

## 論台灣地區大法官解釋對兩岸關係的負面影響

李曉兵

**摘要：**大法官解釋是台灣地區法律制度與法治實踐的重要內容，其中不少釋字涉及到兩岸關係並對兩岸關係發展產生舉足輕重的影響，特別是大法官解釋過程中的“法理台獨”因素已經成為其實踐發展的新動向。這一方面是由於大法官解釋的隱蔽性讓其成為“台獨”人士可以借助的力量，大法官的人員組成及其立場、態度等因素使其逐漸成為“法理台獨”存在和發展的基本空間。另一方面則是大法官解釋過程中的司法積極主義傾向為“法理台獨”的產生提供了基礎性支撐，大法官解釋所營造的“憲法時刻”是“法理台獨”產生的重要社會條件。同時，大法官在一些重大問題上迴避“一個中國”原則也在客觀上形成助長“法理台獨”的效果。

**關鍵詞：**台灣 兩岸關係 大法官 法理台獨 “一國兩制”

### On the Negative Influence of Justices' Interpretation in Taiwan

LI Xiaobing

(School of Law, Nankai University)

**Abstract:** Justices' interpretation is an important part of the legal system and the practice of the rule of law in Taiwan. Many of the interpretations are related to cross-strait relations and have a significant impact on the development of cross-strait relations. In particular, the “Jurisprudent Independence of Taiwan” factor in the process of justices' interpretation has become a new trend in its practical development. On the one hand, the hidden nature of the justices' interpretation makes it a force that people who want “Taiwan independence” can rely on. The composition of the justices, their positions, attitudes and other factors make them gradually become the basic space for the existence and development of “jurisprudent independence of Taiwan.” On the other hand, the judicial activism in the process of justices' interpretation provides the basic support for the emergence of “jurisprudent independence of Taiwan.” The “constitutional moment” created by the justices' interpretation is an important social condition for the emergence of “jurisprudent independence of Taiwan.” At the same time, the chief justice's evasion of the “One China” principle on some major issues has objectively promoted the “jurisprudent independence of Taiwan.”

**Keywords:** Taiwan, cross-strait relations, justices, jurisprudent independence of Taiwan, “One Country, Two Systems”

\* 本文寫作思路的形成最初源於2009-2010年在台北南港中央研究院法律學研究所訪學期間和台灣島內諸多法律學人的交流和討論，其後幾次赴台灣參加學術活動搜集資料並和各位法律同仁進行探討而逐漸清晰，文章最後能夠定稿要特別感謝中華司法研究會、海峽兩岸關係法學研究會和澳門理工學院“一國兩制”研究中心各位同仁的催促和提醒，感謝南開大學法學院憲法學和行政法學專業各位研究生在“台港澳法治專題”課上的討論。

收稿日期：2020年5月9日

作者簡介：李曉兵，法學博士，南開大學法學院副教授、台港澳法研究中心執行主任

## 一、大法官解釋的隱蔽性讓其成為“台獨”人士可以借助的力量，這也讓其成為“法理台獨”存在和發展的一個空間

台灣地區的大法官解釋制度肇始於中華民國1946年憲法<sup>1</sup>，其主要的發展過程則是在兩岸分裂分治之後。<sup>2</sup> 正如台灣前司法院院長翁岳生先生所言，回顧大法官釋憲制度的變遷過程，可以發現各時期的發展並不是單獨而分立，其間毋寧是接續遞移、連成一氣的推進歷程。六十年來大法官釋憲制度的演進、變遷、轉型，也可以自成一部台灣憲政發展史。<sup>3</sup>

大法官釋憲的問題可能涉及到政治、經濟、社會生活的方方面面，經過半個世紀的實踐，大法官釋憲的權威性也逐漸得以確立。大法官解釋制度的存在和有效運作，不僅對台灣地區的法治發展具有重要意義，而且對於台灣地區法律制度的穩定和法律秩序的生成也具有重要價值。隨着社會各界對於大法官釋憲的關注日益增多，其在形式和內容上都不斷地發展完善。除了在篇幅上日益變得冗長之外，大法官解釋也逐漸增加了其解釋文和理由書的說理性，對於不同的立場和觀點的包容性也大大增加。在實踐中，大法官的各種判斷都是隱藏在其解釋文和理由書之中，其對於社會的影響也主要通過其判斷和說理。台灣地區近些年來一直在推動的司法改革，其中一項就是要將大法官解釋制度進一步規範化，對於大法官解釋的過程和程序進行優化，讓人民更有機會參與其中，增強其可接受的程度。大法官們也日益認識到，“大法官若要贏得人民的信賴，解釋理由的層次分明、論證嚴密、言之有物，往往才是關鍵所在，而非僅在結論的合憲與否。”<sup>4</sup> 大法官在實踐的解釋方法上也不斷的發展，其觀點和主張都是透過特定的解釋方法來予以展開和呈現。在諸多的涉及兩岸關係的解釋中，有一些是“台獨”人士有意策劃而形成的，其最終得以訴諸於大法官來尋求法律和法理上的支持。分析上述大法官的諸多釋字可以發現大法官解釋本身可能為“台獨”力量提供一種闡述其主張的渠道和機會，爭取通過“憲法”上的解釋來達成“法理台獨”的目的，這對於“台獨”力量可能形成一種法理上的聲援和支持。特別是法官是借助於“憲法解釋”這種權力，大法官所具有的司法權威無疑又增加了其判斷和主張的分量。

因此，與其他機關的活動方式和表現形式不一樣，大法官釋憲的“隱蔽性”為“法理台獨”的存在提供了一個可資利用的空間，“台獨”力量完全可以精心策劃並通過測試性的案例尋求大法官解釋的支持，特別是通過“保障人民權利”的面目出現，比如“台獨”人士可以主張表達自由、結社自由而挑戰相關的管治法律文件的效力，而大法官釋字的解釋文和理由書中所提出的各種主可能成為“法理台獨”所依賴的法律上的支撐點，即便是不能直接獲得支持，大法官解釋本身就可以成

<sup>1</sup> 1946年12月25日，制憲國大通過了《中華民國憲法》，該憲法文本於1947年1月1日公佈，並於同年12月25日正式生效施行。此後，南京國民黨政權在內戰中一敗塗地而退至台灣，1946年憲法因此也被帶到了台灣地區。在1949年1月14日，中共中央主席毛澤東關於時局的聲明提出同國民黨和談的“八項條件”，其中第二項和第三項分別是“廢除偽憲法”和“廢除偽法統”。1949年2月，中共中央發佈《關於廢除國民黨的六法全書與確定解放區司法原則的指示》。1946年憲法在大陸被宣告為“偽憲法”，但是在台灣地區依然被奉為“根本大法”，而今則成為“獨派”政治力量搞“法理台獨”和“釋憲台獨”的基本依託和重要目標。本文僅就該法的實際規範價值作為研究考察的對象，不擬就其非法性和非主權基礎做進一步剖析，特此註明。

<sup>2</sup> 李曉兵：《從“憲法修改”到“憲政改造”——台灣“憲法演進”的再思考》，《“一國兩制”研究》總第5期，2010年，第110-123頁。

<sup>3</sup> 翁岳生：《我國憲法訴訟制度之展望》，《中研院法學期刊》2007年創刊號，第46-47頁。

<sup>4</sup> 翁岳生：《我國憲法訴訟制度之展望》，第47頁。

為“台獨”人士借重的力量。正如上文所述，民主進步黨早在1987年11月9日第二屆代表大會通過的“台獨言論自由決議文”曾提出，“人民有主張台灣獨立的自由，為思想與言論的範圍，不應以之作為刑事追訴的對象。”造成於2008年6月20日的“司法院”大法官釋字第644號解釋則認為“人民團體法對主張共產主義、分裂國土之團體不許可設立規定違憲”。<sup>5</sup> 有學者就指出，台灣大法官在兩岸問題上大法官解釋的軌跡已經頗為清晰，早期大法官在作解釋時，通常將所謂“國家發生重大變故”充作解釋理由。當“國家發生重大變故”心理在台灣逐漸褪色後，大法官開始祭出“憲法理論”、“憲法規範”等更加具有“普適性”和“說理性”的理由作為託詞。從早期之“國家發生重大變故”的政治模式，到晚近之“憲法理論”、“憲法規範”的法律模式，大法官解釋兩岸關係的方法呈現出清晰的“去政治化”趨向。大法官試圖以“統獨中立”的姿態，至少在形式上與敏感的兩岸關係保持一定距離。與此同時，“台獨”分裂勢力也正是力圖通過維持這種形式上“中立”的法學方法，為其“台獨”目的提供“正當化”外衣。<sup>6</sup>

## 二、大法官解釋過程中的司法積極主義傾向為“法理台獨”的產生 提供了制度基礎和實踐基礎

《美國法律辭典》將司法積極主義定義為：“對美國司法制度中審判行為的一種見解。司法積極主義者認為上訴法院發揮着實質性的和積極的政策導向作用。司法積極主義倡導法官接受新的政策，即使是那些與既定的法律規範和先例不一致的政策。……最重要的是主張法院適用自己的政策優先於那些立法機關和行政機關的政策。這最明顯地表現在法院宣告一項政府行為因違憲而無效。司法積極主義還可以把法律規範延伸到給政府行為確立特定的要件。”<sup>7</sup>

考察美國憲法發展史，美國法官從其憲法實踐之初就信奉司法積極主義，最明顯的早期司法積極主義的例子是大法官約翰·馬歇爾在“馬伯里訴麥迪遜”案中確定的司法審查權，除了約翰·馬歇爾大法官之外，還有20世紀30年代的聯邦最高法院和後來的沃倫法院。與司法積極主義相對應的司法消極主義則主張極度降低法官把個人的觀點適用於其作出的判決之中的程度，法院應當遵從由選舉產生的政府機關作出的政策決策。只有發生顯著違憲行為場合，法院才宣告該政策機關的行為無效。司法消極主義是一種關於司法作用的觀念，這種觀念限制司法權力的行使，而且把立法機關和行政機關作為主要政策創制的適當淵源。司法消極主義論者基於以下幾個原因，認為法院充當較激進的角色是不適當的。第一，法院一般來說不對公眾負責。對那些被任命的且終身任職的聯邦法院的法官尤其是這樣。第二，法院在與其他機關對抗中很少取勝。實際上，對於旨在限制法院權力的報復行動，法院往往是脆弱的。因而司法機關獨立可能因司法能動主義者和挑釁性的判決而受到

<sup>5</sup> 大法官在其解釋文中稱：“人民團體法第二條規定：‘人民團體之組織與活動，不得主張共產主義，或主張分裂國土。’同法第五十三條前段關於‘申請設立之人民團體有違反第二條……之規定者，不予許可’之規定部分，乃使主管機關於許可設立人民團體以前，得就人民‘主張共產主義，或主張分裂國土’之政治上言論之內容而為審查，並作為不予許可設立人民團體之理由，顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公佈之日起失其效力。”

