

## 釋字第 541 號解釋協同意見書

謝在全大法官 提出

### 一、本件聲請人為總統而非總統府秘書長

總統於其行使職權、適用憲法發生疑義時，應得依法聲請司法院大法官解釋憲法（司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款、民國四十一年四月十四日修正公布之司法院大法官會議規則第三條參照），本院釋字第七十六號關於國民大會、立法院、監察院在憲法上地位及職權性質之解釋，本院釋字第四七〇號關於司法院院長、副院長、大法官出缺時任命程序之解釋，均屬此類聲請案件之適例。而上述釋字第七十六號解釋係由總統府秘書長函以「陳奉總統諭……送請司法院大法官解釋」，釋字第四七〇號解釋亦以「案經陳奉總統核示：應依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款之規定，送請大法官解釋」，總統府秘書長乃遵示函請本院解釋，本院均經受理並作成解釋。論者就本院釋字第四七〇號解釋已有指出該號解釋之聲請，即總統府秘書長函主旨稱「案經總統核示」，解釋上可認係由秘書長「代理」總統提出解釋聲請（註一）。而本件九十一年三月四日聲請解釋函主旨則明言「案經呈奉總統核示：應依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款之規定，送請司法院大法官解釋。茲遵示代函請惠予解釋」，是其聲請人為總統而非總統府秘書長，意旨甚為明顯。

雖或謂總統缺位或因故不能視事時，由副總統繼任或代行其職權；總統、副總統均缺位或不能視事時，由行政院院長代行其職權，憲法第四十九條已設有明文，故總統之職權僅得由總統行使，尚不得由他人越俎代庖或由總統任意指派他人行使，本件因總統行使其職權所涉及之釋憲聲請權亦同。惟憲法第四十九條規定者，應解為係應由總統行使，具有專屬性之總統職權而言，例

如憲法第三十六條規定之統帥權、第三十七條規定之公布法令權、第三十八條規定之締結條約與宣戰媾和權、第三十九條規定之戒嚴權、第四十條規定之赦免權、第四十三條規定之緊急命令權(現行增修條文第二條第三項參照)、第四十四條規定之院際調解權、憲法增修條文第二條第四項規定之國家安全大政方針決定權、憲法增修條文第二條第五項規定之解散立法院之權及憲法機關人事決定權(憲法增修條文第三條第一項、第五條第一項、第六條第二項、第七條第二項)等是。至於不具專屬性之總統職權，例如總統於刑事案件中告訴、自訴或應訴，民事或行政訴訟事件中應訴等訴訟權之行使，尚非不許總統委由他人代理為之(註二)。總統依司法院大法官審理案件法規定行使其聲請釋憲權，本席以為亦應作如是觀。而為免仍有凌越總統職權行使專屬性之疑慮，本件聲請函謂「案經呈奉總統核示送請司法院大法官解釋。茲遵示代函請惠予解釋」云云，亦可解為總統府秘書長係轉達總統聲請之意旨，應認係總統行使職權發生憲法疑義所為之聲請。是以本號解釋理由書第一段謂「本件聲請人係總統而非總統府秘書長」，究係本於上述何者而認本件係總統聲請，當委諸學說與實務形成共識。然正本清源之道，仍係有關機關今後為是類釋憲案件之聲請時，明確遵循司法院大法官審理案件法規定之程序為之，此不僅可免除程序上不必要之爭議，且可於無損其尊嚴下，建立守法崇法之最佳典範。

## 二、憲法增修條文第五條第一項規定，於新舊法交替時期未設過渡條款，屬法律漏洞。

憲法第七十九條規定，司法院院長、副院長及大法官由總統提名，經監察院同意任命之。嗣第二屆國民大會於八十一年五月二十八日修正公布之憲法增修條文第十三條第一項規定，司法院院長、副院長、大法官由總統提名，經國民大會同意任命之，不

適用憲法第七十九條之規定。自此項規定實施後，監察院對總統提名之上述人員已無同意任命之權限。同屆國民大會於八十三年八月一日復將上述第十三條第一項調整為第四條第一項。第三屆國民大會又於八十六年七月二十一日將該條修正內容，並變動條次為第五條第一項：「司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經國民大會同意任命之，自中華民國九十二年實施，不適用憲法第七十九條之有關規定。」司法院第六屆大法官係總統於八十三年七月三十日依據八十一年憲法增修條文第十三條第一項規定提名，咨請國民大會同意所任命。由於八十六年憲法增修條文上開規定明定自民國九十二年實施，在此之前所提名之司法院院長、副院長及大法官自無從適用。司法院院長、副院長及第六屆大法官於九十二年十月任期屆滿前如有出缺，其任命程序如何，八十六年憲法增修條文未設規定，屬法律漏洞，嗣經本院釋字第四七〇號解釋，適用八十三年八月一日公布之憲法增修條文第四條規定程序為之。總統乃依據本院上述解釋意旨，於八十七年十二月五日適用八十三年憲法增修條文第四條第一項規定提名司法院院長、副院長及三位大法官，咨請國民大會同意任命，並經該會依此項程序辦理完畢。

八十八年九月十五日、八十九年四月二十五日憲法增修條文復經兩次修正，八十九年憲法增修條文第五條第一項規定並經修正為司法院設大法官十五人，並以其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經立法院同意任命之，自中華民國九十二年實施，不適用憲法第七十九條之規定。然前述司法院院長、副院長及第六屆大法官出缺時之任命程序如何，亦未見增設。經查閱有關之國民大會修憲實錄，第三屆國民大會第四次會議雖有第二十一號修憲提案，擬將八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第五條第一至五項修正為：「司法院設大法官十五人，並以

