

從基本權功能論司法獨立 與訴訟平等權

李 惠 宗*

目 次

| | |
|------------------|-----------------------------|
| 壹、前言 | 肆、訴訟權之內涵與司法獨立 |
| 貳、訴訟程序上司法獨立之問題點 | 一、訴訟權與司法獨立之關係 |
| 一、司法權之本質 | 二、訴訟機會平等權之內涵 |
| 二、影響司法獨立之要素 | (一) 法定法官原則 |
| 參、訴訟基本權之功能 | (二) 訴訟武器平等原則 |
| 一、基本權之功能 | (三) 法官判決之見解只受憲法及法律之拘束(實質獨立) |
| (一) 防禦權功能 | (四) 審理迴避制度 |
| (二) 分享權功能 | 伍、違反司法獨立侵害訴訟平等權之救濟 |
| (三) 客觀價值秩序功能 | 一、訴訟當事人 |
| (四) 制度保障功能 | (一) 是否得以判決違法之請求訴訟救濟 |
| (五) 行為授權及憲法委託 | (二) 是否得請求國家賠償 |
| 1. 行為授權 | (三) 行政訴訟救濟 |
| 2. 憲法委託 | 1. 院長依行政監督所為之案件之特定分配 |
| (六) 程序保障功能 | 2. 依違憲分案原則,或非法定專股、專庭所為之審理 |
| (七) 社會行為規範功能 | (四) 聲請司法院大法官會議解釋 |
| (八) 國家保護義務功能 | 二、法官本身 |
| 1. 刑事法上保護之義務 | 陸、結語—司法獨立是保障人權的最後一道防線 |
| 2. 警察法上保護之義務 | |
| 3. 外交保護之義務 | |
| 4. 免於受到團體侵害之保護義務 | |
| 二、訴訟基本權的功能 | |

* 德國慕尼黑大學法學博士,逢甲大學法律教學組專任副教授,東海大學法律系兼任副教授

壹、前言

司法權於我國國家權力當中，殆為最具有工具色彩者，此或為司法權特性——被動性與消極性之宿命。蓋司法權雖貴為國家三權（或五權）之一，但所有司法案件皆為不告不理，故而司法權具有被動性；且司法案件之判決皆不得逾所請求之範圍，是司法權之消極性。唯自司法權擁有憲法秩序最終確定權，而可以透過違憲審查制度宣告法律違憲後，亦即在司法國（註一）之理念下，司法權卻具有國法秩序的最後決定權（註二），並在必要時可積極指出國政努力的方向，此使得司法權已不單純消極為務，轉而有積極之性格（註三）。因此，國家權力，特別是行政權，對司法權既欲且懼。故法律先進國家莫不殫精竭慮建立理論，設立制度，以保障司法權確能獨立行使，防止國家其他權力的干涉。蓋司法若不獨立，則三權分立即會失去意義。權力不分立，法治國家即無法建立（註四）。此時，基本人權個案上或能獲得保障，但這只是一種偶然，並非必然；人權若仰賴國家的偶然保障，實無異於無保障矣。故司法獨立乃三權分立必須之制度，亦是人權保障必須的要求（註五）。

我國司法制度有極強烈之行政官僚化的傾向，不只在法院組織方面存著行政官

（註一） Vgl. René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957.

（註二） 參翁岳生，司法權發展之趨勢，收於氏著，法治國家之行政法與司法，1994，頁331/335。

（註三） 司法權之積極性已是司法國應具有之性格，參樋口陽一，司法之積極性與消極性，1988。事實上我國司法院大法官會議解釋實務上，在很多解釋上已經在彰顯出此種性格，例如釋166，釋211，釋247，釋250，釋251，釋259，釋261，釋265，釋270，釋271，釋276，釋282，釋299，釋301，釋318，釋319，釋320，釋324，釋334等解釋皆以司法命令的方式指出立法或行政應有的努力方向，此即司法的積極性。

（註四） Vgl. Edzard Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2596.

（註五） 參黃一鑫，法官人事制度之比較研究，收於司法院印行，司法研究年報第十輯下冊，民國79年六月，頁697/710。

僚的體系，如院長，庭長，而後有法官的行政階層，其間存著某種程度的行政督導關係；即使在抽象的案件審判亦多有各式各樣的指示及注意事項，將法官視為一般行政官吏。各級法院之間，理論上本來只有審判上審級間之關係，但實務上卻發展成具有上下隸屬的行政關係（註六）。凡此皆為我國司法制度令人民不能信任之原因。最近賡序推動的司法改革運動，首先由組織自主化出發，已屬正確地朝著法院「司法化」之方向邁進。

國內有關司法獨立之文獻數在不少，唯多從法官人事制度或職務監督出發（註七）。本文則擬從訴訟基本權功能的角度，對司法獨立提出理論上之應然（Sollen），並據之檢討我國現行司法制度下所存在之司法不獨立之現象及對訴訟平等權未能周全保護之盲點，進而檢討其可能的救濟之道。

貳 訴訟程序上司法獨立之問題點

一 司法權之本質

從司法權發展史（註八）觀之，司法獨立不只是要求狹義的個案「審判獨立」而已，而是要求訴訟過程整體免於「非本質干預」（sachfremder Eingriff（註九））的訴訟程序的司法獨立，更包括法官集體獨立所要求的司法整體制度的獨立（註一〇）。故所謂司法獨立，其輻射之範圍，包括從司法個案形式繫屬於法院以

（註六） 此亦可從上級法院發函下級法院之用語證之。唯究其實質，上下級（狹義）法院除審級之關係外，並無行政上隸屬關係。故法院組織法第一百十條第三、四款之規定高等法院（行政）監督地方法院之合憲性不無疑問。

（註七） 參黃一鑫，前揭書（註5），頁697/851所列文獻；程春益，法官之職務獨立與職務監督，政大法研所碩士論文，民國77年6月，頁193以下。

（註八） 有關司法權發展史，請參翁岳生，前揭書（註2），頁331/335；涂懷瑩，「司法獨立」之「形成」及「真義」，軍法專刊35卷2期，民78年2月，頁2以下；樋口陽一/栗城壽夫，憲法と裁判，1988，頁77以下；影山日出彌，憲法基礎理論，1984，頁281以下；樋口陽一，司法の及積極性と消極性，1988，頁1以下，和田英夫，新版憲法體系，1982，頁336以下。

（註九） Vgl. Maunz in: Maunz/Dürig, GG-Komm. 1995, Art. 101, Rn. 14。

（註一〇） 此涉及到司法預算是否應由司法機關獨立編列，送議會審議的制度，以及監察權

迄於判決宣示的過程（註一一），並及於權力分立下之其他權力之非本質性干涉。本文旨從一般基本權的功能，探討訴訟基本權與司法獨立之關係，故本文僅以訴訟過程整體的司法獨立作為探討之素材。為此，吾人必先界定司法權之本質為何。

司法權不單指具體個案的法律適用，亦非爭議個案事件之處理權力而已。司法權毋寧是「法官為發揮法的效能，在最可能正確的保障下，作成權威的法的判斷」（註一二）。換言之，司法權之實現係透過個案所進行之特定程序，將所涉及之法律或權利能透過司法結果之宣示，予以具體化，並為法之續造（Fortbildung des Rechts（註一三））的一項國家權力。我國憲法第七十七條所規定之司法院之職掌及第八十條規定「法官……依據法律……審判」只將司法的部分本質表達出來。吾人必須復援引第七十八條，連結第一百十四條至一百十七條及第一百七十一條，第一百七十二條以及第一百七十三條有關法律解釋權限之規定，始能得出我國憲法上司法權之全貌。亦即，我國之司法權係指在爭議事件（註一四）上，依據法律審判及對爭議之法律問題所為之解釋，以發現整體法律秩序的國家權力。為實現此種任務，案件必須有程序性之保障，個案法官必須超然中立（須有迴避之制度）；且法官人事制度上，必須使法官——當然包括司法院大法官——有充份保障，使之有完全獨立依據法律審判及解釋憲法及法令之機會（註一五）。當然保障司法獨立並非賦予法官特權，亦非司法制度本身之目的，保障司法獨立毋寧只是手段，亦即，旨在使司法權能得以完全發揮權力分立的作用，使得基本人權之保障，能透過訴訟權之保障，有其必然性，而不再繫乎偶然。

之行使，如何在司法獨立上形成界限的問題，參黃一鑫，前揭書（註5），頁697/710，740。

（註一一） 「審判」一詞有實質與形式之意義。謂實質審判者，指對爭議事件所為具有拘束力之裁判；形式審判，係指依憲法或法律規定分派予法院之事務，而由法官加以完成者而言，參程春益，前揭書（註7），頁144。