<sup>6</sup> 周葉中、祝捷：《論我國台灣地區“司法院”大法官解釋兩岸關係的方法》，《現代法學》2008年第1期。

<sup>7</sup> [美]彼得·G·魯斯特洛姆編：《美國法律詞典》，賀衛方等譯，北京：中國政法大學出版社，1998年，第340頁。

威脅。最後，司法消極主義者主張，要對廣泛而複雜的社會問題作出判決，法庭並不是一個合適的論壇。

美國的不少學者也對於司法積極主義表示肯定，克里斯托弗·沃爾夫（Christopher Wolfe）教授就指出，通常所指稱的司法積極主義是：“法官應該審判案件，而不是迴避案件，並且要廣泛地利用他們的權力，尤其是通過擴大平等和個人自由的手段去促進公正，亦即保護人的尊嚴。”<sup>8</sup> 也有對司法積極主義表示批判的立場，威廉·P·馬歇爾（William P. Marshall）教授在一篇題為《司法積極主義的七宗罪與保守主義派》的論文中檢討了司法積極主義的七宗罪，即：（1）不尊重民選部門之多數決定的反多數積極主義；（2）無視制憲者原意的非原意積極主義；（3）不遵循先例的先例積極主義；（4）突破裁判權限制的裁判積極主義；（5）創造新理論與新權利的司法創新；（6）對其他政府部門施加肯定性義務或進行司法監督的矯正積極主義；（7）運用司法權力完成黨派目標的黨派積極主義。<sup>9</sup>

從比較意義上看，美國聯邦最高法院的“馬伯里訴麥迪遜”案不僅開創了違憲審查制度的先河，而且明確表明了司法積極主義的立場和傾向。這一經典判決不僅為美國司法審查（即違憲審查）制度奠定了理論基礎，而且其所堅持的這種理論從此就成為了憲法拱門上的拱頂石。<sup>10</sup> 美國的這種憲法實踐模式是有其文化基礎的，美國人普通法的理念、早期的司法實踐以及當時的各種政治理念是其深層次的原因，但是“馬伯里訴麥迪遜”案的偶然發生則促成了這一制度的早日形成。這是一個歷史的契機，不管是蓄謀已久還是突發奇想，馬歇爾大法官正是抓住了這一個難得的歷史契機，並通過其創造性的解釋發展了憲法。這種實踐進而已經成為美國憲法制度的基本內容。在“馬伯里訴麥迪遜”案之後，馬歇爾又運用類似的手段審理了一系列重要的案件，比如1810年的“弗萊徹訴佩克”案（Fletcher v. Peck），聯邦最高法院宣佈一項州法違憲，而在1816年的“馬丁訴亨特的承租人”案（Martin v. Hunter's Lessee）中聯邦最高法院更宣佈其擁有對州最高法院作出的憲法問題裁決進行審查的權力。這就大大地全面擴充了聯邦最高法院的權力，提升了聯邦最高法院的地位，使之在國家權力構架中能夠真正的同立法機關和行政機關兩部門鼎足而立。聯邦最高法院經過馬歇爾大法官的改造最終轉型為“捍衛憲法方舟的最高權威機構”。美國內戰之後，美國第13、14、15條憲法修正案得以通過，聯邦最高法院通過積極的行使違憲審查權並與憲法文本中的“平等保護條款”、“正當程序條款”結合起來，違憲審查的“現代版”被確立起來，由此引發了“美國憲法的第二次革命”，並對美國的政治、經濟、社會生活產生了重大的影響。到上個世紀1989年為止，也就是美國憲法實施二百週年之際，美國聯邦最高法院一共宣佈1,073件州法律文件違憲，138件聯邦議會的法律文件違憲。其中，在美國內戰之前，聯邦最高法院只是偶爾做出幾個違憲的判決，其中關於聯邦議會法律違憲的判決只有屈指可數的幾個，但是在內戰結束之後的20年內，聯邦最高法院做出的違憲判決卻是之前同期的兩倍還要多。在最為突出的兩個時間段1910-1919年和1970-1988年，聯邦最高法院的違憲判決分別增長了31%和62%。這其中除了有聯邦和州立法數量的增加之外，也有聯

<sup>8</sup> Wolfe, C., *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security? (Revised Edition)*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2.

<sup>9</sup> Marshall, W. P., “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism,” *University of Colorado Law Review*, vol. 73, no. 4, 2002, pp. 101-140.

<sup>10</sup> [美] 伯納德·施瓦茲：《美國法律史》，王軍譯，北京：中國政法大學出版社，1990年，第38頁。

邦最高法院對於自身角色認識的改變。<sup>11</sup> 在某種意義上來說，正是因為聯邦最高法院的司法能動主義的實踐使其得以確立了其在美國憲政體制中的重要位置。因此，有學者就指出：“在馬伯里訴麥迪遜案中宣佈的司法審查（即違憲審查）已經成為我們憲法機器中絕對必需的部件，抽掉這個特製的螺栓，這部機器就化為碎片。”<sup>12</sup>

美國的司法積極主義的理論和實踐對於其他國家和地區的司法實踐影響甚大，台灣地區大法官解釋的實踐也同樣深受美國模式和實踐的影響，其中一個重要的方面就是司法積極主義的立場和傾向。考察“司法院”大法官在過去半個多世紀大法官解釋的實踐，“司法院”大法官在最初的大法官解釋實踐中表現的十分克制，甚至很少對台灣社會表達其獨立的聲音，以釋字第31號和第85號為例，如上文所述，大法官會議所做出的這兩個釋字完全是為了配合台灣當時的政治需要而為當時的政治決策背書，以“憲法解釋”來為當時的政治運作合法化提供“法理”上的支撐。這一方面是由於當時威權主義的政治形勢使然，另一方面也是大法官所秉持的司法理念所決定的。但是其後，大法官解釋的表現日漸讓人感受到其在“憲政體制”中獨立的存在，有很多釋字中的判斷和理由甚至讓人感到大大地出乎意料。如果做出一個統計的話，那麼“司法院”大法官過去半個多世紀的司法實踐中總共做出了700多號釋字，其中不乏宣告“違憲”的宣告，絕對數量已超過200號。根據台灣學者的統計，從“司法院”大法官開始運作到民國100年（即2011年）3月底為止，大法官會議一共宣告686號解釋，其中違憲的比例約為27.6%，將近三成的釋字會做出“違憲”的判斷。<sup>13</sup> 這個數字如果考慮到台灣近30多年的民主化進程的因素，那麼其在最近的30年的表現應該是更為突出，也就是說其作出“違憲”判斷的比例是相當的高。有統計結果就表明，翁岳生大法官任“司法院”院長期間（1999年2月1日至2007年9月30日），一共作出了157號解釋（釋字第477號至第633號解釋），其中宣告“違憲”者有60件，“違憲”的比例約為38.2%，超出上述的平均數十個百分點還要多。而在賴英照大法官任“司法院”院長期間，一共做出了46號解釋（釋字第634號至第679號解釋），其中宣告“違憲”的有25件，“違憲”宣告的比例約為54.3%。<sup>14</sup> 如果比較歷年來法官聲請解釋的案件，釋字第471號、第475號、第476號、第517號、第551號、第545號、第554號、第558號、第559號、第572號、第588號、第590號、第595號、第630號、第636號、第637號、第641號、第646號、第664號、第666號、第669號解釋，其中宣告“違憲”者（包括部分違憲）的有釋字第471號、第551號、第558號、第588號（部分）、第636號（部分）、第637號、第641號、第664號（部分）、第666號、第669號解釋，“違憲”宣告的比例約為42.85%。<sup>15</sup> 如此來看，台灣地區“司法院”大法官解釋的實踐有較為濃厚和明顯的司法積極主義的立場和傾向。

考察大法官諸多釋字中，有為數不多的幾個釋字明確提出了“司法積極主義”，主要為大法官釋字第632號、第685號、第690號、第707號解釋的協同意見書或者不同意見書之中。其中釋字第632

<sup>11</sup> Holland, K. M., *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York: St. Martin's Press, 1991.

<sup>12</sup> [美] 伯納德·施瓦茲：《美國法律史》，第41頁。

<sup>13</sup> 林子傑：《認識大法官解釋的第一本書》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2011年，第113頁。

<sup>14</sup> 林子傑：《認識大法官解釋的第一本書》，第113-114頁。

<sup>15</sup> 林子傑：《認識大法官解釋的第一本書》，第113頁。

號解釋<sup>16</sup>，大法官認為“立法院”的消極不作為影響憲政秩序的運作，為“憲法”所不許。針對大法官解釋理由書，余雪明大法官提出了部分不同意見書，在該部分不同意見書的註一和註八中則明確提到了“司法積極主義”這一用語，這是“司法積極主義”一詞第一次出現在大法官釋字中。余雪明大法官主要用該詞來描述德國聯邦憲法法院頗重司法積極主義的現象。余雪明大法官在該部分不同意見書中提到：“因基於民主政治及政黨政治運作之常軌，僵局有時難以避免，此乃政治部門應自行解決之問題，並自負政治責任，本院大法官率爾介入，除違背權力分立原則，有失司法分寸，亦造成政治之司法化，（註一）為司法部門帶來無窮之後患，亦低估政治人物之政治智慧”<sup>17</sup>。在這裏，余雪明大法官對司法積極主義持批判態度。

在釋字第685號解釋中<sup>18</sup>，陳新民大法官在該號釋字中做出了協同意見書，該協同意見書中有兩處提到“司法積極主義”，第一處為：“誠然，大法官在與本號解釋較相類似的本院釋字第六四一號解釋，之所以高度發揮司法積極主義的角色，乃是為了個案處罰的過苛所致，以使得實質正義能夠在日後的再審程序中獲得實踐（註二），此用心良苦，躍然紙上。”第二處為：“本席認為在法律（司法院大法官審理案件法）雖未明言賦予大法官暫時處分之權限，在釋憲實務上已經有若干先例，但此彌補法律漏洞或是填補法治不良的利器，一定要本於最高度的‘司法自制’。從而此最高位階的司法積極主義，才不致於侵犯法治國家權力分立與責任政治之原則。故大法官此項‘司法造法’一定要適時適所，在面臨重塑一個法律依據欠缺的法律關係時（如本案日後的再審事件），大法官應當以憲法高度，均衡憲法法理、新舊法治秩序價值與安定性，以及人民的權利保障性，替司法與行政機關勾勒出一個可行之道，這才是司法應有的作為。”<sup>19</sup> 總體而言，陳新民大法官對司法積極主義是持審慎的贊成立場。

在釋字第690號解釋中<sup>20</sup>，李震山大法官和林子儀大法官做出了部分不同意見書，對前面提及的解釋理由書內容進行了批判，認為“本件解釋將審查重心置於‘防疫貴在迅速有效’，未真誠面對‘人身自由剝奪’即應予人民憲法層次完整程序保障的憲法價值，以致本件解釋中，所闡發的憲

<sup>16</sup> 台灣地區第三屆“檢察院”正、副院長及委員於2005年1月底屆滿，“總統”根據“憲法修正案”於2004年12月提出人事名單，先後兩次諮請“立法院”同意。然而，“立法院”“程序委員會”兩次作成暫緩將提名案列入議程報告事項的決議。導致這項人事案一直沒有通過。2005年6月，三分之一以上的“立法委員”聲請解釋。

<sup>17</sup> 參見大法官釋字第632號解釋之余雪明大法官部分不同意見書。

<sup>18</sup> 大法官釋字第685號解釋的爭點為：“營業人於合作店銷貨並自收貨款，以該營業人為營業稅納稅義務人之認定，違憲？”大法官在解釋理由書認為，1980年1月24日修正公佈的“稅捐稽徵法”第44條有關罰鍰的規定，其處罰金額沒有設置合理的最高額的限制，逾越處罰的必要程度，會造成對個案處罰過於嚴苛，與“憲法”第23條規定的比例原則相違背，與“憲法”第15條規定保障財產權的意旨相違背，應不予適用。

