審判，不受任何干涉之立法目的有二：其一是司法權屬於非政治的權力，有遭受政治性強之立法權以及行政權侵害之重大危險。其二是司法權以通過裁判保護國民之權利為其職責，有必要排除政治權力之干涉，特別謀求保護少數人等之權益[57]。

審判獨立，意指司法權獨立於立法權與行政權。同時意指法官在作成裁判時，應獨立行使職權。此即所謂「法官職權獨立原則」。所謂獨立行使職權，是指不受他人之指示或命令，而應基於自己之判斷而為判決。不問其指示命令是來自於立法機關、行政機關或司法機關內部，均被排除[58]。

法官獨立審判，不僅是不受他人之指示或命令之拘束，而且也要求在事實上不受其他機關在事實上之影響。如果對於法官自由判斷之形成，發生事實上重大影響之行為，即屬侵害司法權之獨立。至於一般國民或大眾傳播媒體對於裁判之批判，是否妨害法官獨立審判之問題，涉及表現自由，因此如要對於裁判之批判加以限制，應僅限於對於裁判之公正確保，具有「明白及現在之危險」的情形[59]。

(二)命令違法審查權

釋字第 137 號解釋認為：「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。」亦即法官不受行政機關解釋令函之拘束。又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四條第一項第二款之規定聲請解釋（釋字第 216 號解釋）。故法官對於行政命令是否合法有效，得加以審查並逕行否定其效力，而拒絕適用之[60]。

在訂定法規命令以及自治規章之情形，通常可承認被授權訂定之機關，享有重要的形成自由空間[61]。

(三)本於良心公正審判

日本憲法第 76 條第 3 項規定：「全體法官應依其良心，獨立行使其職權，僅

57 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 340，岩波書店。
58 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 340 以下，岩波書店；李惠宗，憲法要義，第 3 版，2006 年，頁 289，元照出版。
59 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 341，岩波書店。
60 翁岳生，西德行政法院之組織及其裁判權之研究，收於翁岳生，行政法與現代法治國家，2015 年初版 1 刷，頁 390。
61 Jarass/Pieroth,GG,9.Aufl.,2007,Art.19 Rn.66.

受本憲法及法律之拘束。」在此要求法官應本於良心獨立審判。此一良心審判原則，符合法官之法律倫理要求。雖然我國憲法並無規定，也應可作為一般法律原則而有其適用。

所謂「依據其良心」，有認為是法官主觀的、個人的良心之意義。日本通說則認為是指作為法官之客觀的良心而言[62]。日本早年判例認為法官應不屈服於有形及無形的外部壓迫或誘惑，依據自己內心的良知及道德感執行裁判[63]。所有的法官在法的有效範圍內，依據自己的確信為正確之處進行裁判，即可謂憲法上所稱依其良心裁判。在法官個人之良心與法律相牴觸時，應如何處理?在此仍應以法律優先，以符合依法審判之原則。如果上述良心採取主觀說，則在發生法官個人的良心與法律衝突時，應如何處理，即發生爭議。導致有認為法官之選任，應注意其思想信念是否與客觀的法律秩序之價值理念互相違背之奇怪推論[64]。

法官本於良心審判，應有良善的價值觀，才能具體落實現法保障人權之要求。在此宜秉持儒家思想的「中庸之道」以及老莊哲學之自然法思想，運用於行政訴訟案件之裁判上，有關行政法規之認事用法，應順應「事件本質」（自然法則）之合理性要求，兼顧國家社會公益與當事人及利害關係人間各方利益之均衡要求（所謂「法益平衡論」[65]），有利不利人民之事實及法令均應加以斟酌，本於良心公正（公平合理）認定事實及適用法令[66]。行政程序法第 36 條規定：「行政機關應依職權調查證據，不受當事人主張之拘束，對當事人有利及不利事項一律注意。」可於行政訴訟上準用之…

六、法治國家之訴訟程序保障

(一)有效的保護人民權利

行政訴訟法第 1 條規定：「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」足見行政訴訟之審判權並非行政內部之客觀法秩序之控制，而為司法權之一部分，擔負有保障個人權利免於違法行政處置之任

62 芦部信喜/高橋和之，憲法，第 4 版，2007 年，頁 340，岩波書店；野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利，　憲法 II，第 4 版，2006 年，頁 231，有斐閣。
63 日本最高裁判所，昭和 23 年 11 月 17 日判決，刑集 2 卷 12 號 1565 頁。
64 野中俊彦/中村睦男/高橋和之/高見勝利，憲法 II，第 4 版，2006 年，頁 231。
65 參見羅豪才，現代行政法的平衡理論，1997 年第 1 版，頁 3-4。
66 在稅務行政訴訟上，有關利益均衡在稅法上之運用，參見陳清秀，利益均衡在稅法上之運用，收於陳清秀，現代稅法原理與國際稅法，2010 年第 2 版，頁 1 以下。

務，故行政權利保護乃是透過法院之權利保護。蓋在法治國家中，只有獨立於爭訟當事人之法院，符合公正性及獨立性之要求，而被設置作為權利保護之機構。從上述憲法規定行政訴訟權之保障，可知行政訴訟法規定撤銷之訴之性格，乃是免於行政違法侵犯個人權利保護之手段。

1.有權利侵害，即有權利救濟

依據「有權利，即有救濟」（Ubi ius ibi remedium）之法理，凡權利受侵害時，應有法律救濟方法，乃為權利之本質[67]。換言之，基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（釋字第 653 號解釋理由書）。從憲法規定人民之實體的基本權，尤其是從憲法第 15 條規定人民財產權之保障，亦可導出人民有要求有效的權利保護之直接的請求權（ein unmittelbarer Anspruch auf effektiven Rechtsschutz）[68]，亦即得向行政法院提起訴訟，請求權利保護，此即所謂「接受裁判請求權」（釋字第 374 號解釋）。故行政訴訟之目的，乃是人民之個人權利保護，至為明顯。

例如外籍配偶申請入境居留簽證被駁回時，本國配偶基於婚姻家庭共同生活權利遭受侵害為由，應可提起行政訴訟請求救濟[69]。但最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議卻認為：人民根據行政訴訟法第 5 條第 2 項規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。由於現行法令並未明確規定，故不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。

67 翁岳生，行政訴訟制度現代化之研究，載於氏著，行政法與現代法治國家，1982 年 4 版，頁 392。
68 釋字第 243 號解釋亦謂對於公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分人自得提起行政訴訟，方符「有權利即有救濟」之法理。似亦從憲法規定之基本權（服公職權利）導出權利保護請求權。
69 同說，德國聯邦行政法院裁判，BVerwGE 42, 141; NVwZ 1997, 1116. 參見 Friedhelm Hufen 著，莫光華譯，行政訴訟法，2003 年，頁 263 以下。

上述實務見解似乎略憲法保障婚姻及家庭制度，導致有權利侵害，卻無救濟之途。

2.權利救濟方法無漏洞

人民受法院之權利保護必須是廣泛的，盡可能無漏洞的，受到權利救濟之保障，以符合現代法治國家之要求[70]。即使個別之法律並未規定訴訟之可能性，但對於人民所主張權利遭受侵害，仍應依憲法保障人民訴訟權之精神，給予權利救濟途徑[71]。換言之，有效的權利保護，要求行政訴訟程序法規之制定，必須擔保適合於權利保護要求之裁判種類及裁判效力。

因此，在民國 87 年修正行政訴訟法之前，如認為公法上給付訴訟與確認訴訟尚無法律依據歸屬行政法院裁判，則應歸屬普通法院裁判範圍。例如在公法上不當得利返還訴訟，行政法院於不承認公法上給付訴訟之情況下，即應由普通法院審理裁判[72]。又如釋字第 466 號解釋認為公務人員保險為社會保險的一種，具有公法性質，關於公保給付的爭議，自應循行政爭訟程序解決，惟在行政訴訟制度全盤修正相關法制尚未完備之前，為提供人民確實有效的救濟途徑，有關給付部分，應許向普通法院提起訴訟謀求救濟，以符憲法意旨。

在釋字第 691 號解釋認為受刑人不服行政機關不予假釋之決定，而請求司法救濟，自應由法院審理。然究應由何種法院審理、循何種程序解決，所須考慮因素甚多，諸如爭議案件之性質及與所涉訴訟程序之關聯、即時有效之權利保護、法院組織及人員之配置等，其相關程序及制度之設計，有待立法為通盤考量決定之。在相關法律修正前，鑑於行政機關不予假釋之決定具有行政行為之性質，依照行政訴訟法第 2 條以下有關規定，此類爭議由行政法院審理。亦即保障人民的權利保護不致於法律欠缺規定而發生漏洞，值得肯定。

釋字第 653 號解釋理由書也指出：「受羈押被告如認執行羈押機關對其所為之不利決定，逾越達成羈押目的或維持羈押處所秩序之必要範圍，不法侵害其憲法所保障之權利者，自應許其向法院提起訴訟請求救濟，始無違於憲法第十六條

70 翁岳生，行政訴訟制度現代化之研究，收於翁岳生，行政法與現代法治國家，2015 年初版 1 刷，頁 350，三民書局。
71 依德國聯邦憲法法院 1969 年 12 月 17 日裁判（E. 27, 297 ff.）見解，在補償金之行政處分發生形式的確定力之後，行政機關仍可為有利於關係人之變更，就此是否重新為實體上處理之決定，乃屬於行政機關之裁量範圍，對其裁量決定，關係人對於行政機關享有無瑕疵行使裁量之請求權，乃屬不成文法規之內容，此一權利如遭受侵犯時，縱使個別之法律並無規定其訴訟可能性，但依基本法第 19 條第 4 項規定，對其權利之侵害仍應給予權利救濟，亦即行政機關之裁量決定仍應受法院之審查。
72 行政法院 83 年判字第 2012 號判決；台灣高等法院 85 年重上字第 179 號民事判決。

規定保障人民訴訟權之意旨。」也賦予羈押被告享有對於羈押機關所為不利行政處分提起訴訟之 權利。

又釋字第 684 號解釋：「大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」也放寬大學生之行政救濟管道。

3. 有效的保護人民權利

人民基於憲法第 15 條保障之財產權及憲法第 16 條保障之訴訟權，在其財產權遭受侵害時，不僅享有訴請法院裁判之形式上權利而已，而且享有有效的權利保護之請求權（Anspruch auf einen effektiven Rechtsschutz）[73]，亦即享有實際上有效的法院審查之實質的請求權。

其法律救濟方法既不得被排除，且人民對於行政法院之利用，亦不得以無期待可能性而基於事物之理由復無法正當化之方式予以妨礙，亦即不應使人民之訴訟權行使，在事實上或法律上遭受不可期待之妨礙，釋字第 224 號解釋即謂：「稅捐稽徵法關於申請復查，以繳納一定比例之稅款或提供擔保為條件之規定，使未能繳納或提供相當擔保之人，喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權所為不必要之限制，……」而認為與憲法第 16 條規定之意旨有所不符，即本此趣旨。

程序法不僅以確保有秩序之程序過程為目標，而且在涉及基本權之領域，更應作為一種手段，於具體案件上促使人民實現其憲法上之權利，德國聯邦憲法法院 1978 年 10 月 10 日裁判即謂：「於程序法之解釋適用上，必須考慮到憲法所保障之基本權，在程序法規有多數解釋可能性時，應選擇其能使法院貫徹並實現程序當事人之基本權之解釋[74]。」

有效的權利保護亦要求法院應於相當期間內，作成確定終局裁判。所謂「適時救濟請求權」[75]，遲來的正義，不是正義。如果行政訴訟拖延長達七、八年之久，已經逾越一般國民可以忍受之程度，應屬違憲。釋字第 446 號解釋理由書亦謂：「所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟

73 翁岳生，司法權發展之新趨勢，社會科學論叢，第 38 輯，1990 年 4 月，頁 1、14 以下。
74 BVerfGE 49, 252 (257).
75 李惠宗，憲法要義，第 3 版，2006 年，頁 286，元照出版。

之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。」

（二）公正的訴訟程序請求權（獨立公正裁判之要求）

有效的權利保護，另要求法院應當獨立公正審判案件，權利保護之請求人得使用公正的訴訟程序。此種公正的訴訟程序之請求權之來源，可求諸於法治國家原則及社會國家原則與實體的基本權相結合[76]。

德國聯邦憲法法院裁判即認為：根據基本法上之法治國家原則連結一般自由權之規定，訴訟程序之當事人得享有公正的訴訟程序之請求權。依據此請求權，在法治國家中，人民不得被貶值為單純的程序客體，而應確保其擁有必要的主動積極的程序法上權限，俾可影響訴訟程序之經過與結果，以達維護其權利之目的，故在訴訟程序上乃要求一定的程序法上之「武器平等」[77]。此種在法官之前平等，尤其在攻擊防禦方法，權利救濟之利用、費用之風險以及兩造當事人受判決之相同程度之拘束等情形，具有重要意義。

釋字第 256 號解釋理由書亦謂：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益。」概亦肯認人民享有受公平審判之請求權，因此認為，為保持法官客觀超然立場，而維護審級之利益及裁判之公平，其參與確定終局裁判之法官，於第一次再審程序亦應自行迴避。

釋字第 663 號解釋理由書更指出：「人民之權利遭受公權力侵害時，根據憲法第十六條規定，有權循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。而相關程序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第四五九號、第六一〇號、第六三九號解釋參照）。」

故修正前稅捐稽徵法第 19 條第 3 項規定，為稽徵稅捐所發之各種文書，「對公同共有人中之一人為送達者，其效力及於全體。」此一規定，關於稅捐稽徵機關對公同共有人所為核定稅捐之處分，以對公同共有人中之一人為送達，即對全

76 關於公正程序請求權，參見范光群等著，訴之變更追加之研究——民訴法研究會第 33 次研討紀錄，法學叢刊，第 137 期，1990 年 1 月，頁 153 以下所載邱聯恭之發言（註 5）。
77 BVerfG v. 26.5.1981 E Bd. 57, 250 (274 f.); BVerfG v. 12.1.1983 E Bd. 63, 45 (60 f.); BVerfG v. 27.9.1978 E Bd. 49, 225.

體公同共有人發生送達效力之部分，不符憲法正當法律程序之要求，致侵害未受送達之公同共有人之訴願、訴訟權，與憲法第十六條之意旨有違（釋字第 663 號解釋）。

（三）法律上聽審請求權

法律上聽審請求權亦屬訴訟上平等的重要構成部分。有關法律上聽審請求權之內容、範圍及方式，在具體案件上，乃以禁止突襲性裁判為判斷基準，其賦予當事人享有(1)資訊權利，知悉相關訴訟資料之權利；(2)表示意見之權利：對於法院裁判基礎之事實關係及法律問題，在裁判之前有表示意見之權利；以及(3)請求法院斟酌之權利(法院於裁判時對於當事人之陳述有加以深入考量，並予以斟酌之義務)。

就此行政訴訟法第 125 條第 2 項規定：「審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論」，及第 189 條第 1 項規定：「行政法院為裁判時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，……」即本此意旨。

七、良善裁判請求權：法院裁判品質之提升

憲法保障人民之行政訴訟權，要能發揮權利保障功能，而不僅是聊備一格而已，則應致力於裁判品質之提升，使裁判能伸張個別案件之正義。在此應可承認人民享有請求國家提供良善司法裁判之請求權。依據以往經驗顯示，如何將憲法人權保障觀念落實在行政法上，是最值得重視之問題。其次是法官就專業領域之個別行政法學素養之充實，也是值得重視之關鍵問題。

在此可以從下列幾個方向著手：

(一)法官養成

普通法院法官如要轉任行政法院法官，應培養其憲法人權保障之觀念以及行政法學之專業素養，因此應施予職前訓練。有關職前訓練目標應以確實足以充實憲法學、行政法、租稅法、環境法、都市計畫及建築法、土地法、公平交易法、智慧財產權法等專業科目之專業知識，因此，其職前訓練期間似應有相當期間(例如一年以上)才足以完成。以往實務上僅給予三個月培訓期間，理論課程只有六週，一個半月，期間過短，無法達成理想目標。

（二）設立財稅專庭專責辦理財稅案件

目前財稅案件占行政訴訟之大宗，由於財稅法規複雜，具有高度技術性，財稅法理也具有特殊性，非一般法官所能勝任。德國為此特別設立財務法院，以專責處理財稅訴訟案件，提升裁判品質。行政法院要能提升財稅案件之裁判品質，也應在行政法院指定專庭辦理財稅案件，並應由具有法官資格並兼有辦理財稅行政之實務經驗者充任之[78]，且為提升其專業素養，也應經財稅法學及基本會計學與總體經濟學等訓練合格，始得擔任。

（三）加強與學術界之合作

行政法學之法理，仍須借重學術界之研究成果，因此加強各個行政法領域之行政法學研究，是提升行政訴訟裁判品質的不二法門。只有充滿智慧的行政法裡，才能讓行政訴訟之裁判開花結果，表現出良善的裁判品質內容。

由於當前行政法學總論研究成果已經相當豐碩，足供實務上參考使用。然而各個部門之行政法學領域則仍處於開發摸索階段，導致其行政法理為何，仍有待研究。在具體個別案件上，法院經常需依賴被告行政機關提供其專業知識，以供裁判上參考。然而被告行政機關為能獲得勝訴判決，難免偏頗，無法公正提出其專業知識，而容易有誤導法官裁判之虞。

在此情形，有關重大疑難爭議案件，行政法院如能充分與學術界合作，導入學術研究成果，以供裁判上參考，也可以提升裁判品質。至於所需鑑定費用也可以責成由當事人一方先行負擔，以節省國庫經費支出。

按行政訴訟法第 162 條第 1 項規定：「行政法院認有必要時，得就訴訟事件之專業法律問題徵詢從事該學術研究之人，以書面或於審判期日到場陳述其法律上意見。」此一專家鑑定意見，可作為實務界與學術界合作管道，提升裁判決定之品質。可惜徒法不足以自行，行政法院實務上幾乎未曾運用此一條文，甚至也有法官排斥學者專家之鑑定意見之情形(法官自認知悉各項法規及其法理，但實際上可能卻又不然)。

目前台北市政府訴願審議委員會對於重要爭議案件類型，每年均委託許多專家學者提供鑑定意見，值得推廣。此外，訴訟當事人亦可委託學者專家提出鑑定意見，以供法院裁判上參考，強化裁判理由之法理基礎。

78 翁岳生，行政訴訟制度現代化之研究，收於翁岳生，行政法與現代法治國家，2015 年初版 1 刷，頁 363 以下。按此系德國財務法院法官之任用方式，在擔任財稅案件之法官之前，應先在稽徵機關工作七、八年以上，再行選任擔任法官。

八、聲請釋憲：憲法訴訟

（一）法令違憲之救濟

人民提起行政訴訟，經窮盡訴訟途徑（例如經上訴第二審之最高行政法院仍被裁判駁回）確定之後，如認為確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義，以致其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害者，則可依據司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定，聲請解釋憲法，以資救濟。

釋憲標的應以確定終局裁判所適用之「法律或命令」為對象。其中違憲審查對象之所謂「法律或命令」，包括法律、法規命令、職權命令以及一般行政規則（函釋等）與最高行政法院之判例、決議。在此所謂「確定終局裁判所適用之法律或命令」，採取「實質上引用說」（釋字第 622 號解釋理由書 ）。

司法院大法官進行聲請釋憲之審查時，有時也擴張及於聲請範圍外之有關聯事項，其類型有四[79]：

1. 與該聲請案件具體事實相關聯之同一法規之其他法條(如釋字第 445 號解釋)。

2. 確定終局裁判所未引用、但實質上援用之法規或判例等(如釋字第 399 號、第 582 號解釋)。

3. 確定終局裁判所未引用、但與該判決有重要關聯性之法規(如釋字第 535 號解釋)。

4. 聲請人未提及，但與聲請案件具有重要關聯性之事項(如釋字第 530 號解釋)。

（二） 判決違憲之救濟

在判決違憲的情形，尤其在法令本身合憲，但適用法律見解違憲之情形，目前尚無法聲請解釋憲法，對於判決之違憲法律見解進行違憲審查。

亦即對於行政法院確定裁判認事用法不當或違誤，僅能循再審途徑尋求救濟，不得聲請司法院大法官解釋。因此，如果聲請解釋憲法之聲請書內容，僅就法院認事用法之當否有所爭執，惟依現行法制，法院判決所表示之見解，尚不得為聲請憲法解釋之對象。

只有在以最高行政法院之判例或決議為媒介之判決憲法訴願，亦即以確定裁

79 翁岳生，憲法之維護者---省思與期許，主題演說，收於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，2008.1.11，中央研究院法律學研究所籌備處出版，頁 78-85。

判所適用之判例或決議之法律見解，仍可以作為釋憲標的[80]。

在此判決違憲，卻求訴無門，固然是基於考量司法資源之有限性，但仍構成人權保護之漏洞，將來有待參考德國違憲審查範圍及於判決違憲之立法例，修法補救之。

（三）違憲審查之效力

依據釋字第 185 號解釋：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」故對於尚未確定案件，法院以及行政機關均應依據大法官解釋進行決定及裁判，其解釋溯及既往生效，可及於所有尚在處理中而未確定之案件，此與德國釋憲模式相當。

如果司法院對於行政法規進行違憲審查結果，宣告法規違憲，則其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審之理由（釋字第 177 號解釋、釋字第 185 號解釋）。

九、行政訴訟權之限制

人民行政訴訟權之限制，應以基於訴訟經濟之目的，而以訴訟程序上之理由，限制訴訟權之實施[81]。但其限制不得違反比例原則（憲法第 23 條），不得過度作不必要之限制。釋字第 507 號解釋即謂：「法律為防止濫行興訟致妨害他人自由，或為避免虛耗國家有限之司法資源，對於告訴或自訴自得為合理之限制，惟此種限制仍應符合憲法第二十三條之比例原則。」是專利法第 131 條第 2 項規定被害人必須檢附侵害鑑定報告，始得提出告訴，係對人民訴訟權所為不必要之限制，違反前述比例原則。

十、結語

憲法保障人民行政訴訟權，應以司法機關作為最終審判機關，而不得以行政機關終審裁判。有關權利侵害之保護，應包括事實上爭議以及法律上爭議，均應

80 翁岳生，憲法之維護者---省思與期許，主題演說，收於廖福特主編，憲法解釋之理論與實務，第 6 輯，2008.1.11，中央研究院法律學研究所籌備處出版，頁 103 以下。

81 李惠宗，憲法要義，第 3 版，2006 年，頁 292 以下，元照出版。

由司法機關裁判。在行政裁量處分，固然應尊重行政機關之裁量權，僅進行合法性審查。但在行政處罰處分，仍應進行妥當性問題審查，以保障人權。又司法機關應獨立審判，不受任何干涉，但仍應受憲法以及法律之拘束，並應本於良心審判。在此應加強法官有關憲法學以及個別行政法律領域之法學專業素養，以提升裁判品質。其中建議成立專責財稅法庭，加強實務界與學術界之合作，將學術研究成果提供實務上參考。其中法律學者專家之法律諮詢鑑定意見制度，是有效手段之一，可加強發揮其功能。

民主政治视野下的宪法权利与审判独立

丁晓东※

摘要：宪法权利的解释并非是一个完全隔绝于民主政治的过程，现实中的司法审判也并不存在一个完全封闭的空间。应当将权利保护与审判独立放在民主政治的视野中，并以辩证的思维来思考司法与政治的关系。司法既受制于政治，又能通过自身的能动性而影响政治。因此法院在争议性权利保护方面不应当采取司法节制主义。法院应当在保持审慎的前提下，发挥司法的领导性作用，引领社会的权利保护与共识塑造。

关键字：民主政治； 权利； 审判； 司法节制； 领导

权利经常被视为现代社会的重要基石。现代自然法理论认为，权利在一定程度上先于政治社会，自然法赋予自然权利以不可侵犯的地位。例如，在杰斐逊所起草的《独立宣言》中，就体现了源自洛克等人的现代自然权利理念。《独立宣言》宣称："我们认为以下真理是自明的，人人生而平等，他们被他们的造物主赋予了某些不可剥夺的权利，其中包括生命、自由和追求幸福的权利。"对于美国宪法来说，自然权利的观念具有奠基性的意义。[1]

在现代宪法中，自然权利转换成了宪法所规定的带有实证性的基本权利，并被认为是民主社会正常运转的重要保障。历史和经验提醒人们，没有宪法基本权利对人的根本利益的保障，民主就有可能演变为大多数人的暴政，侵犯和剥夺少数人的权利。因此，宪法的基本权利往往被赋予约束民主，保证个人权利的工具。如同斯卡利亚大法官所说，宪法基本权利的意义就在于"通过以一种未来的人民无法剥夺的方式来设定某些权利，以防止其被随意改变"。[2]

※ 丁晓东，男，浙江淳安人，1982 年 7 月出生。中国人民大学法学院助理教授。Email: dingruc@163.com。
1 对此思想史的分析，可以参见 Michael Zuckert, Natural Rights and the New Republicanism, Princeton: Princeton University Press, 1994;Michael Zuckert, The Natural Rights Republic, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1996.
2 Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton: Princeton University Press, 1997, p.40.

在维护这种基本权利的机构中，法院往往被赋予极为重要的地位。在很多宪法学者和政治学者看来，相比起经过民主政治而产生的总统或立法机构，法院的地位要更为独立和中立，从而更可能担负起捍卫基本权利，防止民主政治任意破坏基本权利的责任。对此，《联邦党人文集》曾有过专门的论述。在第 78 篇中，《联邦党人文集》指出，对于美国宪法而言，“法院法官的完全独立具有特别重要的意义”，宪法为立法机构施加了很多限制，这些限制如果得不到法院强有力的保护，那么宪法就将是一纸空文，“所有特定的权利或特权也将成为泡影”。[3]

在这一关于宪法权利、审判独立与民主政治的论述中，宪法权利被视为一种防范民主政治的“防洪堤”，而法官的审判独立则被视为保证这一防洪堤发挥作用的制度保障。根据这一理论，法官的关键在于保持独立，维护宪法所设定的基本权利。法官应当隔绝民主政治的影响，坚定地维护宪法权利的原始含义。如同斯卡利亚所说，法官应当“勇敢地抵抗民主社会中常常被认为最高的东西：人民主权的意志”。[4] 如果法官也陷入现代民主政治的漩涡，根据民意或当代社会的价值来解释宪法权利，那么这将无疑是“权利法案的末日”。[5]

本文对这一经典的关于宪法权利、审判独立与民主政治的关系提出了质疑，借用当前美国宪法学界的许多研究，本文指出，这三者的关系要复杂很多。宪法权利虽然具有约束民主政治和相对独立的特点，但宪法权利本身必然会受到民主政治的影响，民主政治与社会运动必然会改变人们对于权利保护的理解。期望宪法权利能够完全独立于民主政治之外，这既不现实，也在正当性上缺少足够的支撑。

同样，对于法院而言，审判独立并不意味着法院将与民主政治完全隔绝，法官对于权利法案的理解必然会受到民主政治与社会舆论潜移默化的影响。期望法院和法官以与世隔绝的态度来实现独立审判，这也同样会面临不现实和缺乏正当

3 Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, The Federalist Papers, Liberty Fund, 2001, no. 78.
4 Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton: Princeton University Press, 1997, p.46.
5 Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton: Princeton University Press, 1997, p.47.

性的困境。值得追求的审判独立应当是一方面对人民意志保持尊重，注意从民主政治中为权利保护提供更为正当和坚实的基础；另一方面，法院则要避免成为消极的回应民意的机构，应当注意发挥自身的能动性，引领民主社会中的权利保护。

本文的行文安排是，第一部分阐述经典的三权分立理论，并且指出了其理论所忽视的难题：那就是社会对于权利的解释往往是具有争议的。第二部分以美国宪政为例，分析了民主政治如何影响法院对于权利问题的解释，从而批判了简单和机械的权利保护理论与审判独立理论。第三部分则从更为微观的角度分析了法院为何不会完全成为政治的傀儡，批判了那些简单质疑法院角色与能力的观点。第四与第五部分则分析了在这种司法与政治辩证的关系中应当如何发挥法院的角色。其中第四部分批判了美国宪法学界颇为流行的司法节制主义，第五部分则提出了基于领导者角色的司法哲学，强调法院应当引领社会的权利保护与共识塑造。

一、权利解释的分歧：三权分立理论的难题

经典的三权分立理论将政府权力分为立法权、行政权与司法权，并将解释宪法与法律的权力赋予了法院，主张法院在司法审判中进行宪法和法律的解释。根据经典理论，法院的法官对于宪法和法律的理解要更为专业，由法官而不是政客或其他官僚来进行宪法和法律的解释，将更能够保证宪法和法律的意志得到正确施行。

而对于宪法来说，由法院而不是其他机构来进行解释，又更多了一层防止民主暴政的意义。宪法是人民通过制宪会议或超级多数程序而形成的人民意志，其中的规定，尤其是基本权利的条款，集中体现了人民希望保护的利益和价值。之所以要制定宪法而不是将所有事情都交由立法机关或多数程序来决定，就表明了人民希望宪法中的基本权利等条款能够长久地得到保护和实施。在这个意义上，由法院这样一个非民选的相对独立的机构来解释宪法，将能够最大限度地防止行政或立法机关这样的民主政治机构肆意解释权利法案，从而使得人民所确认的根本的权利和价值得以长存。

三权分立的这一宪法理论虽然在理论上完美而自洽，但一旦放到实践，就显得难以解释了。宪法一旦在实践中被运用和解释，对于宪法条文的解释往往就会出现分歧。不仅仅是法官之间，而且在其他政府分支和整个社会之间，可能都会对权利的定义和边界产生不同的理解。这样，对于宪法为什么要交由法院来解释就会出现理论上的难题。既然对于宪法的解释具有多种可能，法院无法给出一个具有确定性的答案，那为什么要由法院这样一个非民选机构来行使解释宪法的权利呢？这样岂不是由法院中多数法官的个体偏好来决定宪法的最终含义吗？对于民主理论来说，这样一种安排存在着毕克尔所谓的“反多数难题（counter-majoritarian difficulty）”。[6]

以美国宪法的实践来看，这一担忧并非多余。在关于美国宪法的解释，尤其是在涉及到权利保护条款的宪法解释时，往往会出现多种宪法解释，并且经常会以自由派和保守派来进行站队。例如，在言论自由条款中，对于涉及到种族性偏见的言论是否应当受到宪法第一修正案的保护，各方就有不同的理解。[7] 在平等保护条款中，对于平权行动（affirmative action）是否违反宪法的平等保护，也同样存在争议。[8] 事实上，分析美国的宪法实践，我们可以发现，自从六七十年代以来，美国宪法中的大多数所有重大判决都是以5：4的比例作出判决的，社会与法院自身在解释宪法权利问题上存在分歧，这已经成为了一个不可否认的事实。

出于对此问题的担忧，许多宪法理论提出了应对宪法解释不确定性的各种方法。例如，在当代美国宪法解释中占据重要地位的原旨主义（originalism）的解释方法，就提倡以宪法的原旨来解释宪法。毕竟，就字面含义来说，美国宪法中诸如“言论自由（freedom of speech）”“平等保护（equal protection）”和“正当程序（due process）”的字面含义相当模糊，从字面或文本中常常无

6 参见 Alexander M Bickel,The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven: Yale University Press, 1962; John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge,Mass.: Harvard University Press, 1980; Bruce Ackerman, “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, 93 Yale L. J. 1013(1989); Barry Friedman, “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”, 73 N.Y.U.L. Rev. 333, 334 (1998).

7 参见 Charles R. Lawrence III, "If He Hollers Let Him Go: Regulation Racist Speech on Campus," Duke L.J. 431(1990); Robert C. Post, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment," 32 Wm. & My. L. Rev. 267 (1991).

8 参见 Paul Brest & Miranda Oshige, Affirmative Action for Whom?, 47 STAN. L. REV. 855 (1995).

法得出宪法解释的统一含义。原旨主义者因此将目光投向宪法的原旨，期望从宪法的原旨中找到“可靠与真实”的宪法（constitutional "fidelity" and "authenticity"）。[9]

在原旨主义者看来，原旨主义的法学理论将能够解决宪法权利不确定性的问题。它将首先避免宪法的政治化，或者说“政治对法律的诱惑”。[10] 通过寻求到确定性的宪法解释，原旨主义将能够确保法官最大限度地远离意识形态，在相关政治性的议题上保持真正的中立。[11] 其次，通过对宪法真正的原始含义的寻求，宪法同时也保障了民主政治的运行。宪法代表的是一个国家的根本法，所反应的是一个国家的根本意志，当司法机关进行违宪审查时，它应当担负起寻求这种根本意志的职责，以实现“对民主理念的深刻承诺”。[12] 最后，如同前文所述，原旨主义认为，它可以保持美国宪法的持久不变，使其成为一部“具有确定性和在法律上具有约束性意义的文本”。[13] 在原旨主义看来，宪法的这种确定性和约束力使得宪法能够约束民主政治的狂热与激情，保护公民的根本权利和价值。[14]

二、民主政治对法院权利解释的影响：美国宪政的历史经验

原旨主义等宪法解释方法是否能够保证法官独立和法院不受政治的影响呢？从美国宪法实践的历史经验来看，答案并非如此简单。美国宪法的历史经验是，宪法的含义往往随着民主政治和社会价值的变迁而变迁，而且原旨主义等宪法解释方法也无法阻止这一点。[15]

美国宪法变迁的典型之一是新政时期最高法院的态度转向。在上世纪初，美国最高法院曾经奉行一系列放任自由主义（libertarian）的宪法解释观念，宣

9 Edwin Meese III, A Return to Constitutional Interpretation From Judicial Law-Making, 40 N.Y.L. Sch. L. Rev. 925, 930-931 (1996).

10 参见 Robert H Bork, The Tempting of America: The Political Seduction of the Law, New York, Free Press, 1990.

11 Edwin Meese III, A Return to Constitutional Interpretation From Judicial Law-Making, 40 N.Y.L. Sch. L. Rev. 925, 933 (1996).

12 Edwin Meese III, Construing the Constitution, 19 U.C. Davis L. Rev. 22, 29 (1985)

13 Edwin Meese III, Our Constitution's Design: The Implications for Its Interpretation, 70 Marq. L. Rev. 381, 382 (1987)

14 正如马歇尔在麦卡洛克案中所称的那样，宪法是“为了世代的长治久安（intended to endure for ages to come）”，McCulloch v Maryland, (1819) 17 US 316, 415.

15 传统的宪法理论认为，宪法的解释只能通过修宪程序而完成，只要宪法文本没有被正式修改，宪法的含义就应当维持不变。

布一系列国会立法与政府规制的法案无效。例如在洛克纳案（Lockner v. New York）中宣布工作时间的限制违反了宪法第十四修正案中缔结自由契约的权利。[16] 在艾达尔诉美国案（Adair v. United States）[17]和考贝奇诉堪萨斯案（Coppage v. Kansa）[18]中认定，雇主签订合同的时候可以要求雇员不得参加工会组织。在艾德金诉儿童医院案（Adkins v. Children' s Hospital）[19]和莫海德诉纽约提帕多案（Morehead v. New York ex rel. Tipaldo）[20]中认定纽约州的妇女最低工资法无效。但是在政治现实面前，法院很快放弃了这种自由放任主义的权利观。随着罗斯福再次高票当选并且开始考虑法庭改造计划（court-packing plan）时，最高法院不得不在意识形态上转向，开始全面认同国会的各项新政立法。[21]

如果说新政时期的宪法解释受到政治影响是属于特例的话，那么二战后美国宪法的解释则更能反应政治对于宪法的一般性影响。因为新政时期最高法院的转向受到了政治明显而直接的干预，罗斯福总统的法庭改造计划直接威胁到法官们的去留，而在二战后，最高法院基本上保持很高的威信，没有再次受到类似新政时期的政治压力。考察这一时期的宪法解释的变迁，更能看出民主政治与宪法解释的一般性关系。

将目光投向二战以后，会发现对于宪法的权威解释和历史变迁与政治正当性密切相关，而与宪法原旨则并不总是吻合。以最为经典的布朗诉教育委员会（Brown v. Board of Education of Topeka）[22]和波林诉夏普案 Bolling v. Sharpe）[23]为例，尽管美国宪法第十四修正案的制宪者们可能都没有取消种族隔离的意图，但是这两个案件却被认为是美国宪法史上最伟大的判决。[24] 自从这两个案件判决以来，无论是保守派还是自由派，都没有人敢于挑战或质疑这一判决。[25] 社会的

16 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
17 Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908).
18 Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915).
19 Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).
20 Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U.S. 587 (1936).
21 参见 Bruce Ackerman, We the People, Volume 2, Transformations, Cambridge, Mass.: Harvard University Press,1998.
22 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
23 Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497 (1954)
24 有的学者因此指出，这两个案件使得原旨主义的理论根本无法自圆其说。
Lino A. Graglia, "Constitutional Theory": The Attempted Justification for the Supreme Court's Liberal Political Program, 65 Tex. L. Rev. 789, 789 (1987)
25 例外的情况，参见 Derrick Bell, Dissenting, Edited by Jack M. Balkin, What Brown v. Board of Education

变化已经使得取消种族隔离的观念深入人心，宪法解释如果在这种背景下仍然坚持所谓的“原旨”，那将丧失其自身所有的合法性。

政治能够直接改变宪法解释，但要更为细微地观察政治对于宪法解释影响，还需要分析一个社会中宪法含义的逐渐变迁。以性别平等为例，我们可以发现，民主政治与社会运动常常会改变法院对于宪法的权威解释，宪法的变迁并不仅仅取决于正式的修宪程序。

众所周知，上世纪七八十年代美国的性别平等修正案（Equal Rights Amendment）虽然在性别平等支持者的努力下通过了国会的修宪程序，但在随后州的宪法批准过程，却没有通过宪法要求的四分之三州的批准，反女权运动的政治力量最终阻碍了性别平等修正案成为了美国宪法的一部分。[26] 按照一般的预期，这意味着性别平等虽然可能可以受到其他法律的保护，但却不能上升到宪法的高度进行保护。然而在随后的宪法解释中，最高法院却逐渐将在一系列案件中支持了性别平等，成为了一种“事实上的性别平等修正案（de facto ERA）”。[27] 在宪法未被修改的情况下，宪法的含义发生了根本性的变迁。

这一情况为何会发生呢？原因在于性别平等修正案虽然没有通过，但却极大地激活了美国政治，深刻地改变了美国社会对于性别平等与宪法文化的看法。在关于宪法修正案的辩论中，性别平等修正案的支持者们将性别不平等比作类似于种族隔离的“女性隔离法（Jane Crow Laws）”，[28] 认为面对这种不公平，没有理由不以宪法第十四修正案来保护性别平等。而反对性别平等修正案的人士在这种强大的政治攻势下，也不得不部分承认了性别不平等的现实，并且开始以宪法第十四修正案能够保护女性为由来换取性别平等修正案的不通过。正如一位保守派的参议院所说：“我的确相信，如果能够被正确地解释，那么平等保护条款将足以废除州法所制定的所有不平等的法律歧视。”[29] 因此，性别平等修正案虽然

Should Have Said, New York University Press，2001, pp.185-200.
26 参见 Reva B. Siegel, Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA, 94 Cal. L. Rev. 1323, 1323-1332 (2006).
27 Michael C. Dorf, Equal Protection Incorporation, 88 Va. L. Rev. 951, 985 (2002).
28 Pauli Murray & Mary O. Eastwood, Jane Crow and the Law: Sex Discrimination and Title VII, 34 Geo. Wash. L. Rev. 232 (1965).
29 Reva B. Siegel, Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the

没有通过，但却为重新解释第十四修正案打下了基础。在其后法院的解释中，法院首先在里德案（Reed v. Reed）中认定法律不得在家庭中区别男女角色，[30] 其后又在弗朗蒂诺（Frontiero v. Richardson）、[31] 克雷格（Craig v. Boren）[32] 等案件中进一步地运用了第十四修正案来审查性别区分的法律。

观察这一时期法律人特别是原旨主义者对于宪法的解释，会发现原旨主义的观点也在改变。原旨主义者曾经试图论证，无论是制宪者的原旨，还是制宪时期人民批准时期的原旨，都没有试图用宪法第十四修正案来审查性别区分；但经历过多年的性别运动后，原旨主义开始修正自己的观念，开始接受第十四修正案对于性别问题的保护。[33] 这种改变甚至会发生在某个人的身上，例如有的教授曾经通过研究表明，前最高法院首席大法官伦奎斯特三十年来对于宪法在性别平等问题上的观点一直在变化，性别平等运动带来的性别平等观念的改变直接影响了其宪法解释。[34]

事实上，原旨主义不仅仅无法保证其宪法解释尽可能地贴近宪法的原旨，而且原旨主义本身就是一种政治性极强的宪法解释方法，其兴起和上世纪八十年代后的保守主义政治运动具有直接的联系。[35]上世纪五六十年代以来，美国最高法院在沃伦的领导下，曾经一度在民权领域作出了许多有利于自由派的判决，而保守派则节节败退。但随着里根的上台和保守主义的兴起，这种情况得以扭转，保守派开始以原旨主义的代言人而自居，他们指责沃伦法院过于积极地介入政治，主张回到“宪法的真实含义”上来。[36] 然而在自由派学者看来，这种去政治化的宪法解释本身就是政治化的，原旨主义看似遵循原旨，但他们从来不敢推翻布朗案等案件而回到真正的宪法原旨。他们只是将保守主义的政治披上原旨主义的外

de facto ERA, 94 Cal. L. Rev. 1323,1403 (2006).
30 Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971).
31 Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).
32 Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).
33 参见 Robert Post &Reva Siegel, Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution, 75 Fordham L. Rev. 545,560-561 (2006).
34 参见 Reva B. Siegel, "You've Come A Long Way, Baby": Rehnquist's New Approach to Pregnancy Discrimination in Hibbs, 58 Stan. L. Rev. 1871 (2006)
35 参见 Robert Post：Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution, 75 Fordham L. Rev. 545(2006).
36 Edwin Meese III, A Return to Constitutional Interpretation From Judicial Law-Making, 40 N.Y.L. Sch. L. Rev. 925, 931 (1996).

衣，以原旨的名义来正当化当下的宪法政治而已。[37] 在这个意义上，可以说原旨主义本身就是一种民主政治或社会运动的产物，借由原旨主义这一工具，保守主义深刻地改变了八十年代后美国的宪法解释。[38]

如果说宪法变迁的第一种途经在于通过民主政治改变对于宪法的理解，那么第二种途经则是通过民主政治改变法官的构成。或者说，第一种途经改变宪法文化或关于宪法的意识形态，第二种途经则是改变解释宪法的人。法官并不生活于真空中，法官的选任本身就必然受到政治的影响。

就美国最高法院的法官任命来说，法官是由总统提名并且由参议院确认的。在这种情形下，总统会偏向于和自己意识形态相近的法官，因为总统会希望自身的政策更能被最高法院通过，希望最高法院能够宣布对立的国会立法或地方立法违宪，或者希望自己所在的政党的价值能够更持久地存续。这样，如果某个党在民主政治中持续胜利，所属该党的总统持续提名偏向某种意识形态的人为候选人，那么最高法院人员的政治倾向偏好就有可能改变。杰克·巴尔金（Jack Balkin）教授和桑福德·列文森（Sandy Levinson）教授将这种现象称为党派堡垒（partisan entrenchment）。通过党派政治，政党将倾向于本政党的候选人输送到最高法院，以争夺对于宪法的解释权。[39]

三、法院解释宪法的独立与制约：法院为何不会完全成为政治的傀儡

如果说法院和法官的独立性必然会受到民主政治的干预，法院的宪法解释也必然会受到政治观念和宪法文化的影响，那么法院的宪法解释将直接面临两个方面的挑战。一方面，法官的宪法解释是否会成为同时期政治和意识形态的投射，自身没有任何独立性可言？另一方面，法官的宪法解释是否又会不受任何约束，法官是否会恣意地以自己的政治立场和意识形态来进行宪法解释？这两个问题可以说是一个问题的两面，都表明了对法院宪法解释政治化的担心。[40]

37 参见 Robert Post, Theories of Constitutional Interpretation, Representations, Spring 1990, p.29.
38 参见 Robert Post &Reva Siegel, Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution, 75 Fordham L. Rev. 545 (2006).
39 参见 Jack M. Balkin& Sanford Levinson, From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State, 75. Fordham L. Rev. 489(2006).
40 参见 Gary Peller, The Metaphysics of American Law, 73 CAL. L. REV. 1151 (1985).

将法院放在美国政治的背景下进行解读，会发现这种担心过于简化。法院的宪法解释虽然会受到政治的影响，但这并不意味着法院只是消极地反映政治力量。

首先，就法官的构成来说，虽然总统可以通过提名来改变法官人选，但这种改变只是从总体和长期意义上说的，总统通过控制人选而控制宪法解释的空间有限。由于法官的终身制，通过提名和填补法官必须等待法官退休，而这种机会对于连任期限最多八年的总统并不多。而且，即使总统提名了政治立场相近的法官，该法官也可能会走向相反的政治立场。一方面，法官可能改变自身的立场，例如被尼克松总统提名的哈里·布莱克门大法官（Harry Andrew Blackmun），本应当属于保守派的阵营，但后来却成为了自由派的代表性人物。[41] 另一方面，有的法官也可能因为政治环境的改变和走向了相反的政治立场。例如费列克斯·法兰克福特大法官（Felix Frankfurter）一直坚信司法克制，因此虽然他是被罗斯福总统提名并且在上世纪三十年代倾向于自由派，但是在五十年代美国政治转向保守主义后，他的司法克制就导致了他倾向于保守主义的阵营。[42] 这些情况都表明，民主政治不可能通过选举总统而直接改变法官构成和宪法解释。

其次，从宪法文化的角度来看，民主政治也给宪法解释预留了相对独立的空间。一般来说，民主政治和社会运动具有大众性、平民性的特点，而宪法解释则相对具有精英性的特点。这就意味着民主政治虽然可能通过选举或社会运动获得压倒性的力量，但仍然可能无法改变精英阶层对于宪法解释的观点，从而无法影响法院最终的宪法解释。[43] 如果民主政治希望能够最终改变宪法解释，那么它就不能仅仅依靠一两次的社会运动或选举胜利，它不仅仅需要持之以恒地改变社会民众的宪法观念，而且需要改变社会精英对于宪法的理解。唯此，民主政治才能实现对宪法的重新解释。

最后，宪法解释的专业性特点也使得法院和宪法解释可以保持相对独立。一

41 参见 Tinsley Yarbrough, Harry A. Blackmun: The Outsider Justice. Oxford University Press, 2008.
42 参见 H.N. Hirsh, The Enigma of Felix Frankfurter, New York: Basic Books, 1981.
43 参见 Lawrence Baum and Neal Devins, "Why the Supreme Court Cares About Elites, Note the American People," 98 Geo.L.J. 1515(2010).

方面，就议题设定来说，民主政治相对来说会更关心一些热点议题，例如同性恋婚姻、医疗改革法案、持枪权等问题，而在很多非热点的议题上，民主政治则会较少过问，这就意味着法院可以在这些非热点议题上相对远离政治的影响。[44] 另一方面，宪法解释具有一套专业性话语，这套专业性的话语使得法院可以在知识和话语体系上保持相对独立。以宪法的平等保护为例，可能民主政治对于何谓平等有相对具体的看法，例如可能认为在教育平等中应当对所有的种族一视同仁，不能因为某人属于某个种族而另眼相看。但在法院的宪法解释中，对于何谓平等具有更为精细和专业化的分析。例如哪种身份区分属于“可疑区分”（suspected classification），应当采取何种审查标准，大学招生多样化（diversity）的目的是否属于压倒性的利益，证明歧视是否存在应当采取差别性对待标准（disparate treatment）还是差别性影响标准（disparate impact）等等。由于这些专业性工具的存在，法院往往可以暗度陈仓，支持某些民主政治所反对的宪法解释。例如法院可能认为直接使用种族因素给某些种族加分的办法违反宪法的平等保护，但允许那些表面种族中立的但实际有利于某些种族的政策通过宪法平等保护的门槛。[45]

因此，法院和法官可以具有相对独立的空间，而不会成为一个随波逐流地政治场域。但另一方面，法官也同样不可能恣意地进行宪法解释，完全以政治倾向或意识形态来解释法律。多种原因对法院和法官形成了约束。

首先，法院的人员组成中往往有各种政治立场的法官，以过去几十年的最高法院为例，最高法院的保守派与自由派人数往往旗鼓相当，而最终决定宪法判决的往往是其中政治立场较为摇摆的法官（swing justice）。因为美国政治中的保守派与自由派两种力量大致旗鼓相当，民主政治通过总统提名而送进最高法院的法官们因此也大致人数相当。而由于最高法院的任命需要参议院的批准，总统也会谨慎对待提名意识形态较为极端的法官候选人，以避免最终未能通过参议院

44 参见 Jack Balkin, Living Originalism, Cambridge : Harvard University Press, 2011, p.292.
45 例如法院在 Gratz 案中宣布了种族加分的招生政策违宪，但却并未宣布 Fisher 案中的 10%计划。在 Fisher 案中，所涉及的是德克萨斯州大学的招生政策，该政策将每个公立高中前 10%的高中生自动录取，由于不少高中种族单一，这样就保证了更多地黑人和某些少数族裔被录取。因为黑人所在的高中一般教育水平较差，如果统一申请和录取，那么这些高中的毕业生很可能将没有机会被录取。参见 Gratz v. Bollinger, 539 U.S. 244 (2003); Fisher v. University of Texas at Austin, 133 S. Ct. 2411 (2013).

的批准。[46] 在这个意义上，我们可以看到法官的人选其实受到了许多潜在性的约束，法院不太可能进行恣意妄为和较为极端的宪法解释。

其次，从宪法文化上来说，上面提到的某些特征也同样约束着法院的宪法解释。如上所述，法院的宪法解释是在一个宪法文化的空间里进行的，其中既有比较大众化和非专业性的宪法观念，也有比较精英化和专业化的各种宪法评论、宪法研究等等。法院的宪法解释除了不太可能过于偏离一般性的宪法理解之外，也要经受专业法律意见的批评，当法院的宪法解释和这些专业法律意见相差过远的时候，就必然会引起社会的强烈反弹。当然，在宪法实践中，法院与专业法律意见完全背离情况极少发生，因为法官自身并非与世隔绝，他们必然会受到社会情境（context）的影响。[47] 同样，对于在宪法解释中扮演重要角色的法官助理，他们的情况也是如此，他们一般从法学院毕业不久，对于宪法的认识与观念往往会受到学校或某些人的强烈影响。与法官一样，他们所受的教育、日常的阅读与交流同样不是在真空中进行的，也受着宪法文化的约束。

在某种程度上，我们可以将法院和法官视为社会中的个体。一方面，人类自然而然地会受到社会和环境的影响，都“深深地嵌在这个世界中”。[48] 但另一方面，人类也不是受社会和环境摆布的木偶，人类独有的能动性（agency）使得人类既不会在社会和环境里完全无能为力或无所作为，也不可能随心所欲恣意妄为。[49] 和人类的这种特征相似，法院一方面深嵌于政治之中，必然受到政治的影响，但另一方面也可以避免恣意妄为，以积极的姿态来发挥自身的影响。

四、争议性权利保护的难题：法院的角色定位

如果说古典三权分立思想的问题在于对宪法解释与权利解释的明确性过于乐观，没有充分估计到宪法与权利在现代社会中所引起的争议，那么在这样一种争议不可避免的情形下，法院应当如何处理棘手的宪法与权利保护的问题呢？这里首先要回答的一个问题是，法院是应当更多地介入这些争议性的权利保护问题

46 博克法官即为一例，参见 Ethan Bronner,Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America. New York: W.W. Norton & Co., 1989.
47 参见 J. M. Balkin, Cultural Software: a Theory of Ideology, New Haven: Yale University Press, 1998.
48 苏力：《我和你都深深地嵌在这个世界中》，《天涯》，1997 年第 6 期。
49 参见 Michael Bratman, Structures of Agency, Oxford: Oxford University Press, 2006.

呢，还是应当与这些议题保持距离，将权利问题交由立法机关或民主政治来解决？

让我们先分析保持距离的观点。近年来，美国宪法学界中有不少学者开始主张法院应当远离那些具有争议性的宪法与权利议题，采取更为节制性的司法哲学。其中最具有代表性的当属卡斯·桑斯坦（Cass Sunstein）的司法极简主义哲学。在桑斯坦看来，在那些容易引起政治性争议的宪法案件中，法院应该尽量避免介入这类判决，或者即使法院介入这类判决，也应当避免对原则性的问题做出判断。用桑斯坦的话来说，那就是最高法院应当“就事说事”或“一次一案”（one case at a time），以“司法极简主义”的态度来对待具有争议性的案件。例如，在同性恋婚姻的案件中，法院应当避免直接宣布同性恋婚姻受宪法保护或不受宪法保护，而是将此类问题交由立法机关或政治过程来解决。

桑斯坦之所以采取这种立场，主要基于他对于法院和宪法权利的理解。一方面，他认识到法院的宪法解释可能犯错。历史上的教训自不必说，美国最高法院在司各特案和洛克纳案中都站到了历史的对立面，在今天，法院对于争议性案件的判决也同样具有犯错的危险。基于其行为主义法律经济学和认知心理学的理论，桑斯坦指出，人类的理性程度是有限的，而法官也是人，在有限理性（bounded reason）的前提下，法官同样“缺乏对于不可预测的负面效果的知识”。[50] 这样，如果法院强行介入具有高度政治性争议案件，就有可能会作出错误的判决，损害法院的权威。另一方面，更为重要的是，桑斯坦认为宪法性权利的争议很大程度上是由于社会多元主义而造成的，在一个“异质性的社会中”，“理性人也会对许多问题持有不同意见”。[51] 如果由法院来裁决这些争议，法院将不得不在多种多元价值中做出选择，并且会将这种统一性的裁决适用到每个人的身上。桑斯坦认为，这很可能会伤害到其中的某些群体。更好的方式应当是将这些争议性问题交由立法机关或政治程序，通过民主审议（democratic deliberation）来解决

50 Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.53.
51 Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.50.

争议性的权利解释问题。因为在民主审议中，参加审议的各方可能会达成“对彼此都有利的妥协”，或者通过民主协商“增加新的信息和视角”。[52]

不仅仅是桑斯坦，其他很多学者也认为法院应当与争议性的权利保护保持距离。例如迈克尔·卡拉曼（Michael Klarman）教授通过分析布朗案，得出了最高法院的布朗案判决并没有引发民权运动和种族隔离的结论，从而质疑了通过法院来保护权利的观点。卡拉曼指出，一般都将美国废除种族隔离的功劳归功于最高法院的布朗案判决，但现实并非如此。现实的情况是，布朗案其实引发了“种族变革的广泛的反弹”。[53] 例如，在布朗案之后，南方开始出现了更加严重的种族歧视，种族议题开始成为压倒性的议题，各个公共职位中都开始选举白人至上主义者。在这种情况下，原本相对缓和的种族议题开始变得紧张，因为这些白人至上主义者开始以更加苛刻地态度对待黑人等少数族裔。[54]

卡拉曼认为，法院因为介入争议性权利而引起的反弹并不是孤立事件，在“标志性的案件中也经常出现反弹而不是支持”。[55] 引起这种现象的原因主要有两个方面。一方面，法院介入争议性案件本身就会使得某个议题的重要性增加。在法院介入某个议题之前，一个社会的议题可能会很多，该议题可能并不会引起全民的关注或者成为最为重要的议题，但是在法院介入之后，该议题可能会立刻成为焦点议题，而其他议题则可能随之边缘化。这样，原先可能较为缓和的关系就有可能呈现出对抗的局面，社会中的反动力量就有可能因为议题的中心化而凝聚起来，从而使得权利保护产生倒退的局面。另一方面，法院的介入可能会打破社会变化原有的节奏。对于某些争议性的权利问题，社会往往有一套类似哈耶克所说的“自生自发”的秩序来加以解决，[56] 但法院的介入使得这套秩序产生了外来的

52 Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.53.
53 Michael J. Klarman, Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement, 80 VA. L. REV. 7, 115 n.494 (1994).
54 Michael J. Klarman, Civil Rights Law: Who Made It and How Much Did It Matter?, 83 GEO. L.J. 433, 433 n.4 (1994)
55 Michael J. Klarman, From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality. Book By Michael J. Klarman Oxford University Press, 2004, p.464.
56 参见弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，上海三联书店 1998 年版。

变量，从而可能影响了问题的解决，甚至引起社会对于权利保护的反弹和倒退。[57]

基于这些考虑，卡拉曼暗示，法院应当避免介入争议性和敏感性的权利保护。从解决问题的角度来看，这种权利保护可能会引起社会较大的反弹，破坏民主政治程序解决此类问题的进程。[58] 从法院的威信的立场来看，介入此类权利保护可能会引起社会对于法院的不信任，损害法院的权威。

除了桑斯坦和卡拉曼教授之外，威廉·艾斯克里奇（William Eskridge）教授也在一定程度上认为法院应当采取司法节制的态度，他认为，法院介入争议性的权利保护有可能会将某些群体排除在政治过程之外。在约翰·哈特·伊利（John Hart Ely）理论的基础上，艾斯克里奇教授提出了“有利于多元主义理论（pluralism-facilitating theory）”，认为法院的权利保护应当促进社会中的各个群体参与民主政治的过程，而不是封闭他们的渠道。[59] 但当法院介入争议性敏感性议题的时候，法院实际上是以自身的判断代替了民主政治的判断，将某一部分人排除在了民主政治之外。在艾斯克里奇看来，这将会导致一部分群体感到孤立，“就像是被他们自己的国家所抛弃了一样”。[60]

在一定程度上，桑斯坦、卡拉曼、艾斯克里奇等人的司法节制主义反映了美国最高法院最近几十年的现状。在沃伦法院之后，美国最高法院开始逐渐保守化，在权利保护方面更加倾向于推翻民权运动的立场。这种立场让以自由派为主的学术界对于法院的角色感到幻灭，希望通过限制法院对于权利的保护来保存民权运动的成果。曾经主张司法能动主义的自由派学者，如今转变成了司法节制主义的支持者。

57 Michael J. Klarman, Brown and Lawrence (and Goodridge), 104 MICH. L. REV. 431, 473 (2005).
58 另一位和卡拉曼教授持相似立场的罗森博格教授也认为，法院“很少能够制造显著的社会变化”，倒是经常“动员反对力量”。Gerald N. Rosenberg. The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?Chicago: University of Chicago Press, 1991, p.341.
59 参见 William N. Eskridge, Jr., Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics, 114 YALE L.J. 1279 (2005).
60 William N. Eskridge, Jr., Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics, 114 YALE L.J. 1279, 1312 (2005).

但从学术而非政治策略的角度来说，司法节制主义的立场却不能成立。首先，法院对于争议性权利的解释固然可能犯错，但这并不等于民主政治就不会犯错，更不能说明民主政治中的政治协商就更有利于权利的保护。在桑斯坦的理论中，司法之所以应当保持节制或极简主义，其中理由之一就是设想民主政治过程更能够“促进社会稳定”和“达成某种形式的相互尊重”。[61] 但就现实社会的政治来说，这种对于民主政治的描绘显然过于理想。从历史上来说，民主程序在权利保护方面犯的错误不可谓不多，逃奴法案（Fugitive Slave Act）、种族隔离法案（Jim Crow laws）都是在民主程序下达成的。而在当下的国会中，其政治运作过程也充斥着对抗、僵化和腐败，[62] 现实社会中的政治运作和共和主义学派所设想的审议民主往往具有极大的反差。[63]

其次，司法节制主义的立场设想了一种封闭性的司法观。司法节制主义认为，相比起民主过程的开放与参与，司法是一种封闭、专断和“隔绝于民主（democracy-foreclosing）”的活动。[64] 但在社会现实中，司法虽然会对某些争议性议题进行权威性的解释，但这并不意味着这些议题在司法判决之后就隔绝于民主政治了。在司法判决之后，普通民众也仍然可以将此议题重新带入政治程序中，改变对于该议题的重新解释。如上所述，他们一方面可以通过政治选举倾向于自身意识形态的总统和国会，通过改变法官人选而改变对于争议性问题的解释。另一方面，更为经常的是，他们可以通过社会运动而改变社会的宪法文化，从而改变法院的宪法解释。[65]

61 Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.50.
62 参见 Lawrence Lessig, Republic, Lost: Lawrence Lessig, Republic, Lost: How Money Corrupts Congress—anda Plan to Stop It, New York: Hachette Digital, Inc., 2011.
63 关于共和主义所设想的审议民主，参见 Jon Elster, ed., Deliberative Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
64 Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.26.
65 这方面的研究在近些年的宪法研究中越来越多，参见 Jack M. Balkin, Original Meaning and Constitutional Redemption, 24 CONST. COMMENT. 427 (2007); Jack M. Balkin& Sanford Levinson, Understanding the Constitutional Revolution, 87 VA. L. REV. 1045 (2001); Jack M. Balkin & Reva B. Siegel, Principles, Practices, and Social Movements, 154 U. PA. L. REV. 927 (2006); Lani Guinier, Foreword: Demosprudence Through Dissent, 122 HARV. L. REV. 4 (2008); Robert Post & RevaSiegel, Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution,75 FORD- HAM L. REV. 545 (2006); Gerald Torres, Legal Change, 55 CLEV. ST. L. REV.135 (2007).

在这个意义上，司法同样不会将某些群体“排除在政治之外（off-limits to politics）”，[66]使得某些群体感受到了背叛。即使某些群体对某个判决可能感到失望，他们也并不会像司法节制主义者所担心的那样，会因为法院的判决而丧失了宪法的信心。相反，在很多司法判决中，这些失意的群体可能会因为判决而动员起来，更加积极地参与政治和改变对于宪法的解释。如同杰克·巴尔金教授（Jack Balkin）所说，当某些宪法解释让某些群体感到失望时，这些群体不会认为宪法错了，他们会更愿意相信是宪法解释者错了，他们对于宪法的信心和宪法政治的热情不会因为某些判决而磨灭。[67]

最后，也是最为重要的是，司法判决所可能引起的反弹也并不能说明司法节制主义的正确性。在几位司法节制主义者的分析中，他们都指出，司法判决可能破坏原有社会解决问题的秩序和进度。例如对于罗诉韦德（Roe v. Wade）案，[68] 桑斯坦认为此判决使得州层面的堕胎合法化立法进程突然被打破，引起反堕胎势力的反弹。[69] 但是这里的问题是，任何一种争议性宪法权利的判决都会在一定程度上让一些群体不满，至少都有引起反弹的可能。如果因为反弹的存在而正当化司法节制主义，那就意味着法院对于所有的争议性宪法权利都应当不闻不问。这将不仅仅推论出司法节制的观点，而且将得出司法彻底虚无主义的立场。

基于反弹而赞成司法节制，这种观点首先低估了社会现实的复杂性。法院的争议性判决当然可能引起社会上相关势力的反弹，但是如果法院不介入，是否社会现实中的反弹就会不存在？这显然也是不现实的，任何社会对于某个议题支持和反对的声音都不会因为对方的暂时性取胜而销声匿迹。相反，一旦某个议题被媒体报道，或者因为国会立法而成为中心议题，都可能会引发某一方群体力量的聚集或反弹。[70] 从这方面来说，反弹或对抗可以说是民主政治中的常态，[71] 因为担心法院引发反弹而坚持司法节制主义，这并不科学。

66 Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, 115 YALE L.J. 1346,1369 (2006).
67 参见 Jack Balkin, Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, chapter 7.
68 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
69 Cass R. Sunstein, Three Civil Rights Fallacies, 79 CAL. L. REV. 751, 766 (1991).
70 用巴尔金的话来说，虽然法院介入权利的解释，将权利问题宪法化会将某些议题从立法机关那里移除，但它同样激活和改变了政治。参见 Jack M. Balkin, Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution, 39 TULSA L. REV. 485, 505 (2004).
71 参见 Charles Mouffe, The Return of the Political. London, New York: Verso, 1993.

另一方面，这种观点也低估了法院在权利保护方面所可能起到的正面作用。如上文所说，法院在受政治过程影响的同时，也可以发挥自己的角色来影响政治，如同巴尔金所说，法院不是宪法政治的镜子（mirror），而是政治本身过程中的一个参与者（player）。[72] 而且，法院影响政治的方式完全可以是正面的。法院完全可以通过自身的法律论证和制度性权威来影响社会的价值取向，从而促进社会中的正面力量的积聚。同时，即使法院的判决引起了社会中负面力量的反弹，也常常可以期待某些群体对于这些反弹力量的再反弹，当这些群体进行再反弹的社会运动时，他们完全可以借用法院为其主张提供的合法性论证。[73]

综上所述，虽然法院在介入争议性的宪法权利的时候存在危险，但这并不意味着法院就应当完全放弃维护这些权利和解释宪法，而将这些任务完全交由政治来解决。司法节制主义所提供的几点理由，无论是民主过程比司法更为符合多元民主，司法容易排斥某些群体，还是司法容易引起权利保护的反弹，都过分简单地设想了司法与政治的关系，都错误地采取了“避免冲突”的视角。[74] 司法对于争议性权力的保护，不应当是一个是否应当介入的问题，而应当是一个如何介入的问题。

五、结语：迈向领导角色的司法

如果说司法节制主义的立场不可取，那么司法应当如何介入争议性权利的解释？上一部分的分析虽然主要是为了反驳司法节制主义，但也为这一问题提供了分析的基础。对司法节制主义保持警惕，这并不意味着对于争议性权利的解释就应当采取随心所欲的姿态。司法对于争议性权利的解释的确可能引起意想不到的社会后果，而既然司法是民主政治的积极参与者而非消极背书者，那么司法就应当以更为艺术的方式来介入民主政治中的权利保护。

如同上文所分析的，法院在民主政治中具有两面性，一方面法院深嵌于民主政治之中，法院自身的人员构成与宪法解释必然会受到民主政治的影响；另一方面，法院也可以超脱于民主政治，在民主政治中发挥自己独特的能动性。基于这

72 参见 Jack Balkin, Living Originalism, Cambridge : Harvard University Press, 2011, p.287.
73 参见 Jack Balkin, Living Originalism, Cambridge : Harvard University Press, 2011, p.293.
74 Robert Post & Reva Siegel, Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, 42 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 373,376(2007).

两种特征，我们可以从比较制度性功能的角度，分析法院在宪法权利保护方面应当采取的姿态。

一方面，法院应当在争议性权利案件中首先应当保持审慎（prudence）。[75] 对比法院和其他政府分支的行为，可以发现法院进行司法审判活动的一大特征就是依赖于“言辞”。如同《联邦党人文集》所说，司法“既没有钱也没有剑”。[76] 这种特征除了使得法院成为“最不危险的部门”之外，也使得法院的活动首先在一定程度上容易变得轻率和危险。一旦法院决定接受某个权利保护的议题并且不加考虑地进行解释，其所引起的社会后果就可能难以估量。这其中最为典型的就是上文提到的司各特案和洛克纳案件，前者法院支持了对于奴隶的财产权，后者支持了自由契约的权利，在当时的历史语境下，这两种解释在社会中都有广泛的支持者。但在这两个案件中，法院轻率地接受了上诉案件并做出相应的解释，不但引起了政治上的严重后果，而且严重地伤害了法院的权威。在这个意义上，法院的确应当避免过于自大而轻率。如同汉德法官所说，法院应当保持“怀疑、容忍、挑选、文雅以及某些程度的——不过不能太多——对于变化的抗拒，对于比例性的坚持，以及最为重要的，在未知面前保持谦卑”。[77]

另一方面，审慎与谦卑并不是法院的终极追求。在争议性权利保护方面，法院应当发挥领导性作用，以实践理性的智慧来引领与形塑公共意见。如同亚历山大·毕克尔（Alexander Bickel）教授所说：“法院是意见的领导者，而不仅仅是意见的背书者，法院必须引领意见，而不仅仅是强加自己的意见”。[78] 在面对所谓的司法的“反多数难题”时，应当意识到非民选的法院完全可以比国会更有利于凝聚共识，只不过这种共识的凝聚应当是更为长远和根本性的，应当反应人民的长期的根本性的意志。一旦法院能够成为这种人民的长期意志的守护者，那么法院对于宪法权利的解释就可以为法院赢得尊严，为民主政治增添力量。即使法院对于宪法权利的解释可能引起一部分群体的暂时性的失望，或者引起权利保护的暂时性反弹，但只要法院坚守这种安东尼·克隆曼（Anthony Kronman）教

75 参见 Mary Ann Glendon,A Nation Under Lawyers,How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society, Cambridge, Mass.: Harvard University Press,1994, p.238.
76 Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay, The Federalist Papers, Liberty Fund, 2001, no. 78.
77 Learned Hand, Forward to Williston, Life and Law, in The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand, Irving Dillard ed., 1953, p.142.
78 Alexander M Bickel,The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, New Haven: Yale University Press, 1962, p.239.

授所谓的司法的“内在价值”，[79] 法院就能成为公共意见的领导者，引领社会对于权利保护形成共识。

在一定意义上，我们或许可以把法院尤其是最高法院视为是一个“讲坛”，这样一个讲坛要求法院对争议性权利采取高度审慎的态度，通过其内部成员的审议（deliberation）而发现对于一个社会最为根本性的权利与价值，并且选择合适的时机宣告与说服大众。[80] 当法院丧失了介入敏感权利议题的勇气，或者丧失了说服大众的能力，那么最高法院就可能丧失相比于其他政治机构的优势，就会在民主政治中显得无所适从，备受质疑。

把目光返回到中国，会发现这种作为领导者角色的法院也同样值得追求。一方面，中国的司法与审判也深嵌于政治之中，作为理想类型的审判独立不应遮蔽社会中的现实，在中国法官构成与权利解释也同样深受政治影响。另一方面，中国的司法与审判也同样可以参与影响民主政治。这就要求中国的司法与审判同样应当采取审慎与引领的作用。法院应当审慎介入相关争议性议题，避免轻率而肆意的解释引发社会问题与对法院的不信任。同时，更为重要的是，中国的法院也应当积极担负起引领社会价值与共识的角色，以自身的智慧与勇气承担起权利保护的开拓性角色。在这一点上，中国的法院显然还任重而道远。

79 Anthony Kronman, The Lost Lawyer, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995, p.3.
80 在这一点上，法院除了需要实践理性的判断能力之外，还应当具备修辞的能力，参见 Bryan Garsten, Saving Persuasion: A Defense of Rhetoric and Judgment, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2003.

法定法官与人民参与审判

——由诉讼权之保障出发

傅玲静※

一、前言
二、诉讼权保障之内涵－以司法院解释为中心
（一）诉讼权之保障范围
（二）诉讼程序之具体原则
三、法定法官原则之内涵
（一）意义
（二）法律保留原则之运用
（三）适用范围
（四）违反之态样及法律效果
（五）小结－藉由法官自治落实的法定法官原则
四、人民参与审判与法定法官原则之关联性
（一）德国法制－法定法官原则亦拘束参审员
（二）对于台湾人民参与审判制度设计之观察
五、结论

一、前言

德国基本法第 101 条第 1 项第 2 句明文规定受法定法官审判为人民之基本权利，法定法官原则亦为诉讼程序应遵循的重要原则，多年来德国学说及实务对于法定法官原则的内涵有较明确的说明。虽然台湾的释宪实务长期以来并不重视法定法官原则，直至 2009 年前总统陈水扁声请释宪而由司法院作成之释字第 665

※ 傅玲静，政治大学法学院副教授

号解释，始对于法定法官原则之内涵有较深入的阐述，然在学说上，向来普遍承认法定法官原则为宪法上对于诉讼程序的明白要求，因此法定法官原则并非宪法上的陌生制度，其内涵及功能即有进一步认识的必要。

另一方面，人民参与审判为现今司法改革的重点，由参审制变更为观审制为目前司法院推动的重要工作。是以人民参与审判制度的建构与法定法官原则间的关联为何，德国相关学说及实务见解应可参酌。藉由相关说理，对照台湾现行观审制度的草案设计，探究观审员产生方式与法定法官原则的关联性，以保障法官及其判决中立而不受操控的可能性，于人民参与审判制度的设计中同样注意法定法官原则的落实，即为本文欲逐步讨论的问题。

二、诉讼权保障之内涵－以司法院解释为中心

宪法第 16 条保障人民有请愿、诉愿及诉讼之权利。相较于请愿，系人民对国家政治设施或本身权益，向民意机关或行政机关陈述其愿望或意见[1]，诉愿及诉讼为实体权利受侵害时的救济方法，不仅在主观面向上为具有防御性质之基本权，在客观面向上为具有制度性保障性质的基本权，须由立法者制定相关规范，形成相关制度，始得实现其保障内容。对应于实体之基本权的保障，诉愿及诉讼属于程序之基本权（Verfahrensgrundrecht），或称为司法之基本权（prozessuales Grundrecht），其保障之范围为程序本身[2]，而与实体基本权透过程序之保障（Grundrechtsschutz durch Verfahren）有异。

（一）诉讼权之保障范围

诉讼权作为受宪法保障之基本权，系指人民于其权利遭受侵害时，有请求法院救济之权利（司法院释字第 418 号解释参照），此权利救济之可能性，「不得因身分之不同而予以剥夺」（司法院释字第 243 号、第 382 号、第 430 号、第

1 法治斌、董保城，宪法新论，2012，第 5 版，页 292；参见请愿法第 2 条：「人民对国家政策、公共利害或其权益之维护，得向职权所属之民意机关或主管行政机关请愿。」在此理解下，行政程序法第 168 条规定之陈情，本质上即为陈情的一种态样。

2 德国学者 Badura 称之为「程序上的基本权保障」（Grundrechtsschutz im Verfahren），而与「基本权透过程序之保障」（或「基本权之程序保障」）（Grundrechtsschutz durch Verfahren）相区隔；s. Badura, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002。

462 号、第 653 号、第 681 号、第 684 号解释参照）。基于程序基本权的制度性保障功能，立法者有义务形成保障基本权之诉讼制度[3]，而立法者基于其立法形成自由，对于诉讼救济应循之审级、程序及相关要件，得衡酌诉讼案件之种类、性质、诉讼政策目的以及诉讼制度之功能等因素，制定合乎正当法律程序之相关法律（司法院释字第第 663 号、第 667 号解释）。至于相关程序规范是否正当，「除考虑宪法有无特别规定及所涉基本权之种类外，尚须视案件涉及之事物领域、侵害基本权之强度与范围、所欲追求之公共利益、有无替代程序及各项可能程序之成本等因素，综合判断而为认定」（司法院释字第 639 号、第 663 号、第 667 号、第 681 号参照）。而正当程序之要求，包括人民有请求法院依正当法律程序公平审判之权利，以获及时有效救济之机会（司法院释字第第 396 号、418 号、第 512 号、第 574 号、第 591 号、第 653 号解释参照）。

综理司法院大法官相关解释之见解，可知诉讼权保障之核心范围，包括无漏洞的权利救济途径、公平的权利救济途径及有效的权利救济途径[4]。

1、无漏洞的权利救济途径

首先，立法者于形制定法院组织与诉讼程序有关之法律时，基于有权利即有救济之法理，应确保人民于权利受到侵害时有救济之可能性，换言之，国家所提供之权利救济途径必须能完整包括所有的权利争执，以确保所有的权利都有实现之途径。因此，人民接近法院（Zugang zu den Gerichten）提起救济的可能性，不得以不正当或不符合期待的方式受到排除。亦即不可全面排除诉讼救济，也不得以无期待可能的方式，其他事由造成人民选择审级的困难[5]。最重要的是，对于特别权力关系下人民原提起权利救济所受之限制，应予突破，使得人民不致因其身分或地位，而被拒绝或排除寻求救济之可能性。此外，立法者有义务建构一友善而容易接近利用之诉讼制度[6]，不得完全禁止或拒绝人民向法院请求救济，

3 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1998, S.146ff.

4 法治斌、董保城，同注 1，页 285-291。

5 Huber, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 19 Rn.462.

6 刘宗德，宪法解释与诉讼权之保障，收录于：刘宗德，制度设计型行政法学，2009 年 4 月，页 383。

然得衡量诉讼案件之种类、性质、诉讼制度之功能及诉讼外解决纷争之法定途径等因素，为正当合理之规定；倘其规范内容合乎上开意旨，且有其必要性者，即与宪法保障诉讼权之意旨无违（司法院释字第 591 号解释参照）。

2、公平的权利救济途径

宪法第 16 条保障人民有诉讼之权，旨在确保人民得依法定程序提起诉讼及受公平之审判（司法院释字第 499 号解释参照）。在权力分立的思考下，任何争议，在制度上皆可由具有法官资格者所组成的法庭进行审议，且在程序上须受到公平的审理。因此，所谓公平的权利救济途径，不仅包括组织上的公平正义，亦包括程序上的公平正义[7]，以确保人民受到公平审判的可能性。如果权利救济的途径在组织及程序上无法确保公平性，即无法使人民的权利获得正当的实现，导致对于国家司法权公正性的不信任，而无法建立司法权应有的威信。

至于公平法院的建置，在组织上，须落实法定法官原则、确保审判独立、建立法官回避制度等；在程序上，则须保障人民法律上听审的权利，并落实当事人武器平等原则[8]。相关制度，皆须由立法者建置相关配套机制，以防止其他与诉讼案件无关的因素影响法院审判，导致裁判之偏颇或错误。然而公平的权利救济途径，并不保障三级三审的审级制度。亦即审级制度并非诉讼权保障之核心内容，立法机关得衡量诉讼案件之种类、性质、诉讼政策目的、诉讼制度之功能及司法资源之有效运用等因素，以法律为正当合理之规定（司法院释字第 442 号解释参照）。因此，公平法院的保障内涵并不在于审级的多寡，重点是只要确保诉讼案件至少有一次法院审判机会，并且保障公平的审判程序，即满足诉讼权保障对于权利救济公平性的要求。

3、有效的权利救济途径

有效的权利救济途径，强调权利保障之实效性，权利救济途径必须在事实上能有效地实现权利内容，并解决纷争。立法者除了应思考预防性权利救济及暂时性权

7 法治斌、董保城，同注 1，页 287。
8 法治斌、董保城，同注 1，页 287；李惠宗，宪法要义，第 5 版，2009，页 305。

利救济的制度，以避免冗长的诉讼程序造成人民无法回复的权利侵害外[9]，权利救济之及时性，亦为诉讼权的核心保障内涵，进而要求法院必须于适当的时间内提供权利救济之保障。因此诉讼权的保障，不仅在形式上应保障人民于其权利受侵害时得提起诉讼请求权利保护，实质上更应保障人民于诉讼上获得确实有效之保护，有受公正、「迅速审判」，获得救济之权利，俾使人民不受法律以外之成文或不成文例规之不当限制，以确保其诉讼主体地位（司法院释字第 418 号、第 442 号解释参照）。

（二）诉讼程序之具体原则

将宪法第 16 条规定与德国基本法之规定相较，德国基本法除权利救济之保障（基本法第 19 条第 4 项）属于程序基本权外，亦明确规范其他与程序有关联之基本权，例如法定法官（gesetzlicher Richter）（基本法第 101 条第 1 项第 2 句）及听审权（Recht auf Gehör）（基本法第 103 条第 1 项）等[10]。此不仅为诉讼权所延伸之具体保障，而成为诉讼权的内容，也是宪法层次上对于立法者行使形成自由落实诉讼权保障时所确定之基本原则。相较于德国基本法，宪法除了第 16 条关于诉讼权保障之规定外，缺乏其他类似的规范。然而学者认为，透过解释亦可由诉讼权保障本身推导出客观上立法者形成诉讼程序规范时应遵循之基本原则，其中包括法定法官之要求、法律上之听审、诉讼程序上之武器平等及公平程序之要求[11]。

1、法定法官

德国基本法第 101 条第 1 项规定，「不得设置非常法院。任何人受法定法官审理之权利，不得剥夺。」本项第 2 句之规定，于德国法院组织法

9 程明修，诉讼权（上），法学讲座，第 32 期，2005 年，页 4。
10 德国学者 Badura 教授将德国基本法中与程序有关之基本权保障称为「程序上之基本权保障」（Grundrechtsschutz im Verfahren），除了直接以程序作为保障内涵的基本法第 19 条第 4 项、第 101 条第 1 项第 2 句及第 103 条第 1 项外，如基本权保障之效力直接影响程序之形塑者，亦属于程序上基本权保障的类型，例如由程序形成的基本权（基本法第 14 条第 3 项，征收之程序保障），及与程序相关联之基本权（基本法第 16a 条，政治庇护之基本权）：s. Badura, in: Erichsen (Hrsg.), a.a.O.(Fn. 2), § 33 Rn. 31。
11 Maurer，吴信华译，法治国家的诉讼法，收录于 Badura/Dreier 编，苏永钦等译注，德国联邦宪法法院五十周年纪念论文集（下册），2010，页 530-536。

（Gerichtsverfassungsgesetz; GVG）[12]第 16 条亦有相同的明文规定。本句规定不仅保障个别人民要求法定法官之主观权利，而属于程序基本权之类型，此亦为法治国家中诉讼程序之基本要求[13]。

法定法官原则要求应事先以一般规范决定个案中有裁判权限之法官，而非逐一个案决定或变更，以维护法官之独立性并确保裁判之公正性[14]。因此，立法者有义务制定相关规范以作为分配法官事务之准则，使承审法官系以盲目且随机地（blindlings）方式产生，不会受个别案件因素的影响。目的则为避免其他机关或个人于具体个案中对于司法审判机关之操弄，以确保司法判决之客观性及中立性[15]。

相对而言，宪法仅于第 80 条规定「法官须超出党派以外，依据法律独立审判，不受任何干涉」，亦即法官应本诸自己之法律判断为裁判，不仅不受任何外来指示、命令，亦不受司法行政机关或上级法院内部之指示与命令，此即审判独立之原则（司法院释字第 539 号解释参照）。法官审判时不得偏私当事人任何一方，不受与案件不相关因素的影响，针对个案事实，依据法律及良知进行审判。然而本条规定，更进一步包含法院案件之分配不容恣意操控的精神。「为维护法官之公平独立审判，并增进审判权有效率运作，法院案件之分配，如依事先订定之一般抽象规范将案件客观公平合理分配于法官，足以摒除恣意或其他不当干涉案件分配作业者，即与保障人民诉讼权之宪法意旨，并无不符。」（司法院释字第 665 号解释理由一参照）因此，虽然宪法并未明文保障人民受法定法官审理之权利，然基于宪法第 16 条诉讼权保障及宪法第 80 条法官依法独立审判等规定，并加上法治国家正当法律程序之要求，法定法官亦可认为系落实诉讼权保障及司法公正的重要内涵[16、17]。

12 Gerichtsverfassungsgesetz vom 9.5.1975 (BGBl. I, S. 1077), zuletzt geändert durch Art.2 Abs.2 des Gesetzes vom 21.1.2015 (BGBl. I, S.10).
13 基本法第 101 条第 1 项第 2 句为受法定法官审判基本权的统一规定，同项第 1 句及同条第 2 项则为特殊情形；Jarass/Pieroth, Grundgesetz: Kommentar, 7. Aufl., 2004, Art. 101 Rn.1。
14 Badura, Staatsrecht, 3. Aufl., 2003, S.670.
15 BVerfGE 4, 412 (416); 17, 294 (299); 82, 159 (194); 95, 322 (329).
16 一般认为法定法官原则可由宪法第 16 条及第 80 条规定导出，参见法治斌、董保城，同注 1，页 287；李惠宗，同注 8，页 305；司法院释字第 665 号解释理由书第三段；李震山大法官于司法院释字第 665 号解

2、法律上之听审

德国基本法第 103 条第 1 项规定，「任何人于法院前，享有法律上听审之权利。」法律上之听审（rechtliches Gehör），保障参与诉讼程序之当事人并非程序中之客体（Objekt），而是在保障人性尊严的前提下，确保当事人在法院裁判前，应有表示意见的机会，以对于程序及其结果发挥一定的影响[18]。此不仅为人民程序上的原始权利（prozessuales Urrecht），同时亦为客观法上的程序原则，并可由基本法保障之法治国程序推导出来[19]。基于法律上听审之保障，诉讼程序之当事人有请求信息阅览、表示意见以及意见受参酌的权利，以使当事人于程序中可视情形自行决定应采取的行为，同时并确保当事人就事实关系及法律见解的阐述及声请，皆有表示意见的机会[20]。因此，德国基本法第 103 条第 1 项规定与权利救济保障有功能上的关联性，亦即权利救济保障确保人民有接近法院之权利，而法律上之听审则保障程序应适当的进行，因此形式上由法院受理的案件，法院亦应实质上审理。如法院于程序上不遵守法律上听审的要求，即有碍于由法院对于权利受侵害者提供有效权利救济的可能性。

虽然宪法缺乏对于保障法律上听审之明文规定，然基于人性尊严的保障、诉讼权的保障及法治国中对于诉讼程序的要求，应可认为法律上听审亦为宪法对于

释部分不同意见书中亦同此见解。林子仪大法官则认为由宪法第 16 条规定即可得出宪法承认法定法官原则的意旨：「宪法第十六条保障人民诉讼权，既保障人民有请求法院依正当程序公平审判，则人民亦有权要求法院之案件分配作业必须符合正当程序与公平审判，其意旨与德国基本法规定之法定法官原则所欲维护者相同。」（司法院释字第 665 号解释林子仪大法官部分协同、部分不同意见书参照）除了宪法第 16 条及第 80 条规定外，许玉秀大法官则更进一步认为法治国原则中的正当法律程序原则亦为法定法官原则在宪法上的依据：「正当法律程序既然是正当裁判的前提，设置公正的裁判者，当然是正当法律程序的一环，如何让人民获得公正的裁判者，不能认为不是正当法律程序原则应该操心的事项。因此法定法官原则可以认为是正当法律程序原则的实践规则，而正当法律程序原则，也可以作为 审查法定法官原则的宪法依据。这种结论，和上述德国文献将法定法官原则与法治国原则连结的看法相同。」（司法院释字第 665 号解释许玉秀大法官部分不同意见书参照）许玉秀大法官的见解，重视法定法官原则本质上对于法官事务分配的程序性质，值得赞同。
17 陈新民大法官则持较特殊的见解，认为德国法定法官原则有广义及狭义区分，广义的法定法官原则，尚包括基本法第 101 条第 1 项第 1 句规定之「非常法院禁止原则」。于司法院释字第 665 号解释所讨论属于狭义的法定法官原则，相关效果由宪法第 8 条及第 23 条导出之人身自由、正当程序及比例原则即可得出；参见陈新民，评议法定法官原则的探源与重罪羁押合宪性的争议，军法专刊，第 56 卷第 1 期，2010 年 2 月，页 8-12。
18 BVerfGE 9, 89 (95); 84, 188 (190); 86, 133 (144 ff.).
19 BVerfGE 55, 1 (6).
20 BVerfG, Beschluss vom 30.4.2003 - 1 PBvU 1/02, Rn. 38; s. http://www.bverfg.de/entscheidungen/up20030430_1pbvu000102.html.

诉讼权保障及诉讼原则所确立的基本要求[21]。司法院释字第 482 号解释理由书中，亦谓「宪法第十六条规定，人民有请愿、诉愿及诉讼之权。所谓诉讼权，乃人民司法上之受益权，即人民于其权利受侵害时，依法享有向法院提起适时审判之请求权，且包含听审、公正程序、公开审判请求权及程序上之平等权等。」

3、诉讼武器平等

德国基本法第 3 条第 1 项规定：「所有人于法律之前一律平等。」本项为关于一般平等原则的规定，结合基本法第 20 条第 1 项关于社会国原则及第 3 项关于法治国原则的要求[22]，以及第 19 条第 4 项关于权利救济之保障，即可得出人民享有平等权利救济之请求权。因此，在社会国的思考下，就确保人民接近法院权利的角度而言，应保障寻求权利救济者不得因其资力因素而无法获得权利保障。保障任何人皆有平等接近法院的权利，不仅适用于诉讼程序，亦适用于诉讼外之程序[23]。此即衍生对于诉讼救助制度与权利救济平等保障的问题，以确保有资力者及无资力者在司法领域中的相同地位[24]。

而在法治国的思考下，法治国包含一个重要的实质内涵，即须于国家及可能受国家影响的领域中追求并维护实质的公平。为达此目的，在诉讼程序中，法官应透过适当的程序架构以保障人民之基本权，并应尽力维护程序之公平性及保障人民法律上之听审[25]。特别重要的是法官在诉讼程序中，应维护诉讼当事人在程序上法律地位的平等，任一当事人不得有优于或劣于他造当事人之地位，并且享有取得及使用攻防武器的平等机会。并且在实质上，无成见地评价诉讼双方当事人之主张，无偏私地适用法律，以强化判决之正确性，维护实质正义[26]。

同样的，宪法虽然并未明文保障诉讼当事人之武器平等，但是宪法第 7 条、

21 程明修，同注 9，页 9；甚至有学者认为因宪法亦尊重人性尊严及法治国原则，在各种诉讼程序上当事人亦应享有法律上听审权，并为宪法第 22 条保障之基本权利；参见陈清秀，论法律上听审请求权，收录于陈清秀着，行政诉讼之理论与实务，1994 年，页 322。
22 德国基本法第 20 条第 1 项：「德意志联邦共和国为民主、社会之联邦国家。」第 3 项：「立法权应受合宪秩序之拘束，行政权与司法权应受法律及法之拘束。」
23 BVerfGE 51, 295 (302); 81, 347 (357); 122, 39 (49 f.).
24 BVerfGE 22, 83 (87)；详见姜世明，诉讼救助制度之研究，月旦法学杂志，第 76 期，2001 年 9 月，页 69-87。
25 BVerfGE 49, 220 (225).
26 BerfGE 52, 131 (156 f.).

第 16 条、第 23 条与法治国及社会国原则之思想，均可认为系诉讼武器平等之宪法基础[27]。特别是关于受羁押被告之诉讼防御权，司法院释字第 654 号解释认为，「宪法第十六条规定人民有诉讼权，旨在确保人民有受公平审判之权利，依正当法律程序之要求，刑事被告应享有充分之防御权，包括选任信赖之辩护人，俾受公平审判之保障。而刑事被告受其辩护人协助之权利，须使其获得确实有效之保护，始能发挥防御权之功能。从而，刑事被告与辩护人能在不受干预下充分自由沟通，为辩护人协助被告行使防御权之重要内涵，应受宪法之保障。」鉴于刑事诉讼中代表国家行使追诉权之检察官，在组织、人力、物力上以及专业法律知识等方面皆优于被告，因此为维护双方武器平等，被告应享有充分之辩护权，于诉讼上防御其权利，以排除追诉检察官对其不利之控诉。

4、公平程序

一般认为，德国基本法上关于公平程序（faires Verfahren）的要求，源自于法治国。然公平程序原则并未包含个别具体的诫命或禁止，而是须依不同事务之特性予以具体化。如对于法院在诉讼程序中就程序法规之解释与适用进行整体观察，认为法治国所强制要求之保障未获实现，或背离法治国原则中不可或缺之基本要求时，始可认为违反公平程序原则[28]。因此，法治国原则关于程序建构的基本要求，例如权利救济之保障、法律上之听审、法定法官、武器平等、独立审判等，广义上皆可认为是公平程序原则的要素。

三、法定法官原则之内涵

（一）意义

由宪法第 16 条、第 80 条及正当法律程序所引导的法定法官原则，其目的在于立法者应建置客观的标准及程序产生法院中个案的承审法官，以免法官意见有受到恣意操的可能，藉此保障法官的公正性。法定法官原则，简单说来，系指何

27 姜世明，论民事程序之武器平等原则，辅仁法学，第 23 期，2002 年 6 月，页 102-103。
28 BVerfGE 57, 250 (276).

