

107 年度憲三字第 5 號聲請案不受理決議不同意見書

黃虹霞大法官提出

法官當然可以以命令違憲逕行拒絕適用嗎？地方自治條例相當於命令嗎？

法官不可以以命令有違憲疑義聲請釋憲嗎？

本件聲請是本院釋字第 371 號解釋聲請之地方版，有受理作成解釋之價值。

傳燈，代代相傳！

身為法律人的我特別喜歡維摩詰居士！是因為由維摩詰經所看到的維摩詰居士平等對待眾生，說理出人意表但被說者無不心服！每次讀都有不同收穫。這一次聽寬謙法師講維摩詰經，才注意到與持地菩薩、魔王波旬及他的一萬二千天女有關的傳法無盡燈這一段。突然有所感。法學教授是傳燈，傳正法（法律正知識）的薪火，很多好文章的作者也是傳燈人，大法官寫意見書尤其是在廢止速紀錄的這個時候，留下書面說明所以持少數不同意見之理由，讓世人、後人有第二種思考可能，也是一種傳燈吧！本於這種想法，不敢懈怠，決定從廢紙簍中救出本案資料，寫本件不同意見書，但這一次主要是針對法律人提出粗淺看法，想要呼喚：請再想想看……。

本件爭點：地方自治條例是不是當然非法官得聲請釋憲之客體？本件不受理決議係認為法官聲請釋憲只能以立法院通過之法律為客體，而地方自治條例不是立法院通過之法律，故法官不得以地方自治條例為聲請釋憲客體。本件涉及 1、法官得聲請釋憲之客體是否僅限於立法院三讀通過之法律？2、地方自治條例之性質、位階即是否不具法律性質？尤其核心前提爭議在於：1、在現行憲法規定下，法官可否以命令違憲逕行拒絕適用之（即依我國憲法，法官有無命令違憲審查權）？暨 2、法官是否因有權以命令違憲拒絕適用命令，故就命令是否違憲之疑義，應自為裁斷，不得另聲請大法官解釋？謹略分述拙見如下：

一、法官得聲請釋憲之客體應僅以立法院三讀通過之法律為限嗎？

(一) 司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 2 項規定：「最高法院或行政法院就其受理之案件，對所適用之法律或命令，確信有抵觸憲法之疑義時，得以裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。」依此規定，最高法院或最高行政法院得聲請釋憲之客體包括法律或命令。即非僅法律而已。為什麼大審法要將命令納入最高法院等可以聲請釋憲之範圍？最高法院可以針對命令聲請釋憲，法官如果不可以，其理由何在？查上開大審法規定併將法律、命令納入之理由應該是在於：憲法第 78 條規定之違憲解釋及統一解釋之客體包括法律及命令，而憲法第 79 條第 2 項更明定第 78 條事項由大法官掌理，故包括法律及命令之違憲審查權均屬大法官。¹是命令是否違憲疑義不當然應被排除在法官聲請釋憲範圍之外。

(二) 各級法院法官之所以有權釋憲，不是緣於法律（大審法第 5 條第 2 項）規定，而是本院釋字第 371 號及其相關補充解釋（釋字第 572 號及 590 號解釋），此除了比對大審法規定文義已很明確外，由本院作成上開三解釋之事實及其內容也可知之。這就是本席之所以在釋字第 793 號黨產案解釋之協同意見書中稱：「法官得聲請釋憲非法所明定，而係源於本院釋字第 371、572、590 號解釋」之理由，本席說法有所本，也非出於錯誤，有媒體指摘本席錯誤，趁此機會先予說明澄清。大法官意見應受公評，但希望相關評論係建立在事實基礎之上，才能確實發揮評論之公益價值，共策進步。希共勉。

(三) 關於本院釋字第 371 號等解釋，固然認法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵

¹ 司法院大法官審理案件法第 5 條第 2 項之立法理由為：「為使最高法院或行政法院就其受理之案件有釋憲聲請權，爰於第五條增列第二項……。」大法官不是立憲、修憲者，或許讓法官有法律、命令違憲審查權不當然不好或有可能更好，但大法官應忠於憲法，在我國憲法架構及規定下，大法官無權超越憲法規定以作為或不作為，賦與其他任何人包括法官，法律及或命令之違憲審查權。