其中一人為院長、一人為副院長，由總統提名，經國民大會同意任命之，不適用憲法第七十九條之有關規定（第一項）。司法院大法官任期十二年，不分屆次，個別計算，並不得連任。但並為院長、副院長之大法官，其院長、副院長之任期四年，並得連任一次（第二項）。大法官因故出缺時，得依第一項之規定重新任命，其任期以補足原任期為限，但所補任期不足六年者，得再連任一次（第三項）。中華民國九十二年總統提名之大法官，其中五位大法官，任期四年，另五位大法官，任期八年，其餘五位大法官任期為十二年，不適用第二項任期之規定（第四項）。前四項之規定，除任命程序外，其餘自中華民國九十二年起實施（第五項）。」原第四、五、六項維持不變，依序改為第六、七、八項。上述憲法修正提案經國民大會之修憲審查委員會第八次會議決議不通過（見第三屆國民大會第四次會議修憲審查委員會第八次會議速記錄第三十九頁），並送大會確定（見第三屆國民大會第四次會議第十四次大會會議速記錄第十頁），故雖有前述第二十一號修憲提案，然未經通過究係因上述修正案之第一至四項之事由，抑或因第五項事由甚或其他原因，客觀意旨不明，無從查考。

惟司法院院長、副院長及大法官係憲法及其增修條文所設置，並經賦予一定之職權（憲法第七十八條、現行憲法增修條文第五條、司法院組織法第三條及第八條參照），乃憲政體制一環之憲法機關，新舊法交替時，就司法院院長、副院長、大法官出缺時之任命程序既未設規定，復無明文或其他明顯客觀之情事足以表示係有意限制其任命程序之情形下，為維護憲政體制之完整，自應解為係屬法律漏洞，方符事理常情。本院大法官職司憲法疑義之解釋（憲法第七十八條及其增修條文第五條第四項，司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款前段參照），對於憲法增修條文之上述情形，自應為合於憲法整體規範設計之填補。

### 三、憲法對於總統之司法院人事提名權未設限制規定

司法院院長、副院長及大法官之提名權屬於總統，此自憲法第七十九條及其增修條文之相關歷次修正規定（詳如本號解釋理由書第三段）觀之即明，而此項司法院人事提名權，除就大法官之任用資格與其任期，分別於司法院組織法第四條、第五條及憲法增修條文第五條第二項定有明文外，別無其他限制之設。是總統對於司法院之上述人事出缺時，如擬就缺額補行提名，除應受前開規定之規範外，法律上並無其他限制，盡委諸總統之政治判斷（註三）。本號解釋文僅謂：司法院第六屆大法官於九十二年任期屆滿前，大法官及司法院院長、副院長出缺時，其任命之程序，應由總統提名，經立法院同意任命之云云，未增加其他限制，緣故在此。

惟司法院院長綜理院務及監督所屬機關，並為大法官會議主席，司法院院長因故不能視事時，由副院長代理其職務（司法院組織法第七條、第八條，司法院大法官審理案件法第十六條參照）。大法官更須超出黨派以外，獨立行使職權，不受任何干涉（司法院組織法第五條第一項規定參照），是大法官行使憲法所賦予之職權，以為憲法之守護，受審判獨立之制度保障。可見於權力分立之憲政體制下，基於司法人事之上述特性，司法院院長、副院長及大法官之職務與其他政治職務之任命未盡相同。本號解釋理由書謂：司法院第六屆大法官於九十二年任期屆滿前，大法官及司法院院長、副院長出缺而影響司法院職權之正常運作時，其任命之程序，應由總統提名，經立法院同意任命之云云，乃鑑於司法人事上述特性仍應予以正視之苦心。有關機關如擬就司法院上述人事缺額補行提名及任命程序，則其時機如何，或有無斟酌司法院職權是否正常運作之必要等，國人儘可委諸總統之睿智政

治判斷，以及立法院行使同意權時所代表之民意，然若能藉以維護及樹立司法公信，更為萬方所是賴。

本件可決多數通過解釋文及理由書，本席亦表贊同，然似略有未盡，爰提協同意見書如上。

註 一：見李建良著，大法官的制度變革與司法院的憲法定位-從第四次憲法增修條文談起，輯於氏著，憲法理論與實踐（一）第五八一頁（一九九九年七月）。

註 二：學者陳新民有以「避免元首動輒成為『濫訴』之對象，應該考慮在訴訟程序中，給予總統程序上之特權-例如由法務部部長（在自訴案件）及總統府秘書長（在公訴案件）為當然訴訟代理人」（見氏著，中華民國憲法釋論第四八〇頁，八十八年十月，修訂三版）。

註 三：學者李建良有謂：「大法官之出缺是否影響司法院職權之正常運作，乃屬政治判斷之問題，原則上仍應取決於總統，總統若認為有補實之必要者，釋憲者應予以尊重，以符合憲法規定總統享有提名權之意旨。」（見氏著，前揭（註一）文，第五八三頁。）且我國總統對大法官之提名權規定與美國相近，美國總統對於人事提名權之行使，其主動權係決定於總統之裁量，亦可供參考（見林子儀著，美國總統行政首長權初論，輯於氏著，權力分立與憲政發展第一〇三頁，一九九三年四月。）