案件应由何法官承办，应事先由具有一般性、抽象性及续产的法律予以明文规定。一旦规定后，原则上即不可任意加以变更。特别是应防止透过交换法官及案件重分配的方法以对于法官审判工作造成干扰，或影响案件的进行或判决的结果，因此又称为「案件顺序不可变更原则」[29]。更进一步而言，国家首要应确保个案中的承办法官系事先依据一般法规范，以尽可能清楚且明确的抽象标准而产生，避免法官受到来自于法院内或法院外与案件无关的因素影响[30]。个案的承办法官既然是依事先一般抽象之规范所明定或可得确定者，案件进入法院后即无法由人为操控、选任特定法官负责裁判，亦不能等待具体个案发生后始由司法行政权决定，致使相关权力有恣意决定承审法官之空间。而产生个案中承办法官的相关规范内容，不仅包括诉讼案件之审判权归属、法院之事务辖权及土地管辖权的划分，更应包括法院内审判庭及其组成、以及法院事务分配的计划等事项[31]。因此，法官事务分配之事项涉及法律保留原则的运用。

（二）法律保留原则之运用

法定法官原则具有保障人民诉讼权的功能，依其重要性，应由立法者制定抽象规范作为法院事务分配的依据，而不得由行政规则予以规范[32]。然而法院内诉讼案件的分配涉及专业处理的妥当性、诉讼程序的效能、法官工作分配的公平性、不同法院的案件负担等，基于现实的需求及机关功能最适的考虑，不宜一律由立法者加以规范。因此，法院内部的事务分配，往往须由法官自行订定的事务分配规则予以处理，只要由事务分配规则符合一般性、抽象性的法规范要求，即未违背法律保留原则[33]。换言之，面对法院对于事务分配的专业自主，法定法官原则

29 李惠宗，同注 8，页 305；李惠宗，从基本权功能司法独立与诉讼基本权之保障，收录于李惠宗，权力分立与基本权保障，1999 年，页 256-257；林孟皇，金融专庭与法定法官原则，法令月刊，第 60 卷第 4 期，2009 年 4 月，页 539-540 页；林孟皇，法定法官原则的理论与实务－兼评司法院释字第 665 号解释，法官协会杂志，第 11 期，2009 年 12 月，页 62。

30 Badura, a.a.O.(Fn.14), S.670。关于法定法官原则的详细论述，参见姜世明，长期被忽略之法治国支柱－论法定法官原则之观念厘清及实践前瞻，台湾法学杂志，第 125 期，2009 年 4 月，页 9-21；林超骏，试论设计法院分案制度应考虑之因素－也评我国一般所谓之法定法官原则，台湾法学杂志，第 136 期，2009 年 9 月，页 61-91。

31 Badura, a.a.O.(Fn.14), S.670；姜世明，同注 30，页 13。

32 BVerfGE 2, 307(320 ff.); 19, 52(60); 95, 322(328).

33 BVerfGE 18, 423 (425).

的落实在法律保留原则的要求下，具有层级性。

依据德国学说及实务上的看法，法定法官原则在法庭组织上衍生三个层次的要求：一、有管辖权法院，在组织上必须一致或一体，并须经由法律或法律授权之法规命令规定之。二、各个法院之审判庭之管辖与组成。三、各法官在审判庭上如何任命与协力[34]。其中第一个层次，涉及法院的整体组织，依其性质应由立法者加以规范，得细节问题得授权由法规命令予以规范。至于第二个层次，涉及法院内部之组织，而第三个层次，则为审判庭内部的任务分配。亦即分别涉及法院整体事务如何分配于法院内各审判庭间的问题，以及各审判庭内部个别法官事务分配的问题。至于第二及第三层次的问题，属于法院内部的权限事项，依其事物性质，基于组织上、结构上之理由，宜由法院自行为之，然事务分配的标准仍必须具备一般性、抽象性的特征。

依德国法院组织法（GVG）第 21e 条第 1 项规定，即由法官会议（Präsidium）[35]确定事务分配规则，决定审判庭的组成、指定调查法官、规定法官代理人及分配司法事务，并且事务分配规则应于每一年度前开始前即确定[36]，并在作成事务分配前给予非法官代表会议成员的法官有表示意见的机会。姑不深论该事务分配规则的法律性质[37]，透过法律保留原则的要求及运用，法官行使审判权之组织及人事安排，其分配规则虽系由法官会议决定，因有法律明文规定或基于法律的授权规定，强化司法权行使的民主正当性。透过一般性、抽象性的分配规则，可排除个案中与诉讼案件本质无关的事项对于裁判结果产生的影响[38]。

（三）适用范围

法定法官既为德国基本法第 101 条第 1 项第 2 句明文规定的程序基本权，权利主体即为利用诉讼制度追求权利保障之人，不限于德国人，亦及于外国人，依

34 Maunz, in: Maunz/Durig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V, 2003 Aufl, 101/9；Maurer，吴信华译，同注 11，页 530；参见司法院释字第 665 号解释陈春生大法官部分协同意见书、许玉秀大法官部分不同意见书。

35 依德国法院组织法第 21a 条第 2 项规定，法官代表会议，由法院院长及法官互选的代表组成。

36 法院事务分配计划应逐年为之，为年度计划，于次年即失效；参见姜世明，同注 30，页 18。

37 法官代表会议决议作成每年度的事务分配规则，司法实务上有不少行政法院认为事务分配规则系法规范；学说则有不同见解，有裁判（司法）行为说、（司法）行政行为说、订定法规范说、以及特殊类型组织（机关）行为说；相关说明，参见姜世明，同注 30，页 18。

38 陈信安，法定法官原则之研究，国立中正大学法律学研究所硕士论文，2005 年，页 27-29。

其性质，亦为法人得享有之基本权[39]。虽非诉讼当事人，而为法律上权利受影响之利害关系人，亦得主张法定法官之权利[40]。如诉讼程序并非主观之权利保障程序，而为客观之程序（objektives Verfahren），亦即与特定人之权利侵害无关者，例如抽象法规范审查程序（abstraktes Normenkontrollverfahren），其声请人亦得主张法定法官之权利[41]。受法定法官审判之程序基本权所拘束的对象，包括所有国家公权力，即不论立法权、行政权或司法权，皆不得干涉法官审判事务之进行，特别是对于法官事务的分配，公权力不得无明确法令依据或恣意干涉而违反法定法官原则所要求的法官中立性及不偏倚性。

受法定法官审判除为人民之程序基本权，客观上亦为宪法上对为诉讼程序的基本要求。此一宪法基本原则所适用之范围，在人的部分，亦即法定法官原则所称之「法官」，不仅指的是组织法上的法院整体（如各级法院），以及个案中从事判决之法院（如民事庭、刑事庭），亦包括个别判决之法官[42]。就法官个人而言，不论是各审级从事审判事务的法官、非讼法官、抑或宪法法院法官或职务法庭之法官，皆属之[43]。此外，参审员（Schöffe）亦应有法定法官原则之适用[44]。至于事务部分，所有与审判任务（司法）有关的法官工作均属之，例如诉讼事件、刑罚事件、剥夺自由处分等。此外，如为裁判前为发现事实调查证据进行之准备行为，亦属之。只有于纯属行政事项而与审判工作无涉者，例如登记、文书公证等，性质上为行政行为，而非司法行为，并不着重法官之独立性，即无须受到法定法官原则之拘束[45]。

（四）违反之态样及法律效果

对于立法权而言，法定法官原则禁止立法者以制定形式意义法律之方式，将宪法原本划分应由法官执行之权限或事务，由行政或其他国家机关行使，并且依

39 BVerfGE 18, 441(447); 64, 1(11).
40 BVerfGE 61, 82(104).
41 BVerfGE 82, 286(296 f.).
42 BVerfGE 17, 294(298 f.); 40, 356(361)；李惠宗，同注 8，页 305。
43 详细相关联邦宪法法院裁判，参见 Jarass/Pieroth, a.a.O.(Fn.13), Art. 101 Rn.2.
44 BVerfGE 31, 181(183).
45 姜世明，同注 30，页 13。

层级化法律保留原则的精神，要求应由立法者预先制定一般性规范具体落实其内涵，相关规范必须符合法律明确性的要求[46]。此外，如立法者制定之规范无法确保法官之中立性与独立性，亦不符合法定法官原则的要求[47]。相关法律规定，即因违反法定法官原则而可被评价为违宪而为无效[48]。

为排除国家行政权对于法官行使审判权所可能产生之影响，德国法院组织法对于法官事务分配并非规定由司法行政部门决定，而是采取法官自治的方式，由法官会议决议，以防止行政权对的介入与干涉。因此，如果行政权专擅地委由特定人担任法官（ad hoc und ad personam），即构成法定法官原则的违反[49]。至于司法权的部分，特别是法院以及法官于具体个案中，对于在相关诉讼法、组织法及事务分配规则中之规定，必须进一步予以解释，始能确定对于诉讼案件管辖权限以及承审法官。对于法规及事务分配规则的解释及适用发生错误，究属于单纯的程序错误或已构成法定法官的剥夺（Entziehung des gesetzlichen Richters），应视其是否已构成恣意（willkürlich）之行为。如果寻求法律适用者接受法定法官审判之权利，遭受恣意地剥夺，即属违反基本法第 101 条第 1 项第 2 句之规定违犯[50]。因此，如果法院的裁判不符合法规及事务分配规则，「该瑕疵或违误依基本法支配性之理性评价已无法明白，且因此仅能推论其系基于与事务无关考虑而作为之决定」，即可认为已构在恣意的要件[51]。因此，如果法院违反法定管辖权之规定并作成裁判，并不一定即可认定为恣意之行为，必须法院「以与本案无关之因素作为其裁判依据，或该等裁判结果于法律上系属无理由而无法立足之时，甚至其裁判与法律规定或其他法定标准并无任何关连性存在者，则该等裁判之诉讼当事人其接受法定法官裁判之权利即可能被侵害，甚至已被剥

46 关于法定法官原则与法律明确性原则的讨论，参见姜世明，同注 30，页 14; Jarass/Pieroth, a.a.O.(Fn.13), Art. 101 Rn.9.
47 关于法定法官原则与法官独立的关联，参见陈信安，同注 38，页 78-80。简言之，德国基本法第 97 条第 1 项规定法官应依据法律独立审判，同条第 2 项为关于法官身分独立性的保障，惟有合于基本法第 97 条规定要求之法院及法官，得以独立行使审判权限，方属于基本法第 101 条第 1 项第 2 句规定所指之法院或法官。且因基本法第 101 条第 1 项第 2 句规定同时具有程序基本权之主观性质，人民即可以法定法官权利受到侵害而提起权利救济以及宪法诉愿。
48 参见姜世明，同注 30，15。
49 Jarass/Pieroth, a.a.O.(Fn.13), Art. 101 Rn.10.
50 Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz: Kommentar, 1993, Art. 101, Rn.50.
51 参见姜世明，同注 30，页 16。

夺。」[52] 否则，判决仅为有单纯的程序瑕疵。司法判决如违反法定法官原则，其判决并非无效，而是得以上诉程序撤销之[53]。

（五）小结一藉由法官自治落实的法定法官原则

法定法官，为德国基本法所明列之程序基本权，亦为立法者架构诉讼制度时应遵循的诉讼程序基本原则。其目的首要在于确保法院及法官行使审判权之独立性，不受任何国家公权力之干涉。在审判组织及事务分配程序上，必须同时确保法院及法官的中立性，才能有效保障司法独立，因此法定法官原则可谓司法独立关于正当程序的要求。法定法官的落实在个别案件中涉审判庭的组成及事务分配的标准，最终仍须由法院内部的法官会议决定，实际上为法院内部自治的事项，因此即便在法律保留原则的要求下，法官（法院）自治始真正为职务运作与分配之依据[54]。因此，司法行政事务由法官会议或法官选出之代表组成委员会决定，以确保审判之完全独立公正，消除外界对于行政干涉司法之疑虑，实为法官自治精神的体现[55]。然而为落实法定法官原则，法院在法官自治的空间下，个别案件审判法官的确定，仍须由法院预先（im Voraus）订定明确的一般性规则予以规范[56]。透过普遍抽象性的规定预就法院事务分配预定规则，避免司法行政事务的运作受到操控，为法定法官原则的核心价值。因此即便在法官自治的空间下，法院事务分配规则亦不得任意受到控制，「司法院本于司法行政监督权之行使所发布之各注意事项及实施要点等，亦不得有违审判独立之原则」（司法院释字第513号解释参照）。

在台湾，法院事务分配之法令依据，主要是法院组织法第78条、第79条，及行政法院组织法第30条[57]。司法院依据法院组织法第78条规定，订定「地方

52 参见陈信安，同注38，页86。
53 姜世明，同注30，页16；联邦宪法法院相关见解，参见 Jarass/Pieroth, a.a.O.(Fn.13), Art. 101 Rn.16。
54 陈新民，同注17，页12。
55 关于法官自治的讨论，参见章瑞卿，试论我国法官自治制度之发展趋势，律师通讯，第206期，1996年11月，页39-47；
56 Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar, 7. Aufl., 2013, §16 Rn.6.
57 法院组织法第78条：「各级法院及分院与各级法院及分院检察署之处务规程，分别由司法院与法务部定之。」第79条：「各级法院及分院于每年度终结前，由院长、庭长、法官举行会议，按照本法、处务规程及其他法令规定，预定次年度司法事务之分配及代理次序。办理民事、刑事、行政诉讼及其他特殊专业类型案件之法官，其年度司法事务分配办法，由司法院另定之。第一项会议并应预定次年度关于合议审判

法院及其分院处务规程」，依据法院组织法第79条第2项规定，订定「各级法院法官办理民刑事与行政诉讼及特殊专业类型案件年度司法事务分配办法」[58]，另外亦依职权订定「法官会议实施要点」。至于行政法院体系，司法院则依行政法院组织法第30条规定之授权，分别订定「高等行政法院处务规程」及「最高行政法院处务规程」。法官法于2012年7月生效，依该法第24条第1项第1款规定，各法院及其分院设法官会议议决之事项，包括依法律及司法院所定事务分配办法，预定次年度司法事务分配、代理次序及合议审判时法官之配置事项。地方法院及其分院处务规程、高等行政法院处务规程及最高行政法院处务规程中皆明定，法官年度司法事务分配、代理次序、合议审判时法官之配置及事务分配之变更，适用法官法之规定。而各级法院法官办理民刑事与行政诉讼及特殊专业类型案件年度司法事务分配办法则对于法官会议就年度司法事务的分配有普遍性的规范。因此台湾在制度的设计，原则上应可认为合乎法定法官原则的要求。

四、人民参与审判与法定法官原则之关联性

（一）德国法制一法定法官原则亦拘束参审员

1、参审员为「未着法袍的法官」

如前所述，法定法官原则在德国亦拘束参审员（Schöffe）[59]。德国参审员的法律地位，简而言之，一如德国联邦荣誉法官协会（德国参审员协会；DVS）[60]于1989年首次发行的公开刊物名称「未着法袍的法官」（Richter ohne Robe; RohR）[61]。因此参审员亦为法官，亦称为荣誉法官（ehrenamtlicher Richter），法律地位如同职业法官，差异仅为未着正式的法袍。

时法官之配置。」行政法院组织法第30条：「各级行政法院之处务规程，由司法院定之。」
58 原名称为「各级法院法官办理民刑事及特殊专业类型案件年度司法事务分配办法」，2012年6月修正名称为「各级法院法官办理民刑事与行政诉讼及特殊专业类型案件年度司法事务分配办法」。
59 BVerfGE 31, 181(183).
60 全名为 Bundesverband ehrenamtlicher Richterinnen und Richter e.V. - Deutsche Vereinigung der Schöffinnen und Schöffen -；官方网站网址：http://www.schoeffen.de/。（最后浏览日期：2015年5月1日）
61 此刊物原为旬刊，自1995年起改为季刊，除报导会务外，并报导政府及议会对于参审制度的政策及与参审制有关的裁判，并对于人民从事参审工作的进行提供实际建议；参见 http://bwv.verlag-online.eu/digibib/bwv/apply/content/opus/200213/。（最后浏览日期：2015年5月1日）

诉讼程序的进行是否要采用参审制度，并非基本法关于权利救济保障或受法定法官审判等基本权所保障的范围，性质上实为立法者关于建置诉讼制度的立法形成自由[62]。参审制度之实行，特别于刑事诉讼程序中采用参审制度，除了有助于职业法官之独立审判外，其考虑的因素尚包括强化司法之民主正当性、增加人民对于司法裁判的信赖、提升人民的法治知识及对于司法裁判的理解、拓展职业法官的信息及知识范围、于裁判中加入非法律专业考虑的思维以利于裁判受接受的程度、并且因此填补法律与社会现状的落差而有助于法律的续造等[63]。基于上述考虑，德国虽非全面实行参审制度，而依案件性质及案情轻重而有所分别，但参审制度不仅适用于普遍审判权中的刑事诉讼程序，于其他审判权事件中，包括行政诉讼、劳务诉讼、社会诉讼、财务诉讼等诉讼事件，基于个别不同的诉讼法规定，亦有参审制度的设计[64]。至于在民事诉讼中，则仅有商业事件设有参审制度[65]。

于诉讼程序中，参审员之法律地位及权限如同职业法官，有阅卷、传唤、讯问、表决和决定权（德国法院组织法第 30 条第 1 项）。案件评议表决时，由参审员与职业法官投票表决，票票等值，二者并无差异。因此，如同职业法官之审判独立性应受保障外，德国法官法（Deutsches Richtergesetz; DRiG）[66]第 45 条第 1 项即明文规定参审员之独立性亦应受保障，并于同条第 1a 项规定禁止受不利待遇的一般原则，亦即不得限制任何人接受荣誉法官之选任或行使职权的权利，或因此受到不利待遇。在服务期间，参审员应免除向其雇主提供劳务的义务，雇主不得因其劳工担任荣誉法而终止雇佣关系。透过对于参审员的工作权保障，以使其能不受外力干涉而独立行使职权。

2、选任参审员的方式

62 BVerfGE , 46, 206(208).
63 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §28 Rn.2.
64 简要说明，参见 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §28 Rn.5.
65对于不同诉讼事件参审员的选任及审判庭的组织，相关简要说明参见 http://www.schoeffen.de/ehrenamtlicher-richter-werden.html。（最后浏览日期：2015 年 5 月 1 日）
66 Deutsches Richtergesetz vom 19.4.1972 (BGBl. I S. 713), zuletzt geändert durch Art.7 des Gesetzes vom 6.12.2011 (BGBl. I, S.2515).

依德国法院组织法相关规定，参审员的建议名单由地方自治团体之地方代表组织（Gemeindevertretung）每 5 年提出一次，经其成员 1/2 出席、出席成员 2/3 同意，提名所需人数至少 2 倍之候选人，并公告一周。提名人选应适当反应辖内人口所有群体在性别、年龄、职业与社会地位各方面的情形（第 36 条）。所谓地方代表组织，以柏林为例，为地方议员议会（Bezirkverordnetenversammlung），经验显示地方议会对于地方居民有较深的认识，而较能掌握熟稔公共事务而适于担任参审员的人选[67]。建议名单由地方议会每 5 年提出一次，而且须于每一任参审员任期开始前提出[68]。他人如对于公告之建议名单有异议，得于公告期间届满后一周内向地方代表组织以书面方式提出，并应附理由说明建议名单上的人选有第 32 条至第 34 条规定所列不适于或不应担任参审员之事由（第 37 条）。

法院应组成参审员选任委员会，同样地该委员会系每 5 年组成一次。选任委员会由一名法院之职业法官、一名邦政府指派之公务员、7 名经地方代表组织由地方居民中选出的代表组成，并由该职业法官担任主席（第 40 条）。对于公告名单之异议，须经委员会成员 1/2 多数决（第 41 条）。对于参审员人选及其候补人选的选任，须经 2/3 之绝对多数同意（第 42 条第 1 项）。选任参选员时，应注意在性别、年龄、职业与社会地位各方适当反应辖内人口所有群体（第 42 条第 2 项）。然而本项规定仅有宣示的效力，如有违反，选任参审员之合法性亦不受影响[69]。

参审员每年度到庭参审之日应每年预先（im voraus）排定（第 45 条第 1 项）。参审员每年到庭参审的顺序，应由法院公开抽签决定。如法院应实施参审之庭别有一庭以上者，参审员应仅参与其中一庭之审判程序。每位参审员每年应到庭参审之日数以 12 日以下为原则（第 45 条第 2 项）。抽签由法官为之，并应由法院事务单位职掌纪录之公务员制作参审员名册，法官应通知参审员抽签的结

67 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §36 Rn.3.
68 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §36 Rn.7.
69 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §42 Rn.15; BGH, NJW 1986, S.1358.

果及应到庭参审的期日，及不到庭参审之法律效果（第 45 条第 3 项、第 4 项）。

3、对于确定参审员方式的正反意见

观察德国法院组织法第 45 条规定之内容，可知为确定每年度于具体个案中参审之参审员，须经过二阶段的程序：预先排定参审员到庭参审之日期，以及以抽签方式确定到庭参审之参审员顺序。基于法定法官原则的要求，个案中参与审判的法官须事先经由普遍抽象的规则产生，而不得随个案而变更，因此与法官享有同等权限及法律地位之参审员，亦应事先以一般普遍适用的规定产生，始符合法定法官原则的精神[70]。

此种确定参审员到庭参审期日的方式，势必影响不同审判期日中法院的组成。有学者认为此乃一方面落实法定法官原则，并保障诉讼当事人受法定法官审判之基本权，而另一方面为使参审员不致因无法预期的庭期而权益受到影响，立法上所为诉讼制度的设计[71]。基本法第 101 条第 2 项规定不仅禁止违背确定法定法官的相关规定，同时也要求确定参与诉讼事件审判法官的规则，应事先存在。如此即可产生下列效果：有客观的标准确定个别案件中的审判法官，例如依诉讼事件的案号、收件的日期、法律领域或下级法院的行政区，只要遵守相关规则，即可广泛排除主观的评价[72]。德国联邦宪法法院认为关于职业法官庭期的安排，如为下列情形，即与法定法官的要求不符：相关抽象规则仅规定个别职业法官应参与审判的庭期，实际上须等到个别案件系属并确定庭期后，职业法官才能确定其所属的审判庭。因为此时审判长在个别案件中即可能透过庭期的择定而有选择个别法官的决定空间，此即与法定法官的保障相违背[73]。联邦行政法院则认为相关考虑并不必然可适用于参审员。一方面参审员往往可能因为短暂个人事由无法执行职务，实际个案中审判庭的参审员几乎不具备「可预见性」，因此参审员事务分配受到操纵的风险相对而言较低。此外，相对大量的参审员人数亦加深操控参审

70 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §45 Rn.2.
71 Kissel/Mayer, a.a.O.(Fn.56), §45 Rn.2.
72 BVerfGE 95, 322(330).
73 BVerfGE 95, 322(327, 331).

员的难度[74]。因此只要在诉讼程序中有普遍抽象的事务分配规则可供遵循，对于个案审判庭期的安排与法官受到操控可能性的关联性，在职业法官及参审员之间，容许有不同的思考及设计。

然而有较严格的看法则认为就宪法的角度而言，德国法院组织法第 45 条规定致使诉讼事件于不同审判期日中参审员可能不同的制度设计，恰好与应尽量事先确定法定法官的要求相违背，如同一个「影响层面巨大的定时炸弹」[75]。当然参审员为行使其职务所受到补偿相当有限，且人民只能依法定事由拒绝担任参审员，对于参审员而言，其工作权及一般行为自由因参审职务之行使而受到影响，因此立法者在建构诉讼制度时，不应仅考虑诉讼当事人权利救济及受法定法官审判之权利，亦应将参审员的权利列入考虑，并使二者达到合比例的衡平关系[76]。此严格见解认为，为使参审员权利受到较轻微的影响，应使参审员参审庭期的安排亦如同职业法官一般，列入关于管辖权及事务分配的普遍抽象规范中[77]。

（二）对于台湾人民参与审判制度设计之观察

1、2012 年人民观审试行条例草案中关于观审员相关规定

台湾自 1987 年解除戒严以来，在诉讼制度上亦力求民主化的改革。其间的努力，包括透过人民参与审判制度的建立。在法制的建构上，历经数次不同制度的讨论及草案的研拟，包括 1994 年「刑事参审试行条例草案」、2006 年「专家参审试行条例草案」、2007 年「国民参审试行条例草案」及 2012 年「人民观审试行条例草案」。姑且不论参审与观审之差异及优缺点的讨论，目前司法院致力推动的为人民观审制。以下将人民观审试行条例草案[78]中与选任观审员有关之重要规定，胪列如下。

第十七条　试行地方法院应于每年九月一日前，将所估算之次年度所需备

74 BVerwG, NVwZ-RR 2000, S.646.
75 Roth, Gesetzlicher Richter und variable Spruchkörperbesetzungen, NJW 2000, S.3693.
76 Roth, a.a.O.(Fn.75), S.3693-3694.
77 Roth, a.a.O.(Fn.75), S.3694.
78 人民观审试行条例草案全文，参见司法院人民观审网站，http://www.judicial.gov.tw/Guan-Shen/download/%E9%99%84%E4%BB%B62%EF%BC%9A%E4%BA%BA%E6%B0%91%E8%A7%80%E5%AF%A9%E8%A9%A6%E8%A1%8C%E6%A2%9D%E4%BE%8B%E8%8D%89%E6%A1%88.doc。（最后浏览日期：2015 年 5 月 1 日）

选观审员人数，通知管辖区域内之直辖市、县（市）政府。

前项之直辖市、县（市）政府应于每年十月一日前，自试行地方法院管辖区域内具有第十二条第一项之资格者，以随机抽选方式选出试行地方法院所需人数之备选观审员，造具备选观审员初选名册，送交试行地方法院。

前项备选观审员初选名册之制作及管理办法，由司法院会同行政院定之。

第十八条　试行地方法院应设备选观审员审核小组，院长为当然委员兼召集人，其余委员由院长聘任下列人员组成之：

一　试行地方法院法官一人。

二　试行地方法院检察署检察官一人。

三　试行地方法院管辖区域内之直辖市、县（市）政府民政局局长或其指派之人。

四　试行地方法院管辖区域内律师公会推荐之律师代表一人。

五　前款以外之试行地方法院管辖区域内之社会公正人士一人。

第二十条　行观审审判之案件，于审判期日之诉讼程序前，法院应自备选观审员复选名册中，以随机抽选方式选出该案所需人数之候选观审员，并为必要之调查，以审核其有无不具第十二条第一项所定资格，或有第十三条至第十五条所定情形而应予除名。

前项情形，如候选观审员不足该案所需人数，法院应依前项规定抽选审核补足之。

第二十二条　法院应于观审员选任期日三十日前，以书面通知候选观审员于选任程序期日到庭。

前项通知，应并检附人民观审制度概要说明书、候选观审员调查表；候选观审员应就调查表据实填载之，并于选任期日十日前送交法院。

前项说明书及调查表应记载之事项，由司法院定之。

法院于收受第二项之调查表后，应为必要之调查，如有不具第十二条第一项所定资格，或有第十三条至第十五条所定情形，或有第十六条所定情形且经其陈明拒绝被选任者，应予除名，并通知之。

第二十四条　观审员选任期日，法院应通知检察官、辩护人；必要时，得命

被告到场。

第二十五条　观审员选任程序，不公开之；非经检察官、辩护人到庭，不得进行。

法院为续行观审员选任程序，经面告以下次应到之日、时、处所，并记明笔录者，与已送达通知有同一之效力。

第二十六条　观审员选任程序，法院得对到庭之候选观审员个别进行讯问，以查明是否具备第十二条第一项所定资格，及有无第十三条至第十六条第一项所定情形。

检察官或辩护人得声请法院讯问候选观审员，以查明前项情形。审判长认为适当者，得由检察官或辩护人直接讯问之。

候选观审员对于前二项之讯问，不得为虚伪之陈述；非有正当理由，不得拒绝陈述。

候选观审员不具第十二条第一项所定资格，或有第十三条至第十五条所定情形，或违反前项规定者，法院应依职权或依当事人、辩护人之声请，裁定不选任之。但辩护人依第十三条第十款所为之声请，不得与被告明示之意思相反。

法院认候选观审员有第十六条第一项所定情形，且经其陈明拒绝被选任者，应为不选任之裁定。

关于第二项及前二项之裁定，不得抗告。

候选观审员对于因他人接受讯问而知悉之秘密、涉及个人隐私之事项及其他依法应秘密之事项，应予保密。

第二十七条　当事人或辩护人，于前条所定程序后，另得不附理由声请法院不选任特定之候选观审员。但双方各不得逾三人。

辩护人之声请，不得与被告明示之意思相反。

第一项声请，双方应交互为之，并由检察官先行声请。

法院对于第一项之声请，应为不选任之裁定。

前项裁定，不得抗告。

第二十八条　法院应自到庭且未受不选任裁定之候选观审员中，以抽签方式抽选五名观审员。

法院认有选任备位观审员之必要时，于前项程序完成后，再以抽签方式抽选所需人数之备位观审员，编定其递补序号。

无足够候选观审员可受抽选为观审员及备位观审员时，法院不得径行抽选部分观审员或备位观审员，应重新践行选任程序。

2、基于法定法官原则进行之思考

由前述人民观审试行条例草案中选任观审员之方式及程序观之，可知观审员不采任期制，具体个案中的观审员系逐案选任，并非依照普遍抽象规定的规则产生。此逐案选任观察员的制度与美国陪审员产生的方式类似[79]，依草案立法理由的说明，可知相关法制设计系参照日、韩法制。师法日、韩的观审制度，「宛如来自东北亚的季风般，驱散了 20 年来盘旋多年的德意志双头鹰」[80]。

在目前观审制的草案设计下，仅适用于「所犯为最轻本刑为七年以上有期徒刑之罪」或其他「故意犯罪因而致人于死者」的地方法院第一审刑事诉讼程序（草案第 5 条第 1 项）。经选任之观审员，参与观审审判、中间讨论，于终局评议时，就事实之认定、法律之适用及量刑陈述意见（草案第 2 条第 1 款）。虽然「法官就事实之认定、法律之适用及量刑之评议，以过半数之意见决定之，不受观审员陈述意见之拘束」（草案第 59 条第 1 项），但「法官之评议，与观审员终局评议之多数意见不一致者，应于判决内记载不采纳之理由」（草案第 64 条）。因此，观审制的适用范围有限，观审员虽对于认定事实、适用法律及量刑表示意见，并尽力形成共识。观审员之多数意见对于职业法官而言，依司法院之说法，「有拘束力，绝非背书花瓶」，「观审员是与法官一起坐在法台上，全程聆听当事人的主张、参与调查证据，并与法官一起讨论之后，由观审员陈述意见，观审员五人之中只要有三人以上形成一致意见，即为观审员的多数意见，法官如果不采纳

79 关于美国陪审制度，参见孙健智，人民参与审判法制之研究，司法研究年报第三十辑，〈刑事类〉第 2 篇，2013 年 12 月，页 22-37。
80 孙健智，同注 79，页 84。

这样的多数意见，就必须在判决书中说明不采纳的理由，甚至未来案件上诉后，还会成为上诉审审查的对象，所以观审员的多数意见对于法官有相当的拘束力。」[81]

相对于参审制所面临关于司法独立及法官终身职保障之争议[82]，观审制无疑是较折衷、温和的方式，引发的合宪性讨论争议似乎应较小。然而仍不免须思考的是观审员于法庭中的定位，是否与法官相同？观审员的多数意见对于职业法官判决的影响程度为何？虽然由观审制的设计可知系有意使观审员的地位无法与职业法官并列，然而观审员除不得参与评议的表决外，在审判期日有阅览卷宗及证物的权限[83]，对于证人、鉴定人或被告，除得请求审判长讯问外，审判长认为适当者，观审员得直接讯问（草案第 52 条），因此观审员既然参与评议，并享有一定权限，观审员的意见岂可能对于法官不生任何影响？尤其法官如果不采纳这样观审员的多数意见，必须在判决书中说明不采纳的理由，即可知制度设计上仍期待观审员的多数意见对于判决结果能发挥一定的影响力。

如承认立法设计上期冀观审员对于职业法官的实质判断应发挥一定的影响力，由法定法官原则的角度观之，草案第 17 条以下关于观审员随案选任的方式即不无值得商榷之处。依本文前述，法定法官原则属于宪法上对于诉讼程序所确立的具体原则，其精神在于法院内部参与具体个案审判的主体在组织上应预先经由一般规范予以确立，而非逐一个案决定，以避免其他机关或个人于具体个案中对于司法的操控，确保司法判决之客观性及中立。以逐案方式选任参与审判的人民，最受质疑之处即在于个案中在选任参与审判人民时受到操控的可能性，而此即为法定法官原则所欲极力避免的问题。草案第 22 条以下详细规范观审员选任期日应进行的程序，其中更赋予当事人或辩护人不附理由拒却特定候选观审员的

81 参见司法院新闻稿，2012 年 1 月 11 日，人民观审试行条例草案是审慎踏出人民参与审判的第一步—对于「人民参与审判推动联盟」声明的响应；www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/my_documents/my_files/A7E_20120111_01.doc。（最后浏览日期：2015 年 5 月 1 日）
82 相关讨论概述，参见孙健智，同注 79，页 92-95。
83 惟关于在第一次审判期日前观审员是否有阅览卷宗及证物的权限，司法院与行政院则提出不同的草案规定：参见民观审试行条例草案第 45 条。

权利，如此极有可能产生个案审判庭的组成受到操纵的空间，此与宪法上要求的法定法官原则在本质上是否相符，实为立法者在进一步对于观审制的草案设计进行观察及修正时，须正视的问题。

五、结论

法定法官原则虽未于宪法有明文规定，但基于宪法第 16 条诉讼权保障及第 80 条法官依法独立审判之规定，并辅以正当法律程序之要求，应认为法定法官亦为宪法上所确立诉讼程序的重要原则，更是司法独立关于正当程序的要求。透过摒除恣意或其他不当干涉案件分配作业的因素，要求个别案件审判法官的确定，须由法院预先订定明确的一般性规则予以规范，而非逐一个案决定，以避免其他机关或个人于具体个案中对于司法的操控，确保司法判决之客观性及中立。如审判程序有人民参与，例如德国的参审制，参审员之法律地位及权限如同职业法官，基于法定法官原则的要求，个案中参与审判的法官须事先经由普遍抽象的规则产生，而不得随个案而变更，因此与法官享有同等权限及法律地位之参审员，亦应事先以一般普遍适用的规定产生，始符合法定法官原则的精神。

相关的思考如置于台湾目前推动试行的观审制，可能会遇到的质疑是观审员的地位与职业法官有间，不应受法定法官原则的拘束。然而如承认观审制度上本即期待观审员对于职业法官作成的判决应发挥影响力，且观审员在审判期日有阅览卷宗及证物、得直接讯问证人、鉴定人或被告的权利，并参与评议，则观审员选任方式影响审判法院的组成，是否符合法定法官原则的要求，即为不可避免而须谨慎思考的问题。立法者对于诉讼制度的建置本享有一定的形成自由，随案选任观审员亦为有外国立法例可循的先例，而为制度设计上可能的选项。然在宪法承认法定法官原则为诉讼程序的具体原则，而成为拘束立法者形成自由的外在界限的情形下，相关选任观审员的程序及方式是否仍可避免于具体个案中司法受到操控的可能，而无碍法定法官原则的实现，实为立法者于推动观审制时应更进一步思考的问题。

论司法独立原则的宪法功能

韩大元※

人民法院是宪法规定的国家的审判机关，其运行的基本结构与原则是依法独立行使审判权。[1]《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称“《决定》”）对于加强人民法院独立行使审判权，从机制和理念创新方面提出了新的举措，如省以下地方法院、检察院的统一管理等。在具体落实这些举措过程中必然涉及不同层面的宪法问题，需要严格遵循宪法原则与界限。

一、依法独立行使审判权是一项宪法原则

（一）宪法原则与审判权

宪法原则是宪法基本价值的体现，不仅体现在宪法实施的整个过程，对所有公权力活动产生直接的约束力。宪法原则体现国家的主流价值观，对整个国家生活产生引导作用。宪法作为国家根本法，实际上凝聚着一国的基本价值共识。宪法原则体现了宪法国家应追求的基本目标与价值体系，引导宪法生活的基本方向，对整个宪法制度的运行过程起到指导功能，构成宪法制度统一的基础。

宪法原则的基本功能是指导宪法规范与宪法制度运行的过程和程序，使宪法发展具有统一的基础和依据。具体而言，宪法原则的基本功能表现在：提供现代国家构成原理的基础，使国家权力的运行具有统一的基础，使宪法在统一的理念下获得更多的社会支持，并提供解决宪法规范与社会现实冲突的指导原则与理论依据，是解决社会各种利益纠纷的准则。宪法原则是否规定在宪法文本，并不影响其效力。如在美国，有的学者在谈论宪法原则时认为，美国宪政的基本原则是权力分立和权力分配，并从这一原则中派生出美国宪政的另一项原则，即限权原则。[2]这三项原则实际上确立了美国宪法的价值基

※ 韩大元，中国宪法学研究会会长、中国人民大学法学院院长、教授。

1 在我国，司法机关通常包括法院和检察院，司法独立原则包括审判独立和检察独立。本文以宪法 126 条规定为基础，将“依照法律独立行使审判权”概括为“审判独立原则”，如司法机关不包括检察机关，审判独立原则就是司法独立原则。也有学者区分保持司法独立性与司法独立，认为宪法 126 条规定“其实也是要求保持司法独立性，但这并不意味着我们建立西方那种与三权分立和多党政治紧密相联的司法独立制度”。支振锋：“司法独立的制度实践：经验考察与理论再思”载《法制与社会发展》2013 年第 5 期。

2 [美]杰罗姆·巴伦等：《美国宪法概论》，中国社会科学出版社 1995 年版，第 4 页。

础和基本原理。在日本，国民主权、和平主义与基本人权保障是宪法所体现的基本原则，有的学者甚至把它描述为宪法的灵魂。在这些国家宪法原则主要通过宪法解释或具体的宪法判断过程得到说明和解释。[3]

宪法原则的价值是多元的，不同的原则之间也存在着价值冲突，但核心价值是统一的。就中国宪法而言，学术界通常将宪法的基本原则归纳为人民主权原则、基本人权原则、权力制约与监督原则、法治原则和单一制原则等，这些原则在中国宪法文本中均有一定程度的体现，是具有统一核心价值的整体。从这些基本原则中，必然衍生出包括审判权独立在内的一系列准则，只有在审判权依法独立行使的条件下，保障人权、实现法治、确保国家的统一性、维护社会主义法制的统一和尊严等基本价值才能够实现。因此，宪法原则效力在审判活动中的重要体现就是维护审判公平，维护社会正义，其制度就是审判权的依法独立行使。可以说，审判独立是宪政所追求的人权保障、约束公权力价值的具体化，能否坚持审判独立直接关系到能否维护宪法权威的问题。

（二）宪法原则影响审判活动的基本途径

在中国，“依法治国，建立社会主义法治国家”既是宪法规范的要求，也是执政党的治国方略。基于宪法的价值体系与功能，通过宪法原则对审判活动进行指导是宪法与司法相互作用的重要形式。

长期以来，党对司法的领导主要表现为组织领导和政策指导。组织领导表现为各级司法机构设立党组，各级党委和法院的党组织在法官选任，特别是院长、副院长等方面有实际权力。政策指导表现为各级党委的决策对司法工作的影响，特别是通过各级党的政法委员会贯彻落实司法政策，以及协调各个司法机构。一般而言，党的主张首先具体化为某项政策或者决策，然后再影响司法政策的形成与做出，最终对司法审判活动产生影响。但这些做法容易干扰审判权的独立行使，导致冤假错案。因此，回归宪法精神，强调宪法对司法的保障作用是十分重要的，要以宪法为基础完善党对司法的领导，有助于从根本上实现审判机关的宪法使命。

首先，宪法原则对司法活动产生的宏观的指导作用。宪法是国家根本法，旨在规定一国最根本、最重要的社会关系，是国家权力运行的前提与基础。宪法原则作为制宪、行宪

3 中国宪法典也没有具体规定宪法原则，具体有哪些原则、各项原则的具体涵义等事项只能通过宪法解释逐步加以明确。宪法原则的统一解释与认识，对于宪法实施产生重要影响。在宪法没有明确规定宪法原则的情况下，部门法，特别是行政法规不宜规定宪法原则。

以及释宪的指引，其涵盖范围更为宏观也更具全局性。从宪法文本来看，宪法原则所统率的对象不仅包括民主法制建设，也涵盖国家与社会生活的方方面面，其中包括人民法院的审判工作。法院的工作虽以审判为中心，但不能违背宪法的宏观指导。宪法在审判工作中的价值指引直接体现在具体的审判工作之中。

其次，宪法原则决定着法院审判工作的基本内容与方向。这一方面是基于宪法的最高效力，宪法原则必然对法院审判工作产生影响；另一方面也与法院的政治功能有着密切关系。在中国，人民法院在承担审判职能的同时，也承担着某些政治职能，因此，通过宪法所体现的执政党意志实际上也影响着法院审判工作。从规范的角度而言，党的领导则表现为宪法将党的基本理论确立为基本原则从而具有法律效力，然后再进一步指导法院审判工作，即宪法与法律是执政党影响司法工作的中介，宪法原则直接决定着法院工作的性质与基本内容。当然，司法的运作有其专业性与特殊性，不应当简单重复或直接表述国家指导思想或者价值。司法有其特有的性质与规律，宪法原则的指导作用不应该影响司法专业性的发挥。

最后，人民法院负有维护宪法尊严的宪法职责。从中国宪法序言最后一段和第 5 条出发，包括人民法院在内的一切国家机关均负有遵守宪法和维护宪法尊严的职责。与其他国家机关不同，人民法院是专门处理法律问题的专门的国家机关，在维护宪法权威方面也具有特殊的职责，这不仅包括人民法院在办理案件的过程中若发现法律、法规存在合宪性问题时，根据《立法法》第 90 条的规定，“应当中止案件的审理，提请全国人大常委会裁决或者解释宪法”，[4]还意味着人民法院应当在审判工作中体现宪法原则。

（三）宪法原则与司法工作原则

现行宪法在第 125 条、第 126 条规定了司法审判的基本原则，即审判公开原则、被告人有权获得辩护原则和审判独立原则等。此外，《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》又分别规定了若干诉讼原则。法律原则一般是指“可以作为规则的基础或本源的综合性、稳定性原理和准则”。[5]这些由宪法所确立的关于司法审判的基本原则不仅调整和规范人民法院的审判工作，而且指导和约束有关法律规范的创制、修改等活动。

众所周知，任何法律及其原则的确立，都是在宪法理念下进行的。宪法理念反映一国

4 朱福惠、刘木林：《论我国人民法院的宪法解释和违宪审查提请权——以立法法第九十条的规定为视角》，载《法学评论》2010 年第 3 期。

5 张文显：《规则·原则·概念——论法的模式》，载《现代法学》1989 年第 3 期。

法治的基本精神，在这些理念支配下确立若干法律原则，再具体化为具体的法律规则，从而形成一套制度与程序。因此，作为理念的国家宪法的指导思想是抽象和笼统的，原则次之，规则是理念与原则的具体化，更具操作性。

宪法原则是规则产生的基点，它可以派生出若干规则与制度，并通过这些规则实现其所蕴涵的精神；反过来，原则与规则是指导思想的具体化或外在化的结果，是保证抽象的指导思想得以贯彻和实现的必要的法律手段。宪法原则是价值与规范的统一体，它不必都以法律条款的形式来表现，因此其操作性和强制力相对要弱。宪法原则与人民法院的具体审判原则应当做出合理的分工。宪法原则主要是作为宏观的价值理念与规则，指导法院的审判活动，而法院审判的具体原则中独立审判又是一个基础和核心原则，决定着其他原则的落实和展开，例如诉讼法所确立的审判工作原则，如当事人法律地位平等、辩论原则、公开审判原则、合法性审查（行政诉讼）等，均与独立审判具有内在联系，可以视为特定的宪法原则在具体诉讼过程中的展开。

二、宪法上司法独立的规范内涵

（一）司法独立原则的确立

近现代意义上的司法独立产生自西方法律传统中，中国传统社会虽然存在法官捍卫审判独立的事例，[6]却远未形成审判独立的制度。在清末立宪运动的过程中，中国逐渐移植了西方的司法独立理念和制度。其中，康有为、严复、沈家本等思想家的启蒙起到了重要作用，如沈家本在论证《法院编制法》之重要性的过程中明确提出，“东西各国宪改之萌芽，俱本于司法之独立。”[7]这种观念在20世纪初期逐渐得到普遍承认。在1949年以前，中国在学习西方法治的过程中已经将司法独立的概念作为基本的法律术语，在宪法、法院组织法和诉讼法的各种文本中予以广泛使用。

新中国所建立的人民司法制度也基本延续了司法独立的观念。[8]1949年的《共同纲领》在第17条规定：废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。1954年宪法第78条规定：人民法院独立进行审判，

6 完整的人物事例汇总可参见李甲孚：《古代法官录》，台北：台湾商务印书馆1984年版。
7 沈家本：《修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览折》，故宫博物院明清档案部编，《清末筹备立宪档案史料（下册）》，中华书局1979年版，第845页。
8 实际上，1946年的《陕甘宁边区宪法原则》早就已经将司法机关作为重要的部门加以规定，其中有“各级司法机关独立行使职权，除服从法律外，不受任何干涉”的规定。

只服从法律。这一条的规定是对审判独立原则的正式确立，同时也是明确的规范表述。在讨论宪法草案时，围绕“审判权”还是“司法权”问题宪法起草委员会曾进行过讨论，最后基于中国宪法文化与宪政体制的特殊性，没有采用“司法权”，而采用“审判权”，一直延续到今天。因此，审判权，审判独立的规范表述不仅仅是术语的选择问题，其概念中包含着文化与制度的特性。1975年宪法、1978年宪法在特殊的政治背景下取消了审判独立原则，“理由是审判独立是资产阶级的观点，我们是社会主义国家，不能搞什么审判独立”，[9]这实际上把法院的审判活动完全政治化，法院只履行政治性功能，无法独立作出专业性的判断。

1982年宪法在继承1954年宪法传统与精神时，特别关注审判独立的规范表述问题。宪法第126条规定，“人民法院依照法律独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。从“只服从法律”到“不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，规范表述的变化引起了人们的争议，不少学者主张应恢复1954年宪法的表述，即“只服从法律”。[10]其实，从宪法规范变化的历史背景和内涵来看，表述的变化并不影响审判独立原则的落实，关键是如何从宪法解释学的角度合理进行解释，以达到真正“审判独立”的目的。

司法改革的核心就是回归司法的客观规律，保证审判权的独立行使。众所周知，法治作为人类社会构建政治共同体、寻求安定与繁荣的生活方式，从来都是将法官的独立与审判权的独立作为核心的。法官的独立与审判权的独立，有助于在司法过程中排除专断意志的干预，使得个人权利的保护与社会纠纷的解决真正遵循法律、而不必受制于非法治的因素。戴雪曾将法律主治的含义归纳为“武断权力的不存在”、“普通法律与普通法院居优势”和“宪法的通则形成于普通法院的判决”[11]这三项。从某种意义上说，法治的历史就是一部司法权逐步争得独立地位的历史。无论是封建时代的君主、还是民主时代的议会，哪怕再强大的政治权力，也无法令法官放弃其依法独立判断的权力。只要人类选择了法治的生活方式，那就必然接受法院依法独立审判这一价值。

（二）司法独立原则的内涵

1982年宪法是在共和国刚刚经历了重大历史浩劫之后颁布的，其中凝结了党和人民对于法治的共识与期待，而“依法独立审判”条款（即宪法第126条）就是这些共识与理念

9 肖蔚云：《论宪法》，北京大学出版社2004年版，第545页。
10 刘作翔：《关于司法权和司法体制的宪法修改意见》，载《法学》2013年第5期。
11 [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第232、237、239页。

的体现。宪法明确赋予人民法院依法独立行使审判权，尤其是第 126 条后半句对于特定干涉情形的排除提示了审判独立有可能遭遇的挑战——考虑到文革对于司法制度的破坏与特定历史背景，这一规定具有特殊的意义。实际上，宪法文本用这样的方式彰显了其保障审判独立的信念。如果结合宪法第 123 条关于人民法院是“国家的审判机关”地位的确认，我们则会发现，审判权明确地被完整而排他性地授予了专司审判工作的人民法院。可以说，一个专门的审判机关必然要求独立享有审判权，而独立审判的实现则相应地保证了人民法院作为审判机关的宪法地位不受侵犯。质言之，审判独立作为一项原则，是被现行宪法所明确规定的，也是构建或改革我们的司法体制所必须遵循的最高规范。从这个意义上讲，十八届三中全会的《决定》恰恰是在宪法的框架内重申和深化了审判独立这一主题；因此，以此为契机的下一轮司法改革也必将在宪法的框架内予以设计，并逐步推进。

当然，宪法所确认的审判独立原则是非常明确的，但文本与实践之间的冲突仍然是客观存在的。审判独立尚未获得配套性的体制与机制的必要支持，这也是造成近年来司法权威不彰、人民群众对司法制度不太满意的原因之一。正是存在着审判独立原则在规范与现实之间的冲突，使得这一原则没有得到有效实现，导致了司法腐败、司法公信力下降等问题。

（三）审判独立必须依照法律规定

宪法第 126 条对审判独立施加了“依照法律规定”的限制，也就是说，审判独立并不是说人民法院可以是一个“独立王国”，[12]必须以依照法律规定为边界。因此，中国宪法上的审判独立在形式上是一种具有相对性的独立。

由此一个核心的问题也就在于，如何理解第 126 条所谓“依照法律规定”的含义，这是阐明宪法的审判独立条款的关键。对此，学者们的观点是不一致的。如有的学者认为，宪法第 126 条中的“依照法律规定”6 个字中，“法律二字是狭义的，不包括宪法在内”，[13]并以此作为法院不能将宪法作为司法适用的依据。但也有学者在主张狭义法律时将宪法包括在其中，认为“这个法律是狭义的，具体指《宪法》、《人民法院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》、《行政诉讼法》等。”[14]也有学者把“依照法律”解释为广义上

12 中国人民大学法律系国家法教研室编：《中华人民共和国宪法讲义》，中国人民大学出版社 1964 年版，第 240 页。
13 童之伟：《宪法适用应依循宪法本身规定的路径》，载《中国法学》2008 年第 6 期。.
14 蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社 2004 年版，第 402 页。

的法律，包括法律、法规等，[15]认为是一种客观的规范体系。笔者认为，在分析这一问题的过程中，要立足于中国宪法文本，既要考虑文本形成的历史环境，同时也要考虑文本价值内涵与外在功能问题。

在中国宪法文本中，“法律”一词的含义是十分丰富的，有的时候是作为法律整体形式来出现的，有的时候仅仅是以国家法律形式出现的。也就是说，“法律”一词在宪法文本的不同条款中的含义是不尽相同的，同样的“依照法律规定”、“依照法律”等表述也可能有不同的文本内涵。首先，第 126 条的“法律”包括了宪法，因为宪法不仅是我国法律体系的首要渊源和最高规范，也是人民法院审判权的来源，第 126 条的“依照法律规定”不可能完全排斥宪法。[16]其次，全国人大及其常委会制定的法律是第 126 条的应有之义，对此无需赘述。再次，“依照法律规定”在不同的诉讼中具有不同的特点和要求，刑事审判必须遵循“罪刑法定主义”原则，因此“依照法律规定”仅指狭义的法律，在行政审判中，法律会扩展至行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等，在民事审判中，“依照法律规定”会更为广泛，不仅包括实质性的制定法，必要时也可以采用习惯法等。最后，人民法院“依照法律规定独立行使审判权”受宪法和法律的严格限制，主要表现在人民法院无权行使属于全国人大常委会的法律和宪法的解释权，遇有违宪之嫌的法律、法规，应通过最高人民法院向全国人大常委会提出审查或解释的要求。

总之，依照法律规定保持独立性是宪法第 126 条确立的关于人民法院审判活动的基本原则，它既体现了司法的普遍规律，也凝结着整个国家的法治共识，它决定了人民法院审判权的存在形态和运行规则，对于在进一步推动司法改革进程具有重要的指导意义。

三、审判独立原则与法院的国家性

（一）法院的国家属性

为了进一步落实宪法所确立的审判独立原则，《决定》明确提出“推动省以下法院人财物统一管理制度”。与其他种类的公权力不同，审判权具有自身的独特属性，其独立性首先要求审判权的统一行使。按照现代法治国家的公权力配置的普遍模式，审判权无一例

15 有学者把“依照法律”分为两层含义：一是法律为人民法院独立行使审判权提供保障；二是法院在审判活动中以全国人大及其常委会制定的实体方面的法律。见许安标、刘松山：《中华人民共和国宪法》通释，中国法制出版社 2003 年版，第 328 页。
16 笔者曾对此问题进行过详细的论述。参见韩大元：《以〈宪法〉第 126 条为基础寻求宪法适用的共识》，载《法学》2009 年第 3 期，第 7、8 页。

外都是专属于审判机关的，在中国则专属于人民法院。根据合理配置审级的需要，宪法规定审判机关由最高人民法院、地方各级人民法院以及军事法院等专门人民法院构成，这些法院无论处于何种审级，均属于“国家的审判机关”。也就是说，中国并不存在分属于中央层面或地方层面的“审判权”；相反，宪法所规定的审判权是单一的，是与中国单一制的国家结构形式相匹配的。地方各级人民法院是分设于地方的“国家的审判机关”，所行使的是统一的审判权的一部分；相应地，最高人民法院是“国家的审判机关”中位于终审地位的机关，所行使的也是统一的审判权的一部分，而无所谓“中央的”审判权。换言之，宪法第 123 条——即“审判机关”条款——中所表述的“国家的审判机关”中的“国家的”一词，不是在“中央·地方”相对应的含义上使用的，而是强调人民法院的国家属性与国家政治共同体的决断，所有的审判机关都统一行使国家的审判权。

在此基础上，我们可以合理地推论，中国宪法第 126 条所意图排除的是行政机关对于法院独立行使审判权的干扰，无论是中央的行政机关还是地方的行政机关，均不得干扰人民法院的审判权行使，这种排除干预的效果也是审判权统一性所必不可少的内涵。进一步地说，中国目前所采行的按照行政区划设置地方各级人民法院的模式，是基于“便宜行事”的考量而来的法院地域设置模式，但其底线必须是不会造成对审判权统一性与独立性的侵犯，否则就会与宪法第 123 条和第 126 条的规定相抵触。换句话说，根据宪法原则与精神，地方各级人民法院并非必须严格按照与行政区划相一致的方式来设置。

（二）法院人财物统一管理的宪法基础与界限

法院人财物由同级人民政府管理的体制自建国之初就已经确立，规范上最早的依据是 1951 年《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》，其第 10 条规定：“各级人民法院（包括最高人民法院、分庭）为同级人民政府的组成部分，受同级人民政府委员会领导和监督。”这种体制，尤其是法院的人财物由同级人民政府管理，虽然最初只是“便宜行事”的临时措施，但却一直延续至今。然而，众所周知，法院的地方化与行政化一直是我国司法体制发展的一大顽疾，而且被认为是妨碍法院独立、公正地行使审判权的主要根源。此次《决定》中关于“推动省以下地方法院人财物统一管理，探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，保证国家法律统一正确实施”的设想就是为破解法院的地方化与行政化而提出的，而从理论上认清审判权的统一性和国家审判机关的国家性、以及这种统一性与国家性对于从体制机制上确保审判独立的必要性，则具有正本清源的作用，是下一步司法改革动

作的基本前提。

然而，推动法院人财物的统一管理在规范上并非没有障碍，尤其是“人”的统一管理可能会涉及如何与宪法文本的规定保持协调的问题。根据现行宪法第 101 条和第 128 条的明文规定，“县级以上的地方各级人民代表大会选举并且有权罢免本级人民法院院长”，“地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责”。因此，“人”的统一管理首先遇到宪法规定与界限。笔者认为，在法治国家任何改革都不能以牺牲法治价值为代价，所谓的“违宪改革”弊多利少。因此，在“人”的统一管理上不能突破宪法与《组织法》的规定，也不能简单以“修改法律”的思维来设计改革问题。各级人大选举并罢免法院院长、审判员和庭长是权力机关的职权，属于人民代表制度的组成部分，也是一种宪法授权。因此，我们首先考虑的问题是，如何在法官任免上坚持法治原则，排除各种不当干预，使选出的法官符合法律要求。

相比之下，“财”和“物”的省以下统一管理，则不存在宪法上的障碍。例如，在目前的宪法框架内，将地方各级人民法院的经费由省级财政统筹，或者直接列入中央预算，由全国人大常委会按照各省级行政区域进行统筹分配。目前，中国司法预算的编制权和提案权统一由行政机关掌握，从规范上看，这与我国宪法所确立的行政机关、审判机关和检察机关平行，均向国家权力机关负责的政权组织形式不相符合，而且有违审判独立的原则。从经验上看，“依附于政府和地方的司法预算制度，会引发司法地方化、司法财力无从支撑司法职权的正当行使、司法建设地区不平衡等诸多不利于树立司法权威，维护司法公正的弊端。”[17]从国外的实践来看，排除行政机关对法院预算的影响，是促进审判独立的必要措施。因此，应当考虑在当前的《预算法》修正过程中，单独规定人民法院和人民检察院的预算问题，通过财政预算的独立促进审判独立。

（三）司法管辖区与行政区划适当分离

中国现行宪法所确立的人民法院设置的一般规则是：一个县级以上行政区域，一级人大，一级法院。因此，必须指出的是，目前地方各级人民法院的地域设置方式是符合《人民法院组织法》的相关规定的，以及在最终意义上也符合宪法的相关规定。而一旦要建立与行政区划保持适当分离的司法管辖制度，必然要对上述法律及相关的法律规范予以解释或者修改，因此需要作出积极、稳妥、系统、科学的研究与准备。如前所述，宪法上的相

17 朱大旗、危浪平：《司法预算制度应以司法公正为基石》，载《法学》2012 年第 1 期。

关规定将维护审判独立与审判机关的国家性置于构建司法体制的中心地位，并且有关条款的表达方式也留出了调整司法管辖制度的必要空间。

因此，在现行宪法框架内较为稳妥的改革方法是，适当提高人民法院的级别管辖，尤其是行政诉讼的级别管辖。因为在三大诉讼中，行政诉讼受行政区域内的行政原因影响最为重要。全国人大常委会公布的《行政诉讼法修正案（草案）》正是遵循这一思路，在行政诉讼管辖方面增加两项新的制度，“一是高级人民法院可以确定若干基层人民法院跨行政区域管辖第一审行政案件，二是对县级以上地方人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件，由中级人民法院管辖”。[18]此种作法虽然没有普遍和实质性地提高行政诉讼级别管理，但对于使审判活动脱离行政区划以及本行政区域内的行政干扰，仍然具有一定的实践意义。

四、法官依法独立办案是司法独立的基本要求

（一）司法独立必然包含法官的独立

没有法官依法独立办案的审判独立是没有意义的。司法职能的独特价值在于提供独立、公正、个案化和终局化的争议解决方式，在这个过程中，法官仅能依据法律的规定、自身的良知以及经过长期训练而获得的司法技艺作出判断，而不应受制于任何权威或“上级”的压力。正如柯克（Edward Coke）法官在反对英王干涉司法时所言，“的确，上帝赋予国王陛下以丰富的知识和非凡的天资；但是陛下对王国的法律并不精通。涉及陛下臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的，而是依人为理性和法律的判断来决断的；法律乃是一门艺术，一个人只有经过长期的学习和实践，才能获得对它的认识。法律是解决臣民诉讼的金质魔杖和尺度，它保障陛下永享安康太平。”[19]法官独立乃是一种专门的法律理性与技艺的自足与独立，没有这种独立的地位，则法官所作的判断既不公正、也不终局。

从法治发达国家的经验来看，法官的法律地位及其职业保障、职权保障，往往是司法制度设置的重中之重。为了确保法官能够无惧于政治压力、社会舆论压力与非专业意见的干扰，绝大多数国家都立法明文规定法官的职业保障，如一旦获任命即终身任职、且薪资

18 关于《中华人民共和国行政诉讼法修正案（草案）》的说明，http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2013-12/31/content_1822189.htm，2014 年 1 月 8 日访问。

19 [美]爱德华·S·考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店 1996 年版，第 35 页。

待遇不得降低，除非因行为不检并经由严格的法定程序予以弹劾，否则任何人——即便是总统——都无法将一名称职的法官革职。与这种专业化的职业保障相应的，是对于法官个人履职责任的要求，即获得了独立地位保障的法官必须以其独立、专业、忠实的法律判断力来履职，且必须以其名誉作为“抵押”。例如，法官必须对其审理的案件负责，必须附上判决理由与签名。也就是说，审者必判，判者必审。法官因为有机会对案件审理作完全的掌控，那么也就必须负起相对的责任，其所作的每一笔判决、所写的每一句判词，都将被记录在案、公之于众、甚至为后世所评价。这样一来，法官的独立实质上是对法官的品格、专业素养与职业技能的体现与促进，并且也不会出现滥用独立地位的现象。

在世界范围内，多数国家均在宪法中对法官的独立地位、职业与职权保障进行专门的规定。从总体上看，以英美为代表的普通法系国家历来具有法官独立的传统，这集中体现在美国宪法第三条的第一款，即“最高法院和下级法院的法官，如果尽忠职守得继续任职，并应在规定时间获得服务报酬，此项报酬在他们继续任职期间不得减少。”而大陆法系国家的法官独立则在经历了颇为曲折的历史变迁之后获得普遍的认可，多数国家均在宪法中设立专门的最高司法委员会或法官选任委员会，以独立委员会的形式对法官的独立性予以特别的保障，防止法官职务受到来自其他国家权力的不当干扰。[20]可见，法官的独立性在各国宪法中乃是审判独立的应有之意。

（二）法官独立的内容与要求

法官依法独立办案，实际上包含三个方面：（1）基于法官个人的职业保障；（2）办案责任制（“审”、“判”合一）；（3）司法公开（公开裁判文书等）。为法官个人提供职业保障是其职务独立性的必要前提，它意味着法官具备了依法独立审判的外部条件和物质基础；办案责任制是法官职务独立性的核心，它意味着法官负责地进行法律推理和阐释法律理性，法官在判决中应进行充分的说理和论证，并对自己的法律论理负职务上的责任；司法公开是法官职务独立性的有效制约。现行宪法在第 125 条要求“人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行”，但其中实际上包括裁判文书的公开，裁判文书公开则意味着法官的法律论理不仅要接受案件当事人的评判，还要接受整个法律共同体的检验，以及接受社会大众的评判并最终受到人民的监督。上述三个方面是保障法官独立

20 例如近 30 个法语国家均仿照法国 1958 年宪法设立“最高司法委员会”或类似委员会，对法官的选任、晋升、惩戒和职务保障等行使独立的职权，参见自孙谦、韩大元主编：《世界各国宪法》，中国检察出版社 2012 年版。

的有机整体，如果能够通过具体的司法管理体制满足上述这三个方面的基本要求，法官的独立性与审判独立的目标就有可能实现。

中国当前一直困扰司法工作的“审而不判”、“判而不审”的现象恰恰说明，法官依法独立行使审判权的配套制度还很缺乏。审判独立原则虽然早已在宪法中得到确立，但这一原则一直没有得到立法者和决策者的充分重视从而形成为具体的保障机制，尤其是审判独立仍然偏向法院整体的独立，而未深化为法官的独立，甚至不承认法官的独立。因此我们看到，《决定》当中分别提出：“建立符合职业特点的司法人员管理制度，健全法官……统一招录、有序交流、逐级遴选机制，完善司法人员分类管理制度，健全法官……职业保障制度”、“改革审判委员会制度，完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判、让裁判者负责”以及“增强法律文书说理性，推动公开法院生效判决书”，这些问题的论述是切中肯綮的。质言之，下一阶段的司法改革，应当让法官获得更多的空间、更多的保障以及通过其专业知识承担起更多的责任。

就目前的情形而言，裁判文书的公开已经进入实施阶段，最高人民法院在 2013 年 11 月 21 日发布《最高人民法院关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》和《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，除涉及国家秘密、个人隐私和未成年人犯罪等情形外，在互联网平台对人民法院的裁判文书进行全面、及时和真实地公布，从而保障公众对司法的知情权和监督权。法官的职业保障和办案责任制也会陆续出台有力的举措。笔者认为，未来的改革措施还需要注意以下两点：一是法官独立要求法官职业的去行政化，实现法官、审委会、院长在审理案件过程中地位平等，如果说他们之间的实际地位有高低之别，也应以法律执业水平的高低（即司法资历）为准，而不应有行政级别之差异。二是，裁判文书的公开意在让法官的法律论理接受外在的检验，而在事实上能够接受检验的不可能是集体的伦理，而只能是法官个人的伦理，由此，裁判文书应体现法官的个性，不仅要公开法院判决的主文，还要公开判决主文的主笔法官，加入判决的法官。

（三）法官独立的制约与界限

法官依法独立审判，是法治的应有之义，也是宪法第 126 条的审判独立原则的组成部分。法官依法独立审判，不应当被简单地误读为法官可以不受约束以致于滥用其独立地位。如前文所述，审判独立乃是依照法律规定之下的相对独立，法官的独立审判、乃至审判独立原则，都是以遵循宪法、法律为前提的，法官本身受法律的制约，并没有绝对的独立审

判。事实上，正是宪法与法律给予法官以“法律下的独立地位”，因此法官也不可能不受任何约束。独立与责任从来都是一体的，法官依法独立审判也意味着法官依法独立地对案件负责——这里的负责是指法官以其专业能力与声望来保证其履职的公正性。依法独立行使审判权的法官不能将错案归咎于审委会或法院内的行政领导，而必须垫付进自己的声望，这就是独立的意义。

从根本上讲，审判独立并非为了独立而独立，而是为了依法公正审判而独立，公平是目的，独立只是实现公平必要的手段。审判实践告诉我们，审判独立并不一定带来社会公平与正义。因此，必须以司法公正为目的为法官独立设置制约与界限。就中国目前的法律体系而言，包括《法官法》、《国家赔偿法》和《刑法》在内的法律，均对法官设置了特定的责任形式，以防止法官滥用其审判职责。从其他国家的经验来看，针对审判人员的不法行为与犯罪行为设置刑事责任和特别责任，是法律为保证司法公正而对法官独立所施加的限制，如日本专门制定《审判官弹劾法》对相关问题进行规定。可见，大可不必对法官独立产生不必要的担心。

五、实施宪法是司法独立的根本保障

（一）宪法实施对审判独立的作用

司法独立是一项来源于宪法的原则，是人民法院审判工作的基本制度，是实现司法公正的不可缺少的机制。从各国宪法有关司法制度的规定出发，确认审判独立是一种普遍共识和规律。各国之所以将审判独立原则确认在宪法中，其原因就在于，宪法作为具有最高效力的根本规范，能够为审判独立提供根本的保障，为法院组织法等法律提供价值基础和基本框架，为司法观念提供最大限度的社会共识。其中，宪法作为审判独立之根本保障的作用之所以能够发挥，当然是要以宪法获得实施作为前提的。因此，在处理宪法实施与审判独立的关系时，必须首先认识到宪法实施对审判独立的重要性，要处理好两个问题：一方面，审判独立是宪法原则，对以宪法为基础的整个法律体系至关重要；另一方面，宪法是审判独立的根本保障，只有实施宪法才能够为审判独立确立有效的制度基础。

（二）司法独立对宪法实施的作用

审判独立对于在具体案件中促进宪法的实施亦有积极作用。如前所述，宪法所规定的审判独立，是“依照法律规定”的审判独立，此间的“法律”并不局限于狭义的法律，而

是视情形包括宪法、法律、行政法规、地方性法规等规范性文件在内的社会主义法律体系的整体。宪法对于审判机关以及法官的约束力是无需质疑的，宪法第 5 条第 4 款即规定，“一切国家机关都必须遵守宪法”，作为行使审判权的法院自然也不例外。该条第 2 款更规定，“国家维护社会主义法制的统一与尊严”，就审判机关而言，其履职的方式——适用法律以解决具体争议——就是维护法制统一与尊严的最直接、最普遍的方式；结合第 3 款对于宪法最高效力的规定可知，审判机关所适用的法律规范必须是不违反宪法、或者说符合宪法规定与原则。一言以蔽之，法院与法官必须受到宪法的约束，那种将宪法排除在宪法第 126 条所指的“法律”之外的观点是值得商榷的。

根据《立法法》第 90 条规定，最高人民法院有权向全国人大常委会提出针对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的合宪性审查或合法性审查，而后者必须启动相应的审查程序，理论上有可能导致被审查的规范性文件的修改或被撤销。因此，最高人民法院提请启动宪法监督的权力实质上是审判机关遵守宪法和实施宪法的必然逻辑延伸。除最高人民法院以外，在司法实践中承担了绝大多数一审与二审工作的地方各级人民法院，实际上处于比最高人民法院更有可能及时发现和处理规范性文件的合宪性或合法性瑕疵的地位，而地方各级人民法院并不享有最高人民法院根据《立法法》第 90 条规定而享有的违宪违法审查要求权。因此，通过建构法院系统内部的具体程序，来有效协调各级人民法院审判过程中遇到的合宪性问题，是以审判为基础促进宪法实施的一个重要途径。

在目前的司法实践中，地方各级人民法院在审判实践中对合法性和合宪性问题处理不一，既有如“河南种子案”[21]那样的激进方法，即宣布与上位法冲突的下位法自然无效，也有如“福建渔政案”[22]那样的中规中矩的作法，即逐级提请最高人民法院征求全国人大常委会意见，当然也有因缺少行之有效的程序而对法律冲突视而不见的作法。笔者认为，基于依法独立审判的要求，法官在法律适用的过程中，必须要考虑到宪法规范的要求以及法律体系的整体和谐，既然法官是法制统一与尊严的维护者，同时也是具体争议中的法律适用者，那么就必然以符合宪法的方式来理解并适用法律规范、或者说排除有可能违反宪法的法律适用方式。当然，法官的上述作用必须在特定的程序设计中才能有效发挥。在当前《立

21 参见河南省洛阳市中级人民法院【2003】洛民初字第 26 号民事判决书，其中有谓：“《河南省农作物种子管理条例》作为法律位阶较低的地方性法规，其与《种子法》相冲突的条款自然无效”。

22 福建省霞浦县人民法院在审理一起行政案件时发现地方性法规的合法性瑕疵，后裁定中止审理，逐级提请最高人民法院征求全国人大常委会法制工作委员会意见，由最高院作出《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》（1993 年 3 月 11 日），然后由主审法院继续审理实体问题。

法法》修正的过程中，应当对各级人民法院如何处理合法性与合宪性问题设置简便而有效的程序，通过特定的解释程序和审查程序来保证宪法的实施和社会主义法律体系的统一性。从国外的经验来看，设置恰当的程序将普通司法过程中遇到的合宪性问题提交宪法解释机关，对于维护法制统一具有重要作用，如法国在 2008 年设置专门的合宪性先决程序，“在普通诉讼中若发现已生效的法律侵害基本权利可终止案件审理，将合宪性问题提交宪法委员会”，[23]普通下级法院在合宪性先决程序中均能发挥有效的作用。

总而言之，无论是根据“宪法最高地位条款”的要求，还是根据“审判独立条款”的要求，审判机关与法官都必须接受宪法的约束，而宪法的规范性也必须以恰当的方式体现在包括司法过程在内的国家公权力活动中。只有坚持司法独立原则，才有可能建设法治国家。但在具体的改革中，我们需要确定改革的宪法界限，以法治思维推动改革，树立宪法和法律权威，以宪法凝聚改革的共识。

On the Constitutional Functions of Judicial Independence Principle

Han Da-yuan

Abstract: The People's Court is judicial organ of the State established by the Constitution, and it's a constitutional principle to exercise the judicial power independently according to the laws. This principle is the guideline to the judicial works of the people's court. The resolution of the Central Committee of CCP on Certain Problems of Thoroughly Deepening the Reforms, has put forwards some new measures to realize judicial independence and guarantee judicial justice, but these measures should follow certain constitutional principles and limitations, and treat appropriately certain constitutional matters in its implementation. Constitutional application and judicial independence could promote each other.

Keywords: Judicial Independence; People's Court; Constitutional Principle

23 王建学：《从“宪法委员会”到“宪法法院”——法国合宪性先决程序改革述评》，载《浙江社会科学》2010 年第 8 期。

審判獨立與權利保障

——從兩篇千古名文談起

李念祖※

這篇文字可能不會被看成是符合規格的學術論文，但不妨當作是作者近年來思索研究憲政思想與司法文化淵源，半路彳亍的一篇札記。行文的主旨，是要從兩篇收入《古文觀止》[1]而家喻戶曉的文章，〈瀧岡阡表〉與〈刑賞忠厚之至論〉，來討論審判獨立與權利保障與傳統司法文化觀念之間的關係。找到適當的題目與古人對話，也不失為一件浪漫的事。

〈瀧岡阡表〉與〈刑賞忠厚之至論〉

〈瀧岡阡表〉是唐宋八大家之一北宋歐陽修（1007～1072）為父親歐陽觀（952～1010）於逝世六十年後寫的墓表，而與另外兩篇祭文：也是唐宋八大家之一的韓愈（768～824）寫的〈祭十二郎文〉、清代袁枚（1716～1791）的〈祭妹文〉齊名。歐陽修 4 歲時其父即已過世，此文用極大的篇幅敍述其母於其成長後轉述其父生前行誼。最為膾炙人口者，或屬下列言及司法治獄態度的段落：

> 汝父為吏，嘗夜燭治官書，屢廢而嘆。吾問之，則曰：「此死獄也，我求其生不得爾。」吾曰：「生可求乎？」曰：「求其生而不得，則死者與我皆無恨也；矧求而有得邪，以其有得，則知不求而死者有恨也。夫常求其生，猶失之死，而世常求其死也。」回顧乳者劍汝而立于旁，因指而嘆，曰：「術者謂我歲行在戌將死，使其言然，吾不及見兒之立也，後當以我語告之。」

此中頗有值得從司法獨立與保障權利之角度而為討論之處。

※（台灣）憲法學會秘書長，東吳大學法學研究所兼任教授。

1《古文觀止》是清人吳楚材（1655～?）、吳調侯（生卒年不詳）叔姪在康熙 34 年（1695）選編、注釋、出版的一部周代至明代 222 篇文言散文選，目的原在供作蒙學讀本。卻流傳至今，而且影響廣泛。

〈刑賞忠厚之至論〉也是由《古文觀止》所收錄另一位名列唐宋八大家中的蘇軾（1037～1101）於宋嘉祐二年（1057）的應試文章，其主考官恰是歐陽修，欣賞不已。東坡此文其實早於〈瀧岡阡表〉十餘年寫成。其中極其膾炙人口的恰恰亦是有關司法治獄態度的段落：

> 當堯之時，皋陶為士，將殺人。皋陶曰：「殺之」三；堯曰：「宥之」三。故天下畏皋陶執法之堅，而樂堯用刑之寬。…書曰：「罪疑惟輕，功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。」嗚呼！盡之矣。可以賞，可以無賞，賞之過乎仁；可以罰，可以無罰，罰之過乎義。過乎仁，不失為君子；過乎義，則流而入於忍人。故仁可過也，義不可過也。古者賞不以爵祿，刑不以刀鋸。賞以爵祿，是賞之道，行於爵祿之所加，而不行於爵祿之所不加也。刑以刀鋸，是刑之威，施於刀鋸之所及，而不施於刀鋸之所不及也。先王知天下之善不勝賞，而爵祿不足以勸也；知天下之惡不勝刑，而刀鋸不足以裁也。是故疑則舉而歸之於仁，以君子長者之道待天下，使天下相率而歸於君子長者之道。故曰：忠厚之至也。

同樣有值得從司法獨立與保障權利的角度而為討論之處。

「求其生而不可得」

歐陽文中的父親法官歐陽觀，其受到後人肯定，主要是在其懷仁之心，即必「求其生而不可得」，始為死獄之判決。而所謂「求其生而不可得」，或是疑其是否為真兇，或是思索其罪行之輕重如何，有無可加憫恕之事由[2]，必因已無不判死刑之理由[3]，始為死判。歐母遂贊「其心厚於仁者」，歐陽修亦在文中自認多受祖宗「積善成德」之庇蔭，即緣於其父斷獄之際的不忍人之仁心。當然，「罪罰非死，人極于病。非佞折獄，惟良

2 例如八辟（見於《周禮•秋官•小司寇》），亦即《魏明律》、《唐律》以降各代法制之八種減罪免罪的事由，通稱為八議（議親、議故、議賢、議能、議功、議貴、議勤、議賓是），瞿同祖將八議形容為歷代貴族所享有的法律特權。瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁 275~278、283，台北：里仁，1984 年。

3 例如不許赦免之十惡（見於《北齊律》、《隋開皇律》以降各代刑典中之十項重罪，謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、內亂是）。當代論者形容為「對危害統治階級根本利益的十種重罪的總稱。」參見江琦，〈傳統法律俗語與當代刑法：以唐代「十惡不赦」為例〉，收入趙曉耕主編，《古今之平：唐律與當代刑法》，頁 259~260，北京：社會科學文獻出版社，2012 年。

折獄。」要善選斷獄的法官，原正是《尚書•呂刑》中的教誨[4]。

但是此中並不是毫無疑問。依歐父之所言：「夫常求其生，猶失之死。」是其雖經深思熟慮始為死判，歐父亦自知猶可失之於死，其實並非全然無憾；至其曰術士謂其死期將至，似亦不無擔心將因誤判而生冥冥果報之意於焉。既知常求其生猶失之於死，又何以說是「求其生而不可得」？

嚴格講來，「求其生而不可得」其實並不是可以用來不判處死刑的適當理由，也沒有真正說出其所以判處死刑的理由。反過來說，「求其生而不可得」的歐父，甚至並沒有說出其為何不能一概不為死判的道理。一概不為死判而以他種刑罰取代，其實就是「求其生」最為基本的方法。當然今天的世界亦尚未完全達到廢除死刑的境界，遑論北宋時代的中華大地。

然則，也不是沒有可再深入探究的司法文化因素隱藏其間，值得進一步加以討論。從（瀧岡阡表）文中可以看出，不論歐父判生判死，皆是出於自主，而非基於君上或上官所為之指示。就此一意義而言，應是合於獨立審判的精神。其實司法獨立在中國法制史上並不是從未存在的觀念。《尚書•立政》中說：「文王罔攸兼于庶言，庶獄庶慎，惟有司之牧夫。是訓用違，庶獄庶慎，文王罔敢知于茲」[5]，後世多引為君主尊重司法獨立的根據[6]。歐父當時擔任泰州判官，基於常求其生的仁心而非君王或上司的指示決獄，究竟是基於什麼因素會求其生而不可得呢？

一個顯然的關鍵因素，是當時存在的，以死刑作為國法的典章制度，也就是歐陽觀在判案時應該加以援引，今日於《宋刑統》或《慶元條法事項》中或許還看得到的種種規章[7]。判官可以認定有無犯罪，但是不能不依律決獄。依律決獄，則不能不明刑律之所本。

4 楊家駱主編，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，周書，頁 13，台北：世界書局，1985 年 3 版。
5 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，周書，頁 13，台北：世界書局，1985 年 3 版。
6 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，周書，頁 13，台北：世界書局，1985 年 3 版。錢宗武、江灝譯注，《尚書》，頁 402，台北：臺灣古籍出版社，1996 年。
7 楊鴻烈，《中國法律發達史（上冊）》，頁 554、593～594，台北：臺灣商務印書館，1988 年台 2 版；那思陸，《中國審判制度史》，頁 148~151，台北市：正典出版，2004 年。

傳統政治文化自漢以降，歷代儒法相用[8]，出禮而入刑[9]。儒學施政之理想，是禮治而刑措。《禮記•哀公問》中，子曰：「人道，政為大。」「為政先禮，禮，其政之本歟？」[10]《禮記•王制》：「凡制五刑，必即天倫。」[11]而《孔子家語•五刑解》中，子曰：「聖人之設防，貴其不犯也，制五刑而不用，所以為至治也。」[12]五刑者，言《尚書•呂刑》中之大辟（死刑）、宮、剕、劓、墨也[13]。而《禮記•王制》又曰：「凡聽五刑之訟，必原父子之親，立君臣之義，以權之，意倫輕重之序，慎測淺深之量，以別之。」[14]至言其罪之輕重者，《孔子家語》〈五刑解〉中，又曾記載孔子的話語：「孔子曰：大罪有五，而殺人為下。逆天地者罪及五世，誣文武者罪及四世，逆人倫者罪及三世，謀鬼神者罪及二世，手殺人者罪及己身。故曰大罪有五，而殺人為下矣！」[15]用重刑治重罪所以即天倫，此聖人之教，其歐陽觀斷獄求其生而不能之本歟？

如果使用今日之法秩序位階觀念相與對照比擬，當時的刑律如果相當於下位階之法律，禮制其實相當於上位階之憲法。

法，依歐西之思想，其功能可以區分為維護客觀秩序與保障個人權利兩重面向。以拉丁文之 Jus、德文之 Recht 與法文之 droit 言之，均兼攝「法」與「權利」（或是正義[16]）兩層涵意；前者即重在建立一般秩序，後者則重在追求個案之公平正義，得其應得。今日言憲法之意義，將之別為客觀秩序之維護與主觀權利之保障兩端者[17]，亦未脫離 Recht 一字之本義。只是中文之中並無一字而可兼譯權利與法律者，乃僅能用一「法」

8 《孔子家語》〈刑政〉記載：「孔子曰：聖人之治，化也，必刑政相參焉。太上以德教民，而以禮齊之；其次以政焉導民，以刑禁之，刑不刑也。化之弗變，導之無從，傷義以敗俗，於是乎用刑矣。顓五刑必即天倫。」楊朝明主編，《孔子家語通解》，頁 360，台北：萬卷樓，2005 年。關於歷代儒法相參相用之討論，參見如黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，頁 6～18，台北：自刊，元照總經銷，2007 年；陳惠馨，《儒家、法家思想在中國傳統法制的融合過程》，收入中國法制史學會編輯，《中國法制現代化之回顧與前瞻》，頁 1～19，台北：台大法學院，1993 年。
9 （宋）范曄撰，（唐）李賢等註，《後漢書》〈陳寵傳〉：「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裡者也。」頁 1554，北京：中華書局，1997 年。
10 （清）孫希旦，《禮記集解》，頁 1260、1262，台北：文史哲出版社，1990 年。
11 （清）孫希旦，前註，頁 371。
12 楊朝明，《孔子家語通解》，頁 351，台北：萬卷樓，2005 年。
13 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，周書，頁 28，台北：世界書局，1985 年 3 版。
14 （清）孫希旦，《禮記集解》，頁 371，台北：文史哲出版社，1990 年。
15 楊朝明，《孔子家語通解》，頁 352，台北：萬卷樓，2005 年。
16 right 與 justice 均源自拉丁文 Jus。
17 吳庚，〈基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系〉，收入司法院編，《司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集》，頁 1~51，台北：司法院，1998 年。

字加以表達。

然則儒家之禮，目的在求建立政治社會之人倫秩序[18]，與歐西言法之維護客觀秩序的面向，重視集體的、社會的價值觀，其實相互呼應。唯若論及歐西之言保障個人權利的法意識觀念，則東西方異趣之處毋寧十分明顯。一方面如馬漢寶教授所觀察者，儒家思想中並不存在與他人無關之個人的概念[19]，另一方面如梁啟超早已指出者，儒家思想素重義務本位，原乏權利意識[20]。余英時氏固曾以《孟子》中言人君任務之篇章為例，認為權利意識即為其一體之兩面而呼之欲出[21]。然則儒家之言人君仁民愛物，乃是君主之自覺實踐乃至恩賜，仍乏人民可以主張不受君主干涉，或是要求君主非予救濟不可之權利意識，與今日所言源自於正義觀念的權利思想[22]，非無區別。既不重視「個人」，復不識「權利」為何物，保障「個人權利」自不可能成為傳統文化中法的功能。

司法是行審判而執法之作用[23]，法只有維護秩序而無保障權利之作用，司法之功能也就只有維護秩序而無保障權利之作用。這正是今日的憲政法治思想與儒家禮治思想的重大差異所在。憲法兼含客觀秩序的維護與基本權利的保障作用，依憲法而為司法審判，自亦不可能只重社會秩序的維護，而不講究基本權利的保障。然而，歐陽觀是為了成就禮治維護人倫秩序的功能而「求其生而不得」，當然不會像今日之法官在審判時為了基本權利保障而顧慮受審判者的生命尊重。

18 如《禮記》〈曲禮〉說禮，「所以定親疏，決嫌疑，別異同，明是非也。」〈哀公問〉：「禮為大。非禮無以節天地之神也；非禮無以辨君臣上下長幼之序也；非禮無以別男女父子兄弟之親、婚姻疏數之交也。」《論語》〈學而〉中則說到禮的作用是：「禮之用，和為貴，先王之道斯為美，小大由之。」追求和的方法，則是在人際關係之中界定出順從的秩序，制禮義就是決定人倫關係中上下順從秩序的規範以追求社會和諧。相關見解，參見黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，頁 6～18，台北：自刊，元照總經銷，2007 年。

19 「儒家重個人，在重其倫理道德之修養，而實踐之方法，則是責成個人各盡其人倫上的義務。質言之，個人之倫理道德，須在人與人之關係中，始能完成與發揮。因此，可以說在倫家思想中，難有與任何他人無關的『個人』觀念之產生，亦難有與任何人完全『平等』的觀念之產生。」引自馬漢寶，《法律與中國社會之變遷》，頁 147，台北：自刊，1999 年。

20 梁啟超，〈論權利思想〉，〈論義務思想〉，分別收入朱榮貴，《前輩談人權（第一冊）人權的肇始》，頁 137~146，147~151，輔仁大學出版社，2001 年。

21 余英時，〈序〉，朱敬一、李念祖，《基本人權》，頁 14~15，台北：時報出版社，2003 年。

22 李念祖，〈其實「權利」就是「正義」〉，收入李念祖，《司法者的憲法(二)》，頁 1~5，台北：元照，2013 年。

23 此辭原是官名（漢典，〈司法〉：「官名。兩漢有決曹、賊曹掾，主刑法。歷代皆有。唐制在府曰法曹參軍，在州曰司法參軍。宋沿唐 制，諸州置司法參軍。元廢。參閱《文獻通考・職官十七》。」）進入法典作為審判執法作用之通稱，始於清末民初，而係自「法司」（漢典，〈法司〉：「1.掌司法刑獄的官署。《魏書・甄琛傳》：“復仍踵前來之失者，付法司科罪。”《隋書・趙綽傳》：“陛下不以臣愚暗，置在法司，欲妄殺人，豈得不關臣事。”2. 指司法官吏。宋范公偁《過庭錄》：“法司具條白之，不許竚立。”」）一詞變化而來。按宋教仁於 1911 年元月草擬之《中華民國臨時政府組織法草案》，將司法稱為「法司」；同年 3 月間通過的《中華民國臨時約法》，已改稱「司法」，沿用迄今。繆全吉編著，《中國制憲史資料彙編—憲法篇》，頁-55，台北：國史館，1989 年。

基於禮治思想而來的刑律，為了維繫人倫秩序而非保障個人權利而存在，其實是「求其生而不可得」的真正原因。

「與其殺不辜，寧失不經」

東坡此文不但令考官激賞，還寫下了一段連考官也不知出處的典故，也因此成為千古趣譚：

皋陶為士，將殺人。皋陶曰：「殺之」三；堯曰：「宥之」三。

宋人龔頤正的《芥隱筆記》中記載，考官問皋陶曰殺之三堯曰宥之三，出於何書？東坡答曰：想當然耳[24]，蓋用《後漢書・孔融傳》中孔融答曹操語也[25]。實則《孔子家語・刑政》中也有「王三宥之以聽命」以示慎刑之語[26]，與東坡的設想，非無可以互通之處。「想當然耳」固係猝應之語，實亦在有據無據之間。然則殺之三宥之三之語，亦有隱藏在其背後而可以進一步推敲的斷獄司法文化觀。

皋陶是斷獄的司法官，其判曰「殺」三回，而堯曰「宥」三回，在東坡心目中，堯或係基於不忍人之心，或係以其裁斷有疑，而欲加宥恕之。君堯仁則仁矣，其舉動猶還可以從司法獨立的角度加以觀察。其實此種慎刑的程序早見於《孔子家語・刑政》的描述：

> 子曰：「成獄成於吏，吏以獄成告於正；正既聽之，乃告大司寇；聽之，乃奉於王；王命三公卿士參聽棘木之下，然後乃以獄之成疑于王，王三宥之以聽命，而制刑焉，所以重之也。」[27]

從吏至於正、至於大司寇、至於三公卿士、至於王，其間經歷相當於五重審級，定罪量刑之程序不謂不慎重。建立多重的司法審級制度，當然並不等於妨害司法獨立。

24 《芥隱筆記》中龔頤正以為「蘇蓋宗曹孟德問孔北海，武王伐紂以妲己賜周公出何典，答曰：『以今度古，想當然耳！』一時猝應，亦有據。」

25 （宋）范曄撰，（唐）李賢等註，《後漢書》〈陳寵傳〉，頁 2271，北京：中華書局，1997 年。

26 《孔子家語・刑政》：「王命三公卿士參聽棘木之下，然後乃以獄之成疑于王，王三宥之以聽命，而制刑焉，所以重之也。」楊朝明，《孔子家語通解》，頁 363，台北：萬卷樓，2005 年。

27 《禮記・王制》之中也有類似的篇章：「成獄詞，吏以獄成告於正；正聽之。正以獄成告于大司寇；大司寇聽之棘木之下。大司寇以獄之成告於王；王命三公參聽之。三公以獄之成告于王，王三又，然後制刑。凡作刑罰，輕無赦。刑者倆也，倆者成也，一成而不可變，故君子盡心焉。」楊朝明，前註，同頁。

然而由君王而非大司寇擔任終局的決獄者，作為封建專制體制的基本特徵，則不可忽略大司寇與君王之間並不是真正的權力分立關係；於茲不難得出結論，當時其實並非由司法作最後的決定，即無真正的審判獨立可言。東坡所謂皋陶曰殺之三堯曰宥之三，最後的決定者也是君主堯而非士皋陶。

今日舉世常見的憲政制度中，司法定讞之後，猶可由國家元首加以赦免減刑者，亦所在多有。然而此種元首赦免減刑之制，每被指為封建餘緒，一旦動用其權，亦不免招致破壞審判獨立之譏。此中須加辨明者，尚有一項古人所忽略而今世引為刑事訴訟中保障權利尤其重要的司法原則，就是「疑罪從無」，也就是無罪推定原則[28]。

北京人民大學趙曉耕教授，應邀在輔仁大學演講時指出，「疑罪從無」的觀念，在中國傳統文化思想中，其實從未存在；出現的充其量只能說是疑罪從輕、疑罪從赦，或是疑罪從贖[29]。

這段話說的深刻；所提的這些觀念均甚古老，但都至今存在，其中也有值得釐清辨明的道理。不加釐清辨明，就不易了解今日為什麼應該「疑罪從無」，使用無罪推定原則取代其他的道理。

先談「疑罪從輕」。東坡文中，引用《尚書•大禹謨》「罪疑惟輕，功疑惟重」[30]一語，表達的就是疑罪從輕。此中「輕」字究竟何意？如果仔細思考，可有兩解。一解是，有罪無罪，尚有可疑，在罰與不罰之間兩相權衡，應該依從較輕的「不罰」做為選項；「罪疑惟輕」的結果，乃是「不罰」。另外一解則是，其罪有疑，在重罰與輕罰之間，應取「輕罰」；所以「罪疑惟輕」，應是「輕罰」而非「不罰」。東坡的觀點，似乎是「不罰」，既然設想了「皋陶曰殺之三，堯曰宥之三」的場景，「宥之」，似更接近「不罰」；當然，如果硬要說是「宥死不宥罰」，也就還是「輕罰」而非「不罰」。此處東坡先生似也需要「解疑從輕」了。

28 無罪推定原則，西方淵源甚早，與聖經教誨亦不無關係，其當代之意義，簡單地說，就是被告在被證明有罪之前，應被推定為無罪。其深入之討論，參見如黃朝義，《無罪推定》，頁 3~27，台北：五南，2001 年。
29 趙曉耕主題演講，〈傳統法的當代價值〉，於《傳統法與當代兩岸司法改革》，台北輔仁大學 2015 法制史學研討會 104 年 1 月 20 日。
30 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，虞書，頁 20~21，台北：世界書局，1985 年 3 版。

疑罪從輕若從「不罰」，當更接近今日所言的無罪推定原則。疑罪從輕若從「輕罰」，就不合於今世所言「審判者若生合理的懷疑就該判無罪」的無罪推定原則了。可是台灣的司法程序之中，不時會出現一種現象，就是被判死刑的被告，常在不同審級中交替出現的「死刑」以及「無罪」判決之間，周折往返，最後法院則以「無期徒刑」做為折衷而予定讞。此種折衷，當然是「罪疑從輕罰」而非「罪疑從不罰」，這樣的司法態度與保障權利的無罪推定原則明顯牴觸，卻是歷久未能根絕。

再談「疑罪從赦」。疑罪從赦的觀念，於《尚書》與《禮記》均曾見之。《尚書•呂刑》曰：「五刑之疑有赦，五罰之疑有赦。」[31]，意義明顯。而《禮記•王制》則曰：「有旨無簡不聽，附從輕，赦從重。」[32]則是說雖有指摘加罪，但未經檢驗覈實者，也不論罪，罪之疑於輕重者，應從輕的罪名；罪之當赦免者，則應從重的罪名開始赦免。接著說：「疑獄，汜與眾共之。眾疑，赦之。」[33]；就是刑案有疑，應聽聽眾人的意見，眾人認為有疑，就加以赦免。「眾疑則赦」，與現代無合理懷疑原則之中，有無合理懷疑應從一般人的標準，意思相通。而會議的「眾人」，則與今世的陪審團有些近似，但也不完全相同。

然則「疑罪從赦」並不等於「疑罪從無」。無罪即無赦免可言，如果說到赦免，就必是已然認定為有罪之故。雖然都是不處罰，結果看似相同，但是被告得到的有罪無罪的評價卻是截然相反。東坡文中說到「堯曰宥之三」，所採用的還是「疑罪從赦」的觀念，仍非「疑罪從無」。赦免原是市恩示惠，審判者或許會說就算是有罪，也已加赦免，還不該感謝聖恩嗎？但是被赦免的人會說我是無辜的，那裡需要赦免呢？不能確定我有罪，又憑什麼赦免我呢？當說「就算有罪也已如何如何」的時候，不就是假設有罪了嗎？如果不是赦免我，而是直接說我無罪，我就更有理由感謝聖恩了。疑罪從赦與疑罪從無，在審判者言或是差之毫釐，對於受審判者而言卻是失之千里；兩者並不能夠劃上等號。

31 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，虞書，頁 20~21，台北：世界書局，1985 年 3 版。
32 （清）孫希旦，《禮記集解》，頁 370，台北：文史哲出版社，1990 年。
33 （清）孫希旦，《禮記集解》，頁 371，台北：文史哲出版社，1990 年。

至於「疑罪從贖」，亦是早已出現的古老制度，如果要說今日的罰金刑以及易科罰金的制度就是「罪疑從贖」的遺跡，當也不為過。但今日也要罪行確鑿才能罰金，並非疑罪從贖，乃仍有根本上的觀念差異。古代的贖金，見於《尚書•呂刑》中說：「五辭簡孚，正於五刑。五刑不簡，正於五罰。」「墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪；劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪；剕辟疑赦，其罰倍差，閱實其罪；宮辟疑赦，其罰六百鍰，閱實其罪；大辟疑赦，其罰千鍰，閱實其罪。」[34]大意就是，刑案能夠檢驗覈實的，則用五刑；有疑而無法覈驗的，則可用五種罰鍰也就是贖金相贖，不能覈驗，還要贖金，自就不是疑罪從無。〈呂刑〉還不惜篇輻，詳述依照五刑分別訂出而數額不同的贖金[35]，可見罪疑從贖當是遠古以來實際使用的制度。五罰就是五種贖金，罰鍰，就是贖金，也就是疑罪可用支付贖金換取赦免的意思。疑罪要用贖金換取赦免，當然仍是站在認為有罪的前提上從赦、從贖，也可說是從輕發落，自然還是假設有罪，而與疑罪從無，推定無罪的思路大有區別。

東坡的大作，還有一些值得提出來與「罪疑從無」做比較之處，藉以看出古代的慎刑思想畢竟與當代所說為了保障權利的無罪推定原則有間。東坡使用宥恕赦免的詞彙說明處理疑罪的態度，不論說他是疑罪從輕、從赦還是從贖，其實都是一回事，就是先認定為有罪之後，再行高擡貴手。所以蘇文才說「罪疑惟輕，功疑惟輕」已經是刑賞忠厚的極致，這是將之看作君主市恩示惠的仁德，並不是在樹立無罪推定的審判圭臬。而文中所引〈大禹謨〉另外一句名言「與其殺不辜，寧失不經」[36]，說的則是由於有疑，乃必須在有違古代經典教訓而釋放有罪者，與將無辜者治罪兩種可能的錯誤之中，兩害相權之後，寧可犯前者之過，也不誤蹈後者之害。這九個字，才真正說出了無罪推定原則在面臨疑罪時的價值抉擇；但是由於並未將「殺不辜」說成是不合經旨的選項，就仍然透露了說話者心中存有某種「罪疑從有」的假設。必須細加究辨，才能掌握今日所說「無罪推定原則」真正堅持的所在。

34 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，周書，頁 28，台北：世界書局，1985 年 3 版。
35 墨刑，百鍰；劓刑，二百鍰；剕刑，五百鍰；宮刑，六百鍰；大辟，千鍰。楊家駱，前註，同頁。
36 楊家駱，《十三經注疏補正（第二冊）•尚書注疏及補正》，書十七，虞書，頁 20~21，台北：世界書局，1985 年 3 版。

疑罪從輕、疑罪從赦，或是疑罪從贖，背後的思考都是在量刑上採取某種折衷以求化解趨向兩種極端的不滿情緒，其目的則與增進維穩與社會和諧的傳統價值有關，為了絕對避免無辜入罪的疑罪從無，則是不折不扣的權利保障考量。東坡處在追求社會人倫秩序作為終極價值的時代[37]，贊頌疑罪從輕的仁心為忠厚之至，而未能進入疑罪從無的境地，也就不足為異了。

結語

保障權利與維持秩序是法秩序之中向度不同的兩種功能。政府為了維持秩序而追訴犯罪，司法審判為了保障權利，就會要求政府用合乎公平正義的手段追訴犯罪，像是「疑罪從無」就是為了保障權利而出現的重要原則。如果不是為了保障權利而只是為了維持秩序，其實審判獨立的需要並不明顯。當司法的主要目的是維持人倫秩序時，審判之仁只以「求其生而不得」為標榜，也就不足為奇。儒家經典的經旨無不是在建立並追求社會人倫秩序的安定，不殺不辜當然可能就是「不經」，「與其殺不辜，寧失不經」的選擇，君上「赦免」也許是無辜的人，似乎已經到達仁心的最高境界。然而如果是為了保障權利，審判獨立可就十分重要了。因為一旦納入保障權利的考量，皋陶曰「殺」而堯曰「宥赦」，尚屬可以接受，所以元首的赦免制度雖是封建餘緒，而猶能存在於今世之憲政制度；設若假設的情況反過來，是皋陶曰「不殺」而堯曰「殺之」，為了建立政治社會倫理秩序，也未必會說堯不仁；但是一旦保障權利被看成是司法審判的核心功能的時候，皋陶既無審判獨立，即恐無權利保障之可言。千古之下，回顧北宋兩篇千古名文，本文無意厚誣古人，只在表達當法治與司法審判的追求進入講究保障權利的時代之後，古今之不同，毋寧十分明顯了。

37 蘇文末段曰：「春秋之義，立法貴嚴，而責人貴寬，因其褒貶之義以制賞罰，亦忠厚之至也。」以《春秋》大義作為衡量「忠厚之至」的最後之尺度，此中消息也很明白了。

司法院大法官解釋之權利救濟功能

廖義男※

壹、前言

憲法有關司法院大法官功能之定位 ，依憲法本文第 78 條規定，掌理解釋憲 法及統一解釋法律及命令之事項，並依憲法本文第 114 條審查「省自治法」有無違憲、依第 117 條解釋「省法規」有無牴觸國家法律、以及依第 171 條解釋「法律」有無牴觸憲法。故依憲法本文之設計，大法官得透過解釋憲法有關國家機關權限之規定，界定其範圍及闡明其權限行使時應遵守之程序，而解決國家機關間之權限爭議或疑義[1]外，其解釋憲法之最重要任務在確保憲法之尊嚴，維護憲法為最高規範性之效力，不容省自治法及法律牴觸憲法 ，牴觸者應宣告其無效。從而大法官之功能，重在「法規之解釋及審查」[2]。嗣後憲法增修條文第 5 條第 4 項又規定由司法院大法官組成憲法法庭審理總統、副總統彈劾案及政黨違憲之解 散事項，擴大司法院大法官之職掌，但迄今尚無總統、副總統彈劾案及政黨違憲 解散案之案例發生。

憲法賦予大法官之職權， 主要為解釋憲法及審查法規有無違憲， 並未明文其 應為一般人民「 權利救濟」 之機關。又司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款雖規定「 人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依 法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑 義者，得聲請解釋憲法」， 但亦著重於確定終局裁判所適用之「 法律或命令有無 牴觸憲法」之「法規違憲審查」 。 至於聲請人依據解釋之結果，能否請求救濟，則未有進一步之明文。

按憲法以保障人權為其核心目的，司法機關職司人民權利救濟之任務。從而

※ 廖義男，宪法学会理事长，台湾大学法学院兼任教授

1 例如釋字第 419 號解釋闡明副總統不得兼任行政院長。釋字第 627 號解釋說明總統刑事豁免權不及於因他人刑事案件而對總統所為之證據調查與證據保全。亦不及於總統於他人刑事案件為證人之義務。但總統擁有國家機密特權。釋字第 391 號解釋指出預算審查之方式與法律不同，不得對各機關所編列預算之數額，在款項目節間移動增減並追加或削減原預算之項目。 釋字第 520 號解釋表示因施政方針或重要政策變更涉及法定預算之停止執行時，則應本行政院對立法院負責之憲法意旨暨尊重立法院對國家重要事項之參與決策權，由行政院院長或有關部會首長適時向立法院提出報告並備質詢。 釋字第 585 號解釋指出立法院享有一定之調查權，但基於權力分立與制衡原則，立法院調查權所得調查之對象或事項，並非毫無限制。除所欲調查之事項必須與其行使憲法所賦予之職權有重大關聯者外，凡國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，即非立法院所得調查之事物範圍。又如行政首長依其行政權固有之權能，對於可能影響或干預行政部門有效運作之資訊，均有決定不予公開之權力。釋字第 137 號及第 216 號解釋強調法官依據法律得審查命令，不受命令之拘束。

