

憲法法庭 114 年憲判字第 1 號判決

協同意見書

尤伯祥大法官提出

謝銘洋大法官加入

陳忠五大法官加入

本庭有部分同仁認為，憲法第 82 條明文規定，司法院之組織，以法律定之。因此，司法院大法官行使職權之組織形式與作成有效裁判之門檻要求等事項，除憲法已規定外，均應由立法院制定法律予以規定，憲法訴訟法（下稱憲訴法）便是立法院依憲法授權，就大法官行使憲法職權相關事項所為法律規定。大法官須依憲訴法之規定，組成憲法法庭，依法定程序，作成判決。大法官於現有總額不足憲訴法第 30 條第 2 項（以下依本件判決稱為系爭規定二）所定 10 人組織門檻之情況下，不能合法組成憲法法庭，不得進行已受理案件之評議。憲法法庭組織不合法，所為評議與判決自屬違法，進而以此為由，全程拒絕參與本案之評議與評決，並將上述見解以個人聲明方式對外發表。

由於該聲明經媒體報導後，引起廣泛關注，因此本件判決特別於理由內說明，本案的審判並不因未達系爭規定二所定評議門檻而生組織不合法之問題。但為了避免對本件判決的理解失焦，本件判決乃在敘明系爭規定二不能同時作為本案審理之程序規範後，以「附帶一筆」提及的方式，說明本案之審查「自亦」不生違反系爭規定二之組織不合法問題。對於上述考量及處理，本席敬表贊同，但認為由於並未說明何以部分同仁之論點未能說服本庭其他成員，恐未能盡釋根據其等聲明對本案審判組織合法性提出之質疑。因此，爰提出協同意見，指出其等論點可商榷之處：

一、該部分同仁有關大法官審查系爭規定二時應受其拘束之論點， 陷大法官於循環論證或踐行違憲程序之兩難困境

該部分同仁之所以執本庭現有成員總額不足系爭規定二所定 10 人評議門檻，不能合法組成憲法法庭為由，全程拒絕參與本案之審理及評決，係因其等認為本庭對系爭規定二進行違憲審查時，應受其拘束。

惟，大法官職司護憲，其行使憲法上職權以守護憲法時，應忠於憲法，也僅忠於憲法。因此審理案件時，不但應以憲法為判斷之準繩，而且踐行之程序亦應符合憲法。故憲訴法之規定必以合憲為前提，始得作為大法官審理案件時之程序規範。若憲訴法之規定抵觸憲法，其適用反將致審理之程序違反憲法，則大法官基於其護憲職責，自應優先遵守憲法（司法院釋字第 371 號解釋意旨參照），不受抵觸憲法之憲訴法拘束。

於本案，若大法官以系爭規定二作為審查其自身合憲性時之程序規範，則自必以系爭規定二合憲為前提，如此不啻尚未進行實體審理，即因所踐行之程序必須合憲而預設系爭規定二合憲之結論，難免循環論證之嫌。另一方面，若依系爭規定二進行評議後得其違憲之結論，卻反使大法官得此結論所踐行之程序違憲。由上可知，若以系爭規定二作為本案審查時之程序規範，將陷大法官於循環論證或踐行違憲程序之兩難困境。正是為了避免陷入此等兩難困境，本件判決否定系爭規定二得作為審查自身是否違憲之程序規範，進而據以得出本案之審查不生違反系爭規定二之組織不合法問題。

部分同仁認為審查系爭規定二時應受系爭規定二拘束之見解，自陷上述兩難困境中的循環論證謬誤。雖然推定容許推翻，依系爭規定二所定之評議及評決門檻作成違憲宣告，於邏輯上仍屬可能，從而形