觸憲法之疑義者，自應許其聲請解釋憲法，以求解決等語。但何謂法律，則僅第 371 號解釋稱「依法公布施行之法律」（不當然應解為以立法院三讀通過為限）。至大審法第 5 條第 2 項所稱「命令」，則完全未見諸上開三解釋。而且因本院釋字第 371 號解釋之聲請解釋函（即立法院聲請函。該案係立法院以立法院與司法院間，針對法官可否以立法院三讀通過之法律違憲為由，逕予拒絕適用乙節之見解歧異為由聲請統一解釋，立法院認為許法官逕行拒絕該院通過之法律，侵害立法權，違反三權分立原則），係針對立法院與司法院關於「法院審查立法院通過之法律是否抵觸憲法」之爭議，因此，本院釋字第 371 號解釋案當然不可能及於地方立法機關通過之地方自治條例甚或命令。從而，宜否因釋字第 371 號等解釋針對所爭議之立法院通過之法律為解釋，即當然認為地方自治條例及命令必不得為法官聲請解釋之客體，應屬有疑，似值再斟酌。

（四）基此，因本件聲請案係由花蓮地院法官聲請，而且是此類聲請案中之第一件針對地方自治條例規定為聲請者，故本件有原則重要性，固有由全體大法官一起審查之必要，本席乃認應提交全體大法官決議。

（五）查如上所述，除由憲法第 78 條及第 79 條第 2 項規定可知：大法官之憲法解釋或統一解釋，其客體包括法律及命令外，與法官釋憲聲請相關之大審法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項亦係將「法律」與「命令」（第 4 條第 1 項還包括地方自治法規）併列為解釋憲法之客體，而大審法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項既然併列命令，則不是表示命令也可以是法院聲請釋憲之客體嗎？本院釋字第 371 號等三解釋，當然應或已排除命令為法官釋憲聲請之客體嗎？非無疑義，而有澄清必要。是單就此而言，因地方自治條例縱不具法律性質，但至少係命令位階（依大審法第 4 條第 1 項規定，地方自治法規本身即屬大法官解釋憲法之事項），故本件聲請似不當然應不受理。

二、在現行憲法規定下，法官有命令違憲審查權嗎？

此一命題不是全無爭議。²除了如上所述，現行憲法第 78 條、第 79 條第 2 項及大審法第 4 條、第 5 條第 2 項明定命令之違憲審查權在大法官外，大法官也宣告很多命令合憲或違憲。³

查憲法第 78 條係稱「憲法解釋」，故本可包括合憲及違憲兩種解釋結果可能。就其中命令合憲部分：因為法官原本即有適用憲法義務，故其認為命令合憲時，逕予適用，乃其職權之正當行使，顯然不必要先裁定停止訴訟，另聲請大法官解釋；且遇此情形，如人民認法官所適用之命令違憲，可依大審法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請釋憲救濟，足堪保障人民基本權，沒有問題。然則就法官認為命令違憲部分：如果依通說及司法實務，肯認法官有命令違憲審查權，即不必裁定停止訴訟，有權逕以命令違憲拒絕適用，則主張命令合憲，並因法官認命令違憲而受不利確定裁判之人民，卻沒有救濟機制。如果就此種情形，課法官亦應或賦予法官得先聲請大法官解釋，則不但較符合保障人民基本權之旨，且更符合憲法合憲、違憲解釋權均歸大法官之規定。

此外，除了憲法第 78 條、第 79 條第 2 項及大審法第 4 條、第 5 條第 2 項明文包括命令抵觸憲法疑義字樣外，司法院司法改革委員會 84 年會議結果，也認為法官對所適用之命令確信有抵觸憲法之疑義時，得聲請大法官解釋，⁴亦值參考。

又如認法官有命令違憲審查權，則因法官認命令違憲拒絕適用而其基本權受侵害之人民，依目前大審法及未來憲法訴訟法規定，均無法循聲請解釋憲法或統一解釋救濟，如此，如何合於憲法特設大法官保障人民基本權之意旨？