2 法院大法官審理案件法第 4 條規定：「 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。」

大法官解釋憲法及有關人權規定。 闡明人權保障之理念及法理之際，認為人民權利未受現有法秩序之十足保障受有侵害，而為維護受害之人權能獲得救濟，亦屬作為司法機關一環之大法官應有之職責。故憲法及法律雖未明文司法院大法官之 解釋具有權利救濟功能，但大法官則藉由作成司法院釋字第 177 號及第 185 號解 釋闡明解釋之效力而使解釋發生有權利救濟之作用。 晚近釋字第 725 號解釋更加 強此權利救濟之功能，此種趨勢值得特別注意。在此種有意使大法官解釋之權利 救濟功能加強之趨勢下，是否亦將使大法官釋憲之宣告模式有所變化、 或者帶動大法官作成憲法解釋所須可決人數規定修正之可能、甚至大法官解釋之客體得否

貳、解釋之效力與權利救濟功能

關於司法院大法官解釋之效力， 司法院大法官審理案件法及其前身「司法院大法官會議法」皆未規定。而係由大法官在司法院釋字第 177 號解釋，首先指出：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力。」表示解 釋之效力及於聲請人據以聲請之案件（原因案件）[3]。繼而在釋字第 185 號解釋 闡明：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所 明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項， 應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。確定終局裁判所適用之法 律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解， 經本院依人民聲請解釋認為與憲 法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理 由……。」 申言之， 確定終局裁判所適用之法律或命令，經司法院大法官宣告違 憲而自解釋公布之日失效者，聲請人得以該解釋為再審之理由，聲請法院就該原 因案件再審。再審訴訟中，因原為不利判決所依據之法規已被宣告違憲並已失效， 自不能再為援引，因而再審原告即有可能獲得勝訴判決而使其權利得以救濟。 但大法官宣告法規違憲之模式，除宣告該違憲法規自解釋公布之日失效者外，尚有 「定期失效」之模式[4]，此種宣告違憲法規定期失效之模式， 乃「基於對相關機 關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程 等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨」（引自釋字第 725 號解釋理由書）。此定期失效之期間，短則一個月[5]，長者有達三年者[6]。法律宣告違憲而定期失效者， 聲請人雖得依釋

3 此「原因案件」 包括於聲請人以同一法令牴觸憲法疑義而已聲請解釋之各案件（ 釋字第 193 號解釋），亦即司法院大法官就人民聲請解釋之案件作成解釋公布前，原聲請人以外之人以同一法令牴觸憲法疑義聲請解釋，雖未合併辦理，但其聲請經大法官決議認定符合法定要件者，其據以聲請之案件，亦有適用（ 釋字第 686 號解釋）。

4 關於大法官解釋憲法宣告模式之分類， 見翁岳生，憲法之維護者--省思與期許，載於廖福特主編，憲法之解釋與釋論第六輯上冊，頁 35 以下，（2009 年）；廖義男，憲法解釋與行政法制之發展，收錄於廖義男著，憲法及行政法制，頁 182 以下，（2015 年）。

5 見釋字第 664 號解釋：「 少年事件處理法第三條第二款第三目規定，經常逃學或逃家之少年，依其性格及環境，而有觸犯刑罰法律之虞者，由少年法院依該法處理之，係為維護虞犯少年健全自我成長所設之保護制度，尚難逕認其為違憲；惟該規定仍有涵蓋過廣與不明確之嫌，應儘速檢討改進。又少年事件處理

字第 185 號解釋以確定終局裁判所 適用之法律經宣告違憲而提起再審，但因再審之提起， 有三十日不變期間之限制，須自該解釋公布之日起三十日內提起再審之訴（行政訴訟法第 276 條第 2 項、民 事訴訟法第 500 條）， 則法院審理再審之訴所應適用之法律，雖經宣告違憲但仍 不失其效力，因而據此所為裁判之結果對再審原告仍屬不利，故聲請人實際上並不能獲得救濟。除非解釋文中明白指示如何適用經宣告違憲而未修正前之法律[7]。 有鑑於此缺失， 為使原因案件能獲得實質救濟，大法官遂於釋字第 725 號解釋再作補充，表示：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於 一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋論知原因案件具體之救濟方法者，依其論知；如未論知，則俟 新法令公布、發布生效後依新法令裁判。」強調再審之訴中，法院不得以該經宣 告違憲而在定期失效前仍為有效之法令為理由， 駁回再審原告之訴，而須俟符合 憲法及解釋意旨之新法令公布、發布生效後依新法令裁判。 使大法官解釋之權利 救濟功能大為增強。

參、 論知具體權利救濟方法之解釋

上述司法院釋字第 177 號、第 185 號及第 725 號解釋，闡明解釋之效力而使 大法官解釋對原因案件具有一般權利救濟功能外，大法官在一些解釋中並有論知 具體權利救濟方法者，其論知方式可分為如下之三類：

一、在解釋文中以法官造法之方式補充立法不足

釋字第 587 號解釋表示，子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。民法第 1063 條規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之。」係為兼顧身分安定及子女利益而設，惟其得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，子女本身則無獨立提起否認之訴之資格，且未顧及子女得獨立提起該否認之訴時應有之合理期間及起算日，是上開規定使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以

法第二十六條第二款及第四十二條第一項第四款規定，就限制經常逃學或逃家虞犯少年人身自由部分，不符憲法第二十三條之比例原則，亦與憲法第二十二條保障少年人格權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一個月時，失其效力。」

6見釋字第 649 號解釋：「身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，上開規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同）與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。」

7 例如釋字第 641 號解釋即於解釋文中表示： 菸酒稅法第 21 條規定：「本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣二千元之罰鍰。」與憲法第 23 條之比例原則尚有未符，有關機關應儘速予以修正，並至遲於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適用。系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第 21 條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。

維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符。除指示有關機關應適時就得提起否認生父之訴之主體、起訴除斥期間之長短及其起算日等相關規定檢討改進[8]，以符前開憲法意旨外，為使原因案件能獲得及時之實質救濟，特別在解釋文中表明：「本件聲請人如不能以再審之訴救濟者，應許其於本解釋公布之日起一年內，以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴。其訴訟程序，準用民事訴訟法關於親子關係事件程序中否認子女之訴部分之相關規定，至由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之。」即因當時法律欠缺相關訴訟程序規定，乃以「法官造法」 之方式補充立法不足，使聲請人得據解釋提起訴訟為權利救濟。[9]

二、在解釋文指示如何執行經宣告違憲但定期失效之法律

釋字第 641 號解釋表示， 菸酒稅法第 21 條規定：「本法施行前專賣之米酒，應依原專賣價格出售。超過原專賣價格出售者，應處每瓶新臺幣二千元之罰鍰。」 其有關處罰方式之規定，使超過原專賣價格出售該法施行前專賣之米酒者，一律處每瓶新臺幣二千元之罰鍰，固已考量販售數量而異其處罰程度，惟採取劃一之 處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調整機制，對人民受憲法 第 15 條保障之財產權所為限制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條之比例原則尚有 未符，有關機關應儘速予以修正，並至遲於本解釋公布之日起屆滿一年時停止適 用。 即宣告該處罰條文違憲但定期失效（ 停止適用）。 然同時又在解釋文中指示：「系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應 依菸酒稅法第二十一條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、 販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本 解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。 」此種具體指示如何適用經宣告違憲但在其停止適用期限屆至前仍屬有效法律之論知，其目的乃在貫徹釋憲效果， 要求相關機關依照解釋之意旨及指示之方法執行該項法規， 避免過苛處罰， 以使聲請人能獲得實際救濟。

三、 在解釋中指導如何適用經宣告違憲失效之法律

釋字第 673 號解釋表示所得稅法第 114 條第 1 款後段，有關扣繳義務人不按 實補報扣繳憑單者，應按應扣未扣或短扣之稅額處三倍之罰鍰部分，未賦予稅捐 稽徵機關得參酌具體違章狀況，按情節輕重裁量罰鍰之數額，其處罰顯已逾越必 要程度，就此範圍內，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條

8 民法第 1063 條規定經司法院釋字第 587 號解釋宣告違憲後，於 2007 年 5 月 23 日修正公布為：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。（第 1 項） 前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。 （第 2 項） 前項否認之訴， 夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女， 或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。 但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之。（第 3 項）」。

9 釋字第 624 號解釋亦沿用此方法，以解釋文指示冤獄賠償法第 1 條修正施行前，或規範軍事審判所致冤獄賠償事項之法律制定施行前，凡自冤獄賠償法施行後，軍事機關依軍事審判法令受理之案件，合於冤獄賠償法第 1 條之規定者，均得於本解釋公布之日起二年內，依該法規定請求國家賠償。

保障人民財 產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起停止適用。 然又指示：「有關機關對未 於限期內按實補報扣繳憑單，而處罰尚未確定之案件，應斟酌個案情節輕重，並參酌稅捐稽徵法第 48 條之 3 之規定，另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」其意係指對未於限期內按實補報扣繳憑單者， 不得再按應扣未扣或短扣之稅額一 律處三倍之罰鍰， 但不妨斟酌個案情節輕重， 按應扣未扣或短扣之稅額三倍以下之範圍內處予符合比例原則金額之罰鍰。對於聲請人就本件原因案件提起再審之 訴時，即不能再按應扣未扣或短扣之稅額僵固處其三倍，而僅能就其三倍以下為 較少之罰鍰而有救濟之效果。 本號解釋值得注意之處，在於就法規之效力而言， 既然宣告「應按應扣未扣或短扣之稅額處三倍之罰鍰」 之規定違憲，並自本解釋公布之日起停止適用， 但又指示得就該違憲並停止適用之僵固「三倍罰鍰」規定為範圍，裁處三倍以下之罰鍰，則該文義「三倍」規定實已轉換為「三倍以下」而得適用。乃大法官以解 釋文「具體指示相關機關如何適用於一定範圍內違憲並應停止適用之法規」而達到實質變更法律規定適用之效果。

肆、 警告性解釋不具有權利救濟功能及大法官作成憲法解釋可決人數規定之檢討

依釋字第 185 號解釋，僅在確定終局裁判所適用之法律或命令， 經人民聲請 解釋而被宣告與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，始得聲請再審或依非 常上訴救濟。換言之， 以法令被宣告違憲為前提，始有救濟之可能。僅為「警告性解釋」，即法規之形式或內容， 是否符合「法律保留原則」、「授權明確性原 則」等確有疑慮，但仍宣告其與憲法尚無違背， 惟同時亦明白表示該等法規應為 修正或修法為宜，以較符合法治國原則之要求。此種「警告性解釋」既未宣告法 令違憲，並不具有權利救濟功能。大法官作成此種「警告性解釋」之主要成因， 實與大法官作成憲法解釋之可決人數規定，息息相關。 依司法院大法官審理案件 法第 14 條：「大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過。但宣告命令牴觸憲法時，以出席人過半數同意行之。」 即區分憲法解釋之標的為「法律」 或「命令」之不同，而異其可決人數之條件。在憲法增修條文第 5 條規定大法官總額 15 位情形下，於其全體出席解釋法律是 否違憲時，縱有 9 位大法官之多數認為法律違憲，但因不足三分之二（15x2/3 須 10 位），仍不能宣告該法律違憲。 但多數既已認為該法律與憲法意旨不符，自不能滿足法律現有之狀態，因而期其能修法或修正，俾較符合憲法意旨之意思， 應有所表達，遂有「 警告性解釋」 之宣告模式表現。但警告性解釋之宣告模式， 依釋憲之實務經驗， 相關機關對應大法官作成警告性解釋期為修法或修正所採取之態度，多以冷淡處理並不因而積極主動配合修法，多數係後來大法官又宣告該 法規違憲後才不得已被動修法或予以廢止[10]。

10 例如早期之「違警罰法」 雖經於 1980 年 11 月 7 日作成之釋字第 166 號解釋予以「警告性解釋」，指示「 違警罰法規定，由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨。」 然有關機關並不予重視。九年多後至 1990 年 1 月 19

警告性解釋之宣告模式並不能促進法規之修正，又不能發揮權利救濟之功能，如不同意警告性解釋之合憲解釋文及解釋理由之多數大法官，各提出其不同意見書者，將形成反對意見多於贊同意見，而弱化該號解釋文及理由書所持見解之信服力，如此若經常發生， 對司法院 解釋之公信力及權威性將帶來損傷。 從而大法官解釋憲法，應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過之規定，實有檢討之必要。按現行規定所以要求宣告法律違憲應有大法官現有總額三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通過者， 其主要理由，係以法律為代表全國民意之立法機 關經過審慎之三讀程序所通過，為尊重此民意之決定及確保法之安定性， 應提高 其違憲審查之標準，以照慎重。此固言之成理，但大法官宣告法律違憲可決人數 之計算方式不必如此單一僵化，依現行規定，理論上有 7 位大法官認定法律違憲 者即可通過（7> 15 x 2/3 x 2/3）（即現有總額大法官 15 位中有 2/3 即 10 位出席，10 位中有 2/3 即 7 位同意法律違憲），尚不及大法官總額之半數。故計算同意 人數如超過大法官總額之半數以上時，已比現行規定要求之同意人數更高，亦應 可宣告法律違憲才是。申言之，在總額大法官 15 位全體出席之情形下，如有超 過半數之 8 位大法官認為法律違憲者，應可宣告法律違憲；或者現有總額四分之 三出席，而有過半數之 7 位（7> 15x3/4x1/2） 同意法律違憲者，相當於現行規 定要求之同意人數，亦可宣告法律違憲。 換言之，關於宣告法律違憲之規定，應為已足。

伍、法院裁判之法律見解得否為大法官解釋之客體？

依憲法本文第 77 條，司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。依憲法本文第 78 條， 司法院解釋憲法，並有統一 解釋法律及命令之權，而此等事項由司法院大法官掌理（ 憲法本文第 79 條第 2 項）。 故司法院依憲法本文設計之規定， 設普通法院掌理民事、刑事訴訟事件；設行政法院掌理行政訴訟事件；設公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒；設大法 官掌理解釋憲法及統一解釋法律及命令。 並依憲法增修條文第 5 條由大法官組成 憲法法庭審理總統、副總統彈劾案及政黨違憲之解散事項。即司法權分由普通法 院、行政法院、 公務員懲戒委員會及大法官分別掌理，各有所司。故普通法院、 行政法院、 公務員懲戒委員會之終審裁判或議決，基本上，並非大法官解釋之客體。當前通說之見解，亦認為大法官之職掌，除因憲法增修條文第 5 條由大法官 組成憲法法庭審理總統、副總統彈劾案及政黨違憲之解散事項，

日經大法官作成釋字第 251 號解釋改為宣告「違憲解釋」，表示「 違警罰法規定由警察官署裁決之拘留、罰役，係關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨，業經本院於中華民國六十九年十一月七日作成釋字第一六六號解釋在案。依違警罰法第二十八條規定所為「送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」之處分，同屬限制人民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。前述解釋之拘留、罰役及本件解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一日起失其效力，並應於此期限前修訂相關法律。本院釋字第一六六號解釋應予補充。」該法被宣告違憲後即於 1991 年 6 月 21 日公告廢止，而改以於同年月日公布制定施行之「社會秩序維護法」代替之。 規定警察機關僅就違法行為處以罰鍰或申誡、或宣告沒入之案件得為處分。而對違法行為處以罰鍰、申誡、或宣告沒入以外之處罰，即拘留、勒令歇業、停止營業等處罰則須由法院裁定之（ 社會秩序維護法第 43、 45 條）。

為具體個案之審 理並涉及事實之調查外，其職掌應限於「 法規之解釋與審查」，以維護憲法之最高規範性、憲政秩序及人權保障為其任務。 如經法院終審之裁判亦得為大法官解 釋之客體者，不僅逾越大法官之職掌，亦使「最高法院」或「最高行政法院」之 「最高」及訴訟程序中規定經二審或三審而終審「確定」 之裁判失其意義，而使 大法官成為實質上之「第四審」機關， 將混亂整個司法審判體系。

法院之裁判本身並非大法官解釋之客體，大法官之解釋並不能宣告廢棄法院之裁判。 但法院於裁判中所表示之法律見解，並非當然亦不得為大法官解釋之對 象。在釋憲實務之演進上，如法院之確定終局裁判引用判例、 最高法院民、刑事 庭會議決議或最高行政法院庭長法官聯席會議之決議為其依據，而人民認為有牴觸憲法之疑義而聲請解釋者， 大法官以判例具有法的規範效力；最高法院民、刑 事庭會議決議或最高行政法院庭長法官聯席會議之決議亦具有事實上拘束力，而 認為「相當於命令」， 可作為大法官解釋之客體（釋字第 154 號解釋理由書、釋 字第 374 號解釋理由書、 釋字第 420 號解釋參照）。 所謂「判例」或「決議」者，其實都是最高法院或最高行政法院於具體個案之裁判中對適用某項法規所持之 法律見解，而經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事 庭總會議或庭長法官聯席會議之決議「 編為判例」 後，報請司法院備查者（法院 組織法第 57 條規定參照）； 或為統一各庭裁判上之法律見解，而作成「決議」 作為該院代表性之見解者。 法院於裁判中適用法規所持之法律見解，經編為「判 例」或作為「決議」內容者，並為其後之裁判所引用時，可作為大法官解釋之客 體，而使因該法律見解而受不利判決之聲請人得有權利救濟之可能。如未經編為「判例」或作為「決議」內容者，則當事人必須受依該法律見解所作成不利裁判 之拘束，而不得救濟。 此種區分， 固然因該適用法規所持之法律見解，有無被編為「判例」或作為「決議」內容，而使其性質成為「相當於命令」具有法規範效力或事實上拘束力之不同，而作不同待遇。但其本質上，仍是法院適用法規所表 示之法律見解，並未改變。如該法律見解影響法規之適用而對當事人之基本自由 權利產生重大影響，甚至有憲法上原則之重要性者，作為憲法解釋機關及維護人 權為其任務之大法官，是否仍須「受制」於其形式上是否被編為「判例」或作為「決議」內容，始得以之為解釋之客體？ 誠有值得討論之餘地。

在釋憲實務上，形式上雖是「法規審查」，實質上是對法院判決適用法規所持見解予以檢討並加以變更者，例如釋字第 242 號解釋，聲請人以最高法院民事確定判決適用民法第 985 條所為之解釋， 係依據舊民法第 992 條適用於聲請人 之撤銷婚姻案件，牴觸憲法，聲請解釋。 大法官受理並作成解釋，表示修正前之 舊民法親屬編，其第 985 條規定：「有配偶者，不得重婚」；第 992 條規定：「結 婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻 關係消滅後，不得請求撤銷」，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與 憲法並無牴觸。惟國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之

情況下所發生之 重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚 姻關係，仍得適用上開第 992 條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關 係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第 22 條保障人民自由及權利之規 定有所牴觸。 換言之，大法官認為法院判決適用舊民法第 992 條之規定撤銷聲請人後婚之婚姻關係，未考量國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下 所發生重婚事件之例外情形，法院此種法律見解嚴重影響其家庭生活及人倫關係， 並妨害社會秩序，而認為與憲法有所牴觸。 從而聲請人依此解釋為理由而聲請再審時，即可主張原撤銷其後婚姻關係之判決違憲應予廢棄，而得以維護其後婚姻關係。

法院裁判適用法律所持之法律見解，為對其裁判應適用之法律規定所為之詮釋。 依該詮釋適用法規作成裁判而對人民之基本自由權利及社會秩序產生重大影 響者， 依釋字第 242 號解釋作成之案例，大法官並非不得予以審理並作成解釋。 但法院裁判適用法律所持之法律見解， 畢竟與裁判所適用之「法律或命令」不同， 為區分二者， 並避免爭議，以及避免大法官就其為審理而被誤認為「第四審」機關，將來宜修法明定法院裁判適用法律所持之法律見解，須在例外情形並具備一 定條件下， 例如， 須具備（1）為法院於終審裁判所表示之法律見解。（2）裁判所 適用之法律並無違憲之疑義。[11]（3）適用法律所表示之法律見解，涉及人民基本 自由權利之評價或有憲法上原則之重要性。（4）依該法律見解適用法律對社會秩 序有重大影響等條件， 始得為大法官憲法解釋之客體。

陸、 限縮性合憲解釋亦具有權利救濟功能

大法官解釋憲法之宣告模式尚有「限縮性合憲解釋」者， 所謂「限縮性合憲 解釋」係指不依有違憲疑義之法規文義宣告其違憲，而將法規文義內容作限縮解 釋，並表示其於解釋所宣示之意義下或範圍內合憲。例如釋字第 665 號解釋，聲 請人主張確定終局裁判所適用之刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款「重罪羈押規 定」有違憲疑義，聲請解釋。大法官於該號解釋中，表示「 刑事訴訟法第一百零 一條第一項第三款規定，於被告犯該款規定之罪，犯罪嫌疑重大，且有相當理由 認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進 行追訴、審判或執行者，得羈押之。於此範圍內，該條款規定符合憲法第二十三 條之比例原則，與憲法第八條保障人民身體自由及第十六條保障人民訴訟權之意 旨，尚無牴觸。」按刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定之羈押條件為：「被告經 法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、 審判或執行者，得羈押之：

一 逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。

二 有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。

11 人民如認為確定終局裁判所適用之「法律或命令」有牴觸憲法之疑義者，本即得依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋憲法。而法院如確信其裁判應適用之法律有違憲疑義者，應裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋（釋字第 371 號、第 570 號解釋）。

三 所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者。」

依上述條文之文義規定，「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒 刑之罪者」即「重罪羈押條款」，係屬「左列情形之一」而為單獨條件。符合該條款規定，犯罪嫌疑重大，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者， 即得為羈押。但大法官認為該「重罪羈押條款」 之規定失之過寬，有違反憲法保障人身自 由意旨之嫌，但不宣告其違憲，也不依原條文係「單獨條件」文義之拘束，而將之解釋為係「複合式條件」之一，即其適用尚須加上第 1 款「逃亡或有逃亡之虞」或第 2 款「有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞」之條件，始得為羈押。 並明確指出，該條款在此條件下適用，符合憲法第 23 條之比例原則，與憲 法第 8 條保障人民身體自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸。 即將 法條規定之文義作「限縮性解釋」，使其在此限縮性解釋之意義下適用該法條始 不牴觸憲法意旨。準此而論，若原因案件之確定終局裁判，單以「重罪羈押條款」， 即依據刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款規定為羈押之理由者，則為該羈押之法 律見解即與本號解釋意旨不符，並牴觸憲法。從而聲請人依釋字第 185 號解釋所 揭示「 確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由」 ，提起再審或請求檢察總長提起非常上訴以求救濟。

柒、 司法院大法官審理案件法之修正方向

司法院於 2013 年 1 月 10 日將「司法院大法官審理案件法修正草案」送請立 法院審議，此項修正草案整合現行大法官釋憲及審理案件職權之相關法規，並將 現行釋憲實務運作之程序予以法庭化、 補充及修正。[12]關於大法官解釋之權利 救濟功能部分，已將法庭裁判之效力明文化。規定：「 判決主文，有拘束法院、 各機關、 地方自治團體、人民、法人及政黨之效力。（第 1 項）法院、各機關、 地方自治團體處理有關事項，應依前項判決意旨為之，並有採取必要措施以實現 判決內容之義務。（第 2 項）」（修正草案第 37 條）。 而就法規範違憲審查案件判決之效力部分，依聲請人身分不同而作分別規定：

一、 國家機關、立法委員聲請法規範違憲審查之案件

規定：「判決宣告法規範立即失效者，於憲法法庭判決前已繫屬於各級法院而尚未裁判之案件，應依判決意旨為裁判。（第 1 項）判決前已適用前項法規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依被告之聲請，提起非常上訴；其他確定裁判之效力不受影響。但尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得再予執行。（第 2 項） 判決宣告法律位階法規範定期失效者，除主文另有論知外，於期限屆 至前，各級法院審理案件，仍應適用該法規範。但法院亦得審酌人權保障及

12 關於司法院大法官審理案件法修正草案之介紹及批評，見廖義男，夏蟲語冰錄（六十二）司法院大法官審理案件法修正草案之評析，法令月刊第 64 卷第 3 期，頁 120-125。（2013 年 3 月）。並收錄於廖義男著， 憲法及行政法制，頁 109-119，（2015 年）。

公共 利益之均衡維護，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。（第 3 項）」（修正草案第 55 條）。

二、 法院聲請法律位階法規範違憲審查之案件

上述修正草案第 55 條關於裁判效力之規定，於法院聲請法律位階法規範違憲審查之案件亦準用之（修正草案第 60 條）。

三、 人民聲請法規範違憲審查案件」

規定：「人民、法人或政黨，就其依法定程序用盡訴訟審級救濟之訴訟案件或非訟事件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範，認為有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為違憲之判決。（第 1 項）前項聲請，應於該不利確定終局裁判送達之日起六個月內為之。（第 2 項）」（修正草案第 61 條）。又規定：「判決宣告法規範立即失效或定期失效，或僅於一定範圍內始符憲法意旨者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁 判，檢察總長亦得提起非常上訴。（第 1 項）前項情形，自聲請案件繫屬之日起 至判決送達聲請人之日止，不計入法律規定再審之最長期間。（第 2 項）」（修正草案第 64 條）。又規定：「 除前條之情形外，本節案件判決宣告法規範立即 失效者，準用第五十五條第一項及第二項規定。（第 1 項）判決宣告法規範定期 失效者，於期限屆至前，審理原因案件之法院，應依判決宣告法規範違憲之意旨 為裁判，不受該定期失效期限之拘束。但判決另有論知者，依其論知。（第 2 項） 前項法規範定期失效之情形，各級法院於審理其他案件時，準用第五十五條 第三項規定。（第 3 項）」（ 修正草案第 65 條） 。

上述修正草案之規定，除將現行憲法解釋之效力，明確規定外，值得注意者，刑事法規範被宣告違憲立即失效者，有溯及效力及對世效力。 亦即凡適用該違憲 刑事法規範作成之刑事確定裁判，檢察總長得依被告之聲請，提起非常上訴；不僅聲請釋憲原因案件之被告，其他案件之被告亦得聲請檢察總長提起非常上訴。而民事法規範或行政法規範被宣告違憲立即失效者，雖無溯及效力， 但其確定裁 判尚未執行或執行未完畢者，於違憲範圍內，不得再予執行，亦有救濟之功能。 又法規範既被宣告違憲立即失效，則於憲法法庭判決前已繫屬於各級法院而尚未 裁判之案件， 當然不能再適用之，而應依判決意旨為裁判。

判決宣告法規範定期失效者， 於人民聲請法規範違憲審查案件，特別強調「於期限屆至前，審理原因案件之法院，應依判決宣告法規範違憲之意旨為裁判，不 受該定期失效期限之拘束」（修正草案第 65 條第 2 項） ，與釋字第 725 號解釋意旨「如本院解釋論知原因案件具體之救濟方法者，依其論知；如未論知，則俟 新法令公布、發布生效後依新法令裁判」 略有不同。即大法官有具體救濟方法之 論知者，依其論知；未有此論知者，修正草案規定直接「依判決宣告法規範違憲 之意旨為裁判」，而不必等到新法令公布、發布生效後才依新法令裁判。但如為 國家機關、立法委員或法院聲請法規範違憲審查之案件， 法規範被判決宣告定期 失效者， 於期限屆至前，各級法院審理案件， 原則上， 仍應適

用該法規範。但法 院亦得審酌人權保障及公共利益之均衡維護，裁定停止審理程序，俟該法規範修 正後，依新法續行審理（修正草案第 55 條第第 3 項）。亦即各級法院於審理釋憲原因案件以外之其他案件時，應依此原則處理（修正草案第 65 條第 3 項）。換言之，修正草案對判決宣告法規範定期失效之情形，分別其為釋憲之原因案件或 其他案件，作不同處理。於原因案件，應直接依判決宣告法規範違憲之意旨為裁 判，使聲請人可即獲得救濟。至於其他案件，於期限屆至前， 原則上應受違憲法 規之規範； 但亦得由法院審酌情形，俟修正之新法公布後再為審理。此項對於釋 憲原因案件以外之其他案件， 可作兩種不同方式之處理，將使各級法院就人權保 障及公共利益之均衡維護，因解讀及判斷之不同而作不同方式處理，而使仍依違 憲法規審理及判決之當事人受到較不利益之結果，有失公平。實不如一律規定，法規範被宣告定期失效者，於期限屆至前，各級法院應裁定停止審理程序，俟該 法規範修正後，依新法續行審理，較為適宜。

關於法規範違憲審查案件之可決人數，修正草案仍如同現制， 規定「應有大法官現有總額三分之二以上參與評議；其受理，應有參與評議大法官二分之一以 上同意；未達同意人數者，應不受理。（第 1 項）宣告法律位階法規範牴觸憲法 之判決，其主文之評決，應有參與評議大法官三分之二以上同意。 同意違憲大法 官未達三分之二者，判決主文應為該法規範不違憲之論知。（第 2 項）依前項規 定宣告不違憲之判決，其同意不違憲大法官達參與評議人數二分之一以上者，理 由應敘明不違憲之理由；未達二分之一者，理由應敘明未達本法所定同意違憲人 數而不違憲之意旨，毋庸記載不違憲之理由。（第 3 項）宣告命令位階法規範牴 觸憲法之判決，其主文之評決，應有參與評議大法官二分之一以上同意；未達同 意人數者， 應為不違憲之論知。（第 4 項） 除前三項規定外，經參與評議大法官 二分之一以上之同意，另於主文為檢討改進或其他適當之論知。其依第三十三條 第四項所為之論知，亦同。（第 5 項）」（修正草案第 53 條）。亦即宣告法律 違憲者，仍須有大法官現有總額三分之二以上參與評議，以及參與評議大法官三 分之二以上同意； 同意違憲大法官雖已超過二分之一而未達三分之二者，判決主 文仍應為該法規範不違憲之論知， 最多僅能另於主文為檢討改進或其他適當之論 知，作成「警告性判決」。 但無論是現有之「警告性解釋」或將來之「警告性判 決」，對於促使法制改進之作用並不大，亦不發生權利救濟之功能，其根本改善 之道，如同本文前述所建議者， 應增加於大法官現有總額四分之三以上參與評議 時，如參與評議大法官有二分之一以上同意者，亦可宣告法律違憲之規定。

對於法院判決適用法規所表示之法律見解，能否例外於符合一定條件下亦得為大法官審判之標的， 修正草案僅就「與不同審判權之終審法院適用同一法規範 所已表示之見解有異，而有統一見解之必要」（ 修正草案第 93 條、第 95 條）及「法院間就其有無審判權之爭議而有確認之必要」（修正草案第 101 條、第 102 條 ，得聲請「統一解釋法庭」為統一見解之判決或為確認審判權之裁定。

其餘 則未規定，似採相當保留之態度。至於人民得以「限縮性合憲解釋（判決）」為 其提起再審之理由，修正草案則明確予以規定，即「判決宣告法規範——僅於一定範圍內始符憲法意旨者，就已確定之原因案件，聲請人得依法定程序或判決意旨請求救濟；原因案件為刑事確定裁判，檢察總長亦得提起非常上訴（修正草案 第 64 條第 1 項） 。

捌、結語

憲法本文賦予大法官之職權，主要為解釋憲法及審查法規有無違憲，以解決憲法機關間之權限爭議，並維護憲法為最高性規範之效力以確保憲法之尊嚴，並未明文其應為一般人民「權利救濟」之機關。 但憲法以保障人權為其核心任務，作為憲法解釋機關之大法官，又是人民權利救濟機關之司法機關之一環， 隨著人權保障意識之提高， 在釋憲實務上，並漸發揮其權利救濟之功能，而使釋憲制度 有所變化。晚近司法院大法官審理案件法修正草案，明確規定釋憲之效力並有權利救濟之功能，此種朝向完善法治國方向之發展，令人鼓舞及欣慰。

力挽狂瀾或是隨波逐流？台美釋憲機關處理重大政治事件的案例探討

廖元豪※

壹、前言

「審判獨立」已經是現代法治國家的基本要求，被視為天經地義理所當然。它預設了司法機關應該，而且可以阻絕政治的干預，進而維護法治、保障人民權利。在此同時，為了確保司法機關不受干涉，憲法也會提供各種「機制」來確保獨立。例如，終身職與其身分保障，法律明定禁止干涉影響個案[1]，甚至經費的穩定自主等。

但「獨立」與「免於政治干預」之間的關係如何？制度上給予法官獨立身分保障後，法官固然較能免於「上級」直接的指揮，但是不是也因此欠缺「負責」(accountability)的特性？尤其是憲法爭訟，釋憲司法機關在這個領域的裁判，甚至會影響（界定、改變、維護）社會的集體價值。既然涉及重大的政治社會爭議，自然也會受到公眾的高度注目。那麼，各種保障獨立的機制，能讓釋憲案件的法官「免於政治干預」嗎？反過來說，這些能夠決定政治權力與社會價值的法官，適合全然「獨立」而不受公共問責嗎？

本文擬以美國有關「同性結婚權利」與台灣「非公民權利保障」的兩個爭議，觀察兩地的司法釋憲機關，在面對政治爭議很大的「憲法權利」議題時，是跟著民意潮流跑？還是能夠純然依法論法，完全「獨立」判斷？或說，「獨立審判」是否與「權利保障」有當然的關係呢？

之所以選擇這這兩個議題來參照，是基於以下考量：

※廖元豪，政治大學法學院副教授，美國印第安那大學莫勒法學院法學博士。

1 如中華人民共和國憲法第 126 條：「人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。」

第一，「同性婚姻」（same-sex marriage）是一個引起高度政治、文化、宗教、社會爭議的問題。當憲法規定不明確的時候，法院該順從「多數人」的意見，還是因為同志是「少數」而站出來給予保障？類似的情況，也出現在台灣的「非公民」（包括外國人、無戶籍國民，以及大陸地區人民）權利問題上。講究多數統治的民主社會，其公民可否對「外人」給予次等待遇？加上「同志」與「非公民」都涉及了「身分界定」，都是社會上明顯的「少數」（而且很難變成「多數」）。有鑑於此，兩個議題，同時都牽扯到（本文所欲探究的）多數、少數，以及司法角色的問題。[2]

第二，美國與台灣在形式上都是「民主」體制並對「審判獨立」有高度的制度保障。一方面，以選票為依歸的政治體系，會非常在乎「民意」或「社會潮流」。在此同時，「司法違憲審查制度」，擔負著維護憲法，捍衛國家長遠價值，保護少數人不被多數暴力侵害的功能。因此，前述的「多數 vs. 少數」，或「民主 vs. 獨立」的爭議，就無法逃避。而且兩者的確都做出了許多判例解釋，可供對比。

在欠缺更精確的實證研究佐證下，本文並不能提出確定的答案。但從案例與社會趨勢來看，並不當然能斷定「獨立司法」與「權利保護」的關聯。

在對照之後可以看出，無論在美國或台灣，身分獨立並且受到高度保障的大法官，會將「少數-弱勢權利」納入考量，但同時也不可能全然忽略「社會趨勢」或「主流民意」。法院有時候是權利的先鋒；但更多時候與其他政治部門一樣，往往在反映社會的大趨勢。司法可能偶爾跨前一步，但若想要整體改變，還是得等到社會改變。「獨立審判」就此而言，只是相對的概念。而獨立審判是否整體來說，必然更能確保少數群體的權利免於多數宰制？似乎也沒有明確的證據。

貳、司法釋憲機關「如何獨立」或「有多麼獨立」？

一、憲法的獨立保障規定

2 「同志」與「非公民」，都涉及「身分」。這兩種人基本上都會是社會上很明顯的「少數」

美國的司法違憲審查，是一般所謂的「分散制」。憲法雖然沒有明文規定法院有權審查法律是否違憲，但自從 1803 年的 *Marbury v. Madison*[3] 案之後，法院有權拒絕適用其認為牴觸憲法之法令措施，就已經成為定論。

在制度上，各級聯邦法院都有權進行違憲審查。而聯邦法官（負責解釋聯邦憲法，審查聯邦或各州的法令是否牴觸聯邦憲法）的任命係經由「總統提名，參議院同意」。[4]一旦任命，法官就是終身職。身分與待遇都受到保障。[5]除非遭到彈劾而去職，否則身分保障十分穩固，無須擔心因個別判決而遭免職、減薪、調職。

美國各州的法官，則任命與保障制度各有不同。目前大多數的州法官，無論是州長任命或是經由選舉產生，也都有某種程度的政治性。再配合任期制與「留任投票」（retention election），州法官的身分保障與政治性，一般來說低於聯邦法官。[6]

台灣的司法違憲審查，其實是分散在司法院大法官以及各級法院。依現行的司法院大法官審理案件法，以及大法官釋字 371 號解釋，司法院大法官僅獨佔「宣告法律違憲」（同時也包括決定其效力）這項權限。至於「宣告法律違憲」，或審查其他政府措施（包括法規命令、行政規則，乃至個案的判決、處分等等）是否牴觸憲法，則是一般法官均可（應）從事的工作。

司法院大法官的任命與身分保障，規定在中華民國憲法增修條文第五條。其由總統提名，經立法院同意任命。任期八年且相互交錯。且不得連任。在任期之中，除了遭到懲戒程序外，總統或任何政府機關不得免職。依據釋字 601 號解釋，除了「終身職」之外，大法官同時適用憲法第八十條與第八十一條的身分與功能保障。因此其他機關也不得特別針對大法官而減損待遇。

3 5 U.S. 137 (1803).
4 U.S. Const. art. II, section 2
5 U.S. Const. art. III, sec. 1.
6 根據研究，美國約有 3/4 的州，給予人民藉由選舉來控制州法官的權利（力）。See David E. Pozen, Judicial Elections as Popular Constitutionalism, 110 Colum. L. Rev. 2047, 2050 (2011).

至於一般普通法院的法官，憲法第八十條保障「法官依據法律，獨立審判，不受任何干涉」；憲法第八十一條則保障「終身職」，同時保障「非受刑事或懲戒處分，或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職、轉任或減俸」。在地位與功能上也都受到相當的保障。

本文在美國部分，觀察對象包括聯邦最高法院、聯邦下級法院，以及各州法院的判決。但在台灣部分，則主要集中在司法院大法官。這是因為一般法院無權審查「法律違憲」[7]，所以比較難看出它們怎樣拿捏民意壓力與憲法權利保護。

二、獨立司法的政治性—政治向量論

在賦予法官獨立性、身分保障的同時，藉由政治程序任命的法官，是不是會反映任命者的偏好呢？如果是的話，那與「獨立」的初衷是否牴觸？

Jack M. Balkin 與 Sanford Levinson 在一篇論文[8]中，很傳神地將美國聯邦法官的任命，描述成「政治黨派鞏固（partisan entrenchment）」。依其見解，任命者—總統—當然會選擇與自己政治意識型態相符的人選，以求其能夠延續、維護、保障自己的政治路線。總統任期在美國最多八年，但依當時的統計，終身職的大法官平均在位十八年。也就是說，即使總統離職了，其政治影響力依然能夠持續。雖然偶爾有大法官在「任命後」大幅改變政治傾向，但畢竟是例外。絕大部分的情形下，法官解釋憲法的方向是可以預測的。

雷根總統就是一個例子。他在位期間，致力於推展「雷根主義」的保守派憲法學，並且期待藉由任命與自己想法相近又可信賴的法官（包括大法官與普通法官），來一步步改變當時偏向自由派的憲法解釋。司法獨立審判，不能直接干涉。然而透過改變社會氛圍，建構憲法訴訟，以及任命法官，終於在雷根自己離職後數年，讓最高法院開始轉向。[9]

7 最有民意基礎，政治正當性的規範，仍然是立法院通過總統公布的法律。
8 Jack M. Balkin & Sanford Levinson, Understanding the Constitutional Revolution, 87 Va. L. Rev. 1045 (2001).
9 See Dawn E. Johnsen, Ronald Reagan and the Rehnquist Court on Congressional Power: Presidential Influence

至於總統任命與參議院同意權的關係， Balkin & Levinson 則指出，法官人選的政治意識型態（尤其大法官），其實就「反映了參議院同意時之政治向量總和」（to reflect the vector sum of political forces at the time of their confirmation）。[10]當民意大幅偏向總統所[11]屬政黨，那總統與參議院就很可能是同黨。這時，總統就可能任命意識型態很強烈的法官。反之，若總統與參議院不同黨，那為了獲得參議院支持，總統就必須任命比較溫和中庸的人選。而不同的人選，秉持不同的司法哲學與意識型態，當然也間接影響了憲法解釋的方向。

這種「政治力量→法官人選→憲法解釋」的論述，似乎與「法官應該去政治化」的傳統思考頗有扞格。但所謂「去政治化」，就如同「政治任命」一般，同樣是很不精確的指稱。政治人物或許不宜直接指揮、干涉法官個案決定，但政治人物藉由表達立場、法庭辯論、影響輿論，乃至合法任命法官，這本來就不是憲法所禁止。反過來說，如果政治人物或人民相信目前的憲法解釋是錯誤的，該被糾正的，那也可以透過這樣的政治程序來改變。H. Jefferson Powell 就曾指出，美國民眾與政治部門，有義務致力於改變司法對憲法的錯誤解釋(而不光是服從)。其中一種手段，就是藉由「任命立場不同的法官」來糾正錯誤。[12]。Balkin & Levinson 甚至稱法官任命程序與這種理解為「不完美的民主」（imperfectly democratic）。[13]也就是說，用這樣的角度來理解法官任命的政治性，甚至可以補足司法違憲審查的「多數決困境」（counter-majoritarian dilemma）。

「政治向量論」與「司法獨立」並不當然衝突。Dawn Johnsen 就提醒我們不該混淆二者。尤其當法官任命前，各界追問法官的政治觀點、意識型態，這與法官任命後在審判個案時予以政治施壓，完全不同。但民眾或其他政治人物在提出質疑時，應該本身就要有「一致性」、「坦白」，與非黨派化。政治向量論認

on Constitutional Change, 78 Ind. L.J. 363 (2003).
10 Balkin and Levinson, supra note 8, at 1067.
11 Id. at 1067-68.
12 H. Jefferson Powell, A Community Built On Words: The Constitution in History and Politics 208 (2002)
13 Balkin & Levinson, supra note 8, at 1073.

為法官的「憲法觀」，或是大方向價值觀，是提名任命的重要參考依據；但個別案件或政治事件的具體見解，就未必是決定性的因素。[14]

同樣的理解，也可以用來詮釋台灣的司法院大法官任命。雖然台灣的大法官任期只有八年，不得連任，在「延續性」上面不如美國最高法院。但「總統提名，立法院同意」的程序，加上「不得連任」，似乎也是一種「不完美民主」。總統若能與立法院同一政黨，那就有較大的機會遂行己意，任命符合自己價值系統的大法官。但若總統與立法院多數分屬不同政黨，那在這種分裂政府的局面下，總統的「政治資本」或中國人所謂「天命」還沒那麼強，提名任命時就必須顧忌立法院多數的見解。[15]

用「政治向量論」來詮釋美國各州州法官的任命，應該更適合。但以之看待台灣「大法官以外」的法官，就不合適。因為普通法院的法官雖然可以適用、解釋憲法，甚至可以拒絕適用（法官認為）牴觸憲法的法規命令。但他們的任命是經由考試或司法院遴選，加上終身職保障，幾乎沒有政治能量投入的餘地。這樣的任命方式，似乎就忽視了憲法解釋的政治性。因為，當政治無法影響法官任免，同時也就是說法官不負任何政治責任。這是不是好現象？這樣是否更能維護法治保障人民權利？恐怕也還有待觀察。

參、美國同性婚姻「權利」之發展、變化—法院擔任何種角色？

一、早期聯邦最高法院有關同志權利的案件

在此之前，聯邦最高法院並未直接處理「同性結婚是否為聯邦憲法所保障之權利」的問題。僅在 1972 年的 *Baker v. Nelson*[16]案中，以一句「欠缺實質聯邦問題」（want of substantial federal question）就簡單駁回上訴，維持明

14 Dawn E. Johnsen, Should Ideology Matter in Selecting Federal Judges?: Ground Rules for the Debate, 474 Cardozo L.J. 463, 474-76 (2005).
15 在 2007 年，陳水扁總統提名的八位大法官候選人，就有四位政治立場鮮明的人選（葉賽鶯、劉幸義、許志雄、葉俊榮 ）遭到立法院否決。參閱李鴻典，專業放兩旁，大法官審查只見藍綠，新台灣新聞週刊（2007.10.4） （http://www.newtaiwan.com.tw/bulletinview.jsp?bulletinid=72753 ）
16 409 U.S. 810 (1972).

尼蘇達州最高法院肯認婚姻限於一男一女的判決。基本的涵義似乎是說，同性婚姻根本不可能是權利，這種荒謬的主張不值得花力氣來審理。

但在同性婚姻之外，有數個與同志憲法權利相關的案件，則相當重要。

1986 年，在 *Bowers v. Hardwick*[17]案，涉及喬治亞州「禁止肛交（sodomy）」的刑法規定是否違憲之爭議。而聯邦最高法院認定，聯邦憲法並未保障「同性戀者合意肛交的基礎權利」（fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy），因此該法合憲。此意味著各州得以刑罰處置合意肛交之人。同志連他們正常、合意、私下的性行為都得為州法處罰的對象，就更別說「婚姻權」了。

而在 1996 年，聯邦最高法院則從憲法「平等保護」的角度切入，於 *Romer v. Evans*[18]案，將科羅拉多州的一個公投修憲條文宣告違憲。科羅拉多州的許多地方議會，都制定了「禁止性傾向歧視」的自治條例，以保障同志的工作、結社與自由交易權利。這本來是州以下「地方自治」範圍。然而恐同者發動全州性的公投「二號修憲案」（Amendment 2），修改州憲法，明定「同志身分」不得作為各種法律的「保護對象」。因此從州法以至各個地方自治條例，均不立法保護同性戀者或雙性戀者免於歧視。

聯邦最高法院跳過了「性傾向歧視是否該受嚴格審查」的問題，而逕行採用最寬鬆的「合理審查標準」來檢驗這個法律。通常這種寬鬆標準，都會讓系爭法律輕騎過關。然而最高法院罕見地用最寬鬆的審查基準，將「二號修憲案」宣告違憲！由 Kennedy 大法官主筆之法院意見，指出二號修憲案挑出一群人，讓他們比他人更難受到政府保護，完全沒有理性可言。該項立法之唯一目的，就是對同性戀者的「敵意」（animus）。此等全為敵意而毫無正當理由的立法，欠缺最起碼的合理性，因此違憲！

17 478 U.S. 186 (1986).
18 517 U.S. 620 (1996).

2003 年的 *Lawrence v. Texas*[19]則是一大突破，將德州處罰「同性間之異常性行為」（deviate sexual intercourse with another individual of the same sex）的刑法，以其過度侵犯個人自由為理由，宣告違憲！本案更推翻了 *Bowers*，正式承認「成年同性間合意、私下之性行為，乃憲法所保障的「隱私權」（right of privacy）。[20]而系爭法律對此種隱私的干涉至為明顯，卻僅有薄弱的「傳統」作為理由，自屬違憲！

Lawrence 的重要性，在於打破了美國各州多年來對同志的最嚴重壓迫：以刑罰處罰其性行為模式！同時，承認了同性性行為的生活方式，受到憲法的保護。比起 *Bowers* 完全否定其「權利」地位，容許公權力任意侵害，真是不可同日而語。

雖然 Kennedy 大法官主筆的意見書，特別撇清本案與「婚姻」之關係。[21] 然而本判決承認同性間的典型性行為模式受憲法保障，至少為同性婚姻打開一線希望。而 Scalia 大法官強烈的不同意見書，甚至不斷地暗示，當「同性性行為屬於憲法權利」，而「傳統」不足以作為立法依據，那還有什麼理由擋得住「同性婚姻」？[22]

從這三個重要判例可以看到同志權利的發展軌跡：從全然不承認肛交或同性性交的權利，到承認實體隱私權與平等權。雖然法院對於是否要嚴格審查各種侵害同志權利的法律，態度不太明確。但至少已經漸漸認定，同志不再是「法外之人」，而受到憲法之保障。

19 539 U.S. 558 (2003).
20 美國憲法增修條文第五條與第十四條，都有「正當程序條款」，其規定政府不得未經正當法律程序而剝奪人民之生命、自由，與財產。美國最高法院從該條之「自由」（liberty）導出 right of privacy。而國內法界通常均將 right of privacy 翻譯為「隱私權」。但衡諸美國最高法院的判例，right of privacy 之範圍實遠超過中文所稱之「隱私」，而可包含一切個人自主決定，包括避孕、墮胎、兒女教育、婚姻，甚至在某種程度上還包含安樂死等身體自主決定權。在此案，以「隱私權」稱之，還算通順。但在指涉婚姻選擇時，就不見得妥適。
21 Id. at 578. ("It does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter.")
22 Id. at 604 (Scalia, J., dissenting).

二、同性婚姻在各州與地方的發展

到 2013 年聯邦最高法院做成判決有限度地承認同性婚姻權利之前，美國已有八個州確定承認同性婚姻。其中麻薩諸塞州、愛荷華州、康乃迪克州是藉由法院判決[23]，認定同志享有結婚的權利，並將「結婚限於一男一女」的州法宣告違反州憲法。而新罕布夏州、佛蒙特州與紐約州則是透過州議會立法（修法）賦予同性結婚權利。馬里蘭州、緬因州與華盛頓州，係透過公民投票成功修法，承認同性結婚之權利。另外，華盛頓哥倫比亞特區與數個原住民族部落，也承認同性婚姻。

然而在此之前，其實夏威夷州與加州都曾發生「法院判決州憲法保障同性結婚權」，卻被公投修憲推翻的例子。

早在 1993 年，夏威夷州最高法院就曾在 *Baehr v. Lwein*[24]案，判定州法中限定婚姻為「一男一女」的規定，是一種「基於性別所為之分類」（sex-based classification），而應受到推定違憲（違反夏威夷憲法中的平等權條款）的嚴格審查。而在更審後，下級法院於 1996 年認定該法違憲，並判命州政府不得拒絕發給結婚證書。[25]這是美國第一個以憲法（州憲法）為名，由法院宣告同性婚姻受到保護的重要案例。

然而夏威夷選民在 1998 年透過公投，修改憲法，於州憲法第一條第 23 項明定「立法機關有權將婚姻保留予異性配偶。」（The legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples.）[26] 於是這一役功敗垂成。

加州的情形也很類似。在 2000 年，加州的「22 號公投案」（Proposition 22）

23 麻州判決：Goodridge v. Department of Health, 798 N.E.2d 941 (2003)；康州判決：Kerrigan v. Commissioner of Public Health, 957 A.2d 407 (2008)；愛州判決：Varnum v. Brien, 763 N.W.2d 862 (2009).
24 852 P.2d 44 (Haw. 1993).
25 Baehr v. Miike, 1996 WL 694235 (Hawai'i Cir.Ct.).
26 Haw. Const. art. I, § 23.

修改加州的家事法典，明定婚姻限於一男一女。[27]而在 2008 年的 *In re Marriage Cases*[28]案，加州最高法院判定，將婚姻限於一男一女，牴觸了加州憲法保障的隱私權，也因為「性傾向歧視」而違反了平等權。因此該法規定無效，主管機關應發給同性伴侶結婚證書。

但也就在同一年，加州舉行「8 號公投案」（Proposition 8）的投票，並通過修改加州憲法，將之前為州最高法院宣告違憲之法律，增訂於憲法。其文字為「唯有一男一女組成之婚姻方於加州有效或被承認。」（Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.）[29]加州的同志婚姻，又回到「不被承認」的狀態。但也因此引出後續的訴訟爭議。

而愛荷華州最高法院在作成了「進步」判決後，隨即遭到政治反彈：在 2010 年，愛荷華州民在法官「留任選舉」（retention election）中，對三位支持同性婚姻的大法官投下否決票而使得他們無法連任。[30]

三、聯邦法律的干擾：婚姻防衛法

如前所述，「婚姻」在美國聯邦制度下，應屬州權管轄，而與聯邦無關。但聯邦國會卻為了回應夏威夷州承認同性婚姻的判決，於 1996 年制定了所謂「婚姻防衛法」。該法主要內容有二：在第 2 條規定，各州並無義務承認其他州的同性婚姻；[31]第 3 條則規定，在任何聯邦法規或法律文件中，「婚姻」（marriage）均僅包括一男一女之夫妻所組成的法律結合，而「配偶」也僅指異性的夫或妻。[32]

這是聯邦法律逕行介入州婚姻管轄權的特例。而且與最高法院當年以州法違

27 Cal. Fam. Code 308.5.
28 183 P.3d 384 (2008).
29 Cal. Const. art. I, § 7.5
30 See Mallory Simon, Iowa Voters Oust Justices Who Made Same-Sex Marriage Legal, CNN, Nov.3, 2010, available at http://edition.cnn.com/2010/POLITICS/11/03/iowa.judges/ .
31 28 U.S.C. § 1738C.
32 1 U.S.C. § 7.

反聯邦憲法權利為由，宣告法律違憲的作法剛好相反：對於承認同性婚姻效力的各州，逕自限制其效力。依此，會產生兩種嚴重效果—

首先，即使某一州承認同性婚姻，在該州合法結婚的「婚姻」，只要走出該州就無法被其他州承認。這會使得同性伴侶的遷徙自由受到限制。例如，在麻州合法結婚的同性伴侶，如果因工作或其他因素遷居至密蘇里州，那麼他們兩個就可能不被密蘇里州承認具有婚姻關係。這樣的話，彼此不能幫對方辦理眷屬保險，將來若是「離婚」也無法適用有關財產分配等規定！

第二，聯邦法所有對「婚姻」「夫妻」「配偶」的保障，通通無法及於合法結婚的同性伴侶！諸如公務員的眷屬保險、撫卹，聯邦稅的配偶合併申報優惠，或是移民的配偶依親，都無法適用於同性配偶。據統計，這個規定影響了 1,000 條以上的聯邦法律規定，以及相關的所有行政命令與文書！[33]

綜上，在 2012 年的庭期之前，美國的同志權利已經逐漸受到重視，並受到憲法層次的最低保障。州政府不得任意干涉、侵害、歧視同志權利。

但婚姻不僅是單純的消極權利，也需要政府積極的承認與給付。憲法上是否已經導出這樣的「給付請求權」或「承認請求權」？單從 *Lawrence* 與 *Romer* 來看，還看不出來。在此同時，各州多半還未承認同性婚姻。雖然在數州已經開始萌芽，但也面臨政治反彈的可能。而聯邦的婚姻防衛法更是高度敵視同性婚姻，極度限縮「同性婚姻」的實際效力，使得合法結婚的同性伴侶，也無法完全享受到一般人「婚姻」的效果。

為了打破這個桎梏的局面，同志平權運動者，分別提起訴訟，挑戰加州的 8 號公投案，以及聯邦的婚姻防衛法。他們試圖主張聯邦憲法保障同性婚姻之權利，而加州與聯邦政府，違反了這樣的憲法權利！而在 2013 年，一向被認為相對保守的聯邦最高法院，在兩個案件都判決挑戰者（原告）勝訴。

33 Windsor, 133 S. Ct. at 2683.

四、聯邦最高法院正面表態：Hollingsworth 與 Windsor

（一）Hollingsworth

加州在通過「8 號公投案」後，修憲限制婚姻為一男一女之結合，短暫爭取到的同性婚姻權利，又告喪失。由於州民公投所修改的是加州的州憲法，加州法院無法推翻。因此同志平權運動者，就轉向聯邦法院，主張加州 8 號公投案通過的修憲條文，牴觸聯邦憲法所保障的「自由權」與「平等保護」。

這個案件有趣之一（也是最後決定的關鍵），是加州州政府的態度，以及其引出來的程序爭議。原告於 2009 年五月提起訴訟，以加州州長、司法部長與相關官員為被告，請求法院確認 8 號公投案無效，並核發禁制令禁止加州政府執行該修憲案。[34]

然而，加州州政府對本案的立場，卻是「不辯護」。州司法部長認定，依據 8 號公投案所為的修憲條文，牴觸聯邦憲法。而州長以下的加州官員，在訴訟中也都表示不願出庭辯護該規定的合憲性！[35]加州州政府似乎很樂於見到這個公投修憲的結果，在法院被宣告違憲無效。

在無人為 8 號公投案辯護的情形下，公投案的「提案人」（proponents）聲請參加訴訟，來為這個修憲條文辯護。法院也准許了。[36]因此，本案從地方法院開始，就是「被告不辯護，卻由參加人辯護」的奇異場景。

一審地方法院判決在 *Perry v. Schwarzenegger*[37]一案，判決 8 號公投案侵犯隱私權與平等保護條款而違憲。被告州政府決定不上訴。公投提案人代表加州人民提出上訴。而第九巡迴特區之聯邦上訴法院在 *Perry v. Brown*[38]承認提案人有代表州政府上訴之資格[39]，但在實體上維持原判，認定 8 號公投案違憲，同志的結婚權與平等權應受保障。

34 Perry v. Schwarzenegger, 704 F.Supp.2d 921, 929-30 (N.D. Cal., 2010).
35 Id. 928-29.
36 Id.
37 704 F.Supp.2d 921 (N.D. Cal., 2010).
38 671 F.3d 1052
39 Id. at

公投提案人等在二審敗訴後，聲請聯邦最高法院審查本案。最高法院則選擇從程序面解決：公投提案人並非政府人員，不能代表加州提出上訴。因此不做實體審理，且撤銷二審判決。[40]結果就是回到一審原先的判決結果：8 號公投案及依其所制定的修（州）憲條文，因牴觸聯邦憲法而無效，不得執行。

但也因為最高法院僅從程序著手，在判決書中全未論及「同性婚姻是否受憲法保護」。而「駁回上訴」的結果，僅保留了地方法院的判決。因此，僅有加州受本案判決所影響。加州的同志自此確定得以申請結婚證書，享有州法關於婚姻的一切保障。但其他各州的婚姻法，就並非本判決射程所及。

（二）Windsor

如前所述，1996 年由聯邦國會制定的「婚姻防衛法」[41]，是國會為了因應夏威夷州法院判決可能承認同性婚姻，而制定的法律。國會趕在任何一個州正式承認同性婚姻之前，先制定了這個法律。

在 2003 年之前，由於在實際上並無任何一個州，正式承認同性婚姻。所以這個法只有象徵意義（或恫嚇意涵—任何州通過了同性婚姻，也是一種跛腳的婚姻）。然而自從麻州最高法院在 2003 年判決同性婚姻受該州憲法保障，而愛荷華州、康乃迪克州，還有加州等州與華盛頓特區陸續「跟上」後，這些「配偶」能否適用聯邦法或其他州對於「婚姻」的保障，就變得非常實際。

本案的事實背景，是兩名女性紐約州民 Edith Windsor 與 Thea Spyer 是一對同性伴侶。自從 1963 年相遇，就長久維持伴侶關係，且在 1993 年依據紐約州法登記為「家庭夥伴」（domestic partners）。於 2007 年，在承認同性婚姻的加拿大正式結婚。[42]而回到紐約州後，當時的州長 David Paterson 於 2008 年宣告該州州政府各機關，均承認其他地區合法成立之同性婚姻為州法上的「婚姻」。

40 Perry, 133 S. Ct. 2652 (2013).
41 The Defense of Marriage Act, 110 Stat. 2419.
42 Windsor, 133 S. Ct. at 2682-83.

[43]Windsor 與 Spyer 的婚姻遂獲承認。而紐約州更在 2011 年通過「婚姻平等法」（Marriage Equality Act），將同性婚姻納入該州的正式的婚姻體制。[44]

Spyer 於 2009 年二月去世，並將全部遺產留給 Windsor 繼承。但因為聯邦之婚姻防衛法並不承認 Windsor 與 Spyer 的婚姻關係，Windsor 必須支付美金 363,053 元的遺產稅，而無法適用聯邦遺產稅法有關「配偶繼承免稅」之規定。[45]Windsor 向國稅局請求退稅，國稅局拒絕。Windsor 遂向聯邦地方法院提起訴訟，以聯邦政府為被告，主張婚姻防衛法第 3 條之規定，侵害了原告依聯邦憲法增修條文第五條「正當程序條款」所保障的權利。[46]

在這個訴訟中，聯邦政府的角色也相當特別。總統 Obama 與聯邦司法部，認為這個法律有高度的違憲嫌疑，且決定不在法院為婚姻防衛法之合憲性辯護。但在此同時，由於聯邦法院仍然是憲法爭議的最終裁決者，聯邦政府仍然不退稅給原告 Windsor，要讓這個案子在聯邦法院繼續走下去。[47]

聯邦司法部同時將上述「不辯護，也不退稅」的立場，以正式公文送達國會，以期國會對本案有適當的參與機會。聯邦眾議院的「跨黨派法律諮詢團」（the Bipartisan Legal Advisory Group, BLAG）決定以參加人的身分參與本件訴訟，以辯護婚姻防衛法的合憲性。聯邦地方法院也許可 BLAG 以利害關係人的身分參加訴訟。

在一審與二審，法院都判決原告勝訴。聯邦司法部與 BLAG 也都聲請聯邦最高法院受理審查本案。實體上，法院多數意見認定婚姻防衛法違憲。

主筆多數意見的 Kennedy 大法官指出，從美國的歷史傳統觀之，「婚姻」一向都由各州加以規範。聯邦政府或法院偶爾會加以干預，但都是例外，而且多半是額外提供保障或給付。（例如，因夫妻關係而得享有稅務優惠，或將限制黑白

43 Jeremy W. Peter, New York to Back Same-Sex Union from Elsewhere, New York Times, May 29, 2008.
44 See Marriage Equality Act, 2011 N.Y. Laws 749 (codified at N.Y. Dom. Rel. Law Ann. §§ 10–a, 10–b, 13).
45 26 U.S.C. 2056(a).
46 Id. at 2683
47 Id. at 2683-84.

通婚的法律宣告違憲）。[48]然而，婚姻防衛法打破了這個傳統：明明是州法決定賦予同志群體結婚權，保障他們的尊嚴與地位。但聯邦政府卻剝奪同志群體的權利。這是極少見的情形。

Kennedy 大法官援引先例，表示任何國會法律，均不得純以傷害特定政治上不受歡迎之群體為目的，並對他們給予不利的效果。[49]然而，婚姻防衛法背離了數百年來聯邦「尊重各州傳統」的趨勢，特別立法剝奪同性伴侶依各州規定而享有的保障及給付。這樣的特殊立法，強烈顯示婚姻防衛法之主要目的與實際效果，即在敵視一個特殊群體（同志），並對他們的合法婚姻予以污名化。[50]尤其參照 *Romer* 的先例，凡是與立法慣例相牴觸，又限制特定群體的法律，法院都應該特別謹慎地審查。

而經過分析，婚姻防衛法的主要目的及效果，就是要干預同性婚姻伴侶的平等尊嚴—即使這個婚姻是州法承認的。[51]婚姻防衛法不但影響了上千個聯邦法律，也觸及婚姻的各個層面。例如，同性配偶無法享有政府的健康照護給付，無法享有破產法所賦予家屬撫養的特別保障，同性配偶也不適用聯邦刑法對於侵害聯邦官員「近親」的處罰規範……種種例子都顯示，同性配偶雖然在州法上是婚姻關係，但由於不適用聯邦法的各項保障，是一種殘缺的婚姻。

在州所承認的婚姻之中，挑出一個子類型，給予不公平待遇。它剝奪了某些「配偶」依州法享有的權利，卻保障了其他依州法承認的配偶。這不僅侵犯人民權利，也形同在同一州內，創造兩種矛盾的婚姻體制。它也迫使同性伴侶，在州法上當自己是已婚；但在聯邦法的事項上，卻是未婚身分。這對於個人的重要「關係」造成很大的不穩定。同時，各州期待州內的婚姻法制能一致、平等適用的目標，也被婚姻防衛法所破壞。

有鑑於此，法院多數意見認為，婚姻防衛法形同對所有與同性配偶相處的人，

48 Id. at 2684-92.
49 Id. at 2693
50 Id.
51 Id.

諭示「他們的婚姻是次等」。它除了傷害同性伴侶（州法所欲保護之對象）外，別無其他目的及效果，自不為憲法所容。下級法院之判決（認定婚姻防衛法第 3 條違憲）應予維持。

五、*Windsor* 案後的新浪潮

在 2013 年這兩個對同性婚姻有利的判決出爐後，似乎發生了骨牌效應。在 Windsor 之前，同性婚姻權倡議者鮮少去聯邦法院（援引聯邦憲法）挑戰「婚姻限一男一女」的禁令，而寧可走向較友善的州法院。然而，在 2013 年之後，聯邦各地方法院乃至上訴法院，引用 Windsor 宣告同志有權結婚的案例此起彼落。根據統計，目前為止已有 34 位聯邦法官判決同性婚姻受聯邦憲法保障，有 38 個州開始對同志頒發結婚證書。[52]而在 2014 年一年內，在上訴法院巡迴特區中，就已經有第四區、第七區、第九區、第十區的上訴法院判決聯邦憲法保障同性婚姻。

有趣的是，憲法條文沒變，甚至 Windsor 案判決的文本也沒有否定各州有自行決定婚姻制度的權力，但下級法院卻紛紛引用 Windsor 與其他判例，將各州「婚姻限一男一女」的規定宣告違憲。

六、小結與評論

同性婚姻爭議，從 1972 年的「不值一提」，到今日的「政治-法律正確」，變化極大。美國的民意也有很大的變化。根據 Pew Research Center 的歷史趨勢顯示，在 1996 年，同性婚姻的支持率只有 26%，但反對同性婚姻者有 65%。而到了 2011 年，支持與反對則幾乎相同。在 2014 年，支持與反對同性婚姻的

52 See Alliance for Justice, Love and the Law: Federal Cases Challenging State Bans on Same-Sex Marriages (April 22, 2015), available at http://www.afj.org/wp-content/uploads/2015/04/Federal-Marriage-Equality-Report-4.22.15.pdf.

比例，是 55% ： 39%。[53]而 Gallup 的統計調查也差不多：在 1996 年，支持與反對「法律上承認同性婚姻」的比率是 27% ： 68%；在 2014 年則是 55% ： 42%。[54]

對比之下，法院若在 1996 年之前判決同性婚姻成立，那的確是非常「獨立」於民意壓力之外。但在今日判決支持同性婚姻，就有兩面意義。一方面，法院仍然在對抗「州」的民意，將州法宣告違憲；另一方面，法院是在民氣可用的情況下，順勢而為。

回顧歷史，在 1996 前，美國僅有夏威夷州最高法院曾經挺身而出支持同性婚姻。接下來就是 2003 年的麻州最高法院。第三波則是 2008 年，康州、加州、愛荷華州的州法院判決。雖然漸漸有突破，但在整體趨勢來看都是例外。

美國同志的形象與社會支持，雖然在成長。但在 2008 年以前，其實同性婚姻的反對者仍多於支持者。夏威夷州、加州，與愛荷華州的判決都遭遇了政治上的強力反彈。在這個氣氛下，法官雖然該獨立審判，但其實也都相對謹慎。或許是不願攖民意之鋒；也或許是對同性婚姻權利還沒那麼有把握—畢竟憲法並未明文規定，而「傳統」對婚姻的定義也找不出依據。

隨著社會氣氛的改變，總統也公開支持同性婚姻。[55]法官似乎愈來愈「勇敢」。而 2013 年最高法院 Windsor 判決，顯示了大法官們對同性婚姻友善的態度，更能堅定法官們「選邊站」的信心。何況，美國憲法學上在探究「承認新權利之方法」時，本來就可以依據「新興價值」（emerging value）來做判斷。而同性婚姻之沛然莫能與抗，正是當代的重要新興價值！[56]

綜上，似乎可以看出，獨立的法官，在同性婚姻的判斷上並非全然不顧「民意」或「潮流」。聯邦法官雖然不是民選，也沒有留任選舉，但在 2013 年以前

53 Pew Research Center, Gay Marriage, available at http://www.pewresearch.org/data-trend/domestic-issues/attitudes-on-gay-marriage/ (last visited, May 4, 2015).
54 Gallup, Marriage, available at http://www.gallup.com/poll/117328/marriage.aspx (last visited, May 4, 2015).
55 Jackie Calmes & Peter Baker, Obama Endorses Same-Sex Marriage, Taking Stand on Charged Social Issue, N.Y. Times, May 10, 2012, at A1.
56 Daniel O. Conkle, Evolving Values, Animus, and Same-Sex Marriage, 89 Ind. L.J. 27 (2014).

並不積極。直到 2013 年最高法院透露了一點氣息之後，才風起雲湧地判定同性婚姻受憲法保障。法官也許可以有限度地擺脫政治壓力，但他們仍然自覺或不自覺地會想要配合大趨勢。個別的案件可能偶爾走在時代前端「一點點」，不過整體而言，仍然是某種「不完美的民主」。獨立的法官可以偶爾前進一點，但通常不會冒進太多。

肆、台灣司法院大法官解釋對「非公民」權利之態度

一、相關解釋介紹

台灣在解除戒嚴，走向民主化之後，司法院大法官的表現可圈可點。尤其在促進民主、法治的基本原則上，有許多重要貢獻。[57]

然而民主化之後，「多數統治」的環境下，對於（憲法最該保護的）少數、弱勢群體，似乎還沒有很快地跟上。我在 2009 年的論文就曾經點出，大法官對於「還政於民」、「多數權益」，或是正當程序、法律保留等重要的法治原則，的確都有值得讚賞的貢獻。但對非主流宗教、異類言論，以及所謂的「外人」權利方便，都仍嫌不足。[58]

尤其對於「外國人」、「大陸地區人民」與「無戶籍國民」這幾種無法在台灣投票的「非公民」。早期的憲法解釋似乎頗不在乎他們的權利與地位。在釋字 708 號解釋之前，大法官沒有任何一個解釋是對非公民有利的。

例如，釋字 497 號解釋中，大陸配偶范偉貞在取得居留權之前來台探親。其夫林榮喜購買回程機票時，因港台機票一票難求，只能買到十月十七日的機票—比境管局核准之探親有效期限十月十六日晚了一天。其「機票難求」之情況，並有旅行社證明為憑。但境管局仍以范偉貞逾期離境為由，作成「（民國）八十

57 參閱廖元豪，建構以平等公民權（Equal Citizenship）為基礎的憲法權利理論途徑—對傳統基本權理論之反省，收於廖福特主編《憲法解釋之理論與實務》第六輯，頁 365-376（2009）。
58 同上，頁 376-381。

五年不予許可入境」與「原居留申請案不予許可」兩個嚴苛的處分。林榮喜不服，經行政爭訟敗訴確定後，聲請大法官解釋，主張行政法院與境管局所適用的「大陸地區人民進入台灣地區許可辦法」、「大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法」，違反平等原則、法律保留原則、比例原則等憲法原則。

而大法官釋字 497 號解釋的回答是：以上的這些行政命令，均「*係在確保臺灣地區安全與民眾福祉，符合該條例之立法意旨，尚未逾越母法之授權範圍，為維持社會秩序或增進公共利益所必要，與上揭憲法增修條文無違，於憲法第二十三條之規定亦無牴觸*」。認定這些辦法「合憲」的實質理由，全然闕如。而形式上的憲法依據，也就僅有憲法增修條文第十條（現在已是第十一條）「*自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定*」。

雖然大法官沒有說「大陸人民不得主張權利」，但實際上等於說「主張了也沒有用」。因為面對大陸人民，大法官完全沒有權衡所謂「公共利益」與「家庭團聚權利」之間的必要關聯，也沒有說明為何「非故意逾期一天離境就要遭到『禁止入境』及『不許可居留』的處分」，符合「比例原則」。憲法第二十三條的「必要」，增修條文的「特別之規定」，以及憲法學理上的「比例原則」，在這兒都只是略帶一筆就做出結論。這些偉大的憲法條文與原則，實際上只是大法官作成「大陸人民無人權」之神諭前，唸唸有詞供安心的咒語而已！[59]

釋字 558 號解釋則涉及所謂「無戶籍國民」，針對民國八十一年修正之國家安全法第三條「人民入出境，應向內政部警政署入出境管理局申請許可。未經許可者，不得入出境。」之規定進行審查。涉案當事人則是國策顧問黃文雄先生。黃文雄於該法適用期間，未經許可而秘密回國，因而被判決有罪。釋字第五五八號解釋認定該法違憲，其解釋文如下：

憲法第十條規定人民有居住、遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括入出國境之權利。人民為構成國家要素之一，

59 類似批評，參閱李念祖，案例憲法 III（下），頁 403（2006）。

從而國家不得將國民排斥於國家疆域之外。於臺灣地區設有住所而有戶籍之國民得隨時返回本國，無待許可，惟為維護國家安全及社會秩序，人民入出境之權利，並非不得限制，但須符合憲法第二十三條之比例原則，並以法律定之。

動員戡亂時期國家安全法制定於解除戒嚴之際，其第三條第二項第二款係為因應當時國家情勢所為之規定，適用於動員戡亂時期，雖與憲法尚無牴觸（參照本院釋字第二六五號解釋），惟中華民國八十一年修正後之國家安全法第三條第一項仍泛指人民入出境均應經主管機關之許可，未區分國民是否於臺灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，並對未經許可入境者，予以刑罰制裁（參照該法第六條），違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害國民得隨時返回本國之自由。國家安全法上揭規定，與首開解釋意旨不符部分，應自立法機關基於裁量權限，專就入出境所制定之法律相關規定施行時起，不予適用。（底線為作者所加）

本號解釋確有值得稱道之處。其於探究遷徙自由中的「入境自由」範圍時，清楚地點出：由於「國民」乃是「國家構成要素」，故有進入國境之絕對自由。可見大法官能夠清楚地認知「國民身分」與「國家主權」之重要關連。國民既為國家之構成員，回到「祖國」國境當然是必要的公民權利。縱使該名國民有危害社會之虞，其既然願意返國，國家刑罰與管制權力正可及於其身。拒絕國民入境，可謂毫無理由。但本號解釋為德不卒之處，在於解釋文的第二句話將「『國民』入境自由」捧上天，第三句卻急轉直下，突然冒出「在台灣地區『設有住所而有戶籍之國民』得隨時返回本國，無待許可」。前一句正確地賦予「國民」如此神聖地位，馬上卻天外飛來「設有住所」與「戶籍」二個條件。「國民」之所以有絕對的入境自由，是因為這個身分代表了「構成國家要素」；但「設有住所」與「戶籍」何德何能，憑什麼把具有「國家構成要素」的主權者擋在門外？這二個要件加上後，「國民絕對入境自由」豈不是空話？

任何人只要擁有國民身分，就應該享有完整充分的公民權利。憲法或法律既然沒有禁止國民長居海外，那麼僑居國外之國民，就是不折不扣的國家構成員，政府的「頭家」。本號解釋與現行的入出國及移民法，均將國民分為「台灣地區有戶籍」以及「台灣地區無戶籍」，而對後者予以歧視—須經許可方得入境—，至為不當！「平等公民身分」的憲法保障，是無條件的，這正是憲法禁止「次等國民」之精義。國民身分既然沒有消失，憲法又沒有禁止長居海外，法律就不能以任何理由劃分內部階級。對某些國民「是否夠格」的疑慮，正應驗了歐威爾「比他人更平等」的諷刺。也體現了社會有權之主宰者，對於另一批非我族類之公民，所進行的排拒與歧視！

與其相關的，是某些人可能懷疑「雙重國籍者」之忠誠度，質疑他們是否「愛台灣」。然而這也是不相干的、歧視性的看法。一方面，同樣是雙重國籍者，於台灣地區設有住所與戶籍者，為何就「入境無須許可」？另一方面，國民本無「愛國義務」而僅有「守法義務」。[60]國家保護國民之義務，並不能因為其愛國程度而有區別。

何況，將行政法層次，立法裁量層次的「戶籍」制度，與憲法層次涉及國家與國民界定的「戶籍」混為一談，更是不妥。國籍是任何一個國家不可或缺之必要憲法制度，然而沒有戶籍制度之國家卻比比皆是。界定國民基本資格，卻使用一個憲法上可有可無的制度做為基準，形同用法律界定憲法概念。莫怪論者諷刺其為「雞毛當令箭」。[61]

釋字 560，則涉及外國人投保勞工保險，依舊勞工保險條例規定，「喪葬給付」不在給付範圍內之規定。解釋文如下：

勞工保險乃立法機關本於憲法保護勞工、實施社會保險之基本國策所建立之社會福利制度，旨在保障勞工生活安定、促進社會安全。勞工保險

60 See Peter H. Schuck, Plural Citizenship, in IMMIGRATION AND CITIZENSHIP IN THE TWENTY-FIRST CENTURY 174 (Noah M.J. Pickus ed., 1998).
61 參閱施威全，〈警察國家的遺毒〉，中時晚報（2003.7.21）。

制度設置之保險基金，除由被保險人繳納之保險費、雇主分擔額所構成外，另有各級政府按一定比例之補助在內。依勞工保險條例規定，其給付主要係基於被保險人本身發生之事由而提供之醫療、傷殘、退休及死亡等之給付。同條例第六十二條就被保險人之父母、配偶、子女死亡可請領喪葬津貼之規定，乃為減輕被保險人因至親遭逢變故所增加財務負擔而設，自有別於一般以被保險人本人發生保險事故之給付，兼具社會扶助之性質，應視發生保險事故者是否屬社會安全制度所欲保障之範圍決定之。中華民國八十一年五月八日制定公布之就業服務法第四十三條第五項，就外國人眷屬在勞工保險條例實施區域以外發生死亡事故者，限制其不得請領喪葬津貼，係為社會安全之考量所為之特別規定，屬立法裁量範圍，與憲法第七條、第十五條規定意旨尚無違背。（底線為作者所加）

為了說明為何「同樣繳了保費的外國人，卻不能領取與本國人相同之給付」，本號解釋的文字似乎繞了很多圈。但其實重點只用一句話就可以說完：「外國人無權領取社會福利！」因為這種社會「保險」其實性質上就是「社會扶助」，屬於「社會福利」。而外國人在台灣工作，其至親眷屬在國外死亡，並非「社會安全制度所欲保障之範圍」。

社會福利給付措施，本身雖享有較高之立法裁量，但如其給付差別待遇（例如，以種族、性別為給付差別待遇標準），涉及惡劣不當之分類，則仍應受較高程度之違憲審查。以本件解釋而言，大法官似乎就認為，對外國人為差別待遇給付，是天經地義之事。我們可以純粹為了節省資源給本國人用，就恣意地拒絕對外國人之給付。

釋字 618 號解釋則是最離譜的例子：即使針對已經設籍台灣，放棄大陸戶籍，成為「台灣地區設有戶籍之國民」的人，法律上仍設十年的服公職門檻。這樣赤裸裸的「原籍歧視」（national origin discrimination），大法官都毫不猶豫且輕而易舉地宣告合憲。其解釋如下：

解釋文全文如下：

中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，為憲法第七條所明定。其依同法第十八條應考試服公職之權，在法律上自亦應一律平等。惟此所謂平等，係指實質上之平等而言，立法機關基於憲法之價值體系，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待，本院釋字第二０五號解釋理由書足資參照。且其基於合理之區別對待而以法律對人民基本權利所為之限制，亦應符合憲法第二十三條規定比例原則之要求。中華民國八十年五月一日制定公布之憲法增修條文第十條（八十六年七月二十一日修正公布改列為第十一條）規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸關係條例），即為國家統一前規範臺灣地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務處理之特別立法。

八十九年十二月二十日修正公布之兩岸關係條例第二十一條第一項前段規定，大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得擔任公務人員部分，乃係基於公務人員經國家任用後，即與國家發生公法上職務關係及忠誠義務，其職務之行使，涉及國家之公權力，不僅應遵守法令，更應積極考量國家整體利益，採取一切有利於國家之行為與決策；並鑒於兩岸目前仍處於分治與對立之狀態，且政治、經濟與社會等體制具有重大之本質差異，為確保臺灣地區安全、民眾福祉暨維護自由民主之憲政秩序，所為之特別規定，其目的洵屬合理正當。基於原設籍大陸地區人民設籍臺灣地區未滿十年者，對自由民主憲政體制認識與其他臺灣地區人民容有差異，故對其擔任公務人員之資格與其他臺灣地區人民予以區別對待，亦屬合理，與憲法第七條之平等原則及憲法增修條文第十一條之意旨尚無違背。又系爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在臺灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考量原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識

之差異，及融入臺灣社會需經過適應期間，且為使原設籍大陸地區人民於擔任公務人員時普遍獲得人民對其所行使公權力之信賴，尤需有長時間之培養，系爭規定以十年為期，其手段仍在必要及合理之範圍內，立法者就此所為之斟酌判斷，尚無明顯而重大之瑕疵，難謂違反憲法第二十三條規定之比例原則。（底線為作者所加）

很有意思的是，從 2013 年 2 月的釋字 708 號解釋開始，這個趨勢似乎稍有轉變。大法官連續在釋字 708, 710, 與 712 三個解釋，將不當限制外國人與大陸人民的法律規定宣告違憲並定期失效。其中釋字 708 與 710 號解釋，涉及外國人與大陸人民驅逐出境前的「收容」與相關程序。[62]大法官認定收容措施限制人身自由，卻未給予即時（24 小時內）司法救濟之機會，牴觸憲法第八條保障人身自由的正當程序要求。而對大陸地區人民的強制出境與收容，還因為要件太過模糊，且未給予事前答辯之機會，而被認定違憲。

而釋字 712 號解釋[63]，涉及台灣地區與大陸地區人民關係條例第 65 條第 1 款，有關台灣地區人民收養大陸地區人民之限制。其規定為：

「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，除依民法第一千零七十九條第五項規定外，有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、有子女或養子女者。……」亦即，台灣地區人民若欲收養台灣地區人民或全世界「大陸地區以外人民」，均僅需符合民法與涉外民事適用法之相關規定，並經由法院認可。但若欲收養大陸地區人民，則以收養人「尚無子女（養子女）」為前提。

針對這樣的規定，釋字 712 號解釋宣告其適用上違憲。其解釋理由書如下：

基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保障（本院釋字第六八九號解釋參照）。婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度

62 參閱廖元豪，「外人」的人身自由與正當程序—析論大法官釋字七〇八與七一〇號解釋，月旦法學雜誌，228 期，頁 257-275（2014）。

63 本號解釋的介紹與評論，參閱廖元豪，我是人，我值得被收養：釋字第七一二號解釋忽略的「平等權」分析角度，月旦法學雜誌，239 期，頁 244 以下（2015）。

性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋參照）。家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。而收養為我國家庭制度之一環，係以創設親子關係為目的之身分行為，藉此形成收養人與被收養人間教養、撫育、扶持、認同、家業傳承之人倫關係，對於收養人及被收養人之身心發展與人格之形塑具有重要功能。是人民收養子女之自由，攸關收養人及被收養人之人格自由發展，應受憲法第二十二條所保障。

憲法增修條文前言明揭：「為因應國家統一前之需要，依照憲法第二十七條第一項第三款及第一百七十四條第一款之規定，增修本憲法條文如左：……。」憲法增修條文第十一條亦明定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」而臺灣地區與大陸地區人民關係條例即為規範國家統一前，臺灣地區與大陸地區間人民權利義務及其他事務所制定之特別立法（本院釋字第六一八號、第七一０號解釋參照）。該條例第六十五條第一款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」（下稱系爭規定）是在兩岸分治之現況下，就臺灣地區人民已有子女或養子女而欲收養大陸地區人民者，明定法院應不予認可，對臺灣地區人民收養大陸地區人民之自由有所限制。

鑑於兩岸關係事務，涉及政治、經濟與社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重（本院釋字第六一八號解釋參照）。惟對臺灣地區人民收養大陸地區人民自由之限制，仍應符合憲法第二十三條比例原則之要求。

立法者鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系

爭規定，以確保臺灣地區安全及社會安定（立法院公報第八十一卷第五十一期（上）第一五二頁參照），核屬維護重要之公共利益，目的洵屬正當。系爭規定就已有子女或養子女之臺灣地區人民收養大陸地區人民時，明定法院應不予認可，使大陸地區人民不致因被臺灣地區人民收養而大量進入臺灣地區，亦有助於前揭立法目的之達成。

惟臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，將有助於其婚姻幸福、家庭和諧及其與被收養人之身心發展與人格之形塑，系爭規定並未就此種情形排除法院應不予認可之適用，實與憲法強調人民婚姻與家庭應受制度性保障，及維護人性尊嚴與人格自由發展之意旨不符。就此而言，系爭規定對人民收養其配偶之大陸地區子女自由限制所造成之效果，與其所欲保護之公共利益，顯失均衡，其限制已屬過當，與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第二十二條保障人民收養子女自由之意旨。於此範圍內，系爭規定與本解釋意旨不符部分，應自本解釋公布之日起失其效力。

為減少干預人民收養子女之自由，相關機關對臺灣地區人民收養大陸地區人民之其他相關規定，仍應考量兩岸政治、經濟及社會因素之變遷，適時檢討修正，併此指明。

綜觀解釋內容，釋字 712 號解釋有以下重點：

1. 收養自由，為憲法第 22 條所保障之基本權利。
2. 防止「大陸地區人民藉由收養途徑大量來台」為重要之公共利益，可作為限制收養自由之「正當」目的。
3. 以「限制已有子女或養子女者」不得收養大陸地區人民，乃達成前揭正當目的之合理手段。
4. 系爭規定「台灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女」，則侵犯婚姻、家庭、人性尊嚴、人格尊嚴，牴觸憲法第 22 條。

也就是說，系爭限制收養之規定，在一般情況下是合憲的，但若適用在「台灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女」的情形，則屬違憲。這是大法官極罕見的「適用上違憲」（unconstitutional as applied）[64]之解釋。

二、評論與小結

經由政治程序任命，同時又有相當獨立性的大法官，在「維護全民權益」上不遺餘力，但在保護「非公民」權利上，是否能擺脫民意，尤其是排外性質的民意？2013 年，大法官做出三個有利於外人的解釋，與從前一味順從政府敵視外人之態度頗有差別。雖然大法官們並不願意說自己與從前的大法官有所不同，這些解釋在文本上也可能與從前的解釋區隔，但仍可能是值得觀察的：是轉捩點？或僅屬隨機結果？

台灣人對「外人」的態度，似乎沒有持續而精確的民調。但以我個人參與移民權利倡議運動，與政府官員、社會各界對話的經驗來看，台灣人對外人，尤其是東南亞或大陸的移民移工，態度是有變化的。在 1990s，社會的排斥與敵視氣氛較強。而在 2000 年以來，婚姻移民與藍領移工開始站出來爭取權益，社會也漸漸「看見」他們的存在與貢獻。政治人物的態度也有轉變。

2008 年之後，馬政府採取對婚姻移民較為友善的態度（相對），逐漸修改許多帶有歧視色彩的法令政策。移民署與各級政府機關，也在做許多正面的宣導並辦理活動。大法官的態度，會不會與這些社會氛圍變化有關？

我不是說大法官刻意地去「探求民意」。而是認為在氣氛的感染下，對比例原則的衡量態度可能有轉變。加上 2013 年的大法官組成，多屬 2008 年後由馬英九總統所任命。這或許也有部分影響—馬政府有許多缺失，但在移民政策與態度上，比 2008 年以前的政府態度好太多了。

大致看來，台灣的大法官與美國法院有類似的傾向：與主流民意之間，有點

64 參閱廖元豪，適用上違憲與合憲性解釋，月旦法學教室，143 期，6-8 頁（2014）。

黏又不太黏。大趨勢上面不會牴觸民意，而會順應潮流。但獨立的地位讓他們可以試探或稍微往前走一些。希望大法官能夠因為這三號解釋的「前進」，受到肯定（至少沒有社會反彈），而能夠更往進步的方向走。

良善之法是善治的基础，审判独立是权利的保障

——《中华人民共和国行政诉讼法》修改工程述评

莫于川※

摘要：《行政诉讼法》是中国大陆行政法制建设进程中的一个里程碑，也是公民合法权益的一道重要保障线，但其长期未能修改以及修改争议和修改过程一直受到各方关注，经过多年努力，终于在2014年11月1日由十二届全国人大常委会第十一次会议通过修改案，自2015年5月1日起施行。从这次修法的大背景来看，《行政诉讼法》的基本制度和主要修改是稳健的，《行政诉讼法》修改工程的10个重要创新点值得关注，它们同审判独立、权利保障与法治政府建设密切相关，成为实现良法善治的关键内容。

关键词：《行政诉讼法》修改；审判独立；权利保障；制度创新；法治政府

《中华人民共和国行政诉讼法》（下称《行政诉讼法》）是中国大陆行政法制建设进程中的一个里程碑，也是公民合法权益的一道重要保障线，在20多年的司法实践中发挥了特殊的重要作用1；但其长期未能修改以及修改争议和修改过程一直受到各方关注。本文从三个方面对该法修改工程作出简要述评供读者参考。

※ 莫于川，中国人民大学法学院教授、博士生导师、宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长，中国行政法学研究会副会长暨法治政府建设专业委员会副主任。

1 这些特殊的重要作用或曰司法实践经验包括：（1）解决了大量行政纠纷，维护了社会稳定；（2）保障了人权，增强了公民的权利意识；（3）强化了行政机关的责任感，提高了执法水平；（4）促进了行政法律制度的建立和健全；（5）推动了依法治国方略的形成；（6）极大地丰富了我国民主法治建设的经验，发展了中国特色的社会主义民主政治制度；（7）正式确立了一种崭新的司法制度，在中国制度文明史上具有重要地位；（8）培养锻炼了行政审判队伍，造就了一批高素质的行政审判法官；（9）促进了行政法学的繁荣，推动了中国特色行政法理论体系的基本形成；（10）扩大了与国外同行的交流与合作。

一、为善治提供良法是这次修法的大背景

中国大陆的法制建设方针，由1980年代以来的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”，近年来已调整为“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的新十六字方针。其中的“科学立法”强调须要追求良法，通过立法、修法获得良善之法，这是“善治之前提”。但是，现有巨量的行政法律规范体系，包括庞大的行政诉讼法律规范，实际上存在很多问题，日益暴露出诸多缺陷。在行政诉讼领域典型地表现为《行政诉讼法》虽未修改、缺口很多，但依赖大量的司法解释支撑着行政诉讼制度的运行，其中有一些司法解释是不尽合适的，它面临着“良法善治”原则的拷问，故须对其进行必要的修改。

经过20余年的司法实践，该法诸多缺陷已显露出来，亟需克服和修正。2比如，其立法宗旨、目的等随着经济社会的发展和人们认识的转变，就日益显现出其不符合现代法治精神，不利于推动行政法治和保护公民利益的一面。一些在品格上具有不恰当倾向性的各色文本以及滞后条款甚至与立法原意相冲突的个别条款不断进入并停留在人们的视野中（这包括其他单项立法和司法解释），这些情形对于建设我们的法治国家和法治社会是非常不利的，应当利用修法的机会对这些不适当的内容，系统地进行审视和删改。由于原《行政诉讼法》的结构性缺陷是司法解释本身无法解决的，而且原《行政诉讼法》与大量的司法解释之间也需要综合协调。在我国宣布社会主义法律体系形成之后，“修旧法”的任务与“立新法”的任务并重，原《行政诉讼法》的修改工作被纳入立法计划，人们对此寄予很高的期望。如何顺应时代发展要求、符合现实国情地修改《行政诉讼法》，通过行政审判制度、机制和方法创新，实现审判独立，强化权利保障，加快建设法治政府，已成为紧迫的社会需求。

2 这些缺陷包括：（1）受案范围狭小；（2）起诉要件过于严格或者不明确；（3）无法适应不断增加的社会需求，如新的纷争类型、对抽象行政行为的审查需求等；（4）对当事人行使起诉权、申请撤诉权、和解权和上诉权有诸多限制；（5）行政案件撤诉率高；（6）行政案件的审判质量不高；（7）行政裁判执行难；（8）立法目的有所偏差；（9）行政诉讼参加人范围狭小；（10）过于强调行政效率，兼顾司法公正不足。

为给《行政诉讼法》修改工作提供参考，笔者曾在10年前按照全国人大常委会法制工作委员会的要求，组织中青年学者完成了《关于修订<中华人民共和国行政诉讼法>的建议稿（中国人民大学方案）》，于2005年3月报送全国人大常委会法工委，供该项修法工作参考。之后随着行政诉讼实践新进展，社会各方面对此已有更多共识，修改《行政诉讼法》列入全国人大常委会的立法规划和工作安排，于是笔者受托再次组织中国人民大学《行政诉讼法》修改研究起草课题组，经过调查研究形成新的《行政诉讼法》修改专家建议稿（中国人民大学方案）及其理由说明书和专题研究报告，于2012年2月报送全国人大常委会法工委，供该项修法工作参考。我们认为，面对如此重大的现实课题和系统工程，总结《行政诉讼法》多年施行的经验教训，结合行政法治发展的客观要求，该法的立法精神和基本框架现在仍然可行，无须根本否定；但部分内容已不适应行政法治发展的要求，亟需加以修改补充。简言之，须要把那些已看清楚问题症结所在并就解决思路形成足够共识的内容（包括通过司法解释已在行政诉讼实践中尝试得到检验的内容）加以调整修改补充，其他内容亦可暂不改动，也即采用适度修改的中改方案比较适宜。

中国人民大学法学院和宪政与行政法治研究中心一直关注和积极推动《中华人民共和国行政诉讼法》的修改工作，不但将研究成果充实修改形成专著《建设法治政府需要司法更给力——行政诉讼法修改问题研究及专家建议稿》由清华大学出版社于2014年8月出版，提供立法机关和社会各界参考，而且在修法工作正式列入立法计划和向社会公布修改案草案征求意见之后，笔者在人大法学院领导的支持下继续受托组织团队进行研究，有针对性地多次撰写修改建议及理由说明报送全国人大常委会法工委供修法工作参考，我们团队前后多次提出的一些修法建议也被采纳进《行政诉讼法》中，有利于行政审判独立和强化权利保障。3

3 也因此，在该法修改方案正式通过颁布后，具体承担此项修法工作的全国人大常委会法工委行政法室曾专门给莫于川教授领衔的中国人民大学《行政诉讼法》修改研究起草课题组发来公函，对多年来对于此项修法工作一直给予的大力支持表示衷心感谢。

中国共产党第十八次全国代表大会政治报告指出，要“进一步深化司法体制改革，确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。2013年11月通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调，要深化司法体制改革，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义；要确保依法独立公正行使审判权检察权，健全司法权力运行机制，完善人权司法保障制度。可见，符合现实国情地修改原《行政诉讼法》，通过行政审判制度、机制和方法创新，推动行政法治发展和法治政府建设，已成为紧迫的社会需求。

中国大陆的《行政诉讼法》修改工程由全国人大常委会法工委主推，具体方案经过了与最高人民法院、国务院法制办等方面的沟通协商、反复研究。修法工作中坚持了如下基本原则：一是维护行政诉讼制度的权威性，针对现实中的突出问题，强调依法保障公民、法人和其他组织的诉讼权利；二是坚持我国行政诉讼制度的基本原则，保障人民法院依法独立公正行使审判权，畅通公民、法人和其他组织寻求司法救济的渠道，保障人民法院依法独立行使行政审判权；三是坚持从实际出发，循序渐进，逐步完善；四是总结行政审判实践的经验，把经实践证明的有益经验上升为法律。这些原则可概括为“稳中求进、以稳为主”。4

全国人大常委会法工委从2009年开始着手行政诉讼法的修改，先后到山东、湖南等多地开展调研，听取基层人民法院、地方政府部门的意见和建议，通过多种方式了解行政诉讼的实践情况，并多次召开各类座谈会，听取各方意见，在充分论证并取得基本共识的基础上，提出了行政诉讼法修正案（草案），于2013年12月提请第十二届全国人大常委会第六次会议进行初审。此后，该草案分别于2014年8月、10月经十二届全国人大常委会第十次、第十一次会议进行二审和三审，于2014年11月1日由十二届全国人大常委会第十一次会议通过，由国

4 参见袁杰主编：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第321页。

家主席习近平发布第十五号主席令予以公布，自 2015 年 5 月 1 日起施行。5

该法施行 20 余年来的首次修改，涉及约四分之三的条文改动，总篇幅由 75 条增加到 103 条，不仅对行政诉讼的角色功能有了更为正确清晰的定位，更对受案范围、管辖制度、主体资格、证据制度、诉讼程序、裁判执行等几乎所有重大制度进行了修改完善；当然，这些修改未必都能获得完全一致的肯定意见，很多问题有待学界和实务界同仁进一步研讨，有待司法实践加以破解。该法作为一部民告官的基本法律，这次首修堪称一个庞大复杂的法治系统工程，有许多值得认真总结的经验教训；该法也是一部人权保障的基本法律，一些重要的新理念、新规范和新制度值得深入解析。可以相信，随着中国大陆法制建设进入精细化、科学化发展阶段，行政诉讼制度将会渐趋完善，促进实现良法善治，最终建成法治国家。

二、《行政诉讼法》的基本制度和主要修改

此次修法在法律文本的结构上没有大的变动，这里谨结合此次修法工作，对《行政诉讼法》所构建的行政诉讼基本制度和主要修改简要梳理如下：

第一，受案范围制度。受案范围是指人民法院受理行政诉讼案件的标准，解决的是哪些行政案件可以进入行政诉讼的问题。行政诉讼受案范围的大小直接关系着司法监督行政的强度和保障公民权益的力度，是行政诉讼制度的一个支撑点。因此，过去有这样一种说法：行政诉讼制度主要由受案范围和诉讼程序两大要素构成。《行政诉讼法》规定的受案范围模式与原法律文本没有太大差异，都是“肯定概括、肯定列举加否定列举”，但在具体内容上有所变化。《行政诉讼法》第 2 条、第 12 条第 12 项、第 70 条共同确立了肯定的概括性标准：行政机关违法