（註一二） 翁岳生，前揭書（註2），頁331/332。

（註一三） Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, S. 222。

（註一四） 參佐藤幸治，現代國家と司法權，昭和63年，頁46，67以下。司法權係對爭議事件之判斷本屬三權分立的本質要求，但我國司法權之範圍並不完全以此爭議性為要件，參憲法第七十八條，司法院大法官審理案件法第五條第一、三款。

（註一五） 參翁岳生，前揭書（註2），頁331/332。

故司法權之行使除了客觀依法審判，以發現「客觀的法秩序」（註一六）之外，不必有其他目的。如果法官在不受「非本質的影響」下所作之裁判，即使是見解有所不當，甚或違法，亦有審級制度加以救濟，蓋審級制度正是應此種需要而設。若法院係在特定的運作下或透過特定的操縱，接受該案件之分配，審理及判決，縱使該裁判在法解釋論上（dogmatisch）係屬無懈可擊，仍非司法獨立下之審判；對此種結果，縱使有十個審級之救濟，亦屬虛妄。故所謂「司法獨立」不限於個案上的獨立審判，更非裁判是否正確之問題；而是程序保障、制度保障的問題。

二、影響司法獨立之要素

影響司法獨立有制度性與非制度性之因素。

非制度性因素係指影響司法獨立之因素，其來源非出自制度本身之設計者。例如，因期約、賄賂而故為出入之審判者（刑法第一百二十二、第一百二十三、第一百二十四條）。又如輿論之可能影響裁判，亦即「報紙審判」之謂（註一七）。逢有造成社會聳動之案件，因大眾傳播媒體可能有既深且廣之報導，此類案件往往會有未審先判之風險。又如政治勢力透過關說（註一八）對審判造成一定影響亦是。對這些非制度性因素，「理論上」法官可輕易抵擋。故本文不多討論。

制度性之影響則有來自國家之其他權力者。在我國如行政院及立法院對司法院之預算共同有完全之控制權，可能對法官任意刪減薪資之權（參我國憲法第八十一條）（註一九），他如監察權之行使（註二〇）亦可能造成某種程度之影響。但此些干涉若屬明顯對司法之干涉，易引起人民反感，在民主國家中，此種干涉諒不至於太嚴重（註二一）。

（註一六） 和田英夫，前揭書（註8），頁336。

（註一七） 參尤英夫，報紙審判之研究，白刊，民69年三版。

（註一八） 參聯合報83.10.21第三版「雲林地院收到卅多封廖福本的關說信函」新聞。

（註一九） 參黃一鑫，前揭書（註5），頁697/827。參聯合報84.6.24.第七版，「司法官薪結難解，連署層次愈升愈高」新聞。

（註二〇） 參涂懷瑩，前揭書（註8），頁2/7以下；蔡志方，從監察院之地位，論監察權對司法權行使之界限，刊於論監察權對司法權行使之界限學術研討會，憲政時代第20卷第1期，頁3以下。

（註二一） 參聯合報84.5.9.第1版，「監察權卯上檢察權」新聞；同報同日第6版，「洪福案案外案，吳英昭劉景義被約談很無奈」新聞；聯合報84.5.10.第二

德國基本法第一百零一條規定：「非常法院不得設置之。法定法官之權利不可被剝奪。（第二項）受理特別案件之法院唯依法律始得設置之。」此謂之為「法定法官原則」。此一原則於今日之意義，並不只是用以對抗來自行政或立法權之干預；更重要的是要用以對抗法院管轄制度本身（註二二）。此種用以對抗法院管轄制度本身亦正是我國現階段司法改革之核心。蓋我國司法制度未令國民信服，甚至古諺「訟者終凶」至今仍無可免，其根源即在「法院管轄制度本身」有不獨立之處，而令非制度的異質有入侵之機會所致。

然者，何謂「法院管轄制度本身」？茲就我國目前司法制度下，影響司法獨立者，舉其犖犖大者如下：

- 法官事務分配之操縱
- 案件專股之設置
- 以辦案成績為取向之考績制度
- 職務監督
- 統一見解之法律座談會或最高法院民刑庭會議決議（法院組織法第五十七條）
- 一時性的刑事政策指示

上列因素是制度化的，隱藏性的對司法獨立可能的侵害。其侵害與判決宣示前之送閱制度及法院首長之口諭相同，但由於此些「制度」隱晦不顯，且在形式合法性的掩護下，是影響司法獨立最嚴重的因素，亦是司法工具化最大的成因（註二三），也是人民訴訟基本權的隱形劊子手。

參 訴訟基本權之功能

前已提及，司法獨立旨在透過訴訟權之保障以落實其他基本權之確保。因此，訴訟權之保障也是人民權利的第一次保障。在探討「司法獨立與訴訟權保障」關係

版，「監委續約談檢察首長」新聞。

（註二二） Vgl. Maunz, aaO.（註9），Rn. 1。

（註二三） 參李鴻禧，日本立憲政治下司法獨立思想與制度底研究，收於氏著，違憲審查論，1986，頁463。

之前，宜先對基本權之功能有概括的認識。基本權之功能係德國憲法學特有之發展，以下即依德國通說上已肯定之基本權之功能分述之。

一、基本權之功能

基本權係以人性尊嚴（註二四）為基礎，作為一個人生活所不可或缺的權利，係先國家性與先憲法性之權利（註二五）。基本權之存在要求國家各種權力（註二六）乃至人民的社會行為皆須對基本權作最大的尊重。故基本權具有如下之功能。

（一）防禦權功能

基本權最初是為了對抗國家而被提出來的。亦即為了保護個人自由領域防止公權力的干涉（註二七）。此種功能亦是從 G. Jellinek 所論述的人民與國家間之關係中的消極關係所導出的（註二八）。基本權之具有防禦權（*Abwehrrecht*）的功能是古典的基本權理論的特色。基本權之防禦權功能已隨時代的演進有所蛻進。基本權之功能一直在擴張之中，例如分享權功能、客觀價值功能、制度保障功能、程序保障功能。

（二）分享權功能

今日工業社會個人的生活無法專恃個人獨立解決。個人的生存在在都仰賴國家的給付。基本權在今日的意義，除了消極的請求不受侵害外，尚涉及到在何種程度

（註二四） 參許志雄，憲法上之個人尊嚴原理，收於氏著，憲法之基礎理論，1993，頁45-63；李震山，人性尊嚴的憲法意義，中國比較法學會學報，第十三輯，民國81年，頁15-44。

（註二五） 參浦部法穗，憲法學教室 I，1988，頁54；蘆部信喜原著，李鴻禧譯，憲法，1995，頁98以下。

（註二六） 德國基本法第一條第三項規定：下列基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之法律（*Recht*）（或譯為權利）。

（註二七） BVerfGE 7, 198/204 - Lüth-Urteil，此一判決請參黃啓禎譯，關於「呂特事件」之判決，收載於司法院印行，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），民國79年10月，頁100以下。

（註二八） Vgl. Ingo v. Münch, GG, Vorb. Art. 1-19, Rn. 16; 亦請參薩孟武，中國憲法新論，民國79年，頁73以下；李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別之基準，台大法研所碩士論文，民77年6月，頁21；許慶雄，憲法入門，1994，頁48以下。

內，可請求國家財物上的給付、或請求其他公共設施的提供或準備之分享權（Teilhaberechte）問題。此涉及所謂的給付基本權（社會基本權（註二九））之問題。此種請求權或稱為「國家特定給付的憲法保障」（verfassungsrechtliche Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen）（註三〇）。如果一個國家在憲法上已明白規定人民有此種積極請求權，固不成問題（註三一）。如果基本權所規定的形態皆屬防禦權者，則此一基本權除了消極防禦功能外，是否亦同時具備分享權的功能，則有討論之餘地（註三二）。在我國憲法的解釋上，憲法第十五條規定工作權應予保障，此種規定已超過工作自由的形態，在某種層面上應具有分享權的性質（註三三），若再加上第一百五十二條「人民具有工作能力者，國家應予適當之工作機會」之規定，應可導出人民之工作權，在某種限度內，具有分享權之性質（註三四）。

就此一問題德國聯邦憲法法院在一則有關大學名額限制之判決中認為：「現代國家愈致力於市民的社會安全與文化促進時，則市民與國家間之關係，除了保障免於受國家侵犯之基本權自由外，亦愈具有向國家要求給付以擔保基本權實現之補充請求（komplementäre Forderung）關係」（註三五）。唯在結論上卻很節制地認為：「基本上可以確定的是，即使是現代的社會國家，立法者是否以及在何範圍內，擬予在現存的行政體系內予以保障，係委諸於立法者之決定，此種決定係不可

（註二九） 參許慶雄，社會權論，民國 81 年。

（註三〇） Vgl. v. Münch, aaO. (註 28), Rn. 18.