² 請參閱翁岳生，〈論命令違法之審查〉，收於氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 109 以下（11 版，1990）及翁岳生〈論法官之法規審查權〉，《臺大法學論叢》，24 卷 2 期，頁 87 以下（1998）。雖然由翁教授上揭後文末稱「法官之命令違憲審查權，無論理論或實務上已有定論」可知翁教授及通說見解係肯定法官有命令違憲審查權。

³ 例如本院釋字第 700、717、734、739、765、776、779 號等解釋。

⁴ 請參見前揭註 2，翁岳生，〈論法官之法規審查權〉，頁 106。

三、法官聲請解釋地方自治條例是否違憲案件有受理價值，且地方自治條例應得為法官聲請憲法解釋之客體

(一) 地方自治條例規定之性質、定位如何？本院歷來解釋也沒有明確見解，⁵故也有透過受理本件聲請作成解釋釐清，以供日後準則之必要。

(二) 特別是本件聲請所涉爭議與地方自治在我國憲法上之地位，也具關聯。因為如果認為地方自治條例不能作為法官釋憲聲請之客體，其實質意涵即可能被當然解讀為法官可以以違憲為由，逕行拒絕適用地方自治條例規定。此一爭議正是本院釋字第 371 號解釋之地方版（只是聲請者由立法機關變更為承辦法官而已）。法官當然可以以違憲為由逕行拒絕適用地方自治條例規定，不必另先經聲請釋憲程序嗎？在憲法第 78 條及第 79 條第 2 項規定下，好像不是自明之理，那麼想當然耳！又依本院釋字第 371 號解釋，法官不得逕以法律違憲為由逕行拒絕法律之適用，法律如此，命令如不然，又為什麼呢？本非無疑已如上述，且此一疑問與命令抵觸法律之議題不同，應勿混淆。⁶

(三) 本席基於下列理由認為，地方自治條例不當然非法官聲請釋憲之客體：

1、除了法律外，命令之違憲審查權也屬大法官，此由憲法第 78 條、第 79 條第 2 項及大審法第 4 條、第 5 條第 2 項

⁵ 本院釋字第 738 號解釋理由書第 4 段稱：「基此，地方自治團體倘就其自治事項或依法律及上級法規之授權，於合理範圍內以自治條例限制居民之基本權，與憲法第二十三條所規定之法律保留原則亦尚無抵觸。」該號解釋指出自治條例有法律保留原則之適用，並強調地方自治團體就其「自治事項」或依法律授權，以自治條例限制居民之基本權，與法律保留原則無違。惟該號解釋尚難謂已明示地方自治條例之性質、定位。

⁶ 其理由係因：依憲法第 78 條及第 79 條第 2 項規定，法令違憲審查權屬大法官；而依憲法第 80 條規定，法官依據法律審判。即命令違憲爭議與命令抵觸法律爭議不同，權責分屬大法官、法官。法官有權審查命令是否抵觸法律，得以命令抵觸法律無效拒絕適用命令，不等於因命令抵觸憲法亦無效，故法官即有權審查命令是否抵觸憲法，且得不待大法官解釋，以命令違憲為由，逕行拒絕適用命令。又本院釋字第 216 號解釋係針對司法行政上命令之見解而為，應屬確當，但亦係關於命令抵觸法律，不涉及違憲審查，故本院釋字第 216 號解釋亦不當然可作為法官有命令違憲審查權之依據。

文義應甚明。而地方自治條例至少具命令位階，法官如認所應適用之地方自治條例有違憲疑義，至少事涉命令違憲審查事項，似不當然全無應先或退步言可先依循聲請大法官釋憲程序辦理，而僅得逕認地方自治條例違憲，拒絕適用之可能。更何況法官有權逕以命令違憲為由拒絕適用之，與法官認有是否違憲疑義而聲請解釋，係二回事，二者應必然相互排斥嗎？好像不必然。