5 2014 年 10 月 23 日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》是当下中国大陆法治建设事业发展的战略方针和政策指南，其中对行政法治包括行政诉讼制度也提出了具体的制度革新要求，在其颁布后修法工作机构进行了紧张工作，一周之后于 2014 年 11 月 1 日由全国人大常委会三审通过了关于修改《行政诉讼法》的决定。

或明显不当的行政行为侵犯了原告的合法权益；第 12 条前 11 项肯定列举了 11 类案件，如行政处罚、行政强制、行政许可等；第 13 条否定列举了四类案件，包括国家行为、抽象行政行为、内部行政行为、行政终局行为。

第二，管辖制度。管辖是指不同级别和地域的人民法院之间受理第一审行政案件的权限分工，涉及司法体制、诉权保障、司法分权等重大法律问题。与民事诉讼和刑事诉讼相似，行政诉讼管辖的基本分类也是级别管辖与地域管辖。级别管辖解决不同审级法院之间管辖权的分配，地域管辖解决不同地区法院之间管辖权的划分。此次修法基本维持了原有框架，但有局部调整，主要包括：（1）将县级以上地方人民政府作被告的案件划归中级人民法院管辖（第 15 条）；（2）不再根据复议决定是维持还是改变原行政行为来确定管辖法院（第 18 条第 1 款）；（3）增加跨区域管辖行政案件的规定（第 18 条第 2 款）；（4）规定受移送的人民法院不得再移送，认为不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖（第 22 条）；（5）规定上级人民法院不得将自己管辖的一审案件移交下级人民法院审判（第 24 条）。

第三，诉讼参加人制度。诉讼参加人是指按照法律规定参加诉讼的人，包括当事人（原告、被告、共同诉讼人、第三人）和诉讼代理人（法定代理人、指定代理人、委托代理人）两大类。行政诉讼的原告资格包括两个实体要件：一是起诉人必须是处于被管理者地位的公民、法人或其他组织，可以是行政相对人，也可以是行政相关人；二是起诉人必须与被诉行政行为之间有（法律上直接的）利害关系。此次修法增加了利害关系人有权起诉的规定（第 25 条），实际是明确了行政相关人的原告资格。行政诉讼被告有两个主要特征：一是被告是行政机关或者被法律、法规、规章授予行政管理权的组织；二是被告必须能够对被诉行政行为承担实体法律责任。行政诉讼的共同诉讼人有两种基本分类：一是依据其诉讼角色分为共同原告和共同被告；二是根据共同诉讼的类型分为必要共同诉讼人和普通共同诉讼人。此次修法增加了共同诉讼应当以当事人同意为前提的规定

（第 27 条），是处分原则的体现。第三人是同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的诉讼主体。行政诉讼法对第三人主要有两种分类：一是根据其诉讼角色划分为原告型第三人与被告型第三人。二是根据其诉讼权利划分为有上诉权的第三人和无上诉权的第三人。此次修法对第三人制度有所细化（第 29 条）。诉讼代理人是以当事人名义，代理当事人进行诉讼活动的人。与民事诉讼相似，行政诉讼的代理人也分为法定代理人、指定代理人、委托代理人三种。此次修法调整了委托代理人的范围（第 31 条），强化了委托代理人的诉讼权利（第 32 条），有利于更好地维护当事人权益。

第四，证据制度。行政诉讼证据制度包括证据种类、举证责任分配、证据搜集、提供、调取、保全、适用等。此次修法吸收转化了不少司法解释的成熟内容，包括：（1）新增“电子数据”的证据类型（第 33 条）；（2）明确了被告不举证或延期举证的责任（第 34 条）；（3）明确了被告的诉讼代理人不享有取证的权利（第 35 条）；（4）增加了被告延期提供证据以及补充证据的规则（第 36 条）；（5）明确了原告可以举证行政行为违法，但原告提供的证据不成立时，不免除被告的举证责任（第 37 条）；（6）增加了原告举证责任的范围（第 38 条）；（7）规定法院不得为了证明行政行为合法性而调取被告作出行政行为时未收集的证据（第 40 条）；（8）规定了原告和第三人申请法院调取证据的适用情形（第 41 条）；（9）明确规定以非法手段取得的证据不得作为认定案件事实的根据。

第五，起诉和受理制度。起诉和受理制度包括行政复议与行政诉讼的关系、起诉期限、起诉条件、起诉方式、立案登记、人民法院不立案的救济方式、规范性文件的附带审查。“立案难”是行政诉讼实践中比较突出的问题，其实质是当事人的诉权缺乏保障。鉴于此，此次修法本着充分保障诉权的精神，作了如下修订：（1）将起诉期限统一为“自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内”，增加了最长保护期限的规定（第 46 条）；（2）增加了行政机关不履行法

定职责案件（即行政不作为案件）起诉期限的规定（第 47 条）；（3）增加了当事人可以口头起诉的规定（第 51 条）；（4）完善了立案登记制度，变立案审查制为立案登记制，明确了法院的诸多义务，如登记立案、出具书面凭证、指导和释明，规定了法院不依法接收起诉状的责任（第 50-51 条）；（5）完善了对法院不立案的救济方式，规定起诉人在这种情况下可以直接向上一级法院起诉（第 52 条）；（6）规定起诉人可以对行政行为所依据的规范性文件提出附带审查的诉求（第 53 条）。

第六，审理和判决制度。审理和判决制度包括一般规定、第一审普通程序、简易程序、第二审程序、审判监督程序。该部分条文众多、内容重要，是行政诉讼的核心制度，也是此次修法的重中之重。对该部分的主要修订之处包括：（1）增加规定涉及商业秘密案件可以不公开审理（第 54 条）；（2）完善了诉讼不停止执行原则的例外情形，增加了法院认为应当停止执行的情形（第 56 条）；（3）增加了先予执行制度（第 57 条）；（4）完善了按撤诉处理和缺席判决制度（第 58 条）；（5）完善了妨害行政诉讼行为的强制措施（第 59 条）；（6）规定了适用调解原则的行政案件的范围（第 59 条）；（7）增加了行政附带民事诉讼案件的审理程序（第 61 条）；（8）增加了裁判文书公开制度（第 65 条）；（9）增加规定了规范性文件附带审查的处理方式，采用了“不作为依据并提出处理建议”的方案（第 64 条）；（10）增加了司法建议的规定（第 66 条）；（11）修改完善了第一审裁判的类型（第 69-79 条）；（12）增加了公开宣判的规定（第 80 条）；（13）延长第一审期限为六个月（第 81 条）；（14）新增了简易程序（第 82-84 条）；（15）完善了第二审程序，包括明确二审审理方式和审判组织、明确二审适用全面审查原则、将二审期限延长为三个月、完善二审裁判类型等（第 86-89 条）；（16）增加再审启动适用情形（第 91-93 条）。

第七，执行制度。执行制度包括执行根据、执行申请、执行管辖、对行政机关的强制执行措施、非诉强制执行。该部分修订较少，主要是配合相关新增内容

而做的变动，包括：（1）增加调解书作为执行根据（第 95 条）；（2）明确第三人可以申请执行（第 96 条）；（3）强化了法院对不履行判决的行政机关的强制执行措施，如划扣、罚款、公告、司法建议、司法拘留（第 96 条）。

第八，涉外行政诉讼制度。涉外行政诉讼制度包括涉外行政诉讼的范围和原则、法律适用、律师制度。这部分的修订之处是删去了优先适用国际条约的原则。

三、《行政诉讼法》修改工程的重要创新点

《行政诉讼法》这次修改涉及内容较多，从修正案的形式和内容看，共 61 项修改，由 11 章减为 10 章（删去原第九章侵权赔偿责任）；现第 7 章（审、判）改分 5 节；原法律文本约四分之三的条文有修改，最重要的增、修内容涉及 8 个方面 32 处；采纳了学界和实务界多年来呼吁完善行政诉讼制度的许多修法建议，属于较大修改。修法后，修改内容针对性强，制度设计趋向细致，推出若干制度创新，法律文本的整体框架更趋合理。概括起来，比较重要的创新点是以下 10 个方面：

第一，调整立法目的。原《行政诉讼法》的立法目的包括“保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权”，此次修法删掉了“维护”行政机关依法行使行政职权，增加了“解决行政争议”。这些修改一是明确了行政诉讼是监督行政权力依法行使的定位；二是把解决争议纳入行政诉讼目的，为扩大行政诉讼调解的适用范围提供了立法目的依据。

第二，扩大受案范围。一方面，此次修法将解决行政争议列为立法目的（第 1 条），将具体行政行为的“具体”二字去掉（第 2 条），将“人身权、财产权”标准修改为“人身权、财产权等合法权益”，设定了新的概括性标准，为以后扩大受案范围埋下了伏笔。将来通过立法解释，就可以把抽象行政行为、行政事实行为等案件纳入受案范围之中，可以将各类合法权益纳入司法审查保护范围。另

一方面，此次修法在列举可诉行政行为的情形时，将行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争的，违法集资、摊派费用的，没有依法支付最低生活保障待遇或者社会保险待遇的等行政行为纳入了受案范围。

第三，排除行政干预。此次修法在总则中明确宣示“行政机关及其工作人员不得干预、阻碍人民法院受理行政案件”（第 3 条第 2 款）。尽管这只是一个宣示性条款，还缺乏具体制度配套，但体现了对法院独立行使审判权的保障，是中共中央四中全会精神的一个重要体现，为后续的制度建设指明了方向。

第四，便利原告起诉。此次修法明确规定：起诉应当向法院递交起诉状，书写起诉状确有困难的，可以口头起诉（第 50 条第 2 款）。这一规定方便了当事人行使诉权，特别是文化程度不高的公民起诉。

第五，放宽立案条件。《行政诉讼法》为法院设立了强制性的登记立案义务。法院在接到起诉状时对符合规定的起诉条件的，应当登记立案。不能当场判定的，应接收起诉状，出具书面凭证，七日内决定是否立案，而且法院立案主要是对原告的起诉是否符合形式要件要求进行判断，不做实体审查（第 51 条）。这有利于减少对原告起诉的阻碍。《行政诉讼法》同时要求法院要对当事人不清楚的地方进行释明，给予指导，也有利于保障当事人的诉权。

第六，延长起诉期限。修改后的行政诉讼法延长了公民、法人和其他组织作为原告的起诉期限，当事人直接向法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出（第 81 条）。从原先原《行政诉讼法》的三个月延长到六个月，原告就有更多的时间来准备和提起诉讼。

第七，强化应诉义务。修改后的法律加强了行政机关负责人出庭应诉的义务。被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭（第 3 条第 3 款）。通过这种制度设计，一方面可以强化行政机关的法治意识，提高重视程度，另一方面也有利于案件的尽快解决。当然，行政机关负责人出庭应诉的义务不是绝对的，在确实不能出庭的时候也可以委托他人出庭，

但是必须出具委托书。

第八，新增跨区管辖。从以往经验来看，行政审判的一大阻力是来自本地行政机关的干预。一些基层法院人、财、物受制于地方和行政机关，导致一些案子不能判、不好判、不敢判。这次修改规定，经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件（第18条第2款）。这或许可以缓解本地行政干预对司法公正的影响。

第九，丰富执行手段。为了解决行政诉讼“执行难”的问题，此次修法在原有基础上丰富了法院的执行手段。一是将执行罚的对象改为被告行政机关负责人，二是可以将行政机关拒绝履行的情况予以公告，三是增加了司法拘留手段，对拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的行政机关，法院可以对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留（第96条）。

第十，强化复议责任。实践中，行政复议机关为了不当被告，维持原行政行为的现象比较普遍，导致行政复议制度未能很好发挥作用。此次修法规定，经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告（第26条）。这有利于强化复议机关的审慎意识，促使其认真对待复议工作。

四、审判独立、权利保障与法治政府建设

中国共产党十八届四中全会制定的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称“十八届四中全会《决定》”）是人们理解《行政诉讼法》修改工程与审判独立、权利保障、法治政府建设的关系的一把钥匙。

十八届四中全会《决定》在十八届三中全会的基础上对全面推进依法治国作出了全面部署。中国共产党十八届三中全会对全面深化改革提出了奋斗目标、作出了顶层设计。实现这个奋斗目标、落实这个顶层设计，需要从法治上提供可靠保障，提供制度化方案，这就是十八届四中全会的任务。全面推进依法治国涉及

改革发展稳定、治党治国治军、内政外交国防等各个领域，十八届四中全会《决定》就法治建设的重大理论和实践问题系统地作了回答，对科学立法、严格执法、公正司法、全民守法、法治队伍建设、加强和改进党对全面推进依法治国的领导等六个方面作出全面部署，也即提出了六项重大任务。

十八届四中全会《决定》为法治政府建设也具体地提出了如下六个主要任务：（1）依法全面履行政府职能；（2）健全依法决策机制；（3）深化行政执法体制改革；（4）坚持严格规范公正文明执法；（5）强化对行政权力的制约和监督；（6）全面推进政务公开。十八届四中全会《决定》也为司法改革提供了重要指引，指出：公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用，司法不公对社会公正具有致命破坏作用。必须完善司法管理体制和司法权力运行机制，规范司法行为，加强对司法活动的监督，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

法治政府建设要完成上述六个主要任务，除了依靠行政机关自身的努力之外，很大程度上要依靠外部力量的监督。行政机关受到的外部监督来自党委、人大、政协、审判机关、检察机关、新闻媒体、社会组织、人民群众等多个方面。其中，法院通过行政诉讼的方式进行的司法监督是制度化、常态化、长效化的法律监督途径之一。但是，要发挥这种监督途径的应有功能，首先必须理顺法院自身的管理体制和司法权力运行机制，做到审判独立，强化权利保障，而《行政诉讼法》的修改就是其中的应有之义。

从现实来看，《行政诉讼法》的修改不但对于法治政府建设，而且对于法治国家的建设都具有重大战略意义，总结起来可以说有这些方面：它是行政法治发展进程中的一个里程碑；它是一支对于公权力的重要异体监督力量和社会稳定力量；它是常规状态下公民权利救济的最重要保障线；它是广义行政救济法治的最重要制度设计之一。中国大陆的《行政诉讼法》的主要特色是理念先进、适应国情、制度完整、基本可用，但由于法律文本内外的多方面原因，行政审判的独立

性有待提升，权利保障的力度有待加强，长期面临着“立案难、审理难、执行难”的实践难题和法律拷问，未能对法治政府建设起到应有的强大促进作用。在这种背景下，这次《行政诉讼法》的修改对于法治政府建设在实践上有着重大的推动意义。

审判独立在基本权利保障体系中的位置[1]

童之伟※

在我国的基本权利保障体系中，首先是立宪和宪法监督环节，包括制宪、修宪、违宪审查和释宪，其次是宪法的立法实施环节，包括法律制定、修改和解释，再然后是法律实施环节，这个环节有行政内容，但最后是法院审判。独立地行使审判权是法院有效保障基本权利不可或缺的条件。法院行使审判权不能独立，公民的基本权利就难免受到侵害。基于以上认识，下面谈谈我国改革司法体制落实审判独立的宪法空间。

对于深化司法体制改革，中共十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》（以下简称《决定》）提出的总要求是，“加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，维护人民权益，让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”；“确保依法独立公正行使审判权检察权。”其突出审判体制改革的用意非常明显。

十八届四中全会进一步提出：完善确保依法独立公正行使审判权和检察权的制度，建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度，建立健全司法人员履行法定职责保护机制；优化司法职权配置，推动实行审判权和执行权相分离的体制改革试点，最高人民法院设立巡回法庭，探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院，探索建立检察机关提起公益诉讼制度。

深化审判体制改革是在深化司法体制改革的框架内讨论的。司法权独立行使的基础和关键在于审判权的独立行使。所以，探讨审判体制改革的宪法空间，比较容易全面展示审判体制与宪法的关系。

---

1 近年来笔者就审判独立和基本权利保障的关系表达过一些观点，现结合 2015 年迄今为止的新发展组合改造成此文，仅供第六届海峡两岸公法学论坛与会学者参考，不宜纸面公开发表。

※ 童之伟，华东政法大学法学院教授，法治中国建设研究中心主任。

审判体制改革如何具体落实司法体制改革总的要求呢？《决定》本身提出了三项较可行措施，这里先从宪法空间角度对其做一番评估。所谓宪法空间，就是现行宪法能够容许的改革范围，超过这个范围可能就得修改宪法，否则很可能出现违宪的情况。因为，改革必须依据宪法，不能违反宪法，如果改革措施与宪法抵触，应该先修改宪法，再依据经修正的宪法推进改革。

首先，在保障法院相对于本地其它公权力组织的独立性方面，《决定》的具体主张是："改革司法管理体制，推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理，探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，保证国家法律统一正确实施。"就法院而言，对省以下法院如何"统一管理"，对人的管理怎么统一，牵涉许多宪法问题。例如，《宪法》第 101 条、第 128 条分别规定："县级以上的地方各级人民代表大会选举并且有权罢免本级人民法院院长"；"地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责。"若要深度推进这方面的改革，不修改宪法上述条款恐怕很难推进。

在明确是否修宪之前，对省以下法院如何"统一管理"的问题还无法深入讨论。或许正是因为这个原因，孟建柱书先生不久前在《人民日报》上发表的《深化司法体制改革》一文，也只是增加了"我国是单一制国家，司法职权是中央事权"和地方各级法院的"经费由省级财政统筹，中央财政保障部分经费"等解说，并没有论及法院组成人员由哪级人大产生和对哪级人大负责的核心问题。

修宪是大事，中央似乎并没有修宪的规划。这点可从孟建柱先生关于"应该从现行宪法框架内着手，探索与行政区划适当分离的司法管辖制度"的说法中得到印证。相应地，在不动宪法的情况下，"与行政区划适当分离的司法管辖制度"，也只能表现为"通过提级管辖、集中管辖，审理行政案件或者跨地区民商事、环境保护案件。"

看来，若要解决法院行使审判权对外部机构尤其是对地方公权力机构的独立问题，最好还是修改宪法，将省以下各级法院组成人员的产生，统一集中到省级

人大及其常委会，或至少在现有基础上提升一级，例如，将县区法院组成人员的产生提升到设区的市，其余类推。各省自治区直辖市的高级人民法院的组成人员，则宜改由全国人大及其常委会产生。不言而喻，法院组成人员与其所由产生的相关人大关系的改变，也意味着推荐法院组成人员的党委层级会相应提高。

第二，保障法官或合议庭在本级法院内部的独立性。这种独立性表现在两个方面：在审理案件的法院内部，表现为法官、合议庭对审委会、院长副院长、庭长和其他内部组织独立；对上级法院则表现为审级独立。在审理案件过程中，法官或合议庭在本级法院内部的独立性受宪法两方面的拉扯：《宪法》第 123 条关于法院是国家的"审判机关"的定性，要求法官、合议庭与审委会、院长在审理案件过程中地位平等，去行政化；而《宪法》第 126 条关于"法院"这个集体而不是法官个人"依照法律规定独立行使审判权"的规定，却又削弱着法官、合议庭相对于审委会、院长副院长庭长等职位的独立性。严格实施宪法则要面临平衡彼此之间存在紧张关系的不同条款。

事实上，我国法院内部历来强调"法院"这个整体在审判过程中的作用，却相对忽视法院的审判机关性质对法官、合议庭独立性的要求。所以，这次《决定》主张"完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判、由裁判者负责。明确各级法院职能定位，规范上下级法院审级监督关系。"从宪法角度看，这可以理解为《决定》在推动落实宪法对法院性质的定位。这种理解可以有效抵制有些人士或许会提出的关于我国宪法规定实行"法院"独立审判而非"法官"独立审判，因而不应该让法官、合议庭较独立地行使裁判权的批评。

不过，在审判体制方面，从长远的观点和现实需要看，法院还是应该实行"法官独立，只服从法律"的体制，因为，这种体制已为现代所有法治国家和地区所采用，社会效果很好。如果明显倾向于实行法官独立行使审判权体制，就应该考虑修宪。我国 1954 年宪法第 78 条规定"人民法院独立进行审判，只服从法律"，所实行的是"法院"这个集体"独立进行审判"的体制。不过，有资料表明，这

个规定当年较多照顾到我国新政权建立不久，没有足够合格法官的实际情况。

社会主义国家一开始就接受或普遍采用了“法官独立”审判，看来我们将来还是应该接受这种体制。法官独立审判，原本是先在欧洲实行，后又传到北美的审判体制，或许因为这种体制在他们看来天经地义，所以当初并没有写进成文宪法。但到1919年德国魏玛时代，德国制宪者首次把“法官独立，只服从法律”专门作为一个条款(第102条)写进了著名的《魏玛宪法》。1936年苏联宪法就完全移植了魏玛宪法第102条，也用一个专门条款（第112条）规定：“审判员独立，只服从法律。”1977年苏联宪法考虑到陪审员参与的问题，在将原112条调整为第155条的同时，将内容改成“审判员和人民陪审员独立，只服从法律。”形式变了，实际内容没变。另外，越南现行宪法规定，“审判长（即法官——引者注）与陪审员是独立的，只按照法律行事”；古巴现行宪法第125条也规定，“法官独立行使司法职权，法官只服从法律。”当然，苏联等国宪法关于审判员和人民陪审员等独立的条款很多情况下实施得并不好，但那是另一个问题。

第三，在落实宪法规定的公开审理方面，《宪法》第125条规定，“人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。”《决定》关于“推进审判公开，录制并保留全程庭审资料”，“增强法律文书说理性，推动公开法院生效裁判文书”等主张，其实都应看做是推动落实宪法关于案件审理“一律公开进行”的规定的具体表现。

这方面，正如孟建柱先生所言：“深化司法公开，让司法权力在阳光下运行，有利于保障公众对司法工作的知情权，增强有效监督，促进司法公正，提高司法能力，树立司法公信，提高人民群众对司法工作的满意度。”不过我还要加一句，落实宪法规定的公开审理，实行公民旁听自由和新闻报道自由意义特别重大。

欲确保法院独立行使审判权，除推进《决定》直接主张的三项改革措施外，至少还需要采取另外三项涉宪措施。这三项措施都要么涉及宪法监督，要么需要进行宪法解释或对宪法进行合理解说。

1、如果严格实施1982年宪法，全国人大常委会应尽快修改有关法律，让法院（检察院也一样）不再向人大报告工作、不再接受人大组成人员质询。此乃确保包括检察院在内的司法机关独立行使司法权的必要措施，也是监督宪法实施的必要步骤。1978年宪法规定各级法院都对本级人大及其常委会负责并报告工作，但1982年宪法全部取消了这方面的规定。另外，1978年宪法第还规定各级人大代表有权向本级法院提出质询，1982年宪法也全部取消了这些述规定。对此，有些宪法学著作，如全国人大常委会研究室政治组编写的《中国宪法精释》（蔡定剑主编）说得很清楚，修宪当时的主流意见是，法院独立审判，不应向任何组织报告工作、不接受质询，故未将相关条款列入宪法修改草案。1982年宪法取消法院（还有检察院）向人大报告工作和接受质询的规定，准确反映了当时的修宪机关全国人民代表大会的修宪本意。

但是，由于当时缺乏足够施宪经验，新宪法本身没有设置生效之前的必要过渡期，没有对当时有效的法律、行政法规等法规范性文件进行合宪性审查，以致为数不少的法律中保留有与新宪法明显抵触的条款。这些条款中包括1979年制定、现在仍然在生效的地方组织法关于地方各级人大听取和审查本级法院工作报告、代表10人以上联名可书面提出对法院的质询案等规定。这些规定原本是根据1978年宪法写成的，1982年宪法生效时都应该被废止。但很可惜，地方组织法中这类规定不仅在此后的修法中得到保留，在新制定的法律中也在继续沿用，如2006年全国人大常委会通过的各级人大常委会监督法就沿用了了质询的监督方式。

所以，严格实施宪法，应该按宪法的本意对有关法律做合宪性审查、废止有关条款，停止各级法院向人大报告工作，人大代表、人大常委组成人员不再对法院、检察院提质询案。这样可以为审判机关独立行使审判权创造较好的环境。

2、解释宪法第135条，明确法检公“互相配合”指办案程序的衔接，以强化法检公三方之间的相互制约。《宪法》第135条规定：“人民法院、人民检察院

和公安机关办理刑事案件，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”在刑事司法实践中，宪法的这个条款往往被公权力组织有意无意曲解。曲解的主要表现是强调相互配合，淡化或不提相互制约；相互配合的内容，原本应是指侦查、审查起诉和审理三阶段的程序衔接，其目的则是“保证准确有效地执行法律”，但曲解者往往从内容到目的，无形地将“相互配合”篡改为相互配合“打击犯罪”、相互配合给被追诉人定罪。这在出现运动式执法现象时情况尤其如此。

《决定》为落实司法体制改革的总体要求，提出“优化司法职权配置，健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制”，很有必要。但能否达到这一目标，关键在于有效消除对“互相配合”的曲解或误用，实行“互相制约”。

3、借鉴法治国家或地区的成熟经验，在裁判文书上记载合议庭、审判委员会成员个人的协同意见或反对意见，以落实参审法官（或陪审员，下同）个人责任。推行此项改革的宪法依据，是现行《宪法》第123条关于法院是国家的“审判机关”的性质规定。法院的审判机关性质，要求案件参审法官独立负责任地审理案件和表达内心确信，要求法官既不能像行政人员那样置身于等级体系中且下级服从上级，也不能像代议机构成员那样表决受党团决议约束。法官同检察官也必须有明确区别，因为，宪法虽也要求检察官独立行使职权，但检察官毕竟不是居中裁判者。而且检察工作的特点和原理，向来包含检察机关内部统一的要求。

众多法治国家、地区采用的那种保障法官独立审判和落实个人责任的做法，很值得我国引进。这种集中反应在裁判文书结构上的体制之要点是：合议庭审理案件时法官独立提交法律意见书，以多数法官的法律意见书为基础形成法院有效判决，同时，若有协同法律意见书或不同法律意见书，内容也必须记载在裁判文书中。其中的协同法律意见书，简称协同意见，指法官同意主要意见书的决定，但其所持理由不同于其他法官时，其独立撰写以陈述己见的意见书。至于不同意见书，那是指持异议的法官针对法庭上多数法官意见提出的意见书。

在裁判文书中记载合议庭、审判委员会成员的反对意见或协同意见，虽然看起来只是技术性改革，但我国法院一旦采用，其在维护审判独立和落实法官裁判责任方面的作用，几乎一定有极其惊人的正面效用。原因主要在于，这种体制具有如下明显优点：(1)不论是独任审理案件还是组成合议庭审理案件，每个审案法官的法律意见都是独立自主完成的，法官可只对自己的法律意见负责，不对他人的法律意见负责；(2)只要案件的审理是依法公开进行的，法官判决任何案件的法律意见都等于摊开放在阳光下，不能不接受同事、昔日同学、老师乃至整个法学界整个社会的评论监督，这是最强有力的监督；(3)法官个人责任明确，一辈子做的判决事后都可以供追寻、查考，接受检验；(4)可调动法官抗拒法外干预、坚持依法审理案件并在裁判文书上依法律和事实发表法律意见的勇气，如此足可激发法官职业成就感和荣誉感。

我国审判体制改革可从以上六方面进行深化，宪法上或多或少都会有些空间，一定能收到成效。一般来说，如果修宪，改革空间会比较大，成效会比较大；如果不修宪，仅在技术层面进行调整，则改革的空间会小得多，但无论如何也还是可以有明显成效。在条件既定的情况下，改革成效大小取决于执行机构贯彻《决定》有关部分的决心、意志和技术手段。

总结:关键是要具体处理好党法关系

关于法院独立审判，现在人们谈得较多的是法院与地方党委及其政法委的关系，以及法院与人大及其常委会的关系。这两对关系中最难处理的是法院与执政党的关系，可简称党法关系，这对关系理顺了，其它关系也就容易理顺了。

处理好党法关系的基础，是在现行宪法的框架下正确理解党的领导。执政党在我们国家生活中要起领导作用，这要肯定，实行司法独立不否定党的领导。实际上，理顺党法关系涉及的关键问题只有两个。

看国家最高政治决策层怎样理解党的领导。党的领导首先和主要地体现在宪法、法律的规定中，还是首先和主要体现在党的各级组织及其负责人的意志中？

这个问题必须明确回答。执政党已经领导全国人大及其常委会把自己的各种重要主张都写进了宪法和法律，这就在法律生活领域实现了其政治领导。因此，法院严格适用法律就是落实党的领导。另外，各级法院组成人员都是执政党推荐给相关人大选举或循宪法规定的路径推荐给人大常委会任命的，这就实现了党对司法的组织领导。党的这些领导方式已成政治制度，不是谁想否定就否定得了的。

我国现在各地一些做法，似乎是让地方党委来自主决定解决纠纷是否依照法律规定办还是按他们的意愿办。因为，不少地方的党委领导人，往往是当他们感到法律的规定与自己的意愿不合时，就让法院把法律的相关规定丢在一边，按他们个人的意愿办事！这哪里是党的领导，分明是让地方党委的有关负责人握有随时按自己意愿否定党的领导（即否定记载在法律中的党的主张）的权力！所以，地方党委或其下政法委领导人干预司法个案办理，是典型的人治。

还必须看到，地方对司法个案的干预，几乎从来不是开党委会或常委会讨论决定的，几乎都是其负责人个人或其下属的政法委决定的，这在形式上就连地方党委的领导都算不上，更谈不上党的领导。

党怎样领导司法？司法所要实施的法律本身是党的领导的产物，这就是我们常说的“党领导人民制定法律”。所以，不管法官是不是中共党员，有没有党派背景，只要他们严格依照法律规定行使审判权，就是在落实党的政治领导。甚至我们完全可以说，如果他们不是中共党员而又能够严格依照法律规定行使审判权，从形式上看更加公允无偏私，因而更有利于实现党的政治领导。另外，由于司法的居中裁判性质，包括在国家机关与公民个人间居中裁判的性质，审判权与立法、行政权在性质上有明显差别。所以，执政党对司法的领导方式，应当明显不同于对立法、行政的领导方式。到底怎样改善党对司法的领导，我们以后再探讨。但无论如何，像现在有些地方那样，地方党委的书记个人或地方党委下属的政法委插手个案办理的做法，肯定是严重损害执政党对法律生活的领导的，因而也是违背其执政利益或领导利益的。

落实审判独立与改善党的领导是联系在一起的。

“我们说不存在‘党大还是法大’的问题，是把党作为一个执政整体而言的，是指党的执政地位和领导地位而言的，具体到每个党政组织、每个领导干部就必须服从和遵守宪法法律，就不能以党自居，就不能把党的领导作为个人以言代法、以权压法、徇私枉法的挡箭牌。我们有些事情要提交党委把握，但这种把握不是私情插手，不是包庇性的插手，而是一种政治性、程序性、职责性的把握。这个界限一定要划分清楚。”[2]这段话第一句构成背景，第二句话是否适用法院审判案件？这可能可能是在宣示某种规则，如果是，最后形成法律规则。

2 《习近平谈法治内部讲话》，http://news.china.com/domesticgd/10000159/20150430/19608777.html

文化权利的规范建构

——人权公约与实证宪法的法理交错适用

涂云新※

摘要：文化权利是《经济、社会、文化权利国际公约》和《中华人民共和国宪法》所认可和保障的基本权利。作为一种兼具“主观诉求功能”和“客观法秩序功能”双重属性的权利样态，文化权利既保障了公民进行文化活动的自由又同时要求国家承担积极保障的责任，在尊重和保护文化多样性的现代法治国家，构建以文化“自我决定”和“自我开展”为核心的权利体系将促成国家文化事业和产业的大繁荣和大发展，中华民族的优良传统文化将在文化体制机制创新中对人类文明作出新的贡献。

关键词：文化；文化权利；人权公约；实证宪法；规范建构；基本权利

人人有权自由参加社会的文化生活，享受艺术，并分享科学进步及其产生的福利。人人对由于他所创作的任何科学、文学或美术作品而产生的精神的和物质的利益，有享受保护的权利。

——《世界人权宣言》[1]

一、引言

文化是民族的血脉，是人民的精神家园。深嵌在文化土壤并以文化生活为内容的文化权利在人权的谱系中被视为一项人人都应该享有的基本权利。文化权利是我国近年来日渐兴起的一项基本人权研究的重点领域，随着中国文化体制改革

※涂云新：复旦大学法学院讲师、法学博士，复旦大学人权研究中心助理研究员。主要研究方向：比较宪法、比较行政法、人权法学。

1 《世界人权宣言》，第27条。

的推进，无论是法学理论界还是法律实务界，如何从法学视角探析文化权利（文化基本权/基本文化权）的基本构造就成为了文化权利保护的重中之重，因为它不仅可以为国家文化政策的制定和实施提供规范的依据，更重要的是还可以廓清文化权利的边界，为我国文化生活大繁荣和大发展提供法律机制上的保障。

本文认为，文化权利探讨的规范基础可以从宪法基本权利的角度切入，也必须从文化作为一种人权的角度加以厘定。中国政府于1998年签署了《经济、社会、文化权利国际公约》，中国全国人民代表大会于2001年批准了该公约。时至今日，我国积极推动《经济、社会、文化权利国际公约》实施的努力已达十余年之久。在我国现行法律制度下，《中华人民共和国宪法》第四十七条明文确认了文化权利，同时，我国也存在一些列诸如《音像制品管理条例》、《广播电视管理条例》、《传统工艺美术保护条例》、《文化事业建设费征收管理办法》涉及文化产业和文化事业的行政法规。在中国特色社会主义法律体系已经形成的时代背景下，近年法学界关于文化权利的探讨逐渐浮现出国际人权法、国内宪法二元互动关系的法理发展态势。

本文旨在建构文化权利的规范内涵，笔者将尝试从人权公约和比较宪法的角度探寻文化权利在法律渊源上的依据，然后透析文化权利在主体、内容、与其他权利的关联性等诸方面的权利要素，接着，本文将致力于构建“文化权利”的规范功能，并运用国际人权法和国内宪法的法理发掘出文化权利的“规范结构”，本文还将提出文化法治国下文化建制的基本法律原则，在这个原则的指引下，笔者希望通过此种规范法学的分析为当下“推进文化体制机制创新”大背景下的具体落实公民的文化权利提供一种理论上的论证和诠释。

二、文化的概念与范畴限定

文化权利是被国际人权法和国内宪法所保障的基本权利，同时也是传统法学领域里最为孱弱和陌生的权利类型，造成这种现象的原因一方面在于作为文化权

利基础概念的文化本身极其复杂，另一方面在于法学上对文化权利的观察和检讨很难落实在一个规范分析的框架之内。就文化作为文化权利的基础概念而言，在对文化的诠释过程中，中外学者提出了数百种定义，这似乎让人们对文化一词做出一个恰当的定义显得无所适从，但是人们在选材与整理的过程中，若要为文化找一个基本立足点，必须从人的特征着手。依据维科（Giambattista Vico）的见解，文化是人的产物，他在《新科学》（The New Science）一书中将人类的研究从对自然的观察转为对人的创造物的探索并认为人所能了解的事物就是文化。[2] 文化有极其广义上的内涵即大写的文化（Culture with a Capital 'C'），也有非常狭义上的内涵即小写的文化（Culture with a small 'c'），更有介乎于广义和狭义层面上所谓中义的内涵。[3] 英国人类学家泰勒（E.B.Tylor）是第一个为文化下定义的学者，他在《原始文化》一书中从狭义的角度界定文化的概念：文化是包括知识、艺术、道德、法律、习俗、以及其他由社会成员所习得的能力与习惯所构成的复合体。[4] 该定义也是在中西学术界被广为引用的一个定义。从广义的角度来看，汤恩比（A. J. Toynbee）认为文化是人类生活的总体；史宾格勒（O. Spengler）认为文化是世界历史的总体，文化是歌德式活生生的自然，而不是牛顿式死沉沉的自然。英国学者汤恩比（A. J. Toynbee）的《历史研究》（A Study of History）和德国学者史宾格勒（O. Spengler）的《西方的没落》（Der Untergang des Abendlandes）显然是从非常广义的角度展现了英、德两国传统对文化的认知，同时也刻画了两种文化的面面观。[5] 当代哲学大家罗纳根（Bernard J. F. Lonergan）则认为文化是共同体中关于人们生活方式的一整套意义和价值体系，这些意义和价值被嵌入在诸如传统、习俗、故事、

2 林立树：《历史中的文化课题：对西方"文化"概念的省思》，《哲学与文化》2003 年第 30 卷，第 7 期，第 160，176 页。
3 H. H. Stern, Fundamental Concepts of Language Teaching: Historical and Interdisciplinary Perspectives on Applied Linguistic Research, Oxford University Press, 1983, p.251.
4 E.B.Tylor, Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom, Gloucester, MA: Smith, 1958 (first published in 1871), p.1.
5 邬昆如：文化哲学的意含，哲学与文化，2001 年第 28 卷 5 期，第 385，389 页。

艺术等文化符号中。[6] 传统中国并不存在类似于西方学者关于"文化"的定义，更没有中国文化、外国文化的区别，而只有华夷之辨，将"Culture"一词翻译为文化乃是从日本学者开始的。追溯中国历史，文化在汉语中实际是"人文教化"的简称，关于文化的理解同时也存在于中国的历史典籍之中。《周易•贲卦•彖传》云："贲亨，柔来而文刚，故亨。分刚上而文柔，故小利有攸往，天文也。文明以止，人文也。观乎天文，以察时变。观乎人文，以化成天下。"在这里，"人文"与"化成天下"紧密相关，"以文化教"的思想已经十分明确。[7] 正如有学者指出的那样，中国古代是主要是以人文来界定文化，用文化来表示人类社会在发展中得到开化、教化而形成文明的成果，其中包括社会物质文化与精神文化的发展。[8] 近人梁启超在《什么是文化》中称，"文化者，人类心能所开释出来之有价值的共业也"，这"共业"包括众多领域，诸如认识的（语言、哲学、科学、教育）、规范的（道德、法律、信仰）、艺术的（文学、美学、音乐、舞蹈、戏剧）、器用的（生产工具、日用器皿以及制造它们的技术）、社会的（制度、组织、风俗习惯）等等。[9] 由此可见，梁氏认定的文化是一个非常广义上的概念，可以类似于西学中大写的文化（Culture with a Capital 'C'）。同时，与文化（Culture）密切相关的另一个概念是文明（Civilization），在人类学和考古学中，文明也可以指有人居住，有一定的经济文化的地区，例如西方的两河文明、中国的黄河文明。文明也可以指文化类似的人群，例如基督教文明、儒家文明。钱穆先生指出：文明（Civilization）与文化（Culture）皆指人类群体生活言，而其区分多遭国人混用，文明偏在外，属物质层面；文化偏在内，属精神层面；前者可以向外传播与接收，后者则必须由其群体内部精神累计而产生。[10] 从

6 Bernard J. F. Lonergan, "Revolution in Catholic Theology," in A Second Collection, ed. by William F. J. Ryan and Bernard J. Tyrrell (Toronto: University of Toronto Press, 1996), p.232.
7 张岱年、方克立：《中国文化概论》（修订版），北京师范大学出版社 2004 年版，第 2 页。
8 陈荣照：《儒家政治文明理念的透视》，《纪念孔子诞生 2555 周年国际学术研讨会论文集》，2004 年，北京：纪念孔子诞生 2555 周年国际学术研讨会。
9 张岱年、方克立：《中国文化概论》（修订版），北京师范大学出版社 2004 年版，第 3 页。
10 钱穆：《中国文化史导论》（修订本），商务印书馆 1994 年版，第 1 页；另参见：邵台新：《中国文

较为狭义的角度理解文化一词的内涵，笔者赞同将文化与文明相对区分的观点，这是因为文化是意志的产物，无论如何文化都必须立足于人的特征，文化有别于无生命的物理世界的活动。显而易见，文化一词难有一个确切和为所有人所接收的定义，关于文化一词在概念上的争论转而成为一个“人们在何种意义上适用它”的问题。本文所要探讨是文化权利，其中不可回避的问题就是当文化成为一种权利的客体和指涉对象时，如何从法理上界定这种权利的内涵和外延。结合上述关于文化一词概念上的概览，笔者从中义的角度将本文所探讨的文化限定为一种包括人们在文学、艺术、信仰、族群生活等精神层面成就的总和，且认为文化具有多样性这一最为显著的特征，而这种界定也符合联合国教科文组织 2001 年通过的《世界文化多样性宣言》和 2007 年《弗里堡文化权利宣言》，前者指出：“文化应该被视为某个社会群体特有的精神与物质，智力与情感方面的不同特点之总和；除了文学和艺术外，文化还包括生活方式、共处的方式、价值观体系，传统和信仰。”[11] 后者指出：“文化包含了诸如价值、信仰、语言、知识、艺术、传统、制度以及个体或者群体表达其人文需求和赋予其本身存在、发展的生活方式和意义。”[12]

三、法律意义上的文化权利

法律制度本来是凝结在文化和法律所赖以生长的传统之中的，而文化权或文化权利的产生和法理发展却是将法律从文化之中抽离出来并从实在法的角度俯瞰文化现象本身并试图对文化加以规范和保护。这一方面是由于文化对于国家意识形态的构建具有基础性的价值和意义，另一方面是由于在一个日益多元的法治社会中文化关涉到个体或者集体的自我决定、自我发展和自我实现。自此，学界延伸出了文化作为一种权利的法理思考，对文化生活及文化成果的参享成为了法

化史》，台北：大中国图书公司 1997 年版。
11 Preamble Para.4, UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, Nov. 2, 2001, UNESCO Doc. 31C/Res 25, Annex 1 (2001).
12 Art.2, Fribourg Declaration of Cultural Rights, 2007, Fribourg.

律上不得不正视的问题，更有理论界和实务界主张文化不但可以被作为一种权利来对待，更可以上升为一种基本权利（宪法权利），在更为广阔的思考维度上，文化权利被视为了一种具有根本重要性的人权。[13] 至于文化权利在人权体系中之地位，2004 年于西班牙巴塞罗那召开的“文化权利与人权发展世界大会”(Congress on Cultural Rights and Human Development)在其最终报告（Final Reports）中指出，文化权利是人权之必要组成部分，任何文化政策都不得侵犯文化权利，同时文化权利需与其它人权形成整体，任何其他的人权形态和样式都具有文化维度（Cultural Dimensions）。[14]

正如孟德斯鸠所言：“法律的用语，对每个人要能唤起同样的观念。” 从超越法律的角度探讨文化的概念在于明晰文化权利中“文化”一词的指涉范畴，而所有关于文化权利的讨论又不得不回归法律和法理，即通过对文化权利法律依据的探寻，我们就可以在实证法的脉络下探究文化权利应然的规范领域和保障程度。就国际层面而言，1948 年《世界人权宣言》宣明文化权利为普遍性的天赋人权，任何人得享有该项不可剥夺的权利。[15] 国际人权法意义上的文化权利意在确保个人的自我发展和自我实现，文化权利是一种“天赋”的权利，国家责无旁贷地负担着保障文化权利的国际义务。就宪法层面而言，文化权利(The Right to Culture/das Recht auf Kultur)的议题着重于人民与国家之间的权利义务关系，以及人民基于宪法将如何形塑彼此之间的生活模式。德国的宪法学界更是将这一议题置于“文化国”（（Kulturstaat））和“文化宪法”（Kulturverfassung）的框架下进行文化基本权利（Kulturelle Grundrechte）的研究。介于传统国际法和国内宪法的超国家组织的宪法性文件《欧洲联盟运作条约》第 167 条第一款提及“成员国的文化”并明示欧盟应当尊敬文化多样性保护共同文化传统。[16]

13 龙应台：文化权不是有钱人的特权 是民众的基本人权，http://www.taihainet.com/news/twnews/twsh/2012-05-18/853318.html，2013-8-1 最后访问。
14 The Final Report, Congress on Cultural Rights and Human Development, Barcelona, 23 – 27 August 2004.
15 Art.27, Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).
16 Ress/Ukrow, EU-Arbeitsweisevertrag Art. 167 Beitrag der Union unter Wahrung und Förderung der

1、国际人权公约

在国际层面，文化权利得到了世界范围内的普遍认可和承认，许多国际人权公约都将文化权利载入其中并且明文规定了其内容。1948 年《世界人权宣言》第 27 条规定："人人有权自由参加社会的文化生活，享受艺术，并分享科学进步及其产生的福利。人人对由于他所创作的任何科学、文学或美术作品而产生的精神的和物质的利益，有享受保护的权利。"1966 年《经济、社会及文化权利国际公约》第 15 条第一款明文规定："本公约缔约各国承认人人有权：（甲）参加文化生活；（乙）享受科学进步及其应用所产生的利益；（丙）对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上和物质上的利益，享受被保护之利。"[17] 2001 年《世界文化多样性宣言》第 4 条规定："捍卫文化多样性是伦理方面的迫切需要，与尊重人的尊严是密不可分的。它要求人们必须尊重人权和基本自由，特别是尊重少数人群体和土著人民的各种权利。任何人不得以文化多样性为由，损害受国际法保护的人权或限制其范围。"[18] 2005 年《保护和促进文化表现形式多样性公约》第 2 条第一款宣示："只有确保人权，以及表达、信息和交流等基本自由，并确保个人可以选择文化表现形式，才能保护和促进文化多样性。"[19]

2、国内宪法

最早将文化权利作为基本权利来规定的法律是 1919 年德国的《魏玛宪法》。

Kulturvielfalt in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union 49. Ergänzungslieferung 2012, S.85-89. 《欧洲联盟条约》（TEU）第 167 条明订政府各部门政策之制定，应考虑文化层面，从国民文化权益保障、文化保存与永续发展等向度思考，寻求文化与开发政策共存共荣的机制，优先考虑文化的特殊需要。

17 Art.15, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entered into force Jan. 3, 1976.

18 Art.4, UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, Nov. 2, 2001, UNESCO Doc. 31C/Res 25, Annex 1 (2001).

19 UNESCO, Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, UNESCO Doc.33C/ Res 41 (20 October 2005) 该公约简称《文化多样性公约》，是联合国教育、科学及文化组织于 2005 年 10 月 21 日于巴黎召开的第三十三届组织大会会议中通过的公约。公约于 2007 年 3 月 18 日满足了 30 个成员国批准的要求而成为一个正式具有国际法拘束力的法律文件。截止目前，《文化多样性公约》已经有 117 个缔约国。

该宪法第 118 条规定，德国人民，在法律限制的范围内，有用语言、文字、印刷、图书或其他方法，自由发表其意见之权，并不得因劳动或雇佣关系，剥夺此种权利，《瑞士联邦宪法》第 27 条也规定了较为宽泛的文化权利。[20] 我国现行宪法第 47 条规定："中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给以鼓励和帮助。" 南非共和国宪法在第 30 条（权利法案）规定了语言和文化权利条款："每个人都有权使用其语言并参与他们自己选择的文化生活……"同法第 31 条（权利法案）第 1 款规定：任何属于一个文化、宗教或者语言共同体的人，与共同体的其他成员一道，都不得被剥夺以下权利：a. 享受其文化，从事其宗教生活并使用其语言；b. 组织、参加或者维系其文化、宗教、语言上的团体以及其他公民社会的组织。

德国学者所使用的文化权利概念大体上是沿循着文化国（Kulturstaat）的脉络而指涉狭义的文化领域，即人类精神活动中的教育（Bildung）、科学（Wissenschaft）及艺术（Kunst）领域。[21] 台湾地区宪法学者许育典在 2006 年出版的《文化宪法与文化国》则沿循德国法的传统，认为文化权利多以德国基本法上明文规定的教育、学术、艺术或宗教相关基本权为核心，而对焦于这些核心基本权的自我实现则产生诸多的保护法益，辐射到文化领域中最大可能的宪法保护范畴，也就是说，德国宪法上对文化领域的保障，是将教育、科学、艺术或宗教等基本权概括地称为文化基本权，经由这些文化基本权作为客观价值决定的宪法保障，建立了所谓的文化国，保障人民的文化自我实现。[22] 莫纪宏教授认为公民所享有的文化权利的共同特征在于它们都是为了满足公民个人的精神需求的，是一种精神性的权利。它通常包括公民个人的表现自由、创作自由、发表意见的自由、追求美感和精神愉悦的自由、从事科学研究的自由、充分发挥个人精神人

20 莫纪宏：《论文化权利的宪法保护》，《法学论坛》2012 年第 1 期。

21 Steiner, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42, 1984, S.9.

22 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社 2006 年版，第 16—17 页。

格力量的自由、宗教信仰自由、语言文字自由、文化娱乐的自由，等等。[23]基于对我国宪法第47条的理解，周伟教授认为文化权利是指包括科学研究（学术自由）、文学艺术创作和参加文化生活的权利。个人、群体、民族和人类都是文化权利的主体，但这些不同主体所享有的文化权利的内容和范围不尽相同。[24] 韩大元、胡锦光教授则认为公民的文化权利包括三个方面的内容，即从事科学研究的权利，文艺创作的权利与从事其他文化活动的权利。其范围主要是欣赏文化艺术珍品、欣赏文艺作品、利用图书馆、文化馆、出版社从事文化娱乐活动等。为了实现公民的文化权利，国家应该积极创造条件，提供必要的设施与物质保障。[25] 我国亦有学者指出公民基本文化权利是公民普遍、平等享有的以文化为客体的基本人权，其权能内容主要包括文化参与权、文化成果共享权、文化利益保障权和文化选择权等方面，它既是消极自由，又是积极权利。

四、文化权利的规范要素

法学上关于文化权利的规范内容和关联概念的探讨都致力于构建一个关于文化人权或者文化基本权的实证法框架。无论借助国际人权公约还是实证宪法的规定，学者们关于文化权利内容的争论始终都没有完成较有说服力的论证，个中缘由大致在于这些论证都缺乏坚实的法理基础和体系性的分析框架。笔者在前述文化的超实证法和实证法概念为背景，以文化权利的规范意旨为法哲学基础，打通人权公约和实证宪法的法理隔阂，从而构建起一个关于文化权利的规范框架。

不可否认，无论是国际法学界还是宪法学界学者们关于包含文化权利在内的所有基本权利的研究大多受到“代际人权理论”[26]（Three generations of human

23 莫纪宏：《论文化权利的宪法保护》，《法学论坛》2012年第1期。
24 周伟：《宪法基本权利：原理•规范•应用》，北京：法律出版社2006年版，第364-365页。
25 胡锦光、韩大元：中国宪法（第2版），北京：法律出版社2007年版，第306、309页。
26 “代际人权理论”由捷克法学家卡雷尔•瓦萨科（Karel Vasak）于1979年在法国斯特拉斯堡（Strasbourg）的国际人权研究所（International Institute of Human Rights）提出，他指出“第一代人权”是以“自由权和政治参与权”为重心的，这些权利主要是指诸如言论自由权、选举权、宗教自由权等公民权利和政治权利。“第二代人权”是以平等权、社会权为重心的，这些权利主要指经济、社会、文化权利。“第三代人权”

rights）的深刻影响，而这种代际人权理论可以将文化权利置于一个关于权利递进和发展的历史阶梯上去讨论。郑贤君教授认为基本权利由三部分组成，即自我保存和肯定意义上的古典自然权利、自我表现意义上的公民政治权利及自我实现和发展意义上的社会经济权利。[27] 文化权利是基本权利的一个组成部分。他与其他权利不可分割，相互依存构成基本权利的整体，文化权利与经济权利和社会权利都属于第二代基本权利。[28]

虽然国际人权公约以直接明了的条款宣示了文化权利必须受到保障，但关于究竟何为国际人权法上的文化权利，法理上似乎并不明晰，学者亦各持己见，其中涉及的诸多问题包括但不限于以下方面：公民言论自由、宗教自由是否属于一种文化权利？知识产权是否属于文化权利？《公民权利、政治权利国际公约》第27条所规定的少数民族权利和土著人权利是否落入文化权利的范畴？文化权利究竟指的是一种个体权利还是一种集体权利，民族或者国家得否主张文化权利？纵观各家观点，笔者总结为三种。第一种持文本解读的方法认为：作为人权的文化权利“大体相当”于《经济、社会、文化权利国际公约》第15条所陈述的权利内容，即人们参加文化生活、享受科学进步及其应用所产生的利益以及对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上和物质上的利益享受得到保护的权利。[29] 第二种从规范诠释（Normative Hermeneutics）的进路认为文化权利不仅指《经济、社会、文化权利国际公约》第15条所列的内容而且涉及甚至推及诸如知识产权、少数人（土著人、少数民族）的权利保障。以文化权利与知识产权的关联为例，联合国经济、社会和文化权利委员会认为，必须同时兼顾参加文化生活的权利、享受科学进步及其应用所产生的利益的权利和知识产权；所有公

超越了公民、政治权利和经济、社会、文化权利，它可以指那些诸如发展权、自决权、环境权等正在逐渐形成的权利，它可以是一种集体人权。Karel Vasak, Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights, UNESCO Courier30:11, Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, November 1977.
27 郑贤君：《基本权利的宪法构成及其实证化》，《法学研究》2002年第2期。
28 周伟：《宪法基本权利：原理•规范•应用》，北京：法律出版社2006年版，第365页。
29 黄金荣：《<经济、社会、文化权利国际公约>国内实施读本》，北京：北京大学出版社2011年版；何锦前：《公民基本文化权利的规范分析》，《湖南工业大学学报》(社会科学版)2012年第4期。

民文化、经济、政治及社会权利以及发展权都与知识产权制度相关，为了与尊重国际人权的义务相一致，知识产权制度必须促进和保护所有人权包括受到《公约》保障的各项权利。[30] 第三种持关联与区分并存的方法认为文化权利外围的其他人权与文化权利的核心内容应有不同，同时文化权利兼具积极与消极、个体与集体的二元属性。

在宪法法理上为了阐明文化利的规范要素（主体、客体和内容），我们可以从公民和国家的法律地位入手。德国杰出的宪法学家耶利内克（Georg Jellinek）基于人民和国家的的“法律地位”（legal status）理论，将基本权利进行了分类。她类型化了四种“法律地位”：消极地位（status subjectionis）、积极地位（status liberates）、主动地位（status civitatis）和被动地位（status positivus）[31] 虽然耶利内克认为“法律地位””论强调的是公民的身份和地位而非公民的权利，[32] 但是这却是一项基础性的工作，因为我们可以用“公民的法律地位”来推导出文化权利的诸项规范要素。基于耶利内克（Georg Jellinek）“法律地位”的理论，参照国内外学术界（尤其是美国和台湾学术界）关于公民与基本权利的探讨[33]，基本权利可以做如下类型化：

表 1 [34] 基本权利的传统分析框架

公民在宪法上的地位	公民与国家的关系	公民的基本权利和义务
消极地位	对抗国家的干预	自由权
积极地位	请求国家实现	经济、社会、文化权利
主动地位	参与国家的管理	政治权利
被动地位	服膺国家的管理	义务

30 万鄂湘、毛俊响：《文化权利内涵刍议》，《法学杂志》2009 年第 8 期。

31 G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen rechte. 2nd edn.（Tübingen, 1905）86 f.

32 Ibid, 84.f.

33 Kelly, Duncan, Revisiting the Rights of Man: Georg Jellinek on Rights and the State, Law and History Review,22.3（2004）para.66.http://www.historycooperative.org/journals/lhr/22.3/kelly.html, last visit 2014-4-24 15:01

34 此处参考了台湾学界的部分翻译 http://www.kmu.edu.tw/~com/course01d3.htm 最后访问 2013-4-23 21:13 www.isu.edu.tw/upload/112/18/files/dept_18_lv_3_12746.doc 最后访问 2014-4-23 21：:09

由此可见，文化权利在传统的宪法学理论中被视为一种公民请求国家实现的积极权利。然而，随着近代宪法学的发展，文化权利不仅被赋予其给付请求权的积极面向而且也被赋予防御权的消极面向，这是由于人权本质上的一体和不可分割所决定的。基于 1993 年《维也纳宣言》中所宣称的，“所有人权都是普遍、不可分割、相互依存并且相互联系的”的人权哲学，文化权利亦不例外，文化权利所特有的文化维度促使其与包括相关经济、社会权利和公民与政治权利在内的其他人权紧密联系，但各项人权同时具有各自的独立性和独特性，涉及到人类生活的特定方面。[35] 故此，文化权利可以在公民基本权利的类型方面进行进一步的框架更新。如下：

表 2 基本权利的现代分析框架

公民在宪法上的地位	公民与国家的关系	公民的基本权利和义务
消极地位	对抗国家的干预	自由权+经济、社会、文化权利
积极地位	请求国家实现	经济、社会、文化权利+自由权
主动地位	参与国家的管理	政治权利+文化权利
被动地位	服膺国家的管理	公民的服从义务+政府的保护性义务

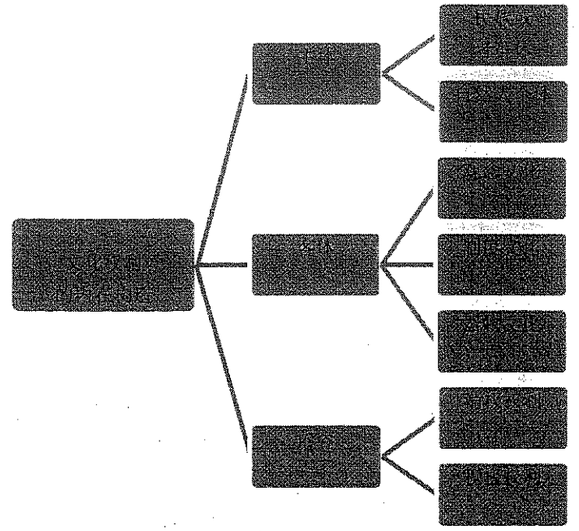
故此，文化权利的主体、客体和规范内容已经在新的分析框架下逐渐清晰。就文化权利的主体而言，个人和集体都可以成为文化权利的享有者。就文化权利的客体而言，文化权利关涉到公民或则集体在技术和器物层面的文化（例如科技文化）、制度和上层建筑方面的文化（例如习惯法和民间法文化）、观念或者宗

35 黄晓燕：《国际人权法视野下文化权利的考量与辨析》，《政法论坛》2013 年第 3 期。

教意义上的文化（例如道教文化、基督教文化）。就文化权利的内容而言，它不仅包括了公民或者团体请求国家为一定给付的积极权利也包括了公民或者团体预防国家干涉、维系其自由开展和实现的消极权利。 举例而言，对于公民 x 的某项文化权利，它实际上包括两个方面的内容：第一个方面，公民在宪法上处于一种积极地位，转化为法律关系而言，对于公民 x，必定对应着国家承认公民 x 的相关法律权利并且（1）赋予公民 x 要求国家给付的请求权（2）国家采取必要的法律措施助其实现其相应的请求权。第二个方面，公民在宪法上处于一种消极地位，转化为法律关系而言，对于公民 x，必定对应某种国家不得肆意干涉或者限制公民文化自我选择、自我开展的自由，同时，国家即使有权力颁布禁令去限制 x 的文化自由，该种限制只能是在一个民主多元的社会中所必需的且该种限制必需符合比例性原则。究其实质，公民在第二个层面上的文化权利其实是一种公民对抗国家的防御权（Abwehrrechte/freedom from interfering）。总结上述论证，公民文化权利的内在构造可以归纳如下图：

文化权利之内在构造[36]

36 江国华：《文化权利及其法律保障》2013 年第 7 期。



以上图中文化权利的规范要素做基础，我们可以继对文化权利加以类型化，其基本模式如下：

以文化权利的主体类型化标准划分，文化权利包括个体文化权利（Individual Cultural Rights)和集体文化权利 Collective Cultural Rights）两种类型。文化权利作为个体权利的规范内容包括：（1）参与文化活动和文化生活的自由；（2）分享文化利益的权利；（3）文学、艺术和科学创造的自由。（4）对任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上和物质上的利益，享受被保护之利。（5）文化权利涉及宗教信仰自由和宗教活动自由。 同时，文化权利作为集体权利的规范内容：（1）人民的文化自决权；（2）文化资产和遗产受到保护的权利；（2）土著人/少数民族的群体文化权利；（4）文化教育权。

以文化权利的内容的积极和消极面向作为区分标准，文化权利包括积极文化权利 Positive Cultural Rights)和消极文化权利 Negative Cultural Rights）两种类型。其中，积极文化权利包括：（1）请求国家为一定给付义务的请求权；（2）平等、多元文化制度的创设权；（3）请求国家排除第三方（私主体）文

化干涉和侵犯的请求权。消极文化权利包括：（1）公民或团体享有文学、艺术和科学创造的自由，国家不得肆意干涉和限制；（2）国家尊重公民或团体的文化自我决定和自我实现。

五、文化权利的基本属性

（一）文化权利之消极属性与积极属性

1、 一般分析框架

文化权利兼具 “消极权利”和“积极权利”的双重属性，那种基于“积极权利”和“消极权利”二分法（dichotomy）的权利哲学割裂了文化权利内在全能的统一性和完整性，违背了《世界人权宣言》和《维也纳行动纲领》关于人权“普遍、不可分割、相互依存”的法理。在“权利一体化”范式[37]下，文化权利的消极面向对应的是一种国家消极的不干涉的义务，积极面向是对应的是一种国家积极的作为义务。笔者在此处提出一个一般分析框架，如图所示：

表 1-文化权利中的法律关系

A 对于 B 的文化权利 （例如，人人享有文化艺术创作的自由）	
A 享有某项文化权利 B （消极属性上的）	国家必须尊重 A 对于 B 文化权利的享有和占有 （国家的不干涉义务）
A 享有某项文化权利 B （积极属性上的）	国家必须提供 A 对于 B 文化权利现有和占有的客观条件 （国家的给付义务）

37 范式一词来源于希腊语 "παράδειγμα"，一般指“模型、样本、范例”，在范式一词的现代含义由科学哲学家托马斯库恩在《科学革命的结构》一书中奠定并被广为流传。他指出经由科学革命从一个范式到另一个范式的相继性转换是成熟的科学法发展模式。范式是在某一指定时间内一系列限定某一个科学学科的活动。参见 Kuhn,Thomas S. The Structure of Scientific Revolutions, 3rd Ed. Chicago and London: University of Chicago Press, 1996, p.12.

由此可见，文化权利不仅包含了经典意义上属于消极权利的防御功能，同时也包含了属于现代意义上积极权利的给付功能。正如美国著名学者亨利·舒（Henry Shue）所指出的那样，人身自由权或者生存权都不能简单地被划分为“消极权利”和“积极权利”两种，有时政治权利比文化权利更加“积极”而有时文化权利比公民权利和政治权利更加“消极”。[38] 亨利·舒由此提出“义务层次理论”来说明任何一种权利对应的义务都包括以下三类：[39]

（1）避免剥夺的义务

（2）保护个人不受剥夺的义务

（3）帮助被剥夺者的义务

著名人权法学家菲利普·阿尔斯通和佐恩·艾德发展了亨利·舒的义务层次理论并认为对于任何形式的人权而言，义务都有以下三个层次：[40]

（1）尊重的义务（the obligation to respect）

（2）保护的义务（the obligation to protect）

（3）实现的义务（the obligation to fulfill）

对于文化权利而言，国家/政府的义务有以下几个层次（1）国家不得肆意干涉公民的文化自主选择权（2）国家阻止/禁止文化团体之间的文化歧视（3）国家保障有效和健全的法律体系实现公民文化权利的平等对待。

2、文化权利的霍费尔德分析（Hohfeldian Analysis）

霍菲尔德（Wesley Newcomb Hohfeld）认为，人们在用权利（right）这一概念时总是将特权/优先(privilege)、权力(power)、豁免/免除(immunity)的含义也包括进来，而不是使用严格意义上的权利（right）的含义。既然权利

38 Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, 2nd Ed, Princeton University Press, 1996, pp.37.

39 Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, 2nd Ed, Princeton University Press, 1996, pp.52-53. 黄金荣．司法保障人权的限度：经济和社会权利可诉性问题研究[M].北京：科学社会文献出版社，2009：143.

40 Asbjorn, Eide et al.（eds.）: Food as a Human Right, Tokyo: The United Nations University, 1984, p.154, 172; Kitty Arambulo, Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects, Intersentia, 1999, p.121.

一词已在很大程度上被滥用了，那么在法律话语中如何限制这一词语的使用，并给予其确定的含义呢？霍菲尔德采用确定权利（right）的相关概念义务（duty）的内涵来确定权利（right）的内涵的办法。他认为义务是指一个人应当做或不应当做什么。例如，在 X 与 Y 之间的法律关系中，Y 具有离开土地的义务，那么，与此相关的就是，X 具有要求 Y 离开其土地的权利。霍菲尔德在英语中寻找了一个近义词来说明严格意义上的权利（right），这就是 claim，即主张和请求的意思。可见霍菲尔德的权利概念与大陆法系中的请求权（Anspruch）概念比较相似。以下是霍菲尔德司《法推理中应用的基本法律概念》[41]中的论述。他认为研究基本法律概念的方法最好是对相互“关联”(correlative)和相互“对立”(opposite)的概念进行逻辑分析。从字面上讲，“关联”的概念是指两个相辅相成、缺一不可的概念；对立的概念则是指两个相互冲突和矛盾的概念。就广义的权利—义务概念而论，它分别包括了以下几对相互关联的概念和相互对立的概念：

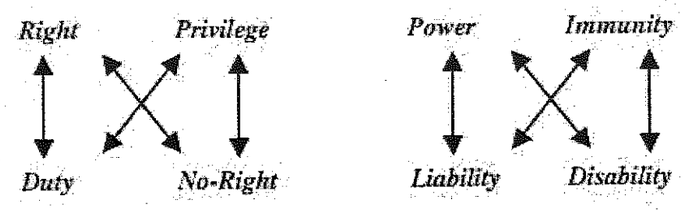


图 1[42]

其中垂直的箭头代表关联法律概念（jural correlatives），其法律地位互为阐释；对角线箭头代表对立法律概念（jural opposites），其法律该地位互为否定。

霍菲尔德认为，这八个概念是“法律的最低公分母”，通过这些概念，人们

41 Wesley Newcomb Hohfeld, Fundamental Legal Cconceptions as Applied in Judicial Reasoning, New Haven: Yale University Press, 1920.

42 http://www.pravri.hr/hr/savjetovanja/jurihohfelds.pdf 2014-4-30 12:21 last visit Williams, Glanville, The Concept of Legal Liberty, 56 Columbia Law Review 1129, 1135（1956）, Andrew Halpin, A Halpin, Rights and Law Analysis and Theory: Analysis and Theory, Hart Publishing（UK）, 1997, p.30.

就可以容易地对法律关系进行比较，并发现其中的相似性。[43]笔者在此试图对文化权利进行一个解剖，以文化参与权为例，对该权利的相对方的权利（狭义）、特权、权力、豁免、义务（狭义）、无一权力、责任（应当）、无能力进行构造性分析进而得出该项权利在法理上的意涵。如下：

表 2 文化权利中的法律关系

A 作为文化参与权利的主体	国家作为 A 文化参与权的相对人
A 对于为一定文化行为享有自由= A 没有从事一定文化行为的义务	A 对于国家请求一定权利的能力 = 国家得承担让 A 对于它享有一定权利行为的责任
A 对于为一定文化行为承担的义务 = A 免除不为一定文化行为的自由	A 承担让国家对于他/她为一定文化行为的责任= 国家对于 A 为一定文化行为的权力
A 对于为一定文化行为的权利 = 国家不得干涉 A 为一定文化行为的义务	A 对于国家对于他/她为一定文化行为的免除= 国家对于 A 为一定文化行为的无权力
A 对于为一定文化行为的无权利= 国家享有干涉 A 为一定文化行为的自由	A 对于国家没有从事一定文化行为的责任= 国家免除要求 A 从事一定文化行为的义务

有上图可以作出如下的阐释：对于公民 A[44]的公民身份而言，公民的文化权利包含两个方面的关系

（1）权利-义务关系

公民享有宪法法定化模式下的文化权利并承担着公民行使该种权利的附随

43 沈宗灵．对霍菲尔德法律概念学说的比较研究[J].中国社会科学，1990：1.

44 公民对应“经济、社会、文化权利”主导范式下公民在宪法上的地位。参见：秦前红、涂云新：《经济、社会、文化权利的可司法性研究——从比较宪法的视角介入》，《法学评论》2012 年第 4 期。

义务。政府对于公民承担提供文化方面保障的义务并附带享有对上述义务进行合法限制的“剩余权力”[45]

国家对于公民文化权利的限制总和不得大于公民所享有的文化权利，否则会出现公民文化权利为零或为负的情况，而这种情况是和宪法对公民文化权利法定化的“法律事实”不符合的。

国家对于公民文化权利的限制必须符合严格的“合乎比例”的原则，从法理学上看，这种限制遭到来自目的和手段两个方面的制约：首先，限制公民文化权利的手段必须是为了达到文化权利的总体保障的目的。其次，限制公民文化权利的手段与所要到达的总体保障的目的构成逻辑上的必需和必要。

（2）权力-责任关系

国家作为公权力的持有者在行使国家权力的时候必定承担该权力所附加的责任。这是现代宪法架构下“责任政府”的根本性原则。为了保障公民的文化权利，国家权力在必要和必需的时候从“积极权利”和“给付义务”主导范式下适当的扩张，这种扩张首先是符合“合宪性原则”，其次是符合“多数民主”原则，再次是符合保障“少数人权利”的人权原则。

国家也必须基于宪法和法律承担与这些公权力“比例适当”的责任，国家责任的增减也不是任意的，国家责任的大小取决于宪法要求国家保障社会公民文化权利的“宪法必要”。

正如《林堡原则》所指出的：

> 《经济、社会、文化权利国家公约》与《公民权利和政治权利国际公约》之间是相互关联的。尽管我们可以将大部分权利明确地划分为属于一个或者另一个公约的范畴，但是，仍有一些两个文件都提及的权利和条款，我们不能对其做出明确的区分。不仅如此，两个公约还分享

45 剩余权力=公民经济、社会、文化权利—公民经济、社会、文化权利的限制。参见：秦前红、涂云新：《经济、社会、文化权利的可司法性研究——从比较宪法的视角介入》，《法学评论》2012 年第 4 期。

了一些共同的规定和条款。[46]

经济、社会、文化权利委员会第 9 号一般性评论在关于公约的国内履行和实施中还尤其强调了两类权利的“不可分性”（indivisibal and interdependent）：

> 一个根据经济、社会、文化权利的定义而将这种权利归为某一类型的严格分类，并使得这种权利在司法救济之外的做法是任意的并且与两个公约是不可分割相互依存的原则相矛盾。[47]

由此，文化权利的积极面向和消极面向是一体的，两种面向在法律关系上有着共通性和不可分割性。

（二）文化权利之个体属性与集体属性

沟通国际人权和宪法法理，我们不难发现文化权利属于一种“自我实现”意义上的基本权利。许育典教授的研究表明：自我实现（Selbstverwirklichung）意指自我人格的“自由”展开，自我实现包含了两个基本要素：一个是“自我展开”；另一个是“自由”的自我展开，也就是对是否如何自我展开的“自我决定”。而作为法律制度构建的文化权利则是为了确保和促进人自我实现的法秩序。[48] 自我实现不仅仅指经典的个体意义上法益的自决和展开，也包含在社群（集体）意义上的法益的自决和展开。强调多元文化的社群主义支持者 Tamir 强调，实现真正具有意义的自由，必须拥有得以依文化自我意识（Kulturelles Selbstverstandnis）而形塑独特生活方式的行动自由权，才可能实现。也正如 Neil MacCormick 所指出的那样：康德理念中对人的尊重暗含……一种我们每个

46 Masstricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, U.N. Doc. E/C.12/2000/13; van Boven, Theo C.;Flinterman, Cees; Westendorp, Ingrid （eds.）, The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, SIM:Utrecht, SIM Special No.20.

47 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 9, The domestic application of the Covenant （Nineteenth session, 1998）, U.N. Doc. E/C.12/1998/24 （1998）, reprinted in Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 54 （2003）.

48 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社 2006 年版， 第 3—4 页。亦可参见 Friedhelm Hufen: Kulturauftrag als Selbstverwaltungsgarantie - Legitimationszusammenhänge kommunaler Kulturpolitik, NVwZ 1983, 516.

人的义务，即尊重他者所赖以形成“文化共同体”的身份归属。[49] Will Kymlicka 认为集体提供了个人行为选择的文化结构(Cultural Structure)，而集体在于促成每一个个体的福祉。[50] 从宪法法理上将，个体权利的易受侵犯性产生了个体人权的需求，集体权利的脆弱性（尤其是文化权利）又催生了集体人权的需求。为了体系化的回应人权的需求，法律需要保障个体和集体两个维度的权利。[51]本文在此试图从比较法的角度对个体文化权利和集体文化权利分别作出说明和解释。

1、个体文化权利

人权就其传统和经典意义而言主要指涉的是个体权利（Individual Rights），故作为自由权意义上公民的文化权利首先属于一种个体人权。在这个方面，欧洲人权法院关于公民个体意义上的文化权利的法理发展引人注目。1950 年 11 月 4 日在欧洲理事会主持下于罗马签署并于 1953 年 9 月 3 日生效的《欧洲人权公约》（European Convention of Human Rights，全称为 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）是第一个区域性国际人权条约，它规定集体保障和施行《世界人权宣言》中所规定的某些权利及基本自由。其中，《欧洲人权公约》第 10 条被广泛理解为保护公民个人文化权利的最为重要的条款。 欧洲人权法院（European Court of Human Rights）作为使用该公约的机构对于文化权利的法理发展起着主导性的作用，该法院强调了在公约第 10 条的语境下保障公民个人艺术表达自由的重要性，实际上，欧洲人权法院在涉及小说、诗歌、绘画等艺术表达的案件中适用了一种较高的保护标准，该法院认为艺术活动和创作的自由触及到公民生活中文化信息、思想理念的交流，这对于一个民主社会尤为必要。在穆勒诉瑞士案（Müller and Others v.

49 Neil MacCormick, Legal Rights and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy Clarendon Press, 1982, p.261.
50 Will Kymlicka, Liberalism, Community, and Culture , Clarendon Press, 1989, p.167.
51 Siegfried Wiessner, The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges, Eur.J.Int'l.L. 2011, 22(1), pp.128-129.

Switzerland）[52]中，穆勒（Müller）等 10 个上诉人是一群在瑞士的艺术家，在一次公开的画展活动上，穆勒画了一幅包含有同性恋、性爱的裸露作品，事实上，穆勒所参加的画展是一个公开的活动，该活动组织方没有事先告知画展的参加者和参观者任何关于同性恋的警告，但是穆勒的作品却被活动主办方没收了并且瑞士当局启动了对穆勒等人的刑事控告。穆勒等 10 个艺术家不服瑞士当局的处罚和判决，遂在瑞士提起诉讼，在用尽当地救济之后，穆勒等将案件上诉至欧洲人权法院，请求欧洲人权法院判决瑞士违反了《欧洲人权公约》第 10 条。 虽然欧洲人权法院最终判决瑞士胜诉，但是法院同时肯定了在艺术创作和活动自由的领域，《欧洲人权公约》第 10 条所保障的言论自由可以覆盖到艺术表达上来，因而对艺术创作活动的限制必需符合两个条件：（1）必须有明确的法律所规定；（2）该限制符合民主社会所必需的程式、条件、限制或者是惩罚的约束。相反地，在帕迪雷诉法国案（Paturel v. France）[53]中，有人利用公共资金进行私人反宗教运动（anti-sect movement）受到某出版物的攻击，法国将该出版行为入罪，欧洲人权法院认为法国的行为违反了《欧洲人权公约》第 10 条。在艾里那克诉土耳其案（Alınak v. Turkey）[54]中， 土耳其人艾里那克因为出版了一部以土耳其东南部舍尔纳克省（土耳其语：Şırnak）村民被酷刑对待的小说（土耳其语：*Şiro'nun Ateşi* ）而被土耳其当局没收了出版物并禁止该出版物的发行，欧洲人权法院认为上诉人所出版的书籍的确含有一些可以与真实语境相映照的章节，这些章节或许可以在当地村民阅读之后产生一些仇恨、对抗甚至是暴力行为，但是必须注意的是上诉人是以“小说”这种艺术创作的方式来对公众进行传播的，这不同于通过大众媒体的传播（mass media），应该正确地将上诉人的出版物视为一种文学艺术创作而属于公民的文化权利范畴，土耳其当局对该文学艺术作品的禁止和处罚没有达到《欧洲人权公约》第 10 条所要求的限制条件，土

52 Müller and Others v. Switzerland ECtHR, Appl. Nr. 10737/84, 1988.
53 Paturel v. France, ECtHR, Appl. 54968/00, 2005.
54 Alınak v. Turkey, ECtHR, Appl. Nr. 40287/98, 2005.

耳其队其公民文化权利的干涉没有与其所意欲追求的目的成比例，也不是民主社会所必须。[55] 类似地，在我国的司法实践中，也有关于公民文学艺术创作由于模拟现实而被诉至法院的“《人秧》侵权事件”，在这起事件中核心的法律问题也在于涂怀章的作品《人秧》是否属于文学艺术创作的自由范围。[56]

2、集体文化权利

内生于文化权利的“文化自我实现和自我开展”不仅仅指经典的个体意义上法益的自决和展开，还可能包含在社群（集体）意义上的法益的自决和展开。如果否定文化权利的集体维度，那么基于文化多远的建制则会在现代国家演变为优势文化对弱势文化的吞噬。例如，土著民族文化在以国家权力和政策干预的方式、通过强势文化非暴力的有意或无意的同化和融合下，即在国家意向下的同化和融合中消失。土著民族作为承载这种文化的人很难说还能作为一种有民族特性的人们共同体存在。这种民族社会和文化的消亡又导致民族本身的消亡的现象被认为是在人类学意义上的民族消亡和文化消亡，在国际人权法意义上则被称为“种族文化灭绝”（Ethnocide）。[57] 因此，当代人权法和宪法法理的发展都认可了特定的集体或者民族得享有普遍性的文化权利，国际劳工组织于 1957 年制定了《原住民及部族人口公约》（Indigenous and Tribal Populations Convention, C107, 第 107 号公约）[58]，之后又于 1991 年通过了《独立国家土著和部落居民公约》（第 169 号公约）[59] 2007 年《联合国土著人民权利宣言》[60]（UNDRIP）可以视为是少数民族权利保护的最新法理发展。联合国防止歧视和保护少数人小组委员会也任

55 Alınak v. Turkey, ECtHR, Appl. Nr. 40287/98, 2005, para.47.
56 胡锦光、韩大元：中国宪法（第 2 版），北京：法律出版社 2007 年版，第 308-309 页。周伟：《宪法基本权利：原理•规范•应用》，北京：法律出版社 2006 年版，第 374 页，注释第 24。
57 廖敏文，《联合国土著民族权利宣言》研究，中央民族大学 2009 年博士论文，第 105 页。
58 International Labour Organization (ILO), Indigenous and Tribal Populations Convention, C107, 26 June 1957, C107.
59 Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 169), 72 ILO Official Bull. 59, entered into force Sept. 5, 1991.
60 Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, U.N. Doc. A/RES/47/1 (2007). 《联合国土著人民权利宣言》于 2007 年 9 月 13 日第 61 届联合国大会通过，联大投票结果为 143 票支持、4 票反对、11 票弃权。其中，澳大利亚、加拿大、新西兰和美国投反对票，中国投赞成票。具体参见：UN Sixty-first General Assembly Plenary 107th & 108th Meetings (AM & PM)。

命了一个土著居民问题工作组，审查各国对土著人权利保护进展，制定有关土著人权利的国际标准。[61]欧洲理事会在 1994 年所制订，于 1998 年生效之《保障少数民族架构公约》（Framework Convention for the Protection of National Minorities）[62]，为欧洲第一份关于文化权保障且具拘束力之多边法律文件。在本架构公约中将保障少数民族之文化多样性视为其宗旨之一，其规定缔约国应在文化生活领域，采取促进少数民族平等性之适当措施（第 4 条第 2 项）；缔约国应维持与发展少数民族之文化，并保存其文化资产（第 5 条第 1 项）；缔约国允诺对于因为文化身份而受歧视之行为或威胁之个人，采取适当保护措施（第 6 条第 2 项）；缔约国并应在教育与研究领域采取必要措施，促进少数民族对其文化之认识（第 12 条）；缔约国亦应创造必要条件，使少数民族能参与文化生活（第 15 条）；缔约国不应干预少数民族之个人与其他具共享文化身分或文化资产。[63]

就宪法上少数民族所享有的文化权利而言，诸如南非、新西兰、澳大利亚等国家的宪法都承认了少数民族应该享有保持和延续其文化发展的权利，而这项权利又和国际法上的“自决权”（Right of Self-determination）紧密相连。就集体文化权利的主体而言，如何界定作为集体的少数民族或者土著民的文化权利呢？首要的问题就在于“何为少数民族/土著民”。在人类学等非法学意义上看，英文中有“nation”、“nationality”、“ethnic”、“ethnic group”、“race”、“people”、“population”、“indigenous people”、“minority people”等多个词语都可以表达民族或者少数民族一词，同时与这些西方词语相对应的中文翻译遂成为民族研究或者文化研究的一个语言学上的难题。[64]本文认

61 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Add. 1-4. The conclusions and recommendations of the study, in Addendum 4, are also available as a United Nations sales publication (U.N. Sales No. E.86.XIV.3). The study was launched in 1972 and was completed in 1986, thus making it the most voluminous study of its kind, based on 37 monographs.
62 Framework Convention for the Protection of National Minorities, (ETS No. 157), entered into force on January 2, 1998.
63 徐挥彦：《从欧盟文化政策之发展与实践 论文化权之保障：以文化多样性为中心》，《欧美研究》2008 年第 38 卷第 4 期，第 690 页。
64 日本著名人类学家清水昭俊先生认为英文中的 indigenous peoples 在汉语和日语中找不到很恰当的对应

为法学意义上的“少数民族文化权利”研究有必要在借鉴上述人类学、语言学的研究成果的基础上，寻找作为“文化权利”主体之一的“少数民族”的法学含义。《公民权利和政治权利国际公约》第27条明文规定：“在那些存在着人种的、宗教的或语言的少数人的国家中，不得否认这种少数人同他们的集团中的其他成员共同享有自己的文化、信奉和实行自己的宗教或使用自己的语言的权利。”[65] 该条文成为少数民族权利研究最为重要的法律渊源（Legal Sources）。《经济、社会、文化权利国际公约》第15条保障个人享有人类文明的发展或进步成果的权利，而联合国经济、社会、文化权利委员会认为每个人因为创作而拥有了知识产权，但是纵使个人享有也必须同时保障全体人类也能享有科学、文化进步带来的好处，个人权利的享有不能成为全体人类享有科学文化成果的阻碍。比较人权两公约，《公民权利和政治权利国际公约》第27条侧重于族群文化的维度，即少数民族或原住民的文化权利；《经济、社会、文化权利国际公约》第15条侧重从文化权利的本质内容上保障所有主体的文化权利。

在日本，尽管原住民族权利的恢复与保护已经是国际社会的主流共识，但在前一个世纪里，政府始终漠视日本国内唯一的原住民族——阿伊努民族的各种固有权利。这个状况一直到二风谷判决（1997）出现之后才出现重大的转变。札幌地方法院在此判决中，首度承认了阿伊努族确实是原住民族，并以此引申出：日本政府应该遵从日本宪法以及两大国际人权公约的规定，恢复并积极保障阿伊努民族的各项权利。[66] 札幌地方法院在判决书中接受了原告证人相内俊一（北海道教育大学岩见泽分校教授）所叙述的“原住民族”的定义，并承认该定义复合国际原住民族定义。 所谓原住民族，乃是在近代国家统治之前，在当地已经存在有与国家主流多数民族相异的文化与认同之少数民族，且其后虽受多数民族统治，

词，他建议用“先住民”这个翻译来对译 indigenous peoples。参见：[日] 清水昭俊，《论国际法中的 indigenous peoples》，《云南民族大学学报》（哲学社会科学版），2012年第2期。

65 Art.27, International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entered into force Mar. 23, 1976.

66 《文化权作为一种复合性权利：以日本阿依努族文化权发展史为例》，《台湾原住民族研究季刊》，2011年第4卷第3期，第11页。

仍未失去其具有历史连续性的独特的文化与认同之社会集团。[67] 在土著人法律定义的研究上，在人权法学界影响最大的是联合国防止歧视和保护少数委员会土著居民问题工作组的特别报告员（Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities）——何赛•马丁内斯•科博先生（Jose R. Martinez Cobo），他以二十世纪八十年代出版的《土著居民歧视问题》而著称。科博先生对少数民族/土著居民的定义为：在社会中居于非主导地位的团体或居民，他们致力于以他们自己的文化模式、社会制度和法律体系向其后代人保护、发展和延续他们的长期形成的文化传统、民族认同。[68]

界定了少数民族的定义后，我们大致可以认为少数民族文化权利是少数民族人权最基本的内容之一，是自然的，不可让渡的权利。少数民族的文化权利包括：文学艺术权利、语言文字权利、饮食和服饰权利、节日权利、少数民族用品权利、少数民族建筑风格权利、历史遗址和文化的权利、传统体育权利、新闻出版权利、其它权利等。[69] 下面以我国关于民间文化艺术作品的典型案例——《乌苏里船歌》侵权案[70]来说明少数民族文化权利保护中的法律问题。

（1） 案情[71]

赫哲族是一个世代生息繁衍在东北地区、历史上以捕鱼狩猎为生的少数民族。《想情郎》是一首世代流传在乌苏里江流域赫哲族中的民间曲调，已无法考证该曲调的最初形成时间和创作人。该曲调在20世纪50年代末第一次被记录下来。

67 《文化权作为一种复合性权利：以日本阿依努族文化权发展史为例》，《台湾原住民族研究季刊》，2011年第4卷第3期，第11页。

68 Jose R. Martinez Cobo, Study of the problem of discrimination against indigenous populations, New York: United Nations, 1987, paras. 379-382.

69 翟东堂：《略论中国少数民族文化权利的保护》，《华北水利水电学院学报》2005年第4期。

70 黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权案，北京市高级人民法院，(2003)高民终字第246号。另参见：黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权案，北京市第二中级人民法院，(2001)二中知初字第223号。

71 黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府诉郭颂等侵犯民间文学艺术作品著作权案，《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第7期。另参见石谷：《<乌苏里船歌>著作权纠纷案评析》，《中国法律》2004年第2期。本文采用该案终审判决认定的事实。

在同一时期，还首次收集记录了与上述曲调基本相同的赫哲族歌曲《狩猎的哥哥回来了》。

1962 年，郭颂、汪云才、胡小石到乌苏里江流域的赫哲族聚居区进行采风，收集到了包括《想情郎》等在内的赫哲族民间曲调。在此基础上，郭颂、汪云才、胡小石共同创作完成了《乌苏里船歌》音乐作品。1963 年，该音乐作品首次在中央人民广播电台进行了录制。在中央人民广播电台的录制记录上载明："录制：63 年 12 月 28 日；名称：《乌苏里船歌》；时间：3 分 20 秒；作者：东北赫哲族民歌；演播：黑龙江歌舞团郭颂；伴奏：武汉歌舞剧院乐队。"1964 年 10 月，百花文艺出版社出版的《红色的歌》第 6 期刊载了歌曲《乌苏里船歌》，在署名时注明为赫哲族民歌，汪云才、郭颂编曲。

1999 年 11 月 12 日，中央电视台与南宁市人民政府共同主办了"99 南宁国际民歌艺术节"开幕式晚会。在郭颂演唱完《乌苏里船歌》后，中央电视台节目主持人说：刚才郭颂老师演唱的《乌苏里船歌》明明是一首创作歌曲，但我们一直以为它是赫哲族人的传统民歌。南宁国际民歌艺术节组委会将此次开幕式晚会录制成 VCD 光盘，中央电视台认可共复制 8000 套作为礼品赠送。同时，赫哲族乡人民政府没有证据证明主办者进行了商业销售。

案件一审原告黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府（以下称赫哲族乡人民政府）认为：《乌苏里船歌》是赫哲族人民在长期劳动和生活中逐渐产生的反映赫哲族民族特点、精神风貌和文化特征的民歌。该首歌曲属于《著作权法》规定的"民间文学艺术作品"，应当受到我国著作权法的保护，赫哲族人民依法享有署名权等精神权利和获得报酬权等经济权利。因此，赫哲族乡人民政府将郭颂、中央电视台（歌曲传播方）、北辰购物中心（音像销售方）作为共同被告诉至北京市第二中级人民法院，并要求法院判决被告停止侵权、赔偿其精神和经济损失共计五十万元。在初审法院支持赫哲族乡人民政府除经济和精神赔偿外其他诉讼请求的情况下，案件一审共同被告人将赫哲族乡人民政府上诉至北京市高级人民

法院。

案件上诉人郭颂坚持认为《乌苏里船歌》是其创作的歌曲，另一上诉人中央电视台坚持认为，有关音乐作品《乌苏里船歌》的署名是经多方查阅资料而得出的结论，迄今未发现与该署名相抵触的权威性资料。

另外，案件初中，双方当事人一致同意由中国音乐著作权协会作为鉴定机构。中国音乐著作权协会接受本院委托，从双方当事人认可的十名候选人中，确定了三位专家作为鉴定人进行了鉴定。中国音乐著作权协会的鉴定结论为："1.《乌苏里船歌》的主部即中部主题曲调与《想情郎》、《狩猎的哥哥回来了》的曲调基本相同，《乌苏里船歌》的引子及尾声为创作；2.《乌苏里船歌》是在《想情郎》、《狩猎的哥哥回来了》原主题曲调的基础上改编完成的，应属改编或编曲，而不是作曲。"

（2）争议焦点：

系争法律问题一：民族自治地方的国家政权是否能以自己的名义对民间音乐作品的保护提起诉讼？

系争法律问题二：以传统民间音乐曲调为基础创作出的音乐作品是否属于改编作品？改编作品的著作权由谁享有？

（3） 判决结论

郭颂、中央电视台以任何方式再使用音乐作品《乌苏里船歌》时，应当注明"根据赫哲族民间曲调改编"；郭颂、中央电视台于本判决生效之日起三十日内在《法制日报》上发表音乐作品《乌苏里船歌》系根据赫哲族民间曲调改编的声明；北京北辰购物中心立即停止销售任何刊载未注明改编出处的音乐作品《乌苏里船歌》的出版物；驳回黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府的其他关于经济和精神赔偿的诉讼请求。

（4） 案例要旨：

就第一个法律争议问题，北京市最高人民法院认为：赫哲族民族乡人民政

府既是赫哲族部分群体的政治代表，也是赫哲族部分群体公共利益的代表。在赫哲族民间文学艺术可能受到侵害时，鉴于权利主体状态的特殊性，为维护本区域内的赫哲族公众的权益，民族自治地方的国家政权是可以以自己的名义对民间音乐作品的保护提起诉讼。

就第二个法律争议问题，北京市高级人民法院认为：《著作权法》上的改编，是指在原有作品的基础上，通过改变作品的表现形式或者用途，创作出具有独创性的新作品。在《乌苏里船歌》的乐曲中部系改编而成、中部又构成整首乐曲的主部的情况下，《乌苏里船歌》的整首乐曲应为改编作品，而非原创作品。

《乌苏里船歌》侵权案是我国在民间文学艺术保护领域内的一起典型案例，无论从初审、上诉法院的推理论证还是从同一时期以来学术界的热烈探讨来看，实务和理论界关于少数民族文学艺术作品保护的主轴线都置于了知识产权法之上，主张建立健全民间文学艺术作品的知识产权保护制度。[72] 随着近年来民间文学艺术作品保障需求的提升，我国也有学者主张从公法的角度推动民间文学艺术进行专门制度保护，根据民间文学艺术的性质和法律特征来构建特别权利保护体系，主要从以下几个方面做出规定：（1）明确其保护的政策目标为“承认价值与增进尊重、有利于保持文化的多样性、促进文化的交流与创新”。（2）确认其权利主体的多元性与群体性，允许“群体”所有权的存在。（3）保护权利人的精神权利与经济利益，规定以营利目的使用民间文学艺术应取得权利人的许可并在获得经济利益后向权利人支付使用费。（4）基于私权保护与公共利益的平衡对民间文学艺术权利人的权利进行一定限制，规定族群内部成员基于习惯法或实践的使用、为创作原创作品的使用以及为公共利益目的的使用可以不用取得权利人的许可，也不必支付使用费，但应当指明民间文学艺术的来源。（5）民间

72 石谷：《<乌苏里船歌>著作权纠纷案评析》，《中国法律》2004 年第 2 期；张革新：《<乌苏里船歌>案若干法律问题评析》，《法学杂志》2004 年第 3 期；吴海珍：《从乌苏里船歌案看民间文学艺术的保护》，《电子知识产权》2003 年第 12 期；邵明艳：《让“乌苏里船歌”的歌声更悠扬——民间文学艺术作品法律保护的探讨》《电子知识产权》2005 年第 9 期。

文学艺术的保护期不受限制。（6）民间文学艺术专有权不得转让。（7）国务院及地方各级文化行政管理部门依法对民间文学艺术进行行政保护，并采取相关措施保存、传承与弘扬民间文学艺术。[73]

进一步而言，笔者也从中提炼出少数民族文化权利保护的问题，其首当其冲的便是涉及该种权利的属性。由于从少数民族文化就整体而言也类似于民间文学艺术那样，它是某一区域内的群体在长期生产、生活中，直接创作并广泛流传的、反映该区域群体的历史渊源、生活习俗、生产方式、心理特征、宗教信仰且不断演绎的民间文化表现形式的总称。[74] 在权利的逻辑上必须认可少数民族是这种文化权利的主体，然后才能开始在这个逻辑主线上向下游去探寻少数民族特定文化样式具体的代表着或者执行者。故检讨之前理论和学术界关于民间文化艺术的探讨，虽然司法审判面临着十分迫切的技术难题，知识产权日新月异的发展也需要从著作权等角度详细加以审视，但是，少数民族应该享有文化权利并且应该成为集体性文化权利的主体必须得到重视和承认。

六、文化权利的规范功能

1、文化权利规范之属性

相较于其他较为古老和成熟的权利形态，文化权利规范一般而言都比较模糊，法院判例的累积还不足、学术探讨的深入程度仍有待于发掘。不仅国际人权公约的条约机构和人权法院仍然将文化权利视为正在发展中的权利，而且各国宪法法理的植入似乎仍然不能应对现实的需求。借用大陆法系国家法学体系化思维的特征，笔者认为文化权利规范的属性是我国学术界探讨的当务之急。

通过对世界上具有代表性法系传统的宪法进行观察，我们不难发现，在成文宪法国家，文化权利规范在一国宪法中出现位置不外有三处：序言中的文化权利、

73 黄玉烨：《我国民间文学艺术的特别权利保护模式》，《法学》2009 年第 8 期。
74 石谷：《<乌苏里船歌>著作权纠纷案评析》，《中国法律》2004 年第 2 期。

总纲中的文化权利和基本权利部分（权利法案）的文化权利。爰此，学理上有三种见解可以用来定性文化权利——（1）文化权利规范是一种方针政策条款（Programmsätze）；（2）文化权利是一种抽象性的权利；（3）文化权利是一种具体的权利。其定性如下图所示

表 5　文化权利规范之法律属性（学说与见解）[75]

	方针规定说	抽象权利说	具体权利说
规定性质	政治方针规定	抽象权利规定	具体权利规定
国家义务	政治、道德义务	抽象法义务	具体法的义务
是否具裁判规范性	否（于请求权层面）	有（有文化保障立法时）	是
得否提起不作为违宪确认诉讼	否	否	是
得否直接依宪法请求文化设施给付	否	否	论者主张不一

第一种观点认为，许多成文宪法国家中并不存在明确的文化权利条款，而在宪法序言中，文化一词被提及。从严格意义上讲，文化权利并非是一种真正可司法性的权利，对于文化权利的侵犯，国家或个人均没有实际的救济手段。故应该将文化权利视为一种“国策”或者国家发展的指针（Richtlinien der Staatsgestaltung）抑或是国家目标条款 （Staatszielebestimmungen）。

第二种观点认为，文化权利条款既然没有被规定在权利法案中，又不能够通

75 本文在此借鉴日本关于“最低生存权规定之法律性质”的三种学说来说明文化权利的法律属性，周宗宪.宪法上人民最低生存权的性质与司法保障:我国与日本学说及司法判决(大法官释宪)见解的检讨[D].台北县：辅仁大学，2003：252.