（註三一） 例如德國巴伐利亞邦憲法第一百零六條第一項規定：凡巴伐利亞邦之居民均有權要求一適當之住宅。又如我國憲法第二十一條連結第一百六十條亦可導出人民有請求受基本教育之分享權。

（註三二） 德國文獻請參 v. Münch, aaO. (註 28), Rn. 20 m. w. N.。

（註三三） 學者或稱為受益權，參林紀東，中華民國憲法逐條釋義第一冊，第三版，民 76 年，頁 220。但受益權仍具被動性，未若以分享權稱之為愈。

（註三四） 我國學者大部份皆過於簡單地將工作權視為請求權，如薩孟武，中華民國憲法新論，民國 79 年，頁 127；左潞生，比較憲法，民國 61 年，頁 135；謝瀛洲，中華民國憲法論，民國 60 年，頁 63。實者，此些見解似尚未慮及所謂請求權作為主觀權利在法律上所具有之意義。

（註三五） BVerfGE 33, 303/330 - numerus klausus。本判決中文翻譯，請參李震山、黃啓禎、王玉楚譯，關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決，載於司法院印行，德國聯邦憲法法院裁判選輯，（二），民國 80 年 12 月，頁 71 以下。

加以爭訟者」(註三六)。換言之，聯邦憲法法院對是否可從自由基本權導出請求權，基本上係持較保守的見解，但如果依憲法的平等原則可以導出衍生請求權者，又另當別論(註三七)。

(三)客觀價值秩序功能

基本權不但是一種主觀的公權利，得透過訴訟制度加以救濟實現，而且也是一種客觀價值秩序(objektive Wertordnung)，而具有客觀規範之意義。基本權之具有此種客觀價值秩序或客觀法規範之功能應係憲法上的基本決定，對各個法領域均屬有效，亦為立法、司法、行政指出方針並賦予動力(註三八)。此種憲法上基本價值使得基本權的「輻射」(Ausstrahlung)及於所有的法律秩序。由此即產生基本權第三人效力之問題。

基本權對立法、司法、行政具有方針以及動力之意義，又衍化成「國家具有積極為所應為，以促成基本權實現之義務，縱使人民就此尚無請求權亦同」。此一功能乃又可化約成制度保障功能及憲法委託之功能(註三九)。

(四)制度保障功能

基本權不只是個人主觀的權利，亦是一種制度保障(institutionelle Garantie)。就制度面而言，基本權意味著，某些生活領域國家應予規制並形成。這些生活領域由於不盡然只限於個人自由的問題，因此往往不侷限於個人與國家間單純一次元的關係。此種生活領域如契約制度，財產保障制度，婚姻及家庭制度，集會結社制

(註三六) Ebenda.

(註三七) BVerfGE 33, 303/331 - numerus klausus。衍生請求權(derivative Teilhabensprüche)與原始的基本權請求權(originäre grundrechtliche Leistungsansprüche)相對。後者指國家沒有先行行為或法律規定，亦可根據基本權而直接產生一定之給付請求權；衍生請求權則指國家已對他人有一特定給付，第三人即可在相同的構成要件下，依平等原則要求相同的給付。參李惠宗，前揭書(註28)，頁89以下。

(註三八) BVerfGE 39, 1/41 - Fristenlösung; vgl. auch BVerfGE 7, 198/205-Lüth; 6, 55/72; 6, 386/388 -Zusammenveranlagung der Ehegatten; 10, 59/81 - Stichentscheid; 12, 205/259 - Fernsehen; 20, 162/175 - Spiegel; 21, 362/371 f.; 24, 367/389 - Hamburger Deich; 25, 256/263 - Blinkfueer; 30, 173/188 ff. - Mephisto; 33, 303/330 f. - numerus klausus.

(註三九) Vgl. v. Münch, aaO. (註28), Rn. 22。

度，營業或各種職業制度等。換言之，國家應制定出一套制度來加以保障基本權的實現。但此一功能由於「制度」的概念並非盡無爭議，故現漸漸由組織準則（Organisationsmaximen）與程序保障（Verfahrensgarantien）所取代（註四〇）。

（五）行為授權及憲法委託

1. 行為授權

憲法上的規定不只是對國家設定一個界限，更重要的是，也就國家的目標以及國家活動的內容有所指示。國家的行為不能只依據形式的民主合法性，尚必須其內容合乎憲法，蓋非如此，國家整體的合法性無法獲得確保。此乃意味著，國家每一行為最後不只要在形式上，亦且要在手段上，至少要目標上在憲法上找到依據（註四一）。

基本權的規定使國家獲得授權得以從事一定之活動。亦即，縱使憲法無明文規定，立法者仍得本乎基本權之性質而為必要之規定。例如在我國，遊行並未在憲法第十四條有所規定，但因其與集會有相當密切的關係，故立法者仍得一併制定集會遊行法是。此為基本權之行為授權功能（Handlungsermächtigung）。

2. 憲法委託

憲法委託（Verfassungsauftrag）又稱立法委託（Gesetzgebungsauftrag）（註四二）。憲法委託功能係指憲法既已明文規定，某些有關基本權之事項應由法律加以規定，立法者即負有義務將該事項規定出來。例如德國基本法第六條第五項之非婚生子女的保護、第二十六條第一項第二款足以導致戰爭武器之生產、交易之許可之法律，第三十三條第五項服公職之人之權利規定等。我國憲法如第八條第一項之現行犯逮捕之法律，同條第四項所規定之法院向非法逮捕拘禁之機關追究處理所應依之法律以及第二十四條之國家賠償法等。

如果該相關之法律係自由基本權行使之要件時，立法者於此負有一定的作為義

（註四〇） Ebenda, Rn. 25。所謂組織準則，例如為保障大眾傳播媒體之社會公器性格，以使各媒體發揮其應有之民主功能，須在各媒體的組織上，使其免於國家及政黨不正操縱的影響。

（註四一） Vgl. Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 1989, S. 270。

（註四二） 參陳新民，論「憲法委託」之理論，政大法學評論，第29期，民國73年6月，頁197以下，收錄於氏著，憲法基本權利之基本理論，民國81年，頁37以下。

務。立法者在此基本權的領域負有兩種任務，形成基本權以及限制基本權。此種立法義務不只源自於基本權，也源自於社會國家原則，特別是源自於立法職權，有時候也是源於立法職權與基本權的結合。蓋立法職權往往是國家特定任務的實現，亦是旨在實現特定的公共利益（註四三）。例如我國憲法第十四條之結社自由並非單純要求國家不予干涉，毋寧是國家有義務就各種結社如何組織及如何運作（註四四）有予以規制之義務。

（六）程序保障功能

基本權是否能夠實現或獲得確保，往往亦同時涉及到訴訟基本權。在實體基本權或一般法律原則被引用之前，首先應審查是否有相應的程序基本權（Verfahrensgrundrecht）可供利用。只有當程序基本權存在時，實體的憲法請求權才有實現之可能（註四五）。德國聯邦憲法法院在一則有關財產權保障的判決中指出，此之財產權保障「不只涉及到實體財產權的形成，同時亦包括到相關的程序權利。因此，從基本法第十四條可以直接導出一項義務，亦即於此一基本權受到侵害時，應提供一有效的法律保護」（註四六）。吾人可以說，如果一法律地位愈是沒有辦法透過訴訟基本權或無漏洞的法律救濟制度獲得保障，而只是以目錄式的基本權與行政行為有所關聯，且國家對該法律地位之干預風險愈高的話，則公權力就該法律地位之侵害，愈有義務使其透過有效的法律保護以及公正的程序予以救濟（註四七）。就此，在法解釋學上，即產生一項「合乎基本權的程序法解釋原則」（註四八）。例如我國人民依憲法第十七條有選舉權，但當選舉權被不當限制或剝奪時（註四九），吾人應從合乎基本權的程序法解釋原則導出，應使選舉權受到不當剝奪之人民有救

（註四三） Vgl. Ebenda, S. 274。

（註四四） 參我國人民團體組織法第四十九條規定：政治團體應依據民主原則組織與運作。

（註四五） Vgl. v. Münch, aaO. (註 28), Rn. 27。

（註四六） BVerfGE 46, 325/334。

（註四七） Vgl. Georlich, DVBl. 1978, 362/364, zit. aus v. Münch, aaO. (註 28), Rn. 27。

（註四八） v. Münch, aaO. (註 28), Rn. 27。

（註四九） 此種情形在我國所在多有，如在監人犯，某些特定執行特定勤務之軍人，在海外之國民，因病住在戶籍地外之病人，因國家尚未制定出通訊投票制度，皆不能行使選舉權。

濟管道。

(七)社會行為規範功能

基本權從抵抗國家的防禦權功能，進展到對所有法領域皆有效的客觀法規範功能，即發生了基本權如何適用在民事法的領域的問題，此為基本權具有社會行為規範（soziale Verhaltensnormen）功能所必然。此一問題概括稱之為「基本權第三人效力」（Drittwirkung der Grundrechte）。「基本權第三人效力」之問題超越了古典基本權理論，使得基本權不限於只適用在人民與國家之垂直關係（vertikale Richtung），而亦可能適用到人民與人民之間的水平方向（horizontale Richtung）（註五〇）的法律關係。