<sup>19</sup> 參見大法官釋字第685號解釋之陳新民大法官協同意見書。

<sup>20</sup> 大法官釋字第690號解釋的爭點：“2002年1月30日修正公佈的‘傳染病防治法’第三十七條第一項規定‘必要之處置’包含強制隔離在內，違憲？”大法官在解釋文和解釋理由書中提到，關於必要之處置應包含強制隔離在內之部分，對人身自由之限制，尚不違反法律明確性原則，亦未抵觸“憲法”第23條之比例原則，與“憲法”第8條依正當法律程序之意旨尚無違背。被強制隔離的曾與傳染病人接觸或疑似被傳染者，其人身自由受限，應該設置隔離的組織、程序及最長期限，同時要建立救濟機制，相關機關宜盡速通盤檢討傳染病防治法制。大法官在解釋理由書中還提到，強制隔離與其他防疫決定的作出與法院就是否拘禁加以審問的決定不同，疫情防治應採取迅速的舉措，由專業機關作出利於病情的防治。因此，係爭規定的強制隔離處置雖非由法院決定，但是與“憲法”第8條正當法律程序保障人民身體自由的意旨尚無違背。參見釋字第690號解釋文和解釋理由書。

政理念與運用的解釋方法有頗多模稜、隱晦之處，有待辨明與商榷。”就司法積極主義而言，該大法官部分不同意見書中提到：“一般人對大法官前揭解釋（即釋字第166號、第251號、第384號、第392號、第523號、第588號、第636號、第664號解釋等，筆者註。）或有‘擴大’憲法第八條之適用範圍，從而指摘大法官‘擴權’或不理性地崇尚司法積極主義之異聲。實質上，該等解釋只是跟進一二一五年自由大憲章（*Magna Charta Libertatum*）第三十九條、一六七九年人身保護法（*Habeas Corpus Act*）、當今國際人權規範，以及憲政先進國家憲法之普世價值，與時俱進而未僵化地奉行憲法文本主義，朝向還原我國憲法第八條‘憲法保留’之本來面貌，穩健前進。試想，若堅持依憲法第八條第二項之文義，如今可能仍停滯在僅保障‘犯罪嫌疑人’之人身自由，我國的人權紀錄將淪落於何種境地，不難想像。”<sup>21</sup> 在這裏，李震山大法官和林子儀大法官也是基本贊成司法積極主義的。

在釋字第707號解釋中<sup>22</sup>，羅昌發大法官對多數意見表示同意，但是其在協同意見書中就解釋涉及的重要原則和論點做了一些思考和補充。羅昌發大法官以釋字第445號解釋為例，他認為大法官以“關聯性”和“必要性”為基準擴大解釋對象，是司法積極主義的一種表現形式。進而提到，釋字第707號解釋則“並未明確以‘關聯性’及‘必要性’為擴大解釋對象之基準，而係創造另一擴大解釋範圍之類型；使本院得以就‘聲請人請求解釋某一條文’的情形，擴大解釋對象至整個法規。”“此種擴大當事人聲請之解釋範圍，或可稱為司法積極主義（*judicial activism*）另一種表現。常見的司法積極主義係反映在司法者超出單純解釋與適用憲法或法律的功能，而透過其裁判相當程度的扮演決策者或立法者角色，以解決紛爭。本號解釋則為釋憲者為整體解決制度問題，遂超越司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所規定限於以確定終局判決所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義，始得聲請解釋憲法的要件。本席認為，本號解釋屬於正面的司法積極主義的呈現，故贊成多數意見擴大解釋對象之結論。”<sup>23</sup> 由此可見，羅昌發大法官在這一釋字中對司法積極主義也是持贊成立場。

除了大法官釋字第632號、第685號、第690號、第707號解釋之中提到“司法積極主義”之外，大法官大量的釋字則是雖然沒有提及“司法積極主義”這個術語和理論，但是在諸多釋字的解釋文和理由書之中卻明確地體現了司法積極主義的立場和傾向。總的來說，大法官釋字的司法積極主義的實踐主要是在維護“憲政體制”和保障基本人權這兩個方面進行突破。在維護“憲政體制”方面，最為典型的的就是大法官釋字第261號解釋，大法官在肯定了釋字第31號解釋的效力的同時，又指出民意代表的定期改選是反映民意和貫徹民主憲政的途徑，最後特別指出“由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運

<sup>21</sup> 參見大法官釋字第690號解釋之李震山大法官、林子儀大法官部分不同意見書。

<sup>22</sup> 大法官釋字第707號解釋的爭點為：“公立學校高中以下教師敘薪，未以待遇相關法律或其明確授權之法規命令定之，違憲？”儘管聲請人僅就公立學校教職員敘薪標準表說明第五點第一項關於上開教師在職進修取得較高學歷改按新學歷起敘時，不採計進修期間內服務成績優良年資部分之規定，有抵觸憲法之疑義，聲請解釋；然而，大法官卻以整個係爭辦法作為審查對象，認為公立學校教職員敘薪辦法（含附表及其所附說明）違憲無效。參見釋字第707號解釋文、解釋理由書。

<sup>23</sup> 參見大法官釋字第707號解釋之羅昌發大法官協同意見書。

作”。<sup>24</sup> 這樣的判斷使自1948年開始就職並持續行使職權長達四十多年的第一屆“中央”民意代表於1991年底之前終止行使職權，並開啟了第二屆“中央”民意代表的全面改選。此舉結束了“萬年國會”，使台灣人民有權自主選擇民意代表，順應了台灣島內民眾追求民主的要求，增強了民意機構的民主正當性，在台灣地區憲政發展史上具有里程碑意義，它拉開了台灣憲政改革的序幕。<sup>25</sup> 而在釋字第499號解釋中，大法官最後認定第五次“修憲”通過的“憲法增修條文”第1條、第4條、第9條、第10條，違背自由民主憲政秩序，應自解釋公佈之日起失效，而原第四次“修憲”通過的“憲法增修條文”繼續適用。這是大法官在大法官解釋實踐中惟一一次宣告“修憲條文”“違憲”的解釋，展示出其在台灣憲政秩序維護上所扮演的舉足輕重的角色。大法官在這一釋字中所體現出的角色，稱之為“代位的制憲者”<sup>26</sup>也毫不為過，此舉進一步樹立了大法官的司法權威。有學者就將釋字第499號和第216號解釋稱為台灣地區“憲政改革”的兩個“里程碑”<sup>27</sup>。

除了釋字第499號和第216號解釋之外，有關“憲政體制”方面的大法官釋字還有很多，比較重要的有：釋字第86號解釋確定高等法院以下各級法院應隸屬於“司法院”；釋字第137號解釋確定法官審判不受法規釋示行政命令的拘束；釋字第216號解釋確定司法行政機關所發佈涉及審判法律見解的行政命令，法官不受其拘束；釋字第371號解釋確定各級法院法官有聲請大法官解釋權；釋字第387號解釋決定“立法委員”改選後行政院長應率閣員總辭職<sup>28</sup>；釋字第391號解釋確立了立委審議預算不得移動或增減預算項目；釋字第419號解釋明確了“副總統”兼任“行政院長”與“憲法”的本旨不盡相符；釋字第461號解釋確定參謀總長不須受“立法委員”質詢，但不得拒絕至各委員會備詢；釋字第472號解釋確定“全民健康保險法”強制全民投保及繳納保費及滯納金等規定合憲，但有關機關仍應實施檢討修正；釋字第520號解釋確定“行政院”停建核四廠應向“立法院”報告並備質詢；釋字第530號解釋確定“司法院”為最高司法機關，得就審理事項享有規則制訂權；釋字第585號解釋（還有後來的釋字第613號解釋）涉及到“立法院”“三一九槍擊事件真相調查特別委員會”（簡

<sup>24</sup> 釋字第261號解釋文：“中央民意代表之任期制度為憲法所明定，第一屆中央民意代表當選就任後，國家遭遇重大變故，因未能改選而繼續行使職權，乃為維繫憲政體制所必要。惟民意代表之定期改選，為反映民意，貫徹民主憲政之途徑，而本院釋字第三十一號解釋、憲法第二十八條第二項及動員戡亂時期臨時條款第六項第二款、第三款，既無使第一屆中央民意代表無限期繼續行使職權或變更其任期之意，亦未限制次屆中央民意代表之選舉。事實上，自中華民國五十八年以來，中央政府已在自由地區辦理中央民意代表之選舉，逐步充實中央民意機構。為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。”

<sup>25</sup> 參見周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，香港：香港社會科學出版社有限公司，2007年，第25-26頁。

<sup>26</sup> 參見吳庚：《社會變遷與憲法解釋》，湯德宗主編：《憲法解釋之理論與實務》（第四輯），北京：中央研究院法律學研究所籌備處出版專書，2005年，第6頁。

<sup>27</sup> 參見葉俊榮：《從“轉型法院”到“常態法院”：論大法官釋字第二六一號與第四九九號解釋的解釋風格與轉型脈絡》，《台大法學論叢》2002年第31卷第2期；顏厥安：《規則、理性與法治》，顏厥安：《憲邦異式——憲政法理學論文集》，台北：元照出版公司，2005年。轉引自周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，第43-44頁。

<sup>28</sup> 釋字第387號解釋作出的時間是1995年10月13日，之後不久，1997年7月21日台灣地區第四次“憲法修改”通過了新的“憲法增修條文”，其中一項重要的內容就是“行政院院長”由“總統”任命，無須經“立法院”同意。

稱“真調會”)的設立及其權限合法性,並創設了暫時處分制度;釋字第599號解釋確定“戶籍法”按捺指紋始核發身份證的規定暫定適用;第627號解釋明確了“總統”刑事豁免權的範圍和國家機密特權;釋字第633號解釋則是關於“國家通訊傳播委員會”(簡稱“通傳會”)的設立及其權限合法性;釋字第645號解釋確定“公民投票法”中規定“立法院”有公投提案權合憲,公投審議委員的任命規定違憲;等等。

可以說,在短短的半個多世紀裏實現台灣島內政治運作的轉型,並在制度上有所積累和沉澱,大法官解釋在這一過程中的努力和實踐可謂是功不可沒。一方面,大法官以司法者和“釋憲者”的角色積極介入在台灣地區實施的“憲法和法律”所確立的權力分立制衡體制,回應和解決台灣政治、法治實踐中的各種“憲政”難題。另一方面,大法官也充分地表達其作為司法者和“釋憲者”的基本主張,重新塑造其作為司法者和“釋憲者”的形象和地位。這對於台灣地區法治實踐和“憲政”秩序的良好運作具有極大的促進作用。

大法官在保障基本人權方面的努力更是值得關注,很多重要的釋字舉不勝舉,因為這個領域已經成為大法官解釋的發力點和突破點,是大法官解釋重點關注和努力的方向。隨着台灣地區在較短的時間裏從過去的威權統治狀態轉變為一個開放的民主社會,對於法治和人權價值的肯定已經成為台灣社會的基本主調,大法官以“憲法維護者”和“人民權利保護人”自居,不斷拓展實踐的空間並獲得話語主導權,不論是維護憲政理念,還是尊重和保障人權,大法官均可以司法者和“釋憲者”的身份積極介入。可以說,大法官保障基本人權的領域可以有所作為,也能夠大有作為。“中華民國憲法”文本專章規定了“人民之權利義務”,其中明白列舉達28項之多,主要包括:(1)平等權;(2)自由權;(3)參政權;(4)受益權。而第22條更是規定:“凡人民之其他自由及權利,不妨害社會秩序、公共利益者,均受憲法之保障。”這意味着“憲法未列舉權利”同樣受“憲法保障”。這些“其他自由權利”不僅範圍廣泛,而且項目多樣。同時,該“憲法”第十三章“基本國策”,其中的“國民經濟”、“社會安全”、“教育文化”、“邊疆地區”等各節,也與人民自由權利的保障有關。<sup>29</sup>在大法官解釋實踐中,大法官通過“憲法解釋”把“憲法”條文中規定的基本權利與社會現實相結合進行具體化,“憲法”文本中所規定的權利的保障得以落實或實現,而且,大法官還通過諸多釋字把“憲法未列舉權利”予以明確化。正是通過司法積極主義的大法官解釋實踐,大法官將“憲法”文本上的基本權利進行具體化和明確化,同時根據“憲法”創造出新的公民基本權利。