过明列的权利法案推导出来，那么这种权利只能是一种宪法委托（Der Verfassunsauftrag）意义上的抽象权利或者是宪法的授权性条款。从这个意义上讲，只有立法者关于文化权利的内容（立法内容之裁量）具才具有决定权或关于是否立法的决定权（立法制定之裁量）。[76]亦即文化权利的实现或救济与否在于立法者讲抽象性的文化权利具体以法律形式加以实施。

第三点观点认为，文化权利是权利法案所名列的权利，这种罗列表明立宪者将文化权利与其他任何古老的、成熟的权利并列并希望文化权利能够是一项真正的、可以实施的权利。持这种观点的人认为，文化权利是具体的、可司法的、可救济的。

本文认为关于文化权利属性的探讨，关涉到宪法中为什么要规定“文化权利”的问题。宪法之所以要将文化权利规定下来，不是想要增加一些政治诗歌或一些纲领式的条文目录，而是要积极的反其道而行，宪法是很严肃与真诚的规定下来，必须将这些价值决定完全满足后，宪法才会完全的显示出它的光芒来指引每个国民及整个国家一条应走的大道。一个实行法治国家的宪法，不是一个宣誓式的宪法（eine deklaratorische Verfassung），而是一个要实践的宪法（eine zu verwirklichende Verfassung）。笔者认为：本文认为从方针政策的角度来看待文化权利条款，从而把文化权利仅仅视为方针条款（Programmsätze）漠视了这些宪法规范在法规范学上的效力，而把文化权利视为宪法委托（Der Verfassunsauftrag），等待立法机关通过普通立法将基本权利具体化的认知又忽视了这些文化权利条款本身具有直接拘束力的宪法事实。基于此，本文认为文化权利可以被恰当地视为是一种具体的、可司法的、可救济的权利。

2、文化权利的规范结构

76 秦前红、涂云新：《经济、社会、文化权利的保障路径及其选择——在立法裁量与司法救济之间》，《交大法学》2013 年第 1 期。另外，在台湾包括司法院大法官释字第 204 号、释字第 228 号、释字第 246 号、释字第 302 号、释字第 318 号、释字第 369 号等均明确使用“立法裁量”的概念，也有学者称之为“立法形成自由”。参见李惠宗：《立法裁量类型化试论》，载《宪政时代》1990 年第 1 期。

借鉴基本权利的一般规范建构的原理，文化权利也具有所谓的主观权利功能和客观权利功能。如果说在一个国家宪法体制中，基本权利处于一个“主观权利”（Subjektives Recht）的地位，那么公民相对于国家可以产生一个直接的请求权。如下图所示，如果直线和圆圈代表主观权利，那么权利的持有者 T 对的相对人 A 则产生一个直接的请求权。作为主观权利的基本权利还兼具防御权功能和受益权功能，分别对应国家的消极不干预和积极给付义务。

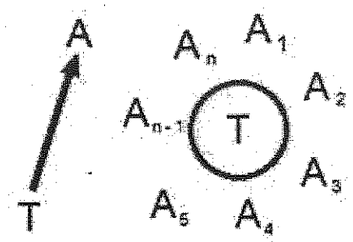


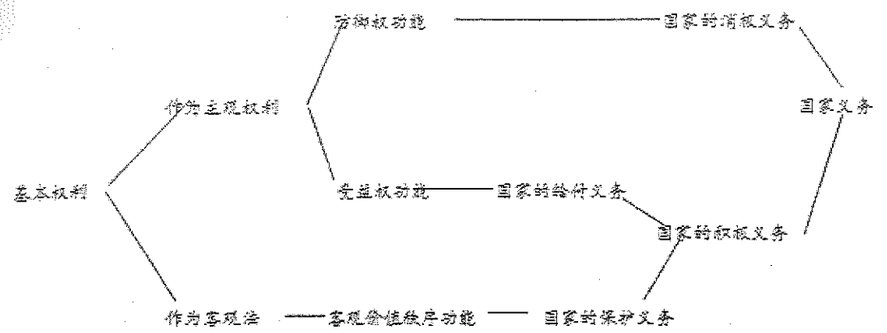
图 5[77]

若果说在一个国家宪法中，经济、社会、文化权利处于一个“客观权利”（objektives Recht）的地位，那么公民相对于国家并不产生一个直接的请求权。相反，基本权利作为“客观权利”的时候只保障宪法中的客观法秩序/客观价值决定。传统宪法学理论只认可基本权利的主观权利功能，到了二战后，德国公法学者发掘出基本权利还在总体上具有法拘束力的特征，而且整体的国家权力都负有义务去遵守。与此同时，德国学者还发展出基本权利的扩散作用理论，基本权利不仅影响实体法，也影响组织法和程序法，立法者以及法律适用者在制度、解释以及适用法律规范时，都必须要考虑到基本权利的影响，就此而言，基本权利的效力扩散到国家与社会的整体法秩序。[78]

关于基本权利在一般意义上的规范结构，如下图所示：

77 http://de.wikipedia.org/wiki/Subjektives_Recht, last visit 2013-5-2 12:20.
78 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社 2006 年版，第 20—23 页。

基本权利的规范结构[79]



转而言文化权利，文化权利作为基本权利的一种重要类型，也同时具有主观权利和客观法的双重面向。细而言之，我们可以从三个方面展开对文化权的规范剖析：

第一，文化权利作为主观权利。文化权利作为主观权利的作用，主要是传统的防御权功能，保障个人文化自由的最大可能自我决定，在此范围内个人可以通过权利救济排除国家干涉。事实上，人格的自由开展正是人的自我实现的主要内涵，也是文化权利建构的核心概念。[80] 文化权利可以是公民个人可司法的权利，这项权利的不仅包括人民对于国家的一种请求权还包括文化权利的水平适用（horizontal application）德国法上叫做文化权利的第三人效力（Drittwirkung von Grundrechten），即文化权利也对私主体之间也产生一定的拘束效力，例如，公民和公民之间的文化侵权也可以被文化权利的主观诉求功能涵摄。同时，随着第二代人权理论的发展，当今社会的身份认同和文化认同问题虽然由社会自主形成，但国家亦有促进和介入的必要，如此一来，国家对人民生活的照顾义务，已经从物质生活（社会国）扩张到了精神生活（文化国）。[81]

79 参见张翔：《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》，载《中国法学》2006 年第 1 期。
80 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社 2006 年版，第 18 页。
81 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社 2006 年版，第 19 页。

第二，文化权利作为客观权利。文化权利不但可以具有主观诉求功能，还可以产生一种所谓的“客观法价值秩序”，这种客观法价值秩序，约束国家机关、公民个人、社会团体。最明显的理论是“制度性保障理论”，例如德国法上的“大学自治”条款被视为“制度性保障”，其核心功能不得被国家、私主体肆意侵犯。文化权利的客观权利功能也延伸出文化权利具有一定的组织和程序保障功能，即文化权利是影响组织法和程序法的一项基本权利，这是和文化权利作为基本权利的扩散作用紧密相连的。

第三，文化权利的国家保护义务。既然文化权利有主观权利和客观权利功能了，那么如何保障文化权利不被减损、侵犯就成为现代民主国家的一个国家法上的难题。文化权利的国家保护义务应运而生。结合国际宪政和人权的大潮流，国家保护义务又可以分为尊重（obligation to respect）保障（obligation to protect）和实现（obligation to realize）三个层面。国家在文化上的保护义务不仅包括公民个体文化权利的还包括对群体文化权利的保障义务等重要的内容。以少数民族文化权利的国家保护义务为例，在多民族文化传统的国家，国家对少数民族文化权利的保护负有积极保护的义务。这些义务体现在：第一，采取措施保护少数民族文化权利不被侵犯。第二，尊重少数民族的生活习惯。第三，保护少数民族的文化遗产。[82]

七、余论：文化权利所要求之多元文化建制

联合国教科文组织早在1966年的《国际文化合作原则宣言》就明文确认了的文化权利保障之必要性，该宣言第1条明文宣示：每一种文化都拥有必须被尊重和保护尊严和价值，每一个民族拥有发展其文化的权利和义务，本于其丰富和多元之特性以它们之间的及交互影响，任何文化都得形成“属于全人类共同遗产”

82 周伟：《宪法基本权利：原理·规范·应用》，北京：法律出版社2006年版，第366-367页。

(the common heritage belonging to all mankind)。[83] 而这种文化权利之理念宣示也契合了《世界文化多样性宣言》第1条之涵义：文化之多样性作为人类共同遗产应该基于当代人和后代人之利益而被认可和确证。[84] 国际法首先肯定了文化多远在世界范围内的法律事实，然后以国际公约的形式对这种法律事实加以保障，举例言之，《非洲人权宪章》第17条保障了个体得享有参享共同体文化生活的权利，同时，集体亦得享有该种延续其文化价值和传统的权利，国家在两个方面都有义务予以尊重和保护。[85] 若将这种文化权利之多元与开放之秉性放置在宪法法理的拷问下，则诞生了一种作为“部门宪法”的“文化宪法”之研究。[86] 如何在一个多元文化并存的宪法国家（Constitutional State）之内确保各种文化形式和样态的永续存在遂成为现代法治国家不得不直面的指导性宪法原则。由于人民拥有了人权意义上对文化发展和存续的自我决定和自我实现之权利，故只要人民在各项法律所限定的范围内实施上述基本权利，国家就不能侵犯人民的文化自由。这一点可以称作文化基本权利的消极内涵。它同样意味着，一个人民的文化自由不能受到另一人民的文化自由的限制，因为国家负有在文化国中保障所有的团体都享有实践文化自由的职责，这成为人民文化基本权利的积极内涵。[87] 无论从国际法还是从比较宪法的角度来看，文化权利对各国都产生了巨大的法理上的指示效应，国家一方面不得肆意干涉和侵犯到公民文化权利所要求的消极核心另一方面又不得漠视弱势文化在一个文化融合日趋多元的世界中走向消亡。举例

83 Art.1, Declaration of the Principles of International Cultural Co-operation, adopted by the UNESCO General Conference at its fourteenth session, Paris, 4 november 1966, UNESCO's Standard-Setting Instruments, IV.C. (1994).

84 Art.1, UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, Nov. 2, 2001, UNESCO Doc. 31C/Res 25, Annex 1 (2001).

85 Art.17, African Charter on Human and Peoples' Rights, adopted 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5, reprinted in 21 ILM 58 (1981), entered into force 21 Oct. 1986.

86 所谓“部门宪法”，乃是与传统“国家宪法”而言，其具体形态有如“经济宪法”、“劳动宪法”、“社会宪法”、“教育宪法”、“文化宪法”、“宗教宪法”、“环境宪法”、“科技宪法”等等。此种宪法的学理研究进路，在我国台湾地区先有葛克昌教授、陈新民教授分别展开财政宪法、军事宪法之研究而开其先声，尔后有苏永钦教授作系统论述、并组织大批教授分别撰写各部门宪法的专题研究论文，遂得呈现方兴未艾之势。参见周刚志：《部门宪法释义学刍议》，《法学评论》2010年第3期。

87 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社2006年版，第159页。

言之，在二十世纪六十年代，中国大陆和中国台湾采取了两种截然不同的文化国家政策，中国大陆在完成社会主义改造和1954年制宪后，面对新生的社会主义社会，国家曾一度采取对中国传统文化贬抑甚至排斥的政策，试图将社会主义文化在全民中高度意识形态化，在相当长的一段时间内，不仅中华固有的文化遭到了惨烈的破坏，而且那些含有人类优秀文化因子的宗教文化都遭到了巨大的伤害。而在同一时期的台湾海峡对面，台湾居于政治上强烈的对抗以为，并为了强化自身的中国正统性，坚定反共立场与巩固政权，当局乃积极倡导中华文化复兴运动，成立中华文化复兴运动推行委员会（交复会），大力推行对台湾的中国化政策，并且以国家民族主义作为文化发展的定位，文化政策沦为政治的操纵工具。[88] 时隔四十年后再次深刻检讨两岸特定时期的文化政策，我们不难发现，在“文化国”框架下，无论极度破坏固有的文化还是将固有文化奉为至尊都会对文化多远的发展产生相当消极的影响，就前者而言，破坏固有文化则使得国家腐蚀了其本身得以存立的土壤，这也是对人民在文化上自我决定和自我实现最为严重的侵犯；就后者而言，极力甚至强力推行固有文化，则泯灭了社会上各种文化间平衡和交融的自然发展，这是对土著文化或者弱势文化最为严重的侵犯。因此，在文化国的框架下，法治无疑是对文化政策进行规范的最佳选择，在这种治理模式下，国家必须保持一种中立性的立场，即使国家和社会存在着事实上相对强势的文化，但一个遵循法治的政府不得贬损某种特定的文化更不能着力强化某种特定的文化。整体而言，国家的中立性（Die staatliche Neutralität）意味着，国家在自由多元而开放的社会中，对其多元存在且互为竞争性之各样文化事务的开展、接受或支持（Parteinahme），应自我节制。在此意义下，国家必须作为“所有国民的国家”（als”Heimstatt aller Burger”/“home of all citizens”），不受特定文化社群（尤其是多数族群的主流文化）的影响，而促进多元文化的最大

88 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社2006年版，第282页。

可能自由开展。[89]更有学者提出，既然国家必须尊重即成的文化强弱对比的事实，那么何不以“一元为主，多元为辅”作为其文化政策呢？笔者认为将这种观点置于文化法治国的探讨框架下仍然需要加以堤防和警醒。因为法治必须恪守应然（Das Sollen）与实然（Das Sein）的区分，在应然状态上，国家必须坚持“国家中立”之基本原则，否则一主多辅之格局籍由国家的强化必定会成为一元化的借口。为了贯彻国家基于文化多元上的“中立原则”，首先，国家应该平等地推动各类文化发展，应提供国民平等参与的机会，不得因种族、族裔、性别、年龄、信仰或社会阶级、地域有所差异。其次，政府拟定文化政策，应尊重文化艺术多样性，考虑文化差异并尊重当地风土民情。再次，政府应编列合理之文化预算，保障专款专用并合理分配与运用，对偏远及特殊地区之文化发展，应优先补助。最后，国家必须急迫地将文化权利的视野放宽拉远，突破以救济模式孤立原住民、取走其土地权的政策，因为实践文化权利的文化政策既是人权政策的贯彻，也是让文化和自然结合的政策，同时也是建置各族群互相依赖且信赖关系之政策。

八、结论

陈独秀在1916年2月15日“青年杂志”1卷6号发表了《吾人最后之觉悟》一文，在该文中他将中西文化的碰撞交融分列为七个时期，第七个时期为：“吾人拜赐于执政，可谓没齿不忘者矣。然自今以往，共和国体果能巩固无虞乎？立宪政治果能施行无阻乎？以予观之，此等政治根本解决问题，犹待吾人最后之觉悟。此谓之第七期民国宪法实行时代。”在宪法实行的时代，文化权利的最后觉醒有赖于吾人在今天为之奠定一个探讨的基本框架。作为深深植根于文化之中的法律制度，以文化权利的规范构造来建设一个“文化法治国”是法律人将来努力的方向，这个构建的过程无论如何也脱离不了文化交融和文化多元的理念，在一个民主和多元的社会中，各种文化都为了延续或者发展而处于一个竞争的状态，在这

89 许育典：《文化宪法与文化国》，元照出版社2006年版，第209页。

种状态中，以文化的“自我决定”和“自我开展”为核心的权利体系必须构建起来，这一方面，可以为国家在一个阶段内制定合理和正当的文化政策提供向导和指南，另一方面，人民才可以在繁荣的文化生活中和润地服务着他们所热爱的土地。

法院独立审判与人权保障之关系的实证分析

王广辉※

摘要：“有权利就应当有救济”是一句古老的法律格言，至少在形式上表明了法院的司法救济对权利的实现具有至关重要的作用，只是这一作用必须建立在法院享有独立审判权的前提之下。然而，现实的司法审判实践显示出法院的审判与人权保障之间并非是单一的关系，而是呈现出了复杂的样态，或为法院受到外部力量的干涉而不能独立审判；或为法院并未受到外来力量的干涉，但却因自己违反法律而做出枉法裁判。这种情形之下，司法对权利的救济作用自然无法实现。因此，法院独立审判与人权保障关系的建立，需要面对很多的问题，更需要相应的制度建设来保障。

关键词：独立审判　　权利保障　　实证分析

法治主义的根本在于人权保障，基于法治主义的理念以及外化出的各种制度，必须以保障人权的实现为最终归属。就司法而言，其基本的职能在于运用法律或者是将法律作为依据，来裁判纠纷，以达到定纷止争、明确权利义务、恢复受到侵扰或破坏的社会秩序之目的。此目的地实现，必须建立在法院对案件的裁判只服从法律的基础上。由此而决定了司法独立或审判独立对人权保障的至关重要性。

司法独立对人权保障具有的重要性，无论是在理论还是法治建设的实践上具有的重要性自不待言。然而，要探讨司法独立与人权保障的关系，却是一件非常复杂的事情，涉及到诸多方面的问题。如法院的裁判以法律为唯一依据，倘若没有立法机关的立法活动为法院的司法奠定基础，法院的裁判将会因为没有法律上

※ 王广辉，中南财经政法大学教授，宪法学与行政法学专业博士生导师。

的根据而难以进行，特别是在那些不实行判例法的国家，法院和法官的角色就是一个法律的被动适用者，不能通过去创设“判例”来填补成文法没有明确规定的漏洞，解决案件的裁判依据时，更是如此。另一方面，法院依法对案件的裁判虽然有利于对受到侵犯的人权提供有效的救济，但是，如果人权受到侵犯的当事人没有向法院提出起诉，请求法院进行裁判时，司法对人权的保障作用只能说是停留于可能性之上，无法转变为现实。而此点，是由司法权的被动性所决定的。就此而言，司法独立对人权的保障作用，是在一定条件的满足之下才能实现的。

即便是具备了司法独立对人权保障作用实现的条件，那么，是否意味着法院的裁判一定会产生保障人权的效果呢？对此问题的回答，在逻辑上并不困难。简单地说，没有司法独立是无法发挥法院对人权的保障作用的，有了司法独立，并不意味着法院的裁判就一定能够产生保障人权的效果。本文并不想采用纯粹的逻辑演绎来对此问题展开分析，而是采取实证分析的方法，选择现实中已经发生的案件，来探讨司法独立与人权保障的关系，以及其中所暴露出来的各种问题，增强我们对司法独立与人权保障关系复杂性的认识。

现实的司法实践表明，司法独立与人权保障的关系大致上呈现出三种情形。

一、法院的审判直接受到了外部力量的干预

法院并不存在于真空之中，法院的审判活动时刻会面临着各种外部力量的干预，虽然我们在制度上并不允许这种外部力量进行干预，但由于社会关系的复杂性，如果我们立足于去防范或杜绝各种外部力量对法院审判活动的干预，不可避免会陷入疲于奔命的结果之中，且未必能够收到所期望的效果，不如从法院自身做起，要求法院的审判仅依照法律来进行，不能受到外部力量的干涉或干扰，以达到以一当十的效果。问题在于法院是否具备真正的抗干扰能力，法院所处的制度环境是否为排除各种干扰或干涉创造了有力的条件，都是需要加以思考或面对的问题。在此方面，我国的法律在规范层面就存在着未能为法院独立审判排除尽

可能多障碍的力量支撑。宪法对法院审判权的规定是，“人民法院独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，这一规定表明规范层面就没有为法院的独立审判建立起一堵安全的防火墙。为何我们的宪法会做出如此的规定，显然与我们对司法权的属性以及对司法审判的特点认识不到位有很大关系。长期以来，我们基于阶级划分理论和阶级分析方法，将国家的基本职能定位于运用国家机器对社会和个人的强制之上，非常注重于国家的专政职能和国家机器的暴力属性，将所有的国家机关和国家权力都看做是实现专政职能的工具，忽视了各种国家权力和国家机关在作用上的不同以及运用权力上所具有的特殊性，因此也就不能根据这种特殊性来设计出不同国家机关在行使自己权力时需要遵循的特定原则与采取的特殊方法。再加上中国历史上没有司法独立的传统，行政兼理司法的制度无形之中铸就了中国文化中司法难以独立的思维定式。法院作为审判机关的特殊性往往被忽视，而且常常期望法院发挥其作为审判机关无法发挥出的作用，如“服务大局”、“为经济发展保驾护航”、“服务中心工作”等要求，甚至要求法院完成政府的某些政策性任务等就是典型体现。更加上人民代表大会制度下法院对人大的负责关系，人大对法院有监督之责的规定，以及法院也要接受党的领导的要求，无论主观愿望如何，客观上容易给人造成法院不能独立的印象。所有这些，实际上也就为对法院行使审判权加以干涉造成了可乘之机。法院对案件的审判不能完全依照法律来进行，法院裁判不能得到遵守，既判力无法实现，甚至由此造成冤假错案，也就在所难免了。

【案例 1】　　湖北佘祥林案

佘祥林，湖北省京山县雁门口镇何场村人。1994 年 1 月 20 日，他的妻子张在玉突然失踪，一直下落不明。1994 年 4 月 11 日，一村民在离村不远的雁门口乡吕冲村九组窑凹堰水面上发现一具已经面目全非高度腐烂的女尸。无名女尸的

出现打破了乡间原有的平静，法医初步认定，无名女尸系颅脑挫伤至昏迷后溺水死亡，应属他杀。正式的侦查尚未展开，一名叫张年生的男子要求辨认尸体，他就是张在玉的哥哥，并且他向公安机关反映，他妹妹张在玉和妹夫佘祥林经常吵架，夫妻关系很不好，且佘祥林有外遇。张年生随后辨认了尸体，当下一口咬定腐尸就是其妹张在玉。由于尸体高度腐烂，DNA 鉴定无法确认，法医仅凭尸体与张在玉的特征有 11 处吻合，就作出了确认无名女尸就是张在玉的《法医鉴定书》。于是，张在玉的丈夫佘祥林便作为重点犯罪嫌疑人进入了公安机关的视野。随后佘祥林被公安机关审讯，并在审讯过程中“承认”杀妻的罪行。于是公安机关在只有数次前后不一致的口供，且其他证据也非常薄弱的情况下，便认定佘祥林构成故意杀人罪。之后，公安机关报送检察院审查起诉，该案在察院内部引起了极大的争议：一方认为事实不清，证据不足，全凭口供认定，不应予以采信；另一方则认为，案情重大，情节恶劣，已经造成了严重的社会影响，不起诉不足以平民愤。最终，检察院的讨论意见是希望公安机关补充一些证据，如杀人现场和杀人工具有关的资料等。但是，公安机关在随后的补充侦查阶段，既没有回答检察机关的疑问，也没有补充新的有力证据。可这一次，在政法委的协调下，检察院多数人站到了公安与民意一方，将佘祥林以故意杀人罪起诉至荆州市中级人民法院。庭审当日，荆州古城为之轰动，张在玉的家属强烈要求法院速判速决。尽管佘祥林在庭上辩解，尽管佘祥林的律师迫于形势做了罪轻辩护，但是法院最后还是采信了公诉方的公诉意见，做出一审判决：被告人佘祥林犯故意杀人罪成立，判处死刑，剥夺政治权利终身。1995 年初，佘祥林的母亲带着自己千辛万苦找到的重大发现--离家几十公里远的天门市石河镇姚岭村村支部书记“关于前段时间见过一个长得像张在玉的人，当时吃住都在他家里”的证明，来到了湖北省高级人民法院。新的证据引起了湖北省高院的关注，高院认为事实不清，证据不足，决定发回重审，并且明确指出佘案存在的五大疑点。同年 5 月，公安机关再次补充侦查，这一次公安机关依然没有补充更多的证据，对于案件的五大疑点，依然

围绕着佘祥林的口供展开说明。这时，法院和检察院几乎站在了对立面上，检察院坚持有罪却拿不出有力证据，法院坚持证据不足拒绝受理。棘手的问题被转移到政法委，讨论之后，政法委作出决定：因省高院《退查函》中提到问题尚有 3 个无法查清，决定对该案降格处理，由京山县人民检察院向京山县人民法院提前公诉，对佘祥林判处有期徒刑。于是，佘祥林案的诉讼程序步入了快车道：1 998 年 3 月 31 日，按照政法委协调会的指示，京山县人民检察院对佘祥林提起公诉，指控其构成故意杀人罪。1998 年 6 月 15 日，京山县人民法院判决被告人佘祥林故意杀人罪成立。2005 年 3 月 28 日，佘妻张在玉突然从山东回到京山。2005 年 3 月 29 日晚上，荆门市中级人民法院审判委员会决定，撤销当年京山县人民法院及该法院作出的两审判决，将该案发回京山县人民法院重审。4 月 13 日，京山县人民法院经重新开庭审理，宣判佘祥林无罪。

【案例 2】　　河南赵作海案

赵作海和同村村民赵振晌原本是从小玩到大的伙伴，两人曾一块到陕西延安打工三年，可由于经济纠纷，两人后来反目成仇。赵振晌一直认为，赵作海曾经黑过他一笔在延安打工的 1800 元工钱，多次找赵作海讨要，遭到拒绝，两人关系恶化。不仅如此，两人还都与同村妇女杜金惠感情甚好。1997 年 10 月 30 日夜，赵振晌对赵作海到杜金惠家非常生气，就携自家菜刀在杜金惠家中照赵作海头上砍了一下。赵振晌怕赵作海报复，也怕已经把赵作海砍死要承担法律责任。就收拾东西于 10 月 31 日凌晨骑自行车，带 400 元钱和被子、身份证等外出，以捡废品为生，自此从村子里消失。失踪之后，赵振晌亲属报警，柘城警方将赵作海带走，二十多天后就放了出来，因为警方确实没有更多的证据，甚至连赵振晌的尸体都找不到。一年后，赵楼村村民淘井时，发现一具没有头、没有四肢并且已经高度腐败的尸体，尸体上还压着的三个五六百斤的石磙。许多村民都认为腐

尸就是赵振晌，赵振晌的亲属也认为是赵振晌的尸体，并再次报警。这样，赵作海成为重大嫌疑人，当天夜里就被柘城警方再次抓走。被带走的第二天，赵作海就被刑拘，罪名是涉嫌故意杀人。两天后，他被带到拓城县公安局刑警大队。在这里，他先后做了 9 次有罪供述，这些供述成了日后把他送进监狱的最主要的证据。在被刑拘 40 天后，1999 年 6 月 19 日，柘城县检察院对赵作海正式批捕。公安机关报送检察院批捕的证据有赵作海的口供、刑事技术鉴定、证人证言以及赵振晌的失踪证明。1999 年 10 月，赵作海案完成了公安环节的侦查后，由柘城县检察院公诉科报送至商丘市检察院公诉处审查起诉。**当时承办的检察官在仔细阅卷之后，认为该案的核心问题--尸源问题，没有得到解决，无法确认被害人身份，另外凶器也一直没有找到，因而以事实不清、证据不足为由直接予以退卷。**随后，柘城县公安局补充了一些细节，不久，案卷再次被报送到商丘市检察院。**但是这次补充侦查依然没有解决尸源的问题，因而检察机关再次做出了退卷的决定。**此后，此案的诉讼程序一直停滞不前，赵作海一直被羁押在看守所。2001 年 7 月，商丘市委政法委召开协调会，政法委和公、检、法三部门经研究认定，该案尸源问题没有确定，仍不具备审查起诉条件，要求对尸体进行 DNA 鉴定，确定腐尸的身份就是赵振晌。但是，由于尸体高度腐烂，DNA 鉴定报告最终无法形成结论，于是赵作海又被持续羁押 1 年之久。转眼，时间到了 2002 年，**随着政法系统解决超期羁押案件的决心和力度加大，赵作海案再一次启动司法程序，商丘市委政法委第二次就赵作海案召开协调会，结论是：赵作海案事实“基本清楚”，证据“基本充分”，具备了起诉的条件。就这样，在没有增加新的证据、重大疑点也没有得到解决的情况下，在政法委协调后，于 2002 年 10 月 22 日，商丘市检察院受理赵作海案。**此时，赵作海已被羁押 3 年。2002 年 12 月 5 日，商丘市中院以故意杀人罪判处被告人赵作海死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。2003 年 2 月 13 日，河南省高院复核认为，商丘市中院一审判决事实成立，证据充分。后因“被害人”赵振棠的突然回家，2010 年 5 月 5 日下午，省法院决定

启动再审程序。2010 年 5 月 8 日下午，省法院召开审委会，认为赵作海故意杀人一案是错案并宣告赵作海无罪。

在这两起案件中，法院的审判都是在主管政法工作的政法委协调之下进行的。政法委作为党对政法工作进行领导的机构，本身的存在是具有正当性的，但从法律上讲，政法委对司法案件的协调并非司法审判的必经程序，政法委在对政法工作进行领导的过程中，通过所谓的协调来影响案件的审判，客观上讲就是一种外部力量的干涉。法院作为政法机关，要接受党的领导，现实中就体现为政法委的领导。1980 年中央政法委成立之初，就规定了其主要职能是法律中的政治方向的把握，并不干预具体的司法工作。不过到 1995 年，中央政法委增加了“研究和讨论有争议的重大疑难案件”等职能，尤其是在“严打”期间，为了“从重从快”审理案件，政法委的协调作用会更加重要。在政法委的协调作用之下，法院的审判是无法独立的，因为它要保证审判的结果符合政法委协调所要达到的目标，不能与政法委的协调意见相冲突或违背。政法委的协调意见比较注重于所谓的政治效果或社会效果，是在审判前定下的调子，肯定属于一种外来的决定力量，毫无疑问具有先判后审的性质，法院的审判活动不过是按照先前已经形成的意见进行走过场而已，就像按照事前写好的剧本来演戏一样。此种情形之下，法院的审判是无法独立进行的。在法院的审判无法独立进行的情形之下，想借助于法院的审判来达到保障人权的效果自然是无法实现的。

法院的审判受到外部力量的干预，除了表现为政法委的协调之外，还往往表现为党组织或政府的领导对法院审判案件的“批示”上。长期以来，我国的司法审判实践中，领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的现象一直存在，有的直接地打电话给法院领导或具体承办案件的法官，“指示”案子应该怎么判；有的让自己的“关系户”写一个“情况反映”，自己再在上面写上批示，看起来是“请依法酌情办理”或 “依法办理后将结果报我”，但其蕴含的意思实则是

要求法官给其面子，对相关当事人给予关照。党的十八届四中全会决定中提出，建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。今年 2 月 26 日，最高法也发布改革意见指出，最高法将建立防止干预司法活动的工作机制。由此可见领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的问题并非是个别地方的问题，应该说是一种普遍的现象。

【案例 3】　三级法院、四个判决，八年官司、一张白纸[1]

一件普通的经济合同纠纷在经历了河 南省两级法院审理后 ，最高法院推翻了原审的不当判 决，又先后两次做出改判。但是，最高法院的判决居然无法在河南省当地得以执行。据报导:最高法院做出第一次判决后，在该市人大会上，市人大代表联名为败诉且拒不执行最高院判决的一方翻案，后又联名提交为其翻案的议案。尤其值得注意的是,一方当事人的法定代表人似乎是该市的人大代表，并积极参与了在市人大的活动。其后,市人大法工委主任、副主任专程到省人大内务司法委员会反映情况四五次,该报告又经省人大转呈全国人大，并由全国人大转批最高法院。据此，最高法院又开始了长达三年的再审，而“据透露，再审合议庭认为此案应维持原判，但终从大局出发，将违约金砍掉一半。”此案另一方当事人的一声 “早知如此，我屈死也不告状”的悲怆长叹 ，不禁令人为之扼腕 ，难以按捺心中陡然而生的激愤 。[2]

在我国的人民代表大会制度下，法院由同级人大来组织，要接受同级人大的监督，这是我国的人民代表大会制度下代表机关与司法机关之间在关系上不同于西方国家“三权分立”制度的重要区别。人大作为权力机关，如何去监督法院的

1 寿蓓蓓：“三级法院四个判决八年官司一张白纸”，《南方周末》1998 年 6 月 5 日。
2 王晨光：《论法院依法独立审判权和人大对法院个案监督权的冲突与调整机制》，《法学》1999 年第 1 期。

审判及其活动，是一个理论与实践上都没有得到很好解决的问题，“个案监督”就是一种探索。虽然从相关新闻媒体的报道看，人大的有些“个案监督”促进了法院的公正审判，有效地保护了当事人的权利，社会效果良好。但是，也暴露出了许多的问题，如有的人大代表以代表个人的身份直接过问法院对具体案件的审判。[3]最高人民法院也在1998年出台的《关于人民法院接受人民代表大会及其常务委员会监督的若干意见》中明确规定，“人大及其常委会对人民法院已审结的重大案件或者在当地有重大影响的案件，通过法定监督程序要求人民法院审查的，人民法院应当认真进行审查；对确属错判的案件，应当按照法定审判监督程序予以纠正”；“人民法院应当把人大及其常委会交办的信访案件作为接受监督的一项内容，认真查处。”实际上也就是明确表示接受人大对法院进行的“个案监督”的。2006年通过的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》虽然没有确认人大对法院有权进行“个案监督”，但在法院要接受人大的监督这样的关系之下，客观上存在法院的裁判在人大的监督之下而受到影响的可能性的。

二、法院的审判受到社会舆论的影响

法院的独立审判，既不能受到外部力量的直接干预，也不能受到社会舆论的影响，否则，就不能确保对案件的裁判真正地以事实为依据，以法律为准绳。然而，现实的情况却并非如此。一方面，我们在理论上，有意无意地以所谓的司法民主为由，主张司法活动尤其是案件的审判结果应该顺应所谓的“民意”，有关机关也不断强调司法审判的“社会效果”，或者是“法律效果”与“社会效果”的统一。在此情形之下，一些典型或引起社会高度关注的案件，在一些媒体的报道或影响下，无形之中就形成了“舆论审判”。从法理上讲，法院可以完全不考

3 如河南焦作的全国人大代表姚秀荣就持代表证到全国很多地方对司法机关办理的案件进行监督。见《人大代表姚秀荣的 10 年沉浮》，《南风窗》2003 年第 6 期。

虑媒体的关注，更不能通过这些媒体来发现或寻找所谓的“民意”，并追求案件审判的所谓“社会效果”。但在现实中，有些案件的裁判结果显然受到了社会舆论或媒体的强大影响。

【案例 1】　　云南李昌奎案

是李昌奎奸杀少女摔死男童案的简称，具体是指 1982 年出生的李昌奎在 2009 年 5 月 16 日将同村的 19 岁少女王家飞及其 3 岁的弟弟王家红残忍杀害一案，也叫“5.16”血案。2010 年 7 月 15 日云南省昭通市中级人民法院经审理查明判处以强奸罪、故意杀人罪，数罪并罚判处李昌奎死刑，剥夺政治权利终身。

2011 年 3 月 4 日二审中云南省高级人民法院以强奸罪、故意杀人罪，数罪并罚判处死刑，缓期二年执行的终审判决。就因为有了“自首”这个“免死牌”，两份一字之差的判决书，顿时闻在家属间和网络上引起轩然大波。

李昌奎案二审被改判死缓后，立即在社会各界引起轩然大波，认为李昌奎虽有自首行为，但不足以对其从轻处罚，如果这么严重的杀害了两条生命的罪犯不判处死刑，那么，法院许多死刑判决都可以改判。而云南高院副院长田成有在接受媒体采访时的一句“李昌奎案十年后肯定成为一个标杆”，更成为进一步激化网民不满的催化剂，将声讨的矛头直接指向司法腐败。

最终，法院还是向舆论作出了妥协。2011 年 7 月 10 日，在各界舆论一片声讨中的云南高院经审判委员会讨论决定启动审判监督程序，对李昌奎案进行再审，再审决定书上书写的再审理由为“判决发生法律效力后，原审附带民事诉讼原告人王廷礼、陈礼金不服，向本院提出申诉。本院及时对案件进行了审查。审查期间，云南省人民检察院向本院提出检察建议，认为本院对原审被告人李昌奎的量刑偏轻，应当予以再审。经审查，本院院长认为，该案有必要另行组成合议庭予以再审，并于 2011 年 7 月 10 日提交本院审判委员会讨论决定，本案依照审判监督程

序进行再审。我们看到云南高院的再审决定书中并没有提到认定事实与适用法律错误，只是院长认为“有必要”再审，这显然不符合刑诉法对原审案件确有错误的规定。而云南省检察院所提出检察建议则并不能成为法院启动再审的依据。那云南高院启动的再审岂不是一场舆论审判？2011 年 8 月 22 日，云南省高级人民法院在昭通市开庭，撤销原二审死缓判决，改判李昌奎死刑，剥夺政治权利终身，并依法报请最高人民法院核准。判决一出，百姓拍手称快，舆论一片叫好，但是这种被舆情所控的缺乏公信力的司法审判又如何能得出正确的结论呢？

【案例 2】　河南张金柱案

1997 年 8 月 24 日晚，郑州市公安局待分配民警张金柱驾车撞上各骑一辆自行车的苏东海和苏磊父子，导致父伤子亡。类似这种交通肇事致人死亡和重伤的事故几乎无日不有，社会公众见怪不怪。但经过当地媒体和中央电视台等国家媒体的报道和传播，张金柱驾车撞人事件就不再“普通”了，它成了一起全国人民高度关注的刑事案件，法院如何判决张金柱牵动着无数人的敏感的神经。

8 月 25 日，当地《大河报》就以醒目标题报道了此事，并在评论栏目“大河晚钟”里配发评论，说“不知开车的是何等人物，能坐‘皇冠’，想必有点来头。请记者务必追踪调查一下，将此车此人的‘来头’公之于众，让他在太阳底下亮亮相。”第二天，该报刊发了追踪报道之一———《千夫怒指肇事者，此人身份待核实》，随后几天又刊发了“记者目击，郑州市公安局的主要领导在深夜里亲自坐镇，直到把张金柱押到牢房里才离去”等系列报道。12 月 2 日，《大河报》在《明天，张金柱将面对正义的审判》栏目下，刊发了《社会各界关注张金柱案》、《孩子，你等的这一天来到了!》等系列报道。12 月 4 日，《大河报》刊发了《公诉意见书》、受害者律师的代理词、张金柱最后的法庭陈述及其律师辩护词。与此同时，《郑州晚报》跟进，对此案做了系列追踪报道，如其在 10 月

23 日的《天理国法难容》中报道说:“对张金柱的行为，用一念之差来解释明显肤浅。日前对着电视记者的摄像机，他还说‘工作几十年，就因为这点事……’看来他还在抱怨社会对他不公平。 在他的车轮下，1500 米血肉横飞，还是‘这点事’吗?足见他的思想深处，百姓是怎样的草芥不如?!”

当地数家媒体连篇累犊地追踪报道的结果是引来更多的媒体把目光转向此案。10 月 13 日中央电视台《焦点访谈》节目播发了“8.24 事件”，张金柱案由此“红”遍全国，“不杀张金柱不足以平民愤”已成为共识。1997 年 12 月 3 日，郑州中院公开审理张金柱案时，法庭外集聚了数千名民众，群情激愤的他们打出了“诛杀公安败类”之类的条幅。

张金柱一案判决的争议在于张金柱应不应该被判处死刑。有人认为案件中的小轿车地盘距地面不足 30 公分,按常理下面不可能钻进去一个人，因此张金柱醉酒驾车撞人后虽然会感觉到车下有异常，但绝不会想到会有一个人，只会想到会不会有砖头或者其他东西。因此在这个过程中张金柱是不可能有伤害的故意，此时只能算是过失伤害；其次，长期以来由于个别害群之马的出现，警察队伍在普通老百姓心目中的形象不佳，此时拿犯罪事实尚有争议的张金柱开刀，一来可以平息民愤，二来可以迅速树立起警察队伍执法工作、严以律己的情况；最后，按照刑法规定的过失伤害的法定刑，张金柱不可能被判处死刑。

正是张金柱这种特殊身份引发的舆论狂潮使受案法院不得不迅速作出回应，1997年12月3日,郑州中院公开审理此案 ,郑州市民奔走相告,法庭外支起了 音箱“直播”庭审过程,大量市民聚集收听。1998 年 1 月 12 日,张金柱以交通肇事罪和故意伤害罪被判处死刑立即执行。张不服提起上诉,河南省高院维持原判。1998 年 2 月 26 日,张金柱被执行死刑。在执行前，张说“不是法律杀了我，我死在你们这些记者手里！”事后相当一部分法学家认为判刑过重，他本不该被判死刑。我们可以预见，如果没有这些强大的社会舆论压力，张金柱的命运可能是完全不同的。

法院在审理案件和作出裁判的过程中，是否应当受社会舆论的影响，或者说是否应当回应社会舆论的诉求、呼声，在法学界、新闻界乃至很多领域，都是一个受到人们高度关注和备受争议的话题。就连法律职业群体之中，也不乏有人主张法院应当回应社会舆论的呼声，甚至将之美其名曰是顺应“民意”。例如，在“药家鑫案”中，有的律师就提出，“不受人民约束的法院就是官僚衙门”，隐含的逻辑就是法院对案件的审判，不仅要依照法律，还应该顺从民意，具体而言就是通过社会舆论所体现出来的民意。倘若真的如此，法院的独立审判是难以实现的。司法固然不能违背民意，问题在于这个所谓的“民意”究竟所指是何以及如何去证成？难道我们的法律就不体现民意吗？法院严格遵守法律就不是服从民意吗？在法律之外去寻求所谓的民意岂不是让法院离开法律去接受舆论的审判？因此，对法院的审判而言，严格适用法律就是服从民意。打着“司法为民”的旗号，寄希望于法院的审判能够回应社会舆论的诉求和呼声，是一个会严重误导人们对司法民主性认识的主张，既不利于法院独立行使审判权，也会对司法审判发挥人权保障作用带来不利的影响。

三、法院不严格遵循法律进行裁判

基于司法独立的理念，法院在对案件的裁判上必须严格遵循法律，作出的裁判要符合法律的规定和要求，这是司法独立的题中应有之义。然而，从现实的司法实践看，司法独立需要排除外部力量的干涉，既为法院的独立裁判创造可能，也有可能为法院的枉法审判造成可乘之机。尤其是在我们国家的制度环境下，有可能发生法院或法官对于外部的干涉或干扰不仅不去积极抵抗，甚至是主动加以接受的问题。因为法院的人事、待遇甚至是其他的福利都在地方政府、党委控制之下的情形下，关涉地方利益的案件，或者是领导批示的案件，法官的独立审判往往会带给自己不利的后果，法院也会为了地方保护主义而尽可能地作出有利于

地方利益的裁判。

【案例 1】　　山西稷山文案[4]

2006 年 3 月，稷山县人大法工委主任杨秦玉和县委政策研究室副主任南回荣，到稷山县农机局局长薛志敬家里聊天时，提到了该县一个土地被卖事件，政府本来向社会承诺，要在这块地上建“稷山标志性建筑”，却突然卖给个人搞房地产开发。他们认为政府朝令夕改，是县委书记李润山失信于民。他们越聊越激动，最后决定把近几年稷山县的众多问题整理归纳成文。

3 人收集证据，斟酌词句，几易其稿，完成了《众口责问李润山》一文。文中向县委书记李润山提出四问：首问书记李润山，朝令夕改为哪般？二问书记李润山，为啥引资遭祸端？三问书记好威风，总统套间办啥公？四问书记财力涨，为何工资老不动？文中每“问”之下，都有详尽的论证，文章最后署名是“稷山笨嘴笨舌人”。这篇文章分别邮寄给运城市委书记、市长，稷山县四大班子及各局办部分领导，共计 37 份。法院据此认为，在稷山县“两会”召开前夕，使该材料的内容在“两会”期间得以传播，造成了很大的影响，判决薛志敬犯诽谤罪，判处有期徒刑一年，缓刑三年，杨秦玉、南回荣犯诽谤罪，分别被判处有期徒刑 1 年，缓刑 3 年。

对于“稷山文案”的三名当事人被撤销职务乃至判刑。稷山县委书记李润山还告诉记者，这是为了显示自己的“宽宏大量”、向法院打了招呼的结果。

按照当时的刑事诉讼法规定，，诽谤罪属于自诉案件，只有被害人向人民法院起诉，人民法院才能受理；被害人不起诉的，司法机关不能主动受理，追究诽谤嫌疑人的刑事责任。如果由检察机关提起“诽谤罪”公诉，按照法律的规定，

4 http://news.sina.com.cn/c/2007-05-21/124911862383s.shtml。2015 年 4 月 29 日访问。

只有两种情形：一是“被害人因受强制、威吓无法告诉的”；二是诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的，主要是指诽谤行为造成被害人精神失常或者自杀的、诽谤外交使节造成恶劣政治影响的、诽谤国家领导人造成恶劣影响的等。而在该案中，这两种情形均不存在。被告人的律师认为，该案是我国第一起由检察机关提起的诽谤个人案，开了我国司法史上的“先河”。

有学者对于中国大陆“诽官案”进行了不完全统计，表明：1996 年至 2010 年间，共发生“诽官案”45 件，其中，在 1996 年 1 月至 2005 年 12 月这十年间“诽官案”呈低发特征，共计仅 9 件，然而 2005 年 1 月至 2009 年 12 月的短短四年间，“诽官案”的案发量在总体上呈快速上升的趋势（2005 年 2 件、2006 年 5 件、2007 年 8 件、2008 年 9 件），2009 年更是达到高峰期，广为媒体关注的“诽官案”就多达 11 件。从统计数据看，近百分之九十的“诽官案”起因于公民对政府官员的公职行为存有强烈的质疑、误解或者不满情绪。其中涉及的职务行为领域主要是：征地和拆迁（3 件）、以权谋私、贪污腐化等公权力腐败问题（33 件）、滥用执法权（2 件）以及所谓“政绩工程”方面的决策和政府行为（2 件）。45 件“诽官案”中被“诽谤”者属于乡镇及乡镇以下官员占 37.7%（17 件）、县级官员占 33.3%（15 件），市州官员 13.3%（6 件），国家领导人 2.2%（1 件），无明确诽谤对象而仅针对某地方政府机构的占 13.3%（6 件）。45 起案件中，采取民事诉讼的仅为 1 件（2.2%）、行政拘留措施的 17 件（37.8%）、启动刑事诉讼程序的 27 件（60%），在这 27 起案件中，提起公诉的有 18 件（2/3），其余采取刑事自诉方式为 9 件（1/3）。[5]

【案例 2】　法院的鸳鸯判决书

5 参见高中：“中国大陆‘诽官案’实证研究”，载《湖南大学学报（社会科学版）》2011 年第 4 期，第 143-145 页。

新华网武汉5月30日电（记者杨兴国）一纸“鸳鸯判决书”，近日将贪赃枉法的湖北省荆州市中级人民法院知识产权审判庭原副庭长、审判员陈新华送上审判台。因贪污和受贿罪一同站在湖北汉江中级法院被告席上的，还有荆州市中级法院原法官刘宏喜、陈时中、钱振华、周琳。据公诉机关的起诉书称，2001年7月，被告人陈新华担任审判长，重新组成合议庭，对湖北省高级人民法院发回重审的原告科发宾馆诉被告段平承包合同纠纷案进行了公开审理，9月17日合议庭进行了评议，10月17日提交该院审判委员会讨论。同年11月15日，被告人陈新华草拟了（2001）荆法经三初字第19号民事判决书，主管副院长杨先才于同月19日签发。原告法定代表人杜元柏为讨好陈新华，许诺将在建的桑拿部给陈新华的关系人陈某承包，但杜元柏未兑现。此案被告段平也多次找陈新华做工作。

陈新华为徇私情，隐瞒该案判决书拟稿已经副院长签发的事实，于2002年2月10日组织合议庭进行第二次合议，合议的结论意见与杨先才副院长签发的判决书相比，缺少了“被告赔偿原告设备损失费2万元、衣物损失1000元”的判项，增加了“原、被告间给付内容相互冲抵后，原告应该返还被告押金155766.68元”的判项。陈新华将杨先才副院长签发的判决书原稿的拟稿时间和判决时间改为2002年11月15日，打印后收存。又按第二次合议的结论打印了同案号、同判决时间而判决不同的判决书，将两次打印的判决书混在一起，一并加盖了荆州市中级人民法院的公章。2003年12月，陈新华将有利于原告的判决书送给原告法定代表人杜元柏，将有利于被告的判决书送给被告段平。

2004年，原告法定代表人杜元柏在上诉过程中发现原被告所持判决书有差别的事实，写了一张“陈新华一案两判，枉法裁判”的标语挂在自己车上，造成了恶劣的社会影响。同年6月4日，陈新华等人被开除公职。起诉书说，除“鸳鸯判决书”一案已构成民事枉法裁判罪外，陈新华、刘宏喜、陈时中、钱振华、

周琳5名法官分别还有多起贪污、受贿犯罪事实，应当追究其刑事责任。[6]

同一案件出现2份判决书结果迥异 法官被记大过[7]

这是登封市人民法院作出的两份同一文号的民事判决书，文号都是“(2005)登民一初字第00546号”，制作时间均为2005年7月18日，页码均为6页。案由是煤矿合伙纠纷，“A版和B版”两份判决书前5页内容几乎一致，但最后一页，特别是判决结果却大相径庭，自相矛盾。判决书显示，此案的审判员为韩锦喜。

记者从当初诉状中看到，包括武保和王闯志在内的7人合伙出资开办登封市颍阳镇王堂烟煤矿，由于销售形势不好，管理混乱，1990年9月经全体合伙人共同协商同意，由被告王闯志独立承包管理该矿，被告按年度给原告支付承包款，自担该矿全部债务。2004年7月，王闯志不经原合伙人协商同意，与本案第三人韩某共同做主，将该矿以400万元整体转让给本案第三人王某，王某又以500万元整体转让给本案第三人宋某，宋某又在2005年3月底以700万元整体转让给另一个本案第三人。武保等4人认为，王闯志的行为直接侵害了他们的合法权益，诉至法院，请求判决被告与第三人之间转让王堂烟煤矿的行为无效，该矿归原合伙人共有，诉讼费由被告承担。

据调查，此后，登封市法院将此案交由卢店中心法庭审理，适用了简易程序，由审判员韩锦喜独任审判，2005年7月5日公开开庭审理。

2005年8月3日，武保等4原告收到了“(2005)登民一初字第00546号”判决书（下称00546号判决书）。他们很高兴：胜诉了。

判决书确认合伙关系成立，原告请求确认被告与第三人之间转让煤矿行为无效，因其所举“煤矿转让协议”和第三人出具的“煤矿合伙协议”相矛盾，都缺

6 《荆州法院：一纸“鸳鸯判决书” 牵出枉法黑法官》，http://news.xinhuanet.com/legal/2005-05/30/content_3022195.htm。2015年4月28日访问。

7 http://www.sina.com.cn 2009年05月18日07:12 大河网-大河报。2015年5月1日访问。

少原始证据，法院未作支持，但法院同时认定被告不经全体合伙人同意增加合伙人的行为无效……

判决确认该矿归被告王闯志和武保等4原告共有，驳回其他诉讼请求，诉讼费原、被告共担。

2005年8月19日，他们又收到文号也是00546号的判决书，大部分内容基本相同，但判决结果却不同：驳回原告的诉讼请求。

武保等人告诉记者，当时韩锦喜给他们解释说，王闯志不是欠了你们的钱吗？把款给你们要回来就算了。武保等人考虑到，只要韩锦喜能替他们要回来钱，咋判决也无所谓，就同意了“B判决”。2005年8月之后，武保等人几次找到韩锦喜要钱。韩锦喜告诉他们：“知道你们老亏，保证把款给你们要回来。”

进一步调查中，记者发现了更荒唐的事：为避免制造“鸳鸯判决书”被追责，法官韩锦喜居然与本案原告签订了一份“不追究”协议。武保说，他公开这份协议，一是因为韩锦喜没有履行承诺，二是想证明“鸳鸯判决书”事件的真实性。

据称，在此之后，韩锦喜怕武保等人告发“鸳鸯判决书”被追究责任，武保等人怕韩锦喜的承诺不保险，就于同年11月12日签订了一份协议书：登封市人民法院在同一时间内，下达了结果不同的两份判决书……由老韩保证将煤矿欠4原告的68万余元如数讨回后，4原告只按一份判决书(对待)，永不追究此事。韩锦喜作为甲方，4原告作为乙方，在这份协议上分别签字。

近些年法院出现的法院的鸳鸯判决书，并非是个别地方的现象。如果说法院的法官在案件审判过程中，对某些案件事实与法律适用在认识上存在分歧，是一种很正常的现象。法律上并没有要求法院及法官在案件事实和法律适用上的认识必须一致，基于对案件事实和法律适用认识不同而产生不同的判决结论，只要不是有意地故意罔顾事实或完全不考虑法律的规定，就不能认为是违法的。从这个意义上讲，无论是西方国家的司法独立还是我国的独立审判，都不禁止法院或法

官作出不同的裁判。然而，现实中出现的法院“鸳鸯判决”情形，显然不属于认识上不同而导致的，基本上都是由于法官枉法裁判的结果，肯定不能属于司法独立或独立审判的范畴。虽然我们不能因此而否认司法独立或独立审判的必要性与合理性，因为法院不能依法独立审判所导致的司法不公可能会更加严重，但必须重视司法独立所潜在蕴含的枉法裁判风险。因此，我们在强调对法院独立审判权加以保障的同时，还必须注意到法官职业素养、职业能力的提高以及职业伦理的树立，通过合理的制度设计来约束或规范法官的自由裁量权，尽可能消除发生法官借独立审判之名而行枉法裁判之实的可能性。

【案例 3】　张高平叔侄强奸杀人案

2002 年 5 月 6 号，杭州市公安局西湖区分局接报，当日上午 10 时许在杭州市西湖区留下镇留泗路东穆坞村路段水沟内发现一具女尸，公安局即行刑事立案。2003 年 5 月 23 日，浙江省杭州市公安局以涉嫌强奸罪对张高平、张辉进行了刑事拘留。2003 年 6 月 28 日，杭州市人民检察院对张辉、张高平批准了逮捕，羁押于杭州市看守所。2003 年 9 月 28 日，杭州市法医学会出具了(2003)第 125 号 DNA 检测报告，该报告得出的结论为：“所提取的死者王冬其余 8 个指甲末端检出混合 DNA 谱带，可由死者王冬与一名男性的 DNA 谱带混合形成，排除由死者王冬与犯罪嫌疑人张辉或张高平的 DNA 谱带混合形成。”2004 年 2 月 23 日，浙江省杭州市人民检察院以(2003)杭检刑诉字第 262 号起诉书指控张辉、张高平犯强奸罪，向杭州市中级人民法院提起公诉。 2004 年 4 月 21 日，浙江省杭州市中级人民法院作出(2004)杭刑初字第 36 号刑事附带民事的一审判决，张辉犯强奸罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；张高平犯强奸罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。二人不服，提出上诉。2004 年 10 月 19 日，浙江省高级人民法院作

出(2004)浙刑一终字第189号刑事附带民事的终审判决，张辉犯强奸罪，判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身。张高平犯强奸罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年。

2013年3月26日，浙江省高级人民法院经过再审后公开宣判，撤销原判，宣告张高平、张辉无罪。

近些年披露出来的引起公众关注的“冤假错案”，基本上都与有关机关在案件办理过程中不严格遵守法律的规定有直接关系。其中，有公安机关侦查过程中的刑讯逼供问题，如赵作海案中刑讯逼供情形由负责侦办赵作海被刑讯逼供案的睢县检察院出具的《起诉见意见书》所认定；[8]在佘祥林案中，侦查人员对被告人进行了10天11夜的刑讯，刑讯的手段极为残忍，包括不让睡觉、毒打、呛水、蹲马步等，结果导致佘祥林只得违心供认杀人。[9]还有在证据的收集上不客观、不全面的问题，如在赵作海案中，警方居然连案件的关键证据——死者DNA鉴定都没有做，从而导致错误认定尸源。在萧山5人“劫杀”案中，警方曾在犯罪现场提取了18枚指纹证据，其中，15枚具备比对条件，但其中并无一枚与陈建阳等5名嫌疑人指纹相一致。[10]有检察机关在审查起诉上把关不严问题；张高平，张辉叔侄强奸杀人案中杭州市法医学会出具的DNA检测报告应该是否定“二张”犯案的最有利证据，可是承担案件侦查职能的公安机关却视而不见，将该份重要证据弃而不用，径直认定“二张”为犯罪嫌疑人并提请杭州市人民检察院提起公诉。[11]更有法院在审判中没有严格按照法律关于证据运用的规定，使有罪证据能够环环相扣，形成一个封闭的锁链，可以排除合理的怀疑。在判处张辉死刑张高平无期徒刑的一审判决书里，共列出了26条证据来证明张氏叔侄有罪。有5条是关

8 转引自牛亚皓：《冤枉赵作海的公安局副局长被起诉了》，载《成都商报》2010年7月14日。
9 参见刘炳路:《佘祥林案有罪推定全记录》,载《新京报》2005年4月14日。
10 参考《浙江劫杀案蒙冤者详述逼供：不堪折磨咬掉舌尖》，载 人民网，2013－06－25.
11 吴高庆、满涛：《宪政视域下我国公检法关系的再思考—从杭州“二张”冤案谈起》，载《中共浙江省委党校学报》2013年第3期。

于死者位置、衣着、死因、遗物等的描述，9条是关于死者王冬行程、通讯等情况的证明，还有9条是关于张氏叔侄户籍背景、抓捕情况、指认现场、货车及侦查实验等相关阐述。剩下的3条中，一个是杭州市公安局西湖刑侦大队证实从未对张氏叔侄进行过刑讯逼供的情况说明。第二个是同监舍被关押的一个叫袁连芳的人，证明听到过张辉说他奸杀了17岁的女孩王冬的证词。第三个是张氏叔侄的口供，他们承认实施了奸杀受害人王冬的行为。我们可以发现，虽然本案证据繁多，但能直接证明叔侄二人有犯罪行为的证据只有二人的口供。

之所以出现上述的问题，原因在于法院没有很好地发挥其通过审判，对公安机关的侦查、检察机关的起诉进行监督和制约的作用。我国的宪法和法律明确规定，人民法院、人民检察院和公安机关在办理刑事案件中是一种既分工配合，又相互制约的关系。现实中，强调分工配合的多，忽视了相互制约，特别是人民法院对于公安机关侦查中收集的证据、检察机关在起诉书中认定的证据，没有在法庭审判中严格地依照法律的规定加以质证或判断其能否形成完整的证据链条，往往是照单全收。在此情形下，不仅无法保证审判的公正性、客观性，自然也就不能对权利提供保障，反而会产生侵犯权利的结果。

“诽谤罪”与“言论自由”之边界

——评法国宪法委员会 2011-131QPC 判决

王 蔚※

[案情与争点]

2010 年 12 月 17 日，特雷莎（Térésa C.）女士向巴黎轻罪法庭提出诉求，要求审查 1881 年 7 月 29 日的《新闻自由法》（Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse）第 35 条第 5 款是否违宪。依该条款之规定，“如果指控事实发生于 10 年之前，则被告不得证明该事实的真实性”。案件的争点在于：该规定与 1789《人权宣言》第 11 条所保障的表达自由、第 16 条所保障的正当程序权和辩护权是否存在冲突？

依法国宪法第 61-1 条之规定，该条款的合宪性问题须进行逐级移送：从巴黎轻罪法庭到巴黎上诉法院，再到最高法院和宪法委员会。2011 年 3 月 21 日，法国宪法委员会受理了这一“合宪性先决问题”的裁决请求。[1]2011 年 5 月 20 日，宪法委员会以“表达自由”为依据进行合宪性判断，对诽谤罪“真实抗辩（Exception de Vérité）”中的时效限制是否侵犯言论自由作出了裁判。[2]

[判决主文]

“1. 1881 年 7 月 29 日新闻自由法第 35 条第 5 款与宪法相抵触；

2. 在判决理由第 7 段所规定的条件下，本违宪宣告自判决公布之日起生效；

3. 本判决将在法兰西共和国《政府公报》上刊登，并依 1958 年 11 月 7 日法第 23-11 条所规定之条件送达。”

[评析]

从法律意义而论，诽谤罪对公众滥用言论自由设置了刑事界限。因此，该罪构成与否与宪法所保障的公民言论自由权有极大关联。本判决中被审查的条款——法国 1881 年 7 月 29 日新闻自由法第 35 条主要规定了诽谤罪的犯罪嫌疑人可以在哪些情形下通过

※ 王蔚，中国政法大学法学院讲师。

1 参见最高法院法国最高法院刑事庭 2011 年 3 月 15 日第 1707 号判决（Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt n° 1707 du 15 mars 2011）

2 宪法委员会对正当程序权和辩护权部分未作出判决。

举证证明言论的真实性而免除刑事责任，同时本条第 3 款至第 6 款则规定了相关言论真实性证明不被采信的几种情况：1）追责涉及个人的私生活；2)追责涉及到 10 年以上年限发生的事实；3） 追责涉及到的事实是已被赦免的或诉讼时效已过的违法行为，或是曾被定罪但又被撤销或改判的事实。这些例外情形降低了犯罪嫌疑人因言论真实而脱罪的可能性，构成了对其表达自由的限制。但限制是否正当，需要根据限制设立的目的是否妥当、限制的手段是否必要以及限制的目的与手段之间是否合乎比例来判定。因此，下文首先通过回溯被诉法条的立法背景及立法目的，根据宪法法官的逻辑、借用合宪性判断的方法衡量目的与手段之间的关系，最后试评述该判决产生的法律后果及后续影响。

（一）立法的历史背景及目的

法国 1881 年 7 月 29 日《新闻自由法》是世界上第一部完善的新闻成文法，对新闻出版的权益做出详细规定。在十九世纪的历史背景下，本法堪称是自 1789 年法国大革命以来对抗行政专制权力的一场胜利。[3] 1875 年法兰西第三共和国成立之后，共和党人一直与保皇党人做斗争，最终以 1879 年以格雷维当选总统确认了共和党人的政治胜利。此后，共和党人在 1881 年-1884 年颁布了多部法律践行其政治主张[4]，1881 年 7 月 29 日法律就是在这样的背景下得以颁布。该法一方面确认任何人都有办报自由，报纸的编排、制作、发行和管理都可自由进行，取消了对出版的事前审查和提交保证金等限制措施，规定事后受惩罚的罪行只能依据刑法原则予以确定，且应符合罪刑法定的规定；另一方面共和党人也认为自由是有界限的。依据 1789 年《人权宣言》第 4 条及第 11 条的规定，1881 年 7 月 29 日法律也对滥用言论自由的行为进行处罚，可能受处罚的行为不仅仅是出版作品，还包括所有公开发布的观点。具体从立法的结构而言，本法前三章均与新闻媒体机构有关：第一章规定了出版社与书店；第二章规定了期刊，第三章规定了布告、书贩和通过公共渠道(voie publique)出版等相关内容。尤其值得注意的是，该法第一章的完整名称为“印刷厂与书店都是自由的”。根据 1880 年对该法律草案进行审查的议员报告，“虽然法律正文中没有明确宣告自由主义原则，然而第一章的名称象征了立法者秉承的自由主义哲学”。[5] 此外，基于防止言论自由滥用的考虑，第四章确定了可能因为出版或发行渠道而产生的重罪和轻罪，第五章则是规定了与轻罪有关的程序问题。在本案中，被质疑的条款（第 35 条）其实是经由 1944 年的法令加入的，构成

3 E.DERIEUX « La loi du 29 juillet 1881 », in RDP, 1981, p.1501.

4 例如 1881 年 6 月颁布的集会自由法（loi sur la liberté de la réunion），1884 年 3 月颁布的工会法（loi sur les syndicats）等。

5 Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les diverses propositions de loi relatives à la liberté de la presse, par M. Lisbonne, député. Chambre des députés, séance du 5 juillet 1880

了对诽谤罪作“真实抗辩”的举证限制。在秉承1880年代立法者的自由主义基本立场上，1940年代的立法者以保障“社会和平”（paix sociale）以及“被遗忘的权利”（droit à l’oubli）两项法益为基础，证明了限制的正当性。[6]具体而言，立法者将“社会和平”和“被遗忘权”都纳入了公共秩序的内涵中，不对年代久远（10年以上）的事实进行回溯而避免影响当下社会生活。因此，仅从历史维度考察立法目的，这部被审查法律未有违宪之虞，宪法法官需要进入实质性的合宪性审查过程，进行技术性的衡量、判断。

但需要注意的是，宪法委员会在1988年的一则判决中认为“被遗忘权”虽然符合公共利益的保障，但不具备宪法价值。[7]本判决并未清楚界定“被遗忘权”的性质，故如何协调言论自由与被遗忘的权利这两项权利在个案中的冲突仍然是法国宪政实践中的棘手问题之一。[8]

（二）合宪性判断过程

在进行合宪性判断之前，宪法委员会还确认了被审查对象的适格性：即被提交审查的法律条款具有法律效力，且之前没有在宪法委员会的任何判决的正文（le dispositif）或判决理由中被确认合宪。

根据判决书的内容，大致而言，宪法法官通过三阶段论证得出了违宪的结论。

第一阶段，宪法法官对言论自由原理进行重申。如前所述，最高法院向宪法委员会移送的合宪性先决问题为：1881年7月29日法律第35条第5款“禁止诽谤罪被告在真实抗辩中提出10年之前的事实”之规定是否与1789年《人权宣言》第11条有关言论自由的规定、正当程序的权利和第16条有关辩护权的规定相冲突。但宪法委员会在2011年5月22日判决中仅以言论自由为依据。在此前提下，宪法法官援引了1789年《人权宣言》第11条对言论自由是宪法所保障的权利进行确认，“自由交流思想和意见是人的最可宝贵的权利之一。因此，每一个公民都可以享有言论、写作和出版的自由，但应该依法对滥用这种自由承担责任”。此外，在判决书第3段，宪法法官依据2009年做出的判决强调表达自由既是一项基本自由，也是“民主运行和其他权利与自由得到保障的条件之一”[9]、“对表达自由的限制必须是相对于其所追求的目的而言是必要的、适当的和合乎比例的”[10]。通过这一阶段对原理的回顾，宪法法官认为言论自由应当得到充

6 J.-P. Doucet, « Note sous TC Saint-Denis de la Réunion, 15 mai 1984 », Gazette du palais 1984, jurisp. 472.
7 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, cons. 24.9
8 截止本文写作完成时，宪法委员会新近的判决（Décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013）中依然反映了这一矛盾。
9 参见宪法委员会2011-131 QPC判决理由第3点。
10 这一论断来自于宪法委员会2009年6月10日第2009-580 DC的判决。参见 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, cons. 15.

分发挥，只在界限十分明确的情况下受到限制。

第二阶段，宪法法官开始针对本案的受审查对象（1881年《新闻自由法》第35条第3段b款）进行分析，对立法手段（举证时效限制）的正当性进行考量。宪法委员会认为，在诉讼过程中出示与诽谤事实相关的抗辩证明可以视为法庭为诽谤嫌疑人提供了另一个公开诽谤的机会：因为一方面，被告人在举证中可以转化为控告人；另一方面，在诽谤罪有关的庭审中，有些新的诽谤观点可通过庭审获得了更广的传播。因此，如果不对诽谤事实的举证采取一定限制，那么将很可能给被诽谤人造成新一轮的伤害。这种潜在的伤害危险还会阻碍被诽谤人通过司法途径捍卫个人尊严，从而间接损害司法公信力。此外，在司法实践中，这一对“真实抗辩”的举证限制在法国司法实践中也为最高法院的判例所确认，“十年期限的起算从援引的事实发生日起算，法官与当事人都不得违反这一禁止规定”。[11]法官在必要情形下，甚至可以“依职权”适用此规定。[12]宪法委员会援引且确认最高法院的判例也体现了其一如既往的“谦抑”态度。

第三阶段，宪法法官对目的与手段之间的比例关系进行衡量。言论自由的保护虽然受制于公共利益的范畴，但也有一定的审查标准。言论自由界限的标准应以比例原则为基准，但如何判断立法的限制与实现立法目的之间是合乎比例的，这是一个十分微妙的问题。根据1881年《新闻自由法》第35条第5款之规定，被追诉诽谤罪之人可以证明诽谤事实的真实性以脱罪，但被指责的言论不得涉及到10年以上年限的事实。宪法委员会指出这一禁止举证撤销诽谤事实的规定适用于所有10年以上年限的指控，可以无区别地适用所有依历史或科学工作得出的谈话或书面记录，以及在公共辩论事件中所发表的指责言论。司法实践中，法院对该规定的适用常常并不妥当，譬如巴黎轻罪法庭在1985年6月26日的一则判例中便是如此。[13]在本案中，历史学家肖维（Chauvy）在他的著作《奥布哈克，里昂1943（Aubrac, Lyon 1943）》中将法国民族英雄、抵抗组织领导人让·穆兰（Jean Moulin）之死部分归因于奥布哈克夫妇的背叛，引起法国舆论关注。奥布哈克夫妇遂提起诉讼，控告肖维诽谤。这场诉讼导致了历史见证人与历史学家研究之间的冲突。在本案审理中，被告人肖维由于不能直接援引超过10年以上的事实进行真实抗辩，法院对此做了一点变通以降低适用中的严格性：即同意诽谤罪嫌疑人进行善意(bonne foi)抗辩，且只能进行善意抗辩。但这种规避方式不能弥补被告人不能进行真实抗辩的缺陷：因为被告如能证明所诽谤之事为真实，则构成绝对免责之事由。

11 Cour de cassation, chambre criminelle, 24 novembre 1960, n° 92-79059, Bulletin n° 551 ; 4 novembre 1972, n° 71-91448 ; 19 novembre 1985, n° 84-95202.
12 Cour de cassation, chambre criminelle, 19 novembre 1985, n° 84-95502, Bulletin crim. n° 363.
13 Tribunal correctionnel de Paris, 26 juin 1985, Gazette du palais 1985, 2, 586, note J.-P. Doucet.

因此，宪法委员会认为禁止援引“10年以上年限发生的事实”的立法目的在于寻求社会平稳以及保障公共利益、防止他人通过行使言论自由提及过往事实侵犯言论指向人的名誉。从这一点来看，限制的目的并无不妥。然而，这一禁止条款对10年以上的言论和书面材料进行毫无例外对待：不论是科学工作还是历史、材料，还是涉及公共利益的公共辩论言论都一律不得作为证据[14]。这种绝对的、普遍的限制对表达自由造成了与目的不合比例的侵害。因此，这一条款侵犯了1789年《人权宣言》第11条，应作违宪判罚[15]。

（三）法律后果及后续影响

通常而论，宪法法官作出的违宪判决总是比合宪判决更具有社会影响力。本案由于涉及言论自由这一民主社会极为重要的基本权利，宪法委员会的判决尤其显得价值重大。在现代民主社会中，国家通过政治及法律手段保护言论自由的实现，刑法手段亦是其中必不可少的重要途径。从根本而论，刑法与宪法所追求的价值是一致的。因此，本案的直接法律后果便是剔除了对言论自由的过度限制，肯定了欧洲人权法院的判决，实现了法国国内法秩序与《欧洲人权公约》的的统一。后续影响主要体现在两个方面：其一，在价值保障上加强了对言论言论自由的保障；其二，在程序机制上确定了合宪性先决问题审查机制的实用性。

1、加强对言论自由的保障

言论自由是一项重要的宪法权利。宪法权利必须实现刑法保护，刑法对宪法权利的保护存在直接保护与通过限制宪法权利滥用而进行间接保护两种方式。然而，限制宪法权利滥用的刑法规范也可能因为过度限制而侵害被保护的权利。因此，从基本权利的限制之原理探讨，必须要有对限制的限制以清晰界定诽谤罪与言论自由之界限。按照国际通说，言论自由界限的标准应以比例原则为基准，通过判例实践不断予以完善。而法国在这一领域的发展得益于合宪性先决问题程序的启动，诽谤罪的原意是保护私人名誉权而对言论自由进行限制。然而此种限制必须合乎比例从而不侵犯言论自由。本案就是通过对重新审查有关诽谤罪定罪法制之合宪性，以比例原则为基准，剔除其中与诽谤罪设置目的不合乎比例的限制，从而完善对言论自由的保障。

（1）废除举证时间限制

1881年新闻自由法中的相关刑罚规定在现今的法国新闻法制中依然是对新闻媒体

14 2011-131 QPC, 20 mai 2011, cons. 6
15 2011-131 QPC, 20 mai 2011, cons. 4 à 6

自由进行限制的主要规范依据[16]，但与现代社会的言论自由保障需求发生了一些抵触。废除举证的期限限制是合宪性审查制度“祛毒（vider le venin）”功能的一次体现。保持了现有法律秩序的安定，又排除了其中违反宪法、特别是有损基本权利的法律规范。此外，废除了期限限制后，不仅在历史和科学研究中少了很多禁区，在公共讨论中可使用的已知资源将更为丰富，帮助对现实事物更深入地理解。

（2）加速了诽谤罪去刑罚化

在2010年法国合宪性先决问题审查程序正式运作后，该法律中有关的惩罚性条款成为了被提交审查的热门条款，包括本案中所涉及的第35条在内的多个法条都被判决违宪。法国学术界将这一现象描述为“新闻法的去刑罚化”趋势。的确，为保护言论自由和新闻自由，诽谤去刑罚化已是国际潮流。对媒体报道和评论中的失实行为，通常以民事的诽谤(名誉侵权)法律来限制。法国2008年甘查尔委员会（GUINCHARD）所做的关于“平静司法理性规划（l’ambition raisonnée d’une justice apaisée）”报告[17]便提出了65个建议，其中第12个建议就是将诽谤罪和侮辱罪去刑罚化（有关种族或性别歧视的诽谤或侮辱除外），而转由在大审法院中就诽谤和侮辱的民事责任进行追究。

2、对合宪性先决问题审查机制有用性的确认

（1）促进立法回应法律规范的变动

第一、对被审查规范内容“绝对性”的变动

一如前述，被审查的法律规范呈现出了极强的绝对性，不加区分地禁止举证超过10年以上的事实。但1998年6月17日第98-468号法律已经对其进行了一定程度的例外规定。例如，诽谤罪嫌疑人之言论若涉及未成年人实施的性犯罪中（强奸、性暴力等）等事实，不受10年期限的举证限制。换言之，未成年人侵犯或性犯罪案件中，被遗忘权之法益不再属于被诽谤人，限制了诽谤嫌疑人的举证。这一例外说明在严重的犯罪中，该法律规范所强调的“被遗忘权”应让位于 “真实”的价值考量，前述被审查规范的“绝对性”已然遭到挑战。如果同一法律体系中的规范存在冲突，则需要从上位法律规范的角度加以审查。而合宪性先决问题审查程序正是通过事后的违宪审查以捍卫统一法律秩序的功能。

第二、回应普通法院判例法的变动

16 除了1881年7月29日法律之外，法国民法典(第9条及第9-1条有关人格权和无罪推定)、刑法典(第223-13, 227-18, -19, -20 et -21, 431-6条)也构成对新闻媒体自由的法律限制。
17 Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux, « l’ambition raisonnée d’une justice apaisée », 2008, disponible sur le site du ministère de la justice. Voir spécialement p.289 à 293.

在司法实践中，普通法院对此一禁止性规定实际上已经进行变通以降低适用中的严格性，例如同意诽谤罪嫌疑人进行善意(bonne foi)抗辩。最高法院的判例总体而论亦是十分保护“善意抗辩”以规避法律对“真实抗辩”限制。特别是在与历史研究或阿尔及利亚战争有关的案件中，最高法院多次重申 了“善意抗辩”的可能性。被告人可以在间接证明“善意”的过程中证明事实的真实性。例如上文所提及的巴黎轻罪法庭在 1985 年 6 月 26 日的有关历史学家肖维的判决中，被告人进行的“善意”抗辩。然而，这种规避方式并不能弥补被控告人不能进行真实抗辩而免除全责的缺陷。因为从根本意义上讲，只要被告能证明其言词是真实的，就可全面抗辩原告的诉讼请求，即使被告主观存在恶意亦不构成诽谤罪。因此，宪法委员会对时效限制所进行违宪宣告的判决成功地回应了普通法院判例的变动，为宪法规范进一步渗透入司法秩序中作出了较大的贡献。

第三、回应欧洲人权法院之判决要求

在以往的判决中，欧洲人权法院多次援引《欧洲人权公约》第 10 条有关言论自由的规定对法国有关诽谤罪的立法进行谴责。比较典型的案例如 2006 年 11 月 7 日“Mamère 诉法国一案”的判决。[18]在本案中，法国法院认为，原告所提交的多份证据证明当时法国多个相关的公权力机构都涉嫌隐瞒辐射云进入法国的事实，但因为相关材料超出了 10 年的期限而未予以采信。在国内诉讼途径穷尽的情况下，诺埃尔·马昧尔援引《欧洲人权公约》第 10 条有关言论自由的规定，向欧洲人权法院提起诉讼。2006 年 11 月 7 日，欧洲人权法院认为诺埃尔·马昧尔的言论虽然“夸大了状况”，但仍在许可的限度内。欧洲人权法院认为，[19]“勿庸讳言，通常而论，对援引以前的事实作出时间限制是由于时间久远事件的真实性难以确认。但如果是涉及历史或者科学研究的事件，则秉承相反逻辑：随着时间的推移，对当时的事件理解应当更接近事实。在切尔诺贝利事件对环境以及公共健康的影响这一问题上就是如此”。因此欧洲人权法院的法官一致认为法国法院的判决侵犯了人权公约第 10 条，“对马昧尔的定罪在民主社会中对于保障第三人权利或声誉并不是必要的”[20]。在欧洲人权法院判处此限制违背《欧洲人权公约》之后，巴黎大审法院在 2007 年 5 月 21 日的一纸判决中排除适用了此条款。但在司法实践中，

18 1999 年 10 月 23 日在法国公共 2 台（France 2）的一档名为“大家开讲（Tout le monde en parle）”电视节目中，法国记者及政治人物诺埃尔·马昧尔（Noël Mamère）直言斥责皮埃尔·贝勒翰（Pierre Pellerin）为“险恶的人”，后者曾在 1986 年切尔诺贝利事件时担任 SCPRI 主席。马昧尔指称贝勒翰“多次谎称辐射云没有穿越（法国）边境”。针对这一指称，皮埃尔·贝勒翰对诺埃尔·马昧尔和法国 2 台台长提起诉讼。2000 年 10 月 11 日，巴黎轻罪法院判决诺埃尔和法国 2 台犯有针对公务员的公共诽谤罪。两被告不服，向巴黎上诉法院提起上诉，然而依然败诉。两被告因此向最高法院提出撤销之诉，但诉讼请求被驳回。参见 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03.

19 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03,§24.

20 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03.

还有不少案件都因为此举证限制而致使被告不能被免除刑罚，欧洲人权法院的判决并未实质性进入法国的国内法律秩序。在该案判决的几个月后，欧洲委员会的议会会议于 2007 年 6 月 27 日批准了“法律问题和人权委员会”的“诽谤罪的去刑罚化”报告，明确要求法国修订或者废除 1 8 8 1 年《新闻自由法》的第 3 5 条。[21] 从这个意义上讲，宪法委员会于 2011 年废除举证限制的判决便是对欧洲人权法院 2006 年 11 月 7 日第 12697/03 判决的确认，在实质意义上执行了欧洲人权法院的判决，回应了判例的变动。

（2）凸显合宪性先决问题审查机制的优越性

本案是在欧洲人权法院已经作出相关判决的情况下而提出的，体现了合宪性先决问题审查程序（QPC）相较于合公约性审查（contrôle de conventionnalité）的优越性，因为违反公约的法条仅仅在个案中排除适用，而违宪法条则直接被剔除出法律秩序中。

在合宪性先决问题审查机制尚未施行之初，学界有关合宪性先决问题与合公约性审查机制之间的讨论就十分激烈。所谓的合公约性审查机制，便是指行政法院系统或司法法院系统的法官均可在当事人的请求下，对其所适用的法律是否符合国际公约的相关规定进行审查。如果法官经审查，认为法律不符合国际公约的规定，则可排除适用该法律。可见，这一机制和 2008 年新法所规定的事后违宪审查机制有相当的相似性，且在适用范围上存在竞争关系。相比而言，当事人及律师更青睐合公约性审查机制，而非合宪性审查。因为国际公约及欧盟人权公约中规定的基本权比法国宪法中规定的基本权更具体、更明确，且在程序上便捷许多——直接由普通法官便可作出决定，而无须提交至最高行政法院、最高法院甚至是宪法委员会。法国学者们担心，在这种情况下，违宪审查机制极易成为一种装饰品，无太多实用价值。自 2010 年合宪性审查程序启动以来，两套机制之间一直存在比较微妙的关系。法国普通法院的法官从心理上更倾向于自己占主动地位的合公约性审查。然而，竞争不一定总是产生分歧，也会导向一致或趋同。本案判决证明了合宪性先决问题审查机制的优越性，尤其是相较于欧洲人权法院判决而言的优势。[22]通过此案，我们也有理由相信，合宪性先决审查程序将在法国立法及司法实践中逐渐展现出更明显的效用以保障公民基本权利。

总之，言论自由当然是有边界的，恶意造谣、诽谤他人等违法行为都应当予以禁止。但如何认定“诽谤”，这往往与保障公民正当行使宪法所赋予的言论自由权有极大关联。

21 Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Vers une dépénalisation de la diffamation, 25 juin 2007, n° 11305, § 17.7.

22 Jean-Baptiste PERRIER, « Liberté d'expression et prescription de l'exception de vérité », Actualité Juridique - Pénal, septembre 2011, n° 9, p. 414-416.

在司法实践中，普通法院对此一禁止性规定实际上已经进行变通以降低适用中的严格性，例如同意诽谤罪嫌疑人进行善意(bonne foi)抗辩。最高法院的判例总体而论亦是十分保护“善意抗辩”以规避法律对“真实抗辩”限制。特别是在与历史研究或阿尔及利亚战争有关的案件中，最高法院多次重申了“善意抗辩”的可能性。被告人可以在间接证明“善意”的过程中证明事实的真实性。例如上文所提及的巴黎轻罪法庭在1985年6月26日的有关历史学家肖维的判决中，被告人进行的“善意”抗辩。然而，这种规避方式并不能弥补被控告人不能进行真实抗辩而免除全责的缺陷。因为从根本意义上讲，只要被告能证明其言词是真实的，就可全面抗辩原告的诉讼请求，即使被告主观存在恶意亦不构成诽谤罪。因此，宪法委员会对时效限制所进行违宪宣告的判决成功地回应了普通法院判例的变动，为宪法规范进一步渗透入司法秩序中作出了较大的贡献。

第三、回应欧洲人权法院之判决要求

在以往的判决中，欧洲人权法院多次援引《欧洲人权公约》第10条有关言论自由的规定对法国有关诽谤罪的立法进行谴责。比较典型的案例如2006年11月7日“Mamère诉法国一案”的判决。[18]在本案中，法国法院认为，原告所提交的多份证据证明当时法国多个相关的公权力机构都涉嫌隐瞒辐射云进入法国的事实，但因为相关材料超出了10年的期限而未予以采信。在国内诉讼途径穷尽的情况下，诺埃尔·马昧尔援引《欧洲人权公约》第10条有关言论自由的规定，向欧洲人权法院提起诉讼。2006年11月7日，欧洲人权法院认为诺埃尔·马昧尔的言论虽然“夸大了状况”，但仍在许可的限度内。欧洲人权法院认为，[19]“勿庸讳言，通常而论，对援引以前的事实作出时间限制是由于时间久远事件的真实性难以确认。但如果是涉及历史或者科学研究的事件，则秉承相反逻辑：随着时间的推移，对当时的事件理解应当更接近事实。在切尔诺贝利事件对环境以及公共健康的影响这一问题上就是如此”。因此欧洲人权法院的法官一致认为法国法院的判决侵犯了人权公约第10条，“对马昧尔的定罪在民主社会中对于保障第三人权利或声誉并不是必要的”[20]。在欧洲人权法院判处此限制违背《欧洲人权公约》之后，巴黎大审法院在2007年5月21日的一纸判决中排除适用了此条款。但在司法实践中，

18 1999年10月23日在法国公共2台（France 2）的一档名为“大家开讲（Tout le monde en parle）”电视节目中，法国记者及政治人物诺埃尔·马昧尔（Noël Mamère）直言斥责皮埃尔·贝勒翰（Pierre Pellerin）为“险恶的人”，后者曾在1986年切尔诺贝利事件时担任SCPRI主席。马昧尔指称贝勒翰“多次谎称辐射云没有穿越（法国）边境”。针对这一指称，皮埃尔·贝勒翰对诺埃尔·马昧尔和法国2台台长提起诉讼。2000年10月11日，巴黎轻罪法院判决诺埃尔和法国2台犯有针对公务员的公共诽谤罪。两被告不服，向巴黎上诉法院提起上诉，然而依然败诉。两被告因此向最高法院提出撤销之诉，但诉讼请求被驳回。参见 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03.

19 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03,§24.

20 CEDH, deuxième section, 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03.

还有不少案件都因为此举证限制而致使被告不能被免除刑罚，欧洲人权法院的判决并未实质性进入法国的国内法律秩序。在该案判决的几个月后，欧洲委员会的议会会议于2007年6月27日批准了“法律问题和人权委员会”的“诽谤罪的去刑罚化”报告，明确要求法国修订或者废除1881年《新闻自由法》的第35条。[21]从这个意义上讲，宪法委员会于2011年废除举证限制的判决便是对欧洲人权法院2006年11月7日第12697/03判决的确认，在实质意义上执行了欧洲人权法院的判决，回应了判例的变动。

（2）凸显合宪性先决问题审查机制的优越性

本案是在欧洲人权法院已经作出相关判决的情况下而提出的，体现了合宪性先决问题审查程序（QPC）相较于合公约性审查（contrôle de conventionnalité）的优越性，因为违反公约的法条仅仅在个案中排除适用，而违宪法条则直接被剔除出法律秩序中。

在合宪性先决问题审查机制尚未施行之初，学界有关合宪性先决问题与合公约性审查机制之间的讨论就十分激烈。所谓的合公约性审查机制，便是指行政法院系统或司法法院系统的法官均可在当事人的请求下，对其所适用的法律是否符合国际公约的相关规定进行审查。如果法官经审查，认为法律不符合国际公约的规定，则可排除适用该法律。可见，这一机制和2008年新法所规定的事后违宪审查机制有相当的相似性，且在适用范围上存在竞争关系。相比而言，当事人及律师更青睐合公约性审查机制，而非合宪性审查。因为国际公约及欧盟人权公约中规定的基本权比法国宪法中规定的基本权更具体、更明确，且在程序上便捷许多——直接由普通法官便可作出决定，而无须提交至最高行政法院、最高法院甚至是宪法委员会。法国学者们担心，在这种情况下，违宪审查机制极易成为一种装饰品，无太多实用价值。自2010年合宪性审查程序启动以来，两套机制之间一直存在比较微妙的关系。法国普通法院的法官从心理上更倾向于自己占主动地位的合公约性审查。然而，竞争不一定总是产生分歧，也会导向一致或趋同。本案判决证明了合宪性先决问题审查机制的优越性，尤其是相较于欧洲人权法院判决而言的优势。[22]通过此案，我们也有理由相信，合宪性先决审查程序将在法国立法及司法实践中逐渐展现出更明显的效用以保障公民基本权利。

总之，言论自由当然是有边界的，恶意造谣、诽谤他人等违法行为都应当予以禁止。但如何认定“诽谤”，这往往与保障公民正当行使宪法所赋予的言论自由权有极大关联。

21 Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Vers une dépénalisation de la diffamation, 25 juin 2007, n° 11305, § 17.7.

22 Jean-Baptiste PERRIER, « Liberté d'expression et prescription de l'exception de vérité », Actualité Juridique - Pénal, septembre 2011, n° 9, p. 414-416.

如果边界不清，扩大打击面，则难说未有窒息言论自由之虞。法国宪法委员会在这一判决中表明了立场：：尽量缩小“因言获罪”的可能性，这也是民主国家一致的发展趋势。

[相关宪法条文]

1789 年《人权宣言》第 11 条：“自由交流思想和意见是人的最可宝贵的权利之一。因此，每一个公民都可以享有言论、写作和出版的自由，但应该依法对滥用这种自由承担责任。”

法国 1958 年宪法第 61-1 条第 1 款：“法院审理案件中，一方当事人认为案件涉及的法律条款侵犯了宪法所保障的公民权利和自由时，宪法委员会可以受理最高行政法院或者最高法院移送的合宪性问题并在一定期间内进行判决。”

台湾法官职务法庭之建置与运作实务

詹镇荣※

目次

壹、法官法对法官保障之时代意义

贰、法官独立及国家之司法保障义务

叁、法官职务法庭之建制

一、建制原则

二、组织归属

三、单一审判长法定原则

四、陪席法官之遴选

五、职务法庭合议庭之配置

肆、职务法庭之审理程序及裁判

一、 法官惩戒程序

二、身分保障救济程序

三、职务监督救济程序

四、 法官会议决议违法宣告

伍、结论

关键词：审判独立、法官自治、国家司法保障义务、职务法庭、法官惩戒、职务监督

壹、法官法对法官保障之时代意义

在台湾研议已久之法官法，终于 2011 年 7 月 6 日公布。法官法第 1 条第 1 项规定：「为维护法官依法独立审判，保障法官之身分，并建立法官评鉴机制，

※ 詹镇荣，政治大学法学院教授。

以确保人民接受公正审判之权利，特制定本法。」据此，法官法开宗明义即揭示法官法制定之两大立法目的：「维护司法独立」以及「确保人民之司法救济权」。为达成此等立法目的，法官法中诸多条文乃显现出「司法自主」及「法官自治」之具体化设计。其中，在法官职务及身分权益救济事件之自主及自治部分，本法第七章规定应于司法院设「职务法庭」，由公务员惩戒委员会委员长为审判长，与法官四人为陪席法官组成合议庭（第 48 条第 1 项），负责审理法官惩戒事项、法官不服撤销任用资格、免职、停止职务、解职、转任法官以外职务或调动事项、职务监督影响法官审判独立之事项，以及其他依法律应由职务法庭管辖之事项（第 47 条第 1 项）。此等法官职务法庭（Dienstgericht）之设，根据立法说明，乃是参考德国及奥地利之立法例，为法官法所新创之制度，属于专司「法官惩戒」与「人事及职务监督争议」之审判机关。根据本法规定，职务法庭之相关规定，应于本法公布后一年施行。换言之，自 2012 年 7 月 6 日起，职务法庭应设置完成，并开始运作。自此以降，法官法所规范之实体及程序规定，终于正式上路，为台湾宪法所保障之法官审判独立及人民司法救济权开启一全新里程碑。

有鉴于法官职务法庭为台湾现行法制所无之设计，本文拟就法官职务法庭制度之立法构想、建置及审判权范围等相关问题面向，加以介绍说明。所涵盖之议题，从职务法庭之组成、事务分配，到管辖权及程序类型，乃致于裁判及执行等组织法及程序法面向上之相关问题。又职务法庭设置迄今，即将届满三年。截至目前为止，已有若干裁判之作成。案件数量虽尚属有限，然或可从中探知职务法庭保障法官权益及审判独立之立场与倾向。是以，本文除上述法官法之规范层面外，亦将视野扩及至职务法庭之运作实务。

贰、法官独立及国家之司法保障义务

宪法第 80 条规定：「法官须超出党派以外，依据法律独立审判，不受任何干涉。」同法第 81 条复规定：「法官为终身职，非受刑事或惩戒处分，或禁治产之宣告，不得免职。非依法律，不得停职、转任或减俸。」保障法官在职务上及身分上之独立性。此两条文揭橥现代宪法国家所要求之「法官独立」理念，为权力分立宪政体制之重要构成要件。同为现代立宪主义国家之德国，基本法第九

十七条第一项规定：「法官独立，仅服从于法律。」同条第二项：「正式任用之法官非经法院判决，并根据法定理由、依照法定程序，在其任期届满前，不得违反其意志予以免职，或永久或暂时予以停职或转任，或令其退休。法律得规定终身职法官退休之年龄。遇有法院之组织或其管辖区域有变更时，法官得转调其他法院或停职，但须保留全薪[1]。」亦揭示法官审判独立及受身分保障之意旨。

就司法权之功能旨在审判而言，法官独立即指法官之审判独立，要求法官仅能依据法律审判，不受政治、政党、其他权力作用及人民之任何干涉。此等法官独立之保障，并非法官所享有之阶级特权[2]，毋宁旨在确保法官不受任何干预，能够单独依法审判，使人民之诉讼权获得有效之实现。

根据一般见解，法官独立之内涵，略可包含涉及审判权本身行使之「事务独立」（sachliche Unabhängigkeit），以及审判者（即法官）职位及俸给权益保障之「身分独立」（persönliche Unabhängigkeit）两大范畴[3]。而身分独立之保障，最终目的仍在于确保法官审判之实质独立，故实质独立为最终目标，而身分独立则是达成此等最终目标之一种制度上必要手段[4]。以下兹就两种法官独立类型扼要说明个别之重要保障内涵：

一、法官独立

（一）事务独立

事务独立系指法官从事审判工作时不受指示，仅服从于法律，依自己之确信作成裁判而言。是以，事务独立亦被称之为法官有不受指示之自由。为确保法官之事务独立性，应禁止行政权、立法权等所有国家权力作用对于法官之执行职务行为，施加任何可能对法官产生影响之措施。

有鉴于法官事务独立并非法官个人之特权，毋宁目的仍在于保障人民基于法治国原则所应享有之一般司法保障请求权得以有效行使。换言之，透过法官事务独立之保障，以履行国家对于人民所应担负之司法保障义务。司法院释字第 601 号解释理由书亦明确指出此等法官事务独立保障之旨趣：「宪法第八十条规定：

1 本中译文系采用司法院 2002 年 7 月 26 日修订之德意志联邦共和国基本法中译版本。参见：http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-01.asp.
2 BGHZ 46, 147 (148 f.).
3 参见法治斌、董保城，宪法新论，2010 年 9 月四版，页 413。
4 BVerfGE 87, 68 (85).

『法官须超出党派以外，依据法律独立审判，不受任何干涉。』旨在要求法官必须独立、公正行使审判职权，使寻求司法救济之当事人确信职司审判权者，乃客观、超然及受适当之制度保障而较能作出正确判断之中立第三者。」是以，法官事务独立之保障范围，最主要者乃为「法之发现」本身，以及为了法之发现，所采取之所有相关实体及程序决定。就法之发现本身，即是指「裁判」而言。而为法之发现所为之间接实体与程序决定，系指裁判前之准备程序，以及裁判后之附随行为。例如审理程序中所为之言词辩论准备及进行、事实及证据之调查、证人鉴定人之指定及允许、笔录制作、法庭警察权之行使、和解促成、期日期间安排、案件审理次序规划等[5]。甚至是无涉于具体个案审理之法官职务事务分配及分案规则之案件审理外围条件及框架，亦属之。综上所述，凡是直接与间接涉及法官之「审判工作」（richterliche Tätigkeit）者，无论是先前之准备或是事后之附随处置及决定，原则上皆受到事务独立之保障。反之，法官所为之非审判工作性质的职务行为，例如司法行政工作，甚至是职务外之个人行为，因与法之发现无涉，故不在事务独立之事的保障范围之内。

此外，在人之保障范围上，事务独立所保障者，并非司法或是法院审判权之整体，而是从事审判工作之「个别法官」（Der einzelne Richter）。此在诉讼案件实行法官「独任」方式审理时，固无问题，即使是依法应以审判庭方式「合议」审理及裁判，亦然。除该审判庭本身作为受事务独立保障之一整体单元外，组成审判庭之各成员法官个人，亦享有事务之独立性[6]；而且，无论其身分为职业法官抑或是荣誉职法官，皆然。当然，此并非意味合议庭成员彼此间应各自为阵，不得彼此讨论案情，甚至是试图影响其他成员之法律见解。盖合议审理后终究必须合议出统一之裁判见解，此乃合议制之制度性质所使然。

（二）身分独立

法官之身分独立，受宪法第 81 条之保障，系指法官为终身职，其职位非依法律不受任意之免职、撤职、停职、转任、调职及提早令其退休。基此，法官身分之独立，亦被称之为法官之不可免职性、不可调职性、不可停职性等[7]。宪法

5 参见 V. Öhlrich 着，许政贤译，德意志联邦共和国法官职务法——以法官职务法庭的任务为中心，法官协会杂志，第 6 卷第 1 期，2004 年 6 月，页 161-162。
6 Vgl. R. Herzog, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 97 Rn. 33.
7 参见本研究报告第三章、第三节、第二项、第一款。

第 81 条甚至进一步规定法官不受减俸，亦属身分独立性之保障内涵。司法院释字第 601 号解释理由书明白指出：「宪法第八十一条关于法官非依法律不得减俸之规定，应系指对于法官除有惩戒事由始得以宪法第一百七十条规定之法律予以减俸外，各宪法机关不得以任何其他理由或方式，就法官之俸给，予以删减。」

不同于上述之事务独立，法官身分独立之保障虽同享宪法之明文，但并非自我目的。毋宁，其目的旨在确保法官于其职务主前保有自由且受保障之法律地位及法定职位，不致于有后顾之忧，担心职位可能随时遭受到免除或变动，导致法官在从事审判工作时，形成心理上之压力，难以依法律而独立审判。是以，法官身分独立性厥为保障法官事务独立不可或缺之一项先决要件[8]。亦正因为如此，台湾及德国宪法（基本法第 79 条第 2 项参照）率皆明文保障法官身分之独立性。

二、国家之司法保障义务

法官独立固为现代宪法权力分立原则及法治国原则之重要要素[9]，然却非至高无上，不容松动或限制之绝对法则。盖如上所述，法官独立并非宪法赋予法官之个人特权，而是旨在确保司法权之功能不受行政、立法等其他公权力作用之不法干预，使寻求法律救济之人民得以信任司法，相信透过司法救济管道，自己确实能受到充分而有效之公平审判。此即人民受宪法所保障之「司法保障请求权」（Justizgewährungsanspruch）[10]。若从国家角度以观，则法官独立即是作为国家履行司法保障义务必要手段之一。

为确保人民司法受益权得以获得有效保障，倘法官执行职务或是职务外之行为有损人民对司法之信任，或是无法担保使人民获得充分而有效公平审判之权利获得保障时，国家即有必要对该法官采取适当之措施。司法院释字第 530 号解释亦明白指出：「基于保障人民有依法定程序提起诉讼，受充分而有效公平审判之权利，以维护人民之司法受益权，最高司法机关自有司法行政监督之权限。」在此情形下，法官独立与职务监督措施，甚至是属于法官淘汰机制之惩戒处分或是人事处分，即是同以确保国家司法保障义务有效履行为目的。纵然如此，两者间

8 参见司法院释字第 601 号解释：「审判独立与身分保障之关系，密不可分，故宪法第八十一条规定：『法官为终身职，非受刑事或惩戒处分，或禁治产之宣告，不得免职。非依法律，不得停职、转任或减俸』。」
9 参见司法院释字第 530 号解释。
10 Vgl. N. Achterberg, Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit, NJW 1985, 3042.