就基本權是否適用於民事法律關係之問題，學說爭執甚烈，歷時亦久。唯基本上有三說：不適用說，間接適用說以及直接適用說。略述如下（註五一）：

1. 不適用說：此說認為基本權關係只牽涉到人民與國家間之公法關係，民事關係應單依民事法規處理，以維持公私法的區別。
2. 間接適用說：此說認為，基本權固屬公權利，唯基本權之保障係憲法的基本價值決定而具有強制規範的效力，其雖不能直接適用於民事關係，但可透過民事上一般條款的適用，如法律行為不得違背強制規定，不得違背公序良俗（我國民法第七十一、七十二條；德國民法第二百四十二條；日本民法第九十條參照），使基本權亦可間接適用於民事關係。
3. 直接適用說：此說從基本權意義的轉化出發，認為很多基本權其實已不再是用以抵抗國家的自由而已，而應令其直接適用於民事關係，以擴張其效力，此種主張特別見諸於社會國觀念下的社會權。

（註五〇） v. Münch, aaO.（註 28）, Rn. 28。

（註五一） 參翁岳生譯「基本人權之保障在私人間的法律關係」，憲政思潮第 4 期，民國 57 年 10 月，頁 51 以下；蔡欽源，憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力，台大法研所碩士論文，民 72 年；陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，收於氏著，憲法基本權利之基本理論，下冊，民國 81 年，頁 57 以下；蘇永欽，憲法權利的民法效力，收於當代公法理論，翁岳生六十華誕祝賀文集，民國 82 年 5 月，頁 159-215，又收於氏著，合憲性控制的理論與實際，1994，頁 17-59。

學說與實務上之通說係採間接適用說。基本權在此時即具備對一般社會行為規範之功能。因此一功能與司法獨立牽涉較少，故不擬深論。

(八)國家保護義務功能

保障基本權的實現是國家的責任。因此基本權具有請求國家保護之功能。此種功能又分為：

1. 刑事法上保護之義務

國家應在刑事法上制定出保護基本權的規定。如德國聯邦憲法法院從基本法第二條第二項之人身不可侵犯的基本權導出，即使是母體內的胎兒，亦不得予以傷害。國家本身固不得加以侵害，甚且亦應保護，促進之，以免受到不法的干預。聯邦憲法法院因此而宣告准予在十二週內墮胎之刑法規定係屬違憲（註五二）。我國刑法典的制定基本上也是此種功能的結果。就生存權之保障而言，吾人即可基於此一功能質疑死刑之存在（註五三）及優生保健法之允許墮胎（註五四）之合憲性。

2. 警察法上保護之義務

警察法上保護之義務功能係指基本權受到侵擾時，受害的個人可以請求警察的介入。本來警察在採取防制危險措施時，對「是否」，以及「如何」採取介入措施，有廣大的裁量權。受侵擾的個人基本上不可以透過警察法上一般條款予以請求保護的，更談不到從警察法上一般條款向行政法院起訴。但如果一項公共利益的維護，在某種狀態下，已屬重大，且其防衛措施之介入有急迫之需要者，則警察之裁量權即會限縮至零（*Ermessensschumpfung auf Null*）。這是由基本權而來的國家義務的增加（註五五）。

3. 外交保護之義務

國際法規定，國家有權利在外交上保護其國民免於受到第三國違反國際法侵害

（註五二） BVerfGE 39, 1/41。最近聯邦憲法法院又再度重申此一意旨，BVerfG, JZ 1993, Sonderausgabe v. 7. 6. 1993。

（註五三） 參行政院研考會編印，死刑存廢之探討，民國 83 年；參司法院大法官會議釋字第 263 號解釋，本號解釋認為死刑之存在並未違背憲法第十五條生存權之保障。

（註五四） 參桂裕，論優生保健法，法令月刊，第 33 卷第 7 期，頁 3 以下。

（註五五） Vgl. Bleckmann, aaO. (註 41), S. 282。

權利之行爲。但這並非國家的義務。國民是否有此等權利請求，並非依據國際法，而是依國內法。德國聯邦憲法法院認爲，只有基本權受到侵害，且無外交之救濟，其基本權無法實現時，始可請求就外交救濟。但外交單位仍得斟酌基本權的重要性、侵害的種類等因素以爲考律最適當之救濟方法（註五六）。

4. 免於受到團體侵害之保護義務

基本權對一般第三人固只有間接之拘束力，但若該第三人係一法人或一強而有力的團體，則國家亦應賦予人民一項有效的救濟手段，以使基本權主體得以對抗此些強勢團體，如政黨，教會（註五七）。此種問題會特別發生在，如果基本權的實現特別繫乎是否能進入該團體時。例如，如果政黨政治已經非常成熟，未加入政黨根本無從實現被選舉權（我國憲法第十七、一百二十九條、憲法增修條文第一條第二項、第三條第二項）時，則政黨成員的資格（黨籍）即非常重要，此時，若成員黨員權受到剝奪時，亦應令其有訴訟上之救濟（註五八）。

二、訴訟基本權的功能

人民有訴訟權（*Prozeßgrundrecht*）載在憲法第十六條規定甚明。其不但具有客觀法規範的功能，其本身也是程序的主觀基本權（*Verfahrensgrundrecht*（註五九））。訴訟權的保障也是其他基本權的程序保障功能之實現。故對訴訟權的侵害，不只是對該基本權本身的侵害，亦屬對其他基本權功能之斲傷。因此訴訟權作爲一基本權不只要國家消極的不予侵害（防禦權），更積極的要求國家應建立一套保障權利的訴訟制度（制度保障（註六〇））。訴訟制度，在制度面上，應讓所

（註五六） Vgl. Ebenda.

（註五七） Vgl. aaO., S. 283。

（註五八） Vgl. aaO., S. 284。此種問題在日本稱爲「部分社會」紛爭與司法權界限的問題，參佐藤幸治 / 田中成明，現代法の焦點，1987，頁 54 以下；佐藤幸治，「部分社會」と司法權，收於氏著，現代國家と司法權，1988，頁 147 以下；笹川紀勝，宗教團體の内紛と司法審査，收於憲法訴訟と人權の理論（蘆部信喜還曆），頁 215。

（註五九） Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 360, 962, 964, 1467.

（註六〇） Vgl. ebenda, S. 1466, 1469.

有受到侵害的公私法上的權利都有獲得有效率救濟的可能（註六一）。訴訟基本權要求法院審查應具備有效性、無漏洞性、及時性以及充份性（註六二）。

為達此一要求，在程序面上，應令所有訴訟案件皆能平等地享用到現有的司法資源。判決之結果應係法官依據法律獨立審判的結果。國家在此受有憲法之委託（憲法委託功能），使訴訟程序上，訴訟權本身不會受到非制度本質的影響（程序保障）。如果國家未制定一適當的制度即屬立法懈怠（註六三）。若所設立之制度違反司法獨立或放任制度的非本質化，使司法判決（或司法權之行使）受有非制度性的影響，即屬侵害人民之訴訟基本權（註六四）。

雖然單從訴訟權的制度保障功能，吾人不能導出一般法律救濟制度究應採幾級幾審，或行政訴訟是否須完全與民刑訴訟相同。蓋此屬廣汎的立法裁量（註六五），除非有明顯違憲剝奪救濟之規定，原則上應受合憲之推定。唯訴訟權本身因具有程序保障功能，人民逢有權利受侵害以訴訟方式請求救濟，或國家對犯罪嫌疑人進行刑事訴訟程序時，當事人從擁有抽象的訴訟機會開始，迄於具體判決結果的產生及至判決確定，其過程必須首尾一貫地受到司法獨立的輻射，始得謂為完整的訴訟權（註六六）。其間若有異素侵入，訴訟權的完整性即受影響（註六七）。

（註六一） Vgl. Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2596.

（註六二） 德國基本法第十九條第四項二即規定出無漏洞的訴訟救濟制度。Vgl. auch Stern, aaO. (註 59), S. 962.

（註六三） 立法懈怠是否會造成國家賠償責任，請參李惠宗，立法行為之國家賠償責任之研究，法學叢刊 139 期，民國 79 年 7 月，頁 38 以下；林明昕，立法不法與國家賠償責任，台大法研所碩士論文，民國 81 年 12 月。

（註六四） Vgl. Maunz, aaO. (註 9), Rn. 5, Fn. 2 m. w. N.