比較而言,台灣地區的“司法院”大法官在大法官解釋過程中的司法積極主義立場和傾向是較為突出和明顯的,即便是和美國聯邦最高法院的違憲審查實踐相比,在“積極”和“能動”方面也絲毫不遜色。這種“司法積極主義”如果詳細的進行分析的話,還可以劃分出“積極的司法積極主義”和“消極的司法積極主義”,也就是根據“司法院”大法官在大法官解釋中的立場和觀點的表達對於大法官解釋的“司法積極主義”做出更為精細的區分。所謂“積極的司法積極主義”是指大法官不僅明確的做出“違憲”的判斷,而且還對自己的立場和觀點進行明確的闡釋,充分展示自己的獨立的判斷,敢於直接地挑戰“立法機關”和其他機關的立場,有很多的釋字都明確的宣告所

<sup>29</sup> 陳志華:《中華民國憲法》,台北:三民書局,1995年,第47-48頁。

審查的“法律文件”在特定的時間之內“失其效力”、“不再援用（或不予援用）”或者“停止援用”、“抵觸憲法”、“與憲法……意旨有違”、“與憲法……不符”，等等。也有一些釋字則是相對而言比較含糊，“盡速……檢討修”、“難謂無悖於憲法……意旨”、“於……解釋範圍內，應不再援用”、“與憲法……意旨未盡相符，應於檢討修正”、“實已逾越憲法……必要限度”、“應為憲法所不許”、“部分應不予援用”、“……檢討改進，至遲於……失其效力”，等等。

從上文所析近20個涉及設計兩岸關係的釋字來看，大法官在多個釋字中都有司法積極主義的表現，所佔比例非常之高，其中在第242號解釋中宣告“……與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所抵觸。”釋字第261號解釋則宣告“為適應當前情勢，第一屆未定期改選之中央民意代表除事實上已不能行使職權或經常不行使職權者，應即查明解職外，其餘應於中華民國八十年十二月三十一日以前終止行使職權，並由中央政府依憲法之精神、本解釋之意旨及有關法規，適時辦理全國性之次屆中央民意代表選舉，以確保憲政體制之運作。”釋字第265號解釋宣告“上述細則應斟酌該法第三條第二項第二款規定之意旨，隨情勢發展之需要，檢討修正。”釋字479號解釋宣告“內政部訂定之‘社會團體許可立案作業規定’第四點關於人民團體應冠以所屬行政區域名稱之規定，逾越母法意旨，侵害人民依憲法應享之結社自由，應即失其效力。”釋字499號解釋宣告“此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範。”“若此等代表仍得行使憲法增修條文第一條以具有民選代表身分為前提之各項職權，將抵觸民主憲政之基本原則，是增修條文有關修改國民大會代表產生方式之規定，與自由民主之憲政秩序自屬有違。”“國民大會代表之自行延長任期部分，於利益迴避原則亦屬有違，俱與自由民主憲政秩序不合。”“第三屆國民大會於八十八年九月四日第四次會議第十八次大會以無記名投票方式表決通過憲法增修條文第一條、第四條、第九條暨第十條之修正，其程序違背公開透明原則及當時適用之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，其瑕疵已達明顯重大之程度，違反修憲條文發生效力之基本規範；其中第一條第一項至第三項、第四條第三項內容並與憲法中具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎，產生規範衝突，為自由民主憲政秩序所不許。上開修正之第一條、第四條、第九條暨第十條應自本解釋公佈之日起失其效力”。釋字第558號解釋宣告“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。”釋字第644號解釋宣告“顯已逾越必要之程度，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符，於此範圍內，應自本解釋公佈之日起失其效力。”釋字第710號解釋則宣告“前揭第十八條第一項與本解釋意旨不符部分及第二項關於暫予收容之規定均應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿二年時失其效力”，“未經法律明確授權，違反法律保留原則，應自本解釋公佈之日起，至遲於屆滿二年時失其效力”。

在“司法院”大法官其餘的十個釋字之中，有一個釋字即釋字328號解釋採取了完全的司法消極主義立場，大法官在解釋文中指出“中華民國領土，憲法第四條不採列舉方式，而為‘依其固有之疆域’之概括規定，並設領土變更之程序，以為限制，有其政治上及歷史上之理由。其所稱固有疆域範圍之界定，為重大之政治問題，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋。”而在其餘的9個釋字中，大法官雖然沒有做出違憲的宣告，但也並非完全採取簡單的司法消極主義的立場，其中有的釋字解釋文和理由書中做出了許多豐富的“闡釋”，將其所主張的法律上的依據和法理上的理由進行了充分的發揮。對於這些釋字，可以將其概括為“消極的司法積極主義”，即不簡單的否定立法機

關或其他機關的立場和作法，但是卻表達其獨立的看法，或者不簡單的做出違憲的判斷，但是其中貫穿着自己的立場和判斷。

另外，從這些釋字對於兩岸關係的影響來看，其中第644號解釋是對於兩岸關係具有最為嚴重的損害，可以說是鼓勵和放任“台獨思想”，為“台獨”或“獨台”思想傳播和相關的社會團體順利而且“合法”的組建大開綠燈，並以“憲法”上的公民基本權利保障作為其基礎性的理由，這對於“法理台獨”是至為關鍵而實質的一步。其他的一些釋字，比如釋字第31號、第85號、第117號、第150號解釋都為台灣當時的政治困局進行合理化和“合法化”的闡釋，為台灣扭曲的“憲政體制”進行了司法背書，而釋字第261號解釋則是臨門一腳，將其原來所構建的法理基礎予以否定，打開了“中華民國憲政體制”在地化或本土化的缺口，這既是台灣民主化的大趨勢，也是台灣一些政治力量所尋找到的一個“恰當而精準”的突破口，一旦這一缺口一經打開，自此之後“法理台獨”就有了在“憲法”所規定的體制內成長的土壤和空間，並在這一道路和方向上呈現出加速度發展的趨勢。

綜合分析大法官解釋的各個釋字以及大法官解釋與台灣近三十年政治走向，將大法官解釋與台灣地區過去七次“憲法修改”過程與“憲政體制”變遷的脈絡相比較，就可以發現，如果沒有大法官解釋作為配合和支撐，台灣的“憲政改造”的目標不可能順利得以實現，有的時候大法官解釋是作為一個重要的催化劑，有的時候大法官解釋則是成為台灣憲政制度變遷、轉換的重要支點，有的時候大法官是以“權利保障人”的身份來實現其基本的政治價值和政治使命。在此過程中，大法官解釋的司法積極主義傾向具有為政治背書的一面，在保持對於台灣政治變革的高度敏感和關切的同時，通過積極而有所作為的方式來實現其對於“法理台獨”的闡釋。通過縱向和橫向的比較，可以發現，大法官通過大法官解釋而介入到兩岸關係領域並建構了兩岸關係“憲法解釋”的“法理基礎”，很大程度上已經成為兩岸關係的基本法律制度框架的一部分，並且在持續的演進過程之中。這種漸進式的發展、演變的方式，對於實現“台獨”目標具有獨特的價值和優勢，既有容易為台灣民眾接受和認同，也有避免大陸方面的高度敏感和防範，以及導致大陸方面無法及時反應並做出有針對性的處置的考慮。

在兩岸關係中，有一個領域是特別值得關注的，那就是兩岸人民的遷徙自由權。大法官在這個問題上則表現出一種由消極到積極的轉變，即對於兩岸之間目前的分裂分治狀態的確認，即“國家統一之前”大陸人民到台灣之後一些基本權利的保障如何實現的問題。大法官在釋字第497號解釋文對於涉案的法律規定作出確定的合憲性判斷：“內政部依該條例第十條及第十七條之授權分別訂定‘大陸地區人民進入台灣地區許可辦法’及‘大陸地區人民在台灣地區定居或居留許可辦法’，明文規定大陸地區人民進入台灣地區之資格要件、許可程序及停留期限，係在確保台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抵觸。”司法院大法官釋字第618號解釋的解釋文中，大法官對於爭議性的規定也沒有做出否定性的判斷，其認為：“係爭規定限制原設籍大陸地區人民，須在台灣地區設有戶籍滿十年，作為擔任公務人員之要件，實乃考慮原設籍大陸地區人民對自由民主憲政體制認識之差異，及融入台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，係爭規

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。”而在釋字第710號解釋，大法官則是在兩岸關係上有一個正面的效應，大法官在解釋文中對於“台灣地區與大陸地區人民關係條例”和“台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則”的有關條款進行了“違憲審查”，並確認其中的一些規定對於大陸人民的權利保障不力，根據正當程序原則和比例原則將其宣告為“違憲”。這一個釋字做出的背景是，隨着藍綠陣營執政在2008年實現輪替，藍營還2012年大選中獲勝得以連任，兩岸關係終於在經歷風雨之後不但穩定下來，而且正在不斷深化。兩岸人民的交流日趨活絡頻繁，政治、經濟、社會各個層面的溝通、對話、協商次第展開，並不斷有所突破，兩岸關係已經邁上了一個新的台階。因此，在兩岸關係不斷深化之際，釋字第710號解釋所釋放出來的信號和展示的內在意蘊，更值得深入的挖掘和分析。<sup>30</sup> 但是，2016年兩岸關係又出現逆轉，台灣島內政局出現顛覆性的變化，大法官解釋的司法積極主義實踐所關注的主題和發展的方向、趨勢值得進一步關注。

### 三、大法官解釋所營造“憲法時刻”是“法理台獨”產生的重要社會條件

美國耶魯大學教授艾克曼（Bruce Ackerman）曾經提出“憲法時刻”（constitutional moment）的概念。<sup>31</sup> 他認為，國民只有在面臨到“憲法時刻”時，才會認知到憲政重大議題的發生，進而積極關心並參與公眾辯論。在這種民眾高度動員參與憲政議題的時刻，國家的憲政秩序才會出現較大幅度重整的契機，進而建立起新的典範制度。<sup>32</sup> 之所以提出這一理論，主要是基於美國當時面臨的憲法危機和美國過去二百年多年獨特的憲法實踐模式思考。1987年是美國憲法實施200週年，當時的美國財政赤字居高不下，最高法院法官任命也出現困難，憲法修改無法得以實現，美國憲法學界興起了檢討憲法的思潮。1991年，美國政治學家薩繆爾·亨廷頓發表了《第三波：二十世紀後期民主化浪潮》（*The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*）一書，其中提出現代世界大致經過了三次民主化浪潮，20世紀後期大約有30多個國家從威權政體過渡到了民主政體，亨廷頓將其稱之為民主化的“第三波”。這一說法在世界範圍產生了巨大的影響。艾克曼作為美國憲法學界和政治學界享有盛譽的學者，在此社會背景之下也僅積極投入到憲法學和政治學的學術研究當中，特別是對20世紀90年代東歐國家的憲政秩序的重建提出了不少憲法修改建議，其提出的“憲法時刻”受到美國國內憲法學界的高度關注，也同樣引發了的美國國內外的熱烈討論。

艾克曼所提出的“憲法時刻”的理論，是從變遷“能量”的觀點出發的，他認為在特定時空條件下，憲政基本秩序的奠定並不是緩進式的演化過程，而是階段躍進式的改變。原因在於日常生活中，人民多關注於一般生活事項，將政治交由“代理人”去處理，對於與國家基本政治體質相關的事項，其實多是採取漠不關心的態度。在這種心態下，縱使憲政有所變革，因為欠缺人民的高度關注及支持，這些變革多是零星作為，難以全面性挑戰既有結構。惟有在歷史上難得的“憲法時刻”中，人民才會認知到憲政重大議題的發生，積極關心並參與公眾辯論。在這種民眾高度動員參與憲

<sup>30</sup> 大法官湯德宗在其“協同意見書”中就指出，“本件解釋歷經三個多月審查，稿經十易始成，為本席到司法院服務以來所僅見。”

<sup>31</sup> Ackerman, B., *The Future of Liberal Revolution*, New Heaven: Yale University Press, 1992.