则是往往立于相互拉距之紧张关系。盖一方面，国家之法官淘汰惩戒、人事处分及职务监督措施，在一定程度上皆会对于法官之事务及身分独立造成影响，但另一方面，审判独立又是宪法权力分立原则及法治国原则赖以维系之重要要素，受宪法之保障。两者间之关系应如何拿捏，非属易事。司法院释字第 539 号解释，亦道出审判独立及司法行政监督措施两者间之紧张关系：「凡足以影响因法官身分及其所应享有权利或法律上利益之人事行政行为，固须依据法律始得为之，惟不以宪法明定者为限。若未涉及法官身分及其应有权益之人事行政行为，于不违反审判独立原则范围内，尚非不得以司法行政监督权而为合理之措置。」

综上所述，国家为有效履行其司法保障义务，在适当范围内非不得对于法官之职务行为及职位进行影响或干预；但此等行为之介入，却又不得使法官之事务及身分独立遭受全然破毁或架空[11]。法官法之制定，即是在此等冲突背景下所由生。希冀透过法官法之制度，在实体法上得以有效规范法官独立及法官惩戒法及职务法上措施两者间之应有分际，并且同时在程序法上建构契合法官自治、符合公平审判要求之纷争解决机制，以确保国家之司法保障义务得以最适履行。

参、法官职务法庭之建制

根据法官法第 47 条第 1 项规定，司法院设职务法庭，审理法官惩戒事项、法官不服人事处分、影响审判独立之职务监督措施，以及依法由职务法庭管辖之事项。准此，职务法庭为法官惩戒事项、身分保障及职务监督救济事项之法定专属审理机关，为立法者参酌德国及奥地利法官法立法例所创设出专门审理特定法官事务之法官自主审判庭，以有别于一般公务员之惩戒程序及权利保障设计。此等意旨，于法官法之立法说明中亦被明确揭示：「法官依据法律独立审判，为宪法所明定，与一般公务员上命下从之性质迥然有别。而法官职司审判，攸关人民生命、自由及财产权益，权责重大，因此，对于法官之惩戒程序及身分保障救济程序，自应有别于一般公务员之设计。又职务监督权之行使，固不得影响审判独立，惟二者间之分际若发生争议，宜由中立之第三者予以裁判，以期公允，爰基

11 参见法治斌、董保城，前揭注 3 书，页 416。

于司法机关惩戒自主之宪法法理，参考德、奥立法例，建构职务法庭之组织，以处理有关法官惩戒、身分保障及职务监督之救济等事项。」

一、职务法庭之组成

（一）建置原则

法官职务法庭之建置，系以「法官自主」为最高指导原则，已如上述。准此，当法官法对于法官职务法庭之建置有规范不周延，而容有解释之空间，甚至是付之阙如之情形时，此等「法官自主」之最高建置原则即成为最重要之解释基准与取向。纵使另有其他公益应并同考虑，应亦无损于法官自主在法官职务法庭建置上所居于之优势地位。

二、组织归属

法官法第 47 条第 1 项要求司法院设职务法庭，由此，吾人可以得知：全国仅设单一之职务法庭，且设于司法院。按根据中华民国宪法所规定之国家体制及垂直权力分立架构，为单一国体制，且司法制度又属中央立法并执行之事项（第 107 条第 4 款）。准此，法官职务法庭之设，无庸如同联邦国体制之德国一般，区分邦及联邦两层级，固属自明之理。至于职务法庭之组织上归属，台湾法官法规定则与德国有别，并非置于最高法院，为最高法院内之一个审判庭，毋宁为司法院内之一独立法庭。职是之故，未来法官职务法庭设立后，乃为司法院内除由大法官所组成之宪法法庭外，唯一具有审判权限之组织单元。在此意义下，司法院作为「司法审判机关」之功能成分可获提升[12]。

法官职务法庭之组织上归属，不单仅是涉及到组织地位及层级之定性而已，更同时蕴含有职务监督关系之潜在意义。换言之，职务法庭组织上归属为何，将影响到得对职务法庭法官采取职务监督措施之主体。根据法官法第 20 条所规定之职务监督层级体系旨趣，倘若台湾法官职务法庭仿效德国制度，设计为隶属于最高法院，为其中之一个审判庭，则根据法官法第 20 条第 1 款及第 2 款规定，得对职务法庭法官施以职务监督者，将为司法院院长及最高法院院长，固无疑义。

12 司法院释字第 530 号解释参照。

然而，依现行法官法第 47 条第 1 项规定，职务法庭隶属于司法院，故根据同法第 20 条第 1 款规定，理应仅有「司法院院长」享有对职务法庭法官为职务监督之权限。然而，司法院院长作为全国司法行政事务之最高首长，对于各法院及其分院司法行政事务之运作，贴近性实远不如各法院院长，甚至是庭长为高。其欲发挥有效司法行政事务执行及职务监督之功能，事实上有其困难。就职务法庭而言，虽法官法仅赋予公惩会委员长充任审判长之诉讼审理上权限而已，然理论上尤其担任职务法庭司法行政事务首长之「庭长」，应属较为妥适之设计。

三、单一审判长法定原则

根据法官法第 48 条第 1 项规定：「职务法庭之审理及裁判，以公务员惩戒委员会委员长为审判长，与法官四人为陪席法官组成合议庭行之。」是以，职务法庭为法官五人所组成之合议庭。其中，审判长依法明定须由公务员惩戒委员会委员长担任。本条项之立法说明指出：「职务法庭审理法官之职务处分、惩戒等事项，故其审判长宜由经常性处理公务员惩戒、人事事务，且对惩戒法制较为熟悉之司法院公务员惩戒庭特任庭长充任；……」据此，立法者乃基于职务法庭与公务员惩戒委员会两者间之任务具高度近似性之考虑，遂规定由熟悉公务员惩戒法制之公务员惩戒委员会委员长充任职务法庭审判长。

然而，法官法第 48 条第 1 项之相关规定在立法政策上却不无商榷之余地。盖公务员惩戒委员会委员长在审理之专业领域内，固然对于公务员之惩戒及人事事项甚为熟稔，然其在职位上，却同时兼具有公务员惩戒委员会司法行政首长之身分。此观之法官法第 20 条第 4 款规定：「公务员惩戒委员会委员长监督该委员会委员。」自明。由其担任法官职务法庭之审判长，虽具有专业上之事务关联性，然却似有违同法第 48 条第 4 项：「各法院院长不得为职务法庭之成员。」所揭示「司法行政首长不担任职务法庭成员」之规范旨趣。尤其当当事人法官为公务员惩戒委员会委员，且正因不服职务长官对于所为之职务监督措施，而向职务法庭提起权利救济时，则此际公务员惩戒委员会委员长将立于「系争措施之作成者」及「法官权利捍卫者」两者冲突身分兼备之尴尬处境，就法官法保障法官身分及职务独立性之立法意旨而言，此等设计显难有正面促进之作用。

对于此立法上之不妥，治本之计，未来应可于法官法修法时予以检讨修正。惟在维持现行法规范之前提下，本文认为此等立法缺失或可暂时透过「回避及代理人制度」，予以治标性地技巧解决。换言之，当在个案中当事人法官现为或曾为公务员惩戒委员会委员，且系争案件正好涉及到当事人法官因该职位而被付惩戒，或是发生身分保护或职务监督之纷争时，公务员惩戒委员会委员长虽非一定为提送惩戒人、该人事处分或是职务监督措施之作成者，然基于其作为公惩会委员长之「职务地位」，即不宜亲自再担任此系争案件之合议庭审判长，而应予回避。根据法官法第 60 条第 1 项规定授权订定，于 2012 年 7 月 6 日发布之职务法庭惩戒案件审理规则第 4 条规定：「职务法庭法官有下列情形之一者，应自行回避，不得执行职务：十、曾为移送书所载被付惩戒人受移送惩戒行为发生时之职务监督权人。」据此，倘职务法庭审判长曾参与法官法所定个案惩戒案件相关程序，或是曾为移送书所载被付惩戒人「受移送惩戒行为发生时」之职务监督权人者，始构成自行回避之事由。至于审判长具被付惩戒人「现职职务监督人」身分者，则非在该条所定自行回避事由之列。此等立法例固可在法官法采取「单一审判长机制」下，限缩审判长回避情形过频之窘境，提升职务法庭合议庭有效组成之可能性。然而，审判长之回避，除一般诉讼法上所建置回避制度旨在避免裁判有失公平客观之虞外，尚具有修补现行法官法第 48 条第 1 项规定与第 4 项扞格之特别目的。基此，上述现职职务地位之特殊回避事由，实应一并予以斟酌考虑之。

四、陪席法官之遴选

根据法官法第 48 条第 3 项规定，职务法庭之法官，「须具备实任法官十年以上之资历，由司法院法官遴选委员会遴定十二人，每审级各四人，提请司法院院长任命，任期三年。」基此，职务法庭之组成，除审判长依法固定由公惩会委员长充任外，尚包括总数为十二人之陪席法官。此等组成结构，与德国联邦及邦法官法对于职务法庭之组成规定容有差异。以联邦法官职务法庭为例，根据德国法官法第 61 条第 2 项规定，联邦职务法庭由「审判长一人、常任陪席法官二人，以及非常任陪席法官二人」组成合议庭审理及裁判。其中，由联邦最高普通法院

主席团所决定出之常任陪席法官人选，数量上与合议庭组成之必要人数一致，为二人。至于非常任陪席法官，受建议之名单则是多于合议庭组成之实际需求人数。盖理论上，当事人法官可能来自于各个不同之法院系统。故各联邦最高法院主席团应提出建议名单，从中依序选任出实际个案合议庭之非常任陪席法官。在实务上，联邦最高普通法院、联邦行政法院、联邦社会法院、联邦财务法院、联邦劳动法院及联邦审计部，皆由各自之主席团提出二名代表各自法院系统之职务法庭非常任陪席法官。故联邦职务法庭之非常任陪席法官，合计有来自于六大法院系统（含联邦审计部），共十二人。

不同于德国法制，法官法对于十二名职务法庭陪席法官，不再进一步作常任及非常任之区分。任何审理个案之合议庭，皆应由此十二名陪席法官中选任四名，担任审理及裁判。针对此十二名陪席法官之遴定方式，法官法第 48 条第 3 项定有框架规定。首先，十二名陪席法官依审级分配，每审级遴定出四人。遴定权则是统一归属于「司法院法官遴选委员会」。至于每审级之四人，应如何遴定出，法官法则未规定，毋宁委由司法院订定职务法庭法官遴选规则规范之。根据司法院 2012 年 6 月 11 日发布之职务法庭法官遴选规则第 5 条规定：「司法院于遴选委员会遴定职务法庭陪席法官前，得函请各级法院、相关机关及团体推荐人选，并提供人选之相关数据。各级法院法官亦得向任职法院自荐登记为职务法庭陪席法官之人选。」同规则第 6 条第 1 项复规定：「司法院得就前条推荐及自荐人选，或其他符合第四条资格之法官中，参酌年资、期别、审级及所属法院等项，并择品德、学识、工作、才能优良者，拟具与职务法庭陪席法官职缺同额之人选，提请遴选委员会遴定之。」是以，职务法庭法官之遴选人选，可经由「他荐」、「自荐」及「择选」多元管道而产生。此等职务法庭陪席法官遴选名单产生方式，与职务法庭之设旨在透过法官自治之方式确保法官事务及身分独立之立法旨趣未尽相符。盖除由各级法院透过法官会议决议方式所推荐之人选，具有法官自治之正当性基础外，其余他荐、自荐及司法院所择选之人选，皆欠缺法官同事支撑之正当性来源。本文建议职务法庭法官遴选人选建议名单产生方式，应修正为全数由各法院透过「法官自治」方式，产生出建议名单，提交司法院法官遴选委员会，遴定出应分配名额之职务法庭法官，而排除他荐、自荐及司法院择选等其他方式并存之可能性。藉此，一方面可确保司法院法官遴选委员会之法定遴定权限，另

一方面复可强化法官在职务法庭法官选任上之自治成分，可谓一双面兼顾之调和机制。而所谓法官自治之方式，在德国法制下乃是透过各法院之主席团指定。在台湾虽无相同组织，但自法官法公布以降，该法第四章所规定之「法官会议」在功能上与德国各法院之主席团相近，故似为提出职务法庭法官建议名单之最适议决组织。

五、职务法庭合议庭之配置

在确定职务法庭之成员（审判长及陪席法官）名单后，尚不意味于具体个案系属时，吾人即可毫不犹豫地知悉合议审判庭之法官实际配置。对此，尚有待于职务法庭法官就年度司法事务之分配、代理次序及合议庭之配置为进一步之规范，始克其功。根据学说及实务上之一致性见解，法官年度司法事务分配及代理次序系属法官事务（职务）独立性之核心内涵，应受法官事务独立性之保障，已如上述。准此，法官之年度司法事务应如何分配、代理次序应如何安排，以及合议审判时法官如何配置等问题，应在法律之规范框架内，由法官本于自治精神自行决定之。法官法第 24 条第 1 项第 1 款规定，各法院及其分院设法官会议，议决依法律及司法院所定事务分配办法，预定次年度司法事务分配、代理次序及合议审判时法官之配置事项。职务法庭虽不具独立法院或分院之组织规模，然其作为审理法官惩戒程序及职务法上纷争程序之专门法庭，理应亦本相同旨趣，由审判长及全体十二名陪席法官组成职务法庭法官会议，依法官自治之精神，自行决定事务分配、代理次序及合议庭之法官配置等事项，避免其他享有行政权之职务首长或是机关，为外部干预，破坏法官事务上独立性之确保。法官法第 48 条第 5 项规定：「职务法庭之事务分配及代理次序，由全体职务法庭法官决定之。」即揭斯旨。

法官本于自治精神，虽可自为决定年度司法事务分配等相关事项，然若法律设有指导性或是框架性规范者，仍应受此拘束。在法令规定之范围内，始有进一步形塑之空间。基此，法官法第 48 条第 1 项规定：「职务法庭之审理及裁判，以公务员惩戒委员会委员长为审判长，与法官四人为陪席法官组成合议庭行之。」同条第 2 项规定：「前项陪席法官至少一人但不得全部与当事人法官为同一审级；

与审理司法院大法官惩戒案件时，应全部以最高法院、最高行政法院法官或公务员惩戒委员会委员充之。」第 89 条第 8 项规定：「检察官之惩戒，由司法院职务法庭审理之。其移送及审理程序准用法官之惩戒程序。」以及同条第 9 项规定：「前项职务法庭之陪席法官，至少一人应与当事人检察官为同一审级。」分别对于职务法庭于个案合议审判时法官之配置定有框架规定。综合整理，立法者本身对于合议庭法官之配置，设定出下列之框架条件：

- 职务法庭审理及裁判，以法官五人组成合议庭行之。其中，审判长固定为公惩会委员长，其余四人为陪席法官。
- 陪席法官之配置，采依当事人法官或检察官之任职审级不同而个案调整之「浮动模式」，而非传统类型案件合议审判时之「固定模式」。
- 在审理司法院大法官惩戒案件时，陪席法官应全部以最高法院、最高行政法院法官或公务员惩戒委员会委员充之。
- 在审理法官惩戒以及人事处分与职务监督救济案件时，陪席法官「至少一人但不得全部」与当事人法官为同一审级。
- 在审理检察官惩戒案件时，陪席法官「至少一人」应与当事人检察官为同一审级。

参、职务法庭之审理程序及裁判

根据法官法第 47 条第 1 项规定，职务法庭审理法官惩戒、法官不服人事处分及职务监督之救济，以及其他依法律应由职务法庭管辖之事项。就最后者而言，系指法官法第 24 条第 4 项之法官会议决议是否违背法令之宣告，以及同法第 89 条第 8 项所规定之检察官惩戒事项两种情形而言。准此，论者有谓台湾法官职务法庭乃同时扮演「处罚法院」及「救济法院」两种角色。前者系指审理大法官、法官及检察官之惩戒案件而言，而后者则是涉及到法官不服对其所采取职务法上措施而提起救济之案件。

一、法官惩戒程序

在法官法施行前，法官惩戒事项系由公务员惩戒委员会审理[13]。然而，司法官与行政文官之身分保障及职务性质，法制上究属有别。准此，法官法立法者遂将法官之惩戒事项自一般公务员之惩戒分离而出，而由法官职务法庭专属管辖。而有鉴于职务法庭成员率皆为现职之职业法官，由其行使法官惩戒权限，亦符合法官惩戒自主之宪法原理[14]。

（一）双阶段之先行程序

根据法官法第 51 条第 1 项规定：「法官之惩戒，应由监察院弹劾后移送职务法庭审理。」复依同条第 2 项：「司法院认法官有应受惩戒之情事时，除依法官评鉴之规定办理外，得径行移送监察院审查[15]。」准此，职务法庭审理法官惩戒案件，乃以监察院先行发动法官弹劾案为先行程序。并且，法官之弹劾案必须成立[16]。而监察院发动审查法官是否有弹劾情事之程序，除主动调查外，复存有两种可能性：其一是司法院径行移送，其二是司法院法官评鉴委员会针对当事人法官进行个案评鉴后，认为有惩戒之必要，报由司法院移送（法官法第 39 条第 1 项第 1 款）[17]。吾人可将此等职务法庭审理法官惩戒之先行程序称之为「双阶段之先行程序」：第一阶段系指「司法院」之移送，第二阶段则是指「监察院」之移送而言。此等繁复之先行程序设计，旨在确保法官受宪法保障之事务及身分独立，避免轻易地遭受到职务法庭惩戒程序之讼累[18]。

13 关于公务员惩戒委员会审议法官惩戒之案件，例如可参见公务员惩戒委员会 100 年度鉴字第 11936 号议决书、100 年度鉴字第 11895 号议决书及 99 年度鉴字第 11751 号议决书等。

14 参见姜世明，法官法草案评释——谈与魔鬼交易的失落灵魂，月旦法学杂志，第 189 期，2011 年 2 月，页 92。批判此变革之缺失者，参见林峰正，法官法的未竟之功，台湾法学杂志，第 179 期，2011 年 7 月，页 2-3。

15 惟有疑问者，司法院是否在此两种移送模式间，享有全然之选择裁量权？抑或必须遵循特定之选择基准？对此问题，法官法本身并未作实质上之规范。若吾人观察法官法草案第 49 条（相当于现行版本第 51 条）立法说明，则可获知若干当初法条起草时之原本立法用意：「司法院认法官涉有应受惩戒之事由，事证极为明确，或依评鉴规定办理缓不济急者，得径送监察院审查，惟移送前应经司法院人事审议委员会决议，以昭审慎。」准此，立法之初之所以赋予司法院拥有将法官惩戒案径行移送监察院审理之权限，并非毫无条件限制，得任由司法院自由裁量。毋宁，依立法说明以观，相对于评鉴移送，径行移送仅可作为「例外」之措施。唯有在法官应付惩戒之「事证明确」，或是依评鉴规定办理「缓不济急」两种情形下，司法院始得以经由人事审议委员会决议，径行将涉有应受惩戒事由之法官移送监察院，进行弹劾之审理。

16 在此意义下，法官法业已摒弃公务员惩戒法第十九条第一项但书之立法例，不再容许「九职等以下法官」之惩戒，得由司法院径行移送职务法庭审理。

17 参见姜世明，前揭（注 14）文，页 105。氏建议应进一步给予法官评鉴委员会「求处惩戒程度」之权限。

18 相同见解请参见「法官法之前瞻」座谈会会议纪录中蔡碧玉检察长发言，月旦法学杂志，第 196 期，2011 年 9 月，页 255。

（二）法官惩戒案件之审理

1. 惩戒程序之开始

监察院一旦成立法官弹劾案后，即应根据法官法第 51 条第 1 项规定，将法官弹劾案移送法官职务法庭审理。职务法庭收受监察院移送之案件后，法官惩戒案件除发生诉讼系属之效力外[19]，例如监察院针对同一弹劾案件不得更行移送，尚具有法官惩戒诉讼上之两项特别效力：其一，惩戒案件之系属，即发生惩戒权行使期间确定之效力。根据法官法第 52 条第 1 项规定，法官应受惩戒行为，自行为终了之日起，「至案件系属职务法庭之日止」，作为期间之计算始期及终期，并以此作为惩戒权可否，以及如何行使之基准。是以，惩戒案件系属于职务法庭之日，惩戒权行使期间即不再进行，而发生确定之效力。其二，惩戒案件一旦系属，原则上即生被付惩戒法官不得资遣或申请退休之效力。但此等效力并非不得松动，根据法官法第 55 条第 1 项规定，职务法庭可盱衡个案情节轻重，本于比例原则而行使同意权。

2. 程序类型及当事人

不同于德国职务法庭之惩戒诉讼具有「撤销职务机关所为之惩戒措施」以及「作成惩戒与否之判决」双重目的[20]，台湾法官法赋予职务法庭就法官惩戒事项之管辖权限，仅限于「惩戒权之实施」而已。从而，台湾职务法庭审理法官惩戒案件时所进行之诉讼类型，并非如同德国职务法庭般，存有由已受职务机关惩戒之法官所提起之撤销诉讼的可能性，而是仅有类同于公务员惩戒法或是刑事诉讼法上所特有，在行政诉讼法上无所对应之（审议）诉讼类型。此等诉讼之目的，旨在促请职务法庭发动其所专属之法官惩戒权（Disziplinargewalt），对被弹劾之法官作出惩戒之判决。

在上述基础上，法官法第 56 条第 1 项通案性地规定：「监察院、司法院、各法院及分院、法官得为第四十七条各款案件之当事人。」其中，将「监察院」列为职务法庭管辖案件之可能当事人之一。若细究第 47 条各款案件，唯一与其具关联性者，应该仅有「法官惩戒程序」而已。基此，法官法立法者似有意将职

19 参见陈清秀，行政诉讼法，2009 年 10 月第三版，页 310-311。
20 Vgl. Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz, Kommentar, 6. Aufl., 2009, § 63 Rdnr. 26.

务法庭之法官惩戒诉讼设计为一有「双方对审」之程序结构[21]，并且以「监察院」为诉讼之一造当事人。职是之故，监察院移送法官弹劾案于职务法庭，其本身虽非可被称之为法官惩戒诉讼之原告，但却仍可不失为诉讼之当事人，而立于「相当于原告」之地位。此正可凸显出职务法庭法官惩戒诉讼之特殊性，故实难以传统行政诉讼上之原、被告思维相比拟。在此思考脉络下，上述法官法第 56 条第 1 项规定适用于职务法庭之法官惩戒诉讼类型上，当事人应为监察院及被付惩戒之法官。

3. 惩戒诉讼之判决

职务法庭对于监察院所移送之惩戒案件是否符合实质审理之先决要件，以及被付惩戒法官有无违法失职之情事，于事实及证据调查达可决之程度时，即应就惩戒程序作出判决。除存有法官法第 49 条第 4 项所规定之事由时，应为「免议」判决外，职务法庭经调查事实、言词辩论后达可形成心证之程度者，即应对本案作出判决。倘职务法庭认被付惩戒法官不应受惩戒者，应为不受惩戒之判决。反之，倘职务法庭认为被付惩戒法官有违法失职之情事，并应予惩戒时，则根据法官法第 50 条规定，职务法庭可盱衡被付惩戒人违反义务具体情节之轻重，对其作出申诫、罚款、免除法官职务，转任法官以外之其他职务、撤职，或是免除法官职务，并丧失公务人员任用资格之惩戒判决。

上述法官惩戒种类，与公务员惩戒法第 9 条所规定之公务员惩戒种类[22]未尽完全契合，应该又是立法者为凸显法官与一般公务员因身分不同，惩戒处分当亦不应尽相同之一例。其中，撤职及免除法官职务，并丧失公务人员任用资格之惩戒处分，必须是应受惩戒之具体情事足认被付惩戒之法官「已不适任法官」者，始得为之（法官法第 50 条第 2 项）。

（三）审级救济

不同于德国法官法对于邦职务法庭裁判不服可有至少两个以上审级救济之设计，台湾法官法规定职务法庭之管辖事项仅有「一级一审」。据此，即使惩戒

21 参见赖恒盈，法官法关于法官评鉴与退场机制之检讨，月旦法学杂志，第 196 期，2011 年 9 月，页 140-141。
22 公务员惩戒法第 9 条第 1 项规定：「公务员之惩戒处分如左：一、撤职。二、休职。三、降级。四、减俸。五、记过。六、申诫。」

诉讼之当事人不服职务法庭所为之惩戒判决，在法制上亦不享有通常审级救济之权利。是以，职务法庭之惩戒判决一旦宣示或公告主文时，即已确定[23]。

法官法对于职务法庭之审级设计，既不如同德国邦职务法庭至少有二个审级以上之架构，亦不区分管辖事项而有差别规定，而是一律地采取「一级一审」制度。此等立法例是否妥适，不无商榷之余地。盖职务法庭制度之设，虽然主要目的在于贯彻法官自主原则，并且确保法官事务及身分独立之宪法要求，但在法官惩戒诉讼程序上，却不仅只是以此等宪法上客观法益为保障目的而已，毋宁更进一步地亦蕴含有保障法官作为公务员之「服公职权」部分。基此，本于人民服公职权之有效保障，法官对于惩戒判决不服时，给予其有通常救济途径之机会，应是较符法治国原则之设计。纵然司法院释字 396 号解释认为审级制度并不属于诉讼权保障之核心领域，然审级救济可能性之开启，具有修正裁判错误之功能，此非仅是将惩戒程序作合乎正当法律程序原则之设计即可达成；对于保障被付惩戒人之服公职权而言，应有独特之意义[24]。

纵然无通常救济程序之设计，法官法第 61 条第 1 项仍开启当事人得提起「再审之诉」之可能性。再审之诉之管辖法院，根据法官法第 62 条规定，亦专属于职务法庭。然而，在合议庭之组成上，根据职务法庭惩戒案件审理规则第 4 条第 9 款规定，职务法庭法官「曾参与该惩戒案件再审前之裁判」者，应自行回避，不得执行职务；但回避以一次为限。

（四）惩戒判决之执行

法官法第 69 条规定：「职务法庭于裁判后，应将裁判书送达法官所属法院院长，院长于收受裁判书后应即执行之。但无须执行者不再此限。」本条是否适用于职务法庭之法官惩戒判决，乃取决于惩戒措施有无执行之必要。观之同法第 50 条第 1 项所规定之五种法官惩戒处分，本文认为第 1 款「免除法官职务，并丧失公务人员任用资格」、第 2 款「撤职」及第 5 款之「申诫」，在执行上较无问题，通常仅需司法院或是受惩戒法官所属法院为人事行政作业上之配合即可。反之，第 3 款「免除法官职务，转任法官以外之其他职务」则尚须有司法院人事

23 行政诉讼法第 212 条规定：「不得上诉之判决，于宣示时确定；不宣示者，于公告主文时确定。」参照。
24 相同见解亦可参见李建良，从基本权观点论公务员惩戒之审级制度，收录于：氏著，人权思维的承与变，2010 年 9 月，页 342 以下。

命令之发布，惩戒处分始得以执行，其效果始得以发挥。换言之，「免除法官职务，转任法官以外之其他职务」之惩戒处分于判决确定时，固可当然发生免除法官职务之效果，但被惩戒法官究应转任至何等具体之法官以外职务，则尚有待于司法院另为人事令之发布。至于「罚款」部分，若被惩戒法官不愿意于期限内自动缴纳时，则有待送强制执行，国家始得实现此公法上金钱债权。在此，被惩戒法官所属法院院长，得以职务法庭之判决书为执行名义，移送行政执行机关强制执行[25]。

二、身分保障救济程序

根据法官法第 47 条第 1 项第 2 款规定，法官不服撤销任用资格、免议、停止职务、解职、转任法官以外职务或调动所提起之法律救济案件，由司法院职务法庭审理。据此，职务法庭审理案件之第二种类型，乃为法官人事处分之救济事项。

（一）现行救济途径概述

在法官法尚未生效前，法官不服司法院对其所作成之人事处分时所可寻求之法律救济途径，与一般公务员并无二致。在现行法秩序下，不服人事处分之法官首应根据公务员保障法规定，寻求保障救济。若救济未果，则在要件完备之前提下，原则上尚可续向行政法院起诉，请求撤销人事处分，或是确认人事处分无效或违法。

根据公务人员保障法第 25 条第 1 项以及第 77 条第 1 项规定，法官不服司法院所为之人事措施，依其性质分别可向保训会提起复审，或是依序向司法院及保训会提起申诉及再申诉，以为救济。此等保障救济属于行政权之作用，旨在使行政有再次自我省察及更正错误之机会，同时亦具有过滤诉讼救济之部分功能，避免行政法院承受过重之案件负担。根据保训会向来之一贯见解，公务员不服免职

25 司法院 99 年 2 月 9 日送立法院审议之公务员惩戒法修正草案第五十四条第一项但书规定：「但受惩戒人因惩戒处分而应为金钱之给付，经主管长官定相当期间催告，仍不履行者，主管长官得以议决书为执行名义，移送行政执行机关强制执行。」可资参照。

[26]、解职[27]及停职[28]处分者，可向保训会提起「复审」，以寻求保障救济。反之，法官之地区及审级调动则认为仅属职务上之管理措施，受处分人不服者仅得提起申诉、再申诉[29]。

法官不服司法院对其所为之人事措施，在其定性上为行政处分之前提下，除可提起上述公务人员保障法第 25 条第 1 项所定之复审外，若仍未获救济，则根据同法第 72 条第 1 项规定：「保训会复审决定依法得声明不服者，复审决定书应附记如不服决定，得于决定书送达之次日起二个月内，依法向该管司法机关请求救济。」旨趣，受处分法官尚可向高等行政法院提起诉讼，以为法律救济[30]。

（二）职务法庭之救济途径

有鉴于司法院对于法官之免职、解职、停职、转任法官以外职务或调动等人事处分涉及法官身分之变更或丧失，或可能影响到其审判工作，故为确保宪法第 81 条所保障之法官身分独立性以及第 80 条之审判独立，法官法遂将特定法官人事处分事项之救济，由上述现行法制下之多轨途径合而为一，统一由法官职务法庭审理，并彰显法官自治之精神。以下兹就职务法庭审理法官人事处分事项之程序上相关问题分述探讨之：

1. 职务法庭及行政法院审判权之划分

法官法并非将所有因法官人事处分所生之纷争，皆转为由职务法庭审判。根据该法第 47 条第 1 项第 2 款规定，毋宁仅限于就法官所为之撤销任用资格、免职、停止职务、解职、转任法官以外职务或调动所引发之争议事项，始由职务法庭管辖。究其原因，应是此等人事处分，直接涉及法官任用资格丧失、现职免除、暂时停止，或是职务之变动，与法官身分及事务独立性具有密切之关联性。为确

26 参见保训会(98)公审决字第 0141 号复审决定书。须说明者，本复审案之复审人为检察官，而非法官。纵此，其仍是司法人员人事条例意义下之司法官。
27 保训会(100)公审决字第 0027 号、(99)公审决字第 0452 号、(99)公审决字第 0315 号、(99)公审决字第 0302 号、(99)公审决字第 0130 号及(98)公审决字第 0288 号复审决定书可资参照。
28 参见保训会(100)公审决字第 0291 号、(100)公审决字第 0200 号、(100)公审决字第 0183 号及(100)公审决字第 0176 号复审决定书。
29 参见(94)公申决字第 0171 号再申诉决定书。另可参见李建良，公务人员保障法复审及申诉目标之探讨，月旦法学杂志，第 90 期，2002 年 11 月，页 112 以下。
30 关于法官不服免职处分所提起之行政诉讼案件，可参见台北高等行政法院 99 年度诉字第 484 号判决。至于以停职处分为程序目标之诉讼案件，可参见台北高等行政法院 100 年度诉字第 513 号判决。

保审判独立，故法官法特别将此等处分所生之纷争，规定由职务法庭管辖[31]。

至于非在法官法第 47 条第 1 项第 2 款所胪列之其他涉及法官人事之处置，例如派任兼职处分[32]，或是对于法官之兼职申请及留职停薪申请予以否准等，在其非同时可被视为是职务监督措施之前提下[33]，若法官不服者，仍应遵循现行法制所规定之法律救济途径，依处分性质，分别向原处分机关提出申诉及保训会提出再申诉，抑或是向保训会提出复审及行政法院提起诉讼。

2. 异议先行程序

法官法第 53 条规定：「法官不服司法院所为撤销任用资格、免职、停止职务、解职、转任法官以外职务或调动等职务处分，应于收受人事令翌日起三十日内，以书面附具理由向司法院提出异议。」同法第 54 条第 3 项复规定：「法官不服前条所列机关对异议所作之决定，应于决定书送达翌日起三十日内，向职务法庭起诉。」据此，法官不服司法院对其所为之人事处分，首应践行「异议」先行程序。未提出异议而径向职务法庭起诉者，职务法庭应准用行政诉讼法第 107 条第 1 项第 10 款规定，以裁定驳回诉讼（法官法第 60 条第 2 项规定参照）。

就性质而言，法官法所设置之「异议」，与现行公务人员保障法第 25 条之「复审」，皆属提起诉讼之先行程序，功能亦同为行政自我省察。然而，与公务人员保障法之规范架构有所不同者，法官法并不区分司法院人事令之法律定性是否为行政处分，而是将其一视同仁地肯定率皆得为法官提起异议及向职务法庭提起诉讼之程序目标。准此，与复审之目标仅限于行政处分性质之人事处分不同者，异议之程序目标，并不以具行政处分性质之人事处分为限，尚包括非属行政处分，但却是法官法第 53 条所胪列类型中之人事措施在内，例如调动之职务处分。

根据法官法第 54 条第 1 项规定，司法院应于受理异议之日起三十日内，作成决定。至于决定之内容为何，法官法本身并未定有规定。在准用诉愿法之前提下，诉愿法第 77 条以下之诉愿决定种类，于契合异议制度之范围内，应可准用之。首先，倘若法官所提出之异议，合法性要件不备时，在准用诉愿法第 77 条

31 参见司法院职务法庭 102 年度诉字第 1 号判决（法官调动）。
32 派任兼职处分因德国法官法第 26 条第 1 项第 4 款定有明文，故其争议仍由职务法庭审理，此乃与台湾法制有所不同之处。
33 盖若此，则根据法官法第 47 条第 1 项第 3 款规定，仍应由职务法庭审理之。

规定之情形下，司法院应作出「不受理」之决定。如法官不服司法院对其所为之审级调动职务处分，逾法定之三十日不变期间后始向司法院提出异议，即为适例。倘法官所提出之异议无程序要件不备之不受理事由，则人事审议委员会应依其审议规则，就异议目标进行实体审议。异议决定将因人事审议委员会对于系争人事处分是否违法之认定结果不同，而可区分为「异议无理由驳回」，或是「撤销原人事处分」两种类型。

3. 诉讼之提起

根据法官法第 54 条第 3 项及第 4 项之规定，法官不服人事处分得向职务法庭提起诉讼之情形有二：其一，经向司法院提出异议，司法院虽于期限内作成决定书，但异议人认其权益仍未获充分救济者。其二，则是经向司法院提出异议，司法院于法定期间内未作成决定者。为避免司法院长期不为异议决定对法官造成诉讼权行使之障碍，故法官法特别明定法官得径向职务法庭起诉。

(1) 诉讼当事人及诉讼类型

职务法庭之「人事诉讼」当事人，原告为司法院人事处分之相对人法官，固无疑义。至于被告，应是作成系争人事处分之机关。如上所述，根据法官法第四条第一项规定，法官之撤销任务资格、免职、停职、解职、转任及调动等人事处分案，均须交付司法院人事审议委员会审议。其决议后速陈司法院院长决行，并发布人事令。准此，法官之撤销任用资格、免职、停职、解职等人事处分，最终系以司法院之名义对外作成，并发生规范力。职务法庭人事诉讼之被告应为「司法院」[34]，亦不生疑义。

至于诉讼类型，根据截至目前为止法官因不服司法院人事处分所提起之复审及行政诉讼种类，系属撤销复审及撤销诉讼。法官法虽将法官不服司法院人事处分之救济，规定改由职务法庭审理，然法官寻求救济之目的，并不因法官法之制定生效而有截然不同之设定。是以，法官法施行后，法官不服司法院人事处分而向职务法庭起诉，其诉讼类型应是相当于行政诉讼法第 4 条第 1 项所规定之「撤销诉讼」（Anfechtungsklage）。根据法官法第 60 条第 2 项规定：「职务法庭

34 法官法第 56 条第 1 项规定：「监察院、司法院、各法院或分院、法官得为第四十七条各款案件之当事人。」可资参照。

审理第四十七条第一项第二款、第三款及第四款法官职务案件之程序及裁判，除本法另有规定外，准用行政诉讼法之规定。」基此，行政诉讼法上有关撤销诉讼之程序及裁判规定，即可准用于职务法庭之人事诉讼审理上。

(2) 裁判主文

有鉴于职务法庭审理法官法第 47 条第 1 项第 2 款事项之程序，相当于行政诉讼法上之撤销诉讼程序，故行政诉讼法上关于撤销诉讼裁判之规定，亦可「准用」于职务法庭之裁判上。据此，首先职务法庭若认为原告法官所提起之诉讼合法性要件不备，则可准用行政诉讼法第 107 条第 1 项规定，以裁定驳回原告之诉。而在得作成本案判决之情形下，倘职务法庭认为原告之诉无理由，故应以判决驳回之。反之，倘认原告之诉有理由者，则应以判决「撤销」原处分。须再次申明者，职务法庭之撤销判决与行政诉讼法上之撤销判决终究性质有别。盖得受职务法庭撤销之「原处分」，在行政法学理上未必皆可被定性为行政处分；即使是传统上被行政实务认定为职务上之管理措施，例如职务调动，亦可属之。

三、职务监督救济程序

根据法官法第 47 条第 1 项第 3 款规定，职务法庭之管辖事项，尚包括审理因职务监督影响法官审判独立之救济事项。按法官之事务及身分独立虽受宪法保障，然另一方面，司法负有诉讼权保护义务，有义务实现人民受公正迅速裁判之权利。因此，若法官有违反职务上义务、怠于执行职务或言行不检者，监督权人应藉由职务监督，制止法官违法行使职权、纠正不当言行，或是促请依法迅速执行职务，俾使人民诉讼权益获得充分保障。

关于职务监督之法容许性，司法院释字第 530 号解释及第 539 号解释原则上皆予肯定。准此，在不危及审判独立之范围内，司法院本于人民司法受益权之维护及审判独立制度之保障，非不得对法官采取司法行政性质之职务监督措施。纵此，监督权人对法官为职务监督时，手段、内容及程度应如何拿捏，始不至于危及法官之审判独立，遂成为法官职务法上甚为棘手之问题。法官法立法者特别仿

效德国立法例，由职务法庭负责审理职务监督是否危及审判独立所生之争议，「藉由具确定力之职务案件裁判，厘清职务监督与审判独立之界限，并经由裁判之公开，接受各界检验」[35]。

（一）现行救济途径概述

根据现行法秩序，法官若不服司法院或所属法院院长对其所为之职务监督，依监督措施之性质是否为行政处分，可分别（在非行政处分情形下）依公务人员保障法第 77 条第 1 项提起申诉、再申诉[36]，或是（在行政处分情形下）依公务人员保障法第 25 条第 1 项提起复审及行政诉讼法第 4 条提起撤销诉讼。

（二）职务法庭之救济途径

法官法制定后，根据该法第 19 条第 2 项及第 47 条第 1 项第 3 款规定，法官认为职务监督危及其审判独立时，得请求职务法庭撤销之。从而，对于职务监督影响法官审判独立之争议事项，职务法庭享有专属审判权限。截至目前为止，法官应依循「申诉、再申诉」，或是「复审、行政诉讼」之救济途径，于法官法施行后，应改向职务法庭寻求纷争解决。

1. 职务法庭审判权之认定

在法官职务监督诉讼上，并非所有因职务监督所生之争议，于法官法生效后，率皆划归为职务法庭之审判权范围。毋宁，其仅得就职务监督「影响审判独立」之争议部分予以审理；至于无涉于影响审判独立之职务监督争议，则仍维持现有之救济途径。

惟有疑义者，职务监督是否影响法官审判独立，认定基准为何？有鉴于台湾法官法第 19 条第 2 项及第 47 条第 1 项第 4 款与德国法官法第 26 条第 3 项及第 62 条第 1 项第 3 款第 5 目之规定几乎一致，皆将职务法庭之审判权限缩于职务监督「影响审判独立」之争议事件上。在此基础上，德国职务法庭及行政法院长年来所发展之职务法庭及行政法院审判权划分基准，应亦可适用于台湾。根据德

35 参见法官法草案总说明十七，立法院第七届第六会期第二次会议议案关系文书院总第 445 号，政府提案第 12299 号，政 74。
36 参见保训会（95）公申决字第 0342 号再申诉决定书。

国联邦行政法院及联邦职务法庭之一致性见解，法院判断其对于职务监督案件是否具有审判权，主要乃取决于法官于向行政法院起诉或是向职务法庭提出声请时，是否有作其审判之独立性受到职务监督妨碍之「主张」（Behauptung）。准此，只要法官向职务法庭提出审查程序之声请，并主张提出声请之原因在于「因其认为审判独立受到职务监督之妨碍」者，则职务法庭即应认定自己对该声请案件具有审判权。反之，倘若法官不服职务监督措而向行政法院提起诉讼，于诉讼声明中提出认为该职务监督影响其审判独立之主张者，则行政法院对此案件即无审判权。之所以采取如此宽松之认定基准，主要目的乃在于尽可能使法官认为其审判独立受到职务监督危及时，皆能享有向职务法庭寻求法律救济之机会，俾能更为广泛地保障法官之事务及身分独立性。

2. 异议先行程序

法官法第 53 条第 2 项规定：「法官认职务监督影响审判独立时，应于监督行为完成翌日起三十日内，以书面附具理由向职务监督权人所属之机关提出异议。」据此，如同上述之身分保障救济事项一般，法官不服职务监督影响审判独立提起法律救济时，应先行践行异议程序，而不得径行向职务法庭起诉。

首先，异议决定机关为「职务监督权人所属之机关」。而根据法官法第 20 条规定，职务监督权人为法官所属法院院长；所属法院如为分院者，则「本院」院长亦为职务监督权人。此外，司法院作为全国各法院之最高职务机关，司法院院长为各法院法官及公务员惩戒委员会委员之职务监督权人（第 20 条第 1 款）。至于上级审法院因未若行政一体下之组织体系般，为下级审法院之「上级监督机关」，毋宁仅具有司法救济制度上之意义而已，故上级审法院院长并非为下级审法院法官之职务监督权人。

针对法官不服职务监督影响审判独立所提出之异议，法官法第 54 条第 1 项仅规定职务监督权人所属机关应于受理异议之日起三十日内，作成决定而已。不同于上述之身分保障救济事项之异议，法官法本身针对异议决定之程序并未作特别之规定。是以，在职务监督异议案件中，异议决定机关之审议程序及决定之作成，得以准用诉愿法规定之范畴，应较之于人事处分异议为宽广。因此，倘若法官所提出之异议，合法性要件不备时，在准用诉愿法第 77 条规定之情形下，异

议决定机关院应作出「不受理」之决定。例如法官所提出之异议，已逾法定救济之不变期间，或是提出异议之事由，并非主张职务监督危及其审判独立，而是其独立审判以外之个人权益（如个人隐私权）时。反之，倘法官所提出之异议并无合法性要件不备之不受理情形，则异议决定机关应于法定期限内作成实体决定。

台湾法官法对于不服职务监督异议之类型，并无明文规定。有鉴于职务监督种类繁多，未必在性质上皆属被认定为行政处分。其中，属于事实行为之职务监督措施，亦所在多有。换言之，职务监督可能是「行政处分」，亦可能是「事实行为」；可能是「直接」针对特定法官所为，亦可能只是「间接」行之而已。是以，德国法上之一致性见解乃认为异议决定之主文，应是「确认」职务监督危及异议人之审判独立而不合法，或是「驳回」异议。若为前者，则因监督措施已受不合法之确认，故异议人即无庸对其为任何之理会，而受到拘束。

3. 职务监督诉讼之提起及审理

根据法官法第 54 条第 3 项及第 4 项规定，法官不服异议决定机关所作之决定，或是异议决定机关未于受理异议之日起三十日内作成决定时，法官得向职务法庭起诉。从而，无论异议决定机关积极作出「不受理」或是「驳回异议」决定，或是消极地怠于不作成决定者，提出异议之法官即可向职务法庭起诉。

(1) 审理程序

职务法庭一旦受理案件，并确认其具有审判权后，即应进行审理。诉讼当事人应为受职务监督之法官，以及采取职务监督措施之职务监督权人所属法院（法官法第 56 条第 1 项及第 20 条规定参照）。至于审理程序，根据法官法第 60 条第 2 项规定，除法官法另有规定外，准用行政诉讼法之规定。惟关于再审程序，因法官法第 61 条以下本身即有规定，故无再准用行政诉讼法第 273 条以下规定之必要。其余之审理程序规定，如程序不公开及言词辩论之进行等，则依法官法第 57 条及第 58 条规定办理。

(2) 实质审理基准

职务法庭于审查法官所提起之职务监督诉讼实质上有无理由时，必须认定系

争之职务监督措施有无影响到法官之审判独立。此乃涉及监督权人对法官所为之职务监督，有无逾越法官法第 19 条第 1 项所定界限之判断。于此，职务法庭一方面必须确认有职务监督存在，另一方面则是须认定职务监督有无维持在其应有之合法射程界限内。

A．职务监督之概念

关于职务监督之概念，法官法并未有明文规定。根据德国法官法之立法旨趣，职务监督之目的，乃在于履行国家之诉讼权保护义务，确保法官之审判工作符合宪法及法律所托付之职务义务，能提供予人民有效且值得信任之司法救济。此等制度目的，亦受到司法院释字第 530 号解释之确认：「又基于保障人民有依法定程序提起诉讼，受充分而有效公平审判之权利，以维护人民之司法受益权，最高司法机关自有司法行政监督之权限。」依此，职务监督可被理解为「举凡为确保国家之诉讼权保护义务，对于法官职务事项予以督促，或是违反职务义务之行为予以制止及纠正等措施之总称」。

法官法第 19 条第 1 项后句规定：「职务监督包括制止法官违法行使职权、纠正法官不当言行及督促法官依法迅速执行职务。」亦揭示职务监督旨在促使法官履行职务上义务，并于违反时适时予以制止或纠正之制度目的，及其可能涵盖之射程范围。又根据本条项文义中所使用之「包括」用语可清楚得知，职务监督之目标，并不以条文中所胪列之法官违法、不当或怠惰行为为限。除此之外，参酌德国法官职务法庭之裁判见解，职务监督亦可以法官之「非审判职务」，甚至是「职务外之行为」为实施之目标[37]。

至于职务监督之手段，根据法官法第 21 条第 1 项规定，职务监督权人，对于被监督之法官得为下列处分：一、关于职务上之事项，得发命令「促其注意」。二、违反职务上之义务、怠于执行职务或言词不检者，加以「警告」。在概念理解上，促其注意系指职务监督权人以口头或书面方式，对于督促被监督法官之职务上事项为通知、提醒、指示或督促而言。而警告，则指职务监督权人以口头或书面方式，给予被监督法官纠正、告诫或责斥。对应于德国法官法第 26 条第 2 项所规定之「批评」（Vorenhalt）及「劝告」（Ermahnung）两种职务监督手段，台湾之「促其注意」在功能上应与德国之「劝告」较近似，主要乃是涉及未来之

37 BGHZ DRiZ 1984, 365.

行为，发出被监督法官应该要有义务感及责任心之呼吁，具有「观察」之功能。至于台湾之「警告」，观其条文上下文义，反而与德国法上「批评」较近似，系表达出一项客观上业已确认之事实，亦即被监督法官在客观上业已违反职务义务、怠于执行职务或是言词被认定为不当，进而对此确认结果所为之告知，以达到「纠正」之目的。

尚有疑义者，职务监督权人之监督手段是否以上述两种为限？换言之，法官法第 21 条第 1 项规定是否为穷尽式之列举规定，抑或只是对职务监督权人的一种例示而已？观之本条项之立法说明，系参酌法院组织法第 112 条立法例而来[38]。无论是法院组织法第 112 条，抑或是法官法第 21 条第 1 项规定，其立法例皆采列举方式，明确规定职务监督之手段；此与德国法官法第 26 条第 2 项所采取之「最严格手段揭示」立法例有别。基于妥适调和法官事务及身分独立性与国家司法保障义务之考虑，本文趋向于参酌上述德国法官法之立法例，将法官法第 21 条第 1 项解释为「最严格手段揭示」之规定。在实际操作上，监督权人若为「更和缓且间接」之呼吁，或是违反职务义务之确认表述，理应属可接受之事。而是否逾越法定所容许之监督手段，判断基准不在于监督措施之形式名称及用语，而是应取决于「目的取向」：「促其注意」旨在就监督权人观察法官行为后，唤醒对未来行为负责任感之呼吁，而「警告」则是对于违反职务义务客观确认结果之告知与纠正。

倘若职务监督权人认为被监督法官之职务上或职务外不当行为，即使采取法官法第 21 条第 1 项所规定之职务监督手段，仍不足以达到纠正或制止之目的时，则可进一步考虑发动法官惩戒程序[39]。在此脉络下，职务监督与法官惩戒两者间之关系，一方面性质有所不同：职务监督措施既非惩戒，亦不具有处罚之内涵。是以，上述法官法第 21 条第 1 项所规定之「促其注意」及「警告」，在性质上并不可视为是程度上较惩戒为轻微之「惩处」处罚措施[40]。但另一方面，为履行国家之诉讼权保护义务，职务监督与法官惩戒两者间仍具有「目的达成」之阶段

38 法院组织法第 112 条规定：「依前二条规定有监督权者，对于被监督之人员得为左列处分：一、关于职务上之事项，得发命令使之注意。二、有废弛职务，侵越权限或行为不检者，加以警告。」

39 参见 V. Öhlrich 着，许政贤译，前揭（注 5）文，页 167。

40 在此理解下，司法院所草拟之法官法施行细则草案第 4 条第 1 项第 6 款将法官法第 4 条所规定司法院人审会审议事项中之「奖惩」，定义为「惩指司法院院长依本法第二十一条第一项所为之处分」，即容有再行商榷之余地。盖法官法第 21 条在体系上乃属职务监督措施而已，而不蕴含有对被监督法官予以处罚或惩处之作用。

及程度上关连性。当促使注意及警告之职务监督目的无法达成，从而法官之违法程度加剧，构成受惩戒事由时，则继之即可发动具有处罚，甚至是淘汰功能之法官惩戒。

B．职务监督之界限

根据法官法第 19 条第 1 项规定，职务监督唯有在「法官独立审判不受影响」之限度内，始为法之所许。从而，职务法庭进行实质审查时，即应判断系争之职务监督措施是否逾越法定界限，影响到法官审判独立，而构成违法；而且，也仅能以此为限。倘职务监督措施虽不影响到法官之审判独立，但却另行涉及到其他违法或不当之情事者，例如侵害到被监督法官之隐私权，则职务法庭在此范围内并无审查之权限[41]。

至于职务法庭如何将法官主观上之影响审判独立感受，以客观基准予以判断衡量之，诚属不易之事。在此，德国职务法庭长年裁判实务上所发展出之「审判工作核心领域」（Kernbereich richterlicher Tätigkeit）理论，应可供台湾之法官职务法庭未来运作时借镜[42]。根据该理论，职务监督可合法触及之法官行为领域，包含法官职务外之私生活行为、非审判之职务行为，以及审判工作之外部秩序领域。反之，法官审判工作之核心领域则为职务监督之法定界限；若职务监督触及到此核心领域，则在客观认定上，即可确认影响法官之审判独立而构成违法。

4. 裁判主文

职务法庭审查法官所提之职务监督救济程序后，应为如何之裁判，法官法未有明文规定。若从法官法第 19 条第 2 项规定文义观之：「法官认职务监督危及其审判独立时，得请求职务法庭『撤销』之。」似乎法官所提起诉讼之诉讼类型，应是相当于行政诉讼法第四条之撤销诉讼。职务法庭对应地在为本案判决时，其主文似应是「撤销」职务监督措施，或是驳回原告之诉。然而，法官法第 19 条第 2 项之文义是否确实蕴含有立法者有意识地将其与职务监督诉讼诉讼类型相连结之意图，尚有进一步探究之空间。

41 Vgl. N. Achterberg, Die richtliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit, NJW 1985, S. 3046.

42 参见 V. Öhlrich 着，许政贤译，前揭（注 5）文，页 161 以下。

首先，若吾人从本条项之立法说明：「因此应赋予法官认为职务监督危及其审判独立时，得向职务法庭诉请救济之程序保障，藉由具确定力之职务案件裁判，厘清职务监督与审判独立之界限，……」观察，则似难以确认立法者有藉此规定职务监督诉讼诉讼类型之意图，盖本条项仅单纯地赋予法官得向职务法庭诉请救济之诉讼权而已。至于文义中之「撤销」，则未必尽然是行政诉讼法意义下之撤销诉讼。

其次，从比较法之观点，无独有偶地，德国法官法第 62 条规定职务法庭之审判权时，于第 1 项第 4 款之句干，亦采用「撤销」（Anfechtung）之用词。若联结该款第五目规定，则意指「基于危及审判独立之理由，对职务监督措施所为之撤销」而言。纵此，同法第 67 条第 4 项却规定，法官声请之职务监督「审查程序」，职务法庭之裁判主文为「确认」（feststellen）职务监督措施不合法，或是驳回其声请，乃明白揭示职务法庭对于职务监督声请程序之裁判主文，应表达出「违法性确认」。究其原因，应是立法者考虑到职务监督措施未必尽然是行政处分，亦不乏有事实行为者。对此，即无由予以行政诉讼法上严格意义之撤销，而只能确认其为不合法。因此，为统一裁判主文起见，乃不分职务监督之法律性质，一律为「不合法之确认」，而非撤销。

德国法上之考虑因素，台湾同会发生。盖上述法官法第 21 条第 1 项所规定之「促其注意」及「警告」两种职务监督手段，性质上能被评价为行政处分之可能性甚低。是以，本文认为，德国法官法上对于审查程序所实行之「确认违法」判决主文模式，于台湾职务监督诉讼上，应亦有适用之余地。职务法庭运作迄今，在其所作成之唯一一件职务监督诉讼事件中，亦揭斯旨：「又当事人法官认职务监督危及其审判独立，向职务法庭寻求司法救济，经职务法庭审理后，以确认性判决确定职务监督影响审判独立者，依法官法第 19 条第 1 项规定意旨，当事人法官已不受经确认违法之职务监督拘束，形同该职务监督自始失去对当事人法官之拘束效力，故无须进一部撤销该职务监督行为，救济当事人法官独立审判权益之目的即已达成。况有影响审判独立疑虑之职务监督行为，在实际情形中，常非行政处分，性质上多属不涉及当事人法官职务身分之得丧变更，亦不影响当事人法官财产或其他权利之内部管理措施，或属不具规制效力之单纯事实行为，尚难成为撤销诉讼之程序目标。综上，上开诉讼应以确认诉讼之程序规范，较能适切

达成该诉讼之目的，核属确认诉讼性质[43]。」

综上所述，在职务监督诉讼上，职务法庭之判决主文，视系争个案情形，应「确认职务监督措施违法」，或是驳回原告之诉。若为前者，则判决一旦确定后，受监督之法官即无庸再对该监督措施为任何理会；该判决亦不生后续之执行问题。

四、法官会议决议违法宣告

根据法官法第 47 条第 1 项第 4 款规定，职务法庭之审判权尚及于审理其他依法律应由其管辖之事项。有鉴于职务法庭为法官法所创设之审判机构，故截至目前为止，该款所称之「法律」，有可能规范者亦仅有法官法自身而已。根据法官法之规定，由职务法庭管辖之事项，除上述之法官惩戒法上及职务法上事项外，尚有第 89 条第 8 项之「检察官惩戒」事项，以及第 24 条第 4 项之「法官会议决议违法宣告」事项。本文以下仅就与审判独立较具关联性之后者说明之：

（一）规范特殊性

法官法第 24 条第 4 项规定：「院长认为法官会议关于第一项第一款或第三款但书议决事项所为决议有违背法令之情事，应于议决后五日内以书面附具理由，交法官会议复议。复议如经三分之二以上法官之出席及出席人数四分之三以上之同意维持原决议时，院长得于复议决议五日内声请职务法庭宣告其决议违背法令。」职务法庭之此等管辖事项，为台湾法官法所独设；德国法官法并未有类似之对应规定。在实务上，职务法庭运作近三年尚未有相关之诉讼事件发生。

（二）声请目标

法院院长得向职务法庭声请宣告法官会议决议违背法令，其目标并非广及法官会议所为之任何决议，毋宁仅限于有关「年度司法事务分配」之决议而已。在此范围内，可作为声请目标者，复可包括两种决议类型：其一，为根据法官法第 24 条第 1 项第 1 款规定，针对「预定次年度司法事务分配、代理次序及合议审

43 参见司法院职务法庭 102 年度诉字第 2 号判决。

判时法官配置事项」所为之「一般决议」。其二，则是根据同法第三项规定，「因遇有法官分发调动，而有大幅变更法官司法事务分配之必要」时所为之「变更决议」。

（三）审理程序及审查基准

职务法庭审理法官会议关于年度事务分配是否违背法令之事项，因院长声请而开始。在此意义下，此等管辖事项系属「声请案件」，而非传统典型之诉讼案件。准此，职务法庭审理此类事项时，声请人为法院院长固无疑义，而相对人应是该法院之「法官会议」。此乃从声请之目标（亦即年度司法事务分配）系由法官会议所议决，而可合逻辑地导出之结论。再者，职务法庭审理法官会议所决议之年度司法事务分配是否违背法令虽属声请案件，但法官法中所定之程序规定，例如不公开原则（第 57 条规定），性质上并非与本事项显不兼容，故应仍有适用之余地。至于是否进行言词辩论，法官法第 24 条第 7 项规定得不经言词辩论，故职务法庭得斟酌个案，自为决定是否为之。

在法官法本身未有明文规定之范围内，根据法官法第 60 条第 2 项规定，职务法庭审理法官会议法官年度事务分配决议是否违背法令之声请案时，可准用行政诉讼法之程序及裁判规定。是以，行政诉讼法上关于事实证据调查、期日期间安排、停止执行及诉讼费用等相关规定，原则上皆可准用之。其中，有关停止执行之规定，理论上虽可准用，然若根据法官法第 24 条第 4 项所规定之声请期限推断，正常情形下，职务法庭于审理时，有关于年度司法事务分配之「一般决议」应尚未执行。是以，原则上应无停止执行之问题。至于「变更决议」部分，理论上不排除于决议后立即执行之可能性。若此，则声请人即有可能准用行政诉讼法上之声请停止执行规定，向职务法庭声请法官会议变更决议之停止执行。至于有无理由，职务法庭应依照行政诉讼法上所定得停止执行之要件规定为审理，自不待言。

职务法庭审理法官会议年度事务分配决议事项，实体法上之审查依据乃为有关法官年度事务分配之法律及行政命令。就法律而言，法院组织法第 79 条虽然定有法官年度司法事务分配之规定，然本身却无分配规则之实体规范，而系授权由司法院另定之。在法律层级上，定有法官年度司法事务分配之实质基准者，似

仅有法官法第 26 条第 3 项而已。据此，法官年度司法事务分配方案，应顾及「审判业务之需要、承办法官之专业、职务之稳定及负担之公平」。本条项之规范对象虽为法官会议下之法官司法事务分配小组或其他小组，然规定内容应属法官年度司法事务分配之通案性实质基准，故应亦可适用于法官会议本身之决议。综上，职务法庭审理时，即应依据法官法第 26 条第 3 项所规定之指标，判断法官会议之法官事务分配决议有无违背法令。至于在行政命令层级，应属法院组织法第 79 条授权司法院订定之「各级法院法官办理民刑事及特殊专业类型案件年度司法事务分配办法」为最主要之实体审查法令准据。职务法庭于受理法院院长声请后，即应审查法官会议关于年度司法事务分配之一般决议或是变更决议，有无与本办法规定相违背。

（四）裁判主文及其效力

法官法第 24 条第 7 项规定：「职务法庭审理第四项之声请案件，……并应于受理后三十日内为裁定。」准此，职务法庭审理关于法官年度事务分配是否违背法令，裁判之形式应以「裁定」为之；而主文则是「决议违法」或是「驳回声请」。

法官会议关于法官年度事务分配决议经职务法庭裁定为违背法令者，其决议无效（法官法第 26 条第 5 项），不待执行。此际，法院院长应即召集法官会议再为决议（法院组织法第 25 条第 3 项参照）。

伍、结论

台湾法官法之起草及立法过程虽各方意见及立场各有分歧，然其三读通过，不容否认定地，将为台湾宪法上所保障之法官事务及身分独立性开启新页。其中，参酌德、奥立法例所设立之职务法庭，更是「法官自治原则」之具体化彰显。由具法官同侪所赋予民主正当性之被遴选法官组成职务法庭，审理法官惩戒法及职务法上之争议案件，将可在制度上排除法官以外其他权力或人员之违法干预，俾有效提升法官独立性之保障。就此制度之建立，应可给予肯定。

纵然如此，台湾法官法关于职务法庭组成及管辖事项之审理规定，仅为有限度之框架规定而已；诸多规范上之细部内涵，尚有待法之解释、行政规则之填补，甚至是周边制度之配套建置，始得以理解及适用。除此之外，现行法官法虽甫公布，但并非已臻完美、毫无可再行检讨之处。就第七章有关职务法庭部分而言，至少已存若干规定容有商榷之余地。例如审判长由公惩会委员长充任（第 48 条第 1 项）、职务法庭成员由司法院法官遴选委员会遴定（第 48 条第 3 项），以及法官惩戒措施中申诫应以书面为之（第 50 条第 4 项）等规定，在法官法未来修法时，皆有修正之空间。

中国基本权利的基础性价值原理

郑 磊※

摘要：基本权利价值体系，是社会价值共识发展的风向标和规范结果。基本权利话语要克服当前“弥散化”、“分裂化”倾向，担当起凝练社会价值共识的主要途径，须建构融贯的基本权利价值体系，而“基础性价值原理”是其中枢。这是在基本权利价值体系中、共同体内价值共识中以及共同体间共同道德的三重意义上具有“基础性地位”的价值原理，它既是证立新型基本权利的基础标准，又是对内凝聚共同体价值共识、对外进行人权对话的基石。2004 年入宪的“人权条款”为基础性价值原理的提供了概括性的规范载体，根据我国宪法秩序的体系与历史脉络，其所蕴含基础性价值原理包含“尊严—自由—平等”三大要素。三要素之间自身的融贯性的实现，则须遵循“作为公平的基础性价值原理体系”的原则与方法。

关键词：基本权利 基础性价值原理 融贯性 人权条款 尊严 自由 平等

一、引言：国家治理体系中的基本权利话语

现代化的国家治理体系，从其规范构成来看，是一个包含了国家法律体系、党内法规体系、方针政策体系等方面的多元规范体系。其中，在应然意义上，以法律体系为基础的整体性动态机制法治体系，则构成国家治理体系的“重要依托”和“重要方面”。[1]依法治国因此被确定为国家治理的的“基本方略”。[2]然而，法律在现代化国家治理体系多元规范中的核心地位，既不是先定的，也不是既定的，多元规范之间本身存在规范竞争的现象，法律只有通过彰显其同现代化国家治理相契合的品质，才能赢得核心地位。法律的品质，包括形式品质和实体品质两个方面，形式品质表现为一般性、事前颁布、不溯及既往、明确性、不矛盾、可行性、稳定性、官方行为与法律的一致性等使法律成为可能的程序性内在品质；

※ 郑磊，浙江大学光华法学院副教授，法学博士。联系方式：zhenglei87520@126.com，13819487520

1 习近平总书记《关于<中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定>的说明》中，对于依法治国同国家治理体系和治理能力的关系，如是界定。

2 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

实体品质则是指法律所承载的社会价值观这项实体目标及其体系，[3]这是法律规范发挥其功能并显现其优势首先需要通过法律解释途径予以构建和雕琢的实体内容。

在作为社会价值观载体的法律体系中，宪法，则是社会基本价值共识的最主要载体，并且是转型时期社会价值共识发展与凝练的规范起点和最终归宿点。在此过程中，保障基本权利、规范公权力始终是宪法的两大主题；其中，对基本权利的确认与保障，是立宪主义政治体系的本质核心，构成现代治理体系政治道德的基础。[4]在这个递进式的核心结构中，融贯的基本权利价值体系，既是一国基本权利价值格局的变迁的结果，其本身又是转型时期凝炼变迁中的社会价值共识的主要平台，由此成为尊重宪法法律权威、彰显宪法法律品质、全面推进依法治国、实现国家治理体系和治理能力现代化的基础和正的，也是多元的现代社会长治久安的规范内价值基石。

然而，转型中国的基本权利架构，在不同时期，恰恰不同程度地显现出非融贯的价值格局，这正是当下中国宪法发展不容回避的特有景象。直面非融贯的规范价值格局的规范现实，如何发挥其积极作用、克减其消极作用的关键，在于通过宪法解释机制构建融贯的基本权利价值体系，这正是宪法实践与宪法研究的时代使命。

在基本权利这个由多元价值耦合而成的开放、动态结构中构建融贯的价值体系，不仅需要探求规范内的价值基础，而且需要判断新型基本权利是否成立、一项新的价值主张能否渗入基本权利体系的证立基准，能够发挥此等功能的价值装置和规范装置，就是“基础性价值原理”。对于转型国家而言，法治体系能在国家治理体系中胜任“重要依托”和“重要方面”之地位的，在作为法治体系的宪法秩序中，必然形成了契合其经济、社会、政治的历史、现状与未来的基本权利“基础性价值原理”。例如，德国基本法能够成就其宪法高峰、法治典范的地位，与“人的尊严”（die Würde des Menschen）在其基本权利体系乃至宪法秩序中

3 此处运用了美国法理学家富勒（Lon L. Fuller）内在道德和外在道德的分析框架叙述法律的品质。法律的内在道德，是指使法律成为可能的程序性道德；外在道德是指法律所承载的各种实体目的。详见[美]富勒著，郑戈译：《法律的道德性》，商务印书馆 2005 年版，第 40 页以下。

4 相关表述广泛见诸于中、外各国主流政治学、法学著述，参见，例如，Karl Loewenstein,Verfassungslehre, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1975, S.335. [英]拉兹著，孙晓春等译：《自由的道德》，吉林人民出版社 2011 年版。第 197 页。许崇德主编：《宪法》（第 5 版），中国人民大学出版社 2014 年版，第 139 页。李龙：《宪法基础理论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 141 页。林来梵：《从宪法规范到规范宪法：规范宪法学的一种前言》，法律出版社 2001 年版，第 70 页。

所发挥的定海神针作用不可分割。

在前述“现代化治理体系与法治体系递进式结构”中所处的基础地位的“基础性价值原理”（如图 1 所示），《宪法》第 33 条第 3 款“人权条款”为其提供了规范载体。正是在这个意义上，“人权条款”入宪，使我们所面对的中国宪法，已经是一部全新的宪法。然而，该条款尽管入宪恰已十周年，但其承载的“基础性价值原理”，仍有待通过“监督宪法的实施”和“宪法解释”等机制来发掘。

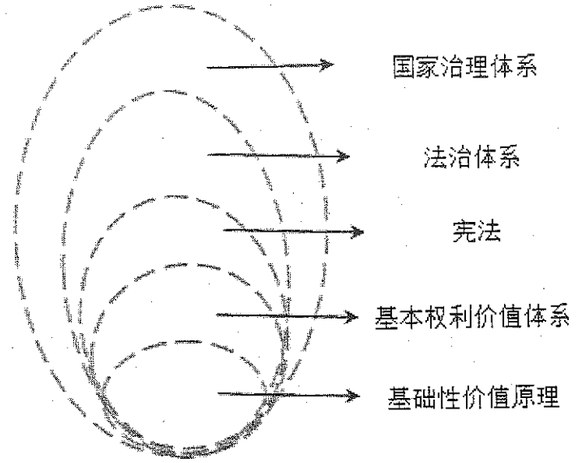


图 1：现代化治理体系与法治体系递进式结构中基本权利的基础性价值原理的相位图

为此，笔者选取规范性的法学立场，拟分五个层次逐层递进论述中国基本权利的基础性价值原理：首先考察基本权利体系的融贯性要求；进而探讨融贯的基本权利价值体系的中枢——基础性价值原理；接着聚焦基本权利基础性价值原理在我国宪法中的规范载体——“人权条款”，阐述其在促进基本权利体系融贯性过程中所应遵循的援引规则以及所发挥的规范支点功能；然后，围绕“人权条款”，证成“尊严－自由－平等”的中国基本权利基础性价值原理的内涵要素；最后，尝试勾勒相互冲突的三项价值间实现基础性价值原理自身融贯性的原则与方法的框架。

二、关于非融贯的基本权利价值的融贯性解释

融贯的基本权利价值体系，是基本权利规范的理想状态以及宪法解释的理想

图景。然而，转型时期不同阶段通过修宪途经进入我国宪法文本的基本权利规范集合，在规范性语句层面，显现出非融贯的价值格局。基本权利价值非融贯格局的呈现，正是当下中国宪法实施所面临的、不容回避的最大现状，也构成通过宪法解释走向融贯的基本权利价值体系的实定法起点。

（一）转型时期基本权利价值的非融贯性结构

基本权利的非融贯价值格局，在现行宪法文本中不乏其例。例如，“法律面前一律平等”（《宪法》第33条第2款）能否兼顾对人民实行民主、对敌人实行专政的“人民民主专政”国体（《宪法》“序言”第6段、第7段，第1条），如何兼容“神圣不可侵犯”的“社会主义的公共财产”和“不受侵犯”的“公民的合法的私有财产”所呈现出来的表述差序。又如，私营经济或非公有制经济，从缺乏宪法地位，到1988年修宪获得“国家允许”以及“社会主义公有制经济的补充”的宪法地位（宪法修正案第1条），再到1999年修宪强化为“社会主义市场经济的重要组成部分”的宪法地位（宪法修正案第16条），这个时期，尚未成为宪法修改对象的基本权利条款集合，如何去容纳非公有制经济市场主体随着宪法地位不断升格而不断饱满的经济自由类“合法的权利和利益”。

非融贯的基本权利价值格局的呈现，具有时代的必然性，它与转型中国断裂的社会结构以及持续积累和更新中的社会共识等情状相对应。在一定意义上，这是是转型时期宪法的阶段性常态，是变迁的社会结构和稳定的宪法规范秩序之间的固有张力超过阈值时的必然呈现。这一现实，一方面，是促成宪法发展，适应经济社会社会发展，使改革于宪有据的基本动力；另一方面，存在削弱宪法乃至以之为核心的法律体系的规范竞争力的隐忧，尤其在社会矛盾敏感期，这是撕裂规范与现实的紧张关系，转向制度外寻求诉求途径的规范潜因。

然而，非融贯的价值格局毕竟会导致基本权利话语的乱象。例如，近年来基本权利话语“弥散化”、“分裂化”的倾向，“弥散化”倾向，是指基本权利话语的泛化现象。例如，在现实中各类权利冲突或者单纯的利益冲突事件中，动辄跃升到宪法层面称某项基本权利受到侵犯，罔顾基本权利关系的宪法依据与主体特征；攀上了宪法的所谓基本权利主张弥散了关于针对或规范公权力行使的真正

基本权利主张的注意力，甚至为公权力僭入私主体自治领域提供了导火索。[5]又如，社会发展推动没有被明文规定在宪法中的新型权利及相关权利主张不断出现，隐私权、知情权、环境权等均是其例，由于无法获取直观的宪法依据，出现了两种常见情形：一是离开宪法依据径直提出所谓的基本权利主张的现象；二是动辄提出“某权入宪”。两种情形下，要么在不当出现的地方出现了所谓的基本权利主张，以伪宪法问题耗散着本已有限的基本权利话语资源；要么在当出现的地方不出现之，忽视宪法秩序的安定性而轻易诉诸修宪的宪法变动途径。虽然表现不同，但两者都浪费着通过基本权利话语凝练社会共识的用武之地。多元的价值诉求是现代社会的基本特征，随着全面深化改革的展开与深入以及经济增速放缓，不同价值诉求冲突的尖锐化现象自然会有增无减，并且将不可避免地主要体现在基本权利话语中，在此过程中容易出现“分裂化”的端倪。论者或部分论者如果无意于乃至拒绝寻找重叠共识，尽管相互对立、但完全可兼容的的多元价值竞争，将会沦为似乎难以共存价值裂缝，从而撕裂正在形成中的社会价值共识，乃至引发社会分裂。物权法草案违宪争议围绕“公共财产条款”、“私有财产条款”等条款展开的角逐，就潜藏着这种隐忧；2013年甚嚣尘上且仍余音缭绕的宪政大讨论，[6]尽管不以基本权利领域为主阵地，其舍对话式而取独白式的意识形态宣称与对抗，是这种“分裂化”隐忧的典型体现。

两种倾向在表面上的共同特征，是基本权利规范的缺场；但其缺场的实质性内容，则是基本权利规范所应承载的融贯性价值体系。在后者的层面上，两种倾向并不是孤立的现象。“弥散化”倾向的内在原因在于基本权利规范所内含的价值体系尚待发掘和普及，“分裂化”倾向的直接原因之一就在于缺乏一个向各类合宪价值诉求开放且能将这些不同乃至冲突的价值诉求整合其中的基本权利价值体系。同时，这些乱象又反过来加剧了基本权利价值格局的非融贯性程度，即在很大程度上阻塞了纷争的价值主张之间良性互动以及社会价值共识有效形成的基本权利渠道。两者之间如此逼促的相互作用所现象，是基本权利适用与发展中的恶性循环。

5 对于权利“弥散化”或权利泛化的这项危害，有学者恰如其分地指出，这“会授予政府更多而不是更少的权力，进而在国家与社会之间形成一种冲突”。参见，例如，陈林林：《反思中国法治进程中的权利泛化》，《法学研究》2014年第1期。

6 讨论是达成共识的重要途径。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》重申并强调：“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政”，正是关于宪政大讨论中所呈现的共识的权威回应。

跳出此类恶性循环的情状的出路，唯有建构融贯的基本权利价值体系，而基本权利价值体系融贯化的根本途径是宪法解释，[7]包括“监督宪法的实施”权限（《宪法》第62条第2款、第67条第1款）中所包含的具体解释形态，“解释宪法”权限（《宪法》第67条第1款）中所呈现的抽象解释形态。[8]

（二）通过宪法解释的融贯化努力

体系化，是法学思维的基本特征之一，整个法规范集合正是由此被建构为“法律体系”。基本权利主张同样以体系性为基本品质，基本权利规范蕴含着基本权利价值体系。唯有通过体系化思维，各式各样的法律主张，才能获得统一的、整体性的支撑，法的安定性由此才得以实现。即使是倾向于判例法及“问题思考”的德国法学家埃塞尔（Joseph Esser），也没有放弃在法学中建构体系（Systembildung），并且强调：“所有的法文化都一再重复：发现问题、形成原则、巩固体系三者间的循环。”[9]法学中的体系化思维，已先后呈现出严格的公理化—演绎性体系、价值论—目的论上的“内部”体系、规则—原则相结合的法律规范体系等主导性模式。[10]法规范的体系化所指向的，不再被认为是一个封闭自洽的、终结了的体系（geschlossene System），毋宁是一个开放的、可变的体系。对此，具有不同观点倾向的恩吉施（Karl Engisch）、埃塞尔、科殷（Helmut Coing）等诸多法学家是具有共识的：体系必须维持其开放性；任何一个时点的体系，只是暂时的概括总结。[11]这已经不是传统的体系性问题，而进入了融贯性（Kohärenz<德>，coherence<英>）的视阈。

融贯性要求尽可能把法规范所承载的社会价值共识的制定和解释看作是在表达一个正义、公平且首尾一贯的体系。[12]除正义和公平之外，融贯性本身，就是一项显赫的政治美德，而且是法体系固有的一项品质。这项认识并非出于某种

7 规范价值融贯化的途径不同于宪法变动途径，后者的多数途径，尤其是施密特所阐述的宪法变动途径，常常是规范价值的重构而非建构，是撕裂而非融贯。

8 关于《宪法》规定的“监督宪法的实施”、“解释宪法”所分别涉及的具体解释、抽象解释两种宪法解释形态，详见郑磊：《守护宪法：对法律进行宪法审查的解释方案——以宪法文本及其沿革为基础的考量》，《华东政法大学学报》2009年第5期。

9 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neu bearb. Aufl., Berlin [u.a.] : Springer, 1991, S.167.

10 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1983, S. 25 f. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, S. 117f. 冯威：《法律体系如何可能？——从公理学、价值秩序到原则模式》，《苏州大学学报（法学版）》2014年第1期。

11 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl.1991,S.168.

12 [美]德沃金著，李常青译：《法律帝国》，中国大百科全书出版社1996年版，第196页。

策略性的理由，而是源自法律的本质。在多元价值竞争尖锐化的转型时代，法的融贯性的必要性和重要性，尤其明显地彰显出来。可以说，法律的生命不在于某个漂亮的迷信，而在于融贯性。[13]欠缺融贯性，法律非但不能弥合价值纷争，反而会助长乃至撕裂对立的价值主张。具备融贯性品质的法体系，在应对当下中国先后呈现出来的各类价值纷争，至少能从三个方面发挥优势，首先，融贯性有助于提高法体系的道德权威，有助提升施行和扩展国家垄断强制力的合法性和实效性；其次，融贯性有助于社会整合；复次，融贯性有助于沉淀社会共识、加强社会认同，使得并要求公民更能够理解正义的共同规划，将公民的多元的道德生活和政治生活融为一体。

融贯性要求，不只是满足于概念法学追求的封闭体系，而且要求法体系是开放的、可变的。传统的体系性要求构成融贯性的基本内涵，但融贯性则已经是体系性的升级版。根据对象域的区分，融贯性可以分为互相交融的两个层面：[14]一是内部融贯性，即法规范体系自身的融贯性问题，这是传统体系性着眼的领域；二是外部融贯性，关注法规范体系与社会领域的之间的融贯性问题，涉及法体系的开放性、可变性，它拒绝法体系固守于自身规则却绝缘于道德之外。具体而言，双重结构的融贯性法体系抑或法解释方案，通常包含如下三方面的要素：第一项基本要素是一致性。一致性顾名思义是指两个命题之间没有逻样矛盾，而融贯性则包含着比一致性更为丰富的内涵。首先，融贯性超越了一致性关于无矛盾的消极要求，还包含相关主张之间相互支持和证立的积极要求。其次，融贯性既有与一致性相统一之处，也有一致性相互冲突之处。在不同时空背景中类似事实会得出不一致的判断，并不必然影响融贯的法律实践，甚至可能正是融贯性所要求的，这里的冲突体现了个案间的实质融贯性对形式上的一致性的扬弃；由此，这也不影响一致性构成了融贯性的基本要素。第二项要素是开放性。融贯性以开放的法体系为关注对象，所关涉的规范性命题在法律、道德、政治等因素中进行衡量，

13 [美]德沃金著，李常青译：《法律帝国》，中国大百科全书出版社1996年版，第150页。翻译有所调整，原文见Ronald Dworkin, Law's Empire, The Belknap. press of Harvard University press, 1986, pp. 167.
德沃金用“整体性”（integrity）来指称融贯性。在阿列克西和佩策尼克指出，德沃金所用的“整体性”，就是（that is）“融贯性”（coherence）。Robert Alexy, Aleksander Peczenik, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, Ratio Juris 3, 1990, p.131.

14 阿列克西根据对象域的区分，将融贯性分成两个方面：内部（intern）融贯性与外部（extern）。Robert Alexy, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: O. Behrends, M. Dießelhorst, R. Dreier hg., Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht,, 1990, S. 95-107. 比利时法学家胡克（Mark Van Hoecke）也采用了内部融贯性（internal coherence）与外部融贯性（external coherence）的命名方式。Mark Van Hoecke, Law as Commu nication, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 118- 119.

规范或判决的证成决非只是遵从着自身规则而被放逐于精神之外的领域。数学式的公理演绎体系、封闭完结的概念群，并不完全适用于融贯的法体系。法学，不但无法切断法规范背后的价值评价，也不应彻底断绝法体系之外的价值评价，而需通过一定形式的一般性法则（universelle Gesetze）与其他领域相连结，[15]整合进外在的、却融贯的评价。开放性，由此成为融贯性的空间要素，或者说空间维度的外部融贯性。第三项要素是可变性（Wandelbarkeit）。法规范体系的可变性是指历史意义上的可变性、可发展性，它进一步要求法体系的开放性应是连续的或可持续的。时间维度注入开放性之中，使得开放的体系化工作进而成为一项永续的任务，[16]已经形成的体系只是一定阶段的概括，仍可能需要接受重新检视。在此过程中，不同时期通过法律制定以及法律论证等开放性渠道进入法体系的价值主张之间，及其与规范内原有的价值主张之间的相互支持与证立关系的建构，是转型时期法体系融贯化的突出问题和关键问题。

法体系的融贯性，尤其典型地体现在基本权利领域，或者说，基本权利规范的融贯性最为突出地彰显了法体系的融贯性。其中的主要原因有三：第一，保障人权恰是融贯的法体系的价值核心。美国法理学家和政治哲学家德沃金（Ronald Dworkin）在批判法律实用主义的基础上倡导“作为整体的法律”，认为法律实用主义最大的问题在于：它没有认真对待权利，认为法官应遵循最良好的社会效果作出判决，权利仅仅是最佳未来的奴仆。与此针锋相对，在融贯性的视野中，权利不是为达到某个目的的工具，它本身就是目的，具有独立的约束力，铭刻在宪法中的基本权利，是超越所有政治理由的王牌。第二，基本权利规范具有较高程度的开放性。不同部门法的法规范，体现出不同程度的开放性。宪法基于其规范效力的最高性、规范结构的开放性、规范内涵的抽象性或政治性，较之其他部门法而言，更明显地呈现出融贯性的品质，尤其会更多地倾向于外部融贯性所要求的开放性与持续性。[17]以基本权利规范为例，正如德国宪法学家博肯福德（Ernst-Wolfgang Böckenförde）所概括，其措辞简洁，内容缺乏明确性，其解释不仅是说明性的（explikative），而且是填充性的（ausfüllend），可以说，这类解释活动使解释（Ausdeutung）和具体化（Konkretisierung）的界限显得

15 Robert Alexy, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: O. Behrends, M. Dießelhorst, R. Dreier hg., Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht,, 1990, S. 95-107.
16 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6., neu bearb. Aufl., Berlin [u.a.] : Springer, 1991, S.168.
17 郑磊：《宪法学方法论的特殊性》（未刊稿），中国人民大学博士后出站报告，2009 年。

模糊。[18]这为基本权利规范的融贯解释奠定了游刃有余的用武之地。第三，融贯性法体系的实现通常以原则性规范为前提，基本权利规范是典型的原则性规范。德沃金指出，原则模式社会自然要求融贯性品格。而原则模式的社会首先体现为原则性规范体系。[19]德国法哲学家、宪法学家阿列克西（Robert Alexy）则始终明确强调：基本权利规范属于原则性规范，是具有初显性特征（prima facie-Charakter）的最佳化诫命（Optimierungsgebot）。[20]因此，基本权利规范与融贯性要求天然对应。

融贯性的实现，有一个程度问题，在阿列克西和瑞典法理学家佩策尼克（Aleksander Peczenik）看来，“一个陈述集合的证立结构越完美，这个陈述集合就越融贯。”为此，两位学者共同研究得出了一组融贯性标准的目录。[21]在这组标准中，第一个对于融贯性而言具有根本性特征的，是“证立链条的长度”。与此相关的标准是：当其他条件不变时：属于同一个体系的证立链条越长，这个体系就越融贯。[22]

申言之，用越来越一般化的陈述来进行证立，有利于体系的融贯性。例如，刑讯逼供取得的证据不得采用通过非法证据排除规则被证立，这已经在一定程度上满足融贯性要求；如果非法证据排除规则进一步通过人格尊严规范被证立，更能彰显其所在体系的融贯性。基于此理，越来越一般化的基础性命题，对于融贯的基本权利体系同样具有关键意义。

正是在这个意义上，已有中国学者对人权体系之基础性命题进行了一些探寻。例如，夏勇研究员在 1991 年就在《人权的道德基础初探》一文中，较早地对此问题进行了探讨，提出“人权在当代中国的道德基础”问题，尽管尚未明确提出何种价值构成这样的道德基础，但提到了这一问题的“内求”属性以及原理、经验、传统和规范四个重要关注角度。[23] 张恒山教授也探讨了“人权的道德基础”、

18 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, S.115.
19 [美]德沃金著，李常青译：《法律帝国》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 187 页。
20 Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, S. 71f.
21 Robert Alexy, Aleksander Peczenik, The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, Ratio Juris 3, 1990, p.132-143. Robert Alexy, Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: O. Behrends, M. Dießelhorst, R. Dreier hg., Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht,, 1990, S. 95-107.
22 Robert Alexy, Aleksander Peczenik, the Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality, Ratio Juris 3, 1990, p.133.
23 该文收入《人权概念起源——权利的历史哲学》（修订版）。参见夏勇：《人权概念起源——权利的历史哲学》（修订版），中国政法大学出版社 2001 年版，第 218-248 页。

“人权的存在依据问题”，并将“不得损害他人”列为最基本道德戒律。[24]然而，这样的研究在作为实证化人权的基本权利领域恰恰是空白，[25]笔者拟在基本权利领域，通过在宪法秩序中实证化的基础性命题来延续这些重要思考。

进入了特定的宪法秩序，基础性命题在不断一般化的过程中的无穷递归困境就会凸显出来，即因找不到生成之根而使得融贯性反而变得虚无缥缈。这里涉及到外部融贯性的限度问题，也就是开放性的上限问题。为了避免宪法规范体系的过度开放性，德国基本法时代的最重要宪法学之一黑塞（Konrad Hesse）的药方仍然是宪法的整体性原则（Prinzip der Einheit der Verfassung，又译“统一性原则”），其关键在于：各项宪法解释要与“宪法的根本命题”（Grundsatz）保持一致。[26]无独有偶，博肯福德同样围绕实定宪法寻找答案，在基本权利规范解释问题上，明确提出以“合宪的基本权利理论”（verfassungsgemäße Grundrechtstheorie）即“基本法的基本权利理论”（Grundrechtstheorie des Grundgesetzes）为支点的主张。[27]

三、基础性价值原理的属性

既在实证法的基础上最大限度地实现人类关于正义的追求，又将人类关于正义的思考纳入实证法的融贯体系，这项使命在基本权利领域内有赖于基础性价值原理来实现。如美国哲学家和政治理论家罗尔斯（John Rawls）所认定的，最错综复杂的斗争显然是由那些具有根本意义的缘由所引发，[28]前述基本权利话语的“弥散化”、“分裂化”乱象，均需要追本溯源到基础性价值原理的层面，才可能得到实质性改观。

基础性价值原理，在结构上，一方面是一项或一组“价值原理”，另一方面是在基本权利体系中具有“基础性地位”的价值原理。

作为“价值原理”，基础性价值原理的“原理性”体现在，它不同于具有严整的教义学结构的某个特定的基本权利类型，体现为较为显白的、抽象的价值主

24 张恒山：《论人权的道德基础》，《法学研究》1997年第6期。
25 人权与基本权利的关系，限于篇幅，笔者不再赘述，可参见，例如，张翼：《论人权与基本权利的关系》，《法学家》2010年第6期。
26 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg: Müller, 1999, S.27.
27 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, I. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S. 140-5.
28 John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, p.4.