2、本院釋字第 371 號解釋係基於權力分立之憲政原理而為解釋（該解釋之理由書第一句參照），此部分堪予認同。本件爭議也應循權力分立原則為觀察。

3、在權力分立原則下，行政權、立法權及司法權分立制衡。所稱立法權，當然等同立法院之立法權嗎？憲法第六章章名固為「立法」，但其第 62 條稱「立法院為最高立法機關」（稱「最高」，應表示非唯一，還有其他立法機關；此正如司法院非唯一司法機關，各級法院、法官均屬司法範疇），且第十章各條分別明定「中央立法」與「地方立法」事項，即肯定地方也有「立法權」。是依權力分立原則，由地方立法機關（議會）通過之地方自治條例難謂當然非立法權之作用物，而當然無拘束法官之效力；即如法官以其違憲逕予拒絕適用，不當然無礙權力分立原則。尤其是專屬地方自治權部分，如憲法第 110 條及第 111 條有一縣性質者部分，如果法官可以違憲為由逕予拒絕適用，沒有違反權力分立原則嗎？

4、或謂依憲法第 80 條規定，法官依據「法律」獨立審判，而「法律」係專指立法院三讀通過、總統公布者。惟憲法第 80 條並沒有這樣地限定說，而且雖然憲法第 170 條規定：本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。但很多命令都被法官援引為審判依據，如果憲法第 80 條所稱「法律」當然不包括命令，那法官為什麼可以援引命令為依據而仍無違依法裁判之旨？由本院釋字第 38 號解釋意旨⁷

⁷ 本院釋字第 38 號解釋文：「憲法第八十條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章均行排斥而不用。至縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利。」本號解釋係依行政院聲

可知：憲法第 80 條所稱依據法律，係以法律為審判之主要依據，並非當然排除行政規章。⁸是憲法第 80 條似不當然可作為法官就全部命令均可逕行拒絕適用之依據。

5、又就所有命令，如果法官都當然可以拒絕適用，那以民事訴訟為例：為什麼民事訴訟法第 467 條起之上訴第三審規定，不稱「違背法律」，而稱「違背法令」、「不適用法規」。由此即可知，法官不當然可以拒絕適用全部命令。另如法官不適用命令或牴觸法律適用不當，應受上級審監督，沒有疑義。惟如果逕以命令違憲而拒絕適用，關於命令違憲與否還是應由其上級審監督嗎？如果是，法院是不是在作命令違憲審查，這跟我國憲法第 79 條第 2 項及第 78 條特設大法官職司憲法解釋之意旨，沒有牴觸嗎？

6、法官為什麼可以拒絕適用命令呢？此部分可能涉及司法權與行政權分立制衡原則。法官有權，是因為「依法裁判」屬法官當然職權嗎？但本院釋字第 371 號等解釋已否定法官有權以法律違憲逕行拒絕適用法律，不是表示「依法裁判職權說」有可能站不住腳嗎？如果依法裁判職權說也不那麼堅強有力，那還可能是什麼堅強理由，可以支持法官，而既符合與行政權之權力分立、且符合憲法第 79 條第 2 項規定呢？本席初淺研究後，從本院釋字第 137 號解釋及尚未施行之憲法訴訟法第 55 條立法理由，⁹看到法官至少應不當然可以拒絕適用所有的命令。因為依據憲法訴訟法第 55 條立

請作成。

⁸ 請參見前揭註 2，翁岳生，〈論法官之法規審查權〉，頁 91。

⁹ 憲法訴訟法第 55 條之立法理由：「……二、法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決，業經司法院釋字第三七一號解釋闡釋明確，爰依該解釋意旨，修正現行條文第五條第二項所定僅最高法院或行政法院得聲請大法官解釋之規定，明定各法院於審理案件就所應適用之法律，確信有違憲者，均得聲請解釋……五、行政命令是否違憲，各法院應自為審查表示其合法適當之見解（司法院釋字第一三七號解釋參照），爰排除在各法院得聲請憲法法庭判決之列。……。」立法院議案關係文書院總第 445 號政府提案第 16269 號，頁政 168-政 170。