（註六五） 有關立法裁量的問題，請參李惠宗，立法裁量類型化試論，憲政時代，第 16 卷第 1 期，民國 79 年 7 月，頁 74 以下。

（註六六） 國家作為訴訟當事人之案件同有法定法官原則的適用，vgl. Maunz (註 9), Rn. 7。

（註六七） 完整的訴訟權有另外一項意義，即德國基本法第十九條第四項無漏洞的救濟制度。參蔡志方，行政法三十六講，再版，民 83 年，邊碼 1559 以下。

肆、訴訟權之內涵與司法獨立

一、訴訟權與司法獨立之關係

司法獨立是司法權的本質。其主要方式是保障法官職務獨立。但保障法官職務獨立並非給予法官特權（註六八），而是藉此排除任何形態之干涉，以客觀正確適用法律，公正審判為目的。唯此種目的也只是一種中繼的目的，蓋公正審判旨在保障訴訟權，而其終極目的則在保障其他的基本人權。「人民愈好訟，國家愈強盛」，因訴訟權愈獲有保障，人民愈可能透過正當程序以循求國家司法保護，不至「訟則終凶」。人民既多能獲得保護，對國家向心力自必愈強，則國家焉有不強之理。故各種相關制度不應單從法官如何執行職務著眼，而應從如何確實保障訴訟機會平等出發。

今日，影響司法獨立之因素不患來自於其他國家權力，而患出自於司法管轄體系本身。誠如德國聯邦憲法法院所稱，今日法定法官原則不只是用來抵抗行政以及聯邦或邦的立法，也是用以對抗「法院的管轄」本身（註六九）。我國亦同，今日影響司法獨立之大敵實出自於司法制度本身。正因其出自於司法制度本身，故法官縱能抵拒非制度性之影響（如關說，口諭），卻可能對此些來自法院的管轄本身的因素束手無策。蓋此種侵害隱微不現，著力無點也。

以下本文擬就訴訟平等權之應有內涵論述，並在各該當論點下，檢討文前所例示之問題。

二、訴訟機會平等權的內涵

訴訟機會平等權係一主觀權利，既屬權利，必可要求其能實現；若未能實現即非權利。鑒於司法獨立旨在保障訴訟權，而平等利用訴訟資源亦為一我國憲法第七條平等權所保障。由於平等係一複數的權利（註七〇），故此時平等權與訴訟權結合成訴訟平等權。在檢討訴訟權與司法獨立關係之前，吾人首須確定訴訟平等權之內涵，才可能繼續檢討何種因素如何影響司法獨立而侵害訴訟平等權。

（註六八） 參程春益，前揭書（註7），頁117, 120。

（註六九） BVerfGE 4, 416; 22, 73, zit. aus Maunz ,(註9), Rn. 1, Fn. 2。

（註七〇） 參李惠宗，前揭文（註28），頁31以下。

訴訟必有兩造居於相互對立之地位，而進行攻擊防禦。其本質要求乃作為裁判者之法官必須完全超然獨立，依據客觀的法規範進行裁決。訴訟平等權之內涵，從訴訟繫屬於法院時起以迄判決結果觀之，應有如下之要求：

(一)法定法官原則 (Grundsatz des gesetzlichen Richters)

法定法官原則係德國基本法第一百零一條第一項第二句所明定。此一原則與一般平等原則有非常密切的關係。法定法官原則係指，何案件應由何法官承辦，應事先由法律明定。此之法律係指狹義的由國會所制定之法律（註七一），須具有一般性，抽象性及存續性（註七二）。既經規定後即不可恣意再加以變更。此一原則旨在防止非權限的干涉，特別是在防止透過交換法官或案件重分配的手法所形成的干涉。此一原則又稱為「分案順序不可變更原則」（註七三）。法官獨立是司法的核心要素，亦是法定法官保障的本質（註七四）。而法定法官原則不只是管轄權的指示，也是訴訟權保障的規定（註七五）。要求法定法官之權利係主觀權利，可以透過訴訟請求實現，已無異見（註七六）。

法定法官原則上之法官包括組織法上之法院整體（如各地方法院），亦指從事判決之法院，如民事庭或刑事庭，亦包括個別判決之法官。其管轄（Zuständigkeit）須事先有概括，抽象的規定。從而德國基本法第一百零一條第二項乃規定：處理特別案件之法院唯依法律始得設置。依此規定，不但特別法院，即連特別法庭無法律依據皆不得設置。所謂專股的設置或指定專人承辦更在禁止之列。

此雖為德國基本法的特有規定而為我國憲法所無，但其係保障司法獨立所必然

（註七一） 此在德國不至於產生爭執，蓋其條文為：Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden. 稱 Gesetz 者必為聯邦眾議院所制定之法律。

（註七二） Vgl. Maunz, aaO. (註9), Rn. 14.

（註七三） 參黃一鑫，前揭書（註5），頁697/733；程春益，前揭書（註7），頁53以下。

（註七四） BVerfGE 21, 146; 23, 91; 26, 186; vgl. auch Maunz, aaO. (註9) Rn. 12.

（註七五） Ebenda, Rn. 13。

（註七六） 聯邦憲法法院對德國基本法第一百〇一條第一項第二句之法定法官原則，時而稱為基本權，時而稱為程序的基本權（prozessuales Recht），有時亦只稱為準基本權（grundrechtsähnliches Recht），但無論名稱為何，皆指主觀權利則無異見。Vgl. Maunz, aaO. (註9), Rn. 6; Stern, aaO. (註59), S. 1463.

之要求，且為保障訴訟權所必須，從方法論而言（註七七），此規定當可移用於我國。蓋司法資源容有一定質量，各法官主觀上固有能力或見解等的不同傾向，但制度上皆應推定相等。從平等權而言，從事於訴訟的當事人皆應有平等利用此些資源之基本權利。

從法定法官原則，吾人即可導出，非有法律依據，不得設置專庭或專股以承辦特定之案件。從中央法規標準法第五條第二款規定，亦可導出相同之結果，蓋此涉及人民之（基本）權利。易言之，非法定之專庭或專股違反司法獨立之精神，亦違反法律保留原則（註七八）。如前所述，特別法院或專門法庭除由狹義法律另定外，不得由司法行政機關以行政命令或行政內規定之。蓋避免司法行政機關假借職務監督或以增進效率為名，行司法獨立操縱之實。實務上，各法院皆有所謂專庭、專股的設置。其中如商標專庭係依商標法第六十六條之二，交通專庭係依道路交通管理處罰條例第八十八條，少年法庭係依少年事件處理法第三條所設置，因其係法律所明文規定設置，並無問題。然其他所謂竊盜專股、貪瀆專股（註七九）、重大刑案專庭（註八〇）皆屬於「法」無據之設置。以法定法官原則加以檢證，其違憲性事屬顯然。蓋處理特別案件之法院（法庭）既經「法」定，即表示已經民主程序的決定，此種民主合法性的功能，殊非一般行政命令所可比擬（註八一）。更何況，此種非法定專庭或專股之設置，只是以「行政內規」作為依據。行政內規只對行政機關內部生效，並未對外發佈，公告，又未依中央法規標準法第七條送達立法

-
- （註七七） 方法論上，欲引用外國規定及其所發展出之判決結果，須該規定與本國有相同之立法意旨與精神。
- （註七八） 參城仲模，依法行政原理之現代意義，月旦法學雜誌，No. 0（試刊號），1995. 3. 15.，頁52以下。
- （註七九） 台灣高等法院 69. 10. 15（69）劍文廉字第12635號函說明稱：奉司法院六十九年十月九日69院台廳四字第03330號函：「查各法院均應設立肅貪法庭，前經司法行政部通函高等法院以下各級在案。茲為配合肅貪政策，各級法院仍應切實執行。」
- （註八〇） 如司法院定頒「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」第四項訂定：法院為審理重大刑案，得預為指定專庭或專人辦理之。見陶百川等編纂，六法全書，三民書局，民83年九月出版，頁1067。
- （註八一） 參許宗力，論法律保留原則，收於氏著，法與國家權力，增訂二版，1993，頁117/131。

院，不應對訴訟當事人生效（註八二）。再者，從憲法第二十三條連結中央法規標準法第五條第二款規定，此種涉及人民訴訟權事項，應以法律定之，不得僅以行政命令方或行政內規定之。吾人亦可以想像，此種非法定的狹義法院設置愈多，對法定法官原則的斲傷愈大，對司法獨立操縱亦愈大。

類此司法行政之足以影響司法獨立者，尙有如陞遷調職（註八三）、懲戒（註八四）之職務監督。此類職務上之行政監督不得影響審判（註八五）乃屬當然之解釋（註八六）。所餘者僅為監督流程與技術問題爾。

（二）訴訟武器平等原則

訴訟武器平等原則所涉及者乃訴訟當事人權益保障之技術層面的問題。我國民事訴訟採當事人進行主義，雙方係基於平等地位以進行攻擊防禦，故無訴訟武器平等原則之問題。此一問題唯存於刑事訴訟程序。