<sup>32</sup> Ackerman, B., *We the People: Foundations*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

政議題的時刻，國家的憲政秩序有了較大幅度重整的契機，“新典範”的樹立也才有可能。<sup>33</sup> 因此，按照阿克曼的理解，“人民”對於憲法的變遷擁有最終的發言權。那麼，在特定的條件下，這種“憲法時刻”是否可以聚焦並轉化為司法機關行動的動力，即通過解釋憲法來推動憲法制度的重大變遷呢？

從美國的實踐來看，聯邦最高法院在很多時候都扮演了這一角色。美國法官從建國伊始就信奉司法能動主義。<sup>34</sup> 最明顯的早期司法能動的例子是大法官馬歇爾在“馬伯里訴麥迪遜”案中確立司法審查權石破天驚的壯舉，近期的例子如1962年“沃倫法院對貝克訴卡爾”案<sup>35</sup>的判決，而且沃倫法院還將自由主義思想注入到對公民個人權利和自由保障之中。此外還有20世紀前期聯邦最高法院對“洛克納主義”的堅持，在20世紀30年代聯邦最高法院為了保護自由放任的經濟原則，推翻了許多“新政”的立法，建立了許多司法能動主義的“經典範例”。司法能動主義者認為最高法院在政策的過程中能適當地和合法地表現自己的觀點，哪怕其政策目標與立法機關和行政機關的政策目標不一致。<sup>36</sup> 正是由於不少法官在司法實踐中堅持司法能動主義，這樣司法機關就可能成為了法律和社會正義基本構架的探索者和積極塑造者，也使得美國今天的憲法實踐已經與當初制憲者的設計有了很大的不同。美國聯邦最高法院對於憲法的解釋和判決在很大程度上影響着這個國家，也創造這美國憲法發展過程中的“憲法時刻”。比如1857年美國內戰前的“斯科特訴桑得福特”案（*Dred Scott v. Sandford*）<sup>37</sup>，此案本身就是複雜的歷史背景下發生的，是美國制憲遺留問題的繼續。當時1787年制憲過程中，奴隸制問題就是一個南北雙方爭執不休的問題。最後制憲者們採取了“擱置爭

<sup>33</sup> Ackerman, B., *We the People: Foundations*, 轉引自李西潭：《憲法時刻與台灣憲政體制的選擇》，“中國政治學會年會暨學術研討會”會議論文，2005年。

<sup>34</sup> 司法能動主義認為法官制定社會政策是具有合法性的，法官不應僅僅把自己局限於處理法律衝突，而是要敢於參與社會政策的形成，即使是與既定的政策和先例不一致。司法能動主義者倡導法官接受新的政策，司法能動主義從許多方面表現自己的觀點，但最重要的是主張法院實現自己的政策優先於那些立法機關和行政機關的政策。

<sup>35</sup> 此案中法院判決，立法機關的選舉配額是一個可以審判的問題；而且該法庭對一人一票的分配標準舉行了系統的闡述，詳細情況參看本書有關部分的分析。

<sup>36</sup> 李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，北京：人民出版社，2007年，第209頁。

<sup>37</sup> “斯科特訴桑得福特”案（*Dred Scott v. Sandford*）發生在1857年美國內戰前夕。黑人德雷德·斯科特（*Dred Scott*）是美國隨軍軍醫愛默生（*John Emerson*）的奴隸，曾跟隨主人愛默生到伊利諾斯州居住，並和主人的另一個女奴結婚生子。後他又隨愛默生換防到威斯康星聯邦領土居住。伊利諾斯州和威斯康星聯邦領土都禁止實行奴隸制。後來，斯科特和他的家人隨主人回到蓄奴州密蘇里州。愛默生去世後，他們一家被愛默生的妻子作為財產賣給了她的兄弟約翰·桑得福特（*John F. A. Sandford*）。1846年，在廢奴團體的支持下，斯科特向密蘇里州低等法院提起訴訟，要求確認其自由身份，獲取自由。斯科特稱：他曾在伊利諾斯州和威斯康星居住過，兩地均禁止奴隸制，因此在居住期間，他的身份應該是自由人而不是奴隸，那麼他因在自由州和聯邦自由領地上居住而獲得了自由人的身份。一旦獲得過自由身份，即便是回到蓄奴州密蘇里州，他的自由身份也不應該被剝奪。密蘇里州低等法院根據“充分的誠意和信任原則”，支持了斯科特的請求，准予其獲得自由。但訴訟打到了密蘇里州最高法院，低等法院的判決被推翻。1854年，斯科特又向位於密蘇里州的聯邦巡迴法院提起訴訟，聯邦巡迴法院維持了密蘇里州最高法院的判決。於是，廢奴團體和斯科特又將此案上訴至聯邦最高法院。聯邦最高法院以7：2的票數達成的多數派決定。在判決書中，塔尼大法官宣稱，斯科特不是美國公民，他根本無權將他的案子上訴到聯邦法院。因為當聯邦憲法制定時，聯邦本身並沒有公民，當憲法批准生效後，聯邦內各州的公民在憲法生效時轉化成為聯邦公民；但是在憲法批准的時候黑人並不是各州的公民，因而他們也沒有能夠因此而轉化成為聯邦公民。各州可以在聯邦成立之後，將本州島的黑人變成本州島的公民，但是不能將黑人變成聯邦公民。所以，黑人不是美國聯邦公民，因此也不能享有美國白人所享有的一切受憲法保護的公民權利，自然也不能到聯邦法院提起訴訟。

議”的策略，將此問題交由後來人來依靠他們的智慧來解決。之後隨着美國經濟的不斷發展和領土不斷地向西部擴張，奴隸制問題仍然是困擾南北雙方重大而敏感的政治問題。因此，1857年“斯科特訴桑得福特”案就成為美國歷史上少有的幾個引起舉國上下關注，並且其判決對美國社會產生巨大影響的案件。也就是說，正是在南北雙方關於奴隸制是否應進入聯邦領土的爭端因堪薩斯問題而進入白熱化狀態的時候，司法權介入到這一問題的解決中來了。這也算是在美國憲政體制之內對這一歷史難題加以解決的嘗試。因此，“斯科特訴桑得福特”案也就具有了非常特殊的政治分量。北方和南方勢力都想借助聯邦最高法院——聯邦政府的權威機構之一，來對奴隸制作一個對自己有利而且有分量的判斷。<sup>38</sup>美國內戰結束之後，美國修改了憲法，黑人的平等問題得到了憲法的關注和肯定，但是美國黑人權利的平等保護問題依然未能得到實質性的解決。在19世紀80年代和90年代，南方強制推行種族隔離制度。他們禁止黑人進入白人的學校、劇院、公園、旅館、餐館或其他白人經常出入的公共場所，火車、汽車、電車等也黑白分座，還有公共場所的廁所和飲水處等也是黑白分開，甚至黑人也不能沾上帝的光，不得在白人的教堂裏作禮拜。到了1895年，美國南方各州大部分都通過了以種族隔離而著稱的傑姆·卡洛烏法律（Jim Crow Laws）。這些法律從生到死、從醫院到墳墓等各方面都詳細地規定了種族隔離。正是這些法律的這些規定引起了一系列的案件，這些案件所涉及的一個共同問題就是這些法律是否違憲問題。聯邦最高法院在這段時期裏扮演了一個重要而不十分光彩的角色。而在這些案件中，最為著名的就是1896年的“普萊西訴弗格森”案（*Plessy v. Ferguson*）<sup>39</sup>。這一案件實質上就是要審查種族隔離是否合乎美國憲法的問題。聯邦最高法院在此案中經過一番“白馬非馬”的分析之後作出了“經典”的判決：“隔離但平等”。這一判決對美國後來的政治、經濟、社會生活產生了巨大的影響，其宣稱憲法中所保護的平等是政治上的平等，而非社會上的平等，憲法並不能使人人都在社會上一樣平等。<sup>40</sup>

自從聯邦最高法院在“普萊西訴弗格森案”作出“隔離但平等”的判決之後，陸續有人提出抗議，並採取上訴的途徑向“隔離但平等”原則挑戰，而聯邦最高法院在頑固地堅持“隔離但平等”原則十八年之後，終於有所鬆動。1914年在“*Mc Cabhe v. Atchison*”一案中，聯邦最高法院對於俄克拉荷馬州准許鐵路公司設白人專用的臥車、餐車，而沒有相同的車輛供應黑人使用的做法作出判決，判其違反了平等的原則。這說明，聯邦最高法院對於“平等”的解釋由從寬趨於從嚴，即由認為“隔離但平等”轉變成“僅認為相對的或實體的平等不能符合平等的原則”。之後，聯邦最高法

<sup>38</sup> 李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，第142-143頁。

<sup>39</sup> 1890年，路易斯安那州眾議院通過了一項法案，其中第一節規定：“本州島的所有鐵路公司在運送旅客時，都必須為白人和有色種族提供平等但隔離的設施，可以把每列客車兩節以上的車廂也可以把一節車廂分為兩部分，以保證設施的隔離。但是本節規定不適用於市內有軌電車。任何人都不得佔用不屬其種族的座位。”1892年，美國南部路易斯安那州公民普萊西（Plessy）從新奧爾良（New Orleans）乘火車去柯利頓（Corington）。列車長查票在時看到普萊西坐在白人車廂內，便命令他到黑人車廂去坐，而普萊西則堅持不去黑人車廂。於是，列車長便叫來警察將其逮捕，交由法院判罪。但是，普萊西認為他是7/8的高加索白人血統，1/8的非洲黑人血統，且其長相除了頭髮稍為彎曲，嘴唇稍厚之外，其他膚色外貌均酷似白人，因此，他享有美國公民所享有的所有一切社會、政治及經濟平等權。同時，他認為承辦本案的法官不公，損害了他所享有的聯邦公民的權利，於是就在聯邦刑事地方法院反告法官弗格森（Ferguson）違憲，剝奪其應得的司法救濟權利。該案經過各級法院的審判，結果均對普萊西不利，最後，他上訴至聯邦最高法院。聯邦最高法院認為，此案涉及憲法基本權利問題，便予以受理，但是，聯邦最高法院認為，路易斯安那州“隔離但平等”法令不違反聯邦憲法關於廢除奴隸制的第13條修正案。