法理由所引本院釋字第 137 號解釋意旨，¹⁰連各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，法官都「未可逕行排斥而不用」，只是「仍得依據法律表示其合法適當之見解」而已（沒有肯定法官可以命令違憲為由逕行拒絕適用）。¹¹準此，在憲法第 78 條及第 79 條第 2 項規定下，不但法律，連命令含行政釋示及一般性行政命令是否違憲之爭議，似應認均涉及憲法解釋，而屬大法官之職權。¹²

7、末查本件爭點與地方自治條例之性質、定位亦相關。法之位階依序為：憲法、法律及命令。地方自治條例固非憲法，且因非中央法規，故也不是中央法規標準法所稱（中央）法律，均無疑義。惟法律僅指中央法規中由立法院三讀通過、總統公布者嗎？如上述之憲法第 110 條及第 111 條專屬地方自治事項而由地方立法機關（議會）通過之地方自治條例規定似應認為具法律性質，¹³而得為法官聲請釋憲之客體。又由憲法訴訟法第 55 條係以「法律位階法規範」作為法官釋憲聲請之客體（不再稱「法律」），且其立法理由¹⁴係援引本院釋字第 371 號及 137 號解釋，而因地方自治條例規定顯然非本院釋字第 137 號解釋所指之各機關就其職掌所作有關法規之行政命令，而且法官也不是依據「法律」表示其合法適當之見解（而是認為違憲而拒絕適用），則在憲法訴訟法施行後，地方自治條例規定是否當然不可以作為其第 55 條釋憲之客體，也可能有爭議。¹⁵

¹⁰ 本院釋字第 137 號解釋文：「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。」本號解釋係依監察院聲請作成。

¹¹ 本院釋字第 216 號解釋固修正本院釋字第 137 號解釋改稱：「各機關依其職權就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束」，但同樣係針對命令牴觸法律，也沒有肯定法官可以命令違憲為由逕行拒絕適用。）

¹² 本院釋字第 137 號解釋金世鼎大法官提出之不同意見書參照。

¹³ 請參見吳信華，〈論法官聲請釋憲〉，收於氏著，《憲法訴訟專題研究（一）—「訴訟類型」》，頁 97，112-113（2009）。

¹⁴ 請參見前揭註 9。

¹⁵ 在憲法訴訟法施行後，不具法律位階法規範性質之命令，由憲法訴訟法第 55 條規定文義，應不得為法官釋憲客體，但法官是否得聲請釋憲與法官得否以違憲為由逕行拒絕適用，係不同議題，即二回事。上開二不同議題，在憲法第 78 條

8、另或謂由憲法第 170 條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」、第 171 條第 2 項規定：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院解釋之」及第 172 條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效」等文義，憲法所稱法律僅指立法院通過者，故地方自治條例必非憲法所稱法律，而且因只有憲法所稱法律有無牴觸憲法才由本院解釋，從而命令是否違憲根本不得由本院解釋。此說固非無據，但如何解讀憲法第 78 條規定？是要將憲法第 78 條規定一分為二：解釋憲法部分，僅限法律牴觸憲法，不及於命令牴觸憲法；統一解釋部分，才含法律與命令嗎？此將全然變動大法官過去、現在及未來關於命令是否違憲解釋之運作，¹⁶也與大審法規定如第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項規定等相左。就即將施行之憲法訴訟法言，至少其第 47 條所定機關聲請、第 59 條所定人民聲請部分也有相關（機關、人民聲請解釋憲法之客體是否包括命令，依目前釋憲實務及對照憲法訴訟法第 47 條及第 59 條係稱「法規範」，其他如第 49 條及第 55 條係稱「法律位階法規範」，用詞不同對照觀之，憲法訴訟法第 47 條及第 59 條所稱「法規範」，似應包括命令在內）。以上亦值斟酌。

四、若命令並非法官得聲請解釋憲法之客體，則是否會生裁判前應先以機關之地位，因與他機關（本案係花蓮縣議會）意見相左而生憲法上爭議為由，聲請統一解釋，似值斟酌。

及第 79 條第 2 項規定下，仍不無疑義。

¹⁶ 請參見註 3。