式上似可逃脫循環論證之陷阱，但如此一來卻落入兩難困境的另一端，即大法官因而踐行了違憲程序。

二、無論是作為違憲審查之標的，抑或作為大法官行使職權所適用之法律，憲訴法都不應受合憲推定而拘束大法官

認為系爭規定二得作為審查其自身是否違憲時之程序規範的見解，實係在審查系爭規定二前先推定系爭規定二合憲。

惟，大法官既僅忠於憲法，不受抵觸憲法之憲訴法拘束，則於行使職權時，本應基於對憲法之忠誠義務，自行判斷案內相關憲訴法規定之合憲性並決定是否適用，而不得逕行推定合憲而自願受其拘束，否則不僅可能導致個案之審理程序違憲，甚至將貽立法院藉憲訴法之制定或修正侵奪甚至架空大法官職權，進而擺脫憲法拘束之機。如此結果，全然悖離憲法根據權力分立、制衡之原理，設大法官掌理法律違憲審查權之目的。

進一步言之，違憲審查權屬司法權之一環，行使時應謹守中立客觀、不偏不倚之立場，不應以推定受審查之法律合憲或違憲作為審查之起點，這與作為法律解釋方法之合憲性解釋截然不同。一旦成為審查之客體或對象，憲訴法與其他法律無殊，不應因其係大法官職權上適用之法律而享有受合憲推定之特殊待遇。

綜上，無論是作為大法官行使職權所適用之法律，抑或作為違憲審查之標的，憲訴法都不應受合憲推定。本件判決於釐清大法官之職權行使是否必受憲訴法拘束時，既揭明立法院本於直接民意授權所制定之憲訴法，在不抵觸憲法的前提下，大法官自應尊重，不得一概摒棄不用，但若封鎖、妨礙大法官行使職權，大法官即不應受其拘束，以免憲法的最高法位階性落空等旨，則不得預先推定憲訴法合憲之意已寓其中，從而本庭部分同仁先推定系爭規定二合憲，進而據以主張

本庭因現有總額不足系爭規定二所定門檻而不得審查系爭規定二的見解，自然不能說服多數意見。

三、 系爭規定五及六不得被類推適用為本案審查時之程序規範；即使類推適用，也無法使大法官擺脫上述兩難困境

該部分同仁在堅持大法官應受系爭規定二拘束的前提下，為了繞開系爭規定二的限制，在本案評議以外的審查會中，主張目前這種因政治部門未能產生繼任人選，致大法官缺額 7 人而未達系爭規定二所定評議及評決門檻之情形，屬自始存在之規範漏洞，進而應類推適用於系爭規定五及六，亦即將出缺 7 人比照迴避達 7 人之情形處理，而得出以現有 8 名大法官全體參與為評議門檻、四分之三即 6 人之同意為違憲宣告門檻（下稱類推適用說）。

惟，系爭規定五既稱迴避人數「超過 7 人以上」，則依其字面之明白文義，乃指至少 8 人，從而與系爭規定六之「未迴避之大法官人數低於 7 人時，不得審理案件」合併適用的結果，僅有大法官現有總額為 15 人，其中 8 人迴避，且未迴避之人數不低於 7 人之情形，始不適用系爭規定二，而適用系爭規定五之評議及評決門檻。類推適用說無視「超過 7 人以上」之明白文義，強將「超過」解釋為「達」，而將「超過 7 人以上」解為「7 人以上」，謂系爭規定五及六所規範者係大法官迴避人數達 7 人之情形，進而將「迴避達 7 人」類比為「缺額達 7 人」，根本是肆意穿鑿，恣行扭曲文義。

其實，稍加思考，亦可發現類推適用說也沒有繞開系爭規定二，根本無濟於事。蓋其等之所以想要類推適用系爭規定五及六，不正是因為自願受系爭規定二拘束？因此，在類推適用這兩項規定前，其實已先適用了系爭規定二，從而類推適用說終究仍在上述兩難困境內打轉。進一步言之，所謂類推適用，無非就是要適用被類推的規範，因