<sup>40</sup> 李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，第413-415頁。

院在1950年“斯威特訴培恩特判決”案（*Sweat v. Painter*）<sup>41</sup>和“麥克勞林訴俄克拉荷馬判決”案（*Mclaurin v. Oklahoma State Regents*）<sup>42</sup>的判決，意味着聯邦最高法院在高等教育領域已經因經濟及其他原因而揚棄了“隔離但平等”原則，然而美國中小學則仍在“普萊西案”所建立的“隔離但平等”原則的影響下掙扎。這種狀況持續到了1954年，終於因“布朗訴堪薩斯州托皮卡地方教育委員會”案（*Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*）即“布朗案”<sup>43</sup>而被打破。但是“布朗案”的判決也並非是輕鬆順利的，聯邦最高法院對此相當審慎，因為在當時的美國，種族隔離主義橫行，“隔離但平等”還是一種很有市場的理論。1954年5月17日，聯邦最高法院首席大法官沃倫（Warren）在全國的期待與矚目之下，就本案宣佈種族隔離措施無效，在學校中實行法律上的種族隔離是違反憲法的。“布朗案”是在美國憲政史上聯邦最高法院審理的最有歷史意義的案件之一，隨着其判決的出現，“隔離但平等”原則被徹底否定，隔離本身被認為就是不平等的。這一劃時代的判決使受教育權的平等保護原則最終在法律上被確立，它對黑人和其他少數民族的教育產生了極為深遠的影響。同時，它又是一種催化劑，影響所及已不僅僅局限於公立學校，而且波及到社會生活的各個方面，它迫使美國對各種容忍種族隔離的方式進行審查。千里之堤，毀於一旦。一系列的

<sup>41</sup> 斯威特（Sweat）是德州的黑人大學生，他申請在德州州立大學法學院入學，而德州法律規定禁止州立大學招收黑人學生。由於1938年Missouri ex rel Gains v. Canada一案的判決，德州政府便另外又專門設立了一個只招收黑人學生的法學院，但該院的學術水平卻比德州州立大學法學院要低。斯威特因被德州州立大學拒絕而提起訴訟，以致最後上訴到聯邦最高法院。聯邦最高法院認為，兩個法學院的設置並不相同，並且法律教育一方面是要獲得法律知識，另一方面是要與社會人群交往、接觸，以瞭解各種情況，而不能離群索居。如果不准黑人學生進入州立大學法學院學習，則他們便失去了與白人相處並交換意見的機會，而白人在德州約佔85%，其中包括法官、律師以及其他政府官員，這些人都是律師所必須接觸的，如果黑人在受法律教育時被隔離，則其將來畢業成為執業律師後，將如何能與白人相處。最後，聯邦最高法院判決，法律教育永遠無法在隔離的原則下達到平等的要求，黑人學生應該獲准進入州立大學法學院學習，因此德州政府這種迂迴的作法是違反第14條憲法修正案的平等保護條款的

<sup>42</sup> 麥克勞林（Mclaurin）是一個黑人學生，他申請在俄克拉荷馬州大學攻讀教育學博士，校方拒絕他入學就讀，其惟一的理由就是因為他是黑人。麥克勞林控告校方歧視黑人學生，並提出校方依據的州法是違憲的。聯邦地方法院判決州法違憲。之後，俄克拉荷馬州議會便立即修改了其法律，即准許黑人大學設置白人大學的各種課程，也允許黑人學生申請進入大學攻讀高級學位。但是在新法實行後，麥克勞林還是要和白人學生分開座位上課，而且在圖書館也只能到特別指定的地區自修閱讀，而不得使用一般公用的閱覽室或研究室，在學校食堂也要分開時間用餐。麥克勞林對這種畸形的教育及種族歧視規定提起訴訟，聯邦地方法院認為新法並未違憲，麥克勞林不服遂上訴至最高法院。最高法院認為，學生間彼此相處時有差別待遇，這是州政府不能控制的，但是州政府強加禁限，並且實行差別待遇，則是另外一回事，這種實行差別待遇的州法無異於強行剝奪了黑人學生在憲法上所享有的“平等保護”權。

<sup>43</sup> 堪薩斯州托皮卡的奧利弗·布朗夫婦要求當地學校當局允許他們的孩子到專為白人子弟開辦的學校上學，但被拒絕，布朗夫婦遂根據第十四條憲法修正案關於平等保護的原則，向地區法院提起訴訟。結果，地區法院以“隔離但平等”原則為依據，判決布朗夫婦敗訴。於是，1954年，布朗夫婦仍然以同樣的理由上訴到聯邦最高法院，控告堪薩斯州托皮卡地方教育委員會在學校中進行公開隔離的種族歧視的作法。聯邦最高法院在判決中指出，這一案件中所涉及的黑人學校和白人學校在有形條件方面一直是平等的，或者現在是平等的，如學校建築、課程、教師工資和資格以及其他有形條件等。因此，我們今天的判決不能僅僅依靠對兩個案件中所涉及的白人學校和黑人學校的有形條件進行對比，我們必須探討種族隔離本身對公立教育的影響。聯邦最高法院通過對種族隔離學校的無形條件的對比，指出了種族隔離學校的不平等。聯邦最高法院最後宣佈：“我們的結論是，在公立教育領域中，‘隔離但平等’的理論沒有立足之地，隔離的教育設施實質上就是不平等的，因此，我們認為，原告們以及這些訴訟所涉及的其他與原告們處於相同境遇的那些人，由於他們所控告的種族隔離的原因，被剝奪了聯邦憲法第十四條修正案所賦予的法律平等保護權利。這一結論已使我們沒有必要再討論種族隔離是否還違反聯邦憲法第十四條修正案關於法定程序條款的問題……我們現在宣佈，公立教育中的種族隔離是違反法律平等保護的規定的。”“在公共教育制度中，1896年以來實行的只講‘政治平等’，不講‘社會平等’的原則是不能存在的。”所以，“在‘普萊西訴弗格遜判決案’中，所有與上述判決相反的語言必須否決。”

法院決定和公民權法令中，以種族或種族差別為基礎的區別歧視性規定都失去了法律效力。“布朗案”引起了美國社會的重大變革，有人把它作為二戰後美國黑人民權運動的起點，它代表了美國黑人的第二次解放。

美國聯邦最高法院通過司法判決來回應社會發展的需要，推動這些問題的解決，聯邦最高法院的很多案子和判決都是在美國社會轉型的重要時機出現的，這些案子的判決吸引了全國上下的關注，也在某種程度上改變了美國社會發展的軌跡，或促進了一些歷史難題的解決，並打開了美國社會發展的大門。因此，美國的“憲法時刻”的出現，司法機關特別是聯邦最高法院可謂是功不可沒。但是在其他的一些國家，釋憲機構似乎很難承擔如此重大的歷史使命而扮演如此重大的角色，比如聯邦德國憲法法院1973年的“兩德基礎關係條約”案<sup>44</sup>、法國憲法委員會1971年的“結社自由案”<sup>45</sup>，聯邦德國憲法法院和法國憲法委員會所作出來的這兩個裁決都很重要，但是都很難稱得上是具有“憲法時刻”意義的判決，因為這兩個案子在兩個國家並沒有帶來舉國上下對於某些社會問題的整體性的集體關注，也沒有出現全社會性的政治動員，並進而推動某些社會問題通過憲法實踐的方式來加以解決。但是在台灣，隨着台灣民主化進程走向縱深，其“憲法實踐”包括“憲法修改”和大法官解釋則逐漸成為標誌或帶動台灣一些重大社會問題解決的基本手段和基本方式。

有台灣學者就認為：台灣從20世紀90年代開始，不論從憲法危機的主觀意識，憲政思辯的客觀動員，或是憲政秩序的革命性變化，都可以看出一波歷史上難得的“憲法時刻”。<sup>46</sup>但也有台灣有學者指出，台灣過去曾經歷過數次“修憲”，每一次的“修憲”時機，是否都符合艾克曼所提出的“憲法時刻”，仍值得進一步討論。然而多次修憲的結果並沒有為台灣帶來更穩定的政治局勢，反而出現了憲政體制的混亂。<sup>47</sup>不過，綠營政治人物蔡英文對於“憲法時刻”卻是情有獨鍾，這不

<sup>44</sup> 本案的起因是由於1972年西德（德意志聯邦共和國）和東德（德意志人民民主共和國）簽署的基本關係條約，西德國會於1973年6月以法律批准了該條約。該條約的主要內容包括：（1）絕對尊重彼此領土之完整，強調現存的疆界目前及未來之不可侵犯性；（2）兩國中之任何一國，在國際上不得代表他國或以他國名義行事；（3）兩國主權之行使限於其領土範圍之內，互相尊重彼此就其國內及國外事務之獨立性與自主性。巴伐利亞邦政府認為，這一條約違反了維護德國國家完整以及憲法上統一之要求，加深了兩德之間既存之隔離狀態，並且使東德地區之人民無法受到德國基本法所明確規定的對於德國人民之保護養育義務，因此根據德國基本法第93條第1項第2款之規定，請求聯邦法院確認批准該條約之法律因違反基本法而無效。

<sup>45</sup> 1971年6月30日，法國國民議會投票以354：100的結果通過了關於1901年7月1日法律（La loi du 1er juillet 1901）的修改補充的法律草案。1901年7月1日的法律涉及結社權方面的內容，在其誕生的那個時代就引起了爭議而引起廣泛的關注。70年之後，對該法律的修改又帶來了新的激烈的爭議。因為對該法律的修改的直接原因是1968年學生運動，當時的內政部長Raymond Marcellin為了防止類似的情況的發生，開始決定對公民的自由進行限制。巴黎警察局局長根據內政部長的指示拒絕為“人民事業之友”（amis de la cause du peuple）這一社團發放“申請回執”引發行政訴訟，結果行政法院撤銷了警察局的行政決定。內政部鑒於自己的行為在法律上缺少依據，便決定對有關的法律進行修改。新通過的法律對1901年7月1日的結社法的第5條和第7條進行了修改和補充，特別規定了司法機關可以根據行政機關的提議而對公民的結社進行事先審查（contrôle préalable）。新的法律草案是在國民議會和參議院反復討論之後仍無法取得統一意見的情況下由國民議會最終表決通過的，基於對參議院立場的支持和對該法律本身的質疑，1971年7月1日，參議院議長Poher根據憲法第61條第2款的規定向憲法委員會提請對該法律進行合憲性審查。對憲法序言的效力明確地進行確認是通過憲法委員會自己的裁決來實現的，這就是著名的1971年7月16日“結社自由案”的裁決。它使得過去關於憲法序言效力理論上的爭議和不確定性得到了最終的解決，並為憲法委員會未來的實踐開闢了新的廣闊的空間。參看李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，第236-243頁。

<sup>46</sup> 葉俊榮：《民主轉型與憲法變遷》，台北：元照出版社，2003年，第433-434頁。

<sup>47</sup> 李西潭：《憲法時刻與台灣憲政體制的選擇》。

能不引起我們的高度關注和思考。<sup>48</sup>事實上，艾克曼還指出，在這樣的認知下，當一個民主轉型國家因為社會、政治或經濟等危機而激起民眾對國家政治等公共議題的高度關切與參與意願時，政府能否掌握這個“憲法時刻”而“順勢利導”民眾的熱情來推動全面性的體制改革，就成為一個國家能否開創新格局的重要關鍵。<sup>49</sup>“憲法時刻”可以凝聚人民的力量，可以促進和推動重大社會問題的解決，但是對於“憲法時刻”的負面效用也要有充分的認識和理解。也有學者則認為，憲法時刻是對危機的直接體驗，是對釋放了社會能量的體驗。這種時刻會導致破壞性後果，甚至是自我摧毀的後果。<sup>50</sup>因此，對於台灣學者和政治人物所推崇的“憲法時刻”理論應該給予認真的研究，對於其在台灣社會實踐層次的影響要有足夠的準備。

