

## 釋字第 541 號解釋不同意見書（程序部分）

董翔飛大法官 提出

本號解釋文及解釋理由書認「未屆民國九十二年前，第六屆大法官出缺致影響司法權正常運作時，總統如擬提名補實，應經立法院同意任命之」，本席悉表同意。惟對聲請解釋機關，不是總統名義，而由總統府秘書長「代函」聲請，顯與司法院大法官審理案件法有違，難以苟同，爰就此程序部分提出不同意見如下：

### 一、聲請解釋者應為總統而非總統府秘書長：

總統提名司法院院長、副院長、大法官，經立法院同意任命之。乃憲法增修條文賦予總統之職權，而非總統府之職權，更非總統府秘書長之職權。總統依據憲法行使此項職權，適用憲法發生疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款「中央或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，得聲請解釋憲法」規定，自得循此程序聲請解釋，也唯有總統始得聲請，而非總統府或總統府秘書長所能取代。蓋依總統府組織法第一條、第九條之規定，總統府之設置，旨在便於總統依據憲法行使職權，並非代總統行使職權；總統府秘書長乃承總統之命，綜理總統府事務，並指揮、監督所屬職員，其在性質上，祇是機關幕僚長之角色，本身並無獨立職掌，應不具備聲請大法官解釋憲法之能力，亦不在「得聲請解釋憲法或聲請統一解釋法令之中央機關」之列，此觀司法院大法官審理案件法、總統府組織法有關規定自明。

### 二、代行總統職權，憲法定有明文規範，總統府秘書長並非憲法機關，亦不在代行之列：

憲法或憲法增修條文賦予總統之職權，除遇有憲法第四十九條後段「總統因故不能視事時，由副總統代行其職權。總統、副總統均不能視事時，由行政院院長代行其職權」之情事外，應由

總統親自行使，此乃維護憲政秩序之制度性設計。行憲以來，歷任總統依據憲法及憲法增修條文規定，行使如下職權，諸如：召集國民大會或請立法院召開臨時會，提名司法、考試、監察三院之人事，送請國民大會同意，或提名監察院審計長送立法院同意，宣布戒嚴或發布緊急命令提交立法院追認，以及締結條約等職權，無不謹遵憲法規範以咨文行之，從無交由總統府秘書長「代理」或「代函」為之者。多數意見所通過之解釋理由書首段合先敘明所稱：「本件聲請係總統府秘書長經呈奉總統核示：『應依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款規定，送請司法院大法官解釋』乃代函請本院解釋。是以本件聲請人應為總統而非總統府秘書長等語。解釋理由書既亦肯認本件之聲請人應為總統，然事實上向本院提出聲請者，明明不是總統而是總統府秘書長遵示「代函」提出，釋憲者豈能不察總統府秘書長是否得為憲法上代行總統職權之人，亦不覺總統之批示並無命由秘書長代函聲請之意，在方法上甚至不見任何說理，僅憑來函主旨「遵示代函請惠予解釋」秘書長自己所說的這麼簡單一句話，就快速導出：「總統府秘書長係遵奉批示『代函聲請』，是本件聲請係總統聲請而非總統府秘書長聲請」，一躍而跳過司法院大法官審理案件法上的程序障礙，逕行進入實體審查，此種祇在代理、代函之間作文章，而忽視法制層面的解釋方法，不免予人有斷章取義、避重就輕、自說自話、過於草率及快速跳躍之憾。

### 三、已經錯了，焉能再錯：

我國憲法將釋憲權賦予大法官行使，而如何行使，憲法、法律尚乏具體明文。第一屆大法官期間，係由大法官會議通過之議事規則以為依據；至第二屆起，始依司法院組織法第六條第二項「大法官審理案件之程序另以法律定之」規定，制定大法官會議法，八十二年再修正為司法院大法官審理案件法。於此期間，名

稱及條款內容雖多更易，然其中有關「中央機關或地方機關，於其行使職權，適用憲法發生疑義，得聲請解釋憲法」之條款自始即已存在，五十年來未見改變。歷屆大法官於審理聲請機關是否適格時，亦無不遵循此一規範，徵諸：有關核四覆議程序之釋字第五二〇號解釋，退職酬勞金之釋字第四四七號解釋，預算法第七十五條之釋字第四六三號解釋，釋字第四六六號有關民事、行政訴訟由何法院審理之解釋，以及甫經作成之釋字第五三〇號有關司法院在無法律授權所發布之注意事項，是否違反法律保留原則等解釋，均係分由行政、立法、考試、監察四院於其行使職權，適用憲法發生疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款規定，由各該院以院長名義用院函向大法官提出聲請者。而唯一遭致詬病者，則係總統於行使職權適用憲法發生疑義，先後作成之釋字第七六號有關國會之解釋，以及釋字第四七〇號有關未屆九十二年前，司法院院長、副院長、大法官出缺時，總統補提名如何適用憲法之解釋，並非依司法院大法官審理案件法所定程序，由總統出面聲請，而係由總統府秘書長逕行函請本院解釋，留下唯一不是依司法院大法官審理案件法規定，由「行使職權的人」為聲請人之例外。從憲政體制看，總統與行政、立法、司法、考試、監察等五院均為憲法上之中央機關，即應同受司法院大法官審理案件法之節制與規範。五院於行使職權適用憲法發生疑義，事實上均係依法定程序由各該院院長向大法官聲請解釋，而同為中央機關之總統，於行使職權適用憲法發生疑義，自亦應與其他中央機關一樣循同樣程序，由總統出面提出聲請，始符法律之前人人平等原則。若改由僅係承總統之命，綜理總統府事務，屬幕僚性功能之秘書長「代函」或「代理」聲請，即生雙重標準、違法、違憲之爭議。近些年來，學界對此已有強烈批判，輿論媒體亦為文指摘。司法院大法官肩負維護民主憲政秩序之大任，對

外界類此反映，自應反躬自省，有所回應。就本案言，如認確應由總統聲請解釋始屬適格，則基於先程序後實體之慣習，即應先退回補正，以免一錯再錯。司法院大法官審理案件法乃大法官審理案件之基本法典，也是審理案件之行為準則，苟不能遵循踐行或棄之不顧，則該法豈非變成一張被撕破了的廢紙乎。