此類推適用說最終還是適用了系爭規定五及六，亦即須先推定系爭規定五及六合憲，進而作為審查其自身是否違憲之程序規範。就此而言，類推適用說不但逃不出上述兩難困境，反而越陷越深。

再者，於有大法官依法迴避之情形，迴避之大法官仍屬在任，僅是不計入現有總額之人數而已（憲訴法第 12 條參照），與大法官繼任人選產生前之缺額狀態截然有別。系爭規定五及六所規範者，係大法官因迴避而不計入現有總額之人數後，系爭規定二之評議及違憲宣告評決門檻是否相應調整的問題，與大法官因缺額而未達系爭規定二所定門檻之情形，毫無類似性可言，自不得濫行類推適用於後者。尤其，系爭規定五及六是民眾黨團於二讀會逐條討論時提案之再修正動議，並無書面立法理由，提案之民眾黨團亦未於逐條討論時以口頭加以說明，更不應妄行推斷其立法目的是為使大法官於現有總額不足 10 人（無論是因迴避或缺額所致），但有 7 人以上時，仍得例外以較嚴格之評議及評決門檻作成裁判，進而以此無中生有之立法目的作為類推適用之前提，否則誠屬郢書燕說矣。

何況，法官有優先遵守憲法之義務，即使要進行類推適用，亦應以被類推適用之法規範合憲為前提。惟，系爭規定五及六既有本件判決所指違憲情形，更不可能作為類推適用之對象而成為本案審查時之程序規範。

四、大法官之職權行使不是法律保留事項

拒絕參與本案評議之同仁之所以推定系爭規定二合憲，進而作為審查其自身違憲與否之程序規範，係因其等認為大法官行使職權之組織形式與作成有效裁判之門檻要求等事項，除憲法已規定外，均應由立法院制定法律予以規定。此等見解實係主張大法官之職權行使是法律保留事項，須待立法院制定法律始得行使，且僅得依立法院制定之

法律行使（下稱法律保留說）。

然而，憲法既為確保自身在規範層級中之最高性，防止法律凌駕憲法，而基於權力分立之原理，設大法官掌理法律之違憲審查以制衡立法權，則同時保障大法官得以獨立、自主行使此項職權，不受立法權干預或妨礙，自屬當然。此所以各該規定司法院乃至大法官職權之憲法條文，均無「依法」行使職權之文字。蓋若大法官須「依法」始得行使職權，則一旦立法院怠於立法，即可產生全面封鎖大法官職權行使之效果，而且也貽立法院藉立法干預或妨礙大法官職權行使之機，進而否定了大法官獨立行使職權之自主性，形同由球員來決定裁判可否及何時吹哨，凡此均殊悖憲法設置大法官以制衡立法權之目的，不能見容於權力分立原則。故，大法官之職權行使，絕非法律保留事項。

雖然除憲法增修條文第 5 條第 4 項規定大法官應組成憲法法庭行使審理總統、副總統彈劾及政黨違憲之解散事項外，大法官其餘職權之行使並未列為憲法保留事項，故立法院仍得就此範疇內之事項立法，惟，得否行使立法權與是否屬法律保留事項係屬二事，不能單從法律之制定推論出該法律所規範之事務係法律保留事項。故，不能據憲訴法（或其前身之司法院大法官會議法、司法院大法官審理案件法）之制定而謂大法官之職權行使係法律保留事項，進而謂大法官之職權係來自於此等立法，須「依法」始得行使。於 47 年 7 月 21 日司法院大法官會議法公布施行之前，大法官即係依 37 年 9 月 15 日大法官會議第一次會議通過、司法院翌日公布施行之司法院大法官會議規則審理案件，並作成司法院釋字第 1 號至第 79 號解釋，適可徵大法官不待立法院制定法律即可自主行使職權，並未以法律保留說自縛手腳。另一方面，即使已為此等立法，大法官行使職權之自主性亦不因此歸於消滅。於司法院大法官會議法、司法院大法官審理案件法施行時期，