那麼，台灣地區“司法院”大法官是否有足夠的能量和影響力來對於台灣地區的重大的政治和社會問題作出回應，以形成台灣地區“憲法”實踐中的“憲政時刻”？從實踐層次來看，台灣地區自20世紀80年代以來，一直經歷着憲政秩序的變化，這些變化導致的問題有的能夠通過政治安排進行解決，而有的問題則最終訴諸到“司法院”大法官那裏，面對棘手的“政治棘叢”大法官有的進行了迴避，體現出了司法消極主義的一面；但是對於一些不得不解決的政治問題，大法官則必須發揮司法的重要角色。對於台灣憲政秩序的變化，大法官接受並實踐了“司法積極主義”的模式。這一方面是因為台灣通過開放黨禁、報禁，終止“動員戡亂”，改變了政治格局，啟動了台灣的政治民主化進程。大法官在其裁決中也順應時代潮流做出了釋字第261號解釋，在解釋文中提出所有於1947-1948年選出的資深代表必須於1991年底以前退休。這一釋字被認為是增強了台灣地區“國會”的民主正當性，直接推動了日後的“憲政改革”，讓台灣的民主政治邁向一個新的歷程，意義非凡。<sup>51</sup>而釋字第499號解釋，更是宣告第五次“修憲”通過的“憲法”增修條文“違憲”。大法官在其解釋文和理由書中再次重申釋字第261號解釋所確立的“民意代表”定期改選的“憲法原則”，並闡明“憲法”中具有本質重要性的基本原則，是不容以通常的“修憲”程序加以變更，因而進一步宣告“修憲”條文“違憲”這促成了“國民大會”制度的改革，對台灣地區的“憲政”發展也產生了深遠的影響。<sup>52</sup>另一方面，台灣地區社會發展所帶來的重大變化積累了諸多問題，需要在法律上予以回應和解決，而“立法機關”和“行政機關”並未能及時的滿足這種社會的需要，執掌司法權的大法官則在維護人民權利的方面有了不同尋常的表現。這是在台灣“憲政秩序”和政治格局發生巨大變化的背景下，台灣民眾的權利意識得到迅速的提升，當其權利受到侵犯時便通過司法途徑來予以解決，這在客觀上也為大法官的司法積極主義的司法取向提供了條件和機會。

有台灣學者就指出，在實際運作上大法官會議與“憲法時刻”的權力運作產生了許多釋字的互動。大法官會議所做成的部分解釋有活絡憲法變遷的作用，但也都在政治線上走得謹慎而辛苦。大法官於釋字第261號解釋，宣示第一屆“中央民意代表”應於1991年年底以前退職，“國家”應舉

<sup>48</sup> 對此，有人就撰文指出，繼蘇貞昌主席五月中提出七項憲改主張後，民進黨新當選主席蔡英文也提出其憲政改革主張，並謂“憲政時刻”已然浮現。參見周育仁：《憲政時刻已浮現？》，2014年6月5日，<http://www.npf.org.tw/post/2/13680>，2020年5月9日訪問。

<sup>49</sup> Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, pp. 46-54. 轉引自李西潭：《憲法時刻與台灣憲政體制的選擇》。

<sup>50</sup> 貢塔·托依布納：《憲法時刻來臨？——“觸底反彈”的邏輯》，《交大學》2013年第1期。

<sup>51</sup> 司法院：《守護憲法60年》，2008年，第176頁。

<sup>52</sup> 司法院：《守護憲法60年》，第161頁。

行“全國性”的“中央民代”選舉，頗有將“憲法時刻”的一項共識予以成文化的意味。相對地，在“憲法時刻”中對於朝野未能有共識的重要議題，大法官則採明哲保身的態度，將議題再丟回政治系統中。大法官會議於釋字第328號解釋對疆界問題認定其為政治問題而不予解釋就是一例。整體而言，大法官在“憲法時刻”對現正發展動態的着力是相當穩健的。對許多違憲的解釋，大法官採取較為緩和的“限期失效”的宣告方法，具有以“期限”來焊合政治張力的作用。如果將“憲法時刻”的意義發揮至極致，則大法官會議除了對特定憲法爭議做出解釋之外，更應善用司法文書內載的內容，將想法一提的形貌與內涵做專業的形塑與解析，以引導並激發國民進行憲法思辨，進而活絡憲法時刻的憲法思辨品質。然而，姑且不論解釋的結果，大法官的憲法局限於：解釋的形式，非但釋文非常精簡，解釋理由在學理、政策內涵、影響層面等方面的探討與分析也常有所不足，無法透過解釋進一步打動人民的心，或觸動人民的憲法意識，在傳遞憲法訊息與溝通上仍嫌不足。當然，此等機能固可由學界或傳播學界扮演至一定程度，但如何強化解釋理由的內涵則是應予面對的議題。<sup>53</sup>

就過去幾十年大法官“釋憲”的表現來看，大法官通過諸多大法官解釋的釋字讓台灣地區民眾對於司法權威產生一定的接受和認同，這樣的社會效果進而又會促進大法官在司法實踐中司法積極主義的實際運用，包括了兩岸關係領域，大法官都可能大膽地直接面對這些問題並作出其認為符合“憲法原則”的判斷和解釋，特別是在社會各方高度關注下，大法官更是會審慎的通過其所闡釋的理由來支撐其裁決，經過包裝的“法理台獨”的理論和認識往往就隱藏在其中，而這對於兩岸關係的正常的發展無疑會帶來負面的影響和制度上的障礙。

#### 四、大法官在重大問題上迴避“一個中國”問題，在客觀上會形成助長“法理台獨”的效果

兩岸關係在台灣是一個容易引發爭議的議題，一些法律上的糾紛背後具有兩岸關係的因素，因此往往引發台灣社會的高度關注。有些案件又訴諸於大法官通過大法官解釋來加以解決，這在某種意義上又讓兩岸關係的爭議轉化為憲法問題，其一字一句往往都成為各方爭取和期望的對象。

通過上述釋字的分析，可以看到大法官既有對於“一個中國”原則的堅守，但是同樣也有對於“一個中國”原則問題的迴避。在釋字第328號解釋中，由於該釋字直接觸及到“中華民國領土範圍”問題，其高度的政治敏感性讓大法官無法直接作出正常的判斷，加上其產生的背景和台灣“綠營”的政治主張密切相關，更是讓這一“釋字”引發高度的關注，不管大法官的立場和判斷如何都很容易產生爭議。大法官最終是以“政治問題不審查原則”為理由作出了迴避的選擇，這一表態的不確定性更是引發了廣泛的爭議。台灣學者也認為，這一“釋字”的表態是具有一定的合理性和正當性的，因為“釋憲機關”本來就不應該就重大重症問題予以闡釋，以免喪失其司法之獨立性而不自知，但問題也在於，何謂“重大政治問題”，確屬不容易界定之概念，仍有帶實務與理論上的更進一步的探究。<sup>54</sup>

<sup>53</sup> 葉俊榮：《民主轉型與憲法變遷》，第106-109頁。

<sup>54</sup> 吳信華：《論中華民國的違憲審查制度》，《憲法訴訟專題研究（一）——“訴訟類型”》，台北：元照出版公司，2009年，第555頁。

對於這一敏感話題的迴避，卻讓“台獨”人士在某種意義上獲得了精神上的鼓舞和支持。一來，這意味着兩岸關係這樣的高度敏感的政治話題可以通過大法官的審查進入到社會各界的關注的視野中。二來，大法官對於這個問題上的迴避表明台灣社會在這一問題上具有爭議，表明這一問題本身是具有不確定性的，“台獨”人士可能做出有利於其立場的解讀和闡釋。這在客觀上也會形成助長“法理台獨”的效果。

當然，從另外的一些釋字也可以看出，大法官對於“政治問題不審查原則”也並非完全的遵守。事實上，在今日台灣，很多的“釋字”都是具有一定的政治背景，比如關於“副總統”的兼職問題、“核四”停建風波問題、“國民大會”的延任問題、“真相調查委員會”的問題等等，都是具有高度政治性的議題。大法官在受理了這些訴訟請求之後，都在其解釋之中做出了正面的回應。因此，大法官其實根本無法徹底避免介入政治問題的爭議之中，對於兩岸關係這一個高度政治化的議題而言，大法官時不時就會遇到並需要做出回答，如果大法官不能清楚地表明“一個中國”立場，可能會給“台獨”力量留下空間。有大陸學者就明確指出，“台獨”分裂勢力通過大法官解釋實現“台獨”的觀點，從本體論角度而言，是一個經不起推敲的偽問題。然而，“釋憲台獨”的要害之處，便在於“台獨”分裂勢力試圖利用司法權的貴族性，繞開“制憲”、“修憲”、“公投”的高門檻，實現所謂“台灣法理獨立”。“社會共識”如何，甚至是否存在“社會共識”，都不是“台獨”分裂勢力所需考慮的問題。可以說，“釋憲台獨”與本體論無涉，僅僅只是一個方法論問題。“台獨”分裂勢力所要作的，不過是透過某種方法，將其所要達到的政治目的包藏在方法之下，用法律辭藻將這一目的表達出來而已。在這種情況下，“台獨”分裂勢力早已預設好的“台獨”議題，被轉化成為一個方法論問題。於是，“政治”固然是兩岸關係問題的屬性，但“台獨”活動從本體論到方法論的轉軌，使這一政治屬性被掩藏起來，大法官解釋兩岸關係的方法，也自然呈現出所謂“去政治化”的取向。<sup>55</sup>

因此，對於台灣大法官解釋中涉及高度政治性和敏感型的兩岸話題的各種表現，應該給與全面的分析和研究，對於其所採取的方法在很大程度上並非是決定性的因素，將容易引發爭議和衝突的兩岸關係問題轉化為法律問題乃至於憲法問題，在將問題本身的政治性進行稀釋，這是“台獨”分裂勢力可能操弄的一種實踐，正是因為“法理獨立”的隱蔽性，也使得其具有極大的靈活性，這在淡化其危險性的同時更容易讓“法理台獨”成為一個漸進的過程。因此，對於這種法律化的政治問題的守法和實踐方式要給予充分的關注，並且要用法律思維和憲法思維來對其進行分析和應對，以達到和抵制通過大法官解釋憲“法理獨立”的目標。

## 五、大法官的人員組成及其立場、態度是大法官解釋“法理台獨”得以發展的主要因素

從大法官解釋的具體實踐來看，不論是出席者還是做出最後的裁決，都是以出席審理活動的大法官的人數為基礎。1958年制定公佈的“司法院大法官會議法”作為一部“釋憲程序法”第3條第一項規定：“大法官會議解釋憲法，應有大法官總額四分之三出席，暨出席人數四分之三同意，方得通過。”台灣前司法院院長翁岳生先生對此評價指出，超過門檻的議決出席人數以可決人數，嚴

<sup>55</sup> 周葉中、祝捷：《論我國台灣地區“司法院”大法官解釋兩岸關係的方法》。

重妨礙大法官職權的行使，致使大法官解釋憲法的功能形同癱瘓，實已預約合理的限度。<sup>56</sup> 1993年在修正“司法院大法官會議法”的同時將其名稱改為“司法院大法官審理案件法”，其中第14條規定，“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。但宣告命令抵觸憲法時，以出席人過半數同意行之。”“大法官統一解釋法律及命令，應有大法官現有總額過半數之出席，及出席人過半數之同意，方得通過。”這一規定將大法官出席審理案件的人數和做出決定的基礎人數適當降低，這對於大法官職權的行使和角色的發揮具有重要的意義。

“司法院大法官審理案件法”第10條還規定：“司法院接受聲請解釋案件，應先推定大法官三人審查，除不合法規定不予解釋者，應敘明理由報會決定外，其應予解釋之案件，應提會討論。”“前項解釋案件於推定大法官審查時，得限定提會時間。”第11條規定：“前條提會討論之解釋案件，應先由會決定原則，推大法官起草解釋文，會前印送全體大法官，再提會討論後表決之。”第12條則規定：“大法官會議時，其表決以舉手或點名為之。”因此，大法官解釋過程中，出席大法官審理案件活動的組成人員對於大法官解釋文和理由書的做出會產生實質意義的影響。