张。这种“原理性”的价值主张，是基本权利实证体系与道德领域、社会发展中的价值变迁连通的端口与原点，因而其本身具有一定意义的超实证性。与此同时，它又是规范外的价值主张“渗入”基本权利实证体系的主要渠道，即，是调试超实证价值进行有序实证化的核心的阀门装置。

所谓“基础性”，主要是指基础性价值原理现在奠基、塑造、发展和维系基本权利价值体系中所发挥的基础性功能。这可以从如下三个方面理解：[29]

首先，基本权利规范价值体系意义上的基础性。基础性价值原理，一方面，在价值类型领域上，作为作为具有“基础性地位”的“价值原理”，不同于单项基本权利所包含的“价值内涵”，而是属于重叠价值和统合价值，另一方面，在程度上，属于低限度的价值诉求。

对基本权利的保障的实质，是通过基本权利类型化的方式来保障其所蕴含的价值。不同类型的基本权利蕴含着不同的价值原理，它们之间的关系，可能相互重叠，例如，以住房为标的物相关基本权利为例，宪法第13条所规定的“财产权”和第39条“住宅不受侵犯”的权利均致力于保障自由人格的形成；也可能相互补充，例如“财产权”和“住宅不受侵犯”对于自由人格的形成分别侧重于财产利益或人身利益的保障；甚至可能相互冲突，例如，财产权所侧重保障的自由价值与第45条“获得物质帮助的权利”所侧重的平等关怀。然而，各类基本权利及其所蕴含的价值，则需要相互磨合、共同构建成一个融贯的基本权利价值体系。在这个体系中，各项价值之间的紧张关系虽然不存在一个刚性的价值序列可适用于各类权利冲突的个案，[30]但在抽象层面上，存在一些具有基础性地位的规范性价值原理，它（们）既是其中多类基本权利共同包含的重叠价值，又是统合基本权利规范价值体系的价值基点和规范支点。

从程度上看，发挥统合性规范功能的重叠价值，通常不会是曲高和寡的道德奢求，而是一种低限度的道德要求。这源于法律本身就是一种低限度的道德要求，如德国法哲学家考夫曼（Arthur Kaufmann）所指出：“法律与道德价值整体无关，而仅与其中惟一：与正义有关，此正义不是最高基本价值，而可能是最低的，

29 基础性属性的三个方面，在不同论者那里都分别得到了高度强调，但三者作为基础性价值原理所属性及其所能发挥的功能，是一个完整的整体。
30 关于权利冲突的文献，参见，例如，林来梵、张卓明：《论权利冲突中的权利位阶——规范法学视角下的透析》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2003年第6期；刘作翔：《权利冲突的几个理论问题》，《中国法学》2002年第2期；刘作翔：《权利冲突：一个应该重视的法律现象》，《法学》2002年第3期。

但却是最基础的与对人类共同生活最具意义的。”[31]但这种低限度的道德要求，尤其对于转型社会，确实是高度重要的。考夫曼进一步强调：“这种将法律限制于简单基础的道德领域是在我们此种在道德领域充斥着不确定性的时代中可明显得知的，则是立法与司法最高的准则。”[32]然而，这里所言的低限度，主要是在证立一项基本权利主张或一类新型基本权利的门槛要求的层面上讲的。申言之，证立一项新型权利主张是否构成基本权利时，基础性价值原理在发挥的门槛性价值原理时的要求是低限度的，这并不影响各项基本权利去实现各自丰富且饱满的价值内涵。

第二，共同体内价值共识意义的基础性。多元性、流动性是现代社会的固有特征，其典型体现就是一个共同体内不同公民持有不同乃至深刻分化的价值主张，并且持续地以对话、对抗等不同进行着交流、磨合、也可能是分裂。各项基本权利规范、乃至宪法整体，均是多元的价值主张之间的重叠共识的沉淀。然而，这一共识领域，一方面，并非不同主体交流的终点，而只是为这种交流良性展开提供了基础；另一方面，这个共识领域本身，在社会发展与不同主体交流的过程中，是与时俱进的。因此，基本权利价值体系这个整体性的重叠共识中，本身需要基础性地位的价值原理，在共同体内不同立场主体间的交流中以及不同时代或不同时期的价值主张的交流中，扮演良性互动之基础的地位。在这个意义上，越是具有基础性地位的价值原理，具有越广泛的社会认同度，而这又能夯实各类社会群体对这个基本权利价值体系的认同度。因此，这些价值原理扮演着赢得各类社会群体最充分认同之中流砥柱的基础性地位。这样的价值共识，一方面需以适当的方式，纳入或渗如实定法体系以具有拘束力，另一方面需要在社会稳定的环境中才能更好地发挥功能。因此，美国法理学家富勒（Lon L. Fuller）在阐述作为美德的法治的同时，高度强调价值底线意义上的价值共识，他在《法律与道德》中如是说：“道德原则不可能在一个社会真空或一切人对一切人的战争中发挥作用。过美好生活不仅需要良好的意图，哪怕这种意图得到普遍的分享；它需要得到人类交往的牢靠底线的支持，至少在现代社会中，只有健全的法律制度才能提供这种底线。”[33]在基本权利价值体系内，这种“健全的法律制度才能提供”的

31 [德]考夫曼著、刘幸义等译：《法律哲学》，法律出版社 2004 年版，第 310 页。
32 [德]考夫曼著、刘幸义等译：《法律哲学》，法律出版社 2004 年版，第 310 页。翻译有所调整，原文见 Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2., überarb. und stark erw. Aufl., München: Beck, 1997, S.218.
33 [美]富勒著，郑戈译：《法律的道德性》，商务印书馆 2005 年版，第 237 页。

“牢靠低限”，就是基础性价值原理，它也能有些地促进基本权利制度不断健全。

第三，共同体间共同道德意义的基础性。不同共同体之间人权对话是国际人权保障的主要途径，这需要以重叠的基本价值共识为起点，基础性价值原理常常在这个意义上也扮演着基础性地位。它是中国基本权利价值体系和基本权利保障经验获得不同共同体认识、认可并进行推广的价值基点。英国人权哲学家米尔恩（A.J.M.Milne）指出，任何共同体实际存在的道德总是由共同道德和特殊道德结合而成的。[34]在这个分析框架中，基础性价值原理具有双重属性，在其基础性的意义上，可从普遍性的角度来理解，它是人类文明共享的道德准则，属于共同道德的范畴，是“要求全人类在一切交往中始终遵循共同道德原则”。[35]但它在特定共同体的呈现形态，则体现出特殊性、多样性的一面，例如，米尔恩以“社会责任原则”这项共同道德为例，它具体要求什么，取决于社会共同体特殊的内部条件，取决于共同体的经济、地理状况和气候，取决于它的制度和价值观，这些条件在一个共同体不同于另一个共同体，确立和维持这些条件，[36]这本身就是共同体的利益所在。

三重“基础性地位”是一个有机整体（如图 2 所示），实现规范价值体系意义上的基础性，是基础性价值原理最基本的规范功能，这决定了基础性价值原理的基本功能是：整合不同类型基本权利形成融贯的基本权利价值体系。由此，基础性价值原理构成基本权利价值体系的必要条件，以及证立新型基本权利是否成立的基础标准。实现共同体内共同道德意义的基础性，是本质性的社会功能，整合基本权利价值体系的实质是凝练和发展共同体的价值共识，这是一个共同体长治久安的根基，尤其对于转型社会意义重大。实现共同体间共同道德意义的基础性，则是基础性价值原理在文化领域、国际领域的社会功能，在前述两重基础性有效实现的基础上，基本权利保障的中国经验不仅可以为认识和认可，而且可以为各国权利保障的制度设置提供有益参考。

34 根据米尔恩的界定：“共同道德是一个共同体凭借其作为共同体的性质而与每个其他共同体共同具有的；组成特殊道德的原则、规则和美德，则与一切共同体特殊的生活方式相关。在个别共同体的特殊道德之间是有差别的，由此就产生了道德的多样性。这种多样性是存在于共同体各自生产方式中的差异的道德尺度。”[美]米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 71-72 页。
35 [美]米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 153 页。
36 [美]米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 73 页。

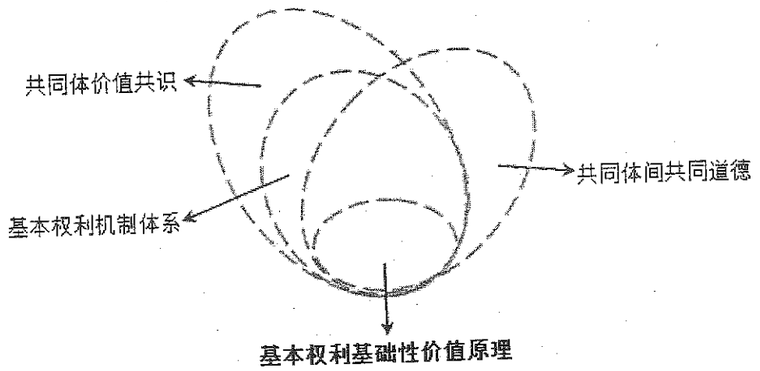


图 2：基础性价值原理三重“基础性”相位图

四、基础性价值原理的规范载体：“人权条款”

基础性价值原理支持并赋予多种价值有序地“渗入”规范，“并不等于相应任何实体目标都可以在无损于合法性的情况下获得接受”。[37]为此，基础性价值原理自身的规范性，在基本权利价值体系不断融贯化的过程中，对于维系其安定性，具有关键意义。而其规范性，首先体现为，基础性价值原理本身需要规范依据或者说规范载体，从而基于实定规范的立足点，来为基本权利体系内外的价值主张**架接桥梁**；经由这座桥梁，基本权利体系的内部融贯性不仅为外部融贯性提供了出发点，并且预估了其限度；同时，也为确保基本权利规范的开放性与可变性是增进而不是毁损其内部融贯性提供了规范支点。宪法第 33 条第 3 款“人权条款”的方法论意义，正在于此。

2004 年宪法修正案实现“人权条款”入宪，是中国基本权利保障史上迄今最重大的事件。这绝不止于一个时期内的宣示性意义；从法学方法论的角度来看，“人权条款”中国基本权利的基础性价值原理提供了一个概括性的规范载体，从而能有效地发挥如下两方面的规范性功能：为人权实证化提供规范依据，并在此过程中，为基本权利价值体系的持续融贯化提供了概括性规范依据。

（一）人权实证化的规范依据及其援引规则

通说认为，人权顾名思义是人之为人的权利，它先于宪法和国家；基本权利则是指宪法所规定的权利，它以一国的宪法文本为规范载体，基本权利是人权在

37 [美]富勒著，郑戈译：《法律的道德性》，商务印书馆 2005 年版，177 页。

具不同文化特性的国家中的具体化。人权向基本权利的转化，贯穿基本权利发展的全过程，宪法修改和宪法解释是两项主要渠道。其中，如何通过宪法解释活动实现这项转化，是宪法学方法论的一个基本问题。

这个渠道的转化需要宪法依据上的前提条件。首先，必须是在规范上可行的，申言之，在基本权利规范体系中，需要有一个规范性突破口，为基本权利规范体系避免成为孤立于人权实践之外的封闭体系提供一个规范依据。其次，这项转化还必须是在规范上可控的，并非可以罔顾基本权利规范体系，或者脱离一国政治、经济、文化背景，任意地将他国的基本权利诉求长驱直入地填塞进我国的基本权利体系中；当然，证伪这类主张同样需要一个规范依据。在我国宪法文本中，能对宪法解释的人权实证化与具体化功能同时发挥支持和限制的双刃功能的宪法规范，非“人权条款”莫属。人权概念被规定于宪法文本中，成为一项实定宪法规范、一个实定宪法概念，对于通过人权实证化来充实基本权利价值体系具有重大的规范意义。这集中体现在未列举权利保障问题上。

基本权利保障不限于宪法明文列举的权利，是现代宪法的一项重要原理；但是，未列举权利条款的保障，仍然需要通过宪法规范依据证立。质言之，未列举权利保障其实就是未列举权利宪法依据的证立问题。我国台湾学者李震山教授以确认、推定未列举宪法权利的规范依据与方法为标准，将之分为“非真正之未列举权”、“半真正之未列举权”和“真正未列举权”。三者共同的特征是名称未被宪法明文列举；不同在于：“非真正之未列举权”是可能已在宪法列举权利条款的保障范围之内的权利。“半真正之未列举权”是内容已包涵于基本国策条款中或者同时包含于基本国策条款与列举权利条款之中的权利；“真正未列举权”则是只能以概括性人权保障条款为依据，并援用宪法基本价值或原则，使用漏洞填补甚至超越法秩序的法续造方法，推导出新权利。[38]从这个具有方法论意义的分类中可见，“人权条款”在我国未列举权利保障中（主要是“真正未列举权”领域）所能够发挥的关键作用：通过宪法解释，既可发挥甄别新型权利、实现人权实证化功能，又在此过程中同时发挥着具体化概括性人权的功能。[39]

然而，“人权条款”通常不能径直、单独地在任何基本权利主张中被轻率援

38 李震山：《多元、宽容与人权保障——以宪法未列举权之保障为中心》，元照出版社 2005 年版，第 18 页以下。本文的阐述未列举权利，主要是指李震山分类中的“真正未列举权”。

39 在这个意义上，“人权条款”也被理解为：“基本权利保障的概括性条款”或概括性人权条款。韩大元：《宪法文本中“人权条款”的规范分析》，《法学家》2004 年第 4 期。

引，或者说，在大多数情形下，“人权条款本身不能成为发现和提炼新权利的依据”。[40]实践中诸多动辄诉诸“人权条款”的轻言人权现象，在人权张扬的表象背后，是概括性人权条款降格的隐忧。为此，如下两项援引规则需在“人权条款”适用中被重视。

第一，列举权利条款优先，禁止向概括性人权条款逃逸。在基本权利规范的序列结构上，“人权条款”居于宪法“第二章 公民的基本权利和义务”之首条；在基本权利规范的内涵体系上，“人权条款”作为基本权利的概括性条款，属于基本权利体系中的一般性规定，主要的规范功能在于为各类基本权利承载基础性价值原理。与此对应的援引规则是，“人权条款”并不是证立基本权利主张首先考虑援引的条款；基本权利主张援引规范的选择，大致应遵循这样一个思考顺序：基本权利章节内列举权利条款→基本权利章节外的基本制度条款、国家机构条款等→“人权条款”等宪法原则条款。

第二，通常与其他基本权利价值条款联合援引，限制单独援引。“人权条款”为基本权利规范体系提供了基础性价值原理发展与形成的载体。然而，“人权条款”自身主要是以客观价值原则的形态出现，对于立法、行政和司法所具有的拘束力的程度不同。具体而言，分两种情况，那些基于其他专门的宪法规范能够同时证立的基础性价值原理，例如，同时也蕴含在宪法第 33 条第 2 款等中的平等价值，同时蕴含在宪法第 38 条中的尊严价值，对于立法、行政和司法均具有直接的拘束力，其中，在宪法解释中可以通过同时援引“人权条款”和其他相关宪法规范证立相关基本权利主张。对于虽体现在诸多基本权利类型中、但作为价值原理的地位仅容纳于“人权条款”中但并没有通过其他专门的宪法规范呈现的价值原理，例如，自由，虽然在现行宪法及其四次修改中都有体现并不断增强，[41]但对其价值原理地位的提供专门的规范依据，“人权条款”首次为之，相比之下，这类价值共识有待在宪法实践中进一步夯实，“人权条款”对此所开拓的价值形成空间，主要留给政治部门，即立法部门、行政部门，通过政治过程的去发展与实现；至于司法部门，虽然没有绝对排除其援引的可能，但对此须极为谨慎。司法机关应恪守谦抑主义立场，即使涉足此域，须担负极高的论证负担。从作为权利形态的角度也可以看到，“人权条款”涉及的充其量是概括性人权的这类权利

40 韩大元：《宪法文本中“人权条款”的规范分析》，《法学家》2004 年第 4 期。
41 详见本文第五（二）部分。

形态，而不是某项特定的主观权利，无法主张具体请求权。为避免“人权条款”因沦为纯粹的客观价值原则而使其援引完全取决于其他基本权利条款，对于单独援引“人权条款”的大门尚不可完全关闭。对此，对于前述第二种情形，“人权条款”毕竟已经打开了这些价值主张作为价值原理地位的大门，于基本权利主张中单独、径直援引“人权条款”强调其价值原理地位，在有限的例外情形下恰恰对于进一步夯实其价值共识地位对于具有积极意义。

（二）基本权利价值体系的持续融贯化的规范基点

依据“人权条款”进行人权实证化，不仅实现了对新型基本权利规范证立，也同时是推动基本权利体系融贯化的契机：既包括通过发挥着法秩序内部的系统整合（Systemintegration）功能，实现宪法体系的内在融贯性，也包括有条件地发挥着沟通法秩序与社会现实的社会整合（Sozialintegration）功能，来促进法体系的外部融贯性，两者交替展开。

多元化是现代民主社会的前提和典型特征，与之相关，宪法文本承载着多元价值主张。我国宪法中同样共存着诸多内含紧张关系且能辩证统一的规范，例如，“社会主义制度条款”（第 1 条）同“社会主义初级阶段”规范（序言第 7 段、第 6 条），“中国特色”规范（序言第 7 段）自身的内涵，“公有财产条款”（第 12 条）同“私有财产条款”（第 13 条）、“市场经济条款”（第 15 条），自由权规范同社会权规范。随着改革开放的深入，宪法文本体系融贯性方面的各种内外张力，必然先后地、不同程度地呈现出来。这些紧张却共存的规范，既为宪法体系的内部融贯性留下隐忧，又是宪法兼容并蓄，保持灵活性，进而实现外部融贯性的规范基础。

基本权利领域是宪法解释实现双重整合功能交替展开的重要场域。首先，基本权利规范中同样共存着具有紧张关系的规范，各项自由权和社会权之间价值取向分化，就是其中的典型。自由权倾向于依靠私主体自身实现权利内容，其主要的权利功能是防御功能，即排除来自国家的无端干预，对应着国家的消极不作为义务；与之几乎是针锋相对，对于社会权，私主体通常不具备创设和实现权利内容的能力，其权利功能主要是给付功能，即在于个人能力捉襟见肘之时，要求国家履行给付义务等积极作为义务。以经济领域的自由权和社会权为例，以财产权

为典型的经济自由旨在实现经济领域的自由价值、从而保护和激发创造社会财富的积极性，具有自由主义或人格主义的倾向；而社会保障权则旨在通过对社会分配不公的纠正来实现社会平等，具有社会国或社会主义的倾向。随着基本权利实践的充分展开，两者之间的价值冲突会不断显现，若无统合价值冲突的规范依据，不同个案中宪法判断矛盾乃至凌乱的现象在所难免，并进而破坏基本权利价值体系的融贯性。对此，“人权条款”作为基本权利基础性价值原理的载体，发挥着统合各类基本权利价值、形成融贯性的基本权利价值体系的基础性作用。

其次，承载不同价值内涵的各类基本权利，以及同一基本权利不同价值取向的理解，毕竟可以为社会变迁中不同乃至对立利益诉求同时提供宪法支持，各种利益诉求会力争宪法话语权。虽然制度性的宪法商谈平台有待激活，但这类现象广泛地呈现在其他平台上。这些借助宪法的话语若游离于宪法原理之外，就形成前述的基本权利话语“弥散化”现象或“分裂化”现象。然而，这里既有社会对立演化为基本权利规范体系中的价值断裂的隐忧，也潜藏着通过宪法对话中凝练基本权利共识的机遇。这个整合过程，不仅是基本权利价值体系的外在融贯性的持续实现，也是弥合观念分歧、缓和社会分裂的法学途径。

五、基础性价值原理的内涵要素：“尊严—自由—平等”

“人权条款”发挥前述功能的前提，是阐释该条款所承载基础性价值原理的规范内涵。在现代转型社会，这不会是某项价值原理的单一形式，而是两项乃至多项价值原理之间牵制平衡的复合结构。从社会发展的角度看，无论基础性价值原理中的各项价值原理的具体内涵，还是价值原理的种类，既不能是封闭的，也不能是静态的，需为社会整合过程发生的价值变迁留有空间。因此，分析“人权条款”的概括性价值内涵，既要关注已被充分体现的多项基本权利中的价值原理，也要关注已在实定宪法中不断彰显的价值原理。基于这样的视角，三项价值原理需要认真关注，它们是：尊严、自由与平等。

它们都是诸多基本权利类型所蕴含的价值内涵，但作为价值原理的地位，有的在“人权条款”之外已经可基于专门的宪法规范予以证立，例如，尊严、平等，有的则需要依据“人权条款”才首次获得证立。本部分主要在宪法规范的意义关

联的角度来证立“人权条款”所承载这些基础性价值原理。[42]

（一）尊严

“人性尊严”是一个背负着2500多年人类历史的法哲学命题。[43] 尊严作为基础性价值原理，已经连同作为基本权利类型的人格尊严，由宪法第38条确认。在“人权条款”入宪之前，人格尊严条款，在一定意义上担当着基本权利概括性条款的功能。林来梵教授揭示了“人格尊严条款双重规范意义说”的内涵：第一、第38条第1句“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯”，表达的是作为基础性价值原理的“人格尊严”，应作为我国宪法的基础性价值或整个人权保障体系的出发点，也可理解为宪法上的一般人格权；第二，第2句则是宪法上的个别性人格权的保障条款。[44] 这是针对之前的主流宪法学说所采行的单重规范意义说而提出，单重规范意义说将第38条人格尊严条款仅仅严格地限定解释为个别性权利。单重规范意义说的两项主要理由是：从立法原意而言，第38条是总结了文化大革命中大量发生肆意侵犯和蹂躏特定公民（尤其是当时的国家高级领导人）的名誉权、荣誉权、隐私权等人格利益事件的惨痛历史教训所作的一项补救性规定，但并未抽象到规范的根本依据和价值基础的层面；基于此，从基本权利规范的序列结构而言，第38条处于“第二章 公民的基本权利和义务”的第六个条文，被置于了人身自由不受侵犯条款（第37条）之后、住宅不受侵犯条款（第39条）之前。上述两项理由，的确是人格尊严条款规范内涵证立中需要考虑的主张，但并不是天然具有决定性意义的主张。对于前一项理由的反驳是，关于存在于宪法规范自身内部合理的规范性内涵的证立，立宪者在过往的时代心理学意义上的“原旨”具有重要意义，但不是决定性意义；对于后一项理由的反驳是，规范序列结构在某种程度上的非逻辑性，本身就是立宪主义无法完全克服的一种宿命，何况现行宪法的基本权利规范在序列结构本来就存在着一定程度上的非规整性倾向，它对于基本权利规范内涵的证立同样不具有决定性。[45]

“人权条款”的出现，补强了作为基础性价值原理的人格尊严。一方面，“人权条款——人格尊严条款”的勾连结构，为基于尊严价值证立基本权利获得了更丰富、尤其是更为概括性的规范依据，这巩固乃至强化了尊严这项价值原理的基

42 本部分尚不涉及社会学角度的论证，也不涉及这些价值本身的正当性问题。
43 汪进元：《论宪法的人性尊严原则》，《河南财经政法大学学报》2012年第4期。
44 林来梵：《人的尊严与人格尊严》，《浙江社会科学》2008年第3期。
45 林来梵：《人的尊严与人格尊严》，《浙江社会科学》2008年第3期。

础性地位；另一方面，概括性人权概念的出现，从权利类型和权利外延的表述上，明确并发展了一般性人格权这项基本权利类型的宪法地位。

（二）自由

自由在两个方向上发挥作用，除了私人自由之外，还包括公共自由。前者涉及的是私人的、不受干涉的自我决定，后者涉及的是与他人为其所处的共同体作出决定。不同类型自由权，在我国宪法中已取得了较大的比重和相当重要的地位，就私人自由而言，除了“第二章 公民的基本权利和义务”中的宗教信仰自由（第36条）、人身自由（第37条）、人格尊严（第38条）、住宅不受侵犯（第39条）、通信自由与通信秘密（第40条），还包括“第一章 总纲”中的财产权（第13条），营业自由（可以从第16条、第17条分别对国有企业、集体经济组织的经营自主权的强调，以及第11条对非公经济地位不断提升的规定和对其合法权益保障的宣示等方面推导出来）。关于公共自由的规定，自1954年宪法到1982年宪法，即使是历经1975年宪法、1978年宪法时，一直受到高度关注。现行宪法中的相关规定有：选举权与被选举权（第34条），言论、出版、集会、结社、游行、示威六项政治自由（第35条），批评、建议和检举的权利（第41条第1款、第2款）。

三十多年的改革开放进程，以在经济领域激发并张扬自由要素是其关键性原动力；而反过来，改革开放也在中国历史上前无来者地推动了自由要素的孕育和生长。对于这项价值原理，在2004年修宪之前，虽然没有可以在客观价值原则层面证立其价值原理地位的独立宪法依据，但随着反复成为修宪对象的“社会主义初级阶段”规范、“社会主义市场经济”规范的不断升格，天然地蕴含在两者之中的自由价值原理也随之获得持续升格。对于“社会主义初级阶段”规范，1993年修宪规定“我国正处于社会主义初级阶段”入宪（宪法修正案第3条，着重号为笔者所加），1999年修宪升格强化为“我国将长期处于社会主义初级阶段”（宪法修正案第12条，或序言第7段，着重号为笔者所加）。对于“社会主义市场经济”规范，1993年修宪将第15条原本的“计划经济”概念修改为：“国家实行社会主义市场经济”、“国家加强经济立法，完善宏观调控”。（宪法修正案第7条，或宪法第15条） 1999年修宪进而在把“发展社会主义市场经济”

写入“国家的根本任务”。（宪法修正案第12条，或宪法序言第7自然段）

继自由价值在国家的发展阶段、根本任务、基本经济制度中获得持续强调后，2004年修宪分别通过基本权利概括性条款和具体权利条款在基本权利领域强化了自由价值：财产权入宪，为经济领域的自由价值主张通过基本权利途径实现开辟了道路；更为重要的是，“人权条款”入宪，为自由超越基本权利的具体类型成为基本权利体系的一般性价值原理，提供了专门的规范载体。

（三）平等

平等，既是正义的核心问题，也构成正义问题的出发点。[46]平等，也是中国文化最熟悉的价值原理之一，尽管现代平等原理已超越了传统的均权思想，数千年来农耕文明中孕育出来的均权思想及其惯性，使得国家秩序的构建、冲击、维系，都充斥着平等的诉求，因此，平等条款不仅是入宪时间上早于，在序列结构上也先于“人权条款”被置于“第二章 公民的基本权利和义务”首条（即第33条）的第2款。

从宪法结构安排和规范内涵体系看，第33条第2款平等条款所规定的，不仅仅是基本权利层面的一般平等权（allgemeines Gleichheitsrecht），而且是客观价值原则层面的一般平等原则（allgemeiner Gleichheitssatz）。或者说平等的价值原理已经超越平等权本身的客观法功能，而体现在整个本权利体系之中，自然也作为基本权利体系的基础性价值原理包含在“人权条款”之中，甚至辐射到整个宪法文本。对此，以“人权条款——平等条款”的勾连结构为依据的平等价值，在我国宪法规范中的谱系结构，也正彰显出这三方面的内涵特征。

首先，除了第33条第2款关于平等价值的直接宣称外，宪法还一方面列举了四个领域的个别平等权（Spezielle Gleichheitsrechte，如图3箭头1）：民族平等（第4条）、政治平等（第34条）、信仰平等（第36条第2款）、男女平等（第48条），另一方面在总纲中通过禁止特权（第5条第5款）强调了依据宪法和法律的平等要求。由此，通说主张，关于平等条款性质，较之单纯的

46 亚里士多德（Aristotle）的《尼各马可伦理学》（Nicomachean Ethics）第五章被认为是人类关于正义问题思考的开端，在那里，平等已经被视为正义的核心。而将平等视为正义问题的出发点的典型是罗尔斯“作为公平的正义”理论。参见[德]考夫曼著，刘幸义等译：《法律哲学（第2版）》，法律出版社2005年版，第232页。[德]齐佩利乌斯（R. Zippelius）著，金振豹译：《法哲学》，北京大学出版社2013年版，第125页、第129页。

“权利说”或“原则说”，“双重性质说”更具有合适性。

其次，平等条款作为宪法基本权利章节开篇条款（常常是首条）出现，是我国百余年制宪史的一个传统，1954 年宪法[47]、乃至民国时期诸部宪法、宪草[48]均如此设置，现行宪法沿袭这一体例，在“第二章 公民的基本权利和义务”首条界定基本权利享有主体之后，第 2 款紧接着首先规定该主体（中华人民共和国公民）“在法律面前一律平等”，作为公民享有各类基本权利均应体现的一项基本要求。

第三，第 33 条第 3 款“人权条款”紧接着平等条款出现，[49] 使该条款价值内涵的凝练自然需回溯到紧挨的平等条款，质言之，人权条款的价值内涵显然包含了平等要素。结合第 33 条前 3 款来考察，第 1 款和第 2 款的勾连结构蕴含着将平等视为“中华人民人民共和国公民”“在法律面前”[50]享有各项基本权利的一项外在要求（如图 3 箭头 2）[51]，而第 2 款和第 3 款的勾连结构则蕴含着将平等视为纳入了“人权条款”的内在价值原理（如图 3 箭头 3）。

第四，通过成为纳入概括性人权条款的内在价值，平等价值在其作为民族平等、政治平等、信仰平等、男女平等等个别基本权利之价值内涵的同时，进一步成为基础性价值原理。

47 1954 年宪法“第三章 公民的基本权利和义务”首条，即第 85 条规定“中华人民共和国公民在法律上一律平等。”

48 民国时期的宪法或宪草基本权利章节中平等权条款所处的位置，通常就两种情况：首条、次条。首条规定平等权条款的结构体例比较普遍，大部分民国时期宪法或宪草采用此种结构体例，例如《中华民国临时约法》（1912）最早采用这种体例，其“第二章 人民”首条，即第 5 条规定“中华民国人民一律平等，无种族阶级宗教之区别。”《中华民国约法》（1914）的“第二章 人民”首条即第 4 条规定“中华民国人民，无种族、阶级、宗教之区别，法律上均为平等。”《中华民国训政时期约法》（1931）的“第二章 人民之权利义务”首条即第 6 条规定：“中华民国国民，无男女，种族，宗教，阶级之区别，在法律上一律平等。”《中华民国宪法草案》（1936）的“第二章 人民之权利义务”首条即第 8 条规定“中华民国人民在法律上一律平等。”《中华民国宪法》（1946）的“第二章 人民之权利义务”首条即第 7 条“中华民国人民，无分男女、宗教、种族、阶级、党派，在法律上一律平等。”次条规定平等权条款的结构体例，都是在首条规定作为基本权利主体的人民概念后，紧跟着规定平等权。主要是如下两例：“天坛宪草”（1913）的“第三章 国民”首条规定人民的国籍要求后，次条即第 4 条规定“中华民国人民，于法律上无种族、阶级、宗教之别，均为平等。”中国历史上首部正式颁布的宪法《中华民国宪法》（1923）的“第四章 国民”也在次条即第 5 条规定：“中华民国人民于法律上无种族、阶级、宗教之别，均匀平等。”

49 在宪法中规定“人权条款”是学者们共同的主张，但关于具体规定在宪法文本的哪个结构板块规定中，有过不同的设计方案。一是写在宪法序言上，二是写在宪法总纲上，三是写在基本权利章的首条，即第 33 条，作为统领权利的概括性条款。韩大元：《宪法文本中“人权条款”的规范分析》，《法学家》2004 年第 4 期。

50 虽然第 33 条第 2 款采用措辞是“在法律面前”人人平等而不是“在法律上人人平等”，但结合序言第 13 段以及第 5 条后三款关于宪法最高效力的不断宣称，平等条款的解释方案应采用“法律内容平等说”而非“法律适用平等说”，前者在后者的基础上，同时强调立法者的立法行为受到平等条款的约束。

51 相类似的，通过体系解释，还可以得出，“中华人民人民共和国公民”享有基本权利的另一项外在要求，是第 33 条第 4 款规定的“权利义务对等要求”。

概括而言，通过平等条款与人权条款的意义关联，平等实现了从公民享有基本权利之外在要求向构成基本权利之内在价值的拓展（如图 3 箭头 4），同时实现了从作为个别基本权利之内在价值向作为概括性人权的内在价值的提升（如图 3 箭头 5，详见下图所示）。

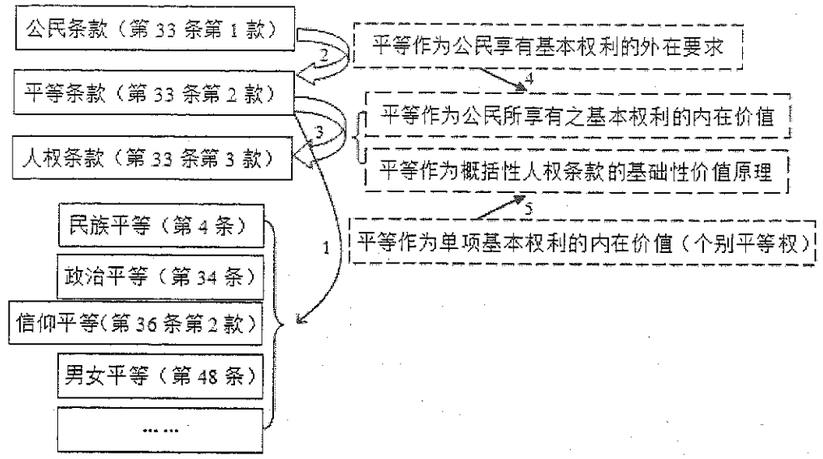


图 3 平等条款与人权条款的意义关联

平等价值原理包含机会平等和社会平等两个方面。机会平等，笔者认为，首先包括权利、义务的分配中，平等地享有充分的人格尊严以及同社会发展相适应的充分的基本自由，其次包括我们通常所说的、也是罗尔斯在其正义原则中所称的“平等地向所有人开放”。[52]社会平等，则是社会主义国家一贯的高调主张。在我国宪法文本中，一方面较高比例的各类社会权以社会平等为价值内涵，宪法第二章从第 42 条至第 47 条所列举的均是社会权类基本权利，另一方面，这也是建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度（第 14 条第 4 款）、持续高度关注的民生问题所蕴含的基本价值诉求。

随着改革开放的深入，平等条款的价值内涵在诸多领域成为争议焦点。例如，在物权法草案违宪争议中，平等条款同时成为基本权利诉求和经济制度领域诉求的调整规范。质疑者主张物权法草案违宪的首要逻辑是，从宪法第 12 条第 1 款

52 [美]约翰·罗尔斯著，何怀宏、何包钢、廖申白译：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版，第 61 页、第 249 页、第 302 页。[美]罗尔斯著，万俊人译：《政治自由主义》，译林出版社 2000 年版，第 5 页。[美]罗尔斯著，姚大志译：《作为公平的正义——正义新论》，上海三联书店 2002 年版，第 70 页。翻译有所调整，原文见 John Rawls, A theory of justice, Harvard University Press, 1971,p.60, p.250, p.302. John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, p.6. John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Belknap Press, 2001, p.42.

规定社会主义的公共财产“神圣不可侵犯”和第13条第1款规定私有财产“不受侵犯”的比较中，提出物权法草案对私有财产的强调违背了作为“宪法的社会主义最本质的特征之一”的公有财产的优越地位的主张。[53]在这场争论中，《物权法》最终于2007年3月16日在第十届全国人大第五次会议获得通过，平等条款由此呈现出超越所有制性质的调整范围。申言之，一方面，平等条款与宪法第12条“公共财产神圣不可侵犯”的规范相兼容；另一方面，平等条款连同宪法第11条的“非公有制经济条款”、第13条“私有财产条款”，对各种类别的市场主体的平等地位作出回应。与此同时，这场争议中的财产权问题也通过回溯到基本权利的基础性价值原理获得解决。

（四）三项价值原理之间的竞合、冲突与共融

尊严、自由、平等，三者之间并非泾渭分明、非此即彼。三者之间的竞合关系，主要存在自由、平等两者同尊严的交叠，即无论是对自由价值的违背还是对平等价值的违背，均可能不同程度地触及到尊严价值。此外，自由与平等之间虽然常常表现为紧张关系，但在机会平等与自由的保障方面也存在着交叠关系。

更为典型的问题是，三者之间自然存在着不同形式、不同程度的冲突关系。基本权利冲突的实质是价值冲突，进一步究其根本，则常常可以追溯到各项基础性价值原理之间的紧张关系，其中，平等与自由之间的冲突尤为常见。各项价值原理之间的冲突，引发不同主张之间的对立乃至分化的现象，并不在意料之外；这正是基本权利宪法依据所调整的对象，也是基本权利规范体系发展的动力。

当然，尊严、自由、平等，无论哪项价值原理，其内涵既不是静止的，也不是封闭的，无法通过简单的定义来框定，只能在持续的宪法实践中通过持续的宪法解释来发掘和证立。价值原理之间的竞合关系与冲突关系，则为这类发现和证立持续地提供着素材和契机。“人权条款”，则为竞合关系与竞争关系中的价值原理的取舍与证立，提供了一个基础性的规范装置，消融着这些相互对立的主张；进而为转型时期的社会共识凝聚提供主要的规范平台和体系公式。

53 参见巩献田：《一部违背宪法和背离社会主义基本原则的〈物权法草案〉》（“致吴邦国委员长并转全国人大常委会的《公开信》”），2005年；《关于第六次审议后的〈物权法（草案）〉仍在五个重大原则问题上违反宪法必须认真修改的意见》，2006年，等等。

六、余论：基础性价值原理自身融贯化的原则与方法

至此，笔者揭示了承载在“人权条款”中的基础性价值原理要素：“尊严—自由—平等”，这不仅是形成融贯的基本权利价值体系的中枢，也是这个体系能够担当转型社会价值共识凝聚的主平台的关键。然而，尊严、自由、平等，三者之间时而相互交叉，时而相互冲突。因此，基础性价值原理内涵要素的厘定只是“行百里者半于九十”，至为关键的环节是：三者之间的关系。

在这个问题上，用通用的、标尺式的刚性价值序列来排列三者，然后简单地予以演绎适用，这样的尝试在多元流动的现代社会注定要失败。类型化地划定各项价值原理要素初显性优先的领域乃至提炼各领域中的柔性价值序列的尝试，或许是可欲的。但这并不是以标尺式价值序列的复杂版出现的元素周期表式价值序列，而须以丰富个案中的情境式考量为前提和调试器。可见，三项价值原理之间的关系考察，不能仅限于结果意义上的一个关系图式，而应更多地关注这个动态图示形成和发展过程中持续促进基本权利价值体系融贯化所遵循的原则与方法。

在后一个问题上，罗尔斯的饱含平等情怀的“作为公平的正义”（Justice as Fairness）提供了有益的启发和参照框架。[54]罗尔斯的正义理论尽管以社会的基本结构为主要关注对象，但作为其理论核心的两个正义原则大致上分别对应着：防御权和政治权利的宪法规范问题、社会福利的立法规范问题。[55]两个正义原则与基本权利问题存在密切关系，这来源于基本权利问题与社会基本结构的塑造以及社会共识的变迁的密切关系，基本权利价值体系不仅是社会基本结构的重要体现，其实践与变迁持续影响着后者的变迁。由此，笔者尝试参照两个正义原则的框架，将之融入中国宪法秩序并着眼转型社会的重要场景，形成中国基本权利基础性价值原理的体系公式。据此，笔者将形成“尊严—自由—平等”三者的融贯化公式初步描述如下两项原则，姑且称之为“作为公平的基础性价值原理体系”。限于篇幅，两项原则及相关概念的内涵的阐述与证立，只能留待另一篇文章去阐

54 罗尔斯的《正义论》在1971年出版后，围绕该著作的批评随之展开，罗尔斯虚心接受，在各种论文、讲座、《正义论》不同版本和其他主要著作中，对两个正义原则的表述方式作了修订或解释。关于两个正义原则及其修正，主要可参见，例如，John Rawls, A theory of justice, Harvard University Press, 1971, p.60ff, p.243ff, p.298ff. John Rawls, Political Liberalism, Columbia University Press, 1996, p.5ff, p.331ff, p.334ff. John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Belknap Press, 2001, p.42ff. 此外，关于汉语世界的罗尔斯解读的梳理和评析，可参见，例如，张国清：《罗尔斯难题_正义原则的误读与批评》，《中国社会科学》2013年第5期。

55 [美]罗尔斯著，何怀宏、何包钢、廖申白译：《正义论》，中国社会科学出版社1988年版，第54页。[美]罗尔斯著，姚大志译：《作为公平的正义——正义新论》，上海三联书店2002年版，第76页以下。

述：

第一项原则：每一个人平等地享有：

（1）充分的人格尊严，以及

（2）同社会发展相适应的充分的基本自由。

第二项原则：对政治、社会和经济领域差别现象或差别待遇的出现与存在，应当

（1）各类职务和地位机会平等地向所有人开放，以及

（2）适合最少受惠者的最大利益。

当然，两项原则之间、乃至各项原则之内，本身存在冲突关系，例如，遵循第二项原则中的差别原则及其所要求的优先性，会减少实现机会平等的紧迫性。[56]其中，就两项原则之间而言，应遵循初显的优先次序，即，包括经济自由、人身自由、思想自由以及政治权利和自由等在内的基本自由，应只能基于自由自身（例如权利冲突现象）、公共利益（例如征收征用现象）等能被合宪性证成的限制事由而受到限制。[57]然而，在一个特定的时期或特定的个案中，这个优先次序本身属于理想化的应然，其实现有个程度问题。需要指出的是，在社会转型的进程中，这个优先次序实现程度不断充分化，不仅中国基本权利基础性价值原理持续融贯化的重要参照系，而且决定社会共识凝练与变迁的制度内机制有效程度的关键因素，也由此是衡量中国社会转型进程的重要标尺。

56 [美]罗尔斯著，何怀宏、何包钢、廖申白译：《正义论》，中国社会科学出版社 1988 年版，第 302 页。
57 根据德国联邦宪法法院在丰富的基本权利案件审查实践中形成的成熟的基本权利审查步骤（Stufen der Grundrechtsprüfung），判断基本权利所受之限制是否是一种违宪侵犯，包括依次展开的三个层面：基本权利的保障范围（Schutzbereich）——限制基本权利的公权力行为（Eingriff, Schranke）——对限制行为的合宪性证成（verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Schranken-Schranken, 或称对限制的限制）。Vgl. ausführlich Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, Grundrechte II, 27., neu bearb. Aufl., Heidelberg: Müller, 2011, S.54ff. Jörn Ipsen, Staatsrecht II, 14., neu bearb. Aufl., 2011, S.35ff.

宪法禁止没收全部财产的法理依据

胡婧　朱福惠※

没收罪犯合法财产之一部或者全部，刑法学上称为一般没收或者没收财产刑。古代国家的刑法规定没收罪犯的全部财产作为刑罚，以体现对罪犯的严厉惩罚，如《汉谟拉比法典》、《十二表法》、《魔奴法典》和我国战国时期魏国的《法经》均规定了没收罪犯全部财产的刑罚。

近代宪法以限制国家权力和保护人权为目标，因此，宪法规定刑事司法的基本原则，通过限制国家刑罚权的运用，以达到保护财产权的目的。1689 年英国《权利法案》第十条规定："不应要求过多的保释金，亦不应强制课收过分之罚款，更不应滥施残酷非常之刑罚。"该法第 12 条规定："定罪前，特定人的一切让与及对罚金与没收财产所作的一切承诺，皆属非法而无效的。" 1791 年法国宪法第 17 条规定："财产是神圣不可侵犯的权利，除非当合法认定的公共需要是显然必需时，且在公平而预先赔偿的条件下，任何人的财产不得受到剥夺。"美国宪法第五条和第十四条修正案也规定："不经正当法律程序不能剥夺生命、自由与财产。"所以，近代立宪主义宪法对没收罪犯之财产规定了较为严格的限制，虽然宪法并不禁止对罪犯的非法财产或者与犯罪相关的特定物品实行特别没收，也不禁止设立没收罪犯的部分合法财产，但却绝对禁止刑法设立没收罪犯全部财产之刑罚。据笔者统计，截至 2012 年 7 月底，共有 32 个国家的宪法明确规定禁止没收全部财产。另外，有 51 个国家的宪法通过宪法保留或者法律保留的形式附条件地规定没收部分财产。

宪法禁止设立没收罪犯全部财产的刑罚，其法理依据首先在于透过宪法的禁止性规定，彰显对财产权以及财产继承权的保护。因此，立宪主义宪法均对国家适用刑罚的原则和目的予以规定，并且从财产权保障的角度对没收罪犯之财产设定宪法限制。[1]但此种基于财产权保障之理论并不能全面解释宪法的禁止性规定，现代宪法禁止没收罪犯全部财产的规定，在法理上还与反酷刑和保障人的尊严密切相关。

※ 胡婧，厦门大学法学院宪法学与行政法学博士研究生；朱福惠，厦门大学法学院教授。
1 S v P 1991 (1) SA 517 (A) at 523G-H.

一、没收全部财产是对合法财产的非正当剥夺

犯罪行为应当受到法律的制裁，但不是所有的犯罪行为都需要受到剥夺合法财产的惩罚。如果罪犯实施了财产犯罪或者有组织的严重犯罪，除适用限制或者剥夺其自由的刑罚外，还可以通过特别没收予以处罚；如果这些处罚尚不能达到处罚犯罪之目的，需要通过没收其合法财产予以惩罚，也只能适当没收其部分合法财产，而不能适用没收全部合法财产。因为没收全部财产与惩罚犯罪之间并无必然的关联，即使最为严重的犯罪，通过没收部分财产并且对罪犯人身自由的限制或者剥夺足以达到惩罚之目的；同时，对罪犯适用没收全部财产之惩罚，体现出国家滥用刑罚权的性质。由于罪犯因其犯罪行为受到公众之憎恨，且已经被国家机关强制，处于弱势地位，剥夺其全部财产似乎正当，但实质上是罪犯合法财产的非正当剥夺。

首先，没收罪犯的全部财产构成国家权力的恣意行使。洛克在《政府论》（下篇）中提出："最高权力，未经本人同意，不能取去任何人的财产的任何部分。"[2]边沁也认为，"一个国家富裕的惟一办法便是维护财产权利的神圣尊严。社会应当鼓励私人的创造努力和进取心。"[3]近代思想家的"绝对财产权"观念构成了立宪主义的基本精神。即使现代宪法理论认为财产权并不具有绝对权利之性质，财产权需要附带社会责任，但宪法上的财产权仍然是指公民（或私主体）针对国家而享有的权利，具有"防御权"的性质，国家运用刑罚权对罪犯合法财产的侵犯必须是一种合理而且正当的侵犯，否则是一种恣意或者报复性惩罚。

在刑事司法上，没收罪犯的全部财产多同其他刑罚同时适用，应当受罪刑相适应原则之约束。如果罪犯所犯之罪为重罪，根据刑事法应当处以死刑、终身监禁或者有期徒刑，即可以达到威慑和报应的刑罚目的。如果以没收全部财产作为对重罪之惩罚，与其它刑罚同时使用，如果已经适用严厉的非财产性惩罚，那么，同时适用没收全部财产具有报复的性质。在司法实务中，虽然没收全部财产适用的范围有限，但没收全部财产中的"财产"范围并不确定，被剥夺的财产的数量不仅因犯罪严重程度而异，而且，也会因犯罪人自身财产的多寡而异。所以，没收全部财产不仅不能达到正当的目的，相反，没收罪犯的全部财产还强化了理应

2 [英]约翰·洛克.政府论（下篇）[M].叶启芳,瞿菊农译,北京:商务印书馆,2008.87.
3 [美]E·博登海默.法理学,法律哲学与法律方法[M].邓正来译,北京:中国政法大学出版社,2004.111-112.

尽可能消除的敌对情绪与复仇精神。[4]在适用没收罪犯全部财产刑时，虽然法律规定不得没收属于罪犯家属所有或者应有的财产，但是罪犯和其家庭成员共同生活，财产往往不具有可分性，并且，对罪犯全部财产的计算和拆分亦无明确的法律规定，其结果是在没收罪犯全部财产的同时，实际上没收了其家庭成员的合法财产，在事实上造成对没有犯罪的人实施刑事惩罚，这无疑属于国家权力的恣意行使。

其次，没收罪犯的全部财产剥夺了合法财产的继承权。贝卡里亚不主张对罪犯实施剥夺合法财产的刑罚，因为"没收财产是在软弱者头上定价，它使无辜者也忍受着罪犯的刑罚，并使他们沦于必然也去犯罪的绝境。"[5]而梅因则从权利的角度论述了财产的属性：私有财产所有者对财产享有权利，而指定或控制死亡后财产处分的权利是财产所有权本身的一种必然的或自然的结果。[6]没收罪犯的全部财产不仅直接剥夺了财产所有者对其合法财产拥有的处分权能，而且还丧失财产所有权而剥夺了其法定继承人的继承权。在 Avegno[7]案中，法官伍兹指出，被判处死刑的罪犯如果因犯罪被剥夺头衔、一切利益和一切不动产，不仅侵犯了其合法债权人之利益，同时亦侵犯了其继承人对之遗产的继承权。罪犯的合法财产包括合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料等在内的物质性财产，同时包括股权、知识产权、补助金在内的权利。[8]没收罪犯的全部合法财产使继承人在毫无过错的前提下失去了财产性权利，是国家公权力对公民合法财产继承权的侵犯。

二、没收全部财产属于酷刑

没收全部合法财产，在刑罚体系中常常被低估了其惩罚的严酷性，人们认为只有剥夺生命、自由的刑罚才具有严酷之性质，事实上，在宪法意义上，剥夺全部财产属于酷刑。

1. 酷刑的宪法标准

近代以来立宪国家的宪法，由于特别强调对基本人权的保障，因此确立了刑事司法的基本原则，以防止国家滥用刑事立法权和司法权。自美国宪法第八条修

4 [英]吉米·边沁.立法理论——刑法典原理[M].孙力等译,北京:中国人民公安大学出版社,1993.73.
5 [意]贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M].黄风译,北京:中国法制出版社,2005.66.
6 [英]亨利·梅因.古代法[M].沈景一译,北京:商务印书馆,2011.116.
7 Avegio & Others v.Schmidt & Others,113 U.S.293（1884）.
8 万志鹏,黄晓斌.论没收财产刑中的"财产"[J].中国刑事法杂志,2011,（4）:11.

正案禁止酷刑以来，现代国家的宪法多数规定禁止对罪犯适用酷刑。不过，酷刑既是个历史和道德概念，又是一个法律概念。在福柯笔下，酷刑必须符合三个基本道德标准9：首先，它必须制造出某种程度的痛苦，这种痛苦必须能够被精神地度量，至少能被计算、比较和划分等级；其次，死刑是一种酷刑，因为它不仅剥夺了人的生存权，而且，它也是经过计算的痛苦等级的定点，它包括从斩首（这是将全部痛苦化简为在一瞬间完成的一个行为——这是零度的酷刑）、绞刑、火刑和轮刑（这些都延长了痛苦），到肢解活人（这种方法使人的痛苦达到极点）；最后，极刑是延续生命痛苦的艺术，它把人的生命分割成“上千次的死亡”。虽然，福柯在其书中以一种哲学意义上的概念主要将死刑、肉刑称作酷刑，不过，他并不排斥其他以一整套制造痛苦的量化艺术为基础的刑罚可被称为酷刑。

作为宪法意义上的酷刑，美国联邦最高法院在判例中予以界定。美国宪法第八条修正案规定：“禁止收取过多的保释金，禁止征收过高的罚金，禁止施加残酷而异常之刑罚。”但何谓“残酷与异常”，美国联邦最高法院在判例中确立了“演进的正当标准”作为判断一种刑罚是否是酷刑的依据和准则，因此将“酷刑”的历史解释为三个阶段：第一阶段：死刑、肉刑界称为酷刑的原初时代；第二阶段：野蛮和恐怖的刑罚执行方式称为酷刑的发展时代，第三阶段：不符合人的尊严的刑罚，称为酷刑的规模化时代。在 1910 年 Weems[10]案中，麦肯纳大法官认为：“（美国宪法）第 8 修正案是不断发展的，它禁止的不只是 1689 年和 1787 年人们所知晓的残忍的和异常的刑罚，而应随着公众观念变得文明，并根据人类正义的观念吸纳更为广泛的含义。”在 Trop[11]案中，沃伦大法官也指出：“第 8 修正案的措辞不是精确的且它们的内涵也不是静止不变的，必须依据标志成熟社会的发展程度的适当性的演进标准来归纳其具体含义。”

布伦南大法官在 Furman[12]案判决中采用“演进的正当标准”确立了酷刑的一般理论与宪法标准。他指出：“禁止施加残酷而异常之刑罚”其基本精神在于禁止不文明与不人道的刑罚。国家即使在惩罚人民时，也需要尊重他们身为人类的内在价值。如果一项刑罚不符合人类的尊严，即是残忍与异常之刑罚。布伦南大法官还提出“残酷与异常之刑罚”的判断标准：其一，刑罚不同寻常的残酷；其

9 [法]米歇尔·福柯.规训与惩罚[M]. 刘北成,杨远婴译,上海:三联书店,1999.37.
10 Weems v. United States, 217 U.S.349(1910).
11 Trop v. Dulls, 356 U.S.86(1958).
12 Furman v. Georgia,408 U.S.28(1972).

二，具有明显的恣意、武断科处刑罚的倾向性；其三，当代文明社会拒绝实施该种刑罚；其四，与严厉性较轻的刑罚相比，该种刑罚未必更能有效地达成刑罚目的。换言之，如果一种刑罚具有上述其中之一种情形，即可以被视为“残忍与异常之刑罚”。在 Stanford[13]案，该案之判决意见确定成熟社会的演化标准所依据的并非主观标准，而是反映美国社会当下观念或者社会共识的客观标准，而这个客观标准是在联邦最高法院考察了联邦和州的相关法律之后确定的。联邦最高法院在 2002 年 Atkins[14]案的判决意见认为依据“适当的演进标准”审查系争刑罚的严厉性与犯罪行为的危害性是否均衡，应当在最大限度根据客观证据作出判断，而所谓的最为明确和可靠的客观证据便是国家立法机关制定的法律。同时，联邦最高法院可针对全体公民及其立法者的决断是否合理作出独立的判断。联邦最高法院在 2003 年 Roper[15]案中，援引演进的正当标准判断刑罚与罪行是否均衡，其所依据的客观证据不仅包括联邦和各州的相关立法，还包括联邦最高法院对此类案件所作的判决。

有学者从美国联邦法院的提出的理论与标准中推导出“残酷而异常”的学理含义。就“残酷”而言，第一，不成比例，即是说相当于罪行的严重程度来说不成比例，或者，相当于其他刑罚的严厉程度而言不成比例。第二，涉及不必要的痛苦，以及科以不可能使行为正当化，或者，不能获得理性结果和现实刑罚目的的痛苦。[16]就“异常”而言。第一，是指新奇、缺乏先例、背离历史或现实中占主导地位的惯例。第二，是指某种刑罚不是有关犯罪的通常的刑罚，或者即使它是通常的刑罚，但是由于量刑者习惯性的主观因素，使它的适用成为不寻常的情形而被视为酷刑。[17]

1948 年 12 月联合国大会通过的《世界人权宣言》第 5 条和 1966 年 12 月联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》第 7 条禁止适用酷刑；1975 年 12 月通过的《保护人人不受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚宣言》（以下简称《酷刑宣言》）、1984 年 12 月 10 日联合国大会通过《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（以下简称《酷刑公

13 Stanford v. Kentucky, 492U.S.361(1989).
14 Atkins v. Virginia, 536 U.S.206(2002).
15 Roger v. Simmon,543U.S.551(2005).
16 [美]欧内斯特·哈格,约翰·康拉德:死刑论辩,方鹏等译.中国政法大学出版社,2005.230-231.
17 [美]雨果·亚当·比多:残忍于异常的刑罚.载邱兴隆主编:比较刑罚(第 1 卷 死刑专号),中国检察出版社,2001,397.

约》）是联合国专门针对酷刑颁行的重要法律文件。《酷刑宣言》第1条将酷刑界定为“过分严厉的、故意施加的、残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”，并指出酷刑的内容或执行的方式反文明和反人道主义，属于冲击一般人感情的刑罚。在精神上或肉体上含有不必要的内容，在人道上被认为是残酷的。

2.没收全部财产构成酷刑。

虽然，不同国家和国际组织就酷刑的认定标准和判断依据并不完全相同，但不成比例或者违反必要性原则、带来肉体上或精神上不必要的痛苦、侵犯人的尊严是酷刑具有的共同特点，而没收全部财产即明显具备这三项特征。

必要性原则又称最小侵害原则，它要求公权力机关在惩罚犯罪时在都能达到惩罚效果的若干手段中，选择对基本权利限制最小的一个。也就是说，与严厉性较轻的刑罚相比，该种刑罚未必更能有效地达成刑罚目的。如果罪犯之犯罪行为需要通过剥夺其自由和财产才能达到惩罚之效果，在已经剥夺自由的前提下，没收罪犯全部财产并不必要。如上文所述，即使有必要对罪犯实施财产性惩罚，也可以判决没收部分财产，或者判决适用罚金刑。没收全部财产和罚金刑虽然同为财产刑，但二者的适用所实现刑罚之目的以及必要性之体现并不相同。没收罪犯全部财产是当场将犯罪人的全部实物财产充公，罚金只是判令犯罪人今后在一定期限内通过上缴一定金钱的方式承担自己的罪责，前者不但容易伤及无辜，而且往往将犯罪人逼迫沦落到一无所有的悲惨境地，而后者不会过于伤及人的自然感情。罚金刑的适用尽管存在缺陷，但它是一种有利于实现教育的目的，是有利于使犯罪人回归社会的经济性、人道性的轻刑，既可适用于某些轻罪，也可以适用于某些较严重的犯罪。[18]所以，相较于罚金刑，没收罪犯全部财产所产生的严酷性较重，对罪犯产生不必要的损害。

没收罪犯全部财产加剧罪犯产生肉体和精神上之连续的痛苦。生命、自由与财产被视为人的生存和发展所必需，罪犯虽然因犯罪行为而被施加剥夺生命或者自由的刑罚，此完全可以达到刑罚之目的。如果同时施加没收全部财产，罪犯今后生存之物质基础受到极大动摇，面临一无所有之悲惨后果；同时，罪犯合法财产之所有权丧失，其继承人无合法财产可以继承，实际上剥夺了继承人的继承权，罪犯因其本人之刑事责任已经给家庭造成严重伤害，如果剥夺其全部财产，加剧

18 万志鹏.刑事没收财产刑废止论——没收财产刑的盛衰变迁及其现实悖理性[J].湘潭大学硕士学位论文,2005,38.

罪犯心理上之压力与负担。没收全部财产也损害人的尊严，它侵犯罪犯及其家人生存的物质基础，妨碍了犯罪人的再社会化，用犯罪人的全部财产来量化其应受到的报应，已明显超出了正义的范畴。

宪法将禁止没收罪犯视为酷刑，1917年《墨西哥宪法》、1949年《哥斯达黎加共和国宪法》等直接将没收全部财产作为反酷刑条款的内容，与反酷刑条款并列规定。欧洲人权法院在判例中认定，没收全部财产不是惩罚犯罪的必要手段，因而同酷刑具有同质性。2007年6月7日，欧洲人权法院在Garabayev v. Russia[19]一案中作出裁决，如果被引渡之罪犯面临没收全部财产的处罚，则该处罚构成酷刑。在该案中，申请人Garabayev的律师反对将Garabayev引渡回土库曼斯坦，其理由是根据俄罗斯非政府组织作出的人权报告，土库曼斯坦中央银行以及其他关联银行将没收其雇员及其家人的全部财产，申请人若被引渡将面临酷刑、遭受非人或有辱人格之待遇，该主张获得欧洲人权法院的支持。

三、没收全部财产损害人的尊严

现代宪法不仅严格保障生命、自由与财产，同时将基本人权的保障与人的尊严相结合。二战以后制定的成文宪法，将保障人的尊严作为宪法的基本原则和基本规范予以规定。如德国基本法第一条规定：“人的尊严不可侵犯。尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务。” 日本宪法第十三条规定：“一切国民都作为个人受到尊重。对于国民谋求生存、自由以及幸福的权利，只要不违反公共福利，在立法及其他国政上都必须予以最大的尊重。” 俄罗斯宪法将人的尊严置于基本权利之前，将其作为国家制度的基础予以规定：人、人的权利与自由具有最高价值，承认、尊重和保护人和公民的权利与自由是国家的义务。

宪法文本规定保障人的尊严与价值具有重要的意义，从人的尊严条款可以引申并发展出其他基本权利，所以，人的尊严条款具有“基础规范”的地位，构成宪法制度的核心，即人的尊严原理。人权源于“人的固有尊严”，尊重人权是“自由、正义、和平的基础”，它创造着“和平友爱关系”的必要条件。[20]承认人权，就不必再以造物主或自然法为根据，只要像国际人权公约（《社会权公约》和《自

19 Garabayev v. Russia,17HRCD967(2007).

20 [美]路易斯·亨金,阿尔伯特·丁·罗森塔尔.宪政与权利[M].郑戈,赵晓力,强世功译,上海:三联书店,1997.515.

由权公约》）序言里所说的，认定“源自于人固有的尊严”就已经足够。[21]因此，宪法明确禁止国家损害人的尊严，如俄罗斯宪法第二十一条规定：人格尊严受国家保护。没有任何理由可以贬损人格尊严。无论何人都不应遭受刑讯、暴力和其它残酷或者损害人的尊严的对待与惩罚。未经本人自愿同意不能接受医学、科学或者其他实验。波兰宪法第三十条规定：个人固有的和不可转让的尊严组成个人和公民自由与权利的渊源。人的尊严不受侵犯。尊重和保护个人尊严是公共机构的义务。

没收全部财产是国家以损害人的尊严的方式对待和惩罚罪犯。罪犯虽然因其犯罪行为而被剥夺自由，甚至被剥夺生命。但是，罪犯依照宪法和法律所享有的其它基本权利并不因为其受到刑事处罚而丧失和消灭，相反，其基本权利仍然受到国家的尊重与保护。罪犯之合法财产是其本人劳动所获得，不得因其犯罪行为而被剥夺，因为罪犯的这些合法财产并不会产生危害社会的可能性与后果。同时，国家在剥夺罪犯生命与自由后，罪犯之罪过已经受到应有之惩罚，符合罪刑相适应之原则，达到了惩罚犯罪之目的。如果再对罪犯的全部合法财产予以没收之处罚，显然并不属于惩罚罪犯所必需之手段。罪犯之合法财产本身属于宪法上财产权的范畴，并不因为罪犯之犯罪行为而不受宪法之保护，将没收全部财产作为刑罚，从法律上是加强对罪犯之惩罚，但从宪法上看是对合法财产的剥夺，既不能达到刑罚之目的，又不符合财产权受宪法保障之原理。相反，在剥夺罪犯生命与自由的同时，再施加没收全部财产之处罚，是通过损害人的尊严的方式对罪犯予以严酷惩罚。

首先，财产是个人生活和家庭生活的基础，没有财产就不可能有人的尊严，所以人的尊严必须以一定的财产作为基础，没有离开物质基础的个人尊严。如果国家没收全部财产，实质上剥夺了罪犯维护个人尊严的基础。即使罪犯被剥夺或者限制人身自由，但他仍有体面生活的权利，这是人的尊严的本质属性。宪法上的人格尊严条款，包含罪犯有权要求他人尊重其财产和人格的绝对权利，任何人无权剥夺罪犯享有的人格权和人的尊严，亦不得使罪犯身处同其人身权利严重不相符的环境之中。[22]古代刑法剥夺罪犯之全部财产，使得罪犯过着非人的生活。

21 [日]芦部信喜原著,[日]高桥和之增订.宪法（第三版）[M].林来梵,凌维慈,龙绚丽译,北京:北京大学出版社,2006.71.

22 Innes J in Whittaker v Roos and Bateman 1912 AD 92 at 122-123. See also, Goldberg and Others v Minister of Prisons and Others 1979 （1） SA 14 （A） at 39H-40C; Nestor and Others v Minister of Police and Others 1984

当时的监狱制度保留“以眼还眼，以牙还牙”的报复主义思想，罪犯在狱中已无人格尊严可言。那时，建造和维护监狱的经费虽由国家拨给，但日常的经费则由监狱自给，监狱管理人员的薪俸来源于从犯人那里收取的手续费，监狱不仅对犯人实施人身惩罚，还从经济上对犯人进行勒索。例如，英国古代的弗利特监狱，犯罪人住一间单独房间，一周要交 2 先令 4 便士，一个床位要交 1 先令 4 便士，犯罪人购买看守出售的生活用品要比监狱外商店的价格高出许多。[23]在当时，适用没收全部财产刑的犯罪人无法支付高额的监狱监管费用，等待他的只有潮湿、阴暗的黑牢，并且随时可能丧失生命。近现代宪法规定人的尊严后，国家在承认罪犯在监狱可以获得体面生活的权利，并不因罪犯被剥夺自由权而丧失生存权。除通过政府预算投入改善监所的物质条件外，罪犯之家属可以通过各种合法方式提高其生活水平。如果没收罪犯之全部财产，显然在事实上降低其生存保障。

其次，罪犯个人之合法财产除满足其家庭成员的生活和继承外，还可以成为罪犯刑满释放后进入社会的物质基础。近现代刑罚的目的之一就在于改造罪犯，如果罪犯所犯之罪行没有达到适用死刑之程度，通过适用剥夺自由的刑罚可以实现对惩罚犯罪之目的。罪犯刑满释放后必须回归社会，通过自己的劳动实现人的价值。而财产是个人自由的基本要素，它是自我表现、促进经济福利和社会效率的一个必不可少、不可或缺的工具。[24]如果在剥夺罪犯人身自由的同时没收其全部财产，使得罪犯丧失了维持基本生活的物质基础，丧失回归社会的谋生资本，其个人的人格和尊严不能得到社会和他人的尊重，从而导致回归社会后不能自食其力，产生人格扭曲，可能再次犯罪而危害社会。

所以，没收罪犯之全部财产既不是惩罚犯罪所必需的，也不是实现刑罚目的的手段。近代宪法从人权保障的角度限制生命刑和财产刑的适用，更多地从人的社会性立场来诠释犯罪，从而规定废除生命刑。现代宪法禁止没收全部财产，是因为没收全部财产已经构成酷刑并且损害人的尊严，不利于改造罪犯，因此没有其适用的正当性基础。

（4） SA 230 （SWA） at 250F-251D.

23 潘华仿,主编.外国监狱史[M].北京:社会科学文献出版社,1995.28.

24 [美]路易斯·亨金,阿尔伯特·丁·罗森塔尔.宪政与权利[M].郑戈,赵晓力,强世功译,上海:三联书店,1997.154.

論文化多樣性之審判制度

——本國設立原住民族專業法庭後設立行政訴訟專庭之可能性

朱中和※

目次：

壹、序言

貳、本原國住民族專業法庭之設立與回顧

參、行政訴訟之意義與特色

　一、意義

　二、行政訴訟之功能與特質

叁、法治國家行政訴訟之起源與發展

肆、原住民族傳統上之統治關係，與紛爭解決方式

伍、實務上與原住民族相關之行政訴訟事件之類型與數量分析

　一、類型：

　二、重要行政訴訟事件之內容摘要

陆、結論：成立原住民族訴訟專庭之可能性

　一、多元文化主義下的原住民族文化保護（文化性）

　二、現代法治基礎下的原住民行政訴訟專庭（合憲、合法性）

　三、成立之必要與時程（必要性與急迫性）

壹、序言

截至 2013 年 7 月為止，台灣之原住民人口為 530,756 人，分屬即阿美族(Pangcah:Ami s)、泰雅族 (Atayal;Taya l)、排灣族 (Paiwan)、布農族 (Bunun)、魯凱族 (Ruka i)、鄒族 (Tsou; Cou)、卑南族 (Puyuma)、賽夏族(Says . Says iat)、

※朱中和：臺灣臺南地方法院行政訴訟庭法官，國立臺南藝術大學兼任講師

雅美族 (Tao; Yami: 今稱達悟族)、邵族(Thao)、噶瑪蘭族(Kavalan)及太魯閣族(Ta roko ; Tt-uk u)、撒奇萊雅 (Sakizaya)、賽德克族 (sediq) 等 14 族(2014 年另增加二族)神佑主內原住民，回顧台灣原住民的血淚史，與世界其他少數民族彙同，不論種族或與文化相關之器物、制度及理念等，多在逐步滅絕中，但這都是人類有形（ tangible culture heritage）或無形的文化資產（ Intangible culture heritage），一旦滅絕，即永遠消失，永不再現。 有鑑於此，聯合國教科文組織（ United NationsEducational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO） (設愛菲爾鐵塔下) 繼 2001 年 11 月通過《教科文組織世界文化多樣性宣言》（ UNESCO Universal Declaration on CulturalDiversity)後，幾經召開多次的獨立專家會議和政府專家會議，於 2003 年 12 月集結會員國簽定了「保護無形文化遺產公約」(Convention for the Safeguarding of the Intangible of Cultural Heritage)，又於 2005 年 10 月 20 日通過《保護與促進文化表現形式多樣性公 約》(UNESCO Convention on the Protection and Promotionof the Diversity of Cultural Expressions, 簡稱《文化多樣性公約》)。該公約須經 30 個國家批准，並將批准文書遞交聯合國教科文組織秘書處 3 個月後生效。

這項 30 個國家批准的門檻，在 13 個國家與歐盟於 2006 年 12 月 18 日遞交批准文書後正式跨越，文化多樣性公約於 2007 年 3 月 18 日正式生效。而文化多樣性公約自 2005 年 10 月於教科文組織大會通過後，僅一年多的時間，批准的國家數已超過生效所需數目，也是該組織所有有關文化的國際公約中批准的國家數增加最快的一個公約。

文化多樣性公約反映國際間保護文化之概念，強調在尊重人權與基本自由、尊重國家主權、加強國際合作、達成經濟與文化發展、永續發展、促進公平的進入管道以及開放與平衡等原則下，達成保護與促進文化表現形式之多樣化、在互利基礎下豐富文化與自由交流、促進對話、廣泛與平衡地從事文化交流等目標，並確認各國在擬訂旨在保護和促進文化表現形式多樣性，以及加強國際合作的文

化政策與措施方面，擁有主權。

雖然聯合國教科文組織大會在最後表決文化多樣性公約草案時，有美國及以色列表示反對，其餘國家幾乎一面倒的支持。因此，美國對文化多樣性公約「力排眾議」的態度，多少影響美國未來參與聯合國教科文組織活動以及對該公約的態度，但多元文化主義已成世界潮流。尚非美國所能阻檔。（註一）

上揭公約均極力保護少數民族文化傳承與制度等。拜此之賜，國際間多元文化價值倍受肯定，絕對優越文化主義，幾乎已被摒棄。本國首先於 2005 年 2 月 5 日公布施行「原住民族基本法」，本國文化資產保存法於日亦修正公布，採「發揚多元文化」政策，不再採取單元之「發揚中華文化」而已。同年 6 月公布施行之憲法修正案更明確「肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化」，自此沈淪已久之少數民族才變為「珍貴稀有」保育類。偶而也看到路上有人穿原民傳統衣服，這是過去沒人作的嘗試。2013 年司法院更根據原住民基本法第 30 條第 2 項之規定，在九個地方法院（花蓮、台東、桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東）設立了九個原住民族專庭，符合多元文化的政策，我們肯定大院的作法。我相信 UNESO 及國際社會也肯定這樣的作法。「文化」所指，係人類在歷史發展過程中創造的總成果。包括宗教、道德、藝術、科學等各方面（參見教育部重編國語辭典修訂本）。所以， 人類文化本有「器物、制度、理念」等三個層次，在時空轉移下，原住民族之制度與理念，也逐漸的在流失與滅絕之中。原住民族專庭之設立，乃有助於原住民族傳統習慣規範即法制之尊重與保存。至於成立原住民族專庭後，究否須本於法制之專業性，進而分設關於原住民族之各類專業法庭，如少年家事法庭、智慧財產法庭或行政訴訟法庭等等，則有待研究討論。本文先試就行政訴訟法庭成立之可能性，作一探討。

貳、本原國住民族專業法庭之設立與回顧

司法院有鑑於原住民事務之特殊性，並考量尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，本國司法院秘書長於 101 年 10 月 8 日以院台廳司一字第

1010028460 號函臺灣高等法院於 102 年 1 月 1 日起，在臺灣桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏本、臺東、花蓮等 9 所地方法院設立原住民族專業法庭（股 ）。專業法庭設置後，改變法院以往分散受理原住民涉訟之方式，集中由受過訓練的專業法官來辦理，應較能兼顧原住民族之傳統習俗，避免再發生與傳統習俗衝突之裁判。但專業法庭（股）運作至今已近一年，在先天條件（ 相關法律 ）缺乏下，對於原住民族權益的保障，究竟發揮多少功能？起了多少作用？產生什麼問題需要解決？均亟待釐清。

在原住民族專業法庭（股 ）設置前，原住民涉訟案件仍依然一般案號列計，導致每年每月究竟有多少原住民涉訟案件，並無精確的統計資料，專庭（肢，設置後，為區別專庭（股 ）審理案件之範圍及類型、案號字別名稱，司法院秘書長指示各法院專庭(股)受埋，(一)刑事案件部分：1.被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股)審理。2.案號字別:於原有字別前加註「原」字，以資區別。(二)民事事件部分:1.應由原住民族專業法庭（股 ）審理之民事事件類型：(1) 兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件（不區分案由)。(2) 一造當事人為原住民、部落、原住民族之下列事件：「返還（交還 ）土地」「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為 ）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排除侵害」、「確認土地或

房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」。

2 、得聲請由原住民族專業法庭（股 ）審理之民事事件類型：一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬前項 (2) 案由之民事事件，經為當事人之原住民、部落、原住民族聲請由原住民族專業法庭（股 ）審理，受訴法院認為適富看。3. 案號字別：於原有字別前加註「原」字，以資區別。」至於當事人聲請核發支付命令、本票裁定及拍賣抵押物等非訟程序事件，雖當事人同時具有原住民身分，因非訴訟事件，且支付命令之聲請係以債權人主張請求原因事實及債務人人

未異議為其確定法律關係之基礎，就債權人主張之事實，法院並未先為調查，本票裁定及拍賣抵押物等非訟事件，法院亦僅為形式上審查，並未審究當事人間實體法必去律關係存否等爭執，基於該等事作之目的係為追求迅速解決紛爭，節省當事人時間勞資不宜分由原住民專庭（股）審理。

刑事案件以身分，民事事件則兼採身分與事件性質，作為分案之標準，且以身分作為分案標準者，屬於強制規定，但排除性侵害、智慧財產刑事案件、非訟事件及刑事裁定類案件。此種區分標準應係受到司法院 101 年 5 月 15 日下午 2 時 30 分舉辦之「評估設置原住民族專業法庭之可行性」座談會學者發言之影響，此種分案方式顯然是為了便於案件數量的統計。惟專庭（股)設置之宗旨在於原住民事務具有特殊性，並考量尊重原住民族之傳統習俗、文化及價值觀，與上述意旨無關之案件，均應排除在專庭（股）辦理之範圍，不應僅具有原住民身分即將案件納入專庭（股）辦理。否則，以身分作為分案標準，實務運作上已將造成原住民涉及的酒醉駕車、施用毒品、傷害等，及借貸、車禍等，與其傳統習慣、文化及價值觀毫無關係之民刑事案件，均歸由專庭（股）辦理之情形，反而一些涉及原住民族傳統習俗的民事事件，例如：非原住民的兩造分別借用原住民身分買賣保留地，係涉及保留地乃是維繫原住民族傳統習俗、文化的根源所在，故不能出售予非原住民的事件，卻僅因兩造均非原民，即將該類「借名登記」事件不歸專業法庭審理，對於原住民族傳統文化的維護，並沒有產生提昇的效果。另以事件性質作為分案標準，所列類型過少，以原住民保留地買賣為例，買賣關係成立或不成立請求移轉所有權記或返還占有之土地，屬於專庭（股），辦理的事件，但確認買賣關係成立或不成立，不屬於專庭（股）辦理的案件，極不合理。惟原住民保留地共有土地分割，若繼承人中有非原住民身分者（例如：原住民與非原住民結婚，自願申請喪失原住民身分）．又為何不是專庭（股）辦理的案件？關於原住民性侵害案件，例如：排灣族的長輩摸小孩的「阿力力（睪丸）」，是否構成強制猥褻（臺灣台東地方法院 101 年度侵訴字第 8 號刑事判決）？智慧財產權刑事案件，例如：原住民族的「傳統知識」是否受著作權保護？司法

實務上認為，被告所用原住民手執雙蛇之圖案於排灣族服飾及其他圖案上及陶壺上附有蛇紋等屬常見之圖騰，告訴人之圖案乃襲自原住民古老圖騰，已不具有原創性，因此被告並未侵害告訴人之著作權。」（臺灣高等院高雄分院 89 年度上易字第 2183 號刑事判決），均與原住民族傳統習俗、文化有高度關聯性。

專業法庭僅設於一審法院，二審法院並未設置專業法庭，且專業法庭受理之事件不包括家事及行政訴事件，仍有缺憾。另因臺灣傳統法學教育並不重視族群文化教育，法官普遍缺乏多元文化素養，司法院為培訓專業法庭法官熟悉原住民特有之傳統文化，雖先後舉辦過研習，但尚有未足。

＊（本節摘引自臺灣花蓮地方法院庭長撰「原住民族專業法庭（股）設置後法院實務變化觀察與評析」）

參、行政訴訟之意義與特色

一、意義

要探討原住民族行政訴訟專庭成立之可能性，自應對所謂之「行政訴訟」之意義有所瞭解，即須正名。否則，名不正即言不順。就國內著名學者與實務上見解之所述，如后；

1、學者吳庚使用源自於日本之慣用語，將行政訴訟之前置程序訴願納入定義之範圍，將行政訴訟較廣義的稱之為「行政爭訟」，認為行政爭訟者，係指最終審級歸行政法院管轄之公法爭議事件的審理程序，行政爭訟法即規範此一程序之法規的總稱。上述定義之內涵可析述如下:（一）屬於行政爭訟程序除行政法院審理案件之行政訴訟程序外，尚包括其前置之程序，即訴願及相當於訴願之程序。（二）並非一切公法爭議事件皆屬行政爭訟法規範之對象，必須以行政法院為最終管轄之審級者，始足相當。是故憲法性質之公法爭議事件，而有司法院大法官審理案件法適用者；雖屬行政法上之爭議事件，但已屬其他審判機關掌理者，如選舉訴訟一向劃歸民事法院審判。（三）事件本身須屬公法（行政法）性質外，

應具有爭訟（議）性（Streitigkeit），所謂爭訟性不限於有兩造當事人對立，並由法院居間就爭執之標的為裁判之通常意義的爭訟性，亦包含對公權力主體單方面所為之處分行為，有所不服而生之爭議在內。（註二）

2、學者兼實務工作者徐瑞晃直接就行政訴訟下定義，認實質上之意義，依現行法之規定，係指行政法院就公法上之爭議，依訴訟程序而為裁判之過程。形式上之意義，則為行政訴訟法第 3 條所規定之撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。關於實質意義之行政訴訟，須再作進一步的說明：第一、行政訴訟係由行政法院，亦即司法之一環為裁判。在採司法二元制之我國，行政法院與普通法院，均屬司法機關，而與立法權及行政權相對立。第二，行政訴訟，係就公法上之爭議為裁判。此所謂公法上爭議，係與私法上爭議相對立之概念，而應適用行政法規即公法法規。公法上之爭議。應適用行政訴訟法;私法上之爭議，則應適用民事訴訟法。關於公法與私法之區別，學說上尚無一明確固定之基準，實務上常視個案而採不同之判斷標準。行政訴訟與民事訴訟區別之界限，仍欠明瞭。第三，行政訴訟須依正式之訴訟程序，而為裁判。此所謂正式之訴訟程序，係指裁判制度經過歷史的發展之過程，累積無數之經驗，形成具有保護訴訟當事人或利害關係人之權利，公正的認定事實，正確的適用法律等原則之訴訟程序。（註三）

3、學者陳清秀認為行政訴訟之理念之一，乃是對於違法行政處分，給予人民權利救濟，並謀求行政之適正，維持行政法秩序，終極的以實現社會正義為目標，亦即通過爭訟之裁斷，保障行政之合法性，同時對於人民權利所遭受行政權之侵害謀求救濟。行政訴訟法第 1 條即規定：「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」明示行政訴訟之目的，在於藉司法救濟，以保障人民權益及確保國家行政權之合法行使。（註四）

4、依現行政訴訟法之規定，所謂行政訴訟係指以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。就公法上之爭議事項，所提起撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟。（行政訴訟法第 1 條、第 2 條、第 3 條參照）

二、行政訴訟之功能與特質

1、行政訴訟依現行行政訴訟法之規定，功能有三：「保障人民權益」、「確保國家行政權之合法行使」、「增進司法功能」；依學說上對於行政訴訟之功能，有不同之見解：一為法規維持說，此說認為行政訴訟之功能，在於促使法規之正當適用，以維護法規之尊嚴，至個人權利之保護僅屬附帶之結果而已。二為權利保護說，此說認為行政訴訟以保護個人之權利為主要目的，審判時雖涉及行政處分有無違法之爭議，而審判之作用在於排除違法之行政處分，亦僅係保護個人權利之手段或方法而已。三為訴願補充說，此說認為訴願僅係行政機關自我審查之措置，由行政機關自行裁決本身之行政處分是否違法，難期客觀公允，而行政訴訟係由第三者之司法機關，居於客觀超然之立場為公平之判斷，故行政訴訟在補充訴願之不足。四為行政控制說（或稱行政監督說），此說認為行政訴訟之目的在防止行政機關之專橫，以期民主體制之完整 。然其中訴願補充說，可謂係本末倒置，尤其在訴願前置制度逐漸取消之潮流下，更顯灼然:行政控制說與法規維持說，實則為一體兩面之問題。故學說上之爭論，主要在於法規維持說與權利保護說。行政訴訟法第 1 條之規定，顯然就係採兩說併存。（註五）

2、行政訴訟所審理之事件係公法關係所生之爭議：國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭執之審理，屬於公法性質者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務(釋字第 540 號解釋)。

依釋字第 448 號解釋理由書：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒，憲法第 77 條定有明文，可知民事與行政訴訟之審判有別。又依憲法第 16 條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第 297 號解釋在案。我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，行政訴訟與

民事訴訟分由不同性質之行政法院及普通法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判，各有所司，不容混淆。」因此，一個具體法律關係之爭訟，如歸屬於公法上爭議性質，除法律另有特別規定外，原則上即應劃歸行政法院審判，反之，如歸屬於私法上爭議性質，原則上劃歸普通法院審判。因此，一個法律上爭訟是否為公法上爭議，首先應加以判斷。至於公法與私法的區分，並非容易，學說概有下述幾種：

一、依據主體說，乃以當事人是否立於權力服從關係（如是即屬公法）或立於平等規律關係（如是即屬私法）為區別標準，此說尤其在公法上契約無法充分說明。

二、另依據新主體說，亦即特別法說，認為公法乃是其權利或義務之歸屬主體，排他的專屬於高權的權力主體之所有法規的綜合觀念。因此，其法律關係如至少有一方是由公權力主體以高權主體之功能參與者，即屬公法關係。公法是高權的權力主體及其機關之公務法，據此並非任何人得為權利義務之歸屬主體，而必須惟有高權的權力主體或（大部分）特定機關，始能享受權利或負擔義務者。對此新主體說，德國實務上有肯定之者。

三、另部分學者對於新主體說，亦嘗試加以若干修正，認為決定公法之標準，並不是以高權主體排他的享受權利負擔義務為準，而應以高權主體本身，亦即以其作為高權主體之特殊的資格地位，享受權利負擔義務為準。（註六）

四、司法院大法官會議解釋於釋字第 695 號認為：我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之（本院釋字第四四八號、第四六六號解釋參照）。至於人民依行政法規向主管機關為訂約之申請，若主管機關依相關法規須基於公益之考量而為是否准許之決定，其因未准許致不能進入訂約程序者，此等申請人如有不服，應依法提起行政爭訟（本院釋字第五四〇號解釋參照）。行政院農業委員會為接續清理前依臺灣省政府中華民國五十八年五月二十七日農秘字第三五八七六號

令公告「臺灣省國有林事業區內濫墾地清理計畫」，尚未完成清理之舊有濫墾地，於九十七年四月二十三日訂定發布國有林地濫墾地補辦清理作業要點（下稱系爭要點）暨國有林地濫墾地補辦清理實施計畫，將違法墾植者導正納入管理，以進行復育造林，提高林地國土保安等公益功能。行政院農業委員會林務局所屬各林區管理處（下稱林區管理處）於人民依據系爭要點申請訂立租地契約時，經審查確認合於系爭要點及相關規定，始得與申請人辦理訂約。按補辦清理之目的在於解決國有林地遭人民濫墾之問題，涉及國土保安長遠利益（森林法第五條規定參照）。故林區管理處於審查時，縱已確認占用事實及占用人身分與系爭要點及有關規定相符，如其訂約有違林地永續經營或國土保安等重大公益時，仍得不予出租。是林區管理處之決定，為是否與人民訂立國有林地租賃契約之前，基於公權力行使職權之行為，仍屬公法性質，申請人如有不服，自應提起行政爭訟以為救濟，其訴訟應由行政法院審判。係以政府機關即高權機關林區管理處，基於其公務法即森林法及其相關規定之公權力行使職權行為之法律關係，即為公法關係，宜認係採學說上之新主體說。

3、行政訴訟不同於民事訴訟與刑事訴訟：我國採司法二元制，行政訴訟與民事訴訟分由不同之法院審理，兩者區分之基準何在，此即公法私法二元論之問題所在。公私法之區別，關係著審判權之所屬。亦即以民事訴訟解決私法上之爭議，確定私法上之權利義務關係；以行政訴訟解決公法上之爭議，確定公法上之催利義扮關係。行政訴訟法第 2 條雖明定，以公法上之爭議，為行政訴訟審判權之範圍，惟關於公私法關係應如何區別，仍是一大難題。就特定事件得提起民事訴訟者，通常不許再提起行政訴訟；反之，得提起行政訴訟者，亦不許再提起民事訴訟。民事訴訟與行政訴訟審理之對象，可說是處於兩個極端之私法關係與公法關係，某一特定之法律關係同時具備私法與公法之法律關係，亦即行使公權力之行為與私法上之法律關係併存，而得同時提起民事與行政訴訟，理論上似不可能。惟在事件之先後關係，則不無可能。例如廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，依政府採購法第 74 條之規定提出異議及申訴後，得提起行政訴訟；

就同一採購事件於決標後，廠商與機關間關於履約之爭議，亦得提起民事訴訟。

刑事訴訟係確定國家刑罰權及其範圍之程序，而行政訴訟則係公法法律關係爭議事件之審理程序，兩者自有不同。惟從行政罰與刑罰僅屬量的差別而非質的不同之觀點，則可知兩者並非完全風馬牛不相及。蓋原屬刑罰適用對象之犯罪行為，因立法政策改變可能一夕之間即變成適用行政（秩序）罰之行政事件。而現時法制上仍有行政事件，歸刑事法院管轄者，諸如違反社會秩序案件，蓋其性質上相當於違警微罪，且有涉及人身自由之限制（拘留）。自以依刑事訴訟程序處理為宜。另如法制上將性質原屬行政處分之交通裁決事件長期以來，均視為刑事事件處理，迨民國一百年修法始將之劃歸地方法院行政訴訟庭管轄。（註七）宜認行政處分法律關係之爭議即應歸行政訴訟，有別於刑事訴訟，故兩程序確有不同。

肆、法治國家行政訴訟之起源與發展

學者有將訴訟制度區分為行政國家型與司法國家型，其原因在於傳統上英美法系的國家，官吏與人民均受法之支配，人民對於官吏之違法行為所受之損害，不認官吏具有特權，亦採取民事訴訟程序，追究其責任，並未有特別程序之設計，故稱為司法國家。至於大陸法系國家，行政訴訟之萌芽，係因掌握行政權之國王，具有統治人民之強大權力。行政權與人民之關係，有別於市民相互間之市民法，（即私法），而受行政法（即公法）之規範。公法上之秩序，係由行政權之自律來維持，而保留在行政權本身之手中。行政權行使妥當與否，由行政組織內部所設立之行政法院來審判，有異於民事訴訟程序。關於行政權之行使，設置行政特有的審判制度之國家，稱為行政國家。我國承襲大陸法系之行政訴訟制度，不同於英美法系之司法一元制度，而在普通法院之外，另設有行政法院。但隨著歐陸行政訴訟制度之發展，我國的行政法院並非在行政組織內設立之法院，隸屬於行政權，而係司法之一環，為司法機關，與行政權相對立。因此，我國之行政訴訟，既非司法國家型，亦非行政國家型。（註九）

自民國初年設行政法院起，即賦予其獨立於行政部門以外之地位，在結構上類似南德諸邦、奧地利及日本戰前之行政裁判制度。國民政府成立以還因採五院建制，行政法院隸屬司法院仍與行政體系隔離。因此我國之行政法院與法國諮政院及西歐若干受法國制度影響之國家，有明顯之區別：此等國家之行政法院能發揮獨立審判功能，固無疑問，但在名稱或屬性上從建制伊始即帶有之行政機關色彩，迄今並未消除，此亦為值得注意之現象。司法院於完成行政訴訟法修正之後，為配合新設計之訴訟制度，並從事行政法院組織法之修訂工作，於八十二年四月完成修正提案送請立法院審議。立法院則在完成行政爭訟二法之立法程序後，於八十八年元月十五日三讀通過行政法院組織法修正案，共四十八條、員額基準表附表二件。民國一百年九月為配合行政訴訟法增設初審法庭於地方法院，行政法院組織法及法院組織法均配合修改。（註十一）

伍、原住民族傳統上之統治關係，與紛爭解決方式

承上所述，行政訴訟是在解決公法上法律關係之紛爭，而一方是由公權力主體以高權主體之功能參與者，即屬公法關係。公法是高權的權力主體及其機關之公務法。是以，統治者與被統治者間，因高權功能所產生之公法上關係之爭議，即屬行政訴訟之審判事件。原住民究否須成立行政訴訟庭，自應瞭解其傳統之統治關係上，就其統治者與被統治者間，有無因高權之功能而生之爭議，在組織或程序上，採取如何之申訴及解決之方式？以為成立行政訴訟庭之參考。截至 2013 年 7 月為止，台灣之原住民人口為 530,756 人，分屬即阿美族（Pangcah:Ami s）、泰雅族（Atayal;Tayal）、排灣族（Paiwan）、布農族（Bunun）、魯凱族（Rukai）、鄒族（Tsou; Cou）、卑南族（Puyuma）、賽夏族(Says.Says iat)、雅美族（Tao; Yami: 今稱達悟族）、邵族（Thao）、噶瑪蘭族(Kavalan)及太魯閣族(Ta roko ; Tt-uku)、撒奇萊雅（Sakizaya）、賽德克族（sediq）等 14 族。以下就前三大族群之社會組織上相關之統治關係作一概述：

1、一般認為，阿美族社會的運作是由 Kakita’an 「部落領袖制度」、Kaput

「年齡組織」、Cikawasay 「祭司（巫師）」、Marinina'ay 「母系繼嗣」等四大要素所構成。但是，一般來說真正治理部落事務時是由部落領袖和年齡組織來共同執行（詳見表）。（註八）

附表　阿美族社會組織功能表

阿美族社會組織	職能特色	類比現代國家組織功能
頭目暨年齡組織	男性組織 公共工作之執行 階層嚴格 領袖由推舉產生	行政
Cikawasay	具醫療功能 秩序的掌握與詮釋 具神聖力量	司法
母系繼嗣	女性為主 財產權的擁有與繼承 掌握子女之歸屬	立法

2、傳統的泰雅族社會以狩獵及山田燒墾為生，聚落以集居式的村落為主。大體而言，泰雅族的社會組織可以分成下列幾個團體：（1）部落組織；（2）祭祀團體；（3）共負罪責團體（ gaga）；以及（4）狩獵團體。現簡單分述如下：

（1）.部落組織：其部落的形成以血緣基礎，以父系中心，由諸兄弟形成聯合家族，財產與房舍共同擁有。由具聰明英勇有才智，有領導能力的人擔任部落領袖，遇到部落有重大事情的，則由頭目召集長老會議以決策之（泰雅社會中原來沒有頭目，是日治時期日本人為其治理之便而產生的。

（2）.祭祀團體：有共同祭祀對象的家庭祖合，如為了祖靈祭之進行而組成

的團體。

（3）. 共負罪責團體（gaga）：是共同遵守誡律和規範的團體。泰雅人稱之為 gaga （一般稱為祭團），gaga 是一種社會規範，是泰雅人日常生活、風俗習慣的誡律，也是最具有約束力與公權力的團體，可以算是泰雅社會中行為道德與社會律法的最高維護與審判者。

（4）. 狩獵團體：同一個獵團，集體狩獵時大家分工合作共勞共食共享。（改寫自鄉土文化教學與鄉土文化研究）這四個團體的成員有互相重疊的特質，在不同部落，祭祀團體可能大於狩獵團體，其他的部落可能狩獵團體大於任何一個團體。但基本上各地的差異性頗大，無法一概而論。在這四個團體當中，由於 gaga 的性質最特別，也在學界當中獲得最多的關注，成為不少學者的研究議題。（參閱 Wikipedia）

3、排灣族屬於階序制度（ hierarchy），大致上分為頭目、貴族、勇士、平民四個階級。貴族階級有特殊裝飾的專利權，頭目與貴族也享有裝飾上的特權，例如酷似百步蛇紋的熊鷹羽毛、高貴的琉璃珠、特殊的圖案（人頭紋、百步蛇紋）。貴族階級講究門當戶對，以同階級間的聯姻為理想的婚姻形式。藉著婚姻關係可以擴展自我的領地。階級低的族人希望能與比自己階級高的人結婚，藉以提升自己的階級，因而在婚生子女中會有階級昇降的有趣現象。頭目是地主階級，擁有土地、河流與獵場是一個部落的統治者，也是精神支柱的象徵。屬下的子民為其耕作，並將收穫所得納稅予頭目，頭目則主持部落重大事務如爭戰、祭儀、或與外村的外交工作。東部（東台灣）排灣族部落普遍存在會所制度，該會所建築稱做 cakalj 或 palakuwan，後者的稱呼與卑南族無異，在此聚會討論部落事務的是「青年會」。青年會是一支以男性為核心的年齡階級組織，也包含婚後不居住在會所的男性。在會所裡有三個階級，各階級有不同的名稱與責任，屬於通名制（ terminal system ），彼此以哥哥或弟弟互稱。以太麻里鄉大王部落（ Tjavualji）的 palakuwan 為例，最小的階級稱為 takuvankuvan，是國小的孩子，他們是屬於學習的階段；國中、高中生是 valisen，從事較耗費體力的勞

務；最大階級稱做 maqacuvuncuvun，是會所下達指令、教育弟弟們的階級。婚後的男性為 maketanketan，仍有扶持、監督會所運作的責任。繼承製度為長嗣繼承製：也做雙系繼承，就是出生第一位孩子無論男女，就是繼承者。（參閱 Wikipedia)另據行政院原住民委員會委託東華大學調查發現排灣族之政治首長及其權力為：政治首長及其權力

1. 產生方式

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
憲法 35 條:「總統為國家元首，對外代表中華民國」	在本族頭目門第來即一定，該家家長為黨之當然頭目。(中研院，2003c:12)	世襲宗主權領袖:首創建部落之頭人家，常極自然被尊重為該部落之大頭(kangusamang)，此大頭人一方面為代理領袖，另一面對外系頭人亦依先入為主之原則，為本部落內頭人階級之領袖(衛惠林，1980，卷八同胄誌排灣族第四章:21)。 頭目是這些創始部落的貴族脂直系後裔。(吳燕和，1993:75)	比方說，就我了解，過去部落的頭目產生，我所聽過的就是看誰能抬得動某個大石頭，那他就是我們的頭目。因為這樣的一個考題是從他的力量和智慧來考量的。這樣最初的頭目就選定了。但是他死了之後，頭目的位置會由他的後代來承接(三地門，牧師，65 歲)

2. 首長權力

(1)土地收益權

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
稅捐稽徵法第三條:稅捐由各級政府主管稅捐稽徵機關稽徵之，必要時得委託代徵；其辦法由行政院定之。	本族地主向使用收益其土地者收取定期或臨時之使用費。茲總稱之為地租(中研院，2003c:220)。	頭人宗家享有向其電民徵收各種租賦(vids)之特權(衛惠林，1980，卷八同胄誌排灣族第四章:18)。 由於土地領有權產生頭人宗家向其佃民徵收租賦的特權(衛惠林，1960:92)。	過去，頭目可以在他的傳統領域裡決定所有事務，他擁有屬於他的山川、狩獵場，當部落族人狩獵、耕作時，會將部份所獲得的獵物、農作物貢獻給頭目，回饋給頭目。(達仁鄉，曾任鄉長，53 歲)

(2)仲裁權

國家現行法律	排灣族傳統習慣		
	日治時期(番族慣習調查報告書第五卷)	台灣省通誌稿與國內其他相關文獻	本研究調查
憲法77條:司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。	一黨內所生之諸般糾葛由頭目親自裁判，或是委交黨老或是息輔佐役裁(中研院，2003c:29)。	凡兩造屬同一頭人另主權範圍之犯罪事件，原則上由其頭人、社頭、陪臣與差役，查問情形處理之(衛惠林，1980，卷八同胄誌排灣族第四章:23)。 團內人民的糾紛，由團	通常是先長老來，不行的話就請頭目。頭目是很少在講話的啦，都是在聽底下的

		主負責解決(石磊，1969:218)。	人在亂烘烘的。他很少在講話的。但只要他一開口，這件事情就要有決定。(金峰鄉，縣議員，55 歲)

(註十一)

綜上三大台灣原住民族群，於政治組織及其權力關係上，仍不出人類較早期之氏族與部落組織之型態，雖然，上揭學者以現今之行政、立法、司法等權力分立理論加以分析，惟已否進入較現代化之城邦或國家政府之型態？仍待調查發現，而行政訴訟之理論與制度如前所言，係現代法治國家為審理統治者與被統治者間之公法上之法律關係而設，台灣原住民族是傳統上已否有類似之傳統制度，仍待進一步之發掘調查。

陸、實務上與原住民族相關之行政訴訟事件之類型與數量分析

實務上較受矚目之原住民行政訴訟爭議事件，要以「原住民族工作權保障法」、「身分認定之爭議」、「原住民保留地的爭議」及「智慧創作的爭議」為主。(註十二) 本文並選擇三所高等行政法院中，原住民族相關事件較多且較代表性之台北高等行政法院，100 年度所審理結案之與原住民族相關之事件，加以統計，發現其案由及訴訟類型如下：

一、類型：

1、依案由及訴訟程序分類

100 年度臺北高等行政法院審結與原住民族相關案件統計（由司法院法學檢索系統關鍵字檢得）：

類型	案由	案號	數量統計	備註
撤銷訴訟	原住民族工作權保障法	100 年度訴字第 1250 號 100 年度訴更一字第 85 號 100 年度訴字第 37 號 4. 100 年度訴字第 814 號 5. 100 年度訴字第 732 號 6. 100 年度訴字第 230 號 7. 100 年度訴字第 307 號 8. 100 年度訴字第 159 號 9. 100 年度訴字第 73 號 10. 99 年度簡字第 906 號 11. 99 年度再字第 102 號 12. 99 年度訴字第 2366 號 13. 99 年度簡字第 728 號 14. 99 年度訴字第 1916 號 15. 99 年度訴字第 1225 號 16. 99 年度簡字第 172 號 17. 99 年度訴更一字第 69 號 18. 99 年度訴字第 621 號 19. 99 年度再字第 103 號 20. 99 年度簡字第 250 號	42	

		21. 99 年度訴字第 882 號 22. 99 年度簡字第 460 號 23. 99 年度訴字第 136 號 24. 99 年度訴字第 905 號 25. 99 年度訴字第 850 號 26. 99 年度訴字第 57 號 27. 99 年度訴字第 54 號 28. 99 年度訴字第 501 號 29. 99 年度簡字第 86 號 30. 98 年度訴字第 2384 號 31. 98 年度訴字第 2044 號 32. 98 年度訴字第 1183 號 33. 98 年度訴字第 2222 號 34. 98 年度訴字第 2030 號 35. 98 年度簡字第 336 號 36. 98 年度訴字第 332 號 37. 98 年度訴字第 850 號		
	全民健康保險	1. 98 年度訴字第 1502 號 2. 98 年度訴字第 2498 號 3. 98 年度訴字第 2499 號		
	原住民保留地	1. 100 年度訴字第 647 號		
	補助費	1. 99 年度簡字第 38 號		
課予義務訴訟	有關補償事務	1. 100 年度訴字第 1380 號	1	
給付訴訟	有關醫政事務	100 年度訴字第 925 號	12	

		100 年度訴字第 502 號		
	全民健康保險	100 年度簡字第 123 號 100 年度訴字第 690 號 100 年度訴字第 13 號 99 年度簡字第 881 號 97 年度訴字第 2697 號 97 年度訴字第 1133 號 97 年度訴字第 1132 號 97 年度訴字第 2585 號 97 年度訴字第 1131 號 97 年度訴字第 1473 號		
確認訴訟	原住民族工作權保障法	1. 99 年度簡字第 853 號	2	
	原住民身分法	1. 99 年度訴字第 2306 號		

二、重要行政訴訟事件之內容摘要

北高行*13(工作權保障法*7 原住民身分法*1 原住民保留地*4 任用*1)

中高行*2 (原住民保留地*2)

高高行*5 (水土保持法*1 公務員選罷法*1 山坡地保育條例*1 營業稅法*1 政府採購法*1)

合計:20 件

(壹)、台北高等行政法院

(一)、原住民族工作權保障法

1. 102 年度簡上字第 37 號

上 訴 人 香港商壹傳媒出版有限公司台灣分公司

代　表　人　裴偉（經理）

訴訟代理人　蔡世祺　律師

劉威德　律師

何念屏　律師

被上訴人　　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

主旨:政府採購法關於雇用員工總人數基本配比之規定

內容:按「（第 1 項）依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之 1。…（第 3 項）得標廠商進用原住民人數未達第 1 項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」、「前項及第 12 條第 3 項之代金，依差額人數乘以每月基本工資計算。」原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項、第 24 條第 2 項定有明文。又「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」、「本法所稱勞務，指專業服務、技術服務、資訊「 服務、研究發展、營運管理、維修、訓練、勞力及其他經主管機關認定之勞務。」、「本法所稱廠商，指公司、合夥或獨資之工商行號及其他得提供各機關工程、財物、勞務之自然人、法人、機構或團體。」、「本法所稱主管機關，為行政院採購暨公共工程委員會…」、「得標廠商其於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之 2，僱用不足者，除應繳納代金，並不得僱用外籍勞工取代僱用不足額部分。」、「本法施行細則，由主管機關定之。」政府採購法第 2 條、第 7 條、第 3 項、第 8 條、第 9 條第 1 項、第 98 條、第 113 條分別著有明文。是有關原住民族就業基金代金之徵收對象及範圍，業經上述原住民族工作權保障法及政府採購法所明定。

而行政院公共工程委員會依政府採購法第 113 條授權訂定之行為時（即 99 年 11 月 30 日修正前）政府採購法施行細則，就執行政府採購法第 98 條所稱「國內員工總人數」、「履約期間」及「代金金額」如何認定、計算之細節性、技術

性事項，於其第 107 條、第 108 條規定：「（第 1 項）本法第 98 條所稱國內員工總人數，依身心障礙者保護法施行細則第 12 條第 1 項規定辦理；所稱履約期間，自訂約日起至廠商完履約事項之日止。（第 2 項）依本法第 98 條計算得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分 1，並均以整數為計算標準，未達整數部分不予計入。」、「（第 1 項）得標廠商僱用原住民之人數不足前條第 2 項規定者，應於每月 10 日前依僱用人數不足之情形，向原住民中央主管機關設立之原住民族就業基金專戶，繳納上月之代金。（第 2 項）前項代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計。」並未牴觸母法授權之範圍及內容，且與原住民族工作權保障法及身心障礙者保護法之立法意旨相符，自得予適用；不生違反授權明確性原則之問題。而原判決亦援引司法院釋字第 480 號解釋理由書及司法院釋字第 612 號解釋意旨，針對上述施行細則規定何以屬政府採購法第 113 條概括授權範圍，無違授權明確原則乙節，詳予論述在案。上訴意旨主張政府採購法第 98 條規定，並未對代金之繳納額度及計算方式為明確規定或授權，而政府採購法第 113 條之概括授權，有悖授權明確性原則，上開施行細則應不予適用，原判決逕予適用，係有適用法規不當及理由不備之違法云云，乃係其主觀法律歧見，洵無可採。又上訴人無視原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及身心障礙者權益保障法（ 96 年 7 月 11 日修正前名稱為「身心障礙者保護法」）第 38 條第 2 項已明定依政府採購法得標，而於國內員工總人數逾 1 百人之廠商，應於履約期間僱用人數不得低於總人數百分之 1 之身心障礙者或原住民，猶執政府採購法第 98 條就得標廠商「應僱用身心障礙者及原住民人數合計不得低於總人數百分之 2 」較籠統規定，指摘上述施行細則第 107 條第 2 項有關「得標廠商於履約期間應僱用之身心障礙者及原住民之人數時，各應達國內員工總人數百分之 1」規定，係增加母法所無之限制云云，自無足取。

2. 101 年度訴字第 1581 號

原　　告　長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院

代　表　人　陳肇隆

訴訟代理人　林鳳秋　律師

複代理人　　許佩霖　律師

被告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

主旨：被告（行政院原住民族委員會）就原告（即得標廠商）於履約期間應僱用之原住民人數，以勞保「投保單位」為計算基準，是否違誤？

3. 101 年度訴字第 1489 號

原　　告　臺鹽實業股份有限公司

代　表　人　洪璽曜（董事長）

訴訟代理人　楊東軒

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　何岳儒　律師

複代理人　　黃煒迪　律師

訴訟代理人　李述奇

主旨：被告（行政院原住民族委員會）依原住民族工作權保障法第 12 條第 3 項規定，追繳原告（臺鹽實業股份有限公司）原住民就業代金 829,440 元，是否適法？

4. 101 年度再字第 168 號

再　審原告　東南旅行社股份有限公司

代　表　人　黃正一（董事長）

訴訟代理人　吳啟孝　律師

再　審被告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

主旨：原住民族工作權保障法，係為落實憲法增修條文第 10 條第 12 項「保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助」而設，此由該法第 1 條規定之立法目的文義觀之甚明。又依前述政府採購法第 98 條、原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項及第 3 項規定，依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾 1 百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之 1，如僱用原住民人數未達上開標準，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金，以供立法所欲實現輔導原住民就業之政策目標，乃係具有「專款專用」之特別公課性質，該「代金之金額，依差額人數乘以每月基本工資計算；不足 1 月者，每日以每月基本工資除以 30 計」（政府採購法施行細則第 108 條第 2 項）。上開代金其課徵目的、對象、額度有前揭法律明定，並有法律具體明確之授權，由主管機關於授權範圍內以命令為必要之規範，核與保障原住民就業之法規範目的達成具有合理之關聯性，與憲法第 7 條平等原則、第 15 條人民財產權之保障及第 23 條比例原則並無牴觸，自應憑為裁判之依據。