大法官即已本於上述自主性，為貫徹釋憲制度保障人民權利及維護自由民主憲政秩序之目的，導入上開法律所無之對聲請人有利解釋之救濟效果、法官聲請解釋及暫時處分等制度（司法院釋字第 177、185、371、585、599 及 725 等號解釋參照）。憲訴法施行後，本庭 111 年憲判字第 6 號判決亦指出，本庭仍得受理憲訴法無明文規定之訴訟類型或程序。

以上各端，於本件判決揭明大法官如何行使職權，並非必須來自法律的規定之旨時，已有部分述及，本席爰予補充，並指出判決之該部分論述雖非直接對應，但實已否定法律保留說。

五、縱訴諸憲法第 82 條，也不能導出大法官之職權行使係法律保留事項之結論

法律保留說之根源，應係訴諸憲法第 82 條，以為大法官行使職權之組織形式與作成有效裁判之門檻要求等事項，均屬該條所稱以法律規定之司法院組織，因此係法律保留事項。

依憲法第 82 條「司法院之組織，以法律定之」之規定，司法院之組織固係憲法明定之法律保留事項，惟，立法院根據此項授權制定司法院組織相關法律時，仍應遵守權力分立原則，不得侵犯司法獨立，從而除不能抵觸憲法中相關明文規定外，亦不能侵犯司法權之權力核心領域，或對司法權之行使造成實質妨礙，甚至侵奪憲法賦予司法權之核心任務或逕行取而代之，而使司法權與立法權彼此間權力關係失衡（司法院釋字第 613 號解釋意旨參照）。從而，縱認大法官行使職權之組織形式與作成有效裁判之門檻要求等事項屬司法院之組織事項（實則不是，如後述），惟，立法院若於有關司法院組織之法律中規範該等事項，進而有抵觸權力分立原則之情形，大法官仍應獨立、自主行使職權，不受該等立法拘束。由此可見，縱訴諸憲法第 82 條，

法律保留說仍無法導出本庭應受系爭規定二拘束之結論。簡言之，從憲法的高度俯視，即輕易可知這是無效的論證。法律保留原則是憲法的子女，不應長成反噬憲法的怪物。

進一步言之，如前所述，大法官應依據憲法—而非「依法」—自主行使職權，係憲法為確保大法官發揮權力分立架構之制衡功能所為之基本決定，憲法第 82 條之規範內涵自應與此項基本決定保持一致。憲法不可能右手設置大法官制衡立法院，左手卻在憲法第 82 條授權立法院立法擺脫大法官之制衡。因此，規定於憲法第 82 條之法律保留事項，應嚴格限於司法院之組織事項，而不及於大法官之職權行使事項。憲法增修條文第 5 條第 1 項規定司法院設大法官 15 人，並以其中 1 人為院長、1 人為副院長，固係就司法院組織所為之規定，但同條第 4 項有關大法官應組成憲法法庭審理總統、副總統之彈劾及政黨違憲解散事項，則係就大法官職權行使方式所為規定，不能據此謂憲法已將憲法法庭規定為司法院之組織。從而，憲法法庭合議時之評議及評決門檻，仍屬與大法官職權行使有關之事項，不在憲法第 82 條之法律保留範圍內。

因此，系爭規定二有關憲法法庭評議及評決門檻之規定，係就大法官職權行使事項所制定之法律，與憲法第 82 條無涉，此參諸司法院組織法第 3 條尤明。蓋司法院組織法第 3 條雖規定大法官依法成立憲法法庭行使職權，但將該條 108 年 12 月 31 日修正前之條文：「司法院置大法官十五人；其職權之行使，另以法律定之。」與 108 年 12 月 31 日修正之立法理由：「配合憲法訴訟法對於大法官職權行使方式之修正，於本法明定憲法法庭之組織。」對照，即可知該條規定亦係將組成憲法法庭理解為大法官行使職權之方式，並認為憲訴法所規範者係大法官職權之行使，不在司法院組織法之範疇內，故「另以法律定之」。大法官雖係依憲訴法組成憲法法庭審理案件，惟不能因此即