當前台灣政壇主要的政黨是中國國民黨、民主進步黨、親民黨和新黨，不同的黨派對於統獨議題具有不同的主張追求。作為行使釋憲大權的大法官，在進行解釋時要迴避掉自身的黨派取向，以客觀中立的姿態進行釋憲，但是作為憲政體制運作中的關鍵一環，各政黨將自己的“統獨取向”影響大法官人選的選任也是自然而然的事情，因為大法官是由“總統”任命，如果上任的“總統”具有“台獨”傾向，其完全可以通過任命那些在總統看來具有“台獨”傾向的大法官，進而借助這類大法官之手去實現“法理台獨”的目標。有學者就指出，台灣地區的大法官依附於執政者是島內人所共知的：“動員戡亂時期”，大法官根據執政當局意願，為其“法統”尋找正當性基礎；“憲政改革”後，大法官又屢次按照執政當局意願做成解釋，充當御用工具；政黨輪替後，大法官的態度從對國民黨政府的順從轉變為對民進黨當局的順從，大法官在一些釋字中作出明顯偏向執政當局的解釋被認為是大法官討好執政當局的表現。<sup>57</sup>

縱觀過去半個多世紀大法官的人選，這些大法官可謂是台灣地區法律界和法學界的精英，其良好的學術修養、扎實的專業訓練和歷史文化底蘊令人欣賞、敬佩。總體上看，這些大法官顯示出了對於兩岸關係有較為全面的認識和理解，大法官們的政治偏好和統獨立場上的差別並未完全彰顯。但是，一個毋庸置疑的現實就是，大法官本人的“統獨傾向”必然會影響到最後做成的解釋，而且其表現的形式一定是通過法言法語，並非赤裸裸的政治觀點的表達和闡釋，比如通過法律保留、比例原則、公民權利保障、平等保護等。有由台灣學者研究指出，中外法律學界一般認為大法官在解釋憲法時，會依循某些一貫的憲法解釋方法。不過美國政治學界實證資料提出質疑，認為大法官通常都是按照自己的個人偏好與政策立場作解釋。美國司法政治學研究目前爭論最為激烈的問題，就是到底大法官是純粹按照個人政策立場作決定，還是會受政治部門的影響。在台灣，政治部門對大法官影響力日漸衰退，而法律圈對大法官決定的影響力卻透過各種方式逐漸增加，且該影響勝過政

<sup>56</sup> 翁岳生：《我國憲法訴訟制度之展望》，第8-9頁。

<sup>57</sup> 周葉中、祝捷著：《台灣地區“憲政改革”研究》，第400頁。

治部門對大法官的影響。<sup>58</sup> 台灣學者廖元豪曾對此類問題進行過研究並將兩岸關係“憲法定位”可司法性之考慮因素，概括為“社會共識之可能性”、“憲法規定之明確性”、“學理探討之成熟性”、“解釋後果之可預測性”、“政治行為之先行性”以及“細部解釋之累積性”等六個方面。<sup>59</sup>

對於大法官釋憲的權威性和不確定性，我們要有充分的認識。大法官身處於台灣地區司法體制的最高層級，其“解釋憲法”和“統一解釋”的職權使其在客觀上能夠其理性和中立的判斷贏得台灣社會的高度認同，這種司法權的強化最終較為有效地形成了司法權威，但是這種司法權威的獲得和保持使得大法官可能在一些議題上通過改變其立場而引導台灣地區新社會秩序的形成。台灣有學者就指出，法學不是科學，因為科學的特性是“客觀可驗證”，但法學不能如此。科學研究必須交代方法，依照這個方法，研究結論應該一致。法學固然有方法，但依照一樣的方法，研究者無法得出一致的結論。正因為法學研究沒有客觀可驗證的答案，所以必須更加的小心謹慎，不能只是依賴權威、依賴通說，而應該“質疑並持續探求”。這一點，法學又與科學的精神相通。<sup>60</sup> 因此，對於大法官在不同的時期針對涉及兩岸問題做出不同的表態和解釋，也完全屬正常之舉。有大陸學者研究提出，影響“釋憲台獨”的因素主要有個別案件的觸發、大法官的態度、解釋論證模式的完備性以及政治決定的明確化等四個方面。<sup>61</sup> 大法官自身的立場及其判斷對於大法官所審理的議題具有較大的影響，在某些時候可能影響到大法官釋字的基本結論和理由。大法官在一些相似問題上完全可能做出不同的判斷，這也是有目共睹的。比如，大法官釋字第31號、第85號、第261號解釋。

在大法官的組成問題上，需要注意的一個現實情況就是大法官的出身和受教育背景，大法官的出身中對於“統獨立場”有重要影響的是其省籍因素。事實上，在台灣，“省籍”問題已經成為影響台灣政治生活的關鍵性因素之儀，升值已經成為具有象徵意義的政治圖騰。“省籍”問題可能影響大法官的統獨取向，在國民黨退守台灣之後，大陸籍的大法官佔多數，做成的解釋也以統一作為基本取向。隨着台灣社會的發展和自然規律的作用，大陸籍大法官已經寥寥無幾。目前的大法官幾乎全部來自於台灣本島。因此，這些對大陸並無感性認識的大法官會對兩岸關係做出怎樣的定位是十分微妙的。<sup>62</sup> 台灣本土人士日漸充實到大法官的隊伍之中，這是大法官解釋發展過程中一個不可迴避的現實，這一因素所帶來的對於台灣法律地位的理解和認識的變遷應該給予充分的認識。另外，台灣各大法院系之教育和研究的氛圍也會對成長中的法律人產生重要而潛移默化的影響，一些院系具有較為濃厚的統派背景，其教育學習氛圍對於形成“一個中國”的意識具有重要的意義；而有的院系則具有較為濃厚的獨派背景，這對於年輕法律人的國家觀念的形成會產生很大的不利影響，在一定的階段，這些人士可能會進入到大法官的隊伍。這從長期來看，是一個應該及早作出籌劃和改變的問題。因此，必須要防止大法官通過“解釋憲法”的方式來對於台灣當局“法理台獨”的做法給予肯定和確認，其通過迂迴和間接的方式寬容和包庇“台獨”的行為必須要有所警惕。<sup>63</sup>

<sup>58</sup> 楊智傑：《建構大法官實際決策行為模型》，《政大法學評論》第81期，2004年。

<sup>59</sup> 廖元豪：《論政治問題理論：論兩岸關係憲法定位之可司法性》，《政大法學評論》第71期，2002年。

<sup>60</sup> 林東茂：《法學不是科學》，《國立高雄大學法學論叢》第6卷第1期，2010年。

<sup>61</sup> 周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，第396頁。

<sup>62</sup> 周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，第399-400頁。

<sup>63</sup> 《李曉兵語中評：獨派大法官將會釋法台獨？》，2016年10月28日，<http://www.crntt.com/doc/1044/4/5/2/104445224.html?coluid=243&kindid=13731&docid=104445224>，2020年5月9日訪問。

大陸方面對此也可以採取相應的措施，改變和影響大法官解釋的過程，促使其做出有利於“兩岸關係”發展的重要裁決。

## 參考文獻 References:

- 司法院：《守護憲法60年》，台北：司法院，2008年。Judicial Yuan, *Guarding the Constitution for 60 Years*, Taipei: Judicial Yuan, 2008.
- 吳庚：《社會變遷與憲法解釋》，湯德宗主編：《憲法解釋之理論與實務》（第四輯），台北：中央研究院法律學研究所，2005年。Wu, G., “The Social Change and Constitutional Interpretation,” in Tang, D. T.-C. (ed.), *Constitutional Interpretation: Theory and Practice, Volume 4*, Taipei: Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, 2005.
- 吳信華：《憲法訴訟專題研究（一）——“訴訟類型”》，台北：元照出版公司，2009年。Wu, H.-H., *The Study on Constitutional Litigation (1) – The Types of Litigation*, Taipei: Angle Publishing, 2009.
- 李曉兵：《從“憲法修改”到“憲政改造”——台灣“憲法演進”的再思考》，《“一國兩制”研究》總第5期，2010年，第110-123頁。Li, X., “From ‘Constitutional Amendments’ to ‘Constitutional Reform’: Rethinking on the ‘Constitutional Development’ in Taiwan,” *Journal of One Country Two Systems Studies*, vol. 5, 2010, pp. 110-123.
- 李曉兵：《憲法時間》，北京：中國民主法制出版社，2018年。Li, X., *The Constitutional Times*, Beijing: Democratic Legal System of China Publishing House, 2018.
- 李曉兵：《憲政體制下法院的角色》，北京：人民出版社，2007年。Li, X., *The Role of the Court under the Constitutional System*, Beijing: People’s Press, 2007.
- 周葉中、祝捷：《台灣地區“憲政改革”研究》，香港：香港社會科學出版社有限公司，2007年。Zhou, Y. & Zhu, J., *The Study of “Constitutional Reform” in Taiwan*, Hong Kong: Hong Kong Social Sciences Press, 2007.
- 周葉中、祝捷：《論我國台灣地區“司法院”大法官解釋兩岸關係的方法》，《現代法學》2008年1期，第136-146頁。Zhou, Y. & Zhu, J., “Method Adopted by Chief Justice in the ‘Court of Justice’ in China’s Taiwan to Interpret the Relation between Taiwan and the Mainland,” *Modern Law Science*, no. 1, 2018, pp. 136-146.
- 〔美〕彼得·G·魯斯特洛姆編：《美國法律詞典》，賀衛方等譯，北京：中國政法大學出版社，1998年。Renstrom, P. G. (ed.), *The American Law Dictionary*, Santa Barbara: Abc-Clio Inc., 1991.
- 林子傑：《認識大法官解釋的第一本書》，台北：五南圖書出版股份有限公司，2011年。Lin, T.-C., *A Companion to Constitutional Interpretations in Taiwan*, Taipei: Wu-Nan Book Inc., 2011.
- 〔美〕納德·施瓦茲：《美國法律史》，王軍、洪德、楊靜輝譯，北京：中國政法大學出版社，1990年。Schwartz, B., *American Heritage History of the Law in America*, New York: Macmillan Publisher, 1975.

- 翁岳生：《我國憲法訴訟制度之展望》，《中研院法學期刊》2007年創刊號，第1-62頁。Weng, Y.-S., “The Prospect of Constitutional Litigation System in Taiwan,” *Academia Sinca Law Journal*, Initial Issue, 2007, pp. 1-62.
- 〔美〕貢塔·托依布納：《憲法時刻來臨？——“觸底反彈”的邏輯》，賓凱譯，《交大法學》2013年第1期，第22-47頁。Teubner, G., “A Constitutional Moment? The Logics of ‘Hit the Bottom,’” in Kjaer, P., Teubner, G. & Fejbrajo, A. (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011.
- 陳志華：《中華民國憲法》，台北：三民書局，1995年。Chen, C.-H., *Constitution of the R.O.C.*, Taipei: San Min Book Co. Ltd., 1995.
- 葉俊榮：《民主轉型與憲法變遷》，台北：元照出版公司，2003年。Yeh, J.-R., *The Democratic Transformation and Constitutional Change*, Taipei: Angle Publishing, 2003.
- Holland, K. M., *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York: St. Martin’s Press, 1991.
- Marshall, W. P., “Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism,” *University of Colorado Law Review*, vol. 73, no. 4, 2002, pp. 101-140.
- Wolfe, C., *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security? (Revised Edition)*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.