由於刑事訴訟多由檢察官代表國家對被告進行訴訟。被告多為無法律知識之人。若被告未能委任辯護律師代其進行辯護，則此訴訟當事人即明顯的處於武器不平等之地位（註八七）。故我國刑事訴訟法第三十一條規定，在何種情形下，國家應為被告選任公設辯護人。此係保障人民訴訟平等權的規定。此一規定只生對被告訴訟平等權之保障是否充份之問題（註八八），而與司法獨立問題無涉，故不擬在

（註八二） 參廖義男，國家賠償法，白刊，民國 83 年 8 月，頁 54 以下。

（註八三） 參黃一鑫，前揭書（註 5），頁 697/736, 741。

（註八四） 參黃一鑫，前揭書（註 5），頁 697/743。

（註八五） 唯何謂不得影響審判，其界限如何，請參程春益，前揭書（註 7），頁 139 以下。

（註八六） 我國法院組織法第一百十四條規定：「本章之規定（司法行政之監督章），不影響審判權之行使」。此規定條文為「不影響審判權之行使」，而非「不得影響審判權之行使」，從中文之文義結構而言，有故意模糊司法行政監督界限之嫌。唯解釋上此規定應具有司法監督界限之意義。

（註八七） 參李惠宗，前揭文（註 28），頁 6 以下。

（註八八） 我國刑事訴訟法第三十一條限於「最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護。其他案件認為必要者，亦同。」此一強制辯護若與德國及日本之強制辯護規定相較，就顯得非常粗糙。從訴訟武器平等觀點而言，不無商榷之餘地。參德國刑事訴訟法第一百四十條，日本刑事訴訟法第三十六、三十七條。

此深論。

(三)法官判決之見解只受憲法及法律之拘束（實質獨立）

我國憲法第八十條規定「法官依據法律獨立審判」，此種依法獨立的審判又稱為實質獨立（註八九）。此之所謂「法律」當然包括憲法，實為自明之理（註九〇）。法官在審理案件時只受憲法及法律之拘束，而不受法院院長之拘束，亦不受上級法院之行政拘束。蓋法官，不分審級，在執行職務上一一除了法律漏洞的補充（*Rechtsfortbildung*）（註九一）之外一一，基本上是「法律之口」。從國民主權的觀點而言，各審級的法官都是同樣行使國民所託付的主權（註九二）。下級法院固有判決違法之情事，亦不能說上級法院即得免於錯誤。換言之，吾人不得謂愈上級之法院之見解愈接近真理。毋寧只能說，為了維持法安定性及訴訟經濟起見，制度上需要有一最終之見解，以避免永無休止之論證。非謂最終審法院之見解即具有最終之真理性。故下級法院判決，既屬依據法律獨立審判，不應受上級法院見解之拘束（註九三）。換言之，其見解與上級法院見解皆處於平等的地位（註九四）。

（註八九） 參黃一鑫，前揭書（註5），頁697/719。

（註九〇） 參司法院大法官會議釋字第371號解釋：「憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務」；日本憲法第七十六條第三項明文規定：「所有法官依其良心行使職權，只受憲法及法律之拘束」。德國基本法第九十七條第一項雖只規定：「法官獨立行使職權，只受法律（*Gesetz*）拘束」。其法律一詞包括憲法毫無疑義。唯實務上，我國法官對抽象之憲法未能像其他實定法有充分的掌握，致憲法未能確實獲得制度適用，實乃法學教育與司法官養成教育之問題，參李復甸，論司法革新，律師通訊181期（民國83年10月15日），頁56/67。

（註九一） 或稱法律續造，請參黃茂榮，法學方法與現代民法，1982，頁370以下；楊仁壽，法學方法論，民78年，頁175以下；vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1983, S. 397 ff.;

（註九二） 德國基本法第二十條第二項規定：所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉，公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。德國法院判決之封面因此即先載明：「以國民之名義」（*Im Namen des Volkes*），而後才出現各法院之名稱，乃充分彰顯出司法權之民主性。

（註九三） 請參李鴻禧，前揭文（註23），頁407/463。

（註九四） 從此一觀點而言，各法官皆屬同工，故除公務員應有的年資之外，應予同酬。換言之，法院院長應由法官兼任，不應予以行政官職化，而有一般行政主管之加給。參李鴻禧，前揭文（註23），頁407/464。

下級法院縱有判決違法情事，由上級法院予以改判或發回，此乃本於審級制度本質之要求，而非司法行政之應然。蓋此係對既存判決事後所作之評價，並非判決事前的影響，故非屬影響審判獨立之制度。毋寧係訴訟救濟制度之本質要求。法官若確信上級法院對某法律問題之見解可接受，與上級法院採相同見解而裁判固仍不失為審判獨立。唯若其認為上級法院之見解殊不足採，但因考績制度以所謂的「辦案成績」為主要標準，使得法官不得不屈從時（註九五），即無異於以上級法院之見解取代憲法或法律。此種制度即屬妨害司法獨立之制度。此時，設再多審級亦無濟於訴訟平等權之實現。此種情形，個案之訴訟當事人容或仍獲有救濟之實益，但此係一偶然，非司法獨立所要求的制度必然，不足為訓。法官唯有根據憲法與法律審判，訴訟當事人始有訴訟平等權訴可言。

準此，司法院作為一司法行政機關（註九六），常有一時性之政策指示，例如重大刑案應速審速結、大家樂應如何量刑、加強緩刑宣告等，皆屬將法院視為行政機關，而以行政命令代替法律之作法，在在皆有違憲之嫌。法官可不受拘束（釋137、216）。

實務上另一項盲點是，法官對法律的獨立見解往往被行之有年的法律座談會或最高法院民刑庭會議決議所影響，特別是受到後者所左右。此種統一法律見解之作法於法無據（註九七）。若此種見解既不具有拘束力，則行之何益（註九八）；若具有拘束力，縱使只有事實上的拘束力，即已抵觸憲法第七十八條「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」之規定，且已違反第八十條「依法律獨立審判」之精神。此種制度的存在，容或因法官經驗不足，或有集思廣益之效果，但卻不得作為影響司法獨立的合理化事由。

（註九五） 參呂太郎，法官考績與簽到應與廢除，中國時報，83. 10. 19 第十一版。並參司法院定頒「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」第二十九項訂定：辦理重大刑事案件之績效，除應優先列入各法院年終考成及承辦人員年終考績之參考外，其特著績效者，得列舉具體事蹟專案報請敘獎。

（註九六） 最近之司法改革即擬議將司法院法院化。參林明鏘，司法改革與司法組織，植根雜誌，第11卷第3期，民國84年3月，頁1以下。

（註九七） 儘管決議見解之形成，在決議過程上不失為慎重，但仍屬不必要之見解統一。

（註九八） 最高法院法律叢書編輯委員會編，最高法院民刑事庭會議決議錄類編（民國十七年至七十一年），民國72年9月初版。其編輯凡例稱：「本決議錄所列決議，是為本院代表性之見解，但僅供本院同人辦案之參考，不與判例同視」。

另一與「法官依憲法與法律獨立審判」相左者為「判例制度」。判例，判決先例也。判例在英美不成文法國家往往具有法源的性質。但在大陸法系國家判例卻僅居於補充法源的地位。但判例具有相當大的拘束力則為不可否認之事實（註九九）。最高法院六十年台再字第一七〇號判例稱：「民事訴訟法第四百九十六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤者，係指確定判決所適用之法規顯然不合於法律規定，或與司法院現存尚有效及大法官會議之解釋，或本院尚有效之判例顯然違反者而言。」此一「判例」認為判例具有法規的性質。司法院大法官會議釋字第 154 號解釋理由書認為：「最高法院及行政法院判例在未變更前具有拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利」。此號解釋理由書係從人民可聲請解釋之範圍出發，認為既然判例在事實上具有拘束力，且已作為裁判之依據，則從保障人民權利的觀點而言，若是確定之終局判決係依據判例所作成，則可據以聲請大法官會議解釋。此乃因應吾國判例之具有特殊地位而設（註一〇〇）。但不可從此號解釋理由書（註一〇一）導出，判例亦具有法律之地位之見解（註一〇二）。故法官若認為既存判例違反現行法律或憲法之精神，自可直接依據法律獨立審判，不受判例之拘束。

（四）審理迴避制度

民、刑事訴訟法、行政訴訟法及司法院大法官審理案件法等所規定之迴避制度，旨在保障人民之訴訟平等權。司法院大法官會議就此曾著有釋字第 256 解釋稱：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避，對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。」故司法院大法官會議認為，最高法院二十六上字第三六二號判例所