5. 100 年度訴字第 1569 號

原　　告　香港商．蘋果日報出版發展有限公司

代　表　人　葉一堅

訴訟代理人　蔡世祺律師

　　李維剛律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）住同上

訴訟代理人　李述奇

　　何岳儒律師

主旨：：（一）原住民族工作權保障法第 12 條及政府採購法第 98 條是否違反憲法

第 7 條平等原則及第 23 條比例原則？（二）政府採購法第 113 條是否違反授權明確性原則？同法施行細則第 107 條及第 108 條第 2 項是否違反法律保留原則？（三）原處分是否違反行政程序法第 7 條之比例原則？（四）原處分是否因認定事實錯誤而違法？（五）本件得否依嗣後修正之政府採購法施行細則第 107 條之規定而認原處分違法？

6. 99 年度簡字第 906 號

原　　告　鴻集實業股份有限公司

代 表 人　林鑑堂（董事長）

被　　告　行政院原住民族委員會

代 表 人　孫大川（主任委員）

　　Paelabang danapan

主旨：被告審認原告標得政府採購案後，在履約期間僱用原住民之人數不足法定比例，而適用原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項、第 3 項及政府採購法第 98 條等規定，作成原處分課以原告繳納原住民就業代金，有無違法？

7. 100 年度訴字第 230 號

原　　告　聯合報股份有限公司

代 表 人　王必成（董事長）

訴訟代理人　林銘龍　律師

複 代 理人　王文成　律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代 表 人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　李述奇

　　賴怡雯　律師

主旨：被告以原告（聯合報股份有限公司）標得政府採購案，於履約期間內進用原

住民人數未達原住民族工作權保障法第 12 條第 1 項之標準，乃依同條第 3 項規定，追繳原告原住民就業代金 8, 200, 512 元，是否合法？

（二）、原住民身分法

1. 99 年度訴字第 2306 號

原　　告　萬盈綠

　　萬盈穗

　　萬盈恩

兼上　三人

法定代理人　萬淑娟

原　　告　萬正雄

　　萬佟素英

　　萬森澤

　　萬森泠

兼上　二人

法定代理人　萬俊明

原　　告　穆麗君、萬俊揮、羅文能、羅商霖、羅金文、葛中和、穆寶純、哀良文、穆道榮、哀淑貞、穆秋滿、佟安靜、佟李秀葉、穆羅春花、佟炎聰、羅路賞、葉金珠、戴宮幸、卓翠麗、卓天與、哀俊佑、哀俊廷

原　　告　卓鳳招、王鐘麗蓉、潘馬力、李國煌、買清香、　穆伊莉、羅新祝、卓李桂枝、穆有福、洪思蓉、馬洪智彥、洪雲長、洪楊桂花、洪詩晴、李文良、蕭英娥、蕭可以、蕭文煌、陳麗珠、楊素珠、楊榮、楊雅鈞、楊承翰、楊雅婷、楊春連、楊登彩、標素美、標雅純、池茂長、陳坤材、卓憲良、張卓鳳鶯、李義昌、穆上正、買朱陵、兵芳璟、張鴻寶、買木川、潘進福、潘木水、乳日春、蘇鐘麗雀、向志明、向順治、鐘秀　、楊德和、鐘麗婉、潘枋輝、潘正嘉、潘童沂、潘菁惠、朱進安、朱秀兒、朱信安、潘信宏、潘怡君、潘來富、姚永坤、姚明維、

李秋鴻、潘明昆、潘政宏、李玉峰、羅金德、李羅金蓮、穆素生、穆雅琍、穆俊傑、曹阿美、羅世明、羅雅萍、羅雅婷、吳羅金蘭、羅素梅、羅素吟

共　　同

訴訟代理人　林永頌　律師

　　陳怡君　律師

輔助參加人　臺南市政府

代　表　人　賴清德（市長）住同上

訴訟代理人　江小芳

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　羅明通　律師

複 代 理人　朱秀晴　律師

輔助參加人　內政部

代　表　人　江宜樺（部長）住同上

訴訟代理人　林佑熹

主旨:原告或其等直系血親尊親屬係於日據時期設籍於臺南縣，且日據時期之戶口調查簿等文件種族欄註記為「熟」、「平」，惟原告主張之省府 46 年代電，並非原告取得原住民身分之依據，而原告或其等直系血親尊親屬復未於 45、46、48、52 年等四個年度依省府 45 年 10 月 3 日令、46 年 5 月 10 日令、48 年 4 月 7 日令、52 年 8 月 21 日令發布之期間內補辦申請平地山胞（即現行所稱平地原住民）登記有案，是原告並未符合原住民身分法第 2 條第 2 款規定平地原住民之身分，至為灼然，是被告相關函釋認定原告並非平地原住民，純係依原住民身分法之相關規定而為發布，亦難認有何違誤。第 2 條（原住民身分之認定）本法所稱原住民，包括山地原住民及平地原住民，其身分之認定，除本法另有規定外，

依下列規定：

一、山地原住民：臺灣光復前原籍在山地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民者。

二、平地原住民：臺灣光復前原籍在平地行政區域內，且戶口調查簿登記其本人或直系血親尊親屬屬於原住民，並申請戶籍所在地鄉（鎮、市、區）公所登記為平地原住民有案者。戶籍法第 66 條（戶籍謄本之申請）戶籍謄本之申請，得向任一戶政事務所為之。但申請閱覽戶籍登記原始資料，或日據時期戶口調查簿數位資料未全國連線前之戶籍登記資料，應向原戶籍登記之戶政事務所為之。

（三）、原住民保留地

1. 100 年度訴字第 1583 號

原　　告　吳榮三

訴訟代理人　陳榮輝律師

複代 理 人　呂紹聖律師

被　　告　行政院原住民族委員會

代　表　人　孫大川（主任委員）

訴訟代理人　伍念祖

主旨:系爭土地是否為原住民保留地，可否為確認訴訟之適格標的？原告以系爭土地業經記載於山地保留地暫行管理地籍清冊，而認系爭土地係於辦理山地保留地所有權總登記時，漏未登記，是否有據？

說明:現行原住民保留地開發管理辦法第 3 條規定：「本辦法所稱原住民保留地，指為保障原住民生計，推行原住民行政所保留之原有山地保留地及經依規定劃編，增編供原住民使用之保留地。」本件原告主張系爭土地為原住民保留地，且於 36、37 年間即由其父使用耕作，故如原告所述為真，系爭土地應係日治時代因維護山地人民生計及推行山地行政所保留之國有土地，且曾經主管機關依當時山地保留地管理辦法納入管理，然查原告雖主張其父吳榮宗有於系爭土地上持續占有耕植，

惟並未提出系爭土地曾因納入山地保留管理之相關資料，是原告此部分之主張，已難認有充分證據可佐。

2. 101 年度訴字第 233 號

原　　告　蘇家宏

訴訟代理人　蕭萬龍　律師

複代理人　　黃曼瑤　律師

被　　告　桃園縣政府

代　表　人　吳志揚（縣長）住同上

訴訟代理人　楊志航　律師

主旨：按山坡地保育利用條例第 37 條明定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」而行政院據此授權訂定之原住民保留地開發管理辦法第 17 條第 1 項規定：「依本辦法取得之耕作權或地上權登記後繼續自行經營或自用滿 5 年，經查明屬實者，由中央主管機關會同耕作權人或地上權人，向當地登記機關申請辦理所有權移轉登記。」由上開規定可知，欲於原住民保留地上登記為所有權人者，須先取得原住民保留地之耕作權並自行繼續經營或自用滿 5 年甚明。

3. 100 年度訴字第 1675 號

原　　告　浩恩股份有限公司

代　表　人　王明琳（董事長）

訴訟代理人　蔡丁鈴　會計師（兼送達代收人）

被　　告　財政部臺北市國稅局

代　表　人　陳金鑑（局長）住同上訴訟代理人

柳正忠（兼送達代收人）

蘇敏雄

主旨：1. 按山坡地保育利用條例第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」行政院依上開規定之授權，於 79 年 3 月 26 日發布施行之「山胞保留地開發管理辦法」第 8 條第 1 項第 1 款規定：「山胞於左列山胞保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由山胞開墾完竣並自行耕作之土地。……」嗣於 84 年 3 月 22 日，將該辦法名稱修正為「原住民保留地開發管理辦法」，並將第 8 條第 1 項第 1 款修正為：「原住民於左列原住民保留地，得會同省（市）政府民政廳（局）向當地登記機關申請設定耕作權登記。一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。……」又於 87 年 3 月 18 日修正為：「原住民於下列原住民保留地，得會同省（市）政府原住民事務委員會向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之地。……」至原同條第 2 項規定，則與原第 9 條第 2 項規定合併修正移列至第 17 條第 1 項。該辦法第 8 條第 1 款復於 89 年 2 月 16 日修正為：「原住民於下列原住民保留地，得會同行政院原住民委員會向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。……」。

2. 依上開規定可知，「原住民保留地開發管理辦法」關於申請設定耕作權登記之相關規定，係根據山坡地保育利用條例第 37 條之授權而訂定，其目的在於輔導原住民能在既有墾殖之事實下，取得法律上之耕作權利，而保障原住民權益，同時避免非原住民擅自取得或占用原住民保留地，進而侵害國土保育。且依行為時該辦法第 8 條第 1 款規定，申請設定耕作權登記者，解釋上應限於該辦法 79 年 3 月 26 日發布施行前，已由原住民開墾完竣並長期不間斷地自行耕作者，始足當之，是期間內原住民如有未自行耕作、任其荒廢、轉讓第三人占用或任由他

人無權占用者，自不符合賦予申請設定耕作權登記之立法本旨。且原住民於原住民保留地縱有墾殖或耕作之事實，惟於依法設定耕作權登記前，並未取得法律上所保護且具有排他性之耕作權利。是原告鄭添田主張伊自 56 年 9 月 29 日土地總登記起，即登記為系爭土地之租使用人，並於 79 年 3 月 26 日「山胞保留地開發管理辦法」施行後，即有公法上權利於系爭土地申請登記耕作權之外觀，並有權排除第三人無權占有之侵害云云，容有誤會，尚不足採。

3. 依行為時「原住民保留地開發管理辦法」第 2 條第 3 項規定：「本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」第 6 條規定：「（第 1 項）原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：……二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。……四、申請租用原住民保留地之審查事項。……（第 3 項）原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，逾期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。（第 4 項）鄉（鎮、市、區）公所應將第 1 項第 1 款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」是原住民就原住民保留地申請耕作權登記，係由鄉（鎮、市、區）公所受理申請，勘查審核並填造審查清冊，提請鄉（鎮、市、區）原住民保留地土地權利審查委員會審查。審查通過者，經鄉（鎮、市、區）公所核定後，填造土地耕作權登記申請書件核蓋鄉（鎮、市、區）公所印信，送請地政事務所辦理登記。亦即鄉（鎮、市、區）公所對於原住民申請耕作權設定登記，擁有最終之核定權限，是如鄉（鎮、市、區）公所於核定後，發現原核定有違法情事，自非不得依法撤銷原核定處分，且不以經鄉（鎮、市、區）原住民保留地土地權利審查委員會審查通過為必要，原告主張鄉（鎮、市、區）公所核定後，如欲撤銷原核定，應先經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過云云，應不足採。相關法條：保育利用條例第 37 條、行政院依上開規定之授權，於 79 年 3 月 26 日發

布施行之「山胞保留地開發管理辦法」第 8 條第 1 項第 1 款、於 84 年 3 月 22 日，將該辦法名稱修正為「原住民保留地開發管理辦法」，並將 8 條第 1 項第 1 款修正、該辦法第 8 條第 1 款復於 89 年 2 月 16 日修正。「原住民保留地開發管理辦法」第 2 條第 3 項。

4. 97 年度訴字第 1668 號

原　　告　邱寶琳（兼如附表所示陳先進等 9 人之選定當事人）

被　　告　花蓮縣秀林鄉公所

代 表 人　許淑銀（鄉長）住同上

訴訟代理人　張維明

一、原告主張：原告及如附表所示陳先進等 9 人於 96 年 10 月 1 日就系爭土地，依原住民保留地管理辦法第 20 條第 1 項第 1 款向被告申請為改配，被告未參考原告具備原住民保留地開發管理辦法第 8 條原住民保留地耕作權之要件及同辦法第 20 條第 1 項第 1 款「與該土地具有傳統淵源關係」之要件，應取得分配優先順序之事實，又未斟酌原告提出之四鄰證明、耆老口述歷史及日據時期之地圖等證據，擅以原告就　系爭土地並無使用權源證明文件為由，而予否准，原告提起訴願，花蓮縣政府逾期不為訴願決定，為此提起本件課予義務訴訟，求命判決如聲明第 1 項所示。又被告以原告未能提出使用權源證明為由否准原告請求，惟被告其實應存有上開文件，依原住民保留地管理辦法第 7 條之規定，被告有義務輔導原告取得耕作權，為此提起給付訴訟，請求被告交付上開文件，以利原告耕作權登記之申請云云。

二、被告則以：依原住民保留地開發管理辦法第 6 條第 1 項第 2 款及第 4 項規定，關於原住民保留地分配申請案件，係由被告之上級主管機關予以核定，被告無權核定。系爭土地雖經台電公司於 91 年 3 月 29 日終止租約，經收回列管，惟原告其前已受配有自主房用地，對系爭土地復未能提出使用權源證明，其申請改配系爭土地，於法不合。且被告擬於於系爭土地興建太魯閣族文化館，該土地非

得分配予原住民。至於原告申請被告應提出之文件，被告從未持有，無從交付等語，資為抗辯。

三、法院判斷法規略以：「山坡地範圍內之山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續繼續經營期滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」山坡地保育利用條例第 37 條定有明文。行政院依此授權制定原住民保留地開發管理辦法（下稱管理辦法），其中第 2 條：「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院原住民族委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。有關農業事項，中央由行政院農業委員會會同中央主管機關辦理。本辦法之執行機關為鄉（鎮、市、區）公所。」第 6 條：「原住民保留地所在之鄉（鎮、市、區）公所應設原住民保留地土地權利審查委員會，掌理下列事項：一、原住民保留地土地權利糾紛之調查及調處事項。二、原住民保留地土地分配、收回、所有權移轉、無償使用或機關學校使用申請案件之審查事項。三、原住民保留地改配土地補償之協議事項。四、申請租用原住民保留地之審查事項。前項原住民保留地土地權利審查委員會之委員，應有五分之四為原住民；其設置要點，由中央主管機關定之。原住民保留地申請案件應提經原住民保留地土地權利審查委員會審查者，鄉（鎮、市、區）公所應於受理後一個月內送請該委員會審查；委員會應於一個月內審查完竣，並提出審查意見，屆期未提出者，由鄉（鎮、市、區）公所逕行報請上級主管機關核定。鄉（鎮、市、區）公所應將第一項第一款事項以外之原住民保留地土地權利審查委員會審議結果，報請上級主管機關核定。」第 8 條：「原住民保留地合於下列情形之一者，原住民得會同中央主管機關向當地登記機關申請設定耕作權登記：一、本辦法施行前由原住民開墾完竣並自行耕作之土地。二、由政府配與該原住民依區域計畫法編定為農牧用地、養殖用地或依都市計畫法劃定為農業區、保護區並供農作、養殖或畜牧使用之土地。」第 20 條第 1 項：「依本辦法收回之原住民保留地，得由鄉(鎮、市、區)公所公告三十日後，按下列順序辦理改配與轄區內之原住民：一、原受

配面積不足，且與該土地具有傳統淵源關係者。二、尚未受配者。三、原受配土地面積較少者。」分別就原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配之實體要件及審查核定有所規定，核屬法律授權範圍，合於法律保留原則，應為裁判之依據。依上開管理辦法，原住民保留地耕作權登記與收回之原住民保留地改配，二者不僅實體要件不同（分別規定於第 8 條、第 20 條第 1 項），其審查核定之機關復有所異。細繹上開規定，原住民保留地耕作權之申請，除第 8 條第 1 款所規定於管理辦法施行前即由原住民開墾完竣並自行耕作之土地外，餘者（第 8 條第 2 款）則以政府業已土地分配予特定原住民為前提，是故，申請原住民保留地耕作權登記由鄉（鎮、市、區）公所審查核定即可，無須報請上級主管機關核定，蓋原住民耕作權登記不過為原住民保留地分配之下位概念，土地既經分配確定，耕作權登記即無非為形式彰顯，上開管理辦法主管機關行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 2 點即明揭此旨；至於申請收回之原住民保留地改配則應由原住民保留地所在之鄉(鎮、市、區）公所設置之原住民保留地土地權利審查委員會審查，並由該鄉（鎮、市、區）公所將審議結果報請上級機關核定（管理辦法第 6 條第 1 項、第 3 項、第 4 項參照），蓋原住民保留地分配不僅事涉原住民財產權益，更涉及山坡地保育利用之機制，論其實際，上開管理辦法之授權依據乃山坡地保育條例，該條例之立法目的即未必與原住民權益全然相符，故而，原住民保留地是否分配、如何分配事涉各項利益權衡，並非鄉（鎮、市、區）公所所能定奪，應由山坡地保育條例及原住民保留地開發管理辦法共稱之地方主管機關為之，始能周全。雖前揭行政院原住民族委員會訂定之「原住民保留地各種用地申請案授權事項及申請作業要點」第 12 點就此亦規定得逕由鄉（鎮、市、區）公所審查核定，然此作業要點無非行政機關內部作業準則，原不得剝奪行政機關權限，況且，上開管理辦法已明定中央主管機關、地方主管機關各有權限，中央主管機關行政院原住民族委員會就非其權限之地方主管機關權限也無從「授權」予鄉（鎮、市、區）公所，合先敘明。

（四）、任用

1.100 年度訴字第 346 號

原　　告　許仲志

訴訟代理人　詹順貴　律師

　　翁國彥　律師

被　　告　內政部警政署警察電訊所

代　表　人　沈伯陽（所長）

訴訟代理人　林美倫　律師

複　代理人　陳勵新　律師

主旨:原告於 98 年 7 月 29 日訓練期滿成績及格，並取得考試院核發之考試及格證書，依公務人員任用法第 12 條、公務人員考試及格人員分發辦法第 14 條、公務人員特種考試原住民族考試規則第 10 條第 1 項等相關規定，應由占實務職缺之機關即被告分發任用。惟被告以原告罹患情感性精神病為由，在原告訓練期間即函知依公務人員任用法第 28 條第 1 項第 9 款規定不得任用為公務員，並應自實務訓練期滿之次日（98 年 7 月 30 日）辦理離職手續。原告雖係辦理「離職」，因而不具現職人員身分，惟原告於 98 年 7 月 29 日訓練期滿成績及格，翌日即「離職」，其未經銓敘部銓敘審定合格後，再由銓敘部函送被告任命之任用程序，是原告未經占實務訓練職缺之機關分發任用，堪以認定，此與公務人員經任用後再離職之「再任」情形不同。對此，原告 99 年 3 月 25 日請求任用遭被告否准後，曾向公務人員保訓會提起復審，惟該會以 99 年 9 月 17 日公保字第 0990012518 號函稱原告雖經上開考試及格，取得公務人員任用資格，惟是否任用為公務人員，仍須經用人機關依法派代，原告未經依法派代為公務人員，非屬公務人員保障法第 3 條所稱依法任用之有給專任人員，因此不得循復審程序救濟等語（本院卷 1 第 237 、238 頁之原證 31）。倘原告請求任用屬於再任，其主張權益受損應屬公務人員保障法保障之對象，而為公務人員保訓會所受理，足見原告確實從未獲

任用為公務人員，屬考試及格、取得任用資格後準備獲得第一次任用之人員。原告既未經分發任用，其請求任用公務人員者，係屬初任而非再任，揆諸前開說明，原告應訴請被告予以分發任用，此與再任由用人機關即內政部警政署首長否准者有異。被告雖稱原告曾辦理離職、不屬現職人員，故本件屬於再任事件云云，惟依此解釋，用人機關將可拒絕任用考試及格之人員，俟該人員嗣後提出任用請求後，再主張此為請求再任事件，而享有裁量權限可拒絕任用，形同對於經考試院認定考試及格之人員，用人機關竟享有審核權限可拒絕任用，其不合理至明，是被告上開所辯，不足採信。

（貳）、臺中高等行政法院

（一）、原住民保留地

1.100 年度訴字第 187 號

原　　告　魏永樂

訴訟代理人　　國慶　律師

被　　告　南投縣仁愛鄉公所

代　表　人　張子孝

訴訟代理人　許秀珍

　　何昌國

參　加　人　王雅各

事實概要:原告前於民國（下同）85 年 7 月 10 日送件，以原住民身分符合原住民保留地開發管理辦法第 8 條規定，向被告申請在南投縣仁愛鄉松崗段 44 地號原住民保留地 14910 分之 5828 權利範圍（全部面積 14,910 平方公尺）內設定耕作權登記，經被告核准登記在案。嗣並因原告取得之耕作權登記後繼續自用滿 5 年，符合原住民保留地開發管理辦法第 17 條規定，經主管機關查明屬實後，另於 91 年 3 月 26 日取得上開權利範圍土地之所有權。迄至 99 年 7 月 12 日，參加人另以原住民身分，主張符合原住民保留地開發管理辦法第 8 條規定，向被告申請在

上開原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記，經被告審查後，以 99 年 7 月 20 日仁鄉土管字第 0990013116 號函（下稱原處分）核准登記在案。惟原告不服，提起訴願，主張：依被告核准參加人設定耕作權登記之測量圖顯示，參加人所指耕作權位置，恰與原告原取得耕作權之耕作位置相重覆，侵害到原告之權益，原處分顯有錯誤，應予撤銷等語，因訴願管轄機關逾 3 個月未為訴願決定，原告遂逕行提起本件行政訴訟。

主旨:本件是否有原告所稱耕作權位置設定重複之問題？是否響原告之權益？被告若未予審酌即作成原處分，是否有違誤？

說明:本件被告受理參加人於 99 年 7 月 12 日申請在上開原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記案件，本應依行政程序法第 36 條及第 43 條，對當事人有利及不利事項一律注意，並於斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，然其竟疏未注意前揭耕作權設定重疊，及參加人並不具備原住民保留地開發管理辦法第 8 條第 1 款所規定應由原住民開墾完竣並自行耕作之要件等不利參加人之事實，僅以後來之實地會勘結果及參加人出具 60 年前已自行耕作之切結書等件，即以原處分核准參加人在系爭原住民保留地 14910 分之 4642 權利範圍內設定耕作權登記，即難謂無事實調查及採證上之違誤。

2. 97 年度訴字第 98 號

原　　告　涂碧珠即萬中砂石行

訴訟代理人　繆璁　律師

被　　告　臺中縣政府

代 表 人　黃仲生

訴訟代理人　曾慶崇　律師

複代理人　王德凱　律師

事實概要:緣原告於民國（下同）91 年 6 月 4 日提出原住民保留地使（租）用申

請書，向台中縣和平鄉公所申請租用台中縣和平鄉南勢段 1342、1344、1345、1345-2 地號等 4 筆原住民保留地（以下簡稱系爭土地，面積 1.8779 公頃），經被告 92 年 7 月 1 日以府民原字第 0920171897 號函，就原告申請案審核同意原告於文到一年內取得各該目的事業主管機關核准設立後准予租用。嗣經被告依原告之申請，於 93 年 6 月 21 日以府民原字第 0930157880 號函，同意延長 6 個月之申辦期間。惟原告於尚未完成申請程序前，於系爭土地擅自設置砂石碎解洗選場並堆置土石，經被告於 92 年 2 月 25 日函文要求原告立即停工，惟原告未停止前揭違法行為，被告於 94 年 8 月 5 日以府民原字第 0940206150 號函指示台中縣和平鄉公所撤銷租用，並副知原告。原告就此表示不服，提起訴願亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨:原告在申請目的事業主管機關合法化程序前，是否應停止使用系爭土地？原告是否得適用信賴保護原則？

說明:按「為促進原住民保留地礦業、土地、觀光遊憩、加油站、農產品集貨場倉儲設施之興建、工業資源之開發、原住民文化保存或社會福利之興辦，在不妨礙國土保安、環境資源保育、原住民生計及原住民行政之原則下，優先輔導原住民開發或興辦。原住民為前項開發或興辦，申請租用原住民保留地時，應檢具開發或興辦計畫圖說，申請該管鄉（鎮、市、區）公所提經原住民保留地土地權利審查委員會審查通過，層報中央主管機關核准，‧‧‧。公、民營企業或未具原住民身分者申請承租開發或興辦，應由鄉（鎮、市、區）公所先公告 30 日，公告期滿無原住民申請時，始得依前二項規定辦理。」為原住民保留地開發管理辦法第 24 條所明定，而原住民保留地編定之目的，旨在透過行政手段保障依法受配原住民之生活，扶助原住民藉由原住民保留地之開發使用，得以自立更生，維持生活所需，避免他人脫法取巧，使原住民流離失所。依前開辦法規定，為開發或興辦而申請原住民保留地之承租，主管機關應就各申請案之核准，依職權主動調查相關情事，參酌原住民族基本法、水土保持法、山坡地保育利用條例等各相關法律之規定及立法目的，審慎評估各申請案核准後對國土保安、環境資源保育、

原住民生計及原住民行政之妨礙程度後，於法律授權範圍內為適當裁量，依職權審酌是否核可承租。

（參）、高雄高等行政法院

（一）、水土保持法

1. 100 年度簡字第 248 號

原　　告　黃水源

送達代收人　黃水保

被　　告　高雄市政府

代 表 人　陳菊　市長

訴訟代理人　蘇振得

事實概要:緣原告於高雄縣桃源鄉（99 年 12 月 25 日改制為高雄市桃源區）勤和段 243 地號經查定為宜林地之山坡地（下稱系爭土地）上種植梅子樹，前經高雄縣政府（99 年 12 月 25 日改制為高雄市政府）以其屬超限利用，乃依水土保持法第 22 條第 1 項規定，以 99 年 10 月 28 日府農保字第 0990282682 號函限原告應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，並未在指定期限內改正，違規面積約 0.8 公頃，核已違反水土保持法第 22 條第 1 項規定，乃依同法第 33 條第 1 項第 1 款規定，以 100 年 5 月 17 日高市府四維水保字第 1000050765 號函附裁處書處以原告新臺幣（下同）8 萬元罰鍰，原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

說明:原告為系爭土地之所有人，屬水土保持法第 4 條所稱之水土保持義務人，其在經查定為宜林地之系爭土地上種植梅子樹，前經高雄縣政府以其屬超限利用，乃以 99 年 10 月 28 日府農保字 0990282682 號函限原告應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，將農作物移除改行造林。嗣被告於 100 年 4 月 28 日派員至現場勘查結果，發現系爭土地上仍種植梅子樹而作農業經營使用，未在指定期限內改正，

此有系爭土地登記查詢資料、現場會勘紀錄及照片附原處分卷可稽，且原告對於其仍在系爭土地種植梅子樹乙事，亦不否認，其超限利用之違規事實，至為明確。原告雖主張：83 年水土保持法頒布前，原住民族依「山坡地保育條例（65 年制定）」及「原住民保留地開發管理辦法（79 年制定）」為土地耕作使用。83 年水土保持法制定後，限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，影響原住民族生計，違反比例原則云云。惟查，水土保持法第 1 條第 2 項規定：「水土保持，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律之規定。」由此觀之，水土保持法就立法體例，應係立於特別法之地位，僅水土保持法未規定時，始可適用其他法律。故水土保持法為山坡地保育利用條例法之特別法，應優先適用。而山坡地保育利用條例係於 65 年 4 月 29 日制定公布，其條文第 20 條規定：「山坡地未依土地可利用限度之規定使用者，由縣（市）主管機關通知使用人限期改正；逾期不改正者，依第 32 條之規定處罰・・・。」；另 75 年修正後第 16 條規定：「山坡地供農業使用者，應實施土地可利用限度分類，並由省（市）主管機關完成宜農、牧地、宜林地、加強保育地查定。土地經營人或使用人，不得超限利用。」第 25 條規定：「山坡地超限利用者，由直轄市、縣（市）主管機關通知使用人限期改正；逾期不改正者，依第 35 條之規定處罰・・・。」其禁止山坡地超限利用之規定，皆比 79 年 3 月 26 日訂定之原住民保留地開發管理辦法還早，至於原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條規定訂定之，旨於山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權，故其有關水土保持部分，仍應受相關法令規範，並非水土保持法制定後限縮原住民族對於原住民保留地之使用規範，是原告上開主張，顯有誤解。又按山坡地經查定公告為宜林地者，即為應行造林、維持自然林木或植生覆蓋之土地，不宜作為農耕使用，如於宜林地種植果樹、檳榔、茶等農耕使用行為，均屬超限利用，此經農委會 86 年 2 月 12 日農林字第 86104478A 號函釋示有案。次查，系爭土地為宜林地，有農委會水土保持局查定資料成果查詢附卷可稽，原告既為系爭土地之水土保持義務人，並經前高雄縣政府以 99 年 10 月 28 日府農保字第

0990282682 號函明確告知其在系爭土地種植梅子樹之行為已屬超限利用，並限期應於 100 年 1 月 31 日前完成改正，自應於期限前將農作物移除，改行造林，以避免山坡地之水土流失，造成災害，惟卻仍繼續種植梅子樹，原告就其行為有義務且有能力注意，卻未注意，難謂無過失。從而被告衡酌本件違規面積約 0.8 公頃，第 1 次違規，依據水土保持法第第 33 條第 1 項第 1 款規定暨高雄市政府處理違反水土保持法案件罰鍰裁罰基準處以原告 8 萬元罰鍰，於法並無違誤，原告主張被告依水土保持法裁罰原告，有過當之嫌云云，亦非可採。

（二）、公務人員選罷法

1. 99 年度訴字第 130 號

原　　告　萬淑娟

被　　告　臺南市選舉委員會

代 表 人　謝世傑　主任委員

訴訟代理人　楊明澤

事實概要：

緣原告係臺南縣轄區內居民，有意以西拉雅族身分參選 99 年臺南縣市合併改制為直轄市後（下稱改制後）之臺南市平地原住民市議員。其雖已依臺南縣政府為解決西拉雅族戶籍登記問題，函頒之「臺南縣辦理日據時期種族〝熟〞之縣民申請登記平地原住民作業要點」申請取得臺南縣新化戶政事務所函覆准其登記為平地原住民之書函，惟因原住民民族別認定辦法第 2 條未將西拉雅族明列其中，復因內政部修正戶政資訊系統原住民身分及民族別登記原住民族別代碼，刪除民族別選項之「其他」乙項，致原告無法於戶役政資訊系統以其他族別登記為原住民；原告因此對其是否得以平地原住民身分參選市議員，仍有疑義，乃於 98 年 12 月 2 日具函請求合併前之臺南縣選舉委員會確認。臺南縣選舉委員會援用行政院原住民族委員會 98 年 7 月 24 日原民企字第 0980035198 號函文：「中央選舉委員會辦理原住民選舉事務，有涉及原住民身分之認定，應以戶籍謄本之記載為準，

至臺南縣戶政機關以紙本登記（非戶役政系統登記）並註記為平地原住民身分或其他族別之文件，均不得作為具有原住民身分之證明文件，即持有上開文件者，依法尚未取得原住民身分。」答覆原告應俟選舉公告發布後，候選人登記期間內，如原告已於選舉區內繼續居住期間 4 個月以上，且繳送之戶籍謄本資料記載具有平地原住民身分，則具備平地原住民候選人資格。原告認為臺南縣選舉委員會未具體答覆，使其是否具有 99 年改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格，法律上地位陷於不明確，乃提起本件行政訴訟。

主旨：

爭點首在於有權認定原告是否具備平地原住民市議員參選資格之機關應為被告或是中央選舉委員會？原告有無提起本件確認訴訟之即受確認判決之法律上利益？

說明：

（一）按「. . . 確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。. . . 」行政訴訟法第 6 條第 1 項前段定有明文。所謂有即受確認判決之法律上利益，係指原告之權利或法律上利益，原告主觀上認其在法律上之地位有不安之狀態存在，且此種不安之狀態，能以確認判決將之除去者而言，若縱經法院判決確認，亦不能除去其不安之狀態者，即難認有受確認判決之法律上利益。

（二）次按「. . . 直轄市議員、. . . 選舉，由中央選舉委員會主管，並指揮、監督直轄市. . . 選舉委員會辦理之。」「各種公職人員選舉候選人資格，應由主管選舉委員會審定公告。」公職人員選舉罷免法（下稱選罷法）第 7 條第 1 項、第 34 條第 1 項分別定有明文。準此可知，有權審定直轄市市議員候選人資格之主管選舉委員會應為中央選舉委員會；被告祇是受中央選舉委員會指揮監督辦理改制後臺南（直轄）市市議員選舉之機關，並無審定原告是否具有 99 年改制後直轄市原住民市議員候選人資格之權限，原告引據選罷法第 7 條第 1 項主張被告有本件候選人資格之審定權，應屬誤會。

（三）原告雖引選罷法施行細則第 4 條第 1 項第 3 款規定：「各級選舉委員會依本法第 7 條規定辦理選舉時，其主辦之選舉委員會區分如下：三、直轄市議員、直轄市長選舉，由直轄市選舉委員會主辦，受中央選舉委員會指揮、監督。」及臺南市選舉委員會辦事細則（下稱辦事細則）第 6 條第 6 款規定：「第一組掌理下列事項：．．．六、立法委員區域、原住民、直轄市議員、直轄市長、里長選舉候選人登記之受理及資格審查。」主張被告為直轄市市議員選舉候選人資格審定之法定權責機關云云。然查，選罷法關於選舉罷免事務，係分由主管選舉委員會與主辦選舉委員會負責，此除有前引選罷法第 7 條第 1 項、第 34 條第 1 項將直轄市議員選舉之候選人資格之審定公告規定由主管選舉委員會即中央選舉委員會為之之法條可參外，另由選罷法施行細則第 18 條：「本法第 29 條（候選人登記之撤銷、當選無效之訴之提起)所定之選舉委員會，為主管選舉委員會....」第 25 條：「本法第 41 條第 1 項（競選經費最高限額）所定之選舉委員會，為主管選舉委員會。」第 27 條：「本法第 43 條第 3 項及第 6 項（補貼競選費用）所定之選舉委員會，為主辦選舉委員會。」第 28 條：「本法第 47 條第 5 項（政見內容違反第 55 條規定之通知）所定之通知，由主辦選舉委員會為之。」第 45 條：「公職人員之罷免案，應向本法第 7 條所定之主管選舉委員會提出之。」第 47 條第 3 項：「本法第 79 條第 2 項（罷免案提議人名冊之補正）所定之選舉委員會為主管選舉委員會。」第 48 條：「本法第 80 條第 3 項（罷免案連署人名冊）所定之選舉委員會為主辦選舉委員會。．．．」第 52 條：「本法第 120 條（當選無效之訴之提起）及第 121 條第 1 項（資格不合當選無效之訴）所定之選舉委員會為主管選舉委員會。」等規定，亦可知選罷法及其施行細則關於主管選舉委員會及主辦選舉委員會之權責劃分規定甚為明確。原告引用選罷法施行細則第 4 條第 1 項第 3 款規定，顯係對主辦機關與主管機關未予釐清所生之誤解，自不足採。至辦事細則係被告為辦理選舉罷免事務就其機關內部工作項目分配所定之行政規則，不能牴觸上位階之選罷法及其施行細則；其中辦事細則第 6 條第 6 款所稱臺南市區域立法、原住民、直轄市議員、直轄市長等選舉候選人資格審查，經

核衹是被告身為受理登記機關，於受理各該候選人登記後送請主管選舉委員會審定前，基於下屬分工所為之內部審查作業而已，此對照同條第 7 款被告對其主管之里長選舉之里長候選人資格係以「審定」稱之，明顯不同，足見被告不因辦事細則第 6 條第 6 款而取得直轄市市議員候選人資格之審定權限。因此直轄市議員候選人資格審查之權責機關究為主管選舉委員會即中央選舉委員會或主辦選舉委員會即被告，自應回歸選罷法及其施行細則之規定認定，是本件亦難以辦事細則第 6 條第 6 款認定被告具有有審定原告是否具備 99 年改制後臺南市平地原住民市議員候選人資格之權限。

（四）原告雖又以司法院釋字第 546 號之聲請案例（即最高行政法院 89 年度判字第 1356 號判決）事實乃該案原告於 87 年 10 月 21 日向該案被告即桃園縣選舉委員會申請登記為第 4 屆立法委員候選人，經該案被告以其具學生身分，違反當時之選罷法第 35 條第 1 項第 2 款規定為由，拒絕受理其登記為據，主張其以被告為對造當事人提起本件確認訴訟並無違誤云云。然查，上開案例係發生於 87 年間，而當時有效施行之 86 年 6 月 18 日公布施行之選罷法，固亦分別於第 7 條第 1 項、第 11 條第 3 款規定：「中央公職人員、省（市）議員及省（市）長選舉，由中央選舉委員會主管，並指揮、監督各級選舉委員會辦理之。」「各級選舉委員會分別掌理左列事項：三、候選人資格之審定事項。」然並無如同現行選罷法於第 34 條第 1 項明定「各種公職人員選舉候選人資格，應由主管選舉委員會審定公告」，而係於當時之選罷法施行細則第 31 條第 6 項規定「表件不全或不符規定者，受理登記機關應拒絕受理其登記之申請。」是上開案例應適用之法規與現行法迥異，自不能比附援引。況自原告提出之新化戶政事務所依據臺南縣政府函頒「臺南縣辦理日據時期種族“熟”之縣民申請登記平地原住民作業要點」以 98 年 5 月 27 日南縣化戶字第 0980000887 號函發給原告准其登記為平地原住民之書函中，業已載明：「有關平地原住民之參政權、公民權之爭議，最後須由中央選舉委員會決定，．．．。」（見本院卷第 13 頁），原告復以被告應為有權審定直轄市市議員候選人身分之權限機關資為爭議，洵非可取。

（五）因此，被告既無審定原告是否具備平地原住民市議員候選人資格之權限，原告對之提起本件確認訴訟，縱經判決，因判決效力不及於中央選舉委員會，中央選舉委員會不受拘束，則原告能否以平地原住民身分參選 99 年改制後臺南市市議員選舉之爭議仍無法藉由本件確認判決獲得解決。原告提起本件確認訴訟之目的既無法因本案而達成，與行政訴訟法第 6 條即受確認判決之法律上利益要件不符。

（六）至原告聲請本院命中央選舉委員會及原民會輔助參加被告訴訟，及聲請本院裁定停止訴訟，聲請司法院大法官會議解釋原住民身分法第 2 條是否合憲一節，因本件原告欠缺即受確認判決之法律上利益，已如前述，該法條是否合憲所涉之實體爭議，本院即無審酌之必要，亦無命中央選舉委員會及原民會輔助參加被告訴訟之必要，併予駁回。

（三）、山坡地保育利用條例

1. 97 年度訴字第 573 號

原　　告　董信安

訴訟代理人　湯瑞科　律師

被　　告　屏東縣獅子鄉公所

代 表 人　侯金助　鄉長

訴訟代理人　洪條根　律師

事實概要：

緣原告以其在坐落屏東縣獅子鄉外獅段（下稱外獅段）166、166-1 及 166-2 地號 3 筆原住民保留地（下稱系爭土地）耕作，因民國 96 年柯羅莎颱風侵襲造成農作損害，於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助。經被告於 96 年 10 月 31 日派員初勘及於 96 年 11 月 17 日進行複勘。嗣屏東縣政府促請被告陳報該鄉申辦柯羅莎颱風天然災害現金救助統計表，經被告於 96 年 11 月 22 日以獅鄉觀農字第 0960010401 號函報獅子鄉 96 年柯羅莎颱風農業天然

災害現金救助統計表（統計表含原告在內）。惟被告以原告未補正身分證件及其他合法之耕作證明，未核發原告災害救助金。原告向被告及屏東縣政府陳情後，被告以 97 年 1 月 24 日獅鄉觀農字第 0970000457 號函復原告，否准所請。原告不服，提起訴願，經遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨：

原告是否為適格之申請人？其申請是否有已逾期限？

說明：

（一）按「本辦法所稱天然災害，係指因颱風、焚風，豪雨、窪雨、冰雹、寒流或地農所造成之災害。前項以外之天然災害發生且有救助之必要時，得由中央主管機關專案認定之。」「本辦法救助對象，係指實際從事農、林、漁、牧生產之自然人。」「前項救助對象，有下列情形之一者，不予救助：一、經營農、林、漁、牧業依有關法令應辦理登記或核准而未辦理者。二、使用土地、水源及設施，不符有關法令規定。」分別為農業天然災害救助辦法第 4 條、第 5 條第 1 項、第 2 項第 1 款及第 2 款定有明文。又「農業天然災害救助辦法之救助對象指實際從事農、林、漁、牧之自然人，故宜對土地經營權者給予救助，而此一土地土地經營權除因擁有土地所有權而隨之取得外，餘以因經營租賃關係或委託經營方式而取得合法經營權者為限，並且經營權在存續或有效期間。」亦經農糧署 96 年 12 月 24 日農糧企字第 0961023230 號函釋在案。揆諸函釋核屬執行農業天然災害辦法第 5 條所為之解釋，並未增加該條所無之限制，且與該條規定意旨相符，自得予以援用。揆諸上開函釋可知請求農業天然災害救助之適格者，除土地所有權人外，尚包括經營租賃及委託經營而取得合法經營權之人。

（二）次按山坡地保育利用條例第 37 條規定：「山坡地範圍內山地保留地，輔導原住民開發並取得耕作權、地上權或承租權。其耕作權、地上權繼續經營滿 5 年者，無償取得土地所有權，除政府指定之特定用途外，如有移轉，以原住民為限；其開發管理辦法，由行政院定之。」另按「原住民取得原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權，除繼承或贈與於得為繼承之原住民、原受

配戶內之原住民或三親等內之原住民外，不得轉讓或出租。前項原住民保留地，原住民為擴大經營面積或便利農業經營，得經直轄市、縣（市）主管機關核准後交換使用，並辦理權利變更登記。」「原住民違反前條第 1 項規定者，除得由鄉（鎮、市、區）公所收回原住民保留地外，應依下列規定處理之：一、已為耕作權或地上權登記者，訴請法院塗銷登記。二、租用或無償使用者，終止其契約。」為原住民保留地開發管理辦法第 15 條及第 16 條所明定。首揭原住民保留地開發管理辦法係依山坡地保育利用條例第 37 條授權訂定，而依前揭山坡地保育利用條例第 37 條之規定僅限制原住民取得原住民保留地「所有權」移轉，並未規定原住民「取得」原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權之轉讓或出租之限制，亦未明定原住民保留地所有權人取得所有權後，將其耕作權、地上權或承租權之轉讓或使用之限制。從而，原住民保留地開發辦法第 15 條之規定，應僅指原住民原來「取得」原住民保留地之耕作權、地上權、承租權或無償使用權後之轉讓或出租行為，尚非限制原住民取得原住民保留地「所有權」後，轉讓或出租耕作權、地上權、承租權或無償使用權部分。

（三）經查，本件原告以其在訴外人郭貴花所有系爭原住民保留地耕作，因 96 年柯羅莎颱風侵襲造成農作損害，原告於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助，嗣經被告於 96 年 10 月 31 日派員初勘，並於 96 年 11 月 17 日再派員複勘，複堪結果受災損失率均達 20％以上，符合現金救助標準，被告乃將系爭款項列入現金救助名冊及統計表，經被告以 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函屏東縣政府，復經農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函同意核發在案等情，有原告申請表、系爭土地之土地登記第二類謄本、被告 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函、農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函暨現金救助名冊及行政院農量署補助款撥款單附於原處分卷可稽，堪信為真實。足見被告於 96 年 10 月 31 日確實派員初勘，並於 96 年 11 月 17 日再派員複勘，複堪結果受災損失率均達 20％以上。又查，系爭土地係所有權人郭貴花於 91 年 1 月 14 日出具同意書同意將系爭土地

抵押予原告，並同意將系爭土地、使用及地上農作物耕作管理一併歸予原告。另依郭貴花於 96 年 12 月 19 日在被告秘書室受訪談紀錄陳稱，目前抵押給董信安，因為經濟困難予以抵押董信安．．．；系爭土地自抵押後由董信安負責耕作並請工人現場耕作及管理；我是同意將系爭土地租賃給董信安等語；原告訴訟代理人於本院 98 年 6 月 16 日準備程序亦陳稱，郭貴花係原所有權人向原告借款設定抵押權，以借款利息抵租金讓原告使用土地，同意原告種植，原告係承租人給付租金使用土地等語，此並有同意書、土地登記第二類謄本、郭貴花之訪談紀錄及本院 98 年 6 月 16 日準備程序筆錄附卷可憑。足證系爭土地係土地所有權人郭貴花抵押予原告，並同意由原告負責耕種，原告為實際耕種人，而有請求農業天然災害救助之權利，且亦不違反原住民保留地開發管理辦法第 15 條或第 18 條之規定。至被告抗辯原告之受託人即訴外人黃振龍曾主張自己為現耕人云云。然查，訴外人黃振龍於 98 年 7 月 14 日在本院準備程序證稱，其以原告名義提出本件申請案，並非以黃振龍名義申請等語，有本院 98 年 7 月 14 日準備程序筆錄附於本院卷可稽，且觀之被告於 96 年 11 月 22 日函送屏東縣政府「柯羅莎颱風現金救助統計表（詳報）」、農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函附備查之救助名冊，亦載明應受補助人為「董信安（即原告）」，被告倘認訴外人黃振龍為現耕人，何以在上揭報表記載應受補助人為原告，被告此部分之抗辯，尚無可採。

（四）又按「本辦法所稱主管機關：在中央為行政院農業委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府。」「農業天然災害現金救助之作業程序及辦理期限如下：一、農民應於中央主管機關公告救助地區日翌日起 10 日內填具申請表，向受災地鄉（鎮、市、區）公所提出申請，必要時得邀請當地農、漁會協助，逾期不予受理。二、各鄉（鎮、市、區）公所應於公告救助地區日翌日起 30 日內完成勘查，並填具申請救助統計表層報直轄市或縣（市）主管機關。三、直轄市或縣（市）主管機關應於接到鄉（鎮、市、區）公所申報日翌日起 7 日內完成轄區鄉（鎮、市、區）公所申請案件之抽查，並填具申請救助統計表，報請中央主管機關辦理。四、中央主管機關應於接到直轄市或縣（市）主管機關

申報救助日翌日起 7 日內完成申請案件之審核，並應將核定之現金救助款逕撥直轄市或縣（市）主管機關，轉由鄉（鎮、市、區）公所或委託農、漁會發放。」農業天然災害救助辦法第 2 條及第 12 條第 1 項分別規定甚明。可知農業天然災害現金救助流程須經鄉（鎮、市、區）公所「受理」、直轄市或縣（市）主管機關「抽查」及農委會「審核」，並前階段審查通過才會啟動次階段之審查，且如經最終審查機關行政院農業委員會「審核」通過後，鄉（鎮、市、區）公所僅單純係發放補償金之「執行機關」，鄉（鎮、市、區）公所並無權限決定是否發放。本件原告於 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請農業天然災害現金救助，被告並已將原告受災情形載於其所製作之救助統計表，分別經屏東縣政府及農委會「審核」通過，並經農委會發放補償金 214,000 元置於被告處等情，有原告申請表、被告 96 年 11 月 22 日獅鄉觀農字第 0960010401 號函及農委會 96 年 12 月 3 日農授糧字第 0961041436 號函暨現金救助名冊附於原處分卷足稽。又查，被告訴訟代理人於本院 98 年 2 月 17 日行準備程序陳稱：「．．．經農委會核撥救助金 21 萬 4 千元．．．」「補助金現在還在被告機關」等語。據此，被告係已於農委會公告申報期間（96 年 10 月 13 日至同年月 22 日）內「受理」本件申請，並認本件申請合法始有後續之「勘查」並造冊送屏東縣政府，則被告再以原告申請證件不備（包括未附委託書、欠缺國民身分證等），已逾申請期限，自有矛盾。且被告所主張期限有 96 年 10 月 22 日（被告 97 年 1 月 24 日獅鄉觀農字第 097000457 號函）、96 年 10 月 24 日（97 年 1 月 10 日獅鄉觀農字第 0970000366 號函）及 96 年 11 月 22 日（被告 97 年 8 月 5 日所提出之答辯狀），並不一致，益證被告主張原告申請已逾期限，亦無足採。況縱如被告所述被告所屬人員曾要求訴外人黃振龍限期於 96 年 10 月 25 日前補送國民身分證等證件，被告不另予通知等語，惟因原告於農委會公告申報期間向被告申請本件補助，雖原告 96 年 10 月 16 日委由訴外人黃振龍向被告申請時，未具備完整資料，然被告業已「受理」並實際勘查受災情狀，事後並將原告受災情形載於其所製作之救助統計表，分別經屏東縣政府及農委會審核通過，並經農委會發放系爭補償金 214,000 元置

於被告處，縱原告遲至 96 年 12 月間始補正（被告於 98 年 2 月 17 日在本院準備程序陳述在卷），然該瑕疵已因嗣後之補正而治癒。綜上所述，本件補助補償金之處分，係由農委會審核作成，尚非由被告作成補償金之處分，則被告對農委會「審核」通過之補助金，僅為「執行機關」，並無權限決定是否發放，業如前述，且農委會審查核准系爭補償金，亦無不合，被告自不得據此拒絕給付系爭補償金，故原告對此已經審認之系爭補償金 214,000 元，請求被告給付，符合農業天然災害救助辦法第 12 條之規定，為有理由。

（四）、營業稅法

1. 97 年度訴字第 00952 號

原　　告　保證責任臺東縣新園原住民建築勞動合作社

代 表 人　王喜菊

輔 佐 人　王正榮

被　　告　財政部臺灣省南區國稅局

代 表 人　邱政茂　局長

訴訟代理人　謝春秀

　　顧為慧

　　王永富

事實概要：緣原告於民國 92 年 3 月至 95 年 10 月間銷售勞務，將應稅銷售額新臺幣（下同）422,192,375 元申報為免稅銷售額，涉嫌逃漏營業稅，經被告查獲並審理違章成立，除核定補徵營業稅 21,057,552 元外，並按所漏稅額處 2 倍之罰鍰計 42,115,100 元（計至百元止）。原告不服，申請復查，未獲變更。提起訴願，亦遭決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

主旨：依相關規定與行政機關之函釋，政府或公益團體委託代辦之業務，可僱用非社員勞力，亦未限制原告僱用事務員與技術員之人數與資格，被告非合作社業務之主管機關，以原告僱用之事務員與技術員，非社員人數過多為由，認定原告

不符原住民族工作權保障法第 8 條依法經營之要件，並無法律依據，且逾越權限；原告係信賴稽徵機關核課稅之核定，而申報免營業稅，被告自不應作不利於原告之處分；又與原告同樣情況之合作社未受相同處罰，故本件顯有違平等原則；況原告已行文主管機關陳報解散，並經主管機關公告、准予備查，依法即有效力，不容被告任意推翻而為課稅及處罰。

說明:甲、補徵營業稅部分：

（一）按「營業人當期銷項稅額，扣減進項稅額後之餘額，為當期應納或溢付營業稅額。」「依本法第 4 章第 1 節規定計算稅額之營業人，於使用統一發票時，應區分應稅、零稅率或免稅分別開立，並於統一發票明細表課稅別欄註記。」為營業稅法第 15 條第 1 項及統一發票使用辦法第 8 條第 2 項所明定。次按「本法之保障對象為具有原住民身分者。」「政府應依原住民群體工作習性，輔導原住民設立各種性質之原住民合作社，以開發各項工作機會。」「第 1 項原住民合作社，指原住民社員超過該合作社社員總人數百分之 80 以上者。」「原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅。但自本法施行之日起 6 年內應免徵所得稅及營業稅。」「本法第 8 條所稱原住民合作社依法經營者，指依合作社法及其相關法令規定設立、經營，且原住民社員符合本法第 7 條第 3 項所定比率之合作社。前項原住民合作社依本法第 8 條但書規定免徵所得稅及營業稅期間，自中華民國 90 年 11 月 2 日起至中華民國 96 年 11 月 1 日止。」分別為原住民族工作權保障法第 2 條、第 7 條第 1 項、第 3 項、第 8 條及同法施行細則第 5 條第 1 項、第 2 項所規定。又按「合作社之種類及業務如左：．．．5、勞動合作社：提供社員勞作及技術性勞務等業務。」「前項以外之合作社，除政府或公益團體委託代辦之業務外，應受左列限制：．．．5、勞動合作社、運輸合作社不得僱用非社員勞力。」亦為合作社法第 3 條第 1 項第 5 款及第 3 條之 1 第 2 項第 5 款所規定。準此可知，設立原住民勞動合作社之宗旨，即在由無一定雇主之原住民勞動者，以共同經營方式組成專營性組織，藉共同向外承攬勞務，開發工作機會，提供原住民社員從事勞作及技術性勞務等業務，保障原住民之工作權。為達上述之

立法目的，原住民族工作權保障法第 8 條更以免徵所得稅及營業稅為方法，鼓勵多成立原住民合作社。是參諸前揭原住民族工作權保障法及合作社法相關之規定，原住民勞動合作社於承作政府或公益團體委託代辦之業務時，固不受合作社法第 3 條之 1 第 2 項第 5 款不得僱用非社員勞力之限制，而得僱用非社員勞力，惟其若欲享有原住民族工作權保障法第 8 條免繳所得稅及營業稅之優惠，則其僱用之勞力仍應以社員為主，否則前揭原住民族工作權保障法第 7 條及第 8 條透過租稅優惠，鼓勵成立原住民勞動合作社以保障原住民工作權之立法目的不僅無法達成，反會形成利用成立原住民合作社，並承作政府或公益團體委託代辦之業務，一方面可僱用非社員之勞力，另一方面其營業行為及所得卻得免稅之租稅不公，而此自非原住民族工作權保障法第 8 條關於租稅優惠規定之本旨。則原住民勞動合作社而非以社員為主要勞力來源之營業行為，依法即不合原住民族工作權保障法第 8 條所稱依法經營規定。

（二）經查，原告經營之業務為：1.承攬土木建築：水電、裝潢、塗漆、板模、空調、表面處理、鋼構設施。2.相關性工作：建築修繕、建築周邊綠化工程、建築棄土處置及回填、水下工程、勞務人力派遣。3.政府機關及民營企業與工程項目相關之顧問規劃、設計技術、施工委辦及委託提供勞務合作開發等業務。4.接受社員委託興建社員住宅或其他工程事務，並登記社員人數 44 人，原告以其原住民社員超過該合作社社員總人數 80％以上，設立原住民勞動合作社，於 92 年 2 月至 95 年 7 月間承攬工程計 114 件，依其 92 至 95 年申報之薪資扣繳人數分別為 148 人、844 人、1,012 人及 279 人，而其中 92 及 93 年僱用社員人數各為 1 人，94 年 7 人，95 年則未僱用社員，並於系爭期間將其銷售額 422,192,375 元申報為免稅銷售額等情，為兩造所不爭執，並有臺東縣政府 91 年 12 月 16 日合作社登記證、原告 92 年 4 月至 95 年 10 月之營業人銷售額與稅額申報書（彙總）、原告個人社員名冊、92 至 95 年度綜合所得稅 BAN 給付清單、原告僱用勞動人數分析表及補徵營業稅統計表附原處分卷可參，準此可見，原告於 92 年至 95 年間，其僱用非社員人數與社員人數比例懸殊，顯然違反前揭原住民勞動合作

社成立宗旨，未符原住民族工作權保障法第 1 條所定，促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的。雖原告主張依內政部 96 年 9 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函，其承辦政府或公益團體委託代辦之業務，不受不得僱用非社員勞力之限制，亦未限制原告僱用事務員與技術員之人數與資格，被告並非主管機關，以原告僱用之事務員與技術員，非社員人員過多為由，認定原告不符原住民族工作權保障法第 8 條依法經營之要件，並無法律依據，且逾越權限云云。惟查，原告既依法成立原住民建築勞動合作社，本應依上開法律規定意旨，給予原住民社員工作機會；且原告輔佐人於本院 98 年 2 月 6 日準備程序時陳述：「原住民學習能力比較弱，聘任技術員是要完成技術上履約及提高社員競爭能力，以便日後社員能夠自己去解決。」另於 98 年 3 月 25 日言詞辯論時亦稱：「原告承接業務首先也會於社員中選任分派，但如社員中無此工作能力，乃聘用技術員，一方面藉能順利完成履約，一方面藉以訓練及帶動社員職技能力，冀早日習得專業職技能力，提高就業競爭能力，．．．。」「．．．承攬一個工程，當初也是認為可以承作，只是承作後發現有不能做到的地方，就必須尋求外面資源，來拉拔原住民的素質，立於平等地位。」等語，有前開準備程序及言詞辯論筆錄附本院卷可參，顯見原告應知該社成立宗旨在給與原住民社員工作機會，然而，原告 92 年 2 月至 95 年 7 月間承攬工程計 114 件，且其 92 至 95 年所申報之薪資扣繳人數分別為 148 人、844 人、1,012 人及 279 人，但原告於 92 及 93 年卻僅僱用社員人數各為 1 人，94 年 7 人，95 年則未僱用社員等情，已如前述，可知原告所承包之前揭工程，絕大部分均非其社員所能承作之業務。況原告所承攬工程中，如屏東縣恆春鎮 21 座公墓雜草樹木清除工程、屏東加工區圍籬修補工程等業務，係屬一般勞力工作，原告之社員應有能力承作；且原告所承攬之上開多項工程，亦與其合作社登記證所載業務範圍相同，然原告卻仍大量僱用非社員之員工，其僱用非社員比例過高之行為，明顯已違反該社成立宗旨，有違原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅之立法目的，揆諸前揭法律規定及說明，原告 92 年 3 月至 95 年 10 間銷售勞務之行為，自不得適用原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅

之規定。至內政部 97 年 10 月 30 日內授中社字第 0970027042 號函釋，僅在說明「合作社法第 3 條之 1 第 2 項關於政府或公益團體委託代辦業務除外規定，目的在便於政府或公益團體得以委託合作社辦理其職權範圍內之業務，該業務是否委託合作社辦理或委託範圍為何，悉由政府或公益團體自行決定」；而內政部 96 年 8 月 3 日內授中社字第 0960026752 號函釋說明三內容，亦僅在闡明「有關原住民勞動合作社因社員無專業技能而無法勝任之工作，得依相關規定，由理事會聘任技術員，該等技術人員係屬合作社聘用之專業人技術人員，與合作社之社員有別」，並未明揭原住民勞動合作社在承接政府或公益團體委託代辦之業務或聘用事務員及技術員時，其雇之非社員勞力即可漫無限制，致違反原住民勞動合作社成立之宗旨與原住民族工作權保障法第 8 條給予免稅之立法目的。是原告上揭主張顯為推卸之詞，委無足取。

（三）又按「營業人除本法另有規定外，不論有無銷售額，應以每 2 月為 1 期，於次期開始 15 日內，填具規定格式之申報書，檢附退抵稅款及其他有關文件，向主管稽徵機關申報銷售額、應納或溢付營業稅額。其有應納營業稅額者，應先向公庫繳納後，檢同繳納收據一併申報。」「稅捐之核課期間，依左列規定：1. 依法應由納稅義務人申報繳納之稅捐，已在規定期間內申報，且無故意以詐欺或其他不正當方法逃漏稅捐者，其核課期間為 5 年．．．。在前項核課期間內，經另發現應徵之稅捐者，仍應依法補徵或並予處罰，在核課期間內未經發現者，以後不得再補稅處罰。」分別為營業稅法第 35 條第 1 項、稅捐稽徵法第 21 條第 1 項第 1 款及第 2 項所明定。如上所述，原告 92 年 3 月至 95 年 10 月所僱用非社員比例過高之行為，明顯已違反該社成立宗旨，有違原住民族工作權保障法之立法目的，自不得適用該法第 8 條給予免稅之規定，原告自應依上揭營業稅法規定核實申報，不得以被告未發現其申報錯誤，即謂被告已核認其申報內容為合法。且租稅之核課及免除決定，為具有確認性質之行政處分，亦即確認符合課稅法定要件之稅額或免徵之法定要件，其本身並非創設權利，因課稅要件之成立或減免係依據法律規定而成立或減免，則被告核認原告並無原住民族工作權保障法第 8

條給予免稅規定之適用，而為補徵稅捐處分，於法並無不合；否則，稅捐稽徵法第21條之規定恐將淪為具文，而無適用之餘地（最高行政法院94年度判字第1605號判決參照）。原告主張因信賴稅捐機關核課之稅額，並據以申報銷售額與稅額，被告不應作不利於原告之處分云云，尚無可採。

（四）另原告雖主張與原告同樣情況之合作社未受相同處罰，顯有違平等原則云云。然「不法者」不得主張平等權之保護，而免其應受法律上之制裁，因「不法者」若可主張平等權，而要求行政機關應比照其他同樣「不法者」（未受處罰之人）相同之對待，不啻是讓行政機關違法，是人民於此更無主張「不法平等」的權利。則原告上開爭執，縱然屬實，無非係主張不法平等，仍難採為有利原告之論據。準此，原告92年僱用員工148人，其中僅1人為社員；93年僱用員工844人，其中僅1人為社員；94年度僱用員工1,012人，其中僅7人為社員；95年度僱用員工279人，並未僱用社員。其所僱用非社員人數與社員人數比例懸殊，顯然違反上揭原住民勞動社成立宗旨，未符原住民族工作權保障法第1條所定促進原住民就業，保障原住民工作權及經濟生活之立法目的，自無適用原住民族工作權保障法第8條予以免稅之規定。

（五）末按解散之合作社於清算完結應將表冊提請社員大會承認後，依合作社法第65條規定，尚須向主管機關登記備查，惟向主管機關登記，僅為備案性質，是否發生清算完結之效果，應視是否完成合法清算而定，若尚未完成合法清算，縱經主管機關為准予清算完結之備查，仍不生清算完結之效果。再按合作社法第61條規定，清算人之職務為了結現務、收取債權、清算債務、分派賸餘財產。合作社法第64條更規定，清算人於就任後15日內，應以公告方法，催告債權人限期（不得少於15日）報明債權，對於所明知之債權人，並分別通知。本件原告固經臺東縣政府以96年7月26日府社行字第09600567174號函同意備查其申請清算登記，並檢發合作社清算登記證及註銷公告，固有上開函文及公告附原處分卷可稽，惟查，原告係於96年7月8日召開社員大會選任清算人，清算人於96年7月20日就任，並於同日即提出清算終了報告書等情，此有臺東縣政

府97年4月22日府社行字第0970033088號函所檢送原告95年度第1次社員大會會議紀錄、合作社清算人就任報告書、合作社清算終了報告書等附原處分卷可參，準此可知，原告並未依合作社法第64條規定，於清算人就任後15日內，以公告方式，催告債權人限期報明債權，並分別通知明知之債權人，尚難認其已踐行合法清算程序，揆諸前開說明，自難認其法人人格業已消滅，原告就未繳清之稅捐仍有繳納之義務。是原告主張其已解散，並報主管機關核准備查且經公告，依法即有效力乙節，並不足採。則被告以原告並無適用原住民族工作權保障法第8條免稅之規定，核定補徵營業稅額21,057,552元，即無違誤。

乙、罰鍰部分：按「納稅義務人，有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處1倍至10倍罰鍰，並得停止其營業：．．．7.其他有漏稅事實者。」為營業稅法第51條第7款所明定。經查，本件原告92年3月至95年10月銷售勞務，不符原住民族工作權保障法第8條免徵營業稅規定之適用，卻將應稅銷售額422,192,375元申報為免稅銷售額，已如前述，並有原告92年至95年營業人銷售額與稅額申報書附原處分卷可憑。又如前述，原告明知該社成立主要宗旨在給予原住民社員工作機會，卻仍承包絕大部分為其社員無法承作之業務，並大量僱用非社員之員工。原告既為從事營業活動之營業人，在投入營業活動之前，應先知悉其所從事之行業，是否符合適用營業稅免稅之要件，原告未正確了解即投入營業活動，而將應稅銷售額422,192,375元申報為免稅銷售額，顯有過失，則被告依上開法律規定，按所漏稅額21,057,552元處2倍之罰鍰計42,115,100元（計至百元止），核無不合。

（五）、政府採購法

1.97年度訴字第507號

原　　告　林永隆即大盈成工程行

被　　告　交通部公路總局第五區養護工程處

代 表 人　伍振男　處長

訴訟代理人　陳振榮律師

　　蔡碧仲律師

複　代理人　陳怡禎律師

事實概要：

緣原告參與被告辦理之「97 年度阿里山工務段 169 線 21K+923～51K+600 路肩割草及邊溝積土雜草清除（預估）」採購案（採購預算金額新台幣《下同》6,040,021 元，下稱系爭採購案），因不服被告依政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款採限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社，經向被告異議，復不服被告民國 97 年 1 月 29 日五工養字第 09701000560 號函之異議處理結果，遂向行政院公共工程委員會（下稱公共工程會）提起申訴，亦遭審議判斷駁回，遂提起本件行政訴訟（系爭採購案 97 年 1 月 22 日決標結果係由訴外人有限責任高雄縣楠梓仙溪原住民園藝勞動合作社得標）。

主旨：

本件所應審究者為原處分即被告就系爭採購案採取限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社之處分是否符合政府採購法第 22 條第 1 項第 2 款之規定？

說明：

（一）按「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：．．一二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。」固為政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所規定。惟按「（第 1 項）採購之招標方式，分為公開招標、選擇性招標及限制性招標。（第 2 項）本法所稱公開招標，指以公告方式邀請不特定廠商投標。（第 3 項）本法所稱選擇性招標，指以公告方式預先依一定資格條件辦理廠商資格審查後，再行邀請符合資格之廠商投標。（第 4 項）本法所稱限制性招標，指不經公告程序，邀請 2 家以上廠商比價或僅邀請 1 家廠商議價。」「機關辦理公告金額以上之採購，除依第 20 條及第 22 條辦理

者外，應公開招標。」則為同法第 18 條、第 19 條所明定。準此可知，機關辦理公告金額以上之採購，除符合政府採購法第 20 條及第 22 條之選擇性招標及限制性招標要件外，應採取公開招標，辦理採購機關於上開範圍以外，並無裁量餘地。機關辦理採購如不符合政府採購法第 22 條之規定，卻採取限制性招標，規避政府採購法第 19 條公開招標之適用，則其採取限制性招標限定廠商資格之決定即屬違法。因此，本件應探討者，為被告依政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款採取限制性招標，是否合法？而被告主張系爭採購案得採取如上述之限制性招標無非以：系爭採購案之履約地點位於嘉義縣阿里山鄉原住民地區，被告本於踐行原住民工作權保障法第 1 條促進原住民工作權之立法目的，並基於原住民立法委員之要求，依公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋有關對於機關以身心障礙者、原住民或受刑人個人為採購對象，且採購其自製、加工或提供智慧或勞力之產品或勞務，如係扶助弱勢者，以培養或維持其基本生活之目的者，即可認為符合政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款「非營利」之規定，而不以廠商應否課徵營業稅及營利事業所得稅為判斷標準之意旨，因而對系爭採購案採取限制性招標，並無不合等語，資為論據。

（二）查，87 年 5 月 27 日制定公布之政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款立法過程，行政院提案條文為：「購買殘障、慈善機構或受刑人之產品或勞務。」嗣經立法院審查結果，認為上開條文應及於原住民，並為防範濫用上開名義參與限制性招標，爰修正為「購買殘障、原住民、慈善機構或受刑人所提供之非營利性產品或勞務。」其後，於 91 年 2 月 6 日為配合身心障礙者保護法之用詞更改「殘障」乙詞並增訂得為採購對象之個人、機構或團體，上開條文復修正公布為：「購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。」（即現行條文）。是政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款限制性招標之要件，並非僅以廠商之身分為判定標準，申言之，並非凡是向身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構者購買產品或勞務者，即

得採取限制性招標，上述條文尚加上以購買具備該等身分者之「非營利」產品或勞務為框架，始得採取限制性招標。而是否屬於營利性質之產品或勞務，應視採購案所欲採購之產品或勞務，是否屬於提供該產品或勞務之廠商之營利行為；而是否為營利行為除斟酌廠商之身份性質外，尚應視採購之內容而定；上開條文並無僅以採購廠商之身分為唯一適用標準之意，否則立法過程毋需加上「非營利」之要件。蓋以身心障礙者、原住民個人、政府立案之原住民團體為例，渠等亦可從事一般營利行為，未能一概而論。同一採購產品或勞務案件，不會因為向上開個人、機構、團體採購即為屬非營利性質，惟如改成向其他廠商採購就變成是營利性質，政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款文義甚明。

（三）再者，政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款規定之採購對象包括身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構，並未獨厚於原住民團體。且條文係指購買「政府立案之原住民團體」所提供之「非營利」產品或勞務，並非規定購買「原住民合作社」之產品或勞務；申言之「政府立案之原住民團體」至少需相當於身心障礙者福利機構、慈善機構、監獄工場等具有社會公益性質之團體而言，並非指為「原住民合作社」。政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之規定並非專為扶助原住民合作社之保障性立法，與原住民工作權保障法之立法目的並非相同。依原住民工作權保障法（90 年 10 月 31 日公布施行）第 7 條規定：「（第 1 項）政府應依原住民群體工作習性，輔導原住民設立各種性質之原住民合作社，以開發各項工作機會。（第 2 項）原住民合作社之籌設、社員之培訓及營運發展等事項，應由各目的事業主管機關輔導辦理；其輔導辦法，由中央各相關目的事業主管機關會同中央主管機關定之。（第 3 項）第 1 項原住民合作社，指原住民社員超過該合作社社員總人數百分之 80 以上者。．．．．」第 8 條：「原住民合作社依法經營者，得免徵所得稅及營業稅。但自本法施行之日起 6 年內應免徵所得稅及營業稅。」第 11 條：「各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區未達政府採購法公告金額之採購，應由原住民個人、機構、法人或團體承包。但原住民個人、機構、

法人或團體無法承包者，不在此限。」及其施行細則第 5 條：「（第 1 項）本法第 8 條所稱原住民合作社依法經營者，指依合作社法及其相關法令規定設立、經營，且原住民社員符合本法第 7 條第 3 項所定比率之合作社。（第 2 項）前項原住民合作社依本法第 8 但書規定免徵所得稅及營業稅期間，自中華民國 90 年 11 月 2 日起至中華民國 96 年 11 月 1 日止。（第 3 項）第 1 項原住民合作社設立後，因社員出社、退社、除名或新社員之加入，致原住民社員人數未達本法第 7 條第 3 項所定比率者，應繳納未達比率月份之所得稅及營業稅。（第 4 項）前項應繳納之所得稅，應以當年度所得額依規定稅率計算之稅額為準，按未達比率月份占全年之比例計算之。」第 8 條第 1 項：「本法第 11 條所稱原住民機構、法人或團體，指經政府立案，其負責人為原住民，且原住民社員、會員、理監事、董監事及股東之人數，達百分之 80 以上，經所在地直轄市、縣(市)主管機關證明者。但原住民合作社依本法第 7 條第 3 項規定認定之。」及原住民合作社輔導考核及獎勵辦法第 6 條：「原住民合作社應依合作社法規定召開會議並製作下列報表，報請合作社主管機關查核或備查，並報原住民事務主管機關及目的事業主管機關備查：一、營業收支月報表。二、年度業務報告：包括資產負債表、損益計算表、財產目錄及盈餘分配表。」等規定觀之，可知原住民合作社並非等同於原住民機構、法人或團體，實則前者祇是後者其中一種類型甚明；參以合作社法第 1 條：「本法所稱合作社，謂依平等原則，在互助組織之基礎上，以共同經營方法謀社員經濟之利益與生活之改善，而其社員人數及股金總額均可變動之團體。」第 2 條：「合作社為法人。」第 3 條：「合作社之種類及業務如左：合作社之種類及業務如左：一、生產合作社：經營各種生產、加工及製造之全部或一部分業務。二、運銷合作社：經營產品之運銷業務。三、供給合作社：提供社員生產所需原料、機具及資材等業務。四、利用合作社：購置生產、製造及儲銷等設備供社員生產上使用業務。五、勞動合作社：提供社員勞作及技術性勞務等業務。六、消費合作社：經營生活用品之銷售業務。．．．九、信用合作社：經營銀行業務。一〇、保險合作社：經營保險業務。．．．．」第 4 條：「合作社之責任，分左

列 3 種：一、有限責任，謂社員以其所認股額為限，負其責任。二、保證責任，謂社員以其所認股額及保證金額為限，負其責任。三、無限責任，謂合作社財產不足清償債務時，由社員連帶負其責任。」第 9 條之 1：「合作社章程，應記載左列事項：一、名稱。二、責任。三、社址。四、組織區域。五、經營業務種類。六、社股金額及其繳納或退還之規定。七、保證責任合作社社員之保證金額。八、社員之權利及義務。九、職員名額、權限及任期。一〇、營業年度起止日期。十一、盈餘處分及損失分擔之規定。一二、公積金及公益金之規定。一三、社員資格、入社、退社及除名之規定。一四、社務執行及理事、監事任免之規定。. . . .」第 24 條：「合作社盈餘，除依前條規定提出外，其餘額之分配，以社員交易額之多寡為標準。前項餘額，經提出社員大會決議不予分配時，得移充社員增認股金或撥作公積金。」等規定，足知原住民合作社除就社員身分限制需有百分之 80 為原住民外，與一般合作社無異，均係由社員繳交社股金額共同經營一定業務以達到謀求社員經濟利益之一種法人組織。再從營業稅法第 8 條第 1 項第 10 款規定合作社除依法經營銷售與社員之貨物或勞務及政府委託其代辦之業務可免徵營業稅外，其餘銷售貨物或勞務均應課徵營業稅觀之，亦可得知原住民合作社因其經營之業務而有銷售貨物或勞務時，原則上需依所得稅法及營業稅法繳交營利事業所得稅及營業稅，祇是原住民工作權保障法第 8 條及其施行細則第 11 條為了達到鼓勵原住民設立合作社依法經營，特別明定給予免稅之優惠期間而已。此種得以誘導性租稅優惠措施鼓勵合作社成立之方式，於合作社法第 7 條：「合作社得免徵所得稅及營業稅。」亦見相同，所差別者，僅是有關原住民合作社係以法律明文具體化希望在所定優惠期間達到成效，而後者尚無採取相同措施而已，除此之外，難謂原住民合作社與其他合作社有所不同。至於原住民工作權保障法第 11 條有關各級政府機關、公立學校及公營事業機構，辦理位於原住民地區「未達政府採購法公告金額」之採購，「應由」原住民個人、機構、法人或團體承包之規定，祇是更進一步之保障措施而已，其目的則係在保障原住民在上開範圍內具有採購案之承包權而已，即便如此，亦未因此否定其採購上開工程所具有之營

利性質，進而具有憑此條文將政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款推到無限適用之功能，以致於逾越該條文所設定之「非營利」性質之範圍。是原住民合作社因經營業務而有銷售貨物或勞務時非能一概以非營利行為視之，殆無疑義。又公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋：「. . 如何認定個人提供之產品或勞務屬『非營利』性質乙節，機關以身心障礙者、原住民或受刑人個人為採購對象，且採購其自製、加工或提供智慧或勞力之產品或勞務，如係扶助弱勢者，以培養或維持其基本生活之目的者，可認定為符合本法第 22 條第 1 項第 12 款之規定。」僅係針對採購對象係身心障礙者、原住民或受刑人「個人」之解釋，並因對上開個人採購之目的僅為培養或維持該個人基本生活為限度，因而認定在該範圍內之採購屬於「非營利」；是上開函釋並非針對「原住民合作社」所為之解釋，二者非能相提併論，自難比附援引。又公共工程會 91 年 4 月 24 日(91)工程人字第 91015217 號函訂「政府採購法涉及原住民相關福利措施之規定」第 1 條第 1 款：「一、依政府採購法（以下簡稱本法），機關對原住民所提供之工程、財物或勞務，可採行之採購方式如下：(一)依據本法第 22 條第 1 項第 12 款之規定，以議價或比價方式向原住民個人或政府立案之原住民團體（例如原住民勞動合作社）採購非營利產品或勞務，不必公開招標。本項優惠措施，其採購標的不包括工程。」之規定，其對政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所稱之原住民團體雖舉原住民勞動合作社為例，惟其設定之要件並非以此為限，尚必須是向該勞動合作社採購「非營利產品或勞務」為必要，故亦難以此規定導出祇要是向原住民勞動合作社採購產品或勞務，即不可問其採購之實質內容，即認為均屬「非營利產品或勞務」而均有政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之適用。故被告援引上開公共工程會之函釋主張其因系爭採購案之履約地點位於嘉義縣阿里山鄉原住民地區，為踐行原住民工作權保障法第 1 條促進原住民工作權之立法目的，並斟酌原住民立法委員之要求，即可以對系爭採購案採取如上所述之限制性招標云云，核係對法令之誤解，洵非可採。

（四）次查，從系爭採購案之內容觀察，其履約地點雖在嘉義縣阿里山鄉原

住民地區，惟就位於原住民地區之政府採購案件，原住民工作權保障法第 11 條已明定屬於未達政府採購法公告金額之案件，應一律由原住民合作社承包，以保障原住民之工作權，至於超過政府採購法公告金額以上之 案件，則未予以特殊之保障，而是與其他人民平等對待， 均得參與公開招標。尚難僅以系爭採購案係位在原住民地區，即謂有政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之適用。查系爭採購案為超過政府採購法公告金額以上之勞務採購案件，其預算金額高達 6,040,021 元，且有關公路路肩割草及邊溝積土雜草清除等勞務作業工作係屬政府機關包括被告在內應經常性辦理之採購，此觀原告提出之數則履約期限均在 97 年間，且預算金額均超過公告金額之招標及決標公告（預算金額在 100 萬元以上至 1 千 4 百萬元之間），其中屬於被告辦理者除本件以外，尚有 97 年 1 月 23 日開標之阿里山工務段台 18 線 64K＋000～96K＋453 路段、97 年 2 月 5 日決標之阿里山工務段 169 線 21K＋923～51K＋600 路肩路段、96 年 12 月 12 日決標之新化工務段台 86 線路肩、97 年 2 月 13 日決標之阿里山工務段台 18 線 64K＋000～96K＋453 路肩；此外，諸如交通部台灣區國道高速公路局南區工程處辦理之國道 1 號楠梓至高雄段暨國道 10 號一般勞務作業工作、交通部公路總局第三區養護工程處辦理 97 年度縣道 199 線 0K＋000～29K＋500 及 199 甲 0K＋000～8K＋510 間路容整修工作、小林監工站轄內台 21 線路肩邊坡割草邊溝疏修工程、經濟部水利署第七河川局管理課美濃溪河道雜草清除計畫等等自明（詳見本院卷第 2 卷第 367 頁至第 378 頁）；參以系爭採購契約條款，（見本院卷第 1 卷第 247 頁至第 251 頁），核與一般採購營利性質之勞務承攬契約無異，並其施工預算表（見本院卷第 1 卷第 272 頁）亦包含營業稅在內；再從被告提出之得標廠商及其他參與投標之廠商（均屬原住民合作社）資料觀察，均屬辦有營業登記及應申報營業稅之銷售人，有各該營業登記證、營業稅繳款書及營業人銷售額與稅額申報書附本院卷（第 1 卷第 263 頁、第 264 頁、第 302 頁、第 309 頁、第 320 頁、第 321 頁、第 332 頁、第 333 頁、第 339 頁、第 350 頁、第 351 頁）可稽，再佐以系爭採購案得標廠商「有限責任高雄縣楠梓仙溪原住民園藝勞動合作社」之設立資料觀之，

其係於 96 年 3 月 9 日經高雄縣政府府社行字第 0960054293 號函准設立，社員 30 人，登記經營業務為景觀工程業、園藝服務業、種苗業、造林業及清潔服務業，股金總額 600,000 元（已繳 500,000 元），卻承包系爭數百萬元之採購案件，且總計其 96 年、97 年間透過限制性招標方式承包類似性質之採購案金額合計高達千萬元，此外，尚有其他經公開招標得到之數件承攬案件，此有決標公告附本院卷（第 2 卷第 368 頁至第 378 頁）可資參照，則其顯係追求利潤為目的之營利事業甚為顯然。從而綜上各情，在在足見系爭採購案乃屬被告辦理之經常性勞務採購，此種採購對廠商而言屬於承攬勞務追求營業利潤之營利性質案件，並非僅以扶助弱勢而培養或維持其基本生活為限度之勞務承攬，並非政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款所欲規範購買政府立案之原住民團體之非營利產品或勞務之採購類型，洵堪認定。被告以前詞主張其為保障原住民工作權，並基於原住民立法委員之要求，依公共工程會 91 年 9 月 2 日工程企字第 09100377770 號函釋採取限制性招標，合乎政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款之規定云云，洵非可取。從而原處分有關採取限制性招標限定投標廠商資格為政府立案之原住民勞動合作社之處分即與政府採購法第 22 條第 1 項第 12 款規定不符，被告未採取公開招標而採取限制性招標即屬違法，原告訴請確認其違法，洵屬有據。

（五）又政府採購法第 85 條第 1 項、第 3 項規定審議判斷指明採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用；行政法院以撤銷判決或確認判決，確認採購機關之採購行為違法，原處分機關及審議機關皆受判決結果拘束，不得再另為不同之判斷，其效力甚於審議判斷指明原採購行為違法之效力，廠商自得依政府採購法第 85 條第 3 項規定，請求採購機關償付所支出之必要費用（最高行政法院 97 年度判字第 976 號判決參照）。次按民法第 233 條第 1 項前段及第 203 條規定：遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為 5%。本件原處分採取限制性招標限定廠商資格為原住民勞動合作社而未採取公開招標，既屬違法，

已由本院確認在案，而原告起訴前因申訴程序支出申訴費用 3 萬元，有原告提出之收據影本 1 張附本院卷（第 1 卷第 21 頁）可稽，是依上開規定，原告請求被告給付其 3 萬元及自起訴狀繕本送達被告翌日即自 97 年 6 月 19 日起至清償日止按週年利率百分之 5 計算之利息，核屬有據，應予准許。

陆、結論：成立原住民族訴訟專庭之可能性

一、多元文化主義下的原住民族文化保護（文化性）

人類因意識到生物（人）多樣性的內在價值，和生物多樣性及其組成部分的生態、遺傳、社會、經濟、科學、教育、文化、娛樂和美學價值，還意識到生物多樣性對進化和保護生物圈的生命維持系統的重要性，確認保護生物多樣性是全人類共同關切的問題，於 1992 年 6 月 5 日生物多樣性公約 （ CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY）訂於里約熱內盧。 有鑑人類有形（ tangible culture heritage）或無形的文化資產（ Intangible culture heritage），一旦滅絕，即永遠消失，永不再現。，聯合國教科文組織（ United NationsEducational,Scientific and culturalOrganization,UNESCO）（設愛菲爾鐵塔下）繼 2001 年 11 月通過《教科文組織世界文化多樣性宣言》（ UNESCOUniversal Declaration on CulturalDiversity）後，幾經召開多次的獨立專家會議和政府專家會議，於 2003 年 12 月集結會員國簽定了「保護無形文化遺產公約」（ Conven tion forthe Safeguarding of the Intangible of Cultural Heritage），又於 2005 年 10 月 20 日通過《保護與促進文化表現形式多樣性公約》（ UNESCO Convention on the Protect ion and Promotionof the Diversity of Cultural Expression s，簡稱《文化多樣性公約》）。

就台灣的原住民族截至 102 年 7 月行政院原住民委員會之統計總數為 530,756 人，與二千三百萬人口之台灣而言，僅占五分之一有餘。又分為 14 個不同族群，其中人口數最多之阿美族，為 196,565 人，最少的二族群如撒奇萊雅族僅剩 737 人，邵族僅剩 740 人。就占多數之漢人族群而言，確屬少數民族。

甚且其中尚有瀕絕族群，以生物多樣性而言，文化多樣性而言，均屬珍貴稀有。就多元文化主義之立場，屬亟待保護延續之文化。其中當然包括法制文化在內。因此，早期中國對於台灣原住民族稱之為「番」，又將番分為兩類:（一）山番、野番、生番。（二）埔番（平埔番）、化番、熟番等族群歧視；以及美國聯邦最高法院於 1831 年在 Cherokee Nation v. Georgia 一案之判決中否認印地安部落之自治權及土地權等藉由司法制度，壓迫原住民族等現象，在 1970 年代以後已有所改變，全球逐漸出現「族群復甦」的現象，強調對於原住民族權利之保護。經過多年努力，聯合國於 2007 年 9 月 13 日經第 107 次全體會議通過了「世界原住民權利宣言（United Nations Declarationon theRights oflndigenous Peoples）。保護原住民族權利之浪潮，在我國亦不例外，制憲機構自民國 81 年開始即以所謂「山胞條款」出現在憲法，再於 83 年將「山胞」正名為「原住民」.88 年廢除「平地原住民」與「山地原住民」的不當區分，最後終於在 94 年憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」；「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」。（註十三）足認在條件成熟時，能成立原住民法庭含行政專庭，應符合聯合國文化多樣性即多元文化主義之宗旨。

二、現代法治基礎下的原住民行政訴訟專庭（合憲、合法性）

2005 年 1 月 21 日立法院已三讀通過原住民族基本法第 30 條:「政府處理原住民族事務、制定法律或實施司法與行政救濟程序、公證、調解、仲裁或類似程序，應尊重原住民族之族語、傳統習俗、文化及價值觀，保障其合法權益，原住民有不諳國語者，應由通曉其族語之人為傳譯。政府為保障原住民族之司法權，得設置原住民族法院或法庭。」

明定法律之制定應符合原住民族之傳統文化習慣，且依基本法第 34 條規定

應於該法施行後三年內，針對現行法律之缺失予以修正、制定或廢止相關法令。同年憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民族語言及文化。」；「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展，其辦法另以法律定之。」於 2013 年司法院根據原住民基本法第 30 條第 2 項之規定，在九個地方法院（花蓮、台東、桃園、新竹、苗栗、南投、嘉義、高雄、屏東）設立了九個原住民族專庭。而如前所述本國與英美法系不同，係採取行政與民事訴訟二元化之制度。依法能成立審理民事訴訟之原住民族專庭，自亦能成立原住民之行政訴訟專庭。只是有無必要？有無急迫而已？

三、成立之必要與時程（必要性與急迫性）

1、就目前學術上或實務上所調查發現之傳習規範，是否台灣原住民族傳統上確已到達較現代化之國家（較符國家四要素）或機關等組織之行政作用，所形成之行政處分或公法上之行政契約等事實。在未有系統發現行政爭訟有關聯之傳習前，依現制系由各地方法院之初級行政訴訟專庭與三所高等行政法院及最高行政法院所掌理，至目前尚未有特別爭論之原住民行政訴訟事件提出，（註十三）即尚可勝任；是否已有成立之必要，或待將來累積更多與行政爭訟有關聯性之傳習後，必要時才設立，為時不晚。

2、我國承襲大陸法系之行政訴訟制度，不同於英美法系之司法一元制度，而在普通法院之外，另設有行政法院。而目前已在九個地方法院設有原住專庭，原住民專業法庭（股）審理案件範圍及類型如下：被告為原住民之刑事案件，不論何種犯罪類型，均由原住民族專業法庭（股）審理。應由原住民專業法庭（股）審理之民事事件類型，則分為以下 2 種：

（1）兩造當事人為原住民、部落、原住民族之民事事件；

（2）一造當事人為原住民、部落、原住民族之「返還（交還）土地」、「損害賠償（包括債務不履行及侵權行為）」、「履行或終止契約或租約事件」、「第三人異議之訴」、「返還不當得利事件」、「排除侵害」、「確認土地或房屋所有權存在或不存在」、「確認耕作權或地上權存在或不存在」、「確認租賃關係存在」、「塗銷耕作權或地上權登記」、「分割共有物」、「確定界址」、「遷讓房屋」、「債務人異議之訴」等民事事件。至於一造當事人為原住民、部落、原住民族而非屬上述（2)類型之民事事件，經當事人聲請由原住民專業法庭（股）審理，受訴法院認為適當者，亦得由原住民專業法庭（股）審理。據此可知，原住民專業法庭並未審理行政訴訟事件。原住民有關之行政訴訟事件仍歸各行政法院系統審理。似在貫徹司法二元制。但就目前同為專業法院之智慧財產法院所管轄之案件觀之，依其第 3 條規定　智慧財產法院管轄案件如下：「一、依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。二、因刑法第二百五十三條至第二百五十五條、第三百十七條、第三百十八條之罪或違反商標法、著作權法、公平交易法第三十五條第一項關於第二十條第一項及第三十六條關於第十九條第五款案件，不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件。但少年刑事案件，不在此限。三、因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。四、其他依法律規定或經司法院指定由智慧財產法院管轄之」案件。其所管轄之案件含行政「因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。」即行政與民事訴訟均由同一法院管轄，為司法一元制之規定。足見若案件確有特殊專業性質，不妨由同一法院或法庭審理，即一元化審理，倘原住民族專庭確因特殊專業而成立，不妨行政訴訟之初審，亦由其審理為妥。如此，即無另立行政訴訟專庭之必要。

3、依上揭 100 年度臺北高等行政法院審結之與原住民族相關案件統計表，

可知總計審結 57 件，案由則有：原住民族工作保障法、全民健康保險法、原住民保留地、補助費、醫療業務與原住民身份法等。此類事件案由與當前實務學者所提出之原住民族所面臨的重要法律爭議，為身分認定、繼承、原住民保留地、智慧創作、原住民基因研究等爭議之範圍大致相符。（註十五）。就此類行政訴訟之事件，確有其特殊性存在，且身分之認定涉及十四族群之認定，繼承問題涉及各族不同之男女不同之繼承傳統，原住民保留地涉及較早之傳統領域及日據時期之準要存置林野地，智慧財產權創作涉及傳統歌舞表演藝術及生物多樣性，原住民基因涉及原住民族之起源等事項，各項爭議法律問題，均可追溯到原住民很久遠以前之傳統與淵源。自有其傳統上之特性，倘能由一群具有專業或傳統認識之法官從事相關之審判，必然對其行政事件判決之準度、信度與效度，有所助益。就行政事件之數量而言，參照上揭台北高行政法院 100 年度之審結之與原住民族相關案件數量僅 57 件，與本院（台灣台南地方法院）本年度（ 102）八月份之刑庭各股受理案件收結情形統計表，（如附表）每位法官即每一股之審結案件，最少者 21 件，最多者 56 件。取其中間值，則每位法官之平均可結案量，為 38.5 件。則台北高等行政法院之全年審結之案數，不足本院一位法官二個月之結案量。或以行政訴訟案件較之一般刑案等案情繁複，結案量必然較少。惟以 57 件分給一股即一位法官承審，其平均每月之結案量亦僅 4.75 件。以一位法官每月只能審結 4.75 件而言，實在不符審理訴訟之成本效益。況且，台北高等行政法院轄區包括有：臺北市、新北市、桃園縣、新竹縣（市）、基隆市、宜蘭縣、花蓮縣、金門縣及連江縣等 9 縣市。若要在此各縣市所在之地方法院內廣設原住民訴訟專庭顯更不合訴訟之成本效益。因此，可能之方式，僅能設專股審理，且該專股尚須兼辦其他類型案件。是以，就案件量而言，目前設立原住民行政專庭之經濟效益，尚待評估。

4、當今世界上，較著名之少數民族法院當推南島語族有關之紐西蘭毛利土地法院；此外則係美國之印地安法院。惟此兩國法律係統均屬採司法一元制之英美法系。其行政訴訟係採用民事相關之法律程序，與我國之司法二元制不同。但

毛利土地法院之目的係保護並促進毛利人之土地權利，甚至法官可依職權協助毛利人進行土地相關位訴訟程序。台灣之原住民族亦屬南島語族，而關於台灣原住民爭訟最多部分，亦為原住民保留地之行政訴訟問題。以目前之行政訴訟制度或可勝任，但原住民仍屬訴訟上之弱勢，毛利土地法院之程序或可供借鏡。不妨派本國專業人員作確實深入之學習考察。

附表：台南地方法院 8 月份刑事暨行政庭各股受理案件收結情形統計表

區分		本月份刑庭各股受理案件收結情形統計表				本月份刑庭各股受理案件收結情形統計表			
庭別	股別	舊收	新收	已結	未結	舊收	新收	開除	支押
刑一庭	餘	6	8	3	11	0	0	0	0
	冬	68	36	41	63	0	0	0	0
	收	44	33	33	44	0	0	0	0
	桴	22	31	31	22	2	1	1	2
刑二庭	調	31	17	15	33	1	1	0	2
	盈	23	24	21	26	1	0	0	1
	敬	52	33	26	59	3	0	1	2
刑三庭	黃	31	27	22	36	1	1	1	1
	陽	31	36	39	28	0	0	0	0
	宇	23	38	35	26	3	1	0	4
	日	24	31	25	30	2	0	0	2
刑四庭	洪	15	8	5	18	0	0	0	0
	張	40	26	31	35	2	1	0	3
	荒	20	40	38	22	1	2	1	2
	懷	25	27	28	26	3	0	0	3
刑五庭	定	23	19	17	25	1	0	0	1
	家	39	40	35	43	1	0	0	1
	宿	52	34	31	55	3	0	0	3
刑六庭	呂	21	25	22	24	2	0	0	2
	戴	24	31	35	20	1	1	0	2
	榮	27	39	37	29	1	3	0	4
刑七庭	廣	13	17	22	8	0	0	0	0
	雲	53	40	28	65	1	2	0	3
	戴	42	39	30	51	1	2	1	2
刑八庭	來	19	13	12	20	1	1	0	2
	國	36	35	28	43	1	0	0	1
	列	29	32	22	39	3	0	2	1
	連	6	15	13	8	0	0	0	0
刑九庭	中	17	25	21	21	0	2	1	1
	友	25	34	34	25	0	0	0	0
	堂	58	41	33	66	0	0	0	0
刑十庭	華	16	19	24	11	0	0	0	0
	黃	53	24	21	56	3	0	1	2
	玄	23	36	35	24	1	1	1	1
刑十一庭	鳳	15	1	2	14	0	0	0	0
	地	24	40	39	25	1	3	0	4
	行	33	49	56	26	5	1	5	1
刑十二庭	成	8	12	11	9	1	0	0	1
	善	42	39	40	41	0	1	0	1
	國	32	31	31	32	2	0	2	0
	潔	25	44	33	36	0	0	0	0
	雄	28	44	49	23	0	1	0	1
刑十三庭	往	15	18	17	16	0	0	0	0
	天	34	36	33	37	1	0	0	1
	暑	38	39	34	43	3	1	1	3
刑十五庭	秋	22	21	22	21	1	0	0	1
	元	59	30	38	51	2	0	0	2
	育	18	48	40	26	1	0	1	0
刑事庭	患	2	3	1	4	0	0	0	0
合計		1426	1428	1338	1516	56	26	19	63
行政訴訟庭		階段別：審查				階段別：審理			
	司	1	1	2	0	2	3	3	2
	專	16	8	9	15	24	14	8	30
	業	13	8	14	7	16	17	10	23
合計		30	17	25	22	42	34	21	55

註記
一、本表為102年8月份之統計。（不含築複、他調案件；行政訴訟庭分別審查、審理之數據）
二、本月份遲延案件：24件；視為不遲延案件21件，合計：45件。
三、本月份重新緩刑人數24人與得緩刑人數132人百分比為18.18%。

註釋

註一：參見 UN News, New UNTreaty to Preserve World's Rich Cultural Diversity to Come into Force inMarch ,2006 年 12 月 19 日。林男錡 96 年 1 月 9 日網路新聞報導。

註二：見吳庚著，行政爭訟法論，2012 年 11 月自版，元照出版有限公司總經銷，第 1—3 頁。

註三：見徐瑞晃著，行政訴訟法，2012 年 9 月五南圖書出版公司三版一刷，第 1—5 頁。

註四：陳清秀著，行政訴訟法，2012 年 10 月元照出版有限公司五版一刷，第 2 頁。

註五：徐瑞晃前揭書，第 16—17 頁。

註六：陳清秀著前揭書第 15—19 頁。

註七：吳庚前揭書第 9 頁參照。

註八：蔡中涵、陳俊男著，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制第七期委託研究一阿美族、噶瑪蘭族、撒奇萊雅族，2011 年 12 月行政院原住民族委員會初版，第 40 —42 頁。

註九：徐瑞晃前揭書，第 3—4 頁。

註十：吳庚前揭書第 28—29 頁。

註十一：高德義、石忠山、羅國夫、楊逸翔、楊鵑穎、全皓翔合著，原住民族傳統習慣之調查、整理及評估納入現行法制研究：排灣族反雅美族個案，97 年 12 月行政院原住民族委員會主辦，第 96—88 頁。

註十二：見湯文章著，淺談當前原住民族面臨的重要法律爭議一文，司法人員研習所 101 年原住民族專業法庭法官研習會。

註十三：見林三元著，紛爭解決與制度設計：設立原住民族法庭之必要性與可行性，第 2 屆原住民族傳統習慣規範與國家法制研討會論文集，第 202—203 頁。

註十四：但並非完全沒有，只是不若刑案中如司馬庫斯櫸等案件熱列，如學者王泰升等對西拉雅族人身分之認定之探討，林三加等對於原住民保留地之超限利用處罰案例之探討等。

註十五：見同註十二湯文章，前著文。