謂審理之權限係由憲訴法所賦予，故必符合憲訴法之規定始得審理案件。

綜上，憲訴法與憲法第 82 條無關，法律保留說殊有誤會。本件判決將系爭規定二至六定性為規範大法官如何行使職權的法律，而非就憲法法庭的內部結構、人員配置及事務分配等組織性事項的規定，即寓此旨，爰予指明。

六、自由民主憲政秩序已面臨存亡危機，大法官責無旁貸，必須以現有總額審理本案並作成判決

在林肯（Abraham Lincoln）與其政治對手道格拉斯（Stephen Arnold Douglas）多次以奴隸制存廢為主題的著名競選辯論裡，林肯主張在憲法的平等原則下，就連以正當方式構成的民主多數使某些人成為他人奴隸的能力都應受到限制，而道格拉斯則主張，沒有比民主更高的原則，各州與美國領地有權自行決定蓄奴問題，不受聯邦干涉。

隱藏在上述對立主張背後的，其實是民主與憲政之間始終存在的辯證關係。一方面，除了統治權來自被統治者授權的民選政府外，任何不經被統治者認可或授權而進行統治的政府，都不可能自願在憲法約束下進行統治（無論憲法的來源為何），因此沒有民主，就沒有憲政；另一方面，權力的天性是任性而不願受到拘束，因此即使是民選政府，也經常想擺脫憲法的約束，如果沒有一套有效的機制抑制民選政府掙脫憲法約束的衝動，即使是人民制定的憲法也注定淪為政治宣言。徵諸歷史，有志專制的野心家經常在民主多數的支持下掌權，然後以經由民主程序產生的法律拆解憲法中的權力制衡系統，進而逐步取消民主。質言之，不受憲法約束的民主是專制乃至極權統治的溫床，往往迎來自殺的結局。因此，任何以保障個人自由作為國家存在目的

之民主國家，都不會把不受約束的權力授予民主多數¹，其憲法通常會配備違憲審查機制以確保自己不被民主殺死，並防止民主自殺。這套機制一旦失靈，憲政秩序與民主都將危在旦夕。在 20 世紀迄今的眾多民主倒退案例裡可以觀察到，自由民主憲政秩序經常不是一夕消亡，而是逐步崩解。在這個過程中，由於大多數國家的憲法將違憲審查的任務交給司法權，攻擊權力分立架構下最為弱勢、最沒有抵抗能力的司法系統，幾乎總是起手式²。因此，對於司法系統的攻擊，無論是來自行政權或立法權，都應被認真看待為已敲響憲政存亡的警鐘。

法律保留原則放在權力分立的架構下理解，其實是在處理哪些事務應該交給國會做決定的問題，因此大法官之職權行使是否屬法律保留事項這個問題的本質，不脫上述憲政與民主間的辯證關係。即使沒有前述就相關憲法法理的分析與論證，單從這個角度切入問題，答案也是一目瞭然：若將大法官的職權行使當成應由國會決定的法律保留事項，就等同宣判違憲審查制度死刑。如果再進一步從這個角度觀察本次修法與立法院行使大法官人事同意權的脈絡關係，不僅答案更為清楚，而且可以看出我們寶貴的憲政秩序已因本次修法而陷入存亡危機。

總統於 113 年 8 月 30 日就許宗力院長等 7 位大法官於同年 10 月 31 日卸任所生之大法官缺額，足額提名繼任人選，惟，立法院於行使同意權之前，先在同年 12 月 20 日三讀通過以高於大法官現有總額 8 人之 10 人評議門檻及 9 人違憲宣告評決門檻為主要內容之系爭規定一至七，然後於同年 12 月 24 日投票，全數否決 7 位大法官被提名