（註九九）參楊仁壽，前揭書（註 91），頁 254。

（註一〇〇）吾人不得因有法院組織法第五十七條之規定而認定我國是判例法國家，毋寧是需檢證該規定是否合乎司法獨立之精神。

（註一〇一）解釋理由書只具有旁論之性質，非解釋文可比。

（註一〇二）參李模，我國判例制度之商榷——判例不應引為判決之基礎，法令月刊，第 45 卷第 9 期，民國 83 年 9 月，頁 7/9。

持見解，「再審之訴之聲明不服之確定終局判決並非再審程序之前審判決」係侵害人民「受公平審判之訴訟權益」。此一見解從保障人民之訴訟基本權而言，洵屬正確。蓋迴避制度亦是個案審判獨立所必然的要求。

伍、違反司法獨立侵害訴訟平等權之救濟

一、訴訟當事人

(一)是否得以判決違法請求訴訟救濟？

民事訴訟法第四百六十八條，刑事訴訟法第三百七十八條俱規定：「判決不適用法則或適用不當者，為違背法令」。此二規定係「假設」法則的合憲性無虞，故消極不適用，或積極適用不當俱屬違法。事實上，民事訴訟法第四百六十九條第一款，第四百九十六條第一項第三款，刑事訴訟法第三百七十九條第一款等規定，俱包括「判決法院之組織不合法」之判決違背法令，此種違背法令，無論民刑訴判決，對之皆可據以提起第三審上訴，民事判決尚可據以提起再審之訴（民訴第四九六條第一項第三款）。

由此可知，判決違法不只限於本案判決違反實體法，抑且包括違反程序法，此從基本權之程序保障功能言，誠為正確之立法。而所謂的違法，亦不限於違反憲法第一百七十條所稱狹義之法律，亦包括違反憲法八十條所揭櫫之司法獨立之原則（註一〇三）。因此，作為判斷一判決是否違法之客體，不限於本案判決本身，亦包括與「本案法院」組織前之分案規則。換言之，從案件抽象繫屬於法院（訴訟當事人遞狀或檢察署移送案件），以迄判決宣示之期間，若所適用各種法規有所錯誤，或所適用之法規有違法或違憲，即屬判決違法（註一〇四）。故判決所適用之「法則」，例如非法定專庭或非法定專股設置之規定，已違背司法獨立精神而屬違

（註一〇三） 參林紀東，中華民國憲法逐條釋義，第三冊，民國71年，頁112；翁岳生，行政法與國家賠償法，收於法治國家之行政法與司法，1994，頁157/198。

（註一〇四） Maunz 將有關法定法官原則分為兩個層次，一為規則制定層次，一為規則適用層次，二者之一受到非本質之干預下所作之裁判皆屬違憲。此種違憲判決亦當然違法，Vgl. Maunz, aaO. (註9), Rn. 8。

憲，應屬民訴第四百六十八條，刑訴第三百七十八條之一般「違背法令」（註一〇五），對此種判決自可提起第三審上訴。

(二)是否得請求國家賠償？

國家賠償法係依憲法第二十四條所制定。其第二條有關公務員國家賠償責任成立之要件有：行為人須為公務員，須為執行職務行使公權力之行為，須行為係屬不法，須行為人有故意或過失，須人民之自由權利受到損害，不法行為與損害之發生須有相當因果關係（註一〇六）。如上所述，違反司法獨立之規定或具體之判決是侵害憲法上所保護之訴訟權，往往也連帶的侵害到以訴訟權行使所擬保護之其他權利。此時即有請求國家賠償之實益。

雖然國賠法第十三條就職司審判或追訴之法官或檢察官之成立國家賠償責任有較嚴格的規定（註一〇七），但此係就狹義法院與檢察官而言。若違反司法獨立係由於法院院長或庭長之操縱而致者，非屬國賠法第十三條所適用之範圍，各該人員在此種職務行使上，毋寧應視為行政人員，而依通常公務員之國家賠償責任（國賠法第二條）辦理。此種國家賠償，其損害賠償方法為回復原狀（國賠法第七條），即重新進行一次訴訟。本文認為除重新進行一次訴訟外，並對訴訟當事人之勞費亦應予以賠償。

行政規則之違反憲法所揭櫫之司法獨立原則固屬不法，且亦侵害了人民主觀之訴訟權，並有相當因果關係，但能否成立國家賠償責任卻屬「規範不法」（Norma-

（註一〇五）日本憲法第七十七條第一項規定，最高裁判所對法院內規及司法事務處理有關事項有規制之權限。最高裁判所依此規定所制定之規則若與國會所制定之法律不一致時，其效力如何，學說上頗有爭執。計有規則優越說、同位說、法律優位說，而以法律優越說為通說，參樋陽一 / 佐藤幸治 / 中村睦男 / 浦部法穂，注釋日本國憲法，昭和五十九年，頁 1160 以下；憲法賦予最高裁判所之司法事務規制權旨在保障司法獨立，故若其規定內容違背司法獨立精神時，該規則自屬無效，自不待言，參同書，頁 1153；另參法學協會，註解日本國憲法，下卷，昭和二十九年，頁 1156。

（註一〇六）參廖義男，前揭書（註 82），頁 24 以下。

（註一〇七）此種規定是否合憲之質疑，請參李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討—以釋字第 228 號解釋為素材，憲政時代第 16 卷第 2 期，民國 79 年 10 月，頁 26 以下；蔡志方，從立法裁量權之界限，論國家賠償法第十三條之合憲性，立法院院聞，第 20 卷第 11 期，民 81 年 11 月，頁 30 以下。

tives Unrecht) 之問題，其與「立法不法」(legislatives Unrecht) 之問題同質，立法論上固可能採肯定說，但實務上則以否定說為通說（註一〇八）。本文就此種情形認為，與其說是國家賠償的問題，毋寧說是違憲審查的問題，換言之，宜透過我國司法院大法官會議解釋（詳下述）。

(三) 行政訴訟救濟

行政訴訟法第一條規定，人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利，經依訴願法提起再訴願而不服其決定，始可提起行政訴訟。故提起行政訴訟實體要件限於 1. 行政機關之行政處分；2. 損害權利。違反司法獨立案件審理之情況是否得提起行政訴訟，案型上非可一概而論，故違反司法獨立之案件審理在形態上首應加以分類：

1. 法院院長依行政監督所為之案件之特定分配

此時，特定案件之分配並非司法行為，而為院長作為一實質行政機關所為之行政行為，且係一行政處分中之形成處分。經由此種處分，使原本形式上繫屬於廣義法院之案件，實質地繫屬於狹義之審理法院。此種處分，既已違反法定法官之原則，故可同時作為行政訴訟之對象。

唯我國行政訴訟法第一條規定，提起行政訴訟須先提起訴願，再訴願。對此種形成處分之訴願，理論上應向案件繫爭之法院（地院或高院）提起，但再訴願究應向其所屬高一層級法院（高院或最高法院）提出，或逕向司法院本身提出非無討論餘地。

雖然我國法院組織法第一百十條第三、四款規定高等法院或其分院對其所屬之地方法院有行政監督權，但此種規定本文認為並未合乎審級制度之本質，蓋各級法院只有審級的管轄權（法院組織法第三十二條參照），本質上並無行政監督權。故再訴願並非向其高一級之法院提出。對各級法院有行政監督權者，厥為司法院。唯此時再訴願如何向司法院提出應先討論。

訴願案件之審議，依訴願法第二十六條之規定，固應由各機關之訴願審議委員會辦理之，但依同法第二十二條第一項第三款規定，訴願決定書所應記載者為決定

（註一〇八） 參李惠宗，前揭文（註 63），頁 38/49 以下；林明昕，前揭文（註 63）；Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S. 85 ff.

機關之首長，而非訴願審議委員會。由此可知，訴願審議委員會雖依訴願法規定應予設立，但若該機關無訴願審議委員會仍無妨於訴願決定之作成，蓋訴願決定雖實質上由訴願委員會所作成，但其係居於幕僚之地位，而非獨立之行政機關，故提起訴願原係向各行政機關提出，而非向各該訴願審議委員會提出。準此，縱使各級法院未設有訴願審議委員會仍無妨於訴願決定之作成。又依法院組織法第一百十條第一款規定，司法院屬司法最高行政機關（註一〇九），下設司法行政廳，此廳是否可掌理此類訴願，由於實務上未曾發生此類案件，不得而知。唯此屬我國司法制度上之漏洞，乃可斷言。適用上應為肯定之結論。

綜上所論，院長依行政監督所為之案件之特定分配，訴訟當事人可提起訴願，並行政訴訟。此時，若原案件係民事案件，受理（狹義）法院應依民事訴訟法第一百八十二條第二項裁定停止訴訟；若係刑事案件，因刑事訴訟法無類似民事訴訟法第一百八十二條第二項裁定停止訴訟之規定，唯依「相同事件應為相同處理」之平等原則，應可類推適用（註一一〇）刑事訴訟法第二百九十七條，以案件以行政訴訟結果為斷，而裁定停止審判程序。

2. 依違憲分案原則，或非法定專股、專庭所為之審理

個案審理之結果，若無違反法令之情事，而只有決定分案之「規則」或所謂專庭專股之設置有違憲之問題，則係涉及到行政命令或法規是否違憲的問題。人民對此種規則尚不能提起行政訴訟。但此屬憲法所保障之訴訟權遭受不法侵害，應得聲請司法院大法官會議解釋，其詳容於下文述之。

（四）聲請司法院大法官會議解釋

德國基本法第九十三條第一項第四 a 款規定（註一一一），人民主張其基本權或基本法第一百零一條所規定之請求法定法官之基本權受公權力所侵害者，得提起憲法訴願。相應的，德國聯邦憲法法院法第九十條第一項有與基本法第九十三條第一項第四 a 款完全相同的規定。換言之，違反法定法官原則的案件審理是違反司法

（註一〇九）參程春益，前揭書（註 7），頁 128。

（註一一〇）參楊仁壽，前揭書（註 91），頁 180 以下；黃建輝，民法上之類推適用，台大法研所碩士論文，民國 77 年 5 月；vgl. auch Larenz, aaO.（註 91），S. 365。

（註一一一）此規定係 1969. 1. 29 修正所加入（BGBl. I S. 97）。

獨立的，當事人可以其訴訟基本權受侵害為由，向聯邦憲法法院提起憲法訴願。

我國憲法第八十條保障司法獨立之精神與德國基本法第一〇一條殊無二致；且我國司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款亦明定，人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋。

故法院受理案件若因決定分案之「規則」或非法定專庭專股之設置而違反司法獨立之憲法要求，即屬侵害憲法上之訴訟權。此種情行，訴訟當事人得依前述判決違法的方式進行救濟，於確定終局判決後，再聲請司法院大法官會議解釋（註一一二）。

二、法官本身

法定法官原則固然旨在保障司法獨立，進而保障人民訴訟權。唯此一原則並不賦予法官以主觀的權利。在德國，縱使分案規則本身有違背司法獨立之情事，法官本身亦不得提起憲法訴願，僅得向職務監督單位提起職務監督訴願 (Dienstaufsichtsbeschwerde)（註一一三）。

在我國，此種制度化的違憲雖已經年累月，實務上卻無提起職務訴願之先例（註一一四）。實則法官應得依法院組織法第一百十條第一、五或六款向各該法院院長，或直接向司法院長提出聲請，以進行職務上的監督、糾正。

最近司法院大法官會議著有釋字第 371 號解釋，對本問題亦有重大啓發意義。該號解釋認為：「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」。此一解釋確實掌握司法權旨在發現全體的法秩序之本質，值得贊同。依此，各承審法官如認為分案規則或非法定之專股之設置係違憲者，即得直接聲請司法院大法官會議解釋。

（註一一二）關於司法院大法官會議解釋之效力，請參翁岳生，近年來司法院大法官會議解釋之研討，收於氏著，法治國家之行政法與司法，1994，頁 371/377；法治斌，大法官會議解釋效力之探討——由釋字第 188 號解釋談起，收於氏著，憲法專論（一），民國 74 年 5 月，頁 356；朱武獻，司法院大法官會議解釋憲法及統一解釋法令制度之研究——司法院大法官會議解釋之效力，收於氏著，公法專題研究（一），1986，頁 43 以下。

（註一一三） Vgl. Maunz, aaO. (註 9), Rn. 7.

（註一一四）法官對這種違憲情形猶且無動於衷，更遑論一般民衆會有此種憲法意識了。

陸、結語－司法獨立是保障人權的最後一道防線

訴訟權有效的保障是憲法的要求，是法治國的基礎（註一一五），也是其他基本權保障的基礎。訴訟權的保障唯司法獨立是賴。蓋司法不獨立，則無異於無司法。如此，司法制度不但不是人權保障的防線，有時，反而是蹂躪人權的利刃。古諺有云：「訴則終凶」，乃是因為訴訟制度與程序不健全，已成為折磨欲利用訴訟制度以求救濟之人民的工具。制度上不夠獨立之司法，個案上雖有時仍能予訴訟當事人必要之救濟，但此種「偶然救濟」殊非國家權力分立建制所要求。從基本權之制度保障功能觀之，國家有義務建立一合乎司法本質之制度，使人民每思訴訟程序以救濟損害，因吾人深信：人民愈好訟，國家愈強盛。

我國人民一般而言普遍不太信任司法（註一一六），與德國人民對司法有高度信賴，實不可同日而語（註一一七）。人民之不信任司法，其根源乃在司法不夠獨立，一直被行政機關化，甚而被工具化而不自知。

司法不獨立印象（註一一八）之形成，在今日之我國，固來自於其他國家權力赤裸裸的影響（註一一九），更是源自司法管轄制度本身。唯前者，明顯易抗，透

（註一一五） Vgl. Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2596.

（註一一六） 有關人民對司法信賴的各種形態及信賴程度，請參姜雪影，紅包當道，青天讓路（司法革新調查），天下雜誌第158期，1994年7月1日，頁26以下。

（註一一七） Vgl. Emil Huebner/Heinrich Oberreuter (Hrsg.), *Parteien in Deutschland zwischen Kontinuität und Wandel*, 1. Aufl., 1992, S. 166。在此一調查顯示，前西德國民最信賴其警察，高達百分之九十，其次為憲法法院，再者為市政機關，聯邦眾議院，而後為司法。以上之信賴度皆在百分之八十以上。相反的，前東德的民衆，對其警察之信賴只有百分之五十，對司法之信賴只有百分之三十，百分之三十的信賴度是屬於對制度最不信賴者。屬於這一層級者有大企業，憲法保護委員會，公務員以及司法人員。

（註一一八） 雖然絕大部份的案件，在個案審判上，是法官依據法律獨立審判的結果，但此種司法不獨立的印象，似未因此而獲有應有的改善。

（註一一九） 例如行政對法院預算的控制或法院之第制直接干預，參黃一鑫，前揭書（註

過媒體的報導與輿論的討論，亦會使此種情情獲得改善；然後者，卻隱晦難防也。此些難防之制度包括不合乎司法本質之法官事務分配之操縱、非法定專股之設置、以辦案成績為取向之考績制度、不當的行政職務監督、統一見解之法律座談會或最高法院民刑庭會議決議或判例、一時性的刑事政策指示或量刑指示。而此些非本質性之影響率來自司法機關之行政化。從另一個角度看，法院一直在被工具化而不自知。

訴訟平等權是主觀的基本權，是一種可以要求法定法官，公平享受一定司法資源的權利。如果訴訟權受到侵害應有救濟之道。目前我國尚未發生此類案件，唯個別具體的案件如果因受到操縱而分案，其判決應屬違法判決而可進行第三審的法律救濟。此外，尚可請求國家賠償；唯制度性的司法不獨立，則屬規範不法之問題，依通說，尚難請求國家賠償。行政訴訟在某種案型上是可以考慮的救濟方式。人民於法院分案違反法定法官原則時，只能個案請求救濟，於用盡所有的法律救濟手段之後，始可以憲法上所保護之訴訟權受侵害為由，聲請司法院大法官會議解釋。

而法官除了從職務監督觀點可以提出聲請，請求上級監督機關糾正外，依司法院大法官會議釋字第 371 號解釋，亦可停止訴訟程序，聲請憲法解釋。吾國正進行司法改革大業，其方式是先從法官自治開始，從庭長的選舉及採任期制（註一二〇）及庭長，院長之分辦案件，乃至分案的法定化（註一二一），皆屬正確之方向。吾人可期待此一司法改革的一小步，能繼續帶動持續司法改革，提昇我國人民對司法的信賴，亦同時能使訴訟權之保障成為必然，進而真正確保基本人權。

5)，頁 697/746，755。或來自政黨之影響，參中國時報 83.10.25. 第二版，「李登輝派員慰問郭晏生之舉，引起爭議」新聞；王業立，同志愛模糊了司法獨立，中國時報，83.10.25. 第十一版。或來自監察權之行使者，參從監察院之地位論監察權對司法權行使之界限學術研討會，憲政時代，第 20 卷第 1 期，頁 3 以下。

(註一二〇) 我國各級法院依法院組織法第十四條各設有若干庭長，唯其數目在法院組織法並未明文規定，故各法院所設置之民一庭、民二庭……，嚴格言之，不合乎法定原則。又同法第十五條、第三十六條、第五十一條之庭長各具有「監督各該庭事務」之職權，依司法權之本質，應依目的性限縮解釋，僅限於擔任合議庭之審判長（第四條），對法官並無所謂考績之權。

(註一二一) 參聯合報 84. 5. 9. 第 6 版，「限量分案，新竹地院會堅持到底」新聞。