¹ 法蘭西斯・福山 (Francis Fukuyama)，自由主義和對其的不滿 (Liberalism and Its Discontents)，黃中憲譯，時報出版，2024 年 3 月，第 191 頁。

² 摩伊希斯・奈姆 (Moisés Naím)，以民主之名的獨裁：民粹、兩極分化、後真相，戕害自由的 21 世紀「權力遊戲」(The Revenge of Power: How Autocrats are Reinventing Politics for The 21st Century)，陳於勤、洪婉禎譯，商周出版，2022 年 10 月，第 46 至 52 頁。

人。而系爭規定一至七在 114 年 1 月 23 日公布後，總統於同年 3 月 21 日再度足額提名繼任人選，立法院則至同年 7 月 25 日始行使同意權並再度全數予以否決。綜觀上述歷程，立法院是在明知大法官現有總額為 8 人之情況下，先修法規定高於 8 人之評議及違憲宣告評決門檻，然後兩度全數否決總統足額提名的大法官繼任人選，將大法官之現有總額「凍結」在不足 10 人評議門檻的狀態迄今。

顯然，高於 8 人之評議及違憲宣告評決門檻是針對本庭僅餘 8 位成員之現狀而來，其目的是將大法官之違憲審查、暫時處分、審理總統、副總統彈劾及政黨違憲之解散事項等職權，「凍結」至立法院同意至少 2 位大法官繼任人選之提名為止。無論本次修法是否有使總統在行使大法官提名權之前必須先徵詢、尊重立法院意見之圖謀，這種將人事同意權「綁定」大法官職權的立法，已使立法院得藉人事同意權之行使決定大法官能否發揮應有之憲政功能（人事同意權與 10 人評議門檻結合，可決定大法官能否行使職權；與 9 人評決門檻結合，則可操縱大法官作成違憲宣告之難易），在最極端的情況下，甚至可以不經修憲就實質廢除大法官掌理的違憲審查制度。這不僅是對大法官職權及司法獨立的嚴重侵犯，同時也使立法院得以凌駕於大法官之上，進而擺脫大法官違憲審查權的制衡，得以將憲法中五權平等、彼此相維之權力分立架構，朝國會至上或國會優位之體制「演變」，實際上就是立法院在本庭 113 年憲判字第 9 號立法院職權行使法等案後再一次的自行擴權，而這次露骨地表現出掙脫憲法約束之意圖，對自由民主憲政秩序造成的威脅，更甚於立法院職權行使法等案。本件判決以系爭規定二缺乏應有配套，致大法官之職權行使易因立法院人事同意權行使結果面臨停止之風險為由，宣告其違反權力分立原則，其實是體認到上述憲政與民主間的辯證關係，而含蓄地指向本次修法最能危及憲政秩序之處：憲法的自我防衛機制「故障」後，立法院固

然可將憲法置諸腦後，為所欲為，其他政府部門又何嘗不能競相違憲？一旦如此，憲政秩序就會開始逐步瓦解，民主的消亡恐怕也是指日可待。

在這樣的險峻危局中，大法官自行掙脫立法院所加桎梏，勇於行使職權，是唯一出路。這不僅是因為護憲原本就是憲法課予大法官的職責，而且也是因為若其他政府部門自行宣布立法院制定之法律違憲而拒絕執行或遵守，並藉以與立法院拮抗，則國會將不再能有效監督、制衡其他政府部門，也會演成行政權與立法權競相違憲的局面，最終仍是憲政與民主兩敗俱傷甚至俱亡的結局。因此，眼見自由民主憲政秩序已面臨存亡危機，大法官責無旁貸，必須在為時已晚之前，以現有總額來審理本案並作成判決，不能繼續束手坐視立法院自行擴權。也正因為深切體認此時此刻履行職責的迫切與必要，不得不基於對憲法之忠誠義務，將持續不參與評議的同仁自現有總額中排除，俾及時發揮大法官守護憲法之憲政功能。